

2021年度同志社大学大学院司法研究科
履修免除試験問題解説
刑事訴訟法

1 解説

(1) 出題の趣旨

本問は、逮捕に伴う無令状捜索の許容の根拠・趣旨及びこれを踏まえた捜索の適法性、並びに訴因の特定の趣旨及び共謀記載が訴因の罪となるべき事実として特定されているかなど、刑訴法に関する基本問題を問うことにより、基本的な知識やこれを踏まえた解釈能力、及び解釈で導いた法理論等を具体的事案に適用できるかという法適用能力を試すものである。

(2) 問(1)について(逮捕に伴う無令状捜索の適法性)

ア 問題の所在

問(1)では、捜査官において、被疑者が逮捕できるとの見込みの下で、未だ逮捕に着手もしておらず、また本人不在のまま、その自宅の一室につき無令状捜索を行ったことの適法性が問われている。

刑事訴訟法が、法220条1項2号・3項において、被疑者を「逮捕する場合に」(同条1項柱書き)に無令状で「逮捕の現場で」(同項2号)捜索を行うことを許容していることから、本問における捜索が「逮捕する場合」に該当するといえるかどうか、いわゆる無令状捜索の時的限界(捜索と逮捕着手との前後関係はどう解するか、捜索開始時において被逮捕者の現在を要求するか否かなど)が問題となっている。

イ 法解釈―「逮捕する場合」の意義

そこで、設問(1)の指示に従い、法が逮捕に伴う無令状捜索差押え(220条1項2号・3項)の趣旨を論じた上で、「逮捕の場合」の意義を明らかにすると法の解釈を行う必要がある。

無令状捜索差押えの趣旨については、学界で有力な緊急処分説と実務で採用されているとされる相当説とが対立していることから、いずれの見解を自説として採用するのかを明らかにしつつ論述することが求められる。

(ア) 緊急処分説及びその時的限界の基準

緊急処分説は、無令状による捜索差押(法220条1項2号、3項)が認められた趣旨について、逮捕現場には証拠が存在する蓋然性が高いことから、逮捕の際に被逮捕者によって証拠が隠滅されるのを防止することにあると説く。この見解によれば、この捜索差押が許容されるのは、逮捕行為に際して、被逮捕者が証拠隠滅するおそれが存在する範囲でなければならず、したがって、「逮捕する場合」とは、原則として逮捕行為に着手していることが必要であり(本来、逮捕に先行する事前捜索は許されない〔田宮・刑事訴訟法I(大学双書)350頁〕。)、かつ逮捕と密着して捜索・差押えが行われる必要がある(堀江・LQ(2版)141,142頁)。ただ、逮捕の着手前でも、被疑者がその場に現在し、かつ着手が現実に見込まれる場合(着手直前)には、証拠の破壊・隠滅の危険が認められるから、捜索差押えは可能である(堀江・LQ(2版)142頁)、とされる。

(イ) 相当説及びその時的限界の基準

これに対し、相当説は、逮捕に伴う無令状捜索（法 220 条 1 項 2 号、3 項）は、逮捕現場には証拠が存在する蓋然性が高く、適法な逮捕に随伴する限り捜索差押令状発付の要件をほとんど充足していることから事前の令状審査なく合理的手段として認められたものである、とする。

もっとも、時的限界の問題については、相当説内部でも下記昭和 36 年判例の結論を支持する見解と批判的な見解が対立している。

後者の見解によれば、法 220 条 1 項本文の「逮捕する場合」とは、被疑者が現在し、かつ逮捕の直前、直後に捜索差押が実施される場合をいうと解される、なぜなら、「逮捕する場合」とは、逮捕着手時という単なる時点を指すのではなく幅のある概念であつて、一律に逮捕着手の先行を要求することは文理上根拠もない上、〔捜査の硬直化を招きかねない。また、〕被疑者が存在し、捜索開始と逮捕着手とが時間的に接着してなされる限り、証拠存在の蓋然性その他の要件が実質的に充足することを確実に判断できる〔し、それらの時間的前後関係により新たな人権侵害が生ずるなどの弊害もない〕からである、と説く。

(ウ) 昭和 36 年判例

ところが、本事例に似た事案において、最高裁は、下記昭和 36 年判例において、次のとおり判示して、被疑者の帰宅が見込まれる状況の下で、緊急逮捕に着手する前にかつ本人不在のままその自宅を法 220 条 1 項・3 項に基づき捜索したことを適法と判断した。

