



Title	自白排除法則の研究（五）
Author(s)	関口, 和徳; Sekiguchi, Kazunori
Description	論説
Citation	北大法学論集, 60(6), 91-153
Issue Date	2010-03-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/42993">https://hdl.handle.net/2115/42993</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR60-6_003.pdf



論  
說

# 自白排除法則の研究（五）

関  
口  
和  
徳

目  
次

序章 問題の所在

第一節 日本の刑事手続における自白の地位

第二節 自白排除法則に関する議論の問題点と最近の動向

第三節 アメリカ法の示唆——ミランダ判決

第四節 本研究の課題

一 研究の対象——自白排除法則の整理

二 研究の視角と本稿の構成

第一章 アメリカの自白排除法則

第一節 不任意自白の排除法則——自白法則

一 自白法則の成立とアメリカ法への継受

二 適正手続Ⅱ任意性説 (due process voluntariness test)

三 任意性の判断基準——事情の総合説 (totality of circumstances test)

第二節 違法収集自白の排除法則

一 マクナブⅡマロリー・ルールと第四修正の自白への適用

二 マサイア判決 (一九六四年)

三 エスコビード判決 (一九六四年)

四 マサイア判決およびエスコビード判決の意義と課題

第二章 ミランダ・ルールとその課題

第一節 自白法則の新展開——ミランダ判決 (一九六六年) とミランダ・ルール (Miranda Rule)

一 ミランダ事件

二 ミランダ判決

三 ミランダ判決の意義

第二節 ミランダ判決以降の判例の展開——ミランダ・ルールの弱体化と強化

一 ミランダ・ルールの弱体化

二 ミランダ・ルールの強化

第三節 ミランダ・ルールの憲法上の地位——ディカーソン判決 (二〇〇〇年)

(以上、五九卷二号)

(以上、五九卷三号)

(以上、五九卷五号)

- 一 合衆国法典一八編三五〇一条とミランダ・ルール「予防法則」論
  - 二 デイカーソン事件
  - 三 デイカーソン判決
  - 四 デイカーソン判決の意義
  - 五 デイカーソン判決後の判例の展開
- 第四節 ミランダ・ルールの課題
- 一 はじめに
  - 二 ミランダ判決以降の被疑者取調べの諸問題
    - (A) ミランダは実務に影響を与えたか？
    - (B) 密室での権利告知手続
    - (C) ミランダ・ルールに反する取調べ
    - (D) 虚偽自白
    - (E) ミランダ・ルールの課題
  - 三 学説における提言
    - (A) 弁護人との相談を經ていない自白の全面的排除
    - (B) 弁護人の自動的な選任
    - (C) 弁護人の立会いのない中で得られた自白の全面的排除
    - (D) 身体拘束中の自白の全面的排除
- 第五節 小括
- 第三章 日本の自白排除法則
- 第一節 学説にみる自白排除法則
- 一 はじめに
  - 二 虚偽排除説

(以上、六〇卷一号)

三 人權擁護説

四 任意性説

(A) 任意性Ⅰ説

(B) 任意性Ⅱ説

(C) 任意性Ⅲ説

五 違法排除説

(A) 田宮説

(B) 鈴木説

(C) 松尾説

六 折衷説

七 総合説

八 まとめ

第四章 自白排除法則の整序

終章 結語

## 第三章 日本の自白排除法則

### 第一節 学説にみる自白排除法則

(以上、本号)  
(第三章・未完)

一 はじめに

先にも述べたように、憲法三八条二項は、「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、これをうけた刑事訴訟法三一九条一項は「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いのある自白は、これを証拠とすることができない」と規定している。このように任意性に疑いのある自白の証拠能力を否定する原則が自白法則であるが、この自白法則の根柢、すなわちなぜ任意性に疑いのある自白を排除すべきなのかをめぐっては、学説上、虚偽排除説、人権擁護説、および違法排除説を軸にした激しい議論が展開されてきた。もともと、序章で述べた本稿の問題認識からこれまでの学説の議論をみると、そこには大きな問題が横たわっていると言わざるをえない。

本節では、個々の学説を詳細にフォーローしてこれまでの学説の議論の軌跡を辿るとともにその到達点を確認したうえで、それぞれの説の意義と問題点について検討を加えることとする。それによって、これまでの自白排除法則に関する学説の議論に内在している根本的な問題点が浮き彫りになるであろう。

二 虚偽排除説

(一) 自白法則の根柢について、最も古くから主張されてきた見解が虚偽排除説である。虚偽排除説とは、憲法三八条二項および刑事訴訟法三一九条一項の趣旨を、虚偽自白を排除するためのものと解する説である。すなわち、強制、拷問などによって得られた任意性に疑いのある自白は、その内容が虚偽であるおそれがあることから、誤判防止のためにも

証拠能力を否定すべきと解するのである。もつとも、虚偽排除説といってもその内容は論者によって大きな違いがある。以下では、虚偽排除説にたつ代表的な論者である藤岩睦郎元検察官および栗本一夫元裁判官の見解と、虚偽排除説が陥りやすい問題点を鮮明に見て取ることができるとする阪村幸男教授の見解をとりあげ、それぞれ検討を加えることとする。

(一) まず、藤岩元検察官の見解をとりあげる。藤岩元検察官の見解は次のようなものである。すなわち、「任意性のない自白は証拠から排除されるという規則は、一定の条件の下における供述は信憑力がないという経験上の根拠に基づく。一般に証人の供述は不当な影響力の結果として真实性を失い従つて信憑力を欠くことがある。この点反対尋問を経ない証言や誘導尋問の示唆によつて得た証言が事情によつては排斥されるのと原理は同じであるが、犯罪の嫌疑を受けた者の場合にはこのような事態はその性質及び圧力において特異なものがあるが故に、法は一層高度の厳格性を以つてこれを定型的に信憑力のないものと定めて排除したのである」<sup>(2)</sup>、「ある種の自白を排除する根拠が、一定の条件の下における供述は信憑力がないということにあるとすれば、その条件とは自白時の自白者の心中に虚偽の自白を誘引する虞のある心理状態、即ち利益に対する希望又は害悪に対する畏怖を生ぜしめる状況があつたということである……。しかも問題は当該の場合に現実に虚偽の自白を誘引したか否かではなくて、その状況が虚偽の自白を誘引することが公正に疑われるようなものであつたか否かにある。そのような状況の下になされた自白は定型的に信憑力のないものとして証拠能力を失うのである」<sup>(3)</sup>、「自白は一定の条件の下になされたものであるときは信憑力がないというのがその証拠能力の根底に存する理論であるとすれば、一度び証拠能力がないとされても、結局そのような条件が自白の内容を害するような影響を及ぼさなかつたことを証する状況が明らかにされたならば、その証拠能力を恢復すべきである。例えば、後に全く任意性を疑われることのない被告人自身の供述により前の供述の内容が確認されたとき、また当該自白より前の同じく任意性の疑われない自白とその内容が同一であるとき、の如きである。任意性のない自白の結果、これに基いて

捜索が行われて該自白をその重要な点において確認する事実が発見されたとき、該自白が証拠能力を恢復するというのもこの理論による」<sup>(4)</sup>。

藤岩説は、一見すると、自白の証拠能力の判断にあたり、「虚偽の自白を誘引する」「情況」を重視するものであるように、すなわち、当該取調べが虚偽自白を誘発するおそれのあるものであったか否かという取調べの外形を重視しているものであるようにみえる。しかし、藤岩説は「証拠能力の恢復」なる概念を認めている。すなわち、かりに外形的にみて虚偽自白を誘発するような取調べによって得られた自白であったとしても、後に自白が虚偽でないことが明らかになった場合にはその証拠能力を認める立場にたたれているのである。このようにみえてくると、藤岩説の主張する虚偽排除説とは、自白法則と自白の証明力とを同一視する見解であり、証拠能力の問題と証明力の問題とがあまり異なる危険を含む見解であるといわざるをえない<sup>(5)</sup>。このことに加え、学説においては、(イ) 実体的真実を強調するあまり手続の適正さや公正さを軽視している<sup>(6)</sup>、(ロ) 自白に基づいて他の証拠が発見された場合には、自白が虚偽でないことが確認されたことになり、そうすると、そのような場合には、いかなる強制、拷問などによって得られた自白であっても証拠能力を否定する理由に欠けることになるが、そのような帰結は憲法三八条二項の趣旨を形骸化しないか<sup>(7)</sup>、といった批判も向けられているが、これらの批判はいずれも正鵠を射たものといえるべきであろう。

(三) 続いて、栗本一夫元裁判官の見解をみる。栗本元裁判官の見解は次のようなものである。すなわち、「任意性のない自白とは一体いかなるものかということはこれを確定しておかなければ具体的場合に当該自白の任意性の有無を決することは困難となる。そこでこの点を考えて見るに、これは任意性のない自白は何故に証拠能力を否定されるかという点に遡る必要があるのであるが、この点については母法たる米法上にも二、三の説がある。即ち、強制、拷問等により得られた自白は本人の自己に不利益な供述を強要せられざる特権 (privilege against self-incrimination) を侵

害しているから証拠能力を否定されるとする説、強制、拷問、脅迫等により得られた自白に証拠能力を認めることは公平の精神に反するとする説の如きがあるようであるが、これらはいずれも通説ではなく結局強制、拷問、脅迫等により得られた自白は虚偽の供述たる蓋然性が高いからという説が通説であるようである。この考方に立てば、結局自白の任意性の有無を決定する規準は当該自白がなされる際に自白者以外の者により虚偽の供述を誘発するような行為がなされ且つその行為によつてその自白がなされたかどうかという点にあるということとなる<sup>(8)</sup>。

ここから明らかのように、栗本説の内容は先にみた藤岩説とは大きく異なるものである。藤岩説が自白の内容が虚偽であるか否かを問題とするのに対し、栗本説は、自白の得られた状況が虚偽の自白を誘発するようなものであったかどうかを問題とする見解なのである。この点で、栗本説は、自白の任意性と自白の証明力とを同一視する藤岩説とは本質的に異なっており、藤岩説に向けられている批判を克服できそうにもみえる<sup>(9)</sup>。しかし、かりに被疑者が虚偽の自白をせざるを得ない状況に置かれていたか否かを証拠能力の判断基準としたとしても、虚偽自白をする状況の存否は被疑者の心理に対する具体的な影響を考慮しなければ判断できず、結局は自白内容の真偽を判断することとなる<sup>(10)</sup>。また、虚偽自白の問題と離れて証拠能力の問題として自白法則を論ずる意味がなくなる<sup>(11)</sup>ことになりはしないだろうか。また、虚偽自白のおそれを類型化することの困難性も学説において早くから指摘されてきた<sup>(12)</sup>。さらに、もし虚偽自白のおそれの類型化が困難であるとすれば、虚偽の自白をするおそれの有無は事案に即して被疑者の心理過程をたどつて判断することにならざるをえないことになるが、そのような判断方法での自白排除の実効性の確保についても疑問が向けられてきた<sup>(13)</sup>。

(四)ところで、藤岩説も栗本説もアメリカでは虚偽排除説が有力である<sup>(14)</sup>ということを前提に虚偽排除説を主張されている点で共通している。たしかに、本稿第一章でみたように、自白法則は、一八世紀末のイギリスにおいて、強制によつて得られた自白を虚偽の危険性を根拠にその証拠能力を否定したことにより発生したものであり、連邦最高裁<sup>(15)</sup>

も、自白法則を継受した時点では虚偽排除説にたち、それからしばらく虚偽排除説を維持していた。<sup>(17)</sup> 六年にだされたブラウン判決を嚆矢として、虚偽自白の排除という観点から適正手続の保障の観点に軸足が移り、日本国憲法が制定された時点におけるアメリカの自白法則の発展段階は適正手続＝任意性説による排除の方向が固まっていたのである。<sup>(19)</sup> このようにみえてくると、アメリカの自白法則を根柢に虚偽排除説を主張することには多大の疑問が残るところである。<sup>(20)</sup>

（五）藤岩説や栗本説とはやや異なる視点から虚偽排除説を主張されるのが阪村幸男教授である。阪村教授は、「任意性概念は、典型的な強制による自白の成立過程を基礎に据えて、自白排除という効果を考慮しながら、黙秘権侵害（人権擁護説）を中核とする、明快かつ実用にたえうる概念を構築することが要求される。その際は、切り違え尋問の最高裁判例のいう『虚偽の自白を誘発するおそれ』が、自白排除のための説得性をもち、かつこの程度の強さの強制が要求されるものと解される。だが『おそれ』では不明確であり、結局は、「心理的強制をうけ、虚偽の自白が誘発される影響力のある自白」が不任意自白といえることができる。したがって、この見地からは、取調べの違法性、不当性を格別いふ必要性はないことになる。<sup>(21)</sup> 『不任意』の自白という以上は、自白獲得過程の直接的な人権侵害性と同時に、虚偽の自白を誘発するおそれのある自白獲得手段を防ぎ避けることにあり、したがって、両者の面からの理論が要求されるのである。要するに、自白の任意性法則は、科学的実証的方法により確立すべきものであるから違法排除説はとりえず、不任意自白とは『心理的強制をうけ、虚偽の自白を誘発する影響力のある自白』であると解することになる。<sup>(22)</sup> 阪村説は、「不任意自白とは『心理的強制をうけ、虚偽の自白を誘発する影響力のある自白』であると解することになる」としており、この点をとらえるならば虚偽のおそれのみならず、被疑者の供述の自由を問題にしているともいえる。<sup>(23)</sup> 一見すると後にみる任意性説にたっているようにもみえる。しかし、阪村教授は、上記の叙述に続いて、自白の証拠

能力と信用性との関連につき次のように述べられている。「自白の任意性を認定するにあたり、自白の信用性によりかかって、自白の任意性を認定しているのが判例の傾向である。それは、証拠法上の問題であるけれども、基本的には、上述の自白の任意性の定義に基礎づけられているものであるといえるのである。つまり、両者を切り離して論ずることは妥当ではないのである」。<sup>24</sup>このように自白の任意性の問題と信用性の問題を切り離すべきではないことを説いていることに鑑みると、阪村説も虚偽排除説に位置づけることが妥当といえよう。たしかに、事実認定は適正なものでなければならず、ここから事実認定は注意則・経験則にのっとった客観的・分析的なものでなければならぬという結論が導かれる。<sup>25</sup>したがって、阪村教授のいわれるように、事実認定においては、「科学的事証主義的方法」を軽んじるべきではない。<sup>27</sup>しかし、「科学的事証主義的方法」を重視するとしても、それが、証拠能力と証明力を区別する刑事訴訟法の基本理念（刑法三二七条）を歪めるようなものであってはならないのではなからうか。<sup>28</sup>

### 三 人権擁護説

(一) 人権擁護説は、憲法三八条一項で黙秘権が保障され、憲法三六条では拷問の禁止が定められているなど、被疑者に対する手厚い人権保障規定が存在しているが、そのような宣言だけでは十分ではなく、これら黙秘権を中心とする被疑者の人権保障の実効性を確保するためには、強制など人権を侵害する方法によって得られた自白を排除すべきである、と解する説である。<sup>29</sup>人権侵害によって得られた自白について、被疑者の供述の自由を侵害していることに着目して排除の結論を導く点に人権擁護説の特徴がある。

(二) 人権擁護説にたつ論者としては、まず横井大三元検察官を挙げることができる。横井元検察官は、「強制、拷

問又は強迫による自白及び不当に長く抑留又は拘禁された後の自白の証拠能力のないことは、すでに憲法のきていするところである。強制、拷問及び脅迫の観念を分析することは余り実益がない。要するに無理にさせられた自白を表現するための形容詞にすぎない」とされた<sup>(30)</sup>。また、「不当に長く抑留又は拘禁された後の自白の証拠とならないことも憲法に明文がある。不当に長いかどうかは具体的事情に即して考えなければならぬ<sup>(31)</sup>」とした上で、そこでの問題の焦点は「通常人ならば苦痛に堪えかねて自白をしてしまうであらうと思われる程度の期間であるかどうか<sup>(32)</sup>」である、とされた。いずれも、被疑者の供述の自由に重点を置いていることが窺えることから、人権擁護説にたつ見解と位置づけることができる。

