

## 令和2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、甲の罪責や、その理論構成、一定の結論を導くために着目すべき事実を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解、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、対立する複数の立場から論点を検討する能力、結論の妥当性や、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、事実認定上又は法律解釈上争いが生じ得る事項など法的に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に済ませるなど、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、甲に成立する1項恐喝罪又は2項恐喝罪いずれかの被害額が、①600万円になるとの立場及び②100万円になるとの立場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のか、自説を論じていない答案は、低い評価にとどまった。

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、これを客観的構成要件要素に関する法解釈上の問題と位置付け、恐喝罪の保護法益の内容や同罪における「財産上の損害」の要否及びその内容に関する各見解を踏まえ、論理性を保って論述することができている答案は、高い評価であった。他方で、①及び②への言及で上記各見解に一切触れず、専ら違法性阻却の観点から、すなわち、犯行態様等の違法性阻却の判断要素に関わる事実関係の評価を変えることにより、違法性が阻却されない場合を①の立場、500万円の交付については違法性が阻却される場合を②の立場として説明するのみの答案は、低い評価にとどまった。

設問2は、Aが睡眠薬を摂取して死亡したことについて、自説か否かに関わりなく、甲に殺人既遂罪が成立しないという結論の根拠となり得る具体的な事実として考えられるものを3つ挙げた上で、それらが当該結論を導く理由を記述させるものであった。

この3つの事実としては、出題の趣旨で記載した①、②及び③の各事実が考えられる。これに対し、当該結論を導く理由としては、様々な理論構成からの説明が考えられるところ、問題文で「事実ごと」の記述が求められている以上、出題の趣旨で記載したとおり、複数の事実を一括せず、①の事実に着目して実行行為性又は実行の着手を、②の事実に着目して因果関係を、③の事実に着目して故意を、それぞれ否定することが想定されていた。また、問題文で「簡潔」な記述が求められているのであるから、理論構成の根拠や他説への批判まで論じる必要はなかった。

設問3では、出題の趣旨で示したとおり、事例2における甲の罪責については、(1)甲が、銀行の窓口係員に対し、犯罪被害金であることを秘しつつ、甲名義の預金口座から600万円の払戻しを請求し、同額の払戻しを受けた行為について、1項詐欺罪の成否を論じる必要があったが、犯罪被害金の払戻請求とはいえ、甲が銀行に有効な預金債権を取得していることに着目して、「欺く」行為の有無に関し、設問1における結論との整合性も意識しつつ論じることが求められていた。

(2)甲がCに対する借金返済のため前記600万円の払戻しを受け、これをCに渡して費消した行為については、横領罪の成否を論じる必要があったが、客体をAに交付すべき500万円に限定した上で、いかなる行為を「横領」行為と評価するかに対応させながら、甲名義口座の預金又は払い戻した現金が同罪の客体に該当するかを論じることが求められていた。

(3)甲がAに対する500万円の返還を免れるため睡眠薬を混入したワインをAに飲ませて眠り込ませ、その影響によりAの心臓疾患を悪化させ、Aを死亡させた行為については、2項強盗殺人罪の成否を論じる必要があったが、早すぎた構成要件実現の処理が問題になっているため、出題の趣旨でも記載したとおり、まずは実行行為をどのように構成するのか、すなわち第1行為（Aに睡眠薬を摂取させる行為）及び第2行為（Aに有毒ガスを吸引させる行為）を一体的に評価した上、これを実行行為として構成するのか、第1行為のみを実行行為として構成するのかを論じ、その上でそれぞれの立場から因果関係の有無や、故意の有無を論じることが求められていた。また、強盗罪の実行行為である「暴行」が認められるか否かについて、その意義に遡って具体的に論じることが求められていたが、これを肯定した場合、甲が「財産上不法の利益を得」たといえるかについて、当該文言の意義を正確に示した上で、Aに相続人がいないこと等の具体的な事実を摘示して当てはめを行う必要があった。

なお、2項強盗殺人罪又は殺人罪の実行の着手を否定した場合、殺人予備罪、強盗予備罪の成否のほか、傷害（致死）罪、（重）過失傷害罪（又は同致死罪）などの成否も問題となり得る以上、それらの論述が必要であった。

(4)甲が睡眠薬を混入したワインをAに飲ませた後、A方で発見した腕時計を奪取した行為について、窃盗罪等の財産犯の成否を論じる必要があった。

設問3では、(1)ないし(4)の各行為ごとに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指摘しつつ法規範に当てはめることができている答案は高い評価であった。

