

平成28年司法試験の採点実感等に関する意見（刑事系科目第1問）

1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点の基本方針等

本問では、比較的長文の具体的事例に基づき甲乙丙丁それぞれの罪責を問うことにより、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有無・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、結論の妥当性、その結論に至るまでの法的思考過程の論理性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。

すなわち、本問は、暴力団構成員である乙が、上位の地位にある甲から、V方に押し入って現金を奪うこと（以下「本件強盗」という。）を指示され、甲から資金提供を受けて開錠道具や果物ナイフ（以下「ナイフ」という。）等必要な道具を購入した後、甲から本件強盗を中止するように言われたものの、これに従わずに前記開錠道具を用いてV方に侵入し、Vに対し暴行・脅迫を加えたところ、乙が強盗するのを手伝うために丙がV方にやって来たことから、丙と共に現金を奪って逃げたという事例と、乙らの逃走後、V方に侵入した丁が、V名義のキャッシュカード（以下「カード」という。）をズボンのポケットに入れた後に右ふくらはぎから血を流して倒れているVを見付け、Vから同カードの暗証番号を聞き出して逃走し、同カードを用いて現金を引き出すために近くのX銀行Y支店に行き、同支店内において、前記聞き出した暗証番号を入力して現金自動預払機（以下「ATM」という。）から現金を引き出したという事例（なお、丁の逃走後、Vは乙から顔面を蹴られたことによる脳内出血が原因で死亡した。）について、甲乙丙丁それぞれの罪責を問うものであるところ、これら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を導くこと、さらには、甲乙丙丁それぞれの罪責についての結論を導く法的思考過程が相互に論理性を保ったものであることが求められる。

甲乙丙丁それぞれの罪責を検討するに当たっては、それぞれの行為や侵害された法益等に着目した上で、どのような犯罪の成否が問題となるのかを判断し、各犯罪の構成要件要素を検討し、問題文に現れた事実を丁寧に拾い出して当てはめ、犯罪の成否を検討することになる。ただし、論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法律解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で、必ずしも重要とはい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、乙の罪責の検討に当たっては、乙が、V方に侵入し、Vに対してナイフを使って暴行・脅迫を加えて怪我をさせた上、V方から現金を持ち出した行為に関しては、住居侵入罪が成立することを簡潔に論じた上で、まず、乙がVに対して加えた暴行・脅迫が強盗罪の実行行為に該当することを論じ、さらにその後、Vが死亡した点については、死亡結果と因果関係のある乙の行為を的確に指摘し、強盗致死罪が成立する旨を論じることが求められた。

丙の罪責の検討に当たっては、丙が、V方に侵入し、乙に加担して、乙と共にV方から現金を奪った行為に関して、乙同様、住居侵入罪が成立することを簡潔に論じた上で、承継的共犯の成否を論じることが求められていた。そして、その際には、承継的共犯についての規範を示し、承継的共犯の成立を肯定した場合には、Vの死亡結果についてまで丙が責任を負うのか、承継的共犯の成立を否定した場合には、丙にはいかなる犯罪が成立するのかについて、問題文に現れた事実を前記規範に当てはめて説得的に論じることが求められていた。

甲の罪責の検討に当たっては、まず、甲が何らの実行行為を行っていないことから、共謀共同正犯の肯否を簡潔に論じた上で、問題文に現れた事実を当てはめて甲の共同正犯性を肯定し、次に、甲が乙に

対して本件強盗の中止を指示したにもかかわらず乙がこれを実行した点に関して、甲について共犯関係からの離脱が認められるかについてその判断基準を示しつつ論じ、離脱を認めない場合にはVの死亡結果についても甲が責任を負うのかや、丙との共謀の成否について、離脱を認めた場合には甲に強盗予備罪が成立することを指摘した上で、予備罪の共同正犯の成否等について、問題文に現れた事実を的確に当てはめて論じることが求められていた。

丁の罪責の検討に当たっては、丁がV方へ侵入した行為に関する住居侵入罪が成立することを簡潔に論じた上で、V方の金庫内からカードを盗み出した後に、右ふくらはぎから血を流して倒れているVから同カードの暗証番号を聞き出した行為について、カードについての窃盗罪の成否、暗証番号の財産上の利益該当性、暗証番号を聞き出した行為の強盗罪の実行行為該当性を、問題文に現れた具体的な事実を指摘しつつ論じ、さらにその後、同カードを使ってX銀行Y支店内に設置されたATMから現金を引き出した行為について、建造物侵入罪の成否及び窃盗罪の成否を簡潔に論じることが求められていた。

3 採点実感等

各考查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、前記2のとおり、論じるべき点が多岐にわたることから、各論点の体系的な位置付けを明確に意識した上、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。すなわち、甲乙丙丁それぞれの罪責を論じるに当たって検討が必要であると思われる論点には、重要性の点において軽重があり、その重要度に応じて論じる必要があったが、これを考慮することなく、必ずしも重要とは思われない論点に論述の多くを費やした答案も見受けられた。

