

公判中心主義と被疑者・被告人の 権利保障（6）

——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 (以上、404号)
4. 韓国の被疑者取調べ
(1) 韓国の取調べ受忍義務

* 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修了 龍谷大学刑事司法・
誤判救済研究センター RA

- (2) 被疑者の黙秘権
- (3) 弁護人の援助を受ける権利
- (4) 被疑者取調べの弁護人立会い
 - ① 韓国最高裁の判断
 - ② 憲法裁判所の判断
 - ③ 韓国法243条の2
 - ④ 弁護人立会いの申請 (以上、本号)
 - ⑤ 弁護人立会いの法的性質
 - ⑥ 弁護人立会いの内容
 - ⑦ 弁護人立会いの制限
- (5) 小 括

第3章 公判中心主義に関する制度の検討

4. 韓国の被疑者取調べ

まず、韓国の被疑者取調べを概観する前に確認しておきたいのは、韓国においても、日本と同様に取調室の密室性が問題とされているか否かである。

韓国法243条は、制定当時から、検察官の被疑者取調べの場合には、検察庁捜査官¹⁾または書記官及び書記を立会わせるべきとされ、司法警察官の場合には、司法警察官吏を立会わせるべきであると規定されている。しかし、このような規定が設けられているにもかかわらず、捜査機関の取調べにおいて、違法な取調べが行われた事が複数存在しており、いわゆる職場の同僚とも言える上記の立会人のみでは、違法な取調べを抑止できないことが明らかになっていると思われ、ソウル地方検察庁には、被疑者取調べのために、専用の特別取調室が設けられていたことが、2002年に発生した被疑者拷問致死事件をきっかけに明らかになった²⁾。また、従来の警察

1) 日本の検察事務官に該当する。

2) 이동희 「한국에 있어서의 피의자신문의 가시화와 변호인 참여」 한국경찰법연구 2号 (2004年) 56頁。

段階で行われる取調べは、開放的な事務室において行われ、警察署の外からも内部を観察できる構造となっていると言われていた³⁾が、近年の警察官の被疑者取調べは、すべての警察署ではないが、新たに設置された取調室において行われているとされ、開放的であった取調室は、変わりつつあるとされる⁴⁾。すなわち、日本の取調室のように外界から完全に遮断された状態までは至らないとしても、取調室外から常に監視できるという程度ではない一定の密室性を有していると評することができる。被疑者取調べの録音・録画が取調室の密室性を打開するという側面からは、韓国も可視化制度が設けられているため、密室性の打開に資すると言えなくもないが、韓国の可視化制度は、原則として捜査機関の判断によって行われるため、捜査機関に一定の義務を課している日本に比して、密室性の打開は、期待し得ないところがある。

(1) 韓国の取調べ受忍義務

1970年半ばまで、韓国では、実務家から被疑者取調べの強制処分性による受忍義務論が論じられていたが、日本の被疑者取調べの任意捜査論が韓国に紹介されることによって、被疑者取調べの受忍義務肯定論は主張されなくなったとされる⁵⁾。

① 受忍義務肯定論

しかし、2000年代に入り、受忍義務を肯定する見解が新たに登場した⁶⁾。当時の検察官によって主張された受忍義務肯定論の根拠は、まず、

3) 李東熹「韓国における被疑者取調べの可視化」自由と正義56巻9号(2005年)124-125頁。

4) 安部祥太『被疑者取調べの憲法的規制』(日本評論社、2019年)263-264頁。

5) 이완규「피의자신문의 성질과 수인의무」형사판례연구22巻(2014年)373頁。

6) 以下の内容は、이완규「피의자 신문제도와 인신구속제도의 관련성」형사정책연구通巻61号(2005年)26頁以下、김종률「현행 형사소송법상 피의자신문에 관한 연구(上)」저스티스 通巻83号(2005年)153頁以下を参照したものである。

韓国法200条及び241条以下の規定が、それぞれ捜査機関の別の捜査を規定したものであるとの理解に基づいたものである。すなわち、韓国法200条は、「検察官または司法警察官は捜査に必要な場合には被疑者の出席を要求し供述を聴くことができる」と規定されており、241条以下には、被疑者取調べに関する諸規定を設けている。そこで、肯定論は、韓国法200条は、任意捜査である「被疑者調査」を定めたものであって、241条以下の規定は、一定の強制力を有する「被疑者訊問」に関するものであるため、両者は区別されるとする⁷⁾。そして、日本の刑訴法198条1項但書のような規定が韓国法に存在しない理由を、韓国法241条以下のいわゆる「被疑者訊問」に関する規定が、強制力を前提としており、そこに受忍義務が含まれているため、日本の刑訴法198条1項但書のような規定を別途に設ける必要がなかったとする。

次に、大正刑訴法が韓国にも適用されていた時期の被疑者訊問の権限が、韓国法の制定によって、裁判官から捜査機関に移譲され、被疑者訊問については、職権主義的刑事訴訟構造となったとする。この点に関して、受忍義務肯定論の中でも、朝鮮刑事令12条に対する解釈が分かれている。朝鮮刑事令12条は、検察官及び司法警察官に、現行犯でない者に対しても急速な処分を要する場合には、公訴提起の前であっても被告人を訊問できるとされていた。そして、受忍義務肯定論は、韓国法の制定によって朝鮮刑事令12条の適用が、排除されたとの見解と、他方では、韓国法が制定されたにもかかわらず、朝鮮刑事令が維持されていたとの見解で分かれるが、どの見解によっても取調べ受忍義務は肯定されているため、朝鮮刑事令の適用区別の実益はないと思われる。

また、取調べ受忍義務の内容についても、解釈が分かれているが、受忍

7) 肯定論者によると「被疑者調査」は、日本の「被疑者取調べ」に該当するものであって、「被疑者訊問」は、日本には設けられていない強制処分であるとする。そのため、肯定論の説明に限って、被疑者取調べの言葉を用いず、被疑者調査と被疑者訊問を用いることにする。

義務の内容を出頭・滞留義務であるとする見解は、その根拠を、被疑者の身体を拘束する制度にあるとする。韓国法200条の2は、検察官に、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる相当な理由があり、正当な理由なしに、韓国法200条の規定による出席要求に応じないか、応じないおそれがある場合には、逮捕令状の請求ができるとされている。また、検察官は、韓国法201条1項によって、被疑者に一定の住居がない場合、証拠を隠滅するおそれがある場合、逃亡または逃亡のおそれがある場合には、拘束令状の請求ができる。そして、韓国法69条は、拘束には、勾引と拘禁が含まれるとしている⁸⁾。それゆえ、被疑者には、捜査機関の出席要求に応じなければならず、出席要求に応じない被疑者に対しては、逮捕令状または拘束令状によって、出席が強要されることになり、逮捕・勾引・拘束された被疑者には、「被疑者訊問制度に内在された強制処分性によって、再び出席及び滞留義務が課される」とされる⁹⁾。

他方で、被疑者には、捜査機関の被疑者訊問それ自体を拒否することはできないとする見解は、被疑者訊問を強制処分として捉えたうえで、被告人の場合も公判廷において、供述を拒否できるが、公判廷に出席した以上は、公判廷に滞留する義務があり、裁判官や検察官、弁護人の訊問に応じなければならず、被疑者の場合もこれと同様に、黙秘権が保障されるのみであって、被告人と同様に捜査機関の被疑者訊問に応じなければならないため、被疑者訊問を拒否することはできず、訊問事項に対する黙秘ができるのみであるとする¹⁰⁾。

② 判 例

2013年の韓国最高裁は、被疑者取調べ受忍義務の内容に関して、次のような判断を示した。事案の概要は次のとおりである。元被告人らに対し

8) 拘束は、日本の勾留に該当するものである。安部・前掲註4、233頁。

9) 이완규・前掲註6、47-48頁。

10) 김종률・前掲註6、180頁。

て、国家情報院¹¹⁾が、北朝鮮の対南工作機構（北朝鮮では、韓国を南朝鮮と称しており、韓国を対象とした工作機構と理解すれば良い）と連携し、韓国内に構築された地下団体で活動したなどの疑いで捜査を行い、2011年7月20日に、ソウル拘置所を拘禁場所とする令状によって、当該拘置所に元被告人らは拘禁された。当日の午前には元被告人らを国家情報院の取調室に召喚したが、元被告人らは、捜査機関に対して供述のみならず、取調べを受けることも拒否して、取調室に行くことを拒んだ。そのため、検察官は、当日の午後にはソウル拘置所に対して、元被告人らの取調べのために引致して欲しい旨の被疑者引致指揮共助要請書を発送した。翌日になっても元被告人らの拒否が続いたため、ソウル拘置所の刑務官は、被疑者引致指揮共助要請書を提示し、国家情報院の捜査官とともに、国家情報院の取調室に護送した。元被告人らの護送は、その翌日にも行われた。

元被告人らは、2011年7月21日及び同月22日に、ソウル拘置所から国家情報院に強制的に引致された処分に対して、準抗告を申し立てた。元被告人らは、第一、「被疑者に供述拒否権が保障されているため、出席を強いることはできず、被疑者取調べのために強制的に勾引することは、拘束令状に記載された目的事項を超えることであって、逮捕令状の発付要件である出席要求に応じないかまたは応じないおそれは、被疑者の出席を強いると解釈できない」こと、第二、「捜査機関が取調べのための引致をするためには、新たな勾引令状が必要であるが、本件の場合、令状に基づかない引致・拘禁場所の任意的変更該当する」こと、第三、「国家情報院が、準抗告人らに供述を強要し、防衛権及び弁護人と家族との接見交通権を侵害する目的で準抗告人らを国家情報院の取調室に引致・取調べた」ことを主張した¹²⁾。しかし、原審裁判所が準抗告を棄却したため、元被告人らが

11) 防諜、対テロ、産業保安、防衛産業保護、海外情報、国際犯罪、サイバー安保、国家保安などを主な業務内容とする大統領直属の情報機関である。国家情報院ウェブサイト <<https://www.nis.go.kr/main.do>>。

12) 서울지방법원 2013. 1. 9. 자2011보13 결정。

再抗告した。

韓国最高裁は、裁判官が発付した拘束令状は、原則として公判廷への出席または刑の執行を担保するためのものであるが、韓国法202条及び203条で定められた拘束期間の範囲内で、「韓国法200条、241条ないし244条の5に規定された被疑者取調べの方法で拘束された被疑者を取調べるなど、適正な方法で犯罪を捜査することも予定されている」とした。すなわち、拘束令状の効力は、被疑者の拘禁のみならず、取調室への勾引まで含むものであるが、その場合であっても、「被疑者取調べは……任意捜査の方法で進められなければならないため、被疑者は韓国憲法12条2項及び韓国法244条の3によって一切の供述をしないか個々の質問に対して供述を拒否でき、捜査機関は被疑者を取調べる前にこれらの権利を知らせなければならない」とされた。そのため、再抗告は棄却された¹³⁾。

この韓国最高裁の判断に対しては、被疑者取調べを通じた捜査の効率性を確保し、捜査実務の便宜を考慮したものであって、人的証拠を中心とした捜査慣行の強化は望ましくないと指摘される¹⁴⁾。

③ 受忍義務否定論

韓国法には、日本の刑訴法198条のような条文が存在しないため、学界において議論されること自体が少なかったとされる¹⁵⁾。しかし、上述した肯定論の登場によって、肯定論を否定する受忍義務否定論が主張された。

まず、肯定論の被疑者訊問の強制力に対して、供述の聴取と訊問は、その本質を異にするものではなく、朝鮮刑事令の廃止及び令状主義の採用という歴史から、被疑者取調べに強制力を認める見解は、権威主義的な発想

13) 대법원 2013. 7. 1. 자 2013모160 결정.

14) 조기영 「구속피의자의 수사기관 조사실 출석의무?」 전북대학교 법학연구通卷42集 (2014年) 103頁.

