

令和5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 採点方針及び採点実感

本問では、具体的事例について、甲、乙及び丙の罪責とその理論構成、甲及び丁について一定の結論を導くための説明を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解の程度、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、問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ規範に当てはめ、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) 設問1について

ア 全体的な採点実感

設問1(1)は、既に公表した出題の趣旨に記載したとおり、甲に詐欺未遂罪の成立を認める立場から、その結論を導くための説明を問うものであるが、その説明の中で、詐欺罪が「人を欺いて財物を交付させ」るという手段を限定しているのに、その実行の着手に「現金の交付を求める文言を述べること」を要しないと考える理由に触れる求めているから、実行行為である欺罔行為の意義を明らかにした上で、詐欺罪が欺罔行為を手段として限定して規定していることを詐欺未遂罪の成否との関係でどう解釈するのか、すなわち、詐欺罪の実行の着手における構成要件的制約の要否についても明らかにしつつ、財物交付に向けられた欺罔行為を実行行為とする詐欺罪において、現金交付を求める文言を述べる前の、いかなる時点に未遂罪の成立を認めるのかについて、具体的規範を定立して論じる必要があった。

また、設問1(2)は、設問1(1)において甲に詐欺未遂罪が成立とした論拠に基づき実行の着手を認める時期について、具体的事実に即し、それより前の時点との実質的相違を明らかにしつつ論じることを求めるものであるから、先に定立した規範との関係で設間に現れた具体的事実の持つ法的な意味合いを評価しながら、実行の着手を認める時点を説得的に論じることが求められた。

設問1(1)においては、欺罔行為の意義や構成要件的制約の要否といった点に触れず、手段として欺罔行為を限定した詐欺罪の特質を全く意識しないで、実行の着手の一般的な判断基準のみを論じることによって、現金交付要求文言は必要ないと結論付けた答案が散見され、こうした答案は低い評価にとどまった。

また、欺罔行為は交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ることを要するという定義のみを挙げて、そのため現金交付要求文言がなくても甲に詐欺未遂罪が成立すると結論付け、実行行為である欺罔行為と実行の着手時期との関係を論述していない答案も散見された。こうした答案は、実行の着手時期についての判断規範や、何らの現金の交付要求もない段階で何をもって処分行為に向けられた交付の判断の基礎となる重要な事項と認めたのかについて論じておらず、出題の趣旨に示した問題の所在が把握できていないと評価せざるを得ず、低い評価になった。

一方、構成要件的制約の要否を意識し、実行行為である欺罔行為の正確な意義を明らかにした上で、複数のうそを積み重ねながら、最終的に現金交付要求行為に至るという（特殊）詐欺事犯の特徴を踏まえ、詐欺未遂罪の成立を認めるための具体的な規範を定立して論じた答案は、高い評価となつた。

【事例1】と類似の事案において現金交付を求める文言を述べていない段階で詐欺未遂罪の成立を認めた最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁の趣旨や理論構成を理解し、(特殊)詐欺事犯の特徴を踏まえ、実行行為である欺罔行為の意義内容を明らかにして、実行の着手を認めるべき時点を論述する答案もあり、そうした答案は少數であったが、高い評価となつた。

設問1(2)の論述では、設問1(1)において具体的な規範を定立できた答案は、当該規範に照らして、【事例1】の具体的事実の持つ法的意味を適切に評価し、着手を認める時点とそれより前の時点との実質的相違をおおむね的確に明らかにできていた。

また、【事例1】において示された各事実が、この先に発生し得る「乙及び丙が捜査のために必要なので現金を預けてほしい旨のうそを言って現金の交付を求める行為」や「Aが200万円を乙及び丙に交付するという結果の発生」に対し、具体的にいかなる影響を与える行為であるかということや「处分行為に向けられた交付の判断の基礎となる重要事項を偽る行為」という欺罔行為の意義との関係でいかなる評価を受ける行為であるかということを、規範に照らしながら、具体的事案に即して論じられた答案は、抽象的な用語の暗記ではなく、詐欺罪の特質や実行の着手に関する論点の理解の深さを示すものとして高い評価となつた。

