

論文式試験問題集
[刑事訴訟法]

【刑事訴訟法】

【事例】

A県B市では、2024年1月から3月にかけて、駐車場付近のゴミ捨て場に捨てられたゴミ袋から出火して小火（ボヤ）が生じるという事態が10件生じた。このうち3件の現場付近には、監視カメラが設置されており、犯行時刻と見込まれる時間に、ゴミ袋を漁り、ライターで火をつけようとしている犯人と思しき男性の姿が映っており、その男性がゴミ捨て場を離れた直後から火の手が上がる様子が撮影されていた。A県警では、この男性を一連の放火事件の犯人と考え、捜査を進めることにした。監視カメラの映像では男の顔までは明らかにならなかったが、映像や聞き込み等の捜査を続けた結果、犯人の特徴は、年齢40～50代の男性で、身長は180cm程度、禿頭で筋肉質と特定できた。

また、事件現場付近で犯人と思しき人物とすれ違ったという目撃者Wが現れ、その供述によれば、「私は事件のあった日時に事件現場から20mほど離れたところで、一人の男性とすれ違いました。男性の特徴は、年齢40代ぐらいで、身長は180cm程度、禿頭で筋肉質という目立つ方だったので、印象に残っています。すれ違ったときの状況は、私が事件現場のゴミ捨て場に向かっており、逆に男性はゴミ捨て場から私の方へむかって歩いてきて、すれ違いました。すれ違う直前、彼は私の顔を見ると、突如顔を伏せ、慌てた様子で走っていきました。不思議に思いましたが、その後、ゴミ捨て場の近くまで行ったら、火がついていることに気づき、おどろいて消防車と警察を呼びました。」とのことであった。

警察官Kらが更に捜査を続けていたところ、B市に居住しているXが、複数の犯行現場で目撃されていることを突き止めた。そこで、Kらは、Xの容貌を確認するため、Xの居住するアパートの201号室の玄関ドア付近を見通せる近くのマンションの一室を賃借し、泊まり込みで捜査を行った。Xは長らく自宅に帰ってこなかったが、ある日、Kらは、Xと思われる人物が201号室に入室しようとしている場面を目撃し、所持していた家庭用ビデオカメラを用いて、その様子を約20秒間撮影した。この間にXがビデオカメラの方向を振り向いた瞬間があったため、Xの顔を含め、正面から見た容貌が2秒間映っていた。下線のビデオ撮影の適法性について論じなさい。

以上

参考答案
[刑事訴訟法Ⅱ]

1 (1) ビデオ撮影は、Xの同意なく行われているところ「強制の処分」にあたらぬか(197条1項但書)。これが強制的性分にあたる場合、撮影された映像を通じ、Xの容貌を、五官のひとつである目を用いて識別するものであるから、検証(218条1項)に該当しうるところ、無令状によりこれを行うことは令状主義に反するため問題となる。

(2) 判例は、強制手段とは、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為をいうと判示する。

強制処分は、強制処分法定主義や令状主義等の厳格な要件・手続規制を受けるため、これに見合うだけの重要な権利・利益を対象とするものであることを要するところ、判例の列挙する身体、住居、財産等は憲法33条や憲法35条の定める重要な権利・利益を示している。また、通信傍受等の相手方が気づかぬうちにいう強制処分も存在するため、判例のいう意思の制圧とは、字義通りではなく緩やかに捉えられる。

したがって、「強制の処分」とは、相手方の明示又は黙示の意思に反し、重要な権利・利益を実質的に制約するものをいうと解する。

(3) 本件では、ビデオ撮影によってXがアパートに入室

しようとしている様子を撮影しているところ、当該処分によりXのみだりに容貌を撮影されない自由が侵害されている。もっとも、屋外から屋内を撮影する場合においては、私的領域におけるプライバシーの合理的期待が存在するといえるが(憲法35条)、屋外においては他者の視線にさらされることを当然に受忍せざるを得ない。

