

1 ガイダンスの目標

- ① 上位答案分析の手法・活かし方
- ② 再現答案の重要性の再確認

2 上位答案の分析・検討

1 問題提起

- ① 検討条文の指摘
- ② 行為の特定

2 規範

〔旧来型の論証構成〕 8行以上の論証

この点、～と解する見解もある。〔主に判例を叩く〕

↓ しかし、

～という、不都合がある。

↓ 思うに、

～をする必要がある。

↓ また、

「～」という文言は、～と解することができる。

↓ したがって、

～と解すべきである。〔自説〕

〔現在の上位答案のスタンス〕 必要最小限の論証

規範：自説＝判例

理由付け：判例が明言しているものや基本的な教科書に紹介されているもの

(1) 刑法の論証例

1 名誉毀損罪（230条）

(1) 「事実を摘示」

「事実を摘示」とは、名誉毀損罪が人の**外部的名誉**を保護するものであることから、人の**社会的評価**を低下させるような具体的事実を摘示することをいう。事実の真否は問わない。

(2) 公然性

多数人が認識しうる状態であれば名誉は侵害されうる。

↓ また、

相手方が多数人でなくても、不特定人が認識しうる状態であれば、名誉が侵害される蓋然性は高いといえる。

↓ そこで、

「公然」とは、**不特定または多数人が認識しうる状態**をいうと解すべきである。

(3) 名誉毀損

名誉毀損罪は、人の社会的評価を低下させるべき事実を公然と摘示することによって成立し、名誉が現実に侵害されたことは要しない（**抽象的危険犯**）。

(4) 伝播性の理論

名誉侵害表現の相手方が特定少数の場合でも、**伝播**して不特定多数の者が認識しうる可能性を含む場合にも公然性が認められる（伝播性の理論）。

↓ なお、

伝播の可能性の認識が故意として必要となる。

(1) 強制処分^①の意義

強制処分については、**強制処分法定主義**（197条1項ただし書き）や**令状主義**といった厳格な手続が要求されるのだから、それにふさわしいものに限定すべきである。

↓ そこで、

「強制の処分」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など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段による場合をいうと解すべきである（最判昭51.3.16〔百選1事件〕）。

* 写真・ビデオ撮影など、「強制の処分」に該当するかが明瞭ではない場合、当該捜査手段が対象者に及ぼす法益侵害の内容をできる限り具体的に検討すべきである。その上で、その法益侵害が法定された「強制の処分」と同等の行為態様・法益侵害かを判断していくことになる。

* 酒巻教授は、家屋内にいる人物の容貌等を写真・ビデオ撮影することは、みだりに撮影されない個人の自由（憲法13条）と住居の平穏とこれに対する期待という法益（憲法35条）を合わせ侵害することから「強制の処分」に該当するとされている。

これに対して、公道上など私的領域への侵入を伴わない場合には、**みだりに撮影されない自由**の侵害・制約にとどまる場合には、「強制の処分」には該当しないとされる。

他の理解もあり得るが、1つの説明として参考になるものである。

* 判例は、①強制処分に当たるかという検討と②任意捜査だとしても、手段として相当かという検討の2段階の構成をとっている。これに対しては、従来、①に当たることはあまり考えられないという批判もあった。

しかし、近時の判例は、①の観点から、エックス線検査は強制処分に当たるとしている（最決平21.9.28）。このことから分かるように、①の判断も、実質的な考慮を伴うものといえる。

* 学説では、強制処分を**相手の意思に反して、重要な権利・利益を制約**する処分と定義する見解も有力である。

(2) 任意捜査の限界

特定の捜査方法が、任意捜査（197条1項本文）であるとしても、何らかの法益を侵害または侵害するおそれがあるのであるから、「目的達成に必要な限度」、すなわち、**捜査比例の原則**に服すると考えるべきである。

↓ そこで、

必要性、緊急性なども考慮したうえ、**具体的状況のもとで相当と認められる限度**において許容されるものと解すべきである。

* 権利・利益の制約の認定について

相当性要件では、捜査の必要と権利・利益の制約の衡量が行われることになる。ここでは、権利・利益の制約をより具体的に行うことが必要となる。

例えば、会話内容が固定化される秘密録音などでは、会話は通常そのような固定化を容認していない以上、プライバシー制約のおそれは少なくないことになる。

ここで、抽象的に捜査の必要などを認定するのでは、公益（全体の利益）のために個人を犠牲にすることを認めているように見え、評価されない答案となってしまう。権利・利益の制約のおそれが高い場合は、捜査の必要についても、よりきめ細やかな認定をするように心がけたい。

* [参考] 秘密録音・録画で考慮すべき事情

① 会話が行われる場所

他の者にも見られる可能性があるオープン・スペースで行われたか。
あるいは、対話者しかいない密室で行われたか。

② 会話の固定化

会話者がそのような会話内容の固定化を容認していたか。

③ 会話内容の秘匿性

会話者が相手方に発言内容を漏らさないことを求めていたか。あるいは、そのように要求することが法的保護に値するといえるか。

→ 通常は、会話の内容は相手の自由な処分に委ねられている。

* 違法な任意捜査と違法収集証拠排除法則

任意捜査を行う権限の**重大明白な逸脱**と認められる場合、違法な強制処分が行われた場合と同様に、**重大な違法**と評価すべきである。

3 あてはめ

- ① 事実の抽出（評価）
- ② 事実の意味づけ＝評価

予備試験，司法試験とも時間制限が厳しい試験である。

↓ この点，

上位答案は，定型的な事実の評価については，コンパクトに摘示することができる。

定型的な事実の抽出・評価を用意しておけば，定型的な事実と当該事案特有の事実で，メリハリを付けて記載することができる。

上位答案に含まれる要素を抽出していく。

A高校のPTA役員会→密室

内幕にすべきとの発言をしたか？←**消極的事実**の摘示

現に，どうなったのか？

甲は乙の子供，2人暮らし→「直系血族」「同居の親族」，乙を「扶ける」義務（民730）

公道上→**通常他者の目に触れることは想定**

犯人の特徴と一致→合理的嫌疑がある

車内から撮影→【そうでない場合との比較】**面前なら察知されるおそれ**

ブラインドカーテン→**内部を見られることは想定されていない**

→**私的領域に準じた空間**

事実抽出，評価以外では，事実認定の手法も参考となる。

【要証事実の認定】

立証趣旨の摘示 : 検察側

+

直接証拠の有無，他の間接証拠の検討

+

甲の公判での認否 : 弁護側

↓

要証事実の確定：供述内容の真実性を立証するために用いられる

これらに関係する論証の余白に書き込んで行けば，最強の論文対策ツールとなる。

過去問の優秀答案の他，答練の合格者答案や優秀答案などの実践答案も，合格技術の宝庫なので，是非活用してもらいたい。