HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 刑事判例研究 |
| Author(s) | 関口, 和徳 |
| Description | 判例研究 |
| Citation | 北大法学論集, 59(4), 314[307]-298[323] |
| Issue Date | 2008-11-28 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/35202 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 59-4_p314-298.pdf |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

# 刑　事　判　例　研　究

関　口　和　徳

**捜査官による暴行を伴う取調べによって得られた自白の証拠能力と、捜査手続の違法を量刑上被告人に有利に考慮することの可否**

大阪地判平18・９・20判時1955号172頁

（覚せい剤取締法違反［変更後の訴因―覚せい剤取締法違反、大麻取締法違反］、覚せい剤取締法違反被告事件、大阪地裁平17（わ）5237号・6181号）

判時1955号172頁

**【事案】**

被告人は覚せい剤取締法違反（営利目的所持）（第二の罪）の嫌疑により、2005（平17）年８月29日、内妻Ｂ子とともに現行犯逮捕され、同月31日からＣ警察官による本格的な取調べが開始された（なお、警察での取調べは、起訴に至るまで、Ｃ警察官が補助者をつけずに一人でこれを行っている）。Ｃ警察官は、同年９月６日の取調べにおいて、被告人に対し、一方的に被告人の顔を殴り、さらに取調べ室内のスチール机を被告人の方へ押し出した上これを蹴り、その角の部分を被告人の左胸部に強打させる暴行を加え、その結果、被告人に、左肋軟骨骨折の傷害を負わせた。

そこで、弁護人は、右暴行後に作成された被告人の供述調書は任意性がない又は違法収集証拠であるから排除すべきなどと主張するとともに、量刑判断において、Ｃ警察官の暴行による受傷を始めとする被告人の受けた種々の苦痛を被告人のために有利に考慮すべきである旨主張した。

**【判示】**

有罪（確定）。

## 1　自白の証拠能力

「関係証拠によれば、被告人は、第二の罪で逮捕された直後の段階から、営利目的や内妻Ｂ子（本件公判中に被告人と婚姻。）との共謀も含め一貫して罪を認めており、その供述状況は、Ｃ警察官が有形力を行使したとされる平成17年９月６日（以下「本件当日」という。）の前後でほとんど変化がないし、また、被告人自身も、当公判廷において、捜査段階の供述調書においては任意に真実を語ったものである旨事実上認めているのであるから、Ｃ警察官の上記有形力の行使が違法な暴行であるか否かについて判断するまでもなく、被告人の捜査段階の各供述調書の任意性は肯定されるものと解される。」

## 2　捜査手続の違法を量刑上考慮することの可否

「本件においては、捜査段階における被告人の取調べ中、Ｃ警察官が被告人に対し有形力を行使した事実は当事者間で争いがないところであり、もしこの有形力行使が違法な暴行であると判断されるのであれば、その違法の重大さ・深刻さからしても、これが被告人の量刑判断に影響を及ぼすことは避けがたいところであると思われる。

けだし、現在の刑事裁判実務では、刑事訴追の過程で被告人がいかなる苦痛を被ったかということも広い意味での『犯行後の状況』として量刑上考慮されるべき一事情になり得るものと解されているところであるが、捜査過程で捜査官の側が被告人に対し違法を働いたという事情もその一種として位置付けられるのであって、量刑への影響の程度が基本的に行為責任の幅に止まる限りは、これを量刑の際の一事情として考慮することを否定すべき理由はないように思われる。ことに、捜査官による違法捜査によって被告人が肉体的・精神的苦痛を被ったという場合は、本来であれば、実体的にも手続的にも刑事上の正義を追求し体現しなければならない刑事訴追の過程において、国家機関の一員たる捜査官が自ら手続的正義に反する振る舞いに出て、これが被告人に対し現実の苦痛を与えたというのであるから、衡平の見地からも、この点は量刑事情として軽視すべからざるものと考えざるを得ないのであって、その手続的正義に反する度合い、すなわち捜査官が犯した違法の程度・深刻さや、これによって被った被告人の肉体的・精神的苦痛の程度等を総合的に考慮するとともに、他方で、

この違法や苦痛を事後的にせよ消去・鎮静化させる実効的措置が既に存在し又は実施され得る現実的措置が既に存在し又は今後施され得る現実的可能性があるか否かの点も相関的に併せ考えた上、実体的正義実現の最終段階である量刑判断に適宜それを考慮・反発させるべきであると考える。」

「本件当日の取調べにおいて、C警察官が被告人に対し一方的にその顔を殴り、更にスチール机を被告人の方へ押し出した上これを蹴って、その角の部分を被告人の左側胸部に強打させる暴行を加え、その結果、被告人に左肋軟骨骨折の傷害を負わせたと認定するのが相当である。

