

平成 28 年予備試験 法律実務基礎科目（刑事）

問題文

次の【事例】を読んで、後記〔設問〕に答えなさい。

【事例】

- 1 A（男性，32歳，暴力団甲組組員）は，平成28年2月12日，V（男性，40歳，暴力団乙組幹部組員）を被害者とする殺人未遂罪の被疑事実で逮捕され，同月14日から勾留された後，同年3月4日にI地方裁判所に同罪で公判請求された。

上記公判請求に係る起訴状の公訴事実には「被告人は，平成27年11月1日午後2時頃，H県I市J町1丁目1番3号に所在する暴力団乙組事務所前路上において，同事務所玄関ドア前に立っていたVに対し，殺意をもって，持っていた回転弾倉式拳銃で弾丸3発を発射したが，いずれも命中しなかったため，同人を殺害するに至らなかった。」旨記載されている。

- 2 公判請求までに収集された主な証拠とその概要は次のとおりであった。

証拠① Vの検察官調書

「私は，平成27年11月1日午後2時頃，配下のWを連れて乙組事務所から出掛けることとした。Wが先に玄関ドアから外に出たので，私が少し遅れて玄関ドアから外に出て，歩き出そうとした瞬間，私の左側に立っていたWが私の上半身を両腕で抱え，Wの方に引っ張ったので，私は，W共々左側に倒れ込んだ。倒れ込むと同時に，拳銃の発射音が何発か聞こえた。玄関ドアの南側正面には道路に面した門扉があるが，私は，玄関ドアから出て倒れるまで，門扉の方を見ていなかったし，倒れた後には，門扉の向こう側には誰もいなかった。私の身長は180センチメートルである。」

証拠② W（男性，25歳，暴力団乙組組員）の検察官調書

「私は，平成27年11月1日午後2時頃，私が先に乙組事務所の玄関ドアから外に出て，左手の隅によけ，Vが出てくるのを待っていた。しばらくしてVが玄関ドアから出てきたが，ふと玄関ドアの南側正面にある門扉の方を見ると，門扉の向こう側の右側からマスクをした男が走り出てきて，門扉の正面で止まり，拳銃を両手で持って，玄関ドア前に立っていたVに銃口を向けて構えた。私は，Vが撃たれると思い，とっさにVの上半身に抱き付き，私の方に引き倒すように引っ張った。私とVが倒れるのと前後して，『死ぬ。』という男の声と同時に，拳銃の発射音が複数回した。倒れてから門扉の方を見たが，既に誰もいなかった。拳銃を撃った男が誰かは分からない。」

証拠③ 実況見分調書（平成27年11月1日付け，立会人W）

「本件現場は，H県I市J町1丁目1番3号に所在する暴力団乙組事務所（以下「事務所」という。）玄関ドア付近である。事務所は3階建てのビルであり，南側に玄関ドアがある。事務所の敷地の周囲には高さ約2.5メー

トルの扉があるが、南側には扉に設置された門扉があり、門扉の高さは約1.3メートルである。事務所敷地南側は道路に面しており、門扉の正面の路上に立つと、事務所玄関ドアが門扉越しに遮る物なく北方向正面に見える。門扉と玄関ドアとの距離は、約3メートルである。玄関ドアは防弾仕様であり、玄関ドアの中央（玄関ドア東端から西方へ約1メートルから約1.3メートル、玄関ドア下端から上方へ約1.3メートルから約1.4メートルの範囲）に、弾丸3個がめり込んでいた。Wは、㊦『私がVに抱き付く前に、Vはこの位置に立っており、私はこの位置に立っていた。』と言って、玄関ドア前にV役の警察官Y（身長180センチメートル）を立たせ、自らは玄関ドア前の脇に立ったので、それぞれの位置を計測したところ、V役Yの位置は、玄関ドアから南側に約50センチメートル、門扉から約2.5メートルの玄関ドア正面であり、門扉の南側路上から見ると、弾丸の玄関ドア着弾位置はYの胸部の後方となった。Wの位置は、玄関ドア東端から東方へ約30センチメートル、事務所建物壁から南方へ約1メートルの位置であった。Wは、㊧『犯人は、門扉の外の路上に立ち、拳銃を玄関ドア方向に向けて真っすぐ構えていた。』と言ったので、Wが犯人と同じくらいの身長の者として選んだ犯人役の警察官Z（身長175センチメートル）を、Wの説明どおりに門扉の南側路上に立たせ、模擬拳銃を玄関ドア方向に真っすぐ構えさせたところ、犯人役Zの立ち位置は、門扉の中央正面（門扉東端から西方へ約1メートル、門扉から南方へ約1メートルの位置）であり、銃口は門扉の上端から約10センチメートル上方であり、銃口から玄関ドアまでは約3メートルであった。」

