

講義録レポート

講義録コード

20-11-9-503-01

講 座	司法試験講座	セミナー	新司法試験 「2010年本試験合格・不 合格再現答案分析会」 (総論)
目標年	2011年合格目標 新司法試験		
用 途	☒ 個別DVD ・ ☐ 集合DVD ☐ WEB通信 ・ ☐ カセット通信 ・ ☐ DVD通信 ・ ☐ 資料通信 ・ ☐ DL通信		

収録日	2010年 9月 18日		
講師名	総論：羽広政男先生	内 訳	板書 枚数 0枚 ※レポート 含まず 補助レジュメ 枚数 9枚 その他 () 0枚

授業構成	総論 60分		
実施テスト	有 ・ ☒ 無		
対応テスト	<ミニテスト>	() 第	回
	<答練・演習>	() 第	回
使用教材	●平成22年新司法試験論文式試験問題出題趣旨 (9枚)		
配布教材	●教材 (テキスト・問題集) ()		
	●補助レジュメ () _____ 枚	講義録添付 (有・ ☒ 無)	
	●その他 () _____ 枚	講義録添付 (有・ ☒ 無)	
備考			

平成22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〕

今年度の論文式問題のテーマは、貧困と権利の現実的保障である。本問で権利の現実的保障を検討する際に、事案としてかぎを握るのは住所である。

一つは、言わば構造的問題も一因となって、自助努力を尽くしても「健康で文化的な最低限度の生活」を維持することが困難な状況に陥っている人々の生存権保障の問題である。具体的には、生活保護法が「住所」ではなく、「居住地」「現在地」を有する者を保護の対象としているにもかかわらず、生活の本拠を有しない者からの生活保護申請を拒否した処分をめぐる憲法上の問題である。ここで問われているのは、立法裁量論の問題ではない。また、ここで問われているのは、「文化的」に「最低限度」であるか否かではなく、言わば「生存」そのものにかかわる問題である。なお、自治体による別異の取扱いに関しては、それを合憲とした先例（最大判昭和33年10月15日）があるが、その先例と本問の事案とは異なることを踏まえて検討する必要がある。

もう一つは、選挙権（投票権）に関する問題である。公職選挙法第9条第1項が定める選挙権の積極的要件を満たし、かつ、同法第11条第1項が定める選挙権の消極的要件に当たらなくても、選挙人名簿の登録が住民基本台帳に記録されている者について行われる（同法第21条第1項）ので、住所を失うと選挙権を行使する機会を奪われることになる。ここでは、選挙権（投票権）の意義をどのように考えるのかが問われる。

選挙権を行使できないということは、選挙権が事実上保障されていないことを意味する。「国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならず」、「やむを得ない事由があるといえ」るためには、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ない著しく困難であると認められる場合」であることが必要である（最大判平成17年9月14日）。

公職選挙法が上記のような取扱いをしていて、住所を有しない者が投票する仕組みを設けていないことについての「やむを得ない事由」の有無を、事案の内容に即して個別的・具体的に検討することが求められる。また、選挙権を行使できなかったことに基づく国家賠償請求についても、上記判決が示す要件を踏まえつつ、事案に即した具体的検討をすることが求められる。

本問では、原告側、被告側、そして「あなた自身」と、三つの立場での見解を展開することが求められる。その際、三つの立場を答案構成上の都合から余りに戦略的に展開することは、適切ではない。三つの立場それぞれが、判例の動向及び主要な学説を正確に理解していることを前提としている。その上で、判断枠組みに関する検討、そして事案の内容に即した個別的・具体的検討を行うことが求められる。

設問1では、原告側は一定の筋の通った主張を、十分に行う必要がある。

設問2では、「被告側の反論を想定しつつ」検討することが求められている。「想定」される反論を書くパートでは、反論の憲法上のポイントだけを挙げればよい。そこでは、反論の内容を詳細に書く必要はない。反論の詳細な内容は、「あなた自身の見解」のパートで書けばよい。そこでは、原告・被告双方の主張内容を十分に検討した上で、「あなた自身」の結論及びその理由を書くことが求められる。

