

令和3年司法試験論文式試験 刑事系科目出題大予想

本年新企画「刑法の見解型設問の出題予想論点一覧」

4年連続ズバリ的中！「刑事訴訟法出題大予想」サンプル

辰巳法律研究所

＜本教材の趣旨＞

辰巳法律研究所では、毎年本試験の中休み（本年は5月14日(金)）の学習のために、論文式試験刑事系科目第2問（刑事訴訟法）の出題予想を試験会場付近での配付やHP公開をしており、下記のように、4年連続でズバリ的中しております。

- ・平成29年配布教材掲載の平成20年度旧司法試験刑訴法第2問（弾劾証拠）
- ・平成30年配布教材掲載の平成22年度旧司法試験刑訴法第2問（伝聞証拠と非伝聞証拠の区別）
- ・令和元年配布教材掲載裁判例の公判前整理手続後の訴因変更
- ・令和2年配布教材掲載裁判例の高輪グリーン・マンション殺人事件

他方、平成30年司法試験論文式試験刑事系科目第1問設問2から始まったいわゆる刑法の見解型設問を苦手とする受験生が多いのも実情です。

そこで、本教材では、以下の2点を掲載致します。

①「刑法の見解型設問の出題予想論点一覧」

見解型設問の出題予想論点をセレクトし、論点名と主要な基本書・参考書の該当頁を示しました。

②「令和3年司法試験刑事訴訟法出題大予想」サンプル

2021辰巳司法試験全国公開模試受講生の皆様には、既に受講者特典マイページで先行公開しておりますが、それと同一内容のものを下記の辰巳法律研究所の法律学習応援ブログで公開致します。そこで、本教材の後半部分でサンプルを掲載致します。

- ・辰巳法律研究所 法律学習応援ブログ
<https://www.tatsumi-start.com/>

本教材が試験中休みの学習の便宜となれば幸いです。

司法試験受験生の皆様の本試験でのご健闘・ご成功をお祈り申し上げます。

令和3年5月12日（水）

辰巳法律研究所

① 刑法の見解型設問の出題予想論点一覧

令和3年司法試験論文式試験刑事系科目第1問（刑法）の見解型設問の出題予想論点をセレクトし、論点名と主要な基本書・参考書の該当頁を示しました。当該論点について、ご自身の基本書等で復習されれば、論文式試験のみならず、短答式試験においても有益かと思えます。

なお、今回の出題予想論点のセレクトに際しては、令和2年・同3年司法試験及び予備試験考査委員（出題委員）である松原芳博教授執筆の基本書（日本評論社刊）を主に参考に致しましたが、「刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解」（令和2年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問））のためには、ご自身の標準的な基本書等での復習で十分かと思われます。

【参考文献】

- ・松原芳博『刑法総論』（日本評論社，第2版，2017）（以下「松原・総論」という。）
- ・同『刑法各論』（日本評論社，第2版，2021）（以下「松原・各論」という。）
- ・大塚裕史・十河太朗・塩谷毅・豊田兼彦『基本刑法Ⅰ 総論』（日本評論社，第3版，2019）（以下「基本刑法Ⅰ」という。）
- ・同『基本刑法Ⅱ 各論』（日本評論社，第2版，2018）（以下「基本刑法Ⅱ」という。）
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，第8版，2021）（以下「趣旨・規範」という。）

【刑法総論】

1 防衛意思

松原・総論 P.156～160，基本刑法Ⅰ P.187～190，趣旨・規範 P.43～4

2 具体的事実の錯誤

松原・総論 P.233～241，基本刑法Ⅰ P.101～118，趣旨・規範 P.25～8

3 原因において自由な行為

松原・総論 P.325～331，基本刑法Ⅰ P.224～232，趣旨・規範 P.50～51

4 共謀共同正犯

松原・総論 P.378～389，基本刑法Ⅰ P.320～330，趣旨・規範 P.66～7

- 5 承継的共犯
松原・総論 P.405～414, 基本刑法 I P.389～397, 趣旨・規範 P.68～70
- 6 過失の共同正犯
松原・総論 P.461～8, 基本刑法 I P.331～5, 趣旨・規範 P.70～71