そして、上記のようなC警察官の行為は、取調室という密室状況や取調官・被疑者という圧倒的な立場の差を悪用した、それ自体犯罪を構成する可能性のある言語道断な行為であるといわざるを得ず、著しく妥当性を欠いた違法な取調べであったと認められ、これにより被告人の被った肉体的・精神的苦痛も大であったと考えられる。これに対し、それを消却・鎮静化する事後的措置として国家賠償訴訟を提起することも考えられはするが、それ自体負担を負うばかりか、立証責任や本件の証拠構造からして必ずしも勝訴が確実であるとまではいえないことに照らすと、それが現実的・実効的な消却・沈静化措置であるとは言い難いのであって、結局、本件違法の重大性や被告人の苦痛の大きさを総合勘案すると、上記国家賠償訴訟において勝訴し得る可能性を考慮してもなお、本件においては、上記違法な暴行により被告人が苦痛を負った事実を、後記のとおり、量刑判断において相当程度考慮することが必要であると解される。」

## 【検討】

### 1　捜査官による暴行を伴う取調べによって得られた自白の証拠能力

(1)　憲法38条２項は、「強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」と規定し、これをうけた刑訴法319条１項は「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その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない」と規定している（自白法則）。また、憲法36条は公務員による拷問を「絶対に禁止」している。このように、憲法は、自白に対する厳しい禁忌を表明し[1]、捜査官が暴力によって被疑者に自白を強

[1] 田宮裕『捜査の構造』（有斐閣、1971年）281頁。

要することが決してないように厳重な規定を置いている。それでは、憲法の施行から半世紀以上を経た今日、憲法が禁忌するような事例はみられないのかといえば、残念ながら答えは否である。取調べにおいて捜査官が被疑者に暴行を加えたことが問題となる事例は後を絶たない[2]。本判決は、まさに、そのような取調べによって得られた自白の証拠能力について判断したものである。

(2) 自白法則の根拠については、学説上様々な説が主張されてきたが、それをごく簡単に整理すると次の2説に分類することができる。第1は、自白法則を不任意自白の排除を定めたものと解し、自白が虚偽である虞や供述の自由の侵害が認められる場合に当該自白の任意性が否定されるとする任意性説であり、第2は、自白法則を違法収集自白の排除を定めたものと解し、捜査手続に違法が認められる場合にはそのことを理由に自白の任意性が否定されるとする違法排除説である[3]。

違法排除説では、違法な暴行が加えられた事実が認定されれば、そのような取調べで得られた自白の証拠能力は端的に否定されることになる。これに対し、任意性説では、違法な暴行と自白と間に因果関係が認められた場合に限り、当該自白の証拠能力は否定されることになるが、「暴力の行使と自白との間に因果関係は必要であるが、両者に時間的近接性があれば、これを推認してよい。そして、因果関係についても『存在の疑い』があれば足りる」[4]といわれるように、違法な暴行が加えられたという事実が認められれば、それと自白との因果関係は比較的緩やかに認められる傾向にある。

ところで、最高裁で違法収集証拠排除法則が採用されたことを契機に[5]、自白法則については任意性説に立ちつつ、違法な捜査手続によって得られた自白については、違法収集証拠排除法則を適用することで端的にその証拠能力を否

---

[2] 最近の裁判例について紹介しつつ現在の実務の問題性を指摘する最近の研究として、渕野貴生「被疑者取調べの課題」法律時報79巻12号（2007年）43頁参照。

[3] 従来の学説における通説は違法排除説である。田口守一『刑事訴訟法［第4版補正版］』（弘文堂、2006年）381頁、白取祐司『刑事訴訟法［第5版］』（日本評論社、2008年）361頁。なお、芦部信喜編『憲法Ⅲ』（有斐閣、1981年）219頁〔杉原泰雄執筆〕も参照。

[4] 石井一正『刑事実務証拠法［第4版］』（判例タイムズ社、2007年）217頁。

[5] 最判昭53・9・7刑集32巻6号1772頁参照。

定すべきとする、いわゆる競合説が主張されるようになった。競合説は、刑訴法319条１項の文理との整合性を保ちつつ、自白法則とは別に違法収集証拠排除法則を適用することによって違法排除説の利点をも取り込むことを指向する、いわば「二兎を追ったもの」[6]といえ、裁判実務家からも「より明文に合致し、実務にもなじみやすい」[7]と評されるなどして支持を集めている[8]。最近では、【１】東京高判平14・９・４判時1808号144頁（ロザール事件）[9]のように、明確に競合説に立ち、自白に違法収集証拠排除法則を適用してその証拠能力を否

---

[6] 洲見光男「宿泊を伴う取り調べと自白の証拠能力」平成12年度重要判例解説（2001年）185頁。

[7] 松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』（有斐閣、1992年）297頁〔島田仁郎執筆〕。

[8] 佐藤文哉「自白 ― 裁判の立場から」三井誠他編『刑事手続（下）』（筑摩書房、1988年）833頁、大谷剛彦「自白の任意性」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院、1998年）137頁、三井誠「自白の排除法則とその根拠(2)」法学教室247号（2001年）64頁、大澤裕「自白の任意性とその立証」刑事訴訟法の争点〈第３版〉（2002年）172頁、小林充「判批」『判例評論』535号（2003年）37頁、石丸俊彦他『刑事訴訟の実務［新版］（下）』（新日本法規出版、2005年）203頁〔仙波厚執筆〕、石井・前掲（注４）書238頁等参照。なお、白取・前掲（注３）書363頁参照。これに対し、自白に違法収集証拠排除法則を適用することを強硬に批判する見解も存在している（最近のものとして、寺崎嘉博「自白法則について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』［成文堂、2007年］411頁）。

