

令和3年

1 **〔刑事訴訟法〕**

2

3 次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

4

5 **【事例】**

6 令和2年10月2日午後2時頃、H県I市所在のマンション内にあるV方に2名の男が侵入し、金品を物
7 色中、帰宅したVと鉢合わせとなり、同男らのうち1名がナイフでVの腕を切り付けた上、もう1名がVの
8 持っていたバッグを奪うという住居侵入、強盗傷人事件が発生した。Vは、犯人らが立ち去った後、直ちに
9 110番通報し、同日午後2時20分頃、制服を着用したI署の司法警察員PとQがV方に到着した。Pら
10 は、Vから、犯人らの特徴と奪われたバッグの特徴を聞き出した上、管理人に依頼して同マンションの出入
11 口の防犯カメラ画像を確認した。その結果、同日午後2時1分頃に犯人らと特徴の一致する2名の男が走り
12 去っていく様子が映っており、そのうち1名は被害品と特徴の一致するバッグを所持していた。その後、P
13 らは、同男らの行方を捜した。

14 同日午後4時頃、Pらは、V方から直線距離で約5キロメートル離れた同市内の路上で、犯人らと特徴の
15 一致する甲及びもう1名の男を発見した。その際、甲は、被害品と特徴の一致するバッグを持っていた。そ
16 こで、Pは、甲らに対し、「I署の者ですが、話を聞きたいので、ちょっといいですか。」と声をかけた。す
17 ると、甲らがいきなり逃げ出し、途中で二手に分かれたことから、Pらは、前記バッグを持っていた甲を追
18 跡した。甲は、同バッグを投棄して逃走を続けたが、Pらは300メートルくらい走ったところで甲に追い
19 付き、同日午後4時3分頃、①Pが甲を刑事訴訟法第212条第2項に基づき本件住居侵入、強盗傷人の被
20 疑事実で逮捕した。もう1名の男は、発見には至らなかった。

21 甲は、同日午後4時30分頃からI署で開始された弁解録取手続において、本件の主任捜査官である司法
22 警察員Rに対し、「私がV方で強盗をしてバッグを奪ったことは間違いない。ナイフでVを切り付けたのは、
23 もう1人の男である。そのナイフは、警察に声をかけられる前に捨てた。捨てた場所は、地図で説明するこ
24 とはできないが、近くに行けば案内できると思う。もう1人の男の名前などは言いたくない。」旨述べた。
25 同日午後4時50分頃、弁解録取手続が終了し、Rは、直ちに甲にナイフの投棄場所を案内させて、ナイフ
26 の発見、押収及び甲を立会人としたその場所の実況見分を実施しようと考え、捜査員や車両の手配をした。

27 同日午後5時頃、出発しようとしたRに対し、甲の父親から甲の弁護人になるように依頼を受けたS弁護
28 士から電話があり、同日午後5時30分から30分間甲と接見したい旨の申出があった。Rは、S弁護士が
29 到着し、接見を終えてから出発したのでは、現場に到着する頃には辺りが暗くなることを見込まれていたこ
30 とから、S弁護士に対し、今から甲に案内させた上で実況見分を実施する予定があるため接見は午後8時以
31 降にしてほしい旨述べた。これに対し、S弁護士は、本日中だと前記30分間以外には接見の時間が取れず、
32 翌日だと午前9時から接見の時間が取れるが、何とか本日中に接見したい旨述べた。Rは、引き続きS弁護
33 士と協議を行うも、両者の意見は折り合わなかった。そのため、②Rは、S弁護士に対し、接見は翌日の午
34 前9時以降にしてほしい旨伝えて通話を終えた上、予定どおり甲を連れて実況見分に向かった。それまでの
35 間、甲は、弁護人及び弁護人となろうとする者のいずれとも接見していなかった。

36

37 **〔設問1〕**

38 ①の逮捕の適法性について論じなさい。

39

40 **〔設問2〕**

41 ②の措置の適法性について論じなさい。ただし、①の逮捕の適否が与える影響については論じなくてよ
42 い。

[解説]

設問 1

設問 1 では、準現行犯逮捕（刑事訴訟法 212 条 2 項、213 条）の適法性が問われています。

1. 準現行犯逮捕の要件

準現行犯逮捕の要件は、㉞212 条 2 項各号該当性、㉟犯行・逮捕間の時間的接着性、㊱逮捕者を基準とした犯罪と犯人の明白性及び㊲逮捕の必要性（規則 143 条の 3 準用）です。これらのうち、㉟・㊱は「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められる」に対応する要件であり、逮捕者における犯罪と犯人の明白性という準現行犯逮捕の実質的根拠から導かれるものです。