いずれにしても、問われるのは理由の説得力である。

〔第2問〕

本問は、A村の村長Eが行った村有土地の安値売却に対して、村民Bらが提起することが予想される訴訟について、A村の顧問弁護士の立場から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、地方自治法や同法施行令の趣旨を読み解いた上で、住民訴訟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、つまり本件土地売買契約の適法性を論じる力を試すものである。住民訴訟及び財務会計法規にかかわる細かい知識を問う趣旨ではなく、住民訴訟による住民参政及び財政統制、行政契約の公正性及び透明性、地方公共団体の財務の経済性、地方議会の議決の民主性といった基本的な考え方を、条文や与えられた判決から読み取り、事案に即した具体的な解釈論として展開する力を試すものである。

設問1は、住民訴訟の基本的な利用条件について、具体的に検討させる趣旨の問題である。住民訴訟、特に、いわゆる4号請求に関して、基本的な理解を確認するものである。住民訴訟の利用条件のうち、例えば、監査請求前置という要件に関しては、住民監査請求を行っていない村民Dが本件で住民訴訟の原告になることができるのかを検討する必要がある。また、住民訴訟は当該地方公共団体における住民による提起が要求されるが、この点で、他の市に転出したCによる住民訴訟の提起について、具体的に論じなければならない。さらに、村民Bがこれから住民訴訟を提起する場合に遵守すべき出訴期間についても、言及することが求められる。このほかにも、4号請求として、違法な契約の締結によって村に損害を与えた村長Eに対して損害賠償請求を行うよう、A村の執行機関に求める訴訟が考えられる点も、説明することが求められている。このように、本問においては、具体的な事案に即して住民訴訟を利用することができるのか、基礎的な理解を確認することに主眼を置いている。住民訴訟にかかわる細かな解釈を要求する趣旨では決してなく、現在数多く提起されている住民訴訟制度の基本について、理解を問うものである。

設問2は、本件土地売買契約の適法性を地方自治法や同法施行令に則して検討させるものである。まず、同法第96条第1項第6号等の解釈として、議会の議決が存在しない本件において、「適正な対価」が認められるのかを論じなければならない。さらに、同法第234条等の解釈を通じて、本件事案における随意契約の許容性を「条文の解釈を踏まえて」詳細に検討することが求められる。随意契約を用いたことの適法性について検討する際には、地方自治法上、競争入札が要求されている趣旨に言及することや、随意契約が例外とされる趣旨を前提として解釈を行うことが求められる。本問では、Bらによる契約の違法性の主張に加えて、村の立場に立った反論など、双方の立場から、契約の適法性を具体的に検討することが必要である。例えば、本件土地売買契約を適法と解釈するのに適した事由として、過疎対策、人口確保対策、税収対策としての本件土地売買の必要性、前年度の売却失敗という経緯、簡単に売却ができない（過疎に悩む）A村の特殊事情、適正な対価の存在などに具体的に言及して、法的評価を行うことが考えられる。他方、本件土地売買契約を違法とする可能性のある事由としては、同法施行令第167条の2第1項第2号等の解釈を通じた、本件事案における随意契約の法的評価、村の幹部関係者や担当部局職員の家族が購入している点での公正性の問題、A村の村民が購入している点での過疎対策としての有用性に係る法的評価、下限の価格を定めていない点（つまり、基準設定をしていない点）での透明性の問題、一部対価免除、対価の適正に関する解釈などについて、具体的に検討することが求められる。

設問3は、関連する判決の読解能力を問うものである。本問では、住民訴訟でBらが第一審で勝訴した場合であっても、議会関係者はその後の段階で、村長Eに対する請求権放棄の議決を行うことを検討していることから、A村の顧問弁護士として、議決の適法性に関して評価を行うことが求められている。特に、この問題に関連する裁判例を比較し、分析する能力が試されている。換言すれば、二つの判決を読み比べて、その背景にある考え方を読み取り、説明できるかを問うものである。一方では、議会議決に限定を付していない地方自治法の規定（例えば、同法第96条第1項第10号）や、議会議決を尊重するという民主主義の視点に着目して、