本問を論じるに当たって必要とされている論点全てに触れた少数の答案を含め、総じて、規範定立部分についてはいわゆる論証パターンをそのまま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、論点の正確な理解ができているのかに不安を覚える答案が目に付いた。

法的三段論法については、大多数の答案においては意識されていると思われたものの、中には、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という答案も少なからず見受けられた。前述の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も、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。

なお、本問で罪責の問われている者は甲乙丙丁と複数のため、答案を構成するに際しては、各人において論じるべき点の相互関係に留意した上、各人の論じる順序を検討した方がよいと思われたが、ほぼ全ての答案が、乙丙甲丁等、適宜の順に応じて論じることができていた。

(2) 乙の罪責について

乙の罪責を検討するに当たって論じるべきと思われる点は、①住居侵入罪の成否、②Vに対する強盗致死罪の成否である。

まず、①の点については、ほとんどの答案で触れられていたが、これを長々と論じる答案も若干ではあるが見受けられた。本問で乙に住居侵入罪が成立することについては特に争いのないところであるため、同罪の保護法益を指摘しつつ事実を当てはめて簡潔に論じることが求められていた。論じるべき点の軽重を的確に判断し、質量ともに適切な論述ができるよう意識すべきである。

次に、②の点については、大多数の答案が、乙がVに対して加えた、ナイフを顔面付近に突き付けた脅迫行為、顔面を数回蹴った暴行行為、右ふくらはぎをナイフで刺した暴行行為等は、いずれも強盗罪の実行行為に該当するとした上、その後、Vが死亡した点に関し、乙が顔面を蹴った行為とVの死亡結果との因果関係を認め、強盗致死罪が成立するとの結論を的確に導き出すことができていた。

前記暴行・脅迫に關し、これらが強盗罪の実行行為に該当するか否かについて長々と論じる答案も散見されたが、これらの該当性についてはほぼ争いがないと思われる所以、強盗罪の実行行為に關す

る最高裁判例（最二判昭和24年2月8日刑集3巻2号75頁等）に従って端的に論じることで十分であるところ、大多数の答案はそれができていた。ところで、本件におけるVの死亡結果については前記のとおり乙の強盗罪の実行行為たる暴行（顔面を蹴った行為）から生じたものである。それにもかかわらず、強盗の機会性を論じる答案が少なからずあったが、このような答案は、強盗罪についての基本的な理解が不十分であると認められた。

なお、強盗致死罪の成否を論じる前に、強盗予備罪の成否を論じる答案が相当数存在した。これは時系列に沿って犯罪の成否を論じたためだと思われるが、本当にこの点を論じる必要があるかについて的確に意識されていた答案は少数であった。すなわち、後に甲の罪責について検討する中で、甲について共犯関係からの離脱を認め、甲には強盗予備罪が成立するとの結論を採った場合には、乙に関して強盗予備罪の成否を検討しておくことは意味があると思われる。しかしながら、それ以外の場合にまで、この点を論じる意味があったのかについては疑問があるところである。

さらに、乙の罪責について、前記以外にも、Vの死亡結果に関する乙の殺意の有無を長々と論じる答案や、乙が、甲に対し、Vから現金を強奪したことを告げずにこれを丙と分け合ったことについての詐欺罪の成否や横領罪の成否を論じる答案が少数ながら存在した。このうち、殺意については、本問の事実関係からは殺意を認めるのが困難であることは明らかであることから、そもそも本問でこれを論じる必要があるのか、仮にこの点を論じるとしてもどの程度の分量が適切であるのかについて的確に判断すべきであったし、詐欺罪や横領罪の成否については、そもそも本問でこれらを論じる必要があるのかについてやはり的確に判断すべきであった。

(3) 丙の罪責について

丙の罪責を検討するに当たって論じるべきと思われる点は、①住居侵入罪の成否、②乙の強盗行為に途中から加担して現金を手に入れたことに関する承継的共犯の成否である。

まず、①の点については、乙の罪責のところで述べたのと同様に簡潔に論じることが求められていたが、大多数の答案はその旨の論述ができていた。

次に②の点については、承継的共犯についての問題の所在を意識しつつ、的確な規範定立を行うことが求められていたところ、大多数の答案は相応に論述されていたが、いわゆる論証パターンに沿った論述に終始していると思われるものがほとんどであり、共犯の処罰根拠を含め、承継的共犯の問題の所在について意識した上で的確に論述されていると認められた答案は少数であった。また、承継的共犯の肯否に関しては、いわゆる中間説（限定的肯定説）を探るものがほとんどであったが、規範定立と事実の当てはめが一致していない答案も少なからず見受けられたところであり、これらの答案は、事実を拾って説得的に論じるとの意識が乏しいと思われた。なお、承継的共犯に関しては、近時の最高裁判例（最二決平成24年1月6日刑集66巻1号1281頁）が存在するところ、同判例を意識して論述していた答案は少数であったが、いわゆる重要判例のある問題点については、これを意識して論述することがより望ましいものといえる（※上記最高裁判例については、当初掲載した採点実感等に関する意見では平成26年と記載していましたが、平成24年の誤りでしたので訂正しました）。