### 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とを選別し、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、論証パターンの書き写し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覚える答案が目に付いた。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。これは、論点の正確な理解とも関係するところであり、一定の事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、Bの交付行為によってAに対する債務が消滅することを構成要件上、どのように評価すべきかという問題意識の下、出題の趣旨に記載した見解の対立構造を示しつつ、恐喝罪の構成要件該当性について正確な法的理を示すことが求められるが、違法性阻却の問題とした上で、専ら事実関係の評価を変えることで損害額を論じる答案が目立ち、上記の点を的確に検討できている答案は比較的少数であった。

甲に成立する財産犯について、1項恐喝罪を認める答案が多かったが、客体が財物に該当す

るか否かを意識して論じるものは少数であったほか、恐喝罪の構成要件要素を正確に摘示しないなど、同罪の構成要件要素全般に関する理解が十分示されていない答案が散見された。

また、甲に詐欺既遂罪の成立を認める答案も散見されたが、Bは債権額については誤信しておらず、また、甲を暴力団組員と誤信した点は、畏怖の念を生じさせる一材料にとどまっているため、詐欺未遂罪はともかく、詐欺既遂罪の成立は認め難いところ、これを認める答案については構成要件要素の検討が不十分であるとの印象を受けた。

なお、少数ながら、甲に強盗罪の成立を認める答案もあったが、行為態様からすれば、反抗抑圧に足りる程度の脅迫は認め難く、同罪の成立は一層困難といえ、具体的な事実の構成要件への当てはめができていないとの印象を受けた。

#### イ 設問2について

本設問では、出題の趣旨で記載した①ないし③の事実を挙げつつ、これを根拠に実行行為性又は実行の着手、因果関係及び故意を否定するための理論構成を記述することが求められていたが、多くの答案は、必要な記述を展開することができていた。

他方、理論構成に関する基本的理解が不足しているとの印象を受ける答案も目立った。

例えば、因果関係を否定する場合には、被害者の特殊事情を判断資料に含めるべきかという視点が不可欠であるところ、このような視点を欠いたまま、諸般の事情の総合的判断によって因果関係を否定するなど、論理過程に疑義のある答案が散見された。また、甲が第2行為を止めたことに着目して、甲に中止犯が成立し、殺人未遂罪になるため、殺人既遂罪は成立しないと結論付ける答案も相当数あった。しかし、中止犯は、未遂犯の成立を前提とする以上、中止犯が成立することが殺人既遂罪の成立を否定する理由とならないことは明らかである。これらの答案は、いずれも総じて、論証パターンを無自覚に記述しているにすぎないと印象を受けた。

#### ウ 設問3について

本設問では、前述2のとおり、(1)ないし(4)の各行為の擬律判断が求められていたところ、これら各行為をまんべんなく検討している答案は少数であった。

(1)の行為については、そもそも1項詐欺罪の成否が問題となることを把握できていない答案も多かったが、これを把握できている答案についても、甲が自己名義の預金口座から犯罪によって得た金員の払戻しを請求しているという事情を適切に評価している答案はごく一部にとどまった。

(2)の行為については、横領罪の成否が問われていることを把握できていっても、その客体が500万円に限定されることや、検討対象となる行為と客体の特定を意識的に結び付けて論じることができている答案は必ずしも多くなかった。

(3)の行為については、早すぎた構成要件実現の処理が問われているところ、甲の計画に反し、第1行為によってAの死亡結果及び財産上の利益の移転が現実化しているため、2項強盗殺人罪の成立を認めるためには、同罪の実行行為及び故意が認められるかを具体的に論ずることが必要になるが、そもそも問題の所在を適切に指摘できている答案は少数にとどまった。例えば、多くの答案が、出題の趣旨で記載した最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁が示した判断要素を前提として、第1行為の段階で実行の着手が認められることから故意既遂犯の成立を導いていたが、実行の着手が認められることが、なぜ故意既遂犯の成立を認める論拠となるのかについて、十分な説明を欠いている答案が多数であった。

強盗の実行行為性、すなわち第1行為自体、あるいは第1行為と一体的に評価された第2行為が、強盗罪にいう「暴行」に該当するか否かについて論じができている答案は少数であった。他方、強盗罪の実行行為性を認める立場からは、同罪の手段と評価し得る行為によりAが死亡した本事例では、強盗の機会性の有無について論じる必要はないはずであるのに、これを長々と論じる答