15) 신동운 『신형사소송법 [제 5 판]』 (법문사, 2014) 263頁. 임동규 『형사소송법 [제10 판]』 (法文社, 2014年) 170頁も、被疑者調査と被疑者訊問に差はないとする。

であると指摘し、韓国法241条以下に被疑者取調べに関する規定が設けられているのは、捜査機関の供述調書が容易に証拠能力を認められていたことの反省であり、供述調書作成の際に供述内容の歪曲に対する懸念であるとする¹⁶⁾。ただし、この見解も、被疑者の出頭・滞留義務は肯定する。それは、逮捕・拘束が捜査上の強制処分であるため、それ自体、一定の強制的な出頭・滞留が予定されており、逮捕令状が出席要求に応じないことを要件としていることは、出席と滞留を前提としているためであるとする。しかし、被疑者が取調室に出頭・滞留したとしても、弁護人との接見交通権が認められており、拘束令状が請求される段階から国選弁護人を選定しなければならず、違法収集証拠排除法則が設けられていることから、出頭・滞留義務が認められても、被疑者の黙秘権が侵害されるおそれは低いことも、出頭・滞留義務を肯定する理由とされる¹⁷⁾。

そして、被疑者の黙秘権に基づいて受忍義務を否定する見解も展開されている¹⁸⁾。この見解は、被疑者の黙秘権が、韓国憲法12条2項によって保障されており、2007年の法改正の際に、黙秘権の告知に関する詳細な規定が韓国法に設けられていることに加えて、被疑者取調べに弁護人立会いが認められているが、現実的に弁護人立会いが行われる可能性が低く、その実施率も低いいため、被疑者取調べにおいて、被疑者の黙秘権がより重要な意味を持つことを指摘する。そのうえで、被疑者取調べが任意捜査であること及び日本の刑訴法198条1項但書のような文言がないことを理由に、受忍義務は否定されるべきであるとするが、逮捕令状の請求及び発付の要件から、逮捕の場合に限って被疑者の出頭・滞留義務が発生するとする。すなわち、逮捕された被疑者に対しては、逮捕されてから48時間以内に、拘束令状を請求するか釈放しなければならないため（韓国法200条の2第5

16) 신동운·前掲註15、263-264頁。

17) 신동운·前掲註15、265-266頁。同趣旨として、김인회『형사소송법』(오앤씨미디어、2015年) 101頁。

18) 조국「변호인의 피의자신문참여권 및 피의자의 출석 및 신문수인의무 재론」저스티스通卷160号(2017年) 97頁以下。

項)、48時間以内の出頭・滞留義務は認められ、逮捕前置主義をとらない韓国で、逮捕せず拘束された被疑者の場合には、最大30日間の身体拘束を受けるため、逮捕の場合に比して自己の防御に不利な状況であることから、出頭・滞留義務を認める必要はないとする。

他方で、身体拘束されている被疑者の被疑者取調べの適法性の判断は、被疑者の意思決定によるとする見解がある¹⁹⁾。この見解は、韓国最高裁が、拘束令状の効力が被疑者取調べまで及ぶとしたことに対して、韓国法69条が、拘束には、勾引と拘禁が含まれるとしているが、勾引と拘禁の目的と機能は、それぞれ区別されており、韓国法に勾引と明記された条文には、必ず勾引後の訴訟行為も明記されているのに対して、被疑者取調べのための勾引の可能性を認める条文がないことを指摘する。また、逮捕令状の効力に関しては、1995年に導入された逮捕制度は、制度が導入される以前に捜査慣行となった任意同行などを用いた違法捜査を根絶するためのものであって、令状による逮捕は、出席しないおそれではなく、被疑者の身体を拘束する必要がある犯罪の嫌疑を前提にしていると指摘する²⁰⁾。その他に、韓国法は、被疑者または被告人の出席義務に関して、捜査と公判を区別しており、捜査段階での出席義務を認めておらず、拘束の要件である証拠の隠滅または逃亡のおそれは、消極的に実体的真実発見に寄与するものであって、積極的に新たな証拠を収集するための手段ではないため、被疑者の供述を獲得するために拘束令状の効力が及ぶとするのは困難であるとする²¹⁾。

たしかに、韓国の通説は、被疑者取調べを任意捜査であるとする²²⁾。憲

19) 조기영·前掲註14, 91-98頁。

20) 조기영·前掲註14, 93-94頁。

21) 조기영·前掲註14, 94-96頁。

22) 심희기 『CASE NOTE 형사소송법』(박영사, 2018年) 87頁, 배종대·이상돈·정승환·이주원 『형사소송법』(홍문사, 2015年) 113頁, 이재상·조근석 『형사소송법』(박영사, 2015年) 237頁, 권오걸 『刑事訴訟法 [이론·판례]』(형설출판사, 2010年) 238頁, 신동운·前掲註15, 274頁, 임동규·前掲註15, 170頁, 김인희·前掲註17, 97頁。

法裁判所も被疑者取調べが任意捜査であることを間接的に言及しており²³⁾、2013年の韓国最高裁の決定も、被疑者の出頭・滞留義務が認められる被疑者取調べであっても、任意捜査として行われるべきであることを明示している。

受忍義務肯定論の強制処分としての「被疑者訊問」は、韓国法241条以下の規定を根拠とするが、韓国法241条以下の規定は、被疑者取調べに関して、次のような規定となっている。まず、韓国法241条は、被疑者訊問という見出しで、捜査機関に被疑者を取調べる前に予め、被疑者の姓名、年齢、住居などを聴き被疑者で間違いのないことを確認しなければならないとする。242条は、被疑者訊問事項という見出しで、捜査機関に被疑者に対する犯罪事実と情状に関する必要な事項を訊問しなければならない、その利益となる供述をする機会を与えなければならないとする。続いて、243条及び243条の2は、被疑者取調べに捜査機関の立会人及び弁護人の立会いに関する規定であって、244条は、被疑者供述調書の作成に関する捜査機関の義務を規定している。そして、244条の2及び244条の4は、被疑者取調べを捜査機関の判断によって、録音・録画できる規定及び捜査機関に対して、被疑者の取調べ場所に到着した時刻、取調べの終了した時刻など、取調べの進行経過に関する記録を義務付けている。最後に、244条の2は、被疑者に対する供述拒否権の告知を規定しており、一切の供述をしないか個々の質問に供述をしないこと、供述しなくても不利益を受けないこと、黙秘権を行使せず、供述した場合に、その供述は公判廷で有罪の証拠として用いられること、弁護人を立会わせるなど、弁護人の援助を受けられることを、捜査機関は被疑者に告知しなければならない、被疑者に黙秘権及び弁護人の援助を受ける権利を行使するか聴いて、その答弁を調書に記載しなければならないと規定している。

以上から、韓国法241条以下の規定は、捜査機関の被疑者を取調べる際

23) 헌법재판소 2004. 9. 23. 2000헌마138.

の義務及び録音・録画できる裁量を定めたものであるように思われる。ただし、韓国法242条が、捜査機関に犯罪事実と情状に関する事項を取調べさせていることを、取調べの強制力を認めて、被疑者を取調べられる権限として捉えるかも知れない。しかし、韓国最高裁は、同条について、捜査機関が被疑者を取調べる際に、犯罪事実に関する事項のみならず、「その動機及び共犯関係、犯行に至った経過など犯行前後の諸事情も取調べなければならず……当該犯罪に対する捜査として、これと関係のない別個の犯罪に対する捜査」に関して取調べを禁止する被疑者取調べの範囲を規定したものであるとした²⁴⁾。

また、これらの規定のほとんどが、2007年の法改正で、改正または新設された規定であり、2007年の法改正が、捜査機関の権限強化ではなく、被疑者・被告人の実質的な権利保障の性格を有していた事実から、受忍義務肯定論の韓国法241条以下の規定を根拠とした強制処分としての被疑者取調べの主張は、その根拠の妥当性を欠くものであると言わざるを得ない。

(2) 被疑者の黙秘権

韓国で1948年に構成された法典編纂委員会の米軍政法令176号を刑事訴訟法に適切に適用させる旨の内容が含まれていた刑事訴訟法要綱案には、被告人の黙秘権に関する内容も含まれていたが、被疑者の黙秘権に関する内容は含まれていなかった。そして、1952年に作成された韓国法草案にも、被疑者の黙秘権は認められていなかったが、1954年に作成された修正案には、被疑者の黙秘権及び黙秘権の告知が規定され、韓国法制定時に反映された²⁵⁾。

1954年の韓国法は、200条1項に、捜査機関が、捜査に必要な場合には被疑者を取調べられることを、同条2項には、被疑者の取調べの際には、予め被疑者に対して供述を拒否できることを知らせなければならないとさ

24) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2005다40907 판결.

25) 박지현 「진술거부권에 관한 연구」 서울대학교 대학원 (2007年) 103-106頁.

れていた。しかし、この時期の韓国憲法には、黙秘権に関する規定は設けられておらず、1962年の憲法改正によって、初めて黙秘権が憲法上の権利として認められた²⁶⁾。韓国憲法12条2項は、「すべての国民は拷問を受けず、刑事上自己に不利な供述を強要されない」とされている。

さらに、2007年の法改正によって、韓国法200条2項は削除され、新たに244条の3において、被疑者の黙秘権などの告知が規定さ、その内容は、従前よりも具体化された。具体的には、韓国法244条の3第1項は、「検察官または司法警察官は被疑者を取調べる前に次の各号の事項を知らせなければならない」とされ、1号に、一切の供述をしないか個々の質問に対して供述をしないことができること、2号に、供述をしなくても不利益を受けないこと、3号に、供述を拒否する権利を放棄して行った供述は法廷で有罪の証拠として用いられること、4号に、取調べを受ける際には弁護人を立会わせるなど弁護人の援助を受けられること、これらの告知を捜査機関に義務付けている。そして、2項は、これらの事項を告知された被疑者に権利行使に関する答弁を被疑者の自筆で調書に記載させるか、捜査機関が記載した答弁に署名・押印させなければならないとする。

被告人の場合は、黙秘権の保障を前提に捜査機関に被疑者に対して黙秘権の告知を義務付けた上記の244条の3とは異なって、韓国法283条の2第1項において、「被告人は供述しないか個々の質問に対して供述を拒否できる」として、黙秘権の保障を明記し、第2項において、裁判長に被告人の黙秘権の告知を義務付けている。

これは、黙秘権を実質的に行使するためには、供述者がその権利の保障を知らなければならないため、被疑者と被告人に対する規定を個別に規定することによって、黙秘権の保障を強化する目的であったと説明される²⁷⁾。

26) 安部・前掲註4、266頁。

27) 신동운 『간추린 신형사소송법 [제12판]』 (법문사, 2020年) 33頁。

① 黙秘権の意義

韓国の憲法裁判所は、韓国憲法12条2項が、刑事上自己に不利な供述を強要されないと規定し、黙秘権を国民の基本権として保障しているのは、第一に、「被告人または被疑者の人権を実体的真実発見若しくは社会正義の実現という国家利益より優先的に保護することによって人間の尊厳性と価値を保障することにあり、さらには非人道的な自白の強要と拷問を根絶するため」であって、第二に、「被告人または被疑者の検察官との武器平等を実現して公正な裁判の理念を実現することにある」としている²⁸⁾。そして、判例・学説は、韓国法に規定された黙秘権は、憲法が保障する自己負罪拒否特権に基づいたものであるとする²⁹⁾。また、韓国では、上記のような黙秘権の意義及び沿革などに関する争いはない³⁰⁾。黙秘権を放棄できるか否かについて、通説は、被疑者及び被告人が黙秘権を行使せず、供述することはできるが、これは黙秘権の放棄ではなく、黙秘権の不行使であり、憲法上の基本権として保障される黙秘権は、放棄することができない権利であるとされる³¹⁾。他方で、「黙秘権を放棄して供述できる」とする見解³²⁾も見られるが、この見解は、黙秘権の放棄の意義を明らかにしておらず、これ以上の説明はされていない。そして、韓国内において黙秘権を放棄すれば再び黙秘権を行使できないとする見解は見当たらない。

② 黙秘権の告知

被告人に対する黙秘権の告知は、前述した通り、韓国法283条の2第2

28) 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11. 공보 제21호. 314 전원재판부.

29) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682판결, 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213판결, 2013. 3. 28. 선고 2010도3359판결, 송광섭 『형사소송법』(형설출판사, 2012年) 239, 권오걸·前掲註22, 96頁.

30) 安部·前掲註4, 268頁.

31) 배중대·이상돈·정승환·이주원·前掲註22, 338頁, 권오걸·前掲註22, 103頁, 이재상·조근석·前掲註22, 125頁, 김인회·前掲註17, 416頁.

32) 金熙玉 「진술거부권을 고지하지 아니하고 작성한 피의자신문조서와 위법수집증거」 고시계통卷486号(1997年) 61頁.

