

論文式試験問題集  
[刑事訴訟法]

## [刑事訴訟法]

次の【事例】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

### 【事例】

令和5年1月12日、A県B市内において、何者かによってV方が放火される事件が発生した。

これを受け、A県警がV方の実況見分を行ったところ、放火に際しては、金属加工用の炭酸ガスレーザーを整髪料に照射して発火させる、という手口が用いられていることが判明した。

その後、捜査の過程で、令和4年12月31日、B市に隣接するA県C市内の町工場において、金属加工用の炭酸ガスレーザーの窃盗被害が発生し、その犯人が当該町工場に勤める甲であることが判明した。そして、甲には、金属加工用の炭酸ガスレーザーを整髪料に照射して発火させる、という本件と同様の手口を用い、住宅を放火した、事件により、懲役6年の有罪判決を受けた前科があったことから（以下「本件前科」という。）、A県警の警察官Kは、甲に対し、任意での事情聴取を実施することとした。なお、上記窃盗事件については、町工場である社長が、金属加工用の炭酸ガスレーザーが返却されたことを受け、被害届を提出しなかったことから、刑事事件化はされなかった。

事情聴取において、警察官Kが、甲に対し、「V宅に火の手が上がる直前に、お前がV宅から出て行くのを目撃した者がいる。」と虚偽の事実を告げたところ、甲は、「私が乙という友人と一緒にV宅を放火しました。」と供述をした。そこで、警察官Kは、令和5年3月5日、令状を取得の上、現住建造物等放火の共同正犯の嫌疑により、甲及び乙を通常逮捕した。その後、甲及び乙は、同月7日から勾留され、同月16日に捜査担当の検察官Pによって起訴された。

公判前整理手続においては、甲、乙及びその弁護人らは、それぞれ、「V方に侵入したことはおろか、放火したこともない。」旨を主張した。そこで、公判担当の検察官Qは、①「私が乙という友人と一緒にV宅を放火しました。」旨が記載された甲の供述調書及び②本件前科の内容が記載された判決謄本の証拠調べを請求した。

### 【設問1】

- (1) ①の供述調書を甲が本件の犯人であることを立証するために用いることが許されるかについて、論じなさい。
- (2) ①の供述調書を乙が本件の犯人であることを立証するために用いることが許されるかについて、論じなさい。なお、甲の被告人質問が行われる前に、甲は病死したものとする。

### 【設問2】

②の判決謄本を甲が本件の犯人であることを立証するために用いることが許されるかについて、論じなさい。

2023年3月26日

担当：弁護士 柳原佑多

参考答案  
[刑事訴訟法]

## 第1 設問1(1)について

1 ①の供述調書を甲が本件の犯人であることを立証するために用いるためには、証拠能力が認められる必要がある。もっとも、その内容が「私が乙という友人と一緒にV宅を放火しました。」というものであり、「自白」に当たることから、「任意にされたものでない疑のある」場合は、証拠能力を認めることができない(刑事訴訟法(以下略する。)319条1項)。

そこで、①の供述調書が「任意にされたものでない疑のある自白」を内容としたものであるかが問題となる。

2 同項が「任意にされたものでない疑のある自白」の証拠能力を否定する趣旨は、何らかの心理的強制を受けて不任意になされた自白は、類型的・外形的に内容が虚偽である可能性が高いため、これを事実認定に用いると、裁判所が事実認定を誤るおそれがあることから、そのような事態を防止する点にある(虚偽排除説)。

かかる趣旨に鑑みれば、「任意にされたものでない疑のある自白」とは、供述者に心理的圧迫を与え、内容虚偽の自白を誘発する危険性が類型的・外形的に高いと認められる状況下においてなされた自白をいうと解すべきである。

3 本件では、警察官Kは、甲に対し、「V宅に火の手が上がる直前に、お前がV宅から出て行くのを目撃した者がいる。」と虚偽の事実を告げている。これは、目撃者の存在を告げるものであるが、目撃者が存在したという事実は、その証言が犯行の決定的証拠となり得ることから、仮に本当は無実であったとしても、無実を主張することを諦め、内容虚偽の自白をしてしまう程に強度の心理的圧迫を与えるものといえる。こうした虚偽の事実を告げられた状況下においては、内容虚偽の自白を誘発する危険性は類型的・外形的に高い。

したがって、①の供述調書は、供述者に心理的圧迫を与え、内容虚偽の自白を誘発する危険性が類型的・外形的に高いと認められる状況下においてなされた自白、すなわち、「任意にされたものでない疑のある自白」に当たり、その証拠能力は否定される。

4 以上より、①の供述調書を甲が本件の犯人であることを立証するために用いることはできない。

## 第2 設問1(2)について

### 1 伝聞法則

(1) ①の供述調書を乙が本件の犯人であることを立証するために用いるためには、証拠能力が認められる必要がある。もっとも、①の供述調書は、甲の供述を内容とした書面であることから、「公判期日における供述に代」わる「書面」、すなわち、伝聞証拠に当たるものとして、320条1項(伝聞法則)により、証拠能力が否定されないかが問題となる。

(2) 同項は、供述証拠は知覚、記憶、表現、叙述の供述過程を経て顕出されるものであるが、その過程において誤りが類型的に混入しやすいことから、その誤りを反対尋問等によって是正することができない伝聞証拠を原則として排除するものである。

そこで、同項により証拠能力が否定される伝聞証拠とは、公判廷外供述を内容とするもので、要証事実との関係でその供述内容の真実性が問題になるものをいうと解する。

(3) 本件では、①の供述調書は、乙が本件の犯人であることを立証するために用いられようとしているのだから、本件の犯人が乙であるか否か(乙の犯人性)が要証事実となる。

