

被告事件についての被告人の取調について

久岡 康成

- 一 はじめに
- 二 捜査官の取調べ権限
- 三 当事者主義と被告人の取調べ
- 四 若干の考察

一 はじめに

(一) 被告事件についての被告人の取調は、立案担当者と捜査実務との対立として、制定当時の現行刑事訴訟法に、既に内包されていた問題である。

すなわち、現行刑事訴訟法の立案担当者においては、刑訴法一九八条について、宮下明義検事（当時）が、「公訴提起後当該起訴にかかる事実について捜査機関が被告人の取調をすることは、新法が特に被告人の当事者としての地位を強化しようとしているところと相容れない。従つて、本条第一項による被疑者の出頭要求及び取調は、文字通り、公訴提起前の被疑者に対してのみ許されるものと解する」と述べられているところからわかるように、被告事件につ

+ +

いての被告人の取調については、消極に解されていたのである。⁽¹⁾

これに対し、捜査実務の立場からは、現行刑事訴訟法の制定に先行する刑訴心急措置法の時代に木戸光雄検事（当時）が、「種々の制約に依り万全を期し難い新捜査方式による現在に於いては、被告人が捜査の対象となる度合が従前より濃化されたのではあるまいか」と述べられたことからわかるように、被告事件についての被告人の取調については、むしろ必要になると解されていたのである。⁽²⁾

現行刑事訴訟法は、人権保障の強化、当事者主義化を主としつつも、他面では従としての官権強化の側面をもち、両者の矛盾、対立、拮抗の中で多くの問題が生じているのであるが、⁽³⁾この被告事件についての被告人の取調べの問題も、またその一つであるといつことができる。

(二) このような立案担当者と捜査実務との対立を内包しつつ、被告事件についての被告人の取調べについては、現行刑事訴訟法制定直後から、学説も分かれ下級審の判例も分かれていた。

すなわち現行刑事訴訟法制定直後は、学説では否定説が有力であったが、やがて刑訴法一九八条自体による肯定説も主張され、さらに起訴後第一回公判期日前に限りつつ刑訴法一九七条による取調べを肯定する中間説が主張されたのである。⁽⁴⁾

このような状況の中で、最高裁は、昭和三六年判例において、「起訴後においては被告人の当事者たる地位にかんがみ、捜査官が当該公訴事実について刑事被告人を取り調べることはなるべく避けなければならないところであるが」としつつ、「起訴後においても、捜査官はその公訴を維持するために必要な取調を行うことができるが、これによつて直ちにその取調を違法とすべきいわれはないという立場を明らかにし、中間説的な立場を明らかにした。ま

た最高裁は昭和五七年判例においてもこれにそった判断を行っている。⁽⁵⁾

かくして近時はこの問題については、学説では取調べを原則的に否定しつつ例外的、補充的に被告人の取調べが許容される場合を認める「修正された消極説」からの論議が多く、裁判例では一九七条による被告人の取調べを肯定しつつ許容条件を厳格に規制しようという「修正された積極説」が多いと見ることができるとされている。⁽⁶⁾ 結論から見れば、いずれも中間説の立場になるといえることができる。

(三) たしかに今日では、起訴後に無制限に被告人に対する被告事件の取調べをする事例は皆無になつてきているともいわれているが、⁽⁷⁾ 他方では、この問題は仮に制限的に行われた場合でも、実際上の意義が大きいのみならず、⁽⁸⁾ 理論上は、判例においても「被告人の当事者たる地位にかんがみ、」⁽⁹⁾ と言及されているように、刑事訴訟法の基本理論に関わる問題である。また、実務上支持者が多いと見られる「修正された積極説」からも、許容条件を取りはらう一九七条による積極説を指向する見解が時々主張されるときもあるのである。⁽⁹⁾ 被告人に対する被告事件の取調べについて、なお理論上の根拠を論議することが必要があると言わなければならない。この問題についての論議を概観するとき、論議は、「捜査官の取調べ権限」と「当事者主義」に二分されているので、以下この順に検討と考察を試みることにしたい。

なお、被告人に対する取調べには、被告事件について行われる場合と起訴されていない犯罪事実(余罪)⁽¹⁰⁾ について行われる場合とがある。このうち、被告人に対する余罪の取調べについては、別に論じる機会があったので、本稿では、被告人に対する被告事件の取調べに問題をしばって検討することにした。以下特段の制限なく、被告人に対する取調べというときは、被告事件についての被告人の取調べのことである。

