

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、比較的長文の具体的事例について、甲及び乙の罪責やその理論構成を問うことにより、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、結論の妥当性や、その結論に至るまでの法的思考過程の論理性、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。

すなわち、本問は、設問1で、A高校のPTA会長である乙が、同高校のPTA役員会において、「2年生の数学を担当する教員がうちの子の顔を殴った。徹底的に調査すべきである。」と発言した行為について、乙の罪責を問うものであるところ、行為態様や危険が及ぶ法益等に着目し、名誉毀損罪の成否が問題になることを的確に判断し、同罪の構成要件要素を検討した上で、問題文に現れた事実を丁寧に拾い出して当てはめを行うことになる。また、設問2では、夜間の町外れの山道脇の駐車場において、負傷して倒れていた父親の乙を救助しなかった甲の不作为について、殺人未遂罪が成立すると主張する場合の理論構成及び保護責任者遺棄等罪が成立すると主張する場合の理論構成をそれぞれ検討させつつ、結論として甲の罪責を問うものであるところ、両罪の区別において問題となり得る論点を的確に指摘して検討し、さらに、両罪の各構成要件要素について必要な範囲で検討を加え、問題文に現れた事実を丁寧に拾い出して当てはめを行うことになる。さらに、設問3では、同所において、甲とは無関係の丁が負傷して倒れていた場合に、その丁を父親である乙と誤認しながら救助しなかった甲の不作为について、殺人未遂罪が成立すると主張する上での理論構成を問うものであるところ、同様に、問題となり得る論点を的確に指摘した上、問題文に現れた事実を拾い出して検討することになる。

いずれの設問の論述においても、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、設問1では、事例1における乙の罪責について、丙に対する名誉毀損罪の成否を検討するに当たり、同罪の客観的構成要件である「公然」、「事実の摘示」、「人の名誉」及び「毀損」という各構成要件要素について、事実を指摘して具体的に論じることが求められていた。この点、「公然」の意義について、不特定又は多数人が認識し得る状態をいうとする判例の見解を正確に指摘し、乙が事実を直接摘示したA高校の校長及び保護者3名というPTA役員会の出席者が、特定かつ少数人であることを認定した上、摘示の直接の相手方が特定かつ少数人である場合に、伝播可能性の理論を肯定して公然性を認めるか否かについて、その理由を含めた検討を加え、本問の具体的事実関係において当てはめを行う必要があった。また、「事実の摘示」、「人の名誉」及び「毀損」についても、それぞれの意義を区別して正確に指摘した上、本問の具体的事実について当てはめを行う必要があった。さらに、誰の名誉に関する事実の摘示であるかという特定性についても問題となることを指摘し、本問への当てはめを行うことが求められていた。そして、名誉毀損罪の主観的要件である故意について、上記の客観的事実に対する認識、認容があったことを簡潔に指摘する必要があった。

設問2では、事例2における甲の罪責が問われていることから、問題文の(1)及び(2)の問い掛け、

すなわち、①殺人未遂罪が成立するとの立場と、②保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場の双方の主張・反論に言及しつつ、最終的に自説としていかなる結論を採るのかを的確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論じただけにとどまり、自説としての結論の論述を欠く答案については、出題の趣旨に沿うものではないこととなる。

①殺人未遂罪が成立するとの立場からの理論構成においては、作為義務については、その発生根拠及び成立要件を明確に論じて、本問の具体的事実についての的確に当てはめを行う必要があった。また、作為可能性については、その必要性を簡潔に指摘した上、問題文に現れた具体的事実関係において、それが認められることを述べる必要があった。不作為犯の実行の着手時期についても、その判断基準を示した上で、本問において、いずれの時点で甲に不作為による実行の着手を認めることができるかを指摘する必要があった。さらに、殺意についても、甲が立ち去った時点での客観的状況の認識に加え、その後の危険の現実化に関する甲の認識内容を具体的に論じる必要があった。

