

**2020年度同志社大学大学院司法研究科**  
**前期日程入学試験問題解説**  
**刑事訴訟法**

1 解説

(1) 出題の趣旨

本問は、再逮捕・再勾留禁止の原則の趣旨及びその例外、並びに伝聞法則の趣旨とその適用（非伝聞）という捜査法と証拠法に関する基本問題を問うことにより、基本的な法原則に関する定義や趣旨の理解力、その趣旨に遡って例外理論や不適用基準を導くとの解釈能力、及び同理論等を具体的事案に適用できるかという法適用能力を試すものである。

(2) 問（1）について（同一被疑事実による再逮捕の適法性）

ア 問題の所在

問（1）では、捜査機関において、特定の被疑者について、先に通常許容される逮捕勾留の期間、目一杯拘束しておきながら、釈放後の新証拠発見という事情変更により、同一被疑事実で改めて逮捕することの適否が問われている。

これは、再逮捕・再勾留禁止の原則の適用及びその例外の可否を問うものであるから、問題文に指示されているとおり、同原則の意義を述べ、同原則の趣旨から例外が認められる理由を述べ、その上で例外許容の基準（例外要件等）を論じることが求められている。

イ 法解釈

(ア) 再逮捕・再勾留禁止の定義及び趣旨

再逮捕・再勾留禁止の原則とは、同一犯罪事実について時を異にしても逮捕・勾留は1回しか許されない、とするものであり、その趣旨（根拠）は、通常、法が逮捕勾留につき厳格な期間制限を置いていることに求められる。

すなわち、刑訴法が203条以下の規定により、逮捕及び勾留による身柄拘束期間について厳格な制限を設けているので、同一被疑事実で再逮捕・再勾留が許されるとすると、厳格な時間制限を定めた意味がなくなる、などとされる（古江頼隆・刑訴法判例百選〔10版〕32頁）。

注）さらに、訴訟行為の1回性の原則（目的達成による反復の禁止）、すなわち、一度目的を果たし終えたはずの処分を蒸し返すのは不当であるとの点も挙げる学説もある（田宮・刑訴法94頁、井上弘通・「一罪一勾留の原則」刑訴法の争点2版・70頁、堀江・LQ(2版)90頁）。

(イ) 再逮捕・再勾留禁止の原則の例外

しかし、学説は、同原則の例外、すなわち同一被疑事実による再度の逮捕につき（学説によっては再勾留も）その許容の余地を認める。

理由として、①新証拠発見や被疑者逃亡のおそれの新規発生など、捜査の流動性にかんがみれば、前記再逮捕を認める必要は否定できないこと、②刑訴法199条3項及び刑訴規則142条1項8号がこれを予想している規定を置いていることが挙げられる。

しかし、法199条3項は積極的に再逮捕許容の規定しているものではない上（直接の根拠足り得ないと指摘される〔酒巻・刑訴75頁、76頁、古江・事例演習刑事訴訟法(2版)65頁、堀江・LQ(2版)91頁〕）、また捜査の必要性のみ

では理論的根拠が不明であって、例外として許容される要件を導くこともできない。

やはり、再逮捕・再勾留禁止の原則の趣旨に遡って、例外許容の根拠を考察し、そこから許容要件を検討すべきであろう。

すなわち、そもそも再逮捕再勾留禁止の原則が、法が身柄拘束期間につき厳格な規制を置いていることの潜脱防止にその趣旨があることから、その趣旨を損なわない範囲ならば、その例外を許容することができる（堀江・LQ(2版)90頁）、したがって、その許容要件として、学説においては、

〈1〉 前の身体拘束終了後に生じた新たな事情により、再度の身柄拘束の必要性（嫌疑の復活、逃亡・罪証隠滅のおそれの復活）が生じたこと（**事情変更**）

〈2〉 再度の身柄拘束が、それによって被疑者が被る不利益を考慮してもなお、やむを得ないといえるほど高度の必要性が認められること（**捜査の必要性と被疑者の不利益の比較衡量**）