証拠④ 弾丸3個

証拠⑤ 捜査報告書

「暴力団乙組事務所玄関ドア東側付近に設置されていた防犯カメラの平成27年11月1日午後2時頃の映像は、次のとおりである。午後1時57分頃、Wが事務所玄関ドアから出て、同ドアの東側脇に立つ。午後2時頃、Vが同ドアから出て、同ドア前に立った後、WがVを抱えるようにして東側に倒れ込み、その直後、高速度で物体が玄関ドアに当たり、玄関ドア表面から煙かほこりのようなものが立ち上るとともに、映像が激しく乱れた。なお、同カメラの映像は、玄関ドア周辺しか撮影されていない。」

証拠⑥ B（男性、20歳、青果店手伝い）の検察官調書

「私は、平成27年11月1日当時、甲組の組員見習として同組組員であるAの運転手をしていましたが、同日、私は、Aの指示で、AをH県I市J町まで車で送った。私がAの指示どおりJ町の路上に車を止めると、Aは、『すぐ戻ってくるから。』と言って車から降り、どこかに行った。その時間は午後2時頃だった。5分ほど経過して、少し遠くで『パン、パン』という音が聞こえ、間もなく、マスクをしたAが車に走って戻ってきて、後部座席に乗り込んだ。その際、Aは、右手に拳銃を持っていた。その後、私は、Aの指示どおりAをA方に送った。翌2日、Aの指示で、AをH県K市内のレンタルボックス店まで車で送った。」

証拠⑦ 捜査報告書

「Bの供述からH県K市内のレンタルボックス店を特定し、同店に照会した結果、平成27年11月2日に、A名義で同店のレンタルボックスを借りた者がいることが判明した。そこで、平成28年1月5日、搜索差押許可状に基づき、A名義で貸借中の上記レンタルボックスを搜索したところ、封筒に入れられた回転弾倉式拳銃1丁が発見された。」

証拠⑧ 回転弾倉式拳銃1丁

証拠⑨ 鑑定書

「証拠④の弾丸3個は、口径9mm△△型回転弾倉式拳銃用実包の弾丸であり、発射時に刻まれた擦過痕が一致しているため、同一の拳銃で発射されたものと認められる。証拠⑧の回転弾倉式拳銃1丁は、口径9mmの△△型回転弾倉式拳銃である。科学警察研究所の技官が、証拠⑧の拳銃で試射し、試射弾丸と証拠④の弾丸を対照した結果、試射弾丸と証拠④の弾丸の発射時の擦過痕が一致した。よって、証拠④の弾丸3個は、証拠⑧の拳銃から発射されたものと認められる。」

証拠⑩ 搜索差押調書

「平成28年2月12日、搜索差押許可状に基づきA方の搜索を実施したところ、メモ帳1冊が発見され、本件に関係すると思料される記載があったため、これを押収した。」

証拠⑪ メモ帳1冊(2頁目に『11/1 J町1-1-3』という手書きの記載があり、その下に乙組事務所周辺に似た手書きの地図が記載されている。その他の頁は白紙であるが、表紙の裏にAとCと一緒に写っている写真シールが貼付されている。)

証拠⑫ C(女性、25歳、飲食店従業員)の警察官調書

「私は、平成27年2月頃からAと交際しており、Aが私の家に泊まっていくこともある。Aといつ会ったかなど、いちいち覚えていない。」

証拠⑬ Aの上申書(平成28年2月26日付け)

(A4版のコピー用紙に証拠⑪のメモ帳の2頁目を複写した書面の余白に以下の記載がある。)

「これは私が書いた犯行計画のメモに間違いない。実行予定日と乙組事務所の住所とその周辺の地図を記載した。」

証拠⑭ Aの検察官調書(平成28年3月1日付け)

「事件の1週間前、乙組の組員が甲組や私の悪口を言っていたという話を聞いたので、私は頭に来て、拳銃を撃って乙組の連中を脅そうと思った。そこで、私は、知人から拳銃を入手し、平成27年11月1日、Bに運転させて、乙組の事務所近くまで車で行き、午後2時頃、私だけ車から降りて乙組事務所に向かった。私は、乙組事務所の門扉に近づくと、ズボンのポケットに入れていた拳銃を取り出し、門扉前の路上から門扉の向こう側正面にある乙組事務所玄関付近を狙って拳銃を3発撃った。目を閉じて撃ったため人が事務所から出てきたことに気付かなかった。」

