

■ 試験で問われること

1 例題

【事例】

警察官Pは、某日午後6時20分ころ、ひったくり被害に遭ったとの通報を受け、現場に駆け付けた。現場には、被害を訴えるVと、ひったくりの様子を目撃したというWが居り、Pは両名から当時の様子や犯人の特徴などを聴取した。その結果、犯人は白色の原付バイクに乗り、Vの横を通り過ぎる際、Vが所持していたブランドAのバッグを掴んで奪い取ったこと、犯人は上下黒色の服装で、茶色のヘルメットを着用していたことなどが判明した。

Pは、上記の情報をもとに犯人を捜索することとし、パトカーを運転して現場周辺の探索を開始した。その後、Pは、現場から約1キロメートルの地点で、車体、服装及びヘルメットの色が犯人のものと合致する原付バイクを発見したため、運転手に停車を呼び掛けた。運転手は素直に応じて路肩に停車したことから、Pもパトカーを降りて運転手のもとに向かったが、その際、同人の原付バイクの前かごにはブランドAのバッグが入っていることが確認された。

Pは、運転手に免許証の提示を求め、同人の氏名が「甲」であることを確認した上で、さらに、バッグの持ち主や中身について質問した。しかし、甲は回答を拒否し、Pが質問を重ねても態度を変えようとしなかった。Pは、甲がひったくりの犯人であると確信し、同日午後6時50分ころ、同人を現行犯逮捕した。

【設問】

上記事例におけるPの行為の適法性について論じなさい。

2 出題の傾向

刑事訴訟法の論文式試験では、刑事手続（犯罪の発生から犯人の処罰に至るまでの一連の手続）にまつわる各種の規律・ルールを理解が問われる。そして、問いの形式としては、上記1の例題のように、刑事手続に関与する各主体（警察官、検察官、弁護士、裁判所等）による、個別具体的な行為について規律・ルールへの適合性（適法性）を問うものが多い。なお、「〇〇の証拠能力について論ぜよ」という設問など、一見すると上記のような形式に当てはまらない出題もあるが、そのような設問も、「裁判所は〇〇の証拠を採用することが許されるか」と読み替えることができ、結局は個別具体的な行為について適法性を問うものに過ぎないと捉えることができる。

したがって、受験生としては、刑事手続がどのような流れで進行するのか、個々の場面で誰が何を行うことになるのか、その行為はどのような規律・ルールに従って行われることを要するのか、その規律・ルールへの適合性はどのように判断すればよいのか、といった点を幅広く学習しておかなければならない。

■ 解答へのアプローチ（例題を題材として）

1 検討すべき事項を把握する

検討すべき事項は、基本的には設問で指示されたとおりとなるが、設問の指示が漠然としている場合は、自分自身で検討すべき事項を絞り込む必要がある。例題も、「Pの行為の適法性について論じなさい」という漠然とした指示であるため、問題文に示された多数の行為のうち、どの行為について検討すべきかを見極めなければならない。

検討すべき事項の絞り込み・見極めは、刑事手続に関する規律・ルールを思い浮かべつつ、「適合性を確認する必要があるのはどの点か」を考えて行うことになる。したがって、刑事手続に関する規律・ルールが予めインプットされていなければ、絞り込み・見極めも不可能となってしまう。受験生としては、明文で規定されている規律・ルールはもちろんのこと、解釈によって導かれる規律・ルール（ex. 違法収集証拠排除法則）まで含めて、幅広くかつ正確にインプットしておかなければならない。

例題との関係では、①職務質問につき、警察官職務執行法2条1項が要件を規定していること（行い得る場面を限定していること）を踏まえると、Pが甲を停止させて質問したことにつき、その要件充足性を確認しなければならないと判断される。同様に、②現行犯逮捕につき、213条が要件を規定していることを踏まえると、Pが甲を現行犯逮捕したことにつき、要件充足性を確認する必要があると判断される。そして、答案では、①及び②を中心的に論じていくことになる。

2 法解釈の要否を考える

論文式試験では、適当な法解釈を示すことができているか否かという点も採点の対象となる。そのため、判断に先立って一定の法解釈を行う必要があるか否かを見極めなければならない。

検討すべき事項が、条文の形式的な適用によって結論を得られるものであれば、法解釈を行うことは要しない。例えば、職務質問の一環として行われる口頭での停止措置や質問の適法性については、警察官職務執行法2条1項が明示する要件にあてはめることで判断し得るため、法解釈を行う必要がない。

これに対し、適用すべき条文の文言が一義的に明確でない場合や、判例・通説によって書かれざる要件が示されている場合、あるいは、問題となる規律・ルールが明文で規定されていないものである場合などについては、一定の法解釈を行って、それらの点を明らかにする必要がある。例えば、現行犯逮捕が適法と認められるためには被逮捕者が「現行犯人」（213）に該当することを要するところ、「現行犯人」と認められるためには、212条1項又は2項が明示する要件のみならず、「逮捕者に

として犯罪の発生と被逮捕者の犯人性が明白であること」という要件も満たさなければならないと解されている。そのため、現行犯逮捕の適法性を論じる上では、上記のような書かれざる要件を導き出すために、一定の法解釈を行わなければならないことになる。