そのため、重要な権利・利益を実質的に制約するものではなく、ビデオ撮影は強制処分には該当しない。

2 (1) もっとも、強制処分に該当しないとしても何らかの法益侵害を伴う場合はありえる。したがって、捜査比例の原則に照らして、捜査の必要性和被処分者の不利益を衡量し、相当といえる場合には適法に行いうると解する。

(2) 本件では、ゴミ捨て場の放火という建造物等以外放火罪(刑法110条1項)がなされており、同犯罪は懲役刑が科される重大犯罪である。Xは複数の犯行現場で目撃されており、犯人としての嫌疑がある。また、Wが犯行現場付近で犯人と思わしき人物の顔を目撃し、その特徴を記憶しており、それは従前の捜査結果で特定された年齢40~50代の男性、身長180cm程度、禿頭で筋肉質という犯人の特徴を合致していた。Wに当時目撃した犯人と思しき男性とXの同一性を正確

に確認させるため、Xの容貌を正確に確認させる必要があるためビデオ撮影を行う必要があるといえる。これに対し、Xの受ける不利益はみだりに容貌を撮影されない自由であるところ、私的領域におけるプライバシーの合理的期待が存在するような場合ではなく、権利としての重要性は低い。また撮影時間もわずか20秒であり、侵害の程度も軽微といえる。

したがって、捜査の必要性が相手方の受ける不利益の程度を上回るものといえ、相当な処分といえる。

3 よって、ビデオ撮影は適法である。

以上

予備試験答案練習会(刑事訴訟法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問〕	(30)		
ビデオ撮影が検証に該当しうること・条文の指摘		2	
令状主義違反に該当しうることへの言及		2	
197条1項但書の指摘		1	
強制処分の定義・理由付け		5	
昭和51年判決への言及		1	
あてはめ		2	
任意処分の判断枠組みの理解が正確か		2	
比例原則への言及		2	
考慮要素を適切に提示できているか		3	
あてはめ		10	
○裁量点	(20)	20	
合計	(50)	50	

講義用レジュメ

2024/05/26

弁護士 林 寛之

1 答案の構造

(1) ステップ1

ア 初学者の答案によくみられる構造

①問題提起	•論点指摘（「XはYに甲の引き渡しを求めることができるか。「第三者」の意義が問題となる。」）
②規範定立	•理由①+理由②+…+規範
③あてはめ	•事実羅列（「事実①+事実②+事実③を以上総合考慮すれば～である。」）

イ 典型的な問題点

法律の理屈を理解したと思っても、正しく文章に起こせなければ、それは理解していないことに同じです。以下では、「問題提起」・「規範定立」・「あてはめ」の3つの項目によくみられる問題点を列举します。

(ア) 「問題提起」

- 条文の指摘がなくどの条文のどの文言の解釈しているのかわからない。
関連：何の制度を問題にしているのかわからない。
- いきなり論点が設定され、そこに至るまでの事案分析がない（何故その論点が出てきたのか答案作成者の思考過程がわからない）。

(イ) 「規範定立」

- 予備校の論点ブロックを丸暗記しているのか理由を無駄に沢山書きたがる。
関連：反対学説（A）の批判をして、「AはダメなのでB」という理由づけをする。
- 「～べき」（必要性）を理由にしがち。
- 甲乙やXY等の問題文の具体的事実が混入している。

