

2022年度同志社大学大学院司法研究科
前期日程入学試験問題解説
刑事訴訟法

1 解説

(1) 出題の趣旨

本問は、強制採尿令状による病院への強制的な連行の可否、並びに自白法則の趣旨及び偽計による自白の証拠能力という捜査法と証拠法に関する基本問題を問うことにより、基本的な概念・法原則の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（強制採尿令状による連行の可否）

ア 問題の所在

問（1）では、強制採尿令状が人身の自由・行動の自由の制約を本来的目的としていない捜索差押許可状に過ぎないのに、同令状の実施のために、対象者（被疑者）の抵抗を排して強制的に病院に連行することの可否が問われている。

そもそも、強制採尿（カテーテル導入法による尿採取を直接強制すること）が捜査手段として許容できるかについては、昭和55年判例（**江南警察署採尿事件・最決昭55・10・23刑集34巻5号300頁、百選(10版)27事件**）が「医師をして医学的に相当と認められる方法で行わなければならない」との条件記載がなされた捜索差押許可状（強制採尿令状）により実施できると判示し実務上解決されている（本問でも、「本件強制採尿令状は適法に発付されたものとする。」と指定しており、強制採尿それ自体の適否は論じなくてもよい。）。同令状の付記条件を履行するためには、当然、医療的設備の整った場所で医師の手で採尿を行わねばならないが、被疑者が病院等への連行を拒んだ場合でも連行をなしえるかが、この問（1）で問われている。

イ 強制採尿令状による連行の可否についての法解釈

下記のとおり、学説上、消極説及び積極説が対立しており、またこの問題については、指導判例として平成6年判例（**会津若松採尿事件・最決平6・9・16刑集48巻6号420頁、百選(10版)28事件**）が存在しているので、同判示を踏まえて解答することが望ましい。

(ア) 消極説（白取・刑訴（9版）167頁、田口・刑訴（7版）103頁など）

主として強制処分法定主義及び令状主義に反することを理由に強制採尿令状による強制的な連行の許容性を否定する。

すなわち、憲法・刑訴法では、人身を拘束し引致・留置するような処分（逮捕・勾留・勾引等）は捜索とは異なる独自の類型として規制をする立場にたっており、捜索差押許可状により逮捕と同様の効果を持たせるのは裁判官が令状によって法定された強制処分の内容を超える権限を捜査機関に付与するもので**強制処分法定主義に反すること**、実質的にも事前の司法審査を欠いたまま身柄の連行という人身の自由の制約が成される点も問題であることを理由としている。

(イ) 積極説（令状効力説）

これに対し、被疑者が同行を拒めば強制採尿令状の目的は達成し得なくな

るとして、強制採尿令状による強制連行を認める。

そのための理論構成として、「必要な処分」(法 222 条 1 項, 111 条 1 項)として許容する見解(必要な処分説),あるいは令状に「連行を許容する」旨の記載があればこれが可能であるとする見解(令状記載説)もある。

しかし、平成 6 年判例の見解に整合的なのは、令状効力説と呼称される見解である。法は、強制処分の付随的処分を、明文に定める範囲(111 条の必要な処分等)に限定したものではなく、強制処分に通常予想される必要かつ相当な付随的処分については、強制処分を確実に実施するための令状の効力として許容していると解されるところ、強制連行は、強制採尿という本来の属性ともいべき医師による医学的に相当な方法での実施ということをも可能にするための処分として、(あるいは強制採尿に通常予想される必要な付随的処分であることから、)強制採尿令状の効力として行うことができる、とする(井上「強制捜査と任意捜査(新版)」147 頁,中谷・平成 6 年度判例解説(刑事)170 頁)。

(ウ) 平成 6 年判例(会津若松採尿事件・最決平 6・9・16 刑集 48 卷 6 号 420 頁,百選(10 版)28 事件)

同判例は、本問と類似の事案において、「身柄を拘束されていない被疑者を採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合には、強制採尿令状の効力として、採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行することができ、その際、必要最小限度の有形力を行使することができるものと解するのが相当である。けだし、そのように解しないと、強制採尿令状の目的を達することができないだけでなく、このような場合に右令状を発付する裁判官は、連行の可否を含めて審査し、右令状を発付したものとみられるからである。その場合、右令状に、被疑者を採尿に適する最寄りの場所まで連行することを許可する旨を記載することができることはもとより、被疑者の所在場所が特定しているため、そこから最も近い特定の採尿場所を指定して、そこまで連行することを許可する旨を記載することができることも、明らかである。」と判示して強制連行を許容した。