すなわち、**西成ヘロイン事件・最大判昭 36・6・7 刑集 15 卷 6 号 915 頁、百選（10 版）A7 事件、判例教材（5 版）158 頁**は、「右刑訴の規定について説明を要するのは、『逮捕する場合において』と『逮捕の現場で』の意義であるが、前者は、単なる時点よりも幅のある逮捕する際をいうのであり、後者は、場所的同一性を意味するにとどまるものと解するを相当とし、なお、前者の場合は、逮捕との時間的接着を必要とするけれども、逮捕着手時の前後関係は、これを問わないものと解すべきであつて、このことは、同条 1 項 1 号の規定の趣旨からも窺うことができるのである。従つて、例えば、緊急逮捕のため被疑者方に赴いたところ、被疑者がたまたま他出不在であつても、帰宅次第緊急逮捕する態勢の下に捜索、差押がなされ、且つ、これと時間的に接着して逮捕がなされる限り、その捜索、差押は、なお、緊急逮捕する場合その現場でなされたとするのを妨げるものではない。」と判示したのである。

しかしながら、このような見解に対しては、相当説内部からも以下のとおりの批判がなされている。

- ① 本件のような場合、被疑者が帰宅したのは偶然予期しない偶然の事実
に過ぎず、かかる事情によって適法性が左右されるのは妥当でないこと
（これを指摘して、法廷意見の論旨に反対する意見（横田裁判官意見など 6 名。小林・警察研究 48・5・22 同旨）が付されている。）
- ② また、本件捜索差押の根拠法条である同条 2 号にいう「逮捕の現場で」
の「現場」は、物事が現在行われている又は既に行われた場所を意味する
狭い概念であるから、同項 2 号の解釈に関する限り、本人不在の状態であつて
どこで逮捕行為が行われるか不明の段階では、当該捜索場所が「逮捕の現場」とは
いえないはずである（前記判決・横田裁判官意見、栗田正・昭和 36 年度判例解説（刑事）146 頁参照）。

ウ 法適用及び結論—本件捜索の適法性

(ア) 緊急処分説

本件の捜索着手の段階では、逮捕着手の20分前である上、被疑者も不在であって、その逮捕行為を契機に被疑者による証拠隠滅の危険性も生じない以上、「逮捕する場合」に該当せず、法220条1項2号に基づく捜索としては違法であるという結論となろう。

(イ) 相当説

次に、相当説に立ち、昭和36年判例の法廷意見と同旨の見解に立つならば、緊急逮捕のため甲方に赴いたところ、甲がたまたま不在であっても、20分後に帰宅が見込まれ、帰宅次第緊急逮捕する態勢の下に捜索がなされ、かつ、これと時間的に接着した20分後に逮捕がなされた以上、この捜索は、法220条1項1号の緊急「逮捕する場合」にその「逮捕の現場」でなされたたものであって、適法ということになる。

これに対し、同じく相当説に立ちつつ昭和36年判例に批判的な見解からすれば、被疑者甲が現在していない段階では、直ちに同所で逮捕が行われる確実な見込みがない以上、「逮捕する場合」に当たらず、また被疑者方とはいえ同所が「逮捕の現場」ともいえないと判断され、法220条1項2号に基づく捜索としては違法であるという結論となろう。

(3) 問(2)について(共謀と訴因の特定)

ア 問題の所在

検察官は、「犯行の前日の晩に乙方で乙と会い、乙からVをバイクではね飛ばしてくれと頼まれ、翌日、自分が故意にVをはねた。」旨の共犯者甲の供述等に基づき、甲の傷害事実につき乙にも共謀が成立すると判断して、被告人乙につき、甲との共謀による傷害事実で起訴している。

ところが、検察官は、公訴事実において、共謀に関し、共謀の日時・場所・実行行為者を明示しないまま、「甲と共謀の上」とのみ適示しているところ、犯行の前日に甲と会ったことはない旨主張して共謀事実を否認する乙にとっては、反証の対象が明らかとならないため、上記共謀に関する記載では、訴因として「罪となるべき事実」を特定したものとはいえず、法256条3項に違反するのではないかと、問題となる。

イ 法解釈—訴因の特定の要件(訴因の概括的記載の許容要件)

