



Title	刑事訴訟法三一九条一項について（中）
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2019, 68(6), p. 21-41
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87190
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

刑事訴訟法三一九条一項について(中)

松田 岳士

三 自白排除法則の趣旨・根拠と適用基準

(1) 自白排除法則の適用基準を自白の不任意性に求めるか、それとも、自白採取手続の違法性に求めるかは、憲法三十八条二項および刑事訴訟法三一九条一項の文言解釈の問題としても論じられ、この問題をめぐる見解の対立は、両規定間の関係についての理解にも影響を与えるものと解されてきた。

すなわち、虚偽排除説、人権擁護説等、自白排除法則の趣旨を「不任意自白」の排除に求める見解においては、刑事訴訟法三一九条一項の「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白」は、「いわば不任意自白の典型であり『任意にされたものでない疑のある自白』の例示である」とされる。⁽⁶²⁾したがって、この見解からは、一般に、同規定と憲法三十八条二項との関係について、「憲法上も任意性の存在に関する立証責任が検察官にあると解する限り、刑事訴訟法は明文でその点を明らかにしたにすぎず、いずれも、任意性のない自白は証拠能力がないといういわゆる自白法則を規定したものであって、その意味内容において差異はない」と説明されることになる。⁽⁶³⁾

これに対して、違法排除説は、自白排除法則の趣旨を「違法収集自白」の排除に求めることが、刑訴法三一九条一項の「強制」とか『不当に長い抑留・拘禁』など手段を列記する法文の解釈としてもつとも素直であるとし、⁽⁶⁴⁾同規定と憲法三八条二項との関係に関しては、「不任意の語のない憲法と並べて考えてみると、強制などの列挙は違法な自白採取行為の例示であり、不任意は、総括的用語ではなく、むしろこれと並ぶ違法行為の一例（被告人の自由意思を犯す意味で）」として理解されることになるとする。⁽⁶⁵⁾

(2) この意味においては、刑訴法上はもちろん憲法上も、自白排除法則の趣旨を「不任意自白」の排除に求める場合よりも、「違法収集自白」の排除に求める場合の方が、同法則の適用範囲が広がることになるように思われる。なぜなら、前者の立場においては、同法則は、結局のところ、「任意性のない自白」のみを排除するものとされるのに対して、後者の立場においては、「不任意は、総括的用語ではなく、むしろ……違法行為の一例」とされ、その適用範囲が、「不任意」の場合を含む「違法収集自白」一般に及ぶことになるからである。⁽⁶⁶⁾

しかしながら、自白排除法則の適用基準を自白収集手続の違法性に求めることによる同法則の適用範囲の拡大は、同時に、「手続の違法性と自白の関係が遠くなる」⁽⁶⁸⁾こと、ひいては、自白の収集手続の違法性の実質的・具体的内容とその手続により収集された自白を裁判所の事実認定に供することの不許容性を関連づけることの困難性と表裏の関係にあることに注意しなければならない。

すなわち、違法排除説が同法則の趣旨を「違法収集自白」の排除に求め、その適用範囲を「違法収集自白」一般に拡大するというとき、そこでの「違法」としては、形式的に——いいかえれば、違反の対象となったのが具体的にいかなる規範であるか、当該規範の内容ないし趣旨との関係でその違反に実質的にいかなる問題性が認められるかということとは無関係に——刑訴法、なかでも、とりわけ捜査法に属する規範のいずれかに違反することが想定

されているものと考えられ、そうであるとすれば、ここでは、その違反の実質的な内容ではなく、刑事法上の規範に違反することそれ自体が問題とされていることになる。

実際、違法排除説においては、そこにいう「違法」として、「強制・拷問・脅迫」や「任意性を侵害すること」の「違法性」と、「不当に長い抑留・拘禁」の「不法性」が同列に扱われているだけでなく、⁽⁶⁹⁾「違法な手続でとられた自白」の排除は、「違法な搜索・押収の結果えた証拠」の排除と「少しも変わらない」とされるが、⁽⁷⁰⁾ここで問題とされる供述採取、「抑留・拘禁」、「搜索・押収」を規制する諸規範の内容ないし趣旨は——部分的に重なり合うことはあっても——その行為の内容に応じて様々であり、しかも、とりわけ「抑留・拘禁」や「搜索・押収」を規制する諸規範は、供述の採取方法自体を直接定めるものではない。そうであるとすれば、同見解が自白排除の前提としてこれらに共通するものとして想定する「違法」性は、違反があつた個別の法規範の内容ないし趣旨を念頭においたものではなく、⁽⁷¹⁾刑事法に属する規範のいずれかに違反するという意味での「違法一般」に求められているものということになる。

さらに、現行刑事法は、供述採取、身体拘束等の同一内容の手続についても、起訴の前後、あるいは、公判手続の内外で異なる規範をおいているが、ここでも、違法排除説が問題とするのは、規範に対する形式的な違反であり、実際に侵害ないし制約された自由や実質的な手続的保障の内容ではないものと考えられる。具体的には、たとえば、被疑者・被告人からの供述採取を内容とする行為であっても、刑事法は、「被疑者取調べ」と「被告人質問」とでは、「公開の対審」保障の有無をはじめとしてその手続に大きな差異を設けており、⁽⁷²⁾また、身体拘束についても、起訴前と起訴後では異なる手続や期間等を定めている。このような前提の下では、実質的に同一の行為であっても、起訴前や公判手続外であれば「適法」とされるが、起訴後や公判手続内では「違法」とされる、あるいは、反対に、

