

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】

平成28年3月1日、H県J市内のV方が放火される事件が発生した。その際、V方玄関内から火の手が上がるのを見た通行人Wは、その直前に男が慌てた様子でV方玄関から出てきて走り去るのを目撃した。

V方の実況見分により、放火にはウィスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶が使用されたこと、V方居間にあった美術品の彫刻1点が盗まれていることが判明した。

捜査の過程で、平成21年1月に住宅に侵入して美術品の彫刻を盗みウィスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を使用して同住宅に放火したとの事件により、同年4月に懲役6年の有罪判決を受けた前科（以下「本件前科」という。）を有する甲が、平成27年4月に服役を終え、J市に隣接するH県K市内に単身居住していることが判明した。そこで、警察官が、甲の写真を含む多数の人物写真をWに示したところ、Wは、甲の写真を指し示し、「私が目撃したのはこの男に間違いありません。」と述べた。

甲は、平成28年3月23日、V方に侵入して彫刻1点を盗みV方に放火した旨の被疑事実（以下「本件被疑事実」という。）により逮捕され、同月25日から同年4月13日まで勾留されたが、この間、一貫して本件被疑事実を否認し、他に甲が本件被疑事実の犯人であることを示す証拠が発見されなかったことから、同月13日、処分保留で釈放された。

警察官は、甲が釈放された後も捜査を続けていたところ、甲が、同年3月5日に、V方で盗まれた彫刻1点を、H県から離れたL県内の古美術店に売却していたことが判明した。

①甲は、同年5月9日、本件被疑事実により逮捕され、同月11日から勾留された。間もなく甲は、自白に転じ、V方に侵入して、居間にあった彫刻1点を盗み、ウィスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を玄関ホールの床板にたたきつけてV方に放火した旨供述した。検察官は、同月20日、甲を本件被疑事実と同旨の公訴事実により公判請求した。

公判前整理手続において、甲及びその弁護人は、「V方に侵入したことも放火したこともない。彫刻は、甲が盗んだものではなく、友人から依頼されて売却したものである。」旨主張した。

そこで、検察官は、甲が前記公訴事実の犯人であることを立証するため、②本件前科の内容が記載された判決書謄本の証拠調べを請求した。

〔設問1〕

①の逮捕及び勾留の適法性について論じなさい。

〔設問2〕

②の判決書謄本を甲が前記公訴事実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。

2022年12月4日

担当：弁護士 佐竹勇祐

1
第1 設問1

2
1 ①の逮捕の適法性

3
(1) 本件被疑事実については、①の逮捕に先立ち平成28年3月2
4
3日に逮捕されているため、①の逮捕は同一被疑事実についての
5
再逮捕となる。そのため、逮捕・勾留一回性の原則に反しないか
6
が問題となる。

7
(2) 被疑者の身体拘束の自由の保護の観点から、厳格な身柄拘束期
8
間を定めている（刑訴法203条～206条）法の趣旨を没却し
9
ないよう、原則として再逮捕は許されない。

10
もつとも、捜査の流動性に鑑み、新たな身柄拘束の必要性が生
11
じた場合にまでこのような原則を貫くことは現実的ではないし、
12
また、条文上も、再逮捕を予定した規定（刑訴法199条3項、
13
規則142条1項8号）がある。

14
そこで、再逮捕の合理的必要性があり、身柄拘束の不当な蒸し
15
返しにならない場合には、例外的に再逮捕が許されると解される。

16
(3) 甲が、V方における被害のわずか4日後である平成28年3月
17
5日に、V方で盗まれた彫刻1点を、L県内の古美術店に売却し
18
ていたことが、甲が釈放された後の捜査において新証拠として判
19
明されている。また、通行人Wが警察官の質問に対し、多数の人
20
物写真の中から甲の写真を指し示し、「私が目撃したのはこの男
21
に違いありません。」と述べていることに加え、彫刻等の美術品
22
が日用品等と比べて頻繁に取引される物でないことからすれば、
23
甲が、V方から自ら盗んで所持していたVの彫刻を売却したもの

1 と推認でき、新証拠により、甲が犯人である嫌疑はさらに高まっ
2 たと言える。さらに、本件被疑事実は住居侵入、窃盗及び放火と
3 法定刑の重い重大犯罪であり、早期の検挙が望まれる。

