

司法試験

---

令和2年司法試験分析会  
刑事系  
講師オリジナルレジュメ

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 206769

LU20676



## 第1問 [刑 法]

### <分析例>

#### [設問1] Bに対する恐喝罪(249条1項)の成否

##### 1 「恐喝」

「恐喝」とは、相手方を畏怖させる程度の暴行又は脅迫を手段として、相手方を畏怖させ、財物の交付を要求することをいう。

- ・ 甲は、Bに対する500万円の貸金債権(「本件債権」)についてAから取立委任を受けた上、某月1日、Bに対し、自身が暴力団組員であると装い、「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。」と申し向けて、600円の交付を要求した。

→ Bやその家族に危害を加える旨を示唆するものであり、Bを畏怖させるような害悪の告知に当たる(以下、「本件恐喝行為」という。)

もともと、交付に係る金額のうち500万円についてはAに対する貸金返還債務の履行としての側面を有することから、少なくとも民事上の損害は生じない。

→ 恐喝罪の罪質をどのように解するか?

#### (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(①)

##### 個別財産に対する罪

→ 金銭の交付による喪失それ自体により個別財産に対する使用・収益・処分という事実的機能が侵害されたと評価できる。

⇒ 交付要求に係る全額について「恐喝」の実行行為に当たり、被害額は600万円となる。

#### (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(②) 参考判例1

##### 全体財産に対する罪

→ 金銭の交付は債務額の限度で弁済として金銭債務を消滅させるものであるから、全体財産の減少は認められない。

⇒ 金銭債務は法律上可分であり、債務額である500万円については財産的損害を生じさせる危険性を肯定できないため「恐喝」の実行行為に当たらない（脅迫罪を構成するにとどまる）。他方、債務額よりも超過して要求した金額については損害の発生を観念できるため「恐喝」に当たり、被害額は100万円となる。

※ **債権の行使（債務の弁済）と恐喝罪の成立範囲**の問題について、旧判例（参考判例1）は、法律上他人から財物の交付を受けるべき正当な権利を有する者が、その権利を実行するに当たり、恐喝手段を用いて、①その権利の範囲内で財物を取得した場合は恐喝罪を構成しない、②その権利の範囲を超えて財物を取得した場合、恐喝罪は財物が法律上可分であれば超過部分についてのみ成立し、法律上不可分であれば全部について成立する、という一般論を判示した。この旧判例の立場によれば、本問でも、Bが交付した財物（金銭）が法律上可分であることを前提とする限り②の立場の結論を導くことができる。もっとも、同判例の理論的根拠は明確ではないところ、**恐喝罪の罪質**について、現在、少なくとも1項恐喝罪を**全体財産に対する罪**であると把握する見解は一般的ではない（なお、ドイツ刑法では詐欺罪及び恐喝罪は条文上全体財産に対する罪と規定されている。また、日本においても利得罪（2項詐欺及び2項恐喝）については全体財産に対する罪と把握する見解は主張されている。）。他方、あくまで恐喝罪を**個別財産に対する罪**と把握する見解から②の立場の結論を導くには、例えば、「債権者との関係では債務額の範囲で当該財産は刑法上保護に値しない（故に個別財産に対する侵害はない）」との説明の仕方があり得る。

### (3) 自己の見解

恐喝罪は財産犯であり、その成立には財産的損害の発生が必要であるが、刑法は、財物に対する現実の所有関係を保護することによって既に存在している財産関係の法秩序の破壊を防止することを目的とするものであるから、構成要件として「財産上の損害」を特に明文で規定している背任罪（247条）以外の財産犯については、個別財産に対する罪であると解すべきである。

したがって、600万円全額について「恐喝」に当たる。

※ 恐喝手段を用いて債権を行使した場合に「**財産上の損害**」を“観念できるか否か”という問題は、当該行為に財産犯としての法益侵害の危険性を肯定できるか否かという問題であるから、**実行行為性**の問題である（かかる危険性を観念できない場合、いわば“財産犯としては不能犯”ということになり、脅迫罪等を構成し得るにとどまる。）。この場合、恐喝行為によって現に「財産上の損害」が“発生した否か”という**結果又は因果関係**（既遂か未遂か）を問題としているわけではない。

※ 上記の**恐喝罪の罪質**という観点以外にも、**保護法益論**（①占有説と②本権説）や**違法性の本質論**（①行為無価値と②結果無価値）の観点から対立軸を設定することも可能であろう。もっとも、正当な債権額を超えて金銭を喝取している本問のような事案では、いずれの立場からも恐喝罪の成立自体は否定されないのであるから、被害額を巡る対立は、被害額の評価が量刑に影響するという意味での情状論に過ぎない（なお、①の立場からも、債権行使（債務弁済）という側面は量刑上有利に評価される。）。それ故、実務でもこのような事案で上記の議論が深刻な争点として意識されることは少ない。

## 2 畏怖に基づく財物交付 参考判例 3

本件恐喝行為により、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、翌2日、自己名義の預金口座から甲の指定に係る甲名義の預金口座に600万円を送金した。

→ 甲は、上記送金を得ると同時に、何時でも自由に預金払戻手続によって送金された金額の現金を自らの手にすることができるようになったものであり、実質的には、B から現金600万円の交付を直接受けた場合と異なる。

⇒ 「財物を交付させた」に当たる。

※ 本件恐喝行為により B は自己名義の口座から甲の指定口座へ送金したものであるが、この過程において甲も B も一度も現金を手にしていないため、本罪の**客体**をどのように考えるかが問題となる。甲が取得した客体（B が喪失した客体）はあくまで銀行に対する預金債権であるとして**2項恐喝罪**の成立を肯定する見解もある（そして、上記のとおり、2項恐喝については全体財産に対する罪であると把握する見解もあり、この説明は②の立場の結論を導き易いといえる。）。これに対して、**参考判例 3**は、実質的な観点から、振込行為を「現金」の「交付」（占有移転）と同視して**1項恐喝罪**の成立を認めている。

## 3 故意及び不法領得の意思

上記各事実について甲の認識、認容に欠けることなく、また、甲は B に水増し請求して得た金銭を C に対する自己の債務の弁済に充てようと考えていたことから、不法領得の意思も認められる。

※ 権利行使の場合、債権者は自己の債権額を取得しようとする限り、不法な利益を得ようとする意思を欠くとして**不法領得の意思**を否定する見解もある。しかしながら、不法領得意思の内容を①**権利者排除意思**及び②**利用処分意思**であると解する限り、債権額の範囲内であっても債権の存在を認識しているという事実から直ちに領得意思が否定されるということにはならないと考えられる。いずれにしても、本件においては、自己の利益のために債権額と超過額を不可分一体的に交付させようとする意思が認められる以上、全額について不法領得の意思を肯定することができるであろう。

## 4 違法性阻却事由（「権利行使と恐喝」）参考判例 2

上記恐喝行為は、50万円の範囲においては、A の B に対する貸金返還請求権の行使として行われたものであることから、正当行為（35条）として違法性が阻却されるか？

## 違法性阻却の要件

① 権利の範囲内であること（権利の存在）

② その方法が社会通念上一般に是認される程度を超えないこと（手段の相当性）

- ・ 本件恐喝行為は、債権額である500万円を超えてこれに架空の100万円を上乗せして不可分一体的に交付させようとするものである（①）。
- ・ 本件恐喝行為は、暴力団組員によりBやその家族に対して危害を加える旨を示唆してなされたものであり、態様において悪質である（②）。

⇒ 本件恐喝行為が正当な権利行使であるということとはできず、違法性は阻却されない。

※ 権利行使と恐喝の問題について、旧判例（参考判例1）は、専ら法益侵害の有無という観点から構成要件該当性の問題として捉えていたが、その後の判例（参考判例2）は立場を変更し、「債権額のいかんにかかわらず」恐喝罪に該当するとの理解（①の立場）を前提として、正当な権利行使か否かという観点から違法性阻却の可否の問題として扱うようになった。なお、参考判例2は違法性阻却の根拠条文を示していないものの、権利行使の場面を正当行為（35条）の一類型と捉えるのが一般的である。

## 5 結論

以上より、本罪が成立する。

なお、Bは甲が暴力団組員であると誤信して600万円の交付に応じたものであるが、甲が自身を暴力団組員であると装った行為は、Bを畏怖させる手段に過ぎず、かかる畏怖の結果としてBが財物を交付するに至ったものであるから、別途、詐欺罪（247条1項）を構成しない。 **参考判例4**

※ 本問において、甲はBに対し、①債権額の点及び②自身が暴力団組員であるとの点について、いずれも虚偽の事実を申し向けており、詐欺罪の成否も問題となり得る。もっとも、Bは②の点について誤信しているものの、参考判例4によれば、欺罔手段が恐喝の一部を形成していると評価できる場合（「相手方に畏怖の念を生ぜしめる一材料」である場合）には恐喝罪のみが成立することになる。他方、①の点については、当初からBは自己の債務額が500万円であると認識しており、甲の行為によっても何ら錯誤に陥っていない。この場合、甲が①の点を偽った行為は相手方に錯誤に基づく財物交付をさせる危険性を惹起したものと評価できない（600万円の交付が債務額についての錯誤に基づくものと評価する余地はない）ことから、欺罔行為に当たらない。これに対して、Bが債務額の点についても誤信した結果、恐喝行為による畏怖と相俟って600万円を交付したという場合であれば、①を偽った行為が欺罔行為に当たり、別途、詐欺罪を構成する（恐喝罪と観念的競合となる）と評価する余地がある（なお、平成19年試験問題においても本問と類似の事例が出題されたが、この事案では被害者が債務額の点について誤信した上で、更に畏怖したことから金銭の交付に応じており、恐喝罪とは別途、詐欺（未遂）罪の成立を肯定し得る事案であった点で本問とは事実関係が異なっている。）。

## 〔設問 2〕 甲に殺人既遂罪が成立しないという結論の論拠となり得る事実

※ 〔設問 2〕は、新しい形式の問題であるが、「甲に殺人既遂罪が成立しないという結論の論拠となり得る事実」という問題文の記載の意味は若干不明確であった。具体的には、相互に関連させて初めて法的に意味を有する各事実についてどこまで“組み合わせ”で摘示することが許されるのか（例えば、「A に特殊な心臓疾患があった事実」、「A が睡眠薬の摂取により心臓疾患が悪化して急性心不全により死亡した事実」、「A に心臓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事実」は、厳密にはそれぞれ別個の独立した事実であるが、これらの各事実を総合することによって初めて一定の法的評価を導くことが可能となるものである。）、また、「事実」の摘示にはどこまで「評価」を書き込むことが許されるのか（例えば、「甲がワインに混入した睡眠薬の量は、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」という事情は、厳密には「評価」である。「事実」はあくまで「甲がワインに混入した睡眠薬の量は〇〇グラムであった」と摘示するのが正しい。）等の点について、なお趣旨が判然としない出題であった。このような混乱を回避するためには、設問において予めある特定の事実をいくつか指定した上で、それぞれの事実が上記の結論を導く根拠を論じさせる、という出題形式の方がより趣旨が明確となったものと思われる。

1 甲は睡眠薬を A のグラス内のワインに混入したにとどまり、その後有毒ガスを発生させることを止めた事実

〔理由〕 実行の着手が認められない。

「実行に着手」（43 条本文）とは、構成要件に該当する行為を開始したことをいう（**形式的客観説**）。

罪刑法定主義の要請から、上記判断においては、当該犯罪の実行行為としての定型性を重視すべきであり、殺人罪の実行行為というためには、当該行為が社会通念上「人を殺す行為」と評価されるような形式、内容を具備している必要がある。

→ 「睡眠薬を A のグラス内のワインに混入した」行為には、殺人罪の実行行為としての定型性が認められない。他方、「有毒ガスを発生させる」行為はその定型性を具備するものであるが、甲はかかる行為に及んでいない。

⇒ 甲は殺人罪の「実行に着手」したものとは認められず、殺人予備罪（201 条）と（重）過失致死罪（210 条（211 条後段））が成立するにとどまる。

※ **実行の着手時期**について、伝統的には、「実行の着手」＝「実行行為の開始」と解した上で、実行行為の意義について構成要件の「**定型性**」を重視する見解（**形式的客観説**）が通説とされた。これに対して、現在は、「**危険性**」を重視して、実質的な観点から結果発生の実質的危険性の発生時期を判断する見解（**実質的客観説**）が有力である。後者の見解によれば、「甲が睡眠薬を混入した行為」の危険性をどのように判断するかが問題となる（なお、後述のとおり、後記 2 の事実を行為の危険性を否定する事情に位置付けることも可能である。）。

※ もっとも、甲が「睡眠薬を混入した行為」（第1行為）それ自体の危険性が否定される場合でも、行為者の犯行計画を考慮した上で、結果発生の現実的危険性を有する第2行為と**密接関連性（接着性）**が認められる場合には第1行為を開始した時点で実行の着手が肯定されることになる（**参考判例5（クロロホルム事件）**参照）。本問では、甲の犯行計画を考慮すると、上記第1行為と「有毒ガスを発生させる行為」（第2行為）との密接関連性（接着性）を否定することは困難であろう（〔設問3〕参照）。したがって、本問で実行の着手を否定するには、少なくとも上記のような判例の判断枠組みとは異なる見解による必要がある。

2 A は睡眠薬の摂取によって特殊な心臓疾患が悪化したことによる急性心不全により死亡したものであり、A の疾患については、一般人は認識できず、甲もこれを知らなかった事実

[理由] **因果関係**が認められない。

刑法上の因果関係は、条件関係の存在を前提として、当該行為から当該結果が発生することが社会通念上相当であると評価できる場合に認められる（**相当因果関係説**）。

構成要件は、違法行為の種類を一般人に対して明示するものであり、かつ、責任類型として行為者に対する責任非難の前提となるものであるから、上記の相当性は、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礎として判断すべきである（**折衷説**）。

