

自白法則における新違法排除説の提唱（二）

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-03-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 河村, 有教, KAWAMURA, Arinori メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.15053/0000000050

Copyright © JAPAN COAST GUARD ACADEMY
2019

【論 文】

自白法則における新違法排除説の提唱（二）

The Rule of Voluntariness and Admissibility of Confessions
in Japan: A New Approach(2)

河 村 有 教

【論文】

自白法則における新違法排除説の提唱(二)

河村 有教

目次

序

I 違法排除説の再構成

- (1) 任意性説と「自白法則及び違法収集証拠排除法則二段構えの適用論〔競合説〕」について
- (2) 任意性説と「自白法則及び違法収集証拠排除法則二段構えの適用論〔競合説〕」への疑問
- (3) 違法排除説〔田宮説〕の問題点
- (4) 違法排除説の再構成に向けて (以上、第59巻第1号)

II 自白の証拠能力を否定する捜査の「違法」について

- (1) 違法排除説における見解の相違
- (2) 任意性説および競合説による自白の排除と「違法」
- (3) 違法排除説〔田宮説〕における「違法」の理解と自白排除の根拠規定
- (4) 違法排除説〔鈴木説〕における「違法」の理解と自白排除の根拠規定
- (5) 自白獲得手段・方法の「違法」と「任意性」の概念
- (6) 新違法排除説における「違法」と自白の排除 (以上、本号)

III 「その他任意にされたものでない疑のある自白」における「任意性」の概念

IV 不任意自白等によって得られた証拠物(派生証拠)の証拠能力

結

II. 自白の証拠能力を否定する捜査の「違法」について

(1) 違法排除説における見解の相違

自白の証拠能力の有無について、まず任意性の有無の判断については虚偽排除説及び人権擁護説を基礎として(任意性説)、そのうえで違法集証拠

2-1 自白法則における新違法排除説の提唱（二）

排除法則の自白の適用を認める競合説が支持を得ている。裁判実務においても、今後も、「違法収集証拠排除法則の適用も予想され、任意性説と競合説の組み合わせ又は折衷説・総合説に沿って展開するであろう」とされる¹。しかしながら、任意性説および競合説に対しても、多くの疑問点があげられる。

前章では、任意性説および競合説に対する疑問点について、主に、①そもそも、虚偽排除説と人権擁護説が排他的関係に立たないとされる理由は何か、虚偽排除説と人権擁護説の根底にある趣旨は異なるものであり、「虚偽排除及び人権擁護の観点から」任意性を判断するのは困難ではないかという疑問点²、②任意性説にいう「任意性」とは、嘘をいうおそれのある状況がないかどうかであり、自白の証明力（信用性）との区別があいまいになりやすいことから、任意性の判断が裁判官の自由な心証にゆだねられてしまうおそれがあるという疑問点、③自白に違法収集証拠排除法則の適用を認める法的根拠は何かという疑問点をあげた。

団藤重光の『新刑事訴訟法綱要【7訂版】』（創文社、1967年）の250頁に、自白の任意性および自白獲得手段の違法性については以下のような記述がある。

「わたくしは、本書六訂版までは、憲法第38条第2項はもっぱら自白の任意性を規定したもの—不当に長い抑留・拘禁ののちの自白については任意性がないと擬制したもの—として理解してきた。しかしいま、改めて、憲法草案要綱の発表された昭和21年（1946年）当時には、すでにアメリカではマクナブ事件（1943年）が現れていたことを考えあわせてみると、憲法のこの規定には、単なる任意性の見地をこえるものが含まれていたとみ

¹ 半田靖史「自白の任意性、信用性—裁判の立場から」三井誠・渡邊一弘・岡慎一・上村立郎『刑事手続の新展開（下）』（成文堂、2017年）346頁。

² 「虚偽排除と人権擁護という基礎を異にする二つの原理が、如何なる関連をもって同一規定の基礎原理とされているのか、という点も明らかにされていない」という疑問が指摘されている。鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造〔下巻〕』（1997年、成文堂）521頁。これに対しては、虚偽排除と人権擁護の二つの原理とも、裁判所の事実認定の適正性確保の観点から、自白の任意性の判断指標については、「自発性」の意味に理解され、供述者の「自白、否認、黙秘等の防御上の態度の選択」を含む自由な心理状態であるとする見解もある。松田岳士「刑事訴訟法319条1項について（下）」『阪大法学』第69巻第2号14-15頁（2019年7月）。

るべきではないかとも思う。かりに憲法立案者の脳裡にマクナブ事件がなかったとしても、この規定がアメリカ法の継受であることが疑いを容れない以上、アメリカ証拠法の当時の発展段階を念頭において解釈するのが合理的である。」

そして、自白の証拠能力に任意性を要求するのは、「単なる任意性の問題をこえる見地、すなわち違法に獲得された自白は任意性の有無を問わず証拠とはされえないという見地が、ひとつの契機として内在しているともいえるのである」とする³。

これまで任意性説および競合説を支持する学説からは、違法排除説における「違法」が何を指すのか批判が加えられてきた。そこで本章では、違法排除説の立場から、自白法則において排除されるべき「違法」とはどのようなものをいうか、排除されるべき「違法」とはどのように解されるべきかについて検討したい。

違法排除説とはいっても、一概に違法排除説を説く各研究者の見解は同じとは言えない。憲法 38 条Ⅱ項の自白法則を任意性に関する規定とは考えないとする違法排除説⁴がある一方で、そうした見解に対して、任意性の問題と自白法則を原理的に峻別する必要があるのかを疑問視する違法排除説もある⁵。また、黙秘権侵害の自白については、憲法 38 条Ⅱ項の自白法則によって排除されるものではなく、憲法 38 条Ⅰ項自体の適用によって排除されるとする見解⁶がある一方で、憲法 38 条Ⅱ項の自白法則の適用によって自白の任意性が否定されるとする見解もある⁷。さらに、自白排除を導く

