

**2023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、逮捕勾留されていない被疑者に対して徹夜・長時間にわたる取調べが行われたとの事例においてその任意取調べの適法性を問うことにより、関係する条文の理解、法解釈能力及び解釈で導いた判断枠組み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。この任意取調べの適法性に関しては、**高輪グリーンマンション殺人事件，最決昭59・2・29刑集38巻3号479頁，百選(10版)・6事件，判例教材(5版)4頁**という指導判例があるので、これを踏まえた法解釈が求められる。

(2) 問題の所在について (任意取調べの適法性)

本問では、被疑者甲は、内妻V殺害の嫌疑はあるものの十分ではなく、未だ逮捕勾留されていないので、いわゆる在宅被疑者である。

法は、被疑者取調べについては、捜査の一般的規定である法197条とは別に、法198条1項を設け、同規定は、捜査機関に、捜査目的上必要のある限り、被疑者の出頭を求め、取り調べることができるとしつつ(法198条1項)、逮捕勾留されている場合を除き、被疑者には、出頭を拒否し、出頭後も何時でも退去することができるとする(同条項但書き)。逮捕勾留中の被疑者については取調受忍義務を課した取調べをなし得るかについては学説上争いがあるものの、逮捕勾留されていない被疑者に対しては、任意取調べとして実施されねばならないことは条文上明白である。

ところが、本事例では、甲は、Kからの警察署での取調依頼に対し取調実施前に「協力します。」旨回答しているものの、その後は約24時間の長時間にわたり、特に徹夜で取調べが行われているが、法198条1項の被疑者取調べとして適法といえるか、いわゆる任意取調べの限界が問題となる。

留意すべきは、被疑者取調べに関しては、法198条1項という特別の規定がある以上、同条項の解釈論を行うべきであり、安易に、任意捜査一般に関する法197条1項の解釈論で済ませてはならない、ということである。

(2) 法解釈

ア 指導判例・昭和59年判例

任意取調べの限界という論点については、5日間連続して取調べが行われ、かつ宿泊施設に捜査官が同宿して被疑者の動向を監視することが伴ったとの事案において、最高裁が、適法性の一般的判断枠組みを示している。

**〔1〕高輪グリーンマンション殺人事件，最二小決昭59・2・29刑集38巻3号479頁，百選(10版)・6事件**

**【判示】**

「右のような事実関係のもとにおいて、昭和52年6月7日に被告人を高輪警察署に任意同行して以降同月11日に至る間の被告人に対する取調べは、刑訴法198条に基づき、任意捜査としてなされたものと認められるところ、任意捜査においては、〔注1部分〕強制手段、すなわち、「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」(最高裁昭和五〇年(あ)第一四六号同五一年三月一六日第三小法廷決定・刑集三〇巻二号一八七頁参照)を用いることが許されないことはいうまでもないが、〔注2部分〕任意捜査の一環としての被疑者に対する取調べは、右のような強制手段によることができないというだけでなく、さらに、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容されるものと解すべきである。」

#### イ 最高裁判例の判断枠組み

法 198 条 1 項に基づく任意取調べとして適法かどうかについて、この**昭和 59 年判例**等が採用する判断枠組みは、  
(第 1 段階)

同条項但書きが出頭拒否及び退去権を保障している以上、あくまで被疑者の任意に基づくものでなければならぬことから、その取調べに当たり、法 197 条 1 項但書きにいう強制処分を用いることはできない(判示注 1 部分参照)。

注)強制処分の意義については、昭和 59 年判例が引用する昭和 51 年判例(**岐阜呼吸検査拒否事件・最決昭 51・3・16 日刑集 30 巻 2 号 187 頁百選(10 版)1 事件**)又は、重要利益侵害説が示す定義に従うことになろう。

#### (第 2 段階)

強制処分(実質逮捕等)に該当せず、一応任意取調べに当たる判断されても、精神的、肉体的苦痛、疲労などの本人に対する不利益ないし負担がある以上、全く制約無く自由に為し得ると解すべきではなく、〔法 198 条 1 項の「必要があるとき」とは、(法 197 条 1 項本文と同様に)〕比例原則の下、〔かかる不利益と取調べの必要性が合理的な均衡を保っていることを意味するものと解され、したがって、〕**事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度**において、許容されるものと解すべき(判示注 2 部分参照)

とであると解される。

この判断枠組みは、一般的なものと理解され、**昭和 59 年判例**の事案のように監視宿泊付き連日の取調べのケースだけでなく、本事例のように徹夜・長時間の取調べのケースでも妥当すると解される。

