

在宅被疑者の取調べにおける強制処分

中 園 江 里 人

目 次

- 1 はじめに
- 2 「強制の処分」の意義
 - (1) 意思に反する重要な権利・利益の制約
 - (2) 「意思に反する」より程度の高い「意思の制圧」
 - (3) 「重要な」権利・利益に限定することの当否
 - (4) 「権利・利益の制約」に着目することの当否
 - (5) 小 括
- 3 「強制の処分」該当性の判断方法
 - (1) 類型化+法的性質決定→類型該当性
 - (2) 「強制の処分」該当性→類型該当性
- 4 在宅被疑者の取調べに用いられ得る「強制の処分」
 - (1) 身体の自由の制約
 - (2) 黙秘権の制約
 - (3) 弁護人依頼権の制約
- 5 「強制の処分」が用いられた場合の自白の証拠能力
 - (1) 任意性一元説
 - (2) 採取手続の違法を理由とする証拠排除
- 6 おわりに

1 はじめに

刑事訴訟法198条1項本文に規定されている在宅被疑者の取調べ¹⁾は、任意捜査であり、「強制の処分」を用いることは許されない(法197条1項但書)。最高裁も、いわゆる高輪グリーンマンション事件についての昭和59年決定²⁾(以下「昭和59年最決」という)で、「任意捜査においては、強制手段、すなわち、『個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段』(最高裁昭和50年(あ)第146号同51年3月16日第3小法廷決定・刑集30巻2号187頁参照)を用いることが許されないことはいうまでもないが、任意捜査の一環としての被疑者に対する取調べは、右のような強制手段によることができないというだけでなく、さらに、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。」と判示して、その前半部分で、在宅被疑者の取調べにおいて強制手段を用いることが許されないことを、確認している³⁾。

1) 逮捕・勾留中の被疑者取調べについて、いわゆる「出頭・滞留義務」を否定する立場(拙稿「逮捕・勾留中の被疑者取調べの在り方」本誌第7号(2011年)81頁以下参照)からは、逮捕・勾留中の被疑者取調べについても同じことがあてはまる。ただし、逮捕・勾留中の被疑者取調べの場合には、逮捕・勾留に伴う権利制約があり、また、法39条3項が接見指定という「強制の処分」を法定しているなどの点に由来する違いが生じる。

2) 最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁。

3) この最決について、近時、「同最決は実質的逮捕にあたるかどうかを明示的に判断しておらず、同最決が宿泊や監視について言及しているのは実質的逮捕にあたるかどうかの判断のためではなく『被疑者が取調べに任意に応じていたかどうか』の判断のためとみるべきだ、ということを理由に、同最決の『強制手段によることができない』という判示は、『意思に反して(取調べに応じるかどうかの意思の自由を侵害して)取調べに応じさせることができない』という意味であって、任意同行や滞留が実質的逮捕にあたる場合を含むものではない(実質的逮捕にあたる場合は、同最決の枠組とは別個に、その間の取調べが違法になる)」旨の理解が示された(古江頼隆「演習」法教321号(2007年)192~193頁)。

しかし、①法197条1項但書の「強制的処分」とは何か、それとの関連で（昭和59年最決が引用している）昭和51年最決の「強制手段」概念をどう理解・評価するか、②ある処分が「強制的処分」にあたるか否かをどのように判断するか、③在宅被疑者の取調べにおいて用いられ得る「強制的処分」にはどのようなものがあるか、といった点については、いずれも議論があり、しかも、近時これらの議論に動きがみられる。

ここで、在宅被疑者の取調べに際して行われた処分が「強制的処分」にあたるれば、当該処分は具体的状況（処分の必要性や相当性）を問題とすることなく直ちに違法と評価されるのであるから、上記①～③の議論には意義がある。また、「強制的処分」を用いた場合と、任意処分ではあるがその許容限度を超えた場合（昭和59年最決の後半部分）とで、その取調べにおいて得られた自白の証拠能力の判断は異なると考えられ、この点でも議論の実益が認められる。

しかし、同最決が実質的逮捕について明示的な判断を示していない点については、「実質的逮捕にあたらぬ」という黙示的判断をした（うえで任意処分の限界について判断した）とみるべきであろう（芝原邦爾「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選〈第5版〉』（1986年）17頁、佐藤隆之「在宅被疑者の取調べとその限界（二）」法学69巻5号（2005年）94頁、堀江慎司「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』（2010年）17頁など）。そして、同最決の前半部分は「任意捜査である被疑者取調べにおいては、あらゆる『強制手段』が許されない」旨を判示したものと解すべきである（これを明確に述べるものとして、佐藤隆之・前掲注3）90頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（有斐閣、2012年）99～100頁〔堀江慎司〕）。なお、古江『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣、2011年）36～37頁も、上記の理解を改め、同様の理解を示すに至っている。

ただし、同最決の「実質的逮捕にあたらぬ」という結論の当否は、別論である。この点については、実質的逮捕にあたるか否かの判断を的確に行えば、一定の時点以降は疑いなく実質的逮捕と判定されるべきであった（酒巻匡「供述証拠の収集・保全②」法教288号（2004年）76頁）という批判も強い。

また、これまで「実質的逮捕にあたるか」という形で検討されてきたものが、より一般的な「強制処分を用いていないか」という検討の一内容になったことによって、「実質的逮捕性」の検討が不十分になるようなことが、あってはならない（酒巻・前掲注3）77頁参照）。昭和59年最決は、それまで実質的逮捕にあたるか否かという形で検討されてきた問題の一部を、任意捜査としての相当性という具体的利益衡量の領域に移すことを可能とし、従来の枠組によれば強制処分にあたり即違法となる可能性のあった場合の一部を適法化して許容する機能を果たす可能性がある（酒巻「任意取調べの限界について」神戸法学年報7号（1991年）293頁、303頁。三井誠『刑事手続法①（新版）』（有斐閣、1997年）130頁も同旨）という危惧を、現実のものとしてはならない。

そこで、本稿では、昭和59年最決の前半部分に焦点をあてて、上記①～③の問題を順に検討する。その際、在宅被疑者の取調べにおいて用いられ得る「強制の処分」にどのようなものがあるかを概観する箇所（③）では、関連する制度の在り方について若干の提言を試みる。そして、最後に、在宅被疑者の取調べにおいて「強制の処分」が用いられた場合に、そのことが、当該取調べで得られた自白の証拠能力の判断にどのように影響するかについて、検討する。

2 「強制の処分」の意義

法197条1項但書の「強制の処分」をどう解すべきか。また、それとの関連で（昭和59年最決が引用している）昭和51年最決の「強制手段」概念、すなわち「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」を、どのように理解し、評価すべきか。