³ 団藤重光『新刑事訴訟法綱要【7訂版】』（創文社、1967年）251頁。任意性説および競合説の一般的な見解とも解されるが、任意性説および競合説の論者は、憲法 38 条Ⅱ項および刑訴法 319 条Ⅰ項の自白法則の機能は、不任意自白の排除にあるものであり、違法収集自白の排除ではないとする。例えば、関口和徳「自白排除法則の研究（12・完）」『北大法学論集』第 69 巻第 6 号（2019 年）8 頁参照。

⁴ 「わたくしのように」という前置きがあって、「わたくしのように、憲法 38 条 2 項、刑訴法 319 条 1 項を、不任意の自白を排除するものではなく、不法な過程でとられた自白を排除する趣旨に読（む）」とする見解もある。田宮裕「取調と自白法則—違法排除説の提唱—」『捜査の構造』（有斐閣、1971 年）294 頁〔初出：同「自白の証拠法上の地位（1）～（4）完」』『警察研究』第 34 巻第 2 号～第 4 号（1963 年）〕。

⁵ 鈴木・前掲注 2）522 頁。

⁶ 田宮・前掲注 4）292 頁。

⁷ 鈴木・前掲注 2）522 頁

4 一 自白法則における新違法排除説の提唱（二）

行為と自白との間の因果関係の存否についても、排除される自白は、自白の内容そのものに直接影響する過程の違法性に限られず広く「違法性」を考えるべきであるとする見解⁸もあれば、自白の任意性については、『『自白排除を導く外部的誘引との間に因果関係の存在する疑いのある自白』は証拠となしえない趣旨に理解すべきである⁹』として、自白排除を導く行為と自白との間の因果関係の存在が排除される前提にあると説く見解もある。

わたしも、違法排除説に立って自白法則を理解することがのぞましいと考えているものの、任意性の問題と自白法則を原理的に峻別する見解については支持できないし、また、黙秘権侵害の自白について、憲法 38 条Ⅱ項の自白法則を適用するのではなく、黙秘権を保障する憲法 38 条Ⅰ項を直接的に適用して排除するとの見解についても、自白法則をあまりに狭く理解しすぎているのではないかとの疑問がある。また、自白排除を導く行為と自白との間の因果関係がなくとも排除されるという見解についても、自白を排除する「違法」の内容を限定することが実際上困難になり、違法排除説でいう自白が排除される基準が抽象化されてしまうのではないかとも思われる。

違法排除説とはいっても、違法排除説を主張する各研究者の見解が一樣ではないことから、自白法則において排除されるべき「違法」とはどのようなものをいうかについても様々な見解が提起され得るであろうが、ここでは、違法排除説の「違法」について、また、「違法」と任意性との関係について、ひとまずわたしの見解を提示しておきたい。先に、任意性説および競合説を支持する見解において、酒巻匡教授の見解を中心に、自白が排除されるべき「違法」をどのように理解しているのかについて検討する¹⁰。

（2） 任意性説および競合説による自白の排除と「違法」

任意性説および競合説は、自白の内容面との関連を考慮するのに対して、

⁸ 田宮・前掲注 4) 294 頁。自白する際の被疑者の自由意志の侵害という違法性に限られず、「フェア・トライアルの観念に反するもの、ないしは、文明国家の基準である礼譲の観念に反する場合」も排除されると考える。

⁹ 鈴木・前掲注 2) 526—527 頁。

¹⁰ 任意性説および競合説を主張する論者の間でも、自白が排除されるべき「違法」をどのように解するのかについては異なる。

違法排除説は、純粹に手続面から非文明的、非公正的な自白取得の方法を排除しようとするところにその特色と価値がある¹¹。任意性説および競合説においては、自白が排除される「違法」については、二つの点が重要となる。第一に、自白の任意性との関係で、任意性が否定されるには、得られた自白が被疑者の自由な意思決定を妨げられるような捜査機関の不当な取調べがあったかどうかを問題とする¹²。しかし、違法排除説とは異なり、捜査機関の不当な取調べそのものを問題とするのではなく、取調べを受ける被疑者側の事情に主眼を置いて、捜査機関の不当な取調べによって当該被疑者の自由な意思決定が妨げられたかどうかを問題するものである¹³。一般に被疑者の自由な意思決定が妨げられるとする捜査機関の不当な取調べとして、任意性説および競合説は、起訴猶予を考慮する旨の検察官の示唆や早期釈放に関する捜査機関による利益誘導・約束、共犯者が共謀を認めた旨の捜査機関による虚偽の告知、手錠を施したままの取調べ、精神的肉体的に疲労困憊した状態における取調べ、不相当に長時間継続した取調べ、ポリグラフ検査や DNA 鑑定等いわゆる科学的鑑定の結果を過度に強調しての取調べをあげている¹⁴。被疑者の自由な意思決定を妨げ、虚偽自白を誘発する危険のある取調べについて、事例ごとに検討して、類型化されていくことを期待している。

第二に、違法収集証拠排除法則の適用によって、自白が排除される場合である¹⁵。違法収集証拠排除法則が自白に適用される場合については、①取調べにおいて「重大な」違法があるとき、②自白内容そのものに直接影響する過程の違法性ではないものの、取調べが行われる前に違法な別件逮捕や違法な実質的逮捕と評価される任意同行・留め置きがなされたときである。