[9] 本判決は、９泊10日にわたる宿泊を伴う「任意取調べ」によって得られた自白につき、「違法な捜査手続により獲得された証拠、あるいは、これに由来する証拠ということになる」とした上で、「本件においては、憲法38条２項、刑訴法319条１項にいう自白法則の適用の問題（任意性の判断）もあるが、本件のように手続過程の違法が問題とされる場合には、強制、拷問の有無等取調方法自体における違法性の有無、程度を個別、具体的に判断するのに先行して、違法収集証拠排除法則の適用の可否を検討し、違法の有無・程度、排除の是非を考える方が、判断基準として明確であり妥当である。本件自白は違法な捜査手続により獲得された証拠であるところ、本件がいかに殺人という重大事件であって被告人から詳細に事実聴取（取調べ）する必要性が高かったにしても、……事実上の身柄拘束に近い９泊の宿泊を伴った連続10日間の取調べは明らかに行き過ぎであって、違法は重大であり、違法捜査抑制の見地からしても証拠能力を付すのは妥当でない」と判示している。

定する注目すべき判例もだされている[10]。一般的に、競合説は、暴行によって得られた自白については任意性説に立って判断するものである。しかし、競合説は、「適正手続の保障及び基本的人権の擁護を指向する排除法則の趣旨からすれば、その対象が証拠物に限られる理由はない」[11]という理念に基づくのであるから、暴行を伴う取調べによって得られた自白にも違法収集証拠排除法則を適用することは十分に可能なのではなかろうか[12]。

(3) 従来の判例は、本件と同様に、暴行を伴う取調べによって得られた自白の証拠能力につき、具体的にどのような判断を示してきたのであろうか。

まず、【2】最判昭32・7・19刑集11巻7号1882頁（八丈島事件）は、捜査官に、ふくらはぎを素足で蹴る、手拳で顔を殴る、靴で頭を蹴る等されたとする被告人の主張を容れ、「被告人K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」としている。また、【3】最判昭33・6・13刑集12巻9号2009頁（小島事件）は、被告人が、捜査官に、殴る、蹴る、踏みつける、鼻の中に指を入れるなどされたと主張した事案につき、「被告人が第1審以来供述してやまない程、過酷なものであったかどうかは別としても、そこには可なり無理もあったのではないかと考えざるを得ない」として自白の任意性を否定している。

比較的最近の判例として、【4】大阪地決昭59・3・9刑月16巻3＝4号344頁（大阪南港事件）は、被告人が、捜査官から、首を絞める、みぞおちを殴る、太股を踏む、壁に頭をぶつけるなどの暴行や脅迫などを受けたと主張した事案につき、「被告人は、留置中の住吉警察署において、本件殺人被疑事件の捜査（ことに被告人の取調）を担当した警察官らから、大要被告人が述べるような暴行（拷問）、脅迫ないし利益誘導を受け、その影響下において右供述をした疑い

---

[10] 従来の判例の中にも、競合説に立つと解しうるものは存在していた。例えば、福岡高那覇支判昭49・3・13刑月6巻5号533頁、札幌地判平6・3・14判タ868号296頁参照。

[11] 小林充「自白法則と証拠排除法則の将来」現代刑事法38号（2002年）64頁。同旨、前掲【1】。なお、アメリカの判例にも、このような判示をしたものがみられる（*Cf.* Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471(1963)）。

[12] 自白の証拠能力については、拙稿「自白排除法則の研究(1)」北大法学論集59巻2号（2008年）所収参照。

が濃厚であって、右各書面は、その供述の任意性に疑いがあり、記述内容の真否にかかわらず証拠能力を認めることができない」としている。また、【5】東京地判昭59・6・19判タ589号81頁（芸大ヴァイオリン汚職事件）、は、取調べにあたった検察官が被疑者に対して大声で怒鳴る、被告人の目前にボールペンを近づけて振る、椅子を蹴り倒す、壁に向かって立たせるなどしたという事案につき、取調べは「適切かつ妥当」であったとは言い難いとしつつも、(イ)物理的力の強さ等から取調べ全体が違法であったとはいえない、(ロ)担当検事が途中から交代したため交代による遮断の効果が認められる、(ハ)頻繁に弁護人との接見が行われていたなどとして自白の任意性を認めている。さらに、【6】大阪高判昭63・3・11判タ675号241頁は、被告人の前歯が破損したのは捜査官の暴行に起因する疑いがあるなどとした上で、被告人の自白は、「警察官らの暴行・脅迫により得られた疑いが強く、その任意性に疑いがあるものといわなければならない」としている。加えて、【7】和歌山地決平5・2・25判タ870号291頁（高野山連続放火事件）は、被告人の自白は、「極めて特異な供述の変遷過程をたどっている」とした上で、その理由を、髪の毛を引っ張る、右肩を平手で殴る、脇腹を足先で蹴る、頭頂部を殴る、などされたとする被告人の供述と近い態様の取調べ方法によって、供述の強要がなされた疑いが強いとして、任意性を否定している。