→ 「A の特殊な心臓疾患」という事情は、判断基底から除外されるところ、甲がワインに混入した睡眠薬の分量は、「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のであるから、甲の行為から A の死亡結果が発生することが社会通念上相当であるとは認められない。

⇒ （仮に実行の着手が肯定された場合でも）因果関係が認められず、殺人未遂罪（203条）が成立するととどまる。

※ **行為時の特殊事情**について、**参考判例6**は、「特殊事情とあいまって致死の結果を生ぜしめたもの」と認められる限り因果関係を肯定する旨を判示しているところ、**因果関係の判断基底**については「被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らず、また、致死の結果を予見することもできなかつたものとしても」と述べており、これは判断基底に絞りをかけない（行為時に存在する全ての客観的事情が因果関係の判断の基礎となる）という判断を前提としていると解される。なお、判例の立場であるとされる**危険の現実化説**に立つ場合であっても判断基底を限定する見解を採用することは理論上可能であるとの指摘もあるが、少なくとも判例はそのような理解を採用していない（証拠によって認定された事実を“見なかったことにする”という判断基底論の発想は現実の裁判における判断構造にそぐわないものであり、実務においては受け入れ難いといわざるを得ない。）。



- ※ **判断基底論**は、本来、結果が発生した場合は結果の行為への帰属の問題（**因果関係論**）として検討されるのに対し、結果が発生しない場合は行為の危険性の問題（**不能犯論**）として検討されるものである。もっとも、本問のように結果が発生した場合でもなお因果関係とは別途、判断基底論によって実行行為それ自体の危険性を問題とすることは理論上可能であると考えられる。本問でも上記2の事実を「睡眠薬を混入した行為」（第1行為）の危険性を判断する事情に位置付けた上で、不能犯論における**具体的危険説**を援用して実行行為性を否定する、という説明もあり得るであろう（ただし、本問ではAの死亡結果が現実に発生している以上、いわゆる“不能犯”が問題となる事案ではない。）。
- ※ 因果関係を否定して殺人未遂罪の成立を認める場合、上記1の事実からすれば甲に**中止未遂**（43条但書）の成立を認める余地がある。もっとも、本問では、あくまで「殺人既遂罪が成立しないという結論」の理由を論じることが求められているのであるから、未遂罪の成立を前提として、（障害未遂ではなく）中止未遂となるか否かについてまで検討する必要はないであろう。

3 甲は、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  
事実

[理由] **故意**が認められない。

犯罪の故意があるとするには、構成要件該当事実の認識・認容が必要であるところ、実行行為についての認識、認容が認められるためには、行為者が自己の行為の危険性（実行行為性）について認識している必要がある。

→ 甲は、睡眠薬を混入する行為によってAが死亡に至る危険があることを認識しておらず、実行行為性の認識を欠く。

⇒ （実行の着手及び因果関係が肯定された場合でも、）殺人罪の故意が認められず、過失犯（及び予備罪）が成立するとどまる。

- ※ **参考判例5（クロロホルム事件）**の原審では、被告人が「クロロホルムを吸引させる行為自体によって被害者を死亡させるという認識はなく、それによって死亡する可能性があるとの認識もなかった」という点について、「殺人の実行行為性の認識があったか否かが、殺人の故意の内容として問題となる。」と述べて、故意の有無を正面から問題としている。この問題について、最高裁は、被告人の犯行計画において第1行為と第2行為が密接に関連する「一連の殺人行為」と評価できることを前提として、第1行為に及ぶ時点で“一連の実行行為”を行う認識があることから実行行為性の認識が肯定できる、との判断を示したものと理解されている。
- ※ 第1行為時点における甲の認識の内容を「Aを眠らせた後に有毒ガスを発生させてAを殺害する認識」であると捉えれば、現実の因果経過（睡眠薬の摂取による死亡）と異なる因果経過を認識していた点で**因果関係の錯誤**として検討することも可能である。この場合、**具体的符合説**（具体的法定符合説）の立場から、因果経過についての錯誤が本質的な錯誤であると考えるのであれば、故意を否定する余地がある。これに対して、**法定的符合説**（抽象的法定符合説）の立場からは、主観面においておよそ刑法上の因果関係が否定されるような異常な因果経過を認識していた場合でない限り、故意を否定することは困難である。
- ※ 故意を否定する理論的な説明としては、上記以外にも、行為者が結果発生のための後続行為を留保している場合には**既遂故意**を否定する、という見解もある。この見解は、既遂犯の構成要件と未遂犯の

構成要件とは、結果発生の有無（客観面）のみならず、故意の内容（主観面）においても修正されている別個の構成要件であるとの理解を前提とし、既遂犯の故意が認められるためには、①「**実行行為性の認識（危険の発生についての認識）**」（未遂故意）に加えて、②「**結果が実行行為の作用として発生することの認識（危険の実現についての認識）**」（既遂故意）が必要であるとする。本問の場合、客観的にAの死亡結果を発生させた第1行為について、甲は、仮に①の認識が認められたとしても、②の認識を欠いており、これは未遂構成要件の故意で既遂構成要件を実現した場合であると考えられる。したがって、抽象的事実の錯誤の処理（38条2項参照）により軽い殺人未遂罪の成立が認められるとの結論となる（この見解によれば、客観面で因果関係が肯定されても未遂罪が成立する。）。

### 〔設問3〕

#### 第1 D銀行に対する詐欺罪（246条1項）の成否 参考判例7

・ 甲が、D銀行E支店の窓口係員Fに対して、自己名義の口座（以下、「本件口座」という。）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行為

→ 振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係は存在しない場合の振込みであっても、受取人と振込先銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人は、銀行に対し、上記金額相当の普通預金債権を取得する。

他方、本件口座はBに対する恐喝行為に利用されたものであるが、D銀行において預金口座が犯罪行為に利用されていることを認めた場合は当該口座の取引停止等の措置を講ずべきものとの取り扱いが規約等により定められている等の特段の事情がない限り、甲の取得した上記普通預金債権の行使が制約されるものではない。

⇒ 甲は、D銀行に対する普通預金債権に基づく正当な払戻権限がないのにこれがあるかのように装ったものとは認められず／本件口座が犯罪行為に利用されたことをD銀行に告知すべき信義則上の義務があるとは認められず、上記行為は欺罔行為に当たらない。

以上より、本罪は成立しない。

※ 犯罪に利用された口座に係る預金払戻請求について、参考判例7は、「普通預金規定において、預金が法令や公序良俗に反する行為に利用され、又はそのおそれがあると認められる場合には、銀行側において、その預金取引を停止し、又はその預金口座を解約することができる」という規約上の取り扱いに加えて、当該銀行において、「当該預金口座が詐欺等の犯罪に利用されているものであることが分かれば、救済法に基づき、当該預金口座を凍結して払戻しには応じないこととしている」という具体的な運用の実態を指摘した上で、「詐欺等の犯罪行為に利用されている口座の預金債権は、債権としては存在しても、銀行がその事実を知れば口座凍結措置により払戻しを受けることができなくなる性質のものであり、その範囲で権利の行使に制約がある」として、「被告人に本件預金の払戻しを受ける正当な権限はないこととなり、これがあるように装って預金の払戻しを請求することは欺もう行為に当た

り」詐欺罪を構成する旨を判示している。本問においても、仮に同判例が指摘したような規約上の取り扱いや運用の実態が D 銀行において存在するのであれば、甲の払戻請求が詐欺罪を構成する可能性がある。もっとも、問題文の【事例】においてこれらの事情について何ら記載されていない以上、本問の問題文の事情のみから詐欺罪を認定することは困難であろう（仮にこれらの具体的事情についての検討を経ることなく「およそ犯罪に利用された口座からの払戻しであるから詐欺罪が成立する」というような論述を求めることが出題趣旨であるとすれば不適切な問題であると言わざるを得ない。）。

## 第2 Aに対する横領罪（252条1項）の成否

### 1 「他人の物」 参考判例8

甲が費消した600万円は、Bから恐喝という犯罪行為により領得した物であって、民法上Aの債権額500万円の限度でもAに確定的に所有権が移転したとはいえないことから（民法96条1項参照）、Aの所有に属する物といえるか？

#### 刑法上の財産罪の目的

= 現実の所有関係を不正の手段による侵害から保護することによって現存する財産法秩序を維持すること

→ 刑法上保護すべき所有権の帰属は、刑法の予定する法益侵害の有無という観点から**現実の所有関係**について判断すれば足りる。

・ 上記600万円は、Bから不法に領得されたものであるとはいえ、甲がAからの適法な取立委任に基づいてBから交付を受けた金銭である。

→ 甲がAに対して引渡義務を負う金銭であるから（民法646条1項参照）、甲とAとの関係においては、Aの債権額500万円の限度でなおAの現実の所有関係に属する物であると評価できる。

⇒ 500万円はAの所有に属する物として、「他人の物」に当たる。

※ 甲が費消した**金銭の所有権の帰属**について、もともとBが甲に喝取された被害金である（民法上、Bは甲に対して不当利得返還請求権（703条、704条）を有する）ことを考えると、「Bの物」とも思われる。他方、「金銭の所有と占有は一致する」という民法の原則に照らせば、「甲の物」のようにも思われる。いずれにしても、民法の規範に照らすと、「Aの物」とはいえないのではないかという点が問題となる。ここで、**参考判例8 補足意見**が指摘するように、刑法独自の視点から“**刑法上の所有権の帰属**”判断する必要が生じる。そして、Aが取立てを甲に適法に委託し、その委託に基づいて甲が回収した金銭を甲自身が費消したという事実について、Aの財産権は刑法上保護に値すると判断するのであれば、「自己が取立てを委託した者（受託者）が債務者から回収した財産」であるという事実関係をもって、当該財産に対する委託者の「**現実の所有関係**」を肯定することになる。

## 2 「自己の占有する」

- ・ 甲の占有する金銭は、甲が A からの取立委任に基づいて、B から引渡しを受けたもの  
⇒ 甲が A からの委託信任関係に基づいて占有しており、「自己の占有する」物に当たる。

## 3 「横領」

- ・ 甲が上記金銭を C に対する自己の債務の弁済に充てた行為  
→ A との間の取立委任の趣旨に背いて、A の債権額 500 万円について所有者でなければできない処分をする意思（不法領得の意思）の外部的発現行為である。  
⇒ 上記行為は「横領」に当たる。

## 4 故意

甲は、上記各事実の認識、認容に欠けるところはない。

## 5 結論

以上より、A の債権額 500 万円について本罪が成立する。

なお、その余の 100 万円の費消については、B から送金を受けた時点で恐喝罪が成立していることから不可罰的事後行為となり、別途、B に対する占有離脱物横領罪（254 条）は成立しない。

※ 甲の費消行為について、【事例 1】で B に対する領得罪（恐喝罪）が成立することを前提とすると、B に対する関係では不可罰的事後行為となる。もっとも、[設問 3] では「【事例 1】における甲の罪責…については論じる必要はない。」とされているものの、【事例 1】における甲の罪責を前提とする問題点について論述上どのように扱うべきなのかが不明瞭であり、混乱を生じさせる設問であった。

## 第 3 A に対する詐欺利得罪（246 条 2 項）の成否 参考判例 9・10

「財産上不法の利益」が、債務の支払を免れたことであるとするには、債権者を欺罔して債務免除の意思表示をなさしめることを要する。

- ・ 甲は、A に対し、「昨日、B に対して返済するようにつく言った。B は、『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。」等と虚偽の事実を申し向け、A をしてその旨誤信させ、A の債権額 500 万円の返還について追及を免れている。

→ 債権者 A は、そもそも甲に対する 500 万円の引渡請求権の存在を認識しておらず、上記錯誤によっても、これについての処分は観念し得ない。

⇒ 甲の上記行為は A の処分行為に向けられた欺罔行為に当たらない。

以上より、本罪は成立しない。

※ 詐欺利得罪における**処分行為の内容**として、判例は、同罪の成立には瑕疵ある意思表示（**債務免除又は支払猶予の意思表示**）が必要であるとの立場に立っている（**参考判例 9** 参照）。この立場によれば、債権者のそのような意思表示の前提として、**明確な処分意思**が必要となる。ところが、債権者が“**債権の存在・帰属**”について誤信している場合、債権者の処分意思は観念できない。**参考判例 10**も、履行遅滞に陥っている債務者が既に債務を弁済した旨債権者を騙し、その結果、事実上債務の支払いを免れたという事案について、「債権者がもし欺罔されなかつたとすれば、その督促、要求により、債務の全部または一部の履行、あるいは、これに代りまたはこれを担保すべき何らかの具体的措置が、ぜひとも行われざるをえなかつたであろうといえるような、**特段の情況**」がなければ、財産上の利益移転（処分行為）を肯定できない旨判示している。本問でも、債権者 A は、甲に嘘をつかれた時点で甲に対する 500 万円の引渡請求権（民法 646 条 1 項参照）の存在を認識しておらず、したがって、A による債務免除又は支払猶予の意思表示は観念できないといえる。この場合、いかに債権者の錯誤を導く行為であっても、債権者の瑕疵ある意思表示を促す性質を肯定できないことから、処分行為に向けられた行為であるとは評価できず、詐欺罪の実行行為性を欠くことになる。

## 第 4 A に対する強盗殺人罪（240 条後段）の成否

### 1 殺人罪（199 条）の当否

#### (1) 実行の着手 **参考判例 5**

「実行に着手」（43 条本文）とは、法益侵害の実現に至る客観的危険性を含む行為が開始されることをいう（**実質的客観説**）。

上記危険性の判断においては、行為者の犯行計画を考慮し、第 1 行為と第 2 行為とが密接な関連を有する一連の行為と認められる場合、第 1 行為を開始した時点で既に結果発生に至る客観的な危険性が認められるから、その時点において実行の着手があったものと解する。

#### <密接関連性（接着性）の判断基準>

- ① 第 1 行為が第 2 行為を確実かつ容易に行うために**必要不可欠**なものか否か
- ② 第 1 行為に成功した場合、それ以降の犯行計画を遂行する上で**障害となるような特段の事情**が存するか否か
- ③ 第 1 行為と第 2 行為との間の**時間的場所的**近接性

