

司法試験

令和2年司法試験分析会

刑事系

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 206752

LU20675

令和2年司法試験分析会

刑事系・第1問

令和2年司法試験 刑事系第1問 問題文

〔第1問〕（配点：100）

以下の【事例1】及び【事例2】を読んで、後記〔設問1〕から〔設問3〕について、答えなさい。

【事例1】

- 1 AはBに対し、個人的に500万円を貸していた（この貸金債権を以下「本件債権」という。）。本件債権に係る弁済期限は到来していたが、BがAからの返済の督促に応じず、また、A自身忙しかったことから、Aは、知人の甲に本件債権の回収を依頼しようとして、甲に対し、「御礼はするから代わりにBから500万円を回収してくれないか。あなたに回収を頼むことは、Bには電話で伝えておく。」と申し向けた。甲は、その依頼を承諾し、Bの電話番号をAから教えてもらった。甲は、金融業者Cに多額の借金があったところ、上記依頼を受けた後、Cから、その返済を督促されたため、Bに対して、債権額についてうそをつくなどして水増しした額を請求し、その差額で少しでもCに対する自己の債務を弁済しようと考えた。
- 2 甲は、某月1日、Bに電話を掛け、Bに対し、自身が暴力団組員ではないのにそうであるかのように装い、「Aから債権の取立てを頼まれた。債権は600万円だとAから聞いている。その金を指定する口座に入金しろ。金を返さないのであれば、うちの組の若い者をあなたの家に行かせることになる。」などと言った。Bは、事前にAからの電話で本件債権の回収を甲に依頼したと聞いていたが、その額は500万円だと認識していた。しかし、Bは、甲が暴力団組員であると誤信し、甲の要求に応じなければ自身やその家族に危害を加えられるのではないかと畏怖した結果、甲に600万円を交付することとし、甲に対し、「分かりました。明日送金します。」と答えた。Bは、翌2日、自己名義の預金口座から甲の指定に係るD銀行E支店に開設された甲名義の預金口座（預金残高0円）に600万円を送金し、その結果、同口座の預金残高が600万円になった。

【設問1】 以下の①及び②の双方に言及した上で、【事例1】における甲のBに対する罪責について、論じなさい（特別法違反の点は除く。また、本件債権に係る利息及び遅延損害金については考慮する必要はない。）。

- ① 甲に成立する財産犯の被害額が600万円になるとの立場からは、どのような説明が考えられるか。
- ② 甲に成立する財産犯の被害額が100万円にとどまるとの立場からは、どのような説明が考えられるか。

【事例2】（【事例1】の事実に続けて、以下の事実があったものとする。）

- 3 甲は、同日、前記口座にBから600万円の入金があったことを確認した。甲は、Cからの督促が予想以上に厳しいことから、600万円全額をCに対する弁済に充てようと決意し、同日中に、D銀行E支店の窓口係員Fに対して、同口座から600万円の払戻しを請求し、Fから同額の払戻しを受けた。甲は、同日、Cに対し、上記600万円を交付して自己の債務を弁済した。
甲は、同日、Aに対し、「昨日、Bに対して返済するようにきつく言った。Bは、反省した様子で『今度こそは必ず返す。返済を10日間だけ待ってほしい。』と言っていた。」などとうそをつき、それを信用したAは、「しょうがないな。あと少しだけ待ってやるか。」などと言い、同月11日まで、本件債権の回収状況に関して、甲に確認することはなかった。なお、本件債権について、その存在を証明する資料はなく、A、B及び甲以外に知っている者はいなかった。
- 4 その後、同月12日になっても、甲からAに連絡がなかったため、Aが甲を追及したところ、甲は、本件債権に係るBからの返済金を自己の債務の弁済に充てたことを打ち明けた。これに債

