

平成21年新司法試験考査委員（刑事系科目）に対するヒアリングの概要

（◎委員長，○委員，□考査委員）

- ◎ 考査委員の先生方におかれては、御多用にもかかわらず、御出席いただき感謝申し上げます。本日は、率直な御意見、御感想を伺いたい。各科目からは、先に書面で御意見を提出していただいているが、それに補足することがあれば、まず、冒頭に御発言いただきたい。
- （刑法） 平成21年の刑法の出題に対しては、やや難しいのではないかという意見もあるようだが、出題のテーマ自体は、いわゆる預金の占有という古典的かつ典型的な問題を取り上げたものである。ただ基本書に書かれていることを覚えてそのまま書けば解答できるというものではなく、刑法に関する基本的な考え方、基本的な理解がどの程度身に付いているか、それに基づいて具体的な事案にどのように取り組むかということが問われているため、そのような意味において、受験者は難しいという印象を受けたのではないかと思う。そして、基本的な理解が不十分である場合には、それがいろいろな観点から現れるため、低い評価とならざるを得ない答案となったと思う。ただ、教科書に書いてあることをそのまま覚えて書けば解答できるというたぐいの問題ではないにしては、受験者がそれなりに取り組んだ努力の跡がうかがえたように考えている。受験者の能力について世間ではいろいろ言われているが、この問題に対する解答を見る限り、能力が向上しているとは申し上げることはできないけれども、能力が低下しているということを申し上げるだけの証拠もないように考えた。その意味では、私の意見としては、受験者は受験者なりに健闘していたと思う。
- （刑事訴訟法） 刑事訴訟法については、設問1は、殺人及び死体遺棄事件を素材にして、その捜査の過程における搜索差押えの際の写真撮影の適法性を問うもの、設問2は、被疑者による犯行再現実験の結果を記載した実況見分調書について、要証事実との関係で証拠能力を問うものであった。いずれもある意味では典型的な論点で、法律家になるために誰もが理解していなければならない問題であると考えて選定した。そして、比較的長文の事実関係を記載した具体的事例を設定し、更に供述調書と搜索差押許可状を資料として付することで、まず、問題文全体から何を問題点として取り上げるかという問題発見能力を試すところから始まり、次に、その問題点について問題解決に必要な法解釈をした上で、法解釈・適用に必要不可欠な具体的事実を抽出・分析するという手順を踏んで、いかに説得的で筋道立った論述をするかを試したわけである。もちろん、そこには、ある程度実務的な要素や最高裁判所の判例とは異なる要素も含めてあり、それらをどう理解するかというところで応用能力が試されることになる。したがって、かなり典型的な論点を出題したにもかかわらず、必ずしも受験者本人が出来たと思ったとおりの評価が得られているかどうかという点、やや違うのではないかと思われる。というのは、問題については、法科大学院協会でも良い評価をいただいているが、試験結果は、その評価どおりの良い出来かという点、必ずしもそうではないという印象である。つまり、法科大学院課程で習得した問題発見能力、法解釈能力、具体的事案への適用能力を発揮すれば良い評価が得られる出題であったと考えているが、受験生が自分で思っているほど出来ていない場合も少なくないというのが、率直な感想である。
- ◎ では、質疑応答に移るが、まず、私から質問させていただきたい。採点基準に関する考

査委員会議申合せ事項において、「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」の4つの水準について、それぞれ何点から何点までと点数の範囲が決められているが、今回の採点実感に照らすと、例えば、どのような答案がそれぞれの水準に該当するのかを、両科目にお伺いしたいと思う。昨今、新司法試験の合格水準に関する情報提供を求める意見が聞かれるところ、可能な範囲で試験に関する情報提供の充実を図るという趣旨でお伺いするものであり、他の科目の先生方にも質問したいと考えている。

□（刑法） 私の方から少し考えている点を申し上げたいと思う。今回の出題は、刑法総論及び各論に関する基本的な知識・理解を前提に、本文の事実関係に即して法的な当てはめを行い、論理的に一貫した思考過程によって一定の結論を導くことが求められる問題であり、考える力、法的思考力がそれなりに問われたと思う。それを前提として、今回採点を行った中での経験を元に、どのような答案が「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」のそれぞれに該当したのかというイメージを考えてみると、刑法総論及び各論の基本的な知識・理解をもとに論理的に一貫した思考過程によって一定の結論を導き出すことができたものが「良好」以上の水準に属する答案だろうと思われる。その中でも、やや高度な論点、あるいは必ずしも多くの受験者が気付かないような問題の所在に気付いて、これに的確な解決を与え、あるいは与えようとする答案が「優秀」な答案であろうと思う。次に、「一応の水準」に属する答案というのは、基本的な事項に関する知識や理解が一応はあり、それを応用して結論を導き出そうとする姿勢が見られるけれども、その知識や理解に十分でない面があったり、論理的な一貫性が今ひとつ十分ではないなどの欠点があるようなものであろうと考える。さらに、そのような水準に至らずに、単に刑法総論や各論の構成要件等の理解が不十分であるにとどまらず、刑罰法規の解釈・適用に関する根本的な理解が欠如していると言わざるを得ないような、刑法を学んだものであればやらないような大きな誤りを犯すような答案が、「不良」に属する答案であろうと考える。