一方、②保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場からの理論構成においては、まずは、同罪と殺人未遂罪の区別を論じる前提として、保護責任の意義及び成立根拠、作為義務との異同を論じつつ、本問において、甲に保護責任が認められることを指摘する必要があった。その上で、殺人未遂罪との区別の基準について、殺意の有無という主観面による判断要素や、重大な先行行為の有無、危険の程度といった客観面による判断要素を検討すべきであることを論じた上、本問において、殺人未遂罪の成立を否定する根拠を指摘する必要があった。そして、最終的な自説の立場として、保護責任者遺棄等罪にとどまるとの結論を採る場合には、同罪における客体、行為及び故意といった、保護責任以外の各構成要件該当性についても論じる必要があった。

設問3では、事例3における甲に殺人未遂罪が成立すると主張する上での理論構成を論じるに当たり、まずは、同罪の成否が問題となる対象を的確に指摘する必要があった。すなわち、甲は、客観的には、乙に対して救助の作為義務を負っている一方で、主観的には、丁を乙と誤認して、その丁に対して救助の作為義務を負っていると誤信しているところ、認識された事実を前提として、丁の代わりに、そこに存在すると誤認された乙が対象となるべきであることを指摘する必要があった。

いずれにしても、甲に殺人未遂罪が成立すると主張する上で、まずは、客観面、すなわち、甲の不作為による殺人の実行行為性を検討する必要があり、そのための危険の判断方法として、そこに存在すると誤信されているにすぎない乙を、不救助により殺害することはできないことから、いわゆる客体の不能が問題となることを的確に指摘し、作為犯における未遂犯と不能犯を区別する基準について、自説の立場を論じた上、本問における危険の有無について結論を導き出す必要があった。そして、自説の立場から危険の存在を認定し、客観面として実行行為性が認められることを前提に、主観面として、自らが特定した対象となる客体に対する殺意の存在についても言及する必要があった。この点、具体的事実の錯誤（客体の錯誤）として捉える場合は、丁に対する故意が肯定されることを、一方、そのように捉えない場合は、丁の代わりに、そこに存在すると誤認された乙に対する故意が肯定されることを論じるべきであった。

3 採点実感等

各考査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。また、問題文に誘導的な記載があるにもかかわらず、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も見られた。

本問を論じるに当たって必要とされている論点全てを検討した答案は少数であったが、その少数の答案を含め、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だけ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論点についてまで論証パターンの一貫として記述されているのではないかと思われるものもあり、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ついた。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という答案も少なからず見られた。前述のように、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、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、設問2及び3については、そもそも問題文を誤解したせいか、出題の趣旨を正確に把握できていない答案が相当数見られた。

(2) 各設問について

ア 設問1について

名誉毀損罪の客観的構成要件要素について、それらの意義の理解が不正確な答案が散見された。例えば、公然性の論述において、「不特定又は多数人」が認識し得る状態とすべきところ、単に「不特定多数人」と記載するだけで、「又は」なのか「かつ」なのかが不明瞭な答案が多く見られた。また、伝播可能性に関する論述では、摘示の直接の相手方が特定かつ少数人であることの認定をしていない答案が散見された上、規範なのか当てはめなのか曖昧なまま、「伝播可能性があれば公然性が肯定される」とだけ指摘して終える答案が相当数あり、伝播可能性の理論を肯定する理由付けについて言及できている答案が少なかった。さらに、「人の名誉」と「毀損」を区別して論じている答案が少なかった上、「毀損」の要件について、同罪を抽象的危険犯であると解しながら、「丙が甲に暴力を振るったとの話が広まった」という結果面を強調し、あたかも具体的な毀損結果の発生が必要であるかのように論じる答案が散見された。

主観的要件である故意の点については、全く検討していない答案が相当数あった。また、この点を論じている答案においても、乙が「かねてから丙に対して抱いていた個人的な恨みを晴らそうと思った」ことを故意の内容として指摘するなど、認識・認容の対象となる事実が何かを正確に理解している答案は少なかった。

乙における真実性の誤信について、刑法第230条の2の適用の可否を検討する答案が一定数あったが、そもそも、問題文で「乙に公益を図る目的はなかったものとする」と明示していることから、本問において、この点を論じる必要はなかった。また、乙における正当行為（刑法第35条）又はその誤想について論じた上、名誉毀損罪の成立を否定する答案が少なからずあったが、本来の出題の趣旨からは外れるため、殊更論じる必要まではなかった。