- 3 受訴裁判所は、平成28年3月7日、Aに対する殺人未遂被告事件を公判前整理手続に付する決定をした。検察官は、同月18日、証明予定事実記載書を同裁判所及びAの弁護人に提出・送付するとともに、同裁判所に⑧証拠①ないし⑨及び⑭の

取調べを請求し、Aの弁護人に当該証拠を開示し、Aの弁護人は、同月23日、同証拠の閲覧・謄写をした。Aの弁護人は、同年4月6日、検察官に類型証拠の開示請求をし、検察官は、同月11日、同証拠を開示した。

Aの弁護人は、逮捕直後からAとの接見を繰り返していたが、当初からAが証拠⑭と同旨の供述をしていたため、同月20日の公判前整理手続期日において、⑥「Aが拳銃を撃った犯人であること（以下「犯人性」という。）は争わないが、殺意を争う。」旨の予定主張を裁判所及び検察官に明示するとともに、③検察官請求証拠に対する意見を述べた。

- 4 同月30日、Aの弁護人がAと接見したところ、Aは、これまでの供述を翻し、「本当は、自分はやっていない。名前は言えないが世話になった人から頼まれて身代わりになった。押収されたメモ帳もその人のもので、私はそのメモ帳には何も書いていない。自分にはアリバイがあり、犯行当日は、女友達のCと、C方にずっと一緒にいた。」旨述べた。Aの弁護人は、同年5月1日、Cから事情を聞いたところ、Cは、「平成27年11月1日は、Aと自宅にずっと一緒にいた。警察官から取調べを受け、その日のAの行動について尋ねられたが、覚えていないという話をしたかもしれない。」旨述べた。Aの弁護人は、Cの警察官調書の開示請求をしておらず、証拠⑫を閲覧していなかったが、上記の経過を受けて、④殺意は争わないが、犯人性を争う方針を固めた。
- 5 平成28年5月20日の公判前整理手続期日において、③検察官は、犯人性が争点となったため、証拠⑩、⑪及び⑬の取調べを追加請求したが、Aの弁護人は証拠⑩については同意し、証拠⑪については異議あり、証拠⑬については不同意である旨意見を述べた。

その後、数回の公判前整理手続期日を経て、同年6月15日に、裁判所は、証拠決定をし、争点はAの犯人性であること及び証拠⑥の採用を留保し、Bの証人尋問を実施すること等の証拠の整理結果を確認して審理計画を策定し、公判前整理手続を終結した。公判期日は、同年7月1日から同月6日までと定められた。

〔設問1〕

下線部⑥に関し、Aの弁護人は、証拠⑭と同旨のA供述を基に、Aの殺意について、どのような事実上の主張をすべきか、殺意の概念に言及しつつ答えなさい。

〔設問2〕

下線部③に関し、検察官は、証拠③の実況見分調書を「犯行現場の状況等」という立証趣旨で証拠請求したところ、Aの弁護人が下線部③において、「下線部⑦及び⑧は立会人の現場供述であるため、証拠③は不同意である。なお、作成の真正も争う。」旨の意見を述べた。これに対し、検察官は、証拠③の証拠請求を維持したいと考えた。

- (1) 検察官は、裁判長から下線部⑦及び⑧が現場供述であるか否かについて意見を求められた場合、どのような意見を述べるべきか、理由を付して答えなさい。
- (2) Aの弁護人が、証拠③の実況見分調書について不同意意見を維持した場合、検察官は、どのような対応をとるべきか、答えなさい。

〔設問 3〕

A の弁護人は、下線部㉔の弁護方針の下、それまでの犯人性についての主張を変更し、A が犯人ではない旨主張し、C の証言により、A が犯行当時 C 方にいた事実を立証したいと考えた。A の弁護人が、下線部㉔以後の公判前整理手続において行うべき手続は何か。公判前整理手続に関する条文上の根拠を挙げて、手続内容を簡潔に列挙しなさい。

〔設問 4〕

- (1) 下線部㉔に関し、仮に証拠⑬が存在しなかった場合、証拠⑩及び⑪から「A が犯人である事実」がどのように推認されるか。証拠①ないし⑨から何者かが公訴事実記載の犯行に及んだことが認められることを前提に、検察官の想定する推認過程について答えなさい。なお、証拠⑪の 2 頁の記載は、対照可能な特徴を有する文字が少ないため筆跡鑑定は実施できなかったものとする。
- (2) 証拠⑩及び⑪に加えて、証拠⑬も併せて考慮することによって、小問(1)で答えた「A が犯人である事実」を推認する過程にどのような違いが生じるか答えなさい。