4 以上からすれば、新証拠の発見や事情の変更による再逮捕の合
5 理的必要性があったといえる。

6 そして、甲によってV方で盗まれた彫刻1点がL県内の古美術
7 店で売却された事実は、甲の逮捕された同年3月23日以前の事
8 実であるが、L県はH県から離れた県であり、先行逮捕中に捜査
9 の手が及ばず、先行する逮捕の時点で発見できなかったとしても
10 やむを得ないものと言える。

11 以上からすれば、身柄拘束の不当な蒸し返しとはならない。

12 (4) したがって、①の逮捕は、適法である。

13 2 ①の勾留の適法性

14 (1) ①の勾留についても、上述1(1)のとおり、同一被疑事実につい
15 ての再勾留であるため、逮捕・勾留一回性の原則に反しないかが
16 問題となる。

17 (2) 前述1(2)のとおり、再勾留は原則として禁止され、加えて逮捕
18 と異なり、再勾留を前提とする規定は存在しない。

19 もっとも、再逮捕と同様、捜査の流動性から再勾留を認める必
20 要性があるし、逮捕と勾留の密接な関係性や真実発見の要請から
21 再勾留を許容する必要性がある。

22 しかし、勾留が身柄拘束期間の長い処分であり、身体自由に
23 対する配慮が強く要請されることからすれば、再勾留の必要性及

1
び身体拘束の不当な蒸し返しとならないかは、再逮捕の場合に比
2
して厳格に判断すべきである。

3
(3) 本件において、甲は、同年3月25日から、4月13日まで同
4
一の被疑事実で勾留延長を経た20日間という長期間先行して
5
勾留されており、再勾留による甲の不利益は大きい。

6
しかし、本件被疑事実は、法定刑に死刑を含んだ現住建造物放
7
火罪（刑法108条参照）という重大犯罪であることに加え、前
8
述したとおり、新証拠によって甲の嫌疑は、釈放する前に比べて
9
さらに高まっていることからすれば、再勾留の必要性は高い。

10
また、甲は、先行する勾留期間中一貫して被疑事実を否認して
11
いたことから、捜査が長期に及ぶことは想定できたものであるし、
12
前述のとおり、上記新証拠は、同年3月23日の甲の逮捕までに
13
発見できなかったのはやむを得ないものであることからすれば、
14
再勾留が身柄拘束の不当な蒸し返しになるとも言えない。

15
(4) したがって、①の再勾留は、適法である。

16 第2 設問2

17 1 伝聞法則との関係について

18
判決書謄本は、伝聞証拠（320条1項）であるが、323条1
19
号の書面にあたり、証拠能力を有する。

20 2 犯人性の立証

21
(1) 本件前科は、住宅に侵入して美術品を盗み放火したという事件
22
であり、本問の公訴事実と同種前科である。同種前科による犯人
23
性の証明は、類似事実として必要最小限度の証明力を有し、自然

1 的関連性は肯定できる。

2 　しかし、同種前科による犯人性の証明は、実証的根拠の乏しい
3 人格評価につながりやすく、事実誤認のおそれがあり、また、争
4 点拡散のおそれがあることから、原則として、同種前科に法律的
5 関連性を肯定することはできない。

6 　もともと、前科にかかる犯罪事実が顕著な特徴を有し、証明対
7 象の犯罪事実と相当程度類似する場合には、被告人の犯罪性向を
8 介在することなく前科の犯罪事実そのものから犯人性を直接推
9 認できるため例外的に法律的関連性を肯定することができる。

10 (2) 本件前科の特徴は、住宅に侵入して美術品である彫刻を盗み、
11 ウィスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を使用して住宅
12 に放火したというものであり、住宅に侵入したことや美術品であ
13 る彫刻という盗んだ物品、放火の方法において相当程度類似する
14 と言える。

15 　しかし、住居に侵入して金銭的価値のある美術品である彫刻を
16 盗むことは一般的な窃盗の手口である。また、ウィスキー瓶やガ
17 ソリンは誰でも入手可能で、ガソリンの揮発性が高いことは周知
18 の事実であり、手製の火炎瓶として放火の手段とすることが特異
19 な手法であるとは言えない。

20 (3) したがって、本件の前科事実は顕著な特徴を有せず、法律的関
21 連性を有しない。

22 (4) よって、②の判決書謄本を甲が公訴事実の犯人であることを立
23 証するために用いることは許されない。 以上

【答案練習会】 特別ゼミ「刑事訴訟法」

2022年12月4日実施

担当弁護士 佐竹 勇祐

<今回の授業の目標>

- ① 問題文から把握できることを知る（テクニック面）
- ② 論証との向き合い方（知識面）
- ③ 事実の適示と事実の評価とは何かを知る（応用力）

1 ①問題文から把握できること

(1) 設問1と設問2の関係から探る

- ・ 本件の設問1は、①の逮捕及び勾留の適法性の問題
→ 捜査の適法性の問題

- ・ 本件の設問2は、②の判決書謄本を甲が前記公訴事実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の問題
→ 証拠法の問題

