

# 法律実務基礎科目(刑事) 解説レジュメ

## 1. 出題趣旨

法律実務基礎科目(刑事)は、年々、設問数が多くなっており、平成29年度は6問出題され(かつ、小問もある)、過去最多となっている。ただし、個々の設問は犯人性に関する事実認定等のようにボリュームのある事実認定問題はほぼ出題されなくなり、短い論述で処理できる手続的な理解を問う問題が増えている(過去の問題については、後記参照)。

設問の内容としては、「法律実務」基礎科目だけあって、司法試験の刑法・刑事訴訟法よりも、司法修習考試(いわゆる二回試験)の刑事系科目(刑事弁護・検察・刑事裁判)に近い。故に、司法修習を経していない司法試験予備試験受験生にとって、攻略が非常に厳しい試験科目の1つであることは間違いない。但し、身柄関係を除き、司法試験の刑事訴訟法のような捜査法からの出題は皆無である。また、身柄関係(勾留、保釈等)、公判前整理手続、立証構造、立証活動(証拠意見、証拠意見に対する決定、伝聞証拠等)、事実認定等、出るポイントはある程度決まっているので、一つずつ的確におさえていけば、確実に対応できるといえる。

本問では、上述の出題傾向及び出題内容に鑑み、設問数は5問とし、公判前整理手続・公判手続の理解を問う問題を中心とした。また、過去の問題を見る限り、当初は財産に対する罪が目立つが、近年は生命・身体に対する罪が目立つため、本問では、強盗殺人罪をテーマとした。さらに、ほぼすべての問題で、辩护人、検察官、裁判所(裁判官)のそれぞれの立場から論述させる形式なので、本問もそのような形式で出題した。

## 2. 設問全体について

実務基礎科目においては、結論と理由を端的に述べる必要がある。上記のとおり、手続に関する小問が多数出ていることから、刑法や刑事訴訟法のように、丁寧に問題提起をし、趣旨から規範を導き、豊富に事情を挙げ当てはめていると、必ず時間不足に陥ってしまう。問題の所在を端的に示し、判例等をベースに簡潔に理由づける論述を徹底されたい。

## 3. 設問1(公判前整理手続(類型証拠開示)～裁判所の立場から)

### (1) 問題の所在

本件聞き込み捜査報告書は、開示すべき類型証拠(刑訴法316条の15第1項6号)に該当するか。本件聞き込み捜査報告書は、一般的な供述調書の形式を採っておらず、①「供述録取書等」に当たるかがまず問題となる。また、②「事実の有無に関する供述」が、警察官の直接経験した事項に限られるのか、付近住民から聞き取った伝聞部分も含めてその対象となるのかも問題となる。

### (2) 公判前整理手続について

参考資料1参照。常に全体の手続の流れを意識しつつ、条文のどの部分が問題となっているかに着目することが肝要である。

(3) 本問について

①「供述録取書等」に当たるか？

・定義

→「供述書、供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるもの又は映像若しくは音声を記録することができる記録媒体であって供述を記録したもの」(法 290 条の3 第1項柱書かっこ書)

・A説(実質説)

聞き込み捜査報告書は、「供述録取書等」に該当しない。

∵警察官が聞き取った付近住民の供述を録取した書面であるから、実質的には付近住民の供述録取書であり、付近住民の供述書ではない。そして、付近住民の署名・押印がない以上、「供述録取書等」に当たらない。

・B説(形式説)

聞き込み捜査報告書は「供述録取書等」に該当する。

∵証拠書類の形式のみを素直に前提にすれば、警察官の供述書といえ、「供述録取書等」に該当する。

・裁判例

A説に立つ裁判例もあるが、多くの裁判例ではB説に立ち、聞き込み捜査報告書は「供述録取書等」に該当するとしている(東京高決平成18年10月16日(判タ1229・204)、大阪高決平成18年10月6日(判時1945号166頁))。

②「事実の有無に関する供述」に当たるか？

・A説(実質説)

「事実の有無に関する供述」に該当しない。

∵捜査官の供述書に当たるとしても、そこに記載された付近住民からの聴取内容は、まさに付近住民の供述を録取した内容であり、そのような供述録取書について、法は署名・押印のあるものに限って類型証拠開示の対象となり得るものであるとしているのであって(法316条の14第2括弧書)、このような署名・押印のないものについては開示の対象として予定していない。

