2015 年度

博士学位申請論文

被疑者取調べの憲法的規制

―日韓両国における Miranda 法理の継受と変容―

Constitutional Control of Interrogation of Suspects

―Acceptance and Modification of Miranda Rule in Japan and Korea―

青山学院大学大学院

法学研究科

公法専攻

安部　祥太

主査：法務研究科教授　　後藤　昭
副査：法学部教授　　酒井安行
　　法務研究科教授　　新倉　修
　　一橋大学大学院法学研究科教授　葛野尋之

原稿提出：2015 年 11 月 4 日
口頭試問：2016 年 1 月 15 日
本文頁数：396 頁（表紙・目次等を除く。）
本文字数：580,456 文字（脚注を含む。表紙・目次等を除く。）

《目次》

序編　はじめに 1
1. 問題意識及び本稿の目的 1
2. 研究方法 2
3. 先行研究との関係 3
4. 本研究の構成及び概要 3
5. 略称及び訳語等の表記について 5
6. 付記 6

第１編　日本における被疑者取調べとその問題点 7
第１章　戦前における被疑者取調べ 8
第１節　大日本帝国憲法の刑事人権規定 8
第２節　明治刑訴法下における被疑者取調べ 9
第１款　強制処分としての被疑者訊問 9
第２款　任意捜査としての被疑者取調べ 11
第３款　学界の立場 11
第４款　大審院判例とその変化 12
第５款　取調べと人権蹂躙問題 13
第６款　取調べに対する法的規制 14
第３節　大正刑訴法下における被疑者取調べ 15
第１款　大正刑訴法の特色と捜査機関の強制処分権限の拡大・強化 15
第２款　強制処分としての被疑者訊問とその規制 17
第３款　任意捜査としての被疑者取調べとその規制 18
第４節　戦時刑事特別法下における被疑者取調べ 20
第２章　日本国憲法及び現行刑事訴訟法の制定と被疑者取調べ 22
第１節　日本国憲法制定時の問題意識 22
第２節　現行刑事訴訟法の制定過程と被疑者取調べ 23
第３章　現行法における被疑者取調べとその問題点 27
第１節　旧刑訴法との連続性 27
第１款　実定法上の連続性 27
第２款　運用上の連続性 29
第２節　いわゆる取調べ受忍義務論 30
第３節　取調べ目的での未決拘禁の利用―いわゆる「代用監獄」問題を中心に― ... 34
第４節　被疑者取調べと権利保障 38
第１款　黙秘権 39

第１目　黙秘権の意義 39
第２目　黙秘権告知 40
第２款　弁護人の援助を受ける権利 41
第１目　接見交通権とその指定 42
第２目　取調べへの弁護人立会権 44
第５節　被疑者取調べの実態 47
第１款　取調べの実態を把握する困難性と本稿で用いる資料 47
第２款　取調べ時間に関する調査 48
第３款　検察官による取調べの実態 49
第４款　逮捕・勾留中の被疑者と弁護人等の接見等に関する実情 50
第５款　検事及び警察官を対象としたヒアリング調査 51
第６款　調査報告書から見える被疑者取調べの「実態」 51
第４章　国際水準からみる日本の被疑者取調べ 52
第１節　国際条約等の諸規定 52
第２節　国際社会からの勧告等と日本政府の態度 54
第５章　被疑者取調べを憲法に基づいて規制する必要性 56
第１節　取調べ中心主義 56
第２節　法制審議会―新時代の刑事司法制度特別部会における議論 57
第１款　法制審特別部会 57
第２款　「調査審議の結果」の問題点 60
第３節　被疑者取調べを憲法に基づいて規制する必要性 61

第２編　アメリカにおける被疑者取調べの憲法的規制―Miranda 法理を中心に―
..... 63

第１章　Miranda 判決以前の被疑者取調べに対する規制 63
第１節　自白排除法則の変化 63
第１款　伝統的なコモン・ロー上の自白法則の受容 64
第２款　自己負罪拒否特権に基づく自白排除 64
第３款　デュー・プロセスに基づく自白排除（due process voluntariness test） 65
第１目　組入れ理論 65
第２目　デュー・プロセスに基づく自白排除の試み 67
第３目　事情の総合説（totality of the circumstances）による自白排除の確立 69
第４目　事情の総合説の問題点 71
第２節　McNabb-Mallory ルール 74
第１款　McNabb-Mallory ルールの確立 74
第２款　違法収集証拠排除法則との関係 76
第１目　違法収集証拠排除法則の発展 76

第２目　McNabb-Mallory ルールとの関係 79
第３節　弁護人依頼権侵害と自白排除 81
第１款　Massiah 判決 81
第２款　Escobedo 判決 82
第３款　弁護人依頼権保障の発展との関係 84
第１目　弁護人依頼権保障の発展 84
第２目　弁護人依頼権保障の発展との関係 90
第４節　自己負罪拒否特権の発展 92
第１款　自己負罪拒否特権の発展過程 92
第１目　イギリスにおける自己負罪拒否特権の成立 92
第２目　アメリカにおける自己負罪拒否特権の継受 93
第２款　アメリカにおける自己負罪拒否特権に関する判例の動向 95
第２章　Miranda 判決 100
第１節　Miranda 判決の概要 101
第１款　事案の概要 101
第２款　判旨 102
第１目　要旨 102
第２目　争点の整理と取調べ実務の問題点 103
第３目　黙秘権の意義 105
第４目　黙秘権の告知 106
第５目　供述が不利な証拠となり得る旨の告知 107
第６目　弁護人依頼権及び弁護人立会権の告知 107
第７目　公選弁護人の援助を受けられる旨の告知 108
第８目　権利行使による取調べ中止効 108
第９目　権利放棄とその挙証責任 109
第 10 目　本判決の対象と任意になされた供述の許容性 110
第 11 目　結論 111
第３款　反対意見の要旨 112
第１目　Clark 判事による反対意見 112
第２目　Harlan 判事による反対意見（Stewart 判事及び White 判事同調） .. 113
第３目　White 判事による反対意見（Harlan 判事及び Stewart 判事同調） .. 114
第２節　Miranda 判決の意義 116
第３章　Miranda 判決後の被疑者取調べに対する規制 119
第１節　Miranda 法理の縮小 120
第１款　包括的犯罪規制及び市街地安全法の制定 120
第２款　弾劾例外 124

第 3 款　予防法則（Prophylactic Rules）への格下げ 127
第 4 款　「公共の安全」例外 128
第 2 節　Miranda 判決の解釈を巡る諸判例 130
第 1 款　身体拘束の意義 130
第 2 款　取調べの意義 136
第 3 款　Miranda 権利の行使と取調べ中止効 138
第 1 目　Miranda 権利の行使による取調べ中止効 138
第 2 目　権利放棄に関する判断基準 143
第 3 節　Miranda 法理の維持―Dickerson 判決を中心に― 149
第 1 款　Dickerson 判決に至る経緯 150
第 2 款　Dickerson 判決による Miranda 判決の再確認 151
第 1 目　事案の概要 151
第 2 目　連邦下級審裁判所における審理 152
第 3 目　司法省による上告趣意書 153
第 4 目　連邦最高裁判決 154
第 5 目　Scalia 判事による反対意見 157
第 6 目　Dickerson 判決の意義と課題 157
第 4 節　Miranda 法理と被疑者取調べ録音・録画 160
第 1 款　被疑者取調べ録音・録画の導入 160
第 2 款　連邦法域における取調べ録音・録画 162
第 3 款　州法域における取調べ録音・録画 164
第 1 目　裁判所の法解釈・法創造による取調べ録音・録画 164
第 2 目　立法による取調べ録音・録画 169
第 4 款　取調べ録音・録画と憲法的根拠―権利論としての取調べ録音・録画― . 173
第 1 目　デュー・プロセスに基づく録音・録画 174
第 2 目　自己負罪拒否特権に基づく録音・録画 176
第 3 目　証人対質権に基づく録音・録画 177
第 4 章　Miranda 法理の現代的意義 178
第 1 節　Miranda 判決へ至る経緯 178
第 2 節　Miranda 判決の背景と現代的意義―その後の諸判例を踏まえて 178

第 3 編　韓国における被疑者取調べの憲法的規制 185

第 1 章　韓国刑事訴訟法の史的展開 185
第 1 節　韓国現行刑事訴訟法制定前史―朝鮮刑事令を中心に― 185
第 2 節　韓国憲法及び刑事訴訟法の制定と現在までの主たる改正 189
第 1 款　韓国制憲憲法の制定過程 189
第 1 目　韓国制憲憲法の制定前史 189

第 2 目　韓国制憲憲法の制定 190
第 2 款　現行憲法の成立 192
第 1 目　現行憲法の誕生 192
第 2 目　現行憲法の概要―刑事人権規定と憲法裁判所の創設を中心に― 195
第 3 款　刑事訴訟法の制定過程 201
第 1 目　米軍政令第 176 号「刑事訴訟法の改正」までの経緯 201
第 2 目　1954 年制定刑事訴訟法の制定経緯 202
第 3 目　刑事訴訟法の改正とその概要 207
第 4 目　司法制度改革と 2007 年改正刑事訴訟法 208
第 5 目　刑訴法改正と社会的背景―「韓国法」形成の過程― 215
第 3 節　韓国における憲法上の基本権保障に対する考え方 215
第 1 款　民主化以前の韓国における基本権とその保障 216
第 1 目　権威主義体制と基本権の実定権的理解 216
第 2 目　維新憲法下の刑事司法制度 218
第 2 款　民主化以降の韓国における基本権とその保障 219
第 1 目　基本権の自然権的理解 219
第 2 目　憲法裁判所と司法積極主義 219
第 3 目　憲法裁判所と刑事司法 220
第 4 節　韓国刑訴法の変遷と刑事法学の発展 222
第 2 章　韓国における身体拘束制度と被疑者取調べ 223
第 1 節　韓国における被疑者取調べ 223
第 1 款　日本による植民地統治時代における被疑者取調べ 223
第 1 目　朝鮮王朝時代における被疑者取調べ 224
第 2 目　明治刑訴法依用期の朝鮮における特例 224
第 3 目　大正刑訴法依用期の朝鮮における特例 225
第 4 目　朝鮮における戦時特別法の依用 227
第 5 目　戦前の日本における被疑者取調べとの比較 227
第 2 款　現行刑訴法における被疑者取調べ 228
第 1 目　1954 年制定刑訴法の制定以前における被疑者取調べ 228
第 2 目　1954 年制定刑訴法と被疑者取調べ 230
第 3 目　現行刑訴法における被疑者取調べ 234
第 2 節　韓国における被疑者取調べ調書の法的地位と証拠採用要件 240
第 1 款　刑事訴訟法第 312 条に関する従前の解釈と「調書裁判」 240
第 2 款　2004 年大法院判決による判例変更 243
第 3 款　2007 年改正刑訴法による被疑者取調べ調書の証拠採用要件 244
第 1 目　司法制度改革と調書の証拠採用要件規定 244

第２目　2007 年改正法第 312 条の概要 245
第３目　参考人調書の証拠能力 248
第４目　現行法における被疑者取調べ調書の証拠採用要件 249
第５目　取調官証言制度の導入 250
第３節　韓国における身体拘束制度 251
第１款　身体拘束制度の概要 252
第２款　逮捕 253
第１目　通常逮捕 253
第２目　緊急逮捕 253
第３目　現行犯逮捕 255
第３款　拘束 256
第１目　拘束制度の概要 256
第２目　拘束の要件 257
第３目　拘束の手続 257
第４款　拘束前被疑者審問制度 258
第１目　拘束前被疑者審問制度の意義 258
第２目　拘束前被疑者審問制度の手続 258
第３目　拘束令状の発付等 259
第５款　逮捕・拘束適否審査制度 260
第１目　逮捕・拘束適否審査制度の沿革 260
第２目　現行法における逮捕・拘束適否審査制度 261
第６款　拘束制度の運用実態 263
第１目　拘束制度と「不拘束捜査原則」 263
第２目　韓国における身体拘束と裁判官の理解 265
第７款　いわゆる「代用監房」問題 266
第１目　韓国における「代用監房」問題とその沿革 266
第２目　近時の憲法裁判所決定と代用監房に対する認識 268
第３章　韓国における被疑者取調べの法的規制 270
第１節　権利論に基づく被疑者取調べ規制―被疑者取調べの憲法的規制― 270
第１款　黙秘権 270
第１目　黙秘権規定の沿革と内容 270
第２目　黙秘権の意義と黙秘権侵害 272
第３目　黙秘権の不告知と供述の証拠能力 272
第４目　権利不行使と権利放棄の関係 276
第２款　弁護人の援助を受ける権利 277
第１目　被疑者国選弁護制度 277

第 2 目　被疑者と弁護人の接見交通権 283
第 3 目　被疑者取調べへの弁護人立会権 288
第 3 款　韓国における Miranda 法理の具体的展開 304
第 2 節　政策論に基づく被疑者取調べ規制 305
第 1 款　被疑者取調べ録音・録画制度 306
第 1 目　被疑者取調べ録音・録画制度の導入経緯 306
第 2 目　2007 年刑訴法改正による録音・録画制度の新設 307
第 3 目　記録媒体の証拠法的取扱い 309
第 4 目　2007 年刑訴法改正後の録音・録画制度の運用実態とその問題点 313
第 2 款　捜査過程記録制度 316
第 3 款　取調室の形態―警察における開放型被疑者取調室を中心に― 317
第 1 目　検察における取調室 317
第 2 目　警察における開放型被疑者取調室 317
第 4 款　調書作成に関する諸制度 319
第 1 目　契印制度の採用 319
第 2 目　問答式調書の採用 319
第 3 目　調書作成に関するその他の施策 320
第 4 章　被疑者取調べと「適法手続」 320
第 1 節　適法手続の意義 320
第 2 節　韓国における Due Process の受容 321
第 3 節　刑事手続における「適法手続」の内容 323
第 4 節　被疑者取調べと適法手続 324
第 5 章　韓国における被疑者取調べの憲法的規制 326

第 4 編　日米韓 3 ヶ国における被疑者取調べ規制の差異とその背景 328

第 1 章　アメリカにおける被疑者取調べの憲法的規制の概観 328
第 2 章　韓国における被疑者取調べの憲法的規制の概観 330
第 3 章　日米韓 3 ヶ国における被疑者取調べ規制の差異の背景 332
第 1 節　裁判所の判断の違い 332
第 1 款　被疑者取調べの性質に対する裁判所の事実認識の違い 333
第 1 目　被疑者取調べの性質に対する各国の裁判所の事実認識 333
第 2 目　事実認識の差異の背景 335
第 2 款　各国の裁判所の憲法解釈に対する態度の違い 338
第 1 目　憲法解釈の問題としての取調べ規制 338
第 2 目　各国の裁判所の憲法解釈の比較 340
第 2 節　実定法の違い 346
第 1 款　各国の憲法の条文の違い 347

第１目　黙秘権 347
第２目　Miranda 法理の「先取り」 348
第３目　弁護人の援助を受ける権利 349
第３目　その他 351
第２款　日韓両国の刑訴法の条文の違い 352
第１目　被疑者取調べの根拠規定 352
第２目　黙秘権告知規定 353
第３目　接見交通権規定 354
第４目　その他 355
第３款　日本の実定法上の問題点 355
第３節　捜査実務の意識の違い 356
第１款　日本の捜査実務家の意識 356
第２款　韓国の捜査実務家の意識 357
第４節　その他の視座 360
終編　日本における被疑者取調べの憲法的規制の展望 362
第１章　アメリカ及び韓国から得られる総論的示唆 362
第２章　各論の展開―日本における被疑者取調べの憲法的規制のための一考察― 364
第１節　いわゆる「取調べ受忍義務」論 364
第２節　黙秘権 368
第１款　黙秘権侵害の基準 368
第２款　黙秘権行使の効果 370
第３款　黙秘権保障のための手続的保護措置 370
第４款　黙秘権告知の在り方と不告知の効果 371
第３節　弁護人の援助を受ける権利の実質的保障 372
第１款　接見交通権 372
第１目　刑訴法第 39 条第 3 項の違憲性 372
第２目　刑訴法第 39 条第 3 項の解釈 374
第３目　接見交通権行使の効果と侵害に対する救済 375
第２款　被疑者取調べへの弁護人立会権 377
第１目　弁護人立会権の理論構成 377
第２目　弁護人立会権行使の効果と侵害に対する救済 379
第３章　補論―被疑者取調べの録音・録画― 380
第１節　取調べ録音・録画の意義 380
第２節　取調べ録音・録画の権利性 381
第１款　取調べ受忍義務否定説と録音・録画 382
第２款　権利構成の可能性と憲法上の位置づけ 382

第 1 目　権利構成の可能性 382
第 2 目　取調べ録音・録画の憲法上の位置づけ 384
第 3 節　取調べ録音・録画の位置づけ 385
第 4 章　結語 388
第 1 節　本稿で明らかにしたこと 388
第 2 節　予想される批判と反論 389
第 3 節　今後の課題 391
第 1 款　被疑者取調べの真実発見機能と新たな捜査手法の検討 391
第 2 款　在宅被疑者の取調べ 392
第 3 款　その他の課題 395

序編　はじめに

本稿は，アメリカに関する先行研究を踏まえ，アメリカにおける Miranda 判決を中心とした被疑者取調べ規制を整理しつつ，これを継受し変容させた韓国の被疑者取調べ規制を検討することにより，日本における被疑者取調べの憲法的規制策を提示することを試みるものである。

1. 問題意識及び本稿の目的

現行刑訴法の制定直後から，被疑者取調べは重要論点として研究されてきた。これは，旧法下での捜査実務に対する反省によるところが少なくない。戦前では，しばしば，行政検束や違警罪即決例による身体拘束が取調べを目的として濫用され，自白が強制されていた。このような捜査実務は，GHQ が憂慮するところでもあった。そのため，憲法は刑事規定を 10 ヵ条設け，人権保障について詳細に定めた。被疑者取調べとの関係では，黙秘権，拷問の禁止，弁護人依頼権，自白法則等が盛り込まれた。このような憲法に，当時の刑訴法が適合しないことは明らかであった。そこで，刑訴法も，自白偏重からの脱却を目指し，アメリカ法の影響を強く受けて改正された。したがって，現行法の解釈及びその運用は，憲法の精神に忠実であることが要求される。

しかしながら，自白偏重の捜査は，変革に至らなかった。換言すれば，憲法に基づいた取調べ規制は実現しなかった。これは，取調べ受忍義務の承認，黙秘権の形骸化や告知の軽視，取調べ目的での身体拘束の常態化等によって，より一層強固なものとなった。日本の刑事手続は，「取調べ中心主義」と称されるほど，被疑者取調べに重きを置いている。

これに対して，学界は，捜査構造の捉え直しや被疑者の防禦権保障，取調べ受忍義務の否定等を通じて，「取調べ中心主義」からの脱却を可能にする理論を模索し続けてきた。しかしながら，自白偏重の捜査を改めるには至らなかった。この間にも，虚偽自白による冤罪や，捜査官が自白を強要した事例等が報告され，「取調べ改革」は刑事司法制度改革の中でも焦眉の急であった。

このような中で，氷見事件，志布志事件，足利事件再審無罪判決，布川事件再審無罪判決が相次いで注目を浴びた。そして，厚労省元局長事件を契機として，被疑者取調べや自白に依存した刑事手続の在り方が改めて問われるようになった。2011 年から議論が開始された法制審議会特別部会も，このような問題意識の下に，「取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方の見直し」を検討してきた。その結果，2014 年 9 月に採択された「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果」では，多くの研究者及び弁護士会から熱望されていた，取調べ録音・録画の導入を決定する等の成果を収めた。

しかしながら，同部会の議論に問題点がない訳ではない。それは，同部会が，被疑者の権利保障に基づいた取調べ適正化方策の検討を重視しなかった点である。取調べへの弁護

人立会いに関して，同部会の基本構想が「当部会において結論を得ることは困難であり，その要否及び当否も含めて別途検討されるべきである」と述べたことは，この姿勢を如実に表している。取調べに過度に依存した捜査からの脱却を目指すのは，不任意自白によって生じる誤判を防止するためである。また，適正手続の要請から導かれる，取調べ自体を適正化する必要のためである。そのためには，刑事手続における取調べの比重を軽くするのみならず，憲法及び刑訴法の理念に基づき，被疑者の防禦権保障に重点を置き，それを実質的に保障する必要がある。具体的には，被疑者の主体性と一体不可分である黙秘権と，これを担保するものである弁護人依頼権を実質的に保障して，取調べに対する事前規制を強化することが求められる。したがって，「取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方の見直し」を図るためには，同部会の議論で不充分であった防禦権の実質的保障を追求しなければならない。同部会の基本構想が述べるように，「別途検討されるべき」課題は残されているのである。

本稿は，以上のような問題意識に基づいて，被疑者の防禦権を実質的・実効的に保障することによって取調べを適正化するべく，被疑者取調べの憲法的規制を提案することを試みるものである。

2. 研究方法

本研究は，比較研究の対象として，アメリカ及び韓国を取り扱う。

アメリカの刑事手続は，刑訴法研究において比較対象とされることが多い。これは，現行刑訴法が，アメリカ法の影響を強く受けているためである。しかしながら，刑事司法観や制度の違いにより，アメリカを比較対象とするのみでは，充分な示唆を得ることが困難であることも多い。

韓国刑訴法は，その歴史的沿革ゆえに，現行法においても，日本の刑訴法との類似点が少なくない。他方で，韓国刑訴法の制定及びその後の改正は，アメリカの憲法的刑事訴訟観から強い影響を受け，これを色濃く反映させている。したがって，日本の刑事手続について検討する上で，諸外国に学び積極的に制度の改善を図っている韓国を比較対象とすることは極めて有益である。しかしながら，日本において，韓国刑訴法研究はこれまで充分に行われてこなかった。この点，韓国を比較対象とするのみでは，アメリカ法研究と同様に，その紹介に留まり，日本への示唆を充分に得られないおそれがある。

そこで，本研究は，次のような手法を採る。まず，Miranda 判決を中心とするアメリカにおける取調べ規制原理を整理して，憲法的刑事訴訟観を描写する。次に，韓国がアメリカにおける取調べ規制をどのように継受・変容させたかを検討する。そして，これらを基に，日本の被疑者取調べの問題点を浮き彫りにし，その要因を検討する。これらを通じて，憲法に基づいた取調べ規制の在り方を展望する。

3. 先行研究との関係

既に述べたように，アメリカを比較対象とする研究は数多く見られる。しかしながら，韓国刑訴法に関する研究は，これまでほとんど行われていない。法曹実務家による視察レポートや，翻訳・講演議事録が存在する程度である。したがって，本稿のように，日米韓 3 ヶ国を検討する先行研究は存在しない。

被疑者取調べに関する包括的な研究として，井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社，1991 年）がある。これは，計 40 名の研究者によって分担執筆されたものである。また，多田辰也『被疑者取調べとその適正化』（成文堂，1999 年）は，大正刑訴法まで遡り，被疑者取調べを正面から取り扱う研究書である。その他に，渡辺修『被疑者取調べの法的規制』（三省堂，1992 年）は，連邦に加え，New York 州の取調べ実務を詳細に検討したものである。

これらの先行研究は，アメリカを比較法の対象としているものが多い。これは，現行刑訴法がアメリカ法に倣って制定されたものであることに加え，Miranda 判決が注目されたためであると思われる。Miranda 判決に関する包括的な研究として，小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』（成文堂，1995 年）がある。

また，憲法的刑事訴訟観に基づくものとして，憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社，1997 年）がある。これは，憲法の制定過程及びアメリカにおける議論に基づいて，憲法第 31 条以下の刑事規定の解釈を示すものである。

冒頭で述べたように，本稿は，アメリカに関する先行研究を踏まえ，Miranda 判決を中心に，アメリカにおける被疑者取調べ規制を整理しつつ，これがどのように韓国法に影響を与えたかについて検討することで，日本の取調べ規制の在り方を展望する。先行研究との関係では，(1) 韓国法を比較対象とする点，(2) 日本と法制度等が類似している韓国を踏まえてアメリカ法を検討する点で，その独自性を追求するものである。

4. 本研究の構成及び概要

本研究は，序編（本編）と終編を含む全 6 編で構成されている。

第 1 編　日本における被疑者取調べをめぐる問題点

第 1 編では，日本における被疑者取調べの歴史的沿革を簡単に確認した上で，現行法における被疑者取調べの問題点を指摘する。第 1 章では，戦前の被疑者取調べを確認し，現行刑訴法の制定過程を辿る。このうち，日本の戦前の被疑者取調べは，植民地統治期の朝鮮における被疑者取調べの前提となる（第 3 編で概観する）。そのため，この時期の史的展開については，若干詳細に取り扱う。現行刑訴法の制定過程については，既に多くの先行

研究が存在するため，その概要を記すに留める。第 2 章では，現行法における被疑者取調べの問題点を指摘する。ここでは，いわゆる取調べ受忍義務論や，取調べを目的とした未決拘禁の利用，取調べの実態，被疑者の権利保障について概観し，日本の刑事手続が取調べ中心主義であることを示す。また，このような日本の捜査手続が，国際水準に照らして極めて特徴的であることや，国際社会から改善が求められていることについても触れる。そして，最後に，被疑者取調べ適正化へ向けた近時の議論の動向を確認する。これらを通じて，日本における被疑者取調べの問題を示すとともに，現在までの議論状況を明らかにする。

第 2 編　アメリカにおける被疑者取調べの憲法的規制―Miranda 法理を中心に―

第 2 編では，アメリカにおける被疑者取調べの憲法的規制について，Miranda 判決前後に分けて記述する。第 1 章では，Miranda 判決以前の取調べ規制を整理する。ここでは，「事情の総合説」に基づく自白排除や，連邦法域で被逮捕者を裁判官の面前へ迅速に引致することを要求する McNabb-Mallory ルール，弁護人依頼権侵害と自白排除，自己負罪拒否特権の発展過程について触れる。第 2 章では，Miranda 判決について，日本においてあまり紹介されていない反対意見を含めて抄訳するとともに，Miranda 判決の意義を確認する。第 3 章では，Miranda 判決後の取調べ規制を整理する。ここでは，Miranda 判決直後からみられた Miranda 判決の例外や，Miranda 法理の縮小に関する諸判例を概観する。次に，Miranda 判決が前提としていた「身体拘束下」や「取調べ」の意義に関する判例の変遷を辿る。そして，最後に，2000 年の Dickerson 判決によって，Miranda 法理の憲法上の地位が再認識されたことを指摘し，Miranda 判決の精神が現在まで活き続けていることを確認する。

第 3 編　韓国における被疑者取調べの憲法的規制

第 3 編では，韓国における被疑者取調べの憲法的規制について概観する。まず，第 1 章では，韓国刑訴法の歴史的沿革を確認する。具体的には，日本による植民地統治期に定められた朝鮮刑事令や，韓国憲法の制定及び改正を概観し，その後に刑訴法の制定過程を辿る。そして，韓国における憲法上の基本権保障に対する考え方を明らかにする。第 2 章では，韓国における被疑者取調べと身体拘束制度について概観する。ここでは，日本による植民地統治期における被疑者取調べまで遡り，韓国における被疑者取調べを描写する。また，そこで作成された「被疑者訊問調書」の証拠採用要件について，判例の変遷を中心に整理する。さらに，被疑者取調べと極めて深い関係にある身体拘束制度について，手続に沿ってその要件等を確認するとともに，身体拘束制度の運用実態を示す。第 3 章では，権利論に基づく被疑者取調べ規制について概観する。具体的には，黙秘権と弁護人の援助を受ける権利（接見交通権，弁護人立会権）である。そして，韓国において，これらの権利がどのように保障されているかを眺め，韓国における被疑者取調べの憲法的規制を描写す

る。第 4 章では，政策論に基づく被疑者取調べ規制について述べる。具体的には，被疑者取調べ録音・録画制度，開放型被疑者取調室，捜査過程記録制度等を取り扱う。第 5 章では，韓国における被疑者取調べと「適法手続」の関係について，若干の検討を行う。そして，適法手続原理が憲法と刑訴法を結合させ，基本権保障によって刑事手続を規律する原理として機能していることを指摘する。これらの検討を通じて，韓国における被疑者取調べの憲法的規制を描写する。

第 4 編　日米韓 3 ヶ国における被疑者取調べ規制の差異と今後の展望

第 4 編では，日本，アメリカ，韓国における被疑者取調べ規制の差異を確認するために，第 1 章及び第 2 章で，アメリカ及び韓国における取調べ規制（第 2 編及び第 3 編）を総括する。そして，第 3 章で，その差異の背景として考えられる要因について検討する。具体的には，裁判所の判断の違い，実定法の違い，捜査実務の意識の違い等である。これらを通じて，日本と韓国がアメリカに学びながら，なぜ両国の取調べ規制に大きな差異が生じたかを明らかにする。

終編　日本における被疑者取調べの憲法的規制の展望

終編では，第 1 章で，アメリカ及び韓国から得られる総論的示唆を確認する。そして，第 2 章で，それらを踏まえたときに導かれる被疑者取調べの憲法的規制を展望する。また，第 3 章では，補論として，被疑者取調べの録音・録画と本稿の関係に言及する。最後に，第 4 章で，結語として，本稿で明らかにしたことと，予想される批判とこれに対する反論，今後の課題を示す。

5. 略称及び訳語等の表記について

（1）略語表記について

本稿で用いる逐次刊行物等の略称は，法律時報各年の 1 月号に掲載されている文献略語表の表記に従った。略語表記が掲載されていない逐次刊行物等は，その刊行物名をそのまま表記した。

アメリカ文献の略称表記は，THE BLUEBOOK: A UNIFORM SYSTEM OF CITATION (19th ed. 2010) に従った。韓国文献は，略称による表記を避け，掲載媒体名をすべて記した。

韓国文献のうち，初めて引用するものについては，韓国語表記の後に，括弧書きで邦訳を記した。

（2）訳語の表記について

本稿で用いる英語の訳語表記は，原則として，小山貞夫編『英米法律語辞典』（研究社，2011 年）及び田中英夫編『英米法辞典〔第 9 版〕』（研究社，2000 年）に従った。

韓国語の訳語表記は，原典に忠実に訳出するとともに，必要に応じてハングル表記を併記した。訳出にあたって意訳している場合には，脚注等により，直訳等を示した。

本稿中に記した韓国刑訴法の条文は，安部祥太「韓国刑事訴訟法試訳」青山ローフォーラム 4 巻 1 号（2015 年）85～141 頁に従った。

（3）脚注番号について

脚注番号は，各編で改めた。したがって，前に掲げた文献を改めて引用する際に用いる前掲表記は，その編の注番号に対応したものである。

（4）敬称・敬語の省略

本稿では，客観的・中立的な視点を保つために，敬称・敬語は省略した。

6. 付記

本研究の執筆中に，平成 25 年度～平成 26 年度科学研究費助成事業・科学研究費補助金（特別研究員奨励費〔研究課題番号：13J01388〕）の助成を受けた。本稿は，同助成による研究成果を取りまとめたものである。

第 1 編　日本における被疑者取調べとその問題点

日本の刑事司法の特色として，被疑者取調べを軸とした詳密な捜査，確信に基づく厳格な起訴，供述調書を最大限に活用した公判，その結果としての 100%に近い有罪率を挙げることができる。このような特色を有する日本の刑事司法は，「精密司法」と称されることがある[1]。精密司法論は，実体的真実主義と親和的である反面，「手続の適正」が軽視されるきらいがある。したがって，この傾向を回避するために，当事者主義を重視し，「適正手続の遵守」によって，その健全さが図られなければならないとされてきた[2]。しかしながら，精密司法論は，真相解明に資するという側面が次第に強調され，犯罪発生率の低さと結びつけられる等，日本の治安を支える理念として援用されるようになった[3]。

このような実体的真実主義を支えるのが，詳密な捜査手続であり，その中心的役割を果たしてきたのが，被疑者取調べである。そこでは，取調べの真相解明機能が強調され，ここで獲得された供述調書が，公判廷における事実認定を大きく左右することになる。その結果，直接主義・口頭主義に基づく公判中心主義は形骸化する[4]。このように，日本の刑事司法は，捜査段階から公判段階に至るまで，被疑者取調べを「基軸」としている。換言すれば，日本の刑事司法は「取調べ中心主義」であると称することができる[5]。

以下では，日本国憲法及び現行刑事訴訟法の制定以前まで遡り，日本における被疑者取調べをめぐる問題点を概観する。そして，「取調べ中心主義」の実態を示し，日米韓 3 ヶ国比較を行うための足がかりとする。

---

1 松尾浩也『刑事訴訟法（上）〔新版〕』（弘文堂，1999 年）16 頁。

2 松尾・前掲注（1）16 頁は，「良くも悪くも精密司法である」という表現を用いている。松尾浩也は，精密司法論を，刑事司法をニュートラルに評価する用語として用いていた。近時も，「私は，簡潔なところで『精密司法』という言葉を選択したわけですが，『精密』というのは，正確で緻密だという意味で使ったのではないので，むしろ，英語であれば minute，非常に細かい点まで真実につなげようとする，そういう傾向が強いというつもりで使ったのです」と述べている（松尾浩也・小田中聰樹・鈴木茂嗣・三井誠「座談会 刑事訴訟法と刑事訴訟法学の 60 年」ジュリ 1370 号（2009 年）27 頁〔松尾浩也発言〕）。

3 たとえば，河上和雄「日本の刑事手続の特色―検察の立場から」三井誠・中山善房・河上和雄・田邨正義編『刑事手続（上）』（筑摩書房，1988 年）11～19 頁，土本武司『刑事訴訟法要義』（有斐閣，1991 年）17～34 頁等。なお，小田中聰樹『現代司法と刑事訴訟の改革課題』（日本評論社，1995 年）298 頁，高田昭正「刑事司法の改革課題―『日本的特色』論との関係で」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集　下巻』（成文堂，2007 年）7～10 頁を参照。

4 葛野尋之「被疑者取調べ適正化の現在―その位置と課題」法時 85 巻 9 号（2013 年）56～57 頁。

5 三井誠「取調べの現実と今後」井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社，1991 年）28～29 頁，多田辰也『被疑者取調べとその適正化』（成文堂，1999 年）1 頁等。なお，頃安健司「身柄拘束中の被疑者の退出権」河上和雄編『刑事裁判実務体系第 11 巻　犯罪捜査』（青林書院，1991 年）458 頁は，「被疑者の取調べを抜きにして，我が国の刑事司法制度を語ることはできない」と指摘する。

第 1 章　戦前における被疑者取調べ[6]

第 3 編第 2 章第 1 節「韓国における被疑者取調べ」で後述するように，日本による朝鮮植民地統治期は，日本の明治刑訴法及び大正刑訴法が「依用」されていた。したがって，当時の朝鮮における被疑者取調べの法制度は，基本的には日本の戦前における被疑者取調べと同様のものである。そこで，本章では，第 3 編で韓国における被疑者取調べの変遷を辿る前提を示すことを主たる目的として，明治刑訴法以後の被疑者取調べを簡単に確認する。

なお，周知の通り，明治刑訴法以前には，近代的刑事手続法として，治罪法が存在した[7]。治罪法は，1877 年に制定作業が開始され，1878 年のボアソナード草案起草を経て，1880 年に制定された[8]。もちろん，日本の刑事手続の近代化以後の被疑者取調べを概観する上では，治罪法にまで遡る必要があろう。他方で，本章の目的は，被疑者取調べの歴史研究ではない。そのため，治罪法における被疑者取調べについては，他の先行研究に譲る[9]。また，本章では，第 3 編において日韓併合期における取調べの史的展開を記述する前提として，日本の戦前における被疑者取調べの変遷を辿ることに主眼を置いた。そのため，1900 年頃から盛んに展開された人権蹂躙問題への取組みや，明治刑訴法及び大正刑訴法の制定過程等は割愛する[10]。

第 1 節　大日本帝国憲法の刑事人権規定

1889 年に発布された大日本帝国憲法は，第 2 章「臣民權利義務」という見出しで，第 23 条から第 25 条に刑事人権規定を 3 ヶ条設けていた。第 23 条は，「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ」とし，法律による逮捕・監禁・審問・処罰を規定していた[11]。この文言のうち，「審問」とは，「法廷若くは警察署及び官衛に引き出して事實を審糺する事」をいうとされており，「殊に本條に於ては『法律に依らずして』と記

---

6 本章の内容は，小田中聰樹「被疑者取調の歴史的考察（戦前）」井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社，1991 年）109～126 頁，多田・前掲注（5）63～145 頁等の先行研究に依るところが大きい。

7 明治 13 年太政官布告第 37 号，明治 15 年 1 月 1 日施行。

8 治罪法の制定過程については，横山晃一郎「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」法政 51 巻 3＝4 号（1985 年）231～237 頁を参照。

9 たとえば，小田中・前掲注（6）109～114 頁等を参照。

10 これらについては，たとえば，小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社，1976 年）等を参照。

11 第 24 条は「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルヽコトナシ」という規定であり，第 25 条は「日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラレ及捜索セラルヽコトナシ」という規定である。

したれば凡そ人を逮捕，監禁，審問，處刑するに何れも皆な法律の正條に従ひて之を行ふのみ勅令，命令等凡そ行政上の命令のみにては之を行ふ事を得ざる事明かなり」と解説されていた[12]。この解説は，大日本帝国憲法の公布から 9 日後に示されたものである。そのため，少なくとも大日本帝国憲法の制定当初は，上記刑事人権規定に積極的な意義が見いだされていたようである[13]。

しかしながら，その後，第 2 章「臣民權利義務」は，「所謂憲法上ノ自由權ナル者ノ本旨ハ絕對ニ國家ニ對抗スルノ權利ヲ認容スルノ意ニ非ス，唯，之ヲ立法權ノ行動ニ留保シ，政府行政ノ自由ノ干渉ヲ排斥セントスルニ外ナラサルナリ。…故ニ憲法第二章ノ規定ハ臣民ノ權利義務ノ掲明タルト同時ニ，之ヲ憲法上ノ立法事項ノ列記ナリト視ルコトヲ得ヘキナリ《省略筆者》」と理解されるようになった[14]。このような理解の下では，大日本帝国憲法に規定された「臣民權利」は，形骸化・矮小化されることになる。すなわち，「臣民權利」は，「臣民ハ絕對ニ，無限ニ，國權ニ服從ス。此ノ完全ナル服從アルカ故ニ亦完全ナル保護ヲ受ケ，完全ナル保護アルニ由リテ權能ノ享有ヲ全ウスルコトヲ得ルナリ。權力ナケレハ服從ナシ，服從ナケレハ保護ナシ，保護ナケレハ權能ナシ。權能トハ人格及權利ノ享有ノ謂ナリ」と説明されていたのである[15]。また，「服從及保護，人格及權利」という項目では，「生命ト意思トハ天賦固有ナリトスルモ，人格ト權利トハ法ノ賜タリ，禽獸ニ生命アリテ人格ナク，意思アリテ權利ナシ，唯，人能ク之ヲ享有スルノ理此ニ存ス」と説明されていた[16]。

以上のような理解に基づけば，大日本帝国憲法の刑事人権規定は，「人権保護的な規制作用を殆どまったく持っていなかった」ということになる[17]。

第 2 節　明治刑訴法下における被疑者取調べ

第 1 款　強制処分としての被疑者訊問

明治刑訴法[18]は，治罪法に引き続いて，予審制度を採用していた。そして，予審判事のみが強制権限を行使し得るように規定していた。これは，治罪法の制定以前の運用を省みた

---

12 明治政治史研究会編『憲法解釈資料―大日本帝国憲法発布当時の一般憲法思想を窺ふべき逐条憲法解釈文献―』（ナウカ社，1936 年）98～100 頁所収の東京日日新聞明治 22 年 2 月 20 日第 5191 号「大日本帝国憲法解釈」を参照。

13 高野隆「刑事人権規定の制定過程」憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社，1997 年）100 頁を併せて参照。

14 穂積八束『憲法提要〔修正増補第 8 版〕』（有斐閣，1943 年）216 頁。なお，第 3 編で述べるように，植民地統治期における韓国・京城帝国大学等では，穂積八束の『憲法提要』によって大日本帝国憲法の講義が行われていた。そして，韓国の制憲憲法に携わった者は，この講義によって大日本帝国憲法の精神を学んだとされている。

15 穂積・前掲注（14）201 頁。

16 穂積・前掲注（14）202 頁。

17 小田中・前掲注（10）133 頁。

18 明治 23 年法律第 96 号，明治 23 年 11 月 1 日施行。

結果，採用されたものである[19]。すなわち，治罪法制定以前の 1876 年から 1877 年にかけて制定された「糺問判事職務仮規則」や「司法警察仮規則」，「司法省職制章程並検事職制章程」は，やむを得ない場合には，検事及び司法警察官（以下，検事及び司法警察官を合わせて「捜査機関」と称することがある。）も強制権限を行使することを認めていた。そして，その軸として，拷問が行われていた[20]。その反省から，治罪法は，現行犯の場合を除き，検事及び司法警察官の捜査手続に関する具体的な規定を設けなかった[21]。この点は，明治刑訴法においても同様であった[22]。明治刑訴法は，捜査に関する総則規定として，「検事ハ後ニ記載シタル告訴，告発，現行犯ソノ他ノ原由ニ因リ犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタルトキハ其証憑及ヒ犯人ヲ捜査ス可シ」と規定するのみであった（明治刑訴法第 46 条）。そのため，主たる捜査は予審判事が担うことが期待されていた。

このことは，被疑者取調べに関しても例外ではない。すなわち，明治刑訴法第 93 条は，「豫審判事ハ先ツ被告人ヲ訊問ス可シ但檢證ヲ爲シ又ハ證人ヲ訊問スルニ付キ急速ヲ要スルトキハ此限ニ在ラス」と規定し，「被告人ノ訊問」を予審判事の強制処分権限に基づくものとして規定していた[23,24]。そして，非現行犯である場合は，捜査機関は強制処分を行い得ないという点で，学説は一致していた。そのため，捜査機関による強制処分としての「被告人ノ訊問」も，現行犯である場合に限られていた[25]。

---

19 その他，林賴三郎『刑事訴訟法論〔第 4 版〕』（巖松堂書店，1919 年）570～571 頁は，捜査機関による捜査の他に，予審制度を設けた理由として，以下の 3 点を挙げている。要約すると，(1) とりわけ複雑な事件は，強大な捜査権限を行使しなければ，「事相」を明らかにすることができないため，「强大ナル權力ヲ有スル特別ノ機關ヲシテ取調ヲ爲サシムル必要」があること，(2) 合議裁判所が合議によって当該捜査活動の採否を決するとすれば，「敏活ヲ缺クニ至ルハ免ルヘカラザル所」となり，「複雑ナル事件ニ付キ充分ナル取調及證憑ノ蒐集ヲ遂ケスシテ公判ニ付スルトキハ之カ爲ニ多クノ時日ヲ要スルハ勿論時トシテハ證憑ノ蒐集ヲ全フスルコトヲ得スシテ眞實發見ニ支障ヲ生スルニ至ル」こと，(3)「現行法ハ檢事ハ原告官ニシテ即チ一方ノ當事者ナルヲ以テ裁判官ノ如ク公平ノ地位ニ在ルモノニ非サルカ故ニ强制力ヲ用ヰテ取調ヲ爲スカ如キ處分ハ第三者タル裁判官ニ委ヌルヲ適當ト認メタル」ことが指摘されている。

20 小田中・前掲注（6）110～112 頁。

21 なお，小田中・前掲注（6）112～113 頁。

22 但し，明治刑訴法第 56 条は，「現行犯トハ現ニ行ヒ又ハ現ニ終リタル際ニ発覚シタル罪ヲ謂フ」と規定しており，犯罪発覚の状態に基づいた現行犯・非現行犯の区別を行っていた（なお，多田・前掲注（5）70 頁注（1）を参照。）。

23 井上操『刑事訴訟法述義〔全〕』（明法堂，1891 年）454 頁。

24 なお，明治刑訴法第 94 条は，「豫審判事ハ被告人ヲシテ其罪ヲ自白セシムル爲メ恐嚇又ハ詐言ヲ用ユ可カラス」と規定し，拷問を禁止していた。

25 松室致『改正刑事訴訟法』（有斐閣，1899 年）195～199 頁，豊島直通『刑事訴訟法原案』（明治大学出版，1900 年）477～478 頁，富田山壽『最近刑事訴訟法要論〔下巻〕』（有斐閣，1910 年）891～892 頁等。主要な判例として，大判明治 25 年 6 月 30 日法曹記事 10 号 48 頁，大判明治 28 年 10 月 3 日刑録 1 輯 3 巻 29 頁等がある。

第 2 款　任意捜査としての被疑者取調べ

明治刑訴法は，任意捜査としての被疑者取調べについて，何ら規定を設けていなかった[26]。そこで，現行犯以外の場合に，捜査機関が任意捜査として被疑者取調べを行い得るかが問題となる。当時の捜査実務は，非現行犯の場合であっても，任意捜査として被疑者を取り調べ得るという立場を採っていた。すなわち，治罪法下の 1886 年に発せられた司法大臣訓示「司法警察訓則」第 132 条は，「現行犯ト非現行犯トヲ問ハス又臨検シタル場合ト否トニ拘ラス捜査上必要トスル時ハ證人鑑定人及被告人ヲ呼出シ又ハ其所在ニ就キ取調ヲ爲スコトヲ得」と規定していた[27]。また，1890 年に発せられた司法大臣訓令（明治 23 年甲第 364 号）は，「捜査上被告人證人等ヲ呼出シ之レカ訊問ヲ爲シ及ヒ承諾上臨検家宅捜索物件差押ヲ爲スモ違法ニアラス」としていた。さらに，1886 年の「司法警察訓則」に代わって，1893 年に発せられた「司法警察官執務心得」（民政局甲 174 号）も，その第 47 条で，「捜査上必要トスルトキハ犯罪ノ事実ヲ知ルト思料スル者又ハ被告人ヲ呼出シ若クハ其所在ニ就キ陳述ヲ聴クコトヲ得，但呼出ヲ爲スニハ書面又ハ口頭ヲ以テ報知ス可シ又其承諾ヲ得テ犯所其他ノ場所ニ同行スルコトヲ得」と規定していた[28]。とりわけ，1900 年（明治 30 年）以降，起訴便宜主義が捜査実務に定着・確立するに伴い[29]，その前提として詳密・活発な捜査を行うことが意識され，検事による被疑者取調べが励行されるようになった[30]。このようにして，当時の捜査実務では，非現行犯であっても任意捜査として被疑者取調べを行っていたのである[31]。

第 3 款　学界の立場

このような捜査実務に対して，当時の学説も，任意捜査としての被疑者取調べを肯定していた。たとえば，豊島直通は，「憲法第二十三條ハ法律ニ依ルニアラサレハ强制ノ審問等

---

26 明治刑訴法は，「被疑者」という概念を設けていなかった。そのため，告訴・告発されたり，現行犯として逮捕された者は「被告人」と呼ばれた。

27 小田中・前掲注（6）114 頁。なお，出射義夫「検察制度の研究」司法研究報告書 26 輯 4 号（1939 年）102 頁及び 149 頁を参照。

28 なお，司法警察官執務心得の第 48 条は，「前條ノ場合ニ於テ被告人其他ノ陳述ハ之ヲ録取ス可シ」と規定し，供述録取書を作成することができる旨を規定していた。

29 起訴便宜主義の史的展開については，三井誠「検察官の起訴猶予裁量―その歴史的および実証的研究―（1）～（5 完）」法協 87 巻 9＝10 号（1970 年），91 巻 7 号，91 巻 9 号，91 巻 12 号（いずれも 1974 年），94 巻 6 号（1977 年）を参照。

また，明治刑訴法期に起訴便宜主義的運用が拡大する契機となった大浦事件（1915 年に，議員買収に関連して，当時の内務大臣であった大浦兼武が，政界引退を条件に起訴猶予となった事件である。）については，田宮裕「大浦事件―政府の高官と起訴猶予」我妻栄・林茂・辻清明・團藤重光編『日本政治裁判史録―大正』（第一法規出版，1969 年）106～134 頁，三井誠「『大浦事件』の投げかけた波紋―内相の涜職と起訴猶予処分の当否―」神戸 20 巻 3＝4 号（1971 年）428～457 頁等を参照。

30 出射・前掲注（27）159 頁。なお，小田中・前掲注（6）117 頁を併せて参照。

31 捜査実務では，あたかも捜査機関に強制的な被疑者訊問権があるかの如く，呼出，訊問，調書作成が行われていたという（小田中・前掲注（6）116 頁）。

ヲ許サヽルノ意ニシテ任意ニ訊問ヲ受クル者ニ對シテモ尚ホ捜査處分トシテ取調ヲ爲スヲ禁スルノ注意ニアラス」として，法は任意取調べを禁じていない旨を強調していた[32]。また，富田山壽も，「捜査處分トシテ如何ナル方法ヲ探ル可キヤハ法律ノ明示セサル所ナリ故ニ檢事ハ任意關係人ノ訊問…ヲ行フコトヲ得然レトモ裁判所ノ爲シ得可キ訴訟行爲殊ニ人的又ハ物的ノ强制處分ハ現行犯ノ場合ヲ除キ…捜査處分トシテ之ヲ行フコトヲ得ス故ニ例ヘハ…關係人ノ出頭及ヒ供述ヲ求ムルコトヲ得ルモ之ヲ呼出シ之ヲ勾引シ之ヲ勾留スルコトヲ得ス只實質ニ於テ裁判所ノ訴訟行爲ト同一ナル行爲ヲ行ヒ權利者ノ任意ニ出テタル場合ニ於テ强制處分ヲ行フタルト同一ノ目的ヲ達シ得可キノミ…《省略筆者》」と述べ，被訊問者の承諾を得れば，任意取調べを行い得ることを指摘していた[33]。さらに，林賴三郎も，「捜査ノ方法ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルコトヲ要ス是レ明文ナシト雖モ法律ノ根本精神上疑ナキ所ナリ要之捜査ノ方法ハ人ノ權利ヲ干犯スル場合ニ於テハ必スヤ承諾ヲ得サルヘカラス而シテ其承諾ヲ得タルトキハ公序良俗ニ反セサル範圍ニ於テハ捜査ノ目的ヲ達スルニ必要ナル行爲ハ如何ナル行爲ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ其方法竝ニ捜査ヲ爲スヘキ範圍程度ハ一ニ當該捜査機關ノ決スル所ナリ」とした上で，「其内容ハ之ヲ列擧スルヲ得スト雖モ其主要ナルモノヲ例示スレハ大要左ノ如シ」として，「(イ) 任意ノ呼出，承諾同行，承諾留置，(ロ) 任意ノ問答」等を挙げていた[34]。

第 4 款　大審院判例とその変化

以上のように，明治刑訴法下では，捜査機関は任意捜査として被疑者取調べを行っており，学説もこれを認めていた。そして，このような取調べを通じて，「聴取書」といわれる書類が作成された[35]。これに対して，1892 年の大審院判決は，捜査機関の「被告人ヲ訊問シ調書ヲ作ルノ權」を否定し，「訊問調書」を無効とした[36]。大審院は，「訊問」の定義について明示した判例を示していない。しかしながら，「訊問」とは，「捜査機関が質問し供述を得ること」と解されていたようである[37]。そして，「訊問調書」は，「被告ヲ訊問セシ事跡」

---

32 豊島・前掲注（25）479 頁。

33 富田・前掲注（25）891～892 頁。

34 林・前掲注（19）549～550 頁。

35 花井卓藏「教科書の獄を論して其法律上裁判上の疑義に及ぶ (3)」法律新聞 156 号 (1903 年 8 月 30 日付) 4～6 頁。なお，聴取書については，田中輝和「旧旧刑訴における捜査の方法とその法的規制についての素描―旧法第二五四条第一項成立の背景―」法学 30 巻 4 号（1966 年）30～39 頁，小田中・前掲注（10）140～154 頁，守屋克彦『自白の分析と評価―自白調書の信用性の研究』(勁草書房，2005 年) 17～38 頁，青木孝之『刑事司法改革と裁判員制度』(日本評論社，2013 年) 100～135 頁が詳しい。

36 大判明治 25 年 6 月 30 日法曹記事 10 号 48 頁，大判明治 28 年 10 月 3 日刑録 1 輯 3 巻 29 頁。

37 多田・前掲注（5）74 頁。なお，大判明治 27 年 8 月 16 日法曹記事 33 号 515 頁は，「訊問調書」が有罪の証拠とされたことに対する上告趣意について，「右聴取書ヲ閲スルニ…（被告人が）通知ニ掛リ警察署ニ出頭シテ陳述シタル所ヲ録取シタルニ止（る）《省略・挿入筆者》」と判示している。

が認められる書類であると解されていたようである[38]。

ところが，その後の大審院は，捜査機関による任意取調べについて，判例を変更することになる。被訊問者の「自由任意ノ承諾」があれば，捜査機関の任意取調べは容認される旨を判示したのである。すなわち，1903 年の大審院判決は，「關係人ノ供述カ其自由任意ノ承諾ニ出テタルモノナルニ於テハ關係人カ警察官ノ質問ヲ俟タス進ンテ自ラ供述ヲ爲シタルト司法警察官ヨリノ質問ニ應シ任意ノ供述ヲ爲シタルトニ論ナク其供述ヲ以テ適法ナリト認メサルヲ得ス何トナレハ何レノ場合ニ於テモ關係人ハ其供述ニ依リ好意上司法警察官ニ犯罪捜査ノ便宜ヲ與ヘタルニ過キスシテ其供述ヲ强制セラレタルモノニハアラサルヲ以テナリ随テ其供述ヲ錄取シタル聽取書ハ要スルニ司法警察官カ其犯罪捜査ノ職務執行上ニ於テ適法ニ作成シタル書類タルヲ失ハサルヲ以テ事實裁判所ニ於テ犯罪事實ノ有無ニ付キ其心證判斷ノ資料ニ供シ得ヘキ證憑タルノ効力ヲ有スルモノトス」と判示した[39]。その後も大審院は，被訊問者の「自由任意ノ承諾」を要件として，任意取調べを容認し続けた[40,41]。

第 5 款　取調べと人権蹂躙問題

明治後期から大正初期にかけて，人権蹂躙が問題視されていた。法律新聞に掲載された主な事件として，1913 年の宇都宮事件，同年の水戸事件，1914 年の名古屋事件，1916 年の鈴ヶ森事件，1919 年の京都豚箱事件等が挙げられる[42]。これらの事件では，違警罪即決例や行政検束が濫用され，被疑者を身体拘束した上で，熱心な取調べが行われた[43]。とりわけ，京都豚箱事件等では，検事による人権蹂躙が行われた。人権蹂躙の主な態様は，(1) 無令状の身体拘束，(2) 長時間に亘る取調べや深夜の取調べ，(3) 違警罪即決例による身体拘束，(4) 拷問，暴行，凌虐等であった[44]。そのため，捜査機関（特に検察）に対して，

---

38 大判明治 28 年 10 月 3 日刑録 1 輯 3 巻 27 頁は，「該書面而ノ名目及外形上ノ體裁如何ニ拘ハラス其實司法警察官ノ訊問ニ對スル答辯ヲ記載シタル書面ニ他ナラス」と判示し，「被告ヲ訊問セシ事跡」の有無を判断している。この事案は，非現行犯事件において司法警察官が被告人を訊問し，調書を作成したものであった。大審院は，非現行犯である本件で，司法警察官が被告人を訊問したことについて，「不法ノ處分」であるとした上で，「此不法處分ニ基キ作成セラレタル書類ノ無効ナルハ勿論ナリ」として，「訊問調書」を無効であると判示している（原文には傍点が付されている。）。

39 大判明治 36 年 10 月 22 日刑録 9 輯 26 巻 1721 頁。なお，原文には傍点が付されている。

40 大判明治 36 年 10 月 26 日刑録 9 輯 23 巻 1586 頁，大判明治 38 年 1 月 16 日法律新聞 257 号 11 頁，大判明治 40 年 1 月 29 日法律新聞 409 号 12 頁，大判明治 42 年 4 月 12 日刑録 15 輯 9 巻 427 頁等。

41 もっとも，「被告ヲ審訊追窮シ被告ヲシテ自白ヲ爲スノ已ムヲ得サルニ至ラシメ」るような取調べは禁じられ，このような自白を録取した聴取書は無効とされていた（大判大正 9 年 11 月 8 日刑録 26 輯 23 巻 816 頁）。

42 多田・前掲注（5）87 頁。

43 1916 年 6 月 26 日には，内務省警保局長の通牒（内務省秘第 1425 号）が発せられ，その濫用が戒められる程の状況であった。

44 田中輝和「明治・大正期の刑事弁護」後藤昭・高野隆・岡慎一編『現代の刑事弁護 3―刑事弁護の歴史と展望―』（第一法規，2014 年）54 頁。

強い批判が向けられるようになった。

これに対して，主に弁護士有志等は，人権蹂躙を糾弾するとともに，聴取書の証拠能力制限や，取調べへの弁護人立会い，違警罪即決例の廃止等を要求した[45]。その中でも，法律新聞を創刊した弁護士であり，衆議院議員であった高木益太郎等は，第 31 回帝国議会に「犯罪捜査ニ関スル法律案」を提出し，注目を集めた[46]。全 9 ヶ条から成る「犯罪捜査ニ関スル法律案」は，捜査手続の規制に関する初めての立法案であった[47]。このうち，取調べに関するものは，計 4 ヶ条であった。すなわち，(1)「市町村ノ公民權ヲ有スル隣佑一名以上ノ立会アルコトヲ要ス但シ取調ヲ受クル者ノ請求ニ依リ辯護士ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得」（第 1 条），(2)「犯罪捜査ノ職權ヲ有スル公務員ハ事件ニ付被嫌疑者又ハ關係人ニ對シ取調ヲ爲スニ當リ恐喝又ハ詐言ヲ用ウルコトヲ得ス」（第 2 条），(3)「檢事ハ起訴後ニ於テ事件ニ付被告人又は關係人ノ取調ヲ爲スコトヲ得ス」（第 3 条），(4)「捜査上作成シタル文書ハ裁判上ノ證據ト爲スコトヲ得ス」（第 5 条）である。第 1 条は，取調べへの弁護士立会いを要求するものである。第 2 条は，明治刑訴法第 94 条が予審判事による被告人訊問と関連して規定していた「罪ヲ自白セシムル爲メ恐嚇又ハ詐言ヲ用ユ可カラス」という趣旨を，捜査機関による取調べにも及ぼそうとするものである[48]。しかしながら，これらの立法要求は，そのほとんどが実現しなかった[49]。

第 6 款　取調べに対する法的規制

捜査機関による任意取調べは，学説や大審院判決の支持を得て，積極的に行われた。これに対して，明治刑訴法は，「被疑者訊問」とは異なり，任意取調べに対する適切な規制策を設けていなかった。

まず，前提として，明治刑訴法下では被疑者の弁護権が認められていなかったことに留意しなければならない。したがって，被疑者と弁護人の接見交通権は観念し得なかった[50]。また，明治刑訴法は，被告人訊問における黙秘権告知に関する規定を設けていなかった。況んや，被疑者に対する任意取調べにおいても，黙秘権告知は行われていなかったと思われる[51]。

もっとも，明治刑訴法は，予審判事による「被疑者訊問」に対して，いくつかの規制を設けていた。まず，(1) 明治刑訴法は，予審判事による訊問には裁判所書記が立ち会うことを要求し，書記が立ち会うことができない場合には 2 名以上の立会人を要するとしてい

---

45 小田中・前掲注（6）118 頁。
46 同法案及び提案理由書は，法律新聞 918 号（1914 年 2 月 5 日付）14 頁を参照。
47 小田中・前掲注（10）324 頁，多田・前掲注（5）88 頁。
48 多田・前掲注（5）88 頁。
49 聴取書の証拠能力を否定しようとする「犯罪捜査ニ関スル法律案」第 5 条の考え方は，後に大正刑訴法第 343 条に受け継がれた。
50 この頃の刑事弁護の実態については，田中・前掲注（44）25～65 頁を参照。
51 多田・前掲注（5）78 頁。

た（明治刑訴法第 92 条)。この規定は，当該事件が現行犯であるとして，捜査機関が強制処分としての訊問（以下,「仮予審処分としての訊問」と称する。）を行う場合にも準用された[52]。その後，大審院は，検事が仮予審処分としての訊問を行う場合には，裁判所書記の立会いが必要であると判示した[53]。これに対して，捜査機関が任意捜査として被疑者取調べを行う場合には，立会人が要求されなかった。また，聴取書への署名・押印も要求されなかった。これは，捜査機関による任意取調べによって作成される「聴取書」は，予審判事による訊問（あるいは，仮予審処分としての訊問）によって作成される「訊問調書」と同視すべきものではないという理由によるものである[54]。

また，(2) 明治刑訴法は，予審判事の訊問によって調書を作成する場合には,「読聞け」を行うこと（第 95 条)，増減変更を申し立てる機会を与えること（第 96 条）を規定していた。しかしながら，これらの規定も，捜査機関が任意捜査として被疑者取調べを行い，聴取書を作成する場合には準用されなかった。その結果，聴取書は,「憲法及び刑事訴訟法の外に屹立して治外法權を有する文書[55]」であると評され,「唯だ出て来て，ペラヽヽ饒舌るのを書いたといふのであるから，本人の判も要らねば，立会人の判も要らぬ，只だ警部や巡査若は檢事の判たけで濟むのであるから，極端に云へば被告が言はぬ事を書かれても仕様かない。勿論調書でないからして讀聞かすべき必要も無けらぬば義務も無い。であるから陳述者自身の承諾を認むべきものとては一もない」と指摘されていた[56,57]。

このように，明治刑訴法は，予審判事による被告人訊問や，捜査機関による仮予審処分としての訊問の場合には，裁判所書記等の立会い，調書の読み聞かせ，増減変更の申立て機会等を要求していた。これに対して，捜査機関が任意捜査として被疑者取調べを行う場合は，これらの規定が準用されなかった。そのため，明治刑訴法下においては，任意捜査としての被疑者取調べに対する手続的規制は存在しなかったといえる[58]。

第 3 節　大正刑訴法下における被疑者取調べ

第 1 款　大正刑訴法の特色と捜査機関の強制処分権限の拡大・強化

1922 年，ドイツ法の影響を受けた刑事訴訟法（大正 11 年法律第 75 号）が公布され，1924

---

52 大判明治 28 年 7 月 2 日刑録 1 輯 1 巻 28 頁。

53 大判明治 41 年 5 月 21 日刑録 14 輯 12 巻 572 頁。

54 大判明治 29 年 1 月 14 日刑録 2 輯 1 巻 11 頁，大判明治 35 年 3 月 17 日刑録 8 輯 3 巻 41 頁，大判明治 36 年 10 月 22 日刑録 9 輯 26 巻 1721 頁等。

55 花井・前掲注（35）5 頁。

56 花井・前掲注（35）6 頁。

57 聴取書に関しては，弁護士のみならず，大審院判事の中にも批判的な者がいた。大審院判事を経験した横田秀雄は,「聴取書の効力を否定さねばならぬ」と述べていた（横田秀雄「刑事裁判と国民の信頼」法律新聞 945 号（1913 年 6 月 30 日付）3 頁)。

58 多田・前掲注（5）78 頁。

年 1 月 1 日より施行された（以下，「大正刑訴法」と称する。）[59]。大正刑訴法に先立って，1895 年（明治 28 年）頃から，明治刑訴法の改正作業が行われた。そして，刑事訴訟法調査委員，法典調査会，法律取調委員会，刑事訴訟法改正調査委員会等を経て，大正刑訴法が公布・施行された[60]。

大正刑訴法の基本的な構造は，明治刑訴法と大きく異なるものではない。大正刑訴法について，小野清一郎は，「其の基礎的構造に於ては新法典も尚依然として 1808 年のフランス治罪法以來の類型に屬すべきものであつて，其處には根本的な變革はない。しかし，其は其の訴訟主義及び辯論主義を更に徹底せしめ，且つ手續に依る個人の負擔を出来る限り小ならしめようとしてゐる。此の點に於て自由主義的傾向を强めたものと謂ひ得る」と整理している[61]。そのため，大正刑訴法も，予審制度を採用し（法第 295 条），強制処分権限を裁判機関のみに与えており（法第 254 条第 1 項），明治刑訴法と同様の枠組みを維持した。また，公判廷における強制処分としての被告人訊問（法第 338 条）や，予審判事による被疑者訊問（法第 300 条第 1 項）が規定されていた点も同様である。

他方で，大正刑訴法は，捜査機関の強制処分権限を拡大・強化した[62]。明治刑訴法下では，捜査機関は「現行犯」である場合に限り，強制処分を行うことができた。これに対して，大正刑訴法下では，捜査機関は，現行犯に加え，「要急事件[63]」の場合にも強制処分を行うことができることになった（法第 123 条）。要急事件とは，次の 6 つの場合をいう。すなわち，「(1) 被疑者が定まりたる住居を有せざるとき，(2) 現行犯人がその場所に在らざるとき，(3) 現行犯の取調によりその事件の共犯を發見したとき，(4) 既決の囚人又は本法により拘禁せられた者が逃亡したとき，(5) 死體の檢證によつて犯人を發見したとき，(6) 被疑者が常習として，强盜又は竊盜の罪を犯したものなるとき[64]」である。したがって，現行犯である場合や，これらの 6 つの場合のいずれか 1 つに該当する場合には，司法警察官

---

59 以下，本節において「法」ないしは「刑訴法」と称した場合，大正刑訴法を指すものとする。

60 團藤重光『刑事訴訟法綱要』（弘文堂書房，1943 年）36 頁。なお，大正刑訴法の制定過程等については，小田中・前掲注（10）第 2 篇「大正刑事訴訟法の歴史的意義」を参照。

61 小野清一郎『刑事訴訟法講義〔全訂第 3 版〕』（有斐閣，1937 年）45 頁。

62 興味深いことに，政府は，捜査機関の強制処分権限を拡大・強化する理由として，明治刑訴法下で生じた人権蹂躙を防止することを挙げていた。これは，明治刑訴法下では，捜査機関の強制処分権限が制限されていたために，人権蹂躙問題が生じたという理解に基づくものである（法曹会編『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員会議事録』（法曹会，1922 年）481～482 頁〔林賴三郎発言〕）。

63 「要急処分」とは，「急速を要し，捜査機關をして直接强制の處分を行はしむべき理由ある場合」を指し示す語である。これは，牧野英一の命名であり，その後も踏襲されている（牧野英一『重訂刑事訴訟法〔増補 18 版〕』（有斐閣，1932 年）356 頁，宮本英脩『刑事訴訟法大綱』（松華堂書店，1936 年）244 頁，小野・前掲注（61）266～267 頁，團藤・前掲注（60）443 頁等）。

64 團藤・前掲注（60）444～445 頁。なお，小野・前掲注（61）268 頁も参照。

による被疑者訊問（法第 127 条）や，検事による被疑者訊問（法第 129 条）が認められた[65]。

検事は，現行犯人を逮捕し，若しくはこれを受け取り，又は勾引状の執行を受けた被疑者を受け取ったときは，遅くとも 24 時間以内に訊問を行うこととされた（法第 129 条第 1 項）。なお，24 時間が経過した後の訊問は，無効とされた[66]。司法警察官は，現行犯人を逮捕し，又はこれを受け取ったときは，即時これを訊問することとされた（法第 127 条前段）。捜査機関が強制処分として被疑者訊問を行い得るのは，以上の場合に限られ，それ以外は任意の供述を聴取することができるのみであった[67]。

もっとも，大正刑訴法における「現行犯」という概念は，現行法における現行犯概念よりも遥かに広範なものであったようである。大正刑訴法は，「現行犯」を「現ニ罪ヲ行ヒ又ハ現ニ罪ヲ行ヒ終リタル際ニ發覺シタルモノ」と規定していた（法第 130 条第 1 項）。ここでいう，「現ニ罪ヲ行ヒ終リタル」とは，「時間的ノ意義ニアラズ」とされていた[68]。より具体的には，「犯罪の實行後未だ多くの時間を經ずして，其の形迹の明瞭なる場合をいふ」と解されていたのである[69]。また，「必ずしも犯人がその場所に在ることを要しない」とされていた[70]。そのため，「犯人ノ轉居後空家ヨリ他殺死體ヲ發見シタル場合ニハ，狀況ニ變化ナキ限リ，数日ヲ經過」した場合であっても，現行犯であると解されていた[71]。さらに，大正刑訴法は，「準現行犯」として，「兇器贓物ソノ他ノ物ヲ所有シ，誰何セラレテ逃走シ，犯人トシテ追呼セラレ又は身體被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アリテ犯人ト思料スヘキ場合」は，現行犯人がその場所にいるものとみなす旨を規定していた（法第 130 条第 2 項）。これには，現行法において準現行犯規定に明記されている「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められるとき」という要件が付されていなかった。そのため，大正刑訴法下では，現行法における現行犯よりも広範に「現行犯」が認められていた[72]。

第 2 款　強制処分としての被疑者訊問とその規制

大正刑訴法は，予審判事や捜査機関によって行われた強制処分としての被告人訊問・被疑者訊問に対して，次のような規制を設けていた。まず，(1) 予審判事による強制処分としての被告人訊問に対する規制について概観する。大正刑訴法は，予審において，被告人が弁護人を選任することを認めていた（法第 39 条第 1 項）。しかしながら，弁護人は，予審判事による強制処分としての被告人訊問に立ち会う権限を有していなかった。明文で立

---

65 その他に，捜査機関は，押収・捜索（同第 170 条），検証（同第 180 条），証人尋問（同第 214 条）等の強制処分も行うことができた。

66 大判昭和 7 年 4 月 18 日刑集 11 巻 384 頁。

67 團藤・前掲注（60）455 頁。

68 宮本・前掲注（63）243 頁。

69 小野・前掲注（61）267 頁。

70 小野・前掲注（61）267 頁。

71 宮本・前掲注（63）243 頁。

72 法務庁検務局総務課編『改正刑事訴訟法提案理由書―附改正法律案・主要改正點』（有隣出版株式会社，1948 年）38 頁。

会いが認められていたのは，裁判所書記のみであった（法第 136 条）。また，大正刑訴法は，被告人の黙秘権に関する規定を設けず，「被告人ニ対シテハ丁寧深切ヲ旨トシ其ノ利益ト爲ルヘキ事實ヲ陳述スル機會ヲ與フヘシ」という規定を設けているのみであった（法第 135 条）。

次に，（2）現行犯又は要急事件であるとして，捜査機関が強制処分として被疑者を訊問する場合の規制である。裁判所による被告人訊問に関する規定は，被疑者訊問にも準用された（法第 139 条）。したがって，基本的には，（1）予審判事による強制処分としての被告人訊問に対する規制と同様である。但し，司法警察官が訊問を行う場合は，立会人は司法警察吏で足りるとされた（法第 139 条但書）。また，裁判所書記が行う職務は，司法警察官が自らこれを行い得るとされた（法第 59 条）。

これらの訊問で作成された訊問調書は，後述する法第 343 条によって，無条件に証拠とされた。大正刑訴法下では，証拠能力の制限は原則として「ないといってよい」とされ，若干の例外が設けられていただけであった[73]。そして，予審判事が作成した被告人訊問調書や，現行犯及び要急事件において捜査機関が作成した被疑者訊問調書は，その例外による制限を受けなかったのである。

第 3 款　任意捜査としての被疑者取調べとその規制

捜査機関による任意捜査としての被疑者取調べは，大正刑訴法下でも継続して行われた[74]。これは，捜査機関による強制処分を制限する規定を根拠とするものであった。すなわち，法第 254 条第 1 項は，「捜査ニ付テハ其ノ目的ヲ達スル爲必要ナル取調ヲ爲スコトヲ得但シ強制ノ處分ハ別段ノ規定アル場合ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス」と規定していた。そして，この規定に基づいて行い得る任意捜査の 1 つとして，被疑者取調べが挙げられていた[75]。このことは，大審院判決によっても確認されていた[76]。また，任意捜査としての被疑者取調べは，違警罪即決例や行政執行法上の行政検束等による身体拘束を積極的に利用することによって，より一層盛んに行われるようになった[77]。そして，ここでは，拷問等が行われ，自白を強要するという捜査手法が一般化していた[78]。

---

73 團藤・前掲注（60）359 頁。なお，後述の通り，聴取書の証拠能力については制限が加えられていた。

74 團藤・前掲注（60）455 頁及び 508 頁。

75 小野・前掲注（61）357～358 頁，團藤・前掲注（60）508 頁等。

76 大判昭和 11 年 11 月 16 日刑集 15 巻 1451 頁は，「第二百五十四條ノ規定スル所ニシテ其ノ方法ノ一トシテハ被疑者又ハ關係人ニ對シ問査シ其ノ供述ヲ錄取シタル書類ヲ聽取書ト稱スルコトハ永ク司法慣習トシテ行ハレ」ていると判示している。

77 詳細は，多田・前掲注（5）103～106 頁を参照。

78 たとえば，1928 年の 3・15 事件や，1934 年の帝人事件が挙げられよう。3・15 事件や帝人事件を含む当時の捜査の実態については，小田中聰樹『治安政策と法の展開過程』（法律文化社，1982 年）や，専修大学今村法律研究室編集の各訴訟資料（いずれも専修大学出版局）等を参照。

大正刑訴法も，明治刑訴法と同様に，被疑者の弁護権を認めていなかった。したがって，大正刑訴法下においても，被疑者と弁護人の接見交通権は観念し得なかった。黙秘権告知に関する規定を欠いていたことも，明治刑訴法と同様であった[79]。

また，強制処分としての被疑者訊問に対する規制も，任意捜査としての被疑者取調べには適用されていなかった。すなわち，捜査機関が任意捜査として被疑者を取り調べる際には，裁判所書記や司法警察吏の立会いは必要とされていなかった[80]。さらに，聴取書を作成するにあたって，その内容を読み聞かせ，増減変更を申し立てる機会を与え，署名・捺印を求める必要もないとされていた[81]。

もっとも，大正刑訴法は，明治刑訴法とは異なり，聴取書の証拠能力を制限するための条文を設けていた。すなわち，法第 343 条は，被告人その他の供述を録取した書類は，「法令ニ依リ作成シタル訊問調書」でなければ，証拠とすることを禁じていた。したがって，捜査機関が任意捜査として被疑者取調べを行い，これにより作成した聴取書は，「法令ニ依リ作成シタル訊問調書」には該当せず，原則として証拠とすることができなかった[82]。但し，例外として，「供述者死亡シタルトキ」（同条第 1 項第 1 号），「疾病其ノ他ノ事由ニ因リ供述者ヲ訊問スルコト能ハサルトキ」（同条第 1 項第 2 号），「訴訟關係人異議ナキトキ」（同条第 1 項第 3 号）は，当該書類を証拠とすることが認められた。また，区裁判所の事件に対しては，証拠能力の制限規定は適用されなかった（同条第 2 項）[83]。さらに，聴取書は，検事が起訴するか否かを判断するにあたって，重要な資料となった[84]。そのため，捜査機関は，聴取書を積極的に作成することが推奨されていた[85]。このように，法第 343 条によって聴取書の証拠能力が制限されたとはいえ，任意捜査としての取調べの必要性・重要性は変わらなかった。また，これを適切に規制するには至らなかった[86]。

このような任意取調べに対しては，次のような批判が向けられていた。たとえば，小野

---

79 多田・前掲注（5）97 頁。

80 大判昭和 2 年 9 月 10 日刑集 6 巻 353 頁，大判昭和 8 年 2 月 3 日刑集 12 巻 105 頁，大判昭和 8 年 2 月 22 日刑集 12 巻 85 頁等。

81 1923 年に定められた司法警察職務規範第 16 条は，読み聞かせや増減変更の申立て，署名・捺印について規定していた。しかしながら，この職務規範は法律ではないため，違反があった場合であっても聴取書の証拠能力に影響を与えることはなかった（多田・前掲注（5）97 頁及び 100 頁注（25））。

82 これは，司法警察官作成の聴取書のみならず，検事作成の聴取書に対しても適用された（大決大正 14 年 1 月 29 日大刑集 4 巻 21 頁）。

83 この場合，審級は問われなかった（大判大正 13 年 1 月 30 日大刑集 3 巻 51 頁）。また，訊問調書と聴取書がいずれも証拠として認められる場合は，いずれを判断資料としても良いとされた（大判大正 14 年 5 月 21 日刑集 4 巻 313 頁，大判昭和 8 年 2 月 24 日刑集 12 巻 169 頁，大判昭和 8 年 5 月 29 日刑集 12 巻 623 頁等）。

84 多田・前掲注（5）98 頁。

85 南波杢三郎『實際的研究　新刑事訴訟法〔新訂第 8 版〕』（松華堂，1924 年）22 頁。

86 多田・前掲注（5）102 頁注（29）は，現行犯や要急事件の範囲が広いこと，検事が主導して予審や強制処分としての被告人訊問・被疑者訊問が行われていたことを挙げ，聴取書を証拠として提出しなくても事足りたのではないかと指摘する。

清一郎は，「(任意取調べは,) 理論上全く當事者の自由であつて，承諾しなければならぬ義務はないのである。しかし，檢事又は司法警察の要求あるときは事實上一種の心理的强制力を有することは否定することが出來ぬ。しかも，此等の行為は理論上當事者の自由なる承諾を以て行はれるものとされてゐる。結果，法律上何等之を制限すべき規定がないから，場合により捜査機關に依つて裁判所の强制以上の强制が行はれることがないとは限らぬ《挿入筆者》」と指摘していた[87]。他方で，小野清一郎は，個人の自由に対する不当な侵害が行われるのは，捜査機関に強制権限が認められていないためであると理解した上で，「立法論として，檢事及び司法警察官に對し正面より捜査上强制の權能を認むると同時に，其の法律的規律を明かにすることが，却て個人に對し法律的保護を與ふる所以ではないかと考ふる」と述べていた[88]。

大正刑訴法下においても，明治刑訴法と同様に，任意捜査としての被疑者取調べが盛んに行われていた。そして，その問題点が強く意識されていたにも関わらず，これに対する直接的な規制は存在しなかった[89]。

第 4 節　戦時刑事特別法下における被疑者取調べ

1930 年代に入ると，捜査機関は，強制処分権限の拡大を強く主張し始めた。このような主張は，大正刑訴法の制定時にも展開されていた。それが，満州事変や国際的孤立の中で，より一層強調されるようになった[90]。強制権限を拡大・強化するべきであるという捜査機関の主張は，弁護士等による強い反対により，実現には至らなかった。しかしながら，1941 年に戦時立法として実現した国防保安法の制定及び治安維持法の全面改正により，情勢は大きく変わる[91]。まず，(1) 国防保安法は，外交，財政，経済等に関する「国家機密」の保護と，いわゆる国防保安事件等を特別刑事手続によって処理することを目的とする法律であった[92]。ここで規定された特別刑事手続により，国防保安法事件については，弁護権が制限されたり（同法第 29 条～第 32 条）[93]，控訴審が廃止されたりした（同法第 33 条)。また，検事の強制処分権限が拡大された（同法第 17 条～第 28 条)。その結果，検事は，被疑

87 小野・前掲注（61）357～358 頁。
88 小野・前掲注（61）240～239 頁。
89 併せて，多田・前掲注（5）98～99 頁を参照。
90 小田中・前掲注（6）120～121 頁。なお，1935 年頃には，「新体制」という語が流行し，「司法の新体制」というスローガンの下，「新体制」が何を指し示すかが判然としないまま，時勢が動いたという（刑事訴訟法制定過程研究会編「刑事訴訟法の制定過程（2)」法協 91 巻 8 号（1974 年）97 頁〔松尾浩也執筆〕)。
91 戦時刑事手続の形成・確立過程や，各法律の内容等については，小田中聰樹『刑事訴訟法の史的構造』（有斐閣，1986 年）25～208 頁を参照。
92 小田中・前掲注（91）138 頁。
93 具体的には，司法大臣が事前に指定した弁護士の中から弁護人を選任する「指定弁護士制度」の導入，2 人を超える弁護人選任の禁止，国家機密等に関する口頭弁論の廃止，訴訟関係書類の閲覧・謄写制限等である。

者の勾引・勾留や，訊問，押収，捜索，検証等の強制処分権限を獲得した。これらは，検事が司法警察官に命ずることにより，その権限を行使させることも可能であった[94]。

加えて，(2) 治安維持法が全面改正された。改正治安維持法に規定された刑事手続は，治安維持法違反事件について，国防保安法と概ね同じ内容を設けるものであった。但し，検事による勾留期間の上限を 1 年とした点や，予防拘禁制度（刑期満了後も，再犯のおそれを理由として，そのまま拘禁し続ける制度）を設けた点で，国防保安法と異なる[95]。

1942 年 2 月に制定された戦時刑事特別法は，通常の刑事事件について，捜査機関に強制処分権限を付与することはなかった[96]。しかしながら，地方裁判所の事件であっても聴取書は証拠能力の制限を受けない旨を規定した（戦時刑事特別法第 25 条）[97]。これにより，事実上，捜査機関の権限を強化した。また，裁判所構成法戦時特例第 4 条第 1 項所掲の罪について，弁護権が大きく制限された（同法第 20 条，第 21 条，第 24 条等）。

このような戦時立法に対しては，2 つの評価が加えられ，論争が展開されていた[98]。1 つは，牧野英一による否定的評価である。牧野英一は，検察権限の拡大・強化について，「訴訟法における保障機能を完うするものであるかにつき，問題が成立する」としていた[99,100]。これに対して，團藤重光は，肯定的な評価を下していた。すなわち，團藤重光は，検察権限の拡大・強化について，「戦時立法が一般法制のパイオニヤーたる機能をもつことをここにもみることができる」としていたのである[101]。また，佐伯千仞も，「戦時特例とさるゝものの多くが，實は從來から刑事手續上何等かの改革を要する點として種々議論されて來たものであることは明かである。…この點から考へると，それ等は戦時立法といふ形で，實は從來の懸案たる刑事手續法の改革について一つの大がゝりの實驗が行はれてゐるともいへるのである。…今日の所謂戦時法は一時的立法でなくて，むしろ，恒久的性格を有するものとして考へられねばならぬ…。―私はこの特色ある戦時立法が，その運用の局に當る

---

94 小田中・前掲注（91）138 頁。

95 治安維持法の改正に関する議論等は，小田中・前掲注（91）141～143 頁の他，国立公文書館アジア歴史資料センター「治安維持法」＜http://www.jacar.go.jp/topicsfromjacar/03_terms/index03_006.html＞を併せて参照。

96 戦時刑事特別法は，捜査機関に強制処分権限を付与しなかった。しかしながら，これは，聴取書の証拠能力に関する制限を撤廃することによって補われるとされていた（團藤重光「戦時刑事法の展開」法時 14 巻 4 号（1942 年）25 頁）。

97 大正刑訴法及び戦時刑事特別法と聴取書の証拠能力については，久岡康成「大正刑訴法と供述を録取した書面」立命 316 号（2007 年）195～219 頁を参照。

98 当時の論争の詳細は，小田中・前掲注（91）194～206 頁を参照。

99 牧野英一「非常時立法としての刑罰法規の強化」法時 13 巻 3 号（1941 年）3 頁。なお，三井誠「牧野英一の刑事訴訟法理論（1）（2 完）」法時 52 巻 2 号，52 巻 8 号（いずれも 1980 年）を併せて参照。

100 帝国弁護士会も，1941 年 2 月に国会に提出した「国防保安法意見書」の中で，「百害アリテ一利ナシ」として，戦時立法を批判していた（日本弁護士連合会編『日本弁護士沿革史』（日本弁護士連合会，1959 年）219 頁以下）。なお，小田中・前掲注（91）140～141 頁を参照。

101 團藤重光「國防保安法の若干の檢討」法時 13 巻 5 号（1941 年）7 頁。

司法官によつて正しく且巧みに適用せられ，やがて將來の我國刑事司法の構成に對して一つの良き指針を生み出すに至らんことを願求する《省略筆者》」と述べていた[102]。その後も，引き続き牧野・團藤論争が展開された。しかしながら，学界における論争は，立法を阻止することができなかった[103]。

戦時刑事特別法は，「法外的暴力＝人権蹂躙の許容，放任，それへの依存，その『合法化』という実質を持ち，強制捜査権限の拡大・強化や捜査書類（聴取書）への証拠能力付与による刑事手続の検察一元化と，被告人の基本的権利の剥奪（弁護権の制限，控訴権の剥奪など）により，簡易，迅速な刑罰権の実現を意図したもの」であった[104]。このような特徴を有する戦時刑事特別法のイデオロギーは，次章で概観する日本国憲法や現行刑訴法の制定作業において，戦時立法の完全な廃絶と民主化を志向する力学と相剋・対立することになる。その結果，現行憲法及び刑訴法は，捜査機関の強制捜査権限等の側面で，戦時刑事特別法の重要な部分を再編・継受することになった[105]。

第 2 章　日本国憲法及び現行刑事訴訟法の制定と被疑者取調べ[106]

第 1 節　日本国憲法制定時の問題意識[107]

1945 年 8 月 14 日，日本はポツダム宣言を受諾した。そして，連合国最高司令官総司令部（General Headquaters of the Supreme Commander for the Allied Powers: GHQ）による民主化政策が進められることになった。同年 10 月 2 日，GHQ に民政局（Government Section）が設けられ，憲法改正のための草案起草が行われた。このとき，「日本の政治諸慣行を調査すること，および憲法改革の領域の進展過程に注目すること」を指示されたのが，陸軍中佐であり，民政局行政課法規担当官であった Milo E. Rowell であった[108]。

Rowell は，その調査過程で，1945 年 12 月 6 日付のレポートを作成した。その中には，注記（Note）として，「日本の刑事裁判は，拷問によってえられた自白に依拠するところが

---

102 佐伯千仭「戦時下に於ける我刑政の發展―戦時刑事特別法の制定を中心として―」論叢 46 巻 4 号（1942 年）132～133 頁。

103 小田中・前掲注（91）122 頁。

104 小田中・前掲注（91）208 頁。

105 以上，小田中聰樹「予審を廃止したことの評価」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣，1979 年）236～237 頁，小田中・前掲注（91）208 頁等を参照。

106 本章の内容は，大出良知「被疑者取調の歴史的考察（戦後）」井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社，1991 年）127～154 頁，憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社，1997 年）のうち，特に「第 1 編　総論」，多田・前掲注（5）116～145 頁等の先行研究に依るところが大きい。

107 日本国憲法の刑事人権規定の制定過程については，高野・前掲注（13）99～185 頁を参照。

108 チャールズ・L・ケーディス（竹前栄治・岡部史信訳）「日本国憲法制定におけるアメリカの役割（上）」法時 65 巻 6 号（1993 年）30 頁。

大きいこと，および政府の批判者に犯罪を犯させるようアジャン・プロヴォカツールを用いることで，悪名高いものがある。」という記述がみられた[109]。また，1946 年 1 月 11 日付の「私的グループによる憲法改正草案に対する所見」という覚書では，1945 年 12 月末に憲法研究会が公表した「憲法草案要綱」について，「この憲法草案に盛られている諸条項は，民主主義的で，賛成できるものである（The provisions included in the proposed constitution are democratic and acceptable）」と評した上で[110]，刑事人権規定の不備について，次のように指摘していた。すなわち，「日本では，個人の権利の最も重大な侵害は，種々の警察機関，とくに特別高等警察および憲兵隊の何ら制限されない行動並びに検察官（検事）の行動を通じて行われた。あらゆる態様の侵害が，警察および検事により，一般の法律の実施に際し，とりわけ思想統制法の実施に際して，行われた。訴追されることなくして何ヶ月も何年間も監禁されることは，国民にとって異例のことではなく，しかもその間中，被疑者からの自白を強要する企てがなされたのである。…拷問を禁止する…規定に加えて，法執行機関がサード・ディグリー〔拷問〕の手段を用いることを少なくするため，刑事被告人は自己に不利益な証言を強要されないことを定める規定，および逮捕された場合ただちに弁護人を依頼する権利を認める規定を，憲法に設けることが必要であると考える。自白は，弁護人の立会いのもとでなされたのでないかぎり，いかなる法廷手続においても，これを証拠にすることができないという憲法上の規定が必要であるとの意見の表明があった。それは，極端な規定である。しかし，日本の法律家には，それは司法の運営を不当に妨げるものではないという意見をもつ者が数多く存する[111]《省略筆者》」と。

GHQ は，このような認識に基づき，刑事手続の改革を民主化のための重要課題の 1 つとして位置づけた。そして，憲法上の刑事人権規定についても，度重なる議論を行った[112]。その結果，1946 年 11 月 3 日，10 ヶ条の刑事人権規定を設けた日本国憲法が官報の号外によって公布された。

第 2 節　現行刑事訴訟法の制定過程と被疑者取調べ

GHQ は，戦前の刑事手続における人権侵害を問題視した。その結果，現行憲法には，詳細な刑事人権規定が設けられるに至った。当時の刑訴法が，アメリカ法の影響を強く受けた現行憲法の理念と乖離したものであることは明らかであった。そこで，刑事訴訟法の制定作業が行われた[113]。以下では，制定過程の細部に立ち入ることは避け，制定過程におけ

---

109 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編『日本国憲法制定の過程―連合国総司令部側の記録による― I 原文と翻訳」（有斐閣，1972 年）9～10 頁。

110 高柳ほか・前掲注（109）36 頁。

111 高柳ほか・前掲注（109）28～30 頁。

112 その過程を詳らかにすることは本稿の目的ではないため，他の先行研究に譲る。詳細な検討を加えているものとして，高野・前掲注（13）110～185 頁がある。

113 刑事訴訟法の制定過程及び関連事項を一覧にまとめた資料として，井上正仁「刑事訴訟

る被疑者取調べに対する問題意識を示すために必要な限りで，簡単に概観する[114]。

現行刑訴法の制定作業は，1945 年秋頃に開始され，1948 年 7 月 5 日に両院の本会議で可決するまで，約 3 年間行われた。この期間は，大別すると 3 つに区分することができるという[115]。(1) 第 1 期は，1945 年秋から，いわゆるマッカーサー草案が示される直前の 1946 年 1 月末頃までの間である。この間の制定作業の主導権は，「ほぼ完全に司法省の手中にあった」とされている[116]。司法省は，省内に設置した司法制度改正審議会[117]の答申である「犯罪捜査ニ関スル人権擁護ノ具体的方策[118]」等を通じて，戦前の行政検束の濫用等を改める必要性を示した[119]。他方で，戦前の人権蹂躙は，「捜査機関ノ権限ガ十分デナイ為」に発生したと理解されていた[120]。そのため，行政検束の廃止等は，捜査機関の強制処分権限拡大と合わせて主張された[121]。その後，いわゆる「刑事局別室」による具体的な立案作業が行われた[122]。ここでも，戦前から引き継がれた「強制処分権限強化論」が維持された。その結果，1946 年 1 月 26 日に示された「刑事訴訟法中改正要綱案」は，捜査機関に強制

法（昭和 23 年法律第 131 号）制定過程年表」ジュリ 551 号（1974 年）59～66 頁がある。また，刑訴法の制定過程に関する詳細な分析として，小田中聰樹『現代刑事訴訟法論』（勁草書房，1977 年）25～139 頁がある。

114 現行刑訴法の制定過程と被疑者取調べの関係の詳細は，多田・前掲注（5）116～145 頁を参照。

115 松尾浩也・勝田成治・團藤重光・羽山忠弘・樋口勝・横井大三「座談会　刑事訴訟法の制定過程」ジュリ 551 号（1974 年）30～31 頁〔松尾浩也発言〕。

116 刑事訴訟法制定過程研究会編「刑事訴訟法の制定過程（3）」法協 91 巻 10 号（1974 年）46 頁〔松尾浩也執筆〕。

117 司法制度改正審議会を設置した目的は，「終戦ニ伴ウ新事態ニ対応スル司法制度ヲ確立スル為，従来ノ制度ニ再検討ヲ加ヘ之ヲ改正スルノ要アリ。之ガ為，司法省内ニ司法制度改正審議会ヲ置キ，司法大臣ノ諮問ニ応ジ，之ニ関スル重要事項ノ審議ヲ為サシメントス」というものであった（刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注（116）48 頁〔松尾浩也執筆〕）。

118 刑事訴訟法制定過程研究会編「刑事訴訟法の制定過程（4）」法協 91 巻 11 号（1974 年）105～106 頁〔松尾浩也執筆〕。

119 行政検束の濫用に対する「反省」は，1945 年 10 月 22 日の「検察機構の整備に関する件」において，既に明確に示されていた。ここでは，「行政検束ニ依ル犯罪捜査ノ慣行ヲ廃絶スル」方針が採られた（刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注（90）104 頁〔松尾浩也執筆〕）。

120 司法制度改正審議会において，「新情勢ニ鑑ミ犯罪捜査ニ関シ人権ヲ擁護スベキ具体的方策如何」を検討していた第 2 諮問事項関係小委員会第 2 回会議における佐藤藤佐司法省刑事局長発言（刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注（116）60 頁〔松尾浩也執筆〕）。

121 行政検束の廃止等と強制権限の強化の「バーター論」も，1945 年 10 月 22 日の「検察機構の整備に関する件」において，既に明確に示されていた。ここでは，「検事補及検事局直属ノ司法警察官吏ヲ創設シ検事，検事補及司法警察官ニ捜査上必要ナル強制権ヲ与フル」方針が示された（刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注（90）104 頁〔松尾浩也執筆〕）。

122 刑事局別室については，松尾ほか・前掲注（115）33～34 頁，刑事訴訟法制定過程研究会編「刑事訴訟法の制定過程（5）」法協 91 巻 12 号（1974 年）47～48 頁〔松尾浩也執筆〕を参照。

処分としての「被疑者訊問権」を認めていた[123]。

もっとも，第 1 期においても，戦前から維持された「強制処分権限強化論」を貫徹するだけの土壌はなかった。大日本弁護士連合会は，1945 年 9 月 24 日に「司法制度改革に関する建議[124]」を行い，同年 10 月には「司法改革同志会の改革意見[125]」を示していた。特に，「司法改革同志会の改革意見」では，「我国に不法逮捕，拷問，其他人権蹂躙の絶えざりしは遺憾なり。これが根絶には種々の法を講ぜざるべからざるも，我国に於て特に留意すべき二点あり」として，(1) 職権濫用罪に対する起訴独占主義の緩和と，(2) 拷問による自白の証拠排除を挙げていた[126]。このように，第 1 期においては，捜査機関の強制処分権限強化を目指す司法省と，これを危惧する大日本弁護士連合会によって，2 つの方向性が提案されていたのである。その結果，上記「刑事訴訟法中改正要綱案」は，弁護権の拡充や暴行等によって獲得した供述の排除等を認めることになった。但し，これらは「強制捜査権行使ノ公正ヲ確保スル為」であった点に留意しなければならない[127]。

(2) 第 2 期は，いわゆるマッカーサー草案が示された 1946 年 2 月 13 日頃から，日本国憲法の公布・施行を経て，日本政府の刑訴法案がまとまる 1947 年 10 月頃までの間である。この時期には，刑事局別室における刑訴法第 1 次案から第 9 次案までの作成と，応急措置法の制定が行われた。第 2 期の特徴は，GHQ による刑訴法改革の構想が示され，日本政府と GHQ の間で折衝が行われたことである[128]。GHQ による最初の意見提案は，1946 年 3 月頃に示された，Anthony J. Maniscalco 等による「刑事訴訟法修正意見」（いわゆる「マニスカルコ案」である。）であった[129]。このように，GHQ による提案によって，戦前の対立構造を維持した第 1 期の議論に初めて変化がもたらされたのである[130]。

GHQ は，第 2 期の早い段階から，秘密交通権の保障や黙秘権告知規定の新設等を提案していた[131]。しかしながら，日本政府は，憲法と同時に施行することを目指した第 6 次案においても，これらを草案に明記していなかった。また，捜査機関に対して，強制処分とし

---

123 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注（118）105～106 頁〔松尾浩也執筆〕。

124 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注（116）47 頁〔松尾浩也執筆〕。

125 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注（116）47～48 頁〔松尾浩也執筆〕。

126 拷問による自白の証拠排除は，「我国大審院は証拠の取捨は裁判官の自由なりとの口実の下に，拷問に依り作成せられたる被告人の自白，及び証人の証言を証拠として採用す。これ起訴官が被告及び証人に自白を強要する要因なり。右の如き不条理なる証拠法則は之を改めざるべからず。この声すでに従前より高しと雖も裁判官は改むることを欲せざるなり」というものであった（刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注（116）48 頁〔松尾浩也執筆〕）。

127 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注（122）54 頁〔松尾浩也執筆〕。

128 司法省刑事局別室は，遅くとも 1946 年 2 月 22 日以前に，GHQ 民間情報部保安課法律班の Anthony J. Maniscalco と接触していたようである（刑事訴訟法制定過程研究会編「刑事訴訟法の制定過程(6)」法協 92 巻 5 号(1975 年) 105～106 頁〔小田中聰樹執筆〕）。

129 マニスカルコ案の仮訳抜粋は，刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注（128）108～126 頁〔小田中聰樹執筆〕を参照。

130 大出・前掲注（106）128 頁。

131 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注（128）107 頁〔小田中聰樹執筆〕。

ての「被疑者訊問」を認めていた[132]。日本政府は，刑訴法制定へ向けて GHQ との接触を開始してからも，戦前から受け継いだ「強制処分権限強化論」を前提とした刑訴法を想定していたのである。そのため，捜査手続を巡って，日本政府と GHQ の意見は鋭く対立した[133]。このような中で，日本国憲法及び応急措置法が施行され，1947 年 8 月中旬から 9 月中旬にかけて，第 7 次案が示された[134]。第 7 次案は，被疑者取調べを任意処分として位置づけたり，接見交通権に関する規定を設ける等，憲法の諸規定に従った刑訴法草案であった[135]。さらに，同年 10 月初頭には第 8 次案が，10 月 20 日には第 9 次案が，それぞれ作成された。

（3）第 3 期は，1947 年 10 月頃から 1948 年 7 月 5 日までの間である。この時期は，日本政府の最終案である第 9 次案を素材として，GHQ と綿密な協議を行った結果，現行法に近い原案を得て，1948 年 5 月 26 日の国会上程・修正を経て，法律として成立するまでの時期である。被疑者取調べとの関係では，第 9 次案も，被疑者と弁護人の間の秘密交通権を保障していなかった。また，黙秘権告知規定も設けていなかった。第 9 次案は，1947 年 10 月に GHQ に提出され，約 5 ヶ月後の 1948 年 3 月から本格的な折衝が始まった[136]。

日本政府と GHQ の折衝は，1948 年 3 月 23 日から同年 4 月 5 日までの間に，刑事訴訟法改正小審議会によって行われた[137]。小審議会における議論は，後述する刑事訴訟法改正協議会の準備的交渉という位置づけであった[138]。GHQ によって提案されていたもののうち，この段階で法案に反映されたのは，接見交通における秘密性の確保のみであった。黙秘権告知規定の明記等については，検察側が強く反対したことにより，後に行われる刑事訴訟法改正協議会まで持ち越されることになった[139]。

刑事訴訟法改正協議会は，1948 年 4 月 12 日から同年 5 月 5 日までの間に，計 16 回に亘って開催された。ここでの協議は，GHQ から提出されたプロブレムシートに沿って進行さ

---

132 厳密に言えば，令状主義の採用に伴い，第 3 次案では捜査機関による強制処分としての被疑者訊問規定が削除されていた。しかしながら，この規定は，第 6 次案によって改めて復活させられた（多田・前掲注（5）129～130 頁）。

133 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲注（128）91～92 頁〔小田中聰樹執筆〕。

134 小田中・前掲注（113）100～103 頁。

135 被疑者に対する取調べが「被疑者訊問」から「被疑者取調べ」に改められたのも，この時期であった。

136 GHQ による審査が遅れた原因は不明である。但し，第 9 次案が作成された 1947 年 10 月頃は，警察法の立案作業が本格化していた時期である。したがって，その立案作業が一定程度落ち着いた後に，刑訴法に関する議論が開始されたと思われる（松尾ほか・前掲注（115）48～49 頁〔勝田成治，樋口勝，横井大三の各発言〕，小田中・前掲注（113）105 頁）。

137 小田中・前掲注（113）106 頁。小審議会の審議は，GHQ の審議担当に応じて，3 グループに分けて進められたという。

138 小田中聰樹「刑事裁判制度の改革」東京大学社会科学研究所編『戦後改革 4　司法改革』（東京大学出版会，1975 年）248 頁。

139 この頃の議論の詳細は，小田中・前掲注（138）245～248 頁，小田中・前掲注（113）106～107 頁を参照。

れた[140]。被疑者取調べとの関係で重要な変更点は，(1) 被疑者取調べは任意捜査に限って行い得るとされたこと，(2) 黙秘権告知規定を新設したこと，(3) 調書の閲覧等に関する規定を新設したこと，(4) 供述録取書の証拠能力について，任意性を厳格に要求するようにしたこと，(5) 起訴状一本主義を採用したこと等である[141]。

刑事訴訟法改正協議会における協議では，GHQ の主導によって，黙秘権[142]や弁護権の実質化等が図られてきた。また，被疑者取調べが任意捜査として位置づけられた。さらに，捜査段階供述の任意性が厳格に審査されることになった。その後，刑事訴訟法小委員会を経て，最終的な刑事訴訟法案が作成された。この法案は，1948 年 5 月 25 日の閣議決定を経て，同月 26 日に国会に上程された。国会では，勾留理由等について若干の修正が加えられた。そして，同年 7 月 5 日の両院本会議で可決され，1949 年 1 月 1 日より施行されることになった。

第 3 章　現行法における被疑者取調べとその問題点

第 1 節　旧刑訴法との連続性

第 1 款　実定法上の連続性

現行刑訴法は，戦前の刑事手続の改善を目指すものであった。このことは，被疑者取調べについても同様である。最も大きな変化は，予審制度が廃止されたことである。また，戦前に行われていた強制処分としての「被疑者訊問」も廃止された。さらに，黙秘権や弁護権等の保障や，当事者主義の導入等により，英米法の色彩を強く帯びることになった。刑訴法の制定に携わった團藤重光は，「新刑事訴訟法の特色を大ざっぱにいえば，当事者主義の強調という一語につきるといってもいいすぎではない。それはまた，大陸法系から英米法系への移行といってもよいであろう。しかもそれは偶然ではなかった。單なる政治情勢の変化という以上に，より深い社会的必然性があったものと考えられる。」と指摘していた[143]。

このように，現行刑訴法は，取調べ依存を改め，物証を中心とする捜査と公判中心主義を志向して制定された。三井誠は，現行刑訴法の立法関係者が描いていた新たな刑事手続

---

140 刑事訴訟法改正協議会における協議の詳細は，小田中・前掲注（113）107～135 頁を参照。なお，プロブレムシートは，「日本人との議論の基礎とするため，争点の簡単な分析と解決のための提案を記したもの」である（Alfred C. Oppler, *Reform of Japan's Legal and Judicial System under Allied Occupation,* 24 WASH L. REV. 290, 303 (1949)）。

141 これらについては，小田中・前掲注（113）107～127 頁，大出・前掲注（106）129～132 頁，多田・前掲注（5）136～143 頁等を参照。

142 日本国憲法および現行刑事訴訟法制定過程における黙秘権に関する詳細な議論については，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 337 号（2011 年）78～120 頁を参照。

143 團藤重光「新刑事訴訟法と当事者主義」法時 20 巻 9 号（1948 年）10 頁。

の在り方について，次のように指摘している。すなわち，「①自白偏重の弊害を避けるため，供述の採取とくに被疑者取調べ中心の捜査形態を改めて，物証を中心とする科学捜査を重視する。証拠方法を『人から物』に移しかえる。②捜査上の制約もあって捜査機関による起訴前の証拠収集には限界が生じ，充分に証拠固めをおこなった起訴形態は採用しがたくなる。③被疑者・被告人の身柄について令状主義が徹底し，ことに起訴後の被告人は身柄不拘束のまま公判審理を受けるのが通常形態となる。④事件の黒白は，公判で決するという公判中心主義が要請されるとともに，その公判審理も伝聞法則の適用により伝聞証拠の活用が制限され，かつ被告人のため審理の迅速化が図られる。⑤従前のような高い有罪率を確保することは容易でなくなる[144]」と。

しかしながら，現行刑訴法の条文を眺めると，憲法の理念に反し，「当事者主義化」を果たせない構造上の問題点が散見される。その最たるものが，刑訴法第 198 条第 1 項但書である。同条項但書は，「被疑者は，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。」と規定することによって，反対解釈の余地を生んだ。その結果，次節で述べるように，捜査・裁判実務では，身体拘束された被疑者が取調べ受忍義務を負うことに疑いがないとされている。また，法第 207 条第 1 項但書が，身体拘束された者について保釈の規定を準用していないため，被疑者保釈が認められていない。これに対しては，立法論ないしは憲法論として，強い批判が向けられている[145]。さらに，法は，いわゆる「代用監獄」への収容を可能にしている。法第 207 条第 1 項が準用する法第 64 条は，「勾留すべき刑事施設」を勾留状に明記することを要求している（旧規定は「勾留すべき監獄」としていた。）。「勾留すべき刑事施設」とは，法務省が管轄する刑事施設（刑事収容施設法第 3 条第 3 号）である。しかしながら，「刑事施設に収容することに代えて」，都道府県警察に設置された留置施設（警察留置場）に留置することが認められている（同法第 15 条第 1 項）。

これらの規定ないしは解釈に共通することは，取調べを目的とした身体拘束を可能にすることである。そして，取調べを目的とした身体拘束（身体拘束を存分に利用した取調べ）の機能をより一層確実なものとしているのが，法第 39 条第 3 項による接見指定である。憲法上の弁護人依頼権（法第 34 条）に基づく接見交通権が，捜査の必要によって譲歩させられることになる。これは，身体拘束された被疑者をさらに孤立無縁にさせる効果をもつ。

法は，取調べを目的とした身体拘束を認めていない。このことは，法の規定（法第 60 条第 1 項各号）のみならず，現行法が目指した当事者主義的捜査構造論や，弾劾的捜査観等の刑訴法理論に照らしても明らかである[146]。また，黙秘権の保障とは相容れない。それに

---

144 三井誠『刑事手続法（1）〔新版〕』（有斐閣，1997 年）7 頁。

145 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣，1958 年）102 頁，田宮裕『捜査の構造』（有斐閣，1971 年）23 頁，村岡啓一「第 34 条」憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社，1997 年）299 頁，後藤昭・白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕』（日本評論社，2013 年）497 頁〔多田辰也執筆〕等。

146 身体拘束の目的に関する筆者の基本的な立場は，安部祥太「第 1 審の無罪判決と控訴審

も関わらず，現行法は，相矛盾する規定を多く設けている。現行刑訴法は，被疑者・被告人の権利保障を充実させ，当事者主義構造を導入し，英米法の理念を大きく反映させようとした。そして，これにより，現行憲法の理念に適合させようと試みた。しかしながら，被疑者を捜査の客体と捉え，供述を得るために身体拘束が有用であるという認識のままに，旧法と連続した形でアメリカ法が継受された[147]。刑訴法は，「憲法の精神を受けて積極的にこれを肉づけしているとはいえず[148]」，憲法と刑訴法の間には乖離が存在するのである[149]。現行刑訴法は，その所期の目標を達成できない構造的な問題を抱えているといえる[150]。

第 2 款　運用上の連続性

戦後の刑事手続は，第 1 款で確認した問題点を有する現行法の運用によって，より一層歪められてきた。端的に言えば，法曹三者の意識が，旧刑訴法下から変わらなかったのである[151]。とりわけ，捜査実務家による意識は，現行憲法及び刑訴法の理念とは大きな隔たりがあった。たとえば，警察庁の加藤孝雄は，「捜査ないし捜査機関が被疑者と対等とすべき論は，被疑者の権利をあまりにも強調しすぎた考えであり，捜査の公益性により被疑者に若干の負担を負わせるのは，国権の発動たる捜査としてけだし当然のこと」であると述べている[152]。また，検察官出身であり，最高裁判事を勤めた亀山継夫も，「戦後の検察の努力の相当部分は，このいわば明治以来の大変革の影響をいかにして最小限にとどめ，効果的に犯罪の大波に対処するかに向けられたといってよい。その解答が，新刑訴をできる限り旧刑訴的に運用するという現在の姿であり，歴史的に見れば成功の評価を与えられるべきものであろう」と述べている[153]。

捜査実務家は，取調べについても，次のように述べている。たとえば，検察官であった本田正義は，被疑者の身体を拘束することや，「理詰め」の取調べ，連日に亘る「長時間」で「しつよう」な自白追及，「大声を張り上げて取り調べるとか数人の取調官が一人の被疑者を取囲んで順次発問するとかいった方法」について，「有形又は無形な力」であると位置づける。そして，「弁護人が毎日被疑者と接見し，黙秘すべきことを慫慂したとすれば，被

における再勾留の可否―最二決平成 23 年 10 月 5 日刑集 65 巻 7 号 977 頁―」青社 43 巻 1 号（2014 年）163～168 頁を参照。

147 この点は，制定当初から自覚されてきた。たとえば，小野清一郎『新刑事訴訟法概論』（法文社，1948 年）はしがき及び 34 頁，團藤重光『新刑事訴訟法綱要〔初版〕』（弘文堂，1948 年）15 頁等。

148 田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』（有斐閣，1972 年）206 頁。

149 杉原泰雄『基本的人権と刑事手続』（学陽書房，1980 年）26 頁。

150 本款で取り上げた各論点は，本章第 2 節以降で改めて詳述する。

151 横山晃一郎『憲法と刑事訴訟法の交錯』（日本評論社，1977 年）10～15 頁。

152 加藤孝雄「接見交通と捜査」警論 36 巻 9 号（1983 年）43 頁。

153 亀山継夫「刑事司法システムの再構築に向けて―主として検察の立場から見た『新刑訴』の回顧と展望―」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集　下巻』（有斐閣，1998 年）14 頁。

疑者から自白を求めることは殆ど不可能」であり，「自白を求める要素となっている前述の圧力が弁護人の力によってかき消されてしまう」という[154]。

このように，現行刑訴法の理念は，とりわけ捜査実務家の意識によって「意図的に歪められてきた」[155]。三井誠は，立法者が描いていた刑事手続の在り方と対比させる形で，1997年当時の刑事手続の形姿について，次のように整理している。「①科学捜査はある程度進んだものの，強力な捜査権限に基づく被疑者取調べを軸とする供述証拠重視の活動が捜査の常態である。②検察官も，積極的に捜査活動に関与した上，独占的に訴追に関する裁量権限を行使し，充分な証拠に裏打ちされた公判維持に確信をもつことのできる事案についてのみ公訴を提起する。③逮捕状や勾留状の発付請求が却下される率はきわめて低く，また被告人の保釈率は 25%程度である。④公判中心主義は実質化せず，公判審理においては，被告人側の同意や伝聞例外によって捜査段階の供述調書が活用され，年を追って審理期間は短縮されている。⑤無罪率は，一部無罪を含めても地裁事件で 0.1%に過ぎない」と[156]。結果として，現行刑訴法の運用は旧刑訴法と連続したものとなり，現行憲法及び刑訴法の理念と実務の間には大きな隔たりが生じることになった。

第 2 節　いわゆる取調べ受忍義務論

法第 198 条第 1 項但書は，「被疑者は，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。」と規定している。従来，逮捕又は勾留されている被疑者は，取調べに応じる義務を負うことを前提に，その義務が身体拘束の理由とされた被疑事実に限定されるか否かが争われていた[157]。その後，捜査・裁判実務は，取調べの必要性を強調しつつ，法第 198 条第 1 項但書の反対解釈を実質的な根拠として挙げ，身体拘束された被疑者に対する「取調べ受忍義務」を認めてきた。これに対して，戦後の刑事訴訟法学は，取調べ受忍義務否定論を激しく展開してきた。

身体拘束下の被疑者であっても，取調べのための出頭・滞留の義務を負わない旨を初めて主張したのは，平野龍一である。平野龍一は，被疑者に対して取調べのための出頭・滞

---

154 本田正義「贈収賄事件と自白の任意性―実務上の立場から」法時 31 巻 9 号（1959 年）17 頁。なお，捜査実務家による「取調べ観」については，友川清中「取調べ―その実情と機能及び重要性」警論 35 巻 9 号（1982 年）75～104 頁，林茂樹「逮捕・勾留中の被疑者の取調べについての一考察（上）（下）」警論 37 巻 11 号，37 巻 12 号（いずれも 1984 年），山崎裕人「『被疑者の取調べ』考」警論 38 巻 8 号（1985 年）62～80 頁，上林清「被疑者供述を効果的に得るための一考察」警論 50 巻 3 号（1997 年）101～122 頁等を参照。

155 村田和宏「接見交通権と取調べの関係について」九法 78 号（1999 年）77 頁。

156 三井・前掲注（144）7 頁。

157 身体拘束の理由とされた被疑事実に限定されると解するものとして，團藤重光『條解刑事訴訟法（上）』（弘文堂，1950 年）366 頁（但し，監獄職員が被疑者を出頭させる義務について言及しているに過ぎない。）。被疑事実に限定されないと解するものとして，宮下明義『新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ―捜査・公訴』（司法警察研究会公安発行所，1949 年）53 頁，平場安治『刑事訴訟法講義〔改訂版〕』（有斐閣，1954 年）340 頁等。

留を義務付けた場合，「実質的には供述を強いるのと異ならない」とした上で，同条項について，「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はない趣旨を，注意的に明らかにした」ものであると説いた[158]。また，田宮裕も，弾劾的捜査観に基づいて，「取調受忍義務（出頭義務）」を明確に否定した[159]。その後，平野龍一も，「取調を受ける義務」自体を否定するに至った[160]。このようにして，いわゆる「取調べ受忍義務否定論」が相次いで展開され[161]，学界において根強い支持を得ることになった[162]。かつて有力に主張された受忍義務肯定説[163]は，少数説になったと言っても過言ではない。

取調べ受忍義務否定論の主たる根拠は，(1) 法は，取調べを目的とする身体拘束を予定していないこと，(2) 取調べを受けることを被疑者に義務づけると，法第 198 条第 2 項及び憲法第 38 条第 1 項に反して，供述を強制する結果にならざるを得ないこと等である[164]。もっとも，一口に「取調べ受忍義務否定論」といっても，法第 198 条第 1 項但書の文言解釈を巡って，いくつかのバリエーションがみられる。代表的な見解は，(1) 法第 198 条第 1 項但書は「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注意的に明らかにしたものにとどまる」とする平野龍一の見解である[165]。また，(2) 法第 198 条第 1 項は，在宅被疑者が取調べ受忍義務を負わないことを規定するに留まり，逮捕・勾留された被疑者については解釈に委ねられているとする見解もみられる[166]。他に，(3) 法第 198 条第 1 項全体は在宅被疑者に対する出頭要求が可能であることを規定したものであり，但書はこの出頭要求が任意であることを示すものであるとする見解や[167]，(4) 法は，身体拘束中の被疑者に対しても原則として取調べ拒否権を認めているものの，法第 198 条第 1 項但書によって，一定の事情（事案の性質・重大性，嫌疑の程度，供述証拠の

158 平野・前掲注（145）106 頁。
159 田宮裕「捜査の構造について」研修 209 号（1965 年）7 頁。
160 平野龍一『刑事訴訟法概説』（東京大学出版会，1968 年）69～70 頁。
161 たとえば，平場安治編『刑事訴訟法要論』（日本評論社，1969 年）86 頁〔光藤景皎執筆〕，田宮・前掲注（145）70 頁，鴨良弼『刑事訴訟法の新展開』（日本評論社，1973 年）210 頁，石川才顕『刑事訴訟法講義』（日本評論社，1974 年）117 頁等。
162 比較的近時の体系書・概説書のうち，受忍義務否定説を採るものとして，光藤景皎『刑事訴訟法 I 』（成文堂，2007 年）98～99 頁，田口守一『刑事訴訟法〔第 6 版〕』（弘文堂，2012 年）121 頁，福井厚編『ベーシックマスター刑事訴訟法〔第 2 版〕』（法律文化社，2013 年）104 頁〔緑大輔執筆〕，上口裕『刑事訴訟法〔第 4 版〕』（成文堂，2015 年）127～130 頁，白取祐司『刑事訴訟法〔第 8 版〕』（日本評論社，2015 年）190 頁等が挙げられる。
163 團藤重光『新刑事訴訟法綱要〔7 訂版〕』（創文社，1967 年）326 頁，柏木千秋『刑事訴訟法』（有斐閣，1970 年）56 頁，高田卓爾『刑事訴訟法〔2 訂版〕』（青林書院，1984 年）335 頁，山崎・前掲注（154）67～69 頁等。
164 平野・前掲注（160）69 頁，後藤昭『捜査法の論理』（岩波書店，2001 年）152 頁等。
165 平野・前掲注（145）106 頁。
166 鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（青林書院，1990 年）83 頁。
167 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣，1996 年）132 頁。

重要性等）があるときは，例外的に拒否権が認められない場合があり得るとする見解[168]等がある[169]。さらに，取調べ受忍義務と出頭・滞留義務を明確に区別し，取調べ受忍義務を否定した上で，身体拘束されている被疑者に出頭拒否や退去の自由はないとする見解[170]も提起されている。

加えて，身体拘束下の取調べは許されないとする主張もある。これは，法第 198 条第 1 項但書の「逮捕又は勾留されている場合を除いては」という文言について，法が身体拘束中の被疑者の取調べ自体を認めておらず，身体拘束されていない被疑者に対してのみ取調べを行い得ることを前提としたものであると解する[171]。また，黙秘権保障と公判中心主義の要請によって，身体拘束中の被疑者に対する取調べが許されなくなる場合を指摘する見解もある[172]。その他に，捜査構造論について，いわゆる「訴訟的捜査観」に立ち，被疑者の弁解を録取する手続としての「取調べ」を認めつつ，証拠収集手段としての積極的な取調べは許されないとする見解がある[173]。

しかしながら，学界においてこれほどまでに強い支持を得た受忍義務否定説も，従前から受忍義務肯定説を前提とする捜査・裁判実務を動かすには至らなかった[174]。その理由は，「取調べ室での濃密な取調べを通じて被疑者の供述を獲得することが，捜査・訴追のため極めて重要であり，また不可欠な場合」があり，「刑事政策上も有益である」と考えられてきたためであると思われる[175]。要するに，捜査手続における身体拘束中の取調べの重要性・不可欠性と，真実発見への強い志向である[176]。また，受忍義務を否定する諸説の解釈が，実務家を納得させるに至っていないことも影響しているであろう[177]。さらに，学説の問題

---

168 三井・前掲注（144）133 頁。

169 学説の整理は，酒巻匡「逮捕・勾留中の被疑者の取調べ受忍義務」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点〔新版〕』（有斐閣，1991 年）57～58 頁を参照。

170 渡辺修『被疑者取調べの法的規制』（三省堂，1992 年）210～211 頁，松尾・前掲注（1）67 頁，寺崎嘉博『刑事訴訟法〔第 3 版〕』（成文堂，2013 年）179～180 頁等。

171 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」新潟 12 巻 2 号（1979 年）5～10 頁，横山晃一郎『誤判の構造―日本型刑事裁判の光と影』（日本評論社，1985 年）65～69 頁。

172 上口裕「身柄拘束中の被疑者取調について」南山 5 巻 1＝2 号（1981 年）119 頁。

173 井戸田侃『刑事手続の構造序説』（有斐閣，1971 年）84 頁，石川・前掲注（161）117 頁等。

174 たとえば，東京地決昭和 49 年 12 月 9 日刑月 6 巻 12 号 1270 頁，東京高判昭和 53 年 3 月 29 日刑月 10 巻 3 号 233 頁，浦和地判平成 2 年 10 月 12 日判時 1376 号 24 頁等を参照。なお，最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 巻 3 号 514 頁は，取調べ受忍義務を肯定する文脈ではないものの，黙秘権との関係で，「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」と判示している。

175 原田明夫「被疑者の取調べ―検察の立場から」三井誠・中山善房・河上和雄・田邨正義編『刑事手続（上）』（筑摩書房，1988 年）181 頁。なお，酒巻・前掲注（169）57 頁を併せて参照。

176 酒巻・前掲注（169）59 頁。

177 三井誠「被疑者の取調べとその規制」刑法 27 巻 1 号（1986 年）174 頁。

点として，受忍義務否定論が受忍義務の有無という直接の論点を超えたところでいかなる帰結をもたらすかについて，具体的な検討がなされてこなかったことも影響しているかもしれない[178]。この点について，後藤昭は，受忍義務否定説を徹底した場合の帰結を描写した[179]。その結果，受忍義務否定論を承認すれば，(1) 被疑者の取調べ拒否権を侵害して獲られた自白は任意性を欠くこと，(2) 被疑者は，身体拘束下にあっても，取調べに応じる条件として，弁護人の立会いを要求することができること，(3) 取調べないしその予定は，接見指定の要件である「捜査のため（の）必要」には当たらないこと，(4) 否認ないし黙秘する被疑者を代用監獄に勾留すべきでないこと等が論理的に導かれるとした[180]。

その後，勾留権限と捜査権限を峻別するという観点から，従来の議論とは異なるアプローチによる受忍義務否定説の主張が試みられた[181]。この見解は，捜査機関は身体拘束されている被疑者を取調室に移動させる権限を与えられていないため，身体拘束された被疑者の出頭・滞留義務は観念し得ないとする。そして，そのために法第 198 条第 1 項但書は「逮捕又は勾留されている場合」を除外したと解する。その結果，捜査機関は，いわゆる一般接見（法第 80 条）の範囲内でのみ，被疑者を取り調べることができるとする。勾留権限と捜査権限の峻別という観点に基づくこの見解は，いわゆる代用監獄との関係で，実況見分への立会い等のために捜査機関が被疑者を連れ出すことに対する疑問と通底する。すなわち，「代用監獄で勾留せよという裁判官の命令を受けて勾留しているのであるから，それを法律の規定に基づかずに捜査機関の判断だけで連れ出せるというのは，実は，不思議なことではなかろうか」という疑問である[182]。勾留権限と捜査権限を峻別して受忍義務を否定する論者は，この疑問について，被疑者を警察留置場から取調室へ連れ出す場合にも妥当すると理解するのである[183]。この見解によれば，未決拘禁の目的を純化させ，取調べ目的での身体拘束を防ぐことができる。しかしながら，取調べ実務との整合等の問題が依然として残されており[184]，支持を得るには至っていない。

1990 年代前半まで盛んに議論されてきた取調べ受忍義務論は，近年では息を潜めつつある[185]。その理由として，(1) 身体拘束下の取調べの必要性を強く認識している捜査機関が，

---

178 このような問題意識を示すものとして，三井・前掲注 (177) 176 頁，酒巻・前掲注 (169) 59 頁，多田・前掲注（5）212 頁等がある。

179 後藤・前掲注（164）151～171 頁。

180 後藤・前掲注（164）170 頁。

181 梅田豊「取調べ受忍義務否定論の再構成」島法 38 巻 3 号（1994 年）1～26 頁，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 3 号（1995 年）73～98 頁等。