- 慨したAは、甲に対して、直ちに500万円を返還するように厳しく申し向けた。その後、甲は、金策に努めたものの、返還に充てる金を工面できなかったことから、Aに相続人がいないことを奇貨として、その返還を免れる目的で、Aを殺害しようと決意した。
- 5 甲は、Aを殺害するため、その方法についてインターネットで調べたところ、市販されているX剤及びY剤を混合すると、致死性のある有毒ガスが発生することが分かった。そこで、甲は、以前に自身が病院で処方されていた睡眠薬をAに飲ませてAを眠らせた上で、当該有毒ガスを用いて自殺に見せ掛けてAを殺害することを計画した。甲の計画は、具体的には、犯行に必要な道具を全て自車に積み込んで、A方に隣接する駐車場まで自車で移動して同所に駐車し、A方に行き、ワインに混ぜた睡眠薬をAに飲ませてAを眠らせた後、直ちに自車に戻って車内に置いておいたX剤等を取った上で、再度A方に赴いて有毒ガスを発生させ、これをAに吸入させてAを殺害するというものであった。甲は、同月16日、ホームセンターでX剤及びY剤のほか、これらを混ぜるためのバケツを購入した。
 - 6 甲は、前記計画を実行するため、翌17日、Aに電話を掛けて、Aに対し、「これまでのことをきちんと謝罪したい。」と言い、同日、計画していたとおり、前記駐車場に自車を駐車し、自車内にX剤、Y剤及びバケツを置いたまま、ワインと睡眠薬を持ってA方に行った。なお、甲が自車内に置いていたX剤及びY剤は、それらを混ぜ合わせれば致死量の有毒ガスが発生する程度の量であった。甲は、A方において、Aがトイレに行った隙に、睡眠薬をAのグラス内のワインに混入した。Aは、そのワインを飲み干し、間もなく、睡眠薬の影響で眠り込んだ。甲は、計画どおりX剤等を取りに行くために同駐車場に戻ろうとしたが、急にAを殺害することが怖くなり、有毒ガスを発生させることを止めた。
 - 7 甲は、A方を去ろうとした際、机上にA所有の高級腕時計があることに気付き、遊興費を得るためにそれを換金しようと考え、同腕時計を自らの上着のポケットに入れて、A方から立ち去った。
 - 8 Aは、覚醒することなく、甲がA方から立ち去った数時間後に、急性心不全で死亡した。Aには、A自身も認識していなかった特殊な心臓疾患があり、Aは、睡眠薬の摂取によって同疾患が急激に悪化して、急性心不全に陥ったものであった。Aに同疾患があることについては、一般人は認識できず、甲もこれを知らなかった。
 - 9 本件で甲がAのワインに混入した睡眠薬は、病院で処方される一般的な医薬品であった。その混入量は、確実に数時間は目を覚まさない程度ではあったが、Aの特殊な心臓疾患がなければ、生命に対する危険性は全くないものであった。また、甲も、本件で混入した量の睡眠薬を摂取しても、Aが死亡することはないと思っていた。

【設問2】 仮に【事例1】並びに【事例2】の3、4及び7の事実が認められず、【事例2】の5、6、8及び9の事実のみが認められた場合、Aが睡眠薬を摂取して死亡したことについて、甲に殺人既遂罪が成立しないという結論の根拠となり得る具体的な事実としては、どのようなものがあるか。考えられるものを3つ挙げた上で、上記の結論を導く理由を事実ごとに簡潔に述べなさい。

【設問3】 【事例2】における甲の行為について、その罪責を論じなさい（住居等侵入罪（刑法第130条）及び特別法違反の点は除く。）。なお、【事例1】における甲の罪責及び【事例1】で成立する犯罪との罪数については論じる必要はない。

令和2年司法試験 刑事系第1問 解答例

第1 〔設問1〕

- 1 甲がBに対し、甲名義の預金口座に600万円を振り込ませた行為に、2項恐喝罪（249条1項）が成立しないか。
- 2(1) まず、「恐喝」（249条1項）とは、相手方の反抗を抑圧するに至らない程度の暴行又は脅迫をし、財物の交付または財産上の利益の処分を求めることをいう。
- (2)ア 本件で、甲は、自分が暴力団組員でないのに、そうであるかのように装っている。また、「金を返さないのであれば、うちの組の若い者をあんたの家に行かせることになる。」と言っている。
- イ 甲がBに電話をかけて話しているにすぎないため、Bの反抗を抑圧するには至っていないものの、甲が暴力団の存在を仄めかして金銭を要求することは、暴力団による様々な嫌がらせを受けるといふ害悪を想像させる点で脅迫であるといえる。また、甲がBに求めた内容は、金銭の預金口座への振込であるから、財物の交付を求めるものである。
- ウ よって、甲はBを「恐喝」したといえる。
- 3 次に、Bが甲の預金口座に600万円を振り込んだことで、甲はいつでも自由に600万円を引き出すことができ、600万円の占有を取得したといえ、「財物を交付させた」といえる。
- そして、本件では欺罔と恐喝が併用されているが、600万円の交付は恐喝による畏怖に基づくものと評価すべきであり、欺罔行為は恐喝手段にすぎないことから、恐喝罪のみが成立する。

