

令和元年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）

1 出題の趣旨、ねらい

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点方針

本問では、具体的事例について、甲及び乙の罪責やその理論構成、丙についてDの傷害結果に関する刑事責任を負わないための理論上の説明やその難点を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解や程度、事実関係を的確に分析・評価し、具体的事実に法規範を適用する能力、論点を対立する複数の立場から検討する能力、結論の妥当性やその結論に至るまでの法的思考過程の論理性、論述力等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

いずれの設問の論述においても、各事例の事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ法規範に当てはめて妥当な結論や理論構成を導くこと、さらには、それらの結論や理論構成を導く法的思考過程が論理性を保って整理されたものであることが求められる。ただし、論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で、必ずしも重要とは言えない事項については簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。

出題の趣旨でも示したように、設問1では、事例1における甲の罪責について、甲が本件キャッシュカード等在中の封筒をダミー封筒にすり替えて取得した行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかを巡り、両罪の区別基準とされる処分行為の有無が問題となるところ、それが問題となるのが、甲がAに「この封筒に封印するために印鑑を持ってきてください。」と申し向けて印鑑を取りに行かせた場面であることを的確に指摘した上で、本事例にある具体的事実を基に検討することが求められていた。すなわち、上記場面において、本件キャッシュカード等の占有の移転があったと認められるか、それとも占有の弛緩があったにすぎないかについて、Aが甲に本件キャッシュカード等の所持を許したA方玄関先のAによる場所的支配の程度や、同玄関とAが印鑑を取りに行った居間の位置関係、本件キャッシュカード等在中の封筒の大きさ、更なる時点におけるAの認識等を踏まえて検討する必要があった。そのため、処分行為の有無が上記場面において問題となることを的確に指摘し、本事例にある具体的事実を前提にして丁寧な検討ができていた答案は高い評価を受けた。

上記検討を踏まえ、甲の罪責、つまり、窃盗罪あるいは詐欺罪の構成要件該当性を検討することになるが、その中で、「窃取する」や「欺く」といった実行行為については、正確な意義を示した上で、具体的事実を摘示してどの行為が実行行為に当たるかを丁寧に論じることが求められていた。

設問2では、乙の罪責について、①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場と、②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場の双方からの説明に言及しつつ、最終的に自説としてどのような構成でいかなる結論を採るのかを、根拠とともに論じる必要があった。したがって、上記①及び②を小問形式と捉えて、それぞれの理論構成を別個に示したにとどまり、いかなる結論がいかなる理由で妥当であるかを論じていない答案、すなわち自説の展開ができていない答案については、出題の趣旨に十分に沿わないとの評価になった。

①及び②への言及においては、出題の趣旨で記載した各立場からの説明が考えられるが、事後強盗罪の構造については、身分犯と解する説（身分犯説）と結合犯と解する説（結合犯説）があり、それらの異なる説を①及び②でそれぞれ示して論理性を保って論述できていた答案は高い評価であった。他方で、①及び②への言及で両見解に一切触れずに、甲乙間における事後強盗の罪の共

謀の有無といった事実関係の評価を変えることによるのみ説明している答案や、両見解の内容を混同して論述していた答案は、低い評価となった。また、自説については、問題文で「根拠とともに示すこと」とされていることから、自説の根拠や他説に対する批判を積極的に示すことができていた答案は高い評価であった。

自説として事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場を採る場合には、甲と乙の間で、窃盗が既遂か未遂かについての認識や、刑法第238条の掲げる「目的」の内容に齟齬があることに触れながら、それらの事情が故意や共謀の成否に影響するかを検討する必要がある、かかる検討ができていた答案は高い評価であった。

設問3は、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないとするための理論上の説明とその難点を検討させるものであったが、重要な理論上の説明がいくつも存在することから、1つの説明のみではなく複数の説明とそれらの難点を検討する必要がある。理論上の説明として、方法の錯誤や誤想防衛の処理により故意が阻却されるとの説明が考えられるが、その場合、出題の趣旨で示したように、なお過失犯が成立する余地が残ることを難点として指摘できている答案は高い評価であった。また、本事例は、防衛行為の結果が侵害者以外の者に、しかも無関係の第三者ではなく、被侵害者であるDに生じているという特殊性があり、難点を検討するに当たっては、かかる点を踏まえる必要があるところ、違法性阻却の観点からの説明としては、正当防衛と緊急避難の成立を認めようとする説明を示し、前者については、Dによる「不正の侵害」がないなどの点を、後者については、引き起こされた結果は丙が実現しようとしたものではないなどの点を、難点として示すことができていた答案は高い評価であった。

3 採点実感等

各考査委員から寄せられた意見や感想をまとめると、以下のとおりである。

(1) 全体について

本問は、前述2のとおり、論じるべき点が多岐にわたるため、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別し、手際よく論じる必要があったが、論じる必要のない論点を論じる答案や必ずしも重要とは思われない論点を長々と論じる答案が相当数見られた。規範定立部分については、いわゆる論証パターンを書き写すことに終始しているのではないかと思われるものが多く、中には、本問を論じる上で必要のない論点についてまで論証パターンの一環として記述を行うものもあったほか、論述として、表面的にはそれらしい言葉を用いているものの、論点の正確な理解ができていないのではないかと不安を感じる答案が目についた。また、規範定立と当てはめを明確に区別することなく、問題文に現れた事実を抜き出しただけで、その事実が持つ法的意味を特段論じずに結論を記載する答案も少なからず見られた。前述のように、論点の正確な理解とも関係するところであり、規範定立を怠らないのは当然として、結論に至るまでの法的思考過程を論理的に的確に示すことが求められる。

