

再現答案 刑事訴訟法

設問 1

1 事例 1 のおとり捜査は、強制処分（刑事訴訟法（以下、法名略）197 条 1 項但書）に該当し、法律の根拠がなければ許されないのではないか。

2 この点について、強制処分法定主義の趣旨は、個人の意思に反して権利を制約する処分について刑訴法上の要件手続に服させることにある。他方で、人権制約を伴う一切の処分についてこのような手続等に従せると捜査の実効性を大きく損なう。そこで、個人の意思に反し、重要な権利利益を実質的に制約する処分が強制処分にあたると解する。

3 本件において、相手方を騙し、または錯誤を利用しておとり捜査をすることは合理的に推認される個人の意思に反する。また、このような捜査は意思決定の自由に対する制約となることは否定できない。しかし、P は甲に欺罔的手段を用いているものの、甲の意思を完全に制圧するような態様ではなく、最終的に甲は自らの意思に基づいて P に大麻を売ることを決定しているのであるから、重要な権利利益を実質的に制約するものとは言えない。よって、強制処分には該当しない。

4 次に、任意処分であっても、個人の人権を侵害し又は侵害する恐れがある以上、必要性緊急性等をも考慮の上具体的状況のもとで相当な限度でなされなければならない（197 条 1 項本文）。そして、おとり捜査の場合にはこのような比例原則は厳格に判断されるべきと考える。

5 本件において、P は大麻を売ることを渋っている甲に対して大麻販売の具体的な金額を提示するなどして大麻に関与するよう働きかけている。また、P は自己の身分を秘すなどしてこのような働きかけを行っており、相当性を有する行為とは言えなさそうである。

しかし、甲は、身元や所在地等が不明であり接触することも困難という状況にあった。そのため、おとり捜査によるのであれば摘発は困難であり、おとり捜査の必要性が高い。また、大麻の営利目的所持は直接の被害者がいない犯罪であり、おとり捜査による不利益の程度は小さい。このような状況のもとで、現在でも機会があれば大麻を売ろうと考えている甲に対してある程度執拗な働きかけをしたとしても、具体的な状況のもとで相当な限度を超えたものとは言いがたい。

6 以上より、事例 1 記載のおとり操作は、197 条 1 項本文に反せず適法である。

設問 2

第 1 小問 1

1 裁判所が資料 2 の罪となるべき事実を認定し、判決をすることは資料 1 と放火の方法の点で違いがある事実を認定することとなり、訴因変更が必要でないか。

2 この点について、当事者主義の下、審判対象は検察官の主張する訴因である。また、訴因の趣旨は第 1 次的に審判対象を確定することにあり、第 2 次的に防御範囲を示すことに

ある。そこで、審判対象確定の見地から、審判対象を確定するのに必要な事実に変動がある場合には訴因変更をすると解する。また、防御対象の提示の見地から、一般に被告人の防御にとって重要な事実に変動がある場合には訴因変更を要するが、審理の経過等に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではなく、かつ被告人にとってより不利益でないといえる場合には例外的に訴因変更は不要と解する。

3 本件において、資料1の公訴事実と資料2の事実とはいずれも他人所有非現住建造物等放火罪に関するものであり、構成要件的な違いはない。そのため、審判対象を確定するのに必要な事実に変動があるとは言えない。

他方で、放火の方法という点について、点火した石油ストーブを倒して火を放つという方法から何らかの方法で火を放ちという記載に変更することは、実行行為の態様の点で変更をもたらすものであり、一般に被告人の防御にとって重要な事項に変更があるといえる。しかし、具体的な審理経過をみると、公判において乙が放火について否認したのち、専門家から石油ストーブを倒す以外の方法でも放火することができる旨指摘されており、これに対する防御の機会はあったといえる。それにもかかわらず追加の主張をしていないことからすると、このような認定が被告人にとって不意打ちであるとはいえず、法定刑や情状の点も異ならないのでより不利益でないといえる。