項によって裁判長が被告人に供述しないか個々の質問に対して供述しなくても不利益を受けないと告知すれば足りる。

被疑者の場合には、韓国法244条の3に定められた告知事項を告知すれば良く、同一の捜査機関の取調べにおいて、取調べを開始するたびに告知する必要はないが、一度中断された取調べが相当の時間を経過した後に再開される場合などは、再び黙秘権を告知しなければならない³³⁾。

韓国最高裁は、黙秘権が憲法上の基本権として保障されているのは、非人道的な自白の強要及び拷問を根絶することによって人間の尊厳と価値を保障するためであるとしているが、黙秘権が保障される手続において、黙秘権を告知される権利は、韓国憲法12条2項から導かれるものではないとした³⁴⁾。すなわち、黙秘権を告知される権利は、憲法上の基本権の地位が認められず、韓国法において、被疑者の場合には捜査の手続として、被告人の場合には公判の手続として位置づけられている。

ただし、黙秘権を告知しなかった場合は、黙秘権の侵害であるとするに異論はないとされる³⁵⁾。そして、韓国最高裁は、早くから黙秘権を告知せずに作成した被疑者供述調書の証拠能力を否定してきた。韓国最高裁は、黙秘権告知を規定していた旧韓国法200条2項³⁶⁾は、捜査機関が被疑者の供述を聴取する際には、予め被疑者に黙秘権を告知しなければならないと規定しており、被疑者の黙秘権は、憲法上の自己負罪拒否特権に基づいたものであるため、予め被疑者に黙秘権を告知しなかった場合には、被疑者の供述は、違法に収集された証拠として、供述の任意性が認められる場合であっても証拠能力を否定すべきであるとした³⁷⁾。この判決は、捜査機関が黙秘権を告知しなかったことに対して、自白の任意性の問題としてではなく、自己負罪拒否特権及び違法収集証拠排除法則を適用させたもの

33) 이재상·조근석·前掲註22, 124頁。

34) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도5441판결。

35) 이재상·조근석·前掲註22, 128頁。

36) 現在は削除され、韓国法244条の3が黙秘権の告知を規定している。

37) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682판결。

である³⁸⁾。さらに、2009年の韓国最高裁は、被疑者の供述を録取ないし記載した書類は、捜査機関の取調べ過程において作成されたものであれば、被疑者供述調書と異なった書式であっても、被疑者供述調書と異ならないとした2004年の韓国最高裁の判決³⁹⁾を引用して、被疑者の供述が通常の被疑者供述調書と異なった書式で作成されたとしても、被疑者を取調べる前の黙秘権の告知を欠いた場合には、違法に収集された証拠として証拠能力が否定されるとした⁴⁰⁾。

ただし、上記の韓国最高裁判決は、被疑者に黙秘権を告知すべき被疑者取調べの範囲までは示していない。そのため、韓国では、被疑者に対して黙秘権の告知が必要となるのは、被疑者を取調べる場合に限るとする見解もある⁴¹⁾。この見解は、まず、2007年の法改正で削除された、旧韓国法200条2項は、被疑者から供述を聴取する際に、黙秘権を告知すべきであるとされ、現行韓国法244条の3第1項には、被疑者を取調べる前に黙秘権などを告知すべきとされていることを指摘する⁴²⁾。これは、2007年の法改正の政府案には、黙秘権の告知を被疑者取調べの他に、調査する前にも権利告知が必要であるとされていたが、その審議過程で、調査の場合が削除された修正案が、国会を通過したという⁴³⁾、法改正の経緯に基づいた主張である。そのため、被疑者の自発的な供述に対してまで黙秘権を告知すべきではなく、また、被疑者に供述または自白をする機会を提供することも、黙秘権の告知を要しないとするが、これを超えて、自白を勧めるか、自白を誘導することは取調べに該当するため、黙秘権の告知を要するとする⁴⁴⁾。

しかし、この見解に対しては、次のような反論がなされている。韓国法

38) 심회기·前掲註22、25頁。

39) 대법원 2004. 9. 3. 선고 2004도3588판결。

40) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213판결。

41) 안성수 「진술거부권과 진술거부권 불고지의 효과」 법학논총19集 (2008年) 102頁以下。

42) 안성수·前掲註41、125頁。

43) 법무부 『개정 형사소송법』 (법무부、2007年) 126頁。

44) 안성수·前掲註41、130頁。

244条の3に規定された黙秘権の告知は、被疑者を取調べる前に必要であることは認めるものの、取調べの意味には、調査まで含まれると理解されるべきであって、まず、取調べと調査は明確に区別できる刑事手続上の概念ではなく、次に、捜査機関の積極的な介入によって被疑者から情報などを得られることに、取調べと調査は異ならず、最後に、黙秘権が、憲法に基づいた被疑者及び被告人の最も有効な防御手段であるため、取調べには調査まで含まれると解釈する必要があるとされる⁴⁵⁾。したがって、上記の供述または自白の機会の提供なのか、それとも、自白を勧め、又は自白を誘導するものかは、捜査機関の介入があって明確に区別できない場合があるため、前者の場合にも黙秘権の告知を要しないとすることは、憲法に基づいた被疑者の権利がいつでも侵害される状況に置かれると指摘する。ただし、被疑者の自発的な供述は、当該供述が被疑者に有利・不利を問わず、捜査機関の強要がないため、黙秘権の告知を要しないと⁴⁶⁾。

下級審では、捜査官が、強盗罪の現行犯として逮捕された被疑者を自宅に移動している車の中で、被疑者に対して、当該事件の他に別の犯行事実があれば、今話した方が今後、被疑者に有利である旨を伝えた結果、被疑者から別の犯行事実に関する供述を得て、その後の取調べにおいて、初めて黙秘権を告知し、被疑者供述調書が作成された事案について、当該供述調書の証拠能力を否定した⁴⁷⁾。控訴審においては、検察官から、黙秘権の告知が必要となるのは、被疑者を取調べる場合に限られるため、車の中で捜査官が被疑者に対して、自発的な供述をする機会を提供するか、被疑者の自発的な自白を聴くことは、被疑者の供述を聴取することに該当するため、黙秘権の告知は必要とされないと主張した。しかし、裁判所は、韓国法244条の3は、形式的に黙秘権の告知が行われた従来の捜査慣行を打開するために、旧韓国法200条2項を具体化したものであって、「供述拒否権

45) 이세화 「진술거부권불고지와 증거의 증거능력」 法學論叢18集3号（2011年）91-92頁。

46) 이세화 · 前掲註45、92頁。

47) 서울서부지방법원 2008. 7. 10. 선고 2008고합71판결。

の告知が、捜査機関が任意的に選択する『供述』または『訊問』の形で左右されると憲法が保障する供述拒否権が有名無実になる」として、被疑者取調べの範囲には、供述の聴取も含まれるとした⁴⁸⁾。

③ 黙秘権行使と取調べの中断

従来の解釈及び実務は、被疑者の黙秘権の行使があったとしても、被疑者取調べと供述拒否は両立できるものとして、被疑者取調べは、捜査機関の取調べ権限に基づいて質問できるとされていた⁴⁹⁾。被疑者が、取調べにおいて個々の質問に対して黙秘権を行使するのではなく、すべての質問に対して供述する意思がないという意思表示をした場合に、捜査機関は取調べを直ちに終了させるべきか否かについては、ほとんど議論されていなかったと思われる⁵⁰⁾。しかし、下級審において、黙秘権行使による取調べ中断効を肯定した判断がなされたため、紹介する。

第1審では、被告人が宿泊施設において、覚せい剤の自己使用及び所持の罪が認められ、懲役1年6月を言渡された⁵¹⁾。そして、被告人は、第1審判決の犯罪事実について、犯行を認めていなかったにもかかわらず、犯罪事実を認めた第1審判決に、事実の誤認があるとして控訴した。被告人は、逮捕された当時には、「覚せい剤が投薬されたことは認めた」が、捜査官に対して供述を拒否し、第1審及び控訴審では、知人らが、自分が泊っていた宿泊施設に訪れた後、被告人の身体に異常症状が現れたと主張した。検察官は、被告人が警察官及び検察官に供述を拒否したことは、被告人の罪責を認めるか、防御権を放棄したと見なすべきであると主張した

48) 서울고등법원 2008. 11. 20. 2008노1954판결.

49) 장혜진 「피의자의 권리에 관한 검토」 법과정적26卷2号(2020年) 134頁.

50) 裁判所が黙秘権の行使による取調べの中断を肯定したことに対して、新たな法解釈であり、より詳細な検討が必要であるとした、이완규 「진술거부권 행사와 증거이용금지 및 피의자신문권과의 관계」 형사판례연구19卷(2011年) 410頁から、この問題が韓国では、ほとんど議論されていなかったことが推定できる。

51) 창원지방법원 진주지원 2007. 7. 3. 선고 2007고단334판결.

が、控訴審は、「被告人が警察官及び検察官に供述を拒否したことは憲法と韓国法が被告人に与えた権利の行使であるため、権利行使について被告人が罪責を認めるか防御権を放棄したと解釈できないのみならず、被告人が供述を拒否したことは、権利の行使であるため直ちに被告人に対する取調べを中断すべきであるにもかかわらず、被告人を取調べた警察官は引き続き被告人に供述を求め、その拒否する姿を撮影して検察官に被告人の犯罪性ないし悪性を証明する証拠として提出したことは違法捜査に該当する」ため、被告人が自己の意思で覚せい剤を使用したと認められる証拠はないとした⁵²⁾。

韓国最高裁は、黙秘権行使による取調べ中断効については、言及しておらず、原審が、被告人が覚せい剤を投薬された状態で緊急逮捕されたことは認められるが、被告人が自己の意思で覚せい剤を使用したと認められる証拠がないという理由で、無罪であると判断したことは、事実審裁判官の合理的な自由心証によったものであるため、肯定できるとした⁵³⁾。

他方で、現行法下で行われる被疑者取調べに対して、被疑者の受忍義務を肯定したうえで、被疑者の黙秘権の行使があったとしても、黙秘権とは別に、取調べを進めることができるとする見解がある⁵⁴⁾。この見解によれば、被疑者が黙秘権を行使した場合であっても、取調べは中断されず、一般的には、捜査官も黙秘する被疑者の態度から、取調べを中断することが予想されるが、取調べを続けるか中断するかは、捜査官の判断に委ねられているものの、被疑者が一度黙秘した質問事項を繰り返して質問することは許されないとする。ただし、それも被疑者の黙秘権の侵害ではなく、取調べの方法に関する違法であるとされ、その程度が問題となり、供述を強要する程度に至ってはならないとする⁵⁵⁾。

52) 창원지방법원 2008. 2. 12. 선고 2007노1311판결.

53) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2008도2156판결.

54) 이완규·前掲註50、433頁.

55) 이완규·前掲註50、433-434頁.

その他に、被疑者の黙秘権の行使によって、直ちに取調べが中断されることを被疑者の権利保障であるとするが、被疑者取調べの効果を十分に得られない問題が発生するため、被疑者の黙秘権の行使にかかわらず、捜査は続けられるとすることが、合理的であるとする見解もある⁵⁶⁾。

④ 黙秘権の不告知と証拠能力

上述したとおり、韓国において、黙秘権を告知されずになした供述は、黙秘権の侵害となることに異論がなく、判例は、黙秘権を告知される権利を憲法上の基本権から導かれるものとまでは認めていないが、黙秘権を告知せず得られた供述は、供述の任意性が認められる場合であっても違法に収集された証拠として証拠能力が否定されるとした。

公判中心主義との関係で問題となるのは、黙秘権を告知せず得られた供述に基づいて収集した証拠の証拠能力である。すなわち、黙秘権の告知を欠いて得られた2次的な証拠の証拠能力まで認められることが、実質的な公判中心主義の実現であると評価し得るか否かの検討が必要であるように思われる。

韓国最高裁は、2007年の改正韓国法が施行される以前に、「憲法と韓国法が定めた手続によらずに収集された証拠は基本的人権の保障のために設けられた適法な手続によらなかったものであるため、原則として有罪の証拠とすることができない」とし、捜査機関の違法な証拠収集を抑制して、再発を防止する最も効果的な方法は、違法に収集した証拠を含め、これに基づいて獲得した2次的な証拠も有罪を認定する証拠として使用できなくすることであるとした。ただし、違法に収集した証拠の証拠能力を認めるか否かの判断は、「実体的真実発見を通じた正当な刑罰権の実現も、憲法及び韓国法の重要な理念であるため、形式的に定められた手続によらず収集された証拠という理由のみで、証拠の証拠能力を否定することも憲法と