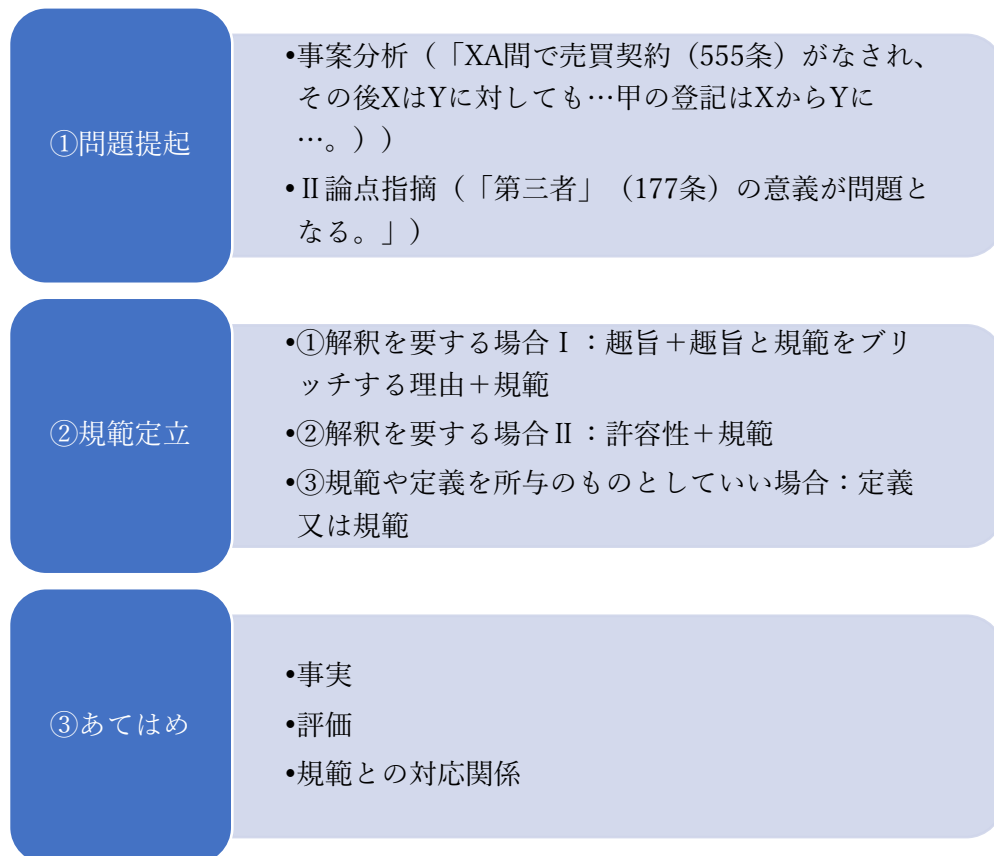
(ウ) 「あてはめ」

- 問題文の事実をそのまま書き写して「以上を総合考慮すれば～である。」と結ぶ。
- 事実と規範の対応関係が不明確で結論が問いに対応していない。

(2) ステップ2

ア 合格水準の答案の構造

講師が「よい答案」と考える答案は以下のような内容のものです。



イ よい答案のアイデア

以下では、「問題提起」・「規範定立」・「あてはめ」にどのような要素が要求されているのかを説明します。

(ア) 「問題提起」

- 論点にたどり着くまでの条文操作（事実の要件へのあてはめ、効果への言及）が示されている。これが事案分析で行うべきことです。
 - 条文の文言に当てはまらない、考え方がわかれうる、素直に条文にあてはめると不都合が生じる等の不都合性（≒解釈の必要性）が示されている。だからこそ解釈をすることになります。
 - 条文の文言を「 」で抜き出されていること。
 - 引用した条文は条・項・号、本文・柱書・但書まで正確に引用されている。
- ※ 問題文からいきなり論点は出てきません。必ず事案分析という露払いを行ったうえで論点に言及することになるはずです。

(イ) 「規範定立」

- 趣旨(許容性)に言及されていること。皆さんが思っている以上に多くの論点の規範が、趣旨から導くことができます。趣旨から説明するとすっきりまとまります。
- 不必要に過剰な理由づけがないこと。
- 判例の規範が正しく表現されていること。
- 抽象論として展開されていること。
- ※ 私は司法試験の答案においては、基本的には「～べき」(必要性)で規範を導くことはできないと考えます。「困ってるからこうする」、「必要だからこう考える。」それはもはや立法です。なお、特定の論点の例外はあります。また、学説を打ち立てる際に必要性に言及することはありえるので学者の立論等は例外です。
- ※ 規範定立は抽象論を展開すべきところなので、甲乙や XY 等の問題文の具体的事実は出すことができません。

