

第1問 (H22 第1問)

1. まず、令状主義の意義について、

(1)

逮捕の場合、憲法 33 条により事前に令状を申請する必要もあるが、その趣旨は、裁判官が事前に令状申請に対して審査し、逮捕の必要があると判断するときに令状を発付し、令状を通じて逮捕の根拠と対象を捜査官に明確に認識させ、捜査機関の権限濫用を防ぎ、正当な理由に基づかない身体拘束を防止することにある。

逮捕の目的は、犯人の身柄確保や証拠保全にあり、よって令状を発付するためには、特定の犯罪の存在や、その犯罪と被逮捕者の関連性(犯人性)が明白であることが必要である。さらに、被疑者が逃亡する恐れや、罪証が隠滅する恐れがあることも要する。

(2) これに対して、搜索や差押の場合は、憲法 35 条により令状が必要であるが、その趣旨は、裁判官による事前の令状申請に対する審査により、搜索や差押を行う正当な理由の有無を確認し、かつ搜索や差押の対象を特定、明示して、許可された搜索、差押の対象範囲を捜査官に明確に認識させることによって、捜査機関の権限濫用を防ぎ、正当な理由に基づかない搜索や差押を防止することにある。

搜索、差押は、犯罪捜査のために証拠ないし情報を収集する手段であり、搜索や差押の令状を発付するためには、特定の犯罪の存在や、差押対象物と当該犯罪との一定の関連性を有する蓋然性が必要である。

2. 令状が不要である例外について、

(1) 逮捕に関して、憲法 33 条により、現行犯逮捕に令状が不要との例外が定められている。これは、現行犯の場合において、特定犯罪の存在及びそれと被逮捕者との結びつき(犯人性)が明白であるため、令状手続を経なくても、正当な理由なく逮捕される恐れがなく、また、その場で逮捕しなければ、犯人が逃亡し、罪証が隠滅する恐れが大きいという緊急性から認められている。

(2) 搜索や差押の場合、220 条により、被疑者を逮捕する場合において必要があるときは、人の住居または人の看守する邸宅、建造物、船舶内に入り被疑者の搜索をすること、逮捕の現場で搜索、差押をすることを無令状で行えると定める。その根拠は、逮捕する場合には具体的犯罪の嫌疑が認められることや、逮捕現場には当該犯罪に関する証拠が存在する蓋然性があることにある。その上、相当説によると、前述の要件が満たされる場合、緊急性と関係なく、事前の令状審査なしに搜索、差押を行うことは合理的な証拠収集手段として認められる。これに対して、緊急処分説によると、前述の要件の上に、逮捕の際に証拠が破壊、隠滅される危険性が高く、それを防止し証拠を保全すべき緊急の必要性があるため、例外的に緊急的行為として無令状搜索や差押が許される。

・緊急処分説と相当説どちらが妥当なのか、そしてその理由も検討すべき(一行問題なら)

第2問 (H 24 第1問)

312 条 1 項により、裁判所は、検察官の請求があるときは、公訴事実の同一性を害しな

コメントの追加 [欄1]: 逮捕の要件(正当な理由)については条文を示しておきたいです。また、令状逮捕の場合に嫌疑の“明白性”まで要求されていたでしょうか。

コメントの追加 [欄2]: ここまで逮捕と搜索差押の違いに着目して十分に説明できています。冒頭に令状主義の一般的な説明を加えられるとよりよくなります。

コメントの追加 [欄3]: 「上記 1(1)の」などと、既に記載した正当な理由の内容を引用できると文章の完成度があります。

コメントの追加 [欄4]: ここでも、220 条の場合には正当な理由が存在認められることにも言及しておきたいです。

い限度において、起訴状に記載された訴因または罰条の追加、撤回または変更を許さなければならないと定められている。

本件において、両訴因であげられた行為が同じであり、両訴因の事実が発生する時間、場所、方法が多少差異があるが、いずれも同一覚せい剤の使用行為に関するものであって、事実上の共通性があり、基本的事実関係において同一であることを理由として、「公訴事実の同一性」が認められた。

基本的事実関係の同一性の判断基準は、新旧訴因の基本事実や法益侵害結果の共通性を基準とするものと、それに加えて非両立性がある。この基準に満たせば、訴因変更を許しても、同じ訴訟内に別の刑事責任を追及することにならず、被告人に対する訴追関心の拡張禁止の効果を有する。

基本的事実関係の同一性の判断基準の根拠を、他に①訴因変更の限界と一事不再理効の事実的範囲がともに公訴事実の同一性により画されることに着目し、訴因変更による検察官及び被告人の訴追、防御範囲拡大の利益及び不利益、さらに証拠ないし防御内容が共通する事件の一回的処理の便宜といった手続的な関心から捉える手続的利益衡量論や、②同一性がある行為を別の訴訟で扱われると、実質的な二重処罰状態が発生する恐れがあるため、その状態を防ぐために、同一性がある範囲内に訴因変更できると主張する実質的二重処罰回避論がある。

しかし、①に関して、防御範囲拡大の不利益は公判手続の停止によって、また証拠と防御内容共通の場合の一回的処理の要請は弁論の併合によって対処すべきであり、さらに、これらの考え方を徹底すると、公訴事実の同一性の判断が、過度に政策的なものとなり、あるいは事案の個別的事情によって変わることとなり、法的安定性が損なわれる恐れがある。また、②は、同一性のある範囲内に訴因変更を認める必要性を説明できるが、公訴事実の同一性を害する訴因変更が二重処罰状態にならないものの、許されない理由を説明できないので、訴追関心の拡張禁止論が妥当であると考えられる。

コメントの追加 [検壇5]: ここは重要どころですが、論拠が欠けています。訴追関心の問題と基準をいかに結び付けて説明できるかが問われています。

コメントの追加 [検壇6]: 対立する学説を示して妥当性を検討するという立論の流れはできています。本問では、判例の解説が問われていますので、判例との関係で論じるべきです。