丙につき承継的共犯の成立を肯定した場合には、次に丙がVの死亡結果について責任を負うかを論じる必要があったところ、理由もなく丙がVの死亡結果について責任を負うとした答案が相当数存在したが、この結論が妥当かは疑問なところであり、このような答案については、承継的共犯を正確に理解できているのか、疑問を抱かざるを得なかった。

また、全面的否定説の立場を採って承継的共犯を否定するなどして、丙について窃盗罪の成立を認めた場合には、Vは丙が加担する前に既に乙の暴行・脅迫によって反抗を抑圧されており、丙はVに対して一切の暴行・脅迫を加えておらず、かつ、Vも丙の存在を認識していないことなどの、問題文に現れた事実を指摘して説得的に論じた上で、乙とはいかなる範囲で共同正犯が成立するのかを検討

し、これらを的確に論述することが求められていたところ、前者については概ね指摘して論述することができていても、後者の共同正犯の成立範囲についてまで検討できていた答案は少数であった。これは各論点の体系的位置付けや論点相互間の理論的結び付きについての理解が不十分なためではないかと思われた。

(4) 甲の罪責について

甲の罪責を検討するに当たって論じるべきと思われるものは、①甲乙間の共謀の成否、甲乙間に共謀が成立するとして、②その後、甲は、乙が本件強盗を実行する前に中止を指示していることから甲について共犯関係からの離脱が認められるか否か、③その検討結果を踏まえた成立罪名、さらに、④甲について共犯関係からの離脱が認められないとした場合には、甲丙間における共謀の成否である。

①の点については、甲と乙の立場や乙に対する甲の指示内容等、問題文に現れた事実を踏まえて共謀共同正犯の成否を論じる必要があったところ、大多数の答案は、規範を定立した上、甲から乙への情報提供、方法指示及び資金提供や乙が分け前欲しさから加担したことなどの問題文に現れた事実を指摘しつつ、共謀共同正犯が成立する旨を論じることができていた。

②の点については、共犯関係からの離脱を論じるに当たって、問題の所在を意識しつつ的確な規範定立を行うことが求められていたところ、共犯の処罰根拠も含め、大多数の答案は相応に論述されていたが、他の論点と同様、単にいわゆる論証パターンに従って論述しているにすぎないと思われたものが相当数見受けられた。さらに、定立した規範へは、甲と乙のやりとり（中止指示と乙の了承を前提に、甲が乙に対し、開錠道具やナイフ、かばんといった道具の回収指示をしていないこと）、甲から渡された現金3万円で乙が購入した開錠道具やナイフ等の道具の重要性、甲が首謀者であること、甲から乙への中止指示が犯行直前であり、かつ、その指示方法も、組長から中止指示を受けて直ちに告げたわけではなく、乙が電話をかけてきた際に告げたものであることなどの問題文に現れた事実を指摘した上で、心理的因果性及び物理的因果性に着目して結論を導き出すことが求められていた。多くの答案では、前記各事実の指摘は概ねできていたが、その答案のほとんどが、その後、単に、心理的因果性が除去されても物理的因果性が除去されないため離脱は認められないと指摘するにとどまっており、その場合に共犯関係からの離脱が認められない理由についてまで説得的に論述できていた答案は少数であった。

また、前記各事実の指摘が不十分なまま、安易に、甲について共犯関係からの離脱を認めた答案も少なからず存在した。甲について共犯関係からの離脱を認めた場合には、物理的因果性が残っているにもかかわらず離脱を認めると判断した理由につき、問題文に現れた事実を指摘しつつ、より説得的に論じることが求められていたのであるが、このような論述ができていた答案は極めて少数であり、これは論文式試験における事実摘示の重要性についての認識が不十分であるためではないかと思われた。

③の点については、甲について共犯関係からの離脱を認めないとした場合、Vが乙の行為により死亡している点について甲が責任を負うのか、いわゆる結果的加重犯の共同正犯の成否について理由を含めて簡潔に論じる必要があったが、これを的確に論述できていた答案は少数であった。

これに対して、甲について共犯関係からの離脱を認めるとした場合、甲には強盗予備罪が成立すると考えられるところ、離脱を認めながらも強盗予備罪の成立を検討しない答案が見受けられたり、また、離脱を認めて甲に強盗予備罪が成立することは検討できていたものの、乙との関係で強盗予備罪の共同正犯が成立することについてまで論述できていた答案は少数であった。これは刑法の体系的理解が不十分であるためではないかと思われた。

④の点、すなわち、甲について共犯関係からの離脱を認めないとした場合、甲丙間に共謀（順次共謀）が成立するかについては、その結論はさておき、相当数の答案で論述されていた。受験生においては、順次共謀の考え方（判例として最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁等があ

る。) を含め、刑法上の基本的な概念については、その理解をより一層深めてもらいたい。

なお、甲に関しては、共謀の射程論を論じた答案や、共犯関係からの離脱を論じずに中止犯の成否を論じた答案が少數ながら存在したが、これらは刑法上の基本的な概念についての理解を誤っていると思われた。