議会が請求権の放棄を議決できると説く立場が考えられる。他方で、こうした議会議決の裁量判断にも限界が存在する点、請求権放棄の議決は総合的な判断に基づいてなされるべき点を重視する見解も考えられる。例えば、住民訴訟制度の趣旨、第一審の判決が下されている事情、請求権の放棄が地方公共団体の財政に与える影響、相手方の事情などから、議会による請求権放棄を議決権の濫用ととらえる見解も成立し得る。こうした考え方の対立点を踏まえた上で、本件事案に即した解答者の判断を問うものである。議会議決の適法性に関する解釈は、詳細な理由付けとともに行われる必要がある。

なお、三つの設問のうち、設問1は住民訴訟に関する基本的理解を問う趣旨であるのに対し、設問2及び設問3は複数の法令や裁判例を素材にして解答すべき内容を多く含むことから、設問2及び設問3の配点割合が高いものとなっている。こうした出題の趣旨を十分に理解して受験者が実力を発揮できるよう配慮して、本年は各設問の配点割合を明示することとした。

【民事系科目】

〔第1問〕

設問1は、株式会社成立時における現物出資財産の価額が当該現物出資財産について定款に記載された価額に著しく不足する場合における、発起人及び設立時取締役の責任について、会社法上の基本的な理解を問うものである。発起人及び設立時取締役に付き、不足額でのん補責任（会社法第52条第1項）の要件の該当性のほか、その免責事由（同条第2項）についての適用除外の有無及び免責事由の当てはめ、更に会社法第53条第1項に基づく任務懈怠による損害賠償責任の有無につき、事実関係を踏まえた記述することが求められる。

設問2は、株式会社の成立後における募集株式の発行に際し、その一部が仮装払込み（いわゆる見せ金）による場合に、①その払込みの効力と発行された株式の効力、②見せ金による払込みにかかわった取締役その他の取締役や見せ金による払込みを行った募集株式の引受人の会社に対する責任及び③当該取締役の第三者に対する責任について、会社法上の基本的な理解を問うものである。

見せ金の効力及びこれにより発行された株式の効力に関する判例や学説の状況を十分に理解した上で、事実関係を踏まえ、①～③の各問に解答することが求められる。

①においては、見せ金による払込みの効力と発行された株式の効力を分けて論述することが求められる。前者では、判例の立場を踏まえ、見せ金の意義、見せ金と認定するための要件とその当てはめ、払込みの効力の論拠を検討することが必要である。後者では、判例の立場を踏まえ、発行された株式の効力の論拠を検討する必要がある。払込無効説を採る場合には、取引の安全への配慮のほか、無効となった払込みの実質的なてん補手段の有無や10パーセントの資金が会社に残っていることの評価について検討することが期待され、さらに、株式の効力を否定する場合には新株発行の無効と不存在の別、払込無効説に立ちながら株式の効力を認める説（株式有効説）を採る場合には株式の所有者等が問題となり得る。そのほか、払込有効説を採る場合には、取締役が払込みに係る資金を引き出して引受人に対し交付した行為の評価について検討することが期待される。

②及び③については、①において採用した結論（払込み及び株式の無効（不存在）説、払込無効・株式有効説、払込み及び株式の有効説）と整合した記述することが求められる。この記述においては、特に全体的な論理的構力が試されている。

②においては、いずれの説に立つ場合であっても、これに整合して、会社法第423条第1項の任務懈怠の内容及び損害の内容等について記述することや、取締役Bについては、監督（監視）義務違反の根拠及びその内容を記述することが求められる。募集株式の引受人丙社については、会社法第208条第5項による失権の有無を踏まえ、同法第212条第1項第1号の類推適用の可否等会社法上の責任について検討することが期待される。

③においては、取締役A及びBの両名について本件募集株式発行に関し、会社法第429条第1項の「職務」の内容を具体的に記述することのほか、同条第1項と第2項の責任の関係、同条第2項での責任主体となる「取締役」の意義を記述することが求められる。特に、取締役Aの同項第1号ロ及びハの各責任の有無については、①において採用した結論との整合性に配慮しつつ、資料①②の虚偽のある項目及び内容を分析することが期待される。