まず、自白の任意性を直接問題とする取調べの不当性とは別に、取調べ自体が任意捜査として違法と評価される場合や取調べにおいて違法の程度

¹¹ 高田卓爾・小野慶二編『刑事訴訟法の基礎』（青林書院、1975年）221頁。

¹² 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2015年）509頁。

¹³ 酒巻・前掲注12）509頁。

¹⁴ 酒巻・前掲注12）509—510頁。

¹⁵ 酒巻・前掲注12）511—512頁。

が重大である場合には、違法収集証拠排除法則が適用されるとする¹⁶。最二小決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁の「宿泊を伴う取調べ」や最三小決平成元年7月4日刑集43巻7号581頁の「徹夜の長時間に及ぶ取調べ」を例にあげる¹⁷。東京高判平成14年9月4日判時1808号144頁の宿泊を伴う違法な取調べの結果得られた自白の証拠能力について違法収集証拠排除法則を適用して否定した裁判例では、自白法則の適用の問題（任意性の判断）もあるが、それに先行して、違法収集証拠排除法則の適用の可否を検討している。自白法則と違法収集証拠排除法則が競合し得るような取調べの不当性が問題とされる事案において、取調べ自体が任意捜査として「重大な」違法と評価される場合や取調べにおいて違法の程度が重大である場合には、自白法則に先行して、違法収集証拠排除法則の適用によって証拠が排除されるとする。

もっとも、取調べにおいて、強制、拷問等があった等、刑事手続の適正を担保する憲法上の被疑者の権利が直接侵害された場合には、当該自白は、基本権を侵害された当の被告人に対する救済と法の適正な手続（憲法31条）維持の観点から、自白は証拠にはならないとする¹⁸。これは、刑事手続上の証拠法則である違法収集証拠排除法則の適用とは異なり、憲法の直接の要請にもとづくものであるとする¹⁹。

また、自白の内容そのものに直接影響する過程の違法性に限られず広く「違法性」の有無を考えて、違法収集証拠排除法則は適用されるとする。例えば、違法な別件逮捕・勾留と評価される身体拘束や違法な実質的逮捕と評価される任意同行や留め置きを経て行われた取調べによる自白等、違法な身体拘束中の取調べにより得られた自白について、任意性に問題がない場合でも、違法収集証拠排除法則を適用して証拠として排除される場合があるとする²⁰。

任意性説および競合説を支持する酒巻教授の見解について、自白が排除

¹⁶ 酒巻・前掲注12) 512頁。

¹⁷ 酒巻・前掲注12) 512頁。

¹⁸ 酒巻・前掲注12) 512頁。

¹⁹ 酒巻・前掲注12) 512頁。この点については、任意性説および競合説を主張する論者のなかで共有されているものではなく、酒巻教授独自の見解とも解される。

²⁰ 酒巻・前掲注12) 511-512頁。

されるべき「違法」については、次のように整理されよう。強制、拷問等、憲法上の被疑者の基本権を侵害しての取調べによって得た自白は、刑事手続において使用は禁止される²¹。強制、拷問等、憲法上の被疑者の基本権を侵害するもの以外で、取調べにおいて「重大な」違法がある場合には、自白法則の適用（任意性の問題）もあるが、違法収集証拠排除法則が適用された自白が排除される。また、違法な別件逮捕・勾留や実質的逮捕と評価される任意同行や留め置きを経て取調べがなされた場合には、違法収集証拠排除法則が適用されて自白が排除される。「重大な」違法とは評価されないが、取調べにおいて違法がある場合で、被疑者の自由な意思決定が妨げられた場合、あくまでも取調べを受ける被疑者側の事情に主眼をおきながら、自白法則によって自白の任意性が排除される場合がある。

- ① 強制、拷問等憲法上の基本権を侵害しての取調べの場合 ➡ 憲法××条違反によって自白は刑事手続において使用不可（違法収集証拠排除法則の適用とは異なる）
 - ② 強制、拷問等憲法上の基本権を侵害するもの以外で、取調べにおいて「重大な」違法がある場合 ➡ 違法収集証拠排除法則によって自白を排除（自白法則の適用もあるが、違法収集証拠排除法則の適用が先行する）
 - ③ 違法な別件逮捕・勾留や違法は実質的逮捕と評価される任意同行や留め置きを経て取調べがなされた場合 ➡ 違法収集証拠排除法則によって自白を排除
 - ④ （あくまでも取調べを受ける被疑者側の事情に主眼を置いて）被疑者の自由な意思決定を妨げられるような不当な取調べ ➡ 自白法則によって自白を排除
- ※ 「不当な」にあたるか否かの判断は事案による

(3) 違法排除説〔田宮説〕における「違法」の理解と自白排除の根拠規定

²¹ 違法収集証拠排除法則の適用とは異なるとされるが、自白法則の任意性の問題でもないとすると、自白の使用禁止の法的な根拠は、それぞれ憲法で保障されている権利によって異なるとするものであると解される。

自白法則において排除されるべき「違法」とはどのようなものをいうかについて違法排除説を説く者のなかでもそれぞれの見解は異なるが、ここでは、違法排除説の代表的論者の田宮裕教授の見解と鈴木茂嗣教授の見解を対比しながら、違法排除説における「違法」について検討したい。

