

# 自己負罪型司法取引の 量刑格差問題についての研究（3）

清水 拓 磨\*

## 目 次

### 序 章

- 第1節 問題の背景
- 第2節 本稿の課題
- 第3節 研究方法

### 第1章 有罪答弁・答弁取引の概観

- 第1節 有罪答弁・答弁取引の概観を論じる意義
- 第2節 答弁と答弁取引の種類
- 第3節 答 弁 交 渉
- 第4節 答弁の受理
- 第5節 事実的基礎の確認
- 第6節 取 引 違 反
- 第7節 交渉中の供述・合意・有罪答弁後の供述の証拠能力
- 第8節 答弁の争い方
- 第9節 答弁取引と辩护人
- 第10節 答弁取引と検察官
- 第11節 答弁取引と裁判官
- 第12節 小 括

### 第2章 答弁取引の沿革

- 第1節 答弁取引の形成過程を論じる意義
- 第2節 有罪答弁・答弁取引の歴史の概観
- 第3節 有罪答弁の状況（19世紀初頭まで）
- 第4節 答弁取引の登場（特に19世紀初頭から20世紀初頭まで）
- 第5節 答弁取引の認知から批判（1920年代から1940年代まで）

---

\* しみず・たくま 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

- 第6節 答弁取引の適法化へ(1950年代から1970年まで)
- 第7節 小 括 (以上, 385号)
- 第3章 自己負罪型司法取引による有罪答弁・自白の任意性についての検討
  - 第1節 問題の所在
  - 第2節 アメリカにおける議論
    - 第1項 主要判例
      - 第1 United States v. Jackson 判決
      - 第2 Brady v. United States 判決
      - 第3 Bordenkircher v. Hayes 判決
    - 第2項 従来 of 学説
      - 第1 任意性否定説
      - 第2 基 準 説 (以上, 386号)
    - 第3項 量刑格差の現状
      - 第1 連邦量刑ガイドラインの概観
      - 第2 連邦量刑ガイドライン制定による影響
    - 第4項 小 括
  - 第3節 日本における議論
    - 第1項 検討の対象
    - 第2項 「約束による自白」に関する従来 of 議論
    - 第3項 自己負罪型司法取引に関する近年 of 議論
    - 第4項 小 括
  - 第4節 検 討
    - 第1項 自己負罪型司法取引による有罪答弁・自白の「任意性」についての検討
    - 第2項 任意性担保措置についての検討
      - 第1 量刑格差 of 合理的制限
      - 第2 弁護人 of 援助
      - 第3 裁判所への交渉 of 存在・合意 of 開示と裁判所による任意性 of 確認
    - 第3項 他 of 簡易手続との関係 (以上, 本号)
- 第4章 量刑格差 of 正当化根拠についての検討
- 終 章

### 第3項 量刑格差の現状

以上にみてきた通り、アメリカにおいては、答弁取引による有罪答弁に「任意性」が認められるか否かが活発に議論されてきた。先にみた任意性否定説は、答弁取引が生む量刑格差に着目して、取引に応じないという選択肢を実質的には選べないことから、「任意性」は否定されると説くものであった。この見解の行き着くところは、答弁取引の廃止に他ならない。

しかし、現行の実務を前提にすると、廃止論は現実性に欠けると一般的に考えられている<sup>396)</sup>。なぜなら、刑事事件のほとんどが有罪答弁によって処理され、それを引き出しているのは答弁取引であるからである。このように、答弁取引廃止論が現実性に欠けることを踏まえつつも、量刑格差の問題に対応するため<sup>397)</sup>、アメリカにおいては、量刑格差に制限を設けることができないかが、積極的に議論されてきた<sup>398)</sup>。

この点に関連して、近年のアメリカ法の動きとして重要なのが、連邦量刑ガイドラインの制定である。このガイドラインの制定によって、量刑格差にも一定の制限が設けられたようにもみえる。そこで、次に、連邦量刑ガイドラインの概観を確認した上で、このガイドラインの制定によって、量刑格差に制限が設けられたのかを検討する。

---

396) 例えば、Stephanos Bibas, Plea Bargaining outside the Shadow of Trial, 117 Harv. L. Rev. 2464, 2527 (2004) は、答弁取引の廃止を「非現実的なもの」と指摘する。

397) ここでの問題とは、著しい量刑格差によって、無辜の被告人も有罪答弁をしてしまうという問題である。なお、答弁取引における無辜の不処罰の問題を扱う邦語文献として、白井論「合衆国における答弁取引と『無辜の不処罰』——『無辜の有罪答弁』をめぐる近年の論稿より——」大阪経済法科大学法学論集72号57頁以下（2014年）がある。

398) Stephen J. Schulhofer, Plea Bargaining as Disaster, 101 Yale L.J. 1979, 2006-2008 (1992); Andrew Hessick III & Reshma Saujani, Plea Bargaining and Convicting the Innocent: The Role of the Prosecutor, the Defense Counsel, and the Judge, 16 Byu J. Pub. L. 189, 235-236 (2002); Oren Gazal-Ayal, Partial Ban on Plea Bargains, 27 Cardoso L. Rev. 2295, 2299-2300 (2006); Russel D Covey, Fixed Justice; Reforming Plea Bargaining with Plea-Based Ceilings, 82 Tul. L. Rev. 1258 (2008); Lucian E. Dervan, bargained Justice: Plea Bargaining's Innocence Problem and the Brady Safety-Valve, 2012 Utah L. Rev. 51, 95-96 (2012).

## 第1 連邦量刑ガイドラインの概観

アメリカでは、同様の犯罪及び同様の犯罪者間で著しく異なる処罰がなされているという量刑不統一の問題が、早くから指摘されてきた。この問題を踏まえて、連邦の量刑制度について、量刑の基準を設定する必要性が唱えられたのは、1970年代初頭のことであり<sup>399)</sup>。1976年以降、議会で立法化のための法案審議がなされた<sup>400)</sup>。以上を背景に、包括的犯罪規制法の一環として制定されたのが、量刑改革法である。

同法は、合衆国量刑委員会<sup>401)</sup>を設置し、連邦量刑ガイドラインは同委員会によって作成された<sup>402)</sup>。

---

399) Malvin E. Frankel, CRIMINAL SENTENCES: LAW WITHOUT ORDER (1973).

400) Gerald Bard Tjoflat, A Practical Look at the Sentencing Provisions of S. 1722, 1772 J. Crim. L. & Criminology 555 (1981).

401) 連邦量刑ガイドラインの作成・変更を行うのは、合衆国量刑委員会である。合衆国量刑委員会は、連邦政府の独立の司法機関である。1984年に設立された。

合衆国量刑委員会は、7名の投票権を持つ量刑委員から構成される。委員の任命権は、合衆国大統領に帰属する。任命には、上院の助言と同意を得ることが求められる。任期は6年である。再任も可能である。委員の内、3名は連邦裁判官でなくてはならない。また、同一の政党からは、多くても4名の委員しか任命されない。加えて、司法長官(又は司法長官による被指名者)及び仮釈放審査委員会長の(the Chairperson of the United States Parole Commission)は、職務上当然に、合衆国量刑委員会の委員となる。

402) 日本における連邦量刑ガイドラインの紹介として、横溝秀樹「合衆国連邦裁判所のための量刑ガイドラインと量刑指針(その1)(その2)」西南学院大学大学院法学研究論集6号89頁以下(1987年)、7号1頁以下(1989年)、菊田幸一「連邦量刑ガイドラインとその後の状況」法律時報63巻8号48頁以下(1991年)、鈴木義男・岡上雅美「アメリカ合衆国量刑委員会制度とその合憲性」ジュリスト986号64頁以下(1991年)、岡部泰昌「合衆国量刑指針による量刑実務と適正手続の保障」阪大法学42巻2・3号95頁以下(1992年)、篠塚一彦「量刑と刑罰制度(1)」上智法学論集36巻1・2号35頁以下(1992年)、中村秀次「刑の量刑——合衆国量刑委員会の連邦量刑指針」熊本法学72号55頁以下(1992年)、岡上雅美「アメリカ合衆国量刑基準における関連行為の考慮と二重の危険」鈴木義男先生古稀祝賀『アメリカ合衆国刑事法の諸相』61頁以下(成文堂、1996年)、岡部泰昌「合衆国(連邦)量刑指針」阪大法学46巻6号279頁以下(1997年)、鈴木謙也「量刑ガイドライン」海外司法ジャーナル4号150頁以下(1998年)、池田順一「連邦量刑ガイドラインと連邦裁判所における量刑実務」判例タイムズ1067号99頁以下(2001年)、小川佳樹「アメリカ合衆国における量刑事情としての捜査・訴追協力——連邦量刑ガイドライン5K1.1条を中心に——(1)(2)」早稲田法学78巻2号113頁以下(2003年)、79巻1号85頁以下

連邦量刑ガイドラインの施行日は、1987年11月1日である。この時から2005年に至るまで、連邦裁判所<sup>403)</sup>の裁判官は、原則として、連邦量刑ガイドラインの幅（range）内で、量刑判断をする義務があった<sup>404)</sup>。つまり、2005年まで、連邦量刑ガイドラインは、法的拘束力を有していたといえる。

この点に変更を加えたのが、2005年の *United States v. Booker* 判決である<sup>405)</sup>。連邦最高裁は、*Booker* 判決で、連邦量刑ガイドラインの法的拘束力を否定し、助言的（advisory）なものとして位置付けた。

もっとも、この判決は、連邦量刑ガイドラインに対する否定的な評価に基づくものではない<sup>406)</sup>。「地方裁判所は、量刑ガイドラインの適用を義務付けられないが、量刑にあたっては、これを斟酌し、考慮に入れなければならない<sup>407)</sup>」とされる。このように、量刑判断において、連邦量刑ガイドラインが斟酌される点は、現状においても異ならない。

## 第2 連邦量刑ガイドライン制定による影響

連邦量刑ガイドラインは、有罪答弁を行った場合に付与される恩典について、一定の限定を加えている。すなわち、有罪答弁を行ったことを理由に無制限に減刑をすることはできず、その意味で、公判を選択した場合と有罪答弁を選択した場合の量刑格差に制限ができる。では、有罪答弁を行う場合、どの程度の恩典が付与されるのか。その内容が量刑格差の制限と

---

㍷(2003年)、市川雅士・土岐俊太・山口祥太『日本版司法取引の実務と展望 米国等の事情に学ぶ捜査協力型司法取引の新潮流』51-58頁（現代人文社、2019年）等がある。

答弁取引と連邦量刑ガイドラインの関係を紹介する論稿として、宇川春彦「米国における司法取引」刑法雑誌50巻3号46頁（2011年）、南迫葉月「協議・合意制度における虚偽供述の防止についての研究（三）」法学論叢181巻3号121頁（2017年）がある。

403) 連邦量刑ガイドラインは、連邦法に基づく刑事事件のみを対象としている。そのため、州法に基づく刑事事件には適用されない。

404) 例外としては、「離脱（departing）」がある。これは、一定の場合には、ガイドライン幅から外れることを可能とする。

405) *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

406) 宇川・前掲注402) 46頁。

407) See, Sentencing Commission Worksheets for Calculating a Guideline Sentence.

なり得ることから問題となる。

被告人が有罪答弁をすれば、連邦量刑ガイドライン上、§ 3E1.1(a)の「責任の受け入れ (acceptance of responsibility)」に該当し得る。§ 3E1.1(a)は、「被告人が、自己の犯罪について (his offense)、明確に責任の受け入れをすることを証明すれば、犯罪レベルを2点減点する<sup>408)</sup>」と規定する<sup>409)</sup>。有罪答弁をしたことで、直ちに、「責任の受け入れ」に該当するわけではない。しかし、公判開始前に有罪答弁をしたことは、「責任の受け入れ」に該当するための重要な証拠となると指摘される<sup>410)</sup>。Michael M. O'Hear の示したデータによれば、この規定により、公判を選択した者で減点を受けたのは20%にとどまったに対して、有罪答弁をした者については、その内の88%もが減点を受けた<sup>411)</sup>。

この規定により2点の減点がなされると、公判を選択した場合の処罰の重さと比較して、概ね25-35%の減軽となる<sup>412)</sup>。

---

408) United States Sentencing Guideline Manual, chapter 3, Part E § 3E1.1(a) (2018).

409) この規定は、連邦量刑ガイドライン施行時の1987年から存在する。もっとも、文言は一部異なった。当時の規定では、「被告人が、有罪となった犯罪 (the offense of conviction) について、明確に個人の責任を認識して積極的に受け入れることを証明すれば、犯罪レベルを2点減点する」となっていた。United States Sentencing Guideline Manual, chapter 3, Part E § 3E1.1(a) (1987). その後、1988年に、文言が一部修正される。この改正では、「有罪となった犯罪」という文言から「自己の犯罪行為 (his criminal conduct)」という文言へ訂正された。United States Sentencing Guideline Manual, chapter 3, Part E § 3E1.1(a) (1988). これらを経て、1992年の改正で、現在の文言となった。1992年改正前までは、有罪答弁が直ちにこの規定による2点減点を導くものでないことが、規定上確認されていた。そして、注釈上、有罪答弁をしたことは、単なる「証拠」にすぎないと位置づけられた。もっとも、実務上は、施行初期から、この規定により、有罪答弁をすれば、たいい恩典が付与されてきた。

410) United States Sentencing Guideline Manual, chapter 3, Part E § 3E1.1, Commentary (2018).

