

1 採点方針及び採点実感

本問では、具体的事例について、甲、乙、丙及び丁の罪責を問うことにより、刑法の基本的な知識と問題点についての理解、事実関係を的確に分析・評価して具体的事実の法規範を適用する能力及び結論の妥当性とその導出過程の論理性・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、各設問の内容に応じ、各事例の事実関係を法的に分析し、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開して規範を定立した上で、これを具体的な事実関係に当てはめて妥当な結論を導くこと、その導出過程が論理性を保持していることが求められる。

(1) 全体について

本問は、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て論じる必要があったが、厚く論じるべきものについて検討を欠く、あるいは、ごく簡潔に触れるにとどまる答案、簡潔に論じるべきものを長々と論じる答案が散見された。また、規範定立に至るまでの論述と当てはめ部分を明確に区別することなく混在させて記載する答案、問題文において言及するよう記載された事項に触れない答案、問題文において論じる必要がないとした罪名の成否を検討する答案が散見された。

(2) 設問1について

ア 甲がAに肋骨骨折等の傷害を負わせた行為について

本問において、甲は、Aの頭部を拳で殴り、その場に転倒したAの腹部を蹴る暴行を加え、Aに肋骨骨折等の傷害を負わせており、甲に傷害罪が成立する。この点については、傷害罪の各構成要件要素を充足することを簡潔に示せば足りるところ、これを簡潔に示した答案が比較的多く見られたが、これを長々と論じている答案も散見された。

イ 甲がA所有の財布を領得した行為について

本問において、甲は、上記暴行に及んだ後、既に抵抗する気力を失っていたAに対し、所持品を提示するよう求め、Aが手元に置いたA所有の財布（以下「本件財布」という。）の中身を見て、その中に入っていた現金6万円が欲しくなり、Aが恐怖で抵抗できないことを知りながら、Aに「この財布はもらっておくよ。」と言って、本件財布を自己のズボンのポケットに入れていたところ、比較的多くの答案において、本問の事案を具体的に分析し、甲が同暴行に及んだ時点では財物奪取の意思がなかったこと及び甲がAに同文言を申し向ける行為それのみを単体で評価すると相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の脅迫であるとは認められないことをそれぞれ指摘した上で、自ら作出した反抗抑圧状態を利用して財物を奪取した場合における強盗罪の成否が問題となる旨を的確に示しており、こうした答案は高い評価となった。これに対し、事案を具体的に分析することなく、甲が上記文言を申し向けた行為が強盗の手段としての暴行・脅迫に当たるかについてのみを問題とするにとどまる答案や、いわゆる事後的奪取意思を生じて財物を奪取した場合の処理が問題となる等として論点を指摘するにとどまる答案が散見され、こうした答案は低い評価となった。

自ら作出した反抗抑圧状態を利用して財物を奪取した場合の強盗罪の成立については、強盗の手段としての新たな暴行・脅迫を必要としつつ（東京高判昭和48年3月26日高刑集26巻1号85頁等）、新たな暴行・脅迫の内容・程度につき、反抗抑圧状態を維持・継続させるものであれば足りるとする考え方（大阪高判平成元年3月3日判タ712号248頁等）、行為者が現場に存在すること自体を脅迫とする考え方、自ら作出した反抗抑圧状態を利用する場合には新たな暴行・脅迫を必要としないとする考え方があり得るところ、自説とは反対の考え方を意識したり、自説の論拠を明らかにしたりすることなく、直ちに規範を定立している答案が多く見られ、こうした答案は低い評価となった。これに対し、自説とは反対の考

え方を意識しつつ自説の論拠を明らかにして規範を定立している答案は少なかったが、こうした答案は高い評価となった。

当てはめについては、特殊詐欺グループを率いる甲とその配下のAという関係性、甲が財物奪取の意思を生じる前にAに加えた暴行・脅迫の程度が相当強度であったこと、現場であるB公園に人気はなく午後8時頃という時間帯であったことなど、事案の具体的な事実関係に着目して充実した当てはめを行った上で結論を導く答案が少なからず見られ、こうした答案は高い評価となった。これに対し、特に理由を示すことなく、甲がAに申し向けた上記文言は自ら定立した規範に当てはまるとするだけで結論を導く答案も散見され、こうした答案は低い評価となった。また、反抗抑圧状態を維持・継続させる程度の新たな暴行・脅迫を必要とする考え方に立った場合、甲がAに上記文言を申し向けた行為が同脅迫に該当するかについて検討すべきであるのに、甲が財物奪取の意思を生じる前にAに対して「持っているものを見せろ。」と言った行為について検討している答案が散見され、こうした答案は著しく低い評価となった。