よって、1項恐喝罪の構成要件を充たすと考えられる。

- 4(1) しかし、甲は、Aから貸金債権の取り立てを依頼されて、Bに支払いを求めたのもあるから、正当な権利行使として、違法性が阻却されるのではないか。
- (2) この点、恐喝罪の保護法益は個人の財産とその自由であり、自らの意思で債務を履行することと、脅されて債務を履行することは同価値ではないことから、権利行使であっても、脅迫行為を伴う以上、無罪とするべきではない。
- よって、行為が権利の範囲内であり、かつ、行為の必要性和相当性を総合して、その方法が社会通念上一般に許容される程度を超えない場合、違法性が阻却されると解する。
- (3) 本件では、500万円という高額な借金の返済を求める必要があるとしても、前述のように、甲が暴力団の存在を仄めかして借金返済を迫っていて、暴力団という反社会的存在を意識させて必要以上に畏怖させる点で、相当な行為とはいえない。このため、必要性和相当性を総合すれば、社会通念上一般に許容される程度を超える態様であったといえる。
- よって、甲の行為は違法性が阻却されない。
- 5 では、Bの被害額はいくらか。
- (1) ①の立場は、Bに600万円の被害が生じたとする。この立場は、権利行使であっても、社会通念上一般に許容される程度を超えるのであれば、違法性が阻却されず、適法に債権が成立した範囲においても恐喝罪が成立するとする立場であり、恐

喝罪が個別財産に対する罪であることを重視する。他方、②の立場は、Bに100万円の損害が生じるに過ぎないとするが、これは、AがBに対して有する500万円分の貸金債権については、甲に恐喝罪が成立するか否かに関係なく、Bが500万円の支払い義務を負っている以上、甲に脅されて支払った600万円のうち500万円の支払いに関しては、被害ではないとするものである。

(2) 両説を比較するに、恐喝罪が個別財産に対する罪であるから、たとえ適法に成立した債権債務関係であっても、脅されて履行することを正当化することはできないと考えるべきである。また、②の立場では、仮に甲が500万円の支払いをするようBを脅した場合に、被害がないとすることになり、社会通念上一般に許容される程度を超える態様での脅迫行為による損害が生じないこととなり、結局、恐喝罪が成立しないことになり、妥当でない。よって、①の立場が妥当であり、社会通念上一般に許容される程度を超える脅迫をした以上、交付された全額について恐喝罪が成立すると解する。

(3) よって、甲はBに対する1項恐喝罪の罪責を負い、被害額は600万円である。

第2 〔設問2〕

1 実行の着手がないこと

甲がAに睡眠薬入りのワインを飲ませつつも、有毒ガスを発生させなかった。通常、睡眠薬入りワイン自体を飲ませても、Aの

生命への危険性は全くないものであったから、実行の着手（43条本文）がないものとして、殺人既遂罪が成立しない。

2 因果関係がないこと

甲がAに睡眠薬入りワインを飲ませた結果、Aは死亡したが、それは、Aに特殊な心臓疾患があったことによって急性心不全になったことによるものである。よって、甲の行為とAの死亡結果の間には因果関係がないから、殺人既遂罪が成立しない。

3 故意がないこと

甲の行為にAの死亡結果との因果関係があるとしても、甲が想定していたような、Aが有毒ガスを吸引して死亡したという結果が生じていない。よって、因果関係に錯誤があるため、甲には故意がなく、殺人既遂罪が成立しない。

第3 〔設問3〕

1 甲は、Aから取立ての依頼を受けた本件債権500万円を自己の借金の返済に充てている。金銭の他人性が問題となるも、刑法と民法は目的が異なるので、預金債権も「自己の占有する他人の物」に当たり、これをCに交付した時点で不法領得の意思が発現しているから、甲は横領罪（252条1項）の罪責を負う。

2 次に、Aに対して睡眠薬を混ぜたワインを飲ませ、借金を免れようとした行為につき検討すると、まず、この行為につき昏酔強盗殺人罪（240条後段、236条1項、239条）は成立しない。同罪は財産上の利益を対象としては成立しないからである。では、甲の行為につき強盗殺人罪（236条2項、240条後

段)が成立しないか。

(1) まず、甲は強盗殺人罪の「実行に着手」(43条本文)したといえるか。甲は、睡眠薬入りワインを飲ませて眠らせた後に、有毒ガスで殺すつもりだったところ、前者の行為のみ行っているに過ぎないので問題となる。

ア 「実行に着手」とは、構成要件の結果の発生に至る現実的危険を含む行為を開始することである。そして、複数の行為を予定していても、第1行為を開始した時点で結果発生の実現的危険性が明らかでない場合、その時点で実行の着手がある。この検討には、先行行為が後行行為を確実にかつ容易に行う上で必要不可欠で、先行行為を経れば後行行為をするのに障害がなく、先行行為と後行行為が時間的場所的に近接しているかを考慮する。