〔設問 5〕

- (1) 第 1 回公判期日において、B の証人尋問が実施され、検察官が尋問の冒頭で以下の質問をしたところ、弁護人が誘導尋問である旨の異議を申し立てた。検察官は、異議には理由がないと述べた場合、裁判所は、その申立てに対しどのような決定をすべきか、理由を付して答えなさい。

検察官：「それでは、証人が、平成 27 年 1 月 1 日に、被告人を乗せて車を運転したときのことについてお尋ねします。」

- (2) 第 2 回公判期日において、C の証人尋問が実施され、C は、弁護人の主尋問において、「平成 27 年 1 月 1 日、A は、一日中、私の家で私と一緒におり、外出したこともなかった。」旨証言し、検察官の反対尋問において、「A が起訴される前に、私は警察官の取調べを受けたが、どのような話をしたのか覚えていないし、その時、警察官が調書を作成したかどうか覚えていない。」旨証言した。検察官は、更に C の記憶喚起に努めたが、その証言内容に変更がなかったため、裁判長に許可を求めることなく、C に証拠⑭の C の署名押印部分を示そうとした。

このような調書の一部を示す行為は、検察官の反対尋問において許されるか、条文上の根拠に言及しつつ結論とその理由を答えなさい。

本年度も事実認定、公判前整理手続、証人尋問手続といった恒例の出題分野から多く出題された。難易度も例年どおりとあってよいだろう。

第1 設問1について

- 1 殺意とは、人の死亡という結果発生に対する認識・認容をいうから、証拠⑭では、拳銃で脅そうとしたのみであって、人に向かって撃った認識がないため、これが人に命中することに対する認識・認容がなかったという主張をすることになる。
- 2 本問で、どこまでの解答を求められているのかは、明らかではないが、殺意がなかったことの主張を支える事実として、発砲後、直ちにその場を立ち去っていること（V及びWが倒れた後に門扉の方を見たら既に誰もいなかったこと（証拠①②）より認定）、犯行動機が甲組やAの悪口を言っていたことに対する報復であることを合わせて主張することも考えられる。

そもそも、目をつぶっていたから殺意がないという主張はかなり苦しいものである。目をつぶって撃ったということ自体が弁解として不自然であるが、これを前提としても、玄関に向かって撃っておいて、中にいる人に命中するかもしれないし、人が出てくるかもしれないため、人に当たるかもしれないという認識がなかったといえるかは疑わしいからである。そうすると、上記程度の間接事実は主張しておく、主張の下支えはしておいた方がよいだろう。

第2 設問2について

1 小問(1)について

- (1) 実況見分調書における現場説明に関する理解を前提に、検察官の立場からの証拠意見を立論させる問題である。
- (2) 刑事訴訟法の問題であるが、実況見分調書における現場説明は、実況見分の動機や手段を明示する趣旨のものである現場指示と、実況見分の実施にかかわらない内容を含む現場供述に区別される。そして、前者については、実況見分の結果を記載したに過ぎないため、321条3項のほかに、重ねて供述録取書として扱う必要がないのに対し（最判昭 36.5.26）、後者は、321条3項に加えて、再現者が被告人以外の者である場合には321条1項2号ないし3号所定の、被告人である場合には322条1項所定の要件を満たす必要がある（最決平 17.9.27【百選83】）。

そして、本問では、Wの署名・押印があるとの記載がないので、321条1項2号ないし3号の要件を満たさないから、現場供述だと主張した上で、伝聞例外を満たすとの主張をすることはできない。

そのため、検察官としては、㉗及び㉘の供述が現場指示であると主張することになるだろう。

- (3) 具体的には、㉗部分については、V及びWの言動を問題にしているのではなく、犯行時のV及びWの位置関係を測定するという実況見分の動機が示されているにすぎないと主張すればよい。

①部分についても犯行が行われた際の犯人の立ち位置を測定するという実況見分の動機が示されているにすぎないと主張する。

- (4) なお、検察官の主張の当否についていえば、正当といえることができるだろう。ただし、現場指示は、見分の趣旨を示す限度で証拠価値を認めるにすぎないため、指示説明の内容をその内容に沿った実体的な事実認定の証拠として用いることはできない（最決昭 41.2.17、最決昭 48.6.5 参照）。