<p>かかる要証事実との関係では、本当に甲が乙と共にV宅を放火したのかが問題となる。</p> <p>したがって、①の供述調書は、要証事実との関係で甲の供述内容の真実性が問題となり、伝聞証拠に当たるため、320条1項により、証拠能力が否定されるのが原則である。</p> <p>2 伝聞例外</p> <p>(1) ここで、伝聞証拠に該当するとしても、321条以下の伝聞例外の要件を充足する場合には、例外的に証拠能力が認められることとなる。</p> <p>そこで、①の供述調書が321条以下の伝聞例外の要件を充足し、例外的に証拠能力が認められないかが問題となる。</p> <p>(2) この点、甲は、乙の共犯者とされてはいるものの、乙にとって第三者であることに変わりはなく、反対尋問権の保障への配慮を図る必要があることから、322条ではなく、321条によって判断されるべきである。</p> <p>その上で、①の供述調書は、警察官Kの面前での甲の供述が録取された書面であるから、「前二号に掲げる書面以外の書面」に当たり、同条1項3号の要件を充足するかが検討されることとなる。</p> <p>(3) 本件では、甲の被告人質問が行われる前に、甲は病死しているため、「供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができ」ないといえる（供述不能）。</p> <p>また、公判前整理手続において、乙及びその弁護人は、「V方に侵入したことはおろか、放火したこともない。」旨を主張し、自身の犯行を否定しており、他に乙が犯人であることを示す有力な証拠も存在しないため、「その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」といえる（証拠としての不可</p>	<p>欠性）。</p> <p>もっとも、警察官Kが甲に対して「V宅に火の手が上がる直前に、お前がV宅から出て行くのを目撃した者がいる。」と虚偽の事実を告げたことを受け、①の供述調書中の甲の供述がなされている。このような警察官Kによる虚偽の事実の告知という外部的な事情の存在に鑑みると、「その供述が特に信用すべき状況の下にされたものである」とはいえない（絶対的特信情況）。</p> <p>したがって、①の供述調書は、321条1項3号の要件を充足せず、原則どおり、320条1項により、証拠能力が否定される。</p> <p>3 以上より、①の供述調書を乙が本件の犯人であることを立証するために用いることはできない。</p> <p><b>第3 設問2について</b></p> <p>1 ②の判決謄本を甲が本件の犯人であることを立証するために用いるためには、証拠能力が認められる必要がある。もっとも、②の判決謄本は、現住建造物等放火という本件と同種の前科を内容とするものであり、いわゆる前科証拠に当たるため、法律的関連性を欠くものとして、証拠能力が否定されないかが問題となる。</p> <p>2 この点、同種前科による立証は、被告人が以前に同種の犯罪行為を行ったことをもって、その犯罪性を推認することは、実証的根拠の乏しい人格評価に繋がりやすく、裁判所に不当な偏見を与えるため、その事実認定を誤らせるおそれがある。また、訴訟当事者が同種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を拡散させるおそれもある。そのため、前科証拠は、法律的関連性を欠くものとして、証拠能力が否定されるのが原則である。</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

もつとも、前科証拠であっても、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、その特徴が公訴事実と相当程度類似する場合には、公訴に係る犯罪事実が別人によって偶然にも行われたとは考え難く、同一人物によってなされたものとするのが経験則上自然であり、被告人の犯罪性向という実証的根拠の乏しい人格評価を介することがないため、例外的に、法律的関連性を有するものとして、証拠能力が肯定される。

3 本件では、甲には、金属加工用の炭酸ガスレーザーを整髪料に照射して発火させる、という手口を用い、住宅を放火した、事件により、懲役6年の有罪判決を受けた前科がある。

金属加工用の炭酸ガスレーザーは、通常、町工場等にしか備え付けられておらず、これをわざわざ整髪料に照射して発火させる、という手口は、他に例を見ない。そのため、このような手口が用いられた、前科に係る犯罪事実は、顕著な特徴を有しているといえる。その上で、本件でも、同様の手口が用いられているのであって、前科に係る犯罪事実の特徴は、公訴事実と相当程度類似するといえる。

したがって、②の判決謄本は、前科証拠ではあるものの、法律的関連性を有するものとして、証拠能力が肯定される。

4 以上より、②の判決謄本を甲が本件の犯人であることを立証するために用いることはできる。

以 上

2023年3月26日

担当：弁護士 柳原佑多

# 予備試験答案練習会(刑事訴訟法)採点基準表

受講者番号

採点項目	小計	配点	得点
設問1(1)	(14)		
刑事訴訟法319条1項の指摘		2	
「任意にされたものでない疑のある自白」の解釈		6	
当てはめ		6	
設問1(2)	(19)		
刑事訴訟法320条1項の指摘		2	
伝聞証拠の意義		4	
要証事実を踏まえた上での伝聞証拠に当たるかの検討		4	
刑事訴訟法321条(又は同法322条)によるべきことの指摘		3	
当てはめ		6	
設問2	(12)		
前科証拠に関する原則論の指摘		3	
前科証拠も例外的に証拠能力が認められることの指摘		3	
当てはめ		6	
裁量点	(5)	5	
合計	(50)	50	

# 刑事訴訟法 解説レジュメ

## 【論点】

- ①自白法則（刑事訴訟法 319 条 1 項）
- ②伝聞法則（刑事訴訟法 320 条 1 項）
- ③伝聞例外（刑事訴訟法 321 条 以下）
- ④前科証拠（悪性格立証）

## 【解説】

### 1 設問 1(1) (①自白法則) について

#### (1) 憲法と刑事訴訟法

憲法 38 条 2 項において、「強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない。」旨が規定されていることを受け、刑事訴訟法 319 条 1 項は、「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない。」旨を規定している（自白法則）。

憲法 38 条 2 には、「任意にされたものでない疑のある自白」が文言上含まれてないが、憲法 38 条 2 項と刑事訴訟法 319 条 1 項の間には実質的な差異はなく、「任意にされたものでない疑のある自白」が証拠として用いられれば、刑事訴訟法 319 条 1 項のみならず、憲法 38 条 2 項にも違反することとなる。

#### (2) 自白法則に関する諸説

自白法則の根拠（自白が証拠能力を否定される根拠）については、学説が激しく対立しており、①虚偽排除説、②人権擁護説、③折衷説、④違法排除説が存在する。

まず、①虚偽排除説は、任意にされたものでない疑のある自白等は虚偽を含む可能性が高いことを理由として、自白の証拠能力を否定するものである。この説によれば、自白法則は、虚偽の可能性の高い自白を排除して、裁判官が事実認定を誤るのを防止する趣旨の規制ということになる。

次に、②人権擁護説は、任意にされたものでない疑のある自白等は、黙秘権を侵害して得られるものであるから、黙秘権の保障を担保するために、任意にされたものでない疑のある自白等の証拠能力を否定すべきとする見解である。