他方、設問1(2)において【事例1】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ることなく、当該事実が先に定立した規範に当てはまるとして結論を記載する答案や、規範に事実を当てはめるという意識が希薄であるため、規範を定立しているのか規範に事実を当てはめているのかが明確でない答案、具体的事実を評価する中で設問1(1)に定立した規範と異なる規範を用いて事実を評価している答案も少なからず見られ、これらの答案は低い評価にとどまった。規範を定立し、その規範との関係で、具体的事実がいかなる法的意味を有するのかを評価した上で、規範に当てはめて的確に結論を導くという論述が求められる。

また、設問1(1)で具体的規範を定立せずに設問1(2)で規範を論じた答案や、設問1(2)で求められる当てはめを設問1(1)において長々と論じた答案もあり、これらは設問に答えた答案になつていなかつた。また、論じるべき内容について設問で指示しているにもかかわらず、一般的な罪責を論じるかのように詐欺未遂罪の成否を平板に論じた答案も散見された。設問の趣旨に適切に答える姿勢が肝要である。

イ 答案の例

(ア) 優秀に該当する答案の例

設問1(1)において、詐欺罪が手段が限定された犯罪であること及び複数のうそを積み重ねながら、最終的に現金交付要求行為に至るという(特殊)詐欺事犯の特徴を踏まえ、実行行為としての欺罔行為をどう解するのかについて論じ、構成要件的制約の要否を考えながら、詐欺未遂罪の成立を認める規範を具体的に定立して、現金交付要求がない段階で詐欺未遂罪が成立するという結論を導き、設問1(2)において、先に定立した規範との関係で事実関係を的確に分析して法的に評価し、実行の着手が認められる時点とそれ以前の時点の相違を具体的事実関係に即して明らかにし、規範と整合する説得的な結論を導いた答案などである。

(イ) 良好に該当する答案の例

設問1(1)において、構成要件的制約の要否に関する論述などに一部不足はあるものの、実行行為である欺罔行為と実行の着手との関連性を意識した論述があり、詐欺罪の実行の着手について妥当な結論を導くための具体的規範を定立した上、設問1(2)において、当該規範に適切に当てはめ、実行の着手を認める理由と実行の着手が認められない理由を具体的事実に即して明らかにした答案などである。

(ウ) 一応の水準に該当する答案の例

設問1(1)において、出題の趣旨に示した問題に十分触れられていないものの、一般的な実行の着手についての基本的な論述をし、設問1(2)における論述内容も設問1(1)における論述

と論理的に矛盾せず、具体的事實を評価しながら先に定立した規範の当てはめができる答案などである。

(イ) 不良に該当する答案の例

設問1(1)において、刑法の基本概念の理解が不十分であるために、出題の趣旨に示した問題点を理解できておらず、関係のない法解釈論を展開している答案や、設問1(2)において、具体的事實の評価を全くせずに結論付けたり、論理的に矛盾したりした答案などである。

(2) 設問2について

ア 全体的な採点実感

乙及び丙がBを縛縛するなどして300万円を奪った行為について、強盗罪の構成要件に該当することを丁寧に論じた答案が多かったが、強盗の犯行後、Bが転倒して生じた傷害結果を乙及び丙に帰責できるか否かを論じるに際し、縛縛行為が強盗の手段そのものであり、強盗の手段を原因行為として傷害結果が発生する過程に、Bの行為が介在しているという因果関係の問題を把握していない答案が散見された。

出題の趣旨に記載したとおり強盗の手段たる暴行から傷害結果が生じたと認められる場合、強盗の機会性を検討するまでもなく強盗致傷罪が成立するが、縛縛行為が強盗の手段であることに一切触れず、強盗の機会性を長く論じたものが散見された。強盗の機会説は、強盗の手段説よりも原因行為を拡張する見解であり、強盗の手段から結果が生じた場合に機会説を論じる必要はない。これらの答案は、機会説の意義を理解しないものであり、低い評価となった。