さらに、本問では、上記のいずれの考え方に立って論じるとしても甲に強盗罪が成立する余地がある以上、まずは強盗罪の成否を検討し、これを否定する場合に窃盗罪又は恐喝罪の成否を検討すべきであるところ、甲に強盗罪が成立するかを検討することなく、直ちに窃盗罪又は恐喝罪の成否を検討する答案が散見され、こうした答案は低い評価となった。

このほかにも、甲に強盗罪が成立するとした上で、強盗の機会にAを負傷させたとして甲に強盗致傷罪が成立するとした答案も散見されたが、強盗の機会説は、強盗に着手した者が強盗の機会に致死傷結果を生じさせた場合にも強盗致死傷罪の成立を認めるものであり、甲がAに暴行を加えて負傷させた時点では強盗に着手していない以上、甲に強盗致傷罪が成立する余地はない。したがって、強盗致傷罪が成立するとした答案は低い評価となった。

また、甲がB公園に到着した乙にAを見張っておくよう指示し、これを乙が了承した点について、監禁罪の共同正犯の成否を検討する答案が散見されたが、監禁罪は屋外の囲われていない場所であっても成立し得るとはいえ、本問については、囲われた場所から脱出を不能にさせる等、監禁罪が成立する典型的な場面ではない上、乙がAを取り囲んだり監視したりするなどしてその場からAの脱出を不能にさせる具体的な監禁行為に及んだと認めるに足る事情も存しないため、必ずしも監禁罪の共同正犯の成否について検討する必要はなかった。

ウ 乙がAから暗証番号を聞き出そうとした行為について

本問において、乙は、甲から手渡された本件財布内に入っていたA名義のキャッシュカード（以下「本件カード」という。）を使用してAの預金を引き出して奪おうと考え、本件カードを本件財布から取り出して、倒れたままのAに見せつつ、持っていたバタフライナイフの刃先をAの眼前に示しながら「死にたくなければ、このカードの暗証番号を言え。」と言って本件カードの暗証番号を聞き出そうとしているところ、乙の行為が強盗罪における脅迫に該当し得ることを認定した上で、問題文に乙が本件カードの暗証番号についてAから聞き出す行為が財産犯における「財産上不法の利益」を得ようとする行為に当たるかという点にも触れるよう明記していたため、これをそのまま問題提起として引用し、強盗罪の成否を検討する答案が多く見られた。ただ、これがなぜ問題になるのかについてまで踏み込んで問題の所在を的確に示している答案は少なかった。なお、乙がAから暗証番号を聞き出そうとした行為に及んだ時点において、乙は、甲から手渡されて既に本件カードを所持しており、本件カードを客体とする奪取罪が成立する余地はないにもかかわらず、これを検討する答案が散見されたが、こうした答案は著しく低い評価となった。

相手方の反抗を抑圧するに足る暴行・脅迫を用いて暗証番号を聞き出す行為については、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことにより、事実上、ATMを通して預金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的

な財産的利益を得たとみて強盗罪の成立を肯定する考え方（東京高判平成21年11月16日判時2103号158頁）や、暗証番号を聞き出したとしても財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益を得たとは認められない、暗証番号は移転性のある利益ではない等として強盗罪の成立を否定する考え方（前掲東京高判平成21年11月16日の原判決はこのような考え方を採った。）があり得るところ、自説とは反対の考え方を意識したり、自説の論拠を明らかにしたりすることなく、直ちに結論を示している答案が少なからず見られ、こうした答案は低い評価となった。これに対し、自説とは反対の考え方を意識しつつ自説の論拠を明らかにして規範を定立している答案も比較的多く見られ、こうした答案は高い評価となった。

当てはめについては、乙がAから聞き出そうとしている暗証番号に係る本件カードを既に所持していることに着目した上で「財産上不法の利益」を得ようとする行為に当たるかを検討している答案が比較的多く見られ、こうした答案は高い評価となった。これに対し、特に理由を示すことなく、乙がAから本件カードの暗証番号を聞き出そうとした行為は自ら定立した規範に当てはまるとするだけで結論を導く答案も少なからず見られ、こうした答案は低い評価となった。