この判例は、強制連行が令状の本来の目的達成に必要な付随的処分として構成することにより強制処分法定主義との抵触を回避し、また令状裁判官が採尿の可否に併せて連行の可否の審査を行っているとして令状主義にも反しないと解される。本判例は、その判示文言から、上記積極説のうち令状効力説を採用したものと解され、他方で、令状における連行許容の記載につき「記載することができる」とのみ判示しているので、同記載を必要的に要求する令状記載説は排斥しているものと解される。

ウ 法適用一本問における連行の許容性

(ア) 消極説

消極説に立てば、強制採尿令状により強制的な連行はできないので、下線部①の捜査官の行為は違法ということになる。

(イ) 積極説

以上に対し、令状効力説又は判例の見解に立つならば、甲が採尿場所(病院)への任意の連行を拒否している以上、強制力を用いて最寄りの Y 病院にまで連行することが許容される。もちろん、その有形力行使や法益侵害の許容性は、一般的な比例原則に従う必要があるが、特に過剰な有形力行

使もなく、採尿後すみやかに身柄解放をしていることなどから、比例原則の点も問題はなく、下線部①の行為は適法と判断されよう。

なお、令状記載説に立つと、本令状には、連行を許容する旨の記載がない以上、本令状による連行を行った下線部①の行為は違法となる。

(3) 問(2)について(自白法則, 偽計による自白の証拠能力)

ア 問題の所在

自白とは、犯罪事実の全部又は本質部分(又は主要部分)を認める被告人の供述をいう(条解刑訴[4版]824, 酒巻・刑訴(2版)520頁)。したがって、下線部②の被疑者甲の供述は、被告人甲の覚醒剤所持事実との公訴事実の立証との関係では、自白に該当する。

ところが、同自白は、取調官Kが、被疑者甲に対し、交際相手乙女が甲の覚醒剤所持を目撃した旨供述したなどと虚偽を告げて獲得したものであり、いわゆる「偽計による自白」に該当することから、自白法則(憲法38条2項, 刑訴法319条1項)により証拠能力が否定されないか。

イ 法解釈～自白法則によって排除される「自白」の意義

自白法則によって排除される「自白」の意義(自白排除基準)に関しては、自白法則の趣旨から考察することを要する。我が国では、一般に、虚偽排除説、人権擁護説又は違法排除説が説かれている。前二者の見解は、法319条1項の「任意にされたものではない疑のある自白」(以下「不任意自白」ともいう。)の文言を重視する見解(任意性説)であるのに対し、違法排除説は、自白法則を違法収集証拠排除法則の自白版と位置付けるものである。

(ア) 虚偽排除説

不任意の自白は、虚偽であるおそれが高く、類型的に信用性に乏しいとの経験則に基づき、定型的にその証拠能力が否定されるとする見解であり、自白法則の目的は、誤判防止に求められる。

もっとも、同見解に対しては自白内容が真実であれば排除されないとの判断に傾きがちであり、法の趣旨が没却されるとの批判もあることから、虚偽排除説では、一般に、排除基準は、当該自白が個別具体的な判断の下その信用性が欠如しているかではなく、当該自白が、被疑者が心理的な影響を受け、虚偽の自白が誘発されるおそれの大きい状況でなされたかどうかを類型的に判断する、とされる(類型的虚偽排除説)。

(イ) 人権擁護説

憲法38条2項の自白法則は同条1項の担保規定であり、同項が規定する黙秘権保障の趣旨にかんがみ、自白が黙秘権を侵害してなされた場合にはその証拠能力が否定されるとする見解であり、自白法則の目的は、黙秘権保障(人権擁護)である。

排除の基準は、黙秘権が侵害されたかどうか(又は黙秘権を侵害する不当な圧迫があったかどうか)であり、排除されるべき「不任意の自白」とは、端的に黙秘権を侵害して得られた自白ということになる。

なお、虚偽排除説も人権擁護説も供述者の供述時における心理状態を基準とする点では共通しており、文理上も「不任意の自白」で包括されることから、両者を統合して、虚偽排除と人権擁護の両面から、自白の任意性を判断する見解(任意性説)が実務では採用されているとされる。

(ウ) 違法排除説

(違法排除説の内部でもいくつかの見解に分かれるが、おおむね) 憲法 31 条を根拠として、自白採取の過程における適正手続を担保する手段として、これに違背して得られた自白を排除する、という見解であり、自白法則の目的も、違法収集証拠排除法則と同様に、適正手続の保障のためにある。そして、排除される自白は、(広く) 違法な捜査手段によって得られた自白ということになる。

