

KULS ニュースレター No. 8

INDEX

- 平成21年度新司法試験論文式試験 ～刑事系科目刑事訴訟法分野
- 「憲法のアンテナ」を日頃から張っておくこと
- 九州大学への滞在型特別聴講制度スタート！ ～特別聴講生の声～

- 平成21年度新司法試験論文式試験 ●
- 刑事系科目・刑事訴訟法分野について —

すでに平成22年度の新司法試験が実施されているところ、平成21年度の出題について述べるのは、やや「季節外れ」の感もありますが、その後に法務省が公開した「採点実感に関する意見」や平成21年度後期に開講した「刑事訴訟法問題演習」での議論も踏まえて、刑事系第2問にあたる刑事訴訟法分野について、授業担当者としての所感をまとめてみたいと思います。

◇第2問 [設問1]

設問1は、令状による搜索差押えの現場において、①壁に書かれた文字の消しあと、②搜索を受けている会社に勤務するA名義の預金通帳で、甲野太郎の供述録取書の内容と一致する預金の動きが記載されているもの、③A名義の預金通帳で、水道代など個人的な用途での預金の動きのみが記載されているもの、④パスポート、名刺、はがき、印鑑を事務机に置いたものについ

て、それぞれ写真の札負いがなされた事案です。

公道などで容ぼうを撮影する場合については、任意捜査としての限界が論じられることとなりますが、本問のように、搜索差押えの際に、搜索現場に存在する物や書類を撮影する行為は、検証としての性質を持つものとして理解されます（最決平成22年6月27日刑集44巻4号385頁【百選35】）。なお、この判例は、平成21年度の「刑事法総合問題演習」、平成22年度の「刑事法総合問題演習B」で扱いました。これを前提にしつつ、搜索差押えに付随する処分として無令状での撮影が許される場合であるかどうかを、それぞれの撮影の具体的な態様を分析しながら個別に検討していくのが本問の主題です。

講義での検討、および、実際に受験した修了生の再現答案では、本件の撮影が許される場合の構成として、刑訴法222条が準用する111条1項の「必要な処分」にあたる人に見受けられました。有力な基本書にもこの立場で説明をするものがあります（上口・142頁）。ただ、本件の各撮影は、条文が例示する「解錠」のように搜索差押えの執行そのものに必要不可欠な処分ではなく、搜索差押えの対象となった証拠物の内容を記録する処分なので、搜索差押えそのものに「付随する処分」として構成するほうが一般的なようです（松尾・条解226頁）。

いずれにしても、本問では、一般的な論拠を掲げるのみで一刀両断的に写真撮影の許否を論じることにはできません。個々の撮影が搜索差押えとどのような関係にあるのか（撮影が付随性を有するかどうか）

●「憲法のアンテナ」を
日頃から張っておくこと●

みなさんは日々、将来の法曹目指して、「要件事実」と格闘し、「答練」にいそんでいることと思います。そういう勉強ももちろん大切ですが、憲法担当者からは「日頃から憲法（人権）感覚を養おう」とエールを送りたいと思います。

先日、表現の自由に関する重要な判決が2つ出されました。事案はほとんど似ていて、どちらも国家公務員（非管理職）が、平日に自分の指示する政党のビラ（機関誌の号外）を近所に配布し、国家公務員法102条（政治的活動の制限）違反で起訴されたという内容でした。しかし、同じ東京高裁（担当した裁判官は違います）にかかったのですが、3月29日判決は、国公法102条自体は違憲ではないが、この事例に適用する限りで憲法21条違憲として無罪としました。一方、5月14日判決は、国公法102条による規制は合憲であり、ビラ配布行為に対して、罰則規定を適用することは憲法21条1項、同31条などに違反しないとして有罪を言い渡しました。どちらも最高裁で争われることとなりますが、授業でもよく言及する1974年猿払事件最高裁判決が採用した判例が変更されることになるのか（私は「変更されない」と予測しますが）大きな関心がもたれます。

5月15日、ちょうど判決の翌日だったので、授業で「この事件について新聞記事を読んだ人は？」と聞いてみたら、残念なことに誰もいませんでした。

憲法裁判は、新聞記事でも大きく取り扱うことも多いので、憲法に関して日頃から新聞に目を通しておく、試験の答案を書く前提となる憲法（人権）感覚みたいなものを養うことにつながるのではないかと思います。