4 以上より、訴因変更は不要であり、裁判所は、資料2の罪となるべき事実を認定し判決をすることが許される。

第2 小問2

1 まず、検察官の冒頭陳述が訴因の内容となるか検討する。この点について、検察官の冒頭陳述が訴因を構成するのは訴因の特定に不可欠な事項である場合に限られる。

2 本件で、検察官は共謀の日時場所について明らかにしている。しかし、共謀の日時場所が異なったとしても、構成要件的な違いは生じないし、特定の構成要件に該当することについて否定されるものではない。そのため、このような事項は訴因の特定に不可欠な事項とはいえないので訴因の内容を構成するものではない。

3 では、資料3の通りの事実を認定するために訴因変更を要するか。

4 まず、共謀の日時場所等は訴因の特定に不可欠な事項ではなく、資料3のような事実を認定することは審判対象確定の見地から訴因変更を要するものとはいえない。また、被告人の防御にとって一般に重要な事項ともいえない。

5 以上より、資料3の通りの判決をすることも許される。

< 2022年司法試験・刑事訴訟法 >

第1 設問1

1. 本件におけるおとり捜査が「強制の処分」(刑事訴訟法(以下省略する。)197条1項但書)に該当しないか、検討を要する。

(1) 同項但書は、「強制の処分」につき、国民の代表機関たる国会による法律の特別の定めを要求している。そのため、ここでの「強制の処分」は、そのような厳格な手続に値するものであることを要するから、相手方の重要な権利・利益を制約するものであることを要する。

また、当該捜査活動につき相手方の承諾がある場合には、権利・利益の制約を観念し得ないことから、「強制の処分」は、相手方の意思に反してなされることを要する。

以上から、ここでいう「強制の処分」とは、相手方の意思に反して、その重要な権利・利益を制約する捜査活動のことをいう。

(2) 本件におけるおとり捜査は、たしかに、Pによる積極的な働きかけと説得により、甲による大麻の取引を実現させているものの、これが甲の意思に反してなされたとは言い難い。また、これにより、甲の重要な権利・利益が制約されることにはならない。したがって、本件におけるおとり捜査は、「強制の処分」には該当しない。

2. (1) 本件におけるおとり捜査が「強制の処分」に該当しないとしても、それが相手方の権利・利益を制約し、又は制約するおそれがあるから、無制限に認められるものではない。そのため、本件におけるおとり捜査は、「その目的を達成するため必要な」範囲において(同項本文)、すなわち、その必要性、緊急性も踏まえた上で、具体的状況のもので相当な範囲において、適法と認められる。

(2)ア 本件において、H県警察I警察署は、大掛かりな大麻密売の疑いのある者として甲の存在を把握していたものの、その身元や所在地を把握できずにいた。そのような折に、Pは、Aから、甲に関する供述を得るとともに、大麻取引の誘いを受けているとの供述を得ており、甲の捜査の機会が生じた。もっとも、Pらは、甲がAにかけてきた電話番号からは、甲につき把握することはできなかった。

そのため、大麻密売には被害者が存在せず、それが秘密裏に行われることから、甲による大麻密売の全容を解明するためにはおとり捜査を実施する必要性が認められた。

イ そのために、Pは、Aに対してPを甲に紹介させ、甲に大麻5キログラムの取引を持ち掛けるとともに、サンプルとして100グラムを要求している。また、Pは、知り合いの密売人が逮捕されたことから乗り気でない甲に対して、安全な宿泊施設がある旨を申し向けている。さらに、Pは、後日、甲からサンプルとしての乾燥大麻100グラムを譲り受けている。

これらのPの行為は、Pが警察官であることを偽っているものの、上記アの事情からすれば、優に合理性が認められるのであるから、相当な範囲にとどまるものであるといえる

ウ Pが甲からサンプルを譲り受けた後に、Pが甲を尾行したものの、Pは、甲を途中で見失い、甲につき把握することはできなかった。そのため、Pらがおとり捜査を継続する必要性が認められた。

