

**2023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、逮捕に伴う搜索差押の趣旨・根拠条文及びこれを踏まえた搜索差押の適法性及び「逮捕現場」から移動した上での搜索の可否、並びに訴因についての意義、機能、特定の関係条文など、いずれも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)の小問1について(逮捕に伴う無令状搜索差押の適法性)

ア 問題の所在

問(1)の小問1では、警察官K1が、被疑者甲をその仲間A宅前路上において、覚醒剤使用事実に関する逮捕状に基づき適法に逮捕し、その場において無令状で甲の着衣を搜索し、発見した注射器1本を差し押さえた。

本件搜索が、逮捕に伴う無令状搜索差押(法220条1項2号、3項)として適法か。

イ 逮捕に伴う無令状搜索差押の趣旨

問題文指示に従い、逮捕に伴う無令状搜索差押の趣旨を述べる必要がある。

これについては、大別して以下の二つの見解が説かれている。

(ア) 緊急処分説(限定説)

本条項が、無令状による搜索差押を認めたのは、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し、それを保全する緊急の必要性がある〔り、また逮捕者の身体の安全を図るとともに逮捕を確実ならしめる必要がある〕からである、とする。

学説の多数説である(平野・刑訴116頁、鈴木・刑訴〔改訂版〕89頁、白取・刑訴(10版)156頁、152頁、田口・刑訴(7版)93頁、光藤・刑訴I・153頁、緑・村井古稀239頁以下)。

(イ) 相当説(合理説)

本条項による無令状による搜索差押は、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搜索差押許可状発付の要件を殆ど充足していること〔=要件充足をほぼ確実に推認できること〕から)裁判官の事前の令状審査によることなく合理的な証拠収集手段として認められた処分である、とする。

実務一般で採られる見解である(小林・警察研究48・5・18、小林充「逮捕に伴う無令状搜索・差押えの許される限界」増補令状基本問題(下)276頁、五十嵐義治「令状によらない搜索・差押」刑事裁判実務体系11巻324頁、325頁など)

なお、この問題に関する判例の見解は明確ではなく、下級審裁判例も、一般論としては相当説・緊急処分説双方の視点を採り入れているが、全体としては相当説に親和的とされている。

ウ 法適用

(ア) ①搜索について

緊急処分説と相当説の対立により、無令状搜索差押の時的限界（「逮捕する場合において」の法解釈）、場所的限界（「逮捕の現場」の法解釈）について結論が異なるとされている。

しかし、本問の事例では、どちらの説に立っても下線部①搜索が適法であることは明らかであるので、解答時間も考慮すれば、上記条文解釈に入るまでもなく、当てはめを行ってよいであろう。

すなわち、K 1 は、逮捕直後に逮捕した場所で搜索を行っているので、「逮捕する場合」に（法 220 条 1 項柱書き）、「逮捕の現場」で（同項 2 号）の搜索に該当する。また、搜索対象として、法は、被疑者の「身体、物又は住居」を明示的に許容しており（法 222 条 1 項、102 条 1 項）、甲の着衣を搜索したことも適法である。

(イ) ①差押について

法 220 条 1 項 2 号、3 項に基づく無令状差押の対象物件といえるためには、令状に基づく差押えと同様に、「被疑事実との関連性」が必要である。これは、法が、差押えの対象物として「証拠物」（法 222 条 1 項、99 条 1 項）としており、被疑事実との関連性が認められてこそ「証拠物」といえることから導けよう。また、そもそも、前記のとおり、無令状搜索差押が許容されたのは、逮捕現場には逮捕被疑事実と関連する物（証拠物）が存在する蓋然性が認められるからであり、そうだとすれば、無令状差押の対象物として「（逮捕）被疑事実との関連性」が認められることが必要であるともいえよう。

本問では、甲の上着内ポケットから発見されたものは「注射器 1 本」であり、それが覚醒剤使用の道具となり得ることは問題文に示されており、被疑事実である覚醒剤使用事実との関連性が認められ、K 1 が「証拠物」に該当するとしてそれを差し押えたことは適法である。

エ 結論

下線部①の搜索差押は、逮捕に伴う無令状搜索差押（法 220 条 1 項 2 号、3 項）として適法である。

(3) 問（1）の小問 2 について（逮捕現場から移動した上での搜索の可否）

ア 問題の所在

(ア) 前提

前記のとおり K 1 らは、甲を逮捕状によって逮捕しているので（「逮捕する場合」）、それに伴って、無令状で（法 220 条 1 項 2 号、3 項）、被疑者甲の所持品を搜索すること（法 222 条 1 項、102 条 1 項）は許される。

