

取調べの限界

——主体的選択と「任意性」の在り方を巡って——

大久保 隆 志

- 第1 はじめに
 - 1 捜査の実情
 - 2 証拠としての自白の重要性
 - 3 本稿の課題と方向性
- 第2 任意捜査と自白法則
 - 1 任意捜査と自白法則の異質性
 - 2 任意捜査と自白法則の類似性
 - 3 違法性判断において考慮可能な任意性の要素
- 第3 取調べにおける自己決定の役割
 - 1 刑事訴訟における自己決定
 - 2 取調べにおける自己決定
- 第4 任意捜査としての取調べの限界
 - 1 最高裁の2つの決定
 - 2 任意捜査の限界と供述の任意性との関係
 - 3 比較衡量の考え方
- 第5 身柄拘束型の取調べの限界
 - 1 徹夜の取調べ
 - 2 宿泊を伴う取調べ
 - 3 任意同行を伴う取調べ
 - 4 退去困難な取調べ
 - 5 小括—任意性による処理—
- 第6 情報提供型の取調べの限界
 - 1 証拠を示した取調べ
 - 2 誘導ないし誘惑を用いた取調べ
 - 3 小括—任意性を超えて—
- 第7 おわりに

第1 はじめに

1 捜査の実情

周知のとおり、平成13年6月12日に公表された「司法制度改革審議会意見書」を契機に、刑事手続はドラスティックな激動を展開してきた。取り分け、裁判員制度の導入は、我が国の刑事裁判を大きく変革することとなったが、同制度の運用に伴い、刑事裁判は今なお進化を遂げつつあるように思われる。他方、同意見書は、捜査について、多くの問題があることを指摘しながらも、十分な国民的合意が得られなかったことなどから、その解決は将来の課題として残されることとなった⁽¹⁾。そのため、捜査においては、裁判員裁判を前提とした活動が行われてはいるものの、その表面的変化にもかかわらず、今なお本質的な変革がなされるに至っていないように思われる⁽²⁾。確かに、捜査手続は、公判の準備としての機能をも有しており、裁判員制度を当然の前提とせざるをえないことから、分かり易さと簡潔さを求めて、その表現方法を大きく変化させてきたし⁽³⁾、今後ともその方向で一層洗練されていくもの

(1) 意見書においては、「新たな時代における捜査・公判手続の在り方」として、「刑事免責制度等新たな捜査手法の導入」「参考人の協力確保及び参考人保護のための方策」「被疑者・被告人の身柄拘束に関して指摘されている問題点への対応」「被疑者の取調べの適正さを確保するための措置」などが検討されているが、取調べ状況についての書面による記録の義務付けを除き、「多角的な見地から」「種々の観点から」「刑事手続全体の中で」「検討すべき」あるいは「将来の検討課題」などとされている（「司法制度改革審議会意見書」ジュリスト1208号（2001年）208頁）。

(2) 例えば、平成22年9月10日に大阪地裁において無罪判決がなされたいわゆる「厚労省元局長無罪事件」に関連して発覚した検事による証拠偽造事件は、捜査機関の本質が全く変化していないことを如実に示しているように思われる。

(3) 平成23年5月21日付け最高検察庁裁判員公判部長「裁判員制度2周年を迎えての裁判員公判部長コメント」（http://www.kensatsu.go.jp/saiban_in/index_1.htm）参照。

と思われる。しかしながら、このような変化は、あくまで公判手続の変化に伴う付随的表層の変革であって、捜査の本質が変更されたわけではない⁽⁴⁾。捜査は、犯罪の証拠を収集・保全し、被疑者の身柄を確保する捜査機関の活動であり、そのこと自体に変更があったわけではないのはもとより、そのための具体的な手段・方法についても、その本質においては、従来からの捜査手法を忠実に踏襲しているのが実態であるように思われる。

ところが、近時、立て続けに冤罪と思われる事件が明らかとなった⁽⁵⁾。もとより、従来から冤罪事件の発生は報告されており、捜査における病巣も指摘されていたものの、それらは戦後間もないころの混乱の時代、あるいは高度成長期の激動の時代の産物であって、社会が安定した昨今においては、既に過去の歴史的な現象であるかのような認識も少なくなかったように思われる。しかし、そのような認識は全く誤りであったことが明らかとなった。もとより、その原因は、単に捜査手続ないし捜査手法の問題にとどまらず、社

- (4) 最高検察庁「裁判員裁判における検察の基本方針(平成21年2月)」法律のひろば編集部編・裁判員裁判の実務(2009年)61頁。
- (5) 例えば、いわゆる「富山事件」(富山地判平19・10・10LEX/DB28135488)、「志布志事件」(鹿児島地判平19・2・23判タ1313号285頁)、「足利事件」(東京高決平21・6・23東高刑時報60巻1~12号91頁、宇都宮地判平22・3・26判時2084号157頁)、「厚生省元局長無罪事件」(大阪地判平22・9・10LEX/DB25442809)など。これらに関する捜査側からの検証につき、警察庁「富山事件及び志布志事件における警察捜査の問題点等について」(2008年1月)、同「足利事件における警察捜査の問題点等について」(2010年4月)、最高検察庁「いわゆる氷見事件及び志布志事件における捜査・公判活動の問題点等について」(2007年8月)。なお、同報告書につき、季刊刑事弁護54号182頁参照。同「いわゆる足利事件における捜査・公判活動の問題点等について」(2010年4月)参照。これらに対する弁護側からの批判として、佐藤博史「弁護人からみた警察庁と最高検察庁の足利事件検証報告書—足利事件が教えるわが国の刑事司法の課題—」東京大学法科大学院ローレビュー5号(2010年)229頁以下。さらに、白木功「裁判員裁判1年の課題と展望—検察の立場から—」刑事法ジャーナル24号(2010年)13頁など。

会全体の多様化と国際化の著しい進展や、地域社会における人間関係の希薄化とも相まって、従来の刑事手続が当然の前提として想定していた社会構造それ自体が大きく変貌し、これまでの刑事司法制度が十分に対応しきれなくなってきたことが大きくかかっていることは間違いのないと思われるが、刑事手続内部においても、少なくとも従来の捜査手続の制度的疲労に起因するところが大きいことも疑いがないと思われる。取り分け、従来の捜査の中心とされてきた取調べに多くの問題があり、取調べの成果である自白調書中心の証拠構造に問題があることは、従来から多く指摘されてきたところであるが⁽⁶⁾、近時の冤罪事件についても、全く同様の指摘が強くなされていることから、捜査手続の制度的疲労が抜き差しならない状況に立ち至っていることは明らかであるように思われる。物証を中心とする客観的捜査の徹底、科学的捜査の一層の活用と捜査の合理化、供述証拠中心の捜査からの離脱など、かねてからことある毎に指摘されてきたことが、今ほど重要であったと再認識される時代はなかったように思われる。そして、時代の変革は、そのような科学的捜査の実現に向けて大きく踏み出さなければならないことを強く示唆していることも、また疑いがないと思われる。

確かに、そのような方向性それ自体が正しいことは疑いがないであろう。しかしながら、果たしてそのような捜査は実現可能なものであろうか。仮にそのような捜査が実現されたとしても、それによって犯罪事実を証明することが果たして現実的なものであろうか。証拠物と科学的捜査とによって、あらゆる犯罪について合理的疑いを超えた立証ができるのであろうか。この点にそもそも根本的な疑問が残る。また、仮にこの点は措くとしても、その方向を

(6) 例えば、佐藤隆之「被疑者取調べの適正化」ジュリスト1370号(2009年)102頁、椎橋隆幸「逮捕・勾留中の被疑者の取調べ」松尾浩也ほか編・刑事訴訟法の争点〔第3版〕(2002年)58頁、松尾浩也・刑事訴訟法講演集(2004年)208頁以下参照。なお、取調べ中心の捜査の実情と現行刑事訴訟法の理念との乖離につき、三井誠・刑事手続法(1)〔新版〕(1997年)7頁参照。

極端に推し進めることは、結果として極めて多数の無罪判決をもたらすか、あるいは有罪を維持するために従来の証明水準を低下させることになる可能性はないのであろうか。裁判員裁判においても、供述証拠が非常に重要であることは、調書より証言を重視し、「目で見ると耳で聴く裁判」という標語が図らずも示しているようにも思われる。なるほど、書証による立証は概ね退けられたとはいえ、決して供述による立証が退けられたわけではない⁽⁷⁾。少なくとも現時点においては、そして近い将来においても、公判手続における立証の中心は、あくまで証言、すなわち人の供述であるという実態には変化がないように思われる。そうだとすれば、その準備としての捜査活動も、そのような供述を法廷に顕出できるように予め収集することにその重点を置かざるを得ないであろう。そして、その供述には、当然ながら、被告人本人の供述も含まれる。裁判員裁判の時代においても、被告人質問の重要性は決して衰えていないのであるから⁽⁸⁾、捜査においても、その収集を怠るわけにはいかないように思われる⁽⁹⁾。

2 証拠としての自白の重要性

-
- (7) 司法研修所編・裁判員裁判の下における大型否認事件の審理の在り方(2008年)30頁、東京地方裁判所公判審理手続検討委員会=同裁判員模擬裁判企画委員会「裁判員が関与する公判審理の在り方」判タ1278号(2008年)6頁、村瀬均=河本雅也「裁判員裁判の審理等について—模擬裁判をふりかえって」ジュリスト1358号(2008年)90頁(なお、「法廷が、目で見て耳で聞いて心証を形成する場というよりは、記録を取る場と化す」との反省も述べられている。)、神山啓史=岡慎一「模擬裁判から見た審理の課題」法律時報81巻1号(2009年)8頁(「法廷で見て聴く」審理は一応達成されたが、争いのない事実については書証による立証が少なくなかったとのことである。)など参照。
- (8) 平成19年の刑訴法改正によって導入された被害者参加制度により、被害者参加人も被告人質問を行うことができるようになっており(316条の37)、その重要性は一層強まったようにも見える(高井康行ほか・犯罪被害者保護法制解説〔第2版〕(2008年)66頁参照)。

ところで、公判廷における犯罪立証に関する挙証責任は、検察官が負担する。検察官は、合理的疑いを超えて有罪であることを証明しなければならない。したがって、検察官は、当然のことながらそのことを念頭に置いて捜査を行う。一方、我が国の刑事訴訟法によれば、自白のみで有罪とすることはできないが(刑訴法319条2項)、自白がある場合には、これを補強する証拠さえあれば有罪とすることができるとされている。仮に自白がなければ、多種多様な状況証拠によって、いわゆる間接事実による推認を積み重ね、犯罪事実の存在の確信に至ることが求められるが、自白がある場合には、当該自白が架空ではなく信用できることを裏付けるに足りる実質的な証拠が補強として存在していれば、有罪を言い渡すことができるのである⁽¹⁰⁾。例えば、窃盗の自白がある場合には、被害届さえあれば有罪となり得るのである。しかし、被告人が窃盗を否認した場合には、目撃者や現場の指紋など、複数の状況証拠を積み重ねるほかないところ、密かに準備を整えて実行される窃盗について、そのような状況証拠が収集できる可能性は、極めて低いものと言わざるを得ない。そうすると、自白がない限り、窃盗について有罪とすること

-
- (9) 辻裕教「裁判員制度と捜査」ジュリスト1370号(2009年)143頁参照。さらに、最高検察庁「裁判員裁判における検察の基本方針(平成21年2月)」前掲注(4)53頁、長谷川充弘「裁判員裁判の下における捜査・公判遂行の在り方に関する検察試案について」ジュリスト1310号(2006年)111頁参照。なお、酒巻匡「21世紀の刑事裁判—裁判員制度運用上の課題と展望—」司法研修所論集115号(2006年)109頁参照(裁判員裁判においても、「裁判内容の『精度』ないし『品質』は維持されるべき」と主張される。その意味でも、証拠収集を徹底する必要がある)。)
- (10) 最判昭23・10・30刑集2巻11号1427頁、最判昭24・7・19刑集3巻8号1348号、最判昭30・6・22刑集9巻8号1189頁。その他、最判昭24・4・30刑集3巻5号691頁、最判昭25・10・10刑集4巻10号1959頁参照。さらに、朝山芳史「補強法則—裁判の立場から」三井誠ほか編「新刑事手続Ⅲ(2002年)245頁、杉田宗久「補強証拠の証明力(上)」判タ1016号(2000年)8頁、那須彰「補強証拠」判タ498号(1983年)32頁参照。

は著しく困難であると言わざるを得ない。幸か不幸か、自白は、今もって「証拠の女王」である⁽¹¹⁾。

ところが、近時、社会の変化と時代の変遷に伴い、国民の権利意識の高揚とも相まって、証拠としての自白の収集が極めて困難な時代に立ち至っており、今後、少なくとも近い将来において、自白を巡るこのような状況が好転する可能性は極めて低いように思われる。捜査の実情を踏まえて、その意味するところを考えてみると、それは、従来のような職人芸のみに頼った圧倒的な技量に依拠する取調べによって事案の真相を引き出し、被疑者を反省させて更生させるという旧来型の捜査手法が、少なくとも裁判員制度を前提とする新たな時代においては明らかに限界に突き当たっており、その制度的疲労はもはや小手先では立て直し不可能ではないかと思われることである⁽¹²⁾。ざりとて、「証拠の女王」である自白の獲得を当初から断念し、客観的証拠のみによって全ての犯罪が立証できるという楽観論を採ることも、上述のとおり

(11) 田宮裕・刑事訴訟法【新版】(1996年)344頁、松尾浩也・刑事訴訟法下【新版補正第2版】(1999年)36頁、安富潔・刑事訴訟法(2009年)431頁、渡邊一弘「自白の証拠能力—検察の立場から」三井誠ほか編・新刑事手続Ⅲ(2002年)213頁、石井一正「刑事裁判における事実認定について」判タ1089号(2002年)34頁(「証拠の王」には、自白は「証拠価値」のみならず「信用性」も高いとの意味も含むのではないかとされる。)など。さらに、平野龍一・刑事訴訟法(1958年)13頁参照。なお、「弁護人の積極的な関与」によって自白の欠如を埋め、事案の真相を明らかにできるとする「自白を必要としない捜査モデル」の確立が主張されているが(高田昭正・被疑者の自己決定と弁護(2003年)102頁)、それは、「場合によっては実体的真実を犠牲にすることもやむをえない」(平野龍一・刑事訴訟法概説(1968年)12頁)という方向を一層推し進めることであろうか。さらに、自白を得るための取調べの重要性につき、稲田伸夫「被疑者の取調べ—検察の立場から」三井誠ほか編・新刑事手続Ⅰ(2002年)194頁参照。

(12) 宇川春彦「司法取引を考える(17)・完」判時1627号(1998年)38頁参照。弁護側からの指摘として、笠井治「被疑者の取調べ—弁護の立場から」三井誠ほか編・新刑事手続Ⅰ(2002年)223頁参照(運用によって克服できるという認識は「全くの誤り」であって、「法制度的な見直し」が必要とされる。)

り、また困難である。そうすると、採り得る次善の選択肢は、どのような捜査官が取調べを行ったとしても、相応の真実を適切に引き出すことができるような取調べ手法の開発であろう。そして、その一つの極めて有力な方法として取引的な手法、利益提供によって自白へと誘因するような手法が許容される余地があるのではないかということが議論されているところである⁽¹³⁾。果たして、このような手法は可能なのであろうか⁽¹⁴⁾。

3 本稿の課題と方向性

以上のような背景を踏まえて、一定の利益提供によって得られた自白の在り方を検討したいと考えているが、その際、直ちにいくつかの疑問が生じてくる。まず第1の疑問は、そのような利益提供がなされると、被疑者の心理

(13) 宇川春彦「司法取引を考える(15)」判時1614号(1998年)28頁,同「同(16)」判時1616号(1998年)28頁,同「同(17)・完」判時1627号(1998年)36頁,川出敏裕「司法取引の当否—刑事法の視点から」公正取引617号(2002年)22頁,同「経済犯罪と取引的捜査手法」ジュリスト1228号(2002年)133頁,辻本典夫「約束による自白の証拠能力」近畿大学法学57巻4号(2010年)33頁,池田公博「新たな捜査手法—いわゆる「司法取引」との関係を中心に」ジュリスト1370号(2009年)93頁など。さらに,川出敏裕「新たな捜査手法の意義と展望」刑事法ジャーナル29号(2011年)3頁など参照。なお,いわゆる「司法取引」に関する最近の共同研究として,特集「司法取引の理論的課題」刑法雑誌50巻3号(2011年)333頁以下の各論文参照(特に,自由な意思決定との関係につき,川出敏裕「司法取引と刑事訴訟法の諸原則」同342頁,日本人の正義感と自己負罪型取引との関係につき,河合幹雄「司法取引と日本社会・文化の相性」同384頁,さらに量刑との関係につき,宇藤崇「司法取引と量刑的考慮について」同347頁)。

(14) この点,「取調べによる自白採取に多くの近代法レベルの課題を残しつつも,あえて免責証言獲得のための立法方策をさぐるという必要」が「ポスト・モダンの要請」によって生じるであろうが,それは,「超近代という衣をかぶった前近代」にほかならないとの警告(田宮裕・変革のなかの刑事法(2000年)17頁及び23頁)に十分耳を傾けなければならないことを改めて自覚しておきたい。

に不当な影響を及ぼすことになり、したがって捜査方法として不適切であるのみならず、違法になるのではないかということである。第2の疑問は、その心理的影響ゆえに、それによって得られた供述(自白)は任意性に疑いが生じるのではないかということである。

ところで、刑訴法は「任意になされたものでない疑のある自白」は証拠とすることができないと規定しており(刑訴法319条1項)、自白の証拠能力は「任意性」によって規制されている(自白法則)。他方、自白は、取調べによって供述証拠として得られるものであるから、取調べに関する規制に服するところ、取調べは、一般には任意捜査とされているから⁽¹⁵⁾、任意捜査の限界によって規制されることとなる。このように、自白については、直接的には自白法則によって、また、間接的には任意捜査の限界によって、それぞれ規制され、これらの規制をクリアした自白が事実認定の資料として用いられることとなる。したがって、適法な任意捜査によって得られた任意性のある自白が証拠として用いられ得ることは疑いが無い。しかし、違法な捜査によって得られた任意性のある自白という概念、適法な捜査によって得られた任意性のない自白という概念、そして、違法な捜査によって得られた任意性のない自白という概念も、それぞれ想定可能であって、これらについてどのように取り扱うべきかは、違法性の意味及び自白法則の根拠とも相まって、必ずしも明確ではないように思われる⁽¹⁶⁾。そのために、自白法則における任意性

(15) ただし、身柄拘束中の取調べについては、強制処分とする見解が少なくない(鈴木茂嗣・刑事訴訟法の基本問題(1988年)71頁、後藤昭・捜査法の論理(2001年)165頁、三井誠・刑事手続法(1)[新版](1997年)134頁など)。これに対し、高内寿夫「逮捕・勾留中の被疑者取調べに関する一試論」白鷗法学3号(1995年)89頁(在宅被疑者に対する出頭要求・取調べは「強制処分的」ではあるが、身柄拘束中の被疑者の取調べは、面会室における取調べしか認められないので、むしろ「任意性」を確保できるとされる。)、梅田豊「取調べ受忍義務否定論の再構成—刑訴法198条1項但書の解釈についての一試論—」島大法学38巻3号(1994年)15頁(被疑者が任意に応じる場合に面会室における取調べのみが認められるとする。)参照。