411) Michael M. O'Hear, Remorse, Cooperation, and "Acceptance of Responsibility": The Structure, Implementation, and Reform of Section 3E1.1 of the Federal Sentencing Guidelines, 91 Nw. U. L. Rev. 1507, 1539 (1997).

412) Stephen J. Schulhofer & Ilene H. Nagel, Plea Negotiations Under the Federal Sentencing Guidelines; Guideline Circumvention and its Dynamics in the Post-Mistretta Period, ↗

§ 3E.1.1(a)の「責任の受け入れ」だけが、有罪答弁を行った場合に付与される恩典ではない。すなわち、有罪答弁をすることにより、自己の違法行為に関する捜査又は訴追に協力した場合には、§ 3E.1.1(b)により、さらに1点の減点が与えられ得る。§ 3E.1.1(b)は、「被告人が(a)款に基づき減点に値する場合で、(a)款の適用前に決定される犯罪レベルが16点以上の場合において、被告人が官権 (authorities) に対して、有罪答弁をする意思を適切な時期に告知することにより、自己の違法行為 (misconduct) に関する捜査又は訴追に関して官権に協力し、それにより検察側の公判準備の省略を可能にして、検察側及び裁判所がその資源を効率的に配分することを可能にしたという検察側の申し立てに基づいて、犯罪レベルをさらに1点減点する<sup>413)</sup>」と規定する。

これらの規定により、有罪答弁をする場合には、最大で3点の減点が与えられることになる<sup>414)</sup>。

3点の減点がなされると、ガイドライン幅の上限・下限は、ともに、概ね30%程度の減軽となる<sup>415)</sup>。そして、この場合には、減点前の上限と3点減点後の下限を比較すると、概ね、40%程度の減軽となっている<sup>416)</sup>。

---

↘91 Nw, U. Rev. 1284, 1290 (1997).

413) United States Sentencing Guideline Manual, chapter 3, Part E § 3E.1.1(b)(2018). この規定は、連邦量刑ガイドラインが施行された1987年から存在したわけではない。この規定の前身にあたる規定は、1992年に導入されている。もっとも、この時に導入された規定では、「検察官側の申し立て」は要求されていなかった。この点に変更が加えられたのは、2003年改正時のことである。

414) なお、「責任の受け入れ」が、当該状況において、「通常でない (extraordinary)」場合には、「離脱」が認められる。離脱が認められれば、下限に関する限りは、ガイドライン幅は取り払われることになる。See, United States v. Faulks, 143 F.3d 133 (3d Cir. 1998); United States v. Brown, 985 F.2d 478 (9th Cir. 1993); United States v. Cary, 895 F.2d 318 (7th Cir. 1990); United States v. Gerard, 782 F. Supp. 913 (S.D.N.Y. 1992). また、有罪答弁をすると同時に、第三者に対する捜査又は訴追に対して「著しい捜査協力」をすれば (捜査・公判協力型司法取引)、§ 5K1.1により、検察側の申し立てを条件に、「離脱」が認められる。

415) 宇川・前掲注402) 44頁。「一例を挙げると、『87~70月』が『63~51月』に変更となった具合である」と指摘される。宇川・同上。

416) 宇川・同上43-44頁。

このように、連邦量刑ガイドライン制定により、有罪答弁をする場合の恩典付与には限界が設けられた。しかし、これは、答弁取引における量刑格差に、完全な制限を設けるものではない。検察官が起訴取引 (charge bargaining) や事実取引 (fact bargaining) を行う限りで、上記の制限が十分に機能しないという批判が与えられている<sup>417)</sup>。

問題となる犯罪があるとして、当該犯罪については、有罪答弁をする場合でも最大で3点の減点しか与えられないから、量刑格差の制限は成功しているようにもみえる。しかし、どの犯罪で訴追するかは、検察官の裁量に属する。検察官は、被疑者が取引に応じれば、複数の訴因の内の一部で訴追することもできるし、より軽い犯罪で訴追することもできるのである (起訴取引)。そして訴追する犯罪の内容次第で、量刑が変化する (もっとも、訴追されていない行為も「関連行為」として考慮され得る点には注意を要する)。その意味において、量刑ガイドラインの量刑格差制限は十分に機能しないと評価される<sup>418)</sup>。

ところで、日本においては、連邦量刑ガイドラインは「訴追犯罪モデル (charge-offense model)」ではなく、「現実犯罪モデル (real-offense model)」を採用したと紹介されることがある。現実犯罪モデルとは、被告人が現実に犯罪を行った行為をガイドライン幅決定の基準とする考え方である。これに対して、訴追犯罪モデルとは、訴追され有罪判決の対象となった行為のみをガイドライン幅決定の基準とする考え方である。仮に、連邦量刑ガイドラインが純粹な形の現実犯罪モデルを採用したのだとすれば、検察官の訴追判断は量刑に影響を与えないはずである<sup>419)</sup>。なぜなら、このモデルの下で量刑判断において考慮されるのは、訴追された行為ではなく、現実に犯された行為だからである。しかし、現実犯罪モデルを採る制度を運

---

417) Covey, *supra* note 398, at 1260-1269; William J. Stuntz, *Plea Bargaining and Criminal Law's Disappearing Shadow*, 117 *Harv.L.Rev.* 2548, 2559-2260 (2004). See also, Bibas, *supra* note 396, at 2536.

418) Covey, *id.*, at 1260-1269.

419) *Id.* at 1263.



用するのは極めて複雑であると指摘される<sup>420)</sup>。合衆国量刑委員会も、そのような制度を採用せず、訴追犯罪モデルを基本として、現実犯罪モデルのいくつかの特徴でそれを補う制度を採用したと評価される<sup>421)</sup>。そのため、起訴取引が上記の量刑格差制限の潜脱原因となり得る。

もっとも、合衆国量刑委員会が、以上のような起訴取引が生む問題に対して、全く無頓着であったわけではない。連邦量刑ガイドライン § 6B1.2 (a)によれば、他の訴因の取り下げや不起訴について答弁合意が成立している場合（起訴取引）、「裁判所は、記録上表明されている理由から、残りの訴因が十分に実際の犯罪行為の重大性を反映するものであり、当該合意の受理が法定の量刑又は量刑ガイドラインの目的を害さないことを判断できる場合に限り、当該合意を受理することができる」とある。

しかし、同量刑ガイドライン § 6B1.2 の注釈上、「この規定は、裁判官が検察官の訴追裁量を侵害することを許すものではない」ことが確認されている<sup>422)</sup>。すなわち、検察側の訴因の取り下げや不起訴の提示が、残りの訴因の処分に依存しない場合には (contingent on) [つまり、他の訴因の取り下げや不起訴が合意事項とされない場合には]、原則として裁判官は検察側の主張に従うべきであるとされる<sup>423)</sup>。

最後に、連邦量刑ガイドライン上、例えば、薬物の量に応じて量刑が定められている場合にも、量刑格差に確固たる制限はできていない<sup>424)</sup>。なぜなら、検察官は、量刑の基礎を形成する事実についても取引を行えるからである（事実取引）<sup>425)</sup>。例えば、検察官は訴追する薬物の量を少なくする合意もすることができる。裁判官は、答弁合意における事実上の取り決

---

420) Ibid.

421) Ibid. 詳細は、連邦量刑ガイドラインの「調整」を参照。犯罪者の役割等が考慮され得る。

422) United States Sentencing Guideline, chapter 6, Part B, 6B1.2 Commentary.

423) United States Sentencing Guideline, chapter 6, Part B, 6B1.2 Commentary.

424) See, Stuntz, *supra* note 417, at 2559.

425) Id. at 2559-2560; Covey, *supra* note 398, at 1264.

めに拘束されない。しかし、通常はそれに従うとされる<sup>426)</sup>。

以上の通り、連邦量刑ガイドラインの制定によって、量刑格差に確固たる制限が設けられたと捉えることはできないであろう。実際、連邦量刑ガイドラインの施行後も、連邦における有罪答弁率は上昇している<sup>427)</sup>。答弁取引が減少しているにもかかわらず有罪答弁率のみが上昇しているということも、可能性としては存在するが、「そうとは思えない」と指摘される<sup>428)</sup>。

#### 第4項 小 括

最後に、簡単な小括を行った上で、アメリカ法から日本法への示唆を確認する。

第3章第2節を通して、アメリカにおける答弁取引をめぐる任意性の見解は、3つに大別できることを確認した。具体的には、①任意性肯定説、②任意性否定説、③基準説である。

①任意性肯定説は、被告人が答弁取引に応じて、有罪答弁をするか否かの選択肢を有し、選択肢の内容を理解する限りで、有罪答弁の任意性を基本的に肯定する見解である<sup>429)</sup>。これが、判例の立場である。

そして判例が、任意性を肯定する理由として、弁護人の存在を挙げることも確認した。上記の「任意性」の定義から考えて、取引に応じないという選択肢と取引に応じるといふ選択肢が客観的には存在しているから、あとは弁護人が選択肢の内容を被告人に説明すれば、被告人はその選択肢の内容を理解し得るから、一律に答弁取引による有罪答弁の任意性を否定す

---

426) Schulhofer & Nagel, *supra* note 412, at 1300; Covey, *supra* note 398, at 1264.

427) Albert W. Alschuler, *Disparity: The Normative and Empirical Failure of the Federal Guidelines*, 58 *Stan. L. Rev.* 85, 112 (2005).

428) Covey, *supra* note 398, at 1259.

429) これは、前述の通り、答弁取引が直ちに有罪答弁の任意性を否定するか否かについての考察である。Brady 判決が示した通り、有罪答弁が「脅迫」や「不実表示」、あるいは「その性質上違法な約束（例えば、買収）」によって誘引されたのであれば、その任意性は否定される。

る必要はない。おそらく、判例は、このように理解している。

しかし、先に挙げた選択肢の理解は、知悉性の問題である。そうだとすれば、判例は、形の上では任意性を要求するというが、実際の「任意性」の内容は、基本的には取引に応じないという選択肢が客観的に存在していることに尽きることになる。

このような判例の理解に対しては、取引に応じないという選択肢が客観的に存在するだけで、任意性は充足されないという批判がなされた。その例の1つとして、ガンマン事例が挙げられる。例えば、ガンマンが、被害者に対して、「金を渡す」か「命を捨てる」かを選べと迫った場合を想定する。この場合にも、客観的には、被害者に「金を渡さない」という選択肢が存在している。しかし、たとえ被害者が金をガンマンに渡しても、その選択肢が任意であるとは認められないことが指摘される。ここから、取引に応じないという選択肢が、客観的に存在しているだけでは不十分であることが導かれる。すなわち、合理的な選択肢として保障されていなくてはならないとされる。その上で、②任意性否定説は、答弁取引が生む「量刑格差」に着目し、被告人は、この量刑格差によって、取引に応じて有罪答弁をする以外に合理的な選択肢を奪われているのであるから、答弁取引によって得られる有罪答弁の任意性は、否定されるとの論理が展開された。

もっとも、この任意性否定説に対しても、批判がないわけではない。③基準説から、合理的な選択肢がないことと任意性を欠くことは同義でないという批判が与えられた。その例としては、ドクター事例が挙げられる。ドクターが、命に係わる病を患っている者に、生涯の蓄えと同額の治療を提案する場合を想定する。この場合、患者は、合理的に考えて命を捨てるという選択肢を選べない。しかし、患者がやむを得ずを選んだ治療を受けるといふ選択を、我々は任意性が欠けるとは捉えないと指摘される。

基準説は、この問題を克服するため、答弁の提案に着目して、「基準」という概念により説明を試みる。この見解は、答弁の提案が、「基準」よりも良いものであれば、「強制」とならないが、「基準」よりも悪いもので

あれば、「強制」であるとして、任意性が否定されるとする。

しかし、基準説にも問題がないわけではない。すなわち、妥当な基準設定が困難であるという問題を抱える。基準として挙げられた予測的基準と規範的基準は、いずれも説得性に欠けるものと思われる。

予測的基準では、公判と有罪答弁の割合の大小で、任意か否かの結論が決まる。現行のアメリカの実務を前提とすると、有罪答弁による事件処理件数は、公判による処理件数をはるかに上回ることから、有罪答弁の場合が「基準」となろう。そのため、検察官が、取引に応じなければ、有罪答弁の場合と比較して重い処罰を科すと提案することは、「強制」にあたる。その結果、有罪答弁の任意性も否定されることになろう。しかし、仮定として、事件処理につき公判が占める割合が、有罪答弁の割合を超えた場合に、それまで不任意とされてきた有罪答弁が、突如として、任意に変わるという結果は、あまりに奇妙であろう。

