

【 憲 法 】

外国人の公務就任権についての出題である。素材は、保健婦（事件当時の名称。現在は「保健師」。）として東京都に採用されていた特別永住者が管理職選考試験の受験を拒否された、東京都管理職選考受験資格確認等請求事件最高裁判決（最大判平成17・1・26、民集59・1・128。以下、「本判決」という。）であり、基本的な判例であるが、人権の享有主体、国民主権、具体的人権の内容と審査基準など幅広い論点に係る出題となっている。

まず、外国人の人権享有主体性の問題を、権利性質説を示した昭和53年のマクリン事件大法廷判決の内容を示して説明してほしい。その上で、公務就任権をどのような権利ととらえるかが問題となる。公務就任権について、参政権的側面に着目すれば、国民主権に照らし、公権力の行使や公の意思形成への参画との関係からくる制約を論じることになる。

判例として取り上げるべき本判決（多数意見）は、管理職試験合格者は「公権力行使等地方公務員」の職になりうることから、1条、15条1項の国民主権の観点より原則として日本国民が就任することが想定されているとし、いわゆる一体的な管理職任用制度による人事の適正な運用という目的には合理的理由があり、国籍を理由とする外国人の管理職昇任を一律に排除するという手段についても14条1項に違反しないとの結論を導いた。

これに対し、本判決の少数意見として、滝井裁判官の反対意見では、実質的関連性の審査基準から、泉裁判官の反対意見では、厳格な合理性の審査基準からそれぞれ14条1項違反を導いており、私見を構成する上では、これらをどう扱うかがポイントとなろう。また、一般職の公務員への公務就任権につき、現在の学説は、職業選択の自由（22条1項）の問題と解するのが多数となっていること、本判決の高裁判決もこの観点を加味して、本件のような「間接的に国の統治作用に係る公務員」については、国民主権原理に照らし、統治作用への関わりの程度の強弱なども考慮して就任の可否を区別する必要があるとして14条1項、22条1項違反を導いていることも参考になろう。

以 上

【 民 法 】

出題の趣旨

問題1は、使用者責任の成立について聞くとともに、被害者が幼児である場合に過失相殺をする際に事理弁識能力が要求されること、保育士に関し被害者側の過失の可否を規範を示しつつ、判例に照らしてどのような結論になるかを問うたものである。

問題2は、法定地上権の成否について、最判平成19年7月6日民集61巻5号1940頁、最判平成2年1月22日民集44巻1号314頁の各判例法理に照らして主張や反論を組み立てること、その当否について問うたものである。

解答の指針

問題1

小問1 C‘らは、Cの地位を相続したことを理由に、Aに対して使用者責任に基づく6000万円の損害賠償を請求することが考えられる。このための要件は、(1)相続の発生、(2)使用者責任である。

(1)相続については、本件事故によりCは死亡したので、C‘らは、Cを相続している(889条)。

(2)使用者責任の要件は、①被用者の不法行為、②使用関係、③被用者の不法行為が事業の執行につき行われたことである(715条)。Bは、運転中の不注意により、本件事故を起こし、Cを死亡させ、6000万円の損害を発生させた(①充足)。Bは、Aの従業員である(②充足)。BはAの営業車を運転中に本件事故を起こしたから事業の執行に当たる(③充足)。したがって、C‘らは、Aに対してCに生じた6000万円の損害賠償を請求する。

小問2 Aは、使用者責任の要件を充足しないとして損害賠償責任を否定することが考えられる。

(1)③の事業執行性につき、本問でBは、友人とドライブ中に事故を起こしており、工作中的事故ではない以上、事業執行性が身と認められないと主張する。

(2)④本問で、Bは、営業車の私用を禁じており、嚴重に自動車のキーを管理していたから、監督義務者の責任を果たしており、免責事由が認められると主張する。

小問3 Aは過失相殺を主張して損害賠償額の減額を主張することが考えられる。

(1)Cには、本件事故の発生につき3割の寄与があるから、過失相殺が認められ

るべきであると主張することが考えられる。

(2) Dは、Cの監督者であって、Cにも1割の過失がある以上、被害者側の過失として過失相殺が認められるべきであると主張することが考えられる。

小問4 まず、Aの損害賠償責任を否定するような事情が認められるかに関して、小問2(1)の事業執行性につき、判例によれば、かかる場面では、行為の外形に照らして判断されている。本問で、Bは、営業車の運転中本件事故を起こしており、判例によれば、かかる場面では、事業執行性が認められている。