〈3〉 〔厳格な身柄拘束期間制限の潜脱防止との趣旨から〕再度の身柄拘束が、逮捕・勾留の**不当な蒸し返しではないこと**

が必要要件として挙げられる（大澤裕・法学教室450・113。その他、堀江・LQ(2版)91頁、伊藤栄二・百選(9版)37頁も概ね同様の要件を挙げる。）。

〈1〉は、通常、逮捕勾留の一般的要件が充足されること（捜査の必要性）に加え、〔厳格な身柄拘束期間の潜脱防止のためには〕前の身柄拘束後の終了後に生じた新たな事情によって基礎付けられるものでなければならず、〈2〉は逮捕勾留の相当性を示すものであるが、被疑者の不利益は新たな再度の逮捕勾留によるもののみならず既に行われた身柄拘束によるものも含めて考慮されねばならない（大澤・法教450・113）。

〈3〉については、〈1〉〈2〉が認められた場合の評価であり、独立した要件とする必要はないとの見解もあるが（古江・事例演習刑事訴訟法(2版)66頁）、例えば、捜査機関が前の逮捕勾留中に当然行うべき捜査を怠ったために前記事情変更（新証拠発見等）に至った場合など、捜査機関に帰責事由がある場合には、〈3〉不当な蒸し返しに当たるとして再度の逮捕勾留を許さないとするなら、〈3〉も独立した要件とする意味を見出せるとされる（大澤・法教450・113）。

(ウ) 参考裁判例

再逮捕・再勾留禁止の原則の例外に関し一般論を述べた最高裁判例はないが、参考裁判例として以下のものがある。

○ 養育院前派出所爆弾事件・東京地決昭47・4・4刑月4巻4号891頁、百選(10版)15事件

【判示】

「思うに同一被疑事件について先に逮捕勾留され、その勾留期間満了により釈放された被疑者を単なる事情変更を理由として再び逮捕・勾留することは、刑法が203条以下において、逮捕・勾留の期間について厳格な制約を設けた趣旨を無視することになり、被疑者の人権保障の見地から許されないものと言わざるを得ない。しかしながら、同法199条3項は再度の逮捕が許される場合があることを前提にしていることが明らかであり、現行法上再度の勾留を禁止した規定はなく、また、逮捕と勾留は相互に密接不可分の関係にあることに鑑みると、法は例外的に同一被疑事実につき再度の勾留をすること

も許しているものと解するのが相当である。

そして、いかなる場合に再勾留が許されるかについては、前記の原則との関係上、**先行の勾留期間の長短、その期間中の捜査経過、身柄釈放後の事情変更の内容、事案の軽重、検察官の意図**その他**諸般の事情**を考慮し、社会通念上捜査機関に強制捜査を断念させることが首肯し難く、また、**身柄拘束の不当なむしかえしではないと認められる場合**に限るとすべきであると思われる。」

#### エ 法適用（同原則の例外許容要件の当てはめ）

（設例1）についてみると、甲について、改めての逮捕の時点でも、本件傷害事実につき、相当な嫌疑があり（法199条1項）、逃亡のおそれや共犯者乙との通謀による罪証隠滅のおそれなどの逮捕の必要性（法199条3項、規則143条の3）が認められることは明らかである。

甲釈放と同日に共犯者乙が発見され、甲釈放後に、甲との共謀を認める乙の供述、その供述を裏付ける本件メモという重要な証拠が新たに発見されるという事情変更が生じている。

確かに、先行する逮捕勾留で通常許容される期間、目一杯身柄拘束された甲の不利益は大きい、事案が重大（被害者Vは意識不明の重体）であって、逃亡のおそれが強く、甲が共謀を否認する以上、甲を身柄拘束した上で乙との通謀を阻止しながら捜査を遂げる必要も高いことから、新たな逮捕が相当性を欠くとはいえないであろう。

そして、先の逮捕勾留期間、警察官が捜査を尽くしてもなお乙の所在が判明しなかった以上、同期間中に上記新証拠の収集に至らなかったとしても捜査機関に格別の落ち度があるともいえない。

