

予備試験

平成29年 予備試験論文分析会

刑法・刑事訴訟法・法律実務基礎科目

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 175058

LU17505

刑 法

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

1 甲（40歳、男性）は、公務員ではない医師であり、A私立大学附属病院（以下「A病院」という。）の内科部長を務めていたところ、V（35歳、女性）と交際していた。Vの心臓には特異な疾患があり、そのことについて、甲とVは知っていたが、通常の診察では判明し得ないものであった。

2 甲は、Vの浪費癖に嫌気がさし、某年8月上旬頃から、Vに別れ話を持ち掛けていたが、Vから頑なに拒否されたため、Vを殺害するしかないと考えた。甲は、Vがワイン好きで、気に入ったワインであれば、2時間から3時間でワイン1本（750ミリリットルの瓶入り）を一人で飲み切ることを知っていたことから、劇薬を混入したワインをVに飲ませてVを殺害しようと考えた。

甲は、同月22日、Vが飲みたがっていた高級ワイン1本（750ミリリットルの瓶入り）を購入し、同月23日、甲の自宅において、同ワインの入った瓶に劇薬Xを注入し、同瓶を梱包した上、自宅近くのコンビニエンスストアからVが一人で住むV宅宛てに宅配便で送った。劇薬Xの致死量（以下「致死量」とは、それ以上の量を体内に摂取すると、人の生命に危険を及ぼす量をいう。）は10ミリリットルであるが、甲は、劇薬Xの致死量を4ミリリットルと勘違いしていたところ、Vを確実に殺害するため、8ミリリットルの劇薬Xを用意して同瓶に注入した。そのため、甲がV宅宛てに送ったワインに含まれていた劇薬Xの量は致死量に達していなかったが、心臓に特異な疾患があるVが、その全量を数時間以内で摂取した場合、死亡する危険があった。なお、劇薬Xは、体内に摂取してから半日後に効果が現れ、ワインに混入してもワインの味や臭いに変化を生じさせないものであった。

同月25日、宅配業者が同瓶を持ってV宅前まで行ったが、V宅が留守であったため、V宅の郵便受けに不在連絡票を残して同瓶を持ち帰ったところ、Vは、同連絡票に気付かず、同瓶を受け取ることはなかった。

3 同月26日午後1時、Vが熱中症の症状を訴えてA病院を訪れた。公務員ではない医師であり、A病院の内科に勤務する乙（30歳、男性）は、Vを診察し、熱中症と診断した。乙からVの治療方針について相談を受けた甲は、Vが生きていることを知り、Vに劇薬Yを注射してVを殺害しようと考えた。甲は、劇薬Yの致死量が6ミリリットルであること、Vの心臓には特異な疾患があるため、Vに致死量の半分に相当する3ミリリットルの劇薬Yを注射すれば、Vが死亡する危険があることを知っていたが、Vを確実に殺害するため、6ミリリットルの劇薬YをVに注射しようと考えた。そして、甲は、乙のA病院への就職を世話したことがあり、乙が甲に恩義を感じていることを知っていたことから、乙であれば、甲の指示に忠実に従うと思いい、乙に対し、劇薬Yを熱中症の治療に効果のあるB薬と偽って渡し、Vに注射させようと考えた。

甲は、同日午後1時30分、乙に対し、「VにB薬を6ミリリットル注射してください。私はこれから出掛けるので、後は任せます。」と指示し、6ミリリットルの劇薬Yを入れた容器を渡した。乙は、甲に「分かりました。」と答えた。乙は、甲が出掛けた後、甲から渡された容器を見て、同容器に薬剤名の記載がないことに気付いたが、甲の指示に従い、同容器の中身を確認せずにVに注射することにした。

乙は、同日午後1時40分、A病院において、甲から渡された容器内の劇薬YをVの左腕に注射したが、Vが痛がったため、3ミリリットルを注射したところで注射をやめた。乙がVに注射した劇薬Yの量は、それだけでは致死量に達していなかったが、Vは、心臓に特異な疾患があったため、劇薬Yの影響により心臓発作を起こし、同日午後1時45分、急性心不全により死亡した。乙は、Vの心臓に特異な疾患があるこ

<p>刑 法</p>	<p>とを知らず、内科部長である甲の指示に従って熱中症の治療に効果のあるB薬と信じて注射したものの、甲から渡された容器に薬剤名の記載がないことに気付いたにもかかわらず、その中身を確認しないままVに劇薬Yを注射した点において、Vの死の結果について刑事上の過失があった。</p> <p>4 乙は、A病院において、Vの死亡を確認し、その後の検査の結果、Vに劇薬Yを注射したことが原因でVが心臓発作を起こして急性心不全により死亡したことが分かったことから、Vの死亡について、Vに対する劇薬Yの注射を乙に指示した甲にまで刑事責任の追及がなされると考えた。乙は、A病院への就職の際、甲の世話になっていたことから、Vに注射した自分とはもかく、甲には刑事責任が及ばないようにしたいと思い、専ら甲のために、Vの親族らがVの死亡届に添付してC市役所に提出する必要があるVの死亡診断書に虚偽の死因を記載しようと考えた。</p> <p>乙は、同月27日午後1時、A病院において、死亡診断書用紙に、Vが熱中症に基づく多臓器不全により死亡した旨の虚偽の死因を記載し、乙の署名押印をしてVの死亡診断書を作成し、同日、同死亡診断書をVの母親Dに渡した。Dは、同月28日、同死亡診断書記載の死因が虚偽であることを知らずに、同死亡診断書をVの死亡届に添付してC市役所に提出した。</p>
-------------------	---

解答のポイント

まず、甲の罪責においては、不能犯、離隔犯の実行の着手の有無、間接正犯、因果関係が問題となるため、これらの問題点を漏らすことなく把握することが必要である。

いずれの論点について論じる場合でも、自己の見解を示した上で、問題文に掲げられている具体的な事実を摘示し、適切に評価した上で、一定の結論を示すことが求められる。特に、刑事系科目では一言でもいいので事実に適切な評価を加えることは必須である。

不能犯の論点において不能犯とならないという結論に達し、実行の着手を否定した場合には、甲に殺人予備罪が成立することになる。この点は見落としやすいので注意を要する。

因果関係においては、危険の現実化説を採用した場合には問題ないが、折衷的相当因果関係説を採用した場合には、甲と乙であてはめの中身が異なるものとなることにも注意しなければならない。甲と乙で認識の内容に違いがあるためである。

乙の罪責においては、業務上過失致死罪、虚偽診断書等作成罪、同行使罪、証拠偽造罪、犯人隠避罪が問題となるため、各罪の構成要件をもれなく検討することが求められる。

業務上過失致死罪の検討においては、他の罪との分量の関係上、簡単に認定すれば足りよう。「業務」の定義についても、過去の司法試験で述べられることが求められているので、解答例では紙幅の関係上述べられていないが述べるとよいであろう（平成22年新司法試験の採点実感等に関する意見（刑法）21頁）。因果関係については上述した通りである。

虚偽診断書等作成罪の検討においては、「医師」が公務員でない医師であることを述べ、乙がそうであることを述べる必要がある。その他の要件については、漏れなく簡単に検討すれば足りよう。

虚偽診断書等行使罪については、Dを利用した間接正犯の形態をとっているため、甲の部分で検討した間接正犯の規範に照らしてあてはめる必要があろう。また「行使」の定義についても正確に述べあてはめる必要がある。

証拠偽造罪については、虚偽の死亡診断書の作成を、乙は専ら甲のために行っているが、それは同時に乙自身の刑事事件に関する証拠の偽造にもあたるため「他人の」（104条）にあたるのかについて自説を述べる必要がある。共犯者の証拠についての証拠偽造罪の成否の論点とパラレルに考えればよいであろう。

犯人隠避罪については答案例では紙幅の関係上検討していないが、余裕のある場合には、同罪の成否、証拠偽造罪との関係について論ずるとよいであろう。

解答例

第1 甲の罪責

1 甲がV宅にX入りワインを送付した行為に、殺人未遂罪（刑法（以下法令名略）203条、199条）が成立しないか。

(1) まず、Xの致死量は10ミリリットルのところ、甲は8ミリリットルしかワインに注入しておらず、そもそも殺人未遂罪の実行行為性が認められないのではないかと、不能犯の成否が問題となる。

不能犯と未遂犯の区別は、構成要件的结果発生 of 具体的な危険が存したか否かで行う。そして構成要件は一般人への行為規範であるから、かかる危険性判断は一般人の認識を基準とする。一方、行為者が認識していた事情を考慮しなければ妥当な結論を確保できないため、行為者が特に認識していた事情も加味すべきである。よって、行為当時、一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基準として、具体的な危険性が存したか否かを判断基準とする。

本問でVの心臓疾患を一般人は認識し得ないが、甲は認識していたのでVの疾患は基礎事情となる。とすれば、ワイン瓶中の致死量にわずかに満たない8ミリリットルのXであっても、Vの疾患を加味すれば、一般人は、Vがその量のXを摂取すれば、Vの死の結果発生 of 危険があると感じる。したがって、甲の行為に実行行為性が認められる。

(2) 次に、Vは不在でワインを受領していないため、甲は「実行に着手」（43条本文）していないとも思えるが、これはどうか。

実行の着手は、構成要件的结果発生 of 危険性が生じた時点で認めることができる。

● 不能犯

VはX入りのワインの送付を受けてはいるものの、送付時点では留守にしており、不在連絡表にも気づかずワインを受け取ることはなかった。そのためワインを飲むことにより死に至る危険は存在しなかったといえ、実行の着手は認められない。

(3) 以上より、甲に殺人未遂罪は成立せず、殺人予備罪（201条）が成立するとどまる。

2 次に、甲は乙を利用してVにXを注射しているが、この行為に殺人罪（199条）の間接正犯が成立しないか。

(1) 正犯とは、犯罪に第一次的に関与しその責任を負うべき存在であるところ、他者を利用して間接的に犯罪結果を生じさせた者も正犯と呼べる場合がある。具体的には、①正犯意思、②行為支配性が認められる場合には、利用者を間接正犯として処罰することができる。