案が散見された。関連する論点をとりあえず書いておこうとするのではなく、具体的な事案の解決において必要となる論点に絞り込んで検討することが肝要である。

少数ながら、甲が500万円の返還を免れたことが昏酔強盗罪の客体に当たるとして同罪の成立を認め、「2項昏酔強盗殺人」という犯罪が成立するとした答案もあった。しかし、条文上、昏酔強盗罪の客体が財物に限られていることは明らかであり、基本的知識の不足と条文を確認する姿勢の欠如が感じられた。

(4)の行為については、腕時計の奪取時点で、Aが生存していたことは問題文上明らかであるのに、死亡していたとして、死者の占有が腕時計に及ぶか否かを論述する答案も散見された。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。

なお、本設問で殺人既遂罪の成否を論じず、自説の内容が不明の答案が散見された。このような答案は、設問2での記述を所与の前提としている印象を受けたが、これを前提にするのであれば、設問2に関する記述が自説であることを示しつつ、論じる必要があった。

### (3) その他

例年指摘している点もあるが、用語の間違い（全体財産と個別財産等）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、各設問に關係する事実關係を的確に分析した上で、各設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、各設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、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、各設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ではあるものと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、事案に關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。

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、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、刑法各論の分野においても、各罪を独立して学習するだけではなく、例えば、財産犯であれば、財産犯全体に共通する総論的、横断的事項を意識し、また、犯罪類型ごとの区別の基準を重視した学習が望まれる。

さらに、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な事実を意識し、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や、それが妥当する範囲や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。

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点についてまで長々と論じる答案が目に付く。事案の全体像を俯瞰して、事案に応じて必要な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、その理解を深めさせ、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、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。

## 令和2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實を抽出して分析した上、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き出すとともに、その過程を筋道立てて説得的に論述することが求められている。これを通じて、法律実務家になるために必要な刑事訴訟法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、H市内で夜間に発生したV方における住居侵入窃盜事件（本件住居侵入窃盜事件）に関し、司法警察員P及びQが、その2日前の夜間に同市内で発生した、手口が類似するX方における住居侵入未遂事件（X方における事件）で目撃された甲をH警察署まで任意同行した上、約24時間という長時間にわたり、一睡もさせずに徹夜で取調べを行い、それまでの取調べにより疲労して言葉数が少なくなっていた甲に、更に偽計をも用いて取調べを実施していることから（下線部①の取調べ）、それが、被疑者に対する任意取調べとして許容される限界を越え、違法と評価されないかを問うものである。検討に当たっては、刑事訴訟法第198条に基づく任意捜査の一環としての被疑者の取調べの適法性に関する法的判断枠組みを的確に示した上で、事例に現れた具体的事實がその判断枠組みの適用上どのような意味を持つのかを意識しながら、下線部①の取調べの適法性を論じることが求められる。

〔設問2〕は、甲の自白が、前記のとおり、長時間にわたり、徹夜で行われた取調べにおいて、偽計をも用いて獲得されているところ、まず、〔設問2-1〕において、自白法則及び違法収集証拠排除法則の自白への適用の在り方を一般的に問うた上、次いで、〔設問2-2〕において、〔設問2-1〕で論じた自己の見解に基づいて甲の前記自白の証拠能力が認められるかを問うものである。具体的には、自白法則及び違法収集証拠排除法則という証拠法における基本原則が、自白という供述証拠にどのように適用されるのか（後者については適用の有無自体も含む。）について、自説の立場から両法則の適用関係を示した上で、各自の理解に即して、甲の自白の証拠能力の有無を判断するのに必要な証拠法則を、事例に現れた具体的事實に当てはめて、結論を導くことが求められる。

〔設問3〕は、検察官が、本件住居侵入窃盜事件と手口の類似する、未だ起訴されていないX方における事件を目撃したWの証人尋問により、本件住居侵入窃盜事件についての甲の犯人性を証明しようとしている場合において、いわゆる類似事實による犯人性の証明が許されるのかを問うものである。こうした証明が許されないとすればその理論的根拠はどこにあるのか、許される場合があるとすればその判断基準及び根拠は何かを論じ、それを踏まえて、事例に現れた具体的事實を適切に摘示し、評価しながら、裁判所が検察官によるWの証人尋問請求を認めるべきか否かの結論を導くことが求められる。

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把握できるはずである。

まず、〔設問1〕については、任意同行後の被疑者に対する任意取調べの適法性について判断した最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁（以下「昭和59年判例」という。）、最決平成元年7月4日刑集43巻7号581頁（以下「平成元年判例」という。）など、法科大学院の授業でも取り扱われる基本的な判例を正確に理解し、その判断枠組みを意識しつつ、事例中から抽出した具体的事實を分析・検討して論じれば、説得的な論述が可能だと思われる。

