

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】

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。その後、Pらは、同男らの行方を捜した。

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。

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、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。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。

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、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。

### 【設問1】

①の逮捕の適法性について論じなさい。

### 【設問2】

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い。

## 模範答案

### 第1 設問1

1 ①の逮捕は、準現行犯逮捕（刑事訴訟法（以下略）212条2項・213条）として適法か。準現行犯逮捕が認められるためには、㊦212条2項各号該当性、④「罪を行い終わってから間がない」（同項柱書）こと、㊵逮捕者を基準とした犯罪と犯人の明白性、及び㊥逮捕の必要性（刑事訴訟規則143条の3）が必要である。㊥については、令状主義の観点から厳格な解釈が適用される結果必要となる。

(1) まず、甲は、「左の各号の一にあたる者」（同項柱書）といえるか（㊦）。

ア 本件において、甲は「犯人として追呼」されているわけではなく、「身体または被服に犯罪の顕著な証跡がある」わけでもない。そのため、同項1号及び3号には該当しない。

イ 次に、甲は、Pらに発見された当時、バッグを所持していたところ、かかるバッグはVが奪われたバッグと特徴が一致するものであったのだから、被害品である「贓物」を「所持している」といえ、2号に該当する。

ウ また、甲は、Pから「I署の者ですが、話を聞きたいので、ちょっといいですか。」と声をかけられるといきなり逃げ出している。これは「誰何されて逃亡しようとするとき」にあたり、4号に該当する。

エ したがって、甲は同項2号及び4号に該当し、「左の各号の一にあたる者」といえる。

(2) では、「罪を行い終わってから間がない」（同項柱書）といえるか（④）。

ア 本件において、V方における事件発生が令和2年10月2日午後2時頃であり、Pが甲を発見したのは同日午後4時3分頃であるため、両者は2時間と一定程度隔たりがある。また、両者の場所についても、直線距離で約5キロメートルと一定程度隔たりがある。もっとも、(1)で述べたとおり、2号及び4号に該当し、甲の犯人性が強く推認されることを踏まえると、上記時間的・場所的離隔があっても、時間的接着性は認められる。

イ したがって、「罪を行い終わってから間がない」といえる。

(3) 次に、本件において逮捕者を基準とした犯罪と犯人の明白性が認められるか（㊵）。

ア 本件における被疑事実は、V方に侵入した2名の男のうち1名がナイフでVの腕を切りつけた上、もう1名がVの持っていたバッグを奪ったというものである。逮捕者Pは、防犯カメラ画像により、本件犯行の発生時間に近い同日午後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名の男が走り去っていく様子と、そのうち1名がVのいう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。そのため、逮捕者Pにおいて、本件における被疑事実に対応する犯行が存在することが明白といえる。

また、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及び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。さらに、前述のとおり、2号及び4号に重ねて該当することにより、甲の犯人性が強く推認させる。そのため、2時間以上・約5キロメートルという時間的・場所的離隔を踏まえても、P からみて甲が犯人であることは明白といえる。

イ 以上より、P からみて、犯罪と犯人の明白性が認められる。

(4) では、本件において準現行犯逮捕の必要性は認められるか (㊦)。

本件は強盗傷人事件であり、実刑の可能性も高い事案であり、刑罰を免れるために逃亡する動機が生じやすい。甲がPに誰何された際にいきなり逃げ出したことも踏まえると、かかる動機が生じる可能性が高いことはより一層強いものといえる。そのため、逃亡のおそれ防止の観点から、準現行犯逮捕の必要性が認められる。

2 よって、①の逮捕は、準現行犯逮捕の要件を満たし、適法である。

## 第2 設問2

1 ②の措置は、法39条3項の接見指定にあたるどころ、同項本文の要件を満たすか。

(1) まず、②の措置は、「公訴の提起前」(同項)になされている。

(2) 次に、「捜査のため必要があるとき」(同項)といえるか。

ア この点、同項の趣旨は、捜査の必要性と接見交通権の調整を図る点にある。そして、接見交通権は弁護人依頼権(憲法34条)に由来する重要な権利である。

そこで、「捜査のために必要があるとき」とは、弁護人等の申出に沿った接見を認めてしまうと捜査に顕著な支障が生じる場合に限られると考える。そして、現に被疑者を取調べ中であるとか、間近い時に被疑者の身体を用いた取り調べ等を行う確実な予定がある場合などには、原則として顕著な支障が生じる場合に当たると考える。