2 小問(2)について

上記のとおり、㉗及び㉘は現場指示であるから、321 条 3 項による証拠調べ請求をすることになる。作成者の真正作成供述が必要になるから、証人尋問も合わせて請求しなければならない。成立と内容のいずれの真正も立証しなければならないというのが実務であり、学説の多数であるから、この点も指摘しておくべきである。

なお、㉗及び㉘が現場供述だとした場合、実務上は、裁判所は証拠として採用せず、検察官において、再現者の説明部分を削除した抄本を用意してこれを証人尋問等の際に、規則 199 条の 12 で証人等に示して、裁判所がこれを規則 49 条により、証人尋問調書等に添付するという運用がなされているので、こちらの対応をすることになる（このような措置の適法性及び証人尋問調書の証拠能力について、最決平 23.9.14【百選 68】）。

第3 設問3について

- 1 公判前整理手続中に当事者が主張を変更する場合の手続を問う問題である。

本問では、下線部㉔の時点では、既に検察官から証明予定事実の送付を受け、検察官が証拠調べ請求をした証拠についての証拠意見を述べるとともに、予定主張書面を提出し、証拠調べ請求まで行われている。

そのため、316 条の 22 に基づく主張の変更手続をとることになる。なお、同条 1 項は「第 316 条の 13 から第 316 条の 20 までに規定する手続が終わつた後」とあり、本問では、主張関連証拠の開示請求手続（316 の 20）についての記載がないため、厳密に言えば、これが終わっているかは明らかではないが、必ずしも全ての手続が行われる必要はないと解されている。そのため、この点は問題にならない。

- 2 316 条の 22 は、316 条の 21（検察官の主張変更）と相まって、316 条の 13 から 316 条の 20 の手続をもう 1 回やり直す（2 巡目を行う）規定である（316 条の 21 では 316 条の 14 から 16 までが、316 条の 22 では 316 条の 18 から 20 の規定が準用されている。）。
- 3 具体的には、予定主張書面の内容を変更し（316 の 22 I）、新たな証拠があればこれの証拠調べ請求をし（同 II、本問では C の証人尋問等）、検察官にこれを開示する（同 IV・316 の 18）。なお、これに合わせて、主張関連証拠請求をすることもできる（316 の 22 V・316 の 20、本問では証拠㉔を請求することが考えられる。）。これに対して、検察官は、証拠意見を述べることになる（316 の 22 IV・316 の 19）。

第4 設問4について

- 1 小問(1)について

(1) 犯人性の推認過程を論じさせる問題である。

事実認定では、(i) 証拠から直接導くことができる事実の抽出、(ii) 抽出した事実と要証事実の結び付きの程度の検討というプロセスで行う。(ii) の検討の際には、逆説を立てて(本問ではAが犯人ではないと仮定する。), その可能性がどの程度考えられるかという観点から考察するとよい。

- (2) まず、(i) から検討するに、証拠⑩から直接導くことができる事実は、証拠⑪が平成28年2月12日にA方にあったということである。

次に、証拠⑪から直接導くことができる事実は、2頁目に『11/1 J町1-1-3』という手書きの記載があり、その下に乙組事務所周辺に似た手書きの地図が記載されていること、表紙の裏にAとCと一緒に写っている写真シールが貼付されていることである。

- (3)ア ここで、(ii) を行う。まず、事件性立証は済んでいることを前提とするから、「犯人は、平成27年11月1日午後2時頃、H県I市J町1丁目1番3号に所在する暴力団乙組事務所前路上において、同事務所玄関ドア前に立っていたVに対し、殺意をもって、持っていた回転弾倉式拳銃で弾丸3発を発射したが、いずれも命中しなかった」という事実は認定されていると考えてよい。

そうすると、『11/1 J町1-1-3』という手書きの記載が犯行日時・犯行場所と一致したものだと考えることができる(「11/1」という記載が日付を指していることは前提にしてよいだろう。なお、厳密に言えば、「J町1-1-3」が「H県I市J町1丁目1番3号」を指すのかは必ずしも明らかではない。本問では、実は、AがI市在住なのか不明であり、I市以外にもJ町という名称の地名があると一気に話が変わるが、さすがに深読みのしすぎだろう。)。そうすると、その下に記載されている乙組事務所周辺に似た手書きの地図は、乙組事務所周辺の地図だと認定してよいだろう。