56) 장혜진·前掲註49, 137頁。

韓国法が刑事訴訟に関する手続条項を設けた趣旨に合致しないことも考慮しなければならない。したがって、捜査機関の証拠収集過程における手続違反行為に関するすべての事情、すなわち、手続条項の趣旨とその違反の内容及び程度、具体的な違反の経緯と回避可能性、手続条項が保護しようとする権利または法益の性質と侵害の程度及び被告人との関連性、手続違反行為と証拠収集の間の因果関係など関連性の程度、捜査機関の認識と意図などを全体的・総合的に調べ、捜査機関の手続違反行為が適法手続の実質的な内容を侵害する場合に当たらず、むしろその証拠の証拠能力を排除することが憲法と韓国法が刑事訴訟に関する手続条項を設けて適法手続の原則と実体的真実の究明の調和を図り、これを通じて刑事司法の正義を実現しようとした趣旨に反する結果をもたらすと評価される例外的な場合であれば、裁判所はその証拠を有罪認定の証拠として使用できると見なすべきである。これは、適法な手続によらず収集された証拠を基にして獲得された2次的な証拠の場合にも当てはまり、手続によらない証拠収集と2次的な証拠収集との間の因果関係の稀釈または断絶の有無を中心に2次的な証拠の収集に関するすべての事情を全体的・総合的に考慮し、例外的な場合には有罪認定の証拠として使用できる。」とした⁵⁷⁾。

韓国最高裁は、違法捜査の抑制に最も効果的な手段は、違法収集証拠の排除であるとしながらも、捜査手続の趣旨、違反の内容及び程度、違反に至った経緯、因果関係などすべての事情を考慮して、その結果として、実質的な適正手続の違反が認められる場合には、違法収集証拠が排除されるが、そうでない場合には、違法に収集された証拠であってもこれを有罪の証拠として用いることができるとした。さらに、違法に収集された証拠に基づいて収集した2次的な証拠に対しても同様に判断される場合には、有罪の証拠として用いられる可能性を提示した。

違法収集証拠排除法則に関して、法務部は、2007年の法改正で新設され

57) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결。

た韓国法308条2について、違法収集証拠の排除を明文化する必要があるが、すべての手続上の違法を理由に、証拠物の証拠能力が義務的に排除される場合には、軽微な違法であっても証拠能力が否定されるおそれがあるため、証拠排除の範囲を調整する必要があると説明した⁵⁸⁾。そして、当該条文の表現が、「違法に」収集された証拠ではなく、「適法な手続によらず」となったのは、裁判所の判断を認める必要があるためであって、どのような手続違反が、適法手続の違反に該当するか否かは、比較考慮によって、その基準が成立されることを期待していた⁵⁹⁾。この説明からは、上記の韓国最高裁と同様に、違法収集証拠の証拠排除に例外が認められ、さらに、それに基づいた2次的な証拠についても、例外が認められる場合があると解釈できると思われる。

その後2009年には、韓国最高裁が、捜査機関の違法な捜査によって獲得された証拠に基づいて獲得した2次的な証拠の証拠能力の判断基準について、以下のような判断を下した。

韓国最高裁⁶⁰⁾は、上記の2007年の韓国最高裁判決を参考に、「裁判所が2次的な証拠の証拠能力の有無を最終的に判断する際には、まず、手続によらなかった1次的証拠収集に関するすべての事情、すなわち、手続条項の趣旨及びその違反の内容と程度、違反の具体的な経緯と回避可能性、手続条項が保護しようとする権利及び法益の性質と侵害程度及び被告人との関連性、手続違反行為と証拠収集との間の因果関係などの関連性程度、捜査機関の認識と意図などを調べるのはもちろん、さらに1次的証拠を基礎として再び2次的な証拠を収集する過程で起きた、すべての事情まで具体的な事案によって、因果関係の稀釈または断絶の有無を中心に全体的・総合的に考慮すべきである。」として、2007年の韓国最高裁判決よりも具体

58) 법부보·前掲註43、225頁。

59) 법부보·前掲註43、226頁。

60) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결。本件は、前述した警察の車の中で、被疑者が黙秘権を告知されず、警察に対してなした供述の証拠能力を否定した上記の下級審裁判の上告審である。

的な判断基準を提示した。

さらに、韓国最高裁は、具体的な事案の判断においては、黙秘権の告知が、「単なる捜査機関の誤りであって被疑者の自白を引出すための意図的かつ技術的な証拠確保の方法として利用されておらず、その後に行われた取調べでは、黙秘権を告知して誤りを是正するなど捜査手続が適法に行われたこと、最初の自白の後に拘禁された被告人が釈放され、弁護人から十分な援助を受けられてから相当な時間が経過したにもかかわらず、再び自ら同一内容の自白をしたこと、最初の自白以外にも別の独立した第三者の行為または資料なども物的証拠若しくは証人の証言など2次的な証拠収集の基礎となったこと、証人の独立的な判断によって韓国法が定めた手続による召喚と任意に出席して証言したことなどは、通常2次的な証拠の証拠能力を認められる状況に含まれると見なすことができる」とした。

そのため、被告人の第一審裁判所において行った自白について韓国最高裁は、黙秘権を告知されずになした自白と同じ内容ではあるものの、被告人の最初の自白がなされた後に行われた取調べでは、黙秘権の告知が適法に行われたこと、第一審裁判所における自白は、最初の自白がなされてから約40日が経過し、公開された裁判所において、弁護人の十分な援助を受けながら、黙秘権を告知されるなど適法な手続によって任意になされたものであることを考慮すると、有罪の証拠として用いられる場合に該当するとした。

2009年の韓国最高裁の判決が出されてからは、当該韓国最高裁判決が示した2次的証拠の証拠能力の判断基準に従い、違法な身体拘束をされた被疑者が検察官に対して行った供述を記載した被疑者供述調書は、重大な違法であるため、被告人の同意があっても有罪の証拠とすることはできないが、弁護人が同席したうえで被告人が行った公判供述は、被告人の自発的な行為が介入されたとして、違法な身体拘束との因果関係が断絶または少なくとも稀釈された状態で行われたことを認めた控訴審の判断を正しいと

した判決⁶¹⁾、共犯とされる可能性が高い参考人の供述調書は、実質的に被疑者供述調書の性格を有するため、黙秘権を告知せず、検察官が供述の内容を記載した調書の証拠能力は否定したが、検察官に対して最初に供述をした時期から数ヶ月または1年以上が経過した後に、裁判所の適法な召喚によって自発的に公開された公判廷において、宣誓した後、任意に自己の経験した事実を供述した場合には、例外的に有罪の証拠として用いられる2次的な証拠に該当するとした判決⁶²⁾、令状なしに獲得した被告人の個人情報に基づいて獲得した証拠の証拠能力は否定されるべきであるとしたが、被告人が捜査段階において、釈放されてから行われた警察官の被疑者取調べの際にも、自白をし、捜査機関に対して最初になした自白から約3ヶ月が経過して行われた第一審で行った自白は、適法な手続を経て任意に行った自白として、有罪の証拠として用いられるとした判決⁶³⁾、被告人の供述が収録された録音ファイルの証拠能力が否定され、これに基づいて収集した2次的な証拠である被告人らの検察官に対して行った供述を記載した調書の証拠能力も排除すべきであるとしたが、被告人の公判供述及び参考人の捜査機関に対して行った供述及び公判供述については、公開された公判廷において、黙秘権を告知され、弁護人の十分な援助を受けた状態で自発的に行われたとして、被告人の公判供述の証拠能力を認めた判決⁶⁴⁾が出された。

上記の2009年の韓国最高裁の判決に対して、学界では、様々な意見が出された。まず、2009年の韓国最高裁の判決が、黙秘権の不告知という違法な取調べの後に、黙秘権を告知して前の違法を是正したことや被告人の公判供述、第三者の証言など因果関係の断絶または稀釈を幅広く認めたことを肯定する見解⁶⁵⁾がある。

61) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결.

62) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010도9127 판결.

63) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012도13607 판결.

64) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결.

65) 노수환 「진술거부권 고지 없이 얻은 진술에 기초한 2 차적 증거의 증거능력」 성균관

これに対して、韓国最高裁が、黙秘権の不告知を捜査機関の単なる誤りであると評価したことを批判し、そのような判断においては、捜査機関の違法捜査を許容する結果となり得ることを指摘するが、被告人が最初に自白をしてから一定の期間が経過し、公判に至るまで弁護人の援助、第三者の証言などは、最初に被告人が自白に至った違法捜査とそれに基づいて収集した証拠との因果関係を断絶させられると評価できるとする見解⁶⁶⁾もある。

そして、2009年に韓国最高裁が示した2次的証拠の証拠能力に関する判断基準については、違法に収集された証拠の証拠能力を認めるために必要な要件と違法収集証拠に基づいて収集した2次的な証拠の証拠能力を認めるために必要な要件を、区別していると理解しなければならないとし、2次的証拠の証拠能力を認めるためには、最初の違法手続と2次的証拠の収集との間に因果関係が、断絶若しくは稀釈されることが求められるとする見解もある⁶⁷⁾。すなわち、韓国最高裁が判断基準として挙げた、違法に収集された証拠に関するすべての事情は、適法に行われた2次的証拠の証拠収集過程を経た証拠の証拠能力を判断する前提要件に過ぎない。そして、因果関係の断絶若しくは稀釈の要件を令状発付⁶⁸⁾、弁護人の援助ないし被疑者取調べの立会い、被告人の自発的な介入行為ないし同意、公判手続の開始、時間の経過、問題となった違法な捜査と関係のない独立した第三者

ㄱ 법학22卷3号(2010年)160-165頁。

66) 서보학 「위법수집증거의 정질: 독수독과의 원칙과 예외, 사인이 위법수집한 증거의 증거 능력」 형사정책연구20卷3号(2009年)43-46頁、조국 「독수과실의 원리」 刑事判例研究17卷(2009年)455-458頁、이세화・前掲註45、104-106頁、김인회・前掲註17、492頁。

67) 김용배 「위법수집증거배제법칙상 1. 2차적 증거의 개념 및 증거능력 인정요건-인가관계의 단절 내지 희석을 중심으로-」 法曹63卷4号(2014年)186-187頁。

68) ただし、韓国最高裁は、대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결において、起訴後の搜索・差押令状によって収集された証拠は、基本的人権の保障のために設けられた適法手続に反するとして、有罪の証拠とすることができないとした。なお、대법원 2013. 3. 14. 선고 2012도13611 판결は、覚せい剤自己使用の疑いで違法な身体拘束及び採尿手続が行われた後に発付された令状によって行われた採尿手続の結果の鑑定書については、令状発付以前に収集されたものの証拠能力は否定したが、「諸般の事情を考慮」して令状発付後の鑑定書の証拠能力は認められるとした。

の行為が介入し、違法な捜査でなくても、収集が可能なはずであったことが認められることなどであるとする⁶⁹⁾。

他方で、2次の証拠の収集過程が適正に行われることが求められる点については、前記の見解と同様であるが、違法な証拠収集が行われ、それに基づく2次の証拠を収集する際に、最初の違法を上回る実質的な適正手続が必要であるとし、とりわけ黙秘権の告知を欠いた場合には、その後の取調べにおいて、実質的な黙秘権の告知が行われたか否かを優先的に検討すべきであるとする見解もある⁷⁰⁾。この見解は、2009年韓国最高裁の判決に対して、黙秘権告知の重要性を低評価していると批判し、黙秘権告知が「加重的告知」ではなく、単なる告知に過ぎなかった場合には、最初の違法行為の違法性が排除されたと評価できず、その場合には、違法捜査による自白がなされてから相当な時間が経過したとしても、また弁護人の援助を受けたとしても、被告人が最初の自白を否定若しくは黙秘することは困難であり、同じ内容の自白を繰り返し得るとする⁷¹⁾。したがって、被告人に対して、今から黙秘すれば以前の供述は証拠として用いられることはないなどの黙秘権の「加重的告知」によって、被告人の心理的負担を解消する必要があるとする⁷²⁾。

また、韓国最高裁の判断は、黙秘権告知違反の違法性を形式的に理解していると批判し、黙秘権を告知されずになした自白に、原供述者が影響され続ける可能性を指摘したうえで、違法に収集された証拠に基づいた2次の証拠が証拠能力を認められると判断するためには、因果関係の断絶または稀釈ではなく、最初の証拠収集過程における違法性が、2次の証拠にまで影響を与えていないという判断が求められるとする見解もある⁷³⁾。こ

