

## 令和3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、具体的な事例について、甲、乙、丙及び丁の罪責や、その理論構成、一定の結論を導くための説明やそれに対する反論を問うことにより、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、具体的な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適切な理論構成の下に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。特に、本問は事実関係が必ずしも単純でないため、細部の事実にとらわれすぎることなく、事案の全体像を正確に把握した上で、論じるべき内容を適切に選別、整理し、それをバランスよく答案構成に反映させることが必要である。

出題の趣旨でも示したように、設問1では、まず、甲及びB腕時計店（以下「B店」という。）の副店長である丙が、あらかじめ意を通じ、B店において、甲が丙にサバイバルナイフを示すなどして丙を脅すふりをして、B店の売場に陳列されていた商品の腕時計100点（以下「本件腕時計」という。）を持ち去った行為について窃盗罪の共同正犯の成否を論じる必要があったところ、本件腕時計の占有が店長たるCに帰属するかについて、本事例にある具体的な事実を基に検討することが求められていた。すなわち、丙が商品の仕入れ、店外への持ち出し及び価格設定について権限がなく、全てCの承認を得る必要があつたこと、本件腕時計が原則として常時施錠されたショーケース内に保管されていたこと、その鍵をCも所持していたことなどを踏まえて検討する必要があつた。

次に、甲と共に腕時計を強奪することを計画していたものの、甲と丙が内通していた事実を知らないで、甲及び丙の前記犯行中に周囲を見張るなどして加担した乙について窃盗罪の共同正犯の成否を論じる必要があつたが、乙が窃盗罪の実行行為を分担していないことを前提として、乙に正犯性を認めることができるとについて、乙が甲らの実行行為の間見張り行為を行つたことや相当多額の利益分配を受ける予定であったことなどの具体的な事実を摘示して当てはめを行う必要があつた。また、甲らが客観的に実現した犯罪は窃盗罪であるところ、乙は、甲と丙の内通事実を知らず、強盗罪を犯す意思で加担していることから、いわゆる共犯の錯誤についての処理方針について自説を示した上、強盗罪と窃盗罪の各構成要件の間に重なり合いが認められるか、認められるとしていかなる範囲で認められるかについて、具体的な根拠とともに論じることが求められていた。

さらに、丙からの依頼を受け、本件腕時計の一部が入ったボストンバッグ（以下「本件バッグ」という。）を自宅の押し入れ内に保管していた丁が、本件バッグの中に盗品が入っていることを認識するに至った後も保管を継続した行為について盗品等保管罪の成否を論じる必要があつたが、同罪の法的性質や実行行為の内容を意識して論じることが求められていた。

設問1では、上記甲、乙、丙及び丁の各行為について、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、具体的な事実を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を受けた。

設問2は、甲が、丙と意を通じ、まず甲が木刀で乙の頭部を殴打した（以下「第1暴行」という。）が、乙が甲のB店における犯行を警察に話すなどと言つたことから、丙が乙に暴行を加え、暴行を終了するようにいさめた甲を殴打して気絶させた後、前記木刀で乙の頭部を殴打した（以下「第2暴行」という。）ところ、乙に生じた頭部裂傷（以下「本件傷害」という。）が第1暴行又は第2暴行のいずれか一方だけによって形成されたものであることは明らかであるものの、いずれの暴行から形成されたものか不明であつ

たという事例について、①甲が本件傷害に関する刑事責任を負わないと結論を導くための説明及び②甲が本件傷害に関する刑事責任を負うとの立場からの反論を、それぞれ論点ごとに論拠を示しつつ検討させるものであった。