(2) 各設問について

ア 設問1について

本設問では、前述のとおり、処分行為の有無を踏まえ、甲の行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかの検討が求められていたが、かかる問題意識を欠き、窃盗罪又は詐欺罪の構成要件該当性の検討のみに終始するものが相当数あった。また、どの場面の、どの時点の行為を処分行為として取り上げているのが不明確な答案や、Aが甲に封筒を渡したことを安易に処分行為と捉える答案が散見された。

詐欺罪については、欺罔が処分行為に向けられている必要があることを理解せずに、甲が金融庁職員を装ったり、Aに虚言を申し向けたとの事実を捉えて安易に欺罔行為を認定している答案が少なからずあった。かかる答案の相当数が、欺罔行為（実行行為）を肯定しながら、詐欺未遂罪の成否に全く言及することなく、処分行為を否定して詐欺罪自体を不成立と

していた。学習に当たっては、構成要件要素の正確な意義を踏まえた上で、他の構成要件要素との関係等も意識することが必要である。

また、処分行為の有無を認定するに当たり、事例中にある事実関係を具体的かつ丁寧に当てはめて結論を導いていた答案は少数であったが、4で後述するとおり、判例等を学習する際には、前提となっている具体的な事実関係を理解し、当該事実が規範との関係でどのような意味を持つかなどを意識することが求められる。

客体に関していえば、本事例は、キャッシュカード及び口座の暗証番号を記載したメモ紙という物の交付が認められる事案であるところ、それらの財物性には触れず、キャッシュカードが暗証番号と併せ持つことで口座内の現金の払い戻しを受けられる地位を得たとして財産上の利益に当たるとし、2項詐欺罪の成立を認めるなど、本事案における客体の捉え方が適切とは言えない答案もあった。また、預金の引き出し行為をもって、事例1全体における窃盗罪あるいは詐欺罪の既遂と捉えている答案も見られた。

故意及び不法領得の意思については、全く触れていない答案や、論じていても、動機があるから故意が認められると述べるにとどまる答案などが多く、認識・認容の対象となる事実が何かを正確に理解している答案は少なかった。

さらに、問題文で「Aに対する罪責」と限定しているにもかかわらず、甲がATMから現金を引き出そうとした行為を被害者を特定することもないままに検討し、かかる行為が未遂犯か不能犯かについて長々と論証を展開している答案が相当数あった。同様に、問題文で明示的に検討対象から除かれている住居侵入罪を検討している答案も見られた。例年指摘しているところであるが、問題文をよく読んで、何が問われているかを正確に把握して検討に取り掛かることが求められる。

イ 設問2について

前述のとおり、本設問で問題となる事後強盗罪の構造については、身分犯説と結合犯説の対立があるが、そうした対立点を示している答案は少数であった。ほとんどの答案が身分犯説か結合犯説の一方のみに触れているものであり、さらに、それらの説には一切触れることなく、甲乙間の共謀の有無といった事実関係の評価を変えることによるのみ説明するなど、出題意図の把握が全くできていない答案が少なからずあった。また、身分犯説あるいは結合犯説の具体的内容について一応の説明がなされているものの、各見解の理解が十分ではないと思われる答案が少なからずあった。例えば、事後強盗罪の構造には一切触れずに（結合犯説には一切触れずに）、承継的共同正犯の問題だけを検討している答案や、事後強盗罪を窃盗犯の身分犯としながら、承継的共同正犯の成否を検討している答案、結合犯説を採り、承継的共同正犯の成否を検討した上で、刑法第65条の適用を検討する答案等である。これらは、それぞれの説において、事後強盗罪の実行行為がどのように捉えられているかについての理解が不十分であることによるものと思われた。ほかには、結合犯説に立ち承継的共同正犯の成否について中間説（先行者が既に生じさせた結果は承継しないが、先行者が生じさせた、犯行を容易にする状態、違法結果を左右し得る状態が存在する場合に、後行者がそれを利用して犯罪を実現したときには、後行者も犯罪全体についての責任を負うなどの見解）を採った上で、甲による窃盗（万引き）が未遂であったことに言及することなく、安易に乙による承継を認めた答案が少なからずあったが、かかる答案は、その内容からすると、総じて、論証パターンを無自覚に記述していて、具体的な事実関係に即した当てはめが十分にできていないとの印象を受けた。

ウ 設問3について

本設問は、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないための理論上の説明とその難点を検討させるものであり、まずは、丙の行為がどの犯罪の構成要件に該当するかを検討すべきであった。その検討がなされていない答案が少なからず見られたことから、体系的思考へ

の意識を促しておく。理論上の説明として、方法の錯誤について具体的（法定）符合説に立って故意の阻却を認めたり、誤想防衛による解決を検討している答案は相当数あったが、過失犯の余地が残ることを難点として指摘できているものは多くはなかった。違法性阻却による説明では、正当防衛については、Dによる「不正の侵害」がないことなど、難点が明らかにあるところ、正当防衛の要件等を長々と検討した結果、時間不足に陥ったためか、他の論じるべき説明や難点に関する論述がないまま終わっている答案も少なからずあった。繰り返すことになるが、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別して、手際よく論じる必要がある。また、本事例は、一般的に論じられている、防衛行為の結果が第三者に発生した事案とは異なり、結果が被侵害者に発生しているという特殊性があるが、その点を難点として検討できていた答案は少数であった。