(5) 丁の罪責について

丁の罪責を検討するに当たって論じるべきと思われる点は、①V方へ侵入した点についての住居侵入罪の成否、②丁がV方内で行った行為についての窃盗罪及び強盗利得罪の各成否、③V名義のカードとVから聞き出した暗証番号を使い、X銀行Y支店内に設置のATMから現金を引き出した行為についての建造物侵入罪及び窃盗罪の各成否である。

まず、①の点については、これまで述べてきたのと同様に簡潔に論じることが求められていたが、大多数の答案はその旨の論述ができていた。

次に、②の点について、丁がV名義のカードをズボンのポケットに入れた点に関しては、カードの財物性、窃盗罪の既遂時期などについて端的に論じることが求められており、大多数の答案は、カードの財物性が肯定されることを前提に、窃盗罪の成否を検討することができていたが、既遂時期に関して明確に論述できていた答案は少數であった。

また、丁が、V方内において、右ふくらはぎから血を流して横たわっているVに対し、強い口調で迫ってVからカードの暗証番号を聞き出した点に関しては、これがいかなる構成要件に該当するかを論じることが求められていたところ、この点に関しては、V名義のカードの暗証番号が刑法上保護されるべき財産上の利益に該当するか否かに加え、丁がVに申し向けた文言が強盗罪の実行行為としての脅迫に該当するか否かが問題となり得る点であった。

これらの点に関しては、暗証番号の利益性を肯定すれば2項強盗罪あるいは2項恐喝罪が、これを否定すれば強要罪等が成立すると考えられるところ、いかなる結論を探るかはさておき、これらの問題点を意識した上で、論理的に矛盾なく相応の分量で論じていれば十分であり、多数の答案はそれができていた。しかしながら、結論を示すのみで、思考過程を示すことができていない答案も相当数存在した。

さらに、③の点については、建造物侵入罪の成否及び窃盗罪の成否を簡潔に論じることが求められていたところ、大多数の答案は論点の重要性に応じた論述ができていた。

(6) その他

例年指摘しているところではあるが、字が乱雑で判読しづらい答案も少數ながら存在したし、漢字に間違いのある答案も散見された。時間的に余裕がないことは承知しているところであるし、達筆であることまでを求めるものではないものの、採点者に読まれるものであることを意識し、大きめで読みやすく丁寧な字で書かれることが望まれる。

(7) 答案の水準

以上を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」という答案の4つの水準を示すと、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前記採点の基本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理解するとともに、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摘示して当てはめを行い、甲乙丙丁それぞれの刑事責任について、論理的に矛盾せずに妥当な結論を導いている答案である。特に、問題文に現れた具体的な事実の持つ意味を論じつつ当てはめを行っている答案は高い評価を受けた。

「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基本方針に示された主要な問題点について理解できており、甲乙丙丁それぞれの刑事責任について論理的に矛盾せずに妥当な結論を導くことができているものの、一部の問題点についての論述を欠くもの、主要な

問題点の検討において構成要件要素の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たものである。

「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、複数の主要な問題点についての論述を欠くなどの問題はあるものの、論述内容が論理的に矛盾するところはなく、刑法の基本的な理解について一応ではあるもののこれを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採点の基本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、事案の解決に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、問題点には気付いているものの結論が著しく妥当でないもの、論述内容が首尾一貫しておらず論理的に矛盾しているもの等である。

4 今後の法科大学院教育に望むこと

刑法の学習においては、刑法の体系的な理解、すなわち刑法の基本概念の理解を前提に、個々の論点の問題の所在を理解するとともに、各論点の位置付けや相互の関連性を十分に理解することが必要不可欠である。これらができていなければ、的確かつ説得的な論述はできない。

また、これまで繰り返し指摘しているところであるが、判例学習の際には、結論のみならず当該判例の前提となっている具体的な事実を意識し、結論に至るまでの理論構成を理解し、その判例が述べる規範の刑法の体系上の位置付け、規範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。

今回の論文式試験では、主要な論点について暗記していたいわゆる論証パターンを単にそのまま書いたにすぎないように思われる答案が見受けられたが、それは法的思考能力を身に付けるために必要な、前記に指摘した諸点の重要性に関する理解・認識が不十分であるためではないかと思われる。

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、判例学習等を通じ具体的な事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らずに幅広く多角的な検討を行う能力を涵養するとともに、論理的に矛盾しない、事案に応じた適切で妥当な結論を導き出す能力を涵養するよう、より一層務めていただきたい。

平成28年司法試験の採点実感等に関する意見（刑事系科目第2問）

1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様に比較的長文の事例を設定し、その捜査、公判前整理手続及び公判の過程に現れた刑事手続上の問題点について、問題の所在を的確に把握し、その法的解決に重要な具体的事実を抽出・分析した上で、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き、その過程を筋道立てて説得的に論述することを求めており、法律実務家になるための学識・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、公表されているとおりである。

