

## 平成21年新司法試験論文式試験問題出題趣旨

### 【公法系科目】

#### 〔第1問〕

今年度も、「憲法」論文式問題は、判例及び学説に関する知識を単に「書き連ね」たような、観念的、定型的、「自動販売機」型の答案を求めるものではなく、「考える」ことを求めている。すなわち、判例及び学説に関する正確な理解と検討に基づいて問題を解くための精緻な判断枠組みを構築し、そして事案の内容に即した個別的・具体的な検討を求めている。

今年の論文問題では、設問1及び設問2の構成が従来と異なっている。

第1に、相異なる理由で行われた2つの処分にかかわる憲法問題を、設問1と設問2とでそれぞれ問う構成になっている。答える「量」が増えたことを考慮して、資料を含めた分量を減らした。そして、問題文の中で、それぞれ何が問題になるのかについて明確なヒントを書き込み、また議論が不必要に拡散しないように注を付したり、文中で（例えば、「定められた手続に従い慎重に審査した」）限定したりしている。第2に、X側の主張に対する大学側の主張を「想定して」検討することを求めている。まず、X側の主張は、理にかなない、筋の通った主張を十分に行う必要がある。そして、その主張に対応する大学側の「反論」は、「見解」を展開する中でそれと一体としての議論に組み込んで示すべきものであり、「反論」では詳論する必要はなく、ポイントだけを述べればよい（例えば、指針と「規則」の違いを正当化する理由として大学の自治、あるいは研究を承認した大学としてより高度の倫理と責任を持つべきとする等の主張）。「反論」を組み込んだ「あなた自身の見解」は、詳細に検討した上で（例えば、大学の自治の憲法上の位置付け、意味内容等を論じ、研究の自由を制約する根拠としての大学の自治の主張について論じる。）、説得力のある理由を述べて結論を導き出す必要がある。

今年度の問題では、大学の「規則」自体の違憲性の問題と処分違憲が問題となる。

設問1における「規則」違憲では、指針と「規則」の違い（それは、法律と条例の関係の問題でも、命令への委任の問題でもない。）、そして憲法第23条で保障される研究の自由の制約の合憲性が問題となる。本問で問題となる研究は実験を伴うものであり、思索中心の研究の自由とは異なる側面を有している。また、本問での制約は、研究中止措置に向けられたものであって、何ら言論活動を禁止するものではない。したがって、本問での制約は、表現内容に基づく制約と同じものではない。

設問2における「規則」違憲では、被験者の遺伝子情報を知る権利の制約が問題となる。

知る権利は、憲法上明文では規定されていないので、憲法上の位置付けが問題となる。知る権利は、表現の自由との関係で位置付けられているが、本件の場合には、送り手の自由と受ける自由という関係でのものではない。むしろ、本問での知る権利は、憲法第13条の幸福追求権に位置付けられている自己情報コントロール権に基づく情報開示請求権といえる。

停職処分を受けたX自身は、実質的に研究の自由を制約されることになる。ただし、本件処分の違憲性を争う場合には、Xは、直接的には、Cの情報開示請求権侵害を主張することになるので、特定の第三者の権利侵害を理由として違憲主張をできるかが問題となる。違憲主張適格に関しては、判例の判断枠組みを正確に挙げた上で、それがこの問題に関する唯一の判断枠組みといえるか等も検証した上で、本件のような問題の場合の判断枠組み、そして個別的・具体的検討が必要である。

知る権利の制約の違憲性に関しては、2つの異なる問題が存在する。それは、被験者自身の情報の本人への開示の問題と、被験者以外の人の情報の被験者への不開示の問題である。前者では、すべての遺伝子に係る情報を開示することが本人に与えるマイナスの影響への考慮という理由は、いわゆるパターンリスティックな理由であり、制約を正当化する理にかなった理由

といえるか否かについて検討する必要がある。後者では、その開示によって生じるかもしれない様々な問題とは何かを具体的に想定した上で、第三者への情報提供を一切認めない規定の合憲性を、取り分け被験者の疾病の性質との関係で検討する必要がある。

