

慶應義塾大学大学院法務研究科（法科大学院）

2025 年度入学試験（2024 年実施） 法学既修者コース 法律科目試験 出題趣旨

【憲法】

本問は、公共施設における表現の自由の保障について問う問題である。本問の特徴は、二つの異なった公共施設（市民会館の大集会室と広場）の利用に関して、憲法改正反対派の運動団体の使用許可申請に対して下された二つの不許可処分という具体的な事例について検討を求めるところにある。特に大集会室については、「公の秩序をみだすおそれがある場合」には許可を与えてはならない、とする規定の適用のあり方について憲法の立場から論ずることが求められている。

本問に解答するにあたっては、まず、集会の自由の憲法上の位置づけについて明確に論ずる必要がある。これについては、成田新法事件・最高裁判決の「現代民主主義社会においては、集会は、国民が様々な意見や情報等に接することにより自己の思想や人格を形成、発展させ、また、相互に意見や情報等を伝達、交流する場として必要であり、さらに、対外的に意見を表明するための有効な手段であるから、憲法 21 条 1 項の保障する集会の自由は、民主主義社会における重要な基本的人権の一つとして特に尊重されなければならないものである。」が参照に値する。

次に、二つの公共施設の位置づけについて、当該施設の名称・構造・これまでの利用のあり方等を考慮しつつ、いわゆるパブリック・フォーラム論や地方自治法 244 条との関連も意識ながら論ずることが求められる。

そして、下された二つの不許可処分について、C 条例 5 条の「これらの施設において、旗、のぼり、プラカード、立て看板を持ち込む行為を禁止」する、と同 6 条の「特定の政策、主義又は意見に賛成し、又は反対する目的で集会を行うことを禁止」する、という二つの禁止規定に施設の性質との関係で批判的な検討を加えつつ、その適用の是非が問われる。

本問に解答する際に大きな指針を与えるのが、表現の自由に関する基本判例の一つである泉佐野市民会館事件・最高裁判決であることは、いうまでもない。同判決は、「本件会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本件会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべき」とした。この趣旨から、市長の記者会見の内容が批判的に検討される必要があろう。また、最近の金沢市役所前広場事件・最高裁判決の法廷意見と宇賀克也反対意見を比較すると、本問に対する解答

に大きな示唆を与えるであろう。

本問で問われる能力は、集会の自由の重要性と泉佐野市民会館事件・最高裁判決の論理とを正確に理解し、その上で本問の設例の特質を的確に把握し、そこにおいて憲法論を展開する応用能力にほかならない。

## 【民法】

### 設問 1

C は、乙債権を差し押さえて、同債権を取り立てることができる（民執 155 条 1 項）。これに対して、B は、乙債権が D に帰属する旨を反論できる。すなわち、将来 6 年にわたる A から B に対する乙債権の譲渡は、賃料がいまだ発生していなくても、特定性があるため、有効に行うことができる（446 条の 6 第 1 項：最判平成 11 年 1 月 29 日民集 53 卷 1 号 151 頁）。この乙債権の A から D への譲渡は、確定日付ある証書による譲渡通知があるため、第三者対抗要件を満たすが（467 条 2 項）、他方で、C の差押命令は、第三債務者である B に送達された時点で効力を生じる（民執 145 条 5 項）。そのため、差押命令の送達時（平成 6 年 2 月 10 日）と B への譲渡通知の到達時（同年 2 月 8 日）の先後により、D への債権譲渡が優先する。

この B の反論に対して、C は、乙債権の D への帰属を否定すべく再反論する。すなわち、まず、上記平成 11 年判決は、「特段の事情」があれば譲渡契約は公序良俗に反する余地を認めるため、その特段の事情に当たる本問の事情を取り上げて無効である旨再反論する余地がある。あるいは、C は、C の A に対する貸金債権を被保全債権として、A から D への乙債権の譲渡を詐害行為として取消請求する旨の再反論をすることも考えられる。いずれの場合にも、本問で注意すべきは、A が債権者を害することを知って乙債権を D に譲渡したこと（執行免脱意図）、D も A の意図を十分承知していたこと、A が乙債権の譲渡によって無資力となること（E のための建物・敷地への抵当権設定と C による差押えの事情）（424 条 1 項）、賃料の A へのキックバック合意が廉価での乙債権譲渡を推察させることなどである。

