

**2025年度同志社大学大学院司法研究科**  
**前期日程試験問題解説**  
**刑事訴訟法**

1 解説

(1) 出題の趣旨

本問は、司法・行政警察活動の区別を踏まえた上での「職務質問に伴う有形力行使の限界」、「同種前科事実による犯罪事実の立証の可否」など、いずれも刑訴法に関する基本問題を問うことにより、基本的な知識やこれを踏まえた解釈能力、及び解釈で導いた法理論等を具体的事案に適用できるか（特に第1問）という法適用能力を試すものである。

(2) 第1問について（職務質問に伴う有形力行使の限界）

ア 職務質問開始自体の適法性

警察官Kは、ホテル支配人Aの通報により臨場して同宿泊客である甲に質問をしているが、この段階では、甲について無銭宿泊又は薬物犯罪などの何らかの犯罪の可能性が生じているにとどまり、特定の犯罪の嫌疑まで生じておらず、Kが行うとした質問は、特定の犯罪の犯人の検挙やその証拠収集（捜査）を目的としたものではなく、犯罪の予防を目的とした不審事由の解明のためのもの（行政警察活動）であり、警職法2条1項に基づく、職務質問と解される。

チェックアウトの徒過、不可解な言動などあったとのAからの説明内容に加え、甲が全裸で入れ墨をしていた上、制服姿のKをみるやドアを慌てて閉めるなどの警察に対する不自然な回避行動から、警職法2条1項が規定する、「何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由」（以下「不審事由」という。）が認められ、Kが職務質問を開始したことは適法である。

イ 問題の所在

ところが、Kは、前記職務質問に当たり、甲の承諾もなく、客室ドアを内側に押し開け、一歩足を室内に踏み入れるなどの有形力を行使しており、任意処分であるはずの職務質問に当たってこのような有形力を行使することの適法性が問われている。

かかる警察官の行為は（仮に強制手段ではなかったとしても）相手方の自由権利の制約を伴っている以上、侵害留保原則によれば授權規定が必要であるが、これを何に求めるか（許容性の根拠）、また許容するにしても、いかなる枠組みでこれを規律するのか（有形力行使等の限界）が問題となる。

ウ 許容性の根拠～職務質問付随行為説

(ア) 警職法2条1項の位置づけ

同条項の理解につき、確認規定か創設的規定かどうか議論されていたが、現在は、侵害留保原則との関係で創設的規定であると解する見解が通説である。

すなわち、同条項が対象者を限定した上で停止措置を認めていることからすれば、警察官には発問をする前提として何らかの措置を採る権限を付与されたと解されること（大谷直人「職務質問における『停止』」増補令状基本問題（上）66, 67）、つまり全くの相手の承諾を得て行う行政活動（非侵害的行政活

動)しか許容していないならばそもそも警職法2条1項は必要でなくなる(単なる確認規定となる)こと(小川・百選(10版)6,川出・判例講座〔捜査・証拠篇〕2版26頁)などから,同条項は,相手方が承諾しない場合でもなお侵害的行政活動ができるという意味での(警察官の権限)創設的規定と解される(古江・事例演習刑事訴訟法(3版)35,36頁,酒巻・刑訴(2版)43頁,川出・法教259・76,77)。

(イ) 職務質問付随行為説

このように,警職法2条1項は,侵害留保原則との関係で警察官の職務質問に関する権限を創設した規定であると解されるところ,同条項が,対象者の限定等の一定の要件を定めて警察官に質問の権限を付与していることから,質問を実施し継続し得る状況を確保するための一定の有形力等の行使も職務質問に付随して許容しているものと解される(酒巻・刑訴(2版)43頁,44頁参照)。

後記・平成15年判例が,法適用において「……このような状況の推移に照らせば,被告人の行動に接した警察官らが無銭宿泊や薬物使用の疑いを深めるのは,無理からぬところであって,質問を継続し得る状況を確保するため,内ドアを押し開け,内玄関と客室の境の敷居上辺りに足を踏み入れ,内ドアが閉められるのを防止したことは,警察官職務執行法2条1項に基づく職務質問に付随するものとして,適法な措置であったというべきである。」と判示しているが,(明示的判示はないものの)かかる解釈論(職務質問付随行為説)を採用しているものと解される。注)