(2) 乙に過失が存するとはいえ、犯罪事実の認識がなく違法性を意識していないため、甲に抵抗し得ず、甲は乙を一方向的に支配しているといえる。また、乙はかつて甲にA病院への就職の世話を受けたために、甲に恩義を感じている。それ故、乙は甲に忠実に従う部下としてA病院で働いていたものとして、甲の乙に対する行為支配性は肯定できる(②)。また、甲はVに別れ話をされたことからV殺害を決意しており、正犯意思も肯定できる(①)。よって、甲は間接正犯となる。

(3) 次に、甲の行為とVの死の間に因果関係が認められるか。

因果関係は、行為者に結果を帰責できるか否かという問題であり、行為の有する危険性が結果として現実化した場合に認められる。V

● 大判大17. 11. 16参照

● 間接正犯

● 要件

● 因果関係（危険の現実化）

の死はその心臓疾患とYの効能が相まって生じているが、直接的には乙によるYの注射が引き起こしたものである。すなわち、心臓疾患を有する者にYを投与する行為は、それ自体が心臓病を患う者に対して何らかの機能不全を招きうる高度の危険性を有する行為であるといえる。よって、Vの死の結果は甲が利用した乙の行為が有する危険が現実化したものといえ、因果関係が認められる。

- (4) したがって、甲に殺人罪の間接正犯が成立し、前述の殺人予備罪と併合罪（45条前段）となる。

第2 乙の罪責

- 1 乙がVに劇薬Yを注射してVを殺害した行為に、Vに対する業務上過失致死罪（211条前段）が成立しないか。

医師は日常的に、人の生命にかかわる診断を行う職業であるから、医師乙の行為は「業務」にあたる。また乙には、刑事上の過失があるため「必要な注意を怠り」にあたり、前述の通り、乙の行為とVの死との間に因果関係が認められるため、「よって人を死傷させた」といえる。よって、上記行為に業務上過失致死罪が成立する。

- 2 乙がVの死亡診断書に虚偽の死因を記載した行為に、虚偽診断書等作成罪（160条）が成立しないか。

乙は、公務員でない医師であるため「医師」にあたる。Vの死亡診断書は「死亡証書」にあたり、乙は「虚偽の記載」をしている。また、C市役所という「公務所に提出すべき」にあたる。さらに、乙は、C市役所に提出することを目的としており、行使の目的も認

められる。よって、乙の上記行為に虚偽診断書等作成罪が成立する。

- 3 2で検討した行為に、証拠偽造罪（104条）が成立するか。乙は専ら甲のために診断書を「偽造」しているが、結果的に乙自身の刑事事件の証拠にもなるため「他人」の証拠にあたらないのではないか。

同条が自己の刑事事件に関する証拠の隠滅を不可罰とするのは、期待可能性がないからである。そのため、自己の刑事事件に関する証拠であっても、専ら他人のために偽造するような場合には期待可能性がないわけではないから、「他人」に含まれる。乙は専ら甲のために偽造しており「他人」にあたり上記行為に証拠偽造罪が成立する。

- 4 Dに上記診断書を提出させた行為に、虚偽診断書等行使罪（161条1項）の間接正犯が成立しないか。

「行使」とは、虚偽作成文書を、内容の真実な文書として他人に認識させ又は認識し得る状態に置くことである。乙は、甲へ迷惑をかけたという自分自身の目的のために行っており正犯意思が認められる①。またDは乙の書いた診断書が虚偽だと気付いておらず、乙のDに対する行為支配性も認められる②。そしてDが、虚偽作成の診断書を市役所に内容の真実な文書として提出しているので「行使」したと言える。よって上記行為に虚偽診断書等行使罪が成立する。

- 5 乙の行為に、①業務上過失致死罪、②虚偽診断書等作成罪、③同行使罪、④証拠偽造罪が成立し、②③は目的手段の関係なので牽連犯（54条後段）となり、②④は一つの行為であるから観念的競合（54条前段）となり、これらと①は併合罪となる。以上

論点リサーチ 中間発表

※ リサーチ参加者がマークしていない場合、合算値が100%にならない場合があります。

	【刑法】	論述した	ある程度論述した	全く触れなかった
甲の罪責	事実2の甲の行為について、実行行為性(不能犯)が問題となることの指摘	87.5%	2.5%	10.0%
甲の罪責	不能犯の判断基準について、具体的危険説、客観的危険説など自説を明らかにしていること	67.5%	12.5%	20.0%
甲の罪責	自説からの当てはめ	72.5%	12.5%	15.0%
甲の罪責	事実2の甲の行為について、殺人罪の実行の着手が認められるかが問題となることの指摘	85.0%	12.5%	2.5%
甲の罪責	離隔犯の実行の着手について、発送時説、到達時説の対立を意識して論じていること	45.0%	35.0%	17.5%
甲の罪責	Vは連絡票に気付かず、同瓶を受け取っていない事実を摘示・評価していること	60.0%	20.0%	20.0%
甲の罪責	結論として、甲に殺人予備罪、殺人未遂罪の成立を認めていること	75.0%	7.5%	17.5%
甲の罪責	事実3について、甲の殺人罪の間接正犯の成否が問題となることの指摘	90.0%	5.0%	5.0%
甲の罪責	間接正犯が成立するための要件(①正犯意思、②行為支配性(道具性))の提示	72.5%	17.5%	10.0%
甲の罪責	甲の正犯意思について、甲とVの関係、事例の3の事実を踏まえての認定	60.0%	17.5%	22.5%
甲の罪責	事例3の事実を踏まえて、道具性を肯定することができるかの検討	77.5%	15.0%	7.5%
甲の罪責	乙に過失犯が成立する場合に、道具性をなお肯定することができるかの検討	57.5%	17.5%	25.0%
甲の罪責	甲の行為とVの死亡結果との間の因果関係	60.0%	17.5%	22.5%
甲の罪責	因果関係の錯誤の解釈・あてはめ	20.0%	20.0%	60.0%
甲の罪責	甲の罪数は、殺人予備罪(未遂罪)と殺人罪との併合罪となること	32.5%	25.0%	42.5%
乙の罪責	事実3の乙の行為について、乙に業務上過失致死罪(211条)が成立すること	67.5%	25.0%	7.5%
乙の罪責	事実4で乙が死亡診断書に虚偽の事実を記載した行為につき、虚偽診断書作成罪が(160条)が成立すること	80.0%	7.5%	12.5%
乙の罪責	虚偽公文書作成罪(156条)は公務員である医師についてのみ成立することの指摘	12.5%	7.5%	80.0%

乙の罪責	事実4について、専ら共犯者のために証拠を偽造した場合、証拠偽造罪(104条)が成立するかという論点	30.0%	7.5%	62.5%
乙の罪責	上記論点について、成立説、不成立説、折衷説の提示及び自説からの当てはめ	17.5%	17.5%	65.0%
乙の罪責	犯人隠避罪(103条)の成否及び犯人隠避罪と証拠隠滅罪との関係	12.5%	20.0%	67.5%
乙の罪責	虚偽診断書行使罪(161条)の間接正犯が成立するか否かの検討	12.5%	17.5%	70.0%
乙の罪責	乙の罪数処理を適切に論じていること	40.0%	40.0%	20.0%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。

**刑事
訴訟法**

次の【事例】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

【事例】

平成29年5月21日午後10時頃、H県I市J町1丁目2番3号先路上において、Vがサバイバルナイフでその胸部を刺されて殺害される事件が発生し、犯人はその場から逃走した。

Wは、たまたま同所を通行中に上記犯行を目撃し、「待て。」と言いながら、直ちに犯人を追跡したが、約1分後、犯行現場から約200メートルの地点で見失った。

通報により駆けつけた警察官は、Wから、犯人の特徴及び犯人の逃走した方向を聞き、Wの指し示した方向を探した結果、犯行から約30分後、犯行現場から約2キロメートル離れた路上で、Wから聴取していた犯人の特徴と合致する甲を発見し、職務質問を実施したところ、甲は犯行を認めた。警察官は、①甲をVに対する殺人罪により現行犯逮捕した。なお、Vの殺害に使用されたサバイバルナイフは、Vの胸部に刺さった状態で発見された。

甲は、その後の取調べにおいて、「乙からVを殺害するように言われ、サバイバルナイフでVの胸を刺した。」旨供述した。警察官は、甲の供述に基づき、乙をVに対する殺人の共謀共同正犯の被疑事実で通常逮捕した。

乙は、甲との共謀の事実を否認したが、検察官は、関係各証拠から、乙には甲との共謀共同正犯が成立すると考え、②「被告人は、甲と共謀の上、平成29年5月21日午後10時頃、H県I市J町1丁目2番3号先路上において、Vに対し、殺意をもって、甲がサバイバルナイフでVの胸部を1回突き刺し、よって、その頃、同所において、同人を左胸部刺創による失血により死亡させて殺害したものである。」との公訴事実により乙を公判請求した。

検察官は、乙の公判前整理手続において、裁判長からの求釈明に対し、③「乙は、甲との間で、平成29年5月18日、甲方において、Vを殺害する旨の謀議を遂げた。」旨釈明した。これに対し、乙の弁護人は、甲との共謀の事実を否認し、「乙は、同日は終日、知人である丙方にいた。」旨主張したため、本件の争点は、「甲乙間で、平成29年5月18日、甲方において、Vを殺害する旨の謀議があったか否か。」であるとされ、乙の公判における検察官及び弁護人の主張・立証も上記釈明の内容を前提に展開された。

【設問1】

①の現行犯逮捕の適法性について論じなさい。

【設問2】

- 1 ②の公訴事実、訴因の記載として罪となるべき事実を特定したものといえるかについて論じなさい。
- 2 ③の検察官の釈明した事項が訴因の内容となるかについて論じなさい。
- 3 裁判所が、証拠調べにより得た心証に基づき、乙について、「乙は、甲との間で、平成29年5月11日、甲方において、Vを殺害する旨の謀議を遂げた。」と認定して有罪の判決をすることが許されるかについて論じなさい（①の現行犯逮捕の適否が与える影響については、論じなくてよい。）。

