

1 出題の趣旨、狙い

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、甲及び乙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・評価して具体的事実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て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。**ただし、**論じるべき点が多岐にわたることから、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や時間配分を工夫することも必要である。**

(1) 設問1について

ア 設問1(1)について

本問においては、乙が、私立A大学（以下「A大」という。）の入試会場において、甲に成り済まして小論文試験の解答用紙（以下「本件用紙」という。）に甲の受験番号である「A123」を記載した上で解答を記入し（以下「本件作成行為」という。）、本件用紙をA大に提出した行為（以下「設問1(1)の行為」という。）について、乙に有印私文書偽造・同行使罪が成立するとの立場から、その結論を導くために、どのような説明が考えられるかについて論じることが求められ、その際、特に本件作成行為が「偽造」に当たるかについて、文書の名義人及び作成者の意義をそれぞれ明らかにした上で、株式会社Xの取締役Yがその秘書Zに命じて取締役Y名義の文書を作成させた場合（以下「秘書事例」という。）と比較しつつ論じ、その他の成立要件についても言及することが求められていた。

本件作成行為が「偽造」に当たるかについて検討する上で、まずは、私文書偽造罪における「偽造」の意義を踏まえておく必要があるところ、**偽造の意義については、判例上、「作成権限なく他人の名義を冒用して文書を作成すること」と定義するものと「文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽ること」と定義するものがあり、両者は同義だと解されているが、近時は後者を用いることが多くなっており、ほとんどの答案が後者を用いていた。**

偽造の意義について「文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽ること」と解する場合には、文書の名義人及び作成者の意義をそれぞれ明らかにする必要があるが、特に作成者の意義に関しては、文書を事実として物理的に作成した者とする考え方や、文書に表示された意思又は観念が由来する者とする考え方などがあり得るところ、自説とは反対の考え方を意識したり、自説の論拠を明らかにしたりすることなく、直ちに結論を示している答案がほとんどであった。これに対し、自説とは反対の考え方を意識しつつ、自説の論拠を明らかにして結論を示している答案は、ごく少数であったが、こうした答案は、そうでない答案と比較すると高い評価となった。また、名義人及び作成者の意義の論述が不正確な答案や、そもそも名義人及び作成者の意義について論述していない答案も散見されたが、こうした答案は著しく低い評価となった。****

本問では、本件作成行為が「偽造」に当たるかについて、文書の名義人及び作成者の意義をそれぞれ明らかにした上で、秘書事例と比較しつつ論じ、その他の成立要件についても言及することが求められていたところ、名義人及び作成者の意義に関する自説を踏まえた偽造の

理解を、本件作成行為と秘書事例に適切に当てはめながら、文書の性質の違いなど両事例の相違点を明らかにしつつ結論を導くことができていた答案是、高い評価となった。これに対し、名義人及び作成者の意義に関する自説を踏まえた偽造の理解を、本件作成行為と秘書事例に当てはめて結論を導出する際に、論理的に矛盾した論述をしている答案や、両事例の相違点を意識していない答案、問題文に秘書事例と比較しつつ論じるよう明記していたにもかかわらず、これに正面から答えていない答案も散見されたが、こうした答案是低い評価となった。また、問題文にその他の成立要件（「事実証明に関する文書」や「署名（有印性）」など）についても言及するよう明記していたため、ほとんどの答案がこれらの成立要件についても言及していたが、これらの成立要件について言及していない答案是低い評価となった。

イ 設問1(2)について

本問においては、乙が、B店において、店員Cに対して腕時計の購入を申し込み、その際、甲に成り済まして甲名義のクレジットカード（以下「本件カード」という。）をCに提示し、B店に設置されたカード決済端末機に本件カードを差し込み、その暗証番号を入力し、Cをして、乙が甲本人であり、本件カードの正当な利用権限を有していると信じさせ、乙に対して上記腕時計を交付させた行為（以下「設問1(2)の行為」という。）について、乙に詐欺罪が成立するとの立場から、その結論を導くために、どのような説明が考えられるかについて論じることが求められ、その際、特に「人を欺く行為」の意義を明らかにした上で、設問1(2)の行為は「人を欺く行為」に当たらないとの立場に反論しつつ論じ、その他の成立要件についても言及することが求められていた。

「人を欺く行為」の意義に関し、近時の判例は、本件のように財産的損害の存否が問題となり得る事案では「交付の判断の基礎となる重要な事項」（重要事項性）を偽る行為があったかどうかの判断を重視しており、多くの答案はこの点を意識した論述ができていた。