そして、③折衷説は、①虚偽排除説と②人権擁護説の双方の観点を考慮する見解である。



最後に、④違法排除説は、自白の証拠能力が否定されることは、違法な手続きによって獲得された自白の排除を意味すると唱える見解である。この説は、自白の任意性ではなく、自白を獲得した手段の違法性に着目すべきだとし、刑事訴訟法319条1項において、強制、拷問若しくは脅迫や、不当に長い抑留又は拘禁等の自白獲得の手段が列挙されていることとも、合致すると説く。この説に対しては、自白の排除に帰結する違法性の基準が明らかでない、違法性の排除については、違法収集証拠排除法則の問題として捉えれば足りる、といった批判がある。

いずれの見解を取るかにより、「任意にされたものでない疑のある自白」の意義が異なってくるので、自説から一貫性のある論述をすることが求められる。

## 2 設問1(2) (②伝聞法則及び③伝聞例外) について

### (1) ②伝聞法則

ア まず、証拠能力が規制される場合としては、3つの場合に分けられる。

具体的には、①自然的関連性を欠くとして証拠能力が否定される場合、②法律的関連性を欠くとして証拠能力が否定される場合、③証拠禁止に該当するとして証拠能力が否定される場合が挙げられる。

まず、①自然的関連性を欠くとして証拠能力が否定される場合とは、当該証拠が最低限度の証明力もない場合であり、例えば、何らの科学的な根拠もないエセ科学に依拠した証拠、噂の範疇に属したり、単なる意見や想像にすぎない供述証拠、単純に全く事件とは関係性がない証拠等がこれに当たる。

次に、②法律的関連性を欠くとして証拠能力が否定される場合とは、当該証拠を用いると事実認定に誤りを生じさせて誤判を招く危険性が高い場合であり、具体的には、当該証拠の性質上誤りが混入しやすいことが典型的に認められる場合や事実認定をする裁判官に予断や偏見を与えるおそれがある場合等が挙げられる。

最後に、③証拠禁止に該当するとして証拠能力が否定される場合としては、具体的には、違法収集証拠排除法則により証拠能力が否定される場合等が挙げられる。

イ 刑事訴訟法320条1項は「公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない。」と規定する。同項は、条文に記載されているとおり、供述証拠の証拠能力を規制したものであり、一般に伝聞法則を採用したものである。

ここで、人がある事象を供述するに際しては、その事象を見て(知覚)、

頭に留め（記憶）、その認識を言葉にして表す（表現・叙述）という過程を辿ることとなる。そして、この供述過程の知覚・記憶・表現・叙述の各々において、誤りが混入するおそれがある。公判廷における供述であれば、その誤りを証人による宣誓と偽証罪による威嚇や反対尋問、裁判官による供述者の供述態度の観察といった信用性テストによって是正することができるが、供述証拠においては、こうした信用性テストをすることができないことから、刑事訴訟法320条1項は、伝聞法則を採用し、供述証拠の証拠能力を規制している。

もともと、非伝聞の場合、すなわち、要証事実との関係でその供述内容の真実性が問題にならない場合には、上記の信用性テストはそもそも必要がないことから、刑事訴訟法320条1項の規制の趣旨が妥当せず、同項は適用されず、供述証拠の証拠能力が認められることとなる。

## (2) ③伝聞例外

刑事訴訟法320条1項は「第321条乃至第328条に規定する場合を除いては」とも規定しており、刑事訴訟法321条以下において、伝聞証拠であっても例外的に証拠能力が認められる場合が規定されている（伝聞例外）。

刑事訴訟法321条以下における伝聞例外が採用されている理由としては、あえて一般的に述べれば、次のとおりである。

刑事訴訟法320条1項の伝聞法則を厳格に貫くと、有用な情報を有する証人が病気等のやむを得ない事由により公判廷に出廷することができないにもかかわらず、その証言を得ることができず、真実を発見することができないといった好ましくない事態を招来しかねない。他方で、真実を発見するためという必要性があるだけで、あらゆる伝聞証拠に証拠能力を認めたのでは、同項の趣旨が没却されることになり、妥当でない。そこで、刑事訴訟法は、上記の必要性（供述不能、不可欠性）に加え、上記の信用性テストを経ないでも良いとするだけの特別な信用性の担保（特信情況）があると認められる場合に限り、伝聞証拠について例外的に証拠能力を認めたこととしたものである。

## 3 設問2（④前科証拠（悪性格立証））について

被告人が本件の犯人であることを立証するために前科証拠を用いることは、いわゆる悪性格の立証（犯人性の立証のために、被告人の「性格」、すなわち、一般的な性向や行動傾向を立証すること。）といわれ、原則として禁止されている。つまり、悪性格の立証は、実証的根拠の乏しい人格評価に繋がりやすく、裁判所に不当な偏見を与えるため、その事実認定を誤らせるおそれがあるため、犯人性の立証のために前科証拠を用いると、法律的関連性を欠くものとし

て、その証拠能力が否定されるのが原則となる。

もともと、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが公訴事実と相当程度類似する場合には、公訴事実が別人によって偶然にも行われたとは考え難く、同一人物によってなされたものとするのが経験則上自然であり、被告人の犯罪性向という実証的根拠の乏しい人格評価を介することがないため、例外的に、法律的関連性を有するものとして、その証拠能力が肯定される。

以上と同旨の判例として、最高裁平成24年9月7日判決が存在する。

#### 《参考判例》

(最高裁平成24年9月7日判決)

3 しかしながら、原判決の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 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。原判決は、これらの事実に加え、被告人が本件放火の最大でも5時間20分という時間内に上記の放火現場に侵

入し、500円硬貨2枚とカップ麺1個を窃取したことを認めていることからすれば、上記の各前科と同様の状況に置かれた被告人が、同様の動機のもとに放火の意思を生じ、上記のとおり的手段、方法で犯行に及んだものと推認することができるので、関連性を認めるに十分であるという。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つ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。

原判決は、上記のとおり、窃盗から放火の犯行に至る契機の点及び放火の態様の点について、前刑放火における行動傾向が固着化していると判示している。固着化しているという認定がいかなる事態を指しているのか必ずしも明らかではないが、単に前刑放火と本件放火との間に強い類似性があるというにとどまらず、他に選択の余地がないほどに強固に習慣化していること、あるいは被告人の性格の中に根付いていることを指したのではないかと解され、その結果前刑放火と本件放火がともに被告人によるものと推認できると述べるもののようである。しかし、単に反復累行しているという事実をもってそのように認定することができないことは明らかであり、以下に述べる事実にも照らしても、被告人がこのような強固な犯罪傾向を有していると認めることはできず、実証的根拠の乏しい人格評価による認定というほかない。