(3) その他

例年指摘している点でもあるが、用語の間違い（方法の錯誤と客体の錯誤等）がある答案や、文字が乱雑で判読しづらい答案、基本的用語の漢字に誤記がある答案が散見された。また、文章の補足・訂正に当たって、極めて細かい文字で挿入がなされる答案も相当数あった。時間的に余裕がないことは承知しているところであるが、採点者に読まれるものであることを意識して、大きめで読みやすい丁寧な文字で書くことが望まれる。

(4) 答案の水準

以上を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」と認められる答案の水準を示すと、以下のとおりである。

「優秀」と認められる答案とは、本問の事案を的確に分析した上で、本問の出題の趣旨や採点方針に示された主要な問題点について検討を加え、成否が問題となる犯罪の構成要件要素等について正確に論述するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に指摘して当てはめを行い、設問ごとに求められている罪責や理論構成について論理的に矛盾のない論述がなされている答案である。

「良好」と認められる答案とは、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について指摘し、それぞれの罪責について論理的に矛盾せず適切な結論等を導くことができているものの、一部の問題点について検討を欠くもの、その理論構成において、主要な問題点の検討において、理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足していると認められるものである。

「一応の水準」と認められる答案とは、事案の分析が不十分であったり、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について一部論述を欠いたりするなどの問題はあっても、論述内容が論理的に矛盾することなく、刑法の基本的な理解について一応ではあるものの示すことができている答案である。

「不良」と認められる答案とは、事案の分析がほとんどできていないもの、刑法の基本概念の理解が不十分であるために、本問の出題の趣旨及び前記の採点方針に示された主要な問題点を理解できていないと認められたもの、事案に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、論述内容が首尾一貫しておらず論理的に矛盾したり論旨が不明であったりしているものなどである。

4 法科大学院教育に求めるもの

刑法の学習においては、刑法の基本概念の理解を前提に、論点の所在を把握するとともに、各論点の位置付けや相互の関連性を十分に整理し、犯罪論の体系的処理の手法を身に付けることが重要である。

論点を学習するに当たっては、一つの見解のみならず、他の主要な見解についても、その根拠や難点等に踏み込んで理解することが要請される。論点をそのように多面的に考察することなどを

通じて、当該論点の理解を一層深めることが望まれる。

また、これまでも繰り返し指摘しているところであるが、判例を学習する際には、結論のみならず、当該判例の前提となっている具体的事実を意識し、結論に至るまでの理論構成を理解した上で、その判例が述べる規範の体系上の位置付け及びそれが妥当する範囲について検討し理解することが必要である。

例年、取り上げるべき論点の把握が不十分なまま、論証パターンを無自覚に記述するため、取り上げなくてよい論点についてまで長々と論じる答案が目につく。事案の全体像を俯瞰して、事案に応じて必要な論点について過不足なく論じるための法的思考能力を身に付けることが肝要である。

このような観点から、法科大学院教育においては、まずは刑法の基本的知識及び体系的理解の修得に力点を置いた上、刑法上の諸論点について理解を深め、さらに、判例の学習等を通じ具体的事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らずに幅広く妥当な結論やそれを支える理論構成を導き出す能力を涵養するよう、より一層努めていただきたい。

1 採点方針等

本年の問題も昨年までと同様に比較的長文の事例を設定し、捜査・公判の過程に現れた刑事手続上の問題点を的確に把握し、その法的解決に必要な具体的事実を抽出・分析した上、これに的確な法解釈を経て導かれた法準則を適用して一定の結論を導くとともに、その過程を筋道立てて説得的に論述することを求めるものである。法律実務家として求められる事案分析能力、法解釈・適用能力、事実認定能力、論理的思考力、論述能力及び刑事訴訟法に関する基本的学識等を試すための問題である。

出題の趣旨は、既に公表したとおりである。

〔設問1〕は、路上で発生した強盗致死事件（本件強盗致死事件）について、警察官及び検察官は、甲が犯人ではないかとの嫌疑を抱き、同事件の捜査を視野に入れて、甲を業務上横領事件（本件業務上横領事件）の被疑事実で逮捕・勾留した上、勾留中に本件強盗致死事件の取調べを行っていることから、いわゆる別件逮捕・勾留に当たり、違法と評価されないかを問うものである。まず、〔設問1-1〕において、別件逮捕・勾留に関する捜査手法の適法性の判断基準について、自己の拠って立つ理論構成（自説）を示し、本事例の具体的事実当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性を論じ、次に〔設問1-2〕において、自己の結論とは異なる結論を導く理論構成（反対説）を示し、本事例の具体的事実当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性を論じ、さらに、その理論構成を採用しない理由についても論じることが求められる。

〔設問2〕は、訴因変更の可否及び許否を問う問題である。検察官は、公判審理の途中で、甲がAから集金し、X社のために保管していた3万円を横領したという業務上横領罪の訴因（公訴事実1）から、甲がAから集金名目で3万円をだまし取ったという詐欺罪（公訴事実2）の訴因への変更を請求している。訴因変更の「可否」について、訴因の変更は、「公訴事実の同一性を害しない限度において」（刑事訴訟法第312条第1項）認められることから、公訴事実の同一性（公訴事実の同一性の意義は、従来から、「単一性」と「狭義の同一性」に分けられているが、本件で問題となるのは「狭義の同一性」である。）の意義・判断基準についての理論構成を示した上、上記両訴因について公訴事実の同一性が認められるかを具体的事実当てはめて論ずることが求められる。次に、訴因変更の「許否」について、検察官の訴因変更請求は、公判前整理手続を経た審理の中で行われているところ、公判前整理手続後の訴因変更が許されるか否かについて、公判前整理手続の制度趣旨に則った論述が求められる。