- ・ 甲の計画は、A方においてワインに混ぜた睡眠薬をAに飲ませて（第1行為）、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（第2行為）、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（**犯行計画の内容**）。
  - ・ 第2行為により有毒ガスを発生させてもAがこれを確実に吸引しない限り殺害計画は遂行できないのであるから、その前提として第1行為によりAを眠らせることは不可欠であったといえる（①）。
  - ・ 甲は、有毒ガスを発生させるためX剤及びY剤とこれらを混ぜるためのバケツを予め準備しており、第1行為の時点でA方に隣接する駐車場に駐車してある自車内にこれらの道具を置いてあったのであるから、第1行為によってAが眠れば、第2行為を遂行する上で障害となるような特段の事情は存しない（②）。
  - ・ 第2行為は、同一現場であるA方において第1行為の後に引き続き行われることになっていたのであるから、両行為には時間的場所的近接性が認められる（③）。
- 第1行為は第2行為に密接な行為であり、甲が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったと認められる（以下、「本件殺害行為」という。）。

- ※ 強盗殺人罪の成否を検討する場合、上記実行の着手の認定は、厳密には強盗の実行行為である「暴行」（としての殺害行為）の着手を認定するものであるが、強盗の実行行為を認定するには、更に**反抗抑圧及び手段性**を検討する必要があるため（後記2参照）、答案構成の明瞭さの観点から、冒頭に殺人罪の構成要件該当性の検討を括り出す形で実行の着手を認定した。
- ※ 上記の「**一連の実行行為**」論を実行の着手（客観面）の問題として検討する実益は、第1行為それ自体の危険性が否定される場合であっても第2行為との密接関連性を検討することにより第1行為の時点で実行の着手を肯定することが可能となる点にある（**未遂処罰範囲の遡及的拡張**）。これに対して、第1行為それ自体の危険性及び結果との因果関係が肯定されて既遂犯となる場合には、構成要件の客観面の認定としてはそれで足りる（第1行為がそれ自体で実行行為と評価できるのであるから、客観面の実行の着手の認定の問題としては第2行為との密接関連性を検討する必然性はない）、と理解することができる。その場合、「**早すぎた構成要件の実現**」の問題の所在は、第1行為時点における**故意の存否（主観面）の問題**に尽きる（甲が第1行為からAが死亡する危険性を認識していなかったという点が専ら主観面の故意の認定において問題となるに過ぎない）ことになり、この場合の「一連の実行行為」論の実益は、第2行為に留保された故意を第1行為の時点に前倒しする形で「一連の実行行為」を行う認識として故意を認定することが可能となる点にある（**故意の認識対象行為の拡張**）。なお、**参考判例5（クロロホルム事件）**は、第1行為それ自体に高度の危険性を肯定し得るものの、被害者

の死因がいずれの行為によるものか特定できなかったという特殊な事案である（死因が明確に第1行為によるものである本問とは事実関係が異なる）ことに加え、同判例の理解の仕方については現在も学説の議論が錯綜している。平成25年出題趣旨においても「構成要件の実現が早すぎた場合の実行の着手時期等をどのように考えるのか…については、最判平成16年3月22日刑集58巻3号187頁が参考になる。…また、この判例の考え方に従わない場合も、同判例を意識しつつ、殺人罪の実行着手時期等についての自己の見解を説得的に論証した上で、的確な当てはめを行うことが求められる。」と述べられており、「判例の考え方」に従わない見解の許容性について明示的に付言されている。

## (2) 結果との因果関係 参考判例6

刑法上の因果関係は、行為時の客観的事情を基礎として、発生した結果が実行行為の危険性を現実化したものと評価できる場合に認められる（**危険の現実化説**）。

- ・ A は、睡眠薬の摂取によって心臓疾患が急激に悪化して、急性心不全に陥ったことにより死亡した。

→ 甲の第1行為がAの特殊な心臓疾患と相俟って死亡の結果を発生させたものと認められる以上、本件殺害行為の危険性がA死亡の結果へ現実化したものと評価できる。

## (3) 故意

- ・ 甲は、上記一連の実行行為に着手して、結果としてAを死亡させており、第1行為の時点で殺人の実行行為を行う認識があったものと評価できる（**実行行為性の認識**）。
- ・ なお、甲は、第1行為によってAが死亡するとは認識していなかったものであり、甲が認識した因果経過と現実の因果経過に齟齬が生じている（**因果関係の錯誤**）。

犯罪の故意があるとするには、行為者が認識した事実と現実に発生した事実とが法定の範囲内において一致することをもって足りる（**法定的符合説**）。

→ 甲は第2行為によりAに致死性のある有毒ガスを吸引させて殺害するという殺人罪に当たる因果経過を認識していることから、上記のような因果関係の錯誤があっても故意は阻却されない。

## 2 「強盗」

### (1) 反抗抑圧

上述のとおり、本件殺害行為は、Aを死亡させるほどの危険性を有するものであるから、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行である。

(2) 「財産上不法の利益を得」(236条2項, 財産上の利益移転) 参考判例 11・12

2項強盗罪は、相手方の反抗を抑圧する暴行、脅迫を手段として財産上の利益を得ることにより成立し、必ずしも相手方の意思による**処分行為**を要するものではない。

もともと、本罪の「暴行又は脅迫」は、財物奪取又は利益移転に向けられたものであることが必要である（「用いて」、**手段性**）。

→ 2項における「暴行又は脅迫」が「財産上不法の利益を得」ることに向けられたものというためには、当該利益の移転が1項における「財物」の奪取（占有移転）と同視し得る程度に具体的かつ現実的な財産的利益の移転であると評価できることを要する。

・ 甲は、Aからの取立委任に基づいてBから不法に領得した600万円のうちAの債権額500万円について、Aに対する返還債務（民法646条1項参照）を免れる目的で本件殺害行為に及んだ。

・ Aに相続人は存在せず、また、AのBに対する債権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。

→ Aを殺害することにより、甲に対する500万円の返還請求の追及は事実上不可能になったものといえるから、具体的かつ現実的な財産的利益の移転が肯定できる。

⇒ 本件殺害行為は、財産上の利益の移転に向けられたものと認められる。

以上より、本件殺害行為は「暴行」に当たり、甲は「強盗」に当たる。

※ 強盗罪における「**暴行又は脅迫**」は、財産犯の実行行為である以上、「財物」(1項)又は「**財産上不法の利益**」(2項)を取得することに向けられたものであることが要件となる（「用いて」、**手段性**）。ところが、1項における「財物」の占有移転の場合とは異なり、2項においては、「財産上不法の利益を得」(利益移転)が不明確である（物理的な現象を伴わない）ことから、上記の手段性の判断が困難である、という点がここでの問題の所在である。すなわち、1項の「財物」の取得（占有移転）の場合と同視できる程度の、「**具体的かつ現実的な財産的利益**」及びその「**移転**」を観念し得ない状況において、どれ程強度の「暴行又は脅迫」を行っても、強盗罪の実行行為を構成しない（財産犯の実行行為としては、いわば不能犯である。）。これは、あくまで**強盗罪の実行行為**の認定の問題（本問であれば、甲によるAの殺害行為が強盗殺人罪の実行行為となるか、それとも通常の殺人罪の実行行為となるか、という問題）であり、“現に利益移転があったか否か”という**結果発生の有無**（強盗が既遂か未遂か）を問題としているのではない。

※ なお、甲がAから奪取した利益は、取立委任の受任者の負うべき受取物の引渡債務（民法646条1項）を免れるという利益であるが、そもそも甲が取立委任に基づいて受け取った金銭はBから不法に領得したものであるから、Aの引渡請求権が刑法上保護に値するか、という視点から上記第2、1（横領



罪における「他人の物」の認定)と同様の問題が生じ得る。仮にAの引渡請求権の要保護性を否定するのであれば、本件殺害行為は強盗とはなり得ず、通常の殺人罪を構成するとどまる。

### 3 「死亡させた」(結果及び因果関係)

上述のとおり、Aの死亡結果との因果関係が認められるから、「死亡させた」に当たる。

### 4 故意 参考判例 13

甲は、上記各事実の認識、認容に欠けるところはない。

なお、強盗に機会に頻繁に伴う殺傷結果を加重構成要件とした本条の趣旨からすれば、殺意がある場合も本条後段の罪に含まれると解する。

### 5 結論

以上より、本罪が成立する。

## 第5 Aに対する窃盗罪(235条)の成否 参考判例 14・15

- ・ 甲が、遊興費を得るために換金しようと考え、A所有の高級腕時計を自らの上着のポケットに入れて、A方から立ち去った行為

→ Aの意思に反してAの財物に対する占有を移転したものであるから、「窃取」に当たり、故意及び不法領得の意思も認められる。

以上より、本罪が成立する。

なお、本件殺害行為は同腕時計の奪取に向けられたものではなく、甲の奪取意思が生じた後に新たな暴行・脅迫と評価できる行為もないことから、「強取」には当たらず、強盗罪(236条1項)は成立しない。

※ いわゆる**事後的奪取意思**の事案について、強盗罪が成立し得るのは、奪取意思を生じた後に財物奪取の手段としての「**新たな暴行・脅迫**」と評価できる事情がある場合に限られる(なお、昏酔強盗罪(239条)についても昏酔させる行為の時点で財物奪取の意思を欠く場合は窃盗罪が成立するに過ぎないと解される。)。この場合の「**新たな暴行・脅迫**」は、厳密な意味での「暴行」又は「脅迫」に該当する行為である必要はなく、実質的に暴行又は脅迫と評価できる(同視できる)事情であれば足りる(**参考判例 14**参照)。もっとも、当初の暴行・脅迫により被害者が失神してしまった場合については、それ以降の「**新たな暴行・脅迫**」を認定することは困難である(**参考判例 15**参照。なお、失神した被害者がそれ以上畏怖することも観念できないため、いわゆる「**挙動による脅迫**」も認定できない。)。本問でも、甲が腕時計を奪取しようと意図した時点でAは眠り込んでしまっており、その時点以降に「**新たな暴行・脅迫**」を認定することができないため、強盗罪は成立しないと考えられる。

## 第6 罪数

① A に対する横領罪（252 条 1 項）

② A に対する強盗殺人罪（240 条後段）

③ A に対する窃盗罪（235 条）

→ ①と②は利得した客体が実質的に同一の利益であることから包括一罪となり、これと③が併合罪（45 条前段）となる。

以 上

## <参考判例>

### 1 【大判大 2.1.23 (権利行使と恐喝罪) 旧判例】

「刑法第二百四十六條同第二百四十九條ニ規定スル詐欺及恐喝ノ罪ハ何等正當ナル法律上ノ原因ナキニ拘ハラズ欺罔又ハ恐喝ノ手段ヲ用ヒテ人ヲ錯誤ニ陥レ又ハ之ヲシテ畏怖ノ念ヲ生セシメ因テ以テ不法ニ財産ノ交付ヲ受ケ又ハ財産上ノ不法ノ利益ヲ領得スルニ因リテ成立スルモノナレハ法律上他人ヨリ財物ノ交付ヲ受ケ又ハ財産上ノ利益ヲ領得スヘキ正當ノ權利ヲ有スル者カ其權利ヲ實行スルニ當リ欺罔又ハ恐喝ノ手段ヲ用ヒテ義務ノ履行ヲ爲サシメテ財産ノ交付ヲ受ケ又ハ財産上ノ利益ヲ領得スルモ詐欺恐喝ノ罪ヲ構成スルコトナキハ各國ノ法制其揆ヲ一ニシ當院亦舊刑法ノ解釋トシテ夙ニ認ムル所ノ判例ニシテ此判例ハ現行刑法ノ解釋ニ於テモ亦之ヲ是認スヘキモノトス而シテ他人ヨリ財物ノ交付ヲ受ケ又ハ財産上ノ利益ヲ領得スヘキ正當ナル權利ヲ有スル者カ之ヲ實行スルニ當リ其範圍ヲ超越シ義務者ヲシテ正數以外ノ財物ヲ交付セシメ又ハ正數以上ノ利益ヲ供與セシメタル場合ニ於テモ亦同一ノ精神ニ從ヒ詐欺恐喝ノ罪ハ犯人ノ領得シタル財産又ハ利益ノ全部ニ付キテ行ハレタルモノニ非スシテ犯人カ正當ナル權利ノ範圍外ニ於テ領得シタル財産又ハ利益ノ部分ニ付キテノミ成立スルモノト解セサルヘカラス蓋シ此場合ニ於テハ犯人ノ領得シタル財物又ハ利益ノ中其權利ニ屬スル部分ハ正當ナル法律上ノ原因アリテ給付セラレタルモノナレハ此部分ニ付キテハ給付行爲ハ辨濟トシテ有效ニ成立シ犯人ノ有スル權利ハ之ニ因リテ消滅スルヲ以テ何等不當ノ利得アルコトナク從ツテ縱令欺罔恐喝ノ手段ヲ用ヒテ權利ノ目的ヲ達シタルモノナリトスルモ詐欺恐喝ノ罪ヲ構成スヘキ理ナク反シ犯人カ其權利ノ範圍外ニ於テ領得シタル部分ハ即チ欺罔恐喝ニ因リテ不當ニ利得シタルモノナレハ此部分ニ付テ詐欺恐喝ノ罪ヲ認ムルハ本罪ノ性質ニ適スルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ然レトモ此原則ヲ適用スルカ爲メニ犯人カ正當ナル法律上ノ原因ニ基ツキ財物又ハ財産上ノ利益ヲ領得シ其給付行爲カ全部又ハ一部有效ナルコトヲ要スルヲ以テ犯人カ他人ヨリ財物又ハ財産上ノ利益ヲ受領スヘキ正當ノ權利ヲ有スル場合ト雖モ犯人ニ之ヲ實行スルノ意思ナク只名ヲ其實行ニ假託シ之ヲ手段トシテ相手方ヲ欺罔恐喝シ不正ニ財物又ハ利益ヲ領得シタル場合及ヒ犯人カ相手方ヨリ財物又ハ財産上ノ利得ヲ領得シタル所以ノ原因カ其正當ニ有スル權利ト全然相異ナレル場合ニ於テハ詐欺恐喝ノ罪ハ他人ノ領得シタル財物又ハ財産上ノ利益ノ全部ニ付キテ成立スルモノトスヘク之ヲ分割シ其一部分ニ付キ犯罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス蓋シ之等ノ場合ニ於テハ犯人ノ爲シタル財物又ハ利益ノ領得ハ全ク法律上ノ原因ヲ缺キ其全部又ハ一部ニ付テ有效ナル給付行爲ノ存在ヲ認ムルコト能ハサルヲ以テ其全部ニ付テ犯罪ノ成立ヲ認メサルヘカラサルヲ以テナリ他方ニ於テ犯人ノ領得シタル財物又ハ利益ノ一部分ニ付テ犯罪ノ成立ヲ認ムルカ爲メニハ其財物又ハ利益カ法律上可分ナルコトヲ前提トスル」