なお、乙の行為は「財産上不法の利益」を得ようとする行為に当たるとしても、Aが誤って本件カードの暗証番号とは異なる数字を答えており、乙が財産上不法の利益を得たとはいえないため、乙に強盗未遂罪が成立するにとどまることを指摘する必要があるところ、比較的多くの答案が乙に強盗未遂罪が成立するにとどまることを指摘していた。

また、乙がAから暗証番号を聞き出そうとした行為について、不能犯の問題として検討している答案が散見されたが、事後的・客観的にみても、乙が同行為に及んだ時点で、Aから本件カードの暗証番号を聞き出す危険性があったことは明らかであるから、同行為について不能犯の問題として検討する必要はなかった。

このほかにも、乙が甲から本件財布を受領した行為について、甲に強盗罪が成立することを前提に承継的共同正犯の成否を検討する答案が散見されたが、乙は、甲がAから本件財布を強取した後、その事情を知らずに甲から本件財布を受領したにすぎず、甲が本件財布の強取に至るまでの間に乙が関与したと評価する余地はないから、承継的共同正犯の成否が問題となる場面ではなく、これを検討する必要はなかった。

エ 乙がATMに本件カードを挿入して預金を引き出そうとした行為について

本問において、乙は、ATMに本件カードを挿入して預金を引き出そうとしたものの、不正な操作と認識されて取引が停止されたため、預金を引き出すことはできなかったところ、比較的多くの答案において、本問の事案を具体的に分析し、乙がAから聞き出して入力した数字が本件カードの暗証番号とは異なるものであったため、事後的・客観的には乙が預金を引き出すことができない状況にあった旨を指摘した上で、こうした場合であっても預金を引き出して窃取する危険性があったとして未遂犯が成立するのか、それとも不能犯として不可罰となるかが問題となる旨を的確に示しており、こうした答案は高い評価となった。これに対し、事案を具体的に分析することなく、いわゆる不能犯が問題となる等として論点を示すにとどまる答案が散見され、こうした答案は低い評価となった。

未遂犯と不能犯の区別については、行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を判断の基礎とし、一般人の立場から危険性があると判断する場合に未遂犯が成立するとする考え方や、結果が発生しなかった原因を解明し、事実がいかなるものであったなら結果の発生があり得たかを科学的に明らかにした上で、こうした結果惹起をもたらす仮定的事実が存在し得たかを一般人の立場から事後的に判断し、仮定的事実が存在し得たと一般人が判断する場合には危険性が認められて未遂犯が成立するとする考え方などがあり得るところ、自説とは反対の考え方を意識したり、自説の論拠を明らかにしたりすることなく、

直ちに規範を定立している答案が多く見られ、こうした答案は低い評価となった。これに対し、自説とは反対の考え方を意識しつつ自説の論拠を明らかにして規範を定立している答案はごく少数であったが、こうした答案は高い評価となった。

当てはめについては、自ら定立した規範を本問の具体的な事実関係に適切に当てはめて結論を導く答案が比較的多く見られたが、自ら定立した規範をなぞるだけの答案や、規範定立に至るまでの論述と当てはめ部分を明確に区別することなく混在させて記載する答案が少なからず散見された。また、他人名義のキャッシュカードを使用してATMから現金を引き出すとする場合、同現金を管理する金融機関の占有を侵害するものとして窃盗未遂が成立し得るところ、誰の占有を侵害するものかが不明瞭な答案や、本件カードの名義人であるAの占有を侵害するものとした答案が散見された。

このほかにも、本問について、未遂犯と不能犯の区別の問題としてではなく、犯行がどの段階まで進んだかという実行の着手の問題として窃盗未遂の現実的危険性の有無について検討を加える答案が散見されたが、こうした答案は不能犯の問題として検討している答案よりも低い評価となった。また、上記問題の所在に触れることなく窃盗未遂罪が成立する旨を指摘するにとどまる答案も散見されたが、こうした答案は著しく低い評価となった。

(3) 設問2について

ア 丙に正当防衛が成立することについて

丙による1回目殴打及び2回目殴打について、本問における具体的な事実関係を指摘して、暴行罪の各構成要件要素及び正当防衛の成立要件をそれぞれ充足することについて簡潔に示せば足りるところ、これを長々と論じる答案が多く見られた。

