論文式試験問題集［刑事系科目第１問］

［刑事系科目］

〔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５００万円を回収してきてくれないか。あん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ん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。これに憤慨した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。

論文式試験問題集［刑事系科目第２問］

［刑事系科目］

〔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付き，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，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いるんだ。」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い込み，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，甲方の捜索が行われ，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。

第1 設問1

任意処分として行われているので…

みたいな一言が欲しいです。

1 ①の取調べは適法か。

2(1) まず、①の取調べが強制処分にあたり、強制処分法定主義及び令状主義との関係で違法とならないか検討する(刑事訴訟法(以下省略)197条1項但書)。

(2) 強制処分とは、法律上の根拠が必要となるものであることから①相手の意思に反し②その重要な権利利益を制約するものがあたると考える。⇒学説ですね。55判例ベースの知識も確認しといて下さい

(3) ①の取調べは、たしかに24時間に渡って行われており、甲の身体の自由という重要な権利を制約しているといえる(②)。しかし、甲は任意同行を求められた段階で「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、取調べに協力することを明示している。その後取調べ~~がなされ~~を受けている間も、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もしなかった。これらの事実から、①の取調べが甲の意思に反していたとはいえない(②不充足)。

したがって、強制処分にはあたらない。

3(1) もっとも、①の取調べは任意処分として許されるか。任意の取調べの限界が問題となる。

(2) 事案の性質、被疑者に対する嫌疑、被疑者の態度等を総合考慮して、社会通念上相当といえる方法、態様、限度でのみ許されると考える。その理由は捜査比例の原則にある。

(3) 上述の通り、たしかに甲は同行する際に取調べに協力することを明示しており、取調べを拒否することも、仮眠のための中断

第2問

事実の摘示，あてはめは丁寧でいいと思います。
ただ、高輪GNのようなケースでは、被侵害利益に結び付けて検討せよ、
というものが定石です。従って、Bくらいしか点数がつけられません。
詳しくは、解説レジュメを見て下さい。

第2問

B を求めることもなかった。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、三食摂らせて休憩もさせている。そして、取調べ中、取調べ室及びその周辺には、取調べを行っている取調べ官のほかに警官が待機することはなかった。これらの事情から、あくまでも甲の任意のもと、その意思を圧迫することのないように取調べがなされているように思える。そのうえ、甲に対する嫌疑は短期間で連続して5件も行われている空き巣であるため、その逮捕の必要性は高く、甲の現行犯的状況をWが目撃していたのでその嫌疑は高かったといえる。

取調べ官？

もっとも、①の取調べは休憩があったとはいえ、約24時間に渡って行われており、その間甲は一睡もしていない。これは極めて異常で苛酷な態様といえる。そのうえ、そのような取調べにより疲労した甲の状況につけ込んで、Qは虚偽の事実を述べることにより自白を得ようという意思のもと、Qはその意思を行動に移し、甲の自白を誘発させている。これらの苛酷な取調べ及び欺罔的な手段による自白の獲得という事実を考慮すると、これは任意の取調べとして許される限度を超えていると考えられる。

4 したがって、①の取調べは違法である。

第2 設問2

1 (1) 1について まず、自白法則は（319条1項）は、不任意になされた自白は虚偽であるおそれが高く、それを証拠とすると誤判を招くおそれがあること及び、虚偽でないとしても、不任意になされた自白は被疑者の人権を侵害する状況でなされた可能性があることを理由に、不任意

これ、違法収集証拠って何で排除されるのって、について
もっと踏み込んで欲しい問題なんですよ。（横田次郎 講義ではなっていました）
だから、もうちょっと踏み込んで欲しいです。
解説で説明します。

自白の証拠能力を排除しようとするものと解する。

したがって、類型的に虚偽が誘発されやすい情況あるいは人権侵害にあたりうる情況~~でなされた自~~が存在し、その情況と自白との因果関係が認められる場合には、不任意自白にあたり、証拠能力が排除されると考える。

(2) 違法収集証拠排除法則について、その趣旨は適正手続保障、司法の廉潔性及び将来における違法捜査の抑止にあると考える。

そのため、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将来における違法捜査抑止の見地からその証拠を採用することが相当でないと認められる場合には、その証拠の証拠能力は排除されると解する。