の問題と、任意捜査における任意性の問題とが微妙に錯綜し、絡み合っ、都合の良い場合に都合の良い方が強調される結果となってきたようにも思われる。

そこで、本稿では、この点を検討するための前提作業として、取調べの違法性の問題と供述の任意性の問題の関係を確認した上で、一定程度の心理的圧力は「任意捜査」としても適法とされる余地があり、また、「任意捜査」として適法とされるような取調べによって得られた自白には、特段の事情がない限り、「任意性に疑いがある」とは言えず、したがって、一定程度の利益提供を含め、一定程度の心理的圧力は、「任意性に疑いがある」という事情には当たらないということを明らかにしようとするものである⁽¹⁷⁾。すなわち、第1に、両者の関係を踏まえ、任意捜査の限界を超えない取調べによって得られた自白は、自白法則においても、原則として任意性に疑いがないものとして取り扱うことができるということを確認した上で、第2に、任意捜査としての取調べの限界に関する判例の立場を踏まえながら、取調べの態様を「身柄拘束型」⁽¹⁸⁾の取調べと「情報提供型」⁽¹⁹⁾の取調べとに区分し、それぞれの取調べの相当性を検討しつつ、後者のような取調べ方法も、広い意味

(16) なお、自白法則における違法排除説に対する批判としてはあるが、任意性と違法性を区別が明らかではないと言われている（大澤裕「自白の任意性とその立証」松尾浩也ほか編・刑事訴訟法の争点〔第3版〕（2002年）172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）63頁など）。さらに、松尾浩也・前掲注(11) 42頁参照。

(17) なお、ドイツ刑訴法136条a第1項参照。同項は、第2文において、「強制は、刑事手続法（Strafverfahrensrecht）が許容する限度でのみ、これを用いることができる。」とした上、第3文において、「刑事手続法の規定によって許容されていない処分をもって強要すること及び法律に規定されていない利益を約束することは、いずれも禁止される。」と規定している（訳文は、法務省大臣官房司法法制部編・ドイツ刑事訴訟法典〔法務資料460号〕による。）。

(18) 「身柄拘束型」とは、後に述べる通り、宿泊を伴う取調べや徹夜による取調べなど、実質的には身柄拘束に近い状態を利用した取調べ類型を想定した仮称である。

において何らかの心理的圧力を加えるものであるとしても、一律に違法とされるべきではなく、なお任意捜査の限界を超えない取調べと言える場合があり得ることを明らかにするとともに、可能な限り、その限界をも明らかにしたいと考えている。そして、第3に、仮に情報提供型の取調べが一定限度において許されるものとするれば、そのような取調べによって得られた自白もまた任意性に疑いが無いものとして取り扱う余地があり得るのではないかということを明らかにしたいと考えている。

このような検討を通じて、極めて狭い範囲に限られるとはいえ、裁判員制度の下における供述調書の活用の余地を検討するとともに、新たな取調べ方法の可能性を探ることによって、公判廷における立証の新たな展望の一端を示すことが当面の本稿の目的である。

第2 任意捜査と自白法則

1 任意捜査と自白法則の異質性

まず、形式的にみると、次のように考えることができる。すなわち、自白法則は証拠能力の問題である。それ故、任意性があるかどうかは、公判廷において事実認定者が認定資料として当該自白を用いることができるか否かという問題である。したがって、あくまで公判廷における証拠資料の取扱いの問題である。これに対し、任意捜査としての取調べの適法性の問題は、捜査段階において捜査機関が国民の権利をどの程度侵害しても良いかという問題である。したがって、あくまで捜査（公判準備）段階における捜査機関の行

(19) 「情報提供型」とは、後に述べる通り、供述の決意を促すために有意の情報（いわゆる約束のような場合も含む。）を提供して供述を求める形態の取調べを想定した仮称である。

為の法的評価の問題である。その意味において、両者は、形式的ないし法論理的には直接の関係はないと考えることができる。もっとも、自白法則は取調べの事後規制と言われている⁽²⁰⁾。しかし、それは、自白の証拠能力を規制することによって、捜査段階においても自白法則に抵触する自白の獲得を(したがって、そのような取調べを)断念させる趣旨であるから、両者の機能的関連性(自白法則による取調べの抑制効果)を指摘したものであって、形式的な法的論理的关系を論じたものではないであろう。

他方、これを実質的にみると、次のように考えることができる。すなわち、自白は、供述者自らの意思決定によって初めて創出されるものであって、一般的には、供述しようという意思決定(自己決定)がない限り、自白に至ることはあり得ない。自白は、最終的には、供述するという主体的意思決定の結果であると言って良い⁽²¹⁾。麻酔分析のような無意識又はこれに近い状態における供述は別論であるが、そうでない限り、主体的意思決定を喪失したままで供述が創出されることはあり得ない。供述とは、少なくとも、供述しようという供述者自身の意思の作用である⁽²²⁾。もとより、この意思の作用に対して圧力が加えられた上での供述は、その圧力故に正常な意思決定とは言えないかもしれない。そうであれば、自由でなかった、したがって、不任意ということになるが、仮に不任意であってもなお自ら決したということを強調することが可能であるとすれば、それは、なお任意であったと評価する余地もあり得ないわけではない。その意味において、任意性は、自己決定それ自

(20) 田宮裕・註釈刑事訴訟法(1980年)220頁,同・前掲注(11)129頁,松尾浩也・刑事訴訟法上〔新版〕(1999年)62頁,白取祐司・刑事訴訟法〔第5版〕(2008年)174頁,安富潔・前掲注(11)197頁など参照。

(21) 大野恒太郎「自白—検察の立場から」三井誠ほか編・刑事手続(下)(1988年)809頁参照。

(22) 自由意思につき、「実証科学の決定論的アプローチと自由・責任の概念はそもそも矛盾しない」とする見解として、小坂井敏晶・責任という虚構(2008年)153頁参照。

体の「有無」の問題であって、その「程度」の問題はあり得ないと考えることも可能であるように思われる⁽²³⁾。

これに対し、任意捜査における「任意」の問題は、捜査手法が違法か否かという問題であって、国民の権利侵害の問題であるから、任意捜査の限界として検討する限り、捜査の必要と侵害される権利・利益との比較衡量によって定まるものと考えられる⁽²⁴⁾。法益の比較衡量の結果、一定程度を越えた権利・利益の侵害があると判断されれば、そのような捜査行為は相当性を欠くことになり、その程度を越えなければ相当性の範囲内として適法になるのであるから、「程度」の問題であって「有無」の問題ではない。ここでは、極めて軽微な法益侵害は、相対的に適法と評価されるのであって、その意味では、適法とされる場合であっても、法益侵害が全くないというわけではない。「有無」の問題としては、軽微にせよ「有」である。だからこそ、その次の段階である「程度」の問題とされるのである⁽²⁵⁾。

このようにみれば、任意捜査としての取調べの「任意」の問題と、任意捜査としての取調べによって得られた自白の「任意性」の問題とは、論理

- (23) 酒巻匡「任意取調べの限界について—二つの最高裁判例を素材として—」神戸法学年報7号(1991年)291頁参照。
- (24) 大澤裕「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕(2011年)5頁、酒巻匡「刑事手続における任意手段の規律について」法学論叢162巻1～6号(2008年)95頁、同「捜査における法的規律の構造(2)」法学教室284号(2004年)67頁、同「捜査手続(2)総説(続)・捜査の端緒」法学教室357号(2010年)72頁。さらに、川出敏裕「任意捜査の限界」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集下巻(2006年)26頁参照。判例として、最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁参照。
- (25) これに対し、自白法則における違法排除説によれば、違法の根拠は「文明国家の基準である礼讓の観念」に求められる(田宮裕・捜査の構造(1971年)294頁)から、同説にいう違法性とは、「国家機関の行為規範違反」に求めるほかはないと言われている(大澤裕「自白の証拠能力といわゆる違法排除説」研修694号(2006年)7頁)。そうだとすれば、その意味でも、自白法則における任意性と判例のいう任意捜査における任意性とは異なっているように思われる。

的には次元の異なる問題であって、これを同一視することは相当でないように思われる⁽²⁶⁾。

2 任意捜査と自白法則の類似性

ところが、両者は、通常の場合、密接に関係しているように見える。それは、何故であろうか。その理由の一つは、自白の任意性がないとされる場合には、その自白獲得方法が違法であることが多いという事実上の関係を見出すことができるからであるように思われる⁽²⁷⁾。その意味では、自白獲得方法が違法であれば、多くの場合、それによって得られた自白は、事実上、任意性がないと推認され得るであろう。例えば、強制・拷問による自白は証拠とすることができないと規定されているが(憲法38条2項, 刑訴法319条1項), これは、強制・拷問が自白獲得を目的として供述者に不法な圧力を加え、心理的又は物理的に供述者の権利・利益を侵害するもので、およそ許されない違法な方法であることから、そのような方法で得られた自白は、自由な意思決定に基づくものとは言い難いとして、任意性がないとされたものであろう⁽²⁸⁾。

(26) この点に関し、任意捜査における任意性の問題と自白法則における任意性とは、理論的には次元を異にする問題であるから区別すべきであり、自白の任意性より取調べの限界の方が一層厳格なものであるとの見解が主張されている(井戸田侃「取調の法的規制」熊谷弘ほか編・捜査法大系I(1972年)246頁)。さらに、渥美東洋「取調と供述に関する法理」法曹時報39巻5号(1987年)38頁参照。

(27) 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)60頁, 65頁参照。

(28) 池田良兼「強制・拷問・脅迫による自白」判タ390号(1979年)10頁, 鈴木茂嗣・続・刑事訴訟の基本構造下巻(1997年)514頁, 525頁参照。もっとも、強制・拷問による場合は、不任意の推認が極めて強度であることから、当然に「証拠とすることができない」という明文規定を置くことによって、単なる推認を超えて不任意とみなしたとも考えられ、そうすると反証は許されないことになろう。なお、松尾浩也・前掲注(11)42頁参照。

一般的にも、自白の任意性を判断するためには、当該事案における自白獲得の方法・手段を具体的に検討することによって、それらの手段・方法の意思決定の自由に対する影響を踏まえて、そこから任意性の有無を推認するのが通常であると思われる。その意味では、自白獲得の方法・手段を構成する事実は、これによって得られた当該自白の任意性（又は不任意性）を推認するための有力な「間接事実」ないし「情況証拠」として機能することになるものと思われる。逆に言えば、取調べの方法・手段が違法でなければ、これによって得られた自白は原則として任意性があると言って良いとも言えるように思われる。

そもそも、自白獲得の方法として、そのための取調べを是とするのであれば、その手段・方法が適法とされる限り、捜査機関はそのような方法を用いることができる。したがって、これによって得られた自白を公判廷における証拠として利用できないのでは、そのような捜査を行う意味がない。それ故、取調べの手段・方法を検討する際には、仮にそのような手段・方法によって自白が得られた場合、その自白には当然に任意性があると評価されることを前提とする必要があり、逆に言うと、取調べの適法性には、任意性を疑うような事情がないことが求められることになろう。その意味で、任意性判断の捜査段階への前倒しという側面があることは否定できないし⁽²⁹⁾、少なくとも、捜査の適法性を検討する要素として任意性が考慮されることは否定できないように思われる。

しかしながら、そもそも捜査の適法性判断の中に、自白の任意性の評価を持ち込むことが理論的に可能なのであろうか。両者の判断が論理的には異なった性質であることは既述のとおりである。前者は程度の問題であって、法益の比較衡量の問題であり、後者は有無の問題であって、供述するか否かの

(29) 高内寿夫「被疑者取調べと弁護権」村井敏邦ほか編・刑事司法改革と刑事訴訟法上巻(2007年)474頁参照。

自己決定の問題であるとすれば、これを一体的に違法性判断として処理することは、そもそも不可能ではないかとの疑問が生じよう。その意味で、厳密にいうと、両者の判断は独立に行われるのが相当であろう。しかしながら、前者の判断において適法な捜査であると評価された場合には、これによって得られた自白は、特段の事情がない限り任意性があるものと事実上推認されると言っても良いであろうから、その場合の自白の任意性判断は、任意性がないことを疑わしめる特段の事情が主張されて初めて争いになるものと考えられる。取調べそれ自体の性質に照らしても、仮にこれによって得られた自白が不任意であったとすればそもそも取調べを行った意味もなくなるのであるから、取調べが適法であるということは、不任意自白に至ることがないように留意しながら取調べが行われたと考えられる。したがって、当該取調べが適法な取調べであったとすれば、その限りで、自白の任意性を事実上推認することができると考えられる。それ故、検察官とすれば、まずは取調べ状況の適法性を立証すれば良く、その立証に成功した場合には、被告人（及び弁護人）において当該自白の任意性を疑わしめる程度の特段の事情の存在を主張立証するべきであるように思われる⁽³⁰⁾。その意味において、取調べの適法性は、自白の任意性を事実上推定する機能を有しており、その限度で、任意性判断の一部が取調べの適法性評価に取り込まれたと考えることも不可能ではないように思われる。例えば、いわゆる「約束自白」について、仮に約束によって自白を得るという取調べ方法が適法であると仮定すれば、これによって得られた自白を、約束がなされていたという理由のみによって直ちに不許容とすることは、証拠の収集活動という捜査の本質に照らしても、合理的帰結であるとは考えられない。この点は、改めて検討することになるが、いわゆる約束の内容・方法等について、供述の任意性を失わしめないように十分に配慮した取調べがなされたものとして、これを適法と評価することがで

(30) 渥美東洋・前掲注(26)20頁参照。

きたのであれば、特段の事情がない限り、原則として、当該自白に任意性があるものと考えることが合理的であるように思われるのである。

仮に、このように考えることができるとすれば、ここで、取調べの適法性判断に取り込まれる得る任意性の要素とはどのようなものであろうか。例えば、強制・拷問によって得られた自白が不任意であることは疑いがないであろうから、このような手段を用いていないことが取調べの適法性を判断する資料となると思われる。不当に長い抑留・拘禁後の自白も不任意であろうから、取調べにおいてそのような事情がないことが取調べの違法性判断の資料となろう。そうすると、任意性を疑う事情がないような取調べであることが、取調べの適法性判断の資料となることは、怪しむに足りないように思われる。もとより、そのような事情が具体的には何を指すのかは一概には言えないが、従来、任意性を疑う事情として検討されてきたような事情が認められないことが、適法な取調べの要素として考慮されることはあり得て良いように思われる。それは、法益比較に基づく違法性判断における法益侵害の要素として考慮されることになるのであろうから、例えば、約束自白と言われる場合についてみれば、取調べにおける利益提供の約束が、果たして被疑者のどのような法益を侵害し、どのような権利・利益にどのように影響するかを具体的に検討することになるものと思われる。

3 違法性判断において考慮可能な任意性の要素

ところで、自白の任意性については、伝統的な任意性説に従う限り、要するに、虚偽供述のおそれ又は黙秘権の侵害がないこととされてきた⁽³¹⁾。虚偽供述のおそれは、供述が典型的に信用性を欠く可能性がある場合であり、供述内容にかかわってくるとはいえ、証拠能力の問題であるから、供述内容の詳細に立ち入って検討することは必ずしも相当とは言い難い⁽³²⁾。そこで、虚偽の供述させるような心理的圧力が加ったか否かを典型的に判断すること

になろう⁽³³⁾。心理的圧力は、供述へと導く「自白力動」⁽³⁴⁾であって、自白への誘因として機能する因子であるから、物理的圧力のみならず、利益誘導や約束等を含めることができる。このような誘因的因子を含めて広く考えれば、あらゆる心理的圧力が常に虚偽供述を導くわけでもないし、その態様や程度によっては、必ずしも典型的に虚偽に至るとまでは言えない場合もあり得よう。また、全く圧力がない場合であっても虚偽供述に至る場合があり得ることをも考慮すると、供述に向けられたあらゆる心理的圧力が、虚偽供述との関係において常に必然的連関があるとまでは言えないように思われる。したがって、供述に向けられて多少の心理的圧力が加えられたとしても、それが虚偽供述を導かない態様の圧力であったり、比較的軽微な圧力にとどまる限り、なお虚偽供述に至らない誘因にとどまると考える余地は十分あり得るように思われる⁽³⁵⁾。

(31) 鈴木茂嗣・前掲注(28)520頁、山田道郎・証拠の森—刑事証拠法研究—(2004年)105頁、同「自白の証拠能力」川端博ほか編・基本法セミナー刑事訴訟法(1994年)274頁、大澤裕「自白の任意性とその立証」松尾浩ほか編・刑事訴訟法の争点〔第3版〕(2002年)170頁、三井誠「自白の排除法則とその根拠〔1〕」法教246号(2001年)76頁、川上拓一「自白の証拠能力—裁判の立場から」三井誠ほか編・新刑事手続Ⅲ(2002年)189頁、石井一正「自白の証拠能力」判タ470号(1982年)24頁、大谷剛彦「自白の任意性」平野龍一ほか編・新実例刑事訴訟法Ⅲ(1998年)136頁など。これに対し、一般に多数説とされる違法排除説に立つと、「聴取する側の態度・方法」に着目するので任意性を越えることになるが(田宮裕・前掲注(11)349頁)、判例は依然として任意性説と言われており(三井誠「判例における自白排除の根拠」法教248号(2001年)80頁)、また、違法排除説が「通説あるいは多数説の地位にあるといえるかについては、疑問もある」との指摘(大澤裕・前掲注(25)4頁)もなされているので、当面、任意性説を前提として検討しておきたい。

(32) 田宮裕・前掲注(11)348頁参照。

(33) 山田道郎・前掲注(31)基本問題セミナー275頁、安富潔・前掲注(11)433頁参照。

(34) 浜田寿美男・自白の研究〔新版〕(2005年)292, 296頁。さらに336頁参照。

(35) 福岡高判平5・3・18判時1489号159頁、神戸地判平14・2・19 LEX/DB28075163 など参照。

他方、黙秘権侵害は、黙秘したい又は供述したくないという供述者の意思決定の侵害であるが、取調べも供述への説得活動であるから、説得に応じて決意を変更し供述に至る場合には、必ずしも黙秘権侵害とまでは言えない。その意味で、決意変更に至る際にどの程度の不当な圧力があつたかを検討することとなる。この場合の意思決定は、もともと犯罪行動に関する供述をするか否かという決意の問題であるから、その決意のプロセスには多数の影響力が複雑に作用するのが通例であろう。したがって、その意思決定に際して完璧に自由であることは、それ自体あり得ないと考えられる。多少の圧力は、なお自己決定の自由を維持していると評価する余地は十分にあり得る。制度としての供述の自由は、単なる思考の産物ではない。したがって、そのような多少の圧力を容認することによって初めて成り立つものと言っても過言ではないであろう。