採点に当たっては、このような出題の趣旨に沿った論述が的確になされているかに留意した。

前記各設問は、いずれも、捜査及び公判に関して刑事訴訟法が定める制度・手続及び関連する判例の基本的な理解に関わるものであり、法科大学院において刑事手続に関する科目を履修した者であれば、本事例において何を論じるべきかはおのずと理解できるはずである。

まず、〔設問1〕のいわゆる別件逮捕・勾留と呼ばれる捜査手法の適法性は、種々の裁判例及び学説において論じられている。その判断基準は、逮捕・勾留の基礎となっている被疑事実（別件）を基準に判断する見解（別件基準説）と、実質的に当該被疑事実とは別の犯罪事実（本件）についての身体拘束と評価し得るかという観点から判断する見解（本件基準説）という、視座を異にする二つの考え方に大別され、さらに、どのような場合に逮捕・勾留が違法となるかという点をめぐり、別件についての逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を充足しているかを重視する考え方、別件の起訴・不起訴の判断に必要な捜査がいつ完了したかを重視する考え方、逮捕・勾留に当たっての捜査官の意図・目的を重視する考え方、逮捕・勾留の期間がいずれの事件の捜査のために利用されている（いた）かを重視する考え方などが主張されている。解答に当たっては、これ

らの主要な考え方を踏まえて自説・反対説の理論構成を提示した上で（なお、これには、適法性の判断基準のみならず、その基準を導く理論的根拠を示すことも含まれる。）、それぞれの理論構成の下で重視すべきであろう具体的事実を本事例の中からの的確に抽出して、結論を導くことが求められる。なお、自説の理論構成の提示と具体的事実への当てはめのみならず、反対説の理論構成の提示とその当てはめをも求めている趣旨は、別件逮捕・勾留の適法性の論点に関する諸学説を闇雲に暗記することを求めるものではなく、別件逮捕・勾留の適法性について、視座を異にする二つの考え方を検討するよう求めることで、両者の考え方にどのような違いがあり、なぜそうした違いが生じるのか、すなわち別件逮捕・勾留の問題が議論される本質的理由がどこにあるのかについて深く理解できているかを問う趣旨である。さらに、そのような理解を前提に、自己の拠って立つ理論構成を示すに当たって、自説の正当性のみならず、反対説に対する批判・反論を論じさせることにより、別件逮捕・勾留の問題への対処についての理解の深さも問う趣旨である。

〔設問2〕に関し、訴因変更の可否、すなわち公訴事実の同一性の有無の判断基準のうち、本件で問題になるいわゆる「狭義の同一性」の有無の判断基準については、判例は、変更前後の両訴因の間の「基本的事実関係が同一か」という観点から判断しており、その判断に当たっては、犯罪の日時、場所の同一性や近接性、行為、客体、被害者等の事実の共通性に着目するもののほか、事実の共通性に加えて、両訴因が両立しない関係にあること（非両立性）に言及するものもある。解答に当たっては、法科大学院の授業でも取り上げられる主要な判例や学説を踏まえ、自らの採用する判断基準を、そうした判断基準を導く理論的根拠をも明らかにしながら提示した上で、当該基準を本事案の具体的事実の的確に当てはめ、結論を導くことが求められる。理論的根拠を論じる際には、現行刑事訴訟法における訴因変更の制度の意義・機能や、それを公訴事実の同一性という概念によって限界づける実質的理由を検討することが、また、具体的事実への当てはめに際しては、例えば、判例の判断基準に則して言えば、本事案の両訴因におけるどの具体的事実がどのような意味で「同一」の「基本的事実関係」であると言えるのか、あるいは両訴因が具体的にどのような意味で「両立しない」のか等を検討することが求められる。他方、訴因変更の許否と公判前整理手続との関係については、下級審の裁判例はあるものの、受験生にとっては若干なじみのない論点であったかもしれない。しかし、公判前整理手続が設けられた趣旨及び公判前整理手続とその後の公判審理の関係や、動的な刑事裁判手続において、訴因変更がその後の審理手続にどのような影響をもたらすかについて思いを致せば、問題点は自ずと浮き彫りになってくるはずであり、その上で、本事案において訴因変更が請求されるに至った経緯及び変更を許した場合に予想される審理の内容等を具体的に検討して論述すれば、十分に解答可能な問題であると思われる。

2 採点実感

各考査委員の意見を踏まえた感想を記す。

(1) 概ね出題の意図に沿った論述をしていると評価できる答案としては、次のようなものがあった。

まず、〔設問1〕では、本事例について、いわゆる別件逮捕・勾留が問題となることを的確に捉え、その適法性の判断基準について、問題の所在ないし主要な考え方の対立点がどこにあるかを意識しながら、〔設問1-1〕では、自説を示し、本事例の具体的事実関係の中から重視すべき事情を的確に抽出して当てはめを行い、〔設問1-2〕では、反対説を示し、同様に、本事例の具体的事実関係の中から重視すべき事情を的確に抽出し、当てはめを行って、異なる結論を導き出し、さらには、反対説を採用しない理由についても説得的に論じている答案が見受けられた。

〔設問2〕では、本事例において、訴因変更の可否と許否が問題になることを的確に捉え、

前者については、新旧両訴因間における公訴事実の同一性、そのうち、いわゆる「狭義の同一性」の有無の問題であることを指摘し、その意義・判断基準について、自己の理論構成を示した上、具体的事実を当てはめて、本件の訴因変更の可否について説得的に結論を導き出し、また、後者については、検察官の訴因変更請求が、公判前整理手続を経た公判審理の中で行われていることを指摘し、それが公判前整理手続の制度趣旨を没却するものではないかとの観点に立って、本事例の具体的事実を検討し、許否の結論を説得的に導いている答案が見受けられた。