小問2(2)については、確かに、Aは、社内規則で営業車の私用を禁じ、キーを厳重に管理していたかもしれないが、本問で、Bは、それにもかかわらず営業車を私用で運転しているから、十分に管理されていたとは言えない。

以上から、Aの損害賠償責任を否定する事実は認められず、Aには損害賠償責任があることになる。

では、損害賠償額の減額事由は認められるか。

小問3(1)のCの過失相殺については、過失相殺を行うためには、被害者に事理弁識能力が必要なところ、一般的に5、6歳の判断能力が該当するとされている。本問で、Cは3歳児であるから、事理弁識能力が認められず、Cの過失を斟酌することはできない。

小問3(2)のDの過失相殺は、被害者側の過失としてDの過失を斟酌することが認められるかであるが、判例によれば、被害者と身分上生活関係上一体の関係にある者の過失を被害者側の過失として斟酌することが認められている。しかし、Dは、Cの通っている保育園の保育士に過ぎず、Cと身分上生活関係上の一体性が認められないから、Dの過失を斟酌することは認められない。

以上によれば、Aは、Cの過失もDの過失も斟酌することは認められず、6000万円全額の支払いに応じなければならない。

問題2

小問1 Eの所有権に基づく返還請求としての、建物収去土地明渡請求に対し、Cは、法定地上権の成立を主張してEの請求を拒絶することが考えられる。法定地上権の成立要件は、①抵当権設定当時土地上に建物が存在すること、②土地及び土地上の建物が同一の所有者に属すること、③土地または(および)建物に抵当権が設定されたこと、④抵当権の実行により所有者を異にするに至ったことである。Cは、本件では、I 抵当権は、本件実行時に弁済によりすでに消滅していたから、抵当権設定時期は、II 抵当権を基準に考えるべきであり、この時、甲土地上に乙建物が存在していた(①充足)。II 抵当権設定当時甲土地および乙建物はCの所有であった(②充足)。甲土地および乙建物に共同抵当権が設定された(③充足)。抵当権の実行により土地はE所有となり、丙建物はCの物である(④)。以上から、要件を充足すると主張する。

小問2 Cの反論に対し、Eは、Ⅱ 抵当権は設定当時の第一順位の抵当権であるⅠ 抵当権を前提にして設定されているから、法定地上権の基準となるのはⅠ 抵当権であるとして、Ⅰ 抵当権設定時には、甲土地と乙建物は同一人の所有に帰属しており、法定地上権の負担のないものとして評価されており、それを前提とするⅡ 抵当権についても法定地上権は成立しないと再反論することが考えられる。

まず、本問で基準となるのは、Ⅰ 抵当権かⅡ 抵当権かについては、判例によれば、抵当権の実行により消滅する最先順位の抵当権を基準にすべきとされているから、Ⅱ 抵当権が基準となる。確かに、Ⅱ 抵当権設定当時のDの認識としては、仮にⅠ 抵当権が存続したままの状態でも目的土地が競売されたとすれば法定地上権は成立しないと予測していたとはいえる。しかし、抵当権は被担保債権の担保という目的の存する程度でのみ存続が予定されているものであり、第一抵当権が被担保債権の弁済等により消滅することがあることも当然予測して、その場合の順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益を考慮して担保余力を把握すべきであるからである。

したがって、Ⅱ 抵当権設定時には、甲土地と乙建物はCの所有に帰していた以上、法定地上権は成立することになり、Eの請求は認められない。

以 上

【 刑 法 】

出題の趣旨

甲及び乙の罪責の検討を通じて、恐喝罪、窃盗罪、占有離脱物横領罪といった主要な財産犯の成立要件や、間接正犯、共同正犯、教唆犯といった各関与形式の相違に関する知識と事案へのあてはめ能力を問うとともに、権利行使と恐喝、抽象的事実の錯誤、不能犯といった基本的な論点についての理解を問うものである。

採点基準

まず、甲は脅迫を用いて借金の返済を求めているところ、甲の請求が権利行使であることを踏まえて、恐喝未遂罪の構成要件に該当するかどうかを論じる必要がある。また、構成要件該当性を認めるとしても、甲が適法な債権を有していたことを理由に、違法阻却の余地があるかどうかを論じてほしい。違法阻却の可否の検討に際しては、甲による請求が債権額の範囲内であり、何回電話をかけても乙が電話に出なかったという事情がある一方で、甲が乙宅に深夜突然押しかけており、脅迫の内容も、暴力団員である甲が、家族に危害を加えるという重大なものであったという具体的な事実に着目して、社会通念上一般に忍容すべき程度のものといえるかどうかを判断する必要がある。

