

論文式試験問題
[法律実務基礎科目 (刑事)]

〔刑事実務基礎〕

次の【事例】を読んで、後記〔設問〕に答えなさい。

【事例】

- 1 A（40歳，男性）は，令和2年6月5日午前8時，V（42歳，男性）を被害者とする殺人未遂罪の被疑事実で通常逮捕された。被疑事実は，「令和2年5月28日午後11時頃，H県I市J町1丁目2番Kビル前の路上において，同ビル玄関前にいたVに対し，殺意をもって，カッターナイフにより，腹部を突き刺そうとし，同人に加療6週間を要する右腹部打撲，右腕上腕部刺創，右手掌切創の傷害を負わせたが，同人を殺害するに至らなかった。」となっている。

Aは，令和2年6月6日午前9時，検察官に送検された。送致記録に編綴された証拠のうちの一部は以下のものであった（以下，特段の断りのない限り，日付はいずれも令和2年である）。

(1) Vの受傷状況等に関する捜査報告書（証拠①）

Wの119番通報により救急隊員が臨場した際，Vは令和2年5月28日午後11時頃，H県I市J町1丁目2番Kビル前の路上において，右腕や右手掌を怪我している状態で発見された。Vは直ちにL病院に救急搬送され，同病院において手術を受けた。Vには刃物により傷つけられたことによる右上腕部刺創，右手掌刺創が認められるほか，右腹部に手拳で殴打されたことによる打撲が認められた。Vには意識があったものの，怪我の治療のために2週間ほど入院することとなった。

(2) Wの警察官面前の供述録取書（証拠②）

「私は，Vが経営する建設業の会社の部下で，Aとも会ったことがあります。私とVは，令和2年5月28日午後11時頃，仕事の打ち合わせが終わり，共にM駅まで歩いていたところ，突然，Kビルの前にAが現れ，Vに対し「お前のせいで取引先がなくなり会社がつぶれた，人生がめちゃくちゃだ。責任を取れ。」と大きな声を上げました。Aは右手にカッターナイフを持っていました。AはそのままVに襲い掛かり，Aに馬乗りになり，手に持っていたカッターナイフでAを傷つけようとしてしました。Aは，とっさに右手を出し，身を守りましたが，その際に右腕を怪我しました。Vは，Aを振り払い，立って態勢を立て直しました。両者は向き合っており，Aは「そんなことは知らない。」と述べましたが，Aは激情し「殺してやる。」と述べながら，カッターナイフを持ってAの右腹部分を刺そうとしました。しかし，Vが体をとっさに右に避けたこと，カッターナイフの角度が斜めになったことから，Aの右拳がVの右腹部分に当たりましたが，ナイフは刺さりませんでした。私は，このとき恐怖で身動きが取れませんでした。Aは，そのまま逃げていきました。」

(3) カッターナイフ（証拠③）

カッターナイフ（S刃のもの。刃幅約9mm・刃厚0.38mm）

(4) 診断書（証拠④）

Vは，5月28日に右腹部打撲，右腕上腕部刺創，右手掌切創を負い，加療まで6週間を要するものであることとなった。

(5) Vの警察官面前の供述録取書（証拠⑤）

「私は，Aと同種の建設業を行う会社を経営しております。私とWは，令和2年5月28日午後11時頃，仕事の打ち合わせが終わり，共にM駅まで歩いていたところ，突然，Kビルの前にAが現れ，私に対し「お前のせいで取引先がなくなり会社がつぶれた，人生がめちゃくちゃだ。責任を取れ。」と大きな声を上げました。Aは右手にカッターナイフを持っていました。Aはそのまま私に襲い掛かり，私に馬乗りになり，手に持っていたカッターナイフで，私を傷つけようとしてしました。私は，とっさに右手を出し，身を守りましたが，その際に右腕を怪我しました。私は，Aを振り払って，何とか態勢を立て直しました。私が「そんなことは知らない。」と述べたところ，Aは激情し「殺してやる。」と述べながら，カッターナイフを持って私の右腹部分を刺そうとしました。しかし，私は身を守るため体をとっさに右に避けたことから，Aの右拳が私の右腹部分に当たったものの，カッターナイフは刺さり