イ 本件において、S弁護士から電話があったとき、Rは、甲に犯行に用いた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するために出発しようとしていたところであった。そのため、間近い時に被疑者の身体を用いた実況見分を行う確実な予定があるといえ、Sの申出に沿った接見を認めてしまうと捜査に顕著な支障が生じるものといえる。

ウ したがって、「捜査のために必要があるとき」にあたる。

2 もっとも、甲は、Sが接見申出を行うまで、他の弁護人及び弁護人となろうとする者のいずれとも接見をしていなかったため、Sの接見は初回接見にあたるどころ、②の措置は「防禦の準備をする権利を不当に制限」(同項ただし書)するものとして違法とされないか。

(1) この点、逮捕直後の初回接見は、被疑者にとっては弁護人の選任を目的とし、かつ、今後捜査機関の取調べを受けるにあたっての助言を得るための最初の機会であり、憲法上の保障の出発点をなすものであるから特に重要である。

そこで、初回接見にあたっては、捜査機関は弁護人になろうとする者と協議の上、

即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障を生じるのを避けることが可能かどうかを検討し、これが可能なときは、特段の事情がない限り、たとえ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べき義務を負う。そして、捜査機関がかかる義務を果たしていない場合には、「防禦の準備をする権利を不当に制限する」ものとして、同項ただし書に反し違法となると考える。

- (2) 本件では、S 弁護士と R は接見指定の時間について協議を行っている。S 弁護士は、10 月 2 日時点においては、午後 5 時 30 分から 30 分間以外には接見の時間が取れず、かかる時間に接見を認めると、実況見分の現場に到着する頃には辺りが暗くなり、犯行に用いられたナイフの発見や実況見分の実施が困難になることが予想された。そのため、本件では、即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障が生じるのを避けることが可能とはいえない。したがって、R が接見は翌日の午前 9 時以降にしてほしい旨伝えたことは、S 弁護士の接見が可能な時間でもっとも近接した時間での接見指定であったといえる。
- (3) したがって、②の措置は、「防禦の準備をする権利を不当に制限する」ものとはいえない。
- 3 よって、②の措置は、適法である。

以上

## 再現答案

令和3年予備試験刑事訴訟法 再現答案（再現率は70%くらいです。）

### 第1 設問1

1 ①の逮捕は、準現行犯逮捕（刑事訴訟法（以下略）212条2項）として適法か。

【ここで要件の先出しをすべきだった。】

(1) まず、甲は、「左の各号の一にあたる者」（同項柱書）といえるか。

ア 本件において、甲は「犯人として追呼」されているわけではなく、「身体または被服に犯罪の顕著な証跡がある」わけでもない。そのため、同項1号及び3号には該当しない。

イ 次に、甲は、Pらに発見された当時、バッグを所持していたところ、かかるバッグはVが奪われたバッグと特徴が一致する。そのため、「贓物」を「所持している」といえ、2号に該当する。

ウ また、甲は、Pから「I署の者ですが、話を聞きたいので、ちょっといいですか。」と声をかけられるといきなり逃げ出している。そのため、「誰何されて逃亡しようとするとき」にあたり、4号に該当する。

エ したがって、甲は同項2号及び4号に該当し、「左の各号の一にあたる者」といえる。【アないしエの認定は特段問題ないかと】

(2) 次に、準現行犯逮捕には、犯罪と犯人の明白性が要求されるが本件においてこれが認められるか。【時間的接着性より先に明白性から検討しちゃっているが、そもそも明白性は時間的接着性も加味して考える要件なので、時間的接着性から論じた方が良かった。】

ア 本件において、甲が持っているバッグは、前述の通り、V方で奪われたバッグと特徴が一致している。また、Pらはそれを防犯カメラにおいて確認している。そのため、かかる特徴の一致しているバッグを所持している甲は、V方でこの事件の犯人である可能性が高いといえる。【防カメを確認した時間なども問題文二書いてあるから、これを使ってもっと具体的に論じるべき。】