エ Pは、その翌日、甲が取引を中止する旨の電話をしてきたことから、約束した代金の1.5倍の代金を支払う旨を申し出るとともに、それと同じ単価で10キログラムの大麻を購入する旨を甲に申し出ている。また、Pは、Aに指示をして、甲に対してPが信用できる人物であることを伝えさせている。

このようなPの行為は、たしかに、取引の中止を伝えてきた甲に対してなされたもので、その後の10キログラムの大麻の取引につき、甲の犯意を形成したともいい得る。しかしながら、これらPの行為は、当初からAやPとの大麻取引の犯意を有していた甲に対して、その犯意を持続させたものにすぎず、これにより甲に新たな大麻取引の犯意を生じたものではない。

したがって、Pがこれらの行為に出たことは、上記アの事情や、その後も甲につき把握することができなかったことからしても、やむを得なかったものといえることができるから、相当な範囲にとどまるものといえることができる。

オ 以上から、本件におけるおとり捜査は、「その目的を達成するため必要な」範囲にとどまるものである。

(3) 以上によれば、本件におけるおとり捜査は、適法である。

第2 設問2・1

1. 乙の公判で実施された火災科学の専門家の証人尋問において、人為的に灯油がまかれたと考えるのが自然であること、そこに点火した石油ストーブを倒して灯油に点火させたと考えて矛盾はないことが証言されている。ただ、それ以外の点火の可能性についても、可燃物に火をつけて散布された灯油に着火させることも可能であることが証言され、そのような他の方法があり得ると考えることが合理的に認められる現場の状況がある。

そのため、裁判所は、乙が室内に灯油を散布し、その灯油に何らかの方法により着火させたことは認定できるが、乙が石油ストーブを他として着火させたとはまでは認定できないとの心証を得たものと考えられる。

2. 裁判所の上記1の心証から、裁判所が資料2において資料1と異なった点火の方法を認定して、判決をすることが許されるか。

(1) 刑事訴訟法においては当事者主義が採用されていることから(256条6項、298条1項、312条1項)、公訴事実において検察官が訴因として明示する具体的な犯罪事実が審判対象となる(256条2項3号、3項)。そのため、訴因は、それが明示されることで、審判対象を確定するとともに、被告人に対して防御対象を明示する機能を有することになる。

ところで、裁判所が訴因として明示された具体的な犯罪事実と少しでも異なる心証を抱いた場合には、前記からすると、裁判所はその事実を認定して判決をすることは許されないようにも思える。しかしながら、些細な差異が生じた場合にまで、それが許されないとすることは妥当ではない。

そうすると、公訴事実において訴因として明示された具体的な犯罪事実と、裁判所の罪となるべき事実との間において、重要な差異が生じた場合には、裁判所は、その心証の通りに事実を認定して、判決をすることは許されないというべきである。ここで、重要な差異であるか否かは、上記の訴因の機能から、それら二つの観点から判断されるべきである。

(2)ア 資料1と資料2においては、散布された灯油への点火の方法で差異が生じているところ、審判対象の確定の観点からは、乙が放火したか否かが問題となるのであって、その放火の方法は必須ではない。そのため、この観点からは、上記差異は、重要な差異ではない。

イ もっとも、訴因において放火の方法が明示された場合には、そのような態様での放火の有無が問題となるから、一般に被告人の防御にとって重要な事項となる。

ウ それでも、放火の方法については、審判対象の画定の観点からは必須ではない。そのため、それと異なる事実を認定し判決をすることが被告人に対して不意打ちとならず、かつ、その認定が被告人にとって不利益となるものでない場合には、裁判所は、その心証の通りに事実を認定して判決をすることも、許されるというべきである。

本件においては、乙が放火したこと自体を争い、その方法については争いとなっておらず、また、証人尋問後にこの点に関する裁判所の確認がされた際にも特に主張・立証の追加がなかったのであるから、資料2の通りに認定することは、乙に不意打ちを与えるものではない。また、何らかの方法として放火の方法が認定されることは、具体的に石油ストーブを倒したとの放火の方法に比べて、乙に不利益となるものではない。したがって、上記差異は、重要な差異ではない。