ませんでした。Aは、そのまま逃げていきました。」

「私は、Vと3年ほど前に仕事の関係で出会いました。以前、私はAの建設業の取引先を私の会社への受注に切り替えてもらったことはありますが、それは取引先の意向であり、私が取引先を奪ったというのとは不当な言いがかりです。」

(6) Aの警察官面前の供述録取書(証拠⑥)

「私は、40歳で、建設業の会社の代表をしていましたが、半年前に会社は破産してしまい、今は建設関係のアルバイトをしております。同業のVが大幅なキックバックを条件にして、私の主要取引先を奪ったため、売上が大幅に落ちてしまったことが理由です。現在は、生活をするのも大変苦勞しています。」

「私は、Vのせいで人生がめちゃくちゃになってしまったことについて、何とか思い知らせたいと思い、令和2年5月28日午後11時頃、Kビル前で、仕事の打ち合わせ帰りのVを待ち伏せしました。ただ、私はVに対して自分の行ったことの重大さを認識してもらうために脅そうとしたに過ぎず、Vを殺そうなどとは考えていませんでした。私は、「お前のせいで取引先がなくなり会社がつぶれた、人生がめちゃくちゃだ。責任を取れ。」と述べましたが、Vが非を認めなかったため、脅すためにカッターナイフを取り出し、馬乗りになり、Aの右腕と右の掌を傷つけました。その後、Aは私をはねのけ、取引先を奪ったことについて「そんなことは知らない。」と述べたため、脅すためにカッターナイフで右腹を狙いました。このときVを殺すと言ったかについては、言っていないと思います。ナイフを差し出した際、Vがとっさに体を右に避けたことから、私の右手のみがVの右腹に当たりました。」

「カッターナイフは、普通の工作用のものです。建築の作業で使うことから、たまたま持っていたもので、事前に準備していたものではありません。」

(7) 前科調書(証拠⑦)

Aが、平成16年に自動車運転過失致傷罪により禁錮刑に処せられ、3年間の執行猶予が付された旨が記載されている。

- 2 Aは、6月6日午前11時、検察官による弁解録取手続において、証拠⑥と同旨の供述をした。検察官は、弁解録取書を作成した後、T地方裁判所裁判官に対し、Aの勾留を請求した。同裁判所裁判官は、同日、Aに対し、勾留質問を行い、①刑事訴訟法第207条第1項の準用する、同法第60条第1項第2号、第3号に定める事由があると判断して、勾留状を発付した。

その後、以下の証拠が作成された。

(1) 実況見分調書(証拠⑧)

警察官がWを犯行現場に立ち合わせて実施したもので、②AとVが口論していた立ち位置(両社は1mほど離れていたこと)及びWの目撃地点(AとVから4mほど離れていたこと)のWの説明、③AがVに対して、AとVの立ち位置においてAがVに対して「殺してやる。」と発言していた旨のWの説明、が記載されている。その他、犯行現場の写真および図面が添付されている。

(2) 写真撮影報告書(証拠⑨)

警察署において、V立ち会いの上で、証拠⑤と同旨のAのVに対する暴行状況を説明したものである。A役とV役の警察官2名が、Vの説明に基づき、AがVの右腕と右手掌をカッターナイフで傷つけ、右腹部分を刺そうとした際の、AとVの相互の体勢及び動作を再現し、④同再現状況が撮影された写真が添付されている。なお、写真には、再現者の署名押印はなかった。

〔設問1〕

下線部①に関し、刑事訴訟法第207条第1項の準用する、同法第60条第1項第2号、第3号に定める事由があると判断した思考過程を、その判断要素を踏まえ、具体的事実を指摘しつつ答えなさい。

〔設問2〕

Aはその後起訴され、公判期日においては、VとWの証人尋問及びAの被告人質問が実施され、それぞれ

証拠②，証拠⑤，証拠⑥に沿う内容の供述がなされた。

以上を前提に，AのVに対する殺意は認められるか。殺意の意義について言及しつつ答えなさい。

〔設問3〕

検察官が，公判期日において，実況見分調書（証拠⑧）の取調べ請求をしたところ，Aの弁護人は不同意との意見を述べた。検察官は，どのような対応を取るべきか。下線部㊦と下線部㊧のそれぞれの部分について，適用条文を含め答えなさい。