【刑法各論】

- 7 殺人罪と自殺関与罪（広義）との区別
松原・各論 P.16～9, 基本刑法 II P.11～5, 趣旨・規範 P.98
- 8 同時傷害の特例
松原・各論 P.58～67, 基本刑法 II P.35～7, 趣旨・規範 P.101～3
- 9 逮捕・監禁罪
松原・各論 P.102～9, 基本刑法 II P.52～8, 趣旨・規範 P.111～3
- 10 住居に対する罪
松原・各論 P.117～131, 基本刑法 II P.83～93, 趣旨・規範 P.116～8
- 11 財産罪の保護法益
松原・各論 P.184～197, 基本刑法 II P.129～136, 趣旨・規範 P.128
- 12 クレジットカードの不正使用
松原・各論 P.303～8, 基本刑法 II P.256～9, 趣旨・規範 P.149～150
- 13 不法な取引と詐欺罪（不法原因給付と詐欺罪）
松原・各論 P.308～313, 基本刑法 II P.262, 趣旨・規範 P.152
- 14 不法な委託・給付と横領罪
松原・各論 P.345～7, 基本刑法 II P.294～6, 趣旨・規範 P.160
- 15 盗品等に関する罪
松原・各論 P.369～383, 基本刑法 II P.340～353, 趣旨・規範 P.170～174
- 16 焼損
松原・各論 P.410～413, 基本刑法 II P.373～5, 趣旨・規範 P.176

- 17 公共の危険
松原・各論 P.416～423, 基本刑法ⅡP.381～7, 趣旨・規範 P.179
- 18 コピーの文書性
松原・各論 P.454～7, 基本刑法ⅡP.412～3, 趣旨・規範 P.180～181
- 19 作成者の意義
松原・各論 P.462～4, 基本刑法ⅡP.416～7, 趣旨・規範 P.180
- 20 代理・代表名義の冒用
松原・各論 P.466～9, 基本刑法ⅡP.422～4, 趣旨・規範 P.181
- 21 虚偽公文書作成罪の間接正犯
松原・各論 P.478～480, 基本刑法ⅡP.415～6, 趣旨・規範 P.182～3
- 22 「虚偽」の陳述
松原・各論 P.595～8, 基本刑法ⅡP.547～9, 趣旨・規範 P.195
- 23 職務権限の変更
松原・各論 P.638～644, 基本刑法ⅡP.480～482, 趣旨・規範 P.197～8

② 4年連続ズバリの中！「刑事訴訟法出題大予想」サンプル

2021辰巳・司法試験全国公開模試受講生の皆様には、既に「刑事訴訟法出題大予想」を受講者特典マイページで先行公開しておりますが、それと同一内容のものを下記の辰巳法律研究所の法律学習応援ブログで公開致します。そこで、以下でサンプルを掲載致します。

また、下記ブログで全体を公開している「刑事訴訟法出題大予想」には、元東京高検検事・元司法研修所教官・弁護士の新庄健二先生に解答例をご監修頂きました平成22年度旧司法試験論文式試験刑事訴訟法第2問（伝聞法則）、辰巳専任講師・弁護士の福田俊彦先生の補訂答案を付した平成29年予備試験論文式試験刑事訴訟法（現行犯逮捕、訴因論）も掲載しておりますので、是非参考にして下さい。

- ・辰巳法律研究所 法律学習応援ブログ
<https://www.tatsumi-start.com/>

◆ 搜索の範囲及び同意のない予試験の適法性 ◆

令状による搜索・差押えに関しては、本試験の頻出テーマであり、下記の東京高判平6. 5. 11（高刑集47-2-237）は、本試験の素材となり得る非常に興味深い事例です。そして、同判決は、令和2年考査委員である堀江慎司教授が執筆者である『リーガルクエスト 刑事訴訟法（第2版）』P.132で引用されています。また、同意のない予試験の適法性の部分は、令和3年考査委員である小木曾綾教授も「演習 刑事訴訟法」法学教室154号P.154～5で同判決を紹介されております。

- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣，第2版，2018）P.130～132（堀江慎司執筆）
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，第8版，2021）P.243～5

■ 東京高判平6. 5. 11（高刑集47-2-237，判タ861-299，裁判所HP裁判例情報登載）

https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail3?id=20216

【判旨】

「(一) 搜索差押許可状による着衣・身体搜索の適法性について

本件搜索差押許可状が被疑者戊に対する被疑事実につき関連場所とみられる『甲方居室』を搜索すべき場所として指定するものであることは、所論のとおりである…。

しかしながら、場所に対する搜索差押許可状の効力は、当該搜索すべき場所に現在する者が当該差し押さえるべき物をその着衣・身体に隠匿所持していると疑うに足りる相当な理由があり、許可状の目的とする差押を有効に実現するためにはその者の着衣・身体を搜索する必要があると認められる具体的な状況の下においては、その者の着衣・身体にも及ぶものと解するのが相当である（もとより『搜索』許可状である以上、着衣・身体の搜索に限られ、身体の検査にまで及ばないことはいうまでもない。）。

これを本件についてみるに、まず、前示のとおり、(1)捜査員が甲方玄関内に入った際、

応対に出た女性二人のうち、若い方の女性（被告人の内妻丁）がおろおろした様子で落ち着きがなく、玄関右奥の部屋の方を気にしていたこと、(2)その部屋で発見された被告人は、真冬であるのにトレーナー上下という服装であり、丁も短いパンツをはき、その上に軽くセーターを羽織るといふ服装であったこと、(3)池田が被告人の氏名を尋ねたところ、乙と答えており、甲が使用する乗用車の登録名義人と一致したこと、(4)甲の妻や丁は被告人を『賢ちゃん』と呼んでいたことなどの状況から、捜査員は、被告人は一時的な来客ではなく、甲方に継続的に同居している者で、甲の輩下であると判断しており、その判断は客観的事実と一致する。

次に、(5)本件は、暴力団関係者による組織的かつ大規模な覚せい剤密売事犯の一端をなすものと目され、したがって、関係者による罪証隠滅の虞が高いこと、(6)本件差押の目的物は『取引メモ、電話番号控帳、覚せい剤の小分け道具』という比較的小さい物で、衣服のポケットなどに容易に隠匿できるものであること、(7)甲は捜索差押許可状の被疑事実と関係のある暴力団の幹部であることなどの事情からすれば、本件捜索に際し、同人と前示のような関係にある被告人において、甲方に存在する差押の目的物を隠匿・廃棄しようとする虞は十分に考えられるところである。しかも、(8)被告人は、最初に発見されたときから両手をトレーナーのズボンのポケットに突っ込んだままという異常な挙動を続けていたのであるから、そのポケット内に本件差押の目的物を隠匿している疑いはきわめて濃厚である。したがって、捜査員において、被告人に対し、ポケットから手を出し、中に入っている物を見せるよう説得したことは、適切な措置と認められる。(9)これに対し、被告人は、『関係ない』などと言って説得に従わず、部屋を出ていく素振りを見せ、捜査員において、部屋に留まるよう両肩を押さえ付けて座らせ、説得を続けたにもかかわらず、なおも激しく抵抗してその場から逃れようとしているのであるから、捜査員の目の届かない所でポケットの中の物を廃棄するなどの行為に出る危険性が顕著に認められる。