このように、供述獲得に向けられた一定限度の軽微な圧迫ないし圧力があつたとしても、なお任意性を認める余地があるとすれば⁽³⁶⁾、このような圧迫ないし圧力の有無及び程度について、任意捜査の適法性を判断するための要素の一つとして考慮することは、あり得るように思われるし、むしろ、取調べにおける適正確保の観点からは、そのような事情を当然に考慮しておくべきであるとも考えられる。

ところで、このような事情を考慮するためには、その前提として、自白に至る自己決定のプロセスを検討しておく必要があるように思われる。なぜなら、そのような圧迫ないし圧力が加わっても、なお当該自白の任意性は維持

(36) これを「規範的任意」と言っても良いかもしれない。なお、多田辰也「取調べの任意性と相当性—任意同行後の被疑者の取調べについて—」九州国際大学論集法経研究4巻2=3号(1993年)19頁参照(取調べにおける任意性に関する裁判例を検討した上で、判例が実質的な逮捕状態にはなかつたとする理由は、「意思制約の程度はかなり高いが、それでも主体的判断の余地はあつたという点に求めざるをえない」とされる)。

されている（したがって、虚偽自白のおそれもなく、黙秘権を侵害することもない）と評価するのであれば、その場合にも正しい自己決定がなされたことが当然の前提となると思われるからである。そして、そのためには、そもそも正しい自己決定とは何かを明らかにする必要がある。

そこで、取調べにおける自己決定の役割を検討するとともに、その前提として、必要な限度で、刑事訴訟における自己決定の在り方について検討しておくことにしよう。

第3 取調べにおける自己決定の役割

1 刑事訴訟における自己決定

前提作業として、刑事訴訟における自己決定について、必要な限りで、若干の検討を試みておきたい⁽³⁷⁾。自己決定は、任意捜査と強制捜査との区別を巡り、意に反するか否かという点において、一般に重要な判断要素として考慮されている⁽³⁸⁾、また、自白の任意性においても、任意性説に従う限り、

(37) 刑事手続における自己決定につき、高田昭正・被疑者の自己決定と弁護（2003年）109頁、上口裕「刑事手続と自己決定」刑法雑誌41巻3号（2002年）62頁、後藤昭「弁護人依頼権と自己決定」刑法雑誌41巻3号（2002年）82頁、山名京子「被疑者・被告人の自己決定」ジュリスト1148号（1999年）96頁、同「事件処理と自己決定」刑法雑誌41巻3号（2002年）93頁、さらに、団藤重光「刑事訴訟法における主体性の理論」ジュリスト905号（1988年）44頁、福田雅章「刑事法における強制的根拠とパターンナリズム—ミルの【利益原理】に内在するパターンナリズム—」一橋論叢103巻1号（1990年）12頁参照。刑法における自己決定につき、高山佳奈子「自己決定とその限界（上）（下）」法学教室284号（2004年）55頁、同285号（2004年）39頁参照。憲法における自己決定につき、佐藤幸治「日本国憲法と【自己決定】—その根拠と性質をめぐって」法学教室98号（1998年）6頁、最近の教科書として、長谷部恭男・憲法〔第5版〕（2011年）144頁参照。さらに、山田卓生・私事と自己決定（1987年）4頁以下、335頁以下（特に、プライバシーとの関係につき338頁以下）参照。

供述の自由のための重要な判断要素とされているからである⁽³⁹⁾。

ところで、刑事訴訟において、被疑者又は被告人が自己決定する場面は、取調べを巡る場面以外にも多くの場面がある。日本の刑事訴訟法が当事者主義を標榜する以上、理念として想定される被疑者・被告人は、適切な情報を与えられ、弁護人の援助を受け、自らの判断に従って意思決定した場合に生じるであろう結果を予測した上で、自らの利害得失を合理的に考慮しながら訴訟に臨むという主体としての当事者が想定されているものと思われる⁽⁴⁰⁾。取り分け、公判段階においては、罪状認否に始まり、証拠に対する同意・不同意、訴訟行為に対する不服申立てなど、積極的・消極的を問わず、多くの場面において意思決定をしなければならないことが少なくない。

そのほかにも、略式手続、簡易公判手続、即決裁判手続など、被疑者・被告人として自ら意思決定をしなければならない場面は少なくない。例えば、即決裁判手続においては、一定の科刑制限のもと、執行猶予の裁判を必要とした上で、弁護人の助言を得る機会を保障するなど権利保障に十分意を尽くした上ではあるが、「被告人の自由意思による選択」に基づくものとされている⁽⁴¹⁾。いずれの手続も、もとより、弁護人の援助のもとに、弁護人に委任しあるいは代理に委ねて行うことが少なくないが、被告人の自己決定とい

(38) 最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁参照。井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也ほか編「刑事訴訟法の争点」〔第3版〕(2002年)47頁、同「強制捜査と任意捜査」(2006年)8頁参照。さらに、森岡康廣「呼気・血液の採取とその検知・検定結果の証拠能力」判タ832号(1994年)10頁も参照。

(39) 大澤裕・前掲注(31)171頁参照。もっとも、任意捜査における自己決定は、いわば行動の自由の一環として考慮されるのに対し、供述における自己決定は、供述するか否かという意思決定の自由として考慮される点で、対象領域が異なっていることに留意しておく必要はある。

(40) もっとも、当事者主義の在り方について、「被疑者・被告人の手続主体としての権理論」が直接問題とされるようになったのは、決して古いことではないと言われている(高田昭正・前掲注(37)118頁注(6))。

う本質が消え去るわけではない⁽⁴²⁾。しかし、公判段階においては、いずれにしても弁護人の援助を受けることができる上、被告人の自己決定も、弁護人の援助を前提としていると考えられる。その意味において、取調べにおける供述の自由を巡る自己決定とは、そもそも置かれた環境が大きく異なっているということもできる。もちろん、被疑者国選弁護制度の実施によって、取調べを受ける被疑者も、身柄拘束中である場合には弁護人の援助を受けることができるようになったが、その場合であっても、取調べそれ自体における弁護人の立会いが認められているわけではない⁽⁴³⁾。まして、在宅被疑者については、弁護人の援助を全く得られない場合が少なくない。それ故、公判段階において、法は被告人の自己決定を前提としていると仮定しても、捜査段階、取り分け取調べにおける被疑者の自己決定とは、全く問題状況が異なっていることを確認しておく必要がある。捜査段階においては、強制捜査の権限が捜査機関の手に委ねられているという一事を以てしても、被疑者側が相当劣位に置かれていることは明らかであり、これを無視して完全な対等当事者としての意思決定を求めることは相当ではあるまい⁽⁴⁴⁾。

しかしながら、刑訴法は、捜査機関による被疑者の取調べを認めるとともに（刑訴法198条1項）、被疑者が黙秘権を放棄して供述することを想定して⁽⁴⁵⁾、

(41) 最決平21・7・14刑集63巻6号623頁。この決定につき、正木裕史「判批」法セミ657号（2009年）128頁、高倉新喜「判批」平成21年度重要判例解説ジュリスト1398号（2010年）223頁、辻本典夫「判批」近畿大学法学57巻3号（2011年）17頁、宮城啓子「判批」刑事訴訟法判例百選【第9版】（2011年）など。さらに、高倉新喜「『即決裁判』のもつ意味は何か」法セミ626号（2007年）6頁、田淵浩二「裁判の迅速が公判の形骸化にならないために—公判前整理手続・即決裁判を対象に—」法セミ630号（2007年）27頁参照。

(42) 弁護人の固有権は別としても、独立代理権であっても代理権であるから、被告人の自己決定と無関係とまでは言えないであろう。

(43) ただし、警察官が取調べを行う際には、必要があるときは弁護人の立会いを認めることができる（犯罪捜査規範180条2項参照）。

その供述を調書に録取することを認めており(同条3項)、少なくともその限りでは、被疑者の自由な自己決定がなされ得ることを前提としているものと考えられる⁽⁴⁶⁾。そうすると、確かに弁護人の援助を受けることが望ましいとはいえ、法は取調べに際して弁護人の立会いを前提としているわけではないから、仮にそのような援助を受けることができなかったとしても、被疑者には、なお自己決定の自由があったものと考えられることができる。

もっとも、仮にそうだとした場合、真に自由な自己決定がなされたか否かの判断は、どうすれば良いのであろうか。この点、真実自由な自己決定がなされたか否かは、人の内心における意思の在り方の問題であるから、外部からは容易に窺い知ることができない。例えば、供述するという行為を考えると、供述行為は、供述しようとする者の認識や判断に関する言語による表現行為であるから、麻酔分析に基づく場合のように、およそ意識的・自覚的表現とは言い難い場合はともかく、そうでない限り、いかに外部から抑圧を加えられ、そのために心理的に萎縮していたとしても、少なくとも供述と言

(44) 高田昭正・前掲注(37)113頁、福島至「有罪答弁制度導入論の問題」法学62巻6号(1999年)63頁、同「刑事司法改革の理念—司法取引・有罪の答弁導入の是非など」法律時報74巻7号(2002年)27頁参照。そのような被疑者・被告人が自ら意思決定できるためには、当然ながら、そのための前提条件の整備が不可欠であり、そうでなければ自己責任という名の下に被疑者・被告人に不利益だけが生じることになるという指摘(山名京子・前掲注(37)ジュリスト97頁、同・前掲注(37)刑法雑誌99頁)にも留意する必要がある。この点につき、例えば、佐賀地決平14・12・13判時1869号135頁参照(「強制脅迫に基づいてやむなく署名指印した旨の被告人の供述を全く信用できないとして否定し去ることは困難である」として、同意があった自白調書につき、326条1項の「相当」性が無いとして排斥している。なお、瀧野貴生「判批」法学セミナー604号148頁参照。)

(45) 自己負罪特権は広い意味のプライバシーを根拠とするから、「放棄して供述することはもちろんできる」とされる(田宮裕・前掲注(11)342頁)。

(46) 捜査機関は、黙秘権放棄を説得することができ、放棄は「自覚的かつ理性的」になされなければならないとされる(田口守一・刑事訴訟法〔第5版〕(2009年)116頁)。

える程度の言語的表現行為がなされる限り、自らの決意に基づいて供述行為をしたものと評価することは必ずしも不可能ではない⁽⁴⁷⁾、少なくとも、自ら意思決定したという要素が全くないとまでは言えないように思われる。そうだとすれば、主体的で自由な自己決定の有無を、自らの決意に基づくか否かという内心の心理的状态の探索を通じて判断することは、常に正当な自己決定がなされたという結論を導くことになるか⁽⁴⁸⁾、そうでないとすれば、逆に自由な自己決定がなされたか否かは極めて疑わしいということになり、いずれにしても、合理的で納得のゆく説得的な判断を求めることは、著しく困難であるように思われる⁽⁴⁹⁾。

そこで、判断の方法としては、内心の自己決定それ自体ではなく、これに向けられた直接的な心理的圧力ないし誘因力の有無ないし程度を測定し、それが一定の程度を越えた場合には自由な自己決定に疑いがあるという判断を導くことが考えられよう。もとより、自己決定に向けられた圧迫ないし誘因は多種多様であるが、間接的な作用を有するに止まるものについては、結局のところ、直接的な作用を介して影響すると考えられるので、自己決定に及ぼす影響力の大きさを測定するためには、原則として、直接的な作用力を有するものに限って測定すれば、内心の自己決定それ自体の主要な原因力の測定となるのではないかと考えられる。そして、そのような測定は内心の自己

(47) 浜田寿美男・前掲注(34) 77～78頁参照（被疑者が屈するのは、取調べの圧力そのものためではなく、自らの弁明では崩しようもない捜査官の確信を読み取ったためであって、「心理学的な意味合いで言う限り、人はいかなる圧力状況におかれても、完全にその主体性を失ってしまうことはない」とされる。）。

(48) 光藤景皎・口述刑事訴訟法中（1992年）167頁参照。

(49) 高木光太郎「任意性への心理学的アプローチ」季刊刑事弁護14号（1998年）89頁参照。さらに、小坂井敏晶・責任という虚構（2008年）156頁参照（「強制されていると主観的に感じるか否かが自由と不自由を分つ基準」であり、「他の要因によって行為が決定されるかどうかという客観的事実は、自由かどうかの判断とは別の問題だ」とされる。）。

決定それ自体の評価にはほぼ対応する関係にあるように思われる。しかも、そのような測定は、実際上も内心の自己決定それ自体を直接探索するよりは遙かに容易である。そして、その直接的作用力としての圧迫ないし誘因力の大きさは、これが不当なものとして排斥されるべきものである限り、これによって受けた苦痛の大きさとその程度によって計測することが可能と思われるので、その計測結果によって任意性を判断することも可能となるのではないかと思われる。

概ね、以上のような大枠を想定した上で、これを取調べに当てはめながら、順次検討していくこととしよう。

なお、捜査段階において被疑者の自己決定の任意性が問題となる場合として、そのほかにも任意同行、尿の任意提出⁽⁵⁰⁾、実況見分としての犯行再現、さらには承諾捜索⁽⁵¹⁾、承諾留置⁽⁵²⁾などがある。しかし、任意同行は身柄拘束

(50) 尿の任意提出は、任意同行に引き続いて行われるのが通常であるから、むしろ任意同行の問題として検討するが相当かもしれない。例えば、最判昭61・4・25刑集40巻3号215頁、東京高判昭61・2・27判時1214号135頁、東京地判昭62・6・26判時1263号51頁など参照。さらに、例えば、別件差押えを回避するために任意提出を求める場合もあるが、これは別件差押えの問題として検討すれば足りよう。なお、広島高判昭56・11・26判時1047号162頁など参照。

(51) 犯罪捜査機関108条は、住居等に対する承諾捜索を禁じているが、真に自由意思による場合には、私的空間に対するプライバシーの放棄は可能であるから、刑訴法上これを肯定するのが多数説のようである(頃安健司「任意捜査と自由の制限」石原一彦ほか編・現代刑罰法大系5巻刑事手続I(1983年)168頁、堀籠幸男「任意同行と逮捕の始期」判タ296号(1973年)67頁など参照。)。なお、福岡高判平5・3・8判タ834号275頁参照。

(52) 同意があっても留置施設に拘束することは許されないとするのが従来からの多数説であるが(伊藤栄樹ほか・注釈刑事訴訟法〔新版〕3巻(1996年)77頁〔東條伸一郎〕)、捜査機関による宿泊場の提供を伴う場合とはかなり接近しており、後者が許されるとすれば、その限界は問題となり得よう。「真に有効な同意があり、本人の意思で何時でも自由に帰れる状態にあったという場合」には強制処分とする理由はないとする見解(井上正仁・強制捜査と任意捜査(2006年)9頁)も主張されている。

か否かの問題であり、任意提出は差押えか否かの問題であって、いずれも強制捜査との限界が問題となるので、任意捜査としての取調べとは局面が異なっている。また、承諾捜査、承諾留置についても、同様に強制捜査との限界の問題である。これに対し、犯行再現は動作による供述の側面があるので、取調べと密接に関連するが、既に自白した後になされるのが通常であるから、一般には不任意の問題は生じないように思われる⁽⁵³⁾。したがって、これらについては、必要な限度で言及するにとどめる。

2 取調べにおける自己決定

捜査機関は、「犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる」とされている（刑訴法198条1項）⁽⁵⁴⁾。取調べは、弁解録取と異なり、「積極的な行為」⁽⁵⁵⁾であることから、「あらかじめ、自己の意思に反して供述をする必要がない」旨（供述拒否権）を告知しなければならない（同法198条2項）。そのほか、取調べの方法について、刑訴法は特に規定していない。しかし、憲法36条及び同38条2項に照らし、強制・拷問・脅迫等を用いることが許されないほか、刑訴法319条1

(53) 東京高判昭62・5・19判時1239号22頁参照。

(54) 一般には、取調べは強制処分ではないが、権限の存否に関する疑いを避け、また、手続を厳格に規定することによって任意処分に藉口する濫用を防ぐために、特に規定を設けたものとされる（松尾浩也監修・条解刑事訴訟法〔第4版〕（2009年）375頁、藤永幸治ほか編・大コンメンタール刑事訴訟法3巻〔1996年〕143頁〔馬場義宣〕）。

(55) 小野清一郎ほか・ポケット註釈全書刑事訴訟法（上）〔新版〕（1986年）438頁。発問し、答弁内容の疑義について説明を求めるなど「積極的な供述獲得行為」と言われる（上口裕・刑事訴訟法〔第2版〕（2011年）115頁）。

(56) 松尾浩也監修・前掲注（54）377頁、三井誠ほか編・基本法コンメンタール刑事訴訟法（2011年）232頁〔石井隆〕、藤永幸治ほか編・前掲注（54）166頁〔川村博〕、小野清一郎ほか・前掲注（55）439頁、田宮裕・前掲注（11）129頁、田口守一・前掲注（46）116頁、安富潔・前掲注（11）197頁など。

項の趣旨から、任意性を奪うような取調べも許されないとされている⁽⁵⁶⁾。

ところで、供述拒否権の告知は、被疑者に供述拒否権があることを前提として規定されたものであるから、制度としては、当然のことながら、被疑者には供述するか否かについて意思決定の自由があることを前提としている。そのためには、被疑者が自由な意思決定をすることができる環境に置かれていることが不可欠である。強制・拷問はもとより、任意性を害するような取調べは許されない。仮にこのような取調べがなされたとすれば、自由な意思決定を行うための環境そのものが破壊されたものと強く推認されることになると思われる。

それでは、そのような環境とは、どのようなものであろうか。第1は、物理的に自由な環境である。強制、拷問その他の有形力の行使や不当な拘束などによって、自白に向けられた物理的圧力や移動の自由制限が加えられることになれば、自由な環境が物理的に破壊される。このような外力（自己決定に向けられた直接的な作用力）による物理的環境破壊は、それが違法であるか否かは措くとしても、事実上の供述強制であるから、任意性が否定される。任意性が否定されるのは、そのような直接的な作用力による環境破壊に起因して、供述せざるを得ない心理状態に追い込まれるからである⁽⁵⁷⁾。しかし、そうだとすれば、供述せざるを得ない心理状態に追い込まれない程度の作用力行使であれば、許容される余地はあり得ることになろう。第2は、心理的に自由な環境である。脅迫や詐欺による不当な誘導・誤導などによって、自白に向けられた心理的圧力が加えられることになれば、心ならずも供述するに至ることもあり得よう⁽⁵⁸⁾。この場合は、意思決定に対して直接的に働き掛け、やむを得ない状態に追い込まれるのである。しかし、そうだとすれば、

(57) もっとも、取調べは被疑者と捜査官の「心理的な闘い」であるから、「環境的な要因」が被疑者の心理に与える影響を過大に評価した場合には、任意捜査として許容される範囲を不当に制限することになるとの指摘もある（山崎裕人「任意捜査の限界—最高裁第二小法廷昭59・2・29決定の考察—」警察学論集37巻6号（1984年）64頁）。

逆に、やむを得ない状態に追い込まれない程度の心理的圧力であれば、許容される余地はあり得ることになるだろう。

以上、いずれにしても、意思決定に向けられた直接的な作用力によって、自由な環境が完全に破壊された場合には、そのような取調べ態様それ自体が違法であるか否かは仮に措くとしても、これによって得られた供述の任意性は否定されるであろうから、そのような場合については、敢えて検討するまでもない⁽⁵⁹⁾。そこで、自由な環境の毀損がその程度に至らない場合であれば、なお自由な意思決定は維持されていると考えることができるかどうかについて、検討しておきたいと思う。