注) 警職法2条1項「停止させて」の文言を重視して停止させるための一定の有形力を容認する見解(東麻布職質事件・東京高判昭49・9・30刑月6・9・960,判例教材(5版)9頁)もあるが,単純に「停止させて」の文言のみを重視すると,停止させる行為以外の態様(例えば,対象者がいるホテル客室内への立入,凶器となり得る物から対象者を引き離す行為等)の有形力等について許容できないとの解釈になりかねないので,職務質問付随行為説の方が一般理論として優れていると思われる。

エ 有形力行使の限界

このように職務質問において有形力行使が可能であるとの余地を認めたとしても,その限界はどのように考えるべきか。これは,職務質問が任意処分であること(警職法2条3項)からの制約,及び一般原則である比例原則による制約の二段階で判断されるべきである。

(ア) 第一段階の判断枠組み～強制処分の禁止

警職法2条3項により,身柄拘束,意に反する署等への同行,答弁強要という強制手段は明示的に禁止されているところ,同条項は,「刑訴法の規定によらない限り」と規定していることから(注),職務質問に当たり,明文で列举されている身柄拘束・答弁強要に限らず,その他刑訴法197条1項但書きにいう「強制の処分」に至るような処分(刑訴法上の強制処分に匹敵するような処分[宮木・百選(10版)9])は警職法2条3項によって禁止されていると解する見解が有力である。

注) つまり,あくまで警職法2条3項が禁止しているのは行政警察活動としての身柄拘束等の「強制処分」であるが,このような行政警察活動がもし捜査目的で行われたならば刑訴法197条1項但書きにいう「強制の処分」に当たると評価さ

れるような活動は、警職法2条3項により禁止されると解釈される、ということである。したがって、侵害留保原則から、刑訴法上強制処分に当たるような行為は法律上の根拠を要するところ、警職法2条3項の文意から他に根拠規定は存在しない（同条1項によりそのような行為まで許容したものと解されない。）。結局、この見解によれば、行政警察活動の規律の第1段階の判断枠組みは、警職法2条3項を介して、刑訴法197条1項但書きの基準（昭和51年判例・岐阜呼気検査拒否事件の第一段階の判断枠組み〔強制処分該当性〕）と同様の基準が用いられることになる（川出・判例講座〔捜査・証拠篇〕2版29頁）。

(イ) 第二段階の判断枠組み～警察比例原則による規律

警職法が、一定の要件を明示して具体的な手段を採る権限根拠を付与していることから、職務質問にあっても、強制手段に至らない程度の、心理的影響力ないし有形力の行使は許されるが、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがある以上、無制約ではなく、警察比例の原則（警職法1条2項参照）に則り、職務質問及び当該有形力行使の目的、必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況の下で相当と認められる限度で許容される。

通説的見解である（堀籠・昭和53年度判例解説（刑事）412頁、江口和伸・百選（9版）7頁。川出・法教259・77、大谷・増補令状基本問題（上）69、今井祐子・「職務質問における『停止』」別冊判タ34・28。また酒巻・刑訴（2版）44頁参照）。注）以上に対し、刑訴法197条1項説（昭和51年判例の枠組みによる見解）もある。すなわち、職務質問という行政警察活動は、司法警察活動と類似し連続するものであること（①両者の主体がともに警察官であること、②例えば、特定の犯罪が発生した後の職務質問等では両者が不可分の状態になっていること、③職務質問等の結果、犯罪の嫌疑が明らかになり行政警察活動が司法警察活動に移行発展すること）、また、前記のとおり、捜査目的で職務質問を行使できると解され、行政・司法警察活動の双方の性格を併有していることを重視し、任意捜査に関する有形力行使等の許容性及びその規律を判示した**昭和51年判例**の射程が及ぶと解し、刑訴法197条1項により、同条項但書きにより強制処分には特別の法定の根拠が要求されるとともに、またそこである強制処分に当たらない限りは、任意処分である職務質問でも一定の有形力行使等が認められるとする見解もあろう（田口・刑訴〔7版〕59頁ないし62頁、岩下・百選（11版）8はこれに近い）。

しかし、職務質問に伴う有形力行使の問題を、このように刑訴法197条1項の解釈論で対応する見解に対しては、<1>仮に当該職務質問が捜査目的で行われ司法警察活動の性格を併有していたとしても、それが直ちに行政警察活動としての職務質問に刑訴法197条1項を適用する根拠とはならないこと（捜査部分に刑訴法から導かれる規範が重疊的に適用されるだけのことである。）、また、判例解釈としても<2>職務質問・所持品検査に関する判例（**最決平15・5・26刑集59・5・620**、**米子銀行強盗事件・最判昭53・6・20刑集32巻4号670頁**、**百選（11版）4事件**）が示す基準は類似するも刑訴法197条1項に関する**昭和51年判例**（**最決昭和51・3・16刑集30巻2号187頁**、**百選（11版）1事件**）を直接引用してないこと（行政警察活動に同判例の射程は及ばないとの見解であることは明らか）などの疑問がある。