甲の罪責については、乙及び丙が当初の詐欺の共謀に引き続き、詐欺と異なる犯行を行ったことから、乙及び丙の行為について、当初の共謀に基づくものとして罪責を負うか否かの検討が必要であったが、共謀の射程の問題としての的確な論述を欠き、甲が詐欺罪の故意であったのに異なる構成要件間にまたがって実現された犯罪について故意既遂犯を認めることができるのかという抽象的事実の錯誤の問題としてのみ論じた答案が散見され、これらの答案は低い評価にとどまった。

乙及び丙の行為がいかなる場合に、甲との共謀に基づく犯行といえるのかについて、法解釈を展開して判断基準についての規範を定立し、同規範に【事例2】の具体的事實関係を当てはめる必要があるが、規範を定立せず、規範定立と当てはめを明確に区別しないで、具体的事實関係を挙げて結論を導く答案も散見された。

詐欺罪と強盗罪とでは保護法益が完全には一致せず、犯行態様が異なることや乙及び丙が新たに話し合って決めたということのみを指摘して、乙及び丙の犯行が当初の共謀に基づくとはいえない結論付けた答案が多く見られたが、このような答案は事案の特徴を十分に把握したものとは評価できない。これに対し、共同正犯の処罰根拠等から、共謀に基づく犯行であると判断するための具体的な規範を定立した上で、乙及び丙が当初の共謀で想定されたのと同じ被害者から、より確実に金銭を奪うために犯行に及び、目的とする金銭も甲が用意させた300万円であり、乙及び丙の計画においても、当初から奪った300万円を甲と山分けするつもりであって、実際に甲に山分けされたこと等の設問に現れた具体的事實を的確に指摘するなどして結論を導いた答案は、当該論点についての理解や事實関係の的確な分析を示すものとして高い評価となった。

甲が乙及び丙の行為について共謀に基づくものとして罪責を負うと解した場合には、甲に詐欺罪の故意しかないことから、抽象的事実の錯誤についても論じる必要があるが、この点の記述を欠くものがあった。また、甲が乙及び丙の行為について共謀に基づくものとして罪責を負わないと結論付けたにもかかわらず、抽象的事実の錯誤を論じた答案があり、これらの答案は、論点相互の論理的関係を理解できていないとの評価をせざるを得なかった。

なお、乙及び丙については強盗致傷罪の共同正犯のほか、甲との間で詐欺未遂罪の共謀共同正犯が成立し得るが、未遂・既遂の区別を正確に言及できていない答案も散見された。

上記のとおり設問2において論じるべき事項が多岐にわたることから、法解釈上の重要な事項については手厚く論じ、そうで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も必要であり、主要な論点について結論を導くに当たっては、法解釈論を展開して判断基準となる規範を定立し、その規範に具体的な事実を当てはめるという論述が求められる。これは、論点の正確な理解とも関係するところであるが、一定の事実がいかなる法的意味を有するかを意識しつつ、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必要である。

イ 答案の例

(ア) 優秀に該当する答案の例

事実関係を的確に分析した上で、出題の趣旨に示した主要な問題点について検討を加え、法解釈論を展開して判断の基準となる規範を定立し、問題文に現れた事案の特徴を捉えた上で事実を具体的に評価して当てはめを行い、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などである。

(イ) 良好に該当する答案の例

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答案や、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答案などである。

(ウ) 一応の水準に該当する答案の例

事案の分析が不十分であったり、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が、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と示すことができている答案などである。

(エ) 不良に該当する答案の例

事案の分析がほとんどできていない答案や、刑法の基本概念の理解が不十分であるために、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た答案などである。