要件検討に入る前に、これらの要件を抽象論として示すとともに、要件と準現行犯逮捕の実質的根拠の繋がりを示す必要があります。この過程は飛ばせません。

2. ㉞212 条 2 項各号該当性

初めに、㉞212 条 2 項各号該当性から論じます。

平成 25 年司法試験の採点実感では、「同項各号の要件該当性の検討に先んじて犯罪と犯人の明白性の要件を論じたり、同項各号の要件該当性を犯罪と犯人の明白性の要件充足性を検討するための一要素として論じる等、同項の構造を理解していないと思われる答案が相当数見受けられた。」とあるので、㉞212 条 2 項各号該当性は、㊱犯罪の犯人の明白性とは別の要件として、㊱に先行して論じる必要があります。

また、平成 25 年司法試験の出題趣旨では、「特定の犯罪…との関係で、甲の準現行犯の要件該当性を論じる必要がある。」「例えば、甲の着衣及び靴に血が付着していたことについて、これが同項第 3 号の「被服に犯罪の顕著な証跡があるとき」に該当すると言うためには、なぜ、V に対する殺人事件の証跡と言えるのかを論じる必要がある。」とあるため、212 条 2 項各号該当性のうち 2 号及び 3 号該当性については当該被疑事件との関係で論じる必要があります。

本件住居侵入・強盗傷人事件（以下「本件被疑事件」とする）では犯人が V の持っていたバッグを奪っているところ、甲は、被害品の特徴と一致するバッグを持っていたのですから、本件被疑事件の被害品である「贓物…を所持しているとき」（212 条 2 項 2 号）に当たります（㉞）。

また、P が、甲に対し、「I 署の者ですが、話を聞きたいので、ちょっといいですか。」と声をかけたところ、甲がいきなり逃げ出したことは、「誰何されて逃走しようとするとき」（212 条 2 項 4 号）に当たります。

㉞212 条 2 項各号該当性という要件との関係では、1 号ないし 4 号のいずれに 1 つに該当すれば足りるため、複数の充足性を論じる実益はないように思えます。しかし、212 条 2 項各号該当性は犯罪と犯人の明白性を客観的に担保するための要件ですから、犯罪と犯人の明白性を客観的に担保するための要件である㉟時間的接着性と、㊱犯罪と犯人の明白性の当てはめにおいて、何号に該当するのかが、複数の該当事由が認められるのかという点が意味を持ちます。し

たがって、㉑及び㉒の当てはめで使うことになるという意味で、2号該当性だけでなく4号該当性まで認めることと（その分だけ明白性を推認する力が増す）、4号だけでなく2号も認定すること（4号該当性だけでは、明白性を推認する力が弱い）に意味があります。

3. ㉑犯行・逮捕間の時間的接着性

本件被疑事件の発生から逮捕までの間には、午後2時頃から午後4時3分頃までという2時間以上、約5.3キロメートルという、比較的大きな時間的間隔と場所的間隔があります。このように、本問は時間的接着性が認められるかが微妙な限界事例に属しますから、㉑時間的接着性については、準現行犯逮捕においては現行犯逮捕よりも要求水準が緩和されていることを説明した上で、論じるのが望ましいです。

また、㉑時間的接着性は、犯人の明白性を客観的に担保する趣旨の要件であるため、時間的・場所的間隔が本件において犯人の明白性を客観的に担保できるだけのものかという視点で論じることになります。平成25年司法試験の出題趣旨でも、「罪を行い終わってから間がない」ことについては、単に、犯行時と逮捕時との客観的な時間間隔及び距離関係を指摘するだけでは足りず、本件事案のような時間的・場所的近接性が、いかに犯罪と犯人の明白性に結び付くのかを論じる必要がある」とあります。

なお、㉑時間的接着性は、それ自体としては時間的概念であるものの、そのように判断できるための場所的近接性も必要であり、この意味において、㉑時間的接着性の判断においては時間的間隔だけでなく場所的間隔も考慮されることとなります（条解刑事訴訟法第4版406頁、NO307法学教室「特集 新司法試験プレテスト」（必須科目）47頁 [長沼範良]）。

4. ㉒犯罪と犯人の明白性

㉒犯罪と犯人の明白性は、(1)212条2項各号の該当事実、(2)犯行・逮捕間の時間的接着性、(3)その他の客観的事情を総合考慮して判断されます（川出敏裕「判例講座I」初版67頁）。そして、犯罪の明白性と犯人の明白性は、いずれも、逮捕者を基準として判断され、その際、直接の認定資料は逮捕者自らが直接認識した客観的状況に限られ、供述証拠はかかる客観的状況を補充するものとして認定資料に供し得るにとどまります。