### 設問 2

C の請求に対して、B が、乙債権の基礎となる A・B 間の賃貸借契約自体は、甲建物の A から B への譲渡によって、賃貸人の地位も A から B に承継されるため（605 条の 2 第 1 項）、当然に消滅すると反論するなら、賃貸借契約に基づいて発生する債権・債務の混同を論じる余地はない（最判平成 24 年 9 月 4 日裁集民 241 号 63 頁）。

これに対して、C は、再反論として、乙賃料債権が発生しないと B が主張することが信義則上許されない場合（上記平成 24 年判決参照）に該当する旨を主張するか、あるいは、甲建物の A から B への譲渡を詐害行為として取消請求をする旨主張する余地がある。ただし、後者の場合には相当価格での譲渡であることに注意が必要である（424 条の 2 参照）。

### 設問 3

A・B・Fの三者間でする乙債権と丙債権の相殺についての合意は当該三者間では有効であるが、当該合意をBがCに対して主張することができるかが問題となる。仮に、関係当事者の範囲が明確にされて、三者間合意が取引通念上広く認められるなら、三者間相殺合意は有効とする余地があろう（最判平成28年7月8日民集70巻6号1611頁における千葉勝美裁判官の補足意見参照）。あるいは、二者間相殺関係に再構成するなら、①乙債権の消滅構成（第三者弁済・債務免除・免責的債務引受け）、②丙債権の処分構成（債権譲渡：最判平成7年7月18日裁集民176号415頁）、③乙債権の処分構成（代物弁済、債権質、債権譲渡担保）などによって、三者間相殺合意の対外効を検討することが想定されよう。

## 【刑法】

### 問題 1

共謀共同正犯と狭義の共犯の区別および共犯の錯誤に関する理解を主に問うものである。

まず、実行犯である甲に強盗罪（刑法 236 条 1 項）が成立することを、事実を同罪の要件にあてはめる形で、端的に確認する必要がある。

次に、甲から金策を相談されて A 宅での窃盗を提案するなどした乙および見張りなどを担った丙の各罪責を検討することとなるが、その際には、共同正犯の成立要件に関する理解に基づき、とりわけ各人の正犯性につき、関連する事実を抽出・評価して、結論を導く必要がある。乙は、(教唆にとどまらず) 共謀共同正犯にあたると考えられるが、丙については、事例の途中での状況の変化なども踏まえて、共謀共同正犯か幫助か、評価が分かれる余地もあり、より丁寧な検討が求められる。また、乙は甲に窃盗を提案し、丙も甲から窃盗と聞いて関与しているが、甲が実行したのは強盗であるところ、いわゆる共犯の錯誤に関する理解に基づき、乙・丙が罪責を負う範囲について検討する必要がある。

採点上は、基本的理解の不足により想定される結論を大きく外していないか、主要論点についての事実の抽出・評価が行き届いたものとなっているかなどが、評価を左右することとなった。

### 問題 2

窃盗罪の実行の着手、事後強盗罪および強盗致傷罪に関する理解を主に問うものである。

まず、甲は A 宅に侵入し、現金を盗むために箆筭に近寄ろうとしているところ、実行の着手の判断基準に関する理解に基づき、着手時期を示しつつ、窃盗未遂罪（243 条、235 条）の成立を確認する必要がある（関連判例として、最決昭和 40・3・9 刑集 19 巻 2 号 69 頁）。