〔第2問〕

民事系科目（第2問）は、工場を個人で営むAとその家族らの取引と民事訴訟をめぐる事例に関して、民法上及び民事訴訟法上の問題点についての基礎的な理解を問う総合問題である。具体的事実を法的な観点から評価し構成する能力、具体的事実関係に即して基本問題を考察する能力及び論理的に一貫した論述をする能力などを試すものである。

設問1は、第1に、Fが第1訴訟において選択的にする二つの主張の法的構成が、有権代理構成と権限外の行為の表見代理構成（民法第110条）であることを理解した上で、二つの法的構成を区別することができるかどうか、第2に、各法的構成において、事実①及び事実②の性質を的確に把握することができるかどうかを問うものである。まず、有権代理構成において、事実①はAがCに代理権を授与したことを推認させる間接事実である意義を有すると考えられ、これに対し、事実②は特段の意義を有しない。次に、権限外の行為の表見代理構成においては、事実①は2000万円の融資についてCに代理権があるものと信ずる正当な理由があるとする評価を根拠付ける事実である意義を有し、それとともに、事実①はAがCに1500万円の限度における代理権を授与したことを推認させる間接事実である意義を有するとも考えられる。また、事実②はCに2000万円の借入れの権限があるかどうかをFが調査しようと試みたことを意味するものであるから、他の事情とあいまって、正当理由を根拠付ける一つの事実である意義を有するものとも考えられる。反対に、事実②のうち携帯電話がつかまらないことは、Cの不審な挙動を示唆するものとみることができないものではないから、それにもかかわらずA本人との接触に成功しないまま融資を敢行したこととあいまって、正当理由の評価障害事実になるとする性質把握も一定の説得力を持つ。そこで、適切な理由が付されて解答されているかが問われることになる。

設問2は、抵当不動産の第三取得者が抵当目的物件を故意に滅失させた事案について、抵当権侵害による不法行為に基づく損害賠償の成否を問うものである。

小問（1）の考察においては、Eによる丙建物の取壊し後におけるFの被担保債権額と甲乙土地の価額との関係を考慮しつつ、抵当権侵害における損害の発生について、抵当権の担保権的性質の基本的理解との関連を意識しつつ論ずることが望まれる。ここでは、【事実】及び【設問】のいずれにおいても、甲乙土地及び丙建物の価額は示されていないので、解答は抽象的な理論操作に基づく記述で足りる。加えて、抵当権侵害における損害はどの時点で確定することができるかについて論ずることが望まれる。この点については、【事実】に基づく、Eによる丙建物の取壊しは平成19年8月19日であり、Fに対するAの債務の第1回弁済期は平成20年3月15日であるため、Eの行為が抵当権の被担保債権の弁済期前であることをどのように評価するかが問われることになる。

小問（2）の考察では、民法第177条の第三者からはどのようなものが排除されるべきか、その上で、【事実】に示された法律上有意な事実を過不足なく指摘しながら、EがFとの関係で、民法第177条の第三者から排除すべき者に当たるかを論ずることが求められる。加えてその前提として、不動産物権変動の第三者対抗の問題が、不法行為の成立要件との関係でどのように位置付けられるかを論ずることが求められる。すなわち、不法行為の成立要件との関係において、抵当権者Fのために抵当権の設定の登記が行われていないことをどのように評価するか、また、丙建物の所有者Eによる取壊しが抵当権を侵害する行為に該当するか否かについ

での考察が必要となる。

設問3は、訴状に被告として記載されていた人物Eとは異なる人物Gが、被告本人として訴訟（第2訴訟）の手續に関与していたという事例について、Gが行った行為の効力がEに及ぶかを論じさせるものである。

ここでは、Gの行為の効力が問われているから、そもそもGの行為は、訴訟法上どのようなものとして位置付け評価され得るのかという点について、いわゆる当事者確定の基準論の理解を前提に、自説の考え方（ないし問題となる点）を明らかにしつつ、論理を展開することが求められる。特に、設問3の事例では、Gは被告Eとして行為しており、その行為が外形的には訴訟代理の形式をとっていないことをどのように評価するのか、仮に、Gの行為を、Eを本人とする訴訟代理行為（ないしその類似行為）にとらえようとするのであれば、その効力を、弁護士代理の原則ないしその趣旨との関係でどのように考えるべきかなどといったことが問題となろう。そして、その検討過程においては、既にEになりすましているGの行為を前提として複数回の期日が重ねられてしまっていることへの配慮の要否という実質的な問題もある。