・B説(形式説)

「事実の有無に関する供述」に該当する。

∵6号は、「事実の有無に関する供述」とするのみで、事実の有無を直接に経験した者の供述とはしていないのであるから、文理上、作成者の原供述に限定する必要はない。開示の要否は、伝聞かどうかではなく、重要性・必要性・相当性といったその他要件を充たすかを検討してなされるべきである。

・裁判例

裁判例は、A説に立ち、「事実の有無に関する供述」に該当しないとしている(東京高決平成18年10月16日判タ1229号204頁、大阪高決平成18年10月6日判時1945号166頁)。

※参考

・供述録取部分の伝聞例外につき、最判平成18年11月7日刑集60巻9号561頁(刑訴判例百選[第10版]87事件)

・その他書証の類型証拠該当性につき、最判平成20年9月30日刑集62巻8号2753頁(刑訴判例百選[第10版]54事件)

#### 4. 設問2(事実認定～検察官・弁護人の立場から)

##### (1) 小問(1)

###### ア 事実認定の基礎

「事実の認定は、証拠による」(法317条)

→事実の認定は、いかなる事実が、いかなる証拠によって、どのように支えられているかを把握することが肝要。

→要証事実の把握、証拠構造(直接証拠型か、間接事実型か)の把握が出发点(証拠構造の把握については、参考資料2参照)。

- ・直接証拠がある場合、直接証拠の証明力(信用性)が十分であれば、推認の過程を経ることなく、直ちに要証事実を認定することができる。
- ・間接事実に基づく認定の場合には、間接証拠から間接事実を認定し(間接事実から他の間接事実を推認するということもあり得る)、認定された間接事実から要証事実を推認するという構造になる。

###### イ 裁判例

最決平成19年10月16日刑集61巻7号677頁(刑訴判例百選[第10版]60事件)、最判平成22年4月27日刑集64巻3号233頁(刑訴判例百選[第10版]61事件)。

###### ウ 本問について

本問では、推認の過程は問われておらず、端的に直接証拠の定義等を挙げ、簡潔に間接証拠に当たることを論じればよい。

##### (2) 小問(2)

###### ア 同種前科・類似事実による事実認定(平成28年司法試験予備試験刑事訴訟法)

- ・同種前科による事実認定の問題点

同種前科→被告人の悪性格(前科と同種の犯罪行為に及ぶ性向)→被告人の犯人性

被告人の悪性格・性向を経由することで、被告人の犯罪性向といった実質的根拠の乏しい人格評価・不当な偏見につながりやすく、事実誤認のおそれが強くなる。

→原則として、同種前科による立証は禁止される。

- ・禁止の根拠が妥当しない場合

同種前科→前科に係る犯罪事実の顕著な特徴と、犯罪事実の相当程度の類似

→被告人の犯人性

被告人の悪性格・性向を経由しているわけではなく、実質的根拠の乏しい人格評価・不当な偏見につながらず、事実誤認のおそれは強くない。

→例外的に、同種前科による立証は許容される。

###### イ 裁判例

最判平成24年9月7日刑集66巻9号907頁(刑訴判例百選[第10版]62事件)

…前科証拠をXと犯人の同一性の証明に用いる場合についていうならば、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであって、初めて証拠として採用できる…。

最決昭和41年11月22日刑集20巻9号1035頁(刑訴判例百選[第9版]66事件)

犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められる本件事案の下において、被告人の詐欺の故意の如き犯罪の主観的要素を、被告人の同種前科の内容によって認定した原判決に所論の違法は認められない。

ウ 本問について

Aの弁護人としては、原則として同種前科による立証が禁止されることを述べたうえで、最高裁判例の論理によっても、本問では例外的に同種前科による立証が許容される場合に当たらないことを簡潔に述べる必要がある。

## 5. 設問3(証人尋問における異議～検察官の立場から)

(1) 問題の所在

Aの弁護人の尋問は、自ら又は民間の研究所によって調査した結果を前提としている。このような誘導尋問(規則199条の4第3項)は、相当でない誘導尋問として、制限されるのではないか(同第4項)。