解答のポイント

設問1においては、下線部①の現行犯逮捕の適法性が問われている。現行犯は逮捕の必要性が高く、他方で誤認逮捕の危険が低いから、令状主義の例外として無令状逮捕が許容されたという立法趣旨に鑑みれば、「現に罪を行い、又は行い終わった者」（213条、212条1項）といえるためには、①犯罪と犯人の明白性、②逮捕との時間的場所的接着性が必要と解される。また、逮捕は身体を拘束する強制処分であることから、③逮捕の必要性も必要と解される。これらの3要件を充足するかについて検討することが求められているだろう。

甲は逃走していることから、逃亡及び罪証隠滅のおそれが認められるため、③逮捕の必要性は認められよう。また、犯行から30分、犯行現場から約2キロメートル程度であれば、②逮捕との時間的場所的接着性も認められよう。

問題となるのは、警察官が直接覚知した情報ではなく、Wからの聴取内容を資料として甲を犯人として逮捕しているため、①犯人の明白性が認められるかである。現行犯逮捕の際に考慮できる資料は、原則として逮捕者が直接覚知したものに限られ、第三者や被疑者の供述は補助的に考慮できるとどまるとの立場に立つならば、本問の逮捕は、甲がサバイバルナイフ等の犯行の証拠を何ら所持していないのに、Wからの聴取内容や甲の自供のみに依拠した逮捕として、①犯人の明白性が認められないことになるだろう。結論として、現行犯逮捕は違法ということになる。

設問2においては、(1)訴因の特定、(2)釈明内容と訴因、(3)争点顕在化措置について問題となる。

(1)については、256条3項の問題となることを指摘した上で、訴因の機能から規範を定立し、検討する必要があるだろう。その際には、共謀共同正犯の成立要件をどのように考えるかとの整合性に留意し、論じる必要がある。

(2)については、(1)で採った結論に注意した上で、訴因の特定との関係で論じる必要がある。

(3)については、当該認定が訴因逸脱認定の問題とはならないことを確認した上で、本件における認定が、検察官の釈明内容と異なる認定の問題性について論じる必要がある。その際には、よど号ハイジャック事件（最判昭58.12.13）が参考になる。当該判決においては、検察官の主張する謀議の日時と異なる日時の謀議の認定について、「被告人に対し不意打ちを与え、その防御権を不当に侵害するものであって違法である」と述べている。

解答例

第1 設問1について

- 1 ①の現行犯逮捕は、212条1項に基づくものとして、適法か。
 現行犯逮捕が無令状で許容されるのは、誤認逮捕のおそれが小さく、また、典型的に緊急性が高いためである(213条)。そこで、現行犯人(212条1項)の要件は、①時間的接着性が認められること、②その他の事情から、逮捕者にとって犯罪と犯人が明白であること、③逮捕の必要性があることと考える。そして、②の認定資料としては、現行犯逮捕の緊迫した状況で関係者の供述の信用性を瞬時に判断することは困難であるため、客観的・外形的事情を中心にすべきであり、関係者の供述は補充的に考慮できるにとどまる。
 本件において、甲が逮捕されたのは、犯行から約30分後であり、時間的接着性が明らかとはいえない(①)。逮捕は犯行現場から約2キロメートル離れた路上でなされており、逮捕者である警察官は、犯行を現認していないうえ、甲はV殺害に利用されたナイフも携帯していない。そうすると、甲の犯人性を担保する客観的外部事情に乏しく、犯人の明白性は認められない(②)。なお、W供述は補充的に考慮すべきものであり、甲がW供述による犯人の特徴と合致している事実のみから、甲の犯人性を認めることはできない。
 したがって、①の現行犯逮捕は同項に基づき適法とはいえない。
- 2 ①の現行犯逮捕は、212条2項に基づくものとして、適法か。
 上述の213条の趣旨に鑑みると、準現行犯人の要件は、①212条2項各号該当性、②「罪を行い終わってから間がない」こと、③そ

● 現行犯逮捕の要件

● 準現行犯逮捕の要件

の他の事情から、逮捕者にとって犯罪と犯人が明白であること、④逮捕の必要性があることと解する。準現行犯逮捕は、犯行から逮捕まである程度の時間的隔離があることを前提とするものであるから、被害者・目撃者の供述を認定資料とすることも許される。

本件でWは、犯行を目撃して犯人を追跡しているが、約1分後、見失っており、甲は「犯人として追呼されている」とはいえない(212条2項1号)。また、兇器であるサバイバルナイフはVの胸部に刺さったままの状態にあり、同項2号にも該当しない。さらに、甲はW供述による犯人の特徴と合致しているが、これだけでは同項3号には該当しない。加えて、甲は職務質問に対して犯行を認めているから、「誰何されて逃走しよう」とはしていない(同項4号)。

- 3 よって、①の現行犯逮捕は、212条2項各号該当性が認められず、同項に基づくものともいえないから、違法である。

第2 設問2について

- 1 小問1について
 ②の公訴事実には、共謀の「日時」(256条3項)の明示がない。この場合にも、訴因が特定されたといえるか。
 そもそも、訴因の第一次的機能は、審判対象を明確にする点にある。そのため、被告人の行為が当該犯罪の構成要件に該当するものであると認識することができ、かつ、他の犯罪事実と区別される程度に特定されているのであれば、訴因の特定に欠けるところはないと考える。
 ②の公訴事実においては、被告人の行為が殺人罪の構成要件に該当

● 訴因の特定

する程度の事実の記載があり、かつ、殺人罪の被害者の明示がある以上、他の犯罪事実と区別される程度に特定されているといえる。被害者の死は論理的に一度しかあり得ないからである。

さらに、「共謀の上」との記載についても具体的日時等の記載は不要であるとする。なぜなら、共謀共同正犯の要件として必要とされる共謀とは、犯罪共同遂行の合意を指し、謀議行為そのものを指すのではないと考えるからである。すなわち、客観的な謀議行為自体は、犯罪共同遂行の合意を推認させる間接事実すぎず、謀議行為の日時は、訴因の特定にとって不可欠な事実ではない。

よって、②の記載は、訴因の特定として適法である。

2 小問2について

③の検察官の釈明した事項は、訴因の内容となるか。

ここで、訴因制度の機能は、審判対象の画定・識別にあり、法はその変更には厳格な手続を要求している（312条1項）。そうすると、公判における釈明のみでそれが訴因の内容となるとすれば、訴因変更には厳格な手続を要求した法の趣旨を害する。そこで、訴因の特定に不可欠な事項に変動がなく、訴因を具体化したに過ぎない場合については、検察官が釈明しても訴因の内容となることはないとする。

そして、前述の通り、謀議行為の日時は、訴因の特定に不可欠な事実ではないから、③の釈明事項は、訴因の内容とはならない。

3 小問3について

まず、謀議の日時が訴因の内容とはならない以上、裁判所が「5

月11日」の謀議の認定をしたとしても、訴因変更の問題とはならない。もっとも、本件で検察官が「5月18日」に謀議が行われたと釈明したにもかかわらず、これと異なる「5月11日」の謀議を認定することは、被告の防御権を不当に侵害し違法ではない。

ここで、被告人に対する不意打ち防止の要請は、訴因外の実事においても妥当するから、訴因となっていなくても、訴訟の過程で争点となっている事項については、争点顕在化措置をとるべきである。そして、共謀の日時は被告人の防御にとって重要な事実であることから、この事実について検察官から釈明があり、それを前提に当事者間で攻撃防御がなされた場合、裁判所が、検察官の釈明内容と重要部分において異なる事実を認定することは、不意打ちであり違法と考える。

本件公判前整理手続において、検察官は、「5月18日」の共謀を釈明し、これに対して、乙の弁護人は共謀の事実を否認した。そのため、本件の争点は、「5月18日」の謀議の存在となり、これを前提に検察官及び弁護人の主張・立証が展開された。そのため、裁判所が認定しようとしている「5月11日」の謀議については、検察官は何ら主張しておらず、かつ被告人も何ら防御活動を行っていない。また、「5月11日」の謀議は、検察官の釈明する「5月18日」の謀議と比べて、1週間もの時間的隔離があり、アリバイ等に影響がある。

したがって、裁判所が「5月11日」の謀議を認定するためには、少なくともこれを争点として顕在化させる措置をとる必要があり、これもなく有罪判決をすることは違法である。 以上