イ 丙による2回目殴打について丁に暴行罪の幫助犯が成立するかについて

本問において、丁は、丙がCの胸倉をつかんでいる様子を見て、Cが先に丙を殴った事実を知らないまま、一方的に丙がCを殴ろうとしているものと誤信し、面白がって、丙がCを殴り倒した後、丙がその場から逃走するのを手助けしようと思い、丙に「頑張れ。ここで待っているから終わったらこっちに来い。」と声を掛け、反撃しようとしていた丙は、丁の言葉を聞いて発奮し、2回目殴打に及んでいる。丁の行為は、Cに反撃しようとしていた丙に対して心理的な働きかけを行って丙を発奮させ、丙による2回目殴打を容易にしているため、これが幫助行為に該当することを簡潔に指摘すれば足りるところ、これを長々と論じる答案が散見された。

丙による2回目殴打については正当防衛が成立するところ、正犯に正当防衛が成立して違法性が阻却される場合であっても幫助犯が成立するかが問題となる旨を的確に示している答案が比較的多く見られ、こうした答案は高い評価となった。これに対し、単に「丁に暴行罪の幫助犯が成立するか。」とするだけで問題の所在を的確に示すことができていない答案も散見されたが、こうした答案は低い評価となった。

正犯に正当防衛が成立して違法性が阻却される場合における幫助犯の成否については、幫助犯による対抗行為を観念することは困難であるとして、正犯を基準として正当防衛の成立要件を判断した上で、共犯が成立するためには正犯の行為が構成要件該当性及び違法性を備える必要があるとする考え方や、同じく正犯を基準として正当防衛の成立要件を判断し、正犯の行為に正当防衛が成立して違法性が阻却される場合であっても、背後者が不必要に緊急状況を作出したなど一定の場合には、違法性阻却の効果を援用できないとして共犯の成立を認める考え方などがあり得るところ、自説とは反対の考え方を意識したり、自説の論拠を明らかにしたりすることなく、直ちに単に結論を示すにとどまる答案が多く見られ、こうした答案は低い評価となった。これに対し、自説とは反対の考え方を意識しつつ自説の論拠を明らかにして規範を定立している答案はごく僅かであったが、こうした答案は高い評価となった。

また、問題文に誰を基準として正当防衛の成立要件を判断するか及び違法性の判断が共犯者

間で異なることがあるかについても、その結論及び論拠に言及するよう明記していたにもかかわらず、これらに正面から答えていない答案が多く見られ、こうした答案は低い評価となった。

ウ 甲に暴行罪の共同正犯が成立するかについて

本問において、甲は、丙にCを痛めつけさせようと考え、丙に「俺がCを押さえるから、Cを殴れ。」と言い、それを聞いた丙がCに対する1回目殴打に及んでおり、甲が丙との間で暴行の共謀を遂げた上で、丙が暴行の実行行為に及んだことを簡潔に指摘すれば足りるところ、これを長々と論じる答案が散見された。

丙による1回目殴打についても正当防衛が成立するところ、実行行為者に正当防衛が成立する場合、背後者である共謀共同正犯の正当防衛の成否について、どのように判断すべきかが問題となる旨を的確に示している答案が多く見られ、こうした答案は高い評価となった。これに対し、単に「甲に暴行罪の共同正犯が成立するか。」とするだけで問題の所在を的確に示すことができていない答案も散見されたが、こうした答案は低い評価となった。

実行行為者に正当防衛が成立する場合における背後者である共謀共同正犯の正当防衛の成否については、共謀共同正犯における実行行為者の暴行は、実行行為者及び背後者にとって共同した暴行と評価されるとみて、背後者である共謀共同正犯者についても正当防衛の成否を検討し得ると考えた上、行為の違法性は、法益侵害に加えて各行為者に固有の人的違法要素も加味して判断されるものであり、人的違法要素を有する者とこれを欠く者とで違法性の評価に違いが生じるとみる考え方や、共同正犯は、一方が他方に従属する関係にないとして、共同正犯者それぞれを基準として正当防衛の成立要件を個別に判断するとの考え方、共謀者による対抗行為を観念することは困難であるとして、現実に対抗行為を行った実行行為者を基準として正当防衛の成立要件を判断するとの考え方に立った上で、実行行為者に成立する正当防衛による違法性阻却の効果が背後者にも連带的に及ぶことを原則としつつ、背後者が自ら不必要に緊急状況を作出した場合には、違法性阻却の効果を背後者が援用することはできないとする考え方などがあり得るところ、自説とは反対の考え方を意識したり、自説の論拠を明らかにしたりすることなく、直ちに単に結論を示すにとどまる答案が多く見られ、こうした答案は低い評価となった。これに対し、自説とは反対の考え方を意識しつつ自説の論拠を明らかにして規範を定立している答案はごく僅かであったが、こうした答案は高い評価となった。