この事実からは、メモ帳の所持者が、たまたまこの日に乙組事務所にて本件とは別の用があったと考えることもできるが、本件の犯行についての記載である可能性もある。

本件の犯行についての記載であると考えて考察を進めると、このメモがいつ書かれたのかが分からない点の問題になる。11月1日以前であれば、(通常、犯行は行われるまでは関与者しか知り得ない事実であるから) 犯行に関与している可能性が極めて高いが、それ以後であれば、報道等で知り、興味を持っただけかもしれない。手書きの地図からは、メモ帳の所持者が、乙組事務所に行こうと思っていたのであろうということが推認できるが興味本位で現場を見ようと思っただけでも考えられる。

- イ 次に、手帳が誰のものか、手書きの記載を誰が書いたのかを検討する。AとCと一緒に写っている写真シールが貼付されており、交際している男女の写真シールを本人以外が貼付することは考え難いから、AかCの物だといってよいだろう。しかし、AとCは交際しているのであるから、CがA方に入出入りしている可能性は十分にあるため、Cの物だという可能性は払しょくできない。

- ウ 以上からすれば、決め手を欠く事実ではあるが、Aが犯人であることを一定程度は推認できる事実だということができるだろう。

2 小問(2)について

小問(1)での分析により、『11/1 J町1-1-3』が本件犯行に関する記述であるか否かという点、これを書いたのがAかCか分からないという点が、推認力を弱めていることが分かる。

証拠③は、この部分について、A自身がこれを認める供述であるから、推認力を弱めている部分が払しょくされる。

したがって、高い推認力を持つことになる。

なお、Aが認めるのは、犯行計画メモを作成したという限度であり、実際に実行したということは認めていないから、証拠③は直接証拠ではない。犯行に及んだ人間は別の人間であるとも考えられる点は、注意を要する。

第5 設問5について

1 小問(1)について

(1) いわゆる誤導尋問についての問題である。

誤導尋問とは、争いのある事実又は未だ供述されない事実を実際にあった事実であるかのように仮定し、これを前提にしてする誘導尋問をいう。誤導尋問は、証人を錯誤に陥れる危険があるから、一切許されないと解されている。

本問では、明らかにこれに当たるから、規則 199 条の 3 第 3 項違反があるとして、弁護人の異議を認め、検察官の質問を撤回するよう命じることになる(規 205 の 6 I)。

(2) なお、正しくは、争いがある場合、「平成 27 年 11 月 1 日の出来事についてお聞きします。証人は、当日午後 2 時頃、何をしていましたか。」と聞いて、「被告人を乗せて車を運転した。」と答えさせることになる。一方、争いがない場合には、誘導尋問で「被告人を乗せて車を運転しましたよね。」と聞いて、「はい。」と答えさせることになる(規 199 の 3 III②)。

2 小問(2)について

(1) 原則として、証人に書面を示すことはできない。証人の供述に不当な影響を及ぼすおそれがあるからである。

しかし、同一性判断(規 199 の 10)、記憶喚起(規 199 の 11)、供述明確化(規 199 の 12)の3つの場合には、例外的にこれが許される。このうち、後者2つの場合には、裁判長の許可が必要となる。同一性判断に比して、不当な影響を及ぼすおそれが高いからである(規 199 の 11 II, 199 の 12 II 参照)。

(2) 本問では、「記憶喚起に努めたが、その証言内容に変更がなかった」とあるから記憶喚起のための書面と考えられなくもない。一方、検察官は、Cの署名押印部分を示そうとしているのであるから、規則 199 条の 10 が適用されると解することもできる。

この問題は、いわゆる 3C (Commit, Credit, Confront) 手法と呼ばれる尋問方法をめぐって、議論がされており、規則 199 条の 10 により無条件で示すことができるとする見解(199 条の 10 説)と規則 199 条の 11 により裁判長の許可が必要であるという見解(199 条の 11 説)の対立がある。なお、199 条の 11 説では、同条かつこ書により、供述録取書を示すことが禁止されるのは絶対的な規定ではないと解することを前提とする。

- (3) 議論の前提として、規則 199 条の 10 が裁判長の許可を不要とし、規則 199 条の 11 が必要とすることの趣旨について確認する必要がある。

規則 199 条の 10 は、書面又は物の証拠能力や証明力に問題があるため、書面又は物を提示する場合であり、犯罪事実の認定に直接供されるのは書面又は物であるのに対し、規則 199 条の 11 は証人の供述を引き出すため書面又は物を提示する場合である。そうすると、規則 199 条の 11 では、犯罪事実の認定に供される証人の供述が書面又は物によって歪められるおそれの有無を裁判長に事前に判断させる必要がある（なお、規則 199 条の 12 も後者の場面での使用であるから、裁判長の許可が必要）。以上が立法担当者の説明であり、両説ともにこの考えは前提にする。

