

論文式問題集
[刑事訴訟法]

[刑事訴訟法]

次の【事例】を読んで、後記【設問】に答えなさい。

【事例】

令和元年6月5日午後2時頃、H市L町内のV方において、住居侵入、窃盗事件（以下「本件事件」という。）が発生した。外出先から帰宅したVは、犯人がV方の机の引出しからV名義のクレジットカードを盗んでいるのを目撃し、警察に通報したが、犯人はV方から逃走した。

警察官PとQは、同月6日午前2時30分頃、V方から8キロメートル離れたL町の隣町の路上を徘徊する、人相及び着衣が犯人と酷似する甲を認め、本件事件の犯人ではないかと考え、警察官の応援要請をするとともに、甲を呼び止め、「ここで何をしているのか。」などと尋ねたところ、甲は、「仕事も家もなく、寝泊りする場所を探しているところだ。」と答えた。また、Pが甲に、「昨日の午後2時頃、何をしていたか。」と尋ねたのに対し、甲は、「覚えていない。」旨曖昧な答えに終始した。Pは、最寄りのH警察署で本件事件について甲の取調べをしようと考え、同月6日午前3時頃、「事情聴取したいので、H警察署まで来てくれ。」と甲に言ったが、甲は、黙ったまま立ち去ろうとした。その際、甲のズボンのポケットから、V名義のクレジットカードが路上に落ちたため、Pが、「このカードはどうやって手に入れたのか。」と甲に尋ねたところ、甲は、「散歩中に拾った。落とし物として届けるつもりだった。」と述べて立ち去ろうとした。そこで、Pらは、同日午前3時5分頃、応援の警察官を含む4名の警察官で甲を取り囲んでパトカーに乗車させようとしたが、甲が、「俺は行かないぞ。」と言い、パトカーの屋根を両手でつかんで抵抗したので、Qが、先にパトカーの後部座席に乗り込み、甲の片腕を車内から引っ張り、Pが、甲の背中を押し、後部座席中央に甲を座らせ、その両側にPとQが甲を挟むようにして座った上、パトカーを出発させ、同日午前3時20分頃、H警察署に到着した。

Pは、H警察署の取調室において、本件事件の概要と黙秘権を告げて甲の取調べを開始した。甲は、取調室から退出できないものと諦めて取調べには応じたものの、本件事件への関与を否認し続けた。Pは、同日午前7時頃、H警察署に来てもらったVに、取調室にいた甲を見せ、甲が本件事件の犯人に間違いのない旨のVの供述を得た。Pらは、甲の発見時の状況やVの供述をまとめた捜査報告書等の疎明資料を直ちに準備し、同日午前8時、H簡易裁判所に本件事件を被疑事実として通常逮捕状の請求を行い、同日午前9時、その発付を受け、同日午前9時10分、甲を通常逮捕した。

甲は、同月7日午前8時30分、H地方検察庁検察官に送致され、送致を受けた検察官は、同日午後1時、H地方裁判所裁判官に甲の勾留を請求し、同日、甲は、同被疑事実により、勾留された。

【設問】

下線部の勾留の適法性について論じなさい。ただし、刑事訴訟法第60条第1項各号該当性及び勾留の必要性については論じなくてよい。

参考答案①

[刑事訴訟法]

第1 甲に対する本件被疑事実による勾留（以下、「本件勾留」という）は適法か。

1 そもそも、任意同行は任意処分（刑事訴訟法（以下「法」という）197条1項、198条1項）として適法に行うことができる。もっとも、Pらが、パトカーに甲を押し込んでH警察署まで連れて行った行為（以下「本件同行」という）は、任意同行ではなく実質的逮捕として法199条1項に反し、違法とならないか。

- (1) この点について、実質的逮捕に当たるか否かは、個人の意思を制圧し得る状況の有無によって判断すべきである。
- (2) 本件では、本件事件発生から半日程度が経過した時点で犯行現場であるV方から8キロメートル離れた地点に人相及び着衣が犯人と酷似していた甲がいたことから、甲が本件事件の犯人であること（甲の犯人性）が相当程度推認される。また、甲のズボンのポケットから本件事件における被害品であるV名義のクレジットカードが路上に落ちたことから、前記時点、前記地点において被害品の所持していたことが認められ、甲の犯人性が相当程度推認される。かかる事実を総合評価すれば、甲の犯人性が強く推認される。加えて、甲が「仕事も家もない。」と答えていたことからすれば、甲をこのまま解放してしまうと、再度甲の身柄を確保して本件事件につき取調べをすることが困難になることが予想される。そうだとすれば、甲を取り調べる高度の必要性が認められる。

しかし、Pらは、午前3時に応援の警察官を含む4名の警察官で甲を取り囲んでパトカーに乗車させようとしており、深夜に多人数で取り囲んで甲をパトカーに乗車させようとしている。また、パトカーへの乗車に抵抗を見せる甲に対して、Qが、先にパトカーの後部座席に乗り込み、甲の片腕を車内から引っ張り、Pが、甲の背中を押し、後部座席中央に甲を座らせ、その両側にPとQが甲を挟むようにして座った上、パトカーを出発させるといった有形力を行使することによって抵抗する甲を無理やりパトカー内に連れ込んでいる。

加えて、甲は、Pらに乗車させられそうになった際に、「俺は行かないぞ。」とあって、パトカーの屋根を両手でつかんで抵抗しており、明示的にH警察署への同行を拒否する言動をしている。また、同行後に、甲は取調べ自体には応じているものの、甲がかかる態度を取ったのは取調室から退出できないものと諦めたからにすぎず、依然として本件事件への関与は否認し続けていることからすれば、自らの意思で同行を決定したことを窺わせる事情とはいえない。

以上のようなPら警察官の一連の行為態様及びこれに対する甲の言動からすれば、抵抗なく同行に応じていたと認められる状況があったとは認められない。

したがって、本件同行は、甲の意思を制圧し得る状況において行われたものといえる。

(3) よって、本件同行は、実質的逮捕に当たり、法 199 条 1 項に反し違法な逮捕手続である。

2 本件同行の違法が本件勾留の適法性に影響するか。

(1) この点について、先行逮捕が違法な場合にその後の勾留請求が許されるか否かは、前の手続がいかなる影響を及ぼすかという一種の「波及効」の問題である。そこで、司法の無瑕性、将来の違法捜査抑止の見地から、原則として先行逮捕が違法である場合、その後の勾留も違法であると解する。