犯罪の明白性については、「Pらは、Vから、犯人らの特徴と奪われたバッグの特徴を聞き出した上、管理人に依頼して同マンションの出入口の防犯カメラ画像を確認した。その結果、同日午後2時1分頃に犯人らと特徴の一致する2名の男が走り去っていく様子が映っており、そのうち1名は被害品と特徴の一致するバッグを所持していた。」（問題文9～12行目）という事情から認めることができます。

犯人の明白性については、(3)Pは、Vから聞き出した犯人の特徴と甲の特徴が一致することと、Vから聞き出した被害品の特徴と一致するバッグを甲が持っていることを確認していること、(1)2号と4号に重ねて該当することが甲が

犯人であることを強く推認することから、(2)2時間以上・約5.3キロメートルという時間的・場所的間隔を踏まえても、肯定することができると思います。

なお、(3)では、犯人の特徴と被害品の特徴に関するVの供述を、Pが直接認識した甲の特徴と甲が持っていたバッグの特徴という客観的状況に甲の犯人性との関係で意味を与えるという形で（つまり、客観的状況を補充するものとして）使っているにとどまります。

5. ㊤逮捕の必要性

準現行犯逮捕においても、逮捕の必要性が要件となります（酒巻匡「刑事訴訟法」初版60頁）であると解される。厳密には、明らかに逮捕の必要性がないと認められるということが準現行犯逮捕における消極要件となります。

本問では、本件被疑事件の重大性及び甲が逃げ出したことを踏まえながら、甲が逃走するおそれがあるとして、逮捕の必要性を認定することになります。

設問2

②の措置は、39条1項の接見申出に対する接見指定（39条3項）ですから、接見指定の可否（39条3項本文）及び内容（同条項但書）が問題となります。

1. 接見指定の可否

身体拘束中の被疑者の接見交通権（39条1項）は、同人が弁護人からの援助を受ける機会を確保することを目的とするものであり、憲法34条前段の弁護人依頼権の保障に由来するので、これを制限する根拠となる「捜査のため必要があるとき」（39条3項本文）とは、接見を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生じる場合に限られます。そして、接見指定制度の趣旨は、厳格な時間的制約のなかで身体を拘束されている被疑者の身体の利用をめぐる調整にあるので、「捜査」は被疑者の身体を利用する捜査に限られ、①被疑者の身体を利用した捜査が現に行われており（物理的限定説）、又は②それが間近い時に行われる確実な予定がある場合（準限定説）には、原則として捜査に顕著な支障が生じる場合に当たると解されます（最判H11.3.24・百33）

午後4時50分頃、I署における弁解録取手続きが終了し、Rは、甲が同手続きにおいて自らの犯行を自白したことから、裏付け捜査をするために、直ちに甲にナイフの投棄場所を案内させて、ナイフの発見、押収及び甲を立会人としたその場所の実況見分を実施しようと考え、捜査員や車両を手配しています。

その後、午後5時頃、S弁護士から午後5時30分から30分間甲と接見したい旨の申出があったのですから、間近い時に甲の身体を利用する上記捜査を行う確実な予定があったといえます。

当時は10月であるため日が暮れるのが比較的早いため、午後6時まで接見をしてから現場に向かったのでは、現場に到着した頃には辺りが暗くなっており、その日に予定していたXの身体を利用した上記捜査をすることに顕著な支障が生じます。

したがって、「捜査のため必要があるとき」という要件を満たします。

2. 接見指定の内容

接見指定は、「被疑者の防衛の準備をする権利を不当に制限するようなもの」であってはならない規律に服します（39条3項但書）。そして、逮捕直後の接見が弁護人依頼権の保障の出発点を成すことに鑑み、初回接見の指定にあたっては、協議・検討を行い、接見の時間指定により捜査に顕著な支障が生じるのを避けることが可能であれば、留置施設の管理運営上支障があるなど特段の事情のない限り、逮捕に伴う所定の手続を終えた後において、比較的短時間であっても即時又は近接した時点での接見を認めるようにするべきであると解されています（最判 H12.6.13・百34）。