イ 設問2について

甲の罪責について、問題文の(1)及び(2)の問い掛けを小問形式であると誤って捉え、それぞれの立場からの理論構成を論じただけで完結してしまい、最終的に自説としていかなる結論を採るのが論じられていない答案が散見された。また、自説として、一応の結論を論じている答案においても、上記(1)又は(2)で論じた反対の立場に対する反論や自説の理由付けの補強に関する論述が不十分である答案が目立った。

また、本問の解答を、刑法の自由保障機能や罪刑法定主義との関係に触れる紋切り型の論証パターンを用いて、不真正不作為犯の処罰根拠から書き始める答案が数多く見られた。これらは、本問の事案内容に即し、何を厚く論じるべきかを考えていない、あるいは、理解できていない答案と言わざるを得なかった。

不作為による殺人未遂罪の作為義務の発生根拠については、総じて、甲に作為義務が成立

する要件を示した上で、本問に現れた具体的事情を拾い上げてこれに当てはめることができている印象であったが、中には、規範定立と当てはめに齟齬を来している答案が散見された。さらには、甲が乙に嘘を付いたことを先行行為として指摘する答案もあり、先行行為や排他的支配といった要件を基礎付ける具体的事情についての理解が不十分な答案も少なからずあった。

同罪の実行の着手時期については、作為義務に関する論述の結論と合わせて、「乙は死亡していないから未遂となる」とするのみで、同罪が成立する具体的な時点を特定しない答案が多かった。他方で、未遂犯であるにもかかわらず、因果関係について、しかも、どの「結果」との間の関係かも曖昧なままに長々と論じている答案が多数あった。これらは、論証パターンを無自覚に書き出したものと思われるが、仮に未遂犯においても結果の発生を必要とする見解に立つのであれば、殺人未遂罪が問われている本問では、甲の不作为と乙が死亡する危険との間の因果関係を検討すべきであった。

同罪の殺意については、甲が乙を放置したまま立ち去った時点で殺意を認める答案が多かったが、反対説の立場から、甲において、乙が死亡することの認容の有無のみで殺意を判断している答案が散見された。

他方、保護責任者遺棄等罪に関しては、前提となる保護責任の有無・内容について丁寧に検討できている答案も一定数あったが、その検討を全くしないまま、いきなり殺人未遂罪との区別の基準を論じる答案が相当数あった。また、同罪と保護責任者遺棄等罪の区別の基準について指摘するものの、その理由付けまで丁寧に論じられている答案は少数であった。

ウ 設問3について

対象となる客体について、近くに倒れていた乙と解しているように受け取れる答案も見られ、全体として、これを明確に指摘できている答案は少なかった。

また、甲の不作为について、客観面での殺人の実行行為性を検討することなく、客体の錯誤の問題と捉えて、主観面のみを検討する答案が相当数あった。一方で、実行行為性が問題になることには気付いたものの、不能犯の理論の応用であることを自覚的に検討できている答案が少なかった。更に言うと、不能犯論を論じる際、具体的危険説を採りながら、甲が誤信していた事情のみを指摘するなど、抽象的危険説に立つかのような当てはめをしている答案もあり、学説の理解が不十分と思われる答案も見られた。

(3) その他

例年指摘しているところではあるが、文字が乱雑で判読しづらい答案や基本的用語の漢字に誤記の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かれることが望まれる。

(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、本問の事案を的確に分析した上で、本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、本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、本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、本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、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たり論旨が不明であったりしているもの等である。

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。

また、これまでも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事実を意識し、結論に至るまでの理論構成を理解した上、その判例が述べる規範の体系上の位置付け及びそれ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、事案の解決のために問題となる論点とそうでない論点の見極めが重要であったが、問題となる論点自体の体系的な位置付けについての整理が不十分なまま、論証パターンを無自覚に記述するため、問題とならない論点についてまで長々と論じる答案が目についたことから、事案の全体像を俯瞰して、事案に応じて必要な論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、判例学習等を通じ具体的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やその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、昨年までと同様に比較的長文の事例を設定し、具体的事例に基づき、その捜査及び公判の過程に現れた刑事手続上の問題の所在を的確に把握し、その法的解決に必要な具体的事実を抽出・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、この過程を筋道立てて説得的に論述することを求めるものである。法律実務家になるために必要な事案分析能力、法解釈・適用能力、事実認定能力、論理的思考力、論述能力及び刑事訴訟法に関する基本的学識等を試すための出題である。