(ウ) 「あてはめ」

- 問題文の事実を適切に意味づけし、自分なりのまとまりに区切って引用していること。
- まとまりごとに評価を加えること。
- 規範に対応したあてはめになっていること。
- 問題文の問いに対応した結論になっていること。

2 その他「よい答案」を書く上で必要なこと

その他により文章を書くために講師が必要と考えているところをまとめてみました。

- ナンバリングはきちんと示されているか。
- 日本語や言葉に対する感度を高めているか。
- 分かりやすい・読みやすい文章を心掛けているか。
- 文章には「読み手」が存在しており、「読み手」への配慮をしているか。
- 一文一意を徹底し、単文かつ短文を書けているか(ダメな例:「～が～。」「～なところ～。」等。本来二文に分けられるものをくっつけている。)
- 副詞(とても・やはり・大変)等の強調を表す言葉は最初のうちは使わない。副詞はなくても評価は述べられる(例:×「とても危険な行為であり」、○「危険な行為であり」)。
- 接続詞は「しかし」「または」「そのため」ぐらいで十分だと思います。「しかしながら」等は使わない(「しかし」よりも三文字多い。無駄。)
- 文章にこだわる。「書き手」の答案への哲学・こだわりは文章の美しさに直結します(例:規範をまとめるときは「したがって」、結論は「よって」で統一。)

以上

短答勉強法

弁護士 林 寛之

- 全ての肢に理由をつけて回答できるようにする。
- 20問1セットで解く。
- 1日目 No1～20、2日目 No1～40、3日目 No1～60、4日目 No21～80、5日目 No41～100、6日目 No1～100 というように、ぐるぐるぐるぐるひたすら復習をしながら問題を解く。
- 問題を解いた後には丁寧に復習を行う。これが大事。とっても大事。
- 問題のページに、完（：正解・理由あっている・自信をもってしばらく解かないという決断ができる問題）、○（：正解・理由あっている・でもまだ何回かは解きたい問題）、△（：正解・理由間違い）×（：間違い・理由間違い）のしるしをつける。
- 問題の分類を解説のページに記載する（知：知識問題・覚えるしかない・・・。思：思考力問題・覚えていなくても論理的に考えれば結論が導ける・間違えてはいけない問題。判例問題・条文問題・学説パズル問題等々）
- 覚える際には、何を覚えれば効率的に覚えられるかを考える。例えば、「平和的生存権を最高裁は認めていない。」という覚え方だと地裁・高裁の判断をカバーできない。そこで、「一審は平和的生存権を肯定し、高裁・最高裁はこれを否定した。」というのが次のステップ。しかし、これだと脳の容量を食ってしまう。よりコンパクトに「一審以外は平和的生存権を認めていない。」と覚える工夫をする。
- 復習の際に条文はきちんと指差し確認する。ここをサボらない。ここで圧倒的に差がつく。
- その問題を復習する際の優先度を確認する（50%以上の正答率の問題を間違えたら要注意）。
- 問題にコメントをつける。そのときどんな風に思ったか、何を迷ったか、そのうえでどう理解するかを記録してやる。
- 三色マーカーで解説部分を分解する（青：問題提起・論点、黄色：結論・規範、緑：趣旨・理由）

以上

+

表

最優秀答案

試験科目	試験地
刑事訴訟法	明治大学

回答者:M.F. 43点

刑事訴訟法 1 頁

「五感」

(1) 事件の「撮影」は、対象の形状・性質を視覚的作用で感知
 可能な「模写」(刑訴法(以下略)218条(撮影))としての性質を
 有する。これが「強制の処分」(197条(強制))として行われる場合
 は模写手段を欠くため令状主義に反し違法である。ここで「強制」
 の処分、の意義が問題となる。令状主義にも言及すべきかな。