- 実例刑訴Ⅱ・190頁
- 条解[第4版]・598頁

- 争点顕在化措置（最判昭58.12.13）

論点リサーチ 中間発表

※ リサーチ参加者がマークしていない場合、合算値が100%にならない場合があります。

【刑事訴訟法】		論述した	ある程度論述した	全く触れなかった
設問1	令状主義の例外として、現行犯逮捕(213条)が許容される趣旨への言及	65.0%	22.5%	10.0%
設問1	現行犯逮捕の要件として①時間的接着性、②犯罪と犯人の明白性を掲げている(212条1項)	75.0%	20.0%	5.0%
設問1	甲が逮捕されたのは犯行から約30分後であり、犯行現場から2キロ離れたことの摘示・評価	72.5%	20.0%	7.5%
設問1	犯罪と犯人の明白性の認定資料として、目撃者の供述を考慮できるかという問題の所在	37.5%	35.0%	27.5%
設問1	あくまで、客観的・外部的事情を中心にすべきであり、目撃者の供述は補充的に考慮できるにとどまること	22.5%	25.0%	52.5%
設問1	逮捕者は犯行を現認していないこと及び甲はV殺害に利用されたナイフも携帯していないこと	37.5%	30.0%	32.5%
設問1	結論として、212条1項に基づくものとしては適法といえないこと	77.5%	7.5%	15.0%
設問1	212条2項の準現行犯逮捕として適法とならないかが問題となること	72.5%	10.0%	17.5%
設問1	準現行犯逮捕の要件(①212条2項各号該当性、②「罪を終わってから間がないこと」、③犯罪・犯人の明白性)	55.0%	25.0%	20.0%
設問1	「犯人として追呼されているとき」(212条2項1号)該当性	32.5%	25.0%	42.5%
設問1	「贓物又は明らかに犯罪の用に供したと思われる凶器その他の物を所持しているとき」(212条2項2号)該当性	30.0%	17.5%	52.5%
設問1	「身体又は被服に犯罪の顕著な証拠があるとき」(212条2項3号)該当性	37.5%	17.5%	45.0%
設問1	「誰何されて逃走しようとするとき」(212条2項4号)該当性	25.0%	20.0%	52.5%
設問2小問1	共謀の日時、場所の記載がない場合でも、256条3項の訴因の特定がなされたといえるかという問題の所在	72.5%	17.5%	7.5%
設問2小問1	訴因(検察官が裁判所に対して審判を求める罪となるべき事実)の意義	75.0%	17.5%	7.5%
設問2小問1	訴因の機能として、①識別機能(審判対象の画定)、②告知機能(被告人の防御の見地)を挙げていること	77.5%	20.0%	2.5%
設問2小問1	①識別機能の見地からは、訴因の特定に欠けるところはないこと	77.5%	12.5%	10.0%
設問2小問1	②告知機能の点から、訴因の特定として十分であること	45.0%	20.0%	35.0%

設問2小問2	訴因の特定にとって不可欠な事項につき、検察官の釈明は訴因の内容となり、不可欠でない事項は、訴因の内容とならないこと	30.0%	32.5%	37.5%
設問2小問2	訴因変更に厳格な手続を要求していることなど上記のように解する実質的な理由	15.0%	17.5%	67.5%
設問2小問3	裁判所の認定が同一訴因内の認定か否かを問題としていること	40.0%	27.5%	32.5%
設問2小問3	結論として、裁判所の認定が同一訴因内の認定であること	32.5%	17.5%	50.0%
設問2小問3	同一訴因内の事実を認定する場合でも、被告人に不意打ちを与えるような認定をすれば、防御の観点から違法となること	50.0%	27.5%	22.5%
設問2小問3	最判昭58.12.13が言及した争点顕在化措置を意識していること	22.5%	20.0%	55.0%
設問2小問3	検察と弁護士及び被告人は、5月18日の謀議を争っており、5月11日の謀議の有無は争点として顕在化していないこと	52.5%	12.5%	35.0%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。

民 事

司法試験予備試験用作文を適宜参照して、以下の各設問に答えなさい。

〔設問1〕

弁護士Pは、Xから次のような相談を受けた。

【Xの相談内容】

「私は、骨董品を収集することが趣味なのですが、親友からBという人を紹介してもらい、平成28年5月1日、B宅に壺（以下「本件壺」という。）を見に行きました。Bに会ったところ、Aから平成27年3月5日に、代金100万円で本件壺を買って、同日引き渡してもらったということで、本件壺を見せてもらったのですが、ちょうど私が欲しかった壺であったことから、是非とも譲ってほしいとBにお願いしたところ、代金150万円なら譲ってくれるということで、当日、本件壺を代金150万円で購入しました。そして、他の人には売ってほしくなかったのに、親友の紹介でもあったことから信用できると思い、当日、代金150万円をBに支払い、領収書をお願いしました。当日は、電車で来ていたので、途中で落としたりしたら大変だと思っていたところ、Bが、あなた（X）のために占有しておきますということでしたので、これを了解し、後日、本件壺を引き取りに行くことにしました。

平成28年6月1日、Bのところへ本件壺を取りに行ったところ、Bから、本件壺は、Aから預かっただけで、自分のものではない、あなた（X）から150万円を受け取ったこともない、また、本件壺は、既に、Yに引き渡したので、自分のところにはないと言われました。

すぐに、Yのところへ行き、本件壺を引き渡してくれるようお願いしたのですが、Yは、本件壺は、平成28年5月15日にAから代金150万円で購入したものであり、渡す必要はないと言って渡してくれません。

本件壺の所有者は、私ですので、何の権利もないのに本件壺を占有しているYに本件壺の引渡しを求めたいと考えています。」

弁護士Pは、【Xの相談内容】を前提に、Xの訴訟代理人として、Yに対し、本件壺の引渡しを求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起することを検討することとした。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Pは、本件訴訟に先立って、Yに対して、本件壺の占有がY以外の者に移転されることに備え、事前に講じておくべき法的手段を検討することとした。弁護士Pが採り得る法的手段の一つ挙げ、そのような手段を講じなかった場合に生じる問題についても併せて説明しなさい。
- (2) 弁護士Pが、本件訴訟において、選択すると考えられる訴訟物を記載しなさい。なお、代償請求については、考慮する必要はない。
- (3) 弁護士Pは、本件訴訟の訴状（以下「本件訴状」という。）において、本件壺の引渡し請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）として、次の各事実を主張した。
 - ア Aは、〔①〕
 - イ Aは、平成27年3月5日、Bに対し、本件壺を代金100万円で売った。
 - ウ 〔②〕

エ 〔③〕

上記①から③までに入る具体的事実を、それぞれ答えなさい。

- (4) 弁護士Pは、Yが、AB間の売買契約を否認すると予想されたことから、上記(3)の法的構成とは別に、仮に、Bが本件壺の所有権を有していないとしても、本件壺の引渡請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）の主張をできないか検討した。しかし、弁護士Pは、このような主張は、判例を踏まえると認められない可能性が高いとして断念した。弁護士Pが検討したと考えられる主張の内容（当該主張を構成する具体的事実を記載する必要はない。）と、その主張を断念した理由を簡潔に説明しなさい。

〔設問2〕

弁護士Qは、本件訴状の送達を受けたYから次のような相談を受けた。

【Yの相談内容】

「私は、Aから、本件壺を買わないかと言われました。壺に興味があることから、Aに見せてほしいと言ったところ、Aは、Bに預かってもらっているということで。そこで、平成28年5月15日、B宅に見に行ったら、一目で気に入って、Aに電話で150万円での購入を申し込み、Aが承諾してくれました。私は、すぐに近くの銀行で150万円を引き出しA宅に向かい、Aに現金を交付したところ、Aが私と一緒にB宅に行ってくれて、Aから本件壺を受け取りました。したがって、本件壺の所有者は私ですから、Xに引き渡す必要はないと思います。」

民 事

弁護士Qは、【Yの相談内容】を前提に、Yの訴訟代理人として、本件訴訟における答弁書を作成するに当たり、主張することが考えられる二つの抗弁を検討したところ、抗弁に対して考えられる再抗弁を想定すると、そのうちの一方の抗弁については、自己に有利な結論を得られる見込みは高くないと考え、もう一方の抗弁のみを主張することとした。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Qとして主張することを検討した二つの抗弁の内容（当該抗弁を構成する具体的事実を記載する必要はない。）を挙げなさい。
- (2) 上記(1)の二つの抗弁のうち弁護士Qが主張しないこととした抗弁を挙げるとともに、その抗弁を主張しないこととした理由を、想定される再抗弁の内容にも言及した上で説明しなさい。

〔設問3〕

Yに対する訴訟は、審理の結果、AB間の売買契約が認められないという理由で、Xが敗訴した。そこで、弁護士Pは、Xの訴訟代理人として、Bに対して、BX間の売買契約の債務不履行を理由とする解除に基づく原状回復請求としての150万円の返還請求訴訟（以下「本件第2訴訟」という。）を提起した。

第1回口頭弁論期日で、Bは、Xから本件壺の引渡しを催告され、相当期間が経過した後、Xから解除の意思表示をされたことは認めたが、BがXに対して本件壺を売ったことと、BX間の売買契約に基づいてXからBに対し150万円が支払われたことについては否認した。弁護士Pは、当該期日において、以下の領収書（押印以外、全てプリンターで打ち出されたものである。以下「本件領収書」という。）を提出し、証

拠として取り調べられた。これに対し、Bの弁護士Rは、本件領収書の成立の真正を否認し、押印についてもBの印章によるものではないと主張している。

その後、第1回弁論準備手続期日で、弁護士Pは、平成28年5月1日に150万円を引き出したことが記載されたX名義の預金通帳を提出し、それが取り調べられ、弁護士Rは預金通帳の成立の真正を認めた。

第2回口頭弁論期日において、XとBの本人尋問が実施され、Xは、下記【Xの供述内容】のとおり、Bは、下記【Bの供述内容】のとおり、それぞれ供述した。

領 収 書

X 様

下記金員を確かに受領しました。

金 1 5 0 万 円

ただし、壺の代金として

平成 2 8 年 5 月 1 日

B ㊟

民 事

【Xの供述内容】

「私は、平成28年5月1日に、親友の紹介でB宅を訪問し、本件壺を見せてもらいました。Bとは、そのときが初対面でしたが、Bは、現金150万円なら売ってもいいと言ってくれたので、私は、すぐに近くの銀行に行き、150万円を引き出して用意しました。Bは、私が銀行に行っている間に、パソコンとプリンターを使って、領収書を打ち出し、三文判ではありますが、判子も押して用意してくれていたもので、引き出した現金150万円をB宅で交付し、Bから領収書を受け取りました。当日は、電車で来ていたので、取りあえず、壺を預かっておいてもらったのですが、同年6月1日に壺を受け取りに行った際には、Bから急に、本件壺は、Aから預かっているもので、あなたに売ったことはないと言われました。

また、Yに対する訴訟で証人として証言したAが供述していたように、Aは同年5月2日にBから200万円を借金の返済として受け取っているようですが、この200万円には私が交付した150万円が含まれていることは間違いないと思います。」

