

## 2023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、警察官が殺人事件の捜査のため被疑者を警察署に同行した手続等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学識の有無並びにその具体的事例への適用力等を試すものである。
- (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。取調べために任意同行を求めることについては、それを明示的に許す規定はないが、出頭を求める方法の一つとして、同項に基づき行うことができると解されている。もっとも、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、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を明らかにしている。警察署への同行も警察署における留め置きも、被疑者が任意に応じる場合に限り行い得るのであって、同行及び留め置きにあたって「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（富山地裁昭和54年7月26日決定・判時946号137頁〔後掲・判例百選5事件〕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。最高裁昭和51年3月16日決定・刑集30巻2号187頁（後掲・判例百選1事件）は、「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」と判示しており、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に対する実質的な制約を伴う処分である。

最高裁昭和59年2月29日決定・刑集38巻3号479頁（後掲・判例百選6事件）は、「任意捜査においては、強制手段・・・（最高裁昭和・・・51年3月16日・・・決定・・・参照）を用いることが許されないということはいうまでもないが、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。」と判示しており、強制手段を用いた取調べは違法となる。

- (3) 同行・留め置きが強制処分にあたるか否かの判断については、（設例）中の、警察官が「同行を拒否して暴れる甲をその腕や両脇を掴まえて同アパート前に停めて

あった捜査用車両まで連れて行き、後部座席中央に甲を乗せ、その両側に・・・甲を挟むようによろしくして乗って・・・出発し、・・・M警察署に到着した」事実や、「取調室には、・・・立会人の警察官・・・が配置され、取調べの間の食事等の休憩時間においては」、立会人の警察官が「同取調室外の廊下で待機し」、「甲が・・・トイレを使用する際には」「トイレまで同行した」事実などを摘記し、これらから、警察官の行為は、甲の意思に反し、その身体を自由を実質的に制約する強制処分である逮捕にあたるか否かを評価することが重要である（なお、強制処分の定義を述べるにあたっては、その理由を示すことも忘れないようにしたい）。

問（２）について

- (1) 問（２）は、勾留に先行する逮捕手続に違法があった場合、勾留の請求を受けた裁判官は、勾留の請求を却下すべきか否かという刑事訴訟法に明文の規定がない刑事手続上の重要問題の解決に必要な基本的な学識の有無等を試すものである。
- (2) 被疑者の勾留は、勾留の理由（刑事訴訟法２０７条１項・６０条１項）及び勾留の必要（刑事訴訟法２０７条１項・８７条）を要し、裁判官の審査が必要であるが、これらの要件を満たす場合であっても、勾留に先行する手続に重大な違法がある場合には、勾留も違法となると一般に解されている（東京高裁昭和５４年８月１４日判決・判時９７３号１３０頁〔後掲・判例百選１４事件〕等参照）。
- (3) 問題文で、勾留の理由及び勾留の必要について述べる必要がないことと先行手続が違法であることが明示されているので、なぜ先行手続の違法性が勾留の適法性に影響を与えると考えられるのか（根拠）と、いかなる違法がある場合に裁判官は勾留の請求を却下すべきか（判断基準）を述べることで足りる。同根拠及び判断基準については、逮捕前置主義と将来における違法逮捕の抑止を挙げる見解、逮捕に関する裁判及びこれに基づく逮捕の処分に対して準抗告ができないことと将来における違法逮捕の抑止を挙げる見解、違法収集証拠排除法則の場合と同様、一種の波及効の問題と捉えた上、司法の無瑕性論及び違法捜査抑止論を援用する見解などがあるので、これらの見解を踏まえて自説を述べることが求められている。

## 2 講評

- (1) 上記の出題趣旨に沿ったおおむね適切な論述ができていた答案が見られた一方で、（設例）中の事実を羅列するだけで、法解釈や法適用を記述していない答案、論ずべき問題点を理解していないと思われる答案があった。
- (2) 問（１）及び問（２）について検討すべき問題点は、いずれも刑事訴訟法の基本書において詳述されているし、井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第１０版〕』（平成２９年、有斐閣）に、関係する判例・裁判例とその解説が掲載されている。