すなわち、前刑放火は、間に服役期間を挟み、いずれも本件放火の17年前の犯行であって、被告人がその間前刑当時と同様の犯罪傾向を有していたと推認することには疑問があるといわなければならない。加えて、被告人は、本件放火の前後の約1か月間に合計31件の窃盗（未遂を含む。以下同じ。）に及んだ旨上申している。上申の内容はいずれも具体的であるが、これらの窃盗については、公訴も提起されていない上、その中には被告人が十分な金品を得ていないとみられるものが多数あるにもかかわらず、これらの窃盗と接着した時間、場所で放火があったという事実はうかがわれず、本件についてのみ被告人の放火の犯罪傾向が発現したと解することは困難である。

(2) 上記のとおり、被告人は、本件放火に近接した時点に、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。

したがって、本件放火の犯罪事実を立証するための本件前科証拠の取調べ請求を全て却下した第1審裁判所の措置は正当であり、これについて判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反に当たるとした原判断には刑訴法379条の解釈適用を誤った違法がある。この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかであり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。

弁護士柳原佑多（新銀座法律事務所）

# 最優秀答案

# 表

試験科目	試験地
刑事訴訟法	明治大学

回答者：M.F.

35点

## 刑事訴訟法 1 頁

第1. 設問1 (1-2問)

1. ①の供述調書に甲が事件の犯人であることと立証するに用いられる。①の供述調書が立証能力を有するに必要 (資格は証明。317条)。

「甲が乙という犯人と一審にV電を放火した」と供述す。甲が事件の犯人であることと認めらるるに、<sup>自らの</sup>犯罪事実の重要部分に於ては被害人の供述であり自由に

言わす。事件に於て「強制…」等、「不生に在」「印刷等」(319条1項)。

これ、<sup>OK!</sup> 且甲は虚偽の事実を告げ、<sup>OK!</sup> 且乙は甲は自由を主張するに至る。

「任意に述べた」としては「任意」のあり自由」として証言するに用いられること

は認められ、その判断基準が問題となる。

(1) 319条1項の<sup>根拠</sup> 証言は、任意に述べた自由は典型的に虚偽であること(自由)前<sup>根拠</sup>に誤りのおそれがあること及び黙秘権を甲に有する人権侵害を防止する点にあると解す。

とす。「任意に述べた」としては「任意」のあり自由」といふことは、虚偽自由を肯定する状況の有無、黙秘権を甲に有する人権に不生に圧迫する状況の有無を判断するに解す。

(2) 且甲は「V電に40分が上かす直前にお前がV電の発信者である」と供述す。虚偽の事実を告げらるる。確かに、~~これは事実として甲が事件の犯人である~~

と強に推定され、~~これは事実として甲が事件の犯人である~~ 二のFに偽り[と用いられること、犯人

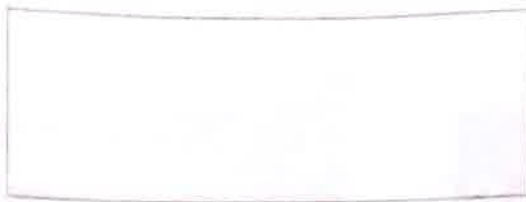
の者が無事の立場に於て虚偽の自由を主張し、<sup>OK!</sup> 虚偽自由を主張するに於て

は認められ、<sup>OK!</sup> 且甲は自由を主張するに至る。

とす。且甲は自由を主張するに至る。Good!

とす。且甲は自由を主張するに至る。Good!

とす。且甲は自由を主張するに至る。Good!



(3) 乙は甲の「任意に証言し得る疑のあり自由」に準じ、  
 ①の供述調書に  
 証拠能力が認められる。

2. 乙は、①の供述調書と甲が事件の事実であることを立証するために用いた  
 こととが認められる。

第2. 321条(1)の甲(1)

1. ①の供述調書と乙が事件の事実であることを立証するために用いたこと、証拠  
 能力を有していることと要する。前述の通り①の供述調書は「任意  
 に証言し得る疑のあり自由」があり証拠能力が認められると見なさ  
 ること。①の供述調書は<sup>甲の供述(公判)以外供述あり</sup>任意調書(320条(1)に準じ、<sup>乙は</sup>任意以外  
 (321条以下)の証拠能力が認められる。

OK

(1) 供述調書は<sup>内容</sup>任意調書に属し、<sup>内容</sup>任意調書に属するが、<sup>内容</sup>任意調書の  
 (刑訴199条の2第1項2号、憲法37条2項)等に<sup>内容</sup>任意調書の要件を要する。  
 公判以外供述はこれと異なる。よって任意調書に属する要証事実の供述は  
 供述内容の真実性が問題となるものといえる。

要証事実は<sup>甲</sup>甲の犯人性である。甲が<sup>乙</sup>乙に供述した旨の自由は、~~甲~~  
~~甲~~が供述が真実であると認め、乙が<sup>甲</sup>甲の供述人であることを推定する  
 ため、その内容の真実性が問題となる。

よって、①の供述調書は任意調書に準じ、原則証拠能力がある  
 といえる。

(2) 甲は乙の共犯者であるが、任意調書以外は何条が適用されるか。  
 了の点、共犯者であるが本人以外異は<sup>321条</sup>321条(1)の「被害者以外の者」  
 とし321条各号が適用されると解する。



# 裏

**注意事項**

1 答案用紙の種類  
本答案用紙は、新書版の答案用紙です。  
形式の書き本用紙に印刷して提出した場合には、試験時間内に申請があった場合を除き、廃止となります。注意してください。  
なお、試験時間中に答案用紙の取換えに要した場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取換えの申請は一定期しません)。

2 答案用紙の取扱い  
答案用紙の取扱い、追加配布はしませんので、誤したり損じたりしないでください。

3 答案用紙上の注意

1 答案は横書きとし、解答欄の枠内に書き込んでください。  
2 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆で記入してください。  
3 答案を訂正するときは、訂正部分に横線を引いてください。  
4 答案用紙の裏面も書き込んで答案を作成した場合、訂正したことを証明することはできません。  
5 答案用紙の裏面の欄には何も記入しないでください。  
その他  
解答欄に受験者の氏名又は特定人の名前を記入しないでください。

