

# 公判中心主義と被疑者・被告人の 権利保障（5）

——韓国刑事訴訟法との比較研究——

延 秀 斌\*

## 目 次

序章 はじめに

第1章 戦前の刑事訴訟法における公判中心主義

1. 明治刑事訴訟法
2. 明治刑事訴訟法の改正
3. 明治期における韓国
4. 大正刑事訴訟法
5. 韓国における大正刑事訴訟法
6. 特 別 法
7. ま と め (以上, 398号)

第2章 日・韓の公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障

1. 戦後の日本の公判中心主義
2. 近年の法改正
3. 戦後の韓国の公判中心主義
4. 公判中心主義の再確認
5. ま と め (以上, 401号)

第3章 公判中心主義に関する制度の検討

1. 日本と韓国の証人審問権 (以上, 402号)
2. 日本と韓国の司法面接 (以上, 403号)
3. 日本の被疑者取調べ
  - (1) 取調べ中心主義をめぐる議論の展開
  - (2) 公判中心主義と黙秘権
  - (3) 若干の考察

---

\* ヨン・スビン 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

(4) 公判中心主義と被疑者の権利 (以上、本号)

#### 4. 韓国の被疑者取調べ

### 第3章 公判中心主義に関する制度の検討

#### 3. 日本の被疑者取調べ

周知の通り、従来の刑事裁判は、捜査機関の捜査結果を確認する場であると指摘され<sup>1)</sup>、また精密司法の問題も指摘されていた<sup>2)</sup>。そして、このような指摘がなされた理由は、捜査機関が求める高い起訴基準の他に、捜査段階で作成された被疑者の供述調書が、有罪立証のために、公判廷で、その価値が高く評価され、また証拠能力が容易に認められることであろう<sup>3)</sup>。それゆえ、捜査は、被疑者取調べを通じた被疑者の自白獲得を中心に行われ、被疑者取調べにおける被疑者の権利侵害、供述調書を中心とした公判審理といった問題は、当然の帰結のように顕著化してきた。

すでに概観した通り、日本と韓国においては、公判中心主義の実現のためには、捜査と公判の分離を目指すべきという共通認識が存在している。そして、捜査と公判の分離について、実質的な分離を目指すべきであるが、捜査と公判を実質的に切り離すことができない連続性を有する手続であると捉えた場合には、公判中心主義の理念を捜査段階から求めるべきであると指摘した。それは、捜査段階における被疑者の権利保障の充実化を通じて、公判中心主義が実現され得るのではないかという認識に基づいたものである。

そのため、以下においては、被疑者段階における捜査と公判の実質的な分離を阻害する要因を検討し、その解消のためには、どのような被疑者の

---

1) 平野龍一「現行刑事訴訟法の診断」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集』(有斐閣, 1985年) 407頁以下。

2) 松尾浩也『刑事訴訟法 上〔新版〕』(弘文堂, 1999年) 15-16頁。

3) 被疑者の供述の他にも、参考人の供述調書も公判廷で容易に証拠能力を認められることが指摘されるが、ここでは、被疑者の供述調書を中心に検討することにする。

権利保障が求められるべきかを検討することにしたい。

### （１）取調べ中心主義をめぐる議論の展開

第二次世界大戦後、1946年4月30日に「刑事訴訟法中改正要綱案」が、司法省刑事局別室において作成され<sup>4)</sup>、その内容には、被疑者訊問の際の黙秘権告知が含まれており、「強制の処分については、憲法草案との関係を充分考へ、被疑者の利益を不当に侵さないやうにするとともに、被疑者の利益を考慮するあまり、かへつて、捜査機関の活動をいたづらに妨げる結果とならないやう慎重に検討する」としたうえで、「被疑者の訊問については、訊問に先立ち陳述を拒むことができることを告げ、陳述を拒まないときに限り、訊問することができるものとする」とされた<sup>5)</sup>。

その後、1947年に日本国憲法及び刑訴応急措置法が施行され、刑訴応急措置法10条1項は、憲法38条の規定と同様に、「何人も自己に不利益な供述を強要されない」と規定された<sup>6)</sup>。さらに、刑訴応急措置法が施行される中で行われた刑訴法の改正作業において、日本政府から作成された第七次案には、被疑者取調べが任意処分とされ<sup>7)</sup>、自白法則、補強法則も憲法の定めに従う形で用意され、接見交通権も設けられたが、第七次案にも最終案である第九次案においても被疑者の黙秘権に関する規定は、設けられなかった<sup>8)</sup>。

---

4) 「刑事訴訟法中改正要綱案」は、同年1月にまとめられた「刑事訴訟法中改正要綱案」を見直して作成されたものであるとされる。日本国憲法及び現行刑訴法の制定過程については、松倉治代「刑事手続における Nemo tenetur 原則（３）——ドイツにおける展開を中心として——」立命館法学337号（2011年）78-120頁を参照。

5) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（七）」小田中聰樹「刑事訴訟法改正方針試案」法学協会雑誌92巻6号（1975年）103-104頁、三井誠「黙秘権の保障と自白」法学教室238号（2000年）78頁。

6) 三井・前掲註5、78頁。

7) 松倉・前掲註4、94-95頁。

8) 大出良知「被疑者取調べの歴史的考察（戦後）」井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社、1991年）128-129頁、松倉・前掲註4、96頁。

そして、1948年3月から5月にかけて、刑事訴訟法改正小審議会を経て、刑事訴訟法改正協議会が行われた<sup>9)</sup>。GHQの政治部の主催で行われた協議会は、GHQ側から用意された第九次案の問題点に対するプロブレムシートに基づいて行われた<sup>10)</sup>。特に黙秘権の告知に関しては、被疑者取調べを開始する際に、被疑者に対して質問に答えることを拒否できる旨の告知を必要とする修正案が、GHQ側から出され、当初の日本側からは、捜査実務において、修正案のような告知がなされていることを理由に明文化に対する反対の意見が出されたものの、最終的には、刑訴法198条2項に「供述を拒むことができる旨を告げなければならない」という文言が採用された<sup>11)</sup>。なお、GHQの主導によって行われた、黙秘権、その他に弁護権の実質化、任意捜査としての被疑者取調べに対する法的規制の強化、公判の自立化、自白中心主義の克服が図られたことに対しては、あくまで法規上のことであり、どのような運用が行われるかは予測できない状況であったとされる<sup>12)</sup>。

このような背景の下で、1949年1月1日に新たに制定された刑訴法が施行された。当時の警察の被疑者取調べに関して、弁護人立会い、黙秘権の告知、秘密交通権が強調され、その他に、いわゆる刑事弾圧事件を中心として、黙秘権及び秘密交通権の定着化に向けられた取り組みが行われることもあったが、学界の関心は、公判段階の問題に向けられ、この時期に刑訴法198条1項但書の取調べ受忍義務肯定説が、通説化するに至ったとされる<sup>13)</sup>。

---

9) 小田中聡樹『現代刑事訴訟法論』(勁草書房、1977年)105頁。

10) 勝田成治・団藤重光・羽山忠弘・樋口勝・横井大三・松尾浩也「〈座談会〉刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト551号(1974年)50頁。

11) 三井誠「接見交通権規定の成立過程——立法者意思の解明」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集 下巻』(有斐閣、1991年)280頁。

12) 大出・前掲註8, 131-132頁。

13) 大出・前掲註8, 132-133頁。団藤重光『条解刑事訴訟法 上』(弘文堂、1950年)365頁は、被疑者の身体を確保する逮捕・勾留は、捜査のために行われるものであるために、身体拘束されている被疑者には、出頭を拒み、出頭後の退去を否定し、同書367頁は、

さらに、法務省による調査では、多くの検察庁から、黙秘権の告知による捜査上の支障があるとされ、その具体的な事例も多数紹介され<sup>14)</sup>、1953年の刑訴法一部改正においては、検察側から、刑訴法198条2項の削除が求められていた<sup>15)</sup>。

このような状況で行われた1953年の刑訴法改正は、捜査の便宜を図る改正となったが、特に黙秘権の告知及び秘密交通権は、捜査実務における強い抵抗感があったとされており、それゆえ、改正案には、黙秘権の告知内容を『自己に不利な供述を強要されるものではないこと』と変える案<sup>16)</sup>まで出されていた<sup>16)</sup>。しかし、衆議院の審議において、現行刑訴法198条2項の文言となり、また、秘密交通権は、結果的には修正されなかったが、実務では、すでに接見交通の一般的指定が行われており、接見を妨害する手段として、捜査官の立会いを条件とする方法や盗聴器を使う方法なども用いられていたとされる<sup>17)</sup>。

この時期に出された判例からすれば、最高裁は、捜査機関の自白獲得の経緯に対して寛大であったと評価でき得るものがある。たとえば、1950年には、「第一審では五名の者が被告人として起訴され関係人もその数多く……検察官が事実の真相を明らかにするためには、相当の日数を要するものといわなければならない」ために、身体拘束後、160日ないし173日後に得られた自白であっても、「不当に長い拘禁後の自由であるとはいえない」として、原判決の証拠採用には、何ら違法はないとした<sup>18)</sup>。すなわち、事

---

ㄨ 刑訴法198条2項の黙秘権の解釈を、自己に不利益な供述という憲法38条1項のように限定的な解釈をしている。

14) 法務省刑事局『刑事訴訟法の運用及び改正意見に関する調査 上巻』（検察資料第33、1952年）1-36頁に具体的な内容が記載されている。

15) 下牧武「刑事訴訟法の主要な改正点」法律のひろば6巻11号（1953年）22頁。

16) 大出・前掲註8、133-134頁。

17) 法務省刑事局・前掲註14、77-78頁。森長英三郎「刑事訴訟法の展開と退歩」ジュリス ト551号（1974年）86頁は、このような接見交通の一般的指定については、被疑者を孤立させ、自白を獲得するという自白偏重の思想が潜んでいると指摘する。

18) 最判昭和25年8月9日刑集4巻8号1562頁。

案の複雑性を理由に長期間の身体拘束が認められ、その期間中になされた自白を記載した調書についても、その証拠能力が認められたのである。また、憲法38条を、裁判所が被告人を訊問する際に、被告人に対して予め黙秘権を告知、理解させなければならない手続上の義務を規定したのではなく、このような手続を欠いた訊問が違憲ではないとした、1948年7月14日判決<sup>19)</sup>は、捜査官の供述調書作成についても異ならないため、検察事務官が取調べの際に、被疑者に黙秘権の告知を欠いたことに違法はなく、この取調べに基づく被疑者の供述に任意性が認められないわけではないとした<sup>20)</sup>。さらに、司法警察官が作成した被疑者供述調書の任意性について抗弁がなかったことを理由に、当該供述調書が仮に「不法逮捕拘禁中に作成されたものであるとしても、その一事をもつては直ちに所論の違法ありとはいえない」とした<sup>21)</sup>。これは、不当な身体拘束に基づいた供述調書であっても、場合によっては、その証拠能力が認められ得ると解釈できよう。

これらの他に、身体拘束された被疑者に対して、司法警察官が、被疑者と弁護人の接見時間をわずか2分ないし3分と指定した事案においては、当該時間指定が被疑者の権利として認められた防衛準備のためには、あまりにも短時間であり、不当であることを認めながらも、「弁護人の面接の際に、警察官が立会っていた事実があつたしてもただそれ等不当な措置が採られたことから直ちに同被告人の検事に対してなした自白まで任意にされたものでない疑があるとは断定し得ない」とし、検察官作成の被疑者供述調書の任意性判断に関しては、「任意性の有無はそれ等の事由とはかわりなくその自白をした当時の状況に照らして」判断すべきであるために、司法警察官による接見交通権に対する不当な侵害は、適切に行われた検察官の被疑者取調べ及び調書の作成方法が認められると、その因果関係

---

19) 詳細については、LEX/DB 文献番号27760036を参照。

20) 最判昭和25年11月21日刑集4巻11号2359頁。

21) 最判昭和27年11月25日刑集6巻10号1245頁。

が認められないため、検察官作成の被疑者供述調書の証拠採用に違法はないとした<sup>22)</sup>。

しかし、その後の最高裁の判例には、一定の変化が見られるようになった。まず、勾留中の被疑者に対して、捜査の必要のために糧食の授受を禁止し、その間に作成された供述調書の任意性、信用性が争われた事案において、最高裁は、原審の司法警察官の糧食差入禁止行為のみでは、直ちに供述調書の証拠能力、証明力を否定することはできず、供述調書の証拠能力、証明力を否定するに足りるべき状況が発見できないとした判断に対して、捜査の必要のための糧食差入禁止行為は、刑法81条及び207条から禁止されており、自白の証拠能力は、刑法319条1項前段の強制、拷問、脅迫、長期拘禁などの他に、同項後段の任意になされたものでないことに合理的な疑いがあるものについても否定されるため、合理的な疑いの存否の判断が困難な場合には、これを被告人の不利益に判断すべきでないとして解するのが相当であることから、原判決には、審理不盡、理由不備の違法があるとした<sup>23)</sup>。

八丈島事件の最高裁は、住居侵入強姦致死罪の疑いで八丈島警察署に、令状によらずに留置された2名の被告人の検察官及び予審判事に対する供述の任意性及び信憑性の判断について、次のように判断した。まず、任意性については、被告人が適法な勾留がなされるまで、相当長期間の令状によらない警察留置を受け、その間に自白を強要されていたものである以上、「予審判事及び検事において被告人の取調にあたり細心の注意を払ったものとしても、被告人が予審判事による勾留取調の際になした自白及びその直後に検事に対してなした自白が、その直前まで継続していた警察の不法留置とその間の自白の強要から何等の影響も受けずになされた任意の

---

22) 最判昭和28年7月10日刑集7巻7号1474頁。

23) 最判昭和32年5月31日刑集11巻5号1579頁。さらに、1948年の判例（最判昭和23年6月23日刑集2巻7号715頁）を引用し、自白の証拠能力がないことの証明を被告人に立証させるとすれば、被告人に無理を強いることになり、それは、被告人の人権保護ではないとした。

自白であると断定することは到底できない」ため、自白の任意性を否定した。次に、信憑性については、「被告人の司法警察官に対する自白内容が、司法警察官の想定に副うように作為されていることが、容易に推認される」ため、捜査機関の強い予断のもとで、取調べが行われ、自白の聴取書が作成されたと推認される以上は、当該自白とほぼ同一内容の自白が、予審判事及び検察官に対してなされているため、自白の任意性が認められるとしても、信憑性に疑いがあると言わなければならないとした。また、1名の被告人の警察における精神状態が、予審判事の訊問、検察官の取調べなどにも引き続いて働いていたと考えられることも、同被告人の自白は信憑力の薄弱なものとされるべき理由とされた<sup>24)</sup>。