3 論証の重要度・優先度を考える

論文式試験は、「限られた時間の中で、いかに効率的に点数を拾い上げていくか」という勝負であるため、重点的に論じるべき事項については手厚く論じ、それ以外の事項については簡潔に論じるという区別も重要となる。

重点的に論じるべき事項の見極めは、論点としての一般的な重要性や難易度、あてはめに用いることになりそうな事実の多寡等を頼りにして、「出題者が特に聞きたい点はどこか」を推測して行うことになる。このような推測は容易ではないが、過去問に取り組み、出題趣旨や採点実感を読み込むことで精度を上げることは可能である（ゆえに、過去問演習は何よりも重要となる。）。

例題では、①Pの停止措置や質問については、条文の形式的な適用によって判断し得るものであり、特に論点は存在しないため、簡潔に論じれば足りると判断される。これに対し、②Pが甲を現行犯逮捕したことについては、論点としての一般的な重要性が高く、また、単に事実を拾い上げるだけでなく適切な評価を加えなければ結論を導き出すことができないため、①よりも重点的に論じるべきものと判断される。

■ 答案の書き方

1 出題者・採点者が求めること

令和4年司法試験の採点実感（刑事系科目第2問）

1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様、比較的長文の事例を設定し、①その捜査及び公判の過程に現れた刑事手続上の問題点について、問題の所在を的確に把握し、②その法的解決に重要な具体的事実を抽出して分析した上、③これに的確な法解釈を経て導かれた法準則を適用して一定の結論を導き出すとともに、④その過程を筋道立てて説得的に論述することが求められている。これを通じて、法律実務家になるために必要な刑事訴訟法に関する基本的学識、事案分析能力、法解釈・適用能力、論理的思考力、論述能力等を試すものである。（以下略）

※丸囲み数字及び下線は筆者による挿入

2 答案の構成

基本的には、他の科目と同様に、法的三段論法に則って論述を組み立てればよい。大まかな流れは次のとおりである。

- I 問題の所在の説明（問題提起）
- II 法解釈による判断準則の導出（規範定立）
- III 具体的事実の抽出と判断準則の適用（あてはめ）
- IV 設問に対する解答（結論の提示）

なお、法解釈を要しない事項（条文の形式的な適用によって解決し得る事項）に関しては、I 及び II を省略して簡潔に論じることできる。

3 答案例（例題を題材として）

第1 甲に対する停車指示及び質問について

Pは、甲を停止させた上、人定事項及び所持品について質問を実施している（以下、まとめて「本件質問行為」という。）。

本件質問行為が適法と認められるためには、警察官職務執行法（以下「法」という。）2条1項所定の要件を満たす必要があるところ、甲の原付バイク、服装及びヘルメットの色が犯人のものと合致していたことに加え、同人の発見場所が現場から約1キロメートルと近接し、時刻も事件発生から30分以内であったという事情から「合理的に判断」すれば、甲がVに対するひったくり事件を犯したと疑うに足る「相当な理由」があったといえる。

したがって、本件質問行為は法2条1項所定の要件を充足し、適法である。

第2 現行犯逮捕について

1 Pは、甲を現行犯逮捕している（以下「本件逮捕」という。）。本件逮捕が適法と認められるためには、甲が「現行犯人」（刑事訴訟法（以下、法令名省略）213条）に該当することを要するが、その該当性はどのように判断すべきか。現行犯人の意義が問題となる。

2 現行犯人とは、逮捕の時点で「現に罪を行」っている者又は「現に罪を行い終った者」をいう（212条1項。以下「狭義の現行犯人」とする。）。

ただし、憲法33条が現行犯逮捕につき令状を不要とする理由は、身柄を拘束すべき緊急の必要性が認められることのみならず、誤認逮捕のおそれが高いため事前の司法審査を受けさせる必要性が乏しいことにも

あると解される。これを踏まえると、狭義の現行犯人に該当するためには、事後的・客観的な評価として犯罪の現行性又は時間的接着性が肯定されることでは足りず、逮捕者自身が被逮捕者の犯行又は犯行終了を現認するか、逮捕者自身が認識した状況からして犯罪の発生及び被逮捕者の犯人性が明白で、誤認逮捕のおそれが低かったといえることを要するものと解するのが相当である。

3 本件逮捕について検討すると、まず、ひたたくり事件の発生から30分後に逮捕が行われている。一般に、30分も経過すれば犯人とそれ以外の者が混同される可能性は相当高まると考えられるため、本件では、犯罪と逮捕の時間的接着性を肯定することができない。

また、Pは、甲による犯行又は犯行終了を現認していない。その上、Pは、甲の原付バイク、着衣及びヘルメットの色が犯人のものと一致していたことや、甲が被害品と同じブランドのバッグを所持していたことから甲の犯人性を肯定しているが、上記程度の特徴を有する人物は、事件現場から1キロメートルの範囲内に複数存在し得ると考えられるため、Pが認識した事情だけでは甲と犯人を結び付けることはできない。

以上によれば、Pにとって甲が犯人であることが明白であったとはいえず、誤認逮捕のおそれがあったことを否定できない。したがって、甲は狭義の現行犯人に該当しない。

なお、甲の所持していたバッグが被害品と同一であることを示す事情は認められないため、「贓物」の所持を理由にして現行犯人とみなされることもない（212条2項2号参照）。

1

4 よって、本件逮捕は違法である。

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

以上