規範的基準については、これのみで、強制概念の全てを把握することができないと指摘される。すなわち、刑罰が強制であることを説明できないという批判が与えられた。

加えて、規範的基準のうち法的基準によれば、公判に進めば死刑になる可能性がある場合に、検察官が被告人の死刑への恐怖を利用して有罪答弁を引き出しても、法がそれを許容する限り、「強制」にはあたらないことになってしまう。

規範的基準のうち道徳的基準については、人の道徳的評価は画一的なものではなく、不安定であるという問題がある。

以上の問題は、「強制」・「任意性」概念を、全領域において、画一的に決しようとするところから生じる。しかし、翻って考えて、「任意性」概念を画一的に決する必要性は乏しいのではないか。なぜなら、「任意性」の要求根拠は異なるからである。有罪答弁の任意性は、アメリカ法を参考にすると、自己負罪拒否特権を根拠とする。この意味における任意性と、ドクター事例における任意性を、同じ意味に解する必要はないであろう。

そのため、基準説による任意性否定説への批判は回避できる。

このようにしてみると、②任意性否定説が示唆的であることがわかる。この説において、何より重要なことは、取引に応じないという選択肢が客観的に存在しても、合理的な選択肢として保障されていなければ、「任意性」の要求は充足されないという点である。

このように分析的に理解することで、弁護人を付すという任意性担保措置についても限界がみえてくる。すなわち、弁護人は、被疑者・被告人に対して、選択肢の内容を説明し理解させることによって、「知悉性」の要求を充足させることはできるとしても、取引に応じないという選択肢を合理的に考えて選べない被疑者・被告人の状況を何ら改善することはできないのである。そのため、弁護人の存在は、「任意性」を肯定する決定的な要因となり得ない。

上記のように、任意性の意義を理解すると、任意性の要求を充足するためには、取引に応じないという選択肢を合理的な選択肢として保障すればよいことになる。そこで、次に、合理的な選択肢となる程度に、量刑格差に制限を設ければ、任意性を肯定できるかが問題となる。アメリカにおいても、主として無辜の不処罰との関係ではあるが、量刑格差に一定の限界付けを行うことができないかが、積極的に議論されてきた。

その1つが、連邦量刑ガイドラインの制定である。これは、有罪答弁を行った場合に与えられる恩典に限界付けを行うことにより、量刑格差に制限を設けることを試みるものである。しかし、このような規制は、検察官の広範な訴追裁量権を背景に、容易に潜脱され得るという問題があった。なぜなら、どのような犯罪で訴追するかは、検察官の裁量に属し、その訴追の内容次第で、量刑は著しく変化するからである。そのため、連邦量刑ガイドラインの制定によって、量刑格差に確固たる制限が設けられたと捉えることは難しいであろう。

この点に関するアメリカ法の経験は、検察官が広範な訴追裁量権を有する日本においても、十分に参考に値する。後述する通り、日本では、量刑

格差に合理的な制限を設けるという制度設計等を行えば任意性を肯定できるとする論理が主張されている。しかし、アメリカ法を参考にすると、量刑格差に制限を設けることができるかについては批判的に検証されてよいように思われる。

以上の通り、アメリカ法における議論の分析からは、任意性の意義と任意性担保措置の限界が、示唆として得られた。

### 第3節 日本における議論

#### 第1項 検討の対象

日本においては、刑訴法の2016年改正により、捜査・公判協力型司法取引である協議・合意制度が導入された<sup>430)</sup>。これに対して、自己負罪型司

---

430) 協議・合意制度に関する主要文献として、南迫葉月「協議・合意にかかる裁判所の審査の在り方」神戸法学雑誌69巻3号35頁以下(2019年)、齋藤司『刑事訴訟法の思考プロセス』227頁以下(日本評論社, 2019年)、市川ほか・前掲注402)、山本雅昭「日本版司法取引の施行と企業犯罪」近畿大学法科大学院論集15号77頁以下(2019年)、白取祐司「始動した日本版『司法取引』制度」法と民主主義530号38頁以下(2018年)、最高検察庁新制度準備室「合意制度の当面の運用に関する検察の考え」法律のひろば71巻4号48頁以下(2018年)、佐藤隆之「平成28年刑事訴訟法改正による『合意制度』の導入について」東北ローレビュー5号50頁以下(2018年)、土井和重「捜査・公判協力型協議・合意制度の刑罰論的な基礎付けについて——ドイツの王冠証人制度に関する議論を参考にして——」法学論叢91巻1号195頁以下(2018年)、佐々木正輝「検察官の新たな訴追裁量権」千葉大学法学論集33巻1号1頁以下(2018年)、後藤昭ほか「特集 日本版司法取引とは何か」法学セミナー756号22頁以下(2018年)、福島至「証拠収集などへの協力および訴追に関する合意」川崎英明ほか編『2016年改正刑事訴訟法・通信傍受法条文改正』60頁以下(日本評論社, 2017年)、村井敏邦ほか編『可視化・盗聴・司法取引を問う』(日本評論社, 2017年)128-175頁〔岩田研二郎、笹倉香奈、海渡雄一〕、南迫葉月「協議・合意制度における虚偽供述の防止についての研究(一)～(五)」法学論叢180巻4号135頁以下～181巻5号46頁以下(2017年)、加藤克佳「司法取引と刑事弁護」佐藤博史編『捜査と弁護』215頁以下(岩波書店, 2017年)、内田芳樹ほか「司法取引は日本で機能するか」NBL 商事法務1096号4頁以下(2017年)、朝山道郎『企業犯罪と司法取引』(金融財政事情発行所, 2017年)、『Q&Aでわかる日本版「司法取引」への企業対応——新たな協議・合意制度とその対応——』(同文館, 2017年)、後藤昭「2015年刑訴改正法案における協議・合意制度」総合法律支援論叢8号1頁以下(2016年)、酒巻匡「刑事訴訟法等の改正——新時代の刑事司法制度(その1)」法学教室433号41頁(2016年)、吉川崇「刑事訴訟法等の一部を改正す」

法取引については、序章でも確認した通り、ごね得等の問題が危惧されて結局は導入が見送られた。そのため現在、自己負罪型司法取引は導入されていない。また、有罪答弁制度も採用されていない。それゆえ、全く同じ制度を日本とアメリカで比較することはできない。

しかし日本において、自己負罪供述の取引による獲得が全く問題とされてこなかったかといえば、それはそうではない。すなわち、従来から日本においても、「約束による自白」に証拠能力が認められるのかという形では議論が積み重ねられてきた。

そこで、本節では、従来の日本における「約束による自白」の証拠能力に関する理論的蓄積の整理・分析を通して、従来の理解を確認し、これに対して近年の自己負罪型司法取引導入論がどのような理由付けで肯定しようとしているのかを分析する。

なお、本稿の課題は、自己負罪型司法取引の理論上の課題を解明することにある。そのため、以下にいう「約束による自白」とは、①取引の内

- 
- ↘ 法律の概要」刑事法ジャーナル49号71頁以下（2016年）、加藤克佳ほか「特集 司法取引の多角的検討 比較法的知見を踏まえて」法律時報1097号54頁以下（2016年）、加藤克佳ほか「司法取引」名城法学65巻4号33頁以下（2016年）、平尾覚「司法取引の施行に向けた留意点（特集 コンプライアンス再考——企業不祥事予防・対応上の新たな留意点）」ジュリスト monthly 1498号57頁以下（2016年）、白取祐司ほか編『日本版「司法取引」を問う』（旬報社、2015年）、川出敏裕「協議・合意制度および刑事免責制度」論究ジュリスト12号65頁以下（2015年）、山下幸夫「捜査・公判協力型・合意制度と刑事免責制度の課題」刑事法ジャーナル43号27頁（2015年）、神代貢志「司法取引への被害者関与——アメリカ合衆国における立法を参考に」広島法学39巻2号165頁以下（2015年）、川出敏裕「捜査・公判協力による刑の減免制度」『曾根威彦先生 田口守一先生 古稀祝賀論文集〔下巻〕』411頁以下（成文堂、2014年）、水谷規男ほか「特集 司法取引に関する総合的研究」刑法雑誌54巻1号85頁以下（2014年）、宇川春彦「供述証拠の収集を容易にするための手段」法律時報1077号22頁以下（2014年）、池田公博「供述証拠の獲得手段——協議および合意、刑の減免と刑事免責（緑大輔ほか「特集 新たな刑事司法制度と刑事訴訟法」法学教室398号12頁以下（2013年）、川出・前掲注13）、宇藤崇「司法取引と量刑的考慮について（田口守一ほか「特集 司法取引の理論的課題」）刑法雑誌50巻3号346頁以下（2011年）、河合幹雄「司法取引と日本社会・文化との相性（田口守一ほか「特集 司法取引の理論的課題」）刑法雑誌50巻3号381頁以下（2011年）、後藤昭ほか「特集 刑事弁護の中の取引」季刊刑事弁護39号19頁以下（2004年）、宇川・前掲注9）。

容が刑事責任に関するものであり、②取引の主体がそれらの事項について処分権限を持つ者であり、③取引と自白との間に因果関係がある自白を意味する<sup>431)</sup>。ここから、以下で、本稿が、「『約束による自白』については、その任意性を否定するのが支配的な見解であった」等と指摘する場合、この意味で用いているにすぎない。そのため、例えば、警察官が麻薬を与えるのと引き換えに自白を引き出す場合(①を欠く)や、警察官が起訴猶予にすると約束して自白を引き出す場合(②を欠く)等は、射程に置いていない。

## 第2項「約束による自白」に関する従来の議論

憲法38条2項は、「強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」と規定する。これを受けて、刑事訴訟法319条1項も、「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない」と規定している。これらは、一般に、自白法則を定めた規定であると理解される。そして、「約束による自白」に証拠能力が認められるかは、主として、この自白法則の枠内で議論されてきた。

戦後初期、「約束による自白」については、その任意性を否定するのが支配的な見解であった<sup>432)</sup>。もっとも、その理由付けは、見解によって異なる。大別すると、①専ら虚偽排除に求める学説<sup>433)</sup>と、②「方法の違法

---

431) 「約束による自白」は、被疑者・被告人に対して利益を提示して自白を誘導・獲得するという意味で「利益誘導による自白」の一種である。

432) アボット(最高裁判所事務総局刑事局訳)『注解・アボット・刑事裁判手続』464頁(法務府法制意見第四局、1951年)。

433) 江家義男『刑事証拠法の基礎理論』38-39頁(有斐閣、1951年)、栗本一夫「自白」日本刑法学会編『刑事法講座 第6巻』1173頁(有斐閣、1953年)、平野龍一『刑事訴訟法』229頁(有斐閣、1958年)、青柳文雄「自白の証拠能力」『ジュリスト300号記念特集学説の展望——法律学の争点——』342頁(1964年)等。



性」をも考慮する学説<sup>434)</sup>を対比することができる。その後、③違法排除説<sup>435)</sup>が登場する。

戦後初期の議論において、「約束による自白」の任意性を否定する見解として、最も支持されたのは、①の虚偽排除説である。この見解では、被疑者・被告人が約束による恩典を得るために虚偽の自白をするおそれがあることが根拠となろう。

上記の虚偽排除の観点に加えて、「方法の違法性」を考慮するのが、②の団藤重光の見解である。団藤は、任意性判断においては、「誘導的方法」の「違法性」及び「被告人の心理に及ぼした影響が強制に準じたものであるかどうかなどの点が標準となる<sup>436)</sup>」とする。「ここにおいて『方法の違法』が強調されたのは、約束自白が英米法に伴って専ら虚偽排除の観点から処理されるならば、排除されるケースが多くなるであろうことが考慮されたからに他ならないであろう。いわば人権擁護的側面を、任意性を肯定する方向で考慮に入れようとする態度がここにはみられる<sup>437)</sup>」と指摘される。

③の違法排除説のうち田宮裕は、軽い処罰の約束による自白の排除について、「虚偽排除説でなければ説明できないように思われているが、……国家機関が正義・礼讓をまもるという意味で、違法排除説がよりよく説明できるのではないか」として、約束による自白の排除に賛成している<sup>438)</sup>。もっとも、田宮の見解では、「約束による自白」の場合に、何をもって「違法」と捉えるか判然としない。この点を具体化しているのが、次にみる鈴木茂嗣の見解である。

---

434) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要 第4訂版』188頁（創文社、1951年）、高田卓爾『刑事訴訟法〔改訂版〕』233頁（青林書院、1959年）等。

435) 田宮裕『捜査の構造』300頁（有斐閣、1971年）、鈴木茂嗣「自白排除法則序説」『佐伯千仞博士還暦祝賀 犯罪と刑罰（下）』309頁（有斐閣、1968年）、小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法（下）——演習編』161頁（有斐閣、1990年）、平田元「判批」別冊ジュリスト148号163頁（1998年）。

436) 団藤・前掲注434) 188頁。

437) 小田中聰樹「いわゆる約束による自白の証拠能力」警察研究39巻9号133頁（1968年）。

438) 田宮・前掲注435) 300頁。

鈴木は、憲法38条2項を基本的な自白排除規定と捉え、その中に、違法収集自白のみでなく、黙秘権を侵害して得られた不任意自白を、「強制による自白(不任意自白)」として包含する<sup>439)</sup>。さらに、鈴木は、約束違反があった場合、違法排除説からは、端的に「背信の意図」の存在を根拠に、証拠排除が認められると説明する<sup>440)</sup>。