小島事件の第1審及び第2審における被告人の公判供述は、警察による違法な取調べによって自白調書が作成された旨の内容であって、これに対して、被告人を被疑者として取調べた司法警察職員らの証言は、いずれも違法な取調べを否定し、被告人の公判供述と相反する内容であった。そこで、最高裁は、これらの事情を踏まえて、警察における被告人の取調べは、司法警察職員の第1審及び第2審における「弁明の証言にもかかわらず、被告人が第一審以来供述してやまない程、苛酷なものであつたかどうかは別としても、そこには可なり無理もあつたものではないかと思えざるを得ない」ため、警察に対する自白の任意性に疑いを認めた<sup>25)</sup>。このように、供述調書の任意性及び信用性に対する疑問を示し、供述調書の証拠能力を否定する傾向が見られた。しかし、他方では、仮に違法な緊急逮捕の後で作成された供述調書であっても、検察官に対する供述調書を違憲のものということができず、警察における違法な取調べがあつたとしても、警察作成の供述調書を証拠としていないことから、問題は生じないとした判

---

24) 最判昭和32年7月19日刑集11巻7号1882頁。

25) 最判昭和33年6月13日刑集12巻9号2009頁。これらの他に、幸浦事件（最判昭和32年2月14日刑集11巻2号554頁）、松川事件（最判昭和34年8月10日刑集13巻9号1419頁）なども有罪判決を破棄した事例として参照。

例もあった<sup>26)</sup>。

この時期には、アメリカの判例が日本に紹介されはじめ<sup>27)</sup>、学界においては、平野龍一による弾劾的捜査観の提唱を契機に取調べ規制の理論化の進展が見られた<sup>28)</sup>。平野は、捜査段階で行われる身体拘束の目的を、被疑者を公判廷に出頭させるための制度として捉え、取調べのための身体拘束を否定し<sup>29)</sup>、取調べ受忍義務に対しては、被疑者に供述する義務を否定したとしても、取調室への出頭・滞留義務が認められると実質的には被疑者に供述を強いるものに異ならないとし、取調べ受忍義務を否定した<sup>30)</sup>。このような平野の理論は、被疑者の包括的黙秘権の保障を図り、それと同時に弁護人依頼権の実質的な保障の観点から、接見交通権を捜査目的に優先する権利として位置づけられていたと評価される<sup>31)</sup>。

しかし、平野の弾劾的捜査観は、実務に定着したと評価されておらず、その理由を、捜査手続の糾問手続的性格を否定できないこと、捜査活動を公判の準備活動に尽きると断じ切れないこと、取調べ受忍義務を否定する際の法規の解釈における文理上の無理などにあったと指摘される<sup>32)</sup>。なお、同時期に、いわゆる新刑訴派によって実践された集中審理は、捜査段階の供述調書に依拠する根本的な問題を改善するには至らなかったとされる<sup>33)</sup>。

そして、1966年6月13日のミランダ判決の後に出された最高裁判決<sup>34)</sup>は、検察官の自白をすれば起訴猶予にするという約束に応じた被疑者の自

26) 最判昭和32年11月14日刑集122号139頁。

27) 大出・前掲註8, 137頁。

28) 川崎英明「違法取調べの抑制方法」井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社, 1991年）86頁。

29) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣, 1958年）83頁。

30) 平野・前掲註29, 106頁。

31) 川崎・前掲註28, 86頁。

32) 青木孝之「現行刑事訴訟法における当事者主義」一橋法学15巻2号（2016年）53頁。

33) 青木・前掲註32, 55頁。

34) 最判昭和41年7月1日刑集20巻6号537頁。

白の任意性には疑いがあるとして、証拠能力を欠くとした。下級審においては、違法な別件逮捕・勾留が行われた後の本件取調べで作成された司法警察官の供述調書の任意性を否定し、検察官の供述調書の任意性判断については慎重な姿勢を見せたものの、検察官の供述調書は信用性を欠くとして、十分な証拠価値は認められないとされた<sup>35)</sup>。さらに、被疑者と弁護人の接見交通に関して、一般的指定によって接見交通を一般的に禁止することは、被疑者の防御活動を侵害するとされた<sup>36)</sup>。このような下級審判例の動きは、平野の弾劾的捜査観とミランダ判決の影響を受け、被疑者の身体拘束を取調べに活用していた当時の実務に対する被疑者取調べの規制論の影響があったとされるが、結果的には、1970年を境に「逆行的な判例動向さえ看取されるようになり、捜査実務に対しては、ほぼ影響を与えられなかったとされる<sup>37)</sup>。むしろ、1970年代から1980年代にかけては、警察による自白獲得を目的とする取調べが中心となる捜査手続が再編されたと指摘され<sup>38)</sup>、理由のない被疑者取調べを受け、冤罪の犠牲者とされる危険性が存在する取調べが、現に行われているとも言われていた<sup>39)</sup>。

他方で、学界では、刑訴法198条1項但書を、同但書の対象として身体拘束された被疑者が排除されているのは、捜査機関には身体拘束された被疑者を取調べる権限が認められていないからとする解釈が提起されるに至り<sup>40)</sup>、調書裁判問題に対する指摘も依然として残されていた<sup>41)</sup>。しかし、

---

35) 東京地判昭和42年4月12日 LEX/DB 文献番号27930475。

36) 鳥取地決昭和42年3月7日 LEX/DB 文献番号27930468。

37) 川崎・前掲註28, 86-87頁。

38) その詳細については、大出・前掲註8, 141-144頁を参照。

39) 青木英五郎『市民のための刑事訴訟法』(合同出版, 1973年) 34頁。

40) 沢登佳人「逮捕または勾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) 1頁以下。

41) 平野・前掲註1, 407頁以下は、調書裁判の定着によって裁判所の捜査機関の捜査結果を確認する場所と化したことについて、絶望的であると診断した。その前から、調書裁判の問題は、刑訴法321条1項以下の伝聞例外規定があるにもかかわらず、供述調書が証拠として用いられることが通常であり、弁護人のいない密室の裁判とされる刑訴法226条及び227条による尋問も問題であると指摘されていた。森長・前掲註17, 87-88頁。

捜査機関は、被疑者取調べを通じた自白獲得を断念する姿勢よりも、被疑者取調べを中心とした捜査を正当化し、その強化を目指していたことさえ見られていた<sup>42)</sup>。このような捜査機関の態度は、検察研究所が、刑事訴訟法の運用状況を調査した結果、一般刑事事件においては、自白事件が圧倒的に多数を占め、重大事件においては、公判供述による実体的真実の発見が困難であり、伝聞例外による事実認定が多数行われた<sup>43)</sup>という事実からも支えられていたであろう。

そして、1984年に開催された日本刑法学会第62回大会において、三井誠は、ビデオや録音テープによる被疑者取調べ過程の可視化の必要性を主張した<sup>44)</sup>。取調べの状況を録音テープで録音すべきだという主張は、それ以前にも存在しており、取調べを規制する手段として認識されていた<sup>45)</sup>ことに対して、三井は、「被疑者取調べを考える上で重要なことは、何と言っても取調べの適正さはいかにして守られるか、供述の任意性と信用性はいかにして担保されるか」という取調べの客観化を担保する手段として捉えていた<sup>46)</sup>。三井の可視化論は、当時の捜査実務と共通の土俵を設定し、展開された取調べ規制論と評価され、強調されていた<sup>47)</sup>が、可視化議論は捜査実務に大きな影響を与えるほどの進展は見られなかったという<sup>48)</sup>。

刑事弁護側からは、1989年に開催された第32回人権擁護大会や翌年に大分県弁護士会が発足した当番弁護士制度の発展など、刑事弁護の質的向上

---

42) たとえば、米澤慶治「被疑者の取調べ」判タ537号（1984年）61頁、友川清中「取調べ——その実情と機能及び重要性」警察学論集35巻9号（1982年）75頁以下などを参照。

43) 田村弥太郎「検察研究所の果たした役割」ジュリスト551号（1974年）118頁。

44) 三井誠「被疑者の取調べとその規制」刑法雑誌27巻1号（1986年）171頁以下。また、原則としては被疑者取調べの受忍義務を否定するが、弁護人の立会いを前提とする場合には、受忍義務が肯定され得るとした。

45) 熊本典道「逮捕・取調・勾留・弁護——立法論としての具体的提案を中心に」法律時報47巻13号（1975年）59頁以下。

46) 三井・前掲註44, 177-178頁。

47) 川崎・前掲註28, 99-100頁。

48) 小坂井久「刑事司法改革と可視化」法律時報76巻10号（2004年）54頁。

が見られるようになり、1995年のミランダの会の発足に進展され、被疑者取調べの全過程録音や弁護人立会いを要求するなど、「刑事弁護の実践を通して刑事手続の抜本的改革を展望できる状況を切り開いてきた」と評価される<sup>49)</sup>。このような刑事弁護の充実は、1980年代における刑事司法改革の課題とされ、1990年代には、より強く要請された時代でもあったが、捜査機関の他に、裁判所からも上記の活動に対して、「『不適正、不相当な弁護』として排斥する論が登場」するなど、刑事弁護の在り方が、理論的に問われる事態となった<sup>50)</sup>。

#### ① 2004年の法改正

1999年7月に「21世紀の我が国社会において司法が果たすべき役割を明らかにし、国民がより利用しやすい司法制度の実現、国民の司法制度への関与、法曹の在り方とその機能の充実強化その他の司法制度の改革と基盤の整備に関し必要な基本的施策について調査審議する」目的から、内閣の下に司法制度改革審議会が設置された。そして、2001年6月には、「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度——」が発表された。

新たに裁判員裁判の導入が議論されるにつれ、公判廷で被疑者供述調書の任意性または信用性が争われた場合に、いわゆる「水掛け論」に陥らない方法として、取調べの可視化制度が考えられ、従来のような水掛け論を解消する需要が高まり、可視化制度の導入は必然的である<sup>51)</sup>という認識も広まっていた<sup>52)</sup>。

---

49) 川崎英明「刑事訴訟法の半世紀と展望」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法 上巻』(日本評論社、2007年)10-12頁。

50) 村井敏邦「司法改革と刑事訴訟法のあり方」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法 上巻』(日本評論社、2007年)192-194頁。

51) 小坂井・前掲註48、54頁。

52) 元裁判官や当時の裁判官からも取調べ可視化の制度化を肯定し、その必要性が認められていた。吉丸真「裁判員制度の下における公判手続の在り方に関する若干の問題」判

しかし、上記の意見書には、被疑者取調べの適正さを確保するために、取調べの状況などを書面に記録することを義務付ける制度を導入するとされ<sup>53)</sup>、実際の制度導入に当たって、「記録の正確性、客観性を担保するために必要な措置を講じ」る必要性を認めながらも、取調べの録音・録画及び弁護人の立会いに対しては、「刑事手続全体における被疑者の取調べの機能、役割との関係で慎重な配慮が必要」であることを理由に、将来的な検討課題とされた<sup>54)</sup>。

それゆえ、2004年に国会に提案された「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律案」及び「刑事訴訟法等の一部を改正する法律案」は、検察審査会法の改正とともに成立したが、刑事手続の抜本的な改革は先送りにされたと指摘される<sup>55)</sup>。このような指摘は、司法制度改革審議会においても、公判中心主義の後退や伝聞法則の形骸化を調書裁判の弊害として指摘し、裁判員の心証形成との関係でも、公判廷における審理の充実化の必要性が認められていた<sup>56)</sup>にもかかわらず、取調べを中心とした捜査が従来と同様の内容の改革であったからだと思われる。裁判員裁判が施行されてから、公判中心主義が実現されたとの評価される一方で、その審理過程は、まだ公判中心主義が実現されたとはいえない若しくは未だに書証中心の公判審理が存在するとの指摘に留意すべきであることは、すでに指摘した通りである。

---

↘時1807号（2003年）7頁、佐藤文哉「裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について」判タ54巻6号（2003年）9頁、松本芳希「裁判員制度の下における審理・判決の在り方」ジュリスト1268号（2004年）91頁などを参照。

53) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度——」（2001年）10頁。

54) 司法制度改革審議会・前掲註53、51頁。司法制度改革審議会意見書の問題点を指摘したものとして、村井・前掲註50、194-196頁を参照。

55) 川崎・前掲註49、19頁。

56) 司法制度改革審議会・前掲註53、44頁。

## ② 2016年の法改正

2016年5月24日に成立した刑事訴訟法等の一部改正法律案は、2009年に大阪地方検察庁特捜部の元厚生労働省雇用均等・児童家庭局長であった村木厚子氏に対する捜査における証拠の改ざん、隠蔽などが問題となった、いわゆる村木事件を契機として行われた。そして、司法取引や通信傍受の対象事件の拡大なども同時に行われたが、法改正は、取調べ及び供述調書への過度の依存から脱却する目的で行われたものであって、法改正の最も中核をなす制度として、被疑者取調べの録音・録画制度（以下、可視化制度とする）が刑訴法301条の2に新設された。

そのため、記録媒体が従来の取調室の密室性を打開し、録音・録画されていることを意識した捜査官に違法な取調べを抑止する効果が期待できる。また、刑訴法301条の2は、被疑者取調べの過程を録音・録画した記録媒体（以下、記録媒体とする）を実質証拠として使用することを認めておらず、被疑者供述調書の任意性が争われる場合に、当該供述調書の任意性を証明するための補助証拠として用いられる。しかし、記録媒体を見た裁判員から、「『録画がなければ判断できなかった』、『録画を見なければ違う結論になったかもしれない』と口々に述べた」とされ、記録媒体が有罪無罪の心証形成に大きな影響を与えた<sup>57)</sup>など、今市事件の例から見られた懸念は残されている。しかも、被疑者供述調書の任意性が疑われる場合に、その任意性を立証することによって、当該供述調書を証拠として用いられるようにすることになれば、取調べ及び供述調書へ過度に依存したまま、従来の水掛け論を避けつつ、容易に供述調書を用いる手段となり得よう。加えて、連日・長時間に行われる日本の被疑者取調べの現状を鑑みると、被疑者が自白した場面の記録媒体のみを見て、連日・長時間に及ぶ取調べの全過程が適切に行われたか否かの判断を一層困難にする危険性があ