(1) 「強制の処分」故等性。強制処分法定主義の趣旨は、強制
 の処分を用いて捜査は国民に対する人権侵害を伴うため、個別
 具体的に法令に依り法定された場合に限り行われなければならない。
 国民の人権に配慮する点にある。これを「強制の処分」故等性は、
 刑訴法に依り既に法定された事前の司法審査が要求されるべき点と
 行為態様・被害の程度において同質又は機能的に同価値ある
 ことが典型的に判断されるべきである。具体的に①相対的の平等又は
 黙示の同意に反し、②重要な権利利益を実質的に侵害する点と
 いう解釈。理由

(2) 上記は事件撮影とXの許可なく行われ、このため、自らの容貌を許可
 なく撮影されたことは、通常人にとっては快く思われない。一般的に許容がその
 ではないため、上記はXの黙示の同意に反する(①)。

何れも、個人の私生活上の自由の心づかい。承諾なしに自らの容貌
 をメディアに撮影された自由を有する(憲法13条(表現))。そこで、Xが
 事件に撮影された場合は、Xが居住する²⁰⁽¹⁵⁾下位の空間に入付進めら
 れる場合は、住民及び住民に用事がある者に対して着のみの通行が
 想定されておらず公道とは同視できないもの、これらのうち、向かいのエンジェルの



※

	<div style="display: flex; justify-content: space-around;"> <div style="text-align: center;">A □</div> <div style="text-align: center;">B □</div> <div style="text-align: center;">C □</div> </div>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

--

23 御軍から、Xの顔と名を容顔と容易に観察され得る場所にてあり。

24 そのため、Xが事件玄関ドア前においてその容顔と観察され得る自由

25 は、一定程度放棄しているといえる。このため、Xの撮影も、容顔と観察

26 ありといふ点では同様であり、撮影された映像が将来的に複製、

27 転載され得る等、複製の伴う固有の法益侵害は、本件で現実化している

28 として、事件撮影において、Xが自らの容顔と承諾した範囲に撮影

29 され得る自由は必ずしも重要な権利利益とはいえず、また、これが実質的に

30 制限されているとはいえず。(2) 不充足。

31 (3) したがって、本件撮影は「強制の範囲」に当たらず、任意の範囲に属する。このため

32 複製禁止は不要であり、合致しないに反しない。

33 2. 自由と任意の範囲の区別を主として違法と行わない。

34 (1) 任意の範囲といふは、根拠法層の何らかの法益を侵害するに及ばない

35 以上、無制約に許容されることである。複製比例の原則(97条1項

36 1号)から、必要性・緊急性を考慮し、具体的被害を以て相当と認めらるる

37 程度で許容されることがある。他人所有

38 (2) 本件では、三層建物の三層から出火が起っており、建造物等以外

39 放火罪(刑法104条1項)の成立要件が満たされていると認められる。同罪は法定刑が1年

40 以上10年以下の懲役という重大犯罪である。さらに、駐車場付近の三

41 層建物は同様の事態が10件起るといふこと、付近の車両に燃焼移火

42 (F)被害に及ぶ不特定多数人の生命・身体・財産に危険が生じ

43 あり得る。Xは本犯等の犯行現場を目撃しており、また、本件では

44 10件が発生しているA県内に居住しており、客観的に不審事由がある。

+

裏

1 宣誓手紙の機能

宣誓手紙の機能

本宣誓手紙は、刑事訴訟法の宣誓手紙です。

本法の宣誓手紙を本問題に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、得点となりますので、注意してください。

なお、試験時間中に宣誓手紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の宣誓手紙の取違えの申出は一切認めません)。

2 宣誓手紙の取扱い

宣誓手紙の取扱い、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 宣誓作成上の注意

1) 宣誓は慎重きとし、宣誓欄の枠内に正確に記入すること。宣誓は、黒インクのボールペン又は万年筆によるものとします。

2) 宣誓を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は、宣誓手紙の書き直しを要して宣誓を作成したものと見做すこととなります。