オ 法適用  
（付随行為性）

Kの本件行為は、警職法2条1項の「停止させ」る行為そのものではないが、ドアを閉めようとする甲の態度にかんがみ、職務質問を実施継続し得る状況を確保するために必要不可欠な行為であって、職務質問に付随する有形力行使であると認められる。

#### (強制処分該当性)

宿泊中は客が第一次的な管理権を有するホテル客室の性格に照らし、宿泊客の意思に反して同室の内部に立ち入ることは、原則として許されない。したがって、Kは、ホテル責任者Aから甲との対応を委ねられており、本件行為についても乙の推定的な承諾に基づく余地があるとはいえ、部屋に対し第一次的な管理権を有する宿泊客である甲の承諾はない以上、対象者の明示または黙示の意思に反する。

しかしながら、Kは、甲の身体の一部の自由や行動の自由には直接の制約を加えておらず、また、室内への侵入も身体の一部のみを差し入れたもので、捜索に匹敵するような私的領域への侵入(又は室内の全面的なプライバシー侵害)もなく、宿泊客たる甲の重要な利益の実質的侵害には至っておらず、強制処分に該当するとはいえず警職法2条3項に反するとはいえない。

#### (比例原則)

前記のとおり、不審事由が存在した上、全裸で現れドアを突然閉めようとする甲の態度から、その不審事由が一層深まり、質問を続行する必要性が高い。

甲は、チェックアウトタイムを大幅に過ぎ、ホテル側から退去を求められるなど、もはや通常の宿泊客とはみられず、その宿泊部屋に対するプライバシーの要保護性は低下していた。

Kは、来意を告知するなど甲の心境には配慮した上で質問を開始し、質問実施方法も相当である上、質問実施とは無関係の有形力は行使していないことなどから、その有形力行使による法益侵害は必要最小限度であって、前記Kの本件行為は、質問の必要性、及び実施のための有形力を行使する必要性と甲の法益侵害とが合理的均衡を失っておらず、当該状況の下で相当と認められる。

### カ 参考判例

本事例問題において参考素材となった判例として以下のものがある(もともと、出題のため事案を簡略にするなど適宜修正を加えている。)

○ **瑞穂町ラブホテル覚せい剤所持事件・最決平15・5・26刑集59・5・620, 判時1829・154, 判タ1127・123, 百選(11版)3事件, 判例教材(5版)31頁, CB(5版)46頁**

#### 【事案の概要】

##### (1) 本件ホテルによる警察官への通報

被告人は、平成9年8月11日午後1時過ぎ、東京都西多摩郡瑞穂町(以下略)所在のいわゆるラブホテルである「A」(以下「本件ホテル」という。)301号室に1人で投宿した。本件ホテルの責任者Bは、同月12日朝、被告人が**チェックアウト予定の午前10時になってもチェックアウトをせず**、かえって清涼飲料水を一度に5缶も注文したことや、被告人が入れ墨をしていたことから、暴力団関係者を宿泊させてしまい、いつ退去するか分からない状況になっているのではないかと心配になり、また、職務上の経験から飲料水を大量に飲む場合は薬物使用の可能性が高いとの知識を有していたので、**薬物使用も懸念した**。Bは、再三にわたり、チェックアウト時刻を確認するため被告人に問い合わせたが、返答は要領を得ず、この間、被告人は、「フロントの者です。」とドア越しに声をかけられると「うる

さい。」と怒鳴り返し、料金の精算要求に対しては「この部屋は二つに分かれているんじゃないか。」と言うなど、**不可解な言動をした**。このため、Bは、110番通報をし、警察に対し、被告人が宿泊料金を支払わないこと、被告人にホテルから退去してほしいことのほか、薬物使用の可能性のあることを告げた。

(2) 警察官の臨場

警視庁福生警察署地域課所属の司法巡査C及び同Dは、同日午後1時11分ころ、パトカーで警ら中、通信指令本部からの無線通報を傍受し、直ちに本件ホテルへ向かった。

(3) 警察官による不審事由の覚知

C、D両巡査は、同日午後1時38分ころ、本件ホテルに到着し、Bから事情説明を受けた。Bは、C巡査らに対し、被告人を部屋から退去させてほしいこと、被告人は入れ墨をしており、薬物を使用している可能性があること等を述べた。