設問4は、抵当権設定登記抹消請求訴訟（第3訴訟）を題材として、被担保債権に係る債務の不存在確認請求について審理・判断された前訴（第1訴訟）確定判決の既判力がどのように作用するかという問題点及び質的一部認容判決である条件付給付判決をすることができるかどうかという問題点について、考えさせる問題である。

前訴における請求は、いわゆる自認部分がある債務不存在確認請求であったが、最高裁判例は、自認部分は訴訟物とならず、自認部分の存否は既判力によって確定されないとの立場を採用している。小問（1）は、第3訴訟の被告Fの訴訟代理人弁護士Qが提示した最高裁判例とは異なる内容の法律構成①と法律構成②のそれぞれについて、被告側の法律主張（つまり、党派的な主張）としての適否を検討することを求めている。そこでは、最高裁判例の立場を確認した上で、法律構成①については、量的に可分な給付請求権に関する一部請求後の残部請求をめぐる議論状況との対比の下に、全部認容判決である前訴確定判決が自認部分についても判断を下しているといえるかどうかを検討することが求められ、法律構成②については、請求の放棄構成の技巧性について検討するほか、請求の放棄について既判力が認められるかどうかを、そこで問題となる既判力の概念と絡めながら検討する（その際、調書の作成がないことや既判力の基準時についても検討する）ことが求められている。

小問（2）では、条件付給付判決ができるかどうかを論ずるに際して、少なくとも以下の三つの論点を検討することが必要である。まず、①原告Aが無条件の給付判決を求めているのに対し、質的一部認容判決である条件付給付判決をすることが、民事訴訟法第246条との関係で許容されるかどうかを検討すべきである。その際、②現在の給付を命じることを内容とする引換給付判決とは異なり、条件付給付判決が将来の給付を命ずる判決であることとの関係で、同法第135条の要件を検討し、また、③条件付給付判決と全部棄却判決のそれぞれの既判力の客観的範囲（裁判所が認定した残債務額が既判力の対象になるかどうかという問題点を含む。）を比較検討することも求められる。

設問5は、次のような三つの法律問題についての考察を順に求めるものである。第1に、認知者が認知の意思を表示し認知届を作成して使用者に届出を委託した後に死亡し、この間に認知届が提出されていない場合、認知の効力は生じるかを問うものである。認知届の提出が身分変動の効果が発生するための要件であるため、父の認知の意思が確認できたとしても、認知届が提出されていない以上、認知の効力は発生しない。第2に、自筆証書遺言の解釈として、遺言者の子ではない者に遺言者の遺産の3分の1を分けるということが何を意味するか、その場合に遺言者の相続人の法的地位はどのようなものかを問うものである。平成20年4月6日付のAの遺言に記載されている内容は、Eに対しては割合的包括遺贈であり、唯一の相続人であるCに対しては遺産の残余部分が相続により帰属することの確認となる。第3に、割合的包括遺

贈が行われた場合、受遺者は相続人として扱われ被相続人の債務も承継するところ、被相続人が負っていた金銭債務は相続人と受遺者にどのように承継されるかを問うものである。割合的包括遺贈における金銭債務の承継については、金銭債務について共同相続が生じた場合の規律を参照しつつ、金銭債務の債権者はだれに対してどのように履行請求をすることができるのかについて考察することが望まれる。

【刑事系科目】

〔第1問〕

本問は、A病院の入院患者Vが薬の誤投与に起因して死亡したという具体的事例について、Vを看護していた妻の甲、担当していた看護師乙及び薬剤師丙の罪責を問うことにより、刑事実体法及びその解釈論の理解、具体的事案に法規範を適用する能力及び論理的思考力を試すものである。

第1に、甲の罪責については、甲がVの異状を認識しながら、看護師乙ら病院関係者に連絡することなく放置し、結局Vを死亡させたことについて、いかなる刑法上の罪が成立するかが問題となる。