以上のような本件の具体的状況の下においては、被告人が本件捜索差押許可状の差押の目的物を所持していると疑うに足りる十分な理由があり、かつ、直ちにその物を確保すべき必要性、緊急性が認められるから、右許可状に基づき、強制力を用いて被告人の着衣・身体を捜索することは適法というべきである。前示のとおり、捜査員らが用いた強制力はかなり手荒なものであるが、それは被告人の抵抗が激しかったことに対応するものであり、抵抗排除に必要な限度を超えるものとは認められない。被告人の両手をポケットから引き抜き、ポケットの中から出てきた小物入れの中身を確認するまでの捜査員の行為に所論の違法はない。

(二) 捜索の結果発見された物の領置・予試験について

以上のような経過で被告人のズボンのポケット内から発見された茶色の小物入れは空であり、また、ピンク色の小物入れには覚せい剤と思われる結晶その他が入っただけで、捜索差押許可状により差し押さえるべき物と指定された『取引メモ、電話番号控帳、覚せい剤の小分け道具』は発見されなかった。

もとより、ピンク色の小物入れから発見された覚せい剤と思われる結晶は、新たに被告人による覚せい剤所持の犯行を疑わせるものであって、捜査員においてこれを確保し、覚せい剤であることを確認するための予試験を行う必要のあったことが認められる。しかし、それは、明らかに本件捜索差押許可状の差押の対象外の物であるから、これを取得するために右許可状による強制処分を行うことは認められない。そこで、これを発見した段階でその所持者と認められる被告人に任意提出を求め、更に、被告人の同意を得た上で予試験（鑑定処分の一環である。）を行うのが本筋である。

しかし、(1)右覚せい剤と思われる結晶は、被告人に対する適法な着衣・身体の結果緘毯の上から取得した右ピンク色の小物入れの中から発見されたもので、捜査員がその占有を取得するために新たに被告人の積極的な行為を必要とするものではないこと、(2)被告人は、捜査員の『これは何だ』との問いにも答えていないこと、(3)ビニール袋に入った結晶は、その形状、包装などから予試験の結果をまつまでもなく、覚せい剤である蓋然性がき

わめて高く、現行犯人逮捕も不可能とはいえない状況であること、(4)被告人は、予試験をする旨の捜査員の発言に対しても『俺は知らない。俺は見たことない』などとそれが被告人の所持する物であることすら否定するようなことを言って応じないので、やむなく甲の妻と丁に予試験の趣旨を説明して同意を得たことなど、一連の経過及び状況を総合すると、捜査員が、右覚せい剤と思われる物の任意提出及びこれに対する予試験の実施について、なお被告人に対する説得を継続し、その明確な同意を得なかったことをもって、直ちに違法な捜査であるとまでは断定し難く、仮に若干の違法が認められるとしても、その違法はこれに引き続く現行犯人逮捕の適法性及びこれに伴う差押によって取得された証拠物の証拠能力を否定するほどの重大なものとは認められない。

以上のとおり、本件捜査の違法をいう論旨は理由がない。」

◆ 訴因変更の要否 ◆

訴因変更の要否に関しては、その実務上・学術上の重要性から注意しておきたいテーマです。特に、最決平13. 4. 11 (刑集55-3-127)は非常に重要です。少なくとも決定内容を復習しておく必要があると思われます。

- ・上田信太郎「判批」刑事訴訟法判例百選(第10版)P.102~3
- ・宇藤崇ほか『リーガルクエスト刑事訴訟法』(有斐閣, 第2版, 2018)P.250~258(松田岳士執筆)
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』(辰巳法律研究所, 第8版, 2021)P.271~4

■ 最決平13. 4. 11 (刑集55-3-127)