起訴前や公判手続外であれば「違法」とされるが、起訴後や公判手続内では「適法」とされるといった事態が生じうるが、違法排除説が問題とするのは、当該行為による実質的な自由や手続的保障の侵害ないし制約状況ではなく、あくまで、各規範に対する形式的な「違法」ないし「不法」であるように思われるのである（したがって、同説のもとでは、たとえば、「不当に長く抑留又は拘禁された」か否かも、逮捕・勾留、そして、起訴前・起訴後を通じて全期間ではなく、手続ごとに法定された期間を基準として判断されることになろう）。

以上のように、違法排除説が問題とする自白収集手続の「違法」性は、一般的・形式的な意味合いにおいて理解されているものと考えられるが、このような具体的・実質的内容を伴わない「違法一般」それ自体から、違法収集自白の証拠能力を否定する実質的根拠を理論的に導くのは困難であり、これにより自白排除法則を根拠づけようとするれば、むしろ、——違法収集証拠排除法則の根拠論にみられるように——将来的ないし一般的に「違法」ないし「不法」を「排斥し防圧する」といった違法捜査抑止論や、司法の無瑕性の保持といった多かれ少なかれ政策的ないし相対的な性質をもつ論拠を援用せざるをえないことになる⁽⁷³⁾。

実際、違法排除説の主唱者は、自白の排除を、「違法な捜索・押収の結果えた証拠」の排除と「すこしも変わらない」ものとして、「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」と捉え、「取調が違法だとしても、その結果えられた供述（自白）を証拠として排除するかは別問題」であって、「自白に関して、違法排除説をとるのは、違法を防止・排斥する他の方法がないという事情を理由とするのであるから、〔こ〕の事情が変わってくれば、当然考え直さなければならなくなってくる」という意味で、同法則は「相対的な性質」をもつものとして⁽⁷⁴⁾いるのである⁽⁷⁵⁾。

- (3) ところで、違法排除説については、その利点の一つとして、「自白排除の基準を、自白それ自体に求めるの

ではなく、その一步手前の自白採取手続の違法性へと遡らせ」ることが挙げられることがある。⁽⁷⁶⁾ また、そこまではいえなくとも、同見解のもとでは、違法行為と自白の間に、「それによつて不任意の自白がひき出されたという意味での『不任意の自白』との因果関係……ではなく、任意・不任意を問わず、ともかく「それ」が原因となつて自白がなされたという意味での『自白』との因果関係」⁽⁷⁷⁾の有無、さらには、それ「がなければ自白しなかつたろうという因果関係（条件関係）」ではなく、「プロセスとして先後の関係」の有無を問題とすれば足りるとされることもある。⁽⁷⁸⁾

しかし、かりにそうであるとしても、同見解が、自白排除の根拠を、「合法手続」の「担保」、あるいは、「違法な手続（証拠収集活動）の防圧」に求めるものであるとすれば、⁽⁷⁹⁾「自白排除の基準」は、そのような違法行為と自白の間の関係性だけでなく、将来の違法捜査抑止という、当該具体的事件の解決のあり方を超えた政策的観点からの排除の必要性ないし相当性にも求められることになるものと考えられる。

すなわち、違法捜査抑止論は、「適正手続違反＝違法それ自体を司法手続から排除するいわば違法性の絶対的禁忌を求めるものではなく」、したがって、同論拠のもとでは、裁判所は、「違法性の有無……とともに、適正手続違反か否かの価値衡量を必要とし、その上で、……そうした違法性や適正手続違反は将来これらを抑止するために自白を証拠から排除すべき性質のものか否かという政策判断をもしなければならぬ」であり、その結果、たとえば、「抑止効がない、あるいは、捜査機関の内部統制で十分と判断」すれば、憲法三八条二項ないし刑訴法三一九条一項が定める要件に該当する自白であっても「排除されないこともありえる」ことになるものと考えられるが、「この判断は、違法性の確認ほど容易ではな」く、⁽⁸⁰⁾また、このような結論の妥当性については当該具体的事件についての事実認定の正確性ないし適正性の担保という観点からは疑問が提示されよう。

もつとも、この点については、自白排除法則の趣旨を「違法収集自白」の排除に求めつつも、「違法手段の抑制」という展望着・政策的な側面」だけでなく、「違法手段によって獲得された証拠を利用して有罪とすることの不当性」という側面」にも着目すべきとする見解⁽⁸¹⁾、あるいは、「将来の抑止効にこだわることなく、当該自白獲得過程における捜査機関の不正それ自体の非難こそ、司法の役割」であり、「およそ法の実現者たる裁判所に対し、違法行為のもたらす事実を提示しその認定を求め、保護を要求することは論理的にも矛盾である」として、「司法の無瑕疵の保障」という意味での違法排除説をも自白法則の本質のひとつとする」考え方や、「違法排除を考慮に入れつつ違法取調べの抑止だけでなく、『当の事件そのものの解決の妥当性』も等しく重んずる」考え方の援用を示唆する見解⁽⁸²⁾もある。

しかしながら、これらの見解においても、自白排除法則のもとでの自白の証拠能力判断において、「司法の無瑕疵の保障」や「違法手段の抑制」、「違法取調べの抑止」といった、「当の事件そのものの解決」を超えた、多かれ少なかれ政策的な考慮を避けることはできないように思われ、その結果、「強制、拷問又は脅迫による自白」や「不当に長く抑留または拘禁された後の自白」であつても排除されないとの帰結が導かれうるとすれば、問題であろう。

(4) さらに、自白排除法則の適用基準を自白採取手続の「違法」性ないし「不法」性に求めることには、これを自白の「不任意」性に求める場合よりも、その適用範囲を限定する側面も認められるように思われる。