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、詐欺事件の犯人から被害者Vに交付された領収書に記載された住所に所在するA工務店事務所へ出入りしていた男について、A工務店代表者甲又はその従業員である可能性があると考え、犯人とその男の同一性をVに確認させるため、同事務所から出てきたその男の容ぼう・姿態をビデオカメラで撮影したこと（下線部①）、その後、犯人が持っていた工具箱と甲が持ち歩いていた工具箱の同一性をVに確認させるため、同事務所の向かい側にあるマンションの2階通路から、望遠レンズ付きビデオカメラで、同事務所の玄関上部にある採光用の小窓を通し、同事務所内の机の上に置かれた、「A工務店」と書かれた小さな円形ステッカーの貼ってある赤い工具箱を撮影したこと（下線部②）につき、それぞれの適法性を問うものである。ここでは、いわゆる強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の適否の判断方法を提示し、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出した上、上記各行為の適法性を評価することが求められる。

〔設問2〕は、Vが犯人から申し向けられた欺罔文言を記したメモ及びVが犯人から交付を受けた領収書の証拠能力の有無を問うものである。ここでは、刑事訴訟法第320条第1項のいわゆる伝聞法則の趣旨を前提に、同項の適用の有無、すなわち伝聞と非伝聞を区別する基準を提示した上、本件メモ及び本件領収書が、事例中に明示された立証趣旨を踏まえた場合、伝聞・非伝聞のいずれに該当するか、また、伝聞証拠に該当するとした場合には、各書面に相応する伝聞例外規定を摘示した上、その要件を充足するか否か、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、記載内容の真実性を問題とすることなく（すなわち、書面の記載から、その内容どおりの事実が実際に存在したことを推認する、という過程を経ずに）立証趣旨に則した事実を推認することができるのかについて、それぞれの確かかつ丁寧に検討、説明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事訴訟法が定める制度・手続及び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〕について、判例は、写真撮影やビデオカメラによる撮影が強制処分に該当するか否かを明示的に判断してはいないものの、写真撮影やビデオカメラによる撮影の適法性について判断した判例（最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁（以下「昭和44年大法院判決」という。）、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁）や、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。）、最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁（以下「平成29年大法院判決」という。））など、法科大学院の授業でも取り扱われる判例を理解し、下線部①と下線部②の具体的な事実関係の相違を意識して論述すれば、説得的な解答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十分解答は可能であろう。な

お、〔設問 2〕の 2 のうち、本件領収書が非伝聞証拠として用いられる場合について論述するに当たっては、かかる用法が実質的に伝聞法則の潜脱に当たらないか否かを十分に意識する必要がある。

2 採点実感

各考査委員からの意見、感想を述べる。

おおむね出題の趣旨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、下線部①及び下線部②の各捜査の適法性について、本事例における法的問題を的確に捉え、刑事訴訟法第 197 条第 1 項の解釈の問題であることを理解し、基本的な判例の考え方を踏まえながら、強制処分の意義、強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の許容性の判断方法を提示した上、下線部①及び下線部②の各捜査によって制約される権利・利益の相違を意識しつつ、事例中から抽出した具体的事実を分析・検討し、上記基準又は判断方法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〕の 1 では、本件メモの証拠能力を検討するに当たり、伝聞法則の趣旨の正確な理解を前提に伝聞と非伝聞を区別する基準を提示した上、本事例における立証趣旨を踏まえた場合、本件メモは、V 供述の内容の真実性が問題となることから伝聞証拠に該当し、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、事例中の具体的事実をこれに当てはめて、証拠能力に関する結論を導き出している答案が見受けられた。

また、〔設問 2〕の 2 では、伝聞と非伝聞を区別する基準を前提に、本事例における立証趣旨を踏まえた場合、本件領収書については、その使用方法により、伝聞証拠に該当する場合と非伝聞証拠に該当する場合とが想定されることを指摘した上、伝聞証拠に該当する場合に、証拠能力が肯定されるには刑事訴訟法第 322 条第 1 項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、事例中の具体的事実をこれに当てはめて、証拠能力に関する結論を導き出している答案、非伝聞証拠に該当する場合として、例えば、一般に領収書が持つ社会的意義を前提とした経験則を基に、本件領収書の作成及び交付の事実自体から現金授受の事実を推認できる旨を論述している答案が見受けられた。