ところで、翻ってみれば、取調べとは、供述したくない被疑者に対して、何とか供述してもらうための積極的な働き掛けであり⁽⁶⁰⁾、そのためには相手方が供述し易いような環境を整える必要がある。したがって、言語による合理的な説得、論理に基づく理詰めの説得、あるいは悔悟を求める誘惑や諦めを促す働き掛けなどは、ある程度許容せざるを得ないというべきであろう⁽⁶¹⁾。全く働き掛けることなく単に供述するところを聴くだけでは、弁解録取と異なるところがない。取調べの取調べたるゆえんは、やはり積極的働き掛けに

(58) 小野清一郎ほか・前掲注(55)439頁参照。さらに、犯罪捜査規範168条1～3項参照。

(59) 小坂井久「弁護士からみた任意性の基準・その立証について」季刊刑事弁護14号(1998年)63頁参照(個人をして自由で合理的な選択をなさないおそれのある「状況」のもとでの取調べは、全て任意性に疑いを生じるとされる。)

(60) 佐藤隆之「被疑者の取調べ」法学教室263号(2002年)138頁参照。また、そもそも犯罪の捜査である以上、任意とはいえ、多かれ少なかれ捜査官の側から積極的に相手方に働き掛け、影響を加えるのは、「ある意味で当然である」とも言われている(井上正仁・前掲注(38)刑事訴訟法の争点47頁、同・前掲注(52)4頁)。

(61) これに対し、取調べとは、単に弁解を聴取する機会を与えるにとどまり、自白を求める追求行為ではないとする見解も主張されている(井戸田侃・前掲注(26)245頁)。この見解によれば、理詰めや質問も、頑張り合いも、誘導的な質問も、全て限界を超えることになることとされる(同248頁)。

よって自白誘因を設定することにあるように思われる⁽⁶²⁾。そして、自白誘因の設定方法については、種々の方法があり得ると思われるが、そもそも被疑者と捜査官とは、その供述ないし自白を巡って、両者の利害が対立するのが通常であることを考慮する必要がある。仮に公判廷において対決するとすれば、誘導尋問を行い、証明力を争うための尋問を行い、あるいは証拠を示して尋問を行うこともなし得るといふべきであろう(規則199条の4第3項, 199条の6, 199条の11参照)。確かに、不当な誘導や威圧的な尋問、あるいは名誉を害するような尋問は、公判廷における証人尋問においても禁止されている(規則199条の13第2項参照)のであるから、これと同様、取調べにおいても、このような尋問方法は許されないといふべきであろう⁽⁶³⁾。しかし、そうだとしても、そこに至らない程度の誘導尋問など、一定限度の、少なくとも法廷における証人尋問において許される程度の尋問が、取調べにおいても許されることは、当然と言って良いであろう⁽⁶⁴⁾。その意味において、その

(62) 例えば、東京高判平13・12・25訟務月報50巻1号1頁(「被疑者に対する取調べは、裁判官の行う勾留質問等とは異なり、単に被疑者の弁解を聴くだけではなく、被疑者が事案の真相を知る唯一の者であることから、取調べによって任意の供述を得、事案の真相を解明する目的で行われるものであることにかんがみると、当該被疑者に対し、取調べを実施するに足る嫌疑がある場合には、捜査官としては、むしろ、あらゆる角度から取調べを行い、事案の真相究明に努めるべき職責を有するといわなければならない。その際、他の被疑者の供述の真否を確かめ、あるいは本人の記憶を喚起するために、他の被疑者の供述内容を示して取調べを行う場合もあれば、それまでの捜査により判明した事実と相反する供述について、その真否をたず場合もある。したがって、捜査官が熱心に真相を供述するように説得したからといって、直ちに自白を強要したことにはならないし、他の被疑者の供述を示したり、それまでの捜査により判明した事実を示して取り調べても、それが直ちに「誘導」又は「押付け」による取調べとして自白の任意性を欠くことにはならないといふべきである。」とする。)、大阪高判昭58・2・2判時1086号150頁(「強い嫌疑をかけて厳しく追求したであろうことは容易に推測できるけれども、このような取調べ方法をとることは、捜査上当然に許容される」とする。)参照。さらに、浜田寿美男・前掲注(34)292頁参照。

(63) 犯罪捜査規範167条3項, 4項, 168条1～3項参照。

限度の心理的圧力は、自由な意思決定を害するものではないといえることができる。

それでは、その限界はどこにあるのであろうか。例えば、一定の利益を提供するような方法による取調べは、本当に自由な意思決定を害しないものといえるのであろうか。自己決定に向けられた直接的な作用力によって自由な環境が毀損されたものとは言えないのであろうか。

そこで、任意捜査としての取調べの限界を巡って、これまで議論なされてきた若干の問題を取り上げ、問題とされてきた取調べ手法が、果たして自由な意思決定を害しないかどうかという観点から検討してみたいと思う。

第4 任意捜査としての取調べの限界

1 最高裁の2つの決定

任意捜査としての取調べの限界については、いわゆる高輪グリーンマンション事件の最高裁決定⁽⁶⁵⁾及び平塚殺人事件の最高裁決定⁽⁶⁶⁾における供述の任意性を巡って、議論がなされている。すなわち、この両決定、特に前者の決定において、任意捜査としての取調べの限界について、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容されるものと解すべきである」とされた点につき、それまでの任意捜査の限界に関する最高裁決定⁽⁶⁷⁾との関係を踏まえ、その理論的な意味について議論がなされている。

(64) もっとも、「被告人が明確に黙秘権を行使する意思を示しているにもかかわらず、延々と質問を続けるなどということはそれ自体被告人の黙秘権の行使を危うくするもの」とした裁判例もある（札幌高判平14・3・19判時1803号147頁）。

(65) 最決昭59・2・29刑集38巻3号479頁（以下、「59年決定」という。）。

(66) 最決平1・7・4刑集43巻7号581頁（以下、「元年決定」という。）。

59年決定は、任意捜査の限界としての取調べの適法性を検討し、違法な任意捜査という範疇が認められることを明らかにしたものとされているが⁽⁶⁸⁾、結論としては、「任意捜査として許容される限界を越えた違法なものであったとまでは断じ難い」とされ、「したがって、右任意取調べの過程で作成された被告人の答申書、司法警察員に対する供述調書中の自白については、記録上他に特段の任意性を疑うべき事情も認め難いのであるから、その任意性を肯定し、証拠能力があるものとした第一審判決を是認した原判決は、結論において相当である」とされており、結局のところ、自白の任意性を肯定したのである。

ところで、59年決定においては、違法な取調べがなされた場合に、そのことが任意性を疑うべき事情となるという積極的判断がなされているわけではなく、本件取調べは許容限度内であるから適法であって、他に任意性を疑う事情もないから任意性があると判断しているだけである。したがって、取調べの違法性と供述の任意性との関係については、結局のところ判断していないことを前提とせざるを得ない⁽⁶⁹⁾。しかも、ここで任意捜査として適法とされた重要な理由は、「取調べにせよ宿泊にせよ」「被告人がその意思によりこれを容認し応じていた」ものとされた点である⁽⁷⁰⁾。したがって、取調べに応

(67) 最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁。

(68) 芝原邦爾「判批」刑事訴訟法判例百選〔第5版〕(1986年)17頁、長沼範良「判批」昭和59年度重要判例解説ジュリスト838号(1985年)194頁、酒巻匡ほか・演習刑事訴訟法(2005年)64頁〔大澤裕〕、佐藤隆之・前掲注(60)139頁。

(69) 取調べが違法であった場合の法的効果について「明言することを避けている」とされる(鈴木義男「判批」判時1129号(判評310号)(1984年)228(66)頁)。さらに、河上和雄「任意捜査の限界」判タ528号(1984年)50頁参照。これに対し、少数意見については、「違法排除の見地に立つもの」とも評価されている(最高裁判所判例解説刑事篇昭和59年度185頁〔龍岡資見〕)。なお、元年決定については、法廷意見は取調べの違法性と自白の任意性の関係について「何らの判断も示していない」し、少数意見も違法排除の立場に立脚しているとみるのは正当でないと評されている(最高裁判所判例解説刑事篇昭和59年度220頁〔出田孝一〕)。

じ、宿泊に応じたことがその意思によるというのであるから、あくまで取調室に留まって取調べを受けることそれ自体、あるいは捜査機関が斡旋した宿泊場所に宿泊することそれ自体について、自らの自由意思に基づく論じているのであって、供述することそれ自体につき自由な意思決定があったことを直接に論じているわけではないのである。ここで議論されている自由意思は、あくまで宿泊を伴う取調べを受けることについてであって、少数意見も、この点で事実上の強制下にあったものとしているのである。もともと強制捜査としての身柄拘束下においても、供述するか否かについては自由な意思決定をなし得ることが前提となっているのであるから（黙秘権の告知はそのことを前提としているというべきであろう。）、宿泊を伴う取調べが事実上の強制下であって、仮にその場に留まらざるを得ない状況に置かれていたとしても、そのことから直ちに供述の自由が失われていたとまでは言えないはずである⁽⁷⁰⁾。したがって、仮に事後規制としての自白の任意性を論じるのであれば、事前規制としての任意捜査の限界を論じるよりも、正面から供述の自由を失わせるような事情を直接検討するのが筋であったとも考えられる。しかしながら、59年決定において検討されているのは、あくまで任意捜査における任意性であって、この点において任意捜査の限界を越えていないことから、違法とは言えないとしているに過ぎないのである。それ故、任意捜査における任意性と自白法則における任意性がいかなる関係にあるのか、両者は全く同一であるのかどうか、この点については必ずしも明らかであるとは言え

(70) 田口守一「判批」法学セミナー378号(1986年)113頁、河上和雄・前掲注(69)49頁。

(71) 最大判平11・3・24民集53巻3号514頁。池田修=前田雅英・刑事訴訟法講義〔第3版〕(2009年)146頁参照。もっとも、取調べ受忍義務を認めるのであれば、「実質的に供述を強いるのと異ならない」(平野龍一・刑事訴訟法(1958年)106頁)、「問題の残る」見解(田宮裕・前掲注(11)131頁)、「黙秘権保障を軽んずることになろう」(田口守一・前掲注(46)114頁)などとされている。さらに、「論理的に」黙秘権の保障と「衝突する」とも言われている(笠井治・前掲注(12)211頁)。

ない。確かに、任意捜査としての限界を越えた場合には、越えたことを認定するための諸事情を、刑訴法319条1項における任意性判断の資料となる要素として考慮することによって、供述の不任意が事実上推定されるというような関係を見出すことは可能であろう⁽⁷²⁾。しかし、それは、例えば、警察が斡旋した宿泊や警察車両による警察署への送迎やその間の監視等に伴う「心理的圧迫」が、取調べを受ける被疑者の心理に影響を及ぼし、その結果、僅かな誘導によっても自白に至る可能性があったということであって、不当な身柄拘束が直ちに供述の自由を奪うという直接的関係にあるわけではない⁽⁷³⁾。そうすると、少なくとも、任意捜査の限界を越えることと供述の任意性に疑いがあることが同一であることを前提として、任意捜査の限界を少しでも越えた場合には、必然的に供述の自由が害されたことになることとアприオリに断言できるとは言えないように思われる。供述の自由が害される場合には、一般的には、働き掛けの態様も違法となるのが通例であろう。しかしながら、供述の自由が害されなかった場合にも、方法ないし態様によっては違法となる余地は残されているように思われるし、逆に、供述の自由が害されない程度の働き掛けであっても、宿泊を伴う取調べは「社会通念上相当」ではないから、任意捜査としては違法となり得る余地もあるのではないかと考えられる。両者の関係は、少なくとも必然的なものではない。

それでは、任意捜査の限界と供述の任意性との関係はどのように考えるべきであろうか。

2 任意捜査の限界と供述の任意性との関係

(72) 酒巻匡・前掲注(23)302頁。

(73) この点、元年決定の少数意見も、「長時間、連続的な取調べが被告人の心身に与えた苦痛、疲労の程度、極めて深刻、重大なものであった」として、心身に与えた影響の程度を重要な判断要素としている(出田孝一・前掲注(69)220頁参照)。

ところで、任意捜査における許容性の限界は、判例によれば、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度」とされており、それは、任意捜査においても「何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがある」ことが理由とされている⁽⁷⁴⁾。そうすると、そこでの相当性は、必要性、緊急性などを考慮した当該処分の必要性和、法益侵害及び侵害のおそれの大きさとの比較衡量によって定まるように思われる⁽⁷⁵⁾。要するに、法益侵害を正当化するだけの処分の必要性の有無によることになる。この点、任意捜査である取調べにおいても、同様の基準が用いられるものとするれば⁽⁷⁶⁾、当該取調べの必要性和これによって侵害される個人の法益との比較衡量によって決まることになろう。前者は、取調べを行うことの必要性であり、主にこれによって解明されるであろう真相究明の必要性を意味すると思われる。これに対し、後者は、どのような個人的利益であろうか。

この点につき、有力な見解として、被疑者がいったん供述すると決意した以上、それまでに取調官よる何らの働き掛けがあったにせよ、最終的に供述することを自ら決定したのであるから、それは「自由な意思決定」であって、衡量されるべき法益侵害はないという考え方が主張されている⁽⁷⁷⁾。もっとも、衡量されるべき法益が、一方では「被疑者が当該処分によってその意思が制

(74) 最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁。

(75) 大澤裕・前掲注(24)5頁、芝原邦爾・前掲注(68)17頁、川出敏裕・前掲注(24)32頁。さらに、最高裁判所判例解説刑事篇昭和51年度75頁〔香城敏磨〕、古田佑紀「任意捜査の手段の相当性」捜査研究33巻8号(1984年)24頁参照。

(76) この点、最決昭51・3・16を「安易に踏襲した」との指摘(寺崎嘉博「任意取調べの限界」田口守一ほか編・判例演習刑事訴訟法(2004年)16頁)がなされているほか、同決定は、有形力行使の基準であって一般化できるものではないから、同様の基準によることができるか否かは疑問もあるとの指摘(三井誠・前掲注(15)130頁)もなされている。

(77) 酒巻匡・前掲注(23)291頁。なお、三井誠・前掲注(15)130頁も、「取調べに対する応諾を強制されないという被疑者の権利・利益は、利益較量になじみにくい」と指摘する。さらに、笠井治・前掲注(12)217頁参照。

約された程度」であり、他方では「そのような方法での取調べの必要性の程度」であるとすれば⁽⁷⁸⁾、前者の自由意思の制約は、供述の自由な意思決定の制約というよりも、むしろ宿泊を伴う取調べに応じる自由の制約であるから⁽⁷⁹⁾、取調べに応じざるを得ない状況下においても供述する自由はなお確保されていると考える余地もあり得る。そうだとすれば、仮に「自由な意思決定」の制約には程度を想定し得ないとしても、「取調べに応じる自由」の制約にはその程度を想定し得ると考えることも可能であるかもしれない。しかし、衡量利益の一方が、取調べを行うことそれ自体の必要性であるとするならば、これとの対抗関係に立つ利益は、あくまで取調べそれ自体によって侵害される可能性のある利益であるから、取調べのために取調室に留まらざるを得ないことによって侵害される利益でも、宿泊下において監視されることによって侵害される利益でもなく、供述するかしないかの意思決定の自由それ自体であると言わざるを得ないように思われる。そして、供述するか否かの意思決定は、それに向けられたいかなる働き掛けがあろうとも、供述する以上は自由な意思決定がなされたのである。もとより、そのような心理的圧力のもとでの意思決定を「自由」と評価するか否かという問題が残ることは言うまでもないが、意識喪失下における供述でもない限り、意思決定それ自体は「自らの判断」によるのである。そのような決定を「自由」と評価しないのであれば、自由な意思決定はなかったのであって、自由の程度が低いという問題ではないとも言えよう。そうすると、意思決定の自由はあったかなかったかであって、その程度は想定し得ないという見解は、十分理解可能である。

(78) 芝原邦爾・前掲注(68)17頁。

(79) 59年決定については、そのような理解が多いように思われる(寺崎嘉博「任意取調べの限界」法学教室256号(2002年)12頁、田口守一・前掲注(70)113頁など)が、必ずしも両者の意識的な区別がなされているわけではない(龍岡資晃・前掲注(69)174頁、長沼範良・前掲注(68)194頁など参照)。

これに対し、取調べの任意性との関係で衡量されるべき利益として、意思決定の自由が損なわれ易い諸々の局面における「捜査の適正さ」を制度的に保護すべき利益であるとし、このような利益が侵害されることを保護法益と考へて捜査利益との衡量を図るという見解も主張されている⁽⁸⁰⁾が、この見解も、「自由な意思決定」それ自体についての利益衡量を直接主張しているわけではなく、意思決定それ自体の自由についてその程度を考へているわけではない⁽⁸¹⁾。さらに、自由な意思決定に至るまでの心理的負担、換言すれば、「その意思決定の結果として被疑者が負うことになる不利益ないし負担」を利益衡量の要素とする見解も主張されている⁽⁸²⁾が、この立場からも、自己決定それ自体については、自由の程度を考へしないように思われる。

これらの見解に対し、何らの制約や圧迫のない自由な意思決定の場合と、取調官の説得や取調官の発言によって心理的影響を受け、やむなく供述するとの意思決定をした場合とでは、自由度の程度に違いがあるので、後者の場合には一定程度の法益侵害が考へられるのではないかと反論も主張されている⁽⁸³⁾。

しかしながら、捜査官によるいかなる働き掛けや説得があったにせよ、詰まるところ、自らの意思の下に供述しようという決意をしたのであれば、それ自体は自由な意思決定とみることも可能であるように思われる。供述証拠の収集過程を子細にみていくと、供述するという決意に至るまで幾多の心理的動揺が繰り返され、悩み苦しむであろうことは、容易に想像できる。した

(80) 佐藤隆之「在宅被疑者の取調べとその限界（一）」法学68巻4号（2004年）10頁。これに対しては、「適正さ」も結局は権利侵害のおそれに解消されるのではないかと批判が提起されている（川出敏裕・前掲注（24）36頁）。

(81) 佐藤隆之・前掲注（80）7頁。

(82) 川出敏裕・前掲注（24）36頁。

(83) 大澤裕＝川上拓一「任意同行後の宿泊と伴う取調べと自白の証拠能力」法教312号（2006年）82頁〔川上発言〕。

がって、その段階の苦悩と懊悩を法益侵害として評価することも理解可能ではある。しかし、そのような場合であっても、意思決定それ自体は自ら決断したものであるから、決断しない余地が残されていたと言える限りにおいて、やはり自由な意思決定と言わざるを得ないように思われる。供述証拠は、あくまで供述者自身の供述しようという意思決定を前提とせざるを得ないのであるから、そのような意思決定が存在しない場合には、およそ収集することができない性質の証拠である。取替えて極論すれば、真摯な供述がなされたということは、そのこと自体によって既に自己決定が存在したのである。