鴨良弼博士も人権擁護説にたつ代表的な論者の一人である。鴨博士は次のように主張される。「自白の任意性の法理は、被告人の自由権の保障を基盤としている。被告人は、犯罪事実についての供述に関して、供述の自由を持っており、肯定するか、否定するかいづれかを選択しうる意思決定の自由がある。かような自由権を侵害してなされた自白は、任意性のない自白であつて、事実認定の資料としてその適格性に値しないものである。かような自白には、真実性のある事実を内容としているものもあるうし、反対に、真実性を含まない場合もあるう。おそらく後者の場合が多いであろう。しかし、たとえ、真実の自白が含まれている場合でも、任意性のない自白は自由権を侵害しているという理由でその証拠能力はみとめられない。自白の任意性の法理は、自白そのものの証拠能力を否定する機能があり、内容の真実性を問わないところに本質がある<sup>(33)</sup>」。鴨博士の見解も、自白の任意性を「供述の自由権」から理解していることから、人権擁護説に位置づけることができる。

(三) 人権擁護説は、虚偽自白のおそのの有無を問わずに被疑者の人権を侵害し、供述の自由を侵害したことを根拠に自白の証拠能力を否定する点に特徴がある。かりに取調べの過程に被疑者の供述の自由を侵害するような人権侵害が

認められたとしても、自白が虚偽あることが確認された場合や、虚偽自白のおそれがあれば自白の任意性が肯定されることにならざるをえない虚偽排除説に比べると、人権擁護説はその名が端的に示すように、被疑者の人権保障を実現する観点からは優れた見解であるといえよう。また、自白法則を被疑者の供述の自由の確保という観点から構成する点は、憲法三八条一項が自己負罪拒否特権（黙秘権）を保障したうえで、続く二項が自白法則を規定している憲法の条文構造や、<sup>34)</sup>そのような憲法の規定をうけた刑訴法三一九条一項が、自白法則を「任意にされたものでない疑のある自白」を排除するものであると敷衍していることも整合的といえるのではなからうか。もともと、人権擁護説に対しては、学説上次のような批判が向けられている。（イ）供述の自由の侵害の有無を排除基準とするため、黙秘権侵害以外の人権侵害によって得られた自白に十分に対処しえないのではないか、<sup>35)</sup>（ロ）それ自体必ずしも人権侵害とはいえない利益の約束による自白の排除を根拠づけることが困難となるのではないか、<sup>37)</sup>（ハ）供述する側の状況を問題にすることは虚偽排除説と共通しているが、はたして自白排除の実効性を挙げることができるのか、<sup>38)</sup>（ニ）自己負罪拒否特権（黙秘権）の保障と自白法則とを同一視すべきではない。<sup>39)</sup>

#### 四 任意性説

（一）以上にみてきた虚偽排除説および人権擁護説は、ともに、（イ）憲法三八条二項と刑訴法三一九条一項を不任意自白を排除するための規定と解する点、（ロ）自白の任意性の判断において、被疑者が虚偽自白をせざるをえない状況におかれていたか否かないしは被疑者の供述の自由が侵害されていたか否かという被疑者の心理面を重視する点、において共通の問題認識を有している。また、刑訴法三一九条一項にいう「任意にされたものでない疑のある自白」の意

味を解き明かすことをめざす点においても共通しているといえよう。<sup>(40)</sup>

もつとも、虚偽排除説のみにたつと、強制による自白であつてもその内容が真実であつたり、虚偽自白を誘発するよ  
うな状況が認められなければ排除する理由に欠けることになる。他方、人権擁護説のみにたつと、利益誘導のような、  
虚偽自白を導きやすいものの人権侵害があつたとまでは必ずしもいい難い方法によつて得られた自白を排除する理由に  
欠けることにならざるをえない。<sup>(41)</sup>そこで、虚偽排除説と人権擁護説とをともに考慮し、相互を補完しあわせることによつ  
て自白の証拠能力を判断すべきとする、任意性説と呼ばれる説が主張されるようになる。

このような任意性説の論理構造を典型的にあらわしているのが、江家義男博士の見解である。

(二) 江家博士は次のように主張された。すなわち、「虚偽排除説に立脚すれば、任意性のない自白であつても、そ  
の真実であることが確認された場合には、これを証拠として許容し得るということを、当然の帰結として待ちもつけな  
ければならないが、果してこの帰結を是認してよいであろうか。英米の判例がこの帰結を是認することに必ずしも一致  
しておらず、ただ自白によつて得られた事実のみを許容し得るといふ判例もあることから見て、そこに人権擁護の配  
慮が存することを推測し得る。だが、他方、人権擁護説に立脚するときは、まず、憲法三八条二項を一項の担保規定と  
解することに、辻褃の合わないものがあることに注意せねばならない。第二項によつて担保される規定は、第一項よりも、  
むしろ、第三六条の拷問禁止規定の方がふさわしいのではなからうか。また、この立場に立つときは、英米法のいわゆ  
る約束に基く自白の不任意性を適当に説明しがたいし、第三一九条一項後段の『その他任意にされたものでない疑のあ  
る自白』の意味内容を正しく把握し得ないことになるう……。

それで、わたくしは、両説を折衷した立場に立ち、自白の任意性を人権擁護と虚偽排除との両面から考察することに  
したい。そして人権擁護の基礎は、憲法第三八条一項又は第三六条の規定ばかりでなく、憲法の根本精神特に第三二条

以下の刑事手続における人権保障に関する諸規定の総合的考察にこれを求め、虚偽排除の基礎は、自白の証明力にこれをもとめることにしたい。何となれば、自白が証拠としての利用価値をもつためには、その証明力が前提とならなければならぬのであり、一定の状況の下にされた自白が、一般的に真実性に乏しいときは、これを証拠として事実の判断を誤る危険を侵すべきではないからである。このことは、反対尋問の吟味を受けない供述は、一般的に真実性に乏しいという理由で、原則として排斥されなければならないのと同じである<sup>(43)</sup>。

なお、江家博士は、刑法法三一九条一項の「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留拘禁された後の自白」という部分と「任意にされたものでない疑のある自白」という部分とを分離し、前者については人権擁護説の観点から、後者については虚偽排除説の観点から自白の証拠能力が決められるという立場にたち、後者によって排除される典型的なケースとして、不起訴などの約束の下になされた自白を挙げられている。自白の任意性を判断するうえで、虚偽排除説の観点と人権擁護説の観点をとともに考慮するのではなく、人権擁護説の立場から排除の対象となりうる自白と、虚偽排除説の立場から排除の対象となりうる自白を、それぞれ画定する点に江家説の特徴があるのである。

(三) しかし、このような江家説の考え方に対しては、任意性説に好意的な論者からも、次のような批判がなされた。すなわち、任意性の問題は本来統一的に理解されるべきであり、「ある不任意事由は専ら人権擁護の立場から、他のある不任意事由は専ら虚偽排除の立場からというように、ことさら二元的に取り扱おうとするところ」に江家説の欠陥がある<sup>(44)</sup>。このような問題点に加え、江家説は、「虚偽排除の基礎は、自白の証明力にこれをもとめることにしたい」としていることから、少なくとも江家説の「任意にされたものでない疑のある自白」の解釈に対しては、藤岩説に対して向けられている、証明力と証拠能力を混同すべきでない、という批判がそのまま妥当なことになる。

(四) このように江家説にはいくつかの問題点が存在しているといわざるをえないが、任意性説という枠組み自体は

学説に好意的に受け入れられ、以降、学説においては任意性説を支持する見解が相次いでだされることになる。たとえば、伊達秋雄元裁判官は、「任意性の理解について、通説はむしろ虚偽排除説的な考え方を採るのであるが、わが憲法の強調する刑事手続における人権保障の精神からみて、虚偽排除説の見地と相並んで、人権擁護説の見地からも、自白の任意性を理解するのが正しいであろう。かように解するときは、『任意』というのは、当該自白をなすにつき虚偽の供述をするおそれのある状況が存しなかつたこと、および供述の自由を侵害する如き違法・不当な圧迫が加えられなかつたことを指すものと解すべきである』とする説に賛成せざるを得ない」とされた。<sup>(45)</sup> また、安平政吉博士は、「自白は古くから『証拠の女王』とさえいわれているが、それは真実を告白するかぎりにおいてである。現行法が特に自白の任意性を強く要請するゆえんは、一つには自白を強要する弊害を除かんためであるが、二には、任意に出たものでないかぎり真実性の点からも遠ざかってゆくからである。そこで法は、……単に強要されたもの、長期にわたる拘禁後の自白の外に、さらにすすんで強要の蓋然性または危険性のある状態のもとでなされた自白とても証拠能力がないものとしているのである」とされた。<sup>(46)</sup>

(五)このように、任意性説が学説上支持を得た理由は、任意性説は、虚偽排除説と人権擁護説を折衷させた説であることから、両者の利点を取り込むことができる点にあるように思われる。しかし、任意性説は、虚偽排除説と人権擁護説を折衷させた説であるがゆえに、両者に対して向けられてきた少なからぬ批判がそのまま妥当することにならざるをえない点に課題が残る。<sup>(47)</sup> また、そもそも虚偽排除説と人権擁護説という異なった自白排除の原理が、どのような根拠で結びつきうるのかが必ずしも明らかにされていない点についても疑問の余地がある。<sup>(48)</sup>

ところで、任意性説にたつ場合に、虚偽排除説と人権擁護説のいずれの観点を重視するかについては、論者の間で違いがみられる。たとえば、青柳文雄博士は、「『人権』というのが『虚偽性』にくらべて価値的要素が強くそれだけを基

準にしがたい<sup>(49)</sup>とされていることから、自白排除の基準としてはどちらかというと虚偽排除説に重点を置いていられるものと解される。これに対し、高田卓爾博士は、自白には補強証拠が要求されていることから（憲法二八条三項）、虚偽排除の観点はそれほど重視する必要がないことを理由に、人権擁護説の観点を強調すべきで虚偽排除説は補充的に考えるべき、と主張されている<sup>(50)</sup>。

また、人権擁護説にいう「人権擁護」の捉え方も論者によってまちまちである<sup>(51)</sup>。「人権擁護」の考え方についての相違点は、違法な手段で得られた自白に対する対処方法において顕在化することになるが、この相違点は、適正手続の保障に対する考え方、ひいては刑事訴訟のあり方に対する本質的な考え方の相違に起因する、重要な相違点というべきであろう。そして、この観点から任意性説を分類するならば、(A) 自白法則を不任意自白のみを排除するための規定である<sup>(52)</sup>と解し（すなわち自白法則の趣旨には違法排除説は含まれない）、違法収集証拠排除法則の適用の可能性にも否定的な説（以下では、便宜上、任意性Ⅰ説とする）、(B) 人権擁護説といっても違法排除説に限りなく近い人権擁護説を主張していると思われる説（以下では、便宜上、任意性Ⅱ説とする）、(C) 自白法則の解釈としては任意性Ⅰ説とは同様の考え方にたつが、自白法則とは別の根拠により違法収集自白の排除の可能性を残していると思われる説（以下では、便宜上、任意性Ⅲ説とする）、の三つに分類することができる。

以下では、この分類にしたがい、任意性説にたつ学説について分析することとする。

#### (A) 任意性Ⅰ説

(一) 任意性Ⅰ説は、主として捜査実務の経験をもつ論者によって支持されている説である。たとえば、青柳文雄博士は、次のように主張される。「わが国では任意性のない自白が証拠能力を失うのはそれが真実でない疑いがあること、

人権の保障に反することを中心とすべきであつて、憲法三二条に根拠を見出だす違法収集証拠だからとの意味は補充的なものだと解すべきである」<sup>(56)</sup>。

たしかにこれをみる限りでは、青柳博士は、「憲法三二条に根拠を見出だす違法収集証拠だからとの意味は補充的なものだと解すべきである」とされていることから、基本的に任意性説にたちつつも、違法収集自白の排除を否定する趣旨を含むものではないとも解しうる。しかし、青柳博士は、別の著書において、違法排除説にたつ団藤重光博士の見解をとりあげ、それを次のように批判されている。すなわち、「不当に長い抑留、拘禁の場合はその後でありさえすれば、抑留拘禁との因果関係は要らないとの説（団藤重光氏）は憲法の条文の文理を根拠とするが、刑訴はこれらをすべて任意性の疑いのある自白の例示にしてしまつてゐるし、憲法の解釈もそれでよいと考えるので、これらはすべてそこに規定されている因子と自白との間に相当因果関係を必要とするとの意味に解する」<sup>(58)</sup>。このようにみえてくると青柳説は、違法収集自白の排除の可能性を否定する任意性I説にたつものと解するのが妥当であろう。

(二) 土本武司元検察官も任意性I説を支持される。土本元検察官は、「自白が——筆者注——排除されるにはその任意性が否定されなければならず、任意性が否定されるためには、第一に自白の採取手段が違法・不当であること、第二にその違法・不当な自白採取手段と当該自白との間に因果関係が存在することが必要である。自白を得ようとする者(多くの場合捜査官)のなす自白を得る手段が違法でなければ、虚偽自白が誘引されることはないし供述者の人権を損うこともないから初めから任意性の有無は問題にならない。また自白採取手段が違法であつても、それと当該自白との間に因果関係がなければ自白の任意性を否定する理由にならない。虚偽排除説、人権擁護説、またはその競合説からすれば、以上は当然の理である」<sup>(56)</sup>とされている<sup>(57)</sup>。また、物証については違法収集証拠排除総則の適用を認めた最高裁判例があるがこれは自白についてのものではなく、「非供述証拠としての物証は、その収集方法のいかんによって、その物自体

の性質、形状に変質をきたすことはなく、その証拠としての価値に消長を来たすことはない……のに対し、供述証拠たる自白は、その獲得手段いかによって、直接的な人権侵害のおそれがあるのみならず、供述内容に差異が生じ、その証拠としての価値に影響を及ぼすおそれがあるが、その危険を生み出す原因は、自白が『不任意』<sup>58</sup>になされることがあるがゆえに、『証拠から排除するにしても不任意な自白に限定してよいという違いを看過してはならない』<sup>58</sup>ともいわれる。土本元検察官の主張は、任意性I説における、手続の違法と自白の証拠能力との関係を典型的にあらわすものといえよう。任意性I説の核心は、違法収集自白であっても自白の証拠能力は否定すべきではなく、自白の任意性に疑いがある場合に限って自白の証拠能力を否定すべき、という点にあるのである。

(三) 任意性I説の性格を端的にあらわす見解としては、鈴木義男元検察官の見解も挙げることができる。鈴木元検察官は、最決昭五九(一九八四)・二・二九刑集三八卷三号四七九頁(グリーンマンション事件)に関する判例研究の中で次のように主張された。「いうまでもなく、取調べ方法が違法であることを理由として自白の証拠能力を否定する違法排除説の考え方は、違法な捜査方法によって収集された証拠の証拠能力を否定する証拠排除法則の一環として、アメリカ連邦最高裁によって採用されてきたところである。……それが実体真実の発見よりもルールの遵守を重視するアメリカ独自の訴訟観と密接に関連する法則であり、ヨーロッパでこれに倣う国はほとんどないこと、アメリカでもそのゆきすぎた適用に反省が起こっていることなどを考慮すれば、これを我が国に導入することには特に慎重でなければならぬと思われる」<sup>59</sup>。最高裁は、違法に収集された物的証拠については、『重大な違法』がある場合に限って排除法則を適用するとしたが……、被告人の供述については、不任意の自白だけでなく、『任意にされたものでない疑のある自白』をも排除する我が法制(刑訴法三二九条一項)の下では、取調べの過程に違法があるとはいえ、任意性に具体的な疑いがあるとは認められない供述の証拠能力を否定する必要はない。なお、別件逮捕・勾留の問題についてはすでに判例が