以上のとおり、逮捕の一般的な要件が充足されていることを前提に、新証拠発見による事情変更があり、逮捕の相当性に欠けることがなく、捜査機関に帰責事由もないことから、本件傷害事実による再逮捕は、身柄拘束の不当な蒸し返しではないといえる。

#### オ 結論

以上のとおり考えるならば、捜査機関が、甲を本件傷害事実で改めて逮捕することは、再逮捕・再勾留禁止の原則の趣旨である厳格な身柄拘束期間の潜脱防止の趣旨に反しないと認められ、許容できると解される。

#### カ 参考

問（1）では、「再勾留」の適否までは問うものではないが、実務を想定するならば（再勾留まで認めなければ捜査機関にとってあまり意味がない。）、当然のことながら、再逮捕のみならず再勾留の点についても併せて学習しておくべきである。

この点については、先の裁判例が、引き続き「このことは、先に勾留につき、期間延長のうえ20日間の勾留がなされている本件のような場合についても、その例外的な場合をより一層限定的に解すべきであるが、同様にあてはまると解され、また、慎重に判断した結果再度の勾留を許すべき事案ということになれば、その勾留期間は当初の勾留の場合と同様に解すべきであり、先の身柄拘束期間は後の延長、勾留の取消などの判断において重視されるものにとどまるものとするのが相当だと思われる。」と判示していることが参考となろう。

(3) 問(2)について(犯行計画メモの証拠能力)

ア 問題の所在

本件メモは、本件傷害事実の事件前日に、甲がそれまでに作成して乙に渡したものであり、(実際に起きた犯行に照らし)同犯行の日時・手口・逃走方法が記載されたと解される、いわゆる犯行計画メモである。

同メモは、作成者甲の公判期日外の供述を記載した書面であり、すなわち同メモを証拠として取り調べ請求することは、伝聞法則を規定したとされる刑法320条1項の観点からみると、「公判期日における(作成者甲)の供述に代えて」書面たる本件メモを証拠とする場合であり、伝聞証拠に該当し、同条項により証拠能力が否定されるのではないか。

したがって、この問題の解決に当たっては、問題文にあるとおり、伝聞法則の趣旨から、伝聞法則適用の基準(「伝聞証拠」の定義)を導くことが求められる。

イ 法解釈

(ア) 伝聞法則の趣旨及び伝聞証拠の定義

伝聞法則(伝聞証拠排除の原則[hearsay rule])とは、上記伝聞証拠の証拠能力を原則的に否定するとの証拠法則である(英米法において発展してきたものであるところ、法320条1項は「伝聞」という言葉は用いていないが、伝聞法則を定めたものと理解されている。)

伝聞法則の趣旨は、供述証拠にあつては、内容たる事実が、知覚、記憶、表現、叙述という供述過程を経て公判廷に顕出されるものであるところ、かかる供述過程には人の精神活動に由来する誤りが混入するおそれがあるので、反対当事者による反対尋問や事実認定者による供述態度の観察によって供述内容の真実性を吟味する必要があるにもかかわらず、公判期日外の供述の場合、かかる信用性の吟味手段がないため(注1)、証拠から原則的に排除し、事実認定の正確性を担保することにある。

そうだとすれば、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする証拠で、その供述内容たる事実の真実性を立証するために用いられるものをいい(注2)、伝聞証拠に当たるかどうかは、これによって直接証明しようとする事実(要証事実)と供述者の知覚との関係で相対的に決まる。

注1) 伝聞法則の趣旨として、さらに公判期日外供述の場合、宣誓や偽証罪告知による信用性担保手段がないことも挙げられる。

注2) 通説たる形式説による定義である。

(イ) 非伝聞について

前記のとおり、伝聞証拠の定義を前提とすると、公判廷外の供述を内容とする証拠であっても、「供述の存在」それ自体を要証事実とし、同証拠をその供述内容の真実性の立証に用いるものでないならば、伝聞証拠ではなく伝聞法則の適用がないことになる。これを、講学上、「非伝聞」と呼称する。