(1) 意思に反する重要な権利・利益の制約

これについての現在有力な考え方は、昭和51年最決の示した「強制手段」概念を「強制の処分」の一般的定義として支持し得るとしたうえで、その内容を「相手方の明示または黙示の意思に反して、その重要な権利・利益を実質的に侵害ないし制約する処分」と解する⁴⁾。この説は、昭和51年最決の判示のうち「強制的に捜査目的を実現する行為」という部分は強制処分という言葉の言い換えであり、「特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」という部分は強制処分法定主義の裏返し表現であるから、いずれも実質的な基準としての意味をもち得ず、実質的な基準としての意味をもつのは残りの部分だ

4) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、2006年）10頁、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(2)」法教284号（2004年）69頁など。

としたうえで、「個人の意思を制圧し」は「個人の意思に反して」と解すべきであり、「身体、住居、財産等」は「重要な権利・利益」の例示だとする。そして、「意思の制圧」を「意思に反して」と解すべき理由として、本人が知れば当然拒否すると思われる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利を奪うのも、現実に表明された反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらないという⁵⁾。また、「身体、住居、財産等」を「重要な権利・利益」の例示と解すべき理由として、刑罰法の強制処分に関する要件や手続はかなり厳格であり、強制処分は原則として憲法の令状主義の支配をも受けることから、そのような法定の厳格な要件・手続によって保護する必要があるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う場合にはじめて、強制処分というべきだという⁶⁾。

(2) 「意思に反する」より程度の高い「意思の制圧」

① 意思制圧説

重要な権利・利益制約説に対しては、昭和51年最決の「意思を制圧し」を「意思に反して」と解する点に、疑問が呈されている。「意思の制圧」は「意思に反する」よりも程度の高いものを想定していると考えられることもでき、そうだとすると、昭和51年最決の示した基準は「①相手方の権利、利益を制約し、かつ、②その行為の方法ないし態様が、相手方の意思を制圧する程度のものであるか否か」と解することになる⁷⁾ というのである。そして、論者は、そのように解すべき理由として、以下の2つをあげる。第1に、昭和51年最決が、警察官による有形力の行使を強制手段にあたらぬとする理由として、当該行為が「呼吸検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであり、その程

5) 井上・前掲注4) 10頁。

6) 井上・前掲注4) 10頁。

7) 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)』(判例タイムズ社, 2006年) 27頁。

度もさほど強いものではない」ことを指摘しているところ、それは、侵害された権利、利益の重要性が低いというよりも、有形力の行使の程度が、相手方の意思に反してはいるがそれを制圧するほどのものでなかったということの問題にしているようにも思えるという⁸⁾。第2に、特定の行為が強制処分にあたるかどうかの判断にあたり、制約される権利の重要性ではなく、あるいは、それとならんで、行為態様の強度を問題にするという思考方法は、職務質問に伴う所持品検査に関する昭和53年最判⁹⁾においてもみられるという。すなわち、同最判は、相手方の承諾を得ない所持品検査が許容される場合があるとしつつ、それは、搜索に至らない程度であり、かつ、強制にわたらないものである必要があるとしたが、このうち「搜索に至らない程度」は制約される権利の重要性を問題としており、「強制にわたらないもの」は当該所持品検査の態様が相手方の意思に反するという程度を超えて、それを制圧する程度に至っていたかを問題とするものである。所持品検査の態様が搜索にまで至っていなかったとしても、その際に相手方の意思を制圧するような強要的言動あるいは相手方の物理的抵抗を排除しようとする有形力の行使があった場合は、搜索に至らないが強制にわたることを理由に（権利の重要性の観点ではなく、行為態様の強度の観点から）強制処分性が肯定される、というのである¹⁰⁾。

そのうえで、論者は、「意思に反している」と「意思を制圧している」とを区別できるのは、処分が直接に相手方に向けてなされる場合に限られるから、「①相手方の権利、利益を制約し、かつ、②その行為の方法ないし態様が、相手方の意思を制圧する程度のものであるか否か」という昭和51年最決の基準の射程は、直接対象者に向けられた処分に限られるという。そして、対象者が気付かないうちに行われる処分については、電話傍受に関する平成11年最決¹¹⁾が

8) 川出・前掲注7) 27頁。

9) 最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁。

10) 川出・前掲注7) 28頁。

11) 最決平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁。

昭和51年最決を引用することなく「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分である」と判示していることから、強制処分の定義として「意思に反した重要な権利、利益の制約」という基準が採用されていることになる¹²⁾。

さらに、論者は、「意思に反する」ととどまらず、「意思を制圧する」にまで至っている場合は、それだけ重大な権利の制約がなされることから、(昭和51年最決の基準を内包する) 統一的な強制処分の定義を立てるのであれば「相手方の意思に反した重要な権利、利益の制約を伴う処分」ということになるという¹³⁾。

② 修正の必要

論者が、権利・利益の重要性と意思制圧とを、強制処分性を基礎づける択一的な要素だとする点は、妥当である。しかし、論者による昭和51年最決の基準についての理解(直接対象者に向けられた処分の場合の強制処分の基準)は、修正を要すると考えられる。すなわち、論者はこれを「①相手方の権利、利益を制約し、かつ、②その行為の方法ないし態様が、相手方の意思を制圧する程度のもの」としているが、この基準(意思制圧基準)を文言どおり適用すると、「対象者の意思に反して(権利・利益の質という観点から)その重要な権利・利益が制約されているが、行為の方法ないし態様がその意思を制圧する程度には至っていない」場合には、強制処分性が否定されると考えられる。すると、この意思制圧基準は、論者が統一的基準だとする「相手方の意思に反した重要な権利、利益の制約を伴う処分」という基準に、含まれないことになる(意思制圧基準は意思制圧を必須とするから、この点で重要な権利・利益制約基準より強制処分の範囲が狭くなる)。しかし、論者が昭和53年最判に関して述べて

12) 川出・前掲注7) 28～29頁。

13) 川出・前掲注7) 30頁。

いるように、強制処分性を否定するために「質的に重要な権利・利益を制約するものでないこと」と「行為態様が相手方の意思を制圧する程度に至っていないこと」の双方が必要だというべきであり、「質的に重要な権利・利益の制約」か「行為態様が相手方の意思を制圧する程度に至っていること」かのいずれかが肯定される場合には、(直接対象者に向けられた処分であっても)強制処分にあたるべきである。昭和51年最決の「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産に制約を加え」という部分は「対象者の意思を制圧してその権利・利益を制約する」と解すべきであり、同最決の「など」という部分に「対象者の意思に反してその重要な権利・利益を制約する」が含まれると解すべきである¹⁴⁾。