当てはめについては、比較的多くの答案において、事案を具体的に分析し、甲に積極的加害意思があったことを示す具体的事実を認定して侵害の急迫性を否定し、甲に正当防衛は成立せず、暴行罪の共同正犯が成立する、あるいは、甲が喧嘩闘争目的で丙をCのもとに赴かせて、丙とCとの間の利益衝突状況を不必要に作出したことを示す具体的事実を認定して、甲が正当防衛による違法性阻却の効果を援用することはできないとの結論を導いており、こうした答案は高い評価となった。これに対し、事案を具体的に分析することなく、甲に積極的加害意思があった等と認定して結論を導く答案も散見されたが、こうした答案は低い評価となった。

また、問題文に誰を基準として正当防衛の成立要件を判断するか及び違法性の判断が共犯者間で異なることがあるかについても、その結論及び論拠に言及し、幫助犯と共謀共同正犯における説明相互の整合性にも触れるよう明記していたにもかかわらず、これらに正面から答えていない答案が多く見られた。

(4) その他

例年指摘している点でもあるが、用語の間違ひがある答案や、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、採点者において判読が不能な記載箇所は採点対象にできないことに十分に留意して、大きめで読みやすい丁寧な文字で書くことが望まれる。

#### (5) 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、各設問に関係する事実関係を的確に分析した上で、各設問の出題の趣旨に示し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、各設問の出題の趣旨に示し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に妥当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、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、各設問の出題の趣旨に示し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るものの、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は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、各設問の出題の趣旨に示した主要な問題点を理解できていないと認められるもの、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。

## 2 今後の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こと、各論点の位置付けや相互の関連性を十分に理解すること及び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。

一般的に重要と考えられる論点を学習するに当たっては、犯罪成立要件との関係で、なぜその点が問題となっているのかを明確に意識しつつ、複数の見解の根拠や難点等に踏み込んで検討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。これらの論点に関する理解を深めた上で、事案の全体像を俯瞰しつつ、一定の事実を法的に評価し、解決において必要となる問題点を適切に抽出する法的思考能力及び妥当な結論を導くための具体的規範を定立し、同規範に照らし具体的事実の法的意味を評価して結論を導く論理的思考力を身に付けることが肝要である。

そのためには、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、その射程及び理論構成上の課題について検討し理解することが必要である。

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、刑法上の諸論点に関する問題意識（なぜ問題となるのか）を喚起しつつ、その理解を深め、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、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、比較的長文の事例を設定し、その捜査及び公判において生じる刑事手続上の問題につき、問題の所在を的確に把握し、その法的解決に必要な法解釈・法適用に当たって重要な具体的事実を抽出して分析した上、これに的確な法解釈により導かれた法解釈を適用して、一定の結論を論理的かつ説得的に論述することが求められており、法律実務家になるために必要な刑事訴訟法（以下「刑訴法」という。）に関する基本的学識、事案分析能力、法解釈適用能力、論理的思考力及び論述能力等を試すものである。

出題の趣旨は、既に公表したとおりである。

〔設問1〕は、甲から押収した覚醒剤の鑑定書の証拠能力を論じさせることにより、所持品検査の限界及び違法収集証拠排除法則に対する理解と具体的事案への適用能力を試すものである。ここでは、鑑定の対象となった覚醒剤が裁判官発付の搜索差押許可状により差し押さえられたものであり、差押手続それ自体には違法性が認められないものの、これに先行する手続において、Pは甲の承諾を得ることなく、甲所持の手提げかばん（以下「本件かばん」という。）のチャックを開けた上、いきなり本件かばんの中に手を差し入れて探り、注射器を取り出していることから、この点の違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力に与える影響が問題となることを適切に把握した上で、Pが注射器を発見した手続の適法性につき、具体的事情を挙げながら、これに適切な法的評価を加えて論じる必要がある。そして、この点に関する自己の結論をもとに、違法収集証拠排除法則に対する基本的な理解及び鑑定書という派生証拠の証拠能力に関する自説を示した上、本件事例の具体的事実を適切に評価して結論を出すことが求められる。