〔設問2〕の、自白に対する違法収集証拠排除法則の適用の在り方については、この問題に対す

る判断を示した下級審の裁判例はあるものの、最高裁判所の判例はなく、受験生にとって必ずしも十分な勉強が及んでいない論点だったかもしれない。しかし、自白法則及び違法収集証拠排除法則はいずれも証拠法における基本原則であり、両法則に関する正しい知識や理解があれば、自白と証拠物との異同や両法則の根拠・証拠能力の判断基準等に遡って考えることにより十分解答が可能であろう。また、〔設問2-2〕において、甲の自白に違法収集証拠排除法則を適用する際には、〔設問1〕における、下線部①の取調べの適法性に関する論述内容との整合性に留意しながら論じる必要がある。

〔設問3〕については、類似事実による犯人性の証明に関して判断した最判平成24年9月7日刑集66巻9号907頁（以下「平成24年判例」という。）、最決平成25年2月20日刑集67巻2号1頁（以下「平成25年判例」という。）といった基本的な判例がある。ただし、本問は、これらの判例の事案とは異なり、未だ起訴されていない余罪を類似事実として犯人性の証明に用いようとした事案であり、その意味で、判例に関する理解の具体的な事案への応用力を試す側面を有するものである。両判例が示している判断基準だけでなく、その理論的根拠を正確に理解していれば、X方における事件という類似事実が、本件住居侵入窃盗事件についての犯人性の証明に用いられる場合の推認過程を意識して分析・検討し、説得的に論述することが可能であろう。

## 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。

まず、〔設問1〕では、被疑者に対する任意取調べの限界に関して昭和59年判例の示した、「強制手段によることができ」ず、任意捜査としても、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容される」という二段階の判断枠組みについての正確な理解を示し、自説の立場から強制処分の意義や任意取調べの適法性に関する判断基準を正確に提示した上で、下線部①の取調べによって制約される権利・利益の内容を意識しながら、事例から必要な具体的な事実を抽出し、強制処分の意義に照らして本件取調べが強制処分に当たるのかを検討し、これに当たらないとした場合に、本件取調べが社会通念上相当と認められる方法、態様及び限度で行われたと評価できるのかについて、判例の示す、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等」の判断要素に照らして事例に現れた具体的な事情を的確に拾い上げながら論じ、説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

〔設問2-1〕では、自白法則について自説の根拠及び証拠能力の判断基準を述べるとともに、違法収集証拠排除法則については証拠物に関する最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁（以下「昭和53年判例」という。）に関する正確な理解を踏まえて、自白に対する同法則の適用の有無及びその根拠を示し、適用されたとした場合には証拠能力の判断基準及びその根拠を含めて自説の立場を論じ、両法則の適用関係を明らかにした上で、〔設問2-2〕では、〔設問2-1〕で論じた自説の立場から、〔設問1〕における下線部①の取調べの適法性についての論述内容との整合性に配慮しつつ、事例に現れた具体的な事情を的確に拾い上げ、各自の理解に即して、適用されるべき法則を適切に当てはめて結論を述べている答案が見受けられた。

〔設問3〕では、平成24年判例及び平成25年判例に関する正確な理解を示しつつ、類似事実による犯人性の証明が許容されないとされる場合の根拠や、許容されるとすればその根拠及び判断基準を述べた上で、事例に現れた具体的な事情を的確に拾い上げて当てはめ、Wの証人尋問請求の可否の結論を説得的に導いている答案が見受けられた。そのような答案の中には、上記判例の示す判断基準を満たすことによって、余人による犯行の可能性が著しく下がるために、実証的根拠の乏しい人格評価を介することなく経験則により犯人の同一性を推認できることから、類似

事実による犯人性の証明が許されると指摘した上で、その基準を事例に対し適切に当てはめているものが一定数あった。

- (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・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、なぜ法原則・法概念がそのような意義を持つものとされ、また、判例においてそのような判断基準が採用されているのかを、当該法原則・法概念の趣旨や当該判例の理論的根拠に遡って論述することができていない答案、具体的な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ない答案、具体的な事実に対する洞察が表面的で、その抽出が不十分であったり、その事実の持つ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。