(3) 「重要な」権利・利益に限定することの当否

① 権利・利益制約説

次に、重要な権利・利益制約説に対して、権利・利益を重要なものに限定する点を疑問視する見解がある。論者は、昭和51年最決の「強制手段」概念は狭きに失するとしたうえで、権利・利益を重要なものに限定せず、人の同意なしにその権利ないし法益を制約するような処分を広く強制処分と解すべきだという¹⁵⁾。その理由としては、①捜査のための権利制約を規制するという強制処分法定主義の目的により忠実であること¹⁶⁾、②強制処分法定主義は公法でいう法

14) このような昭和51年最決の理解は、昭和53年最判(注9)、平成11年最決(注11)、荷送人も荷受人も不知の間に実施されたエックス線検査に関して「本件エックス線検査は、……荷送人や荷受人の内容物に関するプライバシー等を大きく侵害するから、……強制処分に当たる」と判示した最決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁とも、実質的に整合する。

15) 重要な権利・利益制約説との区別を意識した主張として、後藤昭「強制処分法定主義と令状主義」法教245号(2001年)12頁、緑大輔『刑事訴訟法入門』(日本評論社、2012年)47頁、斎藤司「強制処分概念と『任意処分の限界』問題の再検討」法時84巻6号(2011年)102頁(国民に重大な不利益をもたらす行為も強制処分にあたるとする)。

16) 後藤・前掲注15)12頁。なお、論者は、令状主義の適用範囲は強制処分のうち憲法33条・35条に列挙されたものであるから、このように考えても、すべての強制処分に令状が必要となるわけではないとする。

律の留保原則に近いものとして捉えられているところ、法律の留保原則に関しては、行政法学において、すべての侵害的行為について法律の根拠が必要であることを前提に議論されており、捜査こそ人権侵害の可能性が高い国家作用であって憲法も令状主義をはじめとする厳格な規律をしているのであるから、刑訴法上の法律の留保原則の適用範囲が行政法に比べて狭くなるとは考えにくいこと¹⁷⁾、などがあげられている。

② 批判的検討

しかし、何らかの権利・利益の制約を伴う処分について、すべて刑訴法に(類型化したうえで)規定することは、現実には不可能と考えられる。そして、刑訴法に規定されていない処分は、少しでも権利・利益の制約を伴うかぎり、一切許されないとするのは、捜査の実効性を大きく阻害すると考えられる。また、捜査が人権侵害の可能性の高い国家作用であることは確かであるが、他方で捜査の担う利益(犯罪の解明)も重要であることは、否定し難い。このようなことからすると、法197条1項本文の「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる」という規定は、極めて包括的なものではあるが、根拠規範ではあり、権利・利益の制約が軽微なものにとどまる処分については、これによって許容されると解してよいと考える。

(4) 「権利・利益の制約」に着目することの当否

① 捜査協力強制説

上記各説が、「意思に反して」ないし「意思を制圧して」の対象を「権利・利益を制約する」だとしている点について、近時、疑問が呈されている。すなわち、「権利・利益の制約」は処分の副作用にすぎず、処分の本作用は「捜査目的の達成」であり、「権利・利益の制約」は、それ自体として正当化される

17) 齋藤・前掲注15) 100～102頁。

ことはなく、当該処分によって実現されるべき捜査目的によってはじめて正当化されるものであって、当該処分による具体的な捜査目的の実現に不可避的に随伴し、またそれとの間に合理的な均衡を保つ限度でやむを得ず許容されるものである。このことを考慮すれば、昭和51年最決の「個人の意思を制圧し」は「身体、住居、財産等に制約を加え」ではなく「強制的に捜査目的を実現する」にかかると読むべきであり、また、ここでの「意思」は、処分対象者の、身体、住居、財産等の権利・利益を放棄するか否かの「意思」ではなく、当該内容の処分による具体的な捜査目的の実現への協力に応ずるか否かの「意思」として理解すべきだ、というのである¹⁸⁾。論者は、さらに、刑法によって伝統的に法定されてきた強制処分（逮捕・搜索・押収・検証・証人尋問等）の型は、それに伴って制約・侵害される処分対象者の権利・利益によってではなく、当該処分によって実現されるべき手続上の「目的」及びその「内容」によって定義づけられてきたのであり、そのような一定「内容」の処分による一定の捜査「目的」の実現に伴って制約・侵害されうる権利・利益は、その対象物ないし対象者等によって（個々の具体的な事案ごとに）異なりうるから、法197条1項但書の「この法律に特別の定がある場合」の該当性判断が「現行法の定める強制処分の型に当てはま」るか否かを問題とするものであるとすれば、その判断が、当該処分によって制約・侵害される権利・利益を基準としてなされるものであるかは疑問だと述べる¹⁹⁾。そして、最高裁も、強制採尿²⁰⁾や電話傍受²¹⁾が許されるとした際に、「搜索・差押の性質を有するものとみるべきであるから、捜査機関がこれを実施するには搜索差押令状を必要とする」とか、「電話傍受は、通信内容を聴覚により認識し、それを記録するという点で、五官の作用によって対象の存否、性質、状態、内容等を認識、保全する検証としての

18) 松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、2010年）231頁。

19) 松田・前掲注18）238～239頁。

20) 最決昭和55年10月23日刑集34巻5号300頁。

21) 前掲注11)。

性質をも有する」などとして、「この法律に特別の定がある場合」の該当性判断基準を、実質的には当該処分の「目的」ないし「内容」に求めているということが出来る旨、述べる²²⁾。さらに、論者は、強制処分法定主義（法197条1項但書）と憲法31条の関係に関して、捜査機関の処分は手続上の「目的」ないし「内容」を実現するものであって、刑罰のように生命、自由、財産等の権利・利益の制約・侵害をその制度上の「目的」ないし「内容」とするものではない（権利・利益の制約・侵害は「副作用」的に伴うものであるにすぎない）から、強制処分「法定」主義によって「国民の代表による明示的な選択」が要求されることからは、捜査機関にそのような「人の重要な権利・利益を本人の意思に反して制約すること」を許すか否かではなく、むしろ、一定「内容」の処分によって一定の捜査「目的」を、「強制」的に、すなわち、その対象者のそれに協力するか否かの意思の如何にかかわらず実現することを許すか否かであるというほうが、よりことの本質に即した理解であるというべきではないか、とも述べる²³⁾。そして、人の重要な権利・利益の制約・侵害が許されるか否か、許されるとしていかなる要件・範囲においてかは、直接的には、実体的には比例原則の、手続的には令状主義の問題として扱えば足りよう、とする²⁴⁾。結局、論者は、法197条1項但書の「強制の処分」を、「当該処分による一定の捜査目的の実現のために個人の積極的・消極的な『協力』が必要とされる場合に、そのような捜査『協力』に応ずるか否かを決定する個人の『自由』を制約ないし侵害して捜査目的を実現する処分」だとする²⁵⁾。ただし、当該個人に要求される「協力」の具体的な内容や態様等に鑑みて、同人に、一定の捜査目的の実現のために「必要な」処分に対する「協力」に応ずるか否かを決定する「自由」の保護を「正当に期待ないし主張できる」だけの実質的な理由が認められない