以上に挙げた判例は、いずれも基本的に任意性説にたち、任意性判断の一環として暴行の違法性を考慮してきたことが窺える。もっとも、違法な暴行が加えられた事実が判明すれば、そのような取調べで得られた自白の任意性は否定されており[13]、任意性説といっても実質的には違法排除説に近い運用がなされてきたといっても過言ではない。違法な暴行が加えられた事実が判明した場合には、仮に暴行と自白との間の因果関係が定かでないとしても、取調べが全体として自白の任意性を失わせるような状況で行われたのではないかということを強く推認させる事情になり、反証のない限り、自白の任意性は否定されるという趣旨であろう。これは、任意性の立証責任を訴追側が負っていることの[14]

---

[13] 河上和雄『自白』（立花書房、1982年）82頁以下等参照。

[14] 最判昭31・5・31刑集11巻5号1579頁。なお、平良木登規男「自白の任意性の立証」平野龍一＝松尾浩也編『続・実例刑事訴訟法』（青林書院、1980年）265頁以下参照。

帰結ともいえる。

(4) 本判決は、本件自白の証拠能力につき、「関係証拠によれば、被告人は、第二の罪で逮捕された直後の段階から、営利目的や内妻B子（本件公判中に被告人と婚姻。）との共謀も含め一貫して罪を認めており、その供述状況は、C警察官が有形力を行使したとされる平成17年9月6日（以下「本件当日」という。）の前後でほとんど変化がないし、また、被告人自身も、当公判廷において、捜査段階の供述調書においては任意に真実を語ったものである旨事実上認めているのであるから、C警察官の上記有形力の行使が違法な暴行であるか否かについて判断するまでもなく、被告人の捜査段階の各供述調書の任意性は肯定されるものと解される」としている。本判決は、C警察官による暴行の違法性についての判断を留保しつつ、本件自白について、(イ)暴行の前後における自白が一貫していること、および(ロ)被告人が、自白が任意になされたことを「事実上」認めていることの2点を理由にその任意性を肯定したものであり、ここから、本判決が任意性説にたっていることは明白である。

本判決が任意性説にたって本件自白の任意性を判断したこと自体は従来の判例を踏襲したものといえる。しかし、本判決の具体的な任意性の判断方法は、従来の判例とは大きく異なるものである。たしかに、実質的に違法排除説に近い運用がなされてきたとはいえ、従来の判例も、暴行と自白との因果関係が明らかに存しない場合にその自白の任意性が認められる余地を排斥するものではない。しかし、自白の任意性が認められるためには、暴行と自白との間の因果関係が遮断されたことを示す具体的な事情が必要とされてきた。例えば、先に挙げた判例のうち、暴行の事実を認定しつつも自白の任意性を認めた【5】では、(イ)取調べ担当検事が交代したことや、(ロ)弁護人と頻繁に接見が行われたといった事情が考慮されている。ただ、【5】は、当該暴行を違法と認定したものではなく、その点で、「それ自体犯罪を構成する可能性のある言語道断な行為」とまで表現されるような苛烈な暴行が加えられた本件とは事情を異にする。本件のような事案においては、自白の任意性に及ぼす影響は、【5】の場合と比べてもはるかに大きいといえ、暴行と自白との因果関係の遮断を認めるには、それを基礎づけるより強固な事情が必要であるといえよう。

この点、本件には、被告人が公判廷で任意に自白した旨事実上認めているという事情が存在している。本判決が、本件暴行が被疑者の供述の自由に及ぼす影響を具体的に一切考慮することなく、本件自白の任意性を肯定したのは、こ

のことを重視したためであるとも解される。しかし、(イ)被告人側は自白の任意性を争っているのであるし、(ロ)被告人が公判廷において必ずしも十分な自己主張をしえない場合のありうることは、これまでの多くの冤罪事件によっても示唆されているように[15]、捜査官によって激しい暴行を加えられた事案である本件の場合、被告人が委縮する危険はいっそう高いと思われることなどに鑑みれば[16]、暴行が加えられたという客観的事実を軽視すべきではない。

捜査官によって違法な暴行が加えられたという事実は、自白の任意性を判断する上で重要な意味を有している。それにもかかわらず、本判決は、そのような事実の存在を、本件自白の証拠能力の判断において一切考慮していない。ここに本判決の、自白の証拠能力の判断方法の本質的な問題がある。

### 2　捜査手続の違法を量刑上被告人に有利に考慮することの可否

(1)　現行法において、量刑判断で考慮すべき事情を明確に規定した条文は存在しない[17]。したがって、量刑事情は裁判所の裁量に委ねられているものと解される。それでは、量刑判断においては、具体的にどのような事情を考慮すべきか。この点について、判例は、量刑の裁量性を強調し、量刑事情についてもその範囲を極めて広く捉える傾向にある[18]。例えば、【8】最判昭25・5・4刑集4巻5号756頁は、「刑の量定については、事実審裁判所において、犯人の

---

[15] いわゆる宇和島事件（第1審無罪。松山地宇和島支判平12・5・26判時1731号153頁［確定］）、氷見事件（再審無罪。富山地高岡支判平19・10・10判例集未登載［確定］）などは、その顕著な例である。