Q 仮に逮捕及び勾留が違法であったらどうなるか？

Q 設問2との関係でどう考えるべきか？

※設問2自体は判決書謄本の証拠能力についての判断が求められている

(2) 問題文自体から探る

Q 本問題に違法収集証拠排除法則に関係しそうな記載はあるか？

2 ②論証との向き合い方

(1) 設問1

①の捜査の問題点が再逮捕・再勾留の問題であることの把握は容易
∴ 「本件被疑事実」により逮捕（H28年3月23日）→勾留（同年3月25日）→釈放（同年4月13日）→①逮捕（同年5月9日）→①勾留（同年5月11日）

※ 論証に入る前に必ず問題文から再逮捕再勾留が問題になることの説明を入れておくと答案を見る方としては点を付けやすい（私見）

<再逮捕再勾留の論証>

ア 問題点の把握

なぜ再逮捕再勾留がそもそも問題になるのか

→趣旨を考えるとときの基本

イ 原則：禁止

条文面：203条～208条

趣旨面：身柄拘束期間の厳格な時間制限

ウ 例外：一定の場合

条文面の指摘：199条3項、規則142条1項8号

再逮捕に対する合理的必要性と許容性

(考え方)

①先の逮捕終了後の事情変更により再逮捕すべき合理的必要性

②身柄拘束の不当な蒸し返しにならないこと

※ 再逮捕すべき合理的必要性とは

・新事情の出現

→新証拠の発見、あるいは逃亡・罪証隠滅のおそれの復活など

・被逮捕者の不利益との比較考量

→事案の重大性、事情変更による再逮捕の必要度、先行逮捕・勾留の身柄拘束期間とその間の捜査状況などの諸事情を勘案

※ 再逮捕と再勾留の違いの意識（2つ）

① 再勾留には条文上の規定はない（⇔逮捕と相互に密接不可分）

② 再勾留の方が厳格な判断

(2) 設問2

②の判決書謄本の問題は、悪性格立証の問題だと気付くことは容易

∵ 「本件前科」、検察官が「甲が前記公訴事実の犯人であることを立証」するために証拠調べ請求をしていること

<悪性格立証の論証>

ア (忘れがちな) 伝聞法則との関係

判決書謄本が伝聞証拠(320条1項)に該当するが、323条1号書面として証拠能力が認められること

イ 同種前科を証拠とすることの可否(メイン論点)

(論証順序)

① 同種前科と言えるかの問題

→前科の内容との比較

② 同種前科(類似事実証拠)がなぜ排斥されるのか

原則(悪性格立証として禁止)

自然的関連性は、肯定

しかし

・実証的根拠の乏しい人格評価による事実誤認のおそれ

・争点拡散のおそれ

→原則：法律的関連性は、否定

③ 例外(判例の規範)

「前科にかかる犯罪事実が顕著な特徴を有し、その特徴が証明対象の犯罪事実と相当程度類似する場合」

∵ 被告人の犯罪性向を介在することなく類似の犯罪事実そのものから犯人性を直接推認できるので例外的に法律的関連性を肯定出来る

3 事実の適示と事実の評価

(別紙)を参照しながら解説

[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】

平成28年3月1日、H県J市内のV方が放火される事件が発生した。その際、V方玄関内から火の手が上がるのを見た通行人Wは、その直前に男が慌てた様子でV方玄関から出てきて走り去るのを目撃した。

V方の実況見分により、(放火にはウィスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶が使用されたこと)(V方居間にあった美術品の彫刻1点が盗まれていること)が判明した。

捜査の過程で、平成21年1月に住宅に侵入して美術品の彫刻を盗みウィスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を使用して同住宅に放火したとの事件により、同年4月に懲役6年の有罪判決を受けた前科(以下「本件前科」という。)を有する甲が、平成27年4月に服役を終え、J市に隣接するH県K市内に単身居住していることが判明した。そこで、警察官が、甲の写真を含む多数の人物写真をWに示したところ、Wは、甲の写真を指し示し、「私が目撃したのはこの男に間違いありません。」と述べた。