次に、窃盗未遂犯人である甲は、A の帰宅に気づいて屋根裏部屋に逃げ込み、窃盗着手から約 2 時間後に警察官 B に発見された際、果物ナイフを示して脅迫するなどしているところ、事後強盗罪（238 条）の要件を順次認定していく必要がある。とりわけ、①反抗を抑圧する程度の「暴行又は脅迫」がなされたことや②窃盗の機会が継続中であったことの認定は、関連事実の抽出・評価により行うことを要する。②については、最決平成 14・2・14 刑集 56 巻 2 号 86 頁を踏まえた論述が望まれる。

その上で、事後強盗（未遂）犯人として「強盗」である甲が A を負傷させたものとし

て、強盗致傷罪（240 条前段）が成立しないかが問題となるところ、その検討にあたっては、原因行為となる甲の行為の的確な特定および B がナイフを A に投げ渡そうとした介在行為などを経由して生じた致傷結果との因果関係の検討が求められる。

なお、警察官 B に対する脅迫や暴行は、公務執行妨害罪（95 条 1 項）も構成する。

採点上は、基本的理解の不足により検討の筋道が大きく外れてしまっていないか、事後強盗罪や強盗致傷罪の要件（特に、条文の解釈により導かれる要件や不文の要件）の理解が十分であるかなどが、評価を左右することとなった。

## 【商法】

本問は、新株発行の効力発生前において、これをやめさせる方法及びその理由等を問うものである。

本件新株発行をやめさせる方法としては、会社法 210 条に基づく差止請求をすることが考えられるところ、かかる請求をするためには、会社法 210 条所定の差止事由（法令・定款違反（同条 1 号）または著しく不公正な方法による発行（同条 2 号））が認められるとともに、株主が不利益を受けるおそれ（同条柱書）も認められることが必要であるので、それらの点を検討することになる。

まず本件新株発行の差止事由に関しては、①有利発行であるにもかかわらず株主総会の特別決議を欠くため、そのことが法令違反に当たること、および、②著しく不公正な方法による発行（不公正発行）に当たることについて検討することが求められる。

このうち前記①の点については、甲社は非上場会社であるが公開会社であるので、新株発行に係る募集事項につき、原則として、取締役会の決議によって決定できるものの（会社法 199 条 2 項、201 条 1 項）、有利発行の場合には株主総会の特別決議によって決定しなければならないこと（会社法 199 条 2 項・3 項、201 条 1 項、309 条 2 項 5 号）を説明した上で、有利発行の意義を示しつつ、本件新株発行が有利発行に当たるか否かを検討することが求められる。一般に、既存株主の経済的利益を不当に害しない、公正な払込金額を特に下回る払込金額を定める場合は有利発行に該当すると解されているところ、甲社の株式の評価額はどのような算出方法によっても 1 株当たり 50 万円程度であったのに対し、払込金額は 50 万円を大きく下回る 20 万円と定められているため【事実 6】、本件新株発行は有利発行に該当すると解される。そして、上記のとおり、公開会社であっても、有利発行の場合は株主総会の特別決議によって募集事項を決定することが必要であるにもかかわらず、本問において、甲社は、本件新株発行について株主総会の特別決議を行っていないため、そのことが差止事由である法令違反（会社法 210 条 1 号）となる。

他方、前記②の点については、不公正発行の判断基準を説明した上で、本件新株発行が不公正発行に当たるか否かを検討することが求められる。一般に、新株発行の主要な目的が不当な目的である場合は不公正発行に当たるところ、支配権の維持・争奪は不当な目的であるとされる一方、資金調達は正当な目的であるとされている。本問における D は、生成 AI の開発責任者である自分が甲社の経営を支配するために【事実 6】、本件新株発行を行っており、その結果、発行済株式総数の 40%（5 株/50 株→30 株/75 株、20 株を保有する A と合わせて 2/3 以上である約 73%）を取得することになる一方で、甲社には資金調達の必要性は特段認められないので、本件新株発行は不公正発行であると評価することが