(3) 設問3について

ア 全体的な採点実感

設問3は、業務妨害罪の成否について一定の結論を導くための説明を問うことによって業務妨害罪に関する解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実の分析能力等を問うものである。既に公表した出題の趣旨に記載したとおり、設問3において一定の結論を導く説明として、強制力を行使する権力的公務が業務妨害罪の「業務」に含まれず、それ以外の公務が「業務」として同罪により保護されると解する見解に立った上で、【事例3】の6の事実において妨害の対象とされた公務は警察官Dの乙を逮捕しようとする強制力を行使する権力的公務であるため「業務」に該当しないといえるのに対し、同7の事実において妨害の対象とされた公務は警察官5名による乙を追跡し、逮捕しようとするものであることなどから、未だ強制力を行使する段階にない公務であると認め、「業務」として保護されるとする説明、あるいは、自力排除力を持つ公務は「業務」として保護されないとする前提に立ち、同6の事実において妨害の対象となった公務の「業務」該当性を否定しつつ、同7の事実において丁の用いた手段が「偽計」であることから、偽計に対してはそうした公務も無力であるとして、偽計業務妨害罪の「業務」には、すべての公務が含まれると解して、同7の事実において妨害の対象となった警察官5名による乙を追跡し、逮捕しようとする公務が「業務」に該当するという説明が考えられる。

いずれにしても各事実において妨害の対象となった公務を的確に把握する必要があり、対象となる公務を的確に把握した上で、一定の結論を導くための法解釈を展開して規範を定立し、各事実関係における公務の法的な意味を事実認定し、規範に当てはめ、結論を導いた答案は、

高い評価となった。

上記のとおり「偽計」による妨害に対しては自力排除力がないことを理由に、すべての公務が業務妨害罪の「業務」によって保護されるとして結論を導く場合にも、威力による妨害については、一定の公務につき業務妨害罪によって保護されないことを論じる必要があるから、業務妨害罪において保護される公務の範囲について必要な解釈を行い、規範を定立する必要があったが、この関係を見落として、この点を十分に論じていない答案があった。規範定立と当てはめを区別して法的思考過程を論理的に示すことが必要であることを指摘したい。

妨害の対象とされた公務を特定していない答案も相当数みられた。また、設問において丁の行為が「威力」に該当すると明示したにもかかわらず、本問で問われていない「威力」該当性を論じた上で「威力」であることを否定する答案もあった。これらの答案は、いずれも低い評価となった。

イ 答案の例

(ア) 優秀に該当する答案の例

各事実関係において丁による妨害の対象となった公務を的確に把握しつつ、出題の趣旨に示した論点について、自説の論拠や他説への批判などを踏まえ、必要な法解釈を展開して規範を定立し、妨害の対象となった公務の法的な性質を明らかにした上で、当該規範に当てはめ、一定の結論を導いた答案などである。

(イ) 良好に該当する答案の例

出題の趣旨に示した各論点を把握しているが、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、妨害対象となった公務について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たりすると認められる答案などである。

(ウ) 一応の水準に該当する答案の例

出題の趣旨に示した各論点について一部論述を欠くなどの問題はあるものの、業務妨害罪についての基本的な理解を一応示して結論を導くことができている答案などである。

(エ) 不良に該当する答案の例

出題の趣旨に示した各論点に触れずに、必要のない法解釈を展開するなど出題の趣旨を理解できていないと認められた答案などである。

(4) その他

例年指摘している点でもあるが、用語の間違いがある答案や、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。

3 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、これまでに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な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。

令和5年司法試験の採点実感（刑事系科目第2問）

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点につき、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實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準則を適用して、一定の結論を筋道立てて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、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、司法警察員が、強盗殺人未遂事件の犯人の可能性がある甲がその居住するアパートのごみ置場に投棄したごみ袋を回収した行為【捜査①】、上記甲が公道上に投棄した使用済みの容器を回収した行為【捜査②】について、各領置の適法性を問うものである。ここでは、刑訴法第221条の定める「領置」の正確な理解を踏まえつつ、甲のプライバシーの利益と各領置の必要性を比較衡量して相当性を検討するという判断枠組を示し、事例中に現れた具体的事實を的確に抽出、分析して、それらの適法性を論じることが求められる。