〔設問2〕は、【捜査①】では、覚醒剤の密売所の疑いのあるアパートの一室に出入りする人物と乙の同一性を確認するために、同アパートから出てきた人物が入った喫茶店において、同人の容ぼうをビデオカメラで撮影した行為【捜査①】、乙及び同アパートに出入りする人物との共犯関係、覚醒剤の搬入状況などの組織的な覚醒剤密売の実態を明らかにするために、近隣のマンションの一室から同アパートの一室の玄関ドアやその周辺を継続撮影した行為【捜査②】について、各撮影行為の適法性を問うものである。ここでは、写真撮影やビデオカメラによる撮影の適否が問題となった事案に関する最高裁の判例に留意しつつ、強制処分に対する規律の趣旨・根拠を踏まえながら、強制処分と任意処分とを区別する基準及び任意処分の限界を論述することが求められる。

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訴法が定める制度・手続及び関連する判例の基本的な理解（なぜ判例がそのような論理構成・判示をしているのかという理由も含めて）に関わるものであり、既に公表済みの出題の趣旨で挙げた最高裁判例など法科大学院の刑事手続に関する授業でも取り扱われる基本的な判例を正確に理解していれば、本事例において何を論じるべきか自ずと把握することができ、十分解答は可能であろう。

## 2 採点実感

各考査委員の意見を踏まえた感想を記す。

- (1) おおむ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。

〔設問1〕では、覚醒剤の差押手続に先行する手続において、Pは甲の承諾を得ることなく、本件かばんのチャックを開けた上、いきなり本件かばんの中に手を差し入れて探り、注射器を取り出していることから、この点の違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力に与える影響が問題となることを明確に論じ、Pが注射器を発見した行為の性質を所持品検査と捉え、最高裁判所の判例（最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁等）や関連する警察官職務執行法の

条文の解釈などを意識した法解釈を示し、具体的事情を挙げて、これに適切な法的評価を加える答案が見受けられた。また、Pが注射器を発見した手続が違法であると結論付け、その違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力にどのような影響を及ぼすのかという点につき、最高裁判所の判例（最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。以下「昭和53年判決」という。）を踏まえて、違法収集証拠排除法則の根拠・排除の要件・考慮要素及び派生証拠の証拠能力に関する自説を示した上、事例中に現れた具体的事情を的確に抽出、分析して結論を導いている答案が見受けられた。

〔設問2〕では、各ビデオ撮影が検証類似の性質を有すること、無令状での検証は刑訴法第218条第3項及び同法第220条に規定されているだけであることを踏まえ、これらの条文に該当しない各ビデオ撮影が同法第197条第1項但し書の「強制の処分」に該当するなら、無令状で実施されている【捜査①】及び【捜査②】は令状主義に違反して違法となるため、強制処分の意義、任意処分としての適法性の限界が問題となることを明確に論じた上で、これらの論点につき、刑訴法の条文の解釈や関連する最高裁判所の判例（最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁（以下「昭和51年決定」という。）、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁（以下「平成20年決定」という。）等）を意識した法解釈を示し、事例中に現れた具体的事情を的確に抽出、分析して結論を導いている答案が見受けられた。

- (2) 他方、そもそも、法原則・法概念の意義や関連する判例の判断基準等についての記述が不十分・不正確で、当該項目についての理解が不足していると見ざるを得ない答案や、法原則や法概念の意義や関連する判例の判断基準等として記述された内容自体には問題がないものの、これらを機械的に暗記して記述するのみで、具体的事実に対してそれらの法原則・法概念や判断基準等を的確に適用することができていない答案、具体的事実に対する洞察が表面的で、その抽出自体が不十分、抽出した事実の持つ意味の分析が不十分・不適切な答案が見受けられた。