(1) 宮下明義・新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ五三頁は、刑訴法一九八条について、「本條第一項に基く被疑者の出頭要求及び取調べは、公訴提起後被告人に対してこれを行うことができる。新法の下においては、犯罪捜査は必ずしも公訴提起前に限られるものではなく、公訴提起後においても、公訴維持のため当該起訴にかかる事実について捜査を継続することができるとする建前を探つている(二二八、二三三、二三六、二三七等参照)。

しかしながら、公訴提起後当該起訴にかかる事実について捜査機関が被告人の取調べをすることは、新法が特に被告人の当事者としての地位を強化しようとしているところと相容れない。従つて、本条第一項による被疑者の出頭要求及び取調べは、文字通り、公訴提起前の被疑者に対してのみ許されるものと解する。但し、公訴の提起を受けずで被告人となつた者であつても、当該公訴事実以外の被疑事実について、その者の出頭を求め、又はこれを取り調べることは勿論差し支えない。」と述べている。

(2) 法務庁資料統計局 司法研究報告書第三六輯一 木戸光男『新憲法実施の犯罪捜査に与へたる影響について』(昭和二十三年十二月)(八二頁)は、「被告人の処遇」の項目のもとに、刑訴法急措置法下の捜査について、以下のように述べている。

「種々の制約に依り万全を期し難い新捜査方式による現在に於いては、被告人が捜査の対象となる場合が従前より濃化されたものではあるまいか。連続犯は廃止になつても余罪の追求の手を緩めることは出来ない。予審制度の廃止により、予審審理中に余罪の追求をするという方法は断絶され、従つて従前のように公判に於いては被告人の弁解等に依り公判審理の変遷に従つて捜査を進捗させる消極的な立場が一転して積極的に公訴提起前の取調の不備、発覚した余罪の証拠蒐集等に専念する必要があるに起つてきたことは当然である。」

(3) 参照・久岡「現行刑事訴訟法の性格論」立命館法学一八三・一八四号三五二頁。
(4) 現行刑事訴訟法制定直後の消極説としては、宮下明義・新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ五三頁、団藤重光・条解刑事訴訟法上三六四頁等があり、刑訴法一九八条による積極説としては小野他・ポケット注釈全書三五二頁、起訴後第一回公判期日前は刑訴法一九七条による取調べを肯定する中間説としては出射義夫「捜査の方法」法律実務講座刑事編二巻五九五頁、同・任意捜査の限界」総合判例研究叢書刑事訴訟法②四九頁)がある。

(5) 昭和三六年判例は、最高裁昭和三六年一月二二日第二小法廷決定刑集一五卷一〇号一七六四頁、昭和五七年判例は最高裁昭和五七年三月二二日第二小法廷決定裁判集刑事二二五号六八九頁である。

(6) 参照、田口守一「被告人の取調べ」編集代表井戸田侃・総合研究Ⅱ被疑者取調べ四八九頁。

(7) 永野義一「起訴後の取調べ」刑事裁判実務大系第一巻犯罪捜査五六〇頁によれば、最決昭和三六年一月二二日刑集一五卷一〇号一七六四

被告事件についての被告人の取調べについて(久岡)

頁の趣旨にしたがい、起訴後に無制限に被告人に対する被告事件の事例は皆無になっている。但し、その論稿での著者の立場は、被告人に対する被告事件の取調べの肯定の立場である。

(8) 起訴後も勾留されている被告人について取調べが行われた場合は、被告事件についての被告人の取調の問題は、被告人に対する起訴後勾留中の取調べの問題、起訴後勾留されている被告人に対する余罪の取調の問題、及び起訴前の逮捕・勾留下での被疑者取調べのあり方の問題と複合して論議されることになる。参照、東京地決昭和五六・一一・一八判例タイムズ四五七号六九頁(いわゆる土田邸爆被事件証拠採否決定)。

(9) たとえば参照、宇津呂英雄「刑事判例研究」起訴後における被告人取調の適否、警察学論集三六巻五号一五〇頁、小林域泰「起訴後における被告人の取調」研修四八四号一〇三頁等。

(10) この問題については、久岡「起訴後勾留中の被告人に対する余罪の取調べについて」立命館法学二七一・二七二号下巻七六一頁以下で論じた。なお参照、久岡「起訴後の勾留の性質」立命館法学二五六号九二頁以下。