C巡査が301号室の被告人に電話をかけて料金の支払を促したところ、被告人から「分かった、分かった。」との返事があったが、Bからこれまでと同じ反応であると聞かされて、同巡査は、被告人が無銭宿泊ではないかとも考えた。しかし、C巡査は、被告人のいる場所がホテルの客室であるため、慎重を期す必要があると考え、署の上司に電話で相談したところ、部屋に行って事情を聞くようにとの指示を受けたので、Bの了解の下に、**無銭宿泊の疑いのほか、薬物使用のことも念頭に置いて**、警察官職務執行法2条1項に基づき職務質問を行うこととし、B、D巡査及び先に臨場していた駐在所勤務のE巡査部長と共に、4人で301号室へ赴いた。

(4) 職務質問実施のため措置と、室内への立ち入り

C巡査は、301号室に到着すると、ドアをたたいて声をかけたが、返事がなかったため、無施錠の外ドアを開けて内玄関に入り、再度室内に向かって「お客さん、お金払ってよ。」と声をかけた。すると、被告人は、内ドアを内向きに約20ないし30センチメートル開けたが、すぐにこれを閉めた。同巡査は、被告人が全裸であり、入れ墨をしているのを現認したことに加え、制服姿の自分と目が合うや被告人が慌てて内ドアを閉めたことに不審の念を強め、**職務質問を継続するため、被告人が内側から押さえているドアを押し開け、ほぼ全開の状態にして、内玄関と客室の境の敷居上辺りに足を踏み入れ、内ドアが閉められるのを防止したが**、その途端に被告人が両手を振り上げて殴りかかるようにしてきた。

そこで、同巡査は、とっさに被告人の右腕をつかみ、次いで同巡査の後方にいたD巡査も被告人の左腕をつかみ、その手を振りほどこうとしてもがく被告人を同室内のドアから入って右手すぐの場所に置かれたソファに座らせ、C巡査が被告人の右足を、D巡査がその左足をそれぞれ両足ではさむようにして被告人を押さえつけた。

【判示】

「1 警察官が内ドアの敷居上辺りに足を踏み入れた措置について

一般に、警察官が警察官職務執行法2条1項に基づき、ホテル客室内の宿泊客に対して職務質問を行うに当たっては、ホテル客室の性格に照らし、宿泊客の意思に反して同室の内部に立ち入ることは、原則として許されないものと解される。

しかしながら、前記の事実経過によれば、被告人は、チェックアウトの予定時刻を過ぎても一向にチェックアウトをせず、ホテル側から問合せを受けても言を左右にして長時間を経過し、その間不可解な言動をしたこと

から、ホテル責任者に不審に思われ、**料金不払、不退去、薬物使用の可能性を理由に110番通報され**（※→不審事由の存在）、警察官が臨場してホテルの責任者から被告人を退去させてほしい旨の要請を受ける事態に至っており、被告人は、**もはや通常の宿泊客とはみられない状況**になっていた（※→**プライバシー要保護性の低下**）。そして、警察官は、職務質問を実施するに当たり、客室入口において外ドアをたたいて声をかけたが、返事がなかったことから、無施錠の外ドアを開けて内玄関に入ったものであり、**その直後に室内に向かって料金支払を督促する来意を告げている**（※→**警察官の手順**）。これに対し、被告人は、何ら納得し得る説明をせず、制服姿の警察官に気付くと、いったん開けた内ドアを急に閉めて押さえるという不審な行動に出たものであった。このような状況の推移に照らせば、被告人の行動に接した**警察官らが無銭宿泊や薬物使用の疑いを深めるのは、無理からぬところであって、質問を継続し得る状況を確認するため、内ドアを押し開け、内玄関と客室の境の敷居上辺りに足を踏み入れ、内ドアが閉められるのを防止したことは、警察官職務執行法2条1項に基づく職務質問に付随するものとして、適法な措置であった**というべきである。本件においては、その直後に警察官らが内ドアの内部にまで立ち入った事実があるが、この立入りは、前記のとおり、被告人による突然の暴行を契機とするものであるから、上記結論を左右するものとは解されない。」

(3) 第2問について（同種前科事実による犯罪立証の可否）

ア 類似事実による犯罪立証の原則的禁止

類似事実とは、広い意味では、起訴された犯罪事実と類似する事実に関する証拠で、当該犯罪事実の立証や情状立証に用いられる可能性があるもの（伊藤雅人「類似事実による立証」植村退官記念1・365）をいい、同種前科事実、同種余罪事実などが典型例である。