他方、法原則・法概念の定義や関連する判例の表現を機械的に暗記して記述するのみで、なぜそのような定義や表現を用いるのかを当該法原則・法概念の趣旨に遡って論述することができていない答案、具体的事実に対してそれらの定義等を的確に適用することができていない答案、そもそも具体的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が見受けられた。

〔設問 1〕の下線部①の捜査の適法性については、まず、強制処分と任意処分を区別する基準を提示し、強制処分に該当しないとした上、任意捜査の許容性の判断方法を提示し、当該捜査は任意捜査として適法であると結論付ける答案が大多数であったが、当該捜査が強制処分か任意処分かを検討するに当たり、それが実定法上のいかなる規定・原則との関係で問題になるかをおよそ意識していない答案が少数ながら見られたほか、刑事訴訟法第 197 条第 1 項ただし書の「強制の処分」の解釈論として論じつつも、同項ただし書のいわゆる強制処分法定主義の意義についての理解を十分に示せていない答案が少なくなかった。

また、強制処分と任意処分を区別する基準に関し、多くの答案が、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加え」るかどうかという昭和 51 年決定が示した基準や、「相手方の意思に反して、重要な権利・利益を実質的に制約する処分」かどうかという現在の有力な学説の示す基準を挙げて検討していたが、これらの基準の文言を誤って理解している答案が少数ながら見られたほか、判例が示した基準による場合、「個人の意思を制圧」するということにはどのような意味合いがあるのか、「身体、住居、財産等」の制約に着目するのはなぜか、あるいは、現在の有力な

学説の示す基準による場合、なぜ「重要な」権利・利益の制約を伴う場合に限られるのか、そこでいう「重要な権利・利益」と、「身体、住居、財産等」という判例の文言とはどのような関係にあるのかなど、それぞれの文言が用いられている趣旨について十分な理由付けに欠ける答案も少なくなかった。そして、以上に述べたことは、平成29年大法廷判決の示した「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害する」か否か、という基準を用いる場合にも基本的に妥当する。

次に、上記基準への当てはめに関し、判例のいう「個人の意思の制圧」の側面については、ビデオカメラによる撮影が撮影対象者である甲に認識されることなく行われており、現実に甲の反対意思が制圧された事実がないことのみを指摘して、個人の意思の制圧を否定し、そのことから直ちに、強制処分には該当しないと結論付けるなど、判例の理解を誤っているのではないかと疑われる答案が散見された。

また、判例のいう「身体、住居、財産等への制約」又は有力説のいう「重要な権利・利益の実質的制約」の側面については、下線部①の捜査によって制約を受ける権利・利益の内容について一切触れない答案や、抽象的に「プライバシー」とのみ述べ、甲のいかなる「プライバシー」の制約が問題となるのかについて具体的に指摘できていない答案も見られた。すなわち、〔設問1〕では、下線部①の捜査によって制約を受ける「みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」（昭和44年大法廷判決参照）と、下線部②の捜査によって制約を受ける「みだりに個人の営業拠点である事務所内を撮影されない自由」の性質ないし重要度に違いがあるかに着目して各捜査の適法性を論述することが求められるが、そうした点を十分に意識して論述する答案は多くなかった。さらに、下線部①の捜査では、容ぼう等をビデオカメラで撮影されている甲が公道上にあり、同所では他人から容易にその容ぼう等を観察され得る状況にあることを理由に、直ちに、甲の「みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」は放棄されているとするものなど、「観察」されることと「撮影」されることの違いを意識していないと思われる答案も少なくなかった。