ウ 法適用～偽計による自白の証拠能力

以上で述べた自白法則の趣旨・排除基準を踏まえて、本問における甲の自白につき、その心理状況(任意性説)や取調官の行為(違法排除説)などの具体的事情を指摘しつつ判断を示す必要がある。

留意すべきは、「偽計による自白」については、後記昭和 45 年判例から虚偽排除説の観点で検討する見解が一般であるものの、機械的に虚偽排除説から直ちに証拠能力否定と結論付けてはならず、事案における具体的事情を踏まえて考察しなければならない、ということである。

(ア) 虚偽排除説の視点

問題文では、Kが甲による使用残余の覚醒剤所持を疑い追及し、甲もそれを十分承知しているのであるから、Kから虚偽を告げられたからといって、甲が覚醒剤の所持及び所在について嘘の自白をするに至ると即断できないはずである。覚醒剤所在場所につき嘘をついても捜索によりすぐに露見することは明らかであり、現に、本問の甲も、それを想定して覚醒剤所在について真実の自白をしているのである。

まさしく、本問では、当該自白が、「虚偽であったかどうかではなく、被疑者が本件偽計により心理的な影響を受け、虚偽の自白が誘発されるおそれの大きい状況でなされたかどうかを典型的に判断する」との典型的虚偽排除説の真の理解が問われている。

後記で述べる昭和 45 年判例の思考過程を学習しておれば、甲において乙が共犯に問われることを恐れているとの心理状況に着目すれば、本問のようなKの偽計があることにより、誰も甲の立場に置かれたならば、乙に対する疑いを晴らすために嘘をついても(例えばそれが他人の覚醒剤であっても自分のものであるかのように装って)でも自己の覚醒剤所持を供述しかねないとの心理状況に陥ることを指摘することができたであろう。

(イ) 人権擁護説の視点

同様に人権擁護説を採用したとしても、直ちに解答が導かれるものではない。本問では、甲は、強制(暴力や脅迫)や拷問により自白したわけではなく、供述するか否かは自らの判断で行っている。ただ、Kの偽計により自白動機的前提事実に錯誤があるだけであり、黙秘権侵害あるいは黙秘権を侵害する不当な圧迫があったとは言い難いのである。

もし、人権擁護説の視点から、本問の甲の自白が「不任意の自白」と導くならば、人権擁護説における黙秘権侵害の意味をさらに考察する必要があるだろう。

例えば、黙秘権、換言すれば供述の自由は、個人の尊厳にかかわる重要な権利であることに着目すれば、当該権利の行使・放棄における自己決定権を最大限尊重されねばならず、そうだとすれば、強制を用いなくとも、黙秘権行使の前提事実的重大な錯誤をもたらす偽計を用いることは、黙秘権に対する不当な圧迫であるなどの指摘が必要であろう。

(ウ) 違法排除説

違法排除説でも同様である。取調べにおいては、偽計を用いることは妥当ではない取調べとはいえるものの、明文の規定で禁止されているわけではなく（注）、判例法理でも明確に規範化されているわけでもない。例えば、後記昭和 45 年判例も「捜査官が被疑者を取り調べるにあたり偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れ自白を獲得するような尋問方法を厳に避けるべき」とするも、明確に禁止したり違法であると宣言しているわけでもないのである。

注) おとり捜査では、捜査官（又はその意を汲んだ協力者）が被疑者に虚偽を告げることが想定されているが、一定の場合には適法とされている。

そうだとすると、違法排除説に立ち、偽計を用いた捜査手段が違法であるというためには、さらに理由を述べる必要があるだろう。例えば、先に述べたとおり、被疑者に虚偽を告げ錯誤により黙秘権を放棄させる事態に着目し、これは取調官が意図的に黙秘権侵害を行ったものであり違法があるなどと指摘することが考えられよう。

(エ) 参考判例

偽計による自白については参考判例として昭和 45 年判例（**旧軍用けん銃不法所持事件・最大判昭 45・11・25 刑集 24 卷 12 号 1670 頁、百選（10 版）71 事件**）があり、同判決は、いわゆる切り違え尋問（取調官が、被疑者に対し、同人の妻が被疑者との共謀を認めた旨虚偽を告げて、被疑者から共謀を認める旨の自白を得て、同供述を妻にも当てて自白を得て、再度、被疑者からも同内容の自白を得たもの）において、「思うに、捜査手続といえども、憲法の保障下にある刑事手続の一環である以上、刑訴法 1 条所定の精神に則り、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ適正に行なわれるべきものであることにかんがみれば、捜査官が被疑者を取り調べるにあたり偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れ自白を獲得するような尋問方法を厳に避けるべきであることはいうまでもないところであるが、もしも偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべきであり、このような自白を証拠に採用することは、刑訴法 3 19 条 1 項の規定に違反し、ひいては憲法 3 8 条 2 項にも違反するものといわなければならない。」と判示した。