とはいえ、その自己決定に至るまでには、取調官による幾多の働き掛けがなされ、自白への誘因と動機付けが提示され、種々の説得活動がなされ、その意味において心理的圧迫が加えられていることもまた事実であろう。このような圧迫の下に、苦渋の末の決断を経て、ようやく供述するという自己決定がなされたのである。したがって、働き掛けと供述との因果関係を否定することができない以上、供述のみを切り離して全くの自由であったとみることは相当でないようにも思われる。やはりそこには、取調官の働き掛けによる供述者の心理的抑圧という意味で、供述者の心の平穏を乱し、恐怖に至らないまでも困惑を引き起こしたということができるのであるから、供述者の固有の利益が侵害されているとも考えられる⁽⁸⁴⁾。その意味において、供述者の自己決定に至るまでに供述者の心に及ぼした諸々の影響を負担とみて利益衡量の対象とする見解も、それなりに理解可能であるようにも思われる。ただし、そのような負担となる諸々の影響が、取調べの必要性との関係で果たして「対等な」比較衡量の利益ということができるかについては、疑問も残

(84) 佐賀地判平9・1・24判時1639号88頁参照。国家賠償事件であるが、任意取調べにおける損害につき、「任意取調べといえども、事実上、これを拒否することは心理的抵抗を伴うし、精神的苦痛を強いられることは明らかであるし、また、これが行われることによって、被害者は社会的にも名誉、信用を失墜することになりかねない」としている。

る。取調べは、供述という自己決定を引き出すものだとするれば、侵害されるのはあくまで自己決定の自由それ自体であると考えられるから、そこに至る過程における心理的圧迫を被侵害利益とすることは、整合的ではないとも考えられる。仮に、これのみが被侵害利益だと仮定すれば、それは結果としての自己決定の侵害を伴わない行為態様としての違法であると考えられることもできるかもしれない⁽⁸⁵⁾。すなわち、心理的圧迫が加えられたことによる苦痛も、「心理的苦痛」としての独自の法益侵害があるので、それ自体を取調べの違法要素として、自己決定の侵害とは別に評価することは可能であるようにも思われる。その意味において、自己決定に向けられた行為それ自体による行為違法を論じることでも可能ではあろうし、その点を捉えてある種の法益侵害と評価する余地はあり得るかもしれない。ただし、それが捜査利益と比較衡量可能な被侵害利益と言って良いかはどうかは疑問が残る。確かに、取調べによって侵害される対象は、あくまで「取調べそれ自体」による侵害対象であるから、厳密にいうと供述するかしないかの自由の侵害それ自体ではあるが、そこに至る心理的圧迫による「心理的苦痛」が自己決定の直接的な原因となっていることも間違いないから、このような苦痛を「取調べそれ自体」による侵害法益であるとみる余地もあり得るようにも思われる。これに対し、このような「心理的苦痛」を引き起こす原因である宿泊や警察署への送迎に伴う事実上の圧迫は、あくまで「取調べ前」の事情に伴う圧迫であって、供述するか否かに対する直接の原因ではなく、その誘因、あるいは、そのような「心理的苦痛」に影響を及ぼす間接事実に過ぎないように思われる。そのような間接事実があれば、取調べにおいて「心理的苦痛」が強まる可能性が高いという意味での影響を及ぼすことは疑いないが、その影響は、あくまで間接的であって、「取調べそれ自体」の「心理的苦痛」とは区別されるように思われる。「取調べそれ自体」に伴う「心理的苦痛」は、単に「取調べ前」

(85) 川出敏裕・前掲注(24) 27頁及び35頁の分析参照。

の事情ではなく、あくまで取調べを受け続けることに起因して生じる苦痛であって、例えば、徹夜による取調べなどが考えられよう。そして、そのような事情であれば、自己決定それ自体の直接の原因であることから、取調べの必要性との比較衡量を行う余地はあり得るように思われる。厳密にいうと、対応関係にある利益の比較とは言えないとしても、これと密接に関連しその原因を形成している利益侵害であるから、これを比較衡量の対象としても、直ちに論理的破綻とまでは言えないようにも思われる。

しかし、そもそも翻って考えてみれば、いかなる経緯があったにせよ、仮にその供述について自由な意思決定があったとするのであれば、少なくとも強制の処分とは言えないであろうし、また、仮にその供述につき自由な意思決定がなかったのであれば、もはや任意の処分とは言えないのではなかろうか。そうすると、当該取調べが任意捜査の限界を超えていないという以上は、あくまで供述するという自由な意思決定があったことが前提となるのではないかと思われるのであって、それでもなお相当な場合とそうでない場合があるのであるから、自由な意思決定の有無それ自体を、相当性判断における比較衡量の対象として考えること自体に、実は無理があったようにも思われる⁽⁸⁶⁾。そうだとすれば、取調べの相当性として、比較衡量が可能であるのは、むしろそのような意思決定を導くに至った「心理的苦痛」であって、そもそも意思決定の有無それ自体ではなかったと考えることも可能であるように思われる。そして、このような「心理的苦痛」であれば、その有無のみならずその程度も存するのであるから、理論的には程度を測定することが十分に可能であって、そうであればこそ取調べの必要性との比較衡量が可能となるのではあるまいか。

(86) 川出敏裕・前掲注(24) 39頁参照。

3 比較衡量の考え方

このように考えれば、取調べそれ自体に伴う「心理的苦痛」の程度と、取調べという捜査の必要性とが、比較衡量の対象として検討されることは、むしろ当然というべきであって、それは何ら異とするに足りないように思われる。ここで衡量されるのは、あくまで「取調べそれ自体」に伴う心理的苦痛であって、「取調べ前」の圧迫等ではない。後者は、取調べそれ自体を行うに際して、その「基底心理」として自己決定に影響を及ぼす限度において、間接的影響があるにとどまるというべきであるから、過大評価するべきではないように思われる。もちろん、「取調べ前」の圧迫的事情によって既に相当な心理的抑圧を受け、そのような抑圧状態の下に取調べを受けたことから、通常では自白力動とは言い得ない程度の契機を与えるに過ぎないような取調べが行われた場合であっても、なお自白に至るという場合はあり得よう。「基底心理」が重大な圧迫を受けていたため、取調べが、いわば最後の一滴となったという事態も想定可能である。したがって、「取調べ前」の事情を必ずしも軽視するわけにはいかない。しかしながら、それは、取調べの開始時点における供述者の心理状態を計測するための資料であって、いわば「基底心理」の推認資料という意味の間接事実に過ぎないことを確認しておく必要があるように思われる。

このようにみれば、まず、「取調べ前」の間接事実によって「基底心理」を計測し、引き続き、これを基底として、「取調べそれ自体」による心理的圧迫を測定してこれを加算し、その上で被侵害利益を計量するとともに、他方において、任意捜査としての取調べの必要性を計量し、この両者の計量結果を比較衡量することによって、初めて相当性判断を行うことが可能となるように思われる。

そこで、このような比較衡量に基づいて、これまで問題とされてきた取調べの限界事例について、若干の再検討を試みたいと思う⁽⁸⁷⁾。もとより、取調

べの必要性については、個々の事件に応じて様々に異なる。したがって、抽象的に検討しても意味がないことはその通りである。しかし、問題とされる多くの事例は、殺人や強盗殺人等の重大犯罪であって⁽⁸⁸⁾、取調べの必要性は相当に高いものが多いと思われるので、特段の事情がない限り、そのような場合を想定して衡量を検討してみようと思う。したがって、そうでない事案、比較的軽い事案については、その都度特段の事情として考慮することとしたい。そうすると、取り分け検討すべきは、「取調べそれ自体」によって被る供述者の被害法益の程度ということになるので、この点を中心に見ていくことにしよう。問題は、自己決定に対する働き掛けの態様と程度が、仮に自己決定それ自体は維持されていたとしても、なお相当性の限度を超えていると言えるか否か、言えるとすればその限界はどのように考えるべきかである。働き掛けの態様と程度によっては、自己決定を害しない場合であっても許容されない場合と許容される場合とがあり得るように思われる⁽⁸⁹⁾。自己決定を害しないで、しかも、許容される働き掛けの態様と程度とはどのようなもの

(87) 被疑者取調べの適正化をめぐるこれまでの議論について、例えば、多田辰也・被疑者取調べとその適正化(1999年)43頁以下、特に146頁以下、さらに、三井誠「取調べの現実と今後」井戸田侃編・総合研究被疑者取調べ(1991年)17頁以下参照。なお、取調べの実体につき、繁田實造「取調べの主体(警察)―捜査機関の養成」井戸田侃編・同書321頁以下、庭山英雄「取調べの方法・内容と時間・期間(共犯者の取調べを含む)」井戸田侃編・同書351頁以下参照。

(88) ただし、大阪高判昭63・2・17判タ667号265頁のように、必ずしも重大な事案とは言えない場合もある(約3000円相当のウイスキーを窃取した事件につき徹夜で取調べを行った事案について、常習累犯窃盗の可能性があったとしても重大な法益侵害を伴う事案ではないとしている。)

(89) 川出敏裕・前掲注(24)37頁は、捜査機関から働き掛けを受け、やむなく同意するという場合について、意思決定の自由は害されていないが、行動の自由制限や精神的・肉体的苦痛や疲労を与えるので、一定の制限を設けるべきであり、それが判例では「社会通念上相当」と表現されているとする。さらに、渡辺咲子「任意捜査の限界―検察の立場から」三井誠ほか編・新刑事手続I(2002年)149頁参照。

であろうか。

第5 身柄拘束型の取調べの限界

1 徹夜の取調べ

徹夜による取調べは、「通常人が睡眠、安息する時間帯に実施される非日常的な性格から被疑者に眠気、疲労の増大などの肉体的、ひいては精神的圧迫を与え」るものであるから⁽⁹⁰⁾、犯罪捜査規範においても、「やむを得ない理由がある場合のほか、深夜に行くことを避けなければならない」と規定されている（捜査規範165条3項）⁽⁹¹⁾。ここでは、身体的疲労とこれに伴う心理的圧迫によって、供述するかしないかの自由な意思決定が妨げられることがあり得るということが前提となっているかのように思われる⁽⁹²⁾。しかし、その限界については、自白の任意性の問題とは区別して検討することが相当であるから、取調べを受けるか否かという意味での自由な自己決定という観点から検討しておく必要がある。もっとも、裁判例において問題となっているのは、多くは自白の任意性に関するものであって、しかも、その多くは、深夜に及ぶ取調べ、あるいは徹夜にわたる取調べであるということだけでは任意性を否定していないように思われる⁽⁹³⁾。

ところで、取調べは、一定の場所において捜査機関から事情を聴取される

(90) 宇井稔「徹夜の取調べ」河上和雄編・刑事裁判実務大系11巻（1991年）477頁。

(91) さらに、被疑者取調べ適正化のための監督に関する規則（平成20年国家公安委員会規則第4号）3条2項参照（午後10時から翌日午前5時までの間に被疑者を取り調べる場合において、警察署長等の事前の承認を受けていないときは、監督対象行為とみなされている。）。

(92) 岡村治信「徹夜または夜間の継続的取調による自白」熊谷弘ほか編・証拠法大系II（1970年）159頁（「緊張と不安が、夜間に至って累積し、心身ともに疲労し、睡眠を妨げられ、恐怖や困惑に陥る」と言われる。）。

ことであるから、その前提として、一定の場所に留まることが要求される。刑訴法は、身柄拘束を受けていない被疑者については、出頭場所から退去する自由を認めているから(198条1項但し書)、その場に留まって取調べを受け続けるといことは、その場から移動しないという限度で、拘束状態を受け入れるという自己決定を行っていることになる。そしてそれは、帰りたいのに帰れないという状態でない限り⁽⁹⁴⁾、身柄拘束の問題は生じないであろう。したがって、ここでは強制と任意の区別の問題は生じないのであって、単に任意捜査の限界という問題が生じるのみである。そうだとすれば、結局のところ、深夜に取調べを行うべき必要性の程度と被疑者に対する心理的圧迫の程度との比較衡量になるように思われる。そして、前者については、個別事件の捜査状況いかんによっても、後者の程度は、取調べの環境とその態様とが、その心理にどの程度の影響を及ぼすかという問題に収斂されるように思われる。深夜という環境、取り分け睡眠できないことによる物理的疲労とこれに伴う疲労感に起因する心理的圧迫が前者を越えたと判断されれば、社会的相当性を欠くことになるであろう。深夜、取り分け徹夜による取調べが許されないとされるのは、人間の生理的欲求であり生命維持に欠くことができない睡眠を積極的に妨害することによって、いわば物理的肉体的拷問を加えているとも考えられるからである。したがって、昼間睡眠し夜間覚醒しているような生活習慣を有する者の場合には、徹夜の取調べは必ずしも不

(93) この点に関する裁判例については、植村一郎「任意取調べの限界」平野龍一ほか編・新実例刑事訴訟法Ⅰ(1998年)78頁以下において網羅的に整理されている。さらに、椎橋隆幸「判批」判タ719号(1990年)69頁、上口裕「判批」判時1340号(判評375号)(1990年)232頁、河上和雄「在宅被疑者に対する徹夜の取調べ」判タ575号(1986年)14頁など参照。

(94) 実質逮捕との区別につき、「帰りたいという意思表示があったのにその後も滞留させるとか退出を制止する行為は違法というべき」とされる(光藤景峻・刑事訴訟法Ⅰ(2007年)22頁)。さらに、新関雅夫ほか編・増補令状基本問題上(1996年)131頁〔小田健司〕参照。

当なわけではない。徹夜による取調べの本質は、いわば睡眠妨害にあるといふべきであるから、同様の意味で、長時間にわたる取調べも、本来の欲求である睡眠を相当程度妨害するのであれば、仮に昼間であったとしても許されないことになろう。そして、このような睡眠を妨害した取調べは、一種の拷問による取調べともいふべきものであるから⁽⁹⁵⁾、一般的には供述の自由が確保されたとは言いがたい。それ故、特段の事情がない限り、原則として任意性がないといふべきであろう。裁判例の多くが徹夜による取調べにつき供述の任意性を必ずしも否定していないのは、睡眠妨害の程度が低く、拷問とまでは言えない状態にあったことから、供述の自由は依然として確保されていたと解したのであろう⁽⁹⁶⁾。

このようにみれば、徹夜による取調べと言われる場合も、徹夜それ自体が直ちに問題となるのではなく、それによって睡眠を妨害され、強度の心理的圧迫を加えられ、いわば拷問にも匹敵するような精神的肉体的被害が生じたことが問題となるのである。そのような法益侵害は、それ自体非常に重大であるから、強制に近いとも言えるであろう。その意味において、通常の場合には、捜査の必要を凌駕していると見られる。したがって、徹夜して取調べを行うことは、特段の事情がない限り、相当性を欠くものと思われる。

(95) 英国における自白法則においては、休息させないことは「抑圧的行為」に当たるとされており、非拘束者については1日8時間の休息を与えられなければならないとされる(岡部泰昌「英国における自白法則—1984年の警察・刑事証拠法における自白規定の検討を中心に—」名城法学37号(別冊)(1988年)322頁)。また、ドイツにおいても、夜間の取調べについては、自由意思の侵害を顧慮しなければならない程度に被疑者が疲労しているかという点のみが重要であって、この状態が意図的であるか、取調べによって生じたものであるかなどは問わないとされている(クラウス・ロクシン【新矢悦二=吉田宣之訳】・ドイツ刑事手続法(1992年)250頁。Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26.Aufl.,2009, S.179(Rn.21,22))。

(96) 通常の場合、他の事情(取調べの態度、事件の軽重、被疑者の意向、性別、年齢、健康状態、精神状態、さらには取調べ前後の被疑者の状況など)との「総合的な判断」によるとされる(植村立郎・前掲注(93)91頁)。

そうだとすれば、この場合における取調べの必要性は、相当性判断における単なる衡量要素というより、実質的には特段の事情として機能するよう思われる⁽⁹⁷⁾。

2 宿泊を伴う取調べ

宿泊を伴う取調べと言われるのは、一般には、在宅被疑者を任意同行した上で、その晩の宿泊について捜査機関が斡旋しあるいは指定した宿泊場所に宿泊させ、翌日さらに警察まで同行して取調べを継続するような場合が想定されている⁽⁹⁸⁾。しかし、最も広く考えれば、身柄拘束の被疑者についても、留置施設への宿泊を伴う取調べを行っている。もっとも、この場合、通常、宿泊を伴う取調べとは言われない。その場合の宿泊は、単に身柄拘束の結果に過ぎないからであろう。身柄拘束被疑者についても、取調べを行うことが認められているので⁽⁹⁹⁾、そのような宿泊は身柄拘束に伴う当然の結果であり、その影響を考慮することは、身柄拘束中の被疑者の取調べを否定することになりかねないとの配慮であろうか、この場合には、取調べと宿泊とは相互に影響がないと理解されているようである。仮に、そうだとすれば、在宅被疑者の宿泊を伴う取調べにおいても、宿泊は、実は身柄拘束の問題であって、

(97) 例えば、深夜に殺人など重大事件の現行犯人として逮捕された者について、弁解録取に引き続いて取調べを行うような場合には、たとえ徹夜に及んだとしても、なお相当性を超えていないと判断される余地はあり得るように思われる(河上和雄・前掲注(93)15頁, 出田孝一・前掲注(69)209頁)。さらに、島伸一「判批」警察研究62巻2号(1991年)43頁参照(ただし、「差し迫った必要性」がなければ、承諾があっても無効とする。)

(98) 東京高判平14・9・4判時1808号144頁など参照。さらに、植村立郎・前掲注(93)67頁, 原田國男「判批」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(2005年)16頁参照。

(99) もっとも、身柄拘束被疑者の取調べを禁止する見解(沢登佳人「逮捕または拘留中の被疑者の取り調べは許されない」法政理論12巻2号(1979年)5頁)もある。

取調べの問題と区別するべきであるとも考えられる。そうすると、宿泊の取調べへの影響は、身柄拘束の場合と同様に取り扱うこともあり得るようにも思われる。しかし、必ずしもそのように取り扱われていないのは何故であろうか。ここで考慮すべきは、在宅被疑者と身柄拘束被疑者とは決定的な相違があることである。すなわち、前者は真摯な承諾が想定できるのに対し、後者は承諾に意味がないことである。

ところで、一般には、承諾留置は許されないものと言われている⁽¹⁰⁰⁾。そうすると、在宅被疑者の宿泊を伴う取調べについては、まず第1に、留置に当たらないという判断がなされる必要があるだろう。留置に当たるか否かは、承諾の有無にはかかわらない問題であって、要は強制か否かの問題である。そして、第2に、強制に当たらないとした場合、それが取調べを受けるか否かの自己決定にどの程度影響を及ぼしているかを検討する必要がある。これは、取調べ受忍の意思決定への影響が相当性を超えているか否かという問題である。宿泊を伴うことによって取調べを受忍せざるを得ないという心理状態に陥るとすれば、その基底心理を前提とする必要があるが、その本質は、あくまで取調べ受忍の意思決定を検討することにある。その上で、第3に、取調べを受けることが仮に自由意思を侵害するか否かにかかわらず、それがさらに供述するか否かの自己決定それ自体にどの程度の心理的影響を及ぼしているかを検討する必要がある。これは、供述それ自体の自由への影響の問題である。取調べを受けるか否かと、取調べにおける質問に応じて供述するか否かとは、別の問題である。前者は、取調室に留まるか否かを決めることに向けられた心理的圧力の問題である。後者は、取調室に留まった上で、供述す