---

57) 小池振一郎「可視化は弁護をどう変えるか——取調べの可視化<2>——特に、今市事件に見られる一部可視化の問題について検証する——」村井敏邦・海渡雄一編『可視化・盗聴・司法取引を問う』（日本評論社、2017）58頁。

る。

以上を踏まえると、第二次世界大戦後の現行刑訴法に至るまで、大正刑訴法時代における自白の証拠価値はさほど変わっておらず、それゆえ、被疑者取調べが捜査における情報収集手段よりも証拠収集手段として、その性格が強調され、被疑者取調べが捜査の中核をなす事態となったと評することができる。さらに、刑訴法198条1項但書も過度な被疑者取調べを可能にしたものであったと言わざるを得ない。以下においては、公判中心主義の実現のために、捜査と公判の実質的な分離を果たす被疑者の権利を探ることにする。

ただし、捜査段階における被疑者の権利保障によって、捜査と公判の実質的な分離が可能であると評価することは困難であるように思われる。たとえば、被疑者の権利保障が従来よりも充実化された場合に、公判廷において供述調書の証拠能力が容易に認められる状況では、捜査段階で供述調書が作成されると当該供述調書について、充実した被疑者の権利保障を理由に、従来よりもさらに容易に証拠能力が認められ、調書内容の信用性も高く評価されるおそれがある。

他方で、被疑者供述調書を公判廷に顕出させるための要件を厳格にし、容易に供述調書の証拠能力を認めないという供述調書の証拠能力認定要件の厳格化も捜査の結果が公判廷にそのまま受け継がれないようにする手段として考えられる。この方法は、実際に韓国の2020年の刑事訴訟法改正で採用されており、2022年1月から施行された。改正内容の詳細については後述するが、韓国特有の規定であるとされ、日本と同様に大正刑訴法をベースとして制定された刑訴法であるため、注目に値すると思われる。しかし、被疑者供述調書の証拠能力認定要件を厳格にした場合の弊害として、証拠能力認定要件の厳格化内容によっては、供述調書の証拠能力認定要件を満たすための厳しい取調べが行われる可能性や捜査機関が、供述調書の提出を諦め、被疑者に捜査機関で行った供述を公判廷でも供述するように圧力をかけるか、脅迫または説得などの適切ではない取調べが行われ

る可能性も考慮すべきである。

したがって、公判中心主義を実現するための手段の一つとして、被疑者の権利保障が挙げられるものの、被疑者の権利保障のみでは不十分であることを認め、韓国を手掛かりに、検討を進めたい。

## (2) 公判中心主義と黙秘権

公判廷においてオリジナルの証拠に基づいて行われる公判審理、若しくは捜査と公判の実質的な分離という公判中心主義の実現を妨げるものには、被疑者の自白とりわけ、被疑者に不利な内容を記載した被疑者の供述調書の証拠としての使用が挙げられる。そして、被疑者の供述調書が作成されるのは、被疑者取調べであり、被疑者取調べにおける被疑者の権利としては、被疑者の黙秘権が代表的である。

上口裕は、公判中心主義は、捜査中心主義を否定するものであり、「公判に顕出されたオリジナルな証拠方法から得られた証拠資料に基づいて事実認定がなされるべきことを要求する」と指摘し、身体拘束中の被疑者に対する取調べは、公判中心主義との関係において、問題であると指摘した<sup>58)</sup>。ただし、上口の問題意識の骨子は、刑訴法198条1項但書の問題を被疑者に取調べを受忍する義務があるか否かという問題として捉え、取調べ受忍義務を否定し、取調べを拒否する被疑者の権利も、その実効性に問題があることを指摘し、そもそも身体拘束中の被疑者に対する取調べそれ自体が許容され得るものであるかという疑問から、黙秘権の成立は、被疑者取調べにおける供述の拒否のみならず、取調べという制度自体を否定することであるとした<sup>59)</sup>。

横山晃一郎は、現行刑訴法の立法に関係した者が、裁判所であっても被疑者と弁護人の接見を禁止する処分をなしえないとしたにもかかわらず、捜査機関の接見指定による原則と例外の逆転を問題とし、さらには、身体

---

58) 上口裕「身柄拘束中の被疑者取調べについて」南山法学5巻1-2号(1981年)137頁。

59) 上口・前掲註58, 119頁以下。

拘束または接見指定の目的が、「被疑者を完全に自己の支配下において取調べることにある」ことを指摘した。そして、身体拘束された被疑者に認められるとされる出頭・滞留義務を実質上の供述獲得の手段であると位置づけ、刑訴法198条1項但書は、身体拘束されていない被疑者を対象としたものであるとする主張に賛同し、原則として身体拘束された被疑者の取調べは許されないとする<sup>60)</sup>。

横山が賛同したのは、沢登佳人によって展開された身体拘束中の被疑者取調べ禁止説であった。沢登は、まず、「刑事訴訟法典の文言を精密且つ正確に文理解釈」すると身体拘束中の被疑者を対象とした取調べが許容され、そこで得られた供述が公判廷に証拠として提出されることは、維持できないとする。そして、身体拘束の目的は、被疑者取調べではないこと、刑訴法198条1項但書は、「逮捕または勾留されている被疑者を取り調べることは許されない、ということ为前提として書かれたものである」と主張した<sup>61)</sup>。さらに、被疑者の黙秘権との関係では、身体拘束の有無を問わず、被疑者には黙秘権が認められるため、出頭を拒み、出頭後の退去が可能であるため、黙秘権と被疑者の出頭・滞留義務が両立するという主張は、誤りであると指摘し、出頭拒否及び随時退去の保障が、黙秘権を保障する唯一の手段であるとする<sup>62)</sup>。

これらの主張は、黙秘権保障を理論的根拠としつつも、その基本的論拠は、「取調べ受忍義務の否定」であるとされ<sup>63)</sup>、従来の取調べ規制論によって追認される捜査機関の被疑者取調べ権に対する一種の抵抗であった

60) 横山晃一郎「被疑者の取調——接見交通と関連させながら——」法政研究49巻4号（1983年）373頁以下。

61) 沢登・前掲註40、1頁以下。これらの他に、身体拘束中の被疑者に対する取調べが禁止される根拠として、被疑者取調べの弁護人立会いに関する規定が、現行法に設けられなかった理由が、身体拘束中の被疑者の取調べが禁止されているためであるとされ、15-18頁は、刑訴法322条1項本文と関連付け、取調べ禁止説を根拠付けている。

62) 沢登・前掲註40、9-10頁。

63) 川崎・前掲註28、98頁。

と捉えられると考えられる。

しかし、川崎は、多くの学説が捜査機関の取調べを許容し、黙秘権及び弁護権の実質化を図りながら、捜査実務の変化を求めていることから、捜査実務の変化に有効なのは、取調べを肯定した上で被疑者の防御権の保障の理論を構築することが有効なのか、取調べそれ自体を否定することが有効であるかにあるとし、被疑者に対する取調べが認められる捜査実務が許容され、変化しない限り、これに対抗する被疑者の権利保障の要請も強まると指摘した<sup>64)</sup>。

近時においては、前田朗によって憲法13条及び憲法38条を根拠とする被疑者の取調べ拒否権が主張された<sup>65)</sup>。その内容は、黙秘権を中心とした取調べの拒否であるが、前田は、上記の取調べ禁止説と取調べ拒否権の差を「取調べ受忍義務を否定するが、取調べそのものを否定しない」ことにあるとし、取調べの機会を活かしたいと判断した被疑者は、取調べ室において供述すれば良く、取調べ受忍義務を押し付けられることを防ぐために、取調べの完全可視化という条件が求められるとする。そして、可視化及び弁護士立会いの重要性を肯定するものの、より重要なのは黙秘権行使の実践であることを強調する<sup>66)</sup>。

公判中心主義と被疑者取調べの関係において、最も重要なのは、被疑者の黙秘権の実質的な保障であると思われる。かつて、黙秘権は、「行使することが最も困難な権利<sup>67)</sup>」であるとされていたが、この評価は、現在においても妥当するように思われる。なぜなら、長時間の取調べが行われた場合であっても、最後まで捜査官の質問に答えず、黙秘することに成功したのであれば、結局、黙秘権は行使されたと評価され、黙秘権保障に問題

---

64) 川崎・前掲註28, 99頁。

65) 前田朗『黙秘権と取調べ拒否権——刑事訴訟における主体性』(三一書房, 2016年) 148頁以下。

66) 前田・前掲註65, 176-177頁。

67) 高野陸「被疑者の取調べにどのように対処するか」竹澤哲夫ほか編『刑事弁護の技術(上)』(第一法規出版, 1994年) 95頁。

がないとされることもあるからである<sup>68)</sup>。

しかし、黙秘権を上記の身体拘束中の被疑者に対する取調べ禁止説のように、身体拘束された被疑者を対象とする取調べそれ自体を許さない方法で保障することには疑問がある。これは、事件の捜査活動を委ねられた捜査機関の単なる事情聴取まで法が禁止したとは思えず、すなわち、被疑者自ら捜査機関に対して供述を望む場合は別として、黙秘権を侵害しない程度であれば、捜査機関の身体拘束中の被疑者の取調べを禁じる実益はどこにあるかという疑問でもある。他方で、取調べ拒否権について、前田自身も黙秘権行使による取調べの遮断効を認める立場とほぼ同様の内容であることを認め、いつ遮断効が発生するかが、取調べ拒否権との「分かれ目」となる<sup>69)</sup>とするが、黙秘権の行使が何らかの制約をも受けず、権利行使に実質的な保障が認められる場合にまで、取調べ拒否権＝出房拒否権の侵害が黙秘権侵害であるとする必要性は、必ずしも認められなければならないとまでは思えない。

したがって、以下においては、黙秘権の実質的な保障のためには何が必要であるかを検討するために、まず、黙秘権の実質的な保障または黙秘権行使を阻害する要因について検討を行いたい。

### ① 取調べ受忍義務

被疑者に取調べを受忍する義務があるか否かに関する議論は、刑訴法198条1項但書により展開されてきた。刑訴法198条1項但書は、「被疑者

68) しかし、このような黙秘権の行使は、法律による黙秘権の保障によって行われた権利行使ではなく、被疑者の最後まで黙秘権を行使しようとする意思の現われであると思われれない。これに関して、後藤昭「取調べ受忍義務否定論の展開」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集 下巻』（有斐閣、1991年）294頁以下、平賀陸夫「被疑者の取調べ受忍義務」西原春夫・渥美東洋編『刑事法学の新動向 下巻 下村康正先生古稀祝賀』（成文堂、1995年）197頁以下、高内寿夫「被疑者取調べの適法性について」國學院法学52巻4号（2015年）152頁、瀨野貴生「黙秘する被疑者・被告人の黙秘権保障」刑事弁護79号（2014年）11頁以下を参照。

69) 前田・前掲註65、188頁。

は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる」と規定されている。従来の議論は、身体拘束中の被疑者取調べに被疑者の受忍義務を肯定したうえで、被疑者の受忍義務が、身体を拘束された理由となる被疑事実に限られるか否かが争われていた<sup>70)</sup>。

これに対して、平野龍一は、被疑者に取調べのために出頭・滞留を義務付けることが、実質的に被疑者の供述を強いるものと異ならないとし、刑事訴訟法198条1項但書は、出頭を拒否し、退去を認めることが、逮捕・勾留を否定するものではないことを明らかにしたものであるとした<sup>71)</sup>。その後、平野は、黙秘権には、「強制的な取調べを受けない権利」まで含まれるとし、取調べを受ける義務それ自体を否定するに至った<sup>72)</sup>。田宮裕も、弾劾的捜査観によって被疑者にも被告人と同様の包括的黙秘権が認められ、「取調べ受忍義務(出頭義務)が否定され」、黙秘権の告知が必要的となるとした<sup>73)</sup>。

他方で、198条1項但書に基づいて、身体拘束された被疑者には、出頭・滞留義務が認められる<sup>74)</sup>、または、逮捕・勾留の目的が被疑者取調べではないが、これを利用して取調べることが禁じられているものではないため、逮捕・勾留が、取調べの可能性を予定した強制処分であると捉え、

70) 安部祥太『被疑者取調べの憲法的規制』(日本評論社, 2019年)118-119頁は、身体拘束中の被疑者の出頭拒否及び退去が否定される理由として、被疑者の身体拘束が捜査のために被疑者の身体を確保することを目的としており、出頭要求は、逮捕・勾留処分に含まれているとし、身体拘束された理由となる被疑事実に限定されると解すべきであるとする。ただし、被疑者は取調べに協力すべき義務を負うものではなく、被疑者が留置・拘留されている場所の職員に対して、何を根拠に被疑者を出頭させる義務が課されるかを言及したものである。同趣旨として、柏木千秋『刑事訴訟法』(有斐閣, 1970年)56頁も参照。これに対して、平場安治『刑事訴訟法講義〔改訂版〕』(有斐閣, 1954年)340頁は、受忍義務の適用は、身体拘束された被疑事件に限定されたいと解する。

71) 平野・前掲註29, 106頁。

72) 平野龍一『刑事訴訟法概説』(東京大学出版会, 1968年)69-70頁。

73) 田宮裕『捜査の構造』(有斐閣, 1971年)70頁。

74) 柏木・前掲註70, 56頁。

逮捕・勾留を被疑者取調べという形で行うこともあり得る<sup>75)</sup>など、被疑者の出頭・滞留義務を肯定する主張もなされてきた<sup>76)</sup>。

しかし、刑訴法198条2項によって認められる被疑者の黙秘権に基づいて、被疑者に取調べを受ける義務があるとするのは、黙秘権行使の状況的な保障を奪うことになる<sup>77)</sup>、被疑者の身体拘束が取調べを目的としたものでない以上、取調べを目的とした出頭要求は、身体拘束された被疑者であってもこれを応じる必要がない<sup>78)</sup>、被疑者に出頭・滞留義務を課すことは、強制捜査に他ならないとし、被疑者取調べの目的は、「被疑者の側の防御権を確保するために被疑者の事実上および法律上の主張を聴取し、被疑事件に関する弁解の機会を与えるためのものに限定」される<sup>79)</sup>など、取調べ受忍義務（出頭・滞留義務）否定論が相次いで主張され、通説であった肯定論は、少数説になったとされる<sup>80)</sup>。

ただし、近時には、取調べの必要性は、身体拘束の有無に関わらず存在し、被疑者に課される出頭義務は、限定された身体拘束の期間内に捜査を成し遂げる必要性から認められるとする主張<sup>81)</sup>もなされている。また、2011年6月から特別部会の第1作業分科会における「勾留と在宅の間の中間的な処分」について議論が行われた際に、川出敏裕から、身体拘束された被疑者の出頭・滞留義務に関して以下のような主張がなされた。