## 刑事訴訟法 3 頁

45 ①の供述調書は、「被告人以外の者」甲の「供述を全部取調べた書面」であり、第31

46 条1項1号、2号に「検事の書面以外の書面」(321条1項3号)がある。

47 甲は既に「供述」しており、「12月7期日において供述を調べたこと」(45)。

48 ①の供述調書は、~~乙~~ 甲乙及びその弁護人らが「<sup>OK!</sup> 犯行を否認している本件において、

49 乙の犯人性を推認し得る重要な証拠があり「供述が犯罪事実の存否の証明

50 となるに十分な証拠」といえる。

51 *外部的事情とインターフェイスで決まる論述できる*

52 といえる。前述の通り、①の甲の供述に即答して偽証が用いられた責任を「<sup>とれどい?</sup> 乙が

53 負う」といえる。 *否、証拠能力は認めらる*

54 乙の供述は、①の甲の供述調書に信頼関係に基いて行われる。

55 2. 乙は、①の供述調書と乙が事件犯人であることと立証するために用いたことは認め

56 られる。

57 第3. 第292

58 1. ②の判決賭本と甲が事件犯人であることと立証するために用いたことは、④の判決

59 賭本が証拠能力を有するに要するに3、*乙は甲の前科の内容が記載されて*

60 *あり証拠能力が認められるとのではない。何と何としよう?*

61 *すこぶる?* (1) この点、前科も一つの事実であり、自然の因果連性に基づき認められる。

62 *二重の推認を企て、二つの推認は弱くはならないから。*

63 とも、特に同種前科は、被告人の犯罪性という実証的根拠に乏しい

64 人格評価に乏しいから、事実認定の誤りによるおそれがある。原則証拠能力が認められる

65 といえ、二重の推認を企てない限り被告人と前科の犯人が同一であることが

66 合理的に推認できる場合、同種前科に關する証拠に依りてに証拠能力が

認められると解する。







記載してください。なお、解答欄の枠外（青色部分及びその外側の空白部分）に記載した場合は、当該部分は採点されません。  
 マークがブラスチック製消しゴム等で消せないものに際しては、記載することとし、これ以外で記載した場合は無効答案として得点  
 は取れません。1行の場合には横線を通して、その次に書き直してください。  
 2行以上の場合には「裏」に記載し、それ以外の場合は「裏から記載」とだけ 試験時間中に裏の解答欄に記載してください（試験時  
 間中に裏の解答欄に記載した場合は無効答案として得点となりません。）

「それらでなる」の字  
 は分るが「せん」  
 この文脈から、一般人を基準にして  
 考えざるべからざる。

67 (2) 確かに、本件前科の犯人が用いた<sup>前科</sup>鑿撃料は、誰かが容易に購入して  
 68 可燃性の物質である。もとの、これを炭酸ガトローガ<sup>炭酸ガトローガ</sup>  
 69 金属加工用であり、重量が重く金額も高いものと知られ、一般人が通常手に  
 70 入れ使用するのは不可能なものである。また、その作りが容易で、多口が1本の  
 71 放火に用いられることは通常知られていない。そのため、本件前科<sup>前科</sup>の多口は顕著な  
 72 特徴を有している。  
 73 本件相違事案も、金属加工用の炭酸ガトローガを用いた鑿撃料を放火に用いた  
 74 と放火事案という内容が、前科事案と顕著な特徴が、相当程度類似している。  
 75

67 (3) したがって、二重の推認を介する<sup>前科</sup>は、前科の犯人と本件相違事案が同一である  
 76 が合理的に推認している。

67 2. <sup>おと</sup>②の判決謄本は「<sup>おと</sup>刑に判定期外における常の促進と内容との相違  
 78 (320条1項)である。甲の犯人性を推認するに際しては、この内容が真実であること  
 79 ため、事証事案の段階での促進内容の真実性が問題となる。この点、甲の  
 80 公正な能力が認められるかが争点である。

67 <sup>判決謄本</sup>①の「公認」である裁判官が「職務上公正な事案に  
 81 作成した書面」(323条1号)であり、<sup>おと</sup>この公正な能力が認められる。  
 82

67 3. したがって、②の判決謄本を甲が本件犯人であることと立証するに用いることは  
 83 許される。  
 84

以上

刑事訴訟法 4 頁

## 最優秀答案

回答者 M.F. 35点

### 第1 設問1. 小問(1)

1. ①の供述調書を甲が本件の犯人であることを立証するために用いるには、①の供述調書が証拠能力を有していることを要する（厳格な証明 317条）。「私が乙という友人と一緒にV宅を放火しました」との供述は、甲が本件の犯人であることを認めるもので、自己の犯罪事実の重要部分を認める被告人の供述であり自白に当たる。本件において「強制…」等、「不当に長」い「抑留」等はない。（319条1項）。

しかし、Kは甲に虚偽の事実を告げ、それにより甲は自白するに至っているため、「任意にされたものでない疑のある自白」として証拠とすることができないのではないかと、その判断基準が問題となる。

(1) 319条1項の根拠は、任意でない自白は類型的に虚偽であるおそれが高く誤判のおそれがあること及び黙認権を中心とする人権侵害を防止する点にあると解する。

そこで、「任意にされたものでない疑のある自白」といえるかは、虚偽自白を誘発する状況の有無、黙秘権を中心とする人権を不当に圧迫する状況の有無で判断すると解する。

(2) Kは甲に対し「V宅に火の手が上がる直前にお前がV宅から出ていくのを目撃した者がいる」と虚偽の事実を告げている。確かに、かかる事前は甲が本件の犯人であることを強く推認させる証拠であるが、このような偽計を用いられたとしても、犯人でない者が無実の主張を諦めて虚偽の自白をすることはいい難く、虚偽自白を誘発する状況はない。

もっとも、事情聴取は任意であったが、かかる決定的な証拠を示されたことにより甲は犯行を認めざるを得なくなっており、甲の黙秘権を不当に圧迫する状況があった。

(3) したがって、甲の自白は「任意にされたものでない疑のある自白」に当たり、①の供述調書に証拠能力が認められない。

2. よって、①の供述調書を甲が事件の犯人であることを立証するために用い

ることは許されない。

## 第2 設問1. 小問(2)

1. ①の供述調書を乙が本件の犯人であることを立証するために用いるには、証拠能力を有していることを要するところ、前述の通り①の供述調書は「任意でされたものでない疑のある自白」であり証拠能力が認められないと思える。

もっとも、①の供述調書の甲の供述は公判廷外供述であり伝聞証拠（320条1項）に当たり得るが、伝聞例外（321条以下）として証拠能力が認められないか。

(1) ア 供述証拠は知覚・記憶・叙述の各過程に誤りが入るおそれがあるため、反対尋問（規則199条の2第1項2号、憲法37条2項）等による内容の真実性の担保を要するところ、公判廷外供述ではこれをなし得ない。そこで伝聞証拠とは要証事実との関係で供述内容の真実性が問題となるものをいうと解する。