設問1及び設問2の処分違憲に共通する大学側の主張として部分社会論を想定した場合には、「あなた自身の見解」において、部分社会論を展開した判例の判断枠組みを本件にそのまま使用することの適切性、部分社会論自体の問題性等を論じる必要がある。また、設問2における処分違憲に関しては、取り分け、XがCに対して、Cの要望とは異なる「規則」の内容について説明していないことも、問題となる。

## 〔第2問〕

本問は、建築主事がマンションの建築確認を行ったのに対し、当該マンションの建築に反対する周辺住民Fらが採るべき救済手段について論じさせるものである。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、建築基準法や関連条例の趣旨を読み解いた上で、採るべき救済手段の訴訟要件等を検討するとともに、本案における違法事由を論じる力を試すものである。

設問1は、建築確認に基づく建築を阻止するために考えられる法的手段（訴訟とそれに伴う仮の救済措置）に関して、基本的な理解を問う問題である。資料1において、措置命令や検査済証交付をめぐる行政訴訟は検討の対象から除外されているので、本件確認の取消訴訟を論じることが考えられる。さらに、資料1では、本件確認の処分性、審査請求前置、出訴期間には問題がないとされているので、主として原告適格と狭義の訴えの利益を検討すべきことになる。

原告適格については、行政事件訴訟法の条文と判例を踏まえ、いかなる判断枠組みにより、いかなる点に着目して判断すべきかを明らかにした上で、建築基準法及び関連条例の趣旨目的や、本件においてFらが主張する利益の内容性質に即して、原告適格の有無を論じることが必要である。取り分け、本件では、Fが本件土地から至近距離にあるマンションに居住し、Gが当該マンションを所有し、Hが本件児童室に毎週通っており、Iがその父親であるなど、それぞれ法的地位が異なっていることから、個別具体的に検討を加えることが求められる。

狭義の訴えの利益については、資料1の指示に従い、建築物が完成した場合の問題点を検討することが要求されている。判例を踏まえた上で、説得力のある立論を行うことが期待される。

仮の救済措置としては、本件確認の執行停止が考えられる。行政事件訴訟法に定める要件の該当性について、本件事案でFらが主張し得る利益に即し、「重大な損害」の要件を中心に、具体的に論じることが必要である。

設問2は、上記法的手段の本案で主張すべき本件確認の適法性を検討させる問題であり、実体上及び手続上の違法事由が考えられる。

実体上の違法事由として、まず、接道義務違反が問題となる。建築基準法及び本件建築安全条例から、本件建築物についていかなる内容の接道義務が課せられているかを読み取った上で、本件道路がこの要件を満たしているかを検討しなければならない。特に、本件道路に遮断ゲートが設置されている点について、接道義務が設けられている趣旨に照らし、適切な解釈を行うことが求められる。

次に、本件建築物の地下駐車場と本件児童室の出入口間の距離が問題となる。本件建築安全条例によっていかなる規制がなされているかを指摘した上で、その趣旨に照らし、本件児童室が規制対象に当たるかを論じなければならない。

手続面では、本件紛争防止条例に定める説明会の開催と、行政手続法に定める公聴会の開催が問題となる。それぞれの根拠規定の趣旨を明らかにした上で、本件において義務違反があると認められるか、認められるとして、それが本件確認にいかなる意味を持つかを検討することが必要である。

最後に、本問では、Fが以上の違法事由をすべて主張できるか検討することも求められてい

る。行政事件訴訟法の条文を踏まえ、違法事由ごとに検討を加える必要がある。

## 【民事系科目】

### 〔第1問〕

設問1は、一方当事者が主張責任を負う主要事実を、その当事者が主張せず、かえって相手方当事者が主張した場合において、その主張を判決の基礎とすることができるかどうか、当事者の証明を経ないで判決の基礎とすることができるかどうかを、小問(1)ないし(3)の各場合に分けて、論じさせるものである。本問は、いわゆる「相手方の援用しない自己に不利益な事実の陳述」という周知の論点に関するものであるが、建物収去土地明渡請求訴訟において建物買取請求権の行使が問題となる設例に基づき、証拠調べの要否という観点から検討させることにより、弁論主義、事実の要証性などについて、基本的な理解とともに、その応用力を問うことを意図している。被告が主張責任を負う事実である建物買取請求権の行使の事実を原告が主張しているという本問の問題状況を理解し、建物買取請求権の行使の訴訟法的な意義、弁論主義(いわゆる第1テーゼ及び主張共通の原則)との関係、当事者間に争いのある事実の要証性、自白された事実について証明を要しないとする民事訴訟法第179条の趣旨などについて、自己の理解を明らかにした上で、自説の立場から、小問(1)から(3)までの場合について、証拠調べの要否を論じることになる。