これに対して、小田中聰樹は、「『背信の意図』の有無の如何に拘わらず、裁量範囲を逸脱して(または裁量権を濫用して)約束を賦与しこれを自白獲得手段とすること自体が直ちに『任意性』を否定する、と考えることも十分できる」とする<sup>441)</sup>。

このように、「約束による自白」については、いかなる理由で証拠能力を否定するかという点に違いはあれ、その証拠能力を否定するのが支配的な理解であった。

この理解は、「約束による自白」に関する初の最高裁判例でも採られた。すなわち、最高裁昭和41年7月1日第二小法廷判決刑集20巻6号537頁<sup>442)</sup>

---

439) 鈴木・前掲注435)304頁以下。約束による自白の「違法性」については、①「約束内容の違法性」、②「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」、③「約束不履行」の3つに分類する。鈴木・同上320頁によれば、「たとえば不起訴処分の違法性が内容的には違法でないとしても、その約束とひきかえに自白を採取しようとする行為が直ちに違法ではないといえるわけではない」と指摘される。

440) 鈴木・同上227頁。

441) 小田中・前掲注435)161頁。小田中聰樹『刑事訴訟と人権の理論』第5章参照(成文堂、1983年)。

また、平田元によれば、「さらに一歩進めれば、国家との関係で弱い立場に置かれ、取調べを受けざるを得ない被疑者の地位につけ込み、約束により自白を引き出すこと自体、対等な当事者を前提とする憲法三一条適正手続条項に究極的に反し、証拠排除すべき違法性があることになろう」と指摘される。平田・前掲注435)163頁。

442) 事案の概要は、次の通りである。税務職員Aは、受託収賄罪の被疑者とされた。贈賄罪の被疑者であった者の弁護士Bが、Aの担当検察官から、「被告人が見え透いた虚構の弁解をやめて素直に金品授受の犯意を自供して改悛の情を示せば、検挙前に金品をそのまま返還しているとの事実もあることから、起訴猶予も十分に考えられる案件である」旨の内意を打ち明けられ、加えて、Aに自供を勧告するよう勧められたことから、Aの弁護士Cとともに留置場に居たAと面会した。その際に、「検事は君が見えすいた嘘を言っていると思っているが、改悛の情を示せば起訴猶予にしてやると言っているから、真実貫った

は、恩典の内容が起訴猶予処分であったという事案につき、「被疑者が、起訴不起訴の決定権をもつ検察官の、自白をすれば起訴猶予にする旨のこ  
とばを信じ、起訴猶予になることを期待してした自白は、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠くものと解するのが相当である<sup>443)</sup>」との判断を示したのである<sup>444)</sup>。

この判例を、①虚偽排除説に立つものと理解するか<sup>445)</sup>、②虚偽排除+

---

ゝものなら正直に述べたがよい。馬鹿なことを言うて身体を損ねるより、早く言うて楽にした方がよからう」と勧告をした。もっとも、Bは金品を返還したという被告人の言を信じていたため、金品の返還が検察官の内意の前提であることは伝えなかった。これを受けて、第2回の取調べから、Aは、起訴猶予になることを期待して、自白するに至り、その旨の調書が作成された。ところが、Aは金品の大半を浪費してしまったことまで自供してしまい、そのことが他の証拠によっても裏付けられたため、Aは起訴された。

この事案につき、第1審の岡山地判昭和37・12・20刑集第20巻6号544頁は、上記の自白調書を証拠として採用し、Aを有罪とした。原審の広島高岡山支判昭和40・7・8刑集545頁も、上記の事実関係を認定した上で、「自白の動機が右のような原因によるものとしても、捜査官の取調べそれ自体に違法が認められない本件においては、前記各自白調書の任意性を否定することはできない」と判示して、控訴を棄却した。これに対しては、原審判断が福岡高判昭和29・3・10高刑判特26号71頁に相反するとして上訴がなされた。

443) 最高裁昭和41年7月1日第二小法廷判決刑集20巻6号537頁。

444) 原審は、被疑者が検察官による起訴猶予にする旨の発言を信じ、起訴猶予を期待して自白をしたとしても、それは自白の「動機」の問題にすぎず、自白の「任意性」は否定されないとした。この理解に対して、学説は徹底的に批判を加える。例えば、小田中・前掲注437)135頁は「原判決はまず『取調自体』と自白『動機』を峻別し、本件約束は専ら動機に関連するにすぎない、とした。しかし『約束』自白の問題は凡そ『動機』の問題に帰着するのであつて、動機自体を問題とすること自体はあながち不当ではないとしても、しかし更に進んで動機にすぎないゆえに直ちに任意性の問題に影響するものではないかの如く論じているのは正当ではない」とする。他にも、山田道郎「約束による自白——自白排除の根拠——」法律論叢17巻2号201頁（1995年）を参照。

445) 坂本武志『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和41年度』100-105頁（法曹会、1970年）、三井誠「判例における自白排除の根拠」法学教室248号84頁（2001年）、小川佳樹「約束による自白の証拠能力」田口守一・寺崎喜博編『判例演習刑事訴訟法』280-281頁（成文堂、2004年）、大澤裕「自白の証拠能力といわゆる違法排除説」研修694号8-9頁（2006年）、中桐圭一「判批」別冊判例タイムズ26号警察基本判例・実務200 442頁（2010年）、加藤克佳「判批」別冊ジュリスト203号157頁（2014年）、石田倫識「判批」葛野尋之ほか編『判例学習・刑事訴訟法 第2版』254頁（法律文化社、2015年）、川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』310-311頁（立花書房、2016年）、斎藤・前掲注430)403頁。池ノ

人権擁護説に立つものと理解するか<sup>446)</sup>、③違法排除説に立つものと理解するか<sup>447)</sup>で、見解が分かれる<sup>448)</sup>。しかし、結論としては、最高裁の立場を支持するのが支配的である。では、「約束による自白」のどの点を捉えて、任意性が否定されたのか。

---

▽田公博「判批」別冊ジュリスト232号163頁(2017年)も、「Xにとって起訴猶予による手続の打ち切り、および被疑者の地位からの解放という利益は強い誘引力を有するものであって、また実際にPが起訴猶予権限を持つ検察官であることにも照らせば、Xには、その利益獲得を確実にするべく利益提供者に迎合する動機が生じ、利益提供者の意を体して虚偽の内容であっても自白に及ぶおそれがあったものと評価することは可能であろう」とする。

446) 河上和雄『自白・証拠法ノート(2)』230頁(立花書房, 1982年)、曾木徹也「約束、利益誘導、偽計、理屈による取調べ」河上和雄編『刑事裁判実務大系(11)』513頁(青林書院, 1991年)、中野目善則「判批」別冊判例タイムズ12号警察実務判例解説(取調べ・証拠編)39頁(1992年)、山田道郎「約束による自白——自白排除の根拠——」法律論叢17巻2号199頁(1995年)、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92頁(2009年)[朝山芳史発言]、青柳文雄・筑間正泰「いわゆる約束による自白の証拠能力」慶応義塾大学法学研究会法学研究第41巻9号120頁(1968年)。ただし青柳は、「約束にもいろいろな内容のものが考えられるが不起訴の約束の場合には虚偽性混入のおそれ大きいので、人権侵害とはいえないけれども証拠能力がないと考えるべきであろう」として、虚偽のおそれを理由に証拠能力を否定する。青柳文雄「自白の証拠能力」ジュリスト300号343頁(1964年)。

なお、虚偽排除説を基本としつつ捜査の違法をも考慮する中間的性格として理解するものとして、竹崎博允「判批」別冊ジュリスト74号151頁(1981年)。山中俊夫「判批」別冊ジュリスト119号149頁(1992年)も、「人権擁護または違法排除の立場に立つものと解する余地もある」と指摘する。

447) 田宮裕「生き返った自白法則」ジュリスト470号104頁(1971年)、小田中・前掲注441)366頁(小田中は人権擁護説の立場でも理解可能とする)、小田中・前掲注437)136-137頁、平田・前掲注435)163頁。他にも、龍岡資晃「約束・偽計による自白」判例タイムズ397号19頁(1997年)は「虚偽排除の立場によっているものと見ることができると思われる」とした上で、「人権擁護ないし違法排除の観点からも理解できないわけではない。少なくとも、単なる虚偽排除の立場からは踏み出しているとの見方は、十分理由があると考えられる」とする。

448) なお、いずれの説に立つのか判断できないとする見解として、兒島武雄「約束による自白」『証拠法大系Ⅱ』52頁(日本評論社, 1970年)、恵山英雄「判批」別冊ジュリスト51号189頁(1976年)、植村立郎「約束による自白」司法研修所論集創立50周年記念・特集号・刑事編3巻280頁(1997年)。

この点に関して、調査官解説では、「強い自白への誘引力」が問題とされている<sup>449)</sup>。すなわち、約束は被疑者に利益（恩典）を与えるものであり、この利益が自白を引き出す力自体が問題とされている。調査官解説が採る虚偽排除説では、この点を捉えて、典型的に虚偽のおそれがあるといえるし、人権擁護説では、この点を捉えて、自白が強制された（黙秘権侵害）と理解することも不可能ではないかもしれない（違法排除説でも類似的理解が可能と思われる<sup>450)</sup>）。この問題の内実、アメリカの答弁取引で問題とされた「量刑格差」の問題の内実と、ほぼ同じであると思われる（もっとも、日本では、取引に応じなかった場合の不利益自体は、あまり表立って問題とされてこなかった<sup>451)</sup>）。

本件においては、恩典の内容が起訴猶予という極めて自白への誘引力が大きいものであった以上、一律に「約束による自白」の任意性が否定されるというところまで判例の射程が及ぶと解することには、一定の困難を伴うであろうが<sup>452)</sup><sup>453)</sup>、最高裁が、「強い自白への誘引力」に着目して、そ

---

449) 坂本・前掲注 445) 104頁。「自白が一見任意になされたものように見えるのは、自白をしても起訴猶予にしてもらえるという保障があるから、あえて自白をしぶる必要がないことによるのである。その底に働いている、強い自白への誘引力を看過することは許されないものと考え」と指摘する。坂本・同上104頁。

450) もっとも、この判例を違法排除説の立場から捉える場合、必ずしもこのような理解を採らないであろう。なぜなら、「約束の不履行」あるいは「背信の意図」の点を捉えて、「違法」と評価すれば、「強い自白への誘引力」自体は問題とならないからである。しかし、違法排除説に立っても、利益による誘引力により自白が強制されるという点を捉えれば（憲法38条1項違反）、この場合に「約束による自白」で問題となるのは、「強い自白への誘引力」である。

451) これに対して、自白をしない場合の不利益を問題とする見解として、長井秀典「自白の証拠能力について——実務家の立場から」刑法雑誌52巻1号122-123頁（2013年）がある。このように、日本においても、「約束による自白」に関する議論で、取引に応じない場合の不利益が全く問題とされてこなかったわけではない。

452) 下級審レベルでは、刑事処分に関する恩典が提示された場合でも、自白の「任意性」を肯定するものがある。例えば、秋田地判昭和42年3月22日下刑集9巻3号293頁は、検察官が取調べにあたり「罰金で事済みにする旨の話が出ていたことは認められるが、これを度外視すべき特段の事情が認められる」として、自白の任意性を肯定した。

これに対して、大多数の裁判例は証拠能力を否定する。大阪高判昭和41年11月28日判時476号63頁は、警察官の「これはそんな重要事件ではない。皆が言いたいことをまぢま

の任意性を否定した点は確認すべきである。

ところで、本稿及び先に挙げた多くの論稿は、この判例を「約束による自白」に関する証拠能力を扱ったものであると理解する。しかし、この判例が「約束による自白」のケースといえるかどうかは問題となろう。なぜなら、本件においては、明確な「約束」は存在せず、単に被疑者の誤解による自白とも捉えられるからである<sup>454)</sup>。

本件においては、検察官による「起訴猶予にする」との約束が、検察官→贈賄者の弁護人B→被疑者Aと間接的になされている。そして、約束の前提条件が、被疑者に伝達されないという事態を生じさせた。その結果と

---

ゝちに言っていたら事件が長引くばかりだ」との発言は、被疑者らに早期釈放ないし減刑の利益を約束して供述を要求したのとして自白の証拠能力を否定し、検察官の「お前も言わなきゃ帰れん」との発言も脅迫と利益の約束により供述を要求したのとして、自白の任意性を否定した。福井地判昭和46年11月26日判時662号106頁も、警察官が「どうせこんなもの罰金でないか」と述べたことから、罰金で済むと信じてなした自白の「任意性」を否定した。大阪地判昭和49年9月27日判時777号111頁も、「警察官の『罰金ですます』旨の明示の約束ないし相当強度の暗示は、あたかも検察官が起訴猶予の約束をなしたと同程度に虚偽自白への強力な誘引力をもったものと考えられる」として、自白の任意性を否定した。他にも、京都地決昭和54年7月9日判タ406号142頁は、被疑者がけん銃を提出すれば、逮捕もせず、加えて罰金で済ませると約束していた事案で、「この種の約束が虚偽自白への強力な誘引力を持つことはいうまでもないところであり、このような約束を手段として自白を獲得するのは適正な捜査方法とはいえず、このような約束の下での自白は、その任意性に疑いがある」とした。他にも後述する東京高裁平成25年7月23日判決判例時報2201号141頁も参照。