設問1(2)の行為は「人を欺く行為」に当たらないとの立場に関し、比較的多くの答案是、支払意思・能力を偽っていなければ重要事項性についての偽りはないなどといった点を挙げ、上記消極の立場の論拠に言及することができており、こうした答案是高い評価となった。これに対し、問題文に上記消極の立場について言及するよう明記していたにもかかわらず、これに正面から答えていない答案も少なからず見られたが、こうした答案是低い評価となった。

上記消極の立場に反論しつつ、乙に詐欺罪が成立するとの結論を導くに際しては、本件カードの会員規約において、会員は、他人にクレジットカード（以下「カード」という。）を利用させてはならず、貸与等によりカードの占有を他人に移転することを禁じる旨が定められており、また、本件カードの加盟店規約において、加盟店は、善良な管理者の注意義務をもって、カードを提示した者とカードの名義人の同一性を確認することなどが定められており、B店では名義人以外の者によるカードの利用には応じないことにしていたことや、通常、過失によって同一性の確認を怠った場合には、加盟店には規約違反としてカード会社から立替払いを受けられない危険性があることなど、事案の具体的な事実関係に着目して充実した当てはめを行った上で結論を導く答案が比較的多く見られ、こうした答案是高い評価となった。これに対し、特に理由を示すことなく、カード利用者とカード会員の同一性はB店にとって重要な事項に該当するとして、乙に詐欺罪が成立するとの結論を導く答案も少なからず見られ、こうした答案是低い評価となった。また、問題文にその他の成立要件（「錯誤」や「交付行為」など）についても言及するよう明記していたため、ほとんどの答案がこれらの成立要件についても言及していたが、これらの成立要件について言及していない答案是低い評価となった。

ウ 設問1(3)について

本問においては、設問1(1)の行為及び設問1(2)の行為について、甲に乙との間で有印私文書偽造・同行使罪及び詐欺罪の共同正犯が成立するとの立場から、その結論を導くために、そ

れぞれどのような説明が考えられるかについて論じることが求められていた。その論述に当たっては、問題文において、本件用紙に甲の受験番号である「A 1 2 3」が記載され、本件カードが甲名義であるにもかかわらず、甲に共同正犯が成立する理由に触れつつ論じるよう明記していたため、これをそのまま問題提起として引用して共同正犯の成否を検討する答案が比較的多く見られた。甲が単独で行えば処罰されないにもかかわらず、共同正犯だとなぜ処罰されるのかという点についてまで踏み込んで問題の所在を的確に示している答案は少なかったが、こうした答案は高い評価となった。

本件用紙に甲の受験番号である「A 1 2 3」が記載され、本件カードが甲名義であるにもかかわらず、甲に共同正犯が成立する理由について、上記問題の所在を踏まえ、自説の論拠を明らかにした上で、甲に共同正犯が成立するとの結論を導いている答案は、高い評価となった。これに対し、多くの答案は、上記問題の所在を踏まえることなく、甲と乙との間に共謀が成立していて、その共謀に基づいて乙が設問 1 (1)の行為及び設問 1 (2)の行為に及んでいることのみを理由に、甲に共同正犯が成立するとの結論を導いていたが、こうした答案は著しく低い評価となった。

(2) 設問 2 について

ア 甲の 4 月 1 日の犯行について

本問において、甲は、故意に D の顔面を拳で殴り、これにより D に全治約 2 週間を要する顔面打撲の傷害を負わせているのであるから、甲には D に対する傷害罪が成立する。また、甲は、故意に丙の顔面を拳で殴り、これにより丙に全治約 2 週間を要する顔面打撲の傷害を負わせているのであるから、甲には丙に対する傷害罪が成立する。これらの点については、傷害罪の構成要件を充足することを簡潔に示せば足りるところ、これを簡潔に示した答案が比較的多く見られたが、この点について論じていない答案も散見された。

イ 甲の 7 月 1 日の犯行について

本問において、甲は、D の頭部を拳で十数回殴り（以下「本件暴行」という。）、これにより D に硬膜下血腫を生じさせて意識を喪失させ、その後、丙が D を抱えて E 病院に向かっていた際に丙及び D が自動車に衝突され、D は同衝突によって生じた肝臓破裂による失血により死亡しているため、傷害罪にとどまるか致死結果まで帰責されるかが問題となるところ、多くの答案は、本問の事案を具体的に分析し、本件暴行と D の死亡との間に自動車の衝突という事情が介在しているため、本件暴行と D の死亡との間に因果関係を肯定することができるかが問題となる旨を的確に示しており、こうした答案は高い評価となった。これに対し、事案を具体的に分析することなく、因果関係が問題となる等として論点を示すにとどまる答案が散見され、こうした答案は低い評価となった。