22) 松田・前掲注18) 239～240頁。

23) 松田・前掲注18) 240～241頁。

24) 松田・前掲注18) 241頁。

25) 松田・前掲注18) 243頁。

場合には、「強制の処分」として扱う必要はないとする²⁶⁾。

② 批判的検討

この捜査協力強制説に関しては、まず、「一定の捜査目的の実現のための協力に応じるか否かを決定する自由を制約ないし侵害（して捜査目的を実現）する処分」という定義は、それ自体としては、ある処分が強制処分にあたるかどうかの判別機能をほとんど果たし得ないのではないか、という疑問がある。論者自身が「自由」の範囲を限定しているところからもうかがえるように、ほとんどすべての場合に、この限定、すなわち、論者がいう『『自由』の保護を『正当に期待ないし主張できる』だけの実質的な理由が認められるか否か』を検討せざるを得ず、それこそが実質的な強制処分性の判断基準になるのではなからうか。また、そこでは、「実質的な理由」の存否をどのように判断するかが、さらに問題となる。そして、この判断基準として、論者自身、「当該処分により『侵害ないし制約される権利・利益』の（『質』的な）重要性」と「処分対象者に捜査『協力』させる『手段・方法』」とを、承認するようである²⁷⁾。そうだとすると、結局、『『制約される権利・利益の重要性』（重要な権利・利益制約説の判断基準）か『行為の手段・方法（態様）が対象者の意思を制圧する程度に至っていること』（意思制圧説の判断基準）のどちらかが肯定される場合には、強制処分にあたる』とする考え方と、同じになるのではなからうか。

捜査協力強制説に対する疑問の第2は、強制処分法定主義が担う対象者の利益を「捜査協力に応じるか否かを決定する個人の自由」に限定する点の妥当性である。法1条が「基本的人権の保障を全う〈すること〉」を同法の目的のひとつとして掲げていることや、公法上の「法律の留保原則」などに鑑みると、やはり、強制処分法定主義が担う対象者の利益としては、「捜査活動によって制

26) 松田・前掲注18) 244～245頁。

27) 松田・前掲注18) 245頁注44)。

約される権利・利益」を位置づけるべきだと考えられる²⁸⁾。捜査協力強制説は、権利・利益の制約の許否・要件・範囲は、(実体的には)比例原則の問題だとする。しかし、比例原則は、論者自身が明言しているように、「実現されるべき捜査目的」と「対象者の権利・利益の制約」との合理的権衡の要請である。したがって、前者が大きければ、後者も大きくてよいことになる。しかし、後者が一定以上である場合には、前者を考慮することなく、「刑訴法に法定された類型にあたらぬ限り、許されない」とするのが、妥当と考えられる。捜査協力強制説がいうように、刑訴法の法定強制処分類型は、実現されるべき手続上の目的及び内容によって定義づけられているといえようが、同時に、重要な権利・利益の制約を不可避的に伴う処分類型を列挙しているものともいえよう。例えば、逮捕・勾留は身体を自由を、搜索は対象場所の管理権・対象たる身体ないし物についてのプライバシー権を、押収は対象物の占有権を、検証は対象についてのプライバシー権を、それぞれ不可避的に制約するものとして、また、それ(のみ)によって重要な権利・利益を制約するものであるがゆえに、強制処分類型として法定されたと考えられる。押収の対象物によってはプライバシー・報道の自由・営業の自由などをさらに制約することがあり得るという点は、論者が指摘するとおりであるが、それは「(対象物の占有権という)重要な権利・利益の制約を不可避的に伴うから強制処分(たる押収)だ」という判

28) なお、「権利・利益の制約に対象者が同意していれば、処分によって制約される権利・利益が観念できないから、比例原則を適用することができないのではないか」という問題(酒巻・前掲注3)(1991年)292頁、同・前掲注3)(2004年)77頁、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)567頁、川出・前掲注7)33頁以下、大澤裕＝川上拓一「対話で学ぶ刑事訴訟法判例－任意同行後の宿泊を伴う取調べと自白の証拠能力」法教312号(2006年)75頁以下等)については、権利・利益の制約について対象者が同意していても、事実としての権利・利益の制約はなお存在し、そのような事実としての制約に一定程度の要保護性が認められると考えることができる。刑法においてそのような要保護性を認めるべきでないのは、そこでは事実としての制約を行った者を国家が処罰するか否かが問題となっており、国家による権力行使を抑制すべきだからである。これに対して、刑訴法においては、事実としての制約を行う国家の捜査活動を許容するか否かが問題となっており、そこでは逆に、要保護性を認めて国家の権力行使を抑制すべきである。

断と矛盾したりそれを覆したりするものではない。また、検証に関しては、目的・内容の観点では「五官の作用によって対象の形状等を認識する処分」であっても、制約される権利・利益の観点から「検証」が予定しているプライバシー侵害を伴わないものは、「検証」にあたらぬ（任意処分たる実況見分として実施可能）とされている²⁹⁾。

(5) 小 括

法197条1項但書の「強制的処分」は、「対象者の意思に反してその重要な権利・利益を制約する処分、または、方法ないし態様が対象者の意思を制圧する程度に至っている処分」と解すべきである。そして、昭和51年最決の「強制手段」概念も、これと同じ内容だと解することが、可能かつ妥当である³⁰⁾。

3 「強制的処分」該当性の判断方法

それでは、ある処分が行われたとき、例えば、捜査官が公道上にいる人を撮影した場合に、それが「強制的処分」にあたるかどうかを、どのように判断すべきか。

(1) 類型化+法的性質決定→類型該当性

これについて、「処分類型としての強制処分の問題（強制処分法定主義の問題）」と「個々の処分が強制処分にあたるかどうかの問題（令状主義の問題）」を区別する必要があり、後者は前者を前提にするものだ、という主張がある³¹⁾。