(2) 証人尋問における異議理由

参考資料3参照。

(3) 本問について

弁護人側の調査により判明した事実は、何ら証拠化されていないものであり、かかる事実を前提とする尋問は、相当でない尋問として、制限されることを端的に述べる必要がある。

## 6. 設問4(公判前整理手続終了後の被告人質問～裁判所の立場から)

(1) 問題の所在(平成29年司法試験本試験刑事訴訟法)

前提

被告人質問は、その結果は証拠として扱われるが、「証拠調べ請求」ではない。  
→法316条の32第1項によって制限されない。

しかし、

①弁護人は、公判前整理手続期日において、争点及び証拠の整理のため、主張明示義務を負う(法316条の17第1項)。

また、

②訴訟関係人のする尋問又は陳述が相当でないときは、裁判長はこれを制限することができる(法295条1項)。

そこで、

公判前整理手続で具体的に明示されなかった主張に関して、公判期日で被告人の供述を求める行為(被告人質問)やこれに応じた被告人の供述が、主張明示義務に違反し、法295条1項により制限されるのではないか。

(2) 裁判例

最決平成27年5月25日刑集69巻4号636頁(刑訴判例百選[第10版]57事件)

…公判前整理手続における被告人又は弁護人の予定主張の明示状況、新たな主張が制限されるに至った経緯、新たな主張の内容等の諸般の事情を総合的に考慮し、前記主張明示義務に違反したものと認められ、かつ、公判前整理手続で明示されなかった主張に関して被告人の供述を求める行為(質問)やこれに応じた被告人の供述を許すことが、公判

前整理手続を行った意味を失わせるものと認められる場合(例えば、公判前整理手続において、裁判所の求釈明にもかかわらず『アリバイの主張をする予定である。具体的内容は、被告人質問において明らかにする。』という限度でしか主張を明示しなかったような場合)には、新たな主張に係る事項の重要性等を踏まえた上で、公判期日でその具体的内容に関する質問や被告人の供述が、刑訴法 295 条 1 項により制限されることがあり得る…。

### (3) 本問について

まずは、Aの弁護人が公判前整理手続で、どのような主張をしたのか、主張明示義務に違反していないか、を論じる必要がある。上記最高裁判例に従えば、本問でも、主張明示義務に違反したことにはならないとの帰結が導かれる。主張明示義務に違反した場合でも、弁護人の質問やAの供述が直ちに制限されるわけではなく、公判前整理手続を行った意味を失わせるか否か、また、新たな主張に係る事項の重要性等を踏まえた検討が求められる。

#### ※参考

公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限につき、名古屋高判平成 20 年 6 月 5 日判タ 1275 号 342 頁(刑訴判例百選 [第 10 版] 58 事件)

公判前整理手続後の訴因変更の制限につき、東京高判平成 20 年 11 月 18 日高刑集 61 卷 4 号 6 頁(刑訴判例百選 [第 10 版] 56 事件)

## 7. 設問 5 (法曹倫理～弁護人の立場から)

### (1) 問題の所在

刑事事件においては、被疑者・被告人の有罪を立証する義務はあくまでも訴追者である検察官に課されているのであり、弁護人には実体的真実(客観的真実、事件の真相)の発見に協力する義務(積極的真実義務)は課されていない(憲法 38 条、弁護士職務基本規程(以下、「規程」という。) 82 条 1 項も参照)。しかし、弁護人といえども、刑事裁判の一翼を担う者として、「真実を尊重し」なければならず(規程 5 条)、一定の真実義務を負い、裁判所・検察官による実体的真実の発見を積極的に妨害し、あるいは積極的に真実を歪める行為をしない義務(消極的真実義務)を負う(規程 75 条も参照)。

他方で、弁護士は、「誠実」に職務を遂行すべき義務も負う(規程 5 条)。また、弁護士は、ひとたび刑事弁護人として受任した以上は、被疑者・被告人の権利・利益の擁護のために、最善の努力を傾注して弁護をしなければならない(規程 46 条)。

消極的真実義務を重視すれば、弁護人は被告人の供述が真実に沿わないと判断した場合、被告人の供述に反した訴訟行為を行うことができるとも考えられる。しかし、誠実義務を重視すれば、被告人の供述に反した訴訟行為は弁護人としての義務に反したとの評価につながりやすい。