〔設問1〕は、司法警察員Pらが、被疑者甲の異常な言動を認めて職務質問を行ったところ、甲に覚せい剤使用者特有の様子が見られた上、覚せい剤取締法違反の前科も判明したことから、覚せい剤使用及び所持の疑いを抱き、警察署への任意同行及び尿提出を求め、30分間にわたり、甲をその場に留め置き、その後、甲の腕の注射痕及びバッグ内の注射器を認め、甲の覚せい剤使用等の疑いを強め、甲車の捜索差押許可状及び甲の尿を差し押さるべき物とする捜索差押許可状を請求する準備に着手し、甲に対する有形力の行使を伴いながら、5時間にわたり、甲をその場に留め置いた措置について、適法性を問うものである。いわゆる強制処分と任意処分の区別、任意処分の限界について、その法的判断枠組みを示した上、捜査が進展していくことを意識しながら、具体的事實に同枠組みを適用して結論を導くことを求めている。

〔設問2〕は、接見指定の可否・限界を問うものであり、接見指定に関する刑事訴訟法第39条第3項本文の解釈及び初回接見であることを踏まえた同項ただし書の解釈を行った上、各下線部における検察官Sによる接見指定について、接見指定を行ったのが、刑事訴訟法上要求されている弁解録取手続中であること（下線部①）、甲の自白を得たいとして取調べを実施しようとする段階であること（下線部②）を踏まえつつ、具体的な当てはめを行い、接見指定が許される場合に当たるか、許される場合に当たるとして指定した内容が適切か、結論を導くことを求めている。

〔設問3〕は、乙の供述を内容とする甲の証言について、伝聞法則の適用の有無という観点から証拠能力を問うものである。甲の証言が伝聞法則の適用を受けるか否かは、それによって証明しようとする要証事実が何であるかとの関連で決まるとの基本的理解を前提に、甲の証言から、甲が覚せい剤を譲り渡された際に、乙に覚せい剤であるとの認識があつたことを立証するためには、いかなる推論過程をたどることになるのか、その推論過程において、乙の供述内容の真実性が問題となるのかを具体的に検討することが求められる。

〔設問4〕は、公判前整理手続で明示された主張との関係で、その内容を一部異にする被告人質問を制限することの可否を問うものである。被告人及び弁護人には、公判前整理手続終了後における主張制限の規定が置かれておらず、新たな主張に沿った被告人の供述を当然に制限することはできないことに留意しつつ、公判前整理手続の趣旨に遡り、被告人質問を制限できるとすればどのような場合か、法的基準を立てた上で、本件の具体的事實を当てはめ、結論を導き出すことが求められる。

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、公判前整理手続及び公判に関し刑事訴訟法が定める制度・手続及び重要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、おのずと把握できるはずである。〔設問1〕に関し、「留め置きの任意捜査としての適法性を判断するに当たっては、本件留め置きが、純粹に任意捜査として行われている段階と、強制採尿令状の執行に向けて行われた段階とからなっていることに留意する必要があり、両者を一括して判断するのは相当でないと解される。」とする裁判例があるが（東京高裁平成21年7月1日判決判タ1314号302頁等）、本設問は、必ずしも同裁判例の考え方を準拠した解答を求めるものではないから、同裁判例を知らなかつたとしても、法

科大学院の授業で取り上げられる強制処分と任意処分の区別及び任意捜査の限界に関する基本的な問題点を理解していれば、これを基に十分な解答が可能であろう。また、〔設問4〕については、公判前整理手続で明示されたアリバイ主張に関し、その内容を更に具体化する被告人質問等を刑事訴訟法第295条第1項により制限することの可否について判示した最高裁決定があるところ（第二決平成27年5月25日刑集69巻4号636頁），本設問も、同決定の理解を問う趣旨のものではなく、設問に現れた事実関係を適切に分析した上で、公判前整理手続の趣旨に立ち返った論述を求める趣旨のものであって、最新判例に関する知識よりも、むしろ刑事訴訟法に関する基本的な理解を基礎とした柔軟で実践的な考察力の有無を問うものである。

2 採点実感

各考査委員からの意見を踏まえた感想を述べる。

〔設問1〕については、Pらによる留め置き措置の適法性について、事例に即して法的問題を的確に捉え、強制処分と任意処分の区別、任意処分の限界に関して、刑事訴訟法第197条第1項の解釈問題であることを意識しつつ、基本的な判例の内容も踏まえてその判断枠組みを明確にした上、捜査の進展により、嫌疑の高まりや留め置きの目的の変容が生じていることにも留意して、具体的な事実を事例中から適切に抽出・整理して意味付けし、それを前記枠組みに当てはめて説得的に結論を導いた答案が見受けられた。

〔設問2〕については、接見指定の可否・限界について、刑事訴訟法第39条第3項本文及びただし書に関する解釈問題であることを意識し、基本的な判例法理の理解を踏まえつつ、接見指定を行った際の捜査状況とその違い等に留意しながら、各下線部における措置の適法性について論じた答案が見受けられた。