3) 宣誓手紙に記載することは認めません。

4) 宣誓手紙の取り扱いは厳密に守ってください。

5) その他、試験場に受取者の氏名又は検定人の署名であること

刑事訴訟法
3頁

(6)

上記、カメラ10台のうち3台の現場付近の監視カメラの映像が撮影
 者のWの持っていた単位から、本件の犯人は「40~50代男性、身長180cm
 程度、禿頭に解肉質」という特徴を有していることが判明していること
 のため、Xの器用な特徴がカメラに写った犯人の画像と一致する可能性が高いため、Xの
 容姿を撮影する必要があった。しかし、Xからカメラを目的のために
 容姿を撮影する場合には、^{同意}撮影を要するに過ぎず、Fがそのために進んで撮影す
 ることはあるために、実際的な観点から、Fは公道上での撮影も、捜査に
 必要と思われる限り、警戒されて容姿の撮影が困難な状況である。そのため、
 Xの容姿を確実に確認するには、Xが201号室に入室した際の201号室の
 玄関ドア付近に設置されているカメラの映像を確認する必要がある。201号室の
 玄関ドア付近に設置されているカメラの映像から、Xが201号室に入室した際
 の様子や、ビデオカメラで撮影する必要があった。

上記の通り同様の事件が10件も発生し、今後更に被害が
拡大していくことがあり得るため、同種の犯罪の重大性にかんがって、本件
のFらは手紙で撮影する必要があった。緊急性もあつた。

さらに、Fらは、上記の通り、Xが201号室に入室しようとすると、隣
 近隣住民にも観察されている状況を、家庭用ビデオカメラという一歩留
 りのカメラで撮影することとなる。この撮影は、Xが201号室に
 入室しようとすると約20秒間にとどまり、Xの顔を含む、正面から見た
 容姿のみが映し出される約2秒間であり、本人の特徴との照合に
 用いるために必要最低限の撮影である。本件の具体的な状況の下で
 相当といえる。

(3) Fは、本件撮影は任意ではないが、Fは所定の手続きを遵守し、適法である。

+



解答欄の枠外（青色部分及びその外側の空白部分）に記載した場合には、当該部分は採点されません。
 解答欄の枠内（青色部分）に記入する際は、必ず「問」の番号を記入し、その後に解答を記入してください。
 解答欄の枠外に記入した場合は、採点されません。また、解答欄の枠内に記入した場合は、採点されません。
 解答欄の枠内に記入する際は、必ず「問」の番号を記入し、その後に解答を記入してください。
 解答欄の枠外に記入した場合は、採点されません。また、解答欄の枠内に記入した場合は、採点されません。
 解答欄の枠内に記入する際は、必ず「問」の番号を記入し、その後に解答を記入してください。

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

以上

刑事訴訟法 4 頁

最優秀答案

回答者 M.F. 43点

1. 本件ビデオ撮影は、対象の形状・性質を視覚の作用で感知するもので「検証」（刑訴法（以下略）218条1項前段）としての性質を有するところ、これが「強制の処分」（197条1項但書）として行われた場合は検証令状を欠くため、令状主義（憲法35条参照）に反し違法である。そこで、「強制の処分」の意義が問題となる。

（1）強制処分法定主義の趣旨は、強制の手段を用いる捜査は国民に対する人権侵害を伴うため、個別具体的な条文により法定されなければ行うことができないとすることで、国民の人権に配慮する点にある。そこで「強制の処分」該当性は、刑訴法により既に法定され事前の司法審査が要求されている処分と、行為態様、法益侵害の程度において同等又は機能的に同価値であるかを典型的に判断すべきである。具体的には、①相手方の明示又は黙示の意思に反し、②重要な権利利益を実質的に制約する処分をいうと解する。