①及び②への言及においては、出題の趣旨で示したとおり、共犯関係の解消の有無（又は、第2暴行が共謀の射程内か否か）と同時傷害の特例（刑法第207条）の適用の可否の2つの論点を検討し、それぞれ①の説明及び②の反論を論じていくことが考えられるところ、共犯関係の解消の有無については、いかなる場合に解消を肯定できるのかについて自らの見解を示した上、根拠として問題文に現れた具体的な事実関係を的確に示しながら、①及び②を論じる必要があった。例えば、因果性遮断説の立場からは、関与者の因果的寄与が解消されたと認められるかが判断基準となるところ、第1暴行後、甲は丙の暴行を制止しようとしたこと、甲は丙から殴打されて気絶したこと、丙は気絶した甲を放置したまま第2暴行を実行していること、甲は乙に暴行を加えることを発案した首謀者的立場にあること、甲は自ら第1暴行を実行していること、甲は凶器として木刀を準備しているところ、丙は第2暴行で同木刀を使用していることなどの具体的な事実を示して、心理的因果性及び物理的因果性の両面から甲の因果的寄与が解消されたといえるかを丁寧に検討する答案は高い評価となった。

次に、同時傷害の特例の適用の可否については、共犯関係の解消を認めたのみでは直ちに①の結論を導くことができず、同特例が適用されないことも必要となるとの論理関係を理解した上で、本事例の特殊性（第1暴行時点で甲丙間に暴行の共謀が成立していること）に着目し、このような場合でも同特例が適用されるか否かを踏まえて、①及び②を論じる必要があった。こうした他論点との論理関係及び本論点固有の問題点を的確に把握し、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、そもそも同特例の存在を意識できていない答案が非常に低い評価となつたことは当然である。また、同特例の適用の可否に言及できていた答案であっても、共犯関係の解消との論理関係が意識されていない答案や、上記の本事例の特殊性を意識せず、同特例の一般的な適用要件を示して当てはめを行うにとどまる答案は低い評価にとどまった。

### 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

本問では、前述2のとおり、事案の全体像を正確に把握した上で、論じるべき内容を適切に選別、整理し、バランスよく論じる必要があったが、後述するように、事案の全体像を十分に把握せず、個々の事実の法的評価を誤っている答案や、必ずしも論じる必要がない論点等を長々と論じる答案が相当数見られた。また、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求められる。

#### (2) 各設問について

##### ア 設問1について

###### (ア) 甲及び丙の罪責について

本事例において、甲が丙にナイフを示すなどした行為は、強盗を仮装する手段にすぎず、財物奪取に向けられた手段ではないから、強盗罪の実行行為に当たらないし、両名には同罪の故意も認められない。しかしながら、強盗罪の実行行為は、社会通念上一般に反抗抑圧に足りる程度か否かによって判断されるところ、甲の上記行為は、丙の立場を離れ、一般的に観察すればこれに当たる

などとして強盗罪（又は強盗未遂罪）の成立を認める答案が相当数あった。ここにいう「社会通念上一般に」判断するというのは、被害者が反抗を抑圧されていなくても実行行為性を認めるという趣旨であり、財物強取の手段といえるかについてまで、具体的な事実関係を捨象した判断を正当化するものではない。本問で強盗罪（又は強盗未遂罪）の成立を認めた答案は、強盗罪の実質に関する理解が著しく不足しており、個別の要件を形式的に判断するにとどまっているといわざるを得ない。

また、結論として強盗（未遂）罪の成立を否定した答案にも、甲の行為が強盗罪の「脅迫」に該当するとした上で、丙が現実に反抗を抑圧されていないことを根拠とするものや、強盗（未遂）罪の構成要件該当性を肯定しながら、丙が財物の強取に同意していることから違法性が阻却されるとするものなど、結論を導く前提や論理過程に誤りを含む答案が散見された。

次に、本件腕時計に関する占有の帰属については、丙の上位者であるCの占有を検討し、ここでCの占有が肯定される限り、仮に丙との共同占有であっても、甲及び丙の行為はCの占有を侵害するものとして窃盜罪を構成するというのが一般的な理解と思われるが、専ら丙に占有が認められるか否かを検討するのみで、Cとの関係を意識しないまま漫然と結論に至る答案が少なからずあった。また、占有の帰属についての問題意識が欠落し、甲に窃盜罪（又は強盗罪）の成立を認めつつ、丙に業務上横領罪の成立を認めるなど、一貫性を欠いた答案も一定数あった。さらに、占有の帰属を検討するに当たり、判断の基礎となるべき丙の権限は、あくまで本件腕時計の管理に際して有している権限であるべきところ、丙がB店の副店長の地位にあることや、従業員の労務管理や売上金の管理業務を担当していることを根拠に、丙の占有を安易に肯定する答案が少なからず見られた。なお、結論として、窃盜罪又は業務上横領罪とした答案のいずれについても、本事例の事実関係に照らして、どの行為が実行行為に当たるのかを具体的に特定していない答案が相当数あった。