因果関係論に関しては、刑法上の因果関係を肯定するためには実行行為の危険性が結果に現実化したことが必要であるとする考え方や、条件関係の存在を前提として、行為の時点に立ち、社会生活上の経験に照らしてその行為からその結果が発生するということが相当だと認められる場合に因果関係を肯定する考え方などがあり得るところ、いずれの考え方に立って論じるとしても、自説の論拠を明らかにして規範を定立することが求められ、それができている答案は高い評価となったが、それができていない答案は低い評価となった。

当てはめについては、自ら定立した規範を本問の具体的な事実関係に適切に当てはめて結論を導く答案が比較的多く見られ、こうした答案は高い評価となったが、自ら定立した規範をただなぞるだけの答案や、規範定立に至るまでの論述と当てはめ部分を明確に区別することなく混在させて記載する答案が少なからず見られ、こうした答案は低い評価となった。

ウ 甲による D に対する暴行を阻止しなかった丙の態度について

本問において、甲と丙との間には本件暴行を加えることについての意思連絡が認められないため、丙を共謀共同正犯として処罰することはできず、また、丙は、甲が本件暴行に及んだ

際、本件居室内のトイレ内にいただけであって、言葉を発するなど何らかの積極的な行動に出てはいないため、丙を作為による幫助犯として処罰することもできないことから、甲がDに対して暴行を加えようとしていることを認識しつつ、何もしなかった丙の態度について、不作為犯として処罰することができないかが問題となるどころ、かかる問題の所在を的確に示すことができていない答案がほとんどであったが、この点を的確に示している答案も少数ながら存在し、こうした答案は高い評価となった。

不作為犯が成立するためには、その関与類型いかんにかかわらず、関与者に作為義務が必要であるところ、本件のような子どもに対する暴行を親が放置する事案では、作為正犯の犯行によって侵害されようとしている法益を保護すべき関係があることが作為義務の発生根拠となる。このような法益を保護すべき関係を根拠付けるものとしては、親権者という法的地位や同居の実態、被害者の生命・身体确保安全が行為者のみに依存している状態、子に虐待を加える者や同居や交際を継続したことによる法益への危険創出などといった事情が挙げられる。そのため、本件においても、丙がDの母親であり同居の実態があることや、丙以外に甲による暴行からDを守れる者がいないことなどを指摘して、丙に作為義務があることを論じることとなる。これらの具体的事情を単に指摘し結論を導いているだけの答案は低い評価にとどまったのに対し、作為義務が必要となる根拠や法益を保護すべき関係があることが作為義務の発生根拠となることなどについても言及している答案も少なからず存在し、こうした答案は高い評価となった。

本問において、本件暴行を阻止するために丙に期待される行為としては、丙が居間に戻って甲がDに本件暴行を加えないように監視したり言葉で制止したりする行為（以下「①行為」という。）と、丙が身を挺して甲を制止する行為（以下「②行為」という。）の2つが想定される。この点につき、作為義務のある者に義務付け得る作為は、当該作為を行った場合に予想される不作為者に生じる法益侵害の程度といった当該作為の容易性や、当該作為によって結果を回避し得る可能性の程度を考慮して、そのような作為を行うことを当該不作為者に要求し得るかどうかを、個別具体的事例ごとに判断していく必要があるところ、事案を具体的に分析し、①行為や②行為を行った場合に予想される丙に生じる法益侵害の内容やその程度を具体的に検討して作為容易性についての結論を導いたり、①行為や②行為によって結果を回避し得る可能性の程度の違いや、不作為による単独正犯の場合と不作為による幫助の場合とで要求される結果回避可能性の程度の違いを意識しつつ、丙に義務付け得る作為についての結論を導いたりしていた答案は、高い評価となったが、そのような答案は少数であった。これに対し、多くの答案は、①行為や②行為を行った場合に甲が丙に暴行を加える蓋然性などに言及するのみで、事案を具体的に分析することなく、丙に義務付け得る作為についての結論を示すにとどまっていたところ、こうした答案は低い評価となった。

不作為による関与は、これをどの関与類型（正犯・共犯）に振り分けるかが問題となるどころ、この点につき、作為義務違反がある場合には原則として正犯が成立すると解する考え方や、作為正犯の犯行を阻止しないという態度で犯行に関与した者は原則として幫助犯にとどまるとする考え方、当該不作為が犯罪実現過程において持つ支配力等により個別的に判断し、不作為者が作為に出ていれば確実に結果を回避できたであろう場合には不作為の同時正犯となり、結果発生を困難にした可能性がある場合には不作為による幫助犯になるとする考え方などがあり得るところ、そもそもかかる問題の所在を意識して関与類型の別について論じている答案はほとんどなかった。これに対し、かかる問題の所在を的確に示し、自説とは反対の考え方を意識しつつ、自説の論拠を明らかにして関与類型の別について論じている答案は、ごく少数であったが、こうした答案は、高い評価となった。なお、保護責任者不保護罪ないし同致死傷罪の成否のみを検討する答案が散見されたところ、こうした答案は、保護責任者不保護罪ないし同致死傷罪の単独正犯の成否を論じているものと思われるが、本問において