二 捜査官の取調べ権限

(一) 被告人を取り調べる捜査官の権限の側面から検討すると、前述のように、これには刑法一九八条所定のものとして理解して否定する否定説と、刑法一九八条の取調べ権限を肯定する肯定説、刑法一九七条により被告人を取り調べることを肯定する中間説がある。今日では、前述の判例の立場は中間説であると理解され、そこでの取調の限度を検討する論議が多くなっている⁽¹⁾。

そこでまず、これらの刑法一九八条や刑法一九七条の規定が、捜査官の取調べ活動の根拠になりうるものなのか、捜査官にどのような取調べ権限を与えた規定なのかについて、旧刑事訴訟法及び司法警察官職務規範⁽²⁾の規定をも考慮に入れて、改めて検討してみることにする。

(二) まず一九八条説には、旧刑法二五四条に相当する規定である一九七条に加えて、現行刑法において一九八条が新設された規定であるにもかかわらず、文言上で明示的に被疑者について規定されていること、前示のように、立案に関連された団藤博士が説明されるように、刑法一九八条に全くに被疑者だけを掲げたのは、立案者の意思としては公訴提起前に限る趣旨であったという点などからして、基本的な疑問が内在し、今日ではこれを支持する見解は少なくなっている。前述の、被告人の取調べを認める最高裁判例や裁判例、近時の学説が刑法一九七条を根拠とするのも、その限りでは一九八条説に難点があることを示している。一九八条説に立つことはできない。

(三) 次に一九七条説を検討すると、従来は指摘されることが少なかったのであるが、一九七条によつては、現実の裁判例で問題となっている、供述調書に署名押印を求めるような取調べを行うことはできないものと考えられ、同条は、通常論じられている調書に署名押印を求める取調べを被告人に対して行う根拠にはなり得ないものと考えられる。

(1) まず、刑法一九七条に相当する規定として、既に旧刑法二五四条一項に「捜査ニ付テハ、其ノ目的ヲ達スル為必要ナル取調ヲ為スコトヲ得但シ強制ノ処分ハ別段ノ規定アル場合ニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス」という規定があり、そのもとで検察官や司法警察官は任意の取調べを行うことができるものとされ、被疑者その他の関係者の陳述を聴いていたのである。このことは、司法警察職務規範(大正十三年一月一日施行)が司法警察官又はその職務を行う者についても、「捜査上必要アル時ハ被疑者ソノ他ノ関係者ニ任意ノ出頭ヲ求メ又ハ其ノ所在ニ就キ若ハ承諾ヲ得テ犯所其ノ他ノ場所ニ同行シ其ノ陳述ヲ聴クコトヲ得」(六四条)、と定めていた点からも明らかである。司法警察官又はその職務を行う者についても可能であり行われていたのであるから、検察官において同様に「陳述ヲ聴クコトヲ得」であったことは当然の前提であったと思われる。ところでこの場合、司法警察官や検察官は、その聴いた陳述

の結果を、事実上は録取し書面を作成していたのであって、このことは司法警察職務規範が「被疑者其ノ他ノ関係者ノ陳述ヲ聴キタルトキハ自ラ之ヲ録取スヘシ」(同規範六五条一項)と定めていた点からも明らかである。しかしながら旧刑事訴訟法のもとでは、この結果を録取した書面を作成するという法令はなく、まして署名押印を求める権限は法令で定められていなかったのである。これらの書面が、旧刑事訴訟法のもとでは、検察官作成のものを含めて、「法令ニ依り作成シタル訊問調書ニ非サル」ところの「聴取書」として、地方裁判所では証拠能力を認められていなかったのは(旧刑事訴訟法二四三条一項)、聴き取りが「訊問」でなかっただけでなく、「聴取書」の作成を定める法令の規定さえもなかった点にあると考えられる。⁽³⁾このことは、旧刑事訴訟法のもとで、自首調書や告訴調書・告発調書が証拠能力を有していたと思われることと対比すれば、いっそう明らかとなる。「聴取書」の証拠能力の問題は、いわゆる取調べ受忍義務の問題でなく、「法令ニ依り作成シタル訊問調書」であるか否か、調書を作成する側の問題であったのである。