イ 本件では、Aに有毒ガスを吸わせて殺す計画だったから、Aが動けないよう眠らせるために睡眠薬入りワインを飲ませることは、有毒ガスを吸わせることを確実にかつ容易に行うために必要不可欠な行為であり、眠らせておけば有毒ガスで死なせるのに障害がなく、しかも睡眠薬入りワインを飲ませた後、一時的にA方の屋外に停めておいた甲の自動車に有毒ガス発生準備に行っているが、すぐにA方に戻って有毒ガスを発生させる計画なので、時間的場所的に密接している。

ウ よって、「実行に着手」したといえる。

(2) 次に、「財産上不法の利益」を移転したといえるか。

ア まず、2項強盗の成立に処分行為は不要であると解する。なぜなら、反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫により意思を抑圧されている以上、任意の処分を観念することはできないからである。

イ では、「財産上不法の利益を得」たといえるか。債権者を殺害することがこれに当たるか問題となる。

この点、1項強盗との均衡から、財物の占有移転と同視できる程度に具体的・直接的な利益を現実を得た場合に限り、「財産上不法の利益を得」たといえる。

本件債権について、その存在を証明する資料がなく、A、B及び甲以外に知っている者がいない。Bは甲に600万円を支払ったため、以後、本件債権について関知することはなく、現在は、甲がAに対して500万円の支払義務を負っているのみだから、甲がAに対して500万円の債務を負っていることは、実質的に、甲とAしか知らない。しかも、Aには相続人がいない。このため、甲がAを殺せば、甲が500万円の支払い請求を免れることは確実である。

よって、甲がAを殺して500万円の支払い請求を免れることは、財物の占有移転と同視できる程度に具体的・直接的な利益を現実を得たといえる。

ウ したがって、「財産上不法の利益」が移転したといえる。

(3) 次に、Aの死亡結果との間に因果関係が認められるか。

ア 因果関係は、偶然生じた結果を帰責させるべきでないとの

観点から、条件関係の存在を前提に、行為の有する危険が結果に現実化した場合に肯定される。行為の危険性、介在事情の寄与度、介在事情の異常性を考慮する。

イ 本件で、睡眠薬を飲ませなければAは死ぬことはなかったのであるから、条件関係が認められる。

もともと、睡眠薬の混入量はAに特殊な心臓疾患がなければ生命に対する危険性が全くなかったのであるから、睡眠薬を飲ませるといふ当該行為の危険性が結果に現実化したとはいえないとも思える。しかし、Aに特殊な心臓疾患があったが故に当該睡眠薬の混入量で死亡したものである。そのため、当該行為はかかる疾患を有する者の生命を侵害する危険性を有する行為であり、Aの死亡結果はまさにかかる危険性が結果に現実化したといえ、因果関係は認められる。

(4) また、甲はAを殺害して債務の支払を免れようとしていた以上、故意は認められるようにも思える。もともと、因果関係の錯誤があるため、故意を阻却しないか。

ア この点、故意とは客観的構成要件該当事実の一般的抽象的認識認容をさすところ、想定した因果経過と実際の因果経過が異なっていたとしても、両者が法的因果の範囲で符合していれば、なお故意を阻却しない。

イ 本件で、甲が想定していた因果経過は睡眠薬入りワインを飲ませた後に、X剤Y剤を混ぜ合わせて有毒ガスを発生させてAを死亡させるものであったが、実際の因果経過はAが睡

眠薬入りワインを飲み、それにより特殊な心臓疾患が急激に悪化して急性心不全に至ったものである。両者は法的因果に含まれないような特殊なものではなく、両者は法的因果の範囲で符合しているといえる。

ウ 以上より、甲に2項強盗殺人罪の故意が認められる。

(5) さらに、240条は故意ある場合も含むと解するから、240条後段が適用される。

(6) したがって、2項強盗殺人罪が成立する。

3 甲がA方を去る際に、A所有の高級腕時計を持ち帰った行為に対しては、昏酔強盗殺人罪は成立しない。「昏酔させ」とは、行為者が財物を盗取するために人を昏酔させることが必要なところ、混ぜたワインを飲ませた時点では、Aが腕時計を有していることを認識していないからである。

では甲の行為につき窃盗罪(235条)が成立しないか。本問で甲はAの意思に反して「他人の財物」たる当該時計を持ち去ったため「窃取」に当たる。また、故意及び不法領得の意思を否定すべき事情もない。