甲は、平成28年3月23日、V方に侵入して彫刻1点を盗みV方に放火した旨の被疑事実(以下「本件被疑事実」という。)により逮捕され、同月25日から同年4月13日まで勾留されたが、この間、一貫して本件被疑事実を否認し、他に甲が本件被疑事実の犯人であることを示す証拠が発見されなかったことから、同月13日、処分保留で釈放された。

警察官は、甲が釈放された後も捜査を続けていたところ、甲が、同年3月5日に、V方で盗まれた彫刻1点を、H県から離れたL県内の古美術店に売却していたことが判明した。

①甲は、同年5月9日、本件被疑事実により逮捕され、同月11日から勾留された。間もなく甲は、(自白)に転じ、V方に侵入して、居間にあった彫刻1点を盗み、ウィスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を玄関ホールの床板にたたきつけてV方に放火した旨供述した。検察官は、同月20日、甲を本件被疑事実と同旨の公訴事実により公判請求した。

公判前整理手続において、甲及びその弁護人は、「V方に侵入したことも放火したこともない。彫刻は、甲が盗んだものではなく、友人から依頼されて売却したものである。」旨主張した。そこで、検察官は、甲が前記公訴事実の犯人であることを立証するため、②本件前科の内容が記載された判決書謄本の証拠調べを請求した。

【設問1】

①の逮捕及び勾留の適法性について論じなさい。

【設問2】

②の判決書謄本を甲が前記公訴事実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。

事件の発生

事件の内容

前科の内容

Wの面談

先行逮捕と勾留

新情報

再逮捕(再勾留)して起訴

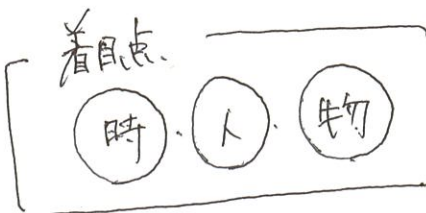
甲(弁)の主張

証拠請求

逮捕前情報

釈放後情報

起訴後



2022年12月4日

担当：弁護士 佐竹勇祐

最優秀答案

起案課題 (刑事訴訟法 2022 年 12 月 4 日)

回答者 : M. N.
点数 : 48 点

第1 設問 1

1 ①の逮捕の適法性

19.5

4 (1) 甲は、この逮捕に先立つ平成 28 年 3 月 23 日、本件被疑事実により逮捕されている。①このため、同一の被疑事実に基づく再逮捕として、その適法性が問題になる。

9 (2) 刑事訴訟法 (以下、略) は、逮捕・勾留について 203 条、208 条により厳格な身柄拘束期間を定めている。その趣旨は、逮捕・勾留は人の身体への重大な侵害であることから、拘束期間を最小限にして、不当な身柄拘束から被疑者の人権を保護する点にある。よって、同一の被疑事実による再逮捕・再勾留は、原則として認められない。

5 しかし、逮捕については、同一の犯罪事実により再逮捕が請求されることを想定した規定があり (199 条 3 項、規則 142 条 1 項 8 号)、「真実発見および捜査の必要性に照らし、一定の場合には例外的に許容されてよい」と考えられる。 「流罪性」といふ言葉がみえよいかも!

9 (3) そこで、(ア) 先行する身体拘束の後に被疑事実に関する新事情または新証拠が現れ、(イ) 犯罪の重大性や捜査の状況、事情変更などを考慮して合理的必要性があり、不当な蒸し返しにあたらない場合は、例外的に再逮捕が許されると解される。

(4) これを本件についてみると、甲が最初の逮捕後に釈放された後に、同年 3 月 5 日に、H 県の V 方で盗まれた彫刻を、甲が現場から離れた L 県の古美術商に売却していた事実が判明した。事件からわずか数日後に、甲が被害品を処分していた事実は、本件被疑事実の犯人と推認させる重要な証拠であり、事件に関する新たな事情、新証拠が現れたといえ、上記 (ア) を充たす。

10 (5) また、本件被疑事実は、窃盗及び現住建造物放火という重大犯罪にかかるもので、事案解明の必要性はきわめて高い。その一方で、新たに判明した事情、新証拠は、現場から離れた L 県で起きていたもので、最初の身柄拘束中に発見できなかったこともやむをえないものと言える。よって、再逮捕の合理的必要性があり、不当な蒸し返しにあたらないものであり、(イ) を充たす。

