

## 2022年度同志社大学大学院司法研究科

### 後期日程入学試験問題解説

#### 刑事訴訟法

#### 1 解説

##### 問（1）について

(1) 問（1）は、警察官が覚醒剤事犯の捜査のため被疑者を警察署に任意同行した手続の適否を問うことにより、捜査に対する規律及び強制処分と任意処分の区別の基準に関する基本的な理解並びに法適用力を試すものである。

(2) 刑訴法198条1項本文は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べるができる。」と規定している。出頭を求める一方法として被疑者の自宅等に赴き、警察署等への同行を求めることもできると解されているが、同項但書は、「被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる。」と定めており、身柄を拘束されていない被疑者については、出頭・滞留の義務がないことが明らかにされている。「同行」も被疑者が任意に応じる場合に限り行い得るのであって、同行に際して「強制の処分」（刑訴法197条1項但書。以下「強制処分」ともいう）を用いることは許されない（昭和59年2月29日最高裁決定・刑集38巻3号479頁参照）。

強制の処分と強制でない任意の処分との区別の基準は、刑訴法に定められておらず、解釈に委ねられている。昭和51年3月16日最高裁決定・刑集30巻2号187頁は、警察官が被疑者の左手首を両手で掴んだ事案に関し、「強制」手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」と判示している。有力な学説の示す定義によると、強制処分とは、個人の意思に反し、その重要な権利・利益を実質的に制約する処分である。いずれの定義を用いるにせよ、それが導き出される理由を、強制処分法定主義や令状主義と関係づけながら述べなければならない。

(3) 強制処分の定義について前記有力な学説によるときのポイントは、下線①の警察官Kらの行為がXの意思に反し、その身体・行動の自由という重要な権利・利益を実質的に制約するものであるか、すなわち、Kらの行為によって制約されるXの法益を具体的に示した上、被制約法益の質と制約の程度の両面からの検討が求められることである（なお、Kらの行為が強制処分にあたらないというのは困難であろう）。

##### 問（2）について

(1) 問（2）は、被疑者がその自由な意思で提出した尿に係る鑑定書の証拠能力を問うことにより、違法に収集された証拠物の証拠能力を否定する違法収集証拠排除法則の根拠及び適用方法に関する基本的な理解並びに法適用力を試すものである。

(2) 違法に収集された証拠物の証拠能力については、昭和53年9月7日最高裁判決・

刑集32巻6号1672頁が、「証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。」と判示している。解答にあたっては、これを踏まえて、違法収集証拠排除法則の根拠及び証拠排除の基準等を論ずる必要がある。

さらに、証拠の直接の収集手続に違法が認められない場合における違法収集証拠排除法則の適用方法を示すことが求められる。昭和61年4月25日最高裁判決・刑集40巻3号215頁は、被告人宅への立入り、警察署への任意同行及び警察署への留め置きの一連の手続と採尿手続との間に「同一目的」、「直接利用関係」がある場合においては、「右採尿手続の適法違法については、採尿手続前の右一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である。」と判示している（平成15年2月14日最高裁判決・刑集57巻2号121頁参照）。

- (3) 下線②の尿の鑑定書の証拠能力については、まずはXの尿の証拠能力を検討する必要性を意識していなければならない。採尿手続（領置手続）と密接関連性を有する任意同行に違法が認められ採尿手続が違法性を帯びると判断した場合においては、採尿手続について、前掲昭和53年最高裁判決の証拠排除の基準をあてはめ、Xの尿の証拠能力が否定されるか検討する必要がある（採尿手続が帯有する違法が重大なものであるかは、任意同行の時点においてXに認められた嫌疑の程度等を考慮して判断することが重要である）。その結果、Xの尿の証拠能力が否定されるときは、それと一体のものである鑑定書の証拠能力も否定されるべきである旨結論づけることとなる。

## 2 講評

- (1) 問（1）については、強制処分 of 適切な定義を示しながら、そうした定義が導き出される理由を述べていない答案や、Kらの行為によって制約されるXの権利・利益を具体的に示すことができていない答案があった。
- (2) 問（2）については、証拠物の押収手続に軽微な違法があるに過ぎない場合において、その証拠能力を否定するのは実体的真実の発見を妨げるなどとする答案が見られたが、これは、前掲昭和53年最高裁判決の理解としては適切でないといえる。また、（設例）中の採尿手続それ自体には違法が認められないことを十分に意識していない答案があった。
- (3) 問（1）及び問（2）について論ずべき点は、刑訴法の基本書において示されており、前掲各最高裁判例は、『刑事訴訟法判例百選 [第10版]』で解説されている基本判例である。基本書と百選で刑訴法の学習に取り組んだ受験生にとっては、いずれの間も標準レベルのものであったと思われる。