[16] 宇和島事件、氷見事件では、ともに、取調べにおいて本件のような激しい暴行が加えられたという事実は認定されていない。

[17] もっとも、改正刑法草案には、量刑基準について次のような規定が置かれていた。

「第48条（一般基準）

①　刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない。

②　刑の適用にあたっては、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情を考慮し、犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならない。

③　死刑の適用は特に慎重でなければならない。」

[18] 久岡康成「量刑」ジュリスト500号（1972年）450頁。

性格、年令及び境遇竝びに犯罪の情状及び犯罪後の情況を考察し、特に犯人の経歴、習慣その他の事項をも参酌して適当に決定するところに委かされている」と判示している[19]。

本判決は、1で述べたように、C警察官が被疑者に暴行を加えたことを認めつつ本件自白の任意性を認めたものであるが、その一方で、もしC警察官による暴行が違法であるならば、それを量刑上考慮することができるとする。

(2) 捜査手続の違法を量刑上考慮することの可否について明確に判示した最高裁判例はいまだだされておらず、下級審判例がいくつか存在するのみであるが、それらはいずれも積極説にたっている。

まず、【9】浦和地判平1・12・21判タ723号257頁は、「一般に、刑罰権を実現する過程で被疑者に課せられる種々の不利益（未決勾留や取調べ等）は、それが適法なものである限り、被疑者において当然これを受忍しなければならないが、被疑者に受忍を求め得るのは、あくまで刑罰権を実現する上で必要不可欠なものとして法が許容した限度に止まると解すべきであって、右不利益が、本来法の予定する以上に著しい苦痛を被疑者に与えるものであったときは、被疑者がかかる苦痛を受けた事実は、広義の『犯行後の状況』の一つとして、ある程度量刑に反映されるべき」と判示している。また、【10】浦和地判平3・9・26判タ797号272頁も、「犯罪捜査のため被疑者が受忍すべき不利益は、刑罰権行使にとり必要不可欠のものとして法が許容した限度に限定されるべきであり、これを超えて捜査機関が被疑者に不利益を課すならば、それによって被疑者が苦痛を受けた事実自体（捜査の違法を明らかにする為に長期の裁判を余儀なくされた不利益も含まれる）が広い意味での『犯行後の状況』にあたり、たとえ被告人が有罪とされる場合であっても、その量刑に相応の影響を及ぼす」とする。さらに、【11】熊本地判平4・3・26判タ804号182頁は、「本件の捜査段階において、警察官相当数から、被告人乙に対して暴行が加えられ、これによって被告人乙が重度の傷害を負うに至ったことは、本件記録上明らかであるところ、右暴行は、現行刑事訴訟法における捜査史上、ほとんど他例をみないほどの峻烈極まりないものであり、被疑者の人権にも意を用いるべき義務を有する警察官の右義務違背の程度は、まさに前代未聞の名に値する。そして、これにより被告人乙の被った肉体的苦痛、精神的屈辱感の甚大さ、警察官の非違

[19] 同旨、最判昭29・3・11刑集8巻3号270頁。

行為の程度の重大さに鑑みるとき、裁判所としては、右違法行為がたとえ裁判所と別個の機関によってなされたものであるとはいえ、等しく刑事司法に携わる国家機関として、刑罰権の発動を相当程度に自制すべきであるというべきである」と判示している。

なお、捜査手続の違法が問題となった事案に対するものではないが、この問題を考える上で参考になる高裁判例が１件だされている。【12】東京高判平７・８・11判時1567号146頁は、「刑事被告人が、勾留されている間に、拘置所職員により暴行、凌虐等を受け精神的、身体的な苦痛を被ったという事情は、それが事実であれば、当該事件が原因となって被告人の心身に生じた事情として、量刑事情の一つとなることを否定することはできない」としている[20]。捜査手続の違法が問題となった前掲【９】、【10】、【11】とは事案を異にするため断定は困難であるが、判示をみる限り、積極説との親和性を窺うことができる。

(3) 積極説に立つ場合、それがいかなる根拠によって理由づけられるのかが問題となる。この点については、次の２つの説がありうる。

第１は、捜査手続の違法を量刑上考慮するのは、違法な捜査手続によって受けた被告人の被害の回復するためであると解する立場である（以下、A説とする）。先にみた、【９】、【10】、【12】などはこの立場にたつものと解される。また、【11】も、「これ［捜査官の暴行―筆者注］により被告人乙の被った肉体的苦痛、精神的屈辱感の甚大さ、警察官の非違行為の程度の重大さに鑑みるとき、……刑罰権の発動を相当程度に自制すべきであるというべきである」としていることから、どちらかというとA説に親和的であると解することもできる。学説においては、「刑罰は被告人に対して加えられる苦痛であり、害悪である。犯行後被告人が受けた社会的制裁や違法捜査や違法処遇による苦痛等は、いわ

[20] もっとも、本判決は、「勾留中の者が、拘置所職員により暴行、凌虐を受けるなどした場合には、被害事実について告訴するなどして当該拘置所職員の非違行為を司直の手に委ねることが可能であるし、国家賠償請求訴訟の提起により、その者の被った肉体的、精神的損害の賠償を求めることもできるのである（現に被告人は、前記のように国を被告として国家賠償を求める訴訟を提起している。）。したがって、そのことが所論のいうように国の犯罪処罰の適格性を欠く事由になるなどいい得ないことはもとより、刑の量定が犯人の責任を基礎とすべきものである点からみて、通常、その者が犯した犯罪についての量刑を決定的に左右するような事情になるとも思われない」としている。