182 後藤・前掲注（164）113 頁。

183 梅田豊「いわゆる『取調べ受忍義務』なるものの法的根拠について」愛学 55 巻 1＝2 号（2014 年）3～4 頁によれば，勾留権限と捜査権限を峻別する見解は，後藤昭による上記見解に着想を得たものであるという。

184 後藤・前掲注（164）113 頁。

185 取調べ受忍義務論を正面から取り扱った近時の論稿として，豊崎七絵「取調べ受忍義務否定説の理論的基礎―身体・行動の自由との関係―」『福井厚先生古稀祝賀論文集―改革期の刑事法理論』（法律文化社，2013 年）116～137 頁がある。同稿は，被疑者取調べに

あまりにも当然に取調べ受忍義務を肯定していること，(2) 裁判所も，捜査の必要性を考慮し，取調べ受忍義務を事実上肯定していること，(3) そのために，学界から受忍義務否定論を展開しても，「捜査の必要性」を前に，水掛け論にしかならないこと等が考えられる。そのため，議論の軸は，受忍義務論に代わるようにして，代用監獄問題や被疑者取調べ録音・録画等へと移っていった[186]。現在では，取調べ受忍義務の議論自体を避ける傾向がみられる。しかしながら，受忍義務論は，日本の捜査法が抱える問題が最も先鋭に表れる論点の 1 つである[187]。捜査機関は，現在もなお，取調べ受忍義務を前提としている。法第 198 条第 1 項但書の解釈を含め，取調べ受忍義務論による原理的な問題を改めて議論する余地は大いに残されている。

第 3 節　取調べ目的での未決拘禁の利用―いわゆる「代用監獄」問題を中心に―

取調べ受忍義務論に代わり，1980 年代から新たに議論の中心となったものの 1 つが，取調べを目的とした未決拘禁の改革である[188]。

本来，身体拘束は，取調べを目的として認められる処分ではない[189]。現行法は，捜査段階における身体拘束の目的を，(1) 罪証隠滅の防止と (2) 逃亡の防止（将来の公判への出頭確保）に限定している（法第 60 条第 1 項，第 207 条第 1 項）[190]。仮に取調べを目的とした身体拘束が認められるとすれば，このような身体拘束は被疑者の黙秘権を制約するおそれがある。また，被疑者に証拠方法となることを強制することになるため，当事者主義

関する近時の一連の議論を前に，改めて受忍義務論を検討する必要があるという認識に基づいたものである（同稿 116～120 頁）。

186 もっとも，問題の本質は通底する。すなわち，これらの問題の根底には，身体拘束を取調べ目的で利用することや，取調べが密室で行われ事後的に検証することができないことへの批判が存在する。したがって，次節では，代用監獄問題の現状を確認する。

187 後藤・前掲注（164）171 頁。

188 たとえば，刑事立法研究会編『代用監獄・拘置所改革のゆくえ』（現代人文社，2005 年），福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』（日本評論社，2009 年），葛野尋之『未決拘禁法と人権』（現代人文社，2012 年）等。

189 この点を指摘する論稿は，枚挙に暇がない。ここではさしあたり，後藤・前掲注（164）89～90 頁，後藤昭「未決拘禁法の基本問題」福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』（日本評論社，2009 年）5～6 頁，石田倫識「起訴前勾留の目的と被疑者取調べ―取調べ目的の身体拘束の禁止―」『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）92～115 頁等を挙げる。また，弁護士によるものとして，後藤貞人「逮捕・勾留実務と弁護からみた問題点」刑法 35 巻 2 号（1996 年）281 頁，高野隆「勾留―弁護士の立場から」三井誠・馬場義宣・佐藤博史・植村立郎編『新・刑事手続 I』（悠々社，2002 年）263 頁等がある。なお，安部・前掲注（146）164 頁を併せて参照。

190 もっとも，罪証隠滅を防止するための身体拘束は，当事者主義の理念とは矛盾する。そのため，英米法的当事者主義を採り入れながら，罪証隠滅の防止を勾留の要件として規定した現行法には矛盾が存在すると指摘されている（平野龍一『捜査と人権』（有斐閣，1981 年）23 頁）。この点については，ここでは立ち入らないこととする。

にも反する[191,192]。

しかしながら，日本においては，取調べと身体拘束が密接に結びつけられている。これを可能にしているのが，いわゆる「代用監獄」である。「代用監獄」とは，被疑者・被告人を「刑事施設に収容することに代えて」，警察署内部の留置場に勾留することをいう。刑訴法は，被疑者・被告人の勾留状に「勾留すべき刑事施設」を記載することを要求している（法第 64 条第 1 項，第 207 条第 1 項）。この点について，2007 年に施行した刑事収容施設法は，逮捕又は勾留された者を「刑事施設に収容することに代えて，留置施設に留置することができる」と定めている（刑事収容施設法第 15 条第 1 項）[193]。したがって，被疑者を勾留する際には，刑事施設ではなく，警察署の留置施設に収容することが法律によって認められている。「代用監獄」は，捜査機関が「被疑者の身柄を拘束・管理しその日常生活を支配することから生ずる心理的圧力を取り調べに利用するシステム」であるといわれる[194,195]。そして，「ソフト・ウェアとしての取調受忍義務と相俟って，捜査と拘禁を結合させるハード・ウェアとして機能してきた[196]」。換言すれば，「代用監獄」は，取調べ受忍義務論と結びつくことにより，細部にわたる実体的真実発見を重視し，そのために濃密で徹底した捜査・取調べを求める「精密司法」を支えてきた[197]。

---

191 後藤・前掲注（189）5～6 頁。

192 酒井安行「身体拘束場所―警察に置いてどこが悪い《代用監獄》」法セミ 510 号（1997 年）47 頁は，代用監獄によって取調べと身体拘束が結びつくことによって，延いては憲法の基本精神である人間の尊厳（憲法第 13 条）を脅かすことになると指摘する。

193 監獄法下では，「勾留すべき監獄」として「拘置監」が規定されていた（監獄法第 1 条第 1 項第 4 号）。そして，警察の留置場を「拘置監」に「代用」することが認められていた（監獄法第 1 条第 3 項）。詳細は，林眞琴・北村篤・名取俊也『逐条解説刑事収容施設法〔改訂版〕』（有斐閣，2013 年）75～76 頁を参照。

194 小田中・前掲注（3）224 頁。なお，荒木伸怡「被疑者には『取調べの受忍義務』があるか」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点〔増刊〕』（有斐閣，1979 年）61 頁は，「代用監獄制度において重要なのは，排便をも含む衣食住総てを管理し四六時中監視する警察官である看守と取調官との関係である」と指摘する。また，平野・前掲注（190）169 頁は，「被勾留者にとっては，（自分を逮捕し，その有罪の証拠を集めている一群の人々の管理の下で日常生活を送る）こと自体が大きな心理的圧力である《挿入筆者》」と指摘する。

195 このような圧力の存在は，心理学の立場からも指摘されている。たとえば，浜田寿美男『自白の研究―取調べる者と取調べられる者の心的構造―〔新版〕』（北大路書房，2005 年）377 頁は，代用監獄を「異常な非人間的状況」とした上で，このような状況下では正常な判断はできないと指摘する（同 260～270 頁を併せて参照）。

196 葛野尋之「代用刑事施設問題の現在―2008 年規約委員会勧告から」福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』（日本評論社，2009 年）87 頁。

197 葛野尋之「未決拘禁の司法的コントロールと代用監獄」刑事立法研究会編『代用監獄・拘置所改革のゆくえ』（現代人文社，2005 年）61 頁。また，新倉修「未決拘禁法案のゆくえ―代用監獄は廃止できる？」法時 78 巻 5 号（2006 年）3 頁は，代用監獄について，「『証を得て人を得る』ではなく『人を得て証を得る』という捜査方法と密接不可分であり，『人質司法』の要であって，密室における長時間にわたる取調べを制度的に支えてきた」と指摘する。

なお，日弁連は，代用監獄について，冤罪の温床であると指摘してきた（日本弁護士

捜査機関は，被疑者を警察留置場に勾留する必要性を正面から認めている。警察は，「代用監獄」について，「捜査を適切かつ迅速に行い，事案の真相を明らかにする上で極めて大きな役割を果たしており，今や刑事司法の運用上必要欠くべからざるもの」であるとする[198]。ここでは，「臨機適切な取調べを行うためには…被疑者の勾留場所が捜査機関と近接した場所であること，取調室等の施設が十分に整備されていることの二つの条件が必要《省略筆者》」であるとした上で[199]，拘置所はこれらの条件を満たさないとして，「代用監獄」を「効果的な被疑者取調べの実施」にとって不可欠であると位置づけている[200]。また，検察実務家も，「最長 23 日間という短期間に被疑者からの十分な弁解の聴取その他の捜査を円滑かつ効率的に実施しつつ，被疑者と家族・弁護人等との接見が便利に行われるには，多数の警察官が常駐し，各地域の中心部にきめ細かく設置されている警察署の留置場に被疑者を勾留することが最も現実的な方法」であると指摘している[201]。これらの見解は，未決拘禁を取調べ目的で利用することの「必要性・重要性」を挙げるのみならず，被疑者の身体拘束の長期化回避や家族等との接見の便宜等を挙げ，捜査上も被疑者の権利保障上も「代用監獄」が必要不可欠であるとする[202]。捜査機関は，被疑者を警察留置場に勾留することについて，被疑者の権利保障にも役立つという「恩恵的パターナリズム[203]」の観点からも，

連合会編『誤判原因の実証的研究』（現代人文社，1998 年）413～415 頁等）。

198 警察庁刑事局「『代用監獄』関係資料　警察の留置場を勾留施設とする必要性」警論 31 巻 4 号（1978 年）148 頁。この資料は，1976 年 3 月の法務大臣諮問を受けて，法制審議会監獄法改正部会で審議が行われた際に，警察庁が捜査実務の立場から「警察の留置場を勾留施設とする制度の必要性」についてまとめ，同部会委員に配布したものである（同稿 145 頁）。林ほか・前掲注（193）80～81 頁を併せて参照。

199 警察庁刑事局・前掲注（198）152 頁。

200 このような考え方は，近時も維持されている。たとえば，2005 年 12 月 6 日に開催された第 1 回未決拘禁者の処遇等に関する有識者会議では，当時の警察庁総括審議官であり，のちに警察庁長官を務めた片桐裕も同旨の発言を行っている（http://www.moj.go.jp/KYOUSEI/SYOGU/gijiroku.html）。

また，同会議において，警察庁によって配布されたスライド資料は，「9. 被疑者勾留場所の条件」として，「適正かつ迅速な捜査を行うために必要な被疑者の勾留場所」は，「捜査機関との近接性」と「取調室等の施設設備が十分に整備されていること」の「2 つの条件を充たしていることが不可欠である」とした上で，「これらの条件を充たす施設は警察留置施設だけ」であるとして，「代用刑事施設は不可欠」であると結論づけている（第 1 回未決拘禁者の処遇等に関する有識者会議（平成 17 年 12 月 6 日開催）における警察庁配布資料＜http://www.moj.go.jp/KYOUSEI/SYOGU/shiryo01-02.pdf＞）。

201 菊池浩「逮捕・勾留の場所―検察の立場から」三井誠・馬場義宣・佐藤博史・植村立郎編『新・刑事手続Ⅰ』（悠々社，2002 年）272 頁。

202 捜査機関が警察留置場への勾留を必要とする理由は，主に 2 つ考えられる。1 つは，取調べのために時間や労力を節約することである（捜査の便宜）。もう 1 つは，自白を獲得することである。すなわち，被疑者を 24 時間管理下に置くことによって生じる心理的圧力のもとでなければ，自白を得ることは困難であり，「真相」を解明することができないという理由である（平野・前掲注（190）170 頁）。

203 恩恵的パターナリズムについては，Daniel H. Foote, *The Benevolent Paternalism of Japanese Criminal Justice*, 80 CAL. L. REV. 317 (1992)，ダニエル・H・フット「日米比

その必要性を強調しているのである。

代用監獄問題の本質は，取調べと身体拘束を密接に結びつける点にある[204]。この点を改善するために，1970 年代頃から，警察における捜査業務と留置業務を分離する必要性が強調されるようになった。そして，1980 年には，警察庁組織令の改正により，留置部門を捜査部門から総務部門に移管することになった。これにより，組織上の「捜査と留置の分離」が図られた。しかしながら，この通達後も，留置部門が捜査部門に従属する実態があると指摘されてきた[205]。その後，2007 年に施行した刑事収容施設法は，留置担当官が被留置者に係る犯罪の捜査に従事することを禁じた（刑事収容施設法第 16 条第 3 項）。そして，具体的な措置として，被疑者に対して留置業務を留置担当官が行う旨を告知したり，就寝や食事の時間経過後も引き続いて取調べが行われているときに，留置主任官が捜査主任官に取調べの打切りを要請すること等が行われている[206]。これによって，「捜査と留置の分離」は，以前よりは実現している。この点について，刑事収容施設法の立案者は，次のように説明する。監獄法下では，「（人的組織と物的設備から成る営造物としての）警察の留置場を監獄に『代用』することができる」制度であった。これに対して，刑事収容施設法下では，「刑事施設に収容して処遇される者を留置施設に留置することができるという根拠」を定めるのみである。そのため，かつての「代用監獄制度」を存続させているのではない，と[207]。しかしながら，このような理解はあまりに形式的・観念的なものであろう。また，被留置者出入簿等への記載漏れや，被留置者への利益供与も報告されている[208]。さらに，現実に，代用監獄を利用して被疑者から自白を獲得した「冤罪事件」も数多く報告されている[209]。「留置」が「捜査」に与える影響を完全に遮断することはできていない。

較刑事司法の講義を振り返って」ジュリ 1148 号（1999 年）165～173 頁等を参照。

204 受忍義務否定説を展開した平野龍一は，代用監獄に対しても強い批判を向けていた（平野・前掲注（190）169～174 頁）。このことは，代用監獄が取調べと身体拘束を結びつけ，取調べの強制へと繋がることを危惧するものであろう。この点については，後藤・前掲注（164）168 頁を併せて参照。

205 小池振一郎「逮捕・勾留の場所―弁護の立場から」三井誠・馬場義宣・佐藤博史・植村立郎編『新・刑事手続Ⅰ』（悠々社，2002 年）280 頁。

206 法務省・警察庁「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律の施行状況について」（平成 23 年 5 月）＜http://www.moj.go.jp/content/000074503.pdf＞39 頁。

207 林ほか・前掲注（193）82 頁。

208 法務省ほか・前掲注（206）39～40 頁。

209 日本弁護士連合会「世界も驚く『DAIYO-KANGOKU』―『代用監獄』と国連拷問禁止委員会・人権理事会・自由権規約委員会勧告〔第 4 版〕」（2012 年 12 月）＜http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/publication/booklet/data/daiyou_kangoku_leaflet.pdf＞3～5 頁。なお，「特集 1　21 世紀の行刑改革―未決・既決のありかたを考える（2）」自正 56 巻 10 号（2005 年）11～54 頁，日本弁護士連合会「『代用監獄』の廃止に向けて―代用監獄問題の新段階―〔改定第 2 版〕」（2008 年 2 月）＜http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/publication/booklet/data/daiyou_kangoku.pdf＞等を併せて参照。

また，代用監獄の同房者を利用して自白を獲得した引野口事件（福岡地裁小倉支判平成 20 年 3 月 5 日裁判所ウェブサイト）のような事案もみられる。同事件の評釈として，

現在，被疑者が起訴前に勾留される場合，そのほとんどが刑事施設ではなく警察留置場に収容されている。たとえば，2004 年に警察署内の留置場に収容された勾留被疑者の 1 日平均収容人員は，5,440 人（98.27%）であった[210]。これに対して，同年に拘置所に収容された勾留被疑者の 1 日平均収容人員は，わずか 96 人（1.73%）であった。この割合は，2004 年特有のものではない。むしろ，2007 年に刑事収容施設法が施行され，逮捕又は勾留された者を「刑事施設に収容することに代えて，留置施設に留置することができる」と明文化されてからは，一貫して 98.0%以上の被疑者が警察留置場に収容されている[211]。また，遡っても，少なくとも 1982 年以降，警察留置場に収容された勾留被疑者の割合が 90%を下回ったことはない。

以上のように，捜査段階で身体拘束された被疑者は，そのほとんどが警察留置場に収容される。「代用監獄」は，警察が被疑者の衣食住すべてを支配下に置くことを可能にする。そして，警察留置場に収容した期間を利用して，被疑者に対する熱心な取調べや「説得」が行われる。捜査機関は，「代用監獄」の必要性を説き続けてきた。そして，取調べ受忍義務肯定説と合わせて，日本の「精密司法」を支える「必要不可欠」なものとして維持してきた。このような捜査実務や法の運用には，根強い批判が向けられてきた。しかしながら，現状は，「代用監獄」の廃止はもとより，その運用の縮小も実現していない。

第 4 節　被疑者取調べと権利保障

日本国憲法は，第 31 条以下で，詳細な刑事人権規定を設けている。被疑者取調べとの関係では，第 31 条の「適正手続」の他，第 34 条の「弁護人の援助を受ける権利」，第 36 条の「拷問の禁止」，第 38 条の「黙秘権」及び「自白法則」，「補強法則」が重要である[212]。このうち，取調べ規制のために本稿が重要視するものは，第 38 条の「黙秘権」と，第 34

中島宏「被告人が勾留場所で同房者にした犯行告白の証拠能力を否定した事例」刑弁 55 号（2008 年）172～173 頁，斎藤司「代用監獄への身体拘束を捜査に利用しつつ同房者を通じて獲得した『犯行告白』の証拠能力が否定された事例」速報判例解説 3 号（2008 年）209～212 頁がある。同事件については，横光幸雄「代用監獄の弊害事例 1　福岡県八幡西警察署事件―代用監獄の同房者を利用した違法捜査」自正 56 巻 10 号（2005 年）24～28 頁，横光幸雄「同房者をスパイとした捜査を証拠排除し無罪確定」刑弁 55 号（2008 年）100 頁，豊崎七絵「警察拘禁の実際的意義―引野口事件を素材として」福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』（日本評論社，2009 年）121～139 頁等を参照。

210 以下の記述は，第 1 回未決拘禁者の処遇等に関する有識者会議（平成 17 年 12 月 6 日開催）における法務省配布資料 6-2「勾留被疑者の拘置所への勾留割合の推移」＜http://www.moj.go.jp/KYOUSEI/SYOGU/shiryo01-01.pdf＞による。

211 法務省ほか・前掲注（206）37 頁図表 1「警察が逮捕した被疑者の留置施設への勾留割合」。

212 周知の通り，憲法第 37 条第 3 項の「刑事被告人」に被疑者が含まれるかについては，議論がみられるところである。本稿は，弁護権それ自体を検討するものではないため，この点はさしあたり措く。

条の「弁護人の援助を受ける権利」である。黙秘権及び弁護人の援助を受ける権利は，取調べを事前かつ直接に規制し得るとともに，権利性が明白であるためである。これらの権利は，必ずしも充分に保障されていない。以下では，黙秘権及び弁護人の援助を受ける権利について，判例が採る論理を中心に概観する。

第 1 款　黙秘権

第 1 目　黙秘権の意義

憲法第 38 条第 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，自己負罪拒否権（黙秘権）を保障している[213]。ここでいう「不利益な供述」の強要禁止は，「何人も自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項について供述を強要されないことを保障した」ものであると解されている[214]。この規定を根拠として，被疑者・被告人が黙秘権を有することに争いはない[215,216]。黙秘権の本質は，「個人の人格の尊厳に対する刑事訴訟の譲歩にある」とされている[217]。すなわち，「人格は自律を生命とする。自己保存の本能を克服して，自己を進んで刑罰に服させるのは崇高な善であり，人はそのように行為する道徳的義務を持つ。それは極めて崇高な道徳的義務である。しかし正にその故に他からの強制を許さない。ただ各自の自発的行為にまつだけである。この故に，積極的に自己を有罪に導く行為をとることを法律的に強制しない。まして国家は，個人を保護するためにのみ存在するものである。その目的達成のための手段として，個人の人格を侵害するというのは，自己矛盾である」と説明されている。換言すれば，黙秘は自己防衛本能と密接に結びついており，刑事手続において供述を迫ることは，「自ら進んで死ね，あるいは自ら進んで自分の自由を束縛しろ，と迫ること」を意味する[218]。このように，自己を破壊する行動を採るよ

---

213 憲法第 38 条第 1 項は，「何人も」と規定している。したがって，この条項で保障された人権の主体は，被疑者・被告人に限定されない（すなわち，証人を含むものである。）。また，同条項が保障の対象とする供述は，「自己に不利益な供述」である。これらのことから，同条項で保障された人権は，「自己負罪拒否権」あるいは「自己負罪拒否特権」と称するべきものである。もっとも，本稿の対象は，被疑者取調べである。また，刑訴法が被疑者・被告人に保障する権利は，終始沈黙することが可能な権利である。そのため，本稿では，憲法第 38 条第 1 項で保障された人権についても，「黙秘権」という語を用いる。

214 最大判昭和 32 年 2 月 20 日刑集 11 巻 2 号 802 頁。

215 黙秘権という語に代わって，供述拒否権という語が用いられることもある。しかしながら，両者の概念に実質的な差異はないとされている（河上和雄・中山善房・古田佑紀・原田國男・河村博・渡辺咲子編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕第 6 巻』（青林書院，2011 年）376 頁〔高橋省吾執筆〕）。本稿では，「黙秘権」という語を用いる。

216 自己負罪拒否特権ないしは黙秘権の沿革については，第 2 編第 1 章第 4 節「自己負罪拒否特権の発展」において述べる。

217 平野・前掲注（190）94～95 頁。なお，大阪高判昭和 40 年 8 月 26 日下刑集 7 巻 8 号 1583 頁を併せて参照。

218 渕野貴生「黙秘する被疑者・被告人の黙秘権保障」刑弁 79 号（2014 年）12 頁。

う迫ることは，まさに人間の尊厳を踏みにじることになる[219]。

また，黙秘権は，無罪推定原則や当事者主義等の刑事訴訟法理論や，「歴史的経験を踏まえた現実の必要性に基づく切実な要求」からも導かれる[220]。その他に，個人のプライバシー権の保護[221]や，国家の責任による真相解明という視点[222]が強調されることもある。もっとも，これらの視点は，個人の人格の尊厳に関する説明に集約されるものであろう[223]。

第 2 目　黙秘権告知

以上のような憲法上の黙秘権を前提として，刑訴法は，黙秘権告知を捜査機関に義務づけている（法第 198 条第 2 項）。黙秘権告知には，黙秘権の存在自体を被疑者に知らしめる機能がある[224]。また，告知を行う捜査官に，自戒の機会を提供するとされている[225]。さらに，黙秘権告知の機能のうち，最も重要な点は，取調べに内在する供述を強制する雰囲気を緩和させる点である[226]。このように，黙秘権告知は，黙秘権を実質的・実効的に保障するための保護手段として重要な意義を有する[227]。

ここで，黙秘権自体と黙秘権告知の関係が問題になる。換言すれば，黙秘権告知は，憲法上の黙秘権の内容に含まれるか否かという問題である。最高裁昭和 23 年判決は，裁判所が被告人に対して黙秘権告知を行わなかった事案について，「憲法は…被告人にいわゆる黙秘の権利あることを認めているが…裁判所に対し，訊問の事前にその権利あることを被告人に告知理解せしめ置かねばならぬ手続上の義務を命じていない…それ故かような手続を執らないで訊問したからと言つて…被告人の供述を強要し又は裁判手続に違憲ありと言い得ない《省略筆者》」と判示していた[228]。そして，最高裁は，捜査段階における黙秘権告知についても，上記昭和 23 年判決の考え方を適用した。すなわち，昭和 25 年の最高裁判決は，検察事務官が黙秘権を告知せずに被疑者を取り調べた事案について，昭和 23 年判決を引用し，「この理は捜査官の聴取書作成についても異るところのないことは右判例の趣旨から窺われる。されば…検察事務官がその取調に際し被告人に黙秘権のあることを告知しな

---

219 高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』（現代人文社，2003 年）91 頁，村岡啓一「黙秘権を勧めることは『不適切』弁護か？」刑弁 38 号（2004 年）22 頁，中島洋樹「被疑者・被告人の供述主体性（1）―イギリスにおける黙秘権保障の歴史的展開を手掛かりに―」法雑 51 巻 1 号（2004 年）61～63 頁等。

220 渕野・前掲注（218）11～13 頁。

221 田宮・前掲注（167）334 頁，上口裕「自己負罪拒否特権の意義と射程」村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法〔上巻〕』（日本評論社，2009 年）516～518 頁，緑大輔「被疑者・被告人の『黙秘権』」法セミ 675 号（2011 年）114 頁等。

222 松尾浩也・岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院，2012 年）207 頁〔遠藤邦彦執筆〕。

223 高内寿夫「被疑者取調べの適法性について」國學院 52 巻 4 号（2015 年）127 頁。

224 田口・前掲注（162）132 頁。

225 酒巻匡「捜査の終結・被疑者の権利」法教 368 号（2011 年）71 頁，河上和雄・中山善房・古田佑紀・原田國男・河村博・渡辺咲子編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕第 4 巻』（青林書院，2012 年）178 頁〔河村博執筆〕等。

226 河上ほか・前掲注（225）178 頁〔河村博執筆〕等。

227 法学協会編『註解日本国憲法（上）』（有斐閣，1953 年）661 頁。

228 最大判昭和 23 年 7 月 14 日刑集 2 巻 8 号 846 頁。

かつたからとて所論のような違法はなく，またこれらの取調に基く被告人の供述が任意性を欠くものと速断することもできない《省略筆者》」と判示した[229]。その後，最高裁は，この判決の立場を踏襲している[230]。したがって，最高裁は，黙秘権告知は憲法上の黙秘権の内容に含まれないと解している。

このことは，黙秘権の意義に関する理解と関係していると思われる[231]。最高裁は，黙秘権の意義について，「威力その他特別の手段を用いて，供述する意思のない被告人に供述を余儀なくすることを禁ずる趣旨」であると解している[232]。この判示を前提にすれば，黙秘権侵害は，具体的な強要等によって「現実に」被疑者の供述の自由が侵害された場合にのみ認められるということになる[233]。したがって，黙秘権告知を欠いた「だけ」では，「直ちに」黙秘権を侵害したことにはならない。

このような論理によって，法第 198 条第 2 項が規定する黙秘権告知は，憲法上の要求ではないとされ，黙秘権とは切り離された別個独立のものとして取り扱われている[234]。

第 2 款　弁護人の援助を受ける権利

憲法第 34 条前文は，「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へられなければ，抑留又は拘禁されない。」と規定している。また，憲法第 37 条第 3 項は，「刑事被告人は，いかなる場合にも，資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは，国でこれを附する。」と規定している。被疑者・被告人は，これらの規定を根拠として，弁護人の援助を受ける権利を有する[235,236]。弁護人の援助を受ける権利を具体化したもののうち，被疑者取調べとの関係で特

---

229 最三判昭和 25 年 11 月 21 日刑集 4 巻 11 号 2359 頁。

230 最一判昭和 27 年 3 月 27 日刑集 6 巻 3 号 520 頁，最三判昭和 28 年 4 月 14 日刑集 7 巻 4 号 841 頁，最二判昭和 28 年 5 月 1 日集刑 80 号 49 頁，最二判昭和 36 年 11 月 17 日集刑 140 号 181 頁，最一判昭和 43 年 12 月 19 日集刑 169 号 763 頁，最一判昭和 48 年 12 月 20 日集刑 190 号 989 頁，最三判昭和 59 年 3 月 27 日刑集 38 巻 5 号 2037 頁，最一判昭和 63 年 4 月 28 日集刑 249 号 521 頁等。

231 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―黙秘権告知は黙秘権の内容に含まれるのか」法時 86 巻 5 号（2014 年）113～114 頁。

232 最大判昭和 24 年 2 月 9 日刑集 3 巻 2 号 146 頁。

233 後藤・前掲注（164）156 頁，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求』（日本評論社，2015 年）188 頁等。

234 なお，最高裁は，接見指定規定と憲法 38 条 1 項の関係について判示する文脈で，「不利益供述の強要の禁止を実効的に保障するためにどのような措置が採られるべきかは…立法政策の問題に帰する《省略筆者》」と判示している（最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 巻 3 号 514 頁）。

235 本稿では，「弁護人依頼権」ではなく「弁護人の援助を受ける権利」という語を用いる。この権利は，単に弁護人に依頼し選任する権利に留まらず，実質的な援助を受ける権利であると解するためである。

236 なお，周知の通り，憲法第 37 条第 3 項が「刑事被告人」という文言を用いていることを挙げ，同条項を根拠とする「弁護人の援助を受ける権利」は被告人に対してのみ保障

に重要なのが，接見交通権である。また，解釈論として，被疑者取調べへの弁護人立会権の有無が問題となる。

第 1 目　接見交通権とその指定

法第 39 条第 1 項は，身体拘束中の被疑者・被告人と弁護人等の「自由」かつ「秘密」の接見交通権を保障している[237]。被疑者と弁護人等の接見交通権は，「刑事手続上最も重要な基本的権利に属するもの」であるとともに，弁護人の固有権であるとされている[238]。

他方で，法第 39 条第 3 項は，「捜査のため必要があるとき」に，捜査機関が接見の「日時，場所及び時間」を指定することを認めている[239]。かつては，この接見指定権限の運用を巡って，極めて盛んな議論が展開されていた[240]。その後，日弁連が組織的に接見指定に対する国家賠償請求訴訟に取り組んだ結果，一定の判例が蓄積された[241]。また，2008 年には，最高検察庁及び警察庁が「取調べの適正を確保するための逮捕・勾留中の被疑者と弁護人等の接見に対する一層の配慮について」をそれぞれ発した[242]。同通達は，弁護人から接見の申し出があったときには，被疑者を取調べ中であっても，「できる限り早期に接見の機会を与えるようにし，遅くとも，直近の食事又は休憩の際に接見の機会を与えるよう配慮する」ことを捜査官に要求している。その結果，接見指定自体を巡る争いは少なくなり，実務上は解決された問題であるという認識が高まりつつある[243]。

代わって，被疑者と弁護人の接見内容を捜査機関が聴取する等の事例が散見されるようになった[244]。そこで，近時は，接見指定を巡る問題に代わり，接見交通権の秘密性に関す

されるという解釈が存在する。これに対して，同条項の英文が用いている「the accused」という語は被疑者を含む概念であるとして，被疑者に対しても同条項から弁護人の援助を受ける権利が導かれるとする見解がある。本稿は，弁護権それ自体を検討するものではないため，この点は措く。

237 三井誠「接見交通権問題の現状と今後」法時 65 巻 3 号（1993 年）16 頁。

238 最一判昭和 53 年 7 月 10 日民集 32 巻 5 号 820 頁。

239 同条項の制定過程については，三井誠「接見交通権規定の成立過程」『平野龍一先生古稀祝賀論文集　下巻』（有斐閣，1991 年）261～288 頁を参照。

240 一連の論点等については，三井・前掲注（144）155～166 頁，加藤克佳「被疑者と弁護人の接見交通」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣，2013 年）104～107 頁等が詳しい。また，接見指定を巡る判例の整理については，村岡啓一「被疑者と弁護人の接見交通」法教 389 号（2013 年）4～13 頁を参照。

241 日本弁護士連合会ウェブサイト「接見妨害国賠訴訟（確定勝訴事件）状況」＜http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/committee/list/data/sekken_b_1.pdf＞を参照。

242 両通達は，携帯刑事少年六法編修委員会編『携帯刑事少年六法　2014 年版』（現代人文社，2013 年）163～164 頁に収録されている。

243 日本弁護士連合会接見交通権確立実行委員会編『接見交通権マニュアル〔第 15 版〕』（2014 年）11 頁。

244 緑大輔『刑事訴訟法入門』（日本評論社，2012 年）150 頁は，「接見指定の問題から，秘密交通権の問題へと変化しつつある」と指摘している。接見交通権の秘密性が争われた事案として，大阪高判平成 17 年 1 月 25 日訟月 52 巻 10 号 3069 頁（弁護人が証拠物であるビデオテープを接見の際に再生する旨を申し入れたところ，拘置所職員が接見の条件としてビデオテープの内容確認を求めた事例），最三判平成 17 年 4 月 19 日民集 59

る議論が展開されている[245]。しかしながら，接見指定を巡る「原理的な問題」が解決した訳ではない。現在の判例が，「取調べのために弁護人との接見を後回しにさせるような接見指定を認めているため」である[246]。また，接見交通権の議論の軸が秘密交通権の問題へと移りつつあるとしても，接見指定に関する争点の検討は不可欠である[247]。

最高裁は，接見指定が許される「捜査のため必要があるとき」について，以下のように判示していた。まず，昭和 53 年の杉山事件判決[248]は，接見交通権が「刑事手続上最も重要な基本的権利に属するもの」であることを確認した。他方で，接見交通権は「憲法の保障に由来するもの」であると位置づけた。その上で，「捜査機関は，弁護人等から被疑者との接見の申出があったときは，原則として何時でも接見の機会を与えなければならない」としながら，「現に被疑者を取調中であるとか，実況見分，検証等に立ち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，被疑者が防禦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。また，平成 3 年の浅井事件判決[249]は，接見指定要件には，「間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって，弁護人等の必要とする接見等を認めたのでは，右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合」が含まれるとした。両判決は，「現に被疑者を取調中」である場合や，「間近い時に右取調べ等をする確実な予定」がある場合は，「捜査のため必要があるとき」に該当し，接見の日時・場所・時間を指定し得るとするものである[250]。

そして，平成 11 年に，いわゆる安藤・斎藤事件の大法廷判決が示された[251]。平成 11 年

巻 3 号 563 頁（検察庁舎内に接見に適当な施設がないことを理由に接見を拒んだ事例），鹿児島地判平成 20 年 3 月 24 日判時 2008 号 3 頁（捜査機関が被疑者から接見内容を聴取・録取した事例），福岡高判平成 23 年 7 月 1 日訟月 57 巻 11 号 43 頁（捜査機関が接見内容を聴取し，供述録取書に記載し，証拠調べ請求した事例）等がある。

245 近時の代表的な論稿として，渡辺修「『防御の秘密』と被疑者取調べの法的限界」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集　下巻』（成文堂，2007 年）209～243 頁，岡田悦典「接見交通権における秘密性の基礎」『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）306～328 頁，福島至「接見交通の秘密と防御活動の自由―信書の秘密とカメラ等携行の自由」『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）329～351 頁，指宿信「秘密交通権をめぐって―志布志事件接見国賠裁判を通じて考える」成城 81 号（2012 年）245～271 頁，葛野・前掲注（188）327～357 頁，徳永光「秘密交通権をめぐる議論状況」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）77～92 頁等がある。

246 後藤昭「接見指定権の原理的問題」『福井厚先生古稀祝賀論文集―改革期の刑事法理論』（法律文化社，2013 年）138～139 頁。

247 加藤・前掲注（240）107 頁。

248 最一判昭和 53 年 7 月 10 日民集 32 巻 5 号 820 頁。

249 最三判平成 3 年 5 月 10 日民集 45 巻 5 号 919 頁。

250 井上正仁「被疑者と弁護人の接見交通」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第 6 版〕』（有斐閣，1992 年）43～44 頁は，平成 3 年浅井事件判決について，昭和 53 年杉山事件判決の趣旨を「確認ないし敷衍」したと説明している。

251 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 巻 3 号 514 頁。

大法廷判決は，上記判例を参照しつつ，接見交通権は「憲法の保障に由来するもの」であるという位置づけを踏襲した。そして，接見指定について，「接見交通権の行使と捜査権の行使との間」で「合理的な調整」を図るための「必要やむを得ない例外措置」であるとした。したがって，「接見等の申出があったときは，原則としていつでも接見等の機会を与えなければなら」ず，「『捜査のため必要があるとき』とは，右接見等を認めると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限られ」ると判示した。

しかしながら，大法廷判決は，続いて以下のように述べた。接見等の申出があったときに，「捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分，検証等に立ち会わせている場合，また，間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって，弁護人等の申出に沿った接見等を認めたのでは，右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは，原則として右にいう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。この判示は，「接見の希望と被疑者取調べ等ないしその間近で確実な予定とが抵触する場合には，『原則として』接見指定の要件がある」と理解するものである[252]。その結果，「接見の利益と取調べの利益とが対立する場合に，基本的に取調べの利益を優先させる」ことになり，「接見指定権を自白獲得のために使うことを許容することになる」のである[253]。

最高裁の論理は，延いては，「捜査のため必要がある」という理由により，弁護人の援助を受ける権利と黙秘権を実質的に制約することを許容するものである。確かに，実務上は，接見指定を巡る問題が提起されることは少なくなった。しかしながら，このような「実務上の解決」は，捜査機関による「恩恵的な対応」によってもたらされたものである[254]。被疑者の権利の実質的保障という観点からみれば，接見指定に関する「原理的な問題」は，看過し得ない状態のままである。

第 2 目　取調べへの弁護人立会権

法は，被疑者取調べに弁護人が立ち会うことができるか否かについて，明文規定を設けていない。もっとも，現行憲法及び刑訴法の制定に際して，弁護人立会いに関する議論が展開されていた。GHQ 民政局行政部が発した 1946 年 1 月 11 日付の「私的グループによる憲法改正草案に対する所見」において，「自白は，弁護人の立会いのもとでなされたのでないかぎり，いかなる法廷手続においても，これを証拠とすることができないという憲法上の規定が必要であるとの意見の表明があった」とされている[255]。そして，民政局長宛の「人権に関する小委員会案」では，「自白は，それが被告人の弁護人の面前でなされたものでない限り，効力がない。」と規定していた[256]。しかしながら，その後の議論の過程で，民政局長であった Courtney Whitney によって，同条項は行き過ぎである旨の指摘がなされ

252 後藤・前掲注（246）144 頁。
253 後藤・前掲注（246）150 頁。
254 白取祐司『刑事訴訟法の理論と実務』（日本評論社，2012 年）151 頁。
255 高柳ほか・前掲注（109）29 頁。
256 高柳ほか・前掲注（109）233 頁。

た[257]。その結果，憲法に自白法則を規定すれば足りるとされ[258]，1946 年 2 月 13 日に示されたマッカーサー草案には，弁護人立会いに関する規定は設けられなかった。

現行刑訴法の制定時も，1948 年 6 月 4 日の衆議院司法委員会において，弁護士出身の猪俣浩三によって，弁護人立会権の必要性が説かれていた[259]。これに対して，法務庁事務官であった野木新一は，(1) 取調べに弁護人が立ち会わなくても，公判廷で調書の作成者に対して反対尋問を行うことによって，一定の防禦活動を行うことができること，(2) 旧法と比較すると被疑者の防禦権は拡充されていること等を挙げ，弁護人立会権を明確に否定していた[260]。また，その後の委員会においても，中村俊夫が，「もしも被疑者につけられたる弁護人が，被疑者の取調べに立会えないとすれば，弁護人を被疑者につけるという意味は，大部分抹殺されてしまう」と指摘していた[261]。これに対して，野木新一は，現行法が被疑者の当事者としての地位を高め，黙秘権を規定したことを挙げた上で，「そちらで被疑者の利益というものは，十分保護するということを考えまして，一面取調べに際しましては，弁護人側を立会わせるということは，今の日本の段階におきましては，そこまでさせることは，捜査の敏活に差支えがある」と回答した[262]。

このような経緯により，現行法に弁護人立会権を認める規定が設けられることはなかった。そこで，現行法の解釈論としても，弁護人立会権を導くことはできないという見解が存在する。これは，明文規定の不存在の他に，裁判官が行う第 1 回公判期日前の証人尋問手続や，捜査機関が行う捜索・差押，検証等についても弁護人の立会権が定められていないこととの均衡上，取調べ立会権は認め難いとするものである[263]。加えて，捜査密行原則と抵触するという見解や，捜査機関に認められた取調権を制約することになるという見解も存在する[264]。

これに対して，現行法の解釈論として，弁護人立会権を認める見解がある。弁護人立会権肯定説は，その根拠を巡って，大きく 4 つに分類することができる。(1) 訴訟的捜査構造論を根拠とする見解，(2) 憲法論を根拠とする見解，(3) 取調べ受忍義務否定説を根拠とする見解，(4) 刑訴法の接見交通権を根拠とする見解である。

---

257 高柳ほか・前掲注（109）213 頁。

258 大出良知「刑事弁護の憲法的基礎づけのための一試論」自正 40 巻 7 号（1989 年）124 頁，三井・前掲注（144）167 頁。

259 衆議院司法委員会「第 2 回国会衆議院司法委員会議事録」24 号（1948 年）2～4 頁〔猪俣浩三発言〕。

260 衆議院司法委員会・前掲注（259）4～5 頁〔野木新一発言〕。なお，野木新一は，捜査官が「相当と認める場合」にも弁護人の立会いを否定する趣旨ではないと発言している。

261 衆議院司法委員会「第 2 回国会衆議院司法委員会議事録」37 号（1948 年）2 頁〔中村俊夫発言〕。

262 衆議院司法委員会・前掲注（261）2～3 頁〔野木新一発言〕。

263 石井一正「自白の証拠能力」大阪刑事実務研究会編『刑事公判の諸問題』（判例タイムズ社，1989 年）409 頁等。

264 石井・前掲注（263）410 頁，椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』（信山社，1993 年）120 頁等。

まず，（1）訴訟的捜査構造論を根拠とする見解は，被疑者取調べが弁解録取に限られ，かつこれは被疑者の権利でもあるとした上で，被疑者又は弁護人の要求があれば，立会いを許さなければならないとするものである[265]。次に，（2）憲法論を根拠とする見解は，いくつかのバリエーションがみられる。大別すると，（2-1）憲法第 38 条第 1 項の黙秘権に基づくもの[266]，（2-2）憲法第 34 条の弁護人の援助を受ける権利に基づくもの[267]，（2-3）憲法第 37 条第 3 項の弁護人の援助を受ける権利に基づくもの[268]，（2-4）憲法第 34 条及び第 37 条第 3 項を根拠とするもの[269]，（2-5）憲法第 34 条及び第 38 条第 1 項を根拠とするもの[270]等が主張されている。もっとも，憲法上の諸規定は単一に捉えるべきではなく，総合的に考慮すべきであるという見解もある[271]。この他に，（3）取調べ受忍義務否定説の論理的帰結として弁護人立会権を導く見解や[272]，（4）法第 39 条第 1 項の接見交通権を根拠とする見解[273]，（5）黙秘権と弁護権の関係及び各機能を指摘した上で，黙秘権を確保するために弁護人立会権が不可欠であるとする見解もある[274]。（5）黙秘権を確保するために弁護人立会権が不可欠であるとする見解は，黙秘権と弁護権の関係と関連して，それぞれの権利が二重性を有することに注目する[275]。すなわち，黙秘権は，（a）供述の自由の保護や供述の強要禁止という保護的性格と，（b）取調べにおける被疑者の効果的防禦を可能にするための防禦権的性格を有する。そのため，黙秘権と弁護権が結合するとき，黙秘権の保護的性格は弁護権の保護的機能によって確保され，黙秘権の防禦権的性格は弁護権の参加的機能によって確保される。そして，防禦権的性格を有する黙秘権を確保する手続保障として，弁護権の参加的機能から，取調べ立会権が導かれるとする[276]。この見解は，本稿で取

---

265 井戸田侃「取調の法的規制」熊谷弘・松尾浩也・田宮裕編『捜査法体系 I ―第 1 編逮捕・取調』（日本評論社，1972 年）248 頁。

266 村井敏邦「『ミランダ』への道」法セミ 436 号（1991 年）107 頁，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〔村井敏邦執筆〕，小坂井久「第 38 条第 1 項」憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社，1997 年）440 頁等。

267 芦部信喜編『憲法Ⅲ―人権（2）』（有斐閣，1981 年）151 頁〔杉原泰雄執筆〕等。

268 沢登佳人「憲法・刑事訴訟法英文によれば，検察・警察の取調を受けるとき，被疑者は弁護士のつきそい援助を求める権利を有する」新潟 15 巻 2 号（1983 年）207～208 頁。

269 大出・前掲注（258）129 頁。

270 高田・前掲注（219）100 頁。

271 渡辺・前掲注（170）216 頁，高野隆「被疑者の取調べにどのように対処するか」竹澤哲夫・渡部保夫・村井敏邦編『刑事弁護の技術（上）』（第一法規出版，1994 年）99～100 頁等。

272 後藤・前掲注（164）170 頁。

273 川島健治「身柄拘束下での取調べに対する弁護権」青法 36 巻 2＝3 合併号（1995 年）352 頁。

274 葛野・前掲注（188）195～200 頁。

275 *See* John Jackson, *Re-Conceptualizing the Right of Silence as An Effective Fair Trial Standard,* 58 INT'L & COMP. L.Q. 835, 849-854 (2009).

276 葛野・前掲注（188）198 頁。

り扱う Miranda 法理や欧州人権裁判所による Salduz 判決[277]等が示した弁護人立会権を理論的に説明しつつ，日本においても憲法第 38 条第 1 項及び第 34 条を根拠として，弁護人立会権を導いている。

このように，弁護人立会いに関する論理構成は充分に蓄積している。少なくとも，近時の学界においては，弁護人立会権を認める見解が多数を占めているように思われる。もっとも，現行法の制定当時から，自白の任意性あるいは信用性を保障するために，捜査機関が弁護人を立ち会わせることは差し支えないと解されていた[278]。上記司法委員会においても，野木新一は，捜査官が「相当と認める場合」にまで弁護人の立会いを否定する趣旨ではないと発言している[279]。また，犯罪捜査規範第 180 条第 2 項も，弁護人の立会いを前提としたものであると解し得る[280]。しかしながら，次節「被疑者取調べの実態」で概観するように，現実に弁護人が取調べに立ち会うことは，ほとんどないと言って良い。

第 5 節　被疑者取調べの実態

第 1 款　取調べの実態を把握する困難性と本稿で用いる資料

以上のように，日本における被疑者取調べは，取調べ受忍義務及び代用監獄によって，身体拘束と密接に結び付けられている。また，被疑者の権利を実質的に保障するには至っていない。このような取調べの適正化を論じるためには，現実の被疑者取調べの実態を把握する必要がある。

もっとも，被疑者取調べは「ブラックボックス」の中で行われており，その実態を正確に把握することは極めて困難である。取調べの実態を明らかにするためには，法社会学的なアプローチによって参与観察を行うことが有用であろう。しかしながら，現実に取調べの参与観察が認められることは極めて稀である[281]。そこで，訴訟記録の閲覧によって取調べの実態把握が試みられたことがある[282]。しかしながら，その記録はやや古いものであり，調査した事件数も計 17 件に留まる[283]。これらは，日本において被疑者取調べの実態を調査

---

277 Sulduz v Turkey, (2008) 49 EHRR 421.

278 野木新一・宮下明義・横井大三『新刑事訴訟法概説〔追補訂〕』（立花書房，1949 年）121 頁，宮下・前掲注（157）56 頁等。

279 衆議院司法委員会・前掲注（259）5 頁〔野木新一発言〕。

280 犯罪捜査規範第 180 条第 2 項は，「取調べを行うに当たつて弁護人その他適当と認められる者を立ち会わせたときは，その供述調書に立会人の署名押印を求めなければならない。」と規定している。

281 日本の捜査実務を参与観察した先行研究として，宮澤節生『犯罪捜査をめぐる第一線刑事の意識と行動―組織内統制への認識と反応』（成文堂，1985 年）がある。しかしながら，宮澤節生も，被疑者取調べに立ち会うことはできなかったようである。

282 多田・前掲注（5）146～194 頁。

283 多田辰也による調査は，昭和 57 年中に東京地裁で判決が出され，確定した事件の訴訟記録を調べたものである。17 件の内訳は，殺人事件 3 件，強盗（強盗致傷を含む）事件 3 件，恐喝事件 3 件，常習累犯窃盗 3 件，覚せい剤取締法違反事件 3 件，有印私文書偽

することが困難であることの証左であろう[284]。

この点について，近時，法務省は極めて有益な資料を公表した。それが，「取調べに関する国内調査結果報告書[285]」である（以下，「調査報告書」と称する。）[286]。この調査は，「取調べ録音・録画を行うべき具体的事件や取調べの範囲について検討するためには，まず，実際の取調べ時間など，取調べの実態に関する客観的な統計資料を収集把握する必要がある」として行われた。調査報告書には，(1) 被疑者取調べの時間，(2) 検察官による取調べの実態，(3) 逮捕・勾留中の被疑者と弁護人等の接見等に関する実情，(4) 検事及び警察官を対象としたヒアリング調査等の調査結果が示されている[287]。以下では，この調査報告書に依拠しつつ，日本における被疑者取調べの実態を垣間見てみたい[288]。

第 2 款　取調べ時間に関する調査

(1) 取調べ時間に関する調査[289]は，以下の結果を示している。調査対象となった全事件の取調べ時間の平均は 21 時間 35 分であり，裁判員制度対象事件に限ると 43 時間 14 分であった。このうち，検察官による取調べ時間は，全事件の平均が 2 時間 47 分であり，裁判員制度対象事件の平均に限ると 9 時間 1 分であった。終局処分の種別に分けると，被疑者が起訴された事件の取調べ時間の平均は 23 時間であり，起訴されなかった事件の取調べ時間の平均は 16 時間 56 分であった。取調べ時間の平均を罪名別にみると，裁判員裁判対象事件では，傷害致死事件の平均が 63 時間 24 分，殺人事件の平均が 51 時間 12 分であり，平均を大きく上回った。また，裁判員裁判対象外の事件では，収賄事件の平均が 130 時間 28 分，公職選挙法違反事件の平均が 69 時間 36 分であり，全事件平均を大きく上回った。

造・同行使・詐欺事件 1 件，贈収賄事件 1 件である（多田・前掲注（5）146 頁）。

284 被疑者取調べの透明性確保のために，いわゆる可視化論が主張されてきたことは言うまでもない。

285 法務省「取調べに関する国内調査結果報告書」（平成 23 年 8 月）＜http://www.moj.go.jp/content/000077995.pdf＞。なお，調査報告書は，法制審特別部会第 3 回会議（平成 23 年 9 月 20 日開催）において「配布資料 18-4」として配布された。

286 この調査は，法務省「被疑者取調べの録音・録画の在り方について～これまでの検討状況と今後の取組方針～」（平成 22 年 6 月）＜http://www.moj.go.jp/content/000069882.pdf＞において示された，取調べ実態調査計画に基づくものである。

287 この調査は，録音・録画制度の導入に関する議論のために行われた。そのため，任意性等の争いに関する実情についても極めて詳細に調査が行われている。本稿では，この点についてはさしあたり措く。

288 以下では，調査報告書の内容を詳細に示すことは避け，特徴的な箇所のみを要約して指摘する。詳しくは，調査報告書を直接参照されたい。

289 法務省・前掲注（285）1～6 頁を参照。ここでは，2010 年 9 月 1 日から 9 月 30 日までの 1 ヶ月間に，支部及び区検を含む全地検の検察官が終局処分を行った事件のうち，被疑者が逮捕・勾留された事件を対象に，司法警察職員及び検察官が行った取調べの時間等が調査された。裁判員制度対象事件や贈収賄事件，公職選挙法違反事件については，2010 年 9 月 1 日から同年 11 月 30 日までの 3 ヶ月間に検察官が終局処分を行った事件のうち，被疑者が逮捕・勾留された事件を対象としたものである。

さらに，取調べ時間の最長を罪名別にみると，収賄事件の最長が 249 時間であり，次いで現住建造物等放火事件の最長が 173 時間 52 分，公職選挙法違反事件の最長が 164 時間 7 分であった。検察における弁解録取手続時と終局処分時における認否の経過を分類すると，一貫して自白していた事件が 78.9%，自白から否認に転じた事件が 0.6%，否認から自白に転じた事件が 10.5%，一貫して否認していた事件が 10.1%であった。

以上のことからは，全事件では平均 21 時間超の取調べが行われていること，裁判員裁判対象事件や収賄事件，公職選挙法違反事件等では平均を大きく超えて取調べが行われていること，終局処分時における「自白事件」は 89.4%であり，このうち否認から自白に転じた事件は 10.5%であること等を知ることができる。

第 3 款　検察官による取調べの実態

（2）検察官による取調べの実態に関する調査[290]は，以下の結果を示している。調査対象期間である 30 日の間に，被疑者・参考人に対する取調べは 48,521 回行われ，その合計時間は 40,560 時間であった。身体拘束された被疑者に対する取調べでは，そのうち 71.0%で調書が作成された。また，身体拘束の有無や被疑者・参考人の別を問わずにみると，全取調べの 54.0%で調書が作成された。身体拘束された被疑者に対する取調べは，69.0%が検察庁の取調室（個室）で行われ，大部屋での取調べは 23.4%であった。これに対して，在宅事件の被疑者に対する取調べは，64.9%が大部屋で行われ，検察庁の取調室（個室）で行われた取調べは 19.8%であった。身体拘束の有無を問わずに，検察官による取調べの場所をみると，検察庁内の取調室（個室・大部屋を含む）で行われたものが全体の 87.2%であった。なお，身体拘束された被疑者に対する取調べに限っても，3.6%が警察署で行われ，3.8%が拘置所又は刑務所で行われた（両者の合計回数は 2,065 回である。）。在宅事件の被疑者に対する取調べでは，弁護人が立ち会った回数が 1 回，家族・親族が立ち会った回数が 53 回であった。他方で，身体拘束された被疑者に対する取調べでは，1 度も弁護人や家族・親族の立会いが認められていない。被疑者の属性は，一般被疑者が 7,456 人（79.9%），少年被疑者が 702 人（7.52%），来日外国人が 482 人（5.17%），来日外国人以外の外国人が 246 人（2.64%），暴力団関係者が 444 人（4.76%）であり，合計 9,330 人であった。弁護人選任の割合をみると，一般被疑者の 56.0%，少年被疑者の 35.2%，来日外国人の 44.4%，来日外国人以外の外国人の 52.0%，暴力団関係者の 60.1%で，それぞれ弁護人が選任されていた。弁護人が選任された被疑者は，全 9,330 人のうち，5,033 人（53.9%）であった。

以上のことからは，検察官による取調べは，年間推計で 96 万 716 回，80 万 3090 時間（1 日平均 2,632 回，2,200 時間）に及ぶこと[291]，身体拘束された被疑者の取調べにおいては，

---

[290] 法務省・前掲注（285）6～10 頁を参照。ここでは，2011 年 2 月 1 日から 3 月 2 日までの 30 日間に，調査対象庁である計 20 庁の地検に所属する検察官が行った取調べについて，その対象者，取調べ時間，取調べ回数，取調べ場所，立会人の有無，弁護人選任の有無等が調査された。

[291] 20 庁を対象にした調査結果を基に，全地検の検察官による取調べ回数及び取調べ時間

その約 70%で調書が作成されているものの，参考人を含めると 2 回に 1 回しか取調べが調書化されていないこと，身体拘束された被疑者の取調べの約 70%が検察庁内の取調室（個室）で行われていること，他方で，警察署で取調べが行われたケースも 736 回（3.6%）存在すること，第三者の立会いはほとんど認められておらず，身体拘束された被疑者の取調べに立ち会った者は通訳人のみであること，弁護人を選任していた被疑者は 53.9%であること等を知ることができる。

第 4 款　逮捕・勾留中の被疑者と弁護人等の接見等に関する実情

前節で述べたように，2008 年 5 月，最高検察庁及び警察庁は，「取調べの適正を確保するための逮捕・勾留中の被疑者と弁護人等の接見に対する一層の配慮について」という通達をそれぞれ発した。これによって，捜査官は，被疑者と弁護人等の接見に「一層の配慮」をするよう要求された。調査報告書は，(3) 逮捕・勾留中の被疑者と弁護人等の接見等に関する実情についても，調査・報告している[292]。

この調査によると，調査対象期間に合計 3,280 件の申し出が検察官に対してなされている。そのうち，被疑者からの申し出が 427 件，弁護人等からの申し出が 2,853 件であった。被疑者からの申し出は，弁護人選任の申し出が 98 件，弁護人等と接見したい旨の申し出が 329 件であった。被疑者から接見の申し出があった 329 件のうち，319 件では，検察官は直ちに弁護人等に連絡した。検察官が直ちに弁護人等に連絡しなかった 10 件は，被疑者が指定した弁護人が不在であったものが 4 件，被疑者が拘置所又は警察署に戻ってからの接見を求めたものが 4 件，弁解録取中に申し出があったものの，まもなく弁解録取が終わる見込みであったため，録取終了後に直ちに連絡したものが 1 件，被疑者の供述に基づいて，捜索差押えを要する被疑者車両の所在確認に向かう際に申し出があり，「捜査に顕著な支障を来すおそれ」があったものが 1 件であった（捜査官は，被疑者車両の確認直後に弁護士事務所に連絡したという。）。

弁護人等から接見の申し出があった 2,853 件のうち，取調べ中でないときに申し出がなされたものが 2,543 件，取調べ中に申し出がなされたものが 310 件であった。取調べ中でないときになされた 2,543 件のうち，2,518 件では，検察官は直ちに接見の機会を与えた。検察官が直ちに接見の機会を与えなかった 25 件のうち，弁護人等の申し出が取調べの直前であったものや，弁護人等の接見希望時刻が取調べ実施中であるものが 11 件であり，いずれも取調べ終了後に直ちに接見の機会が与えられた。他に，接見室がすべて使用中であったり，間近に勾留質問が予定されていたものが 14 件存在する。

取調べ中に申し出がなされた 310 件のうち，305 件では，検察官は直ちに接見の機会を

を，平成 21 年度の事件処理件数を踏まえて推計したものである（法務省・前掲注（285）7 頁）。

[292] 法務省・前掲注（285）33～35 頁。ここでは，2010 年 6 月 1 日から 2011 年 5 月 31 日までの 1 年間に，全地検において，被疑者又は弁護人等からなされた接見希望に対して，検察官がいかなる対応を採ったかが調査された。

与え，あるいは直近の休憩等の機会に接見を実施した。残りの 5 件は，検察庁の接見室の利用可能時間外である等の理由があったため，弁護人との協議の上，取調べ終了後に警察署で接見の機会が与えられた。

以上のことからは，被疑者又は弁護人等からの接見の申し出を受けた 3,182 件のうち，3,142 件（98.7%）で直ちに弁護人等との接見の機会が与えられていることを知ることができる。少なくとも，取調べ中でないときに接見の申し出がなされたときは，そのほとんどの場合で，直ちに接見の機会が与えられているようである。もっとも，この調査からは，取調べ中に接見の申し出がなされた 310 件のうち，「直ちに接見の機会を与え，あるいは直近の休憩等の機会に接見を実施した」件数の内訳を知ることはできない。接見の申し出がなされた時点から，「直近の休憩等の機会」までの時間も明らかではない。したがって，現に取調べ中である場合に，「直ちに接見の機会を与えた」件数を知ることはできない。

第 5 款　検事及び警察官を対象としたヒアリング調査

（4）検事及び警察官を対象としたヒアリング調査[293]は，以下の結果を示している。調査を受けた検事及び警察官は，自白がなければ起訴や立件ができない事件が極めて多いと認識しており，捜査にとって不可欠なものであると位置づけている。また，捜査官の中には，いわゆる「取調べにおける刑事政策的な機能」を指摘する者も存在する。ここでは，「罪を犯した人間が，事件について自白し，処分について納得して，刑務所で服役することが再犯防止，ひいては治安の維持につながるのではないか。否認したまま受刑しても，隔離の効果しかなく，出所後には再犯に及ぶ可能性が高いのではないか」という発言が取り上げられている。これは，取調べにあたって，被疑者の犯人性を前提としているとも解することができる。その他，自白がなければ公判が長期化し，「公判が回らなくなる」という危惧が示されている。したがって，自白が「訴訟経済に資する」と考えられているようである。また，「取調べというのは説得の過程が大半」であるとされており，「否認する被疑者を説得して自白を得る場面」が可視化されると，「誰も説得などできない」事態を招き，「自白を獲得することができなくなってしまう」という。このことは，自己に向けられた嫌疑を否認する者を「説得する過程」が極めて重要であることを示している。

第 6 款　調査報告書から見える被疑者取調べの「実態」

調査報告書から窺い知ることができる被疑者取調べを要約すると，以下の通りである。(1) 身体拘束下の取調べは，日常的に数多く行われている。(2) 裁判員裁判対象事件や収賄事件，公職選挙法違反事件等において，取調べ時間が長くなる傾向がある。(3) 終局処分時

293 法務省・前掲注（285）40～41 頁及び別添資料 2。ここでは，「捜査・公判経験の豊富な検事 28 名及び現場の第一線で捜査に従事している又は従事していた警察官 14 名（いずれも既に退職した者を含む。）に加え，取調べでの通訳経験を有する通訳人 7 名」を対象として，個別に聞き取り調査が実施された。

点における「自白事件」は全体の 89.4%であり，このうち，弁解録取時点では否認していた事件が 10.5%である。(4) 身体拘束された被疑者の取調べでは，その約 70%で調書が作成されているものの，参考人を含めると 2 回に 1 回しか取調べが調書化されていない。(5) 第三者の立会いは，通訳人を除き，ほとんど認められていない。(6) 被疑者段階で弁護人を選任していた者は 53.9%である。(7) 取調べ中でないときに接見を希望する旨の申し出がなされた場合は，その大部分で直ちに接見の機会が設けられている。(8) 他方で，取調べ中に接見を希望する旨の申し出がなされた場合に，どの程度の時間が経過してから接見の機会が設けられているかは不明である。(9) 経験豊富な捜査官にとって，取調べや自白は欠かすことができない。(10) 捜査官は，否認する被疑者を「説得」する過程が極めて重要であると認識している。

これらは，多田辰也による訴訟記録の分析調査の結果と通ずるものがある。多田辰也は，17 件の訴訟記録を分析することにより，(1) 身体拘束中の取調べが数多く行われており，その間に弁護人を選任していた者は極めて少ないことと[294]，(2) 多くの被疑者は，熱心な取調べに対して充分に防禦することができないまま捜査段階を終えていることを明らかにした[295]。弁護人選任に関しては，その間に当番弁護士制度が開始・定着したことや，被疑者国選弁護制度が設けられたため，単純比較は困難である。しかしながら，この点を考慮しても，孤立無援の被疑者が熱心な取調べに一人で対峙していることを窺い知ることができる。代用監獄の運用状況や，取調べ受忍義務を肯定する実務，被疑者の権利保障が不充分であること等に照らせば，取調べが被疑者にとって極めて危機的な状況であることは，論を待たないであろう。

この調査報告書からは，被疑者取調べが捜査段階において極めて重要な手続として位置づけられていること，その問題点が依然として解決していないことを読み取ることができる。

第 4 章　国際水準からみる日本の被疑者取調べ

第 1 節　国際条約等の諸規定

ここまで概観したように，日本の被疑者取調べは極めて特徴的である[296]。これは，国際水準に照らすと，より一層顕著である。取調べに関する国際水準を示す文書等として，「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（いわゆる「自由権規約」である。）や，「拷問及

294 多田・前掲注（5）182～194 頁。
295 多田・前掲注（5）192 頁。
296 日本の被疑者取調べのみが特徴的なのではなく，日本の刑事手続全般が特徴的であるとされている。より端的に言えば，「かなり異状であり，病的」であると評されている（平野龍一「現行刑事訴訟の診断」『團藤重光博士古稀祝賀論文集　第 4 巻』（有斐閣，1985 年）407 頁）。この「診断」は，現在の刑事司法にも妥当するものであろう。

び他の残虐な，非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は，刑罰に関する条約」（いわゆる「拷問等禁止条約」である。）がある。

自由権規約は，1966 年に国連総会で採択されたものであり，1945 年に発効した国連憲章に基づいて，1948 年に宣言された世界人権宣言を具体化したものである[297]。日本は，1979 年に自由権規約を批准している。自由権規約のうち，取調べとの関係で重要なものは，以下の条文である[298]。まず，「何人も，拷問又は残虐な，非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受けない」（自由権規約第 7 条前文)。また，何人も，身体の自由を有する（第 9 条第 1 項)。逮捕される者は，その理由を告げられ，自己に対する被疑事実を速やかに告げられる（同条第 2 項)。逮捕又は抑留された者は，裁判官等の面前に「速やかに連れて行かれ」，「妥当な期間内に裁判を受ける権利又は釈放される権利を有する」。裁判に付される者は，身体拘束が原則とされてはならない（以上，同条第 3 項)。自由を奪われた者は，「人道的にかつ人間の固有の尊厳を尊重して」取り扱われる（第 10 条第 1 項）被告人は，「有罪の判決を受けていない者としての地位に相応する別個の取扱い」を受ける（同条第 2 項（a）及び第 14 条第 2 項)。すべての者は，「防御の準備のために十分な時間及び弁護を与えられ並びに自ら選任する弁護人と連絡すること」が十分平等に保障される（第 14 条第 3 項（b))。「自己に不利益な供述又は有罪の自白を強要されないこと」も十分平等に保障される（同条項（g))。

拷問等禁止条約は，1984 年に国連総会で採択された。日本は，1999 年にこれに加入している[299]。拷問等禁止条約における「拷問」とは，「身体的なものであるか精神的なものであるかを問わず人に重い苦痛を故意に与える行為であって，本人若しくは第三者から情報若しくは自白を得ること，本人若しくは第三者が行ったか若しくはその疑いがある行為について本人を罰すること，本人若しくは第三者を脅迫し若しくは強要することその他これらに類することを目的として又は何らかの差別に基づく理由によって，かつ，公務員その他の公的資格で行動する者により又はその扇動により若しくはその同意若しくは黙認の下に行われるもの」をいう（第 1 条第 1 項前文)。締約国は，「自国の管轄の下にある領域内において拷問に当たる行為が行われることを防止するため，立法上，行政上，司法上その他の効果的な措置」を採らなければならない（第 2 条第 1 項)。また，締約国は，「拷問の禁止についての教育及び情報が，逮捕され，抑留され又は拘禁される者の身体の拘束，尋問又は取扱いに関与する法執行の職員…医療職員，公務員その他の者に対する訓練に十分取り入れられること」を確保しなければならない（第 10 条第 1 項)。そして，「拷問が発生することを無くすため，尋問に係る規則，指示，方法及び慣行並びに自国の管轄の下にある

297 福田雅章「国際人権法における被疑者取調べ」井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社，1991 年）306 頁。

298 以下の条文の邦文は，外務省ウェブサイト「国際人権規約」＜http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/index.html＞に掲載されたものを用いた。

299 以下の条文の邦文は，外務省ウェブサイト「拷問等禁止条約」＜http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/gomon/index.html＞に掲載されたものを用いた。

領域内で逮捕され，抑留され又は拘禁される者の身体の拘束及び取扱いに係る措置についての体系的な検討を維持する」必要がある（第 11 条）。さらに，締約国は，「拷問によるものと認められるいかなる供述も，当該供述が行われた旨の事実についての，かつ，拷問の罪の被告人に不利な証拠とする場合を除くほか，訴訟手続における証拠としてはならないことを確保」しなければならない（第 15 条）。

その他の国際文書として，1957 年に国連経済社会理事会で決議された被拘禁者処遇最低基準規則や，1988 年に国連総会で決議された「あらゆる形態の抑留又は拘禁の下にあるすべての者の保護のための諸原則」（いわゆる「被拘禁者保護原則」である。），1990 年に国連総会で決議された被拘禁者取扱基本原則等がある。また，国際学会の決議等として，1959 年 1 月 10 日に採択された，国際法曹委員会第 2 回大会第三部会決議である「デリー宣言」がある。デリー宣言では，司法官憲に引致された後の被疑者・被告人の拘禁を警察に委ねてはならないことが確認された[300]。また，1979 年に開催された第 12 回国際刑法学会における「刑事手続における人権保障」（いわゆる「ハンブルク決議」である。）も，同旨を宣言している[301]。国際刑法学会は，1994 年にも「刑事手続改革の動向と人権保護」（いわゆる「リオデジャネイロ決議」である。）を決議している。これらは，身体拘束された者の外部交通や，弁護士への自由なアクセス等（弁護人立会権を含む）を保障することを要求している。また，身体拘束は「司法の執行の必要性」のためにのみ行わなければならないことを確認している。

これらの国際文書等は，主に，（1）拷問を絶対的に禁じ，（2）身体拘束の目的を「司法の執行の必要性」に純化させ，（3）身体拘束された者の実効的な弁護権を充分に保障するよう要求する点で共通する。翻って，日本の刑事手続は，被疑者を警察留置場へ勾留し，被疑者と弁護人の接見交通の日時・場所・時間を指定する権限を捜査機関に認めた上で，弁護人の立会いがないまま密室で被疑者を取り調べることを容認している。これは，国際水準に照らせば，極めて特異である。

第 2 節　国際社会からの勧告等と日本政府の態度

これらの国際条約等を実効的に履行させるために，各条約に関して批准国の審査が行われている。日本もこの審査を受け，いくつかの勧告をされている。近時のものとして，以下のものが挙げられる。まず，2012 年 12 月に，国連人権理事会によって 2008 年から開始された普遍的定期的審査[302]（Universal Periodic Review: UPR）の第 2 回審査報告書が示

---

300 なお，平野龍一「国際法曹委員会のデリー宣言―法の支配の観念は変った」ジュリ 176 号（1959 年）64～65 頁，五十嵐二葉『テキスト国際刑事人権法総論』（信山社，1996 年）115～117 頁〔五十嵐二葉訳〕を参照。

301 庭山英雄「第三分科会の報告―第 12 回国際刑法学会の報告」刑法 23 巻 3＝4 号（1980 年）369～374 頁，五十嵐・前掲注（300）115～117 頁〔庭山英雄訳〕。

302 人権理事会については，立松美也子「国連人権理事会の成立」山形 37 巻 2 号（2007 年）

された。ここでは，複数の国が，日本における弁護人立会いの実現や警察留置場の廃止等を勧告した[303]。また，2013 年 5 月には，国連拷問禁止委員会（Committee against Torture: CAT）が，日本の第 2 回定期報告に関する最終見解を示した。ここでは，警察留置場の廃止や弁護人立会いの実現[304]，取調べ時間の短縮等を勧告した[305]。さらに，2014 年 7 月には，自由権規約委員会が，日本の第 6 回定期報告に関する最終見解を示した。ここでは，警察留置場への収容を廃止すること，勾留の代替手段を検討すること，すべての被疑者が逮捕時から弁護人を依頼する権利を保障されるようにすること，弁護人が取調べに立ち会うようにすること等を勧告した[306]。

また，NGO 等によるものとして，1989 年の国際人権連盟調査団によるパーカー・ジョデル報告書[307]や，1991 年のアムネスティ・インターナショナルによる「日本の死刑廃止と被拘禁者の人権保障」，1995 年の国際法曹協会（IBA）による調査報告書「代用監獄―日本における警察拘禁制度[308]」及び 2004 年の同報告書「日本における被疑者の取調べ―電磁的記録の導入[309]」等がある[310]。これらの報告書は，一貫して，日本の刑事司法が被疑者を警察留置場へ収容し，取調べのために身体拘束を利用していることを批判している。

国際条約等に基づく刑事司法の国際水準や，日本に対する各種勧告・批判を受けて，日本の刑事法学も，国際人権法に基づいた刑事司法の構築を目指し，議論を蓄積してきた[311]。

87～104 頁，戸塚悦朗「国連人権理事会の制度構築決議―2007 年 6 月 18 日付国連人権理事会決議 5/1『国連人権理事会の制度構築』」龍谷 40 巻 3 号（2007 年）375～414 頁等を参照。UPR 審査については，上田秀明「人権理事会 UPR 日本審査」産法 47 巻 1 号（2013 年）1～15 頁を参照。また，日本弁護士連合会ウェブサイト「UPR（国連人権理事会の普遍的定期的審査）」＜http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/upr.html#upr_2＞も有益である。

303 A/HRC/22/14 (2012).

304 CAT/C/JPN/CO/2 (2013), Para. 10.

305 CAT/C/JPN/CO/2 (2013), Para. 11.

306 CCPR/C/JPN/CO/6 (2014), Para. 18.

307 代用監獄廃止・接見交通権確立委員会編『警察留置場での拘禁―日本の代用監獄制度』（悠久書房，1989 年）9～39 頁，平野龍一「『国際人権連盟』報告書―（パーカー・ジョデル報告書）」法時 61 巻 7 号（1989 年）92～102 頁，刑事立法研究会「国際人権法と代用監獄―NGO 報告『警察留置場での拘禁―1989 年 2 月パーカー・ジョデル報告書』を読む―」國學院 27 巻 2 号（1989 年）83～121 頁を参照。

308 日本弁護士連合会編『代用監獄の廃止と刑事司法改革への提言―国際法曹協会（IBA）の調査レポートと国際セミナーから』（明石書店，1995 年）19～93 頁。

309 日本弁護士連合会編『裁判員制度と取調べの可視化』（明石書店，2004 年）74～117 頁。

310 これらについては，庭山英雄・西嶋勝彦・寺井一弘編『世界に問われる日本の刑事司法―諸外国はどう見ているか』（現代人文社，1997 年）130～191 頁を併せて参照。

311 国際人権法に基づいた議論の起点の 1 つとして，芝原邦爾「刑事手続と国際準則」法学協会編『法学協会百周年記念論文集第 2 巻　憲法行政法・刑事法』（有斐閣，1983 年）615～653 頁を挙げることができる。被疑者取調べの関係で重要なものとして，福田・前掲注（297）303～318 頁，宇藤崇「国際的人権保障と刑事手続」ジュリ 1148 号（1999 年）204～211 頁，五十嵐二葉「国際人権法と刑事訴訟法」村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法〔上巻〕』（日本評論社，2009 年）210～242 頁，葛野・

そして，取調べ中心主義の支柱である代用監獄の廃止を積極的に説いてきた。また，近時は，弁護人立会いや取調べ録音・録画の導入も，国際水準への合致という文脈から強調されてきた。日本の刑事司法が，被疑者を警察留置場に収容し，身体拘束を取調べ目的で利用するという制度的・構造的な問題点を抱えているためである。しかしながら，日本は，その勧告等を受け入れていない。日本政府は，自由権規約委員会からの質問事項に対する第 6 回政府回答の中で，代用刑事施設への収容を「廃止することは現実的ではない」し，「悪用されているとは認識していない」と述べている[312]。また，「取調べ中の弁護人へのアクセス（access to a counsel during interrogations）」について，弁護人立会いに触れず，2008 年に発出された通達「取調べの適正を確保するための逮捕・勾留中の被疑者と弁護人等の接見に対する一層の配慮について」による運用状況を示すのみである[313]。そして，録音・録画の試行状況[314]や，法制審特別部会による録音・録画を具体化する試み[315]，警察庁が発出した「警察捜査における取調べ適正化指針」に基づく取調べ時間の「厳格な制限（strict time limits）[316]」を詳細に説明し，日本の被疑者取調べに対して講じられている配慮を示すのみである。日本政府は，取調べ中心主義の本質的な問題について，国際社会からの批判に正面から応じていない。

第 5 章　被疑者取調べを憲法に基づいて規制する必要性

第 1 節　取調べ中心主義

ここまで，日本における被疑者取調べの特徴を整理し，その問題点を指摘してきた。これらを要約すると，次の通りである。(1) 捜査機関は，取調べを極めて重要な捜査手続の 1 つとして位置づけている。(2) そこでは，訴追・立証のためのみならず，再犯防止や治安維持のためにも自白が必要であるとされ，真実発見が強く希求される。(3) 身体を拘束された被疑者は，そのほとんどが警察留置場に収容され，衣食住その他を四六時中警察に管理される。(4) 身体を拘束され，外部と隔絶された被疑者は，実務上，取調べ受忍義務を負うとされている。(5) そのため，被疑者は，自己の意思で取調室から退去することができず，捜査官による熱心な説得に応じ続けなければならない。(6) この段階で弁護人を選

前掲注（188）125～207 頁等がある。他に，国際人権法の視点から刑事手続全体を見渡すものとして，宮崎繁樹・五十嵐二葉・福田雅章編『国際人権基準による刑事手続ハンドブック』（青峰社，1991 年）がある。また，国際法の視点から日本の刑事拘禁に着目するものとして，北村泰三『国際人権と刑事拘禁』（日本評論社，1996 年）89～183 頁がある。

312 CCPR/C/JPN/Q/6/Add.1 (2014), Para. 133-134.
313 CCPR/C/JPN/Q/6/Add.1 (2014), Para. 150.
314 CCPR/C/JPN/Q/6/Add.1 (2014), Para. 135-147.
315 CCPR/C/JPN/Q/6/Add.1 (2014), Para. 148.
316 CCPR/C/JPN/Q/6/Add.1 (2014), Para. 151-154.

任している被疑者は 6 割以下であり，弁護人による援助を得ることなく取調べに臨む者も少なくない。(7) 仮に弁護人を選任していたとしても，取調べ中にいつでも接見することはできず，取調べ終了直後あるいは「直近の休憩等の機会」まで待たなければならない。(8) 取調べを受ける際に弁護人を立ち会わせ，助言を適宜受けることも認められていない。(9) このような取調べに対しては，国際社会から幾度となく批判が向けられ，改善勧告がなされてきたものの，日本が取調べ中心主義の本質的な問題を改善する様子はみられない。

また，このような取調べの特徴と関連して，供述調書の在り方等も問題となる。すなわち，(10) 調書を作成するか否か，被疑者の供述をどの程度克明に記載するか，いかなる形式で調書を作成するか等，調書の作成方法は捜査官の裁量に委ねられている。そして，(11) 作成した調書は公判廷に顕出され，これに大きく依拠した事実認定が行われる。

このように，日本の刑事司法は，詳密かつ熱心な取調べと，そこで獲得した自白を基軸としており，これらが公判手続にも大きな影響を与えるという特徴を有している。同様の指摘は，既に 1980 年代にも行われていた。三井誠は，上記のように取調べの実態を挙げた上で，「以上の特徴は…ここ 30 年余年間，基本的には継続していると評しても過言ではない《省略筆者》」と指摘していた[317]。この指摘から，さらに 30 年近くの年月が経過した。しかしながら，その間にこれらの問題点が改められることはなかった。日本の刑事司法は，現在もなお，「取調べ中心主義」のままである。

第 2 節　法制審議会―新時代の刑事司法制度特別部会における議論

第 1 款　法制審特別部会

このような取調べは，しばしば供述の強要に繋がり，被疑者の諸権利を侵害する。また，その結果，虚偽自白がなされ，誤判を生むこともある。この点は，従前から認識されてきた[318]。しかしながら，1999 年 7 月に内閣に司法制度改革審議会が設置され，いわゆる司法制度改革が目指された後も，佐賀農協背任事件[319]，志布志事件[320]，氷見事件[321]等が発生した。これらの事件を契機として，捜査機関による自白強要が改めて問題となった[322]。同時

317 三井・前掲注（177）172～173 頁。なお，平野・前掲注（296）407～423 頁を併せて参照。

318 1980年代に続けて明らかとなった四大死刑冤罪事件でも，自白強要が指摘されていた。熊本地裁八代支判昭和 58 年 7 月 15 日判時 1090 号 21 頁，高松地判昭和 59 年 3 月 12 日判時 1107 号 13 頁，仙台地判昭和 59 年 7 月 11 日判時 1127 号 34 頁，静岡地判平成元年 1 月 31 日判時 1316 号 21 頁を参照。

319 佐賀地決平成 14 年 12 月 13 日判時 1869 号 135 頁。

320 鹿児島地判平成 19 年 2 月 23 日判タ 1313 号 285 頁。

321 富山地裁高岡支判平成 19 年 10 月 10 日裁判所ウェブサイト〔LEX/DB：28135488〕。

322 もちろん，この間に，足利事件再審無罪判決（宇都宮地判平成 22 年 3 月 26 日判時 2084 号 157 頁）や布川事件再審無罪判決（水戸地裁土浦支判平成 23 年 5 月 24 日裁判所ウェブサイト〔LEX/DB：25471410〕）等が示されたことも強く影響している。

に，現在の被疑者取調べの密室性を打破する必要性が強固に認識された[323]。

このような中で，2009 年に発生した郵政不正事件と関連して，2010 年 9 月 10 日に，厚労省元局長に対する無罪判決が下された[324]。そして，郵政不正事件の主任検察官による証拠隠滅事件や，主任検察官の上司であった大阪地検特捜部長及び特捜副部長による犯人隠避事件が明らかになった[325]。この事件を契機として，2010 年 10 月 6 日，当時法務大臣であった柳田稔が「検察の在り方検討会議」を設置する方針を公表した[326]。同会議は，合計 15 回の会議を経て，2011 年 3 月 31 日付で「検察の再生に向けて」を提言した[327]。この提言では，捜査過程を透明化するとともに，取調べで獲得された供述調書に依存する捜査・公判を改める必要があることが指摘された[328]。また，「直ちに，国民の声と関係機関を含む専門家の知見とを反映しつつ十分な検討を行う場を設け，検討を開始するべきである」とされた[329]。

これを受けて，2011 年 5 月 18 日付で法務大臣諮問が発せられ[330]，同年 6 月 6 日の法制審議会第 165 回会議において，「新時代の刑事司法制度特別部会」が新設されることになった[331]。法制審議会―新時代の刑事司法制度特別部会（以下，「法制審特別部会」あるいは「特別部会」と称する。）は，2011 年 6 月 29 日以後，合計 19 回の会議を経て，2013 年 1 月に「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」を取りまとめた[332]。そして，この「試案」を土台として，2013 年 3 月から 2014 年 1 月までに，2 つの分科会でそれぞれ合計 10 回の会議を行った。これらを経て，30 回目の会議が開催された 2014 年 7 月 9 日に，「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」を公表した[333,334]。

---

323 これらの詳細は，白取祐司「法制審特別部会は課題に答えたか？」法時 86 巻 10 号（2014 年）4～5 頁を参照。

324 大阪地判平成 22 年 9 月 10 日判タ 1397 号 309 頁。

325 なお，大阪地判平成 23 年 4 月 12 日判タ 1398 号 374 頁，大阪地判平成 24 年 3 月 30 日裁判所ウェブサイト〔LEX/DB：25481020〕及び大阪高判平成 25 年 9 月 25 日高裁刑集 66 巻 3 号 17 頁を参照。

326 検察の在り方検討会議については，法務省ウェブサイト「検察の在り方検討会議」＜http://www.moj.go.jp/kentou/jimu/kentou01_00001.html＞を参照。

327 検察の在り方検討会議「検察の再生に向けて―検察の在り方検討会議提言」（平成 23 年 3 月 31 日）＜http://www.moj.go.jp/content/000072551.pdf＞。

328 検察の在り方検討会議・前掲注（327）24 頁。

329 検察の在り方検討会議・前掲注（327）28 頁。

330 法務大臣諮問第 92 号＜http://www.moj.go.jp/content/000075551.pdf＞。

331 法制審議会第 165 回会議（平成 23 年 6 月 6 日開催）＜http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi03500008.html＞。

332 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」（平成 25 年 1 月）＜http://www.moj.go.jp/content/000106628.pdf＞。

333 法制審議会―新時代の刑事司法制度特別部会「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」（平成 26 年 7 月 9 日）＜http://www.moj.go.jp/content/000125178.pdf＞。

334 法制審特別部会における議論の経緯は，吉川崇「法制審議会における審議の経過と概要」論ジュリ 12 号（2015 年）47～54 頁にまとめられている。

法制審特別部会による「調査審議の結果」のうち，本稿と深く関連するものは，取調べ録音・録画の導入である。これは，裁判員裁判対象事件及び検察官独自捜査事件について，逮捕又は拘束されている被疑者の「供述及びその状況を記録媒体に記録しておかなければならない」とするものである[335]。2000 年代以降の取調べ適正化論は，取調べ録音・録画を中心に展開されてきた[336]。そのため，一定事件において，その全過程を録音・録画する旨を答申したことは，大きな意義がある。その他，「調査審議の結果」は，被疑者国選弁護制度や証拠開示制度の拡充，犯罪被害者等を保護するための方策の拡充等を盛り込んだ。その後，「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」は，法制審議会総会において全会一致で原案通り採択され，直ちに法務大臣に答申することが決定された[337]。これを受けて，内閣は，2015 年 3 月 13 日，刑訴法改正案を閣議決定した[338]。そして，同年 5 月 19 日，法案が衆議院本会議で審議入りした[339]。同年 8 月 5 日，同法案は修正され，衆議院法務委員会で可決され[340]，翌日の 8 月 6 日には衆院本会議で可決された[341]。もっとも，その後の参院法務委員会において，民主党が「ヘイトスピーチ規制法案（人種等を理由とする差別の撤廃のための施策の推進に関する法律案)」を先に審議するよう要求し，刑訴法改正案の審議が進まないまま国会が閉会したため，第 189 回国会での成立は見送られた[342]。そして，9 月 25 日，参議院法務委員会は，刑事訴訟法等の改正案を継続審査することを決定した。もっとも，政府与党は臨時国会の開会に慎重な姿勢を示しており[343]，刑訴

---

335 但し，これには 4 つの例外事由が設けられている。(1) 録音・録画機器の故障等により，記録が困難であると認めるとき，(2) 被疑者の拒否等により，記録すると被疑者が十分な供述をすることができないと認めるとき，(3) 被疑者若しくはその親族の身体・財産に危害が加えられるおそれがあると認めるとき，(4) 当該事件が指定暴力団の構成員によるものであると認めるときである（法制審特別部会・前掲注 (333) 別添「要綱（骨子)」2 頁)。

336 いわゆる「可視化論」の展開については，安部祥太「被疑者取調べの録音・録画と記録媒体の証拠法的取扱い」青山ローフォーラム 3 巻 1 号（2014 年）140～142 頁を参照。

337 法制審議会第 173 回会議（平成 26 年 9 月 18 日開催）＜http://www.moj.go.jp/content/001128030.pdf＞18 頁。

338 たとえば，読売新聞 2015 年 3 月 13 日付夕刊 1 面「司法取引 2 年以内に施行　刑訴法改正案　可視化は 3 年以内　閣議決定」，朝日新聞 2015 年 3 月 14 日付朝刊 5 面「取り調べ可視化わずか　捜査手法は拡大　刑事司法改革案を閣議決定」等。

339 たとえば，朝日新聞 2015 年 5 月 20 日付朝刊 3 面「可視化限定，疑問の声　司法改革案，国会審議入り」等。なお，同日の衆議院本会議議事録は，衆議院ウェブサイト「第 189 回国会本会議第 25 号議事録」（平成 27 年 5 月 19 日）＜http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/000118920150519025.htm＞を参照。

340 朝日新聞 2015 年 8 月 6 日付朝刊 3 面「刑事司法改革，今国会成立へ　録音・録画義務化案，衆院委可決」等。

341 朝日新聞 2015 年 8 月 7 日夕刊 2 面「刑事司法改革法案，衆院を通過」，毎日新聞 2015 年 8 月 8 日付朝刊 3 面「刑事司法改革法案，今国会成立へ　司法取引，両刃の剣」等。

342 産経新聞 2015 年 9 月 5 日付朝刊総合・内政面「司法取引など刑訴法改正案の成立見送り」を参照。

343 たとえば，朝日新聞 2015 年 10 月 20 日付夕刊 2 面「臨時国会，与党は難色　8 会派会

法改正案は成立の目処が立っていない。

第 2 款　「調査審議の結果」の問題点

「調査審議の結果」には，多くの批判が向けられている。まず，取調べ録音・録画制度に対して，(1) 対象事件の少なさと，(2) 例外事由に関する批判が向けられている。(1) 対象事件は，裁判員裁判対象事件及び検察官独自捜査事件である。これらは，年間でおよそ 1,600 件程度であり[344]，全事件の約 2～3%程度であると指摘されている[345]。録音・録画を被疑者が逮捕・勾留されている場合に限定している点にも，批判が向けられている[346]。また，(2) 例外事由についても，例外事由の判断に捜査官の裁量が介入するおそれが指摘されたり，「十分な供述」が得られなくなることを理由とする除外等に対して批判が向けられている[347,348]。

本稿との関係で最も重要な問題点は，法制審特別部会における議論や「調査審議の結果」が，被疑者の諸権利の実質的保障という観点を等閑視したことである。本来，取調べへの過度の依存から脱却し，誤判を防止するためには，「被疑者の防御主体性を強化し，黙秘権をはじめとする各種防御権を実質的・実効的に保障することが重要」である[349]。しかしながら，法制審特別部会において，取調べ受忍義務論や，代用監獄論，黙秘権・弁護人依頼権等の実質的・実効的な保障に関する議論が充分に展開された形跡はみられない。たとえば，取調べ受忍義務論は，「神々の争いとも言うべき議論」として位置づけられた上で，「そういうところにまで踏み込んで議論するつもりですか」と主張され[350]，議論の対象にならなかった。また，弁護人立会権も，「かつてどこかで読んだ教科書の理想型」であるとされ，

談」，朝日新聞 2015 年 10 月 27 日朝刊 4 面「少数派尊重，憲法の趣旨どこへ　臨時国会，内閣は招集しない構え」等を参照。

344 白取・前掲注（323）5～6 頁。

345 小坂井久「スチームローラーが動きはじめる―可視化制度化の意義と実践的展望」自正 65 巻 11 号（2014 年）16 頁，関口和徳「取調べの録音・録画制度」刑弁 82 号（2015 年）71 頁。

346 白取・前掲注（323）6 頁は，被疑者が任意出頭中に取調べを受けた志布志事件のような場合には，録音・録画の対象にならない点を指摘する。

347 葛野尋之「取調べの録音・録画制度」法時 86 巻 10 号（2014 年）18～21 頁，関口・前掲注（345）71～72 頁等。例外事由については，注（335）を参照。

348 その他，「調査審議の結果」が，捜査・公判協力型協議・合意制度や，刑事免責制度の導入，通信傍受の拡大を含んでいることについて，「焼け太り」であると批判されることもある。たとえば，新屋達之「『新時代の刑事手続』のめざす刑事手続像」大宮ロー10 号（2014 年）39 頁を参照。

349 白取・前掲注（323）8 頁。併せて，川崎英明「『新時代の刑事司法制度』を問う」法時 85 巻 11 号（2014 年）51 頁，田淵浩二「捜査法改革の筋道」論ジュリ 12 号（2015 年）111 頁，豊崎七絵「刑事司法『改革』のゆくえ―法制審答申・法律案の問題点」刑弁 82 号（2015 年）69 頁等を参照。

350 法制審議会―新時代の刑事司法制度特別部会第 14 回会議（平成 24 年 10 月 30 日開催）議事録＜http://www.moj.go.jp/content/000105414.pdf＞38 頁〔井上正仁発言〕。

「もっと現実に必要でインパクトのあるところに絞って議論した方が良い」として退けられた[351]。その後，2013 年 1 月に公表された「基本構想」も，取調べへの弁護人立会いについて，「当部会において結論を得ることは困難であり，その要否及び当否も含めて別途検討されるべきである」と述べ，議論を回避している[352]。これらは，取調べ中心主義の問題点に正面から向き合っていないことを端的に示している[353]。その意味で，法制審特別部会は，「誤判の構造的要因である糺問的捜査依存の調書裁判という刑事司法の抜本的改革」を果たしていない[354]。

第 3 節　被疑者取調べを憲法に基づいて規制する必要性

日本の刑事手続は，取調べ中心主義である。その特徴は，身体拘束を利用した熱心かつ長時間の取調べと，被疑者の諸権利の実質的保障に対する意識の希薄さに集約される。この 2 点は，別個独立のものではなく，相互に連関するものである。法制審特別部会も，日本の刑事手続が取調べ中心主義であることを認識し，それを改めるための議論を展開してきたはずである[355]。取調べ中心主義を脱し，法制審特別部会が目指した「取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方の見直し」を図るためには，被疑者の権利を実質的・実効的に保障するという観点を欠くことはできない。そして，その際には，国際的にも極めて詳細である現行憲法の刑事人権規定に基づいて，刑事手続を規律する必要がある。

本稿では，このような問題意識に基づいて，「憲法はどの程度実効的な権利保障を要求しているか」という観点から，被疑者取調べの適正化を検討する。本来は，憲法と刑事訴訟法が「交錯」しない刑事訴訟法解釈論はあり得ない[356]。したがって，「被疑者取調べの憲法的規制」という表題は，ある意味では失当であろう。しかしながら，本編で指摘したように，日本の被疑者取調べは，必ずしも憲法の基本理念に基づいて規制されていない。法制審議会特別部会における議論も，被疑者の権利保障という観点を強調しなかった。その間

---

351 法制審議会―新時代の刑事司法制度特別部会第 10 回会議（平成 24 年 5 月 24 日開催）議事録＜http://www.moj.go.jp/content/000105414.pdf＞20～21 頁〔井上正仁発言〕。

352 法制審特別部会・前掲注（332）21 頁。

353 同様の問題意識に基づくものとして，仙台弁護士会「法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会に対する意見書」（平成 25 年 11 月 14 日）＜http://senben.org/archives/4796＞，青年法律家協会弁護士学者合同部会「『基本構想』に基づく『新時代の刑事司法制度』の立法化に反対する意見書」（平成 26 年 2 月 15 日）＜http://www.seihokyo.jp/seimei/2013/140215-ikensho.html＞等がある。

354 川崎英明「刑事司法改革の原点と『新時代の刑事司法制度』」川崎英明・三島聡編『刑事司法改革とは何か―法制審議会特別部会『要綱』の批判的検討』（現代人文社，2014 年）10～13 頁。

355 法制審特別部会・前掲注（332）2 頁を参照。

356 横山・前掲注（151）はしがき 1 頁。

にも,「大阪東署脅迫事件[357]」等が発生し,取調べの適正化が改めて強く認識されている[358]。

これまでも,「憲法的刑事訴訟観」に基づいた議論が展開されてきた[359]。その多くは,アメリカにおけるデュー・プロセス論に依るものである。被疑者取調べとの関係では,アメリカの Miranda 法理を紹介し,その「導入」を提案するものが多い。しかしながら,アメリカと日本では,法体系や諸制度が大きく異なる。また,Miranda 法理が採用した一律基準があまりに画期的で有名になったため,Miranda 判決全体の論理―特に,修正第 6 条ではなく修正第 5 条に基づいたことの意味―は,必ずしも充分に理解されてこなかったと指摘されてきた[360]。そのため,捜査段階においても弁護人依頼権を保障している日本の憲法第 34 条を前提とすると,Miranda 法理の論理を充分に理解することができない。このような理由により,日本においては,Miranda 法理がある種の「スローガン」に留まり,日本における Miranda 法理の具体的展開を描写し切れずにいたように思われる。そこで,本稿では,アメリカにおける被疑者取調べの憲法的規制について,先行研究を踏まえて再整理する。次いで,日本と法体系が類似した韓国における Miranda 法理の継受と変容を明らかにし,韓国における憲法的刑事訴訟観を描写する。そして,日米韓 3 ヶ国の取調べ規制の差異の背景を探る。その上で,両国から示唆を得て,日本の憲法は何を要求しているかという視座から,日本における被疑者取調べの憲法的規制を具体的に展望し,提案することを試みる。

---

357 大阪地判平成 23 年 4 月 28 日裁判所ウェブサイト〔LEX/DB：25443422〕。

358 2015 年 5 月 19 日に衆院本会議で刑訴法改正案の審議が開始した後にも,次のような国賠訴訟判決が示されている。この国賠訴訟は,ガソリン窃盗事件で誤認逮捕され,その後に起訴が取り下げられた元被告人が起こしたものである。この事件で,大阪府警北堺署の捜査官は,元被告人の男性に対して「汚れた手で子供をなでられるのか」「お前はずっと悪人でいくのか」等と自白を迫ったとされている（朝日新聞 2015 年 6 月 16 日朝刊 1 面「『幸せな人生,変えられた』誤認逮捕の男性,苦悩の 2 年 地裁賠償命令」。なお,朝日新聞デジタル 2015 年 6 月 16 日版「『汚れた手,子供なでられるのか』誤認逮捕で自白迫る」＜http://www.asahi.com/articles/ASH6H5HBYH6HPTIL01T.html＞を併せて参照)。

また,2015 年 10 月 29 日には,神戸地裁が,逮捕監禁罪等で有罪が確定した男性受刑者等が提起した国賠訴訟で,「取調室に 2 日間泊まらせて,監禁に近い状態で自白を得た」と認定した（読売新聞 2015 年 10 月 30 日朝刊 3 面「取り調べ『監禁に近い』,違法捜査で賠償命令」)。

359 代表的なものとして,田宮・前掲注（148),横山・前掲注（151）等がある。また,「憲法的刑事手続」と銘打っているものとして,憲法的刑事手続研究会・前掲注（106),「特集 いまこそ刑事司法改革を―憲法的刑事訴訟法の実現のために」法セミ 510 号（1997 年）35～79 頁,参議院憲法調査会事務局編「憲法的刑事手続の保障に関する主要国の制度」（参憲資料 19 号,2003 年),村岡啓一「憲法的刑事訴訟論」村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法〔上巻〕』（日本評論社,2009 年）29～57 頁,川崎英明「憲法的刑事手続と憲法学への期待」法時 81 巻 5 号（2009 年）57～61 頁及び愛敬浩二「憲法的刑事手続と憲法学の課題」法時 81 巻 5 号（2009 年）61～64 頁等がある。

360 遠藤比呂通「刑事手続における沈黙の自由（2)」法学 53 巻 5 号（1989 年）19 頁,三和結佳「弁護人依頼権―アメリカ合衆国憲法修正 5 条の弁護人依頼権と修正 6 条の弁護人依頼権を中心に―」名城大学大学院法学研究科研究年報 32 集（2004 年）47～75 頁。

第 2 編　アメリカにおける被疑者取調べの憲法的規制―Miranda 法理を中心に―

Miranda 判決[1]以前のアメリカにおける被疑者取調べ（延いては，アメリカにおける捜査実務）では，Third Degree が横行していた[2]。そのため，アメリカ合衆国連邦最高裁判所（以下，「連邦最高裁」と称する。）は，様々な論理を展開し，連邦事件及び州事件における取調べを改めようと尽力した。このような中で，取調べを規制する原理として採用されたのは，いわゆる自白法則であった。その後，McNabb-Mallory ルール等を経て，1966 年に Miranda 判決が示されるに至った。これにより，事後規制のみならず，事前規制の重要性が認識されるようになった。他方で，その後のアメリカにおいては，1968 年に制定された「犯罪防止及び街路の安全に関する総括法」（Omnibus Crime Control and Safe Street Act）第 3501 条をきっかけに，ミランダ判決の影響を弱体化させるような動きもみられた。2000 年の Dickerson 判決は，Miranda 法理が憲法上の原則であることを明らかにしたものの，現在もなお，その評価は一様ではない。

本編では，日韓両国における Miranda 法理の継受と変容を検討する前提として，アメリカにおける被疑者取調べの憲法的規制原理を確認する。ここでは，Miranda 判決以前の取調べ規制原理や，Miranda 判決の法廷意見及び反対意見，Miranda 法理の発展とその後の動向について概観する。また，Miranda 法理の現代的意義を確認する。これらを通じて，アメリカの被疑者取調べに関する憲法的刑事訴訟観を描写する。

第 1 章　Miranda 判決以前の被疑者取調べに対する規制[3]

第 1 節　自白排除法則の変化

---

[1] Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

[2] Report on Lawlessness in Law Enforcement: National Commission on Law Observance and Enforcement, No.11 (1931). *See also,* Note, *The Third Degree*, 43 HARV. L. REV. 617 (1930); Paul G. Cassell, *Miranda's Social Costs: An Empirical Reassessment*, 90 NW. U. L. REV. 387, 473-475 (1996); Richard J. Ofshe & Richard A. Leo, *The Social Psychology of Police Interrogation: The Theory and Classification of True and False Confession,* 16 STUD. L. POL. & SOC'Y 189 (1997); Steven Penny, *Theories of Confession Admissibility: A Historical View,* 25 AM. J. CRIM. L. 309, 335-337 (1998); RICHARD A. LEO, POLICE INTERROGATION AND AMERICAN JUSTICE CH.2 (2008).

[3] 本章を執筆するにあたって，芝原邦爾「捜査段階における自白の許容性―ミランダ事件判決の意味するもの―」ジュリ 356 号（1966 年）106～115 頁，渡辺修『被疑者取調べの法的規制』（三省堂，1992 年）34～56 頁，小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』（成文堂，1995 年）25～54 頁，関口和徳「自白排除法則の研究（2）」北法 59 巻 3 号（2008 年）199～239 頁，堀田周吾「ミランダ・ルールと任意性テスト（1）」首法 54 巻 1 号（2013 年）425～447 頁等の先行研究を参照した。

第 1 款　伝統的なコモン・ロー上の自白法則の受容

Miranda 判決以前のアメリカでは，被疑者取調べを規制する原理として，自白法則がその役割を果たしてきた。もっとも，連邦最高裁が採ってきた自白法則には，いくつかの変遷がみられる。

当初，連邦最高裁は，自白の信用性（reliability）に重きを置き，虚偽であることが疑われる自白を排除する方針を採っていた。すなわち，1884 年の Hopt 判決は，最も信用し得る自白として，「自由かつ任意（freely and voluntarily）」になされた自白を挙げた上で[4]，被告人の恐怖や希望に働きかけるような脅迫又は約束等によってなされた自白は，「無実の者は虚偽自白をすることによって自己の安全を危険に晒したり，自己の利益を害することはないであろうという推定」を覆すと指摘した[5]。これは，1783 年にイングランドで示された Warickshall 判決[6]に由来する，コモン・ロー上の自白法則である[7]。ここでいう自白法則は，当該自白の獲得過程を問題とするものではなく，虚偽であることが疑われる自白を証拠として使用することを問題とするものである（いわゆる「虚偽排除説」である。）。その後も，連邦最高裁は，このようなコモン・ロー上の自白法則を根拠として不任意自白を排除する立場を採った[8,9]。

第 2 款　自己負罪拒否特権に基づく自白排除

他方で，連邦法域に関して，1897 年の Bram 判決は，「アメリカ合衆国内の裁判所における刑事裁判で，不任意を理由として自白の証拠能力が問われた場合には，何人も『刑事事件において，自己に不利な証人になることを強制されない』と規定する，連邦憲法修正第 5 条の当該部分によって規制される[10]」と判示し，自己負罪拒否特権に基づく自白排除を行った。なお，Bram 判決は，自白が「『任意になされたもの』であることとは，『不当な干渉がなければ黙秘し続けたであろうと予想される場合に，被告人がその意思に反して供述することを強いられなかった』ことを意味する[11]」としていることから，任意性は「意思の自由」の問題として位置づけてられていることが窺える。確かに，一定の威迫又は約束に

---

4 Hopt v. Utah, 110 U.S. 574, 584(1884).
5 *Id.* at 585.
6 The King v. Warickshall, 168 Eng. Rep. 234 (K.B. 1783).
7 イギリスの自白排除法則に関する邦語文献は，戒能通孝『自白と裁判』（日本評論社，1951 年）31～58 頁，岡部泰昌「英国における自白法則」名城 37 巻別冊（1988 年）309～338 頁，多田辰也『被疑者取調べとその適正化』（成文堂，1999 年）314～329 頁，稲田隆司『イギリスの自白排除法則』（成文堂，2011 年）1～62 頁等を参照。
8 *See e.g.,* Pierce v. United States, 160 U.S. 355 (1896); Wilson v. United States, 162 U.S. 613 (1896).
9 後述するように，デュー・プロセスに基づく任意性テストが確立した後も，1944 年の Lyons 判決や 1953 年の Stein 判決等，虚偽排除説に基づいて自白を排除したと思われるものがみられる。
10 Bram v. United States, 168 U.S. 532, 542 (1897).
11 *Id.* at 549.

よる自白を排除する伝統的なコモン・ロー上の自白法則にも，「供述の自由の保護」に資する側面を認めることができる。しかしながら，これはあくまでも「信用性のない自白を排除することの副次的効果」に過ぎなかった。また，歴史的にも，自己負罪拒否特権が「信用性のない証拠」に対する防禦手段として発展してきた事実は認められない。この点，Bram 判決は，自白を排除するにあたって，沿革的には自白法則と交錯することのない「自己負罪拒否特権の保障」という視点を取り入れ，自白の「任意性」の概念に人権保障の観点を盛り込もうと試みた。ここに，Bram 判決の意義があると指摘されている[12]。Bram 判決は，不任意自白の使用は修正第 5 条の自己負罪拒否特権に反するとして，当該自白の排除を行った。しかしながら，このような自白排除は，Miranda 判決の登場までは「忘れられた存在」となっていた[13]。1964 年に Malloy 判決[14]が示されるまでは，修正第 5 条は連邦政府のみを規制する原理であり，州政府を規制する原理ではないと考えられていたためである[15]。また，発展の沿革が異なる自白排除法則と自己負罪拒否特権を結びつけたことに対する批判も，影響しているかもしれない[16]。

第 3 款　デュー・プロセスに基づく自白排除（due process voluntariness test）

第 1 目　組入れ理論

ここで，デュー・プロセスに基づく自白排除に関する諸判例の変遷を辿る前に，「組入れ理論（incorporation theory）[17]」について，必要な限度で確認しておく。デュー・プロセスに基づく自白排除の理論的枠組みは，組入れ理論が前提となるためである。組入れ理論とは，連邦憲法修正条項を州へ適用する際の理論である。アメリカは連邦制度を採用しており，連邦憲法は州への介入を極力控えるという理念の下に制定された[18]。したがって，修

---

12 以上，鈴木茂嗣「被疑者の取調と自白法則―アメリカにおける自白法則の発展を中心に―」刑法 15 巻 3＝4 号（1968 年）343～344 頁。

13 YALE KAMISAR ET AL., MODERN CIMINAL PROCEDURE: CASES, COMMENTS & QUESTIONS 565 (13th. 2012). *See also,* Laurence A. Benner, *Requiem for Miranda: The Rehnquist Court's Voluntariness Doctrine in Historical Perspective*, 67 WASH. U. L. Q. 59, 107-113 (1988).

14 Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

15 PHILLIP E. JOHNSON, CASES AND MATERIALS ON CRIMINAL PROCEDURE 451 (3d ed. 2000); Charles D. Weisselberg, *Mourning Miranda*, 96 CAL L. REV. 1519, 1525, Fn.17 (2008).

16 *See e.g.,* Charles T. McCormick, *The Scope of Privilege in the Law of Evidence*, 16 TEX. L. REV. 447, 453 (1938).

17 *See e.g.,* Bryan H. Wildenthal, *The Road to Twining: Reassessing the Disincorporation of the Bill of Rights*, 61 OHIO ST. L. J. 1457 (2000); George C. Thomas Ⅲ, *When Constitutional Worlds Collide: Resurrecting the Framers' Bill of Rights and Criminal Procedure,* 100 MICH. L. REV. 145 (2001); Jerold H. Israel, *Free-Standing Due Process and Criminal Procedure: The Supreme Court's Search for Interpretive Guidelines*, 45 ST. LOUIS U. L. J. 303 (2001).

18 連邦憲法及び権利章典の制定過程に関して比較的詳細な邦語文献として，田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』（東京大学出版会，1968 年）51～136 頁，阿部竹松『アメリカ憲

正条項は連邦のみを規制するものであると考えられていた[19]。しかしながら，1868 年に採択された修正第 14 条の保障範囲を巡って，修正条項の人権規定が州にも適用されるか否かが関心事となったのである。

州の刑事手続への介入についてみると，当初は立法に基づくものが多かった[20]。その後，1930 年代頃より，司法による介入がみられるようになった。この嚆矢とされているのが，弁護人依頼権と関連して後述する 1932 年の Powell 判決である。Powell 判決は，「告知と聴聞」について，「憲法上のデュー・プロセスの要求の基本的な要素を構成する[21]」ものであり，「弁護人の援助を受ける権利は，権利を主張する当事者によって要求され，提供されたときには，聴聞に含まれる[22]」と判示した。これによって，修正第 6 条の弁護人依頼権が，修正第 14 条を介して州にも適用されることが明らかになったのである。

連邦が州へ介入するアプローチとしては，2 つの考え方が主張されてきた。「全面的組入れ理論（total incorporation theory）」と「選択的組入れ理論（selective incorporation theory）」である。「全面的組入れ理論」は，修正第 1 条から修正第 8 条がそのまますべて州に適用されるとする考え方である[23]。これに対して，「選択的組入れ理論」は，基本的な権利のみが選択的に州に適用されるとする考え方である[24,25]。連邦最高裁は，自己負罪拒否特権と関連して後述する 1937 年の Palko 判決によって，「選択的組入れ理論」を採用することを明らかにした。また，修正条項を州に適用する際には，当該権利が「秩序ある自由体系の本質的な構成要素（the very essence of a scheme of ordered liberty）[26]」であるか否かという基準によって判断するとした。

このように，当時の連邦最高裁は，選択的組入れ理論を採用し，修正条項に規定された各権利が「基本的公正（fundamental fairnesss）」にとって不可欠であるか否かという基準で，州への適用可否を判断した。そして，1960 年代の Warren 判事による一連の刑事司法革命を経て，今ではほとんどの権利が州へ適用されることになった[27]。したがって，事実上，

法〔第 3 版〕』（成文堂，2013 年）18～45 頁等がある。

19 *See* Barron v. Mayor and City Council of Baltimore, 32 U.S. 243 (1833); Slaughter House Cases, 83 U.S. 36 (1873).

20 *See* 18 U.S.C. §2421; 18 U.S.C. §§2312-2313.

21 Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 68 (1932).

22 *Ibid.*

23 当時の連邦最高裁では，Hugo Black 判事が中心となって主張していた見解である（*See* Adamson v. California, 332 U.S. 46, 71-72 (1947) (Black, J., dissenting)）。

24 当時の連邦最高裁では，Benjamin Cardozo 判事及び Felix Frankfurter 判事が中心となって主張していた見解である（*See* Adamson v. California, 332 U.S. 46, 66 (1947) (Frankfurter, J., concurring)）。

25 *See* JEROLD H. ISRAEL & WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL PROCEDURE: CONSTITUTIONAL LIMITATIONS 10-26 (7th ed. 2006).

26 Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937).

27 現在，州への適用が認められていないもののうち，刑事手続と関連するものは，修正第 8 条の過度な保釈金の禁止，過重な罰金の禁止，修正第 6 条の「犯罪地（vicinage）」の陪審裁判の保障等である（*See* ISRAEL & LAFAVE, *supra* note 25, at 18-19）。

組入れ理論は決着した議論である。しかしながら，以下で詳述するデュー・プロセスに基づく自白排除が行われていた頃は，まだ州への適用が宣言されていない権利も少なくなかった。このような状況下で，連邦最高裁が州事件における不任意自白を排除するためには，修正第 14 条のデュー・プロセス条項に根拠を求める他なかったのである。

第 2 目　デュー・プロセスに基づく自白排除の試み

既に概観したように，連邦最高裁は，州裁判所の判決が連邦憲法に違反していなければ，州裁判所の判断に介入することができない。そのため，当初の連邦最高裁は，州事件における不任意自白を排除するにあたり，連邦憲法修正第 14 条のデュー・プロセスにその根拠を求めた（due process voluntariness test）[28]。デュー・プロセスに基づく自白排除の嚆矢とされているのが，1936 年の Brown 判決である。この事件では，白人の保安官が，殺人被疑事件の黒人被疑者を木に縛り付けたり全裸にし，鞭で打ちつけて獲得した自白の許容性が争われた。連邦最高裁は，その冒頭で，「本件の争点は，州の捜査官の蛮行と暴力（brutality and violence）によって獲得されたことが明らかな自白のみに依拠した有罪判決が，合衆国憲法修正第 14 条によって要求されるデュー・プロセスと合致するか否かである[29]」と問題を整理した。その上で，「本件上告人等の自白を獲得するために用いられた方法よりも，より正義感に反する方法（methods more revolting to the sense of justice）を想定することは困難であり，このようにして獲得された自白を有罪及び量刑の基礎として使用することは，デュー・プロセスに対する明白な違背である[30]」として，自白の証拠能力を否定した。また，1940 年の Chambers 判決も，白人が殺害された強盗殺人被疑事件の捜査で，周辺に住む数十人の黒人を無令状で連行し，5 日以上取調べを行って獲得した自白について，被告人等は「最も強靭な気力と最も頑強な抵抗力（the strongest nerves and the stoutest resistance）さえも打ちのめすように計算された状況下に置かれていた[31]」とし，このような自白によって被告人等に死刑を科するのであれば，「憲法上のデュー・プロセスの要請は，無意味なシンボル（a meaningless symbol）となってしまう[32]」として，自白の証拠能力を否定した。

後述する Lisenba 判決が指摘するように，デュー・プロセスに基づく自白排除は，具体的には，「基本的公正さ（fundamental fairness）」を欠く方法で獲得された自白を排除するという趣旨である[33]。ところで，Brown 判決及び Chambers 判決は，当該自白の任意性には言及していない。また，Brown 判決は，「拷問機具や拷問部屋は，証言台の代わりにはなり得ない…州当局が，暴力によって獲得した自白のみに基づいて（resting solely upon confessions obtained by violence）有罪判決を得ようと目論むならば，裁判は単なるみせか

---

28 芝原・前掲注（3）106 頁。
29 Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278, 279 (1936).
30 *Id.* at 286.
31 Chambers v. Florida, 309 U.S. 227, 238-239 (1940).
32 *Id.* at 240.
33 *See* ISRAEL & LAFAVE, *supra* note 25, at 10-11.

けのものとなってしまう《省略・傍点筆者》[34]」としている。これらのことから，連邦最高裁は，デュー・プロセスに基づく自白排除の対象を，拷問又はそれに類する程度の物理的暴力に限定していたようにも思われる。これに対しては，自白が当初から虚偽であることが疑われていたため，実質的には，虚偽であることが疑われる自白をコモン・ロー上の自白法則によって排除したに過ぎないという指摘もなされている[35]。いずれにしても，少なくともこの時点では，供述の虚偽性ゆえに当該自白を排除するコモン・ロー上の自白法則と，自白の獲得過程におけるデュー・プロセス違反は，未だ明確に関連づけられていなかったことが窺える[36]。

以上のように，この時期の連邦最高裁が自白を排除する根拠については，不明確な部分も少なくなかった。このような中で示された 1941 年の Lisenba 判決は，「デュー・プロセスを要求する目的は，虚偽であることが疑われる証拠を排除することではなく，その真偽を問わず，証拠の使用における基本的不公正を防止することである[37]」として，デュー・プロセスに基づく自白排除の趣旨を明らかにした。その上で，「認めるか，否認するか，あるいは返答を拒否するかという自由な選択（free choice）が奪われたか否か[38]」を基準に，自白の許容性を判断した。また，1944 年の Ashcraft 判決は，36 時間に亘って連続的に取調べが行われたことについて，このような状況下で被告人が自白をしても，それは「任意ではなく強制によるもの[39]」であり，このような状況それ自体が「最大限に強制的な圧力と対峙している孤立した被疑者が意思の自由を持つことと相容れないほどに，内在的に強制的（inherently coercive）である[40]」と指摘し，自白の証拠能力を否定した。

連邦最高裁は，その後もデュー・プロセスに基づく自白法則を採用し，自白の証拠能力を判断することになる。1945 年の Malinski 判決では，殺人の嫌疑がかけられた被疑者をホテルで全裸にして 3 時間拘禁し，その 7 時間後になされた自白の許容性が争われた。連邦最高裁は，取調べの手段・態様に着目して，「本件自白は強制によるものであり，任意性は認められない[41]」と判示し，当該自白を排除した。また，1948 年の Haley 判決では，年齢，取調べ時刻，取調べ時間，弁護人の助言の不存在，少年被疑者の権利を尊重しなかった担当警察官の態度等を総合し，「憲法上要求されているデュー・プロセスを蔑ろにするような方法で有罪にされるべきではない[42]」と判示した。その翌年に示された Watts 判決は，

---

34 Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278, 285-286 (1936).

35 JOSEPH D. GRANO, CONFESSION, TRUTH, AND THE LAW 92 (1993); WELSH S. WHITE & JAMES J. TOMKOVICZ, CRIMINAL PROCEDURE: CONSTITUTIONAL CONSTRAINTS UPON INVESTIGATION AND PROOF 489 (4th ed. 2001); 2 WAYNE R. LAFAVE ET AL., CRIMINAL PROCEDURE §6.2 (a), at 612 (3d ed. 2007).

36 堀田・前掲注（3）431 頁。

37 Lisenba v. California, 314 U.S. 219, 236 (1941).

38 *Id.* at 241.

39 Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143, 153 (1944).

40 *Id.* at 154.

41 Malinski v. New York, 324 U.S. 401, 409 (1945).

42 Haley v. Ohio, 332 U.S. 596, 600-601 (1948).

別件で勾留中の被疑者を留置場へ押送し，6 日間に亘って夕方から明け方まで取り調べた事案について，自白の任意性判断基準として「それが自由な選択に基づいてなされたものであるか否か[43]」を挙げた上で，「供述が，警察の継続的な圧力（sustained pressure）によって獲得されたものであるとすれば，それは自由な選択に基づいてなされたものであるとはいえない。被疑者が威圧されたために供述した場合には，肉体的あるいは精神的な拷問を受けたか否かは問題ではない[44]」として，当該自白を排除している。その後も，逮捕後 5 日間留置し，弁護人との接見を認めず，毎日 5 時間程度の取調べを行った事案について自白の証拠能力を否定した Turner 判決[45]や，不任意自白は，その信用性を問わずに，デュー・プロセスに反すると判示した Rochin 判決[46]，精神科医の誘導による自白は，「自白するか犯行への関与を否定するかという上訴人の内心的な自由（mental freedom）とは相容れない」とする Leyra 判決[47]等，デュー・プロセスに基づく自白排除が一般化していく。

第 3 目　事情の総合説（totality of the circumstances）による自白排除の確立

このように，連邦最高裁は，自白の任意性を判断する上で，デュー・プロセスに基づいて様々な事情を考慮してきた。そして，1957 年の Fikes 判決において，これまでの判断枠組みを明示的に確認した。すなわち，精神遅滞のある被疑者を 1 週間留置し，弁護士等との接見を禁止した中で取調べを繰り返したことについて，「事情の総合性（totality of the circumstances）は，許容される限度を超えるものである[48]」と判示したのである。もっとも，事案毎の個別具体的な諸事情を総合的に勘案して自白の証拠能力を判断する「事情の総合説」は，これまでの連邦最高裁の態度を整理・明示したに過ぎず，新たな判断基準を示したものではないとされている[49]。

その後も連邦最高裁は，事情の総合説に基づいて，自白の任意性判断を行っている。たとえば，1958 年の Crooker 判決では，弁護人との接見を拒否されたことを理由に自白の排除を求めた被告人に対し，被告人がロースクールで法律を学んだ経験があることや，充分な食事等が提供されており，休憩も与えられていたこと等を挙げ，自白が強制されたとは認められない旨を判示した[50]。また，同じ日に示された Cicenia 判決では，被告人が警察署へ出頭してから，約 12 時間連続して取調べを受け，その間弁護人との接見を拒まれたという事実について，「強い違和感（strong distance）[51]」を示しつつも，「州は，自らの刑事司法制度に広範な裁量を有するべきである[52]」として，当該自白の排除を見送った。さらに，

---

43 Watts v. Indiana, 338 U.S. 49, 53 (1949).
44 *Ibid.*
45 Turner v. Pennsylvania, 338 U.S. 62 (1949).
46 Rochin v. California, 342 U.S. 401 (1952).
47 Leyra v. Denno, 347 U.S. 556, 561 (1954).
48 Fikes v. Alabama, 352 U.S. 191, 197 (1957).
49 Leslie A. Lunney, *The Erosion of Miranda: Stare Decisis Consequences,* 48 CATH. U. L. REV. 727, 733, Fn.16 (1999).
50 Crooker v. California, 357 U.S. 433, 438 (1958).
51 Cicenia v. LaGay, 357 U.S. 504, 508 (1958).
52 *Id.* at 510.

同じく Ashdown 判決は，夫を毒殺した疑いで，その妻を葬儀場から直接に連行し，数時間の取調べを行って獲得した自白の許容性と関連して，「捜査官が，上告人の立場につけ込もうとしていた（intend to take advantage of petitioner）とはいえず，上告人の意思を抑圧するほどの影響（effect of overbearing her will）は認められない[53]」と判示し，当該自白を許容した。ここでは，取調べ中の強制は認められず，被疑者が「良心の呵責（remorse）」に苛まれて自白に至ったことが認定されている[54]。加えて，1959 年の Spano 判決では，弁護人の助言により黙秘する被告人に対し，被告人の幼馴染みである警察官が，その上司の指示の下，自白しなければ自身が免職され妻子が苦しむ旨の虚偽を被告人に伝え，自白を獲得したという事実について，(1) 被告人には前科がなく，取調べを経験していないこと[55]，(2) 8 時間連続して取調べが行われたこと[56]，(3) 捜査官が弁護人への連絡を拒んだこと[57]を指摘した上で，幼馴染みの警察官による説得は「状況の総合性（totality of situation）において言及されるべき[58]」事情であり，「上告人の意思は，捜査官の圧力，疲労，誤って引き起こされた同情によって押しつぶされた[59]」として，自白の任意性を否定した。

連邦最高裁は，1960 年代に入ってからも，「事情の総合説」に基づいた自白の排除を行っている。たとえば，1961 年の Rogers 判決は，修正第 14 条に基づく自白の許容性の問題について，「州の捜査官の行動が被告人の意思を打ち砕き，自由な自己決定（freely self-determined）によらない自白をもたらしたか否かの問題であり，被告人が真実の供述をしたか否かは完全に無視して考慮すべきである[60]」と判示し，当該自白を排除している。また，1962 年の Gallegos 判決では，強盗及び傷害の被疑事実で逮捕された 14 歳の少年から自白を獲得した後，5 日間身体拘束を行い，被害者の死亡後に改めて殺人について取り調べ，これにより獲得した自白について，「14 歳の少年被疑者に対する取調べに，手続上の不備は無かった[61]」としつつも，少年は自白することの帰結を充分に理解していなかったとして，当該自白を排除している[62]。さらに，1963 年の Townsend 判決では，身体の不調を訴えた被告人に処方された薬が，結果的に「自白剤（truth serum）[63]」の役割を果たした点について，捜査機関に不適切な目的がなかったとしても，自由な知性に基づかない自白が生み出され得る状況下で警察官が質問をした場合は，当該自白は排除されると判示した[64]。

---

53 Ashdown v. Utah, 357 U.S. 426, 431 (1958).
54 *Ibid.*
55 Spano v. New York, 360 U.S. 315, 321 (1959).
56 *Id.* at 322.
57 *Id.* at 322-323.
58 *Id.* at 323.
59 *Ibid.*
60 Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534, 544 (1961).
61 Gallegos v. Colorado, 370 U.S. 49, 54 (1962).
62 *Id.* at 54-55.
63 Townsend v. Sain, 372 U.S. 293, 308 (1963).
64 *Id.* at 308-309.