田宮説は、違法にとられた自白を排除する成文法上の根拠を、憲法 31 条であるとするとして、特殊な一場合として憲法 36 条の拷問禁止と理解している²²。憲法 36 条は注意的に個別的な要求をしたものであるとする²³。そして、同様に、憲法 38 条Ⅱ項の自白法則についても、適正手続の要求の一部（憲法 31 条で要求される一部）についての証拠排除の面に関する注意的規定と解している²⁴。私もふくめて、およそ違法排除説に立つ者のなかにも憲法 38 条Ⅱ項の自白法則について、自白排除の根拠規定と解するのが一般的であるが、田宮教授の場合には、憲法 38 条Ⅱ項の自白法則は、適正手続に反して自白が排除される典型的な例であり、説明的規定にすぎないとする²⁵。自白が排除される成文法上の根拠について、憲法 38 条Ⅱ項の自白法則は自白が排除される典型的な例であって、憲法 31 条こそが包括的な違法にとられた自白を排除する成文法上の根拠であるとする。

任意性説および競合説においては、自白が排除される成文法上の根拠は、憲法 38 条Ⅱ項の自白法則のみならず、判例法上確立した違法収集証拠排除法則もその根拠にしている。また、酒巻教授のように、憲法 38 条Ⅱ項の自白法則と判例法上確立した違法収集証拠排除法則のみならず、憲法上の基本権侵害による自白の使用禁止も違法にとられた自白を排除する根拠と理解する見解もある²⁶。

田宮説は、憲法 31 条を根拠として自白が排除される「違法」について、例えば、弁護権を不当に制限して得た自白、令状主義を中心とする人身の自由をやぶって拘束することにより得た自白、自白を得るためだけに行わ

²² 田宮・前掲注 4) 293 頁。

²³ 田宮・前掲注 4) 293 頁。

²⁴ 田宮・前掲注 4) 293 頁。

²⁵ 田宮・前掲注 4) 293 頁。

²⁶ 酒巻・前掲注 12) 512 頁。田宮教授の見解と同様に解するものか否かは疑問であるが、違法にとられた自白について、成文法上の根拠として、「基本権を侵害された当の被告人に対する救済と法の適正な手続（憲法 31 条）維持の観点」をあげている。

れるような、長時間の継続的取調べによる自白をあげている²⁷。違法にとられた自白の排除について、憲法上、憲法 38 条Ⅱ項および憲法 31 条の二つの根拠があるとする。とりわけ、弁護権を不当に制限して得た自白、令状主義を中心とする人身の自由をやぶって拘束することにより得た自白、自白を得るためだけに行われるような、長時間の継続的取調べによる自白については、自白法則そのもの問題ではないため、自白の任意性という基準を問題にする必要はなくなるとする。

- ① 拷問によって得られた自白、不当に長く抑留・拘禁された後の自白 ➡ 自白法則（憲法 38 条Ⅱ項）によって自白を排除
- ② 弁護権を不当に制限して得た自白、令状主義を中心とする人身の自由をやぶって拘束することにより得た自白、自白を得るためだけに行われるような、長時間の継続的取調べによる自白 ➡ 憲法 31 条（適正手続違反）を根拠として自白を排除

田宮説は、強制・拷問によって自白がとられた場合には、憲法 38 条Ⅱ項の自白法則（および憲法 36 条）によって自白を排除し、そのほかの憲法の保障する重要な法的利益を侵害する違法があつて自白がとられた場合には、憲法 31 条の適正手続違反で自白を排除しようとするものである。拷問がなければ自白しなかった、強制がなければ自白しなかったとの因果関係（条件関係）は必要でなく、拷問と自白、強制と自白との間に、プロセスとして先後の関係があればよいとする²⁸。違法排除説においては当たり前のことであり、拷問なり強制なり客観的な捜査機関による違法な行為があれば、自白は排除されるとの理解である。また、憲法 31 条の適正手続違反による自白の排除についても、憲法 31 条の適正手続違反という事実が認められれば自白は排除されるため、適正手続違反と自白との因果関係は必要ないとする²⁹。

²⁷ 田宮・前掲注 4) 294 頁。

²⁸ 田宮・前掲注 4) 296 頁。

²⁹ 田宮・前掲注 4) 296 頁。

このように田宮説においては、憲法 38 条Ⅱ項の自白法則が機能する事案を極めて限定的に捉えている一方で、憲法 31 条の適正手続違反で自白を排除する事案について、裁判所が広く柔軟に解釈して自白を排除できるように、一般的な法則を樹立することを避けている³⁰。あえて田宮説において掲げられた概念が、刑事手続の基本にある「フェア・トライアル（公正な裁判）の観念に反するもの」ないしは「文明国家の基準である礼譲の観念に反する場合」である³¹。被拘禁中の被疑者・被告人の弁護人との正当な接見交通権を侵害した場合の自白や、任意同行のまま半月も拘禁した場合や逮捕状に犯罪を明示しない場合、令状なしで逮捕しておきながら、一週間後に至ってはじめて緊急逮捕した場合等違法拘禁中の自白、拘禁そのものの違法ではないが、糧食差入禁止等拘禁の過程における不法の問題があつての自白、さらには、取調べ方法自体の不法の問題があつての自白は、憲法 31 条の適正手続違反として自白が排除されるべきであるとする³²。

田宮説のもう一つの特徴は、憲法 38 条Ⅱ項と憲法 31 条による自白の排除に限定せず、さらに広く違法にとられた自白を排除しようとするもので、憲法 38 条Ⅱ項を具体化した刑訴法 319 条Ⅰ項を類推し拡張して、憲法上排除される自白以外の自白をも排除しようとしていることである³³。憲法問題にはならないが、訴訟法に違反するために自白が排除される場合とする。そこでは、任意性という言葉は用いず、「不任意自白」の代わりに「不当な過程でとられた自白」という言葉を使っている³⁴。