### 2 【最判昭 30.10.14 (権利行使と恐喝罪)】

「他人に対して権利を有する者が、その権利を實行することは、その権利の範囲内であり且つその方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度を超えない限り、何等違法の問題を生じないけれども、右の範囲程度を逸脱するときは違法となり、恐喝罪の成立することがあるものと解するを相当とする（昭和二六年（れ）二四八二号同二七年五月二〇日第三小法廷判決参照）。本件において、被告人等が所論債権取立のために執つた手段は、原判決の確定するところによれば、若し債務者Vにおいて被告人等の要求に応じないときは、同人の身体に危害を加えるような態度を示し、且同人に対し被告人X及び同Y等は「俺達の顔を立てろ」等と申向けVをして若しその要求に応じない時は自己の身体に危害を加えられるかも知れないと畏怖せしめたというのであるから、もとより、権利行使の手段として社会通念上、一般に忍容すべきものと認められる程度を逸脱した手段であることは論なく、従つて、原判決が右の手段によりVをして金六万円を交付せしめた被告人等の行為に対し、被告人ZのVに対する債権額のいかににかかわらず、右金六万円の金額について恐喝罪の成立をみとめたのは正当であつて、所論を採用することはできない。」

### 3 【浦和地判平 4.4.24 (振込入金による現金の交付)】

「金員喝取を企てた犯人が相手方から自らの預金口座に振込入金を得る行為を金員喝取の一態様として認めることを相当とする理由は、通常は、犯人が右入金を得ると同時に、何時でも自由に預金払戻手続によって入金額相当の現金を自らの手にすることができるようになり、したがって、右入金を得ることが、実質的には、相手方から現金の交付を直接受けることと異ならないことにある。」

#### 4【最判昭 24.2.8 (恐喝の手段としての欺罔)】

「原判決の確定した事実は、…被告人は警察官を装うてVに対し「警察の者だがこの綿糸は何処から持ってきたか」と尋ね同人が「火薬廠から持ち出した」と答えると、その氏名年齢職業を問ひ之を紙に書留める風をした上「取調べの必要があるから差出せ」と言ひ、若しこれに応じなければ直ちに警察署へ連行するかも知れないような態度を示して同人を畏怖させ、因つて同人をして即時その場で右綿糸二十梱を交付させたと云うのであつて、右の如く被告人がVに対しその申入れに応じなければ直ちに警察署へ連行するかも知れないような態度を示し、Vがこれにより畏怖の念を生じ、為めに綿糸を交付するに至つたものである以上、恐喝罪をもつて問擬すべきである。被告人の施用した手段の中に虚偽の部分即ち警察官と称した部分があつても、その部分も相手方に畏怖の念を生ぜしめる一材料となり、その畏怖の結果として相手方が財物を交付するに至つた場合は、詐欺罪ではなく恐喝罪となるのである。」

#### 5【最決平 16.3.22 (実行の着手)】(クロロホルム事件)

「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるというものであつて、第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであつたといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかつたと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があつたものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為の前の時点でVが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。」

#### 6【最判昭 46.6.17 (被害者の特殊事情と因果関係)】

「致死の原因たる暴行は、必らずしもそれが死亡の唯一の原因または直接の原因であることを要するものではなく、たまたま被害者の身体に高度の病変があつたため、これとあいまつて死亡の結果を生じた場合であつても、右暴行による致死の罪の成立を妨げないと解すべきことは所論引用の当裁判所判例(昭和二二年(れ)第二二二号同年一月一四日第三小法廷判決、刑集一卷六頁。昭和二四年(れ)第二八三一号同二五年三月三十一日第二小法廷判決、刑集四卷三三〇四六九頁。昭和三一年(あ)第二七七八号同三二年三月一四日第一小法廷決定、刑集一一卷三三〇一七五頁。昭和三五年(あ)第二〇四二二号同三六年一月二一日第三小法廷決定、刑集一五卷一〇号一七三一頁。)の示すところであるから、たとい、原判示のように、被告人の本件暴行が、被害者の重篤な心臓疾患という特殊の事情さえなかつたならば致死の結果を生じなかつたであろうと認められ、しかも、被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らず、また、致死の結果を予見することもできなかつたものとしても、その暴行がその特殊事情とあいまつて致死の結果を生ぜしめたものと認められる以上、その暴行と致死の結果との間に因果関係を認める余地があるといわなければならない。」

#### 7【東京高判平 25.9.4 (犯罪利用口座に係る払戻請求)】

「AR社の預金口座への振込金が詐欺等の被害者によって振り込まれたものであつても、AR社は、銀行に対し、普通預金契約に基づき振込金額相当の普通預金債権を取得することになると解され(最高裁判所平成八年四月二六日第二小法廷判決・民集五〇卷五号一六七七頁参照)、被告人はAR社の代表者であることに鑑み、原判決が、被告人がした本件の各預金引出し行為は、正当な権限に基づかないものであつて欺もう行為に当たり、被告人が現金自動預払機から預金を引き出した行為は窃盗罪に該当するとしている点について、検察官及び弁護人の意見書を踏まえて、職権で判断を加えることにする。

証拠によれば、本件各銀行は、預金債権を有する口座名義人から、その預金債権の行使として自己名義の通帳やキャッシュカードを用いて預金の払戻し請求がされた場合、いかなるときでも直ちに支払に応じているわけではなく、それぞれの普通預金規定において、預金が法令や公序良俗に反する行為に利用され、又はそのおそれがあると認められる場合には、銀行側において、その預金取引を停止し、又はその預金口

座を解約することができるものと定めており…、今回のように預金口座が詐欺等の犯罪行為に利用されていると認めるときは、この規定に基づき、当該預金口座の取引停止又は解約の措置をとることができることとしている。そして、犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律（以下「救済法」という。）においては、「金融機関は、当該金融機関の預金口座等について、捜査機関等から当該預金口座等の不正な利用に関する情報の提供があることその他の事情を勘案して犯罪利用預金口座等である疑いがあると認めるときは、当該預金口座等に係る取引の停止等の措置を適切に講ずるものとする。」とされており（救済法三条一項。なお、その結果凍結された口座等に係る預金等債権は、その消滅手続を経た上で被害者に対する救済の原資に充てられる。）、本件各銀行においても、警察からの上記情報提供によって、当該預金口座が詐欺等の犯罪に利用されているものであることが分かれば、救済法に基づき、当該預金口座を凍結して払戻しには応じないこととしていることが認められる。

このように、銀行が犯罪利用預金口座等である疑いがある預金口座について口座凍結等の措置をとることは、普通預金規定に基づく取扱いであるとともに、救済法の期待するところでもあることから、銀行としても、救済法の趣旨に反するとの非難を受けないためにも、また、振り込め詐欺等の被害者と振込金の受取人（預金口座の名義人）との間の紛争に巻き込まれないためにも、このような口座については当然口座凍結措置をとることになると考えられる。そうすると、詐欺等の犯罪行為に利用されている口座の預金債権は、債権としては存在しても、銀行がその事実を知れば口座凍結措置により払戻しを受けることができなくなる性質のものであり、その範囲で権利の行使に制約があるものということができる。したがって、上記普通預金規定上、預金契約者は、自己の口座が詐欺等の犯罪行為に利用されていることを知った場合には、銀行に口座凍結等の措置を講じる機会を与えるため、その旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があり、そのような事実を秘して預金の払戻しを受ける権限はないと解すべきである。そうすると、前記のとおり、被告人は、本件各犯行の時点では、AR社名義の預金口座が詐欺等の犯罪行為に利用されていることを知っていたと認められるから、原判決の判示するとおり、被告人に本件預金の払戻しを受ける正当な権限はないこととなり、これがあるように装って預金の払戻しを請求することは欺もう行為に当たり、被告人がキャッシュカードを用いて現金自動預払機から現金を引出した行為は、預金の管理者ひいて現金自動預払機の管理者の意思に反するものとして、窃盗罪を構成するというべきである。」

## 8【最決昭 61.7.18（刑法における「他人の物」）】（補足意見）

「物に対する所有権の帰属は、いうまでもなく民事実体法によつて決せられる。建造物損壊罪の構成要件のように、「他人ノ」建造物が行為の客体となつているときは、原則として、その物が民事実体法上、他人の所有に属するものと解されなければならない。…しかしながら、このことは、民事法上他人の所有に属するとする解釈・判断が常に、そのまま刑法の構成要件に含まれる「他人ノ」物の解釈に妥当すること、及び、民事法上他人の所有に属しないと判断されるときは、刑法上も、その物は常に他人の所有に属さないものと解されなければならないということの意味するものではない。けだし、民事法は、その物の所有権が誰に属するかを最終的に決することによつて財産関係の法秩序の安定を図ることを目的とするのに反し、刑法は、その場合、その物に対する現実の所有関係を保護することによつて既に存在している財産関係の法秩序の破壊を防止することを目的とすると考えられるからである。いいかえれば、民事法にあつては、窮極的な所有権の帰属を確定することがその使命とされるが、刑事法にあつては、社会生活上、特定の人の所有に属すると信じて疑われない客観的な状況のもとで或る物に対する現実の所有関係が存在し、かつ、その民事法上の所有権を否定すべき明白な事由がないときは、その現実の所有関係を実力による侵害から保護し、法秩序の破壊を防止することをその使命とするということができる。このことは、同時に、民事裁判と刑事裁判のあり方にも反映することとなる。つまり、民事裁判では、所有権の窮極的な帰属を判断決定することが求められるから、これに関連をもつあらゆる主張、抗弁、立証を許容し審理すべきこととなるが、刑事裁判では、犯罪の構成要件要素とされている物に対する所有権の帰属については、当該犯罪の構成要件の予定する法益の侵害があるかどうかという観点からその現実の所有関係について審理判断すれば足り、窮極的な所有権の帰属を確定する必要はないということができるであろう。

刑法二六〇条の建造物損壊罪の保護法益は、当該建造物に対する所有権にあると解されるが、現に社会一般の観念においてその所有関係の存在について疑いが抱かれず、かつ、民事法上も所有権の存在を否定すべき明白な事由が認められないときは、そのような客観的な所有関係のもとに安定している社会生活上の経済的法秩序を維持することが、民事法上の所有権の保護にも通ずるというべきであり、このような場

合、民事裁判において将来、窮極的にその所有権が否定されるかどうかにかかわらず、建造物損壊罪の成立を認めるべきことは、同罪の保護法益の面からも十分に説明できるのである。」

### 9【最決昭 30.7.7（詐欺利得罪における処分行為①）】

「刑法二四六条二項にいわゆる「財産上不法の利益を得」とは、同法二三六条二項のそれとはその趣を異にし、すべて相手方の意思によつて財産上不法の利益を得る場合をいうものである。従つて、詐欺罪で得た財産上不法の利益が、債務の支払を免れたことであるとするには、相手方たる債権者を欺罔して債務免除の意思表示をなさしめることを要するものであつて、単に逃走して事実上支払をしなかつただけで足りるものではないと解すべきである。」

### 10【最判昭 30.4.8（詐欺利得罪における処分行為②）】

「第一審判決の確定する本件犯罪事実は、被告人はりんごの仲買を業とするものであるが、V に対し、りんご「国光」五百箱を売り渡す契約（上越線沼田駅渡の約）をし、その代金六十二万五千円を受領しながら、履行期限が過ぎても、その履行をしなかつたため、V より再三の督促を受けるや、昭和二三年四月一日その履行の意思のないのに V を五能線鶴泊駅に案内し、同駅で X をしてりんご四百二十二箱の貨車積を為さしめ、これに上越線沼田駅行の車標を挿入せしめ、「恰も林檎五百箱を沼田駅迄発送の手續を完了し着荷を待つのみのおの如く V に示してその旨同人をして誤信させ V が安心して帰宅するやその履行を為さず因て債務の弁済を免れ以て財産上不法の利益を得たものである」というのである。

しかしながら、刑法二四六条二項にいう「[人ヲ欺罔シテ] 財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル」罪が成立するためには、他人を欺罔して錯誤に陥れ、その結果被欺罔者をして何らかの処分行為を為さしめ、それによつて、自己又は第三者が財産上の利益を得たのでなければならない。しかるに、右第一審判決の確定するところは、被告人の欺罔の結果、被害者 V は錯誤に陥り、「安心して帰宅」したというにすぎない。同人の側にいかなる処分行為があつたかは、同判決の明確にしないところであるのみならず、右被欺罔者の行為により、被告人がどんな財産上の利益を得たかについても同判決の事実摘示において、何ら明らかにされてはいないのである。同判決は、「因て債務の弁済を免れ」と判示するけれども、それが実質的に何を意味しているのか、不分明であるというのほかはない。あるいは、同判決は、V が、前記のように誤信した当然の結果として、その際、履行の督促をしなかつたことを、同人の処分行為とみているのかもしれない。しかし、すでに履行遅滞の状態にある債務者が、欺罔手段によつて、一時債権者の督促を免れたからといつて、ただそれだけのことで、刑法二四六条二項にいう財産上の利益を得たものということではできない。その際、債権者がもし欺罔されなかつたとすれば、その督促、要求により、債務の全部または一部の履行、あるいは、これに代りまたはこれを担保すべき何らかの具体的措置が、ぜひとも行われざるをえなかつたであろうといえるような、特段の情況が存在したのに、債権者が、債務者によつて欺罔されたため、右のような何らかの具体的措置を伴う督促、要求を行うことをしなかつたような場合にはじめて、債務者は一時的にせよ右のような結果を免れたものとして、財産上の利益を得たものといふことができるのである。」