〔設問2〕は、被疑者甲が被害者V方と同種の錠前を解錠した結果を記載したもの【実況見分調書①】、Vが被害状況を再現した結果を記載したもの【実況見分調書②】という性質の異なる内容を含む実況見分調書について、検証調書に準じる書面として、刑訴法第321条第3項該当性を検討した上で、本件の具体的事實関係を的確に把握・分析して、要証事實を正確に把握し、各実況見分調書が伝聞証拠に該当するか否か、該当する場合には、適用可能性のある伝聞例外規定に係る要件等の法解釈とその当てはめについて論じ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・手續及び関連する判例の基本的な理解に関わるものであり、〔設問1〕は、領置の適法性について判断した最高裁判例（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。）、〔設問2〕は、要証事實との関係で実況見分調書の証拠能力について判断した最高裁判例（最決平成17年9月27日刑集59巻7号753頁、以下「平成17年決定」という。）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、刑訴法第221条の「領置」の意義に関する正確な理解を示し、各捜査の内容に即して、【捜査①】であれば、アパートの大家にごみの占有が残っていることに言及し、当該ごみが「保管者」たるアパートの大家からの任意提出物に該当するかを、【捜査②】であれば、甲が投棄した容器が「遺留物」に該当するかを各々検討して、「領置」に該当するかを適切に論じる答案が見受けられた。次に、領置の限界について、平成20年決定を十分に意識しつつ、甲のプライバシーの利益と各領置の必要性を比較衡量して相当性を検討するという判断枠組を示し、領置対象物の性質、捜査の進展状況、領置の方法など、事例に現れた具体的事實を的確に抽出、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、伝聞証拠の意義を論じた上で、各実況見分調書の刑訴法第321条第3項該当性を的確に論じ、さらに、甲及びVの供述部分が含まれている点に言及し、平成17年決定を

十分に意識しつつ、事例に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析して、各実況見分調書の要証事実を正確に把握した上で、要証事実との関係で当該実況見分調書が伝聞証拠に該当するかを検討し、該当する場合には、伝聞例外の条文の適用と当てはめについて適切に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。

〔設問1〕では、刑訴法第221条の「領置」の意義を明らかにした上で、本件ごみの性質に照らし、「遺留物」あるいは「任意提出物」に該当するかを検討する必要があるところ、刑訴法第221条への言及が一切ないまま、捜査活動一般に関する総則規定である刑訴法第197条第1項の解釈として、あるいは、一応「任意提出」による「領置」とするものの、「任意提出」を「任意処分」と同義であるかのように捉え、「領置は任意処分なので強制処分に至ってはならない」などとした上で、これを単に強制処分と任意処分の区別の観点からのみ論じ、特段の理由なく「強制処分だから違法」、「任意処分だから適法」と結論付けるという答案が少なからず見受けられた。また、アパートの大家の占有に対する言及が乏しく、あるいは理解不十分なもの、例えば、甲が投棄した時点で「遺留物」となり、それを大家が「任意提出」したと論じる答案など、およそ「領置」を正確に理解していないと思われる答案も見受けられた。次に、領置の限界を論じる上で、平成20年決定を踏まえて、甲のプライバシーの利益の要保護性に着目し、各領置の必要性と比較衡量をして相当性の判断を行うという判断枠組を示すことが求められていたところ、甲のプライバシーの利益に配慮した判断枠組を示すことなく、漫然と任意処分の限界に関する一般論を規範として示した上で結論を導いている答案が少なからず見受けられた。さらに、各領置の必要性及び相当性を検討する際には、事例に現れた具体的な事実を的確に抽出し、それぞれの事実が持つ意味を的確に分析しながら論じる必要があるところ、こうした具体的な事実の抽出、分析においても、事実の拾い上げ自体が不十分、あるいは單なる事実の羅列に留まるもの、例えば、重大事件の犯人を早期に検挙する必要があるなど捜査一般の必要性しか検討できていない答案や、自己の結論と整合する事実を中心に拾い上げ、反対の結論に導き得る事実の拾い上げが不十分なもの、例えば、【捜査①】では、強盗殺人未遂事件という重大犯罪の犯人と酷似した男が甲のアパートに入ったという事実は拾い上げられているものの、甲が投棄したごみ袋が約2時間後に回収される予定であったことや、ごみ袋の特徴を確認した上で、当該ごみ袋1袋だけを領置したことなどの各事情には触れられていない答案、【捜査②】では、犯人のものである可能性が高いDNA型が判明した事実は拾い上げられているものの、【捜査①】と比較して、甲が重大事件の犯人である嫌疑が高まっていることや、アパートのごみ置場に投棄するごみの中から甲のDNAだけを採取することが困難であったという各事情には触れずに必要性を検討する答案、DNAが個人識別情報であるという事実だけを抽出して、DNA採取行為自体に相当性がないと結論付ける答案、捜査機関が捜査目的を秘して接触している事実だけを抽出し、甲が自ら公道に投棄した容器を回収しているにとどまることや、甲が使用した容器にマークを付け、同人のDNAだけを特定できる方法であったことなどの各事情には触れずに相当性がないと結論付ける答案が相当数見受けられた。