は、Dの生命・身体に対する危険は第三者たる甲の故意有責な行為によって初めて生ずるものであり、このような場合でも丙に保護責任者不保護罪ないし同致死傷罪の単独正犯が成立するかどうかについては、不作為犯における関与類型の区別のほか、保護責任の内実や不保護の意義などについても検討が必要であるところ、それらの点について検討している答案は見受けられず、結果として低い評価にとどまった。

(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。令和8年試験からはいわゆるC B T方式による試験が導入される予定であるため、文字が乱雑で判読しづらい答案はなくなるが、用語の間違いや基本的用語の漢字の誤記には十分に留意することが望まれる。また、特に設問1においては、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、その点を論じることなく、一般的な罪責を論じるにとどまる答案も散見されたが、設問の趣旨に適切に答える姿勢が肝要である。

(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に示し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もの、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、事実の分析が不十分であったり、各設問の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は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に示した主要な問題点を理解できていないと認められるもの、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。

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、なぜその点の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学説も参照しつつ理解した上で、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。

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実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、一定の結論を論理的かつ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、論理的思考力及び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、逮捕に伴う無令状捜索・差押えについて、基本的・応用的論点の検討を通じて、捜索・差押えに対する令状主義の規律とその例外についての正確な理解と、それに基づく具体的な事例の処理能力を試すものである。各下線部の行為の適法性を検討する前提として、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが、令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠を明らかにした上で、自説から論理的に導かれる条文解釈、すなわち、無令状捜索・差押えが許容され得る要件（時間的・場所的範囲など）を示し、さらに本事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して、適切な当てはめを行い、結論を導出することが求められる。

そして、〔設問1〕の下線部の各行為の適法性を検討するに当たっては、まずは、問題の所在を的確に把握する必要がある。その上で、本事例における様々な具体的事実を適切に抽出して分析した上で、結論を出すことが必要となる。下線部①においては、司法警察員Pが、甲の潜伏先であったX方内のリビングで甲を逮捕した後に、同方内の和室の無令状捜索を実施していることから、その捜索の適法性を判断するに当たっては、捜索場所が被逮捕者の甲の自宅ではなく、第三者であるX方内であることや、甲を逮捕した地点がリビングであったのに対して捜索の対象がリビングと扉で仕切られた和室であり、しかもその和室は居候中の甲が使用する場所であったことなど、本事例の事情を踏まえた検討をすることが求められる。次に、下線部②においては、司法警察員Pが、X方内のリビングで甲を逮捕した後、リビングの捜索を開始したが、その捜索の際、現場に居合わせた甲の交際相手であるYの上着のポケット内に手を入れて、同ポケット内の物を取り出しているため、その適法性の判断に当たっては、下線部②の行為の対象、すなわち無令状捜索の対象が、逮捕の現場に居合わせた第三者の身体であった点を検討することが求められる。さらに、下線部③の捜索は、乙の逮捕に伴う乙の身体や所持品を対象とする無令状捜索であるが、逮捕の地点から約1キロメートル離れたJ交番において実施されている点が、「逮捕の現場」（刑訴法第220条第1項第2号）の要件との関係で特に問題となる。この点に関しては、J交番が「逮捕の現場」に当たらないことを確認した上で、最高裁判例（最決平成8年1月29日刑集50巻1号1頁（以下「平成8年判例」という。））の内容を念頭に置きつつ、同判例において示されている説明を法解釈に落とし込む形で自説を展開した上で、本事例の具体的事実を適切に評価して、その適法性についての結論を出すことが求められる。

〔設問2-1〕は、甲の弁護人が、丙証言の証明力を争うために、証拠1（司法警察員作成に係る乙の供述録取書）の取調べを請求したことに対し、検察官が、「証明力を争うための証拠として刑事訴訟法上許容される証拠には当たらない。」との理由を付して「取調べに異議あり。」との証拠意見を述べたという事例を通じて、刑訴法第328条で許容される証拠の範囲、すなわち、同条で許容される証拠は自己矛盾供述を内容とする証拠に限られるか否かを問うものである。この論点については、最高裁判例（最判平成18年11月7日刑集60巻9号561頁（以下「平成18年判例」という。））があるので、同判例を踏まえた適切な法解釈と結論を出すことが求められる。