- (4) その上で、199 条の 10 説は、以下のように主張する。書面を示すのは、署名・押印をしたか否かという事実について記憶喚起のためにするのではなく、自己矛盾供述の存在を明らかにするためのものにすぎないし、証言内容が供述調書によって歪められるおそれもない。したがって、規則 199 条の 10 が適用される。
- (5) 一方、199 条の 11 説は、以下のように主張する。過去に自己矛盾供述をしたことがあるか否かを確認するのであるから、自己矛盾供述の有無に関する記憶を喚起するという側面がないとはいえないし、供述調書を証人に突き付けることで不当な圧力をかけるおそれがある。このような弊害と尋問の必要性を勘案して、書面を示すか否かを判断するというのは、規則 199 条 11 の想定する問題である。一方、自己矛盾供述の有無は、証言と供述調書を照らし合わせれば明らかであって、証言によって書面の証拠能力や証明力を補助する関係にはないから、規則 199 条の 10 の適用があるとはいえない。

結論はいずれでもかまわないが、実務上は、少なくとも署名押印部分の提示に限れば、検察官から異議が出たり、裁判長に止められるケースは少ないようである。

- (6) なお、いずれの立場であっても、本問では、証拠⑩は証拠調べ請求がされておらず、被告人側が閲覧したという事情がないので、被告人側の閲覧の機会が与えられていないことは指摘しておいた方がよい（規 199 の 10Ⅱ、199 の 11Ⅲ）。

〔出題の趣旨〕

本問は、犯人性及び殺意の有無が争点となる殺人未遂被告事件を題材に、殺人罪の構成要件、証拠法、公判前整理手続、刑事事実認定の基本構造、証人尋問を含む公判手続についての基本的知識を活用して、殺意の有無に関する当事者の主張（設問 1）、実況見分調書の立会人の指示説明部分の証拠能力及びその立証方法（設問 2）、公判前整理手続において当事者が主張を変更する場合に採るべき具体的手続（設問 3）、証拠から犯人性を推認する場合の証拠構造（設問 4）、証人尋問の方法及び異議に対する裁判所の対応（設問 5）について、問題に指定してある法曹三者それぞれの立場から主張すべき事実や採るべき対応を検討して回答することを求めており、【事例】に現れた証拠や事実、手続の経過に応じた法曹三者の適切な対応を具体的に検討させることにより、基本的知識の正確な理解及び基礎的実務能力を試すものである。

模範答案

1 第1 設問1 (以下、条文数のみは刑事訴訟法)

Aは目を閉じて拳銃を撃ったため、人が事務所から出てきたことに気付いておらず、当該行為が殺人罪(刑法199条)の実行行為にあたることの認識がない。また、Aは乙組の組員が甲組やAの悪口を言っていたという話を聞いたので、頭に来て、拳銃を撃って乙組の連中を脅そうと思ったに過ぎず、殺人罪の結果発生に対する認容がない。さらに、Aは、V及びWが弾丸を避けたにもかかわらず、追撃せずに直ちにその場を立ち去っているところ、殺意があるなら追撃するはずであるから、かかる事実、Aに殺意がないことと合致する。よって、Aに殺意は認められない。

第2 設問2小問(1)

下線部㉗及び㉘を含む証拠③の実況見分調書の立証趣旨は「犯行現場の状況等」であり、その要証事実も、「犯行現場の状況等」である。

そして、㉗部分は犯行時のV及びWの位置関係を測定するという実況見分の動機が、㉘部分は犯行が行われた際の犯人の立ち位置を測定するという実況見分の動機が示されているにすぎないため、その供述それ自体から「犯行現場の状況等」を推認することができる(いわゆる現場指示)。

以上より、下線部㉗及び㉘は、供述内容の真実性の立証のために用いられるものではないから、現場供述にはあたらない。

第3 設問2小問(2)

検察官は、証拠③が検証調書と同様の性質を有するとして、321条3項により証拠調べ請求をすべきである。具体的には、証拠③の証拠調べ請求を維持したまま、証拠③の作成者の証人尋問を請求し、当該証人尋問に