川出敏裕「判例講座 I」初版 224 頁では、初回接見の申出から即時又は近接した時点よりも遅い時点での接見指定が適法とされる例として、「被疑者が重要な証拠物で未押収のもの所在を自供し、それに基づいて引き当たり捜査を実施しようとしている場合のように、被疑者を留置施設の外部に連れ出す形態での捜査を迅速に行わなければならない必要性があり、それが終了するまでには接見の申し出がなされた時点からある程度の時間を要する場合」が挙げられています。本問の事実関係は上記の例に準ずるものですから、接見指定の内容は「被疑者の防衛の準備をする権利を不当に制限するようなもの」に当たらないから適法であると論じることになります。

すなわち、甲が弁解録取手続において自分ともう1人の男による犯行を認めた上で、重要な証拠物である未押収のナイフについて「地図で説明することはできないが、近くに行けば案内できると思う」と供述しており、Rはこの供述に基づいて引き当たり捜査をしようとしていました。ナイフが誰かに拾われる前に上記捜査を行う必要があるため、初回接見の時間を午後5時30分から30分と指定すると、上記捜査に顕著な支障が生じることになります。

また、Sが上記30分間以外には接見の時間が取れないため、上記捜査の終了後から本日中に速やかに接見をさせることができない特段の事情があります。

したがって、Rが弁解録取手続終了後、即時又は近接した時点での接見を認めないで、初回接見の日時を「翌日の午前9時以降」と指定したことは、「被疑者の防衛の準備をする権利を不当に制限するようなもの」とはいえず、適法であるといえます。

司法試験過去問との関連性

予備試験の刑事訴訟法では、司法試験過去問が流用される傾向が非常に強いです（司法試験で出題されていない一事不再理効が出題された令和2年予備試験は、原則的な傾向に対する例外です）。

設問1は、準現行犯逮捕における時間的接着性に関する限界事例であるという点で司法試験プレテスト設問1が大変参考になるとともに、準現行犯逮捕だけが正面から問われた平成25年司法試験設問1も大変参考になります。

設問2は、同じく接見指定の可否及び内容が問われた平成28年司法試験設問2が大変参考になります。

[参考答案]

1 設問 1

2 1. 準現行犯逮捕（刑事訴訟法 212 条 2 項、213 条）の要件は、㉞212
3 条 2 項各号該当性、㉟犯行・逮捕間の時間的接着性、㊱逮捕者を基準
4 とした犯罪と犯人の明白性、及び㊲逮捕の必要性（規則 143 条の 3 準
5 用）である。㉟・㊱は「罪を行い終わってから間がないと明らかに認
6 められる」に対応する要件であり、逮捕者における犯罪と犯人の明白
7 性という準現行犯逮捕の実質的根拠から導かれるものである。

8 2. 本件住居侵入・強盗傷人事件（以下「本件被疑事件」とする）では
9 犯人が V の持っていたバッグを奪っているところ、甲は被害品の特徴
10 と一致するバッグを持っていたのだから、本件被疑事件の被害品であ
11 る「贓物…を所持しているとき」（212 条 2 項 2 号）に当たる。また、
12 甲が P から「ちょっといいですか」と声をかけられていきなり逃げ出
13 したことは、「誰何されて逃走しようとするとき」（4 号）に当たる（㊱）。

14 3. ㉟時間的接着性は犯人の明白性を客観的に担保する趣旨の要件であ
15 るところ、準現行犯逮捕では、犯罪と犯人の明白性を客観的に担保す
16 るための 212 条 2 項各号該当性が要求される代わりに、㉟時間的接着
17 性の要求水準が緩和されている。

18 確かに、本件被疑事件の発生から㉟の逮捕までの間には、午後 2 時
19 頃から午後 4 時 3 分頃までという 2 時間以上、約 5.3 キロメートルと
20 いう、比較的大きな時間的間隔と場所的間隔がある。しかし、2 号該
21 当事実甲の犯人性を強く推認するし、4 号にも重ねて該当すること
22 からより一層甲の犯人性が強く推認される。そうすると、上記の時間

1 的間隔と場所的間隔であっても、甲の犯人明白性を客観的に担保し得
2 るといえるから、時間的接着性が認められる (④)。

3 4. ⑤犯罪と犯人の明白性は、212条2項各号の該当事実、犯行・逮捕
4 間の時間的接着性、その他の客観的事情を総合考慮して判断される。

5 本件被疑事件は、V方に侵入した2名の男のうち1名がナイフでV
6 の腕を切り付けた上、もう1名がVの持っていたバッグを奪ったとい
7 うものである。Pは、防犯カメラの画像により、110番通報があった
8 当日の午後2時1分頃にVから聞き出した犯人らの特徴と一致する2
9 名の男が走り去っていく様子と、そのうち1名がVから聞き出した被
10 害品の特徴と一致するバッグを所持していたことを確認している。ま
11 た、Pは、犯人らの特徴と被害品の特徴を聞き出した際に、Vの腕に
12 刃物で切り付けられたような傷があることを確認しているはずであ
13 る。そうすると、逮捕者Pにおいて、本件被疑事件に係る犯行が存在
14 することが明白であるといえる。では、犯人の明白性は認められるか。