他方、問題解決に必要な法解釈に関する自己の見解を論述するに当たり、機械的に暗記した判例や学説の表現、判断基準を記述するのみで、そのような表現・基準が用いられていることの意味や、自己の見解を妥当とする理由付けについて、理論的に掘り下げた論述ができていない答案や、判例や学説の議論についての理解が不十分であるために、理論構成において論理矛盾を来していたり説明不足であったりする答案、自己が示した判断基準を具体的事実の的確に適用することができていない答案、そもそも、具体的事実の抽出が不十分であったり、その意味の分析が不十分・不適切であったりする答案が見受けられた。

- (2) 〔設問1〕について、大多数の答案が、本件においていわゆる別件逮捕・勾留の適否が問題になることを指摘していたものの、別件逮捕・勾留の適法性についての判断基準を述べ、それを本事案の事実当てはめるにとどまり、なぜそのような判断基準を採用するのかについての理論的根拠の説明が不十分であり、それゆえ別件逮捕・勾留の問題が議論される本質的理由を理解しているかが疑わしい答案が少なくなかった。

また、例えば、別件逮捕・勾留が問題視される根拠として、「別件逮捕・勾留は、実質的に捜査・取調べをしようとする本件についての司法審査を経ない点で令状主義を潜脱するものであり、違法である。」とする一方、自説の理論構成として、別件逮捕・勾留の適否について、「別件について逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を満たしていれば適法である。」と論じる答案が見られたが、別件逮捕・勾留の違法性について、本件についての司法審査を経ない点を捉えて令状主義の潜脱を理由とする指摘は、まさに、「別件について逮捕・勾留の要件を満たしていれば適法である。」とする考え方に対する批判と位置付けられるものであって、両者を単純に並列させて論述するのは、論理矛盾であるか又は少なくとも説明不足であると言える。

別件について逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を満たしていれば適法だとする立場を基本的に是としつつ、さらに、勾留期間中の本件強盗致死事件の取調べについて、身体拘束中の被疑者の余罪取調べの適否ないし余罪取調べの限界を超えているかという観点から論じ、余罪取調べとして許容されるから勾留は適法、あるいは違法な余罪取調べであるから勾留は違法と結論付ける答案が多く見られた。しかし、逮捕・勾留中の被疑者の取調べに違法があったからといって、逮捕・勾留までもが直ちに違法となるわけではない。身体拘束の適否を問う本問において、余罪取調べの適否を論じるのであれば、なぜ余罪取調べが違法と評価されると身体拘束が違法と評価されるのかについて説得的な説明が必要となるが、この点まで踏み込んだ論述がなされた答案は多くなかった。逆に、専ら、身体拘束中の被疑者の余罪取調べが許されるか否かという観点から自説及び反対説を立てて論じ、結論の記述においても、取調べが適法又は違法と述べるにとどまるなど、身体拘束中の被疑者の余罪取調べの可否の問題と、本問で問われている別件逮捕・勾留の問題すなわち身体拘束それ自体の適否の問題とをそもそも区別できていないと思われる答案も少なからず見受けられた。

自説又は反対説として本件基準説を取り上げる答案の中には、これを単に、「本件」である本件強盗致死事件について、刑事訴訟法が定める逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を満たしていれば適法、これを満たしていなければ違法とするものと理解しているよう

に思われる答案が散見された。しかし、そもそも、本件基準説の考え方は、逮捕・勾留の要件が満たされている別件による身体拘束であっても、請求時の捜査官の意図や、あるいは逮捕・勾留後の捜査・取調べ状況の実質に鑑み、本件の身体拘束と評価される場合には違法とするものであり、単に、本件についての逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）が整っているか否かを問題とするものではない。

逮捕・勾留後の取調べ等の捜査状況に鑑み、別件による身体拘束としての実体を喪失したと評価できる場合には違法となるとの判断基準を示し、勾留後の本件業務上横領事件と本件強盗致死事件の各捜査の具体的状況を列挙して、適法又は違法との結論を導く答案も少なくなかった。しかし、この場合、刑事訴訟法の定める逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を満たした別件による身体拘束が、どのような場合に、その「実体を喪失」したと評価されるのかの判断基準を示す必要があるし、そもそも、なぜ別件による身体拘束の「実体を喪失」したと評価されれば違法となるのかについての理論的根拠の説明が必要であるが、これらの点にまで踏み込んで論述した答案は多くはなかった。

ところで、設問は、本件業務上横領事件による逮捕・勾留及び3月20日までの身体拘束の適法性についての検討を求めるものであるから、身体拘束の理由となっている業務上横領事件について逮捕・勾留の要件を満たしているか、また、10日間の勾留延長がなされていることから勾留延長の要件を満たしているかについての論述が必要であるが、この点の検討を欠く答案が少なくなかった。特に本件基準説に立つ場合、別件の逮捕・勾留の要件の具備以外の事情を考慮して適法性を判断するため、理論的には、上記要件の検討を経ることなく違法の結論を導くことも可能であり、実際にも本件基準説を自説とする答案にはこの点の検討を行わないものが多かった。しかし、別件逮捕・勾留の問題についていかなる立場に立とうとも、身体拘束の理由となっている被疑事実について刑事訴訟法上の逮捕・勾留の要件が満たされていなければ違法であることは明らかである以上、法律実務家としては、まずはその点の検討を行うことが適切であると思われるし、また、本問において、自説として本件基準説に立ち、かつ違法の結論を採る場合でも、自説と異なる結論を導く反対説を検討する際には、上記要件の具備の点の検討は不可欠であろう。