イ 要証事実乙の犯人性であるところ、甲が乙と共に放火をした旨の自白は、かかる供述が真実であって初めて、乙が本件犯人であることが推認されるため、その内容の真実性が問題となる。

ウ したがって①の供述調書は伝聞証拠に当たり原則証拠能力が認められない。

(2) 甲は乙の共犯者であるが、伝聞例外は何条が適用されるべきか。

ア この点、共犯者もあくまで本人とは異なる第三者であるため、「被告人以外の者」として321条1項各号が適用されると解する。

イ ①の供述調書は、「被告人以外の者」甲の「供述を録取した書面」であり、第321条1項1号、2号に「掲げる書面以外の書面」（321条1項3号）である。

甲は既に「死亡」しており、「公判期日において供述することができ」ない。

①の供述調書は甲乙及びその弁護人らが犯行を否認している本件において、乙の犯人性を推認させる重要な証拠であり「供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」といえる。

もっとも前述の通り、①の甲の供述に際しては偽計が用いられ任意でない疑があるため、「その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであるとき」（321条1項3号但書）といえない。

ウ したがって、①の供述調書は伝聞例外に当たらず、証拠能力は認められない。

2. よって①の供述調書を乙が本件犯人であることを立証するために用いることは許されない。

### 第3 設問2

1. ②の判決謄本を甲が本件犯人であることを立証するために用いるには、②の判決謄本が証拠能力を有することを要するところ、これには甲の前科の内容が記載されており証拠能力が認められないのではないか。

(1) この点、前科も一つの事実である以上、自然的関連性は認められる。

もっとも、特に同種前科は、二重の推認を介し、二つ目の推認は弱いにもかかわらず、被告人の犯罪性向という実証的根拠に乏しい人格評価につながりやすく、事実認定を誤らせるおそれがあり原則証拠能力が認められない。

そこで、二重の推認を介することなく被告人と前科の犯人が同一であることが合理的に推認できる場合、同種前科に関する証拠に例外的に証拠能力が認められると解する。

(2) 確かに、本件前科の犯人が用いた整髪料は、誰もが容易に購入できる可燃性の物質である。また、町工場に勤める甲が炭酸ガスレーザーを使用するのは容易とも思える。もっとも、これを発火させるのに用いられた炭酸ガスレーザーは金属加工用であり、重量が重く金額も高いものと考えられ、一般人が通常手に入れ使用することができないものである。また、そのような容易でない手口が住宅の放火に用いられることは通常考えにくい。そのため、本件前科の手口は顕著な特徴を有している。

本件被疑事実も、金属加工用の炭酸ガスレーザーを用いて整髪料を発火させ住宅を放火するという内容で、前科事実と顕著な特徴が相当程度類似している。

(3) したがって、二重の推認を介することなく本件前科の犯人を本件被告人甲が同一であることが合理的に推認できる。

2. もっとも、②の判決謄本は「公判期日外における他の者の供述を内容とする証拠」(320条1項)であって、甲の犯人性を推認するためにはその内容が真実であることを要するため要証事実との関係で供述内容の真実性が問題となる伝聞証拠に当たり証拠能力が認められないのが原則である。

しかし、判決謄本は「公務員」である裁判所書記官が「職務上証明することができる事実について作成した書面」(321条1号)であり、なおこれに証拠能力が認められる。

3. よって、②の判決謄本を甲が本件犯人であることを立証するために用いることが許される。

以上

+

# 最優秀答案

# 表

試験科目	試験地
刑事訴訟法	明治大学

回答者：T.G.

35点

刑事訴訟法  
1頁

第1 設問 1. (1)

1. ①における甲の供述は、自己の刑事責任を認める供述に該当し、自由である。しかし上記自由は、Kが甲に打つV案に火の粉が土が直前に、直前に~~土が直前に~~V案から出て行くの場面には存在し、虚偽の事実の告白に起因して起る。そのため、①は「任意に供述した」として、任意性のある自由（刑事訴訟法~~第~~（以下法名略）319条）と見、法律上の関係性が否定され、甲の供述は任意性証明に用いることができない。

2. 打つ「事実の認定は、証拠により認められる」とし、証拠能力が認められる必要がある（319条）。すなわち、319条一項は、任意性に疑いのある自由については、裁判官の選定等、典型的に虚偽の自由を誘発する可能性が高い裁判官の選定に恐れがあり、法的被疑者の自由を侵害するため、法律上の関係性を否定し、これを排除するとしている。すなわち「任意に供述した」として疑いのある自由、裁判官の判断は、虚偽自由の可能性が典型的に高い状況下における自由である。打つは被疑者の供述の自由が侵害され、状況下における自由である。と考へた。

3. 打つは、Kが土記の虚偽の事実を甲に告白していることは、虚偽の事実の告白に起因して甲を錯誤に陥らし、自由を行使する行為である。したがって、法的被疑者の自由、典型的に誘発する可能性が高い。したがって①における甲の自由は、虚偽自由の可能性が典型的に高い状況下における自由であると認められる。

4. ①は、任意に供述したと見、任意性のある自由と見、証拠能力が認め

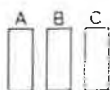
条文の趣意が  
意図して

+

自警の証言が決定の証拠となることは明らか



※



からなる。甲の犯人性を立証するに用いることができる。

第2 設問 (2)

1. ①に於ける「録音テープの反転」は「録音機が壊れた」といって甲の供述は、乙との関係において「公判期日に於ける供述」に代えて書面を証拠とすることは原則、伝聞証拠として法律上の関連性が否定されるため(320条(再))、乙の犯人性を立証するに用いることができない。

2. この点、伝聞証拠は、知識、記憶、表現、傳達の過程を経るため、その各過程において誤りが生じる懸念が非常に高く、典型的に誤りを生じることが多い危険性が高いため、反転尋問(憲法37条2項)や偽証罪の告知(刑法169条)等に罰し、その内容の真実性を確認する必要があるために、証拠能力が否定された。そこで伝聞証拠に於ける、供述の内容の真実性が問題となる場合には、その判断が、その内容の真実性が問題となる場合は、要証事象との関係が相対的に決する。