③ 憲法問題にはならないが、訴訟法に違反するために自白が排除される場合がある ➡ 訴訟法の違反による自白の排除

「訴訟法の違反による自白の排除」について、例えば、被疑者・被告人

³⁰ 適正手続違反によって自白が排除されるにおいて、「適正手続は、具体的事情に応じて柔軟な解釈をとりうることに、生命がある。したがって、一般的な法則を樹立したり、将来の事例を予測したりすることは、困難である」とする。田宮・前掲注 4) 297 頁。

³¹ 田宮・前掲注 4) 294 頁。

³² 田宮・前掲注 4) 298 頁。

³³ 田宮・前掲注 4) 294 頁。

³⁴ 田宮・前掲注 4) 294 頁。

に対する黙秘権の告知を怠った場合の自白の排除を指摘する³⁵。被疑者・被告人に対する黙秘権の告知は、取調べにおける公正さを担保する重要な制度であることから、告知を欠けば、告知を要求する規定の違反（例えば、被疑者であれば刑法 198 条Ⅱ項違反）を理由に自白が排除される必要があるとする³⁶。

取調べ方法自体の不法として、軽い処罰の約束や偽計による場合について、憲法 31 条の適正手続違反によって自白が排除される場合もあるが、その程度に至らず、社会的にみて相当でない場合の違法については、訴訟法の違反による自白の排除も想定している³⁷。

こうした田宮説の背景には、証拠法理論の証拠能力における「証拠禁止」概念が関係する。田宮説は、証拠能力を「証拠の不許容（狭義の証拠能力）」と「証拠禁止」という二つに分けて、前者の「証拠の不許容（狭義の証拠能力）」の原則は、真実発見を容易にするため、法の考案した証拠法則であって、伝聞法則や関連性の法則等、偏見ないし誤解を生みやすい証拠排除するものであるとするのに対して、後者の「証拠禁止」の原則は、訴訟外の社会的・個人的利益のために、むしろ、裁判における真実探求をあきらめようとするものであるとする。大陸法におけるベーリングの証拠禁止（Beweisverbot）の概念、英米法の証拠禁止（evidential privileges）から、証拠の適正を問題にするにおいて、「証拠禁止」の概念が問題とされるとする。「証拠禁止」という証拠上の特権から、証拠の適正を問題にすることによって、自白の排除を考えようとするものであるといえる³⁸。

しかしながら、後で述べる鈴木説と田宮説は違法排除説という見解の土台の部分においては対立していない。次説で詳しく述べるが、「不任意」という言葉を「被疑者の自由意思を犯す」という意味での「違法」と解して

³⁵ 田宮・前掲注 4) 299 頁。

³⁶ 田宮・前掲注 4) 300 頁。

³⁷ 具体的に刑法の何条による違反か明示していないが、「国家機関が正義・礼譲をまもるという意味で違法排除説がよりよく説明できる」と述べていること等から、おそらく、刑法 1 条の「個人の基本的人権の保障を全うしつつ」を念頭においているものと思われる。田宮・前掲注 4) 300 頁。

³⁸ 田宮・前掲注 4) 304—306 頁。「自白の排除も、違法に収集された証拠の排除という、一般的な問題の一場面だということがわかる」として、自白の排除も違法な捜索・押収の結果得た証拠（違法収集証拠）の排除と同じく、すべて、「証拠禁止」という証拠上の特権から憲法 31 条の適正手続違反による排除を視野において、整合性を図ろうとするものであろう。

いる点である³⁹。しかし、違法排除説においても、一般的には、憲法 38 条 II 項と刑訴法 319 条 I 項が自白排除の唯一の根拠規定とすることに対して、田宮説の獨創性は、「自白排除の一つの根拠規定であることは間違いない」としたうえで、「唯一の根拠規定とする」見解に対して正しくないとして、憲法 31 条の適正手続違反による自白の排除、そして、刑訴法の各規定の違反による自白の排除を提唱したことにあつた。それはかえって、憲法 38 条 II 項の自白法則の理解を閉塞化してしまうことにもつながつた。

「その他任意にされたものない」 ➡ 訴訟法の違反による自白の排除（例えば、刑訴法 198 条 II 項違反）

（4） 違法排除説〔鈴木説〕における「違法」の理解と自白排除の根拠規定

田宮説が憲法 38 条 II 項の狭義の自白法則において自白を排除することどまらず、憲法 31 条の適正手続違反や刑訴法違反によって自白を排除する方向性を提唱したのは、「違法」を広くとらえようとするものであつた⁴⁰。しかし、あくまでも「違法」を憲法 38 条 II 項の自白法則の枠のなかで「自白する際の被告人の自由意志の侵害」に限定しようとするものが鈴木説である。

鈴木説は、田宮説が憲法 38 条 II 項の自白法則を任意性のみに関する規定とは解さず、より広く違法排除の観点から捉えようとするところについて支持したうえで⁴¹、任意性に関する法則が憲法 38 条 II 項の規定において考慮の外におかれていると解する田宮説の見解については、妥当なものとはいえないとする⁴²。

³⁹ 田宮・前掲注 4) 302 頁。

⁴⁰ 「憲法上排除される自白は、自白の内容そのものに直接影響する過程の不法性が問題となる事例だが、違法一般を問題にすると、手続の違法性と自白の関係が遠くなるという反論があるかもしれない。しかし、**デュー・プロセスの本質は、自白内容にかかわらず、自白するさいの被告人の自由意思の侵害という不法性にかぎるものでもない**。デュー・プロセスをもち出したのは、自白を排除することによって、プロモウトしようとする他の利益があるからだ。違法性一般を問題とするとときも同じように考えてよい。」田宮・前掲注 4) 294 頁。