例えば、〔設問1〕では、そもそも、Pが注射器を発見した行為の違法性が覚醒剤の鑑定書という派生証拠の証拠能力にどのような影響を与えるのかという点が問題となるどころ、このような問題の所在を十分に把握できていない答案が見受けられたほか、Pが注射器を発見した行為の性質を行政警察活動と司法警察活動のいずれと捉えているのかが不明確なまま、漫然と刑訴法第197条第1項但し書の「強制の処分」の意義を論じる答案などが見受けられた。次に、違法収集証拠排除法則については、覚醒剤の鑑定書という派生証拠の証拠能力が問題となっていることから、違法収集証拠排除法則のみならず、派生証拠の証拠能力に関する判断枠組みを示すことが求められていたところ、そもそも、派生証拠の証拠能力が問題となっていることに気付いていない答案、派生証拠の証拠能力に関する判断枠組みを示すことなく、漫然と違法収集証拠排除法則を当てはめる答案、違法収集証拠排除法則や派生証拠の証拠能力に関する判断枠組みを示すことはできているものの、昭和53年判決が証拠物に関する判示であることや手続的価値の重要性を説いているにもかかわらず、こうした議論を踏まえない論述に終始する答案が少なからず見受けられた。さらに、覚醒剤の鑑定書の証拠能力に関する結論を導く際には、派生証拠の証拠能力に関する自説と論理的に整合する当てはめが求められていたところ、例えば、派生証拠の証拠能力に関して、違法性の承継論を採るのであれば、本件は、Pが本件かばんのチャックを開けて手を差し入れてその在中品を探った上、注射器を取り出したという違法な先行手続が行われ、引き続いて、捜査報告書①及び同②を疎明資料とする搜索差押許可状に基づき、覚醒剤（及びその鑑定書）という証拠が獲得（後行手続）された事案であると捉え、違法な先行手続の結果が後行手続に利用されていることを根拠に、後行手続に違法性が承継されたと考えて、違法収集証拠排除法則の適用の有無を検討することになるのに、違法が証拠に承継されるといった説明をしたり、先行手続の違法の重大性のみを検討したりするなど、違法性の承継論の論理が示されていない答案、毒樹の果実論を採るのであれば、第1次証拠と第2次証拠の間の関連性の程度が基準となるはずなのに、違法な「手続」と「証拠」の間の関連性



の程度を基準としている答案などが相当数見受けられた。加えて、派生証拠の証拠能力の当てはめにおいては、Pの行為ないし注射器との密接関連性を議論するに当たって、どの立場に立つにせよ、疎明資料として用いられた捜査報告書①には、覚醒剤の密売拠点であると疑われるアパートから出てきた人物から甲が封筒を受け取っているなど、覚醒剤を所持している可能性が高いことをうかがわせる事情が記載されている一方で、捜査報告書②には、Pが本件かばんの中に手を入れて探り、書類の下から注射器を発見したことが記載されていない点につき、これらの事実がどのような意味を有するのかを丁寧に検討する必要があるところ、これらの事実に触れずに、Pが注射器を発見した行為は令状主義に反するから重大な違法があるなどと安易に結論付ける答案が少なからず見受けられた。

次に、〔設問2〕では、多くの答案が強制処分の意義に言及し、各ビデオ撮影につき、強制処分か否か、任意処分であるとしたらその適法性の限界を超えているか否かを論じることができていたものの、例えば、〔設問2〕において強制処分性や任意処分としての限界が問題となる理由が示されていない答案が少なからず見受けられたほか、強制処分か否かについては、自説の根拠が説得的に論じられていない答案や、各ビデオ撮影によって侵害されている権利・利益を単に「プライバシー」と論述するのみでその内実に対する理解が示されていない答案が相当数見受けられた。また、任意処分としての適法性の限界については、刑訴法の条文、比例原則、昭和51年決定や平成20年決定などを踏まえて、特定の捜査手段により対象者に生じ得る権利・利益の侵害の内容・程度と、捜査目的を達成するために当該手段を採る必要性とを比較衡量し、具体的状況のもとで相当と認められるか否かを検討することになるところ、昭和51年決定をあらゆる任意処分の適法性を判断する一般原則であるかのように、漫然と、必要性、緊急性及び相当性を列挙する答案が数多く見受けられた。さらに、各ビデオ撮影の適法性に関する当てはめでは、【捜査①】については、捜査の必要性や、目視や写真撮影ではなくビデオ撮影という方法を採用する必要性について十分検討せず、主に喫茶店という場所の公共性のみをもって相当性を認めるにとどまっている答案、【捜査②】においては、ビデオ撮影によって侵害されている権利・利益につき、撮影されているのが玄関ドアの開閉に伴って不可避免的に見えてしまう部分であることなどの事情を捨象し、単に「私的領域への侵入」という言葉や撮影期間の長さだけをもって強制処分と結論付ける答案、逆に、玄関ドアの開閉に伴って住居の内部が見えてしまっている点に全く配慮されていない答案、捜査の必要性やビデオ撮影という方法を採用する必要性について十分検討せず、撮影期間の長さだけに着目して違法と結論付ける答案、単純に強制処分に該当するから違法、あるいは、強制処分に該当するのに令状を取得していないから違法として、なぜ違法なのか、なぜ令状が必要なのかについての説明がない答案など、具体的事実の抽出、分析が不十分な答案が相当数見受けられた。