69) 김용배·前掲註67, 189-196頁。

70) 신상현「진술거부권의 불고지와 피고인 진술의 증거능력-독일연방대법원의 판례를 중심으로-」성균관법학31卷1号(2019年)114頁以下。

71) 신상현·前掲註70, 124-125頁。

72) 신상현·前掲註70, 125-126頁。

73) 임철희「진술증거 수집의 위법성과 확대된 진술거부권 고지의무-대법원 2009. 3. 12. ㄱ

の見解からは、弁護人の援助という抽象的な基準によって、被告人の実質的な黙秘権行使が可能となったと推定することはできないため、弁護人の援助によって捜査機関の違法の影響を排除できないとし、被害者が証人となって行った証言は、裁判所の召喚及び証人審問に応じない場合には、制裁を受ける可能性があることから、証人の証言は、違法性を排除する要素にはなり得ないとされる⁷⁴⁾。

（3）弁護人の援助を受ける権利

韓国憲法12条4項は、「何人も逮捕または拘束された場合には直ちに弁護人の援助を受ける権利を持つ。ただし、刑事被告人が自ら弁護人を選任できない場合には法律の定めによって国家が弁護人を附する」として、被疑者・被告人と国家機関との間に武器平等の原則を実現するために、弁護人の援助を受ける権利を定めており⁷⁵⁾、憲法裁判所は、弁護人の援助を受ける権利は、弁護人の十分な援助を意味するとした⁷⁶⁾。その意味で、国家は、被告人に国選弁護人を附するにとどまらず、被告人が国選弁護人の実質的な援助を受けられるように業務監督及び手続的措置をとる責務まで含まれるとされる⁷⁷⁾。

当該条文の文言は、弁護人の援助を受ける権利を身体拘束された被疑者・被告人に限定している。しかし、2004年に韓国の憲法裁判所は、韓国憲法12条4項が、弁護人の援助を受ける権利及び国選弁護人の援助を受ける権利を明らかにし、これらの権利が、捜査の開始から判決の確定まで継続されることに疑いはなく、国選弁護人の援助を受けられるようにすることによって、被告人の弁護人の援助を受ける権利は、私的権利のみならず

↘ 선고 2008도11437 판결에 대한 비판과 대안」 비교형사법연구18卷2号（2016年）81頁以下。

74) 임철희·前掲註73、93-95頁。

75) 신동운·前掲註15、91頁。

76) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 전원재판부。

77) 대법원 2012. 2. 16. 자 2009도1044 전원합의체 결정。

一定の場合には、公的義務であることを明らかにしたうえで、韓国憲法12条4項が、身体拘束された場合にのみ弁護人の援助を受ける権利を認める趣旨ではないことを以下のように説明した。

まず、韓国憲法の基本理念の一つである法治国家の原理は、法による国家権力の行使及び違法な国家権力の行使に対する効果的な権利救済制度を求めており、刑事手続における効果的な権利救済手続は、被疑者・被告人を刑事手続の客体とすることを禁止するのみならず、武器平等の原則によって権利救済手続が構成されることが求められる。韓国憲法及び韓国法は、武器平等の原理を実現するために、被疑者・被告人に刑事手続の主体として自己の権利を積極的に行使させ、国家権力の刑罰権行使に対する防御の手段と機会を保障しており、弁護人の援助を受ける権利は、その最も効果的かつ実質的なものであって、弁護人を選任する権利は、弁護人の援助を受ける権利の基礎となり、これを身体拘束の有無にかかわらず、すべての被疑者・被告人に認められるべきとすることは、法治国家原理、適法手続原則に照らして当然である。

次に、韓国憲法12条4項本文が、身体拘束を条件に弁護人の援助を受ける権利があると規定したのは、身体拘束されていない被疑者・被告人の弁護人の援助を受ける権利を否定するためではなく、身体拘束されていない被疑者・被告人の弁護人の援助を受ける権利を前提に、同条但書において身体拘束された被疑者・被告人の弁護人の援助を受ける権利を強調するためのものである。すなわち、当該憲法規定は、身体拘束されていない被疑者・被告人の弁護人の援助を受ける権利を前提として、身体拘束された被疑者・被告人の弁護人の援助を受ける権利の重要性を強調するためであることを明示している⁷⁸⁾。

また、憲法が保障する弁護人の援助を受ける権利の内容には、弁護人を選任すること、弁護人との接見を通じて弁護人の助言と相談を受けるこ

78) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 전원재판부。

と、弁護人を通じて防御権に必要な事項を準備し、行使することが含まれる⁷⁹⁾。さらに、憲法裁判所は、憲法12条4項が保障する身体拘束された者の弁護人の援助を受ける権利は、身体拘束された者を援助する弁護人の権利が保障されなければ、有名無実となるため、弁護人の援助する権利も憲法上の基本権として保護されなければならないとした⁸⁰⁾。

このように、2000年代に入ってから、弁護人の援助を受ける権利を強化する動きは、韓国法の改正でも現れた。まず、2006年の韓国法一部改正において新設された韓国法201条の2第8項は、拘束令状の請求を受けた裁判官に、訊問（この場合、日本の勾留質問に該当する）の対象となる被疑者に弁護人がいない場合には、職権による弁護人の選任を義務付け、拘束令状が請求された被疑者も国選弁護人制度の対象となった。そして、2007年の韓国法改正では、韓国法243条の2が新設され、弁護人の被疑者取調べ立会いが明文化された。

しかし、憲法裁判所は、身体拘束された被告人の弁護人との面接・交渉する権利は、当該権利が独自に存在するものではなく、国家刑罰権の適切な行使と身体拘束された被告人の人権保護という刑事訴訟手続の体系の中で意味を持つとして、弁護人との面接・交渉する権利の保障の重要性を認めながらも、これを制限する際には、厳格な比例原則にしたがって制限でき得るとした⁸¹⁾。そのため、自己の公判開始20分前に裁判所の待機室で、弁護人との面談を求めた元被告人に、同待機室に合計14人が待機しており、裁判所の職人が2人しかおらず、事前に弁護人との面接を求めた記録もなく、元被告人の弁護人が裁判所にいるか否かも把握できていない状況において、弁護人との面接を制限した行為は、元被告人の基本権を侵害した違憲的な公権力の行使ではないとした。これに対して、反対意見は、身体拘束された被疑者・被告人が、捜査または裁判を受ける場合に弁護人の

79) 헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2009헌마341 전원재판부.

80) 헌법재판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474 전원재판부.

81) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌마992 전원재판부.

援助を受ける必要性が高いため、身体拘束された者に対する戒護活動が困難であること若しくは捜査または裁判に支障を与えることを理由に弁護人の援助を受ける権利を制約できないとした。以下においては、弁護人の援助を受ける権利のうち、被疑者取調べとの関係において、重要な意味を持つ接見交通権及び弁護人立会権について検討する。

① 接見交通権

韓国法34条は、「弁護人または弁護人になろうとする者は身体が拘束された被告人または被疑者と接見し書類若しくは物を授受でき、医師に被告人または被疑者を診療させることができる」として、弁護人との接見交通権を規定している。また、韓国法89条は、「拘束された被告人は関連法律が定めた範囲において他人と接見し書類若しくは物を授受でき、医師の診療を受けることができる」として、身体拘束された被告人の接見交通権を規定している。そして、韓国法209条によって身体拘束された被疑者には、韓国法89条が準用され、接見交通権が認められる。すなわち、韓国法は、被疑者・被告人の接見交通権（韓国法89条及び209条）と弁護人の接見交通権（韓国法34条）を規定している。

韓国最高裁は、「身体拘束された者の弁護人の援助を受ける権利は、弁護人との自由な接見交通を通じて実現できるものであるため、韓国法がこれを実質的に保障するために、韓国法89条及び209条が身体拘束された者の他人との接見交通権を規定する一方で、これをより確実に保障する方法として韓国法34条では、弁護人または弁護人になろうとする者の身体拘束された被告人または被疑者との接見交通権を規定している」とした⁸²⁾。

一方で、2004年に韓国の憲法裁判所が、身体拘束されていない被疑者・被告人も弁護人の援助を受ける権利を有するとしたことは、すでに確認した通りである。そして、2007年の韓国法改正で新設された韓国法243条の

82) 대법원 2003. 11. 11. 자 2003모402 결정。

2第1項は、「検察官または司法警察官は被疑者またはその弁護人・法定代理人・配偶者・直系親族・兄弟姉妹の申請により弁護人を被疑者と接見させるか正当な事由がない限り被疑者に対する取調べに立会わせなければならない」として、被疑者の接見交通権及び弁護人の取調べ立会権を明文化し、身体拘束されていない被疑者にも弁護人立会権が認められる旨を規定している。

② 接見交通権の制限

韓国法は、憲法上の身体拘束された者の弁護人の援助を受ける権利を積極的に受け入れ、弁護人との接見交通権にいかなる制限も設けておらず、これは、接見交通権を徹底的に保障しようとする立法者の決断であるとされる⁸³⁾。韓国最高裁も何人も逮捕または拘束された場合には直ちに弁護人の援助を受ける権利を持つとした韓国憲法12条4項とこれを実質的に保障するための韓国法34条においても、接見交通権にいかなる制限も設けておらず、韓国法89条、90条、91条の規定も直ちに弁護人と接見する権利を保障しているため、被疑者・被告人の人権保障と防御の準備のために欠かせない権利である接見交通権は、「法令による制限がない限り捜査機関の処分はもろん裁判所の決定によってもこれを制限することはできない」とした⁸⁴⁾。

さらに、上記の韓国最高裁決定が出された後、憲法裁判所が、「弁護人との自由な接見は身体拘束された者に保障される弁護人の援助を受ける権利の最も重要な内容であるため、国家安全保障、秩序維持、公共福利など、いかなる名目によっても制限できる性質のものではない」として、接見交通権の重要性を強調し、被疑者・被告人の弁護人との自由な接見交通に冤罪を防ぐ効果が認められるとした⁸⁵⁾。

また、日本の刑訴法39条1項の「立会人なくして接見し」という文言

83) 이동희 「피의자신문의 현황과 개선책」 형사법연구20号（2003年）239頁。

84) 대법원 1990. 2. 13. 자 89도37 결정。

85) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 전원재판부。

が、韓国法34条には明記されておらず、韓国法に接見の秘密性を担保する文言は存在しない。しかし、憲法裁判所は、身体拘束された者に弁護人の十分な援助を受けさせるためには、弁護人と十分な相談ができるようにしなければならないため、接見交通権が弁護人の援助を受ける権利の必須となる内容であるとし、弁護人の援助は、弁護人と接見相手の会話に完全な秘密が保障され、いかなる制限、影響、圧力、不当な干渉がない自由な会話ができる接見を通じてのみ可能であるとして、接見の秘密性を侵害することは、弁護人の援助を受ける権利または黙秘権を基本権として保障する憲法の精神に大きく反するとした⁸⁶⁾。

ただし、接見交通権も韓国憲法37条2項によって制限される場合がある。同条は、「国民のすべての自由と権利は国家安全保障・秩序維持または公共福利のために必要な場合に限り法律によって制限することができ、制限する場合にも自由と権利の本質的な内容を侵害できない」と規定しており、憲法裁判所は、上記の憲法裁判所の国家安全保障や秩序維持など、いかなる名目によっても制限できないとの指摘は、身体拘束された者と弁護人との接見が実際に行われている場合における自由な接見を制限できないという趣旨であって、「弁護人との接見それ自体に対してなんら制限することができないことを意味するものではない」とした⁸⁷⁾。

韓国憲法37条2項が、接見交通権に対する制限をできるとしており、憲法裁判所も弁護人との接見を制限することができるとしているのでは、どのような接見交通権の制限が正当な制限であるかを明らかにする必要があると思われる。

まず、日本の刑訴法39条3項のように、捜査機関の接見の指定を認める規定は、韓国法に存在しない。しかし、刑の執行及び収容者の処遇に関する法律（韓国では、刑執行法と称されているため、以下においてこれに従う）11

86) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 전원재판부。

87) 헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2009헌마341 전원재판부, 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2015헌마243 결정。

条以下には、収容者の処遇に関する規定が設けられており、同法2条1項1号は、身体拘束された被疑者及び被告人を未決収容者として、刑執行法上収容者としている。そして、収容者の接見に関しては、収容施設の長の権限とされており、刑執行法の適用は、収容施設及びその他の刑務官が収容者を戒護している場所として、刑務官の統制が要求される場所となっているため、収容者に対する接見は、収容者の処遇に関する事項となり、刑務官の戒護及び統制が要求される場所であれば、施設の長またはその者に委任された刑務官が、接見の許可を決めるのが原則である⁸⁸⁾。そのため、刑執行法による接見の制限は可能である。