### 11【最判昭 34.9.13（処分行為の要否）】

「判例違反及び法令違反を主張するところであり、所論のとおり大審院明治四三年（れ）第八五〇号同年六月一七日判決は、刑法二三六条二項の罪の成立するためには犯人が他人に財産上作為又は不作為の処分を強制することを要し、債務の履行を免れる目的をもつて単に債権者を殺害するがごときは同罪をもつて論ずることを得ないものとしている。しかし、右二三六条二項の罪は一項の罪と同じく処罰すべきものと規定され一項の罪とは不法利得と財物強取とを異にする外、その構成要件に何らの差異がなく、一項の罪におけると同じく相手方の反抗を抑圧すべき暴行、脅迫の手段を用いて財産上不法利得するをもつて足り、必ずしも相手方の意思による処分行為を強制することを要するものではない。犯人が債務の支払を免れる目的をもつて債権者に対しその反抗を抑圧すべき暴行、脅迫を加え、債権者をして支払の請求をしない旨を表示せしめて支払を免れた場合であると、右の手段により債権者をして事実上支払の請求をすることができない状態に陥らしめて支払を免れた場合であるとを問わず、ひとしく右二三六条二項の不法利得罪を構成するものと解すべきである。この意味において前示明治四三年判例は変更されるべきである。」

## 12【神戸地判平成 17.4.26（財産上の利益移転）】

「人を殺害することにより、犯人が被害者の有していた何らかの財産上の利益を取得する結果になることはままあり得ることであって、犯人がそれを意図していたからといって、このような場合全てに2項強盗殺人罪の成立を認めることは、あまりにその成立範囲を拡大するものといわざるを得ない。単なる殺人罪ではなく奪取罪の1つである2項強盗殺人罪が成立するためには、1項強盗罪における財物の強取と同視できる程度に、その殺害行為自体によって、被害者から「財産上の利益」を強取したといえる関係にあることが必要と解される。」

## 13【大判大 11.12.22（殺意と 240 条後段）】

「本罪ハ強盗罪ト殺人罪トノ結合罪又ハ強盗罪ト傷害致死罪トノ結合罪ニ外ナラズト解スヘク凡ソ結合罪ハ之ヲ組成スル各罪種ヲ包括シテ重キ罪ヲ構成スルモノニシテ此ノ結合罪ト各罪種トカ獨立シテ數個ノ罪名ニ觸ルルモノト爲スヘキモノニ非サルハ法律カ特別ノ結合罪ヲ認メタル精神ニ照シテ明白ナルカ故ニ特別結合罪タル強盗殺人罪ニ付テハ止タ刑法第二百四十條後段ノミヲ適用スヘキモノ」

## 14【東京高判平 20.3.19（事後的奪取意思①）】

「強制わいせつの目的による暴行・脅迫が終了した後、新たに財物取得の意思を生じ、前記暴行・脅迫により反抗が抑圧されている状態に乗じて財物を取得した場合において、強盗罪が成立するには、新たな暴行・脅迫と評価できる行為が必要であると解されるが、本件のように被害者が緊縛された状態にあり、実質的には暴行・脅迫が継続していると認められる場合には、新たな暴行・脅迫がなくとも、これに乗じて財物を取得すれば、強盗罪が成立すると解すべきである。すなわち、緊縛状態の継続は、それ自体は、厳密には暴行・脅迫には当たらないとしても、逮捕監禁行為には当たりうるものであって、被告人において、この緊縛状態を解消しない限り、違法な自由侵害状態に乗じた財物の取得は、強盗罪に当たるというべきなのである。」

## 15【札幌高判平 7.6.29（事後的奪取意思②）】

「原判決が説示する、新たな暴行・脅迫が必要である、とする考え方について検討する。

新たな暴行・脅迫が不要であるという所論は、被害者が失神している状態にある場合も含めて主張していると思われるところ、そのような考え方をとることができるかどうかを検討する。

所論によると、反抗不能状態の利用意思があれば強盗罪となり、それがなければ窃盗罪となることになる。反抗不能状態の利用の意思については、暴行・脅迫により反抗不能状態を生じさせた者が、金品を取る犯意を生じて金品を取った場合は、特段の事情の認められない限り、その意思があるというべきであるが、そのような反抗不能状態の利用の意思があるにしても、失神した状態にある被害者に対しては、脅迫をすることは全く無意味というほかになく、同様に、失神した被害者に対して腹いせのために暴行を加えるような特段の事情のある場合は別として、そのような事情のない限り、反抗不能の状態を継続するために新たな暴行を加える必要もないことは明らかである。反抗不能状態を継続させるために、新たな暴行・脅迫の必要があるのは、被害者が失神していない場合か、あるいは失神して意識を取り戻したとき又はその気配を感じたときである。犯意に関していえば、そのような被害者が意識を取り戻した場合又はその気配を感じた場合は別として、被害者が失神している場合は、もともと、脅迫をすることはもちろん、新たな暴行を加えることも考え難いから、犯人の主観としては、窃盗の犯意はあり得ても、暴行・脅迫による強盗の犯意は考え難いというべきである。他方、このような場合は、被害者の反抗もまた何ら論じる余地もないといわなければならない。さらに、被害者が金品を奪取されることを認識していないのであるから、被害者が失神している状態にある間に金品を取る行為は、反抗不能の状態に陥れた後に金品を取る犯意を生じて、被害者に気付かれないように金品を盗み取る窃盗、更にいえば、殺人犯が人を殺した後、犯意を生じ死者から金品を取る窃盗とさほどの差異がないというべきである。（本件と同様な事案と思われる高松高等裁判所昭和三四年二月一日判決参照）。

そうすると、新たな暴行・脅迫が必要かどうかは、被害者が失神状態にある場合と、被害者がそうでない場合とでは、同一には論じられないと考えられる…。

そこで、前項に述べた考え方を前提として、本件を検討すると、新たな暴行・脅迫を論じる余地はなく、本件は窃盗に当たるというべきである。」

## 第2問 [刑事訴訟法]

<分析例>

[設問1] 下線部①の取調べの適法性

<判断枠組み>

1 強制処分該当性 参考判例1・2・3

【第1基準：意思制圧】 → 違法 実質逮捕（令状主義違反）

↓ × ○

2 任意捜査の相当性 参考判例1・4・5

【第2基準：捜査比例の原則】 → 違法（比例原則違反）

↓ ○ ×

適法

※ 任意同行・取調べの適法性判断枠組みについて、平成26年出題趣旨は「任意同行後の宿泊を伴う取調べの適法性について判示した指導的な最高裁判例（最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁。いわゆる高輪グリーン・マンション殺人事件）は、任意捜査の一環としての被疑者取調べに関し、第一に、強制手段を用いることは許されない、第二に、強制手段を用いない場合でも、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法・態様及び限度において許容されるという二段階の適法性の判断枠組みを示している」と述べており、この判断枠組みに従った検討が求められる。まず、**第1基準（強制処分該当性）**について、**参考判例2**は、「取調べは実質的には逮捕状によらない違法な逮捕であった」と判示し、**参考判例3**は「同行は、…その場所・方法・態様・時刻・同行後の状況等からして、逮捕と同一視できる程度の強制力を加えられていたもので、実質的には逮捕行為にあたる」と判示しており、実質逮捕と同視できるほどの「強制手段」（「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為」、**参考判例1**）が用いられたか否かを検討することになる。次に、**第2基準（任意捜査の相当性）**について、**参考判例4及び5**が上記出題趣旨のとおり比例原則の判断基準（考慮要素）を具体化していることから、これらの各考慮要素について検討することになる。なお、この適法性判断において違法と判断する場合、第1基準で令状主義違反と判定するか、それとも第2基準で比例原則違反との認定にとどめるのかは、取調べの結果得られた供述（自白）について**違法収集証拠排除法則**を適用する際の「**違法の重大性**」の判断に影響を及ぼし得る点に注意が必要である（後記〔設問2〕参照）。

<検討>

第1 強制処分該当性

- ・ 司法警察員P及びQは、12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



一ホンを鳴らし、玄関先に出てきた甲に対し、本件住居侵入窃盗の件で H 警察署までの同行を求めた（同行を求めた場所・時刻）。

- ・ 上記同行の求めに対し、甲は「協力します。」と言ってこれに同意したことから、P らは、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（同行の方法・態様）。
- ・ P は、同日午後 9 時 20 分頃から、H 警察署取調室において、黙秘権等を告知した上で甲の取調べを開始した。同取調べは、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 らは、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、取調官のほかには警察官が待機することはなかった（同行後の状況）。

⇒ 「逮捕と同一視できる程度の強制力を加えられていた」と評価できるか？

- ※ 甲の同行（及びその後の警察署への留め置き）が実質逮捕と評価される場合、その違法な身体拘束下において実施された甲の取調べも違法となるが、本問における上記の各事情からすれば、甲の同行が実質逮捕に当たるものと評価することは困難であろう。なお、このように同行から引き続き取調べが実施される場面における「強制手段」には、厳密には、実質逮捕の場合（強制的な身体拘束）以外にも、取調べにおいて拷問・脅迫等が用いられた場合（供述の強制）も含まれる。もっとも、本問においては、甲の取調べにおいて偽計が用いられた点で黙秘権（供述の自由）に対する侵害を問題とする余地はあるものの（後記〔設問 2〕参照）、取調べの際に特に拷問・脅迫等は用いられておらず、供述の強制という側面から強制処分該当性を肯定することもできないであろう。

## 第 2 任意捜査の相当性

### 必要性

- ・ 本件は、12月3日午後8時頃から同日午後9時頃までの間、H市内の一戸建てのV方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た上で、V方1階に保管されていた現金10万円が窃取された住居侵入窃盗事件である。しかも、同年10月から11月にかけてH市内の一戸建ての民家において同様の手口による同種事件が連続して5件発生しており、不安を感じた住民から早期の犯人検挙を求め、要望が多数寄せられていた（事案の性質）。

→ 事件の重大性，早期に犯人を検挙し，同種事犯の発生を未然に防ぐ必要性

- ・ 12月1日夜，H市内に居住する甲が，同市内の一戸建てのX方において，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Wからの通報があったところ，X方窓ガラスに残されていた傷跡が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。また，本件住居侵入窃盗における窓ガラスの割れ跡は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，Pらは，本件住居侵入窃盗と上記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の嫌疑を抱いた（**被疑者に対する容疑の程度**）。

→ 合理的な嫌疑の存在，早期に甲の嫌疑を確認する必要性

#### **相当性**

- ・ 上記のとおり，甲が取調べを拒否して帰宅しようとしたり，休息させてほしいと申し出た形跡はなく，Pらが，取調べを強行し，甲の退去，帰宅を拒絶したり制止した事実も窺われない（**被疑者の態度**）。

他方，

- ・ 甲の取調べは，12月4日午後9時20分頃から翌5日午後9時30分頃まで約24時間の長時間にわたり行われているところ，甲に一睡もさせずに徹夜で行われ，更に甲が一応の自白をした5日午後7時30分以降も継続してなされた（**取調べの態様**）。
- ・ 取調べにおいて，Qは，「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，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いるんだ。」と虚偽の事実を申し向けた（**取調べの方法**）。
- ・ 取調べにおいて，甲は，時間の経過とともに疲労し，5日午後3時過ぎには，言葉数が少ない状態となっていた（**不利益の程度**）。

⇒ 「社会通念上相当と認められる方法・態様及び限度」における取調べと評価できるか？

※ 第2基準の相当性判断において、「保護されるべき公共の利益」（捜査の必要性・緊急性）と比較衡量されるべき「害される個人の法益」（被侵害利益）がこの場面ではどのような内容の利益であるのかが問題となる。一般論として、「取調べに応じるか否かの意思決定の自由」という利益が観念されるが、仮にこの「意思」を制圧して同行や取調べを強行すれば、第1基準の判断において「強制手段」を用いた取調べに該当することは明らかであろう。他方、相手方が取調べに応じている（同意している）のであれば、上記利益に対しては何ら制約が生じていないのではないかと疑問が生じる（「意思決定」とは“二者択一”であって、その侵害の“有無”かしか問題となり得ない（侵害の“程度”は観念し得ない）のだとすると、取調べに応じるという意味決定をしたのであれば、侵害は“ない”ということになるはずである。）。このような問題意識から、従来の比例原則をそのまま適用することには無理があると考え、取調べの場面では比較衡量による判断を放棄する見解がある。この見解は、「社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度」という基準を“行為の社会的相当性”という意味で理解し、捜査機関に対する行為規範として把握する（この見解によれば、本問では、取調べ方法の相当性の観点から、甲の取調べにおいてQが偽計の手段を用いたという点が考慮され得る。）。これに対して、意思決定それ自体ではなく、意思決定後の法益侵害に着目し、たとえ任意に取調べに応じていてもなお侵害される法益があることを認め、その侵害の“程度”を問題とする見解もある。この見解は、「取調べを受ける旨の意思決定をした結果として負うことになる不利益・負担」をもって被侵害利益を観念した上で、行動の自由の制約や精神的、肉体的な疲労・苦痛という観点から不利益の程度を評価し、当該取調べの「方法ないし態様」による不利益の程度と、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度」等による取調べの必要性とを比較衡量するという判断枠組みを維持する（この見解によれば、本問でも、長時間に及ぶ取調べが甲の心身に与えた苦痛、疲労の程度を考慮することになる。）。平成26年出題趣旨においても「第二段階にいう「相当」性については、捜査の必要性和被侵害利益とを比較衡量して判断するとの立場や、捜査機関に対する行為規範としての観点から判断するとの立場等、その判断方法に関する理解が分かれ得るが、いずれの立場に立脚するにせよ、検討の前提として、上記最高裁判例を踏まえつつ、任意同行後の宿泊を伴う取調べについて、その適法性判断の枠組みを明確化しておくことが求められる。」と指摘されている。