そこで、審判の対象論における通説的見解である訴因対象説の下では、訴因とは、検察官が起訴状に明示記載する、具体的な犯罪事実の主張であることを論じた上で、検察官は、訴因の記載としてどこまで事実を特定具体化して記載することが必要なのか、法256条3項の訴因の特定の趣旨(訴因の機能)を考察して解釈を展開することが求められている。

この問題については、従来、識別説と防御権説が対立していることから、どちらの説を採用するかという観点で論じられていた。

識別説とは、訴因の機能につき、審判対象を識別画定することこそが本質的機能であるとの理解の下、訴因によって明示された犯罪事実を他の事実から識別し得る程度に特定記載することを要し、かつ、これをもって足りるとする見解である(小林充「共謀と訴因」刑事公判・30以下参照)。

これに対し、防御権説とは、訴因の機能につき、被告人に対し防御の対象を明確にするとの機能も重視し、審判の対象を不明確にせず、かつ被告人の防御に実質的な支障を及ぼさない程度に特定されなければならないとする見解である（三井誠「法学教室 Library 刑事手続法Ⅱ」〔有斐閣〕164頁）。

しかしながら、最高裁は、訴因の特定に関し、平成26年判例（**最決平26・3・17刑集68・3・368**，**百選（10版）44事件**，**判例教材（5版）292頁**）において、事例判断ではあるものの、「いずれの事件も、・・・訴因における罪となるべき事実は、その共犯者、被害者、期間、場所、暴行の態様及び傷害結果の記載により、他の犯罪事実との区別が可能であり、また、それが傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにされているから、訴因の特定に欠けることはないというべきである。」と判示しており、そこでは、訴因の特定のための要件として「①他の犯罪事実との区別が可能であり（識別）、また、②それが傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにされている（具体性）」かどうかという基準を採用していると解される。

この判例の見解は、①の点で識別説に親和的であるが、さらに、②具体性まで要求していることから、従来の学説としての識別説が説く一般的基準とは微妙に差もあることにも留意が必要である。

本問にあっても、法256条3項の訴因特定の趣旨から、平成26年判例の判示を踏まえ、訴因特定の要件に関する基準を導くことが望ましい。

ウ 法適用及び結論—共謀の記載と訴因の特定

(ア) 平成26年判例の見解

平成26年判例の見解からすれば、本件にあつては、共同正犯（講学上の共謀共同正犯の場合も含む）の要件事実は、〈1〉共謀の存在、〈2〉共謀に基づく実行行為の存在であるところ、客観的な実行行為たる傷害行為を特定明示すれば、他の犯罪事実との区別は可能であり、また、共謀の存在とそれに基づく実行行為・結果を具体的に適示すれば、傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにされていると言える。

本問にあつては、公訴事実において、甲との共謀の存在、並びに客観的な傷害行為及び結果が具体的に摘示されていることから、傷害罪の共同正犯の訴因として罪となるべき事実の特定に欠けることはないとの判断となろう。

(イ) 防御権説

これに対し、防御権説に立った場合には、被告人乙が共謀の存在を争っていることからすると、共謀の具体的な日時場所等が明らかにならなければ、アリバイ等を主張して共謀が不存在であるとの反証をすることも難しいことなどを考慮すると、共謀の日時場所等の適示は、被告人の防御にとって重要な事項であるいえることから、これを訴因上明示しない本件公訴事実は、傷害罪の共同正犯の訴因として罪となるべき事実の特定に欠けるとの判断となろう。

2 評価

- (1) 事例に対する解決を求める問（1）及び問（2）については、問題解決に必要な一般的基準を法解釈により定立した上、本件事案から適切に具体的事情を抽出して当てはめて結論を示すことが必要である。これまでの入試説明でも繰り返し

返し説明してきたとおり，法解釈や判断基準を示すことなく，問題文中の事実を並べて，これらを総合して適法（違法）であると述べるにとどまる答案は，法的三段論法を理解しないものとして低い評価にとどまる。

- (2) 本問では，①問題の所在の適示あたり関係条文・文言が適切に指摘されているかどうか（どの条文解釈なのかが明示されているか），②制度趣旨等を踏まえた法解釈により基準・規範が論証されているか（基準だけでなく理論的理由が述べられているかどうか），③自ら適示した法規範を適切に本事例にあてはめて，結論を導いているかどうか，などを重視して評価した。