そして、刑執行法41条4項6号は、「接見の回数・時間・場所及び接見内容の聴取・記録・録音・録画などに関して必要な事項は大統領令で定める」とされており、これを受けて、刑の執行及び収容者の処遇に関する法律施行令は、同令58条において、「収容者の接見は毎日（休日及び法務部長官が定めた日を除く）『国家公務員服務規定』第9条の勤務時間内⁸⁹⁾に行う」とされている。ただし、刑執行法84条1項は、収容者と弁護士及び弁護人になろうとする者との接見の秘密性を保障しており、同条2項は、接見の時間と回数を制限しないとされている。そのため、刑執行法41条4項が、接見の回数や時間などに関する事項を大統領令に委ねており、同法84条2項は、身体拘束された被疑者・被告人と弁護人の接見に、時間と回数を制限しないとされているため、矛盾しているのではないかと疑問が残る。

これに関して、憲法裁判所⁹⁰⁾は、未決収容者と弁護人の接見の制限が禁じられる時間の意味が問題となるとして、未決収容者と弁護人の接見であれば、365日、何時でも接見が行わなければならないと、その接見が24時間を超えて何日間も続いても中断させることができないとすることは、現実的に

88) 헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2015헌마1204 전원재판부 결정。

89) 原則として、月曜日から金曜日の午前9時から午後6時までとなっており、昼食のために、1時間の休憩時間が認められる。

90) 헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2009헌마241 전원재판부。

不可能であるため、刑執行法84条2項の時間の意味は、未決収容者と弁護人の接見が現実的に行われる場合に、未決収容者の防御権の行使として、その重要性を鑑みて、接見の時間を量的に制限できないと解するのが妥当であるとした。そのうえで、憲法裁判所は、刑執行法41条4項の委任によって未決収容者の接見が行われる一般的な時間帯を大統領令で定めることは可能であって、刑の執行及び収容者の処遇に関する法律施行令58条1項を根拠とした接見の不許可処分は、法律の留保の原則に反しないとした。

ただし、3名の裁判官による補充意見は、弁護人の援助を受ける権利をより充実化させるために、接見制度の運用に関する改善を求めている。それは、未決収容者と弁護人の接見が休日に行われた事例が、ほとんど存在しないのは、休日には、弁護人も休むことが多いこと、弁護人が、原則として休日には接見が行われないことを熟知しているため、休日を避けることが原因であると指摘した。そして、弁護人の援助を受ける機会をできる限り多く保障することが、身体拘束された被疑者・被告人の防御権行使のために望ましいため、休日という理由だけで接見を禁止するのではなく、未決収容者と弁護人の接見を特に禁止する事情がない限り、休日であっても接見を許可する必要があるとした。

以上の身体拘束された被疑者・被告人と弁護人の接見の制限は、接見を許可する主体が、収容施設の長若しくはその者に委任された刑務官である場合に該当するものであって、接見を許可する主体が異なる場合には、接見不許可処分の判断も異なる。憲法裁判所は、上記の刑の執行及び収容者の処遇に関する法律施行令の接見の時間に関する条項は、捜査機関が接見の許可を決定する被疑者取調べの際には適用されないため、現在取調べ中の被疑者に対する接見の申出は、上記の施行令を根拠に制限することができないとして、捜査機関の上記施行令に基づく接見不許可処分は、弁護人の接見交通権を侵害するとした⁹¹⁾。

91) 헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2015헌마1204 전원재판부 결정.

韓国最高裁は、「現行法上、身体拘束された者と弁護人の接見交通を制限する規定は設けられていないため、身体拘束された者は捜査機関から被疑者取調べを受ける際であってもいつでも弁護人と接見交通することが保障され許容されるべきであって、これを制限するか拒否することは身体拘束された者の弁護人との接見交通権を制限するものとして、違法であることを免れない⁹²⁾」として、被疑者取調べが行われていることを理由に接見交通権を制限することはできないとした。

ただし、韓国法に身体拘束された者と弁護人の接見交通権を制限する規定が設けられていないが、身体拘束は、罪を犯したと疑うに相当な理由があり、逃亡または証拠の隠滅を防ぎ、公判廷への出廷を保障するために行われているため、身体拘束された者と弁護人の接見交通は、身体拘束制度の目的を侵害しない範囲で行わなければならないが、これを超える場合には、正当な接見交通権の行使に該当しないとされる⁹³⁾。この韓国最高裁決定によれば、身体拘束された者と弁護人の接見交通権を制限する韓国法上の根拠は、逮捕及び拘束など身体拘束に関する条文となる⁹⁴⁾。

③ 接見交通権の制限に対する救済

韓国法417条は、同法243条の2に定められた被疑者と弁護人の接見交通及び弁護人立会いを捜査機関が正当な事由なしに制限した処分を準抗告の対象であると規定している。ただし、この場合の接見は、捜査機関がその許可の主体となっており、収容施設の長が接見を許可するか否かを判断する主体となった場合には、韓国法417条は適用されない。憲法裁判所は、収容施設の長の接見不許可処分について、行政審判または行政訴訟を通じて争うことはできるが、時間の経過によって接見が実現不可能となり、接見不許可処分の取消しを求める行為に利益がないことに加え、接見不許可

92) 대법원 2003. 11. 11. 자 2003모402 결정.

93) 대법원 2007. 1. 31. 자 2006모657 결정.

94) 신동운·前掲註15、135頁.

処分による基本権の侵害は、憲法訴願審判を通じて回復できなくなるため、審判請求の主観的な権利保護利益はなくなったが、「未決収容者と弁護人との接見を制限する問題は、これからも提起され得るのみならず、これに対する憲法的解明は憲法秩序の守護・維持のために重大な意味を持つため」接見不許可処分が基本権の侵害に該当するか否かの判断する必要を認め⁹⁵⁾。すなわち、収容施設の長による接見不許可処分を争う方法として、行政審判などの方法は存在するものの、この方法によっても、直ちに接見交通ができるわけではないため、憲法訴願を請求するために、別の救済手続を経なければならぬとした憲法裁判所法68条1項但書の例外を認め、また時間の経過によって接見交通の制限による基本権の侵害は、憲法訴願審判を通じて回復できないため、請求人の利益にはならないが、憲法訴願の対象として基本権侵害の有無を判断するのが適切であることを理由に、憲法訴願の請求を肯定したものである。しかし、現に取調べを受けている被疑者または収容施設に収容されている被疑者と弁護人との接見交通権が制限された場合に、接見交通が行われなかったことによって、実際に接見交通が行われたならば、得られたはずの被疑者の利益が準抗告や行政審判、憲法訴願審判などによって回復されるものではない。

韓国最高裁は、違法収集証拠排除法則が韓国法に規定される前から、「弁護人との接見交通権は憲法上保障される弁護人の援助を受ける権利の核心をなすものとして弁護人との接見交通が違法に制限された状態では、実質的な弁護人の援助を期待できないため……憲法が保障する基本権を侵害するものとして、このような違法な状態で得られた」被疑者の自白はその証拠能力を否定して有罪の証拠から排除すべきであり、証拠の排除は実質的かつ完全な除外を意味するとして、接見交通権の侵害を証拠排除によって救済していた⁹⁶⁾。2007年の法改正によって違法収集証拠排除法則が明文化されてからは、韓国法308条の2の排除法則に基づいて接見交通権が制限

95) 헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2009헌마341 전원재판부.

96) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1586 판결.

された状態で得られた証拠の証拠能力を排除すべきであると説明される⁹⁷⁾。

（4）被疑者取調べの弁護人立会い

2007年の法改正に新設された韓国法243条の2は、捜査機関の被疑者と弁護人を接見させる義務以外に、弁護人立会いを求められた場合には、被疑者取調べに弁護人を立会わせなければならないと規定している（当該条文には、「正当な事由がない限り被疑者に対する取調べに参加させなければならない」と明記され、韓国では弁護人参与と称されるが、本稿においては、弁護人立会いと称する）。

2007年の法改正以前から、被疑者取調べに弁護人立会いを認めるべきであると主張されており、その理由は次の通りであった。まず、韓国法が制定された当時には、被疑者の弁護人選任権を認めながらも、捜査密行主義または捜査の合目的性によって立会権は認められなかったが、弁護人立会いによって違法取調べを抑止し、被疑者の人権を保障できること、また、密室で行われる被疑者取調べにおいて作成される被疑者供述調書の記載内容の正確性を担保できること、最後に捜査段階における自白の信憑性を担保することを理由に、弁護人の立会いを制度的に保障することが主張された⁹⁸⁾。また、憲法上保障される弁護人の援助を受ける権利とその権利の告知なしに身体拘束されないとした憲法規定と身体拘束された被疑者に最も重要な時期である被疑者取調べにおいて、弁護人の立会いが許容されないと前記の憲法規定の実質的意義が低下されることも理由とされた⁹⁹⁾。その他に、韓国法48条5項が、「取調べに参加した検察官、被告人、被疑者または弁護人の調書の記載の正確性に対して異議を述べた場合には、その供述の要旨を調書に記載しなければならない」としており、同規定を根拠に

97) 신동운·前掲註27, 56頁。

98) 백형구「괴의자신문과 변호인의 참여권」司法行政27卷2号（1986年）6-7頁。

99) 신성철「피고인의 방어권 행사에 있어서의 절차상의 문제점」법원행정처『형사법에 관한 제문제 [上]』（법원행정처, 1990年）195頁、황종국「수사단계에서의 변호인 역할의 중요성」부산지방변호사회지9号（1990年）306-307頁。

弁護士立会いを認めるべきであるとする見解もあった¹⁰⁰⁾。他方で、弁護士立会いが明文化される以前の韓国法においては、弁護士立会いを認める条文が存在せず、解釈上の弁護士立会いを認めることは困難であるが、弁護士立会いを立法化する必要性を肯定する見解もあった¹⁰¹⁾。これらの見解は、当時の韓国法の解釈上においても弁護士立会いが認められるか、弁護士立会いの必要性を肯定する見解の他に、韓国法に弁護士立会いを認める条文が存在しないため、解釈論としては弁護士立会いを認めることはできないが、立法化による解決を求めている。

他方で、弁護士立会いの必要性を否定する見解もあった。この見解は、弁護士立会いが制度化されていない状況において、弁護人の援助を受ける権利を定めた憲法規定を根拠として弁護士立会いを認めることは、国会の立法権を侵害することになると指摘する¹⁰²⁾。そして、捜査の秘密性を保障する必要があること、第三者のプライバシー及び名誉が侵害されるおそれがあること、証拠の隠滅など捜査の支障をきたすおそれがあることなど、弁護人が被疑者取調べに立会うことによって捜査に支障を与える弊害を指摘し、弁護人の立会いを否定した¹⁰³⁾。

このような対立とは別に、1999年に大統領直属機関として構成された司法改革推進委員会は、同年7月に被疑者の防御権を充実化させるために、原則として捜査機関の被疑者取調べに弁護士立会いを認め、実体的真実発見の支障にならないための措置を設けることにし¹⁰⁴⁾、その他に、公正かつ迅速な権利救済、法律サービスの質的向上などの最終建議案を大統領に

100) 신동운 『형사소송법 (제 3 판)』 (법문사, 2005年) 128-129頁。ただし、この見解も韓国法48条5項を弁護士立会いを規定した条文として捉えておらず、立法による解決が必要であるとする。

101) 박미숙 「변호인의 피의자신문참여권」 형사정책연구 6卷 3号 (1995年) 183頁、195頁以下、 이재상 『형사소송법』 (박영사, 1994年) 151頁。

102) 오세인 「변호인의 피의자신문참여문제에 대한 고찰」 형평과 정의14卷 (1999年) 82頁。

103) 오세인 · 前掲註102、88-89頁。

104) 사법개혁추진위원회 『민주사회를 위한 사법개혁』 (사법개혁추진위원회, 2000年) 103頁。

報告した¹⁰⁵⁾。

また、警察庁は、1999年6月に、被疑者取調べに弁護人の立会いを認める業務指針を発表し、当該指針の目的を被疑者の人権保障であるとして、国家保安法違反、暴力団に関する事件、覚せい剤事件、テロ事件、共犯などの証拠隠滅または逃走を容易にするなど捜査及び公判に重大な影響を与えるおそれがある事件などを除いては、原則として弁護人の立会いを認めるとした¹⁰⁶⁾。

その後、2002年には、法務部が法務部長官訓令として、人権保護捜査準則を設け、第4条に弁護人の被疑者取調べ立会いを認めると規定し、さらに、「弁護人の被疑者取調べ立会い運営指針」を2003年1月から施行するとして、第2条において、検察官の被疑者取調べに、被疑者の身体拘束後48時間以内、証拠隠滅または逃走のおそれがある場合、被害者、参考人などに危険であると認められるおそれがある場合、被疑者の明示的な弁護人立会いの拒否がある場合、その他に捜査に顕著な支障をきたすおそれがある場合に該当しない限り、弁護人の立会いを認めるとした。しかし、捜査機関が独自に弁護人立会いを認める方針には、その例外が広く認められていたため、効果的な役割を果たしていたなかつたとされる¹⁰⁷⁾。