もっとも、軽微な違法があるにすぎない場合にも一切勾留を認めないとする、逃亡・罪証隠滅防止といった捜査の必要性をあまりに害する。そこで、前置される逮捕に令状主義(憲法 33 条、法 199 条 1 項)の精神を没却するような重大な違法がある場合に限り、その後の勾留も違法であると解する。

(2) まず、本件事件は住居侵入、窃盗事件であり、「長期三年以上の拘禁刑に当たる罪」(法 210 条 1 項)に当たる(刑法 235 条、同 130 条前段、同 54 条 1 項後段参照)。また、上述のとおり、甲と犯人の人相・人着の酷似や、本件事件の被害品の所持といった事実から、甲が本件事件の犯人であることが強く推認される。したがって、甲には上記「罪を犯したことを疑うに足りる十分な理由」(法 210 条 1 項)が認められる。

また、甲は「仕事も家もなく、寝泊まりする場所を探している」と言っており、Pらは甲の所在に関する情報を知り得ず、甲の身

柄を確保する緊急の必要性があったといえ、「急速を要」する(同項)。以上のことから、実質的逮捕の時点で実質的に緊急逮捕の要件を充足していたといえる。

そして、甲は、令和元年午前 3 時 5 分に実質的逮捕がなされ、その 5 時間 25 分後の同午前 8 時 30 分に検察官に送致され(法 203 条 1 項)、さらに、4 時間 30 分後の同午後 1 時に検察官は勾留請求をしており(法 205 条 1 項)、また、実質的逮捕の時点から勾留請求がなされるまでの時間も計 9 時間 55 分であり(同条 2 項)、いずれも時間的制限を超過していない。

加えて、本件では、実質的逮捕から約 5 時間後、通常逮捕の手続が取られており、令状裁判官が「正当な理由」(憲法 35 条 1 項)を事後的に審査しているから、司法の無瑕性は保たれているとも思える。しかし、緊急逮捕は、直ちに逮捕状を請求し、令状なき身体拘束について裁判官の令状審査を受けるからこそ、令状主義の合理的例外として肯認され、正当化される。そうだとすれば、本件のように事後的に別途通常逮捕をしたとしても、緊急逮捕をしたにもかかわらず逮捕状を請求しなかった場合と同視すべきである。したがって、前置される逮捕に令状主義の精神を没却するような重大な違法があるといえ、本件勾留も違法である。

第 2 よって、本件勾留は違法である。

以 上

参考答案②

[刑事訴訟法]

第1 甲に対する本件被疑事実による勾留（以下、「本件勾留」という）は適法か。

- 1 そもそも、勾留については逮捕前置主義（刑事訴訟法（以下「法」という）207条1項参照）が採られているところ、逮捕手続の違法が別個の処分たる勾留に影響を及ぼすか。

この点について、先行逮捕が違法な場合にその後の勾留に影響を及ぼすかは、一種の「波及効」の問題である。そこで、司法の無瑕疵性、将来の違法捜査抑止の見地から、原則として先行逮捕が違法である場合、その後の勾留も違法であると解する。

もっとも、軽微な違法があるにすぎない場合にも一切勾留を認めないとする、逃亡・罪証隠滅防止といった捜査の必要性をあまりに害する。そこで、前置される逮捕に令状主義（憲法33条、法199条1項）の精神を没却するような重大な違法がある場合に限り、その後の勾留も違法であると解する。

- 2 まず、前置される逮捕に違法が認められるか。本件では、Pらが、パトカーに甲を押し込んでH警察署まで連れて行っているところ（以下「本件同行」という）、本件同行は、任意同行（法197条1項、198条1項）ではなく、実質的逮捕として法199条1項に反し、違法とならないか。

(1) この点について、実質的逮捕に当たるか否かは、個人の意思を制圧し得る状況の有無によって判断すべきである。

(2) 本件では、本件事件発生から半日程度が経過した時点で犯行

現場であるV方から8キロメートル離れた地点に、人相及び着衣が犯人と酷似している甲がいたことから、甲が本件事件の犯人であること（甲の犯人性）が相当程度推認される。また、甲のズボンのポケットから本件事件における被害品であるV名義のクレジットカードが路上に落ちたことから、前記時点、前記地点において被害品の所持していたことが認められ、甲の犯人性が相当程度推認される。かかる事実を総合評価すれば、甲の犯人性が強く推認される。加えて、甲が「仕事も家もない。」と答えていたことからすれば、甲をこのまま解放してしまうと、再度甲の身柄を確保して本件事件につき取調べをすることが困難になることが予想される。そうだとすれば、甲を取り調べる高度の必要性が認められる。

しかし、Pらは、午前3時に応援の警察官を含む4名の警察官で甲を取り囲んでパトカーに乗車させようとしており、深夜に多数で取り囲んで甲をパトカーに乗車させようとしている。また、パトカーへの乗車に抵抗を見せる甲に対して、Qが、先にパトカーの後部座席に乗り込み、甲の片腕を車内から引っ張り、Pが、甲の背中を押し、後部座席中央に甲を座らせ、その両側にPとQが甲を挟むようにして座った上、パトカーを出発させるといった有形力を行使することによって抵抗する甲を無理やりパトカー内に連れ込んでいる。

加えて、甲は、Pらに乗車させられそうになった際に、「俺は

行かないぞ。」といって、パトカーの屋根を両手でつかんで抵抗しており、明示的にH警察署への同行を拒否する言動をしている。また、同行後に、甲は取調べ自体には応じているものの、甲がかかる態度を取ったのは取調室から退出できないものと諦めたからにすぎず、依然として本件事件への関与は否認し続けていることからすれば、自らの意思で同行を決定したことを窺わせる事情とはいえない。

したがって、以上のPらの行為及び甲の言動からすれば、抵抗なく同行に応じていたと認められる状況があったとはいえず、本件同行は、甲の意思を制圧し得る状況において行われたものといえる。