〔設問3〕については、乙の供述を内容とする甲の証言について、伝聞法則の意義を論じ、同法則の適用を受けるのが原供述の供述内容の真実性が問題となっている場合であることを的確に示した上、公判前整理手続の結果やそれまでの証人尋問の内容を踏まえ、本設問における要証事実が、真実「K通りで警察がよく検問をしていること」等ではなく、乙がそのような発言をしたこと自体であり、さらに、その発言自体から、乙が甲に渡した物について、覚せい剤と認識していたことを証明しようとしているという推論過程の構造を正しく論じ、本設問では原供述の供述内容の真実性が問題となっているのではないことを明らかにした上で、下線部③の証言を非伝聞とし、証拠能力に関する結論を導き出す答案が見受けられた。

〔設問4〕については、被告人及び弁護人の主張制限に関する条文が置かれていないことと公判前整理手続の趣旨を正しく示し、本設問の具体的な事情を検討した上で、質問を許すことが公判前整理手続の趣旨を損なう結果とならないかという観点から、結論を導いている答案が見受けられた。

他方、抽象的な法原則や判例の表現を暗記してそれを機械的に記述するのみで、具体的な事実にこれを適用することができない答案や、そもそも具体的な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も見受けられた。

〔設問1〕においては、甲に関し、Pが覚せい剤取締法違反の具体的な嫌疑を抱き、その後にはQに指示して捜索差押許可状の請求に及んでおり、職務質問から捜査に移行していることを具体的に指摘する答案が見受けられた一方で、終始職務質問の限界に関する問題としてのみ論ずる答案も見受けられた。

Pらによる各留め置き措置については、強制処分か任意処分かを検討する必要があるところ、多くの答案は、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えるかどうか」という最高裁判例（第三決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁）の示す基準や、「相手方の意思に反して、重要な権利・利益を制約する処分かどうか」という現在の有力な学説の示す基準を挙げて検討していた。このような基準を示すに際し適切な理由付けがなされている答案が見受けられる一方で、結論のみを示す答案も少なくなかった。

また、Pらによる各留め置き措置が強制処分に至っていないとの結論に至った場合には、任意処分としての相当性を検討することとなるし、あるいは、いずれかの段階から強制処分に至っているとした場合にも、それまでのPらの措置について、任意処分としての相当性を検討することになるが、特に後者の場合、強制処分に当たるとするのみで、それ以前の段階の任意処分としての相当性について論じられていない答案が見受けられた。

判断基準への当てはめのうち、強制処分該当性に関しては、前記最高裁判例の示す基準を理解し、制約を受ける利益を適切に指摘しながら事実関係を具体的に抽出する答案が見受けられた。その一方で、具体的事実を漫然と羅列して結論を導いた答案も少なくなく、更には前記最高裁判例の示す基準を挙げつつ、捜査の必要性が高いことを強調して適法とする答案、後に捜索差押許可状が適法に発付されていることや緊急逮捕が可能な状況にあったことを挙げて適法とする答案など、刑事訴訟法の理解にやや疑問を感じさせる答案も一部見受けられた。

任意処分の限界に関しては、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度」（前記最決昭和51年）かどうかが吟味されるところ、いわゆる捜査比例の原則を正確に理解した上、捜査の進展に伴い、捜査の必要性が高まっていく事情を時系列に沿って具体的に摘示し、更には捜索差押許可状の請求を行った以降の留め置きを任意処分として捉える場合には、留め置きの目的が変容していることなども具体的に指摘し、各事実の持つ重みを意識しつつ当てはめを行っている答案が見受けられた。その一方で、嫌疑の高まりを指摘するものの、それがなぜ留め置きの必要性と結び付くかについて、必ずしも説得的な論述ができていない答案が少なくなかった。また、必要性、緊急性及び相当性というキーワードを挙げ、それぞれに関連する事実を平面的に羅列するのみで、「具体的状況のもとで相当と認められる」かどうかの判断構造の理解が十分とはいえない答案や、必要性、緊急性を考慮した比較考量を行っているものの、それぞれの事実が持つ重みを十分検討することなく、自らの結論に都合の良い事実のみを取り上げる答案も見られた。

[設問2]においては、「捜査のため必要があるとき」に関し、「接見等を認めると取調べの中止等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ〔る〕」（最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁）とする最高裁判例の基準を適切に挙げ、その意味を更に明らかにした上で、接見指定を行ったのが、刑事訴訟法上要求されている弁解録取手続中であること、甲の自白を得たいとして取調べを実施しようとしている段階であることの持つ意味を明確にしている答案が見受けられた。その一方で、「捜査のため必要があるとき」の解釈に関する論述が不十分である答案も一部見受けられた。

続いて、刑事訴訟法第39条第3項ただし書の「被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限する」かどうかに関し、接見指定の要件が認められる場合における弁護人との間の調整規定であることを理解した上、特に初回接見の重要性について、弁護人の選任や今後取調べを受けるに当たって助言を得る最初の機会であることを示唆した最高裁判例（最三判平成12年6月13日民集54巻5号1635頁）に触れながら、各下線部ごとに検察官による指定方法の適否について具体的に論じた答案が見受けられた。その一方で、刑事訴訟法第39条第3項本文とただし書の条文構造を正確に理解せず、接見指定の要件の問題と同要件が充足された場合の指定の内容に関する問題の区別が曖昧な答案が見受けられたほか、少数ではあるものの、本件について、検察官とすれば、秘密交通権が十分に保障されない態様の短時間の接見（面会接見）であってもよいかどうか、弁護人に意向を尋ねるべきであると論じた答案も見受けられたが（最三判平成17年4月19日民集59巻3号563頁参照）、本設問が直接問うものではない。