5月26日、「毎日新聞」の第2社会面にいわゆる「ベタ記事」（1段だけの簡単な記事）で「神社で市長祝辞「違憲」見直しか」という記事が載っていました。石川県白山神社奉賛会の発会式（宗教的儀式）で市長が祝辞を述べたことが政教分離原則に反するかが争点となった事件です。授業でも取り上げたのですが、高裁が違憲判断をしたので、最高裁の動向に注目していました。記事は、第一小法廷が7月8日に口頭弁論を開くことを決めたと伝えています。よく気がつく人なら、最高裁が口頭弁論を開くことが判決の上でどんな意味をもつのか知っているでしょう。私は大法廷に回付されて、ひょっとしたら3例目の違憲判決か（1例目は愛媛玉串料事件、2例目は空知太神社事件）と期待していたので、「あっ、そうか」と少し落胆しました。

小さな記事ですが、こんな記事からも憲法判例の動向がうかがえます。このように日頃から「憲法のアンテナ」をしっかりと張っておくことも、新司法試験に役立つでしょう。

小栗 實（憲法）

を具体的に論じなければなりません（この点について、「採点実感に関する意見」は特に、「必要な処分」であるとして直ちに許容する答案を厳しく批判しています）。その際には、①撮影の対象が何であるか、②令状に記載された搜索差押えの目的物が何であるか、③本件の具体的な被疑事実がどのようなものかなどを、問題文および添付されている資料（搜索差押許可状、X

の供述録取書）の記載から抽出したうえで、それぞれの撮影行為について判断を加えていくこととなります。個々の撮影について、どのように論じるべきかは、紙幅の関係でここでは省略します。雑誌の別冊等に掲載された解説を参考にしてください（亀井・受験新報702号71頁、川崎・別冊法セミ111頁など。解説者によって結論が別れる部分もあります）。

〔設問1〕は、必ずしも複雑な法解釈の技術は必要とされていません。法科大学院を修了した者であれば、平成2年の最高裁決定が想起されるのは当然です。しかし、判例を単に「知っている」だけではなく、勝負はその先にあります。撮影のバリエーションに応じて、具体的な事実を適切に抽出することと、その具体的な事実が許容性の判断にどう結びついているのか、規範への「あてはめ」における論理的な構造をきちんと示す能力が問われています。判例の「判旨」だけを切り貼りしたような教材を暗記していても、そのような能力は身につけません。日頃の学修の中で、判決文の中から生の事案を正しく再現し、裁判所の具体的な判断構造を読み解いたうえで、その是非について踏み込んだ検討を行うことが不可欠だと思います（このことは、演習系科目への参加において、十分に意識してほしいです）。

◇第2問 〔設問2〕

設問2は、警察が作成した実況見分調書の証拠能力を問うものです。この実況見分では、被疑者の立会の下で、被疑者が供述した犯行状況の再現が行われていることから、その様子を記録した写真や被疑者の説明を記載した部分が、警察官が見分した内容を記載したものというよりは、被疑者の供述を録取したものとみるべきではないかの疑念が生じます。仮にそうだとすれば、刑訴法321条3項だけでなく、322条1項の要件も満たす必要があるため、被疑者の署名押印を欠いている本件調書の証拠能力は否定されることになります。

この論点については、警察署での①被害者による被害再現および②被疑者による犯行再現を内容とする書面の証拠能力が争われた最決平成17年9月27日刑集59巻7号753頁【H17重判刑訴7】があります。法科大学院を修了した者であれば必ず

知っている判例でしょう（本学でも各年度の「刑事訴訟法B」「刑事訴訟法問題演習」、さらには「刑事訴訟実務の基礎」でも必ず触れており、期末試験などにも出題しています）。そこで当然ながら、この判例の存在を前提として立論していくことになります。

ただ、平成17年判例の判旨をそのまま本問に適用して結論を導いてよいかどうかは、慎重に検討しなければなりません。平成17年判例は、犯行再現と被害再現を内容とする各調書について、検察官が立証趣旨を「被害再現状況」「犯行再現状況」として証拠調べ請求した事案です。最高裁はこれに対して、そのような立証趣旨を掲げていても「実質的には」犯罪事実の存在が要証事実となると判断して、写真および立会人の説明部分を供述録取として評価し、被害者については321条1項3号、被疑者については322条1項の要件を満たすことを要求しました。これは、①実況見分の内容が、結局のところは被疑者や被害者の記憶を表現させたものでしかなく、その意味で供述と同じであること、②犯行を再現させたときの状況を立証しても、当該犯罪の立証活動としてはほとんど意味を持たないことから導かれた判断といえるでしょう。