29) ただし、このような強制処分性の判断方法に関しては、異論がある（第3節参照）。

30) 宿泊を伴う取調べの場合に「取調べ中ないし宿泊中において捜査機関による有形力行使の場面がおよそなければ、昭和51年最決との関係では強制処分性を帯びるものではない」（としたうえでそれ以上強制処分性の検討をしない）という見解（菊池浩「宿泊させての取調べ」松尾浩也ほか編『実例刑事訴訟法I』（青林書院、2012年）284頁）は、妥当でない。

31) 寺崎嘉博『刑事訴訟法 [第2版]』（成文堂、2008年）64～66頁。

論者によれば、写真撮影という処分類型についてその法的性質（強制処分か任意処分か）がまず決せられなければならない。そして、これについては原則・例外ということではなく、「写真撮影は原則として強制処分だが、公道上を歩いている人の撮影は例外的に任意処分だ」という議論は意味がない。そして、写真撮影という処分類型の法的性質が決せられた後に、個々の処分が写真撮影という処分類型にあたるかどうか、検討されることになる。写真撮影の法的性質が強制処分だとされた場合には、個々の撮影行為は「写真撮影という強制処分類型に該当する」という結論になる³²⁾。

(2) 「強制的処分」該当性→類型該当性

しかし、上記の考え方には疑問がある。たしかに、特定の「強制的処分」を許容しようとする場合には、一定の類型化をして刑法に規定し（強制処分法定主義の要請）、さらに、令状の要否や内容等についても規定する（令状主義の要請）必要がある。法定するには一定の類型化が不可避である。しかし、ある具体的な処分が「強制的処分」なのではないかを検討する際には、そのような類型化を行う必要はない。強制処分法定主義の趣旨は「一定以上の重大な権利・利益の制約を伴う処分について、刑法に規定がない限り具体的事情の如何を問わず許されない」とするところにあると解されるから、問題となる具体的な処分がそのような制約を伴うものかどうか（当該処分が「強制的処分」にあたるか否か）を直接検討・判断すればよい³³⁾。昭和51年最決も、「強制手段」概念を示した後、当該事案における捜査官の有形力行使がそれにあたるかどうかを検討し、「逮捕その他の強制手段にあたるものと判断することはできない（傍点は引用者）」としており、同様の判断方法を採用していると考えられる。

32) 寺崎・前掲注31) 65, 71頁。なお、論者は、写真撮影という処分類型の法的性質は強制処分ではなく任意処分だとする（同69頁）。

33) 酒巻・前掲注4) 68頁参照（一般的に写真撮影は強制処分か任意処分かというような形で問題

そして、当該具体的処分が「強制的処分」にあたる場合に、第2段階の判断として、当該処分が刑訴法の法定強制処分類型のいずれかにあたるかを検討すべきである。そして、それが肯定される場合は法197条1項但書には反しない（令状を要するにもかかわらずそれなしに行えば令状主義に反する）という結論になり、当該処分がいずれの法定強制処分類型にもあたらない場合には、当該処分は法197条1項但書に反し違法（令状主義違反は問題にする余地がない）ということになる。

最高裁も、このような2段階の判断をしているとみられる。たとえば、強制採尿に関する昭和55年最決³⁴⁾は、まず、「尿を任意に提出しない被疑者に対し、強制力を用いてその身体から尿を採取することは、身体に対する侵入行為であるとともに屈辱感等の精神的打撃を与える行為であるが、右採尿につき通常用いられるカテーテルを尿道に挿入して尿を採取する方法……による強制採尿が捜査手続上の強制処分として絶対に許されないとすべき理由はなく、……適切な法律上の手続を経てこれを行うことも許されてしかるべきであり」と述べて、カテーテルを用いた強制採尿が強制処分であ（りその実施には法律上の根拠および手続の履践が必要である）としたうえで、「右の適切な法律上の手続について考えるのに、体内に存在する尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為は搜索・差押の性質を有するものとみるべきであるから、捜査機関がこれを実施するには搜索差押令状を必要とする」と述べて、強制採尿が刑訴法の定める（搜索差押という）類型に該当する（と同時に同令状を要する）としている。また、電話傍受に関する平成11年最決³⁵⁾も、「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分である」としたうえで、「電話傍受は、……検証としての性質をも有するということができる」としている。

を設定することは妥当でないとし、ある捜査手段の性質決定はいかなる性質の法益がどの程度侵害されているのかを徹底的に分析することによって導かれるものだとする）。

34) 前掲注20)。

35) 前掲注11)。

さらに、エックス線検査に関する平成21年最決³⁶⁾も、「本件エックス線検査は、……その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分にあたる」としているが、これは、「荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するから、強制処分にあたる」という判断と、「内容物の形状・材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であるから、検証の性質を有する（検証令状が必要である）」という判断を示したものと解される。

4 在宅被疑者の取調べに用いられ得る「強制の処分」

在宅被疑者の取調べにおいて用いられ得る「強制の処分」には、どのようなものがあるか。これについては、従来、身柄拘束の観点から実質的逮捕にあたる場合だとされてきた³⁷⁾。しかし、先に述べた「強制の処分」の意義および判断方法に照らせば、被疑者の重要な権利・利益を制約する処分、または、方法ないし態様が被疑者の意思を制圧する程度に至っている処分は、すべて「強制の処分」である。そして、在宅被疑者の取調べにおいて制約され得る被疑者の権利・利益としては、これまで実質的逮捕という観点で問題にされてきた身体の自由のほか、黙秘権³⁸⁾や弁護人依頼権が考えられる。そこで、以下では、

36) 最決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁。

37) 龍岡資晃「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和59年度』（法曹会、1985年）181頁、長沼範良「判批」『昭和59年度重要判例解説』（ジュリ838号、1985年）193頁、椎橋隆幸「判批」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第7版〕』（1998年）17頁など。

38) これを明示するものとして、井田良ほか『事例研究刑事法Ⅱ刑事訴訟法』（日本評論社、2010年）583頁〔小川佳樹〕、宇藤ほか前掲注3）99頁〔堀江〕。

それぞれの権利・利益ごとに、具体的にどのような「強制の処分」があり得るかを概観し、同時に、関連する制度の在り方について若干の試論を述べる。

(1) 身体の自由の制約

実質的逮捕が「強制の処分」であることは、疑いない。しかし、在宅被疑者³⁹⁾には取調べ場所への出頭・滞留義務はなく、出頭・滞留義務の賦課は、捜査機関の追及にさらされるという、逮捕・勾留に包摂されない重大な権利・利益の制約を伴うものであるから、それ自体を（逮捕とは別の）「強制の処分」と解すべきである。したがって、出頭拒否・退去の自由を制約する処分、及び、出頭・滞留に向けられた捜査機関の行為でその方法ないし態様が被疑者の意思を制圧する程度に至っているものも、「強制の処分」にあたる⁴⁰⁾。