甲と丙の共犯関係について、Cの占有を肯定し、窃盜罪の成否を検討する立場からは、「窃取」とは、占有者であるCの意思に反して腕時計の占有を移転させることをいうところ、甲と丙は共同して実行行為を分担しているのであり、これが両者の事前の話し合いに基づいて行われた以上、両名が共同正犯の罪責を負うことは当然であるのに、甲及び丙について、両者の具体的な役割・関係性等や共同正犯の正犯性の根拠について長々と論ずるもののが散見された。後述のとおり、実行行為を分担していない乙とは論すべき内容はおのずから異なるのであって、甲と丙が実行行為を共同実行しているが、乙は実行行為を分担していないという事実関係を踏まえた、メリハリのある論述が望ましいところであった。

また、甲と丙については、一括した検討が可能であるにもかかわらず、両名を個別に検討した結果、一貫性を欠いたり、記述内容が大幅に重複して冗長となったりした答案も目に付いた。

#### (イ) 乙の罪責について

まず、共謀共同正犯の成否については、共謀の成立要件（帮助犯との区別基準）を明らかにしないまま、事例の事実関係をそのまま引用しただけで共謀が成立すると結論付ける答案や、あらかじめ示した帮助犯との区別基準と当てはめに不整合・説明不足が認められる答案（例えば、正犯意思のみを区別基準としているながら、当てはめでは重要な役割を指摘し、正犯意思と重要な役割の関係について何らの説明もない答案等）が見られた。結論として、乙を共謀共同正犯とする答案が多数であったが、一部、帮助犯とする答案もあった。仮に帮助犯とする場合は、乙が犯行計画の中核的部分といえる甲丙間の内通事実を知らされていなかった事実を示すことが必要と思われるところ、単に乙の分け前が甲及び丙と比較して少なかったことから直ちに正犯性を否定した答案も相当数あり、具体的な事実関係に即した評価が適切に行えていないとの印象を受けた。

共犯の錯誤の処理については、専ら抽象的事実の錯誤の問題として処理する答案が多数である一方、甲と乙の認識に不一致があることを踏まえて共同正犯の本質論についても検討する秀逸な答案も見られた。また、認識事実である強盗罪と実現事実である窃盜罪（又は業務上横領罪）との構成要件的な重なり合いについて、具体的な理由を示すことなく結論のみを示す答案、「両罪とも財産犯

である（他人の財産権を侵害する）」といった漠然とした理由で構成要件の重なり合いを肯定する答案、「強盗罪と業務上横領罪はいずれも占有を侵害する罪である」などの不正確な理解に基づいて構成要件の重なり合いを肯定する答案が相当数見受けられた。

このほか、順次共謀が認められる事案であるにもかかわらず、乙丙間に直接の意思連絡がないことを理由に、乙丙間の共犯関係を否定する答案が一定数見られた。

(ウ) 丁の罪責について

丁に盗品等保管罪が成立するかについては、丁が丙の委託を受けて盗品等の占有を取得する段階において盗品性の認識を欠いていることから、実行行為と故意の同時存在原則に鑑み、盗品の占有取得行為が盗品等保管罪の成立に不可欠な実行行為（の一部）を構成するかが問題となるところ、そもそも、どの行為が「保管」に当たるのかを特定していない答案や、預かる行為を「保管」としながら保管を継続する時点の故意をもって同罪の成立を肯定する答案が見られ、この問題を的確に捉えているかが疑わしい答案が少なくなかった。また、単に某月10日以降は故意があるから同罪が成立するとの極めて不十分な説明にとどまるものも少なからず見られた。