(2) ところで現行刑事訴訟法の一九八条は、一項但書きを除けば、一項、三項において文言上は、任意取調の規定であった旧刑事訴訟法下の司法警察職務規範六四条、六五条に似通っている。したがって基本的には同様の任意取調べについての規定であるということができるのであるが、その任意取調べに際して、閲覧又は読み聞けをし、署名押印することを求めることを刑事訴訟法上で付加することにより(一九八条四項、五項)、捜査官の権限規定としては、旧刑事訴訟法下の司法警察職務規範六四条、六五条一項及び旧刑事訴訟法二五四条の域を越えた新たな規定に生まれ変わっているのである。⁽⁴⁾すなわち現行刑事訴訟法は、被告人の「供述を録取した書面」が証拠能力を持ち得ることを認めているのであるが、そのためには被告人の署名若しくは押印のあることが必要とされているところ(刑事訴訟法三三二条一項)、その署名押印することを求めることができるという捜査官の権限を刑事訴訟法一九八条五項により定めているのである。被告人の

「供述を録取した書面」の証拠能力についての刑事訴訟法三三二条一項は、刑事訴訟法一九八条五項によってはじめて実効性をもつてくるのである。この状況から考えると、いわば現行刑事訴訟法における一九八条五項は、旧刑事訴訟法下で「法令ニ依り作成シタル(訊問)調書」の範疇に入らず証拠能力のない「聴取書」しか作成できなかった捜査官に、現行刑事訴訟法下で証拠能力を持ち得る捜査官作成の「供述を録取した書面」(供述録取書)を作成する権限を与える規定ということになる。

このような、捜査官への新たな権限を授与する規定の解釈につき、厳格な解釈が求められるのは当然のことであるから、一九八条(五項)のこのような性格は、被疑者の文言しかない一九八条の取調を被告人について認めることができないう、前述の見解に根拠を提供するものでもある。

(3) このような経緯から考えると、刑事訴訟法一九七条は、旧刑事訴訟法二五四条につながる、一般的、抽象的な任意取調を定めた規定であるのに対し、刑事訴訟法一九八条は旧刑事訴訟法二五四条、司法警察職務規範六四条、六五条一項の任意取調という基本的性格を承継しつつ、証拠能力のない「聴取書」しか作成できなかった捜査官に、現行刑事訴訟法下で証拠能力を持ちうる「供述を録取した書面」(供述録取書)を作成する新たな権限を認めた規定ということになり、両規定は任意取調についての規定であるという基本的性格を共通にしつつ、捜査官の権限の範囲については異なる別個の規定になっている⁽⁵⁾ことができる。

したがって、「供述を録取した書面」(供述録取書)に署名押印を求めることができるのは、刑事訴訟法一九八条の取調べにおいてであり、仮に刑事訴訟法一九七条により一般的な被告人の取調べが可能であったとしても、同条は、現実これまで裁判例で問題となってきた、被告人の取調を行い供述調書を作成するような取調べの根拠としてはなり得ないものである。なお、刑事訴訟法一九七条による一般的な被告人の取調べ自体が可能か否かは、そのような取調べと

「当事者主義」との関係について、次の問題である。

- (1) 学説及び判例の状況については、松岡正章「被告人の取り調べ」、判例タイムズ二九六号四二頁、田宮裕「起訴後の取調」捜査法大系一二六二頁、植村立郎「被告人の取調べ」、別冊判例タイムズ警察関係基本判例四二〇一頁、川上和雄「公訴提起後の捜査とその限界」ジュリスト増刊刑事訴訟法の争点九〇頁、米山耕二「被告人の取り調べ」、刑訴判例百選第五版七四頁、渥美東洋「公訴提起後の被告人取調」別冊判例タイムズ警察実務判例解説(取調べ・証拠編)六頁等で整理されている。なお参照、久岡「公訴提起後の捜査」ジュリスト増刊刑事訴訟法の争点第二版一〇二頁。
- (2) 司法警察職務規範(大正一三年一月一日施行)は司法大臣平沼麒一郎により定められたものであり、明治刑事訴訟法下の司法警察官執務心得(明治一六年制定)に替わるものであった。旧刑事訴訟法下の司法警察官による捜査に關する基本を定めているものであるが、総じて司法警察官による捜査に關する権限について、種的な姿勢が看取される。たとえば、捜査の開始について、同職務規範五〇条は、司法警察官執務心得一三条を引き継いで、司法警察官は「犯罪アリト思料スルトキ八検事ヨリ別段ノ命令アリタル場合ノ外直ニ捜査ニ著手スヘキモノトス」と定めていた。この表現には独立して捜査の権能を行つ司法警察官の姿があらわれている。なお、司法警察職務規範について参照、高井賢三・司法警察論(大正一三年松華堂・巖松堂発刊)。
- (3) 聴取書の証拠能力は明治刑事訴訟法下において認められるに至っていたものであるが、旧刑事訴訟法下では、同法三四三条一項が、「法令ニ依り作成シタル訊問調書ニ非サル」ものの証拠能力を地方裁判所においては否定したため、地方裁判所においては否定されるに至った。なお、この旧刑事訴訟法三四三条一項による制限は戦時刑事特別法三五条により取り払われ、戦前末期には地方裁判所でも「法令ニ依り作成シタル訊問調書ニ非サル」ものの証拠能力も認められていた。なお参照、守屋克彦「供述調書の効用と限界」斎藤忠昭弁護士追悼人權と司法 五五頁。
- (4) なお、司法警察職務規範一六条は、現行刑事訴訟法一九八条四項(供述調書の読み聞かせ)、五項(署名押印)に相当しているが、司法警察官への訓示(スヘシ)に止まり、被疑者に対する権限の規定に至っていない。
- (5) 同様の関係は、刑事訴訟法一九七条と二三三条の被疑者以外の者の取調べ及び三二二条による伝聞例外の関係についても生じてくる。