□（刑事訴訟法） 各水準に該当する答案には様々なものがあって一概には言えないし、設問1と設問2のそれぞれの出来の組み合わせにも色々あるので、あくまで例えばということで申し上げる。「優秀」と言える答案はどのようなものかと言うと、設問1については、例えば、捜索差押え時の写真撮影の適法性について、令状主義の意義と趣旨に立ち帰って基本的な考え方を論じ、例えば、捜索差押えに付随する処分として手続の適法性の担保のために許されるなどの的確に論じた上で、設問に出てくる4つの事例について、捜索差押許可状の差押対象物に当たるかどうか、本件との関連性がどの程度あるかなどということについて、具体的事実を的確に抽出、分析しながら論じているような答案が挙げられる。設問2については、本件の具体的事実関係の下における実況見分調書と要証事実との関係を的確にとらえ、検察官が設定した立証趣旨が意味を持つ場合であると理解した上で、関連する最高裁判所判例の正確な理解を踏まえて的確な当てはめを行っているような答案は、「優秀」な答案ということになる。しかし、このような答案は、残念ながら極めて少なかった。次に、「良好」と言えるものは、例えば、設問1については、写真撮影の法的性質について一応の考え方を示した上で、問題文から必要かつ十分な具体的な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深く考えることが求められるような答案が挙げられる。4つの事例について、出題者としては、差押対象物に当たるか否か、あるいは本件との関連性や写真撮影の必要性の度合いが異なり得るものについて、それぞれ適法性を論じることを求めているわけだが、その区別が必ずしもされていないよう

な答案がこれに当たるだろう。設問2については、関連する最高裁の判例法理等の理解を踏まえた論述が出来てはいるものの、本件での具体的な事実関係を前提にすると、必ずしも要証事実を的確にとらえることが出来ていないような答案であれば、「良好」に当たると思う。「一応の水準」と言うのは、写真撮影の法的性質について一応の考え方は示されているものの、具体的事実の抽出、当てはめが不十分である、あるいは、法的性質については十分には論じていないものの、問題文から必要な具体的事実を抽出して一応の結論を導いているような答案がこれに当たる。設問2については、最高裁の判例法理等の知識はあり、一応これを踏まえた論述をしてはいるものの、本件での具体的な事実関係を前提に、要証事実を的確にとらえることが出来ていないというような答案は、「一応の水準」ということになろう。最後に、「不良」に当たる答案としては、例えば、判例の意味を良く理解せずに機械的に暗記して、これを断片的に答案に記述しているかのようなものが挙げられると思う。具体的には、設問1については、適法に搜索差押許可状が発付され、その許可状に基づく搜索時の写真撮影という問題で設定されたシチュエーションを全く度外視し、単に任意捜査として許されるかどうかという観点からのみ論じているような答案や、あるいは、刑事訴訟法第111条にいう「必要な処分」として当然に許されるとのみ論じているような答案が挙げられる。設問2については、例えば、最高裁の判例とは事実関係が違うにもかかわらず、それを全く度外視して、判例をそのまま当てはめて論じたような答案は、「不良」と言える。

- ◎ 司法試験委員会委員から、御質問はあるか。
- 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」といった基準を念頭に置いて採点をしていった場合、「不良」の答案というのはどの程度あるのか、感覚的なもので結構なのでお聞かせいただければと思う。
- (刑法) 感想を述べると、不良と一応の水準の限界がややあいまいなところがあるが、そういう意味では私から見て出来の点で問題があるというような答案は、量的に見るとやや多いという印象をもったと申し上げざるを得ない。
- (刑法) 「不良」の答案は相当数に上ったという印象だが、例えば、横領罪に未遂はないにもかかわらず、横領未遂罪を認めた答案など、刑法を学んだ者にはおよそありえないような、極端に不十分さが際立つ答案は、印象が強いので、数を過大評価してしまっている可能性も否定できないとは思う。
- (刑事訴訟法) 数については正確に挙げられないが、不良と一応の水準を合わせると相当多いのではないかという印象をもっている。
- 時間不足が答案に感じられたことはなかったか。
- (刑事訴訟法) 問題の検討を終えて答案の作成には入っているものの、最後は殴り書きのような形になっているような答案も見受けられたが、数としてはそんなに多いという感じは受けなかった。
- 刑事訴訟法の設問1の関係で言うと、単に任意捜査として許されるか否かという観点からのみ論じ、あるいは、刑事訴訟法第111条にいう「必要な処分」として当然に許されるとのみ論じている答案があったということだが、そのような問題のとらえ方をすると、他の部分についても点数が与えられないということになるのか。
- (刑事訴訟法) 総論に誤りがあれば、他の部分もすべてだめだという評価をしてしまうと、答案の評価に差を付けられないので、個々の具体的事実の抽出や、必要性の意味付け、

当てはめなどがある程度出来ていれば、その部分には一定の評価をしている。

- 「採点実感等に関する意見」によれば、刑法について、犯罪が既遂に達した後の関与等を根拠に共同正犯の成立を肯定した答案があったとのことだが、事実認定も出題に含まれているという誤解に基づき、事後的な関与を間接事実として共同正犯を認定したということではないか。
- （刑法） 問題文において主要事実が確定されていない場合には間接事実による事実認定が必要であり、御指摘の部分について言えば、共同正犯であると法的に評価するための事実の摘示は当然必要だと考える。しかし、本問においては、その部分に関し問題文において事実自体は確定させており、事実認定それ自体を出題するものではなく、あくまでも法的な評価を問うたものである。
- 採点方針として、この論点に必ず言及していなければ一応の水準とは認められないなどというものはあるのか。
- （刑法） 答案全体の総合評価が点数になるので、何か一つの問題について書き漏らした、あるいは、間違いを犯したからといって、直ちに評価が決まるわけではない。
- （刑事訴訟法） 基本的には同じであるが、例えば、刑事訴訟法の設問1の例で言えば、写真撮影の性質について誤った理解をしてしまうと、それを前提とした個々の事例への適用にも影響するというように、誤りの重大性によっては、それが最後まで尾を引くということもあり得ると思う。