(3) 自白法則と違法収集証拠排除法則の関係については、前者の虚偽排除についての趣旨は後者の趣旨と共通しないものの、人権擁護の趣旨については共通する。そのため、両者は一般法と特別法の関係にあるといえ、前者により証拠能力の判断がなされた場合には、あえて後者の法則に基づき判断をする必要はないと考える。→ 実務は違います、後学しておいてください
（このロジックがダメという訳ではないですが）

2 2について

(1) 甲の自白の証拠能力は認められるか。上述の(1)における基準により判断する。

(2) ①の取調べの状況を改めて考えると、これは約24時間に渡って、一睡もすることもなく行われているので、甲の疲労は相当あったと想像できる。実際に甲は否認を続けていたものの時間の

第2問

コレ、明確な誤りです。
こういうの、すごく減点されるので
気をつけて下さい。

経過とともに言葉数は少なくなっていた。そのような中で、例えそれが虚偽の事実であったとしても、犯行が目撃されているという言葉を取調べ官からかけられたら、早く取調べから解放されて楽になりたいと考え、自分が犯人でなかったとしても取調べ官が望むような内容の自白をしてしまうおそれがあるといえる。そのため、虚偽を誘発するような情況があったといえる。

また、約24時間という極めて長時間に渡る取調べは甲の身体の自由を侵害し、甲の心理を圧迫していたといえる。さらに、Qは欺罔的な手段を用いており、これにより甲の供述の自由が侵害されたといえる。そのため、甲の人権を侵害する情況があったといえる。

そして、上述の情況の中で自白がなされているので因果関係も認められる。

したがって、甲の自白は不任意自白にあたり、その証拠能力が排除される。なお、上述の通り、これに加えて違法収集証拠排除法則の観点からの判断をする必要はない。

第3 設問3

1 裁判所は②の請求を認めるべきか。甲の弁護人は関連性がないことを理由にその請求に異議を述べているので、関連性について検討する。

2 証拠に必要な関連性としては、①自然的関連性と②法律的関連性が存在する。①は必要最小限度の証明力を証拠が要証事実との関係で有することを意味する。②は事実

〜という推認過程を経て、犯人性を立証しようとしている」の方がいいです。

→結局、犯人性であることを意識させる文章の方がいいでしょう

認定を誤らせるおそれがないことを意味する。

本件のWの証言の内容は供述調書と同じく、甲がX方窓にガラスにガラスカッターを当てていたという甲の現行犯的状況についての目撃証言だと考えられる。そして、この犯行と本件住居侵入窃盗の犯行とは手口が類似していることから、甲が本件住居侵入窃盗の犯人であることを、検察官は立証趣旨としている。また、それが要証事実になると考えられる。たしかに類似しているので、最小限度の証明力は認められるといえるので、自然的関連性は認められる。

→論旨はそうかもしれないです。私の意見はちょっと違います。

では、法律的関連性は認められるか、検討する。

3 (1) X方における甲の犯行すなわち甲が犯罪にあたる行為を行ったことが証拠なので問題となる。

(2) 被告人による別の犯罪行為を証拠とする場合、被告人の悪性格を介する不正確な二段階の推認が行われてしまうので、これは原則として許されず、法律的関連性が認められない。

ok

もっとも、①別の犯行が顕著な特徴を有し、②それと相当程度類似している行為が問題となっている場合には、悪性格を介さない推認が行われるため、法律的関連性が認められると考える。

(3) たしかに、甲のX方における犯行は市内の一戸建て住宅の階クレセント錠近くのガラスにガラスカッターを当てるものであり、その傷跡が半円であるという点で、本件住居侵入窃盗の犯行と一致しているので、相当程

（第　問）

皮類似しているといえる(②)。

もっとも、1平方内というのは必ずしも限定された狭い範囲とはいえず、空き巣を行う際に一戸建ての住宅の1階窓ガラスを割って鍵を開けるというのは一般的に考えられる態様といえる。そして、犯行に使用されたガラスカッターは一般に流通し、容易に入手可能であった。また、窓ガラスの傷跡が半円形であるというのも特殊特徴的なものとはいえない。これらの事情から、犯行が顕著な特徴を備えているとはいえない(①不充足)。