なお、下線部①については、「捜査のため必要があるとき」の議論のみをし、下線部②については、「被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限する」かどうかの議論のみをする答案が少くなかった。しかし、下線部①についても、接見指定の内容についての検討は必要であろうし、下線部②についても、接見指定の要件が認められるかについての検討は必要になるであろう。

〔設問3〕においては、要証事実に関し、甲の証言から乙による発言の存在を証明し、その乙の発言自体から、乙が甲に渡した物について、覚せい剤との認識があったことが推認できる旨、いわば二段階の認定過程をたどることを明らかにした上で、説得的な論述がされた答案も少数ではあるが見受けられた。また、多くの答案では、伝聞法則の意義、同法則の適用場面について、基本的な論述ができていた。その一方で、下線部③の要証事実について、乙から甲に対する覚せい剤譲渡の有無としたり、乙による発言自体としつつ内容の真実性が問題となるとする答案も少なくなかった。このうち前者にあっては、公判前整理手続の結果、本件の争点が、⑦平成27年6月28日に、乙方において、乙が甲に覚せい剤を譲り渡したか、①その際、乙に、覚せい剤であるとの認識があつたかの2点と整理されているところ、下線部③がどちらの争点に関連するものであるのか、判断を誤ったものと思われる。また、後者にあっては、伝聞・非伝聞の区別でしばしば用いられる供述内容の「真実性」という言葉の意義について、正確な理解ができていないのではないかとも思われる。ところで、本設問において、乙が「お前が捕まつたら俺も刑務所行きだから気を付けろよ。」と発言した部分について、乙の心理状態に関する供述であるとの見方をする答案も少なくなかった。そのような見方自体は、十分あり得るものであり評価できるが、一方で、このような見方をする答案の多くは、特段の理由付けもなく、心理状態に関する供述であるから非伝聞供述と結論付けていた。このような心理状態に関する供述は、供述内容である心理状態の真実性が証明の対象である点では伝聞供述と異なるところがない一方、知覚・記憶保持の要素が欠けている点で通常の供述過程とは異なっており、乙の供述を心理状態に関する供述とした場合には、これを直ちに非伝聞供述と見てよいかについては必要な論述を行うべきであろう。逆に、同じ発言部分については、内容の真実性が問題となるとし、直ちに伝聞供述に当たるとし、伝聞例外要件への該当性を検討する答案も見られた。この場合にも、心理状態の供述として非伝聞供述と扱う余地がないか、検討が必要であるといえる。

〔設問4〕においては、被告人及び弁護人には、公判前整理手続終了後における主張制限の規定が置かれておらず、新たな主張に沿った被告人の供述を当然に制限することはできないことを指摘した上で、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため、事件の争点及び証拠を整理するための手続である公判前整理手続の趣旨を示し、被告人質問を制限できる場合について自らの規範を定立できていた答案が少数ではあるが見受けられた。その上で、当てはめについては、乙のアリバイに関する主張自体は公判前整理手続の時点から一貫しており、被告人の供述を制限することはできないとする答案や、一方で、犯行当日にいた場所の変更は、争点を根本的に変更させるものであり、被告人の供述を制限することはできるとする答案も見受けられた。一方で、公判前整理手続での主張と証人尋問における被告人供述が重複しており重複陳述に当たるとする答案が少なからず見受けられたところ、これは、公判前整理手続と証拠調べ手続の違いを正確に理解していないことが原因ではないかと思われる。また、公判前整理手続において、アリバイが争点となっていないとした上で当てはめを行う答案も少数ではあるが見受けられたところ、これは、公判前整理手続における争点整理の意義を正確に理解していないことが原因ではないかと思われる。なお、本設問に関連し、公判前整理手続で明示されたアリバイ主張に関し、その内容を更に具体化する被告人質問等を刑事訴訟法第295条第1項により制限することの可否について判示した最高裁決定があるところ（最二決平成27年5月25日刑集69巻4号636頁）、同決定を知った上で本設問を論じたと思われる答案はほとんど見受けられなかった。もとより、本設問は、このような直近判例の知識を問うものではないし、仮に直近判例を知っていたとしても、本設間に即した検討がなされていなければ十分な評価は得られないであろう。

なお、全体を通じ、条文・判例の引用に際し、例えば「捜査のため必要が・・・」など、中点を複数記載して省略する答案が少なからず見受けられたが、条文等のどの部分までを引用しているのかが不明確であったり、どの文言の解釈をしているのか適切に示されない結果となっている例もあり、労を惜しまず、必要部分は正確に引用すべきであるとの指摘があった。