〔設問4〕

下線部㊨について，弁護人は，犯行の再現状況に関する再現者の署名押印がないとして，証拠能力がないと主張することは可能か。問題となる条文及び理由を含め，答えなさい。

2021年4月18日 更新版

担当：弁護士 内田 裕之

参考答案

[法律実務基礎科目 (刑事)]

第1 設問1

1 罪証隠滅のおそれについて

(1) 刑事訴訟法（以下法）60条第1項第2号に定める罪証隠滅のおそれがあるか否かについては、罪証隠滅が客観的に実行可能であること（客観的可能性）、及び、具体的な罪証隠滅行為に出る意図（主観的可能性）の有無によって判断すべきであり、現実的可能性まで必要と解すべきである。

(2) 客観的可能性（実効性）

本件で想定される証拠としては、犯行現場の実況見分調書、VやWの検察官面前調書などが想定される。これらの証拠については、今後取調べの上作成されるものであり、AがVやWへの働きかけによって供述を変更させたりすることが十分に可能である。AはVやWと知り合いであり、実際に罪証隠滅行為を行う可能性も十分にありうる。

Aには関係者へ具体的に働きかけが可能であり、罪証隠滅の客観的可能性がある。

(3) 主観的可能性

上記のとおり罪証隠滅が容易に認められる中で、さらに供述態度して犯行を否認していること、経過としてAは逃亡をしていることから、罪証隠滅を行うに足りる態度を示しており、主観的可能性も認められる。

2 逃亡のおそれについて

(1) 逃亡のおそれの有無についても、罪証隠滅と同様に、現実的可能性があるか否かについて判断すべきである。

(2) Aは、犯行後に逃亡をしており、身柄拘束を継続しなければ必要な出頭を行わない可能性が十分に認められる。また、Aは現在生活状態が不安定な状態であり、また、被疑事実が殺人未遂罪と仮に有罪となった場合、重い刑が想定されることから逃亡を行う具体的な可能性が認められる。

3 なお、勾留の要件として、勾留の必要性が必要であるところ、本件では出頭の担保がなく、また量刑が重いものが想定されることから、Aが身体拘束によって受ける不利益よりも勾留の必要性は高いものと認められる。

以上の理由により、裁判官は勾留の要件を満たすものと判断したと考えられる。

第2 設問2

1 殺意の意味

殺人罪（刑法199条）においては、主観的に殺意があったことが必要である。殺意とは、自己の行為によって、その人の死という結果を生じさせることを意図するか、死の結果が生じることを予見・認容（死ぬかもしれない、死んでもかまわないという認容）することを意味する。

2 殺意の認定

(1) 殺意の有無については、凶器の種類や用法、創傷の部位や動

機, 犯行前後のAの言動等を総合的に考慮して決すべきである。

(2) 本件についてこれを見ると, 凶器は工作用のカッターナイフであり, 必ずしも殺傷能力は高くないものであるが, 身体の枢要部に刺されれば, 人を殺害することも可能な凶器である。

また, Aが狙ったのは, 右腕付近のほかにも, 身体の枢要部で死亡結果を十分発生させられることのできる右腹部であり, 殺意の存在が推認される。

また, 犯行前の言動として, Vに馬乗りになり殺害が可能な状況を作成していること, 「殺してやる」などと殺害を示唆する発言をしていることから, 単なる脅迫の意図を超え, Vの死亡結果について少なくとも死んでも構わないと認容していたと認定することが出来る。

(3) 以上より, Aには殺意が認められる。

第3 設問3

1 下線部㉔について

(1) 検察官は, 法321条3項の検証調書として, 取調べ請求することが考えられる。まず, 司法警察員が作成した実況見分調書についても, 検証と同様に対象の状態等を正確に認識する処分であり, 同項の適用があると解すべきである。

(2) そして, 下線部㉔の要証事実, AとVの立ち位置, 及びWの目撃地点であり, いわゆる現場指示に該当する。このような見分対象を確定するために必要な説明については, 捜査