ここでは，自白の任意性判断に際して，当該自白が「自由な知性（free intellect）[65]」あるいは「自由な意思（free will）[66]」によるものであるか否かという基準が挙げられており，捜査官の意図は問わないとされている。加えて，1963 年に示された Haynes 判決は，被告人が捜査段階で何度も自白し，調書に署名していた事案について，(1) 妻と弁護人に対する電話を禁止されたこと，(2) 調書に署名する前に，弁護人に関する権利を告知されなかったことを認め，自白の任意性の判断基準として「身体的・心理的強制が，被疑者の自白時点で，その意思を抑圧する程度のものであったか否か[67]」という点を挙げた上で，「本件自白が，州当局者等による発言と行動によって作成された，極めて強制的かつ誘導的な雰囲気の中で（in an atmosphere of substantial coercion and inducement）獲得されたものであることに疑いはない[68]」として，当該自白を排除した。

第 4 目　事情の総合説の問題点

伝統的なコモン・ローに基づく自白排除は，「被疑者が真実を述べたか否か（the suspect had spoken truly）」をその関心としていた。これに対して，「事情の総合説」を含むデュー・プロセスに基づく自白排除は，「専ら被疑者が自由に供述することを選んだか否か（whether he freely chose to speak at all）」を検討の対象としてきた[69]。連邦最高裁による当初の裁判例は，1936 年の Brown 判決等にみられるように，拷問又はそれに類する程度の物理的な暴行を伴う取調べによって獲得された自白を排除する趣旨で，デュー・プロセス条項を適用していたように思われる。しかしながら，1941 年の Lisenba 判決は，デュー・プロセスに基づく自白排除の根拠として「基本的公正性」を挙げ，「脅迫や約束」による自白も排除されることを示した。さらに，1944 年の Ashcraft 判決では，当該自白が「任意になされたものであるか」を基準にしつつ，それと相反する強制的な取調べ状況（長時間に亘る取調べ）の存在を考慮し，自白の証拠能力を判断した。これらの判決は，主に捜査段階における自白の獲得過程を総合的に考慮しており，その対象は，拷問又はそれに類する程度の物理的な暴行から，取調べ時間の長さ等へと徐々に拡大されていったことが窺える。

この傾向はその後も続き，1945 年の Malinski 判決では，被疑者をホテルの一室で全裸にし，3 時間拘禁する等の事情を考慮する等，取調べの手段や態様等に着目して自白を排除した。また，1948 年の Haley 判決は，取調べ時間の長さや取調べ時刻等の取調べ態様等に加えて，被疑者の年齢や弁護人の助言の不存在，被疑者の権利を尊重しなかった担当捜査官の態度等，取調べの手段や態様以外の外形的事情も含めて，総合的な判断を行った。このことから，いわゆる「事情の総合説」の萌芽は，Haley 判決において既にみられるように思われる。

その後，事情を総合的に考慮するにあたって，捜査官側の事情に重きを置く傾向が強く

---

65 *Id.* at 308.
66 *Id.* at 321.
67 Haynes v. Washington, 373 U.S. 503, 513 (1963).
68 *Id.* at 513-514.
69 Note, *Developments in the Law—Confessions*, 79 HARV. L. REV. 935, 981 (1966).

なった。1958 年の Ashdown 判決は，捜査官の意図や被疑者に与えた影響を考慮して自白の許容性を判断した。また，1959 年の Spano 判決は，「上告人の意思は，捜査官の圧力，疲労，誤って引き起こされた同情によって押しつぶされた」として，捜査官の意図に注目して当該自白を排除した。このように，捜査官側の事情に着眼する傾向は，後述する Weeks 判決[70]に端を発した違法収集証拠排除法則や，Ashcraft 判決の前年に示された McNabb 判決[71]を嚆矢とする McNabb-Mallory ルールと通底するように思われる[72]。

他方で，連邦最高裁は，1949 年の Watts 判決において，被疑者の「自由な選択（free choice）」を重視しており，より被疑者の内心に重点を置いて自白の「任意性」を判断する枠組みを同時に設けていた[73,74]。

ところが，連邦最高裁は，1953 年の Stein 判決において，デュー・プロセスによって不任意自白を排除することは，「本来は信用できない証拠に基づく有罪認定を回避する保障[75]」であり，「暴行によって獲得された自白によって有罪を認定することは，虚偽に基づくことになる[76]」と判示した。この判決は，自白排除の根拠としてデュー・プロセスを挙げているものの，自白の信用性（虚偽性）に重きを置き，虚偽排除説を採っていると解する余地も少なくない[77]。

連邦最高裁は，1941 年の Lisenba 判決によって，伝統的なコモン・ロー上の自白法則（虚偽排除説）から訣別し[78]，デュー・プロセスに基づく自白法則へ移行しつつあったと指摘されることもある[79]。そして，既に述べたように，1961 年の Rogers 判決において，「被告人

---

70 Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).

71 McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943).

72 鈴木・前掲注（12）45 頁。

73 Watts 判決において補足意見を書いた Douglas 判事は，Malinski 判決や Haley 判決を挙げた上で，本件においても，当該自白が不法な拘束下で獲得されたことを理由に自白を排除する余地があることを示唆しており，このような自白を強制する手続は「悪の根源（the root of the evil）」であると指摘している（*See* Watts v. Indiana, 338 U.S. 49, 56-57 (1949) (Douglas, J., concurring)）。

74 *See also,* Turner v. Pennsylvania, 338 U.S. 62 (1949); Harris v. South Carolina, 338 U.S. 68 (1949); Townsend v. Sain, 372 U.S. 293 (1963).

75 Stein v. New York, 346 U.S. 156, 192 (1953).

76 *Ibid.*

77 Penny, *supra* note 2, at 347-348. なお，Stein 判決において，コモン・ロー上の自白法則に立ち戻ったような論理が採られた理由として，連邦最高裁判事の構成が変わったことが指摘されている。すなわち，Lisenba 判決や Watts 判決等の多数意見に与することが多かった Murphy 判事と Rutledge 判事が死亡し，新たに Clark 判事と Minton 判事が連邦最高裁判事に任命されたところ，これまで事情の総合性判断の際に反対意見を示してきた Jackson 判事の見解に新任判事である Clark 判事と Minton 判事が同意したことによって，Stein 判決の多数意見が示されたという（Penny, *supra* note 2, at 346-347）。

78 田宮裕『捜査の構造』（有斐閣，1971 年）287 頁。

79 関口・前掲注（3）204 頁。もっとも，同稿も，「虚偽排除説からの離脱を直ちに意味するものではなかった」と指摘している（229 頁注（28））。

が真実の供述をしたか否かは完全に無視して考慮すべきである[80]」として，いわゆる虚偽排除的な観点に基づく自白法則を明示的に否定するに至っている。しかしながら，遡ってみれば, Lisenba 判決の時点で, 連邦最高裁内で意見が対立していたことが窺える。すなわち，Lisenba 判決に付された Black 判事と Douglas 判事による反対意見は，Chambers 判決に基づいて，本件で行われた 42 時間に亘る連続的な取調べ等によって獲得された自白は「自由かつ任意に（free and voluntary）」なされたものではないと指摘した上で，原判決を破棄すべきであるとしていた[81]。既にみたように，Lisenba 判決の多数意見は，被疑者が自由な選択をした上で供述し得る状況が認められるか否かを基準にし，取調べの方法や態様に加えて，被疑者の主観面を併せて考慮する「事情の総合説」を採っていた。しかしながら，Black 判事と Douglas 判事による反対意見は，捜査官による違法行為の存在それ自体を問題とする「客観説」（objective test）を採っていたのである[82,83]。また，Lisenba 判決の 3 年後の 1944 年に示された Lyons 判決も，「拷問によって獲得された供述（は）…文明的な裁判において有罪を推論するための証拠とはならない《挿入・省略筆者》[84]」と判示しており，虚偽であることが疑われる自白を証拠として使用することを問題としていた。このように，当時の連邦最高裁は，主としてデュー・プロセスに基づいて自白を排除する一方で，虚偽排除説と解し得る見解を採用する等，意見の対立を抱えていた。そして，自白の許容性に関する判断基準は，「価値の複合（complex of values）[85]」と称されるほどに複雑化していた。

「事情の総合説」は，「犯罪の規制（crime control）」と「個々人の自律性（individual autonomy）」を調整する機能として作用してきた[86]。他方で，事件毎に異なる個別具体的な事情によって自白の許容性を判断せざるを得ないため，捜査官や下級審裁判所判事に対して，許容される取調べの限界を予め具体的に明示する画一的な基準になり得ず，したがって取調べ実務を有効に規制することは困難であった[87]。また，被告人側が自白の任意性を争う場合に，取調べを巡る様々な事情を示す必要があるため，被告人側に重い挙証責任を課すことになった[88]。さらに，取調べを巡る個別具体的な事情を総合的に考慮して自白の許

---

80 Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534, 544 (1961).

81 Lisenba v. California, 314 U.S. 219, 241-242 (1941) (Black, J. & Douglas, J., dissenting).

82 *See* Monrad G. Paulsen, *The Fourteenth Amendment and the Third Degree,* 6 STAN. L. REV. 411 (1954).

83 事情の総合説に代わる判断基準として，客観説を主張する見解として，Stephen J. Schulhofer, *Confessions and the Court*, 79 MICH. L. REV. 865, 873-874 (1981) がある。*See also*, Michael J. Zydney Mannheimer, *Coerced Confessions and the Fourth Amendment*, 30 HASTINGS CONST. L. Q. 57, 114 (2002).

84 Lyons v. Oklahoma, 322 U.S. 596, 605 (1944).

85 Blackburn v. Alabama, 361 U.S. 199, 207 (1960).

86 Penny, *supra* note 2, at 355.

87 Schulhofer, *supra* note 83, at 869-872. なお，渡辺・前掲注（3）36 頁，関口・前掲注（3）207～208 頁，堀田・前掲注（3）442 頁等を参照。

88 Note, *Reaffirmation of Confessions Inadmissible under McNabb-Mallory*, 72 YALE L.

容性を判断するため，取調べ手続に違法行為が認められた場合であっても，それ自体を理由として自白が排除されることはなく，当該違法行為の存在は総合判断の際の一事情に留まることになる[89]。弁護人依頼権が侵害されていたにも関わらず，被告人がロースクールに在籍していた経験等を考慮し，その自白を証拠採用した Crooker 判決は，その典型であろう。

連邦最高裁は，1936 年から 1960 年代半ばまで，このような特徴を有する「事情の総合説」の確立を目指してきた。他方で，同時に，これとは異なる基準による自白の証拠能力判断も試みてきた。それが，以下で述べる McNabb-Mallory ルールである。

第 2 節　McNabb-Mallory ルール

第 1 款　McNabb-Mallory ルールの確立

McNabb-Mallory ルールとは，McNabb 判決[90]を嚆矢として確立された，連邦法ないし連邦規則に違反して獲得された自白を，当該違法を理由として排除するルールである。当時の連邦法には，被逮捕者を遅滞なく裁判官の面前に引致しなければならないという規定が設けられていた[91]。そこで，この規定に反して獲得された自白の許容性が問題となった。

McNabb 判決では，連邦税務局の酒税官を 1 人殺害し，1 人負傷させた嫌疑で逮捕した被疑者を，裁判官の面前に引致することなく，椅子やベッドのない部屋に拘束し，約 14 時間取り調べ，これによって獲得した自白の許容性が争われた。このとき，被疑者は親族との接見を禁止されており，弁護人も選任されていなかった[92]。連邦最高裁は，「州裁判所による有罪判決を当裁判所が取り消す権限は，修正第 14 条で保障されている『自由と正義にかかる基本原理（fundamental principles of liberty and justice）』（Hebert v. Louisiana, 272 U.S. 312）を遂行する場合に限られる。他方で，連邦裁判所から当裁判所に持ち込まれた有罪判決を審査する権限は，合憲性の確認に制限されない。連邦裁判所における刑事手続の運営に対する司法上の監督権（judicial supervision of the administration of criminal justice in the federal courts）は，手続及び証拠に関する文明化した水準（civilized standards of procedure and evidence）を形成し，これを維持する義務を含むものである[93]」と判示して，「司法上の監督権（supervisory power）[94]」の行使によって連邦事件に関する判断を行い得ることを明らかにした。その上で，「議会が命じた手続を無視して獲得した証

J. 1434, 1438 (1963).

89 WELSH S. WHITE, MIRANDA'S WANING PROTECTIONS: POLICE INTERROGATION PRACTICES AFTER DICKERSON 47 (2001).

90 McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943).

91 *E.g.*, 18 U.S.C. §595. *See also, id.* at 342.

92 McNabb v. United States, 318 U.S. 332, 335 (1943).

93 *Id.* at 340.

94 司法上の監督権については，堀田周吾「取調べの録音・録画と合衆国裁判所の監督権」首法 53 巻 1 号（2012 年）231～260 頁を参照。

拠に基づいた有罪判決は，裁判所が自らを故意による法違反の共犯にしなければ（without making the courts themselves accomplices in wilful disobedience of law），これを維持することは許されない。議会は，そのようにして獲得された証拠を使うことを明示的には禁止していない。しかしながら，連邦裁判所において，そのような証拠が有罪判決の根拠となることを許容することは，議会が立法化した政策を無意味にする（stultify）であろう[95]」として，本件で問題となった自白を排除した。

事情の総合説に基づけば，裁判官の面前への引致の遅滞は，自白の任意性を判断する一要素に過ぎない。そのため，引致の遅滞を含む様々な事情を総合的に考慮することにより，自白を排除するか否かが決せられることになる。しかしながら，McNabb 判決は，自白が任意になされたものであるか否かを問うことなく，裁判官の面前への引致が遅滞したことを理由に，違法に拘束する中で得られた自白は排除されるとした。

但し，McNabb 判決は，後述する McNabb-Mallory ルールの問題点とは異なる独自の問題点も少なくなかった。まず，重大な事実誤認がなされていたことが挙げられる。すなわち，差戻し審で，コミッショナーである J. H. Anderson の新証言により，実際には被疑者等は逮捕翌日にコミッショナーの面前へ引致されていたことが明らかになったのである[96]。また，McNabb 判決自体の不明確さも指摘されている。McNabb 判決の多数意見を執筆した Frankfurter 判事は，「本件の事情のもとでは（under such circumstances）」等の表現を多用していた。そのため，引致の遅滞のみを理由として自白を排除しているのか，引致の遅滞を含む「事情の総合性」を基準として自白を排除しているのかが，必ずしも明らかではなかった[97,98]。

McNabb 判決の不明確さは，その後の連邦下級審に混乱をもたらすこととなった[99]。また，1944 年に示された Mitchell 判決が，McNabb 判決について，「被逮捕者から違法に供述を引き出すことを目的とした許容し難い身体拘束や，心理的圧力（psychological pressure）の下で長時間に亘り取調べを続けることによって自己負罪供述の獲得に成功することは，そのような証拠に基づいて有罪判決を下すことを否定する法理を打ち立てた McNabb 判決における決定的な特徴である[100]」と整理したため，McNabb 判決は，より不明確なものとなった[101]。

---

95 McNabb v. United States, 318 U.S. 332, 345 (1943).

96 McNabb v. United States, 142 F. 2d 904, 905-906 (9th Cir. 1944).

97 John B. Waite, *Evidence—Police Regulation by Rule of Evidence*, 42 MICH. L. REV. 679, 680 (1944).

98 唯一反対意見を示した Reed 判事は，任意性テスト（voluntary test）に基づいて，引致の遅滞を一事情として考慮し，自白が排除されるべきである旨を述べている（McNabb v. United States, 318 U.S. 332, 349 (1943) (Reed, J., dissenting)）。

99 *See e.g.,* United States v. Hoffman, 137 F. 2d 416 (2d Cir. 1943); United States v. Klee, 50 F. Supp. 679 (E.D. Wash. 1943).

100 Mitchell v. United States, 322 U.S. 65, 67 (1944).

101 Mitchell 判決は，違法に得られた自白であることを理由とする自白排除を行わなかった。これは，違法な身体拘束中に得られた自白が問題となった訳ではなく，自白がなされた

このような中，1944 年 12 月 26 日に制定された連邦刑事訴訟規則（the Federal Rules of Criminal Procedure）§5 (a) は，McNabb 判決の趣旨を明文化し，被疑者を逮捕した官吏は，不必要な遅滞なく被疑者を裁判官の面前に引致しなければならない旨を規定した。

その後，1948 年の Upshaw 判決は，Mitchell 判決について，違法な身体拘束中に得られた自白の許容性が問われた事案ではなく，逮捕直後に得られた自白の許容性が問われた事案であって，この点は McNabb 判決と異なるとした上で，McNabb 判決の論理を採用した。この事件では，被疑者を逮捕した後，裁判官の面前に引致することなく，約 30 時間の取調べを行って獲得した自白の許容性が争われた。連邦最高裁は，「自白が肉体的苦痛によるものであるか心理的苦痛によるものであるかを問わず，被疑者を治安判事の面前に引致せず，そのような違法拘禁中に自白を得たとすれば，その自白は許容されない[102]」と判示し，自白の許容性を否定した。

Upshaw 判決以後，McNabb 判決を踏襲するような判決は 10 年近くみられなかった。しかしながら，1957 年の Mallory 判決は，再び McNabb 判決に依拠した判断を下すことになる。この事件では，強姦の被疑事実で被疑者を逮捕した後，裁判官の面前に引致することなく 8～9 時間拘束し，この間に獲得した自白の許容性が問題となった。捜査官は，自白を獲得した直後，裁判官の自宅に電話をしていた。しかしながら，裁判官が不在であったため，翌朝に引致することになった[103]。連邦最高裁は，このような引致の遅滞は連邦刑訴規則第 5 条（a）に反するものであるとして，当該自白を排除した。このようにして，被疑者を逮捕した場合は，初回出頭（arraignment）[104]のために裁判官の面前に「不必要な遅滞なく（without unnecessary delay)」引致しなければ，その間に獲得された自白は排除されるという McNabb-Mallory ルールが確立された。

第 2 款　違法収集証拠排除法則との関係

第 1 目　違法収集証拠排除法則の発展

違法収集自白排除法則ともいい得る McNabb-Mallory ルールは，「事情の総合説」とは異

後に違法な身体拘束がなされたことが影響していると指摘されている（安倍治夫『刑事訴訟法における均衡と調和』（一粒社，1964 年）110 頁)。そのため，Mitchell 判決は，違法に得られた自白を排除する範囲を限定するものではない（関口・前掲注 (3) 210 頁)。

なお，Mitchell 判決は，自白の許容性を検討する上で，当該自白が「熟慮した上での選択の所産（offspring of reasoned choice）であるか否か」を挙げている（*Id.* at 68)。これは，1949 年の Watts 判決が示した「自由な選択（free choice)」や，1960 年の Blackburn 判決が示した「合理的選択（rational choice)」と通底するものであろう。このような点から，Mitchell 判決においても「事情の総合説」の判断枠組みが意識されていたように思われる。

102 Upshaw v. United States, 335 U.S. 410, 413 (1948).

103 Mallory v. United States, 354 U.S. 449, 451 (1957).

104 ここでいう「arraignment」は，罪状認否手続や勾留質問手続ではなく，逮捕に引き続いて行われる First Appearance や Initial Appearance を指す語である。そのため，ここでは「初回出頭」と訳出した。

なり，手続の違法それ自体を理由として自白の許容性を否定する点で，より客観的・画一的なものであった。このように，McNabb-Mallory ルールは，被疑者の内心の自由や取調べ態様等に着目せず，端的に取調べ過程における違法の存在を拠り所として自白の許容性を否定するものである。これは，いわゆる違法収集証拠排除法則（exclusionary rule）の影響を大きく受けているように思われる[105]。

従前，コモン・ローにおいては，証拠収集過程における違法は当該証拠の許容性に影響を及ぼさないと解されていたといわれている[106]。また，当時の裁判所も，この立場を踏襲していた[107]。ところが，輸入並びに関税法上の没収手続に関する民事事件である 1886 年の Boyd 判決は，当該没収手続の実質が「準刑事的な性格（quasi criminal nature）[108]」であると位置づけた上で，問題となった没収手続は「不合理的な捜索・押収に相当する[109]」として，修正第 4 条を俎上に載せた。そして，本件で問題となった輸入物品の送り状の強制的な提出は，不合理な捜索・押収をされない権利を侵害するとして，その許容性を否定した。

Boyd 判決によって変わり始めた風向きは，連邦最高裁をして，連邦の刑事手続における違法収集証拠排除法則を採用せしめた。すなわち，1914 年の Weeks 判決は，連邦警察官によって違法に収集された証拠は，連邦の全刑事手続において排除されるべき旨を宣言した。ここでは，「もし信書や私的な文書が，そのように（本件のように不在時に無令状で）押収され，被告人として訴追されている市民にとって不利な証拠として使用されるのであれば，そのような捜索・押収を受けない権利を宣言した修正第 4 条の保護は無意味なものとなり，憲法から削除されたも同然となってしまう《挿入筆者》[110]」と判示され，連邦法域の物証に関する違法収集証拠排除法則の適用が全員一致で認められたのである[111]。

ところで，従来，「不合理な捜索・押収（unreasonable searches and seizures）」を受けないことを保障している連邦憲法修正第 4 条は，州の官憲による不合理な捜索・押収に対しては適用されないと解されていた[112]。他方で，1938 年の時点で，すべての州憲法が修正第 4 条に類似した明文規定を設けており，修正第 4 条の州への不適用それ自体は大きな問題を引き起こさなかった。しかしながら，各規定に反した場合の効果は，各州によって大きく異なっていた[113]。そのため，修正第 4 条が定める不合理な捜索・押収に対する保障に

---

105 Fred E. Inbau, *The Confession Dilemma Court,* 43 ILL. L. REV. 442, 445, Fn.10 (1948).
106 8 JOHN H. WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW §2183, at 7 (1961).
107 *See* State v. Flynn, 36 N.H. 64 (New Hampshire 1858); Stevison v. Earnest, 80 Ill. 513 (Illinois 1875); State v. Gorham, 65 Me. 270 (Maine 1876).
108 Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 634 (1886).
109 *Id.* at 635.
110 Weeks v. United States, 232 U.S. 383, 393 (1914).
111 以上，平野龍一『捜査と人権』（有斐閣，1981 年）112～144 頁，井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂，1985 年）62～65 頁を併せて参照。
112 National Safety Deposit Co. v. Stead, 232 U.S. 58 (1914).
113 井上・前掲注（111）77 頁。

反して収集された証拠の許容性を否定する違法収集証拠排除法則が，州の刑事手続にも適用されるか否かが問題となった。

この点について，既に触れた Watts 判決と同日に示された Wolf 判決は，違法収集証拠排除法則を州へ適用することを否定した。連邦最高裁は，「警察による恣意的な干渉に対する個人のプライバシーの保護は，自由な社会の基礎をなすものである。したがって，それは『秩序ある自由概念（the concept of ordered liberty）』に内在するものであり，デュー・プロセス条項を通じて州に対して執行され得る[114]」と判示した。他方で，修正第 14 条を通じて修正第 4 条の保障を州に対しても適用することと，このような基本的権利を遵守させる方法は別問題であるとしたのである[115]。

しかしながら，以前から指摘されていた，違法収集証拠排除法則が有する「違法捜査の抑止効」に対する期待[116]は，徐々に高まりをみせていた。たとえば，前述した 1952 年の Rochin 判決は，麻薬密売に関する情報を得た 3 名の副保安官が無令状で被告人の自宅に立ち入り，寝室のサイドテーブルに置いてあったカプセルの持ち主を被告人に尋ねたところ，被告人がこれを飲み込んだため，手錠をかけて病院へ連行し，医師をしてポンプ（stomach pumping）で強制的にこれを排出させたこと[117]について，「良心に衝撃を与える[118]」と指摘した。その上で，このような行為は「非情な感覚の持ち主ですら気分を害するようなもの[119]」で，「拷問台や指締めに匹敵する[120]」ものであり，「正義感（sense of justice）[121]」に反する方法によって有罪判決を下してはならないことを要求するデュー・プロセスに反するとした。また，1956 年の Rea 判決は，連邦捜査官が違法に収集した証拠を州に引き渡すこと及び州の刑事手続における証言を認めることは，連邦上の政策を無効にすると判示した[122]。加えて，1960 年の Elkins 判決は，Rea 判決を引用しつつ[123]，連邦捜査官が違法に収集した証拠は州裁判所において許容されないにも関わらず，州捜査官が違法に収集した証拠は連邦裁判所において許容されると解すれば，「憲法に反して押収された証拠を，極めて恣意的な基準によって差別的に取り扱うことを連邦裁判所に要求するような，奇妙なほどにアンビバレントなルール（curiously ambivalent rule）になるであろう[124]」として，「このような政策は論理的に正当化し得ないように思われる[125]」と判示した。

---

114 Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25, 27-28 (1949).
115 *Id.* at 31.
116 Thomas E. Atkinson, *Admissibility of Evidence Obtained through Unreasonable Searches and Seizures,* 25 COLUM. L. REV. 11, 21-24 (1925).
117 Rochin v. California, 342 U.S. 165, 166 (1952).
118 *Id.* at 172.
119 *Ibid.*
120 *Ibid.*
121 *Id.* at 173.
122 Rea v. United States, 350 U.S. 214, 218 (1956).
123 Elkins v. United States, 364 U.S. 206, 220 (1960).
124 *Id.* at 215.
125 *Ibid.*

既に述べたように，この時期の連邦最高裁は，「事情の総合説」に基づく自白排除の際にも捜査官側の事情や捜査官の意図等に重きを置いていた[126]。他方で，違法捜査の抑止効に対する期待と相まって，違法収集証拠排除法則が徐々に確立していった[127,128]。

このような中で，1961 年の Mapp 判決[129]が示された。法廷意見は，Boyd 判決以降の排除法則の変遷を確認しつつ，1949 年の Wolf 判決を変更し，違法収集証拠排除法則を連邦のみならず州に対しても適用することを宣言した。

第 2 目　McNabb-Mallory ルールとの関係

違法収集証拠排除法則は，主として違法に収集された物的証拠の許容性を判断するルールとして発展した。他方で，McNabb-Mallory ルール（違法に収集された「自白」の許容性を判断するルール）と違法収集証拠排除法則の関係等については，Mallory 判決以後も不明確なままであった。すなわち，違法収集証拠排除法則が修正第 4 条を主たる根拠として修正 14 条によって州法域にも適用されることになったのに対し，McNabb-Mallory ルールは，連邦最高裁の「司法上の監督権」に基づくものであり，連邦憲法上の規制たり得なかった[130]。したがって，その対象は連邦事件に限定されていた。州の刑事訴追においては，個人の権利に対する侵害がより顕著であったにも関わらず，McNabb-Mallory ルールの保護を受けることはなかったのである[131]。また，McNabb-Mallory ルールは州裁判所や議会等を拘束するものではなかったため[132]，連邦議会の立法によって修正を受ける余地を有していた[133]。このような状況下では，州法域において自白が違法に獲得された場合に，Mapp

---

126 *See* Haley v. Ohio, 332 U.S. 596 (1948); Ashdown v. Utah, 357 U.S. 426 (1958); Spano v. New York, 360 U.S. 315 (1959).

127 井上・前掲注（111）80 頁。

128 違法収集証拠排除法則における捜査官の主観面に着目したものとして，石川雅俊「排除法則における主観的事情の考慮について」首法 51 巻 1 号（2010 年）243～287 頁，石川雅俊「アメリカにおける証拠排除基準と主観的要素との関係」首法 52 巻 1 号（2011 年）179～210 頁等がある。

129 Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961). Mapp 判決は，違法収集証拠排除法則が修正第 14 条の内容としてすべての法域に適用されることを示したリーディングケースとして取り扱われている。同法則の内容に関する検討は，本稿の射程を大きく超えるため，詳細な紹介は措く。さしあたり，早川武夫「不当な捜索押収」我妻栄編『英米判例百選―重要判例の集大成―』（有斐閣，1964 年）80～81 頁，田宮・前掲注（78）192～195 頁，井上正仁「捜索・押収と排除法則」伊藤正己・堀部政男・外間寛・高橋一修・田宮裕編『英米判例百選Ⅰ公法』（有斐閣，1978 年）174～175 頁，井上・前掲注（111）80～82 頁，酒巻匡「違法な捜索・押収と証拠排除法則」樋口範雄・柿嶋美子・浅香吉幹・岩田太編『アメリカ法判例百選』（有斐閣，2012 年）114～115 頁等を参照。

130 道田信一郎「現代アメリカの法解釈における自然法的思惟と自白の排除」論叢 63 巻 1 号（1957 年）44 頁，小早川・前掲注（3）29 頁。

131 岡部泰昌・小早川義則・渡辺修「アメリカにおける被疑者取調べ」井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社，1991 年）184 頁〔岡部泰昌執筆〕。

132 *See* Gallegos v. Nebraska, 342 U.S. 55, 63-64 (1951); Stein v. New York, 346 U.S. 156, 187-188 (1953).

133 小早川・前掲注（3）29 頁。

判決で採られた違法収集証拠排除法則の考え方が適用されることはない。そのため，違法収集「自白」排除法則の展開が注視されていた。

このような中で示されたのが，1963 年の Wong sun 判決である。この事案の概要は，以下の通りである。6 週間に亘る内偵の末にヘロイン所持の疑いで逮捕された Hom Way は，クリーニング店経営者である Blackie Toy からヘロインを譲り受けた旨の供述をしたことから，捜査官は Toy が経営するクリーニング店を訪れた。これに対して，Toy は，8 時の開店までは店を開けないため，それ以降に再度訪問するよう繰り返し要求し，ドアを閉めようとした。そこで，捜査官の一人である Wong は，身分証を呈示し，「私は連邦麻薬捜査官である」と告げた。これを聞いた Toy は，直ちにドアを強く閉め，店舗の奥に設けられた居住スペースへと駆け出した。そのため，Wong を含む捜査官は，ドアを破壊して Toy を追いかけ，妻子が眠る寝室へと Toy を追いつめた。Toy がサイドテーブルの引き出しに手をかけたため，捜査官である Wong は拳銃を取り出し，Toy を逮捕し手錠をかけた。しかしながら，引き出しの中にも建物の中にも，麻薬は存在しなかった。捜査官の一人が，Hom Way が Toy から麻薬を入手したと供述している旨を伝えたところ，Toy は「私は麻薬を売ったことはないが，麻薬を持っている者を知っている」と述べた。捜査官がその人物について質すと，Toy は，その人物が Johnny という名前であること，11 番街に住んでいること，Johnny が 1 オンス相当のヘロインを所持していたこと，そこで昨晩一緒にヘロインを吸引したことを認めた。捜査官は，直ちに 11 番街へ急行し，Johnny Yee を発見した。協議の末，Johnny はタンスの引き出しから 1 オンスに満たない程度のヘロインと吸引用チューブを差し出した[134]。

Wong Sun 判決では，Toy が寝室で行った供述が，連邦麻薬捜査官の違法行為（the agents' unlawful action）の「果実（fruits)」として排除されるか否かが問われた[135]。この点について，連邦最高裁は，「違法収集証拠排除法則の基礎をなす政策は，物的証拠と供述証拠の間にいかなる論理的な区別も生じさせない。連邦捜査官による違法行為を抑止するという観点からも，憲法に違反して獲得された証拠を連邦裁判所が使用する戸を閉ざす（closing the doors of the federal courts to any use of evidence unconstitutionally obtained）という観点からも，供述証拠の場合に違法収集証拠排除法則を弛緩させることの危険性は極めて高いため，そのような区別を許容することはできないように思われる[136]」と判示して，修正第 4 条に基づく違法収集証拠排除法則を自白に適用した。このようにして，違法収集「自白」排除法則は，憲法上の法則に高められることとなった[137]。

以上のように，McNabb-Mallory ルールは，違法収集証拠排除法則と時を同じくして発展を遂げてきた。これらは，外部的・客観的な違法の存在自体を重視し，個別具体的な事情に左右されない客観的・画一的なものであった。もっとも，McNabb-Mallory ルールが

134 Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471, 473-475 (1963).
135 *Id.* at 484.
136 *Id.* at 486.
137 関口・前掲注（3）214 頁。

「司法上の監督権」に基づく連邦法域上の法則であったのに対し，違法収集証拠排除法則は修正第 4 条を根拠とする憲法上の法則であった。また，McNabb-Mallory ルールが違法な身体拘束中に獲得された自白を排除する論理として展開されたのに対して，違法収集証拠排除法則は「不合理な捜索・押収」によって獲得された物的証拠を排除する論理として展開された。このような中で，Wong Sun 判決は，自白に対しても違法収集証拠排除法則が適用されることを明らかにした。これにより，違法に収集した自白は，憲法を根拠として排除され得ることになった。その結果，違法な手続によって獲得した自白を一律基準によって排除する土壌が徐々に形成されていった。そして，このような一律基準による取調べ規制の拡大は，弁護人依頼権を侵害して獲得した自白の排除へと繋がっていった。それが，次節で述べる Massiah 判決と Escobedo 判決である。

第 3 節　弁護人依頼権侵害と自白排除

第 1 款　Massiah 判決

1964 年の Massiah 判決は，連邦事件において，修正第 6 条の弁護人依頼権を侵害して獲得した自白を違法収集自白であるとして排除した初めての連邦最高裁判例である。この事案の概要は，以下の通りである。コカインの密輸を行った疑いで起訴され，後に保釈されていた被告人は，共犯者と車の中で会話をし，その中で自己負罪供述を行った。このとき，共犯者は，被告人が知らないところで捜査協力者となっており，同車内には捜査機関の依頼によって無線機が設置されていた。被告人の自己負罪供述を無線で傍受した連邦捜査官は，これを法廷で証言した。被告人は，この捜査官証言に基づいて有罪判決を受け，連邦控訴裁でも有罪判決が維持された。そのため，被告人側は，無線機による当該傍受行為は，不合理な捜索・押収に対する保障を規定する修正第 4 条に違反すると主張した。また，弁護人が居ない状況でなされた当該自己負罪供述は，修正第 5 条及び修正第 6 条に違反して獲得されたものであると主張した[138]。これに対して，連邦最高裁は，修正第 4 条に違反する旨の主張を退けた後[139]，「起訴後に弁護人が居ない状況で，捜査官によって意図的に引き出された（deliberately elicited）自己負罪供述が，公判で被告人に不利に用いられた場合，修正第 6 条の保障への基本的保護（basic protections）を否定されたことになる[140]」と判示して，自白の証拠能力を否定した[141]。

Massiah 判決は，起訴後の公判廷外において，弁護人依頼権が侵害された状態で獲得された自白について，その許容性を否定した。このような考え方は，1959 年の Spano 判決に付された Douglas 判事の補足意見が既に示唆していた。同補足意見は，起訴後の取調べに

138 Massiah v. United States, 377 U.S. 201, 202-204 (1964).
139 *Id.* at 204.
140 *Id.* at 206.
141 *Id.* at 207.

おいても，修正第6条の弁護人依頼権は保障されなければならないと述べていたのである[142]。Massiah 判決は，この補足意見を踏まえたものであろう[143]。他方で，Massiah 判決をもってしても，捜査段階において弁護人依頼権を侵害して獲得された自白が排除されるか否かは明らかではなかった。さらに遡ると，1958 年の Crooker 判決時点で，捜査段階における弁護人依頼権侵害が問題とされていたものの，法廷意見は「事情の総合説」に基づいた許容性判断を行ったため，弁護人依頼権の侵害は「一事情」に留まっていた[144]。このような中，捜査段階における弁護人依頼権侵害と自白の許容性について判示したのが，Escobedo 判決である。

第 2 款　Escobedo 判決

1964 年の Escobedo 判決は，連邦最高裁が，捜査段階において弁護人依頼権を侵害して獲得した自白の証拠能力を否定した判例である。この事案の概要は，以下の通りである。被告人である Escobedo は，自身の妹の夫（義弟）を殺害した容疑で逮捕され，取調べを受けた。Escobedo は否認したまま，人身保護令状（writ of habeas corpus）によって釈放された。その後，Escobedo の共犯者として起訴された DiGerlando は，身体拘束中の取調べにおいて，致命傷を負わせたのは Escobedo の発砲である旨を供述した。この供述を基に逮捕された Escobedo は，警察署へ連行される道中，後ろ手に手錠をかけられ，DiGerlando が実行犯として Escobedo の名前を挙げている旨を告げられた。Escobedo は，弁護人から助言を請いたい旨を申し出た。Escobedo が警察署に着いて間もなく，弁護人も警察署を訪れた。しかしながら，Escobedo との接見を申し出た弁護人は，留置担当課や殺人課等をたらい回しにされ，最終的に接見を拒否された。弁護人は，その翌日も警察署を訪れた。しかしながら，前日と同様に接見を拒まれた。Escobedo も，取調べ中に弁護人との接見を繰り返し求めていた。しかしながら，捜査官から「弁護人は会いたくないと言っている」と伝えられた[145]。取調べを受けた経験がない 22 歳の Escobedo は，手錠をかけられ，立ったまま取調べを受け，睡眠不足の影響もあり目の周りに隈を作る等，「過度に緊張した状態[146]」であった。このような中で共犯者 DiGerlando と対面した Escobedo は，DiGerlando が嘘をついていると指摘した上で，「私は Manuel を撃っていない。撃ったのは君だろう」と供述した。この発言によって，Escobedo が少なくとも当該事件について知っていることが明

142 Spano v. New York, 360 U.S 315, 325 (1959) (Douglas, J., Black, J. & Brennan, J., concurring).

143 *See* Massiah v. United States, 377 U.S. 201, 206 (1964).

144 もっとも，Crooker 判決に付された反対意見は，「デュー・プロセス条項に示される我々の文明的基準は，弁護人を欲する被疑者に，その逮捕の瞬間から（at any time after the moment of arrest）弁護人を付すことを要求する」として，弁護人依頼権の侵害を理由とした自白排除を展開していた（Crooker v. California, 357 U.S. 433, 448 (1958) (Douglas, J., Black, J. & Brennan, J., dissenting)）。

145 Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 479-481 (1964).

146 *Id.* at 482.

らかになった。Escobedo は，供述を獲得するために呼ばれた州検事補 Cooper から取調べを受け，そこで自白をした。このとき，Escobedo は，憲法上の諸権利を告知されておらず，取調べ過程で弁護人の助言を受けることもなかった[147]。Illinois 州最高裁は，当初は自白を排除した。しかしながら，州の異議申立てによる再審理の結果，当該自白は任意であるとして，証拠能力を認めた[148]。以下で述べる Escobedo 判決は，Illinois 州最高裁の同判断を不服とした Escobedo の上告受理申立てを容認したものである[149]。

連邦最高裁は，まず，本件の捜査について，Escobedo を訴追対象（the accused）とし，憲法上の権利に反して「自己の犯罪について自白させる」ことを目的として行われたものであり，もはや「『未解決犯罪』に係る一般的捜査ではなくなっていた（the investigation had ceased to be a general investigation of "an unsolved crime"）[150]」と評価した。その上で，「本件告発に直面する中で，黙秘することができる絶対的な権利を告知することなく，警察は自白を促した[151]」として，1897 年の Bram 判決を引用し，黙秘権の重要性を強調した。

次に，連邦最高裁は，弁護人依頼権に言及した。すなわち，本件において Escobedo が自白した状況から，「Illinois 州法下で，殺人計画への『単なる』関与の承認が，致命的な発砲を行ったことの承認として法的に不利になることを，法律の素養がない Escobedo が知らなかったことは明らかである[152]」とした。その上で，「細心の注意を要する状況下で，その権利について助言するためには，『弁護人による先導の手（guiding hand of counsel）』が不可欠[153]」であるとした Powell 判決[154]等を引用し，弁護人依頼権の重要性を確認した。そして，「本件のように，捜査がもはや未解決の犯罪に関する一般的な捜査ではなく，特定の被疑者に焦点を絞り始めており，当該被疑者が身体拘束下にあり，警察が負罪的な供述の獲得を目的とした取調べ手続を実行し，被疑者が弁護人と相談することを要求したにも関わらず，これが拒否され，警察が黙秘権という憲法上の絶対的な権利を効果的に告知しなかった場合には，被疑者は修正第 14 条を介して州の刑事手続をも拘束することになった修正第 6 条を侵害して『弁護人の援助（The Assistance of Counsel）』を否定されたことになる。このような取調べ中に警察によって獲得された供述は，刑事裁判において彼に不利益な証拠として使用することはできない[155]」と判示した。

Escobedo 判決は，修正第 6 条の弁護人依頼権が侵害されたことを理由に，当該取調べ中に獲得された自白を排除した。しかしながら，この判決の論理の根底には，弁護人依頼権

147 *Id.* at 482-483.
148 People v. Escobedo, 190 N.E.2d 825, 827 (Illinois 1963).
149 Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 484 (1964).
150 *Id.* at 485.
151 *Ibid.*
152 *Id.* at 486.
153 *Ibid.*
154 Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 69 (1932). Powell 判決については，次款第 1 目「弁護人依頼権の発展」において触れる。
155 Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 490-491 (1964).

の保障は黙秘権の実質的保障を志向する上で不可欠であるという意識が存在していたように思われる。Escobedo 判決は，弁護人依頼権を問題にしつつ，「自己の弁護人により自己負罪拒否特権を告知される権利（the right of the accused to be advised by his lawyer of his privilege against self-incrimination）」という文言を用いている[156]。また，憲法上の諸権利に関する市民の不知（unawareness of their constitutional rights）に基づく権利放棄に依拠することによって刑事司法制度が実現されているのであれば，それは存続すべきではないとした上で，「もし被疑者が弁護人と相談することを許されるならば，被疑者はこれらの権利を認識し，それを行使するかもしれない（aware of, and exercise, these rights）という恐れを抱くような制度には，存在する価値がない[157]」としているのである。ここでいう「これらの権利（these rights）」は，主として黙秘権を想定しているものであろう。このように，Escobedo 判決は，重要な部分で修正第 5 条の自己負罪拒否特権に依存している。

また，Escobedo 判決は，弁護人依頼権を捜査構造論の観点からも位置づけている。すなわち，連邦最高裁は，「手続が調査的なもの（investigatory）から訴追的なもの（accusatory）へ重点を移したとき―すなわち，当該被疑者に焦点が絞られ，その手続の目的が自白の獲得となったとき―，我々の当事者主義制度（adversary system）が機能し始め，このような状況下では，被疑者は弁護人と相談することを許されなければならない[158]」と判示している。ここでは，当事者主義的な捜査構造の前提として，弁護人依頼権の保障が明示的に挙げられており，当事者の対等性の確保が図られているといえよう[159]。

第 3 款　弁護人依頼権保障の発展との関係

第 1 目　弁護人依頼権保障の発展[160]

弁護人依頼権侵害を理由として自白を排除した Massiah 判決及び Escobedo 判決は，修正第 6 条の弁護人依頼権保障の発展に伴って示されたものであると思われる。そこで，以下では，修正第 6 条の弁護人依頼権保障について，その発展の沿革を辿り，Massiah 判決及び Escobedo 判決といかなる関係にあるかを確認する。

修正第 6 条は，「すべての刑事訴追において，被告人は…自己の防禦のために弁護人の援

---

156 *Id.* at 488.
157 *Id.* at 490.
158 *Id.* at 492.
159 Escobedo 判決は，手続が「訴追的なもの（accusatory）」へと移行したときには，修正第 6 条の弁護人依頼権が保障されなければならない旨を判示している。しかしながら，この部分は 1972 年の Kirby 判決（Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682 (1972)）において大きく後退することになる。この点については，Miranda 判決の意義と関連して後述する。
160 執筆するにあたって，田宮・前掲注（78）332～345 頁及び 355～392 頁，石川才顕『捜査における弁護の機能』（日本評論社，1993 年）38～41 頁，椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』（信山社，1993 年）50～63 頁，岡田悦典『被疑者弁護権の研究』（日本評論社，2001 年）20～28 頁，小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅲ―弁護人依頼権，スーパー・デュー・プロセス』（成文堂，2013 年）3～273 頁等の先行研究を参照した。

助を受ける権利を有する」と規定し，弁護人依頼権を保障している。これは，1791 年に制定されたものである。ところが，市民が権利を要求しなかったため，弁護人依頼権は声高に主張されなかった。その結果，1868 年に修正第 14 条が制定されてからも，連邦最高裁が弁護人依頼権を取り上げることは長らくなかった[161]。

その後，弁護人依頼権は，公選弁護人の援助を受ける権利を中心として発展した。私選弁護人の援助を受ける権利は，連邦法域においても州法域においても，既に認められていたためである[162]。これらは，連邦法域においては修正第 6 条を根拠とするものであり[163]，州法域においては修正第 14 条[164]及び各州における修正第 6 条と同様の規定を根拠とするものである[165]。

連邦最高裁が初めて公選弁護人依頼権と真正面から対峙したのが，1932 年の Powell 判決[166]である[167]。同事件は，列車内で，被告人 Powell を含む 9 人の黒人少年グループが，喧嘩相手と一緒に居た白人少女 2 人を強姦した事件である[168]。黒人少年グループは，3 つのグループに分離されて審理を受けることになった。いずれのグループも，罪状認否手続において無罪答弁を行った。この際に，裁判所は，管轄弁護士会に所属する全弁護士を順次公選弁護人に選任した。しかしながら，実際には，具体的な選任手続が行われず，特定の弁護士が指名されることもなかった。そのため，公判期日の朝まで，弁護人が選任されない状態が続いた。公判審理はいずれも 1 日で結審し，1 人を除く被告人 8 人に死刑判決が言い渡された。

連邦最高裁は，本件被告人がいかなる意味でも弁護人の援助を受けなかったことを認めた[169]。また，「告知と聴聞」が「憲法上のデュー・プロセスの要求の基本的な要素を構成する[170]」ものであり，「弁護人の援助を受ける権利は，権利を主張する当事者によって要求さ

---

161 LISA J. MCINTYRE, THE PUBLIC DEFENDER: THE PRACTICE OF LAW IN SHADOWS OF REPUTE 17 (1987).

162 田宮・前掲注（78）357 頁。なお，私選弁護人の選任が妨げられた場合には，連邦法域であっても州法域であっても，Habeas Corpus によって救済され得たという。

163 *E.g.,* Walker v. Johnston, 312 U.S. 275 (1941); Glasser v. United States, 315 U.S. 10 (1942).

164 *E.g.,* Uveges v. Pennsylvania, 335 U.S. 437 (1948); Moore v. Michigan, 355 U.S. 155 (1957); Cash v. Culver, 358 U.S. 633 (1959); Avery v. Alabama, 308 U.S. 444 (1960).

165 *See* David Fellman, *The Right to Counsel under State Law,* 1955 WIS. L. REV. 281 (1955).

166 Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

167 Powell 判決に至った背景として，第 1 次世界大戦後のナショナリズムの隆盛による人種差別や，1929 年に始まった世界大恐慌による深刻な貧困問題の存在が指摘されている（椎橋隆幸「捜査段階における弁護人依頼権（序論）」鹿法 8 巻 1 号（1972 年）162 頁注（3））。

168 Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 50-51 (1932). なお，同事件は，Scottsboro として著名な 2 つの事件のうちの 1 つである（もう 1 つの事件は, Norris v. Alabama, 294 U.S. 587 (1935) である。）。

169 *Id.* at 57.

170 *Id.* at 68.

れ，提供されたときには，聴聞に含まれる[171]」ことを確認した。その上で，連邦最高裁は，「無知や無学，若者であること，民衆の敵対的な状況（the circumstances of public hostility），州兵による拘禁と厳重な監視，知人や家族が他の州に居るためにコミュニケーションを取ることが当然に困難であり，被告人が生命に関わる危険にさらされていたという事実[172]」に照らせば，「事実審裁判所が，被告人に対して弁護人を確保するための合理的な時間と機会を与えなかったことは，デュー・プロセスの明白な否定である[173]」と判示した。加えて，「仮に弁護人に依頼する機会が被告人に与えられていたとしても，弁護人を雇う経済的余裕がなかったことを踏まえれば，本件の状況下では，弁護人の必要性は極めて重要かつ不可欠（so vital and imperative）であった。そのため，事実審裁判所が効果的な弁護人の選任（an effective appointment of counsel）を行わなかったことは，同様に修正第 14 条の意味におけるデュー・プロセスの否定である[174]」とした。Powell 判決は，修正第 14 条が，公判前の弁護人依頼権を含むものであることを示した初めての判例である。但し，Powell 判決は，その射程を死刑事件（in a capital case）に限定していた[175]。

その後，1938 年の Johnson 判決は，連邦法域における重罪事件について，被告人の公選弁護権が修正第 6 条によって保障されている旨を判示した。この事案は，偽造通貨の所持及び行使に関する連邦事件で有罪判決を受けた貧困な被告人が，死刑適用事件ではないという理由で，弁護人不在のまま公判審理を受けたとして，人身保護令状による救済を求めたものである[176]。連邦最高裁は，修正第 6 条の弁護人依頼権の保護が，生命や人身の自由という基本的人権を保障するために不可欠であることを確認した[177]。その上で，「被疑者・被告人が既に弁護人の援助を受けているか，弁護人の援助を受ける権利を放棄しない限り，修正第 6 条は，被疑者・被告人から生命や自由を奪う権限を，すべての刑事訴追において（in all criminal proceedings），連邦裁判所に与えていない[178]」と判示した。また，弁護人依頼権に無知であるために弁護人の援助を受けることができなかったとすれば，そのような事実は「正義の基本的な要求（rudimentary demands of justice）[179]」に反するとした。

Powell 判決及び Johnson 判決によって，死刑事件及び連邦法域における重罪事件については，被告人には公選弁護人の援助を受ける権利が保障されることが明らかとなった。しかしながら，州法域において，死刑事件以外の事件でも公選弁護人の援助を受ける権利が保障されるか否かについては，この時点では判断が示されていなかった。この点について

---

171 *Ibid.*
172 *Id.* at 71.
173 *Ibid.*
174 *Ibid.*
175 *Ibid.*
176 Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458, 459 (1938). 同判決の詳細は，渥美東洋「国選弁護権の告知と請求と放棄」比雑 6 巻 1＝2 号（1968 年）80～84 頁を参照。
177 *Id.* at 462.
178 *Id.* at 463.
179 *Id.* at 467.

判示したのが，1942 年の Betts 判決である。

Betts 判決の事案の概要は，以下の通りである。強盗罪で起訴された被告人は，貧困のために弁護人を雇うことができなかった。そこで，被告人は，罪状認否手続において，その旨を裁判官に伝え，弁護人選任を要求した。しかしながら，Maryland 州では，公選弁護人の選任は，殺人事件及び強姦事件で訴追された場合に限定されていた。そのため，被告人は，弁護人依頼権を放棄しないまま無罪答弁を行い，陪審ではなく裁判官のみによる審理を受けることを選択した。被告人は，証人に対して自ら反対尋問を行い，防禦活動をした。しかしながら，有罪であると認定され，8 年の懲役刑を言い渡された[180]。

連邦最高裁は，「連邦憲法修正第 6 条は，連邦裁判所における審理に対してのみ適用される[181]」とした上で，修正第 14 条のデュー・プロセスについて，以下のように判示した。すなわち，「デュー・プロセスという文言は，権利章典に規定された他の明確かつ特定の条項の中で描かれている概念よりも厳格（rigid）ではなく，より流動的なものである（more fluid）。これが否定されたか否かは，当該事案における事実を総合的に評価すること（an appraisal of the totality of facts in a given case）によって検討されるべきである。…このような概念を適用するにあたっては，その保障を硬直した規範（hard and fast rules）として公式化する運用を招来する危険が常に存在し，当該事案の中で明らかにされた個別的な要素を無視することになり得る《省略筆者》[182]」と。そして，Powell 判決が「本件の状況下では（under the circumstances）」と強調していたこと，本件においては被告人に刑事裁判を受けた経験があること等を挙げ，それぞれの事案の違いを明示した。その上で，弁護人依頼権は基本的権利ではなく[183]，「各州の見解がいかなるものであれ，当裁判所は，修正第 14 条に編入されるデュー・プロセスの概念が，各州に対して，このようなすべての刑事事件において弁護人の選任を義務づけていると判示することはできない[184]」とした。

Betts 判決は，Johnson 判決の射程を州事件に拡大することを阻んだ。このように，修正第 14 条のデュー・プロセス条項が有する流動性・弾力性を強調し，各事件固有の事情に基づいた判断を要求した Betts 判決は，「特別事情法理（special circumstances doctrine）[185]」とも称されている（以下，「Betts 法理」ともいう。）。連邦最高裁が Betts 法理を採用したことによって，連邦法域と州法域でダブルスタンダードが用いられるようになった。すなわち，連邦裁判所は，重罪事件で訴追された被告人が有効に弁護権を放棄しない限り，公選弁護人を選任しなければならないのに対して，州裁判所は，死刑適用事件を除き，「特別

---

180 Betts v. Brady, 316 U.S. 455,456-457 (1942).
181 *Id.* at 461.
182 *Id.* at 462.
183 *Id.* at 471.
184 *Ibid.*
185 *E.g.,* Bruce R. Jacob, *Remembering Gideon's Lawyers,* 36 JUN CHAMP 16, 19 (2012). *See also,* Note, *Effective Assistance of Counsel for the Indigent Defendant*, 78 HERV. L. REV. 1434, 1436-1437 (1965).

な事情」がない限り，被告人に公選弁護人を付さなくても良いことになった[186]。

このような中で，事情の総合説と関連して前述した Crooker 判決及び Spano 判決が示された。1958 年の Crooker 判決は，弁護人依頼権の侵害を「一事情」と捉えている。しかしながら，Douglas 判事等による反対意見は，「デュー・プロセス条項に示される我々の文明的基準は，弁護人を欲する被疑者に，その逮捕の瞬間から（at any time after the moment of arrest）弁護人を付すことを要求する」として，弁護人依頼権の侵害を理由とした自白排除を展開していた[187]。また，その翌年に示された Spano 判決も，とりわけ弁護人依頼権侵害を重視しながら，取調べ時間や捜査官の圧力等を総合して当該自白の排除を検討していた。Spano 判決に付された Douglas 判事等による補足意見も，起訴後の取調べに際しても修正第 6 条の弁護人依頼権が保障されなければならないとしていた[188]。このような考え方は，Powell 判決を嚆矢とした修正第 6 条に関する上記諸判例によって，弁護人依頼権保障の重要性が高まっていたことと無関係ではない。

加えて，1961 年には，Hamilton 判決が示された。この事案は，強姦の意図で住居に侵入した罪等で死刑判決を受けた被告人が，アレインメント段階で弁護人の援助を受ける権利を否定されたとして，連邦最高裁に上告を申し立てたものである[189]。上告申立てを受理した連邦最高裁は，「Alabama 州においては，アレインメントは刑事手続において『危機的な段階（critical stage）』である[190]」と判示し，アレインメント段階においても弁護人依頼権が保障されることを明らかにした。この判断は，Alabama 州におけるアレインメントの重要性と大きく関係している。すなわち，Alabama 州法は，被告人が心神喪失であることを主張する機会をアレインメントに限定していた[191]。したがって，Alabama 州法下では，この機会を失すると，心神喪失であることを主張することができなくなり[192]，その後は公判裁判官が裁量で取り上げない限り，心神喪失の抗弁をすることができない。また，この抗弁の受理が拒否されたとしても，控訴審で訂正されることはない[193]。加えて，Alabama 州法下では，訴訟却下答弁（Pleas in abatement）も，アレインメントの段階で行わなけれ

---

186 もっとも，Betts 判決には，Black 判事による反対意見が付されている。同反対意見は，基本的には Powell 判決の考え方を踏襲し，公費で弁護人を選任すべきことを述べている。その上で，「貧困者に対して弁護人を付さない実務は，法の下に平等な正義を提供するという民主主義社会の約束に反するものであると思われる」と結んでいる（Betts v. Brady, 316 U.S. 455, 477 (1942) (Black, J., Douglas, J. & Murphy, J., dissenting)）。

187 Crooker v. California, 357 U.S. 433, 448 (1958) (Douglas, J., Black, J. & Brennan, J., dissenting).

188 Spano v. New York, 360 U.S 315, 325 (1959) (Douglas, J., Black, J. & Brennan, J., concurring).

189 Hamilton v. Alabama, 368 U.S. 52, 52 (1961).

190 *Id.* at 54. 連邦最高裁判例における「危機的な段階（critical stage）」の変遷については，山本正樹「捜査と弁護人の機能―合衆国最高裁判例における『決定的な段階』概念の発展を中心に―」論叢 101 巻 4 号（1977 年）30～60 頁を参照。

191 15 Ala. Code §423.

192 Morrell v. State, 34 So. 208 (Alabama 1903).

193 Rohn v. State, 65 So. 42, 43 (Alabama 1914).

ばならないとされていた[194]。連邦最高裁は，このような事情を踏まえ，「他の管轄地におけるアレインメントの機能や重要性がいかなるものであれ，Alabama 州においては，アレインメントは刑事手続において『危機的な段階』であることを，当裁判所は充分に示した。アレインメントの段階で起こることは，公判手続全体に影響を及ぼすであろう[195]」と判示したのである。また，「弁護人の立会いのみが，考えられ得るすべての防禦を被告人に知らしめ，理性的な答弁を可能ならしめるのである[196]」として，弁護人依頼権保障の重要性について述べている。

以上のように，弁護人依頼権保障の重要性が強く認識され始めた 1963 年，弁護人依頼権に関して極めて著名な Gideon 判決が示された。Gideon 判決の事案の概要は，以下の通りである。被告人である Gideon は，軽罪（misdemeanor）を犯す目的でビリヤード場（poolroom）へ侵入した罪で起訴された。Florida 州法下では，同罪は重罪（felony）であった。弁護人を選任する経済的余裕がなかった Gideon は，弁護人不在のまま出廷し，裁判所に対して弁護人の選任を要求した。しかしながら，Florida 州法は，弁護人を選任する場合を死刑事件に限定していた。そのため，裁判所は，Gideon が行った弁護人選任要求を拒否して，弁護人不在のまま公判審理を行った。Gideon は，可能な限りの防禦を自ら行ったものの，有罪判決を受けた。そこで，Gideon は，連邦憲法によって保障された権利を侵害されたとして，Florida 州最高裁に対して人身保護令状（habeas corpus）による救済を求めた。しかしながら，Florida 州最高裁は，意見を付すことなく，これを却下した[197]。

Betts 判決において反対意見を示していた Black 判事が執筆した法廷意見は，本件事案が Betts 判決における事案と酷似していることを確認し，「Betts 判決を維持するのであれば，連邦憲法は弁護人の援助を保障しているという Gideon の主張を否定せざるを得ない。当裁判所は，充分に再考した上で，Betts 判決は破棄されるべきであるという結論に達した[198]」と述べた。これまで，連邦最高裁は，権利章典の各保障が修正第 14 条を介して州に適用されるか否かを判断する際に，その保障が「基本的性格（fundamental nature）[199]」を有するか否かを基準にしてきた。Betts 判決は，弁護人の援助を受ける権利は「公正な裁判にとって基本的かつ不可欠（fundamental and essential to a fair trial）[200]」なものではないと判断していた。しかしながら，連邦最高裁は，「この結論は誤っていた[201]」と判示した。そ

194 15 Ala. Code §279.
195 Hamilton v. Alabama, 368 U.S. 52, 54 (1961).
196 *Id.* at 55.
197 Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335, 336-338 (1963). なお，Gideon 判決に関する邦語文献として，山中俊夫「アメリカ刑事法判例訳選 4『ギデオン対ウェンライト』事件―貧困者にたいする弁護人の保障」同法 22 巻 1 号（1970 年）41～64 頁，指宿信「弁護人の援助を受ける権利」樋口範雄・柿嶋美子・浅香吉幹・岩田太編『アメリカ法判例百選』（有斐閣，2012 年）110～111 頁，小早川・前掲注（160）41～64 頁等がある。
198 *Id.* at 339.
199 *Id.* at 341.
200 *Id.* at 342.
201 *Ibid.*

の上で, Powell 判決が「弁護人の援助を受ける権利は, このような基本的性格（fundamental character）を有するものである」と宣言していたこと,「基本的性格」に関するこのような結論は明白であり，Johnson 判決が繰り返し力説していたことを挙げた[202]。これらを踏まえ，連邦最高裁は，次のように判示した。「Betts 事件において，当裁判所が『弁護人の選任は基本的な権利ではなく, 公正な裁判を受ける権利の要素でもない』と判示したことは，充分に考慮された当裁判所の先例を突如破棄したことを意味する。当裁判所は，Betts 判決より適切であるかつての先例に回帰するために，公正な司法制度を達成するべく打ち立てられた憲法上の諸原則（constitutional principles）を回復させる。これらの先例に加えて，理性と熟考（reason and reflection）に基づいて，当裁判所は，以下のように理解することが求められている。すなわち，我々の当事者主義的刑事司法制度の下では，法廷に連れ出されたいかなる者であっても，貧困のために弁護人を雇うことができないのであれば，弁護人の提供を受けない限り，公正な裁判を保障され得ない，と。このことは，自明の真理（obvious truth）であるように思われる。…政府が訴追のために法律家を雇い，資力のある被告人が自己の防禦のために法律家を雇うことは，刑事裁判において弁護人が贅沢品ではなく必要品であるという広汎な信念（spread belief）を強く示している。国によっては，弁護人依頼権は公正な裁判にとって不可欠な基本的権利ではないと考えられている。しかしながら，わが国においては，そのようには考えられていない。建国当初から，わが国の各州及び連邦の憲法及び法律は，すべての被告人に対して，法の平等の下に公正な裁判所による裁判を保障するために, 手続的・実体的保護を強調してきた。この崇高な理念（noble ideal）は，犯罪の訴追を受けた貧困な者が，弁護人の援助なしに訴追者と対峙せざるを得ないのであれば，実現され得ない《省略筆者》[203]」と。

第 2 目　弁護人依頼権保障の発展との関係

以上のように，Gideon 判決は，弁護人依頼権が公正な裁判の実現にとって基本的かつ不可欠な権利であることを挙げ，州の重罪事件において貧困者に公選弁護人を選任する義務を認めた。また，Gideon 判決の翌月には，予備審問手続（preliminary hearing）における弁護人依頼権を保障した White 判決が示された。White 判決は，その理由を示すことはなかったものの，予備審問が「危機的な段階」に該当する旨を判示している[204]。既に述べた 1964 年の Massiah 判決や Escobedo 判決は, このような流れの中で示されたものであった。

弁護人依頼権保障の発展過程は，公判廷と同様かそれ以上に，公判廷外における弁護人依頼権保障が重要であることを確認する過程であったといえよう。これは，主に，（1）修正第 6 条の弁護人依頼権は, 修正第 14 条を介して州事件に対しても適用されるか否か, (2) いかなる事件の公判において弁護人依頼権を保障する必要があるか，(3) 公判廷外のいかなる段階で弁護人依頼権を保障する必要があるか，という論点を軸に展開されてきた。す

202 *Id.* at 342-343.
203 *Id.* at 343-344.
204 White v. Maryland, 373 U.S. 59, 60 (1963).

なわち，（1）州事件への適用の可否及び（2）事案の軽重如何について，1932 年の Powell 判決は，州の死刑事件における弁護人選任を義務づけた。また，「被告人は，自己に不利益な手続のあらゆる段階で，弁護人の援助の手を必要とする[205]」のであって，「『事件の準備及び公判における効果的な援助（effective aid in the preparation and trial of the case）』を行うことが不可能な時間や状況下での弁護人選任では，裁判所の義務が果たされたことにはならない[206]」と判示していた。その後，1938 年の Johnson 判決は，連邦の重罪事件における弁護人選任を要求した。このように，その重要性が確認されつつあった弁護人依頼権保障は，1942 年の Betts 判決が採った「特別事情法理」により，一度は途絶えかけた。しかしながら，このような状況下でも，弁護人依頼権保障が軽視されることはなかった。（3）公判廷外における弁護人依頼権保障について，1958 年の Crooker 判決に付された反対意見や Spano 判決に付された補足意見は，それぞれ「逮捕の瞬間（at any time after the moment of arrest）」，「公訴提起後，公判の開始前（after the indictment and before the trial）」における弁護人依頼権の重要性を指摘した。さらに，1961 年の Hamilton 判決は，アレインメントを「危機的な段階」であると認める等，その範囲は徐々に拡大され，公判廷外における弁護人依頼権の保障も重要視されていた。このような中で示されたのが，詳述した 1963 年の Gideon 判決である。同判決は，（1）及び（2）について，Betts 法理を破棄し，当事者主義と公正な裁判を受ける権利を根拠に，州の重罪事件において貧困者に公選弁護人を選任する義務を認めた。

1964 年の Massiah 判決及び Escobedo 判決は，（1）州事件への適用の可否及び（2）事案の軽重如何という論点によって強く認識されてきた弁護人依頼権の重要性と，（3）その保障を公判廷外に拡大する流れの中で示された。Massiah 判決は，Spano 判決の補足意見を引用し，起訴後保釈中である被告人から計画的に獲得した供述を被告人に不利益な証拠として使用することは，修正第 6 条の弁護人依頼権を侵害する旨を判示した。また，Escobedo 判決は，身体拘束された特定の被疑者に捜査の焦点が絞られた場合にも Massiah 法理が適用される旨を判示し，修正第 14 条を介して州に対しても適用される修正第 6 条の弁護人依頼権が侵害されたことを理由に，当該自白を排除した。

Massiah 判決は，「修正第 4 条の問題には触れない[207]」と明言していることから，修正第 4 条に基づく違法収集証拠排除法則との連続を否定しているものと思われる。また，Escobedo 判決は，修正第 5 条の黙秘権の重要性を強調しているほか[208]，当該事案にのみ有

---

205 Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 69 (1932).

206 *Id.* at 71.

207 Massiah v. United States, 377 U.S. 201, 204 (1964).

208 Escobedo 判決は，後述する Malloy 判決（Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964)）の 1 週間後に示されているため，自己負罪拒否特権が強く意識されることになったとも考えられる（Massiah 判決は 1964 年 5 月 18 日に，後述する Malloy 判決は同年 6 月 15 日に，Escobedo 判決は同年 6 月 22 日に，それぞれ判示された。）。

効な個別判断を行ったに過ぎないとも読むことができる[209]。したがって，両判決は，当該自白の任意性を問うことなく，専ら弁護人依頼権の侵害を重視するものの，弁護人依頼権侵害を理由とする「違法収集自白排除法則」を確立させたと解することは困難である。しかしながら，弁護人依頼権保障の発展過程において認識されてきた同権利の重要性を強く意識したものであることは間違いないであろう。そして，弁護人依頼権の重要性と関連して示された両判決は，後述する Miranda 判決への布石の 1 つとなった。

第 4 節　自己負罪拒否特権の発展

連邦憲法修正第 5 条は，「何人も…いかなる刑事事件においても，自己に不利益な証人（a witness against himself）となることを強要されない」と規定している。この規定の内容とするところは，一般的に「自己負罪拒否特権（Privilege against Self-incrimination）」と称されている。この規定が「証人（witness）」という文言を用いていることからも明らかであるように，自己負罪拒否特権は，証人の証言拒絶との関係で発展してきた。他方で，現在では，捜査段階において，被疑者が自己負罪拒否特権を有することに疑いはない。

1897 年の Bram 判決[210]以後，1966 年の Miranda 判決までの間に，自己負罪拒否特権を侵害したとして自白が排除された例はみられない。しかしながら，Miranda 判決以前の自己負罪拒否特権に関する判例の論理を辿り，その発展過程を概観することは，自己負罪拒否特権保障を基軸としている Miranda 判決をより正確に理解する上で不可欠である。そこで，以下では，アメリカにおける自己負罪拒否特権の発展過程について，簡単に確認する。

第 1 款　自己負罪拒否特権の発展過程[211]

第 1 目　イギリスにおける自己負罪拒否特権の成立

アメリカにおける自己負罪拒否特権の淵源を遡ると，イギリスにおける自己負罪拒否特権の成立に辿り着く。イギリスにおいて，どの段階で，どのような理論的背景によって自己負罪拒否特権が成立したかについては，必ずしも理解が統一されていない。

たとえば，Wigmore は，自己負罪拒否特権の成立は，12 世紀のイギリス国王と教会の間の権力闘争を契機とするものであると主張する[212]。一方，Levy は，その契機として，16 世紀から 17 世紀の星室裁判所（Court of Star Chamber）や高等宗務官裁判所（Court of High Commission）が採っていた糺問的手続（とりわけ，職権宣誓（oath *ex officio*）の上

---

209 Escobedo 判決は，「本件のような状況下では（under the circumstances here）」等の限定的な語句を多く使用していた（*See* Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 492 (1964)）。

210 Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

211 自己負罪拒否特権の歴史的発展については，以下に引用した文献の他に，安倍治夫「英米における自己負罪拒否特権の形成」ひろば 10 巻 6 号（1957 年）33～37 頁，多田辰也「捜査の構造再考序説―黙秘権の歴史的考察を手掛りとして」立教院 3 号（1982 年）1～77 頁等を参照した。

212 WIGMORE, *supra* note 106, §2251, at 317.

での真実供述義務）に対するピューリタンの抵抗を挙げている[213]。このような歴史認識に対して，Langbein は，かつての「被告人供述型（the accused speaks）」公判が，弁護人依頼権の発展に伴い，当事者主義的刑事手続に基づく「訴追テスト型（testing the prosecution）」公判に変化した点を重要視する。Langbein の説明によれば，被告人はこのような訴訟構造の変化の中で初めて黙することが可能になり，これが *Nemo tenetur* 原則と結びついたということになる[214]。

イギリスにおける自己負罪拒否特権の発展過程に関する詳細な検討はさて措き[215]，少なくとも 1637 年の John Lilburn 裁判[216]の頃には，既に自己負罪拒否特権という概念が「コモン・ロー手続における弾劾的な性格を象徴するもの（the accusatory character of common-law procedure）」になっていたといえそうである[217]。

第 2 目　アメリカにおける自己負罪拒否特権の継受

イギリスにおけるこのような刑事手続は，植民地期のアメリカにおいても採用されていた[218]。そこでは，イギリスにおいてみられた「被告人供述型（the accused speaks）」公判が採られ，弁護権は大幅に制限されていた[219]。また，公判は「終局的段階（latest stage）」であるとされ，公判前手続が重要視されていた[220]。このような状況下では，自己負罪拒否特権は，ほとんど意識されなかった[221]。

---

213 LEONARD W. LEVY, THE ORIGINS OF THE FIFTH AMENDMENT 42 (1968).

214 John H. Langbein, *The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteen Centuries*, R.H. HELMHOLZ ET AL., THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION: ITS ORIGINS AND DEVELOPMENT 97-100 (1997).

215 イギリスのコモン・ロー上の自己負罪拒否特権をさらに遡れば，ローマ法（特に，キリスト教において信仰を規律していたカノン法）の「*ius commune*」（普遍法）に由来する，「*nemo tenetur prodere seipsum*（何人も，自己を告発する義務を負わない）」という法諺に行き着く。本稿では，この点は措くこととする。なお，詳細は，小川佳樹「自己負罪拒否特権の形成過程」早法 77 巻 1 号（2001 年）123～135 頁，伊藤博路「自己負罪拒否特権の確立期についての一考察―イギリス法を中心に―」帝塚山 5 号（2001 年）135～154 頁，中島洋樹「被疑者・被告人の供述主体性（1）―イギリスにおける黙秘権保障の歴史的展開を手掛かりに―」法雑 51 巻 1 号（2004 年）69～86 頁，松倉治代「刑事手続における Nemo tenetur 原則（1）―ドイツにおける展開を中心として―」立命 335 号（2011 年）144～153 頁等を参照。

216 The Trial of John Lilburn and John Wharton, 3 How. St. Tr. 1315 (1637). 同判決の原文に触れることはできなかった。詳細は，澤登文治「自己負罪拒否権の歴史的展開（2・完）―合衆国憲法修正 5 条の意義―」新潟 25 巻 1 号（1992 年）160～180 頁を参照。

217 Thomas Y. Davies, *Farther and Farther from the Original Fifth Amendment: The Recharacterization of the Right against Self-Incriminations as a "Trial Right" in Chavez v. Martinez*, 70 TENN. L. REV. 987, 1001 (2003). Miranda 判決も，自己負罪拒否特権の淵源として John Lilburn 事件を挙げている（Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 459 (1966)）。

218 Eben Moglen, *Taking the Fifth: Reconsidering the Origins of the Constitutional Privilege against Self-Incrimination*, 92 MICH. L. REV. 1086, 1091 (1994).

219 *Id.* at 1089-1094.

220 *Id.* at 1094-1095.

221 *Id.* at 1098-1099.

周知の通り，アメリカは，1775 年に勃発した独立戦争を経て，1776 年に独立を果たした。このとき，13 の植民地はそれぞれイギリスから独立し，邦（state）となった。独立に前後して，当時の Rhode Island 邦及び Connecticut 邦を除く 11 邦は，それぞれ憲法を制定した[222]。このうち，Virginia 邦や North Carolina 邦，Pennsylvania 邦，Massachusetts 邦，New Hampshire 邦等は，統治構造に関する規定に加えて権利章典を設けており[223]，そこには自己負罪拒否特権に関する条項が規定されていた[224]。たとえば，独立した邦の憲法として最初に成立した Virginia 権利章典第 8 条は，「…何人も，自己に不利益な証拠の提出を強制されることはない（nor can he be compelled to give evidence against himself）」と規定していた[225]。Virginia 権利章典の規定は，Pennsylvania 邦や Massachusetts 邦，North Carolina 邦，New Hampshire 邦の権利章典にほとんど引き写されるほど大きな影響を与えた[226]。このように，各邦において権利章典が制定された段階では，自己負罪拒否特権は「証拠の提出（to give evidence）」を強要されないことを保障するものであった[227]。

その後，1787 年に制定された連邦憲法に付け加える形で，権利章典が設けられた[228]。ここで中心的役割を果たしたのは，Virginia 権利章典を制定し，連邦憲法制定のきっかけを作った James Madison であった。自由主義者であった Madison は，その草案に「…何人も，自己に不利益な証人となることを強要されない（nor shall be compelled to be a witness against himself）[229]」という一節を盛り込み，自己負罪拒否特権を権利章典に取り入れた[230]。Madison 草案が規定していた自己負罪拒否特権は，Virginia 権利章典等のそれとは異なり，「証人となること（to be a witness）」を強要されないことを保障するものであった[231]。そ

---

222 なお，田中英夫『英米法総論（上）』（東京大学出版会，1980 年）209～213 頁，有賀貞「アメリカ革命期憲法の政治思想」一研 13 巻（1983 年）11～21 頁を参照。

223 *See* Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78, 91-92 (1908).

224 各邦憲法の権利章典に規定された内容は，田中・前掲注（18）94～95 頁に記載された表「邦憲法における権利章典」，武則忠見『アメリカ革命の価値体系の研究』（亜紀書房，1972 年）30～31 頁に折り込みで挿入されている「1 表：革命期アメリカ諸邦権利章典内容一覧表」を参照。

225 斎藤眞・五十嵐武士訳『アメリカ革命』（研究社，1978 年）131 頁〔五十嵐武士訳〕を参照。

226 R. Carter Pittman, *The Colonial and Constitutional History of the Privilege against Self-incrimination*, 21 VA. L. REV. 763, 788 (1935).

227 なお，Massachusetts 邦は，「自己を告発し，自己に不利益な証拠を引き渡すこと（to accuse or furnish evidence against himself）」と規定しており，New Hampshire 邦もこれをそのまま用いたという（*Ibid*）。

228 連邦憲法及び権利章典の制定過程に関しては，田中・前掲注（18）51～136 頁，阿部・前掲注（18）18～45 頁等が詳しい。

229 Michael Edmund O'Neill, *The Fifth Amendment in Congress: Revisiting the Privilege against Compelled Self-Incrimination*, 90 GEO. L. J. 2445, 2480 (2002).

230 William Michael Treanor, *The Origins and Original Significance of the Just Compensation Clause of the 5th Amendment,* 94 YALE L.J. 694, 708 (1985).

231 もっとも，「witness」は「証拠を提出する者」を意味していたため，邦が採用した権利章典と実質的な意味は同じであるという指摘もなされている（Richard A. Nagareda,

の後，この部分に関する変更はみられない。自己負罪拒否特権に関する文言の増減は，1789年の第1回連邦議会において，New York 邦の代表である John Laurence によって，同条項の射程を刑事手続に限定するべきである旨が主張され，これが全員一致で採用されたに留まる[232]。

自己負罪拒否特権が修正第 5 条に規定された経緯や，その文言の決定過程及び想定されていた内容は，必ずしも明らかではない。これは，当時の資料が残されておらず，自己負罪拒否特権に関する議論もほとんどなされなかったためである[233]。ところで，邦憲法や連邦憲法修正第 5 条が自己負罪拒否特権を盛り込んだことによって，当時の裁判実務が大きく変容したという事実は無いとされている[234]。このような指摘を踏まえれば，自己負罪拒否特権に関する権利章典の宣言は，これまでのコモン・ロー上の原則を確認する程度のものであったと思われる[235]。アメリカにおける刑事手続の変革は，イギリスと同様に，弁護人の存在の変化―すなわち，「訴訟構造の変化」―によるものであったと指摘されている[236]。したがって，以下で述べるように，連邦最高裁が自己負罪拒否特権を取り上げるまでには，制定から長い時間を要した[237]。

第 2 款　アメリカにおける自己負罪拒否特権に関する判例の動向

以上のような経緯で，自己負罪拒否特権は権利章典へと盛り込まれた。しかしながら，連邦最高裁が修正第 5 条の自己負罪拒否特権を初めて取り扱うのは，制定から 100 年以上が経過してからであった。Miranda 判決が示される 1966 年までの間に，連邦最高裁が自己負罪拒否特権を取り扱った判例は，証言拒否及び不利益推認に関するものや，被告人の証人適格に関するものが多数を占める。これは，修正第 5 条が，既に概観したような歴史的沿革を経ているためである。他方で，これらの中には，Miranda 判決の争点である身体拘束中の取調べと関連するものも存在する。そこで，以下では，判例法上いかにして自己負罪拒否特権が発展し，Miranda 判決へと至ったかを理解するために必要な限度で，自己負罪拒否特権に関する連邦最高裁判例の動向を辿ってみたい[238]。

Complusion "to be a Witness" and the Resurrection of Boyd, 74 N.Y.U. L. REV. 1575, 1605-1606 (1999))。

232 UNITED STATES CONGRESS, DEBATES AND PROCEEDINGS IN THE CONGRESS OF THE UNITED STATES 753 (1834).

233 Moglen, *supra* note 218, at 1123.

234 LEVY, *supra* note 213, at 409; Moglen, *supra* note 218, at 1124-1125.

235 小川・前掲注（215）140 頁。

236 Moglen, *supra* note 218, at 1128-1129.

237 なお，その間，1864 年に Maine 州が被告人の証人適格を認めるのを皮切りに，証人の証言拒絶権も縮小されていった。詳細は，小川・前掲注（215）141～145 頁を参照。また，アメリカにおいて被告人の証人適格が認められる過程については，Joel N. Bodansky, *The Abolition of the Party-Witness Disqualification: An Histrical Survey*, 70 KY. L. J. 91 (1982) を参照。

238 なお，自己負罪拒否特権全般に関する判例の動向については，小早川義則『デュー・プ

連邦最高裁が初めて自己負罪拒否特権に関して判示したのは，違法収集証拠排除法則の発展と関連して既に述べた，1886 年の Boyd 判決であった。Boyd 判決は，輸入物品の送り状を強制的に提出させたことについて，「修正第 5 条のいう，自己に不利益な証人となることを強要するものである[239]」と判示した。ここでは，「証拠の提出（to give evidence）」と「証人となること（to be a witness）」は同義として用いられているように思われる[240]。その後，1892 年には，選択的組入れ理論（selective incorporation theory）と関連して触れられることの多い Counselman 判決が出された[241]。

修正第 5 条が規定する自己負罪拒否特権が州の手続に対しても適用されるかについて，連邦最高裁が初めて判断を下したのが，1908 年の Twining 判決である。この事案の概要は，以下の通りである。銀行の幹部職員であった被告人 Twining は，New Jersey 州の銀行監査官に対して，銀行の経営状態に関する虚偽の書類を提出したとして訴追された。New Jersey 州事実審裁判所の審理において，被告人は，可能であるにも関わらず，証人を呼ばず，自ら証言することもなかった[242]。同審理を担当した裁判官は，陪審員に対する説明の中で，被告人が証言台に立って弁解しようとしなかった事実を考慮することができると述べた[243]。この説示を踏まえ，陪審員は有罪の評決を行った。その後，New Jersey 州最高裁の有罪判決が確定した。被告人は，州事実審裁判所の審理において，被告人が証言台に立たなかったことを被告人に不利に考慮し得ると説示したことは，事実上証言を強制することであり，自己負罪の強制であるとして上告した。連邦最高裁は，この問題について，「New Jersey 州において，裁判所の説示を肯定するような法律が，合衆国市民の特権又は免責を弱体化させ，あるいはデュー・プロセスによらずして人々の生命，自由，財産を剥奪するとして，修正第 14 条を侵害するか否かである[244]」と整理した。そして，自己負罪拒否特権について，その歴史的沿革等を確認し，「デュー・プロセスの本質的な部分として存在するようになったのではなく，司法判断の過程において発展した，賢明かつ有益な証拠に関する原則（a wise

---

ロセスと合衆国最高裁Ⅳ―自己負罪拒否特権，（付）セントラルパーク暴行事件』（成文堂，2014 年）27～220 頁を参照。

239 Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 634-635 (1886).

240 なお，Boyd 判決が前提としていた，文書にも修正第 5 条の保障が及ぶとする考え方は，後に Fisher 判決によって否定されている（*See* Fisher v. United States, 425 U.S. 391 (1976)）。

241 Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 547 (1892). Counselman 判決は，自己負罪拒否特権それ自体を取り扱った事案ではないため，本脚注で説明するに留める。被告人の Counselman は，州際通商委員会規則に違反して鉄道運賃を設定した疑いで複数回にわたって喚問された際，証言を拒否したため，法廷侮辱に該当するとして身体を拘束された。被告人には，州際通商法（the Interstate Commerce Act）に基づき，いわゆる「使用免責（use immunity）」が付与されていた。連邦最高裁は，本件の大陪審手続も刑事手続に該当するとした上で，州際通商法の免責規定は，自己負罪拒否特権の保障に代替するには不充分であるとして，被告人の証言拒否を正当であると判断した。

242 Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78, 80 (1908).

243 *Id.* at 82-83.

244 *Id.* at 91.

and beneficent rule of evidence developed in the course of judicial decision）である[245]」と判示した。その上で，「自己負罪の強制からの免除は，州による諸特権の弱体化に対して修正第 14 条の条項が保障する合衆国市民の特権及び免除ではない[246]」と述べた。したがって，自己負罪拒否特権が州の手続に対しても適用されるかという問題については，「州裁判所における自己負罪の強制からの免除は，連邦憲法のいかなる部分によっても保障されていない[247]」と結論づけた。Twining 判決における論理の根本には，州に対する過度な介入を避け，連邦制を維持するという意図があった[248]。しかしながら，自己負罪拒否特権を州へ適用することを阻むものとして，その後も大きな影響を与え続ける。

それから約 30 年後に示された，選択的組入れ理論を明示的に採用したことで著名な Palko 判決は，修正第 5 条について，「秩序ある自由体系の本質的な構成要素（the very essence of a scheme of ordered liberty）[249]」ではないと判示した。Palko 判決は，修正第 5 条のうち,「二重の危険の禁止」が州に対しても適用されるか否かが争われた事案である[250]。ここで，連邦最高裁は，修正第 1 条から修正第 8 条までの権利章典の内容が，直ちに州に対して適用される訳ではないこと―すなわち，全面的組入れ理論の否定―を宣言した[251]。その上で，修正第 5 条について，これを廃止しても「アメリカ国民の伝統と良心に根本的なものとして根付いている正義の原理（principle of justice so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked fundamental）[252]」に反することにはならないとした。また，「Twining 判決が示しているように，自己負罪の強制からの免除についても，真実である[253]」として，自己負罪拒否特権についても同様であるとした。このことは，「正義は，被疑者が規律正しい取調べ（orderly inquiry）に応じる義務を負わされた場合であっても，滅びはしない[254]」という言葉に端的に表されている。

自己負罪拒否特権は「秩序ある自由体系の本質的な構成要素」ではないため，州に対し

---

245 *Id.* at 106.
246 *Id.* at 99.
247 *Id.* at 113.
248 *Id.* at 92.
249 Palko v. Conneticut, 302 U.S. 319, 325 (1937). なお, 野坂泰司「人権規定の編入理論」樋口範雄・柿嶋美子・浅香吉幹・岩田太編『アメリカ法判例百選』（有斐閣，2012 年）48～49 頁を参照。
250 この事案の概要は，以下の通りである。Conneticut 州内の殺人事件に関して，第 1 級謀殺の嫌疑で訴追された被告人 Palko は，陪審による審理を受け，第 2 級謀殺で有罪と判断され，終身刑を宣告された。これに対して，Conneticut 州は，審理に誤りがあるとして，州法に基づいた再審理を請求した。この請求が認められ，事件は再審理されることになった。Palko は, 同一訴因によって 2 度危険にさらされるとして異議を申し立てた。しかしながら，この主張は却下された。その後，再審理を経て，Palko は第 1 級殺人で有罪とされ，死刑判決を言い渡された。Palko は，これを不服として，連邦最高裁に上告した。
251 Palko v. Conneticut, 302 U.S. 319, 323 (1937).
252 *Id.* at 325.
253 *Ibid.*
254 *Id.* at 326.

ては適用されない。この考え方は，1947 年の Adamson 判決においても踏襲されることになる。事案の概要は，以下の通りである。California 州で発生した殺人事件の被疑者として訴追された被告人 Adamson は，法廷で証言することを拒否した。このことについて，検察官は，California 州法下では，証言の拒否は殺人を自白したものと見なされるとして，陪審員に対し，有罪判決を下すよう発言した。死刑判決を受けた Adamson は，検察官が証言拒否に言及したことは修正第 14 条違反であると申し立てた。これに対して，Reed 判事が執筆した法廷意見は，「自己に不利益な証人となることを強制されることから個人を保護している修正第 5 条の条項は，証言の強制からの自由は国民の権利であるという理由や，あるいは権利章典に列挙されている人権の一つであり，連邦憲法によって保障された個人の特権ないしは免責であるという理由で，修正第 14 条によって州の行為からの保護としても効力を有する，とされていない。このことは，確立された法（settled law）である[255]」と述べた。また，「州の審理において被告人を自己負罪から解放する権限は，修正第 14 条の特権又は免責条項の射程を明確に逸脱するものである。このことは，Twining 判決によって決定された[256]」として，Twining 判決を支持した。以上のことから，連邦最高裁は，自己負罪拒否特権は州に対しては適用されないとして，5 対 4 の僅差で，被告人 Adamson の主張を退けた。他方で，Adamson 判決には，Black 判事の反対意見が付されている。しかしながら，Black 判事による論旨は，Twining 判決を否定し，全面的組入れ論を採るものであった[257]。そのため，自己負罪拒否特権それ自体の重要性や内容等に照らして，州への適用を主張するものではなかった。

このような中[258]で，修正第 14 条を介して，州法域に対しても修正第 5 条の自己負罪拒否

---

255 Adamson v. California, 332 U.S. 46, 50-51 (1947).

256 *Id.* at 52.

257 *See id.* at 70-72 (Black, J., dissenting).

258 この間に修正第 5 条の自己負罪拒否特権に触れた判例として，1956 年の Ullmann 判決（Ullmann v. United States, 350 U.S. 422 (1956)）がある。Ullmann 判決も，前述した Counselman 判決と同様に，自己負罪拒否特権それ自体を取り扱った事案ではないため，本脚注で説明するに留める。

請求人である Ullmann は，大陪審に喚問され，スパイ行為等について証言を求められた。これに対して Ullmann は，修正第 5 条の自己負罪拒否特権を根拠に証言を拒否した。そこで，連邦検察官は，1954 年に制定された訴追免除法（the Immunity Act of 1954, 68 Stat. 745, 18 U.S.C. (Supp. II) s3486, 18 U.S.C.A. s3486）に基づいて，連邦検事総長の承認の上，被告人に対する証言命令を New York 州南部連邦地方裁判所に求めた。同裁判所は，Ullmann に対して証言を命じた。しかしながら，Ullmann は証言を拒否し続けたため，法廷侮辱罪で拘禁刑を受けた。Ullmann は上訴したものの，原判決が維持された（United States v. Ullmann, 221 F.2d 760 (2d Cir. 1955)）。本判決は，裁量上訴によって，連邦最高裁が判断を示したものである。連邦最高裁は，訴追免除法が規定する免責の範囲について，自己負罪拒否特権の保障に代替し得る充分なものであるとして，原判決を維持した。なお，同判決については，安倍治夫「自己負罪拒否特権―とくに Immunity Statute との関係―：Ullmann v. United States, 350 U.S. 422 (1956)」我妻栄編『英米判例百選―重要判例の集大成』（有斐閣，1964 年）78～79 頁を併せて参照。

特権を押し広げた 1964 年の Malloy 判決が示される。この事案の概要は，以下の通りである。賭博罪で有罪答弁をし，保護観察中であった被告人 Malloy は，州裁判所において証人となった。しかしながら，Malloy は，修正第 5 条の自己負罪拒否特権を挙げ，証言を拒否した。そのため，法廷侮辱罪で身体拘束されることになった。これに対して，Malloy は人身保護令状を請求した。しかしながら，Connecticut 州最高裁はこれを却下した。そこで，連邦最高裁が裁量上訴を容れ，審理を行った。Brennan 判事が執筆した法廷意見は，その冒頭で，「当裁判所は，自己負罪拒否特権が修正第 14 条を介して州の行動に対する防禦装置になるとはいえないとする従前の決定の再考を求められている[259]」と指摘した。同法廷意見は，まず，修正第 1 条から修正第 8 条までに列挙されている各権利が，修正第 14 条を介して州に適用されていることについて，各条項に関するこれまでの判例を確認した[260]。そして，「当裁判所は，修正第 5 条の強制的な自己負罪の例外についても，州による侵害に対して修正第 14 条は保護をしていると判示する[261]」と述べ，1897 年の Bram 判決に触れつつ，州の刑事訴追において強制自白の使用を禁じた判例の検討を以下のように行った。

「州の刑事訴追における自白の許容性は，連邦事件の刑事訴追において適用された，『刑事裁判で，不任意を理由として自白の証拠能力が問われた場合には，何人も“刑事事件において，自己に不利な証人になることを強制されない”と規定する，合衆国憲法修正第 5 条の当該部分よって規制される』という Bram 判決と同じ基準によって判断される。この基準の下における憲法的な問い（constitutional inquiry）は，自白を獲得した際の州捜査官の行為がショッキングなものであるか否かではなく，当該自白が『自由かつ任意に』なされたか否かである。すなわち，何らかの脅迫や暴力によって引き出されたものでも，あるいは直接的又は暗示的な約束によって獲得されたものでもなかったとしても，いかに僅かなものであったとしても，何らかの不当な影響の行使（the exertion of any improper influence）によって引き出されたものであってはならない。言い換えれば，自己負罪を強制されてはならない[262]。」

「州事件における連邦基準への明確な移行（the marked shift to the federal standard in state cases）は，『認めるか，否認するか，あるいは返答を拒否するかという自由な選択』について言及した Lisenba 判決によって始まった。この移行は，アメリカ刑事訴追制度が糺問的なものではなく弾劾的なものであり，修正第 5 条の特権が弾劾的刑事訴追制度にとって不可欠な支柱（essential mainstay）であるという認識を反映している。したがって，州であれ連邦であれ，訴追側は，独立し自由に獲得された証拠（evidence independently and freely secured）によって有罪を立証することが憲法上要求されており，その訴追内容を被疑者自身の口から立証することはできない[263]。」

---

259 Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1, 2 (1964).
260 *Id.* at 4-6.
261 *Id.* at 6.
262 *Id.* at 6-7.
263 *Id.* at 7-8.

また，Malloy 判決と同じ日に示された Murphy 判決も，次の通り判示している。「自己負罪に関する憲法上の特権は，州の手続における証人を，州法のみならず連邦法の下での負罪からも保護し，連邦の手続における証人を，連邦法のみならず州法の下での負罪からも保護するものである[264]」と。

これまで，取調べ規制の中心は，事後的に当該自白の任意性を判断する「事情の総合説」であった。他方で，序々に，連邦ルールである McNabb-Mallory ルールや，弁護人依頼権を侵害して獲得した自白を排除する Massiah 判決を通じて，取調べを事前に規制する動きがみられるようになっていた。このような中で示された Malloy 判決は，1897 年に示された Bram 判決の論理に着目し，供述の自由を保障することの必要性を強調した。また，Malloy 判決から 1 週間後に示された Escobedo 判決が，弁護人依頼権を保障する理由の一つとして，自己負罪拒否特権の実質的保障を念頭に置いていたことは，既に述べた通りである。もっとも，Malloy 判決は，公判廷における証言拒否との関係で黙秘権を問題としているものであり，捜査段階においても黙秘権の保障が州に適用されるかについては明らかにされていなかった。しかしながら，このような判例の流れは，確実に Miranda 判決の下地を作ることになった[265]。

第 2 章　Miranda 判決

Miranda 判決以前の取調べ規制原理は，主に「事情の総合説」による事後的規制であった。また，McNabb-Mallory ルールが示すように，違法な身体拘束下で獲得された自白を排除する論理が形成され，これが違法収集証拠排除法則と共に発展してきた。加えて，同時期に，弁護人依頼権が保障される範囲が徐々に拡大され，これに伴って，弁護人依頼権を侵害して獲得された自白を排除する論理が形成されてきた。

この時期に，取調べとの関係で自己負罪拒否特権が強調されることはなかった。1897 年の Bram 判決以後，自己負罪拒否特権の侵害を理由とする自白排除が行われなかったためである。但し，自己負罪拒否特権が忘れ去られていた訳ではない。すなわち，連邦法域では，司法上の監督権に基づく McNabb-Mallory ルールにより，憲法違反を持ち出さなくても自白の許容性判断が可能な状況にあり，州法域では，Twining 判決によって，修正第 5 条が州へ適用されないものとされていたに過ぎない[266]。

このような中で，Malloy 判決や Escobedo 判決にみられるように，供述の自由が危険に晒されることを事前に防ぐ必要性が認識されるようになった。そして，いわゆる Warren Court による「刑事司法改革」期に示された Miranda 判決[267]によって，アメリカの取調べ

---

264 Murphy v. Waterfront Commission, 378 U.S. 52, 77-78 (1964).

265 *See* Kenneth W. Graham, *What is "Custodial Interrogation?": California's Anticipatory Application of Miranda v. Arizona,* 14 UCLA L. REV. 59, 71-73 (1966).

266 *Id.* at 71.

267 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

規制は大きく変わることになった。Miranda 判決は，現在でもアメリカの取調べを規制する法理として受け継がれている。そこで，ここでは，Miranda 判決を抄訳し，その論理を概観した上で，その意義を確認する。また，その後のアメリカにおける被疑者取調べ規制を検討する際の足がかりとする[268]。

第 1 節　Miranda 判決の概要

第 1 款　事案の概要

被告人である Ernesto Miranda は，1963 年 3 月 13 日，強姦事件の被疑者として自宅で逮捕され，Phoenix 警察署へと連行された。Miranda は，警察署内で，被害者によって犯人であると確認された。その後，Miranda は，弁護人の立会いを求める権利を有することについて告知を受けないまま，2 人の捜査官による取調べを受けた。取調べ開始から 2 時間後，Miranda は自白し，その供述は調書に録取された。当該調書の冒頭には，自白が脅迫や免責の約束によるものではない任意のもの（confession was made voluntarily, without threats or promises of immunity）であり，法的権利について充分に認識し，いかなる供述も自己に不利に使用され得ることを理解した上で（with full knowledge of my legal rights, understanding any statement I make may be used against me）供述した旨が印字されていた[269]。捜査官は，取調べに先立って当該部分を朗読して読み聞かせた。しかしながら，Miranda は権利を行使せずに供述した[270]。

誘拐及び強姦の罪で有罪判決を受けた Miranda は，当該調書の許容性を争って Arizona 州最高裁に上告した[271]。これに対して，Arizona 州最高裁は，「もし自白が任意になされており，被疑者の憲法上の諸権利を侵害していない場合には，弁護人が不在の中でなされた自白であったとしても，これを証拠として許容することができる。各事案は，当該事案毎の事実に基づかなければならず（Each case must largely turn upon its own facts），裁判所は，当該自白が任意であるか否か，被疑者の憲法上の諸権利が侵害されているか否かを判断する上で，自白が獲得された際のあらゆる状況（all the circumstances surrounding the taking of the statement）を検討しなければならない[272]」として，「事情の総合説」を採って判断することを明らかにした。その上で，「本件における事実及び状況は，以下のこ

---

268 ミランダ判決に関する主な邦語文献として，芝原・前掲注（3）106～115 頁，石川才顕「被疑者の取調べと弁護人の立会権」伊藤正己・堀部政男・外間寛・高橋一修・田宮裕編『英米判例百選 I 公法』（有斐閣，1978 年）172～173 頁，小早川・前掲注（3）55～103 頁，関口和徳「自白排除法則の研究（3）」北法 59 巻 5 号（2009 年）61～84 頁，笹倉宏紀「被疑者の取調べと弁護人立会権」樋口範雄・柿嶋美子・浅香吉幹・岩田太編『アメリカ法判例百選』（有斐閣，2012 年）112～113 頁等を参照。

269 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 492 (1966).

270 *Ibid.* Fn.67.

271 State v. Miranda, 401 P.2d 721, 725-726 (Arizona 1965).

272 *Id.* at 733.

とを指し示している。すなわち，自白は任意であり，被疑者自身の意思に基づいてなされたものであり，脅迫や有形力の公使，強制，免責の約束は存在せず，被疑者は自己の権利及び当該自白が自己に不利に用いられ得ることを理解していた。このような状況下では，被疑者が自白した際に弁護人の援助を受けておらず，捜査が当該被疑者に焦点を絞って行われていたとしても，被疑者の憲法上の諸権利が侵害されたとはいえず，当該自白を証拠として許容することは適当である[273]」と判示した。

Miranda 及び弁護人は，この判断を不服として，連邦最高裁に対して上告受理を申し立てた。連邦最高裁は，同種 3 事件とともに，同上告を受理した。

第 2 款　判旨

Warren 判事が執筆した法廷意見は，1964 年の Escobedo 判決に対する解釈のばらつきを解決し，法執行機関及び裁判所が従うべき「具体的な憲法上の指針（concrete constitutional guidelines）[274]」を示すとした上で，以下のように判示した[275]。

第 1 目　要旨

「検察官は，免責的であるか負罪的であるかに関わらず，自己負罪拒否特権を保護するために効果的な手続的保護手段（procedural safeguards）を用いたことを証明した場合を除き，身体拘束下の被疑者取調べによって獲得された供述を使用することはできない。身体拘束下の取調べとは，当該被疑者が拘束されるか，他の様々な方法によって行動の自由を剥奪された（deprived of his freedom of action in any significant way）後に，法執行官によって開始された質問（questioning initiated by law enforcement officers）を意味する。採られるべき手続に関しては，被疑者に対して黙秘権を告知し，それを行使する継続的な機会を保障するために，その他の充分に効果的な手段が工夫されない限りは，以下の方法が要求される。すなわち，いかなる質問にも先立って，被疑者は，黙秘する権利があること，いかなる供述も自己に不利な証拠として使用され得ること，私選又は公選の（retained or appointed）弁護人を立ち会わせることができることを告知されなければならない。被疑者は，任意に，充分に理解し，かつ理性的に（voluntarily, knowingly and intelligently）放棄する場合には，それらの権利を効果的に放棄することができる。しかしながら，もし供述する前に弁護人と相談したい旨を示した場合には，それがいかなる方法であっても，また当該取調べのいかなる段階であっても，それ以上質問することはできない。同様に，被疑者が一人ではいかなる方法であっても取調べを受けたくない旨を示した場合には，警察はそれ以上質問することができない。被疑者が何らかの質問に回答し，又は任意に何ら

---

[273] *Ibid.*

[274] Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 442 (1966).

[275] 本稿の目的及び構成上，Miranda 判決は極めて重要な判例であるため，特に重要であると思われる部分を訳出し，以下に詳述する。なお，各目の見出しは，判旨を内容別に記すにあたって便宜上必要であると思われたため，筆者が付したものであり，原文には存在しない。また，訳出した邦文中の省略や挿入は，すべて筆者によるものである。

かの供述を行ったという事実は，被疑者が弁護人と相談し，その上で質問を受けることに同意しない限り，さらなる質問に回答することを拒否する権利を剥奪するものではない[276]。」

第 2 目　争点の整理と取調べ実務の問題点

連邦最高裁は，Miranda 判決の冒頭で，本件の争点を「身体拘束中に獲得された自白の許容性」であると明示した。そして，1931 年の Wickersham 報告や，捜査官向けの取調べマニュアルを資料として，身体拘束下の取調べ自体に内在する強制性と問題点を強調した。

「本件において当裁判所が判断を行う憲法上の問題は，身体を拘束されているか，あるいは他の様々な方法によって行動の自由を剥奪されている中で発せられた質問によって獲得された供述の許容性である。いずれの事件においても，被疑者は外界から遮断された部屋で，警察官や刑事，検察官から質問を受けた。これらの事件では，被疑者は，取調べ手続の開始段階で，自己の権利について充分かつ効果的な告知を受けなかった。これらすべての事件において，取調べによって口頭で承認が引き出されており，そのうちの 3 件は，公判廷において証拠採用されることになる，署名のある供述であった。これらはいずれも，警察が支配する雰囲気の中で（in a police-dominated atmosphere），外部から隔絶された取調べ（incommunicado interrogation）が行われた結果，憲法上の諸権利に関する充分な告知がなされないまま，自己負罪供述が獲得されたという顕著な特徴を有している。この身体拘束下の取調べが有する性格及び背景（nature and setting）を理解することは，本日の判決には不可欠である。このような取調べにおいて発生した事柄を明らかにすることが困難であることは，この国において取調べの多くが外部から隔絶された状況で行われる事実に起因するものである。1930 年代初頭から行われた，有名な Wickersham 報告を含む広汎な事実調査によって，その当時に警察の暴力及び拷問（third degree）が蔓延っていたことは明らかである[277]。」

「取調べは，依然として非公開（in privacy）で行われている。非公開は密室性（in secrecy）をもたらし，密室性は取調室で何が行われているかについての知識にズレ（gap）をもたらす。現在，警察がいかなる自白追及を行っているかについて価値ある情報源は，過去に成功を収めた手続を記述し，その他の様々な実効策を推奨する取調べマニュアルである。これらのマニュアルは，法執行機関によってガイドラインとして利用されている[278]。」

「警察官は，マニュアルによって，次のことを教えられる。『取調べが成功するための主な心理的要因は，非公開性―すなわち，取調官と被疑者 2 人だけになること―である』と。取調べが実践的であるためには，取調べは取調室か警察官が選択した場所で行われなければならない。対象は，すべての心理的な優位性（every psychological advantage）を奪われるべきである。もし被疑者の自宅で取調べを行うのであれば，被疑者は自信を持って憤慨し，あるいは反抗することができる。…取調室では，取調官の方があらゆる点で有利で

---

276 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 444-445 (1966).

277 *Id.* at 446.

278 *Id.* at 448-449. ここで取り上げられている取調べマニュアルとは，FRED E. INBAU & JOHN E. REID, CRIMINAL INTERROGATION AND CONFESSIONS (1962) である。

ある。そして，その雰囲気は，法の抗い難い強制力を暗示する（The atmosphere suggests the invincibility of the forces of the law）[279]。」

「取調べマニュアルは，完全に黙秘したり，弁護人又は親族と会うことを希望する被疑者への対応について，捜査官は黙秘権を渋々認めなければならない（The examiner is to concede him the right to remain silent）としつつ，その行使が極めて不利な効果を生じさせることを告げるべきであると教示する。…また，もし被疑者が弁護士との接見を要求した場合は，捜査官は『そのような専門家の助言を得るための君や家族の出費は避けるべきではないか？特に君が無罪なら，なおさらだ』と対応すべきであるとする。そして，『私が知りたいのは真実だけだ。君が真実だけを言えば，それで済む。君は一人でできるだろう』と付け加えれば良いとする[280]。」

「（現在の取調べ実務は，）気を紛らわすことを妨げ，外部からのあらゆる援助を剥奪するために，被疑者を孤立させることを必要としている。被疑者が有罪であると確信している雰囲気（the aura of confidence in his guilt）は，被疑者が抵抗する意思を削ぐ。被疑者は単に，警察が供述させようとして作成した先入観に基づく物語（the preconceived story the police seek to have him describe）を確認するのみである。…暴力や拷問，もしくはこれらの具体的な戦略が採られなかったとしても，身体拘束下の取調べそれ自体が（the very fact of custodial interrogation），個人の自由を著しく害し，個人の弱みにつけこむのである[281]。」

「このような背景ゆえに，当裁判所は，今日取り扱っているこれらの事件において，このような取調べの雰囲気やそれがもたらす弊害を第一に懸念している。…本件被疑者の自白は，伝統的な意味で，不任意であるとはいえないであろう。…いずれの事件においても，被疑者は不慣れな雰囲気（unfamiliar atmosphere）を強いられ，警察による脅迫的な取調べ手続（menacing police interrogation procedures）を受けることになった。…確かに，本件記録は，明白な身体的強制や心理的策略（overt physical coercion or patent psychological ploys）があったことを示してはいない。…（しかしながら，）そのような取調べの状況が，取調官の意思によって個人を服従（subjugate）させる目的で作り出されたものであることは明らかである。この取調べの雰囲気は，それ自体が被疑者を萎縮させる性質を有する（This atmosphere carries its own badge of intimidation）。確かに，これは身体的な脅迫ではない。しかしながら，これと同様に，人間の尊厳（human dignity）を否定する。外部から隔絶された現行の取調べ実務は，わが国において最も重要な原則―すなわち，個人は自己負罪供述を強制されないという原則―と合致しない。身体拘束状況に内在する強制（compulsion inherent in custodial surroundings）を排除するための充分な保護手段が採られていない限り，被疑者から獲得したいかなる供述も，真に自由な選択の産

279 *Id.* at 449-450.
280 *Id.* at 453-455.
281 *Id.* at 455.

物（the product of his free choice）であるとはいえない[282]。」

第 3 目　黙秘権の意義

次に，連邦最高裁は，「以上により，当裁判所は，自己負罪拒否特権と警察における身体拘束下の取調べの間に密接な関係があることを容易に把握することができる[283]」とした上で，イギリスにおける自己負罪拒否特権の起源とされている 1637 年の John Lilburn 裁判[284]や，既に述べた 1897 年の Bram 判決に触れつつ，概要以下の通り述べ，いわゆる Miranda 法理を導入する意義を示した。

「当裁判所は，近時，わが国の当事者主義にとって不可欠な支柱である自己負罪拒否特権が，複合的な価値に基づいていることを確認した。これらのポリシーはすべて，特権の基礎となる憲法的基礎が，州であれ連邦であれ，政府が市民の尊厳と高潔（dignity and integrity）に対して敬意を払わなければならないという優先的思考に依ることを示している。『公正な国家と個人のバランス』を維持し，政府にすべての重荷を負わせ，人格の不可侵性（inviolability of the human personality）を尊重するために，わが国の弾劾主義的刑事司法は，個人の処罰を試みる政府が，個人の口から供述を強要するという残酷で単純な手段に依るのではなく，政府自身の独立した努力によって，当該個人に不利な証拠を獲得することを要求する。要するに，個々人に対して『当該個人が自己の意思の自由な行使を通じて供述することを選択する場合を除いて，黙秘する』権利が保障されている場合に限り，この特権は充たされることになる[285]。」

「本件における問題は，特権が身体拘束下の取調べ期間にも完全に適用され得るか否かである。…当裁判所は，この特権に包括されるすべての原則が，身体拘束下における法執行官による非公式の強制力行使にも適用されることを確信する。馴染みの環境から突然警察に身体拘束され，敵対的な権力に囲まれ，上述した説得技法にさらされた個人は，供述を強制されているという他ない。…この問題は，事実上，連邦最高裁においては，およそ 70 年前の Bram 判決において決着がついた。『連邦裁判所の刑事裁判において，不任意を理由に自白が証拠能力を欠くか否かという問題が生じた場合はいつでも，当該問題は修正第 5 条の一部である「刑事事件において，自己に不利な証人になることを強制されない」という規定によって規律される』と[286]。」

「今日，修正第 5 条の特権が，刑事裁判の公判廷以外の手続においても適用され，何らかの重要な方法によって行動の自由が制約されたすべての状況下にある者が自己負罪を強制されないよう保護することに資することは，疑いがない。当裁判所は，適切な保護手段（proper safeguards）がない限り，犯罪の容疑者又は被疑者（persons suspected or accused）に対する身体拘束下での取調べ手続は，個人が抵抗する意思を打ち砕き，供述を強要する

---

282 *Id.* at 456-458.
283 *Id.* at 458.
284 The Trial of John Lilburn and John Wharton, 3 How. St. Tr. 1315 (1637).
285 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 460 (1966).
286 *Id.* at 460-461.

ような内在的に強制的な圧力（inherently compelling pressures）を有するものであると結論づける。このような圧力に対抗して，自己負罪拒否特権を行使するための充分な機会を認めるためには，被疑者は自己の権利を適切かつ効果的に告知され，それらの権利行使が充分に尊重されなければならない。もっとも，当裁判所は，議会や州が創造的な規則制定権限を行使して，自己負罪拒否特権を保護するための代替案をどのように考案するかを予見することはできない。そのため，今現在行われているような取調べ手続に内在する強制性を解決する何らかの特定の方法に固執することを，憲法が当然に要求しているとは言えない。当裁判所の決定は，改革への健全な努力を妨げる憲法上の拘束具（constitutional straitjacket）を創設するものではないし，このような効果を意図するものでもない。当裁判所は，議会及び各州に対して，刑罰法規の効果的な執行を促進しつつ，個人の諸権利を保護するためにより効果的な方法を模索し続けることを推奨する。しかしながら，訴追された者に対して黙秘権を告知し，それを行使する機会を常に確保する上で，少なくともこれと同程度に効果的な他の手続（other procedures which are at least as effective）が示されない限り，以下の保護手段が遵守されなければならない[287]。」

第 4 目　黙秘権の告知

「はじめに，もし身体拘束された者が取調べを受ける場合には，その者は，まず，明瞭かつ明確（clear and unequivocal）な言葉で，黙秘権を有することを告知されなければならない。この特権を知らない者に対しては，黙秘権があることをその者にまさに知らせるために，この警告が必要なのである―これは，その権利の行使に関する理性的な判断のための端緒となる要件である。さらに重要なことは，そのような警告が，取調べの雰囲気に内在する圧力に打ち勝つための絶対的な必要条件（absolute prerequisite）であるということである。…さらに，警告は，被疑者が特権を行使することを選択した場合に，取調官はその特権の行使を認める用意があるということを，被疑者に示すことになる[288]。」

「修正第 5 条の特権は，我々の憲法制度にとって極めて基本的なものであり，被疑者が特権を行使し得るために充分な警告を与える手段は極めて容易であるため，被疑者が警告を与えられていなかったとしても，被疑者が自己の権利を知っていたか否かを個々の事案において問う必要はない。被疑者の年齢，教育程度，知識，当局との以前の接触の有無等の情報に基づいた被告人の知識に関する評価は，推測の域を出ない。他方で，警告は明白な事実（clearcut fact）である。さらに重要なことは，取調べを受ける者の経歴がいかなるものであれ，取調べ時点における警告は，取調べに内在する圧力に打ち勝ち，その者が自己の特権を自由に行使し得る旨を知ることを保障するために，欠かすことのできない（indispensable）ものであるということである[289]。」

---

287 *Id.* at 467.
288 *Id.* at 467-468.
289 *Id.* at 468-469.

第 5 目　供述が不利な証拠となり得る旨の告知

「黙秘権の告知は，いかなる供述も，公判廷において自己に不利に用いられ得ることの説明を伴っていなければならない。この告知は，自身に特権があることのみならず，特権を放棄した場合の帰結（the consequences of forgoing it）を知らせるためにも必要となるためである。これらの結果を理解することによって初めて，真に特権を理解し，それを理性的に行使することが保障され得る。さらに言えば，この告知は，被疑者に対し，自身が当事者主義の局面に直面していること―自分が自己の利益のためだけに行動する者の面前には居ないということ―を強く認識させることに適うであろう[290]。」

第 6 目　弁護人依頼権及び弁護人立会権の告知

「身体拘束下における取調べを取り巻く状況は，取調官によって自らの特権を知らされたに過ぎない被疑者の意思を直ちに圧倒するように作用し得る（operate very quickly to overbear the will）。したがって，取調べに弁護人を立ち会わせる権利（the right to have counsel present at the interrogation）は，当裁判所が本判決において描く制度の下で，修正第 5 条の特権を保護するために不可欠なものである。当裁判所の目的は，黙秘するか供述するかを選択する権利が，取調べ手続を通じて常に自由であることを保証することにある。取調べに先立って捜査官から受けた一度きりの告知では，権利に関する知識を最も必要とする者にとって，充分であるとはいえない。…事前に自身の弁護人によって与えられた助言であっても，密室で行われる取調べ手続（secret interrogation process）によって容易に打ちのめされてしまう。したがって，修正第 5 条の特権を保護するための弁護人の必要性は，取調べに先立って弁護人と相談する権利のみならず，被疑者が希望した場合には，いかなる取調べにも弁護人を立ち会わせる権利（(right) to have counsel present during any questioning）を含む[291]。」

「取調べへの弁護人立会いは，その他にもいくつかの重要な副次的機能をもたらすことになる。もし被疑者が取調官に対して供述することを選択した場合，弁護人の援助によって，不信用性（untrustworthiness）を軽減することができる。また，弁護人の立会いによって，警察が供述を強要する可能性は減少し，それにも関わらず供述の強要が行われた場合には，弁護人は公判廷においてそのことを証言することができる。さらに，弁護人立会いは，被疑者が警察官に対して充分に正確な供述（fully accurate statement）を行い，それが検察官によって公判廷で正確に報告されることを保証することになる[292]。」

「以上のことから，当裁判所は，本件が取り扱っている特権を保護するための制度の下では，取調べを受けるために拘束された者（an individual held for interrogation）は，弁護人と相談する権利を有すること，取調べ中に弁護人を同席させる権利を有することを明確に（clearly）告知されなければならない旨を判示する。黙秘権の告知及びいかなる供述

290 *Id.* at 469.
291 *Id.* at 469-470.
292 *Id.* at 470.

も自己に不利な証拠として用いられ得ることの告知と同様に，この告知は取調べの絶対的な必要条件（absolute prerequisite）である[293]。」

第 7 目　公選弁護人の援助を受けられる旨の告知

「もし個人が，何らかの取調べが行われる前に弁護人の援助を求める旨を示した場合は，当局は，その者が弁護人を選任していないことや弁護人を選任する経済的余裕がないことを理由に，その者の要求を合理的に無視したり拒否することはできない。個人の経済的能力は，本件に関係する諸権利の範囲とは無関係である。憲法によって保障されている自己負罪拒否特権は，すべての個人に適用される。特権を保護するための弁護人の必要性は，裕福な者と同様に，貧困者にも存在する。実際に，もしこれらの憲法的権利を自ら弁護人を選任することができる者に限定するならば，本判決はほとんど意味を成さなくなる。本件は，当裁判所が過去に取り扱った大多数の自白事件と同様に，自ら弁護人を選任することができない者の事件である。当局は，被疑者の貧困を解決することは求められない。しかしながら，司法運営において貧困につけ入ってはならない義務（the obligation not to take advantage of indigence in the administration of justice）を負っている。自ら弁護人を選任することができる者に対しては弁護人を認め，その一方で，貧困者に対して取調べ時における弁護人を否定することは，理性や道理（reason or logic）によって支持することができない。Gideon 判決や Douglas 判決が，公判や上訴における類似した状況においてこれを支持しなかったことと同様である[294]。」

「この制度の下で，取調べを受ける者に対して，その者が有する諸権利の範囲を充分に告知するためには，弁護人と相談する権利を有することのみならず，貧困であれば弁護人を選任してもらえる権利を有することが告知される必要がある。この付加的な告知がなされない場合には，多くの場合，弁護人と相談する権利の告知は，既に弁護人を選任しているか，あるいは選任する資金がある場合にのみ，弁護人と相談することができる権利であるという意味に理解されてしまうであろう。もし，貧困者―すなわち，最も頻繁に取調べを受けることになる者―に対して，弁護人を立ち会わせる権利がある旨の情報が明確に伝えられなければ，弁護人と相談する権利の告知は上辺だけのものとなる（be hollow）であろう。黙秘権や一般的な弁護人依頼権の告知と同様に，貧困者に対してこの権利が効果的かつ明示的に（effective and express）説明された場合に限り，その者が真にそれを行使する立場にあることが保障されるのである[295]。」

第 8 目　権利行使による取調べ中止効

Miranda 判決は，以上のような権利告知を要求するとともに，告知後の手続についても言及している。そこでは，当該権利を行使した場合は，取調べを中断しなければならない旨が述べられている。

---

293 *Id.* at 471.
294 *Id.* at 472-473.
295 *Id.* at 473.

「一度権利告知がなされれば，その後の手続は明白である。もし個人が，何らかの方法で，取調べ前であろうと取調べ中であろうと，黙秘したい旨を示した場合には，取調べを中止（cease）しなければならない。この時点で，修正第 5 条の特権を行使する意図を示したことになる。すなわち，特権を行使した後に獲得された供述は，程度の差はあれど，強制の産物（the product of compulsion）以外の何物でもない。取調べを中止させる権利がなければ，身体拘束下で行われる取調べという環境は，特権が一度行使された後も，個人が自由に選択して供述することを圧倒する方向に作用するであろう。もし個人が，弁護人の援助を得たい旨を述べた場合には，弁護人が立ち会うまで（until an attorney is present），取調べを中止しなければならない。その時点で，個人は，弁護人と相談し，その後のいかなる取調べにおいても弁護人を立ち会わせる機会を与えられなければならない。もし個人が，弁護人を獲得することができず，警察に供述する前に弁護人を欲した場合には，警察は，黙秘するという個人の決断を尊重しなければならない[296]。」

「このことは，被疑者に助言をするために，各警察署に『警察署付弁護士（station house lawyer）』を常駐させなければならないという意味ではない―そのように主張した者もいたが。しかしながら，もし警察がある者を取り調べようとするのであれば，警察は，弁護人を求める権利があること，弁護人を選任することができなければ，いかなる取調べにも先立って（prior to any interrogation）弁護人が提供されることを，当該人物に対して知らしめなければならない。もし当局が，捜査に着手している当該分野において，合理的な時間内に弁護人を与えないことを決定した場合には，その時間内に対象人物に対して取調べを行わなければ，その者の修正第 5 条の特権を侵害することなく，当局は弁護人を提供しない状態を維持することができる[297]。」

第 9 目　権利放棄とその挙証責任

他方で，Miranda 判決は，当該権利を放棄し得ることを認め，その挙証責任を国家に課している。

「Escobedo 判決で示したように，もし弁護人の立会いなく取調べが行われ，これによって供述が獲得された場合，政府には，被告人が自己負罪拒否特権及び私選弁護人もしくは公選弁護人の援助を受ける権利を充分に理解し，理性的にこれを放棄したこと（knowingly and intelligently waived）を立証する重い責任が課せられる。当裁判所は，Johnson 判決において，憲法上の諸権利の放棄に関する立証は，常に高い基準が要求される旨を判示した。本判決は，これらの基準を身体拘束下における取調べにも適用する。国家は，取調べが行われる孤立した状況（isolated circumstances）を作出した責任があり，外部から隔絶された取調べ（incommunicado interrogation）の間に告知がなされたという確かな証拠を入手し得る手段を有しているため，この責任を当然のこととして（rightly）負うことにな

296 *Id.* at 473-474.
297 *Id.* at 474.

る[298]。」

「被疑者による権利放棄に関する捜査当局の証言がいかなるものであれ，供述がなされる前に，長時間に亘る取調べや外部から隔絶した拘禁が行われたという事実があれば，それは被疑者が有効に権利を放棄しなかったという強力な証拠となる。このような状況下で被疑者が最終的に供述したという事実は，取調べの強制的な影響力（compelling influence of the interrogation）が最終的に被疑者に供述させたという結論と一致する。それは，特権の任意な放棄（voluntary relinquishment of the privilege）に関するいかなる概念とも相容れない。さらに，被疑者が脅され，騙され，あるいは懐柔されて放棄したことを示すいかなる証拠も，当該被告人が任意に特権を放棄しなかったことを示すものである。権利告知及び放棄の要求は，修正第 5 条の特権を尊重する上で基本的なもの（a fundamental with respect to the Fifth Amendment privilege）であり，現在用いられている取調べ方法に先立つ単なる儀式ではない（not simply a preliminary ritual to existing methods of interrogation）[299]。」

第 10 目　本判決の対象と任意になされた供述の許容性

「本判決によって要求される告知及び必要な権利放棄は，充分に効果的な代替物（fully effective equivalent）がない場合には，被告人によって行われたあらゆる供述の許容性に関する前提条件（prerequisites）である。直接的な自白と，犯罪の一部あるいはすべてについての『承認（admission)』を区別することはできない。自己負罪拒否特権は，いかなる方法によっても自己負罪を強要されないように，個人を保護するものである。すなわち，負罪の程度を区別していない。同様に，全く同じ理由で，負罪的供述と単なる『免責的（exculpatory)』といわれる供述を区別することはできない。もし，ある供述が真に免責的なものであれば，それが訴追者によって用いられることは決してないであろう。実際には，被告人が単に免責を意図して行った供述（statements merely intended to be exculpatory by the defendant）は，公判廷における被告人の証言を弾劾するためであったり，取調べ中に獲得された供述の不信用性を証明するためであったり，延いては有罪であることを暗に証明するために，しばしば使用されている。これらの供述は，実質において負罪的であり，いかなる供述に対しても要求されるような充分な権利告知と効果的な放棄なくして，使用されてはならない[300]。」

「本決定の原則は，個人が警察署において身体拘束されるか，行動の自由を奪われた状態で，初めて警察の取調べの客体になったときに，自己負罪拒否特権によって与えられる保護を論じたものである。これは，我々の当事者主義的刑事司法手続が開始する瞬間（at this point that our adversary system of criminal proceedings commences）であり，いくつかの国家で採られている糺問主義的刑事司法制度（the inquisitorial system）の発端と

298 *Id.* at 475.
299 *Id.* at 476.
300 *Id.* at 476-477.