後者のケースに関する**平成元年判例**も、以下のとおり**昭和 59 年判例**の判断枠組みを採用している。

#### [2] **平塚ウェイトレス殺し事件・最三小決平 1・7・4 刑集 43 巻 7 号 581 頁、百選(10 版)9 事件**

##### 【判示】〔判断の枠組みの判示部分〕

「右の事実関係のもとにおいて、昭和 58 年 2 月 1 日午後 11 時過ぎに被告人を平塚警察署に任意同行した後翌 2 日午後 9 時 25 分に逮捕するまでの間になされた被告人に対する取調べは、**刑法 198 条に基づく任意捜査として行われたものと認められるところ(※)**、任意捜査の一環としての被疑者に対する取調べは、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容されるものである(最高裁昭和 57 年(あ)第 301 号同 59 年 2 月 29 日第二小法廷決定・刑集 38 巻 3 号 479 頁参照)。」

ウ 留意点～上記理解と異なる見解の存在

**昭和 59 年判例**についての以上のような理解（第一段階・強制処分<sup>の禁止</sup>，第二段階・比例原則）に対しては，被疑者が取調べに応じるか否かの自由については，それがあつたかなかつた（同意したか同意していないか）のいずれかであつて，制約の「程度」というものは考えられず，捜査側の取調べの必要性と比較衡量されるべき法益侵害がない，という批判がある（酒巻・神戸法学年報 7 号・291 頁，292 頁。酒巻・刑訴（2 版）94 頁）。注）注）。この見解（酒巻・神戸法学年報 7 号・293 頁。酒巻・刑訴（2 版）95 頁）によれば，「社会通念上相当」という**昭和 59 年判例**の判示は，比例原則による利益衡量論（という裁判規範となるもの）を表現したのではなく，取調べを実施する捜査機関に対する事前の「行為規範」を設定したものとしている。

したがって，このような異説からの批判もある以上，上記二段階の判断枠組み（比例原則）と理解する見解に立つ場合，任意取調べであるのに，なぜ無制約に許容できず比例原則を妥当させるのか，すなわち任意取調べであっても法益侵害として何が想定されるのか，である。ここで，昭和 51 年判例の判示文言を安易に流用して「何らかの法益を侵害し，侵害するおそれがあるので」などと述べるだけで，取調べの必要性と対置されるべき法益侵害の内容を具体的に示さない論述は，解釈論として不十分であることはいうまでもない。

エ 想定される法益侵害又はその危険

この点については，**平成元年判例・平塚ウェイトレス殺し事件**も，「一般的に，このような長時間にわたる被疑者に対する取調べは，たとえ任意捜査としてなされるものであつても，**被疑者の心身に多大の苦痛，疲労を与えるものである**から，特段の事情がない限り，容易にこれを是認できるものではなく，」と判示していることが参考となろう。

同判例も，対象者の承諾に基づく取調べであっても，比例原則による規律を及ぼすべき法益の制約（長時間等の取調べによる心身の苦痛，疲労等）があることを前提にしているものと解される。

(3) 法適用

ア 参考判例

この**昭和 59 年判例**の法適用に当たっては，本事例と同種の徹夜・長時間にわたる取調べが問題となつた，**平成元年判例**の当てはめも参考となろう。

〔2〕 **平成元年判例・平塚ウェイトレス殺し事件**

【判示】（適法性肯定の基礎となつた，本件事案における特殊事情の指摘）

「3 そこで本件任意取調べについて更に検討するのに，次のような特殊な事情のあつたことはこれを認めなければならない。

すなわち，前述のとおり，警察官は，被害者の生前の生活状況等をよく知る参考人として被告人から事情を聴取するため本件取調べを始めたものであり，冒頭被告人から進んで取調べを願う旨の承諾を得ていた（※→**被疑者の態度・承諾の真摯性**）。

また，被告人が被害者を殺害した旨の自白を始めたのは，翌朝午前 9 時半過ぎころであり，その後取調べが長時間に及んだのも，警察官において，逮捕

に必要な資料を得る意図のもとに強盗の犯意について自白を強要するため取調べを続け、あるいは逮捕の際の時間制限を免れる意図のもとに任意取調べを装って取調べを続けた結果ではなく（※→**令状主義潜脱の意図なし**）、それまでの捜査により既に逮捕に必要な資料はこれを得ていたものの、殺人と窃盗に及んだ旨の被告人の自白が客観的状況と照応せず、虚偽を含んでいると判断されたため、真相は強盗殺人ではないかとの容疑を抱いて取調べを続けた結果であると認められる（※→**真相解明のための取調べの必要性**）。

さらに、本件の任意の取調べを通じて、被告人が取調べを拒否して帰宅しようとしたり、休息させてほしいと申し出た形跡はなく（※→**被疑者の態度**）、本件の任意の取調べ及びその後の取調べにおいて、警察官の追及を受けながらなお前記郵便貯金の払戻時期など重要な点につき虚偽の供述や弁解を続けるなどの態度を示しており、所論がいうように当時被告人が風邪や眠気のため意識がもうろうとしていたなどの状態にあつたもの（※→**自白の任意性**）とは認め難い。