官が五官の作用により犯行現場の状態を認識し, その結果を記載したものと一体として捉えるべきであり, 検証の結果を記載したものと評価できる。

したがって, 作成者による申請立証をすれば, 321条3項により取調べができる。

2 下線部㉕について

下線部㉕の要証事実, AがVを殺してやると発言したことであり, Aの殺意の認定という主要事実を証明するための証拠である。したがって, Wの供述内容の真実性が問題となるため, 伝聞証拠(現場供述)に該当する。

したがって, 下線部㉕については, 被告人以外の供述録取書として, 法321条1項3号に基づいて取調べ請求をすることが考えられる。その場合, Wの供述不能, 証拠としての不可欠性, 絶対的特信状況が必要になる。

第4 設問4

本写真撮影報告書における供述部分については, 原則として321条1項3号の要件を満たす必要がある。ただし, 写真については撮影, 現像等の記録の過程が機械的操作によってなされることから, 現供述者の知覚・記憶・表現・叙述の過程で誤りが混入する可能性は少ないことから, 再現者の署名押印は不要と解すべきである。

したがって, 弁護士は記載の理由で証拠能力がないと主張することはできない。

以上

2021年4月18日

担当：弁護士 内田裕之

予備試験答案練習会(法律実務基礎科目(刑事))採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(12)		
罪証隠滅のおそれ ・具体的な内容が示されている ・客観的可能性・主観的可能性に関する指摘がある ・適切なあてはめがなされている		5	
罪証隠滅のおそれ ・具体的な内容が示されている ・客観的可能性・主観的可能性に関する指摘がある ・適切なあてはめがなされている		5	
その他 ・勾留の必要性に関する指摘がある ・あてはめで特に優れた評価がある		2	
〔設問2〕	(10)		
殺意の意義・考慮要素が適切に述べられている ・認容説など		3	
殺意のあてはめが事実を拾って、適切に行われている ・凶器の形状・種類 ・創傷の部位・程度 ・犯行前後のAの言動・行動		7	
〔設問3〕	(12)		
下線部⑥について ・実況見分調書についても、321条3項の適用があること ・現場指示であること ・あてはめ(要証事実, 321条3項の要件)		7	
下線部⑦について ・現場指示と現場供述の区別が出来ていること ・あてはめ(要証事実, 321条1項3号の要件)		5	
〔設問4〕	(6)		
・犯行再現状況報告書における要証事実に触れていること ・署名押印が必要な趣旨に触れていること ・写真の特殊性に触れていること		6	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

法律実務基礎科目（刑事） 解説レジュメ

第1 設問1

本設問は、被疑者勾留（刑訴法207条1項、60条）の要件を満たすか否かについて、裁判官の視点からその思考過程を問う設問である。

勾留の要件で問題となることが多いのは、①被告人（被疑者）が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由（60条1項2号）、③被告人（被疑者）が逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由（同3号）の有無である。

このうち、罪証隠滅のおそれについては、具体的な資料によって裏付けられた高度の可能性まで必要である。その判断については、罪証隠滅の対象、罪証隠滅の態様、罪証隠滅の余地といった観点から判定される。

罪証隠滅の余地については、①客観的可能性（実効性）、②主観的可能性が必要であり、この切り口から認定を行っていくことが有用である。

①については、客観的に罪証隠滅の実行が可能であることを意味する。例えば、捜査機関に押収済みの物証は隠滅できないし、供述者が死亡している場合には、働きかけは不可能である。本件でどのような証拠が想定されるのかを意識し、どのような態様での証拠隠滅行為ができるのか、を問題文の事実に触れながら、的確に論じていく必要がある。

②については、被疑者に具体的な罪証隠滅行為に出る意図があることが必要である。主観的意図を推測する事情としては、被疑者の供述態度（虚偽の弁解や客観的証拠と矛盾する供述をしている）が重要である。その他、客観的に罪証隠滅の余地が大きく、それを容易にできる状況にある場合には、罪証隠滅の意図があることがある程度推測される。

逃亡のおそれについては、被疑者が所在不明になる可能性を意味する。こちらも、具体的な可能性を論じていく必要がある。目安となる事情としては、被疑者の生活状況、処罰を免れる目的で身を隠そうとすることが窺われることといったものがある。事案の重大さなども考慮要素になる。