その具体例としては、捜査機関が被疑者に「出頭・滞留義務があると誤信させる行為、被疑者がそのように誤信していることを認識しつつ捜査機関がそれを解かない行為、違法な逮捕・勾留中に、逮捕・勾留中なので出頭・滞留義務があるとして行う取調べ⁴¹⁾、現実の身体拘束は極めて短時間であるものの被疑者の退出意思を制圧するような方法ないし態様の有形力の行使、「取調べに応じないなら逮捕する」旨の告知⁴²⁾などが考えられる。

身体の自由の制約に関連する制度として、取調べ状況の録音・録画がある。出頭拒否や退去の自由の制約の有無を事後的に正確に判断するためには、当時の具体的状況を保存しておく必要性が高く、そのために取調べ状況を録音・録画すべきである⁴³⁾。録音・録画が有する取調べの適正担保機能に鑑みても、早

39) いわゆる「出頭・滞留義務」否定説からは、逮捕・勾留中の被疑者も同じことになる。

40) 古江・前掲注3) (2007年) 192, 193頁。松田岳士「在宅被疑者の取調べとその可視化」法時83巻2号(2011年) 25頁。

41) 捜査実務は出頭・滞留義務肯定説によって運用されているので、このような事態が生じ得る。

42) 強制採尿令状を示した後に被疑者が尿を自ら提出した場合に、任意提出ではなく令状が執行されたものとして扱われることと、パラレルに考えることができる。

43) 松田・前掲注40) 27頁。

期の実現が期待される。

また、出頭拒否や退去の自由が真に保障されるためには、被疑者が正確にその内容を認識している必要がある。そのために、出頭要請時や取調べ開始時などに、捜査機関が被疑者に出頭拒否・退去の自由について説明することを、義務づけるべきである⁴⁴⁾。また、出頭拒否や退去の自由を現実に行使するためには、望むときに弁護人の援助を受けることが不可欠と考えられる。逮捕・勾留された被疑者については、被疑者が望んだときに遅滞なく弁護士とアクセスできる制度（弁護士選任申出（法78条、209条、当番弁護士）がある程度整備されているが、在宅被疑者についても同様の制度を構築すべきである。平成16年改正で新設された法31条の2は、身体拘束の有無を問わず被告人及び被疑者が弁護士会に対して私選弁護人の選任を申し出ることができるとし（1項）、申出を受けた弁護士会に紹介義務（2項）、通知義務（3項）を負わせているのであるから、在宅被疑者についてこれらを具体化・実質化することは、急務である⁴⁵⁾。

(2) 黙秘権の制約

黙秘権（供述拒否権）は被疑者の基本的かつ重要な権利であるから、これを制約するものは「強制的処分」である。黙秘する被疑者からの供述の獲得に向けられた捜査機関の行為で、その方法ないし態様が被疑者の意思を制圧する程度に至っているものも、「強制的処分」である。

前者の例としては、取調官が黙秘する被疑者から供述を得るために偽計や約束を用いる行為、供述義務があると誤信している被疑者にあえて黙秘権を告知

44) 笠井治「自白の証拠能力」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅰ』（悠々社、2002年）216頁、今井博紀「弁護士選任権の意義」松尾浩也ほか編『実例刑事訴訟法Ⅰ』（青林書院、2012年）356頁。

45) 今井・前掲注44) 359～360頁。具体的には、取調べ開始時に、（供述拒否権等と併せて）弁護士選任権と選任申出制度とを被疑者に教示することを、捜査機関に義務づけるべきであり、弁護士会も、被疑者の申出があればすぐに弁護士を出勤させる態勢を作らなければならない。

しないことなどが考えられ、後者の例としては、有形力の行使のほか、一定の姿勢の強要や、「供述しなければ逮捕する」旨の告知などが考えられる。

取調べ状況の録音・録画や、弁護士とのアクセスの保障は、黙秘権との関係でも必要である。

(3) 弁護士依頼権の制約

被疑者には弁護士依頼権（憲法34条前段、法30条）が保障されており、これは、「弁護士を選任した上で、弁護士に相談し、その助言を受けるなど弁護士から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているもの」⁴⁶⁾である⁴⁷⁾。したがって、これを制約するものや、その制約に向けられた捜査機関の行為で被疑者の意思を制圧する程度に至っているものは、「強制的処分」である。

前者の例としては、被疑者から弁護士・弁護士会への連絡（面会要請、選任申出）の取り次ぎの懈怠、弁護士が来訪したことを被疑者に告げない行為、訪ねてきた弁護士に対して面会を拒否する行為⁴⁸⁾などが考えられる。後者の例としては、被疑者の携帯電話を取り上げて弁護士と連絡を取るのを阻止する行為⁴⁹⁾や、「弁護士に電話するなら逮捕状を取る」旨の告知などが、考えられる⁵⁰⁾。

46) 最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁。

47) 樋口陽一ほか『憲法Ⅱ』（青林書院、1997年）307頁〔佐藤幸治〕など。

48) これが実際に問題となった裁判例（国家賠償請求事件）として、福岡高判平成5年11月16日判時1480号82頁がある。

逮捕・勾留中の被疑者については、法39条3項が接見指定という「強制的処分」を法定しているため、その要件を満たす限りで「強制的処分」が許容される（強制処分法定主義に反しない）。しかし、在宅被疑者については、接見（面会）を制限するという「強制的処分」が刑法上に規定されていないので、接見（面会）の制限は（強制処分法定主義に反し）許されない。この点は、「出頭・滞留義務」否定説によっても、逮捕・勾留中の被疑者と在宅の被疑者とで違いが生じる。

49) これに関しても、逮捕・勾留中の被疑者は、逮捕・勾留に伴う制限として携帯電話を自由に使用することができないから、「出頭・滞留義務」否定説によっても、在宅の被疑者とは違いが生じる。

50) 今井・前掲注44)

360頁以下に、弁護士選任権侵害を理由に自白調書ないし尿鑑定書の証拠能力が争われた裁判例が紹介、分析されている。

前述したとおり、在宅被疑者に関しては、このような「弁護人の援助を受け
る権利」を十全ならしめるための制度が、不十分である。私選弁護人選任申出
制度や当番弁護士制度を拡充・整備し、取調べ中の在宅被疑者が望めばすぐに
弁護人の援助を得られる状態にすることが、必要である。また、そのような状
態にあることや、弁護人の援助を得るための具体的な方法などについて、取調
べに先立って被疑者が教示を受けられるようにしなければならない。