15 Pは、Vから聞き出した犯人の特徴と甲の特徴が一致することと、
16 Vから聞き出した被害品の特徴と一致するバッグを甲が持っているこ
17 とを確認している。また、2号及び4号に重ねて該当することが甲の
18 犯人性を強く推認する。そうすると、2時間以上・約5.3キロメー
19 トルという時間的・場所的間隔を踏まえても、Pにおいて、甲が本件被
20 疑事件の犯人であることが明白であるといえる (⑦)。

21 5. 本件被疑事件には強盗傷人罪も含まれているため、正式起訴されて
22 実刑判決が言い渡される可能性が相当程度あるから、甲には刑罰を免

1 れるために逃走するという動機が生じやすい。甲が P から甲に声を掛
2 けた際にいきなり逃げ出したことも踏まえると、甲が刑罰を免れるた
3 めに逃走するおそれがあるといえ、逮捕の必要性もある (㊥)。

4 6. したがって、①の逮捕は適法である。

5 設問 2

6 ②の措置は、39 条 1 項の接見申出に対する接見指定 (39 条 3 項) で
7 あるから、接見指定の可否及び内容が問題となる。

8 1. 接見交通権が弁護人依頼権 (憲法 34 条前段) の保障に由来すること
9 と、被疑者の身体利用をめぐる調整という接見指定の制度趣旨に鑑み、
10 接見指定の要件である「捜査のため必要があるとき」(39 条 3 項本文)
11 とは、接見を認めると被疑者の身体を利用する捜査に顕著な支障が生
12 じる場合に限られると解する。

13 午後 4 時 50 分頃、I 署における弁解録取手続が終了し、R は、甲が
14 同手続において自らの犯行を自白したことから、裏付け捜査をするた
15 めに、直ちに甲にナイフの投棄場所を案内させて、ナイフの発見、押
16 収及び甲を立会人としたその場所の実況見分を実施しようと考え、捜
17 査員や車両を手配した。その後、午後 5 時頃、S 弁護士から午後 5 時
18 30 分から 30 分間甲と接見したい旨の申出があったのだから、間近い
19 時に甲の身体を利用する上記捜査を行う確実な予定があった。当時は
20 10 月であるため日が暮れるのが比較的早いから、午後 6 時まで接見を
21 してから現場に向かったのでは、現場に到着した頃には辺りが暗くな
22 っており、その日に予定していた X の身体を利用した上記捜査をする

1 ことに顕著な支障が生じる。したがって、「捜査のため必要があるとき」
2 といえ、接見指定の要件を満たす。

3 2. 接見指定は「被疑者の防衛の準備をする権利を不当に制限するよう
4 なもの」であってはならない（39条3項但書）。そして、逮捕後の初
5 回接見が弁護人依頼権の保障の出発点を成すことに鑑み、初回接見の
6 指定にあたっては、協議・検討を行い、接見の時間指定により捜査に
7 顕著な支障が生じるのを避けることが可能であれば、留置施設の管理
8 運営上支障があるなど特段の事情のない限り、逮捕に伴う所定の手続
9 を終えた後において、比較的短時間であっても即時又は近接した時点
10 での接見を認めるようにするべきである。

11 Sの申出に係る接見は初回接見である。他方で、甲が弁解録取手続
12 において自分ともう1人の男による犯行を認めた上で、重要な証拠物
13 である未押収のナイフについて「地図で説明することはできないが、
14 近くに行けば案内できると思う」と供述しており、Rはこの供述に基
15 づいて引き当たり捜査をしようとしていた。ナイフが誰かに拾われる
16 前に上記捜査を行う必要があるから、初回接見の時間を午後5時30
17 分から30分と指定すると、上記捜査に顕著な支障が生じる。また、S
18 が上記30分間以外には接見の時間が取れないため、上記捜査の終了
19 後から本日中に速やかに接見をさせることができない特段の事情が
20 ある。したがって、Rが弁解録取手続終了後、即時又は近接した時点
21 での接見を認めないで、②の措置をしたことは、「被疑者の防衛の準備
22 をする権利を不当に制限するようなもの」とはいえず、適法である。