判例は、従来、捜査機関の裁量による弁護人立会いのみが認められていた中で、韓国最高裁が、弁護人立会いの制度化前である2003年に被疑者の弁護人立会いを認める判断を示した¹⁰⁸⁾。この2003年の韓国最高裁決定は、身体拘束されている被疑者の弁護人立会いを認めたものである。その翌年の2004年には、憲法裁判所から身体拘束されていない被疑者の取調べに弁護人が立会う権利を認めた決定が出された¹⁰⁹⁾。

105) 사법개혁추진위원회·前掲註104、10頁。

106) 피의자 신문시 변호인 참여지침 (수사61110-1601, 1999.6.25), 조국 「피의자신문시 변호인참여권」 한국형사정책연구원 연구총서04-04 (2004年) 235頁。

107) 조국·前掲註106、121頁。

108) 대법원 2003. 11. 11. 자 2003모402 결정。

109) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 전원재판부。

まず、2003年の韓国最高裁決定は、国家保安法違反の嫌疑で検察と国家情報院に身体拘束されていない状態において、弁護人立会いの下で13回の取調べを受けていた元被告人が、身体拘束され、その後の検察官による被疑者取調べの開始前に、弁護人の立会いを求めたが、拒否され、弁護人立会いを許可しなかった検察官の処分に対して、韓国法417条による準抗告を提起し、ソウル地方裁判所が弁護人立会い不許可処分を取消したため、検察官が韓国最高裁に再抗告した事案である。

① 韓国最高裁の判断¹¹⁰⁾

まず、韓国最高裁は、韓国法417条が、捜査機関の拘束に関する処分に異議があれば、裁判所に対して、当該処分の取消し、または変更を請求できると規定しており、被疑者の拘束または拘束中に行われる捜査機関の処分に対抗する唯一の方法であることに鑑み、令状によらない拘束または弁護人との接見交通権を制限する処分のみならず、身体拘束中の被疑者に対する弁護人立会いを認めない処分に対しても、拘束に関する処分に該当すると見なすべきであるとした。

そして、身体拘束された被疑者に弁護人立会いを求める権利が認められるか否かについて判断する前に、韓国最高裁は、憲法27条4項が無罪推定の原則を規定していることは、刑事手続における被疑者・被告人の尊厳性の尊重を目標としており、身体拘束されている状態では、違法な捜査が行われる危険性が高く、黙秘権が効果的に保障されない可能性もあるため、憲法は、身体拘束された者に弁護人の援助を受ける権利を基本権として保障している一方で、憲法12条1項が適正手続を規定しており、その趣旨は、国家刑罰権よりも個人の人権擁護を優位において、裁判官が憲法と法律を解釈・適用すべきであるとした。また、韓国法には接見交通を制限できる規定がなく、身体拘束された者は取調べの途中であっても何時でも弁

110) 대법원 2003. 11. 11. 자 2003모402 결정。

護人との接見が保障されなければならない、これが制限された場合には、違法であるとした。

そのうえで、韓国法に身体拘束された被疑者の取調べに弁護人が立会えるとした規定は設けられていないが、憲法及び法律によって接見交通権が保障されており、何人も逮捕または拘束された場合には、直ちに弁護人の援助を受けられるとした憲法規定に照らして、身体拘束された被疑者は、「韓国法の上記規定を類推・適用して被疑者取調べを受けるにあたり弁護人の立会いを要求することができ、その場合に捜査機関はこれを拒否できないものと解釈しなければならない、このように解釈することが、身体拘束と処罰に関して『適法手続主義』を宣言した憲法精神にも符合する」として、接見交通権の存在から、身体拘束された被疑者・被告人の弁護人との接見交通権を定めた韓国法209条及び89条を類推適用し、現に被疑者取調べが行われていても弁護人の立会いを要求できるとした。

ただし、韓国最高裁は、弁護人立会いを求めることができ、捜査機関がそれを拒否することはできないとしても、一切の制限を認めないとの判断はしなかった。すなわち、弁護人立会いを要求する権利が認められても、憲法上の他の基本権との間の調和を図る必要があり、無制限な弁護人立会いを許容することも、適正手続の精神に符合するとは言えないため、「取調べを妨害するか捜査機密を漏洩するなどのおそれがあると疑うに足りる相当な理由がある特別な事情が客観的に明らかであり、弁護人の立会いを制限する必要があると認められる場合」には、その制限は正当であるとした。本件において、元被告人の弁護人立会いの要求を拒否した検察官は、その理由を捜査に別の被疑者に関する内容が含まれており、基本的に国家安保に関するものとして、対外的に公表されてはいけない機密事項を多く含まれているため、弁護人の立会いを許可しなかったが、その根拠となる資料を提出しなかった。韓国最高裁は、このような弁護人立会いの不許可処分は違法であるとしたが、上述した弁護人立会いを制限できる具体的な状況は明示しなかった。

② 憲法裁判所の判断¹¹¹⁾

次に、2004年の憲法裁判所の決定は、元被告人らが公職選挙及び選挙不正防止法違反、名誉棄損の嫌疑で、身体拘束されていない状態で被疑者取調べを受けた事案である。元被告人らは、取調べが始まる前に、弁護人を通じて、捜査機関に弁護人の立会いを口頭、書面で求めたが、捜査機関はこれを拒否して被疑者取調べを開始し、被疑者供述調書を作成したため、元被告人らから捜査機関の弁護人立会いの許可しなかった行為は、弁護人の援助を受ける権利を侵害する行為であると憲法訴訟願審査を請求した事案である。

多数意見は、弁護人の援助を受ける権利を国家権力の一方的な刑罰権行使に対抗し、自己に与えられた憲法上、訴訟法上の権利を効率的かつ独立的に行使するために弁護人の援助を受ける被疑者・被告人の権利を意味するとしたうえで、弁護人の援助を受ける権利の出発点は、弁護人選任権にあるとし、これは弁護人の援助を受ける権利の最も基本的な部分であるために法律による制限も許されず、弁護人の援助を受ける権利の具体的な内容がいかなるものであるか、またその内容が憲法条項から導き出されるか若しくは具体的な立法によって与えられるかは、刑事手続における弁護人の役割及び機能の観点によって決まるとした。

そして、刑事手続における弁護人の役割及び機能について、多数意見は、被疑者・被告人の当事者としての地位から、弁護人は、自己防衛を援助する助力者としての役割と被疑者・被告人の権利が侵害されていないかを監視・統制する役割を果たすとした。このような弁護人の2つの役割の中でも、助力者としての役割がより重要であって、この役割を果たすための具体的な権利は、原則として立法によって与えられるため、韓国法には、弁護人に証拠物を閲覧・謄写する権利など弁護人の援助を受ける権利の具体的な内容を詳細に規定しているとした。しかし、韓国法に規定され

111) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 전원재판부.

ている上記の権利は、すべて弁護人との接見を通じた助言と相談が保障されることが前提となっており、そうでない場合には、弁護人の援助を受ける権利の行使が不可能になるか、さらには権利の存在意義が損なわれるおそれがあるため、弁護人の助力者としての役割は、被疑者・被告人の身体拘束の有無を問わず、弁護人選任権と同様に弁護人の援助を受ける権利の核心的なものとなり、弁護人と相談し、助言を求める権利は、弁護人の援助を受ける権利内容の中でも、具体的な立法が必要となる別の手続上の権利に必要不可欠な前提要件として、弁護人の援助を受ける権利それ自体から導き出されるとした。

また、身体拘束された者の弁護人との接見交通権は、国家安全保障や公共福利などの名目で制限されるものではないとした1992年の憲法裁判所の判断¹¹²⁾を引用し、この判断は、身体拘束されていない者の場合であっても同様であり、被疑者・被告人には、捜査及び裁判過程において、いつでも退去し、弁護人の助言と相談を得られるため、これを許容する規定を設ける必要がなく、身体拘束された被疑者・被告人は任意に退去できないため、韓国法に、弁護人との自由な接見交通権を明文化することによって保障しているのみであって、憲法が保障する弁護人の援助を受ける権利の核心的な内容である弁護人と相談し助言を求める権利は、身体拘束の有無を問わないとした。

さらに、多数意見は、上記の内容を次のように強調した。「不拘束被疑者または被告人の場合、韓国法上、特別な明文規定がなくても自ら選任した弁護人の援助を受けるために弁護人を隣にして助言と相談を求めることは、捜査手続の開始から裁判手続の終了に至るまでいつでも可能である。したがって、不拘束被疑者の被疑者取調べの際に弁護人と同行し取調べ過程において助言と相談を求めることは、取調べ過程において必要となる場合に毎回退去して弁護人の助言と相談を求めるわずらわしさを避けるため

112) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 전원재판부.

であって、不拘束被疑者が取調べ場所から離脱し（たとえば、弁護人の事務所を訪れて）弁護人の助言と相談を求めることと本質的に異ならない。そうであれば、不拘束被疑者が被疑者取調べの際に助言と相談を求めるために、自己の弁護人と同席することを求めるのであれば、捜査機関は特別な事情がない限り、これを拒否できないと言うべきである」と。ただし、弁護人の助言と相談を通じて援助を受ける権利は、あくまでも適法な援助を意味するため、違法な援助まで保障されるわけではないとした。

2名の裁判官によって出された別個意見には、身体拘束されていない被疑者にも権利の具体化が明文規定によって行われているか否かを問わず、被疑者取調べに弁護人を立会わせる権利を持つとされており、それは、弁護人の援助を受ける権利は、権利を行使する主体の身体拘束の有無を問わず、同様の性格を有しており、身体拘束の有無によって、被疑者取調べの性格若しくは要件が異なるわけではないからであるとされた。

そして、被疑者取調べの証拠収集手続の性格に照らして、被疑者取調べの実質的・手続的公正性は、被疑者の公正な裁判を受ける権利と密接に関連するとし、捜査機関の自白獲得の手段として重要とされる被疑者取調べにおいて、被疑者の人権侵害の可能性が高く、黙秘権が認められているとしても、実質的な権利行使ができないのであれば、黙秘権の意味がなくなり、証拠能力の排除はあくまでも事後的かつ間接的な救済手段であって、捜査段階における救済は現実的に期待できないため、密室捜査の過程で起こり得る被疑者の基本権の侵害を防止するためにも、被疑者取調べに弁護人を立会わせる権利は保障されるべきであるとした。

さらに、身体拘束されていなくても、自己の供述によって身体拘束される可能性があること、事実上取調べ場所から離脱できると期待し難いこと、取調べ過程において捜査機関の一方的な追及が予想されることから、身体拘束された被疑者と同様の心理的負担が認められ、被疑者取調べの意味が、身体拘束の有無によって変わることはなく、被疑者の状況も変わらないため、身体拘束されていない被疑者にも、弁護人を立会わせる権利が

切実であるとした。

他方で、1名の裁判官と2名の裁判官からそれぞれ出された反対意見は、多数意見とは異なって、弁護人の援助を受ける権利を手続的権利として捉え、弁護人立会いを求める権利が身体拘束されていない被疑者にも、憲法上の権利として認められるためには、明文規定が存在するか、類推解釈できる規定がある場合に限られるため、身体拘束されていない被疑者には弁護人の立会いを求める権利が認められないという共通の認識があった。

1名の裁判官は、弁護人選任権及び接見交通が弁護人の援助を受ける権利の核心的な内容であることは肯定できるものの、弁護人を通じた、供述権、閲覧権、立会権などは、弁護人の援助を受ける権利の内容を幅広くする効果はあるが、これらの欠如が弁護人の援助を受ける権利の存在を否定するか、無意味にするまでは言い得ないため、多数意見に賛成できないとし、多数意見に対して、個人の人権保障という目的論に偏った結果である指摘した。

2名の裁判官は、弁護人の立会いによって、捜査機関の自白獲得が困難になるのみならず、弁護人による捜査妨害のおそれがあるなど捜査の合目的性が侵害されるおそれを指摘し、さらに、第三者の生命、身体に危険が生じ得るため、弁護人立会いの制限を正当化するのは、「効果的な刑事訴追の利益、実体的真実発見の利益、第三者の生命及び身体の安全という重大な法治国家的公益を実現するものである」とし、被疑者の防御権は、弁護人立会いの他にも、憲法及び韓国法に、違法な捜査を抑止する規定が設けられているのみならず、弁護人との接見交通が保障されているため、接見交通権を用いても、十分な弁護人の援助を受けられるとした。