できる。

最後に、株主が不利益を受けるおそれが認められるか否かについて検討する必要がある。上記内容の法令違反を差止事由とする場合には、有利発行である本件新株発行によって株主の経済的利益が損なわれるという観点から、株主が不利益を受けるおそれを検討することになり、他方、不公正発行を差止事由とする場合には、株主の支配的利益（持株比率の維持に係る利益）が損なわれるという観点から、株主が不利益を受けるおそれを検討することになるであろう。

## 【民事訴訟法】

### 問 1

通常共同訴訟における当事者の主張に関する理解を問う問題である。設問の前半については、裁判上の自白に関して、意義、成立要件を論じつつ、自白の対象となる事実是何か、過失を要件とする場合の主要事実は何かについて、各自の立場を明らかにしつつ、本件陳述が裁判上の自白となるかについて結論を導くことが求められる。裁判上の自白の成立を肯定する場合は、その裁判所に対する拘束力の内容を述べることが期待される。

設問後半については、本件訴訟（通常共同訴訟）において共同訴訟人独立の原則が妥当することから、仮に X2 の本件陳述に自白が成立したとしても、X1 は当該自白に拘束されないため、本件陳述は X1 にとって意味をもたないという結論を導くことが期待される。

### 問 2

控訴の利益および明示的一部請求の訴訟物に関する理解を問う問題である。控訴の利益が問題となることを指摘の上、形式的不服説に言及しつつ、控訴の利益に関する各自の立場を明らかにすることが求められる。

損害賠償請求権の各損害費目を明示する明示的一部請求であることを指摘しつつ、この場合の訴訟物は何かを検討し、上記各自の立場から一定の結論を示すことが期待される。形式的不服説を支持し、かつ明示した一部が訴訟物であるとする見解を支持する場合であっても、例外的に控訴の利益を認めるべき場合があることを具体例とともに示すことが求められる。

本問の事案について、費目限定型明示的一部請求の全部認容判決後の残部請求の可否について、既判力や信義則の観点から結論を導き、例外的に控訴の利益を認めるべき場合を認める理由に鑑みて、控訴の利益の有無について論理的に結論を導くことが求められる。

## 【刑事訴訟法】

【設問】は、【事例】を素材としつつ、実況見分調書の証拠能力について問うことにより、伝聞法則及びその例外に関する基本的事項について正確に理解したうえで、同調書が使用される場面で生起し得る問題を適切に解決する力を有しているか、確認するものである。

なお、本問は、最決平成 27 年 2 月 2 日（判時 2257 号 109 頁、平成 27 年度重要判例解説・刑事訴訟法 5 事件）を素材とするが、決して同決定に関する知識を要求するものではない。

実務法曹には、時に難しい法律問題を含む事案を解決に導くことが求められるが、日常的に生起する事件を円滑に解決する能力を持っていることが前提となる。本問は、実況見分調書は通常どのように用いられる書面か、についての理解を問うものである。

## 【問い 1】

刑事訴訟法（以下、省略する。）320 条 1 項は、「公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない。」と規定する。この規定により証拠能力を否定される証拠は伝聞証拠と呼ばれる。

この伝聞証拠を証拠から排斥する理由については、証人審問権（憲法 37 条 2 項前段）や直接主義の要請との関係に焦点を当てて説明することも可能であるが、次のような説明が一般的であろう。

伝聞証拠は、書面の記載であれ、口頭の供述であれ、人のことばによって表された事柄を証拠として用いる供述証拠である。供述証拠は、知覚、記憶、表現（真摯性）、叙述という人の供述過程をたどって、法廷に到達するが、人の供述過程には、それぞれ、見間違い、記憶の混同、うそ、言い間違いなどの誤りが介在するおそれが存在するため、公判廷における証人尋問の手続では、宣誓と偽証罪の制裁の予告の下、供述者に対して反対尋問を行い、事実認定者である裁判所が供述者の供述態度を観察することにより、その供述の信用性を吟味することが予定されている。