固まりつつあると思われるが、別件による身柄の拘束が違法であったとされる事実では、長時間にわたる無理な取調べによって自白せざるをえなかったとみられる場合が多いのであるから、逮捕又は勾留が違法であったかどうかではなく、そういう状況下における取調べが供述の任意性に疑いを生じさせるものであったかどうかによって証拠能力の有無を判断することにした方が、適正な結論を得るのに適していると思われる<sup>60</sup>。

鈴木元検察官は、手続の違法を理由に自白の証拠能力を否定することについて批判されるとともに、手続の違法を理由に物証の証拠能力を否定する違法収集証拠排除法則それ自体に対しても強い疑問を向けられている。このようにみても、任意性工説は、たんに虚偽排除説と人権擁護説の観点を重視すべきとする説ではなく、実体的真実発見を重視する指向と分ち難く結びついた説であることが明らかとなる。

（四）大野恒太郎検察官も任意性工説を支持される論者の一人である。大野検察官の見解は、自白法則の解釈として任意性工説が妥当である理由について比較的詳細に述べられており参考になる。大野検察官は次のように主張される。「法がとくに供述証拠である自白について、任意性に疑いのあるものを排除する旨規定している趣旨について考えてみると、そもそも、自白は、証拠物と異なり、任意性に疑いのある場合には類型的に虚偽である蓋然性が高いという証拠としての特性を有しているから、自白法則が違法収集証拠排除法則とは全く別個の虚偽排除的観点を有する」とは、疑いのないところである<sup>61</sup>。「法が自白法則の適用を任意性の疑いの有無にかからしめている理由は、供述証拠である自白の場合においては、証拠採取手続と採取された証拠とが直結する証拠物の場合と異なり、自白の採取に関連する手段には取調べから身柄の拘束その他の手続に至るまでさまざまなものがあるうえ、これらの手段と自白との間には自白をするか否かやその内容に係る供述者の意思決定が介在している構造的特性を有することから、自白排除の要件として、違法または不法な手段により右の意思決定の自由が侵害された結果自白がなされた疑いがあるという意味にお

ける因果関係の存在を要求したものと解される<sup>(62)</sup>。

(五)とところで、学説の中には、虚偽排除説と人権擁護説だけでなく、違法排除説の観点をも考慮して自白の任意性の判断をすべきとするものもある。たとえば、河上和雄元検察官は、このような立場にたたれ、「刑事訴訟法は実体法の実現を目指す手続法であつて自己目的ではないから、事案の真相の解明という観点を捨象し切れるものではなく、違法排除といういわば手続法にとつては、その目的の放棄ともいふべきことを貫徹するのは自己矛盾であるので、虚偽排除と違法排除ないし人権擁護とが相互にバランスのとれた折衷的立場が最も望ましい」と説かれる<sup>(63)</sup>。この見解は、「虚偽排除と違法排除ないし人権擁護とが相互にバランスのとれた折衷的立場が最も望ましい」という部分を重視すれば、後にみる「折衷説」と親和的であるようにもみえるが、「虚偽排除」と「違法排除ないし人権擁護」との「バランス」を説かれていることや、河上元検察官が違法収集証拠排除法則に対して批判的な立場にたたれていることを考えると、違法な手続によつて得られたということのみを根拠に自白の証拠能力を否定する趣旨まで含むのかについては疑問が残る。このように考えると、河上元検察官の見解も任意性I説に位置付けるのが妥当といえよう。

(六)以上に見てきた任意性I説をどのように評価すべきであろうか。任意性I説は、たしかに、自白の任意性を問題にしている刑訴法三一九条一項の文理に忠実であるうえ、自白の供述証拠としての特性を十分に踏まえつつ自白の任意性概念の解明を試みている点など学ぶべき点は少なくない。しかし、憲法三二条や刑訴法一条が保障する適正手続の実現という観点からは、難が残る見解であるといわざるをえない。任意性I説は、かりに違法な手続の中で自白がなされたとしても、違法な手続と自白との間に因果関係がない限り自白の証拠能力を認める見解であり、端的にいえば、手続の違法性を自白の任意性の中に解消する見解だからである。このような任意性I説の理念に対し、高田昭正教授は、「任意性判断を『相対化』できる理論枠組みさえ設定できればよく、その理論枠組みの中の任意性判断そのものについて

は、『形式化』、『定型化』すなわち効率化・簡素化が徹底して追求されることになる。つまり、被疑者・被告人側の個人的・主観的事情という本来複雑で個別的な事情については、むしろ軽視する、あるいは自白の任意性を肯定させる事情となる限りで、片面的にしか採用しないものになるのである」と批判されているが、この高田教授の批判は正鵠を射ているというべきであろう。

(B) 任意性Ⅱ説

(一) 続いて任意性Ⅱ説についてみることにする。まず、田中和夫博士は次のように説き任意性Ⅱ説を支持された。「任意性のない自白に証拠能力なしとする理由として、二つのことが考えられる。一つは、虚偽排除のためであつて、強制・拷問等による自白には虚偽の自白が多いからである。他は、人権擁護のためであつて、強制・拷問等による自白に証拠能力がないことにすれば、捜査官が自白を得ようとして強制・拷問等を加えることがなくなるであろうと考えられるからである。従つて、類型的にいつて虚偽の自白に導くおそれのある状況の下でした自白、及び、そういうおそれの有無にかかわらず不法<sup>(66)</sup>不当な圧力の下でした自白が、任意性のない自白であつて、この趣旨に従つて第三一九条の規定を解釈しなければならぬ」。

田中説は、自白の証拠能力を否定する理由としては、虚偽排除と人権擁護のみを挙げている。たしかに、このような叙述のみを見れば任意性Ⅰ説との相違は判然としない。しかし、田中教授のいわれる人権擁護には、被疑者の供述の自由という観点を超えたものが存在していることを見て取ることができるように思われる。まず、田中教授は、人権擁護説の意義につき、「強制・拷問等による自白に証拠能力がないことにすれば、捜査官が自白を得ようとして強制・拷問等を加えることがなくなるであろうと考えられるからである」とされているが、ここにはまさに、適正手続の保障と、

違法捜査の抑制の観点が含まれ、違法排除説と共通の考慮を窺うことができる。また、田中説は、「任意性のない自白の証拠能力の問題を一般化すると、違法に収集した証拠の証拠能力の問題となる」として、自白の章の中で物証についての違法収集証拠排除法則について論じている。<sup>(67)</sup>さらに、偽計による自白の証拠能力を否定した最大判昭四五(一九七〇)・一一・二五刑集二四卷二二号一六七〇頁をとりあげ、虚偽排除から完全に脱却したものとまではいえないとしても、「この判決は、証拠能力に関して意見の判断をし、しかも、捜査手続は憲法の保障下にある刑事手続の一環であって、適正に行われなければならないこと、いかえるとアメリカ流の適法手続(デュー・プロセス)の観点から論じている点において、画期的な意義をもっている。違法な方法によって収集した自白には証拠能力を認めないという違法排除の考え方が、その根底にあるものとみることができるのである」として違法排除説に親和的な判例であると位置づけたうえで、これを好意的に評されている。このようにみえてみると、田中説も、任意性Ⅱ説に位置づけることができるのではなからうか。

(二) 高田卓爾博士も任意性Ⅱ説にたたれているものとみられる。高田博士は次のように主張される。「憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項の―筆者注―規定は自白の証拠能力を認めるための要件として任意性が必要だとの趣旨と解するのが従来の通説であった。これに対し、アメリカにおける最近の判例の動き「マクナブⅡマロリー・ルール―筆者注」……を参酌して、右の憲法の規定は全体として、違法収集の自白は任意性の有無を問わず証拠能力がないとする趣旨ではないかとの見解がとえられに至っている(……違法排除説と呼ばれる)。もともと従来のわが学説においては、自白に任意性が必要とされる理由として、虚偽排除(任意性は虚偽の自白を排除するために必要とする。虚偽排除説と呼ばれる)と人権擁護(任意性は供述の自由を侵害すべき違法・不当な圧迫を排除するため必要とする。人権擁護説と呼ばれる)とがその基礎にあるとされているのであって(元来、英米のコモン・ロウでは、虚偽排除の観点か

ら任意性が要求される)、後者を強調する場合には、前記アメリカの判例と実質的に同じ結論が得られる。わが国では、自白に補強証拠が必要とされることによって虚偽排除の点をそれほど重視する必要がないことを考え併せると、人権擁護の点を強調すべきであり、虚偽排除の点はこれを補充する第二次的な要素と解するのが妥当と考える<sup>(70)</sup>。

高田説のいう「人権擁護」にも、田中説におけるそれと同様に、従来の人権擁護説の意味をこえるものが存在しているように思われる。たしかに、高田説は人権擁護と違法排除とを用語を使い分けて両者を明確に区別したうえで、人権擁護説を強調するとともに、虚偽排除説を補充的要素とすべき、としていることに鑑みるならば、高田説は任意性Ⅰ説を基調とした見解であるとも解しうる。しかし他方で、高田博士は、アメリカの判例の展開について言及しているし、アメリカの判例を根拠に違法排除説が主張されているとともに、人権擁護を「強調する場合には、前記アメリカの判例と実質的に同じ結論が得られる」とした上で、「人権擁護の点を強調すべき」との主張を展開されている<sup>(71)</sup>。これらの点に鑑みると、高田説の「人権擁護」の射程には、それを強調した形態である違法排除も含まれているとみることができよう。もつとも、違法排除される自白の範囲についての高田博士の見解は、必ずしも明らかではない<sup>(72)</sup>。

(三) 任意性Ⅱ説は、基本的に虚偽排除説と人権擁護説の折衷的な考え方にたちつつも、「人権擁護」の概念を拡大することで、違法な手段によって得られた自白の排除に道を開くものである。その点で、任意性Ⅰ説と比べると、適正手続の実現に資する見解であるといえる。しかし、任意性Ⅱ説は、「人権擁護」を柔軟に解するが故に、「人権擁護」の趣旨をわかりにくくしている側面があることは否めない。また、「人権擁護」が従来の人権擁護説のいう「人権擁護」以上のものを含むとしても、それと違法排除説との関係が必ずしも明らかにはされていない点、すなわち、自白採取の手段の違法性それ自体によって自白の証拠能力が否定される場合がありうるとしても、それが具体的にどのような場合なのか<sup>(73)</sup>が明確に示されていない点にも、問題の余地が残されているといえよう。

## (C) 任意性Ⅲ説

(一) 最後に、任意性Ⅲ説についてみることにする。この説にたつと思われる論者としては、平場安治博士を挙げることが出来る。平場博士は、虚偽排除説と人権擁護説のそれぞれに内在している問題を指摘した上で、次のように主張された。「要するに『虚偽排除説』からであれ、『人権擁護説』からであれ一方的に自白の不任意性を決定するのは困難であつて、既に『自白の任意性』という範疇的概念が設定されている以上、この両説を考慮しつつこの概念のワクを決定すべく、それ以上に何れかの立場を目的論的に貫くばあいには別個の概念(例えば『証拠禁止』といつた)によるべきである」<sup>(74)</sup>。

(二) 谷口正孝、太田幸夫両元裁判官の見解も任意性Ⅲ説位置づけることができるのではなからうか。谷口、太田両元裁判官は、まず、自白法則の解釈としては、刑訴法三一九条一項の「任意にされたものでない疑のある自白」は、「強制拷問」を総括したものであり、「かつこれらと自白の任意性との間に因果関係を要する趣旨である」とし、刑訴法三一九条一項は全体として不任意自白の排除を定めたものという解釈、すなわち任意性Ⅰ説と同様の解釈を示した上で、<sup>(75)</sup> 続けて次のように主張された。「この解釈は自白をも含めた違法収集証拠排除の法理、或いは刑事訴訟における信義則の適用を毫も否定するものではない、のみならず、……これらと任意性原則との重畳的適用を考えなければならぬであろう」<sup>(76)</sup>。「任意性の基本原理については学説によりニュアンスの差はあるが、大別すれば虚偽排除説、人権擁護説、およびこれらの折衷説の三説があることは周知のとおりである。右の三説に違法排除説を加え、或いは任意性の概念中にデュー・プロセスの思想を盛る考え方も成り立つが、……違法排除説は任意性の概念を包摂するものであり、これと任意性の基本原理に関する右の三説とは何等矛盾するものではないと考える。右の三説はいずれをとつても……實際上の適用においてはさして結論の差を導くものではない。本稿では一応、自白の任意性を字義通り、供述の意思決定の自

由をいうものと解する」<sup>(77)</sup>、「以上の点を考慮して自白の証拠能力の構成要件をまとめると、自白は『それがなされたことについて何等の外部的誘引（拷問等）も存しないこと、または外部的誘引が存しても、これと自白が任意になされたこととの間に因果関係の存しないこと』（任意性）および『その採取手続に重大な瑕疵（拷問等）の存しないこと、または右の瑕疵が存しても、これと自白（任意と否とを問わぬ）がなされたこととの間に因果関係の存しないこと』（デュー・プロセスの要請）を要する」<sup>(78)</sup>。

谷口＝太田説は、自白法則を不任意自白の排除を定めたものと解する点では、任意性Ⅰ説の枠をこえるものではない。しかし、「違法収集証拠排除法則の法理」と任意性Ⅰ説との「重畳的適用」の必要性を説く（すなわち、自白法則には違法排除説の観点は含まれていないという理解である）とともに、任意性説と違法排除説とは、「実上の適用におけるはさして結論の差を導くものではない」とした上で、自白の証拠能力を判断するにあたっては、「外部的誘引」の自白の任意性に与えた影響と、「外部的誘引」と自白との間の因果関係の存否（ここにいう因果関係とは、条件関係があれば足りるとする）を検討すべきことを提言するものであり、任意性Ⅲ説に位置づけることができる。谷口＝太田説は、理論的にみれば、「任意性説と違法排除説とは――筆者注――実上の適用においてはさして結論の差を導くものではない」との主張に疑問の余地はありうる。しかし、「違法収集証拠排除法則の法理」と任意性説との「重畳的適用」の必要性を説いている点などは、後に詳しく検討する「競合説」にもつながる思考といえ、注目に値する。また、谷口＝太田説が主張されたのは、判例（最判昭五三「一九七八」・九・七刑集三三卷六号一六七二頁）<sup>(80)</sup>によって違法収集証拠排除法則が採用されるよりも以前である。最高裁において違法収集証拠排除法則が採用される以前の段階において、現職の裁判官によって「違法収集証拠排除法則の法理」の自白への適用が説かれたものである点には谷口＝太田説の重要な意義が存在しているといえよう。<sup>(81)</sup>

(三) 任意性Ⅲ説にたつ平場説および谷口＝太田説に共通する問題点は、自白に違法収集証拠排除法則を適用する場合の排除の基準を明確に示していない点である。もつとも、両説が主張された当時は、まだ判例において違法収集証拠排除法則は採用されていなかったし、学説においても違法収集証拠の排除基準について突き詰めた検討がなされていともいえない状況にあったことを考えればやむをえなかつたともいえよう。むしろ、任意性Ⅲ説が、「任意にされたものでない疑のある自白」の排除をめざしている、すなわち自白の任意性を問題にしている刑訴法三一九条一項に忠実な立場にたちつつ、そこにおさまらない違法な手段によって得られた自白についても排除をめざす理念は、「競合説」にもつながるものであり、その先駆性はもつと積極的な評価がなされてきてもよかつたのではなからうか。

## 五 違法排除説

以上に見てきた諸見解にはば共通しているのは、自白の任意性を判断するのに際して、多かれ少なかれ取り調べられる側に着目している点である。これに対し、自白の任意性を判断するに際して、取り調べられる側ではなく取り調べる側に着目し、捜査手続が適正なものであつたかどうかを問題にする説が違法排除説である。すなわち、手続に違法が認められれば、そのことのみを理由に自白の証拠能力を否定すべきとするのである。違法排除説に対しては、取り調べられる側の心理状態を証拠能力の基準とするのではなく、取り調べる側の行為の外形を基準とするため、証拠能力判断の基準の客観化が可能となり、自白排除の実効性が高まるのではないかという期待がもたれた<sup>(83)</sup>。また、違法排除説は、手続に違法が認められれば、そのことを理由に自白の証拠能力を否定するため、憲法三一条の保障する適正手続の実現にも資する見解ということもあり、自白法則の「閉塞状況」<sup>(84)</sup>が叫ばれる中、学説において通説的地位を占めているの

