

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いる。法律実務家になるための基本的学識・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、甲に対する覚せい剤取締法違反（営利目的譲渡）の被疑事実で甲方の搜索差押許可状の発付を受けた司法警察員が、甲方の搜索差押えを実施する際、搜索差押許可状の呈示前に、甲方ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って解錠して甲方に入ったこと（下線部①）、甲方にいた乙（同居する甲の内妻）が携帯していたハンドバッグ内を搜索したこと（下線部②）、甲方にいた丙のズボンのポケット内を搜索したこと（下線部③）につき、それぞれ、その適法性を問うものである。下線部①は、司法警察員が搜索差押許可状の呈示に先立って搜索場所に入室した際の措置について、搜索に伴う付随的措置である「必要な処分」（刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項）として許容されるかを問うとともに、令状呈示（同法第222条第1項、第110条）の時期の適否を問うものであり、関連規定の趣旨・目的を踏まえて、具体的事実を指摘しつつ論じることを求めている。刑事訴訟法が、搜索の対象を「身体」、「物」、「住居その他の場所」に分類し（同法第222条第1項、第102条）、これに従って搜索令状に処分の対象を特定して記載することを要求している（同法第219条第1項）ところ、下線部②は、特定の「場所」に対する搜索差押許可状の効力が「物」に及ぶことはあるのかを問うもの、下線部③は、「場所」に対する搜索差押許可状によって「身体」に対する搜索を行うことが許される場合があるのかを問うものであり、いずれも、各自が自説を展開し、設問の事例に現れた具体的事実を的確に指摘、評価して、搜索の適法性につき結論を導くことを求めている。

〔設問2〕は、刑事訴訟法第328条で許容される証拠の範囲を問うものである。〔設問2〕の1は、いずれも甲証言と矛盾する内容である証拠1（甲を取り調べた司法警察員作成に係る甲の供述要旨を記載した捜査報告書）、証拠2（司法警察員作成に係る甲の供述録取書）及び証拠4（司法警察員作成に係る乙の供述録取書）の各証拠につき、同条により証拠とすることができるのか、すなわち、同条により許容される証拠は自己矛盾供述に限られるか否か（証拠2、証拠4）、供述者の署名押印を欠くものも含まれるか（証拠1）を問うものであり、伝聞法則や同条の趣旨を踏まえた論述を求めている。〔設問2〕の2は、仮に〔設問2〕の1で甲証言の証明力を争うための証拠として取り調べた証拠があったとして、甲証言と一致する内容である証拠3（検察官作成に係る甲の供述録取書）が、甲証言の証明力を回復させるための証拠として許容されるのか、すなわち、同条の「証明力を争うため」の証拠には、一旦減殺された証明力を回復させるための証拠も含まれるのかを問うものであり、同条の「証明力を争う」という文言の解釈を示すだけでなく、甲証言の証明力が減殺されたときに、甲証言と一致する内容の証拠3が、いかなる理由で証明力の回復証拠となるのか、あるいは、ならないのかを論じた上で結論を導くことを求めている。

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〕は、搜索という捜査に関する基本的な知識及び典型的な論点を問うものであり、その素材となる判例（最決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁、最決平成6年9月8日刑集48巻6号263頁）等も思い浮かぶような事例である。〔設問2〕は、刑事訴訟法第328条を問うものであり、伝聞法則に関す

る典型的な論点とまでは言えないかもしれないが、〔設問2〕の1に関しては、その論点について正面から判示している判例（最判平成18年11月7日刑集60巻9号561頁）があり、同判例を正しく理解していれば、同判例の立場に立つか否かは別として、十分な解答が可能であろう。〔設問2〕の2に関しては、この点に関する最高裁判所の判例はなく、基本書等にあまり記載がない論点であり、受験生の応用力を試すことを狙いとしているが、伝聞法則や同条の趣旨を正しく理解していれば、筋道立った論述ができるはずである。

2 採点実感

各審査委員からの意見を踏まえた感想を述べる。

〔設問1〕は、下線部①については、搜索に伴う付随的措置である「必要な処分」の限界及び令状呈示の時期に関し、その法的判断枠組みを明らかにした上で、設問の事例に現れた具体的事実が、その判断枠組みにおいてどのような意味を持つのかを意識しながら、その適法性について説得的に結論を導いている答案が見受けられた。下線部②及び下線部③については、特定の「場所」に対する搜索と、搜索場所に居合わせた者が携帯する「物」に対する搜索、そして搜索場所に居合わせた者の「身体」に対する搜索との違いを明確に意識しながら、各搜索の適法性について論じられている答案が見られた。