4 以上の事情に加え、**本件事案の性質、重大性**を総合勘案すると、本件取調べは、**社会通念上任意捜査として許容される限度を逸脱したものであつたとまでは断ずることができず、**その際になされた被告人の自白の任意性に疑いを生じさせるようなものであつたとも認められない。

5 したがって、本件の任意取調べの際に作成された被告人の上申書、その後の取調べの過程で作成された被告人の上申書、司法警察員及び検察官に対する各供述調書の任意性を肯定し、その証拠能力を認めた第一審判決を是認した原判決に違法があるとはいえない。」

#### イ 留意点

ところが、上記判例の法適用の判示部分は、第一段階の判断枠組みの当てはめ部分の判示がなく、また、直接は、係争の取調べによって得られた自白の任意性に対する判断を示すものであって、**昭和 59 年判例**の基準をそのまま忠実に当てはめる体裁をとっていないこと（第二段階判示も供述の任意性の判断と被っている）に留意する必要がある。

しかし、答案にあっては、自ら定立した法規範を忠実に適用しなければならず、本件取調べが強制処分か否かを論じ、次に、昭和 59 年判例の挙げた基礎事情に沿って当てはめる必要がある。

#### ウ 第一段階・強制処分か否か。

強制の手段を用いていないか又は強制処分に至っていないかを検討に当たっては、該当性肯定方向としては

- 取調べが連続して約 24 時間もの長時間にわたり、しかも徹夜で行われたこと
- 2 日午前 7 時頃、甲からの仮眠の申し出に対し、与えなかったこと  
該当性否定方向としては、
- 甲は被害者の生前を知る人物として、開始当初は取調べに協力するという態度であったこと
- 甲は取調冒頭で取調べからの退去権があること（取調受忍義務がないこと）の告知も受けて居ること

また、下記のとおり、甲に合理的な嫌疑があつたことからすれば、少なくとも当初の取調べに対する甲の承諾については任意であって、その他特に瑕疵

があったとは言い難い。さらに該当性否定方向の事情としては、

- 甲は取調べを拒否したことも、帰宅を申し出たこともないこと
- トイレ・食事・喫煙・休憩は甲の要望に応じて与えられていたこと
- Kらが暴力・脅迫・偽計を用いていないこと

などである。

以上を踏まえて、本件の取調べが、「意思を制圧するもの」ではないか、意思決定の自由という重要な法益を侵害していなかどうか、を判断することになる。

結論はどちらもあり得る。すなわち、1日目の夜取調べを中止せず徹夜の取調べを開始した段階、あるいは2日目午前7時の仮眠申し出拒否の段階で、甲の意思を制圧又は意思決定の自由という重要な法益を侵害しているとして強制処分に至っているとの見方があり得よう。

これに対し、**昭和59年判例**も**平成元年判例**も、明確な判示はないものの、強制処分までには至っていないとの判断が前提になっていると解されること（**平成元年判例**は、当該事案における徹夜の取調べでも社会通念上任意捜査として許容される限度を逸脱したものとはしていないこと）を考慮すると、本問でも、全体としてはなお強制処分該当性を否定することもあり得る。

## エ 第二段階・比例原則

### (ア) 事案の性質、被疑者に対する容疑の程度

事案は、内妻Vに対する殺人という極めて重大な事案であり、死体が被疑者宅から発見され、また第1発見者である上、生前のVの状況を最も知る立場であったこと、外部からの侵入の形跡がなく内部犯行がうかがわれること、Vとの間で喧嘩が絶えず殺人についての動機がないとはいえないことなどから、甲には、高度とまではいえないが、本件殺人についての合理的な嫌疑はあったことといえよう。これらの事情から、甲の取調べの必要性が高かったといえる。

### (イ) 被疑者の態度

前記で述べたとおり、

- 甲は開始当初は取調べに協力するという態度であったこと
- 甲は、受忍義務がないことの告知を受けながら取調べを拒否したことも、帰宅を申し出たこともないこと

があり、合理的な嫌疑があったことからすれば、少なくとも当初の取調べに対しては協力的な態度であったと認められること

他方で、前記で述べたとおり、

- 2日午前7時頃、甲から仮眠の申し出たこと
- などから、途中からは取調べ続行については全面的に承諾していたとはいえない。

### (ウ) その他の事情

ここでは、手段の相当性など諸般の事情を考慮する必要がある。

- トイレ・食事・喫煙・休憩は甲の要望に応じて与えられており、他方でKらが暴力・脅迫・偽計を用いていないこと

から取調べの実施形態は相当であったといえる。

しかし、

- 連続して約24時間もの長時間、しかも、通常は人の就寝時間であるはずの時間帯も通して徹夜で行われたことからすれば、1日の夜にいったん取調べを中

止すべきであった  
といえるし、また

- 2日午前7時頃には開始から18時間もの長時間の取調べが行われ既に取調べ事項も尽きていて取調べの必要性が低減しており、かつ取調べを中止して仮眠等を与えることについて何ら支障はないのにKらはこれをしていないこと