【Bの供述内容】

「確かに、平成28年5月1日、Xは、私の家を訪ねてきて、本件壺を見せてほしいと言ってきました。私はXとは面識はありませんでしたが、知人からXを紹介されたこともあり、本件壺を見せてはあげましたが、Xから150万円は受け取っていません。Xは、私に150万円を現金で渡したと言っているようですが、そんな大金を現金でもらうはずはありませんし、領収書についても、私の名前の判子は押してありますが、こんな判子はどこでも買えるもので、Xがパソコンで作って、私の名前の判子を勝手に買ってきて押印したものに違いありません。

私は、同月2日に、Aから借りていた200万円を返済したことは間違いありま

民事

せんが、これは、自分の父親からお金を借りて返済したもので、Xからももらったお金で工面したものではありません。父親は、自宅にあった現金を私に貸してくれたようです。また、父親とのやり取りだったので、貸し借りに当たって書面も作りませんでした。その後、同年6月1日にもXが私の家に来て、本件壺を売ってくれと言ってきましたが、断っています。」

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 本件第2訴訟の審理をする裁判所は、本件領収書の形式的証拠力を判断するに当たり、Bの記名及びB名下の印影が存在することについて、どのように考えることになるか論じなさい。
- (2) 弁護士Pは、本件第2訴訟の第3回口頭弁論期日までに、準備書面を提出することを予定している。その準備書面において、弁護士Pは、前記【Xの供述内容】及び【Bの供述内容】と同内容のX及びBの本人尋問における供述並びに前記の提出された書証に基づいて、Bが否認した事実についての主張を展開したいと考えている。弁護士Pにおいて準備書面に記載すべき内容を、提出された書証や両者の供述から認定することができる事実を踏まえて、答案用紙1頁程度の分量で記載しなさい。

解答のポイント

本問では、まず、本件第1訴訟で、Aを起点とした動産の二重譲渡関係における紛争において、XからYに対して、所有権に基づく返還請求権としての動産引渡請求権を訴訟物とした場合を題材として、保全の手段や、請求原因、抗弁、再抗弁等の要件事実の理解を問うている。その際、即時取得の実体法上の要件に関する判例の見解を踏まえた論述が求められる。また、本件第2訴訟では、二重譲渡関係で敗訴した後の、売主との間での処理を題材として、二段の推定や、書証、間接事実を用いた事実認定の理解を問うている。

いずれも、基本的事項の理解を問うものであり、紙幅の関係上制約はあるが、可能な限り丁寧な論述が求められる。特に事実認定の部分は、腕の見せ所となるので想像力を発揮させて論述してほしい。

設問1(1)では、保全の手段として、係争物に関する仮処分（民事保全法23条1項）であることを明示する必要がある。被保全債権の種類に対応した保全手段を具体的に特定し、なぜそのような手段を採る必要があるのか、当事者恒定効に言及して理解を示してほしい。

次に、設問1(2)では訴訟物の明示が求められている。訴訟物については、【Xの相談内容】において、「本件壺の所有者は、私です」という記述があるので、所有権に基づく主張であることを的確に示す必要がある。個数の明示も忘れないようにしてほしい。

さらに、設問1(3)では、正確な知識に基づき、Aを起点とした所有権の承継取得のために必要な事実を答えることとなる。Xの提起した訴訟の訴訟物における要件事実、①Aのもと所有、②AB間売買、③BX間売買、④Yの占有である。そこで、各要件事実に対応する具体的事実を指摘することとなる。

加えて、設問1(4)では、他の法的構成として即時取得の主張が考えられる。この点に関しては、判例を踏まえると認められない可能性が高いとして断念しているところ、その理由を判例の見解に基づき論述することが求められる。即時取得に関する判例として、最判昭35.2.11/百選I〔65〕があり、同判例は占有改定による方法では、即時取得を認めていない。有名な判例であるので理由も含めてしっかりと論じてほしい。

設問2では、被告の抗弁として、考えられる二つの抗弁をあげる必要がある。二重譲渡の事例であるので、対抗要件具備による所有権喪失の抗弁がまず考えられる。さらに、即時取得による所有権喪失の抗弁も考えられる。このうち、対抗要件具備による所有権喪失の抗弁は、動産二重譲渡事例という性格上、先立つ対抗要件具備の再抗弁が成り立ち得、本問の事情の下では再抗弁が認められる可能性が高い。そこでかかる抗弁については提出しないこととしたものと考えられる。要件事実の構造を踏まえて、端的に論じたい。

設問3では、まず(1)において二段の推定の正確な理解を示すことが求められる。一段目の推定は、印鑑の特殊性に応じたものであるから、記名には及ばないこと、三文判であっても、本人の印章であることが明らかになれば、一段目の推定は働くことを論述することとなる。

次に、(2)では、本件領収書という処分証書の存在や、当事者間に争いのない150万円の引き出しの記載がある預金通帳の存在、さらに動かし難い事実であるXがBの家を訪問している事実、BがAに200万円を交付している事実等を指摘して、合理的な推論過程を示すこととなる。弁護士Pの立場における記述であるので、説得力のある推論過程を示すことが望ましい。もっとも、設問で分量の指定があるので、メリハリのある論述を心がけてほしい。

— M E M O —

解答例

第1 設問1(1)について

- 1 被保全権利が動産の引渡請求権であるため、Pが採り得る法的手段は係争物に関する仮処分の中の占有移転禁止の仮処分(民事保全法23条1項)である。
- 2 民事訴訟では、当事者恒定主義が採用されていないから、口頭弁論終結前に第三者が占有を承継した場合及び口頭弁論終結前後を問わず被告からの承継によらずに第三者が占有を取得した場合、この手段を講じていないと、あらためて第三者に対し訴訟を提起しなければ、強制執行をすることができない。かかる不都合を回避すべく、占有移転禁止の仮処分によって当事者恒定効を得ておく必要がある。

● 当事者恒定効の指摘は必須

第2 設問1(2)について

所有権に基づく返還請求権としての動産引渡請求権 1個

第3 設問1(3)について

- 1 ①には、「Aは、平成27年3月5日当時、本件壺を所有していた。」が入る。
- 2 ②には、「Bは、平成28年5月1日、Xに対し、本件壺を代金150万円で売った。」が入る。
- 3 ③には、「Yは、本件壺を占有している。」が入る。

第4 設問1(4)について

- 1 Pが主張したと考えられる内容は即時取得による本件壺の所有権の原始取得である。
- 2 Pが主張を断念した理由は、判例によれば、192条の「占有」に

● 最判昭35.2.11/百選I[第7版][65]

は占有改定(民法183条)が含まれないからである。即時取得は、何ら帰責性のない真の権利者の犠牲のもと取引の安全の保護を図る制度であるから、占有取得者はその保護を受けるに値すべく、現実的支配の外形を備えることを要すると解する。占有改定は、当事者間の意思表示のみによって観念的に占有を移転させるものであり、一般外観上、占有の事実状態に何ら変更をきたすものではない。よって、192条にいう「占有」には含まれない。

第5 設問2(1)

弁護士Qとして主張することを検討した抗弁は、(7)Yの対抗要件具備による所有権喪失の抗弁と、(i)Yの即時取得による所有権喪失の抗弁であると考えられる。

第6 設問2(2)

- 1 弁護士Qが主張しないこととした抗弁は、上述の(7)のYの対抗要件具備によるBの所有権喪失の抗弁である。
- 2 ①の抗弁の内容は、二重譲渡において対抗要件を具備したことによりYが優先するという内容の抗弁である(民法(以下省略)178条)。もっとも、動産の二重譲渡においては、対抗要件具備が複数なされることがありえるため、先立つ対抗要件具備の主張が再抗弁として考えられる。この主張がなされると、対抗要件を先に具備したとして、対抗関係において他方の譲受人に優先することとなるため、(7)の抗弁は覆滅されることとなる。

本問でも、Yが対抗要件を具備したのは、本件壺の引渡し(18

2条1項)を受けた平成28年5月15日であるが、二重譲受人であるBが対抗要件を具備したのは、平成27年3月5日であり、Bの対抗要件具備が先立つことになるため、Xの再抗弁が認められ(7)の抗弁は覆滅されることとなる。

3 以上が、(7)の抗弁を主張しないこととした理由である。

第7 設問3(1)について

1 本件領収書は文書であるので、成立が真正であって始めて形式的証拠力が認められる(民事訴訟法228条1項)。そして、文書の成立の真正については、わが国の印鑑重視社会における経験則により、いわゆる二段の推定が働く。すなわち、印影が本人の印章により顕出された場合には、当該印影は本人の意思に基づき成立したと推定(事実上の推定)され、当該印影が本人の意思に基づき成立した場合には、その文書全体が本人の意思に基づき成立したものと推定される(同228条4項)。

2 以上を前提に検討する。Bの記名についてはパソコンで打ち込まれたものである。パソコンによる入力是谁でも行えるため、そこから本人の意思に基づくとの推定をすることはできず、一段目の推定は働かない。したがって、228条4項を適用することはできない。

他方で、B名下の印影が存在することについては、三文判ではあるものの、他の証拠よりBの印章であることが明らかになれば、一段目の推定が働き、あわせて、二段目の推定も働くので、文書の成立の真正が認められると考えることとなる。

● 最判昭39.5.12/百選[第5版] [70]

第8 設問3(2)について

1 設問3(1)で述べたように、領収書は成立の真正が認められる。そして、売買という法律行為が記載されている領収書は処分証書であるところ、処分証書は成立の真正が認められれば、特段の事情が認められない限り、記載される行為そのものの存在が推認される。したがって、150万円が支払われたこと及び売買契約の成立が推認される。