〔設問1〕においては、任意同行後の被疑者の任意取調べの適法性が問われているのであるから、刑事訴訟法第198条に基づく任意捜査の一環としての被疑者の取調べがいかなる限度で許されるのかについて、その法的判断の枠組みを示す必要がある。多くの答案は、昭和59年判例の、第一に、「強制手段によることができ」ず、第二に、強制手段を用いない場合でも、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容される」という二段階の判断枠組みを意識しつつ、事例に現れた具体的な事情を拾い上げて上記判断枠組みに従い相応に当てはめて結論を導いていた。しかしながら、本件取調べが実定法上のいかなる規定との関係で問題になるのかをおよそ意識していない答案が散見されたほか、昭和59年判例の判断枠組みに全く言及することなく、問題文の事情を漫然と羅列して結論を出している答案や、最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁（以下「昭和51年判例」という。）が判示する、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的な状況のもとで相当と認められる限度において許容される」との判断基準を何の説明もなく用いる答案が少なからず見受けられた。立場によっては、昭和51年判例の示す判断基準を用いるとの判断もあり得るであろうが、昭和59年判例は、任意同行後の被疑者に対する任意取調べの限界に関する事案であるのに対し、昭和51年判例は、警察官が、任意同行した被疑者に対して呼気検査に応じるよう説得していた際に、退室しようとした被疑者の左手首をつかんで引き止める、という有形力の行使が問題となった事案であって、判例の判断基準を用いるに当たっては、それぞれの判例において判断の前提となっている事案が異なることや、当該判断基準を任意取調べの場面において適用することの理論的根拠をも意識する必要がある。

また、下線部①の取調べが強制処分に当たるのかを検討するに当たり、「相手方の明示又は黙示の意思（ないし合理的に推認される意思）に反して」「重要な権利・利益を実質的に制約する処分」かどうかという有力な学説の示す定義を用いて検討しながら、甲が取調べに応じる旨明示的に述べており、取調べを拒否する申出をしていないので甲の意思に反しないと安易に結論付け、甲の默示の意思（ないし合理的に推認される意思）に全く言及しない答案や、長時間にわたり徹夜で、更に偽計をも用いて行われた本件取調べが甲のいかなる権利・利益を制約するのか（あるいはしないのか）についての検討が不十分な答案が少なからず見受けられた。さらに、強制処分該当性の検討に際して、下線部①の取調べが「実質逮捕」に当たるかと問題提起し、実質逮捕に当たり刑事訴訟法第199条や令状主義に違反することのみを指摘して違法と結論付ける答案が相当数見受けられたが、任意同行が実質的な逮捕であるとすると、そのことと刑事訴訟法第197条や取調べに対する規律である同法第198条との関係、すなわち、実質逮捕と取調べの適否との関連に言及せず、本件の取調べのために用いられた具体的な方法に対する問題意識を欠いている答案が多く見られた。

本件取調べが社会通念上相当と認められるかを判断する場面については、検討に際して、長時間の取調べの適法性、徹夜の取調べの適法性、偽計を用いた取調べの適法性というように、事例

に現れた事情を分断した上で、その事情ごとに個別に検討を加えるだけで、総合的な分析・考慮のできていない答案が少なからず見受けられたが、本問では、通常は人が就寝している時間帯を含む約24時間という長時間にわたる取調べが徹夜で行われ、その内で疲労して言葉数が少なくなっていた甲に偽計が用いられているのであるから、そうした具体的な事情があいまって生じた状態について多角的・総合的に分析・考慮する視点が必要であろう。また、昭和59年判例が判示した取調べの適法性に関する、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容される」との基準やそこで考慮すべき要素を基礎付ける理論的な説明については、学説上、いわゆる比較衡量説や行為規範説などの見解が示されているが、この点について意識的かつ正確に論じている答案は少数であり、比較衡量説に立っていると思われるのに、取調べの必要性と比較衡量される甲の権利・利益等への言及が不十分・不正確な答案、両説の発想が不正確に混在している答案などが見られた。

なお、本問では、立場によっては、下線部①の取調べが強制処分に当たり違法であるとする答案もあり得るところであり、その場合には任意取調べとして社会通念上相当と認められるかについては具体的な事実を検討することなく結論に至ることになるであろうが、そのような立場による場合であっても、任意同行後の被疑者の任意取調べの限界に関して判断したリーディングケースとして昭和59年判例や平成元年判例があるのであるから、その法的判断の枠組みを十分意識しつつ論じなければならない。