3. 本件では、①の供述に於いて、乙の犯人性を立証していることは、録音テープの反転により、上記供述は、乙の供述の行動の内容と一致するから、その内容の真実性が問題となる。したがって①の供述は伝聞証拠に於ける。

したがって①の供述は原則として証拠能力が認められない。

4. さらに①は「被告人以外の人」の供述を録取した書面、321条には「伝聞材料が認められる」。①が警察官による供述録取書であることから、同条1項3号を検討する。

この供述者である甲は既に病死して、録音テープが壊れた、公判準備の公判期日に於いて 供述 することができないとされている。





※ 記載してください。なお、題意等の除外（空白部分及びその外側の空白部分）に記述した場合には、当該部分は採点されません。  
 インクがプラスチック製用シム等で写らないものになる。で記述することとし、これ以外で記述した場合には採点対象として写らない。  
 ① ②は別紙で、1問の場合には別紙で書いて、その次に書き直してください。  
 ③は、各日誌のとおり「書に記述」、それ以外のとおり「書から記述」とだけ、試験時間中に書かずに記述してください（試験時

※ 採点される記述のある事項は採点対象として写成となります。

67  
 68  
 69  
 70  
 71  
 72  
 73  
 74  
 75  
 76  
 77  
 78  
 79  
 80  
 81  
 82  
 83  
 84  
 85  
 86  
 87  
 88

を備えていること、及び② 述許に係る犯罪事実が、~~その~~ 顕著な特徴に相当程度  
 類似していることが認められること、~~事案~~ 事案の状況から見て、例外的  
 に法律的関連性が認められる。

4. 本件における前科に係る犯罪事実、金属加工用の溶融がスレーパー  
 を整粒料に照射して発火したという事案である。確かに~~金属加工用~~ 金属加工用  
 の溶融がスレーパーは、一般人が通常使用するものではなく、これを使用する  
 故火も行うことは顕著な特徴を備えていることである。

74  
 75  
 76  
 77  
 78  
 79  
 80  
 81  
 82  
 83  
 84  
 85  
 86  
 87  
 88

(b) 上記のスレーパーは、<sup>一般に町工場等に</sup> 金属加工を業とする町工場等に一般的に使用さ  
 れているものを指す。一般に市場に出回っていることである。したがって  
 上記犯罪事実、~~顕著な犯罪~~ 特許人~~の~~ 犯行を合理的に推認する  
 ことが出来る顕著な~~事案~~ 特徴があることは正しい。

5. ⑤は法律的関連性が否定され、甲の犯人性を証明の材料に用いるこ  
 とが出来ない。

市販の金属加工用のスレーパー  
 用いている点はどうですか？

以上  
 金属加工の町工場。特許人~~の~~ 犯行を合理的に推認する。各地に出回っている。



## 最優秀答案

回答者 T.G. 35点

### 第1 設問1. (1)

1. ①における甲の供述は、自己の刑事責任を認める供述にあたり、自白である。しかし上記自白は、Kが甲に対して「V宅に火の手が上がる直前に、お前がV宅から出て行くのを目撃した者がいる」と虚偽の事実を告げたことに起因するものである。そのため、①は「任意にされたものでない疑のある自白」（刑事訴訟法（以下法名略）319条1項）として、法律的関連性が否定され、甲の犯人性を立証する証拠として用いることができないのではないかと。
2. まず、「事実の認定は、証拠によ」らなければならず、証拠には、証拠能力が認められる必要がある（317条）。そして、319条1項は、任意性に証のある自白について、取調官への迎合等により、典型的に虚偽の自白を誘発する可能性が高く誤判を生じさせる恐れがあり、また被疑者の供述の自由を侵害するものであるため、法律的関係性を否定し、これを排除するとしている。そこで「任意にされたものでない疑のある自白」であるかの判断は、虚偽自白の可能性が典型的に高い状況下における自白であるか、または被疑者の供述の自由が侵害された状況下における自白であるか、をもって決する。
3. 本件では、Kが上記のような虚偽の事実を甲に告げているところ、これは、虚偽の事実を告げることで甲を錯誤に陥らせ、自白を引き出そうとする行為である。そして当該状況下での自白は、被疑者に諦めの念をいだかせ、自身の犯行と異なる自白を誘発するおそれが高い。そうだとすると①における甲の自白は、虚偽自白の可能性が典型的に高い状況下における自白であると認められる。
4. よって①は、「任意にされたものではない疑のある自白」として証拠能力が認められず、甲の犯人性を立証するために用いることができない。

### 第2 設問1. (2)

1. ①における「私が乙という友人と一緒にV宅を放火しました。」という甲の供述は、乙との関係において、「公判期日における供述に代えて書面を証拠と」

するものであり、伝聞証拠として法律的関連性が否定されるため（320条1項）、乙の犯人性を立証するために用いることができないのではないか。

2. この点、伝聞証拠は、知覚、記憶、表現、叙述の過程を経るところ、その各過程において誤りが生じるおそれが高く、典型的に誤判を生じさせる危険性が高いため、反対尋問（憲法37条2項）や偽証罪の告知（刑法169条）等により、その内容の真実性を確認する必要があるために、証拠能力が否定される。そこで伝聞証拠にあたるかは、供述の内容の真実性が問題となるかによって判断する。そして、内容の真実性が問題となるかは、要証事実との関係で相対的に決する。

3. 本件では、①の上記供述により、乙の犯人性を立証しようとしているところ、上記供述は、犯罪の実行行為たる乙の過去の行動を内容とするものであり、その内容の真実性が問題となる。したがって①の上記供述は伝聞証拠にあたる。

よって、①の上記供述には原則として証拠能力が認められない。

4. もっとも①は「被告人以外の者…の供述を録取した書面」にあたるため、321条により伝聞例外が認められないか。①が警察官による供述録取書であることから、同条1項3号を検討する。

まず、供述者である甲は既に病死しているため、「供述者が死亡、のため公判準備又は公判期日において供述することができ」ないといえる。

次に、①の上記供述は、共犯者の疑いある甲による、乙の犯人性を基礎付ける直接事実にあたるものであるため、「その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものである」といえる。

しかし、①の上記供述は、上記のように虚偽自白を誘発するおそれの高い状況下においてなされたものであり、任意性に疑いのある供述である。そうだとすると、上記供述は、「特に信用すべき状況の下にさたもの」ということはできない。したがって321条1項3号の要件を満たさず、①は伝聞例外にあたらぬ。