乙については、Aに指示をしてハンドバッグを取ってこさせているところ、まず、乙のAに対する関与形式を明らかにする必要がある。Aは12歳の少女であるが、四国巡礼事件（最決昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁）の事案とは異なり、Aに対する継続的な虐待等の事実はないことから、安易にAの「道具」性を認めて、乙に間接正犯を認めないよう注意する必要がある。間接正犯が認められないとすれば、乙の関与形式は（共謀）共同正犯か、教唆犯が考えられるところ、両者の区別基準を意識しつつ、乙とAとの関係性、本件犯行に至った経緯や乙の動機等の具体的事情を踏まえ、いずれに当てはまるかを論じる必要がある。

乙らに成立する各則上の罪名の検討に際しては、まず、本件のハンドバッグが数時間前にDにより置き忘れられた物であり、Aの行為が客観的には占有離脱物横領に当たることを端的に述べる必要がある。そのうえで、乙らの主観面としては、Cの占有下にあるCのハンドバッグを窃取するという窃盗の故意であることから、いわゆる抽象的事実の錯誤が問題となることを踏まえて、乙らに占有離脱物横領罪の故意責任を認めることができるかどうかを検討することが求められる。さらに、乙らが主観的には窃盗を実現する意思で本件犯行に及んでいることから、窃盗未遂罪の成否も問題となりうるが、この点については、いわゆる不能犯についての自説を明らかにしたうえで、自説の立場から本件がどう処理されるかを説明する必要がある。

また、以上の乙らの行為につき、借金の返済を受けるためにそれを仕向けた甲に、何らかの共犯責任が成立する余地がないかについても検討の必要がある。ここでも、（共謀）共同正犯や教唆犯の成立が考えられるところ、いずれを検討するにせよ、その成立要件を示したうえで本件へのあてはめを行い、その成否を論じる必要がある。

以 上

【行政法】

問題1（行政法総論）

1. 出題の趣旨

ふるさと納税に係る総務省告示の違法性について問うものである。告示の法的性質等、行政法総論に係る基本的知識とその応用能力が十分に備わっているかどうかを確認する趣旨で出題した。事例は、最判令和2年6月30日（民集74巻4号800頁、『令和2年度重要判例解説』ジュリ臨時増刊1557号36頁〔行政法第4事件〕）を素材として作成した。

2. 採点基準

〔設問1〕について：告示は、国家行政組織法14条1項により、各省大臣、各委員会及び各庁の長官がその所掌事務について公示を必要とする場合に発するものとされている。すなわち、それは公の機関が意思決定又は事実を一般に公に知らせる通知にすぎないので、法規でも行政行為（行政処分）でもなく、国民一般に対して法的拘束力を有するものではない。しかしながら、告示の形式で定められるものの中には、法令の委任に基づき発されるものがあり、この場合には、法規命令の性質を持つと解されているものがある。学習指導要領は、文部科学大臣が発する告示の形式をとるものであるが、福岡高判昭和58年12月24日（行集34巻12号2242頁：伝習館高校事件）は法的拘束力を有すると判示し、その上告審の最判平成2年1月18日（判時1337号3頁）もこれを是認している。また、同日に言い渡された最判2年1月18日（民集44巻1号1頁：『行政判例百選（第7版）I』106頁（52事件））も、学習指導要領違反を主たる理由とする懲戒免職処分を適法としている。

〔設問2〕について：総務大臣が募集適正基準として発した告示2条3号の内容（すなわち、ふるさと納税制度の趣旨に反する方法により他の地方団体に多大な影響を及ぼすような第1号寄附金の募集を行い、当該趣旨に沿った方法による第1号寄附金の募集を行う他の地方団体に比して著しく多額の第1号寄附金を受領した地方団体でないこと）が、法令の委任に基づく適法なものといえるかについて、前掲最判令和2年6月30日は、「地方税法37条の2第2項につき、関係規定の文理や総務大臣に対する委任の趣旨等のほか、立法過程における議論をしんしゃくしても、＜本件告示2条3号所定の＞基準の策定を委任する授権の趣旨が明確に読み取れるということとはできない。そうすると、本件告示2条3号の規定のうち、本件改正規定の施行前における寄附金の募集及び受領について定める