三 当事者主義と被告人の取調べ

(一) 被告人の取調べを否定する消極説の根拠として、現行刑事訴訟法の制定当時より指摘されているのは、まず「当事者主義」である。⁽¹⁾ 但し、その理解には、論者により若干の意味や力点の相違がある。

まず第一の理解は、団藤博士の、「公訴提起後はあきらかに原告官と被告人という当事者的対立になるので、原告官たる検察官もその他の捜査機関も、もはや相手方たる被告人を取り調べることはできない」という見解である。⁽²⁾

また第二の理解として、前示の宮下検事の「公訴提起後当該起訴にかかる事実について捜査機関が被告人の取調をするときは、新法が特に被告人の当事者としての地位を強化しようとしているところと相容れない」という見解がある。⁽³⁾ また適正手続の要請から禁じられる、被告人と被疑者を同一視する相手方の法的地位とあいれない捜査になるのであるから、被告人の取調べはゆるされないという見解も、⁽⁴⁾ 同旨と思われる。

次に第三の理解は、「第一回公判期日前であれば、当事者主義を没却することにはならない」という、⁽⁵⁾ 積極説の主張の中で展開される理解である。ここでは、「被告人の当事者たる地位」は、専ら第一回公判期日後に現れるもの、すなわち公判期日における具体的な防衛活動(意見陳述や、証拠調べの申し立てのようなもの)と思われる(に)しぼって理解されているものと思われる。

(二) とところで、現行刑事訴訟法の特徴とされる当事者主義の意味については、従来の論議の中で、「当事者進行主義」の意味に理解する立場と、⁽⁶⁾ 「適正手続」と等置して用いようとする立場があったとされているが、いずれにせよそれが弁護人の役割と密接な関連をもち、かつ英米法、アメリカ法に親しむものであることは争われない点である。

そこで、ここで、公判段階での当事者つまり弁護人の役割について、アメリカ合衆国における憲法修正六条の弁護人依頼権と捜査官による被告人の取調べの問題状況を確認しておくこととする。

周知のように、アメリカ合衆国では、憲法修正六条の弁護人依頼権は、自白の許容性を否定する根拠の一つとして古くから援用されてきたのであるが、ミランダ判決以前の一九六四年のマサイア判決に至って、少なくとも起訴後に被告人から得られた自白の許容性を否定する根拠としては確立したものとなっていたが、一九六六年のミランダ判決以後も自白の許容性の要件として、独自の役割を果たしている。

すなわち、一九七七年のプリューワー判決⁽⁹⁾において、合衆国連邦最高裁は、弁護人の勧めで出頭しアレインメントをした殺人罪の被告人に対し、護送中の警察官が教会葬の為に遺体の発見が必要であるという話しをしたところ、被告人が証拠の所在場所についての自己負罪的な供述をし、警察官を遺体に案内したという事案において、弁護人なしにこのような事態を進行させたことは、弁護人依頼権の自覚的な処分 (intentionally relinquishing) による放棄 (waive) なしに自白を取得したことであり、ミランダ警告が与えられていてもマサイア判決に違反するとしたのである。

この判決の論理は、まずアレインメントという司法手続き (judicial proceeding) の開始により修正六条の弁護人依頼権が被告人に生じ、その放棄がないと言う点に求められたが、今日では、捜査官と被告人弁護人との間の弁護人なしでは尋問しないという約束、信頼関係の無視という倫理的側面に注目するスティーヴンス裁判官の補足意見が注目されている。すなわち、同事件の背後にあるのは、被告人は弁護人の助言を信頼してよいかという問題であり、その信頼の確保のために捜査官は弁護人との約束を尊重しなければならないのである。すなわち被告人が出頭するこの段階は弁護人が参加することが決定的に重要な段階であり、かつこの段階において弁護人は両者の間の必須の媒介者