川出は、被疑者の身体拘束の目的は取調べではないことを前提に、被疑者の出頭・滞留義務を肯定する根拠として、被疑者の身体拘束の期間に厳

75) 高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』（青林書院、1984年）335-336頁。

76) これらの他に、青柳文雄ほか編『注釈刑事訴訟法 第2巻』（立花書房、1976年）90頁 [吉田淳一]、伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法 第3巻（新版）』（立花書房、1996年）93頁 [東條伸一郎]などを参照。

77) 平場安治『刑事訴訟法要論』（日本評論社、1969年）86頁。

78) 鴨良弼『刑事訴訟法の新展開』（日本評論社、1973年）210頁以下。

79) 石川才顯『刑事訴訟法講義』（日本評論社、1974年）116-117頁。

80) 安部・前掲註70、24頁。

81) 加藤康英『適正捜査と検察官の役割——適正な裁判を求めて——』（北樹出版、2008年）27-28頁。

格な制限が設けられており、捜査機関は、「その限られた期間内に捜査を尽くして起訴・不起訴を決定しなければならないため、捜査の便宜を考慮して」身体拘束された被疑者に対しては、法律で特別に出頭・滞留義務が認められたものであると説明した<sup>82)</sup>。

さらに、最近には、捜査実務家から、逮捕・勾留の要件である「逃亡のおそれ」について、捜査機関が被疑者の身体を利用して捜査することを逃れるおそれ、すなわち、逮捕・勾留は、取調べを含む被疑者の身体を利用した捜査のためであるとして捉え、刑訴法198条1項本文を身体拘束された被疑者の出頭・滞留義務を肯定する根拠として、また、当該義務の履行に必要な強制力は、逮捕・勾留に関する刑訴法199条1項、207条1項、60条などを根拠として、身体拘束された被疑者の出頭・滞留義務を肯定する主張もなされている<sup>83)</sup>。

また、この見解は、被疑者の包括的黙秘権を肯定するものの、身体拘束された被疑者には、相当な嫌疑が認められるため、「真実」に向き合う義務があり、捜査官の説得を受ける義務が、出頭・滞留義務の実質的意義であるとする。ただし、その義務にも一定の限界があることを認め、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度など諸般の事情を考慮して、「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」とする。

以上からすると、身体拘束された被疑者に取調室に出頭・滞留する義務があるか否かについての議論は続いており、実務においても身体拘束された被疑者の出頭・滞留義務を前提とした取調べが行われていることから、従来の出頭・滞留義務に関する検討は、取調べにおける黙秘権の行使或いは権利の実質的な保障の側面から、欠かせないものであると思われる。な

---

82) 法制審議会——新時代の刑事司法制度特別部会第1作業分科会第8回会議事録19頁、川出敏裕発言。同趣旨として、大澤裕「被疑者・被告人の身柄拘束のあり方——いわゆる中間処分を中心に——」論究ジュリスト12号(2015年)94頁も参照。

83) 濱田毅「新たな取調べ受忍義務肯定説について」同志社法学74巻1号(2022年)138頁以下。

ぜなら、身体拘束された被疑者に取調室に出頭・滞留する義務が認められるとするのであれば、長期間・連続性をもって行われる現行の被疑者取調べにおいては、被疑者に出頭・滞留義務が課されることによって、黙秘権の行使は、被疑者が我慢強く抵抗した結果となり、黙秘権の保障は、単なる権利を行使するための機会の提供に止まるおそれがあり、被疑者の黙秘権の保障の程度に関する理解に差が生じてしまう。そして、その結果として、被疑者に不利な供述をする可能性が増え、それは、被疑者の弁護方針にも影響を与えることが予想されるからである。

まず、判例は、身体拘束された被疑者の出頭・滞留義務について、「身体の拘束を受けている被疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものでないことは明らかである」としている<sup>84)</sup>。

出頭・滞留義務肯定論の中には、判例とは異なって、被疑者の身体拘束が主として捜査のためにあるとして、出頭・滞留義務を肯定する見解もある<sup>85)</sup>。さらに、身体拘束された被疑者は、「逮捕・勾留の効果として、留置場所から所要の場所までの連行を拒むことができない」として、身体拘束された被疑者の取調べを強制処分として捉える見解もある<sup>86)</sup>。すなわち、身体拘束された被疑者に出頭・滞留義務が認められることを前提として行われる取調べは、逮捕・勾留に伴う処分として強制できるとされており、それゆえ、逮捕・勾留に必要な令状が発付されたのであれば、強制処

84) 最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁。

85) 石丸俊彦『刑事訴訟法』（成文堂、1992年）147頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第四卷〔第二版〕』（青林書院、2012年）190頁〔渡辺咲子〕、土本武司『刑事訴訟法要義』（有斐閣、1991年）154頁、団藤・前掲註13、118-119頁、青柳・前掲註76、90頁。

86) 石丸・前掲註85、147頁以下。同趣旨として、林茂樹「逮捕・勾留中の被疑者の取調べについての一考察（下）」警察学論集37巻12号（1984年）50頁、中谷雄二郎「別件逮捕・勾留——裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続（上）』（筑摩書房、1988年）204頁、小林充『刑事訴訟法 新訂版』（立花書房、2009年）98頁、加藤・前掲註81、28頁。

分とされる取調べは、別途に令状が求められないことになる<sup>87)</sup>。

他方で、被疑者の身体拘束の目的が取調べではないとしながらも、逮捕・勾留を利用して被疑者を取調べることが禁止されているわけではなく、身体拘束を「取調べの可能性を予定した強制処分」とし、被疑者取調べという形で被疑者を拘束することも認められるとする見解がある<sup>88)</sup>。この見解は、被疑者に出頭・滞留義務を課したとしても、出頭・滞留と供述する義務は異なるため、身体拘束された被疑者に出頭・滞留義務を課して行う被疑者取調べは、任意処分であり、黙秘権の侵害にはならないとする。

以上の受忍義務肯定論とは異なって、身体拘束された被疑者には取調室に出頭及び滞留する義務がないとする否定論は、次のように主張する。刑訴法198条1項但書について、当該規定が「出頭拒否・退去を認めることが逮捕または勾留の効力自体を否定するものでない趣旨を明らかにしたものの<sup>89)</sup>」と捉えるものの他に、被疑者が身体拘束された場合に関する明文規定がなく、法は解釈に委ねたと解すべきであるとするもの<sup>90)</sup>、刑訴法198条1項本文は、在宅被疑者に対する出頭要求を定めたものであり、それは義務ではないことを但書で明らかにしたとするもの<sup>91)</sup>、刑訴法198条1項本文が、取調べを任意捜査として規定したものであり、「出頭を求め」は、より広い意味の「協力を求め」と解し得るとしたうえで、取調べを目的とする身体拘束が認められていないため、刑訴法198条1項但書は、取調べのための身体拘束を否定する規定であるとするもの<sup>92)</sup>などがある。

---

87) これに対して、三井誠『刑事訴訟法（一）新版』（有斐閣、1997年）131-132頁は、現行法における逮捕・勾留という身体拘束は、被疑者を取調べを目的とするものではないと指摘する。

88) 高田・前掲註75、335-336頁。

89) 平野・前掲註29、106頁、同趣旨として、石川・前掲註79、117頁。なお、平野・前掲註72、69頁以下も参照。

90) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（青林書院、1990年）83頁。

91) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）132頁。

92) 多田辰也『被疑者取調べとその適正化』（成文堂、1999年）209-210頁。

また、上述した身体拘束された被疑者の取調べは禁止されるとする取調べ禁止説及び取調べ受忍義務は否定するが、取調べそれ自体は否定しないとする説の他に、身体拘束された被疑者が取調室で取調べを受けることを否定する見解もある<sup>93)</sup>。この見解は、被疑者を逮捕・勾留するか否かの判断は、裁判所が行うことになっており、勾留される場所も裁判官によって指定されるのであるから、捜査機関が身体拘束された被疑者を取調室に移送する権利は否定されるとし、捜査機関の取調べは、刑訴法80条の範囲内で可能となる。

これらの他に、被疑者取調べが任意捜査であるため、出頭・滞留義務は認められるものの取調べそのものを受忍する義務はないと区別し、被疑者に認められる義務は出頭・滞留に限られ、その場合であっても「公判廷における被告人質問と近い権利保障を要する」とする見解<sup>94)</sup>、被疑者取調べの目的を「被疑者の弁解、主張を捜査機関が聴取する機会」として捉える、被疑者の権利としての被疑者取調べを主張する見解もある<sup>95)</sup>。

かつて、三井誠は、取調べ受忍義務を巡る議論に関して、受忍義務否定説は、各論的検討を欠きらいがあること、包括的黙秘権の実効的な保障に関する提示が乏しいこと、不出頭権、退去権が侵害される場合に関する説明が不十分であること、刑訴法198条1項但書の解釈が実務家を説得し得ないことなどを受忍義務否定説が実務を変化させるに至らなかった理由とし、特に受忍義務肯定説に立ったとしても、被疑者の黙秘権を侵害する程度の強制的な取調べは認められないことを指摘した<sup>96)</sup>。

---

93) 梅田豊「取調べ受忍義務否定論の再構成」島大法学38巻3号（1994年）1頁以下、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）73頁以下。

94) 渡辺修『被疑者取調べの法的規制』（三省堂、1991年）211頁。松尾・前掲註2、67頁も出頭・滞留義務と受忍義務を区別し、前者を否定する自由はないが、憲法38条1項の趣旨から後者の義務も認められないとすべきであるとする。

95) 井戸田侃『刑事手続の構造序説』（有斐閣、1971年）84-85頁。石川・前掲註79、117頁も、取調べの目的は、被疑事件に関する弁解の機会を与えるためのものに限定されるとし、主張と弁解は、被疑者の権利であるとする。

96) 三井・前掲註44、176-177頁。三井は、身体拘束の有無を問わず、不出頭・退去の自

たしかに、身体拘束された被疑者に出頭・滞留の義務があるとしても、それが被疑者の意思を制圧するものでなければ、問題は生じず、また、出頭・滞留義務は否定されるとする立場からも在宅被疑者と同程度の取調べであれば、許容されるとすることもあり得よう<sup>97)</sup>。

そして、この場合には、身体拘束された被疑者の取調べが行われる際に、被疑者の権利侵害が認められるために求められる権利侵害の程度が重要となろう。すなわち、平成11年の判例が示したように、身体拘束された被疑者に出頭・滞留義務を課すことが、直ちに黙秘権を侵害したと判断するに至らないとしたことも、被疑者の黙秘権侵害に関する判断は、被疑者が取調室において、実際どのような取調べを受けたかによって求められることをも想定したものであると思われる。

しかし、被疑者に取調室への出頭を強い、退去を認めないことが、受忍義務否定論の主張する実質的な黙秘権の侵害になる危険性が高いことは変わりない。また、出頭を求め、退去の自由を与えない段階では、黙秘権侵害に至らないとみなす場合であっても、それが、全く問題がないと理解することは困難であるように思われる。なぜなら、身体拘束された被疑者を取調室に移動させ、取調べが終わるまで取調室からの退室を許さないということは、被疑者の身体・行動の自由を侵害するからである<sup>98)</sup>。身体拘束された被疑者の身体・行動の自由に関して、被疑者が逮捕・勾留されてい

---

ㄨ由を肯定するが、身体拘束されている場合には、「例外的に相当の根拠がある場合」には、出頭・滞留義務があるとするものの、具体的にどの場合に当該義務が肯定されるかは明らかではない。なお、当時の捜査実務側の取調べの必要性や被疑者の自白の意義に関する意識として、米澤慶治「取調べの理論と実務——実務家の立場から——」刑法雑誌27巻1号(1986年)181頁、原田明夫「被疑者の取調べ——検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続(上)』(筑摩書房、1988年)を参照。

97) 斎藤司「取調べのための出頭・滞留義務と取調べの適正化論」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [下巻]』(成文堂、2016年)119頁。

98) この点に関して、豊崎七絵「取調べ受忍義務否定説の理論的基礎」浅田和茂ほか編『改革期の刑事法理論：福井厚先生古稀祝賀論文集』(法律文化社、2013年)125頁は、とりわけ、在宅被疑者に取調べ受忍義務が認められないことは、黙秘権の侵害の他に、被疑者の身体・移動の自由を侵害すると指摘する。

る場合は、すでに逮捕・勾留に伴う身体・行動の自由が制約されている状態であり、その意味で、身体拘束された被疑者に身体・行動の自由の侵害には当たらないと反論されることも考えられる。しかし、身体拘束によって身体・行動に対する制約を受けていることが、直ちに取調室に対する不出頭・退去の自由まで否定されると認められるかは疑問であり、さらに、取調べのために不出頭・退去の自由が制約されることは、すでに指摘されている通り、被疑者の黙秘権を侵害する危険性が高いため、身体拘束による身体・行動の自由に対する制約と区別されるべきであると考えらる<sup>99)</sup>。すなわち、身体拘束された被疑者の取調べの場合であっても在宅被疑者と同様に、被疑者が取調べを受けることの承諾が前提とならなければならず、取調室からの退去が求められた場合には、捜査機関はそれに応じなければならない。

## ② 黙秘権の告知

憲法38条1項は、何人も自己に不利益な供述を強要されないと規定しており、刑訴法198条2項は、被疑者の取調べの際に、被疑者に対して黙秘権を告知する義務を捜査機関に負わせている。そこで、刑訴法198条2項で定められた黙秘権の告知は、憲法38条1項の黙秘権の内容に含まれるか否かが問題となる。

被疑者に対する黙秘権の告知に関して、最高裁<sup>100)</sup>は、被告人または被疑者は、憲法38条及び刑訴法10条によって供述する義務がなく、黙秘権を有することが明らかであるため、被疑者の場合には、捜査機関が黙秘権の保障を知らせる措置を講じた上で供述を求める義務があり、捜査官の面前では、心理的強制及び圧迫を感じ、或いは供述義務があると誤信する経験から、被疑者に黙秘権があると特段に注意を喚起しない限り、任意に供述することは困難であり、黙秘権規定が有名無実になるおそれがあるとする弁護人の上告趣意に対して、次のように判示した。「憲法第三八