これに対して、書面の記載又は公判期日外における他の者の供述（原供述）については、原供述と同時的に、上記のような方法による信用性の吟味を行うことができないため、その供述過程に誤りが介在するおそれが解消されない。

このような誤りを含むおそれのある供述証拠が原則として証拠から排斥されるのは、これを無条件に証拠とすることを許すと、事実認定を誤らせるおそれがあるからである。

もっとも、供述過程に介在する誤りの問題が顕在化するのには、書面や、原供述を含む口頭の供述を、その内容どおりの事実が存在することを立証するために用いる場合である。供述内容どおりの事実が存在することを立証するには、知覚、記憶を経て表現、叙述に至る各過程に誤りがないか、点検を経ていることが前提となるからである。これに対し、原供述が存在すること自体を立証するために用いる場合には、伝聞証拠排斥の理由は妥当しない。原供述の存在を立証するのに、原供述者が体験したとする事実が本当に存在するかどうかは意味を持たないため、原供述者の供述過程に誤りが含まれるおそれを問題とする必要がないからである。

なお、答案では、「人の供述過程には誤りが含まれるおそれがある」から、「要証事実との関係で供述内容の真実性を証明するために用いるときに、伝聞証拠に該当する。」という記述が見られたが、当該供述を供述内容の真実性を証明するために用いることと、供述過程の誤りのおそれとがどう結びつくのかについて説明することができるか、各自確認されたい。

## 【問い 2】

捜査機関が実施した実況見分の結果を記載した書面（実況見分調書）は、実況見分当時に同調書の作成者が体験した事実を記録した書面（作成者の供述書）であり、公判手続において、書面に記載された内容どおりの事実が存在することを立証するために用いられる場合には、【問い 1】で論じたところによれば、伝聞証拠に該当する。

伝聞証拠は原則として証拠能力を否定される（320 条 1 項）が、刑事訴訟法が規定する種類の書面又は供述に該当し、所定の要件を満たす場合には、例外的に証拠能力が認められる（伝聞例外）。

この点、実況見分調書について、伝聞例外に該当する旨を明示する規定はないが、捜査機関による検証については、その結果を記載した書面（検証調書）が伝聞例外の一つとされ、「その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したとき」（いわゆる真正立証。作成名義の真正や正確に記述した旨の供述を得るだけでなく、調書の内容にわたり実質的な反対尋問を受けたこと、を意味する）には、証拠とすることができると規定されている（321 条 3 項）。

これは、伝聞例外とされる供述に証拠能力を認める要件（ないし伝聞例外の体系）に関する議論の出発点となる 321 条 1 項 3 号（供述不能、不可欠性及び信用性の情況的保障）に比べて緩やかなものである。実況見分調書について、それが 321 条 3 項所定の書面に含

まれるとして、同項の規定する要件で証拠能力を認めるには、検証調書について相対的に緩やかな要件が規定される理由と同等の事情が存在することが求められよう。

検証調書について相対的に緩やかな要件で証拠能力が認められる理由は、一般に、次のように整理されている。

- ① 検証は、五官の作用によって場所・物・人体等の存否、性質、状態、内容等を認識して証拠化し保全することを目的として実施され、検証という採証活動の性質が、場所・物等の状態に対する意識的・客観的認識であること
- ② このような検証の結果の記載・書面化は、業務としての正確性をもって行われること
- ③ 検証の結果は、口頭による報告・供述より書面による報告の方が一般に正確性が確保される性質を有すること

人の五官の作用により対象の存否等を認識する処分が検証であるのに対し、これと同様の内容を、対象者の同意を得るなどして任意処分として実施するのが実況見分である。

両者は強制処分か任意処分かという違いはあるが、検証調書の証拠能力との関係で指摘される、上記①から③までの理由は、実況見分についても妥当するといって差し支えない（令状に基づく強制処分であるからといって、検証調書の方が、観察や記録の精確さや慎重さの点で、有意に優っているわけではないとされる）。