5 「強制の処分」が用いられた場合の自白の証拠能力

在宅被疑者の取調べにおいて、前節でみたような「強制の処分」が用いられ
た場合、そのことは、その取調べで得られた自白の証拠能力に、どのような影
響を与えるか。

(1) 任意性一元説

この点、自白に関しては任意性の疑いを要件とする自白法則と別個に違法取
集証拠排除法則の適用を認めるべきでなく、自白の証拠能力が否定されるのは
任意性に疑いがある場合に限られるべきだという見解がある⁵¹⁾。ある論者は、
その理由として、①証拠採取手段と採取された証拠とが直結する証拠物と異な
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という構造的特性を有
することから、法は、自白排除の要件として、「違法または不当な手段により右
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

51) 鈴木義男「批判」判評310号(1984年)68頁、大野恒太郎「自白」三井誠ほか編『刑事手続下』
(筑摩書房、1988年)810頁、渡邊一弘「自白の証拠能力」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅲ』(悠々社、
2002年)214頁、菊池・前掲注30)297～298頁。

における因果関係の存在を要求していると解されること、②自白獲得を目的とする違法不当な捜査活動は、通例、供述者の意思決定に不当な圧迫を加えようとする性質を有するので、これを防止するためには、任意性に疑いのある自白の証拠能力を否定すれば必要にして十分であること、③違法排除説の母国であるアメリカとは捜査活動の実態も刑事司法の根本理念も大きく異なるわが国において、違法不当な捜査活動を抑制する政策目的を遂げるために、こうした捜査活動との間に上の意味における因果関係がなく任意性に疑いのない自白についてまであえて排除しなければならないとする理由に乏しいこと、④上の因果関係が存しない場合にも自白の証拠能力を否定することは、因果関係の存在を証拠排除の当然の前提としている証拠物の場合と比較しても、排除の範囲を事実上際限のないものにして実体的真実の発見を著しく阻害することが懸念されること、をあげる⁵²⁾。また、別の論者は、①②を敷衍して、⑤憲法、刑訴法に規定が置かれていない証拠物と異なり、自白については憲法38条2項、刑訴法319条1項によって証拠価値にかかわらず証拠能力を否定するメカニズムがすでに法律上組み込まれており、⑥物は押取手続に違法があってもその証拠価値は変わらないが、供述の場合は手続の違法が任意性への影響を介して供述内容の変容をもたらし得るものであり、手続の違法が任意性に及ぼした影響を判断することは決して不可能な作業ではなく、⑦供述の任意性に疑いがなくても取調べの違法を理由に自白の証拠能力を否定すべき場合だとされる、法定期間を超過した身柄拘束中の自白などは、身柄拘束の違法が任意性に疑いを生じさせないことはむしろ稀ではないかとも考えられる、と論じる⁵³⁾。

しかし、上記の理由づけは、自白について採取手続の違法を理由とする証拠排除を否定するのに、十分なものとは考えられない。

まず、広く言われているように、違法収集証拠排除法則の実質的根拠、すな

52) 大野・前掲注51) 809～810頁。

53) 菊池・前掲注30) 297頁。

わち、事案の真相解明のためには証拠能力を肯定すべきだという考慮と、適正手続・司法に対する国民の信頼確保・将来における違法捜査抑制の各見地からは証拠能力を否定すべきだという考慮との合理的調和の要請は、供述証拠についても同様に妥当する。また、違法収集証拠排除法則における因果関係は「違法捜査がなければ当該証拠は得られなかった」というものと考えられ、自白について同様に考えるなら「違法捜査がなければ当該自白は得られなかった」となり⁵⁴⁾、「意思決定の自由が侵害された結果」とはならない。採取手段と採取された証拠が直結する物と異なり、自白に至るプロセスには身柄拘束や取調べなど種々のものがあるという点は、任意性一元説の説くとおりであるが、そのことから自白における因果関係を「意思決定の自由が侵害された結果」と解すべき必然性はない。直接の採取手続に違法はないがそれに先行する手続に違法があるという事態は、物の場合にも生じ得る。そして、そのような場合には、最高裁判例においても、いわゆる「違法の承継」が認められている。すなわち、判例において、「違法収集」は「直接の証拠採取手続の違法」と捉えられているが、直接の証拠採取手続自体に違法はないがそれに先行する手続に違法がある場合、先行手続と後行手続に同一目的・直接利用関係⁵⁵⁾ないし密接関連性⁵⁶⁾があれば、先行手続の違法が後行手続に承継される。自白についても同様に考えるべきであろう。また、「意思決定の介在」という自白の特性も、自白に固有のことではなく、物を任意提出する場合にも意思決定が介在する。しかし、そこでは証拠排除のために「意思決定の自由の侵害」が必須とはされていない。自由な意思決定が介在しても、常に違法の承継が否定され、あるいは希

54) 小林充「自白法則と証拠排除法則の将来」現刑38号(2002年)59～60頁、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)10頁参照。

55) 最判昭和61年4月25日刑集40巻3号215頁。

56) 最判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁。なお、この判例については、「先行手続の違法が直接の証拠採取手続に承継される」としたのではなく、「違法な(先行)手続と問題となる『証拠』との間の密接関連性」を問題とし、「違法な手続と密接に関連する証拠は排除する」としたものと読む余地もある。

釈化が肯定されるわけではない⁵⁷⁾。こうして、自白について違法収集証拠排除法則の適用を肯定した場合に、排除の範囲が物の場合より広がったり事実上界限のないものになったりすることはない。逆に、任意性説を前提とする自白法則では、違法収集証拠排除法則による排除範囲をカバーしきれないと考えられる。たとえば、違法な身柄拘束下における自白が、その実例となろう⁵⁸⁾。任意性一元説から、「身柄拘束の違法が任意性に影響を与えないことはむしろ稀」という主張がなされているが、身柄拘束が適法なら許容される（任意性に疑いを生じさせない）取調べが、違法な身柄拘束下で行われたときは任意性に疑いを生ぜしめる（自白をするか否かやその内容に係る被疑者の意思決定の自由を侵害する）とは、いえないであろう。そして、自白について物より排除の範囲を狭めることは、実質的にも政策的にも妥当とは考えられない⁵⁹⁾。

(2) 採取手続の違法を理由とする証拠排除

こうして、自白においても採取手続の違法を理由とする証拠排除を肯定すべきである⁶⁰⁾。排除基準については、詳細な検討を要する問題であり、本稿では立ち入れないが、物と違って収集のための令状が予定されていないことに鑑みると、少なくとも、自白採取の手続に憲法や刑訴法の所期する基本原則を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合には、当該自白の証拠能力を否定すべきである⁶¹⁾。そして、強制処分法定主義は憲法（31条）