99) 豊崎・前掲註98, 126-128頁。

100) 最判昭和25年11月21日刑集4巻11号2359頁。

条は、裁判所が被告人を訊問するに当たり予め被告人にいわゆる黙秘の権利あることを告知理解させなければならない手続上の義務を規定したのではなく、従つてかような手続をとらないで訊問したからとて、その手続は違憲とは言い得ず、刑訴応急措置法第一〇条に違反するものでないことについては、当裁判所の判例とするところである。そして、この理は捜査官の聴取書作成についても異なるところのないことは右判例の趣旨から窺われる。」と<sup>101)</sup>。

その後にも、最高裁は、「憲法三八条一項の規定は、『何人も、自己に不利益な供述を強要されない。』ことを保障したに止り、被告人又は被疑者に対し、あらかじめ、いわゆる黙秘の権利あることを告知理解させなければならない訴訟手続上の義務を規定したのではない<sup>102)</sup>」、または、1回目の取調べが終了して、8日後に、同一犯罪について同一捜査官によって行われた2回目において、黙秘権の告知が行われなかった場合であっても、1回目の取調べの際に告知が行われていた場合には、被疑者は、黙秘権の存在を熟知したと認められるため、2回目の取調べの際に黙秘権の告知がなくても、刑訴法198条2項に違反するものではないとされ、さらに、被疑者取調べの際に黙秘権を告知しなかったからといって、「その取調べに基く被疑者の供述がただちに任意性を失うということにはならない」とした<sup>103)</sup>。そして、これらの最高裁の判断は、被疑者に対する黙秘権の告知が、必ずしも憲法38条1項から要請されるものではなく、黙秘権の告知を欠いた取調べが違憲になるわけではないと一般的に理解されていた<sup>104)</sup>。

101) この判例に対して、刑訴応急措置法10条1項には、刑訴法198条2項の告知に関する内容を欠くことを理由に、刑訴法198条2項の解釈判例として適切ではないと指摘される。池田克「被疑者の黙秘権についての管見」國學院法学3巻1号(1965年)3頁。これとは反対に、憲法解釈として変更の必要はないとするものとして、青柳文雄「被疑事実の告知と黙秘権の告知」警察学論集27巻6号(1974年)63頁を参照。

102) 最判昭和27年3月27日刑集6巻3号520頁。

103) 最判昭和28年4月14日刑集7巻4号841頁。

104) 権橋隆幸「供述拒否権の不告知」別冊判タ9号(1985年)163-164頁。

他方で、下級審では、「黙秘権の告知がなかったからといって、そのことから直ちに、その後の被疑者の供述の全ての任意性が否定されることにはならないが、被疑者の黙秘権は、憲法三八条一項に由来する刑事訴訟法上の基本的、かつ、重要な権利であるから（同一九八条二項）、これを無視するような取調べが許されないことも当然である」とし、刑訴法が捜査機関に黙秘権の告知を義務付けたのは、被疑者取調べの必要性和被疑者の黙秘権保障の調和を図るためであるとした。それゆえ、取調べの期間中に捜査官による黙秘権の告知が一度も行われていないと疑われる事案においては、捜査官に黙秘権を尊重しようとする態度がなかったことを象徴するものとして、また、被疑者が黙秘権を告知されることによって受ける心理的圧迫の解放がなかったことを推認させる事情として、被疑者供述の任意性判断に重大な影響を与え、被疑者が黙秘権の存在を知っていたことなどは、重大な影響を与えないというべきであるとした<sup>105)</sup>。この裁判例に対しては、被疑者に対する黙秘権の不告知のみに焦点を合わせたものではなく、黙秘権の不告知及び捜査官の不当な取調べを合わせて、自白を排除する根拠としているとの評価がなされており<sup>106)</sup>、従来の判例とは異なっており、黙秘権の不告知という事実を重視したという評価もなされている<sup>107)</sup>。

また、被告人を参考人として取調べた際に、黙秘権を告知せず作成した警察官調書について、参考人として取調べた際には、すでに被告人の捜査対象としていた状況に基づき、「捜査機関が、被告人に黙秘権を告げず、参考人として事情聴取し……被告人に不利益な事実の承認を録取した書面を作成したものであるから、この警察官調書は、黙秘権を実質的に侵害して作成した違法があると言わざるを得ない」として、当該調書を有罪認定

105) 浦和地判平成3年3月25日判タ760号261頁。

106) 川島健治「黙秘権の不告知と自白の証拠能力——適正手続条項に基づく“黙秘権の告知を受ける権利”」青山法学論集37巻2号（1995年）70頁。

107) 笹山文徳「黙秘権告知が必要とされる対象者の範囲と黙秘権告知を欠く取調べに基づき作成された供述調書の証拠能力」同志社法学66巻1号（2014年）151頁。

の証拠として用いることは、違法であるとした<sup>108)</sup>。ただし、黙秘権の不告知と黙秘権の侵害の関係は明らかにされていない<sup>109)</sup>。

黙秘権の告知に関して、学界では様々な見解が展開されている。それは、判例の立場をとる見解<sup>110)</sup>の他に、黙秘権の不告知は憲法38条1項、すなわち黙秘権の侵害に当たるとする見解<sup>111)</sup>、黙秘権の不告知を憲法違反であると解することはできないが、黙秘権告知の重要性を肯定する見解<sup>112)</sup>、これと類似した見解として、黙秘権の不告知を黙秘権侵害に当たらないとするが、被疑者が、供述義務があると誤信した場合には、黙秘権告知も憲法上の要請であるとする見解<sup>113)</sup>、これらの他に黙秘権の告知を憲法31条の適正手続からの要請であるとする見解<sup>114)</sup>もある。

以上のように、黙秘権の内容に黙秘権の告知が含まれるか否かについては、見解によって様々であるが、黙秘権の保障の観点から黙秘権の告知が重要な役割を果たすことに異論はなく、それは、糾問的な捜査構造をとる捜査実務の現状から黙秘権が侵害される危険性が高く、黙秘権の告知を通じた黙秘権の保障を重要視する認識があるとされる<sup>115)</sup>。

---

108) 東京高判平成22年11月1日判タ1367号251頁。

109) 本判決の証拠排除が黙秘権の不告知から導き出されたとするものとして、豊崎七絵「重要参考人の取調べと黙秘権告知」法学セミナー57巻8号(2012年)158頁も参照。

110) 原田清司「不利益供述拒否権(黙秘権)」横浜市立大学論叢11巻3号(1960年)70頁。

111) 久岡康成「黙秘権」井戸田侃編『総合研究=被疑者取調べ』(日本評論社, 1991年)416頁、小田中聡樹『ゼミナール刑事訴訟法(上)争点編』(有斐閣, 1987年)12頁、福島至『刑事訴訟法』(新世社, 2020年)115頁など、石川・前掲註79, 74頁、平場・前掲註77, 86-87頁、多田・前掲註92, 225頁。

112) 団藤・前掲註13, 120頁、高田・前掲註75, 336-337頁、なお、青柳・前掲註101, 63頁は、黙秘権不告知による黙秘権侵害という憲法違反を否定しつつも、公判と捜査の差から、捜査段階の場合には、公判段階の場合より「もう少し理由づけ」をする必要があるとする。

113) 酒巻匡『刑事訴訟法〔第2版〕』(有斐閣, 2020年)85-86頁、平野・前掲註29, 108頁、註4。

114) 詳細については、川島・前掲註106, 65頁以下を参照。

115) 川崎英明「黙秘権保障における黙秘権告知の意義」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』(成文堂, 2016年)89頁。

さらに、黙秘権の告知は、黙秘権を告知することによって、被疑者に黙秘権を有する或いは黙秘権を行使できることを認識させる機能を果たす<sup>116)</sup>。そして、黙秘権の告知のみでは、取調室における被疑者の畏縮した心理状態を克服し、黙秘権を自由に行使することは困難であるが<sup>117)</sup>、黙秘権告知を通じて、被疑者が捜査の客体ではなく、捜査官と対等な捜査の主体として位置付けられる必要性<sup>118)</sup>があることから、被疑者に黙秘権を告知し、黙秘権の存在などを認識させることは、黙秘権を行使するための前提として重要であると思われる。

そこで、黙秘権の告知は、黙秘権の存在・理解を欠く被疑者のみに告知すれば足り、すでに黙秘権を告知されたことがある、若しくは黙秘権の存在及びその意味を理解している被疑者にまで、告知する必要性はないと考えられるかもしれない。しかし、黙秘権の保障が、糾問的な取調べが行われた結果として虚偽自白による冤罪事件の発生など歴史的な経験から求められること<sup>119)</sup>からは、黙秘権の告知は、捜査官が被疑者に黙秘権を告知することによって、被疑者のみならず、捜査官にも黙秘権保障の重要性を認識させる機能を果たし得ると思われる<sup>120)</sup>。

最後に、被疑者取調べが、供述獲得を目的として行われる以上、被疑者の心理状態を圧迫する状況の変化が求められなければ、捜査官の質問に対して、被疑者が自由に黙秘権を行使できるとは想像し難い。被疑者の心理状態を圧迫する状況を変化するためには、被疑者の「自由な意思決定の可能性を回復」させる機能を果たす<sup>121)</sup>黙秘権の告知が不可欠であると思わ

---

116) この点、関口和徳「被疑者取調べにおける黙秘権告知と憲法38条1項」法律時報86巻5号（2014年）116頁は、黙秘権告知が、黙秘権保障の出発点であるとする。

117) 鴨・前掲註78, 213頁。

118) 高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』（現代人文社、2003年）29頁。

119) 渕野貴生「黙秘権保障と自白法則」川崎英明・白取祐司編『刑事訴訟法理論の探究』（日本評論社、2015年）191頁。

120) 浦和地判平成3年3月25日判タ760号261頁は、被疑者供述の任意性判断において、被疑者が黙秘権の存在を知っていたことは、重大な影響を与えないと明らかにした。

121) 松尾・前掲註2, 118頁。同趣旨として、川崎・前掲註115, 104頁。

れる。ただし、上述した通り、黙秘権の告知のみでは、被疑者を畏縮させる取調べの雰囲気や完全に排除することは困難であることに留意すべきである。

したがって、黙秘権の告知は、糾問的な捜査が行われる取調室において、被疑者を捜査の客体ではなく、捜査官と対等な捜査の主体として位置付けるために、あらかじめ自己の意思に反して供述をする必要がないことを認識させ、捜査官に対しても憲法で保障される被疑者の黙秘権の存在を確認させ、黙秘権を侵害しないよう注意喚起の効果を得られるとともに<sup>122)</sup>、被疑者の自由な意思決定に基づいた黙秘を可能にする、いわゆる黙秘権行使を阻害する取調室の雰囲気を変化させる前提となる。そのため、黙秘権の告知は不可欠であると言わざるを得ないと思われ、黙秘権の告知それ自体の重要性も否定できないため、黙秘権の実質的な保障のために黙秘権の告知も憲法で保障される黙秘権の内容に含まれると解するのが適切であると思われる。

### (3) 若干の考察

これまで、黙秘権の実質的な保障または黙秘権行使を阻害する要因として、身体拘束された被疑者に対する出頭・滞留義務及び黙秘権告知の欠如を指摘した。次に、以下においては、被疑者の出頭・滞留義務を否定し、黙秘権告知の重要性を強調すること、すなわち、黙秘権の実質的な保障によって得られる効果は、どのようなものであるかの検討が必要であると思われる。

黙秘権は、日本の憲法成立の当初から、主として自白強要防止を目的とする規定として把握されてきた<sup>123)</sup>。そして、被疑者・被告人に、刑事上

---

122) この点に関して、田宮・前掲註73, 71頁は、黙秘権を告知することによって、取調べで得られた供述の価値は、適切な手続を経た高い価値であると評価され、捜査官の護身具でもあるとする。

123) 松尾・前掲註2, 118頁。

の責任を追及するために供述を義務付けることは、個人の人格の尊厳を踏みにじることであり<sup>124)</sup>、さらに、被疑者・被告人の自己に不利に作用する供述を得ようとすることは、その期待可能性を欠くものと評される<sup>125)</sup>。すなわち、被疑者・被告人に刑事手続上、不利になる供述が得られると期待し難いし、これを強いることは、被疑者・被告人に、「自ら進んで死ぬ、あるいは自ら進んで自分の自由を束縛しろ」というのに他ならない<sup>126)</sup>。そのため、このような弊害を除去する効果を黙秘権の保障を通じて得ることができる。

また、前記の効果を黙秘権の保護権的性格として捉え、この保護権的性格の他に、黙秘権の防御権的性格を強調する見解もある<sup>127)</sup>。この見解によると特に身体拘束された状況において、効果的な防御のための手続的権利として黙秘権の保障が求められる。ただし、この防御権的性格は、黙秘権のみで効果を得るというよりも、黙秘権の実質的な行使のために、取調べが開始される前に弁護人との十分な相談及び弁護人の取調べ立会いが認められることを要求する。捜査段階からの防御が、公判段階においても重要であり、黙秘権をその実質的な保障の中核として捉えたとすれば、効果的な防御権の行使を担保するためにも、弁護人との接見交通権または弁護人の立会権という弁護人から十分な援助を受けることが必要である。そして、これが実現されれば、冤罪の原因とされていた被疑者取調べの糾問的性格や違法な取調べなどを改善する効果も期待できると思われる<sup>128)</sup>。

公判中心主義との関係においては、黙秘権の行使は、捜査機関に供述調

124) 高田・前掲註118, 91-92頁。

125) 原田・前掲註110, 59頁。

126) 湖野・前掲註119, 189頁。

127) 詳細については、葛野尋之「被疑者取調べにおける黙秘権と弁護権」浅田和茂ほか編『人権の刑事法学 村井敏邦先生古稀記念論文集』（日本評論社、2011年）279頁以下を参照。

128) 黙秘権保障の意義を供述の強要によって発生し得る冤罪の危険性からのシェルターであるとして、緑大輔「被疑者・被告人の『黙秘権』——その意味と射程」法学セミナー56巻3号（2011年）113頁も参照。

書を作成させないことをも意味する。これは、現在の捜査実務では、取調べでなされた捜査官の質問とそれに対応する被疑者の供述がすべて記載されるのではなく、捜査官によって物語式の供述調書が作成され、公判廷に提出されることに鑑みると、公判廷において供述調書の内容に基づいた訴追側の一方的な主張を防ぐ手段となり得る。被告人に不利な内容が記載された調書が調書裁判の原因として指摘されることから、訴追側の一方的な主張を可能にする供述調書を作成させないことの意味は重要であると思われる。さらに、被疑者は、自己の供述調書に記載された内容を確認したうえで、署名・押印をするかしないかを判断するが、厳しい取調べを受けた被疑者が、調書内容に異議を申立て、署名・押印を拒むことは困難であり、一問一答式で行われた取調べの内容が、被疑者が物語ってるような内容に記載される過程を経ても、被疑者の供述の真意がそのまま調書に反映され、誰が読んでも同じ意味に読めるかという問題も残る<sup>129)</sup>。そのため、事件に関する供述は、公判廷で被告人に直接供述してもらうことが、公判外供述より正確な判断を可能にすると思われる。