ば、その刑罰の先取りである」とし、「違法捜査や違法処遇により加えられた苦痛は、犯行後の一事情として量刑上考慮することが許されよう」[21]という主張がなされているが、これは、まさにA説を前提としたものといえよう。A説の背景には、違法な捜査手続によって受けた被告人の苦痛を、刑罰を軽減することで清算しようという考慮があるといえ[22]、その意味で、A説は。捜査手続の違法を量刑上考慮しうるかという問題に対し、実体法的な視点で応じたものといえる。

第2は、手続の適正の観点を強調し、違法な捜査手続が行われたことそれ自体が刑罰権を減少させるという立場である（以下、B説とする）。上述のように、従来の判例がA説にたっている（ないしは親和的である）のに対し、学説においては、㈠「国家の側が自らの瑕疵に目をつぶって、行為者の過ちを厳しく追求するのはいかにも妥当性を欠くように思われる。やはり、これらの事情は予防的考慮の以前に、刑罰の上限を確定するにあたって考慮されるべき事情として性格づけるべきである」[23]、㈡「捜査機関の違法が『処罰の相当性』に影響を与え、さらに『処罰不相当』が実体法領域に影響を及ぼしうるという……立場からは、『処罰不相当』に関わる諸事情を、狭義の情状としての『犯罪後の情況』として量刑上考慮する可能性が理論的に肯定されうる」[24]、といった主張がなされており、むしろB説のほうが有力といえる。B説の根底には、いわゆる公訴権濫用論と共通の問題認識が存在しているものと解される[25]。すなわち、公訴権濫用論によって（刑罰権発動の前提となる）起訴自体が無効となる場合がありうるのであるから[26]、そこまでにはいたらないとしても、違法な捜

---

[21] 原田國男『量刑判断の実際［増補版］』（立花書房、2004年）166頁。

[22] 原田・前掲（注21）書166頁は、「刑罰の先取り」という表現を用いる。

[23] 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題（２・完）」早稲田法学69巻１号（1993年）67頁。

[24] 宇藤崇「捜査手続の違法に対する事後的処理について」刑法雑誌38巻２号（1999年）26頁。

[25] 最決昭55・12・17刑集34巻７号672頁（チッソ川本事件）参照。

[26] 学説では、違法な捜査手続に基づく起訴が無効になる場合のありうることが一致して認められている（白取・前掲［注３］書216頁）。例えば、井戸田侃『公訴権濫用論』（学陽書房、1978年）127頁、小田中聰樹『刑事訴訟と人権の理論』（成文堂、1983年）285頁、川崎英明「訴訟条件」川端博＝田口守一編『基

査手続が行われたという事実は刑罰権の発動に影響を及ぼすという理解である。その意味で、A説は、捜査手続の違法を量刑上考慮しうるのという問題を、手続法的な問題と捉えるものといえる。

(3) 本判決は、「本件においては、捜査段階における被告人の取調べ中、C警察官が被告人に対し有形力を行使した事実は当事者間で争いがないところであり、もしこの有形力行使が違法な暴行であると判断されるのであれば、その違法の重大さ・深刻さからしても、これが被告人の量刑判断に影響を及ぼすことは避けがたいところであると思われる」とした上で、「上記のようなC警察官の行為は、取調室という密室状況や取調官・被疑者という圧倒的な立場の差を悪用した、それ自体犯罪を構成する可能性のある言語道断な行為であるといわざるを得ず、著しく妥当性を欠いた違法な取調べであったと認められ、これにより被告人の被った肉体的・精神的苦痛も大であったと考えられる。これに対し、それを消却・鎮静化する事後的措置として国家賠償訴訟を提起することも考えられはするが、それ自体負担を負うばかりか、立証責任や本件の証拠構造からして必ずしも勝訴が確実であるとまではいえないことに照らすと、それが現実的・実効的な消却・沈静化措置であるとは言い難いのであって、結局、本件違法の重大性や被告人の苦痛の大きさを総合勘案すると、上記国家賠償訴訟において勝訴し得る可能性を考慮してもなお、本件においては、上記違法な暴行により被告人が苦痛を負った事実を、後期のとおり、量刑判断において相当程度考慮することが必要であると考える」として、従来の判例と同様に積極説にたつことを明確にしている。本判決は、捜査手続の違法を量刑上考慮することの可否について明確な判断を示した判例の少ない中で、積極説にたつことを明確に判示した点に、まず重要な意義が認められる。

(4) 積極説の根拠については、先述のように、従来の判例では、違法な捜査手続によって受けた被告人の被害を回復するために量刑上の考慮が必要となる

---

本問題セミナー刑事訴訟法』(一粒社、1994年) 178頁等参照。判例としては、大森簡判昭40・4・5下刑集7巻4号596頁(ウィプラッシュ傷害事件)がある。ただし、この判決の判示は、最判昭41・7・21刑集20巻6号696頁によって否定されているが、これは、公訴権濫用論が認められる以前のものである点に注意を要する(白取・前掲[注3]書217頁)。なお、最判昭56・6・26刑集35巻4号426頁(赤碕町長選挙違反事件)も参照。