なぜなら、同法則の趣旨を「違法収集自白」の排除に求める見解において、その「違法」ないし「不法」が問題とされる「自白採取の過程」、あるいは、「手続（証拠収集活動）」として念頭におかれるのは、わが国の刑事手続、なかでもとりわけ捜査手続⁽⁸³⁾であるため、たとえば、私人によって刑事手続外で採取された「自白」⁽⁸⁴⁾や、外国の機関

よって外国法の下で採取された「自白」については、刑訴法三一九条一項の少なくとも直接的な適用は想定されないことになるように思われるからである。

すなわち、違法排除説においては、「自白の証拠能力を、違法排除の面からとらえるのは、自白の排除を、違法な手続（証拠収集活動）の防圧手段として使おうとする（換言すると、捜査の不法を自白の排除で制裁しようとする）のである」、あるいは、違法収集自白を排除するのは、「証拠排除という方法で、訴訟上の違法行為を排斥し防圧する、つまり、手続における合法性（デュー・プロセスを中心とする）を維持する手段なのだ」と説明されてきたことから明らかなように、⁽⁸⁵⁾同見解のいう「違法」としては、基本的に、日本の憲法ないし刑訴法に対する違反なかでも、とりわけ捜査法違反が想定されてきた。

そうであるとすれば、日本の捜査法の名宛人は主として日本の捜査機関であるから、同見解においては、私人や外国の捜査機関等、それ以外の主体により日本の刑事手続外で採取された自白は、基本的に憲法三八条二項ないし刑訴法三一九条一項の適用範囲外に置かれることになり、たとえそれが「強制、拷問又は脅迫による自白」や「不当に長く抑留または拘禁された後の自白」であつても、少なくともこれらの規定が定める法則によつては排除されないことになるものと考えられる。⁽⁸⁶⁾

しかし、このような結論は、「自白は、被告人の供述である限り、そのなされた時期（被疑者の段階でも、あるいは捜査のはじまる前でもかまわない）……のいかんを問わない」とされる「自白」の一般的な定義と整合するかについて疑念があるほか、同法則の適用範囲を不当に狭めることになりかねず、また、実質的にも、裁判所による事実認定の正確性ないし適正性の担保という観点から、その妥当性には疑問が提示されうるように思われる。

- (5) くわえて、「違法捜査抑止論」の観点から、憲法三八条二項ないし刑訴法三一九条一項の適用基準を、自白

採取手続の刑訴法に照らしての「適法・違法」ないし「合法・不法」に求めることについては、日本の憲法ないし刑訴法において、——「抑留又は拘禁」については、その要件ないし手続が比較的詳細に定められているとしても——とりわけ捜査機関による供述採取を内容とする「取調べ」の方法に関しては、（公務員による）拷問の禁止や自己負罪拒否特権ないし黙秘権の保障ないし告知等が妥当することを除けば、「具体的な準則」それ自体が「存在しない」こととの整合性も問われよう。⁽⁸⁸⁾

すなわち、憲法ないし刑訴法は、違法排除説が「適法・違法」ないし「合法・不法」評価の主要な対象として想定する日本の捜査機関による行為のなかでも、とりわけ自白採取の直接の手段となる取調べの方法に関して、違反の対象となるべき——いいかえれば、「適法・違法」ないし「合法・不法」評価の基準となるべき——具体的な「法」それ自体を設けていないにもかかわらず、⁽⁸⁹⁾他方で、とりわけ自白の排除を、それに対する違反の「防圧手段」ないし「制裁」手段として予定しているとは考えにくいのではないかと思われるのである。

それでもなお、違法排除説が、憲法三八条二項ないし刑訴法三一九条一項による自白の排除を、「証拠禁止」の一つとして、「自白採取の過程における適正手続（デュー・プロセス）ないし合法手続を担保する一つの手段」と捉えたとすれば、⁽⁹⁰⁾そこで念頭に置かれているのは、実質的には、——刑訴法が予め定める自白収集手続の要件・手続に則ったという意味での「合法」手続というよりも、むしろ——その「法」自体の裁判所による「形成」⁽⁹¹⁾、すなわち、「裁判所が、典型的に『不適当』な取調べ方法を、法創造的に『違法』と判断することにより、取調べ方法自体について、客観的な基準形成」を行うことを意味することになる。しかし、そうであるとすれば、「英米と伝統を異にするわが国において、このような方法に多くを期待し得るかは、問題である」し、憲法三八条二項ないし刑訴法三一九条一項を、そのような証拠法則に関する判例による取調べ方法に関する「法創造」、あるいは、裁

判所による捜査法に関するある種の「立法」を想定した規定と解するのは困難であるように思われる。⁽⁹²⁾

ところで、違法排除説は、自白排除法則の趣旨を「不任意自白の排除」に求める虚偽排除説ないし人権擁護説に對して、「任意性だけを単純にもち出すのは、基準として相対的・主観的であり、具体的な事例にあたつて、明確な線を引きえない」との批判を向けつつ、「違法排除説をとれば、多くの場合、合法・不法の区別が比較的明確に形式的にでてくるから、一方で、裁判官は精神的負担を感じないで、のびやかに違法の判断が下せる」と主張する。たしかに、自白排除法則を、「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」に理解し、「〔自白を〕聴取する側の態度・方法に着目するという新しい手法」を探るとすれば、「証拠能力の判断基準」——より正確には、証拠能力判断の際に考慮に入れるべき事情——は「客観化」することになる。⁽⁹³⁾

しかしながら、このことは、必ずしも、「合法・不法の区別が比較的明確に形式的にでてくる」ことを意味するわけではない。なぜなら、憲法ないし刑法には、上述のとおり、その「合法・不法」の判断基準となる具体的な「法」それ自身が必ずしも十分に用意されていないからである。