イ 設問2について

本事例で、①の結論を導くためには、第2暴行について甲の共同正犯としての罪責を否定し、かつ、同時傷害の特例の適用を否定する必要があったが、両者の論理関係を正確に把握できていない答案が多くあった。例えば、①の論拠として専ら共犯関係が解消されることを述べ、②の根拠として同時傷害の特例が適用できることを示すにとどまり、①の論拠として同時傷害の特例が適用されないことを示す必要があること、また、②の論拠として共犯関係の解消それ自体を否定する可能性があることを看過した答案が少なからず見られた。さらに、共犯関係の解消にも、同時傷害の特例にも気付かず、いずれの論点も検討できていない答案も散見された。

共犯関係の解消については、因果性の遮断などの判断基準が明示できない答案や、解消を判断する上で関係する事実を指摘するにとどまり、その論拠の説明が不十分なものが多く見られた。なお、解消を肯定する論拠として、気絶した甲がそれ以降の丙の行為に因果性を及ぼせないことを挙げたもの多かったが、事前の共謀に基づいて丙の頭部殴打行為が行われた場合には、なお甲は共同正犯の罪責を免れないから、気絶したという事実だけを指摘するのでは、①の説明のための論拠として不十分である。また、第2暴行について共謀の射程を問題とする答案も多く見られたが、その中には、共謀の射程の意義を明らかにしないまま、結論だけを述べているものも散見された。

同時傷害の特例の適否については、暴行の一部に共犯関係がある場合に適用可能かが問題となるところ、この論点に気が付かず、ただ同一機会性を肯定できるか否かの検討に終始したものが見られた。また、この論点に気が付いていても、刑法第207条の解釈において、なぜこのことが問題になるのかを正確に理解しないまま、共犯関係にある場合に適用があるか否かの結論のみを述べる答案も散見された。

(3) 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、採点者において解読が不能な記載箇所は採点対象にできない可能性がある点に十分に留意して、大きめで読みやすい丁寧な文字で書くことが望まれる。

(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、各設間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。

#### 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、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。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、横断的事項や各犯罪類型の区別基準を意識した学習が望まれる。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、その解決において必要となる問題点を適切に抽出するための法的思考能力を身に付けることが肝要である。

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、その射程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。

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3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な事実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、司法警察員が、甲、乙及び氏名不詳者が共謀の上、住居侵入強盗に及んだ旨の被疑事実で発付を受けた捜索差押許可状に基づき、「丙組若頭丁」と印刷された名刺1枚を差し押さえたこと（下線部①の差押え）及びUSBメモリ2本につきその記録内容を確認しないで差し押さえたこと（下線部②の差押え）について、それぞれ、適法性を問うものである。ここでは、令状に基づく差押えの要件、被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲、電磁的記録媒体の特性を踏まえた差押えの適法性の判断枠組みを示し、事例に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析した上、前記各差押えの適法性を論じることが求められる。

〔設問2〕は、乙の公判で検察官が証拠調べ請求をした、本件住居侵入強盗の犯行態様等と一致する内容の乙作成のメモ（本件メモ1）及び「乙から指示されたこと」等の記載がある甲作成のメモ（本件メモ2）につき、それぞれ、証拠能力の有無を問うものである。ここでは、伝聞法則の趣旨を前提に、伝聞と非伝聞を区別する基準を示した上、前記各メモが伝聞・非伝聞のいずれに該当するか、非伝聞証拠に該当するとした場合には、いかなる推論過程を経れば、要証事実を推認することができるのか、また、伝聞証拠に該当するとした場合には、伝聞例外規定の要件を充足するか否かについて、検討し、事例に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析した上、前記各メモの証拠能力の有無を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。

〔設問1〕は、被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲について判断した最高裁判例（最判昭和51年1月18日判時837号104頁）や、電磁的記録媒体の記録内容を確認せずに行われた差押えの適法性について判断した最高裁判例（最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁）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ていれば、説得的な論述が可能だと思われる。〔設問2〕については、伝聞法則及び伝聞例外規定に関する正しい知識や理解があれば、出題の趣旨に沿った解答は可能であろう。