(3) よって、本件同行は、実質的逮捕に当たり、法 199 条 1 項に反し違法な逮捕手続である。

3 では、本件同行の違法は重大な違法か。

(1) まず、本件事件は住居侵入、窃盗事件であり、「長期三年以上の拘禁刑に当たる罪」(法 210 条 1 項)に当たる(刑法 235 条、同 130 条前段、同 54 条 1 項後段参照)。また、上述のとおり、甲と犯人の人相・人着の酷似、本件事件の被害品の所持といった事実から、甲が本件事件の犯人であることが強く推認される。したがって、甲には上記「罪を犯したことを疑うに足りる十分な理由」(法 210 条 1 項)が認められる。

また、甲は「仕事も家もなく、寝泊まりする場所を探している」

と言っており、Pらは甲の所在に関する情報を知り得ず、甲の身柄を確保する緊急の必要性があったといえ、「急速を要」する(同項)。以上のことから、実質的逮捕の時点で実質的に緊急逮捕の要件を充足していたといえる。

そして、甲は、令和元年午前 3 時 5 分に実質的逮捕がなされ、その 5 時間 25 分後に検察官に送致され(法 203 条 1 項)、さらに、4 時間 30 分後に検察官は勾留請求をしており(法 205 条 1 項)、また、実質的逮捕の時点から勾留請求がなされるまでの時間も計 9 時間 55 分であり(同条 2 項)、いずれも時間的制限を超過していない。

加えて、本件では、実質的逮捕から約 5 時間後、通常逮捕の手続が取られており、令状裁判官が「正当な理由」(憲法 35 条 1 項)を事後的に審査しているから、司法の無瑕性は保たれているとも思える。しかし、緊急逮捕が令状主義の合理的例外として正当化されるのは、直ちに逮捕状を請求し、令状なき身体拘束について裁判官の令状審査を受けるからである。そうすると、本件のように事後的に別途通常逮捕をしたとしても、緊急逮捕をしたにもかかわらず逮捕状を請求しなかった場合と同視すべきである。したがって、前置される逮捕に令状主義の精神を没却するような重大な違法があるといえ、本件勾留も違法である。

第 2 よって、本件勾留は違法である。

以 上

明治大学法曹会司法試験予備試験答案練習会
過去問ゼミ〔刑事訴訟法（令和元年度）〕・解説レジュメ

担当講師：藤原大輔（司法試験合格）

第1 出題趣旨

〈出題の趣旨〉令和元年度司法試験予備試験採点実感（引用・下線等は筆者による）

本問は、民家で発生した窃盗事件について、翌日の未明に、警察官PとQが、路上で、人相及び着衣が犯人と酷似する甲を認め、職務質問を開始したところ、甲のズボンのポケットからV名義のクレジットカードが路上に落ちたことから、抵抗する甲をパトカーに押し込んでH警察署に連れて行き、その後、甲を通常逮捕して、勾留したとの事例において、甲の勾留の適法性の検討を通じ、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試すものである。

刑事訴訟法上、逮捕と勾留は別個の処分であるが、先行する逮捕手続（さらに、同行の過程）に違法がある場合、引き続き勾留の適法性に影響を及ぼすことがあるとの理解が一般的であり、甲の勾留の適法性を検討するに当たっては、先行手続の違法が問題となる。もっとも、この点については、勾留の理由や必要（刑事訴訟法第207条第1項、第60条第1項、第87条）と異なり、明文で要件とされているわけではなく、逮捕手続の違法についても、逮捕後の時間的制限の不遵守がある場合に勾留請求を却下すべきとする（刑事訴訟法第206条第2項、第207条第5項）にとどまるため、なぜ先行手続の違法が勾留の適法性に影響を及ぼすのかについて、具体的根拠を示して論ずることが求められる。他方、先行手続の違法が軽微であっても直ちに勾留が違法となるとすれば、被疑者の逃亡や罪証隠滅を防いだ状態で捜査を続行することが困難となるのであって、先行手続の違法が勾留の適法性に影響を及ぼすと考えとしても、いかなる場合に勾留が違法となるか、その判断基準を明らかにすることも必要である。

本問では、先行手続として、警察官が甲をパトカーに押し込んでH警察署に連れて行った行為について、実質的な逮捕であり違法ではないかが問題となる。ここでは、任意同行と実質的な逮捕とを区別する基準を示した上で、警察官の行為が実質的な逮捕であるか否かを判断することが求められる。そして、警察官の上記行為が実質的な逮捕であり違法と評価される場合、その違法が勾留の適法性に影響するのか、影響するのであれば、勾留が違法となる場合に当たるかについて、判断基準を示して検討することが求められる。また、この点について、先行手続の違法の程度（重大か否か）に着目するのであれば、【事例】において侵害された法益の質・程度や本来可能であった適法行為からの逸脱の程度（例えば、実質的な逮捕がなされた時点において緊急逮捕の要件を実質的に満たしていたか、満たしていたとして、その時点から起算して被疑者が検察官に送致され、また勾留を請求するまでの時間的制限を超過していないか、また、実質的な逮捕から約5時間後、甲の取調べ等を挟んで通常逮捕の手続が取られていることをどう評価

するか）などに関わる具体的事情を考慮した上で、先行手続の違法の程度を吟味し、勾留が違法と評価されるか否かについて論述することが求められる。

第2 〔設問〕の解説

1 総論

(1) 網羅的な知識のインプットについては予備校本や基本書等に預けておき、ここでは、本問を解く上で必須となる知識を、論文式試験の本番で「使える」ように交通整理をしていくという意識で解説していく。

(2) 〔設問〕で問われている事項の確認

本問でいかなる論点が問題となっているかを抽出できなければ、どんなに正確に論述されていようと、相対的に書き負けてしまう。そのため、問題文（事例）や設問から、正確に論点を抽出することが合格答案を作成する出発点となる。

本問の設問には任意同行に至るまでの経緯や同行時の事情が多く記載されていること、同行時の態様から甲の任意性が認められないことが窺われることから、当該同行の適法性を論じる必要があることが求められていることに気づくことができる。また、設問は勾留が適法であるかどうかが問われていることから、当該同行の違法が勾留の適法性に影響するのかどうかを論じる必要があることにも気づくことができる。