これに対して、本問の実況見分は、単に被疑者に犯行状況を再現させてその内容を記録したものではなく、被疑者の供述のとおり犯行が可能であるかどうかを実験によって明らかにしようとするものです。また本問の検察官の立証趣旨は、被疑者が犯行を再現したときの状況ではなく「被告人が犯行を行うことが可能であること」です。本問の事案を証明するうえで、そのような立証趣旨によって当該実況見分調書の証拠調べを行うことは無意味ではありません。この点で、平成17年判例と本問とでは「事案を異にする」といえるでしょう。平成17年判例についての最高

裁調査官による解説は、同判例の射程について「常に実質的な要証事実を吟味することが必要であるとしているわけではなく、前記のとおり、当事者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無意味になるような例外的な場合に、実質的な要証事実を考慮する必要がある」という趣旨と解される」（芹澤政治「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇・平成17年度』346頁）としています。この考え方によれば、本問では、刑訴法321条1項3号の要件のみを充足すれば証拠能力が肯定されることになるでしょう。

ただ、そのように結論づける場合であっても、平成17年判例の存在にまったく触れない立論は妥当ではありません。平成17年判例（あるいは、その考え方）の存在をきちんと示したうえで、事案の違いを指摘し、射程の外にあることを明らかにしたうえで、結論に至るべきです。

本問も、誰もが知っているような重要判例がある論点からの出題という意味で、一見すると極めてオーソドックスです。しかし、「あの判例だ！」と飛びついて、覚えてきた判旨を形式的にあてはめたのでは、高い評価は得られません。判例を当該事案の具体的な事実との関係で読み込みながら、その射程が及ぶ範囲についても検討する力が必要とされています。見た目とは裏腹に、応用力が問われる難易度の高い出題といえるでしょう。演習科目などでの学修指針としては、結局ここでも〔設問1〕で述べたのと同じことが当てはまるように思います。

中島 宏（刑事訴訟法）



●九州大学への 滞在型特別聴講制度がスタート●

平成22年度から、鹿児島大学法科大学院と九州大学法科大学院は、滞在型特別聴講制度をスタートさせました。これは、3年次（法学未修者コース）に在学する学生のうち、希望者で、かつ、一定の条件を満たした学生について、半年ないし1年間、相手の大学に滞在して科目を履修する制度です。

平成22年4月から、その第1期生として、鹿児島大学法科大学院の2名の学生が九州大学法科大学院に滞在して学修しています。

この2名は、九州大学法科大学院の学生と同じ条件で、九州大学法科大学院の3年次向け開講科目を履修します（所定の単位を取得したのち、単位互換によって鹿児島大学法科大学院を修了します）。

新たな制度の下で、より多様な人と交わりながら、法曹となるために必要な能力を磨くことが期待されます。

特別聴講生の声

～角田直隆（3年次在学学生・特別聴講生）

九大に来て約2カ月が経ち、ようやくこちらの学校生活にも慣れ毎日なんとかやっているところです。今回はこちらの学校生活について少し紹介させていただきます。

まず授業についてです。九大は1学年100人という大規模校ですが、総合演習は3クラスに分かれて双方向を重視した授業が行われており、大抵の授業で1回は教授から指名されて発言を求められます。授業後は、教授に質問する学生が先を競って列を作っており、授業中はもちろん、その他のときも緊張感があふれています。なお、授業以外の事項についてはメールでの質問が原則になっています。

多数の学生と切磋琢磨する良さと、鹿大の少人数教育の良さの両方を実感しています。

続いてゼミについてですが、さすが大規模校だけあって、ゼミ活動は活発で、いつもゼミ室の予約はいっぱいです。下級生のゼミもちろほら見られ、意識の高さがうかがわれます。

また、支援会ゼミなるものがあり、合格者や優秀な先輩から勉強を教わるチャンスに恵まれており、掲示板の活用などで情報も豊富で、学年を超えた縦のつながりが感じられるのが九大の特徴だと思います。

こうした環境の中で、法曹となるための力をしっかり身につけていくつもりです。お互いに頑張りましょう。