この点に関して、違法排除説においては、とりわけ取調べ方法の「適法・違法」ないし「合法・不法」の判断基準が、「デュープロセス」や「正義・礼讓」といった抽象的な「理念」に求められるとされることがあり、たとえば、判例において証拠能力が否定された「約束による自白」や「偽計による自白」との関連において問題とされた取調べ手法⁽⁹⁴⁾、より具体的には、取調べにおいて、起訴不起訴の決定権を持つ検察官が自白すれば起訴猶予にする旨告げたり、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用いたりすることについても、「国家機関が正義・礼讓をまもる」という意味で、違法排除説がよりよく説明できる」とされる。⁽⁹⁵⁾

しかし、これらの取調べ方法を禁止する明文の規定は刑法には存在しないのであるから、これを「違法」と断

定できるかは疑問であり、いずれにしても、違法排除説については、「供述者の心理状態を離れるという意味で『基準の客観化』とはなり得ても、その抽象性の故に、『判断の客観化』とは結び付き得ず、結果として、『合法・不法の区別が比較的明確に形式的にでてくる』ことは、やはり期待し得ない」との指摘が妥当なのであって、結局のところ、具体的にいかなる取調べの方法が「デュープロセス」や「正義・礼讓」に適うかは、判例による「基準形成」に委ねられることになるものと思われる。

(6) これに対して、憲法三十八条二項および刑訴法三一九条一項の定める自白排除法則は「不任意自白」の排除を定めるものであるとし、その適用基準を自白の不任意性に求める場合には、——そのように解しつつも、同法則の適用基準を、「捜査官による被疑者の取調べ方法に違法があつた」(傍点引用者)か否かに求める見解を別とすれば——その収集手続に「違法」、すなわち、憲法ないし刑訴法違反が認められると否とにかかわらず、「任意にされたものでない(疑のある)」自白は排除されなければならないということになる。

もっとも、自白排除法則の趣旨を「不任意自白」の排除に求めるとしても、その根拠を、——虚偽排除または人権擁護のいずれの観点に依拠するかにかかわらず——自白の任意性を損なうような「不当な捜査活動を防止して適正な手続の履践を確保する」といった「不当捜査抑止論」に求める場合には、違法排除説における「違法捜査抑止論」との関連において右に指摘した諸問題の多くが、ここでも妥当することになるように思われる。

すなわち、まず、「不当な捜査活動」の「防止」ないし「抑止」効は、日本の捜査機関については期待しえても、私人や外国の捜査機関については期待できないため、その適用範囲は、基本的に、日本の刑事手続上採取された自白に限定されることになるものと考えられる。

また、「不当捜査抑止論」のもとでは、自白排除法則適用のためには、「防止」ないし「抑止」されるべき捜査活

動は、虚偽排除ないし人権擁護の観点から「不当」であれば足り、それが「違法」である、いいかえれば、刑事訴訟法に違反することは最初から要求されないものであるから、ここでは、刑事訴訟法に違反対象となる規範が予め存在しなくても「不当な捜査活動を防止して適正な手続の履践を確保する」ことが想定されているという意味において、違法排除説にもまして、裁判所に、捜査活動を規制する「客観的な基準形成」の役割が期待されていることになる⁽¹⁰³⁾。しかしながら、上述のとおり、憲法三八条二項および刑事訴訟法三一九条一項を、証拠法則に関する判例による「捜査法」の形成を織り込んだ規定とみるのは、困難というべきであろう。

さらに、「不当捜査抑止論」のような——当該具体的事件の解決のあり方というよりは、刑事手続一般のあり方を念頭に置いた——政策的ないし相対的な論拠を援用するのであれば、日本の捜査機関についても、「不当な捜査活動」に対する「抑止効がない、あるいは、捜査機関の内部統制で十分と判断」される場合には、憲法三八条二項ないし刑事訴訟法三一九条一項が定める要件に該当する自白であっても排除されないことになるものと考えられるが⁽¹⁰⁴⁾、当該事件についての事実認定の正確性ないし適正性の担保という観点からは、このような結論の妥当性には疑問も提示されよう。

ところで、「不当捜査抑止論」について右のような諸問題が指摘されるのは、それが、違法排除説における「違法捜査抑止論」と同様に、「事例ごとの処理というより、一般的な取調べの法則を立てて、典型的に違法自白を排除しようというアプローチ⁽¹⁰⁵⁾」をとることに起因するものと考えられる。すなわち、「不当捜査抑止論」は、自白排除法則の趣旨を「不任意自白」の排除に求めるにもかかわらず、「事例ごとの処理というより、一般的な取調べの法則を立てて、典型的に不当な——任意性を損なうような——方法で収集された自白を排除しようというアプローチ」をとることにより、「違法捜査抑止論」が内包する問題を共有してしまうのである。

しかしながら、自白排除法則の趣旨を「不任意自白」の排除に求める場合には、次のような理由により、これとは異なる「アプローチ」、具体的には、自白排除の根拠を、その任意性を損なった捜査活動の「不当」性に求めるのではなく、むしろ、被告人本人による不任意の自己負罪的供述を裁判所の事実認定に供することそれ自体の「不当」性に求めることが可能であり、また、妥当であるように思われる。