(3) 答案構成例

本問の答案構成例としては、たとえば、以下のようなパターンが考えられる。

【答案構成例①】 手続の順番通りに検討する構成	【答案構成例②】 「第1 出題の趣旨」を意識した構成
1 勾留は適法か。 (1) 任意同行の適法性 ア 実質的逮捕に当たり違法か。 (ア) 【論証】任意同行と実質的逮捕の判断基準 (イ) 本件では…… イ したがって、…… (2) 先行逮捕と勾留の適法性 ア 【論証】先行逮捕が違法である場合の勾留の適法性 イ 本件では、…… ウ したがって、…… 2 よって、……	1 勾留は適法か。 (1) 【論証】先行逮捕が違法である場合の勾留請求の適法性 (2) そもそも先行逮捕に違法が認められるか。 (ア) 【論証】任意同行と実質的逮捕の判断基準 (イ) 本件では、…… (3) では、かかる違法が重大な違法か。 ア 本件では…… イ したがって、…… 2 よって、……
■ 手続の順番に従って適法性を検討し、最後に先行逮捕が違法である場合の勾留請求の適法性を論じる構成。も	■ 先行する逮捕が違法である場合の勾留請求の適法性という論点の規範（＝重大な違法の有無）を大枠として設定

っとも、手続の順番通りに記載するに当たっても、なぜ勾留とは関係のない先行手続について論じる必要があるのかを逮捕手続の適法性を論ずる前提として記載することが望ましい。	し、そのなかで先行逮捕の違法性を検討する構成。もっとも、この構成では、論点のなかで別の論点が出ることから三段論法が崩れないように注意を払う必要がある。
---	--

2 本件における同行の違法性

(1) 問題の所在

本件において、PとQは、令和元年6月5日午後2時30分頃、甲を呼び止め、「ここで何をしているのか。」などと尋ねて職務質問を開始し、同3時頃、「事情聴取したいので、H警察署まで来てくれ。」と甲に任意同行を求めているものの、甲はこれに応じず、同3時5分頃、応援の警察官を含む4名の警察官で甲を取り囲んでパトカーに乗車させようとしたが、甲が、「俺は行かないぞ。」と言い、パトカーの屋根を両手でつかんで抵抗したので、Qが、先にパトカーの後部座席に乗り込み、甲の片腕を車内から引っ張り、Pが、甲の背中を押し、後部座席中央に甲を座らせ、その両側にPとQが甲を挟むようにして座った上、パトカーを出発させ、同日午前3時20分頃、H警察署に到着した。本問では、かかる任意同行の適法性について論じる必要がある。

そもそも、捜査機関が被疑者を取り調べるために出頭を求める任意同行は、任意捜査として行うことができる（刑事訴訟法（以下「法」という）198条1項本文）。被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除き、出頭を拒むことができるし、任意同行に応じた後は、いつでも退去することができる（法198条1項但書）。

しかし、任意を装って強制的に被疑者を同行し、退去を許さないような場合には、実質的な逮捕であると判断される場合がある。

そして、当該同行（・滞留）が実質的逮捕に当たる場合には、法199条1項に反し、違法な逮捕手続となる。

cf. 任意同行とそれに引き続く取調べの適法性（最決昭和59.2.29、高輪グリーン・マンション殺人事件）

(2) 任意同行と実質的逮捕の判断基準

(a) 論証

【論証】任意同行と逮捕（任意同行と実質的逮捕の基準）
この点について、実質的逮捕に当たるか否かは、個人の意思を制圧し得る状況の有無によって判断すべきであると解する。
[考慮要素] ① 同行の時刻・場所

- ② 同行の方法・態様
- ③ 被疑者の属性
- ④ 同行の必要性
- ⑤ 被疑者の対応
- ⑥ 同行後の取調べ状況
- ⑦ 捜査官の主観的意図等

強制性が認められやすい例としては、①深夜に自宅に訪問して同行を求める（深夜でも路上で被疑事実が発覚したため同行を求めるなら、強制性は否定されやすい）、②警察官が多数、高圧的・命令的な態度で、行先も告げず、取り囲んだり、有形力を行行使して、警察車両に同行する、③同行後の取調べが長時間に及び、用便時や休憩時も監視を継続する、④任意同行の際に逮捕状が出ていると告げ、あるいは、時間稼ぎのために逮捕を遅らせたという事情がある、⑤被疑者の同行拒否や退去希望を聞き入れず、あるいは、弁護人や家族との連絡希望を聞き入れない（被疑者が同行を拒否し、退去を希望したとしても、捜査官が説得して翻意を求めることは許されるが、その程度は事案の重大性等に応じた限界がある）、⑥被疑者が若年者や病者など、が考えられる。こうした具体的な事情を勘案し、一般人の立場から常識的に判断して、抵抗なく同行に応じていたと認められる状況であったか否かを検討することになるであろう¹。

(3) 本問への当てはめ

本問では、甲は、本件事件発生から半日程度が経過した時点で犯行現場であるV方から8キロメートル離れた地点において、人相及び着衣が犯人と酷似していたことから、甲が本件事件の犯人であることが相当程度に推認される。また、甲のズボンのポケットから本件事件における被害品であるV名義のクレジットカードが路上に落ちたことから、犯行から半日程度、犯行現場から8キロメートルの地点において被害品の所持していたことが認められ、かかる事実も甲が本件事件の犯人であることを相当程度に推認させる。かかる事実を総合評価すれば、甲が本件事件の犯人であることが強く推認される。加えて、甲が「仕事も家もない。」と答えていたことからすれば、甲をこのまま解放してしまうと、再度甲の身柄を確保して本件事件につき取調べをすることが困難になることが予想される。そうだとすれば、甲を取り調べる高度の必要性が認められる。

しかし、Pらは、深夜3時という通常の人々の日常生活とは異なる時間帯に、応援の警察官を含む4名の警察官で甲を取り囲んでパトカーに乗車させようとしており、多人数で取り囲む態様によって甲をパトカーに乗車させようとしている。さらに、パトカーへの乗車に抵抗を見せる甲に対して、Qが、先にパトカーの後部座席

¹ 「基本Ⅱ」・24頁～25頁

に乗り込み、甲の片腕を車内から引っ張り、Pが、甲の背中を押し、後部座席中央に甲を座らせ、その両側にPとQが甲を挟むようにして座った上、パトカーを出発させるといった有形力を行使することによって抵抗する甲を無理やりパトカー内に連れ込んでいる。