⁴¹ 憲法 38 条 II 項および刑訴法 319 条 I 項の自白法則については、単なる任意性の見地を超えて、違法に獲得された自白は任意性の有無を問わず証拠とはされないという見地が内在しているという点について、支持しているものと解される。

⁴² 鈴木・前掲注 2) 522 頁。

鈴木説は、憲法 38 条Ⅱ項及び刑訴法 319 条Ⅰ項の自白法則は、「基本的には違法に収集された自白を排除する旨の証拠禁止の規定」であると解して、憲法 38 条Ⅱ項は不任意自白をはじめ、その他の違法収集自白の証拠能力を否定するものであるとする⁴³。不任意自白とは、違法収集自白の最も基本的な類型の一つであるとするものである⁴⁴。

とりわけ、憲法 38 条Ⅱ項及び刑訴法 319 条Ⅰ項であげられている「不当に長く抑留、拘禁された後の自白」の排除をとりあげて、任意性とは無関係に拘禁自体の不当性を問題として自白を排除したものと解する⁴⁵。アメリカにおいて、逮捕後不必要な遅滞なくマジストレイトのもとに被逮捕者を引致すべしとする連邦刑事訴訟規則の要求に反してとられた自白について、証拠から排除すべしとするマクナブ判決が日本国憲法制定時に出ていたことを勘案すると、アメリカ法を母法とする憲法 38 条Ⅱ項における「不当に長く抑留、拘禁された後の自白」は、拘禁の不当性を問題として排除するものであるとする⁴⁶。

また、憲法 38 条Ⅱ項及び刑訴法 319 条Ⅰ項の「強制、拷問若しくは脅迫による自白」についても、例えば、拷問による自白については、憲法 36 条で拷問の禁止を宣言しており、拷問自体が自白排除を導くのに十分な違法性をもつ行為であることは疑問がないとする⁴⁷。そうなれば、拷問、脅迫によって不任意の自白を導くであろうとして、自白の不任意性を擬制するまでもなく、拷問、脅迫が用いられたということ自体で、自白の排除を根拠づけられるとする⁴⁸。

「不当に長い」かどうかの判断について、鈴木説は、不任意自白を導くようなものかどうかという観点からではなく、被疑者の心身の状態、その逃亡・証拠隠滅のおそれの強弱、事案の軽重等の諸事情が総合的に考慮さ

⁴³ 鈴木・前掲注 2) 525 頁。

⁴⁴ 鈴木・前掲注 2) 525 頁。

⁴⁵ 鈴木・前掲注 2) 525 頁。

⁴⁶ 鈴木・前掲注 2) 525 頁。

⁴⁷ 鈴木・前掲注 2) 525 頁。

⁴⁸ 鈴木・前掲注 2) 526 頁。著者は、この点について鈴木説に反対する。主観的判断要素を違法排除説にもちこむことは、任意性説および競合説における任意性の判断と結局のところ同じになる。あくまでも客観的に、すなわち社会通念上不当に長いといえる根拠づけによって、決められる努力が裁判実務においては求められると考える。

れ、客観的要素のみならず主観的要素もともに考慮されるべきであるとする⁴⁹。あくまでも客観的な判断がのぞましいとする他の違法排除説の見解とは異にするが、鈴木説においては、任意性の立場をはなれても、任意性説および競合説で考慮されるべき主観的事情について、人身の保障の見地から、考慮されるべき事情であるとする⁵⁰。

「強制による自白」とは、供述者の供述の自由を侵害することによる自白、それはまさに「不任意の自白」にはかならないと解している⁵¹。そして、「不任意の自白」とは、「供述の自由を侵害して収集された自白」であり、供述の自由を侵害する違法が用いられて収集された証拠であるとする⁵²。当然、自白採取者（捜査機関）の違法行為と自白の不任意性（＝供述の自由の制約・侵害）との間には因果関係が必要となる⁵³。また、刑法 319 条 I 項に「その他任意にされたものでない疑のある自白」とあるが、刑法 319 条 I 項は憲法 38 条 II 項の趣旨を確認した規定であり、憲法 38 条 II 項でいう「強制による自白（不任意の自白）」以外の「自白排除を導く外部的誘引との間に因果関係の存在する疑いのある自白」とする⁵⁴。

なお、いわゆる虚偽排除の観点が全く排除されてしまっているように思われるが、その点は、憲法 38 条 II 項の自白法則における「任意性」において考慮されずとも、「補強証拠の面において、あるいは刑訴 325 条による任意性調査の面において、十分考慮される余地のあるものであり、違法排除説をとったからといって誤判の危険が増大するというものではない⁵⁵」とする。

（5） 自白獲得手段・方法の「違法」と「任意性」の概念

⁴⁹ 鈴木・前掲注 2) 532-533 頁。

⁵⁰ 鈴木・前掲注 2) 533 頁。

⁵¹ 鈴木・前掲注 2) 526 頁。強制による自白についての鈴木説については、鈴木・前掲注 2) 528-530 頁もあわせて参照されたい。

⁵² 鈴木・前掲注 2) 536 頁。

⁵³ 鈴木・前掲注 2) 528 頁。「拷問若しくは脅迫による自白」としてことから因果関係が必要であるとする。拷問によって不任意の自白が引き出されたという意味での因果関係ではなく、拷問、脅迫が原因となって自白がなされたという意味での自白との因果関係であるとする。鈴木・前掲注 2) 531 頁。