まず、甲が乙による巡回を妨害するなどの積極的な行為に及んでいるので、甲の行為を不作为、作為のいずれととらえるのが問題となる。

不作为とする場合は、不作为による殺人罪又は保護責任者遺棄致死罪の成否が問題となる。両罪を区別する基準として、殺意の有無によるとする考え方、作為義務の程度によるとする考え方などがあるが、いずれの立場に立ったとしても、後述する殺意の有無など関連する事実を認定しつつ、事案への当てはめを行うことが求められる。

次に、不作为による殺人罪又は保護責任者遺棄致死罪の成否を検討する場合には、作為義務ないし保証人的地位の発生根拠（基礎付け事情）に関する考え方を示すことが必要となる。ところ、作為義務の発生根拠については、多元的に理解するのが一般であり、法令、契約及び条理のほか、先行行為、事実上の引受け、排他的支配領域性に求めるなどの様々な考え方があり、それらを踏まえて自らの見解を明らかにすることになる。

甲に対する作為義務の有無の検討においては、単に甲がVと夫婦関係にあり、民法上の扶助義務を負うことだけで足りるとするのではなく、甲が午後2時に乙の巡回（容体確認）を妨害したことなど、具体的事情を丁寧に拾いつつ、その事情が作為義務の発生根拠との関係でどのような意味を持つのか明らかにする必要がある。また、VがA病院に入院中の患者であり、Vに対する看護義務は第一次的には乙ら病院側にあることを踏まえ、どのような事情があれば甲に作為義務が認められるかを論ずることが肝要である。

甲に作為義務が認められるとしても、その作為義務の内容、作為可能性・容易性についても検討する必要があるほか、甲の不作为とVの死亡という結果との間の因果関係について、不作为犯の特殊性を踏まえつつ、事例に即して論ずることになる。

さらに、甲に対して不作为による殺人罪の成立を肯定するためには、殺意(故意)の検討が必要となる。甲は、Vの危険な状態を認識しながらも、Vの介護から解放されたいと思う一方で、長年連れ添ったVを失いたくないという複雑な気持ちを抱き、その間で感情が揺れ動いているので、結果の発生に対する認識・認容が必要とする認容説(判例)など自らの立場を明らかにしながら、具体的事例における当てはめを行うことになる。

殺意を認定する場合には、その成立時期についても留意する必要がある。なぜなら、殺人罪が成立するには、殺意が肯定されることに加え、作為義務の発生時期、救命可能性が認められる時期(午後2時20分まで)との関係も踏まえ、これらがすべて満たされる必要があるからである。

第2に、乙丙の罪責については、乙と丙が医師Bの処方したおりのE薬ではなくD薬を投

与した上、乙がBの指示どおりにVの容体確認をしなかったため、Vが死亡するに至っていることから、乙丙それぞれについて業務上過失致死罪の成否を検討することになる。

まず、前提として、業務上過失致死罪（刑法第211条第1項）の「業務」についての判例の理解を踏まえつつ、これを、看護師、薬剤師という乙、丙それぞれの仕事の特性を考慮しつつ当てはめを行うことになる。

次に、過失犯の理論について、事案の解決に必要な限度で簡潔に自らの考え方を明らかにした上、事例に即して、乙丙に課せられる具体的な注意義務の内容を特定する必要がある。特に、乙については、誤った薬の投与という行為だけでなく、医師Bに指示されたとおりの巡回を行わなかったことも認められるので、それぞれの行為について具体的な注意義務を検討すべきである。

その上で、問題文中の具体的事情を摘示しつつ、乙丙のVの死亡という結果に対する予見可能性や、結果回避可能性・結果回避義務違反について検討すべきである。

さらに、乙丙に対してV死亡の結果の責任を問うためには、乙丙の薬品の投与に係る過失行為の後に甲の（不作為による殺人行為又は保護責任者遺棄行為という）故意行為が介在している（丙の場合は、それに加えて乙の過失行為も介在している。）ことから、因果関係の有無が問題となる。因果関係については、相当因果関係説、最近の判例の立場とされる客観的帰属論的な考え方など見解は様々あるところ、自らのよって立つ考え方を明らかにした上、当てはめを行うことになる。その際、介在している甲の行為は、故意行為とはいえ、不作為であって、因果の流れに物理的に影響を及ぼしたとまでは言い難いという点をどのように評価するかがポイントとなろう。