〔設問2〕については、上記判例を正しく理解している答案や、刑事訴訟法第328条の文言解釈を示し、かつ前記証拠3がいかなる理由で証明力の「回復証拠」となるのか否かの実質的な根拠を論じた上で結論を導く答案が見られた。

他方、抽象的な法原則・法概念やそれらの定義、関連する判例の結論や表現を機械的に記述するのみで、具体的事実これを適用することができていない答案や、そもそも基本的な法原則・法概念、判例の理解に誤りがあったり、具体的事実の抽出や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られた。

下線部①に関しては、甲に対する覚せい剤取締法違反（営利目的譲渡）の嫌疑が強いことを理由に「必要な処分」として許容されるとの結論を導く答案が少なくなかったほか、ガラスを割って室内に入った措置の「必要性」については相応に論じられているものの、「相当性」についての論述が不十分な答案、「必要性」と「相当性」をない交ぜに論じてしまい、被搜索者甲の受ける不利益との均衡が取れているかという観点での論述が不十分な答案も見られた。また、令状呈示の時期の適否を論じていない答案が相当数見られたほか、論じている答案であっても、令状呈示の趣旨が十分に論じられていないものが見られた（前記平成14年最決は「手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たもの」と判示する。）。

下線部②及び③に関しては、搜索について正しく理解をしている答案とそうでない答案との差が比較的明瞭に現れた。「場所」に対する搜索、「物」に対する搜索、「身体」に対する搜索との違いを識別できていないため、下線部②及び③の問題点の違いを意識できておらず、同じ問題点を扱った単なるバリエーションの違いにすぎないと考えている答案が相当数見られた。

下線部②については、刑事訴訟法が、搜索の対象を「身体」、「物」、「住居その他の場所」に分類し、これに従って搜索令状に処分の対象を特定して記載することを要求していることとの関連で問題となるとの問題意識が示されていない答案が少なくなかった。本件の論点についての基本的な考え方を示すと、「場所」に対する搜索令状の効力は、当該場所において通常使用に供される「物」との関係でも、それが当該「場所」に妥当する管理支配に服しているという意味において、当該「場所」に付属する、あるいは包摂されるものと言えるために、当該「物」にも及ぶと考えられる一方で、「場所」に及ぶ管理支配を排除する態様で第三者が管理支配する「物」については、当該令状によって制約されることとなる管理権に服するものでない以上、搜索すべき「場所」にあるとしてもその効力は及ばないと考えるのが一般的であろう。そこで、本問では、「甲方」に及ぶ管理権が、ハンドバッグにも及ぶといえるか否かにつき言及する必要があるが、例えば「甲方には甲の内妻乙

が同居しており、そのことは裁判官も認識し、審査した上で令状を発付しているのであるから、乙の物も搜索できる。」旨論述するにとどまり、管理権の対象範囲を明らかにすることを意識しないまま論述している答案が相当数見られた。また、「物は場所に対するプライバシーに包摂されるから、令状の効力は物にも及ぶ。」とのみ論じ、「物」が、搜索の対象となっている「場所」に存在しさえすれば、当然に当該「場所」の管理権に服し令状の効力が及ぶかのような理解を示す答案も相当数見られた。さらに、「ハンドバッグを手を持っているか、床に置いているかは偶然の事情であるから、ハンドバッグにも令状の効力が及ぶ。」とする答案も相当数見られた。確かに手に持っているか床に置いているかが偶然の事情であり、令状の効力が及ぶかどうかには関係がない、との点はそのとおりであるが、その前提として、手に持っていないでも令状の効力が及ぶと言える理由を示すべきであり、その点に言及することなく、手に持っているか床に置いているかは偶然の事情であるから「物」にも令状の効力が及ぶとするのは説明不十分である。加えて、「場所」に対する搜索差押許可状の効力が「物」に及ぶのかという問題意識を何ら示すことなく、直ちに刑事訴訟法第102条第2項を持ち出して、「ハンドバッグ内に差し押さえるべき覚せい剤等が存在している蓋然性が高いので搜索が許される。」旨論述する答案が相当数見られた。当該令状の効力がハンドバッグにも及ぶかどうかを検討し、効力は及ぶとした上で、更に実際に令状により処分を実施する場面では、同条同項が言わば加重要件として適用されると考え、本事例ではハンドバッグ内に差し押さえるべき証拠が存在する蓋然性が否定されれば搜索は許されないし、蓋然性が認められれば搜索は許される、との考え方は一つの考え方として成立し得るとしても、前記問題意識を持たずに、直ちに同条同項を持ち出して検討している答案は、搜索について正しく理解していないことをうかがわせる。そのほか、ハンドバッグの搜索につき、これを携帯していた乙の「身体」に対する搜索と誤った位置付けをし、下線部③の論点と同列に論じている答案も見られた。