したがって、窃盗罪(235条)が成立する。

4 以上より、甲には、横領罪、窃盗罪、2項強盗殺人罪が成立し、これらは併合罪(45条前段)となる。

以上

－ MEMO －

令和2年司法試験分析会

刑事系・第2問

令和2年司法試験 刑事系第2問 問題文

〔第2問〕（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記【設問1】から【設問3】までに答えなさい。

【事例】

- 1 令和元年10月から11月にかけて、H市内で、何者かが一戸建ての民家に侵入して室内から金品を窃取するという住居侵入窃盗事件が、連続して5件発生した。5件いずれの事件においても、現場民家の1階掃き出し窓のクレセント錠近くのガラスが半円形に割られた上で施錠が外され、室内が物色されて金品が窃取されており、同市を管轄するH警察署には、不安を感じた住民から早期の犯人検挙を求める要望が多数寄せられていた。

H警察署司法警察員Pは、同市内に居住する甲が、同年12月1日夜、同市内の一戸建てのX方において、庭に面した1階掃き出し窓のクレセント錠近くのガラスにガラスカッターを当てているのを、顔見知りの住民Wに目撃されたために逃走した旨の情報を、Wからの通報により覚知した。同事件については、窃盗被害が発生しておらず被害届が提出されなかったために立件されないこととなったが、甲がガラスカッターを当てていたクレセント錠近くの窓ガラスに、半円形の傷跡が残されており、その傷跡は一連の住居侵入窃盗事件の窓ガラスの割れ跡と形状において類似していたことから、Pは、甲が一連の住居侵入窃盗事件の犯人ではないかと目星を付け、同月2日、Wの事情聴取をし、甲がX方窓ガラスにガラスカッターを当てていたのを目撃した状況に関するWの供述調書を作成した。

そうした中、同月3日午後8時頃から同日午後9時頃までの間に、同市内の一戸建てのV方において、家人が不在の隙に、V方の庭に面した1階掃き出し窓のクレセント錠近くのガラスが半円形に割られた上で施錠が外され、V方1階の居間にあったタンスの1段目引出しに保管されていた、封がされていない茶封筒入り1万円札10枚が窃取されるという事件が発生した（以下「本件住居侵入窃盗」という。）。Vは、同日午後9時頃帰宅して本件住居侵入窃盗の被害に気づき、110番通報した。

- 2 その通報を受けてV方付近を検索したH警察署司法警察員P及びQは、犯人の発見には至らなかったが、本件住居侵入窃盗における窓ガラスの割れ跡が、X方窓ガラスに残された半円形の傷跡の形状に類似していたことから、甲が本件住居侵入窃盗に及んだのではないかと、ひいては本件住居侵入窃盗と前記5件の住居侵入窃盗事件は甲による連続窃盗事件ではないかと考えた。そこで、P及びQは、甲にH警察署への任意同行を求めて甲の取調べを実施することとし、同月4日午後6時頃に甲方に赴いたが不在のため同方付近で待機していたところ、同日午後9時頃、甲が帰宅したのを確認したので、甲方のインターホンを鳴らし、玄関先に出てきた甲に対し、「昨日発生したV方における住居侵入窃盗の件で話を聞かせてもらいたいので、H警察署に来てもらえないか。」と申し向けた。それに対し甲は、「疑われるのは本意ではないし、早く犯人が捕まってほしいので協力します。」と言ってこれに同意した。そこで、P及びQは、甲を徒歩で同行し、同日午後9時10分過ぎ頃、H警察署に到着した。

①Pは、同日午後9時20分頃から、H警察署取調室において、甲に黙秘権及び取調室からいつでも退去できる旨を告げた上で、本件住居侵入窃盗について甲の取調べを開始した。同取調べは、当初Pが担当し、後にQが引き継いで、翌5日午後9時30分頃まで約24時間行われたが、その間、甲は、取調べを拒否して帰宅しようとしたことはなく、仮眠したい旨の申出をしたこともなかった。また、P及びQは、甲からのトイレの申出にはいずれも応じたほか、朝食、昼食及び夕食を摂らせて休憩させた。そして、同取調べ中、同取調室及びその周辺には、現に取調べを行っている1名の取調官のほかには警察官が待機することはなかった。甲は、取調べが開始された同月4日は、「やっていません。証拠があるなら見せてください。」などと言って自らが本件住居侵入窃盗を行ったことにつき否認していたが、時間の経過とともに疲労し、翌5日午後3時頃には、言葉数が少なくなった。その頃、Qは、Pから取調べを引き継いだが、甲の供述態度は変わらず、Qは、同日