とするA説が有力な一方で、学説では、違法な捜査手続が行われたこと自体が量刑に影響を及ぼすというB説が有力であるところ、本判決は、従来の判例とは異なり、B説にたったものと解される。このことは、本判決が、「本来であれば、実体的にも手続的にも刑事上の正義を追求し体現しなければならない刑事訴追の過程において、国家機関の一員たる捜査官が自ら手続的正義に反する振る舞いに出て、これが被告人に対し現実の苦痛を与えたというのであるから、衡平の見地からも、この点は量刑事情として軽視すべからざるものと考えざるを得ない」としていることから窺うことができる。

先にみた【9】は「被疑者に受忍を求め得るのは、あくまで刑罰権を実現する上で必要不可欠なものとして法が許容した限度に止まると解すべきであって、右不利益が、本来法の予定する以上に著しい苦痛を被疑者に与えるものであったときは」とし、【10】は「犯罪捜査のため被疑者が受忍すべき不利益は、刑罰権行使にとり必要不可欠のものとして法が許容した限度に限定されるべきであり、これを超えて捜査機関が被疑者に不利益を課すならば、」としているように、A説に立つ従来の判例の理解に従えば、捜査手続の違法を量刑上考慮することができるのは、違法な捜査手続が行われ、かつ実際に被告人に苦痛がもたらされた場合に限られることになる。これに対し、たしかに、本判決も本件暴行によって被告人が実際に受けた苦痛について言及しているが、それは、次のような文脈においてである。「ことに、これ［本件暴行―筆者注］により被告人の被った肉体的・精神的苦痛も大であったと考えられる。これに対し、それを消却・鎮静化する事後的措置として国家賠償訴訟を提起することも考えられはするが、それ自体負担を負うばかりか、立証責任や本件の証拠構造からして必ずしも勝訴が確実であるとまではいえないことに照らすと、それが現実的・実効的な消却・沈静化措置であるとは言い難い」。ここでの、「ことに……」という表現からも明らかなように、本判決は、暴行などによって被告人が苦痛を被ったという事実を、捜査手続の違法を量刑上考慮するための要件としてではなく、量刑上考慮する必要性を一層高める要素と理解している。ここから、本判決の射程は、違法な手続が行われた場合には、たとえ、被告人がそれによって苦痛を被っていない場合であっても、捜査手続の違法を量刑上考慮する余地はありうるということにまで及んでいるものと解され、ここに、従来の判例と本判決との重要な相違点を見出すことができる。

また、積極説に対しては、これまでに、実体法上の理由が必ずしも明らかで

ない[27]、「一般予防、社会復帰といった観点から定められるべき量刑のあり方と矛盾する上、事件の処理として不合理感・不公平感を拭い切れず、違法捜査の抑止や司法の廉潔性に対する裁判所への期待を裏切ることにもなりかねない」[28]といった実体法的観点から厳しい批判が向けられてきた。この点、A説に立つ従来の判例では、これらの批判を克服することは困難であったといわざるをえない。先にも述べたように、A説は、捜査手続の違法を量刑上考慮しうるかという問題に対して、実体法的な視点で応じたものだからである。その意味で、A説は、従来考えられてきた「刑罰の正当化根拠」それ自体を歪めることになる[29]。他方、B説に立つ本判決は、捜査手続の違法を量刑上考慮しうるかという問題の本質を、手続法的な問題と捉えることで、従来なされてきた実体法的観点からの批判を克服することができるのではなかろうか。

なお、積極説については、捜査手続の違法に対する国家賠償請求の困難性にてらして現実的解決方法であるという指摘もなされる一方で[30]、そのような方法論に対しては批判も向けられてきた[31]。この点、本判決は、「それを［違法な捜査手続―筆者注］消却・沈静化する事後的措置としては被告人が別に国家賠償訴訟を提起することも考えられはするが、それ自体負担を伴うばかりか、立証責任や本件の証拠構造からして必ずしも勝訴が確実であるとまではいえな

---

[27] 指宿信＝城下裕二「採尿をめぐる捜査手続の違法を量刑事情に加えることの当否」判例タイムズ819号（1993年）50頁（城下裕二『量刑理論の現代的課題』［成文堂、2007年］所収）、藤井敏明「量刑の根拠」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院、1998年）211頁。

[28] 指宿＝城下・前掲（注27）論文59頁、庭山英雄＝岡部泰昌編『刑事訴訟法［第３版］』（青林書院、2006年）254頁〔新屋達之執筆〕。

[29] 城下・前掲（注27）書128頁参照。

[30] 鯰越溢弘＝平田元「学界回顧刑事訴訟法」法律時報63巻３号（1991年）154頁。「国賠法による救済が正当であるが、刑事手続で生じた問題を刑事手続の中で解決してゆく考えはそれなりの説得力を有する」とするものとして、本田守弘「薬物事犯における捜査手続の違法と量刑」捜査研究480号（1991年）15頁。なお、国賠訴訟の困難性につき、白取祐司「国家賠償裁判例の動向」法律時報65巻３号（1993年）28頁、冠木克彦「捜査活動と人権をめぐる国家賠償請求」法律時報58巻10号（1986年）36頁等参照。