下線部③についても、「場所」に対する搜索と「身体」に対する搜索と区別できていない答案が相当数見られた。「身体」に対する搜索は、人身の自由やプライバシーの利益の観点から、令状により許容される「場所」や「物」に対する搜索に伴うものとは性質の異なる権利侵害を伴うと考えられることが本件論点の議論の出発点であるが、そのような問題意識がなく、本事例の丙が、甲あるいは甲の内妻乙とは全くの「第三者」であることを強調し、「丙は第三者であるため裁判官の審査が及んでいないから、丙の身体を搜索できない。」旨論述し、裏を返せば、甲あるいは乙に対してであれば当然にその身体の搜索も許されると誤解しているかのような答案が相当数見られた。また、証拠が存在する蓋然性が高く、搜索の必要性が高いとするだけで身体に対する搜索を正当化する答案も見られたほか、本事例において、差し押さえるべき物が、覚せい剤やメモ等の比較的小さい物が含まれており、これらはポケット内に収められる物であることとの関連で論じられていない答案や、丙が元々ポケット内に紙片（覚せい剤密売の内容と思われる記載のあるもの）を所持していたのか、それとも搜索の際にこれをポケット内に隠匿したと疑うに足る相当な理由があるのかの区別を十分に意識していない答案も見られた。さらに、搜索を行うこと自体を適法とした場合には、本事例において、司法警察員が丙の右手をポケットから引き抜いた上、ポケット内に手を差し入れた行為が、刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項の「必要な処分」として又は（「必要な処分」として考えるまでもなく）本来行うべき搜索そのものとして許容されるかを論じる必要があるが、理由付けを含めてこれを論じている答案は少なかった。なお、丙に対する「身体検査令状」が必要であるなどと論述する答案が散見されたが、人の身体に対する捜査には、身体の搜索（同法第218条第1項、第222条第1項、第102条）、検証としての身体検査（同法第218条第1項）、鑑定受託者による鑑定に必要な処分としての身体検査（同法第223条第1項、第225条第1項、第168条第1項）があるという基礎知識の習得が不十分であることをうかがわせるものであった。刑事訴訟法の論点以前に基礎知識の習得をおろそかにしないことが求められる。

〔設問2〕に関しては、〔設問1〕と比較すれば、総じて、伝聞法則及び刑事訴訟法第328条の趣旨、判例（前記平成18年最判）を踏まえ、おおむね良く論述できていたものの、同条を十分

に理解していない答案も相当数見られた。〔設問2〕の1において、証拠1、2及び4の各証拠につき、本事例中に「甲証言の証明力を争うため」に取調べを請求した旨記載され、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、要証事実共謀の存在であると設定し、各証拠は伝聞証拠に当たるとして、同法第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、同法第328条の議論に及ぶ答案が相当数見られた。そのような答案からは、同条の「第321条…の規定により証拠とすることができない書面又は供述であつても…これを証拠とすることができる。」との文言の規定ぶりに引きずられて、同法第328条により証拠とできる証拠は、同法第321条以下の伝聞例外の要件を満たさない証拠でなければならないとの誤解がうかがわれる。また、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ていない答案も見られたほか、特に証拠2に関して、当てはめとして、どの点が「矛盾供述」と言えるのかの具体的な指摘がなされていない答案も相当数見られた。