## 〔設問2〕

### 第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（小問1）

#### 1 自白法則（319条1項） 参考判例6・7

排除の根拠と基準（「任意にされたものでない疑のある自白」）

任意性説（虚偽排除説ないし同説と人権擁護説との併用説）

根拠：①典型的に虚偽であるおそれが高いこと（実体的真実主義の観点）

②黙秘権（憲法38条1項）を中心とする被告人の人権保障の担保

基準：①虚偽の自白を誘発するような状況の有無

②供述の自由を不当に圧迫するような状況の有無

違法排除説

根拠：自白収集過程における手続の違法性

基準：自白収集手続（取調べ）における違法性の有無

※ 平成27年出題趣旨によれば、「不任意自白の証拠能力が否定される根拠については、見解が分かれており、従来からの伝統的な通説・実務の見解であるいわゆる任意性説（虚偽排除説ないし同説と人権擁護説との併用説）と、いわゆる違法排除説とが説かれている。」と指摘されている。参考判例6は、いわゆる約束自白について、「起訴不起訴の決定権をもつ検察官の、自白をすれば起訴猶予にする旨のことばを信じ、起訴猶予になることを期待してした自白は、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠く」と判示し、参考判例7は、いわゆる偽計による自白について、「偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべき」と判示している。これらの事案では、捜査機関が利益を提示したこと又は偽計を用いたことそれ自体から直ちに取調べが違法であるとまでは必ずしも評価できないと考えられており、違法排除説によって排除を根拠付けることは困難である。他方、各判例は、いずれも供述者の心理状態（取調べが供述者の意思決定に与えた影響）を問題としていることから、虚偽排除説及び人権擁護説の観点から自白の証拠能力を判断するのが基本的な判例の立場であると評価されている。

## 2 違法収集証拠排除法則 参考判例8

### 排除の根拠と基準

根拠：①適正手続の保障（憲法31条）

②司法の廉潔性（無瑕性）

③違法捜査の抑止

基準：(1) 証拠物の押収等の手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があること  
と（違法の重大性）

(2) 証拠として許容することが将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められること（排除の相当性）

※ 参考判例8は、前提として「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられている」と判示しており、違法収集証拠の排除が憲法31条を直接の根拠とするものではなく、あくまで刑事訴訟法の解釈問題であると位置付けてられていることから、判例の排除法則は、少なくとも根拠①（憲法31条違反）に基づくものではないと解されている。その上で、「個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかに」すべきことを規定した刑事訴訟法1条の解釈として、排除法則（上記2つの基準）を導き出しているところ、これらの基準について、(1)「**違法の重大性**」は根拠②（司法の廉潔性・無瑕性保持の要請）に基づくものであり、(2)「**排除の相当性**」は根拠③（違法捜査の抑制の要請）に基づくものであると考えられる。もっとも、判示からすると、両基準は並列的な要件（(1)又は(2)のいずれかに該当すれば排除となる要件）ではなく、重疊的な要件（(1)及び(2)に該当する場合にのみ排除となる要件）であると解される。なお、②ないし③を根拠とする場合、排除すべきか否かは政策的な判断であり、司法に対する国民の信頼の維持や違法捜査の抑制という政策的な目的と犯人の処罰という利益との比較衡量によって決まることになることから、その判断に際しては、**違法性の程度**の他に、**証拠の重要性**や**事件の重大性**等も考慮要素となり得る。

## 供述証拠（自白）の場合

証拠物についての排除法則の根拠は、供述証拠である自白にも同様に妥当する

→自白についても排除法則の適用を否定する理由はない

ただし、供述証拠の特殊性

- ・ 供述証拠は、証拠物と異なり、収集過程（取調べ）に違法がある場合にはその証拠価値（信用性）に影響が生じる  
→軽微な違法が介在するに過ぎない場合でも証拠排除すべきか否か？
- ・ 供述証拠の収集手続（取調べ）には令状主義が妥当しない  
→証拠物についての判例法理（「令状主義の精神を没却する」）を供述証拠に適用するために修正する必要

※ 自白に適用される排除法則の内容（排除の判断基準）について、参考判例9（第一審）は、「取調手続の違法性が著しく、自白収集の手続に憲法や刑事訴訟法の所期する基本原則を没却するような重大な違法があり、右の取調手続の過程で収集した自白を証拠として許容することが将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない」と認められる場合」という基準を提示し、証拠物についての判例法理を供述証拠に適用するために修正した上で「違法の重大性」基準をなお厳格な要件として維持している。これに対して、参考判例10（控訴審）は、文言上は「違法の重大性」基準を維持しているものの、その内容について第一審のような限定を特に付すことなく、単に「手続の違法が重大」であり、これを証拠とすることが違法捜査抑制の見地から相当でない場合」と判示するにとどめている。

### 3 自白法則と排除法則の関係（「適用の在り方」）

#### 違法排除説：違法排除一元説

自白法則の適用 = 自白についての排除法則の適用

→両者は同趣旨の法理（証拠禁止）であり、その適用は重なり合う

※ 違法排除説は、沿革的には、刑事訴訟法に明文規定を欠く違法収集証拠排除法則について、その実質的な根拠条文を319条1項に求めようとする意図から主張されるようになった見解である。しかし、その当時と異なり、現在では、違法収集証拠排除法則が判例法理により確立されていることから、自白収集過程の違法性を問題とする場合は319条1項ではなくこの判例法理を適用すれば良いと考えられる。したがって、現在において違法排除説はその歴史的な役割を終えており、もはや319条1項の根拠をあえて違法排除に求めるべき実質的理由（必要性）は解消されたといえるであろう。そもそも条文上「任意」という文言が用いられていることからしても、319条1項が供述者の心理状態を問題とする規定であることは明らかであって、これを手続の違法排除を宣言した規定であるとする解釈には無理があり、条文解釈としても任意性説が妥当であろう。

## **任意性説**：二元説

自白法則 ≠ 排除法則

→両者は別個の法理であり、任意自白であっても、別途、**証拠排除法則**が適用される

## **両法理の適用順序** **参考判例 9・10**

I 自白法則を優先的に適用する見解

II 適用順序を固定する必要はないとする見解

※ **両法理の適用順序**について、**参考判例 9**（第一審）は、まず先に自白法則を適用して任意性の有無を検討し、次いで「自白自体に任意性が認められたとしても、先行する捜査手続に違法があった場合には、その違法がその後に収集された自白の証拠能力に影響を及ぼし、当該自白が証拠から排除されなければならない場合がある」と述べて排除法則を適用している。これに対し、**参考判例 10**（控訴審）は「自白法則の適用の問題（任意性の判断）もあるが、本件のように手続過程の違法が問題とされる場合には、…先行して、違法収集証拠排除法則の適用の可否を検討し、違法の有無・程度、排除の是非を考える方が、判断基準として明確で妥当である」と述べて排除法則を先行して適用している。この問題については、いずれの法理によっても排除が可能であるのであれば判断順序を固定して考える必要はないという指摘もあり、そのように考える場合、端的に捜査の違法性を捉えた方が判断し易い事案であれば、控訴審のように、任意性を問題とすることなく排除法則を適用して証拠能力を否定すれば良い、という考えることになろう。もっとも、法的な事案処理手順のあり方として、まずは条文の適用の検討が出発点であり、判例法理はあくまで条文を補完するものである、と考えるのが実務家の思考の筋道であり、したがって、自白についても、まずは明文の規定があり、憲法上の原則でもある自白法則が適用され、その結果任意性に疑いがないと判断された場合に補完的に排除法則が適用される、という第一審の処理手順の方がより実務家の発想には馴染むものと思われる。

## <検討>

### **自白法則**

- ・ 上記のとおり、**Q** は、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いるんだ。」と虚偽の事実を申し向けた（以下、「本件偽計」）。
  - ・ それを聞いた甲は、長時間に及ぶ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い込み、自白するに至った。
- 本件偽計は、甲に対し強い心理的強制を与える性質のものであり、その結果、①虚偽の自白が誘発されるおそれがあり、また、②甲の供述の自由を不当に圧迫するものといえる。
- ⇒ 甲の自白は「任意にされたものでない疑のある自白」として証拠能力は認められない。

※ 偽計による自白について、上記のとおり、参考判例7においても、「心理的強制」による虚偽自白誘発のおそれが指摘されている。同判例は、夫婦である共犯者兩名に対していわゆる切り違え尋問が実施された事案であるが、参考判例6と同様に、利益誘導により自白を引き出していた側面があった点が重要である（判旨によれば、共犯者の一方（夫）に対する取調べの過程で取調官が「偽計を用いたうえ、もし被告人が共謀の点を認めれば被告人のみが処罰され妻は処罰を免れることがあるかも知れない旨を暗示した疑いがある」と認定されている。）。すなわち、同判例は、取調べにおいて捜査機関により偽計が用いられたという事実それ自体から直ちに自白の証拠能力を否定しているのではなく、あくまで当該取調べの手法が供述者に与えた心理的影響の程度を考慮して自白の証拠能力を判断しているといえる。上記各判例の事案に対して、本問においては、取調べにおいて、甲に対して何らかの利益の提示（利益誘導）がなされたという事情はない。もっとも、本件偽計を受けた甲は、長時間に及ぶ取調べによって疲弊した結果、自白すれば取調べの苦痛、疲労から解放されると考えて「自白するしかないと思ひ込み」自白するに至ったのであるから（現に、甲は逮捕後に「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」して黙秘に転じている。）、本件偽計は甲に強い心理的強制を与える性質のものであったというべきであり、その影響下で自白がなされた以上は虚偽自白が誘発されるおそれがあったと評価することができるであろう。

**排除法則**（〔設問1〕で甲の取調べを違法と評価した場合）

- ・（第1基準で違法とした場合）甲の同行は実質的な無令状逮捕に当たり、本件取調べは令状主義に違反する違法な身体拘束下において行われた。／（第2基準で違法とした場合）本件取調べは、同行の必要性・緊急性が認められる状況の下で、同行自体については任意に応じていた甲に対し、社会通念上相当と認められる限度を超えて行われた（**違法性の程度**）。

→ 「**違法の重大性**」をどのように評価するか？

※ **違法の重大性**の判断において、捜査機関に**令状主義潜脱の意図**があったか否かという主観的事情が考慮される。すなわち、捜査機関に違法行為を行う意図がある場合、それを徴表する態度は違法の重大性を一層高めるものと評価されることになる。他方、違法の重大性を否定した参考判例8は「令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではなく」と指摘しており、違法の重大性を否定する際にも捜査機関の意図が考慮されている（判例の判断は、例えるならば、“故意犯は排除し、過失犯は救済する”という判断であるように思われる。）。このような判断に対しては、捜査機関の意図（違法行為の認識）は、手続違反の違法性を高める方向でのみ考慮されるべき事情であり、そのような意図がない場合に違法性の程度が低いと評価する方向で考慮すべきではない、との指摘もある。本問では、**Q**は甲の取調べにおいて「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。」と考えて殊更本件偽計を用いたものであり、かかる**Q**の認識は甲の供述の自由への不当な圧迫を意図的に行ったものとして、捜査機関の遵法精神の欠如を徴表する態度であるとも評価し得る。もっとも、取調べの違法を糊塗するために捜査機関がその後も不正行為を繰り返したという事情はなく、また、甲自身も自白した後再び否認に転じており、その後の捜査において不任意自白を起点として手続が積み重なっていったというわけでもないことから、捜査機関の法規無視の態度が顕著であったとまではいえないとの評価も可能であろう。

- ・ 本件は、同一犯人による連続窃盗事件であることが窺われ、被害者多数、被害金額も多額に及ぶ重大事件である（**事件の重大性**）
- ・ 甲の自白以外に、甲方から茶封筒入り 1 万円札 10 枚及びガラスカッター 1 点が証拠物として押収されているものの、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、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（**証拠の重要性**）。

⇒ 「違法は重大であり、違法捜査抑制の見地からしても証拠能力を付与するのは相当ではない」と評価できるか？

※ 両法理の適用順序をどのように考えるかという問題は、自白に適用される**排除法則の内容（排除の判断基準）**に影響する可能性がある。上記のとおり、**参考判例 9**（第一審）の提示する基準は、違法性の程度について（証拠価値が傷付き易い供述証拠であるにもかかわらず）非常に厳格なハードルを設定したものであるが、これは、“自白法則の適用を先行させる”という処理手順が影響しているのではないかと思われる。すなわち、自白法則による任意性判断が先行することを前提とする限り、任意性の認められる自白（言い換えれば、条文上は証拠能力が肯定される自白）について、なお判例法理によりその証拠能力を否定すべき（との結論が正当である）といえる場合とは、やはり極めて重大な違法手続が介在したような特段の事情がある場合に限定されるべきだ、という実質的な考慮が働いているのではないかと考えられる。実際、第一審は、「被告人の**供述に任意性があるにもかかわらず、排除法則の見地から自白の証拠能力が否定されるのが相当と認められるような格別の事情**」という言い回しを用いており、その上で、「被告人に対する右任意取調べの違法の程度は、**憲法や刑事訴訟法の所期する基本原則を没却するような重大な違法であったとまではいえない**」と述べて違法の重大性を否定している。これに対し、**参考判例 10**（控訴審）のように任意性判断を先行させずに排除法則を優先して適用するのであれば、そこで適用される排除法則にはより広範囲のスクリーニング機能を担わせることが可能だ、と考えることができるであろう。実際、控訴審は、上記のとおり、単に「**手続の違法が重大**」という基準を提示しており、その結果、「**取調べは明らかに行き過ぎであって、違法は重大であり、違法捜査抑制の見地からしても証拠能力を付与するのは相当ではない**」として自白の証拠能力が否定されている。（なお、控訴審は、**任意取調べの適法性**についての二段階の判断枠組みのうち、**第 2 基準（任意捜査の相当性）**の判断により取調べを違法と判定した上で自白の証拠能力を排除したものであるが、これは、証拠物の場合、多くの判例では、捜査法領域ではその収集手続について第 1 基準（令状主義違反）ではなく第 2 基準（比例原則違反）で違法と判定した上で、証拠法領域ではその証拠物の証拠能力を救済する傾向があることとの対比において、実に対照的な判断である。）。このように、両判例を比較すると、いずれも文言上は「**違法の重大性**」を判断基準としているものの、その基準の内容（要求される“重大性”の程度）は実質的に異なっていたのではないかと考えられる。そして、両判例がそれぞれ提示した判断基準の違いは、まさしく自白法則による任意性判断を排除法則による違法性判断に先行させたか否か（両法理の適用順序についての考え方の違い）により生じている、と理解することができよう。本問でも、**参考判例 9**（第一審）の基準によるのであれば、甲の取調べについて第 1 基準により違法と評価する場合は格別、第 2 基準により違法と評価するにとどまる限り、「**違法の重大性**」は否定されると考えられる。他方、**参考判例 10**（控訴審）の基準によるのであれば、第 2 基準により違法と評価した場合であっても「**違法の重大性**」を肯定し、その他事件の重大性や証拠の重要性を考慮してもなお「**排除の相当性**」を認める余地があり得るであろう。