任意捜査の許容性の判断方法に関しては、大半の答案が、昭和51年決定の示した「必要性、緊急性などをも考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度」との表現を用いて論述していたが、この判断方法は、いわゆる「比例原則」に基づくものであるから、具体的事案において、特定の捜査手段により対象者に生じ得る法益侵害の内容・程度と、特定の捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要性とを比較衡量すべきところ、このような視点を欠き、事例中からそれぞれの考慮要素に関連すると見られる事実を抽出・羅列するのみで、それらの事実に関する意味付けやそれらの相互関係を十分に検討することなく結論を述べる答案が散見された。また、ここでいう「必要性」とは、特定の具体的な捜査手段を用いる必要性を指し、本問についてこの点を論じるに当たっては、なぜ「甲を」「ビデオカメラで撮影する」必要があるか、すなわち前者については甲を被写体として選択する理由となるその嫌疑の内容及び程度について、後者については捜査手段としてビデオカメラによる撮影という方法を採用する必要性について、これにより達成すべき捜査目的との関係を踏まえて検討すべきであるが、甲の嫌疑の内容及び程度を基礎付ける具体的事実を指摘できていない答案や、本問のような、いわゆるリフォーム詐欺が重大犯罪であることといった、本件の捜査一般の必要性に関わる事情を指摘するにとどまる答案が散見された。

〔設問1〕の下線部②の捜査の適法性については、下線部①の捜査について用いたのと同様の、強制処分と任意処分を区別する基準を適用した上で、強制処分に該当すると結論付ける答案が大半であったが、その中には、「個人の意思の制圧」の側面について、これに全く言及しないまま強制処分との結論を導いているものや、特に理由を示すことなく「意思の制圧」があるとするものも散見された。他方、下線部①の捜査と同様に、強制処分に該当しないとした上、任意捜査としての許容性を判断する答案も一定数見られたが、そのほとんどが、次に述べるように、下線部①との具体的事実の相違を踏まえて被制約利益の性質等に十分な考慮を及ぼすことはできておらず、

結論の説得性に疑問を抱かせるものであった。

「身体、住居、財産等への制約」又は「重要な権利・利益の実質的制約」の側面に関しては、上記のとおり、〔設問1〕においては、下線部①の捜査によって制約を受ける「みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」と、下線部②の捜査によって制約を受ける「みだりに個人の営業拠点である事務所内を撮影されない自由」との相違に着目して、強制処分該当性について検討することが求められる。また、下線部②の捜査は、個人の住居とは異なる工務店の事務所であるとはいえず、通常、不特定多数人の出入りが予定されているわけではなく、撮影時には、公道からは内部の様子を見ることができない状態にあって、外部から室内を見られないことを合理的に期待することができる場所について、向かい側のマンションの2階通路から望遠レンズ付きのビデオカメラを用いて撮影することにより、本来ならばその場所に立ち入ることによってしか得られないような情報の取得を実質的に可能にするものであり、私的な性質を帯びる領域への無形的な方法による侵入に当たる、との評価も妥当しうところである。しかし、下線部②の捜査を任意捜査とした答案はもとより、これを強制処分とした答案においても、こうした撮影により制約される利益の性質ないし撮影対象の所在する場所の性質を勘案した評価・検討が不十分なものが散見された。

〔設問2〕については、前提として、刑事訴訟法第320条第1項のいわゆる伝聞法則の趣旨を踏まえ、伝聞証拠の意義、すなわち伝聞と非伝聞を区別する基準を提示する必要がある。多くの答案が、立証において公判期日外でなされた供述の「内容の真実性が問題となるか否か」を基準として挙げていたが、なぜ、立証趣旨との関係で原供述の「内容の真実性が問題となる」場合に、原供述を媒介する書面又は供述が伝聞証拠としてその証拠能力を否定されることになるのかについて、伝聞法則の趣旨を踏まえて十分に論述できていない答案も、依然として相当数見られた。

〔設問2〕の1では、本件メモについて、まず、本事例で明示された立証趣旨を踏まえつつ、伝聞証拠該当性を論述する必要がある。本件メモは、Vが犯行時に犯人（被告人甲）から聞いたとする欺罔文言を自ら記載した書面（被害状況を記載した供述書）であり、その立証趣旨は、「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」である。そこでは、Vが記載したとおりに、犯人（被告人甲）がVに対して本件メモに記載された内容の文言を言ったことが立証の対象となる（Vの供述の内容の真実性が問題となる）から、本件メモは伝聞証拠に当たる。この点を理解し、適切に結論を導いていた答案が多かったが、「内容の真実性が問題となる」という表現の意味をなお正確に理解できていないため、本件メモの全体を非伝聞証拠とした答案も少数ながら見られた。本件メモによる立証の対象には、甲が発言したとおりにV宅の耐震金具に不具合があることなど（Vが記載した甲の発言の内容の真実性）は含まれていないが、そのことは、Vの供述を記載したものとしての本件メモの伝聞証拠該当性を否定するものではない。他方、甲の発言の真実性が問題となるとして、再伝聞証拠とする答案も散見されたが、これも、「内容の真実性が問題となる」との表現の意味及び本件メモによる立証の対象を正しく理解したものとはいえない。