である。もつとも、違法排除説に対しては、(イ) 刑訴法三一九条一項が、任意性の有無を自白の証拠能力の要件としていることは明らかであり、違法な手続によって得られた自白が本項により律せられているという解釈は困難である、<sup>(85)</sup>  
 (ロ) 違法収集証拠排除法則と比較しても実体的真実とのバランスを欠く、<sup>(86)</sup> といった批判も向けられているところである。

ところで、違法排除説にたつと、違法収集証拠排除法則と自白法則とは、ともに適正手続担保のための証拠排除法則として、「共通の論理構造」をもち、「一体化することになる」<sup>(87)</sup>。もつとも、その一体化の程度については、論者によって大きな違いがあり、この点には注意が必要である。そこで、以下では、違法排除説を主張する代表的な論者である、田宮裕博士の見解 (A)、鈴木茂嗣教授の見解 (B)、および松尾浩也教授の見解 (C) についてそれぞれ検討する。<sup>(88)</sup>

(A) 田宮説

(一) まず田宮裕博士の見解について検討する。周知のように、田宮博士は違法排除説の提唱者である。<sup>(89)</sup> 田宮博士は次のように主張された。

「自白が排除されるのは、虚偽が排除されるためでも黙秘権を担保するためでもない。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ための一つの手段なのである。裁判が、真実というただ一点をめぐらしてまっしぐらに突進するものではなく、訴訟の過程にあらわれる諸利益の間に、具体的正義を……個々にみつけていく一つのインスタティューションであることは、すでに述べた。違法を排除する要求の方が、被告人を有罪にする関心より強い場合には、具体的正義の基準を前者の方向に見出して、それで満足するというダイナミックな態度が、法秩序を動かすためには必要だ。違法にとられた自白を、思い切つて排除するというのは、こういう思想を根本にもつ。」

たとえ自白が真実のもので、それだけで有罪を指向するものであっても、なお排除されなければならない<sup>(90)</sup>」、「そうすると、自白を排除する成法上の根拠は、憲法上では三一条の適正手続条項になる。その特殊な場合として、同三六条の拷問禁止がある。……また、三八条二項も、適正手続の要求の一部についての証拠排除面に関する注意規定と解すべきである。通説は、これを、自白排除の唯一の規定とみているが、適正手続に反して証拠能力の奪われる典型的な例であり、説明的規定にすぎない<sup>(91)</sup>」。

「三六条・三八条二項以外で、どういう場合が適正手続違反かは、個人の自由権や幸福追求の利益を、最高の価値としている憲法の趣旨や、刑事手続に関する諸規定にてらして、裁判所が判断していく問題である。……弁護権を不当に制限してえた自白、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えた自白、自白をうるためだけに行なわれるような、長時間の継続的取調による自白など、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もの、ないしは、文明国家の基準である礼讓の觀念に反する場合がそれにあたるだろう<sup>(92)</sup>」。

「違法排除説をとると、排除されるのは、この意味の違憲の方法で採取されたものにかぎらない。ひろく訴訟法規の意義で、不法にとられたものを排除することができる。適正手続の問題のほかはこの問題のあることを忘れてはならない。どういう規定の違反が自白の証拠能力に影響するかは、一義的にてはこない。これも具体的な場合に、決断を下す判例の発展に期待するほかない。ただ、三一条や三八条二項の規定があるので、違憲の証拠を排除するのは、比較的肯認しやすいが、違法な自白を排除するには、一つの飛躍が必要なようにみえる。しかし、三八条二項を具体化した刑訴法三一九条一項はある。とくに、……わたくしのように、憲法三八条二項、刑訴法三一九条一項を、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めば、問題はなくなるだろう。三一条に相当する規定も、いふなれば刑訴法一条にないわけではない。また、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關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きも同じように考えてよい。あえて自白を排除することによって、その違法性を斥ける選択を、裁判所がのぞむときは、それを不能とする理由はない<sup>(93)</sup>。

(二) 田宮説は、憲法三一条を自白排除の総括規定と解し、自白法則を違法収集証拠排除法則の一適用場面と位置づけるものである。したがって、憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項は、違法収集証拠排除法則における自白に関する例示的なものを示した注意的な規定に過ぎないもの解されることになる<sup>(94)</sup>。

田宮説の意義は、集約すれば「自白法則に関する伝統的な考え方が、自白の排除を専ら不任意自白の範囲内で考えていたのに対し、自白法則を排除法則の一環と見る見方を介し、違法に得られた自白一般について、排除の展望を開いた点にある<sup>(95)</sup>」といえる。後に詳しくみることにするが（本章第二節）、従来の判例をみると、手続に違法を認める一方で、具体的に虚偽自白のおそれや供述の自由の侵害が認められないこと等を理由に自白の証拠能力を肯定したものが少なくない。これに対し、田宮説は、手続が違法であるかどうかに着目し、手続に違法が認められればそのことを理由に端的に自白を排除するものであるから、自白の証拠能力が否定される範囲は、任意性説と比べれば必然的に広いものとなる。また、虚偽自白を誘発するおそれや供述の自由の侵害といった事實は、取調べにおける被疑者の心理状況を明らかにしなければ認定できないのに対し、手続の違法性は外形的な手続から認定することが可能であり、排除の基準の客観化をはかることができる。このような意義をもつ田宮説（違法排除説）は、適正手続と自白排除の実効性の確保を指向する論者から広く受け入れられていったのである<sup>(96)</sup>。

たしかに、適正手続を保障する憲法三二一条の趣旨に鑑みれば、違法な手続によって得られた自白は、物証における場合と同様にその証拠能力は否定されるべきである。<sup>(97)</sup>したがって、田宮説が、違法な手続によって得られた自白の排除を目指し、そのことを証拠法上明確に位置付けた点は正当であり、学説において田宮説（違法排除説）が支持を集めたことには十分な理由があったといえる。<sup>(98)</sup>しかし、序章でも触れたように、<sup>(99)</sup>田宮説には、克服しなければならぬ問題点も数多く存在しているといわざるをえない。以下、田宮説の問題点を整理する。

(三) 第一に、憲法三八条二項およびこれをうけた刑訴法三一九条一項は明らかに「任意にされたものでない疑のある自白」を排除の対象としているが、田宮説はあまりにも任意性という見地から離れ、条文の文理との整合性を欠くことが挙げられる。<sup>(100)</sup>自白法則が憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項の解釈の問題であることに鑑みれば、やはり、条文の文理を軽視することは戒めなければならない。

(四) 第二に、第一の問題とも密接に関連するが、任意性という見地から離れるがゆえに、被疑者の内面をあまりにも軽視していることを挙げることができる。<sup>(101)</sup>たとえば、任意性工説にたつ大野検察官は、「自白の採取に関連する手段には取調べから身柄の拘束その他の手続に至るまでさまざまなものがあるうえ、これらの手段と自白との間には自白をするか否かやその内容に係る供述者の意思決定が介在している構造的特性を有する」と指摘されているが、このこと<sup>(102)</sup>によって任意性工説（違法収集自白の排除を否定することが）が正当化されるかはさておくとしても、このような自白の証拠としての特性についての視点それ自体は正鵠を射たものというべきである。そしてこのことは、手続が違法かどうかという客観的・規範的な基準に加えて、被疑者の心理面に着目した主観的・個別的な基準も必要であることを示しているのではないか。強制や拷問といった違法を伴わない通常の刑事手続の中に被疑者の供述の自由を侵害する要素が潜んでいることは、ミランダ判決によって既に四〇年以上前に指摘されていることであるし、<sup>(103)</sup>また、近時の供述心理

学の成果はこのことを実証的に明らかにしている。<sup>(10)</sup> このように、必ずしも違法とは言えない手続の中に潜む供述の自由を制約する要素に田宮説で対処することができるのであろうか。大いに疑問が残るといわざるをえない。<sup>(11)</sup> 田宮説にたつた場合、白自の証拠能力が否定されるためには、白自が得られるまでの手続に違法が存在していたことが裁判所によって認定されなければならない。そうすると、裁判所によって違法とさえ評価されなければ、いかに過酷な取調べや、被疑者の人権を侵害するような取り扱いがなされたとしても、そのような手続によって白自の証拠能力が認められることとならざるをえない。<sup>(12)</sup> とりわけ、後述するように、現在の「適法」な取調べ実務には被疑者の供述の自由を確保する観点からみて数多くの問題点が含まれているが、このような問題に田宮説では対処することが困難となる。はたして、それが、憲法三八条二項や刑法法三一九条一項の趣旨といえるのであろうか。

田宮説は違法な取調べに対する抑制手段とはなりえても、違法とまで断じることのできない取調べに対しては無力といわざるをえない。田宮説は、取調べの適正化と被疑者の人権保障の徹底をめざす提唱者の理念とは逆に、少なからぬ問題のある現在の取調べ実務を肯定しがちな側面を含んでいるのである。

(五) 第三に、白自の証拠能力が否定されるのに必要な違法の内容の不分明さを挙げることができよう。たしかに、虚偽排除説や人権擁護説が白自をした際の被疑者の心理状態を問題とするのに対し、田宮説ではそのような心理状態を問題にすることなく、取調べの方法それ自体を問題にすることから、白自の証拠能力の判断基準の客観化、明確化をもたらし契機となりうる。<sup>(13)</sup> また、田宮説によれば、手続の違法が白自の排除に直結するため、手続が違法であった否かに加えてその違法が供述の自由に影響を及ぼしたか否かの検討が必要な任意性工説などと比べれば排除の範囲は拡大する。白自法則が取調べの事後的な抑制手段であることに鑑みれば、田宮説にたつことで白自法則は違法な取調べに対する効果的な抑制手段となりうる。

しかし、具体的にどのような違法であれば自白の証拠能力が否定されることになるのか、という点については、明らかにはされていない。この点について、たとえば、井戸田侃教授は、「デュー・プロセスと云っても、その内容は人によって異なるし、どのような手続が違法かも明確でない。また違法と云ってもいろいろな段階があつて、ここでもこれをすべて排除するわけではないから、排除する基準は、一層不明確ということになる。デュー・プロセスを否定する者はいないから、一番わかりよいとともに、実は一番わかりにくいのである」とされている<sup>(10)</sup>。また、大澤裕教授も「『フェア・トライアル』や『礼讓の観念』という判断基準は、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』までもたらずものではない」とされている<sup>(11)</sup>。

また、自白法則を違法収集証拠排除法則の一環と位置付けるのであれば、判例が採用する物証についての違法収集証拠排除法則の排除基準が自白についてもそのまま妥当するのかが問題となるが、この点についても田宮説では明らかとされていない<sup>(12)</sup>。

(六) 第四に、田宮博士は、アメリカの判例における自白排除法則の発展をふまえて違法排除説を提唱されたのであるが、アメリカの判例から違法排除説を引き出すことは必ずしも妥当とはいえないように思われる。たしかに、マクナブ判決やマロリー判決は、自白の任意性にかかわらず、手続の違法を根拠に自白の証拠能力を否定すべきとしたものであるし、その後相次いでだされたマサイア判決、エスコビード判決も同様である<sup>(13)</sup>。しかし、これらは、不任意自白排除の観点とは異なる観点から自白の証拠能力を否定したものであつて、これらの判決は、アメリカにおいて不任意自白排除の観点放棄されたということの意味するものではない<sup>(14)</sup>。このことは、合衆国憲法第五修正を根拠に、不任意自白排除の観点から自白の証拠能力を否定したミランダ判決がだされたことによつて確認されているように思われる<sup>(15)</sup>。

(七) 第五に、田宮説は自白法則を違法収集証拠排除法則の一適用場面と解することにより、憲法三八条二項および

これをうけた刑訴法三一九条一項の重要性が任意性説と比べて低くなり、憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項の実質的な解釈、すなわち「任意にされたものでない疑のある白自」の意味の解明が尽くされていない点である。この点に関しては、実務家からも、「いわゆる違法排除説は、基準の明確化を目指して唱えられたものではあつたが、その説自体が憲法三八条二項の解釈の枠を超えた立論であつたため、逆に憲法三八条二項の解釈論としては、かえつて不明確性を帯びる結果になつていゝというべきではないか」との指摘がなされていゝところである。

(八) 第六に、憲法三八条二項は、条文構造上、憲法三八条一項をうけたものであることは明らかであるが、そうであれば、憲法三八条一項で保障された自己負罪拒否特権(黙秘権)を証拠法上も保障したものであるとする解釈が、条文解釈として、もつとも無理のない素直な解釈であり、かつ説得的なものはなからうか。

(九) そして、第七に、判例で違法収集証拠排除法則が確立している今日では、違法な手続によつて得られた白自を排除するために文理の問題を抱えてまで違法排除説にたつ必要性は乏しいのではないか、という指摘もなされていゝ。

(B) 鈴木説

(一) 白自法則を違法収集証拠排除法則の一適用場面と解する田宮説に対し、田宮説が白自の任意性から過度に離脱していることを疑問視し、白自の任意性という概念に独自の意義を見出そうとする見解も主張されるようになる。このような見解を唱える代表的な論者が鈴木茂嗣教授である。鈴木教授は、「任意性の問題と……白自法則とをこのように原理的に峻別する必要があるであろうか。もし、任意性に関する法則が憲法三八条二項の規定において考慮の外におかれていゝと解するのであれば、それは、憲法制定当時のアメリカ法の状況を前提として考えても、妥当なものとはいえないであらう」<sup>(12)</sup>、「この点で、通説が憲法三八条二項を任意性に関する規定と理解してきたことにも理由があるのであり、

これを全面的に否定することは妥当でない<sup>(18)</sup> という問題認識の下、次のように主張される。すなわち、「任意性に疑いのある自白も証拠とすることができない。違法排除説からは、違法にとられたとの疑いのある自白一般の証拠能力が否定されることになる。ここに『任意性に疑いのある』とは、『適正かつ任意にされたことに疑いのある』の意に解するのが相当である。たとえば、取調による自白についていえば、『適正な取調に基づく任意の自白』でない疑いがある以上、その自白は排除されねばならない。強制・拷問・脅迫・不当拘禁による自白は、制限列举ではなく、違法収集自白の例示にすぎないと解せられる。憲法三十八条二項、法三一九条一項に列举以外の場合であっても、これらと同程度の違法手段により獲得された自白は、やはり証拠から排除されねばならない。たとえば、弁護人依頼権を侵害してとられた自白などは、これにあたるといえよう……。また、自白採取行為が、諸種の観点を総合的に考慮して全体的にみたときに右の列举事由と同程度の違法性を示すならば、やはりその自白は排除されねばならない<sup>(19)</sup>」。

(二) 鈴木説は、憲法三十八条二項および刑訴法三一九条一項に列举されている、「強制」、「拷問」、「脅迫」、および「不当に長い抑留・拘禁」を違法な手続の例示であると解し、これと同程度のものは、刑訴法三一九条一項の「任意にされたものでない疑いのある自白」に読み込むことよって排除することをめざすものである。田宮説が、自白法則を違法収集証拠排除法則の一環ととらえ、憲法三十八条二項および刑訴法三一九条一項に列举されていない違法手段によつて得られた自白については、憲法三十一条を総括規定としてその証拠能力を否定するのに対し、鈴木説は、田宮説のように自白法則を違法収集証拠排除法則の一環であるとは理解せず、憲法三十八条二項および刑訴法三一九条一項に列举されていない違法手段によつて得られた自白を、刑訴法三一九条一項の「任意にされたものでない疑いのある自白」として排除しようとする点に特色がある。