453) 小川佳樹「約束による自白の証拠能力」田口守一・寺崎喜博編『判例演習刑事訴訟法』281頁(成文堂、2004年)は、「本判決は、利益内容は起訴猶予、利益の提示者は起訴・不起訴の決定権をもつ検察官、提示の態様は明確な約束という、虚偽自白の誘引力が最も強力な場合に関するものである。それゆえ、利益内容、利益の提示者、提示態様が本件とは異なる場合において、自白の証拠能力をいかに解すべきかを、本判決から導き出すことは困難である」とする。

これに対して、兒島・前掲注448)52頁は、「本件における約束の内容は、『起訴猶予』であるが、判旨はそれにかぎる趣旨ではないだろう」とした上で、「早期釈放」、「刑の減輕または免除」、「恩赦」のように「約束の内容が刑事責任に関係のある利益である場合は自白排除の理由になるものと解すべきである」とする。

454) 香川喜八郎「判批」別冊ジュリスト174号163頁(2005年)。

して、起訴されるに至った。この事実関係から、検察官の「背信の意図」を問題とする違法排除説や、約束の不履行を問題とする違法排除説の見解に立てば、本判例を「約束による自白」のケースと扱ってよいかは議論を要するであろう。しかし、「強い自白への誘引力」を問題として「任意性」を否定したと解釈する立場（この理解は、虚偽排除説、人権擁護説、違法排除説のいずれの立場からも可能と考える）からは、問題なく、本判例を「約束による自白」の事例と理解することができる。なぜなら、ここで問題とされるのは、「約束による自白」が被疑者の「心理」に与えた（あるいは類型的に与える）影響力だからであり、この場合に、検察官の意図がいかなるものであったか否かや、約束の不履行があったか否かは、必ずしも問題とならないからである。

以上の「約束による自白」の証拠能力を否定する判断は、東京高裁平成25年7月23日判決<sup>455)</sup>でも維持された。もっとも、ここでは、証拠能力を否定する根拠は、明確に、黙秘権侵害に求められた。

事案の概要は、次の通りである。警察官らは、被告人に対して、覚せい剤の所持では再逮捕や家宅捜索しないとあって、覚せい剤の所在を被告人から聞き出した。そのため、その供述の派生証拠たる覚せい剤や鑑定書に、証拠能力が認められるかが問題となった。

この事案につき、東京高裁は、「被告人から問題の被告人供述を引き出したB警部補らの一連の発言は、利益誘導的であり、しかも、少なくとも結果的には虚偽約束であって、発言をした際のB警部補らの取調べ自体、被告人の黙秘権を侵害する違法なものといわざるを得ず、問題の被告人供述が任意性を欠いていることは明らかである」とした。その上で、派生証拠たる覚せい剤や鑑定書につき、原審たる東京地裁平成25年3月7日が、取調べが比較的短時間であること及び暴行・脅迫が用いられていないことから、「取調べの違法性の程度は高くな」く、「重大な違法があるとまでは

---

455) 東京高裁平成25年7月23日判決判例時報2201号141頁。

いえない」として証拠能力を認めていたのに対して、この判断を覆し、「虚偽約束による供述が問題となる本件においては、その供述を得られた取調べ時間の長さや暴行、脅迫の有無を検討要素とする意味はなく、捜査官が利益誘導的かつ虚偽の約束をしたこと自体、放置できない重大な違法である」として、それら派生証拠の証拠能力を否定した。

本裁判例の意義は、虚偽約束をした上で、覚せい剤の在処を自供させ、その自供に基づいて押収された覚せい剤やその鑑定書を、そのような取調べが「黙秘権を侵害」することを理由に、重大違法性を肯定して、それらの証拠能力を否定した点にある。

ここでは、本稿の課題との関係で、派生証拠の証拠能力の問題は片隅に置き、黙秘権侵害の内実のみに焦点を当てて検討する<sup>456)</sup>。

まず、本裁判例が、何をもって、「黙秘権を侵害する」と捉えたかについては、議論を要するであろう。1つの考え方は、警察官らによる再逮捕や家宅捜索をしないという「約束」(あるいは利益誘導)自体が、「黙秘権を侵害する」というものである<sup>457)</sup>。もう1つの考え方は、仮に被告人が薬物を所持していたならば、はじめから再逮捕や家宅捜索する意思があるのに、そのような約束をして自白を引き出したこと、つまり「偽計」を用いたことが、「黙秘権を侵害する」というものである<sup>458)459)</sup>。

---

456) なお、本裁判例が自白の証拠能力を否定した根拠につき、人権擁護説に立ったのか違法排除説に立ったのかで、学説上評価が分かれる。人権擁護説の立場から理解するものとして、渡辺咲子「判批」判例評論668号判例時報2229号148頁(2014年)。違法排除説に立場から理解するものとして、河村有教「判批」海保大研究報告60巻1号106頁(2015年)。これも興味深い問題であるが、本稿との関係で重要なのは、本裁判例がなにをもって「黙秘権を侵害する」と捉えたのかという内実であるので、この点のみの検討を行う。

457) 本裁判例が「約束による自白」ないし「利益誘導による自白」を扱ったものと理解する見解として、高倉新喜「判批」刑事法ジャーナル41号232頁(2014年)、前田雅英「判批」捜査研究65巻5号18頁(2014年)がある。

458) 本裁判例が「偽計による自白」を扱ったものと理解する見解として、山本和昭「判批」専修ロージャーナル10号243頁(2014年)がある。山本は、「偽計を用いて自白を取得することは、基本的な人権である被疑者の自由な意思決定を妨げるものであり、捜査機関による人権侵害であって、強制、脅迫に匹敵する違法が存在するというべき」と指摘して「違



仮に、本裁判例が後者のような理解に立つのだとすれば、どのような点に、黙秘権侵害が認められるだろうか。この点につき、被疑者・被告人が、自白をすることによる利益と不利益とを天秤にかけて意思決定をするにあたり、誤った情報を与えられて、誤った計算をした結果、誤った自白の動機が形成されたことが問題となろう<sup>460)</sup>。つまり、黙秘権侵害の内実は、動機の形成の前提が損なわれ、意思決定の自由が間接的に制約されたことに求められることになる。しかし、本件判旨では、上記のような詳細な理由付けはなされていない。端的に「一連の発言は、利益誘導的であり、しかも、少なくとも結果的には虚偽約束である」ことが問題とされている。そうだとすると、約束による自白が有する「強い自白への誘引力」を捉えて、黙秘権侵害を認定した、と読むのが自然ではないかと考える。

以上の理解を前提とすれば、本裁判例は、再逮捕や家宅捜索しないという「強い自白への誘引力」が、黙秘権侵害の内実を構成すると理解するのが適切であろう<sup>461)</sup>。

---

「法性は重大」であるとする。ただし、何を以て「自由な意思決定を妨げる」と捉えるかについては明確にしていない。山本・同上243頁。他にも、中島宏「判批」法学セミナー59巻4号138頁（2014年）も、「学説上、約束により自白を求める方法が直ちに違法とはいえないとの見解も有力である。しかし、本件は、約束を履行せず虚偽になることを取調官が認識して取調べを行っており、偽計に近い性質を帯びていることから、黙秘権侵害を根拠に違法性を認めることが可能な事案だった」としており、「偽計による自白」を問題としたと読む立場と親和性がある指摘を行っている。

459) 他の判例評釈として、金子章「判批」判例セレクト2014〔2〕月刊法学教室414号別冊付録43頁（2015年）、加藤経将「判批」警察学論集68巻8号164頁以下（2015年）がある。

460) 長井・前掲注451) 122-123頁参照。他にも、洲見光男「判批」平成26年度重要判例解説ジュリスト臨時増刊1479号190頁（2015年）。洲見はこの場合、「誤った自白の動機が形成された以上、捜査官に虚偽の認識がなかった場合でも、黙秘権の侵害があったものと構成できよう」とする。洲見・同上。

461) ただし、本裁判例がいう黙秘権侵害が、憲法38条1項が想定する供述の強要と同義なのかについては、もう一步検討を要する。憲法上の黙秘権の保障を担保するためには、自白だけでなく、その派生証拠についても証拠利用が否定されなければ意味がなく、この点から、派生証拠の証拠能力を否定し得る（人権擁護説）。本裁判例がいう黙秘権侵害が憲法38条1項の想定する供述強要に該当するのだとすれば、取調べの重大違法性に着目するまでもなく、派生証拠の証拠能力を否定し得る。それにもかかわらず、本裁判例は、本件〆

### 第3項 自己負罪型司法取引に関する近年の議論

以上のように、「約束による自白」に関する従来の議論においては、その任意性を否定するのが、支配的な見解であった。この理解は、「約束による自白」に関する初の最高裁の判例でも採られた。この判例で着目されたのが、「強い自白への誘引力」である。

これらの議論に対して、自己負罪型司法取引については、一定の任意性担保措置を採れば、取引による有罪答弁・自白の任意性を肯定してよいとする見解が、近年有力に提示されている。

その嚆矢となったのが、宇川論文「司法取引を考える(8)<sup>462)</sup>」である。宇川検事は、アメリカで答弁取引の合憲性を肯定した *Brady v. United States* 判決<sup>463)</sup>の検討を行った後、以下の条件を満たせば、取引による有罪答弁の任意性を肯定できるとする。すなわち、「① 弁護人を付して被疑者・被告人の判断能力を補った上、② 尋問テクニックとしてではなく、事件処理に関する対等な当事者の協議という場面において、③ 合理的な範囲内の利益なり寛大処分が提示されたという場合には、『被疑者・被告人が、双方の選択肢の内容を十分に承知した上で態度決定しているならば、それは任意である』という任意性のダブル・スタンダードを認めることは決して不当ではない<sup>464)</sup>」と提案する。

その立論として、まず、「任意性」という本来の意味について「複数の

---

↘取調べに重大違法があったことを理由に、派生証拠の証拠能力を否定している。この点を捉えれば、本裁判例は黙秘権侵害を供述強要より広く捉えている可能性がある。川出敏裕「不任意自白に基づいて発見された証拠物」ジュリスト232号174-175頁(2017年)。たしかに、このような読み方にも相応の説得性はある。しかし、判旨では、「捜査官が利益誘導的かつ虚偽の約束をしたこと自体、放置できない重大な違法である」と指摘されている。これに加えて、先の人権擁護説の理解と黙秘権侵害ゆえに重大違法性があるという論理は排斥し合う関係にないことに鑑みれば、本裁判例がいう黙秘権侵害を憲法38条1項の想定する供述強要と同旨することも誤りではないように思われる。

462) 宇川・前掲注254) 29頁以下。他にも、宇川・前掲注430) 22頁以下、宇川・前掲注402) 25-47頁を参照。

463) *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970)。詳細は、第3章第2節第1項第2を参照。

464) 宇川・前掲注254) 32頁。

選択肢の意味を理解した上で、そのいずれかを選択すること」という以上の特別の意味は認められないと指摘する。その上で、その一般的意味における任意性と刑訴法319条（あるいは憲法38条）にいう特別な意味の「任意性」が異なるという想定される批判に対して、「そこにいう特別な任意性とは、一体、何を想定した任意性なのだろうか」と問い、それは「拷問を頂点とする不当な尋問方法を排除するため、あるいはそのような方法で獲得された自白の証拠能力を否定するための任意性であったはずである」とする<sup>465)</sup>。

そして、「約束による自白は任意性を欠く」というときに想定されているのは、「捜査官が、取調べ室において（典型的には身柄拘束下の取調べ室において）、弁護人の立会のないまま、自白を引き出すための尋問のテクニックとして、硬軟取りまぜて利益誘導をする場面である」と理解する<sup>466)</sup>。その上で、この「取調べ」の場面と「取引」の場面は異なるのであると指摘する。

すなわち、取調べの場面においては、「捜査官から寛大処分が提示されるという場合、その内容は不明確であったり、実際上の有利性が曖昧であったりして、公正なものであるかはっきりしない」し「弁護人の同席がない以上、このような約束の持ちうる心理的インパクトは中和されにくく、被疑者は必ずしも十分な判断材料を持たないまま、それにさらされることになる」。また、「取調べという非当事者対立的な手続の持つ固有の雰囲気も手伝って」「冷静な選択が期待できない」し、その後の公判廷で「被疑者がいかなる心理から自白するに至ったのか、再構成することも困難である」とする<sup>467)</sup>。