次に、伝聞証拠である本件メモ（被告人以外の者が作成した供述書）については、刑事訴訟法第321条第1項第3号該当性を論述する必要があるが、条文に関する基本的な知識が不足していたり、同号の規定する伝聞例外として証拠能力を肯定するための各要件（いわゆる「供述不能」、「不可欠性」及び「特信性」）を充足するか否かを判定するために必要な具体的事実の抽出・検討が不十分であったりする答案が多く見られた。まず、「供述不能」の要件については、同号に列挙された事由が例示か否かについて述べる答案が少なからず見られたが、まずはVの心身の状態が同号に規定された事由のいずれかに該当しないのかを検討すべきであろう。続いて、「不可欠性」の要件については、「その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」という文言に対する理解を示した上で、本件メモがそうした証拠に該当するかを検討すべきである。さらに、「特信

性」の要件については、供述内容の信用性を担保する外部的付随事情の存否を問題とすべきであると述べながら、Vによる本件メモの作成状況や作成に至る経緯などの具体的事実を十分に検討することなく「特信性」の有無の結論を述べる答案が多く見られた。また、本件メモはVが自ら作成した「供述書」であり、「署名〔又〕は押印」（刑事訴訟法第321条第1項柱書き参照）は不要であるにもかかわらず、本件メモにVの署名押印がないことを理由に伝聞例外該当性を否定する答案が散見された。

〔設問2〕の2では、本件領収書について、本事例で明示された立証趣旨を踏まえ、立証上の使用方法として、領収書の記載からその内容の真実性（記載内容どおりの事実が存在したこと、すなわち、特定の日に、甲とVの間で、屋根裏工事代金として、100万円の授受があったこと）を推認する場合と、例えば、一定の記載のある本件領収書が甲によって作成された事実と、甲からVへ当該領収書が交付された事実を併せ考慮することで、記載内容の真実性とは独立に、現金授受の事実を推認する場合を想定する必要があるが、意識的に両者の用法を記述している答案は少なかった。

本件領収書は、甲がVから屋根裏工事代金として現金を受領した際にその事実を自ら記載した書面であり、その立証趣旨は、「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金として100万円を受け取ったこと」であるから、上記の使用法のうち前者の場合には、領収書の記載からその内容たる事実を推認することとなり（甲による本件領収書の記載＝甲の供述の内容の真実性が問題となる）、本件領収書は伝聞証拠として用いられるものと評価されることになる。そして、この場合、本件領収書は甲が自ら作成した書面（供述書）であり、刑事訴訟法第322条第1項該当性が問題となるところ、ここでも、本件メモの伝聞例外該当性の検討におけるのと同様、条文に関する基本的知識が不足している答案が少なからず見られた。例えば、同項が、証拠能力の要件について、被告人供述をその内容によって「〔自己〕に不利益な事実の承認」とそれ以外のものとに分け、後者についてのみいわゆる「特信性」を要求しているにもかかわらず、本件領収書の内容が、Vから屋根裏工事代金として現金の交付を受けたことを認める「不利益な事実の承認」に該当するとしながら、「特信性」の有無を検討する答案、他方で、前者についての「任意性」の要件を見落としている答案、供述書である本件領収書についても、「署名〔又〕は押印」の要件が条文上要求されているとする答案などが散見された。

上記の使用法のうち後者の場合、例えば、甲による本件領収書の作成及びVへの交付の事実を併せ考慮することにより、その記載内容の真実性とは独立に、現金授受の事実を推認する場合は、本件領収書は非伝聞証拠として用いられるものと評価されるが、多くの答案は、単にその旨を述べるにとどまり、さらに、そのような形で同事実を推認し得る実質的理由についてまで言及する答案は少数にとどまった。