加えて、甲は、Pらに乗車させられそうになった際に、「俺は行かないぞ。」といって、パトカーの屋根を両手でつかんで抵抗しており、明示的にH警察署への同行を拒否する言動をしている。また、同行後に、甲は取調べ自体には応じているものの、甲がかかる態度を取ったのは取調室から退出できないものと諦めたからにすぎず、依然として本件事件への関与は否認し続けていることからすれば、甲が自らの意思で同行を決定したとはいえない。

以上のようなPら警察官の一連の行為態様及びこれに対する甲の言動からすれば、抵抗なく同行に応じていたと認められる状況があったとは認められない。

したがって、かかる同行は、甲の意思を制圧し得る状況において行われたものといえ、実質的逮捕に当たり、法 199 条 1 項に反し違法な逮捕手続である。

3 先行逮捕が違法である場合における勾留請求の適法性

(1) 問題の所在

上記 2 で見たように、本件同行は実質的逮捕として法 199 条 1 項に反して違法である。

そして、逮捕前置主義（207 条 1 項参照）からすれば、逮捕手続に違法があるときは勾留請求を却下できる場合があることに異論はない。しかし、逮捕と勾留は別個の手続であることから、逮捕手続に違法があるときに勾留請求を却下できる根拠や、具体的に逮捕手続にいかなる違法があるときに勾留請求を却下できるのが問題となる²。

(2) 先行逮捕の違法と勾留の適法性

同論点については、様々な理由付けによる論証が考えられるところ、解説レジュメに当たっては、以下の二つの論証を掲載するにとどめる。

【論証】先行逮捕の違法と勾留の適法性①

そもそも、刑訴法が逮捕前置主義（207 条 1 項参照）を採用した趣旨は、身体拘束が被処分者に対し重大な不利益を及ぼすことに鑑み、身体拘束に二重の司法的抑制を及ぼし、もって不当な身体拘束を可及的に防止する点にある。かかる趣旨からすれば、前置される逮捕は当然に適法であることを要する。

したがって、違法な逮捕に引き続く勾留請求は原則として許されないと解する。

[メモ]

² 「事例」・61 頁

- ☞ いわゆる「二重の司法審査説」からの論証³。
- ☞ もっとも、同論証については、逮捕の際に司法審査を経ない現行犯逮捕の場合を説明することはできないという批判がある⁴。

【論証】先行逮捕の違法と勾留の適法性②

この点について、先行逮捕が違法な場合にその後の勾留請求が許されるか否かは、前の手続にいかなる影響を及ぼすかという一種の「波及効」の問題である。

そこで、司法の無瑕性(廉潔性)、将来の違法捜査抑止の見地から、原則として先行逮捕が違法な場合の勾留請求は許されないと解する。

もっとも、軽微な違法があるにすぎない場合にも一切勾留を認めないとするのでは、逃亡・罪証隠滅防止といった捜査の必要性をあまりに害する。

そこで、前置される逮捕に令状主義(憲 33、法 199 I)の精神を没却するような重大な違法がある場合に限り、勾留請求は許されないと解する。

〔メモ〕

- ☞ いわゆる『波及効』説からの論証。
- ☞ もっとも、最近では、『波及効』説や「二重の司法審査説」単体で説明するのではなく、両者を根拠とする見解が少なくない⁵。
- ☞ 本論証は、「勾留請求の適法性」を念頭に作成しているため、本問のような「勾留の適法性」(既に勾留されている場合)には、文言を多少変える気遣いをしておくことが望ましいだろう。

〔考慮要素〕

- ① 実質的な逮捕がなされた時点において緊急逮捕の要件を実質的に満たしていたか
- ② (①を満たしていたとして、) その時点から起算して被疑者が検察官に送致され、また、勾留を請求するまでの時間的制限を超過していないか
- ③ 実質的逮捕後に緊急逮捕等の手続を採っているか

(3) 本問への当てはめ

そもそも、上記 2(3)で述べたように、前述の同行は実質的逮捕に当たり、違法な逮捕である。したがって、本件における勾留請求は前置される逮捕に違法が認められる。

では、かかる逮捕の違法は重大といえるかについて、前述(2)の〔考慮要素〕の順に従って、以下検討する。

³ 「事例」・60 頁～61 頁

⁴ 「事例」・61 頁

⁵ 「事例」・64 頁

まず、①実質的逮捕の時点で緊急逮捕の要件（210 条 1 項）が実質的に満たされていたかを検討する。

この点については、まず、本件事件は住居侵入、窃盗事件であり、「長期三年以上の拘禁刑に当たる罪」に当たる（刑法 130 条前段、235 条、54 条 1 項後段参照）。また、2(3)で述べたとおり、甲と犯人の人相・人着の酷似や、本件事件の被害品の所持といった事実から、甲が本件事件の犯人であることが強く推認される。したがって、甲には上記「罪を犯したことを疑うに足りる十分な理由」が認められる。

また、甲は、「仕事も家もなく、寝泊まりする場所を探している」と言っており、Pらは甲の所在に関する情報を知り得なかったことから、甲の身柄を確保する緊急の必要性があったといえ、「急速を要」する（同項）。

したがって、実質的逮捕の時点で実質的に緊急逮捕の要件を充足していたことが認められる（①）。

そして、甲は、令和元年午前 3 時 5 分に実質的逮捕がなされ、その 5 時間 25 分後の同午前 8 時 30 分に検察官に送致され（法 203 条 1 項）、さらに 4 時間 30 分後の同午後 1 時に検察官は勾留請求をしており（法 205 条 1 項）、また実質的逮捕の時点から勾留請求がなされるまでの時間も 9 時間 55 分であり（法 205 条 2 項）、いずれも時間的制限を超過していない（②）。

加えて、本件では、実質的逮捕から約 5 時間後、通常逮捕の手続が取られており、令状裁判官が「正当な理由」（憲法 35 条 1 項）を事後的に審査しているから、司法の無瑕性は保たれているとも思える。

しかし、緊急逮捕は、直ちに逮捕状を請求し、令状なき身体拘束について裁判官の令状審査を受けるからこそ、令状主義の合理的例外として肯認され、正当化される。そうだとすれば、本件のように事後的に別途通常逮捕をしたとしても、緊急逮捕をしたにもかかわらず逮捕状を請求しなかった場合と同視すべきである。したがって、前置される逮捕に令状主義の精神を没却するような重大な違法が認められる（③）。