ところが、本件では、被疑者甲の抵抗や A ら第三者による逮捕妨害のおそれのため、最寄りの警察署の駐車場に移動した上で、甲の所持品である鞆を搜索している。

(イ) 無令状搜索許容の趣旨に反しないこと

そもそも、法が逮捕に伴って無令状で搜索差押を許容したのは、前記のとおり、逮捕現場には証拠存在の蓋然性が典型的に高いこと（相当説）、あるいはそれに加えて被疑者による証拠隠滅を防止する緊急的必要性が高いこと（緊急処分説）にあるが、被疑者の身体、所持品にあつては、場所を移動して搜索しても、法 220 条 1 項・3 項の制度趣旨（証拠存在の蓋然性又は証拠隠滅の危険性）に反しない。

(ウ) 「逮捕の現場」の文理による制約

ところが、法は、被疑者の身体・所持品の搜索であっても、あくまで「逮捕の現場」（法 220 条 1 項 2 号）でのみ許容していることから、移動しての実施は、これに反するのではないか。

イ 法解釈～平成 8 年判例による「同視」論

(ア) 判例の判示

最高裁は、以下の和光大事件決定において、①場所を移動して実施すべき特段の事情の存在、②速やかに、最寄りの適当な場所への移動し実施すること、の要件が満たされる場合には、「逮捕現場における搜索差押と同視する」として適法であるとの枠組みを示した。

○ **和光大内ゲバ事件・最三小決平 8・1・29 刑集 50 巻 1 号 1 頁、百選(10 版)・25 事件、判例教材(5 版)63 頁**

【判示】（判断枠組み部分）

「 刑訴法 220 条 1 項 2 号によれば、捜査官は被疑者を逮捕する場合において必要があるときは逮捕の現場で搜索、差押え等の処分をすることができる。右の処分が逮捕した被疑者の身体又は所持品に対する搜索、差押えである場合においては、逮捕現場付近の状況に照らし、被疑者の名誉等を害し、被疑者らの抵抗による混乱を生じ、又は現場付近の交通を妨げるおそれがあるといった事情のため、その場で直ちに搜索、差押えを実施することが適当でないときには、速やかに被疑者を搜索、差押えの実施に適する最寄りの場所まで連行した上、これらの処分を実施することも、同号にいう「逮捕の現場」における搜索、差押えと同視することができ、適法な処分と解するのが相当である。」

(イ) 判例理論の考察

この判例は、なぜ「同視できるのか」の理由、また「同視」の意義について何ら述べていない。この点は、自ら検討して理論を明らかにすることが望ましい。

ひとつの見解として、付随的効力説に依拠することが考えられる。

すなわち、法定されている各種強制処分については、その本来的目的達成のため必要な付随的措置を併せ実行することができる」と解されるところ、法 220 条 1 項 2 号が「逮捕の現場」における無令状の搜索差押を許容している以上、逮捕場所での搜索差押の実施が不適当とする特別の事情がある場合には、その付随的措置として、搜索差押実施目的の達成のため必要な限りで、搜索差押実施に適する場所に移動した上、そこでの搜索差押も「逮捕の現場における搜索差押」と同視してこれを行うことを許容している、というものである。

(ウ) 比例原則

同判例は、「速やかに」「最寄りの」場所への移動を要求している。これについては、比例原則による説明も可能であろう。

すなわち、かかる移動は、あくまで搜索差押実施目的達成のための必要最小限度の措置として認められるものであるから、比例原則の観点から、速やかに搜索差押に適する最寄りの場所に移動でなければならない（川出・判例講座〔捜査・証拠篇〕2 版 177 頁、井上・百選(9 版)63 頁）。

ウ 法適用

本件では、被疑者甲が激しく抵抗し、また甲の仲間らを取り囲んで甲の身柄奪還しようとする状況もあり、その場で捜索を実施できず移動した上での実施の必要性があった。

K1は、甲逮捕後直ちに移動し10分後に約500メートルの警察署の駐車場に移動し、そこで甲が所持する鞆を捜索したのであって、「速やか」に「最寄りの」の捜索に適した場所への移動であったと認められる。

#### ウ 結論

本件移動した上での捜索は、法220条1項2号にいう「逮捕の現場」における捜索と同視することができ、適法であったと認められよう。

### (3) 問(2)について(訴因の意義、機能等)

#### ア 訴因の意義

訴因対象説によれば、**訴因**とは、公訴提起という検察官の訴訟行為によって明かにされる、特定の被告人が行った具体的犯罪事実たる主張である(酒巻・刑訴(2版)271頁は、「訴因とは、検察官が裁判所に対して審判を求める「罪となるべき事実」の具体的主張をいう、とされる。)(注)。このように、訴因とは「具体的犯罪事実」の主張であることから、本来の訴因事実(狭義の訴因事実)は、特定の被告人について、その刑罰権を発動させる根拠となる具体的事実である。

注) 通説たる訴因対象説における定義である。

訴因対象説は、現行刑事訴訟法が、公平な裁判所(憲法37条2項)の理念の下、起訴状一本主義を採用する(法256条6項)など、当事者主義的訴訟構造を基調としている(法298条1項、304条3項・規則199条の2、305条ないし307条等)ことから、審判の対象も、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たる訴因(法256条3項)と解すべき、などと説くものである。