+

+

なのであるから、弁護人なしでは尋問しないという弁護人との約束は守られなければならないとされたのである。スティーヴンス裁判官の補足意見は、捜査官のこの反倫理性に修正六条の弁護人依頼権侵害の根拠を求めているということが出来る。

同様の反倫理性は、ひるがえって憲法修正六条の弁護人依頼権についてのマサイア判決の論理の中にも求められ、今日では、その反倫理性は、個別の約束にとどまらず、訴訟の相手方にはその弁護人を通してのみコンタクトを持つことができるという、法曹倫理規則の憲法レベルのものとして理解されるに至っているのである。⁽¹⁰⁾

(三) ひるがえって我が国における議論をもつ一度みてみると、団藤博士の、起訴後は「当事者の対立になるので、原告たる検察官もその他の捜査機関も、もはや相手方たる被告人を取り調べることはできない」という前示の見解は、当事者たる原告(検察官)のあり方を当事者の対立になっている訴訟の本質(弾劾主義)より既にこの問題を論じているものということができる。また田宮教授が、「起訴後の被告人は、公開裁判において包括的黙秘権および反対証拠の吟味権が保障され、必ず弁護人の援助も受けることができる。それらは被告人の最も基本的な訴訟上の権利である。被告人に対する捜査官の取調べはこれらの保障をくぐる脱法となることは明らかであろう」と論じられるように⁽¹¹⁾、弁護人の援助を受ける権利は被告人の最も基本的な訴訟上の権利であって、当事者の対立になっている訴訟の本質と弁護人依頼権は不可分・表裏の関係にあるものである。被告人の取調べに関連して論じられている「当事者主義」については、このような訴訟の本質(弾劾主義)と弁護人依頼権の保障として理解されるべきである。被告人の取調べ、訴訟の本質(弾劾主義)と弁護人依頼権の保障に反するから許されないのである。またその際、アメリカ合衆国の反倫理性の議論が示唆するように、このような訴訟の本質と弁護人依頼権の保障を尊重することが、すなわち

起訴後に被告人の取り調べをしないことが、現在及び将来の被告弁護人との関係で、法曹倫理上からも原告官たる検察官に求められているといわなければならない。

なお、既に明らかにされている、被告人の取調は、公判審理を受ける権利や弁護人の援助を受ける権利を害し、憲法の予定する当事者・論争主義公判構造を害するという指摘は、同様の立場を明らかにされていたものといえることができる。また、被告人の取調は公判中心主義の見地から許されないという見解も、その意とされるところは同様と思われる。

したがって、被告人の取調べに関連して論じられている「当事者主義」の意味については、第一の理解を基本とし訴訟の本質（弾劾主義）と弁護人依頼権の保障をも含めてこれを理解すべきであり、検察官と拮抗し活動する公判段階での当事者としての被告人の地位に着目するにとどまる第二の理解や、具体的な防御（弁論）活動としてのみこれを理解する第三の理解は不十分ということになる。⁽¹⁴⁾

(四) なお、「当事者主義」を、公判における当事者主義としたうえで、「公判における当事者主義といっても、必ずしも被告人の証拠方法としての性格を払拭するものでないから」被告人の取調べが許されるという指摘がある。⁽¹⁵⁾しかし、これら論者によって指摘される被告人の証拠方法としての性格とは、罪証隠滅が勾留の理由や（刑訴法六〇条一項二号）、必要的保釈の例外事由（刑訴法八九条四号）であったり、あるいは「被告人の任意の供述は一定の制限内で証拠とすることができること（刑訴法三一九条、三三二条、規則一九七条一項）」⁽¹⁷⁾になっているという主張である。しかし被告人の態度が勾留や保釈の例外事由に結びつけられたり、被告人の供述（刑訴法三一一条二項）や供述調書が証拠となることがあるということは、訴訟の本質（弾劾主義）や弁護人依頼権保障の例外になるようなものでないの

はもとより、検察官と拮抗し活動する当事者としての公判段階での被告人の地位や、具体的な防御（弁論）活動の制限でもないのであるから、これらの条項の存在をもって、当事者主義に境界ありと論じることにはならず、被告人の取調の根拠とすることも当をえないことになる。