57) 大澤・前掲注54) 10, 13頁。

58) 佐藤文哉「コメント」三井誠ほか編『刑事手続下』（筑摩書房、1988年）833頁。

59) 自白については物よりも違法捜査抑制の要請が強いから、より広く排除すべきとも考えられる（大澤・前掲注54）13頁、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985年）422頁参照）。

60) これを自白法則（法319条1項）の内容と位置づける（違法排除説）べきか、自白法則はいわゆる任意性説等で理解し、それとは別に違法収集証拠排除法則を適用すべきかという問題については、本稿では立ち入らない。

61) 石井一正「自白の証拠能力」大阪刑事実務研究会編著『刑事公判の諸問題』（判例タイムズ社、

及び刑訴法（197条1項但書）の所期する基本原則であり、その内容は、「対象者の重要な権利・利益を制約する処分であるため、刑訴法に規定がない限り具体的事情の如何を問わず許されない」というものであるから、捜査機関が、①強制処分性を基礎づける事実と、②当該処分が刑訴法の規定するどの強制処分類型にもあたらないことを認識しつつ、当該処分を行えば、それは強制処分法定主義の趣旨を没却するものである。そして、取調べにおける「強制的処分」は、いずれも、直接の自白採取手続であるか、直接の自白採取手続との同一目的・直接利用関係ないし密接関連性が認められるためその違法が自白採取手続に承継されるかの、いずれかである。したがって、そのような取調べにおいて得られた自白の証拠能力は、否定すべきである⁶²⁾。

近時の高裁判例には、「自白を内容とする供述証拠についても、証拠物の場合と同様、違法収集証拠排除法則を採用できない理由はないから、手続の違法が重大であり、これを証拠とすることが違法捜査抑制の見地から相当でない場合には、証拠能力を否定すべきである」としたものがある⁶³⁾。この裁判例は、

1989年) 407頁, 川上拓一「自白の証拠能力」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅲ』(悠々社, 2002年) 191頁, 千葉地判平成11年9月8日判時1713号143頁(注63)の東京高判の原審)。

62) このような自白は、法319条1項の「強制による自白」にあたと解する余地もある。この点についても、自白法則の内容等と併せて、今後の検討課題としたい。

63) 東京高判平成14年9月4日判時1808号144頁。

なお、この裁判例は、自白法則と違法収集証拠排除法則の関係に関して、本文で引用した部分に続けて、「本件においては、憲法38条2項、刑訴法319条1項にいう自白法則の適用の問題(任意性の判断)もあるが、本件のように手続過程の違法が問題とされる場合には、強制、拷問の有無等の取調方法自体における違法の有無、程度等を個別、具体的に判断(相当な困難を伴う)するのに先行して、違法収集証拠排除法則の適用の可否を検討し、違法の有無・程度、排除の是非を考える方が、判断基準として明確で妥当であると思われる。」としている。これに賛成するものとして、小林・前掲注54) 65～66頁がある。他方、原審(前掲注61))は、自白法則を検討してから違法収集証拠排除法則を検討し(いずれの観点からも証拠能力は否定されないとし)ていた。このような判断方法を支持する見解(必ず自白法則を先に検討すべきだという主張)もある(石井・前掲注61)) 407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』(青林書院, 1998年) 137頁, 高橋金治郎「取調べの違法が自白に及ぼす影響とその遮断」大阪刑事実務研究会編著『刑事証拠法の諸問題(上)』(判例タイムズ社, 2001年) 321頁, 菊池・前掲注30) 298頁)。この問題についても、本稿では立ち入らない。

連続10日間にわたる宿泊を伴う取調べについて、強制処分にはあたらないが任意処分として許される限度を大きく超えているとして、それを「重大な違法」だとした（違法捜査抑制の見地からの排除相当性も肯定して、自白の証拠能力を否定した）。これは、比例原則が捜査目的実現の必要性とそれに伴う対象者の不利益等との比較衡量の問題であることから、均衡を著しく失している場合に「重大な違法」にあたるという趣旨であろう⁶⁴⁾。しかし、強制処分法定主義違反の場合には、程度を問題とすることなく、有意的な違反があれば直ちに「同主義を没却する重大な違法」である。

6 おわりに

本稿では、昭和59年最決の前半部分に焦点をあて、①「強制の処分」の意義、②「強制の処分」にあたるか否かの判断方法、③在宅被疑者取調べにおける「強制の処分」にどのようなものがあるか、④「強制の処分」を用いた取調べにおいて得られた自白の証拠能力判断の在り方、について、近時の議論を参照しながら、検討した。その結論を要約すると、以下のとおりである。①「強制の処分」は「対象者の意思に反してその重要な権利・利益を制約する処分、または、方法ないし態様が対象者の意思を制圧する程度に至っている処分」と解すべきである。②「強制の処分」にあたるか否かの判断は、「（一定の処分類型ではなく）当該具体的処分が（法定の強制処分類型ではなく）『強制の処分』の要件を充足するか否か」という形で行うべきである。そして、それが肯定された場合に、第2段階の判断として、当該具体的処分が「法定された強制処分類型のいずれかにあたるか」という（強制処分法定主義を充足するか否かの）判断を

64) 証拠物の場合には、「強制処分にはあたらないが、任意処分として許される限度を大きく超えている」では、「令状主義の精神を没却する（重大な違法）」という昭和53年最判の要件を肯定することは、困難であろう。

すべきである。③在宅被疑者の取調べにおいて用いられ得る「強制の処分」には、出頭拒否・退去の自由を制約するもの、黙秘権（供述拒否権）を制約するもの、弁護人依頼権を制約するもの、がある。これらとの関連で、取調べ状況の録音・録画と、弁護人選任申出制度（法31条の2）の整備・拡充が必要である。④在宅被疑者の取調べにおける「強制の処分」の有意的使用は、それ自体が憲法及び刑訴法の所期する基本原則たる強制処分法定主義を没却する重大な違法であるから、そのような取調べで得られた自白は、採取手続の違法を理由にその証拠能力を否定すべきである。

在宅被疑者取調べにおける「強制の処分」の具体的内容に関する個別的検討、昭和59年最決の後半部分、すなわち、強制処分にあたらなくても一定の限界があるという部分についての検討、自白排除法則の趣旨・内容、違法収集証拠排除法則との関係についての検討などは、今後の課題としたい。

〈2013年2月17日 脱稿〉