(100) 田宮裕・前掲注(11) 66頁、田口守一・前掲注(46) 44頁、上口裕・前掲注(55) 64頁、安富潔・前掲注(11) 41頁、寺崎嘉博・刑事訴訟法〔第2版〕(2008年) 93頁など。これに対し、「真に有効な同意があり、本人の意思で何時でも帰れる状態にあったという場合」には、強制処分にあたるという理由はないとの見解(井上正仁・前掲注(52) 9頁)も主張されている。

るか否かを決することに向けられた心理的圧力の問題である。両者の区別は事実上非常に微妙であり、相互に影響があるように思われるが、理論的には区別して検討すべきであろう。これをごく大まかに言えば、第2の問題は、任意捜査の限界の問題であり、第3の問題は、供述の任意性の問題である。判例によれば、第1の問題は殆ど問題とされておらず、主に第2の問題が検討され、そこから当然に第3の問題の結論が導かれているように思われる⁽¹⁰¹⁾。しかし、いずれも必ずしも当然とまでは言えないのではないかと思われるので、改めて検討しておく必要はあるであろう。

第1に、およそ留置に当たらないのであろうか。これは、実質逮捕と言えるかどうかという問題であるが、たとえ監視体制が厳格であったとしても、やはり、宿泊場所が捜査機関の外であることは、逮捕とは決定的に異なる要素であろうと思われる。捜査機関の完全な管理下にある場合と、官署外のホテル等において施設もせず単に見張っているだけの場合とは、たとえ隣室に同宿していたとしても、その拘束性の質には明らかに相違があろう⁽¹⁰²⁾。前者では飲食も自由にできないし外出もできないが、後者では飲食も全く自由であり外出もできるのである。仮に逃走したところで、逃走罪に該当するわけでもない⁽¹⁰³⁾。確かに、監視されてはいるが、逮捕・勾留とは質的に差があるように思われる。それでもなお実質拘束というのはなぜであろうか。おそら

(101) 59年決定及び元年決定参照。

(102) 59年決定の原審である東京高判昭57・1・21(刑集38巻3号1270頁に原審として掲載)も、本件事案について「ゆるやかな監視のもとに置かれていた」が、「実質上その身柄が拘束されていたものということとはできず」と評価していた。

(103) もとより、刑訴法上の逮捕は、刑法上の逮捕と異なり、無形力による心理的威圧を加える場合も逮捕に含まれるが(松尾浩也監修・前掲注(54)376頁参照(「同行又は同行後の退去が拒否しえない状態」になると「実質上逮捕」となる。))、単に寄り添って監視するだけでは足りないであろうとも言われている(木藤繁夫「判批」警察学論集34巻1号(1981年)165頁)。さらに、東京地決昭55・8・13判時972号136頁参照。

くは、法の定める逮捕・勾留の潜脱を厳しく抑制しようという政策的意図に基づくものと思われる⁽¹⁰⁴⁾。そのため、身柄拘束を移動の自由の制限という程度に広く解した上、逮捕と評価できる段階に至った場合には逮捕の規制を及ぼし、さらには速やかに逮捕すべきであるとの主張⁽¹⁰⁵⁾がなされるのであろう。しかし、ここでは、任意捜査の原則は殆ど考慮されていないように思われる。強制捜査における令状規制の潜脱を抑制するという政策的意図は理解できるが、そのために全てを強制捜査に含めて一律に禁止するのは、角を矯めて牛を殺すとの感を払拭し得ない。むしろ、許されない任意捜査の限界を厳しく設定しこれを厳格に遵守する方向で検討するのが望ましいように思われる⁽¹⁰⁶⁾。

そこで、第2の問題を検討しておこう。宿泊施設を斡旋されあるいは紹介され、捜査官の監視を受けながら宿泊することは、取調べを受けるか否かの自己決定にどの程度の影響を及ぼすのであろうか。宿泊場所が一般のホテル等である場合には、捜査官が同部屋に同宿して密着監視するという特別な場合⁽¹⁰⁷⁾はともかく（このような場合は、被疑者のプライバシーがないに等しいから、任意捜査として、これほどのプライバシー侵害を凌駕する捜査の必

(104) 主として、任意同行との関係で、時間的制約を潜脱するための時間稼ぎであり、逮捕できる証拠がないのに事実上拘束するのは違法な見込み捜査であって、弁解の機会の付与など手続保障が欠如していることなどが指摘されている（椎橋隆幸「判批」昭和55年度重要判例解説ジュリスト743号（1981年）208頁など参照）。ただし、この議論は、任意捜査と強制捜査の区別をめぐる基準の問題とは「いく分のずれ」があるという指摘もなされている（香城敏磨・前掲注（75）75頁）。

(105) 平成元年決定における坂上寿夫裁判官の少数意見参照。

(106) これと反対に、相当でない任意処分はむしろ強制処分として令状規制に服すべきだとの見解も主張されている（寺崎嘉博・前掲注（100）64頁，同「任意取調べの限界」法学教室256号（2002年）10頁）。

(107) 例えば、東京地決昭55・8・13判時972号136頁参照。同決定につき、「同室に就寝するまでの措置をとることは相当でなく」（木藤繁夫・前掲注（103）170頁）、「本件ホテルでの宿泊の態様は任意捜査において許される限度を超えている」（椎橋隆幸・前掲注（104）210頁）などと評されている。

要性を見出すのは困難であるように思われる。)、捜査機関による紹介に基づき、宿泊代金を捜査機関が支払ったとしても、隣室又は出入口での監視等にとどまるのであれば、なお固有のプライバシーは保護されているものと考えられるので、その限度では、取調べを受けるか否かの自己決定を断念せざるを得ないほどの強度の心理的圧力を受けているとまでは言えないであろう。その意味で、なお捜査の必要性が凌駕する余地もあり得るように思われる⁽¹⁰⁸⁾。任意捜査の限界であるから、利益衡量によることになるが、その際、考慮すべき被疑者側の被侵害利益は、取調べを受けることを拒否するという態度決定をするに際してこれを阻害するような諸要素によって侵害される自由であろう。もとより内心の自由意思は、それ自体直接的に認定することはできないとしても、これに影響を及ぼす諸要素としての外部的事情を検討することは可能であろう。そのような諸要素を積算評価して捜査の必要性と衡量することは理論的には可能であるように思われる。宿泊を伴う取調べに際してこれを拒否する意思決定を阻害する要因は、監視状態をもたらす事情、すなわち、施設の態様、監視の人数や監視場所等の監視状況、取調べ場所への送迎状態、宿泊期間の長短などであろう。事案によるので一概には言い難いし、また、これらの要素による自由阻害が「単独」では、直ちに捜査の必要を凌駕するとは言い難いとしても、それらが「累積」した結果、捜査の必要を超える場合には、相当性を欠くことになるものと思われる。

第3の問題は、仮に、取調べを受けるか否かについての自己決定が阻害され、相当性を欠くとされた場合には、通常は、供述するか否かの任意性を欠くものと評価されているようである。しかし、取調べ場所に留まって意に反して取調べを受けたとしても、そのことから、直ちに供述の自由それ自体が

(108) 例えば、大阪高判平3・9・11判時1408号126頁参照(1人は屋外で監視し、他の1人は廊下を隔てた部屋で仮眠するなどしていた事案につき、任意捜査として許される限度を超えていないとされている。)

常に奪われているとまでは、必ずしも一義的には言えないようにも思われる。確かに、取調べ受忍の自由を阻害する諸要因は、供述するか否かの自己決定に対して、極めて強い心理的影響を及ぼすことは疑いないであろう。そして、取調べを受忍せざるを得ない状態にまで追い込んで取調べを行うということは、一般的に言えば、相当高度の捜査の必要性が認められる場合であろうから、仮に、そのような取調べが任意捜査としての相当性がないとすれば、相当高度の必要性を凌駕して取調べ受忍の自由が阻害されたことになるであろう。そうだとすれば、取調べの受忍に対するかなり高度の抑圧状態であったと言わざるを得ない。それ故、特段の事由がない限り、原則として、供述の自由それ自体も害されていたと推認することは、それなりに合理性があるとも考えられる。逆にいうと、第2の問題について自由阻害の程度が低い場合には、原則として供述の自由が保たれていたと考えることもできるように思われる。そうだとすれば、取調べ受忍の自由を阻害する要因が累積して捜査の必要性を凌駕し、相当性が否定されるような場合には、原則として供述の自由も阻害されていると推認するという限度において、両者の関連性を認めることができる。しかし、それはあくまで推認であるから、相当性が否定される場合であっても、特段の事情があれば、なお供述の自由を認める余地はあり得よう。相当性判断が法益の比較衡量の問題だとすれば、捜査の必要性が高いと言えない場合には、取調べ受忍の限度を超えたと評価され易くなるであろうから、多少の抑圧があった程度であっても相当性を欠くことはあり得よう。しかし、そのような場合には、特段の事情がない限り、供述の自由を欠くことはないと考えられる。そして、そうだとすれば、取調べの必要性が相当に高度であるため、衡量されるべき取調べ受忍の自由侵害が相当程度になされたとしてもなお取調べそれ自体は相当であるという場合には、取調べ受忍の自由の侵害の故に供述の自由の侵害があったと評価されることもあり得るように思われる。もっとも、いかに捜査の必要性が高い場合であったとしても、一定程度以上の取調べ受忍を強いることは許されないとされる

ので、そのような場合には、原則として捜査自体の相当性を欠くものと思われる。そうだとすれば、結局のところ、任意捜査の限界を超えた取調べによって得られた自白については、原則として任意性に疑いが残るであろうし、逆に、任意捜査の限界を超えない取調べによって得られた自白については、原則として任意性に疑いはないということになるように思われる。

3 任意同行を伴う取調べ

宿泊を伴う取調べと同様に、拘束か否かが問題となるのは、任意同行に引き続く取調べである⁽¹⁰⁹⁾。これも、同行それ自体が一種の拘束であり、実質逮捕に当たるとすれば、同行に引き続く取調室における滞留もその延長として実質拘束に当たるとみられるであろうし、そうであれば、違法拘束下の取調べという問題に収束する。宿泊を伴う場合が間接的監視であったのに対し、同行は、むしろ直接的監視であるから、身体的拘束に近いと評価される場合も少なくない。実質拘束にあたるか否かについては、同行の時間、捜査官の人数、自動車使用の状況など同行の態様、逮捕状の有無など、諸般の事情を総合して判断されると言われているが⁽¹¹⁰⁾、要は、拒否しようと思えば拒否できたか否かによるとされる⁽¹¹¹⁾。その意味では、前述2における宿泊を伴う取調べについての議論がほぼそのまま当てはまるように思われるので、ここでは繰り返さない。

(109) 一般には、実質逮捕か否かが問題とされている。例えば、光藤景皎・前掲注(94) 22頁、田宮裕・前掲注(11) 67頁、松尾浩也・前掲注(20) 66頁、上口裕・前掲注(55) 76頁、田口守一・前掲注(46) 113頁、池田修=前田雅英・前掲注(71) 77頁、白取祐司・前掲注(20) 108頁など。

(110) 津村政孝「判批」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(2005年) 15頁参照。

(111) 光藤景皎・前掲注(94) 22頁、小田健司・前掲注(94) 132頁など。

4 退去困難な取調べ

逮捕又は勾留されている場合に、取調べ受忍義務があるか否かは別として、そうでない場合には、出頭を拒み、いつでも退去することができることは争いがない(刑訴法198条1項)。しかし、取調べの途中にいきなり立ち去ろうとした場合には、取調べに一段落がつくまでその場に留まることを説得することはできるであろうし、判例の立場に従う限り⁽¹¹²⁾、説得を無視して敢えて立ち上がり立ち去ろうとする者に対しては、肩を掴んだり手を掴むなど多少の有形力を行使して、必要最小限度の制止をすることも可能と考えられる。これらの行為は、強制にわたらない限り、社会的に相当な行為として、いわば説得の範囲内と評価する余地もあり得るからである。

そこで、限界事例として考えられるのは、例えば、取調べを拒否して退去しようとするれば、嫌疑を一層深めることになることを恐れて、執拗な取調べにやむなく応じるというような場合である⁽¹¹³⁾。被疑者としては、退去すれば嫌疑を深め、取調べに応ずれば供述を求められるという意味では、いわば進退両難に直面しているとも言えよう。しかしながら、そもそも当初から取調べに応じてきたのは、あわよくば警察の追求をかわして安全地帯に逃げ込みたいという判断に基づいて自ら進んで取調べに応じたのであるから⁽¹¹⁴⁾、取調べが進むにつれて当初の思惑と異なる結果となり、当初の意図に反してかえって退去しにくい状態に陥ったとしても、いわば自己責任であるのみならず、

(112) 最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁。

(113) 大阪高判昭63・2・17高刑集41巻1号62頁参照。さらに、寺崎嘉博・前掲注(79)14頁参照。なお、任意同行については、「内心ではいやだと思いつつながら渋々同行した場合でも任意と言いうる場合がある」と言われる(熊谷弘「任意同行と逮捕の限界」熊谷弘ほか編・捜査法大系I(1972年)49頁)。

(114) 稲田伸夫「任意捜査としての被疑者の取調べにおける時間的限界について」捜査研究454号(1990年)70頁。

その状況を踏まえた上で、敢えて踏みとどまって取調べに応じるという再度の自己決定を行ったとも言えるのであるから、直ちに相当性がないとまで言いにくいようにも思われる⁽¹¹⁵⁾。もっとも、ここで重要なことは、当初の意図に反して退去しにくい状態に陥ったという特別な環境に置かれているということである。単に退去しにくいというだけではなく、進退両難に陥っているのであるから、心理的には退去できないと言っても過言でないかもしれない。そして、仮にそのような環境に陥ったことに対して被疑者に責任があるとしても、そのことと自己決定の自由とは別論であろう。問題は、そのような環境において自由な自己決定が可能であるか、ということである。そのような環境は、事実上にせよ退去できない心理状態であるから、少なくとも取調べ受忍における自己決定が害されていると評価することができるようにも思われる。ここで区別しておくべきは、当初の取調べに応じるという自己決定である。この段階では、いわば自ら損得勘定をした上で、自らの利益になると判断し、その上で進んで取調べに応じたのであるから、自由な自己決定があったとみてよい。ところが、取調べが進むにつれて当初の思惑からはずれ、こんなはずではなかったという状態に陥ったため、退去したいと思いつつも、退去できないという心理的葛藤に遭遇したのである。本音を言えば退去したいにもかかわらず、その場に踏みとどまざるを得ないのである。その意味において、一種の拘束と評価することもあり得るように思われる。

このような場合、当初は自由な意思決定をしていたところ、途中からこれが阻害された状態に陥ったのであるが、それは、環境が当初の想定と異なっ

(115) 木藤繁夫「取調べの続行と任意捜査の限界に関する最決昭59・2・19」警察公論39巻11号(1984年)45頁参照(各種の打算から、内心いやいやながらもそれを表面的な態度には明らかにせず仕方なく取調べに応ずるという場合には、任意捜査の限界を逸脱しないとされる。)。これに対し、島伸一・前掲注(97)43頁参照(捜査官が納得するような供述を得るまで取調べを継続することは、そもそも供述の強制であり、黙秘権を侵害するとされる。)

たことが原因である。それがどの時点であるかは明確にはし難いが、一応、疑惑を深めることをおそれ始めた時点と言えよう。そして、それ以降は、取調べ受忍の自由を害するものとして、取調べの相当性を欠く違法な取調べと評価することも可能であるように思われる。そして、仮にそうであるとすれば、供述それ自体についても、原則として、自由な自己決定が困難であったとみる余地もあり得るように思われる。

5 小括—任意性による処理—

以上検討してきたところによれば、身柄拘束型の取調べについては、取調べ方法の適法性の問題と任意性の問題とは、理論的には区別されるべきではあるが、取調べが違法であるという判断とこれによって得られた供述の任意性に疑いがあるという判断とは、結局のところ、ほぼ重複しているように思われる。すなわち、身柄拘束型の取調べが違法と評価される場合には、その取調べによって得られた自白は、特段の事情がない限り、原則として任意性に疑いがあるものということができよう。このタイプの取調べについて任意捜査の限界として問題となるのは、最終的には強制的な環境を形成する心理的要素の有無及び程度であるところ、これらの要素は供述の自由を決定的に左右する環境を形作るのが通常であるから、そのような環境の中において自白がなされるとすれば、自白法則について任意性説に立つ限り、供述における自己決定こそが、任意捜査の限界においても自白法則においても、決定的な分岐点になるからであろう。その意味において、捜査の適法性と自白法則とが重複適用されることによる齟齬は、特段の事情がない限り、原則として殆ど生じないように思われる。それゆえ、ここでは、原則として、取調べにおける強制的な要素を中心に検討すれば良いことを確認しておきたい。

しかし、次に検討する情報提供型の取調べについては、捜査方法の限界判断と自白の任意性判断との間に齟齬が生じるように思われるので、この点を

どう考えれば良いかについて、改めて検討しておくことにしよう。

第6 情報提供型の取調べの限界

1 証拠を示した取調べ

例えば、ポリグラフ検査の結果を示した場合、その影響力によって自己決定が歪められることがあり得るであろうか。最高裁において、ポリグラフ検査の結果を告げ、真実を述べるように話したところ、しばらく沈黙した後、やがて関係者に内密にしてくれるよう頼んだ上で、本件犯行を全て自白するに至ったという事案につき、「その間には取調官が自白を強要したと認めるべき事蹟は見当たらず、その自白の任意性を疑うべき事情も窺われない」とした事例がある⁽¹¹⁶⁾。この決定の原審は、否認している被疑者に対し、ポリグラフ検査の結果が黒と出たと告知したことにつき、「被疑者に対し心理的拘束を加えることは否定できず避けるべきであることは勿論である」としたが⁽¹¹⁷⁾、最高裁は、この点に全く言及することなく任意性を疑うべき事情がないと判断していることなどに照らし、検査結果を示すこと自体には不当な点はないと評価したとの見方⁽¹¹⁸⁾がなされている。少なくとも、取調べに際して単にポリグラフ検査の結果を告げたというだけでは任意性を疑わせる原因にならないということが「間接に判示されているものと解してよい」と言われている⁽¹¹⁹⁾。

(116) 最決昭39・6・1刑集18巻5号177頁。

(117) 東京高判昭37・9・26刑集18巻5号182頁(原審として刑集掲載)。同判決は、覚悟があるなら述べた方がよいと諦めの切っ掛けを与えた程度に過ぎず、絶対に間違いないとか到底逃れることができないなどと言ったわけではないということはないから、「ポリグラフ検査の結果をたてに被告人に自白を強制したとはいえず」としている。