そうだとすると、実況見分調書についても 321 条 3 項と同様の要件の下、伝聞例外として証拠能力を認めることが許されることとなろう。

最判昭和 35・9・8（刑集 14 卷 11 号 1437 頁）も、実況見分調書が 321 条 3 項所定の書面に包含されるとの判断を示しており、実務にはこの取扱いが定着している。

なお、答案では、「実況見分と検証の違いは捜査法上のものであり、証拠法上は大きな差がない」旨の記述が散見されたが、実況見分と検証との間で、捜査法上何が異なり、それが各調書の証拠法上の取扱いに影響するのか、仮にしないとすればいかなる理由によるか、具体的に示すことが必要であろう。

### 【問い 3】

【別紙 1】及び【別紙 2】が添付された、本件実況見分調書の証拠能力について検討するに当たっては、概要、以下の（１）（２）のような検討が必要となろう。

（１）本件実況見分調書の伝聞証拠該当性及び 321 条 3 項書面該当性

本件実況見分調書は、令和5年9月2日午後、司法警察員Lらが、臨海公園で、H港港湾事務所の普通乗用自動車を使って実施した、立会人Vらによる犯行ないし被害の再現の状況を記録した書面である。

本件では、Xによる犯行可能性が争点となっており、検察官Pは、犯行ないし被害の再現状況から、本件犯行が被告人に可能であったことを立証しようとしている。そこでは、本件調書の記載（作成者Lの供述）は、その存在にとどまらず、その記載どおりの事実（実況見分当時、自動車の運転席の窓に約15センチメートルの隙間が空いていた事実、及びその隙間から差し入れられた犯人役の人物の右腕がVの着衣を鷲づかみにすることができた事実）が存在したことを推認するために用いられる。Lが見聞したとする、臨海公園における被害の再現状況は、本件調書の記載から、Lの供述過程を遡って推認されることとなるから、Lの供述過程に存在するかもしれない知覚、記憶等の誤りが事実認定を誤らせる可能性がある。

したがって、【問い1】で論じた伝聞証拠の意義に照らすと、本件調書はその記載を被害の再現状況を推認するために用いるとき、伝聞証拠に該当する。

もっとも、【問い2】で論じたように、実況見分調書が321条3項所定の書面に含まれることを前提とすれば、同項の要求する真正立証（作成者Lに対する証人尋問）を行うことにより、本件調書は伝聞例外として証拠とすることができる（なお、326条の同意は得られていない）。

## （2）【別紙1】【別紙2】の写真とその説明

本件調書において犯行可能性を立証するうえで中核となるのは、調書に添付された【別紙1】【別紙2】の写真とその説明である。写真は、その撮影、現像等の記録の過程が機械的操作によってなされ（最決平成17・9・27刑集59巻7号753頁参照）、人の供述過程のような誤りのおそれを含まない（撮影者の供述過程とも関わりがない）ことから、供述証拠ではないと理解されている（最決昭和59・12・21刑集38巻12号3071頁参照）。そのため、撮影者の証人尋問などを通じた点検を経なくても、写真に写っている事実が存在していたことの推認に供することができるとされる。

もっとも、【別紙1】【別紙2】の写真だけを見せられても、そこに何の場面が写っているのかはわからない（関連性が認められない）。写真について、「事件との関連性」が、証拠能力を認めるための要件とされるのはそのためである（前出最決昭和59・12・21参照）。

本件では、事件との関連性は、写真の説明によって示される。ただ、その説明には、V

の供述が含まれており、仮にそれをVの供述内容どおりの事実を推認するために用いるのであれば、321条3項（Vの供述が存在したかどうかには、Lの供述過程の誤りが影響する）に加えて、321条1項3号の要件を満たす必要を生じる。