すなわち、そもそも違法排除説は、自白収集手続の「違法」を自白排除法則適用の前提とするため、自白排除の根拠をその収集手続の「違法」と関連づけて説明する必要がある、しかも、その「違法」として、形式的な「違法一般」を問題とするがゆえに、「違法」の具体的・実質的内容——あるいは、違反の対象となった規範の内容ないし趣旨——から理論的に自白排除の根拠を導くことができず、違法捜査抑止といった政策的ないし相対的な論拠を援用せざるを得なかった。これに対して、自白排除法則の趣旨を「不任意自白」の排除に求める場合には、自白収集手続の「違法」はその適用の条件とはされず、しかも、そこで実質的に問題とされるのは、——それがいかなる主体によるいかなる性質ないし内容の行為ないし手続によって採取されたかにかかわらず——自白の任意性が損なわれたことであって、この意味での自白の不任意性は、自白が、その定義上、被告人本人の自己負罪的供述であることをもあわせて考慮に入れるならば、当該自白採取行為の「不当」性を根拠づけることは別個に、裁判所が、被告人の罪責を認定するための事実認定の証拠に供するための資格を当該自白に認めることの「不当」性を直接根拠づけるものと考えられる。

このような「アプローチ」のもとでは、自白の不任意性は、その採取手続に刑法に照らして「違法」があったか否か、あるいは、それが「不当」な方法であったか否かとはいちおう別個に、被告人に対する当該具体的事件に關する事実認定が備えるべき正確でないし適正性の観点から、自白について、それを行った当の被告人の罪責認定

の証拠に供するための資格を否定する直接の根拠とされることになる。⁽¹⁰⁹⁾

このような理解は、刑訴法三一九条一項は、「証拠裁判主義」を定める同法三一七条を受けつつ、伝聞法則を定める同法三二〇条以下の規定と並べて自白排除法則を定めているという意味での同規定の法典上の位置づけとも適合するように思われる。すなわち、刑訴法三一九条一項は、同法三二〇条以下の諸規定と同様に、裁判所による「事実の認定は証拠による」旨定める同法三一七条を受けて、一定類型の証拠について、その収集手続の適法・違法とは無関係に、裁判所が刑罰権行使の前提として行なう「事実の認定」の正確性ないし適正性担保の観点から、自白について、それに供される「証拠」としての資格ないし要件を定めるものと解されるのである。

(7) 自白排除法則がこのような性質をもつ証拠法則であるとすれば、同法則のもとでは、日本の刑事手続外で採取された自白、たとえば、私人や外国の捜査・裁判機関によって採取された自白であっても、「任意にされたものでない（疑のある）」以上は排除され、他方で、日本の刑事手続上採取された自白であっても、たとえば、判例上問題とされた「約束による自白」や「偽計による自白」のように、「任意にされたものでない（疑のある）」と認められる以上は、必ずしもその手続に「違法」があった、いいかえれば、当該自白の任意性を損なう（捜査）行為について刑訴法が予め定めた規範に対する違反が認められない場合であっても、当該自白は排除されることになる。また、このような理解のもとでは、判例が、自白排除法則の適用を積み重ねることにより、取調べをはじめとする捜査活動を規制する「客観的な基準形成」の役割を果たしうるとしても、それは、あくまで事実上の「機能」にすぎないのであって、憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項の「趣旨」ないし「目的」とするところではないということになる。

他方、ここでは、自白の「不任意性」は、当該自白について、裁判所がそれを行った被告人の罪責認定の証拠に

供するための資格を否定する直接の根拠となる以上、そこには（将来ないし刑事手続一般における）違法・不当捜査の抑止や司法の無瑕性の担保といった政策的な性質をもつ考慮が入り込む余地はなく、自白は、「任意にされたものでない（疑のある）」ことのみを理由として排除されることになるものと考えられる。

反対に、憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項が定める自白排除法則の趣旨ないし根拠と適用基準について以上のような理解に立つ場合には、「違法収集自白」と認められるとしても、「任意にされたものでない（疑のある）」とはいえない自白は同法則によつては排除されないことになる。また、いわゆる派生証拠についても、違法排除説をとる場合よりも排除の範囲が限定される可能性もある⁽ⁱⁱⁱ⁾。

しかしながら、前掲の最高裁昭和五三年判決以来、判例上定着をみている「違法収集証拠排除法則」が自白にも適用されうるとすれば、これらの場合でも、少なくとも違法排除説の下で排除されることが想定されていたのと同一の範囲の証拠が、同法則により別個に排除の対象とされうるものと解されるから、結果的に、排除されるべき証拠の範囲には変わりはないものと考えられる^(iv)。

(8) 以上のように、憲法三八条二項ないし刑訴法三一九条一項が定める自白排除法則は、自白採取手続の違法性ないし不当性を問題とするものではなく、「不任意自白」について、直接に裁判所の事実認定の証拠に供する資格を否定する証拠法則として理解されるべきであるように思われるが、いずれにしても、その具体的な適用範囲を検討するためには、ここにいう「不任意」性の内容が明らかにされなければならない。そして、この点を説明するためには、同法則のもとで、「不任意自白」に裁判所の事実認定の証拠に供するための資格が否定されるのは何故なのか、いかにえれば、その「不任意性」によつて「自白」の証拠能力が否定される実質的根拠はどこに求められるかを明らかにする必要がある。そこで、次節においては、この「不任意性」概念の意義および内容について、従

来の議論を再検討しつつ考察することにした。

(62) 土本・前掲書註(31) 三五四頁は、刑訴法三一九条一項が「不任意の自白を排除しようとしていることは文理上明らかである」とする。

(63) 島田・前掲書註(2) 二九六頁。もともと、土本・前掲書註(31) 三五二頁は、自白排除法則を「不任意自白の排除法則」として理解しつつ、刑訴法は「憲法上の保障を拡大している」とする。なお、憲法三八条二項と刑訴法三一九条一項の関係について、判例は、かつては、刑訴法が憲法の適用範囲を拡張したものとする立場をとっていたが（最判昭和二十四年一〇月二三日刑集三卷一〇号一六五〇頁）、その後、最大判昭和四五年一月二五日刑集二四卷一二号一六七〇頁が、任意性に疑いがある場合について、「刑訴法三一九条一項に違反し、ひいては憲法三八条二項にも違反する」として以降は、「同一説」をとるものと一般に理解されている（田宮裕「自白法則」法学教室九二号（一九八八年）八八頁、大澤・前掲註(2) 一七〇頁）。