なお、本事例の解答としては、理論的には、適法・違法のいずれの結論も考えられるところであり、さらに、判断基準の立て方によっては、勾留期間中のある時点以降が違法となるという一部違法の結論も取り得るところである。もっとも、相当早い段階から、その後の勾留を違法とする結論を基礎付ける説明は十分説得的であることが求められよう。

答案の中には、「逮捕」、「勾留」、「その後の身体拘束」とに分けて解答する答案も散見された。しかし、「その後の身体拘束」も「勾留」期間の一部であり、単に形式的にこれを区別して論じるのは無意味であろう。身体拘束の法律上の単位は、逮捕、当初の勾留及び延長後の勾留であるから、各身体拘束の開始から終了まで所定の要件を満たすか、順次検討するのが一般的な対応だと思われる。この点に関連して、本件の勾留期間を、本件強盗致死事件の取調べのみが行われている期間とそうでない期間とに細切れに分断し、当初勾留は適法であったものの、本件強盗致死事件の取調べが行われている期間については勾留は違法となるとし、さらには、その後の本件強盗致死事件の取調べが行われていない期間の勾留は再び適法となると結論付けるといった答案も見受けられた。しかし、刑事手続における身体拘束は、逮捕、勾留、勾留延長と続く一連の継続的処分であって、勾留期間を更に細分化して部分部分の適否を独立して評価すべきものではないことに鑑みると、上記のような結論を正当化するには、相当説得的な論述が必要であろう。

(3) 〔設問1－2〕で論ずべき反対説については、自己の結論と異なる結論を導く理論構成、すな

わち、自説と結論及び理論構成の双方が異なるものを示すことが求められるところ、理論構成は同じで、当てはめの評価を異にするにすぎないもの、あるいは理論構成は異なっているが同じ結論になってしまっている答案が散見された。また、自説については、理論構成及び当てはめを丁寧に論述しているものの、反対説については3～4行程度の論述しかなく、理論構成及び当てはめのいずれについても質及び量ともに明らかに不十分な答案も見受けられた。

反対説に対しては、これを採用しない理由の論述が求められているところ、反対説の内容とこれを採用しない理由とがかみ合っていない答案も見られた。例えば、反対説として請求時の捜査官の目的が専ら又は主として本件の捜査・取調べにある場合を違法とする見解を挙げた答案の多くが、これを採用しない理由として、「令状審査する裁判官において捜査官の目的を判断するのが困難である。」ことを指摘していたが、答案の中には、反対説における考慮要素として、事後的に判明した逮捕・勾留中の捜査状況や取調べ状況についても、請求時の捜査官の目的を推認する事情として挙げていながら、反対説を採用しない理由として上記指摘のみを挙げているものが少なくなかった。

- (4) 〔設問2〕については、「業務上横領罪の訴因に対して、詐欺罪で有罪の認定をするのに訴因変更が必要か。」という訴因変更の要否を論じている答案が多く見られた。しかし、本事例は、検察官が既に訴因変更を請求しているのだから、業務上横領罪の訴因のまま、詐欺罪の認定をしてよいかという訴因変更の要否の問題ではなく、業務上横領罪から詐欺罪への訴因変更ができるか、すなわち、両者の間に「公訴事実の同一性」(刑事訴訟法第312条第1項)が認められるかという訴因変更の可否が問題となる事案である。訴因変更の可否を論ずる前提として、訴因変更の要否を論じることが誤りとまでは言えないものの、訴因変更の要否を長大に論じる一方、訴因変更の可否についての論述が極めて薄い(あるいは論述がない)答案などは、訴訟手続の中で、訴因変更の要否と可否がそれぞれどのような場面で問題となるのかについての理解が不十分であると言えよう。

訴因変更の可否を論ずるに当たり、新旧両訴因の間に公訴事実の同一性が要求される趣旨について、例えば、「二重処罰の回避」とか「処罰の一回性の要請」などと述べ、しかしそのみにとどまっている答案が少なからず見られたが、これだけでは説明として不十分であろう。この点について、例えば、「旧訴因との関係では一回的な処罰の対象となるべき事実関係であるにもかかわらず、訴因変更を許さずに別訴の提起を許すことになるとすれば二重処罰の危険が生じる。」などと具体的な言葉で丁寧に論述し、訴因変更制度及び「公訴事実の同一性」基準の意義についての理解の深さを窺わせる答案が少数ではあったが見られた(なお、このような二重処罰の危険の回避に着目した立論以外にも種々の考え方があり得るところ、そうした立場に立つ答案の中にも、制度趣旨を踏まえた説得的な理論的説明を行う答案が少数ながら見られた。)。他方、公訴事実の同一性の有無の判断基準を示すのみであり、その意義について制度の趣旨に遡った論述をおよそ欠いている答案や、訴因変更の要否に関する議論と混同しているのではないと思われる答案なども散見された。

公訴事実の同一性の有無の判断基準については、「両訴因の間の基本的事実関係が同一かを判断し、補充的に、両訴因が両立しない関係にあるか否かを判断する。」と述べる答案が圧倒的に多く、また、基本的事実関係の同一性について、「社会通念上の同一性」とか「社会的事実の同一性」と説明するものが多かった。もっとも、「社会通念上の同一性」や「社会的事実の同一性」の意味についての理解を明確に示している答案は多くなく、同一性についての当てはめも、両訴因の記載を単純に列挙するだけの答案や、「公訴事実1と公訴事実2については、犯行日時・場所、被害金、被害者が同一である。」としか書かれていない答案も少なくなかった。しかし、本事例の両訴因は、犯行日こそ同一であるものの、犯行場所は、公訴事実1は「A方付近」で