〔設問2〕では、自白に対する「自白法則及び違法収集証拠排除法則の適用の在り方」が問われているのであるから、自白法則の根拠及び証拠能力の判断基準と、証拠物に対する違法収集証拠排除法則の根拠及び証拠能力の判断基準を併記しただけでは不十分であり、両法則の自白への適用関係について、自説の立場を論じなければならないが、この点に関する問題の所在や理論状況を的確に理解して論じられている答案は少数であった。自白法則については、虚偽排除説、人権擁護説、違法排除説など、自説の根拠及び証拠能力の判断基準について相応に論じることができている答案が大半であったものの、違法収集証拠排除法則の自白への適用の在り方を示すことができている答案は多くなく、そもそも、両法則の自白に対する適用関係に関する問題意識を欠いている答案が少なからず見受けられた。すなわち、〔設問2-1〕では、自白法則と違法収集証拠排除法則の内容を漫然と並列的に述べるにとどまっているため、その記述から、後者が自白に適用されるのか否か自体が判然とせず、〔設問2-2〕では、事例に現れた事情を羅列してそれぞれの法則を脈絡なく当てはめているにとどまる答案が少なくなかった。

また、自白とそれを録取した供述調書（自白調書）の関係についての理解を根本的に誤り、甲の自白については違法収集証拠排除法則を適用して証拠能力を否定し、自白調書についてはその派生証拠として証拠能力を否定するという、誤解に基づく答案が散見された。

〔設問2-2〕では、下線部①の取調べにより得られた甲の自白の証拠能力について、〔設問2-1〕で述べた判断基準を具体的な事情に当てはめて結論を出すことが求められているが、〔設問1〕と〔設問2〕における説明ないし論述の整合性が考慮されていない答案が少なからず見られた。すなわち、〔設問1〕では、取調べが適法だと結論付けておきながら、〔設問2-2〕では、取調べに重大な違法があるので甲の自白に証拠能力がないとする答案や、〔設問1〕では、取調べで偽計を用いることは刑事訴訟法上何ら制限されておらず問題がないと述べたのに、〔設問2-2〕では、本問の偽計が、虚偽の自白を誘発し、あるいは甲の黙秘権等重要な権利を侵害するので甲の自白に証拠能力がないとする答案、〔設問1〕では、約24時間の徹夜にわたる取調べが甲の移動の自由や黙秘権等の侵害に当たり違法だと述べたのに、〔設問2-2〕では、違法収集証拠排除法則を適用した上で、偽計を用いた点にしか言及しない答案など、〔設問1〕と〔設問2〕の関係についてどのように考えたのかが判然としない答案がこれに当たる。また、〔設問2-2〕で自白に対しても違法収集証拠排除法則を適用し、その証拠能力を判断するに当たり、

「令状主義の精神を没却するような重大な違法」の有無を基準の一つとする答案が少なからず見られたが、取調べが違法とされる根拠を、偽計を用いたことに求めるのならば、違法の程度は、偽計が違法である理由と関連付けて評価される必要があり、昭和53年判例の表現を漫然と用いるだけでは説明が足りないと言わざるを得ないであろう。

本事例で用いられたのは、本件住居侵入窃盗事件の当日の夜に甲が自宅から外出するのを見た人がいる旨の偽計であり、犯行自体の目撃に関するものではないが、その違いに的確に留意しつつ、長時間にわたり一睡もさせずに徹夜で取調べが行われ、言葉数が少なくなつて疲労していた甲に対し、本問のような偽計を用いれば、たとえそれが犯行自体の目撃に関するものではなかつたとしても、判断能力が低下して自白するしかないと心理状態に陥りかねないことなどに言及し、甲の心理に与えた影響を考慮することができている答案が少數ながら見られた。これに対して、このような偽計の内容・程度に全く言及することなく、偽計が用いられた点を漫然と指摘して甲の自白の証拠能力を否定する答案や、反対に、偽計が用いられる前に、長時間にわたり、徹夜で取調べが行われているという本事例の事情を度外視し、犯行自体の目撃に関する偽計ではないとの理由のみで甲の自白の証拠能力を肯定する答案など、事例に現れた具体的な事情を多角的・総合的に考慮することができていない答案が少くなかった。偽計を用いて得られた自白の証拠能力に関して判断した、最大判昭和45年1月25日刑集24巻12号1670頁は、「偽計によって被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合」には、その「自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべき」だと判示しており、その判断においても、偽計が用いられれば直ちに自白の任意性に疑いがあるとされているわけではない。検討に当たっては、当該事案において、いかなる偽計が用いられ、それが捜査官の他の発言や被疑者の置かれた状況等ともあいまって、被疑者の心理に果たして、またいかなる影響を与えたか、具体的に考慮が必要であろう。