〔設問2〕では、多くの答案が、伝聞証拠の意義に言及し、かつ、実況見分調書が伝聞証拠であるとして、刑訴法第321条第3項に関しても一般論的な論述ができていたものの、伝聞証拠の意義が「公判期日外になされた供述を内容とする証拠」であって、「その供述の内容どおりの事実が存在したこと（供述内容の真実性）を立証するために用いられるもの」であるにもかかわ

らず、単に「公判廷外の供述」とするなど伝聞証拠の理解が不十分な答案や、同項が本来「検証調書」に関する規定であるにもかかわらず、何らの解釈を示さないまま、実況見分調書に同項が当然適用されるとする答案が少なからず見受けられた。また、同項該当性の検討は、実況見分を行った警察官Qの公判外供述の伝聞性を解消するために必要であるところ、Qではなく甲の公判外供述が記載されていると指摘するものや、「誰の」公判外供述であるかを一切示さないまま単に「供述内容の真実性が問題となる」として伝聞証拠であるとする答案も相当数見られた。さらに、「その供述の内容どおりの事実が存在したこと（供述内容の真実性）を立証する」ことの意味を正しく理解し、事例に現れた具体的な事実関係を前提に、要証事実を的確にとらえ、平成17年決定等の理解を踏まえた正確な論述ができている答案も少数にとどまり、要証事実の検討が全くなされていないもの、あるいは、著しく不十分な答案が散見された。例えば、【実況見分調書①】では、検察官の立証趣旨が「甲がV方の施錠された玄関ドアの鍵を開けることが可能であったこと」であるところ、事例に現れた具体的な事実を抽出、分析して、甲がそれを行うことが少なくとも実況見分の時点で可能であったことを立証する目的であることなどの根拠を示し、要証事実は、公訴事実における犯行の日時に甲がV方の施錠された玄関ドアの鍵を開けたことではなく、検察官の立証趣旨と同じであり、伝聞証拠ではない旨認定することが求められるが、特段の根拠を示すことなく結論だけを論じる答案、要証事実を「甲がV方の施錠された玄関ドアの鍵を開けることが可能であったこと」としながら、甲の供述の内容の真実性が問題となるとして伝聞証拠と結論付ける答案であり、【実況見分調書②】では、検察官の立証趣旨が「被害再現状況」であるところ、事例に現れた具体的な事実を抽出、分析し、Vの供述どおりの犯行が本件犯行現場で可能だったことを立証する目的ではないことなどの根拠を示し、要証事実は、実質において「再現されたとおりの犯罪事実の存在」、つまり供述内容の真実性であり、伝聞証拠である旨認定することが求められるが、特段の根拠を示すことなく結論だけを論じる答案、平成17年決定を意識することなく、漫然と要証事実を検察官の立証事実と同じだとして非伝聞証拠とするもの、検察官の立証趣旨を「被害状況」と誤って引用し、「被害再現状況」との区別を意識しない答案、甲やVの各指示説明の記載やそれらの再現状況の写真について、甲やVの指示説明をいわゆる「現場指示」あるいは「現場供述」のいずれかに当てはめ、特段の論述なく、前者を非伝聞証拠、後者を伝聞証拠と結論付ける答案、写真について「記録過程が機械的になされるので当然に非伝聞証拠である」とする答案などが相当数見受けられた。また、伝聞証拠と結論付けたものの、検察官の面前での被害再現であるにもかかわらず、刑訴法第321条第1項第3号の要件該当性を検討する答案、Vは死亡しているにもかかわらず、生存していることを前提に論述をする答案、署名押印について一切言及しない答案など、事例に現れた具体的な事実の抽出、分析が不十分な答案も少なからず見受けられた。さらに、実況見分調書自体の伝聞性に触れない答案、各実況見分調書が公判廷外の甲やVの供述を含むものであるとして、伝聞例外の要件該当性を検討し、その要件を満たさないと認定しながら、刑訴法第321条第3項の要件を満たせば、それらも実況見分調書の一体のものとして証拠能力が認められるとする答案、各実況見分調書を再伝聞に該当するとして刑訴法第324条の問題とする答案など、伝聞法則の基本的理解が不十分と言わざるを得ない答案も散見された。