ある一方、公訴事実2は「A方」であり、被害金については、公訴事実1は「X社のために預かり保管している現金3万円」である一方、公訴事実2は「Yから交付を受けた現金3万円」であり、被害者については、公訴事実1は「X社」である一方、公訴事実2は「A」であり、訴因に記載された字面を単純比較しただけでは、両者が同一であるとは直ちに言えないはずである。この点について、例えば、「両事実は、いずれも、平成30年11月20日に、XがAから売掛金の集金として現金3万円を受け取り、これを自己のものとして領得したものであり、社会的事実として同一であって、単に、その3万円について、Xのために預かっているものを横領したのか、Aからだまし取ったのかという点に違いがあるにすぎない。」などと具体的な言葉で、その同一性について明確に論述している答案もあり、このような答案は、公訴事実の同一性の概念に関する理解の深さを窺わせるものである。他方、上記のような字面の違いをもって、社会的事実としての同一性を否定し、基本的事実関係は同一ではなく、また、業務上横領罪と詐欺罪は両立し得るので、公訴事実の同一性は認められないと結論付けるなど、この問題に関する理解が明らかに不十分と見られる答案も見受けられた。

次に、訴因変更の許否について、設問は、公判前整理手続を経ていることを踏まえて論述するように求めているにもかかわらず、公判前整理手続について全く触れていない答案が少なからずあった。

また、公判前整理手続後の訴因変更の許否について、被告人の防御の観点のみから論ずる答案も多く見られた。しかし、公判前整理手続は、あらかじめ事件の争点及び証拠を整理することにより、公判審理を継続的、計画的かつ迅速なものにして、充実した公判審理を実現することを目的とする制度であるのだから、訴因変更を許可することによって、公判前整理手続で行った争点と証拠の整理が無意味化してしまうのではないかという、公判前整理手続の制度趣旨に立ち返った観点からの検討が欲しいところである。

これに関連して、訴因変更を許すと被告人の不意打ちになると論じている答案も少なからず見受けられた。しかし、不意打ちというのは、およそ被告人に防御の機会を与えずに、被告人にとって不利益な事実を認定することをいうのであって、訴因変更を通じて防御の機会を得ることのできる（むしろ訴因変更は被告人の防御の機会を保障する最も手厚い手段とも言い得る。）本事例には当てはまらない。

公判前整理手続後の訴因変更が制限される根拠として、刑事訴訟法第316条の3第1項を挙げる答案も見受けられたが、同条項は、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求を制限するにとどまり、当事者の主張の追加・変更まで制限するものではないことに留意する必要がある。仮に同条項を根拠とするにしても、やはり、同条項の趣旨について、公判前整理手続の制度趣旨に遡って論じ、その趣旨が訴因変更請求にも当てはまることについての丁寧な説明が必要であろう。

本事例の訴因変更請求について、公判前整理手続の制度趣旨を没却するものではなく、訴因変更が許されると結論付けた答案の多くは、その理由として、X社社長が証人尋問において、突然、甲の集金権限の有無についての供述を変えたことを挙げ、検察官において、公判前整理手続の中で訴因変更請求できなかったことはやむを得ないとするものが多かったが、さらに、被告人自身も被告人質問で自己に集金権限がなかったことを認めていることや、検察官及び弁護人から追加の証拠調べ請求がなかったことを摘示して、訴因変更を認めても、公判前整理手続で決められた審理計画に変更を来すものではないことまで論じられた答案は多くなかった。本事例の訴因変更請求について、公判前整理手続の制度趣旨を没却するものであるかという観点から検討するのであれば、検察官において、公判前整理手続の中で訴因変更の必要性を意識できる契機があったかという観点からの検討はもとより、訴因変更によって、公判前整理手続で

定められた審理計画がどれだけの修正・変更を余儀なくされるかという観点からの検討も欲しいところである。

3 答案の評価

(1) 「優秀の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、身体拘束の理由となっている本件業務上横領事件の被疑事実について、刑事訴訟法の定める逮捕・勾留及び勾留延長に係る根拠条文を摘示して、それぞれ要件を満たしているかを具体的に検討している答案、別件逮捕・勾留の適法性について、問題の所在ないし主要な考え方の対立点を意識しながら、自説と反対説のいずれについても的確かつ十分な理論構成（判断基準及びその理論的根拠の双方）を示している答案、本事例の具体的事実の中から、自説と反対説それぞれの理論構成の下で重要となる事情を的確に選別して摘示し、甲の逮捕・勾留が適法ないし違法と評価される結論とその理由を明確に示している答案、反対説を採用しない理由についても、自説を正当と考える理由と反対説を不当と考える理由を連動させて説得的に論じている答案である。

〔設問2〕については、訴因変更の可否と許否が問題になることを明確に意識し、訴因変更の可否については、新旧両訴因間における公訴事実の同一性の有無が問題となることを根拠条文を挙げて示した上、公訴事実の同一性が要求される理由とその判断基準を明確に論じている答案、当てはめにおいても、上記理論的根拠を踏まえつつ、本事例の両訴因の事実を丁寧に摘示して、公訴事実の同一性が認められる理由を理論的に論じている答案、訴因変更の許否については、公判前整理手続の制度趣旨を論じた上、本件訴因変更が公判前整理手続の制度趣旨を没却するものでないことについて、本事案において訴因変更が請求されるに至った経緯及び変更を許した場合に予想される審理の内容を踏まえ、公判前整理手続において検察官に訴因変更の必要性を意識する契機があったか否か及び公判前整理手続で決まった審理計画がどれだけ修正・変更を余儀なくされるかの両観点に着目して、丁寧に論述している答案である。