は区別される。当裁判所が本判決によって描写した権利告知制度の下では，あるいは工夫され効果的であると考えられるあらゆる制度の下では，この瞬間から，当該特権について打ち立てられたセーフガードが機能し始める[301]。」

「取調べを通じて獲得された供述を取り扱うにあたって，当裁判所はすべての自白を不許容であるとするつもりはない。自白は，依然として法の執行（law enforcement）における正当な構成要素（proper element）である。いかなる強制的な影響も受けず，自由かつ任意になされた供述は，当然に証拠として許容される。個人が身体拘束状態である場合の特権に関する基本的な趣旨（fundamental import）は，権利告知及び弁護人の恩恵（benefit）なしに警察官に供述することを被疑者に認めるか否かではなく，取調べを行うことができるか否か（whether he can be interrogated）である。自ら警察署を訪れて，自己の犯罪を自白することを希望する者や，警察に電話して自白やあらゆる供述をすることを自ら望む者を，警察官は止める必要はない。任意になされた供述は，いかなるものであれ，修正第 5 条の制約（barred by the Fifth Amendment）を受けず，その許容性は，当判決の影響を受けるものではない[302]。」

第 11 目　結論

「要するに，当裁判所は，捜査当局によって個人が身体拘束されるか，あるいは他の重要な方法によって行動の自由を奪われて取調べを受ける場合，自己負罪拒否特権が危険に晒される（jeopardized）旨を判示する。この特権を保護するための手続的保護手段が採られなければならず，被疑者に黙秘権を告知し，その行使が徹底的に尊重されること（be scrupulously honored）を保障する他の充分な効果的手段（other fully effective means）が講じられない限り，以下の手段が要求される。すなわち，被疑者は，いかなる取調べにも先立って，（1）黙秘権（the right to remain to silent）を有すること，（2）いかなる供述も公判廷で不利益に使用され得ること，（3）弁護人を立ち会わせる権利（the right to the presence of an attorney）を有すること，（4）被疑者に弁護人を選任する余裕がない場合，被疑者が希望するのであれば，いかなる取調べにも先立って，弁護人が選任されることを告知されなければならない。取調べの全期間を通じて，これらの権利を行使する機会が被疑者に与えられなければならない。このような告知がなされ，その行使の機会が与えられた後，その個人は，それらの権利を充分に理解し，かつ理性的に放棄し（knowingly and intelligently waive these rights），質問に答え，供述することに同意することができる。しかしながら，これらの告知及び権利放棄がなされたことを訴追側が公判廷で立証しない限り，取調べの結果として獲得された証拠を被告人に不利益に使用することはできない《番号挿入筆者》[303]。」

Miranda 判決の法廷意見は，身体拘束をされた被疑者の取調べに関する一般的な原則に

---

301 *Ibid.*
302 *Id.* at 478.
303 *Id.* at 478-479.

ついて，以上のように述べた。その上で，受理した同種 4 事件に，この原則をそれぞれ適用し，Miranda 事件に関する Arizona 州最高裁判決[304]，Vignera 事件に関する New York 州控訴裁判決[305]，Westover 事件に関する第 9 巡回区連邦控訴裁判決[306]を破棄し，Stewart 事件に関する California 州最高裁判決[307]を維持した[308]。

第 3 款　反対意見の要旨

周知の通り，Miranda 判決には，4 人の裁判官による反対意見が付されている。この 4 人の裁判官は，Clark 判事，Harlan 判事，Stewart 判事，White 判事である。いずれの裁判官も，Escobedo 判決において反対意見を執筆していた裁判官である。各反対意見は，刑事手続における自白の重要性を強調する点，自白の許容性判断に修正第 5 条の自己負罪拒否特権は適用できないとする点，従前通り「事情の総合説」に基づいて自白の許容性判断を行うべきであるとする点で共通している。

次章以下で触れるように，Miranda 判決に対しては，判決直後から批判が向けられていた。また，現在においても，その評価は一様ではない。その「源流」は，Miranda 判決に付された反対意見であるとも考えられる[309]。そこで，以下では，各反対意見の要点を訳出し，Miranda 判決時点で存在した「Miranda 批判」を概観する。

第 1 目　Clark 判事による反対意見

「法廷意見の独断（ipse dixit）は，これまでの判例の支持を欠くものである。…当裁判所は，修正第 5 条の下に取調べの間弁護人を立ち会わせる権利を有していること，資金がない場合には弁護人が供給されることを被疑者に告知することなくして，警察は身体拘束下の取調べを行うことができないという憲法上の法則（constitutional rule）を創出した。取調べ中のいかなる時点であっても，被疑者が黙秘権あるいは弁護人依頼権の行使を明示的あるいは黙示的に（affirmatively or impliedly）求めたときは，取調べは中止又は延期（forgone or postponed）されなければならない，と。さらに，当裁判所は，この新たな手続に反した場合には，毒樹の果実理論と同様に，被疑者によるいかなる供述も，容赦なく（inexorably）排除しなければならないと判示した。このような厳格な憲法上の特効薬（specific）を犯罪捜査の中枢に注入すれば，患者を殺すことになるであろう[310]。」

「Haynes 判決（Haynes v. State of Washington, 373 U.S. 503, 515 (1963)）が示すように，身体拘束下の取調べは，長い間，『疑いなく，効果的な法執行における不可欠な道具（undoubtedly an essential tool in effective law enforcement)』として認められてきた。

---

304 Arizona v. Miranda, 401 P.2d 721 (Arizona 1965).
305 Vignera v. New York, 207 N.E. 2d 527; 209 N.E. 2d 110 (New York 1965).
306 Westover v. United States, 342 F.2d 684 (9th Cir. 1965).
307 California v. Stewart, 400 P.2d 971 (California 1965).
308 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 499 (1966).
309 小早川・前掲注（3）92～93 頁。
310 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 500 (1966).

…実際に，Escobedo 判決においても，積極的な『権利放棄』が取調べの必須条件であることや，権利放棄に関する挙証責任は訴追側が負うこと，放棄が無い場合には取調べの間弁護人の立会いが要求されること，放棄は被疑者の意思によって取り消すことができること，弾劾主義的手続段階においては，資力のない被告人に弁護人が付されなければならないことが暗示されている訳ではない。自白や弁解の供述をいずれも『自白』としている訳でもない。これらのことを一息に要求することは，今日においては明確に覆されている Crooker 判決や Cicenia 判決以上に，裁判所を窒息させることになる。本判決以前のルールは，『事情の総合（a totality of circumstances）』に基づいて，自白の任意性を判断してきた[311]。」

「私は，依然として，『事情の総合説』に従いたい。Haynes 判決において Goldberg 判事が述べた『事情の総合説』の下では，取調べに弁護人を立ち会わせることができることや，被疑者が貧困により弁護人を選任することができない場合に，被疑者の要求によって裁判所が弁護人を選任することを，身体拘束下の取調べに先立って，警察官が被疑者に告知したか否かを事案毎に判断することになる。告知を欠いていた場合，州は，被告人が充分に理解し，かつ理性的に弁護人の援助を放棄したこと（counsel was knowingly and intelligently waived）や，必要な告知がなされなかったことを含む事情の総合によって，自白が明らかに任意に（clearly voluntary）なされたものであることを証明する責任を負うことになる。当裁判所が宣言した修正第 5 条の恣意的な（arbitrary）法則を採用するよりも，より柔軟な（more pliable）修正第 5 条及び修正第 14 条のデュー・プロセス条項の命令に従いたい。この方が，我々はその適用に慣れており，各事案を区別するにあたって，警察の身体拘束下にある者を保護する上で効果的な手段（effective instruments）である[312]。」

第 2 目　Harlan 判事による反対意見（Stewart 判事及び White 判事同調）

「当裁判所の法廷意見は，貧弱な憲法解釈を示しており，わが国全体に有害な結果をもたらすと思われる。いかに深刻な結果をもたらすかは，時間のみが証明するであろう[313]。」

「法廷意見が採用する計画の詳細は，当裁判所が認めるほど明らかではない。しかしながら，その趣旨は極めて明白である。新たな法則は，警察による残虐な行為や他の明白な形で禁止された強制（police brutality or other unmistakably banned forms of coercion）を防ぐように設計されたものではない。拷問的手法を用いつつ，法廷でそのことを否定する者は，告知と権利放棄に関しても同様に嘘をつく運命にある。むしろ，新たな法則の主眼は，神経質であったり無知である被疑者を補強し，すべての圧力を否定することであり，最終的にはすべての自白を思いとどまらせること（to discourage any confession at all）にある。要するに，その目的は，ユートピア的な意味での『任意性』（‘voluntariness’ in a utopian sense）を希求するものであり，別の角度からみれば，徹底的な任意性（voluntariness with a vengeance）を求めるものである。この概念を憲法に組み入れるた

311 *Id.* at 502.
312 *Id.* at 503.
313 *Id.* at 504.

めには，歴史や判例を曲解することと，そのような曲解を時として単に正当化することに関する極めて実用的な懸念（very pragmatic concerns）を無視することが必要である。合理的な検討を行えば，デュー・プロセス条項は，自白に対処するための充分なツール（adequate tool for coping with confessions）を提供している。仮に修正第 5 条の自己負罪拒否特権を引き合いに出すとしても，これに関する判例を全体としてみれば，当裁判所が採用した法則を支持するものではない[314]。」

「この法則を採用することにより，長い間非常に合理的であり価値あるものであると考えられてきた法執行の道具が，完全には挫折しないまでも損なわれることについて，当裁判所は無視している。当裁判所の新しい法典（new code）が，自白の数を著しく減少させるであろうことは，少しも疑いようがない。被疑者に対して黙秘し得ることを告知し，自白が法廷において不利益に用いられ得ることを気づかせることは，小さな障害（minor obstructions）である。被疑者による明示的な権利放棄（express waiver）と，被疑者が躊躇するときはいつでも取調べを終えなければならないことを要求することは，取調べにとって重い障害（heavily handicap）となるに違いない。そして，被疑者に対する弁護人の提案や提供は，取調べの終了を直ちに（simply）もたらす[315]。」

第 3 目　White 判事による反対意見（Harlan 判事及び Stewart 判事同調）

「自己負罪拒否特権は，多数意見において述べられた告知や弁護人の明白な放棄を欠いた身体拘束下の取調べを禁止しているという見解は，自己負罪拒否特権の沿革や修正第 5 条の文言に照らして，支持すべき根拠を欠くもの（no significant support）である。イギリスにおける判例法理やコモン・ローの歴史に関して，17 世紀後半に確立した自己負罪拒否特権は，専ら司法による取調べの強制（compelled judicial interrogations）を禁止するために適用された。強制された自白を排除する法則（the rule excluding coerced confessions）は，約 100 年後に発展した。しかしながら，この理論の根源が自己負罪拒否特権であることを示す判例は存在しない。そして，判例が明らかにする限り，自己負罪拒否特権それ自体は，権限ある治安判事による予備審問を含む司法手続のみに適用されていたように思われる[316]。」

「法廷意見は，身体拘束下の取調べは内在的に強制的であるとしつつ，強制処分である逮捕及び勾留の自発的な産物（spontaneous product）は，なお任意であるとする。相当な理由に基づいて逮捕された被疑者は，うっかり（blurt out）自白し得る。しかしながら，当該自白は，被疑者が身体拘束下にあり，弁護人の援助を受けていないにも関わらず，黙秘権や自白がもたらす結果に関する理解を有していたという証明がなくても，証拠として許容され得る。法廷意見の法則に基づけば，警察官が身体拘束中の被疑者に『何か言うことはありませんか？』あるいは『奥さんを殺しましたか？』と尋ねた場合，もし被疑者が

314 *Id.* at 505.
315 *Id.* at 516-517.
316 *Id.* at 526.

返答をすれば，その供述は強制されたものとなる。これは，被疑者が沈黙することができる権利に関する明確な告知を受けていた場合であっても同様である。常識に照らせば，これは我々の価値観に反している。その返答は，質問によって引き出されたという意味で，あるいは，返答のきっかけとなり，当該被疑者が逮捕されていなかったり質問されていなかったならば黙秘していたであろう場合に，供述する気にさせられたという意味では『不任意』である。しかしながら，返答が強制されたものであるとは言い難い[317]。」

「たとえ，身体拘束下の取調べで獲得されたすべての自白は強制の産物（the product of compulsion）であるという結論に充分な事実上の根拠があったとしても，法廷意見が提示した原則は，なお不合理（still irrational）である。すなわち，法廷意見は，被疑者が弁護人依頼権を告知され，その権利及び自己負罪拒否特権の両方を放棄した場合にのみ，取調べに内在する強制的雰囲気（the inherent compulsiveness of interrogation）が消滅するという。しかしながら，告知がなければ被告人は『昨晩どこにいましたか？』というような質問に答えることができず，その答えが強制されたものであるとする他ないのであれば，どうして裁判所は私選弁護人あるいは裁判所が選任した弁護人と相談するか否かに関する質問に対する被告人の否定的な答えを受け入れ得ようか。また，弁護人が立ち会っているにも関わらず，被疑者が自白をしたり，弁護人が被疑者に対して真実を述べるように指示し，実際に被疑者がそのようにした場合に，それでもやはり被告人に関する限り，当該状況が強制的（coercive）であるといえるであろうか。当裁判所は明らかに，必要な警告を欠く取調べを阻止しつつ，同時に同じ警察官に正対して座っている被疑者に対して，弁護人と相談する権利を放棄することを認めることのジレンマを認識している。しかしながら，被疑者は大抵権利を放棄しないであろうことを予期している。もし被疑者が権利を放棄したことを主張した場合には，訴追側は，不可能ではないにしても，極めて困難な挙証責任を負うことになるためである[318]。」

「自白や負罪的承認（incriminating admissions）は，禁止された証拠ではない。強制された自白のみが禁止されているのである。当裁判所が，これらの相違に気づいているか，今日では疑わしい。取調べの内容及び進行に関わらず，いかなる取調べに対するいかなる返答も強制されていると考えることによって，あるいは権利放棄を証明する要請が高まることによって，当裁判所は，強制された自白の採用を防ぐのみならず，弁護人が立ち会っている場合を除いて，実務上の目的によるすべての取調べを禁止している。すなわち，強制的な自己負罪に対する権利の保護に限定するのではなく，当裁判所は限定された修正第 5 条の弁護人依頼権を創造したのである―これは，法廷意見がいうところの『修正第 5 条の自己負罪拒否特権を保護するための弁護人の必要性（need for counsel to protect the Fifth Amendment right to counsel）』である。その焦点は，被疑者の意思ではなく，弁護人の意思にあり，弁護人が被疑者に対していかなる影響を及ぼし得るかにある。修正第 5 条に，

317 *Id.* at 533-534.
318 *Id.* at 535-536.

弁護人を自己負罪拒否特権の仲裁者（arbiter）として任命する権限がないことは明らかである[319]。」

「当裁判所の決定の明白な基礎は，すべての自白に対する根深い不信感（deep-seated distrust）である。当裁判所が宣言するように，弁護人依頼権の放棄を欠く場合には，弁護人の立会いがなければ被疑者を取り調べることができないということになり，かつ，裁判所が弁護人に対して，被疑者に黙秘権を行使させるよう勧告することになれば，結局のところ，強制されたものであるか否かに関わらず，いかなる方法においても被疑者から獲得した証拠を被疑者に不利益に用いることはできないという司法判断に依ることになる。これは，それほど微妙ではない法廷意見の含意である―警察が被疑者自身から証拠を収集することは内在的に誤っているというのである。そして，これは，まさに当反対意見の核心（nub）である。私は，逮捕するに足りる相当な理由がある被疑者に対して，妻を殺したかどうかを質したり，あるいは逮捕の理由となった証拠を被疑者に突きつけるという警察の取調べは，少なくとも被疑者が完全に黙し得ることについて明らかに助言されている場合には，誤りであるとも不道徳（immoral）であるとも思わない。もちろん，憲法違反であるとも思わない。今日まで，囚人（prisoner）の承認や自白は，それが任意あるいは自由になされたものである場合には，自己負罪的証拠として常に高く評価されてきた。特に，警察が，犯罪に供した道具や犯罪の収益を隠した場所に関する被疑者の暴露を証拠で確認した時のように，補強証拠がある場合には，そのような自白は最も信頼性を有し，被疑者が有罪であるという確信に相当程度寄与することになる。さらには，自白に至る過程が被疑者にとって有害（injurious）であるということも，決して確かなことではない。反対に，それが心理的な救済を与え，社会復帰の見込みを高めることもあり得るのである[320]。」

「この機に警察の取調べに対してさらなる規制を加えることが望ましいとしても，立法的あるいは法創造的判決（legislative or rule-making pronouncements）によって，より識別力のある取扱い（discriminating treatment）を奪うような当裁判所の憲法上の拘束具（constitutional straitjacket）よりも，さらに柔軟な方法を行う方が，道理に適っている[321]。」

第 2 節　Miranda 判決の意義

Miranda 判決の法廷意見は，自己負罪拒否特権を規定した修正第 5 条の保障が警察における取調べにも及ぶことを明らかにした上で，「本件被疑者の自白は，伝統的な意味で，不任意であるとはいえない[322]」と認めつつ，取調べに内在する強制的な雰囲気から被疑者を保護する手段が講じられない限り，当該取調べで獲得された供述は強制されたものであると解するものである。ここでいう被疑者を保護する手段とは，(1) 黙秘権を有すること，(2)

319 *Id.* at 536-537.
320 *Id.* at 537-538.
321 *Id.* at 545.
322 *Id.* at 457.

供述は法廷で自己に不利益に用いられ得ること，(3) 弁護人の立会いを求める権利を有すること，(4) 弁護人を選任する資力がなければ，あらゆる質問に先立って公費で弁護人が選任されることの告知である。そして，これらの事項を告知した後，被疑者が黙秘する意思を示したり，弁護人の同席を求めたにも関わらず，なお取り調べることは供述の強制にあたるとする[323]。また，告知を欠く取調べで獲得した供述は，証拠排除されるとする。

もっとも，Miranda 判決は，身体拘束下での取調べを一切禁止している訳ではない。「…当裁判所はすべての自白を不許容であるとするつもりはない。自白は，依然として法の執行における正当な構成要素である。…任意になされた供述は，いかなるものであれ，修正第 5 条の制約を受けず，その許容性は，当判決の影響を受けるものではない[324]」としていることから，刑事手続における自白の重要性に一定の理解を示している。したがって，法廷意見は，これらの諸権利を放棄する余地を設けている。すなわち，これらの事項が適切に告知され，被疑者が「充分に理解し，かつ理性的に（knowingly and intelligently)」権利放棄をしたことを訴追側が立証すれば，当該供述は許容されるという。

以上のうち，Miranda 判決の中核は，(1) 身体拘束中の取調べに内在する供述を強制する圧力が，修正第 5 条の「強制（compulsion)」に該当すると判断し，修正第 5 条を俎上に載せたことと，(2) このような圧力は，取調べの長さを問わず，身体拘束下にある被疑者に対する取調べすべてに存在すると解したことであるとされている[325]。1897 年の Bram 判決は，「アメリカ合衆国内の裁判所における刑事裁判で，不任意を理由として自白の証拠能力が問われた場合には…合衆国憲法修正第 5 条の当該部分によって規制される[326]」とし，修正第 5 条の保障が身体拘束下の取調べにも適用されることを認めていた。しかしながら，既に述べたように，Bram 判決を継承する判例が示されることはなかった[327]。その後，Miranda 判決の 2 年前に示された Malloy 判決[328]は，修正第 5 条の保障が州法域においても適用される旨を判示した。Miranda 判決は，身体拘束下の取調べにおける黙秘権の重要性に鑑み，Bram 判決を引用しつつ，「特権が身体拘束下の取調べ期間にも完全に適用され得るか否かについては…およそ 70 年前の Bram 判決において決着がついている[329]」とした。

このことは，同時に，修正第 5 条が保障する自己負罪拒否特権の保障範囲を明確にした

---

323 この点について，後述する 1981 年の Edwards 判決は，「弁護人を介してのみ警察に対応したい旨を希望した被疑者は，弁護人が与えられるまで，被疑者が自ら警察との更なる意思疎通，交流，会話を開始した場合を除いて，捜査当局によるそれ以上の取調べにさらされることはない」と判示している (Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477, 484 (1981))。

324 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 478 (1966).

325 Stephen J. Schulhofer, *Reconsidering Miranda,* 54 U. CHI. L. REV. 435, 436 (1987); Yale Kamisar, *How Earl Warren's Twenty-Two Years in Law Enforcement Affected His Works as Chief Justice,* 3 OHIO ST. J. CRIM. L. 11, 26 (2005).

326 Bram v. United States, 168 U.S. 532, 542 (1897).

327 David Jr. Robinson, *Massiah, Escobedo, and Rationales for the Exclusion of Confessions*, 56 J. CRIM. L. CRIMINOLOGY & POLICE SCI. 412, 416 (1965).

328 Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

329 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 461 (1966).

ことを意味する。Miranda 判決以前は, Bram 判決が重要視されていなかった。また, Malloy 判決も公判廷における証言拒否との関係で黙秘権を取り扱ったものであったため，自己負罪拒否特権の保障が捜査段階にも及ぶかについて，不明確なままであった。この点，Miranda 判決は，捜査段階においても自己負罪拒否特権が保障されることを明確にした。

また， 4 項目の告知を要求する Miranda 判決は，捜査官や裁判所に対して，許容される取調べの限界を予め具体的に明示する画一的な基準（bright-line rule）をもたらした[330]。これによって，事情の総合説が抱えていた大きな問題点を解決することになった[331]。

加えて，法廷意見が冒頭で述べているように，弁護人依頼権と関連して，Escobedo 判決で不明確であった点を明らかにした。Escobedo 判決は，修正第 6 条の弁護人依頼権が侵害されたことを理由に，当該取調べ中に獲得された自白を排除した。しかしながら，Escobedo 判決後も，(1) 被疑者が弁護人を未だ選任していない段階であっても，Escobedo 判決が想定する弁護人依頼権侵害はあり得るか，(2) 修正第 6 条の弁護人依頼権には，取調べへの弁護人立会権が含まれるか，(3) 被疑者の弁護権は，公費により弁護人を選任される権利を含むかについて，不明確なままであった。これらの点について，Miranda 判決は，次のように述べている。まず，(1) について，「被疑者は取調べ前に弁護人を要求する必要はない。そのような要求は，被疑者の弁護人依頼権を積極的に保障することになる。しかしながら, 弁護人を要求しなかったことが放棄を意味することにはならない[332]」としている[333]。また，(2) について，「身体拘束下における取調べを取り巻く状況は，取調官によって自らの特権を知らされたに過ぎない被疑者の意思を直ちに圧倒するように作用し得る。したがって，取調べに弁護人を立ち会わせる権利は…修正第 5 条の特権を保護するために不可欠なものである[334]」としている。最後に，(3) について，「被疑者の資力は，ここでいう諸権利の範囲とは関係ない[335]」としている。

他方で，Miranda 判決は，Escobedo 判決の一部を後退させる一因になったともいえる。Escobedo 判決は，手続が「訴追的なもの（accusatory）」へと移行したときには，修正第 6 条の弁護人依頼権が保障されなければならない旨を判示していた[336]。しかしながら，Miranda 判決は，「取調べへの弁護人立会権は…修正第 5 条の特権を保護するために不可欠なもの[337]」であるとしているのである。すなわち，Miranda 判決が前提としている弁護人依頼権は，修正第 6 条ではなく，修正第 5 条から導き出した「黙秘権を保障するための

---

330 Seth Goldberg, *Missouri v. Seibert: The Multifactor Test should be Replaced with a Brigth-Line Waring Rule to Strengthen Miranda's Clarity,* 79 ST. JOHN'S L. REV. 1287, 1300 (2005).

331 Schulhofer, *supra* note 83, at 879.

332 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 470 (1966).

333 後述するように，この点は 1994 年の Davis 判決（Davis v. United States, 512 U.S. 452 (1994)）によって後退させられることになる。

334 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 469 (1966).

335 *Id.* at 472.

336 Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 492 (1964).

337 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 469 (1966).

弁護人依頼権」なのである[338]。ちなみに，修正第 6 条の弁護人依頼権は，1972 年の Kirby 判決によって大きく後退することになる。Kirby 判決が，修正第 6 条が保障される「すべての刑事上の訴追（all criminal prosecutions）」の解釈として，「公式な告発（formal chaege），予備審問，大陪審による起訴状又はアレインメントのいずれによろうとも，当事者対立的刑事司法手続（judicial criminal proceeding）が開始されたとき[339]」と判示したためである。したがって，逮捕直後や被疑者取調べ，起訴前の面通し等では，修正第 6 条の弁護人依頼権は保障されないということになる[340]。

加えて，Miranda 判決には不明確な点もみられる。一つは，供述が排除される根拠に関するものである[341]。Miranda 判決は，身体拘束下の取調べに内在する強制的な雰囲気を指摘し，「身体拘束下の取調べそれ自体が，個人の自由を著しく害し，個人の弱みにつけこむものなのである[342]」と説明するにとどまっており，供述が排除される根拠を具体的に示していない。もう一つは，「身体拘束下の取調べ」の定義に関するものである。Miranda 判決の法廷意見は，身体拘束下の取調べについて，「当該被疑者が拘束されるか，他の様々な方法によって行動の自由を剥奪された後に，法執行官によって開始された質問[343]」と定義していた。このうち，「他の様々な方法」による行動の自由の剥奪は，解釈の余地を残すものである。そして，その後の判例は，以下のように，Miranda 判決の射程を縮小する傾向をみせるのである。

第 3 章　Miranda 判決後の被疑者取調べに対する規制

Miranda 判決は，自己負罪拒否特権を基軸として，身体拘束下の取調べを画一的に規制する法則を打ち出した（以下，「Miranda 法理」と称し，その告知手続のみを指す場合には「Miranda 告知」と称する。）。しかしながら，Miranda 判決は，その例外を認める余地を残していた。また，Miranda 判決は，「身体拘束下」や「取調べ」の意義，権利放棄の判断基準等について，解釈の余地を残していた。そのため，Miranda 判決から間もなくして，連邦最高裁は，その射程の例外を認めるようになる。さらに，Miranda 判決の「解釈」には変遷がみられる。

Miranda 判決から間もなくして，Miranda 判決の射程や解釈に変化が見られた背景として，連邦最高裁長官の交代が指摘されている。すなわち，1969 年に Richard Nixon が大統領に就任したことに伴い，連邦最高裁長官が Warren 判事から Burger 判事へと交代したこ

338 *See id.* at 537 (White, J., Harlan, J. & Stewart, J., dissenting).
339 Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682, 688 (1972).
340 日本弁護士連合会刑事弁護センター編『アメリカの刑事弁護制度』（現代人文社，1998 年）37 頁〔後藤昭執筆〕。この点は，第 4 章「小括―Miranda 法理の現代的意義」において改めて触れる。
341 WHITE, *supra* note 89, at 55-56.
342 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 455 (1966).
343 *Id.* at 444.

とが契機であった[344]。Warren 判事は，捜査実務経験が豊富であり，取調べに内在する強制的な雰囲気を経験的に知り尽くしていた[345]。これに対して，Burger 判事は，保守派として有名であった。そのため，リベラルな判断を次々に示した Warren Court に比べ，Burger Court では保守的な判断が目立つようになる[346]。

確かに，Miranda 判決を巡るその後の諸判例を概観すると，Miranda 判決が「縮小」されたと解し得る部分も間々見受けられる。しかしながら，それでもなお，Miranda 判決の精神は活き続け，アメリカにおける被疑者取調べの規制原理として，その任を果たしている。そこで，以下では，まず，Miranda 判決の例外を認め，Miranda 法理を縮小した諸判例について整理する。次に，Miranda 判決が前提としていた「身体拘束下」や「取調べ」の意義に関する判例の変遷を辿る。そして，最後に，紆余曲折を経ながらも，Miranda 判決の精神が現在まで活き続けていることを確認する[347]。

第 1 節　Miranda 法理の縮小

第 1 款　包括的犯罪規制及び市街地安全法の制定

Miranda 判決から 2 年後の 1968 年，連邦議会は，1968 年包括的犯罪規制及び市街地安全法（The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968）を制定した。これにより，連邦法典第 18 巻第 3501 条[348]が新設された。この条項は，自白の許容性（Admissibility of Confessions）に関するものであり，Miranda 判決と大きく矛盾するものであった。

まず，連邦法典第 18 巻第 3501 条（a）は，「連邦法域又は Colombia 特別区によって提起されたすべての刑事訴追において，自白は任意になされたものである限り，証拠として

---

344 Geoffrey R. Stone, *The Miranda Doctrine in the Burger Court*, 1977 SUP. CT. REV. 99, 168 (1977).

345 Kamisar, *supra* note 325, at 24.

346 Jerold H. Israel, *Criminal Procedure, the Burger Court, and the Legacy of the Warren Court*, 75 MICH. L. REV. 1319, 1321-1324 (1977); Stephen A. Saltzburg, *The Flow and Ebb of Constitutional Criminal Procedure in the Warren and Burger Courts,* 69 GEO.L.J. 151, 152-154 (1980); Peter Arenella, *Rethinking the Functions of Criminal Procedure: The Warren and Burger Court's Competing Ideologies,* 72 GEO. L. J. 185, 186 (1983); Caroline Davidson, *State Constitutions and the Humane Treatment of Arrestees and Pretrial Detainees,* 19 BERKELEY J. CRIM. L. 1, 4 (2014).

347 本章を執筆するにあたって，主に，鈴木義男「ミランダ判決の一〇年」研修 352 号（1977 年）14～24 頁，小早川義則「ミランダ判決の一五年」名城 32 巻 3＝4 号（1983 年）213～312 頁，小早川義則「ミランダ判決の 25 年」名城 43 巻 1＝2 号（1993 年）211～271 頁，小早川・前掲注（3），洲見光男「ミランダ判決三〇周年に寄せて」刑法 37 巻 1 号（1997 年）108～111 頁，関口・前掲注（268）59～104 頁，洲見光男「ミランダ判決の四五年」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣，2012 年）753～771 頁，堀田周吾「ミランダ・ルールと任意性テスト（2）」首法 54 巻 2 号（2014 年）105～133 頁等の先行研究を参照した。

348 18 U.S.C. §3501. なお，同条項の紹介として，河上和雄「Omnibus Crime Control and Safe Street Act（最近の立法）」米法 1968 年 2 号（1968 年）288～294 頁がある。

許容される。事実審裁判官は，このような自白が証拠として許容される前に，陪審員を排して，当該自白の任意性を決定するものとする。事実審裁判官が当該自白の任意性を認定した場合には，当該自白は証拠として許容される。また，当該裁判官は，任意性に関する証拠を陪審が調べることを許可するものとし, かつ, あらゆる事情（all the circumstances）を考慮して当該自白に相応しいと考える証拠価値を付与するよう陪審員に説示するものとする[349]。」と規定していた。

また，連邦法典第 18 巻第 3501 条（b）は，「事実審裁判官が任意性に関する争点を判断する場合は，自白がなされた場面を取り巻くすべての事情（all the circumstances surrounding the giving of the confession）を考慮するものとする。その際には，以下の事情を含む。（1）自白が逮捕から初回出頭の間に行われた場合，逮捕から自白までに要した時間，（2）被告人が自白をした際に，自身が訴追されている犯罪事実ないしは嫌疑をかけられている犯罪事実の内容を知っていたか否か，（3）被告人が，いかなる供述をする必要もなく，供述した場合には自己に不利益に用いられることがあるということを告知されたか否か，あるいは知っていたか否か，（4）被告人は，取調べに先立って，弁護人依頼権を告知されたか否か，（5）被告人は，取調べを受け，自白をする際に，弁護人の援助を受けていたか否か。裁判官は，以上の要素によって直ちに自白の任意性を決定する必要はない。これらの要素の有無を考慮するのみである[350]。」と規定していた。連邦法典第 18 巻第 3501 条（a）及び（b）は，Miranda 判決以前に採られていた「事情の総合」による任意性判断へと回帰するものであり，Miranda 法理を排斥することを目的としていた[351]。

さらに，同条項は，McNabb-Mallory ルールを有名無実化する内容も含んでいた。連邦法典第 18 巻第 3501 条（c）は，身体拘束下にある被疑者が行った自白について，事実審裁判官によって任意性が認められ，逮捕から 6 時間以内に獲得されたものであれば，単に治安判事又は勾留権限を有する他の官憲の面前への引致が遅滞したという一事を根拠として任意性を否定してはならない旨を規定したのである。これは，被逮捕者を遅滞なく裁判官の面前に引致しなければならないことを要求する McNabb-Mallory ルールと真っ向から対立するものであった[352,353]。

連邦最高裁は，いずれの条項に対しても，既に判断を示している。「事情の総合説」への回帰を規定した連邦法典第 18 巻第 3501 条(b)に対しては 2000 年の Dickerson 判決[354]が，

---

349 18 U.S.C. §3501 (a).
350 18 U.S.C. §3501 (b).
351 河上・前掲注（348）290 頁。
352 *See* Sara Sun Beale, *Reconsidering Supervisory Power in Criminal Cases: Constitutional and Statutory Limits on the Authority of the Federal Courts*, 84 COLUM. L. REV. 1433, 1454 (1984).
353 連邦議会は，McNabb-Mallory ルールが確立した後，これを無効化する立法案を度々提出していた。*See* OTIS H. STEPHENS, JR, THE SUPREME COURT AND CONFESSIONS OF GUILT 81-89 (1973).
354 Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000).

McNabb-Mallory ルールの有名無実化とも解し得る連邦法典第 18 巻第 3501 条（c）に対しては 2009 年の Corley 判決[355]が，それぞれ判断を下している。Dickerson 判決については，Miranda 判決の再評価として第 3 節「Miranda 法理の維持―Dickerson 判決を中心に―」で詳述するため，ここで言及することは避ける。いずれにしても，Dickerson 判決の法廷意見が述べているように，当時の議会が「Miranda 判決を立法によって無効化することを意図していた（intended by its enactment to overrule Miranda）[356]」ことは明らかであった。Miranda 批判やその例外を認めるその後の動きは，Miranda 判決から 2 年後の段階で，既に見いだすことができるのである。

なお，既に確認したように，McNabb-Mallory ルールは「連邦裁判所における刑事手続の運営に対する司法上の監督権[357]」に基づいて連邦法域を規制するルールであり，Miranda 判決の一内容という位置づけではない。また，その発展の沿革も Miranda 判決とは異なる。それゆえ，連邦法典第 18 巻第 3501 条（c）について判示した Corley 判決は，本稿の構成上，Miranda 法理の縮小に関する次款以降で触れるよりも，本款で触れるべきであろう。以下，ごく簡単に確認しておく。

Pennsylvania 州で起こった銀行強盗の被疑者として上告人 Corley が逮捕される手筈になっていることを知った連邦捜査局（Federal Bureau of Investigation：以下，「FBI」と称する。）の捜査官は，逮捕現場へ赴いた。この際，逃走を図った Corley が FBI 捜査官に暴行を加えたため，FBI によって 9 月 17 日 8 時に逮捕された。その後，FBI 捜査官が逮捕現場周辺の住民から事情聴取する間，Corley は警察署に留置された。11 時 45 分頃，捜査官は，傷の手当てのために Corley を病院へ押送し，15 時 30 分頃に FBI のオフィスで取調べを開始した。なお，FBI のオフィスには，治安判事の執務室が併設されていた。しかしながら，捜査官が Corley を治安判事のもとへ引致することはなかった。

取調べにおいて，捜査官は Corley に対して，捜査に協力するメリットを説明し，Corley は権利放棄書へ署名した。そして，逮捕から約 9 時間半が経過した 17 時 27 分に自白を始めた。18 時 30 分頃，捜査官が供述の書面化に協力するよう求めたところ，Corley は休みたい旨を述べた。そのため，翌日 18 日の 10 時 30 分に取調べを改めて行い，自白調書を作成した。Corley が治安判事のもとへ引致されたのは，逮捕から 29 時間半が経過した同日 13 時 30 分頃であった。

連邦地裁は，Corley が病院で手当を受けた時間は「遅滞」として計算すべきではないとした上で，逮捕当日 17 時半頃になされた自白は連邦法典第 18 巻第 3501 条（c）が定める 6 時間以内になされたことになるとして，有罪判決を言い渡した。その後，第 3 巡回区連邦

---

355 Corley v. United States, 556 U.S. 303 (2009). なお，Corley 判決の紹介として，松田正照「引致原則とマクナブ・マロリー・ルール」早研 134 号（2010 年）317～337 頁，田中利彦「マクナブ・マロリー・ルールの再確認―Corley v. United States, 129 S.Ct. 1558 (2009)―」ひろば 63 巻 12 号（2010 年）47～54 頁がある。

356 *See* Dickerson v. United States, 530 U.S. 428, 436 (2000).

357 McNabb v. United States, 318 U.S. 332, 340 (1943).

控訴裁も有罪判決を維持した。そのため，Corley は上告した。

連邦最高裁は，連邦法典第 18 巻第 3501 条の立法経緯等を確認した上で，「第 3501 条は McNabb-Mallory ルールに取って代わるもの（supplanting）ではなく，これを修正するもの（modified）である。第 3501 条（c）によって修正された McNabb-Mallory ルールの下では，証拠排除の主張を受けた地裁は，被疑者が逮捕から 6 時間以内に自白したか否かについて判断しなければならない。もし自白が 6 時間以内になされていた場合には，当該自白が任意になされ，証明力の評価が陪審員に委ねられるならば，他の証拠規則の規定を条件として，当該自白は許容される。他方で，もし当該自白が引致前かつ逮捕から 6 時間以上が経過した後になされたものであれば，地裁は McNabb-Mallory ルールに関する先例の下で，そのような遅滞が不合理あるいは不必要なものであったか否かを判断しなければならない[358]」と判示した。

連邦法域のみならず，州法域にも適用される Miranda 法理とは異なり，McNabb-Mallory ルールは連邦法域のみに適用される法理である。また，Miranda 法理が「身体拘束下」の被疑者に適用されるのに対して，McNabb-Mallory ルールは「被逮捕者」に適用されるに留まる。そのため，Miranda 判決以後は，McNabb-Mallory ルールの意義が薄れていた。しかしながら，連邦最高裁は，Corley 判決によって迅速な引致の必要性を改めて確認した。この背景には，Miranda 判決と同様に，身体拘束下の取調べに内在する強制的な雰囲気への危惧があることを窺い知ることができる。すなわち，Corley 判決の法廷意見は，以下のように指摘しているのである。「引致は，裁判官が訴追側の行き過ぎ（overreaching）を排除するための重要なステップとなっている。すなわち，被疑事実や黙秘権，弁護人依頼権，保釈の利用可能性，予備審問を受ける権利を知らせ，被告人に弁護人と相談する機会を与え，身体拘束するか釈放するかの判断を行うのである。McNabb-Mallory ルールがなければ，連邦捜査官は被疑者を外へ連れ出す前に，長時間に亘って取調べを行い得る。そして，我々は身体拘束の秘密性（custodial secrecy）が何をもたらすかを常に把握してきたのである。身体拘束下の警察による取調べは，まさしくその性質により，個人を孤立させ，圧力を加えるものである。そして，これらの圧力は，やってもいない犯罪に関する自白を高い確率で生み出すという多くの実証的証拠[359]が存在する。McNabb 判決において，Frankfurter 判事は，『自由の歴史は，その多くが手続的保護措置の遵守の歴史である』と指摘した。このことは，現在でも色褪せていない[360]」と。したがって，McNabb-Mallory ルールは，その適用が連邦法域に限定されるとはいえ，「身体拘束下の取調べ」に対して時間的制約という観点からアプローチするものであり，取調べ規制として Miranda 法理と両輪をなすものである。

---

358 Corley v. United States, 556 U.S. 303, 322 (2009).

359 *See* Steven A. Drizin & Richard A. Leo, *The Problem of False Confessions in the Post-DNA World*, 82 N. C. L. REV. 891, 906-907 (2004).

360 Corley v. United States, 556 U.S. 303, 320-321 (2009).

第 2 款　弾劾例外

Miranda 法理に違反して獲得された供述であっても，例外的に排除されない場合がある。1971 年の Harris 判決は，弁護人依頼権の告知を欠いた取調べで獲得した供述を，弾劾証拠として使用することを許容した。Harris 判決の事案の概要は，以下の通りである。ヘロインの譲渡で公訴提起された被告人 Harris は，公判廷で証言台に立った。そこで，被告人は，おとり捜査官に対する譲渡行為を認めた。他方で，被告人は，おとり捜査官を騙すためにベーキングパウダーを譲渡したと証言した。そこで，訴追側は，逮捕直後に Miranda 法理に反して獲得した，証言と矛盾する内容の供述を，当該証言に対する弾劾証拠として提出した。これに基づいて，被告人の証言は弾劾され，被告人は有罪判決を受けた[361]。連邦最高裁は，1956 年の Walder 判決[362]を引用して，主尋問において許容されない物的証拠であっても，弾劾目的（impeachment purposes）のためには使用し得ることを確認した[363]。次に，弾劾手続の意義を確認し，「陪審にとって，被告人の信用性を評価する上で有力な援助となる。そして，弾劾手続の利益は，違法な警察活動の行為が助長されるという想像上の可能性（speculative possibility）によって失われてはならない。確かに，排除法則は，警察の違法捜査に対する抑止効を有する。しかしながら，それは，主尋問において訴追側が使用することを禁じれば充分である[364]」とした。その上で，「すべて刑事被告人は，自己の防禦のために証言し，あるいは証言を拒否する特権を有する。しかしながら，この特権は，偽証を犯す権利（the right to commit perjury）を含むものであると解することはできない。…Miranda 判決によって与えられた盾は，以前の相反する供述と対決する危険を冒さずに，防禦方法として偽証を用いる許可状であると曲解することはできない《省略筆者》[365]」と判示した。一方で，Harris 判決には，Brennan 判事による反対意見が付されている。ここでは，まず，Miranda 判決が「被告人が単に免責を意図して行った供述（statements merely intended to be exculpatory by the defendant）」について，「実質において負罪的であり，いかなる供述に対しても要求されるような充分な権利告知と効果的な放棄なくして，使用されてはならない[366]」と判示したことを引用している[367]。そして，この文脈は，直接尋問と反対尋問を区別するものではないとして，弾劾例外を認めることを否定している[368]。

1975 年の Hass 判決も，Harris 判決を維持し，弾劾例外を認めている。この事案の概要は，以下の通りである。被告人 Hass は，自転車窃盗の罪で起訴された。Hass は，証言台において，自転車を盗んだのは Walker と Lee の 2 人であり，自分は盗んでいない旨を述

361 Harris v. New York, 401 U.S. 222, 222-223 (1971).
362 Walder v. United States, 347 U.S. 62 (1954).
363 Harris v. New York, 401 U.S. 222, 224 (1971).
364 *Id.* at 225.
365 *Id.* at 225-226.
366 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 476-477 (1966).
367 Harris v. New York, 401 U.S. 222, 230-231 (1971) (Brennan, J., Douglas, J. & Marshall, J., dissenting).
368 *Id.* at 231.

べた。そこで，検察官は，Hass を取り調べた捜査官 Osterholme を証人として喚問した。Oseterholme は，Hass が被害者宅と自転車の放置場所を述べ，これに基づいて自転車が発見された旨を証言した。また，この間，完全な形で Miranda 告知を行ったことと，弁護人と電話で話したいという要求に対して，警察署で電話させると告げたまま放置したことを証言した。同証言は，Hass の法廷供述を弾劾する証拠として採用され，Hass は有罪判決を受けた[369]。連邦最高裁は，以下のように述べ，Harris 判決を引き合いに出し，Miranda 法理に反して獲得された供述を弾劾証拠として使用することを認めた。「Harris 判決と本件における事実上の差異は，本件では Miranda 告知が適切に行われ，その一方で Harris 判決では不完全であったということのみである。…Harris 判決と本件における不許容性の効果は同じである。すなわち，弾劾証拠としての使用を不許容とすることは，憲法上の権利を，被告人自身の口から発せられた弾劾証拠に困惑することなく，虚偽を述べる権利であると歪曲することになろう。…いずれにしても，この点については Harris 判決で既に表明したのであって，当裁判所はこれを変更するつもりはない《省略筆者》[370]」。一方で，Harris 判決と同様に，Hass 判決にも Brennan 判事による反対意見が付されている。ここでは，「当裁判所の本決定は，Harris 判決以上に Miranda 判決の土台を削り取るものである。…今日の決定によれば，被疑者が弁護人を求める旨の供述をした場合には，弁護人の到着前に自白を獲得するために，警察の取調べが激しく高圧的になることは疑いようがない《省略筆者》[371]」として，弾劾例外を認めることを強く批判している。

Harris 判決では，Miranda 告知が不完全な形で行われた。ここでは，弁護人依頼権の告知を欠いた取調べで獲得した供述が，弾劾証拠として許容されるか否かが問われていた。他方で，Hass 判決では，Miranda 告知は完全な形で行われていた。連邦最高裁は，このような差異に関わらず，自己負罪拒否特権は偽証を許容するものではないとして，当該供述を弾劾証拠として使用することを認めている。また，Miranda 法理に違反して獲得された供述を排除する趣旨として，警察の違法捜査に対する抑止効を想定している。

ところで，強制された自白であっても，弾劾証拠として使用することができるか否かが問題となる。この点について判示したのが，1979 年の Portash 判決である。被告人 Portash は，Manchester 群区の市長等の要職に就いていた。その職務の中で，職権濫用や恐喝を行った疑いが浮上した。そこで，大陪審は，被告人を召喚して証言を求めた。これに対して，被告人は，自己負罪拒否特権を行使する旨を主張した。その後，検察官と被告人の弁護人は，もし被告人が大陪審の面前で証言したとしても，当該供述やそれによって発見された証拠は，New Jersey 州法に基づき，偽証や虚偽の宣誓のための訴追を除き，その後の刑事手続において使用しないことに合意した。そこで，被告人は証言し，両当事者は被告人の

---

369 Oregon v. Hass, 420 U.S. 714, 715-717 (1975). なお，Hass 判決の紹介として，鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第 1 巻』（成文堂，1982 年）135～141 頁〔神坂尚執筆〕がある。

370 *Id.* at 723.

371 *Id.* at 726 (Brennan, J. & Marshall, J., dissenting).

刑事訴追を避ける方向で協議を行った。しかしながら，最終的な合意には至らず，Portash は職権濫用等の罪で起訴された。ここでは，大陪審の面前で強制された供述を，弾劾証拠として使用し得るかが問題となった[372]。連邦最高裁は，以下のように述べて，大陪審で強制された証言を弾劾証拠として公判廷で用いることを禁じた。「立法免責の付与に応じて与えられた証言は，強制された証言の本質である。そのような場合において，身体的あるいは精神的圧力が，被疑者の意思を打ち負かしたか否かは問題にならない。すなわち，証人は，証言をするか，訴追側の強制的な制裁（government's coercive sanctions），特に法廷侮辱に対する有罪判決と対峙するかの選択を迫られる。免責の付与に応じて与えられる情報は，無力な被告人から引き出された情報よりも信頼できるであろう。しかしながら，それは言うまでもなく強制である。修正第 5 条及び修正第 14 条は，自己負罪を強制されない特権を提供する。これは，単に信用性のない自己負罪に対してのみ与えられるものではない。Harris 判決及び Hass 判決においては，不当な警察の行為が偽証を防ぐ必要性と衝突したときに，利益衡量（balancing of interests）が必要であると考えられていた。対照的に，当裁判所は，最も本来的な形式で自己負罪を強制されない憲法上の特権を取り扱っている。したがって，利益衡量は全く必要ない。許容することができないためである[373]。」。

Portash 判決は，修正第 5 条に違反して獲得された供述は，いかなる目的であっても使用することができない旨を判示した。そのため，弾劾例外を認めた Harris 判決及び Hass 判決は，Miranda 法理に違反して獲得された供述を，修正第 5 条に違反して獲得された供述ではないと理解しているとも解し得る。その場合には，Harris 判決は，Miranda 法理に違反して獲得された供述を有罪立証のために使用することを禁じる Miranda 判決の根拠について，違法捜査の抑止を想定していると思われる[374]。

なお， Miranda 告知後に黙秘していた被疑者が，公判段階で弁明や否認をしたため，被疑者が Miranda 告知後に黙秘した事実を訴追側が取り上げた事例もみられる。これらは，ここまで概観した弾劾例外に関する事例とは異なるものの，簡単に触れておく。1975 年の Hale 判決では，捜査段階で所持金の出処について黙秘していた強盗事件の被告人が，公判段階で弁明を行ったため，検察官が黙秘の事実に言及した。この点について，連邦最高裁は，黙秘の事実それ自体は，重要な証拠価値（significant probative value）を有するものではないとした[375]。その上で，下級審に対する監督権を行使し，裁判を新たにやり直すように命じた[376]。また，1976 年の Doyle 判決では，捜査段階で黙秘していたマリファナ譲渡容疑の被告人が，公判段階で「情報提供者によるでっち上げである」と主張したため，検察官が黙秘の事実に言及した。そして，なぜ捜査段階でででっち上げである旨の主張をしなかったのかと質した。これに対して，連邦最高裁は，被疑者が黙秘した事実を弾劾証拠と

372 New Jersey v. Portash, 440 U.S. 450, 451-452 (1979).
373 *Id.* at 459.
374 洲見・前掲注（347）「四五年」756 頁。
375 United States v. Hale, 422 U.S. 171, 180 (1975).
376 *Id.* at 181.

して認めることは，「基本的に不公正（fundamentally unfair）」であるとして，デュー・プロセスを奪うことになるとした[377]。

他方で，1980 年の Jenkins 判決は，Hale 判決及び Doyle 判決とは異なる判断を示している。この事案は，公判廷で正当防衛を主張する被告人に対し，訴追側が，自首してから逮捕されるまでの 2 週間黙秘を続けた事実に言及したものである。ところが，連邦最高裁は，本件事案が「逮捕前の黙秘」であることを理由に，「Doyle 事件において存在した基本的不公正は，本件においては存在しない[378]」と判示し，黙秘した事実を弾劾証拠として用いることを認めた。

したがって，連邦最高裁は，次のような立場を採っているといえる。すなわち，逮捕後，Miranda 告知がなされた後に黙秘した事実を弾劾証拠として使用することはできない。しかしながら，逮捕前に黙秘した事実に関しては，Miranda 法理や修正第 14 条の射程外であり，弾劾証拠として使用することができる，と。

第 3 款　予防法則（Prophylactic Rules）への格下げ

既に確認したように，Miranda 判決は，Miranda 告知を欠いた取調べで獲得した供述を「強制されたもの」と解していた。しかしながら，これを「格下げ」する判例が現れる。1974 年の Tucker 判決である。被告人は，強姦事件に関して，公選弁護人に関する告知を欠いた不完全な Miranda 告知を受けた。その後の取調べで，被告人は，当該事件が発生した日の夜間，知人と夜遅くまで一緒に居た旨を供述した。この供述を得た警察官が知人に真偽を確認したところ，知人は被告人と一緒に居たことは認めたものの，被告人は早々に帰宅した旨を述べた。知人は，公判廷においても同じ証言を行った。同証言やその他の証拠を根拠に，被告人は有罪判決を受けた。連邦最高裁は，本件の争点について，（1）公選弁護人選任権を告知しなかったことが，自己負罪拒否特権を「直接侵害したのか，それとも同特権を保障するための予防法則（prophylactic rules）を侵害したに過ぎないのか[379]」という点と，（2）当該取調べによって獲得された知人の証言を排除しなければならないか（知人の証言が，いわゆる「毒樹の果実」に該当するか）であると整理した[380]。その上で，（1）について，Miranda 判決自体が，Miranda 告知について「憲法によって保護される権利ではなく，自己負罪拒否特権の保障を確保するための手段（measures to insure that the right against compulsory self-incrimination was protected）であることを認識していた[381]」と判示した。換言すれば，Miranda 判決自体が述べていたように[382]，Miranda 告知は「憲法上の拘束具（constitutional straightjacket）」ではなく，「実務的な補強物（practical

---

377 Doyle v. Ohio, 426 U.S. 610, 618 (1976).
378 Jenkins v. Anderson, 447 U.S. 231, 240 (1980).
379 Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433, 439 (1974).
380 *Ibid.*
381 *Id.* at 444.
382 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 467 (1966).

reinforcement)」であるということになる[383]。したがって，公選弁護人に関する告知の欠如は，「自己負罪拒否特権を侵害するものではなく，これを保護するために Miranda 判決が示した予防基準（prophylactic standards）を逸脱したに過ぎない[384]」。そして，(2) について，(a) 知人の証言は排除されていないものの，被告人の捜査段階供述は排除されていること，(b) 被告人は捜査段階で弁護人の立会いを不要としており，任意に供述していることが認められること，(c) 当該取調べは Miranda 判決以前に行われているため，知人の証言を排除しても，捜査官の違法行為に対する抑止効を高めることにはならないこと，(d) 弾劾例外を認めた Harris 判決が指摘するように，Miranda 判決は Miranda 告知を欠いた供述をいかなる場合にも一切排除するという趣旨のものではないことを挙げ[385]，知人の証言を許容した。

Tucker 判決によって，Miranda 判決は予防法則（Prophylactic Rules）へ「格下げ」されることになった。そして，このような考え方は，Miranda 判決を縮小する諸判例に大きな影響を与えた。もっとも，Miranda 判決自体も，「当裁判所の決定は，改革への健全な努力を妨げる憲法上の拘束具（constitutional straitjacket）を創設するものではないし，このような効果を意図するものでもない[386]」とか，「訴追された者に対して黙秘権を告知し，それを行使する機会を常に確保する上で，少なくともこれと同程度に効果的な他の手続（other procedures which are at least as effective）が示されない限り，以下の保護手段が遵守されなければならない[387]」とか，「本判決によって要求される告知及び必要な権利放棄は，充分に効果的な代替物（fully effective equivalent）がない場合には，被告人によって行われたあらゆる供述の許容性に関する前提条件（prerequisites）である[388]」等と述べていた。そのため，Miranda 判決自体が，Miranda 告知は厳格な意味での憲法原理ではないと認めていたとも考えられる。また，後述する 1993 年の Withrow 判決[389]等は，予防法則を採用しつつも，Miranda 判決の意義を強調している。したがって，予防法則への「格下げ」が，Miranda 法理の軽視であると即断することはできない[390]。

第 4 款　「公共の安全」例外

弾劾例外の他に，Miranda 法理の例外を認めた判決として，1984 年の Quarles 判決がある。拳銃所持罪に関する Quarles 判決は，Miranda 判決が要求した法則に正面から反する

---

383 Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433, 444 (1974).
384 *Id.* at 445-446.
385 *Id.* at 448-452.
386 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 467 (1966).
387 *Ibid.*
388 *Id.* at 476.
389 Withrow v. Williams, 507 U.S. 680 (1993).
390 この点について，2000 年の Dickerson 判決（Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000)）は，Miranda 法理の憲法上の地位を再確認した。Dickerson 判決については，第 3 節及び第 4 節で述べる。

判断をした。すなわち，公共の安全に対する危険が生じた状況では，警察官の質問に答える必要性は，自己負罪拒否特権を保護するための予防法則に優位すると判示したのである（いわゆる「公共の安全例外（public safety exception）」である。）。この事案の概要は，以下の通りである。

New York 州でパトロールをしていた 2 人組の警察官は，拳銃を持った者に強姦された旨を申告する女性に遭遇した。その女性は，拳銃を持った者がスーパーマーケットへ入っていったと述べた。警察官の 1 人が無線連絡している間，もう 1 人の警察官である Kraft はスーパーマーケットへ入り，女性が供述した者によく似た被告人を発見した。Kraft が追いかけて身体を捜索したところ，被告人は拳銃が入っていないホルスターを所持していたため，Kraft は被告人に手錠をかけ，拳銃の在り処について質問した。被告人は，空き箱を示して「拳銃はそこにある（the gun is over there）」と述べ，その通りに拳銃が発見された。そのため，Kraft は，被告人を正式に逮捕した。逮捕の後，Kraft は Miranda 告知を行い，Florida 州で拳銃を購入した旨の供述を獲得した。New York 州地方裁判所は，「拳銃はそこにある」という被告人の供述について，Miranda 法理に違反して獲得された供述であるとして，証拠から排除した。この判断は，New York 州最高裁においても維持された[391]。しかしながら，連邦最高裁は，概要以下のように述べて，当該供述を許容した。

まず，連邦最高裁は，Miranda 法理の「予防法則」としての性格を強調した。すなわち，「予防的な（prophylactic）Miranda 告知は，『それ自体が憲法によって保護された権利なのではなく，強制的な自己負罪を禁止する権利が保護されることを保証するための手段（measures to insure that the right against compulsory self-incrimination protected）』である。身体拘束下の取調べに先立って Miranda 告知を要求することは，修正第 5 条の権利のための『実務的な補強物（practical reinforcement）』を提供するもの[392]」である，と。その上で，本件の争点について，「Miranda 判決以降，自己負罪拒否特権と関連づけて考えられてきた手続的保護手段を被告人に利用させなかったことについて，警察官 Kraft を正当化することができるか否か[393]」であると整理した。そして，Miranda 法理の例外として，「公共の安全（public safety）[394]」が挙げられると述べた。また，「公共の安全」例外の適用に際しては，被疑者を逮捕する警察官の「主観的な動機」如何は影響しないとした[395]。そして，「公共の安全」例外が認められるのは，「公共の安全に脅威が生じた場合に，捜査官の質問に対して被疑者が応答する必要性は，修正第 5 条の自己負罪拒否特権を保護する

---

391 New York v. Quarles, 467 U.S. 649, 651-653 (1984). なお, Quarles 判決の紹介として，川端和治「ミランダ・ルールの例外―公衆の安全」ジュリ 856 号（1986 年）」120～123 頁，渥美東洋編『米国刑事判例の動向 I 』（中央大学出版部，1989 年）87～98 頁〔香川喜八朗執筆〕，鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第 3 巻』（成文堂，1989 年）84～89 頁〔平澤修執筆〕等がある。

392 *Id.* at 654.

393 *Id.* at 654-655.

394 *Id.* at 655.

395 *Id.* at 656.

ための予防法則の必要性に優越する[396]」ためであるとした。

Quarles 判決が採用した「公共の安全」例外は,「緊急性（exigency）」によって Miranda 不告知を正当化するため，現場の警察官による判断に依拠しなければならない。この点について，連邦最高裁は，現場の警察官が，自己の安全や公共の安全のために必要な質問と，単に被疑者から供述証拠を引き出すことを目的とした質問を区別することができることを前提としている[397]。この点は，取調べの意義と関連して，次節第 2 款で取り扱う Innis 判決の Burger 判事補足意見が指摘したように[398]，Miranda 法理に「新たな不確実要素（new elements of uncertainty）」を導入したと評価することもできるであろう。実際に，Quarles 判決に付された O'Connor 判事による一部反対・一部同調意見も，「公共の安全」例外は Miranda 法理を「不必要に曖昧にする（unnecessarily blurs）」として批判している[399]。もっとも, Quarles 判決の事案においても, Miranda 告知を欠いた状態で行われた質問は,「公共の安全」に関するもの（拳銃の隠し場所に関する質問）に限定されていた。購入場所等に関する供述は，逮捕後，Miranda 告知を行った後に獲得したものである。その意味では，Miranda 法理を大きく後退させるものではないともいえそうである[400]。しかしながら,「公共の安全」例外は，個別判断を要する。そうであれば,「公共の安全」例外を認めることによって，捜査官や裁判官に明確な基準を提供した Miranda 法理の明確性基準を後退させたという批判は，なお妥当するものであろう[401]。

第 2 節　Miranda 判決の解釈を巡る諸判例

第 1 款　身体拘束の意義

Miranda 判決は，身体拘束下の取調べ（custodial interrogation）の危険性に着目したものであった。そこで，「身体拘束」の意義が問題になる。Miranda 判決は，「身体拘束下の取調べ」について，「当該被疑者が拘束されるか，他の様々な方法によって行動の自由を剥奪された（deprived of his freedom of action in any significant way）後に，法執行官によって開始された質問[402]」と定義していた。しかしながら，この定義は曖昧さを残すものであり，判例の蓄積が待たれた。

身体拘束下の取調べについて, Miranda 判決後に初めて言及したのは, 1968 年の Mathis 判決である。Mathis 判決は，国税調査官が，別件で州刑務所に服役中であった被告人に対

396 *Id.* at 657.
397 *Id.* at 658-659.
398 Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291, 304 (1980) (Burger, J., concurring).
399 New York v. Quarles, 467 U.S. 649, 663 (1984) (O'Connor, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part).
400 なお，小早川・前掲注（3）142～143 頁，関口・前掲注（268）91 頁等を参照。
401 Steven A. Drizin, *Fifth Amendment—Will the Public Safety Exception Swallow the Miranda Exclusionary Rule?*, 75 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 692, 714 (1984).
402 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 444 (1966).

して，Miranda 告知をしないまま課税調査をしたところ，被告人が税還付に関する虚偽申告をした旨を供述したため，この供述を証拠として有罪判決を言い渡した事案に関するものである。連邦最高裁は，「訴追側は，現に捜査中の事件に関して『身体拘束下』である者の取調べに限り，Miranda 判決が適用されると解することによって，Miranda の射程を狭めようとしている。しかしながら，そのような区別に実体はなく，修正第 5 条の権利に対する意義深い保護（meaningful protection）を与えることを目的とした Miranda 判決の趣旨に反する。当裁判所は，当該人物が身体拘束されている理由次第で Miranda 告知を縮小するという要求を，Miranda 判決から読み取ることはできない[403]」と述べ，身体拘束の理由となった事実と取調べ対象である事実の間に関連がなくても，Miranda 法理が適用される旨を判示した。なお，Mathis 判決には，White 判事による反対意見が付されている（Harlan 判事及び Stewart 判事同調）。同反対意見は，Miranda 判決が警察署における取調べに内在する強制的な圧力に着目したことを強調した[404]。そして，本件のように，警察署以外の場所で取調べが行われた場合には，「敵対的で険しい雰囲気（hostile and forbidding atmosphere）」が存在せず，Miranda 判決の射程外であるとする[405]。

また，1969 年の Orozco 判決は，「身体拘束下」であるか否かは，客観的な強制の状況の存否ではなく，身体拘束に関する捜査官の認識に基づいて判断する旨を明らかにした。この事案は，明け方に捜査官が被疑者の自宅で取調べを行ったというものである。この取調べに先立って，Miranda 告知が行われることはなかった。この取調べ状況について，捜査官は，「被疑者は逮捕下にあり，自由に退去することができなかった」旨を証言していた[406]。連邦最高裁は，Miranda 判決が「被疑者が拘束されるか，他の様々な方法によって行動の自由を剥奪された」場合に Miranda 告知を要求していたことを挙げ，「Miranda 判決で充分に検討された内容を支持する[407]」として，本件取調べ状況を「身体拘束下の取調べ」であると認めた。なお，Orozco 判決にも，White 判事による反対意見が付されている（Stewart 判事同調）。同反対意見は，Mathis 判決において反対意見を述べた時と同様に，Miranda 判決の「顕著な特徴（salient features）」として，「警察の支配する雰囲気の下で，外部から隔離された個人の取調べ（incommunicado interrogation of individuals in a police-dominated atmosphere）[408]」を挙げている。そして，法廷意見について，Miranda 判決を「拡大[409]」するものであると指摘する。同反対意見は，法廷意見について，「街角や被疑者の自宅で取調べを行う場合にも，取調室における取調べと同様の危険が存在するか否か，あるいはその可能性があるか否かという点を完全に無視している[410]」と考えている

403 Mathis v. United States, 391 U.S. 1, 4-5 (1968).
404 *Id.* at 7 (White, J., Harlan, J. & Stewart, J., dissenting).
405 *Id.* at 8 (White, J., Harlan, J. & Stewart, J., dissenting).
406 Orozco v. Texas, 394 U.S. 324, 325 (1969).
407 *Id.* at 327.
408 *Id.* at 328 (White, J. & Stewart, J., dissenting).
409 *Id.* at 329 (White, J. & Stewart, J., dissenting).
410 *Ibid.*

のである。

以上のように，Orozco 判決は，「身体拘束下」であるか否かについて，客観的な事情よりも，捜査官の主観面を重視していた。しかしながら，このような判断基準は，1976 年の Beckwith 判決[411]と 1977 年の Mathiason 判決[412]において事実上覆されることになる。Beckwith 判決は，Orozco 判決と同様に，被告人の自宅で Miranda 告知を欠いたまま取調べを行った事案である。被告人は，当該取調べ時点で犯罪捜査の対象となっていたため，このような場合には，身体拘束されていない取調べであっても Miranda 法理が適用されると主張した[413]。これに対して，連邦最高裁は，被告人の主張について，Miranda 法理の根拠を大きく逸脱するものであると指摘した[414]。そして，本件のような事案で Miranda 法理が適用されるためには，「対象者が身体を拘束されている[415]」必要があると判示した。ここでは，主観的・実質的な観点ではなく，客観的な観点から「身体拘束下」であるか否かを検討している。加えて，翌年の Mathiason 判決は，警察署内の取調室における取調べであっても，非逮捕状態では「身体拘束下」とはいえない旨を判示した。この事案の被告人は，別件で保釈中に警察の出頭要請に応じて警察署へ赴き，逮捕しない旨の告知を受けた上で窃盗について自白をした。その後，逮捕されることなく帰宅したものの，自白した窃盗の罪について有罪判決を受けることになった[416]。連邦最高裁は，まず，被告人が自ら警察署に赴き，逮捕しない旨の告知を受け，30 分程度の取調べで自白をした後，何らかの妨害を受けることなく帰宅していることを指摘した。そして，このような事情は，被告人が身体を拘束されたとはいえず，他の様々な方法によって行動の自由を剥奪されたとも言えないと判示した[417]。さらに，連邦最高裁は，「警察官は，取調べを行うすべての者に対して Miranda 告知を行う必要はない。また，単に取調べが警察署で行われるとか，取調べを受ける者が警察に疑われているという理由のみで，告知の要求が課される訳ではない。Miranda 告知は，人々の自由に対して『身体拘束下』という制約が加えられた場合に限り，必要とされる。Miranda 判決が適用されるのは，その文言によれば，ある種の強制的な環境（sort of coercive environment）であり，そのような場合に限定されている[418]」と述べた。

Beckwith 判決と Mathiason 判決は，「身体拘束」の意義について，「被疑者が逮捕されているか否か」という客観的状況によって判断することを示した。そのため，仮に「強制的な環境」が認められる場合であったとしても，被疑者が逮捕されていなければ，「身体拘

411 Beckwith v. United States, 425 U.S. 341 (1976).
412 Oregon v. Mathiason, 429 U.S. 492 (1977).
413 Beckwith v. United States, 425 U.S. 341, 345 (1976).
414 *Ibid.*
415 *Id.* at 347.
416 なお，Oregon 州最高裁は，本件取調べが「強制的な環境（coercive environment）」で行われたと判示している（*See* State v. Mathiason, 549 P.2d 673, 675 (Oregon 1976)）。
417 Oregon v. Mathiason, 429 U.S. 492, 494-495 (1977).
418 *Id.* at 495.

束下」ではないと解する余地を示していた[419]。そして，このような傾向は，1983 年の Beheler 判決によって決定的なものとなる。この事案の概要は，以下の通りである。被告人 Beheler は，仲間数人と共に，被害者 Peggy Dean から大麻を盗むことを企て，Dean の元へ赴いた。しかしながら，Dean は大麻を手放すことを拒んだため，Beheler の仲間と異母兄弟によって殺害された。Beheler は直ちに警察を呼び，異母兄弟が Dean を殺害したことと，仲間が凶器の拳銃を Beheler の家の庭に隠したことを述べた。そして，Beheler は，庭の捜索に同意した。この捜索によって，Beheler の供述通りに拳銃が発見された。同日の夜，警察は，Beheler が逮捕されていない旨を告げ，警察署への同行を求めた。これに自発的に応じた Beheler は，警察署において，Dean 殺害に関して話をすることに同意をした。この時，警察は，Beheler に対して Miranda 告知を行わなかった。取調べは 30 分と経たずに終わり，地方検事の許可を得て帰路についた。しかしながら，その 5 日後，Beheler は Dean 殺害に関与したとして逮捕された。そして，完全な Miranda 告知を受けた後，任意同行時に供述した内容を改めて述べた。事実審裁判所は，任意同行した際の取調べで Beheler が Miranda 告知を受けなかった点を問題とせず，この時の供述と逮捕後の供述の両方を証拠採用し，Beheler に有罪判決を言い渡した。州控訴審裁判所は，任意同行後の取調べは「Miranda 告知が要求される身体拘束下の取調べであった」として，事実審裁判所の判断を覆した。連邦最高裁は，「本件において，Beheler は，身体を拘束されていたと言えず，他の様々な方法によって行動の自由を剥奪されたとも言えない。実際に，Beheler の自由はいかなる方法によっても制限されていなかった[420]」と述べた。なぜなら，「各事案の状況は，Miranda による保護を付与する上で被疑者が『身体拘束下』であるか否かを判断する際に，間違いなく影響を与える。しかしながら，最終的な問題は，単に『正式な逮捕あるいはそれに付随する程度の自由の制約（formal arrest or restraint on freedom of movement of the degree associated with a formal arrest）』が存在するか否かである[421]」ためである。したがって，Beheler が警察署へ任意同行した際の取調べは「身体拘束下」には該当せず，Miranda 告知も必要ではないということになる。

その後，「身体拘束下」であるか否かを判断する要素として，被疑者の主観面が考慮されたことがある。1984 年の McCarty 判決である。この事案は，高速道路を蛇行運転する車両を発見した警察官が，同車両を停止させたところ，薬物とアルコール（もしくはそのいずれか）の使用が疑われたため，これらの使用の有無を尋ねたものである[422]。連邦最高裁は，「関連する問題は，被疑者の立場にあった合理的な人間（reasonable man）が，自分が置かれた状況をどのように理解したかである[423]」と述べた。

---

419 George M. Dery Ⅲ, *The Supposed Strength of Hopelessness: The Supreme Court Further Undermines Miranda in Howes v. Fields*, 40 AM. J. CRIM. L. 69, 73 (2012).
420 California v. Beheler, 463 U.S. 1121, 1123 (1983).
421 *Id.* at 1125.
422 Berkemer v. McCarty, 468 U.S. 420, 423-424 (1984).
423 *Id.* at 442.

しかしながら，被疑者の主観面を考慮する「reasonable man」基準は，「身体拘束下」であるか否かの判断基準として確立することはなかった。1994 年の Stansbury 判決は，以前と同様に，客観的基準を重要視したのである。この事案は，逮捕前の被疑者に対して，Miranda 告知をしないまま取調べを行い，その取調べの過程で有罪心証を固め，その後逮捕したというものである。ここで，連邦最高裁は，「身体拘束に関する最初の判断は，取調べの客観的状況（objective circumstances）に依拠するのであって，捜査官や被疑者が抱いた主観的視点（subjective views）に依拠するのではない[424]」と判示した。また，「個人が身体拘束下であるか否かという問題に，取調べ中の個人が被疑者であるという捜査官の主観的な見方は関係しない[425]」として，Orozco 判決が採っていた捜査官の主観に基づく判断を改めて否定した。

もっとも，「身体拘束下」であるか否かの判断要素は，専ら取調べに関する客観的状況（とりわけ，逮捕の有無）に依る訳ではない。たとえば，1995 年の Thompson 判決は，Beheler 判決が示した「正式な逮捕あるいはそれに付随する程度の自由の制約」が認められるか否かの判断要素として，取調べを取り巻く状況（circumstances surrounded the interrogation）に加え，「合理的な人間（reasonable person）が，自ら取調べを打ち切り，退去する自由があると判断するか否か」を挙げているのである[426]。また，2011 年の J.D.B 判決は，13 歳の少年に対する取調べが「身体拘束下」であるか否かを判断する際に，「捜査官が少年の年齢を把握していた場合や，常識ある捜査官にとって客観的に明らかであった場合に，身体拘束の有無の判断において少年の年齢を考慮することは，基準の客観性（objective nature of that test）と矛盾しない[427]」と判示した。もっとも，J.D.B 判決は，2004 年の Alvarado 判決[428]を後退させたものであるという指摘もある[429]。すなわち，Alvarado 判決は，「逮捕されたり取調べを受けたことのない合理的な 17 歳の少年が，自ら取調べを打ち切って退去する自由を与えられていると判断するか否か」を考慮した原審を否定していたのである[430]。

いずれにしても，Miranda 告知が要求される「身体拘束下」であるか否かの判断は，Beheler 判決が示した「正式な逮捕あるいはそれに付随する程度の自由の制約」という客観的な事情に重きを置きつつ，被疑者の主観面（Thompson 判決）や，時には被疑者の年齢や取調べ経験（J.D.B 判決）を併せて考慮して行うということになろう。この際に，捜査官がいかなる心証を抱いているか等は，一切考慮されない（Stansbury 判決）。

ところが，近時，「身体拘束下」であるか否かについて，これとは異なる基準を用いて判断した判例が示された。それが，2012 年の Fields 判決[431]である。Fields 判決は，「身体拘

---

424 Stansbury v. California, 511 U.S. 318, 323 (1994).
425 *Id.* at 324.
426 Thompson v. Keohane, 516 U.S. 99, 112 (1995).
427 J.D.B. v. North Carolina, 131 S.Ct. 2394, 2406 (2011).
428 Yarborough v. Alvarado, 541 U.S. 652 (2004).
429 Dery Ⅲ, *supra* note 419, at 78.
430 Yarborough v. Alvarado, 541 U.S. 652, 669 (2004).
431 Howes v. Fields, 132 S.Ct. 1181 (2012). なお，Fields 判決の紹介として，英米刑事法

束下」であるか否かは，「取調べを取り巻く状況すべて（all of the circumstances surrounding the interrogation）」を検討して判断すると判示したものである。本件上告人 Fields は，Michigan 州刑務所に服役中に，刑務所の収容棟から離れた会議室において，服役前に発生した 12 歳の少年に対する性的暴行について取調べを受けた。捜査官は，取調べに先立って，「戻りたければいつでも収容室へ戻って良い」と告げ，取調べ中も同様の内容を繰り返し告げた。しかしながら，Miranda 告知を行うことはなかった。Fields は，このような取調べで，12 歳の少年への性的暴行について自白した。州事実審裁判所は，当該自白を証拠採用し，有罪判決を下した。この判断は州控訴審裁判所及び州最高裁において支持された。そこで，Fields は，連邦地裁に対して人身保護令状による救済を求め，これが受理された。その後，第 6 巡回区連邦控訴裁は，「本件のように，刑務所の一般的な母集団（general population）から隔絶した会議室で，刑務所外の行為について質問を行うことは，『身体拘束下の取調べ』に該当する[432]」と判示して，Fields の主張を認めた。そこで，連邦側が上告した。これを受理した連邦最高裁は，以下のように述べ，第 6 巡回区控訴裁の判断を破棄した。まず，連邦最高裁は，以下の 3 点を指摘した。(1) 既に服役中の者は，多くの場合に逮捕に付随するショックを受けることがなく，Miranda 判決が想定している状況―警察署において鋭く険悪な取調べを受けることに起因する強制的な圧力―とは異なること[433]，(2) 既に刑期を告げられた受刑者は，迅速な釈放を期待して供述の誘惑に負けることを考えにくいこと[434]，(3) 有罪判決と量刑手続を経験した受刑者は，捜査官が量刑手続に関与する権限を持たないことを知っていること[435]である。そして，これらを踏まえれば，「刑務所で服役すること自体は，Miranda 判決が前提とする身体拘束を構成しない[436]」とした。また，「身体拘束下」であるか否かを判断するためには，「取調べを取り巻く状況すべて（all of the circumstances surrounding the interrogation）[437]」を検討しなければならないと判示し，その要素として，取調べ場所，取調べの長さ，当該取調べで獲得した供述内容，身体的抑制の有無，取調べ終了後の解放の有無を挙げた[438]。そして，本件について，これらの点を検討すると，取調べ時間が 5 時間～7 時間に及んだことや，捜査官が武装していたこと，言葉遣いが乱暴であったこと等は，「身体拘束下」であることを認める事情足り得るとしつつ，捜査官が「いつでも収容室へ戻って良い」と告げたことや，身体的抑制がなかったこと等は，これらを「相殺（offset）」するものであるとした[439]。連邦最高

研究会「英米刑事法研究（25）―アメリカ合衆国最高裁判所 2011 年 10 月開廷期刑事関連判例概観」早比 47 巻 1 号（2013 年）181～183 頁〔小川佳樹執筆〕がある。

[432] Fields v. Howes, 617 F.3d 813, 820 (6th Cir. 2010).

[433] Howes v. Fields, 132 S.Ct. 1181, 1190 (2012).

[434] *Id.* at 1191.

[435] *Ibid.*

[436] *Ibid.*

[437] *Id.* at 1189.

[438] *Ibid.*

[439] *Id.* at 1193.

裁は，以上のように「取調べを取り巻く状況すべて」を検討し，本件取調べは「身体拘束下」で行われたものではなく，Miranda 法理の適用外であると結論づけた。

連邦最高裁は，「身体拘束」であるか否かの判断基準を，主観的基準から客観的基準へ，客観的基準から総合的基準へと転換してきた。この背景として，Miranda 判決を潜脱しようとする実務慣行を指摘することができるかもしれない。すなわち，Beheler 判決のように，「身体拘束下」であるか否かを客観的基準―端的に言えば，逮捕の有無―によって判断するならば，捜査官が被疑者に対して逮捕していない旨を告げておけば，その後の取調べで獲得した供述は，Miranda 告知を欠いていても許容されることになる。Weisselberg によれば，California 州警察の資料には，このような「Beheler 告知（Beheler admonishment）」が記されているという[440]。連邦最高裁による判断基準の変遷は，このようにして Miranda 法理の適用を回避する実務の傾向を察知し，これを抑制しようとしたものなのではなかろうか。いずれにせよ，「身体拘束」の意義に関する基準の明白性は，後退する傾向にあるといえる[441]。

第 2 款　取調べの意義

Miranda 告知が要求される場面は，「身体拘束下の取調べ（custodial interrogation）」である。したがって，「身体拘束」の意義のみならず，「取調べ」の意義も重要となる。Miranda 判決は，「取調べ」の意義について，「法執行官によって開始された質問（questioning initiated by law enforcement officers）[442]」と述べていた。しかしながら，被疑者が供述するきっかけは，このような意味での「取調べ」に留まらない。そこで，「取調べ」の意義について参考になるのが，1980 年の Innis 判決である。Innis 判決は，Miranda 判決がいう「取調べ（interrogation）」について，詳細に定義づけたものである。この事案の概要は，以下の通りである。被告人は，Rhode Island 州で，タクシードライバーを銃殺したり，強盗をしたとして手配されており，パトロール中の巡査（patrolman）によって逮捕された。この時，被告人は，犯行に用いた拳銃を所持していなかった。巡査は，逮捕に際して Miranda 告知を行い，応援の警察官が到着するまで被告人をパトカーの中に留め置いた。この間，被告人がタバコを要求し，これに応答する以外に，巡査と被告人の間に会話は交わされなかった。その後，巡査部長（sergeant）が現場に到着し，被告人に対して 2 度目の Miranda 告知を行った。さらに，その直後，警部（captain）が現場に到着し，3 度目の Miranda 告知を行った。自身の権利を理解した被告人は，弁護人と面会したい旨を述べた。そこで，警部は，被告人を押送車に乗せ，警察署に押送するよう指示を出した。また，警部は，同行する巡査に対し，質問や威嚇又はいかなる強制も行わないように述べた。押送中の車内で，巡査等は，発見されていない拳銃について警察官同士で会話を交わした。会話の内容

440 Weisselberg, *supra* note 15, at 1541. なお，堀田・前掲注（347）118～119 頁を参照。
441 Dery Ⅲ, *supra* note 419, at 89.
442 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 444 (1966).

は，近所にある養護学校（school for handicapped children）の子供が拳銃を発見し，負傷することを懸念するものであった。この会話を聞いた被告人は，自ら警察官の会話を遮り，拳銃の隠し場所を供述した。そのため，被告人を乗せた車両は逮捕現場へ戻り，現場に残っていた警部によって 4 度目の Miranda 告知が行われた。被告人は，自身の権利を理解しているとした上で，子供が負傷することは避けたいとして，改めて拳銃の隠し場所を指し示した[443]。

ここでの争点は，本件において，Miranda 告知が要求される「取調べ（interrogation）」があったと認められるか否かである。連邦最高裁は，「取調べ」の意義について，以下のように詳述した。「当裁判所は，Miranda の保護手段は，身体拘束下にある者が明示的な質問あるいは機能的にこのような質問に相当するもの（either express questioning or its functional equivalent）に曝された場合には，常に作用すると結論づける。すなわち，Miranda 判決がいうところの『取調べ』とは，明示的な質問のみならず，被疑者から自己負罪的な反応を合理的に（reasonably）引き出し得ることを警察官が知っているべき何らかの言葉ないしは行動（words or actions）をいう（逮捕や身体拘束に一般に付随する言葉や行動を除く）。この定義の後半部分は，警察官の意図（intent of the police）よりも，被疑者の受け取り方に関する捜査官の認識可能性に焦点を当てたものである。この焦点は，Miranda の保護が，警察官の主観を客観的に立証することなく，身体拘束中の被疑者を強制的な警察実務から保護する手段（measure of protection against coercive police practices）を与えることを目的としていたという事実を反映している[444]」と。そして，本件において，（1）「明示的な質問」がないこと，（2）警察官の会話が，被疑者から自己負罪的な反応を引き出し得ることを知っていたとは言えないことを挙げ，被告人は「取り調べられていない」と結論づけた[445]。

Innis 判決には，Burger 判事による同調意見が付されている。ここでは，「Miranda を覆したり，非難するつもりはない。しかしながら，拡張するつもりもない[446]」として，法廷意見が Miranda 判決の射程内であって，矛盾するものではない旨を示した。一方で，法廷意見が，「取調べ」の定義に関連して，被疑者から自己負罪的な反応を引き出し得ることを警察官が知っていたか否かという基準を設けたことについて，Miranda 法理に「新たな不確実要素（new elements of uncertainty）」を導入したと評した[447]。すなわち，法廷意見を前提とすれば，「警察官は，短時間のうちに，被疑者の被暗示性（suggestibility）と感受性

---

443 Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291, 293-296 (1980). なお，Innis 判決の紹介として，小早川義則「Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291, 100 S.Ct. 1682 (1980)―護送中の被疑者が警察官 2 人の会話をさえぎり凶器の隠し場所に関して警察官にした供述は，ミランダ判決にいう『尋問』（interrogation）によるものといえるか」米法 1983 年 1 号（1983 年）174～181 頁，渥美・前掲注（391）18～35 頁〔香川喜八朗執筆〕がある。

444 *Id.* at 300-301.

445 *Id.* at 302.

446 *Id.* at 304 (Burger, J., concurring).

447 *Ibid.*

（susceptibility）を評価しなければならない[448]」のである。

これまでも，連邦最高裁は，「警察署における身体拘束状態での取調べ」以外にも，Miranda 法理を適用してきた[449]。他方で，既に確認したように，これらは「身体拘束下」の意義と関連するものであった。これに対して，Innis 判決は，「取調べ」の意義を示す文脈で，取調室以外の場所であっても Miranda 法理が適用され得ることを示唆した点に，その意義を見いだすことができる。

第 3 款　Miranda 権利の行使と取調べ中止効

第 1 目　Miranda 権利の行使による取調べ中止効

Miranda 判決は，被疑者が黙秘権の行使や弁護人立会いを求める意思を示した場合に，取調べを中断しなければならないことを要求していた。そこで，被疑者が黙秘権を行使する意思を示し，取調べが中止された後に，再び被疑者を取り調べることができるか否かが問題となる。この点について初めて判示したのが，1975 年の Mosley 判決である。事案の概要は，以下の通りである。被告人 Mosley は，バーとレストランで発生した強盗の被疑者として逮捕された。逮捕した警察官 Cowie は, Mosley に対して Miranda 告知を行った後，レストランの強盗について質問を開始した（以下，便宜上「第 1 取調べ」と称する。）。これに対して，Mosley は強盗に関する一切の供述をしたくない旨を述べたため，Cowie は第 1 取調べを直ちに（promptly）中断した。その後，被告人 Mosley は，捜査官 Hill によって別のフロアへと移動させられ，本件強盗事件とは全く関係のない殺人事件について取調べを受けた（以下，便宜上「第 2 取調べ」と称する。）。第 2 取調べに先立って，Hill は慎重に Miranda 告知を行った。Mosley は当初否認をしていた。しかしながら，共犯者とされる Smith が Mosley の名前を挙げ，「実行犯（shooter）」として名指ししたことを聞き，殺人に関与したことを供述した。

連邦最高裁は，本件の争点について，「被告人 Mosley の負罪的供述を引き出すきっかけとなった捜査官 Hill の行為が，Miranda 判決の『指針』に違反し，それゆえ当該供述を公判廷で Mosley に不利益な証拠として許容し得るか否かである[450]」と整理した。そして，Miranda 判決が要求する取調べ中止効は，解釈の余地があると指摘した。すなわち，Miranda 判決の文言は，（1）権利行使後の取調べを一切禁止する趣旨であるとも，（2）権利行使後に被疑者が任意に行った供述であっても「強制の産物（the product of compulsion）」に該当するとして証拠から排除する趣旨であるとも，（3）「一時的な猶予（momentary respite）」の後であれば取調べを再開することを許す趣旨であるとも解することができるという[451]。そして，連邦最高裁は，「合理的で忠実な解釈」として，被疑者の「取調べを中断

---

448 *Ibid.*

449 *See* Mathis v. United States, 391 U.S. 1 (1968); Orozco v. Texas, 394 U.S. 324 (1969).

450 Michigan v. Mosley, 423 U.S. 96, 100 (1975). なお，Mosley 判決の紹介として，鈴木・前掲注（369）123～128 頁〔高橋則夫執筆〕がある。

451 *Id.* at 102.

させる権利（right to cut off questioning）」が「誠実に尊重された（scrupulously honored）」か否かという基準を挙げた[452]。なお，法廷意見は，黙秘権を行使することに伴う「取調べ中止効」と，弁護人を要求することに伴う「取調べ中止効」を区別している。したがって，本件のように黙秘権行使に伴って取調べが中断された場合には，取調べ再開に際して弁護人の立会いを必要とせず，「取調べを中断させる権利」が「誠実に尊重された」と認められれば，取調べ再開は許容されると理解している[453]。連邦最高裁は，これらを踏まえて本件を検討し，本件では「取調べを中断させる権利」が「充分に尊重されていた（fully respected）」と判示した。また，この際の考慮要素として，（1）第 1 取調べにおいて，捜査官による説得の存在を窺い知ることができないこと，（2）第 1 取調べが中断してから第 2 取調べが開始されるまで 2 時間以上経過していること，（3）第 1 取調べと第 2 取調べは別の場所で行われ，別の事件に関するものであったこと，（4）第 2 取調べに先立って充分な Miranda 告知が行われたこと等を挙げた[454]。そして，これらを理由に，本件は「身体拘束下にある被疑者の取調べ中止効に関する決定を警察官が尊重しなかった事案であるとはいえない[455]」と結論づけた。

Mosley 判決は，黙秘権行使によって取調べが中断された後に，取調べ再開が許容される要件を判示したものである。ここでは，第 1 取調べと第 2 取調べの時間的・場所的接着性や，取調べ内容の関連性，被疑者の「中断権」行使に対する捜査官の尊重等が考慮された。もっとも，このような判断枠組みは，被告人が弁護人立会いを要求しなかったために採られたものである。そのため，Mosley 判決は，弁護人立会いの要求に伴って取調べが中断された後，取調べを再開することの可否や要件について，何ら明示していなかった。この点について判示したのが，1981 年の Edwards 判決である。

Edwards 判決の事案の概要は，以下の通りである。強盗，窃盗，第一級殺人の罪で逮捕された被告人 Edwards は，警察署において Miranda 告知を受けた。Edwards は，自己の権利を理解した旨を述べ，取調べに応じる意思を示した。取調べにおいて，Edwards は，既に身体拘束下にある他の被疑者が Edwards の関与を認めている旨を聞き，自己の関与を否定した。そして，「取引をしよう」と持ちかけた。これに対して，取調官は，「供述は欲しいが，自分には取引をする権限がない」旨を被疑者に告げた。そして，取調官は，検察官（county attorney）の電話番号を Edwards に教えた。そこで，Edwards は検察官に電話をかけ，数秒後に電話を切り，「取引をする前に弁護士と会いたい」と述べた。これにより，取調べは打ち切られ，Edwards は郡拘置所へと連行された。しかしながら，翌朝，別の同僚警察官 2 名が Edwards を取り調べるために郡拘置所を訪れた。留置担当官は，Edwards に対して，刑事が取調べに応じて欲しいと思っている旨を告げた。しかしながら，Edwards は誰とも喋りたくないと応答した。これに対して，捜査官と通じていた留置担当

452 *Id.* at 103-104.
453 *Id.* at 104, Fn.10.
454 *Id.* at 106.
455 *Id.* at 105-106.

官は，「喋らなければならない（had to talk）」から捜査官に会わせると言い，Miranda 告知を行った。Edwards は，まず共犯者供述を録音したテープを聞きたいと伝え，数分間テープを聞いた後に，録音しなければ供述しても良いと述べた。捜査官は，録音しなくても我々が法廷で証言することになるため，録音は大して重要ではないと告げた。これに対して，Edwards は，「あなたが知りたいことは何でも話そう。ただ，それを録音されたくない」と述べ，その上で犯罪への関与を示した。

本件の争点は，被疑者が取調べに際して弁護人を求めた後に，取調べを再開し得るか否かである。連邦最高裁は，概要以下のように述べて，被疑者が取調べにおいて弁護人を求めた場合には，弁護人が「利用可能になるまで」取調べを行ってはならない旨を明らかにした。

まず，Miranda 判決が示した権利放棄の判断基準は，「任意になされたものでなければならないのみならず，告知された権利ないし特権を充分に理解し，これを理性的に放棄（knowing and intelligent relinquishment or abandonment）した[456]」といえるか否かであるとした。次に，「被疑者が身体拘束下で取調べを受ける際に弁護人立会権を行使した場合には，その後に警察が再開させた取調べに被疑者が応じたことを立証するのみでは，たとえ被疑者が諸権利の告知を受けていたとしても，弁護人立会権の有効な放棄が立証されたことにはならない[457]」とした。そのため，「弁護人を介してのみ警察と取引をしたい旨を示した Edwards のような被疑者は，自ら警察とコミュニケーションややり取り，会話を開始しない限り，弁護人が被疑者にとって利用可能になるまで（until counsel has been made available to him），当局によるさらなる取調べを受けることはない[458]」。また，法廷意見は，Mosley 判決が採った論理を再確認し，これに「実質（substance）」を与えるために，「身体拘束中の被疑者が明確に弁護人依頼権を主張した場合に，被疑者を再び取り調べることは，Miranda 判決及び関連判例と矛盾することを強調する[459]」とした。

他方で，法廷意見は，次のようにも述べている。すなわち，「Edwards は自己の選択を撤回する権利を有しない（powerless to countermand his election）とか，当局は Edwards が弁護人と接触する前に獲得したいかなる負罪的供述も使用できないと判示する訳ではない。Edwards が郡刑務所における面会を自ら開始したのであれば，Edwards が任意に行った供述を警察が単に聞き，当該供述を公判廷で不利益証拠として用いることは，修正第 5 条及び修正第 14 条が禁止するところではない[460]」と。したがって，身体拘束中の被疑者が，取調べに際して弁護人依頼権を行使した場合であっても，被疑者が自ら取調べに応じたり，

---

456 Edwards, v. Arizona, 451 U.S. 477, 482 (1981). なお，Edwards 判決の紹介として，鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第 2 巻』（成文堂，1986 年）63～68 頁〔平澤修執筆〕，渥美・前掲注（391）35～45 頁〔香川喜八朗執筆〕がある。

457 *Id.* at 484.

458 *Id.* at 484-485.

459 *Id.* at 485.

460 *Id.* at 485-486.

供述をした場合には，「取調べ中断権」を侵害したことにはならない。

もっとも，いかなる状態であれば，弁護人が「利用可能（available）」であるといえるかは，Edwards 判決から読み取ることはできない。この点について明確に判示したのが，1990 年の Minnick 判決である。この事案の概要は，以下の通りである。

被告人 Minnick は，共犯者 Dyess と共に Mississippi 州の郡拘置所から脱走し，移動式家屋へ侵入した。この家屋の中で武器を探していたところ，トレーラーの所有者である Thomas 等が帰宅したため，2 人は Thomas 等を殺害した。その後，2 人は，Thomas が所有するトラックで逃走した。しかしながら，その後に仲違いし，Minnick のみが California 州へと移動した。そして，この事件の約 4 ヵ月後である 1986 年 8 月 22 日金曜日，Mississippi 州で発付された令状に基づき，Minnick は California 州で逮捕された。逮捕翌日である土曜日，2 人の FBI 捜査官が拘置所を訪れ，Minnick を取り調べた。この時，FBI 捜査官は，Miranda 告知を行った上で Minnick を取り調べた。なお，Minnick は，権利放棄書への書名を拒んでいた。Minnick は，拘置所からの脱獄や逃走，共犯者 Dyess に脅されていたこと等については供述したものの，トレーラーの中で起こった出来事については，「自分の命か彼らの命か，どちらかがかかっていたんだ（it was my life or theirs）」と泣きながら供述するのみであり，それ以外に供述することを躊躇した。そこで，捜査官は，弁護人が立ち会わなければ供述したくないのであれば，供述しなくても良い旨を改めて告げた。これを聞いた Minnick は，「弁護人がいる月曜日にもう一度来てくれ」と告げ，取調べは打ち切られた。その後，Minnick は，弁護人と 2，3 回話をしたとされている。但し，Minnick 自身が弁護人と対面して（in person）接見を行ったか否かは，記録上必ずしも明らかではない。

8 月 25 日月曜日，Mississippi 州 Clarke 郡の副保安官である Denham が拘置所を訪れ，Minnick を取り調べた。Minnick は，看守から「Denham へ話さなければならない（have to talk）」し，「拒否することはできない（could not refuse）」と言われた旨を証言している。Denham は，Minnick に権利告知を行った。この時も，Minnick は権利放棄書への書名を拒んだ。この取調べにおいて，Minnick は，トレーラーの中で起こった出来事について供述を始めた。Minnick によると，共犯者 Dyess が 2 人の被害者のうちの 1 人を射殺した後，Minnick に拳銃を突きつけながら別の拳銃を手渡し，もう 1 人を射殺するように命じたという。事実審裁判所は，郡副保安官 Denham に対する供述以外の供述を排除した上で，Minnick に死刑判決を言い渡した。これに対して，Minnick は，修正第 5 条及び修正第 6 条の弁護人依頼権侵害を主張して上訴した。Mississippi 州最高裁は，まず，Edwards 判決が示した「弁護人が利用可能であったか否か」という基準を用いて，本件においては弁護人が「利用可能」な状態であったとして，修正第 5 条の弁護人依頼権侵害を否定した。また，Denham から受けた取調べにおいて，Minnick は修正第 6 条の弁護人依頼権を放棄していたとして，修正第 6 条の弁護人依頼権侵害も否定した[461]。

---

[461] Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146, 148-149 (1990). なお，Minnick 判決の紹介として，堀田牧太郎「ミランダ法則再生の動向―『ミニック対ミシシッピ州事件』判決」法

裁量上訴を容れた連邦最高裁は，まず，本件の争点について，「被疑者が弁護人とひとたび接見した場合に，Edwards 判決の保護が停止（ceases）するか否か[462]」であると整理した。次に，争点を判断する前提として，Edwards 判決について，「既に行使した Miranda 権利を放棄するように，警察が被告人を説得することを防ぐことを目的とするもの（designed to prevent police from badgering a defendant into waiving his previously asserted Miranda rights）[463]」であると確認した。また，Edwards 判決のメリットは，その命令の明確性（the clarity of its command）と適用の確実性（the certainty of its application）にあることを明らかにした[464]。加えて，Edwards 判決やその後の判例[465]が「取調べへの弁護人立会い」を強調していることを挙げ，これは Miranda 判決に由来するものであることを確認した[466]。そして，「Edwards 判決及びその後の判例を公正に読めば，これらの判例は，取調べの時点で弁護人が同席していない限り，警察が開始する取調べ（police-initiated interrogation）は禁止されると解してきたことを示している。これまでの判例における曖昧さがいかなるものであれ，当裁判所は，次のように判示する。弁護人の依頼があったときは取調べを中止しなければならず，被疑者が弁護人と相談したか否かに関わらず，捜査官は弁護人の立会いなくして取調べを再開（reinitiate）することができない[467]」と判示した。

Minnick 判決は，Edwards 判決の趣旨を確認しつつ，Miranda 判決が指摘した「身体拘束中の取調べが有する，供述を強要するような内在的に強制的な圧力（inherently compelling pressures）[468]」を改めて危惧するものであった。連邦最高裁は，次のように述べているのである。「弁護人と行った 1 度の相談によって，捜査官が被疑者に対して行う権利放棄に関する執拗な（persistent）説得（persuade）がなくなる訳ではない。また，身体拘束に付随し，身体拘束が長期化するにつれて増大し得る強制的圧力（the coercive pressures）がなくなる訳でもない[469]」と。したがって，「被疑者が捜査当局との会話や話し合いを自ら始めた場合[470]」は格別，被疑者が弁護人の立会いを要求した後は，弁護人の

時 64 巻 1 号（1992 年）72～76 頁がある。

462 *Id.* at 147.

463 *Ibid.*

464 *Id.* at 151.

465 *See* Fare v. Michael C., 442 U.S. 707, 719 (1979); Oregon v. Bradshaw, 462 U.S. 1039, 1043 (1983). Fare 判決は，「弁護人の立会いによって，訴追側が作出した雰囲気の中で行われた被疑者の供述が『強制の産物（the product of compulsion）』ではないということが保証されるであろう」と判示した。また，Bradshaw 判決は，「Edwards 判決に基づく弁護人立会いを欠いたまま獲得された自己負罪供述は，修正第 5 条及び修正第 14 条によって被告人に保障されている権利に違反する」と判示した。*See also,* Shea v. Louisiana, 470 U.S. 51, 52 (1985); Patterson v. Illinois, 487 U.S. 285, 291 (1988).

466 Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146, 152 (1990).

467 *Id.* at 153.

468 *See* Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 467 (1966).

469 Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146, 153 (1990).

470 *Id.* at 156.

立会い無くして取調べを再開することはできないということになる。

第 2 目　権利放棄に関する判断基準

Miranda 告知を受けた被疑者が，自己の権利を放棄したとされる場合，権利放棄の有無及び権利放棄の有効性をどのように判断するかが問題となる。この点について，1979 年の Butler 判決は，権利放棄の「任意性」は「事情の総合」によって決する旨を判示した。誘拐や強盗で逮捕された本件被告人は，供述する意思を示しつつ，権利放棄書へ署名しない旨を述べ，自白した。なお，被告人は，弁護人依頼権については，行使する旨を一切明示しなかった。連邦最高裁は，「黙秘権又は弁護人依頼権に関する明示的な書面又は口頭による放棄があれば，放棄の有効性に関する強力な証拠になるものの，権利放棄を立証する上で必ずしも必要ないしは充分なものではない。問題は，形式的なことではなく，被告人が実際に Miranda 判決で描写された権利を充分に理解し，任意に放棄したか否かである。Miranda 判決で明確に指摘されたように，単なる沈黙では不十分である。しかしながら，このことは，権利への理解や権利放棄を示す一連の行為を被告人の沈黙と結びつけて，被告人が権利放棄を行ったとする結論を絶対に支持できないとするものではない[471]」とした。その上で，権利放棄の有効性について，「被疑者の経歴や経験，行動を含む，個別的事実や事件を取り巻く状況（the particular facts and circumstances surrounding that case, including the background, experience, and conduct of the accused）に基づいて判断されなければならない[472]」と判示した。後述するように，Butler 判決が「黙示の権利放棄」を認め，これを「事情の総合」によって判断し得ると判示したことは，その後の判例に大きな影響を及ぼすことになる。

ところで，Miranda 判決を嚆矢とする一連の Miranda 法理の影響は大きなものではなく，「『自白の任意性』から『権利放棄の任意性』へと少し前の段階に移っただけ」であると指摘されることがある[473]。すなわち，Miranda 判決は，自白が強制されたという主張や，任意性を欠くものであるという主張を自白から隔離する役目を果たしたと説明されたり[474]，被疑者が権利を放棄すると，自白の許容性判断の際に任意性が厳格に精査されなくなることを Miranda 法理が儀式的に認めてきたと説明されるのである[475]。これは，Miranda 判決自身が権利放棄を認めており，Butler 判決が，「権利放棄の任意性」について「自白の任意

---

471 North Carolina v. Butler, 441 U.S. 369, 373 (1979).

472 *Id.* at 374-375.

473 *See e.g.,* Note, *The Supreme Court, 1965 Term—Privilege Applies to Custodial Interrogation*, 80 HARV. L. REV. 201, 205 (1966).

474 Louis Michael Seidman, *Brown and Miranda*, 80 CAL. L. REV. 673, 744-745 (1992).

475 George C. Thomas Ⅲ, *The End of the Road for Miranda v. Alizona?: On the History and Future of Rules for Police Interrogation*, 37 AM. CRIM. L. REV. 1, 18 (2000). *See also*, Richard A. Leo, *From Coercion to Deception: The Changing Nature of Police Interrogation in America*, 18 CRIME, L. & SOC. CHANGE 35, 44 (1992); Alfredo Garcia, *Is Miranda Dead, Was It Overruled, or Is It Irrelevant?*, 10 ST. THOMAS L. REV. 461, 488 (1998).

性」の判断基準である「事情の総合説」を用いたためであろう[476]。Miranda 判決の時点では，有効な権利放棄が問題となっていたのである[477]。しかしながら，その後，権利を行使したか否かが曖昧な場合が問題となる。このような場合，捜査機関の立場から言えば，被疑者が権利行使に関して曖昧な供述や不明確な供述をしたとき，そのまま取調べを継続することができるか否かが不明確である。また，被告人の立場から言えば，どの程度の意思表示を行えば，権利行使を行ったことになるかが不明確である。この点について明らかにしたのが，1994 年の Davis 判決[478]である。Davis 判決の事案では，被告人が弁護人依頼権を行使したか否かが曖昧であった。そこで，身体拘束中の被疑者が取調べ中に弁護人依頼権を行使した場合に，実際に弁護人が立ち会うまで取調べを再開できないと宣言した Edwards 法理が，このような場合にも適用されるか否かが問われたのである。

本件で，アメリカ海軍の軍人であった被告人は，Charleston 海軍基地内のクラブで発生した殺人事件の被疑者として，海軍犯罪捜査局（Naval Criminal Investigative Service）の取調べを受けた。被告人は，Miranda 告知を受けた後に権利放棄し，権利放棄書に署名をした上で取調べを受けた。しかしながら，取調べ開始から 1 時間半が経過した頃，「おそらく私は弁護人と相談すべきである（Maybe I should talk to a lawyer）」と述べた。そこで，捜査官が改めて尋ねたところ，被告人は弁護人について不要である旨を述べた。その後，小休憩を挟み，再び取調べを行っていたところ，取調べ再開から約 1 時間後，被告人が「これ以上話す前に弁護人と会いたい（I think I want a lawyer before I say anything else）」と述べた。この時点で，取調べは中止された。一般軍法会議（general court-martial）は，取調べ中に被告人が弁護人に言及したことについて，弁護人を要求する趣旨の発言ではなかったとして，当該取調べで獲得された供述を許容し，有罪判決を言い渡した。この判断は，一般軍法会議の上訴審である連邦軍事上訴裁判所（The United States Court of Military Appeals）によって維持された[479]。

被疑者が弁護人依頼権を行使したか否かが曖昧である場合について，これまで連邦最高裁が判断を下したことはなかった。そのため，裁量上訴を容れた連邦最高裁は，次のように述べて，弁護人依頼権の行使に明確性を要求した。「弁護人依頼権に関する説明を受けた上で，充分に理解し任意に（knowingly and voluntarily）権利放棄した被疑者は，弁護人の援助なくして警察と対峙する意思を示したといえる。Edwards 判決は，被疑者が事後的に弁護人を要求した場合には，取調べは中止されなければならないという追加的保護

476 North Carolina v. Butler, 441 U.S. 369, 374-375 (1979).
477 *See* Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 475-476 (1966).
478 Davis v. United States, 512 U.S. 452 (1994). なお，Davis 判決の紹介として，加藤みちる「アメリカ刑事法の調査研究（62）—Davis v. United States, 62 U.S.L.W 4587 (U.S., June 24, 1994) —」比雑 28 巻 3 号（1994 年）161～171 頁がある。
479 アメリカの軍事司法制度については，島伸一「アメリカの軍事司法制度—軍法会議とデュー・プロセス・オブ・ロー（ジェンキンス事件を素材として）」『小田中聰樹先生古稀記念論文集—民主主義法学・刑事法学の展望〔上巻〕』（日本評論社，2005 年）448～481 頁を参照。

（additional protection）を与えている。しかしながら，これは被疑者によって確実に（affirmatively）行使されなければならない。被疑者がどのように弁護人依頼権を行使しなければならないかを考える際には，当裁判所は Miranda 方程式の反対側を考慮しなければならない。すなわち，効果的な法執行の必要性（the need for effective law enforcement）である。裁判所は，排除法則を通じて Miranda 法理の遵守を確保する。他方で，実際に被疑者を取り調べることができるか否かを決定しなければならないのは捜査官である。被疑者が弁護人を求めた場合に取調べを中断しなければならないという Edwards 法理は，不当に情報収集を妨げることなく，現実に捜査や取調べを行う捜査官が適用し得る明白な基準（bright line）を提供する。しかしながら，仮に当裁判所が，被疑者が弁護人を要求しているとも解し得る供述（a statement that might be a request for an attorney）を行った場合にも取調べを中断するよう要求したとすれば，Edwards 法理の明確性及び適用の容易性（clarity and ease of application）は失われることになる。この場合，警察官は，被疑者が弁護人を要求する旨の供述をしていないにも関わらず，実際には弁護人を欲しているかもしれないという点について，難しい判断を余儀なくされる。これは，仮に判断を誤った場合には，当該供述が排除されるという脅威を伴うものである。したがって，当裁判所は，以下のように判示する。すなわち，被疑者が Miranda 権利を充分に理解し任意に放棄した場合は，被疑者が明確に弁護人を要求しない限り，法執行官は取調べを続けることができる（after a knowing and voluntary waiver of the Miranda rights, law enforcement officers may continue questioning until and unless the suspect clearly requests an attorney）。もちろん，被疑者が不明瞭な供述や両義的な供述（ambiguous or equivocal statement）を行った場合に，捜査官が被疑者に対して弁護人を求めるか否かを確認することは，望ましい警察実務であろう。これは，本件において海軍犯罪捜査局の捜査官が行った手続である。弁護人を要求するか否かに関する明確な質問は，被疑者が弁護人を欲している場合に，その実現を確実にするという意味で，被疑者の権利の保護に資する。また，弁護人に関する被疑者の供述の意味に関して，事後的な裁判所の後知恵（subsequent judicial second-guessing）によって当該自白が排除されるおそれを最小化するであろう。しかしながら，当裁判所は，明確な質問を捜査官に対して要求するルールを採用しない。被疑者の供述が明瞭あるいは明白な（unambiguous or unequivocal）弁護人の要求ではない場合には，捜査官は取調べを中止する義務を負わないのである[480]。」

Davis 判決によれば，弁護人依頼権の行使に関して被疑者が不明瞭な発言した場合であっても，捜査官は取調べを中止する必要はない。この意味で，Davis 判決は，捜査官に対して「明白な基準」を示したとされている[481]。他方で，被疑者の弁護人依頼権を保障するという観点からみると，Davis 判決は，Miranda 判決や Edwards 判決，Minnick 判決の趣旨を

---

480 Davis v. United States, 512 U.S. 452, 460-462 (1994).

481 Wayne D. Holly, *Ambiguous Invocations of the Right to Remain Silent: A Post-Davis Analysis and Proposal,* 29 SETON HALL L. REV. 558, 572 (1998).

弱体化させたと指摘されている[482,483]。連邦最高裁は，弁護人依頼権の行使に関して，Miranda 判決において「被疑者は取調べ前に弁護人を要求する必要はない。そのような要求は，被疑者の弁護人依頼権を積極的に保障することになる。しかしながら，弁護人を要求しなかったことが放棄を意味することにはならない[484]」と判示していたためである。しかしながら，連邦最高裁は，近時，Davis 判決の趣旨を，黙秘権行使にも適用する旨を判示した。これが，2010 年の Thompkins 判決である。Thompkins 判決では，Miranda 告知後の権利行使の有無及び放棄の有無が争われた。事案の概要は，以下の通りである。

被上告人である Thompkins は，Michigan 州で発生した殺人事件等の被疑者として，事件から 1 年後の 2001 年に Ohio 州で逮捕された。Michigan 州に押送された後，Thompkins は取調べを受けた。この取調べに先立って，捜査官 Helgert は，Miranda 告知の内容が記載された書面を提示した。そして，Thompkins の英語の理解力を確かめるために，一部を朗読させ，残りの部分を自ら読み上げた。その後，権利放棄書への署名を求めたところ，Thompkins はこれを拒否した。取調べの最中，Thompkins は，黙秘したい旨や，弁護人に会いたい旨を述べることはなかった。しかしながら，Thompkins はほとんど沈黙していた。取調べ開始から約 2 時間 45 分後，捜査官 Helgert が「あなたは神を信じますか？」と尋ねたところ，Thompkins は涙を浮かべながら「はい」と答えた。続けて，Helgert が「神に祈りますか？」と尋ねたところ，Thompkins はまたしても「はい」と答えた。そこで，Helgert は，「被害者を撃ったことについて，神に許しを請いますか？」と尋ねた。Thompkins は「はい」と供述し，目を背けた。Thompkins は調書への署名を拒否し，それから 15 分後に取調べは終了した。

その後，Thompkins は，第 1 級謀殺等の罪で起訴された。事実審において，Thompkins は，上記取調べにおいて黙秘権を行使しており，権利放棄していなかったこと，自己負罪的供述は排除されるべきであることを主張した。しかしながら，事実審裁判所は，この主張を退けた。その結果，Thompkins は陪審によって有罪とされ，仮釈放のない終身刑を言い渡された。Thompkins は上訴したものの，州控訴審も事実審裁判所の判断を維持した。これに対して，Thompkins は上告した。しかしながら，州最高裁はこれを受理しなかった。そこで，Thompkins は，連邦地裁に対して habeas corpus を申し立てた。これを受けた連邦地裁は，州控訴審の判断を維持し，Thompkins の申立てを退けた。しかしながら，第 6

---

482 Yale Kamisar, *The Rise, Decline, and Fall (?) of Miranda*, 87 WASH. L. REV. 965, 996 (2012).

483 Kamisar による指摘の背景には，明確かつ断定的に自己の意思を表現できる者が少ないことに対する危惧が存在する。Kamisar が引用している Ainsworth によれば，女性や少数人種，少数民族の者は，断定的で強い表現方法を避ける傾向があるという（*See* Janet E. Ainsworth, *In a Different Register: The Pragmatics of Powerlessness in Police Interrogation,* 103 YALE L. J. 259 (1993)）。また，同じく Strauss によれば，5 人の被疑者のうち 1 人しか弁護人の要求を明確に行っていないという（*See* Marcy Strauss, *Understanding Davis v. United States*, 40 LOY. L.A.L. REV. 1011, 1047, 1055 (2007)）。

484 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 470 (1966).

巡回区連邦控訴裁は，約 3 時間に亘ってほとんど黙秘したことは，権利放棄をする意思がないという明白かつ明瞭な（clear and unequivocal）メッセージであるとして，Thompkins の主張を容れた。本件は，連邦控訴裁の判断に対する州の上告を受けたものである。

連邦最高裁は，概要以下のように述べて，連邦控訴裁の判決を破棄し，事件を差し戻した。まず，黙秘権行使の有無を判断する基準について，「これまで，当裁判所は，黙秘権の行使が不明瞭であったり両義的であっても良いか否か（whether an invocation of the right to remain silent can be ambiguous or equivocal）について言及していない。しかしながら，被疑者が Miranda 判決による黙秘権を行使したか否かを判断する場合と，被疑者が Davis 判決によって議論された弁護人依頼権を行使したか否かを判断する場合で，異なる基準を採用する理由はない。両者はいずれも，これらの権利が行使された時に取調べを中断することを要求することによって，自己負罪を強制されない特権を保護するものである[485]」とした。そして，黙秘権行使に明確性を要求する理由として，「困難な証明を回避し，曖昧さに直面した際に，どのように対処すれば良いかに関して捜査官に指針を与える[486]」ことを挙げた。すなわち，「仮に，曖昧な行為や不作為，供述（an ambiguous act, omission, or statement）があった場合に取調べを終了するよう警察官に要求するとすれば，警察官は被疑者の不明確な意思について困難な決定を行うことを求められ，その判断を誤った場合には証拠排除されるという結果に直面する」ことになる。これは，「犯罪行為の訴追に関する社会的利益に大きな負担を与える」ものである。したがって，「身体拘束下の取調べに内在する強制を払拭するという Miranda の目的」は，「黙秘権の充分な理解と弁護人の要求」によって充分に果たされるとするのである[487]。次に，連邦最高裁は，Butler 判決に触れ，権利放棄について言及した。すなわち，Miranda 判決が訴追側に課した権利放棄に関する「重い挙証責任（heavy burden）」という文言について，Butler 判決が，あらゆる事情から暗黙の権利放棄を認め得るという解釈を示したことを指摘した。また，Connelly 判決において，「重い挙証責任」は「証拠の優越（preponderance of the evidence）」によって放棄を立証する以上のものではないと判示したことを取り上げた[488]。その上で，(1) 訴追側は，Miranda 権利の放棄が明示的になされたことを証明する必要はないこと，(2) 黙秘権の「暗黙の放棄（implicit waiver）」があれば，当該自白を証拠として許容する上で充分であること，(3) Butler 判決は，Miranda 権利の黙示的な放棄について，権利への理解や「権利放棄を示す一連の行為（course of conduct indicating waiver）」を被告人の沈黙と結びつ

---

485 Berghuis v. Thompkins, 560 U.S. 370, 381 (2010). なお，Thompkins 判決の紹介として，英米刑事法研究会「英米刑事法研究（19）―アメリカ合衆国最高裁判所 2009 年 10 月開廷期刑事関係判例概観（上）」早比 45 巻 1 号（2011 年）162～164 頁〔小川佳樹執筆〕, 松田正照「黙秘権の行使と権利放棄の推認―Berghuis v. Thompkins, 130 S.Ct. 2250 (2010)」早比 45 巻 2 号（2011 年）242～250 頁等がある。

486 *Ibid.*

487 *Id.* at 382.

488 *Id.* at 383-384. *See* Colorado v. Connelly, 479 U.S. 157, 168 (1986).

けて判断し得ると示したことを指摘した[489]。そして，これらを本件に当てはめ，(1) Thompkins が権利を理解していたこと，(2) 神への許しを請うかという質問に対する返答は，「権利放棄を示す一連の行為」であったこと，(3) 供述が強制されたと疑うに足りる証拠がないことを挙げ，Thompkins が黙秘権を放棄したと結論づけた[490]。

Thompkins 判決は，Davis 判決の趣旨を押し広げ，黙秘権行使にも明瞭性を要求した。この点に関して，基準を単純化し，効果的な法執行に対する障害を回避するものであるとして，肯定的に評価する見解もある[491]。しかしながら，同判決に付された Sotomayor 判事による反対意見（Stevens 判事，Ginsburg 判事，Breyer 判事同調）が「およそ信じられない（counterintuitively）[492]」と指摘するように，法廷意見は大きな矛盾を抱えている。すなわち，黙秘権を行使する際に，その旨を明確に述べることを要求することは，黙秘権の性質上相当ではない[493]。そもそも，Davis 判決は，被告人が捜査段階で「おそらく私は弁護人と相談すべきである」という曖昧な供述を行った事案を扱ったものである。それゆえ，連邦最高裁は，弁護人依頼権行使を曖昧に行ってはならず，明確に行わなければならない旨を判示した。しかしながら，本件において，Thompkins は，黙秘権について曖昧な供述を行っていない。3 時間近い取調べの間，ほとんど黙秘していた被告人が，神の許しを請うかという質問に対して「はい」と応答したのみである。したがって，Davis 判決と Thompkins 判決は事案を異にするものであり，同一に扱ってはならないという批判も向けられている[494]。さらに，Miranda 判決が直接に保障しているのは修正第 5 条の黙秘権であり，弁護人依頼権はこれを保護する手段であるという理解から，黙秘権と弁護人依頼権を同等に扱うべきではないという指摘もある[495]。

既に述べたように，本来，被疑者が権利行使したか否かという問題と，その権利を放棄したか否かという問題は，それぞれ異なる。したがって，取調べを受けている被疑者が，自己の権利を放棄せず，同時に行使もしていないという状態は，論理的には想定し得る。しかしながら，Butler 判決は，黙示の放棄を認める旨を判示した。また，放棄は事情の総合によって「推認」することができるとした。これにより，放棄も行使もしていない状態

---

489 *Id.* at 384.

490 *Id.* at 385-387.

491 Note, *The Supreme Court, 2009 Term—Leading Cases: Fifth Amendment*, 124 HARV. L. REV. 189, 195 (2010).

492 Berghuis v. Thompkins, 560 U.S. 370, 392 (2010) (Sotomayor, J., Stevens, J., Ginsburg, J., & Breyer, J., dissenting).

493 *Id.* at 409-410 (Sotomayor, J., Stevens, J., Ginsburg, J., & Breyer, J., dissenting). 興味深いのは，黙秘権の意義や Miranda 判決が危惧した身体拘束下の取調べに内在する強制的雰囲気を挙げ，法廷意見に対して強い反対を示した Sotomayor が，検察官経験者であるという点である。

494 Kit Kinports, *The Supreme Court's Love: Hate Relationship with Miranda*, 101 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 375, 418 (2011).

495 Marcy Strauss, *The Sounds of Silence: Reconsidering the Invocation of the Right to Remain Silent under Miranda*, 17 WM. & MARY BILL RTS. J. 773, 816-819 (2009).

は観念され得ないものとなり，行使と放棄が表裏一体の関係になった。すなわち，権利行使に明確性を要求することを前提とすれば，明確な権利行使をせずに取調べに応じている被疑者は，当該権利を「放棄した」ことになる。したがって，このような場合には，取調べが継続されることになる[496]。Butler 判決以降，Davis 判決及び Thompkins 判決を通じて示された連邦最高裁の態度は，権利を行使するか放棄するかに関する意思を表示しないという曖昧な状態を，被疑者に許さないものである。このことこそ，Thompkins 判決が Miranda 法理の「実質的修正[497]」であると称される所以であろう。

第 3 節　Miranda 法理の維持―Dickerson 判決を中心に―

Miranda 判決で最も重要なことは，「取調べに内在する強制的雰囲気（the inherent compulsiveness of interrogation）」を直視したことであると思われる。この精神は，Edwards 判決や Minnick 判決等で度々確認されている。たとえば，Minnick 判決は，Edwards 判決について，「被告人が既に権利主張している Miranda 権利を放棄するよう，捜査官が被告人にしつこく求めることを防止することを目的とするものである[498]」と評価している。

他方で，既に見たように，Miranda 判決は，その法理を否定する立法や例外を認める判例に直面してきた。また，Miranda 判決の文言を解釈によって縮小するような判例もみられた。そのため，Miranda 法理は過去の産物なのではないかという疑問が生じる。この点について，連邦最高裁は，近時極めて重要な判決を示した。それが，2000 年の Dickerson 判決[499]である。以下では，Dickerson 判決の意義について述べる上で必要な限度で，既に概観した諸判例を踏まえ，Dickerson 判決に至る経緯を確認する。そして，現在においても Miranda 法理が憲法上の地位を有する取調べ規制原理として健在であることを示す。

---

496 Berghuis v. Thompkins, 560 U.S. 370, 388 (2010).

497 浅香吉幹・川岸令和・笹倉宏紀・芹澤英明・松本哲治「座談会　合衆国最高裁判所 2009-2010 年開廷期重要判例概観」米法 2011 年 2 号（2011 年）325 頁〔笹倉宏紀発言〕。

498 Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146, 150-151 (1990). *See also,* Michigan v. Harvey, 494 U.S. 344, 350 (1990); Smith v. Illinois, 469 U.S. 91, 98 (1984).

499 Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000). なお，Dickerson 判決の紹介として，松尾浩也「Dickerson v. United States―ミランダ判決の帰趨」現刑 2 巻 5 号（2000 年）2～4 頁，小早川義則「ミランダの意義と限界―合衆国最高裁ディカソン判決を契機に―」名城 50 巻（2000 年）165～220 頁，小早川義則「米連邦最高裁ミランダを再確認―Dickerson v. United States」現刑 2 巻 10 号（2000 年）63～69 頁，鈴木義男・渥美東洋・小早川義則・高野隆・椎橋隆幸「座談会　ミランダの射程―ディカソン判決の意義と日本法への示唆」現刑 3 巻 2 号（2001 年）4～28 頁，田中利彦「ミランダ判決の再確認―Dickerson v. United States, 147 L.Ed 2d 405 (2000)」ひろば 54 巻 10 号（2001 年）70～80 頁等がある。

第 1 款　Dickerson 判決に至る経緯

本章第 1 節第 1 款「包括的犯罪規制及び市街地安全法の制定」で概観したように，連邦議会は，Miranda 判決から 2 年後の 1968 年，連邦法典第 18 巻第 3501 条を制定した。同条（a）及び（b）によれば，「すべての事情（all the circumstances surrounding the giving of the confession）」を考慮して，当該自白に任意性が認められれば，当該自白を証拠として許容することができる。したがって，この規定の下では，Miranda 告知の欠如等は，任意性を判断する上での一事情に留まるということになる。これは，Miranda 判決以前に採られていた「事情の総合」による任意性判断へと回帰するものであり，Miranda 法理を排斥することを目的とするものであった[500]。

ところで，連邦議会によって制定された法律は，憲法に違反してはならず，憲法を解釈・適用した連邦最高裁判例を変更することも許されないとされている[501]。そのため，Miranda 法理を憲法上の法則であると解すれば，同条項は憲法違反ということになる[502]。他方で，Miranda 法理は憲法上の法則ではないと解すれば，同条項は憲法とは抵触せず，なお有効であるということになる。したがって，Miranda 法理の憲法上の位置づけが関心事となる。

そもそも，Miranda 判決は，Miranda 法理と憲法の関係について明確に判示していなかった。そして，その後の連邦最高裁は，Miranda 法理を「予防法則（prophylactic rules）」と位置づけてきた[503]。また，このような連邦最高裁の立場を支持する学説も散見された[504,505]。そのため，訴追側は，Miranda 法理を無視し，連邦法典第 18 巻第 3501 条の適用を主張することも可能であった。ところが，連邦政府が同条項の適用を主張することはなかった[506,507]。そして，Miranda 法理はアメリカの文化の一部として完全に定着するに至っ

---

500 河上・前掲注（348）290 頁。

501 *See e.g.,* Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

502 *See* Note, *Title II of the Omnibus Crime Control and Safe Street Act of 1968*, 82 HARV. L. REV. 1392, 1398 (1969).