から、少なくとも、午前7時以降の取調べは、明らかに社会通常上相当と認められる態様及び限界において、違法と言わざるを得ない。

#### オ 留意点

- (ア) 第一段階と第二段階の評価の視点の違いを意識すること

前記で述べたとおり、第一段階と第二段階の各判断において検討すべき事情は相当部分重複している。しかしながら、評価の視点が異なることに留意すべきである。例えば、徹夜の点について言えば、前者では「それにより意思決定の自由という重要な法益を侵害していないかどうか」であり（取調べの必要性は直接の考慮事情ではない）、後者では「社会通常上相当と認められる態様及び限界を超えていないかどうか」であり（必要性も考慮事情である。）、評価の視点を的確に答案で示すことが望まれる。

- (イ) 第二段階の判断も行うこと

法適用において、第一段階の判断について、全体として強制処分に至っていないと認めるならば、次に、当然、第二段階の相当性の判断に入ることになる。

これに対し、前記のとおり、1日の夜の段階で、あるいは2日の午前7時の段階で、仮に強制処分に至っていると判断した場合でも、あくまで問われているのは、事項2記載の取調べ（の全て）の適法性である以上、強制処分に至っている段階までの取調べについては、第二段階における相当性の観点から適法かどうかについて論じる必要がある。

#### カ 結論

想定される結論としては、「1日目の夜取調べを中断しなかったこと（徹夜で取調べを実施したこと）で、第二段階で相当性を欠き違法、2日目の午前7時の段階でもはや強制処分に至っており第一段階で違法」あるいは「全体として、強制処分に至っていないが、2日目の午前7時の段階で相当性を欠き違法」などである。

## 2 評価

（全体として）

- (1) 本件は、事例に対する解決を求める出題形式であることから、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) 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、基本書や百選登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（任意取調べ、実質逮捕）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ものと思われる。

(個別論点について)

- (1) (問題の所在) 本問では、問題の所在を的確に押さえることが出発点である。本問では、事項2記載のKらの取調べの適法性(任意取調べの適法性)が問われているので、まずは法198条1項の解釈問題であることを押さえる必要がある(法197条1項の解釈論は次の強制処分 of 意義で問題となるに過ぎない)。また、事項1記載の任意同行の適法性を問っているわけでもないことに注意を要する。なお、あくまで「取調べの任意性」が問題となっているのであって、「供述の任意性」(自白法則)の問題とは区別をしておく必要がある。
- (2) (法解釈) 本件では、法198条1項の解釈論を展開するに当たっては**昭和59年判例**(百選登載の最高裁・指導判例のひとつ)が示した判断枠組みを踏まえて論じる必要がある。法197条1項についての**昭和51年判例**の判示をなぞるだけの答案や「実質逮捕論(実質逮捕か否か)」だけを論じる答案も目立った。
- (3) (法適用)

**昭和59年判例**の判断枠組みは、前記のとおり、強制処分ではない任意取調べでも比例原則規律を及ぼす見解であると一般的に理解されており、これに従えば、以下のとおり、任意取調べの限界に関し、3つに区分されることになる。

【任意取調べの限界と昭和59年判例】

区分	該当性判断	効果	結論
①	強制処分に至っている(実質逮捕に該当、あるいは取調べ受忍義務を課しているなど)	昭和59年判例・第1段階違反→令状主義違反、法198条1項但書き違反等	違法
②	強制処分に至っていないが、社会通念上、相当と認められる態様及び限度を超えている	昭和59年判例・第2段階違反(比例原則違反)	違法
③	任意取調べとして、社会通念上相当である	昭和59年判例・第2段階にも違反せず	適法

このように、「任意処分の限界」を超えて違法となる場合でも、「強制処分該当(上記区分①)」と「任意取調べとして相当性を欠く(上記区分②)」の二種があることに注意を要する。②の存在を意識しない答案(例、「任意取調べの限界を超えている(又は必要性・相当性を欠いている)ので実質逮捕に至っている」「強制処分に至っていないので相当性が認められる」)あるいは①と②を混同しているかのような答案(「実質逮捕だが相当性が認められれば例外的に適法」)も目立った。判例理論の正確な理解(実質逮捕論との違いなど)と法適用が望まれる。