なお、このように、出題の意図に沿った十分な論述がなされている答案は僅かであった。

(2) 「良好の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、別件逮捕・勾留の適法性について、自説と反対説の理論構成（判断基準及びその理論的根拠の双方）を示すことが一応できており、当てはめも、それぞれの理論構成の下で重視すべき事情を意識した具体的事実の摘示が一応できている答案である。他方、「優秀の水準」と比較した場合、当てはめにおいて、事実の羅列にとどまり、個々の事情が自己の理論構成で示した判断基準に対して具体的にどのような意味を持つのかについての説明が物足りない答案、自説については理論構成及び当てはめが丁寧かつ的確に論述されている一方、反対説の論述が質及び量ともに、やや不十分であって物足りない答案などである。

〔設問2〕については、訴因変更の可否と許否が問題になることをきちんと理解し、訴因変更の可否については、公訴事実の同一性の概念とその当てはめについて一応の論述がなされており、訴因変更の許否についても、公判前整理手続の制度趣旨を論じた上で、検察官の訴因変更請求が公判前整理手続の制度趣旨を没却するものではないかとの見地からの一応の論述がなされている答案である。他方、「優秀の水準」と比較した場合、訴因変更の可否の問題に関しては、公訴事実の同一性が要求される理由についての論述がやや不十分であったり、当てはめにおいて、自己の結論を導くために抽出すべき事実は概ね摘示されているものの、単なる事実の羅列に終始してしまい、例えばなぜそれらが「同一」の「基本的事実」と言えるかについての説明が不十分だったりするもの、訴因変更の許否の問題に関しては、本問の訴因変更請求が公判前整理手続の制度趣旨を没却するものではないことについて、当てはめにおける事実

の摘示・分析がやや不十分であった答案である。

(3) 「一応の水準」に達していると認められる答案

〔設問1〕については、別件逮捕・勾留の適法性について、自説・反対説の理論構成において一応の判断基準が示されている一方、判断基準を導く理論的根拠の説明が不十分である答案、当てはめにおいて、本事例に現れた具体的事情の抽出が全体的に不十分な答案、別件逮捕・勾留の適法性についての理解が表層的な答案（例えば、反対説の内容とこれを採用しない理由とがかみ合っていない答案）である。

〔設問2〕については、公訴事実の可否及び許否が問題となることに気付き、公訴事実の同一性の意義や公判前整理手続の制度趣旨についての言及があり、かつ妥当な結論に至ってはいるものの、全体的に見て、公訴事実の同一性の概念や公判前整理手続の制度趣旨の理論構成に不十分・不正確さがみられる答案、当てはめにおいて、自己の結論を導き得るだけの具体的事実の抽出が全体的に不十分であったりする答案である。

(4) 「不良の水準」にとどまると認められる答案

上記水準に及ばない不良なものをいう。一般的には、刑事訴訟法上の基本原則の意味を理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に（更に正確さを欠いた形で）記述するだけの答案や、関係条文・法原則を踏まえた法解釈を論述・展開することなく、事例中の事実をただ羅列するだけの答案など、法律学に関する基本的学識と能力が欠如しているものである。具体的な例を挙げれば、〔設問1〕では、別件逮捕・勾留の適法性の問題と余罪取調べの可否の問題とを混同し、もっぱら後者の観点から自説と反対説を立てて論じている答案、別件逮捕・勾留の適法性に関する主要な考え方について、誤った理解をしている答案（例えば、「本件基準説」に立つと述べた上で、本件強盗致死事件について逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を満たしているかの検討しかしていない答案）、〔設問2〕では、訴因変更の要否について長大に論じる一方、訴因変更の可否及び許否の問題についての検討が極めて薄い（あるいは全くなされていない）答案、訴因変更の許否について、公判前整理手続の制度趣旨に関する記述を欠く、又はそれが著しく不十分な答案などがこれに当たる。そのほか、問題文の問いに正確に答えていない答案、例えば〔設問1-1〕と〔設問1-2〕とで、理論構成は同じで、当てはめの評価を異にするにすぎない答案や、理論構成は異なっているが同じ結論になっている答案などもこれに属する。

4 法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえると、今後の法科大学院教育においては、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を、判例も踏まえながら基本から深くかつ正確に理解すること、見解に対立の見られる問題について、単にそれらの見解を表面的に暗記するのではなく、それらの見解の基本的な考え方や、見解の対立が生じる本質的理由を正確に理解すること、これらの制度や考え方を具体的事例に当てはめて適用できる能力を身に付けること、法律実務家として、論理的で筋道立てた分かりやすい文章を記述する能力を培うことが強く要請される。

特に、法適用に関しては、生の具体的事実に含まれた個々の事情又はその複合が法規範の適用においてどのような意味を持つかを意識的に分析・検討し、それに従って事実関係を整理できる能力の涵養が求められる。

また、実務教育との有機的連携の下、通常捜査・公判がどのように進行するのかを理解すること、そして、その過程を俯瞰し、刑事手続の各局面において、各当事者がどのような活動を行い、それがどのように積み重なって手続が進むのかなど、刑事手続を動態として捉えることの重要性を強調しておきたい。