したがって、X方における甲の犯行を内容とするWの証言に法律的関連性は認められない。

4 よって、裁判所は②の証拠を認めるべきではない。

以上

良く考えられています。

ここの解答はOKです。

解説でやります。

全体としてBくらいの答案だと思います。

及第点だと思いますが、実力からすれば

もう少し詰め込めると思います。

高輪GMと、連続収奪の復習はしたほうがいいです。

あと、事実摘示の仮ソは急をつけて。

＜設問１＞

（高輪 GM 事件）

「任意捜査においては，強制手段，すなわち①『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，②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。」

Q：被侵害利益をどのように考えるか？

（A 説）取調べを受けるか否かについて，他者の干渉を受けることなく自己決定する自由（大澤）

（B 説）社会通念上相当という行為規範を設定したものとする理解（酒巻）

（C 説）取調べを受ける旨の意思決定の結果として被疑者が負うことになる不利益ないし負担をもって被侵害利益とする見解（川出，古江？）

〇検討

本問では，甲は積極的に供述するスタンスを取っているので，A 説だとやや論じにくいか。B 説は，S51 判例の規範と離れていく印象があり，やや書きづらいかもしれない。

説の妥当性については色々な考え方があり得るが，答案を書く上では，C 説が一番書きやすいのではないか。

この場合，連続窃盗事件であり，それなりに事件が重大であること，W の供述によって甲への嫌疑が相当程度高いことが必要性として挙げられる。

他方で，意思決定の結果として生じる不利益として，徹夜かつ２４時間連続した取調べによって心身に著しく負荷が掛かっていることが挙げられ，この二つの比較衡量となる。

甲には食事も取らせているし，適宜休憩も取らせていることからすれば，相当性があるような気もしないでもないが，設問２を考えると違法を導く必要がありそうである。

そうなると，細かく休憩を取っていても，徹夜だと心身に重大な負担がかかることを強調して違法を導くのだろう。

この辺り，B 説の場合は，Q が虚偽の情報を差し向けたことをそのまま使え

そうだが，C 説の場合は直接的には当てはまらないように見える。

＜設問２＞

Q：憲法３８条２項，刑訴法３１９条１項が自白の証拠能力を否定する理由は？

①３１９条１項に規定する自白は虚偽のおそれがあり信用性に乏しいから排除される＆黙秘権を中心とする人権保障を担保するために排除される（虚偽排除＋人権擁護）

⇒その取調べが，供述者の心理にいかなる影響を及ぼしたかが問題となる。（任意性説）

②自白採取手続の適法性を担保するために排除される（違法排除説）

①の場合，違法収集証拠排除法則と，自白法則は別々に使い分けられる（実務）。なぜならば，違法収集証拠排除法則は，適正手続の保障，司法の無瑕性・廉潔性の保持，将来の違法捜査抑止の３点に根拠があるので，違法収集証拠の場合にこれを排除する理由は無いと考える。

⇒自白・違法収集証拠排除法則二元論

②の場合，自白法則は，違法収集証拠排除法則の自白版であると考える（田宮説）。この場合は，違法の重大性と，排除相当性の２つで考えることとなる。

⇒自白・違法収集証拠排除法則一元論

判例は，東京高判平成１４・９・４で，自白法則・違法収集証拠排除法則二元論に立って，「自白を内容とする供述証拠について…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止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。」としている。

古江本では，「二元論によるときは，自白法則も違法収集証拠排除法則も，どちらも適用可能だけど，約束自白や偽計自白など被疑者の心理に影響を及ぼすときは，自白法則（任意性説）によることとし，違法な別件逮捕など心理への影響がないときは，違法収集証拠排除法則によるのが妥当なのではないかな。」，「徹夜や宿泊を伴う任意取調べについては，被疑者の心理に影響を及ぼすとともに，手段が違法でもあるので，自白法則も違法収集証拠排除法則もどちらも適用できるだろう。ただ，最高裁は，接見交通権の侵害後の自白について，なお自白法則（任意性説）によっているようであり（最決平成元・１・２３）…」としている。