〔設問2-2〕は、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限（刑訴法第316条の32）について、具体的場面における適用の有無を検討させることを通じて、同条を含めた公判前整理手続

の意義及び趣旨の理解や、具体的事実への適用能力等を問うものである。そもそも公判前整理手続終了後の証拠調べ請求が制限される理由について、公判前整理手続の趣旨に遡って論述し、いかなる場合に「やむを得ない事由」が認められるのか、自分なりに規範を立てた上で、本件が刑訴法第328条に基づく弾劾証拠の取調べ請求であることを踏まえた検討をして結論を出すことが求められる。本設問は、本事例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ものであり、決して下級審裁判例や学説上の議論についての具体的な知識の有無を問うものではない。むしろ、本設問は、刑訴法に関する基本的理解を基礎とした柔軟で実践的な考察力を有しているか否かを試すものである。

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。

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・手続及び関連する判例の基本的理解（なぜ判例がそのような論理構成・判示をしているのかという理由も含めて）に関わるものであり、前記各最高裁判例など法科大学院の刑事手続法（や刑事実務の基礎）に関する授業でも取り扱われる基本的な事項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、下線部の各行為が逮捕に伴う無令状捜索に関する問題であることを的確に指摘した上で、無令状捜索・差押えが令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠を明らかにし、その自説から論理的に導かれる、無令状捜索が許容され得る時間的・場所的範囲などの条文解釈を示した上で、本事例における逮捕と捜索の時間的間隔に関する事情、逮捕の地点と捜索の場所に関する事情、捜索の必要性に関する事情など、様々な具体的事実を適切に抽出して、法的評価を加えている答案が見受けられた。

逮捕に伴う無令状捜索・差押えが令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠については、逮捕現場や被逮捕者の身体・所持品には被疑事実に関連する証拠が存在する蓋然性が一般的・典型的に高いことそれ自体に着目し、一般的・典型的に「正当な理由」（憲法第35条第1項）が存在すると言えるがゆえに、裁判官による事前の司法審査を介在させるまでの必要性がないとする見解（相当説・合理性説）や、逮捕現場や被逮捕者の身体・所持品には、被疑事実に関連する証拠が存在する蓋然性が一般的・典型的に高いと認められることを前提としつつ、それに加えて、そのような証拠が、逮捕の際に被逮捕者等によって隠滅や破壊されることを防止し、これを保全する緊急の必要性があるためとする見解（緊急処分説）などが主張されているところ、相当数の答案が、自身の見解から論理的に導かれる、無令状捜索・差押えが認められ得る時間的・場所的範囲などの条文解釈を示すことができていた。

下線部①では、捜索場所が第三者方であるという問題の所在を的確に把握し、逮捕に伴う無令状捜索においても、刑訴法第222条第1項により、刑訴法第102条が準用されるため、第三者に属する場所や物が捜索の対象である場合には、「押収すべき物の存在を認めるに足る状況」（同条第2項）が必要であることを適切に論述し、本事例の具体的事実を的確に抽出して分析し、当てはめをしている答案が見受けられた。

下線部②では、「逮捕の現場」に居合わせた第三者であるYの身体が、被逮捕者である甲の身体と同様に無令状捜索の対象になるか否かという問題の所在を的確に把握した上で、無令状捜索・差押えの趣旨及び実質的根拠を踏まえて、逮捕の現場に居合わせた被逮捕者以外の第三者が逮捕事実に関連する証拠を所持している可能性は一般的・典型的に高いとは言えないため、逮捕の現場に居合わせた第三者の身体は無令状捜索の対象にはならない（消極説）としつつ、「逮

捕の現場」となった「場所」に対する無令状搜索の付随的措置である「必要な処分」（刑訴法第222条第1項、第111条第1項）の一環として、搜索場所に居合わせた第三者が搜索の実施中あるいはその開始直前に、隠匿・破壊しようとした搜索・差押えの目的物を取り戻すために、同人の身体に有形力を加えてその妨害を排除する、あるいは原状を回復する措置を講じることができないかを検討できている答案が一定数見受けられた。他方、刑訴訟第220条第1項第2号は、「逮捕の現場」で「逮捕する場合」においてする搜索を許容しつつ、その対象については文言上明示的に限定していないこと、刑訴法第222条第1項は逮捕に伴う無令状搜索の場合にも刑訴法第102条第1項に加え第2項も（被疑者以外の者の「身体」を特に除外することなく）準用していることなどから、逮捕の現場に居合わせた第三者の身体の搜索も許され得るとする考え方（積極説）を採った上で、「押収すべき物の存在を認めるに足る状況」について、本事例における具体的事実を適切に抽出して分析した上で、適切な当てはめを行って結論を導いている答案も少ないながらも見受けられた。