[31] 判例【12】、指宿＝城下・前掲（注27）論文50頁、藤井・前掲（注27）論文216頁。

いことに照らすと、それが現実的・実効的な消却・沈静化措置であるとは言い難いのであって、結局、本件違法の重大性や被告人の苦痛の大きさを総合勘案すると、上記国家賠償訴訟において勝訴し得る可能性を考慮してもなお、本件においては、上記違法な暴行により被告人が苦痛を被った事実を、後記のとおり、量刑判断において相当程度考慮することが必要であると解される」とし、積極説に立つことで予想される上記の批判に対し、本件事案の問題性を踏まえた反論を行っている[32]。もっとも、これは予想される批判に対する反論であり、「消却・沈静化する事後的措置」の困難性を、捜査手続の違法を量刑上考慮するための要件と解したものではないといえよう。

(5) ところで、積極説にたつ場合、捜査手続の違法という要素が、そもそも量刑にどの程度影響を及ぼしうるのかが問題となる。先にみた【9】は、「ある程度量刑に反映されるべき」とし、【10】は、「量刑に相応の影響を及ぼす」とし、【11】は、「刑罰権の発動を相当程度に自制すべきであるというべきである」とする。他方、【12】は、「量刑を決定的に左右するような事情になるとも思われない」としている[33]。ただ、これらの判例の文言からは、捜査手続の違法が量刑に及ぼしうる範囲を明確に見出すことは困難である。

これに対し、本判決は、「量刑への影響の程度が基本的に行為責任の幅に止まる限りは」という限定を付すとともに、「その［法令適用の―筆者注］結果導き出された懲役刑期及び法定罰金額の範囲内で、当裁判所は、後記「量刑の理由」により、被告人を主文の刑に処することとした」としている。ここから、本判決は、捜査手続の違法を量刑上考慮することができるとしても、そのことを理由に酌量減軽（刑法66条）を行いうるということまで認めるものではないものと解される。本判決は、従来必ずしも明確でなかった、捜査手続の違法が量刑上及ぼしうる影響の範囲について、一つの答えを示したといえ、この点にも本判決の意義が認められよう。もっとも、積極説を、適正手続の実現という観点から捉えるならば、このように手続の違法が量刑に及ぼす影響を限定的に解する必要性は乏しく、違法の程度・内容によっては、酌量減軽を行う余地を残すのが論理的な帰結なのではなかろうか。

---

32 なお、判例時報1955号172頁の匿名解説も参照。

33 これと同様の立場に立つと思われるものとして、原田・前掲（注21）書167頁。

(6) 最後に、本判決に残された課題について1点指摘しておきたい。積極説には、手続法的観点からの批判も向けられている。その批判とは、積極説が違法収集証拠排除法則を補完するものとして期待されていることに関連して[34]、積極説に立つと、本来違法収集証拠として排除されるべき証拠が排除されずに、「曖昧な『量刑上の考慮』にとどめるという実務的解釈（救済の矮小化）を導くのではないか」[35]というものである。このような批判に対しては、「右［違法収集証拠排除法則―筆者注］の『適用判断』や『違法性の判断』それ自体が、……客観性・明確性を欠いていることもあって、すぐれて『自由裁量的』になされているというのが現実ではなかろうか」という反論がありうる[36]。積極説の方法論自体、実体的真実主義の立場からみて魅力を備えたものであることにてらしても[37]、積極説は、解釈次第で、違法収集証拠排除法則の矮小化の契機となる要素を孕んでいるといえよう[38]。積極説を適正手続の実現という観点から捉えるB説に立つのであれば、捜査手続の違法を量刑上考慮するという問題は、そのような手続で得られた証拠の証拠能力の存否の問題とは峻別しなければならない。

その点、違法な暴行が加えられたという事実を一切考慮せずに本件自白の証拠能力を認めた本判決は、そのような峻別が十分であったといえるのか。議論の余地がありえよう。

---

[34] 木谷明元裁判官は、積極説には、仮に当該証拠の証拠能力を認めて被告人を有罪とするにしても、「違法捜査を量刑上考慮したことを判決書に明記し現実にもそのことがはっきり分かるような量刑をすることにより、捜査機関に多少ともダメージを与え［る］」ことを期待される（木谷明『事実認定の適正化』［法律文化社、2005年］86頁）。

[35] 高田昭正「違法な強制採尿と量刑」法学セミナー428号（1990号）121頁。同旨、指宿＝城下・前掲（注28）論文56頁。

[36] 松岡正章『量刑法の生成と展開』（成文堂、2000年）343頁。

[37] 本田守弘「薬物事犯における捜査手続の違法と量刑」捜査研究480号（1991年）22頁参照。

[38] その意味で、「違法捜査の量刑考慮を違法収集証拠排除法則と関連付け、これを補完するものとして位置付けるときには、同法則を矮小化するとの批判が必定である」（原田・前掲［注21］書164頁）との指摘は正しいように思われる。