小問(1)は、原告が被告による建物買取請求権行使の事実を主張し、被告がこれを否認する場合であり、小問(2)は、被告がその事実を自ら援用した場合である。自白の不要証拠に照準を合わせつつ、自白の意義、自白(先行自白も含む。)の成否等について検討することになる。小問(3)は、裁判所が釈明を求めたにもかかわらず、被告が原告の主張する事実を争うことを明らかにしない場合であり、擬制自白の成否が問題となるが、民事訴訟法第159条第1項は、主張責任を負う相手方の主張する事実について争うかどうかを明らかにしない場合を想定した規定であることから、主張責任を負う当事者が相手方の主張する事実について争うことを明らかにしない場合にそのまま適用できないことを理解する必要がある。同項の趣旨等も踏まえ、証拠調べを要するかどうかを論じることが求められる。

設問2は、訴訟物、訴えの利益、既判力等の民事訴訟法に関する基本的な概念についての理解を前提として、各当事者の立場から、複眼的な思考・検討を求めるものである。

小問(1)においては、訴えの利益が訴訟要件の一つであること、給付訴訟においては原則として訴えの利益が認められること、同一訴訟物について債務名義が存在する場合には訴えの利益が否定されることなどを前提に、設例に即した論述をすることが求められる。

小問(2)は、第1訴訟と第2訴訟の訴訟物が同一であることを前提としながら、少なくとも建物収去を求める部分については棄却されるべきであるとの被告の主張の論拠について考えさせる問題である。受験生は、既判力の意義や積極的・消極的作用についての基本的な理解を踏まえ、一部認容判決の敗訴部分の既判力や留保付判決の留保部分に生じる効力など、被告の上記主張の論拠について考えることが求められる。

小問(3)は、小問(1)及び(2)の被告の主張に対し、原告の立場からいかなる反論をすることが可能かを考えさせるものである。小問(1)の主張に対しては、第1訴訟の確定判決で認容された部分と第2訴訟の請求を対比しつつ、新たに債務名義を得る利益があるという立場から議論をすることが必要となる。また、小問(2)の主張に対しては、既判力の時的限界についての基本的な理解を踏まえ、設例の具体的事実を的確に摘示しつつ、既判力の基準時前の事由を前訴において主張することが期待し得たかなどの観点から論じることが求められる。

### 〔第2問〕

本問は、機械の製造販売事業を営む株式会社の取引及び合併をめぐる事例に関し、様々な角度から、民法上及び会社法上の問題点等についての基礎的な理解の有無を問う総合問題である。単に知識の有無の確認をするだけでなく、具体的な事実関係に即して基本的問題を掘り下げて考察する能力、具体的事実を法的観点から評価し構成する能力、法律上の権利を具体的場面で活用する能力、論理的に一貫した論述をする能力の有無などを試すものである。

設問1から設問3までは、会社間の売買契約に関する問題である。X社がA社に金属加工機械1台を所有権留保特約付きで売却し、A社がこれをY社に転売し、X社からY社に直接納品されたが、A社のX社に対する代金債務が履行されなかったため、X社がA社との売買契約を解除した上、Y社に対し目的物の返還を求めて提訴したという事案について、多面的な検討を求めることにより、種々の能力の程度を測るものである。

設問1は、X社とA社との間の売買契約について、注文書及び注文請書に誤記があり、両当事者が一致して意図していた目的物の型番とは異なる型番がこれらの書面に記載されたという場合において、売買契約の目的物、誤記が契約の効力に与える影響、錯誤の成否について問うものである。契約当事者の真意は合致しているものの、物理的な表示がそれとは異なっている場合の処理という基礎的な問題ではあるが、結論に至る理由付けを具体的事案に即して述べるためには、理論的考察と事実の評価との両面にわたる能力が求められる。なお、本件では、種類物売買であるという特徴もある。