（2）Kらは、本件撮影をXの許可なく行なっているところ、自らの容貌を許可なく撮影されることは、通常人はこれを快く思わず、一般的に許容するものではないため、少なくともXの黙示の意思に反する（①）。

何人も、個人の私生活上の自由のひとつとして、承諾なしに自らの容貌をみだりに撮影されない自由を有する（憲法13条後段）。もっとも、Xが本件にて撮影された場所は、Xが居住するアパート201号室の玄関ドア付近である。かかる場所は、住民及び住民に用事がある訪ねてくる者のみの通行が想定されており公道とは同視できないものの、これらの者や、向かいのマンションの住民等から、Xの顔を含めた容貌を容易に観察され得る場所である。

そのため、Xが本件玄関ドア前においてその容貌を観察されない自由は、一定程度放棄されているといえる。ビデオカメラでの撮影も、容貌を観察するという点では同様であり、撮影された映像が将来的に複製拡散され得るという撮影に伴う固有の法益侵害は、未だ現実化していない。

したがって、本件撮影において、Xが自らの容貌を承諾なくみだりに撮影さ

れない自由は必ずしも重要な権利利益とはいえず、また、これが実質的に制約されているともいえない（②不充足）。

（3）よって、本件撮影は「強制の処分」に当たらず、任意処分にとどまるため検証令状は不要であり、令状主義には反しない。

2. そうだとしても、任意処分の限界を超え違法とならないか。

（1）任意処分といえど、被処分者の何らかの法益を侵害するおそれがある以上、無制約に許容されるものではない。捜査比例の原則（法 197 条 1 項本文）から、必要性・緊急性を考慮し、具体的状況の下で相当といえる限度で許容されると解する。

（2）本件では、ゴミ捨て場のゴミ袋から出火が起きており、他人所有建造物等以外放火罪（刑法 110 条 1 項）の実行行為が行われたおそれがあるところ、同罪は法定刑が 1 年以上 10 年以下の拘禁刑という重大犯罪である。さらに、駐車場付近のゴミ捨て場にて同様の事態が 10 件起きているところ、付近の車両に燃え移れば被害が拡大し不特定多数人の生命・身体・財産に危険が生じるおそれがある。X は複数の犯行現場で目撃されており、また、本件ボヤ 10 件が発生している A 県 B 市に居住しており、客観的に不審事由がある。

そして、かかる 10 件のうち 3 件の現場付近の監視カメラの映像や目撃者 W の供述等から、本件の犯人は「40～50 代男性、身長 180 cm 程度、禿頭で筋肉質」という特徴を有していると特定できていた。そのため、X の特徴がかかる犯人像と一致するか確認するため、X の容貌を撮影する必要があった。しかし、X からかかる目的のために容貌を撮影することにつき同意を得ることは拒否されたり逃亡されたりするおそれもあるため実際的でない。また、公道上での撮影も、捜査を勘繰られたり、警戒されて容貌の撮影に失敗するおそれもある。そのため、X の容貌を確実に確認するには、X が居住するアパートの 201 号室の玄関ドア付近を見通せる近くのマンションの一室から、201 号室に入室しようとする X の様子を、ビデオカメラで撮影する必要があった。

また、上記の通り同様の事件が 10 件も発生し、今後更に被害が拡大していくおそれがあるため、同罪の犯罪の重大性にかんがみても、本件のような手法で撮影をすることの緊急性もあった。

さらに、K らは、上記の通り、X が 201 号室に入室しようとする様子という、近隣住民にも観察され得る状況を、家庭用ビデオカメラという一般的な方法によって撮影したにとどまる。その撮影は、X が 201 号室に入室しようとする約 20 秒間にとどまり、X の顔を含む、正面から見た容貌が映っているの

もわずか2秒間であり、犯人の特徴との照合に用いるために必要最小限度の撮影といえ、本件の具体的状況の下で相当といえる。

(3) よって、本件撮影は任意処分として許容される限度を超えず、適法である。

以 上

採点実感

(2024年5月26日 刑事訴訟法)