⁵⁴ 鈴木・前掲注 2) 526 頁。

⁵⁵ 鈴木・前掲注 2) 537 頁。

自白は、捜査機関による取調べによって生み出されるものである。したがって、自白の証拠能力の制限は、取調べの規制と相俟って議論されてきた⁵⁶。アメリカにおいては、捜査段階における任意性のない自白の使用の禁止が徹底化された。アメリカにおいては、「被疑者の意思が制圧されたかどうか、自白が基本的公正さを欠く手段によって獲得されたかどうか、自白が虚偽で信頼できないおそれがあるかどうか、さらに、自白しようとする被疑者の判断が自由で何ら制約を受けないでなされた選択の産物であるかどうか」、「複合的な価値」によって、「事情の全体性」が考慮されてきたとされる⁵⁷。比較法上の恰好としての材料ともなるアメリカ法の動向については、別の機会で論じることにはしたが、田宮説と鈴木説を踏まえて、わたしの見解について以下では述べたい。

任意性説および競合説ではなく、わたしが違法排除説を支持するのは、「証拠能力の標準を、客観化するという実益⁵⁸」が故である。任意性説および競合説にもとづくアプローチと違法排除説にもとづくアプローチの違いは、任意性説および競合説が、裁判所が被疑者の立場にたって「被疑者自らの判断にもとづいて任意に自白をしたか否か」によって任意性を判断する主観的思考によるアプローチであるのに対して、違法排除説は、「被疑者の自白が自由意思を制圧する違法な手段が用いられたか否か」によって任意性を判断する客観的な思考によるアプローチであることである⁵⁹。任意性説および競合説における「任意性」の概念は極めて主観的なものであり、明確な線を引きえない。とりわけ、嘘をいうおそれがあるかどうかを類型的に検討しようとする虚偽排除説においては、当該事案ごとの個別的な判断になってしまう。そのような主観的・個別的な基準について、柔軟な判断が可能になるため、運用しだいでは被疑者それぞれに寄り添った妥当な結論が出るという見解もあるのかもしれない。しかしながら、虚偽排除説が、実体的真実主義と結合すると、任意性の欠如を理由に、なかなか

⁵⁶ 洲見光男「アメリカにおける取調べの規制—自白の証拠能力の制限—」『同志社法学』69巻7号（2018年2月）889頁以下。

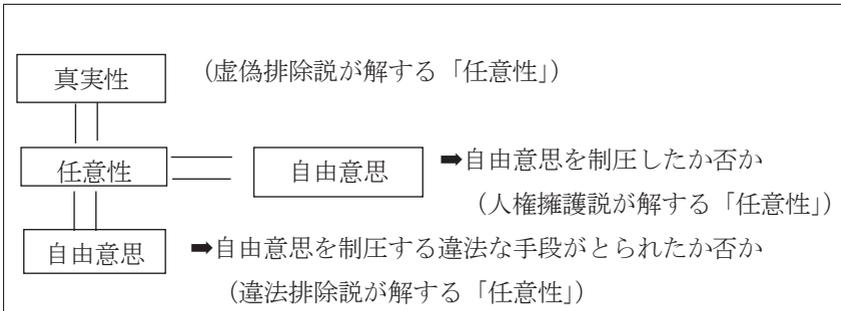
⁵⁷ 洲見・前掲注56）891頁。

⁵⁸ 田宮・前掲注4）311頁。

⁵⁹ 河村有教『入門 刑事訴訟法』（晃洋書房、2019年）305頁。

破棄されないことになり、それは健全なことではないとの批判もある⁶⁰。

そこで、違法排除説における「任意性」とは何か、違法排除説における「任意性」の概念について整理しておく必要がある。自白の任意性の「任意」をどのように解するのか、任意性説および競合説における理解と違法排除説では異なる。任意性説および競合説の一般的理解は、虚偽排除説と人権擁護説の折衷的見解であるとする。虚偽排除説では、自白の任意性とは虚偽自白でないこと、すなわち、任意性とは、自白が「真実」であることを指す。人権擁護説では、自白の任意性とは、「自由意思」が保障されているかどうかである。これにより、任意性説および競合説の一般的理解においては、任意性とは自白が「任意」になされかつ「真実」であることを指し、自白の任意性の有無の判断においては、被疑者が虚偽の自白をしていないか否か、被疑者の自由意思が侵害されていないか否かに焦点が当てられる⁶¹。それに対して、違法排除説は、自由意思を制圧する違法な手段・方法が用いられたかどうかを自白の任意性判断の焦点とする。違法排除説という「違法」と自白の「任意性」との関係は、自由意思を制圧するような（＝「反するような」という広義の意味）違法な手段が捜査機関によって用いられたかどうかであり、自白の任意性（自由意思）を基軸としている点で、「任意性」の概念から切り離して解釈しているわけではない。



⁶⁰ 田宮・前掲注4) 312-313頁。

⁶¹ 任意性説および競合説を説く論者は、憲法38条Ⅱ項および刑訴法319条Ⅰ項の自白法則の機能は、不任意自白の排除にあるものであり、違法収集自白の排除ではないとするのが一般的であることを述べた。その中には、自白法則によって排除される不任意自白とは、「黙秘権を侵害して得られた自白」を意味するとの見解もある。黙秘権侵害の有無について、被疑者の心理を相当に圧迫するような取調べが行われたものの、被疑者自らの意思に基づいて自白をしたと認められる場合には、黙秘権侵害の問題は生じないと解される。関口・前掲注3) 16-17頁。