2 次に、成立の真正に争いのないX名義の預金通帳には、平成28年5月1日、Xが150万円を引き出したことが記載されている。預金通帳は客観的な事実を機械的に印字するものであるから、(7)記載どおりの事実が認められる。これに加え、XB間に争いのない事実として、(i)平成28年5月1日、XがBの家を訪問し、Bから本件壺を見せてもらった事実と(ii)Bが、平成28年5月2日、Aに200万円を交付した事実が認められる。(i)の事実からは、Xに本件壺を買う契機があることが推認される。また、(7)及び(i)の事実からは、Xが壺を買うために150万円を引き出したことが推認される。さらに、(ii)の弁済期日が、Xが150万円を引き出した翌日であること及びXが引き出した金額がBのAに対する弁済額である200万円の範囲内かつ4分の3と大部分を占めていることからすると、Xが、Bに本件壺の売買代金として150万円を支払い、Bが、それを原資として、Aに200万円を支払ったと推認される。

3 よって、本件壺の売買の事実及びXが150万円をBに交付した事実が強く推認される。 以上

● 処分証書

● 成立の真正に争いない書証

● 争いのない事実からの認定

論点リサーチ 中間発表

※ リサーチ参加者がマークしていない場合、合算値が100%にならない場合があります。

	【民事実務基礎】	論述した	ある程度論述した	全く触れなかった
設問1(1)	Pが採るべき手段として、係争物に関する仮処分のうちの占有移転禁止の仮処分の指摘	85.0%	10.0%	5.0%
設問1(1)	民事保全法 23 条 1 項の指摘	75.0%	10.0%	15.0%
設問1(1)	占有移転禁止の仮処分を講じないと、口頭弁論終結前後に目的物の占有を移転された場合、新訴提起の不利益を負う	47.5%	35.0%	17.5%
設問1(1)	民事訴訟法が訴訟承継主義を採っているため、当事者恒定効を発生させる必要があること	10.0%	22.5%	67.5%
設問1(2)	訴訟物として、「所有権に基づく返還請求権としての動産引渡請求権 1個」を挙げていること	42.5%	47.5%	7.5%
設問1(3)	①には、「Aは、平成 27 年3月5日当時、本件壺を所有していた。」が入ること	92.5%	7.5%	0.0%
設問1(3)	②には、「Bは、平成 28 年5月1日、Xに対し、本件壺を代金 150 万円で売った。」が入ること	87.5%	7.5%	5.0%
設問1(3)	③には、「Yは、本件壺を占有している。」が入ること	82.5%	5.0%	12.5%
設問1(4)	Pが検討したと考えられる主張の内容として、即時取得による本件壺の原始取得を挙げていること	90.0%	5.0%	5.0%
設問1(4)	判例が、民法 192 条の「占有」に占有改定は含まれないとしていること	87.5%	5.0%	7.5%
設問1(4)	占有改定の意義を踏まえ、占有改定が一般外観上、占有の事実状態に変更をきたすものではないことの指摘	52.5%	17.5%	30.0%
設問1(4)	即時取得の趣旨や当事者の利益状況を踏まえ、192 条の「占有」に占有改定が含まれない実質的な理由	60.0%	5.0%	35.0%
設問2(1)	Qの主張として、①Yの対抗要件具備によるXの所有権喪失の抗弁が考えられること	67.5%	15.0%	17.5%
設問2(1)	Qの主張として、②Yの即時取得によるXの所有権喪失の抗弁が考えられること	52.5%	17.5%	30.0%
設問2(2)	①の抗弁を主張しない理由として、先立つ対抗要件具備の再抗弁が考えられること	52.5%	2.5%	42.5%
設問3(1)	私文書の成立の真正の推定規定(228 条4項)の指摘	87.5%	12.5%	0.0%
設問3(1)	Bの記名は、パソコンで入力されたものであり、ここから、領収書の成立の真正を推定することはできないこと	42.5%	12.5%	45.0%
設問3(1)	印影についての二段の推定について、一段目の推定、二段目の推定の内容の説明	57.5%	40.0%	2.5%

設問3(1)	印影が本人の印章により顕出された場合、本人の意思に基づく印影と推定される理由	52.5%	32.5%	15.0%
設問3(1)	三文判でも一段目の推定が働くかについての検討	27.5%	32.5%	40.0%
設問3(2)	領収書には、売買という法律行為が記載されており、領収書が処分証書に当たること	5.0%	12.5%	82.5%
設問3(2)	処分証書は、成立の真正が認められれば、特段の事情のない限り、記載どおりの事実が認定できること	7.5%	17.5%	75.0%
設問3(2)	成立の真正が認められる預金通帳から、Xが、平成28年5月1日、150万円を引き出した事実が認定できること(①)	60.0%	12.5%	27.5%
設問3(2)	XB間に争いのない事実として、Xが、平成28年5月1日、B宅を訪れ、本件壺を見せてもらったことが認定できること(②)	17.5%	20.0%	62.5%
設問3(2)	XB間に争いのない事実として、Bが、平成28年5月2日、Aに200万円を弁済したことが認定できること(③)	60.0%	20.0%	20.0%
設問3(2)	①及び②の事実から、Xが壺を買うために150万円を引き出したことが推認されること	52.5%	25.0%	22.5%
設問3(2)	③の弁済期日が②の引き出し期日の翌日であること、引き出した金額が弁済額の大半を占めることに着目した評価	57.5%	27.5%	15.0%
設問3(2)	Xが壺の購入のために150万を引き出し、それをBに代金として支払い、Bはそれを原資としてAに弁済したとの強い推認	57.5%	32.5%	10.0%
設問3(2)	全体的に、Xの供述内容は、自然で証拠と符号する供述であるのに対し、Bの供述内容は証拠の裏付けがないこと	32.5%	27.5%	40.0%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。

次の【事例】を読んで、後記〔設問〕に答えなさい。

【事例】

1 A(26歳, 男性)は, 平成29年4月6日午前8時, 「平成29年4月2日午前6時頃, H県I市J町2丁目3番Kビル前歩道上において, V(55歳, 男性)に対し, その胸部を押して同人をその場に転倒させ, よって, 同人に加療期間不明の急性硬膜下血腫等の傷害を負わせた。」旨の傷害事件で通常逮捕され, 同月7日午前9時, 検察官に送致された。送致記録に編綴された主な証拠は次のとおりであった(以下, 特段の断りない限り, 日付はいずれも平成29年である。)

(1) Vの受傷状況等に関する捜査報告書(証拠①)

「近隣住民Wの119番通報により救急隊員が臨場した際, Vは, 4月2日午前6時10分頃にH県I市J町2丁目3番Kビル前(甲通り沿い)歩道上に, 意識不明の状態で仰向けに倒れていた。Vは, 直ちにH県立病院に救急搬送され, 同病院において緊急手術を受け, そのまま同病院集中治療室に入院した。同病院医師によれば, Vには硬い面に強打したことに起因する急性硬膜下血腫を伴う後頭部打撲が認められ, Vは, 手術後, 意識が回復したが, 集中治療室での入院治療が必要であり, 少なくとも1週間は取調べを受けることはできないとのことであった。」

「Vは, 同市J町4丁目2番の自宅で妻と二人で居住する会社員である。妻によれば, Vは毎朝甲通りをジョギングしており, 持病はないとのことであった。」

(2) Wの警察官面前の供述録取書(証拠②)

「私は, 4月2日午前6時頃, 通勤のため自宅を出て甲通りをI駅に向かって歩いていると, 約50メートル先のKビル前の歩道上に, 男二人と女一人(B子)が立っていて, そのうち男一人(V)が歩道上に仰向けに倒れた様子が見えた。そして, 約10メートルまで近づいたところ, もう一人の男(A)が仰向けに倒れたVの腹の上に馬乗りになったので, 事件であると思って立ち止まった。このとき, Aは, Vの腹の上に馬乗りになった状態で, 『この野郎。』と怒鳴りながら右腕を振り上げ, B子がそのAの右腕を両手でつかんだ。私は, 自分の携帯電話機を使って, その様子を1枚写真撮影した。その直後, AはVの腹の上から退いたが, Vは全く動かなかった。私は, 119番通報し, AとB子に『救急車を呼んだから, しばらく待ってください。』と声を掛けた。しかし, AとB子は, その場を立ち去り, 甲通り沿いのLマンションの中に入っていった。私は, 注視していなかったため, Vの転倒原因は分からない。私は, A, V及びB子とは面識がない。」

(3) B子の警察官面前の供述録取書(証拠③)

「私は, 1年半前からAと交際し, 半年前からLマンション202号室でAと二人で生活している。私とAは, 4月1日夜から同月2日明け方までカラオケをし, Lマンションに帰るため, 甲通りの歩道を並んで歩いていた。すると, 前方からジョギング中の男(V)が走ってきて, 擦れ違いざまに私にぶつかった。私は, 立ち止まり, Vに『すみません。』と謝ったが, Vは, 立ち止まり, 『横に広がらずに歩けよ。』と怒ってきた。Aも立ち止まり, 興奮した様子でVに言い返し, AとVが向かい合って口論となった。Aは, Vの面前に詰め寄り, 両手でVの胸を1回突き飛ばすように押した。Vが少し後ずさりしたが, 『何するんだ。』と言ってAに向き合うと, Aは両手でVの胸をもう1回突き飛ばすように押した。すると, Vは, 後方に勢いよく転び, 路上に仰向けに倒れ, 後頭部を路面に打ち付け

刑 事

刑 事

た。さらに、Aは、仰向けに寝た状態になったVの腹の上に馬乗りになり、『この野郎。』と怒鳴りながら、右腕を振り上げてVを殴ろうとした。私は、慌ててAの右腕を両手でつかんで止めた。すると、AはVの体から離れたが、Vは起き上がらなかった。Aは、『こちらが謝っているのに、文句を言ってきたのが悪いんだ。放っておけ。』と言った。私とAは、通り掛かりの男の人から、『救急車を呼んだから、待ってください。』と言われたが、VをそのままにしてLマンションに帰った。」