判示文言から同判決は、この事例における被告人の自白につき虚偽排除説の視点で考察しているものと解されるところ、その法適用において「これを本件についてみると、原判決が認定した前記事実のほかに、M 検察官が、被告人の取調べにあたり、「**奥さんは自供している。誰がみても奥さんが独断で買わん。参考人の供述もある。こんな事で二人共処罰される事はない。男らしく云うたらどうか。**」と説得した事実のあることも記録上うかがわれ、すでに妻が自己の単独犯行であると述べている本件被疑事実につき、同検察官は被告人に対し、前示のような偽計を用いたうえ、もし**被告人が共謀の点を認めれば被告人のみが処罰され妻は処罰を免れることがあるかも知れない旨を暗示**した疑いがある。要するに、本件においては前記のような偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、虚偽の自白が誘発されるおそれのある疑いが濃厚であり、もしそうであるとするならば、前記尋問によつて得られた被告人の検察官に対する自白およびその影響下に作成された司法警察員に対する自白調書は、いずれも任意性に疑いがあるものといわなければならない。」と判示し、不任意自白であると認めたのである。

注意すべきは、本判決は、取調官が偽計を用いているから直ちに「虚偽の自白が誘発されるおそれ」があったと判示したのではなく、上記黒ゴチックで示した箇所の通り、取調官において、被告人が共謀を認めれば被告人のみ処罰され妻は処罰を免れることがあるかもしれない旨取調官が暗示した疑いもあり、偽計に加えこのような暗示があれば、仮に**被告人が無実であつても妻の処罰を免れさせる、自己犠牲の観点から虚偽自白に至る可能性**があったとの思考過程が看取できるのである（鬼塚賢太郎・昭和45年最判解刑事事412頁）。

すなわち、偽計による自白について虚偽排除説の基準を用いる際には、このような偽計を受けた被疑者がいかなる心理状況に陥るであろうか、仮に被疑者が無実でも同様の状況に置かれたならば虚偽の自白をしかねないのではないかと具体的な考察を行うべきであろう。この判断過程の下、被疑者が虚偽の自白を誘発しかねない心理状況に陥って（これが昭和45年判例のいう「心理的強制を受け」の意味であろう。）、自白するに至ればそれは「不任意の自白」であり、後にその自白の真実性が裏付けられたとしてもその判断は左右されない、これが類型的虚偽排除説の立場と思われる。

エ 結論

本件偽計を用いたKの取調べは妥当性を欠くことは明らかであり、それにより得た自白については、自白法則に関しいずれの見解を採ったとしても自白法則により証拠排除との結論に至るのが自然であろう。

2 評価

（全体として）

- (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えは、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、前記のとおり、刑訴法の基本的事項に関する理解を問うものであるため、基本書や百選掲載レベルの判例についての的確に理解すること、教科書で述べられている重要概念(自白法則の趣旨・基準)の基本的知識などを答案に反映することにより、十分な合格水準に達したと思われる。

（個別論点について）

- (1) 合格水準に達するためには、何よりも基本概念・基本判例の知識・理解を身につけることが必要である。当然のことながら、重要概念の定義を述べる際には、何よりも正確性が大切である。
本問では、自白の定義、自白法則の趣旨について、正確性を欠く答案もみられた。
- (2) 判例法理を踏まえた解釈論を展開するには、まずもって問題の所在を正しく理解しておく必要がある。設問1について、強制採尿令状による連行が可能かとの問題であるのに、「連行が強制処分に該当するか」「有形力行使が必要な処分として比例原則に反しないか」などを論じるなどの答案もあった。重要な最高裁判例については百選等で十分に学修しておいて欲しい。
- (3) 法解釈論を展開する場合、実質的な理由・抽象的な理由ではなく（例えば単に

「連行を許容しないと捜査の実効性を欠く」など）、制度趣旨その他から導かれる理論的理由を重視されたい（設問 1 であれば、付随的効力説〔令状効力説〕の理論を述べること）。いわゆる受験指導書の記述をそのまま借用するのではなく、定評のある教科書・参考者で学習し、理論的理由を考察できるようになって欲しい。