2 おいて、作成の真正を供述させた上で、証拠③を同項により取り調べるよう、裁判所に求めるべきである。

第4 設問3

下線部㉚の時点で、証明予定事実記載書の提出・送付、検察官請求証拠の証拠調べ請求、検察官請求証拠や類型証拠の開示、検察官請求証拠に対する意見陳述、予定主張の明示まで行われているため、「第316条の13から第316条の20まで……に規定する手続が終わった」(316条の22第1項前段)といえる。よって、主張を変更する場合、変更すべき主張の明示(同項前段)、追加すべき証拠があるときはその取調べ請求(同条2項)とその証拠の開示(同条4項、同条の18)を行う必要がある。

第5 設問4小問(1)

1 証拠㉑ないし㉓から、犯人は、「平成27年11月1日午後2時頃、H県I市J町1丁目1番3号に所在する暴力団乙組事務所前路上において、同事務所玄関ドア前に立っていたVに対し、殺意をもって、持っていた回転弾倉式拳銃で弾丸3発を発射したが、いずれも命中しなかったため、同人を殺害するに至らなかった」ことが認められる。

2 他方、証拠㉔及び㉕によると、A方から発見されたメモ帳1冊の2頁目に「11/1 J町1-1-3」という手書き文字の記載があり、その下に乙組事務所周辺に似た手書きの地図が記載されており、表紙の裏にAとCが一緒に写った写真シールが貼付されていると認められる。

まず、上記文字の記載部分は、犯行日及び犯行場所と一致する記載で

3 ある。また、地図の部分も、犯行場所と極めて高度の関連性を有する記載である。とすれば、証拠⑩の所持者又は作成者が犯人である可能性がある。そして、証拠⑩がA方から発見されていること、表紙の裏にAとCと一緒に写っている写真シールが貼付されていることからすれば、Aが証拠⑩の作成者である可能性が認められる。

3 以上より、証拠⑩及び⑪から「Aが犯人である事実」が推認される。ただし、AとCが交際していることからすれば、証拠⑩の作成者がCである可能性や作成者が犯行日に犯行場所に別の用事があった可能性も払拭できないから、推認力は強くない。

第6 設問4小問(2)

証拠⑬のAの上申書は、A自身が証拠⑩の作成者であること、その記載が犯行計画であることを認めるものであるから、証拠⑩の作成者がCである可能性や、作成者が犯行日に犯行場所に犯行以外の用事があった可能性が払拭される。以上より、その推認力の程度は強くなる。

第7 設問5小問(1)

主尋問においては、誘導尋問をしてはならない(刑事訴訟規則199条の3第3項本文)ところ、この「誘導尋問」には、狭義の誘導尋問(自己の希望・期待する供述の内容を明示ないし暗示するような尋問)の他、誤導尋問(争いのある事実又は未だ供述されていない事実を存在するものと前提し又は仮定する質問)も含まれる。

「証人が、平成27年11月1日に、被告人を乗せて車を運転したときのことについてお尋ねします」との検察官の質問は、Bが同日にAを乗せ

4 て車を運転したことを前提とするものであるところ、Aは、同日はCとC方にて一緒にいたという主張をしているから、上記質問は、Bが同日にAを乗せて車を運転したという争いのある事実及び未だ供述されない事実を前提とした誤導尋問にあたる。よって、裁判所は、検察官の質問の撤回・変更を命ずる決定(同205条の6第1項)をすべきである。

第8 設問5小問(2)

1 書面の成立、同一性につき証人を尋問する場合において必要があるときは、その書面又は物を示すことができる(同199条の10第1項)。

Cは、弁護人の主尋問において、「平成27年11月1日、Aは、一日中、私の家で私と一緒におり、外出したこともなかった」旨証言し、検察官の反対尋問において、警察官にした話の内容や調書を作成したかは覚えていない旨証言したため、Cに証拠⑭のCの署名押印部分を示そうとしたものである。これは、書面の成立につき証人を尋問する場合にあたる。検察官は、証拠⑭のCの署名押印部分が真正であることを確認した上で、証拠⑭を「証明力を争うため」(328条)に証拠調べ請求すると考えられるからである。したがって、調書の一部を示す行為は、検察官の反対尋問において許される。

2 もっとも、当該書面が証拠調べを終わったものでない場合、あらかじめ、相手方に閲覧の機会を与えなければならない(刑事訴訟規則199条の10第2項本文)が、証拠⑭は証拠調べ請求されていない。そのため、「相手方に異議がない」場合(同項ただし書)でない限り、証拠⑭をA及びAの弁護人に閲覧する機会を与える必要がある。以上