また、取調べを受ける際に、被疑者がどう供述すれば良いか迷い、取調べでは供述をしたくないと思う場合や何らかの理由で捜査官だけでは供述したくないと思う場合など、事件に関する供述は、外部と遮断され、弁護人の立会いも認められていない取調室ではなく、弁護人の実質的な援助を受けられ、公開された公判廷において公平な第三者である裁判官の面前で供述したいと希望する被疑者に、黙秘権の保障は、その自由な意思決定を保障する手段としてなり得よう。

そうすると、黙秘権を保障するとしても、どの程度の保障が求められるかは、どの程度の侵害があれば、黙秘権が侵害されたと認められるかによると考えられる。すなわち、被疑者が黙秘するという意思を明らかにした

---

129) 村木事件の当事者である村木厚子氏も経験していることである。村木厚子「(元)当事者の立場から」川崎英明・小坂井久『弁護人立会権——取調べの可視化から立会いへ』(日本評論社、2022年)13-16頁。

場合には、これ以上質問を続けることが黙秘権を侵害すると認められるか、被疑者の意思表示があっても、捜査官が供述するように説得することは、黙秘権侵害に当たらないとするかという判断基準によって黙秘権保障の差が生じるのではないか。

上述した平成11年の判例は、身体拘束された被疑者に出頭・滞在義務を認めることが、ただちに供述を拒否する自由を奪うわけではないとして、黙秘権侵害に当たるわけではないとした。捜査実務も身体拘束された被疑者の出頭・滞在義務を前提に行われている。そうであれば、黙秘権が侵害されたと認められるためには、どの程度の侵害が必要であるかという取調べにおいて許容される捜査官の行為の限界を明らかにする必要がある。

この点に関して、渕野貴生は、次のように分析している。まず、判例・実務では身体拘束された被疑者の受忍義務を認め、捜査機関の説得行為それ自体は、黙秘権侵害に当たらない。そして、在宅被疑者の取調べの許容限界に関する岐阜呼気検査拒否事件<sup>130)</sup>では、強制手段を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とされ、個人の選択に係る供述と同様の性質を持つ呼気の提出に関して、有形力の行使も強制ではないと判断された。さらに、高輪グリーンマンション事件<sup>131)</sup>において、上記の規範を用いて、供述の提供に関する判断が行われており、4泊5日におよぶ宿泊を伴う説得も個人の意思を制圧するには至っていないと評価される。したがって、判例の規範を前提とすれば、被疑者の意思を制圧したと評価されるためには、被疑者に供述を拒む意思が残されていないことを意味し、被疑者の意思が残っている以上、説得は許されることになる<sup>132)</sup>。しかし、黙秘権が個人の尊厳から求められる権利であるため、黙秘権行使を通じて自らを破滅させる行為を拒む被疑者に対して、説得を許容してはならず、その他にも、供述するよう説得

130) 最三小決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。

131) 最二小決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁。

132) 渕野・前掲註119、185-187頁。

することは、刑事訴訟が想定していない訴追側の挙証責任の転換であり、取調べという普段の生活と異なる特殊な状況に置かれた被疑者に対して、説得を許容すると虚偽供述の強要を阻止できないと指摘される。さらに、適法な取調べの範囲は、憲法で保障される黙秘権に基づいて枠づけられるのであって、捜査機関に与えられた権限に基づいてはならないとし、供述するかしないかという「最終的な決定」は、被疑者・被告人の判断に任されるべきであり、そうでなければ、真の黙秘権保障とはかけ離れた保障内容になってしまうことを懸念される<sup>133)</sup>。

すなわち、黙秘権に関する判断は、その権利を行使できる被疑者・被告人が主体となるべきであって、被疑者・被告人ではない第三者の行為を基に判断されると被疑者の場合には、結局、検察官が起訴するかしないかの判断が行われるまでの取調べを受け、説得され続けることもやむを得ず、我慢強い被疑者だけが黙秘できる事態となってしまう。これは、黙秘権の保障を単に供述するかしないかを定める権利を与えるという意味で捉える場合には妥当であるかもしれない。しかし、黙秘権の保障を黙秘権の行使または不行使が被疑者の自由な意思決定によって行われ、その意思が尊重され、刑事手続全般にわたって維持できるように実質的な保障まで求められるものであると捉えると、単に権限を与えることを保障と理解することは困難である。したがって、被疑者が取調べの際に供述する意思がないとことを明らかにした場合に、捜査官が供述するように説得することは、黙秘権の侵害に当たると解すべきである。

ただし、沈黙する被疑者に対して、同じ質問を繰り返し、質問に対する供述を求める説得行為ではなく、新たに別の質問をすることも黙秘権侵害に当たるとのかという疑問が残る。すなわち、この問題は、黙秘権を行使すれば、捜査機関にこれ以上の質問は許されないと解されるか、それとも説得ではない別の質問として一定の質問が許されると解するのかという黙秘

---

133) 淵野・前掲註68, 13-14頁。

権の取調べ中断効が認められるか否かの問題であると思われる。

刑訴法198条2項は、被疑者に自己の意思に反する供述をする必要はないと規定されており、311条は、被告人に終始沈黙し、または個々の質問に対して供述を拒否できると規定されている。被告人の場合、公開された公判廷において、裁判官の面前で、弁護人の同席のもとで、決められた手続の範囲内で質問され、供述を求められる。事件によって被告人に対して行われる質問の詳細は異なるが、一定の手続の範囲内で予想される質問であり、弁護人の援助を受け、防御の方針がすでに確立されている状況で、供述するかしないかを選び、供述する場合には、どのように供述するかも決めている状態である。他方で、被疑者の場合、特に外部と遮断された状況に置かれた被疑者は、被告人と状況が異なると言わざるを得ない。供述するかしないかの判断のみならず、国家権力の行使によって予期せぬ身体自由を制約される状況に置かれた場合には、一体何が起きているのかという判断も難しい場合もあろう。もちろん、原則として被疑者に逮捕状は示され、黙秘権の告知、弁護人選任権の告知が行われるが、それだけで被疑者が被告人と同様に自己防衛に十分な準備ができるとは判断され得ない<sup>134)</sup>。

それゆえ、被疑者に個々の質問に対する供述拒否ができると規定することは、言い換えれば、被疑者に対する個々の質問が制限なく許容されることになってしまい、被疑者は、自己防衛の十分な準備を備えていない状況において、捜査官による質問攻めを逃れない。さらに、捜査官の支配下である取調室において、被疑者に対する個々の質問が制限なく許容されるとすれば、自由に取調室から退去できない被疑者は、意図が異なる質問または言い方を変えた同趣旨の質問<sup>135)</sup>などに対して、個々の質問に対して黙秘するとの意思表示を迫られ、一切の供述を拒否する被疑者に対しても、

---

134) この問題に関して、被疑者の接見交通権が最も重要となり、後述する。

135) このような質問が許されないとしても、弁護人立会いなどの措置が設けられなければ、実質的な効果は得られないであろう。

個々の質問は許されるため、結局、供述の強要に等しく、黙秘権の侵害に当たることになる。さらに、被疑者の身体拘束期間は、時間的制限が設けられているものの、公判廷において、被告人に供述を求める被告人質問が認められる時間に比して長期間であることを考慮すれば、被疑者の身体拘束期間中に個々の質問を制限なく許容することの問題性は、より深刻なものである。

そして、供述をしたいと思う被疑者であっても、取調べ中に、自己防衛に適切な供述はどのようなものであるか適切に判断することは困難であろう。また、捜査官に被疑者の判断が尊重されない可能性も排除できない。現行刑法に被疑者取調べの録音・録画制度が設けられているが、録音・録画制度は、あくまでも事後的な確認を要する制度である。そもそも黙秘権という憲法上の権利が、公判廷で供述獲得過程において侵害されたか否かを判断され、録音・録画された供述の証拠能力が排除されるという事後的な規制によって保障されれば足りる権利とは思えない。最も重要なのは、黙秘権が侵害されることを防止するという実質的な保障であり、以下において、その実効性を担保するために求められるものについて、検討する。

#### (4) 公判中心主義と被疑者の権利

憲法34条は、「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与えなければ、抑留又は拘禁されない……」として、弁護人依頼権を規定している。この憲法34条は、その制定過程からも不当な身体拘束に対する救済として、弁護人という支援者を求めることが明らかであると説明される<sup>136)</sup>。他方で、前記の他に、弁護人依頼権の保障は、取調べの任意性を確保するものとして認識されることもある<sup>137)</sup>。

---

136) 憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』（日本評論社、1997年）307頁〔村岡啓一〕。

137) 村井敏邦『「ミランダ」への道——被疑者の取調べ』法学セミナー36巻4号（1991年）107頁。なお、弁護人の援助を受ける権利或いは弁護人依頼権に関する研究の進展を概

そして、刑訴法39条1項は、「身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとするものと立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる。」と規定され、被疑者・被告人の接見交通権を規定している。憲法34条と刑訴法39条1項の関係について、刑訴法39条1項の接見交通権は、憲法34条の弁護人依頼権に含まれると解され<sup>138)</sup>、最高裁<sup>139)</sup>も刑訴法39条1項は、憲法34条前段の趣旨に「のつとり」、弁護人または弁護人になろうとする者との立会人のない接見交通を規定していると示した。さらに、接見交通権は、「身体を拘束された被疑者が弁護人の援助を受けることができるための刑事手続上最も重要な基本権的権利に属するものであるとともに、弁護人からいえばその固有権の最も重要なものの一つであることはいうまでもない」として、その重要性を明らかにした。

黙秘権との関係においては、黙秘権の行使は、弁護人の援助を受ける権利なしには行使するのが困難であると言われており<sup>140)</sup>、一般的に法的知識を欠く被疑者は、一人で取調べにおいて、捜査官と対等な関係を維持するところか、取調室という捜査機関の支配下にある場所の特徴に影響され、捜査の客体として取扱われることに疑問を持たないことも珍しいことではない。それゆえ、被疑者の弁護人との接見交通権は、弁護人との相談または助言を求めることのみならず、取調べの際に黙秘するか否かの判断、さらに、黙秘権行使の効果に対する判断などを被疑者に可能にするこ

---

↘ 略的に紹介したものとして、岡田悦典『被疑者弁護権の研究』（日本評論社、2001年）2-7頁を参照。

138) 光藤景皎「接見交通権」井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社、1991年）665頁。

139) 最判昭和53年7月10日民集32巻5号820頁。

140) 佐藤隆之「録音・録画制度の下における被疑者取調べ」酒巻匡ほか編著『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）357頁、川崎英明「取調べの可視化——録音録画制度の原点とその先にある課題——」川崎英明ほか著『刑事司法改革の現段階』（日本評論社、2021年）59頁、中川孝博『刑事訴訟法の基本』（法律文化社、2018年）91頁、福島・前掲註111、117-118頁。

とから、その重要性は否定できない。

また、上述したように、黙秘権の行使によって捜査機関に対する供述調書作成の機会を与えず、供述調書に基づいた訴追側の一方的な主張を否定する効果を公判中心主義の実現の観点から重要視する場合にも、黙秘権と接見交通権の関係は重要である。なぜなら、被疑者が黙秘すると決めた場合や一定の供述をすると決めた場合、黙秘せず記憶に基づいて供述すると決めた場合では、それぞれ弁護方針が異なってくるからである。言い換えると被疑者に、訴追側が被疑者の供述に基づいて一方的に作成した調書の使用を認めるか否かを選択させ、被疑事実に関する攻撃と防御の場を公判廷にする選択を可能にする機能を果たすからである。

しかし、現実には、身体拘束された被疑者と弁護人との接見交通が、必ずしも自由に行われるわけではない。刑訴法39条3項は、捜査官に、「捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り」接見または授受に関して、日時・場所・時間を指定することができるとして、被疑者の防御上の準備を不当に制限しない範囲内で指定することを認めている。以下では、この接見指定について若干の検討を行うことにする。

#### ① 接見指定

刑訴法39条3項による接見の指定は、現行刑訴法の施行直後から捜査機関と弁護人との対立が見られており、それは、弁護人との自由な接見による捜査活動の阻害が懸念されたため、検察官から接見の日時、場所、時間を別に発すべき指定書通りに指定する旨の文書が作成され、弁護人は検察官にこれらを具体的に記載した書面を受けて、接見をするという一般的接見指定が行われていた<sup>141)</sup>。しかし、原則と例外の転倒と批判され、裁判所からの判断も変化が見られるようになった。

まず、京都地裁は、身体拘束された被疑者・被告人の弁護人との接見交

---

141) 松尾・前掲註2, 123-124頁。

通の重要性を肯定しながら、刑訴法39条3項に規定された制限は、捜査の目的を達成するための必要と防御準備のための接見交通の調和を図るものであって、防御の準備を不当に制限するようなものであってはならないとされたとした。そして、検察官の具体的指定がなされていない状況では、防御準備に対する不当な制限に達していない旨の判断を下した<sup>142)</sup>。

他方で、鳥取地裁は、「具体的指定のない限り一般的に接見交通が禁止されている点に鑑みれば一般的指定自体は法第三十九条第三項の指定権にもとづいて発せられた処分」として、一般的指定それ自体をもって不服申立の対象になり得るとした。そして、接見交通権を一般的に禁止することは、刑訴法81条及び39条の趣旨から許されないとした<sup>143)</sup>。

最高裁は、上記の昭和53年の判例<sup>144)</sup>では、接見交通権の重要性を明らかにした他、捜査機関に弁護人から被疑者との接見の申出があったときには、原則として何時でも接見の機会を与えなければならず、「現に被疑者を取調中であるとか、実況見分、検証等に立会わせる必要がある等捜査の中断による支障が顕著な場合には、弁護人等と協議してできる限り速やかな接見のための日時等を指定し、被疑者が防御のため弁護人等と打ち合わせることのできるような措置をとるべき」であるとした。一方で、同一人の被告事件の勾留とその余罪である被疑事件の身体拘束が競合している場合には、被告事件の防御権を不当に制限しない限りにおいて、検察官は刑訴法39条3項の接見指定ができるとしたものもあった<sup>145)</sup>。