違法排除説において、鈴木説は、田宮説が任意性の問題と自白法則を原理的に峻別しようとするのに対して、自白法則とは任意性を問題にする証拠法上のルールであり、不任意の自白とは供述の自由を害してとられた自白にほかならず、供述の自由を害する違法性に着目するならば、不任意自白の排除も違法排除の一環として再構成されるとする⁶²。

違法排除説＝田宮説と一般的には解されがちであり、田宮説＝違法排除説に対して任意性説および競合説からは批判が加えられているが、憲法 38 条Ⅱ項および刑訴法 319 条Ⅰ項の自白法則について、任意性の問題を供述の自由を害する違法性として理解したうえで、不任意自白の排除を違法排除の一環として捉えて、違法排除説を発展させることも十分に可能であると思われる。以上の理解から、一般的に解されている田宮説が代表的な違法排除説の理解とされていることから、田宮説と区別する上で、「新違法排除説」として、違法排除説の再構成を試みる。先ず、次節においては、新違法排除説における「違法」と自白の排除について述べておきたい。

(6) 新違法排除説における「違法」と自白の排除

憲法 38 条Ⅱ項および刑訴法 319 条Ⅰ項の自白法則において「強制・拷問・脅迫による自白」と「不当に長く抑留・拘禁された後の自白」、そして「その他任意にされたものでない疑いのある自白」は、証拠とすることができない。憲法 38 条Ⅱ項と刑訴法 319 条Ⅰ項目の関係について、最大判昭和 45 年 11 月 25 日刑集 24 巻 12 号 1670 頁は、捜査機関が被疑者の取調べにおいて偽計を用いて自白を得た場合には、「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 319 条Ⅰ項の規定に違反し、ひいては憲法 38 条Ⅱ項にも違反するものといわなければならない」として、憲法 38 条Ⅱ項と刑訴法 319 条Ⅰ項の両適用範囲は異ならないとする。

裁判例においては、任意性の判断について、それぞれ、(1)「強制・拷問・脅迫による自白」類型、(2)「不当に長く抑留・拘禁された後の自白」

⁶² 鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（1990年、青林書院）219-220頁。

類型、（３）「（１）、（２）以外のその他任意性に疑いのある自白」類型の三つに分けて、任意性の有無が判断されている。一般には、「強制・拷問・脅迫による自白」にあたるか「不当に長く抑留・拘禁された後の自白」にあたるか否かが見極められ、それらにあたる場合には、「強制・拷問・脅迫による自白」あるいは「不当に長く抑留・拘禁された後の自白」として任意性がないとする。また、「強制」、「拷問」、「脅迫」、「不当に長く抑留された」、「不当に長く拘禁された」に準ずるものとして、自白の任意性に疑いがあるものとした裁判例も多くある。

例えば、取調べにおいて逃亡を防ぐため後手に縛り座らせて、頬を叩いたり、胸を押したりとされる事案について、警察署における被疑者の自白は、「暴力による肉体的苦痛を伴う取調べの結果されたものであり、同被告人の任意に基づくものとは到底認めることができない」としたものがある⁶³。「強制」に準ずる自白として解された事案である。

また、当初否認していた被疑者に対して、正座をさせて午前中から午後 9 時頃まで取調べた結果得た自白について、「長時間にわたる肉体的苦痛を伴う尋問の結果なされたものであり、任意にもとづく供述とは到底認めることはできない」としたものがある⁶⁴。同じく、「強制」に準ずるものとして理解された事案といえよう。

「絶対に少年院に入れてやる」、「否認すると逆送で刑務所に行って、5、6 年は入ることになる。そういうことだから、嘘隠しなく話すことが一番だ」と言って自白を得た事案については、「被疑者に対して著しい畏怖の念を抱かせる脅迫的な言動である」として供述の任意性に影響を与えたとする事案がある⁶⁵。

「不当に長く抑留・拘禁された後の自白にあたる」とされた事例としては、数は一回、被害者も一人で、被害金品は被害後直ちに回復させられている現行犯事件で、罪証隠滅のおそれもなく、逃亡する危険もない被疑者に対して 109 日間に及んで勾留した後になされた自白について、不当に長い拘

⁶³ 最二小判昭和 32 年 7 月 19 日刑集 11 卷 7 号 1882 頁。

⁶⁴ 最二小判昭和 27 年 3 月 7 日刑集 6 卷 3 号 387 頁。

⁶⁵ 浦和地決平成 3 年 11 月 11 日判タ 796 号 272 頁。

禁であるとして、証拠とされないとしたものがある⁶⁶。また、心臓病の病状が悪化して勾留に耐えない状態となっている被疑者に対して、さらに50日余日も勾留を継続した事案について、「事件の取調上勾留を必要とする事情があったとしても、かかる勾留は不当に長い勾留と解するのが相当である」として自白を証拠とすることができないとした事案もある⁶⁷。不当に長く抑留、もしくは拘禁された後の自白にあたるか否かの基準については、判例法上で客観的な線引きがされていくことがのぞましい。

「強制、拷問、脅迫による自白」にせよ、「不当に長く抑留、拘禁された後の自白」にせよ、憲法で保障されている供述の自由を害する違法性が大きいことから任意性を欠くということには異論はないであろう。問題は、それ以外の違法についてである。これまで、大きく問題となってきた事案としては、追及的・理詰めの取調べによる自白、偽計による自白、暗示や約束・利益誘導等による自白、別件逮捕・勾留による自白等があげられる次章において、「任意性」と違法との関係についてさらに検討していきたい。

⁶⁶ 最大判昭和23年7月19日刑集2巻8号944頁。

⁶⁷ 東京高判昭和34年5月28日高刑集12巻8号809頁。