したがって、①の逮捕は適法といえる。

2 ①の勾留の適法性

- (1) 本件勾留は、同一の被疑事実に基づく再勾留にあたるため、再⁷拘留の適法性が問題となる。
- (2) 上記1の通り、同一の被疑⁹事実に基づく再勾留は、原則として認められない。⁹再勾留はこれを前提とする規定がない⁹が、これは、⁹勾留の拘束期間は逮捕より長く、被疑者の不利益が大きいため配慮を強く要するためと考えられる。しかし、⁹再逮捕と同様、再勾留を禁止する規定もない以上、⁹真実発見及び捜査の必要性から、一定の場合には再勾留はこれを許容されると考えられる。また、⁹逮捕は勾留の前置手続であるため(207条1項)、両者は密接不可分の関係にあり、法は再逮捕から再勾留を予定しているといえる。
- (3) よって、再逮捕と同じく、(ア)先行する身体拘束の後に被疑事実に関する新事情や新証拠が現れ、(イ)犯罪の重大性や捜査の状況、事情変更などを考慮して合理的必要性があり、不当な蒸し返しでない場合は、例外的に再勾留が認められると解される。ただし、勾留の拘束期間は逮捕より長い⁹ため、その判断は慎重に行う必要がある。
- (4) 本件についてこれをみると、(ア)の新事情、新証拠については、逮捕と同様であり、再勾留の必要性は高く、これを充たす。(イ)については、先行する勾留が20日間の最長期間行われたことから、再勾留による不利益は大きく、厳格に判断すべきとなる。しかし、本件は重大な犯罪にかかる被疑事実に関わるものであり、判明した新事情が犯罪現場から遠く離れた場所で起きており、先の勾留期間に発見できずともやむをえなかったこと等から考慮して、不当な蒸し返しにあたらないと評価できる。
- したがって、①における再勾留は適法である。

第2 設問2

14+5

1. 本件前科の内容が記された②の判決書謄本の証拠能力

- (1) ②の判決書謄本(以下、「本件証拠」という)に、甲が犯人であることを立証するための証拠能力が認められるか。
- (2) まず、本件証拠は、公判廷外の供述を内容としているため、伝聞証拠(320条1項)にあたる。そのため、原則として証拠能力が否定されるのではないかと考えられる。しかし、判決書謄本は、「公務員」である裁判官が、「その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」にあたる。よって、323条1号に基づき証拠能力が認められ、これを証拠とすることができる。
- (3) しかし、本件証拠には、甲の前科の内容が記載されているため、法的関連性が否定され、証拠として認められないのではないか。

気付いていって
自分でスゴイ!

3

理由をもうけ
+ 争点把握
がよい。

5

6

同種前科は、^③常習犯などの場合には、前科証拠の自然的関連性が認められることもあるが、前科による犯罪事実の証明は、(実証的根拠に乏しい人格的評価により不当な偏見を抱かせ、事実認定を誤らせる恐れが高い。よって、原則として、前科を内容とする証拠は、法律的関連性が認められない。

(4) しかし、前科にかかる犯罪事実^④に顕著な特徴があり、この特徴が犯罪事実と相当程度類似している場合は、そのごと自体が犯人の同一性を合理的に推認させる。このため、実証的根拠の乏しい人格的評価を介さず、誤った事実認定のおそれがないため、例外的に法律的関連性が肯定され、証拠能力が認められると解される。

(5) これを本件についてみると、本件前科の内容と前記公訴事実とは、住宅に侵入して美術品の彫刻を盗み、ウイスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を用いて放火するなどの、犯罪の対象、放火方法などの特徴が同じであり、相当程度類似していると言える。

もっとも、美術品の盗難自体は珍しいことではなく、犯行後に放火することも、窃盗の証拠を隠滅するためによく行われること^⑤であり、特徴的なこととまでは言えない。また、たしかにウイスキー瓶を用いた手製の火炎瓶による放火は特徴が似ているものの、ウイスキー瓶自体は誰もが入手できるもの^⑥であり、特段、顕著な特徴とまでは言えない。

(6) よって、本件証拠に記された前科の内容は、顕著な特徴を有するとまでは言えず、法律的関連性が認められる例外にはあたらない。

したがって、本件証拠は法律的関連性が認められず、証拠能力が否定されるため、甲が前期公訴事実の犯人であると立証するために用いることは許されない。

48 以上

余剰+5

検討可能な点を 過不足なく論じていて素晴らしい
答案でいい。本番でこれ書けたら文句なく上位合格
だと思います。論点が把握しやすい問題であったとは
いい。22年でキレイに答案の流れがわかる読みせ
いふのは素晴らしいと思います。おは秋王 勉強
を頑張ってください。