(4) Aの警察官面前の供述録取書（証拠④）

「私は、4月2日早朝、カラオケ店から、交際相手のB子と一緒に帰る途中、B子と二人で並んで歩道を歩いていたところ、ジョギング中の男（V）が擦れ違いざまにB子にぶつかってきた。Vは、B子が謝ったにもかかわらず、『横に並んで歩くな。』と怒鳴った。私は、VがわざとB子にぶつかってきたように感じていたので、『ここはジョギングコースじゃないんだぞ。』と言い返した。私とVは口論となり、そのうち、Vは、興奮した様子で、右手で私の胸ぐらをつかんで前後に激しく揺さぶってきたが、その手を自ら離してふらつくように後退し、後方にひっくり返って後頭部を歩道上に打ち付けた。この間、私は、Vの胸を押したことはなく、それ以外にもVの転倒原因になるような行為をしていない。Vが勝手に歩道上に倒れたので、それを放ったまま自宅に戻った。私は、半年前からLマンション202号室でB子と一緒に生活しており、現在、株式会社丙において会社員として働いている。」

(5) Aの身上調査照会回答書（証拠⑤）

H県I市J町2丁目5番Lマンション202号室が住居として登録されている。

2 Aは、4月7日午後1時、検察官による弁解録取手続において、証拠④と同旨の供述をした。検察官は、弁解録取書を作成した後、H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、④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号に定める事由があると判断して勾留状を発付した。

3 Aは、勾留中、一貫して、Vの胸部を押してVを転倒させ、傷害を負わせた事実を否認した。検察官は、回復したVに対する取調べ等の所要の捜査を遂げ、4月26日、H地方裁判所にAを傷害罪で公判請求した。同公判請求に係る起訴状の公訴事実には、「被告人は、4月2日午前6時頃、H県I市J町2丁目3番Kビル前歩道上において、Vに対し、その胸部を両手で2回押す暴行を加え、同人をその場に転倒させてその後頭部を同歩道上に強打させ、よって、同人に全治3週間の急性硬膜下血腫を伴う後頭部打撲の傷害を負わせた。」旨記載されている。同裁判所は、同月28日、同公判請求に係る傷害被告事件を公判前整理手続に付する決定をした。

4 検察官は、5月10日、前記傷害被告事件について、証明予定事実記載書を裁判所に提出するとともに弁護人に送付し、併せて、証拠の取調べを裁判所に請求し、当該証拠を弁護人に開示した。

検察官が取調べを請求した証拠の概要は、次のとおりである。

(1) 甲1号証 H県立病院医師作成の診断書

「Vは、4月2日に急性硬膜下血腫を伴う後頭部打撲を負い、全治まで3週間を要した。」

(2) 甲2号証 H県I市J町2丁目3番Kビル前歩道上において、Vを立会人として、現場の状況を明らかにするために実施された実況見分の調書

刑 事

(3) 甲3号証 Vの検察官面前の供述録取書

「4月2日早朝、私が甲通りの歩道をI駅方面に向かってジョギング中、前方から、若い男(A)と女(B子)が歩道一杯に広がるように並んで歩いてきた。私は、ぶつからないように気を付けて走ったが、擦れ違う際に、B子がふらつくように私の方に寄ってきたために、B子にぶつかった。B子が私に謝ったが、私は、立ち止まり、『そんなに横に広がって歩くなよ。』と注意した。すると、Aは、『ここはジョギングコースじゃない。』と怒鳴り、興奮した様子で私に詰め寄ってきた。私がAとの距離を取るため、のけ反るように後ずさると、Aは、私の胸を両手で1回強く押してきた。私は、更に後ずさりしながら、『何するんだ。』と言ったが、その後のことは記憶がなく、気が付いた時にはH県立病院の集中治療室にいた。」

(4) 甲4号証 写真撮影報告書

I警察署において、Vが甲3号証と同旨のAのVに対する暴行状況を説明し、A役とV役の警察官2名が、Vの説明に基づき、AがVの胸を両手で1回強く押した際のAとVの相互の体勢及びその動作を再現し、同再現状況が撮影された写真が貼付されている。

(5) 甲5号証 W所有の携帯電話機に保存されていた画像データを印画した写真1枚

4月2日午前6時に撮影されたものであり、男(A)が、Kビル前歩道上に仰向けに寝ている男(V)の腹部の上に馬乗りになった状態で、Aの右手掌部が右肩の位置よりも右上方の位置にあり、女(B子)が、Aの右後方から、そのAの右腕を両手でつかんでいる状況が写っている。

(6) 甲6号証 Wの検察官面前の供述録取書

Wの検察官面前の供述録取書(証拠②)と同旨の供述に加え、甲5号証につき、「この写真は、私が4月2日午前6時、Kビル前歩道上において、自己の携帯電話機のカメラ機能でAらを撮影したものである。⑥Aは、Kビル前の歩道上に仰向けに寝ているVの腹の上に馬乗りになった状態で、『この野郎。』と怒鳴りながら右腕を振り上げた。すると、傍らにいたB子がAの右腕を両手でつかんで止めたが、この写真はその場が撮影されている。」旨の供述が録取されている。

(7) 甲7号証 B子の検察官面前の供述録取書

B子の検察官面前の供述録取書(証拠③)と同旨の供述。

(8) 乙1号証 Aの検察官面前の供述録取書

Aの検察官面前の供述録取書(証拠④)と同旨の供述に加え、甲5号証につき、「この写真には、転倒したVを私が介抱しようとした状況が写っている。」旨の供述が録取されている。

(9) 乙2号証 Aの身上調査照会回答書(証拠⑤と同じ)

5 ◎弁護人は、検察官請求証拠を閲覧・謄写した後、検察官に対して類型証拠の開示の請求をし、類型証拠として開示された証拠も閲覧・謄写するなどした上、「Aが、Vに対し、公訴事実記載の暴行に及んだ事実はない。Vは、興奮した状態でAの胸ぐらをつかんで前後に激しく揺さぶってきたが、このときVの何らかの疾患が影響して、自らふらついて転倒して後頭部を強打し、公訴事実記載の傷害を負ったにすぎない。」旨の予定主張事実記載書を裁判所に提出するとともに検察官に送付し、併せて、検察官に対して主張関連証拠の開示の請求をした。

5月24日から6月7日までの間、3回にわたり公判前整理手続が開かれ、①弁護人は、検察官請求証拠に対し、甲1号証、甲2号証及び乙2号証につき、いずれ

も「同意」、甲3号証、甲4号証（貼付された写真を含む。）、甲6号証及び甲7号証につき、いずれも「不同意」、甲5号証につき、「異議あり」との意見を述べるとともに、乙1号証につき、「不同意」とした上、「被告人質問で明らかにするので、取調べの必要性はない。」との意見を述べた。検察官は、V、W及びB子の証人尋問を請求した。裁判所は、争点を整理した上、甲1号証、甲2号証及び乙2号証につき、証拠調べをする決定をし、甲3号証ないし甲7号証及び乙1号証の採否を留保して、V、W及びB子につき、証人として尋問をする決定をするなどし、公判前整理手続を終結した。

- 6 6月19日、第1回公判期日において、冒頭手続等に続き、順次、甲1号証、甲2号証及び乙2号証の取調べ、㉔Vの証人尋問が行われ、同尋問終了後に検察官が甲3号証及び甲4号証（貼付された写真を含む。）の証拠調べ請求を撤回した。同月20日、第2回公判期日において、Wの証人尋問が行われ、Wは甲6号証と同旨の証言をし、裁判所が同尋問後に甲5号証の証拠調べを決定してこれを取り調べ、検察官が甲6号証の証拠調べ請求を撤回した。続いて、㉕B子の証人尋問が行われ、同尋問終了後、検察官は甲7号証につき刑事訴訟法第321条第1項第2号後段に該当する書面として取調べを請求した。同月21日、第3回公判期日において、甲7号証の採否決定、被告人質問、乙1号証の採否決定等が行われた上で結審した。

刑 事

〔設問1〕

下線部㉔に関し、裁判官が刑事訴訟法第207条第1項の準用する同法第60条第1項第2号の「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」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〕

下線部㉕の供述に関し、検察官は、Aが公訴事実記載の暴行に及んだことを立証する上で直接証拠又は間接証拠のいずれと考えているか、具体的理由を付して答えなさい。

〔設問3〕

下線部㉖に関し、弁護人は、刑事訴訟法第316条の15第3項の「開示の請求に係る証拠を識別するに足りる事項」を「Vの供述録取書」とし、証拠の開示の請求をした。同請求に当たって、同項第1号イ及びロに定める事項（同号イの「開示の請求に係る証拠を識別するに足りる事項」は除く。）につき、具体的にどのようなことを明らかにすべきか、それぞれ答えなさい。

〔設問4〕

下線部㉗に関し、弁護人は、甲4号証（貼付された写真を含む。）につき「不同意」との意見を述べたのに対し、甲5号証につき「異議あり」との意見を述べているが、弁護人がこのように異なる意見を述べた理由を、それぞれの証拠能力に言及して答えなさい。

〔設問5〕

下線部㉘に関し、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 検察官が尋問中、Vは、「私は、Kビル前歩道上でAに詰め寄られ、Aと距離を取るため、のけ反るように後ずさると、Aに両手で胸を1回強く押された。」旨証言し

刑 事

た。検察官が同証言後に、Vに甲4号証貼付の写真を示そうと考え、裁判長に同写真を示す許可を求めたところ、裁判長はこれを許可した。その裁判長の思考過程を、条文上の根拠に言及して答えなさい。

- (2) 前記許可に引き続き、Vは、甲4号証貼付の写真を示されて、同写真を引用しながら証言し、同写真は証人尋問調書に添付された。裁判所は、同写真を事実認定の用に供することができるか。同写真とVの証言内容との関係に言及しつつ理由を付して答えなさい。