(64) 田宮・前掲書註(1) 三四九頁。なお、鈴木・前掲書註(1) 五二六頁は、憲法三八条二項についても、「自白者の側から把えて『不任意の自白』とせず、自白採取者の側から把えて『強制の自白』と表現」していること、そして、「拷問・脅迫その他強制による自白」と規定せず、わざわざ『強制、拷問若しくは脅迫による自白』としている「点を指摘し、同規定は、むしろ、『違法排除の立場』によってよりよく理解されとする」。

(65) 田宮・前掲書註(1) 三〇二頁。鈴木・前掲書註(1) 五二六頁は、憲法三八条二項について、「違法排除の法理に基づく自白排除の例示規定」であるとしつつ、刑訴法三一九条一項の「その他任意にされたものでない疑いのある自白」の文言は、「自白排除を導く外部的誘因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という意味で、自白の証拠能力に関する学証責任が検察官にある旨を注意的に規定したものであるとする。

(66) もともと、団藤・前掲書註(1) 二五二頁は、違法排除説を採りつつ、刑訴法三一九条一項は、憲法三八条二項の「単に解釈的・確認的な規定にすぎない」とする。また、鈴木・前掲書註(1) 五二五頁は、「不任意の自白は、違法収集自白の最も基本的な類型のひとつ」であり、憲法三八条二項は、「不任意の自白をはじめ、その他の違法収集自白の代表的なものに関して、その証拠能力を否定する趣旨」に理解されとする。しかし、「いずれにせよ不任意の自白は排除されるので、

〔憲法三八条二項と刑訴法三一九条一項の適用範囲の理解をめぐる〕争いはそれほど大きな論点ではない」との指摘もある
(田宮・前掲註(63) 八八頁)。

(67) 大野・前掲書註(2) 八〇七頁以下は、違法排除説は、「任意性に疑いが無い場合であってもなお証拠能力を否定することがある」とする。

(68) 田宮・前掲書註(1) 二九四頁は、「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」が、「デュー・プロセスの本質」は、「自白内容にかかわらないし、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ざるものでもな」く、「自白を排除することによって他の利益をプロモウトしようとする」ものであるとする。

(69) 田宮・前掲書註(1) 二九五頁以下。

(70) 田宮・前掲書註(1) 三〇六頁以下。鈴木・前掲書註(22) 二二七頁も、憲法三八条二項について、「違法排除の観点から排除されるべき自白の典型として、強制による自白、拷問による自白、不当長期拘禁後の自白などを列挙した規定とみることができ、その趣旨は、その他の憲法上の人権規定や三二条、一三条などを通じて、その他の違法収集自白にも及んでいくことになる」という。

(71) 田宮・前掲書註(1) 二九四頁は、違法排除説は、「違法一般を問題とする」ものとする。

(72) この点に関しては、松田岳士『刑事手続の基本問題』(成文堂、二〇一〇年) 八三頁以下も参照。

(73) この点について、大澤・前掲註(6) 一〇頁以下参照。

(74) 田宮・前掲書註(1) 三〇六頁以下、三〇九頁。大澤・前掲註(6) 一二頁は、「相対的排除の枠組みにおいて、どこまで証拠の排除を認めるべきかは、例えば、手続違反の頻発性にもよるところがある」と指摘する。

(75) この点について、熊本典道「自白法則の新展開」判例時報六三三三号(一九七一年) 一三頁は、「手続の違法と自白の排除とは論理的関係がないので、違法排除説を採用には、「自白採取手続の文明的基準の維持」のために、自白の排除が必要かつ有効であるという点の論証が重要である」としたうえで、「我国における違法な捜査の最大の原因」は、「犯人必罰の」実体的真実主義に裏打ちされた有罪証拠獲得の熱意」であり、「そうであるとすれば、自白の排除が最も有効な方法である」という。

- (76) 田口・前掲書註（1）三七六頁。
- (77) 鈴木・前掲書註（1）五三一頁以下。
- (78) 田宮・前掲書註（1）二九六頁は、「強制、拷問又は脅迫による自白」とは、「強制、拷問又は脅迫のもとの自白」を意味し、「強制がなければ自白しなかったらうという因果関係（条件関係）は必要でなく、強制などを自白との間に、プロセスとして先後の関係があればよい」とする。
- (79) 田宮・前掲書註（1）二九三頁、三〇三頁。後者の「違法な手続（証拠収集活動）の防圧手段」については、「捜査の不法を自白の排除で制裁」する趣旨であるとされる。
- (80) 渡辺・前掲書註（4）三三二頁参照。なお、三井・前掲註（11）六三頁は、「違法排除一元説」について、「簡明とされる違法の中身には解明されておらず、また自白を排除するには単に違法であれば足りるのか、違法の程度・質をも問題とするのか、必ずしも明らかでない」と指摘する。また、大澤・前掲註（6）二二頁以下は、「違法排除説は、従来、自白獲得手段の違法の程度や因果関係の強さなどをあまり問うことなく排除を説いてきたように見える」が、「それは、従来念頭に置かれてきたのが、違法な身柄拘束中に得られた自白は弁護人の援助を受ける権利を侵害して得られた自白など、違法の程度が重大なものであったからかもしれない」という。
- (81) 鈴木・前掲書註（1）五二三頁。もつとも、同見解のいう「違法」が、形式的に刑訴法に違反すること一般を意味するとすれば、「違法手段によって獲得された証拠を利用して有罪とすることの不当性」が、その「違法」の内容とどのように関連づけられるのかという問題が残されることになろう。
- (82) 渡辺・前掲書註（4）三三二頁。
- (83) 違法排除説は、基本的に捜査法違反を念頭に「違法」を論じてきた。たとえば、田宮・前掲書註（1）三〇九頁は、違法拘禁中の自白を排除すべき理由として、「わが法では、被疑者の拘禁は相当長いし、保釈の制度もない」、「準抗告も、逮捕に対してはできないし、他の場合も、迅速適切にはなかなか働かない」ことを挙げるが、これらは基本的に起訴前の逮捕・勾留を念頭においた指摘であろう。
- (84) この点に関連して、渡辺・前掲書註（4）三三二頁以下は、「基本的人権侵害を自白排除の基準にすると、公権力による人権侵害に限定される」とした上で、「例えば、暴力団員が、組の圧力や脅迫に屈して身代わり犯人として自白する場合