部分は、地方税法 37 条の 2 第 2 項……の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効というべきである」と判示している。

問題 2 (行政救済法)

1. 出題の趣旨

行政事件訴訟の提起にかかる基礎的な知識を問うものである。

2. 採点基準

行政事件訴訟法 8 条 1 項は、行政不服審査法等の不服申立てをするか、それをしないで直ちに訴訟をするか、さらに両者を同時に行うかは当事者の選択にまかせるという自由選択主義を原則として規定する。しかし同項は、例外としての不服申立前置を予定している。例外については、特別な法律を要する。例外を認める理由として、①大量性、②専門技術性、③第三者機関の関与などが指摘されている。

設問の宗教法人法 87 条は、不服申立前置としての審査請求前置を定めている。同法 80 条の 2 第 1 項をみれば、同項に規定する処分は専門技術的な性質を有する。

宗教法人法 87 条は、行政事件訴訟法 8 条 1 項が定める審査請求前置の特別法であり、その立法の趣旨は、専門技術性である。

以 上

【 商 法 】

〔第1問〕（会社法Ⅰ）

〔出題趣旨〕

取締役報酬の減額の可否についての基本的な理解が問われている。会社法 361 条 1 項（以下「会社法」は省略する。）は、お手盛りの弊害を防止するため、取締役の報酬等を定款の定めまたは株主総会の決議によって定めるものとしている。また、会社と取締役の関係は任用契約に拘束され、取締役の報酬額が株主総会の決議によって具体的に定められた場合に、その報酬額が、会社・取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束する。このことを前提とした取締役の報酬減額の可否に関する法的理解が求められている。

〔採点実感〕

取締役の報酬額が具体的に定められた後に、株主総会や取締役会が当該取締役を減額する決議をしたとしても、当該取締役は、これに同意しない限り、右報酬の請求権を失うものではなく、この理は、取締役の職務内容に著しい変更があり、これを前提に取締役会決議や株主総会決議がされた場合にも妥当する（最判平成 4 年 12 月 18 日民集 46 卷 9 号 3006 頁）。

本件では、Aは報酬を減額することに明示の同意していないものの、黙示の合意があったといえるかが問題となる。各取締役の報酬が役職ごとに定められており、任期中に役職の変更が生じた取締役に対して、当然に変更後の役職について定められた報酬額が支払われているような場合、こうした報酬の定め方及び慣行を了知したうえで取締役就任に応じた者は、明示の意思表示がなくとも、任期中の役職の変更に伴う取締役報酬の変動・減額をも甘受することを黙示のうちに応諾したとみるべきであり、会社は、役職の変更を理由に報酬を減額することができるものとも解される（東京地判平成 2 年 4 月 20 日判時 1350 号 138 頁）。

そこで、これらの判例の立場を踏まえながら、本問の事情から報酬等の減額への明示および黙示の同意の存在が認められないとすれば、Aは従来の月額 150 万円の報酬の支給を請求することができる。また、黙示の同意が認められるとしても、従来の慣行を超えた減額は認められず、Aは月額 50 万円の報酬の支給を請求ことができると結論づけることも考えられる。

〔第2問〕（会社法Ⅱ）

〔出題趣旨〕

株式交換を利用したキャッシュ・アウト（少数株主の締出し）の場合における、対価の著しい不当を理由とした差止請求の可否、および少数株主の経済的利益を確保する手段としての反対株主の株式買取請求権および価格決定の申立てに関する会社法上の制度に関する理解が問われている。

[採点実感]

(1) について

株式交換交換完全子会社の株主は、株式交換が法令・定款に違反し、株主が不利益を受けるおそれがあるときは、株式交換完全子会社に対し、当該株式交換をやめることを請求することができる（会社784条の2第1号）。また、保全の必要性が認められれば、株式交換差止請求権を被保全権利として、本件株式交換の差止仮処分を申立てることができる（民事保全法23条2項）。

株式交換における対価の著しい不当は、略式株式交換の場合（784条の2第2号）を除き、差止事由には当たらないと解されている。しかし、親子会社間の株式交換の場合のように、支配株主の議決権行使によって完全子会社の株主にとって著しく不当な対価での株式交換が承認された場合には、特別利害関係人の議決権行使の結果、著しく不当な決議がされ、当該決議の取消事由（831条1項3号）の存在が認められる。そこで、決議が取消されれば、有効な株主総会決議による株式交換契約の承認（783条1項）が欠けるため、法令違反として差止事由を構成すると解されている。この立場によれば、株主総会の取消判決が確定する前には、当該決議取消訴訟、および当該訴訟の認容により提起可能な株式交換差止請求訴訟の双方を本案として、本件株式交換差止の仮処分を申立てることができ、このような法律構成に関する議論が求められている。