設問2は、Y社による上記機械の即時取得の要件に関する問題である。(1)①は、「A社とY社との間の売買契約に基づく引渡しが行われたこと」という事実をY社が主張立証する必要があるかどうかを問う。取引行為に基づく占有取得の要件について、その意義(占有取得の意義、それが取引行為に「基づく」ものであることの意味)を問うものである。なお、この事実は、種類物の特定にもかわるものである。(1)②は、「Y社が引渡しを受ける際、A社がX社に代金全額を弁済していない事実を知らなかったこと」という事実をY社が主張立証する必要があるかどうかを問う。ここでは、即時取得の要件である「善意」又は「無過失」に関する一般的な論述よりも、上記事実が即時取得の要件である「善意」とは異なるものであることを正確に指摘した上、その評価をすることが求められる。(2)③及び④は、即時取得における過失の評価に関する問題であるが、それぞれの性格は異なる。(2)③は、具体的事実が過失の認定判断に働くかどうか、その理由は何かの説明を求めるものであり、事実の分析及び評価に係るものである。他方、(2)④は、過失の有無の判断が占有取得時にされるべきであるという理論的性格を持つものである。以上のように、設問2は、要件事実の基本的知識を確認するだけでなく、実体法上の理論的問題の検討及び具体的事実の慎重な分析と評価を求めるといって、多面的な性格を持つ問題である。

設問3は、X社がY社に対し、引き渡された機械の返還とともに、その使用料相当額をも請求しようとする場合について、その法的根拠を1つ示した上、いつから請求することができるかの説明を求めるといって、その法的根拠(不当利得返還請求権、悪意占有者の果実返還義務、不法行為に基づく損害賠償請求権が考えられる。)といつから請求することができるか(引渡時、解除時、返還請求時、返還請求訴訟提起時が考えられる。)との組合せと理由付けが整合的なものとして示されていること、その前提として所有権留保売買の法的構成及びそこで買主又は転得者の使用権限に関する分析がされていることが求められる。この問題は、他人の物を権原なく使用する場合の清算関係及び所有権留保売買における売主と転得者との関係という民法上の重要問題に関する基本的理解と、具体的事実を法的観点から評価し構成する能力を問うものである。

設問4から設問6までは、株式会社の合併に関する問題である。X社がZ社との間の事業の譲渡等に関する基本合意を白紙撤回した上、D社からの吸収合併の申入れを受け入れ、合併契約承認の株主総会を開催し、決議をしたという事案について、合併に関する一連の手の進行

の過程に応じて、それに係る法的諸問題につき多面的な検討を求めることにより、種々の能力の程度を測ろうとするものである。

設問4は、合併契約の締結や当該合併契約の承認を目的とする株主総会の招集を阻止するための手段となる会社法上の株主の権利について問うものである。その最も有効な権利として考えられるものは、株主による取締役の行為の差止め（会社法第360条）であるが、その要件の充足の検討に当たり、様々な法的論点の分析が求められる。第1に問題となるのは、同条第1項に規定する「法令」の意義であり、善管注意義務や忠実義務（同法第330条、民法第644条、会社法第355条）、さらに、独禁法などの公益を守るための法令も含まれるのかが問題となり、善管注意義務ないし忠実義務については、基本合意違反による損害賠償債務の発生と合併によってもたらされるX社の利益との比較や、合併比率の不公正という問題がX社自身にどのような損害をもたらし得るのか等の分析を行うことが期待される。第2に問題となるのは、会社法第360条第3項に規定する「回復することのできない損害」がX社に生ずるおそれの有無であり、本問の事案に即して、丁寧に具体的な当てはめをする必要がある。