これに対して、取引の場面においては、「検察官は、単なる捜査官としてではなく、訴追裁量権を有する公訴官という立場において、当事者とし

---

465) 宇川・同上31頁。

466) 宇川・同上31-32頁。

467) 宇川・同上32頁。

て弁護士及び被疑者・被告人に対峙する。検察官は公訴権を独占し、訴追裁量権を有するのであるから、自己の権限の範囲内（すなわち訴因の選択及び求刑の決定）において、明白な条件を提示することができるし、当然、それを履行することができる（そして、履行しなければならない）。加えて、「弁護士は、被疑者・被告人との接見、検察官との協議、事実関係の調査、証拠開示などの手段を通じて事件の見通しを立て、その専門的技量を背景に、どのような選択が依頼者の利益になるのかアドバイスをすることができるし、かつそのようにすることが期待されるのである」から<sup>468)</sup>、先に挙げた条件を満たせば、任意性を認めてよいとする。

この見解は、従来、「約束による自白」の任意性が問題とされてきたのは、取調べによる弊害である、という理解を出発点とする。その上で、アメリカにおける Brady 判決を素材に、被疑者・被告人が選択肢の内容を理解した上で態度決定している場合には、先の①②③の条件を満たせば、有罪答弁の任意性を肯定できるとする<sup>469)</sup>。ここでの「任意性」意義は、Brady 判決と同じく、選択肢が複数客観的に存在することと被疑者・被告人が選択肢の内容を十分に認識していたことにあると思われる<sup>470)</sup>。この見解については、「任意性」の意義を上記のように捉えることの是非や、上記①②③の任意性担保措置が十分に機能するかが検証されなければならない。

加えて、宇川は、虚偽排除説を前提とした自白法則との関係でも、同様

---

468) 宇川・同上。

469) この点に関連して、青木孝之「米国の司法取引」名城法学65号4号59-60頁（2016年）も、「密室である取調室の中で、弁護人の十分な援助もなく、現実の権力関係においても圧倒的な劣位にある被疑者・被告人が、取調官から利益誘導をもちかけられる場合と異なり、検察官から取引条件が明示され、弁護人の十分な援助の下、その利害得失を十分に吟味・知悉した上で（knowingly and voluntarily）、裁判官の面前で行う公判廷の自白には、虚偽を誘発する典型的な危険はないと言い得るのである」とする。青木孝之「米国の司法取引と日本の協議・合意制度（加藤克佳ほか「特集 司法取引の多角的検討 比較法的知見を踏まえて」）法律時報1097号54-60頁（2016年）も参照。他にも、高野隆「日本の司法取引の条件」季刊刑事弁護39巻63頁（2004年）は、宇川の帰結を支持する。

470) ただし、任意性担保措置として、③量刑格差に合理的制限を設けることを挙げる点に鑑みれば、任意性の意義を必ずしも上記のように捉えていない可能性もある。

に、被疑者・被告人が選択肢の内容を理解した上で自白をする場合には、①②③を条件に、「類型的な虚偽の可能性は解消されている」として、取引による自白の任意性を肯定する<sup>471)</sup>。ここで、被疑者・被告人による選択肢の理解や①②③等が担保しているのは、自白の真実性であろう。

以上の宇川論文を皮切りに、取引が直ちに、自由な意思決定を否定するものではなく、類型的に虚偽の自白を導くものでもないという理解が積極的に採られるようになった。

例えば、川出敏裕も、被疑者・被告人が自由な意思決定に基づいて国家機関と合意することが可能か否かという問題設定の下、「被疑者・被告人があることに同意することにより、自らの刑事処分に関わる一定の利益が得られるという側面は、司法取引以外にもありうるが、そのような同意が、一律に意思決定の自由を奪われた状態で行われたものとして無効となるわけではない」とする<sup>472)</sup>。その例として、既存の制度の即決裁判手続を挙げる。司法取引における合意が、「個別の事件ごとに、国家機関から明示的に利益の提示がなされたうえで、その後の交渉に基づいて行われるという差異があるし、また、その内容がより重大なものとなる場合もありうる点で、被疑者・被告人の意思決定に与える影響が大きいはいえるが、しかし、そのことは、被疑者・被告人の意思決定の自由が確保されるか否かという観点からは、本質的な違いではないと思われる」とする<sup>473)</sup>。その上で、自由な意思決定を担保する必要な措置として、弁護人の選任、合意に裁判官の関与がない場合には、裁判所の面前で交渉と合意の存在を明らかにした上で、裁判所が合意の任意性を確保すること、量刑格差に制限を設けること等を挙げる<sup>474)</sup>。

---

471) 宇川・前掲注402) 37頁。

472) 川出・前掲注13) 342-343頁。他にも、川出敏裕「司法取引の当否——刑事法の観点から」公正取引617号21頁以下（2002年）、川出・前掲注430) 論究ジュリスト65頁以下を参照。

473) 川出・前掲注13) 343頁。

474) 他にも、「その実態は必ずしも明らかではないが、仮に、現在の身柄拘束が、被告人メ

また、自白法則との関係については、以下のように言及する。一般に「約束による自白」の任意性に疑いがあるとされてきたのは、虚偽のおそれが典型的に高いことによるものであるという理解を前提に、司法取引による自白については、「検察官から取引の条件が明示され、それを受けた被疑者・被告人が、それによる利害得失について弁護人と事前に相談したうえで、裁判所の面前で行う自白は、これまで問題とされてきたような捜査段階で行われる自白とは異なるということは十分可能であろう」とする。そして、「取引に基づく自白ないし供述が任意性を欠くことになるかどうかは、具体的な制度の内容次第であり、そうはならない制度設計は十分可能であると思われる」とする<sup>475)</sup>。

たしかに、川出が正当に指摘する通り、即決裁判手続をはじめ、日本の既存の制度においても、同意によって自らの刑事処分に関して一定の利益が得られるという側面が存在する。しかし、即決裁判手続の場面では、ある犯罪について簡易な手続に応じて処罰を軽くするか否かという問題しか基本的に与えられていない。これに対して、自己負罪型司法取引では、より重い別の犯罪について不起訴する代わりに、ある犯罪について有罪答弁ないし自白をするという合意がなされることも想定される。例えば、前者では、ある窃盗について即決裁判手続を選ぶ場合と選ばない場合の量刑格差しか問題とならないのに対して、後者では、強盗について不起訴にする代わりに、窃盗について有罪答弁をするという合意をする場合も想定される。この場合、被疑者は強盗での処罰と窃盗での処罰という量刑格差に直面させられることになる。この例のように、自己負罪型司法取引では、量刑格差が顕著となり得、この点で、即決裁判手続とは異なるといえよう<sup>476)</sup>。

---

↘が事実上取引に応じざるを得ないようなかたちで運用されているのであれば、それを改めることも必要になる」と指摘する。川出・同上343頁。

475) 川出・同上345頁。

476) ただし、川出が司法取引における合意については、「その内容がより重大なものとなる場合もありうる点」で差異があると指摘するのは、この趣旨かもしれない。仮にそうだと

また、即決裁判手続をはじめとした既存の制度下でなされる同意ないし合意が、自由意思によるものといえるかということ自体、今一度、検証する必要があるように思われる。

川出は、自由意思を担保する必要措置として、弁護人の援助、合意に裁判官の関与がない場合には、裁判所の前で交渉と合意の存在を明らかにした上で、裁判所が合意の任意性を確認すること、量刑格差制限を設けること等を挙げる。しかし、これらの措置によって、「自由な意思決定」を確保できるかについては、検証の余地が残されている。

同じように、加藤克佳も、「自由かつ公正な意思決定に基づいて国家機関と合意することが可能か」という問題につき、わが国には既に即決裁判手続や略式手続が存在しており、「もとより、協議・合意の場合は、個別の事件ごとに国家機関から明示的に一定の利益の提示がなされた上で、協議に基づいて合意するか否かの判断が行われるという点や、その判断がより大きな訴訟法的効果をもたらすという点で相違があるが、やはりそれによって意思決定の自由を侵害しているとはいえないであろう」として<sup>477)</sup>、川出と同じ立場に立つ<sup>478)</sup>。その上で、自由かつ公正な意思決定を担保する措置としては、事前には、①弁護人の必要的選任・有効な援助支援、②裁判所による合意の任意性の確認、③「提供される利益として刑の減輕を考慮する場合には、特定の点ではなく幅のある量刑とし（いわゆ

---

ゝとすれば、自己負罪型司法取引の場合は、上記のように量刑格差が顕著となり得るから、「本質的な違いではない」とすることはできないのではないかと思われる。なお、川出は、量刑格差に制限を設けることも制度設計として想定するが、そのような制度設計が実現できるか否かについては、検証の余地が残されている。

477) 加藤克佳「刑事手続における協議・合意——主にドイツ法を手がかりとして——」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』401-402頁（成文堂、2014年）。

478) 他にも、加藤・前掲注430)名城法学33頁以下、加藤克佳「自白法則について——現状と課題——」刑法雑誌52巻1号84-85頁（2013年）、加藤克佳「日本の刑事裁判と合意手続」刑事法ジャーナル22号2-14頁（2010年）、ヨアヒム・ヘルマン（加藤克佳訳）「取引司法——ドイツ刑事司法にとって有用か？」愛知大学法学部法経論集133号89-119頁（1993年）を参照。

る「幅の理論」) かつ、量刑較差を合理的で適切な範囲にとどめること (これは責任主義の要請) とし、事後には④「これらが適正に提示されかつ履行されたかを、上訴審で争う途を設けておくこと」が必要であるとす  
る<sup>479)</sup>。

また、約束による自白との関係では「約束を動機としつつも、被疑者が検察官から提示された必要な情報を自己に選任された弁護人と事前に十分相談した場合など、虚偽の内容を供述したのではないことが認められるのであれば、証拠能力を一律に否定すべきでない」とする<sup>480)</sup>。そして、任意性を認める必要条件としては、(1) 弁護人の選任・援助、(2) 検察官による合理的裁量内での取引条件明示、(3) それによる利害得失についての弁護人と事前に十分相談が可能であること、(4) あくまで知る限りの真実を述べる旨を約束内容とすること、(5) そうした自白を裁判所の面前で行うことを挙げる<sup>481)</sup>。

この見解も、① 弁護人の存在を、自由かつ公正な意思決定を担保する重要な措置として理解する。また、② 裁判所に合意の任意性を確認させる措置を提案する点も、川出説と共通する。さらに、③ 検察官による合理的裁量内での取引条件明示という条件は、「責任主義の要請」であると理解するが、同時に、「自由かつ公正な意思決定」の担保措置であるとも位置付ける。

同様に、辻本典央も、取引が直ちに自白の証拠能力を否定するという論理を採用しない<sup>482)</sup>。すなわち、約束利益が刑事訴追に関するものである

---

479) 加藤・前掲注 477) 401-402。

480) 加藤・同上 403頁。

481) 加藤・同上。

482) 辻本典央「約束による自白の証拠能力」近畿大学法学第57巻第4号55頁(2010年)。他にも、辻本典央「ドイツの司法取引」名城法学65巻4号61-84頁(2016年)、辻本典央「ドイツの司法取引と日本の協議・合意制度(加藤克佳ほか「特集 司法取引の多角的検討 比較法的知見を踏まえて」)法律時報1097号61-67頁(2016年)、辻本典央「刑事手続における取引(1)——ドイツにおける判決合意手続——」近代法学第57巻第2号1-49頁(2009年)を参照。



場合（司法取引的態様）には、「提示利益が極端に不相当なもの、あるいは非合法的なものであるときは、自白の証拠能力は否定されるべきである。例えば、自白に対する余罪の不訴追を約束する場合、その不訴追がもはや検察官の起訴裁量権を逸脱するようなものであるときは、違法排除の観点から証拠能力を否定されるべき」であり、また、「提示利益が極端な優遇であるときは、被疑者・被告人においてもはや取引に応じて自白するか、又は申出を拒否して争うかの選択の自由がもはや存在しないものと言わざるをえず、任意性の観点から、虚偽自白を誘引し、黙秘権の行使を不当に妨げるものとして、証拠能力は否定されなければならない」とする。しかし逆に、減刑（軽い求刑を含む）を約束とする場合においても、「その減刑の範囲がなおも当該所為の責任に相応するものであり、取引を拒否した場合に想定される程度の刑と比較して、その較差がもはや取引に応じるか否かについて選択の余地がないほど広いものという程のものではない場合には、違法排除の観点からも、任意性の観点からも、自白に証拠能力を認めることを妨げられない」と主張する<sup>483)</sup>。

この見解は、まず、取引による「減刑の範囲」は「当該所為の責任に相応するもの」であることが責任主義の要請から必要であるとする。その上で、自白の証拠能力との関係で、量刑格差が「もはや取引に応じるか否かについて選択の余地がないほど広いものという程のものではない場合」には、違法排除の観点からも、任意性の観点からも、自白の証拠能力を否定する必要はないとする。

最後に、南迫葉月は、「アメリカにおける有罪答弁の任意性をめぐる議論を参考にすると、大きな格差のある選択肢を提示すること自体は、それが見せかけのものではなく選択状況に利益をもたらす限り、被告人の選択を不任意ならしめるものではない。したがって、自由な意思決定の保障という観点から問題となるのは、合意の有無による刑の格差そのものという

