

**2019度同志社大学大学院司法研究科**  
**履修免除試験問題解説**  
**刑事訴訟法**

**第1 解説**

1 問(1)および問(2)は、いずれも(設例)中の刑事手続上の問題点を指摘し、その解決に必要な法解釈を提示し、(設例)の具体的な事実関係に即して一定の結論を導くことを求めるものである。

(1) 問(1)は、警察官PおよびQがコンビニエンスストアSの従業員甲の供述等により、Xを本件事件の現行犯人として逮捕するとともに、Xの携帯していたリュックサックを捜索したという(設例)を与え、現行犯逮捕(刑訴法213条・212条)および逮捕に伴う捜索(刑訴法220条1項2号・3項・222条1項・99条1項・102条1項)に関する基本的知識の有無と(設例)へのそのあてはめの力を試すものである。

(2) 下線①の解答に当たっては、現行犯人の無令状逮捕が許されている趣旨を述べ、その趣旨から、被逮捕者が「現に罪を行い、又は現に罪を行い終つた者」であるといえるのはどのような場合かを導き出すことが求められている。明文規定はないが、「逮捕の必要」も現行犯逮捕の要件として挙げることができよう。また、被逮捕者が現行犯人であることの認定は、いかなる資料により行うことができるかについても論じる必要がある(裁判例には、「被疑者を現行犯人として逮捕することが許容されるためには、被疑者が現に特定の犯罪を行い又は現にそれを行い終つた者であることが、逮捕の現場における客観的・外部的状況等から、逮捕者自身においても直接明白に覚知しうる場合であることが必要と解されるのであって、被害者の供述によること以外には逮捕者においてこれを覚知しうる状況にないという場合にあっては、・・・現行犯逮捕は・・・未だこれをなしえないものといわなければならない。」としたもの〔京都地決昭和44年11月5日判時629号103頁〕がある。)

(設例)では、犯行と逮捕との時間的接着性および逮捕の必要は認められるとしても、Xの体格・身長・年齢・服装が犯人のそれらと似ている事実のみで、Xが本件事件の犯人であることが明白であるというのは困難であろう。PおよびQは、Sの「この人が犯人です。間違いありません。」との供述も加え、Xが現行犯人であるとの認定をしたと思われる。しかし、S供述の内容の正確性をその場でチェックし得ない以上、これを認定資料とすることは許されないといえるのであり(前掲京都地決参照)、この点について自説を述べる必要があるといえよう。

(3) 下線②のPおよびQによるXの携帯するリュックサックに対する捜索については、現行犯を逮捕する場合において必要があるときに逮捕の現場で実施されたものといえるかを、簡潔に論ずることが求められている。(設例)は、本件事件と関連性を有する証拠物等(差し押さえるべき物)が、Xの携帯するリュックサックの中に入っていないことが明白であって捜索の必要がない場合には当たらないことも摘示しなければならないであろう。

2 問(2)は、犯罪事実の認定は厳格な証明、すなわち証拠能力を有し、刑訴法の定める証拠調べ手続を経た証拠による証明が必要とされているところ(刑訴法317条)、前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いることが許されるかを論ずることを求め、これにより、証拠法に関する基本的知識の有無と(設例)へのそのあてはめの力を試すものである。

(1) 本問については、最判平成24年9月7日刑集66巻9号907頁があることを前提に、解答することが求められる。同判決の要旨は次のとおりである。

「前科も一つの実事であり、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。」

(2) 当てはめでは、本件前科に係る犯罪事実が、犯罪の日時・場所・方法・動機等について「顕著な特徴」を有し、かつその特徴が起訴に係る犯罪事実(本件事件)と「相当程度類似」することから、本件前科証拠が、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ものであり、例外的に、これを証拠採用できるかを検討することが求められている。

## 第2 評価

(1) 本免除試験問題の難易度は、前期・後期の各入学試験問題、および刑事訴訟法講義期末試験問題のそれとほぼ同程度であり、刑事訴訟法の基礎を学んだ受験生にとっては、本問の解答は比較的容易であったと思われる。

(2) 採点に当たっては、問(1)については、現行犯逮捕に令状を要しないとされている趣旨は何か、被逮捕者が「現に罪を行い、又は現に罪を行い終った者」といえるのは具体的にはどのような場合をいうのか、犯罪と犯人の明白性の認定はどのような資料により行われるべきか等の論点に関する基本的な理解の有無を、問(2)については、前掲最判平成24年9月7日の判示事項の理解度を含む証拠法に関する基本的な学識の有無を、それぞれ重視した。