午後5時頃に甲に夕食を摂らせた。そして、取調べ再開後も、言葉数が少ないながらも甲が否認している状況が続いたため、Qは、「このままではらちが明かない、これまでの取調べにより甲が疲労している今の状況であれば、軽微なうそをつくだけで自白を得られるのではないか。」と考え、同日午後7時10分頃、本件住居侵入窃盗が行われた同月3日の夜に甲が目撃されたという情報は得ていなかったにもかかわらず、甲に対し、「12月3日の夜、君が自宅から外出するのを見た人があるんだ。」と申し向けた。それを聞いた甲は、それまでの取調べの結果疲労していたこととあいまって自白するしかないと思ひ込み、同月5日午後7時30分頃、本件住居侵入窃盗を行ったことを認めるに至った。そして、甲は、Qから問われたことにポツリポツリと答えながら、同日午後8時20分頃までにかけて、本件住居侵入窃盗を行った状況を自白した。そこで、Qは、同日午後9時20分頃までの間、甲の前記自白を内容とする供述調書1通を作成し、同日午後9時30分頃、取調べを終了した。

その後、甲は、本件住居侵入窃盗の被疑事実により逮捕勾留されたが、甲は、徹夜で取調べを受けていなければ否認を続けることができたと考えて後悔し、黙秘に転じたため、前記供述調書1通のほかには甲の供述調書が作成されることはなかった。

- 3 甲が勾留された後、甲方の捜査が行われ、封がされていない、被害品と同種の茶封筒入り1万円札10枚と、ガラスを半円形に切ることができるガラスカッター1点が発見押収された。また、実況見分を行った結果、本件住居侵入窃盗における窓ガラスの半円形の割れ跡は、甲方から発見押収されたガラスカッターにより形成可能であることが判明した。その後、甲は、黙秘のまま本件住居侵入窃盗の事実で公判請求された。なお、甲方から発見押収された茶封筒入り現金10万円及びガラスカッターからは、Vの指紋やV方ガラスからの付着物等Vに直接結び付く痕跡は検出されなかった。また、同ガラスカッターは、一般に流通し、容易に入手可能なものであった。ほかに、本件住居侵入窃盗につき、その犯行状況を撮影した防犯カメラ映像その他の甲の犯行であることを直接裏付ける証拠は得られなかった。

公判において、甲は、本件住居侵入窃盗の事実を否認し、検察官は、甲方から押収された前記茶封筒入り現金10万円や前記ガラスカッターのほか、甲の自白を内容とする前記供述調書等の取調べを請求した。また、検察官は、X方における甲の犯行と、本件住居侵入窃盗の犯行とは手口が類似しており、このことは、甲が本件住居侵入窃盗の犯人であることを推認させる事実であるとして、X方における甲の犯行を目撃した状況に関するWの前記供述調書のほか、X方の実況見分調書（X方掃き出し窓のクレセント錠近くのガラスに半円形の傷跡が残っている状況を撮影した写真等添付のもの）や、窓ガラスの割れ跡等に関する実況見分調書（本件住居侵入窃盗における窓ガラスの半円形の割れ跡が、X方窓ガラスに残された半円形の傷跡と形状において類似しており、甲方から発見押収されたガラスカッターによりいずれも形成可能であることを明らかにしたもの）を証拠調べ請求した。

甲の弁護人は、Wの前記供述調書については、不同意との証拠意見を述べた。これを受けて検察官は、Wの前記供述調書と同じ立証趣旨で、②Wの証人尋問を請求したところ、弁護人は、Wの証人尋問につき、「異議あり。関連性なし。」との証拠意見を述べた。

〔設問1〕 下線部①の取調べの適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕

1. 自白に対する、自白法則及び違法収集証拠排除法則の適用の在り方について論じなさい。
2. 1で論じた自己の見解に基づき、下線部①の取調べで得られた甲の自白の証拠能力について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問3〕 下線部②の請求につき、裁判所はこれを認めるべきか。弁護人の証拠意見を踏まえて、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

令和2年司法試験 刑事系第2問 解答例

第1 〔設問1〕

1 下線①の取調べ（以下、本件取調べという。）は、甲が任意同行に応じたことによるものであるが、約24時間にわたり行われていることから、違法に身柄拘束された状態で行われたものとして違法とならないか。本件取調べによる留め置きが実質的に逮捕と同視されないかが問題となる。

(1) 逮捕は被疑者の身体を拘束する強制処分（刑事訴訟法（以下、法令名を略す。）197条1項但書）であり、同但書にいう「強制的処分」とは、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加え、強制的に捜査目的を実現する行為をいう。そこで、実質逮捕に当たるか否かは、同行を求めた時間・場所、同行の方法・態様、同行後の取調べ時間・監視状況、被疑者の態度等の事情を総合的に考慮して、被疑者の意思を制圧していたかによって判断すべきと解する。