設問5は、株主総会における議決権行使書面による議決権行使や委任状に基づく議決権の代理行使をめぐる法律問題をきちんと理解することができているかどうかについて試すものである。議決権行使書面による議決権行使の場合、書面に記載されたとおりの議決権行使がされたものとして取り扱われるが（会社法第311条第1項、第2項）、委任状に基づく議決権の代理行使は、代理人による投票をもって議決権行使として取り扱われるのであり、このような両制度の趣旨・意義、法的構造の違い等についての基本認識が問われている。①において問題となるのは、まず、賛否の記載のない議決権行使書面について各議案につき賛成又は反対とみなす旨を記載することであるが、これは会社法施行規則第66条第1項第2号により認められており、その有効性を肯定した下級審裁判例も存在する。これに対し、委任状については、そもそも白紙委任が認められるのか、また、代理人が委任状の指示に反したときに代理人による議決権行使の効果はそのまま認められるのかが問われる。これらは下級審裁判例・学説で議論された問題ではあるものの、本問の事例は、かつての多くの例とは異なり、会社経営陣に反対する株主側が委任状を勧誘したという最近の事例を踏まえたものとなっており、従来の議論をどこまで応用できるかという柔軟な法的推論を行う能力も試されている。②において問題となるのは、議決権行使書面と委任状により矛盾する内容の権利の行使を株主が行った場合の効力をどのように考えるかという論点であり、従来、余り論じられていないものである。考え方としては、議決権行使書面の送付と委任状の交付の時点と比較して後のものを優先する考え方、代理人による議決権行使を本人による議決権行使と同視して優先する考え方、矛盾した議決権行使としていずれも無効とする考え方等があり得るが、いずれにしても、自分なりの法律構成を行った上で結論を導く応用能力が必要とされている。

設問6は、合併承認総会後の段階において、合併の効力が発生する前と後とに分けた上、合併の実現を阻止するための手段としての会社法上の権利（設問4で解答した手段を除く。）について問うものである。合併の効力発生の前においては、合併を承認した株主総会の決議について、取消しの訴えや無効確認の訴えを提起するとともに、それらを本案とする仮処分命令の申立てを行うことにより、合併の実現を阻止することが考えられるが、そのような決議の効力を争う根拠として、設問5における自らの解答を前提として特別決議が成立しているかどうか、議長不信任動議や投票数の算入方法に関する抗議を議長が無視して決議の成立を宣言したことが決議の方法の法令違反等となるかどうか、当該合併が独禁法第15条第1項第1号に違反するとした場合にそれが決議の無効事由となるかどうか等が、検討される必要がある。合併の効力発生の後においては、合併無効の訴えによらなければ、合併の無効は主張できなくなるが、合併条件の不公正、独禁法違反等が合併無効事由になるかが、前記の会社法上の効力等の問題を踏まえて論じられる必要がある。

## 【刑事系科目】

### 〔第1問〕

本問は、具体的事例に基づいて甲乙の罪責を問うことによって、刑事実体法及びその解釈論の理解、具体的事実法に法規範を適用する能力並びに論理的思考力を試すものである。

問題文前半は、刑法所定の財産犯に関する理解及び間接正犯ないし共犯に関する理解を問うものである。

まず、Aに生じた合計200万円の財産的損害について、甲乙にいかなる財産犯が成立し得るかが問題となる。この検討に当たっては、刑法所定の財産犯の構成要件に関する正確な理解が必要不可欠である。その上で、本件の具体的事実関係においていかなる犯罪が成立するかを検討することになるが、その際、第1に、いわゆる「預金の占有」の趣旨・根拠についての的確な理解を前提に、Aの口座についての「預金の占有」が対銀行との関係での払戻権限を踏まえて甲乙各人にそれぞれ認められるか否かによって、成立し得る財産犯が異なることに留意する必要がある。例えば、「預金の占有」を有する者には横領罪が成立し得るものの窃盗罪や電子計算機使用詐欺罪は成立しないと解されることなどに関する正確な理解が必要となろう。第2に、本問の具体的事実関係において甲乙にAの口座の払戻権限が認められるか否かなどについての的確に事実を評価した上で、これに法的な当てはめを行い、甲乙に成立し得る財産犯を確定することが必要である。第3に、以上の検討を前提に、次に述べる甲乙の法的な関係の理解に従って、本問の事実関係に即して甲乙に成立すると考えられる財産犯の各構成要件要素の充足を検討し、最終的に甲乙の罪責を確定する必要がある。その際、単に、問題文に表れた事実を漫然と羅列するのではなく、いかなる事実がいかなる構成要件要素の該当性判断に関係があると考えているのか分かるように論述しなければ、「事実を摘示しつつ」との出題意図に答えたことにはならない。例えば、問題文に記載された各事実関係のうち、どの事実が甲乙の「預金の占有」の有無を基礎付ける事実で、どの事実が甲乙の「(占有の)業務性」の有無を基礎付ける事実であると考えているのか分かるように「事実を摘示しつつ」犯罪構成要件要素が充足されるか否かの結論を導くことが求められている。