【決定要旨】

「本件のうち殺人事件についてみると、その公訴事實は、当初、『被告人は、Bと共謀の上、昭和63年7月24日ころ、青森市大字合子沢所在の産業廃棄物最終処分場付近道路に停車中の普通乗用自動車内において、Aに対し、殺意をもってその頸部をベルト様のもので絞めつけ、そのころ窒息死させて殺害した』というものであったが、被告人がBとの共謀の存在と実行行為への関与を否定して、無罪を主張したことから、その点に関する証拠調べが実施されたところ、検察官が第一審係属中に訴因変更を請求したことにより、『被告人は、Bと共謀の上、前同日午後8時ころから午後9時30分ころまでの間、青森市安方二丁目所在の共済会館付近から前記最終処分場に至るまでの間の道路に停車中の普通乗用自動車内において、殺意をもって、被告人が、Aの頸部を絞めつけるなどし、同所付近で窒息死させて殺害した』旨の事実に変更された。この事実につき、第一審裁判所は、審理の結果、『被告人は、Bと共謀の上、前同日午後8時ころから翌25日未明までの間に、青森市内又はその周辺に停車中の自動車内において、B又は被告人あるいはその両名において、扼殺、絞殺又はこれに類する方法でAを殺害した』旨の事実を認定し、罪となるべき事実としてその旨判示した。

まず、以上のような判示が殺人罪に関する罪となるべき事実の判示として十分であるかについて検討する。上記判示は、殺害の日時・場所・方法が概括的なものであるほか、実行行為者が『B又は被告人あるいはその両名』という択一的なものであるにとどまるが、その事件が被告人とBの二名の共謀による犯行であるというのであるから、この程度の判示であっても、殺人罪の構成要件に該当すべき具体的事実を、それが構成要件に該当するかどうかを

判定するに足りる程度に具体的に明らかにしているものというべきであって、罪となるべき事実の判示として不十分とはいえないものと解される。

次に、実行行為者につき第一審判決が訴因変更手続を経ずに訴因と異なる認定をしたことに違法はないかについて検討する。

訴因と認定事実とを対比すると、前記のとおり、犯行の態様と結果に実質的な差異がない上、共謀をした共犯者の範囲にも変わりはなく、そのうちのだれが実行行為者であるかという点が異なるのみである。そもそも、殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をすとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえないものと解される。とはいえ、実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するものと解するのが相当である。しかしながら、実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではないものと解すべきである。

そこで、本件について検討すると、記録によれば、次のことが認められる。第一審公判においては、当初から、被告人とBとの間で被害者を殺害する旨の共謀が事前に成立していたか、両名のうち殺害行為を行った者がだれかという点が主要な争点となり、多数回の公判を重ねて証拠調べが行われた。その間、被告人は、Bとの共謀も実行行為への関与も否定したが、Bは、被告人との共謀を認めて被告人が実行行為を担当した旨証言し、被告人とBの両名で実行行為を行った旨の被告人の捜査段階における自白調書も取り調べられた。弁護人は、Bの証言及び被告人の自白調書の信用性等を争い、特に、Bの証言については、自己の責任を被告人に転嫁しようとするものであるなどと主張した。審理の結果、第一審裁判所は、被告人とBとの間で事前に共謀が成立していたと認め、その点では被告人の主張を排斥したものの、実行行為者については、被告人の主張を一部容れ、検察官の主張した被告人のみが実行行為者である旨を認定するに足りないとし、その結果、実行行為者がBのみである可能性を含む前記のような択一的認定をすにとどめた。以上によれば、第一審判決の認定は、被告人に不意打ちを与えるものとはいえず、かつ、訴因に比べて被告人にとってより不利益なものとはいえないから、実行行為者につき変更後の訴因で特定された者と異なる認定をするに当たって、更に訴因変更手続を経なかったことが違法であるとはいえない。

したがって、罪となるべき事実の判示に理由不備の違法はなく、訴因変更を経ることなく実行行為者につき択一的認定をしたことに訴訟手続の法令違反はないとした原判決の判断は、いずれも正当である。」

◆ 公判前整理手続における証拠開示 ◆

平成28年と令和元年の司法試験論文式試験では公判前整理手続が問われました。公判前整理手続に関しては、その実務上の重要性や予備試験論文式試験の法律実務基礎科目（刑事）でも毎年のように問われていることから、今後も出題がされる可能性があり、著名な判例に関しては押さえておく必要があります。