下線部③では、J交番自体は「逮捕の現場」には当たらないことを確認した上で、「逮捕の現場」で直ちに被逮捕者の身体を搜索し差押手続を実施することが適当でなかった場合に、できる限り速やかに被逮捕者を身体の搜索・差押えを実施するのに適当な最寄りの場所まで連行した上で行われた差押手続は「刑訴法第220条第1項第2号にいう『逮捕の現場』における差押えと同視することができる」とした平成8年判例の説明を無令状搜索・差押えの趣旨及び実質的根拠を踏まえつつ刑訴法の解釈に落とし込み、その解釈に即した規範を立て、それを用いて、同判例との事案の差を意識した具体的事実関係の検討を加え、J交番が「身体の搜索・差押えを実施するのに適当な最寄りの場所」と評価できるか否かを説得的に論述している答案も見受けられた。

次に、〔設問2-1〕では、多くの答案が、平成18年判例の考え方に従い、刑訴法第328条によって許容される証拠が自己矛盾供述を内容とする証拠に限定されるとの解釈（限定説）をしていた。そして、そのうち相当数の答案が、同解釈の理由について、伝聞法則との関係を踏まえて丁寧に論述し、証拠1は乙の供述録取書であって丙の自己矛盾供述を内容とする証拠ではないため、同条によって許容される証拠には該当せず、「証明力を争うための証拠として刑事訴訟法上許容される証拠には当たらない。」との結論を示すことができていた。

〔設問2-2〕では、刑訴法第316条の32に基づく公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限について、公判前整理手続の意義及び趣旨に遡って適切に論述した上で、同条の「やむを得ない事由」が存在するか否かについては、検察官が、公判前整理手続において、立証趣旨を「本件犯行状況、共謀状況等」として証拠3（検察官作成に係る丙の供述録取書）の取調べを請求し、同供述録取書が不同意となるや、同じ立証趣旨で丙の証人尋問を請求しており、丙が公判廷において証拠3と同内容の証言をすることが想定されていたという本事例における事実経過を的確に把握して検討を行い、結論を導いている答案が見受けられた。その中で、刑訴法第328条による弾劾証拠は条文上「公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うため」のものとされているから、証人尋問が終了しておらず、弾劾の対象となる公判供述が存在しない段階においては、同条の要件該当性を判断することはできず、証人尋問終了以前の取調べ請求を当事者に要求することは相当でないため、同条による弾劾証拠の取調べ請求については、「やむを得ない事由」があるとする見解（下級審の裁判例として、名古屋高等裁判所金沢支部平成20年6月5日判決・判タ1275号342頁などがある）に立つ答案や、予想された内容の証言がなされた場合に同条の弾劾証拠としての取調べ請求を認めれば、公判前整理手続の趣旨を没却することになりかねず、同手続における主張及び証拠の整理の実効性を担保するため、「やむを得ない事由」の有無に関しては、できるだけ厳格に考えるべきとする見解に立つ答案など、説得的に自説を論じることができている答案が見受けられた。

(2) 他方、そもそも、刑訴法の基本的理解や関連する判例の理解等が不十分・不正確で、当該項目

についての理解が不足していると思えるを得ない答案や、関連条文の趣旨や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。特に多かったのは、条文の個々の文言に適切な法解釈を行って一般的な定義や判断基準（法原則）を導き出すことが疎かになっていた上、当てはめに際して、個々の具体的事実が、それらの定義や基準との関係で、いかなる意味を持つかについて、十分に検討できておらず、本事例中に現れた事実を長々と転記した上で、総括的な評価を記すだけの答案であり、そのような答案は、不十分と評価せざるを得なかった。

〔設問1〕では、多くの答案が無令状捜索・差押えの趣旨及び実質的根拠に言及することができていた一方で、逮捕に伴う捜索・差押えを「無令状で」実施できることを規定した条文が刑訴法第220条第3項であることを明示しない答案や、そもそも無令状捜索・差押えが、令状主義の例外であることを意識できていない答案が散見された。また、自身が論じた無令状捜索・差押えの趣旨及び実質的根拠と、そこから導かれる時間的範囲や場所的範囲などの条文解釈の整合性に疑義がある答案、例えば、緊急処分説の立場を採りながら、無令状捜索・差押えが許容される場所的範囲について、相当説・合理性説から導かれるのが自然な「逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所」との結論を示している答案が一定数見受けられた。その他、無令状捜索・差押えが許容される場所的範囲である「逮捕の現場」の解釈については、詳細に検討する一方、時間的範囲である「逮捕する場合」の解釈については、全く検討していない答案も相当数見受けられた。司法警察員Pの行為の適法性を論じる上では、時間的範囲についても、無令状捜索・差押えの趣旨及び実質的根拠から、自説に従った解釈を導き、端的にでも、具体的事実の当てはめを行うことが求められよう。