よって、本件勾留も違法である。

4 その他検討する余地がありそうな事項

以下では、出題の趣旨には記載がないが、検討する余地がありそうな事項を端的に記載しておく（再現答案等では記載が見られる事項でもある）。

(1) （2・3の論点に加えて）通常逮捕していることを再逮捕と捉える構成⁶

- ・ 実質的逮捕が違法であったとしても、その後に通常逮捕していることから、同通常逮捕は違法な逮捕を先行逮捕とする再逮捕であるとも考えることもできる。

⁶ 「再現&ぶんせき」・324 頁～328 頁

- ∴ 再逮捕（・再勾留）の可否＋違法な先行逮捕（・勾留）に引き続く再逮捕（・再勾留）の可否の論点を書き得る。
- ・ 確かに、逮捕手続の違法は、(1)勾留請求を却下するまでもない違法、(2)勾留請求を却下すべき「重大な違法」であっても、事情により再逮捕を許すことのできる場合もある違法（京都地決昭 44. 11. 5）、(3)勾留請求を却下すべきはもとより、その後の再逮捕も許すべきでない「極めて（著しく）重大な違法」の 3 種がある⁷。このことからすれば、検討する余地がないわけではない（(2)の類型に当たる違法か考える余地がある）。
 - ・ もっとも、結論としては、(3)の「極めて重大な違法」に当たり、通常逮捕（再逮捕）も許されず違法となると考えるのが妥当であると考えられる。したがって、このような構成を採ったとしても、適法な逮捕を前置しているとはいえず、勾留請求は認められないと結論に至るのが妥当であろう。
- (2) （２・３の論点に加えて）任意同行における有形力の行使⁸
- ・ 任意同行の際の P らの一連の行為を任意同行における有形力の行使と捉えて、その違法性を論じた上で、（通常逮捕に先立つ）任意同行の違法が逮捕の重大な違法となる場合があるかを論じる構成。
 - ・ 論じ方自体は丁寧であるが、論ずべき論点の数が多くなり、必然的に抽象的な法律論の展開が紙面の幅を取ってしまい、事実認定部分がカツカツになってしまう可能性が多い。また、予備試験の答案（４枚）に入りきる現実的な答案といえるか、再現性も含めて参考にすべきか決めるべきであろう。

任意同行における有形力の行使を記載する構成について①（９頁） ・ 任意同行時の有形力の行使について、任意捜査の限界を超えて違法か？ ☞ 規範：必要かつ相当 ☞ 当てはめ（本件では違法） ・ 先行逮捕が違法である場合の勾留の適法性 ☞ 規範：先行逮捕が重大な違法である場合 ☞ しかし、上記の違法は、あくまで任意同行時の有形力の行使であり、逮捕そのものではない	任意同行における有形力の行使を記載する構成について②（９頁） ・ 逮捕に先立つ任意同行の違法が、逮捕手続の重大な違法と評価される場合があるのか？ ☞ 規範：任意同行が実質的逮捕と評価される場合は、逮捕手続の重大な違法と評価できる * 「任意同行時の有形力の行使は任意捜査の限界に反する違法」と「実質的逮捕として法199条1項に反する違法」を分けて考えており、①「任意捜査の限界に反する違法だが、実質的逮捕に至っていない」場合と、②「任意捜査の限界に反する違法だし、実質的逮捕にも至っている」場合があり、後者の場合には勾留も違法となると構成しているものと思われる。
--	---

（解説 終わり）

⁷ 「事例」・71 頁

⁸ 「再現&ぶんせき」・316 頁～320 頁

【参考文献・略記一覧】

- ・「基本Ⅱ」……吉開多一ほか『基本刑事訴訟法Ⅱ——論点理解編（日本評論社・2021年）』
- ・「再現&ぶんせき」
……『平成29年～令和3年 予備試験リアルA答案5年分 刑法・刑事訴訟法（辰巳法律研究所・2022年）』
- ・「事例」……古江頼隆『事例演習 刑事訴訟法（第2版・有斐閣・2015年）』

以 上

2026 年 04 月 15 日 ABゼミ刑事訴訟法

最優秀答案

回答者:T・Sさん

第1、甲は、本件事件を被疑事実とする下線部の勾留は、令和元年6月6日の任意同行（刑事訴訟法198条1項ただし書、以下、法令名省略）に引き続くものである。そこで、先行手続である任意同行に違法があるとして、それに引き続く下線部の勾留も違法となるか。

1、まず、任意同行が、「強制的処分」にあたり、**令状主義**に違反するか検討する。

(1)、「強制的処分」とは、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段をいう。

本件では、午前3時5分頃の路上という甲が他人の助けを求めにくい時間と場所において、警察官4名で取り囲み、甲が逃げられないようパトカーに乗せようとしている。さらに、その際、甲はパトカーの屋根を掴み激しくパトカーへの乗車を拒みながら、「俺はいかないぞ」と明確に任意同行を拒否した。それにもかかわらず、Qが車内から腕を引っ張り、Pが車外から背中を押して強引に乗車させた上で、両名が甲を挟むようにパトカーに乗車し、自力での降車を不可能にさせた。したがって、本件任意同行は、甲の意思を制圧し、身体に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為、すなわち、「強制的処分」にあたる。

(2)、したがって、逮捕状によらない逮捕は、**令状主義（憲法35条）**に反し、違法である。

2、先行する逮捕手続に違法がある場合に引き続く勾留の可否を定めた規定はない。しかし、司法の廉潔性の保持と将来の違法捜査の抑止の要請から、先行する逮捕の違法の程度を鑑みずに、違法な逮捕に引き続く勾留の全てを認めるべきではない。一方で、軽微な違法があるからといって全て認めないのも捜査の必要性から妥当でない。

ここで、207条5項ただし書は、「その遅延がやむを得ない事由に基づく正当なもの」（206条2項）でない、制限時間経過後の法的根拠のない違法な身体拘束という重大な違法を伴う場合に勾留請求を却下すべきとしたものである。そこで、勾留請求に先行する逮捕手続の瑕疵のうち、明文のある身柄拘束時間の制限超過に匹敵するような重大な違法が認められる場合には、勾留裁判官はそのような重大な違法手続に基づく勾留請求を却下すべきであると解する。