(五) 従来の論議の中で、当事者主義を根拠にする、被告事件についての被告人の取調否定論について、当事者主義的な公判の理解の対極に、糾問的な捜査観が前提になっているのではないかという疑問が寄せられたことがある。⁽¹⁸⁾しかし以上の検討で明らかになったように、当事者主義的な公判の理解の根拠には弁護人依頼権があるのである。そして弁護人依頼権は刑訴法三〇条により捜査段階に敷衍されているのであるから、当事者主義を根拠にする、被告事件についての被告人の取調否定論は、かえって弁護人依頼権を仲介に弾劾的な捜査観に親しむものといえよう。現に被告人の取調を否定される宮下明義検事は新刑事訴訟法の一九七条の逐条解説において、現行刑訴法の制定直後から、捜査段階における当事者対等主義を強調されているのである。⁽¹⁹⁾

なお、被疑者の取調論において、完全に任意の取調であれば、被告人の取調も許されうるという論議もあるが、完全に任意の取調であればという点で仮定的側面を残し、かつ被疑者の取調をする捜査官の権限の有無の限りでの論議であって、積極的な肯定説でないことは、既に指摘されているところである。⁽²¹⁾

(1) 井戸田侃「被告人に対する取り調べは許されるか、その根拠はどうか」ジュリスト五五三号一〇五頁。

(2) 団藤重光・新刑事訴訟法綱要七訂版三三六頁。この記述は刑訴法一九八条にかかわるものであるが、団藤博士は、犯罪捜査は起訴後にも引き続き行われるものであるにもかかわらず、刑訴法一九八条にとくに被疑者だけを掲げたのは、立案者の意思としては公訴提起前に限る趣旨であったと名を言されている。

(3) 宮下・前掲書五三頁は「公訴提起後当該起訴にかかる事実について捜査機関が被告人の取調をすることは、新法が特に被告人の当事者として被告事件についての被告人の取調について（久岡）

ての地位を強化しようとしているところと相容れない。従って、本条第一項による被疑者の出頭要求及び取調は、文字通り、公訴提起前の被疑者に対してのみ許されるものと解する。」としている。刑訴法一九七条による取調べについては予想されていなかったものと思われる。

- (4) 高田・刑事訴訟法(改訂版)三二七頁。
- (5) たとえば参照、茂田忠良「起訴勾留された被告人の取調受忍義務」『警察学論集三五巻四号三六頁(七)に四三頁。
- (6) 鈴木茂嗣・刑事訴訟法(改訂版)二一〇頁。
- (7) 松尾浩也・刑事訴訟の原理三三〇頁。
- (8) Massala v. United States, 377 U.S. 201, 84, Set. 1193 (1964)。なお参照、田宮裕「起訴後の取調」『捜査法体系』一七二頁。
- (9) Brewer v. Williams, 430 U.S. 387, 97 S. Ct. 1232 (1977)。なお、同判決については、堀籠幸雄・アメリカ法一九七九年Ⅱ三二二頁、原田保「被疑者護送中に弁護人の立ち会いなく得られた自己負証拠の証拠能力」鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第一巻』二二二頁、小早川義則・ミランダと被疑者取調二八九頁において紹介されている。
- (10) Cf. S. A. Salzburg and D. J. Cape, American Criminal Procedure (3. Edition), p. 601. なお同書は、アメリカ合衆国での法曹倫理につき Code of Professional Conduct 4.2: Model Code of Professional Responsibility DR 7-104. を指摘する。
- (11) 田宮裕・前掲論文二七一頁。
- (12) 渥美東洋・刑事訴訟法(新版)五四頁。
- (13) 児島武夫「公訴提起後の検察官による被告人の取り調べ」佐伯編・『生きていく刑訴法』八一頁、繫田実造「捜査官による被告人に対する取調」井戸田編・判例演習講座刑訴法一〇四頁、下村幸雄「公訴提起後の取調を録取した供述調書」『証拠法大系』二五八頁等。
- (14) 被告人の当事者的地位にかんがみ消極説をとるのが妥当(鈴木茂嗣・刑事訴訟法(改訂版)九五頁)、当事者としての地位と矛盾する(山中俊夫・概説刑事訴訟法八六頁)、等の見解も、その意味は訴訟の本質(弾劾主義)と弁護人依頼権の保障を含んだものと理解できよう)。
- (15) 河上和雄・実務刑事手続二八二頁、同「公訴提起後の捜査とその限界」刑事訴訟法の争点九二頁、小林域泰「起訴後における被告人の取調」『研修四八四号』一一〇頁。
- (16) 河上和雄・前掲実務刑事手続法二八二頁。
- (17) 小林域泰・前掲論文一一〇頁。
- (18) 田宮裕・前掲論文二六九頁。