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、刑訴法第221条の「領置」の意義に関する正確な理解を示し、各検査内容に即して、事例に現れた具体的な事実を抽出、分析し、「領置」に該当するか否かを適切に論じた上で、平成20年決定を意識しつつ、甲のプライバシーの利益と各領置の必要性を比較衡量して相当性を検討するという枠組みを示して領置の限界を論じ、領置対象物の性質、検査の進展状況、領置の方法など、事例に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析して結論を導いている答

案であり、〔設問2〕については、伝聞証拠の意義を論じた上で、各実況見分調書について刑訴法第321条第3項該当性が問題となることを的確に論じ、さらに、平成17年決定を十分に意識しつつ、事例に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析して、各実況見分調書の要証事実を正確に把握し、各実況見分調書の証拠能力を検討する際に必要な伝聞例外の条文適用と当てはめを適切に行っている答案である。

(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、領置の意義に関する一応の理解を示し、各検査内容に即して「領置」に該当するか否かを論じた上で、領置の限界について、甲のプライバシーの利益と各領置の必要性を比較衡量して相当性を検討するという判断枠組を示すまでには至っていないものの、平成20年決定を意識しつつ、当てはめにおいて、不十分ではあるものの、甲のプライバシーの利益にも一応配慮し、事例に現れた具体的な事実の抽出、分析をした上で結論を導いている答案であり、〔設問2〕については、伝聞証拠の意義や実況見分調書の刑訴法第321条第3項該当性に関する的確な論述を行った上で、各実況見分調書の要証事実について、平成17年決定を意識しており、不十分ではあるものの、事例に現れた具体的な事実の抽出、分析をした上で根拠を示しつつ認定し、一応の結論を示すことができており、伝聞例外の条文適用や当てはめも一応論じることができていた答案である。

(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、領置の意義に関する一応の理解を示し、各検査内容に即して、「領置」に該当するか否かを適切に論じた上で、領置の限界について、一応事例に現れた具体的な事実を抽出、分析しているものの、平成20年決定への意識がなく、甲のプライバシーの利益に配慮した判断枠組が示されていない上、当てはめにおいても、甲のプライバシーへの配慮が不十分であり、物足りなさを感じる答案であり、〔設問2〕については、伝聞証拠の意義や実況見分調書の刑訴法第321条第3項該当性に関する一応の理解を示し、各実況見分調書の要証事実を認定した上で結論を導こうとしているものの、要証事実を正確に捉えられていない答案、要証事実を認定する論拠が欠落あるいは不十分な答案、事例の具体的な事実の抽出、分析が不正確なために、伝聞例外の適用条文を一部誤った答案である。

(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、これを断片的に記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等、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、領置の意義に全く言及することなく、本件回収行為について強制処分に該当するか否か、単に任意処分として許されるかという、強制処分と任意処分の区別に関する一般論を展開するだけの答案がこれにあたる。〔設問2〕であれば、実況見分調書の伝聞性に一切触れないもの、各実況見分調書の要証事実の検討が全くなされていないもの、各実況見分調書を伝聞証拠とし、伝聞例外の要件を満たさないと認定しながら、刑訴法第321条第3項の要件を満たせば実況見分調書全体の証拠能力が認められるとするもの、各実況見分調書を再伝聞に該当するとして刑訴法第324条の問題とするものなど、およそ伝聞法則を理解していないとしか評しようのない答案である。

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すること、それを踏まえて、関係条文や判例法理を具体的な事例に当てはめて適用する能力を身に付けること、自説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、裁判所、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。