担当講師：弁護士 林 寛之

第1 出題の趣旨

出題の趣旨については、別途公表している出題の趣旨のとおりです。

第2 答案に見られた問題点等

基本的論点であるため出来・不出来が明確に分かれる結果になったように思います。頭の中で完結させるのではなく、実際にアウトプットを行い、どの表現に点があったのか、どの表現で理解を疑われたのかを検証することが必要だと思います。

ここでは、まずは多くの答案で共通の事項として見受けられた問題点をいくつかあげ、そのあと、個別の答案の中で見受けられた問題点で他の受験生の参考にもなりそうなものをいくつか取り上げていくことにします。

強制処分についてはすべての答案に昭和51年判決への言及がありませんでした。答案政策として判例への言及はリスクが高いという考えもありますが(私も受験生の頃はそうのように考えていました。)、やはり出題趣旨や採点実感で言及されるような判例については、これを意識した論証を作りこんでおくことが必要ではないかと思います。

また強制処分の論証は実はつきつめていくと難しい部分があり、「意思に反して」という意思に係る要件(特に黙示の意思を読み込む場合)と、「重要な権利」という権利に係る要件が、自分の論証からそれぞれ導くことができるのかはよく検証してほしいと思います。強制処分法定主義や令状主義の制約を受けることになるのは、重要な権利利益という要件を導くことはできますが、そこで直ちに意思の要件まで説明が尽きているわけではありません。もう少し補足が必要になるでしょう。

次に任意処分の限界については、必要性、緊急性、相当性の関係性の理解を疑わせる答案が非常に多く見られました。具体的には「①必要性、②緊急性、③相当性」と全てが要件であるかのように論じる答案、「必要性及び相当性」と必要性と相当性を「及び」で結ぶものなどがあげられます。判断枠組みは相当性のみであるということをよく理解いただく必要があると思います。こういったミスが論述力のなさからくるものなのか、基本論点の理解不足からくるのかは定かではありませんが、きちんと整理をしていただきたいです。

任意処分の限界については、必要性を基礎づけるのがどのような要素(犯罪の重大性、嫌疑の程度、緊急性等)を明示することができるのとより規範部分を充実させることができますし、あてはめを落とさずにすむというメリットがあります。規範をたててあてはめ勝負というのはある種真理ではあるのですが、そういったちょっとした労を費やすことで差がついていくものだと思います。

個別の答案で見られた問題点は、以下のようなものがありました。各自の答案に番号を振っていますので、今後の学習の参考になれば幸いです。

1. 問題提起(＝事案分析)がなくいきなり論点に言及をしており、印象が悪いです。
2. 強制処分法定主義違反と令状主義違反の違いを理解していません。本問は令状主義違反

が問題になります。どんな令状が必要となるかについても検討が必要です。

3. 規範の理由付けに人権保障・真実発見といった抽象度の高い概念を置くものは、近時の学説の議論の深化や判例の理解としての説得性に欠くように思います。
4. プライバシー保護の要請の減少・増加（小・大）という表現は望ましくなく、端的にプライバシーの合理的期待が「有る」か「ない」かの認定をすべきです。
5. 相当性概念が、天秤のような枠組みであることを理解できていません。
6. 任意処分の判断に将来の犯罪抑止の観点を組み込むべきではありません（過去におきた犯罪について捜査を行うものです）。
7. 緊急性については、そもそもあてはめるべきか悩ましいものですが、強いて言うのであれば、目撃者の記憶が鮮明なうちに同定を行うべきというようなものになると思います。

以上

司法試験予備試験答案練習会 2024年5月26日分 得点分布表

刑事訴訟法

出席者 17名 平均点 28.8点

分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	0
11~15	2
16~20	2
21~25	1
26~30	3
31~35	5
36~40	2
41~45	2
46~50	0