(2) について

本件のXがその経済的利益を確保する手段としては、反対株主として自己の保有するC社株式を公正な価格で買い取るよう請求し（785条）、買取価格の協議が調わない場合における価格決定の申立て（786条）を行うことが考えられる。Xは、本件株式交換を承認するための株主総会に先立って反対の旨をC社に通知し、かつ、当該総会において反対しているため、株式買取請求権を行使することができる（785条2項1号イ）。Xは、C社に対して、株式交換の効力発生日の20日前から効力発生日の前日までの間に、その株式買取請求に係る株式の数を明らかにして請求をしなければならない（785条5項）。

株式交換の効力発生日から30日以内に、買取価格についてX・C社間で協議が調わなかった場合は、その後30日間以内に、Xは、裁判所に対し、価格の決定を申立てることができる（786条2項）。価格の決定申立てを受けた裁判所は非訟手続により公正な価格を決定することになる。

以 上

【民事訴訟法】

出題の趣旨

問1〔民事訴訟法Ⅰ〕

1. 既判力の客観的範囲を問う問題である。既判力の客観的範囲は、一般に、民事訴訟法114条1項をも根拠にして、訴訟物の範囲と一致すると解されている。従って、本問を特にあたっては、114条1項を摘示した上で、第1訴訟の訴訟物と既判力の範囲を明らかにする必要がある。

第1訴訟の訴訟物は、甲土地のXの所有権であり、第1訴訟の判決の既判力は、基準時（事実審の口頭弁論終結時）において、Xが甲土地の所有権を有していなかったことに及ぶ。これを前提にして設問に答えて欲しい。

2. 第2訴訟の所有権確認請求訴訟について

第1訴訟と第2訴訟の訴訟物が同一であり、既判力が作用する。すなわち、第1訴訟の基準時にXが甲土地の所有権を有していなかったことを前提として、基準時後にXが所有権を取得したことを主張・立証できるか否かによる。

3. 賃料相当損害金請求訴訟について

(1) 基準時より前について

Xに基準時前に所有権があったかどうかについては、既判力が及ばない（既判力は基準時における判断についてのみ及ぶ）。したがって、この時期の賃料相当損害金を請求しうるかどうかについても、既判力は及ばない。

(2) 基準時以後について

基準時にXの所有権が不存在であったことを前提にして判断する（第一訴訟の訴訟物との関係は「先決関係」に該当し、既判力が作用する）。すなわち、基準時後にXが甲土地の所有権を取得したことを主張・立証できるかどうかによる。

問2〔民事訴訟法Ⅱ〕

設例の共同訴訟が、通常共同訴訟、類似必要的共同訴訟、固有必要的共同訴訟のいずれに該当するかを問う問題である。解答の前提として、いかなる共同訴訟が固有必要的共同訴訟等に該当するのか、その基準を示す必要がある。

民事訴訟法40条1項の「訴訟の目的が全員について合一にのみ確定すべき場合」には、固有必要的共同訴訟と類似必要的共同訴訟がある。どのような共同訴訟が必要的共同訴訟にあたるかは、原則として以下のように考える。

固有必要的共同訴訟は、訴訟共同が必要であり、訴訟共同がなければ当事者適格が認められない訴訟類型である。当事者適格は、原則として、訴訟物たる権利の実体法上の利益の帰属主体にあるので、訴訟物たる権利がどのように関係人に帰属しているかを第一に検討する必要がある。これに対し、類似必要的共同訴訟では、訴訟共同は必要ではなく、単独でも当事者適格が肯定されるが、共同訴訟人間に判決効の拡張規定がある場合に適用される。

以上に基づいて検討すると、①請求は、共有権の確認であり、固有必要的共同訴訟に該当する。なぜならば、共有権の第三者に対する確認請求は、共有物の「処分」にも匹敵する行為であり共有者が共同して行うべきだからである。（仮に、共有権確認請求で敗訴した場合には、爾後共有権を行使することができなくなるので、その意味で「処分」に匹敵すると言える。）②請求は、共有持分権に基づく妨害排除請求権であり、民法上共有者それぞれが個別に行使することができ、訴訟においても訴訟共同は必要ない。また、X1・X2間に判決効を拡張する規定はなく、通常共同訴訟に該当する。