次に、甲乙の法的な関係が問題となる。本問では、実際に合計200万円の預金払戻等に及んだのが乙である上、甲が当初認識していた事実と実際に生じた事実との間にそごが生じていることから、乙の行為について甲が刑事責任を負うか否かに関し、いかなる理論構成によるべきか、間接正犯や共犯の各成立要件を踏まえて検討することが必要である。その際、正犯がただれであるかが問題となり、甲を教唆犯、乙を正犯とする考え方のほか、甲を間接正犯、乙を故意ある幫助道具とする考え方などがあり得るところ、後者の考え方によるには乙が甲の意図を認識している点や乙に正犯性を認め得るのではないかとその点が障害となり得ることに留意しつつ、本問の具体的事実関係に即して論理的に考察することが求められている。さらに、乙による120万円の払戻行為に関する甲の刑事責任について、前記そごを理由に因果関係や故意を否定し得るかどうかの検討も重要である。

また、甲乙の罪責に関する構成によっては、共犯と身分に関する処理が必要となろう。

問題文後半は、甲乙のいわゆる狂言行為についていかなる犯罪が成立するか、主として財産犯以外の刑法各論の基礎的な知識と当てはめの能力を問うものである。

具体的には、監禁罪、偽計業務妨害罪、その他の国家的法益に対する罪等の成否が問題となり得る幾つかの事実関係の中から、問題文において詳細に事実が提示されている甲乙の行為で、理論上重要な問題点を含む事項について犯罪の成否を論述することが求められている。取り分け、甲が乙を自動車のトランクに閉じ込めた行為について、乙がこれを承諾していることが監禁罪の成否に与える影響に関する理論的な対立に留意しつつも、本問の具体的事実関係において当該理論がどのよ

うに適用されるべきかを注意深く検討することが必要であろう。

最後に、甲乙に成立する犯罪相互の關係に留意して罪数判断を示すことも必要である。

論述においては、刑法解釈上の論点に関する学説等の立場・見解の相違によって結論が異なり得る個々の問題点については、自らの採る結論のみならず、それが正当であるとする論拠を説得的に論述することが必要である。ただし、その場合、飽くまでも本問の事實關係を前提に、結論を導くのに必要な点を中心に論ずるべきであって、本問の事實關係からかけ離れた一般論や結論を左右しない論点に関する理論的対立の検討に力を注ぐのは、出題意図にかなうものとは言えないであろう。

また、既知の判例や典型事例等の結論を、それが前提とする事實關係や本問の事實關係との相違を十分検討せずに本問に当てはめたり、逆に、自ら是とする見解に適合しやう恣意的に事實をわい曲して評価したりすることも不適當と言わざるを得ない。

本問においては、事例を丁寧に分析・評価し、基本的な刑法解釈論を踏まえて粘り強く論理的な思考を重ね、それを説得的に論述することこそが求められている。

## [第2問]

本問は、捜査・公判に関する具体的事例を示して、そこに生起する刑事手続上の問題点の解決に必要な法解釈、法適用にとって重要な具体的事実の分析・評価及び具体的帰結に至る過程を論述させることにより、刑事訴訟法等の解釈に関する学識と適用能力及び論理的思考力を試すものである。

設問1は、殺人及び死体遺棄事件を素材として、被疑者甲の共犯者乙が経営するT化粧品販売株式会社を適法に発付された捜索差押許可状に基づいて捜索した際に行われた様々な写真撮影について、その適法性を論じさせることにより、捜索差押えという強制処分の過程における写真撮影の法的性質についての考え方、ひいては令状主義及び刑事訴訟法第218条第1項の定める捜索、差押え及び検証についての正確な理解と具体的事実への適用能力を試すものである。