(118) 横島裕介「ポリグラフと取調べ」河上和雄編・刑事裁判実務大系11巻(1991年)508頁。

そのほかの裁判例として、ポリグラフ検査を自ら承諾して受けたのであるから、その結果を示されることも取調べの方法として何ら問題がないとしたもの⁽¹²⁰⁾、検査記録を示したのではなく、単に口頭で検査結果を告げて自白を促した場合には任意性を疑わせるものではないとしたもの⁽¹²¹⁾、ポリグラフ検査自体に不適切な方法や怖がらせる質問があったわけではない上、これに引き続いて取調べを受けた際、嘘をついていると責められたとしても、心中を見透かされて怖じ気づいた可能性はあるが、それは真実の自白を促す機能はあっても虚偽自白をする動機にはなり得ないことなどを指摘して、捜査が違法とされる事情はないとしたもの⁽¹²²⁾などがある。

-
- (119) 最高裁判所判例解説刑事篇昭和39年度56頁〔西川潔〕。同旨、青柳文雄＝加藤久雄「判批」法学研究40巻1号（1967年）139頁。もっとも、告げ方やその後の供述誘導の方法によっては、自白の強要にわたることもあり得るとされる（西川潔・前掲書55頁）。なお、米国連邦最高裁の判例においても、ポリグラフ結果を告げることは、正当な告知であってトリックではないとして許容されているとのことである（西川潔・前掲書55頁参照）。さらに、岩瀬徹「ポリグラフ検査」小林充ほか編・刑事事実認定重要判決50選（下）（2005年）198頁、判タ164号95頁の匿名解説参照。これに対し、「判旨は、一般的にポリグラフ検査結果の告知は自白の証拠能力に影響を及ぼさないという立場に立つものではない」との理解も示されている（渥美東洋「判批」警察研究36巻6号（1965年）115頁）。
- (120) 札幌地判平19・11・2文献番号2007WLJPCA11029001。
- (121) 神戸地判昭52・7・1刑集37巻6号855頁（最決昭58・7・12刑集37巻6号719頁の原原審として刑集掲載）。
- (122) 名古屋高判平19・7・6高検速報平19年381頁（したがって、任意性を損なうとは言えないとしている）。これに対し、少年の場合には、ポリグラフ結果を踏まえて嘘は通用しないと厳しく追及されたことから、目先の判断で捜査官に迎合した可能性もあり、「不当である」として、最終的に任意性を否定したもの（大阪高決平19・5・14刑集62巻7号2022頁〔最決平20・7・11刑集62巻7号1927頁の原審として刑集掲載〕）、必要もないのにポリグラフ検査を行ない、その後、「検査の質問事項の中に正しい答が一つある。」旨示唆して、放火の手段方法につき甚だしい誘導をしたことも任意性を否定する事情の一つしたもの（東京高判昭53・3・29刑裁月報10巻3号233頁）などがある。

一般に証拠物を示すことそれ自体は、客観的事実の提示に過ぎないから、被疑者の心理に不当な影響を及ぼすものとは言えず、不当な取調べ方法とは言えないであろう⁽¹²³⁾。もちろん、供述を求めるために提示するのであるから、これによる心理的影響は否定できないが、それは、正しい自己決定を行うための資料提供（一種の証拠開示と言えるかもしれない）に過ぎないのであるから、そのために被るかも知れない何らかの心理的圧迫ないし苦痛があり得るとしても、証拠物それ自体が残酷ないし衝撃的なものでない限り⁽¹²⁴⁾、一般的には、取調べの客観性を維持し供述の正確性を担保するためにも必要な措置であるというべきであるから、取調べを行うこと自体に正当性が認められる限り、それは甘受すべき苦痛と考えられる⁽¹²⁵⁾。その意味において、多少の心理的負担は取調べに伴う負担であって、相当性を欠くとは言えないように思われる⁽¹²⁶⁾。ポリグラフ検査結果も、仮に、それが科学的証拠として、客観性を保った証拠であるとすれば⁽¹²⁷⁾、証拠物の提示に類するものと言えようか。

(123) 証拠物の提示については、一般に捜査の必要性として認められている（例えば、富山地決昭46・6・23 刑裁月報3巻6号837頁など参照）。さらに、犯罪捜査規範171条参照（証拠物を示す「時期及び方法に適切を期する」ことが求められている。）。なお、公判廷における証人尋問の際に、記憶喚起のための証拠物を提示することも許されている（規則199条の11第1項）。

(124) 東京高判昭60・12・13刑月17巻12号1208頁（日石・土田邸事件）は、生々しい死体写真を示しつつ強い調子で非難の言葉を間断なくあびせて自白を迫るなどしたほか、犯人と決めつけ連日夜間に及ぶ執拗に自白を迫った取調べにつき「黙秘権を侵害する違法なもの」とした。なお、同事件の国家賠償請求事件につき、東京高判平13・12・25訟務月報50巻1号1頁は、被害者の死体の写真を示して取調べを行ったことも、それのみで取調べを違法ならしめるものではないとしている。さらに、佐賀地判平9・1・24判タ970号146頁参照。

(125) 福岡地小倉支部判平17・11・16文献番号2005WLJPCA11169007参照（死体写真を提示することが不当な取調べの方法とは言えないとしている。）。

(126) これに対し、心理的強制に基づくもので任意性に疑いがあることから、否定的に解すべきとの見解として、浅田和茂「科学的尋問と取調べ」井戸田侃編・前掲注(87) 382頁。

したがって、これらの証拠を示して取調べを行うことは、通常の場合、それのみで直ちに違法となることはないであろう⁽¹²⁸⁾。

これに対し、第三者ないし共犯者の供述内容を提示し、あるいはその供述を録取した供述録取書面や供述書を提示する場合はどうであろうか。捜査官は、あらゆる角度から真相究明に努めるべき義務があるから、他の被疑者の供述を示して取調べを行ったとしても、直ちに「誘導」又は「押付け」による取調べとして自白の任意性を欠くことにはならないとした裁判例⁽¹²⁹⁾もある。しかし、供述の場合には、証拠物等に比して、客観的真実性が必ずしも確認できないものもあること、提示の仕方によっては誘導性が極めて強いものとなる余地があることを考慮すれば、誤導の危険も否定できず、誤った自己決定に至る危険が伴うものと評価し得る場合もあり得るように思われる。もとより、真実の供述が正しく伝達されたのであれば、これもって違法と評価することは相当でないし、直ちに任意性に影響するとも思われぬ。したがって、供述内容を提示した取調べということのみで、直ちにその取調べが違法と評価されることはないと思われるが、供述内容の真偽の程度や伝達方法の不正確性等によっては、そのような取調べによって得られた供述が虚偽である可能性も否定し難いので、供述内容の提示が、少なくとも相当性を欠く重

(127) ポリグラフ検査それ自身が信頼性が乏しいのにそれが正確であることを前提として追求がなされた場合につき、その取調べが「相当でない」とした裁判例がある（東京高判平3・3・26判時1382号131頁）。

(128) これに対し、捜査機関が、後に誤りであることが判明し証拠能力が否定された鑑定書を示して自白を得た場合には、示した当時は誤りと知らなかったのであるから偽計にはならず、自白の証拠能力は否定されないとした裁判例がある（宇都宮地判平22・3・27判時2084号157頁）。なお、川出敏裕「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕（2011年）159頁参照（心理的強制は、捜査官の認識に関わらないから、自白の証拠能力を否定する「余地はある」とされる。）。

(129) 東京高判平13・12・25 訟務月報50巻1号1頁（日石・土田邸事件及びピース缶爆弾製造事件の国家賠償請求事件）。

要な要素の一つとして考慮されることにはなり得るものと思われる⁽¹³⁰⁾。

以上のように、取調べにおいて証拠物を示すことはともかく、他の関係者の供述を示して取調べを行うことには問題がないわけではない。しかし、それは、伝達される供述内容の真偽の程度や伝達方法の不正確性等によるのであるから、取調べの違法というよりも、むしろ自己決定に対する不適切な圧力となり得ることに問題があるように思われる。その意味では、一種の偽計ないし詐欺に類する取調べに近いとも言い得るのであって、この場合には、誤った自己決定に至る危険性を払拭できない。そうだとすれば、万が一にも虚偽自白に至る可能性のある取調べ方法は差し控えるのが賢明ではあろう。しかし、それは、取調べ方法が違法であるからでもなく、それによって得られた自白が直ちに任意性に疑いを抱かせるからでもないことを確認しておく必要がある。その意味において、内容真実の供述を過不足なく正しく伝達したのであれば、詐欺的ないし偽計的要素が全くないのであるから、証拠物の提示と同様の取扱いをして良いように思われる。

2 誘導ないし誘惑を用いた取調べ

自己決定に対する心理的圧力以外の誘導ないし誘惑が加えられた場合はどうであろうか。「利益を与える約束の下に自白を求め」という場合についても、「心理的、間接的強制」とみて「強制」に分類すれば⁽¹³¹⁾、供述の自由に対する心理的抑圧があったものと考えられるので、精神的利益の侵害を認めることはできよう。確かに、仮に利益提供の申し出がなかったとすれば供述しなかったであろうとは言えるので、その申し出が決定的な供述動機を形

(130) 熊本地判平4・3・26判タ804号182頁参照(共犯者の供述を示して追求された可能性を否定できないとして、供述の信用性を否定した。)

(131) 小野清一郎ほか・前掲注(55)439頁。

成したことは間違いのないであろう。本来は供述する積もりがなかったのに、利益提供の申し出によって決定的な動機形成に仕向けられたという意味では、一種の強制と評価することも可能であろう。しかしながら、それは、彼が自ら望んで動機を形成し供述するに至ったのであって、少なくとも不本意な供述を選択したわけではない。その時点において、利害得失を検討した上で、自らの選択を行ったものである。もとより、利害得失を計算することが困難な状態にあったとすれば別論である。その場合には、そのような困難な状態それ自体に抑圧ないし圧迫を認める余地もあり得よう。しかし、そうでない限り、彼は自由な選択をしていると考えられる。彼は、自ら進んで誘惑に応じたのであって、偶々その誘惑が捜査機関側から提供されたに過ぎない。その意味では、自ら望んで陥った状態に過ぎないように思われる。少なくとも、表面的には「意に反する」とは言い難いし、利益提供がそのまま実現されたとすれば、全く不平不満を抱くこともなく収束したのであるから、これをもって直ちに強制と評価することは必ずしも相当でないように思われる。もちろん、自ら進んで選択した場合でも許容されない場合は考えられる。例えば、承諾留置について、一般には、仮に承諾があっても許されないと言われている。しかし、それは、侵害される法益が放棄を許さないほど重大であるというより、通常の場合には、真摯な承諾を想定することはできないことによるのではないと思われる⁽¹³²⁾。したがって、事情を十分に認識し正しく理解した上で、真に真摯な承諾がなされたと認定できるのであれば、留置の承諾もあり得て良いように思われる⁽¹³³⁾。そうすると、そのような選択が許容されるか否かは、結局のところ、「正しい自己決定」がなされたと言えるか否かにかかっているように思われる⁽¹³⁴⁾。

それでは、このような利益提供の申し出を受け入れて供述することによっ

(132) この点、戦前のいわゆる「抱き込み宿」の慣行という歴史的経緯を踏まえた政策的理由もあるように思われる（光藤景皎・前掲注（94）26頁参照）。

て、供述者に何らかの利益侵害が生じたのであろうか。もとより、「正しい自己決定」を行うためには、これを行うために必要かつ十分な情報が得られており、これに基づく選択をすれば、いかなる帰結に至るかについて、必要かつ十分な見通しを持っていることが不可欠であろう。仮に、犯人であるとすれば、犯行に関する情報は十分に有しているであろうから、問題はそれ以外の情報である。そして、最も重要な情報は、今後の処遇がどうなるかに関する情報であろう。このような情報は、将来予測に基づく情報であるから、必ずしも正確性を期しがたいが、仮に正確な正しい情報が正しく提供されたとすれば、その上で行われた供述者の選択は、まさに自己責任であって、これによって生じ得る帰結は、まさしく予定の範囲内であるから、想定を超えた特段の不利益が生じるものとは思われない⁽¹³⁵⁾。少なくとも刑罰という不利益は想定範囲内であるし、正しい情報に基づいて、自らの責任で自ら決定したのであれば、その結果が彼に帰属することはむしろ当然であって、主体性を有する成人社会人として当然に甘受すべきものと思われる。それでもなお損害があり得るのであろうか^{(136) (137)}。

そこで、なお考えられる損害を想定してみると、まず第1に考えられるのは、既に述べたような心理的抑圧に基づく精神的利益の侵害であろう。しかし、そもそも誘導ないし誘惑に応じて供述することが、直ちに心理的抑圧が

(133) 井上正仁・前掲注(52)9頁。なお、監禁罪のような身体的自由については、同意がある場合には構成要件該当性自体が否定されると言われている(西田典之・刑法総論〔第2版〕(2010年)188頁、前田雅英・刑法総論講義〔第5版〕(2011年)105頁注(10)、浅田和茂・刑法総論(2005年)200頁、井田良・講義刑法学・総論(2008年)319頁、松宮孝明・刑法総論講義〔第4版〕(2009年)122頁、山口厚・刑法各論〔第2版〕(2010年)87頁など)。

(134) 刑法における被害者の同意の適法化の根拠についても、自己決定権に求める見解が一般的であるとされる(井田良・前掲注(133)318頁、曾根威彦・刑法総論〔第4版〕(2008年)124頁など)。なお、伊東研祐・刑法総論(2007年)199頁参照(自己決定の実質は、優越的利益説と同一に帰着するとされる。)

あったものとも言い難いし、仮に何らかの抑圧状態が想定できたとしても、それをもって直ちに精神的損害とも言い難いように思われる。

第2に考えられるのは、供述動機形成に不当な介入がなされたため、本来であれば供述しなかったのに供述してしまったという意味で、意に反する結果となったことの精神的利益侵害であろう。しかし、捜査機関による利益提供を受け入れたのは、自らの自由な選択の結果である。仮に、彼に自由な選択の余地が残されていなかったのであれば、選択をめぐる不当な侵害と言え

- (135) 古くローマの法諺として、「欲する者に侵害はない (Volemti non fit injuria)」と言われているとのことである (伊東研祐・刑法総論 (2007年) 195頁)。なお、いわゆる「約束自白」に関する判例として引用される最判昭41・7・1刑集20巻6号537頁に関し、自白の「動機」に働き掛けたに過ぎないから、「供述する意思」とは違いがあり、黙秘権侵害があるかどうかの点で無視できないのではないとも言われている (大澤裕=朝山芳史「約束による自白の証拠能力」法学教室340号 (2009年) 93頁 [大澤発言]。ただし、同頁の朝山発言参照)。なお、任意性との関係では、多くの場合、不任意は供述者の心理に動機として作用するから、動機に過ぎないことをもって任意性を認めるのは妥当でないとの見方が多い (鈴木茂嗣「自白の任意性と約束自白」法律時報39巻4号 (1967年) 100頁, 最高裁判所判例解説刑事篇昭和41年度104頁 [坂本武士] など。さらに、山田道郎・前掲注 (31) 130頁参照)。
- (136) 「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」について、「直ちに違法ではないといえるわけではない」とも言われるが (鈴木茂嗣・前掲注 (28) 537頁注 (7)), 一般には違法性が乏しいとされている (山田道郎・前掲注 (135) 115頁, 米山正明「利益誘導と自白の任意性」判タ922号 (1997年) 44頁など。さらに、大澤裕・前掲注 (31) 172頁も、「[不適當]さは説明し得ても、[違法]という評価を基礎付け得るかは、疑問である」とされる)。これに対し、「国家機関が正義・礼讓をまもるという意味で」違法とする見解 (田宮裕・前掲注 (25) 300頁), 「免責の利益と引換に自白を勧誘」するのは、「国家機関による著しく不公正な尋問」として違法とする見解 (熊本典道「勧誘・偽計による自白」高田卓爾ほか編・演習刑事訴訟法 (1984年) 286頁) なども主張されている。
- (137) いわゆる「約束自白」については、「利益の提示に人権侵害ないし違法と切り切るまでの側面がないか、またはその側面が乏しい態様の自白も多い」と言われている (石井一正・刑事実務証拠法 [第4版] (2007年) 226頁)。

よう。しかし、彼の決断は、自らをめぐる利益状況を十分に理解し検討した上で、敢えて供述するという選択を行ったのであるから、自由な選択の結果と言わざるを得ないように思われる。確かに、その利益提供が明らかに不当な介入であったとすれば、意思決定が歪められたという意味において、これを損害とみる余地はあり得るかもしれない。自由な選択がなされてはいるが、それは、不適切な情報提供に基づくものであって、いわば、誤った情報に基づき、誤った判断がなされたと考えることもできる。しかし、ここで検討しているのは、彼が選択を行うに際して、正しい情報が必要かつ十分に与えられ、それによって生じ得るであろう帰結を必要かつ十分に予測した場合についてである。それにもかかわらず、何らかの損害が生じたというのであれば、選択した後に、いわば「気が変わった」ということによるのであって、本来は損害ではないものを後になって損害と評価し直しているに過ぎないように思われる。仮に、これをもって損害とみるのであれば、それは、単なる「我が儘」を認めるか、あるいはそもそもそのような場合における供述の自由を否定することを前提として初めて成り立つ想定であって、いわば事後的に構成された擬制に過ぎないように思われる。そうだとすれば、そのような損害は、仮に想定可能であったとしても、少なくとも本来の損害であるとは言えないのではあるまいか。

第3に考えられるのは、供述者が供述後になって当初の意思決定を何らかの理由で変更したため、本来ならば供述しなかったはずであったという思いから、心理的に負担感を感じるということがあり得るかもしれないし、そのことを損害と捉える余地もあるかもしれない。しかし、それは供述者の事後的な意思決定の変更に起因するのであって、やむを得ない特段の事情がない限り、想定範囲内と言わざるを得ない。場合によっては、約束が不十分であったために裏切られたということがあり得るかもしれないし、意思疎通が不完全であったために齟齬が生じた結果であるかもしれない。そうであるとすれば、それらはいずれも、提供利益が約束通りに実現されなかったという

ことである。結果的とはいえ一種の詐欺に類するものであるから、この場合には利益侵害は認められよう。しかしながら、提供利益が当初の約束通りに実現され、彼の予想した通りの結果となったのであれば、そこには不服を申し立てるべき何らの損害も生じていないように思われる。

このように見てくると、結局のところ、約束を通じた利益の提供を契機とした取調べによって供述が得られたとしても、結局のところ、供述者側にはそもそも特段の損害は生じていないように思われるし、また、少なくとも正当に考慮されるべき損害が生じるおそれもなかったように思われる。したがって、この場合において、任意捜査の限界を検討する際に考慮すべき利益衡量としては、少なくとも、公共の利益である当該捜査の必要性を超えるような被疑者側の利益侵害を認めることはできないのではなかろうか。その意味において、任意捜査として一定の利益提供を行った上で自白を得たとしても、取調べとしては、任意捜査の限界内の適法行為と認めて良いように思われる⁽¹³⁸⁾。そして、仮にそうだとすれば、そのような取調べによって得られた自白については、原則として任意性に疑いがないものと評価することができるのであって、供述者側が任意性を疑うような特段の事情を主張できない限り、任意性を肯定できるように思われる。