以 上

【刑事訴訟法】

【解答の指針】

I 設問1について

Vに対する加害の動機を有するXの行動観察を続けていたところ、微罪である上、単なる汚損であるから器物毀棄被疑事件とすら言えるか疑わしい事件に関して警察沙汰にしたくない旨渋るWを長時間説得し、Wが根負けしたところで告訴状を書かせた上で留置を継続している点で、当初から違法な別件逮捕であった疑いがある。すなわち、別件基準説によるならば、罪証隠滅・逃亡の虞を欠き必要性を欠く逮捕だった可能性があり(規則143条の3)、本件基準説によるならば、本件(Vへの強盗致傷被疑事件)での実質的逮捕でありながらWの自転車に対する現行犯逮捕に名を借りて身柄を拘束した上で留置を継続し、勾留請求した可能性がある。これらのいずれについても、取調時間の大半が余罪(本件)である強盗致傷被疑事件に充てられていることから推認は可能であるが、断定するには些か不十分である。

とはいえ、少なくとも、示談成立後、Wからの告訴取消申出を無視して勾留請求した段階では、親告罪である器物損壊罪の勾留としての実体を失い、もはや強盗致傷事件に対する事実上の身柄拘束に過ぎないことが明白となっている。別件基準説に立脚した場合は、この時点以降、別件に関する身柄拘束要件が欠けると言えるし、本件基準説に立脚した場合にも、この時点以降、専ら本件取調目的の事実上の身柄拘束となったものと言える。

上記いずれの立場であっても、証拠①は、違法な身柄拘束状態で得られた証拠である。軽微な違法捜査によって得られた証拠の全てを排除することは適正な刑罰権実現の観点から望ましくないが、令状主義の精神を没却する重大な違法があり、将来の違法捜査抑止の観点から収集証拠の利用を許容することが望ましくない場合には、これを排除すべきである(最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁等)。違法な別件勾留下で採取された自白は、まさに令状主義の精神を没却する重大な違法捜査によって得られた証拠であり、これを証拠として許容することは将来の違法捜査抑止の観点から認められるべきではない。

故に、証拠①には証拠能力が認められない。

II 設問2について

Vの供述を録取した検面調書は、V自身の過去の体験の内容の真実性が問われており、知覚・記憶・表現・叙述の過程に誤りが介在する虞があるところ、これを録取した書面には反対尋問が不可能であるし、Vの供述録取過程を公判裁判所が観察していた訳ではないので、伝聞証拠に当たり原則として証拠能力はない(法320条1項)。しかし、Vは別室での供述という配慮を受けたにも拘わらず、公判期日におけ

る証人尋問で体調を崩して供述できなくなり、休憩を挟んで再度の尋問においても供述できず、医師の所見も、Vが尋問に耐えられないとのものであったので、法321条1項2号前段書面として伝聞法則の例外に当たる。

次に二重鍵括弧内は、犯人と思しき人物の発言なので、これが伝聞供述に当たれば、再伝聞供述の証拠能力の問題となるところである。ある供述が伝聞証拠となるか否かは要証事実との関係で相対的に決すべきところ(最判昭和30年12月9日刑集9巻13号2699頁)、本問で問われているのは、当該人物の過去の体験供述の内容の真実性ではなく、医療関係者特有の発音を交えた発言があったか否かが問題であり、それを間接事実としてXの犯人性を推認しようとするものである。そこで要証事実、犯人らしき人物が「トウガイテイコツ」「ヒョーチン」という発音をしたか否かであって、発言の存在の有無という非供述的用法となる。

結局、二重鍵括弧内の発言は伝聞例外たる検面調書に収録された非供述であるから、再伝聞性はなく、証拠能力は認められる。

【参考文献】

設問1について

川出敏裕『判例講座刑事訴訟法[捜査・証拠篇]・第2版』106～124頁・491～501頁
法学教室編集室編『問題演習基本七法2019』[清水真]160～161頁・174頁

設問2について

川出敏裕『判例講座刑事訴訟法[捜査・証拠篇]・第2版』405～410頁・429～433頁

後藤 昭『伝聞法則に強くなる』2～16頁・33～38頁

法学教室編集室編『問題演習基本七法2019』[清水真]178～180頁

以 上