捜索差押時に行われる写真撮影の適法性については、当該写真撮影が捜索差押えに付随する処分として許される場合があるとの見解や捜索差押えの意義・内容からその本来的効力として写真撮影が許されるとする見解などがあり得るが、いずれにせよ、まず、令状主義の意義と趣旨に立ち帰ってこの問題に関する各自の基本的な立場を刑事訴訟法の解釈として論ずる必要がある。その上で、例えば、捜索差押えに付随する処分として許されるとする見解からは、証拠物の証拠価値を保存するため、あるいは手続の適法性の担保のため写真撮影が許されるとの規範を定立することになる。

事例への法適用の部分では、具体的事例の写真①から④のいずれについても、写真撮影の対象が本件捜索差押許可状の差押対象物、すなわち令状の本来的効力の対象である「本件に関連する保険証書、借用証書、預金通帳、金銭出納帳、手帳、メモ、ノート」に該当するか否かをまず検討し、その上で、当該写真撮影が証拠物の証拠価値を保存するためなどに必要であるか否かを検討してその適法性を論ずることになるが、いずれも事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論証すべきである。個々の適法又は違法の結論はともかく、具体的事実を事例中からただ書き写して羅列すればよいというのではなく、それぞれの事実が持つ法的な意味を的確に分析して論じなければならない。例えば、写真①については、白壁に書かれた記載の意味について甲の供述調書の記載から、本件との関連性を認定し、差押対象物である「本件に関連するメモ」として、白壁の一部を破壊し取り外して差し押さえるよりも写真撮影にとどめる方が処分を受ける者にとって不利益がより小さいため適法であるなどとの分析が可能であるし、写真②及び③については、通帳はいずれもA名義であるが、乙名義のパスポートやA名義の印鑑などと同じ引き出し内に入っていたことから乙が実質的に管理・使用していた

通帳であることを論じたり、X銀行の通帳にある「→T. K」との鉛筆での書き込みの意味を検討し、通帳が発見された時点からその書き込みがあったことを明らかにする必要性を論じることなどが求められよう。また、写真④については、撮影されたパスポート、名刺等は令状記載の差押対象物ではないが、乙による通帳の管理・使用すなわち、引き出し内にあった預金通帳が本件に関連する通帳に該当する点を明らかにするため、同じ引き出し内にあったパスポート等の乙の名義部分だけを写真撮影するという行為が、差押手続の適法性担保の観点から許されないか等を論じる必要がある。

設問2は、被疑者甲による犯行再現実験の結果を記録した実況見分調書について、その要証事実との関係での証拠能力を問うことにより、伝聞法則の正確な理解と具体的な事実への適用能力を試すものである。

本問では、検察官は「被告人が本件車両を海中に沈めることができたこと」という立証趣旨を設定したが、弁護人は、その立証趣旨を「被告人が本件車両を海中に沈めて死体遺棄したこと」と考え、本件実況見分調書の証拠調べ請求に対し、不同意の意見を述べている。犯行再現行為が問題となった判例によれば、弁護人が考えるように犯罪事実の存在が要証事実になると見るべき場合には、刑事訴訟法第321条第3項所定の要件を満たす必要があるだけでなく、再現者が被告人である場合には同法第322条第1項所定の要件をも満たす必要があるとされていることから、果たして本件における要証事実をどのようにとらえるべきか、事例中に現れた具体的事実関係を前提にして、的確な分析が求められる。

事案に則した前記判例の正確な理解を踏まえつつ、本件の具体的事実関係を的確に把握すれば、本件は、判例の見解が前提としていた事案とは異なり、検察官が設定した立証趣旨をそのまま前提にするとおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合などではなく、甲が供述しているような犯行態様が現場の客観的な環境との関係で物理的に可能であるか否かが正に問題になる事案であるとの理解が可能である。

いずれの設問についても、法解釈論や要件について抽象的に論じるにとどまったり、判例の見解をそのまま書き写すのではなく、事例中に現れた具体的事実関係を前提に、法的に意味のある事実の的確な把握と要件への当てはめを行うことが要請されている。