503 Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433, 444 (1974). *See also,* New Jersey v. Portash, 440 U.S. 450, 459 (1979); New York v. Quarles, 467 U.S. 649, 654 (1984); Connecticut v. Barrett, 479 U.S. 523, 528 (1987); Withrow v. Williams, 507 U.S. 680 (1993).

504 *See* Stephen J. Markman, *The Fifth Amendment at Justice: A Response to "Reconsidering Miranda"*, 54 U. CHI. L. REV. 938, 939 (1987); Fred E. Inbau & James P. Manak, *Miranda v. Arizona—Is It Worth the Cost?*, 24 CAL. W. L. REV. 185, 190-196 (1988).

505 Miranda 法理が予防法則であるとすれば，連邦最高裁による予防法則の創設は司法権の逸脱であるとして，連邦最高裁を批判する論考もみられる。Joseph D. Grano, *Prophylactic Rules in Criminal Procedure: A Question of Article 3 Legitimacy*, 80 NW. U. L. REV. 100, 123-124 (1985).

506 司法省の態度の変遷については，Paul G. Cassell, *The Statute that Time Forgot: 18 U.S.C. §3501 and the Overhauling of Miranda,* 85 IOWA L. REV. 175, 197-219 (1999).

507 なお，司法省は，1986 年には，内部資料の中で Miranda 批判を展開していた（*See* Jonathan I. Z. Agronsky, *Meese v. Miranda: The Final Countdown*, 73-NOV. A.B.A. J. 86 (1987)）。同内部資料に直接触れることはできなかったため，小早川・前掲注（3）169～175 頁を参照した。

た[508]。さらに，連邦政府は，1994 年の Davis 判決における審理の中で，同条項に依拠しないことを明らかにした[509]。そのため，連邦法典第 18 巻第 3501 条は「死文化」したように思われた[510]。

しかしながら, Davis 判決に付された Scalia 判事の補足意見は, 連邦法典第 18 巻第 3501 条を積極的に活用するべきであると主張した[511]。Scalia 判事は，同条項の制定以来，その適用は「故意に避けられてきた」と指摘した上で，「身体拘束下で取調べを受ける者への配慮と効果的な法執行の必要性（concern for persons interrogated in custody and the needs of effective law enforcement）」を調和するためには，同条項を活用するべきである，と説いたのである[512]。

Scalia 判事による補足意見を契機として，Miranda 法理と憲法の関係が改めて注目された。そして，長らく行われていなかった実証研究が実施される等，Miranda 判決の影響力を含め，議論が先鋭化した[513]。このような中で示されたのが，2000 年の Dickerson 判決である。

第 2 款　Dickerson 判決による Miranda 判決の再確認

第 1 款で確認したように，Dickerson 判決は，先鋭化した議論状況の中で判示された。そのため，連邦最高裁判決に至るまでの間にも，特徴的な審理経過を辿っている。そこで，以下では，事案の概要を概観するとともに，連邦地裁及び連邦控訴裁における審理経過について触れた上で，連邦最高裁判決の論理を確認する。

第 1 目　事案の概要

本件の事案の概要は，以下の通りである[514]。1997 年 1 月 24 日，Virginia 州 Alexandria で銀行強盗事件が発生した。この時，逃走した車両のナンバーを目撃者が記憶しており，車の所有者は Maryland 州在住の Dickerson であることが分かった。そこで，同月 27 日，FBI 捜査官と Alexandria 警察の捜査官が Dickerson 宅へ出向いたところ，目撃情報と同型・同ナンバーの車両が停まっていた。FBI 捜査官 Christopher は，Dickerson 宅のドアをノックして人定質問をした後，銀行強盗について捜査をしている旨を告げた。その後，FBI 捜査官 Lawlor は，Dickerson に対して，Colombia 特別区にある FBI 出張所まで任意

---

508 *See e.g.,* LIVA BAKER, MIRANDA: CRIME, LAW AND POLITICS 403-404 (1983).
509 Davis v. United States, 512 U.S. 452, 457, Fn (1994).
510 連邦法典第 18 巻第 3501 条は，制定直後から捜査実務で無視されていたという（A. Kenneth Pye, *The Warren Court and Criminal Procedure*, 67 MICH. L. REV. 249, 264-265 (1968)）。
511 Davis v. United States, 512 U.S. 452, 465 (1994).
512 *Id.* at 464-465 (Scalia, J., concurring).
513 この頃の議論については，多田・前掲注（7）356～365 頁が詳しい。また，1980 年代に展開されたミランダ判決を巡る議論については，小早川・前掲注（3）175～230 頁が詳しい。
514 United States v. Dickerson, 166 F.3d 667, 673-674 (4th Cir. 1999).

同行するよう求め，Dickerson はこれに応じた。このとき，Dickerson は正式に（formally）逮捕されていた訳ではなく，手錠もかけられていなかった。

Dickerson は，FBI の出張所で，FBI 捜査官 Lawlor と Alexandria 警察の Durkin によって取調べを受けた。Dickerson は，強盗への関与を否定した。他方で，強盗事件があった日の朝に，事件現場近くに居たことを認めた。そして，銀行近くで旧友に会い，Maryland 州まで送ったと供述した。

この話を聞いた Lawlor は，取調室から出て治安判事 Kenkel に電話し，Dickerson の住居の捜索令状を求めた。この電話で Lawlor は宣誓供述（sworn statement）を行い，令状が発付された。取調室に戻った Lawlor が Dickerson に対して自宅を捜索する旨を告げたところ，しばらくして，Dickerson は本件強盗事件を含む複数の銀行強盗に関与した旨を自白した。また，実行犯が Rochester であることを供述した。さらに，Rochester から拳銃と染色された紙幣を受け取ったことを供述した。これらの供述のあと，Dickerson は逮捕された。

その後，Dickerson の供述に基づいて，Rochester も逮捕された。Rochester は銀行強盗を幾度となく行った旨を自白し，Dickerson がそのうちの 7 件で運転手を務めたと供述した。一方，Dickerson 宅の捜索では，45 口径の拳銃や，染色された紙幣，マスク，革手袋等が発見された。また，その後改めて発付された令状に基づいた捜索で，Dickerson の車の中から紙幣についた染料を落とすための洗剤が発見された。

Dickerson は，これらの証拠と自白に基づいて，銀行強盗の共謀（conspiracy）等の嫌疑で大陪審によって起訴された。

第 2 目　連邦下級審裁判所における審理[515]

1997 年 5 月 19 日，Dickerson は，（1）FBI の出張所における供述，（2）供述の結果発見された証拠，（3）Dickerson 宅の捜索で発見された証拠，（4）車の捜索で発見された証拠の排除を申し立てた。これに対して，検察官は，反対の立場から意見書及び補充書を提出した。連邦地裁は，（1）FBI の出張所における供述を排除した。また，（3）Dickerson 宅の捜索で発見された証拠も，令状で捜索対象が十分に特定されていなかったことを理由に排除した。他方で，（2）供述の結果発見された証拠と，（4）車の捜索で発見された証拠は排除しなかった。検察官は，（1）FBI の出張所における供述について，Miranda 告知が有効になされたことを示す証拠を提出するとともに，任意になされた供述であるとして連邦法典第 18 巻第 3501 条を援用し，再考を求める申立て（motion for reconsideration）を行った。しかしながら，連邦地裁は，検察官によって提出された新証拠は，検察官が当初意見書を提出した際に，併せて提出できなかったことの証明がなされていないとして，検察官の主張を退けた。なお，連邦地裁は，連邦法典第 18 巻第 3501 条には言及しなかった。

---

515 United States v. Dickerson, 166 F.3d 667 (4th Cir. 1999). なお，本件の証拠関係は極めて複雑である。Miranda 法理の位置づけとの関係では重要ではないため，ここでは割愛する。証拠関係も含めた Dickerson 判決の詳細な邦訳は，小早川・前掲注（499）「意義と限界」165～220 頁を参照。

連邦地裁によって異議申立てを棄却された検察官は，第 4 巡回区連邦控訴裁判所に中間上訴（interlocutory appeal）した。この中間上訴に際して，検察官は司法省の指示に従い，連邦法典第 18 巻第 3501 条を援用しなかった[516]。しかしながら，連邦控訴裁判所は，同条項を自ら取り上げた。そして，amicus curiae として，Washington Legal Foundation と Safe Streets Coalition に見解を求めた。その結果，連邦控訴裁判所は，1999 年 2 月 8 日，「連邦裁判所における自白の許容性は，司法上創出されたミランダ法理よりも，連邦法典第 18 巻第 3501 条によって規制される[517]」と判示し，連邦地裁の決定を破棄し差し戻した。

第 3 目　司法省による上告趣意書

連邦控訴裁判所による破棄差戻し決定を受けて，被告人は連邦最高裁に上告した。本件の特徴的な点は，その後，司法省が上告趣意書（government blief）を提出したことである[518]。司法省は，この中で，Miranda 判決を支持する見解を示したのである[519]。ここで展開された内容を要約すると，概ね以下の通りである。

「裁判所は一貫して，州事件における証拠排除の救済手続に Miranda 法理を適用している。これは，人身保護令状手続についても同様である。したがって，Miranda 法理には『憲法上の根拠（a constitutional basis）』がある。仮に Miranda 関連判例と矛盾する連邦法典第 18 巻第 3501 条を適用するのであれば，その前に Miranda 判決自体を変更するべきである。しかしながら，Miranda 法理は，既に警察実務や司法手続，国民の知識の中に摂取（absorbed）されている。そのため，Miranda 判決を変更するべきではない。このことは，先例拘束性（stare decisis）の原理を適用すれば当然である。取調べに内在する強制的な雰囲気は，未だ存在する。Miranda 告知が解毒剤としての効果を有さないとか，必要ないと言うことはできない。Miranda 判決を変更すれば，司法制度の公正さに対する国民の信頼感を損なうことになろう[520]」

要するに，司法省は，Miranda 法理には「憲法上の根拠」があると理解した上で，アメリカの刑事手続のみならず国民にまで浸透した Miranda 判決を変更するべきではないと主張したのである。これを受けた連邦最高裁は，1999 年 12 月 6 日，「Miranda 判決を立法によって変更するために連邦法典第 18 巻第 3501 条を可決した連邦議会の試みは憲法違反であったか否か」を判断するために，上告受理の申立てを容れた。そして，Miranda 批判論者であり，かつて Scalia 判事の Law Clark であった Cassel を amicus curiae として指名

---

516 同条項が憲法違反（unconstitutional）であるという連邦政府の解釈は，司法長官 Janet Reno によって明確に示されていた（*See* United States v. Dickerson, 166 F.3d 667, 672, 682-683 (4th Cir. 1999)）。

517 *Id.* at 692.

518 同上告趣意書には，司法長官 Janet Reno の署名も付されていた。

519 Michael Edmund O'Neill, *Undoing Miranda*, 2000 B.Y.U. L. REV. 185, 251 (2000).

520 *See* Brief for the United States, Dickerson, 530 U.S. 428 (2000). なお，小早川・前掲注（499）「意義と限界」193～194 頁及び小早川・前掲注（499）「再確認」64～65 頁を併せて参照。

し，控訴審判決を維持する内容の弁論を命じた[521]。その結果，2000 年 4 月 19 日に開かれた口頭弁論では，被告人側の弁護人 Hundley，訟務長官 Waxman，amicus curiae に指名された Cassel がそれぞれ見解を述べた。このように，極めて特徴的な変遷を経て判示されたのが，以下で概観する Dickerson 判決である。

第 4 目　連邦最高裁判決

連邦最高裁は，2000 年 6 月 26 日，7 対 2 で，Miranda 法理は憲法上の法理であると判示した。Rehnquist 判事が執筆した法廷意見は，自白の許容性に関する連邦最高裁の立場を確認した後，Miranda 判決の意義に触れ，Miranda 法理の憲法上の位置づけについて判示している。法廷意見は極めて長文であるため，Miranda 法理の憲法上の位置づけを中心に，その概要を訳出する。

まず，連邦最高裁は，Miranda 判決について，次のように指摘し，Miranda 判決の意義と取調べへの危惧を強調した。「当裁判所は，Miranda 判決において，強制的に獲得された自白への関心が高まったことを強調するとともに，身体拘束下で警察によって行われる現代的な取調べの到来を指摘した。警察による身体拘束中の取調べは，その性質上，本来的に被疑者を孤立させ，供述を強制することになる。そのため，当裁判所は，『仮に残虐な行為や拷問，特別な計略（specific stratagems）を用いなかったとしても，身体拘束下の取調べは個人の自由への重い足かせとなり，その者の弱みにつけ込むことになる』と指摘したのである。当裁判所は，身体拘束下での取調べに内在する強制的雰囲気は，任意の供述と不任意の供述の間の境界線を曖昧にし，したがって個人の意思が『自己負罪を強要されないという修正第 5 条の特権と調和しない』危険性を高めることになると結論づけた。それゆえ，当裁判所は，『法執行官及び裁判所が遵守すべき具体的な憲法上の指針』を示したのである[522]」。

次に，Miranda 判決が州法域の事件であることを強調し，これは Miranda 法理が憲法上の根拠に基づくことを前提としているとした。「当裁判所のこれまでの判例の中に，本件連邦控訴裁判所が取り上げた見解を支持する文言が散見されることは認めざるを得ない。しかしながら，これに賛同することはできない。Miranda 法理が憲法判断（constitutional decision）であることに関して最も重要な要素は，Miranda 判決及び付随する 2 つの判決が，いずれも州裁判所における手続に Miranda 法理を適用したことである。それ以来，当裁判所は一貫して，州裁判所に提起された訴追に対して Miranda 法理を適用している。当裁判所が各州の裁判所に対して監督権限を有しないことは，論じるまでもない。州裁判所における手続に関する当裁判所の権限は，『連邦憲法の命令を執行する（to enforcing the commands of the United States Constitution）』場合に限られるのである[523]。」

そして，Miranda 法理の位置づけ及び連邦法典第 18 巻 3501 条との関係について，次の

---

521 *See* Dickerson v. United States, 530 U.S. 428, 441-442 & Fn.7 (2000).
522 *Id.* at 434-435.
523 *Id.* at 438-439.

ように示し，同条項は Miranda 法理に代替し得ないとした。「Miranda の法廷意見は，その冒頭で，『自己負罪拒否特権を適用する際の問題点を探求し，法執行機関及び裁判所が従うべき具体的な憲法上の指針を提示するため』に，裁量上告を容れたと述べている。実際に，法廷意見は，憲法上の法理（a constitutional rule）を宣明しようとしていることを示す文言で埋め尽くされている。現に，当裁判所が Miranda 判決において採った結論は，Miranda 判決で取り扱った 4 事件において告知を欠いたまま獲得された自白は『特権保護のための憲法上の基準（constitutional standards for protection of the privilege）を充たさない状況下で獲得されたものである』というものであった[524]。」

「本件控訴裁判所は，Miranda 判決後に示された Quarles 判決や Harris 判決が Miranda 法理の例外を認めたという事実に依拠している。しかしながら，当裁判所は，Doyle 判決や Robertson 判決では，Miranda 法理の適用を拡大している。これらの判決は，Miranda 法理が憲法上の法理ではないということを示したものではなく，憲法上の法理も不変（immutable）ではないということを示したに過ぎない[525]。」

「本件控訴裁判所の決定を維持するための代替的な見解として，当裁判所が依頼した amicus curiae である Cassel は，次のように主張している。すなわち，Miranda 判決は，Miranda 法理以外の方法によって強制による自白を防止するのであれば，Miranda 法理と同等に効果的な立法上の代替措置を講じなければならないと判示しており，連邦法典第 18 巻第 3501 条はこの要件を満たしている，と。確かに，粗暴な警察官による行為に対して，Miranda 判決当時よりも多くの救済策が存在するという amicus curiae の主張には同意する。しかしながら，これらの追加的な救済策が連邦法典第 18 巻第 3501 条を補完し，相まって憲法上の最低限の要求（constitutional minimum）を充分に満たしているという主張には賛同することができない。Miranda 判決は，身体拘束下にある被疑者に対して黙秘権を告知し，その権利の行使が尊重されることを被疑者に保証する手続を要求している。連邦法典第 18 巻第 3501 条は，取調べ前の権利告知を被疑者の自白の任意性を判断する際の単なる一要素とするアプローチを採っており，告知の要件を明示的に避けている。当裁判所の見解によれば，amicus curiae が引用する追加的な救済策が連邦法典第 18 巻第 3501 条と相まって，Miranda 判決が要求する権利告知に充分に代替するということにはならない[526]。」

「反対意見は，他のいかなる方法も憲法上の要求を満たし得ないという意味で，Miranda 告知が憲法上の要求であると判示しない限り，連邦法典第 18 巻第 3501 条を違憲であると判示することは司法の行き過ぎであると主張している。しかしながら，本件について判示する上で，以上のことに言及する必要はない。当裁判所は，Miranda 判決において，次のように指摘した。すなわち，伝統的な事情の総合説に依拠すれば，身体拘束下の不任意自

---

524 *Id.* at 439-440.
525 *Id.* at 441.
526 *Id.* at 441-442. *See* Doyle v. Ohio, 426 U.S. 610 (1976); Arizona v. Roberson, 486 U.S. 675 (1988).

白を看過するおそれがあり，有罪を立証するための積極的な証拠として自白が提出されれば，この危険は許容し得ない程に重大となる，と。それゆえ，当裁判所は，事情の総合説以上の基準が必要であると判示したのである。連邦法典第 18 巻第 3501 条は，事情の総合説を充分なものとして復権させた。したがって，同条項は，Miranda 法理が法として存続する限り維持し得ない（Section 3501 therefore cannot be sustained if Miranda is to remain the law）[527]。」

また，先例拘束性の原理（the principles of stare decisis）について，次のように判示し，Miranda 判決を変更する必要はないとしている。「当裁判所が Miranda 判決の根拠やその結果としての法理に同意するか否かに関わらず，当裁判所がこの問題を初めて取り上げる際には，先例拘束性の原理が重くのし掛かってくる。特に，当裁判所が憲法を解釈する場合には，先例拘束性の原理は絶対的なものではないものの，憲法上の事案においてもこの原理は極めて説得的な力を有している。そこで，当裁判所は，先例から離脱する場合には，『特別な正当化事由（special justification）』による支持を要求してきた。当裁判所は，Miranda 法理を覆すような正当化事由を見いだすことができない。Miranda 法理は，アメリカ文化の一部になるほど，日常的な警察実務に根付いている。これまで，当裁判所は，その後の諸判例が先例の理論的基礎（doctrinal underpinnings）を失わせているような場合には，先例を変更してきた。しかしながら，これが Miranda 法理に生じているとは思われない。Miranda 判決以降の事案は，告知を欠いたまま獲得された供述は検察官による立証の際に使用できないという Miranda 判決の核（the decision's core）を再確認しつつ，Miranda 法理が正当な法執行に与える影響を減少させてきた。Miranda 法理の欠点は，自己の『権利』を知悉しない被告人によって行われた，決して不任意であるとはいえない供述（statements which may be by no means involuntary）を排除し，その結果，実際に犯罪を行った者が罪を問われないという事態を招来することである。しかしながら，連邦法典第 18 巻第 3501 条が復活させようとした事情の総合説は，法執行官がこれに従い，裁判所が一貫性のある形で適用しようとすれば，Miranda 法理よりも多くの困難を伴う。このことは，経験則に照らせば明らかである。Miranda 告知を要求することが，任意性の調査を不要とするものでないことはもちろんである。しかしながら，Berkemer 判決（Berkemer v. McCarty, 468 U.S. 420 (1984)）で当裁判所が述べたように，『法執行機関が，Miranda 判決が命じるままに行動したにも関わらず，自己負罪供述を強制されたと被告人が“もっともらしい主張（colorable argument）”を展開し得る事案は稀』である[528]」。

そして，連邦最高裁は，次のように結んでいる。「当裁判所は，以下のように結論づける。すなわち，Miranda 判決は，議会が立法によって廃棄することのできない憲法上の法理（a constitutional rule that Congress may not supersede legislatively）を宣言したものである，と。先例拘束性の原理に従い，当裁判所は，Miranda 判決を覆すことはできない。し

[527] *Id.* at 442-443.
[528] *Id.* at 443-444.

たがって，控訴裁判所の決定を破棄する[529]。」

第 5 目　Scalia 判事による反対意見

これに対して，1994 年の Davis 判決の補足意見において連邦法典第 18 巻第 3501 条を支持した Scalia 判事は，法廷意見以上の長文で，控訴裁判所の決定を支持する反対意見を展開した。なお，同反対意見には，Thomas 判事も同調している。反対意見の内容を一言で言えば，Miranda 判決後の連邦最高裁が Miranda 法理を「予防法則」であると位置づけてきた点を強調し，Miranda 法理が憲法上の法理ではない以上，議会は制定法によって Miranda 法理を変更する権限を有するため，連邦法典第 18 巻第 3501 条は有効であるとするものである[530]。

第 6 目　Dickerson 判決の意義と課題

Dickerson 判決の最大の意義が，Miranda 法理の憲法上の地位を再確認した点にあることは疑いがないであろう。その主な根拠は，（1）Miranda 法理は州法域においても人身保護令状手続においても適用されているところ，連邦最高裁が州裁判所における手続に介入する場合は「連邦憲法の命令を執行する」場合に限られ，人身保護令状手続の利用は連邦憲法等に違反する場合に限られているため，Miranda 法理が憲法上の根拠に基づいていることは明らかであること[531]，（2）Miranda 判決は，Miranda 法理が憲法上の法理であることを示す文言で埋め尽くされていること[532]等である。結果的に，司法省の上告趣意書と概ね同じ論理を採用したことになる。このように，Dickerson 判決が Miranda 法理の憲法上の地位を再確認したことにより，取調べを憲法的に規制することが改めて承認されたといえよう。

他方で，Dickerson 判決によって，Miranda 法理の限界が改めて浮き彫りになった。まず，Dickerson 判決は，(1) Miranda 判決自体が言及した「同程度に効果的な他の手続（other procedures which are at least as effective）[533]」を立法する余地を残している。法廷意見は，連邦法典第 18 巻第 3501 条及び「追加的な救済策」について，Miranda 判決が要求する権利告知には代替し得ないと判示しているのである[534]。したがって，Miranda 判決自体が認めていた「同程度に効果的な他の手続」が新たに立法されれば，Miranda 法理が破棄される可能性は否定できない。

---

529 *Id.* at 444.

530 *Id.* at 444-465 (Scalia, J. & Thomas, J., dissenting). Scalia 判事による反対意見は，感情的な表現を度々用いながら，法廷意見を痛烈に批判している。たとえば，Miranda 判決の最も特徴的な点を，「自白という行為に対する明白な敵意（its palpable hostility toward the act of confession）」と形容する等である（*Id.* at 449-450）。もっとも，その趣旨は端的なものであるため，抄訳は措く。Scalia 判事による反対意見の詳細な邦訳は，田中・前掲注（499）76～77 頁を参照。

531 *Id.* at 438.

532 *Id.* at 439-440.

533 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 467 (1966).

534 Dickerson v. United States, 530 U.S. 428, 441-442 (2000).

また，(2) 先例拘束性の原理との関係で取り上げられたように，法廷意見は，Miranda 法理が警察実務のみならずアメリカ文化に深く根付いていることを取り上げている。そして，同じ文脈で，連邦法典第 18 巻第 3501 条や事情の総合説よりも Miranda 法理の方が，法執行官や裁判所に対してより一貫性のある法執行を可能にさせることを指摘している[535]。すなわち，Dickerson 判決は，社会情勢や必要性を併せて考慮し，Miranda 法理を維持することを選択した。しかしながら，このことは，仮に社会情勢が変わり，必要性を欠く状況になれば，Miranda 法理の土台が揺らぐとも解し得るのである[536]。

さらに，(3) 司法省が連邦法典第 18 巻第 3501 条を適用しなかった背景として，Miranda 法理が捜査実務に大きな影響を与えなかった可能性を指摘することもできる。これには，いくつかの要因が考えられる。まず，(a) Miranda 判決の意図を潜脱しようとする捜査実務の存在が挙げられよう。Miranda 判決がいう「身体拘束下」の解釈と関連して，1983 年の Beheler 判決[537]に基づく「Beheler 告知（Beheler admonishment）」が捜査実務で用いられていたことは，既に述べた通りである[538]。「身体拘束下」であるか否かの判断基準は大きな変遷を辿っているため，「Beheler 告知」自体がどこまで有効であるかは疑問である。しかしながら，捜査機関が Miranda 法理の回避を意識しているであろうことは，Miranda 法理が捜査実務に与える影響を抑制する方向に働くであろう。次に，(b) 実際に権利行使をする被疑者が極めて少ないことが考えられる。Cassell と Hayman の調査によれば，Miranda 告知を受けた被疑者の 83.7%が権利を放棄するという[539]。また，Leo の調査によれば，Miranda 告知を受けた被疑者の 78%が権利を放棄するという[540]。Miranda 法理の影響に関しては諸説ある。しかしながら，初期の実証研究は，Miranda 法理が捜査実務に大きな影響を与えなかったことを示している。そこでも，実際に権利行使をする被疑者が少ないことが指摘されている[541]。また，被疑者は，何も告知を受けない場合よりも，何かし

---

535 *Id.* at 443-444.

536 もっとも，Miranda 法理がアメリカ文化に深く根付いているという点は，今後も変わらないものかもしれない。Miranda 法理が縮小されつつあった 1977 年の時点でも，Miranda 法理はアメリカ国民の人権であると捉えられていたようである（Jerold H. Israel, *Criminal Procedure, The Burger Court, and Legacy of the Warren Court*, 75 MICH. L. REV. 1320, 1383-1384 (1977)）。また，このことは，Dickerson 判決直前に示された論稿においても指摘されている（Patrick E. Sovereign, *United States v. Dickerson: Will It Be the Proverbial Straw that Breaks Miranda's Back?*, 36 CAL. W. L. REV. 195, 195 (1999)）。

537 California v. Beheler, 463 U.S. 1121 (1983).

538 *See* Weisselberg, *supra* note 15, at 1541.

539 Paul G. Cassell & Bret S. Hayman, *Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of Miranda*, 43 UCLA L. REV. 839, 859 (1996).

540 Richard A. Leo, *Inside the Interrogation Room*, 86 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 266, 276 (1996).

541 Michael Wald et al., *Interrogations in New Haven: The Impact of Miranda*, 76 YALE L. J. 1519, 1563 (1967). *See e.g.,* Richard H. Seeburger & R. Stanson Wettick, Jr., *Miranda in Pittsburgh—A Statisical Study*, 29 U. PITT. L. REV. 1 (1967); James W. Witt, *Non-Coercive Interrogation and the Administration of Criminal Justice: The*

らの告知を受けた場合の方が供述する傾向が強いことが指摘されている[542]。Miranda 判決で反対意見を述べた Clark 判事も，後にこのことを指摘している[543]。

以上のように，Dickerson 判決は，Miranda 法理が憲法上の地位を有することを再確認し，憲法に基づく法理で取調べを規制する必要性を説いた。他方で，Miranda 法理の限界と改めて向き合う契機ともなった。Miranda 法理の限界は，Miranda 判決自体が抱えていた根本的な矛盾に起因するものが大部分であろう。Miranda 判決は，身体拘束下の取調べに内在する強制的な雰囲気を危惧し，修正第 5 条を警察による取調べに適用した。そこでは，自白が許容されるための前提条件として Miranda 告知が要求され，取調べへの弁護人立会いの重要性が説かれた。その一方で，Miranda 判決は，弁護人不在の中で被疑者が自己の権利を放棄し得ることを認めた。このようにして打ち立てられた Miranda 法理は，その後，その射程を狭く解する判例や例外を認める判例等に直面した。また， Miranda 法理が捜査実務に与えた影響は必ずしも明らかではないものの，実証研究の一部が示しているように，大きいものではなかったのかもしれない[544]。

このような中で示された Dickerson 判決は，Miranda 法理が直面してきた現実を受け止めつつ，Miranda 法理の憲法上の地位を再確認した[545]。確かに，ここで改めて示された Miranda 法理の限界は，今後の課題を浮き彫りにするものであった。しかしながら，憲法に基づく法理で取調べを規制するべきことが再確認されたという意味では，Dickerson 判決は Miranda 法理を「強化」したものであると評することができるのではなかろうか。Miranda 法理は過去の産物なのではなく，現在もなお生きているのである[546]。

Impact of Miranda on Police Effectuality, 64 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 320 (1974).

542 Wald et al., *supra* note 541, at 1565.

543 Tom C. Clark, *Criminal Justice in America*, 46 TEX. L. REV. 742, 745 (1968).

544 本稿では，Miranda 法理が捜査実務に与えた影響について，詳細な検討を加えることができなかった。この点について，アメリカでは，Miranda 判決直後，1980 年代，1990 年代の 3 度に亘って，実証研究を踏まえた議論が盛んに展開された。その詳細については，さしあたり，多田・前掲注（7）262～267 頁及び 356～365 頁を参照。

545 小早川・前掲注（499）「意義と限界」211 頁。

546 Dickerson 判決後にも，Miranda 法理に関連する判例がいくつか散見される。そのうち，たとえば，「身体拘束」の意義に関して判示した 2011 年の J.D.B.判決や，2004 年の Alvarado 判決，2012 年の Fields 判決等については，既に言及した。2003 年の Chavez 判決については，第 4 章において触れることにする。

なお，本稿では，Miranda 判決以後に示された関連諸判例のうち，派生自白の許容性に関する Elstad 判決等には触れていない。また，Tucker 判決についても，Miranda 法理を予防法則へと格下げした部分のみに言及し，派生自白の許容性には触れていない。これは，本稿でアメリカ法を概観する趣旨が，取調べ規制原理を確認するものであるためである。したがって，Dickerson 判決後に示された 2004 年の Seibert 判決や，Patane 判決等には言及しなかった。

Seibert 判決の紹介として，洲見光男「ミランダ違反自白と派生証拠の許容性―Missouri v. Seibert, 124 S.Ct. 2601 (2004)」法論 78 巻 1 号（2005 年）191～196 頁，柳川重規「アメリカ刑事法の調査研究 104―Missouri v. Seibert, 124 S.Ct. 2601 (2004)」比雑 39 条 2 号（2005 年）359～370 頁がある。また，Patane 判決の紹介として，君塚

第 4 節　Miranda 法理と被疑者取調べ録音・録画

Dickerson 判決は，Miranda 法理の憲法上の地位を再確認した。しかしながら，Miranda 法理を巡っては，その当初から賛否が激しく対立していた。ここで興味深い点は，取調べ録音・録画（以下，単に「録音・録画」や「電子的記録」等と称することがある。）が，Miranda 法理に対して肯定的な評価を下す論者からも，否定的な評価を下す論者からも支持されていることである[547]。取調べ録音・録画は，日本における取調べ論争の中でも極めて大きな比重を占めている。そのため，Miranda 判決以後のアメリカにおける取調べ録音・録画について確認することは，本研究において欠かせない要素であると思われる。そこで，以下では，アメリカにおける取調べ録音・録画の位置づけや実施状況，評価等について，簡単に概観することにする[548]。

第 1 款　被疑者取調べ録音・録画の導入

アメリカにおける取調べの電子的記録の要請は，その技術が可能になった当時から存在した[549]。アメリカにおいて，被疑者取調べの電子的記録が初めて提案されたのは，1932 年のことである。これは，Yale 大学に在籍していた Borchard によって主張されたといわれ

正臣「ミランダ警告なしの自発的供述から得られた物的証拠の証拠能力―United States v. Samuel Francis Patane 542 U.S. 630, 124 S.Ct. 2620 (2004)」ジュリ 1303 号（2005 年）149～155 頁, 柳川重規「アメリカ刑事法の調査研究 107―United States v. Patne, 124 S.Ct. 2620 (2004)」比雑 40 巻 1 号（2006 年）406～422 頁，小早川義則「United States v. Patne, 124 S.Ct. 2620 (2004)―ミランダ違反供述に由来する物的証拠の許容性」名城ロー8 号（2006 年）161～170 頁がある。両判決を扱ったものとして，洲見光男「ミランダ違反自白とその派生証拠の許容性―Missouri v. Seibert, 124 S.Ct. 2601 (2004); United States v. Patne, 124 S.Ct. 2620 (2004)」早比 38 巻 3 号（2005 年）191～208 頁がある。

547 Miranda 法理を支持する論者によるものとして，Welsh S. White, *False Confessions and the Constitution: Safeguards against Untrustworthy Confessions*, 32 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 105 (1997) がある。また，Miranda 法理を批判する論者によるものとして，Cassell, *supra* note 2 がある。

548 本節を執筆するにあたって，田中優企「身柄拘束下の被疑者取調べの電子的記録について―アメリカ合衆国の導入状況も参考に―」比雑 41 巻 1 号（2007 年）111～155 頁，金山泰介「米国における取調べの録画録音について（上）（下）」警論 60 巻 1 号，警論 60 巻 2 号（いずれも 2007 年），堀田周吾「取調べの録音・録画をめぐるアメリカ合衆国の動向―各州の立法を中心に―」警論 63 巻 3 号（2010 年）86～113 頁，堀田周吾「アメリカ合衆国における取調べの電子的記録のモデル法案―統一州法委員全国会議（NCCUSL）による立法提案の概要―」駿河台 24 巻 1＝2 号（2010 年）616～600 頁，堀田周吾「取調べの録音・録画と被疑者の権利」首法 52 巻 2 号（2012 年）235～274 頁，堀田・前掲注（94）231～260 頁等の先行研究を参照した。

549 Steven A. Drizin & Marissa J. Reich, *Heeding the Lesson of History: The Need for Mandatory Recording of Police Interrogation to Accurately Assess the Reliability and Voluntariness of Confessions*, 52 DRAKE L. REV. 619, 620 (2004).

ている[550]。Miranda 判決の法廷意見が触れていたように[551]，この前年にあたる 1931 年には，Wickersham 委員会の報告書が公表されていた[552]。そこでは，「取調べ中に何が起こったかを正確に記録すること（records during the interrogation of exactly what occurred）」が不可欠であるとされていた[553]。Borchard は，この Wickersham 報告書を受けて，「被告人の権利が尊重されるように（the defendant's rights had been respected）」，取調べの電子的記録を主張したのである。

しかしながら，その当時，電子的記録の要請が高まることはなかった[554]。その後，1966 年に Miranda 判決が示された。Miranda 判決は，自己負罪拒否特権を重視しながら，これと自白法則を交差させ，Miranda 法理に反して獲得された自白を不任意であると擬制し，排除することを宣言した[555]。他方で，同判決は，弁護人が不在のまま被疑者が権利放棄することを認めるという矛盾を抱えていた。そのため，これまでの「自白の任意性」に代わり，「権利放棄の任意性」が問われるようになった。このような事情があり，取調べ録音・録画が改めて注目を集めた[556]。そして，1974 年には統一州法会委員全国会議（The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: NCCUSL）が[557]，翌年にはアメリカ法律協会（American Law Institute: ALI）が[558]，取調べ録音・録画の導入をそれぞれ主張した。さらに，1977 年以降，刑訴法学者も積極的に取調べ録音・録画の導入を支持し始めた[559]。このように，アメリカにおける取調べ録音・録画は，主に Miranda 判決との関係で発展してきた。そして，その一面において，Miranda 法理が効果的に機能していないことから，Miranda 法理に代わって録音・録画が期待されるようになったことは否定できない[560]。

アメリカにおける取調べ録音・録画の理論構成は複雑多岐に亘っており，一様に理解することは困難である。アメリカにおける録音・録画は，主に 3 つの動機によって展開されてきた。(1) 警察の行き過ぎた取調べを防ぐことによって虚偽自白の危険を減らす必要性，(2) 事実認定者が供述証拠の任意性及び信用性を正確に評価できるようにすることで，司

---

550 *See* Lisa C. Oliver, *Mandatory Recording of Custodial Interrogations Nationwide: Recommending a New Model Code*, 39 SUFFOLK U. L. REV. 263, 263 (2005).

551 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 446 (1966).

552 Report on Lawlessness in Law Enforcement: National Commission on Law Observance and Enforcement, No.11 (1931).

553 *Id.* at 192. *See also,* Drizin & Reich, *supra* note 549, at 622.

554 *See* Oliver, *supra* note 550, at 267.

555 この点については，次章「小括—Miranda 法理の現代的意義」において，改めて触れる。

556 Oliver, *supra* note 550, at 267.

557 The Uniform Rule of Criminal Procedure sec. 243 (1974). 同統一規則は，1987 年に改訂されている。

558 A Model Code of Pre-Arraignment Procedure §130.4 (1975).

559 *E.g.,* Yale Kamisar, *Foreword: Brewer v. Williams—A Hard Look at a Discomfiting Record*, 66 GEO. L. J. 209 (1977). *See also*, Cassell, *supra* note 2; White, *supra* note 547.

560 WHITE, *supra* note 89, at 221-224.

法の運用を向上させる必要性，(3)警察官と地域社会の関係を改善する必要性である[561,562]。また，取調べ録音・録画は，真実発見の促進，効率の向上，憲法的価値の保護の 3 点から正当化されるとされている[563]。そのため，録音・録画の位置づけ如何によって，その制度設計や意義，理論構成等は大きく異なる。

また，州によって導入経緯が大きくことなることも，アメリカにおける取調べ録音・録画を複雑にしている。大別すると，(1) 裁判所による法解釈や法創造によって実施する場合，(2) 立法によって実施する場合，(3) 行政（各警察）が独自に録音・録画を実施する場合がある。そのため，これらを統一的に説明することは困難であろう。そこで，以下では，(1) 裁判所による法解釈や法創造によって実施する場合と，(2) 立法によって実施する場合を中心に，アメリカにおける取調べ録音・録画を概観したい[564]。

第 2 款　連邦法域における取調べ録音・録画

これまで，取調べ録音・録画について，連邦最高裁が直接言及した判例は見当たらない[565]。しかしながら，連邦控訴裁判所に目を転じると，1977 年の Coades 判決が注目される。Coades 判決は，被疑者が逮捕後に自白をしたことを証言する捜査官の法廷供述に対して，被告人がその許容性を争った事案である。ここで，被告人側は，取調べ状況が電子的に又は速記によって記録されていないため，証拠排除されるべきである旨を主張した。しかしながら，Coades 判決は，「録音・録画の必要性及び具体的な形式は，議会によって考慮されるべき問題であり，上訴裁判所の機能を用いて判断する問題ではない[566]」と判示し，録音・録画の導入は立法政策であるという立場を採った。このような立場は，その後も連邦

---

561 Drizin & Reich, *supra* note 549, at 621.

562 Cardozo Law School のイノセンスプロジェクトによる調査は，誤った有罪判決のうち，約 25%が捜査段階における虚偽自白によるものであるとする（Talia Fisher & Issachar Rosen-Zvi, *The Confessional Penalty*, 30 CARDOZO L. REV. 871, 876, Fn.15 (2008)）。

563 RICHARD A. LEO, POLICE INTERROGATIONS AND AMERICAN JUSTICE 296-305 (2008). Leo による正当化根拠に関する主張は，後述する統一州法委員会全国会議（NCCUSL）による立法提言でも引用されている。

564 アメリカにおける取調べ録音・録画に関する法制度や議論等の網羅的な紹介・検討は，Miranda 法理を軸とする本稿の射程を超えるものである。そのため，以下で概観するアメリカの取調べ録音・録画に関する法制度や議論等は，Miranda 判決との関連がみられるものや，本稿における議論に必要なものに限定した。アメリカの取調べ録音・録画に関する法制度等の詳細は，注（548）の各文献に譲る。

なお，最新の状況については，全米刑事弁護士協会（The National Association of Criminal Defense Lawyers: NACDL）のウェブサイト及び概要報告書が詳しい（*See also*, NACDL, Electronic Recording Project, available at http://www.nacdl.org/electronic recordingproject; NACDL, A COMPENDIUM OF THE LAW RELATING TO ELECTRONIC RECORDING OF CUSTODIAL INTERROGATIONS (2014), available at http://www.nacdl.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id＝33287&libID＝33256）。

565 Oliver, *supra* note 550, at 268.

566 United States v. Coades, 549 F.2d 1303, 1305 (9th Cir. 1977).

控訴裁判所によって踏襲されている[567]。

連邦捜査局（FBI）は，取調べ録音・録画への反対を宣明に示していた[568]。麻薬取締局（Drug Enforcement Administration: DEA）も，捜査官が録音・録画を被疑者に提案し，被疑者が同意した場合を除き，身体拘束下の取調べ録音・録画を禁じていた[569]。そのため，連邦法域においては，取調べ録音・録画は導入されておらず，導入に向けた顕著な動きもみられなかった[570]。

ところが，2014 年 5 月 12 日，司法長官の Eric Holder は，連邦刑法に違反した被疑者が身体拘束下にあり，初回出頭（initial appearance）前に取調べを行う場合には，被疑者が取調室に入る場面から，取調べが完了するまで（from the time “the subject enters the interview area or room until the interview is completed”）の間，録音・録画することが「強く推奨される（strongly encouraged）」と宣言した[571]。したがって，今後，連邦法域において取調べ録音・録画が導入され，捜査実務に定着する余地は多いにあろう[572,573]。

---

567 *E.g.,* United States v. Yunis, 859 F.2d 953 (D.C. Cir. 1988); United States v. Toscano-Padilia, 996 F.2d 1229, 1993 WL 210793 (9th Cir.1993); United States v. Torres-Galindo, 206 F.3d 136 (1th Cir. 2000); United States v. Zamudio, 211 F.3d 1279, 2000 WL 488474 (10th Cir. 2000). *See also*, Roberto Iraola, *The Electronic Recording of Criminal Interrogations*, 40 U. RICH. L. REV. 463, 471-472 (2006).

568 FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION LEGAL HANDBOOK FOR SPECIAL AGENTS §7-14. *See also*, Daniel Donovan & John Rhodes, *Comes a Time: The Case for Recording Interrogations*, 61 MONT. L. REV. 223, 229, Fn.35 (2000); Christopher Slobogin, *Toward Taping*, 1 OHIO ST. J. CRIM. L. 309, 314 (2003); Thomas P. Sullivan, *Electronic Recording of Custodial Interrogations: Everybody Wins,* 95 J. CRIM. L. CRIMINOLOGY 1127, 1137-1138 & Fn.41 (2005).

569 United States v. Lewis, 355 F.Supp.2d 870, 873 (E.D.Mich., 2005); United States v. Thornton, 177 F.Supp.2d 625, 628 (E.D.Mich.2001). *See also*, Sullivan, *supra* note 568, at 1138.

570 2010 年 9 月に，原則として身柄拘束下の被疑者に対する取調べの全過程の録音・録画を要求する法案が連邦議会法務委員会に提出された。しかしながら，その後，同法案の審議が行われた事実を確認することはできない（法務省「取調べの録音・録画制度等に関する国外調査結果報告書」（平成 23 年 8 月）8 頁（法制審議会―新時代の刑事司法制度特別部会第 3 回会議（平成 23 年 9 月 20 日開催）配付資料 18-5）を参照）。

571 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, POLICY CONCERNING ELECTRONIC RECORDING OF STATEMENTS (2014), available at http://s3.documentcloud.org/documents/1165406/recording-policy.pdf.

572 Thomas P. Sullivan, *New Federal Policy for Recording Custodial Interrogations*, 38-JUN CHAMPION 48 (2014).

573 司法省による POLICY CONCERNING ELECTRONIC RECORDING OF STATEMENTS (2014) は，法制審特別部会において，小坂井久によって仮訳が提出されている（法制審議会―新時代の刑事司法制度特別部会第 28 回会議（平成 26 年 6 月 23 日開催）小坂井久提出資料「供述の電子的記録に関する方針」＜http://www.moj.go.jp/content/000124476.pdf＞）。

第 3 款　州法域における取調べ録音・録画[574]

第 1 目　裁判所の法解釈・法創造による取調べ録音・録画

1. Alaska 州

裁判所の法解釈･法創造によって, 取調べ録音･録画の導入を初めて決定したのは, Alaska 州である。Alaska 州最高裁は，1980 年の Mallott 判決において，「可能な限りすべての取調べと勾留場所での出来事をテープに記録することは，警察の義務である（it is incumbent upon them to tape record, where feasible, any questioning and particularly that which occurs in a place of detention）[575]」と判示した。ここでは，1978 年に示されていた Catlett 判決[576]を踏まえ，「証拠保全義務（futy to preserve evidence）[577]」の一環として，取調べ状況をテープにより記録することが求められた。その後，「Mallott ルール」は，Alaska 州最高裁によって度々確認された[578]。もっとも，Mallott 判決は，証拠保全義務の一環としての取調べ録音・録画を欠いた場合の効果について，一切判示していなかった。

この点を明らかにするとともに, 取調べ録音･録画の理論的根拠について言及したのが，1985 年の Stephan 判決である。Alaska 州最高裁は，Stephan 判決において，Mallott ルールを再確認した。そして，Mallott ルールの理論的根拠について，「デュー・プロセスの要請」であるとした。すなわち，「勾留場所における身体拘束下の取調べを電子的に記録することは，被疑者の弁護人の援助を受ける権利，自己負罪拒否特権，究極的には公正な裁判を受ける権利を充分に保障する上で不可欠であり，合理的かつ必要な方法であると確信した[579]」と。もっとも，Mallott ルールは，取調べの全過程を「可能な限り（feasible)」電子的に記録すれば良いとしていた。したがって，これには例外が認められるということになる。この点について，Stephan 判決は，不可避的に電源や機器が故障した場合や，会話が記録される状況下で質問に答えることを被疑者が拒否した場合を挙げた[580]。また，これらは例示的なものであり，事案毎に裁判所が精査した上で，これ以外の例外事由が認められる場合があることを示唆した[581]。そして，例外事由によって取調べの全過程を電子的に記録していない場合，訴追側が「証拠の優越（preponderance of the evidence)」の程度でこれらの事情を証明することを要求した[582]。

また, Stephan 判決は, Mallott ルールに違反し, 電子的記録が行われなかった場合の「制

---

574 法務省・前掲注（570）資料 2「アメリカ各州における被疑者取調べの録音・録画に関する法制度等の概要」は，計 19 州における録音・録画の制度概要を概観する上で有用な一覧表である。

575 Mallott v. State, 608 P.2d 737, 743, Fn.5 (Alaska 1980).

576 Catlett v. State, 585 P.2d 553 (Alaska 1978).

577 *Id.* at 558, Fn.5.

578 *See* S.B. v. State, 614 P.2d 786 (Alaska 1980); McMahan v. State, 617 P.2d 494 (Alaska 1980).

579 Stephan v. State, 711 P.2d 1156, 1159-1160 (Alaska 1985).

580 *Id.* at 1162.

581 *Ibid.*

582 *Ibid.*

裁」ないしは「救済策」として，証拠排除を採用した[583]。これは，排除法則が「被疑者の憲法上の諸権利を保護し，法執行官や下級審裁判所に対して明確な基準を与え，司法の清廉性（integrity of our justice system）を保つ上で最も良い方法である[584]」という理解に基づいたものである。

Alaska 州最高裁は，デュー・プロセスの要請であることを根拠として，被疑者取調べの録音・録画を要求した。このような判断には，Miranda 法理が一定程度影響を及ぼしていると思われる。すなわち，Alaska 州最高裁は，1980 年の S.B.判決において，録音・録画記録を再生すれば「自白した場面や Miranda 権利が放棄された状況」を確かめることができ，裁判所が決定を下したり，記録を検討する際の「大きな援助」になると判示していたのである[585]。また，同年の McMahan 判決も，Miranda 判決が Miranda 告知を要求している点や，被疑者が権利放棄し得るとした点に触れた上で，Miranda 告知を含む状況を電子的に記録しなければならないとしていた[586]。

2. Minnesota 州

Alaska 州に続いて，取調べ録音・録画を命じた裁判所は，Minnesota 州最高裁である。Minnesota 州最高裁は，1988 年の Robinson 判決において，「Miranda 権利の行使や放棄を含む，取調べで交わされるすべての会話が記録されていれば，憲法上の権利が否定されたか否かに関する多くの論争は避けられるであろう[587]」と判示していた。また，1991 年の Pilcher 判決において，「法執行機関は，技術的な手段を用いて，実際の取調べにおける会話やその前の出来事すべてを保存する」ことが推奨され，「この説諭に対する更なる拒絶は，裁判所の大いなる不興（great disfavor）を買うであろう[588]」と指摘していた。このように，Minnesota 州最高裁は，1980 年代の後半から，録音・録画の意義を認識し始めていた。

そして，1994 年に Scales 判決が示された。Scales 判決は，州最高裁の監督権に基づいて，身体拘束下の取調べを電子的に記録するよう命じたものである。この事案の上告人は，Alaska 州の Stephan 判決を引用し，州憲法上のデュー・プロセスは取調べの電子的記録を要求していると主張した。これに対して，Minnesota 州最高裁は，「当裁判所は，Minnesota 州憲法のデュー・プロセス条項の下で，身体拘束下の被疑者が取調べを記録させる権利を有するか否かについて，現時点で判断を下すことを避ける[589]」とした。他方で，「公正な司法運営（fair administration of justice）を保証するための監督権を行使して，それが『可能な限り（feasible)』，あらゆる権利告知やその放棄を含む，身体拘束下のすべての取調べを電子的に記録しなければならないことを要求する。また，身体拘束場所における取調べ

583 *Id.* at 1163-1164.
584 *Id.* at 1163.
585 S.B. v. State, 614 P.2d 786, 790, Fn.9 (Alaska 1980).
586 McMahan v. State, 617 P.2d 494, 499, Fn.11 (Alaska 1980).
587 State v. Robinson, 427 N.W.2d 217, 224, Fn.5 (Minnesota 1988).
588 State v, Pilcher, 472 N.W.2d 327, 333 (Minnesota 1991).
589 State v. Scales, 518 N.W.2d 587, 592 (Minnesota 1994).

も同様である[590]」と判示した[591]。また，監督権に基づく取調べ録音・録画の要請に違反した場合の救済策として，Alaska 州のような一律基準を採用するのではなく，「事案毎に」事情を考慮し，違反が「重大（substantial）」であれば，当該取調べで獲得した供述を排除するとした[592]。

もっとも，Scales 判決は，例外事由に関して一切判示していなかった。この点について，1997 年の Schroeder 判決は，「装置が不作動であった場合」は Scales ルールに対する「重大な違反（substantial violation）」にはならないと判示している[593]。また，1998 年の Miller 判決は，録音機材のテープ送り機能について不知であった捜査官が，録音が継続されていると勘違いし，必要な操作を行わなかったため，取調べの一部が録音されなかった点について，「Scales ルールに対する違反は重大ではない[594]」と判示している。

3. Massachusetts 州

Massachusetts 州においても，1990 年代に入ってから，徐々に録音・録画の導入が期待されるようになっていった。すなわち，1993 年の Fryar 判決は，「当裁判所は，取調べの電子的記録が，多くの事案における自白の任意性評価にとって有用なツールであると確信している。被告人，検察官，そして裁判所は，身体拘束下の取調べで起こったことを明らかにしようと，極めて多くの時間と労力を費やしている。完全な電子記録（complete electronic recording）をすれば，これらにとって利益となるであろう[595]」と指摘していた。また，1996 年の Diaz 判決も，録音・録画に要するコストが多大ではないこと，装置の操作が難しくないこと，任意性を判断する上で有用であることを指摘していた[596]。もっとも，Diaz 判決は，「電子的に記録されていない限り，警察署における身体拘束下の取調べで被疑者から獲得した供述を規制する一般的監督に基づくルールや，コモン・ロー上のルールを採用したり指示することは，現時点では控えることにする。しかしながら，弁護人は，被告人の供述を記録しなかったことについて，警察を追及することができる（counsel is entitled to pursue the failure of the police to record a defendant's statements）。たとえば，弁護人は，証言台に立った警察官に対して，被疑者を取り調べた時に記録装置を使用し得ることに気づいていたか否かを問うことができるであろう。そして，弁護人は，適切な権利告知の有無や供述の任意性を判断する際に，警察による電子的記録の不作為を考慮する

---

590 *Ibid.*

591 Minnesota 州最高裁の監督権に関する判例は，Borst 判決（State v. Borst, 154 N.W.2d 888 (Minnesota 1967)）を参照。

592 State v. Scales, 518 N.W.2d 587,592 (Minnesota 1994). なお，違法が重大であるか否かの判断は，A Model Code of Pre-Arraignment Procedure §150.3 (2) (3) に依るとされた（*Ibid*）。

593 State v. Schroeder, 560 N.W.2d 739, 740-741 (Minnesota App., 1997).

594 State v. Miller, 573 N.W.2d 661, 675 (Minnesota 1998).

595 Commonwealth v. Fryar, 610 N.E.2d 903, 910, Fn.8 (Massachusetts 1993).

596 Commonwealth v. Diaz, 661 N.E.2d 1326, 1328 (Massachusetts 1996).

よう，事実認定者である陪審員や裁判官に対して説得することができるであろう[597]」と指摘していた。

このような中，2004 年の DiGiambattista 判決は，1996 年の Diaz 判決の趣旨を，被告人の権利として再構成した。すなわち，「身体拘束下の取調べや勾留場所（たとえば警察署等）において行われた取調べが完全に記録されていないにも関わらず，当該取調べで獲得された自白や供述を検察官が証拠として提出する場合には，被告人は以下の権利を有する。これまで州上級裁判所が，実行可能である時はいつでも取調べを電子的に記録することを推奨してきたことを，陪審員に対して説示するよう要求する権利である。説示は，取調べが電子的に記録されていないため，特別な注意と配慮をもって（with great caution and care）供述を念入りに検討しなければならないことを陪審員に伝えるものである。また，供述の任意性が争われており，供述の危険に配慮した説示が陪審員に対して与えられた場合，録音・録画の不実施を理由として，『任意性に関して合理的な疑いを超える証明がなされていない』と結論づけることが許容されている旨の説示も行われなければならない（但し，録音・録画を欠くことを理由に一律に任意性が否定される訳ではないことも説示されなければならない）[598]」と。

DiGiambattista 判決は，陪審員に対して「警告的説示（cautionary instruction）」を行うよう要求する権利を被告人に認めた。しかしながら，その根拠は曖昧なものであった。すなわち，Massachusetts 州最高裁は，被告人の同権利を認めるに先立って，「当裁判所は，その監督権の一部として，裁判手続における当局の証拠提出（presentation of evidence）を規制することができる[599]」と述べつつも，「（監督権による明確基準は）表面的な単純さが魅力的ではあるものの…当裁判所はそのようなルールを採用しない[600]」としているのである。DiGiambattista 判決は，取調べ録音・録画自体を捜査機関に義務づけた訳ではない[601]。しかしながら，DiGiambattista 判決が捜査実務に与えた影響は少なくない。警察署は，公判廷で陪審員に対して警告的説示がなされるのを避けるために，州法務局長（Attorney General）や州検察官（District Attorneys）と共同して，録音・録画に関する実施要綱を策定しているという[602]。

4. New Hampshire 州

New Hampshire 州における録音・録画は，2001 年の Barnett 判決に基づくものである。Barnett 判決において，被告人 Barnett は，自己負罪的な供述のみを記録するという選択的記録（selective recording）は，基本的公正性を欠くものであり（fundamentally unfair），

---

597 *Id.* at 1328-1329.
598 Commonwealth v. DiGiambattista, 813 N.E.2d 516, 533-534 (Massachusetts 2004).
599 *Id.* at 531-532.
600 *Id.* at 532.
601 そのため，録音・録画を欠いたという一事をもって，当該供述が排除される訳ではない。このことは，DiGiambatista 判決自身も認めているところである。
602 Sullivan, *supra* note 568, at 1134.

州憲法及び連邦憲法が規定するデュー・プロセス条項に違反すると主張した[603]。これに対して，New Hampshire 州最高裁は，デュー・プロセスを根拠に録音・録画を認めたのはAlaska 州の Stephan 判決のみであることを挙げ，「デュー・プロセスは身体拘束下の取調べを記録するよう要求していない（due process does not require the recording of custodial interrogations）[604]」と判示した。その一方で，Minnesota 州が 1994 年に判示した Scales 判決を引用し，「公正な司法運営を保証するための監督権」に基づいて，録音・録画を要求した。他方で，録音・録画の不実施に対する救済策・制裁については，Stephan 判決が採った「一律基準による排除」や，Scales 判決が採った「『重大（substantial）違反』基準による排除」は「行き過ぎ[605]」であるとした。そして，代替策として，次のようなルールを示した。すなわち，「取調べを記録したテープを証拠として許容するためには，Miranda 告知が与えられた後のすべての出来事が記録されていなければならない。警察官は，Miranda 告知や被疑者による権利放棄をテープに記録する必要はない。しかしながら，供述をそっくりそのまま（in its entirety）記録しない限り，被疑者による有効な権利放棄後，直ちに取調べを記録したテープを証拠として許容することはできない。他方で，Stephan 判決や Scales 判決とは異なり，取調べを完全に記録していない場合に，当該供述が無差別に排除される訳ではない。不完全な取調べを記録した媒体自体は排除されるものの，当該取調べで獲得された供述は，通常の証拠法則によって許容される余地がある。当裁判所のルールに照らせば，被疑者取調べを不完全に記録した媒体自体の許容性が否定されるのみである[606]」と。

以上のように，New Hampshire 州最高裁は，司法上の監督権に基づいて，取調べ録音・録画を行う場合のルールを示した。但し，これは，録音・録画を捜査機関に対して義務づけるものではない。New Hampshire 州最高裁が録音・録画を行うように判示した「直接の動機」は，「公判における証拠提出の公平性・公正性を確保すること（to ensure the fair and equitable presentation of evidence at trial）[607]」である。そして，取調べを選択的に録音・録画し，これを証拠として提出することを規制したのである。Miranda 告知や被疑者による権利放棄を記録しなくても良いと判示したことを踏まえれば，Barnett 判決は，取調べ規制や任意性判断に資するという理由ではなく，選択的記録が証拠として不公正であるという理由で，「Miranda 告知及び被疑者による権利放棄後の取調べすべてを記録すること」を要求したに過ぎない。なお，実務運用では，Barnett 判決以後，身体拘束下のすべての取調べを「開始から終了まで（from the outset to the end）」記録するようになったという[608]。

5. その他の裁判例

---

603 State v. Barnett, 789 A.2d 629, 631 (New Hampshire 2001).
604 *Id.* at 632.
605 *Ibid.*
606 *Id.* at 632-633.
607 *Id.* at 632.
608 Sullivan, *supra* note 568, at 1135.

以上のように，裁判所の法解釈・法創造による取調べ録音・録画は，(1) デュー・プロセス条項を根拠とするもの（Alaska 州），(2) 公正な司法運営を保証するための監督権を根拠とするもの（Minnesota 州，New Hampshire 州），(3) 録音・録画を義務づける代わりに，録音・録画を欠いたことについて陪審員に「警告的説示」を行うよう要求する権利を被疑者に認めるもの（Massachusetts 州）がみられる。これらの他に，録音・録画制度の導入に裁判所が影響を与えた州として，New Jersey 州，Wisconsin 州等が挙げられる。

New Jersey 州最高裁は，2004 年の Cook 判決において，司法上の監督権に基づいて，録音・録画に関する提言を行う委員会を設置するよう判示した[609]。これによって設置された委員会は，2005 年 4 月に報告書を公表した[610]。同報告書を受けた州最高裁は，規則制定権に基づいて，録音・録画に関する裁判所規則を制定した[611]。このように，New Jersey 州では，裁判所が司法上の監督権に基づいて委員会を設置するよう判示し，これによって設けられた委員会の報告書を踏まえ，裁判所が規則制定権に基づいて規則を制定することによって，録音・録画を実施している。

Wisconsin 州では，2005 年の Jerrell 判決が録音・録画導入の指導的役割を果たした。Jerrell 判決は，身体拘束下の少年を取り調べる場合には，すべての取調べを電子的に記録しなければならないと判示した[612]。その後，州議会によって，身体を拘束された少年に対する取調べ録音・録画を義務づける立法がなされた[613]。同時に，成人を取り調べる際の録音・録画についても要件が規定された[614]。このように，Wisconsin 州では，州最高裁判決が立法のきっかけとなり，録音・録画が導入されている。

第 2 目　立法による取調べ録音・録画

ここまで，裁判所の法解釈・法創造による取調べ録音・録画について，その導入経緯や法的根拠を中心に概観してきた。しかしながら，州法域における取調べ録音・録画は，その大部分が立法によるものである。近年では，アメリカ法律協会（ALI）による提言に端を発し，統一州法委員会全国会議（NCCUSL）も取調べ録音・録画に関する立法提言を行っている。そこで，以下では，各立法例や，その立法趣旨等を簡単に確認する。そして，取調べ録音・録画がいかなる文脈で論じられているかを明らかにする。

1. 法整備の状況

2014 年 6 月現在，取調べ録音・録画を立法によって義務づけている州は，計 15 州である[615]。その他に，Texas 州は，録音・録画を義務づけてはいないものの，録音・録画をし

609 State v. Cook, 847 A.2d 530 (New Jersey 2004).
610 THE NEW JERSEY SUPREME COURT, REPORT ON THE SUPREME COURT SPECIAL COMMITTEE ON RECORDATION OF CUSTODIAL INTERROGATIONS (2005), available at http://www.judiciary.state.nj.us/notices/reports/cookreport.pdf.
611 New Jersey Rules of Court 3:17 (2005).
612 State v. Jerrell C.J., 699 N.W.2d 110, 113 (Wisconsin 2005).
613 2005 Wisconsin Act 60 (2006) §938.195 (2) (a) & (b).
614 *Id.* at §968.073 (2).
615 Sullivan, *supra* note 572, at 49. 制定順に，Illinois 州（2003 年），Wisconsin 州（2005

ない限り，取調べで獲得した被疑者の供述を証拠として提出することを禁じている[616]。これらの中には，過去に立法が試みられたものの廃案になり，近時改めて立法した州も存在する[617]。また，過去に立法が試みられたものの廃案になり，現在に至る州も存在する[618]。さらに，New Hampshire 州のように，州最高裁が判決によって録音・録画の導入を示唆したにも関わらず，立法がなされず廃案になった州も存在する[619]。

これらの州すべてについて詳述することは，本稿の趣旨ではない。そこで，以下では，代表的な立法に限り，その導入経緯や立法趣旨を中心に概観する。なお，後述するように，2010 年に，統一州法委員会全国会議による立法提言がなされた。そのため，同会議による提言後に立法を行った州については，同立法提言に言及する際に改めて確認する。

取調べ録音・録画を初めて法制化したのは，Texas 州である。1965 年に設けられた供述調書の証拠能力に関する規定は，黙秘権及び弁護人依頼権の告知と，供述の任意性を要求していた[620]。これが，1981 年の改正法によって，Miranda 告知及び被疑者による権利放棄を含む取調べ状況を録音・録画しなければ，当該取調べで獲得した供述は許容されないことになった[621]。もっとも，既に述べたように，同法は，録音・録画の実施を義務づけている訳ではない。録音・録画をしない限り，当該取調べで獲得した被疑者の供述を証拠として提出することを禁じているのみである。これは，同条項が供述調書に関する規定であり，録音・録画によって記載内容の正確性を担保しようとしているためである[622]。そのため，Texas 州の録音・録画制度には，批判も多く向けられている[623]。

Texas 州法は，捜査機関に対して録音・録画の実施を義務づけるものではない。したが

年），Colombia 特別区（2006 年），New Mexico 州（2006 年），North Carolina 州（2007 年），Maine 州（2007 年），Maryland 州（2008 年），Nebraska 州（2008 年），Missouri 州（2009 年），Montana 州（2009 年），Oregon 州（2010 年），Connecticut 州（2011 年），Michigan 州（2012 年），California 州（2013 年），Vermont 州（2014 年）である。

616 Vernon's Ann. Tex. C.C.P. Art. 38.22 §3.

617 たとえば，Oregon 州（2004 年に 1 度廃案）や，Connecticut 州（2005 年に 1 度廃案）である。

618 South Carolina 州，（2004 年）Louisiana 州（2004 年），West Virginia 州（2004 年），Indiana 州（2005 年），Kentucky 州（2005 年），Tennessee 州（2005 年）である（括弧内は，廃案になった年を指す。）。

619 なお，以上の廃案に関する情報は，金山・前掲注（548）「下」142 頁「別表 2　米国における取調べの録音・録画に関する法制化の実施状況（2006 年 5 月 31 日現在）」を参照した。

620 Vernon's Ann. Tex. C.C.P. Art. 38.22. この規定は，「When Statements May Be Used」という見出しが付されている。

621 Vernon's Ann. Tex. C.C.P. Art. 38.22 §3.

622 George E. Dix, *Texas "Confession" Law and Oral Self-Incriminating Statements*, 41 BAYLOR L. REV. 1, 71 (1989).

623 Gail Johnson, *False confessions and Fundamental Fairness: The Need for Electronic Recording of Custodial Interrogations*, 6 B. U. PUB. INT. L. J. 719, 745, Fn.190 (1997); Richard A. Leo et al., *Bringing Reliability Back in: False Confessions and Legal Safeguards in the Twenty-First Century*, 2006 WIS. L. REV. 479, 528 (2006).

って，立法によって録音・録画の実施を初めて義務づけたのは，Illinois 州であるといえる[624]。Illinois 州における録音・録画の導入は，死刑諮問委員会（The Illinois Governor's Commission on Capital Punishment）による勧告に端を発す。現在，Illinois 州において，死刑制度は採用されていない。しかしながら，2000 年当時は，死刑制度が存置されていた。そして，1976 年以降に死刑判決を受けた者のうち，13 名が誤判であったことが判明した。そのため，当時の州知事であった George H. Ryan によって，死刑諮問委員会が設けられた[625]。死刑諮問委員会は，死刑問題のみならず，誤判を生む刑事司法制度に対しても検討を加えた。その結果として，同委員会は，2002 年に報告書を公表した[626]。そして，この報告書によって，殺人事件に関する取調べの全過程録音・録画が勧告された[627]。同勧告を受けた州議会は，立法によって録音・録画を捜査機関に対して義務づけることを決めた[628,629]。このように，Illinois 州における取調べ録音・録画の立法は，死刑制度の是非を含む刑事司法制度改革の中で展開されたものであると位置づけることができる。

Texas 州における立法に批判の声が集まっていたこともあり，Illinois 州における立法は他州のモデルになり得るとして評価されている[630]。すなわち，身体拘束された被疑者を殺人事件（homicide）について取り調べて獲得した「口頭，書面又は手話による供述（oral, written, or sign language statement）」は，録音・録画をしない限り，証拠として許容されないものと推定されることになる[631]。そして，この録音・録画は，実質的に正確であり，

---

624 Illinois 州における取調べ録音・録画導入の動向については，高倉新喜「イリノイ州の取調べの可視化への動き―ライアン・レポート―」刑弁 42 号（2005 年）126～129 頁，トーマス・P・サリバン（指宿信・寺中誠訳）「イリノイ州死刑諮問委員会と米国の取調べの可視化について―トーマス・P・サリバン氏に聞く―」刑弁 46 号（2006 年）154～159 頁を参照。

625 Illinois 州における死刑廃止への道程は，スコット・トゥロー（指宿信・岩川直子訳）『極刑―死刑をめぐる一法律家の思索―』（岩波書店，2005 年）が詳しい。

626 THE ILLINOIS GOVERNOR'S COMMISSION ON CAPITAL PUNISHMENT, REPORT OF THE GOVERNOR'S COMMISSION ON CAPITAL PUNISHMENT (2002), available at http://illinois murderindictments.law.northwestern.edu/docs/Illinois_Moratorium_Commission_complete-report.pdf. なお，本稿においても度々引用している論文の著者である Thomas P. Sullivan は，弁護士や連邦検察官の他，Illinois 州死刑諮問委員会の共同議長を務めた人物である。また，諮問委員会の委員は，14 人中 9 人が検察官経験者であり，その多くが弁護士としての活動経験が豊富な者であった（*Id.* at preamble v-vi）。

627 *Id.* at 24-28 (Recommendation 4).

628 もっとも，同報告書によって直ちに立法作業が行われた訳ではない。当時の州知事であった George H. Ryan は，任期満了の 2 日前に，Illinois 州の死刑囚 167 人全員を仮釈放のない終身刑へ減刑した。そして，これが同報告書の立法化に繋がった（*See* Thomas P. Sullivan, *Preventing Wrongful Convictions—A Current Report from Illinois*, 52 DRAKE L. REV. 605, 606-607 (2004)）。このとき，録音・録画導入に反対する捜査機関と折衝し，法案を取りまとめて上院に提出したのは，現大統領の Barack H. Obama である。

629 725 Ill. Comp. Stat. Ann. §5/103-2.1.

630 Sullivan, *supra* note 568, at 1131.

631 725 Ill. Comp. Stat. Ann. §5/103-2.1 (b) (1).

故意に改変されていないものでなければならない[632]。もっとも，記録を行うことが不可能であった場合や，被疑者が自発的に供述を行った場合，被疑者が録音・録画を拒んだ場合等，録音・録画の例外事由は幅広く設定されている[633]。また，録音・録画を行わなかったとしても，事情を総合した上で（based on the totality of the circumstances），当該供述の任意性及び信用性が「証拠の優越（preponderance of the evidence）」の程度で証明された場合には，当該供述は許容されることになる[634]。なお，同条項は，その後何度か改正・修正されている。まず，2004 年には，Illinois 州盗聴法が改正され，被疑者に対する告知や被疑者の同意がなくても，殺人事件で身体拘束された被疑者の取調べを録音・録画することができることとされた[635]。次いで，2005 年には，被疑者が自動車運転殺人罪の疑いで身体拘束されている場合にも，取調べを録音・録画をしなければならないこととされた[636]。さらに，2013 年には，殺人罪のみならず，他の重要犯罪についても録音・録画を実施するよう修正された[637]。ここでは，2014 年，2015 年，2016 年と段階的に対象犯罪を拡大することが明記されている[638]。このような動きは，死刑諮問委員会による報告書の第 83 勧告を受けたものである。すなわち，第 83 勧告は，「当委員会は，刑事司法制度が全体として改善されるよう，委員会によってなされた多くの勧告の採用を拡大するような方途を考慮するよう強く訴えたい」としていた[639]。Illinois 州における当時の死刑対象事件は，全事件の約 2%程度であった[640]。そのため，同報告書が「刑事司法制度が全体として改善されるよう（to improve the criminal justice system as a whole）」勧告した点は，少なからぬ意義を有する。2005 年及び 2013 年の改正・修正は，この点を意識して行われたものとして理解することができるのである。

2. 統一州法委員会全国会議による立法提言

2010 年，NCCUSL は，「身体拘束下の取調べの電子的記録に関する統一法（Uniform Electronic Recordation of Custodial Interrogations Act）」を公表した（以下，「NCCUSL 案」と称する。）[641,642]。NCCUSL 案は，取調べ録音・録画の正当化根拠に関する Leo の説

---

632 *Id.* at §5/103-2.1 (b) (2).
633 *Id.* at §5/103-2.1 (e).
634 *Id.* at §5/103-2.1 (f).
635 720 Ill. Comp. Stat. Ann. §5/14-3 (k).
636 725 Ill. Comp. Stat. Ann. §5/103-2.1(b).
637 *Id.* at §5/103-2.1(b-5).
638 *Id.* at §5/103-2.1(b-5) (1) (2) (3).
639 THE ILLINOIS GOVERNOR'S COMMISSION ON CAPITAL PUNISHMENT, *supra* note 626, at 187-188.
640 サリバン・前掲注（624）155 頁。
641 NCCUSL, UNIFORM ELECTRONIC RECORDATION OF CUSTODIAL INTERROGATIONS ACT (2010), available at http://www.uniformlaws.org/shared/docs/electronic%20recordation%20of%20custodial%20interrogations/uerocia_final_10.pdf.
642 *See also*, Andrew E. Taslitz, *High Expectations and Some Wounded Hopes: The Policy and Politics of a Uniform Statute on Videotaping Custodial Interrogations*, 7 NW J. L. & SOC. POL'Y 400 (2012).

明を引用している[643]。すなわち，真実発見の促進，効率の向上，憲法的価値の保護の 3 点である[644]。NCCUSL 案が引用した Leo による録音・録画の正当化根拠のうち，憲法的価値の保護とは，(1) Miranda 違反や修正第 6 条違反，デュー・プロセス違反等の立証を容易にする，(2) 証拠開示の前提となる証拠の保全に役立つ，(3) 警察官が憲法に基づいた実務を行うための訓練に資する，(4) 法執行機関の権限行使を明らかにし，これを是正し易くする，(5) 取調べにおいて人種差別等に基づく偏見が介入することを防ぐ，(6) 警察活動の公平性・専門性に対する信頼を確保するというものである[645]。このような正当化根拠の下，NCCUSL 案は，録音・録画に関する詳細な手続を規定している[646]。その内容は，身体拘束下の取調べを録音・録画することを原則とするものである。しかしながら，NCCUSL 案は，多くの例外事由を認めている。また，録音・録画が実施されなかった場合であっても，当該取調べで獲得された供述を一律に排除する訳ではなく，不実施という事実を任意性や信用性を判断する際の考慮事由の 1 つとしている。さらに，取調べ録音・録画の権利性を否定している。

なお，NCCUSL 案が公表された後に立法を行った州として，Oregon 州[647]，Connecticut 州[648]， Michigan 州[649]，California 州[650]，Vermont 州[651]が挙げられる。また，公表後に州裁判所が規則を制定した州として，Arkansas 州[652]が挙げられる。さらに，警察本部長会（Police Chiefs Association）によって導入された州として，Rhode Island 州[653]が挙げられる。これらの州については，未だに議論が継続している部分もあり，一定の評価を加えることは困難である。しかしながら，NCCUSL 案をベースとした立法が急速に展開されていることから，今後の立法動向や法改正，実務運用等を継続して注視する必要があろう。

第 4 款　取調べ録音・録画と憲法的根拠―権利論としての取調べ録音・録画―

以上のように，連邦法域においては，取調べ録音・録画を採用しないという見解が支配的であった[654]。2014 年 5 月に，司法長官が録音・録画の導入を「強く推奨」したものの[655]，現在のところ，具体的な変化はみられない。また，州法域における裁判例や立法例をみても，その法的根拠や対象範囲等は一様ではない。ところで，Alaska 州最高裁は，取調べ録

643 NCCUSL, *supra* note 641, Act 1.
644 LEO, *supra* note 563, at 296-305.
645 *Ibid. See also,* NCCUSL, *supra* note 641, ACT 4-5.
646 NCCUSL 案の紹介として，堀田・前掲注（548）「モデル法案」616～600 頁がある。
647 Or. Rev. Stat. §133.400 (2010).
648 Conn. Gen. Stat. §54-1 (2011).
649 Mich. Comp. Laws §763.7-11 (2012).
650 Cal. Penal Code §859.5 and Cal. Welf. & Inst. Code §626.8 (2013).
651 13 Vt. Stat. Ann. ch. 182, subch. 3, §5581, sec. 4, 5 (2014).
652 AR Supreme Court Rule of Criminal Procedure 4.7 (2012).
653 Rl Police Chiefs Association Accreditation Standards Manual, §§8.10, 9.4 (2013).
654 *See also*, Iraola, *supra* note 567, at 471.
655 Sullivan, *supra* note 572, at 48.

音・録画を，憲法のデュー・プロセス条項によって根拠づけている[656]。このような理論構成を採った州は他にみられない。反対に，権利性を否定する判例が目立つ。しかしながら，本稿の主題である「被疑者取調べの憲法的規制」という観点からは，Stephan 判決は軽視し得ないものであろう。この点，アメリカにおいては，録音・録画を被疑者の権利として構成しようと試みる見解が散見される。そこで，以下では，日本における取調べ録音・録画を検討する際の足がかりとして，権利論としての録音・録画に関する議論を概観しておきたい。

第 1 目　デュー・プロセスに基づく録音・録画

従来，取調べ録音・録画を被疑者の権利として構成することを試みる見解は，デュー・プロセスに基礎を置くものが多かった[657]。アメリカにおいては，証拠開示の前提として，捜査機関が証拠を保全しておかなければならないとされている[658]。そして，その裏返しとして，被疑者・被告人は証拠へのアクセス権を有するとされている[659]。Alaska 州最高裁判例として既に触れた 1985 年の Stephan 判決は，この論理を用いて，取調べ録音・録画はデュー・プロセスの要請であると解した[660]。

もっとも，デュー・プロセス条項から取調べ録音・録画を要求する論理は，多くの裁判所によって退けられている[661]。これは，デュー・プロセス上の証拠開示義務に関する 1984 年の Trombetta 判決[662]及び 1988 年の Youngblood 判決[663]に抵触すると考えられているためであると思われる。Trombetta 判決は，捜査機関に飲酒運転の呼気サンプルを保存する義務があったか否かが争われた事案である。連邦最高裁は，被告人の無罪を証明し得る証拠（exculpatory evidence）の価値が重大であり，被告人が同等の証拠を入手することが困難である場合には，捜査機関が証拠保全義務を負うと判示した。また，Youngblood 判決は，性的暴行を受けた少年が事件当時着用し，被疑者の体液が付着していると思われる洋服を

656 Stephan v. State, 711 P.2d 1156 (Alaska 1985).

657 デュー・プロセスに基づく録音・録画を中心に検討し，権利性を否定するものとして，堀田・前掲注（548）「権利」235～274 頁がある。

658 United States v. Bryant, 439 F.2d 642, 651 (D.C. Cir. 1971).

659 Cynthia E. Jones, *The Right Remedy for the Wrongly Convicted: Judicial Sanctions for Destructions of DNA Evidence*, 77 FORDHAM L. REV. 2893, 2898-2899 (2009).
なお，アメリカにおける証拠開示については，藤永幸治「刑事訴訟における証拠開示―アメリカの判例を中心に（1）～（8 完）」曹時 16 巻 6 号（1964 年），17 巻 3 号，17 巻 4 号，17 巻 5 号，17 巻 7 号，17 巻 8 号，17 巻 9 号（いずれも 1965 年），18 巻 1 号（1966 年），渥美東洋「刑事訴訟の新たなる展開―日米の証拠開示を一例にして―（上）（下）曹時 29 巻 6 号，29 巻 7 号（いずれも 1977 年），酒巻匡『刑事証拠開示の研究』（弘文堂，2004 年），グリーン・ブルース&ジョイ・ピーター（村岡啓一訳）「アメリカ合衆国における検察官の証拠開示義務」一法 13 巻 2 号（2014 年）525～559 頁等を参照。

660 Stephan v. State, 711 P.2d 1156, 1159-1160 (Alaska 1985).

661 Donovan & Rhodes, *supra* note 568, at 232, Fn.52; Iraola, *supra* note 567, at 471. 各裁判例については，堀田・前掲注（548）「権利」258～259 頁注（51）を参照。

662 California v. Trombetta, 467 U.S. 479 (1984).

663 Arizona v. Youngblood, 488 U.S. 51 (1988).

冷凍保存せず，検査もしなかったことについて，デュー・プロセス上の証拠保全義務に反するか否かが争われた事案である。連邦最高裁は，被告人側が捜査機関の悪意を立証しない限り，潜在的に利用価値がある（potentially useful）証拠の保存を怠ったとしてもデュー・プロセス違反にはならないとした。この基準は，2004 年の Fisher 判決[664]においても踏襲されている。

そのため，デュー・プロセスが取調べ録音・録画を要求しているという論理を退けてきた多くの裁判所は，次のような考え方を採用しているといえる。すなわち，録音・録画の有用性を否定することはできないものの，録音・録画は，Trombetta 判決が示した「被告人が同等の証拠を入手することが困難である場合」には該当しない[665]。また，捜査官にとって，取調べのいかなる時点で「無罪を証明する証拠」が生じたかは明らかではない[666]。加えて，取調べ録音・録画が「一般的な手続（standardized procedure）」になっていない以上，その不履行が「悪意」になるとは言い難い[667]。なお，連邦控訴裁判所の裁判例には，特段の検討を加えることなく，取調べ録音・録画は憲法上の要請ではないとするものも多い。たとえば，2003 年の Huber 判決は，特段の理由なく，録音・録画を義務づける法的根拠（legal basis）は存在しないと判示している[668]。また，2006 年の Tykarsky 判決は，取調べ録音・録画の権利性に関する議論の存在を指摘しつつも，録音・録画は憲法上の義務ではないと判示している[669,670]。

これに対して，取調べ録音・録画がデュー・プロセスによって要求されると解する論者は，次のように主張する。すなわち，録音・録画を欠いた場合は，任意性判断を客観的に行うことができないため，Trombetta 判決が要求した「被告人の無罪を証明し得る重大な証拠」を欠くとする[671]。また，録音・録画の不履行は，裁判の結果に重大な影響を及ぼすような証拠保全の不履行であるところ，録音・録画を実施することが可能であったにも関わらず，これを行わなかった場合には，Youngblood 判決が要求する「捜査官の悪意」が肯定されるとする[672]。しかしながら，既に見たように，デュー・プロセス上の証拠保全義務に基づいて録音・録画を構成する見解は，多くの裁判所に容れられていない。そのため，

---

664 Illinois v. Fisher, 540 U.S. 544 (2004).

665 *E.g.,* State v. Godsey, 60 S.W.3d 759, 771 (Tennessee 2001).

666 *See* Slobogin, *supra* note 568, at 317-318. なお，同稿の邦訳として，クリストファー・スロボギン「取調録音録画に向けて―その憲法的考察」指宿信『被疑者取調べと録画制度―取調べの録画が日本の刑事司法を変える』（商事法務，2010 年）315～343 頁（初出は，判時 2064 号（2010 年）3～13 頁）がある。

667 Colorado v. Bertine, 479 U.S. 367 (1987); Kordenbrock v. Scroggy, 919 F.2d 1091, 1103 (6th Cir. 1990); Holdren v. Legursky, 16 F.3d 57 (4th Cir. 1994).

668 United States v. Huber, 66 Fed. Appx. 123, 124 (9th Cir. 2003).

669 United States v. Tykarsky, 446 F.3d 458, 477 (3d Cir. 2006).

670 *See also*, United States v. Torres-Galindo, 206 F.3d 136, 144 (1st Cir. 2000); Reinert v. Larkins, 379 F.3d 76, 94, Fn.4 (3d Cir. 2004); United States v. Cardenas, 410 F.3d 287 (5th Cir. 2005); United States v. Meadows, 571 F.3d 131, 147 (1st Cir. 2009).

671 Slobogin, *supra* note 568, at 318.

672 *Ibid.*

この見解の代表的な論者である Slobogin も,「この議論は直ちに説得力を有するものではない」と自ら指摘している[673]。

そこで，証拠保全義務に依拠せずに，デュー・プロセスに基づいた録音・録画を構成する見解もみられる。たとえば，デュー・プロセス条項が要求する「基本的公正性」を強調する見解である[674]。すなわち,「デュー・プロセスによって，公平な事実認定者が要求される[675]」という White 判事の見解を引用しつつ，録音・録画を欠いた場合には，事実認定者は一方当事者の主観的な主張に頼らざるを得ないことを指摘する[676]。そして，録音・録画を要求しないことは,「刑事司法制度を汚染する（taints the criminal justice system）」ことを意味すると主張する[677]。また，この見解は,「録音・録画は，修正第 5 条のデュー・プロセス条項によって保障されている公正な裁判を受ける権利にとって基本的かつ不可欠なものである[678]」と主張する[679]。

その他，いわゆる「手続モデル論[680]」を調和させるために，録音・録画が要求されるとする見解もみられる。これは，取調べを録音・録画することによって，捜査機関を虚偽自白から守りつつ，適正手続の保障を充たすことで，犯罪統制と適正手続という刑事司法の目標をいずれも達成するというものである[681]。しかしながら，この見解も，多くの支持を集めるには至っていない。

第 2 目　自己負罪拒否特権に基づく録音・録画

次に，取調べ録音・録画を自己負罪拒否特権と関連づけて導くアプローチが考えられる。この見解は，自己負罪拒否特権を実効的に保障するための手段として，録音・録画が要求されるとする[682]。すなわち,「取調べ録音・録画は，Miranda 法理と同様の利益をもたらすものである。そして，これは予防法則に分類されるものの，憲法的な手段である（although it may be labeled prophylactic, it is a constitutional measure）。予防法則は，重要な意味において規範であり，例外ではない（Prophylactic' rules are, in an important sense, the norm, not the exception）。憲法は，Miranda 法理の正当化根拠と区別することが分析的に困難な方法によって正当化される法則に満ちているのである（Constitutional law is filled

673 *Id.* at 317.
674 Donovan & Rhodes, *supra* note 568, at 245-246.
675 *See* Arnett v. Kennedy, 416 U.S. 134, 197 (1974) (White, J., concurring in part and dissenting in part).
676 Donovan & Rhodes, *supra* note 568, at 245.
677 *Ibid.*
678 *Id.* at 246-247.
679 *See also*, Julie Renee Linkins, *Satisfy the Demands of Justice: Embrace electronic Recording of Custodial Investigative Interviews through Legislation, Agency Policy, or Court Mandate*, 44 AM. CRIM. L. REV. 141, 166-168 (2007).
680 *See* Herbert. L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV. 1 (1964).
681 Richard A. Leo, *The Impact of Miranda Revisited,* 86 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 621, 692 (1996).
682 Donovan & Rhodes, *supra* note 568, at 243-244.

with rules that are justified in ways that are analytically indistinguishable from the justifications for the Miranda rules）[683]」と。同様の見解は，Slobogin も主張している。ここでは，修正第 5 条の沿革に着目し，録音・録画が要求されるとする[684]。修正第 5 条が制定された当初，取調べは公開の予備審問手続で行われていた[685]。そのため，現代の取調べが当時の取調べに逆戻りしないためには，取調べを録音・録画し，裁判官に提出することが必要であるとするのである[686]。

なお，連邦控訴裁判所の裁判例の中に，修正第 5 条と録音・録画の関係について言及しているものがある。たとえば，2004 年の Montgomery 判決は，Miranda 法理を拡大して録音・録画に権利性を認めることはできないと判示している[687]。また，2005 年の Williams 判決も，修正第 5 条は録音・録画を要求していないと判示している[688]。もっとも，デュー・プロセスに基づく録音・録画について否定した裁判例と同様に，権利性を認めることができない理由については，特段の検討はなされていない。

この点については，NCCUSL 案第 18 条が参考になるかもしれない。同条項は，録音・録画の権利性を否定している。そして，その主な根拠として，(1) 録音・録画を被疑者の権利として構成すれば，被疑者による権利放棄が認められるところ，被疑者が権利放棄すれば録音・録画の利点が失われてしまうこと，(2) 録音・録画と憲法上の権利を関連づけたとしても，それは Miranda 法理と同様に「手続的保護手段（procedural safeguard）」に過ぎないことが挙げられている[689]。このうち，後者は，録音・録画を Miranda 法理と同様の憲法上の法理であると解する余地を残すものであると思われる。次章「小括―Miranda 法理の現代的意義」で述べるように，Miranda 法理が憲法上の法理であることと，予防法理であることは矛盾しない。そのため，自己負罪拒否特権に基づいて録音・録画を要求する論理は，デュー・プロセスに基づく論理よりは説得的であるといえよう[690]。

第 3 目　証人対質権に基づく録音・録画

最後に，修正第 6 条の証人対質権によって録音・録画が要請されるとする見解について，簡単に触れておきたい。これは，大陪審による起訴後の犯人識別手続においても弁護人の援助が不可欠であるとした 1967 年の Wade 判決[691]の考え方を参考にするものである[692]。

---

683 *Ibid. See also*, David A. Strauss, *The Ubiquity of Prophylactic Rules*, 55 U. CHI. L. REV. 190, 195 (1988).
684 Slobogin, *supra* note 568, at 319-320.
685 *See e.g.*, John H. Langbein, *The Historical Origins of the Privilege against Self-Incrimination at Common Law*, 92 MICH. L. REV. 1047, 1059-1060 (1994); Moglen, *supra* note 218, at 1099.
686 Slobogin, *supra* note 568, at 319-320.
687 United States v. Montgomery, 390 F.3d 1013, 1017 (7th Cir. 2004).
688 United States v. Williams, 429 F.3d 767, 772 (8th Cir. 2005).
689 NCCUSL, *supra* note 641, ACT 54-56.
690 堀田・前掲注（548）「権利」268 頁。
691 United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967).
692 Slobogin, *supra* note 568, at 320.

Wade 判決は，自己に不利な証人に対する反対尋問権を確保するために，犯人識別手続における弁護人依頼権を保障した[693]。この点について，Slobogin は，目撃者の「気まぐれ（vagaries）」によって犯人識別が行われた場合に，効果的に異議申立てを行うために，弁護人の援助が要求されたと整理する[694]。そして，この状況は，取調べについても同様であるとした上で，弁護人の代替物（substitute）として録音・録画が要求されるとする[695]。

もっとも，修正第 6 条の弁護人依頼権は，起訴後に保障されるものである[696]。そのため，被疑者取調べは，修正第 6 条の弁護人依頼権が射程とするところではない。そこで，Slobogin は，「弁護人の援助を受ける権利」ではなく「証人対質権」を強調しているのである。しかしながら，現在のところ，同様の主張は他にみられず，やや説得力に欠けると評さざるを得ない。

第 4 章　Miranda 法理の現代的意義

第 1 節　Miranda 判決へ至る経緯

Miranda 判決以前の連邦最高裁は，自白の許容性―すなわち，任意性を判断する際に，「事情の総合説」を用いていた。これによって，自白の許容性は，事案毎の個別具体的な諸事情を総合的に勘案して判断されることになった。そして，その根拠を修正第 14 条のデュー・プロセス条項に求めることで，州への適用を実現した。また，連邦法域に対する司法上の監督権を根拠として，McNabb-Mallory ルールを創設した。これによって，連邦法域において被疑者を逮捕した場合は，初回出頭のために裁判官の面前に「不必要な遅滞なく」引致しなければ，その間に獲得された自白は排除されることになった。さらに，1963 年の Gideon 判決等に代表される弁護人依頼権の拡充の中で，1964 年の Escobedo 判決は，取調べ段階においても弁護人依頼権が保障される旨を判示した。

もっとも，事情の総合説には，捜査機関や裁判所が従うべき客観的な基準を打ち立てることができないという欠点があった。また，McNabb-Mallory ルールは，連邦政府を規制する法理であるため，州事件へ適用することが困難であるという欠点があった。連邦最高裁は，これらの課題を抱えつつ，弁護人依頼権をより一層保障する必要性を強く認識していた。

第 2 節　Miranda 判決の背景と現代的意義―その後の諸判例を踏まえて

693 United States v. Wade, 388 U.S. 218, 235 (1967).
694 Slobogin, *supra* note 568, at 320.
695 *Ibid.*
696 *See* Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682 (1974).

Miranda 判決は, Miranda 告知を軸とする一律基準(Bright-Line Rule)を打ち立てた[697]。この背景には，(1) 自己負罪拒否特権を重視する気運の高まりと，(2) 取調べにおいて被疑者が置かれる立場や心理的な影響への危惧があると思われる[698]。Miranda 判決が引用した 1897 年の Bram 判決は，自己負罪拒否特権に基づく自白排除を展開していた。しかしながら，Bram 判決は「忘れられた存在」となっていた。これは，1964 年に Malloy 判決が示されるまで，修正第 5 条は連邦政府のみを規制する原理であり，州へ適用されないものであると解されていたためである[699]。また，Bram 判決は，発展の沿革が異なる自白排除法則と自己負罪拒否特権を結びつけていたため，強い批判が向けられていたことも影響しているであろう[700,701]。ところが，1964 年に Escobedo 判決が示された後，自己負罪拒否特権を重視したと思われる文献が相次いで示された。たとえば，Kamisar は，次のような比喩を用いて，自己負罪拒否特権の重要性を指摘していた。すなわち，法廷を「大邸宅（mansions)」に，警察署を「門番の詰め所（gatehouse)」に喩えて，大邸宅では被告人の諸権利が守られているにも関わらず，門番の詰め所では依然として糺問的な手続が採られ，被疑者は国家の敵として自白するよう追い込まれているため，自己負罪拒否特権を解釈して警察の取調べを規制するべきである，と[702]。また，Sutherland も，次のような比喩を用いて，身体拘束下の取調べが有する危険性について指摘していた。すなわち，「裕福な女性遺言者 (well-to-do testatrix)」が「入念に設計された部屋 (carefully designed room)」に入れられ，長時間に亘って外部と隔絶され，疲弊した状態で遺言書を書いたとすれば，この遺言書が検認裁判所判事(judge of probate)によって「任意になされたもの(voluntary)」として受理されることはないであろう，と[703]。特に，Sutherland の指摘は Miranda 判決でも直接引用される等，大きな影響を与えたものと思われる[704]。元々，Bram 判決は，自白の「任意性」の観念に人権保障の観点を入れようとする思想に根付くものである[705]。Miranda 判決は，1964 年の Malloy 判決によって修正第 5 条が州に対しても適用されるこ

---

697 *See e.g.*, Schulhofer, *supra* note 83, at 879; Goldberg, *supra* note 330, at 1300.

698 この他に，(1)「アメリカの取調べでは拷問が行われている」という諸外国からの指摘を克服しようとする動き（「文明化された上品さの基準」を高める動き)，(2) 事情の総合説による曖昧さを解消しようとする動き，(3) 供述の自由を確保した上で，取調べ自体を認めようとする動き，(4) 不透明な捜査過程の可視性を高めようとする動きがあったと指摘されることもある（鈴木ほか・前掲注（499）9 頁〔渥美東洋発言〕)。

699 JOHNSON, *supra* note 15, at 451; Weisselberg, *supra* note 15, at 1525, Fn.17.

700 *See e.g.,* McCormick, *supra* note 16, at 453.

701 もっとも，Miranda 判決後は，Bram 判決を見直す動きもみられたという（KAMISAR ET AL., *supra* note 13, at 565)。*See e.g.,* Benner, *supra* note 13, at 107-113.

702 Yale Kamisar, *Equal Justice in the Gatehouse and Mansions of American Criminal Procedure*, In A. E. DICK HOWARD (ED.), CRIMINAL JUSTICE IN OUR TIME 19-20 (1965). *See also*, YALE KAMISAR, POLICE INTERROGATION AND CONFESSION: ESSAYS IN LAW AND POLICY 27-40 (1980).

703 Arthur E. Sutherland, Jr, *Crime and Confession*, 79 HARV. L. REV. 21, 37 (1965).

704 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 457, Fn.26 (1966).

705 鈴木・前掲注（12）36 頁。

とが明らかになったことを受けて, Bram 判決を引用しながら人権保障（自己負罪拒否特権）の観点を改めて重視したものとして理解することができる[706]。

以上のような経緯を経て示された Miranda 判決は，前提として，身体拘束下の取調べに内在する自白を強制するような圧力を強く危惧した。そして，この圧力を取り除くために，取調べに先立って，捜査機関は被疑者に対して Miranda 告知を行わなければならないとした。すなわち，（1）黙秘権を有すること，（2）供述は法廷で自己に不利益に用いられ得ること，（3）弁護人の立会いを求める権利を有すること，（4）弁護人を選任する資力がなければ，あらゆる質問に先立って公費で弁護人が選任されることの告知である。そして，Miranda 告知を欠いたまま獲得した供述は，仮に任意性が認められる場合であっても証拠排除されるとする。また，Miranda 告知の後，被疑者が黙秘する意思を示したり，弁護人の同席を求めたにも関わらず，なお取り調べることは供述の強制にあたるとする。

Miranda 判決は，以上のように，捜査機関による取調べに自己負罪拒否特権を持ち込んだ点で，これまでの判例とは異なる。すなわち， Miranda 判決は，事実上の供述強制を禁止する自白法則と，法律上の供述強制を禁止する黙秘権を一体のものとして理解したのである[707]。確かに，Miranda 告知を欠いた場合に，その後の自白が排除される点を強調し，違法排除説と親和的であると説明することも可能であろう[708]。Miranda 判決も，Miranda 法理に違反した場合に，当該自白を直ちに排除することを認めている。したがって，違法排除説に馴染まないと速断することはできない。しかしながら，Miranda 法理は，身体拘束下の取調べ状況には強制的な雰囲気が内在しているという前提に基づいている。そのため，この雰囲気を打破する上で効果的な Miranda 告知を欠いた場合には，「供述の強制が

---

706 他方で，弁護人依頼権の保障範囲に着目すると，Miranda 判決は Escobedo 判決の射程を狭めたとも解し得る。Escobedo 判決は，修正第 6 条の弁護人依頼権を被疑者取調べに拡大した。しかしながら，Miranda 判決は，修正第 5 条の自己負罪拒否特権を保障するための「弁護人依頼権」を創出したのである。Escobedo 判決の趣旨をそのまま踏襲すれば，Miranda 判決においても修正第 6 条の弁護人依頼権を根拠として取調べ立会権を認めることができたように思われる。しかしながら，連邦最高裁は，このような手法を採らなかった。このことは，事実上，Escobedo 判決の射程を狭めたといえよう（もっとも，田宮・前掲注（78）342 頁は，「弁護権は黙秘権にとってかわられたのでも，また黙秘権の中に埋没してしまったのでもなく，捜査（尋問）においては，両者は融合して一体化すると解すべき」であると指摘する。いずれにしても，この点は今後の検討課題としたい。）。

その後, 1972 年の Kirby 判決が, 修正第 6 条が保障される「すべての刑事上の訴追（all criminal prosecutions）」の意義について，「公式な告発（formal chaege），予備審問，大陪審による起訴状又はアレインメントのいずれによろうとも，当事者対立的刑事司法手続（judicial criminal proceeding）が開始されたとき」と解したことは，既に述べた通りである（Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682, 688 (1972)）。

707 渥美東洋『捜査の原理』（有斐閣，1979 年）233 頁，関口・前掲注（268）80 頁を参照。

708 日本では，憲法の立場からも，違法排除説に立っていると説明されることがある。たとえば，芦部信喜編『憲法Ⅲ―人権（2)』（有斐閣，1981 年）216 頁〔杉浦泰雄執筆〕等を参照。

あった」と擬制しているのである。このように考えれば，Miranda 判決は，証拠使用の一面では違法排除説に馴染むものの，証拠採取の一面では任意性説（あるいは黙秘権を重視する人権擁護説）に馴染むのである。そして，デュー・プロセス条項を根拠とするアメリカの自白法則が，修正第 5 条の自己負罪拒否特権と交差し，より強固な憲法上の法理となったと理解することができる。

他方で，Miranda 判決は，大きな矛盾を抱えている。身体拘束下の取調べに内在する強制的な雰囲気を指摘し，これを打破するために弁護人が立ち会うことを重視しながら，弁護人不在の中で被疑者が自己の権利を放棄することを認めているのである[709]。そのため，権利放棄が任意に行われた否かを判断する際には，事情の総合説に依拠せざるを得ない[710]。また，Miranda 判決において用いられた「身体拘束下」等の文言は，解釈の余地を残すものであった。そのため，Miranda 法理の射程を狭めるような判例と直面することになった。

さらに，最も大きな問題は，Miranda 告知を欠いた場合や，告知後に被疑者が権利行使を希望しているにも関わらず取調べを継続した場合に，供述が排除される根拠を明らかにしていない点である[711]。換言すれば，Miranda 法理と修正第 5 条の関係を明確に判示していないのである。そのため，Miranda 判決以後，Miranda 法理を「予防法則（prophylactic rules）」と位置づける判例も散見された[712]。ところが，2000 年の Dickerson 判決は，Miranda 法理が憲法上の法理（constitutional rule）であることを再確認し，取調べを憲法上の法理によって規制することを改めて承認した。もっとも，連邦最高裁は，2000 年の Dickerson 判決以後も，Miranda 法理を予防法則として位置づけている[713]。この点について，Chavez

---

709 実際に権利行使する被疑者は極めて少ない。Cassell & Hayman, *supra* note 539, at 859; Leo, *supra* note 540, at 276.

710 North Carolina v. Butler, 441 U.S. 369, 374-375 (1979).

711 WHITE, *supra* note 89, at 55-56.

712 Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433, 444 (1974). *See also,* New Jersey v. Portash, 440 U.S. 450, 459 (1979); New York v. Quarles, 467 U.S. 649, 654 (1984); Connecticut v. Barrett, 479 U.S. 523, 528 (1987); Withrow v. Williams, 507 U.S. 680 (1993).

713 *See* Chavez v. Martinez, 538 U.S. 760, 770-773 (2003). この事案は，Miranda 告知を受けないまま捜査官 Chavez による取調べを受けた被上告人 Martinez が，修正第 5 条の黙秘権と修正第 14 条のデュー・プロセスを侵害されたとして，連邦法典第 42 巻 1983 条（42 U.S.C. §1983）に基づいて訴訟を提起したものである。もっとも，Martinez は刑事訴追されておらず，その供述が自己に不利益な証拠として用いられることもなかった。連邦最高裁は，Miranda 告知を欠いた取調べにおいて供述の強制があったとしても，その供述が刑事事件において本人に不利益に使用されなければ，黙秘権を侵害したことにはならず，専ら修正第 14 条のデュー・プロセス違反の有無が問われるのみであると判示した。Chavez 判決は，Miranda 法理の解釈・適用に直接言及している訳ではないため，ここでは措くこととする。

Chavez 判決の紹介として，安井哲章「アメリカ刑事法の調査研究（102）―Chavez v. Martinez, 71 U.S. L. W. 4387 (May 27, 2003)」比雑 38 巻 4 号（2005 年）319～332 頁，小早川義則「最近の判例―Chavez v. Martinez, 538 U.S. 760 (2003)」米法 2005 巻 1 号（2005 年）145～152 頁，小川佳樹「自己負罪条項と合衆国法典 42 編 1983 条の損害賠償責任―Chavez v. Martinez, 123 S. Ct. 1994 (2003)」早法 38 巻 2 号（2005 年）274～

判決は Dickerson 判決の趣旨と異なることを判示したのではないかという指摘も存在する[714]。しかしながら，Chavez 判決は，Dickerson 判決の趣旨を否定せずに，Miranda 法理を予防法理であると位置づけている。そのため，少なくとも連邦最高裁は，Miranda 法理が憲法上の地位を有することと，これが予防法則であることは矛盾しないと考えているのではなかろうか。Miranda 判決は，何らかのルールによって修正第 5 条の自己負罪拒否特権を実効的に保障することが憲法の要求であると解した[715]。そして，そのルールとして，さしあたり Miranda 法理を要求した。そのため，Miranda 法理と同等に効果的な代替措置が講じられれば，Miranda 法理が代替され得る。このことは，Miranda 判決自身が認めている通りである。仮に Miranda 法理自体が他のもので代替されたとしても，連邦最高裁による憲法解釈―すなわち，修正第 5 条は，自己負罪拒否特権自体の保障のみならず，これを実効的に保障するための明確なルールも要求しているとする解釈―が否定される訳ではない。

このような憲法解釈は，憲法解釈論上，次のように位置づけることができる[716]。Dworkin は，法理学の観点から，2 つのモデルを示したことがある[717]。1 つは，法規範（rule）のみでは唯一の結論が示されない場合，裁判官は，自らの規準に基づいて法解釈を行うことはできず，全法体系の原理（principle）を探求し，その指示するところに従って法解釈を行う義務を負うという考え方である。もう 1 つは，法規範のみでは唯一の結論が示されない場合，裁判官は，法規範の拘束を免れ，自らが最善であると考える規準に基づいて法解釈を行う裁量を有するという考え方である。このうち，裁判官の裁量に基づいて，新たな法原理を定立するような法解釈・法創造として，4 つの類型を挙げることができる。日本国憲法下で考えると，典型的な類型は，(1) 憲法第 77 条の規則制定権に基づき，具体的な裁判において法解釈という形で規則と同様の効果を導く場合である。たとえば，特別抗告について刑訴法第 411 条の準用を認めた最高裁決定のような場合である[718]。次に，(2) 法規範が権利を認めながら，これが侵害された場合の救済手段が講じられていない場合に，必要な限度で法解釈・法創造を行い，救済を図る場合が考えられる。たとえば，憲法第 37 条第 1 項の「迅速な裁判を受ける権利」が侵害されたとして，刑事手続を「打ち切るという非常の救済手段を用いることが憲法上要請されるものと解すべきである」とされた高田事件のような場合である[719]。さらに，(3) 法解釈・法創造により，将来の権利侵害を予防するための手段を事前に講じる場合が考えられる。たとえば，違法収集証拠排除法則の定立であ

---

286 頁，大野正博「ミランダ告知を欠いた取調べと合衆国憲法修正 5 条：Chavez v. Martinez, 538 U.S. 760 (2003)」朝日 33 号（2006 年）74～44 頁がある。

714 *E.g.*, KAMISAR ET AL., *supra* note 13, at 696.

715 後藤昭『捜査法の論理』（岩波書店，2001 年）171 頁。

716 以下の記述は，香城敏麿『憲法解釈の法理』（信山社，2004 年）5～20 頁を参照した。

717 Ronald M. Dworkin, *The Model of Rules,* 35 U. CHI. L. REV. 14, 32-40 (1967).

718 最大決昭和 37 年 2 月 14 日刑集 16 巻 2 号 85 頁。なお，香城敏麿「刑事裁判と英米法」ジュリ 600 号（1975 年）332～333 頁を参照。

719 最大判昭和 47 年 12 月 20 日刑集 26 巻 10 号 631 頁。

る[720]。そして，最後に，(4) 権利を擁護するための有効な保護手段が講じられていない場合に，法解釈によって保護手段を定立する場合が考えられる。たとえば，第三者の所有物を没収する場合に，所有者の財産権を充分に保護するために，所有者に対して事前に告知・弁解・防禦の機会を与える必要があるとした第三者所有物没収事件のような場合である[721]。

Miranda 判決は，これらの 4 つの類型のうち，(4) 保護手段を定立する場合に該当するものである。すなわち，「権利の性質又は権利侵害の態様によっては，単に事後的な救済手段を設けるだけでは権利の保護にとって不十分であって，保護手段を講ずる必要のある場合がある。このような場合の保護手段は，原則として権利の付与に内在しているものと見るべきであって，法規範にこれが欠けているときには，法解釈により合理的な限度でこれを補完することが許されるといいうる[722]」のである[723]。

Miranda 法理と修正第 5 条の関係を，以上のように理解すれば，Miranda 法理が憲法上の地位を有することと，これが予防法則であることは矛盾しないことになるであろう。そして，このような観点から修正第 5 条を解釈し，Miranda 法理を憲法上の法理として導いたことこそ，Miranda 判決の重要な意義であろう[724]。

ところで，日本国憲法第 38 条第 1 項は，修正第 5 条に由来するものである[725]。また，本稿が比較対象とする韓国でも，憲法の黙秘権条項は修正第 5 条に由来すると理解されている[726]。そのため，修正第 5 条を上記のように解釈した Miranda 判決は，両国の取調べ規制

---

720 最一判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 巻 6 号 1672 頁。

721 最大判昭和 37 年 11 月 28 日刑集 16 巻 11 号 1593 頁。

722 香城・前掲注（716）19 頁。

723 *See also,* Francis A. Allen, *The Judicial Quest for Penal Justice—The Warren Court and the Criminal Cases*, 1975 U. ILL. L. F. 518, 526 (1975); Strauss, *supra* note 683, at 195. 高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』（現代人文社，2003 年）32 頁，佐藤隆之「被疑者取調べの適正化」法教 1370 号（2009 年）102～105 頁，葛野尋之「被疑者取調べ適正化の現在」法時 85 巻 9 号（2013 年）57 頁，渕野貴生「取調べ可視化の権利性と可視化論の現段階」法時 85 巻 9 号（2013 年）63 頁も併せて参照。

724 既に，Miranda 判決は自己負罪拒否特権と自白法則を交差させたと指摘した。このことも，連邦最高裁による法創造機能の説明に資するものであると思われる。すなわち，アメリカの自白法則は，その根拠や沿革故に，裁判所による一定の法創造機能を前提とする。したがって，このような自白法則と自己負罪拒否特権を交差させ，あるいはパラレルに捉えることは，「憲法解釈」の枠を超えることを当然に含意していたように思われる。これに対して，日本の憲法は，黙秘権に関する規定と自白法則に関する規定が並んで規定されている。したがって，日本の憲法は，Miranda 判決が行った法創造の理論的基礎を，制定当時から有しているともいえる。この点については，改めて検討したい。

725 法曹協会編『註解日本国憲法（上)』（有斐閣，1953 年）660 頁，小坂井久「第 38 条第 1 項」憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社，1997 年）412～458 頁等。

726 김택현「묵비권에 관한 고찰」법조 30 권 4 호（1981 년）1～2 쪽（キムテクヒョン「黙秘権に関する考察」法曹 30 巻 4 号（1981 年）1～2 頁），신대철「피고인의 진술거부권」정책과학논총 12 권（1996 년）300 쪽（シンデチョル「被告人の陳述拒否権」政策科学論叢 12 巻（1996 年）300 頁）.

を考える際に，現在でも重要な意義を有する。そこで，次編では，韓国が Miranda 判決をどのように継受し，これを変容させたかについて概観する。そして，日本における取調べの憲法的規制を検討する際の足がかりとする。

第 3 編　韓国における被疑者取調べの憲法的規制

第 1 章　韓国刑事訴訟法の史的展開

第 1 節　韓国現行刑事訴訟法制定前史―朝鮮刑事令を中心に―

刑訴法研究において，比較の対象として韓国を検討する際に不可欠なのが，1912 年の「朝鮮刑事令」（1912 年制令第 11 号）である[1]。本節では，現行刑訴法の制定前史として，「朝鮮刑事令」が発布されるまでの変遷を簡単に記す[2,3]。

韓国の法制度に日本が大きな影響を及ぼし始めたのは，日露戦争直前であった。1904 年 2 月，日本は大韓帝国に軍隊を送り，ロシア帝国との戦争を開始した。朝鮮半島が戦場となる中で，日本は「日韓議定書」を結び，大韓帝国における軍事行動の自由と内政干渉の権利を承認させた。続いて，同年 9 月，大韓帝国の財政及び外交を支配する「第 1 次日韓協約」が調印された。この協約に基づいて，日本人による顧問政治がはじまった。さらに，1905 年 11 月，伊藤博文が日本軍を出動させ，「第 2 次日韓協約」（乙巳保護条約）を調印した。翌年の 1906 年 2 月，日本は統監府を設置し，初代統監に伊藤博文を任命した。統監は，外交を管理し，日本人顧問を監督下に置き，皇帝に謁見する権利を与えられ，内政に強力な干渉を行った。これにより，統監政治がはじまった。1907 年 7 月，伊藤博文はハーグ密使事件[4]を理由として，高宗（고종）を強要して譲位させ，第 27 代王として純宗（순종）

---

1 「歴史の産物」と称されることもある韓国刑訴法を理解する上では，現行刑訴法と連続性を有する朝鮮刑事令まで遡る必要がある（신동운「일제하의 예심제도에 관하여―그 제도적 기능을 중심으로―」서울대학교법학 27 권 1 호（1986 년）151 쪽（シンドンウン「日帝下の予審制度に関して―その制度的機能を中心として―」ソウル大学校法学 27 巻 1 号（1986 年）151 頁））。

2 周知の通り，日韓関係の史実を巡っては，様々な見解が対立している。そのため，日韓両国の文献の中でも，史実の捉え方や整理に若干の差異がみられる。このような歴史認識の差異を最小限にするため，本稿における史実は，高翔龍『韓国法〔第 2 版〕』（信山社，2010 年）14～30 頁に大きく依拠した。また，適宜，以下で引用した文献を用いて補足説明を行った。

3 朝鮮刑事令に関する詳細な邦語文献として，氏家仁「朝鮮刑事令の捜査関連規定のあらまし（1）（2・完）―逐条的解説・検討を中心として―」比雑 46 巻 3 号（2012 年），46 巻 4 号（2013 年），氏家仁「朝鮮刑事令の公判手続関連規定のあらまし（1）（2・完）―逐条的解説・検討を中心として―」比雑 47 巻 1 号，47 巻 2 号（いずれも 2013 年）がある。

4 オランダの Den Haag で開かれた第 2 回万国平和会議に，皇帝の全権委任状を受けた李相卨（이상설）等 3 名の密使が参加し，世界各国に第 2 次日韓協約（日韓保護条約）の無効を訴え，外交権を回復しようと試みた事件である。同事件は，日韓関係史研究において，近年改めて注目を集めている。代表的な研究として，森山茂徳『日韓併合』（吉川弘文館，1992 年），海野福寿『韓国併合史の研究』（岩波書店，2000 年），村瀬信也「1907 年ハーグ平和会議再訪―韓国皇帝の使節（上）（下）」外交フォーラム 227 号，228 号（いずれも 2007 年），村瀬信也「1907 年ハーグ密使事件の遺産」上智大学法学会編『上智大学法学部創設五十周年記念 変容する社会の法と理論』（有斐閣，2008 年）217～246 頁，

を即位させた。また，同月，「第 3 次日韓協約」を調印し，日本統監府に司法権が帰属することになった。このように，日本の勅令が統監府令として適用され，立法権も日本人顧問によって厳しく統制され，大韓帝国は完全に日本の支配下に入った[5]。

このような中で，新聞紙法（1907 年法律第 1 号），保安法（1907 年法律第 2 号）等の弾圧法や，警察犯処罰令（1908 年統監府令第 44 号）が制定された。これらの法律の中には治安妨害行為が定められ，植民地統治を図る法的・制度的な基本的枠組が整備された[6]。また，日韓併合の前年にあたる 1909 年 7 月には，「韓国司法及ヒ監獄事務委託ニ関スル日韓覚書」を通じて，「韓国ノ司法及監獄事務ヲ完備シタルコトヲ認ムルトキマデ韓国政府ハ司法及監獄事務ヲ日本政府ニ委託スルコト」（同第 1 条）を定めた。さらに，同年 11 月には，「統監府裁判所令」や「統監府裁判所司法事務取扱令」，「韓国人ニ対スル司法ニ関スル件」等を定めた[7]。その他にも，警察事務に対する委託を覚書化することによって，朝鮮内の司法権，行刑権及び警察権を完全に掌握した[8,9]。

これらの法的基盤を形成した後に，1910 年 8 月，制令第 1 号として「朝鮮ニオケル法令ノ効力ニ関スル件」を公布した。日本は，このような中で，同月に，日本軍の厳しい警備

片山慶隆「ハーグ密使事件・第三次日韓協約をめぐる日英関係」一法 8 巻 1 号（2009 年）44～47 頁等を参照。

5 高翔龍・前掲注（2）14～27 頁。

6 高翔龍・前掲注（2）21 頁。新聞紙法は，日本の新聞紙条例を母法としたものである。また，保安法は，日本の治安維持法を母法にしたものである。保安法は，高宗王の譲位と軍隊解散をめぐる韓国民の反日蜂起に対し，秩序維持を図るために，集会・結社及び不穏な言動を禁止することを主要内容とした。たとえば，保安法第 1 条は「内部大臣ハ安寧秩序ヲ保持ノ為メ必要ノ場合ニ結社ノ解散ヲ命スルコトヲ得」と規定し，第 2 条は「警察官ハ安寧秩序ノ為メ必要ノ場合ニ集会又ハ多衆ノ運動或ハ群衆ヲ制限・禁止又ハ解散スルコトヲ得」と規定していた。

警察犯処罰令は，日本の警察犯処罰令を母法としたものであり，1912 年に警察犯処罰規則として施行された。同規則第 1 条は，軽犯罪に該当する行為を 87 項目定めていた。たとえば，「不穏ノ演説ヲ為シ又ハ不穏ノ文書，図画，詩歌ノ掲示，頒布，朗読若ハ放味ヲ為シタル者」（第 20 号），「流言蜚語又ハ虚報ヲ為シタル者」（第 21 号），「故ナク官公署ノ召喚ニ応セサル者」（第 30 号）等である。これらを処罰の対象とすることで，朝鮮人の不穏な動きに対する警察力の行使を可能にしたとされている（以上，高翔龍・前掲注（2）21 頁）。

7 성경숙「일제강점초기 조선의 형사사법구조—조선형사령을 중심으로—」성균관법학 24 권 2 호（2012 년）360 쪽（ソンギョンスク「日帝強占初期朝鮮の刑事司法構造—朝鮮刑事令を中心に—」成均館法学 24 巻 2 号（2012 年）360 頁）.

8 高翔龍・前掲注 (2) 20 頁。なお，この頃の日本による朝鮮の司法権獲得過程については，小川原宏幸「日本の韓国司法権侵奪過程—『韓国の司法及監獄事務を日本政府に委托の件に関する覚書』をめぐって—」明治大学大学院文学研究論集 11 号（1999 年）89～106 頁を併せて参照。

9 日韓併合後の植民地統治において，警察権が重要な役割を果たしたことは想像に難くない。朝鮮近代史研究等でも，この時代の警察は「朝鮮総督政治の核心」等と表現され，積極的に研究されている。代表的なものとして，松田利彦『日本の朝鮮植民地支配と警察—1905～1945 年—』（校倉書房，2009 年）等がある。

の中で「韓国併合ニ関スル条約」を調印した。また，「韓国ノ国号ヲ改メ朝鮮ト称スル件」（勅令第 318 号）によって，大韓帝国は朝鮮に改称された。続けて，同年 9 月に「朝鮮総督府官制」（勅令第 354 号）を公布し，統治機構として朝鮮総督府を設置すると同時に，陸軍大将寺内正毅を初代の朝鮮総督に任命した。このようにして，日本による植民地統治が始まった[10,11]。

続いて，1911 年に「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル件」（法律第 30 号）を公布し，植民地統治法制の基盤を築き上げる。これにより，朝鮮において法律が必要な事項を朝鮮総督の命令で規定できるようにし，それを「制令」と称した。制令は，日本の植民地統治法制の中枢であり，重要な事項については制令をもって規制した。すなわち，「朝鮮ニ於テハ法律ヲ要スル事項ハ朝鮮総督ノ命令ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ得」という規定を設けると同時に（同第 1 条），日本の法律の中で，その「法律ノ全部或ハ一部ヲ朝鮮ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」（同第 4 条）とし，総督の立法権を法制化した[12]。これにより，総督は，政務に関しては総理大臣を経て天皇の裁可を受けることになった。他方で，台湾総督が総理大臣の監督を受けるのとは異なり，朝鮮総督は，事実上総理大臣の監督を受けずに，行政権，軍隊統帥権，立法権，司法権を掌握することになった。

以上のような植民地統治法制を整えた上で，1912 年に「朝鮮刑事令」（制令第 11 号）が制定・施行された[13]。同令第 1 条は，「刑事ニ関スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル」と規定し，日本の刑法，刑法施行令，爆発物取締罰則，刑事訴訟法等，12 の刑事法を朝鮮に適用した。しかしながら，実際には多くの例外が認められていた。すなわち，植民地特例として，植民地統治の効率性と訴訟経済のために，人権保障規定が排除されたり，手続の迅速化を図るために強制権限が強化される等，日本の刑訴法とは異なる法を「依用」することになったのである[14]。たとえば，検事及び司法警察官は，予審判事に準じた強制捜査権限を与えられていた[15]。すなわち，検事及び司法警察官は，現行犯の場合には，予審判事の強制権限を付与されていた（朝鮮刑事令第 11 条）。

---

10 李範燦・石井文廣編『大韓民国法概説』（成文堂，2008 年）7～8 頁〔李範燦執筆〕。

11 なお，韓国においては，この時期を「日帝期」（일제기）あるいは「日帝強占期」（일제강점기）と称するのが一般的である。

12 高翔龍・前掲注（2）22 頁。なお，大日本帝国憲法では，基本権は法律によらなければ制限することができなかった。これに対して，朝鮮では，朝鮮総督の命令である制令によって，基本権を制限し得ることとなった（金哲洙『韓国憲法の 50 年―分断の現実と統一への展望―』（敬文堂，1998 年）87 頁）。

13 1912 年 3 月 18 日に公布され，同年 4 月 1 日に施行された。

14 성경숙・前掲注（7）362～363 頁。植民地統制の効率性等を重視した特例は，韓国では「毒素条項（독소조항）」と称されている。当時の朝鮮や現在の韓国において，朝鮮刑事令を介して日本法に依ることは，「依用」と称されている。詳細は，氏家・前掲注（8）「捜査あらまし（1）」343～344 頁を参照。

15 신동운『신형사소송법〔제 3 판〕』（법문사，2011 년）190～191 쪽（シンドンウン『新刑事訴訟法〔第 3 版〕』（法文社，2011 年）190～191 頁），성경숙・前掲注（7）364～366 頁等。

また，検事及び司法警察官は，現行犯ではない場合であっても，急速な処分を要する場合であれば，公訴提起前に限り，令状を発付して，検証・捜索・差押をしたり，被告人又は証人を尋問したり，鑑定を命ずることができた（同令第 12 条）[16,17]。さらに，司法警察官は，朝鮮刑事令第 11 条及び第 12 条によって被告人を訊問した後，「禁錮刑以上の刑に該当すると思料するときは，14 日を超えない期間で，留置すること」が認められていた（同令第 13 条）。これらの規定によって，捜査機関は，身体拘束をはじめとする予審判事に準じた強制捜査を行うことができた[18]。

その他に，このような強制捜査に基づいて捜査機関が作成した調書に証拠能力を付与したり（同令第 14 条）[19]，被告人の弁護人が上訴手続を代理して行うことを禁止する（同令第 28 条）等，捜査の便宜・合理性や訴訟経済の観点から，被告人の権限が制限されていた。

既にみたように，日本は，1909 年に警察権を掌握していた。そのため，このような強制処分権限を捜査機関に認めた朝鮮刑事令は，朝鮮人に対する差別的刑事法としての機能を果たすことになった[20]。この時に韓国に依用された日本の刑訴法は，1890 年にナポレオンの治罪法を模倣して制定されたフランス法体系の刑事訴訟法典であった。したがって，韓国は，この時点で初めて，大陸法系の刑訴法を継受することになった[21]。その後，1922 年に日本の刑訴法がドイツ刑事訴訟法（1877 年）の影響下に再び制定された際には，朝鮮刑事令が政令第 14 号によって改正され，いわゆる大正刑訴法が依用された[22]。

周知の通り，1945 年 8 月 15 日，日本の敗戦によって朝鮮の植民地統治は終わった。そして，大韓民国政府が樹立された。しかしながら，大正刑訴法は，韓国の現行刑訴法が 1954 年に公布・施行されるまで依用されることになる。以下では，現行刑訴法の制定過程と，現在までの主たる改正を概観し，2007 年の大改正へと至る経緯を確認したい。

---

16 但し，罰金・科料・費用賠償の宣告をする権限は除外されていた。

17 朝鮮刑事令は，第 12 条第 1 項で検事に関する強制処分権限を付与し，同条第 2 項によって司法警察官に準用した。

18 その後，朝鮮刑事令第 13 条第 1 項に基づく司法警察官の「独自留置権」は，1922 年に大正刑訴法を依用することによって，10 日間に改められた。詳細は，第 2 章第 3 節第 7 款第 1 目「韓国における『代用監房』問題とその沿革」を参照。

19 この点については，現行刑訴法上の調書の証拠採用要件と関連して，次章で改めて触れる。

20 高翔龍「韓国法の歴史」北法 48 巻 4 号（1997 年）221 頁，李範燦ほか・前掲注（10）8 頁〔李範燦執筆〕，高翔龍・前掲注（2）22 頁。

21 성경숙・前掲注（7）362 頁。

22 朝鮮刑事令は，1912 年の制令第 11 号以降，1945 年までに計 12 回に亘って改正されている。朝鮮刑事令が依用されていた時期は，（1）明治刑訴法の依用期，（2）大正刑訴法の依用期，（3）1944 年の戦時体制下の刑事手続の運用期に分類することができる（신동운・前掲注（1）151 頁注（9）を参照）。戦時体制下では，日本と同様に，若干の修正が加えられていた。

第 2 節　韓国憲法及び刑事訴訟法の制定と現在までの主たる改正

第 1 款　韓国制憲憲法の制定過程

第 1 目　韓国制憲憲法の制定前史

1897 年 10 月，当時の朝鮮は，年号を光武（광무）と定め，大韓帝国を樹立した。そして，大韓国国制（대한국국제）を制定した。これは，韓国初の成文憲法であると評されることもある[23]。しかしながら，全 9 条から成る大韓国国制は，朝鮮王の権限や統治に関する規定を設ける一方で，人権規定を設けていなかったため，完全な成文憲法典であるとは言い難いものであった[24,25]。その後，日韓併合期の 1919 年 3 月 1 日，いわゆる 3・1 独立運動が起こった。その結果，大韓民国議会と上海臨時政府，漢城政府が統合し，大韓民国臨時政府が成立した。臨時政府は，同年 4 月 11 日に，全 10 条から成る大韓民国臨時憲章（以下，「臨時憲章」と称する。）を制定した。臨時憲章は，独立後に適用される憲法として制定されたものであり，暫定的な憲法であった[26]。全 10 条から成る臨時憲章のうち，第 4 条は，「大韓民国ノ人民ハ，信教言論著作出版結社集会信書住所移転身体及ビ所有ノ自由ヲ享有スルコト」と規定し，人身の自由を規定していた。また，第 9 条は，生命刑，身体刑，公娼制の禁止を規定していた[27]。その後，同年 9 月 11 日に，大韓民国臨時政府憲法（以下，「臨時憲法」と称する。）が制定された[28]。臨時憲法は，大統領制を基礎とした国家統治に関する規定を中心とするものであった[29]。そして，第 2 章で，人民の権利と義務を規定し，手続的基本権を明記した。すなわち，第 9 条は，法律によらない逮捕・査察・尋問・処罰を受けない権利（第 1 項）と，法律によらない捜索を受けない権利（第 2 項）を規定していた[30]。しかしながら，臨時憲法は，その後の 5 回に亘る改正の中で，大きく変容すること

---

23 김철수『한국헌법사』（대학출판사，1988 년）16 쪽（キムチョルス『韓国憲法史』（大学出版社，1988 年）16 頁）.