近時においては、刑訴法39条1項が、憲法の保障に由来するものであるとした従来の判例を踏まえながらも、それが刑罰権ないし捜査権に絶対的に優位するような性質のものではなく、憲法も取調べを否定するものではないから、接見交通権の行使と捜査権の行使との間に、「合理的な調整を

---

142) 京都地決昭和33年2月21日第一審刑集1巻2号327頁。

143) 鳥取地決昭和42年3月7日下級審刑集9巻3号375頁。

144) 最判昭和53年7月10日民集32巻5号820頁。

145) 最決昭和55年4月28日刑集34巻3号178頁。

図らなければならない」とし、刑訴法39条3項は、身体拘束された被疑者に対する取調べが認められていること、そして、その期間は、最大23日間と厳格な時間的制約があることに鑑み、接見交通と被疑者取調べの調整を図る趣旨であり、同規定但書は、被疑者の防御準備を不当に制限することを許さない旨が明らかであるとした。このような刑訴法39条3項の内容からは、接見の機会は、原則として申出があれば常に与えられなければならないが、「捜査のため必要があるとき」とは、接見による取調べの中断が捜査に顕著な支障を生じさせる場合に限られるとされ、捜査機関が現に被疑者を取調べている場合や実況見分、検証などに立会わせている場合、さらに、間近い時に取調べを予定しており、接見を認めると予定通りの取調べが開始できなくなる場合には、原則として取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たると解すべきであるとした<sup>146)</sup>。

他方で、逮捕直後の初回の接見について、この場合には、被疑者が弁護人を選任することを目的とし、取調べを受ける際に必要な助言を得るための最初の機会であるため、初回の接見は、速やかに行うことが被疑者の防御準備のために特に重要であるため、上記の接見指定の要件があることにかかわらず、弁護人になろうとする者との協議を経て、「比較的短時間であっても、時間を指定した上で即時又は接近した時点での接見を認めるようにすべき」であるとし、初回接見を遅らせることは、被疑者の防御を準備する権利の不当な制限であるとした<sup>147)</sup>。

また、被疑者が取調べを受けるために検察庁にいる場合に接見の申出があった場合には、その時点で、「検察官による取調べが開始されるまでに相当の時間があるとき、又は当日の取調べが既に終了しており、勾留場所等へ押送されるまでに相当の時間があるときなど」接見の申出に応じても捜査に顕著な支障が生じるおそれがない場合には、申出に応じるべきであるとし、接見には、被疑者の逃亡、罪証隠滅などの制約があるため、検察

---

146) 最判平成11年3月24日民集53巻3号514頁。

147) 最判平成12年6月13日民集54巻5号1635頁。

庁内にこれらを防止する部屋が存在しない場合には、申出を拒否しても違法ではないとした。しかし、弁護人から即時の接見が求められ、その必要性が認められ、弁護人からも立会人がいてもかまわない旨の意向が示された場合には、検察官は秘密交通権が保障されないような接見であっても、これをできるように特別に配慮すべき義務を負うとした<sup>148)</sup>。

以上のような接見指定に関する裁判所の判断の変化とともに、接見の一般的指定は廃止されるに至り、接見指定に関する争いは減少しているとされる<sup>149)</sup>。ただし、実務における接見指定それ自体の問題は解決したように意識されているが、依然として、捜査機関の接見指定権の原理的な問題は残されていると指摘される<sup>150)</sup>。すなわち、上記の判例からすれば、最高裁は、被疑者と弁護人の接見交通の重要性を認め、原則として何時でも接見の申出があれば、その機会を与えるべきであるとしながら、被疑者取調べを理由とした接見指定も不可能ではないという立場をとっている<sup>151)</sup>。さらに、刑訴法39条1項を憲法に由来するものとして捉え、その制限の根拠として、被疑者取調べ、実況見分、検証、間近い時の取調べ予定を挙げるが、任意捜査である取調べと取調べの予定が、接見交通権より優位になり得ることは、疑問である。この点に関して最高裁は、常に捜査の必要性を優位にするまでとは判断しておらず、「合理的な調整」を求め、合理的な調整が求められる理由の一つとして、最大23日間という時間的制約を受ける身体拘束期間を挙げた。しかし、身体拘束された被疑者の受忍義務を

148) 最判平成17年4月19日民集59巻3号563頁。

149) 赤松範夫「接見交通権確立実行委員会と接見国賠訴訟の切り碎いた地平」刑事弁護67号(2011年)114頁。

150) 後藤昭「接見指定権の原理的問題」浅田和茂ほか編『改革期の刑事法理論：福井厚先生古稀祝賀論文集』（法律文化社、2013年）139頁以下、石田倫識「接見交通権と被疑者取調べ」刑事弁護85号（2016年）115頁。

151) このような最高裁の判断に対して、被疑者の主体性の尊重よりも捜査の客体として位置付けられる取調べの方が優位になるかの根拠が示されていないと指摘される。村岡啓一「憲法の刑事訴訟論」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法 上巻』（日本評論社、2007年）49頁。

否定する限り、判例のいう時間的制約を受ける身体拘束期間とは、言い換えると、最大23日間も黙秘権を侵害される危険性が高い取調べを強いられ、弁護人との接見交通まで制約を受けることになり、納得され得ないと言わざるを得ない<sup>152)</sup>。

また、判例のように接見指定を否定せず、捜査上の必要によっては、接見の申出があったにかかわらず、被疑者と弁護人の接見交通権を制約して取調べを優先にさせることが可能であるとすれば、弁護人立会いとの関係でも問題になる可能性がある。この点については、以下において検討する。

## ② 被疑者取調べの弁護人立会い

まず、憲法及び刑訴法に弁護人の被疑者取調べへの立会いが認められる明文規定は設けられていない。そのため、弁護人立会権の存在を否定する立場からは、現行法の解釈として弁護人立会権があるとするには無理があり、弁護人の立会いが、起訴前の当事者的、直接的な活動として解釈できるのであれば、法は明文規定で立会権を認めたはずであるとして、弁護人立会権を否定する<sup>153)</sup>。その他にも、捜査実務からは、真相解明のた

---

152) 取調べのための接見指定を認めると同時に弁護人依頼権の実質的な浸食を防ぐことに実現性がないと指摘し、接見指定の根拠は、厳格な物理的不能のみを捜査のための接見指定が可能とする見解として、後藤・前掲註150、138頁以下、同趣旨として、渡辺・前掲註94、229頁以下を参照。また、被疑者の法的地位と黙秘権などの防御権の観点から接見指定に関する刑訴法39条3項を違憲であるとするものとして、高田・前掲註118、132頁以下、村岡啓一「被疑者と弁護人の接見交通」法学教室389号(2013年)9頁を参照。

153) 警察大学校重要判例研究会「弁護人の助言により、黙秘権の行使・取調べへの弁護人の立会いを求めた被告人の姿勢に対応した捜査機関の活動は、黙秘権・弁護権の侵害には当たらないと判断された事例(東京高裁平成10年4月8日刑五部判決)」捜査研究594号(2001年)37頁、また、明文規定の不備を含め、公判期日の前に裁判官によって行われる証人尋問手続、搜索、差押、検証などに立会いが認められないことを理由に立会権を否定するものとして、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、1989年)409頁、安富潔『演習講義刑事訴訟法』(法学書院、1993年)216頁。このような主張に対して、弁護人立会いを禁止する規定も存在しないため、弁護人を立会わせることは差支えないとする。高田・前掲註75、336頁。

めの被疑者取調べの機能を代替できるものがなく、物的証拠の証拠価値が被疑者の供述に影響を受けて高く評価される場合があることなど、被疑者取調べの真相解明機能が損なわれることを理由に弁護人立会いに対する消極的な姿勢が見られる<sup>154)</sup>。

しかし、弁護人立会いを権利として規定する憲法上の規定がなくても、憲法上保障される権利の実質的な保障にかかわる制度であり、当該制度が権利の実質的な保障において、最も効果的なものである場合には、憲法から要請されるものとして位置付けられなければならない<sup>155)</sup>、弁護人立会いを被疑者の権利として位置付けられると考えられる<sup>156)</sup>。また、被疑者取調べの真相解明機能については、被疑者の自由な意思決定による供述を得ることが当然の前提となるが、供述獲得のために被疑者の黙秘権を侵害するなどの適切ではない取調べが行われる可能性が完全に排除されない限り、被疑者取調べの真相解明機能のみが強調されてはならないのは当然であり<sup>157)</sup>、供述獲得の場を捜査段階である被疑者取調べに限定させる必要性も当然に認められるわけではない。

そして、前述した接見指定との関係について若干の検討を行うと、弁護人立会いにおいて問題となるのは、弁護人立会いを憲法34条の弁護人の接

154) 稲川龍也「被疑者及び参考人の取調べ——検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開（上）』（成文堂、2017年）294頁。

155) 湖野貴生「供述の自由保障としての黙秘権と弁護権」川崎英明・小坂井久『弁護人立会い権——取調べの可視化から立会いへ』（日本評論社、2022年）100-101頁。同趣旨として、葛野尋之「刑事弁護の拡大・活性化と接見交通権」刑事弁護85号（2016年）105頁。

156) この点、弁護人立会いは接見交通権の一形態であるとする見解からは、刑法には、黙秘権の告知も接見交通権も規定されており、黙秘権と弁護人依頼権はすでに保障されているため、黙秘権と弁護人依頼権から弁護人立会い権を導き出すのは解釈論として困難があると指摘される。ただし、この見解も、黙秘権告知及び接見交通権という形式的な保障ではなく、実質的な保障を要することを否定するものではない。川島健治「身柄拘束下での取調べに対する弁護人立会い権と国選弁護人請求権」青山法学論集36巻4号（1995年）81頁以下。

157) 捜査機関側から主張される弁護人立会い消極説に対する批判として、石田倫識「弁護人立会い否定論に対する批判的考察」刑事弁護104号（2020年）17-19頁を参照。

助を受ける権利内容の一つとして捉える場合が考えられる。詳細については後述するが、韓国の弁護士立会い制度に対する理解は、弁護士立会い制度を弁護人の援助を受ける権利の実現方法であるとする見解においても、弁護士立会いが接見交通の一内容であるとする見解と接見交通とは異なる個別のものであるとする見解との間に理解の差が存在した。実際に韓国の弁護士立会いが法改正によって制度化される前には、韓国最高裁と憲法裁判所が、それぞれ弁護士立会いを肯定するものの、その理由については異なる判断を示したのである。

また、弁護士立会い権を接見交通権の一内容として捉えることと、憲法34条の一内容として捉えることを区別することに疑問を示す論者からは、刑訴法39条の接見交通権を憲法34条の一内容ないし具現化として理解したうえで、弁護士立会い権が、憲法34条から認められ、且つ、刑訴法39条1項からも説明できれば足りるとされる<sup>158)</sup>。

たしかに、このような解釈に無理があるとは思われない。しかし、弁護士立会いが憲法34条から求められるとした場合に接見交通権と立会い権が区別されるか否かの問題は、接見交通権に対しても一定の場合には、それを制約し得るとされることから、弁護士立会いに対する制約も認められると解される場合が問題となり、この問題に焦点を合わせるべきであると思われる。昭和53年の最高裁判決のように憲法34条前段の趣旨にのっとり刑訴法39条1項の接見交通が規定されていると理解するのであれば、弁護士立会い権を憲法34条から導かれるものとして位置づけると、接見交通権と同様に、弁護士立会いに対しても制約が肯定される場合があると思われる。すなわち、憲法34条に基づいて接見交通権が認められ、捜査上の必要が肯定される場合に接見指定が可能であるとされるように、弁護士立会いに対しても捜査上の必要性を理由に弁護人の立会いそれ自体に対する制約が可能であると解され得る。とりわけ、現に取調べが行われている場合や間近

---

158) 安部・前掲註70, 390-391頁。

い時に取調べを予定していることを理由に、捜査に顕著な支障が生じるとして接見指定が肯定される場合があるとした平成11年の最高裁判決からすれば、取調べの中断または予定通りに開始できないことは、結局、取調べの供述獲得機能が損なわれることに対する懸念であると解され得るし、弁護人が立会うことによって、実質的な供述獲得が期待できない場合には、捜査に顕著な支障が生じると判断される可能性も否定できない。

これに対して、接見交通は、被疑者が取調室から物理的に離れ、弁護人と接見するものであって、弁護人立会いは、取調べと同時に進めることができる両立性を有するものであるため、接見交通と異なって、被疑者取調べと同時に進める弁護人立会いの場合には、調整を要しない<sup>159)</sup>と指摘されることも考えられる。しかし、取調べと弁護人立会いを同時に行えるか否かという物理的なものではなく、被疑者の防御権と捜査権が競合する場合に、捜査権が優先される場合があるということに問題がある。とりわけ、接見交通と弁護人立会いが被疑者の黙秘権の実質的な保障のためにも、その必要性が求められることから、黙秘権よりも捜査権の方が優位に立つことは肯定できないはずである。

現在では、取調べを理由とする接見指定の適法性が争われることは見られないとされているが<sup>160)</sup>、上述した通り、捜査機関の接見指定権の原理的な問題が解決されていない状態であり、弁護人立会いも制度化されておらず、判例も弁護人立会いを要求していない<sup>161)</sup>状況においては、接見交通権の問題に限定されず、弁護人立会いの制約に発展される余地があることに留意すべきである<sup>162)</sup>。

---

159) 川島健治「身体拘束下での取調べに対する弁護権」青山法学論集36巻2=3併号（1995年）331頁以下、葛野尋之「被疑者の黙秘権と弁護人の効果的援助を受ける権利」石田倫識ほか編『刑事法学と刑事弁護の協働と展望：大出良知・高田昭正・川崎英明・白取祐司先生古稀祝賀論文集』（現代人文社、2020年）255頁。

160) 葛野・前掲註159、235頁。

161) 上口・前掲註58、132頁。

162) 葛野・前掲註159、255-256頁も、「弁護人が捜査機関からの情報開示を受け、取調べが

なお、韓国で弁護人立会いを接見交通権の一内容とする見解が、上記のような問題意識に影響されなかったのは、韓国法には捜査機関に接見交通を制約できるとした規定が設けられておらず、判例も、裁判所の決定、またはいかなる名目によっても接見交通権を制限でないものとし、日本と異なる実状が背後にあったからである<sup>163)</sup>。