しかしながら、本件では、Vの供述は、それを契機として実況見分を実施した（例えば、Vが自動車の窓がこれくらい開いていたと言ったので、その隙間を測った）ことを示すために用いられるから、被害ときにVの供述内容どおりの事実が存在したかどうかはここでは問題とする必要がない（本件調書は、そこに記載されたのと同じ内容のVの供述の真偽がVの証人尋問によって点検されることを前提にして、裁判官の心証形成を容易にする手段として、Vの証言内容一人や物の位置関係、距離などを視覚的に明確にするために用いられるものである。Vの証言がある以上、重ねて、本件調書を使って犯罪事実そのものを立証する必要はないし、公判供述があるのにあえて書面を用いる理由もない）。

なお、例えば、被害再現に当たり、被害時と異なる型式の車両を用いる、運転席側の窓を全開にする、大柄で腕の長い人物を犯人役にする、などの条件の下で実況見分を実施した場合には、運転席の窓から差し入れた犯人役の人物の右腕がVの着衣に届いたとしても、そのことは、被告人が本件犯行をすることができるかどうかを推認するうえで意味を持たない。実況見分の結果に事件との関連性があるといえるには、実況見分が被害当時と同様の条件の下で実施されていることが必要である。本件では、調書本体（5 見分の経過）に明記された条件の下で再現が実施されているので、この点に関する問題も生じない。

結局、本件実況見分調書は、【別紙1】【別紙2】の写真（非供述証拠）及びその説明（Lが実況見分の際に聞いたVの発言の記載）も含めて、321条3項所定の要件を満たすことにより、本件犯行が可能であったことを立証するために用いることができる（321条1項3号の適用は問題とならない）。

なお、答案では、本件実況見分調書に係る立証趣旨を「被害当時の状況」と解釈すべきだとするものが多かった。被害状況等の再現結果を記録した実況見分調書の証拠能力について、前出最決平成17・9・27の事案では、検察官が設定した「立証趣旨が『被害再現状況』〔等〕とされていても、再現されたとおりの犯罪事実の存在が要証事実になる」との判断が示されていることに影響されたものとも想像される。

学習上、同決定の理論構成を理解することは重要であるが、裁判所が、当事者である検察官が設定した立証趣旨を読み替える必要が生じるのは、例えば、実況見分調書の記載を被害当時の状況を立証するために用いると考えなければ、当該調書の取調べを請求する意

味がない＝検察官が設定した立証趣旨に合理性がない場合であって、それが当事者主義的訴訟構造の下では例外的な事態であることは、議論の前提として押さえておくべきであろう。

この点、本問のように、犯行可能性が争点となっている事案において、犯罪事実の立証自体は、被害者の証言などによって行ったうえで、被害再現の現場にいなかった裁判官に対して、再現の状況を、図表や写真をも用いて書面としてまとめ、視覚情報に変換することを通じて、もっぱら口頭での説明（公判供述＝聴覚情報）による場合に比べて、正確に、そしてわかりやすく伝わるようにする、というのは、実況見分調書の一般的な使い方である。そして、その調書が立証趣旨を犯行可能性などとして立証に供せられる場合、立会人となった被害者らの指示は、当該実況見分を実施する契機を与えたことばとして評価されるにとどまり、被害当時の状況を立証するための供述として用いることは想定されていない（供述録取書と異なり、原供述者たる立会人の署名押印もないのが通常である）。

被害再現等に関する実況見分調書の使い方については、前出最決平成 17・9・27 のような実例もあるため、伝聞法則の潜脱が生じないよう留意する必要があるものの、「再現実況見分調書の証拠能力⇒立証趣旨の読み替え」と速断するのではなく、上述した同調書の通常の用い方を踏まえ、事案に即した慎重な検討を望みたい。

その前提として、検察官の設定した立証趣旨の合理性を判定することができるようになるには、実況見分調書の一般的な使い方を基礎付ける説明を、腑に落ちるまで、一度しっかり読んでみる（教員にきいてみる）ことが有効であろう。そうした学習体験が、回り道のように見えて、応用のきく理解につながる早道でもあると考える。