このように、田宮説と鈴木説の間には、自白法則と違法収集証拠排除法則とを一体にとらえるのか否かの違いはある

ものの、ともに自白法則を違法に収集された自白を排除するものと解する結論部分については異なるところがない。実際、田宮説と鈴木説は、具体的に排除の対象となる自白の範囲はほとんどかわらないという見方もある。<sup>(17)</sup> もつとも、田宮博士は、自説のほうに鈴木説よりも、「排除の範囲が若干広く開かれることになろう」とされる。<sup>(18)</sup> 田宮博士は、この理由を明確に示されているわけではないので断定することはできないが、おそらく、鈴木説が、「任意にされたものでない疑のある自白」に読み込まれる違法収集自白の範囲を憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項に列挙されているものと「同程度の違法手段により獲得された自白」としている点をとらえての指摘であると解される。<sup>(19)</sup>

ともあれ、鈴木説は、自白法則に独自の意義を認め、自白の証拠能力を憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項によつて判断しようとする点を除いて、田宮説との間にほとんど実質的な違いはない。<sup>(20)</sup> また、鈴木説は、「強制」、「拷問」、「脅迫」、および「不当に長い抑留・拘禁」を違法な手続の例示と解し、これと同程度のものを刑訴法三一九条一項の「任意にされたものでない疑のある自白」に読み込むというものである。そのため、違法排除説に対して向けられている最大の問題点である、自白法則は明確に自白の任意性を問題にしているという批判に対して何らかの解答を与えるものともいい難い。したがって、鈴木説には、田宮説に対して向けられている批判がほぼそのまま妥当するものといわざるをえない。もつとも、鈴木教授が「任意性の問題と……自白法則とをこのように原理的に峻別する必要があるであろうか。もし、任意性に関する法則が憲法三八条二項の規定において考慮の外におかれていると解するのであれば、それは、憲法制定当時のアメリカ法の状況を前提として考えても、妥当なものとはいえないであろう」とされた点は、きわめて重要な意義を有しているように思われる。たしかに、日本国憲法制定の時点では、すでにアメリカにおいてはマクナブ判決がだされていた。しかし、マクナブ判決で問題とされたのは違法な身体拘束中の自白の証拠能力（すなわち、違法収集自白の証拠能力）であつて、不任意自白の証拠能力ではない。また、マクナブ判決と後年だされたマロリー判決の判

示によりマクナブ＝マロリー・ルールが確立した後にミランダ判決がだされていることにてらしても、マクナブ判決およびマロリー判決によって不任意自白への対処が不要となったわけでもないからである。<sup>(12)</sup>

### (C) 松尾説

(一) 松尾浩也教授も違法排除説にたたれているが、その内容は、田宮説や鈴木説とは大きく異なる。松尾教授は違法排除の根拠を憲法三八条二項に求め、不任意自白排除の根拠を刑訴法三一九条一項に求められる。すなわち、憲法三八条二項と刑訴法三一九条一項を完全に重なるものとは解さず、刑訴法三一九条一項を違法排除を定めた憲法三八条二項を「任意にされたものでない疑のある」自白にまで拡張した規定であると位置づけられる。そして、憲法三八条二項の明文で排除の認められていない類型の違法収集自白については、違法収集証拠排除法則の適用によって対処すべきとされるのである。

松尾教授の見解は次の通りである。すなわち、「排除されるのは、……まず憲法のレヴェルで、『強制、拷問、脅迫による自白』および『不当に長い抑留・拘禁後の自白』である(憲三八条二項)。……拷問・脅迫および不当に長い抑留・拘禁は重大な違法行為であり、強制もまた程度によりこれに準ずる。したがって、憲法は、このような手段で取得された自白の排除を命じたと考えられる(重大な違法を伴う不任意自白の排除)。しかし、(被疑者が真犯人であって)虚偽の自白がなされる場合を考えると、さらに広く、不任意の自白一般を排除することが望ましい。そして、被疑者が真犯人であるかどうかをあらかじめ判断することはできない。刑事訴訟法は、――憲法と重複する字句を用いたほか――排除の対象を『任意にされたものでない疑のある自白』全部に拡張した……。そこで、約束、偽計、圧迫、誘導、疲労、病气など、被疑者の自由な意思決定を妨げる事情があり、その結果、虚偽の自白を誘発するおそれがあったと疑われるとき

は、その自白は証拠能力を失うことになる（不任意自白一般の排除）。この場合、自白の真実性を別途立証して、証拠能力を回復させることはむろん許されない。なお、不任意な自白をもたらすような取調べは、多くの場合、違法なものと評価されよう<sup>(18)</sup>。

(二) 松尾説は、憲法レベル、刑訴法レベル、および違法収集証拠排除法則レベルという三つの排除原理が並存すると解する見解である<sup>(19)</sup>。ここが、松尾説の、田宮説および鈴木説との決定的な相違点である。田宮説および鈴木説は、憲法三十八条二項および刑訴法三一九条一項に列挙されていない不当な誘引などによって得られた自白についても、その違法性に着目して、自白法則の適用によって（すなわち憲法三十八条二項および刑訴法三一九条一項によって）自白の証拠能力を否定する。これに対し、松尾説は、憲法三十八条一項および刑訴法三一九条一項に列挙されている、「強制」、「拷問」、「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」については、その違法性により憲法三十八条二項を根拠に自白の証拠能力が否定されるが、それ以外の「約束、偽計、圧迫、誘導、疲労、病気など被疑者の自由な意思決定を妨げる事情」のある場合については、「その結果、虚偽の自白を誘発するおそれがあったとき」に限って自白の証拠能力が否定されるとされる。そうすると、刑訴法三一九条一項のいう「任意にされたものでない疑の自白」の意味は、供述の自由を侵害されたことによる虚偽のおそれのある自白ということになるものとなり、そうであるが、この点について松尾教授は、「不任意な自白をもたらすような取調べは、多くの場合、違法なもの」と評価されよう<sup>(20)</sup>とも述べられているので、この限りにおいては、「任意にされたものでない疑のある自白」は、違法な手段によって得られた自白とパラレルになるともいえよう。

## 六 折衷説

(一) 折衷説は、刑訴法三一九条一項には上記三つの排除の原理がいずれも含まれていると解する説である。折衷説は、自白の証拠能力の判断において、虚偽排除、人権擁護および違法排除という三つの原理を競合的に適用しようとする点にその特徴がある。すなわち、強制や拷問などの違法が認められれば、それと自白との間の因果関係の有無にかかわらず、違法排除の観点から当該自白の証拠能力は否定されることになるのである。

(二) 折衷説にたつ見解として、たとえば、平野龍一博士は次のように主張される。「三一九条は、『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。この中には、右の三個の趣旨を競合的に含んでいるものと解される。そのどれかにあたれば、自白は排除される。したがって、この『強制、拷問又は脅迫』という観念も、右の趣旨に照らして解積しなければならぬ。身体に対する暴行が加えられたときは、それ自体が違法であるから、それだけで任意性がない<sup>(136)</sup>。また、井戸田侃教授は、「わたくしは、三一九条の任意性には、右の二つの理由「虚偽排除説と、人権擁護説を徹底させた違法排除説をも含む人権擁護説——筆者注」がともに考慮されていると考えている。歴史が示すように自白偏重は誤判に連なる。消極的実体的真実主義を重視するときには、一層この点が重要である。したがって自白は、内容的には、真実に反する供述をしたおそれがないことを必要とする。しかしまた一方においてはその手続においては、基本的人権尊重という憲法を侵害するものであってはならない。憲法もかかる観点に立っていると思われる。かくして任意性ありや否やの判断については、その内容において真実に反するおそれがないということとともに、それ取得する過程において人権侵害とみられるべき行為がないことを必要とする。この二つのうちどちらか一つを欠いても証拠能力がないということになる。そうして法は、『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』<sup>(137)</sup>は、それだけで当然に証拠能力を失うものと例示したのである。」とされる<sup>(138)</sup>。

(三) 折衷説は、自白の任意性という観点を重視しつつ、違法排除説の考え方についても自白法則の解釈として取り込もうとする点に特徴がある。虚偽自白のおそれがある場合、黙秘権等の供述の自由が侵害された場合、および違法な手続がなされた場合、のうちのいずれかに該当すれば自白の証拠能力は否定されることになるため、被疑者の人権保障の実現にとつて最も手厚い見解であるともいえよう。<sup>(138)</sup> もつとも、刑訴法三一九条一項に、虚偽排除説、人権擁護説、および違法排除説の趣旨が含まれているとしても、実際の証拠能力の判断の場面で三つの趣旨がどのように生かされるのかについては必ずしも分明ではない。また、実際のところ、はたして違法排除説の趣旨が徹底して生かされるのかについても疑問をさしはさむ余地が残されている。なぜなら、違法排除説を徹底すれば、必ずしも憲法違反とまではいえない手続違反によつて得られた自白についても排除の道が開かれることになる。たとえは取調べに際して黙秘権告知(刑訴法一九八条二項。なお、憲法三八条一項)<sup>(139)</sup> がなされなかった場合に、違法排除説を徹底すればそのこと自体が自白の証拠能力の否定に直結するのに対し、折衷説においては、不任意性の推定にとどまるという理解も成り立ちうる(すなわち、任意性の存在につき反証がなされれば自白の証拠能力が肯定される余地が残される)<sup>(140)</sup> からである。

## 七 総合説

(一) 「総合説」<sup>(142)</sup> とは、憲法三八条二項と刑訴法三一九条一項を「不適正自白の排除法則」<sup>(143)</sup> の一環として再構成する説である。総合説は、憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項の枠組みにとらわれることなく、自白の証拠能力が問題となる事例に応じて自白排除の原理を構成するものである。自白法則を、「不適正自白の排除法則」の一適用場面と理解する点で、総合説は、自白法則を違法収集証拠排除法則の一適用場面と解する違法排除説(田宮説)と理論構造の

点において類似している。ただ、「総合説」は、違法排除説や任意性説のように、特定の自白排除の根拠に基づいた統一的な自白の証拠能力の判断枠組みを設けるものではない。自白が得られた具体的状況を考慮して、排除の理由・根拠を、事案に応じて構成する点に総合説の特色があるのである。なお、自白が得られた具体的状況を考慮して、排除の理由・根拠を使い分けるという点では、先にみた折衷説と親和的であるが、折衷説が自白法則（すなわち、憲法三八条二項および刑法三一九条一項）の枠内で虚偽排除、人権擁護および違法排除を考慮するのに対し、総合説は自白法則の枠にとられない。ここに折衷説との本質的な違いがある。<sup>(14)</sup>

(二) 総合説にたつ代表的論者が渡辺修教授である。渡辺教授は、まず、取調べの目的を、被疑者の主体性と防御権を守りつつ被疑者が自己の記憶を自由に述べる場を提供することにあると位置づけられる。<sup>(15)</sup>そこで、取調官はその限度で尋問・追及などを行うとすれば、「取り調べの適正化と自白の確保」を実現しうる自白の証拠能力の判断枠組みが必要となるが、「それには、虚偽排除・人権擁護・違法排除のうちいずれかひとつを判断の拠り所とするのは妥当ではない。……ただ、証拠能力の判断のときに自白内容を調査することを裁判所に許すと、事実上これによる心証が形成され、後にこの心証を消去することは事実上無理となる。とすると、自白内容に触れるのをなるべく避けながら、総合的な視座にたつて自白の許容性を判断できる基準を設定すべきではないか」とされる。<sup>(16)</sup>このように述べたうえで、「自白の証拠能力については、その理由に照らして次の各段階に即して判断すべきである」とし、排除される自白とその根拠を大要次の(イ)～(ト)のように類型化されている。<sup>(17)</sup>すなわち、(イ) 黙秘権・弁護人依頼権の不告知、被疑者が弁護人に依頼しようとするのを妨害、取調べへの弁護人の立会ないし接見の要求をしたにもかかわらず、その機会を与えなかった場合など、被疑者の防御権を侵害して得られた自白は、不利益供述の「強要」を禁する憲法三八条一項に違反することを根拠に排除される。(ロ)「強制(供述の自由を侵害する事実上の有形・無形の圧力)、拷問、脅迫に

よる自白については、法三一九条一項または憲法三八条二項に反するものとして排除される。供述の自由と身体の自由等の人權擁護、並びに不当な取調べ方法の絶対的禁忌、虚偽自白排除を理由とする」。(ハ)「不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白」は、(ロ)と同様の理由で排除される。(ニ)「軽度の暴行や侮辱・罵倒・悪罵等の言辞、大声・怒鳴り声等の不当な取調べ方法を種々組み合わせ得られた自白」、「私人が……」(イ)および(ロ)の「筆者注」手段を用いて得た自白、その後捜査機関に対してした反復自白」、「被疑者が社会的・経済的・人的關係に伴う圧力(例えば、暴力団員間の威嚇、圧力、言いくるめ等)によって自白した場合」、取調べ自体に問題はないが被疑者の側に「個別的な事情(年齢、精神遅滞、特殊な健康状態等)」がみられる場合は、事情の総合によって、『任意にされたものではない疑のある自白』として、刑法法三一九条一項によって排除される。(ホ)「約束、偽計、誘導、誤導等抽象的・類型的に考えて明らかに虚偽自白を導き易い取調べ方法が用いられた場合にも、法一条、法三二七条に基づいて自白は排除する」。(ト)「(ニ) および(ホ)―筆者注」の方法によって得られた自白に基づいて収集された反復自白については、違法捜査抑制を目的とする憲法政策によって、憲法に内在する適正手続原理(憲法一条・一三条・三二条)を根拠に排除される」。

(三) また、佐藤文哉元裁判官は、「私見によれば、違法排除説は、虚偽排除説、人權擁護説が排除を求める場合の多くをカバーすると思われるが、違法排除説の違法は自白の任意性との因果關係を問わないという点からも重大なものに限られるというべきであるから、全部をカバーしなれないと思われるし、他方、自白取得の過程に重大な違法がある場合には(たとえば、手続に違法がなければ取調べがありえなかつたとか、取調べをすること自体が違法な場合)、自白の任意性との因果關係を問うことなく、自白を排除すべきだと思われる。つまり、自白排除の根拠として従来主張されてきた三つの考え方にはそれぞれ合理的な理由があり、互いに他を排斥するものではなく、それぞれが最もよく妥当する

分野で用いられてよいのではないかと思う<sup>(148)</sup>とした上で、自白に違法収集証拠排除法則を適用することには批判も向けられてはいるが、「少なくとも、……違法拘束の違法が著しく、取調べがありえなかったか（たとえば、法定の期間を超えた勾留中の取調べ）、取調べをすること自体が違法な場合（たとえば、別件逮捕中の本件についての取調べ）には、右のような違法がなければ自白が存在しないのであるから、……供述者の自白に関する意思決定の有無、内容を問題とする余地はなく、自白は排除されなければならないと思われる。三一九条一項は、自白法則の大部分をカバーしているが、任意性の有無を問題とするまでもないほど取得過程に重大な違法があるときに違法収集証拠排除法則の一般原則に従って自白を排除することを認めない趣旨とは思われない」とされた<sup>(149)</sup>。

佐藤元裁判官の見解は、排除される自白とその根拠について類型化していない点や自白に違法収集証拠排除法則を適用する点などにおいて渡辺教授の見解とは若干異なる。また、「二つの考え方にはそれぞれ合理的な理由があり、互いに他を排斥するものではなく、それぞれが最もよく妥当する分野で用いられてよい」として、自白法則の趣旨に違法排除説が含まれるような表現をされる一方で、重大な手続の違法が認められる場合には違法収集証拠排除法則適用して自白の証拠能力を否定すべきことを説かれていることから、厳密にみれば、自白法則の解釈として違法排除説が含まれることを主張する見解なのかについては必ずしも明らかではない。ただ、自白法則の枠にとらわれていないことや、虚偽排除説、人権擁護説および違法排除説を、「それぞれが最もよく妥当する分野で用いられてよいのではないかと思う」としている点において、渡辺教授の見解と共通の問題認識にたたれており、総合説に位置付けることも十分に可能であるといえよう<sup>(150)</sup>。

(五) 以上にみた総合説は、違法排除説では十分に対処できない自白がありうることを、自覚的に分析対象にしている点に重要な意義が認められる<sup>(151)</sup>。この意味において、総合説は、自白法則で対処できない自白を念頭に置き、憲法三