〔設問2〕の2については、いわゆる回復証拠が刑事訴訟法第328条により許容されるのかを問うものであるが、回復証拠と増強証拠との区別を理解できていない答案が見られた。また、例えば、「文言解釈上、回復証拠も許容される。だから証拠3は回復証拠として取り調べることはできる。」旨論述するにとどまり、実際に証拠3が証明力を回復する証拠となり得るのかの当てはめがなされていないものが多かった。証拠3が回復証拠となり得る実質的な理由としては、甲証言と一致する内容の証拠3を公判廷で顕出することによって、公判廷外において、矛盾供述をしていたことがむしろ例外的であり、基本的には一致供述をしていたことが明らかになるので、自己矛盾状態が解消され、証明力を回復し得るとの考え方が可能であろうし、一方、証拠3が回復証拠となり得ない実質的な理由としては、公判廷外での供述の間で矛盾があり、むしろ、その時々で供述を変遷させる者と言えるから、その者の供述は信用できず、証明力を回復することはできないとの考え方が可能であろう。

なお、条文の引用に関しては、多くの答案で、準用条文を含め、正しく条文が示されていたが、準用条文を示すのに代えて、「準用条文省略」などとする答案が散見され、正確に示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〕下線部①については、搜索に伴う付随的措置である「必要な処分」の限界及び令状呈示の時期に関し、事例中の法的問題を明確に意識し、法律の条文とその趣旨の正確な理解を踏まえつつ、的確な法解釈論を展開した上で、具体的事実を的確に抽出、評価して結論を導き出している答案であり、下線部②及び③については、「場所」に対する搜索と「物」に対する搜索と「身体」に対する搜索の違いを明確に意識した論述ができており、下線部②については、「甲方」に対する搜索令状は、いかなる管理権を制約することになるのか、ハンドバッグは誰の管理下にあるのかにつき言及しながら論述している答案であり、下線部③は、「場所」に対する搜索令状によって「身体」に対する搜索を実施することが原則として許されないことを、その根拠とともに指摘しつつ、例外的に許される場合があるのか、許されるのはいかなる場合にどのような理由であるのかについての自説を説得的に展開し、差し押さえるべき物との関連を意識するとともに、ポケット内に元々所持していたのか、あるいは隠匿した可能性があるのかの区別も意識しながら、本事例に現れた具体的事実を的確に抽出、評価して結論を導き出している答案であり、〔設問2〕は、伝聞法則及び刑事訴訟法第328条の趣旨や判例（前記平成18年最判）を正しく理解するとともに、同条により回復証拠が許容されるのか、という受験生にはあまり馴染みがないであろう論点について、条文の文言解釈にとどまらず、いかなる理由で回復証拠となり得るのか、あるいはなり得ないのかの実質的な理由まで論述され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〕下線部①については、検討すべき論点

に関し、法解釈を行って一定の基準を示すことはできており、下線部②及び③については、「場所」、「物」及び「身体」に対する各搜索の違いの理解を示すことができてはいるが、いずれも必要な理由付けに不十分な点が見られたり、事例の具体的事実を抽出できてはいたが、更に踏み込んで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り、〔設問 2〕については、伝聞法則や判例及び刑事訴訟法第 3 2 8 条の趣旨を踏まえた論述がなされているものの、回復証拠が許容されるのかの論点については、回復証拠となり得るか否かの実質的な理由の論述がやや不十分な答案である。

「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、下線部①から③につき、検討すべき各論点に関し、法解釈について一応の見解は示されているものの、問題意識や結論に至る過程が十分明らかにされていなかったり、具体的事実の抽出や当てはめに不十分な点がある答案、具体的事実を抽出して一応の結論を導くことができてはいるものの、法解釈について十分に論じられていない点がある等の問題がある答案であり、〔設問 2〕については、伝聞法則及び刑事訴訟法第 3 2 8 条の趣旨や判例についての一応の理解を示すことができてはいるが、回復証拠が許容されるのかの論点については、条文解釈を示すだけで実質的な理由の論述をせずに結論付けている答案である。

「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。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について、その「必要性」について何ら具体的に論じることなく、ただ抽象的に捜査上の必要性が高いから適法であるなどと結論を導いていたり、下線部②と③について、「場所」、「物」及び「身体」に対する各搜索の違いを全く理解していなかったり、問題点を何ら示すことなく、ハンドバッグ内及びポケット内に証拠が存在する蓋然性の有無だけで各搜索の適否の結論を導いていたり、〔設問 2〕では、〔設問 2〕の 1 において、刑事訴訟法第 3 2 1 条の伝聞例外の議論に終始し、同法第 3 2 8 条に全く触れていなかったり、判例の知識がなく、十分に説得的な論述もせずに判例とは異なる結論を導いている答案等がこれに当たる。

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につき、その結論だけでなく、その法理や事案の具体的事実関係を前提としている判例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。