24 장영수「임시정부헌법의 역사적 의미와 대한민국 헌법의 제정」고려법학 57 권（2010 년）217 쪽（チャンヨンス「臨時政府憲法の歴史的意味と大韓民国憲法の制定」高麗法学 57 巻（2010 年）217 頁）.

25 大韓国国制は，大日本帝国憲法を模倣したものであり，特に天皇制に関する考え方を取り入れ，朝鮮王制の絶対的権力を規定したものであった（金哲洙・前掲注（12）53 頁）。その一方で，大日本帝国憲法が規定していた「臣民の権利」は模倣されなかった（同 85 頁）。

26 장영수・前掲注（24）219 頁。

27 ここでは，天賦人権論に立脚していたとされている（金哲洙・前掲注（12）86 頁）。

28 1987 年に全面改正された現行の大韓民国憲法は，その前文で，1919 年に樹立した臨時政府の法的正当性を引き継いでいる旨を宣言している。

29 このときに大統領となったのは，初代大統領の李承晩（이승만）である。

30 金哲洙・前掲注（12）86 頁。なお，臨時憲法の制定に先立つ 1919 年 4 月 14 日，植民地統治に反対してアメリカへ亡命した者が，Philadelphia で第 1 回韓人代表会議（First Korean Congress）を開催していた。ここでは，アメリカ型の人権論に基づいた決議案が採択された。臨時憲法は，この決議案を臨時憲章に加味したものであるとされている（同 85～86 頁）。

になる。第 2 次改憲では，人民の権利と義務に関する規定が削除された。第 3 次改憲でも，人民の権利と義務に関する規定を欠いたままであり，この改憲によって裁判所に関する規定も削除された。第 5 次改憲によって，ようやく基本権や裁判所に関する規定が復活した。これは，植民地統治が終わる 1 年半前の 1944 年 4 月 22 日のことであった[31]。

以上のように，臨時憲法は，主に組織法的な側面が強かった。また，大韓民国臨時政府が国際的に承認されることはなかった。そのため，臨時憲法が憲法規範としての役割を果たすことはなかった[32]。また，刑事手続規定について，制憲憲法に大きな影響を与えた形跡も見受けられない。

第 2 目　韓国制憲憲法の制定

1945 年 8 月 14 日，日本がポツダム宣言の受諾を連合国に通告し，8 月 15 日，日本の降伏が国民に公表された。これに伴い，日本による朝鮮植民地統治が幕を閉じた。その直後である 9 月 8 日，アメリカ軍が仁川（인천）へ上陸した。そして，9 月 9 日，「太平洋米国陸軍総司令部布告第 1 号」に基づいて，当時の南朝鮮はアメリカによる統治下に置かれた[33]。さらに，朝鮮半島が北緯 38 度線で南北に分断され，38 度線以南はアメリカによる信託統治を受けることになった[34]。この当時の法令は，主に 3 つに分類することができる[35]。まず，（1）太平洋米国陸軍総司令部布告（Proclamation）である。これは，実質的に憲法に該当する米軍政の最高法規範であった。既に述べた「太平洋米国陸軍総司令部布告第 1 号」も，これに該当する。次に，（2）南朝鮮過渡立法議院法律（Public Act）である。これは，1946 年 12 月 12 日に設置された，米軍政庁の諮問機関に類する南朝鮮過渡立法議院が制定した法律である。最も重要視されたのが，（3）米軍政庁の法令（Ordinance）である。これは，在朝鮮米国陸軍司令官の命令により，米軍政庁軍政長官が発する法律である。米軍政期は，

---

31 장영수・前掲注（24）220～221 頁

32 もっとも，大韓民国臨時憲法に大きな思想的影響を与えた「三均主義」は，その後の韓国憲法や「法統」にも影響を与えているという。「三均主義」とは，「個人間・民族間・国家間の完全な均等と権力・富力・智力（政治・経済・教育）の平等を基本原則とし，これが完全に実現された状態が『世界一家の理想世界』であるとする思想」のことである。「三均主義」に着目して，韓国の憲法原理を検討する先行研究として，國分典子『近代東アジア世界と憲法思想』（慶應義塾大学出版会，2012 年）がある（特に，第 7 章～第 8 章を参照）。

33 한국법제연구회편『미군정법령총람—1945-1948〔국문판〕』（한국법제연구회，1971 년）1 쪽（韓国法制研究会編『美軍政法令総覧—1945-1948〔国文版〕』（韓国法制研究会，1971 年）1 頁）.

34 アメリカによる信託統治については，小野田求「大韓民国の成立と米国の政策」歴史評論 295 号（1974 年）55～70 頁，李相睦「アメリカの信託統治の構想（1）～（4 完）」愛知学泉大学経営研究 16 巻 1 号，16 巻 2 号（2002 年），16 巻 3 号，17 巻 1 号（2003 年），李相睦「第二次世界大戦後アメリカの対韓国［朝鮮］政策〔分断構想〕に関する一考察—アメリカ・ソヴィエト共同委員会と『南・北分断』の固定化を中心として—」名法 181 号（2000 年），188 号（2001 年）等を参照。

35 법제처『헌법주석서 I 〔제 2 판〕』（법제처，2010 년）3～4 쪽（法制処『憲法注釈書 I 〔第 2 版〕』（法制処，2010 年）3～4 頁）.

韓国法の形成時期に英米法的要素が部分的に導入されるきっかけとなった。後述する刑事訴訟法改正も，米軍政庁法令第 176 号によって行われた。

1948 年 5 月 10 日，米軍政法令 175 号として公布された国会議員選挙法に基づいて，国連の監視下で 198 人の国会議員が選出された[36]。そして，同年 5 月 31 日，いわゆる「制憲国会」が開かれ，憲法制定作業が開始された[37]。同年 6 月 3 日には，憲法起草委員 30 名と専門委員 10 名から成る憲法起草委員会が設けられた[38]。憲法起草委員会では，兪鎭午（유진오）委員案を中心として，権承烈（권승렬）委員案を参考案として，討議が行われた[39]。両委員の草案は，いずれも政府形態として議院内閣制を規定していた。しかしながら，一院制議会と大統領制を強く主張する李承晩国会議長の意見が反映され，6 月 23 日に国会本会議に上程された[40]。その後，6 月 30 日に第 1 読会が，7 月 11 日に第 2 読会が，7 月 12 日に第 3 読会が，それぞれ終了した[41]。そして，1948 年 7 月 17 日，一院制議会と大統領制を主要骨子とする大韓民国憲法（制憲憲法）が公布・施行された[42,43]。

ところで，米軍政が制憲憲法の制定に与えた影響が関心事となる。この点は，現在の韓国憲法学においても，議論が盛んな論点の 1 つである。後述するように，制憲憲法の制定に先立つ 1948 年 3 月 20 日，米軍政令第 176 号「刑事訴訟法の改正」によって，令状主義を軸とする英米法体系の刑事訴訟法が韓国に導入された。これを受けて，制憲憲法第 9 条は，令状主義を規定した。このような観点からは，米軍政が制憲憲法に与えた影響を一定程度認めることができる。

しかしながら，米軍政の影響は，それほど直接的ではなかったという評価もある[44]。これは，アメリカによる対日政策が日本の民主化や非軍事化等の明確な目的を持って行われた

---

36 この選挙では，親日派に選挙権・被選挙権を認めず，選挙人に自ら登録させる等，アメリカ式の選挙制度を採択したとされている（金哲洙・前掲注（12）12 頁）。

37 허영『한국헌법론〔전정 9 판〕』（박영사，2013 년）99 쪽（ホヨン『韓国憲法論〔全訂 9 版〕』（博英社，2013 年）99 頁）.

38 憲法起草委員会委員長は徐相日（서상일）であり，副委員長は李允榮（이윤영）であった。専門委員 10 人は，兪鎭午（유진오），高秉國（고병국），任文桓（임문환），權承烈（권승렬），韓根祖（한근조），盧鎭卨（노진설），盧龍鎬（노용호），車潤弘（차윤홍），金龍根（김용근），尹吉重（윤길중）であった（법제처・前掲注（35）5 頁注（6））。

39 허영・前掲注（37）99 頁。

40 허영・前掲注（37）99～100 頁。

41 金哲洙・前掲注（12）13 頁。

42 制憲憲法の詳細な制定過程については，國分典子「韓国憲法裁判制度の変遷とアメリカ式違憲審査制」大沢秀介・小山剛編『東アジアにおけるアメリカ憲法―憲法裁判の影響を中心に』（慶應義塾大学出版会，2006 年）47～65 頁を参照。また，制憲憲法の制定に大きな役割を果たした兪鎭午の民主主義観に着目し，制憲憲法の基本精神を追求するものとして，國分・前掲注（32）245～298 頁がある。

43 同年 7 月 20 日，憲法の規定に基づき，国会による間接選挙が実施され，国会議長の李承晩が初代大統領に選出された。

44 木宮正史『国際政治の中の韓国現代史』（山川出版社，2012 年）22 頁。

のに対して，対南韓政策は当初から明確な目的がなかったためである。そのため，韓国の米軍政は，ドイツや日本に進駐した米軍政より，はるかに現状維持的態度で臨んだといわれている[45]。実際に，1945 年 10 月 9 日米軍政法令第 11 号によって，政治犯処罰法や予防検束法，治安維持法，出版法，思想犯保護観察令等が廃止されたものの，法令一般の効力は代替法令の制定まで暫定的に維持された（米軍政法令第 21 号)。また，専門委員の中で唯一の憲法学者である兪鎭午が，ドイツ憲法を基礎とした憲法観を有していたことも影響しているかもしれない[46,47]。実際に，連邦憲法修正第 5 条及び修正第 14 条に由来する「適法手続条項」は，民主化に伴って改正された 1987 年の現行憲法まで，憲法に存在しなかったのである。本稿の射程を大きく超えるため，詳細な検討は措くものの，制憲憲法へのアメリカの影響は，日本国憲法への影響と比べると，大きなものではなかったといえよう。

第 2 款　現行憲法の成立

第 1 目　現行憲法の誕生

制憲憲法が制定された後，韓国憲法は，現行憲法（1987 年 10 月 27 日に改正された「第 6 共和国憲法」である。）に至るまでの間に，計 9 回の改正を経験した。これらの改正の多くは，李承晩（이승만）大統領や朴正熙（박정희）大統領による独裁体制・軍事政権の維持・強化を目的とするものであった。韓国憲法の改正の沿革は，韓国近現代史と両輪を成すのである。後述する刑事訴訟法の制定過程と関連する部分もあるため，各改正とその当時の政治情勢を簡単に辿る[48]。

第 1 次改正憲法は，1952 年 7 月 4 日に国会で可決され，7 月 7 日に公布された。これに先立って，1950 年 5 月に行われた第 2 代国会総選挙では，野党が圧勝をみせた。そのため，間接選挙によって李承晩が再選を果たすことが困難になっていた。このような中で，李承晩は，大統領・副大統領を直接選挙で選出し，両院制議会を導入することを骨子とした憲法改正案を国会に提出した。しかしながら，野党が多数を占める国会は，同改正案を否決した。その後，野党は，議院内閣制を骨子とする憲法改正案を提出した。これを受けて，与党は，改めて上記改正案と同内容の改正案を提出した。その結果として，両者を折衷した「抜粋改憲」と言われる憲法改正が実現したのである[49]。抜粋改憲を可決するにあたって

---

45 徐勝・韓寅燮「現代韓国の法・政治構造の変動」大久保史郎・徐勝編『現代韓国の民主化と法・政治構造の変動』（日本評論社，2003 年）21～22 頁。

46 유진오『헌법의 기초이론』（명세당，1950 년）83 쪽（ユジノ『憲法の基礎理論』（明世堂，1950 年）83 頁）．なお，同書所収の論文「わが憲法の輪郭―18 世紀の憲法と 20 世紀の憲法」の邦訳は，鈴木敬夫編訳『現代韓国の憲法理論』（成文堂，1984 年）3～18 頁に収められている。

47 國分・前掲注（32）245～298 頁。

48 以下の記述は，金哲洙・前掲注（12）11～80 頁，高翔龍・前掲注（2）78～82 頁を中心としつつ，韓国国家法律情報センターのウェブサイトで閲覧することができる各改正憲法の条文を適宜参照した。

49 以上，高翔龍・前掲注（2）78 頁。

は，戒厳令が宣布されたり，国会議員が強制連行・監禁される等，実力が行使された[50]。1952年7月7日に公布された第1次改正憲法は，国会を両院制とし，大統領と副大統領を直接選挙制によって選出するように規定していた。これによって，李承晩は，国民の直接選挙によって大統領に選出された[51]。

第2次改正憲法は，1954年11月27日に国会で可決され，同年11月29日に公布された。第2次憲法改正は，憲法改正のための必要な議員定足数を充たさず，改憲案が否決されたにも関わらず，与党が「四捨五入」論を主張し，改憲を強行した。そのため，第2次憲法改正は，「四捨五入改憲」と呼ばれている[52]。第2次憲法改正では，初代大統領に限って三選制限を撤廃し，無制限に立候補し得ることを認める等，李承晩の政策を大きく支える内容に修正された。四捨五入改憲も，憲法改正のための必要な議員定足を充たしていない等，違憲的憲法改正であるといわれている。

第3次改正憲法は，1960年6月15日に可決され，即日公布された（いわゆる「第2共和国憲法」である。）。これに先立つ同年3月15日，李承晩大統領は，四捨五入改憲に基づいて不正選挙を敢行した（3・15不正選挙）。これに不満を抱いた国民は，学生を中心に，いわゆる「4月革命」（1960年4月19日）を行い，同月27日には李承晩が下野することになった。その後，同年4月29日から，改正憲法の草案作成作業が開始された。第3次憲法改正は，4月革命の影響もあり，国民の基本権を強化したり，議院内閣制を採用したり，憲法裁判所の新設を明記する等，「民主政治の再建と政治的自由の全面的回復」を骨子としたものであった[53]。

第4次憲法改正は，1960年11月29日，国務総理であった張勉（장면）によって行われた。張勉は，第3次憲法改正によって議院内閣制が採用されたために実権を握っていた。第4次憲法改正は，李承晩政権下で行われた3・15不正選挙に関与した者を処罰し，公民権を制限するためのものであった。また，これらを捜査・処罰するために，特別裁判部と特別検察部が設置された[54]。

第5次改正憲法は，1962年12月26日に公布された（いわゆる「第3共和国憲法」である。）。これは，軍事クーデターによって政権を獲得した朴正熙（박정희）によって行われた憲法改正である。ここでは，国家安全保障による基本権の大幅な制限が認められた。また，任期を4年とし，1回に限って重任を認める大統領中心制を採用し，大統領に権限を集

---

50 この時期は，朝鮮戦争（1950年6月25日～1953年7月27日：休戦中）の最中でもあり，国会は極めて混乱していた。

51 抜粋改憲は，(1) 一事不再議原則に反すること，(2) 公告されていない改正案が国会の自由討論を経ずに可決されたことを理由に，違憲的憲法改正であると評価されている（高翔龍・前掲注（2）78頁）。

52 高翔龍・前掲注（2）79頁。

53 金哲洙・前掲注（12）17～18頁。なお，後述するように，憲法裁判所が実際に設置されることはなかった。

54 高翔龍・前掲注（2）79～80頁。特別検察官制度については，水島玲央「韓国における政治家・高級官僚の不正と特別検察制度」法セミ675号（2011年）42～45頁を参照。

中させた。加えて，国会を再び一院制にし，憲法改正を国民投票に委ねた。この憲法改正は，第 4 次憲法を大幅に改正したものであることから，事実上の新憲法制定であると言われている[55]。

第 6 次改正憲法は，1969 年 9 月 14 日に国会で可決された後，10 月 17 日の国民投票を経て，同月 21 日に公布された。第 6 次憲法改正は，朴正熙が政権を長期化させるため，憲法が 2 期に限定していた大統領の任期を 3 期まで延ばすことを目的としていた。したがって，「三選改憲」と称されている[56]。

第 7 次改正憲法は，1972 年 12 月 27 日に公布された（いわゆる「維新憲法」である。）。維新憲法は，朴正熙の再選を確実にするとともに，大統領の権限を強化するものであった[57]。

これらの憲法改正は，権威主義体制を構築するために，権力者が改正手続を遵守せずに，政治的実力によって改正を断行したものが多い[58]。そのため，その中心となったのは，大統領の選出方法や再任制限，任期に関する規定の改変であった。被疑者・被告人の権利は，主に刑事訴訟法の改正によって制限されることが多かった[59]。朴正熙による独裁政権・軍事政権に対する民衆の不満は，決して小さいものではなかった。そして，この不満が，徐々に民主化への潮流を作り始める[60]。

第 8 次改正憲法は，1980 年 10 月 22 日の国民投票を経て，同月 27 日から施行された（いわゆる「第 5 共和国憲法」である。）。この時期は，朴正熙の暗殺（1979 年 10 月 26 日），国軍保安司令官であった全斗煥（전두환）による軍事クーデター（1980 年 5 月 17 日）等，韓国近現代史においても大きな転換期であった。そして，1980 年 5 月 18 日に光州事件[61]が勃発する等，民主化へ向けた動きがより一層強くなっていた時期でもあった。このような

---

55 高翔龍・前掲注（2）80 頁。なお，朴正熙は，1961 年 6 月 9 日に，大法院判事を全員罷免している（金哲洙・前掲注（12）20 頁）。この点は，「憲法上の基本権保障に対する考え方」と関連して，後述する。

56 高翔龍・前掲注（2）80 頁。

57 維新憲法に関する邦語文献として，長谷川正安「維新憲法と人権」法セミ 299 号（1980 年）2～8 頁，田中良和「『維新憲法』改正の動向と韓国の行方」法セミ 306 号（1980 年）154～155 頁等がある。

58 初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集〔第 3 版〕』（三省堂，2014 年）392 頁〔岡克彦執筆〕。

59 この点については，次款以下で簡単に概要を述べる。

60 民主化への道程やその評価は，本稿の射程を大きく超えるため，割愛した。

61 光州事件は，5・18 事件，光州民主化運動，光州民衆抗争等とも称されている。この事件は，後の大統領である全斗煥率いる軍部が戒厳令を宣布した 1980 年 5 月 18 日から同月 27 日までの間の，光州民衆による反軍部・民主化闘争である。同事件では，軍部と民衆が直接に戦闘し，多くの死傷者や逮捕者を生んだ。この事件は，朴正熙暗殺の契機を作った「釜馬事件」（1979 年 10 月）や，全斗煥による軍事クーデター，学生を中心とした民主化運動の中に位置づけられる。すなわち，朴正熙が暗殺された後も，権力掌握を意図してクーデターを起こした韓国軍と，朴正熙政権から民主化を希求していた国民が直接に対立した事件であり，現代韓国の法や政治構造が転換する起点として理解されている（なお，徐勝ほか・前掲注（45）13 頁を参照）。

中で行われた第 8 次憲法改正は，拘束適否審査制度を復活させたり，無罪推定原則を宣言する等，刑事基本権を重視するものであった。

このような経緯を経て，1987 年 10 月 29 日，現行憲法が公布されることになった（いわゆる「第 6 共和国憲法」である。）。以下，簡単に経緯を辿る。1987 年 1 月 14 日，朴鍾哲（박종철）拷問致死事件が発生した。同事件は，ソウル大学校の学生であり，学生運動家であった朴鍾哲が，他の運動家の居場所について取調べを受け，水攻めを受けて死亡した事件である[62]。さらに，同年 6 月 9 日には，朴鍾哲拷問致死事件に抗議していた李韓烈（이한열）が，警察官が放った催涙弾の破片を頭部に受けて，後に死亡する事件が発生した[63]。このような中，6 月 29 日，当時の与党民政党代表であった盧泰愚（노태우）は，民主化宣言を行った（いわゆる「6・29 民主化宣言」である。）。その後，10 月 12 日に第 9 次憲法改正案が国会で可決され，10 月 27 日の国民投票によって確定し，10 月 29 日に公布された。現行憲法は，1988 年 2 月 25 日から施行され，今日に至る[64]。

第 2 目　現行憲法の概要―刑事人権規定と憲法裁判所の創設を中心に―

現行憲法は，韓国憲政史上，初めて与野党の合意によって誕生した憲法である[65]。この憲法の構成は，以下の通りである。前文，第 1 章「総綱」，第 2 章「国民の権利及び義務」，第 3 章「国会」，第 4 章「政府」，第 5 章「法院」，第 6 章「憲法裁判所」，第 7 章「選挙管理」，第 8 章「地方自治」，第 9 章「経済」，第 10 章「憲法改正」である。全 130 ヶ条及び附則 6 ヶ条から構成されている。現行憲法は，形式的には「憲法改正」によって誕生した。しかしながら，実質的には「新憲法の制定」であると理解されている[66]。また，これまでの憲法が「憲法規範と憲法の現実が乖離した，名目的な憲法」であるとか，権威主義体制を支える道具として「憲法規範自体が悪法」であったと評されるところ，現行憲法は「憲法規範と憲法の現実の乖離を狭め，憲法の規範力を拡大するもの」であるとされている[67]。

1. 現行憲法の刑事人権規定

現行憲法のうち，本稿との関係で重要な点は，(1) 基本権を大幅に強化させたことである[68]。とりわけ，憲法第 12 条は，刑事手続上の権利を詳細に明記している。以下，順次み

---

62 木宮・前掲注（44）109 頁及び注（9）。なお，当初警察は，朴鍾哲の死因を心臓麻痺であると発表していた。その後，同年 5 月 18 日に検死医の告白を「カトリック正義具現全国司祭団」が公表し，その後の「6 月抗争」へと繋がったという（徐勝ほか・前掲注（45）16 頁）。

63 木宮・前掲注（44）109～110 頁及び注（10）。

64 以下，「現行憲法」ないしは「韓国憲法」と言う場合は，断りが無い限り，1988 年 2 月 25 日から施行されている第 9 次改正憲法を指すこととする。

65 법제처・前掲注（35）17 頁。なお，現行憲法の全文の邦訳は，高橋和之編『新版世界憲法集〔第 2 版〕』（岩波文庫，2012 年）349～398 頁〔國分典子執筆〕，初宿ほか・前掲注（58）391～428 頁〔岡克彦執筆〕等を参照。

66 법제처・前掲注（35）17 頁。

67 법제처・前掲注（35）19～20 頁。

68 安部祥太「日韓現行憲法及び現行刑事訴訟法条文対照表・韓国刑事訴訟法改正沿革一覧表―被疑者取調べ関連条文を中心に―」青山ローフォーラム 1 巻 2 号（2012 年）179～

ていく。まず，憲法第 10 条は，第 2 章「国民の権利及び義務」の書き出しとして，「人間の尊厳性，基本的人権の保障」を定める。すなわち，「すべて国民は，人間としての尊厳及び価値を有し，幸福を追求する権利を有する。国家は，個人の有する不可侵の基本的人権を確認し，これを保障する義務を負う。」と規定している。次に，第 11 条「国民の平等，特殊階級制度の否認，栄典の効力」は，その第 1 項で，「すべて国民は，法の前に平等である。何人も，性別，宗教又は社会的身分により，政治的，経済的，社会的及び文化的生活のあらゆる領域において差別されない。」と規定する。

本稿との関係で最も重要なのが，刑事人権規定である第 12 条「身体の自由，自白の証拠能力等」である。第 1 項は，「すべて国民は，身体の自由を有する。何人も，法律によらなければ，逮捕，拘束，押収，捜索又は審問を受けず，法律及び適法な手続によらなければ，処罰，保安処分又は強制労役を科せられない。」と規定し，「適法手続」を規定している。次に，第 2 項は，「すべて国民は，拷問を受けず，刑事上，自己に不利な陳述を強要されない。」として，拷問の禁止及び黙秘権を規定している。第 3 項は，「逮捕，拘束，押収又は捜索をするときは，適法な手続に基づいて検事の申請により法官が発付した令状を提示しなければならない。但し，現行犯人である場合及び長期 3 年以上の刑に該当する罪を犯し，逃亡又は罪証隠滅のおそれがあるときは，事後に令状を請求することができる。」として，令状主義とその例外を規定している。第 4 項は，「何人も，逮捕又は拘束をされたときは，直ちに弁護人の助力を受ける権利を有する。但し，刑事被告人が自ら弁護人を求めることができないときは，法律の定めるところにより，国家が弁護人を付する。」として，弁護人依頼権及び国選弁護人に関して規定している。第 5 項は，「何人も，逮捕又は拘束の理由及び弁護人の助力を受ける権利のあることを告知されない限りは，逮捕又は拘束されない。逮捕又は拘束された者の家族等，法律の定める者には，その理由及び日時，場所が遅滞なく通知されなければならない。」として，身体拘束の理由及び弁護人依頼権の告知と，親族等への逮捕理由等の告知を規定している。第 6 項は，「何人も，逮捕又は拘束されたときは，適否の審査を法院に請求する権利を有する。」として，いわゆる「逮捕・拘束適否審査」を被拘束者の権利として規定している[69]。最後に，第 7 項は，「被告人の自白が，拷問，暴行，脅迫，拘束の不当な長期化又は欺罔その他の方法により，自らの意思で陳述したものでないと認められる時，又は正式な裁判において被告人の自白が本人に不利な唯一の証拠であるときは，これを有罪の証拠とし，又はこれを理由として処罰することができない。」として，自白法則及び補強法則を規定している。刑事人権規定は，日本国憲法と比較して，大きく異なるものではない。

他方，憲法第 27 条は，「裁判を受ける権利，刑事被告人の無罪推定等」を宣言している。すなわち，第 1 項は，「すべて国民は，憲法と法律が定める法官によって，法律による裁判

---

210 頁を併せて参照。

69 逮捕・拘束適否審査を含む身体拘束制度については，第 2 章第 3 節「韓国における身体拘束制度」を参照。

を受ける権利を有する。」として，裁判を受ける権利を規定している。第 2 項は，軍事法院に関する規定である[70]。第 3 項は，「すべて国民は，迅速な裁判を受ける権利を有する。刑事被告人は，相当な理由がない限り，遅滞なく公開裁判を受ける権利を有する。」として，迅速な裁判を受ける権利及び公開裁判を受ける権利を規定している[71]。第 4 項は，「刑事被告人は，有罪の判決が確定されるときまでは，無罪と推定される。」として，無罪推定原則を憲法で宣言している。第 5 項は，「刑事被害者は，法律の定めるところにより，当該事件の裁判手続において陳述することができる。」として，刑事被害者の公判における陳述権を規定している。日本国憲法と比較すると，無罪推定原則や被害者の意見陳述権を明文で規定している点が極めて特徴的である。

さらに，基本権保障との関係で重要な規定として，第 37 条を挙げることができる。第 37 条「国民の自由及び権利の尊重・制限」は，以下のように規定している。すなわち，第 1 項は，「国民の自由及び権利は，憲法に列挙されていないという理由で軽視されない。」と規定している。また，第 2 項は，「国民のすべての自由及び権利は，国家安全保障，秩序維持又は公共の福利のために必要な場合に限り，法律によりこれを制限することができるが，制限する場合であっても，自由及び権利の本質的な内容を侵害することはできない。」と規定している。この点は，後述するように，韓国における基本権保障に対する考え方を大きく反映させたものであるといえそうである。

2. 憲法裁判所の創設

次に，現行憲法を本稿との関係で眺めると，注目すべき点として，(2) 憲法裁判所を新設したことを挙げることができる[72]。法律に対する違憲審査をいかなる機関が担うかについては，制憲憲法の制定時から盛んに議論されていた。制憲憲法の制定当時，兪鎭午は，憲法委員会の創設を提案していた。これは，アメリカ型の司法審査制度は特殊な形態であるという理解と，当時の裁判所が違憲審査を担当し得る程に成熟していないことへの危惧に

---

[70] 第 2 項は，「軍人又は軍務員ではない国民は，大韓民国の領域内では，重大な軍事上の機密・哨兵・哨所・有毒飲食物供給・捕虜・軍事物に関する罪のうち，法律の定める場合及び非常戒厳が宣布された場合を除いては，軍事法院の裁判を受けない。」と規定している。本稿との関係では重要でないため，脚注に留めた。

[71] なお，「裁判公開の原則」は，憲法第 109 条にも規定されている。同条は，「裁判の審理及び判決は，公開する。但し，審理は，国家の安全保障又は安寧秩序を妨害したり，善良な風俗を害するおそれがあるときには，法院の決定で公開しないことができる。」と規定している。

[72] 韓国の憲法裁判所に関する邦語文献は，比較的多く存在する。代表的なものとして，宋台植「韓国の憲法裁判所」白鷗 8 巻 1 号（1993 年）69～99 頁，韓国憲法裁判所編『韓国憲法裁判所 10 年史』（信山社，2000 年），在日コリアン弁護士協会編『韓国憲法裁判所重要判例 44』（日本加除出版，2010 年），高翔龍・前掲注（2）89～118 頁，鄭柱白「韓国の憲法裁判の現況と展望」駿大比 18 号（2010 年）1～19 頁，岡田正則・河明鎬「韓国における憲法裁判所および行政法院の機能と役割」早比 45 巻 2 号（2011 年）1～18 頁，李範俊（在日コリアン弁護士協会訳）『憲法裁判所―韓国現代史を語る―』（日本加除出版，2012 年），「特集　韓国憲法事情からみえるもの」法民 470 号（2012 年）2～40 頁等がある。

基づくものである[73]。その後，憲法起草委員会における議論の中で，憲法委員会を設置する案は批判に晒された。しかしながら，国会議長であった李承晩による支持を得て，憲法委員会を設置する方向で議論が進められた。その結果，制憲憲法は，法律に対する違憲審査を憲法委員会が担うことを決めた[74]。その後，1960 年 6 月 15 日の第 3 次憲法改正（いわゆる「第二共和国憲法」である。）では，憲法裁判所の設置が明記され，1961 年 4 月 17 日には憲法裁判所法が制定された。しかしながら，実際に憲法裁判所が設置されることはなかった。1972 年 12 月 27 日の第 7 次憲法改正（いわゆる「維新憲法」である。）では，再び憲法委員会制度が導入された。この憲法委員会は，1980 年 10 月 27 日の第 8 次憲法改正でも維持された。このように，1987 年の現行憲法が制定されるまでは，憲法委員会が法律に対する違憲審査を担っていた。しかしながら，憲法委員会による違憲審査は，ほとんど行われていなかった[75]。

このような中，1987 年の現行憲法は，憲法裁判所の設置を宣言した[76]。現行憲法の第 6 章「憲法裁判所」は，憲法裁判所に関する諸規定を設けている。第 111 条は，「憲法裁判所の権限，構成等」を規定している。ここでは，憲法裁判所の管轄（第 1 項）として，(1) 法院の提請による法律の違憲可否審判（第 1 号），(2) 弾劾の審判（第 2 号），(3) 政党の解散審判（第 3 号），(4) 国家機関相互間，国会機関と地方自治団体間及び地方自治団体相互の権限争議に関する審判（第 4 号），(5) 法律の定める憲法訴願に関する審判（第 5 号）が挙げられている。また，その他に，憲法裁判所規則の制定権が認められている（憲法第 113 条第 2 項)。憲法裁判所は,法官の資格を有する 9 人の裁判官によって構成されており，その任命権者は大統領である（第 111 条第 2 項)。このうち，3 名は国会で選出する者を，3 名は大法院長が指名する者を任命しなければならない（第 111 条第 3 項)。したがって，大統領，国会，大法院長がそれぞれ 3 名の裁判官を指名することになる。

憲法裁判所の管轄のうち，本稿との関係で特に重要なのは，(1) 法院の提請による法律の違憲可否審判（憲法第 111 条第 1 項第 1 号）と，(5) 法律の定める憲法訴願に関する審判（同条同項第 5 号）である。(1) 法院の提請による法律の違憲可否審判とは，法律や法律条項の違憲性が，提請法院に係属している当該事件の裁判の前提となる場合に，当該事件を審理する法院の提請に基づいて，法律の違憲性を審判する具体的規範統制制度である[77]。既に触れたように，憲法委員会が設置されていた時代に，法院が憲法委員会に違憲審査を

---

73 유진오『헌법기초회고록』（일조각，1989 년）43 쪽（ユジノ『憲法起草回顧録』（一潮閣，1989 年）43 頁）.

74 韓国憲法裁判所・前掲注（72）11～12 頁。

75 たとえば，1948 年の制憲憲法によって設けられた憲法委員会は，1961 年 4 月 17 日に廃止されるまで，計 6 件の違憲審査を行ったのみであり，実際に違憲決定を下したのは 2 件であった。また，1972 年 12 月 27 日に維新憲法によって憲法委員会が復活してから，民主化を達成するまでの約 15 年間は，憲法裁判が 1 件も行われなかった（以上，岡田ほか・前掲注（72）3～5 頁)。

76 憲法裁判所の詳細は，注（72）に挙げた邦語文献を参照。

77 韓国憲法裁判所・前掲注（72）75 頁。

提請することは稀であった。このことを省みて，憲法裁判所法第 68 条第 2 項は，法院が裁判の前提となる憲法判断を憲法裁判所に提請しない場合に，訴訟当事者が直接に憲法訴願という形式で審査を求めることができる旨を規定している。次に，(5) 法律の定める憲法訴願に関する審判は，公権力によって憲法上保障された国民の基本権が侵害された場合に，当該公権力の違憲審査を請求し，基本権の救済を求める制度である[78]。

憲法第 111 条第 1 項第 5 号の「法律の定める憲法訴願に関する審判」という規定を受けて，憲法裁判所法は，憲法訴願審判を 2 通り設けている。1 つは，「公権力の行使又は不行使によって，憲法上保障された基本権を侵害された者」が，憲法裁判所に請求するものである（憲法裁判所法第 68 条第 1 項)。この場合，他の法律に救済手続が規定されている場合には，その手続をすべて経た後に限って，憲法訴願を請求することができる（同項但書)。もう 1 つは，憲法第 111 条第 1 項第 1 号の「法院の提請による法律の違憲可否審判」という規定に基づいて，憲法裁判所法第 41 条第 1 項によって行い得る「違憲可否審判の提請」が棄却されたとき，その申請をした当事者が，憲法裁判所に憲法訴願審判を請求するものである（憲法裁判所法第 68 条第 2 項)。

このように，韓国の憲法裁判所法は，憲法訴願の方法として，権利救済型と違憲法律審判型の 2 種類を規定している。ところで，既に述べた通り，現行憲法が制定されるまで，憲法委員会はその役割を充分に果たしてこなかった。これに対して，憲法裁判所は，極めて積極的に審判を行っている。憲法裁判所の設立（1988 年 9 月 1 日）から 2015 年 9 月 3 日までの審判件数等の内訳は，以下の通りである[79]。

区分		受付	処理												未処理
			合計	決定										取下げ	
				計	違憲	憲法不合致	限定違憲	限定合憲	認容	合憲	棄却	却下	その他		
合計		28,213	27,490	26,680	538	170	69	28	534	2,095	6,849	16,391	6	810	723
違憲法律		877	838	719	260	56	18	7		315		63		119	39
弾劾		1	1	1							1				
政党解散		2	1	1					1						1
権限争議		86	81	67					17		20	30		14	5
憲法訴願	計	27,247	26,569	25,892	278	114	51	21	516	1,780	6,828	16,298	6	677	678
	§68①	22,068	21,692	21,104	85	51	19		516	4	6,828	13,396	5	588	376
	§68②	5,179	4,877	4,788	193	63	32	21		1,776		2,702	1	89	302

憲法裁判所が創設された 1988 年 9 月 1 日から，2015 年 9 月 30 日までの間に，憲法裁判所が受理した事件数は 28,213 件である。このうち，既に 27,490 件を処理している。法律の違憲審判事件は，877 件を受理し，838 件を処理している。そのうち，違憲決定が 260 件，憲法不合致決定が 56 件，限定違憲決定が 18 件である[80]。憲法裁判所による審判のうち，

78 韓国憲法裁判所・前掲注（72）77 頁。

79 헌법재판소사무처「헌법재판소공보」228 호（2015.10.20）1332 쪽（憲法裁判所事務処「憲法裁判所広報」228 号（2015.10.20）1332 頁）＜http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/info/precedent/selectPrecedentInfoList.do より閲覧可能＞を訳出した。

80 憲法裁判所法第 45 条は，合憲決定と違憲決定のみを規定している（なお，憲法第 113 条第 1 項も参照)。しかしながら，憲法裁判所は，より一層柔軟な判断を行うために，ドイツ連邦憲法裁判所判例に倣って「変形決定」を導入した。それぞれの決定の違いは，以下の通りである。

まず，(1) 違憲決定は，当該法律又は当該法律条項（以下，「当該法律等」と称する。）

最も多いのは，憲法裁判所法第 68 条第 1 項に基づく「権利救済型」の憲法訴願審判である。この憲法訴願審判は，22,068 件受理し，既に 21,692 件が処理されている。このうち，違憲決定が 85 件，憲法不合致決定が 51 件，限定意見決定が 19 件である。また，同条第 2 項に基づく「違憲法律審判型」の憲法訴願審判は，5,179 件受理し，既に 4,877 件が処理されている。このうち，違憲決定が 193 件，憲法不合致決定が 63 件，限定違憲決定が 32 件である。以上のように，憲法裁判所は，確実に韓国の司法制度に定着しているといえる[81]。このことは，現行憲法が制定されるまでの憲法委員会が「開店休業状態の装飾的機関[82]」であったことに照らせば，より顕著な傾向であるといえよう。とりわけ，憲法裁判所の創設から暫くの間は，民主化以前の法令に対する「法律の違憲可否審判」が多く提請されたため，違憲審判が数多く行われた。また，盧武鉉（노무현）政権時代（2003 年 2 月～2008 年 2 月）には，与党が国会で少数派となり，政治的な紛争を議会で解決することが困難になったことから，その解決が憲法裁判所に委ねられることが多かった。たとえば，大統領弾劾事件[83]や，首都移転事件[84]等である。このような背景も，憲法裁判所が継続してその任を果たす要因となったといえる[85]。このように，現在，憲法裁判所は極めて積極的に活用されており，多くの憲法判断を示していることを窺い知ることができる[86]。

の効力を喪失させる（憲法裁判所法第 47 条第 2 項）。当該法律等が刑罰に関するものであるときは，遡及してその効力を喪失する（同条第 3 項）。これに対して，(2) 憲法不合致決定は，実質的には違憲決定であるものの，法の空白状態を防止するとともに，立法を促すために，当該法律等の効力を暫定的に認める決定である。(3) 限定違憲決定は，審判対象となった法の条文解釈のうち，特に憲法と調和しないものを，法院による法の解釈・適用から排するものである。この場合，当該条文の効力は維持される。(4) 限定合憲決定は， 審判対象となった法の条文のうち，憲法に調和しない部分を排し，合憲部分に限るよう縮小解釈するものである。この場合も，当該条文の効力は維持される。以上，李範燦ほか・前掲注（10）28 頁〔金知煥執筆〕を参照。

81 なお，憲法裁判所の創設は，憲法上の基本権に対する考え方を一変させた。この点については，本章第 3 節「韓国における憲法上の基本権保障に対する考え方」で詳述する。

82 양건『헌법연구』（법문사，1995 년）71 쪽（ヤンゴン『憲法研究』（法文社，1995 年）71 頁）.

83 헌법재판소 2004.5.14 선고, 2004 헌나 1 결정.

84 헌법재판소 2004.10.21 선고, 2004 헌마 554, 566 병합결정.

85 岡田ほか・前掲注（72）9 頁を併せて参照。

86 本稿の執筆中である 2014 年 12 月 19 日，憲法裁判所は，その創設以後初めて，政党の解散命令を下した（헌법재판소 2014.12.19 선고, 2013 헌다 1 결정）。解党を命じられた統合進歩党は，2011 年に結成され，一院制の韓国国会 300 議席中 5 議席を有する政党であった。統合進歩党は，所属国会議員であった李石基（이석기）が北朝鮮を支持したとして内乱陰謀罪や内乱扇動罪に問われる等，注目を集めていた。なお，2015 年 1 月 22 日，大法院は，李石基に対して懲役 9 年・議員資格停止 7 年の判決を言い渡した控訴審判決を支持する判決を言い渡した（대법원 2015.1.22 선고, 2014 도 10978 판결）。日本国内でも報道されたように，この政党解散命令に対しては批判も多い。本稿の射程を大きく超えるため，同決定の検討は措く。しかしながら，憲法裁判所史における同解党決定の位置づけは，今後も注目されるテーマであろう。

第 3 款　刑事訴訟法の制定過程

既に述べたように，日本の植民地統治下の朝鮮では，朝鮮刑事令により，いわゆる「大正刑訴法」が依用されていた。ここでは，植民地統治の効率化等が考慮され，捜査機関に対して予審に準じた強制捜査権限を付与する等，独自の形で「大正刑訴法」を継受することになった。とりわけ，朝鮮刑事令第 13 条によって，司法警察官は，現行犯である場合や急速を要する場合であるとして被告人を訊問した後，禁錮刑以上の刑に該当すると思料するときは，14 日を超えない期間で，被告人を独自に留置することができた[87]。その後，植民地統治の終焉と共に，米軍による信託統治時代を迎えた。そして，1954 年，刑事訴訟法が制定された（便宜上，以下では「1954 年制定刑訴法」と称する。）。以下では，1954 年制定刑訴法の制定過程を辿った上で，その後の改正を概観する。そして，日本の刑事訴訟法や英米法の影響を確認する。

第 1 目　米軍政令第 176 号「刑事訴訟法の改正」までの経緯

韓国制憲憲法の制定と関連して触れたように，植民地統治が終わった 1945 年から，大韓民国がアメリカに承認された 1948 年までの 3 年間，朝鮮は米軍政下に置かれた。そして，この時期に，韓国はアメリカ法を初めて継受することになる[88]。まず，アメリカは，1945 年 10 月 9 日付の米軍政法令第 11 号によって，警察に与えられていた司法権を剥奪したり，犯罪即決例（朝鮮総督府制令第 12 号）を廃止する等，日本の植民地統治時代の影響を排除することを試みた[89]。また，同年 9 月から 10 月にかけて，植民地統治時代に刑事司法に従事していた日本人判事等を全員罷免した。他方で，アメリカは，法体系の急な変革によって社会生活が混乱することを避けるために，同年 11 月 2 日，米軍政法令第 21 号を公布し，従来の日本法規及び朝鮮総督府が発付した法規のうち，未だ廃止されていない法規の効力を認めることを明らかにした。そのため，この時点では，日本の戦前と同様に，裁判所の一部署として検察局が置かれ，両者を合わせて「司法（Justiz）」とする大陸法系の考え方が維持された。その後，1948 年 1 月 1 日に裁判所構成法が，同年 8 月 2 日に検察庁法がそれぞれ施行され，裁判所と検察庁を分離独立することになった。ここに，組織法上の変化として，英米法が大きく取り入れられることになった。

以上のように，当初，アメリカは，日本の植民地統治時代の名残を取り除くことに重点を置いた。そして，1948 年 3 月 20 日，米軍政令第 176 号「刑事訴訟法の改正」を公布した。同令第 1 条は，「本令は，不法拘束に対する人民の自由権を充分に保障するため，刑事訴訟法を改正することを目的とする。」と規定し，身体拘束に対する令状審査を軸とした人権保障策を導入することを明らかにした。既に述べたように，依用刑事訴訟法下では，捜

---

87 本章第 1 節「韓国現行刑事訴訟法制定前史―朝鮮刑事令を中心に―」を参照。

88 신동운「미국법이 한국형사법에 미친 영향」미국학 16 권（1993 년）32 쪽（シンドンウン「アメリカ法が韓国刑事法に与えた影響」アメリカ学 16 巻（1993 年）32 頁）．以下の記述は，主に同稿に依拠した。

89 신동운・前掲注（88）33 頁。

査機関に強制処分が与えられ，身体拘束が濫用された。そのため，令状主義を中心に，司法審査によって身体拘束を規律することが喫緊の課題であったのである。同令第 1 条が改正の対象とした「刑事訴訟法」とは，植民地統治時代に用いられ，米軍政法令第 21 号によって効力を有していた依用刑事訴訟法, 朝鮮刑事令, その他関連法令を指す[90]。これにより，韓国刑事訴訟法に，令状主義や拘束適否審査制度[91]，接見交通権，保釈制度及び弁護人制度が導入された。その後，令状主義は，制憲憲法第 9 条に規定され，憲法上の地位を確立した。このようにして，韓国刑事訴訟法は，英米法の人権保障観を導入した[92]。米軍政法令第 176 号の「刑事訴訟法の改正」は，日本の植民地統治のための刑事司法制度から，市民的・人権保障的な刑事司法へと転換する契機となったのである[93]。

第 2 目　1954 年制定刑事訴訟法の制定経緯

1954 年制定刑訴法は，1954 年 9 月 23 日に法律第 341 号として公布され，同年 10 月 14 日から施行された。1954 年制定刑訴法の制定過程に関する資料は，それほど多くない。これは，資料が朝鮮戦争によって散逸してしまったためである[94]。その後，ソウル大学校の申東雲（신동운）によって，制定過程に関する資料の発掘が行われた。その結果，1990 年に，韓国刑事政策研究院によって，392 頁に及ぶ「刑事訴訟法制定資料集」が公表された[95]。申東雲は，これに基づいて，「制定刑事訴訟法の成立経緯」という論文を公表した[96,97]。さらに，2009 年には，韓国刑事政策研究院の研究叢書として，全北大学校の申洋均（신양균）が，1532 頁に及ぶ「刑事訴訟法制定・改正資料集（上)」を公表した[98]。これらは，韓国において 1954 年制定刑訴法の制定過程を辿る際の必読文献となっている。以下では，主に申東雲の論文に依拠して，1954 年制定刑訴法の制定過程を概観する[99]。

---

90 신동운・前掲注（88）34 頁。

91 拘束適否審査制度については，韓国の現行刑訴法と関連して，本編第 2 章第 3 節第 5 款「逮捕・拘束適否審査制度」で述べる。

92 白亨球「韓国の刑事訴訟法の沿革と特色」小島武司・韓相範編『韓国法の現在（上)』(中央大学出版部，1993 年）426 頁。

93 신동운・前掲注（88）35 頁。

94 신동운「제정형사소송법의 성립경위」형사법연구 22 호（2004 년）161 쪽（シンドンウン「制定刑事訴訟法の成立経緯」刑事法研究 22 号（2004 年）161 頁）.

95 신동운편「형사소송법제정자료집」（한국형사정책연구원，1990 년）（シンドンウン編「刑事訴訟法制定資料集」（韓国刑事政策研究院，1990 年）.

96 신동운・前掲注（94）159～220 頁。

97 なお，申東雲は，韓国刑法の制定過程についても論じている（신동운「제정형법의 성립경위」형사법연구 20 호（2003 년）9～51 쪽（シンドンウン「制定刑法の成立経緯」刑事法研究 20 号（2003 年）9～51 頁）。

98 신양균편「형사소송법 제・개정 자료집（상）」형사정책연구원 연구총서 2009 권（2009 년）（シンヤンギュン編「刑事訴訟法制定・改正資料集（上)」刑事政策研究院研究叢書 2009 巻（2009 年））.

99 韓国刑事訴訟法の歴史的沿革と関連する先行研究として，氏家仁「韓国における被疑者訊問調書（1）―歴史的沿革と現行法の概要―」比雑 47 巻 3 号（2013 年）175～207 頁を挙げることができる。しかしながら，同稿は，朝鮮刑事令から現行法までの連続性を

1947 年 12 月，米軍政当局は，米軍政令第 176 号「刑事訴訟法の改正」の公布に先立って，法典編纂委員会を設置した。しかしながら，米軍政当局が設置した法典編纂委員会は，ほとんど活動を行わなかった[100]。その後，1948 年 7 月 17 日に制憲憲法が制定・公布され，同年 8 月 15 日に大韓民国が樹立した。これに伴い，大統領令第 4 号により，法典編纂委員会が新たに組織された。この法典編纂委員会は，大法院長であった金炳魯（김병로）を委員長とし，法務部長官兼検察総長であった李仁（이인）を副委員長とし，計 50 人の委員によって構成された。そして，法令毎に分科委員会が設置された。法典編纂委員会は，第 5 回会議（1949 年 1 月 8 日）及び第 6 回会議（同年 1 月 22 日）において，17 項目に亘る刑事訴訟法要綱案を審議した[101]。ここでは，依用刑事訴訟法を参考に，民主主義的刑事裁判制度の確立を目指すこと，人権保障のために，米軍政令第 176 号「刑事訴訟法の改正」を刑事訴訟法に適切に編入すること等が可決された。

しかしながら，法典編纂委員会の草案作成作業は，順調に進まなかった。1950 年に朝鮮戦争が勃発したためである。このような中，金炳魯は，法典編纂委員会の委員長として，刑事訴訟法草案の作成に専念した。この草案は，依用刑事訴訟法に米軍政令第 176 号「刑事訴訟法の改正」を取り入れつつ，日本の現行刑事訴訟法を参考にして，韓国の実情に適うよう，大陸法系と英米法系を折衷して作成された[102]。

その後，金炳魯を中心に作成された法典編纂委員会の刑事訴訟法草案が政府に提出された[103]。草案を受け取った政府は，特段の修正を加えることなく，これを政府草案とし，1953 年 1 月 13 日に国会に提出した[104]。政府草案を受理した国会は，受理の翌日である 1953 年 1 月 14 日，これを法制司法委員会で審議させることにした。ここでは，国民の権利保障に万全を尽くすことが強く意識されていた[105]。その結果，（1）調書の割印制度，（2）拘束被疑者・被告人の弁護人依頼権，家族等への拘束事実の通知，衣類・食糧・医薬品の授受，（3）準起訴手続の導入，（4）無罪判決等が宣告された場合の勾留状失効等，計 100 項目に及ぶ

指摘する文献であり，1954 年制定刑事訴訟法の制定過程に重点を置いている訳ではない。そのため，日本において，韓国の 1954 年制定刑事訴訟法の制定過程を詳細に示した文献は存在しない。このような状況に鑑み，以下では，本稿の射程を若干超えて，1954 年制定刑事訴訟法の制定過程をできる限り描写することを試みる。

100 신동운・前掲注（94）161 頁。なお，신동운・前掲注（97）12 頁も併せて参照。

101 신동운・前掲注（94）162 頁。

102 1954 年 2 月 15 日に開催された第 18 回国会定期会議・刑事訴訟法第 1 読会における，金炳魯の発言（신동운・前掲注（95）266 頁）。

103 法典編纂委員会による刑事訴訟法草案の完成時期や，政府提出時期は明らかになっていない。

104 신동운・前掲注（94）170 頁。

105 1954 年 1 月 9 日に開催された法制司法委員会公聴会における，嚴詳燮（엄상섭）自由党議員の発言（신동운・前掲注（95）108 頁）。嚴詳燮は法曹経験者であり，法制司法委員会小委員会で刑事訴訟法草案の審議を主導した人物である。また，1950 年から 1953 年まで，弘益大学校の第 3 代学長として刑事法を担当したこともある。

「法制司法委員会修正案」が作成された[106]。

1954年1月9日，法制司法委員会は，刑事訴訟法草案に対する公聴会を開催した。これは，1953年12月，金炳魯が，民議院議長であった申翼熙（신익희）に対して「刑事訴訟法改正に関する件」という文書を送付し，刑事訴訟法の早急な制定を促したことによるものであるとされている[107]。金炳魯による主張は，「1953年に新刑法が制定されたにも関わらず，手続法である刑事訴訟法が制定されていないため，裁判実務に混乱が生じている」というものであった[108]。次いで，1954年2月15日，法制司法委員会委員長であった金正實（김정실）は，申翼熙に対して「刑事訴訟法案審査報告に関する件」という文書を提出した[109]。これには，法制司法委員会修正案が付されていた。そして，同日，第2代国会第18回会議において，刑事訴訟法案に対する本会議審議が始まった（第1読会）。

第1読会の1日目は，法典編纂委員会による刑事訴訟法草案の提案理由や，法制司法委員会修正案の説明が行われた。翌日の第1読会2日目では，法制司法委員会の小委員会で審議を主導した自由党議員の嚴詳燮（엄상섭）によって，(1) 刑事訴訟法案審査の基本原則，(2) 検事の不起訴処分に対する統制の必要性，(3) 英米法体系と大陸法体系を折衷させる必要性，(4) 身体拘束に対する統制拡充の必要性，(5) 警察による拷問防止のため，警察官が作成した被疑者取調べ調書と検察官が作成した被疑者取調べ調書の証拠能力に差異を設ける制度枠組みの導入等に関する説明がなされた[110]。本稿との関係で重要なことは，嚴詳燮が捜査機関による拷問や自白強要を問題視したことである。そして，これを防ぐために，被告人や弁護人が同意した場合を除き，捜査機関が作成した調書の証拠能力を全面的に否定することを挙げた。他方で，嚴詳燮は，続いて「比較的警察よりも人権感覚が優れている検察が作成した調書までその証拠能力を否定すれば，訴訟遅滞を招き，様々な問題が生じる」という問題を提起した。このような「調整論的衡量」によって，検察官調書と警察官調書の証拠能力要件が区別されたのである[111]。

第1読会の3日目は，同年2月19日に開催された。ここでは，「法制司法委員会修正案」に対する質疑応答が予定されていた。しかしながら，委員の1人であった蘇宣奎（소선규）は，(1) 既に1日目に法制司法委員会の修正案に関する説明がなされていること，(2) 刑訴法が専門的な法律であることを挙げ，質疑応答及び討論を省略し，第2読会を行うことを提案した。この提案は，出席議員98人のうち，66票の賛成を経て可決され，直ちに第2読会が行われた[112]。

---

106 신동운・前掲注（94）173頁。
107 신동운・前掲注（94）177～178頁。
108 신동운・前掲注（95）79頁。
109 신동운・前掲注（94）183～184頁。
110 신동운・前掲注（95）275～291頁。
111 신동운・前掲注（95）289頁。調書の証拠採用要件については，第2章第2節「韓国における被疑者取調べ調書の法的地位と証拠採用要件」を参照。
112 신동운・前掲注（94）190頁。

同日に開催された第 2 読会は，民議院議長であった申翼熙の提案により，逐条審議形式で行われることになった。もっとも，刑事訴訟法案は約 480 条に及ぶ膨大な法案であったため，修正案が付されている条文のみを取り扱うことになった[113]。その結果，第 2 読会は，法制司法委員会委員長の金正實が該当条文を朗読し，申翼熙が異議の有無を確認する形で，極めて形式的に進行された。ところで，第 2 読会に先立って，大検察庁は，出席議員に対して「刑事訴訟法　法制司法委員会修正案に対する意見」という文書を極秘裡に配布していた。そして，大検察庁が当該文書で異議を示していた，保釈許可決定に対する抗告の不許可を規定した修正案第 94 条第 2 項が朗読されると，出席議員の 1 人である趙柱泳（조주영）から異議が申し立てられた。これに対して，金正實は，修正案の趣旨を改めて説明した上で，大検察庁が書類を配布したことに対して遺憾の意を示した[114]。そして，保釈許可決定に対する抗告を認めない修正案第 94 条第 2 項について評決を採ったところ，出席議員 98 人のうち，75 票の賛成を経て，修正案第 94 条第 2 項が維持された。その後，大検察庁が配布した書類に基づいた異議は述べられず，「一瀉千里に」審議が進行した[115]。第 2 読会は，附則に対する審議を経て，刑事訴訟法の施行日を 1954 年 5 月 30 日にすることを可決した[116]。

第 2 読会の終了後，申翼熙の提案により，第 3 読会が省略されることになった。そして，法制司法委員会による字句修正を残すのみとなった。申東雲は，第 2 読会が 2 時間 30 分余りで終了した理由として，(1) 新刑法の施行に伴う刑事訴訟法の早急な制定を求める世論，(2) 実務上の混乱，(3) 3 ヶ月後の 1954 年 5 月 20 日に実施予定であった総選挙を挙げている[117]。すなわち，李承晩による野党弾圧に対抗する野党議員は，選挙犯罪に対する告訴・告発と，これに実効性を持たせる手段として，新刑事訴訟法に新設された準起訴手続に大きな期待を寄せていた。

法制司法委員会によって字句修正が行われた後の 1954 年 2 月 26 日，金正實は，申翼熙に対して，「刑事訴訟法案　字句整理に関する件」という文書を提出した。これには，条文が整理された刑事訴訟法案も添付されていた。これを受けた申翼熙は，同年 2 月 28 日，李承晩に対して，「刑事訴訟法案移送の件」という文書を提出した[118]。しかしながら，約 2 週間後の 1954 年 3 月 13 日，李承晩は，国務総理であった白斗鎭（백두진）と法務部長官であった徐相懽（서상환）との連名で，「刑事訴訟法案　異議に関する件」という文書を国会に送付した。李承晩は，刑事訴訟法案に対して拒否権を行使したのである。拒否の対象となった主な内容は，(1) 警察官調書の証拠能力要件を厳格にした点，(2) 無罪・免訴・刑の免除・刑の執行猶予・公訴棄却又は罰金・科料を科す判決が宣告された場合に，勾留状が失効するようにした点，(3) 1 度身体拘束され，保釈された者を，同一の犯罪事実で再拘

113 신동운・前掲注（95）293 頁。
114 신동운・前掲注（95）303～305 頁。
115 신동운・前掲注（94）192～193 頁。
116 신동운・前掲注（95）331 頁。
117 신동운・前掲注（94）193 頁。
118 신동운・前掲注（95）237～238 頁。

束することを禁じた点，(4) 国会議員が身体拘束された場合，国会の釈放要求があれば，勾留状の執行が停止されるようにした点，(5) 保釈許可決定に対する抗告を禁じた点，(6) 準起訴手続を新設した点等であった[119]。これに対して，大韓弁護士協会は，拒否権発動から 2 日後の 3 月 15 日，拒否権発動の不当性を主張する「建議書」を国会に提出した[120]。

大統領による再議決要求と，その不当性を主張する大韓弁護士協会の「建議書」を受けた国会は，3 月 19 日，直ちに再議を行った。再議に際して，金正實は，大統領の拒否権行使と先の大検察庁による書類配布に対して，強い不快感を示した[121]。また，李承晩による異議について，その不当性を強調した。刑事訴訟法案の再議の結果は，在籍議員 179 人，出席議員 149 人のうち，可決 120 票，否決 27 票，棄権 1 票，無効 1 票であった。これは，当時の憲法第 40 条が規定していた法案成立の要件である，在籍議員の 3 分の 2 以上の出席と，出席議員の 3 分の 2 以上の賛成を充たすものであった。その結果，刑事訴訟法案は国会で再可決された。その翌日である 3 月 20 日には，申翼熙が李承晩に対して「刑事訴訟法の再議の件」という文書を送り，再可決されたことを報告した[122]。

しかしながら，3 月 19 日に国会で再可決され，3 月 20 日に大統領に移送された刑事訴訟法案は，直ちに公布されなかった。これは，李承晩が通常の手続を無視し，公布・施行を先送りしたためである[123]。その理由として，刑事訴訟法案によって新設された準起訴手続と，5 月 20 日の国会総選挙に関する選挙違反事案の関係が指摘されている。当時の国会議員選挙法第 118 条は，「本章に規定した罪の時効は，3 月を経過することにより完成する。但し，犯人が逃亡した際には，その期間は 6 月とする。」と規定していた。したがって，5 月 20 日の総選挙で選挙違反があった場合，この公訴時効は 3 ヶ月後の 8 月 19 日に完成する。仮に，5 月 20 日の総選挙で与党側に選挙違反が認められた場合，野党側は告訴・告発をすることになる。しかしながら，検事が公訴提起をしなければ，公訴時効は停止されない。この時，刑事訴訟法案が法律として公布・施行されていれば，野党側は，新設された準起訴手続を採ることができる。そのため，李承晩としては，この総選挙に関して選挙違反があっても，公訴時効により訴追が困難になる 8 月 19 日以降に，刑事訴訟法を公布する必要があったのである[124]。

結果的に，李承晩が刑事訴訟法を公布したのは，1954 年 9 月 23 日であった（法律第 341 号）。そして，制憲憲法第 40 条第 5 項に基づいて，公布の 20 日後である 1954 年 10 月 14 日から，1954 年制定刑事訴訟法は効力を有することになった。

紆余曲折を経て，1954 年に制定された刑事訴訟法には，以下の特徴がある。(1) 被疑者・被告人の人権保障に重点を置きつつ，人権保障と捜査・裁判の便宜，捜査・裁判の正確性

119 신동운・前掲注（95）239～245 頁。
120 신동운・前掲注（95）246～252 頁。
121 신동운・前掲注（95）334 頁。
122 신동운・前掲注（95）253 頁。
123 신동운・前掲注（94）198 頁。
124 신동운・前掲注（94）201 頁。

と手続の迅速性がそれぞれ対置され，その調和点を探る形で作成されたこと[125]，(2) 刑事法学者が不在のまま作成されたこと[126]，(3) 依用刑事訴訟法に米軍政令第 176 号「刑事訴訟法の改正」を反映させつつ，日本の現行刑事訴訟法を参考に，大陸法と英米法を折衷させたこと[127]等である。

しかしながら，実体的真実主義・職権主義の土壌の上にアメリカ法の人権保障規定を設けた 1954 年制定刑事訴訟法は，その後の政治権力によって，権威主義体制を維持するための道具として用いられる。そのため，1987 年に民主化が実現するまでの間に，計 6 次に亘って大きな改正を経験している。また，第 6 次改正時（1987 年 11 月 28 日）後も，逮捕制度を新設した 1995 年改正や，本稿の検討の中心となる 2007 年改正等，重要な改正が行われている。

第 3 目　刑事訴訟法の改正とその概要[128]

第 1 次改正法及び第 2 次改正法は，改正の方向が同じであるため，併せて概観する。第 1 次改正法は 1961 年 9 月 1 日に，第 2 次改正法は 1963 年 12 月 13 日に，それぞれ公布された。これらの改正の主要内容は，控訴審構造の変更（覆審制を原則的事後審制に変更した。），証人尋問の方式に関する交互尋問制の採用（法第 161 条の 2 第 1 項），被告人尋問方式の変更（職権主義的尋問方式を当事者主義的尋問方式に変更した。），伝聞法則の明文化（法第 310 条の 2），弾劾証拠制度の新設（法第 318 条の 2）等であり，当事者主義的性格を強化するものであった[129]。

第 3 次改正法は，1973 年 1 月 25 日に公布された。この改正の主要内容は，拘束適否審査制度の廃止（法第 201 条），緊急拘束の範囲の拡大（法第 206 条），必要的保釈の除外事由の拡大（法第 95 条），付審判請求の対象の縮小（法第 260 条），簡易公判手続（法第 286 条の 2，第 286 条の 3），保釈許可決定に対する検事の即時抗告権の復活（法第 97 条），法院の起訴状変更要求制度（法第 298 条），参考人に対する証人尋問制度（法第 221 条の 2），捜査段階における鑑定留置制度（法第 221 条の 3），検事の刑執行状制度（法第 473 条）等である。第 3 次改正に先立つ 1972 年 12 月 27 日，第 7 次憲法改正によって，いわゆる「維新憲法」が定められた。既に述べたように，維新憲法は，朴正熙による権威主義体制の構築に大きく寄与した。そのため，第 3 次刑訴法改正も，権威主義体制を支える検察権の強

---

125 1954 年 1 月 9 日に開催された法制司法委員会公聴会における，嚴詳燮の発言（신동운・前掲注（95）107 頁）。

126 1954 年 1 月 9 日に開催された法制司法委員会公聴会における，金炳魯及び嚴詳燮の発言（신동운・前掲注（95）105～106 頁）。

127 1954 年 2 月 15 日に開催された第 18 回国会定期会議・刑事訴訟法第 1 読会における，金炳魯の発言（신동운・前掲注（95）266 頁）。

128 各改正によって改正・新設された条文については，安部・前掲注（68）192～193 頁を参照。

129 신동운・前掲注（15）1108 頁は，弾劾証拠の採用について，裁判官の証明力判断に合理性を提供するために設けられたものであり，その意味で当事者主義的側面を有すると説明している。

化を中心とするものであった[130]。

第 4 次改正法は，第 3 次改正の翌年である 1973 年 12 月 20 日に公布された。ここでは，第 3 次改正時に拡大された緊急拘束の範囲（法第 206 条）と，必要的保釈の除外事由（法第 95 条 1 号）が，第 3 次改正以前に戻された。

第 5 次改正法は，1980 年 12 月 18 日に公布された。この改正の主要内容は，第 8 次憲法改正（いわゆる「第 5 共和国憲法」である。）の影響もあり，被疑者・被告人の権利保障に重きを置いたものとなった。すなわち，第 3 次改正法によって廃止されていた拘束適否審査制度の復活（法第 214 条の 2），無罪推定の明文化[131]（法第 275 条の 2）等が行われた。

このような経緯を経て，民主化及び現行憲法の制定後の 1987 年 11 月 28 日，第 6 次改正法が公布された。この改正は，拘束適否審査制度に関する制限規定を削除することで，拘束適否審査制度を強化したり（法第 214 条の 2），犯罪被害者の法廷陳述権を保障したり（法第 294 条の 2），拘束時の告知事項と拘束の通知事項に拘束の理由を追加した（法第 72 条，第 82 条，第 213 条の 2）[132]。

このように，以前の法改正によって新設された条項を，後の改正で削除する等，現行刑訴法は試行錯誤を繰り返してきたことがわかる。このことは，韓国が民主化を達成する 1987 年まで権威主義政権が続き，その間に政府による思想弾圧と民主化運動が攻防を繰り広げてきたことと無関係ではない。また，その過程で，刑訴法が徐々に人権保障に重きを置くようになってきたことは，前記した改正の経緯からも明らかである[133]。

第 4 目　司法制度改革と 2007 年改正刑事訴訟法

1. 民主化から司法制度改革までの刑事訴訟法改正

民主化を達成した後も，刑事訴訟法は数次に亘って改正を経験している。特に，民主化を達成した 1987 年から，2000 年頃までに行われた改正では，民主化に伴って身体拘束制

---

130 第 3 次改正法は，「非常国務会議」という超法規的機関によって非公開で審議され，制定・公布されたものであった。この改正法により，刑事手続の主導権が裁判所から検察に移ったとされている（韓寅燮「権威主義の体制下の司法府と刑事裁判―抑圧と抵抗のドラマ（1972～1987 年）―」大久保史郎・徐勝編『現代韓国の民主化と法・政治構造の変動』（日本評論社，2003 年）146 頁）。

131 憲法第 27 条第 4 項は，「刑事被告人は，有罪の判決が確定されるまでは，無罪と推定される。」と規定し，無罪推定原則を憲法上で宣言していた。第 5 次改正は，刑訴法上にも「被告人の無罪推定」規定を設けた。新設された刑訴法第 275 条の 2 は，「被告人は，有罪の判決が確定されるまでは，無罪と推定される。」というものであり，憲法第 27 条第 4 項とほぼ同様のものである。なお，刑訴法第 275 条は「公判廷の審理」に関する規定であり，日本の刑訴法第 282 条に対応するものである。

132 現行刑訴法の制定及び第 1 次～第 6 次改正については，白亨球・前掲注（92）426 頁を併せて参照。

133 刑訴法改正の背景が，韓国政治史・政治思想史や，韓国社会・文化と密接に関連していることは想像するに難くない。この点については，本章第 3 節「韓国における憲法上の基本権保障に対する考え方」において，改めて簡単に触れることとする。

度に関する改革が積極的に行われた[134]。以下，主要な改正に限り，その内容を確認する[135]。

第 8 次改正法は，1995 年 12 月 29 日に公布され，1997 年 1 月 1 日から施行された[136]。第 8 次改正法の改正理由は，1954 年制定刑訴法の制定以後の政治的・経済的・社会的な発展・変化に伴う「法規範と現実との乖離」を解消し，民主化の結果により基本権保障の強化を要請する声に応えることであった[137]。基本権保障の強化との関係で改正された点は，主に 2 点である。まず，(1) 逮捕制度を新設した点である。もっとも，改正前と同様に，警察に認められた拘束期間は 10 日間である。そのため，改正前の拘束期間のうち，最初の 48 時間を「逮捕」と称し，司法審査を 2 度行うことを目的とするものであった[138]。次に，(2) 拘束前被疑者審問制度を導入した点を挙げることができる。これは，拘束令状（日本の「勾留状」に相当する。）の請求を受けた法官が，令状発付するか否かを審査する際に，被疑者と直接に対面し，その陳述を聴取する審査である[139]。ここで導入された拘束前被疑者審問制度は，審査するか否かを法官の裁量に委ねるものであった。他方で，第 8 次改正は，「法規範と現実との乖離」を解消するために，実務慣行を追認することにもなった。たとえば，検事の起訴状朗読に代えて，その要旨を述べれば良いとした点や（法第 285 条），検事の出席なくして判決の宣告を行うことを認めた点（法第 278 条）を挙げることができる[140]。

第 9 次改正法は，第 8 次改正法の施行と同年の 1997 年 12 月 13 日に施行された。第 8 次改正法によって新設された拘束前被疑者審問制度は，被疑者を拘束するにあたって，令状発付の要否を判断するために，法官の裁量によって審問を行うものであった。しかしながら，これに対して，検察側が強い反発を示していた。法官の裁量によって，ほとんどす

---

134 배종대・이상돈・정승환・이주원『신형사소송법〔제 5 판〕』（홍문사，2013 년）6～7 쪽（ペジョンデ・イサンドン・ジョンスンファン・イジュウォン『新刑事訴訟法〔第 5 版〕』（弘文社，2013 年）6～7 頁）.

135 その他，重要ではない改正については，注で説明を加えるに留める。

136 第 8 次改正の前年である 1994 年 12 月 22 日，第 7 次改正法が施行された。これは，行政区画の変更に伴い，当時の刑訴法第 476 条の文言を変更しただけであった。すなわち，当時の刑訴法第 476 条（資格刑の執行）は，「資格喪失又は資格停止の宣告を受けた者については，これを受刑者原簿に記載して，遅滞なくその謄本を刑の宣告を受けた者の本籍地と住居地の市・邑・面の長に送付しなければならない。」と規定していた。このうち，「市・邑・面」という文言が，「市（区が設置されていない市をいう。以下，同じ。）・区・邑・面（都農複合形態の市においては，同地域である場合には，市・区の長，邑・面の長とする。）」と改められた。

137 신동운「향후 형사법 개정의 방향—형사소송법의 개정을 중심으로—」서울대학교 법학 46 권 1 호（2005 년）126 쪽（シンドンウン「向後刑事法改正の方向—刑事訴訟法の改正を中心に—」ソウル大学校法学 46 巻 1 号（2005 年）126 頁），신양균・前掲注（98）401 頁。

138 身体拘束制度は，被疑者取調べと密接に関連する。そのため，韓国における身体拘束制度については，第 2 章第 3 節「韓国における身体拘束制度」で詳述する。

139 この点についても，第 2 章第 3 節「韓国における身体拘束制度」で触れる。

140 신동운・前掲注（137）126 頁。

べての被疑者に対して拘束前被疑者審問が行われており，身体拘束の可否に関する主導権を検事ではなく法官が握っていたためである。その結果，第 8 次改正から 1 年と経たずして，検察の主張を容れる形で第 9 次改正が行われた[141]。この改正によって，法官の裁量による拘束前被疑者審問制度が廃止され，被疑者の請求による拘束前被疑者審問制度が導入された（法第 201 条の 2 第 1 項）[142]。

2. 司法制度改革

本章でこれまで辿ってきたように，日本による植民地統治は，日本の大正刑訴法を依用しつつも，植民地統治の効率性という便宜のために，予審判事の強制捜査権限を捜査機関に与えるという独特な司法制度の下に展開されてきた。そして，この影響は，植民地統治が終わり，大韓民国が成立した後も払拭されなかった。このような沿革を有する韓国法は，その後，権威主義政権によって濫用された。民主化を経て，現行憲法を制定した後も，根本的な改革を遂げられないままであった。そのため，民主化後の政権にとって，司法制度改革は重要な課題であった[143]。このような中，1995 年，金泳三（김영삼）政権は，世界化推進委員会を構成し，司法制度改革の方向性を示した。次いで，1999 年，金大中（김대중）政権は，司法改革推進委員会を構成した。しかしながら，これらは方向性を示すのみであり，具体的な改革には至らなかった[144]。

韓国における近時の司法制度改革は，大法院が主導して実施された。2003 年 8 月 22 日，大法院と大統領は，司法改革の共同推進について合議し，大法院傘下として「司法改革委員会」を組織した。そして，（1）大法院の機能と構成，（2）法曹一元化と法官採用方式の改善，（3）法曹人養成と選抜制度の改善，（4）国民の司法参与，（5）司法サービスと刑事司法制度の改善について，議論が行われることになった[145]。同年 10 月 28 日に第 1 回会議を開催した司法改革委員会は，全体委員会を 27 回，小委員会を 25 回開催し，司法制度改革の方向性について議論を行った[146]。2004 年 11 月 15 日に開催された第 24 回全体会議で

---

141 신동운・前掲注（15）24 頁。

142 その後，1998 年 1 月 1 日に第 10 次改正法が，2002 年 7 月 1 日に第 11 次改正法が，それぞれ施行された。第 10 次改正は，政府組織法の改正に伴うものであり，条文の位置や省庁の名称の変更が行われただけである。第 11 次改正は，民事訴訟法のうち，執行に関する部分を独立させ，「民事執行法」を制定したことに伴うものであり，条文の文言のうち，「民事訴訟法」を「民事執行法」に訂正する（法第 477 条第 3 項但書，第 493 条）等の変更が加えられただけである。

143 以上，김선수『사법개혁 리포트』（박영사，2008 년）3 쪽（キムソンス『司法改革リポート』（博英社，2008 年）3 頁）を参照。

144 김선수・前掲注（143）10～14 頁。

145 노명선･이완규『형사소송법〔제 2 판〕』（성균관대학교 출판부，2011 년）48 쪽（ノミョンソン・イワンギュ『刑事訴訟法〔第 2 版〕』（成均館大学校出版部，2011 年）48 頁）.

146 司法改革委員会の会議開催状況及び配布資料等は，大法院ウェブサイト「司法改革委員会」＜http://www.scourt.go.kr/information/jud_rfrm_comm/mtng_status/index.html＞で閲覧することができる。

は，被疑者・被告人の人権を保障し，国際基準に合致する刑事手続を実現させるために，公判中心主義の確立を満場一致で強調した[147]。そして，同年 12 月 31 日，「司法改革委員会最終建議文」を公表した[148]。同建議文は，(1) 刑事司法制度の改善の他に，(2) 大法院判事（大法官）の構成の多様化，(3) 法曹一元化及び法官採用方式の改善，(4) 法学専門大学院の導入，(5) 国民の司法参加[149]，(6) 軍事法制度の改善，(7) 法曹倫理の確立，(8) 懲罰的損害賠償の検討，(9) 効率的な紛争処理方法の模索，(10) 裁判記録等の公開等に言及した。そして，これらを具体化するために，司法制度改革推進委員会を設置することを決めた。これにより，2005 年 1 月 18 日，大統領の諮問機関として司法制度改革推進委員会が設けられ，刑訴法改正に向けた議論が本格化した。この結果は，後述する 2007 年改正刑訴法へと結実することになる。

3. 司法制度改革と同時期に行われた刑事訴訟法改正

司法制度改革と並行して，刑事訴訟法は数次に亘って改正されている。しかしながら，重要な改正は，第 13 次改正及び第 15 次改正のみである。以下，順次みていく。

第 13 次改正法は，2004 年 10 月 16 日に施行された[150]。この改正法によって変更が加えられたのは，(1) 逮捕・拘束適否審査に関する規定と，(2) 未決拘禁日数の通算に関する規定である。これらの規定は，憲法裁判所の憲法不合致決定を受けていたため，改正を余儀なくされたのである。まず，(1) 逮捕・拘束適否審査に関する規定について述べる。従来，刑訴法は，逮捕・拘束適否審査の請求人を，被疑者等に限定していた（旧法第 314 条の 2 第 1 項)。これに基づいて，被疑者が逮捕・拘束適否審査を請求したとしても，検事が

147 대법원「사법개혁위원회 제 24 차 회의」（2004 년 11 월 15 일）＜http://www.scourt.go.kr/information/jud_rfrm_comm/mtng_status/1173536_9822.html＞（大法院「司法改革委員会　第 24 次会議」（2004 年 11 月 15 日））.

148 대법원「사법개혁위원회 최종건의문」（2004 년 12 월 31 일）＜http://www.scourt.go.kr/information/jud_rfrm_comm/mtng_status/1173540_9822.html＞（大法院「司法改革委員会　最終決議文」（2004 年 12 月 31 日））.

149 2007 年 6 月 1 日，「国民の刑事裁判参与に関する法律」が成立し，いわゆる「国民参与裁判」が本格的に開始された。国民参与裁判に関しては，視察報告の他に，研究書や韓国人研究者による寄稿等が邦語文献として存在する。比較的近時のものとして，今井輝幸『韓国の国民参与裁判制度―裁判員裁判に与える示唆―』（イウス出版，2010 年)，後藤昭編『東アジアにおける市民の刑事司法参加』（国際書院，2011 年）所収の各論文，関永盛「韓国の国民参与裁判の現状と課題」法時 84 巻 12 号（2012 年）58～62 頁，河泰勳「参与連帯司法監視センターの国民参与裁判モニタリング」ノモス 31 号（2012 年）1～11 頁等がある。

150 第 13 次改正に先立つ 2004 年 1 月 20 日，第 12 次改正法が施行された。この改正は，検察庁法の大幅な改正（一部改正 2004 年 1 月 20 日法律第 7078 号）に伴うものであった。検察庁法の改正は，検事の独立性及び中立性をより一層保障するために，検察総長以外の職級を「検事」に一本化したり，検事の「事なかれ主義（무사안일)」を防ぐために検事適格審査制度を導入する等，検察組織の大幅な改革を目的とするものであった（신양균・前掲注（98）708 頁)。そのため，第 12 次改正法の内容は，検事の名称に関する文言の変更に留まる（法第 84 条，第 261 条，第 471 条)。

法院の決定を待たずに「電撃的に」被疑者を起訴した場合[151],「被疑者」の身分は「被告人」に移行することになる。この場合，法院は，「被告人」が「被疑者」の段階で行った逮捕・拘束適否審査の請求を棄却する他なかった。これに対して，憲法裁判所は，当時の現行法（第 12 次改正法）は被疑者から逮捕・拘束適否審査を剥奪するものであるとして，憲法不合致決定を下した[152]。この憲法不合致決定を受けて，第 13 次改正法は，公訴提起後であっても逮捕・拘束適否審査を継続することができるよう，新たに文言を追加した（第 214 条の 2 第 3 項及び第 4 項)。次に，(2) 未決拘禁日数の通算に関する規定について述べる。従来の刑訴法は，未決拘禁日数として本刑に通算する日数から，上訴提起期間である 7 日間を除外していた（旧法第 482 条第 1 項)。この規定に対して，憲法裁判所は，身体の自由を侵害し，平等原則に反するとして，憲法不合致決定を下した[153]。この憲法不合致決定を受けて，第 13 次改正法は，上訴提起前の上訴を検討した期間を本刑に算入することができるように改正した（法第 482 条第 2 項及び第 3 項)。

第 15 次改正法は，2006 年 8 月 20 日から施行された[154]。第 15 次改正は，国選弁護制度に関するものである。憲法第 12 条第 4 項は，「何人も，逮捕又は拘束をされたときは，直ちに弁護人の助力を受ける権利を有する。但し，刑事被告人が自ら弁護人を求めることができないときは，法律の定めるところにより，国家が弁護人を付する。」として，弁護人依頼権及び国選弁護人に関して規定している。第 15 次改正法は，これをより一層具体化するために，拘束前被疑者審問を受ける被疑者，拘束された被疑者，拘束された被告人に対しても国選弁護人を付し，その効力は第 1 審が終了するまで継続する旨を明記した（法第 201 条の 2 第 9 項）[155,156]。

4. 2007 年改正刑事訴訟法

このような経緯を経て，2007 年 6 月 1 日，第 17 次改正法（以下,「2007 年改正刑訴法」と称する。）が公布された。この改正は，「刑事手続において，被告人及び被疑者の権益を保障するため，身柄拘束制度及び防禦権保障制度を合理的に改善し，公判中心主義的な法廷審理手続を導入し，裁定申請[157]の対象を全面的に拡大することにより，この法の関連規

---

151 韓国では，このような起訴は,「電撃起訴（전격기소)」と称されることがある（신동운・前掲注（15）25 頁）。

152 헌법재판소 2004.3.25 선고, 2002 헌바 104 결정.

153 헌법재판소 2000.7.20 선고, 99 헌가 7 결정.

154 第 15 次改正に先立って，第 14 次改正法が公布された。これは，2005 年 3 月 31 日に民法上の戸主制度が廃止されたことに伴うものである。この改正により，弁護人選任権者等として明記されていた「戸主」という文言が削除された。第 14 次改正法は，2008 年 1 月 1 日から施行されている。

155 国選弁護制度については, 第 3 章第 1 節第 2 款第 1 目「被疑者国選弁護制度」で述べる。

156 第 15 次改正の後，2007 年 5 月 17 日に，第 16 次改正法が施行された。この改正は,「家族関係の登録等に関する法律」が改正されたことに伴うものである。そのため，刑事訴訟法の各条文のうち,「本籍地」あるいは「本籍」という文言が「登録基準地」と改められただけである（法第 241 条，第 284 条，第 315 条，第 476 条)。

157 準起訴手続のことである。

定を体系的に整備・補完する一方，国民の知る権利の保障及び司法に対する国民の信頼向上のため，刑事裁判記録の公開範囲を拡大する等，現行刑事訴訟制度の運営上現れた一部の不備を改善・補完すること」を目的とするものであった[158]。このような目的の下に行われた 2007 年の刑訴法改正は，司法改革推進委員会による議決事項を反映し，計 196 の条文を変更する等，全面改正というべきものであった。

2007 年改正刑訴法の主な特徴として，次の点を挙げることができる。(1) 被疑者の防禦権強化，(2) 身体拘束制度の改善，(3) 裁定申請制度の改善，(4) 公判中心主義に即した法廷審理手続の導入，(5) 証拠法体系の整備である。また，司法制度改革と関連して触れたように，2007 年改正刑訴法の公布と同じ日，「国民の刑事裁判参与に関する法律」（法律第 8495 号）が公布・施行された。

そして，本稿の主題である被疑者取調べは，この 2007 年改正刑訴法によって，大変革を迎えることになった。主な内容は，(1) 黙秘権告知規定の独立と，Miranda 告知に倣った告知内容の明文化（法第 244 条の 3），(2) 被疑者取調べへの弁護人立会権の明文化（法第 243 条の 2），(3) 被疑者取調べ録音・録画制度の導入（法第 244 条の 2）等である。その他，(4) 判例法理であった違法収集証拠排除法則を明文化したり（法第 308 条の 2），(5) 身体拘束について，「不拘束捜査原則」を宣言する（法第 198 条第 1 項）等，改正内容は多岐に亘る。これらの点は，本稿の検討対象であるため，第 3 章「韓国における被疑者取調べの法的規制」で詳細に取り扱う。

5. 2007 年以降の諸改正

2007 年の刑訴法改正から，2015 年 11 月 4 日現在までの間にも，刑訴法は 9 次に亘って改正されている。以下，主要な改正の内容を簡単に確認する。

第 19 次改正法は，2011 年 7 月 18 日に改正され，段階的に施行された（2012 年 1 月 1 日から施行されたものと，2013 年 1 月 1 日から施行されたものがある。）[159]。ここでは，裁判の公開性をより一層高めるために，「確定判決書等の閲覧・複写」という規定が新設された（法第 59 条の 3)。また，押収・捜索の要件として，被告事件との関連性を要求する文言が追加された（法第 106 条第 1 項，第 107 条，第 108 条)。さらに，司法警察官の捜査開始・進行権を認めた（法第 196 条)。この点は，韓国における捜査機関の権限分配問題と

---

158 국가법령정보센터「2007.6.1 일부개정『형사소송법』（법률제 8496 호）개정이유」＜http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq＝79245&ancYd＝20070601&ancNo＝08496&efYd＝20080101&nwJoYnInfo＝N&efGubun＝Y&chrClsCd＝010202#0000＞）（国家法令情報センターウェブサイト「2007 年 6 月 1 日一部改正『刑事訴訟法』(法律第 8496 号）改正理由」）.

159 第 19 次改正に先立つ 2009 年 6 月 9 日，第 18 次改正が行われ，2010 年 1 月 1 日から施行された。これは，「青少年の性保護に関する法律」が改正されたことに伴うものである。ここでは，「ビデオ等中継装置等による証人尋問」（いわゆる「ビデオリンク方式による証人尋問」である。）に関する規定のうち，「『青少年の性保護に関する法律』第 5 条から第 10 条まで」という文言が，「『児童・青少年の性保護に関する法律』第 7 条から第 12 条まで」と変更された（法第 165 条の 2 第 2 項)。

して，1954 年制定刑訴法の制定直後から議論されてきた点である。

第 22 次改正法は，2013 年 4 月 5 日に改正され，即日施行された[160]。この改正は，刑法が改正されたことに伴うものである。これにより，刑法第 291 条が規定する「略取，誘引，売買，移送等殺人・致死」の罪について，告訴期間が撤廃された（法第 230 条）。

第 23 次改正法は，2014 年 5 月 14 日に改正され，即日施行された。この改正は，2010 年に示された大法院決定の趣旨を反映させるためのものである。すなわち，大法院は，上告理由書が提出されていたとしても，法第 383 条各号が挙げる上告理由に該当しないときは，上告理由書が提出されていないものと見做して，決定で上告を棄却することができると判示した[161]。しかしながら，その後も正当な上告理由を欠く理由書が提出され，上告棄却される事案が目立った。そのため，第 23 次改正は，2010 年大法院決定の趣旨を，刑訴法に明文化した（法第 380 条第 2 項）。

第 24 次改正法は，2014 年 10 月 15 日に改正され，即日施行された。この改正は，拘束前審問手続に関するものである。従前は，拘束前審問手続に関する規定は，「法院」が主体であった（法第 72 条）。しかしながら，受命裁判官が拘束前審問手続を担当する事案が増加した。そのため，受命裁判官に拘束前審問手続を履行させるための根拠規定を設けた（法第 72 条の 2，第 80 条）。

第 25 次改正法は，2014 年 12 月 30 日に改正され，即日施行された。この改正は，(1) 従前，3 年と定められていた無罪判決後の費用補償請求期間を，刑事補償請求期間と同じ 5 年に延長し（法第 194 条の 3 第 2 項），(2)「心身障害者」を「心身障害人」という表現に改めた（法第 438 条第 2 項第 1 号及び第 2 号）。

第 26 次改正法は，2015 年 7 月 31 日に改正され，即日施行された（以下，「現行法」あるいは「現行刑訴法」と称することがある）。この改正による主な変更点は，(1) 被疑者・被告人の補助人となる者が居なかったり，障害を有する等の場合には，被疑者・被告人と信頼関係にある者が補助人になることを可能にし（法第 29 条第 2 項の新設），(2) 裁判所の拘束執行停止決定に対する検事の即時抗告権規定を削除し（法第 101 条第 3 項の削除），(3) 人を殺害した犯罪（従犯を除く）で死刑に該当する犯罪について，公訴時効を廃止するとともに，第 26 次改正法施行前に行われた犯罪で，公訴時効が完成していない犯罪にも遡及適用した点（法第 252 条の 2 の新設，附則第 2 条）である。

---

160 第 22 次改正に先立って，2011 年 8 月 4 日に第 20 次改正が，2012 年 12 月 18 日に第 21 次改正が，それぞれ行われた。第 20 次改正は，2012 年 8 月 5 日から施行された。これは，児童福祉法が全面的に改正されたことに伴うものである。そのため，刑訴法のうち，児童福祉法の条文番号を明記している箇所が，新法に対応するように改正された（法第 165 条の 2）。

第 21 次改正は，2013 年 6 月 19 日から施行された。この改正も，第 18 次改正法と同様に，「児童・青少年の性保護に関する法律」が改正されたことに伴うものである。そのため，第 18 次改正と同様に，いわゆるビデオリンク方式による証人尋問に関する規定の文言が，新法に対応するように改められただけである。

161 대법원 2010.4.20 선고, 2010 도 759 결정.

第 5 目　刑訴法改正と社会的背景―「韓国法」形成の過程―

以上のように，韓国刑訴法は，短期間に極めて多くの改正を重ねてきた。これらは，大きく 4 つの時期に分類することができる[162]。

第 1 期は，定着期である。これは，1954 年制定刑訴法の制定から，1972 年の第 3 次改正までの間である。ここでは，戦前の依用刑事訴訟法に英米法の理念を折衷させながら，韓国に新たな刑事訴訟法が定着する過程であった。第 2 期は，反動期である。これは，1972 年の第 3 次改正から，1980 年の第 5 次改正までの間である。社会情勢に目を転じると，この時期は，朴正熙による維新改憲が行われ，権威主義体制がより一層強固に築かれた時期である。そのため，検察力の強化等が改正の中心であった。第 3 期は，転換期である。これは，1980 年の第 5 次改正から，民主化を経て，1997 年の第 9 次改正法までの間である。この時期は，人権保障をスローガンに，これまでの刑事手続の精神とは大きく異なる方向へと舵を切った時期である。身体拘束制度に関する改正等が目立つのは，権威主義体制が刑事手続を濫用したことを省みるものであろう。そして，第 4 期は，変革期である。これは，司法改革や，2007 年の大改正，その後の諸改正を経て，現在へ至る期間である。ここでは，第 3 期で清算できなかった権威主義体制下の影響を払拭するために，弁護権の拡充や被疑者の諸権利の強化，権利保障のための手続的措置の整備等が行われた。

韓国における近時の刑事司法制度改革は，日本の植民地統治時代や米軍政時代から引き継がれた刑事手続を改革するという意味で，連続性を有するものである。それと同時に，国際水準との合致を追求し，「韓国法」を築く過程でもある。

第 3 節　韓国における憲法上の基本権保障に対する考え方

本章でここまで概観してきたように，韓国における近時の刑事司法制度改革は，日本による植民地統治の時代から引き継がれた刑事手続を改善し，被疑者・被告人の権利保障を強化・拡充する過程である。そこでは，戦前の刑事手続と，それを改悪・濫用した権威主義体制を反省し，民主化を経て強調されてきた権利保障を実現するために，度重なる刑訴法改正が行われてきた。その意味で，2007 年に行われた刑訴法の大幅な改正は，戦前から連続した流れの中に位置づけられる。

このような中で，被疑者・被告人の諸権利に対する考え方は大きく変化してきた。その背景には，現行憲法によって創設された憲法裁判所の影響がある。この点は，本稿の主題である「被疑者取調べの憲法的規制」とも密接に関連する問題である。また，現行憲法における刑事人権規定や，それを受けた刑事訴訟法上の諸規定，憲法裁判所による積極的な権利救済を読み解く背景となる。もっとも，その全容を詳細に検討することは，極めて多くの困難を伴うものであろう。また，本稿の射程を大きく超えるものである。そのため，以下では，韓国における憲法上の基本権保障に対する考え方について，可能な限り描写す

---

[162] 노명선ほか・前掲注（145）44 頁。

ることを試みる[163]。

第 1 款　民主化以前の韓国における基本権とその保障

第 1 目　権威主義体制と基本権の実定権的理解

1919 年に制定された大韓民国臨時憲章及び大韓民国臨時憲法は，基本権の考え方として，天賦人権論を採用していた[164]。しかしながら，1948 年の制憲憲法は，基本権について，天賦のものではなく，実定憲法上の権利であると位置づけた[165]。制憲憲法は，大日本帝国憲法とワイマール憲法に倣い，各条項に「法律の留保（Gesetzesvorbehalt）」を認める文言を盛り込んでいたのである。その後，「4 月革命」の影響を受けた 1960 年の第 3 次憲法改正では，法律の留保を認める文言が各条項から削除された。これに伴い，基本権は，自然権としての側面を強くした。しかしながら，1962 年に行われた第 5 次憲法改正では，法律の留保を認める文言が各基本権条項に再び明記された。そして，以前のように，基本権は実定権としての性格を帯びるようになった[166]。基本権は実定権であるという理解は，その後も憲法を支配し続けた。

このような理解に変化が訪れるのが，1980 年の第 8 次憲法改正である。ここでは，1962 年の第 5 次憲法改正以来，長い間憲法に明記されていた「法律の留保」を認める文言が各条項から削除された。そして，この傾向は，民主化後の 1988 年に施行された現行憲法によって，より一層明確なものとなった。

このように，民主化以前の韓国では，憲法上の基本権は，約 30 年に亘って，実定権として理解されてきた[167]。その理由として，制憲憲法の制定者が大日本帝国憲法を修めていたことが挙げられている[168]。制憲憲法第 28 条は，「国民のすべての自由と権利は，憲法に列

---

163 韓国人の法意識に関する先行研究として，「特集　東アジアの法意識―日本と韓国を中心にして―」ジュリ 1007 号（1992 年）12～52 頁所収の各論文，梁承斗（岡克彦訳）「現代韓国人の法意識に関する一考察」北法 46 巻 1 号（1995 年）150～169 頁，久保山力也「韓国における法意識研究の展開とその問題点―韓国『法意識論』の構築へ向けて―」九法 90 号（2005 年）97～168 頁，高翔龍・前掲注（2）31～75 頁等がある。

164 金哲洙・前掲注（12）86 頁。なお，本章第 2 節第 1 款「韓国制憲憲法の制定過程」を併せて参照。

165 金哲洙・前掲注（12）90 頁。

166 金哲洙・前掲注（12）92 頁。

167 1948 年に制憲憲法が制定されてから，1987 年に民主化を迎えるまでの 39 年間のうち，基本権が絶対性を有していたのは，第 3 次憲法及び第 4 次憲法が適用されていた約 2 年と，第 8 次憲法が適用されていた約 7 年のみである。

168 戦前の朝鮮では，穂積八束等の教科書が頻繁に使用されていた。穂積八束『憲法提要〔修正増補第 8 版〕』（有斐閣，1943 年）202 頁には，「服従及保護，人格及權利」という項目で，「生命ト意思トハ天賦固有ナリトスルモ，人格ト權利トハ法ノ賜タリ，禽獣ニ生命アリテ人格ナク，意思アリテ權利ナシ，唯，人能ク之ヲ享有スルノ理此ニ存ス」と記されている。

なお，穂積八束が朝鮮に与えた影響については，國分・前掲注（32）175～197 頁（初出は，國分典子「兪致衡と穂積八束―朝鮮開化期における憲法の教科書―」法研 72 巻 7

挙されていないという理由で軽視されてはならない。国民の自由と権利を制限する法律の制定は，秩序維持と公共の福利のために必要な場合に限る。」と規定していた。しかしながら，当時の基本権に対する理解は，戦前のドイツや日本における法実証主義に基づくものであった[169]。そして，イェリネック（Georg Jellinek）の「地位説」に基づく基本権の分類と，シュミット（Carl Schmitt）の「制度保障論」に基づく議論が展開されていた[170]。このような中で，制憲憲法第 28 条は死文化し，基本権を実定権として理解することが一般化していったのである[171]。

大法院も，基本権を実定権として理解する立場を明確に支持していた。1975 年の民青学連に対する上告審判決が，それである。この判決では，被告人の国家保安法違反等の行為が，権威主義体制に対して抵抗する権利（以下，「抵抗権」と称する。）を行使したものとして正当化されるか否かについて言及している[172]。ここで，大法院は，次のように判示した。すなわち，被告人等が前提とする抵抗権の論理は，その概念自体が曖昧で不明確であるのみならず，「実存する実定法秩序を無視した，超実定法的な自然法秩序内での権利主張であり，このような前提下における権利として，実存的法秩序を無視した行為を正当化するものであると解釈される。しかしながら，実存する憲法的秩序を前提とした実定法の範疇内で，国家の法的秩序の維持をその使命として司法機能を担当する裁判権行使に対し，実存する憲法的秩序を無視した超法規的な権利概念として，現行の実定法に違背した行為を正当化する主張をすることは，それ自体のみでこれを受け入れることはできない」と[173]。この判決によって，（1）裁判所は，自然法的な権利主張を受け入れないこと（法実証主義に依拠すること），（2）裁判所の役割は実定法の維持に限られること（司法消極主義を採用すること）が明らかにされた[174]。このような考え方は，1980 年にも確認されている。大法院は，朴正熙の暗殺に関して，「現代立憲自由民主主義国家の憲法理論上，自然法から湧き出た自然権としてのいわゆる抵抗権が，憲法その他の実定法に規定されていないにも関わらず，現存する権利として認められるべきであるという論旨が是認されたとしても，その抵抗権が実定法に根拠を置かず，専ら自然権にのみ根拠を置いている限り，法官はこれを

号（1999 年）23～55 頁）を参照。

169 鈴木・前掲注（46）や，鈴木敬夫編訳『現代韓国の基本権論』（成文堂，1985 年）所収の韓国人憲法学者による各論文も，このような観点から執筆されたものが多い。

170 金哲洙・前掲注（12）95 頁。なお，金孝全「カール・シュミット憲法理論の韓国的展開」鈴木敬夫編訳『現代韓国の憲法理論』（成文堂，1984 年）61～122 頁，桂禧悦「憲法観と基本権理論―基本権の性格変遷に関する考察―」鈴木敬夫編訳『現代韓国の基本権論』（成文堂，1985 年）13～66 頁等を参照。

171 稲正樹・孝忠延夫・國分典子編『アジアの憲法入門』（日本評論社，2010 年）43 頁〔岡克彦執筆〕。

172 韓国では，基本権に対する考え方と関連して，抵抗権の自然権性が俎上に載せられることが多い。

173 대법원 1975.4.8 선고, 74 도 3323 판결.

174 韓寅燮・前掲注（130）165 頁。

裁判規範として援用することができない」と判示したのである[175]。

「基本権は実定権である」という権威主義政権の理解は，権力の自己抑制と国民の自由を強調する法治国家的要請を拒絶することになった[176]。ここでは，法は「統治の手段」以上の意味を持たず，「国民の自由を制限・抑圧し，権力の意志をそのまま実現させる手段」として機能した[177]。

第 2 目　維新憲法下の刑事司法制度

この頃の刑事司法は，次のような様相を呈していた[178]。まず，司法は，権威主義政権によって掌握されていた。政権に反する判断を下す判事の再任を拒否したり，大統領が大法官 9 人すべてを罷免し，自ら判事を指名する等，司法の独立性は有名無実化された。このような裁判所では，司法審査が充分に機能せず，「検察の『令状発付担当部署』」のような状態であった[179]。さらに，機械的な法適用のみを行ったり，公安・時局事件で起訴状や論告等を引き写したような判決を下す等，「国民の最後の人権守護機関であるべき法院」が，その役割を放棄していた[180]。また，検察は，法務部長官と大統領の指示を直接に受け，権威主義体制の手足として，さらには「権力意志を代弁する機関」として，権威主義体制を支える役割を果たしていた[181]。

このような裁判所と検察の役割は，とりわけ維新憲法（1972 年の第 7 次改正憲法）下で顕著であった。既述の通り，維新憲法下の 1973 年，刑訴法は検察権限を大幅に拡大する改正を経験した。これによって，刑事司法は，権威主義体制と直結した強固な「検察官司法」となった。憲法上の基本権との関係では，制憲憲法以来，憲法上の権利として規定されていた拘束適否審査制度が廃止された。廃止の根拠は，(1) 拘束令状発付の際に司法審査を経ているにも関わらず，拘束の適否を改めて審査することは重複審査であること，(2) 事実上，弁護人を選任し得る富裕層のみが拘束審査を受けられるという資力による差異を是正することであった[182]。しかしながら，実際には，身体の自由を不法に侵害された被疑者の救済手段を奪うものであった。

このように，民主化以前の韓国では，憲法上の権利は実定権であると理解されていた。そして，身体拘束を濫用し，拷問等が行われていた。「基本権は実定権である」という理解と，強固な権限を有する検察官を中心とした刑事手続は，権威主義体制を支える道具として機能していたのである。そして，憲法裁判所の前身である憲法委員会も，基本権侵害に

175 대법원 1980.5.20 선고, 80 도 306 판결.
176 徐勝ほか・前掲注（45）26 頁。
177 韓寅燮・前掲注（130）137 頁。そのため，「政治的に反対する者に対してはもちろん，国民一般に対しても法はテロ以外の何物でもなかった」という（同 138 頁）。
178 以下の記述は，韓寅燮・前掲注（130）137～174 頁に依る。
179 韓寅燮・前掲注（130）142 頁。
180 韓寅燮・前掲注（130）144 頁。
181 韓寅燮・前掲注（130）144～145 頁。
182 韓寅燮・前掲注（130）147 頁。

対して，救済機関としての役割を果たせなかった[183]。

第 2 款　民主化以降の韓国における基本権とその保障

第 1 目　基本権の自然権的理解

民主化を経て制定された現行憲法は，第 10 条で，「すべて国民は，人間としての尊厳及び価値を有し，幸福を追求する権利を有する。国家は，個人の有する不可侵の基本的人権を確認し，これを保障する義務を負う。」と規定した。この条文は，日本国憲法第 13 条とドイツ憲法第 1 条を土台とし，権威主義体制下で基本権を実定権と解してきたことを省み，基本権の自然権性・天賦人権性を強調する[184]。韓国では，このような基本権の性格を強調するために，ドイツ法学に倣って「基本権（Grundrechte）」という語が用いられている[185]。そして，現行憲法上のすべての基本権に関する解釈を拘束するものであると解されている[186]。

第 2 目　憲法裁判所と司法積極主義

民主化以前の大法院は，司法消極主義を採用することを明らかにしていた[187]。しかしながら，とりわけ朴正熙の暗殺以後，民主化が最盛を迎えるにつれて，裁判官の意識も徐々に変わり始めた。たとえば，軍法会議の管轄権に関する 1985 年の大法院判決に付された李會昌（이회창）大法官による少数意見は，次のように述べている。すなわち，「実質的な司法権の独立は，憲法の規定のみによって確保されるものではなく，国家権力相互間の均衡と牽制を通じて，法院が憲法解釈と司法審査の各機能を実際にどの程度活用するかに依拠している」と[188]。

民主化によって転換した基本権に対する考え方は，憲法裁判所の創設と積極的な活動によって，具体化・現実化した。憲法裁判所は，それ以前の憲法委員会がその任を充分に果たせなかったことを省みて，国民の基本権保障のために積極的に審査申立てを容れ，違憲決定を次々と下した。ここで司法積極主義のモデルとされたのは，1960 年代のアメリカ連邦最高裁―Warren Court であったという[189]。これにより，権威主義体制下で制定された法律や条項の多くに対して，違憲決定が下されることになった。その結果，現行憲法が「現実に根をおろした規範力のある憲法」として発展し[190]，法制定・法適用における憲法の優

---

183 この点については，憲法裁判所に関する各種先行研究の他，鄭宗燮「韓国の民主化と憲法裁判所」大久保史郎・徐勝編『現代韓国の民主化と法・政治構造の変動』（日本評論社，2003 年）61～135 頁を参照。

184 金哲洙・前掲注（12）51 頁，60 頁。

185 稲ほか・前掲注（171）43 頁〔岡克彦執筆〕。

186 金哲洙・前掲注（12）67 頁。

187 대법원 1975.4.8 선고, 74 도 3323 판결，대법원 1985.5.28 선고, 81 도 1045 판결.

188 대법원 1985.5.28 선고, 81 도 1045 판결.

189 韓寅燮・前掲注（130）169 頁。

190 姜京根「韓国の憲法―その概観と特徴」尹龍沢・姜京根編『現代の韓国法―その理論と動態―』（有信堂高文社，2004 年）19 頁。

位・憲法的統制が実効化し，社会的・政治的争点を憲法化することになった[191]。さらに，これに伴い，「国民の憲法意識と政治的雰囲気」が成熟した[192]。憲法裁判が活性化するにつれて，憲法に対する国民の理解も高まり，ようやく主権者として憲法に依拠し，国家権力の濫用と誤用に対する是非を問うことが可能になったのである[193]。

第 3 目　憲法裁判所と刑事司法[194]

Miranda 判決を示した Warren Court に学んだ憲法裁判所は，刑事司法分野でも重要な判断を数多く行っている。特に，身体の自由に関するものが顕著である。これは，権威主義体制下で拷問等が横行した背景として，不法・不当な身体拘束が濫用されたためであろう。たとえば，(1) 反国家活動を「讃揚・鼓舞」した場合に[195]，刑訴法が規定する期間よりも長く拘束することを認めていた国家保安法に対する違憲決定[196]が挙げられる。この違憲決定は，「タブー視」されてきた国家保安法の当該条項に違憲決定を下したとして，基本権保障を重要視する憲法裁判所の司法積極主義を如実に示す決定であると評されている[197]。その他に，(2) 無罪等の判決が宣告された場合に，拘束令状が効力を失う旨を規定した刑訴法第 331 条但書が，死刑・無期・10 年以上の懲役又は禁錮が求刑された事件については例外としていた点について，身体の自由を過度に制約するものであること，身体拘束の可否を検事の求刑に依拠させるものであること等を挙げ，違憲とした決定[198]や，(3) 法院の保釈許可決定に対する検事の即時抗告を認め，抗告審が確定するまで保釈執行が停止されるとした刑訴法第 97 条に対する違憲決定[199]等が挙げられる。

その他に，(4) 刑事裁判の確定記録を閲覧・謄写することは，法益の均衡を保つ限り，国民の基本権であるとした決定[200]や，(5) 被告人・弁護人が捜査記録を閲覧・謄写することは，他の法益を侵害しない限り，公正な裁判を受ける権利及び弁護人の援助を受ける権

191 韓寅燮・前掲注（130）169 頁。

192 韓国憲法裁判所・前掲注（72）79 頁。なお，1970 年代までは，韓国人法学者が圧倒的に不足していた。1980 年代頃から，韓国人法学者による研究が徐々に蓄積されてきた。現行憲法の制定は，このような学問的発達と時期を同じくするものである。その結果，国民の憲法意識と権利意識が高まったという。詳細は，本章第 4 節「韓国刑訴法の変遷と刑事法学の発展」で触れる。

193 鄭宗燮・前掲注（183）70 頁。

194 被疑者取調べと密接に関連する憲法裁判所決定は，第 3 章「韓国における被疑者取調べの法的規制」で改めて取り扱う。

195 国家保安法第 7 条第 1 項は，「讃揚・鼓舞等」として，「国家の存立・安全又は自由民主的基本秩序を危うくするという情を知りながら，反国家団体，その構成員又はその指令を受けた者の活動を称賛・鼓舞・宣伝又はこれに同調したり，国家変乱を宣伝・扇動した者は，7 年以下の懲役に処する。」と規定している。

196 헌법재판소 1992.4.14 선고, 90 헌마 118 결정.

197 鄭宗燮・前掲注（183）76 頁。

198 헌법재판소 1992.12.24 선고, 92 헌가 8 결정.

199 헌법재판소 1993.12.23 선고, 93 헌가 2 결정.

200 헌법재판소 1991.5.13 선고, 90 헌마 133 결정.

利から認められる基本権であるとした決定[201]がある。このうち，(5) 捜査記録の閲覧・謄写については，若干の補足が必要であるため，以下に簡潔に示す。1954 年制定刑訴法は，裁判所・裁判長の職権によって証拠調べを行うよう規定していた。その後，1961 年の第 1 次改正法によって，当事者主義的性格が強化され，被疑者・弁護人の証拠閲覧・謄写権が明文化された。第 1 次改正法第 35 条は，「書類，証拠物の閲覧謄写」という見出しで，「弁護人は，訴訟継続中の関係書類又は証拠物を閲覧又は謄写することができる。」と規定した。韓国では，1982 年に刑事訴訟規則が改正されるまで，起訴状一本主義が採用されていなかったため，検事は公訴提起後に一件記録を裁判所に提出していた[202]。そのため，弁護人は，第 1 次改正によって新設された法第 35 条に基づいて，訴訟記録を閲覧・謄写することができたのである。その後，1982 年の刑事訴訟規則改正によって，起訴状一本主義が明文化された（刑訴規則第 118 条第 2 項）。しかしながら，刑訴規則の改正以後も，検事が一件記録を裁判所に提出する実務慣行が採られ，起訴状一本主義は徹底されなかった[203,204]。もっとも，弁護人は，法第 35 条に基づいて，すべての事件記録を閲覧・謄写することができた訳ではない。検事は，すべての証拠を裁判所に提出しなかったためである。そして，検察は，裁判所に提出しなかった証拠の閲覧・謄写を認めず，公判期日で突然提出するという運用を行っていた。そのため，被告人は，防禦準備に支障を来たし，不意打ちに対応しなければならない状況であった[205]。上述の憲法裁判所 1997 年決定は，このような中で示されたものである。その後，韓国では，国民参与裁判の導入を契機として，起訴状一本主義と証拠開示制度に関する議論が盛んに展開された。そして，2007 年刑訴法改正によって，証拠開示制度が導入された[206]。

他に，本稿との関係で重要な憲法裁判所決定として，被疑者・被告人と弁護人との接見交通権は，如何なる名分であっても制限し得ないとした決定[207]や，被疑者取調べへの弁護人立会いを認めた決定[208]等が挙げられる。

このように，韓国は，「基本権は実定権である」という過去の理解から脱し，「基本権は

---

201 헌법재판소 1997.11.27 선고, 94 헌마 60 결정.

202 손우태「형사소송법상 증거개시제도」외법논집 34 권 1 호（2010 년）207 쪽（ソンウテ「刑事訴訟法上の証拠開示制度」外法論集 34 巻 1 号（2010 年）207 頁）.

203 손우태・前掲注（202）208 頁。

204 1960 年代半ばから，実務慣行として，起訴状一本主義が採られるようになったという指摘もある（신이철『신 형사소송법의 쟁점〔개정 9 판〕』（유스티니아누스，2012 년）479 쪽（シンイチョル『新刑事訴訟法の争点〔改訂 9 版〕』（ユスティニアヌス，2012 年）479 頁））。そのため，この頃の一件記録の取扱いは，必ずしも統一されていなかったといえよう。

205 손우태・前掲注（202）208～209 頁。

206 この点については，他稿に譲る。詳細な邦語文献として，炭谷喜史・山田直子（朴濟民訳）「韓国刑事訴訟法における証拠目録呈示義務規定に関する一考察」関学 64 巻 4 号（2014 年）49～119 頁を参照。

207 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정.

208 헌법재판소 2004.9.23 선고, 2000 헌마 138 결정.