3 小括—任意性を超えて—

このようにみてくれば、相手方に利益提供して供述を求める捜査方法それ自体は、一定の限度において任意捜査の限界内にあるものと考えられることのできるから、原則として適法であると評価することができるように思

(138) これに対し、仮に「法益侵害のない違法」という概念を肯定するのであれば、「国家機関の行為規範違反」を違法と評価することになるであろうが(この点につき、大澤裕・前掲注(25)7頁参照)、警察比例の原則に従う限り、法益侵害の全くない違法を認めることは相当でないように思われる(川出敏裕・前掲注(24)32頁参照)。

われる。そうであるとすれば、そのような取調べによって得られた供述も、特段の事情がない限り、任意性に疑いがないものとして証拠能力を有するものとも考えることもできる。しかし、それでもなおそのような供述については、洋の東西を問わず、歴史的に不審を抱かれ続けてきたのは何故であろうか。それは、結局のところ、そのようにして得られた供述の内容が虚偽であるとおそれがあるということに大きな原因があるように思われる⁽¹³⁹⁾。供述の信用性は、本来であれば事実認定者の自由心証の世界に属するはずである。それにもかかわらず自白法則において虚偽排除説が今なお有力に唱えられているのは、典型的に虚偽のおそれがある場合には、予め典型的に証拠能力がないものとして排除しておこうということであろう。そうすると、個別の利益提供がもたらし得る虚偽のおそれが、典型的に虚偽供述に至るおそれではないことを明らかにしておかなければならないであろう⁽¹⁴⁰⁾。しかし、自白力動として作用するような利益の提供は、供述者の将来を左右したり、その運命を左右するような重要な利益であるのが通常であって、だからこそ供述するという決断に至るのである。確かに、軽微な利益の提供であれば、何が軽微であるかは別途検討の要があるとしても、敢えて虚偽を述べようとは思わないであろうし、また、そもそも供述しようと思わないかもしれない。そうだとすれば、供述を導くためには、重要な利益の提供を受けることが必要である。それにもかかわらず虚偽供述に至らないように典型的な歯止めを掛けることができれば、そのような利益提供を許容することができるものと考えられよう。果たして、そのような歯止めは可能なのであろうか。

ところで、自白法則の発祥の地と言われるイングランド⁽¹⁴¹⁾に目を転じてみ

(139) 判例においても、利益約束による自白、偽計による取調べの類型については、虚偽排除で対応すべき類型と整理されている(三井誠・前掲注(31)77頁)。

(140) 川出敏裕「司法取引と刑事訴訟法の諸原則」刑法雑誌50巻3号(2011年)344頁(取引に基づく自白の許容性は、「典型的に虚偽のおそれが生じやすい状況」を解消できるか否かにかかっており、具体的な制度設計次第であるとされる。)

れば、自白法則が初めて認められたのはワリックシャル事件判決であると言われているところ、同判決においては、「期待を抱かせるような甘言または拷問の恐怖によって引き出された自白は、それが有罪の証拠とみなされる場合には非常に疑わしいものとなるので、それに対してはいかなる信用も与えられるべきではない。したがって、かかる自白は排除されるのである」と述べられており⁽¹⁴²⁾、「期待を抱かせるように甘言」が問題となっていた。その後、幾多の変遷を経て、1984年警察及び刑事証拠法76条2項において、「その自白が(a)被告人に対する圧迫により、又は、(b)その当時の状況により自白の信用性を失わせると認められる言動の結果として、獲得され又は獲得された疑いがあることが主張されたときは、裁判所は、訴追側においてその自白(真実である可能性のいかに問わない。)が前各号の方法により獲得されたものでないことを合理的な疑いを超えて証明しない限り、これを被告人に不利な証拠として許容してはならない。」と規定されており、これが自白法則とされている⁽¹⁴³⁾。このうち、(a)は、拷問ないし脅迫のような物理的圧迫の系譜であるのに対し、(b)は、甘言による誘惑的誘因の系譜に属すると言えよう。約束自白に任意性がないとされるのも、この(b)の系譜に由来する発想であろうと思われる。しかし、この(b)については、「圧迫」には至らないが、自白の信用性を損なう可能性のある不適切な圧力を加えたことが必要であるとされており、例えば、保釈の提案、重大事件につき事件は重大でないと告げた、虚偽の証拠を示した、問題が解決するまで警察署にいななければならないと告

(141) 英国における取調べにつき、庭山英雄「イギリスにおける被疑者取調べ」井戸田侃編・前掲注(87)221頁以下参照。

(142) 稲田隆司「自白法則と虚偽排除説—コモン・ローにおけるその成立と展開—」法政理論30巻4号(1998年)48頁から引用。同・イギリスの自白排除法則(2011年)8頁参照。

(143) 稲田隆司「イギリスの自白法則」寺崎嘉博=白取祐司編・激動期の刑事法学—能勢弘之先生追悼論集—(2003年)129頁。同・イギリスの自白排除法則(2011年)32頁。岡部泰昌・前掲注(95)317頁。

げたなど、単なる甘言ないし約束を超えたの圧力を加えたような場合がこれに当たるとされている⁽¹⁴⁴⁾。このような場合は、結局のところ、意思決定をするためには不適切な情報を与えられ、自由で適切な自己決定が妨害されたと評価できるのであって、単なる利益の提供とこれに対する正しい判断に基づく自由な自己決定がなされたとは言えないであろうから、単なる誘惑というよりも実質的には圧迫に属するものと言えるように思われる。

他方、米国⁽¹⁴⁵⁾においては、英国の影響を受け、1884年のホプト判決において、ワリックシャル事件判決を参照しつつ、虚偽排除説に基づく自白法則を採用したが⁵、次第に任意性を否定する根拠を信用性ではなく適正手続違反に求めるようになり、1936年のブラウン判決においては、デュープロセス違反を理由として自白の証拠能力を否定するに至った。その後の判例の積み重ねにより、米国における自白の任意性の判断は、供述者が供述をした時点において、供述をするかしないかの「自由かつ合理的な選択」が可能であった状況、被疑者の供述の自由が確保された状況であるか否かによると解されており、自白がなされた一切の事情を総合する「事情の総合説」を採用していると言われている⁽¹⁴⁶⁾。その事情には、利益提供や甘言等も考慮されるが、それらも他の事情と併せて全体として「自由かつ合理的な選択」がなされたか否かという判断に埋没することも少なくないようである。

さらに、ドイツ⁽¹⁴⁷⁾においては、被疑者の尋問方法につき、「被疑者の意思決定及び意思活動の自由は、暴行、疲労、薬物の投与、苦痛、欺罔又は催眠術によって侵害してはならない。強制は、刑事手続法が許容する限度でのみ、これを用いることができる。刑事手続法の規定により許容されていない処分

(144) 稲田隆司・前掲注(143) 能勢弘之先生追悼論集150頁。同・前掲注(143) イギリスの自白排除法則40頁, 55頁参照。なお、もっとも、これらの事情があっても常に自白が排除されるわけではないとされている(同57頁参照)。

(145) 米国における取調べにつき、岡部泰昌＝小早川義則＝渡辺修「アメリカにおける被疑者取調べ」井戸田侃編・前掲注(87) 179頁以下参照。

をもって強要すること及び法律に規定されていない利益を約束することは、いずれも禁止される。」(136条 a 第1項)と規定した上、このような「禁止に違反して得られた供述は、被疑者が同意した場合であっても、これを使用してはならない。」(同条3項)と規定している。同条の趣旨は、被疑者・被告人であっても、手続の客体とされてはならず、ドイツ基本法1条に由来する意思決定の自由を保障したものであるから⁽¹⁴⁸⁾、被疑者・被告人が同意した場合でも、これを使用することできないと明言されている⁽¹⁴⁹⁾。同条は、供述の自由の侵害を禁止するものであるから、同条の事由は例示列举であって、判例によれば、身体的事象の測定に名を借りてする無意識的精神活動の探求も許されないとされ、ポリグラフ検査も禁止されている⁽¹⁵⁰⁾。そして、いわゆ

-
- (146) 関口和徳「自白排除法則の研究(二)」北大法学論集59巻3号(2008年)206頁。約束についても、任意性判断の一要素とされ、全ての状況を考慮して判断される(山田道郎・前掲注(31)114頁、田宮裕・日本の刑事訴追(1998年)252頁)。さらに、宇川春彦「刑事取引を考える(8)」判時1596号(1997年)34頁参照(米国では、約束自白は任意性がないという法理は、利益誘導の場面に「弁護人の立ち会いのないまま、警察官の尋問を受ける場面」から「弁護人の援助を受けた状態で、検察官との取引のテーブルについた場面」にシフトとさせる点に意味があると言われる)。なお、米国では、自白法則とは別に、手続の違法性それ自体を理由に自白の証拠能力を否定する「違法収集自白の排除法則」、すなわち、マクナブ=マロリー法則が形成され、引き続きミランダ判決によってミランダルールが形成されてきたことは周知の通りである。田宮裕・前掲注(25)332頁以下、小早川義則・ミランダと被疑者取調べ(1995年)25頁以下、特に55頁以下参照。
- (147) 旧西ドイツにおける取調べにつき、高田昭正「西ドイツにおける被疑者取調べ」井戸田侃編・前掲注(87)237頁以下参照。
- (148) Vgl. Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., 2007, Band 4, S.586(Rn.3), Lutz Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., 2011, S.616(Rn.1), Pfeiffer, StPO, 4. Aufl., 2002, S.356(Rn.1), Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung, 6. Aufl., 2008, S.794(Rn.1), Werner Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, S.82(Rn.130), Heghmanns/ Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, 1. Aufl., 2008, S.141(Rn.258), Wolfgang Joecks, Studienkommentar StPO, 2. Aufl., 2008, S.321(Rn.1), Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl., 2008, S.191(Rn.625), Friedrich-Cristian Schroeder, Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2007, S.83(Rn.125).

る「非公式合意 (die informellen Absprachen)」との関係で、実現可能性のない利益の提供は欺罔に当たり、また、合意した場合と拒否した場合とで著しい差を生じさせる場合には強制に当たるなどとされているが、合法的利益の提示は許されるものと解されていた⁽¹⁵¹⁾。いずれにしても、ドイツ基本法1条を体現するものとして、意思決定の自由を基軸として解釈されているのであって、多少の心理的圧迫や誘導があっても、被疑者の主体性を維持できている限り、許容限度内とされているように思われる。

このように、先行研究に基づいて瞥見していただだけでも、供述を得るために多少の圧迫や誘導を用いたに過ぎない場合には、「供述の自由」ないし「意思決定の自由」が維持されている限り、なお許容される余地があり得る

(149) Löwe-Rosenberg, a.a.O., Band 4. S.623(Rn.69), Lutz Meyer-Goßner, a.a.O. S.622(Rn.27), Klaus Volk, Grundkurs StPO, 6.Aufl., 2008, S.44(Rn.18), Urs Kindhäuser, Strafprozessrecht, 1.Aufl., 2006, S.69(Rn.52), Kühne, Strafprozessrecht, 6.Aufl., 2003, S.191(Rn.37).

(150) この点について、ゲラルト・グリェンヴァルト【福井厚監訳】・ドイツ刑事証拠法(1999年)72頁以下参照。

(151) 辻本典央「約束による自白の証拠能力」近畿大学法学57巻4号(2010年)53頁、同「刑事手続における取引(1)ードイツにおける判決合意手続ー」近畿大学法学57巻2号(2009年)31頁、さらに、同「同(2)」同58巻1号(2010年)16頁。これに対し、合意は136条aに反するとの議論も有力であったとのことである(山名京子「刑事訴訟における【事前の合意】」関大法学41巻1号(1991年)114頁、田口守一・刑事訴訟法の目的(2006年)301頁(反論として、弁護人を付して被告人の権利主体を確保すれば良いとされる。)。さらに、Bernd Schünemann, Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens, Festschrift für Jürgen Baumann, 1992, S.372.)。なお、2009年のドイツ刑事訴訟法の改正によって同法257条c(判決合意等)などが新設され、同年8月4日から施行されている(ヘニング・ローゼナウ/田口守一訳「ドイツ刑事手続における合意」刑事法ジャーナル24号(2010年)41頁)。さらに、池田公博「ドイツの刑事裁判と合意手続」刑事法ジャーナル22号(2010年)23頁、滝沢誠「ドイツの刑事訴訟における合意について」専修ロージャーナル5号(2010年)159頁参照。

と言って大きな誤りはないように思われる。そもそも不任意自白が排除されるゆえんは、不当な圧迫や誘導には、典型的に虚偽供述を導き、あるいは主体性を失わせるような性質があるので、そのような手段を伴う自白は典型的に排除しようとしたのであるから、合理的な利益提供ないし約束であれば、なお許容される余地があるとみることは十分可能であるように思われる。そうだとすれば、少なくとも、著しく不当な利益提供でなければ虚偽供述がなされる典型的なおそれはないとすることも、必ずしも不当なことではないと考えることは可能であろう。著しく不当な利益提供以外の利益提供については、必ずしも任意性の問題ではなく、したがって「証拠能力」の問題ではなく、自由心証の枠内で「証明力」の問題として検討すれば足りるとすることも、必ずしも不当ではないように思われる。強度の抑圧に類する程度の著しく不当な利益提供とは、通常人がいわば利益に目が眩んで正しい自己決定ができない状態に陥るほどの利益提供である。平均的な通常一般人が正常なコスト計算をすることができないような状態になるほどの利益提供である。そのような著しく不当な利益提供は、いわば札束で頬をはたくような方法によって自己決定を歪めるのと同様であるから、その意味において、正しい自己決定ではない。ある種の歪んだ「自白力動」が加わったという意味において、一種の心理的強制と言って良いかもしれない。そのようなものとして、例えば、釈放の約束、不起訴の約束、共犯者を検挙しない約束、懲役ではなく罰金にする約束などが考えられよう。これに対し、自白すれば一般には刑罰が軽減されるというような一般的情報提供、当該犯罪の一般的な量刑事情、起訴不起訴の考慮要素などの情報提供など、供述者が判断の資料として有益な利益の提供は、少なくとも著しく不当な利益提供とは言い難いであろう⁽¹⁵²⁾。後者のような場合には、そのような情報を含めて供述者自らの責任で供述す

(152) このような情報の提供が必ずしも自白の任意性を損なうものではないとした裁判例につき、拙稿「訴訟の前提—捜査における利益提供の可否—」広島大学法科大学院論集7号(2011年)92頁、96頁など参照。

るかしないかの選択をすることができるし、この選択には、典型的に虚偽のおそれがあるとも言い難いように思われる。両者の厳密な区別は、将来の課題として残さざるを得ないが、その方向でさらに緻密な検討を重ねることによって、一定限度の利益提供が適法であり、かつ自白法則にも抵触しないことを確認することが可能になるとともに、取調べ方法に新たな方向性を見出すことが可能となるように思われる。

第7 おわりに

任意捜査の限界という側面から取調べの限界を検討すると、取調べの必要性という公益的利益と、供述者側の被侵害利益との比較衡量によってその適法性が判断されると考えられている。利益提供の申し出によって供述を得ようとする取調べについても、理論的には同様の利益衡量が可能となるように思われるが、この場合、供述者側の被侵害利益を想定し抽出することは必ずしも容易でなく、少なくとも、そのような被侵害利益として正当に考慮されるべき利益を認めることはできないのではないかとの疑問が残るところである。そうだとすれば、このような取調べ方法は、衡量すべき被侵害利益が欠如するものとする余地があるのであって、その意味において、結果的には適法と言わざるを得ないように思われる。そして、仮にそうだとすれば、そのような適法な取調べによって得られた供述は、特段の事情がない限り、原則として任意性に疑いがないとみるのが妥当であるから、供述者側において、任意性を疑うべき特段の事情が主張がなされない限り、任意性に疑いがないものとして証拠能力を認める余地があるように思われる。ここで特段の事情として考えられるのは、例えば、著しく不当な利益提供であって、そのような事情が主張された場合には、検察側からこれに対する反証として、そのような事情がなかったことを立証することになるであろう。もとより、そのような特段の事情を具体的に解明し、その限界とその判断基準を定立すること

が求められるが、ここではその余力がないので、この点は将来の課題としておきたい。

さて、本稿の課題は、任意捜査と自白法則との関係を探ることを前提として、身柄拘束型の取調べと情報提供型の取調べとを区別した上で、後者については、任意捜査の限界内にありながらなおこれによって得られた供述に任意性を疑う余地があり得ることを確認する一方で、他方において、そのような供述には、それにもかかわらず、一定限度において許容される余地も残されており、供述者側が特段の事情を主張しない限り、原則として許容されるという方法で理論的調整を図ることによって、一定限度の利益提供によって得られた供述を証拠として許容し、このような方法を通じた取調べ方法の余地を認めることで、新たな取調べ方法の活用に見出すことにあった。そのような観点から、当面の暫定的な帰結と残された課題を確認して本稿を閉じようと思う。

当面の帰結として、第1に、任意捜査における任意性と自白法則における任意性とは必ずしも常に一致するわけではないと考えられること、第2に、任意捜査の限界という観点からは、捜査側の利益と取調べを受ける者が被る損害との比較衡量によって取調べの相当性を判断することが可能であり、その場合、後者の損害は、取調べそれ自体によって被る直接的な心理的苦痛であると考えられることができること、第3に、そのような観点から任意捜査としての取調べを検討すると、身柄拘束型の取調べと情報提供型の取調べとは区別して検討するのが適切であること、第4に、身柄拘束型の取調べにおいては、任意捜査の限界と自白法則との関係は大きな食いちがいは生じないが、情報提供型の取調べにおいては、取調べを受ける者の直接的損害は必ずしも容易に想定することが困難であること、第5に、情報提供型の取調べについて取調べを受ける者の直接的損害は想定しがたいとしても、それにもかかわらず後者の取調べによって得られた供述には強い疑惑が抱かれており、その観点を考慮すると、「著しく不当な利益提供」を用いて取得された供述はや

はり排除されるのが相当であろうと思われることなどを確認することができた。

他方、いくつかの課題も残されている。第1に、「著しく不当な利益提供」と許される利益提供との区別及びその限界については、なお今後の検討に委ねざる得なかった。第2に、その限界を定める基準に沿った具体的な下位基準を定立して、具体的な取調べ方法の活用を提示するという本来の目的についても、残念ながら将来の課題とせざるを得なかった。そのほか、根本的には、自己決定それ自体について十分な検討ができなかったこと、外国の状況については、先行研究を単に瞥見するにとどまったことなど、不十分な点が多々あるので、これらの点についても将来の検討に委ねることとしたい。

裁判員裁判時代における新たな捜査方法の方向性を目指すという本稿の目的は、未だ検討途上にとどまる。残された課題は少なくない。しかし、その一つの方向として、少なくとも利益提供型の取調べの可能性があり得ることを示唆することはできたのではないかと考えている。今後、この方向について、更に具体化して実用に耐え得るような基準と理念を示すことができるように努めたいと考えている。

追記：本稿は、平成23年度科学研究費補助金（基礎研究C）に基づくものである。