「公訴事実」を、検察官の主張を超えて手続の背景にある「実体」ないし客観された「嫌疑」であると捉え、この「公訴事実」が審判の対象とする公訴事実対象説も説かれたが、現在においては、学説・実務・判例においても訴因対象説が採用されており、本問においても、訴因対象説を前提として論じてよいであろう。

#### イ 訴因の機能(訴因の特定が求められる理由)

法256条3項は、「公訴事實は、訴因を明示してこれを記載しなければならない。」(前段)、「訴因を明示するには、できる限り日時、場所、方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない。」(後段)と規定する。

訴因が刑罰権発生の根拠事実たる具体的事実の主張として起訴状で明らかにされるものとの本質にかんがみれば、訴因の機能は、裁判所に対し、審判の対象を非対象である他の事実から識別・画定させ(識別・画定機能)、被告人に対し、防御の範囲を示すこと(防御機能)にある(川出・法教384・134)。

判例(白山丸事件・最大判昭37・11・28刑集16巻11号1633頁、百選(10版)A17事件、判例教材(5版)287頁)が、法256条3項の趣旨につき「刑訴256条3項において、公訴事實は訴因を明示してこれを記載しなければならない、訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならないと規定する所以のものは、裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、被告人に対し防御の範囲を示すこと

を目的とするものと解される」と判示したのもこのような意味と考えられる。

#### (4) 補論

本問では、解答時間の関係で、以上までの解答のみを求めている。

しかしながら、本来であれば、以上の基本的理解を前提に、本問では、被告人甲に対する覚醒剤使用の公訴事実について、使用期間、場所、使用量及び使用方法が概括的であるので、このような訴因の記載が法 256 条 3 項が求める「訴因の特定」の水準に達しているかを論じることになる。

その場合には、前記の訴因の機能をさらに考察し（識別機能と防御機能の関係。いわゆる識別説と防御権説の対立）、解釈により訴因の特定の一般的要件を導くことが求められる。その際、**大阪虐待死事件・最決平 26・3・17 刑集 68・3・368, 判時 2229・112, 判タ 1404・99, 百選（10 版）44 事件, 判例教材（5 版）292 頁**の「いずれの事件も、上記 1 の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ところはないというべきである。」の判示を踏まえることが望ましい。

さらに、本問のように覚醒剤使用事実の訴因特定問題については、下記の指導判例があるので、その理論を考察し（例えば、最終行為説や最低一行為説）、上記のような訴因における覚醒剤使用の概括的記載の適否を論じることとなる。

#### ○ 広島吉田町覚せい剤使用事件・最一小決昭 56・4・25 刑集 35 巻 3 号 116 頁, 百選（10 版）43 事件, 判例教材（5 版）288 頁

【判示】

「・・・職権により判断すると、『被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和 54 年 9 月 26 日ころから同年 10 月 3 日までの間、広島県高田郡吉田町内及びその周辺において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩類を含有するもの若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し、もつて覚せい剤を使用したものである。』との本件公訴事実の記載は、日時、場所の表示にある程度の幅があり、かつ、使用量、使用方法の表示にも明確を欠くところがあるとしても、検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定したものである以上、覚せい剤使用罪の訴因の特定に欠けるところはないというべきである。」

## 2 評価

- (1) 事例に対する解決を求める問（1）〔特に小問 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) 加えて、本問では、設問（1）〔特に小問 2〕にあつては、法適用に当たり、法適用の基礎となる事実を適切に問題文から抽出した上で、評価を加えた上で法規範に当てはめているかどうか、設問（2）については、問題文の指示に従い、訴因の意義・機能及び関連条文が確実に記載されているかどうかなどを重

視して評価した。

- (3) 個別に指摘するならば、設問（１）においては、小問１において無令状で捜索差押が許容される制度趣旨（すなわち一般論）を問うているにもかかわらず、「注射器は隠滅が容易であるから」などの当該事案にしか妥当しない事項を述べるなど、法解釈とは基本が不十分なものもあった。また、捜索と差押は別個の処分であるにもかかわらず、捜索の適法性しか述べない答案が多かった。

小問２については、多くの答案で警察署の駐車場は「逮捕の現場」に当たらないのではないかとの問題意識が示されていたものの、解決のための法解釈が不十分なもの、例えば、

- 「同駐車場に被疑者の管理権が及んでいるかどうか」を問題とするもの
  - 移動することも「必要な処分」として許されることのみを述べ、なぜ、捜索差押の本体的処分とは異なる「移動」が許容されるのか理論的理由まで遡って論じていないもの
  - 指導判例である平成８年を踏まえていないもの
- などが目立った。

- (4) 設問（２）においては、訴因の機能についておおむね述べられていたが、訴因の意義については不正確な論述が目立った。また、設問（１）とも共通するが、関係条文を指摘する場合、条のみでは不十分であり、項・号のある規定であれば、項・号まで正確に指摘して欲しい。