を想定したとき、かかる自白を『任意』と認定することはできないように思われる」が、『基本的人権』侵害論では、かかる場合を説明することはできない」ため、同論拠では「自白排除の基準として足りない面がでてくる」と指摘する。

(85) 田宮・前掲書註(1) 三〇三頁、三〇七頁。

(86) その他の証拠法則により排除される可能性があることは別論である。

(87) 田宮・前掲書註(16) 三四三頁。そのほか、違法排除説を採る論者においても、「刑事手続とは無関係に、しかも特定の相手方を予想することなくなされた供述、たとえば日記の記載なども自白として扱いうる(鈴木茂嗣『刑事訴訟法』(青林書院、改訂版、一九九〇年)二一八頁)」、あるいは、「一私人に対して供述したものも、自己の刑事責任を認めるものであるかぎり、やはり実質的には自白であ(る)」(団藤・前掲書註(1)二四九頁)」とされる。

(88) 大澤・前掲註(2) 一七一頁。

(89) 渡辺・前掲書註(4) 三二五頁は、「わが国には、コモン・ローの伝統はなく、「解釈は実定法の明文へ収斂しえるものでなければならぬ」という法実証主義的態度が一般である」ところ、「現行法上、自白を排除すべき違法取調べの類型を定めたといえるのは、憲法三八条二項と刑訴法三一九条一項にとどまる」と指摘する。もっとも、「憲法三八条二項と刑訴法三一九条一項」が、「違法取調べの類型を定めた」といえるかは疑問である。

(90) 田宮・前掲書註(1) 二九三頁。

(91) なお、この点に関連して、田宮・前掲書註(1) 二九四頁以下は、「取調べ方法に関する具体的な準則」ではなく「証拠法や証拠規則」についてではあるが、その「形成」は、「裁判所の本来の仕事」、あるいは、「訴訟において、具体的な事件を解決していくという、創造的役割になわされている裁判所の固有の権限」であるとし、「裁判所は、法や規則に明文の規定がないからといって、ちゅうちょすることなく、勇敢に、本来の権限を行使して、われわれの法をもっと豊かにしていったらいいものである」という。

(92) 大澤・前掲註(2) 一七一頁以下。

(93) 田宮・前掲書註(1) 二九四頁、三一頁以下、三四九頁。

(94) 最判昭和四一年七月一日刑集二〇巻六号五三七頁、最大判昭和四五年一月二五日刑集二四巻一二号一六七〇頁。

(95) もっとも、前掲の最高裁昭和四一年判決が取り扱ったのは、検察官が取調べにおいて直接被疑者に不起訴の約束をした

のではなく、収賄の被疑者に対し、贈賄側の弁護人が、検察官との面談に基づき、「検事は……改悛の情を示せば起訴猶予にしてやると言っている」旨告げたという事案である。

(96) 田宮・前掲書註(1) 三〇〇頁。なお、鈴木・前掲書註(1) 三一九頁は、「約束による自白」について、違法排除説の立場から、「同じく約束による自白の場合でも、その履行された場合とそうでない場合とでは、自白排除に関して有するその性格が非常に異なる」とし、「約束内容の違法性ないし自白獲得の手段として一定内容の約束をすることの違法性」だけでは、自白排除を根拠づけるのに不十分な場合に、「約束不履行の場合には、これに不履行ということ自体の違法性も加わるというてよい」という。

(97) 加藤克佳「自白法則について」刑法雑誌五二巻一号(二〇一三年) 八二頁。前掲の最高裁昭和四五年大法院判決も、後者の尋問方法について「厳に避けるべきである」とはしているが、「違法」であるとは言明していない。

(98) 大澤・前掲註(2) 一七一頁。

(99) 小林・前掲註(2) 五九頁。

(100) 大野・前掲註(2) 八〇九頁。

(101) 前節においても確認したとおり、「不当捜査抑止論」的な考え方は、とりわけ人権擁護説においてみられるところである。この点については、「虚偽排除説が、自白法則を「公判での証拠の利用を規制する固有の証拠法則」として理解するのに対して、人権擁護説は、その趣旨を、「黙秘権をおかすような尋問方法を禁圧しようという意図をもった証拠の採取の規制」に求める点において、違法排除説と「同様の志向をもつ」との指摘(田宮裕「生きかえった自白法則」ジュリスツ四七〇号(一九七一年) 一〇八頁以下) や、「人権擁護の理由をさらに分析すると、捜査官憲の不当な捜査行為の抑制と被告人に対する適正手続の保障ということになろう」との指摘(岸・前掲書註(2) 一六六頁) もある。もっとも、虚偽排除についても、「抽象的・類型的虚偽自白排除説」のもとでは、自白排除法則に、捜査機関による虚偽の自白を誘発するような自白採取のあり方を将来的に防止するという趣旨を読み込むことも可能であることについても、前節において示唆したところであるが(二四)、その後、実際に、「虚偽自白を誘発しやすいような自白獲得方法」で得られた自白について、「自白獲得方法をコントロールする手段として排除する」という「虚偽排除と違法排除説を融合させた考え方」の可能性も示されるに至っている(大澤裕「朝山芳史「約束による自白の証拠能力」法学教室三四〇号(二〇〇九年) 九六頁以下(大澤発言)」。