(3) 以上から、裁判所は、資料2の罪となるべき事実を認定して判決をすることは、許される。

第3 設問2・2

1. 検察官が、裁判長からの求釈明に応じて、冒頭陳述において、共謀の成立した日にちを令和3年11月1日として公訴事実記載の事実を補充したにもかかわらず、裁判所は、それが同月2日であるとして、その成立した日にちを明示せずに共謀を認定して判決をしようとしている。そのため、これが許されるか否かは、上記第2・2(1)と同様の観点から判断される。

2. (1) 共謀とは、特定の犯罪を共同遂行するとの合意をいうのであって、謀議行為そのものを指すものではない。そのため、審判対象の画定の観点からは、共謀があったことそれ自体が問題となるのであって、謀議行為により共謀が成立した日にちは必須のものではない。したがって、この観点からは、当該差異は、重要なものではない。

(2) もっとも、検察官により共謀が成立した日にちが明示された場合には、共謀の成否につき、一般に被告人の防御にとって重要な事項となる。

(3) それでも、審判対象の確定の観点からは必須ではないことから、第2・2(2)ウの観点から検討する。

乙は、捜査段階から共謀を否認し、公判でも同様に否認して、令和3年11月1日のアリバイを主張していたのであって、同日に共謀が成立したか否かが争点となっていた。そのため、検察官の同日との明示にもかかわらず、裁判所が同月2日としてその成立日に関係なく共謀を認定することは、乙に不意打ちを与えることになる。したがって、当該差異は、乙の防御の観点から、重要な差異である。

3. 以上から、裁判所は、資料3の通りに事実を認定して判決をすることは、許されない。

以 上

刑訴 設問 1

1. 本件おとり捜査は適法か。

2.(1) まず、おとり捜査は強制処分か。本件おとり捜査が強制処分の場合、おとり捜査は法定されておらず、強制処分法定主義（刑事訴訟法（以下、法令名略）197条1項但書）に反するため、違法となる。

(2) 強制処分法定主義の趣旨は、重要な権利・利益の侵害を伴う処分は、予め立法で定めることにより、人権保障を図ることである。

そこで、強制処分とは、①個人の意思を制圧し、②身体、住居、財産等、憲法上保障されている権利と実質的に同程度の権利に制約を加える処分をいう

(3) おとり捜査と知っていれば、相手方は捜査されることを拒むであろう。しかし、強制・脅迫の手段を用いない限り、相手方の意思の自由は確保されており、人格的自律権が実質的に侵害されているとはいえない。

本件では、強制・脅迫等の手段が用いられていないため、意思の制圧は認められない(①不充足)。

(4) したがって、本件おとり捜査は強制処分でない。

3.(1) しかし、強制処分でなくとも、犯人に犯罪を実行させるよう働きかけているため、何らかの形で人格的自律権を侵害又は侵害するおそれがある。この場合に、常に任意処分として許容されるのは妥当でない。

(2) そこで、捜査比例の原則より、必要性・相当性の限度で、197条1項但書を根拠に許容される。

4.(1) 甲の犯罪は、大麻に関する犯罪であり、大罪である。また、大麻犯罪は、被害者がいない類型の犯罪であり、密行性が高く、おとり捜査をする必要性が強い。また、甲は、過去の大掛かりな大麻密売の疑いのある者であり、長期に渡って身元も所在も不明である。そのため、おとり捜査によって甲に直接接触し、検挙する必要性がかなり強い。

(2) また、甲は大麻の売買をしぶっているものの、捜査員は執拗に売買するように申し向けているわけではない。また、A以外に協力者はおらず、甲が確認しようとすればできたX組の者には捜査員は働きかけておらず、甲に対して悪質な方法による検挙とは言えない。

したがって、おとり捜査の必要性においての手段としての相当性も満たされる。

5. 以上より、本件おとり捜査は適法である。