### 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、本件が違法収集証拠排除法則の問題であることを明示し、判例や条文の解釈などを意識しつつ、Pが注射器を発見した行為の適法性を検討し、違法収集証拠排除法則や派生証拠の証拠能力に関する自説を明示し、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して自説と整合的かつ説得的な当てはめをして結論を導いている答案である。

また、〔設問2〕については、強制処分の意義や任意処分としての適法性の限界が問題となることを明示し、これらの解釈論を説得的に論述した上、事例中に現れた具体的事情、例えば、各ビデオ撮影により侵害された権利・利益の内容や程度の違いや各撮影の目的・必要性等を的確に抽出、分析して結論を導いている答案である。

#### (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、本件が違法収集証拠排除法則の問題であることを意識した上、Pが注

射器を発見した行為の適法性を論じる際には一応の法解釈を示し、当てはめにおいては、不十分であるものの、事例中に現れた具体的事実を一応抽出、分析し、違法収集証拠排除法則については、その根拠や排除の要件を明示し、派生証拠の証拠能力に関する自説を論じた上で、不十分であるものの、事例中に現れた具体的事実を一応抽出し、分析して結論を導いている答案である。

また、〔設問2〕については、強制処分の意義や任意処分としての適法性の限界が問題となることは意識できており、これらの解釈論を一応論述した上、事例中に現れた具体的事情を不十分ながらも抽出し、分析して結論を導いている答案である。

(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、本件が違法収集証拠排除法則の問題であることを一応は把握できているものの、Pが注射器を発見した行為の性質を意識することなく同行為の適法性を検討し、当てはめにおいても、事例中に現れた具体的事実の抽出、分析が不十分である上、派生証拠の証拠能力に関する自説の論述が不十分で、いかなる立場に立っているのか不明確であり、当てはめにおいても、自説と整合しない当てはめに終始し、具体的事実の抽出、分析も事実をただ書き写すだけの不十分な答案である。

また、〔設問2〕については、強制処分の意義や任意処分としての適法性の限界が問題となる理由が意識できていない上、条文の解釈や判例を意識することなく不十分な法解釈しか示すことができず、当てはめにおいても、各ビデオ撮影により乙のいかなる権利・利益が侵害され、どの程度侵害されているのかという点に対する配慮が不十分であり、物足りなさを感じさせる答案である。

(4) 「不良の水準」にとどまると認められる答案

前記の水準に及ばない不良なものをいう。一般的には、刑訴法上の基本的な原則の意味を理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に論述しているだけの答案や、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書き写しているかのような答案など、法律学に関する基本的学識と能力の欠如が露呈しているものである。

例を挙げれば、〔設問1〕であれば、所持品検査の限界や違法収集証拠排除法則の根拠・排除の要件を論述することなく、事例中に現れた事情をただ書き写して結論付ける答案がこれに当たる。また、甲の弁護人の証拠意見を踏まえれば、本件の争点が違法収集証拠排除法則の適用の有無であることは明らかであるのに、伝聞法則の論述を全面的に展開する答案もこれに当たる。また、〔設問2〕であれば、強制処分の意義や任意処分としての適法性の限界を論述することなく、事例中に現れた事情をただ書き写して結論付ける答案がこれに当たる。

#### 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も、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的について、最高裁判所の基本的な判例を踏まえて、原理原則に遡り、基本から深くかつ正確に理解し、条文や関連する判例の解釈論を論じられるようにすること、それを踏まえて、具体的事例を法的に分析し、問題の所在をその理由とともに正確に把握できるようにすること、これらの解釈論に具体的事例を当てはめて適用する能力を身に付けること、自己の立場から論述の整合性に配慮しつつ論理立てて分かりやすい文章で表現できる能力を培うことが強く求められる。また、刑訴法においては、刑事実務における手続の立体的な理解が不可欠であり、通常の捜査・公判の過程を具体的に想起できるように、実務教育との有機的連携を意識し、刑事手続の各局面において、裁判官、検察官、弁護人の法曹三者が具体的にどのような立場からどのような活動を行い、それがどのように関連して手続が進んでいくのかなど、刑事手続が法曹三者それぞれの立場から動態として積み重ねられていくことについて理解を深めていくことが重要である。