### 2 採点実感

各参考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、まず、下線部①の差押えの適法性について、条文を的確に提示しながら、令状に基づく差押えの要件を論じ、また、被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲について、前記最高裁判例（最判昭和51年1月18日判時837号104頁）を踏まえつつ、自己の見解を示した上、被疑事実の内容を意識しながら、本件住居侵入強盗の事案の性質、差し押さえられた名刺の記載内容、捜索・差押えの現場がどのような場所であるかなど、事例に現

れた具体的事實を的確に抽出、分析して、前記名刺と被疑事實との関連性の有無を論じ、説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

また、下線部②の差押えの適法性について、事例における法的問題を的確に捉え、可視性・可読性のない電磁的記録媒体と被疑事實との関連性を搜索・差押えの現場で確認せずに差し押さえることの可否につき、前記最高裁判例（最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁）の考え方を踏まえながら、自己の拠って立つ判断枠組みを的確に示し、事例に現れた具体的事實をこれに当てはめて、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〕では、まず、検察官が証拠調べを請求したメモの記載内容が甲乙間の共謀という要証事實の立証上どのような意味を持つのかを念頭に置きながら、刑事訴訟法第320条第1項の伝聞法則の意義・趣旨を踏まえて、伝聞・非伝聞を区別する基準を示した上で、本件メモ1については、その記載内容の真実性を立証したとしても、要証事實の認定上直接の意味を持たないことを指摘する一方、非伝聞証拠としての証拠能力を検討し、その記載内容の真実性を問題とすることなく、要証事實を推認できる推論過程を的確に論じ、事例に現れた具体的事實をこれに当てはめて、説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

また、本件メモ2については、伝聞・非伝聞を区別する前記基準を当てはめ、伝聞証拠に該当するか否かを検討し、証拠能力が肯定されるには刑事訴訟法第321条第1項第3号の規定する要件が充足されなければならないことを指摘した上、事例に現れた具体的事實を的確に抽出、分析して、当てはめを行い、説得的に結論を導き出し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、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、具体的事實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、具体的事實の抽出が不十分であったり、その事實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〕では、まず、下線部①の差押えについて、搜索差押許可状により差押えできる物は、①令状に明記された物件に当てはまり（憲法第35条、刑事訴訟法第219条第1項）、かつ、②被疑事實との関連性を有するもの（憲法第35条、刑事訴訟法第222条第1項、第99条第1項）に限られることを、その趣旨、根拠条文とともに示すことが求められるところ、これらの要件を的確に示すことができていない答案が少なからず見受けられた。また、被疑事實との関連性が認められる証拠の範囲については、被疑事實それ自体を立証する価値を有する物のほかに、情狀事實や背景事情に関する物も被疑事實との関連性が認められる証拠に含めるべきか否かについて様々な考え方があるところ、この点についての検討を欠く答案が大多数であった。

差押対象物と被疑事實との関連性の存否を検討するに当たっては、本事例における被疑事實の内容や差し押さえられた名刺の記載内容のほか、差押対象物がどのような場所から発見されたのかについても考慮する必要があるが、これらの点に言及できていない答案も多く見られ、甲の供述する乙と丙組との関係だけを指摘して前記名刺と被疑事實との関連性が認められると結論付ける答案が多かった。他方で、乙と丙組の関係という事例に現れた具体的事實を抽出せず、十分な根拠を示さないまま、本件住居侵入強盗に暴力団組織の関与が疑われるとする答案も散見された。

なお、搜索差押許可状に記載された「差し押さるべき物」の特定や前記名刺を差し押える必要性について検討を加える答案が少なからず見受けられたが、本事例では、それらの点を論じる必要性は低い。

下線部②の差押えについては、差押対象物と被疑事實との関連性について、搜索・差押えの現場で判断するのが原則であることや、本事例では、搜索・差押えの現場におけるその判断が