また、Pらは、Vから犯人の特徴を聞き取り、防犯カメラにおいて犯人の特徴を確認しているところ、かかる特徴と甲の特徴が一致する。

イ 以上より、Pからみて、犯罪と犯人の明白性が認められる。

(3) では、「罪を行い終わってから間がない」（同項柱書）といえるか。

ア 本件において、V方における事件発生が令和2年10月2日午後2時頃であり、Pが甲を発見したのは同日午後4時頃である。そのため両者の離隔は2時間と短い。また、両者の場所は直線距離で約5キロメートルと短い。【????準現速で2時間5キロを短いと評価するのは和光大学事件を理解していないと思われて大分評価低くなったと思う】

イ したがって、時間的場所的近接性が認められ、「罪を行い終わってから間がない」といえる。

(4) また、準現行犯逮捕について、令状主義の観点から厳格な解釈が適用される結果、必要性（199条2項、刑事訴訟規則143条の3）が要求されるどころ、甲と一緒にいた男が発見に至っていない点などから、甲に罪証隠滅のおそれがないとはいえない。そのため、必要性も認められる。

2 よって、①の逮捕は適法である。

## 第2 設問2

1 ②の措置は、法39条3項の接見指定にあたるどころ、同項本文の要件を満たすか。

(1) まず、②の措置は、「公訴の提起前」（同項）になされている。

(2) 次に、「捜査のため必要があるとき」といえるか。

ア この点、同項の趣旨は、捜査の必要性と接見交通権の調整を図る点にある。そして、接見交通権は弁護人依頼権（憲法34条）に由来する重要な権利である。

そこで、「捜査のために必要があるとき」とは、弁護人等の申出に沿った接見を認めてしまうと捜査に顕著な支障が生じる場合に限られると考える。そして、現に被疑者を取調べ中であるとか、間近い時に被疑者の身体を用いた取り調べ等を行う確実な予定がある場合などには、原則として顕著な支障が生じる場合に当たると考える。

イ 本件において、甲の父親から依頼を受けたSは、同日午後5時半から30分間の接見を求めているところ、捜査機関は、同日午後5時頃に甲を立ち会わせた実況見分のために出発しようとしている。そのため、間近い時に被疑者の身体を用

いた実況見分を行う確実な予定があるといえ、Sの申出に沿った接見を認めてしまうと捜査に顕著な支障が生じる場合に当たる。

ウ したがって、「捜査のために必要があるとき」にあたる。

- 2 もっとも、甲は、Sが接見申出を行うまで、他の弁護人及び弁護人となろうとする者のいずれとも接見をしていなかったため、Sの接見は初回接見にあたるどころ、②の措置は「防御の準備をする権利を不当に制限」（同項ただし書）として違法とならないか。

- (1) この点、初回接見は、被疑者にとって助言を受けるための最初の機会であり、特に重要である。また、初回接見は、弁護人の選任を目的とするものでもある。

そこで、初回接見にあたっては、捜査機関は弁護人になろうとする者と協議の上、即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障を生じるのを避けることが可能かどうかを検討し、これが可能なときは、留置施設の管理運営上支障があるなど特段の事情がなき限り、即時又は近接した時点での接見を認めるべき義務を負う。そして、捜査機関がかかる義務を果たしていない場合には、「防御の準備をする権利を不当に制限する」ものとして、同項ただし書に反し違法となると考える。

- (2) 本件において、捜査機関は、弁護人になろうとするSと協議を行っているが、接見を認めてしまうと、あたりが暗くなることが見込まれるとの理由で接見を認めていない。しかし、かかる実況見分は、甲をしてナイフの場所を案内させるというものであり、辺りが暗くなっても案内をさせること自体が著しく困難になるとはいえない。【無理があるあてはめでは。そもそも暗くなったらナイフ見つけづらいでしょ。しかもナイフは小さいものだからどこかに行ってしまう可能性もあるし】そのため、5時30分から30分間という時間を指定してSの申出に沿った接見を認めても、捜査に顕著な支障を生じることは避けることができるといえる。また、留置施設の管理運営上支障が生じるなどの特段の事情も認められない。そのため、捜査機関は、即時または近接した時点でSの接見を認める義務を負う。しかるに、②の措置は、即時または近接した時点での接見を認めたものとはいえず、かかる義務を果たしたとはいえない。