自然権である」という理解に立ち，実効的・実質的な権利保障を追求している。そして，司法積極主義を採る憲法裁判所が中心となって，画期的な判断を数多く行うことにより，憲法の理念を具体化・現実化していることを窺い知ることができる。このような大転換が実現した背景には，解放後の 1945 年から民主化を遂げた 1987 年まで独裁政権が続いたことや，これに対する国家権力濫用への反発，過去への反省等が存在するといえる。また，アメリカ連邦最高裁判所判例の影響も少なくない[209]。この流れは，21 世紀に入ってからも途絶えることがなかった。過去への猛省や基本権保障を希求する姿勢は，連続性を有する改革として，2007 年刑訴法改正へと結実した。そして，次章以下で詳細に検討するように，被疑者取調べに関しても，憲法に基づいた規制を展開しているのである。

第 4 節　韓国刑訴法の変遷と刑事法学の発展

本章では，主に以下のことを確認した。(1) 日韓併合後の朝鮮刑事令により，日本の明治刑訴法及び大正刑訴法が「依用」される反面，植民地統治の効率性が重視され，捜査機関の強制権限が拡大され，独特な形で日本法を継受したこと，(2) 1948 年の制憲憲法が，その後の権威主義体制下で度々改正され，基本権が制限されたこと，(3) 依用大正刑訴法に英米法の理念を盛り込んだ 1954 年制定刑訴法が，その後の憲法の改正に伴い，権威主義体制を支える道具として幾度となく改正され，被疑者・被告人の諸権利が軽視されてきたこと，(4) 1987 年に民主化を迎え，詳細な刑事人権規定を設けた現行憲法が制定されるとともに，憲法裁判所が創設されたこと，(5) 民主化以後，憲法裁判所による積極的な違憲審査と相まって，権威主義体制の残滓を清算するための司法制度改革が展開され，刑事司法も大きな変革を経験したこと，(6) 2007 年に刑訴法の全面的な改正が行われたこと，(7) 以上の史的展開に連続性を認めることができること，(8) 民主化によって憲法上の基本権保障に対する考え方が大きく転換し，司法積極主義を採る憲法裁判所がこれを具体化・現実化していること等である。韓国の刑事司法制度の変化は，韓国の激動の近現代史との歩みであり，良くも悪くも常に憲法がその中心にあったといえる。

最後に，韓国刑訴法学の変化について，簡単に言及しておきたい。韓国刑訴法は，以上のような経緯を辿っているため，日本の刑訴法と条文構成や制度概要等が極めて類似している。しかしながら，これまで，日本において，韓国刑訴法は充分に検討されてこなかった。その一因として，韓国刑訴法学が，日本の刑訴法学の「焼き直し」に終始していた時代があったことが挙げられるであろう。既述の通り，日本の植民地統治が終わった後も，韓国では日本の大正刑訴法が暫定的に「依用」され，1954 年制定刑訴法が制定されるまで 10 年近く適用されていた。加えて，日本による植民地統治の影響もあり，韓国人法学者の

---

[209] 白亨球・前掲注（92）462 頁，朴榮琯・堤和通・金學根・宮島里史・小木曽綾「シンポジウム　日本と韓国の刑事司法が直面する重要問題―身柄拘束の諸問題」渥美東洋編著『日韓比較刑事法シンポジウム』（中央大学出版部，2006 年）61 頁〔朴榮琯発言〕等。

数は極めて限られていた[210]。さらに，大韓民国の樹立後も，しばらくは韓国人法学者が主体的に研究する土壌が形成されていなかった[211]。そのため，1950 年代，1960 年代はもちろん，1970 年代においても，日本の刑訴法学が韓国の刑訴法学の主流を形成していた。しかしながら，民主化運動が最盛となった 1980 年代以降，韓国刑訴法学は徐々に「翻訳法学[212]」から脱し始める。刑事法分野では，白亨球（백형구）や申鉉柱（신현주），姜求眞（강구진），車鏞碩（차용석），李在祥（이재상）等による研究が進み，韓国人法学者による研究の成果が着実に積み上げられてきた。その過程で，日本，アメリカ，ドイツ等の法制度が熱心に研究された。もちろん，現在においても，日本の刑訴法学の影響は一定程度存在する。しかしながら，韓国人法学者によって積極的に展開された比較研究の成果は，時代の変遷や要請とともに，実際に韓国刑訴法に大きく反映されることになった[213]。殊に，権威主義体制の下では，身体拘束制度と取調べが濫用され，拷問が横行し，虚偽自白や人権侵害を多く招いた。そのため，近時の被疑者取調べ改革は，韓国刑訴法学の発展や諸外国の法制度の受容を最も鮮明に示す論点の 1 つとなったのである。

第 2 章　韓国における身体拘束制度と被疑者取調べ

第 1 節　韓国における被疑者取調べ

第 1 款　日本による植民地統治時代における被疑者取調べ

1954 年制定刑訴法は，日本による植民地統治時代に「依用」されていた大正刑訴法に，英米法の理念を折衷させて制定された。また，朝鮮において大正刑訴法が「依用」される以前は，明治刑訴法が「依用」されていた。したがって，当時の朝鮮における被疑者取調べの法制度は，基本的には，第 1 編で概観した明治刑訴法下及び大正刑訴法下における内

---

210 1954 年 1 月 9 日に開催された法制司法委員会公聴会における，金炳魯及び嚴詳燮の発言（신동운・前掲注（95）105～106 頁）。

211 この点について，戦前に出生し，韓国の東國大学校及び同大学院で法学を修めた韓相範（한상범）は，次のように指摘している。すなわち，第 2 次世界大戦後に韓国の大学で法学を専攻した者は，日本の植民地統治時代の法制度や教科書に依拠した講義を受けることによって，権威主義に対する批判的な視点を涵養する機会がなかった。また，その過程では，戦前の日本の教科書が使用されていた。刑事法分野では，牧野英一，團藤重光，木村龜二，小野清一郎等の教科書が度々用いられていた。さらに，朝鮮戦争やその後の混乱と権威主義体制等によって，学術情報が大きく制限されていたため，「日本の学者の教科書や参考書を翻訳したり複製・翻案して自らの著書として発表したり振舞ったりすることもあった。それゆえ，短時間に学問的成果を蓄積して体系化するのが難しい法学教科書の執筆において，剽窃や無断複製が安易になされもした」という（以上，韓相範「韓国法の発展と法思想」尹龍沢・姜京根編『現代の韓国法―その理論と動態―』（有信堂高文社，2004 年）3～15 頁）。

212 白亨球・前掲注（92）459～463 頁。

213 2007 年刑訴法改正によって，アメリカ連邦最高裁の法創造機能による違法収集証拠排除法則が明文化されたこと等は，既に述べた通りである。

地の被疑者取調べと同様である[214]。もっとも，当時の朝鮮では，植民地統治の効率性が重視され，捜査機関に強制権限が付与される等，いくつかの特例が設けられていた。そこで，以下では，まず，(1) 朝鮮王朝時代における被疑者取調べを概観する。その上で，第 1 編で記した日本における被疑者取調べの史的展開を前提に，(2) 明治刑訴法依用期の朝鮮における特例，(3) 大正刑訴法依用期の朝鮮における特例，(4) 戦時刑事特別法の依用について，それぞれ概観する。そして，最後に，内地における被疑者取調べと比較する形で，朝鮮における被疑者取調べを小括する。

第 1 目　朝鮮王朝時代における被疑者取調べ

日本が植民地統治する以前の朝鮮では，拷問が合法的に行われていたという[215]。李氏朝鮮時代の法典である經國大典は，拷問の手続・方法・制限について，次のように規定していた。すなわち，(1) 拷問をするには王の「允許」を得なければならず，地方の場合には，当該地方を管轄する観察使に対して報告しなければならないこと，(2) 拷問に使用する杖は，三尺三寸とすること，(3) 3 日間に 2 度拷問を行ってはならないこと，(4) 律令制度の下で罪を減免された身分である八議（天子の親戚である「議親」，天子の旧知である「議故」，勲功のある「議功」，徳行のある「議賢」，学芸に長けた「議能」，身分の高い「議貴」，国事に尽力した「議勤」，前王朝の子孫等の賓客である「議賓」の 8 つの身分である。）に該当する者や，15 歳以下の者，70 歳以上の者に対しては，拷問を行ってはならないこと，(5) 妊娠中の女子に対する拷問は行ってはならず，産後 100 日を待って拷問しなければならないこと等である。もっとも，これらの規定は必ずしも遵守されておらず，多くの者が死に至ったという。このような合法的な拷問制度は，1907 年 6 月 27 日に法律第 2 号「訊問刑に関する件」によって廃止されるまで採用されていた[216]。

第 2 目　明治刑訴法依用期の朝鮮における特例

明治刑訴法依用期の朝鮮でも，内地と同様に，捜査機関は，現行犯の場合には，仮予審処分として被告人を訊問することができた。その他に，内地と比較したとき，明治刑訴法依用期の朝鮮には，次の特例が設けられていた。まず，捜査機関が仮予審処分を行う際に，臨検を行わなくても良いされていた。内地においては，捜査機関は，現行犯であり急速を要し，犯罪現場に臨検して初めて，予審判事に属する処分することができた（明治刑訴法

---

214 本節では，1918 年 4 月 17 日に施行された「日本の統治権が及ぶ各地域間の法令の適用範囲の確定及び連絡統一を目的とする共通法」（大正 7 年法令第 39 号）に基づいて，当時の日本を「内地」，当時の朝鮮を「外地」と称することがある。

215 以下の記述は，심희기『한국법제사강의―한국법사상의 판례와 읽을 거리―』（삼영사，1997 년）220～240 쪽（シムフィギ『韓国法制史講義―韓国法史上の判例と読み物―』（三英社，1997 年）220～240 頁），나영민・박노섭「피의자신문제도의 개선방안에 관한 연구―녹음・녹화방식을 중심으로―」형사정책연구총소 2006 권（2006 년）30～32 쪽（ナヨンミン・パクノソプ「被疑者訊問制度の改善方案に関する研究―録音・録画方式を中心に―」刑事政策研究院研究叢書 2006 巻（2006 年）30～32 頁）に依拠した。

216 심희기・前掲注（215）239 頁。

第 144 条，第 146 条，第 147 条)。しかしながら，朝鮮刑事令第 11 条は，「犯罪場所を臨検する必要がないと認めるときは，臨検をせず，予審の判決に属する処分をすることができる。」と規定していた。

また，検事は，現行犯でない場合であっても，急速を要するときは，公訴提起前に限り，令状を発付して検証・捜索・差押を行ったり，被告人又は証人を訊問したり，鑑定を命ずることができた（朝鮮刑事令第 12 条第 1 項）[217]。この規定によって，検事には，逮捕状の発付権限や，20 日を上限とした勾留状の発付権限が付与されることになった[218]。そして，検事に与えられた強制権限に関する規定は，司法警察官にも準用された（同条第 2 項）[219]。

さらに，司法警察官は，朝鮮刑事令第 11 条及び第 12 条によって被告人を訊問した後，「禁錮刑以上の刑に該当すると思料するときは，14 日を超えない期間で，留置すること」が認められていた（同第 13 条)。そして，これらの場合には，予審に関する規定が準用された（同第 14 条)。この規定によって，捜査機関は，予審判事に準じた強制捜査権限を有することになった[220]。

朝鮮刑事令によって明治刑訴法が朝鮮に「依用」されたのは，1912 年（明治 45 年）のことである。第 1 編で述べたように，大審院が「自由任意ノ承諾」を要件として捜査機関による任意取調べを容認したのは，1903 年（明治 36 年）であった[221]。したがって，明治刑訴法が朝鮮に「依用」されたときには，内地では既に捜査機関による任意取調べが容認されていたということになる[222]。そのため，捜査機関による任意取調べは，植民地統治の効率性のために設けられた特例とともに，朝鮮に「依用」されることになった。

第 3 目　大正刑訴法依用期の朝鮮における特例

朝鮮においても，捜査機関は，内地と同様に，現行犯又は要急事件である場合は，強制処分として被疑者訊問を行うことができた。これに加えて，大正刑訴法の依用に伴って改正された朝鮮刑事令は，捜査機関の強制権限を内地よりも拡大・強化した。すなわち，検事は，刑事訴訟法に規定した場合の他に，禁錮以上の刑にあたる事件について，急速の処分を要するものと思料するときは，公訴提起前に限り，押収・捜索・検証及び被疑者の勾引，被疑者又は証人の訊問，鑑定・通訳又は翻訳の処分をすることができた（朝鮮刑事令

217 但し，罰金・科料・費用賠償の宣告をする権限は除外されていた。

218 성경숙・前掲注（7）365 頁。

219 このように，司法警察官にまで強制権限を付与した理由として，地域のあらゆる所に配置された司法警察官に強制権限を与えれば，効率良く植民地統治を行うことができる点が挙げられている（이완규「피의자신문제도와 인신구속제도의 관련성」형사정책연구 16 권 1 호（2005 년）26 쪽（イワンギュ「被疑者訊問制度と人身拘束制度の関連性」刑事政策研究 16 巻 1 号（2005 年）26 頁))。

220 急速を要するか否かの判断は，当該官吏に委ねられていた（朝高判明治 44 年 9 月 4 日朝高録 1 巻 176 頁)。

221 大判明治 36 年 10 月 22 日刑録 9 輯 26 巻 1721 頁。

222 氏家・前掲注（99）183 頁。

第 12 条第 1 項[223]。また，この規定は，司法警察官にも準用された（同条第 2 項[224]。そして，この規定によって行われた被疑者訊問において作成された調書は，大正刑訴法第 343 条が規定する「法令ニ依リ作成シタル訊問調書」に該当するため，証拠とすることができるとされていた[225]。

このように，予審判事の強制処分権限に限りなく近い権限を捜査機関に付与したのは，言語の違いを克服し，訴訟経済を図るためであった。日本の植民地統治時代，法院判事は日本人が担当していた。他方で，被告人は朝鮮人であった。そのため，判事と被告人が意思疎通を行うためには，通訳人を介さなければならなかった。そこで，総督府は，朝鮮人を司法警察官吏として雇用し，朝鮮語で訊問させ，日本語で調書を作成させたのである。ここで作成された調書は，大正刑訴法第 343 条が規定する「法令ニ依リ作成シタル訊問調書」であるため，法廷で証拠として採用された[226]。

また，捜査機関は，内地と同様に，任意捜査としての被疑者取調べを行うことも認められていた。但し，事件が地方法院合議事件に係属する場合には，大正刑訴法第 343 条によって聴取書の証拠能力が制限された。そのため，強制処分としての被疑者訊問を積極的に行い，訊問調書を作成することが推奨されていた[227,228]。

---

223 1912 年に制定された朝鮮刑事令第 12 条と比較すると，改正された朝鮮刑事令第 12 条は，勾引や，鑑定，通訳・翻訳等の各権限を新たに明記した。「被疑者の訊問」という文言の直前に「勾引」という文言を追加したことにより，「勾引→訊問」という強制処分性がより一層明確になったと指摘されている（이완규・前掲注（219）26 頁注（68））。

224 朝鮮刑事令第 12 条第 2 項は，「前項の規定により検事に許可された職務は，司法警察官も臨時に行うことができる。」と規定していた。

225 朝高判昭和 7 年 12 月 1 日朝高録 19 巻 380 頁。

226 以上，신동운「사법개혁추진과 형사증거법의 개정」서울대학교법학 47 권 1 호（2006 년）112 쪽（シンドンウン「司法改革推進と刑事証拠法の改正」ソウル大学校法学 47 巻 1 号（2006 年）112 頁）。当時，検事は，このようにして作成された日本語の調書を一件記録として法院に提出した。そして，判事は，この調書を精読した上で公判に臨んだ。これが，朝鮮における「調書裁判」の起源であるとされている。また，公判は日本人判事によって日本語で進行されたため，傍聴人は「裁判の公正性」を監視することができなかった。朝鮮人の末席判事等は，このような公判を通じて裁判実務を学んだため，植民地統治が終わった後も調書裁判が引き続き行われた（同稿 112～113 頁）。

227 氏家・前掲注（99）197 頁。なお，同稿 197～199 頁によると，朝鮮では，内地と異なり，区裁判所が存在しなかったという。内地の区裁判所に相当する裁判所は，朝鮮では地方法院の単独審裁判所であった。そして，内地の区裁判所の事物管轄よりも，朝鮮の地方法院単独審の事物管轄の方が広範であったという。

228 朝鮮における取調べでは，主に独立運動家や政治犯を対象に，水攻めや爪突き（細い串を指と爪の間に突き入れるもの）等の過酷な拷問が行われていた。この頃の様子や，拷問に使用された器具，取調室等は，ソウル西部にある西大門刑務所歴史館に展示されている。詳細は，同歴史館で販売されている，서대문형무소역사관편『독립과 민주의 현장―서대문형무소역사관』（서대문구도시관리공단，2010 년）（西大門刑務所歴史館編『独立と民主の現場―西大門刑務所歴史館』（西大門区都市管理公団，2010 年））を参照。

第 4 目　朝鮮における戦時特別法の依用

1942 年 2 月に内地で制定された戦時刑事特別法は，朝鮮戦時刑事特別令によって，朝鮮にも依用された。そのため，内地の戦時刑事特別法第 25 条が規定していた「聴取書の証拠能力制限撤廃」規定も，そのまま朝鮮に用いられることになった。その結果，朝鮮では，地方法院単独事件のみならず，地方法院合議部事件でも，聴取書の証拠能力が認められることになった[229]。

聴取書の証拠能力が認められるようになったため，捜査機関は，朝鮮刑事令第 12 条に基づく強制処分としての被疑者訊問を行わなくても，任意捜査として被疑者取調べを行えば良いとされた。

第 5 目　戦前の日本における被疑者取調べとの比較

第 1 編で概観した戦前の日本における被疑者取調べと比較する形で，朝鮮における特例についてまとめると，以下の通りである。

明治刑訴法では，強制処分は原則として予審判事の権限であるとされた。そのため，被疑者訊問も，基本的には予審判事の権限であった。ここでは，捜査機関は，現行犯の場合に限り，強制処分としての被疑者訊問を行うことができた。加えて，捜査機関は，任意捜査としての被疑者取調べを積極的に活用した。そして，任意捜査としての取調べの結果，「聴取書」と称される調書が作成されるようになった。これに対して，明治刑訴法は，規制する術を持たなかった。

一方，明治刑訴法が依用されていた朝鮮では，朝鮮刑事令第 12 条によって，捜査機関に強大な強制処分権限が付与されていた。内地との大きな違いは，現行犯でない場合であっても，急速を要するときは，検事は強制処分権限を行使することができた点である。さらに，令状発付権限も付与されていた。そして，これらの権限に関する規定は，司法警察官にも準用された。朝鮮では，植民地統治の効率性や訴訟経済が考慮され，明治刑訴法が特例を伴って「依用」されたのである。

その後，内地では，明治後期から大正初期にかけて，人権蹂躙問題が生じた。ここでは，捜査機関による身体拘束と取調べが問題視されていた。そこで，1900 年前後から，刑訴法を改正する動きが徐々に活性化していく。そして，1924 年に大正刑訴法が施行された。

大正刑訴法も，基本的な構造は明治刑訴法と同様である。但し，捜査機関の強制処分権限が拡大・強化された。すなわち，捜査機関は，現行犯である場合に加え，要急事件である場合にも，強制処分権限を行使し得ることになった。同時に，捜査機関による任意捜査としての被疑者取調べも引き継がれた。明治刑訴法と異なる点は，聴取書の証拠能力に関する制限規定を設けた点である。しかしながら，聴取書が直ちに不要となった訳ではなかった。また，任意捜査としての取調べを適切に規制するには至らなかった。

さらに，一連の戦時立法により，検察の強制処分権限が拡大・強化され，聴取書の証拠能力に関する制限が撤廃された。これによって，内地においては，任意捜査としての被疑

229 氏家・前掲注（99）199～200 頁。

者取調べが積極的に行われた。

一方，朝鮮でも，明治刑訴法に代わって大正刑訴法が依用された。それと同時に，朝鮮刑事令が改正された。これによって，捜査機関の強制処分権限が拡大・強化されることになった。そして，強制処分としての被疑者訊問が，捜査機関によって積極的に活用された。さらに，朝鮮戦時刑事特別令によって，内地の戦時立法が朝鮮にも依用された。そのため，捜査機関は，任意捜査として，被疑者取調べも積極的に行った。

以上のように，朝鮮においては，「特例」を伴って明治刑訴法及び大正刑訴法が依用された。これに対して，一連の戦時立法の依用は，内地と朝鮮の刑事手続の差異を縮め，接近させる役割を担った[230]。

第 2 款　現行刑訴法における被疑者取調べ

第 1 目　1954 年制定刑訴法の制定以前における被疑者取調べ

韓国刑訴法の歴史と関連して本編第 1 章で述べたように，1945 年以降，米軍政は，日本の植民地統治の影響を排除することを試みた。その中で，治安維持法等の特別法が廃止された。また，1948 年には，「戦時特例に関する法令の廃止及び関係法令の改正」（米軍政令第 181 号）によって，戦時刑事特別令が廃止された。他方で，米軍政令第 11 号は，法体系の急な変革によって社会生活が混乱することを避けるために，一部の法令の効力を維持させた。そのため，依用された大正刑訴法及び朝鮮刑事令は，廃止されることなく維持された。

このような中で，1948 年 3 月 20 日，米軍政令第 176 号「刑事訴訟法の改正」が公布された[231]。これにより，朝鮮刑事令第 12 条によって認められていた，捜査機関による強制処分としての被疑者訊問が廃止された（同令第 24 条第 2 号）。その結果，捜査機関は，継続して依用されていた大正刑訴法第 343 条による「法令ニ依リ作成シタル訊問調書」を作成することができなくなった。既に，米軍政令第 181 号によって戦時刑事特別令が廃止されていたため，捜査機関が任意捜査として被疑者を取り調べ，聴取書を作成しても，その証拠能力は制限されていた。そのため，捜査機関は，事実上被疑者を取り調べることができなくなった。したがって，被疑者を取り調べる必要があるときは，検事が判事に「裁判上の捜査処分」（大正刑訴法第 255 条）として被疑者訊問を請求する他なかったのである[232]。

但し，米軍政令第 176 号は，(1) 住居不定である場合や，(2) 現行犯である場合，(3) 罪証を隠滅する相当なおそれがある場合，(4) 逃亡する相当なおそれがある場合，(5) 被疑者が，死刑，無期又は長期 1 年以上の有期懲役・禁錮に処することができる罪を犯したと信じる相当な理由がある場合等で，緊急を要する場合には，無令状で被疑者の身体を拘

---

230 氏家・前掲注（99）200 頁。

231 米軍政令第 176 号「刑事訴訟法の改正」の詳細は，本編第 1 章第 3 款第 1 目「米軍政令第 176 号『刑事訴訟法の改正』までの経緯」を参照。

232 氏家・前掲注（99）204 頁。

束することができると規定していた（同令第 3 条）。また，捜査機関は，死刑，無期又は長期 1 年以上の有期懲役・禁錮に処することができる罪が現に進行中であり，又はこれらの罪に着手しようとしていると信じる相当な理由がある場合には，犯罪防止又は捜査に必要な措置を採るために，昼夜を問わず，無令状で被疑者の身体を拘束することができるとされていた（同令第 4 条）[233]。これらの規定による被疑者の拘束は，10 日を超えない範囲で認められていた（同令第 8 条）。そのため，「法令 176 条によって，拘束令状による拘束，または緊急拘束を行うことができ，人権保護に最も重要な人身を拘束することができるのであるから，それより重大でない被疑者訊問は，当然に許される」という論理が採られ，身体拘束に付随する処分として，被疑者取調べが行われるようになった[234]。

このような捜査実務は，大法院によって肯定されることになる。1950 年の大法院判決は，「法令第 176 号（刑事訴訟法の改正）第 3 条又は第 4 条により被疑者を緊急拘束した司法警察官は，同法令第 8 条により，その拘束を維持し，捜査を継続する必要がある限り，この拘束に伴い《原文を直訳すると，「随伴し」である。挿入筆者》，必然的に被疑者に対する訊問権があり，この訊問権により，刑事訴訟法第 56 条の規定によって作成した訊問調書は，同法第 343 条にいう法令により作成した訊問調書に該当するものであると解釈することが妥当である。なぜなら，犯罪を捜査するために，人権保障にとって最も重要な人身を拘束する強制処分権を付与する以上，その拘束の当否，換言すれば，釈放の可否又は犯罪の有無及びその内容を調査するにあたり，絶対必要的手段方法である訊問権を，どうして禁じたはずがあろうか」と判示した[235]。

したがって，1954 年制定刑訴法の制定以前における被疑者取調べについては，次のことがいえよう。1948 年に公布された米軍政令第 176 号は，捜査機関の強制処分としての被疑者訊問を廃止した（同令第 24 条第 2 号）。しかしながら，同令は，一定の条件下であれば，無令状で被疑者の身体を拘束し得る旨を規定していた（同令第 3 条及び第 4 条）。そのため，身体拘束が許容されるのであれば，身体拘束よりも権利侵害性が少ない訊問は「必然的に」許容される。また，このような取調べによって作成された調書は，米軍政令第 176 号による身体拘束に「伴い，必然的に」認められる訊問権を行使し，被疑者を取り調べた結果，作成されたものである。したがって，当該調書は，継続して依用されていた大正刑訴法第 343 条が定める「法令により作成した訊問調書」に該当する。大法院は，拡大解釈とも採れる論理により，捜査機関の「訊問権」を認めた上で，そこで作成された調書を証拠として使用することを認めたのである。以上のようにして，1954 年制定刑訴法の制定以前の韓国では，捜査機関による任意捜査としての被疑者取調べが「事実上の強制力」を持って行われるようになった。

---

233 同条によって，他人の住居又は建造物への侵入，贓物又は犯罪に供されたと認められる物の押収も，無令状で行うことが認められていた。

234 氏家・前掲注（99）207 頁。

235 대법원 1950.11.20 선고, 4283 형상 7 판결.

第 2 目　1954 年制定刑訴法と被疑者取調べ[236]

1954 年に制定された刑訴法は，(1) 被疑者・被告人の人権保障に重点を置きつつ，人権保障と捜査・裁判の便宜，捜査・裁判の正確性と手続の迅速性がそれぞれ対置され，その調和点を探る形で作成されたこと[237]，(2) 刑事法学者が不在のまま作成されたこと[238]，(3) 依用されていた大正刑訴法に米軍政令第 176 号「刑事訴訟法の改正」を反映させつつ，日本の現行刑訴法を参考に，大陸法と英米法を折衷させたこと[239]等の特徴を有していた[240]。

ところで，当時の韓国は，韓国人刑事法学者が極めて不足していた。また，1954 年の刑訴法制定は，日本の大正刑訴法及び現行刑訴法をベースにしていた。そのため，当時の刑訴法学は日本の刑訴法学が主流を成しており，この頃の「韓国における取調べ学説史」を振り返ることは極めて困難である[241]。そこで，以下では，刑訴法の条文等に基づいて，1954 年制定刑訴法における被疑者取調べを概観してみたい。

1954 年制定刑訴法は，予審制度を廃止し，法院の調査手続を原則として公判段階に限定した。その構造や主な変更点は，日本の現行刑訴法と概ね同じである。1954 年制定刑訴法第 199 条第 1 項は，「捜査に関しては，その目的を達成するために必要な調査をすることができる。但し，強制処分は，法律に特別な規定がなければ，行うことができない。」と規定し，捜査機関の捜査権限を明らかにした。次いで，同第 200 条第 1 項は，「検事又は司法警察官は，捜査に必要なときは，被疑者を召喚し陳述を聞くことができる。」と規定した[242]。

---

236 韓国における被疑者取調べの表記は，「피의자신문」である。これは，漢字に由来する語であり，漢字で表記すると「被疑者訊問」である。日本で「訊問」という語を用いた場合は，旧刑訴法下で現行犯又は要急事件である場合に許容されていた「強制性を伴う被疑者取調べ」を指すものであると理解されることが多いように思われる。しかしながら，韓国における「被疑者訊問」は，日本の刑訴法第 198 条によって行い得る任意捜査としての「被疑者取調べ」を意味する。以下，本稿では，条文の文言等を除き，日本の表記に倣い，「被疑者取調べ」という語を用いる。

237 1954 年 1 月 9 日に開催された法制司法委員会公聴会における，嚴詳燮員の発言（신동운・前掲注（95）107 頁）。

238 1954 年 1 月 9 日に開催された法制司法委員会公聴会における，金炳魯及び嚴詳燮の発言（신동운・前掲注（95）105～106 頁）。

239 1954 年 2 月 15 日に開催された第 18 回国会定期会議・刑事訴訟法第 1 読会における，金炳魯の発言（신동운・前掲注（95）266 頁）。

240 なお，本編第 1 章第 2 節第 2 目「1954 年制定刑事訴訟法の制定経緯」を併せて参照。

241 当時の数少ない韓国人学者や韓国人実務家による書籍等を分析し，任意捜査としての取調べを検討したものとして，김종률「현행 형사소송법상 피의자신문에 관한 연구(하)」저스티스 84 호（2005 년）146～190 쪽（キムジョンリュル「現行刑事訴訟法における被疑者訊問に関する研究（下）」ジャスティス 84 号（2005 年）146～190 頁）がある。しかしながら，同論文は，当時の文献を引用するにあたって，著者の名前と頁数を表記するのみであり，どの文献を引用しているのかを明らかにしていない。また，参考文献一覧も付されていない。そのため，原典にあたることはできなかった。

242 なお，日本法の表記に倣えば，「召喚」は強制処分性を伴うものである。しかしながら，1954 年制定刑訴法第 200 条第 1 項の「召喚」は，日本の刑訴法第 198 条第 1 項と同様に，「出頭を求め」ることを意味する語であると解されていた。そのため，ここでいう「召

そして，同条第 2 項は，「前項の陳述を聞くときは，予め被疑者に対して陳述を拒否することができる旨を告げなければならない。」と規定し，取調べに先立って黙秘権告知を行わなければならないことを明記した。

日本の刑訴法と異なる点は，被疑者取調べに関する詳細な規定を独立して設けている点である[243]。1954 年制定刑訴法第 241 条は，「被疑者訊問[244]」という見出しで，「検事又は司法警察官が被疑者を訊問するには，予めその姓名，年齢，本籍，住居及び職業を聞き，被疑者に間違いがないことを確認しなければならない。」と定め，その方法を規定した。次いで，同第 242 条は，「被疑者訊問事項」という見出しで，「検事又は司法警察官は，被疑者に対して犯罪事実及び情状に関する必要事項を訊問しなければならず，その利益となる事実を陳述する機会を与えなければならない。」と定めた。さらに，同第 243 条は，「被疑者訊問と参与者」という見出しで，「検事が被疑者を訊問するには，検察庁捜査官又は書記官や書記を参与させなければならず，司法警察官が被疑者を訊問するには，司法警察官吏を参与させなければならない。」と規定した。加えて，同第 244 条は，「被告人訊問調書の作成」という見出しで，次の各項を定めた。第 1 項は，「被疑者の陳述は，調書に記載しなければならない。」と定め，取調べ時の調書作成を義務づけた。第 2 項は，「前項の調書は，被疑者に閲覧させ，又は読み聞かせなければならず，誤記があるか否かを聞き，被疑者が増減又は変更の請求をしたときは，その陳述を調書に記載しなければならない。」と規定し，調書作成時の閲覧・読み聞かせを義務づけ，増減変更の機会を与え，その旨を調書に記載しなければならないとした。第 3 項は，「被疑者が調書に誤記がない旨を陳述したときは，被疑者にその調書に割印させた後，署名又は記名捺印させる。」と定め，調書の割印制度を設けるとともに，署名又は記名捺印を要することを規定した。

1954 年制定刑訴法における調書の証拠採用要件は，次の通りである。1954 年制定刑訴法第 307 条以下の証拠に関する規定と併せて概観する[245]。

まず，同第 307 条は，「証拠裁判主義」という見出しで，「事実の認定は，証拠によらなければならない。」と規定し，証拠裁判主義を宣言した。同第 308 条は，「自由心証主義」という見出しで，「証拠の証明力は，法官の自由判断による。」と規定し，自由心証主義を宣言した。同第 309 条は，「擬制自白の証拠能力[246]」という見出しで，「被告人の自白が拷

喚」という語に，強制処分という意味合いはない（김종률・前掲注（241）146～151 頁）。後述するように，現行刑訴法第 200 条は，「出席を要求し」と規定している。

243 これらの規定は，大正刑訴法第 133 条から第 139 条に規定されていた被告人訊問に関する規定をモデルにしたものであるとされている（이완규「피의자신문의 성질과 수인의무」형사판례연구 22 호（2014 년）355 쪽（イワンギュ「被疑者訊問の性質と受忍義務」刑事判例研究 22 号（2014 年）355 頁））。

244 注（236）を参照。

245 この点については，次節において改めて詳述する。

246 1954 年制定刑訴法第 309 条で規定されていることは，強制による自白の証拠能力である。「擬制自白」という見出しは，「不任意であると『擬制」される自白」であるとも解し得る。しかしながら，いかなる趣旨で「擬制」という語を用いたかは，必ずしも明ら

問，暴行，脅迫，身体拘束の不当な長期化又は欺罔その他の方法により，任意に陳述したものでないと疑うに足りる理由があるときは，これを有罪の証拠とすることができない。」と規定し，強制による自白の証拠能力を制限した。同第 310 条は，「不利益な自白の証拠能力」という見出しで，「被告人の自白が，その被告人に不利益な唯一の証拠であるときは，これを有罪の証拠とすることができない。」と定め，補強法則を規定した。同第 311 条は，「証拠能力」という見出しで，「公判準備又は公判期日に被告人又は被告人でない者の陳述を記載した調書，法院又は法官の検証，鑑定の結果を記載した調書及び押収した書類又は物は，証拠とすることができる。」と定め，主に裁判官が作成した調書に関する証拠能力について規定した。

被疑者取調べとの関係で重要となるのが，同第 312 条である。同第 312 条は，「同前」という見出しで，「検事又は司法警察官の被疑者又は被疑者でない者の陳述を記載した調書，検証又は鑑定の結果を記載した調書，押収した書類又は物は，公判準備又は公判期日に被告人又は被告人でない者の陳述により，その成立の真正が認定されたときは，証拠とすることができる。但し，検事以外の捜査機関によって作成された被疑者の訊問調書は，その被疑者であった被告人又は弁護人が公判廷においてその内容を認めたときに限り，証拠とすることができる。」と規定し，供述録取書の証拠能力要件を定めた。ここでは，検事が作成した供述録取書と，司法警察官が作成した供述録取書の証拠能力要件に区別が設けられた。続けて，同第 313 条は，「同前」という見出しで，「前 2 条の規定以外に，被告人又は被告人でない者が作成した書類又はその陳述を記載した書類として，作成又は陳述した者の自筆やその署名又は捺印があるものは，公判準備又は公判期日に被告人又は被告人でない者の陳述により，成立の真正であることが証明されたときは，証拠とすることができる。」と定め，供述書等の証拠能力要件を規定していた。

また，同第 312 条及び第 313 条の要件を欠く場合であっても，これらの供述録取書や供述書は，公判準備又は公判期日に供述することを要する者が，死亡，疾病その他の事由によって供述することができないときは，当該書類に記載された供述又はその作成が特に信用することができる情況下で行われたときに限り，証拠とすることができるとされた（同第 314 条）。また，同第 312 条及び第 313 条によって規定された供述録取書や供述書は，その書類に記載された供述が任意になされたものであることを要した（同第 309 条，第 317 条第 1 項）。もっとも，当事者が証拠とすることに同意した場合は，これらの規定に関わらず，証拠とすることができた（同第 318 条）。

以上のように，1954 年制定刑訴法における被疑者取調べや，その取調べによって作成された調書の証拠能力要件は，以下の点を除き，日本の刑訴法におけるものと大きく異なるところはない。主な違いは，（1）被疑者取調べに関する規定が，刑訴法の中で独立して設けられている点，（2）捜査機関は，被疑者を取り調べたときは，調書を作成する義務を負う点（1954 年制定刑訴法第 244 条第 1 項），（3）検事が作成した供述録取書は，成立の真

かではない。なお，現行刑訴法は，「強制等自白の証拠能力」という見出しを掲げている。

正が認められなければ証拠とすることができず，司法警察官が作成した供述録取書は，成立の真正に加え，被告人又は弁護人によってその内容が認められなければ，証拠とすることができない点，(4) 日本の刑訴法第 198 条第 1 項但書のように，反対解釈が可能な規定が存在しない点である[247]。

以上のように，検事が作成した供述録取書と司法警察官が作成した供述録取書の証拠採用要件を区別したのは，捜査実務における司法警察官の必要性と，警察による人権侵害の防止を調和させるためであった。既に述べたように，日本による植民地統治時代に付与された司法警察官の強制処分権限は，米軍政令第 176 条によって否定された。しかしながら，政府の樹立や朝鮮戦争による国内の混乱，共産主義・社会主義集団との理念闘争の中で，司法警察官の積極的な捜査が不可欠とされた。一方で，このような実務に対しては，植民地統治時代の司法警察官による人権侵害を省みて，警察司法の弊害を危惧する声も強く主張されていた。そのため，1954 年制定刑訴法の制定に際しては，このような実務運用を認めつつも，警察司法の弊害を克服することが課題とされた。このような経緯により，検事が作成した供述録取書と司法警察官が作成した供述録取書の証拠採用要件を区別する規定が設けられた[248]。

1954 年制定刑訴法は，調書の証拠能力要件に差を設けることによって，司法警察官による取調べを牽制しつつ，司法警察官が捜査手続において果たす役割に期待をしていた。しかしながら，その実態は，分断状況を利用した権威主義政権による「非民主的刑事司法」の運用と「官尊民卑意識」によって国民の人権を蔑ろにした「前近代的」な刑事手続であった[249]。このような刑事手続の下で多くの拷問等が行われ，刑事司法制度改革が叫ばれてきたことは，第 1 章において述べた通りである。そして，度重なる刑訴法改正を経て，2007 年に抜本的な改革が行われた。以下では，現行法における被疑者取調べとその規制について概観したい[250]。

---

247 これらの点については，本款第 3 目「現行刑訴法における被疑者取調べ」及び本章第 2 節「韓国における被疑者取調べ調書の法的地位と証拠採用要件」，第 3 章「韓国における被疑者取調べの法的規制」において，2007 年改正刑訴法と関連して改めて触れる。

248 以上，이완규「피고인신문과 진술거부권 그리고 재판심리」법조 647 호（2010 년）118～119 쪽（イワンギュ「被告人訊問と陳述拒否権，そして裁判審理」法曹 647 号（2010 年）118～119 頁）を参照。なお，第 1 章第 2 節第 3 款第 2 目「1954 年制定刑事訴訟法の制定経緯」を併せて参照。

249 나영민ほか・前掲注（215）38 頁。

250 以下，韓国刑訴法について「現行法」あるいは「現行刑訴法」と表記した場合は，2015 年 7 月 31 日に施行された第 26 次改正刑事訴訟法を指す。なお，第 25 次改正法（2014 年 12 月 31 日施行）の邦語訳として，安部祥太「韓国刑事訴訟法試訳」青山ローフォーラム 4 巻 1 号（2015 年）85～141 頁がある。

第 3 目　現行刑訴法における被疑者取調べ[251]

1. 被疑者取調べの法的性質

韓国における学説上，被疑者取調べの法的性質は，任意捜査であると解されている[252]。身体拘束されていない被疑者の場合は，捜査機関による出頭要求を受けて任意に出頭するため，いつでも退去する自由が保障されていると理解されているためである（法第 200 条[253]）。また，逮捕・拘束された被疑者の場合であっても，逮捕・拘束の目的や要件に取調べが含まれておらず，黙秘権を有する被疑者に供述を強制することはできないためである[254]。被疑者取調べを任意捜査であると解する見解は，1954 年制定刑訴法の制定後から，一貫して学界の支持を集めてきた[255]。

ここで，被疑者取調べと，1995 年刑訴法改正によって新設された逮捕制度との関係が問題となる。身体拘束と被疑者取調べは，極めて密接な関係にある。そのため，韓国における身体拘束制度については，本章第 3 節「韓国における身体拘束制度」において述べることにする。ここでは，被疑者取調べの法的性質との関係で，簡単に概観したい。

1995 年の刑訴法改正（第 8 次改正）以前は，捜査段階における被疑者の身体拘束として，「拘束」のみが規定されていた（1995 年改正以前の刑訴法第 201 条）。これは，日本の勾留に該当するものである。韓国では，日本による植民地統治時代の影響により，警察による 10 日間の拘束（同第 202 条）と，検察による 10 日間の拘束（同第 203 条）がそれぞれ認められていた。さらに，検事による拘束は，地方法院判事に申請し，地方法院判事が「相当な理由」を認めれば，さらに 10 日間延長することができた（同第 205 条）。したがって，1995 年刑訴法改正までは，捜査段階における身体拘束制度として「拘束」のみが観念されていた。

これに対して，1995 年改正刑訴法は，「逮捕」という概念を新たに設けた（法第 200 条の 2）。これは，令状による通常逮捕の際の令状発付審査と，拘束の際の令状発付審査を通じて，司法審査を 2 度行うことを目的とするものであった。そのため，逮捕制度の新設は，新たに「逮捕」期間を別途設けるものではなく，これまでの「拘束」期間のうち，最初の 48 時間を「逮捕」期間とするものである。ここで，被疑者取調べの法的性質と関連して問

---

251 以下の記述は，安部祥太「韓国における被疑者取調べとその適正化―日本の被疑者取調べ適正化への示唆―（1）（2 完）」青山ローフォーラム創刊号，1 巻 2 号（いずれも 2012 年）を加筆・修正したものである。

252 신동운･前掲注（15）182 頁，이재상『신형사소송법〔제 2 판〕』（박영사，2009 년）225 쪽（イジェサン『新刑事訴訟法〔第 2 版〕』（博英社，2009 年）225 頁）.

253 現行刑訴法第 200 条は，「検事又は司法警察官は，捜査に必要なときは，被疑者の出席を要求し，陳述を聞くことができる。」と規定している。日本の刑訴法第 198 条第 1 項のように，身体拘束されていない被疑者の退去の自由が明記されている訳ではない。なお，以下では，本条文のうち，「出席」を「出頭」と訳出した。

254 이재상・前掲注（252）225 頁。

255 김종률・前掲注（241）146～190 頁は，現行刑訴法の制定以後，学界において，被疑者取調べが一貫して任意捜査であると解されてきたことを，学説史に基づいて指摘している。

題になるのは，通常逮捕の令状請求要件として規定された文言である。1995 年刑訴法改正によって新設された法第 200 条の 2 第 1 項は,「被疑者が罪を犯したと疑うに足りる相当な理由があり，正当な理由なく第 200 条の規定による出頭要求に応じず，又は応じないおそれがあるときは，検事は管轄地方法院判事に請求し，逮捕令状の発付を受け，被疑者を逮捕することができ，司法警察官は検事に申請し，検事の請求により管轄地方法院判事の逮捕令状の発付を受け, 被疑者を逮捕することができる。但し, 多額 50 万ウォン以下の罰金，拘留又は科料に該当する事件に関しては，被疑者が一定の住居がない場合又は正当な理由なく第 200 条の規定による出頭要求に応じない場合に限る。」と規定した。このうち,「正当な理由なく第 200 条の規定による出頭要求に応じず，又は応じないおそれがあるとき」という文言は，法第 200 条が規定する取調べのために被疑者を逮捕し得るという趣旨ではないかという議論が生じた。このような経緯により，令状により逮捕された被疑者の取調べが強制捜査であるか任意捜査であるかが改めて問題となったのである。しかしながら，この場合も，捜査機関に取調べを強制する権限を付与する条文がないことや，刑訴法が任意性に疑いのある自白の証拠能力を否定していること，憲法により黙秘権が認められた被疑者に供述を強制することができないこと等から，被逮捕者の取調べであっても任意捜査であるとする見解が通説的である[256,257]。

2. 被疑者取調べ主体

韓国刑訴法は，捜査機関として,「検事」及び「司法警察官吏[258]」を規定している（法第 195 条及び第 196 条)。他方で，法が取調べ主体として規定しているのは,「検事」及び「司法警察官」である（法第 200 条)。但し，大法院判例によって，司法警察吏であっても取調

256 대법원 2013.7.1 선고, 2013 모 160 결정. 学説として，손동권『형사소송법』（세창출판사，2008 년）223 쪽（ソンドングァン『刑事訴訟法』（セチャン出版社，2008 年）223 頁），신양균『형사소송법』（법문사，2000 년）123 쪽（シンヤンギュン『刑事訴訟法』（法文社，2000 年）123 頁），이재상・前掲注（252）225 頁，신동운・前掲注（15）182 頁等がある。

257 もっとも, 逮捕自体が強制捜査であることに疑いはない（신동운・前掲注（15）182 頁)。

258 司法警察官吏のうち，捜査官，警務官，総警，警正，警監，警衛は司法警察官に，警査，警長，巡警は司法警察吏に該当する。かつては，検事は自己の判断に基づき捜査を開始することができ（第 195 条)，司法警察官は検事の指揮を受けて捜査をしなければならず（第 196 条第 1 項)，司法警察吏は検事又は司法警察官の指揮を受けて捜査の補助をしなければならない（同条第 2 項）とされていた。しかしながら，2012 年 1 月 1 日に施行された第 19 次改正刑訴法では, 司法警察官は検事の指揮を受ける（同条第 1 項）とともに，犯罪の疑いがあると認識したときは，捜査を開始・進行しなければならないとされた（同条第 2 項)。この改正によって司法警察官が主体的に捜査を行えるようになったため，これまで検察・警察間にみられた従属的な関係は，若干解消したと思われる。

なお，정웅석「2011 년개정 형사소송법 제 196 조에 대한 평가와 과제」형사법의 신동향 33 호（2011 년）60 쪽（ジョンウンソク「2011 年改正刑事訴訟法第 196 条に対する評価と課題」刑事法の新動向 33 号（2011 年）60 頁）は，同一犯罪に対して検察と警察の捜査権が競合した場合を問題として挙げ，課題が残ると指摘している。

べ主体になり得ることが認められている[259]。これは，組織体系上，司法警察吏の比率が高く[260]，捜査実務では司法警察吏による取調べが最も多いためである[261,262]。この点については，司法警察吏による取調べの適法性を担保するために，その権限を立法で明確化する必要性が大きいと主張されている[263]。

3. いわゆる取調べ受忍義務論

いわゆる取調べ受忍義務論の前提として，韓国刑訴法の条文のうち，日本の刑訴法と大きく異なる点を 2 つ確認しておきたい。(1) まず，既に確認したように，韓国においては，日本の刑訴法第 198 条第 1 項のように「反対解釈」が可能な条文が設けられていない。日本の刑訴法第 198 条に該当する韓国現行刑訴法第 200 条は，「検事又は司法警察官は，捜査に必要なときは，被疑者の出頭を要求し，陳述を聞くことができる。」と規定しているのみである。したがって，日本と同様の論理で「取調べ受忍義務」を肯定することはできない。

(2) 次に，韓国においては，日本の刑訴法第 39 条第 3 項のような「接見指定」規定が存在しない。日本の刑訴法第 39 条第 3 項に該当する韓国現行刑訴法第 34 条は，「弁護人又は弁護人となろうとする者は，身体拘束を受けている被告人又は被疑者と接見し，又は書類若しくは物の授受をすることができ，医師に診療させることができる。」と規定しているのみである。さらに，憲法裁判所は，「弁護人との自由な接見は…国家安全保障，秩序維持，公共福利等のいかなる名分によっても制限され得る性質のものではない《省略筆者》」と判示している[264]。そのため，韓国では，日本のように，「現に取調べ中である…場合《省略筆者》[265]」や，「間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって，弁護人等の必要とする接見等を認めたのでは，右取調べ等が予定通り開始できなくなるおそれがある場合[266]」であっても，接見の日時等を指定することはできない。接見交通権は，「いかなる名分によっても制限され得る性質のものではない」ため，被疑者又は弁護人等が接見を希望した場合は，

---

259 대법원 1969.12.9 선고,69 도 1884 판결，대법원 1981.6.9 선고,81 도 1357 판결，대법원 1982.12.28 선고,82 도 1080 판결.

260 이동희「한국의 피의자신문절차와 그 개혁」형사법연구 21 권 4 호（2009 년）140 쪽（イドンヒ「韓国の被疑者訊問手続とその改革」刑事法研究 21 巻 4 号（2009 年）140 頁注（11）によると，2009 年 6 月現在，司法警察官は 15.5%（17,218 人）であり，司法警察吏は 84.5%（82,331 人）である。

261 이동희・前掲注（260）140 頁。

262 2009 年 10 月末現在の人員は，検察庁では，検事が 1,942 人，検察庁職員が 7,706 人である。また，警察では，司法警察官及び司法警察吏の合計は 99,554 人である。捜査機関別の事件担当比率を大まかにみると，2008 年度では，検察全体の刑事事件処理人員（総人員 2,736,064 人）のうち，警察官が捜査して検事に送致した事件が 94%，特別司法警察官吏が捜査して検事に送致した事件が 5%，検察庁職員を含む検事が直接捜査した事件が 1%である（이동희・前掲注（260）141 頁）。

263 이동희「피의자신문의 현황과 개선책」형사법연구 20 호（2003 년）228 쪽（イドンヒ「被疑者訊問の現況と改善策」刑事法研究 20 号（2003 年）228 頁）.

264 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정.

265 最一判昭和 53 年 7 月 10 日民集 32 巻 5 号 820 頁。

266 最三判平成 3 年 5 月 10 日民集 45 巻 5 号 919 頁。

いつでも取調べを中断し，接見することができるのである[267]。したがって，取調べが任意捜査の一環として行われる以上，被疑者は出頭を拒否することができ，いつでも退去することができるという見解が一般的である[268]。

もっとも，捜査機関にとっては，被疑者取調べは捜査活動に不可欠な手続である[269]。そこで，捜査実務では，身体拘束された被疑者については，黙秘権等の保障に配慮しつつも，取調べを強制することができるという運用がなされてきた[270]。このような実務運用は，1954年制定刑訴法の制定当時には，捜査機関の中では一般的なものであった。その嚆矢となったのは，当時大検察庁次長検事であり，後に第13代検察総長を務めた金致烈（김치열）による通達である。金致烈は，1954年10月18日に発した通達の中で，新法下では，被疑者に対して受忍義務を課した上で，強制的に取調べを行うことができる旨を示していたのである[271]。

これに対して，学界等では，日本における「受忍義務論争」が韓国に紹介され，「受忍義務」を否定する見解が通説的な地位を占めるようになった。もっとも，韓国刑訴法には，日本の刑訴法第198条のような反対解釈が可能な条文や，接見の日時を指定し得る規定が存在しない。そのため，韓国においては，「受忍義務」を積極的に否定する必要性や実益は強く認識されなかった。学界は，受忍義務否定論を積極的に展開するのではなく，弁護人立会権や黙秘権等の実質的な保障を主張することで，捜査実務に対抗してきたのである。そのため，韓国の刑訴法学において，いわゆる「取調べ受忍義務論」は，そもそも大きな論点として議論されてこなかった[272]。実務と学界の乖離は，このようにして生じたものであった。

しかしながら，2013年の大法院決定をきっかけに，特に「出頭・滞留義務」について，若干の議論が展開されるようになった。捜査実務では，日本と同様に警察留置場が用いられている[273]。そのため，警察段階では，取調べを行うにあたって，被疑者を取調室へ出頭させることが容易である。これに対して，検察や国家情報院のように独自の留置施設を有していない機関が被疑者を取り調べる際は，警察留置場あるいは拘置所から当該機関まで被疑者を押送させ，取り調べることになる。このとき，被疑者が当該機関へ出頭すること

---

267 この点については，被疑者の権利と関連して，第3章第1節第2款第2目「被疑者と弁護人の接見交通権」において改めて述べる。

268 이재상『형사소송법〔제9판〕』（박영사，2012년）234쪽（イジェサン『刑事訴訟法〔第9版〕』（博英社，2012年）234頁）.

269 이동희・前掲注（263）221頁。

270 이동희・前掲注（260）148頁。

271 以上，이완규・前掲注（243）372頁を参照。

272 이동희・前掲注（263）226～227頁。なお，韓国の主要な論文データベース等を用いて，「訊問受忍義務」や「調査受忍義務」等の語句を検索しても，該当する論文はほとんど見当たらない。また，刑訴法の概説書をみても，いわゆる取調べ受忍義務論に触れていないものが多い。

273 本章第3節第7款「いわゆる『代用監房』問題」を参照。

を拒んだ場合に，出頭を強制することができるか否かという問題として，出頭・滞留義務が俎上に載せられた[274]。

この点について，2013 年大法院決定は，次のように判示し，拘束令状の効力として被疑者を強制的に取調室へ勾引し得ることを認めた。すなわち，「捜査機関が…拘束令状によって被疑者を拘束する場合，その拘束令状は，基本的には，将来の公判廷への出席や刑の執行を担保するためのものである。しかしながら，これに加え，法第 202 条，第 203 条で定める拘束期間の範囲内で，法第 200 条，第 241 条から第 244 条の 5 に規定された被疑者訊問の方法で，捜査機関が拘束された被疑者を調査する等，適切な方法によって犯罪を捜査することも予定されている。したがって，拘束令状発付によって適法に拘禁された被疑者が，被疑者訊問のための出頭要求に応じなかったり，捜査機関の取調室への出席を拒否した場合には，捜査機関はその拘束令状の効力により，被疑者を取調室へ勾引することができると解さなければならない。但し，このような場合であっても，その被疑者訊問手続はあくまでも法第 199 条第 1 項及び法第 200 条の規定による任意捜査の一方法として行わなければならない。したがって，被疑者は，憲法第 12 条第 2 項及び法第 243 条の 3 により，一切の陳述をせず，又は個々の質問に対して陳述を拒否することができ，捜査機関は被疑者を訊問する前に，そのような権利を告知しなければならない《省略筆者》」と[275]。

この大法院決定に先立って，主に検察実務家から，(1) 拘置施設にいる被疑者が取調室への出頭要求に応じない場合，出頭を強制することができるか否か，(2) できるとすれば，いかなる論理によるものかが議論され始めていた。たとえば，検事であり，法務部所管の法務研修院研究委員であった金鍾律（김종률）は，2004 年に「現行刑訴法上の被疑者取調べ」という論文を発表し[276]，翌年には「現行刑事訴訟法上の被疑者取調べに関する研究（上）（下）」という論文を発表した[277]。この中で，金鍾律は，被疑者取調べは強制処分である旨の主張を展開した。さらに，同じく検事である李完揆（이완규）も，2005 年に発表した『検察制度と検事の地位』という著書に所収の論文の中で，同様の主張を展開した[278]。これと並行して，検察実務では，既に拘束されている被疑者に対して，新たな「逮捕令状」を請求し，逮捕令状の効力により拘置所から検察庁まで被疑者を勾引することを試みたと

---

274 이완규・前掲注（243）344 頁。

275 대법원 2013.7.1 선고, 2013 모 160 결정.

276 김종률「현행 형사소송법상 피의자신문」법률신문 2004 년 2 월 19 일호（キムジョンリュル「現行刑訴法上の被疑者訊問」法律新聞 2004 年 2 月 19 日号）＜https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Research-Forum-View.aspx?serial=1641＞.

277 김종률「현행 형사소송법상 피의자신문에 관한 연구（상）（하）」저스티스 83 호, 84 호（2005 년）（キムジョンリュル「現行刑訴法上の被疑者取調べに関する研究（上）（下）」ジャスティス 83 号，84 号（2004 年））.

278 이완규『검찰제도와 검사의 지위』（성민기업，2005 년）（イワンギュ『検察制度と検事の地位』（成旼企業，2005 年））所収の「피의자신문제도와 인신구속제도의 관련성」（「被疑者訊問制度と人身拘束制度の関連性」）を参照。

いう[279]。もっとも，「逮捕制度は在宅被疑者を勾引する制度であり，既に拘束された被疑者に対して使用することは適切ではない」として，このような逮捕令状請求は棄却された[280]。いずれにせよ，検察は，拘置所等から検察庁に出頭することを拒む被疑者に頭を悩ませていた。そして，取調べの法的性質を強制処分であると解したり，逮捕令状を新たに請求することによって勾引を試みる等，試行錯誤をしていた。先の大法院決定は，このような中で判示されたものである。現時点では，この決定に関する評釈も多くなく，未だ議論が積極的に展開されているとは言い難い[281]。今後の議論動向が注目されるところである。

4. 韓国における被疑者取調べの実態

韓国においても，被疑者取調べの実態を正確に把握することは困難である。ここでは，先行研究に基づいて，被疑者取調べの実態を概観する。韓国国立警察大学教授の李東熹（이동희）は，日本の神戸大学へ 2003 年に提出した博士学位論文「被疑者取調べに関する比較法的研究―韓国と日本の取調べ法制・実務を中心に―」の執筆過程で，韓国の警察における被疑者取調べを参与観察した[282]。この調査の対象機関は，事件処理件数が多いソウルや釜山にある警察署である。また，対象犯罪は，常習性が高く，余罪追及に向けた取調べが行われやすい強盗及び窃盗である。調査を行った被疑者の数は，合計 361 人である[283]。この調査によると，被疑者取調べは，捜査上省略することができない必須の手続として位置づけられている。そのため，極めて例外的な場合を除き，ほぼすべての事件において，取調べが行われている。すなわち，調査対象被疑者 361 人のうち，取調べが行われなかった被疑者は 27 人（全体の 7.5%）である。そのうち，24 人（同 6.7%）は，所在不明であったり，諸般の事情により取調べが不可能であった者である。取調べが行われなかった者のうち，残りの 3 人（同 0.8%）は，告訴事件において，犯罪の嫌疑が一切認められなかった者等である[284]。また，逮捕直後は，ほぼ例外なく取調べが行われている。調査対象被疑者 361 人のうち，逮捕又は拘束された者は 219 人（全体の 60.7%）であった。内訳は，逮捕後に釈放された者が 114 人，逮捕後に拘束された者が 101 人，逮捕手続を経ずに拘束された者が 4 人であった[285]。逮捕された被疑者 215 人のうち，逮捕された状態で取調べを受けなかった者は 1 人もいなかったという。逮捕された被疑者 215 人の調書作成回数をみると，1 回が 167 人（77.7%），2 回が 38 人（17.7%），3 回が 6 人（2.8%），4 回以上が 4 人（1.9%）

279 이완규・前掲注（243）345～346 頁。
280 이완규・前掲注（243）345～346 頁。
281 2015 年 4 月 13 日現在，韓国の主要論文データベース上で調べる限り，当該決定に関する評釈は 2 件のみである。
282 参与観察の概要は，이동희・前掲注（263）237～239 頁に記載されている。以下の記述は，同論文に全面的に依拠した。
283 이동희・前掲注（263）237 頁及び注（58）。
284 이동희・前掲注（263）238 頁注（59）。
285 韓国においては，逮捕前置主義が採られていない。そのため，逮捕を経ずに拘束される場合があり得る。詳細は，本章第 3 節第 3 款第 1 目「拘束制度の概要」を参照。

であった[286]。他方で，逮捕手続を経ずに拘束された被疑者 4 人は，拘束後には被疑者取調べ調書が作成されていないという。これは，余罪を追及する場合を除き，拘束時に被疑者取調べを行う割合が低いことを示している[287]。

第 2 節　韓国における被疑者取調べ調書の法的地位と証拠採用要件

韓国の捜査機関は，被疑者を取り調べたときは，調書を作成する義務を負う（法第 244 条第 1 項)。そして，これらの調書は，一定の要件の下に証拠として許容されることになる。既に条文を確認したように，検事が作成した供述録取書と司法警察官が作成した供述録取書は，証拠採用のための要件が区別されている（法第 312 条第 1 項及び第 3 項)。もっとも，大法院は，被疑者取調べ調書の証拠採用要件について，やや特殊な解釈を採ってきた。そして，2004 年の大法院判決によって，判例変更が行われた。この 2004 年大法院判決は，結果として，近時の司法制度改革―とりわけ，被疑者取調べ録音・録画制度の導入―に大きな影響を与えた。そこで，以下では，大法院判例を中心に，検事が作成した供述録取書と司法警察官が作成した供述録取書の証拠採用要件について，それぞれ概観する。

第 1 款　刑事訴訟法第 312 条に関する従前の解釈と「調書裁判」

前節第 2 目「1954 年制定刑訴法と被疑者取調べ」で述べたように，1954 年制定刑訴法第 312 条は，「検事又は司法警察官の被疑者又は被疑者でない者の陳述を記載した調書…は，公判準備又は公判期日に被告人又は被告人でない者の陳述により，その成立の真正が認定されたときは，証拠とすることができる。但し，検事以外の捜査機関によって作成された被疑者の訊問調書は，その被疑者であった被告人又は弁護人が公判廷においてその内容を認めたときに限り，証拠とすることができる。」と規定していた。

その後，1961 年の第 1 次刑訴法改正によって，この規定には新たな要件が設けられた。すなわち，第 1 次改正法第 312 条第 1 項は，「検事が被疑者又は被疑者でない者の陳述を記載した調書…は，公判準備又は公判期日に原陳述者の陳述により，その成立の真正が認定されたときは，証拠とすることができる。但し，特に信用することができる情況の下で行われたときに限り，被疑者であった被告人の公判準備又は公判期日における陳述に関わらず，証拠とすることができる。」と規定し，いわゆる「特信情況」を要求した。また，司法警察官が作成した供述録取書の証拠採用要件を第 2 項として独立させ，「検事以外の捜査機

---

286 以上，이동희・前掲注（263）238 頁注（62）。

287 一般に，一線の警察官は，拘束令状を得ることができれば，事件は終結したも同然であるという認識を有しているという。李東熹は，任意出頭及び逮捕段階で充分な取調べを行うため，拘束時に取調べが行われる割合が低いことや，結果的に拘束令状が発付された被疑者の大部分が有罪判決を受けていることを挙げ，このような警察官の認識が，取調べの運用実態によっても一定程度裏付けられたと指摘している（이동희・前掲注（263）239 頁)。

関作成の被疑者訊問調書は，公判準備又は公判期日に，その被疑者であった被告人又は弁護人が，その内容を認めたときに限り，証拠とすることができる。」と規定した。

このように，検事が作成した供述録取書が証拠として許容されるためには，任意性（法第 309 条）に加え[288]，(1) 被告人の供述によって成立の真正が認められるか，あるいは (2) 特信情況が認められることが必要であるとされた。また，司法警察官が作成した供述録取書が証拠として許容されるためには，被告人又は弁護人が，その内容を認めることが必要であるとされた。検事が作成した供述録取書と司法警察官が作成した供述録取書の証拠採用要件を区別した理由は，前節において既に述べた通りである[289]。

供述録取書の証拠能力を制限する法第 312 条の法的性格については，見解の対立がみられる。まず，(1) 伝聞法則例外説は，供述録取書について，公判期日の供述に代替し得るだけの信用性を有していない点で伝聞証拠であり，法第 312 条は信用性と必要性を条件に証拠能力を認める伝聞法則の例外であると解する[290]。これに対して，(2) 直接主義例外説は，供述録取書の場合は，原供述者は被告人自身であって，被告人の反対尋問権を保障することに意味がないため，伝聞例外には当たらないとした上で，直接主義及び被疑者の人権保障の要請により，証拠能力を制限したものであると解する[291]。もっとも，(3) 法第 312 条は，伝聞証拠について規定した法第 310 条の 2 以下の一連の規定の中に位置づけられている一方で，被告人の法廷供述を差し置いて調書を使用することは直接審理主義の例外にあたるため，(1) と (2) のいずれの性格も有するという折衷説も展開されている[292]。

1961 年の第 1 次改正刑訴法第 312 条は，検事が作成した供述録取書について，(1) 被告人の供述によって成立の真正が認められ，(2) 特信情況が認められれば，証拠として許容されることを明記していた。ここでいう「成立の真正」とは，(1) 形式的真正成立と，(2) 実質的真正成立を含む概念であると理解されてきた[293]。(1) 形式的真正成立とは，調書の

---

288 대법원 1981.7.28 선고, 80 도 2688 판결，대법원 1987.9.22 선고, 87 도 929 판결，대법원 1987.11.24 선고, 87 도 2048 판결も併せて参照。なお，大法院は，任意性の有無について，具体的な事件毎に，当該調書の形式及び内容，陳述者の学力・経歴・知能の程度等，諸般の事情を参酌して，自由な心証により判断するとしている（대법원 1989.11.14 선고, 88 도 1251 판결，대법원 1990.6.8 선고, 90 도 646 판결，대법원 1990.6.22 선고, 90 도 741 판결，대법원 1999.11.12 선고, 99 도 3801 판결）。

289 大法院も，これらの区別について，(1) 司法警察官による被疑者取調べは，検事による被疑者取調べと比較すると，信用性の情況的保障が不充分である点（대법원 1995.3.24 선고, 94 도 2287 판결），(2) 個人の基本的人権を保障するための立法政策的考慮が働いている点（대법원 1982.9.14 선고, 82 도 1479 판결）等を指摘している。

290 신양균『형사소송법〔신판〕』（화산미디어，2009 년）781 쪽（シンヤンギュン『刑事訴訟法〔新版〕』（火山メディア，2009 年）781 頁），이재상・前掲注（268）592～593 頁，이은모『형사소송법〔제 3 판〕』（박영사，2012 년）680 쪽（イウンモ『刑事訴訟法〔第 3 版〕』（博英社，2012 年）680 頁）.

291 신동운・前掲注（15）990 頁，송광섭『형사소송법〔개정판〕』（형설출판사，2012 년）610 쪽（ソングァンソプ『刑事訴訟法〔改訂版〕』（螢雪出版社，2012 年）610 頁）.

292 배종대ほか・前掲注（134）638～639 頁。

293 대법원 1984.6.26 선고, 84 도 748 판결，대법원 1989.11.14 선고, 88 도 1251 판결，대법원

署名・捺印が，被告人のものであることに間違いないことである。また，(2) 実質的真正成立とは，調書に記載された内容が，供述者の供述通りに記されていることである[294]。これらの認定について，大法院は，極めて実務偏向的な「三段階連続推定論（삼단계연속추정론)」を採ってきた[295]。すなわち，大法院は，(1) 形式的真正が認められれば，実質的真正が「推定」され[296]，(2) 実質的真正が認められれば，反証がない限り，特信情況が「推定」され[297]，(3) 調書に記載された自白の任意性（法第 309 条）も「推定」される[298]という論理を採ったのである[299]。したがって，検事が作成した供述録取書は，形式的真正の要件を充足すれば，その他の要件は「推定」され，証拠として許容されることになった。

もちろん，このような「推定論」に対しては，調書の証拠採用要件を欠くことの挙証責任を被告人に転嫁し，検事作成の供述録取書を「準裁判官面前調書」に格上げするものであるとして，批判が向けられていた[300]。しかしながら，これらの批判が変革へ直ちに結実することはなかった。このようにして，韓国では，日本の植民地統治時代の名残であった「調書裁判」が，その後も生き残る土壌が，判例法理を通じて形成されたのである。

加えて，検事が作成した供述録取書と司法警察官が作成した供述録取書の証拠採用要件の区別は，「検察司法（검찰사법)」を確立する上で大きな役割を果たした。すなわち，司法警察官が作成した供述録取書は，特信情況や任意性が認められる場合であっても，公判廷で被疑者が調書の記載内容を否定すれば，証拠として使用することはできない。したがって，警察段階で調書を作成した場合であっても，検事は改めて調書を作成しなければならない。上述の通り，そこで作成された調書は，形式的真正が認められれば，「推定論」によって証拠能力を有することになる。このようにして，検事は，「世界的にも類を見ない独占的・差別的・優越的地位を担保された強力な調書」を手に入れ[301]，「検察司法」が定着し，

1990.6.8 선고, 90 도 646 판결，대법원 1990.6.22 선고, 90 도 741 판결，대법원 1990.10.16 선고, 90 도 1474 판결，대법원 1999.11.12 선고, 99 도 3801 판결，대법원 2002.8.23 선고, 2002 도 2112 판결.

294 以上，이재상・前掲注（268）593～594 頁。

295 조국「검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력」저스티스 106 호（2008 년）3 쪽（ジョグク「検事作成被疑者訊問調書と映像録画物の証拠能力」ジャスティス 106 号（2008 年）3 頁）.

296 대법원 1984.6.26 선고, 84 도 748 판결，대법원 1997.2.28 선고, 96 도 3456 판결，대법원 1998.6.9 선고, 98 도 980 판결，대법원 2000.6.27 선고, 99 도 128 판결，대법원 2001.6.29 선고, 2001 도 1049 판결.

297 대법원 1980.12.23 선고, 80 도 2570 판결，대법원 1982.6.8 선고, 82 도 754 판결，대법원 1984.9.11 선고, 84 도 1379 판결，대법원 1986.9.9 선고, 86 도 1177 판결，대법원 1986.11.25 선고, 83 도 1718 판결.

298 대법원 1983.3.8 선고, 82 도 3248 판결，대법원 1990.6.22 선고, 90 도 767 판결，대법원 1997.10.10 선고, 97 도 1720 판결.

299 もっとも，これらの判決の中には，国家保安法事件に関するものも少なくない。そのため，一般の刑事手続における「推定論理」の妥当性については，疑問が提起されていた。

300 조국・前掲注（295）3 頁。

301 이영한「새로운 형사소송법에서의 조서와 영상녹화」법조 617 호（2008 년）81 쪽

裁判の形骸化をもたらしたのである[302]。

第 2 款　2004 年大法院判決による判例変更

第 1 節で既に述べたように，検事が作成した調書と司法警察官が作成した調書の証拠採用要件の区別は，司法警察官による人権侵害と捜査の必要性を考慮した結果，設けられたものである。換言すれば，検事作成調書は，「公益の代表者」である検事に対する「信頼」により，その証拠採用要件が緩和されていた。しかしながら，2002 年 10 月，検察に対する「信頼」が根底から崩れる事件が発生した。それが，ソウル地検被疑者拷問致死事件である。この事件は，ソウル地方検察庁舎に設置された「特別訊問室[303]」において取調べを受けていた殺人事件の被疑者が，検察庁捜査官等から暴行を受け，死亡したものである。捜査機関による拷問等によって被疑者が死亡した事件は，民主化運動の最盛期に発生した朴鍾哲拷問致死事件以来のことであった[304]。ソウル地検被疑者拷問致死事件は，検察に対する信頼を失墜させることになった[305]。奇しくも，この時期は，司法制度改革の真っ只中であった。そこで，検察に対する批判は，調書裁判に対する批判と相まって，公判中心主義を志向する司法制度改革へと歩を進めたのである[306,307]。

このような中，2004 年 12 月，大法院は，これまでの判例の立場を改める判決を言い渡した。大法院は，法第 312 条の文言を忠実に読めば，「成立の真正は『原陳述者の陳述によって』認められる方法以外は規定されていないため，実質的真正成立も原陳述者の陳述によってのみ認められるものであると解釈すべきであ」ると判示したのである[308]。この判決に先立つ 2001 年 10 月，大法院は，法第 312 条に基づいて作成された「検事が被疑者でない者の陳述を記載した調書」について，原供述者によって実質的真正成立が認められなけ

（イヨンハン「新しい刑事訴訟法における調書と映像録画」法曹 617 号（2008 年）81 頁）.

302 조국・前掲注（295）3 頁。

303 特別訊問室とは，重大な犯罪の被疑者に対する取調べを目的とした専用の取調室である。外部と完全に隔離された上で，徹夜で取調べを行うことができるように，訊問室毎にトイレやベッドが設置された約 8 坪の密室であったという。特別訊問室は，検察が秘密裡に設置していたものである。被疑者拷問致死事件によってその存在が明らかになり，現在では廃止されている（李東熹「韓国における被疑者取調べの可視化」自正 56 巻 10 号（2005 年）125～126 頁及び 128 頁注（18））。

304 이동희・前掲注（260）136～137 頁注（2）。なお，朴鍾哲拷問致死事件については，本編第 1 章第 2 節第 2 款第 1 目「現行憲法の誕生」を参照。

305 後述するように，この事件は，検察が弁護人立会いや被疑者取調べ録音・録画制度を導入する契機の 1 つにもなった。

306 조국・前掲注（295）4 頁。

307 既に刑訴法の改正沿革と関連して述べたように，2004 年 11 月 15 日に開催された司法改革委員会第 24 次全体会議では，被疑者・被告人の人権を保障し，国際基準に合致する刑事手続を実現させるために，公判中心主義の確立を満場一致で強調した（대법원・前掲注（147））。

308 대법원 2004.12.16 선고, 2002 도 537 판결.

れば証拠として許容されない旨を判示し，形式的真正成立の認定による実質的真正成立の「推定」を否定していた[309]。2004 年の大法院判決は，「被疑者でない者の陳述を記載した調書」に関する 2001 年判決の趣旨を，「被疑者の陳述を記載した調書」にも適用したのである。そして，このように解釈することが，「我々の刑事訴訟法が採っている直接審理主義や口頭弁論主義を内容とする公判中心主義の理念に合致する」と締めくくっている。2004 年の大法院判決により，これまで判例が採用してきた「三段階連続推定論」は明確に破棄されることになった[310]。したがって，検事が作成した供述録取書は，被疑者が実質的真正成立を否定した場合，証拠とすることができなくなった。このことは，検事が作成した供述録取書が事実上廃止されたことを意味した[311,312]。

第 3 款　2007 年改正刑訴法による被疑者取調べ調書の証拠採用要件

第 1 目　司法制度改革と調書の証拠採用要件規定

2004 年大法院判決によって，検事が作成した供述録取書は，被告人が法廷で実質的真正成立を否定した場合には，証拠として許容されなくなった。繰り返し述べたように，韓国では，司法警察官が作成した供述録取書は，公判準備又は公判期日において，被告人又は弁護人がその内容を認めたときに限り，証拠とすることができるとされていた（2007 年刑訴法改正前の法第 312 条第 2 項）。したがって，捜査機関は，被疑者を取り調べて調書を作成しても，被告人が実質的真正あるいは記載内容を否定した場合は，これを証拠とすることが事実上不可能になっていた。

このような中で行われた司法制度改革は，公判中心主義の確立を志向し，「調書裁判」からの脱却を目指した。そのため，改革の波は，「韓国検察の自尊心・自負心[313]」であった刑訴法第 312 条にも押し寄せた。これに加えて，警察も，検察と対等な捜査機関としての地位を獲得するために，法第 312 条による調書の証拠採用要件の区別を撤廃するよう主

---

309 대법원 2001.10.23 선고, 2001 도 4111 판결. 대법원 2003.10.14 선고, 2002 도 4572 판결も同旨である。

310 2004 年大法院判決は，これまでの判例を挙げた上で，「従来の大法院の見解…は，（本判決に）背馳する範囲内で，これをすべて変更する《省略・挿入筆者》」と明確に述べている。

311 김성돈・황태정「공판중심주의의 바람직한 운용방향」대검찰청연구보고서〔発刊登録番号 : 11-12800000-000138-01〕(2010 년) 67 쪽（キムソンドン・ファンテジョン「公判中心主義の望ましい運用方向」大検察庁研究報告書（2010 年）67 頁）. なお，同報告書は，大検察庁（日本の最高検察庁に相当する。）の名で公表されているものの，大検察庁の公式見解ではない。大検察庁の特定研究課題として，成均館大学校法学専門大学院教授の金成敦（김성돈）及び京畿大学校警察行政学科教授の黄泰正（황태정）が研究を行い，取りまとめたものである。

312 その結果，検察は，調書に代えて，被疑者取調べを録音・録画した記録媒体を証拠として提出することを念頭に，被疑者取調べ録音・録画制度の導入を主体的に行った。この点については，第 3 章第 2 節第 1 款「被疑者取調べ録音・録画制度」において改めて触れる。

313 조국・前掲注（295）8 頁。

張していた[314]。他方で，検察は，検察官会議を開催して声明を発表する等，改革の波に強固に抗った[315]。その結果，2007 年改正刑訴法第 312 条は，調書の作成主体による証拠採用要件の区別を維持したまま，次のように改められた。順次，改正された条文の文言と，それに関する議論等を概観する[316]。

第 2 目　2007 年改正法第 312 条の概要

1. 第 1 項

現行法第 312 条は，第 1 項で，「検事が，被告人となった被疑者の陳述を記載した調書は，適法な手続及び方式により作成されたものであり，被告人が陳述した内容と同一に記載されていることが公判準備又は公判期日における被告人の陳述により認められ，その調書に記載された陳述が特に信用することができる情況の下で行われたものであると証明されたときに限り，証拠とすることができる。」と規定している。改正前の法第 312 条と異なる点として，まず，(1) 形式的真正成立と実質的真正成立の両方を含む概念であった「成立の真正」という文言を改め，「適法な手続及び方式による作成」と実質的真正成立を区別したことを挙げることができる。「適法な手続及び方式による作成」とは，一般的に，形式的真正成立に加え，調書作成の適法性及び方式の適法性を充たすことを意味すると解されている。具体的には，①調書作成主体の適法性，②作成時期の適法性，③記名捺印又は署名の適法性，④取調べ手続及び作成手続の適法性，⑤取調べ調書の原本性である[317]。以下，順次みていく。

①調書作成主体の適法性とは，以下のような問題である。すなわち，法は「検事」による作成を要求しているところ，捜査実務では，「検事」以外の者によって調書が頻繁に作成されている[318]。たとえば，（ⅰ）検事が不在の中で，検事の職務を代理する検察主事等が取調べを行い，調書を作成することが多い。このとき，検事は，後に取調べ内容を総括して簡単な質問を行い，検事名義の署名・捺印を行う。また，（ⅱ）検察庁法第 32 条[319]に

---

314 신동운・前掲注（226）122 頁。

315 신동운・前掲注（226）122 頁。

316 以下では，現行法第 312 条のうち，第 1 項から第 3 項までを概観している。なお，法第 312 条は，第 6 項まで項目が存在する。しかしながら，第 4 項は参考人の供述を録取した書面に関するものであり，第 5 項は供述書への準用を認めたものであり，第 6 項は検証調書に関するものである。そのため，これらについては割愛した。

317 신이철『개정법에 따른 형사증거법』（유스티니아누스，2011 년）174～183 쪽（シンイチョル『改正法による刑事証拠法』（ユスティニアヌス，2011 年）174～183 頁）.

318 検事や司法警察官が調書を作成することは非常に稀であり，実際には，多くの調書が検察庁職員や司法警察吏によって作成されるという（최영승『피의자신문과 적법절차』（세창출판사，2005 년）206 쪽（チェヨンスン『被疑者訊問と適法手続』（セチャン出版社，2005 年）206 頁）。

319 検察庁法第 32 条は，「検事の職務代理」という見出しであり，「①検察総長は，司法研修院長が要請すれば，司法研修生に，一定期間の地方検察庁又は支庁検事の職務を代理させることを命ずることができる。②検察総長は，必要であると認めたときは，検察捜査書記官，検察事務官，捜査事務官又は麻薬捜査事務官に，地方検察庁又は支庁検事の

基づいて検事総長が認めた場合には，司法修習生や検察捜査書記官，検察事務官等は，裁判所組織法による合議部事件に該当しない事件について，検事の職務を代理することができるとされている。この代理行為として，検事以外の者が検事に代わって被疑者取調べを行い，調書を作成する場合がある。調書作成主体の適法性とは，これらの者に，調書の作成権限を認めることができるかという問題である[320]。既に，大法院は，いずれの問題についても判断を示している。まず，（ⅰ）検察主事による取調べについては，仮に検事が自ら署名・押印をしていたとしても，検事が実際に取調べを行った訳ではないため，検事が作成したものと解することはできないとして，その証拠能力を否定している[321]。また，（ⅱ）書記官等による代理行為については，法第 312 条の各要件を充たしている限り，当該調書は証拠能力が認められるとしている[322]。

②作成時期の適法性とは，以下のような問題である。すなわち，捜査実務では，警察段階で被疑者が自白しており，検察官送致後に供述を翻すおそれがあると思料した場合，司法警察官が検事に連絡し，連絡を受けた検事が送検前に警察署へ赴き，「検事作成の被疑者訊問調書」を作成していた。このような場合に，当該調書の証拠能力を認めることができるかという問題である[323]。この問題は，単に「作成時期」に焦点を当てたものではない。韓国刑訴法は，作成主体によって調書の証拠採用要件を明確に区別している。その理由は，検事が負う客観義務や準司法機関としての地位に鑑み，司法警察官よりも検事を信用したためである。そのため，「検事」が「警察署」で作成した調書（あるいは，「検事」が「警察の影響が遮断されていない状態」で作成した調書）を無条件で「検事が作成した被疑者訊問調書」とした場合，法の趣旨が損なわれてしまうという点に，問題の本質がある[324]。この点について，学説は，（ⅰ）客観義務を有し，準司法機関としての地位を有する検事が作成したものであれば，その作成時期を問わず，信用性が認められるとして，送検前に作成された調書であっても「検事が作成した被疑者訊問調書」に該当すると解する肯定説[325]と，（ⅱ）警察による捜査の影響が遮断されていない状況で調書が作成された場合には，それが検事によるものであったとしても，「検事が作成した被疑者訊問調書」として信用性を担保することはできないと解する否定説[326]が対立している。なお，大法院は，送検前に検事が調書を作成した場合は，司法警察官が得た自白を不当に維持し，悪用したもので

職務を代理させることができる。③第 1 項及び第 2 項により検事の職務を代理する者は，“裁判所組織法”による合議部の審判事件は処理しない。④第 2 項による検事職務代理の職務範囲及びその他検事職務代理の運営等に必要な事項は，大統領令で定める。」と規定している。

320 신이철・前掲注（317）177～179 頁。

321 대법원 2003.10.9 선고, 2002 도 4372 판결.

322 대법원 2010.4.15 선고, 2010 도 1107 판결.

323 신이철・前掲注（317）179～180 頁。

324 이은모・前掲注（290）681～682 頁。

325 이재상・前掲注（252）567 頁。

326 이은모・前掲注（290）682 頁，배종대ほか・前掲注（134）639 頁。

ある可能性があるため，送検後に作成された調書と同様に取り扱うことは困難である旨を判示し，否定説の立場に立っている[327]。

③記名捺印又は署名の適法性とは，これまで「形式的真正成立」と称されていた問題である。すなわち，調書に付された割印及び記名捺印又は署名が，被疑者によってなされたものであることを要する[328]。また，これに加えて，検事自身の記名・捺印（法第 57 条[329]）も要求される。

④取調べ手続及び作成手続の適法性とは，法第 241 条以下に規定された被疑者取調べに関する諸規定を遵守したか否かという問題である。すなわち，被疑者に対する人定質問（法第 241 条），取調べ事項（法第 242 条），捜査関係者及び弁護人立会い（法第 243 条及び同第 243 条の 2），調書の作成手続（法第 244 条），黙秘権の告知（法第 244 条の 3），捜査過程の記録（法第 244 条の 4），障害人等特別に保護を要する者に対する特則（法第 244 条の 5）等の各手続を遵守したか否かが問題となる[330]。

⑤取調べ調書の原本性とは，検事が作成した調書の原本を証拠として提出したかという問題である。この点について，大法院は，一定の条件を充たした場合に限り，抄本の提出を認めている。すなわち，調書の原本のうち，隠れている部分の内容が，隠れていない部分の内容と分離可能なものであり，当該公訴事実と関連性がない場合で，（ⅰ）当該調書の原本が存在するか又は存在したこと，（ⅱ）調書原本の提出が不能又は困難である事情があること，（ⅲ）原本を正確に転写したものであることの 3 つの条件を充たしたときに限り，抄本を原本と同一に取り扱うことができる旨を判示している[331]。

改正前の法第 312 条と異なる点として，次に，（2）いわゆる「特信情況」の取扱いを挙げることができる。改正前の法第 312 条は，「真正成立」要件が認められた場合に，当該調書を証拠採用することができるとした上で，但書で「…被疑者の陳述を記載した調書は，その陳述が特に信用することができる状況の下で行われたときに限り，…被告人の公判準備又は公判期日における供述に関わらず，証拠とすることができる。」と規定していた。これに対して，2007 年改正法は，「適法な手続及び方式」要件及び「実質的真正成立」要件を充たした上で，かつ「その調書に記載された陳述が特に信用することができる情況の下で行われたものであると証明されたときに限り」，当該調書を証拠として採用し得る旨を

327 대법원 1994.8.9 선고, 94 도 1228 판결.

328 신이철・前掲注（317）180 頁，이은모・前掲注（290）682～683 頁。

329 法第 57 条は，「公務員の書類」という見出しであり，「①公務員が作成する書類は，法律に他の規定がないときは，作成年月日及び所属公務所を記載し，記名捺印又は署名しなければならない。②書類には，割印し，又はこれに準ずる措置を行わなければならない。」と規定している。

330 これらの条文は，2007 年刑訴法改正によって大幅に改められた。その内容は，弁護人立会権や取調べ録音・録画制度について規定する等，本稿との関係でも極めて重要なものである。そのため，これらの条文等については，第 3 章「韓国における被疑者取調べの法的規制」において改めて触れる。

331 대법원 2002.10.22 선고, 2000 도 5461 판결.

規定した。

2. 第 2 項

法第 312 条第 2 項は，実質的真正成立の証明方法に関するものである。すなわち，同項は，「第 1 項にも関わらず，被告人がその調書の成立の真正を否認した場合には，その調書に記載された陳述が，被告人が陳述した内容と同一に記載されていることが映像録画物又はその他の客観的な方法により証明され，その調書に記載された陳述が特に信用することができる情況の下で行われたものであると証明されたときに限り，証拠とすることができる。」と規定した。2007 年改正以前は，実質的真正成立の証明方法として，「公判準備又は公判期日における原供述者の陳述」のみを規定していた。これに対して，2007 年改正法は，公判廷において被告人が実質的真正成立を否定した場合であっても，「映像録画物又はその他の客観的な方法」によってこれが証明されれば，証拠として許容される旨を規定した。実質的真正成立要件について，改正法以前よりも緩やかな規定を設けたのは，弁護人の被疑者取調べ立会権や違法収集証拠排除法則等の明文化を認めたことに対する「立法的妥協」であったと指摘されている[332]。

3. 第 3 項

法第 312 条第 3 項は，検事以外の捜査機関によって作成された供述録取書の証拠採用要件に関するものである。すなわち，同項は，「検事以外の捜査機関が作成した被疑者訊問調書は，適法な手続及び方式により作成されたものであり，公判準備又は公判期日にその被疑者であった被告人又は弁護人がその内容を認めるときに限り，証拠とすることができる。」と規定した。したがって，司法警察官が作成した調書は，「適法な手続及び方式」要件及び「内容の追認」要件を充たしたときに限り，証拠として許容される。既に述べたように，司法制度改革に際して，警察は，調書の証拠採用要件に関する区別を廃止するべきであると主張していた。しかしながら，現行法は，これまでと同様に検事と司法警察官の各調書を区別する規定を維持している。この背景として，検察が「いかなる形であれ，調書の証拠能力を確保するために，調書規定の維持に全力を注ぐ」という意識で法改正に臨んだことが指摘されている[333]。また，過去の調書裁判に慣れていた裁判官が，業務量が急増することを懸念したことも挙げられている[334]。

第 3 目　参考人調書の証拠能力

ここで，参考までに，参考人調書の証拠採用要件について簡単に確認しておく。2007 年

---

332 신동운「한국 형사사법의 개혁과 전망」비교형사법연구 8 권 1 호특집호（2006 년）18～19 쪽（シンドンウン「韓国刑事司法の改革と展望」比較刑事法研究 8 巻 1 号特集号（2006 年）18～19 頁）. 法第 312 条第 2 項は，取調べ録音・録画記録媒体の使用方法と密接に関係している。そのため，この点については，第 3 章第 2 節第 1 款第 3 目「記録媒体の証拠法的取扱い」で改めて触れる。

333 이완규『형사소송법특강―이념과 현실의 균형을 위한 모색―』（법문사，2006 년）112 쪽（イワンギュ『刑事訴訟法特講―理念と現実の均衡のための模索―』（法文社，2006 年）112 頁）.

334 조국・前掲注（295）8 頁。

刑訴法改正は，参考人調書の証拠採用要件についても若干の変更を加えている。検事又は司法警察官が参考人の供述を記載した調書は，「適法な手続及び方式により作成されたものであり，その調書が検事又は司法警察官の前で陳述した内容と同一に記載されていることが，原陳述者の公判準備又は公判期日における陳述又は映像録画物若しくはその他の客観的な方法により証明され，被告人又は弁護人が公判準備又は公判期日にその記載内容に関して原陳述者を尋問することができたとき」に，証拠とすることができるとされている（法第 312 条第 4 項)。但し，これには特信情況が認められることを要する（同条同項但書)。もっとも，当該参考人が死亡，疾病，外国居住，所在不明その他これに準ずる事由により陳述することができないときは，特信情況の証明のみで証拠とすることができる（法第 314 条)。

したがって，参考人調書は，(1)「適法な手続及び方式」による作成と実質的真正成立が認められ，(2) 参考人に対する尋問が行われ，(3) 当該供述が「特に信用することができる情況の下」で行われたものであると証明されたときに，証拠として採用することができるということになる。被疑者の供述調書とは異なり，参考人調書は，検事が作成した場合であっても司法警察官が作成した場合であっても，同一の要件の下に証拠採用されることになる。

第 4 目　現行法における被疑者取調べ調書の証拠採用要件

ここでは，まとめとして，被疑者取調べ調書の証拠採用要件を端的に確認しておきたい。韓国においては，検事と司法警察官で，調書の証拠採用要件が区別されている。これは，2007 年刑訴法改正後も引き続き維持されている。現行法の下では，次の要件を充たした場合に，各調書が証拠として許容されることになる。

まず，検事が作成した調書は，（1）「適法な手続及び方式」によって作成され，（2）公判準備又は公判期日における被告人の陳述によって実質的真正成立が認められ，（3）特信情況が認められたときに限り，証拠として許容される（法第 312 条第 1 項）。但し，被告人が実質的真正成立を否定した場合であっても，これは「映像録画物又はその他の客観的な方法」によって証明することができる（同法第 2 項）。

これに対して，司法警察官が作成した調書は，（1）「適法な手続及び方式」によって作成され，（2）「被告人又は弁護人がその内容を認めるとき」に限り，証拠として許容される（法第 312 条第 3 項）。

なお，これらの前提として，調書に記載された供述の任意性が認められなければならない（法第 309 条）[335]。同条が証拠とすることを禁じる自白は，拷問，暴行，脅迫，身体拘束の不当な長期化又は欺罔その他の方法により，任意に供述したものでないと疑うに足り

[335] 法第 309 条は，「自白」の任意性に関する規定である。当該供述が自白でない場合は，法第 317 条によって任意性が要求される。法第 317 条第 1 項は，「被告人又は被告人でない者の陳述が，任意にされたものでないものは，証拠とすることができない。」と規定している。

る理由があるものである。判例上，任意性の有無は，具体的な事件毎に，当該調書の形式及び内容，供述者の学力・経歴・知能の程度等，諸般の事情を参酌して，自由な心証により判断するとされている[336]。

第 5 目　取調官証言制度の導入

2007 年改正法は，取調官証言制度を新たに導入した。これは，調書の証拠採用要件（特に，司法警察官作成の調書の証拠採用要件）と関連するため，ごく簡単に付言しておく。取調官証言制度とは，捜査段階で被疑者を取り調べた捜査官や，取調べに立ち会った捜査官の宣誓証言を，反対尋問を条件に証拠採用する制度である（法第 316 条第 1 項)。2007 年改正以前は，取調官証言は一貫して証拠能力が否定されていた。これは，司法警察官作成の調書の証拠採用要件が大きく関係している。

既に述べたように，司法警察官が作成した供述録取書は，被告人又は弁護人が調書記載の内容を公判廷で認めなければ，証拠採用することができない（旧法第 312 条第 2 項，現行法第 312 条第 3 項)。そこで，司法警察官作成調書の内容を被告人が否定したときに，捜査段階で被告人を取り調べた取調官を証人として呼び，その証言を証拠採用し得るかが問題となった。2007 年刑訴法改正以前の法第 316 条は，「伝聞の陳述」という見出しで，「被告人でない者の公判準備又は公判期日における陳述が，被告人の陳述をその内容とするものであるときは，その陳述が特に信用することができる状態下で行われたときに限り，これを証拠とすることができる。」と規定していた（同条第 1 項)。この条文のうち，取調官が「被告人でない者」に該当すると解すれば，取調官証言を証拠採用し得るように思われる。

大法院は，かつて，取調官証言の証拠能力を認めたことがある[337]。しかしながら，1968 年以降は，一貫して取調官証言の証拠能力を否定してきた。当初の判例は，取調官が旧法第 316 条第 1 項の「被告人でない者」に該当するとしながら，被告人が司法警察官作成調書の内容を否定する以上，被告人の供述は「特に信用することができる状態下で行われた」ものではないとして，取調官証言の証拠能力を否定していた[338]。その後，大法院は，法が調書の証拠採用要件を作成主体によって区別した趣旨―すなわち，検事以外の捜査機関が作成した調書は，検事が作成した調書よりも信用性が相対的に担保されていないこと―を強調し，被告人が調書記載内容を否定しているにも関わらず，取調官証言を証拠採用するとすれば，司法警察官作成調書の証拠採用要件を規定した法第 312 条第 2 項を形骸化することになるとして，取調官証言の証拠能力を否定した[339]。

---

336 대법원 1989.11.14 선고, 88 도 1251 판결，대법원 1990.6.8 선고, 90 도 646 판결，대법원 1990.6.22 선고, 90 도 741 판결，대법원 1999.11.12 선고, 99 도 3801 판결.

337 대법원 1967.6.13 선고, 67 도 608 판결.

338 대법원 1968.11.19 선고, 68 도 1366 판결，대법원 1975.5.27 선고, 75 도 1089 판결.

339 대법원 1974.3.12 선고, 73 도 2123 판결，대법원 1983.7.26 선고, 82 도 385 판결，대법원 1985.2.13 선고, 84 도 2897 판결，대법원 2002.8.23 선고, 2002 도 2112 판결，대법원 2005.11.25 선고, 2005 도 5831 판결.

もっとも，警察段階の被疑者供述を法廷に顕出させられなかったとしても，検事作成調書には「三段階連続推定論」が適用され，ほぼ無制限に証拠採用されていたため，取調官証言の証拠能力を認める必要性は大きくなかった[340]。ところが，前述の通り，大法院は 2004 年に「三段階連続推定論」に関する判例変更を行った[341]。このことは，検事が作成した供述録取書が事実上廃止されたことを意味した。また，検事による取調べが強制性を帯びるのは，(1) 警察段階の被疑者供述が容易に排除され（旧法第 312 条第 2 項），(2) 大法院が取調官証言の証拠能力を認めないためであるという批判が向けられた[342]。

折しも，この時期は司法制度改革の真っ只中であった。そして，司法改革推進委員会は，公判中心主義を志向した刑訴法改正を検討していた。このような中で，再び取調官証言制度が注目を集めた。そして，これまでの大法院判例を立法によって破棄し，取調官証言制度を導入したのである（法第 316 条第 1 項）[343]。

日本における議論を踏まえると[344]，取調官証言制度を導入した 2007 年刑訴法改正は，取調官証言という信用性判断が困難な伝聞供述を許容し，他方で調書の証拠採用要件を厳格にする改正であるようにみえるかもしれない。しかしながら，日本と韓国では，司法警察官が作成した供述録取書の証拠採用要件が大きく異なる。そして，そのことが，検事による取調べの強制性へと繋がったり，警察段階と検察段階で同一の調書を作成する手間を生じさせていた。そのため，韓国における取調官証言制度の導入は，公判中心主義を志向しつつ，刑事手続における検事の独占的地位を相対化させ[345]，司法警察官に捜査に対する責任を持たせ[346]，警察段階と検察段階で同一の調書を 2 度作成しなければならないという煩雑さを回避する効果を生んでいると評価されている[347]。

第 3 節　韓国における身体拘束制度

---

340 심대문「피의자진술의 법정현출방식과 조사자증언의 증거능력」비교형사법연구 12 권 1 호（2010 년）319 쪽（シムデムン「被疑者陳述の法廷現出方式と調査者証言の証拠能力」比較刑事法研究 12 巻 1 号（2010 年）319 頁）.

341 대법원 2004.12.16 선고, 2002 도 537 판결.

342 신동운・前掲注（15）1012 頁。

343 現行法における取調官証言制度については，氏家仁「被告人の取調べにおける供述を内容とする取調捜査官の伝聞証言―韓国改正刑事訴訟法における『取調官証言制度』との比較・検討」中大院 39 号（2009 年）359～372 頁に譲る。

344 比較的近時のものとして，井戸田侃『刑事訴訟理論と実務の交錯』（有斐閣，2004 年）202～231 頁，山田道郎『証拠の森―刑事証拠法研究―』（成文堂，2004 年）91～102 頁，内山安夫「伝聞供述としての取調官証言の証拠能力―刑事訴訟法三二四条一項適用の可否―」東海法学 35 巻（2006 年）105～127 頁等がある。

345 신동운・前掲注（15）1012 頁。

346 이재상・前掲注（268）616～617 頁。

347 取調官証言制度に対する積極的・消極的評価や関連する諸問題については，他日を期する。

ここで，第 3 章において被疑者取調べの法的規制について述べる前に，韓国における身体拘束制度について概観しておきたい。身体拘束と被疑者取調べは，極めて密接な関係にあるためである。以下では，現行法における身体拘束制度を描写する限度で，条文を中心に，手続の流れや要件等を概観する[348]。

第 1 款　身体拘束制度の概要

捜査段階における身体拘束制度として，逮捕と拘束（日本の勾留に相当する。）が存在する。このうち，逮捕制度が 1995 年の第 8 次刑訴法改正によって新たに新設されたことは，被疑者取調べの法的性質と関連して既に述べた通りである[349]。逮捕制度が新設される以前は，捜査段階で被疑者を引致する方法として，事前令状による拘束（1995 年改正法以前の第 201 条）と，事後令状による緊急拘束（同法第 206 条）のみが規定されていた。そして，住居不定や証拠隠滅のおそれ，逃亡のおそれ等の拘束事由を充たした場合に限り，被疑者を拘束することができるとされていた（同法第 70 条第 1 項)。これは，明治刑訴法や大正刑訴法の依用期から 1954 年制定刑訴法までの間に身体拘束が濫用されたことに鑑み，厳格に身体拘束を規制するためのものであった[350]。

しかしながら，捜査実務では，任意同行や保護室留置を積極的に活用することで，法の厳格な要件を潜脱して被疑者の身体を拘束する慣行が定着した[351]。大法院は，このような捜査慣行に対して警鐘を鳴らしたものの[352]，これが改まることはなかった。そこで，身体拘束に関する問題点を改善するとともに，逮捕時と拘束時の 2 度に亘って司法審査を行うことで不必要な身体拘束を回避することを目的として，逮捕制度が導入されたのである[353]。

1995 年改正法によって逮捕制度が新設されたことに伴い，事後令状による緊急拘束は廃止された。もっとも，1995 年改正法は緊急逮捕を認めたため，緊急拘束の廃止は捜査実務

---

348 韓国の捜査段階における身体拘束制度に関する邦語文献として，李銀模「被疑者人身拘束制度に関する日韓刑事訴訟法の比較研究」横法 12 巻 3 号（2004 年）209～237 頁，関永盛「韓国における人身拘束制度をめぐる議論情況」北法 61 巻 6 号（2011 年）157～182 頁等がある。また，視察レポートとして，村中貴之「韓国における拘束前被疑者審問手続の実情と弁護人の立会い」刑弁 69 号（2012 年）131～133 頁，贊田健二郎「韓国における拘束適否審手続の実情」刑弁 69 号（2012 年）134～137 頁，贊田健二郎「韓国視察の報告と今後の課題―勾留質問への立会・勾留適否審査の実情―」LIBRA11 巻 3 号（2011 年）34～35 頁等がある。その他，安部・前掲注（251）「適正化（1)」78～81 頁，安部祥太「韓国における国選弁護制度―被疑者の国選弁護を中心に―」青社 41 巻 1 号（2012 年）133～138 頁を参照。身体拘束制度の詳細はこれらに譲り，本稿では 2007 年改正法における手続の流れや，日本との差異を示すに留める。

349 本章第 1 節第 2 款第 3 目「現行刑訴法における被疑者取調べ」を参照。

350 신동운・前掲注（15）214 頁。

351 신동운・前掲注（15）214 頁。

352 대법원 1985.7.29 선고, 85 모 16 판결，대법원 1993.11.23 선고, 93 다 35155 판결，대법원 1994.3.16 선고, 94 모 2 판결，대법원 1995.5.26 선고, 94 다 37226 판결.

353 이은모・前掲注（290）245 頁注（1），이재상・前掲注（268）241 頁。

に大きな影響を与えなかったとされている[354]。

第 2 款　逮捕

現行法は，逮捕の種類として，(1) 令状による逮捕（法第 200 条の 2)，(2) 緊急逮捕（法第 200 条の 3)，(3) 現行犯逮捕（法第 212 条）を認めている。いずれの場合も，逮捕期間は 48 時間である。また，いずれの場合も，捜査機関は被疑者に対し，逮捕の理由及び弁護人を選任することができる旨を告知し，弁明する機会を与えなければならない（法第 200 条の 5)。

第 1 目　通常逮捕

まず，(1) 通常逮捕（令状による逮捕）について，その要件を確認する。法第 200 条の 2 第 1 項は,「被疑者が罪を犯したと疑うに足りる相当な理由があり, 正当な理由なく第 200 条の規定による出頭要求に応じず，又は応じないおそれがある」ことを要求している。また，同条第 2 項が「第 1 項の請求を受けた地方法院判事は，正当であると認めるときは，逮捕令状を発付する。但し，明白に逮捕の必要が認められない場合は，この限りでない。」と規定しているため,「逮捕の必要性」も要求されていると解されている[355]。「逮捕の必要性」を判断するにあたっては,「被疑者の年齢及び経歴，家族関係及び交友関係，犯罪の軽重及び態様その他諸般の事情」が考慮される（刑訴規則第 96 条の 2)。日本とは異なり，韓国では，逮捕令状の請求権者は検事に限定されている（法第 200 条の 2 第 1 項)。これは，憲法第 12 条第 3 項の規定に基づくものである。憲法第 12 条第 3 項は,「逮捕・拘束・押収又は捜索をするときは，適法な手続により検事の請求により法官が発付した令状を提示しなければならない…」と規定している。日本のように「司法官憲」という文言を用いず，請求権者と発付権者を明確にしたのは，逮捕制度の濫用を防ぎ，身体拘束を制限するためである[356]。したがって，司法警察官は，検事に申請し，検事が判事に令状を請求し，その発付を受けなければ，令状に基づいて被疑者を逮捕することができない（法第 200 条の 2 第 1 項)。このような事情があるため，警察は，通常逮捕よりも現行犯逮捕や緊急逮捕を行う傾向が強く，問題点として指摘されているという[357]。

第 2 目　緊急逮捕

次に，(2) 緊急逮捕について概観する。既に述べたように，緊急逮捕は，緊急拘束に代替する形で導入された。法第 200 条の 3 第 1 項は,「被疑者が死刑・無期又は長期 3 年以上の懲役若しくは禁錮に該当する罪を犯したと疑うに足りる相当な理由」があり,「被疑者が証拠を隠滅するおそれがあるとき」又は「被疑者が逃亡し，又は逃亡するおそれがあるとき」で，緊急を要し，逮捕令状の発付を受けることができないときは，その事由を告げ，

354 신동운・前掲注（15）213 頁。
355 이재상・前掲注（268）243 頁。
356 이재상・前掲注（268）244 頁。
357 李銀模「捜査手続に関する韓国の改正刑事訴訟法の争点及び課題―日本の刑事訴訟法との比較を中心に―」ノモス 23 号（2008 年）54 頁。

令状なく被疑者を逮捕することができると規定している[358]。ここでは，緊急を要する場合の例示として，「被疑者を偶然に発見した場合等のように，逮捕令状を受ける時間的余裕がないとき」が挙げられている（同条同項）。緊急逮捕は，令状主義（憲法第 12 条第 3 項）の例外とされている。大法院も，緊急逮捕が令状主義の例外であることを強調し，緊急逮捕する段階で法第 200 条の 3 第 1 項の要件をすべて充足している必要があるとしている[359]。被疑者を緊急逮捕する段階で，法第 200 条の 3 第 1 項の要件を充たしているか否かの判断を行うのは，捜査機関である。この判断について，裁判所が「経験則に照らして著しく合理性を欠くもの」であると認める場合は，当該緊急逮捕は違法な逮捕であると評価されることになる[360]。

犯罪の嫌疑の相当性については，日本と同様に，その程度について若干の議論が展開されている。法第 200 条の 3 第 1 項のうち，「罪を犯したと疑うに足りる相当な理由」という文言は，後述する拘束の要件と同じものである[361]。これについて，学説の多くは，緊急逮捕の際に要求される「嫌疑の程度」は，拘束令状の発付要件としての「嫌疑の程度」と同程度の「高度な嫌疑」あるいは「充分な嫌疑」である必要があるとしている[362]。他方で，捜査実務家は，捜査の初期段階で行う逮捕制度の趣旨や捜査の便宜性を考慮して，緊急逮捕の際に要求される「嫌疑の程度」は，拘束令状の発付要件よりも弱いもので足りるとした上で，「被疑者が罪を犯したと疑うに足りる客観的かつ合理的な理由」という文言に改めることを提案している[363]。

司法警察官が被疑者を緊急逮捕した場合は，直ちに検事の承認を得なければならない（法第 200 条の 3 第 2 項）。また，検事又は司法警察官が被疑者を緊急逮捕した場合は，犯罪事

---

358 なお，2007 年改正法以前は，拘束に関する第 70 条を挙げ，「死刑・無期又は長期 3 年以上の懲役又は禁錮に該当する罪を犯したと疑うに足りる相当な理由があり，第 70 条第 1 項第 2 号及び第 3 号に該当する事由がある場合で，緊急を要」するときという要件を規定していた。改正法が緊急逮捕の要件を具体的に明示した趣旨は，捜査実務において緊急逮捕の活用度が高いことに鑑み，国民が容易に緊急逮捕要件を確認することができるようにするためであるという（전승수「개정 형사소송법상 구속제도」법조 617 호（2008 년）34 쪽（ジョンスンス「改正刑事訴訟法上の拘束制度」法曹 617 号（2008 年）34 頁）。

359 대법원 2008.3.27 선고, 2007 도 11400 판결.

360 대법원 2002.6.11 선고, 2000 도 5701 판결.

361 法第 70 条第 1 項は，拘束の要件として，「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」があり，(1) 一定の住居を有しないか，(2) 証拠を隠滅するおそれがあるか，(3) 逃亡し，又は逃亡するおそれがあるときのいずれか 1 つに該当することを要求している。

362 신동운･前掲注（15）240 頁，이은모・前掲注（290）263 頁，이재상・前掲注（268）256 頁，최영승『형사소송법〔제 2 판〕』（피앤씨 미디어，2013 년）113～114 쪽（チェヨンスン『刑事訴訟法〔第 2 版〕』（PNC メディア，2013 年）113～114 頁）.

363 전승수・前掲注（358）37 頁。なお，노명선ほか・前掲注（145）206～207 頁は，緊急逮捕の際に要求される「嫌疑の程度」は，拘束令状の発付要件としての「嫌疑の程度」と同程度である必要があると指摘しつつも，「拘束の場合よりは緩和されなければならない必要性がある」とする。

実の要旨及び緊急逮捕の事由を記載した緊急逮捕書を作成しなければならない（法第 200 条の 3 第 3 項及び第 4 項）[364]。検事は，緊急逮捕に引き続いて被疑者を拘束しようとするときは，緊急逮捕書を添付し，遅滞なく拘束令状を請求しなければならない（法第 200 条の 4 第 1 項）。拘束令状を請求することができる期間は，緊急逮捕後 48 時間である（同条同項）。したがって，拘束令状を請求しない場合や，拘束令状請求が棄却された場合，緊急逮捕後 48 時間が経過したときは，被疑者を直ちに釈放しなければならない（法第 200 条の 4 第 2 項）。

ここで，捜査機関が法第 200 条の出頭要求[365]を行い，被疑者がこれに応じて出頭し，取調べを受けるような場合に，法第 200 条の 3 第 1 項が要求する緊急逮捕の要件を充たし得るかが問題となる。この点について，大法院は，被疑者が捜査機関に自ら出頭した場合であっても，取調べ過程で自身の罪の重さを認識したり，弁解が通じていないと感じた場合には，取調べ後に逃亡することはあり得るとして，要件を充たせば緊急逮捕し得ることを認めていた[366]。そして，この場合であっても，当該事件の具体的事情に基づき，被疑者が出頭した経緯や，出頭回数，出頭を拒否した事実の有無，取調べの長さ，捜査状況等を考慮して，当該緊急逮捕の適法性を判断すると判示していた。しかしながら，2006 年の大法院判決は，このような緊急逮捕の適法性を否定している[367]。但し，この事案は，捜査機関が当該被疑者を参考人として呼び出し，取調べを行った後，緊急逮捕しようとした際に被疑者が抵抗したため，公務執行妨害罪（韓国刑法第 136 条）に問われたものである。大法院は，公務執行妨害罪の成立は，当該公務が適法に行われている場合に限って認められるとした上で，本件の緊急逮捕は「適法」ではないため，公務執行妨害罪は成立しないと判示したのである。もっとも，本件の被疑者は，当初は「参考人」として捜査機関の出頭要求に応じていた。そのため，事実上の被疑者を参考人として呼び出し，取調べ後に緊急逮捕することを認めないという趣旨であると解することもできる。この点は必ずしも明らかではないものの，現在では，2006 年の大法院判決を挙げ，法第 200 条よって被疑者に出頭を要求して取り調べた上で緊急逮捕することはできないという見解が主張されている[368]。

第 3 目　現行犯逮捕

最後に，(3) 現行犯逮捕について，その手続及び要件等を確認する。現行法は，現行犯人について，「犯罪の実行中であり，又は実行の直後である者」と定義している（法第 211 条第 1 項）。また，「犯人として追呼されている」者，「贓物又は犯罪に使用されたと認める

---

364 司法警察官が被疑者を緊急逮捕し，拘束令状を請求するよう検事に申し出ないまま被疑者を釈放した場合は，直ちに検事にその旨を報告しなければならない（法第 200 条の 4 第 6 項）。

365 なお，条文は「出席（출석）」という文言を用いている。本稿では，すべて「出頭」と訳出した。

366 대법원 1998.7.6 선고, 98 도 785 판결.

367 대법원 2006.9.8 선고, 2006 도 148 판결.

368 이재상・前掲注（268）247 頁。

に十分な凶器その他の物を所持している」者，「身体又は衣服類に著しい証跡がある」者，「誰何されて逃亡しようとする」者は，現行犯人であるとみなされる（同条第 2 項)。

さらに，明文規定は存在しないものの，現行犯人を逮捕する際には，行為の可罰性，犯罪の現行犯性・時間的接着性，犯人・犯罪の明白性の他，逮捕の必要性（逃亡のおそれ又は証拠隠滅のおそれ）が認められることを要するとされている[369]。大法院は，現行犯について，「時間的・場所的に見て，逮捕された者が今しがた起こった犯罪を実行した犯人であるという点に関する罪証が明白に存在すると認められる場合」であるとしている[370]。具体的には，中学校教師である A が校長室で包丁を 5 分間振り回し，校長を脅迫したものの，A の両親の説得によって脅迫を辞め，その約 40 分後に臨場した司法警察官が庶務室にいた A を連行しようとしたところ，A が令状の呈示を求めて同行を拒否したため，強制的に警察署へ連行した事案について，現行犯性を否定している[371]。また，交通犯罪について，事故現場から 1 キロ離れた場所で，事故後 10 分が経過した時点で被疑者を現行犯逮捕した事案についても，現行犯性を否定している[372]。

現行犯人は，私人であっても，令状なく逮捕することができる（法第 212 条)。検事又は司法警察官吏でない者が被疑者を現行犯逮捕したときは，直ちに検事又は司法警察官吏に被疑者を引き渡さなければならない（法第 213 条第 1 項)。司法警察官吏が被疑者の引渡しを受けたときは，逮捕者の姓名，住居，逮捕の事由を聞かなければならず，必要に応じて警察官署への同行を求めることができる（同条第 2 項)。もっとも，現行犯逮捕を行う際には，いわゆる「比例原則」に基づかなければならないとされている[373]。法も，多額 50 万ウォン以下の罰金，拘留又は科料に該当する罪の現行犯人に対しては，当該被疑者の住居が明らかでない場合にのみ，法第 212 条及び第 213 条の規定が適用される旨を規定している（法第 214 条)。

第 3 款　拘束

第 1 目　拘束制度の概要

拘束とは，日本の勾留に相当する強制処分である。もっとも，「拘束」という概念は，勾引と拘禁を含むものである（法第 69 条)。逮捕との大きな違いとして，緊急処分が認められていないこと[374]，令状主義の例外規定が認められていないこと等が挙げられる[375]。

韓国刑訴法は，日本の刑訴法第 207 条第 1 項のように，拘束に先立って逮捕を要求する

---

369 대법원 1999.1.26 선고, 98 도 3029 판결, 대법원 2011.5.26 선고, 2011 도 3682 판결.
370 대법원 2002.5.10 선고, 2001 도 300 판결.
371 대법원 1991.9.24 선고, 91 도 1314 판결.
372 대법원 2000.7.4 선고, 99 도 4341 판결.
373 이재상・前掲注（268）251 頁，배종대ほか・前掲注（134）136 頁。
374 既に述べたように, 1995 年の第 8 次改正法によって緊急逮捕が導入されたことに伴い，緊急拘束は廃止された。
375 日本と同様に，韓国においても，被疑者の拘束と被告人の拘束が存在する。以下では，被疑者に対する拘束のみを概観する。

規定を設けておらず，いわゆる「逮捕前置主義」は採られていない。そのため，被疑者段階の拘束は，逮捕に引き続いて行われる拘束と，逮捕を経ずに行われる拘束の 2 種類が存在する。

第 2 目　拘束の要件

刑訴法は，拘束の要件として，「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」があり，(1) 一定の住居を有しないか，(2) 証拠を隠滅するおそれがあるか，(3) 逃亡し，又は逃亡するおそれがあるときのいずれか 1 つに該当することを要求している（法第 201 条第 1 項及び法第 70 条第 1 項）[376]。拘束令状の請求権者は，検事のみである（法第 201 条第 1 項)。したがって，司法警察官が被疑者を拘束しようとするときは，検事に申請し，検事の請求により，拘束令状の発付を受けなければならない。検事は，地方法院判事に請求し，拘束令状の発付を受けたときに限り，被疑者を拘束することができる（同条同項)。このとき，拘束令状請求書には，逮捕令状に記載した事項以外に，拘束の事由，被疑者の逮捕の有無，逮捕に引き続き拘束しようとする場合は逮捕の形式，被疑者が指定した者に逮捕理由等を告知する場合には，その者の姓名及び連絡先を記載しなければならない（刑訴規則第 95 条及び同第 95 条の 2)。また，拘束の必要性を認めることができる資料を添付しなければならない。(法第 201 条第 2 項)。

第 3 目　拘束の手続

司法警察官が検事に申請し，検事の請求によって拘束令状の発付を受けた場合（以下，「司法警察官による拘束」と称する。）は，10 日以内に被疑者を検事に引致しない場合は，被疑者を釈放しなければならない（法第 202 条）[377]。逮捕に引き続いて被疑者を拘束するときは，逮捕期間である 48 時間は，この 10 日間に含まれることになる（法第 203 条の 2)。司法警察官による拘束は，延長することができない。したがって，司法警察官の拘束期間は，最長で 10 日間である。

司法警察官から被疑者の引致を受けた検事も，引き続き被疑者を拘束することができる。この場合，被疑者の引致を受けたときから 10 日以内に公訴を提起しないときは，被疑者を釈放しなければならない（法第 203 条)。もっとも，検事による拘束は，検事の請求により地方法院判事が認めたときは，10 日を超過しない限り，延長することができる（法第 205

---

376 韓国刑訴法が要求する拘束事由のうち，最も考慮されている点は，(3)「逃亡し，又は逃亡するおそれ」の有無であるという（関永盛・前掲注（348）159 頁)。なお，同稿によると，2007 年 2 月 21 日から 2007 年 4 月 30 日までの間に，大田（대전）地方法院において発付された 100 名の被疑者に対する拘束令状のうち，93%が「逃亡し，又は逃亡するおそれ」を認めたものであったという（同稿 178 頁注（1))。

377 司法警察官による拘束は，外形的には，検事の請求によって拘束した被疑者を警察が捜査するという点で，日本の代用監獄と同趣旨であるように思われる。しかしながら，これは，あくまでも「警察段階の拘束」である。そのため，制度としての警察の拘束であり，日本でいわれる「代用監獄」とは異なる。もっとも，韓国においても，拘置所に代えて警察署内の留置場に被疑者を留め置くという意味での「代用監獄」問題は存在する。この点については，本節第 7 款「いわゆる『代用監房』問題」で改めて述べる。

条第 1 項)。このとき，検事は，延長の必要を認めることができる資料を提出しなければならない（法第 205 条第 2 項)。したがって，検事の拘束期間は，最長で 20 日間となる[378]。

多くの事件では，警察による捜査を経ることになる。その場合には，最大で，警察段階で 10 日間，検察段階で 20 日間，合計 30 日間，被疑者は拘束されることになる。既に述べたように，逮捕期間は拘束期間に算入されるため，逮捕の有無は拘束期間に影響しない。

第 4 款　拘束前被疑者審問制度

第 1 目　拘束前被疑者審問制度の意義

拘束前被疑者審問制度とは，逮捕された被疑者に対する拘束令状の発付請求を受けた判事が，拘束令状発付の要否を判断するために，遅滞なく被疑者と直接に対面し，その供述を聴取する手続である（法第 201 条の 2 第 1 項)。拘束前被疑者審問制度は，被疑者を拘束するか否かを判断する場合には，必要的に行われる。刑訴法の改正沿革と関連して既に述べたように，同制度が 1995 年の第 8 次改正法によって新設された際は，判事の裁量によって審査を行うよう制度設計されていた。その後，1997 年の第 9 次改正法では，被疑者の請求があった場合に限り，審査を行うように改められた。しかしながら，これに対しては，韓国も批准している「市民的及び政治的権利に関する国際規約」第 9 条第 3 項や，適法手続原則を宣言している憲法第 12 条第 1 項の要請を充たしていないとして，批判が向けられていた[379]。そこで，2007 年刑訴法改正によって，被疑者を拘束する際に必要的に審問を行うように改められた。

拘束前被疑者審問制度は，アメリカにおいて，被逮捕被疑者を治安判事の下に引致し，審問した後に身体拘束の要否を決している点や，ドイツにおいて，拘束された被疑者を直ちに判事に引致し，犯罪事実について審問している点から示唆を得て設けられた。韓国においては，拘束前被疑者審問制度は，令状主義の核心的内容として位置づけられているとともに，憲法上の法治国家原理や適法手続の理念から派生した権利としての聴聞権を保障するものであるとされている[380]。

第 2 目　拘束前被疑者審問制度の手続

拘束令状の発付請求を受けた判事は，「遅滞なく」被疑者と対面し，その供述を聴取しなければならない[381]。ここでいう「遅滞なく」とは，拘束令状の発付請求があった日の翌日までを意味する（法第 201 条の 2 第 1 項)。また，逮捕されていない被疑者に対する拘束令

---

378 但し，検事が事件を認知し，自ら捜査を開始する場合は，警察段階の拘束期間が存在しない。そのため，この場合には，検事の拘束期間は最長で 20 日間である。

379 이은모「수사절차에 관한 개정형사소송법의 내용 검토」한양대학교법학논총 24 집 3 호（2007 년）345～346 쪽（イウンモ「捜査手続に関する改正刑事訴訟法の内容の検討」漢陽大学校法学論叢 24 輯 3 号（2007 年）345～346 頁）.

380 이재상・前掲注（268）260 頁。

381 このとき，逮捕状の効力によって被疑者を法院に引致することができるとされている（최영승・前掲注（362）116 頁)。

状の発付請求を受けた判事は，被疑者が罪を犯したと疑うに足りる理由がある場合には，被疑者を勾引するために拘束令状を発付した後，被疑者と直接に対面し，審問しなければならない（同条第 2 項）。判事は，逮捕された被疑者の場合は直ちに，逮捕されていない被疑者の場合は被疑者を引致した後直ちに，検事，被疑者及び弁護人に審問期日及び場所を通知しなければならない（同条第 3 項）。

審問期日には，以下の手続を行うことを要する。まず，(1) 審問期日は，非公開で行われる（刑訴規則第 96 条の 14）。但し，判事は，相当であると認める場合は，被疑者の親族，被害者等の利害関係人の傍聴を許可することができる（同条但書）。次に，(2) 判事は，被疑者に対して，犯罪事実の要旨及び黙秘権を告知しなければならない（同第 96 条の 16 第 1 項）。また，(3) 判事は，拘束令状を発付するか否かを判断するために，迅速かつ簡潔に，被疑者を審問しなければならない（同条第 2 項）。(4) 審問期日には，検事及び弁護人が出席し，判事による審問が終了した後，意見を述べることができる（法第 201 条の 2 第 4 項）。もっとも，重大事件を除き，検事が拘束前被疑者審問に立ち会うことは稀であるという[382]。(5) 拘束前被疑者審問に立ち会う弁護人は，地方法院に提出された拘束令状請求書，添付された告訴・告発状，被疑者の陳述を記載した書類及び被疑者が提出した書類を閲覧することができる（刑訴規則第 96 条の 21 第 1 項）。(6) 被疑者を審問する際には，法院事務官等は，審問の要旨等を記載した調書を作成しなければならない（法第 201 条の 2 第 6 項）。ここで作成された調書は，法第 315 条第 3 号の「その他，特に信用するに足りる情況の下に作成された文書」に該当し，拘束前被疑者審問手続の適法性を証明する証拠として用いることができる[383]。

ここで重要なことは，審問する被疑者に弁護人がないときは，判事の職権によって国選弁護人が必要的に選任されることである（法第 201 条の 2 第 8 項）。ここで選任された国選弁護人は，拘束前被疑者審問の結果，拘束令状請求が棄却され，その効力が消滅した場合を除き，第 1 審まで効力を有することになる（同条同項）。この規定によって，拘束された被疑者のすべてに国選弁護人が選任されることになる。仮に弁護人の事情等によって弁護人選定決定が取り消され，被疑者に弁護人がなくなっても，法院は職権で再び国選弁護人を選定しなければならない（法第 201 条の 2 第 9 項）。

第 3 目　拘束令状の発付等

このような審問の結果，被疑者を拘束することが相当であると認めた場合には，判事は

---

382 村中・前掲注（348）133 頁。

383 拘束前被疑者審問調書は，いわゆる裁面調書には該当しないという（이재상・前掲注（268）264 頁）。これは，「法院又は法官の調書」という見出しの法第 311 条が，「公判準備又は公判期日に被告人又は被告人でない者の陳述を記載した調書，法院又は法官の検証の結果を記載した調書は，証拠とすることができる。」と規定しているためである。拘束前被疑者審問は，「公判準備又は公判期日」に該当しない。したがって，供述代用書面として使用することはできない。なお，法第 315 条第 3 号の「その他，特に信用するに足りる情況の下に作成された文書」は，日本の刑訴法第 323 条第 3 号の「前二号に掲げるものの外特に信用すべき情況の下に作成された書面」に相当する。

拘束令状を発付する（法第 201 条第 4 項）。拘束令状には，被疑者の姓名，住居，罪名，公訴事実の要旨，引致拘禁する場所，発付年月日，その有効期間及びその期間を経過した場合は執行に着手することができず令状を返還しなければならない旨を記載し，裁判長又は受命法官が署名捺印しなければならない（法第 75 条第 1 項）。逮捕された被疑者や勾引された被疑者に対して拘束令状を発付しない旨を決定した場合は，直ちに当該被疑者を釈放しなければならない（法第 200 条の 4 第 2 項）。拘束令状を発付する決定や拘束令状の発付請求を棄却する決定に対しては，抗告又は準抗告することができない[384]。

第 5 款　逮捕・拘束適否審査制度

第 1 目　逮捕・拘束適否審査制度の沿革

逮捕・拘束適否審査制度とは，捜査機関によって逮捕又は拘束された被疑者に対して，法院が逮捕又は拘束の適法性及び必要性を審査し，当該逮捕又は拘束の適法性又は必要性が否定された場合に，被疑者を釈放する制度である（法第 214 条の 2）[385]。これは，英米法上の人身保護令状（writ of habeas corpus）を模して導入された[386]。 また，ドイツ刑訴法上の拘束審査制度（Haftprüfung）に類似したものであると説明されることもある[387]。

拘束適否審査制度は，1948 年の米軍政令第 176 号によって，韓国に導入された。他方，逮捕制度は，1995 年に新設された。そのため，逮捕制度が新設される以前は，単に「拘束適否審査制度」と称されていた。米軍政令第 176 号第 17 条第 5 項は，「申請書により，拘束が一応不法であると認める場合には，裁判所は申請受理日から 7 日以内に審問期間を指定し，拘束者に被拘束者を裁判所まで同行・出頭させ，その拘束を継続する理由を説明するよう命じなければならない。」と規定した。これを受けて，制憲憲法第 9 条第 3 項も，この制度に関する明文規定を設けた。1954 年制定刑訴法も，この制度を明文で規定した（1954 年制定刑訴法第 201 条）。しかしながら，1972 年の第 7 次憲法改正（いわゆる維新憲法）は，拘束適否審査制度に関する規定を憲法から削除した。ここでの削除理由は，（1）法官が発付した令状による拘束の適法性を，再び法官が判断することは，理論的に矛盾するも

---

384 대법원 1958.3.14 선고, 4290 형항 9 결정, 대법원 2006.12.18 선고, 2006 모 646 결정.