困難であったことについて言及しなければ、設問の検査の適法性のどこに問題があるのかが示されないが、その指摘が不十分な答案も見受けられた。また、多くの答案が、本事例の検索・差押えの現場における罪証隠滅のおそれを指摘して結論を導いていたが、電磁的記録媒体の差押えの適法性について判断した前記最高裁判例（最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁）が述べる「被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性」に言及せず、差し押さえられたUSBメモリと被疑事実との関連性をどのように判断するのかについての判断枠組みを示すことができていない答案が少なからず見受けられた。さらに、刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項の「必要な処分」として、本事例のUSBメモリの「差押え」が許されると結論付ける答案も少なからず見受けられたが、「必要な処分」と「差押え」の違いについての理解不足を示すものである、あるいは、「検索」のための必要な処分ができるとの理解を探るとしても、必要な説明が不足しているものと言えよう。

〔設問2〕では、多くの答案が、伝聞法則の意義・趣旨についておおむね的確に論じ、伝聞と非伝聞を区別する基準について、「原供述の内容の真実性を立証するために用いられる場合は、信用性の担保に欠ける証拠を立証に用いることで事実認定の正確性を損なうおそれがあるため、伝聞証拠に当たる。」旨論じることはできていたが、その一方で、「原供述の内容の真実性を立証する」ことの意味を正しく理解せず、あるいは、前記各メモの記載内容を的確に把握せずに、本件メモ1及び本件メモ2について、刑事訴訟法第322条第1項や第323条第3号の伝聞例外規定に該当するか否かを検討する答案が散見され、また、本件メモ2が非伝聞証拠に該当するとして、その証拠能力の有無を論じる答案も散見された。

本件メモ1については、大多数の答案が、非伝聞証拠として証拠能力が認められると結論付けていたが、その結論に至る過程として、メモの記載内容の真実性を問題とすることなく要証事実を推認できる推論過程についての説明が不十分な答案や、メモの作成者や作成時期に関する具体的な事実を抽出しないまま、メモの記載内容が本件住居侵入強盗の被害者の属性や犯行態様と一致するということだけを指摘して、結論を導く答案が多かった。また、「要証事実」、「公判外供述」、「供述証拠」などの法概念の意義について、記述が不十分・不正確な答案も少なからず見受けられた。

本件メモ1が「心理状態の供述」として非伝聞証拠に該当すると説明する答案も少なからず見受けられたが、そもそも、「心理状態の供述」が非伝聞証拠に当たると考えられる根拠については、説明が不十分な答案が多かった。

本件メモ2については、伝聞証拠に該当するとした上、刑事訴訟法第321条第1項第3号の要件該当性を論じる答案が大多数であったが、本事例においては、甲が、証人尋問時に、乙との共謀に関する事項について一切の証言を拒絶したところ、そのような証言拒絶の場合も同号が規定する供述不能に該当し得るのかという点や、同号が規定する特信情況の有無を判断するに当たり、いかなる事情を考慮すべきかといった点について、これらの各要件が設けられている趣旨を踏まえた具体的な説明のできていない答案が多かった。

また、事例に現れた具体的な事実の抽出に当たり、供述不能の要件との関係では、甲が乙や丙組を恐れて供述調書の作成を拒否した検査段階の状況を指摘するだけで、甲の証人尋問が遮へい措置を講じて実施されたことや、甲がその証人尋問時に「今後も絶対に証言することはありません。」と述べたことなどの事実が持つ意味を十分検討せずに、結論を導く答案が少なからず見受けられた。不可欠性の要件との関係では、本件メモ1が存在することを前提に結論を導く、問題文の誤読と思われる答案が見られた。特信情況の要件との関係では、本件メモ2が施錠された引き出し内にあった甲使用の手帳に挟んである状態で発見されたことは指摘するものの、その事実が持つ意味について検討が不十分な答案や、メモの作成時期について検討を欠く答案が多かった。