類似事実（同種前科・余罪事実等）は、公訴事実と類似するか、同種であるか又は関連する事実として、犯罪事実を立証するための間接事実となりうるものであるが、しかし、我が国においても、英米法（注1）の影響を受け、検察官が犯罪事実を立証するために、被告人の類似事実を間接事実として、犯罪事実を証明するための用いることは、いわゆる**悪性格による立証**として、原則的に禁止される。（注2）

注1）英米法における**性格証拠法則**（Character Evidence Rule）に由来し、この法則の母国である英国では、悪性格に関する証拠、前科、余罪等の類似事実だけでなく、犯罪以外の不良な素行に関する証拠や、被告人がそのような不良な素行に及ぶ性向を有することに関する証拠が含まれる（伊藤雅人「類似事実による立証について」植村退官記念1・366）。

注2）単に、類似事実のみから犯人性を認定することが許されないというのではなく、そもそも犯人性の立証のために類似事実の立証自体が許されないとされていることに注意（堀江・LQ(2版)360頁）。

すなわち、このような悪性格に関する証拠については、自然的関連性は認められるが（又は、自然的関連性が認められるとしても（注））、

① 典型的に裁判所に対して予断偏見を与え、誤った心証を形成させる危険があること（**不当な偏見等による事実認定の誤りのおそれ**）

副次的な理由として、

② **不公正な不意打ちとなること**（被告人をして、従来のあらゆる非行について、短期間のうちに反駁しなければならない困難な地位に立たせる）

③ **争点の拡散・混乱が生じ審理が遅延すること**（公訴事実の存否という本来の争点から外れて、二次的な問題にとどまる被告人の性格に事実認定者が注意を奪われる）

からとして、原則として許されないとする見解が一般である（安廣・大コンメン刑訴〔2版〕7・435、古江・事例演習刑事訴訟法（3版）319、320頁、酒巻・刑訴（2版）501頁、堀江・LQ（2版）360頁など）。

#### イ 偏見等による誤導のおそれの趣旨～**不確実な二重の推認の問題**

①の偏見等による誤導の危険性こそが、類似事実による立証の禁止の本質的な理由であるが、これは、類似事実によって公訴事実を推認する過程は、被告人が他の犯罪事実を犯していることから被告人は犯罪を行う悪性格（**犯罪性向**）があることを推認し、その悪性格（**犯罪性向**）から被告人が公訴事実を行ったことを推認するという**二重の推認過程**を経るものであるが、その推認力はいずれも低く、**不確実な推認に過ぎない**にもかかわらず、〔犯罪者（前科者）に対する道徳的反感に引きずられて（笹倉・百選（10版）145頁）、あるいは、犯罪や犯罪者に対する素朴な嫌悪感等から（渡邊＝野上・警学71・12・162）〕一見すると強い推認力があるかのような**不当な影響力（偏見）**を事実認定者に与えるということである（伊藤・植村退官記念1・367、安廣・大コンメン刑訴〔2版〕7・435、秋吉・百選（8版）134、成瀬剛「類似事実による立証」井上＝酒巻・刑訴の争点154、古江・事例演習刑事訴訟法（3版）318～320頁。特に、2段目の推認力が低いことにつき、伊藤・植村退官記念1・367）。

#### ウ 証拠能力否定の法的構成～**法律的関連性**

このような見解、特に明文の根拠規定を持つわけではないが、平野博士以来の通説的見解は、裁判官に不当な予断・偏見を与え事実認定の判断を誤らせるおそれがある場合には、前科・余罪・悪性格を立証する証拠については**法律的関連性がない**としてその証拠能力を否定するとの立場をとり、悪性格による立証も法律的関連性にかかるとされてきた（平野・全集刑訴193、238、鈴木・刑訴〔改訂版〕192、193、田宮・刑訴〔新版〕325、326、堀江・LQ（2版）360頁）。

注）以上に対し、前記のとおり、悪性格の立証は、法律的関連性の問題のみに限られないこと、また、後記**平成24年判例**が、「法律的関連性」の概念を用いなかったことから、端的に、誤導のおそれから、論理的関連性の欠如により証拠能力が否定されるとの見解もあろう（笹倉・法教364・29、30）。

#### エ 例外的許容

本問では、問題点について述べるのが求められており、例外的許容までの論述まで求めていないが（論述があれば加点事由とした）、例外として、いくつかの事由が議論されている。