下線部①では、相当説・合理性説の立場から、場所的範囲について、「逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所」とした上で、甲の逮捕場所であるリビングと捜索実施場所である和室の管理権者が同一か否かについて検討できていた答案が多かったが、その際に問題とすべき捜索場所の管理権の主体について、「被逮捕者」でなければならないという根本的な誤解に基づき、和室やリビングにつき、被逮捕者である甲の管理権に服しているかを検討する答案や、和室について、第三者であるXの管理権が及ぶ場所と評価できるか否かを検討しつつ、それにもかかわらず、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」（刑訴法第222条第1項、第102条第2項）について全く言及しない答案が相当数見受けられた。また、緊急処分説の立場から、捜索権限の及ぶ範囲について、「逮捕の際に被逮捕者が証拠を隠滅することが可能な範囲、したがって、その身体及びその直接の支配下（手の届く範囲内）にある場所・物」としながら、本事例における具体的な状況を抽出・検討することなく、和室の捜索の適法・違法を結論付ける答案も一定数見受けられた。

下線部②では、そもそも、無令状捜索の対象が第三者であるYの身体であることに対する問題意識を有していない答案や、消極説を前提に、「逮捕の現場」となった「場所」に対する無令状捜索に付随する措置（必要な処分）の一環として司法警察員Pの行為は許容されると結論付けているものの、いかなる場合に、捜索に伴う付随的措置である「必要な処分」として許容されるのかについての検討が不十分な答案、積極説を採った上で特段の検討なく適法性を肯定し、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」（刑訴法第222条第1項、第102条第2項）の検討が不十分な答案が散見された。

下線部③では、多くの答案が平成8年判例を意識できていた一方で、刑訴法第220条第1項第2号が、その文言を「逮捕の現場」と定めていることからすると、被逮捕者を逮捕した地点から一定程度離れた連行後の捜索場所を「逮捕の現場」というのは、文理上困難と言わざるを得ないのではないかという問題を的確に論述できている答案は少数であり、むしろ、被逮捕者

を連行した上でその身体等の搜索をする必要性を論じるのみの答案が多数見受けられた。また、同判例は、連行後の搜索・差押えについて、『逮捕の現場』における搜索、差押えと同視することができ」としているところ、その説明の理解（や条文解釈への落とし込み）の仕方に問題がある答案も散見された。例えば、同判例の立場に立脚しているかのような論述をしながら、連行後のJ交番について、『逮捕の現場』と同視できる」、あるいは、『逮捕の現場』と認められる」とする答案などが見られた。さらに、本事例は平成8年判例と異なり、司法警察員Pが「適当な最寄りの場所」と考えたJ交番に到達する前に、逮捕地点から約50メートル離れた駐車場まで連行した際には、駐車場には誰もおらず、乙も落ち着きを取り戻していたなどの事情が存在するところ、そうした事情を一切考慮することなく、J交番を「適当な最寄りの場所」と安易に認める答案も散見されたほか、平成8年判例が示した、身体の搜索・差押えを実施するのに「適当な最寄りの場所」について、「適当な最寄りの警察施設」と誤解している答案も一定数見受けられた。

次に、〔設問2-1〕に関しては、多くの答案が刑訴法第328条の趣旨及び平成18年判例を踏まえて論述することはできていたものの、同判例の結論だけを覚えていて、その理由付け等について十分に論述できない答案が相当数見受けられた。その中には、刑訴法第328条を伝聞例外（伝聞証拠に当たることを前提に、その証拠能力を例外的に認めるもの）に関する規定だと捉え、同判例（限定説）が、刑訴法第328条について、非伝聞としての自己矛盾供述の許容性を確認的に規定したものと解する見解であって、伝聞例外を許容するものと解する見解ではないことを理解していない答案が一定数見受けられた。また、本事例中には、甲の弁護人が「丙証言の証明力を争うため」に、証拠1の取調べを請求したと記載され、端的に同条の問題として論述することが求められているのに、それとは無関係に、証拠1は伝聞証拠に当たるとして、刑訴法第321条の伝聞例外の要件を満たすかどうかを論述し、伝聞例外に当たらないとした上で、刑訴法第328条の議論に及ぶ答案など、伝聞例外に該当しないことが刑訴法第328条で許容されるための要件であるかのように捉え、非伝聞的用法であれば伝聞例外該当性にかかわりなく、刑訴法第328条で許容される証拠になり得ることを理解していない答案が相当数見受けられた。