そこで、被告人の供述に反する弁護人の訴訟行為が、弁護人の誠実義務に反することになるのか、問題となる。

### (2) 裁判例

最決平成 17 年 11 月 29 日刑集 59 卷 9 号 1847 頁(刑訴判例百選 [第 10 版] 53 事件)  
(以下は、上田豊三裁判官補足意見)

…弁護人は、被告人の利益のために訴訟活動を行うべき誠実義務を負う…。…弁護人が、最終弁論において、被告人が無罪を主張するのに対して有罪の主張をしたり、被告人の主張に比してその刑事責任を重くする方向の主張をした場合には、前記義務に違反し、被告人の防御権ないし実質的な意味での弁護人選任権を侵害するものとして、それ自体が違法とされ、あるいは、それ自体は違法とされなくともそのような主張を放置して結審した裁判所の訴訟手続が違法とされることがあり得る…。

…前記のような違法があるとされるのは、当該主張が、専ら被告人を糾弾する目的でされたとみられるなど、当事者主義の訴訟構造の下において、検察官と対峙し被告人を防御すべき弁護人の基本的立場と相いれないような場合に限られる。

(3) 本問について

上記最高裁判決や上田豊三裁判官の補足意見に従えば、Aの弁護人に被告人を糾弾する目的があった等の事情はないため、弁護士倫理上の問題は生じないように見える。ただし、上記最高裁判決は、訴訟手続の法令違反となる場合を論じたものであり、この場合に当たらないからといって、弁護士倫理上問題にはならない、ということではないことに注意を要する（弁護士倫理上問題になる場合は、より広く認められる可能性が高い）。そのため、答案中では、自分なりに考慮要素を設定し、結論付けることが求められる。また、参考答案では誠実義務を中心に検討しているが、他の条項も問題になり得るとして検討しても、具体的に検討できていれば、大きく減点はしない。

※ なお、その他の誠実義務と真実義務との衝突例は、参考資料4参照。

**【参考文献】**

- ・井上正仁・大澤裕・川出敏裕 編 『刑事訴訟法判例百選 [第10版]』 2017/4/30 有斐閣
- ・『判例タイムズNo. 1229』 2007/3/15 判例タイムズ社
- ・『判例タイムズNo. 1421』 2016/4/1 判例タイムズ社
- ・西村吉世江 編 『季刊刑事弁護増刊 刑事弁護 Beginners ver. 2』 2014/9/22 現代人文社
- ・日本弁護士連合会弁護士倫理委員会 編著 『解説 弁護士職務基本規程 第3版』 2017/12 日本弁護士連合会
- ・司法研修所検察教官室 編 『検察講義案 平成27年版』 2016/5 法曹会
- ・司法研修所刑事裁判教官室 編 『プラクティス刑事裁判』 2015/6/25 法曹会

○ 過去の問題

年 度	論 点	罪 名
平成23年	[設問1] 犯人性 [設問2] 占有の有無及び窃盗の故意の認定	窃盗
平成24年	[設問1] 犯人性 [設問2] 証拠意見（異議）に対する決定の理由	詐欺未遂, 住居侵入, 強盗
平成25年	[設問] 勾留の要件 (犯人性, 勾留要件の検討)	窃盗
平成26年	[設問1] 証明予定事実記載書に対する求釈明の根拠及び求釈明すべき事項 [設問2] 類型証拠開示請求 [設問3] 予定主張記載書面において主張すべき内容 [設問4] 共謀共同正犯の供述の活用	強盗致傷
平成27年	[設問1] 検察官請求証拠に対する意見, 犯人性立証の証拠構造 [設問2] 保釈請求 [設問3] 尋問における異議に対する意見 [設問4] 有罪事件における無罪主張の可否 (弁護士倫理)	傷害
平成28年	[設問1] 殺意に関する弁護人が主張すべき事項 [設問2] 弁護人の証拠意見に対する検察官の対応 [設問3] アリバイ立証に向けた公判前整理手続 [設問4] 犯人性の推認過程 [設問5] 尋問における異議に対する意見, 反対尋問における書面の利用	殺人未遂
平成29年	[設問1] 勾留の要件 [設問2] 証拠構造 [設問3] 証拠開示請求 [設問4] 証拠意見 [設問5] 証人尋問における写真の利用 [設問6] 伝聞証拠	傷害