- (3) したがって、②の措置は、「防御の準備をする権利を不当に制限する」ものといえる。

- 2 よって、②の措置は、違法である。



以上

# 明治大学法曹会司法試験予備試験答案練習会ゼミ 解説レジュメ

## 第1 予備試験・司法試験における刑事訴訟法の特徴

### 1 予備試験

予備試験論文式における刑事訴訟法は、論点の把握が容易である問題が多く、問題文を読んだだけで何を論じさせたいのかが明確であるものが多い（例外として、一事不再理効が出題された令和2年がある）。そのため、問題設定や規範定立の段階で差がつくことは少なく、あてはめ段階でどれだけ問題文の事情が拾えるか否かで勝負が決まることが多い（当然だが、あてはめを充実させるためには、規範の意味の正確な理解も重要である）。

ただし、近年の刑事訴訟法においては、問題文で誘導がされることが多く、注意が必要である。

(例) 「P が甲を刑事訴訟法第 212 条第 2 項に基づき本件住居侵入、強盗傷人の被疑事実で逮捕した。」という行為の適法性を論じさせる問題 (R3 予備試験設問 1)

→この場合、法 212 条 1 項の現行犯逮捕について論じる必要はなく、同条 2 項の準現行犯逮捕についてのみ論ずれば足りる。

(例) 「甲の承諾を得ることなく、無施錠の同キャリーケースのチャックを開けて、その中を捜索し」という行為の適法性を論じさせる問題 (R4 予備試験設問 1)

→強制処分該当性が問題になりそうだが、この行為の前に令状発付を受けていること、「捜索し」という文言が用いられていることから強制処分該当性は明らかである。そのため、強制処分該当性は論じる必要がない。

このような問題文での誘導に正確に乗ることができない場合、書く必要のない論点をダラダラと書いてしまうことになり、他の受験生に比べて大きなロスとなる可能性が高い。

### 2 司法試験

司法試験においても、予備試験と同じく、論点の把握が容易である問題が多く、規範定立段階で差がつくことは少ないと考えて良い。

予備試験と異なる点としては、①公判前整理手続における判例の知識などの細かい知識が問われることがあること、②分量がとにかく多いこと、③間違った論点を書いても他の問題でリカバリーが効くことの3点が挙げられる。

## 第2 出題の趣旨

### (出題の趣旨)

本問は、共犯者2名による住居侵入、強盗傷人事件において、設問1では、事前に被害者から犯人や被害品の特徴を聴取し、防犯カメラの画像でもこれを確認していた警察官が、犯行の約2時間後、犯行現場から約5キロメートル離れた路上で、犯人の特徴と一致する2名の男を発見し、そのうち1名が被害品の特徴と一致するバッグを所持していたことから、その男に声をかけたところ、両名が逃走したため、これを追跡し、途中で上記バッグを投棄した1名を刑事訴訟法第212条第2項に基づき逮捕(準現行犯逮捕)した事例において、この逮捕が、準現行犯逮捕の要件を充足するかどうかを検討させることを通じて、準現行犯逮捕が令状主義の例外として認められる趣旨や、準現行犯逮捕の条文構造を踏まえた具体的事案における適用のあり方を示すことを求めるものである。設問2では、逮捕された被疑者について、間近い時期に被疑者を未発見の凶器の投棄現場に案内させ、その立会の下で同所の実況見分を実施する確実な予定がある中で、弁護人となろうとする者から、被疑者との初回の接見を30分後から30分間行いたい旨の申出があったのに対し、接見の日時を翌日と指定した事例において、接見指定の要件である「捜査のため必要があるとき」(刑事訴訟法第39条第3項本文)の意義や、初回接見についての指定内容と同項ただし書の「指定は、被疑者が防御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。」との関係についての理解を踏まえて、当該指定の適否を検討させるものである。その検討においては、最高裁判所の判例(最高裁平成11年3月24日大法廷判決、最高裁平成12年6月13日第三小法廷判決等)を意識して自説を展開する必要がある。設問1及び2のいずれも刑事訴訟法の基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を問う問題である。

## 第3 本問の解説

### 設問1：準現行犯逮捕(212条2項、213条)の適法性について

#### 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犯行から逮捕までの時間的接着性、㊱逮捕権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(刑訴規則143条の3)の4つである。