(2) 本件では、Pが甲に対してH警察署への同行を求めたのは、就寝前の時間帯であり、一般的には外出を希望しない午後9時頃であるが、甲は「早く犯人が捕まって欲しいので協力します。」と言って自ら進んで同行に応じている。

次に、H警察署への到着後、取調べは翌5日の午後9時30分までの約24時間続けて行われている。しかし、その間、甲は取調べを拒否して帰宅しようとしたこともなければ、仮眠したい旨の申出もしていないことから、甲の明

示の意思に反しているということとはできない。また、甲からのトイレの申出にはいずれも応じられているほか、朝食、昼食及び夕食を摂って休憩も与えられ、取調べ中は、現に取調べを行っている取調官以外に警察官が待機することはなかったことから、取調べ状況や監視状況は甲の身体を自由を制約する程度が強いということもできない。さらに、疲労のために口数が少なくなった5日午後7時以降も、甲は帰宅を申し出ることもなく、取調べを拒絶する明確な意思を示すこともしてない。これらの事情からすれば、本件取調べによる留め置きが甲の意思を制圧していたとはいえない。

(3) したがって、実質逮捕には当たらない。

2 任意取調べの限界について

(1) もっとも、任意捜査といえども、何らかの法益侵害のおそれがあるから、任意の取調べといっても無制約にこれを認めるべきではない。そこで、任意取調べは、事案の性質、容疑の程度、被疑者の態度等諸版の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において許容されると解する。

(2) 本件では、甲に対する容疑はV方についての住居侵入窃盗であり、H市内では短期間に類似した手口のもので連続して起こっており、住民から犯人検挙の要望が多数寄せられているため、事件は重大であるといえる。また、甲はX

方での窃盗を目撃されており、その手口は一連の事件と類似していることから、容疑の程度も高い。そして、甲は、4日夜の時点では明確に、「やっていません。証拠があるなら見せてください」と容疑を明確に否認し、5日17時頃も、言葉数が少ないながらも否認ししながらも、取調べを拒絶したり帰宅を申し出たりすることはなかった。そうすると、長時間の取調べが妥当性を欠くことは否めないものの、本件取調べが、事案の性質等に照らして、社会通念上相当を逸脱しているとまではいい難い。

しかし、5日午後7時以降、取調べに疲れきった甲に対して、Qが虚偽の事実を伝えて自白を引き出そうとしているが、このような取調べは、甲による犯行の嫌疑が一定程度強まっているとはいえ、社会通念上相当と認められる方法によるものとはいえない。

よって、5日午後7時10分から午後9時30分の取調べ任意取調べの限界を超え、違法である。

3 以上より、下線①の取調べは違法である。

第2 〔設問2〕1

1 自白も「証拠」（317条）であることから、自白法則と違法収集証拠排除法則の適用が重なることになるため、その在り方が問題となる。

2 まず、自白法則（319条1項、憲法38条2項）とは、任意性の疑いがある自白の証拠能力を否定するものである。

その趣旨は、任意性の疑いのある自白は、典型的にみて虚偽の自白であるおそれがあることから、証拠の能力を一律に排除して、事実認定の正確性を担保し誤判を防止することにある。そこで、自白法則が適用されるか否かは、当該行為が供述者の心理状態に及ぼした影響を前提に、典型的に虚偽自白が誘発されるおそれがあり、そのような状況下でなされた自白であるか否かで判断する（虚偽排除説）。

なお、自白法則につき、その趣旨を自白採取手続の適法性を担保することにあるとして、自白採取手続に違法が認められる場合に自白の証拠能力を否定するとの見解（違法排除説）もあるが、この見解は、「任意」という文言にそぐわないため、採り得ないと解する。

3 次に、違法収集証拠排除法則とは、適正手続の保障（憲法31条）、司法の廉潔性の確保、将来の違法捜査の抑止の観点から、①令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、②これを証拠とすれば将来の違法捜査の抑制の見地から相当でない場合に、当該証拠の証拠能力を否定するものである。

4 そうすると、違法収集証拠排除法則は違法であることを前提として証拠能力を排除するものであるのに対し、自白法則は、正確な事実認定のために典型的に虚偽のおそれのある自白を排除することから、違法であるかは問題とならず、両者はその趣旨を異にする。したがって、両者の適用場面は任意

性に疑いがあり、かつ捜査が違法である場合には重なり合うものの、違法な手段によらずに得られた任意性に疑いのある自白については自白法則のみが適用される。そして、自白法則は明文の規定があることから、自白法則を先に検討し、これによって証拠能力が排除されない場合には、違法収集証拠排除法則を適用すると解する。