- ・前田 巖「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.124～7
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣，第2版，2018）P.319～320（松田岳士執筆）
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，第8版，2021）P.282～3

■ 最決平20. 9. 30（刑集62-8-2753）

【事案】

- (1) 被告人は、強盗致傷等の罪で起訴されたが、この強盗致傷の行為（以下「本件犯行」という。）に関与したことを否認している。
- (2) 上記被告事件の公判前整理手続で、検察官は、被告人の知人であるA（以下「A」という。）の証人尋問を請求し、これが採用されたことから、準備のためAに事実の確認を行ったところ、Aは、検察官に対し、被告人がAに対し本件犯行への関与を自認する言動をした旨の供述を行うに至った。

Aについては、捜査段階でB警察官（以下「B警察官」という。）が取調べを行い、供述調書を作成していたが、上記の供述は、この警察官調書には記載のないもの（以下、Aの上記の供述を「新規供述」という。）であった。

そこで、検察官は、この新規供述について検察官調書を作成し、その証拠調べを請求し、新規供述に沿う内容を証明予定事実として主張した。

- (3) 弁護人は、この新規供述に関する検察官調書あるいはAの予定証言の信用性を争う旨の主張をし、その主張に関連する証拠として、「B警察官が、Aの取調べについて、その供述内容等を記録し、捜査機関において保管中の大学ノートのうち、Aの取調べに関する記載部分」（以下「本件メモ」という。）の証拠開示命令を請求した。
- (4) 本件大学ノートは、B警察官が私費で購入して仕事に利用していたもので、B警察官は、自己が担当ないし関与した事件に関する取調べの経過その他の参考事項をその都度メモとしてこれに記載しており、勤務していた新宿警察署の当番編成表をもこれに貼付するなどしていた。

本件メモは、B警察官がAの取調べを行う前ないしは取調べの際に作成したものであり、B警察官は、記憶喚起のために本件メモを使用して、Aの警察官調書を作成した。

なお、B警察官は、本件大学ノートを新宿警察署の自己の机の引き出し内に保管し、練馬警察署に転勤した後は自宅に持ち帰っていたが、本件事件に関連して検察官から問い合わせがあったことから、これを練馬警察署に持って行き、自己の机の引き出しの中に入れて保管していた。

- (5) 原々審である東京地方裁判所は、本件メモの提示を受けた上で、その証拠開示を命じたため、その命令の適否が争われている。（決定文より）

【決定要旨】

「以上の経過からすると、本件メモは、B警察官が、警察官としての職務を執行するに際して、その職務の執行のために作成したものであり、その意味で公的な性質を有するもので

あって、職務上保管しているものというべきである。したがって、本件メモは、本件犯行の捜査の過程で作成され、公務員が職務上現に保管し、かつ、検察官において入手が容易なものに該当する。また、Aの供述の信用性判断については、当然、同人が従前の取調べで新規供述に係る事項についてどのように述べていたかが問題にされることになるから、Aの新規供述に関する検察官調書あるいは予定証言の信用性を争う旨の弁護人の主張と本件メモの記載の間には、一定の関連性を認めることができ、弁護人が、その主張に関連する証拠として、本件メモの証拠開示を求める必要性もこれを肯認することができないではない。さらに、本件メモの上記のような性質やその記載内容等からすると、これを開示することによって特段の弊害が生ずるおそれがあるものとも認められない。

そうすると、捜査機関において保管されている本件メモの証拠開示を命じた原々決定を是認した原判断は、結論において正当として是認できるものというべきである。」

※ なお、公判前整理手続に関する判例については、川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判篇〕』（立花書房，2018）P. 155～190が充実しています。

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6

TEL03-3360-3371 (代表) <https://www.tatsumi.co.jp/>

大阪本校：〒530-0027 大阪市北区堂山町1番5号三共梅田ビル8階 TEL06-6311-0400 (代表)