「非伝聞」とされるケースは種々のものがあるが、ひとつの類型として、本設例のような共犯者同士で授受された「犯行計画メモ」も指摘されている。

しかし、留意されるべきことは、「供述の存在それ自体」(メモ等の書面の場合には書面の存在それ自体)を立証する旨立証趣旨で指定したとしても、「供述の存在それ自体」が、供述内容の真実性を前提としないでも争点となっている主要事実等の立証上意味を持つ(証拠価値を有する)といえな

いならば、非伝聞としてこれを証拠として許容することは伝聞法則の潜脱となり、許されない（この場合、裁判所が、当事者が設定した立証趣旨にかかわらず実質的に要証事実を設定しなければならない〔**最決平成 17・9・27 刑集 59・7・753, 百選（10版）83 事件**〕。）。

例えば、犯行計画メモの場合、同メモの存在自体が間接事実として争点となる主要事実等に対して推認力を持つかどうかは、間接事実というものが他の証拠関係を総合して事実認定に供されるものである以上、**メモの存在自体**のみならず、**供述のなされた時期**（メモの作成時期）、**相手**、**状況**（授受の状況）、**他の証拠関係との一致**なども考慮して総合的に評価されるべきであろう。

#### ウ 法適用（本件メモの証拠能力の判断）

本件公判において、被告人甲は、本件傷害事実につき共犯者・実行担当者乙との共謀を否認している。甲の弁護人は、本件メモの取調べ請求に対し、法 326 条の同意をせず、同条による証拠能力付与は認められない。

そこで、本件メモにつき、窮極的な立証対象である乙との共謀（甲の罪責を基礎付ける主要事実である。）を立証するため、「本件メモの存在」を要証事実とすることにより、前記非伝聞として証拠能力を認められないか。

前記のとおり、本件メモは、記載内容からすると何らかの暴行傷害の場所、日時、方法、犯行後の逃走方法を記載しているものと認められる。このメモは、甲が、本件傷害事実の前日までに記載作成し、事件の前日にVを襲う謀議をした際に実行者乙に渡されたとの外形事情が、その筆跡、乙の供述、甲逮捕釈放及び乙逮捕の前後関係から明らかである。加えて、犯行の前に授受されたものであるのに、場所・時間、手口、逃走方法がいずれも、実際に敢行されたものと一致している。

このように、本件メモは、その記載内容に加え、被告人が犯行の前日までに作成し、前日の共謀の際に実行者乙に授受され、実際の犯行に合致していることなども併せ考慮すれば、その記載内容の真実性を問題とするまでもなく、そのメモの存在それ自体で、乙との共謀を推認させるものいえる。

したがって、このような推認構造の下では、本件メモについては、乙との共謀立証上、供述内容（記載内容）の真実性の立証に用いるものではなく、その存在それ自体を要証事実とするものであるので、伝聞証拠ではなく、すなわち、非伝聞的用法の一種として、伝聞法則の適用はなく、証拠能力を肯定することができる。

#### エ 他の法律構成（伝聞証拠の構成、精神状態の供述理論）

以上のとおりの「非伝聞」構成のほか、証拠能力肯定のための他の構成も考えられる。

本件メモには、作成者甲の公判期日外の供述が記載されているところ、その記載内容につき、乙の供述内容（説明）を併せ考慮すれば、「（翌日の）朝 8 時頃、Y 公園で、（V を）バットで殴る（との事件を起こして）バイクで逃げる」との趣旨に理解できる。

すなわち、作成者甲自身の作成時におけるV襲撃の意図（精神状態）を述べる供述と理解することになる。

そうだとすると、本件メモにつき、その要証事実を「（その記載内容どおり

の) Vに対する襲撃の意図」の存在と捉え、記載内容の真実性の立証に用いるものとして、伝聞証拠として扱いながら、いわゆる「精神状態の供述理論」により、前記供述過程のうち、知覚、記憶の過程の欠如を理由に、伝聞法則を適用しないとの見解(非伝聞説)に立ち、伝聞法則を適用しないとの結論を導く構成も考えられる。