八条二項及び刑訴法三一九条一項に列挙されている事由以外の事由によって自白が得られた場合に、その自白を憲法三八条二項及び刑訴法三一九条一項以外の規定を用いて排除することを認める点で、後に検討する、自白の証拠能力の判断にあたっては自白法則と違法収集証拠排除法則とをともに適用すべきとする「競合説」と問題認識を共有しているということもできよう。また、虚偽排除説、人権擁護説、および違法排除説を、それぞれ最も適切な場面において適用すべきという考え方は、具体的な個々の事案に応じた柔軟に問題解決が可能であるともいえ、この点にも総合説の利点を認める。しかし、自白の証拠能力を判断するための統一的な判断枠組みを設けないということは利点であるのと同時に、自白の証拠能力の判断を過度に複雑化させることになりかねず、また、自白の証拠能力の判断方法や判断基準の不統一を招きかねないという点においては難点でもあるといわざるをえない。

## 八 まとめ

(一) 本節では、自白排除法則に関するこれまでの日本の学説の議論について検討してきた。学説の議論は、自白の信用性の確保から被疑者の黙秘権をはじめとする人権の保障を重視する立場へ、そして人権保障をより徹底させた違法排除説へと発展を遂げてきたことがわかる。もともと、違法排除説、とりわけ違法排除説の元祖である田宮説には、自白法則の文理との整合性について課題を残すものであった。そこで、田宮説の文理上の問題点を克服する試みが、すなわち、刑訴法三一九条一項の「任意にされたものでない疑のある自白」の文言を生かした形で違法排除説を構成する試みが、鈴木茂嗣教授や松尾教授によってなされるようになったのである。そして、近時では、「総合説」のように、違法排除説の意義は認めつつ、違法排除説で対処できない自白に光を当てる見解が主張されるようになるなど、学説にお

いて主張されてきた見解は実にバラエティーに富んでいる。もつとも、それらはいずれも、憲法三八条二項と刑訴法三一九条一項、すなわち自白法則の解釈、とりわけ、その背景にある自白排除の原理を軸に展開されたものであった点で、共通の基盤を有するものであるといえる。

(二) それゆえに、従来の議論には本質的な問題があったといわざるをえない。それは、自白法則が、憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項の解釈の問題であるにもかかわらず、学説の多くが、これらの条文の解釈というよりも、むしろ、自白排除の範囲を念頭に置いた政策的な議論に重点を置いてきた点である。

たとえば、任意性工説には、現在行われている被疑者の取調べや「実体的眞実」の発見を重視する観点から、違法な手続によって得られた自白の排除を阻止しようとする政策的な色彩が色濃くみて取れる見解が少なくない。<sup>(15)</sup>

他方、任意性工説と対照的な立場といえる違法排除説も、刑訴法三一九条一項の文言を離れた政策的解釈の要素を多分に含むものであったといわざるをえない。<sup>(16)</sup> たしかに、憲法三二条およびこれをうけた刑訴法一条が被告人に対し適正手続を保障していることに鑑みれば、違法な手続によって得られた自白の証拠能力は認められるべきではない。しかし、任意性説にたった場合、違法な手続によって得られた自白の証拠能力が、虚偽のおそれがないいは供述の自由が害されていないという理由により認められてしまう場合がありうるため、違法捜査を抑止することが困難となり、適正手続を保障する憲法の要請をみたすことが困難とならざるをえない。これに対し、違法排除説にたてば、このような任意性説の難点を克服することができる。このような意味において、違法排除説がこれまで果たしてきた役割は非常に重要であったことはたしかである。しかし、違法排除説には先に述べたような看過しがたい問題点が残されている。

(三) とところで、後に詳しく述べるが(本稿第四章)、一九七八年、物証についてではあるものの判例によって違法収集証拠排除法則が採用された。<sup>(17)</sup> これを契機として、自白の証拠能力の判断に際し、自白法則それ自体の解釈として

は任意性工説に機軸を置きつつ、違法な手段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自白にも適用することでのその自白の証拠能力を否定すべきとする、いわゆる「競合説」が主張され、支持を広げつつある。<sup>(156)</sup> たしかに、違法収集証拠排除法則を自白にも適用できるのであるとするならば、違法な手段によって得られた自白は、自白法則を介在させなくとも、違法収集証拠排除法則を適用することによって端的にその証拠能力を否定すればよいと解される。<sup>(156)</sup> もっとも、このように、違法収集証拠排除法則を自白に適用するのであれば、自白法則によって排除される自白の範囲と、違法収集証拠排除法則によって排除される自白の範囲のそれぞれについて明確にしておくことが不可欠となる。このことは同時に、これまで示されてきた自白の証拠能力の判断枠組みとは異なった、新しい判断枠組みが提示される必要があることを意味する。

このようにみえてくると、やはり自白排除法則は整理される時期にきているのである。<sup>(157)</sup>

(第三章・未完)

(1) 学説の展開については、渡辺修教授および鈴木茂嗣教授が、詳細かつ緻密な分析をされている(渡辺修『被疑者取調べの法的規制』三省堂、一九九二年)三二七頁以下、鈴木嗣茂『続・刑事訴訟の基本問題(下)』成文堂、一九九七年)五二〇頁以下)。

(2) 藤岩睦郎『自白』団藤重光責任編集『法律実務講座刑事編 第八卷』(有斐閣、一九五六年)一七九二頁。

(3) 同右一七九九頁。

(4) 同右一八一三頁。

(5) 横山晃一郎編『現代刑事訴訟法入門』(法律文化社、一九八三年)一八八頁(川崎英明執筆)、山中俊夫『概説刑事訴訟法』(ミネルヴァ書房、一九八九年)二三四頁、安富潔『刑事訴訟法』(三省堂、二〇〇九年)四三三頁。なお、小田中聰

- 樹『ゼミナール刑事訴訟法(下) 演習編』(有斐閣、一九八八年) 一五九頁以下も参照。
- (6) 白取祐司『刑事訴訟法【第五版】』(日本評論社、二〇〇八年) 三六〇頁参照。なお、庭山正一郎「自白」弁護の立場から「三井誠他編『刑事手続(下)』(筑摩書房、一九八八年) 八二四頁も参照。
- (7) 田宮裕『捜査の構造』(有斐閣、一九七一年) 二八五頁、石川才頭『刑事訴訟法講義』(日本評論社、一九七四年)、二四七頁、能勢弘之『刑事訴訟法【五講】』(青林書院、一九八七年) 五六頁、渡辺・前掲注(1) 書三一八頁等。
- (8) 栗本一夫「自白」日本刑法学会『刑事法講座 第六卷』(有斐閣、一九五三年) 一一六六頁以下。
- (9) 光藤景皎『口述刑事訴訟法(中)』(補訂版)『成文堂、二〇〇五年』一七〇頁も参照。
- (10) 多田辰也「自白の任意性とその立証」『刑事訴訟法の争点【新版】』(一九九一年) 一九八頁、渡辺・前掲注(1) 書三一頁、光藤・前掲注(9) 書一七〇頁等。このような考え方に対する反論として、椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』(信山社、一九九四年) 二二三頁。
- ところで、鯨越溢弘教授は、虚偽自白を誘発するような取調べによって得られた自白は類型的に証拠能力を否定されるべきという点を強調すれば利益誘導や偽計による自白の排除は虚偽排除説による説明のほうが素直であるとした上で、「虚偽排除説を英米法的な意味における、信用性判断に先行する類型的判断であるという解釈・実務が定着するならば、虚偽排除説が条文の文言に素直な解釈であるということになる」として虚偽排除説の積極面を指摘される(庭山英雄Ⅱ岡部泰昌編『刑事訴訟法【第三版】』(青林書院、二〇〇六年) 二三四頁(鯨越溢弘執筆))。しかし、自白法則を証拠能力の問題であることを強調したとしても、結局のところ、虚偽自白を誘発する取調べとはどのような取調べのことをいうのかという問題は残されたままである。
- (11) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、一九五八年) 二二七頁参照。
- (12) 井上正治「捜査の構造と人権の保障」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座』(有斐閣、一九六三年) 一一三頁。
- (13) 藤岩・前掲注(2) 論文一七九二頁、栗本・前掲注(8) 論文一一六六頁参照。なお、栗本一夫『新刑事訴訟法上の諸問題』(立花書房、一九五二年) 八三頁以下、同『実務刑事証拠法』(立花書房、一九六六年) 八〇頁も参照。
- (14) 拙稿「自白排除法則の研究(一)」『北大法学論集』五九卷二号(二〇〇八年) 一九九頁以下参照。
- (15) Cf. *The King v. Warickshall*, 168 Eng. Rep. 234 (K.B. 1783); *Hopt v. Utah*, 110 U.S. 574 (1884).

- (16) *Hopt v. Utah*, 110 U.S. 574 (1884).
- (17) *E.g., cf. Wilson v. United States*, 162 U.S. 613 (1896).
- (18) *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936).
- (19) *E.g. Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227 (1940); *Lisenba v. California*, 314 U.S. 219 (1941); *Ward v. Texas*, 316 U.S. 547 (1942); *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143 (1944); *Lyons v. Oklahoma*, 322 U.S. 596 (1944); *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401 (1945). なお、この点につき、本稿第一章第一節一(拙稿・前掲注(14) 論文二〇二頁以下参照)
- (20) 田宮・前掲注(7) 書二八七頁。もともと、アメリカにおいてマクナブIIマロリー・ルールが確立していたことを根拠に虚偽排除説を批判することは妥当ではないように思われる。マクナブIIマロリー・ルールは、白白法則ではなく、違法収集白白の排除法則に属するものだからである(本稿第一章第二節一「拙稿・前掲注(14) 論文二〇九頁以下」参照)。
- (21) 阪村幸男「白白の任意性法則」井戸田侃編『総合研究II被疑者取調べ』(日本評論社、一九九一年)五六四頁。
- (22) 阪村幸男「白白の任意性と信用性をめぐる判例理論」竹澤哲夫先生古稀祝賀『誤判の防止と救済』(現代人文社、一九九八年)四〇一頁。
- (23) この点につき、安原浩「任意性論の再構築」村井敏邦他編『刑事司法改革と刑事訴訟法(下)』(日本評論社、二〇〇七年)七六二頁も参照。
- (24) 阪村・前掲注(22) 論文四〇五頁。
- (25) 白取祐司「自山心証主義の反省」光藤景皎編『事実誤認と救済』(成文堂、一九九七年)三頁参照。
- (26) たとえば、白取・前掲注(25) 論文二二頁以下参照。
- (27) 阪村・前掲注(22) 論文四〇九頁。
- (28) 客観的・分析的認定が適正であるには、その認定が「適正な証拠能力ある証拠」に基づいたものでなければならないのである(白取・前掲注(25) 論文二二頁)。
- (29) 平場安治「白白の任意性」佐伯千似II団藤重光編集委員『総合判例研究叢書 刑事訴訟法(二)』(有斐閣、一九五七年)一〇頁以下参照。
- (30) 横井大三『新刑事訴訟法逐条解説Ⅲ』(司法研修所、一九四九年)九五頁。

(31) 同右。

(32) 同右。

(33) 鴨良弼『刑事証拠法』(日本評論社、一九六二年)二〇六頁。

(34) ただし、鴨博士は次のように述べて、自白法則と自己負罪拒否特権(黙秘権)とを峻別する立場にたたれる。すなわち、「わが現行法では、両者の法理の差異は非常に曖昧である。被告人については証人の適格性がみとめられていないし、したがって、黙秘権は英米法のように法廷における証人の自己負罪に関する特権としてのみこれを理解するわけにはいかない。法廷外の供述にも、わが現行法では黙秘権の法理が適用されている。自白の任意性の問題は、主として法廷外の供述について生ずるのであるから、その限りでは、両者の法理の区別はつきがたい。しかし、だからといって、黙秘権と自白の任意性の保障とは混同されてはならない。すでに述べているように、黙秘権は犯罪事実に対する被告人の供述の自由の意味し、自己を刑事上有責たらしめる証拠となる事実については、その供述を強制されることがないという被告人の特権であるのに対し、自白の任意性の保障は、もっぱら自白の証拠は遺跡に関する法則(証拠能力の基準)である。ただ、両者の法理が被告人の自白権の保障と犯罪事実の供述に関する点において、接触しているにすぎない」(鴨・前掲注(33)書二〇九頁以下)。

(35) たとえば、安原浩「任意性論の再構築」村井敏邦他編『刑事司法改革と刑事訴訟法(下)』(日本評論社、二〇〇七年)七七頁。もともと、人権擁護説における「人権擁護」の概念は論者によってまちまちである(後にとりあげる「任意性II説」、「折衷説」等参照)。

たとえば、井戸田侃教授は、人権擁護説を突き詰めると違法排除説にたどり着くことを指摘されている(井戸田侃『刑事訴訟法要説』「有斐閣、一九九三年」二二二頁以下)。

この点、岸盛一元裁判官は、後にみる任意性説を支持する立場から、次のように主張された。「任意性のない自白の証拠能力が否定されるのは、かような自白には虚偽が多いこと(虚偽排除説)と、人権擁護のため(人権擁護説)との理由からであると説かれている。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ということになる」(岸盛一『刑事訴訟法要義』新版九版)(広文堂書店、一九七八年)一六六頁、「任意とは、自発的ということではなく、当該自白が虚偽の供述をする虞のない状況の下でなされ(虚偽排除説)、かつ、供述の自由

の侵害とみられるような圧迫が加えられなかった(人権擁護説 ことをいうのである)(同二六七頁)とされた。人権擁護説と違法排除説が共通の基盤を有していることが見て取れる。

ところで、最近の論考の中には、自白法則の根拠を、人権擁護説と後にみる違法排除説の「混淆的などころ」に求め、「捜査過程に存在する違法は、供述の自由の侵害を事実上推定させると考えれば、広い意味での供述の自由の侵害一本にまとめることができるし、逆に、供述の自由の侵害という違法が捜査過程に存在したことを強調すれば、違法排除で一元的に説明することも不可能ではない」と指摘するものがある(青木孝之「自白の証拠能力―木谷コートの実践例に学ぶ」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』成文堂、二〇〇八年)一四五頁。なお、同「自白排除法則再考」琉球大学『七七号』二〇〇七年二〇〇頁も参照)が、ここからも、人権擁護説と違法排除説が共通の基盤を有していることがみてとることができよう。

(36) 福岡高判平五・三・一八判時一四八九号一五九頁などは、このことを明言している。

(37) 平場安治「自白の任意性」佐伯千似Ⅱ団藤重光編集委員『総合判例研究叢書 刑事訴訟法(二)』(有斐閣、一九五七年)一一頁、庭山Ⅱ岡部編・前掲注(10)書二三四頁〔鯉越執筆〕等参照。

(38) 渡辺・前掲注(1)書三二〇頁。

(39) 石川才頭『刑事手続と人権』(日本評論社、一九八六年)二三九頁、田宮裕『刑事訴訟法「新版」』(有斐閣、一九九六年)三四八頁、福井厚『刑事訴訟法講義「第四版」』(法律文化社、二〇〇九年)三三九頁。

(40) 三井誠「自白の排除法則とその根拠(二)」『法学教室』二四六号(二〇〇一年)七七頁参照。

(41) 松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』(有斐閣、一九九二年)二九七頁(島田仁郎執筆)等参照。