### 〔設問 3〕 Wの証人尋問請求の許否

検察官の立証趣旨：「甲が本件住居侵入窃盗の犯人であること」（甲の犯人性）

弁護人の証拠意見：「異議あり。関連性なし。」

⇒ Wの証人尋問（Wの証言）が本件住居侵入窃盗と関連性を有すると認められるか？

※ 証拠調べ請求（298条1項）に対して、裁判所は証拠調べをする決定又はその請求を却下する決定をしなければならない（規則190条1項、**証拠決定**）。証拠採否の基準としては、①**証拠調べ請求の適法性（手続違反の有無）**、②**証拠能力（関連性、証拠禁止）の有無**、③**証拠調べの必要性**が挙げられる。裁判所は、当事者の意見（同条2項、**証拠意見**）を参考にして採否を決定するが、とりわけ②については、起訴状一本主義（256条6項）の要請があるため、裁判所の手元に十分な判断資料がない。そこで、裁判所は採否決定のために必要がある場合は、立証趣旨を明らかにする書面の提出命令（規則189条3項）、証拠書類又は証拠物の提示命令（規則192条）、あるいは、証人尋問等の事実の取調べ（43条3項、規則33条3項）を行うことができる。他方、この証拠決定に対し、当事者は法令違反を理由として異議申立て（309条1項、規則205条1項）を行うことができる。本問でも、検察官の請求するWの証人尋問（Wの証言）に本件住居侵入窃盗との関連性が認められないのであれば、裁判所は検察官の請求を却下しなければならないが、仮に関連性がないにもかかわらず証拠調べ決定をした場合は法令違反として異議事由を構成することになる。

#### (1) 自然的関連性

検察官の立証趣旨からすれば、Wの証人尋問は「甲がX方において本件住居侵入窃盗と類似した手口の犯行に及んだこと」を要証事実（以下、「本件類事実」）とするもの

→ 一般に、被告人の行った類似の犯罪事実の存在は、本件住居侵入窃盗についての被告人の犯人性にとって必要最小限度の証明力を有すると考えられる。

#### (2) 法律的関連性 参考判例 11・12

しかしながら、本件類似事実の存在から、甲に対してこれと「同種の犯罪を行う犯罪性向」があるという**実証的根拠に乏しい人格評価**を加え（「**悪性格の立証**」）、これをもとに本件住居侵入窃盗の犯人が甲であるという**合理性に乏しい推論**をすることは、事実認定を誤らせるおそれがあり、また、その取調べに付随して争点が拡散するおそれもある。

→ 甲の犯人性について、実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められるときに限り、法律的関連性が認められる。

具体的には、本件類似事実が**顕著な特徴**を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と**相当程度類似**することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであって、初めて W の証人尋問を採用できる。

- ※ **同種前科・類似事実による犯人性の立証**について、平成19年出題趣旨は、「前科に関する事実を公訴事実の認定に用いる場合に生じ得る**問題点や弊害**についての基本的な理解を踏まえて…被告人に前科があるという事実から、被告人が犯罪を犯すような**悪性格**をもっていることを立証し、こうした悪性格の立証を介して、被告人が被告事件の犯人であることを推認させようとする推認過程と、**特殊な犯罪方法・態様等の共通性**に着目し、そこから被告人が被告事件の犯人であることを推認させようとする推認過程の違いを明確に意識して論じることが必要である。」と指摘している。本問においても、甲の犯人性について、W の証人尋問が前者の推認過程（悪性格を介した**二重の推認過程**）による立証構造となる場合は、法律的関連性を欠くものとして実施することは許されない（この「**悪性格立証の禁止**」は、“立証の禁止”であり、単に悪性格から犯罪事実を認定することが許されない（証拠能力を欠く）という意味にとどまらず、そもそも犯罪事実の証明のために悪性格を立証すること自体が許されない（証拠調べ請求は却下される）、ということの意味する。）。これに対して、後者の推認過程による場合、すなわち、「**顕著な特徴**」を有し、「**相当程度類似**」する同種前科・類似事実が「それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させる」ような場合であれば、「**実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれ**」という弊害は生じない（**参考判例 11, 12**参照）。このような場合、両事実（同種前科・類似事実と本件事実）の犯人が別人であるということは経験則上想定し難く、同種前科・類事事実それ自体から2つの事実の犯人が同一であると「推認」することは合理的な事実認定であると考えられるため、法律的関連性は肯定される。そこで、本問でも、本件類似事実が「**顕著な特徴**」を有するか否か、それが本件住居侵入窃盗と「相当程度類似」するか否かを検討することになる。

## <検討>

### 本件類似事実

甲が H 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た（W の目撃証言）。

### 本件住居侵入窃盗

犯人が H 市内の一戸建ての V 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を半円形に割った上で施錠が外して侵入し、V 方から現金を窃取した。

↓

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同一のガラスカッターにより

いずれも形成可能であったことからすれば、本件類似事実は本件住居侵入窃盗と犯行の手口・態様において相当程度類似する。

他方で、上記ガラスカッターは、一般に流通し、容易に入手可能なものであってさほど特殊な犯行用具であるとはいえず、上記の手口、態様による住居侵入窃盗が特に際だった特徴を有するものともいえない。

→ 上記の類似点を持つ、甲の犯人性についての推認力は、さほど強いものとは考えられず、本件類似事実は、それ自体で甲が本件住居侵入窃盗の犯人であることを合理的に推認させるようなものであるとは認められない。

⇒ 裁判所は、Wの証人尋問請求について、法律的相关性を欠くものとして却下すべき。

以 上

## <参考判例>

### 1【最決昭 51.3.16（強制処分の意義・任意捜査の限界）】

「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであつて、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」

### 2【富山地決昭 54.7.26（任意同行と実質的逮捕①）】

「以上の事実によると、当初被疑者が自宅前から富山北警察署に同行される際、被疑者に対する物理的な強制が加えられたと認められる資料はない。しかしながら、同行後の警察署における取調は、昼、夕食時など数回の休憩時間を除き同日午前八時ころから翌二四日午前零時ころまでの長時間にわたり断続的に続けられ、しかも夕食時である午後七時ころからの取調は夜間にはいり、被疑者としては、通常は遅くとも夕食時には帰宅したいとの意向をもつと推察されるにもかかわらず、被疑者にその意思を確認したり、自由に退室したり外部に連絡をとったりする機会を与えたと認めるに足りる資料はない。

右のような事実上の看視付きの長時間の深夜にまで及ぶ取調は、仮に被疑者から帰宅ないし退室について明示の申出がなされなかったとしても、任意の取調であるとする他の特段の事情の認められない限り、任意の取調とは認められないものというべきである。従つて、本件においては、少なくとも夕食時である午後七時以降の取調は実質的には逮捕状によらない違法な逮捕であつたというほかはない。」

### 3【東京高判昭 54.8.14（任意同行と実質的逮捕②）】

「ところで、同日午後一〇時半ころ、長野県警察本部から応援に来ていたJ警部補は、前記諸事情からして被告人の容疑は濃厚であるが、緊急逮捕をするには無理がありなお継続して取調べをする必要があると判断したが、右駐在所の駐在員家族の就寝時刻でもあり、被告人の供述の真否確認には駐在所では不便であつて被告人にとつても不利益であるところから、飯山署長及び同署刑事課長らと協議したうえ、被告人が同意するなら飯山署に同行することとし、被告人の意向を確かめた。これに対し被告人としては同行を承諾する意思はなかつたが、半ば自棄的になり勝手にしろといった調子で「どこにでも行つてよい」旨を述べたところ、同警部補は被告人が同行を承諾したものと考え、同日午後一時ころ、一般の乗用車と変らないいわゆる覆面パトカーの後部座席中央に被告人を乗せ、その両側にI部長とJ警部補が被告人を挟むようにして乗り、前部には運転者のほか助手席にD部長が乗り、合計五名の警察官が同乗して同所を出發し、同日午後一時五〇分ころ飯山署に到着した。被告人は右パトカーに自分から乗り込み、また途中では家族の話をしたり警察官から夜食用のパンをもらつて食べたりし、パトカーから降りたいなどとは言わなかつたけれども、それはこれまでの経過からみて被告人としては同行を拒否しても聞いてもらえないと諦めていたものと認められる。

飯山署においてはI部長が取調べにあつたが、被告人は依然として否認を続け、しかも右取調べ中午前零時を過ぎた後、「既に逮捕しているなら遅いから留置場で寝かせてほしい。まだ逮捕していないなら帰らせてもらう」旨を述べて椅子から立ち上がったが、同部長にとめられるということもあつた。しかし、結局被告人否認のまま逮捕状が発付され、午前二時一八分その執行がなされ、翌一六日午後一時検察庁送致の手續がとられ、その後間もなく勾留請求がなされ勾留状が発付されて同日午後四時一八分その執行がなされるに至つたものである。

以上の経過によつて判断すると、被告人を前記駅付近から同駅待合室へ、同所から更にB駐在所へ同行した一連の行為は、その経過・態様に照らし警察官職務執行法二条二項の任意同行に該当し何ら違法の点は認められないが、少なくとも同駐在所から飯山署に向かうべく被告人をいわゆる覆面パトカーに乗せてからの同行は、被告人が始めに「どこにでも行つてよい」旨述べたとはいえ、その場所・方法・態様・時

刻・同行後の状況等からして、逮捕と同一視できる程度の強制力を加えられていたもので、実質的には逮捕行為にあたる違法なものといわざるをえない。」

#### 4【最決昭59.2.29（任意取調べの限界①）（高輪グリーン・マンション事件）

「右のような事実関係のもとにおいて、昭和五二年六月七日に被告人を高輪警察署に任意同行して以降同月一日に至る間の被告人に対する取調べは、刑訴法一九八条に基づき、任意捜査としてなされたものと認められるところ、任意捜査においては、強制手段、すなわち、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」（最高裁昭和五〇年（あ）第一四六号同五一年三月一六日第三小法廷決定・刑集三〇卷二号一八七頁参照）を用いることが許されないことはいうまでもないが、任意捜査の一環としての被疑者に対する取調べは、右のような強制手段によることができないというだけでなく、さらに、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、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、許容されるものと解すべきである。

これを本件についてみるに、まず、被告人に対する当初の任意同行については、捜査の進展状況からみて被告人に対する容疑が強まっており、事案の性質、重大性等にもかんがみると、その段階で直接被告人から事情を聴き弁解を徴する必要性があつたことは明らかであり、任意同行の手段・方法等の点において相当性を欠くところがあつたものとは認め難く、また、右任意同行に引き続くその後の被告人に対する取調べ自体については、その際に暴行、脅迫等被告人の供述の任意性に影響を及ぼすべき事跡があつたものとは認め難い。

しかし、被告人を四夜にわたり捜査官の手配した宿泊施設に宿泊させた上、前後五日間にわたつて被疑者としての取調べを続行した点については、…疑問の余地がある。

すなわち、被告人を右のように宿泊させたことについては、被告人の住居たる野尻荘は高輪警察署からさほど遠くはなく、深夜であつても帰宅できない特段の事情も見当たらない上、第一日目の夜は、捜査官が同宿し被告人の挙動を直接監視し、第二日目以降も、捜査官らが前記ホテルに同宿こそしなかつたもののその周辺に張り込んで被告人の動静を監視しており、高輪警察署との往復には、警察の自動車を使用され、捜査官が同乗して送り迎えがなされているほか、最初の三晩については警察において宿泊費用を支払つており、しかもこの間午前中から深夜に至るまでの長時間、連日にわたつて本件についての追及、取調べが続けられたものであつて、これらの諸事情に徴すると、被告人は、捜査官の意向にそうように、右のような宿泊を伴う連日にわたる長時間の取調べに応じざるを得ない状況に置かれていたものとみられる一面もあり、その期間も長く、任意取調べの方法として必ずしも妥当なものであつたとはいひ難い。

しかしながら、他面、被告人は、右初日の宿泊については前記のような答申書を差出しており、また、記録上、右の間に被告人が取調べや宿泊を拒否し、調べ室あるいは宿泊施設から退去し帰宅することを申し出たり、そのような行動に出た証跡はなく、捜査官らが、取調べを強行し、被告人の退去、帰宅を拒絶したり制止したというような事実も窺われないのであつて、これらの諸事情を総合すると、右取調べにせよ宿泊にせよ、結局、被告人がその意思によりこれを容認し応じていたものと認められるのである。