- (19) 宮下・前掲書四八頁。
- (20) 平野龍一・刑事訴訟法二二二頁。
- (21) 庭山英雄「捜査官の取り調べ」高田・田宮編・演習刑事訴訟法二一九頁。

四 若干の考察

(一) 以上の検討の結果、法文解釈としては次のような帰結が導かれる。

- (イ) 被告事件についての被告人の取調は、刑訴法一九八条によつては行うことは出来ず、刑訴法一九七条は、捜査官が被告人に供述録取書に署名押印をするよう求める取調の根拠になり得ない。
- (ロ) 被告事件についての被告人の取調は、捜査官が被告人に供述録取書に署名押印をするよう求めない、いわば一九七条の取調であっても、公判の当事者対立構造に反するので許されない。
公判の当事者対立構造の意味は、刑事被告人の弁護人依頼権(憲法三七条三項)にあるので、被告事件についての被告人の取調は、憲法三二条に反するのみならず、憲法三七条三項に違反する。また、被告事件についての被告人の取調は、直接的に被告人の弁護人依頼権を侵害するとともに、捜査官と弁護人との間の法曹としての信頼関係をも破壊するものとして、弁護人依頼権を侵害する。

(二) 法文解釈いわば理論の問題としては以上のような結論となる。このような理論的な議論を越え、なお現実の問題として、被告事件についての被告人の取調を、例外的に許すべき場合があるのであろうか。現実論としてこれを論ずる場合も、本稿で論じたような理論上の問題点がふまえられなければならないこと、現実論という場合には、この問

題が起訴前に勾留され起訴後の勾留に移行した被告人を想定してなされなければならない。したがって被告人の取調べは、実際には捜査段階の自白を維持させたり、その自白に沿った被告事件についての認否をさせる効果を持つことに留意しなければならない。

被告事件についての被告人の取調べを認める立場からは、その必要な場合としては、①否認していた被告人が態度を変え陳述を申し出てきた場合、②起訴後発見された証拠につき被告人を取り調べる必要がある、③公判段階での新たなアリバイや阻却事由の主張、④余罪取調べ中に被告人が被告事件について陳述するとき、⑤補完的に陳述を求め共犯者の面通しをする必要があるとき、さらに⑥突発的に発生した重大事犯での法定勾留期間の短さ、⑦常習累犯窃盗で起訴後にさらに窃盗が行われた場合、等が挙げられている。^①

しかしこれらのうち、起訴後の被告人の態度に関わる①及び④は、被告人の代理人的立場にある弁護人がいる以上、まさにそれを介して公判廷で陳述がなされるべき場合であり、②及び③も公判で扱われるべき性質のものである。それにつき準備の必要があるならば、公判準備が検察官と弁護人との間の公判準備で足りるべきものである。⑦の常習累犯窃盗の事例は少なくとも現在の状況では勾留されているのが通例とおもわれ、現実性が少ない。仮に起訴前の窃盗の起訴後の判明の場合とすれば、⑤及び⑥とあわせ、結局は法定勾留期間の短さの主張ということになる。捜査官の側でどこまでの準備をすべきかという、いわば「捜査観」にかかわる問題でもあるが、司法、裁判所の機能を重視する視点に立って、公判準備を活用しつつ、公判の場で事案を明らかにすることも、十分に可能な一つの形態と思われる。

以上のような、被告事件についての被告人の取調べを認める必要性と、被告人の取調べがもつ捜査段階の自白の維持、認否への影響の危険性を総合的に勘案するとき、前述のような被告事件についての被告人の取調べの持つ理論上

+ +

の問題点を乗り越え、なかんづく被告人の弁護人依頼権侵害の危険までもおかして、被告事件についての被告人の取調べを行なうことは妥当とは思われない。今後被告事件についての被告人の取調べが続くならば、公判における弾劾主義の保障、弁護人依頼権の保障、法曹倫理上の問題等の新たな視点を入れて、判例の再検討も必要となってくるものと思われる。^②

(1) 永野義一・前掲論文五五九頁。

(2) なお参照東京地決昭和五〇・一・二九刑裁月報七卷一号六三頁。

+

+