〔設問6〕

下線部⑤に関し、B子の証言の要旨は次のとおりであったとして、以下の各問いに答えなさい。

〔証言の要旨〕

- ・ AのVに対する暴行状況について、「AとVがもめている様子をそばでずっと見ていた。AがVの胸を押した事実はない。Vがふらついて転倒したので、AがVを介抱しようとした。AがVに馬乗りになって、『この野郎。』と言って殴り掛かろうとした事実はない。Vと関わりたくなかったので、Aの腕をつかんで、『こんな人は放っておこうよ。』と言った。すると、AはVを介抱するのを止めて、私と一緒にその場を立ち去った。」
 - ・ 捜査段階での検察官に対する供述状況について、「何を話したのか覚えていないが、嘘を話した覚えはない。録取された内容を確認した上、署名・押印したものが、甲7号証の供述録取書である。」
 - ・ 本件事件後のAとの関係について、「5月に入ってからAの子を妊娠していることが分かった。」
- (1) 検察官として、刑事訴訟法第321条第1項第2号後段の要件を踏まえて主張すべき事項を具体的に答えなさい。
- (2) 甲7号証の検察官の取調べ請求に対し、弁護人が「取調べの必要性がない。」旨の意見を述べたため、裁判長が検察官に必要性についての釈明を求めた。検察官は、必要性についてどのように釈明すべきか答えなさい。

解答のポイント

設問1では、罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるといえる客観的な危険として、AとBが同居していることから口裏あわせをすること、Vが比較的に近い場所に住んでいることからして不当な働き掛けをすることが挙げられる。さらに、Aは否認していることからして、自らに有利になるようにVやBに働き掛ける意欲がある点も裁判官の思考過程における判断要素となる。

設問2では、直接証拠と間接証拠の区別をした上で、下線部(b)の供述が間接証拠となることを示し、本件での間接事実を設定し、本件での時系列を整理しつつ理由付けを行うことが求められているといえる。

設問3では、法316条の15第3項1号イの証拠の類型につき条文を示しつつ明らかにし、同ロについて、本件事件が否認事件であることを踏まえつつ、検察官請求証拠の立証趣旨等を吟味しながら条文の文言に説得的に当てはめることが重要である。

設問4では、伝聞証拠に当たるかどうかを判断し、それぞれの証拠の証拠能力を示し、条文上の根拠や証拠の性質の異同を理解しているかがポイントとなる。

設問5では、最判平23.9.14の判例を理解しているということ、刑事訴訟法規則の条文を正確に挙げられる点が重要となる。

設問6では、伝聞例外（321条1項2号後段）の要件と、その意義及びあてはめを正確になしうるかがポイントとなる。特に、相対的特信状況は、公判廷における供述と事前の供述を比較して、その有無が決められることに注意して欲しい。

解答例

第1 設問1

まず、Wは、ABと面識がないことから、AがWに働きかけを行うなどの客観的危険は低いといえる。他方、Vについては、その住所とAのマンションが同市同町であることから、Aの身柄拘束を解くと、Vに不当な働きかけを行い、自己に有利な供述をなさしめる危険がある。また、BはAと同居する交際相手であることから、Aの働きかけにより両者が口裏合わせをし、Bが供述内容を変える危険も大きい。

さらに、Aが犯行を否認していることからすると、Aには上記働きかけを行う意欲も十分にあるといえる。

以上のことから、裁判官は、罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があると判断する。

第2 設問2

検察官は、間接証拠と考えているといえる。間接証拠とは、犯罪事実を直接に証明するものではなく、間接事実を証明することにより犯罪事実の証明に寄与するものである。

本件の犯罪事実はAがVの胸部を両手で2回押す暴行を加えたというものである。そして、下線部(b)の事実は、AがVに馬乗りになり「この野郎」と怒鳴りながら右腕を振り上げたことであるから、この時点におけるAの強い攻撃意欲の事実が認められる。そして、本件における間接事実を犯罪事実の時点におけるAの攻撃意欲と設定すると、下線部(b)の事実が犯罪事実の直後であることからして、犯罪事実の時点でもAに攻撃意欲があったことを証明しうる。そして、この間接事実の証明から

本件犯罪事実の証明に寄与するものとなる。

第3 設問3

1 イについて

刑事訴訟法（以下、「法」という）316条の15第1項6号として、Vの供述録取書を開示請求する。

2 ロについて

本件では、検察官は、AのVに対する暴行を証明しようとしているのに対し、Aはこれを否認している。

そうすると、Aの供述と相反するVの検察官請求証拠が、Vの正確な見聞・供述によるものであるかがAの防御の準備のために必要といえる。そのため、Vの当初供述や、その供述に変遷があったかを見ること、検察官請求証拠の証明力を判断する上で重要である。

第4 設問4

1 甲4号証について

甲4号証は、AがVに対し、その胸倉を強く押した際の体勢等が撮影等されたもので、その要証事実はVがAに胸倉を強く押される暴行を受けたことと史料される。

そうすると、これは、公判期日における供述に代えて書面を証拠とするもので、要証事実との関係で内容の真実性が問題となるものといえる（法320条1項）。

したがって、甲4号証は伝聞証拠に該当し、これに対する証拠意見としては、同意・不同意となる（法326条1項）。

2 甲5号証

他方、甲5号証も、同様にAがVに馬乗りとなっている状況が写真撮影されたものであり、上記定義に鑑みるならば、伝聞証拠に当たる可能性もある。

もっとも、伝聞証拠が排除される趣旨は、記憶、知覚、表現・叙述の各過程に誤りが入り込む危険のためである。

この危険につき甲5号証を検討すると、これは、Wにより携帯電話機による撮影という機械的手法によって当時の状況が記録されたものである。すなわち、上記の各過程に誤りの混入する危険は皆無といえる。

したがって、甲5号証は、非伝聞証拠となり、これに対する証拠意見としては、同意・不同意が問題となることはなく、異議があるか否かとなる。

第5 設問5

1 小問(1)について

本件では被害状況につき口頭ではどのような位置関係であったのか等、不明瞭な部分が残る。そのため、供述の内容を明確化するため、裁判長は写真を示すことを許可したと思われる（刑事訴訟規則（以下「規則」という。）199条の12第1項）。

2 小問(2)について

その後、規則49条に基づき証人尋問調書に添付された場合、当該写真は独立して証拠採用されたものではないため、証言内容を離れて写真自体から事実認定を行うことはできない。しかし、証人は写真を引用し

ながら証言をした以上、引用された限度で当該写真は証言の一部となっているのであるから、そのような証言全体を事実認定の用に供することができる。

第6 設問6

1 小問(1)について

法321条1項2号後段の要件は、①公判期日において前の供述と相反する供述をしたこと、かつ、②公判期日における供述よりも、前の供述を信用すべき特別の状況があることである。

まず、①についてみると、B子は供述録取書においては、Aが、Vの胸を突き飛ばした旨などを述べていたところ、公判期日では、これと明確に相反する事実を述べている。

次に②についてみると、B子は検面調書作成後の5月になりAの子を妊娠していることから、Aをかばうため、公判期日ではAに有利な偽証をなす可能性が高い。他方、B子は捜査段階の検面調書につき、「嘘を述べた覚えはない」としている。そうすると、この両者を比較した場合、検面調書のほうが信頼に足る状況にあるといえる。

2 小問(2)について

本件は、AがVに胸を強く押すなどの暴行をしたか否かが争点となっているところ、甲7号証は、暴行の事実を端的に示す直接証拠となるため、取調べの必要性は高いといえる。

以上

論点リサーチ 中間発表

※ リサーチ参加者がマークしていない場合、合算値が100%にならない場合があります。

	【刑事実務基礎】	論述した	ある程度 論述した	全く触れ なかった
設問1	AとBが同居していること等から口裏あわせをする危険性の指摘	55.0%	17.5%	27.5%
設問1	AがWと面識がないことからAがWに働きかけを行う等の危険性が低いことの指摘	30.0%	12.5%	57.5%
設問1	Aの住むマンションとVの住所が同市同町であることから不当な働きかけを行う危険性のあることの指摘	20.0%	7.5%	72.5%
設問1	Aが否認していることから不当な働きかけを行う意欲のあることの指摘	45.0%	20.0%	32.5%
設問2	間接証拠の定義	55.0%	15.0%	30.0%
設問2	下線部(b)の事実が強い攻撃意欲の徴表であり、本件の犯罪事実がその直前であることから暴行をしたことを推認できること	47.5%	35.0%	17.5%
設問3	法316条の15(類型証拠開示)第1項6号として、Vの供述録取書を開示請求することの指摘	42.5%	15.0%	42.5%
設問3	否認事件であることからAの防御の準備のため必要であることの指摘	42.5%	20.0%	37.5%
設問3	Vの当初供述や、その供述に変遷があったかを見るのが重要であることの指摘	42.5%	15.0%	42.5%
設問4	甲4号証が伝聞証拠であることの指摘	80.0%	10.0%	10.0%
設問4	甲4号証が伝聞証拠であることを指摘した上で、証拠意見が同意・不同意であることの指摘	72.5%	15.0%	12.5%
設問4	甲5号証が非伝聞証拠であることの指摘	60.0%	20.0%	20.0%
設問4	甲5号証が非伝聞証拠であることを指摘した上で、証拠意見が異議があるか否かであることの指摘	55.0%	22.5%	22.5%
設問5	規則199条の12第1項(図面等の利用についての規定)の明示	65.0%	15.0%	20.0%
設問5	口頭での供述の不明瞭な部分を明確化するためという裁判官の思考過程の指摘	52.5%	35.0%	12.5%
設問5	規則49条(調書への引用)の指摘	7.5%	2.5%	90.0%
設問5	証言内容から離れて、写真自体から事実認定を行うことはできないことの指摘	37.5%	20.0%	42.5%
設問5	証人が写真を引用した限度で写真が証言の一部となっていることの指摘	27.5%	30.0%	40.0%

設問5	証言全体を事実認定の用に供することができることの指摘	20.0%	27.5%	52.5%
設問6	公判期日において前の供述と相反する供述をしたことの本件でのあてはめ	67.5%	25.0%	7.5%
設問6	公判期日における供述よりも、前の供述を信用すべき特別の状況があることの本件でのあてはめ	60.0%	25.0%	15.0%
設問6	暴行があったか否かという争点から甲7号証が直接証拠となり取調べの必要性が高いことの指摘	35.0%	25.0%	37.5%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17505