上記4要件は条文自体に明記されているものではないため(特に㊱)、要件の個別的検討に入る前に、まず準現行犯逮捕の要件が上記4要件であることを抽象論として示しておくことが必要となる(いきなり要件にあてはめるようにしないように注意したい)。

#### 2. ㉞212条2項各号該当性

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た

め、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)に当たる(㉗)。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)に当たる。

→本件被疑事件については、2号と4号の2つに該当することを論じる必要がある。

なお、㉗212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とも思える。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あるため、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㉘時間的接着性と、㉙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、複数の該当事由が認められるのかという点が意味を持つ。したがって、㉘及び㉙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)に意味がある。

※参考

212条2項各号該当性については、1号から順に犯罪と犯人の明白性が高い順となっている。(1号は明白性がより高く、4号はより低い。)

### 3. ㉘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キロメートル(誰何された後に300メートル逃走していることも踏まえると正確には約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る。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といえるため、安易に時間的接着性を認めてしまわないように注意したい。(準現行犯逮捕の時間的接着性の限界事例としては、和光大学事件(1時間40分・4キロ)が限界事例の1つとして挙げられる。)

### 4. ㉙犯罪と犯人の明白性

㉙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る。そして、犯罪の明白性と犯人の明白性は、いずれも、逮捕者(今回はP)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る。

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、Pから見て被疑事実に対応する犯罪があることは問題なく認めることができる。

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。

## 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る(現行犯逮捕等その他の逮捕手続と同様)。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る。

なお、時間との兼ね合いや、逮捕の必要性で結論を覆す事案自体があまりないことから、この論点にかける時間・行数はかなり少ないものになると思われる。もちろん書いていない場合は点数を落とすことは間違いないので、最低1行でも良いので逮捕の必要性の認定をすること。

### 設問2：接見指定の可否及び内容について

#### 1. 接見指定の要件(39条3項)

##### ①「捜査のため必要があるとき」、②「公訴の提起前」であること

※①については、論点があるため認定を忘れるケースは少ないが、その分②のあてはめを忘れてしまうことが多い。

→②については、一言認定すれば足りるケースが多いため、冒頭で認定してしまった方がよい。(模範答案参照)

#### 2. 接見指定の可否

##### 「捜査のため必要があるとき」の解釈

接見指定が認められる趣旨は、捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る点にあるところ、接見交通権は憲法34条の弁護人依頼権に由来する被疑者の重要な権利であるから、「捜査のため必要があるとき」(39条3項本文)とは、弁護士等の申出に沿った接見等を認めると捜査に顕著な支障が生ずる場合に限定されるものと考える。そして、現に被疑者を取調べ中である場合や、間近い時に被疑者の身柄を利用する取調べ等を行う確実な予定がある場合などは原則として捜査に顕著な支障が生じる場合に当たる。

(↑※最判平成 11 年 3 月 24 日〈百選 33〉)を参考にした規範です。)

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る。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ため、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る。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する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」という要件を満たす。

### 3. 接見指定の内容

接見指定は、「被疑者の防禦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(39 条 3 項但書)。

初回接見の申出に対する接見指定
<p>この点、逮捕直後の初回接見は、<u>被疑者にとっては弁護人の選任を目的とし、かつ、今後捜査機関の取調べを受けるにあたっての助言を得るための最初の機会であり、憲法上の保障の出発点をなすものであるから特に重要である。</u></p> <p>そこで、<u>初回接見にあたっては、捜査機関は弁護人になろうとする者と協議の上、即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障を生じるのを避けることが可能かどうかを検討し、これが可能なときは、特段の事情がない限り、たとえ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べき義務を負う。</u>そして、捜査機関がかかる義務を果たしていない場合には、「防禦の準備をする権利を不当に制限する」ものとして、同項ただし書に反し違法となると考える。</p>

(↑※最判平成 12 年 6 月 13 日〈百選 34〉)を参考にした規範です。)

#### ○あてはめ

本件では、S 弁護士と R は接見指定の時間について協議を行っている。S 弁護士は、10 月 2 日時点においては、午後 5 時 30 分から 30 分間以外には接見の時間が取れず、かかる時間に接見を認めると、実況見分の現場に到着する頃には辺りが暗くなり、犯行に用いられたナイフの発見や実況見分の実施が困難になることが予想された。そのため、本件では、即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障が生じるのを避けることが可能とはいえない。したがって、R が接見は翌日の午

前 9 時以降にしてほしい旨伝えたことは、S 弁護士の見解が可能な時間でもっとも近接した時間での接見指定であったといえる。

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、「被疑者の防禦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、適法であるといえる。

# 最優秀答案

回答者：T.M.