虚偽排除の観点からの「不当捜査抑止論」については、そのほか、池田公博「自白の証拠能力」刑法雑誌五二卷一号（二〇一三年）一一三頁、長井秀典「自白の証拠能力について」刑法雑誌五二卷一号（二〇一三年）一三五頁以下も参照。

(102) 「自白の獲得を目的とした違法または不当な活動」は、理論上は、捜査機関だけでなく、裁判機関によっても行われうるが、一般に抑止の対象として想定されているのは不当「捜査」である。

(103) 大澤＝朝山・前掲註(101) 九六頁〔大澤発言〕は、「我が国の現行法を前提にすると、自白獲得方法である取調べ方法については具体的な規制に乏しく、適法・違法の判断が必ずしも容易では「ない」」ことも考慮して、虚偽排除の観点からの「不当捜査抑止論」によって自白排除法則の趣旨を説明する可能性を示唆する。

(104) 池田・前掲註(101) 一一三頁は、「排除の趣旨を虚偽誘発のおそれのある手法の抑止にあると理解する立場」からは、自白排除法則の適用にあたっては、「違法収集証拠排除法則と同様の政策的判断が要請される」旨指摘する。

(105) 三井・前掲註(11) 六三頁。

(106) もっとも、自白排除法則の趣旨を「不任意自白の排除によって、広く憲法上のすべての人権を保障しようとする」ものとして理解する場合には、結局、憲法上のすべての人権保障規定に対する違反という意味での「違法一般」が問題とされることになるから、「そこまでいけば、もはや任意性に拘泥することなく、……違法排除説に立つ方が理論的に明快であり、徹底している」ということになろう（鈴木・前掲書註(1) 五二二頁参照）。

(107) したがって、自白排除法則の趣旨を「不任意自白」の排除に求める立場においては、仮に「不当捜査抑止論」にその根拠を求めたとしても、その「不当」性の内容は、取調べ等の供述採取であれ、「抑留又は拘禁」であれ、当該行為の内容、あるいは、当該行為に適用される規範の内容ないし趣旨にかかわらず、自白の任意性が損なわれる点に求められることになろう。

(108) ここでの「適正性」とは、違法収集証拠排除法則において問題とされるような、「一般的な観点から〔の〕手続の公正への一般的信頼とか将来の手続の適正化」であるというよりも、むしろ、「当該被告人の利益保護という観点から〔の〕本来の意味での適正手続」の要請に由来するものということになろう（鈴木・前掲書註(22) 二〇二頁参照）。

(109) なお、田宮・前掲書註(1) 二九四頁は、「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保障をやぶって拘束することによりえた自白、自白を得るためだけに行なわれるような、長時間の継続的取調べによる自白など」は、

「刑事手続の基本にある、フェア・トライアルの觀念に反する」とするが、「トライアル」の語は、通常、裁判所による審判を意味するものであるから、その問題関心は、裁判所の事実認定がそのような「觀念」に適合しているか否かにもあつたのではないかと考えられる。

(110) 松田・前掲書註(72) 一三〇頁以下参照。

(111) なお、池田・前掲註(101) 一一三頁は、「自白排除の趣旨を、信用性の低い自白を排除することを通じた誤判のおそれの回避にあると理解すれば、排除されるのは、自白と一体と評価しうるほどに結びつきが強い派生証拠に限定されることになる」のに対して、「排除の趣旨を虚偽誘発のおそれのある手法の抑止にあると理解する立場からは、違法収集証拠排除法則と同様の政策的判断が要請され、不任意自白と関連性があつてこれを希釈する事情がない場合に、派生証拠の証拠能力が否定されることとなる」と指摘するが、後者の指摘は、違法排除説のもとでの自白排除法則についても妥当するものと考えられる。

(112) (憲法三八条二項ないし刑訴法三一九条一項によって定められた) 自白排除法則と(前掲の最高裁判昭和五三年判決によって採用され、判例上定着をみている) 違法収集証拠排除法則の関係については、議論があるものの、現在では、学説上も実務上も、「不任意自白の排除という伝統的な自白法則はそのまま生かしておいたうえで、そのうえに自白についても違法収集証拠排除の一般原則をも適用していく(島田・前掲書註(2) 二九八頁)」べきことを説く「二元説」が有力となっている。この点をめぐる議論状況については、長井・前掲註(101) 一一七頁以下のほか、関口和徳「自白排除法則の研究(一〇)(二二)」北大法学論集六四卷六号(二〇一四年)三九頁以下、同六八卷五号(二〇一八年)一〇三頁以下参照。自白排除法則の趣旨を「不任意自白」の排除に純化することを志向する本稿の立場からも、「二元説」が支持されることになる。

* 本稿は、科学研究費補助金・基盤研究(C)「『証拠収集等への協力及び訴追に関する合意制度』と証拠法」(平成二八(三二年度)の研究成果の一部である。