日本における弁護人立会いに関する議論は、最近活発に行われているが、従来からも議論されていた制度であり、憲法制定過程においても、弁護人の立会いがなければ自白の証拠能力を認めない旨の案が作成されていたが、条文化されるに至らなかったとされ、刑事法の制定過程においても、弁護人立会いに関する議論は行われていたが、黙秘権及び接見交通権の保障によって、被疑者の利益を保障できるとして、制度化には至らなかった。さらに、現実的な問題として、被疑者段階で弁護人が選任されること自体が少なかったことに加え、弁護人を選任したとしても立会いどころか上述した接見交通の一般的指定により、自由な接見交通さえ困難であったとされる<sup>164)</sup>。

そして、特別部会においても弁護人立会いに関する議論が行われ<sup>165)</sup>、中間報告である「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」によると、被疑者取調べの適正化に加えて、被疑者の供述及び供述調書の署名押印に関して、弁護人の援助が必要であること、諸外国でも弁護人の立会い

---

㍷前に被疑者と接見をした後に、速やかに立ち会うことが可能な状態」であれば、弁護人立会権の行使と取調べ権限の行使との間に調整は不要であるとし、両権限が競合する場合には、弁護人立会権が常に優位にならなければならないとする。

163) ただし、韓国では弁護人立会いを明文化されたことによって、取調べにおける立会い弁護人の行動に一定の制約を受ける場合がある。詳細は後述する。

164) 憲法及び刑事法制定過程における弁護人立会いに関して、三島聡・小坂井久「弁護人立会権の理論と実践の系譜」川崎英明・小坂井久『弁護人立会権－取調べの可視化から立会いへ』（日本評論社、2022年）78-80頁、小坂井久「弁護人立会権の歴史的経緯と現状」刑事弁護104号（2020年）10頁、多田辰也「わが国の刑事手続における被疑者取調べの位置づけ」大東法学27巻2号（2018年）99-100頁を参照。

165) たとえば、特別部会第14回会議事録41-48頁など。特別部会で行われた弁護人立会いに関する議論の展開と検討として、多田・前掲註164、104-107頁も参照。

が制度化されていることから、弁護人立会いを認めるべきであるとした意見があったが、主として弁護人立会いが認められると取調べの供述獲得の機能が損なわれることを理由とする反対意見もあった。さらに、弁護人立会いの制度化は、取調べの可視化制度よりも取調べへの支障が大きいとして、特別部会では、弁護人立会いを別途検討されるべきであるとされた<sup>166)</sup>。

学界においても、弁護人立会いを肯定する根拠は様々である。たとえば、訴訟法的捜査構造論を前提に、被疑者取調べを捜査機関が被疑者の弁解と主張の機会を聴取するものとして捉え、被疑者及び弁護人によって弁護人の立会いを求められた場合には、当然に認められるとする見解<sup>167)</sup>や身体拘束された被疑者の取調べは禁止されるとする取調べ禁止説からは、弁護人立会いに関する規定が設けられていない理由は、当該取調べが禁止されているために、弁護人が立会う必要性がないとしながらも、「弁護人を選任させておきながら取り調べに弁護人の立ち会いを認めないのでは、一体何のための選任なのかかわからない」と疑問を提起し、身体拘束された被疑者の取調べが許容されるなら、弁護人立会いは被疑者に対する援助と

166) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」(2013年) 21頁。なお、同頁(注2)には、「被疑者が取調べに先立って弁護人から助言を得て、刑事手続に関する知識を持って取調べを受けることができるようにするため、取調べの前に弁護士の助言を受ける機会を保障する仕組みを設けるべきとの意見もあった」が、これが被疑者の権利として捉えられる以上、弁護人とアクセスできるまで取調べが中断されることになり、捜査への支障が大きいことは弁護人立会いと等しく、一定の方向性を得るに至らなかったとされる。特別部会で予想された当該制度の具体的な構造が、初回の接見交通の充実化を図ったかは明らかではないが、被疑者の権利行使で取調べが中断されることを捜査に重大な支障を与えるため適切ではないと捉える見解があり、被疑者取調べが捜査に重要な役割を果たしてきたことを端的に示すのである。

167) 井戸田侃「取調の法的規制」熊谷弘ほか編『捜査法体系Ⅰ』(日本評論社、1972年) 248頁。他方で、井戸田と類似した捜査構造論を展開した石川・前掲註79、117頁は、取調べが禁じられていない日本において、アメリカの接見交通権と弁護人立会権の保障に関する理解を改革の指標とすることを肯定し、黙秘権の保障を実効的に保障するための弁護人立会い制度を考慮すべきであると述べる。

捜査官に対する監視のために必要である見解<sup>168)</sup>などである。さらに、上述した刑訴法39条1項の接見交通権を根拠とする見解<sup>169)</sup>と弁護人立会権を憲法上の権利として弁護人立会いを捉える見解も多く見られる。弁護人立会権を憲法上の権利として捉える場合であっても、憲法上保障されるどの権利から弁護人立会いが認められるかは見解によって異なり、身体拘束された被疑者の出頭・滞留義務を肯定しながら弁護人立会いを認める見解も見られる<sup>170)</sup>一方で、多くの見解は、身体拘束された被疑者の出頭・滞留義務を否定するところに共通の認識が見られる<sup>171)</sup>。

従来、伝統的ともいえる弁護人立会論は、主として黙秘権の実質的な保障のために、憲法38条1項に基づいて弁護人立会いが導かれるとされてきた<sup>172)</sup>。その他に、憲法34条の弁護人の援助を受ける権利に基づいて弁護人立会いが認められるとする見解<sup>173)</sup>、憲法34条と38条1項の両方に基づく見解<sup>174)</sup>も主張されているが、近時には、黙秘権の概念を取調べにおける効果的な防御を行うための防御権的性格を有すると理解し、身体拘束された被疑者の取調べにおいては、この防御権的性格を重視すべきであるとする理解<sup>175)</sup>も有力化しつつあるとされる<sup>176)</sup>。黙秘権の防御権的性格を重

---

168) 沢登・前掲註40, 12頁。

169) 川島・前掲註159, 331頁以下。

170) 渡辺・前掲註94, 216-217頁。

171) 三島・小坂井・前掲註164, 84頁。

172) 松尾浩也・鈴木茂嗣編『刑事訴訟法を学ぶ〔新版〕』(有斐閣, 1993年) 151頁 [村井敏邦], 村井・前掲註137, 107頁, 測野・前掲註155, 105頁以下も参照。

173) 吉村弘「身柄拘束中の被疑者の取調べ」北九州大学法政論集14巻3号(1986年) 245-246頁。

174) 渡辺修「被疑者取調べと弁護人の立会い権について」神戸学院法学23巻4号(1993年) 91-92頁, 高田・前掲註118, 99頁, 弁護人立会権を憲法38条1項及び憲法34条からの保障に留まらず、『『真実発見』という側面においても、重要な機能・役割を果たす』として、新たな証拠収集方法の手掛かりとして捉えるものとして、大久保正人「弁護人の取調べ立会権について」桃山法学23号(2014年) 115-121頁。

175) 葛野・前掲註127, 293頁。

176) 測野・前掲註155, 105頁。

視する見解からは、黙秘権の自白強要の防止または個人の人権の尊厳などといった効果を黙秘権の保護権的性格として捉え、身体拘束下の被疑者取調べでは、被疑者の効果的な防御のために、手続的権利として黙秘権の保障が求められる。すなわち、黙秘権の実質的な行使のために取調べの開始前に弁護人との十分な相談や弁護人立会いなどが必要となる<sup>177)</sup>。

近時には、被疑者取調べが単なる自白獲得の手段だけではなく、取調べの結果によって今後の捜査方針が決まり、起訴猶予などの判断にも影響を与えることから、『準公判』としての機能をも被疑者取調べが果たしていることに鑑み、捜査官による供述の強要から被疑者の黙秘権の保障のみに焦点を合わせず、被疑者の手続参加または関与の実効的保障も重要であることは否定できない<sup>178)</sup>。さらに、従来の捜査弁護は、実際に黙秘権の行使が困難であったことの影響によって、「不起訴処分の実現、身体拘束からの早期解放が中心目標」とされていたこともあり、被疑者取調べにおいて供述することによって、起訴猶予、略式起訴、即決裁判申立などが期待でき、否認事件において、供述しないことは、被疑者に不利に作用するおそれも懸念されていた<sup>179)</sup>。また、数は少ないが、実際に取調べに弁護人が立会ったか取調室の前で待機したなど、被疑者が取調べに対応する弁護人の援助を受けられた事例<sup>180)</sup>では、起訴猶予や捜査官の態度が変わったなどの事例も見られる<sup>181)</sup>。

また、2018年4月13日に日弁連から取りまとめられた「弁護人を取調べ

177) 葛野・前掲註127, 279頁以下。同趣旨として、斎藤・前掲註97, 107頁以下も参照。

178) 石田倫識「弁護人立会権の理論的根拠に関する一考察」川崎英明・小坂井久『弁護人立会権——取調べの可視化から立会いへ』（日本評論社、2022年）93-94頁。

179) 岡真一・神山啓史「捜査弁護の改革」法律時報85巻8号（2013年）31-33頁。後藤貞人「黙秘権行使の戦略」刑事弁護79号（2014年）23頁は、黙秘権の行使を続ける限り、起訴猶予や略式命令の獲得は困難であると指摘する。

180) しかし、ほとんどの事例が在宅被疑者であり、取調べ受忍義務を前提として行われる身体拘束下の被疑者の場合とは異なることに注意すべきである。

181) 津金貴康「立会いの現在とこれから——立会い事例の分析」刑事弁護104号（2020年）66頁以下に、合計36回の実例が紹介されている。

に立ち合わせる権利の明定を求める意見書」には、被疑者又は弁護人から立会いが求められた場合には、弁護人が立会うまで取調べが中断され、立会いなしの取調べは許されないことを前提に、弁護人の援助を受ける権利から、弁護人は取調べを受けている被疑者に対して、助言することができ、捜査官の違法、不当な言動に対して意見を述べられるとしている<sup>182)</sup>。また、同年11月30日に開催された、第30回近畿弁護士会連合会人権擁護大会シンポジウムにおいて採択された「取調べの適正を確保し、被疑者が弁護人の援助を受けて主体的に防御権を行使することを可能にするために、弁護人による取調べへの立会いを確立することを求める決議」において、取調べにおいて作成された自白調書に依存する公判の構造を改革するために、弁護人が同席して捜査機関を監視すること、弁護人の援助を受けて被疑者の実効性のある黙秘権を行使させるために、憲法上の黙秘権や弁護人の援助を受ける権利などの実質的な保障、実効性の確保として弁護人立会いが求められた<sup>183)</sup>。

このように弁護人立会いの必要性を肯定する見解の中でも、その根拠を異にするのは、従来から、同じく憲法で保障されている権利であるとはいえ、黙秘権は、原則として絶対的な保障の範囲に含まれるものであるのに対し、弁護人の援助を受ける権利は、捜査権と一定の調整が可能であるがゆえに、立会権と整合しやすいという差<sup>184)</sup>があったと考えられる。しかし、黙秘権を根拠とする弁護人立会いにおいては、取調べ受忍義務の否定

---

182) 「弁護人を取調べに立ち合わせる権利の明定を求める意見書」6-7頁。2019年10月3日、4日に開催された日弁連の第62回人権擁護大会シンポジウムの宣言「弁護人の援助を受ける権利の確立を求める宣言——取調べへの立会いが刑事司法を変える」13-14頁にも同様の内容が含まれている。

183) 「取調べの適正を確保し、被疑者が弁護人の援助を受けて主体的に防御権を行使することを可能にするために、弁護人による取調べへの立会いを確立することを求める決議」3-5頁。

184) 川崎拓也「取調べへの弁護人立会いの到達点と展望」石田倫識ほか編『刑事法学と刑事弁護の協働と展望：大出良知・高田昭正・川崎英明・白取祐司先生古稀祝賀論文集』（現代人文社、2020年）270頁。

を前提にしているため、捜査機関からの強い抵抗が予想されるが、弁護人の援助を受ける権利を根拠にしたとしても、立会い弁護人の具体的な行動に関しては、捜査機関との対立が予想される。それゆえ、上述した取調べの準公判的機能を黙秘権や弁護人の援助を受ける権利から要請されるものではなく、個別独立した手続となる政策判断として捉える<sup>185)</sup>ことも、弁護人立会いの理論的根拠として考えられる。

しかし、捜査手続の肥大化を懸念する指摘も見られる。特に、捜査段階に比重が置かれている現状に相応して防御権の保障を強化することは、捜査段階の比重が高い現状からは、肯定されるものの、逆に起訴前手続の肥大化のおそれがあり、一定の限界があることを留意すべきであるとする<sup>186)</sup>。すなわち、身体拘束された被疑者の早期釈放や起訴猶予など、被疑者の利益になることを狙って供述することを決めた場合に、被疑者の供述によって被疑者の利益になり得るが、そのような被疑者取調べの準公判的機能ばかりが強調されてしまうと、捜査機関に供述調書を作成させる機会を与えることにもなり、場合によっては、供述を強要される事態にもなり得るため、結局、公判は、捜査結果を確認する場となるおそれがあり、公判中心主義の実現を阻害する結果を招いてしまう。

そこで、取調室という捜査機関の支配下である特殊な環境においては、弁護人の立会いの有無にかかわらず、被疑者と捜査官の対等な当事者としての関係が期待し得ず、黙秘権を選択的に行使する場合であっても、一般的には、質問に答えた後、新たに質問された事項に対して再び答えるという作業の繰り返しよりも、被疑者から供述したい事項をすべて供述し、それ以外の事項に関しては黙秘するという方法が望ましい権利行使の在り方

---

185) 川崎拓也・斎藤司「弁護人立会いの実践と理論的可能性」法律時報92巻12号（2020年）134-135頁。近年のドイツの刑訴法改正がこのような性格を有しているとされる。詳細は、斎藤司「ドイツにおける被疑者取調べへの弁護人立会いとその理論的根拠」川崎英明・小坂井久『弁護人立会い権——取調べの可視化から立会いへ』（日本評論社、2022年）158頁以下を参照。

186) 石田・前掲註150, 120頁。

であるとする見解<sup>187)</sup>は、弁護人立会いを通じた被疑者の黙秘権の保障から、公判中心主義の実現に資すると捉えられよう。ただし、取調べにおける被疑者の防御権的性格の弁護人立会いも、被疑者の任意の供述意思を無視し得ない重要な役割を果たすため、韓国における取調べ受忍義務や弁護人立会いなどについて検討することにする。

---

187) 渕野・前掲註155, 107頁。