最後に、こうした検討を経た上で、甲乙丙の罪数判断を示す必要がある。

なお、乙丙の関係については、過失犯の共同正犯を肯定する見解に立つ場合には、乙丙間に業務上過失致死罪の共同正犯が成立する余地があるが、その場合、乙と丙が共通の注意義務を負っているといえるかが問題となるほか、乙丙の各過失行為と結果との間に単独犯として因果関係がそれぞれ認められるとの結論に至った場合に、共同正犯を認める実益は何かという問題意識も必要となろう。乙丙間における信頼の原則の適用についても問題となり得るが、看護師、薬剤師のそれぞれに独立して適正な薬であることの確認が求められているような体制下で、同原則を適用することの相当性が認められるか否かを検討する必要がある。

論述においては、刑法解釈上の論点に関する判例・学説の基本的な事項についての正確な理解に基づき、複雑な事案を解きほぐしていくという分析作業を行うとともに、事案の解決に必要な範囲で論点に関する自らの見解とその論拠を簡潔に示すことが求められる。いわゆる論点主義に陥ることなく、具体的事案を虚心に分析、検討し、結論の妥当性も勘案しながら、事案に現れた事情を丁寧に拾い、その持つ意味を明らかにしていくという粘り強い論述が求められている。

〔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、適用能力及び論理的思考力を試すものである。

事例は、暴力団幹部らによるけん銃の組織的な密売事件を素材とし、設問1は、警察官が、暴力団A組幹部である被疑者甲がA組の組事務所であるアパート前公道上のごみ集積所に投棄したごみ袋や、自宅マンションのごみ集積所に投棄したごみ袋から発見したメモ片を持ち帰り復元する行為、さらに搜索差押許可状に基づいて差し押さえた携帯電話の消去されていたデータを復元・分析する行為について、その適法性を論じさせることにより、刑事訴訟法第221

条の定める遺留物の領置、同法第218条第1項の定める搜索、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。

刑事訴訟法第221条は、被疑者その他の者が遺留した物を令状なく領置することを認めているが、設問1の捜査①及び②では、本問のごみが遺留物といえるか、いえるとして捜査機関は何らの制限なくこれを領置することができるか問題となり、捜査③では、消去されたデータの復元・分析が搜索差押許可状の効力として許されるか、それとも新たな権利侵害に該当し別個の令状を必要とするか問題となるため、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。

法の文言解釈と事例への適用においては、同条における遺留物がなぜ令状なくして取得可能なのかという制度の趣旨に立ち返り、占有取得の過程に強制の要素が認められないからこそ令状を要しないとされている遺留物とは、遺失物より広い概念であり、自己の意思によらず占有を喪失した場合に限られず、自己の意思によって占有を放棄し、離脱させた物も含むなどと定義した上で、具体的事例の捜査①及び②のいずれについても、投棄されたごみが遺留物に該当するか否かをまず検討し、その上で、当該ごみが遺留物に該当するとしても、排出者がごみを排出する場合における「通常、そのまま収集されて他人にその内容を見られることはないという期待」がプライバシー権として権利性を有するか否かを検討し、さらに、同権利性が認められるとしても、本件事例においてなお要保護性が認められるか否かを論ずるべきである。

こうした法解釈の枠組みの中で、本件事例の具体的状況下におけるごみの領置の必要性及び相当性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、分析しながら論ずべきである。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ものではなく、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、捜査①については、けん銃密売事件という重大犯罪でありながら組織的に、かつ、巧妙な手段により行われていたため通常の見方では摘発が困難であったという捜査の必要性に加えて、ごみ袋が投棄されたのがだれもが通行する場所であったという具体的状況や、他者が拾うことも予想される公道上のごみ集積所から、甲がごみ袋を置いたのを現認した上で、同ごみ袋を持ち帰ったという手段の相当性を検討するべきであるし、捜査②については、ごみ集積所がマンション敷地内にあるが、管理者の同意なしに敷地内に立ち入る行為の法的意味をどのように評価すべきか、その際、そこは居住部分の建物棟とは少し離れた場所の倉庫内にあり、その出入口は施錠されておらず、だれでも出入りすることが可能であったという事実をどのように評価するか、その場所に投棄されたごみの遺留物性及びプライバシー権の要保護性の有無を、捜査①との違いを意識しながら検討して論じる必要があろう。また、捜査③では、消去されたデータの復元とは、消去によって可視性がなくなったデータを可視性がある状態にするものであり、元々のデータを破壊、改変等するものではないといった具体的事実の分析をし、その上で、令状裁判官の審査を経た当初の携帯電話に対する搜索差押許可状がどこまでの効力を持つものかという観点から論ずるべきである。