被告人に対する右のような取調べは、宿泊の点など任意捜査の方法として必ずしも妥当とはいひ難いところがあるものの、被告人が任意に応じていたものと認められるばかりでなく、事案の性質上、速やかに被告人から詳細な事情及び弁解を聴取する必要性があつたものと認められることなどの本件における具体的状況を総合すると、結局、社会通念上やむを得なかつたものというべく、任意捜査として許容される限界を越えた違法なものであつたとまでは断じ難いというべきである。」

#### 5【最決平元.7.4（任意取調べの限界②）

「右の事実関係のもとにおいて、昭和五八年二月一日午後一時過ぎに被告人を平塚警察署に任意同行した後翌二日午後九時二分に逮捕するまでの間になされた被告人に対する取調べは、刑訴法一九八条に基づく任意捜査として行われたものと認められるところ、任意捜査の一環としての被疑者に対する取調べは、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、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、許容されるものである（最高裁昭和五七年（あ）第三〇一号同五九年二月二九日第二小法廷決定・刑集三八卷三号四七九頁参照）。

右の見地から本件任意取調べの適否について勘案するのに、本件任意取調べは、被告人に一睡もさせずに徹夜で行われ、更に被告人が一応の自白をした後もほぼ半日にわたり継続してなされたものであつて、一般的に、このような長時間にわたる被疑者に対する取調べは、たとえ任意捜査としてなされるものであつても、被疑者の心身に多大の苦痛、疲労を与えるものであるから、特段の事情がない限り、容易にこれを是認できるものではなく、ことに本件においては、被告人が被害者を殺害したことを認める自白をした段階で速やかに必要な裏付け捜査をしたうえで逮捕手続をとつて取調べを中断するなど他にとりうる方途もあつたと考えられるのであるから、その適法性を肯認するには慎重を期さなければならない。

…（中略）…

そこで本件任意取調べについて更に検討するのに、次のような特殊な事情のあつたことはこれを認めなければならない。

すなわち、前述のとおり、警察官は、被害者の生前の生活状況等をよく知る参考人として被告人から事情を聴取するため本件取調べを始めたものであり、冒頭被告人から進んで取調べを願う旨の承諾を得ていた。

また、被告人が被害者を殺害した旨の自白を始めたのは、翌朝午前九時半過ぎころであり、その後取調べが長時間に及んだのも、警察官において、逮捕に必要な資料を得る意図のもとに強盗の犯意について自白を強要するため取調べを続け、あるいは逮捕の際の時間制限を免れる意図のもとに任意取調べを装つて取調べを続けた結果ではなく、それまでの捜査により既に逮捕に必要な資料はこれを得ていたものの、殺人と窃盗に及んだ旨の被告人の自白が客観的状況と照応せず、虚偽を含んでいると判断されたため、真相は強盗殺人ではないかとの容疑を抱いて取調べを続けた結果であると認められる。

さらに、本件の任意の取調べを通じて、被告人が取調べを拒否して帰宅しようとしたり、休息させてほしいと申し出た形跡はなく、本件の任意の取調べ及びその後の取調べにおいて、警察官の追及を受けながらなお前記郵便貯金の払戻時期など重要な点につき虚偽の供述や弁解を続けるなどの態度を示しており、所論がいうように当時被告人が風邪や眠気のため意識がもうろうとしていたなどの状態にあつたものとは認め難い。

以上の事情に加え、本件事案の性質、重大性を総合勘案すると、本件取調べは、社会通念上任意捜査として許容される限度を逸脱したものであつたとまでは断ずることができず、その際になされた被告人の自白の任意性に疑いを生じさせるようなものであつたと認められない。

## 6【最判昭 41.7.1（約束自白）】

「被疑者が、起訴不起訴の決定権をもつ検察官の、自白をすれば起訴猶予にする旨のことばを信じ、起訴猶予になることを期待してした自白は、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠くものと解するのが相当である。」

## 7【最大判昭 45.11.25（偽計による自白）】

「思うに、捜査手続といえども、憲法の保障下にある刑事手続の一環である以上、刑訴法一条所定の精神に則り、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ適正に行なわれるべきものであることにかんがみれば、捜査官が被疑者を取り調べるにあたり偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れ自白を獲得するような尋問方法を厳に避けるべきであることはいうまでもないところであるが、もしも偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべきであり、このような自白を証拠に採用することは、刑訴法三一九条一項の規定に違反し、ひいては憲法三八条二項にも違反するものといわなければならない。

これを本件についてみると、原判決が認定した前記事実のほか、P検察官が、被告人の取調べにあたり、「奥さんは自供している。誰がみても奥さんが独断で買わん。参考人の供述もある。こんな事で二人共処罰される事はない。男らしく云うたらどうか。」と説得した事実のあることも記録上うかがわれ、すでに妻が自己の単独犯行であると述べている本件被疑事実につき、同検察官は被告人に対し、前示のような偽計を用いたうえ、もし被告人が共謀の点を認めれば被告人のみが処罰され妻は処罰を免れることがあるかも知れない旨を暗示した疑いがある。要するに、本件においては前記のような偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、虚偽の自白が誘発されるおそれのある疑いが濃厚であり、もしそうであるとするならば、前

記尋問によつて得られた被告人の検察官に対する自白およびその影響下に作成された司法警察員に対する自白調査は、いずれも任意性に疑いがあるものといわなければならない。

## 8【最判昭 53.9.7（違法収集証拠排除法則）】

「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当であるところ、刑訴法は、「刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。」（同法一条）ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要するものと考えられる。ところで、刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいうまでもないところ、証拠物は押収手続が違法であつても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないといふべきである。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法三五条が、憲法三三条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法三一条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法三五条及びこれを受けた刑訴法二一八条一項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないといふ認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。

これを本件についてみると、原判決の認定した前記事実によれば、被告人の承諾なくその上衣左側内ポケットから本件証拠物を取り出した K 巡査の行為は、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性と緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかつた被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであつて、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があつたものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいへないのであり、これを被告人の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立つてみても相当でないとは認めがたいから、本件証拠物の証拠能力はこれを肯定すべきである。」

## 9【千葉地判平 11.9.8（自白法則と排除法則①）】

「自白法則の適用の有無

まず、自白法則の適用の有無について検討する。

関係証拠によると、被告人は、後述の任意捜査並びに逮捕後の被告人に対する弁解録取及び勾留後の取調べの過程において、捜査官に対し、自由な意思に基づいて供述していることが認められる上、右過程において脅迫、暴行等いわゆる供述の任意性に疑いを生じさせるような事情が存在した形跡はうかがわれない。…（中略）被告人の自白の任意性に疑いを生じさせるような事情はうかがわれないから、被告人の自白には任意性があるものと認められる。

違法収集証拠排除の一般原則の適用の有無

次に、自白自体に任意性が認められたとしても、先行する捜査手続に違法があつた場合には、その違法がその後に収集された自白の証拠能力に影響を及ぼし、当該自白が証拠から排除されなければならない場合があると考えるのが相当である。弁護人の指摘するとおり、違法収集の証拠物に関して排除法則を肯定した最高裁判例はあるが、違法収集の自白に関して排除法則を適用した最高裁判例は、いまだない。しかしながら、違法に収集された証拠の証拠能力を否定することによって収集手続の重大な違法を抑制し、基本的人権の保障を全うしようとする排除法則の趣旨にかんがみると、その適用について、証拠物と自白とで異なる扱いをしなければならないいわれはない。…（中略）…

以上の諸事情に徴すると、被告人は、任意同行に渋々応じて以降、客観的にみれば、捜査官らの意向に沿うように、長期間にわたり、右のような宿泊を伴う連日にわたる長時間の取調べに応じざるを得ない状

況に置かれていたものであって、被告人に対する捜査官らの一連の右措置は、全体的に観察すれば、任意取調べの方法と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を超えたものとみるほかはなく、違法な任意捜査であるといわざるを得ない。

ところで、右の取調手続の違法性が著しく、自白収集の手続に憲法や刑事訴訟法の所期する基本原則を没却するような重大な違法があり、右の取調手続の過程で収集した自白を証拠として許容することが将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合には、仮に自白法則の観点からは任意性が認められたとしても、排除法則の適用により、当該自白の証拠能力は否定されるというべきである。そこで、右の取調手続の違法の程度について具体的に検討する。…（中略）…

以上の諸般の事情を総合して考慮すると、被告人に対する右任意取調べの違法の程度は、憲法や刑事訴訟法の所期する基本原則を没却するような重大な違法であったとまではいえない。…、被告人の供述に任意性があるにもかかわらず、排除法則の見地から自白の証拠能力が否定されるのが相当と認められるような格別の事情はうかがわれない。」

#### 10【東京高判平 14.9.4（自白法則と排除法則②）】

「自白を内容とする供述証拠についても、証拠物の場合と同様、違法収集証拠排除法則を採用できない理由はないから、手続の違法が重大であり、これを証拠とすることが違法捜査抑制の見地から相当でない場合には、証拠能力を否定すべきであると考える。

また、本件においては、憲法三十八条二項、刑訴法三一九条一項という自白法則の適用の問題（任意性の判断）もあるが、本件のように手続過程の違法が問題とされる場合には、強制、拷問の有無等の取調方法自体における違法の有無、程度等を個別、具体的に判断（相当な困難を伴う）するのに先行して、違法収集証拠排除法則の適用の可否を検討し、違法の有無・程度、排除の是非を考える方が、判断基準として明確で妥当であると思われる。

本件自白（乙三、四、六）は違法な捜査手続により獲得された証拠であるところ、本件がいかに殺人という重大事件であって被告人から詳細に事情聴取（取調べ）する必要性が高かったにしても、上記指摘の事情からすれば、事実上の身柄拘束にも近い九泊の宿泊を伴った連続一〇日間の取調べは明らかに行き過ぎであって、違法は重大であり、違法捜査抑制の見地からしても証拠能力を付与するのは相当ではない。」

#### 11【最判平 24.9.7（同種前科による犯人性立証）】

「前科も一つの事実であり、前科証拠は、一般的には犯罪事実について、様々な面で証拠としての価値（自然的関連性）を有している。反面、前科、特に同種前科については、被告人の犯罪性向といった実証的根拠の乏しい人格評価につながりやすく、そのために事実認定を誤らせるおそれがあり、また、これを回避し、同種前科の証明力を合理的な推論の範囲に限定するため、当事者が前科の内容に立ち入った攻撃防御を行う必要が生じるなど、その取調べに付随して争点が拡散するおそれもある。したがって、前科証拠は、単に証拠としての価値があるかどうか、言い換えれば自然的関連性があるかどうかのみによって証拠能力の有無が決められるものではなく、前科証拠によって証明しようとする事実について、実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められるときに初めて証拠とすることが許されると解すべきである。本件のように、前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合についていうならば、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであって、初めて証拠として採用できるものというべきである。

前刑放火は、原判決の指摘するとおり、11件全てが窃盗を試みて欲するような金品が得られなかったことに対する鬱憤を解消するためになされたものであること、うち10件は侵入した室内において、残り1件は侵入しようとした居室に向けてなされたものであるが、いずれも灯油を撒布して行われたものであることなどが認められる。本件放火の態様は、室内で石油ストーブの灯油をカーペットに撒布して火を放ったという犯行である。…しかしながら、窃盗の目的で住居に侵入し、期待したほどの財物が窃取できなかったために放火に及ぶということが、放火の動機として特に際だった特徴を有するものとはいえないし、また、侵入した居室内に石油ストーブの灯油を撒いて火を放つという態様もさほど特殊なものとはいえず、これらの類似点を持つ、本件放火の犯行が被告人によるものであると推認させる力は、さほど強いものとは考えられない。…



上記のとおり、被告人は、本件放火に近接した時点で、その現場で窃盗に及び、十分な金品を得るに至らなかったという点において、前刑放火の際と類似した状況にあり、また、放火の態様にも類似性はあるが、本件前科証拠を本件放火の犯人が被告人であることの立証に用いることは、帰するところ、前刑放火の事実から被告人に対して放火を行う犯罪性向があるという人格的評価を加え、これをもとに被告人が本件放火に及んだという合理性に乏しい推論をすることに等しく、このような立証は許されないものというほかはない。」

## 12【最決平 25.9.7（類似事実による犯人性立証）】

「前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いようとする場合は、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明の対象である犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであって、初めて証拠として採用できるところ（最高裁平成23年（あ）第670号同24年9月7日第二小法廷判決・裁判所時報第1563号6頁参照）、このことは、前科以外の被告人の他の犯罪事実の証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いようとする場合にも同様に当てはまると解すべきである。そうすると、前科に係る犯罪事実や被告人の他の犯罪事実を被告人と犯人の同一性の間接事実とすることは、これらの犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明対象の犯罪事実と相当程度類似していない限りは、被告人に対してこれらの犯罪事実と同種の犯罪を行う犯罪性向があるという実証的根拠に乏しい人格評価を加え、これをもとに犯人が被告人であるという合理性に乏しい推論をすることに等しく、許されないというべきである。

これを本件についてみるに、原判決指摘アの色情盗という性癖はさほど特殊なものとはいえないし、同イの、あらかじめ下見をするなどして侵入先の情報を得る、女性用の物の入手を主な目的とする、留守宅に窓ガラスを割るなどして侵入するという手口及び態様も、同様にさほど特殊なものではなく、これらは、単独ではもちろん、総合しても顕著な特徴とはいえないから、犯人が被告人であることの間接事実とすることは許されないというべきである。また、原判決指摘ウの「特異な犯罪傾向」については、原判決のいう「女性用の物を窃取した際に、被告人本人にも十分に説明できないような、女性に対する複雑な感情を抱いて、室内に火を放ったり石油を撒いたりする」という行動傾向は、前科に係る犯罪事実等に照らしても曖昧なものであり、「特異な犯罪傾向」ということは困難である上、そもそも、このような犯罪性向を犯人が被告人であることの間接事実とすることは、被告人に対して実証的根拠の乏しい人格的評価を加え、これをもとに犯人が被告人であるという合理性に乏しい推論をすることにほかならず（前掲最高裁平成24年9月7日判決参照）、許されないというべきである。」





**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。

LU20676