(1)、ここで、①実質的逮捕開始時点で緊急逮捕の実質的要件を充足し、②その後に関をおかず

コメントの追加 [作成者1]: 条文を摘示しながら、なぜ先行手続の違法性を論じるのかを記載することができています。

コメントの追加 [作成者2]: 刑訴法や憲法の条文を摘示できると条文に忠実に検討していると評価されます。

コメントの追加 [作成者3]: 実質的逮捕の場合は最決昭和59年判例がありますので、そちらの規範を書けるようにしましょう。ただし、強制処分該当性の規範で処理しても当てはめは相当程度重なるので、致命傷となるわけではありません。

コメントの追加 [作成者4]: 仮に憲法だけに反するとすれば、「違憲」ではないでしょうか。刑訴法の条文まで摘示しましょう。

に逮捕状による通常逮捕の手続がとられ、③実質的逮捕の開始時点から起算して逮捕の制限時間内に勾留請求がなされている場合は、逮捕の種類選択を誤ったという軽微な手続違反にとどまり、かかる逮捕手続に引き続く勾留請求は適法であると解する。そこで、本件もこのような場合に当たるか。

- (2)、ア、甲は、実質的逮捕がされた、令和元年6月5日3時5分の29時間25分後の、同月7日午前8時30分に検察官に送致され、その4時間30分後の同日の午後1時に勾留されている。したがって、甲が身体を拘束されていた時間は合計33時間55分であり、法定の制限時間を遵守している(203条1項、205条1項、2項)(③)。

イ、(ア)、本件では、窃盗罪(刑法 235 条)は長期10年、住居侵入罪(刑法 130 条)は長期3年の拘禁刑にあたる罪である。

(イ)、甲は P に被害品の入手経路について尋ねられているが、これは犯行から僅か12時間後のことで、甲が被害品を拾得してからも時間はさほど経過していないといえる。そうすると、甲は入手経路について具体的に弁明できるはずである。しかし、被害品の入手経路について、「散歩中に拾った」とのみ供述し、おおよその拾った場所や時間さえも説明していない。加えて、甲は被害品を「落とし物として届けるつもりだった」と供述しているが、これは、Pの任意同行の申出を無視して立ち去ろうとした行動と矛盾する。したがって、甲の供述は合理性に欠け、虚偽である。このことは、本件の窃盗犯人は被害品の入手経路等について虚偽の供述をするという経験則に基づいて甲の窃盗の犯人性を推認させる。そして、甲が徘徊していたのは、本件事件発生から12時間後の V 方から8キロメートルしか離れていない路上であり、犯人が12時間以内に移動可能な場所であった。そして、そのような状況下で、甲の人相及び着衣が犯人と酷似していた。さらに、甲は Pの質問に「覚えていない」旨の曖昧な答え終始しているが、たった半日前の自己の行動について何も覚えていないのは不自然である。

したがって、甲が「罪を犯したことを疑うに足りる十分な理由がある」(210 条)。

(ウ)、甲は、「仕事も家もなく、寝泊まりする場所を探している」と述べており、甲の住所・職場などの情報は無い。したがって、甲の身柄拘束は「急速を要し」といえる。

(エ)、したがって、実質的逮捕の時点で緊急逮捕の実体的要件を満たしている(①)。

ウ、そして、その後に、通常逮捕の逮捕状の発付を受けているため、緊急逮捕の手続的要件を満たしているように思える。

しかし、逮捕状の発付を受けたのは、同日午前9時10分である。したがって、実質的逮捕がされた令和元年6月5日3時5分から6時間5分もの間、甲は逮捕状によらずに身体

コメントの追加【作成者5】: 重大な手続違反の下位規範についても摘示できています。修正箇所は結論を明示しているだけなので、意識していただければと思います。

コメントの追加【作成者6】: しっかりと点数が振られているであろう事項に言及できています。

コメントの追加【作成者7】: ここは少し過言になっています。仮に甲の供述(弁解)に言及するならば、近接所持や人相・人着の酷似等から犯人性を推認し、その推認力を覆滅させるような合理性があるかどうか、という構成で記載しましょう。また、犯人性の記載については、近接所持や人相人着の酷似といった頻出の事項から端的に認定して良いと考えます。

コメントの追加【作成者8】: 不自然さから、なぜ「罪を犯したことを疑うに足りる十分な理由」につながるのかを一言論じられると良いと思います。左記のような間接事実からは甲が犯人であることが強く推認されるから、犯罪の嫌疑の充分性があると記載しましょう。

コメントの追加【作成者9】: 通常逮捕がなされているという本問の特殊性について気づくことができており、これに対して令状主義の趣旨からしっかりと論じることができています。このような論述は高い評価を得られます。

を拘束されていた。ここで、憲法の明文なく緊急逮捕が令状主義の例外として許容されるのは、事後に令状審査を行うことで、令状主義の趣旨たる捜査機関による権限濫用の防止を全うできるからである。そして、210 条後段は、「直ちに裁判官の逮捕状を求める手続をしなければならない」と規定している。これは、直ちに令状審査を行わせることで、捜査機関による権限濫用の防止という趣旨を全うしようとするものといえる。したがって、6時間5分後の令状発付は「直ちに」とはいえない。したがって、かかる逮捕手続には、逮捕の種類選択を誤ったという軽微な手続違反にとどまらず、令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、身柄拘束時間の制限超過に匹敵するような重大な違法が認められる。

第2、よって、そのような重大の違法のある逮捕手続に引き続く下線部の勾留は違法である。

以上

2026 年 05 月 26 日 AB ゼミ刑事訴訟法

最優秀答案

回答者：O・Kさん

1 下線部の勾留は適法か。

2 刑事訴訟法は、被疑者の勾留には先立つ適法な逮捕が必要であるとする、逮捕前置主義（207条1項）に立っている。これは、**逮捕と勾留の2段階審査を行うことで、捜査機関による恣意を抑制し、被疑者の人権を保護する趣旨から**である。

このことから、勾留が適法であるためには、勾留の必要性（87条1項）及び、60条1項該当性に加えて、逮捕前置主義の要件が満たされていることが必要となる。そこで、本件勾留に先立つ逮捕が適法に行われたかを検討する。