いずれにせよ、切り口を明確にしつつ、問題文の事実に触れながら、具体的に論じていくことが重要である。

第2 設問2

殺意の認定に関する設問である。殺意の有無は、殺人罪と傷害罪を区別する重要な指標であり、実務上も重要な論点である。

まず、殺意の意義について触れる必要がある。殺意とは、行為の客体が生命のある人であることを認識し、あるいは死の結果が生じることを予見・認容していることを指す。認識の程度については、様々な学説があるが、例えば死の結果の発生を認容していたかどうか（認容説）を判定基準とするものがある。故意責任の本質から、論じることが出来れば望ましい。

殺意の認定については、自白だけではなく、各種情況証拠を踏まえ、総合的に判定すべきである。状況証拠により殺意を認定する場合には、凶器の種類・形状・用法、創傷の部位・程度、動機、犯行前後の被告人の言動等を総合的に考慮して決すべきものとされている。

本件でも、問題文の事実に触れつつ、しっかりその事実を評価して、殺意の有無を認定する必要がある（結論はどちらでもよい）。特に本件では、凶器の形状（工作用のカッターナイフに過ぎないこと）、創傷部位（右腹部を刺そうとしたこと）、前後の言動（馬乗りになり、殺してやると発言したこと）などを考慮して、単なる脅しの目的であったのか、死の結果を認容していたのか、について触れる必要がある。

第3 設問3

実況見分調書における証拠能力に関する基本的な設問である。

まず、実況見分調書の法的性質について、触れる必要がある。321条3項には強制処分としての検証に関する調書の記載しかないため、任意処分である実況見分調書においても該当すること（検証の結果は複雑かつ詳細であり書面での報告が望ましいこと、対象物の形状や位置関係などの中立的事項であり主観的にゆがめられる可能性が低いことなど）を述べていく必要がある。

さらに、立会人の説明部分について、要証事実との関係で、伝聞例外のどの条文の要件該当性を判定するのかを論じていく必要がある。見分対象を確定するために必要な説明や、捜査官が見分対象を特定するに至った過程を明らかにするために必要な説明は、実況見分調書と一体をなす現場指示として、321条3項の適用を受ける、といった説明が考えられる。

一方で、現場指示を超える、供述内容の真実性が問題となる事項については、現場供述として、発言者の反対尋問の機会を得ることが通常相当とされるから、321条1項各号（被告人以外）、もしくは322条（被告人）の要件を満たす必要がある。

当該供述の要証事実は何か（供述内容の真実性が問題となるか）を具体的に判定した上で、伝聞例外のどの条項に該当するのかを、説得的に論じていく必要がある。

第4 設問4

写真と伝聞法則に関する基本的な設問である。この点は、最高裁判所平成17年9月27日決定が以下の通り述べている。

「2 前記認定事実によれば、本件両書証は、捜査官が、被害者や被疑者の供述内容を明確にすることを主たる目的にして、これらの者に被害・犯行状況について再現させた結果を記録したものと認められ、立証趣旨が「被害再現状況」、「犯行再現状況」とされていても、実質においては、再現されたとおりの犯罪事実の存在が要証事実になるものと解される。【要旨】このような内容の実況見分調書や写真撮影報告書等の証拠能力については、刑訴法326条の同意が得られない場合には、同法321条3項所定の要件を満たす必要があることはもとより、再現者の供述の録取部分及び写真については、再現者が被告人以外の者である場合には同法321条1項2号ないし3号所定の、被告

人である場合には同法322条1項所定の要件を満たす必要があるというべきである。もっとも、写真については、撮影、現像等の記録の過程が機械的操作によってなされることから前記各要件のうち再現者の署名押印は不要と解される。」

供述者は誰か、伝聞法則の趣旨（供述証拠は、知覚・記憶・表現・叙述の各過程において誤りが時混入しやすいにもかかわらず、供述内容の真実性について反対尋問によるチェックが及ばないため、誤判を惹起する可能性が高い）を踏まえた上で、署名押印の要否について論じる必要がある。

【参考裁判例】

- 1 最高裁判所平成17年9月27日決定

ご質問等ございましたら、担当講師内田裕之の連絡先までお願いいたします。

M a i l : hiroyuki.uchida.law@gmail.com

2021年4月18日

担当：弁護士 内田裕之