---

483) 辻本・前掲注482) 近畿大学法学56-57頁。

よりも、検察官がそのような選択肢を制限していないかどうか、すなわち、検察官が協議において自白や協力の有無に応じて恩典を提示する際に、自白又は協力がなされなかった場合に科されうる処罰を過度に重く設定していないかどうかである。この点は、取引過程での弁護人によるチェックと、取引内容を書面化した上で裁判所が取引条件を審査することによって対処すべきである<sup>484)</sup>とする。

この見解は、自己負罪型司法取引については、「単に自己の犯罪事実を認めたと過ぎないこと等から減刑の幅に一定の限界がある<sup>485)</sup>」と指摘して、量刑格差には限界があることを前提に、弁護人の援助や、取引内容の書面化、裁判所への開示、それを受けた裁判所による審査等の整備を行うことを提案する。

以上が、近年有力に主張されている自己負罪型司法取引の導入論である。これらの見解は、次の3点において特徴がある。

第1に、ほとんどの論者が、量刑格差に合理的な制限を設けるという条件を挙げている点である。上記の見解の中には、これを責任主義の要請と理解するものもある。しかし、これが同時に、自由な意思決定を担保する措置であることを否定しない。

第2に、弁護人の存在を、任意性(あるいは自由な意思決定)を肯定する強力な要因として位置付け<sup>486)</sup>、それゆえに取引による場合も、弁護人を付す等の整備を行えば、その任意性(あるいは意思決定の自由)を肯定でき

---

484) 南迫葉月「協議・合意制度における虚偽供述の防止についての研究(五・完)」法学論叢181巻5号51-52頁(2017年)。

485) 南迫・同上52頁。

486) 以上の論稿以外にも、小坂井久「刑事司法取引と弁護人の任務」季刊刑事弁護39号54頁(2004年)は、「『取引』には弁護人の存在が不可欠』であると指摘する。もっとも小坂井は、有罪答弁制度の量刑格差が自己負罪拒否特権を侵害しないか、約束による自白の法理を乗り越えられるか等の原理的問題は残るとする。小坂井・同上56頁。

また、例えば、大久保正人「自白から有罪答弁へ」桃山法学19号3-12頁(2012年)は、「約束による自白」と「答弁取引」の相違点の1つとして、後者には弁護人の適切な援助・助言があることを指摘して、答弁取引を肯定する。

るとする<sup>487)</sup>。

第3に、裁判所による任意性チェック機能への期待である。すなわち、交渉と合意がある場合には、その存在と内容を開示した上で、それが自由意思によるものか否かを裁判所に判断させる制度を構想する。

#### 第4項 小 括

以上にみたように、「約束による自白」の任意性は否定されるというのが、支配的な見解であった。最高裁も、昭和41年7月1日第二小法廷判決刑集20巻6号537頁で、同様の理解を採った。ここで着目されたのは、「強い自白への誘引力」である。

これに対して、宇川検事は、「約束による自白」の任意性が否定される理由は、弁護人の立会のないまま取調べによって自白が獲得される点にあるとし、それゆえ、協議という場において、弁護人の援助を与えた上で、量刑格差を合理的な範囲にとどめる等の条件を整えれば、被告人が双方の選択肢の内容を理解する限りで、「任意性」を肯定できると説く。ここでは、「約束による自白」の主たる問題が、「強い自白への誘引力」自体ではなく（宇川検事もこれが考慮要素であることは否定しないだろう）、それが被疑者・被告人に対して及ぼされる状況、すなわち、取調べにあると理解される。この宇川論文を皮切りに、学説上、任意性担保措置の検討が積極的になされるようになった。そして、主として、量刑格差に合理的な制限を設けるという措置、弁護人を付けるという措置、及び、裁判所に交渉の存在と合意を開示した上で、裁判所によって任意性を確認させる措置を設けること等が、有力に主張されるに至った。

しかし、任意性担保措置の検討の前提としては、まず、「任意性」の意義を確定し、自己負罪型司法取引がなぜ「任意性」に疑問を生じさせるのかを分析しなければならない。その上で、任意性担保措置が、自己負罪型

---

487) なお、ただし、南迫論文では、弁護人の問題についても指摘がある。

司法取引による任意性に対する弊害をどのように治癒するかを検討する必要がある。

そこで、第3章第2節で紹介したアメリカの議論を参考に、「任意性」の意義を確定させ、なぜ自己負罪型司法取引が任意性に疑問を生じさせるのかという当該取引の構造を分析した上で、量刑格差に合理的な制限を設ける措置や弁護人の援助、交渉の存在と合意の裁判所に対する開示と裁判所による任意性の確認という任意性担保措置が、「任意性」を肯定する機能を持つか否かを、順に検討していく。

## 第4節 検 討

### 第1項 自己負罪型司法取引による有罪答弁・自白の「任意性」についての検討

自己負罪型司法取引によって得られる有罪答弁や自白が、自由な自己決定に基づいてなされる必要がある点に、異論はないものと思われる。アメリカにおいても、有罪答弁は自由な自己決定に基づいてなされる必要があり、修正5条の自己負罪拒否特権を根拠として、有罪答弁は「任意」である必要があると理解された。日本においても、憲法上、自己負罪拒否特権の保障がある点はアメリカと異ならない(日本国憲法38条1項)。では、自己負罪拒否特権が要求する「任意性」の意義につき、いかに理解すべきであろうか。アメリカ法の検討として得られた示唆を手掛かりに検討を試みる。

第3章第2節第1項・2項を通して、アメリカにおいては、答弁取引による有罪答弁の「任意性」に関して、①任意性肯定説(判例)、②任意性否定説、③基準説の対立があることを確認した。

①説は、「任意性」を基本的に、選択肢の客観的な存在と行為者による選択肢の十分な理解で充足するとする見解である。しかし、②③説が批判する通り、「任意性」を客観的な選択肢の存在と行為者による選択肢の十分な理解だけでは充足することができないであろう。このことは、ガンマ

ン事例が如実に示すように思われる。

けん銃を突きつけられて、「金か命か、どちらかを選べ」と選択を迫られた被害者が、金を払ったという事例を想定する。この事例においては、被害者には、客観的には「金を払うという選択肢」と「金を払わずに命を危険に晒すという選択肢」が存在する。また、被害者は各選択肢が意味すること、すなわち、金を払えば命が助かるが、金を払わなければ命を失うかもしれないということを十分に理解しているであろう。そのため、①説に従うと、この場合の被害者の金を払うという選択も、任意の選択となってしまう。しかし、この選択を任意の選択とは誰も捉えないであろう。ここから、「任意性」概念が、選択肢の客観的存在と行為者による選択肢の十分な理解のみによっては充足されないことが窺える。

この点の反省から、②説は、「任意性」の有無を、取引に応じないという合理的な選択肢があったか否かという観点から判断することとする。ここで重要なのは、「任意性」を充足するためには、単に客観的に選択肢があるだけでは不十分であり、取引に応じないという選択肢が、合理的な選択肢として保障されていなければならないとする点である。この点は、「任意性」概念を確定する上で、日本においても、極めて示唆に富んだ発想であろう。なぜなら、合理的に選びようがない選択肢が存在しても、それは、結局、合理的に考えて選べないのであるから、他方の選択肢である取引に応じるという選択肢を、形の上では選んでいたとしても、その選択を「任意」と捉えることは、自己負罪拒否特権の保障の観点からは、極めて困難であるからである。

以上から、自己負罪拒否特権を実質的に保障するためには、取引に応じないという選択肢が合理的な選択肢として保障されなければならないと解すべきである（「任意性」の要求）。

このように「任意性」を捉える見解に対しては、③説が示すように、ドクター事例を持ち出して、合理的な選択肢がないことと任意性を欠くことは同一ではないという批判が想定される。

しかし、自己負罪型司法取引に応じる場合の有罪答弁・自白の「任意性」を、その他一般(例えばドクター事例)の任意性と同一に解する必要はないであろう。なぜなら、任意性の要求根拠が異なるからである。自己負罪型司法取引による有罪答弁・自白に「任意性」が要求されるのは、憲法38条1項の自己負罪拒否特権を根拠とする。これに対して、ドクター事例における患者の医療費を支払うという選択に任意性が要求されるのは、自己負罪拒否特権を根拠としない。このように要求根拠の違いに着目することで、③説からの批判を回避できる。

上記のように、「任意性」の要求根拠を、憲法38条1項に求め、要求根拠の違いから、ドクター事例との区別を図るとすると、①説の批判として、ガンマン事例を持ち出すことは不整合ではないかが問題となろう。

たしかに、ガンマン事例の被害者の選択の任意性は、自己負罪拒否特権を根拠としない。この意味で、先の批判は正しい。しかし、ガンマン事例が示唆するのは、合理的に考えて一方の選択肢を選ばないのであれば、対象者が他方の選択肢を選んだことをもって、その選択を任意とはいえないということである。この問題は、自己負罪拒否特権保障の場面にも、同様に妥当するであろう。

ここで改めて、③説が妥当でない点を、再確認しておく。この説の最大の難点は、基準の設定が極めて困難ということにある<sup>488)</sup>。

以上より、憲法38条1項を根拠とする「任意性」の意義は、取引に応じないという選択肢が合理的な選択肢として保障されていなければならない、という点に求められると解すべきである。これは、客観的に複数の選択肢が存在することでは、「任意性」の要求が充足されないことを意味する。

ところで、これまで、有罪答弁の「任意性」と自白の「任意性」を同義のものとして扱ってきた。このような理解に対しては、有罪答弁の「任意性」と自白の「任意性」は異なるのではないか、という批判が与えられる

---

488) 詳細は、第3章第2節第4項を参照。

であろう。

しかし、取引に応じるか否かを決断する際に、取引に応じないという選択が合理的選択肢として保障されていなければならない点は、有罪答弁と自白で差異はなく、自己負罪拒否特権の保障という観点から捉えたとき、両者を区別すべき本質的な違いはないように思われる。

前記の見地から、自己負罪型司法取引によって得られる有罪答弁・自白に「任意性」が認められるかにつき考察する。

繰り返し述べてきた通り、自己負罪型司法取引は、量刑格差を前提とする。すなわち、被疑者・被告人が、自己負罪型司法取引に晒される場合、これらの者は、取引に応じれば処罰が軽くなり、逆に取引に応じなければ、処罰が相対的に重くなるという状況に置かれていることになる。自己負罪型司法取引には、このような構造が存在する。なぜなら、取引に応じる場合に処罰が軽くないのであれば、無罪となる可能性をほぼ捨ててまで取引に応じる意味が、被疑者・被告人には基本的にないからである。そして、この構造は、取引に応じる以外に合理的な選択肢のない状況に被疑者・被告人を置くという事態を生じさせ得る。それゆえ、量刑格差によって、被疑者・被告人には取引に応じないという選択肢が合理的選択肢として保障されているといえないから、自己負罪型司法取引によって得られる有罪答弁・自白の「任意性」は典型的に否定されると解すべきである<sup>489)</sup>。

---

489) なお、この論証は、自己負罪型司法取引によって得られる自白の任意性が典型的に否定されることを目的とするものである。実際には、取引ないし約束がなされる前段階として、被疑者の供述拒否の決断を翻意させるための説得行為が行われるのが通常であり、黙秘権がその本質から取調遮断効を有するという理解を前提とすれば、違法排除説の立場からは、前段階の説得行為を捉えて、「違法」と評価できる。この点については、瀧野貴生「黙秘権保障と自白法則」法律時報85巻4号116-117頁（2013年）を参照。また他にも、黙秘権行使が有する取調遮断効の検討については、高田・前掲注11）95頁、安部祥太『被疑者取調べの憲法的規制』379頁（日本評論社、2019年）を参照。前掲の昭和41年判決も、約束を持ち掛ける以前に、逮捕から10日間にわたって説得行為が行われており、上記の理解を前提とすれば、約束の前段階であるこの点を捉えて、黙秘権違反（憲法38条1項）の違法を認定できると思われる。

## 第2項 任意性担保措置についての検討

### 第1 量刑格差の合理的制限

以上のように、自己負罪型司法取引が生む量刑格差が、被疑者・被告人を取引に応じる以外に合理的な選択肢のない状況に置くことがゆえに、自己負罪型司法取引による有罪答弁・自白の「任意性」は典型的に否定されると解すべきである。しかし、このような理解に対しては、以下のような反論が想定される。

例えば、宇川検事等は、量刑格差に合理的な制限を設けることを提案する。この指摘を踏まえて反論を想定すると、次の通りとなる。すなわち、量刑格差が取引に応じる以外に合理的な選択肢を奪っていることを理由に、「任意性」を欠くのだとすれば(私見)、逆にいえば、合理的な選択肢を確保すれば「任意性」は肯定されるのだから、それが可能な程度に、量刑格差に制限を設ければよいとする批判である。

このような批判に対しては、まず、量刑格差に制限を設けることの困難性を指摘する必要がある。すなわち、そのような量刑格差制限を設けることは可能かが、批判的に検討されてよいように思われる。