(42) 江家義男『刑事証拠法の基礎理論「訂正版」』(有斐閣、一九五二年)三三頁以下。

(43) 江家義男『刑事訴訟法教室(中)』(大蔵省印刷局、一九五八年)二〇四頁以下。

(44) 平田胤明『法務研究報告書第四七集第三号 自白の任意性並びに信用性に関する実証的研究』(法務総合研究所、一九六〇年)五頁。

(45) 伊達秋雄『刑事訴訟法講話』(日本評論新社、一九五九年)二二二頁。

(46) 安平政吉『刑事訴訟法』(弘文堂、一九六三年)一七六頁。

- (47) 山中・前掲注(5) 書二三五頁、安富潔『演習講義刑事訴訟法「第二版」』(法学書院、二〇〇一年)二四一頁等。
- (48) 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造(下)』(成文堂、一九九七年)五二一頁。
- (49) 青柳文雄『訂刑事訴訟法通論(下)』(立花書房、一九七六年)三〇七頁。
- (50) 高田卓爾『刑事訴訟法「二訂版」』(青林書院新社、一九八四年)二一七頁。
- (51) 鈴木・前掲注(1) 書五二一頁以下参照。
- (52) 三井誠教授は、この立場を、「任意にされたものでない疑のある自白」以外の自白の排除の余地を否定している見解であるとして、「任意性一元説」と名付けられた(三井・前掲注(40) 論文七七頁)。
- (53) 青柳・前掲注(49) 書三〇六頁。
- (54) 団藤博士の見解については、後注(96) 参照。
- (55) 青柳文雄『刑事訴訟法入門』(慶応通信、一九七四年)一八五頁。そもそも、青柳博士は、違法収集証拠排除法則それ自体について消極的な評価をされている(青柳文雄『刑事裁判と国民性 機能編』「成文堂、一九七六年」一七七頁以下)。
- (56) 土本武司『自白法則』別冊判例タイムズ七号『刑事訴訟法の理論と実務』(一九八〇年)一九七頁。
- (57) ほば同旨、寺崎嘉博『刑事訴訟法「第二版」』「成文堂、二〇〇八年」三七二頁以下。寺崎教授は、自白法則の解釈について「取調べの違法性が自白の排除に直結すると考えるのは論理的ではない」(同書三七二頁)として違法排除説を批判されるとともに、違法収集証拠排除法則の自白への適用についても批判されている(同書三七二頁注62)。寺崎教授の見解については、寺崎嘉博『自白法則について』三井誠他編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集(下)』「成文堂、二〇〇七年」四一一頁も参照。
- (58) 土本武司『刑事訴訟法要義』(有斐閣、一九九一年)三五四頁以下。
- (59) 鈴木義男『判批』『判例評論』三二〇号(一九八四年)六八頁。
- (60) 同右六八頁。
- (61) 大野恒太郎『自白―検察の立場から』三井誠他編『刑事手続(下)』(筑摩書房、一九八八年)八〇八頁。渡邊一弘『自白の証拠能力―検察の立場から』三井誠他編『新刑事手続Ⅲ』(悠々社、二〇〇二年)二二四頁も同旨。このような考え方は、かねてより根強く指摘されてきた。たとえば、平田胤明『元検察官は次のように主張された。「不任意自白も自白と

- いう証拠を得る手段に違法がある点では右と同じでありながら、これには証拠能力を認めないで、違法な押収手続により押収された証拠の証拠能力を肯定しようとするのはいかなる理由によるものであろうか。この点こそ検討を要するところであろう。おもうに、違法な押収手続により証拠物を押収したばあい、その証拠物は押収手続こそ違法であるが押収される前から厳然として客観的に存在していたものであるのに反し、不任意な自白は強制等の外部的な圧力が加えられることによつてはじめて供述された即ちこの時はじめて形作られた証拠なのである。更に突き詰めていえば、前者は違法な押収手続以前から客観的に存在するものであるが故に、押収手続によつてその証拠内容に虚偽性の入り込む余地はないが、不任意の自白の場合には、供述を不任意ならしめる事由の加えられることによつてはじめて作られる証拠であるために、その内容に虚偽性の入り込む余地があるといふことがいえよう。この相違こそが両者の証拠能力に差異を生ずる所以である。そうしてみるとやはり不任意自白の証拠能力を否定する根拠は、実に直接的には不信用性即ち上述来の表現をもつてすれば虚偽排除の思想にあるといわなければならないことになる。(平田・前掲注(44) 書七頁以下)。任意性I説にたつ見解には共通してこのような思考が横たわっている(土本・前掲注(58) 書三五四頁以下等)
- (62) 大野・前掲注(61) 論文八〇九頁。
- (63) 河上和雄『自白 証拠法ノート(二)』(立花書房、一九八二年) 七八頁。
- (64) たとえば、河上和雄『刑事訴訟の課題とその展開』(立花書房、一九八三年) 三四六頁以下参照。
- (65) 小田中聰樹他編著『刑事弁護コンメンタール— 刑事訴訟法』(現代人文社、一九九八年) 二九四頁(高田昭正執筆)。
- (66) 田中和夫『新版証拠法「増補第三版」』(有斐閣、一九七一年) 二二三頁。
- (67) 同右二三八頁。
- (68) 同右四九二頁。
- (69) マクナブ・マロリー・ルールの詳細については、本稿第一章第二節一(拙稿・前掲注(14) 論文二〇九頁) 参照。
- (70) 高田卓爾『刑事訴訟法「二訂版」』(青林書院新社、一九八四年) 二一七頁。
- (71) 黙秘権等の人権保障を担保するために自白を排除しようとする人権擁護説と、適正手続の保障を担保するために自白を排除する違法排除説とは「考え方を共通にしている」(大澤裕「自白の証拠能力と違法排除説」『研修』六九四号「二〇〇六年」五頁。なお、田宮裕『演習刑事訴訟法』「有斐閣、一九八三年」二二七頁も参照)。そのため、人権擁護説にいう「人

権擁護」を徹底させた場合、人權擁護説は違法排除説と限りなく近いものとなる（たとえば、井戸田・前掲注（35）書二  
一頁参照）。

(72) なお、高田卓爾博士は、違法収集証拠排除法則に関する記述において、「違法収集証拠の排除理論はもとも物について論じられてきたが、令状主義違反という観点からするならば、この理論は令状主義に反する人身拘束の場合の供述についても妥当するものというべきである。従って、憲法三三条に違反する逮捕・勾留中の供述（とくに自白）についてはその証拠能力を否定するのが相当である」として、違法な身体拘束中の自白については、違法収集証拠排除法則の適用を肯定されている（高田・前掲注（50）書二一五頁）。

(73) 高田博士は、黙秘権を告知せずに得られた自白については不任意性が推定されるという立場にたたれていることから（高田・前掲注（50）書三三七頁）、違法排除される場合とそうでない場合とを明確に区別することは重要な意味合いをもっているのである。

(74) 平場・前掲注（29）論文一一頁。

(75) 谷口正孝Ⅱ太田幸夫「自白の証拠能力」『判例タイムズ』二五六号（一九七一年）六五頁。

(76) 同右。

(77) 同右二五六頁。

(78) 同右二五七頁。

(79) ただし、谷口Ⅱ太田説は、「違法収集証拠排除法則の法理」を自白法則の解釈として展開するものである。したがって、自白の証拠能力の判断枠組みの理論的構成は、後にみる折衷説の立場に近いといえようか。

(80) もっとも、違法排除説の立場から理解することも可能な（白取・前掲注（6）書三六一頁、福井・前掲注（39）書三四一頁等参照）最判昭四一（一九六六）・七・一刑集二〇巻六号五三七頁や、最大判昭四五（一九七〇）・一一・二五刑集二四卷一二号一六七〇頁はすでにだされていた。

(81) もっとも、谷口元裁判官は、ほぼ同時期にだされた別の論文では、自白の任意性とは『嘘をいうおそれのある状況がない』ということである。嘘をいうおそれがあるという類型化された状況で足りることは当然である」として、虚偽排除説にたった主張をされている（谷口正孝「強制による自白の例」『刑事訴訟法判例百選「新版」』一九七一年）一六七頁）。

- (82) もっとも、虚偽排除、人権擁護、違法排除のいずれの立場にたつたとしても、「実際上の適用においてはさして結論の差を導くものではない」とする見解もある(谷口・太田・前掲注(75)論文二五六頁)。
- (83) 白取祐司「自白法則の閉塞状況と課題」『季刊刑事弁護』一四号(一九九八年)三〇頁。
- (84) 藤木英雄他『刑事訴訟法入門「第三版」』(有斐閣、二〇〇〇年)三一五頁(松本時夫執筆)、白取・前掲注(6)書三六一頁等参照。
- (85) たとえば、寺崎・前掲注(57)論文四一二頁等。
- (86) この点を指摘する最近の論考として、石山宏樹「新判例解説」『研修』六五六号(二〇〇三年)三一頁。
- (87) 白取祐司「論文講義刑事訴訟法」(早稲田経営出版、一九九〇年)一三五頁。
- (88) なお、違法排除説から派生する見解として、違法排除説は「観念的にすぎる」という認識のもと、自白を誘発した外部的な圧力が個人の人格の自由・尊厳を侵害するものであった場合には、適性手続違反があったとみて自白の任意性を否定すべきとする「適性手続条項説」を主張する横川敏雄元裁判官の見解(横川敏雄『刑事訴訟』「成文堂、一九八七年」二八七頁以下)等がある。
- (89) 田宮裕「自白の証拠法上の地位(二)」、『警察研究』三四卷二号(一九六三年)三頁以下(田宮・前掲注(7)書所収)。
- なお、自白法則は、虚偽排除説から人権擁護説、そして違法排除説へと発展をとげてきたのであるが、日本国憲法の施行にもとない制定された刑事訴訟法の応急的措置に関する法律一〇条二項には憲法三八条二項と同じ条文が置かれていたが、この条文につき、きわめて違法排除説に近い解釈が示されていたことは注目に値する(高橋一郎『新憲法下における刑事訴訟法解説 応急措置法を中心として』「近代書房、一九四七年」一〇五頁)。
- (90) 田宮・前掲注(7)書二九三頁。
- (91) 同右。
- (92) 同右二九三頁以下。
- (93) 同右二九四頁。
- (94) 田宮・前掲注(39)書三四九頁。
- (95) 大澤裕「自白の証拠能力といわゆる違法排除説」『研修』六九四号(二〇〇六年)九頁。

(96) 庭山英雄『刑事訴訟法』(日本評論社、一九七七年)一七四頁、熊本典道「自白の証拠能力(一)」高田卓爾Ⅱ田宮裕編『新演習法律学講座 演習刑事訴訟法』(青林書院新社、一九八四年)二七六頁以下、石川・前掲注(39)書二三九頁、能勢・前掲注(7)書五八頁以下、小田中・前掲注(5)書一六二頁、小早川義則「自白排除法則の現状と展望」佐伯千俣博士卒寿祝賀『新・生きていく刑事訴訟法』(成文堂、一九九七年)一五七頁以下等。

ところで、田宮博士によって違法排除説が提唱されたことをうけ、後にみる鈴木説や松尾説のように違法排除説にたつ新たな見解がだされるだけでなく、かつて任意性説を支持していた論者が、違法排除説の支持へ回るといふ現象もあらわれた。

たとえば、柏木千秋博士は、従来の主張(柏木千秋「自白の任意性」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座二』[有斐閣、一九六四年]一五〇頁以下)を全面的に改めるとして、次のように述べられた。「第三一九条第一項は『……その他任意にされたものでない自白……』とあつて、強制、拷問、脅迫、不当に長い抑留・拘禁等が例示のように表現されていることなどを考えると、この規定が全体として自白の任意性に関する規定であることは文理上も否定しえないのではなからうか。しかし本条は、『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』という憲法第三八条第二項をうけたものであるが、ここにあげられている手続は、自白の任意性に影響がある点もさることながら、むしろそれじたい違法な手続の典型とも言うべきものである点を考慮するならば、本条が任意性のない自白の証拠能力を排除したのは、人権保障の担保とか虚偽の排除とかの考慮がないとはいえないにしても、むしろその要点は違法な手続によつて得られた自白であるという点に存するとみるのが妥当であろう。すなわち、違法な手続によつて得られた証拠——より一般的にいうならば、違法な手続のもつてえられた証拠——の証拠能力についてはその違法性の程度、証拠価値への影響、違法な手続を防ぐための政策的考慮などさまざまな点が総合的に判断され、その結果、証拠能力の肯定されるものもあるし、否定されるものもある。ところで、違法な手続によつてえられた——従つて、任意性のない……——自白は、例えば違法に押収された物的証拠などとは異なり、その違法な手続が人権の侵害に直結しているばかりでなく、自白の真实性を疑わしめることにもなるから、違法性の質・程度、証拠価値への影響のいずれの点からしても証拠能力を否定しなければならぬ。本条はまさしくこのような規定なのである。」(柏木千秋『刑事訴

訟法』〔有斐閣、一九七〇年〕二二六頁以下〕。

また、団藤重光博士は、「わたくしは本書六訂版までは、憲法三八条第二項はもっぱら自白の任意性を規定したもので、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二年（一九四六年）当時には、すでにアメリカではマクナブ事件（一九四三年）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るべきではないかとおもう。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」（団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕』創文社、一九七四年）二五〇頁」とした上で、「自白の証拠能力に任意性を要求するのは、前にも一言したとおり、被告人の人身の自由を保障し、また、その供述の真实性を担保するためである。前段の理由は、拷問の絶対的禁止（憲三六条）にもつながるのであり、捜査機関その他による非人道的・反文化的な取扱いを根絶し、人道的かつ科学的な刑事司法を実現しようという考え方が、その背後に存在する。したがって、その中には、すでに、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。これは、まさに、後に述べる違法収集証拠と共通の問題、あるいはその一部をなす問題であり、アメリカでマクナブ事件以降の一連の判例が違法収集証拠に関する判例と並行して発展してきたのも、かような観点からうなづけるであろう」（同書二五一頁以下）とされている。

柏木博士の見解は、次にみる鈴木説を明確に支持しているものと解される。他方、団藤博士の見解は、「違法収集証拠と共通の問題、あるいはその一部をなす問題であり」とされていることからすると、自白法則を違法収集証拠排除法則の一適用場面にとらえる田宮説に親和的といえようか。

(97) なお、松尾浩也『刑事訴訟法（下）』〔新版補正第三版〕（弘文堂、一九九九年）四二頁、小林充「自白法則と証拠排除法則の将来」、『現代刑事法』三八号（二〇〇二年）六四頁等も参照。

(98) 三井誠「自白の排除法則とその根拠（二）」、『法学教室』二四七号（二〇〇一年）六三頁

(99) 本稿序章第二節（拙稿）「自白排除法則の研究（一）」、『北大法学論集』五九卷二号（二〇〇八年）一七九頁 参照。

(100) 松尾編・前掲注（41）書一九七頁（島田執筆）、椎橋・前掲注（10）書二二五頁、三井・前掲注（98）論文六三頁、寺崎・

前掲(注57)書三七一頁等。このことは違法排除説を支持する論者からも指摘されている。たとえば、光藤景皎教授は、違法排除説を支持しつつも、任意性の問題からの離脱を強調することに對して疑問を向けられている(光藤景皎『刑事訴訟行為論』「有斐閣、一九七四年」三三二頁、同・前掲注(9)書一七二頁)。

(101) 田宮説と問題認識を共有しつつ、このような田宮説の問題点の克服を試みる見解もある。たとえば、高内寿夫教授は、偽計による自由の証拠能力を否定した東京地決昭六二(一九八六)・一二・一六判時一二七五号三五頁についての判例研究の中で次のように主張される。すなわち、「思うに、偽計による自由の場合には『任意にされたものでない疑いのある自由』であるか否かが問われているのであるから、証拠排除の範囲を確定するその『根拠』については、虚偽排除説や人権擁護説の立場から考えるべきであろう……。しかし、自由内容の真实性や被疑者の心理状態を、個々の事例ごとに確認することは困難である。それゆえ、具体的な事例に對する『認定方法』としては、虚偽自由や供述の自由の侵害を導く取調べ方法を類型化し、そうした捜査活動が行われた場合には自由を排除するという違法排除的な考え方をとるべきではなからうか」(高内寿夫『偽計による自由』『刑事訴訟法判例百選』第七版)「一九九八年」一六四頁以下)。

高内説は、自由法則の根拠としては虚偽排除説および人権擁護説の考え方に徹しつつ、自由排除の要否の判断の場面では、手続の違法性の有無をその判断基準にすべきというものである。したがって、高内説で排除される自由の範囲は田宮説のそれとほとんど重なるものと思われる(なお、田宮・前掲注(39)書三五二頁注(1)を参照)。高内説は、違法排除説に對して向けられている文理解釈としての難点を克服しつつ、違法排除説の利点とされる自由の排除基準の明確化をめざした点に重要な意義がある。しかし、(イ)虚偽自由誘発のおそれや供述の自由の侵害をはたして手続の違法性という観点からすべて説明することができるのか、また、(ロ)排除の実効性確保を理由に、虚偽排除や人権擁護を違法の有無から判断しようとするのはやや便宜的にすぎないであろうか。これらの点について、高内説には疑問を容れる余地があるように思われる。

(102) 大野・前掲注(61)論文八〇九頁。なお、任意性I説を支持する立場からのものではないが、安原・前掲注(35)論文七二二頁も参照。

(103) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), at 456.