5. よって、①を乙の犯人性を立証するために用いることは、できない。

### 第3 設問2

1. まず②は、形式的に伝聞証拠にあたるものの、公務員が「その職務上証明できる事実についてその公務員の作成した書面」にあたるため、323条1項により伝聞例外として証拠能力が認められる。

2. また②は、甲の本件公訴事実と同種の前科を内容とするものであるため、少なからず甲の犯人性に合理的な推認が働く。したがって②に自然的関連性が認められる。

3. もっとも前科は被告人の犯罪性向といった実証性に乏しい人格評価につながり、事実認定を誤らせるおそれがあり、また被告人としても上記おそれを回避し合理的推認の範囲を限定するために前科の内容に立ち入った攻撃、防衛を行う必要がある。

そのため、前科を内容とする判決謄本には原則として法律的関連性が認められない。

他方で、上記のように政策的観点により、証拠排除されることから、上記事実誤認のおそれがない場合には例外的に法律的関係性を認めてよいと考える。そして特殊な手口をもって犯人性を立証する場合は、①前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を備えていること、及び②起訴に係る犯罪事実がこの顕著な特徴に相当程度類似していることが認められると、事実誤認のおそれは低いため、例外的に法律的関連性が認められる。

4. 本件における前科に係る犯罪事実は、金属加工用の炭酸ガスレーザーを整髪料に照射して発火させるというものである。確かに金属加工用の炭酸ガスレーザーは、一般人が通常使用するものではなく、これを使用して放火を行うことは顕著な特徴を備えているといえるとも思える。

しかし、上記ガスレーザーは、A県C市内の町工場で使用されており、金属加工を営む町工場等で一般的に使用されているものと推測されることから、一般に市場に出回っているといえる。また金属加工の町工場は、特にめずらしいものではなく、各地にみられるものである。そうだとすると、上記犯罪事実は、特定人の犯行を合理的に推認することができる顕著な特徴であるとはいえない。

5. よって、②は法律的関連性が否定され、甲の犯人性の証明のために用いることができない。

以 上

# 採点講評

(2023年3月26日 刑事訴訟法)

## 第1 設問1(1)について

①の供述調書を甲が本件の犯人であることを立証するために用いるためには、証拠能力が問題となる点には、ほぼ全ての答案が触れることができていましたが、一定数の答案では、本問を自白法則の問題としてではなく、伝聞法則の問題として論じてありました。もっとも、自白、すなわち、犯罪事実の承認については、刑訴法322条1項ではなく、直接刑訴法319条1項によって任意性の要件が課されており、刑訴法319条1項によって処理しなければなりません。自白には当たらない不利益の事実の承認の任意性については、刑訴法322条1項によって処理する、という棲み分けになります。伝聞証拠については、同意があれば、証拠能力が認められることとなりますが(刑訴法326条1項)、自白調書については、仮に同意があったとしても、証拠能力が認められることとはならないため、自白法則は、伝聞法則に比して、より強制的な規制ということが出来ますので、そのような観点からも、自白法則を論じるべきといえるでしょう。

また、当てはめ部分については、警察官Kによる虚偽の事実の告知によって甲の自白が引き出されているということにしか触れられていない答案がほとんどでした。例えば、「お前の母親が悲しんでいるぞ。」といった虚偽の事実を告げただけでは、供述者に心理的圧迫を与えるものとはまでは評価されず、内容虚偽の自白を誘発する危険性が典型的・外形的に高いと認められる状況があったとは言い難いです。虚偽の事実の内容に着目する必要がある、本件で言えば、目撃者の証言が決定的な証拠となり得、無実主張を断念させる程のものであることに言及しなければなりません。特に、本問は、オーソドックスな問題ですので、このような細かな点が合否を分かつことになるでしょう。

## 第2 設問1(2)について

伝聞証拠に該当するか否かが論じられていない答案が一定数存在しました。こうした答案の多くは、あえて伝聞証拠該当性の論述を省力したものと考えられますが、本問は、論述の分量が比較的少なく、伝聞証拠該当性についても、しっかりと論じなければなりません。論述の分量が極めて多い問題においては、伝聞証拠該当性の論述を省力することはあり得ると思いますが、これは最後の手段であり、その分点数を落とすことを覚悟する必要があるでしょう。

また、当てはめ部分については、供述不能の要件との関係では、甲の被告人質問が行われる前に、甲は病死していること、不可欠性の要件との関係では、乙が「V方に侵入したことはおろか、放火したこともない。」旨を主張し、自身の犯行を否認してい

ること、絶対的特信情況の要件との関係では、警察官Kによる虚偽の事実の告知という外部的な事情が存在したこと等にそれぞれ触れる必要がありました。もっとも、多くの答案では、甲の病死には触れられているものの、乙による犯行の否認や、警察官Kによる虚偽の事実の告知という外部的な事情の存在といった点には触れられておらず、淡泊な論述になっていたのは残念でした。当てはめで他の受験生と差をつけるといった心構えを持って、答案練習に取り組むことを推奨いたします。

### 第3 設問2について

前科証拠（悪性格立証）については、一定の理解が示されている答案が多く、この点は良かったです。もっとも、前科証拠の証拠能力が否定される理由として、「二重の推認」というフレーズが使われている答案の多くは、この2つの推認の内容を具体的に示していませんでした。このような答案については、採点者としては、本当に理解しているのか、疑問を持たざるを得ず、減点せざるを得ません。キーフレーズを使うことは有用ですが、しっかりと答案に理解を示しましょう。

また、当てはめ部分については、金属加工用の炭酸ガスレーザーと整髪料の入手の難易度についてしか触れられていない答案がほとんどでした。住宅を放火するに当たっては、通常、ガソリンを撒いて着火する等の方法が想定される場所であり、わざわざ、金属加工用の炭酸ガスレーザーを整髪料に照射して発火させる、という回りくどい手口が用いられていることにもしっかりと言及すべきです。なお、当該手口は、ドラマガリレオの第1話で用いられた手口ですが、こうした事実を適示した上で、公知の手口であることを指摘し、証拠能力を否定する論述はあり得たでしょう。

私からの採点講評は以上となります。本答案練習会が受験生の皆さんの予備試験、司法試験の合格の一助になれば幸いです。一日でも早く予備試験、司法試験に合格することを心よりお祈りしております。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2023年3月26日分 得点分布表

刑事訴訟法

出席者 24名 平均点 24.6点

得点分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	1
11~15	2
16~20	4
21~25	5
26~30	6
31~35	6
36~40	0
41~45	0
46~50	0