まず一般論として、前記のとおり、類似事実立証の禁止の理由が、悪性格（犯罪性向）を介在させた不確実な二重の推認（と不当な偏見）による事実認定の誤りの危険性にあるのであれば、悪性格（犯罪性向）を介在させない直接かつ合理的な推認であるなど（古江・事例演習刑事訴訟法（3版）322頁）、かかる危険性が低くかつ、立証の必要性がこれを上まわる場合には許容される、といえよう（下記最高裁の判示によれば、「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がないと認

められるとき」となる)。

例外的許容として、①前科が構成要件の一部を構成している場合(常習累犯窃盗)や余罪・前科をもって構成要件としての常習性を認定する場合(常習賭博等)などがあり、また、②手口の特殊性・類似性による同種前科・余罪の存在により公訴事実と被告人との同一性を証明する場合などが挙げられる(下記最高裁の判示によれば「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」である。)。このような事情があれば、「顕著な特徴を共通する同種犯行を第三者が行ったという偶然は考えにくい」との経験則に基づき、被告人の犯人性を推認することになり、本判決が問題にする実証的根拠に乏しい人格評価を介しない推論過程になるから、例外として許容されたと解される(細谷・百選(11版)141)。

## オ 最高裁判例

我が国の最高裁も、類似事実のうち同種前科事実による犯罪事実の立証について以下のとおり、原則的に禁止することを明らかにしている。

○東京葛飾腹いせ放火事件・最判平 24・9・7 刑集 66・9・907, 判時 2164・45, 判タ 1382・85, 百選(11版)60事件, 判例教材(5版)432頁,

【判示①】(前科証拠の証拠能力に関する判断枠組みの判示部分)

「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るべきである。**

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 評価

- (1) 事例に対する解決を求める第1問については、問題の所在を述べた上で、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な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・判断基準(第1問であれば、職務質問付随行為説、警職法2条3項の解釈、比例原則)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。

問題の所在を述べるに当たっては関連条文(警職法2条1項)の指摘は必要で



あり、法解釈に当たっては、当然、指導判例たる**平成 15 年判例**を踏まえたものであることが望まれる。

- (2) 加えて、本問では、第 1 問にあつては、法適用に当たり、法適用の基礎となる事実を適切に問題文から抽出した上で、評価を加えた上で法規範に当てはめているかどうか、を重視した。なお、問題文で、下線部の行為が「捜査か行政警察活動のどちらか」であることも問うているので、自説の立場を明らかにすることなく安易に両論併記するのは望ましくない。
- (3) 刑訴法の基本知識の理解を問う第 2 問については、前科事実による立証の問題点について、事実認定に用いること（証拠能力）の問題であることを意識した上でその理論的理由を述べているかどうかを重視した。これを述べるに当たってはやはり指導判例（**平成 24 年判例**）が存在している以上、その判示を意識したものであることが求められている。
- (4) 個別に指摘するならば、第 1 問においては、
  - ① 捜査か行政警察活動の区別に留意しうることが求められているのに、安易に当然に捜査だとして刑訴法の解釈を述べるもの、あるいは、行政警察活動（職務質問）に該当するとしつつ、二段階の判断枠組み（強制処分禁止・比例原則）を導くに当たり、警職法 2 条 3 項や同法 1 条 2 項に言及することなく行政警察活動と捜査の連続性のみ述べるもの
  - ② 判断枠組みや法適用について、強制処分の禁止又は比例原則のうち一方しかのべないもの
  - ③ 行政警察活動としつつ、法適用において、当該処分の必要性を述べるに当たり、不審事由の深まりではなく「犯罪の嫌疑の高まり」「証拠隠滅のおそれ」など捜査の適法性と混同するかのような論述をするものなどがあつた。
- (5) 第 2 問においては
  - ① 指導判例を踏まえるならば、問題点として犯罪性向という実証的根拠の乏しい人格評価を介在させる不確実な二重の推認による事実認定の誤りのおそれを論じるべきであるのに、安易に「悪性格による偏見のおそれ」などの表層的な指摘にとどまるもの
  - ② 予断排除の原則、無罪推定の原則（疑わしきは被告人の利益に）、被告人の更生あるいは他の証拠法則（伝聞法則、補強法則等）など、無関係な論点を述べるものなどがあつた。
- (6) 今後も刑訴法学習に当たっては指導判例を重視するとともに、少なくとも入試・入学までには、教科書全体を通読するなど第 1 審にかかわる刑訴法全般にわたって学習しておくことも大切である。