(104) 代表的な研究として、浜田寿美男『自由の研究 取調べる者と取調べられる者の心的構図』(北大路書房、二〇

○五年) 参照。

(105) 三井・前掲注(98) 論文六四頁。

(106) グリーンマンション事件では四夜にわたる任意取調べが違法ではないとされ(最決昭五九「一九八四」・二・二九刑集三八巻三号四七九頁)、また、平塚事件では午後二時に任意同行した被疑者に対して一睡もさせずに翌午後九時まで二時間にわたって取調べが行われたが、これについても違法性が否定されている(最決平一「一九八九」・七・四刑集四三巻七号五八一頁)。

最近のケースとしては、民事判例ではあるが、いわゆる恵庭〇し殺人事件の被告人(当時、女性)による国家賠償請求訴訟において、被告人を連日長時間にわたって取り調べ、その過程で、取調官(男性)がうつむく被告人の髪を払いのけるなどの有形力を行使したり、「穏当を欠く」言葉で追及するなどして、被告人を床に崩れ落ちて自力で歩行できないまでに精神的に追い詰めたことについて、「相当程度に心理的な圧迫をもたらした」、としながらも事案の重大性や嫌疑の高さなどを理由にその違法性を否定している(札幌地判平一七「二〇〇五」・三・二八判例集未登載。さしあたり、白取祐司「恵庭〇し殺人事件―弱い情証証拠と過酷な『任意取調べ』」『季刊刑事弁護』四七号「二〇〇六年」一〇五頁参照。このような場合に、違法排除説は十分に機能しないのではなからうか。

(107) いわゆる死刑冤罪四事件(熊本地八代支判昭五八「一九八三」・七・一五判時一〇九〇号二頁「免田事件」、高松地判昭五九「一九八四」・三・一二判時一一〇七号三頁「財田川事件」、仙台地判昭五九「一九八四」・七・一一判時一一二七号三四頁「松山事件」、静岡地判平一・一・三一判時一三二六号二頁「高田事件」。いずれも再審無罪判決)もそうであったが、近時冤罪であることが明らかとなった「氷見事件」(再審無罪判決、富山地高岡支判平一九「二〇〇七」・一〇・一〇判例集未登載)や「足利事件」(再審開始決定、東京高決平二二「二〇〇九」・六・二三判タ一三〇三号九〇頁)などにおいても、必ずしも違法とは評価されなかった取調べにおいて無実の人々が白自をせざるを得ない状況におかれ、その結果、雪冤に泣いてきた事実が明らかとなっているのである。

(108) 小早川・前掲注(96) 論文一五六頁以下等参照。

(109) 井戸田侃「刑事訴訟理論と実務の交錯」(有斐閣、二〇〇四年) 一八三頁。

(110) 大澤・前掲注(95) 論文八頁。

- (111) 三井・前掲注(98) 論文六三頁。
- (112) 松尾浩也「刑事訴訟法を学ぶ(第八回)」『法学教室』一六号(一九八二年)六八頁、大澤・前掲注(95) 論文五頁等参照。
- (113) *McNabb v. United States*, 318 U.S. 322 (1943).
- (114) *Mallory v. United States*, 354 U.S. 449 (1957).
- (115) *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964).
- (116) *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).
- (117) 本稿第一章第二節(拙稿・前掲注(14) 論文二〇八頁以下) 参照。
- (118) 鈴木茂嗣教授も「任意性に関する法則が憲法三八条二項の規定において考慮の外におかれていると解するのであれば、それは、憲法制定当時のアメリカ法の状況を前提として考えても、妥当なものとはいえないであろう」とされる(鈴木・前掲注(一) 書五二二頁)。なお、鈴木教授は、「三八条二項を任意性のみに関する規定ではないと解しておけば十分」とされる。
- (119) 本稿第二章第一節(拙稿「自白排除法則の研究(三)」『北大法学論集』五九卷五号「二〇〇九年」六一頁以下、とくに八〇頁) 参照。なお、寺崎・前掲注(57) 論文四一六頁以下も参照。
- (120) 憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』(日本評論社、一九九七年) 四七六頁(小坂井久執筆)。
- (121) 憲法学説においてはこのような解釈が支配的であるといつてよい。たとえば、法学協会「註解日本国憲法(上)」(有斐閣、一九五三年) 六六四頁、小林直樹「憲法講義(上)」(新版) (東京大学出版会、一九八〇年) 四九六頁、橋本公巨『日本国憲法「改訂版」』(有斐閣、一九八八年)、佐藤功『日本国憲法概説「全訂第五版」』(学陽書房、一九九六年) 二六〇頁、樋口陽一他『注解法律学全集 憲法Ⅱ』(青林書院、一九九七年) 三七〇頁(佐藤幸治執筆)、初宿正典『憲法Ⅱ「第二版」』(成文堂、二〇〇一年) 三八五頁等。
- (122) 鈴木茂嗣教授も、「田宮博士は、一筆者注」黙秘権侵害の自白の排除は、一項自体によって根拠づけられるとされるが、必ずしも違法収集の証拠が憲法の立場から排除されるべきものかどうかは規定上明らかではなく、二項はこの点を明確にする規定として捉えるべきであろう」とされる(鈴木・前掲注(一) 書五二二頁)。

- (123) 大澤裕「自白の任意性」『刑事訴訟法の争点「第三版」』(二〇〇二年)一七二頁、池田修Ⅱ前田雅英『刑事訴訟法講義「第三版」』(東京大学出版会、二〇〇九年)三六八頁。なお、白取・前掲注(6)書三六三頁も参照。
- (124) 鈴木・前掲注(1)書五二二頁。
- (125) 同右五二三頁注18。
- (126) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法「改訂版」』(青林書院、一九九〇年)二二二頁。  
 なお、田口守一教授は、「自白法則を任意性概念から解放することこそ違法排除説の眼目であったことからすれば、自白に関する明文規定の解釈論という形で違法排除説を理論構成することがもつとも自然と思われる」とした上で、明確に鈴木茂嗣説を支持されている(田口守一『刑事訴訟法「第五版」』[弘文堂、二〇〇九年]二六五頁)。
- (127) 田宮説と鈴木茂嗣説との実質的な違いは、「黙秘権を侵害してとられた自白を自白法則に含めて考えるかどうかのみにある」とする指摘もある(山田道郎『証拠の森』[成文堂、二〇〇四年]一〇八頁)。
- (128) 田宮・前掲注(39)書三五〇頁。
- (129) 鈴木・前掲注(126)書二二二頁。
- (130) 実際、田宮説の方が鈴木茂嗣説より排除の範囲は広いものと思われる。たとえば、田宮説の場合、黙秘権の告知(刑訴法一九八条二項。なお、憲法三八条一項)を欠く取調べによって得られた自白に証拠能力を認めないのに対し(田宮・前掲注(39)書三五二頁)、鈴木茂嗣説の場合、「供述者が黙秘権について十分認識理解しているような場合は別として、証拠能力を有しない」(鈴木・前掲注(126)書八四頁)となる。
- (131) 田口・前掲注(126)書三六五頁。
- (132) 本稿第一章第一節二(拙稿・前掲注(14)論文二〇二頁)および第二章第一節(拙稿・前掲注(119)論文六一頁以下)参照。
- (133) 松尾・前掲注(97)書四一頁以下。ほぼ同旨、上口裕『刑事訴訟法』(成文堂、二〇〇九年)四二二頁以下。  
 とところで、多田辰也教授は、自白法則を取調べ規制の手段として機能させるためには基本的には違法排除説にたつべきであるが、違法排除説のみを自白法則の根拠とすることは問題であるとして(多田辰也『被疑者取調べとその適正化』[成文堂、一九九九年]二二五頁参照)、「結論を先に述べれば、『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『**告白**』は、身柄拘束や取調べ方法が類型的にみて高度に違法であるため排除されるのに対し、『**任意告白**』については、個別具体的事案ごとに、いわゆる任意性を問題にする人権擁護説や虚偽排除説の観点をも加味して、**告白**の証拠能力を決定すべきだと考える。たしかに、『**不任意告白**』も供述の自由を侵害して得られた**告白**という意味では、違法に収集された**告白**だといえよう。その意味で、刑法法三一九条一項の『**不任意告白**』の排除が、違法排除の観点をも含んでいることを否定するつもりはない。ただ、『**強制による告白**』等の場合には任意性の立証は許されないとされてきたことから明らかなように、それらは取調べ方法等の違法性が高度の場合を問題としているといえよう、これに対し、『**不任意告白**』の場合には、違法性の程度がそこまで高度でない場合でも、あるいは明らかに違法であるとはいえない場合でも、類型的にみて虚偽**告白**を誘発する可能性の非常に大きい取調べ方法によって得られた**告白**等をもって排除しておくことも意味があると思われる』（同書二一五頁以下）とされているが、刑法法三一九条一項を「**強制**、拷問若しくは脅迫による**告白**又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の**告白**」と「**任意**されたものでない疑のある**告白**」とに分け、前者については違法収集**告白**を排除するための規定と解し、後者については**不任意告白**を排除する規定と解する方法は松尾教授の考え方と類似しているといえようか（同書二一七頁注（21）参照）。

また、渥美東洋教授は、証拠能力の否定される**告白**の類型として、（イ）自己負罪拒否特権（黙秘権）を侵害して得られた**告白**、（ロ）**自白法則**による**不任意告白**（ここでは、諸事情の総合評価（事情の総合説）により、虚偽**告白**のおそれ等が検討されることになる）、および（ハ）違法収集証拠排除法則によって排除される**告白**の三つを挙げられ、（ハ）には、「**強制**」、「**拷問**」、「**脅迫**」、「**身体**の自由の侵害」等が含まれるとされる（渥美東洋『全訂刑事訴訟法』第二版）。「有斐閣、二〇〇九年」四六九頁参照）。（イ）を類型化している点を除けば、渥美説も松尾説とほぼ重なるのではなからうか。

（134）田口・前掲注（126）書三六五頁。

（135）この意味で、松尾説は、違法排除説の中ではもっとも任意性説の考え方を取り込んだ見解といえる。また、違法収集証拠排除総則の適用によって**告白**が排除される場合があることを認めている点で、後に検討する「**競合説**」とも親和的な見解とみることができる（ただし、競合説は、**自白法則**の解釈としては任意性I説にたつものである）。

（136）平野・前掲注（11）書二二八頁。なお、上口裕教授は、ほぼ松尾説と同様の主張をしつつ、同旨の見解として平野説を引用されている（上口・前掲注（133）書四一六頁）。しかし、**自白法則**の解釈（すなわち、憲法三八条二項および刑事訴訟法

三一九条一項の解釈論」として違法排除を読み込むのと、違法収集証拠排除法則を適用することで違法収集自白の排除を目指すことは、明らかに位相を異にしており、両者は(結論は近接しているとしても)区別して論じる必要があるように思われる。

(137) 井戸田・前掲注(35) 書二一頁以下。

(138) これらの見解のほか、自白法則の根拠について、虚偽排除説、人権擁護説、および違法排除説が存在することを確認したうえで、「自白の証拠能力制限の理由を一義的にいずれか一つの根拠に割り切るのは相当ではなく、前記三つの考え方が混在するとみるのが正当であろう」とする白井滋夫元検察官の見解(白井滋夫『刑事訴訟法』「信山社、一九九二年」二七二頁)や、「いずれの説に立つかにより結論に差異が生じうるが、『憲法―筆者注』三八条二項の趣旨としては、いずれか一つに解する必要はなく、現実への適用は、この全ての趣旨が活かされるように解釈すべきである」とされる高橋和之教授の見解(野中俊彦他『憲法I』「第四版」)「有斐閣、二〇〇六年」四一五頁(高橋和之執筆)」も、この折衷説に位置づけることができる。

(139) 折衷説によると、「被疑者が弁護士などのアドバイザーを誤解し、錯誤に陥っていたために自白したときも、任意性を欠くことになるし、取調官より欺罔などの手段を施され、錯誤に陥ったために自白をしたときも、任意性を欠く」(井戸田・前掲注(35) 書二二頁)ことになる。

(140) 団藤・前掲注(96) 書三三八頁、田宮・前掲注(39) 書三五二頁。なお、能勢・前掲注(7) 書五七頁、白取・前掲注(6) 書一八一頁。

(141) 井戸田・前掲注(35) 書八九頁参照。

(142) ここでは、渡辺・前掲注(1) 書三三〇頁の採用する呼称に従う。

(143) 渡辺・前掲注(1) 書三三〇頁。

(144) これまでの学説の議論においては、総合説は、先にみた折衷説と同じカテゴリに属する見解として論じられる傾向が強かったように思われる(たとえば、渡辺・前掲注(1) 書三三一頁注(1)、山田道郎「自白の証拠能力」川端博田口守一編『基本問題セミナー刑事訴訟法』「一粒社、一九九四年」二七八頁以下参照)。しかし、折衷説が、自白法則の内容に虚偽排除説、人権擁護説、および違法排除説が含まれているとして、自白排除の根拠を自白法則の枠組みにおいて(す

なわち憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項の枠内で論じているのに対し、総合説は自白法則の枠組みにとらわれないという違いがある。たしかに、両者ともに、虚偽排除、人権擁護、および違法排除のいずれかの観点から排除の必要性が認められる場合には自白の証拠能力は否定されることになるのであるから、その基底には共通の問題認識があるといえる。しかし、自白の証拠能力の判断を自白法則の枠内の問題にとらえるのかそうでないのかは、解釈論的に考えればあまりにも大きな違いではないか。総合説と折衷説とは厳密には区別すべきであろう。

(145) 渡辺・前掲注(1) 書三三〇頁。

(146) 同右三三〇頁。

(147) 同右三三一頁以下参照。

(148) 佐藤文哉「自白―コメント」三井誠他編『刑事手続(下)』(筑摩書房、一九八八年) 八三三頁。ほぼ同旨、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』(有斐閣、一九九八年) 一三六頁以下。

(149) 佐藤・前掲注(148) 論文八三三頁。同様の指摘をするものとして、石丸俊彦『刑事訴訟法』(成文堂、一九九二年) 三八九頁。

(150) 渡辺・前掲注(1) 書三三二頁注(1) も参照。

(151) なお、総合説が違法排除説で対処できない自白というものを念頭においていることに対しては、違法排除説(鈴木説)を支持する田口守一教授から、「違法排除説によってもカヴァーしきれない不当自白がどれ程ありうるのか、なお検討の余地がある」という疑問が向けられている(田口・前掲注(126) 書三六六頁)。

(152) たとえば、大野・前掲注(61) 論文「自白」八〇九頁、土本・前掲(58) 書三五四頁。

(153) 田宮裕『刑事訴訟法入門「三訂版」』(有信堂、一九八二年) 二二三頁、同『刑事法の理論と現実』(岩波書店、二〇〇〇年) 二二二頁。

(154) 前出・最判昭五三・九・七刑集三三卷六号一六七二頁。

(155) 総合説は、判例の到達点に依拠して、先にみた「任意性Ⅲ説」を洗練させたもの、ともいいうる。

(156) 大澤・前掲(95) 論文八頁、白取・前掲注(6) 書三五三頁。

(157) 白取・前掲注(6) 書三五三頁。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「自白排除法則の研究」（二〇〇八年三月二五日授与）に補筆したものである。