設問2は、被疑者甲と捜査協力者である乙及び丙女との会話を録音したICレコーダーや携帯電話を再生して反訳した捜査報告書について、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。さらに、その前提として、本問では、おとり捜査や秘密録音といった捜査手法がとられていることから、それらの適法性が捜査報告書の証拠能力に影響し得るため、併せてそれらの適法性についても問い、これらの捜査の適法性についての正確な理解と具体的事実への適用能力を試している。

まず、前提となる捜査の適法性については、おとり捜査の意義を定義し、おとり捜査一般の問題の所在や適法性の判断基準を示した上で、いわゆる機会提供型か犯意誘発型かというだけでなく、本件で当該捜査手法をとるべき必要性・補充性や働きかけ行為の相当性を考慮し、

設問で与えられた具体的事実を踏まえて、本件における乙を通じての被疑者甲へのけん銃譲渡の働きかけが適法であるか否か詳細に検討する必要がある。また、会話の一方当事者の同意がある場合における通話及び会話の秘密録音については、例えば、会話当事者の一方が録音に同意している場合には、その会話内容は相手方の支配下に置かれたものであり、会話の秘密性は放棄したものと評価され、要保護性は、通信傍受のような会話当事者のいずれの同意もない場合に比べて低下しており、任意捜査としてその適法性を判断するなど、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じた上で、録音①、②及び③のそれぞれの状況における具体的事実を踏まえて適法性を論ずるべきである。

これら前提となる捜査の適法性を論じた後、捜査報告書の証拠能力を検討することになるが、本問では、検察官が、「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間及び甲丙女間の会話の存在と内容」という立証趣旨を設定して本件捜査報告書の証拠調を請求したところ、弁護人は、これに不同意の意見を述べている。本件捜査報告書は、作成者である司法警察員KがICレコーダーや携帯電話の録音内容を聞いた上で、これを反訳したものであり、捜査官が五官の作用によって事物の存在及び状態を観察して認識する作用である検証の結果を記載した書面に類似した書面として、刑事訴訟法第321条第3項により、作成者Kが公判廷で真正に作成されたものであることを供述すれば証拠能力が付与されるという捜査報告書全体の性質をまずは論ずる必要があろう。

その上で、本件捜査報告書には、甲乙間及び甲丙女間の会話部分並びに乙によるその会話内容の説明部分が含まれていることから、これらの部分の証拠能力について、更に伝聞法則の適用があるか否かを要証事実との関係で検討する必要がある。要証事実を的確にとらえれば、甲乙間及び甲丙女間の会話部分については、会話内容が真実かどうかを立証するものではなく、甲乙間及び甲丙女間でそのような内容の会話がなされたこと自体を証明することに意味があり、会話の存在を立証するものであるから、この会話部分は伝聞証拠には該当しないとの理解が可能であろう。これに対して、乙による説明部分については、正に乙が知覚・記憶し、説明した会話の内容たる事実が要証事実となり、その真実性を証明しようとするものであるから、伝聞証拠に該当すると解した上で、伝聞例外を定める刑事訴訟法第321条第1項第3号によりその証拠能力の有無を検討することになる。同号の各要件については、乙の死亡や会話部分にはけん銃という言葉など聞き取れない部分があること、乙による説明は会話に引き続きなされており、その内容は直前の会話内容と整合するとともに、乙方でりんごの箱とともに発見されたけん銃2丁などの客観的状況とも整合するといった具体的事実を的確に当てはめ、その証拠能力を検討しなければならない。

いずれの設問についても、正確な法的知識を当然の前提としながら、法解釈論や要件を抽象的に論じるだけでなく、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。