そのほか、本件メモ2が再伝聞に該当するとして証拠能力の有無を検討する答案や、作成者

である甲の署名及び押印がないことを理由として証拠能力を否定する答案が散見されたが、伝聞法則に関する理解不足を示すものと言えよう。

### 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、下線部①の差押えに関して、令状に基づく差押えの要件を関連条文に即して的確に示した上、被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲について自己の見解を的確に示し、被疑事実を意識しつつ、警察官が甲から得ていた事前情報、捜索・差押え場所の性質、名刺の記載内容などの具体的な事実を的確に抽出、分析して、適法性を検討できている答案であり、下線部②の差押えに関しては、判例を意識しつつ、電磁的記録媒体の差押えの適法性に関する判断基準を的確に示した上、事例に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析して、適法性を論じるものである。〔設問2〕については、本件メモ1の証拠能力に関して、伝聞法則の意義・趣旨を的確に論じ、伝聞証拠該当性を検討した上、非伝聞証拠として証拠能力を認める場合、いかなる推論過程を経れば、その記載内容の真実性を問題とすることなく、要証事実を推認することができるのかを的確に示し、具体的な事実を的確に抽出、分析して、結論を導き出すものであり、本件メモ2の証拠能力に関しては、刑事訴訟法第321条第1項第3号に規定された伝聞例外の要件の意義を的確に示し、事例に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析して、結論を導き出すものである。

#### (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、下線部①の差押えに関して、令状に基づく差押えの要件を踏まえ、差し押さえられた名刺と被疑事実との関連性が問題になることを指摘し、事例に現れた具体的な事実に基づく検討ができていたが、その名刺が被疑事実それ自体を立証する価値を有する物なのかという証拠としての位置付けに関する検討や、具体的な事実の抽出、分析にやや物足りなさが残るような答案であり、下線部②の差押えに関しては、電磁的記録媒体の差押えの適法性に関する一定の判断基準を示すことができているが、その理由付けにやや不十分な点が見られ、あるいは、事例に現れた具体的な事実を抽出して、当てはめを行うことができていたが、個々の事実が持つ意味を十分に分析することには、やや物足りなさが残るような答案である。〔設問2〕については、本件メモ1に関して、伝聞法則の意義・趣旨を踏まえ、非伝聞証拠としての証拠能力を検討できていたが、いかなる推論過程を経れば、その記載内容の真実性を問題とすることなく、要証事実を推認することができるのかについての説明や事例に現れた具体的な事実の抽出、分析にやや物足りなさが残るような答案であり、本件メモ2に関しては、伝聞証拠該当性や刑事訴訟法第321条第1項第3号の要件該当性につき、一定の検討ができていたが、同号の要件該当性に関する具体的な判断基準の提示や、事例に現れた具体的な事実の抽出、分析にやや物足りなさが残るような答案である。

#### (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、下線部①の差押えに関して、差し押さえられた名刺と被疑事実との関連性につき、事例に現れた具体的な事実を当てはめて結論を導き出すことはできていたが、令状に基づく差押えの要件の提示や具体的な事実の抽出、分析に不十分な点がある答案であり、下線部②の差押えに関しては、その適法性を判断するための判断基準を一応示した上、事例に現れた具体的な事実を当てはめて結論を導き出すことはできていたが、その理論構成や具体的な事実の抽出、分析に不十分な点がある答案である。〔設問2〕については、本件メモ1に関して、伝聞法則の意義・趣旨を踏まえつつ、非伝聞証拠としての証拠能力を一応論じることができていたが、その理論構成や事例に現れた具体的な事実の抽出、分析に不十分な点がある答案であり、本件メモ2に関しては、刑事訴訟法第321条第1項第3号の要件に該当するか否かを検討し、事例に現れた具体的な事実を当てはめて結論を導き出すことが一応できていたが、同号の各要件

の提示や具体的事実の抽出、分析に不十分な点がある答案である。

(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、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〕では、下線部①の差押えに関して、令状に基づく差押えの要件の提示が不十分で、かつ、本事例における被疑事実の内容や差し押さえられた名刺の記載内容を考慮せず、甲の供述する乙と丙組との関係だけを指摘して、差し押さえられた名刺と被疑事実との関連性を認めるような答案、下線部②の差押えに関しては、具体的な判断基準を示さず、本事例における罪証隠滅のおそれだけを指摘して結論を導くような答案、〔設問2〕では、伝聞法則の意義・趣旨についての理解や前記各メモの記載内容の把握が不十分・不正確で、伝聞・非伝聞の区別を誤ったり、伝聞証拠とした場合に適用すべき伝聞例外の規定の選択を誤った答案などがこれに当たる。

#### 4 法科大学院教育に求めるもの

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。