## 設問 1

①の逮捕は準現行犯逮捕として行われたものである（212条2項・213条）ところ、以下、その適法性を検討する。

### 1 「左の各号の一にあたる者」

各号該当性について、過不足なく認定できていますね。

甲は被害品と特徴の一致するバッグを持っていたことから「贓物を所持しているとき」（212条2項2号）に当たる。さらに、Pが甲らに対し「I署の者ですが、話を聞きたいので、ちょっといいですか」と声をかけたところ、甲ら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）に当たる。したがって、甲は「左の各号の一にあたる者」に当たる。

### 2 「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められるとき」

時間的場所的接着性、明白性、逮捕の必要性について、解釈論を踏まえて正しく要件提示できていますね！

(1) 現行犯人を「何人でも、逮捕状なくして」逮捕することができるのは（213条）、逮捕者にとって犯罪と犯人が明白である現行犯逮捕においては、令状裁判官による令状審査を経なくても誤認逮捕のおそれが低いことにある。この制度趣旨及び「間がない」との文言に照らし、「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められるとき」とは（ア）逮捕者にとっての犯罪と犯人の明白性（イ）犯行と逮捕との時間的近接性があり、これが逮捕者にとって明白であることをいうと解される。明文はないものの、不必要な逮捕を認めるべきでないことから（ウ）逮捕の必要性（199条2項ただし書・規則143条の3）も要件となると解される。そして、準現行犯逮捕は現行犯逮捕よりも犯行からある程度の時間が経過している



ことから、逮捕者が直接体験した事実だけでなく、間接的に見聞いた事実を含めて「明らかに認められる」かどうかを判断することが許される。

(2) ①の逮捕は、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、犯行のあった午後2時頃から2時間が経過した同日午後4時ころに行われた。これは、人が徒歩で逃走したとすれば通常生じる時間的距離的間隔として相当といえる。したがって、犯行と逮捕との時間的近接性があることがPにとって明白であると認め

られる。Pは、防犯カメラ画像を確認し、Vから聞き出した犯人らの特徴と一致する2名の男が走り去って行く様子と、そのうち1名が被害品と特徴の一致するバッグを所持しているのを見ている。したがって、Pにとって住居侵入及び強盗の存在が明白であるといえる(②)。そして、贓物であるバッグの所持及び2人組であったことと併せて、犯行と時間的・距離的に近接した時点・場所にいた2名が犯人でない可能性は低いといえることから、逮捕者Pにとって甲が犯人であることが明白であるといえる(①)。逃走した甲には「逃亡の虞」及びバッグを捨てて「罪証を隠滅する虞」もあるところ(規則143条の3)、「明らかに逮捕の必要がない」(199条2項ただし書)とはいえない(③)。

したがって、逮捕①は適法である。

## 設問2

### 1 接見指定の可否

判例の相場感的には、5キロ2時間という離隔は時間的接着性を認めるには疑義があるものと思います。模範答案では、本件が2号及び4号に該当する事案であることから時間的接着性を肯定していますので、参考にしてみてください。

明白性について、犯罪の明白性と犯人の明白性に分けて論じられており、要件の深い理解がうかがえます。Good!

逮捕の必要性についても、消極的要件であることを意識した上で端的にあてはめができていますね!

「公訴の提起前」であることも認定できると良かったです。

②の措置は、司法警察員 R による接見指定である（39条3項本文）。接見指定は「捜査のため必要があるとき」に可能であるところ、本件でこれを満たすかが問題となる。

(1) 接見交通権（39条1項）は、被疑者が弁護人から援助を受ける機会をも実質的に保障している弁護人依頼権（憲法34条前段）に由来する権利として重要である。他方、憲法は捜査権の発動を当然に予定していることから、常に接見交通権がこれに優先すると解することはできず、両者の間に合理的調整を図る必要がある。そこで、「捜査のため必要があるとき」とは、捜査に顕著な支障が生じおそれがある場合に限られると解される。