例えば、アメリカのように、有罪答弁をした場合に付与する恩典に限界を設けることにより、量刑格差を制限することが考えられる。しかし、このような規制は、起訴取引の存在によって潜脱されるという問題があった。

そこで、この点を踏まえて、起訴取引の場合も含めた量刑格差制限を及ぼす制度設計にすればよいように思える。具体的には、例えば、不起訴を合意した場合は、それを合意書面に記載し、不起訴の合意がされた嫌疑を含めて、裁判所に量刑格差制限を確認させるという制度である。しかし、仮にこのような制度設計をしたとしても、その規制は、暗黙の取引によって潜脱され得る。

例えば、以下の事例を想定したい。A・B・Cという3つの嫌疑があるとする。そのうち、検察官は、B・Cについては不起訴にする代わりに、A



については有罪答弁をしてもらいたいと考えた。しかし、量刑格差制限により、そのような合意はできなかった。ところが、Bについては不起訴にする代わりにAについては有罪答弁をもらうという合意は、格差制限に引っ掛からず、可能であった。そこで、当事者らは、「Bの不起訴を条件に被告人はAで有罪答弁をする」という合意をする。その上で、暗黙に、すなわち正式な合意事項とはせず、検察官がCについても不起訴にすることを示唆し、弁護人側もそれを了知している場合を想定してほしい。

このような暗黙の取引がなされれば、合意書面に恩典の内容が記載されないから、裁判所が量刑格差の制限を十分にチェックできないものと思われる。

また、恩典付与の示唆以外にも、量刑格差制限の潜脱は問題となり得る。例えば、検察官が、取引に応じない場合にはより重い犯罪で訴追すると示唆する場合かどうか。このような事例は、既にみたアメリカの連邦最高裁 *Bordenkircher v. Hayes* 判決でも問題となった。この場合、被疑者は取引に応じるか否かを決断する際、著しい量刑格差に直面させられる<sup>490)</sup>。

以上の問題は、合意事項のみを裁判所に開示することを前提としたものである。そして、実際の恩典の内容や重い犯罪での訴追という示唆が、表立って、現れて来ないことが問題であった。それでは、合意事項だけでなく、検察官から合意事項とされない恩典付与の示唆があったことや検察官がより重い犯罪での訴追を示唆したことについても、当事者から裁判所へ

---

490) このような指摘に対しては、そもそも重い犯罪での立証が困難であることから、検察官は、取引を持ち掛けているかわからず、被疑者が取引に応じなかった場合に、より重い犯罪で起訴するという事態を想定することはできないのではないかという批判が与えられよう。たしかに、精密起訴が行われている日本の現状を踏まえれば、そのような批判も無視できない。しかし、立証が難しいから不起訴にするというのは、あくまで、検察官の動機の問題である。現状では法的な規制ではない。加えて、自己負罪型司法取引を導入すれば、起訴を行う動機も生じるおそれがある。なぜなら、取引に応じなかった場合に起訴しなければ、取引制度の運用に支障をきたすからである。すなわち、取引に応じなかった場合には、重い処罰の危険が待っているからこそ、被疑者は取引に応じるのである。このような被疑者の動機を一般的に形成するためにも、検察官は起訴を行う必要がある。

開示させればよいように思える<sup>491)</sup>。これで一見、上記の弊害を防げるように思える。

しかし、そもそも、このような暗黙の取引は、被疑者・被告人にとっても、取引が利益となる(と考えられている)ことからなされる。そうだとすれば、暗黙の取引がある場合に、当事者から問題とされないことが十分に想定される。その場合には、裁判所によるチェック機能を期待することはできないであろう。

以上のことは、量刑格差がある場合であっても、当事者から問題とされない限り、裁判所が十分にチェック機能を果たせないことが問題であった。そこで、当事者からの開示に頼らない制度設計をすればよいのではないかが問題となる。そのような制度にするためには、まず、交渉に至るまでの取調べ過程を、全て録音・録画しなくてはならないであろう。加えて、交渉過程も録音・録画しなくてはならないであろう<sup>492)</sup>。その上で、これらの記録を裁判所に開示しなければならない。これを受けた裁判所は、取調べ・交渉過程で、合意事項とされない恩恵付与の示唆や重い犯罪での訴追の示唆の有無を審査するため、すべての録音を聴いて、録画を見た上で、精査しなければならないであろう。

このような厄介な手続を経て初めて、裁判所による量刑格差制限の審査が実現できるように思える。しかし、このような規制は、取調べや交渉以外の場での暗黙の取引によって、容易に潜脱されるおそれがある。例え

---

491) 例えば、南迫は、協議・合意制度の文脈で、合意内容書面には、合意された恩恵の内容だけでなく、「協力しなかった場合に予定された訴因や求刑も明らかにする必要がある」と指摘する。南迫・前掲注484)62頁。これを敷衍すれば、自己負罪型の場合にも、合意事項以外のこと(協力しなかった場合に予定された訴因や求刑)も裁判所への開示が要求されることになる。

492) ただし、交渉過程を録音・録画する是非も問われる必要がある。なぜなら、当事者が録音・録画されながら、交渉することには、一定の「やりにくさ」を感じさせるからである。この点に関して、協議・合意制度の交渉過程の録音・録画に関する指摘として、後藤昭ほか「日本型司法取引とその課題」法学セミナー756号41〔後藤昭発言〕(2018年)を参照。

ば、録音・録画がない取調べ前の場（留置場や拘置所等）や正式な交渉以外の場（弁護士や検察官の事務所での両者の密会等）で、暗黙の取引がなされる限り、量刑格差の制限は機能しないであろう。

以上の通り、量刑格差に合理的な制限を設けることは、極めて困難ではないかと考える。

また、仮に、量刑格差に合理的な制限を設ける制度設計が成功したとしても、次の2点で、なお問題が残る。

第1に、量刑格差に合理的な制限を設けるといっても、被疑者・被告人が取引に応じる程度の恩典を与えることを、自己負罪型取引は制度の根幹とする。いいかえれば、無罪となる可能性をほぼ捨ててもよいと思わせる程度に恩典を与えなければ、被疑者・被告人が取引に応じないおそれがある。そもそもアメリカにおいて、量刑格差の問題が早くから認識されながらも、量刑格差の制限が十分に成功してこなかったのは、仮に成功してしまえば、取引に応じる者の数が減少し、争いのない事件を迅速に処理することが難しくなると危惧されたためではないかと推測する。以上のように、量刑格差に合理的な制限を設けてしまえば、制度として十分に機能しなくなるおそれがあると考ええる。

第2に、量刑格差に制限を設けるとして、制限の程度としては、例えば、取引に応じれば40%を減ずるという程度が考えられる<sup>493)</sup>。しかし、この処罰の開きが、学者・実務家といった客観的に判断する者が考えられるほど、些細な格差といえるか、疑問が残る。このことは、日本における精密起訴の状況があわされば、一層深刻な問題として顕在化する可能性がある。起訴されれば99%以上が有罪とされる現状下において、被疑者・被告人が取引に応じないという合理的な選択肢は残されているといえるか。この点について、なお疑問が残る。

そのため、仮に、量刑格差に合理的な制限を設けるといって制度設計が成

---

493) これは、アメリカの連邦量刑ガイドラインを参考にしている。詳細は、第3章第2節第3項第2を参照。

功し、そのような措置を採ったとしても、なお問題が残る。

## 第2 弁護人の援助

また、日本における近年の議論は、取引による有罪答弁・自白の「任意性」を肯定する必要条件として、弁護人の存在を挙げる。たしかに、自由な自己決定の確保において、弁護人が果たす役割は極めて大きい。

しかし、「取引に応じないという合理的選択肢が存在する」という意味での「任意性」の要求と「被疑者・被告人が選択肢の内容を理解する」という意味での「知悉性」の要求を混同してはならないと考える。

多くの場合、弁護人を付すことによって、「知悉性」の要求は充足されるかもしれない。なぜなら、弁護人には、必要事項の告知を行うことを期待し得るからである。しかし、これは「任意性」の要求を充足させるものではないであろう。なぜなら、弁護人がいくら選択肢の内容を説明し、被疑者・被告人が選択肢の内容を理解したところで、結局、取引に応じるといふ以外に合理的選択肢が存在しない状況を何ら改善するものではないからである。

以上より、弁護人の存在は、「知悉性」を担保し得る機能はあっても、「任意性」を肯定する決定的要因とはならないと解すべきである<sup>494)</sup>。

## 第3 裁判所への交渉の存在・合意の開示と裁判所による任意性の確認

自己負罪型司法取引の制度設計として、交渉の存在と合意を裁判所に開示して、裁判所に任意性を確認させる制度にすることが提案されている。現状、アメリカにおいても、第1章第4節第3項で確認した通り、合意内

---

494) この他にも、弁護人については、問題がある。Albert W. Alschuler, *The Defendant Attorney's Role in Plea Bargaining*, 84 *Yale L. J.* 1179, 1180 (1975) は、刑事手続において弁護人に期待され想定されている主な役割は、被告人の利益のために行動するというものであるが、答弁取引の存在によって、弁護人に被告人の利益のために行動することを期待できなくなると指摘する。他にも同様の指摘として、Stephen J. Schulhofer, *Criminal Justice Discretion as a Regulatory System*, 17 *J. Legal Stud.* 43, 53-60 (1988) がある。

容は裁判所に開示される仕組みが採られている<sup>495)</sup>。

しかし、仮にこのような措置を採ったとしても、自己負罪型司法取引による有罪答弁・自白の「任意性」は肯定されないであろう。なぜなら、取引に応じないという合理的選択肢を奪う状況を、何ら改善するものではないからである。

以上により、自己負罪型司法取引によって得られる有罪答弁・自白の「任意性」は典型的に否定されると解すべきである。

### 第3項 他の簡易手続との関係

最後に、他の簡易手続との関係について、若干の考察を加える。川出や加藤が正当に指摘する通り、被疑者・被告人が、あることに同意することによって、刑事処分に関する一定の恩典を得られる制度は、日本においても既に存在する。他の制度とは、例えば、即決裁判手続や略式手続等である<sup>496)</sup>。

即決裁判手続において、被告人は「有罪である旨の陳述」(刑訴法350条の22)をすれば、自由刑の場合には「刑の全部の執行猶予」を受けられるという恩典を得られる(刑訴法350条の29)<sup>497)</sup>。略式手続についても、この手続に応じれば、100万円以下の罰金又は科料以上の処罰は科されないことを期待することができる(刑訴法461条)<sup>498)</sup>。

---

495) Federal Rule of Criminal Procedure 11(c)2. また、この規定により、その開示は、正当な理由がない限り、公開の法廷でなされなければならないとされる。

496) 他にも一時期導入が検討された制度として、条件付き起訴猶予制度がある。条件付き起訴猶予制度の問題については、瀧野貴生「ダイバージョンと刑事訴訟上の問題点」刑事立法研究会編／土井政和ほか責任編集『「司法と福祉の連携」の展開と課題』204-206頁（現代人文社、2018年）を参照。

497) 即決裁判手続の取引的性格を指摘するものとして、辻本典典「即決裁判における上訴制限——最判平成21年7月14日裁時1487号20頁——」近畿大学法学第57巻第3号29-31頁（2009年）。

498) 略式手続に関する包括的研究として、福島至『略式手続の研究』（成文堂、1992年）がある。また、近年の再検討として、福島至「略式手続の研究・再論——とくに弁護人の援助を受ける権利の観点から」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（下）』417頁以下（成文堂、2018年）を参照。

たしかに、これらの制度が既に存在することから、同意によって、刑事処分に関する恩典が付与されることを、法が既に認めているという評価は十分にあり得るかもしれない。しかし、これら制度が既に導入されていることが、自己負罪型司法取引の肯定を導くものではないものと思われる。なぜなら、両制度には、決定的に異なる点があるからである。

即決裁判手続や略式手続では、問題となる犯罪について、簡易な手続に応じて処罰を軽減するか否かという問題しか与えられていない。これに対して、自己負罪型司法取引では、別のより重い犯罪を不起訴にする代わりに、問題となる犯罪について有罪答弁や自白をするという合意がなされることも想定される<sup>499)</sup>。例えば、前者では、窃盗について即決裁判手続に応じるか否かということしか問題とならないのに対して、後者では、強盗について不起訴にする代わりに窃盗について有罪答弁や自白をするということも問題となり得る。この例のように、自己負罪型司法取引では、量刑格差が顕著になり得る。

以上のことからすれば、既に即決裁判手続や略式手続が導入されているということが、自己負罪型司法取引が生む量刑格差についてまで、承認するものではないように思われる<sup>500)</sup>。

---

↘堂, 2016年)を参照。

499) 他にも、複数の他の犯罪について不起訴にすることも合意事項とされ得る。

500) ただし、即決裁判手続や略式手続を選ぶことで、処罰が相対的に軽くなり、手続負担が軽減されるという点を捉えれば、原理的には、これらの手続を選択することの任意性についても、批判的に検証されてよいように思われる。