〔設問3〕では、平成24年判例及び平成25年判例が、前科事実や併合審理されている類似事実を犯人性の証明に用いることが許容される場合について示した、類似する犯罪事実が「顕著な特徴」を有し、かつ、その特徴が起訴に係る犯罪事実と「相当程度類似」している必要がある旨の判断基準については、おおむね適切に論じている答案が相当数見受けられた一方で、上記判断基準自体に関する記述が不十分・不正確な答案も少くなかった上、類似事実による犯人性の証明が許容されないとされる理論的根拠や、上記判断基準を満たす場合には類似事実による犯人性の証明が何故許容されるのかについての理解が不十分・不正確な答案が少くなかった。

また、本事例が、上記判例の各事案とは異なり、起訴されていない余罪に関する類似事実を犯人性の証明に用いようとしている場合であるという違いに留意しつつ、判断基準を具体的な事実に当てはめることができている答案が少數ながら見られた一方で、多くの答案が、判例の事案との相違を意識できておらず、X方における事件に関するWの目撃供述を「前科証拠」などと誤解して記述する答案も少くなかった。

さらに、〔設問3〕ではWの証人尋問請求の可否を問われているにもかかわらず、出題の趣旨を把握できずに、伝聞法則について大々的に論述する答案や、Wの証人尋問の必要性を主に論ずる答案が散見されたのは残念である。

検察官によるWの証人尋問請求に対して、弁護人の証拠意見を踏まえて裁判所がこれを認めるべきかを問われているのであるから、Wの証人尋問請求を認容すべきであるのか、却下すべきであるのかの結論まで的確に述べる必要があるが、この点が不十分・不正確な答案も少なからず見受けられた。

### 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〕においては、下線部①の取調べの適法性についての問題の所在を明確に意識し、昭

和59年判例が示す、任意同行後の被疑者の任意取調べの適法性に関する二段階の法的判断の枠組みに対する正確な理解を踏まえ、強制処分の意義や任意取調べの限界について、自説の立場から的確な法解釈論を展開して判断基準を正確に示した上で、事例に現れた具体的な事情を的確に分析・抽出し、強制処分該当性に関しては、甲の意思や下線部①の取調べによって制約される権利・利益の内容・重要性を明らかにして当てはめを行い、任意取調べとして社会通念上相当と認められるかに関しては、その理論的な説明に関する比較衡量説、行為規範説などの自説の立場から、事案の性質、容疑の程度を踏まえた甲に対する取調べの必要性や、本件取調べが甲の身体・心理に与えた影響などの要素を丁寧に考慮しながら、一貫した当てはめを行い、妥当な結論を導くことができていた答案である。

〔設問2〕については、〔設問2-1〕において、自白法則につき、虚偽排除説、人権擁護説など供述人の心理状態に注目する、いわゆる任意性説、又は違法排除説など、自説の立場の根拠及び証拠能力の判断基準を明確に述べ、違法収集証拠排除法則につき、証拠物に関する昭和53年判例を意識しつつ、自白への同法則の適用の有無について、いわゆる任意性一元説、違法排除一元説、二元説などいずれの立場に立つかをその根拠とともに論じ、違法収集証拠排除法則が自白にも適用されるとの立場に立つ場合には、昭和53年判例の示す、「令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合」という、証拠物に関する証拠排除の基準を自白にも用いるのかをその論拠とともに述べ、両法則の適用関係を明らかにした上で、〔設問2-2〕においては、〔設問1〕における下線部①の取調べの適法性に関する論述内容との整合性に配慮しつつ、通常は人が寝ている時間帯を含む約24時間という長時間にわたり徹夜で取調べを実施し、疲労して判断能力が低下していると考えられる甲に、犯行当日の夜の虚偽の目撃情報を告げるという偽計が用いられているといった、本事例に現れた具体的な事情を的確に拾い上げて、自白法則又は違法収集証拠排除法則（立場によっては両法則）を適切に当てはめて、結論を説得的に導くことができていた答案である。

〔設問3〕については、Wの証人尋問請求に対する「異議あり。関連性なし。」との弁護人の証拠意見を踏まえて、類似事実による犯人性の証明の可否を問う出題趣旨を正しく捉え、平成24年判例及び平成25年判例に関する正確な理解を示しつつ、そうした証明が許容されるか否か並びに許容される場合の根拠及び判断基準を述べ、判例の示す、一般的な類似事実の存在から犯人性を推認することは実証的根拠の乏しい人格評価を介するもので許されないが、犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似するという基準を満たす場合には、実証的根拠の乏しい人格評価を介することなく、類似事実の存在自体から経験則により犯人の同一性を推認できるという推認過程の違いにも留意した上で、事例に現れた、本件住居侵入窃盗事件とX方における事件との時間的場所的近接性や犯行手口の特徴などの具体的な事情を適切に拾い上げて当てはめを行い、Wの証人尋問請求の可否の結論を説得的に導くことができていた答案である。