3 答案の評価

「優秀の水準」にあると認められる答案とは、〔設問1〕については、留め置き措置の適法性について、いかなる法的問題があるかを明確に意識し、強制処分と任意処分の区別、任意処分の限界について、法律の条文とその趣旨、基本的な判例の正確な理解を踏まえつつ、的確な法解釈論を開いた上で、具体的事実を踏まえつつ結論を導き出している答案であり、強制処分と任意処分の区別については、制約を受ける利益を適切に指摘し、また、任意処分の限界については、いわゆる検査比例の原則の正しい理解を示しつつ、嫌疑の程度や留め置きの目的が変容していることにも注意を払いつつ、個々の事実が持つ意味の重さを丁寧に分析している答案であり、〔設問2〕については、接見指定に関する刑事訴訟法第39条第3項本文の解釈及び初回接見であることを踏まえた同項ただし書の解釈について、最高裁判例に対する理解を適切に論じ、具体的事例への適用を正しく論じられている答案であり、〔設問3〕については、伝聞法則の意義及び適用場面についての理解を示した上、要証事実に関し、二段階の認定過程をたどる場合であることを適切に分析し、当てはめを行っている答案であり、〔設問4〕については、被告人及び弁護人には、公判前整理手続終了後における主張制限の規定が置かれておらず、新たな主張に沿った被告人の供述を当然に制限できない旨の指摘を行い、公判前整理手続の趣旨を示した上、本設問の事例における争点を正しく把握し、具体的事情を分析しながら結論を導き出している答案であるが、このように、出題の趣旨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。

「良好の基準」にあると認められる答案とは、〔設問1〕については、法解釈について想定される全ての問題点に関し一定の見解を示した上で、事例から具体的な事実を一応抽出し、いわゆる検査比例の原則の理解については正しく理解を示していたが、更に踏み込んで、強制処分と任意処分の区別に関し、制約を受ける利益の指摘が抽象的であったり、任意検査の限界に関し、検査比例の原則の理解は示せているものの、個々の事実が持つ重さの分析に不十分な点や物足りなさが残るような答案であり、〔設問2〕については、それぞれの問題点について論じられているが、基本的な判例の理解や事実の抽出に関し不十分な点や物足りなさが残るような答案であり、〔設問3〕については、伝聞法則の意義及び適用場面についての理解を示し、正しく結論を導き出しているが、要証事実が必ずしも明確に指摘できていないなどの物足りなさが残るような答案であり、〔設問4〕については、公判前整理手続の趣旨を示し、争点を正しく把握した上で論じられてはいるが、当てはめに際し、具体的事情の分析が不十分であったり、抽象的な検討のみで結論を導き出しているような答案である。

「一応の水準」に達していると認められる答案とは、〔設問1〕については、法解釈について一応の見解は示されているものの、具体的な事実の抽出が不十分であったり、必要性、緊急性及び相当性に関連する事実を羅列するだけで具体的な当てはめが不十分であるか、法解釈について十分に論じられていないものの、事例中から必要な具体的な事実を抽出して一応の結論を導き出すことができていたような答案であり、〔設問2〕については、基本的な判例の理解等に不十分さが目立ったり、下線部①については、「検査のため必要があるとき」の議論のみをし、下線部②については、「被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限する」かどうかの議論のみをするなど問題点の検討が不十分といえるような答案であり、〔設問3〕については、伝聞法則の意義及び適用場面についての理解を示し、一応の結論を導き出しているものの、要証事実に関する検討が極めて不十分であるような答案であり、〔設問4〕については、公判前整理手続の趣旨について触れた上、一応の結論を導き出しているが、具体的事情の分析等がほとんどできていないような答案である。

「不良の水準」にとどまると認められる答案とは、前記の水準に及ばない不良なものをいう。例えば、刑事訴訟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、単なる印象によって結論を導くかのような答案等、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〕では、実質的には捜査の必要性のみを事実として抽出して適法とするような答案、〔設問2〕では、刑事訴訟法第39条第3項ただし書の解釈について全く触れられていないような答案、〔設問3〕では、伝聞法則の意義及び適用場面についての記述自体が不十分であったり、要証事実の理解に誤りがあるため、何らの悩みもないまま結論を導いているような答案、〔設問4〕では、公判前整理手続の趣旨に全く触れず、法律論を展開しないまま結論を導いているような答案や、そもそも公判前整理手続の趣旨・内容やそれと証拠調べ手続の違いを全く理解していないといわざるを得ないような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は、従前の採点実感においても指摘されてきたとおり、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を基本から深くかつ正確に理解すること、重要かつ基本的な判例法理を、その射程距離を含めて正確に理解すること、これらの制度や判例法理の具体的な事例に当てはめ適用できる能力を身に付けること、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、生の事実に含まれた個々の事情あるい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のかを意識的に分析・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、通常の捜査・公判の過程を俯瞰し、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んでいくのか、刑事手続上の基本原則や制度がその過程の中のどのような局面で働くのか等、刑事手続を動態として理解しておくことの重要性を強調しておきたい。