〔設問2-2〕に関しては、そもそも、公判前整理手続に対する理解が不十分であり、本設問が公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限に関する問題であることに気付いていない答案や、刑訴法第316条の32の条文を示すことができない答案が少なくなかった。また、同条の問題であることは示せていても、「やむを得ない事由」の解釈の問題であることが示せていない答案も散見され、さらに、その点は把握できていたとしても、「やむを得ない事由」の検討に当たって、公判前整理手続の際に請求することが可能だったか否かという形式面にのみ着目し、本設問における請求証拠が、刑訴法第328条に基づく弾劾証拠であることを意識できていない答案も少なくなかった。本設問に関しては、前記のとおり、参考となる下級審裁判例は存在するが、同裁判例を念頭に置いて本設問を論じたと思われる答案は少数であった。ただし、本設問は、もとより前記下級審裁判例の知識そのものを問うものではなく、たとえその知識がなくとも、本設問に現れた事実関係を適切に分析した上で、公判前整理手続の意義や趣旨を理解していれば、適切に解答することは十分に可能であろう。

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、逮捕に伴う無令状搜索・差押えが令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠を説得的に論じた上で、自説から論理的に導かれる条文解釈を的確に示し、各下線部における問題の所在を的確に捉え、下線部③においては平成8年判例についての正確な理解に基づく法解釈論を踏まえて、本事例中の具体的事実を適切に抽出、分析して自説と整

合的かつ説得的な当てはめをして結論を導いている答案である。

また、〔設問2〕については、〔設問2-1〕では、**刑訴法第328条の趣旨及び平成18年判例を正しく理解して説得的に論じ、適切な当てはめをして結論を導いている答案**、〔設問2-2〕では、**公判前整理手続そのものの意義や、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限の趣旨を正確に理解し、「やむを得ない事由」（刑訴法第316条の32）の解釈を適切に示し、刑訴法第328条との関係における問題の所在を的確に把握した上で、説得的な論述をして結論を導いている答案**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、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠を論じた上で、自説と矛盾しない条文解釈を示し、各下線部における問題の所在について一応把握することができ、下線部③においては平成8年判例を意識した法解釈論を展開し、本事例中の具体的事実を一応抽出、分析して当てはめを行い、結論を導いている答案である。

また、〔設問2〕については、〔設問2-1〕では、刑訴法第328条の趣旨及び平成18年判例を意識しつつ、本事例に即した当てはめをして結論を導いている答案、〔設問2-2〕では、公判前整理手続そのものの意義や、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限の趣旨を一応理解し、「やむを得ない事由」（刑訴法第316条の32）について自分なりの解釈を示しながら、刑訴法第328条との関係が問題となり得ることを意識しつつ、自分なりの論理を展開して結論を導いている答案である。

(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、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠や、条文解釈を一応示すことができているものの、その論理的整合性に疑義が生じるものや、本事例中の問題の所在の把握が適切とまでは言い難く、下線部③においては平成8年判例の知識や理解が不十分であり、当てはめにおいても、本事例中の具体的事実の抽出が不足しているか、あるいは事実の分析が不十分な答案である。

また、〔設問2〕については、〔設問2-1〕では、刑訴法第328条の趣旨や基本的な判例については一応意識できているものの、その理解が不十分である答案、〔設問2-2〕では、公判前整理手続そのものの意義の理解が不足しており、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限の規定そのものには言及できているものの、「やむを得ない事由」（刑訴法第316条の32）について、刑訴法第328条との関係における問題の所在に気付かないまま、結論を導いている答案である。

(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、これを断片的に論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、本事例中の事実をただ書き写しているかのような答案など、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、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠を論述することなく、条文解釈も不十分である上、本事例中の問題の所在の把握もできておらず、下線部③においては平成8年判例（やそこで前提とされている問題意識）を全く意識できていないもので、当てはめにおいても、本事例中の事実の抽出や分析が著しく不十分であったり、事実をただ書き写して結論付けたりする答案がこれに当たる。

また、〔設問2〕のうち、〔設問2-1〕であれば、そもそも本設問が刑訴法第328条の問題であることに気付いておらず、伝聞例外の要件該当性を検討する答案や、〔設問2-2〕であれば、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限の規定に言及できていない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、従前の採点実感においても指摘されてきたとおり、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・目的や、重要かつ基本的な判例について、原理原則に遡り、基本から深くかつ正確に理解し、条文や関連する判例の解釈を論じられるようにすること、これらの解釈論に具体的事例を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 of 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。（〔設問 2－2〕は、そのような観点から出題され、かつ、そのような観点から採点されたものであることを特に付言しておきたい。）