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、昭和59年判例の示す二段階の判断枠組みを意識しつつ、一定の判断基準を述べた上で、事例に現れた具体的な事実を抽出・検討することはできているものの、下線部①の取調べによって甲のどのような権利・利益が制約されるのかを具体的に指摘できていなかったり、個々の事実が持つ意味の分析がやや不十分であったりした答案などである。

〔設問2〕については、〔設問2-1〕では、自白法則の根拠及び証拠能力の判断基準について自説の立場を正確に論じるとともに、違法収集証拠排除法則の自白への適用の在り方について、証拠物に関する昭和53年判例を念頭に置きつつ、自白への同法則の適用の有無及び適用する場合における一定の判断基準を述べてはいるものの、その説得的な論拠が示されておらず、証拠物

に関する違法収集証拠排除法則の排除基準との関係について十分意識されていない答案、〔設問2－2〕では、事例に現れた具体的な事実を抽出し、〔設問2－1〕で述べた判断基準に当てはめてはいるものの、個々の事実が持つ意味を多角的・総合的に検討する視点が物足りない答案などである。

〔設問3〕については、平成24年判例及び平成25年判例を意識しつつ、一定の判断基準及びその根拠を述べた上で、事例に現れた具体的な事実を拾い上げて当てはめを行い、結論を導くことができているものの、判例に対する理解がやや表層的で、事例に現れた具体的な事実の抽出・分析が不十分であり、自らが導き出した結論に対する説得力が不足する答案などである。

#### (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、任意同行後の被疑者の任意取調べの限界に関して一定の見解を示すことができてはいるものの、昭和59年判例に対する理解が不十分であり、当てはめでは、本事例に現れた具体的な事実の抽出が不十分ないし一面的で、自己の立場に都合の良い事実のみを重点的に拾い上げて結論を導いている答案や、抽出した事実とそこから導き出した結論との整合性にやや疑問が感じられる答案などである。

〔設問2〕については、自白法則及び違法収集証拠排除法則のそれぞれにつき、その根拠及び証拠能力の判断基準を一応述べているものの、内容がやや不十分である答案、違法収集証拠排除法則の自白への適用の在り方が判然としない答案、当てはめにおいて具体的な事実の抽出が全体的に不十分な答案、〔設問1〕における取調べの適法性に関する論述と〔設問2－2〕における当てはめが矛盾しているとまではいえないものの、その整合性に関する配慮が不十分な答案などである。

〔設問3〕については、類似事実による犯人性の証明の可否が問題となっていることは理解し、一応の判断基準を立てて当てはめを行っているものの、平成24年判例及び平成25年判例に対する理解が不十分で、形式的に事実を羅列して当てはめをしているにとどまる答案などである。

#### (4) 「不良の水準」にとどまると認められる答案

上記の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（更に正確さを欠いた形で）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、問題文の事例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が欠如しているものである。例を挙げれば、〔設問1〕では、本問の下線部①の取調べが強制処分ないし「実質逮捕」に当たらないとして任意取調べとしての相当性を問題としたはずなのに、その相当性を逸脱していることを理由に「身体拘束」に至っているので違法であるとの結論を導くような答案、任意同行の適否を長々と検討し、同行に対する甲の同意があることのみを理由として、同行後の取調べを適法と結論付ける答案、〔設問2〕では、〔設問1〕における取調べの適法性に関する論述と〔設問2－2〕における当てはめが矛盾している答案、違法収集証拠排除法則を偽計による自白に適用するに際して、偽計が違法である理由を全く考慮することなく、漫然と令状主義の精神に違反するかどうかを論じている答案、自白と自白調書の関係を誤解して派生証拠の証拠能力について論じている答案、〔設問3〕では、弁護人の証拠意見の意味を理解できずに、出題の趣旨から外れて伝聞法則やWの証人尋問の必要性を長々と論じている答案などがこれに属する。

### 4 法科大学院教育に求めるもの

本問において求められていた法曹になるための基本的な知識・能力は、昭和59年判例、平成元年判例、昭和53年判例、平成24年判例、平成25年判例などの最高裁の基本的な判例に対する正確な理解や、自白法則及び違法収集証拠排除法則といった、証拠法において基本的で重要な原則に対する正確な理解であり、法科大学院教育を受け、原理原則に遡って理解を深めた者であれば、理論的に決して難解な問題ではないはずである。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で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、刑事訴訟法においては、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續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。