上記の韓国最高裁及び憲法裁判所の決定に対して、学界は肯定的な反応が多くみられる。韓国最高裁決定について、被疑者取調べの弁護人立会いが、捜査機関の裁量に委ねられていた状況で、弁護人の立会権が弁護人の援助を受ける権利に含まれるという『憲法的刑事訴訟』的解釈論の模範で

ある¹¹³⁾、人権保障のための司法積極主義の発現、弁護人の援助権に関して大きな進展である¹¹⁴⁾、黙秘権の告知なしに得られた自白の証拠能力を否定した1992年の韓国最高裁判決¹¹⁵⁾とともに、ミランダ法則を導入した¹¹⁶⁾と評された。その他に、韓国最高裁の決定は、韓国法で規定された身体拘束された被疑者・被告人の接見交通権を類推適用し、その根拠を適正手続としており、憲法的刑事訴訟論が展開されているものの、間接的なものにとどまり、憲法裁判所の決定の方が、弁護人の援助を受ける権利から弁護人の立会いを求める権利を直接導き出していること、身体拘束されていない被疑者にまで弁護人の立会いを求める権利を認めたことから、韓国最高裁決定より直接的な憲法的刑事訴訟論であり、革新的であるとされる¹¹⁷⁾。

しかし、韓国最高裁及び憲法裁判所決定に対して、肯定的な見解だけが展開されていたわけではなかった。その代表的な見解は、2003年韓国最高裁決定について、2003年から2004年まで裁判官の間で広まった公判中心主義実現の現われが、捜査段階における被疑者取調べの廃止にまで影響を与えた結果であるとする¹¹⁸⁾。

そして、韓国最高裁決定に対しては、被疑者取調べが捜査機関の権限として認められている韓国において、公共の利益と被疑者の防御権の保護の

113) 조국 「피의자신문시 변호인참여권 소고: 2003년 '송두율 교수 사건' 관련 대법원의 결정의 의의와 향후 과제」 형사정책연구通卷56号 (2003年) 189頁。同趣旨として、조도현 「수사절차상 변호인 참여에 관한 연구」 法學論叢16卷2号 (2009年) 16頁。

114) 한상훈 「피의자신문에서의 변호인 참여의 정점」 저스티스通卷406号 (2004年) 57頁。

115) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682판결。

116) 윤영철 「피의자신문에 대한 변호인의 참여권에 관한 소고: 변호인의 피의자신문참여권의 정당성과 법무부의 형사소송법 개정안의 문제점을 중심으로」 형사정책연구通卷61号 (2005年) 62-63頁。

117) 심희기 「불구속 피의자의 신문과 변호인 참여권- 대상결정: [헌재 2004.9.23. 선고, 2000헌마138 결정 (변호인의 조력을 받을 권리 등 침해 위헌확인)] -」 고시연구32卷1号 (2005年) 316-318頁。

118) 이완규 「변호인의 피의자신문참여권의 법적 성질」 형사법의 신동향通卷5号 (2006年) 66-70頁。

比較考慮は、立法裁量に属すること、弁護人立会権を一定の限界と範囲を持つ存在として認識し、その範囲と限界を示すことは、立法権の侵害であると指摘する¹¹⁹⁾。また、憲法裁判所決定に対しては、被疑者取調べを一定の強制力を持った捜査手法であると認識したうえで、立法者は、接見交通権のみを認めており、弁護人立会いまでは認めていないが、立法による解決が望ましいとする¹²⁰⁾。

他にも、被疑者に接見交通権が保障される以上、弁護人立会権を認めないことが弁護人の援助を受ける権利を侵害するとしたことには同意できないが、弁護人立会権を認めるとすれば、憲法及び韓国法が身体拘束された者の権利を明文化したことから、身体拘束された者にのみ弁護人立会権を認めるべきであるとし、それは、身体拘束に内在された危険性を強調する必要性が認められるからであるとする見解もある¹²¹⁾。

③ 韓国法243条の2

韓国最高裁及び憲法裁判所の決定が出された後、2007年の法改正において、弁護人立会い制度が新設された。韓国法243条の2第1項は、捜査機関に被疑者または、その弁護人、法定代理人、配偶者、直系親族、兄弟姉妹の申出がある場合には、弁護人を被疑者と接見または正当な理由がない限り、被疑者取調べに立会わせなければならないとされ、第2項は、取調べに立会う弁護人が2名以上の場合には、被疑者が1名の弁護人を指定し、被疑者の指定がない場合には、捜査機関が指定できるとされている。第3項は、立会い時の弁護人の活動を定めており、弁護人の意見供述は、

119) 이완규·前掲註118、70頁。

120) 이완규·前掲註118、72-73頁。

121) 오락림「변호인의 피의자신문 참여권에 관한연구 (下)」法曹57卷4号(2008年) 223-225頁。ただし、この見解は、弁護人立会い制度が立法化された以降に出されたものであって、裁判所の解釈論に関する議論の意味は低下したものの、弁護人立会い制度の範囲及び限界の解釈に関して示唆を得られることを明らかにしたうえで行われた批判である。

原則として取調べ後を予定しているが、不当な取調べ方法に対しては、取調べの途中であっても異議を申し立てることができ、捜査機関の承認を得て意見を供述できるとされている。そして、捜査機関は、弁護人の意見が記載された供述調書を第4項に基づいて、弁護人に閲覧させた後、弁護人に署名押印させなければならず、第5項によって、弁護人立会いを許可したか若しくは制限したかをも被疑者供述調書に記載しなければならない。

法務部は、弁護人の立会いによって、罪証隠滅、共犯の逃走、被害者またはその親族に対する危害のおそれ認められる場合を除いて、弁護人立会いを認める韓国法改正試案を設けたが、法改正議論を担当した司法制度改革推進委員会は、被疑者取調べだけでなく、すべての調査に弁護人立会いを認め、具体的な制限事由の代わりに、正当な事由がない限り弁護人立会いを認める政府案を国会に提出したと説明する¹²²⁾。国会では、弁護人立会いを被疑者取調べに限定して認め、複数の弁護人がいる場合に弁護人の指定に関する規定を設ける一方で、弁護人立会いの制限事由の具体化を求める意見及び政府案を維持すべきであるとする意見が対立するなど、意見の対立が見られたが、これらの意見が法改正に反映されることはなかった¹²³⁾。特に、弁護人立会いの制限に関する議論過程においては、制限事由を列挙すると、弁護人立会いを保障する規定が、弁護人立会いを制限する規定に変質してしまい、判例で示された制限事由を超えて、弁護人立会いを制限する事態に対する懸念から、条文には抽象的な文言を用い、判例の蓄積による解決を期待することにした¹²⁴⁾。

④ 弁護人立会いの申請

上述したとおり、弁護人立会い申請の主体は、被疑者の他に被疑者の法定代理人、配偶者、直系親族、兄弟姉妹の他に、被疑者の弁護人も主体と

122) 법부보·前掲註43, 114-115頁。

123) 법부보·前掲註43, 115-116頁。

124) 김인회·前掲註17, 60頁。

して認められている。弁護人が申請権者として定められたのは、被疑者の弁護人立会いの要求を待たずに、必要な場合には、弁護人自ら積極的に立会いを求められることを規定したためであると説明される¹²⁵⁾。

しかし、弁護人になろうとする者にも弁護人立会いの申請権が認められるかについては、あまり議論されていないようである。韓国法34条は、弁護人または弁護人になろうとする者の身体拘束された被疑者・被告人との接見交通を認める一方で、243条の2第1項は、申請権者の申請によって、「弁護人を被疑者と接見させるか、正当な事由がない限り被疑者取調べに立会わせなければならない」とされ、身体拘束されていない被疑者の取調べに弁護人になろうとする者の立会いを明記していない。弁護人になろうとする者の接見交通権に関しては、2019年に憲法裁判所は、弁護人になろうとする者の接見交通権を被疑者などが持つ弁護人になろうとする者との接見交通権と表裏関係にあるため、弁護人になろうとする者の接見交通権を被疑者などの弁護人になろうとする者の援助を受ける権利を実質的に保障するために、憲法上の基本権として認めた¹²⁶⁾にすぎないとされる。

学界では、身体拘束の有無を問わず、すべての被疑者・被告人には弁護人選任権及び弁護人と相談・助言を求める権利が認められるのは、適正手続の原則から当然であるとした憲法裁判所の決定¹²⁷⁾を根拠に、弁護人になろうとする者の弁護人立会いを肯定する見解¹²⁸⁾がある。この問題は、接見交通権と弁護人立会権の性質を同様に捉えるか否かに関すると思われ、詳細については、後述する。

弁護人立会いの申請方法に関して、韓国法は具体的な規定を設けられておらず、検察事件事務規則（以下、事務規則とする）22条は、弁護人立会い

125) 김인회·前掲註17, 60頁。

126) 헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2015헌마1204 전원재판부 결정。

127) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 전원재판부。

128) 신동운·前掲註27, 117頁。2003年韓国最高裁決定が接見交通権を類推適用して弁護人立会いを認めたことを根拠に、弁護人になろうとする者の弁護人立会いを肯定する見解として、조국·前掲註113, 166頁。

の申請を書面または口頭でできると定めている。

次に、弁護人立会いが申請された場合に、捜査機関は、弁護人が、取調べが行われる場所に到着するまで、常に被疑者取調べを開始できないわけではない。弁護人の立会いを許容することの意味は、立会う機会を与える意味であって、弁護人立会いなしに取調べることができないことを意味するわけではないため、弁護人が合理的な時間内に立会わないか、立会えないことが明らかな場合には、立会いなしの取調べが可能であると説明されている¹²⁹⁾。従来の捜査実務においては、捜査機関と弁護人が被疑者取調べの期日を協議しており¹³⁰⁾、警察庁は、2019年3月から「弁護人立会い実質化」政策を施行し、弁護人と取調べの日時・場所を事前に協議し、取調べ時の助言・相談を許容することによって、政策施行の後の立会い回数が43.1%増加したとされる¹³¹⁾。また、大統領令として制定され、2021年から施行された、検事と司法警察官の総合協力と一般的捜査準則に関する規定19条2項は、捜査機関は被疑者の出頭を要求する際には、被疑者と日時・場所に関して協議しなければならないと規定されている。なお、立会いを求める弁護人が2名以上いる場合に、原則として1名の弁護人を指定するとなったのは、複数人の弁護人が順次に接見若しくは立会いを求め、捜査に支障を与えることを防止するためであるとされる¹³²⁾。

このように、身体拘束されていない被疑者に関しては、取調べを受ける前に被疑者と捜査機関との協議を経て、または弁護人と捜査機関との協議を経て、弁護人の円滑な取調べ立会いができるような捜査実務が行われているようである。

129) 법무部・前掲註43、117頁。

130) 전승수 「피의자신문서 변호인참여권-형사소송법 제243조의2의 해석을 중심으로-」 형사판례연구17号(2009年)390頁。

131) 「경찰 조사과정에 변호인 참여 등 인권보호 한층 두터워져」 『Safe Korea News』 <アクセス日: 2023年5月15日 <http://www.safekoreanews.com/30598>>。

132) 신동운・前掲註15、255頁。

他方で、取調べの途中に被疑者から弁護人立会いを求められた場合、捜査機関は弁護人が立会うまで取調べを中断すべきか否かが問題となる。韓国最高裁は、「『被疑者は弁護人の援助を受ける権利を行使しますか』という司法警察官の問いに『はい』と答えたにもかかわらず、司法警察官は弁護人が立会っていない状態において引き続き、取調べを行ったと見られ……弁護人の立会いを求める意思表示を明確に示したにもかかわらず、司法警察官が弁護人の立会いを制限する正当な事由なしに弁護人立会いに関する措置をとらずに被疑者取調べを行った行為は違法であり、その取調べにおいて作成された調書は、『適法な手続と方式』を違反した調書だけではなく、適法な手続によらず収集した証拠に該当するため、これを証拠とすることができない」として、捜査機関の調書作成に求められる韓国法 312条 1項の「適法な手続と方式」及び違法収集証拠排除法則にも該当するため、調書の証拠能力を排除した¹³³⁾。この韓国最高裁判決に対しては、被疑者の弁護人立会いの要請がある場合には、取調べを中断して弁護人の立会いを保障するという取調べ中断効が含まれているが、中断の限界若しくは基準は言及されていないと指摘される¹³⁴⁾。

133) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

134) 이영돈 「변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계」 법학논고47集 (2014年) 272-273 頁。