3 本件逮捕は、パトカーにより、甲が令和元年6月6日午前3時20分頃H警察署に到着した後、通常逮捕の請求をなし、その発布を受けた上で行われている。このことから、一見適法に行われたかに見える。しかし、甲の警察署への搬送は、それに甲が任意に応じていたことが、一見して明らかではないことから、任意同行とは認められず、実質逮捕として**違法**とならないか。

この点、任意同行が実質逮捕にあたるか否かは、①同行を求めた場所及び時間、②同行に際しての被疑者の態度、③同行の方法および態様、を考慮して判断する。

コメントの追加 [作成者1]: 二重の司法審査説をしっかりと摘示できています。

コメントの追加 [作成者2]: しっかりと「勾留の適法性を検討するに当たって、なぜ先行逮捕の適法性を検討するのか」という検討の実益を示すことができます。

コメントの追加 [作成者3]: 違法の場合には条文の摘示をするように心がけましょう。

コメントの追加 [作成者4]: 判例上、被疑者の留め置きが実質上の身体拘束になっていたかどうかを判定する基準は、明確ではありません（最判昭和59年2月29日、百選（第10版）15頁）。そのため、左記のような記載でも問題ありません。当てはめで個人の意思を制圧し得るか否かに言及できている点からも、論点に対する理解度の深さが窺えます。

Pらが甲に任意同行を求めた場所は路上であり、時間は午前2時30分頃という深夜である。路上は深夜であっても、人の通行の蓋然性が認められることから、事情聴取に適する場所ではない。また、深夜という時間帯は、寝ている人を起こす形での実施となりやすいことから、通常であれば、事情聴取のための任意同行に適さない。しかし、甲は路上を徘徊していた。このことから、甲に、当該時間帯に事情聴取のための任意同行を求めることは、甲に特段の不利益を生じさせない。したがって、①の事実からすれば、本件任意同行は、実質逮捕とは認められないとも思える。

しかし、甲は、Pらに任意同行を求められると、「俺は行かないぞ」と述べ、言葉によって任意同行を明確に拒否している。甲はさらに、パトカーの屋根を両手でつかむという強い抵抗をなし、態度によっても任意同行を明確に拒否している（②）。

さらに、甲を警察署に搬送するパトカーに乗車させるに際し、Pらは、甲の腕を車内から引っ張ったり、背中を押すといった、穏当でない態様の手段を用いている。これは、甲の意思を抑圧する行為と評価できる。

また、パトカーの車内において、甲は両脇を警察官に挟まれる形で、後部座席中央に座らされている。これにより、甲は同行を拒否してパトカーを降車することが、実質的に困難な状況にあったと評価できる（③）。 |

以上より、本件任意同行は実質逮捕と評価できる。これにより、本件勾留は逮捕前置主義の要件を満たしていないこととなり、原則

コメントの追加 [作成者5]: 一般的には、深夜でも路上で被疑事実が発覚したため同行を求めるなら、強制性は否定されやすい傾向にあります（基本刑訴Ⅱ・24頁）。左記では、しっかりと自身なりに評価の理由も併せて記載できており、良好な当てはめとなっています。

コメントの追加 [作成者6]: ①の事情が、「個人の意思を制圧し得る状況」に対して、どのような意味合いを持つのかという意識で当てはめをしましょう。

に従えば違法となる。

4 それでは、例外は認められないか。

この点、**勾留に先行する逮捕の違法が軽微であり、令状主義の精神を没却しないと認められる場合**は、事案の真相を明らかにする必要が存する（1条）こと、および、被疑者の人権を侵害する度合いが小さいことから、逮捕前置主義の要件を満たさない勾留も、例外として適法となる。

本件において、甲に対する実質逮捕時点が令和元年（以下では略す）6月6日午前3時5分頃であるのに対し、甲がH検察庁に送致されたのは、6月7日午前8時30分である。これは実質逮捕の時点から48時間以内であるので、203条1項の要件を満たす。また、検察官が勾留請求を行ったのは、6月7日午後1時である。これは、送致を受けてから24時間以内であるので、205条1項の要件を満たす。さらに、実質逮捕から検察官による勾留請求までの時間は72時間以内であることから、205条の要件を満たす。したがって、実質逮捕の時点を逮捕の起算点としても、甲につき、逮捕から勾留請求に至るまでの、法の定める時間制限は、遵守されていることとなる。

さらにまた、甲に対する被疑事実はV方への住居侵入（刑法130条前段）及びVのクレジットカードの窃盗（刑法235条）である。**窃盗罪の刑の長期は10年であることから、「長期三年以上の拘禁刑に当たる罪」（法210条1項）に当たる（刑法235条、同130条前段、同54条1項後段参照）。甲に、実質逮捕の時点で、「罪を犯し**

コメントの追加 [作成者8]: 規範の提示ができています。

コメントの追加 [作成者9]: 住居侵入も被疑事実として記載しましょう。

コメントの追加 [作成者10]: 緊急逮捕の要件ですので、しっかりと条文と文言を摘示しましょう。

たと疑うに足りる十分な理由」が存すれば、甲を緊急逮捕することが可能であったこととなる。この点、甲は、実質逮捕時点において、Vのクレジットカードをズボンのポケットから落とし、カード入手方法につき不自然な弁解をなしている。これは、甲が本件窃盗犯人である可能性を推認させる事実であると評価できる。このことから、甲には実質逮捕の時点で、「罪を犯したと疑うに足りる十分な理由」が存し、甲に対する緊急逮捕は可能な状態にあったと認められる。

以上より、甲に対する実質逮捕は、甲を適法に緊急逮捕した場合以上に、甲に手続き上の不利益を与えたとは評価できない。したがって、本件実質逮捕の違法は軽微であり、当該違法が令状主義の精神を没却する程度に達しているとまでは認められない。

5 結論として、本件勾留は、逮捕前置主義の要件を満たさないものの、例外として適法となる。

コメントの追加 [作成者11]: 犯人性の認定については、再確認しておきましょう。近接所持や人相・人着の酷似といった客観的な事情を摘示・評価できるようにしましょう。

コメントの追加 [作成者12]: 本件では実質的逮捕後に通常逮捕がなされているという特殊事情がありますので、この点が違法の重大性にどのような影響を与えるのかについて論じられると良いです。