このような構成を採用する場合には、本件メモの記載につき、精神状態の供述と捉えて、要証事実(作成当時の内心の状態)を的確に設定し、その伝聞法則不適用の見解(非伝聞説)の論証を行う必要がある。

あるいはまた、本件メモを、前記のとおり被告人甲本人の供述を記載した伝聞証拠と捉えた上で、伝聞例外規定(法322条1項の「不利益事実の承認」及び「任意性」の要件)の下で証拠能力を肯定するとの構成もあり得よう。

しかしながら、以上のような伝聞証拠構成については、本件メモの記載(甲の供述)内容の意味を他者である乙の供述で補充することが許されるのか(本件メモには、「Vを殴る」とは一切記載されていないことに注意。)、また、作成時の甲の精神状態を立証することが、どのような推認過程により「乙との共謀」の立証に役立つのか(甲のV襲撃意図が、即、乙との共謀を意味するものではない。)、などの疑問がある。

したがって、本件設例のような断片的な記載メモでは、記載内容の意味を問題とすることなく、メモの存在という外形事情で推認過程を説明できる「非伝聞」構成の方が簡明といえよう。

## 2 評価

(全体として)

- (1) 事例に対する解決を求める問(1)及び問(2)については、問題解決に必要な一般的基準を法解釈により定立した上、本件事案から適切に具体的事情を抽出して当てはめて結論を示すことが必要である。これまでの入試説明でも繰り返し説明してきたとおり、法解釈や判断基準を示すことなく、問題文中の事実を並べて、これらを総合して適法(違法)であると述べるにとどまる答案は、法的三段論法を理解しないものとして低い評価にとどまる。
- (2) 本問では、前記のとおり、刑訴法の基本的事項に関する理解を問うものであるため、百選登載レベルの判例についての確に理解すること、教科書で述べられている重要概念(再逮捕・再勾留禁止の原則、伝聞法則)の基本的知識などを答案に反映することにより、十分な合格水準に達したものと思われる。

(個別論点について)

- (1) 重要概念の定義を述べる際には、何よりも正確性が大切である。「再逮捕・再勾留禁止の原則」の定義において「同一被疑事実について」の文言が落ちていたり、「伝聞証拠」の定義(通説による定義)において、「公判期日外の供述を内容とする証拠で」の下線部分が落ちていないか注意を要する。
- (2) 解釈論を展開するに当たり、関係する条文については言及するようにされたい。不適切な例として、「逮捕勾留には厳格な期間制限があること」を述べる場合には、「法203条以下」など。条文の摘示がなかったり、総則の規定(法59条以下)を挙げるものがあつた。また、伝聞法則に関し、「法320条1項」の摘示がないものなどである。
- (3) 法解釈論を展開する場合、実質的な理由・抽象的な理由ではなく、制度趣旨から導かれる理論的理由を重視されたい。例えば、再逮捕・再勾留禁止の原則の例外を述べるに当たり、「例外を認めないと真実発見に反する」では不十分であり、再逮

捕・再勾留禁止の原則（厳格な身柄拘束期間の制限の潜脱の防止）との関係を踏まえた論証が望まれる。

- (4) 設問(2)のように、伝聞法則の適用・不適用に関する問題にあつては、①非伝聞、②伝聞証拠と扱いつつ、精神状態の供述理論（非伝聞説）、③伝聞証拠と扱いつつ、伝聞例外を検討するとの3つのアプローチがある。論述に当たっては、的確に要証事実を明示するなどして、どのアプローチを採用しているのか分かるように論述すべきである。要証事実とは、①では「供述（メモ）の存在それ自体」、②では「供述（作成）当時の作成者の精神状態」、③では「供述（記載）内容たる事実の存在」である。①非伝聞のアプローチを採りながら、要証事実を「被告人甲と乙との共謀」とする答案があつたが、伝聞法則にいう「要証事実（直接の立証事項）」と講学上の「主要事実」（窮極的な立証命題である要件事実）とを混同しているものと言わざるを得ない。