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、下線部①及び下線部②の各捜査の適法性に関し、強制処分法定主義、比例原則といった刑事訴訟法上の基本原則に関する理解を前提に、その法的問題の所在を意識しつつ、強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の適否の判断方法について、法律の条文とその趣旨、基本判例に対する正確な理解を踏まえながら、的確な法解釈論を展開して提示している答案、その上で、強制処分と任意処分の区別については、下線部①及び下線部②の各捜査によっていかなる権利・利益が制約されるのかを具体的に指摘した上、制約される権利・利益の違いを明確に意識しながら論述している答案、任意捜査としての許容性の判断については、比例原則の正確な理解を示した上、本事例に現れた個々の事実が持つ意味を丁寧に分析している答案である。

また、〔設問2〕については、伝聞法則の趣旨の正確な理解を前提に、伝聞法則の適用の有無、

すなわち伝聞と非伝聞を区別する基準を的確に提示している答案、そして、本件メモについては、本事例において明示された立証趣旨を踏まえて伝聞・非伝聞の別を論述した上、伝聞例外について、刑事訴訟法第321条第1項第3号の規定する各要件の意義を的確に論述しつつ、各要件を充足するかにつき、本事例に現れた具体的事実を踏まえて的確かつ丁寧な検討を行っている答案、本件領収書については、本事例において明示された立証趣旨を踏まえつつ、その使用方法により、伝聞証拠に該当する場合と非伝聞証拠に該当する場合とが想定されることを指摘した上、前者については、刑事訴訟法第322条第1項の規定する各要件の意義を的確に論述しつつ、各要件を充足するかにつき、本事例に現れた具体的事実を踏まえて的確かつ丁寧な検討を行い、後者については、領収書の作成・交付の事実を併せ考慮することにより、領収書の記載内容の真実性とは独立に現金授受の事実が推認されることを相応の根拠とともに論じている答案である。

なお、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。

(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、強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の適否の判断方法に関して一定の見解を示した上、本事例に現れた具体的事実を抽出し、検討することはできているが、下線部①及び下線部②の各捜査によって制約される権利・利益について、抽象的に「プライバシー」とするのみで、具体的に個人のどのような権利・利益が制約されるのかを指摘できていなかったり、本事例に現れた事実を抽出し、検討してはいるものの、個々の事実が持つ意味の分析が物足りなかったりする答案である。

〔設問2〕については、伝聞法則の趣旨の正確な理解を前提に、伝聞と非伝聞を区別する基準を的確に提示し、正しく結論を導き出してはいるものの、伝聞例外の要件充足性について、本事例に現れた具体的事実を踏まえて説得的な説明がなされていなかったり、本件領収証を非伝聞証拠として用いる場合について、領収書の作成・交付の事実を併せ考慮することまでは言及できているものの、領収書の内容の真実性とは独立に現金授受の事実が推認される根拠には言及できていなかったりする答案である。

(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、強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の適否の判断方法に関して一定の見解を示すことができているものの、本事例に現れた具体的事実の抽出が不十分であり、結論のみを記述している答案である。

〔設問2〕については、伝聞法則の趣旨を一応理解し、伝聞と非伝聞を区別する基準を提示してはいるものの、伝聞例外の規定の検討が不十分であり、具体的事実の抽出が不足している答案や、提示した要件への当てはめが一部欠如している答案、本件領収書について、想定される使用方法のうち、いずれか一方のみ論述し、もう一方には言及されていない答案である。

(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（さらに正確さを欠いた形で）記述するだけの答案や、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羅列するだけの答案など、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。具体的な例を挙げれば、〔設問1〕では、下線部①の任意捜査の適法性を判断するに当たり、本件の捜査一般の「必要性」を論述するばかりで、ビデオカメラによる撮影という特定の手段を選択する「必要性」について論述していない答案、〔設問2〕では、伝聞法則の趣旨や伝聞と非伝聞を区別する基準についての記述自体が不十分な答案や、伝聞例外の規定の要件を誤って理解していたり、当てはめが誤っていたりする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

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、その射程も含めて正確に理解すること、これらの制度や判例法理を具体的事例に当てはめて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、生の具体的事実に含まれた個々の事情又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むのかなど、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。