←平成11年判例にしたがった規範を定立  
できていますね！Good！

(2) S 弁護士から接見の申出のあった午後5時ころ、R は甲を立ち会わせて実況見分を実施するために出発しようとしており、捜査員や車両の手配も済ませていた。そして、S 弁護士の申出の通りに接見を認めると、現場に到着する頃には辺りが暗くなり、実況見分を開始することができなかったといえる。これは、間近い時間に被疑者を取り調べる確実な予定があり、接見を許したのではこれが予定通り開始できなくなるといえるところ、捜査に顕著な支障が生じるおそれがある場合に当たる。また、顕著な支障を覆す事情はない。

したがって、②の措置は、「捜査のため必要があるとき」を満たすところ、R が②の措置を取ることは可能である。

## 2 接見指定内容の適法性

(1) 接見指定は「被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限する

ようなものであつてはならない」とされる（39条3項ただし書）。特に、逮捕直後の初回接見は、弁護人選任を目的とし、捜査機関の取調べを受けるにあたって弁護人等から助言を受ける最初の機会として重要である。そこで、初回接見の申出を受けた捜査機関としては、弁護人と協議し、即時又は近接した時点での接見が可能かどうかを検討し、比較的短時間でも即時又は近接した時点での接見を認めるよう努める義務（協議義務）を負い、この義務に違反することは「被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなもの」として不適法となると解される。

平成12年判例の規範を正確に示せており、素晴らしい規範定立です！

(2) 実況見分までの間に弁護人及び弁護人になろうとする者のいずれとも接見していなかった甲にとって、S 弁護士との接見は初回接見に当たる。R は、S 弁護士からの同日午後5時30分から30分間の接見の申出に対して午後8時以降の接見を提案している。この提案に対し、S 弁護士は申出の時間以外に接見の時間が取れないことから、翌日午前9時から時間が取れるが、何とか本日中に接見したい旨を R に伝えたところ、両者は折り合わず、R は②の措置をとっている。これは、弁護士 S との協議の結果、接見可能な時点のうち、最も近接した翌日午前9時以降に接見を指定するものであり、協議義務に違反しない。

以上より、②の措置は、「被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するもの」に当たらず、適法である。

以上

弁護人Sとの協議については示せていませんが、規範で示した「即時または近接した時点での接見が可能かどうか検討し」という点に関連して、「日が暮れる前に実況見分する必要があるから弁護人の接見を認めることは不可能」という点を示したかったです。その他の事情についてはとてもよく書けています。

### ○設問1について

・各要件ごとの規範定立について、とてもよく書けており、高く評価できますが、少し論じすぎな感も否めないかと思います。2ページ目の最初まで規範定立が続いていますが、正直ここまで書くか？というのが率直な感想です。もちろん解釈論は大事ですが、当てはめにもう少し力を割いても良いかなと思いました。

・時間的場所的接着性のあてはめについては、答案上でも指摘しましたが、5キロ2時間で正面から肯定するのはなかなか難しいです。似たような事案として、和光大学事件（4キロ1時間40分）で肯定した事案がありますが、これが限界事例といわれていますので、これを機に相場感を覚えておいてください。

・その他の要件についてはとてもよくできていました。

### ○設問2について

・接見指定についての2つの論点の規範定立は完璧にできており、非常に勉強が進んでいることがうかがえます。

・2つ目の初回接見の論点についてですが、本件では、私の理解では①そもそも5時30分からの接見を認めなくてもよいか、②5時30分からの接見を認めないとしても、翌日9時からとすることは良いかという二段階の論点があるとの認識です。①は実況見分にすぐ行く必要がある（行かないと日が暮れてしまい、ナイフが見つけにくくなる）という事情を使うことが求められ、②では、警察官が実況見分を終えた8時以降の接見を提案したのに対し、弁護人が「5時半から以外だと、翌日の9時からしか接見できない」旨述べたことから警察官が翌日の9時に接見指定したという事情を使うことが求められます。答案だと、②の論点しか摘示できていないのではないのでしょうか。①については「捜査のため必要があるとき」の論点と被る部分があるため、「前述の通り5時半からの接見を認めると捜査に顕著な支障がある」くらいでもよいので、一言認定しておくとなお良かったです。

引き続き頑張ってください。