〇検討

二元説で検討する場合，上の古江本の見解からすれば，自白法則も違法収集証拠排除法則もどっちも使える。

注意して欲しいのは，上記判例だと，①手続の違法が重大であり，②将来の違法捜査抑止の見地から相当でない場合…となっていて，“令状主義の精神を没却する”云々の話は出てこないので，注意。

この場合，Ｑが虚偽の事情を甲に申し向けたことは自白法則で検討でき，取調べが長時間に及んでいる事情は違法収集証拠排除法則で検討できる（勿論，取調べが長時間に及んでいて，甲の心身にダメージがあったから，Ｑの虚偽の事情の申し向けが，甲の自白を引き出したという関係があるので，自白法則の方でも言及することになる。）

一元説で検討する場合に気を付けるべきは，Ｑの虚偽の事情の申し向けをどう使うかという話である。長時間の取り調べは，実質逮捕として，令状主義の精神を没却する…といえそうだが，虚偽の申し向けに関しては，対応する令状というものが無い。

これは，一元説の立場を採る場合，約束自白などでも問題になるやつで，田宮説では，「国家機関による“正義・礼譲”の遵守義務違反である」と論じることになるが，漠としていて中々論じづらいかもしれない。

＜設問３＞

いわゆる悪性格立証の問題。実務上は，情状で考慮する分には認められるが，犯罪事実の立証のために用いるときは法律的関連性（事案によっては自然的関連性）が無いとされる。

悪性格立証については，法律的関連性で排除されるのが原則だが，①前科や常習性が構成要件の一部となっている場合，②故意，目的，動機，知情など犯罪の主観的要素を証明する場合，③前科の存在やその内容が公訴事実と密接不可分に関連している場合，④特殊な手口による同種前科の存在により犯人と被告人との同一性を証明する場合には，例外的に認められるとされている。本問は明らかに④の事案であろう。

ここまでは大半の受験生が理解しているところだが，本問を解くにはもう一歩踏み込む必要がある。上記の例外というのは形式的に定まっている（例えば，法律で定められている）ものではないので，趣旨に遡って，実質的に検討する

必要がある。

悪性格立証が何故許されないのかといえば，裁判官が類似証拠によって，被告人に対して不当な偏見を持つことの無いよう，政策的にこれを排除する必要があると考えられたからである。
そうなると，④にいう特殊な手口というのは，その方法を用いるのであれば確実に「こいつが犯人だ」といえるような内容である必要があると思われる。そうでなければ，予断排除の趣旨を全うできない。

例えば，被害者が秘孔を突かれて爆発四散して死亡していれば，加害者が北斗神拳の使い手であることが分かるし，北斗神拳は一子相伝だったはずなので，犯人を一人に特定できる（私は詳しくないので，劇中に他にも秘孔を突く拳法はあるのかもしれない。あったらごめん。）。

本件は，クレセント錠の周りをガラスカッターで切るという手法で，侵入盗の手口としては割とよくある手法ではないかと思う。焼き破りとか，テープを貼って割るとか色々あるが，スマートにやろうと思ったらガラスカッターで切って開けるのではないだろうか，誰だってそうする。俺もそうする。
そうなると，個人的には，この手口が犯人性特定に資するほどに特殊だとは思えない。

また，別の問題もある。通常，悪性格で出てくるのは前科である。これは，少なくとも一回は，裁判官によって事実認定がされているので，裁判上は事実として扱っていい部類の話である。
他方，本件は，「Wが見た。」という話で，これ自体，Wが見た人物が甲なのかという形で吟味しなければならない内容である。

そうなると，Wが見たのが本当に甲であるかがまず確定できないという問題（自然的関連性か？）と，甲の手口って犯人性を証明できるほどに特殊ですか？という問題（こちらは法律的関連性であろう。）がそれぞれあるので，そんなに遠い証拠で犯人性を認定しますか？という疑問が生じる。少なくとも，悪性格立証の例外とすべきレベルの証拠とは思えない。
そういった次第で，全く無関係だから自然的関連性が無いか，悪性格立証だから法律的関連性が無いか，いずれかの立場で証拠請求却下とするのが良いと思うが，別解も十分あり得るであろう。この問題は，中々難しいのではないか。

（担当：弁護士井口賢人）