第3 〔設問2〕2

- 1 前述のとおり、まず、明文規定のある自白法則によって甲の自白の証拠能力が排除されないかを検討する。
- 2 Qは、取調べ開始から約22時間後、甲に対し、本件住居侵入窃盗が行われた12月3日の夜に自宅から外出するのを見た人がいるとの偽計を用いている。甲は、このQの発言によって、長時間の取調べによって疲労していたことと相俟って自白するしかないとの心理状態に陥っている。

確かに、このQの発言は、単なる犯行当夜の外出という事実の指摘であり、甲による住居侵入窃盗の犯行を推認する事実ではない。しかし、甲は、徹夜で約22時間という長時間の取調べを受けており、疲労していることから、判断能力が鈍っている。そのため、このような限界状態では、上記のQの発言によっても、このまま住居窃盗の犯人であるという材料をそろえられ、犯人にされてしまうと考えてもやむを得ないといえる。そして、虚偽の自白をしてまでも取調べから解放されたいと考えても不自然ではない。したがって、類型的

に虚偽自白のおそれがあるといえる。

また、甲は、取調べ開始時から約22時間、一貫して否認していたにもかかわらず、同日午後7時10分頃のQの発言を聞いた直後、午後7時30分頃には突如として自白をするに至っている。そうすると、甲は、このような類型的に虚偽自白のおそれのある状況下で自白を行ったといえることから、任意性に疑いのある自白であるといえる。

- 3 したがって、自白法則により、甲の自白の証拠能力は排除される。
- 4 なお、仮に自白法則により甲の自白の証拠能力が否定されないとすると、違法収集証拠排除法則の適否が問題となるが、この場合、同法則は適用されず、甲の自白の証拠能力は否定されないと解する。

なぜなら、確かに疲れきった甲にうそをついて自白を採取する取調べは違法といわざるを得ないが、取調べを拒否する意思を示すこともなくこれに応じていることから、重大な違法があるとはいえないからである。

第4 〔設問3〕

- 1 検察官はWの証人尋問において、甲によるX方における犯行の事実と本件住居侵入窃盗とが類似していることをもって、甲の本件住居侵入窃盗の犯人性を立証しようとしている。そこで、犯人性の立証において、類似事実によることが許されるのか、類似事実の証拠能力が問題となる。

2 類似事実も一つの事実である以上、犯罪事実についての証拠としての価値を有している面は否定できない。

しかし、類似事実に基づく犯人性の立証については、当該類似事実の存在から、被告人が当該類似事実にかかる事実を行う犯罪性向があるという悪性格の存在を介在することによって行われることになるところ、かかる推認は根拠の乏しい人格的評価を伴うものであり、過大評価がなされる危険性を有することから、誤判防止の観点より、原則として証拠能力が否定されるべきである。

もっとも、①類似事実にかかる犯罪事実が顕著な特徴を有する場合で、②その特徴が証明の対象となる犯罪事実と相当程度類似しているといえれば、類似事実を犯人性の立証に用いることができる。かかる場合には、悪性格を介在することなく犯人性を合理的に推認することが可能であることから、上記悪性格を介在する誤判の危険性を有しないためである。

3 本件では、Wが目撃していた甲の犯行態様が、一戸建てのX方において、庭に面した1階掃き出し窓のクレセント錠の近くの窓ガラスに、半円形の傷跡が残されているというものである。そして、本件住居侵入窃盗についても、同市内の一戸建てのV方の庭に面した1階掃き出し窓のクレセント錠の近くのガラスがX方と同様に半円形に割られており、その割れ跡もX方窓ガラスに残されたそれと類似しているものである。また、双方の事件において住居侵入後、室内から金品が

盗まれていることから、双方の特徴が相当程度類似しているとはいえる(②)。

しかし、これらの窓ガラスに残されていた割れ跡はガラスカッターによって顕出されたものであるところ、ガラスカッター自体は一般に流通しており、容易に入手可能なものである。また、窓ガラスのクレセント錠近くを半円状にカットして侵入を試みることは、可能な限り音を出さずに侵入するための常套手段であるといえる。そして、かかる手段について、確かに容易に習得することは困難であるとしても、特殊な技術を必要とするものとまではいえない。よって、類似事実にかかる犯罪事実が顕著な特徴を有するとまではいえない(①不充足)。

よって、Wの証言には証拠能力が認められない。

4 以上より、Wへの証人尋問を請求することを、裁判所は認めるべきではない。

以上

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) 2020 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU20675