385 日本では，勾留に関する裁判に対して，準抗告が可能である（法第 429 条第 1 項第 2 号）。他方で，韓国において，拘束に関する裁判に対して準抗告ができないことは，既に述べた通りである。そのため，逮捕・拘束適否審査制度について，日本の準抗告と同旨のものであるという印象を受けるかもしれない。しかしながら，韓国における逮捕・拘束適否審査制度は，当該逮捕・拘束の適法性のみならず，審査時点における身体拘束の必要性も判断するものである。そして，適法性あるいは必要性が否定されれば，被疑者を釈放する点で，実質的な起訴前保釈制度としても機能している。この点で，日本の勾留に関する裁判に対する準抗告とは異なる。また，同様の理由で，勾留理由開示制度（法第 82 条）とも異なる。

386 이재상・前掲注（268）279 頁。

387 유인학「구속적부심사제도와 그 개선책」고시계 344 호（1985 년）149 쪽（ユインハク「拘束適否審査制度とその改善策」考試界 344 号（1985 年）149 頁）は，令状発付に対する再審的性格ないしは抗告的性格を有するとしている。

のであり，屋上屋を架すものであること，(2) 令状を発付した法官は，自ら再び審査する機会があり得るとすれば，令状発付を疎かにするおそれがあること，(3) 弁護人を選任する資力がある者のみが救済され，貧しい庶民層は利用することができないため，刑事司法に対する国民の不信を招くこと，(4) 釈放率及び釈放された者の逃走率が高く，捜査に莫大な支障を来していること等であったという[388]。これに伴い，刑訴法上の明文規定も削除された。その後，国民の基本権を重視した 1980 年の第 8 次憲法改正によって，拘束適否審査制度がようやく復活した（第 8 次憲法第 11 条第 5 項)。これに伴い，刑訴法上にも，明文規定が改めて設けられた（法第 214 条の 2)。ここで復活した拘束適否審査制度は，(1) 拘束令状の発付が法律に違反したとき，(2) 拘束後，重大な事情変更があり，拘束を継続する必要がなくなったときに限り，被疑者は当該審査を請求することが可能であるとされた。他方で，検事引致事件，公安事件及び法定刑が重い事件に対しては，拘束適否審査を請求することができないよう制限された（同条第 1 項但書)。

このような中で，1988 年に施行された第 6 次改正刑訴法は，上記制限を撤廃し，「拘束令状により拘束された被疑者又はその弁護人等は，管轄法院に拘束の適否審査を請求することができる。」と規定した。

さらに，1995 年の第 8 次刑訴法改正によって逮捕制度が新設されたことに伴い，逮捕の場合にも適否審査を請求することができるように改められた。ところで，かつての刑訴法は，逮捕・拘束適否審査を請求できる者を「被疑者」等に限定していた（第 12 次改正法第 214 条の 2 第 1 項)。ここで，被疑者が逮捕・拘束適否審査を請求したとしても，検事が「電撃起訴[389]」をした場合には，「被疑者」の身分は「被告人」となる。そのため，法院は，適否審査の請求権限を欠くとして，審査請求を棄却する他なかった。これに対して，憲法裁判所は，当時の刑訴法の文言が，憲法が保障する逮捕・拘束適否審査請求権を剥奪するものであるとして，憲法不合致決定を下した[390]。このような経緯があり，2004 年の第 13 次改正法は，被疑者が起訴された場合であっても逮捕・拘束適否審査を継続することができるよう，新たに文言を追加した（法第 214 条の 2 第 4 項)。

第 2 目　現行法における逮捕・拘束適否審査制度

逮捕・拘束された被疑者又はその弁護人，法定代理人，配偶者，直系親族，兄弟姉妹，家族，同居人又は雇用主は，法院に対して，当該被疑者の逮捕・拘束の適否について，審査を求めることができる（法第 214 条の 2 第 1 項)。第 1 目で述べたように，この制度は，被疑者・被告人の憲法上の権利である（憲法第 12 条第 6 項[391])。

逮捕・拘束の適否とは，(1) 逮捕又は拘束時点における当該逮捕又は拘束の適法性のみ

388 이재상・前掲注（268）280 頁注（1）。
389 注（151）を参照。
390 헌법재판소 2004.3.25 선고, 2002 헌바 104 결정.
391 憲法第 12 条第 6 項は，「何人も，逮捕又は拘束されたときは，その適否の審査を法院に請求する権利を有する。」と規定している。

ならず，(2) 請求時点において拘束を継続する必要性を含むものである[392]。(1) 逮捕又は拘束が違法である場合とは，法が定める再拘束の制限（法第 208 条[393]）に違反して拘束令状が発付された場合や，令状請求期間を超えて請求が行われ，令状が発付された場合等，令状発付が違法である場合のみならず，拘束事由が無いにも関わらず拘束令状が発付された場合や，軽微な事件であり住居が一定の被疑者に拘束令状が発付された場合のように，拘束の必要性がない場合を含むものである[394]。また，(2) 請求時点において拘束を継続する必要性がない場合とは，適法な逮捕・拘束令状によって被疑者を逮捕・拘束した後に，被害弁償，合意，公訴取消し等の事由が生じた場合をいう[395]。

逮捕・拘束適否審査の請求を受けた法院は，請求書を受けたときから 48 時間以内に (1) 及び (2) について被疑者に審問を行い，捜査関係書類及び証拠物を調査し，当該逮捕・拘束が違法又は不当であると認めたときは，被疑者を釈放しなければならない（法第 214 条の 2 第 4 項)。このとき，釈放後に被疑者が公判廷へ出席することを確実にするために，保証金の納入を条件として釈放を命ずることができる（同条第 5 項)。また，住居の制限や，法院又は検事が指定した日時・場所へ出席する義務その他の条件を付することができる（同条第 6 項)。拘束適否審査の請求を棄却する決定や，被疑者を釈放する決定に対しては，抗告することができない（同条第 8 項)。

法院が被疑者を審問する際は，検事，弁護人，請求人が立ち会い，意見を述べることができる（同条第 9 項)。もっとも，拘束前被疑者審問制度と同様に，検事が逮捕・拘束適否審査に立ち会うことは稀であるという[396]。ここで重要なことは，逮捕又は拘束された被疑者に弁護人がいないときは，被告人国選弁護制度に関する法第 33 条[397]が準用されることである（同条第 10 項)。そのため，被疑者には必要的に国選弁護人が付されることになる。但し，貧困等により自ら弁護人を選任することができない被疑者が，拘束令状によって拘束されている場合は，拘束前被疑者審問の際に既に国選弁護人が付されている。したがって，逮捕・拘束適否審査において国選弁護人を選任する旨の同規定が実質的な意味を有す

---

392 이재상・前掲注（268）284 頁。

393 法第 208 条は，「再拘束の制限」という見出しであり，第 1 項は「検事又は司法警察官により拘束され，釈放された者は，他の重要な証拠を発見した場合を除き，同一の犯罪事実に関して再び拘束されない。」と規定している。

394 신동운・前掲注（15）182 頁，이재상・前掲注（268）279～280 頁。大法院は，令状なく違法に逮捕又は拘束された被疑者（任意同行後に保護室留置された被疑者や，緊急逮捕又は現行犯逮捕によって逮捕され，拘束令状が請求されていない被疑者）であっても，逮捕・拘束適否審査の請求権を有すると判示している（대법원 1997.8.27 선고, 97 도 21 결정）。

395 신동운・前掲注（15）280 頁。

396 贄田・前掲注（348）「実情」137 頁。なお，贄田・前掲注（348）「課題」34～35 頁を併せて参照。

397 法第 33 条は，「国選弁護人」という見出しである。韓国における国選弁護制度については，第 3 章第 1 節第 2 款第 1 目「被疑者国選弁護制度」において詳述する。その他，安部・前掲注（348）123～154 頁を参照。

るのは，被逮捕者が逮捕適否審査を請求した場合ということになる[398]。

第 6 款　拘束制度の運用実態

第 1 目　拘束制度と「不拘束捜査原則」

2007 年改正法は，明文で「不拘束捜査原則」を宣言した。すなわち，現行法第 198 条第 1 項は，「遵守事項」という見出しで，「被疑者に対する捜査は，不拘束状態で行うことを原則とする。」と規定している。そして，「不拘束捜査原則」は，捜査実務において，相当程度実現している。1974 年から 2013 年までの検察処理人員のうち，拘束された者の数及び拘束率は，以下の通りである。

表　拘束人員・拘束率一覧表（1974～2013 年）[399]

	処理人員	拘束人員	拘束率
1974 年	358,034 人	87,653 人	24.5%
1979 年	680,191 人	89,569 人	13.2%
1984 年	1,003,035 人	101,435 人	10.1%
1989 年	1,341,923 人	115,988 人	8.6%
1994 年	1,230,945 人	85,662 人	7.0%
1999 年	1,699,617 人	94,660 人	5.6%
2004 年	1,791,584 人	73,113 人	4.1%
2005 年	1,450,551 人	50,953 人	3.5%
2006 年	1,358,789 人	39,648 人	2.9%
2007 年	1,442,228 人	35,202 人	2.4%
2008 年	1,787,657 人	39,987 人	2.2%
2009 年	1,750,661 人	41,180 人	2.4%
2010 年	1,384,690 人	27,676 人	2.0%
2011 年	1,259,096 人	24,431 人	1.9%
2012 年	1,320,630 人	24,410 人	1.8%
2013 年	1,310,546 人	23,229 人	1.8%

犯罪白書は，1994 年の時点で，拘束率が低下傾向にある理由を，「検察等の捜査機関が，適法手続及び厳格な証拠法則を遵守し，さらに，不拘束捜査原則の具現を念頭に置いて人

398 이재상・前掲注（252）133 頁。

399 直近 10 年間のデータは，법무연수원편『범죄백서 2014』（법무연수원，2015 년）246 쪽표Ⅱ-11（法務研修院編『犯罪白書 2014』（法務研修院，2015 年）246 頁表Ⅱ-11）＜http://lrti.go.kr/homepage/information/DataAction.do?method＝list&pblMatlDivCd＝01&top＝4&sub＝1＞を訳出して転載した。また，1974 年から 1999 年までの間のデータは，法務研修院ウェブサイトに PDF ファイルで掲載されている 1984 年以降の犯罪白書に挙げられた統計のうち，5 年間隔で数値を抽出・訳出し，筆者がまとめたものである。

身拘束に慎重を期している結果である」と分析していた[400]。このように，韓国の捜査機関は，2007 年改正法によって「不拘束捜査原則」が宣言される 10 年以上前から，身体拘束制度を注意深く運用してきたことを窺い知ることができる。また，法務研修院は，1990 年代における拘束率の低下について，1995 年の第 8 次改正によって新設された拘束前被疑者審問制度により，拘束の必要性を厳格に判断した結果であると分析している[401]。

その後も，被疑者の拘束率は年々低下しており，2013 年は 1.8%である。最新のデータである 2013 年における拘束状況の内訳は，以下の通りである。

表　2013 年における拘束・不拘束状況の内訳[402]

	合計	拘束	不拘束					
			小計	不拘束立件	令状請求		適否審釈放	検事拘束取消し
					検事棄却	判事棄却		
刑法犯	633,472 (100)	18,029 (2.8)	615,443 (97.2)	613,816 (96.7)	960 (0.2)	1,529 (0.2)	83 (0.0)	55 (0.0)
特別法犯	677,074 (100)	5,200 (0.8)	671,874 (99.2)	670,903 (99.1)	336 (0.0)	538 (0.1)	67 (0.0)	30 (0.0)
計	1,310,546 (100)	23,229 (1.8)	1,287,317 (98.2)	1,283,719 (98.0)	1,296 (0.1)	2,067 (0.2)	150 (0.0)	85 (0.0)

（＊数字は人数を表すものである。また，括弧内は全体における割合を示すものである。）

この表によれば，刑法犯及び特別法犯のいずれにおいても，概ね不拘束捜査が実現していることが分かる。拘束が必要であるとして，司法警察官が検事に令状発付請求を行うよう申請したものの，検事がこれを不要であると判断した被疑者が 1,296 人存在した点は興味深い。さらに，検事が拘束令状の発付請求を行ったにも関わらず，判事が請求を棄却した被疑者も 2,067 人みられる。これは，拘束前被疑者審問制度によって，被疑者と対面して審問した判事が，拘束要件ないしは必要性を否定したことによるものである。加えて，拘束適否審査によって，拘束の違法性ないしは不当性が認められて釈放された被疑者も 150 人いる。

刑法犯のうち，最も拘束率が高い犯罪類型は，いわゆる「強力犯（강력범）」である[403]。

---

400 법무연수원편『범죄백서 1994』（법무연수원，1995 년）167 쪽（法務研修院編『犯罪白書 1994』（法務研修院，1995 年）167 頁）.

401 법무연수원편『범죄백서 2004』（법무연수원，2005 년）185 쪽（法務研修院編『犯罪白書 2004』（法務研修院，2005 年）185 頁）.

402 대검찰청편『2014 범죄분석』（대검찰청，2014 년）424～426 쪽표 1-7-98A 및 B「범죄자 구속・불구속 상황」（大検察庁編『2014 犯罪分析』（大検察庁，2014 年）424～426 頁表 1-7-98A 及び B「犯罪者拘束・不拘束状況」）＜http://www.spo.go.kr/spo/info/stats/stats02.jsp＞より抽出・訳出し，筆者がまとめたものである。

403 いわゆる「凶悪犯罪」が，これに該当する。大検察庁が公表している『犯罪分析』によれば，強力犯は，凶悪犯（흉악범）と暴力犯（폭력범）に区分される。凶悪犯は，殺人

このうち，凶悪犯の総数は 22,926 人であり，身体拘束された者が 4,285 人（18.7%），身体拘束されなかった者が 18,641 人（81.3%）であった。身体拘束されなかった 18,641 人の内訳は，不拘束のまま立件された者が 18,236 人（全体の 79.5%），拘束が必要であるとして，司法警察官が検事に令状発付請求を行うよう申請したものの，検事がこれを不要であると判断した者が 141 人（同 0.6%），検事が拘束令状の発付を請求したものの，判事がこれを不要であると判断した者が 251 人（同 1.1%），拘束適否審査によって釈放された者が 10 人（同 0.0%），検事が拘束を取り消した者が 3 人（同 0.0%）であった。とりわけ，殺人罪の被疑者は，総数 889 人のうち，720 人（同 81.0%）が身体拘束されている。身体拘束されなかった 169 人（19.0%）のうち，不拘束のまま立件された者が 150 人（殺人罪の被疑者全体のうち 16.9%），拘束が必要であるとして，司法警察官が検事に令状発付請求を行うよう申請したものの，検事がこれを不要であると判断した者が 5 人（同 0.5%），検事が拘束令状の発付を請求したものの，判事がこれを不要であると判断した者が 14 人（同 1.6%）であった。殺人罪の被疑者のうち，拘束適否審査によって釈放された者は 0 人であった。

その他に，拘束された被疑者の割合が高い罪名は，窃盗（43.4%），強姦（12.4%）であった。特別法犯の中で拘束率が高い罪名は，麻薬類管理に関する法律違反（30.0%）であった。検挙件数が多い窃盗（5.7%）や詐欺（3.1%）は，相対的に拘束率が低かった[404]。

第 2 目　韓国における身体拘束と裁判官の理解

各年の犯罪白書を辿り，捜査段階の身体拘束率を確認する限り，韓国においては「不拘束捜査原則」を念頭においた身体拘束制度が運用されているといえよう。特に，近時の身体拘束率は極めて低い。

他方で，令状審査を行う裁判官は，必ずしも「身体不拘束原則」を常に意識している訳ではない。韓国の裁判官が拘束令状発付の要否を判断する際に採る考え方は，以下のように分類されている。すなわち，（ⅰ）手続的アプローチ，（ⅱ）実体的アプローチ，（ⅲ）刑事政策的アプローチである[405]。（ⅰ）手続的アプローチとは，令状裁判において，刑事訴訟法に規定された拘束事由以外の諸要素を排除し，刑事手続の確保という観点から拘束令状発付の要否を判断するものである。（ⅱ）実体的アプローチとは，令状裁判の段階で認められる様々な事情を考慮し，実刑宣告が予想される場合に限って拘束令状を発付し，執行猶予あるいは罰金刑の宣告が予想されるような場合には，原則的に拘束令状を発付しないと

や強盗，放火，強姦等の罪である。暴力犯は，暴行，傷害，脅迫，恐喝，略取及び誘引，逮捕及び監禁，暴力行為（団体等の構成・活動）等，暴力行為等処罰に関する法律違反等の罪である。以下の記述は，대검찰청・前掲注（402）424 頁表 1-7-98A「犯罪者拘束・不拘束状況」に基づくものである。

404 以上の数値は，대검찰청・前掲注（402）424 頁表 1-7-98A「犯罪者拘束・不拘束状況」に基づくものであり，各拘束率は筆者が算出したものである。

405 서정「영장실질심사 10 년，그 성과와 과제―인신구속제도 운용에 관한 실증적 분석」사법논집 45 호（2008 년）384～390 쪽（ソジョン「令状実質審査 10 年，その成果と課題―人身拘束制度運用に関する実証的分析」司法論集 45 号（2008 年）384～390 頁）．以下の記述は，同稿によるものである。

いうものである。最後に，（iii）刑事政策的アプローチとは，犯罪から社会の安全及び国民の権利を保護しなければならないという刑事政策的な必要性が強く認められる場合，社会防衛のために，拘束を刑執行の手段として活用するものである。この見解に基づけば，執行猶予が予想される場合等であっても，一般予防及び特別予防の観点から，令状を発付しなければならないということになるという。

従来，裁判実務では，（iii）刑事政策的アプローチが永らく支持を集めていた。このことは，民主化運動等によって公安事案や政治事案が数多く検挙されていたことと無関係ではないであろう。しかしながら，刑事政策的アプローチを採用した結果，「大量拘束・大量執行猶予」という事態を招いた[406]。他方で，1995 年に拘束前被疑者審問制度が導入されたことを契機として，刑事政策的アプローチに対する批判が高まった。そこで，刑事政策的アプローチに代わって，実体的アプローチが優勢を占めようになった。このことは，拘束前被疑者審問制度の施行 5 年を期に，2011 年 11 月に，大法院判事，検事，弁護士等を対象として行われたアンケートによっても裏づけられている。ここでは，「拘束事由が存在するか否かを判断するとき，逃亡又は証拠隠滅のおそれ以外に，法定刑や犯罪行為の軽重も考慮しますか？」という質問が設けられた。その結果，(1)「実刑宣告を受ける相当な蓋然性がある場合，拘束事由として考慮する」と答えた者が 61.6%，(2) 罪質が重く，世論が社会的に強く非難していれば，執行猶予が予想されたとしても一応拘束する」と答えた者が 38.0%，(3) 法が定める拘束事由ではないため，事案の内容は考慮しない」と答えた者が 0.4%であったという[407]。実体的アプローチは，裁判所が当該被疑者をいかに処罰するかについて，捜査段階の拘束を通じて一種の意思表示をするという意味合いもあるという。すなわち，韓国の一般国民は，捜査段階の拘束について，犯行に対する「膺懲（ようちょう）」あるいは「刑罰」であると認識している側面があるため，裁判所が被疑者を拘束しなかった場合には，「その被疑者に対する処罰を放棄した」とみなされる土壌があるという[408]。裁判所は，一般国民の反発を受けないようにするために，実体的アプローチを重視しているようである。

第 7 款　いわゆる「代用監房」問題

第 1 目　韓国における「代用監房」問題とその沿革

最後に，韓国における身体拘束制度と関連して，いわゆる「代用監房」問題について簡単に言及しておく。韓国においても，日本と同様に，逮捕・拘束された者は，原則として法務部所管の拘置所に収容される（刑の執行及び収容者の処遇に関する法律第 21 条第 1 項，同第 11 条第 1 項第 3 号）。しかしながら，拘置所への収容に代えて，警察庁所管の警察署

406 関永盛・前掲注（348）160 頁。

407 유해용「인신구속제도의 운용방식 개선을 의한 제안」저스티스 83 호（2005 년）113 쪽（ユヘヨン「人身拘束制度の運用方式改善のための提案」ジャスティス 83 号（2005 年）113 頁）.

408 以上，서정・前掲注（405）386 頁。日本においても，保釈保証金の設定等において，実体的アプローチに近い考え方を読み取ることができるかもしれない。

留置場に収容されることがある（警察官職務執行法第 9 条）。もっとも，韓国の「代用監房」に関する議論は，日本の代用監獄に関する議論とは若干異なる。これは，警察官職務執行法第 9 条が，「留置場」という見出しで，「法律で定めた手続によって逮捕・拘束された者又は身体の自由を制限する判決若しくは処分を受けた者を収容するために，警察署及び地方海洋警備安全官署に留置場を置く。」と規定していることに起因する。韓国の警察留置場には，警察や検察，国家情報院等が逮捕・拘束した被疑者のみならず，拘留刑を宣告された者や，裁判所から監護・勾引処分を受けた者等も収容されているのである[409]。このように，警察留置場は，単なる未決拘禁施設ではなく，準刑事施設として機能している[410]。そのため，韓国の「代用監房」に関する議論は，拘置所と比べて劣悪な被収容者の処遇や，根拠法令の未整備等に関するものが中心である。

韓国の代用監房は，司法警察官による拘束権限（刑訴法第 202 条）と密接に関連している[411]。司法警察官による拘束権限について遡ると，日本による植民地統治時代に制定された朝鮮刑事令に行き着く。朝鮮刑事令は，当時の内地の刑事訴訟法を依用しつつ，朝鮮植民地統治のための特例を多く設けた。朝鮮刑事令は，検事が，禁錮以上の刑にあたる事件について，急速の処分を要するものと思料するときは，公訴提起前に限り，押収・捜索・検証及び被疑者の勾引，被疑者又は証人の訊問，鑑定・通訳又は翻訳の処分をすることを認めていた（同令第 12 条第 1 項）。そして，この規定は，司法警察官にも準用された（同条第 2 項）[412]。さらに，司法警察官が第 12 条によって被疑者を訊問した後，住居不定，証拠隠滅のおそれ，逃亡のおそれがあると認められるときは，10 日間を超えない期間，被疑者を留置することができた（同第 13 条）。他方，朝鮮刑事令は，監獄法も依用していた。周知の通り，監獄法は，監獄の種類として，懲役監，禁錮監，拘留場，拘置監を規定していた（第 1 条第 1 項第 1 号～第 4 号）。そして，「警察官署ニ附属スル留置場ハ之ヲ監獄ニ代用スルコトヲ得但懲役又ハ禁錮ニ処セラレタル者ヲ一月以上継続シテ拘禁スルコトヲ得ス」と規定していた（同条第 3 項）。韓国の代用監房は，朝鮮刑事令第 13 条による警察の最大 10 日間の拘束権限と，依用された監獄法第 1 条第 3 項によって，韓国の捜査実務に定着したのである[413]。

その後，警察による最大 10 日間の拘束権限は，1954 年制定刑訴法に引き継がれた（1954 年制定刑訴法第 201 条第 1 項）。また，1950 年に制定された行刑法は，「警察官署に設置された留置場は，未決収容室に準ずる。」と規定した（同法第 61 条）。これらの規定によって，

409 김태명「경찰유치에 있어서 수사와 구금의 분리」형사정책 25 권 1 호（2013 년）257 쪽（キムテミョン「警察留置における捜査と拘禁の分離」刑事政策 25 巻 1 号（2013 年）257 頁）.

410 이진극「구속장소의 법적 규율에 관한 소고」동아법학 44 호（2009 년）627 쪽（イジングク「拘束場所の法的規律に関する小考」東亜法学 44 号（2009 年）627 頁）.

411 第 2 章第 3 節第 3 款「拘束」を参照。

412 第 2 章第 1 節第 1 款第 3 目「大正刑訴法依用期の朝鮮における特例」を参照。

413 김태명・前掲注（409）255 頁。

植民地統治期と同様に代用監房の法的根拠が整備され，1954 年制定刑訴法の制定以後も，代用監房が捜査実務に引き継がれた。しかしながら，その後に訪れた権威主義政権は，代用監房の存在自体をひた隠しにしてきた。そのため，民主化を達成するまで，代用監房は刑事訴訟法学の議論の対象とされてこなかった[414]。

第 2 目　近時の憲法裁判所決定と代用監房に対する認識

ところが，特に 2000 年代に入り，代用監房の処遇環境が極めて劣悪であることが注目され始めた。その処遇環境をめぐって，憲法裁判所に憲法訴願が行われたためである。その結果，警察留置場の被収容者に対し，収容室内に設置された遮蔽物のないトイレを使用するよう強制することは，憲法第 10 条[415]が規定する人格権を侵害すると判示した憲法裁判所決定[416]や，公職選挙法違反で警察留置場に収容された女性被疑者に対し，弁護人との接見終了後，裸にして身体検査を行った処分は，留置場管理等のための必要最低限度を超えた処分であり，憲法第 10 条が規定する人格権と憲法第 12 条第 1 項が規定する身体の自由を侵害すると判示した憲法裁判所決定[417]等が示された。これらの憲法裁判所決定を契機として，代用監房の問題点が認識された。2003 年には，国家人権委員会が代用監房を調査し，「留置場施設環境・人権実態調査報告書」と題された報告書を公表した[418]。近時も，2010 年 3 月に，ソウル特別市陽川警察署の強力犯捜査チームが被疑者を拷問した事件に関連して[419]，留置担当官が留置業務上作成する書類を改竄したり，捜査チームによる拷問を黙認・傍観したとして，懲戒処分を受けた[420]。また，2012 年 9 月には，大邱広域市大邱東部警察署の留置場から被疑者が脱走した事件が発生し，留置場の管理実態に注目が集まった[421]。

韓国の代用監房は，このような経緯を経て問題視されるようになったため，劣悪な処遇環境や，根拠法令の未整備等に関する議論が中心を占めている。たとえば，空調・換気設備が導入されていないことや，トイレや寝具が不衛生であること，女性被収容者の留置を

414 김태명・前掲注（409）249 頁。

415 憲法第 10 条は，「すべて国民は，人間としての尊厳及び価値を有し，幸福を追求する権利を有する。国家は，個人の有する不可侵の基本的人権を確認し，これを保障する義務を負う。」と規定している。

416 헌법재판소 2001.9.6 선고, 2000 헌마 546 결정.

417 헌법재판소 2002.7.18 선고, 2000 헌마 327 결정.

418 국가인권위원회「유치장시설환경・인권실태조사보고서」（2003 년）（国家人権委員会「留置場施設環境・人権実態調査報告書」（2003 年））.

419 헤럴드경제 2010.12.30 차「가혹행위 양천서『고문경찰』에 징역 3 년 선고」（ヘラルド経済 2010.12.30 付「過酷行為　陽川署『拷問警察』に懲役 3 年宣告」）＜http://media.daum.net/society/all/view.html?cateid=1001&newsid=20101230111408428&p=ned＞.

420 박동균・김우준「피의자 인권을 고려한 경찰서 유치장의 개선방안」한국경찰연구 11 권 3 호（2012 년）56 쪽（パクドンギュン・キムウジュン「被疑者の人権を考慮した警察署留置場の改善方案」韓国警察研究 11 巻 3 号（2012 年）56 頁）.

421 김형중「경찰서 유치관리 업무의 문제점 및 개선방안에 관한 연구」한국민간경비학회보 12 권 1 호（2013 년）52 쪽（キムヒョンジュン「警察署留置管理業務の問題点及び改善方案に関する研究」韓国民間警備学会報 12 巻 1 号（2013 年）52 頁）.

男性留置担当官が担当する場合があること，被収容者 1 人あたりのスペースが 2.64 ㎡以下であること，1 日あたりの食事が 2,000 ウォンに抑えられており，栄養価が小学校の給食にも充たないこと等である[422]。また，留置業務を担当する警察官の負担過多や，留置業務の専門性に着目し，勤務環境を改善するべきであるという警察学的観点も示されている[423]。もちろん，代用監房の問題として，身体拘束と取調べを結合する機能を果たす点が指摘されることもある。すなわち，本来は一時的な留置のための施設である警察留置場に未決収容者を一定期間収容するのであれば，これは留置の機能を超えることになるところ，警察は矯正専門職ではなく捜査機関であるため，被収容者を捜査対象として取り扱い，延いては人権侵害が生じるおそれがあるとされている[424]。ここでは，未決収容者を警察の管理下に置き，外部の監視や規律が及ばない密室で，時間的・場所的制約を受けずに取調べを行うおそれが大きいことから，捜査段階供述のみならず，法廷供述にも有形・無形の影響が及ぶおそれがあると指摘されている。

しかしながら，既にみたように，韓国では取調べ受忍義務論が盛んに議論されてこなかった。また，代用監房問題は，劣悪な処遇環境を改善するべきであるという文脈で提起されてきた。さらに，法務部は，2007 年 4 月時点で，全国の警察留置場を段階的に廃止し，刑務所の新築等を果たすことで，2015 年までにすべての警察留置場を廃止する旨を宣言していた[425]。実際に，2007 年に 172 施設 1,286 室存在した警察留置場は，2012 年には 112 施設 922 室まで減少した[426,427]。警察留置場を廃止する法務部の方針も，被収容者が運動場で運動することができない点や，日照権が保障されていない点，「睡眠権」等が侵害されている点等を強調していた[428]。そのため，韓国の「代用監房」は，取調べと身体拘束を密接に結びつける役割を一定程度果たしているものの，日本ほど盛んな議論が展開されていない状況である[429]。

---

422 이문학「대용감방의 인권적 문제점과 개선 방안」법조 620 호（2008 년）272 쪽（イムンハク「代用監房の人権的問題点と改善方案」法曹 620 号（2008 年）272 頁），박동균ほか・前掲注（420）69～70 頁。

423 김형중・前掲注（421）59～62 頁は，警察官を対象に行ったアンケート調査結果を分析している。これによれば，留置管理業務に従事している警察官は，それ以外の部署に勤務している警察官よりも，勤務環境や報酬に対して不満を持っている者が多いという。

424 이문학・前掲注（422）278～279 頁，박동균ほか・前掲注（420）67 頁。

425 법무부 정책뉴스 2007.4.30 차「대용감방 사라진다」（法務部政策ニュース 2007 年 4 月 30 日付「代用監房　消える」）＜https://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0603&strWrtNo=559&strAnsNo=A&strRtnURL=MOJ_52000000&strOrgGbnCd=100000＞.

426 김태명・前掲注（409）257 頁。

427 この背景には，2007 年改正刑訴法に身体不拘束捜査原則が明記され，未決拘禁者が減少傾向にあることも影響していると思われる。なお，本編第 2 章第 3 節第 6 款第 1 目「拘束制度と『不拘束捜査原則』」を併せて参照。

428 법무부・前掲注（425）。

429 조성용「미결구금의 집행 및 미결수용자의 처우에 대한 비판적 검토—『형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률』의 관련 규정을 중심으로—」교정연구 50 호（2011

第 3 章　韓国における被疑者取調べの法的規制

第 1 節　権利論に基づく被疑者取調べ規制―被疑者取調べの憲法的規制―

第 1 款　黙秘権

第 1 目　黙秘権規定の沿革と内容

韓国における黙秘権について，朝鮮王朝期まで遡って，簡単に沿革を確認する。まず，朝鮮王朝期の刑事手続では，犯罪の嫌疑を向けられた者は「以實直告（이실직고）」の義務を負っており，真実供述義務があると解されていた[430]。第 1 章で概観したように，朝鮮王朝期の刑事手続では，自白強要のための拷問が法的に認められていた。そのため，「罪人」とされた者に対する黙秘権保障は観念し得なかった。また，日本による植民地統治期でも，黙秘権は認められていなかった。大日本帝国憲法が黙秘権を規定しておらず，日本の明治刑訴法及び大正刑訴法も黙秘権告知に関する規定を設けていなかったためである。したがって，これらが依用されていた朝鮮においても，黙秘権規定や黙秘権告知規定は存在しなかった。さらに，制憲憲法の制定に先立つ 1948 年 3 月 20 日に公布された米軍政令第 176 号「刑事訴訟法の改正」においても，黙秘権は規定されなかった。

アメリカ法が制憲憲法の制定に与えた影響は，日本国憲法の制定に与えた影響と比較すると，大きなものではなかった[431]。そのため，制憲憲法においても，黙秘権規定は設けられなかった。韓国における黙秘権に関する議論は，大韓民国政府の樹立後に設置された法典編纂委員会によって開始された。すなわち，法典編纂委員会は，被告人の黙秘権と関連して，「被告人は，尋問を拒否することはできないが，自己に不利な供述を拒否することができるようにする」ことを審議し，これが議決された[432]。その後，1954 年 4 月 25 日の政府草案において，「尋問を拒否することはできないが」という文言が削除され，被告人の黙秘権が初めて観念された[433]。

これを受けて，1954 年制定刑訴法は，被疑者についても黙秘権が認められていることを前提として，黙秘権告知規定を設けた。すなわち，法第 200 条第 1 項は「検事又は司法警察官は，捜査に必要なときは，被疑者を召喚し陳述を聞くことができる。」と規定し，第 2

년）91 쪽（ジョソンヨン「未決拘禁の執行及び未決収容者の処遇に関する批判的検討―『刑の執行及び収容者の処遇に関する法律』の関連規定を中心に―」矯正研究 50 号（2011 年）91 頁）は，2009 年に刑の執行及び収容者の処遇に関する法律が制定・施行された後も，未決拘禁や代用監房に関する議論は遅れており，「刑事拘禁に関する理論分野で最も遅れた領域」であり「本格的な議論がなされていない」と指摘している。

430 백형구「진술거부권의 보장」사법행정 34 권 1 호（1993 년）78 쪽（ペクヒョング「陳述拒否権の保障」司法行政 34 巻 1 号（1993 年）78 頁）.

431 第 1 章第 2 節第 1 款第 2 目「韓国制憲憲法の制定」を参照。

432 백강진「피고인의 진술거부권」법조 653 호（2011 년）112 쪽（ペクカンジン「被告人の陳述拒否権」法曹 653 号（2011 年）112 頁）.

433 백강진・前掲注（432）112 頁。

項で「前項の陳述を聴くときは，予め被疑者に対して陳述を拒否することができることを知らせなければならない。」と規定したのである[434]。

しかしながら，1954 年制定刑訴法が制定された時点では，黙秘権は憲法には規定されておらず，刑訴法によって告知が要求されるのみであった。このような中で，1962 年の第 5 次憲法改正によって，黙秘権が憲法上の権利として初めて明記された。現行憲法の成立と関連して述べたように，第 5 次憲法改正は，軍事クーデターによって政権を獲得した朴正熙によって主導された。第 5 次憲法改正の特徴は，国家安全保障体制や大統領権限の強化等であった。他方で，同憲法改正案の提案理由書は，改正案の特徴として，「自由権，生存権，参政権等の国民の基本権を最大限保障」することと，「国民の権利保障の最後の砦である司法権の独立と民主化に万全を期する」ことを挙げていた[435]。このような経緯により，第 5 次改正憲法第 10 条第 2 項は，「すべて国民は，拷問を受けず，刑事上，自己に不利な陳述を強要されない。」と規定し，憲法上の権利として黙秘権を明記した。

第 5 次改正憲法第 10 条第 2 項で設けられた黙秘権規定は，文言に変更が加えられることなく，1988 年に施行された現行憲法第 12 条第 2 項にも引き継がれている。そして，2007 年改正刑訴法は，上述の法第 200 条第 2 項を改め，黙秘権告知について極めて詳細な規定を新設した。すなわち，「陳述拒否権等の告知」という見出しの法第 244 条の 3 は，第 1 項で，「検事又は司法警察官は，被疑者を訊問する前に，次の各号の事項を告げなければならない。1. 一切の陳述をせず，個々の質問に対して陳述しないことができること，2. 陳述をしないとしても不利益を受けないこと，3. 陳述を拒否する権利を放棄して行った陳述は，法廷で有罪の証拠として使用されることがあること，4. 訊問を受けるときは，弁護人を参与させる等，弁護人の助力を受けることができること」と規定した。この告知は，日本の刑訴法第 198 条第 2 項と同様に，身体拘束の有無を問わずに行わなければならない。また，同条第 2 項で，「検事又は司法警察官は，第 1 項により告知したときは，被疑者が陳述を拒否する権利及び弁護人の助力を受ける権利を行使するか否かを質問し，これに対する被疑者の答弁を調書に記載しなければならない。この場合，被疑者の答弁は，被疑者に自筆で記載させ，又は検事若しくは司法警察官が被疑者の答弁を記載した部分に記名捺印又は署名させなければならない。」と規定した。

第 1 項によって要求されている告知事項は，黙秘権と弁護人立会権の両方を含む。また，後述するように，この告知を欠いたまま取調べを行い，獲得した供述は，証拠とすること

---

434 第 2 章第 1 節で述べたように，1954 年制定刑訴法第 200 条第 1 項が用いている「召喚」という文言は，日本の刑訴法第 198 条第 1 項と同様に，「出頭を求め」ることを意味する語であると解されていた。したがって，ここでいう「召喚」という語に，強制処分という意味合いはない（김종률・前掲注（241）146～151 頁）。

435 국가법령정보센터「1962.12.26 전부개정『대한민국헌법』（헌법제 6 호）개정이유」＜http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq＝79245&ancYd＝20070601&ancNo＝08496&efYd＝20080101&nwJoYnInfo＝N&efGubun＝Y&chrClsCd＝010202#0000＞（国家法令情報センターウェブサイト「1962 年 12 月 26 日全部改正『大韓民国憲法』（憲法第 6 号）改正理由」）.

ができないという判例法理が確立している。そのため，法第 244 条の 3 の告知規定は，「韓国版 Miranda 告知」と称されることがある[436]。

第 2 目　黙秘権の意義と黙秘権侵害

韓国における黙秘権は，アメリカ連邦憲法修正第 5 条の自己負罪拒否特権に由来するものであるとされている[437]。そして，黙秘権は，被疑者が捜査・審理の客体になることを防ぎ，武器平等原則の実質的な実現を図る観点から保障されるものであり，被疑者の訴訟主体性を保つ上で重要な意味を有すると説明されている[438]。韓国においては，黙秘権について，アメリカの議論がそのまま引用・紹介されており，黙秘権の意義や沿革等については争いがない[439]。

黙秘権は，刑罰その他の制裁による供述強要の禁止を本質的な内容としている[440]。そのため，供述が強要された場合は，黙秘権が侵害されたことになる[441]。供述が強要された場合として，韓国の議論で例示されているのは，拷問，脅迫等が行われたときである[442]。そして，強制された供述が自白である場合には，他の証拠によって当該自白の真実性が認められたときであっても，証拠能力が否定されることになる。

第 3 目　黙秘権の不告知と供述の証拠能力

韓国では，黙秘権行使のためには権利告知が不可欠であり，黙秘権告知を欠いた場合に黙秘権侵害が認められることに異論はないとされている[443]。そこで，韓国刑訴法学上は，黙秘権告知を欠いたまま被疑者を取り調べ，その取調べで供述を獲得した場合に，いかなる論理で当該供述の証拠能力を否定し得るかが議論の中心となっている。

ここで，議論の内容に触れる前に，黙秘権告知を欠いた状態で獲得された供述の証拠能

---

436 최영승・前掲注（362）93 頁。

437 노명선ほか・前掲注（145）182～183 頁，신동운･前掲注（15）848 頁，신이철・前掲注（204）93 頁，이은모・前掲注（290）91 頁，이재상・前掲注（268）118 頁。

438 신동운・前掲注（15）182 頁，이은모・前掲注（290）90 頁。なお，배종대ほか・前掲注（134）340 頁は，人権保障に加え，公正な裁判を保障する機能を有していると指摘している。

439 たとえば，YALE KAMISAR ET AL., MODERN CIMINAL PROCEDURE: CASES, COMMENTS & QUESTIONS (13th. 2012) 等が頻繁に引用されている。

440 이재상・前掲注（268）120 頁。

441 노명선ほか・前掲注（145）185 頁。

442 日本でも，黙秘権は「威力その他特別の手段を用いて，供述する意思のない被告人に供述を余儀なくすることを禁ずる趣旨」であると解されており（最大判昭和 24 年 2 月 9 日刑集 3 巻 2 号 146 頁），韓国と大きく異なる点はない。しかしながら，第 3 目「黙秘権の不告知と供述の証拠能力」で詳述するように，韓国においては，黙秘権告知を欠いた場合は黙秘権が侵害されたことになる。

これに対して，日本の裁判所は，黙秘権告知を憲法の要請であると解しておらず（最大判昭和 23 年 7 月 14 日刑集 2 巻 8 号 846 頁等多数），黙秘権不告知は任意性判断の際の一事情であると解している（最三判昭和 25 年 11 月 21 日刑集 4 巻 11 号 2359 頁，浦和地判平成 3 年 3 月 25 日判タ 760 号 261 頁等）。したがって，韓国の方が，黙秘権が保障される範囲が事実上広範であるといえよう。

443 이재상・前掲注（268）123 頁。

力を否定した大法院判例に触れておきたい。1992 年，大法院は，「韓国版 Miranda 判決[444]」と称される重要な判決を示した。この判決が示された当時は，2007 年刑訴法改正以前であるため，旧法第 200 条第 2 項によって黙秘権告知が要求されていた。そして，この規定に違反して，被疑者に黙秘権を告知しないまま被疑者を取り調べ，獲得した供述の証拠能力が問われたのである。この点について，大法院は，「刑事訴訟法第 200 条第 2 項は，検事又は司法警察官が出頭した被疑者の陳述を聞くときには，予め陳述を拒否することができる旨を知らせなければならないと規定しているところ，このような被疑者の陳述拒否権は，憲法が保障する刑事上自己に不利な陳述を強要されないという自己負罪拒否の権利を基礎とするものであるため，捜査機関が被疑者を訊問するにあたって，被疑者に事前に陳述拒否権を告知していないときは，その被疑者の陳述は違法に収集された証拠として，陳述の任意性が認められる場合であっても，証拠能力が否定されなければならない。」と判示した[445]。実務では，この判例の論理が既に確立しており，黙秘権を告知せずに獲得した供述が証拠排除されることに争いはない[446]。

ここで問題となるのは，黙秘権を告知しなかった場合に供述が排除される理論的根拠である。1992 年の韓国版 Miranda 判決は，黙秘権不告知後の供述の証拠能力を否定した論理を必ずしも充分に説明していなかった。そこで，学界では，主に（1）不任意自白の証拠能力を否定する刑訴法第 309 条第 1 項（日本の刑訴法第 319 条第 1 項に相当する。）に違反したことを根拠とする見解や，（2）違法収集証拠排除法則を根拠とする見解が主張されてきた。まず，（1）法第 309 条第 1 項に違反することを根拠とする見解は，黙秘権不告知について，同条項の「被告人の自白が，拷問，暴行，脅迫，身体拘束の不当な長期化又は欺罔その他の方法により，任意に陳述したものでないと疑うに足りる理由があるときは，これを証拠とすることができない。」という文言のうち，「その他の方法により任意に陳述したものでないと疑うに足りる理由があるとき」に該当すると解する[447]。そのため，この見解は，黙秘権不告知は供述の任意性を疑うに足りる事情であると位置づける。そして，自白法則のうち，いわゆる任意性説に立脚し，当該自白の排除を説明する[448]。しかしながら，

---

444 김성돈「미란다법칙과 위법수사통제방안」형사법연구 14 권（2000 년）2 쪽（キムソンドン「ミランダ法則と違法捜査統制方案」刑事法研究 14 巻（2000 年）2 頁），최영승・前掲注（362）93 頁。

445 대법원 1992.6.23 선고, 92 도 682 판결.

446 대법원 2009.8.20 선고, 2008 도 8213 판결，대법원 2010.5.27 선고, 2010 도 1755 판결．なお，이재상『형사소송법 기본판례』（박영사，2013 년）189 쪽（イジェサン『刑事訴訟法基本判例』（博英社，2013 年）189 頁）を併せて参照。

447 최영승・前掲注（318）241～242 頁。

448 もっとも，この見解を採る論者の説明の中には，論理が明らかでないものもある。たとえば，李銀模（이은모）は，「告知という形式的な基準によって，陳述内容の任意性の有無を全面的に判断することはできないが，陳述拒否権を告知していない事実自体は陳述の自由を侵害する重大な違法事由に該当するため，陳述拒否権を告知しないまま獲得した自白は，直ちに第 309 条の『任意性に疑いがある自白』に該当し，証拠能力が否定されると解さなければならない（違法排除説）。」と説明する（이은모・前掲注（290）96

その場合，大法院が任意性の有無を問わずに当該自白を排除したことを説明することができない。

これに対して，(2) 違法収集証拠排除法則を根拠とする見解は，法が要求する黙秘権告知を欠くという「違法」は，違法収集証拠排除法則の適用を受ける「違法」に該当すると解する[449]。1992 年の韓国版 Miranda 判決が示された当時，違法収集証拠排除法則は，自白に限り，判例法理によって認められていた[450]。他方で，非供述証拠の場合は，捜索・押収手続に違法が認められたとしても，証拠物の性質や形状に影響がないことを理由に，違法収集証拠排除法則の適用が否定されていた[451]。このような状況の中で示された 1992 年の韓国版 Miranda 判決も，自白の証拠能力が争われた事案であり，侵害された権利が憲法上の権利であったことから，違法収集証拠排除法則の適用を受けると解されたのである。なお，判例法理であった違法収集証拠排除法則は，2007 年刑訴法改正によって刑訴法上に明文化された。法第 308 条の 2 が設けられ，「適法な手続によらずして収集した証拠は，証拠とすることができない。」と規定したのである[452]。そのため，違法収集証拠排除法則を根拠とする見解は，現在は法第 308 条の 2 に違反することを根拠とする見解であるといえる[453]。

黙秘権を告知しなかった場合に供述が排除される理論的根拠に関する見解の違いは，黙秘権と自白法則の関係に関する理解の違いによって生じる。韓国憲法は，黙秘権を第 12 条第 2 項で規定し，自白法則を同条第 7 項で規定している。そのため，黙秘権と自白法則を交錯させて理解するか否かについて，見解が分かれているのである。黙秘権と自白法則は交錯すると理解した場合は，(1) 黙秘権不告知は供述の任意性を疑うに足りる事情である

頁)。

この説明は，法第 309 条の「任意性に疑いがある自白」であるか否かを問題にするものであるため，自白法則のうち，任意性説に立脚したものであると思われる。しかしながら，李銀模は，この説明を「違法排除説」として展開している。2007 年改正法は，法第 308 条の 2 で違法収集証拠排除法則を規定した。そのため，違法排除説に依拠するのであれば，法第 309 条ではなく，法第 308 条の 2 が問題となるはずである。この点で，李銀模の説明は曖昧なものである。

449 신양균・前掲注（256）505 頁，백형구『형사소송법강의〔제 8 정판〕』（박영사，2001 년）45 쪽（ペクヒョング『刑事訴訟法講義〔第 8 訂版〕』（博英社，2001 年）45 頁）.

450 대법원 1990.9.25 선고, 90 도 1586 판결. この判決は，国家安全企画部が被疑者と弁護人の接見交通権を制限した状態で取調べを行い，その取調べで獲得した供述について，憲法上の権利を侵害したことを挙げて排除したものである。この点については，弁護人依頼権との関係で，第 2 款第 2 目「被疑者と弁護人の接見交通権」で改めて述べる。

451 대법원 1968.9.17 선고, 68 도 932 판결, 1987.6.23 선고, 87 도 705 판결.

452 改正法第 308 条の 2 が「違法な手続により収集した証拠」ではなく「適法な手続によらずして収集した証拠」と規定した理由は，法院に排除範囲を判断する余地を与えるためであるという（법원행정처『형사소송법 개정법률 해설』（법원행정처，2007 년）124 쪽（法院行政処『刑事訴訟法改正法律解説』（法院行政処，2007 年）124 頁））。

453 大法院は，違法収集証拠排除法則が適用される場合として，(1) 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であり，(2) その証拠能力を否定しても刑事司法正義を実現しようとする趣旨に反しない場合を挙げている（대법원 2007.11.15 선고, 2007 도 3061 판결）。

と理解することになる。これに対して，黙秘権と自白法則の沿革の違いを強調し，両者を別個のものであると捉えた場合は，(2) 黙秘権不告知を「適法な手続によらない証拠」(法第 308 条の 2) であると理解することになる[454]。もっとも，(1) 黙秘権と自白法則は交錯すると理解する見解も，黙秘権と自白法則の沿革の違いを否定するものではない。この見解は，両者の沿革の違いを確認した上で，アメリカにおいて，Escobedo 判決や Miranda 判決によって黙秘権や弁護人依頼権と自白法則が「一体化」したことを強調するのである[455]。

なお，韓国においては，自白法則と違法収集証拠排除法則の関係についても，同様の議論が存在する。自白法則と違法収集証拠排除法則を区別する見解は，自白法則の沿革（特に，アメリカにおけるコモン・ロー上の虚偽排除説及び「事情の総合説」の発展過程）を強調し，自白法則の根拠を虚偽排除説や人権擁護説，任意性説に求める[456]。そのため，黙秘権不告知という手続的な違法は，被疑者の供述の自由には影響を与えず，違法収集証拠排除法則によって当該供述が排除されるということになる[457]。この見解は，被疑者の供述の自由を問わず，手続的違法の有無を基準として端的に判断するため，人権保障や適法手続の重要性を強調する見解であると整理されている[458]。これに対して，自白法則は違法収集証拠排除法則の特則の 1 つであるという理解も存在する[459]。この見解に依れば，自白法則の根拠は違法排除説であるということになる。そのため，供述証拠の場合には法第 309 条の違法排除説としての自白法則によって排除され，非供述証拠の場合には法第 308 条の 2 の違法収集証拠排除法則によって排除されると理解する。黙秘権を告知しないまま取調べを行い獲得した供述の場合は，基本的には自白法則（違法排除説）によって排除される。

韓国では，黙秘権と自白法則の関係と，自白法則と違法収集証拠排除法則の関係に関するそれぞれの理解に基づいて，以上のような複雑な議論が展開されている。もっとも，1992 年の韓国版 Miranda 判決当時は判例法理であった違法収集証拠排除法則は，現行法下では根拠条文が設けられている。そして，法第 308 条の 2 に基づく違法収集証拠排除法則の適用を受ける対象は限定されていない[460]。近時の大法院は，黙秘権を告知しない取調べで獲

---

454 백형구・前掲注（449）42 頁，신동운・前掲注（15）852 頁。

455 이재상・前掲注（446）198 頁。

456 韓国においても，自白法則の根拠として，(1) 虚偽排除説，(2) 人権擁護説，(3) 両者の折衷説である任意性説が展開されている。

457 조국『위법수집증거배제법칙』（박영사，2005 년）241 쪽（ジョグク『違法収集証拠排除法則』（博英社，2005 年）241 頁）.

458 이세화「진술거부권불고지와 증거의 증거능력」조선대학교 법학논총 18 권 3 호（2011 년）97～98 쪽（イセファ「陳述拒否権不告知と証拠の証拠能力」朝鮮大学校法学論叢 18 巻 3 号（2011 年）97～98 頁）.

459 たとえば，法院行政処（日本の最高裁判所事務総局に相当する）による 2007 年改正刑訴法の解説書は，憲法第 12 条第 7 項及び刑訴法第 309 条によって規定された自白法則について，「違法収集証拠排除の原則を具体化した規定であると解することができる」と説明している（법원행정처・前掲注（452）122～123 頁）。

460 법원행정처・前掲注（452）124 頁。

得した供述について，違法収集証拠排除法則を適用しており[461]，裁判実務上は解決をみたといえよう。

第 4 目　権利不行使と権利放棄の関係

1992 年の韓国版 Miranda 判決以後，同判例が示した法理が捜査実務で確立したため，黙秘権告知の有無が問題となる事例は頻発しなくなった[462]。他方で，捜査機関が「刑事訴訟法第 244 条の 3 の規定により陳述を拒否することができる権利及び弁護人の参与等の助力を受ける権利があることを被疑者に知らせ，これを行使するか否か，その意思を確認する。」という文言を印字した調書を準備して，取調べに臨む事案がみられるようになった[463]。このような捜査実務に対しては，黙秘権告知の義務を回避することになるという批判が向けられていた[464]。このような観点から，2007 年改正刑訴法は，捜査機関が権利告知を行う際に，被疑者に対して権利を行使するか否かを質問するとともに，この質問に対する被疑者の答弁を調書に記載することを要求した（法第 244 条の 3 第 2 項)。これにより，権利行使に関する被疑者の意思を事後的に確認することができるようになった。

この点と関連して，そもそも黙秘権の放棄という概念を認めることができるか否かが問題となる。黙秘権放棄を認め得るか否かに関する見解の相違は，換言すれば，「黙秘権の不行使」と「黙秘権の放棄」を区別し得るか否かに関する見解の相違である。黙秘権放棄を認め得るとする見解は，権利放棄と権利不行使を区別することができない点を挙げ，黙秘権を放棄し得ることは「当然」であるとする[465]。これに対して，黙秘権放棄を認めることができないとする見解は，権利放棄と権利不行使を区別しなければならないとした上で，黙秘権が憲法に明文で規定された基本権である点を強調する[466]。また，黙秘権を放棄し得るとすれば，黙秘権の権利主体としての地位を放棄することに繋がるとする[467]。そのため，取調べにおいて具体的な質問に対して供述をした場合であっても，これは「黙秘権の部分的な不行使」であり[468]，黙秘権放棄を認めることはできないということになる[469,470]。

---

461 대법원 2009.8.20 선고, 2008 도 8213 판결, 대법원 2010.5.27 선고, 2010 도 1755 판결.

462 임병락・오태곤「피의자신문시 피의자 권리의 문제점과 개선방안에 관한 연구」한국법학회 법학연구 26 집（2007 년）339 쪽（イムビョンラク・オテゴン「被疑者訊問における被疑者の権利の問題点と改善方案に関する研究」韓国法学会法学研究 26 集（2007 年）339 頁）.

463 송광섭・前掲注（291）993 頁。

464 김성돈・前掲注（444）10 頁。

465 김희옥「진술거부권을 고지하지 아니하고 작성한 피의자신문조서와 위법수집증거」고시계 486 호（1997 년）61 쪽（キムヒオク「陳述拒否権を告知せずに作成した被疑者訊問調書と違法収集証拠」考試界 4 86 号（1997 年）61 頁），백형구・前掲注（449）472 頁。

466 이은모・前掲注（290）96 頁，이재상・前掲注（268）123 頁。

467 배종대ほか・前掲注（134）345 頁。

468 배종대ほか・前掲注（134）345 頁。

469 노명선ほか・前掲注（145）187 頁。

470 なお，黙秘権は，被疑者がこれを行使せずに供述した場合には，被疑者の意図に忠実な

第 2 編で概観したように，アメリカでは，1979 年の Butler 判決によって，「暗黙の放棄（implicit waiver）」が認められるようになった[471]。その後，連邦最高裁は，1994 年の Davis 判決[472]及び 2010 年の Thompkins 判決[473]を通じて，被疑者の権利行使に明確性を要求した。連邦最高裁は，権利を行使するか放棄するかに関する意思を表示しないという曖昧な状態を，被疑者に許さないような判断を示したのである。この点，韓国では，「黙秘権の放棄」という概念を否定する見解が支配的である。このような理解や，本款第 3 目で述べた黙秘権の不告知と供述の証拠能力に関する議論を踏まえると，韓国における黙秘権は，その基本権的性格が充分に理解され，司法によって充分に尊重されていることを看取することができる[474]。

第 2 款　弁護人の援助を受ける権利

現行憲法第 12 条第 4 項は，「何人も，逮捕又は拘束されたときは，直ちに弁護人の援助[475]を受ける権利を有する。但し，刑事被告人が自ら弁護人を求めることができないときは，法律が定めるところにより，国家が弁護人を付する。」と規定し，弁護人の援助を受ける権利及び国選弁護人の選任を保障している。また，憲法第 12 条第 5 項は，「何人も，逮捕又は拘束の理由及び弁護人の援助を受ける権利を有することの告知を受けずして，逮捕又は拘束されない。」と規定し，その権利告知を要求している。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では，接見交通権及び取調べへの弁護人立会権が重要である。また，その前提となる国選弁護制度も積極的に活用されている。以下では，韓国における被疑者国選弁護制度について確認した後に，接見交通権及び被疑者取調べへの弁護人立会権について，それぞれ概観する。

第 1 目　被疑者国選弁護制度[476]

1. 国選弁護制度の沿革と意義

弁護人制度は，当事者主義による実体的真実発見や公正な裁判の理念を実現するために不可欠な前提であり，文明国家の刑事手続のための最小限の要求であると解されている[477]。

調書を作成してもらう権利を含むとする見解も存在する（최영승・前掲注（318）126 頁）。

471 North Carolina v. Butler, 441 U.S. 369 (1979).

472 Davis v. United States, 512 U.S. 452 (1994).

473 Berghuis v. Thompkins, 560 U.S. 370 (2010).

474 もっとも，被疑者が黙秘権を行使することはほとんどないという。また，現実の問題として，捜査機関と対峙した被疑者が黙秘し続けることは極めて困難であると指摘されている（以上，최영승・前掲注（318）126 頁）。

475 原語は「조력」であり，直訳すると「助力」である。本稿では，基本的には「援助」と訳出した。

476 韓国における刑事弁護の歴史的展開や，弁護士の実勢等については，安部・前掲注（348）123～154 頁，李東熹「韓国の刑事弁護―韓国の刑事弁護の沿革と実態―」後藤昭・高野隆・岡慎一編『現代の刑事弁護 3―刑事弁護の歴史と展望―』（第一法規，2014 年）359～383 頁等を参照。なお，以下の記述は，上記拙稿に加筆・修正したものである。

477 이재상・前掲注（268）135 頁。

現行憲法第 12 条第 4 項は，弁護人の援助を受ける権利が保障される要件として，「逮捕又は拘束されたとき」という文言を設けている。しかしながら，憲法裁判所は，この文言を超えて，身体拘束されていない者に対しても，法治国家原理及び適法手続原則によって弁護人の援助を受ける権利が導かれると解釈している[478]。また，被疑者・被告人に認められた弁護人の援助を受ける権利から，弁護人が被拘束被疑者・被告人に援助を提供する憲法的権利を導いている[479]。このことは，弁護人が有する「援助を提供する権利」が侵害された場合に，弁護人が憲法上の基本権侵害を理由として憲法訴願（法第 68 条第 1 項）を請求することができるという点で，極めて重要な意義を有する[480]。なお，憲法第 12 条第 4 項の「弁護人の援助」とは，「弁護人の充分な援助」を意味するものであると解されている[481]。

ところで，現行憲法第 12 条第 4 項但書は，「刑事被告人が自ら弁護人を求めることができないときは，法律が定めるところにより，国家が弁護人を付する。」と規定し，国選弁護制度を憲法によって保障している。これは，弁護人制度に関する上記のような理解に基づき，武器平等原則を充たし，被告人の弁護権を実質的に保障するためのものである[482]。しかしながら，1948 年の制憲憲法では，国選弁護人に関する規定は設けられていなかった。その後，刑事手続における弱者を保護する目的で[483]，1962 年の第 5 次憲法改正によって初めて憲法上の権利として明記された。もっとも，第 5 次憲法改正以前においても，刑訴法上は国選弁護人制度が認められていた。したがって，第 5 次憲法改正による弁護人の援助を受ける権利の明文化は，刑訴法上の国選弁護人制度を憲法上の基本権へと押し上げたことになる[484]。

憲法第 12 条第 4 項但書は，国選弁護人の援助を受ける者として，「刑事被告人」という文言を用いている。そのため，ここでいう「刑事被告人」に，被疑者が含まれるか否かが問題となる。この点について，憲法裁判所は，「国選弁護人の援助を受ける権利」は被告人にのみ認められるものであると判示している[485]。学説の中には，裁判官が在廷する公判廷において被告人に「弁護人の援助を受ける権利」を保障する必要性よりも，捜査段階にお

---

478 헌법재판소 2004.9.23 선고, 2000 헌마 138 결정.

479 헌법재판소 2003.3.27 선고, 2000 헌마 474 결정. この決定は，刑訴法に明記されていない「弁護人が援助を提供する権利」を憲法から導いたものであるとして，「憲法的刑事訴訟法の具体的な適用事例であると評価することができる」とされている（신동운・前掲注（15）89 頁）。

480 李東熹・前掲注（476）374 頁。

481 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정，헌법재판소 1997.11.27 선고, 1994 헌마 60 결정，헌법재판소 2003.3.27 선고, 2000 헌마 474 결정.

482 이재상・前掲注（268）135 頁。

483 신동운・前掲注（15）71 頁。

484 김종철「헌법과 국선변호—국선변호 확대방안의 헌법적 정당성과 그 효율화 방안을 중심으로—」법조 645 호（2010 년）9～10 쪽（キムジョンチョル「憲法と国選弁護—国選弁護拡大方案の憲法的正当性とその効率化方案を中心として—」法曹 645 号（2010 年）9～10 頁）.

485 헌법재판소 2008.9.25 선고, 2007 헌마 1126 결정.

いて被疑者に「弁護人の援助を受ける権利」を保障する必要性の方が，より強く認められるとした上で，但書が「刑事被告人」という文言を用いたことは「立法の不備」であると指摘する見解もみられる[486]。そのため，立法論としては，国選弁護人の援助を受ける憲法上の権利を被疑者にも拡大するべきであるという主張されている[487]。しかしながら，上記憲法裁判所決定の影響もあり，現在のところ，被疑者国選弁護制度は刑訴法及び刑訴規則によって認められるものであると解されている。

2. 被告人に対する国選弁護人の選任事由

韓国における被疑者国選弁護制度の中には，被告人に対する国選弁護制度を準用する形で実現されているものもある。そこで，まず，被告人に対する国選弁護人の選任事由を概観する[488]。

韓国における被告人国選弁護制度は，職権による選任（以下，「職権国選」と称する。）を基本とした上で，請求に基づく選任（以下，「請求国選」と称する。）及び裁量による選任（以下，「裁量国選」と称する。）を補充的に設けることにより，その実効性確保が図られている[489]。

職権国選（必要的国選）は，(1) 被告人が拘束されたとき，(2) 被告人が未成年であるとき，(3) 被告人が 70 歳以上であるとき，(4) 被告人が聾唖者であるとき，(5) 被告人が心神障害の疑いがあるとき，(6) 被告人が死刑，無期又は短期 3 年以上の懲役若しくは禁錮に該当する事件で起訴されたときのいずれか 1 つに該当する場合に，裁判所が職権で弁護人を選任しなければならないというものである（法第 33 条第 1 項各号)。次に，請求国選は，被告人が貧困その他の事由によって弁護人を選任することができず，被告人の請求があるときは，裁判所が弁護人を選任しなければならないというものである（法第 33 条第 2 項)。被告人から国選弁護人の選任が請求されたときは，裁判所は必ず決定をしなければならず，裁判所が被告人の請求に対して決定をしないときは違法とされる[490]。最後に，裁量国選は，裁判所が被告人の年齢・知能及び教育レベル等を考慮し，「権利保護のために必要であると認めるとき」は，被告人の明示的意思に反しない範囲で弁護人を選任しなければならないというものである（法第 33 条第 3 項)。同項は「弁護人を選任しなければならない」と規定しているものの，「権利保護のために必要であると認めるとき」という要件が設けられているため，裁量による選任であると解されている[491]。

---

486 강동욱『형사절차와 헌법소송』（동국대학교 출판부，2011 년）66～67 쪽（カンドンウク『刑事手続と憲法訴訟』（東國大学校出版部，2011 年）66～67 頁）.

487 최선호「국선변호인제도에 관한 소고」한국법학회 법학연구 18 집（2005 년）430 쪽（チェソンホ「国選弁護人制度に関する小考」韓国法学会法学研究 18 集（2005 年）430 頁）.

488 韓国においては，国が弁護人を付す行為を「選定（선정)」と表現しており，刑訴法上も「選定」という語が用いられている。本稿では，日本法に倣い，「選任」と訳出した。

489 신동운・前掲注（15）71 頁。

490 대법원 1995.2.28 선고, 94 도 2880 판결.

491 신동운・前掲注（15）72 頁。

国選弁護人は，当該裁判所の管轄区域内に事務所を有する弁護士，管轄区域内に勤務する公益法務官，その管轄区域内で修習中である司法修習生の中から選任する（刑訴規則第14条第1項)。当該管轄区域内に上記の者が不在であるときは，隣接する裁判所の管轄区域内の弁護士，公益法務官，司法修習生の中から選任する（同条第2項)。さらに，これらの者が存在せず，やむを得ない場合には，当該管轄区域内に居住する弁護士でない者を国選弁護人として選任することができる（同条第3項)。

なお，公益法務官とは，司法修習が修了した段階で兵役の義務を終えていない者が，兵役の義務を果たす代わりに就く役職である。これらの者は公益法務官と呼ばれ（兵役法第34条の6第1項)，法務部長官によって任用される（公益法務官法第2条)。公益法務官は，弁護士法第 7 条の弁護士登録規定に関わらず，弁護士登録をせずに弁護士として業務を遂行することができる（同法第20条第1項)。

3. 国選弁護人選任の取消し及び辞任

裁判所は，被告人に弁護人が選任されたときや，国選弁護人が資格を喪失したとき，国選弁護人の辞任を許可したときは，国選弁護人の選任を取り消さなければならない（刑訴規則第 18 条第 1 項)。また，国選弁護人がその職務を誠実に遂行しないときや，被告人からなされた国選弁護人変更申請が相当であると認めるとき，その他選任決定を取り消す相当な理由があるときは，国選弁護人の選任を取り消すことができる（同条第2項)。裁判所は，選任を取り消したときは，遅滞なく国選弁護人及び被告人に通知しなければならない。

国選弁護人は，疾病又は長期旅行により，国選弁護人の職務を遂行することが困難であるときや，被告人から暴行又は脅迫若しくは侮辱を受け，信頼関係を維持することができないとき，被告人から不正行為を唆されたとき，その他国選弁護人としての職務を遂行することが困難であると認められる相当な事由があるときは，裁判所又は地方法院判事の許可を得て，国選弁護人を辞任することができる（刑訴規則第20条)。

4. 国選弁護人選任の法的性質

国選弁護人選任の法的性質については，日本と同様に，(1) 裁判説，(2) 公法上の一方行為説，(3) 公法上の契約説（弁護契約説）の各見解が主張されている[492]。(1) 裁判説は，国選弁護人の選任を，裁判長が訴訟法に基づいて行う単独の意思表示である命令であると解する。この見解によれば，弁護人を選任する際に弁護士の同意・承諾を得る必要はなく，選任された弁護人は裁判長の解任命令（選任の取消し）がなければ辞任することができないということになる。(2) 公法上の一方行為説は，被選任弁護人の同意・承諾を要件として，裁判長が行う意思表示によって選任の効力が生じると解する。裁判長の解任命令がある場合に限り，国選弁護人の地位を離れることができるという点で，裁判説と結論を同じくする。(3) 公法上の契約説は，国選弁護人の選任を，裁判長と国選弁護人の間で被告人のために結ばれる公法上の契約であると解する。そのため，選任の効力が生じるためには，弁護人の同意・承諾が必要であり，弁護人の意思表示によって国選弁護人を辞任すること

492 이재상・前掲注（252）136頁を参照。

ができるという結論になる。

国選弁護制度の実効性を保障するためには，被国選弁護人の同意・承諾がなければ選任の効力が生じないと解することは妥当ではないという理由に基づいて，裁判説が有力に唱えられている[493]。刑訴規則第 20 条が国選弁護人の辞任に際して裁判所の許可を要求していることも，裁判説と態度を同じくするものである。

5. 被疑者に対する国選弁護

従来，国選弁護制度は，被告人に対してのみ認められていた。ところが，2006 年 8 月 20 日から施行された第 15 次改正法は，憲法第 12 条第 4 項が保障する弁護人の援助を受ける権利をより一層具体化するために，国選弁護制度の対象を被疑者にまで拡大した[494]。すなわち，(1) 拘束前被疑者審問を受ける被疑者に弁護人がないときは，判事の職権によって国選弁護人が必要的に選任されることになった（法第 201 条の 2 第 8 項）。そして，ここで選任された国選弁護人は，拘束前適否審査制度の結果，拘束令状請求が棄却され，その効力が消滅した場合を除き，第 1 審が終了するまで効力を有することになった（同条第 9 項)。この規定によって，拘束された被疑者のすべてに弁護人が選任されることになった。また，(2) 逮捕・拘束適否審査を請求した被疑者に弁護人がないときは，被告人国選弁護制度に関する法第 33 条が準用される（法第 214 条の 2 第 10 項)。もっとも，拘束された被疑者は，拘束前適否審査制度に際して既に国選弁護人が選任されている。そのため，本規定が実質的な意味を有するのは，逮捕された者が逮捕適否審査制度を請求した場合ということになる[495]。

以上のように，韓国においては，被疑者が逮捕適否審査制度を請求した場合には，逮捕段階から国選弁護人が選任されることになる。また，被疑者が拘束された場合には，拘束適否審査を通じて必要的に弁護人が付されることになる。

6. 国選専担当弁護士制度

ここで，国選弁護制度をより一層実効的に運営するために設けられた，国選専担弁護士制度に触れておきたい。従来，国選弁護制度（以下，便宜上，「一般国選弁護制度」と称する。）に対しては，不信感が向けられていた。この不信感は，(1) 必要的弁護事件にも関わらず，一般国選弁護人が公判廷に出席しない場合や，(2) 出席しても形式的な弁論に終始し，被告人の氏名や罪名さえ把握していない場合，(3) 公判廷に複数回出席する煩雑さを

493 이재상・前掲注（252）136 頁，신동운・前掲注（15）79 頁。

494 第 15 次改正は，「国選弁護制度を設けている憲法の精神を具体化し，刑事手続で侵害され得る人身の自由や手続的基本権等の国民の人権を最大限保障するため」に行われた（국가법령정보센터「2006.7.19 일부개정『형사소송법』（법률제 7965 호）개정이유」＜http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq＝74887&ancYd＝20060719&ancNo＝07965&efYd＝20060820&nwJoYnInfo＝N&efGubun＝Y&chrClsCd＝010202#0000＞）（国家法令情報センターウェブサイト「2006 年 7 月 19 日一部改正『刑事訴訟法』（法律第 7965 号）改正理由」））。

495 以上の点については，第 2 章第 3 節第 4 款「拘束前被疑者審問制度」及び第 5 款「逮捕・拘束適否審査制度」を併せて参照。

回避するために，被告人の自白を誘導したり，検事が提出した証拠を吟味することなく同意した上で，裁判所に善処を請う等，その職務を誠実に遂行しない場合が多くみられたことによるものである[496]。このような状況は，国選弁護人の報酬が，民事事件その他の弁護士業務と比較して相対的に低いことに起因するとされていた[497]。そこで，2004 年，国選弁護業務に専従する国選専担弁護士制度が導入されたのである[498]。

国選専担弁護士制度は，当該管轄区域内に事務所を有する弁護士（事務所を置く予定である弁護士も含む。）の中から，国選弁護に専従する弁護士を裁判所が指定し，国選弁護業務を行わせる制度である（刑訴規則第 15 条の 2)。一般国選弁護人とは異なり，国選専担弁護士は，弁護士資格を有する者でなければならない（同条)。国選専担弁護士を採用する際は，裁判所が募集要項を公告し，裁判所刑事主席部長判事が委員長を務める選考委員会が応募者の中から選任する[499]。採用された国選専担弁護士は，裁判所と契約することによって，その業務を行うことになる。任期は 2 年であり，再任が可能である。国選専担弁護士は，月額 800 万ウォンの報酬と月額 50 万ウォンの運営費を支給され，共同事務所を無償で使用することができる[500]。また，国選専担弁護士の負担を軽減し，国選弁護制度の質を向上させるために，1 ヶ月あたりの受任件数は 25 件までに制限されている。その待遇の良さや，公益活動（pro bono）と評価され裁判官への任官に有利であることから，再任を希望する者は極めて多いという[501]。

国選専担弁護士制度は，2004 年 9 月 1 日から実施された試行段階を経て，2006 年 3 月 1 日から本格的に実施され，2006 年 8 月 17 日の刑訴規則改正によって根拠規定が設けられた（刑訴規則第 15 条の 2)。試行段階の 2004 年度は，国選専担弁護士は 11 人のみであった。しかしながら，その後，2005 年度は 20 人，2006 年度は 41 人，2007 年度は 58 人，2008 年度は 77 人と着実に増加しており，2010 年度は 135 人に増加した[502]。

国選専担弁護士が被疑者国選弁護にどの程度携わっているかを示すデータを発見することはできなかった。そこで，参考までに，国選専担弁護士が選任された被告人の数を挙げる。2006 年は，合計 10,484 人の被告人に国選専担弁護士が選任された。その後，国選専担弁護士が選任された被告人は，2007 年は 12,223 人，2008 年は 14,527 人，2009 年は 18,197

496 권영설「국선변호인제도」중앙대학교 법학논문집 26 권 1 호（2002 년）102 쪽（グォンヨンソル「国選弁護人制度」中央大学校法学論文集 26 巻 1 号（2002 年）102 頁）．同稿によれば，このような弁護活動は，量刑にも影響を与えていたという。すなわち，1986 年から 1990 年までに発生した強盗事件のうち，懲役 3 年以上の刑が宣告された割合を比較すると，被告人が私選弁護人を選任した事件は 69.2%であるのに対して，被告人に国選弁護人が付された場合は 91.3%であったという。

497 李東熹・前掲注（476）370 頁。

498 アメリカの公設弁護人制度（Public Defender）との相違点については，安部・前掲注（348）141～143 頁を参照

499 竹内明美・吉田律惠「国選専担弁護士制度」刑弁 69 号（2012 年）138 頁。

500 日本弁護士連合会編『弁護士白書 2011 年版』（日本弁護士連合会，2012 年）11 頁。

501 竹内ほか・前掲注（499）138 頁。

502 日本弁護士連合会・前掲注（500）11 頁。

人と，確実な増加傾向をみせている[503]。2009 年の場合，国選専担弁護士が選任された件数は，第 1 審の国選弁護事件全体（70,322 件）の 25.9%を占めるまでになった[504]。

7. 小括

以上のように，韓国においては，拘束前被疑者審問及び逮捕・拘束適否審査に際して国選弁護人が必要的に付されており，被疑者段階から弁護人の援助を受ける環境が整えられている[505]。確かに，国選弁護制度に関しては，報酬問題等の課題が残されている[506]。しかしながら，国選専担弁護士制度の積極的な運用や，次目以下で概観する接見交通権や弁護人立会権の実効的保障と相まって，韓国における被疑者国選弁護制度は充分に機能しているといえる。

第 2 目　被疑者と弁護人の接見交通権

1. 被疑者と弁護人の接見交通権の意義

捜査段階における弁護人の援助を受ける権利の中核的なものとして，接見交通権が挙げられる（以下，単に「接見交通権」と称する場合は，「被疑者と弁護人の接見交通権」を指す。）。法第 34 条は，「弁護人又は弁護人となろうとする者は，身体拘束を受けている被告人又は被疑者と接見し，又は書類若しくは物の授受をすることができ，医師に診療させることができる。」と規定し，接見交通権の内容を明らかにしている。日本の刑訴法第 39 条第 1 項とは異なり，韓国刑訴法第 34 条は接見交通の秘密性を明文で規定していない。しかしながら，後述するように，判例法理によって秘密性が確保されている。

韓国では，接見交通権の根拠として，防禦権の保障の他に，人間の尊厳の保護が挙げられることがある。すなわち，人間が他人と会い，交通することは，人間の尊厳と価値を維持するために不可欠な要素であるため，無罪推定を受ける被疑者・被告人に対しても，外部との交通が保障されなければならないという[507]。ここで意識されていることは，被疑者の社会生活の維持と心理的安定である。

大法院は，接見交通権について，被疑者の権利であると同時に（法第 89 条及び第 209 条），弁護人の固有権である（法第 34 条）と判示している[508]。また，大法院は，法第 34 条は「身体拘束を受けている被告人又は被疑者と接見し」と規定しているものの，任意同行された

---

503 以上のデータは，대한변호사협회편『한국 변호사백서 2010』（대한변호사협회，2010 년）108 쪽（大韓弁護士協会編『韓国弁護士白書 2010』（大韓弁護士協会，2010 年）108 頁）に依るものである。

504 李東熹・前掲注（476）371 頁。同稿によれば，国民参与裁判の場合は，国選専担弁護士が担当する傾向が強いという。

505 なお，日本の当番弁護士制度とほぼ同様の当直弁護士制度や，法律救助公団による弁護人の提供も行われており，私費により弁護人を依頼する機会も用意されている。両制度については，李東熹・前掲注（476）365～366 頁を参照。

506 安部・前掲注（348）143～144 頁を参照。

507 이재상・前掲注（268）273 頁。

508 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 판결.

被疑者も弁護人との接見交通権を有すると判示している[509]。

被疑者と弁護人の接見は，アクリルガラス等による遮蔽のない弁護人接見専用の部屋で行われるという[510]。

2. いわゆる接見指定規定の不存在と裁判所の立場

韓国刑訴法は，接見交通権について，一切の制限を設けていない。すなわち，日本の刑訴法第 39 条第 3 項に相当する規定は存在しない。これは，その重要性に鑑み，接見交通権は完全に保障すべきであるという立法意思による[511]。この点について，1990 年の大法院決定は，「法令による制限がない限り，捜査機関の処分はもちろん，裁判所の決定でも，これを制限することはできない」と判示していた[512]。この大法院決定がいう「法令による制限がない限り」という趣旨は，必ずしも明らかではなかった。そのため，立法によっては接見指定規定を設け得ると解釈することも可能であった。ところが，この大法院決定から 2 年後，憲法裁判所は，「弁護人との自由な接見は，身体拘束を受けた者に保障された弁護人の援助を受ける権利の最も重要な内容であり，国家安全保障・秩序維持・公共福利等，いかなる名分によっても制限され得る性質のものではない」と判示した[513]。

この憲法裁判所決定は，結論のみならず，その論理にも刮目すべき点がある。同決定は，まず，(1) 韓国憲法第 27 条第 4 項が規定する「無罪推定原則」について，「被疑者の地位を擁護し…人間の尊厳性を尊重することを究極の目標とする憲法理念から導かれるもの《省略筆者》」であるとする。そして，無罪推定原則により，「非拘束捜査・非拘束裁判」が要請され，身体拘束は例外的な場合に限られるとする。次に，(2) 例外的に認められる身体拘束は，それ自体が被疑者を「不安，恐怖，絶望，苦悶，精神の混乱等，不安定な状態」にするとともに，「収入の喪失又は減少，社会生活の抑制，名誉の失墜等，多くの不利益」を生じさせると指摘する。また，身体拘束は自白獲得のための拷問・暴行等の温床となり，憲法が保障する黙秘権も危険に晒されるとする。さらに，延いては公訴提起や事実審理を誤り，誤判に繋がり得るとして，「弁護人の充分な援助を受ける権利」の重要性を説く。そして，(3) 弁護人の援助を受ける権利の中でも，接見交通権は必須の内容であると位置づける。このような接見交通権を通じて，弁護人は，被疑者に対して法的問題や保障される権利及びその効果的な行使を説明するのみならず，心理的・精神的な援助や，違法捜査の有無の確認を行わなければならないとする。さらに，このような接見は，「拘束された者と弁護人の対話内容について秘密が完全に保障され，いかなる制限・影響・圧力又は不当な干渉なくして自由に会話ができる」環境の下でのみ実現すると説明する。憲法裁判所は，身体拘束それ自体や，身体拘束下で行われる取調べが有する強制的な雰囲気や，そ

509 대법원 1996.6.3 선고, 96 모 18 결정.
510 李東熹・前掲注（476）375 頁。
511 이동희・前掲注（263）239 頁。
512 대법원 1990.2.13 선고, 89 모 37 결정.
513 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정．なお，施設法による接見交通権の制約の可否については，後述する。

れによって生じる被疑者の不安等に触れた上で，接見交通権は「いかなる名分によっても制限され得る性質のものではない」と断じたのである。

被疑者取調べとの関係では，取調べへの弁護人立会権を認めた 2003 年の大法院決定が注目される[514]。大法院は，「現行法上，身体拘束を受けた者と弁護人の間の接見交通を制限する規定は設けられていないため，身体拘束を受けた者は，捜査機関から訊問を受けるときであっても，いつでも弁護人と接見交通することが保障され，許可されるべきであり，これを制限し，又は拒否することは，身体拘束された者と弁護人との接見交通権を制限するものであるとして，違法であることを免れない」と判示している[515]。そのため，日本のように，「現に取調べ中である…場合《省略筆者》[516]」や，「間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって，弁護人等の必要とする接見等を認めたのでは，右取調べ等が予定通り開始できなくなるおそれがある場合[517]」であっても，接見の申し出を拒否することは許されない[518]。

なお，施設法によって，接見交通権を制約し得るか否かが問題となる。日本の刑事収容施設法に該当する法律として，「刑の執行及び収容者の処遇に関する法律」（法律第 13235 号，2015 年 3 月 27 日一部改正）がある（以下，「刑執行法」と称する。）。刑執行法は，その施行に必要な事項等を大統領令で定めることとしている。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」（大統領令第 25397 号，2014 年 6 月 25 日一部改正）が設けられている。同施行令第 58 条は，「接見」という見出しであり，第 1 項で「収容者の接見は，毎日（祝日及び法務部長官が定めた日を除く）国家公務員服務規程第 9 条による勤務時間内に行う。」と規定している。国家公務員服務規則第 9 条は，「勤務時間等」という見出しであり，第 1 項で「公務員の 1 週間の勤務時間は，昼休みを除き 40 時間とし，土曜日は休みとすることを原則とする。」と規定している。また，第 2 項は，「公務員の 1 日の勤務時間は, 午前 9 時から午後 6 時までとし, 昼休みは昼 12 時から午後 1 時までとする。但し，行政機関の長は，職務の性質，地域又は機関の特殊性を考慮し，必要であると認めるときは，1 時間の範囲で昼休みを別途定めて運用することができる。」と規定している。

既に述べたように，1992 年の憲法裁判所決定は，接見交通権について，「いかなる名分によっても制限され得る性質のものではない」と判示していた。ところが，上記施行令を

514 次目「被疑者取調べへの弁護人立会権」で触れるように，2003 年大法院決定の趣旨は，取調べへの弁護人立会いを認めた 2007 年刑訴法改正へと引き継がれている。

515 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정. この大法院決定は，身体拘束された被疑者の取調べに弁護人が立ち会う権利を認めたものである。同決定は，本款第 3 目「弁護人立会権」において改めて触れる。なお，同決定の全訳は，安部祥太「韓国における被疑者取調べへの弁護人立会い―大法院決定 2003.11.11, 2003.402（ソンドゥユル事件決定）及び憲法裁判所決定 2004.9.23, 2000.138（チェヨル事件決定）―」青山ローフォーラム創刊号（2012 年）227～262 頁を参照。

516 最一判昭和 53 年 7 月 10 日民集 32 巻 5 号 820 頁。

517 最三判平成 3 年 5 月 10 日民集 45 巻 5 号 919 頁。

518 법원행정처・前掲注（452）87 頁。

根拠に，接見を不許可にする事件が発生した。この事件で，被告人は，詐欺罪で起訴され，ソウル拘置所に拘束されていた。被告人の弁護人（国選）は，被告人に接見するために，ソウル拘置所に接見を申請した。しかしながら，ソウル拘置所は，弁護人が接見を希望した 6 月 6 日が公休日（顕忠日：현충일[519]）であることを理由に，接見を拒否した。そのため，刑執行法施行令による接見不許可が接見交通権を侵害するか否かが争われたのである。これに対して，2011 年の憲法裁判所決定は，1992 年決定について，「拘束された者と弁護人との間の接見が実際に行われる場合における『自由な接見』，すなわち，『会話内容について秘密が完全に保障され，いかなる制限，影響，圧力又は不当な干渉なしに，自由に会話することができる接見』を制限することができないという意味であって，弁護人との接見自体について，いかなる制限も加えることができないということを意味するものではない。弁護人の援助を受ける権利も，やはり，他のすべての憲法上の基本権と同様に，国家安全保障，秩序維持又は公共福利のために必要な場合には，法律で制限することができるものである（憲法第 37 条第 2 項）。」と判示した。続いて，「そうであれば，弁護人の援助を受ける権利の内容の 1 つである未決収容者の弁護人接見権も，やはり，国家安全保障，秩序維持又は公共福利のために必要である場合には，法律で制限される可能性があることは当然である」として，ソウル拘置所の接見不許可は接見交通権を侵害するものではないと決定した[520]。その中で，例示として，「接見が 24 時間を超えて数日間続い」た場合を挙げ，これを中止することができないと解するのは非現実的であるとしている。そのため，韓国においても，日本の刑事収容施設法第 118 条第 1 項と同様に，施設法によって接見交通権が一定程度制限されている。

もっとも，憲法裁判所は，「接見が実際に実施されている場合…未決収容者の防禦権行使のための重要性を考慮して，自由かつ充分な弁護人の援助を保障するため，接見時間を量的に制限することができない《省略筆者》」としている。また，曺大鉉（조대현）法官，李東洽（이동흡）法官，睦榮埈（목영준）法官による補足意見は，2006 年以降，ソウル拘置所で被疑者・被告人と弁護人の接見交通権が公休日に行われた例がほとんど存在しないことを挙げ[521]，弁護士も土日・祝日に業務を休んでいることや，事前に土日・祝日を避けて接見申請をしていること等を指摘した。その上で，「土日や祝日であるという理由で無条件に接見を禁止するのではなく…特別な事情がない限り…土曜日や公休日にも接見を可能な限り認める必要がある。《省略筆者》」として，いくつかの運用提言を行った[522]。また，日本の運用について言及し，「法務省と日本弁護士連合会の協議によって，未決収容者が当該

519 顕忠日（현충일）とは，独立運動家や戦没者等，国家のために犠牲となった者の冥福を祈る祝日である。

520 헌법재판소 2011.5.26 선고, 2009 헌마 341 결정.

521 2006 年以降の 5 年間に，ソウル拘置所で土日や祝日に弁護人接見が行われた例は 1 件もなかったという。

522 たとえば，午前又は午後のみに限定しつつ接見を許可する方法や，初回接見は原則的に許可する方法等である。

施設に収容された後，初めて実施する弁護士接見は，公休日であっても無条件で許可し，次の接見からは公休日の午前中のみ接見を許可している」ことを紹介し，このような緩和策が必要であると説いた。そして，「未決収容者の重要な憲法上の基本権である弁護人の援助を受ける権利を充分に実現し得るよう，土曜日又は公休日であるという理由のみで弁護人の接見を原則的に不許可にする矯正施設の現在の実務慣行は，是正される必要がある」と述べた。

これらのことからは，次のことを窺い知ることができる。施設法による接見交通権制限は，常態化している。しかしながら，弁護士も土日・祝日に業務を休むことが多く，問題は顕在化していない。裁判所は，法令によって接見交通権を一定程度制限し得ることを認めつつも，その重要性に鑑み，「防禦権行使のための重要性を考慮して，自由かつ充分な弁護人の援助を保障するため，接見時間を量的に制限することができない」としている。さらに，3 名の法官による補足意見は，実務慣行の是正を提言している。そのため，施設法による接見交通権制限は，直ちに改善しなければならない喫緊の課題として認識されておらず，学界において盛んに議論されている訳ではない。

3. 接見交通権侵害に対する救済

かつての捜査実務では，弁護人による接見申請があるにも関わらず，これを不当に放置して時間を経過させたり[523]，被疑者の拘束場所を恣意的に変更して接見を困難にしたり[524]，接見状況を秘密裡に写真撮影する[525]等，「事実上の接見制限」が存在していた。また，日本と同様に，取調べを理由として接見が制限されることもあったという[526]。このような接見交通権侵害に対する救済方法としては，(1) 準抗告と (2) 証拠排除がある。まず，(1) 準抗告による救済は，法が定める救済方法である。法第 417 条は，準抗告の対象の 1 つとして，「拘禁に…関する処分」を挙げている[527]。そして，捜査機関による接見制限は，被疑者の身体拘束中に行われるという意味で，「拘禁…に関する処分」に該当するとされている[528]。そのため，接見制限があるときは，当該捜査機関の職務執行地を管轄する法院又は検事の所属検察庁に対応する法院に対して，その処分の取消し又は変更を申し立てることができる。但し，準抗告による救済が行われたとしても，侵害された接見交通権を直ちに保障す

523 대법원 1990.2.13 선고, 89 모 37 결정.
524 대법원 1996.5.15 선고, 95 모 94 결정.
525 대법원 2003.1.10 선고, 2002 다 56628 판결.
526 이동희・前掲注（263）239 頁。
527 法第 417 条は，「検事又は司法警察官の拘禁，押収又は押収物の還付に関する処分及び第 243 条の 2 による弁護人の参与等に関する処分に対して不服があれば，その職務執行地の管轄法院又は検事の所属検察庁に対応する法院に，その処分の取消し又は変更を請求することができる。」と規定している。「第 243 条の 2 による弁護人の参与等に関する処分」については，本款第 3 目「弁護人立会権」において改めて述べる。
528 신동운・前掲注（15）97 頁，노명선ほか・前掲注（145）232 頁，이재상・前掲注（268）278 頁，이은모・前掲注（290）290 頁，최영승・前掲注（362）129 頁。

ることにはならないため，実効性に乏しく，本質的な限界があるとされている[529]。

これに対して，(2) 証拠排除による救済は，判例法理によって確立された救済手段である。すなわち，接見交通権の不当な制限は，憲法上の基本権を侵害するものであるため，接見を制限した状態で作成された調書は証拠排除される[530]。2007 年刑訴法改正によって違法収集証拠排除法則の根拠条文が新設されたため，現在は，法第 308 条の 2 による証拠排除であると説明されている[531]。

上述のように，以前の捜査実務では，接見交通権が制限されることもあった。しかしながら，弁護士による準抗告や国賠訴訟，上記諸判例の影響により，現在では接見制限はほとんど行われていないという[532]。

第 3 目　被疑者取調べへの弁護人立会権

1. 2007 年刑訴法改正以前の弁護人立会権に関する議論

捜査段階における弁護人の援助を受ける権利として，接見交通権と並んで重要なのが，被疑者取調べへの弁護人立会権（以下，単に「弁護人立会権」と称することがある。）である[533]。2007 年改正以前の刑訴法は，被疑者取調べに立ち会う者を「検察庁捜査官，書記官又は書記，司法警察官吏」に限定しており（旧刑訴法第 243 条[534]），被疑者取調べへの弁護人立会い（以下，単に「弁護人立会い」と称することがある。）に関する規定は存在しなかった[535,536]。そのため，被疑者は取調べにおいて孤立し，弁護人の援助を受ける権利の絶対

---

529 이재상・前掲注（268）278 頁。

530 대법원 1990.8.24 선고, 90 도 1285 판결，대법원 1990.9.25 선고, 90 도 1586 판결.

531 신동운・前掲注（15）98 頁。

532 山下幸夫「韓国視察から学ぶべきこと」刑弁 39 号（2004 年）96～97 頁。なお，かつては，検事による取調べの際には，検察庁舎内に接見施設がないことを理由に，接見が制限されることがあったという。また，被疑者が拘置所に拘束されているときは，拘置所の執務時間内に拘置所の面会室で接見をする他ないところ，被疑者が 1 日中検察庁で取調べを受ける場合には，その日に接見することができないという事態が生じることもあったという。

533 韓国では，被疑者取調べへ弁護人が立ち会う権利を「弁護人立会権」ではなく「弁護人参与権」と称する。立会いが「입회」であるのに対し，参与は「참여」であり，2007 年改正法も「참여」で統一されている。これは，「立会い（입회）」という語が「被疑者と共に居ること」以上の意味を有しない反面，「参与（참여）」は「被疑者と共に居つつ，被疑者を援助する」という意味を有するためである。そのため，韓国では，意識的に「参与」という語が用いられている（신동운・前掲注（15）194 頁）。本稿では，条文の表記等を除き，基本的に「立会い」という語を用いる。

534 この規定は，現行刑訴法にも存在する。現行法第 243 条は，「被疑者訊問と参与者」という見出しであり，「検事が被疑者を訊問するには，検察庁捜査官又は書記官若しくは書記を参与させなければならず，司法警察官が被疑者を訊問するには，司法警察官吏を参与させなければならない。」と規定している。

535 但し，法解釈論上の問題として後述するように，法第 48 条第 5 項は「尋問に参与した検事，被告人，被疑者又は弁護人が調書の記載の正確性に対して異議を陳述したときは，その陳述の要旨を調書に記載しなければならない。」と規定し，異議申立て主体として「被疑者又は弁護人」を認めていた。この規定は，公判廷における訴訟書類の作成に関する

的保障が妨げられていると指摘されていた[537]。

これに対し，学界や弁護士会は，被疑者取調べの密室性打破や，違法捜査抑止の必要性等を理由に，弁護人の立会いが必要であるという点で結論が一致していた[538,539]。また，1999年 7 月には，司法改革推進委員会も，被疑者の防禦権の実質的保障と適法手続を理由に，弁護人立会権を認める方向で合意していた[540]。

もっとも，当時の刑訴法の解釈論として，弁護人立会権を認めることができるか否かについては，見解の対立がみられた[541]。(1) 解釈論として弁護人立会権を肯定する見解は，①憲法上の基本権である弁護人の援助を受ける権利それ自体から，弁護人立会権を認めることができること，②接見交通権がいかなる制限も受けないことから，接見交通の一形態として弁護人立会権を認めることができること，③刑訴法第 48 条第 5 項が調書記載の正確性に対する弁護人の異議申立てを認めているのは，弁護人が取調べに立ち会うことを前提としていると解し得ること等を根拠としていた[542]。これに対して，(2) 解釈論として，弁護人立会権を認めることを否定する見解は，①弁護人立会権が認められていないことから

ものであり，日本の刑訴法第 51 条第 1 項に相当する。

536 なお，1966 年 7 月 9 日に調印され，1967 年 2 月 9 日に発効した，駐韓米軍に関する韓米間の行政協定（通称 SOFA：The ROK-US Agreement on Status of Force in Korea）が適用される刑事事件では，被疑者取調べへの弁護人立会権が明文で認められていた（同協定第 22 条第 9 項，同協定の合意議事録第 22 条第 9 項）。

537 조국「신체구속되지 않은 피의자신문시 변호인참여권의 확대인정—대상판결：헌법재판소 2004.9.23 선고 2000 헌마 138 결정—」형사판례연구 13 호（2005 년）529 쪽（ジョグク「身体拘束されていない被疑者の取調べにおける弁護人参与権の拡大認定—対象判決：憲法裁判所 2004.9.23 宣告 2000.138 決定—」刑事判例研究 13 号（2005 年）529 頁）.

538 신동운・前掲注（15）192 頁。

539 韓国刑事法学界を牽引し，日本の刑事法学の「焼き直し」期からの脱却に貢献してきた白亨球（백형구）は，弁護人立会権が必要である理由として，(1) 被疑者の人権保障，(2) 検事が作成した供述録取書の実質的真正成立の担保，(3) 検察における自白の信用性の担保を挙げていた。また，1954 年制定刑訴法が被疑者の弁護人選任権を認めながら，弁護人立会いを認めてこなかった実質的理由として，(1) 捜査密行主義ないし捜査の合目的性と，(2) 弁護人立会いを認めた場合に自白獲得が困難になることへの懸念を挙げ，「犯人必罰主義的思想」の存在を指摘していた（백형구「피의자신문과 변호인의 참여권」사법행정 27 권 2 호（1986 년）6～7 쪽（ペクヒョング「被疑者訊問と弁護人の参与権」司法行政 27 巻 2 号（1986 年）6～7 頁）。

540 사법개혁추진위원회「민주사회를 위한 사법개혁」（2000 년）103 쪽（司法改革推進委員会「民主社会のための司法改革」（2000 年）103 頁）.

541 조국「피의자신문시 변호인참여권」형사정책연구총서 2004 권（2004 년）145～153 쪽（ジョグク「被疑者訊問時の弁護人参与権」刑事政策研究叢書 2004 巻（2004 年）145～153 頁）.

542 류전철「수사기관의 피의자신문과 변호인 입회권」비교형사법연구 5 권 2 호（2003 년）224 쪽（リュジョンチョル「捜査機関の被疑者訊問と弁護人立会権」比較刑事法研究 5 巻 2 号（2003 年）224 頁），심희기「변호인의 피의자신문참여권의 내용・범위・한계」인권과 정의 347 호（2005 년）87 쪽（シムフィギ「弁護人の被疑者訊問参与権の内容・範囲・限界」人権と正義 347 号（2005 年）87 頁）.

直ちに弁護人の援助を受ける権利が無意味となることはないこと，②捜査機密を保持する必要があること，③事件関係者のプライバシーを保護する必要があること，④法第 243 条が被疑者取調べへの立会人に弁護人を含めていないこと，⑤刑訴法第 48 条第 5 項が規定する調書の記載内容の正確性に対する異議申立ては，既に作成された調書に対するものであり，取調べに立ち会う権利を認めた規定ではないこと等を挙げていた[543]。

このような中，捜査実務では，国際的にやや特殊な現象が生じていた。すなわち，韓国警察は，1999 年 6 月以来，警察庁内部の業務指針である「被疑者訊問時の弁護人参与指針」に基づいて，被疑者の人権保護のために弁護人立会いを独自に認めてきたのである[544]。もっとも，警察による弁護人立会いの積極的な導入は，検察よりも人権保障に配慮した捜査機関としてのイメージを獲得することを目的としたものであった[545]。そして，この指針に基づく弁護人立会いは，弁護人若しくは被疑者の法的権利ではなく，あくまでも警察の裁量・恩恵として許容されるものであった[546]。そのため，警察の裁量・恩恵による弁護人立会いは，それほど盛んに行われなかった。弁護人立会いが導入された 1999 年は，半年間ながら 381 件行われた。しかしながら，2000 年は 230 件，2001 年は 195 件，2002 年は 139 件，2003 年は 212 件であり，年々減少していった[547]。このように，警察による弁護人立会いが停滞していた理由のうち，制度や弁護人側の問題として，(1) 被疑者段階の低い弁護人選任率，(2) 弁護人の負担と報酬の不均衡，(3) 弁護人に対する事前通知制度の不存在が挙げられていた[548]。また，捜査機関側の問題として，(4) 捜査が長期化することへの懸念や，(5) 実体的真実発見が阻害されることへの懸念が指摘されていた[549]。

一方で，検察は，弁護人立会いを認めない立場を維持していた。しかしながら，2002 年 10 月に発生したソウル地検被疑者拷問致死事件[550]をきっかけに，人権侵害防止対策の一環

---

543 오세인「변호인의 피의자신문 참여문제에 대한 고찰」대구지방변호사회 형평과 정의 14 집（1999 년）88～89 쪽（オセイン「弁護人の被疑者訊問参与問題に対する考察」大邱地方弁護士会　衡平と正義 14 集（1999 年）88～89 頁）.

544 경찰청「피의자신문시 변호인 참여지침」（1999.6.5 제정，수사 61110-1601）（警察庁「被疑者訊問時の弁護人参与指針」（1999.6.5 制定，捜査 61110-1601）），이영돈「변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계」경북대학교 법학논고 47 집（2014 년）265 쪽（イヨンドン「弁護人の被疑者訊問参与権の範囲と限界」慶北大学校法学論考 47 集（2014 年）265 頁）.

545 朴燦運「弁護士が見た韓国における捜査の可視化―最近の状況と議論の内容―」刑弁 39 号（2004 年）98～99 頁。

546 朴燦運・前掲注（545）99 頁。

547 정진연「헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용과 한계」성균관법학 18 권 3 호（2006 년）634 쪽주（2）（ジョンジンヨン「憲法上の弁護人の助力を受ける権利の内容と限界」成均館法学 18 巻 3 号（2006 年）634 頁注（2））.

548 이동희・前掲注（263）250 頁。

549 하태훈「형사실무연구회 연말 심포지엄 지정토론」형사실무연구회편『형사재판의 제문제 5』（박영사，2005 년）671 쪽（ハテフン「刑事実務研究会年末シンポジウム指定討論」刑事実務研究会編『刑事裁判の諸問題 5』（博英社，2005 年）671 頁）.

550 本編第 2 章第 2 節第 2 款「2004 年大法院判決による判例変更」を参照。

として，弁護人立会い制度を導入することを明らかにした。そして，2002 年 12 月，法務部は「人権保護捜査準則」を策定し，被疑者取調べへの弁護人立会いを認めた[551]。もっとも，検察段階における弁護人立会いも，それほど盛んには行われなかった。2003 年は，検察段階で身体拘束されていた被疑者 6,483 人のうち，わずか 112 人（1.72%）の取調べで立会いが行われたに過ぎなかったのである[552]。

2. 大法院及び憲法裁判所による弁護人立会権の認定

このような中，2003 年には大法院が，2004 年には憲法裁判所が，それぞれ弁護人立会権を認める判断を示した。2003 年大法院決定は，身体拘束された被疑者の取調べへ弁護人が立ち会うことを認めたものである[553]。また，2004 年憲法裁判所決定は，身体拘束されていない被疑者の取調べに弁護人が立ち会う権利を認めたものである[554]。以下では，両決定を概観し，韓国における弁護人立会権の理論的根拠を示す[555]。

（ｉ）2003 年大法院決定（ソンドゥユル事件決定）

2003 年大法院決定の事案の概要は，以下の通りである。ドイツ・Münster 大学の哲学講座教授であった宋斗律（송두율）は，北朝鮮と通じた朝鮮労働党員であるという嫌疑で，国家保安法違反により身体拘束された。2003 年 10 月 24 日，宋斗律の弁護人は，捜査を担当していたソウル地検公安一部に対して，取調べへの立会いを要求した。しかしながら，この要求は拒否された[556]。そこで，同月 27 日，弁護団 45 名は，弁護人立会い要求に対する不許可処分の取消しを求め，ソウル地方法院に準抗告した。この準抗告に対して，ソウル地方法院は弁護人立会いを許可した。これに対して，ソウル地検は，同月 31 日，準抗告容認決定は不当であるとして，大法院に再抗告した。

大法院は，まず，接見交通権は「いかなる名分によっても制限され得る性質のものでは

551 법무부「인권보호수사준칙」（法務部「人権保護捜査準則」）＜http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ShowData.do?strNbodCd＝noti0039&strWrtNo＝16&strAnsNo＝A&strFilePath＝moj/&strRtnURL＝MOJ_40202000&strOrgGbnCd＝100000＞.

552 박상식「피의자신문과정에 있어서의 인권에 관한 연구」인권복지연구창간호（2007 년）187 쪽（パクサンシク「被疑者訊問過程における人権に関する研究」人権福祉研究創刊号（2007 年）187 頁）.

553 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정.

554 헌법재판소 2004.9.23 선고, 2000 헌마 138 결정.

555 両決定の全訳は，安部・前掲注（515）227～262 頁を参照。また，要旨を紹介するものとして，朴燦運・前掲注（545）102～104 頁，日本弁護士連合会編『裁判員制度と取調べの可視化』（明石書店，2004 年）243 頁，李東熹・前掲注（303）131 頁，日本弁護士連合会「取調べの可視化（取調べの全過程の録画）の実現に向けて―可視化反対論を批判する―〔第 3 版〕」（2008 年）＜http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/special_theme/data/torishirabe_kashika.pdf＞51 頁，在日コリアン弁護士協会・前掲注（72）211～213 頁等がある。

556 この事件の捜査には，国家情報院も携わっていた。そのため，捜査機関は，本件の捜査情報は国家安全保障に関する重要機密であり，弁護人立会いには馴染まないという主張を行っていた。

ない」と判示した 1992 年憲法裁判所決定[557]と同様の論理を展開した。すなわち，憲法第 27 条第 4 項の無罪推定原則を挙げ，これは「人間の尊厳の尊重を究極の目標としている憲法の理念から導かれたもの」であると指摘した。そして，この原則に基づけば，身体拘束は「特にやむを得ない事由がある場合にのみ認められる」ものであるとした。次いで，身体拘束は捜査機関によって濫用されやすく，拷問や暴行が恣意的に行われやすいため，憲法第 12 条第 2 項が規定している黙秘権が「効果的に」保障されないことがあると指摘した。そして，「無罪推定を受けている被疑者…に対して身体拘束下で起こる様々な弊害を除去し，拘束がその本来の目的から脱して不当に利用されないために…憲法…は『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《省略筆者》」として，弁護人の援助を受ける権利を俎上に載せた。

次に，2003 年大法院決定は，憲法第 12 条第 1 項の「適法手続主義」について，「裁判官が，人身の拘束に関する憲法と法律の規定を解釈・適用するにあたり，国家の刑罰権よりも個人の人権擁護に力を置き，個人の人身拘束に慎重を期する」趣旨であるという理解を示した。

そして，接見交通権がいかなる名分によっても制限され得ないことと，身体拘束された者に対して「弁護人の援助を受ける権利」が直ちに保障されることを挙げ，「拘禁された被疑者は…訊問を受ける際に弁護人の立会いを要求することができ，このような場合，捜査機関はこれを拒否することができないものと解するべきである。そう解釈することは，人身拘束及び処罰に関して『適法手続主義』を宣言した憲法の精神にも符合する」と述べ，身体拘束された被疑者の取調べに弁護人が立ち会う権利を認めた[558]。

もっとも，身体拘束された被疑者を取り調べる際に，無制限に弁護人立会権を認めることは，「適法手続の精神に合致しない」として，一定の場合に弁護人立会権を制限し得ることを認めた。すなわち，「訊問を妨害したり，捜査機密を漏らす等のおそれがあると疑うに足りる相当の理由がある特別な事情があることが客観的に明らかであり，弁護人の参与を制限しなければならない必要があると認められる場合には，弁護人の参与を制限し得ることは当然である」と判示した。

（ⅱ）2004 年憲法裁判所決定（チェヨル事件決定）

次いで，2004 年には，身体拘束されていない被疑者の取調べに弁護人が立ち会う権利を認めた憲法裁判所決定が示された[559]。この事案の概要は，以下の通りである。2000 年 1 月 12 日に全国の市民団体が結成した「2000 年総選市民聯隊（2000 년총선시민연대）」は，2004 年 4 月に実施された第 16 代国会議員総選挙に先立つ 2000 年 1 月 24 日，政党等に対し，公認に反対する候補者名簿を公開した。検察は，この公認反対候補者名簿の公開が公職選挙及び選挙不正防止法等に違反する疑いがあるとして，共同代表であった崔冽（최열）及

557 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정.
558 2003 年大法院決定は，大法院判事（大法官）13 人の全員一致した意見であった。
559 헌법재판소 2004.9.23 선고, 2000 헌마 138 결정.

び常任共同執行委員長であった朴元淳（박원순）に対し，出頭を要求した。出頭要求に応じた両氏は，弁護人等を通じて，取調べに弁護人を立ち会わせ，弁護人の援助を受けられるようにして欲しい旨を口頭及び書面で要求した。しかしながら，検察はこの要求を拒否したまま取調べを行い，供述録取書を作成した。これに対して，崔洌及び朴元淳は，2000年2月24日，検察による拒否行為は，弁護人の援助を受ける権利等を侵害するとして，違憲確認を求める憲法訴願審判を請求した。

憲法裁判所は，概要以下のように述べて，身体拘束されていない被疑者の取調べに弁護人が立ち会う権利を認めた。まず，憲法第12条第4項は，弁護人の援助を受ける権利について，「何人も，逮捕又は拘束されたときは，直ちに弁護人の援助を受ける権利を有する」と規定しているところ，この権利は「逮捕又は拘束された場合」に限定されるものではなく，身体を拘束されていない者に対しても認められているとした。その理由として，(1)「違法な国家権力の行使に対する効果的な権利救済制度の完備」を要求する法治国家原理によって，被疑者・被告人の客体化が禁じられ，武器平等原則が導かれること，(2) 憲法及び刑訴法は，武器平等原則を実現するために，被疑者・被告人が手続主体として自己の権利を行使することを前提としているところ，弁護人の援助を受ける権利は，国家の刑罰権行使に対する防禦方法の中で最も実質的かつ効果的な手段であること，(3) 適法手続原則の要請であることが挙げられた。そして，憲法第12条第4項が「逮捕又は拘束された場合」という文言を用いているのは，身体を拘束された者に対して，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と解した。

次に，弁護人の援助を受ける権利は，被疑者が弁護人の助言や相談を得ることができない場合は，その存在意義を失うと指摘した。そのため，弁護人と相談し助言を受ける権利は，「具体的な立法の形成が必要な他の手続的権利の重要な前提条件として，弁護人の援助を受ける権利それ自体から直ちに導き出される」ことになる。そして，弁護人との自由な接見交通権が「いかなる名分によっても制限され得る性質のものではない」旨を明らかにした1992年決定[560]を引用し，この趣旨は身体を拘束されていない被疑者の場合にも妥当するとした。この論理によれば，接見交通権を認める刑訴法上の規定は，拘束場所から任意に退去することができない拘束被疑者・被告人に対して，弁護人との自由な接見交通権を保障するために設けられたということになる。したがって，「不拘束被疑者が被疑者取調べに弁護人を同伴し，取調べ過程で助言や相談を求めることは…不拘束被疑者が取調べ場所から退去して（たとえば，弁護人の事務所を訪ね），弁護人の助言や相談を求めることと本質的に何ら違いはない。そうであれば，不拘束被疑者が取調べで助言や相談を求めるために自身の弁護人を同伴した場合は，捜査機関は，特別な事情がない限り，これを拒否することができない」。

憲法裁判所は，以上のように，接見交通権が制限し得ないものであることを主たる根拠として，身体拘束されていない被疑者の取調べに弁護人が立ち会う権利を認めた。もっと

[560] 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정.

も，立会いによって実現される「弁護人の援助」は「正当な援助」を意味するため，助言や相談の過程が取調べを妨害するものであったり，捜査機密が漏洩するおそれがある場合には，立会権を制限し得ると判示した。

なお，2004 年憲法裁判所決定には，(1) 權誠（권성）判事及び李相京（이상경）判事による別意見，(2) 金榮一（김영일）判事による反対意見，(3) 宋寅準（송인준）判事及び周善會（주선회）判事による反対意見がそれぞれ付されている。(1) 權誠判事及び李相京判事による別意見は，多数意見と結論を同じくするものの，その理由が異なる。別意見は，黙秘権の実質的保障と，取調べ過程における基本権侵害の防止，身体拘束された被疑者と同程度に窮迫した状況に置かれた被疑者の保護，法的専門知識に基づく防禦権行使の実質的保障を挙げ，身体拘束されていない被疑者の取調べに弁護人が立ち会う権利を認めた。とりわけ，黙秘権の実質的保障という観点が強調されており，Miranda 判決に類似した論理によって弁護人立会権を認めたものであると位置づけることができる。これに対して，(2) 金榮一判事による反対意見は，「実体的権利と，これを保障するための手続的権利は厳然と区別されなければならない」とした上で，「弁護人参与要求権」を「自由権を確保するための手続的権利」であると位置づけ，「自由権と同一視又は混同してはならない」とする。また，「弁護人参与要求権」は「弁護人の援助を受ける権利」の中核ではないため，本件において弁護人の援助を受ける権利が侵害されたという事実はないとしている。このような立場からは，多数意見及び別意見の論理は，「個人の人権保障にとって望ましいという目的論に立脚し，憲法の体系的解釈を誤った，論理の飛躍があるもの」であると評されることになる。また，(3) 宋寅準判事及び周善會判事による反対意見も，「弁護人参与要求権」を「手続的基本権又は請求権的基本権」であると位置づけ，その内容や請求の対象・範囲は「立法者による具体的な形成を必要とする」としている。また，この反対意見も，法が「弁護人参与要求権」を規定していないことから，その侵害が認められたとしても「弁護人の援助を受ける権利」を侵害したことにはならないと解している。宋寅準判事及び周善會判事による反対意見は，「弁護人参与要求権」は立法政策の問題であり，憲法解釈の問題ではないという立場であろう。

3. 2007 年刑訴法改正による「弁護人立会権」規定の新設

既に本目冒頭で述べたように，韓国においては，2007 年刑訴法改正以前から弁護人立会権を認める傾向にあった。このような中で，2003 年大法院決定及び 2004 年憲法裁判所決定が示され，その理論的根拠についても一定の解決が図られた。その結果，2007 年刑訴法改正は，法第 243 条の 2 を新設した。これによって，弁護人立会権が法文上認められることになった。以下，この規定の内容を概観する。

（ｉ）弁護人立会権の法的性質

法第 243 条の 2 は，「弁護人の参与等」という見出しである。第 1 項は，「検事又は司法警察官は，被疑者又はその弁護人・法定代理人・配偶者・直系親族・兄弟姉妹の請求により，弁護人を被疑者と接見させ，正当な事由がない限り，被疑者に対する訊問に参与させ

なければならない。」と規定した。ここで，弁護人立会権の法的性質について，若干の議論が展開されている[561]。まず，(1) 被疑者取調べの適法性・任意性を確保するための制度的措置であるとする見解は，弁護人立会いについて，取調べ過程を監視するためのものであると解する。この見解は，法務部が 2003 年時点で採っていた見解である。しかしながら，その後，法務部はこの見解を修正したとされている[562]。したがって，この見解は現在ではみられない。次に，(2) 弁護人の援助を受ける権利に基づくものであるとする見解が挙げられる。この見解は，さらに，(2-1) 接見交通権の一内容であるとする見解と，(2-2) 接見交通権とは別個の権利であるとする見解に分かれる。(2-1) 接見交通権の一内容であるとする見解は，2004 年の憲法裁判所決定が採った論理と同様のものである[563]。これに対して，(2-2) 接見交通権とは別個の権利であるとする見解は，弁護人立会権を固有の権利であると理解する。法第 243 条の 2 が，接見交通権についても言及しつつ，これとは別に弁護人立会いについて規定していることや，後述するように弁護人の意見陳述権が認められていること等を理由に，(2-2) 接見交通権とは別個の権利であるという理解が一般的である[564]。

（ⅱ）弁護人立会権の権利主体

ところで，一口に「被疑者取調べへの弁護人立会権」といっても，その権利の主体は明白ではない[565]。すなわち，被疑者に認められる「弁護人立会要求権」とは別に，弁護人固有の「取調べ立会権」が憲法上の権利として認められるか否かが問題となる。肯定説は，(1) 弁護人が被疑者等の代理人に留まらず，固有権を有すること，(2) 憲法第 12 条第 4 項が「弁護人」に関する直接的な規定を設けていること，(3) 弁護人の固有権が制限されれば，これと表裏一体の関係にある被疑者等の「弁護人の援助を受ける権利」が有名無実になること等を挙げる[566]。これに対して，否定説は，弁護人に認められる立会権は，憲法上の権利ではなく，刑訴法第 243 条の 2 によって初めて認められる権利であると主張する[567]。この見解は，(1) 憲法第 12 条第 4 項は，被疑者等の権利として「弁護人の援助を受ける権利」

561 조기영「변호인의 피의자신문참여권」형사법연구 19 권 4 호（2007 년）309～312 쪽（ジョキヨン「弁護人の被疑者訊問参与権」刑事法研究 19 巻 4 号（2007 年）309～312 頁）.

562 이완규「변호인의 피의자신문참여권의 법적 성질」형사법의 신동향 5 호（2006 년）36 쪽（イワンギュ「弁護人の被疑者訊問参与権の法的性質」刑事法の新動向 5 号（2006 年）36 頁）を参照。

563 헌법재판소 2004.9.23 선고, 2000 헌마 138 결정.

564 최석윤「변호인의 피의자신문참여권에 대한 비교법적 연구」형사정책연구 23 권 4 호（2012 년）67 쪽（チェソクユン「弁護人の被疑者訊問参与権に対する比較法的研究」刑事政策研究 23 巻 4 号（2012 年）67 頁）.

565 たとえば，多田辰也『被疑者取調べとその適正化』（成文堂，1999 年）331 頁は，弁護人立会権に関する記述に先立って，「本稿では，『弁護人の取調べ立会権』という言葉を，『被疑者が持つ取調べへの弁護人立会い請求権』の意味で用いる」と断り書きしている。

566 박순성「피의자신문과 변호인의 참여」사법논집 39 집（2004 년）116～118 쪽（パクスンソン「被疑者訊問と弁護人の参与」司法論集 39 集（2004 年）116～118 頁）.

567 김대운「변호인의 피의자신문참여권」형사판례연구 17 호（2009 년）441～444 쪽（キムデウン「弁護人の被疑者訊問参与権」刑事判例研究 17 号（2009 年）441～444 頁）.

を規定しているところ，権利主体は被疑者又は被告人であるため，この規定から弁護人自身の憲法上の権利を導くことはできないこと，(2) 弁護人立会権を弁護人の憲法上の権利として認めなくても，被疑者等に認められる「弁護人の援助を受ける権利」が有名無実化する訳ではないこと等を挙げている。

なお，大法院及び憲法裁判所は，接見交通権についてではあるものの，弁護人自身の接見交通権は，被疑者が有する接見交通権とは性質を異にするものであるとして，刑訴法第34条の規定によって初めて保障される権利であると解している[568]。

（iii）弁護人立会権の申請権者及び申請の方法

弁護人立会いの申請主体は，被疑者又はその弁護人，法定代理人，配偶者，直系親族，兄弟姉妹である（法第243条の2第1項）。法は，弁護人立会いの申請について，具体的な手続や制限を設けていない。そのため，被疑者は，取調べ中であっても，口頭又は書面で弁護人立会いを申請することができるとされている[569]。もっとも，法務部令は，被疑者が立会いを要求する場合には，事前に書面を提出させなければならない旨を定めている（検察事件事務規則第9条の2第2項及び司法警察官吏執務規則第16条の2）。

この点に関連して，捜査機関が取調べ日時等を事前に弁護人に通知する義務があるか否かが問題となる。肯定説は，立会権行使のためには，取調べ場所及び日時を事前に把握する必要があることを強調する[570]。これに対して，否定説は，(1) 現行法は捜査機関が取調べ日時等を弁護人に通知する手続を規定していないこと，(2) 急速を要し，事前通知することが困難な取調べが存在すること，(3) 捜査機関は，被疑者等によって弁護人立会いに関する要求がなされない場合は，弁護人の立会いなく被疑者を取り調べることができること等を理由に，通知義務を否定している[571]。もっとも，捜査実務では，捜査機関と弁護人の間で，取調べ期日の協議が行われることもあるという[572]。

また，法第243条の2第2項は，「訊問に参与しようとする弁護人が2人以上であるときは，被疑者が訊問に参与する弁護人1人を指定する。指定がない場合は，検事又は司法警察官がこれを指定することができる。」として，立会い弁護人の指定について規定している。この規定は，複数の弁護人が順に立会いを申請することによって，捜査に支障を来すことを防ぐためのものである[573]。

弁護人立会いの申請と関連して，Miranda 法理のような「取調べ中止効」の有無が問題

---

568 헌법재판소 1991.7.8 선고, 89 헌마 181 결정，대법원 2002.5.6 선고, 2000 모 112 결정.

569 전승수「피의자신문시 변호인참여권—형사소송법제 243 조의 2 의 해석을 중심으로—」형사판례연구 17 호（2009 년）390 쪽（ジョンスンス「被疑者訊問における弁護人参与権—刑事訴訟法第243条の2の解釈を中心に—」刑事判例研究17号（2009年）390頁）.

570 전승수・前掲注（569）390 頁，이영돈・前掲注（544）273 頁。

571 신동운『신형사소송법』（법문사，2008 년）184 쪽（シンドンウン『新刑事訴訟法』（法文社，2008年）184頁）.

572 전승수・前掲注（569）390 頁。

573 신동운・前掲注（15）194 頁。

となる[574]。現行法は，「中止効」に関する規定を設けていない。この点，学界からは，「中止効」を認める見解が主張されている[575]。この見解は，被疑者が取調べ前に弁護人立会いを要求した場合は，弁護人が到着した後に限り，取調べを行うことができるとする。また，被疑者が取調べ中に弁護人立会いを要求した場合は，直ちに取調べを中止しなければならないとする[576]。これは，後述する弁護人の意見陳述権が，弁護人が取調べに立ち会うことを前提としていることや，弁護人立会権が憲法の「弁護人の援助を受ける権利」から導かれていること，弁護人立会権を実質的に保障すること等を理由とする。

「取調べ中止効」に関する問題は，その有無よりも，「取調べ中止効」の限界の方が重要であろう。換言すれば，被疑者が権利行使し，取調べが中断された場合に，いかなる条件があれば，捜査機関が取調べを再開することができるかという問題である[577]。この点について，大統領令である「検事の司法警察官吏に対する捜査指揮及び司法警察官吏の捜査準則に関する規則」第 21 条第 3 項は，「弁護人参与申請を受けたときであっても，弁護人が相当な時間内に出席せず，又は出席することができなければ，弁護人の参与なく被疑者を訊問することができる。」と規定している。もっとも，「相当な時間内」の解釈は，「残された」逮捕期間・拘束期間や，弁護人が出席できなかった理由等の個別事情に基づく判断を要する。そのため，画一した基準は示されていない。

また，被疑者が弁護人立会権を行使したにも関わらず，捜査機関が取調べを継続した場合の効果についても問題となる。既に述べたように，接見交通権を制限した状態で獲得した供述は，証拠排除されることになる[578]。そのため，この論理に基づけば，被疑者が弁護人立会権を行使したにも関わらず，捜査機関が取調べを継続した場合は，この間に獲得した供述は証拠排除されることになると解されていた[579]。この点，2013 年の大法院判決は，接見交通権侵害の場合と同様の判断を示した[580]。この大法院判決は，捜査機関が被疑者に対して弁護人立会権を行使するか否かを質問し，被疑者が行使する旨の意思を示したにも関わらず，弁護人立会いを欠いたまま被疑者を取り調べ続けることは違法であると判断し

---

574 조국「헌법상 권리로 확인된『변호인입회권』」법률신문 2003.11.17 호（ジョグク「憲法上の権利として確認された『弁護人立会権』」法律新聞 2003 年 11 月 17 日号）.

575 たとえば，조기영・前掲注（561）314 頁，이영돈・前掲注（544）272 頁等を参照。

576 既に確認したように，2007 年刑訴法改正によって，黙秘権告知規定が改められた。しかしながら，被疑者が権利行使した場合に，取調べが直ちに中断されなければならないという Miranda 法理の一内容が具現化されていないとして，これを危惧する見解もある（조국・前掲注（537）539 頁）。

577 第 2 編で確認したように，アメリカでは，1981 年の Edwards 判決が，被疑者にとって弁護人が「利用可能になるまで」は取調べを再開することができないと判示している（Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981)）。また，その後，1990 年の Minnick 判決は，実際に弁護人が取調べに立ち会わない限り，取調べを再開することができないと判示している（Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146, 153 (1990)）。

578 대법원 1990.8.24 선고, 90 도 1285 판결, 대법원 1990.9.25 선고, 90 도 1586 판결.

579 신이철・前掲注（204）137 頁。

580 대법원 2013.3.28 선고, 2010 도 3359 판결.

た。そして，このような取調べで獲得した供述を記載した調書は，調書の証拠採用要件に関する法第 312 条第 1 項の「適法な手続及び方式」という文言に反するのみならず，違法収集証拠排除法則に関する法第 308 条の 2 の「適法な手続によらずして収集した証拠」に該当するとして，当該調書を証拠排除した。すなわち，このような状況で取調べを中止せず継続することは，調書作成要件を欠くと同時に，違法収集証拠排除法則の適用を受ける程度の違法に該当するのである。

2013 年大法院判決は，弁護人立会権の行使による「取調べ中止効」自体を明示した訳ではない。そのため，「取調べ中止効」の限界についても言及していない。しかしながら，2013 年大法院判決は，「取調べ中止効」の存在を含意するものであると指摘されている[581]。被疑者が権利行使したにも関わらず，捜査官が取調べを中止せずに継続した場合には，当該取調べで獲得した供述は証拠排除される。捜査官としては，被疑者の権利行使を無視して取調べを継続する利点がない。結果的に，取調べ中止効と同様の効果が生じることになる。したがって，「実質的な取調べ中止効」それ自体の存在は，事実上認められたと評価して良いと思われる[582]。これに対して，個別具体的な判断を要する「取調べ中止効の限界」は，判例の蓄積が待たれるところである。

（ⅳ）弁護人の「参与」の内容

法第 243 条の 2 第 3 項は，「訊問に参与する弁護人は，訊問後に意見を陳述することができる。但し，訊問中であっても，不当な訊問方法に対して異議を提起することができ，検事又は司法警察官の承諾を得て意見を陳述することができる。」として，弁護人の「意見陳述権」及び「異議申立権」を規定している。そして，同条第 4 項は，「第 3 項による弁護人の意見が記載された被疑者訊問調書は，弁護人に閲覧させた後，その調書に記名捺印又は署名させなければならない。」として，弁護人が陳述した意見を調書に記載することを要求している。そもそも，弁護人立会いは，被疑者の防禦権保障のみならず，実体的真実発見に資する取調べの円滑な進行を通じて，刑事司法を効率よく運用することをも目的として新設された[583]。そのため，弁護人が被疑者に助言を行う際は，本条の「意見陳述権」に基づいて，捜査機関の承諾を得なければならないとされている。また，弁護人は，基本的には取調べを最大限尊重し，可能な限り取調べや回答に介入しないことが適切であるとされている[584]。

---

581 이영돈・前掲注（544）272～273 頁。

582 本稿が指摘する「実質的な取調べ中止効」について，高麗大学校法学専門大学院教授の洪榮起（홍영기）は，取調べを継続する「効用」がないため，「実質的な取調べ中止効」を認めることができるとする。なお，「実質的な取調べ中止効」について論じた文献を探し当てることはできなかった。そのため，洪榮起の見解は，筆者が直接に問い合わせ，承諾を得た上で引用した。）。

583 전승수・前掲注（569）393 頁。

584 심희기「변호인의 피의자신문참여권・수사기록열람등사권에 관한 최근의 입법적 판결・결정의 분석」형사재판의 제문제 5 권（2005 년）641 쪽（シムフィギ「弁護人の被疑者訊問参与権・捜査記録閲覧謄写権に関する最近の立法的判決・決定の分析」刑事

弁護人の「異議申立権」は，「不当な訊問方法」に対して行使することができる。「不当な訊問方法」とは，拷問，暴行，脅迫，強要等を用いた「違法な訊問」のみならず，タメ口，高圧的態度，攻撃的嘲笑，深夜の取調べ，休憩のない長期の取調べ等を含む[585]。

ここで，捜査機関の取調べ「内容」について異議を申し立てることができるか否かが問題となる。肯定説は，弁護人立会いをより一層実効的なものにするために，不当な質問内容に対する異議申立てを認めるべきであるとする[586]。これに対して，否定説は，法が異議申立ての対象を「訊問方法」に限定しており，「訊問内容」への異議申立ては取調べ終了後の「意見陳述」として行うことを予定していると理解する[587]。すなわち，否定説は，取調べ中にその内容の当否等について意見を示す者を被疑者に限定する立法者意思を尊重しているのである。そのため，取調べ内容について弁護人が異議を提起し得るとすれば，「被疑者訊問」ではなく「弁護人訊問」となってしまい，被疑者の供述を獲得するという「被疑者訊問」の本質と機能を損なうと説明する[588]。

（ｖ）弁護人立会権の制限

ところで，2003 年大法院決定及び 2004 年憲法裁判所決定は，弁護人立会いを制限する基準として，(1) 取調べ妨害のおそれ，(2) 捜査機密漏洩のおそれ，(3) 違法な援助のおそれを挙げ，弁護人立会いが無制限ではないことを示していた。これを受けて，法第 243 条の 2 は，「正当な事由」があれば弁護人立会いを制限することができる旨を規定した。もっとも，その具体的な基準を法文から読み取ることはできない。そこで，大統領令[589]や法務部令等によって，具体的な制限事由が規定されている[590,591]。

法の諸問題 5 巻（2005 年）641 頁）.

585 전승수・前掲注（569）394 頁。

586 조국「피의자신문시 변호인참여권 소고―2003 년〔송두율 교수 사건〕관련 대법원 결정의 의의와 향후 과제―」형사정책연구 14 권 4 호（2003 년）193 쪽（ジョグク「被疑者訊問における弁護人参与権小考―〔ソンドゥユル教授事件〕関連大法院決定の意義と今後の課題―」刑事政策研究 14 巻 4 号（2003 年）193 頁）.

587 조기영・前掲注（561）319 頁。

588 전승수・前掲注（569）395 頁。

589 2012 年から施行された大統領令「検事の司法警察官吏に対する捜査指揮及び司法警察官吏の捜査準則に関する規則」第 21 条第 1 項は，「司法警察官は，法第 243 条の 2 第 1 項に規定された者の申請を受けたときは，正当な事由がなければ，弁護人を被疑者訊問に参与させなければならない。この場合，正当な事由とは，弁護人の参与により，訊問妨害や，捜査機密漏洩等，捜査に著しい支障を来すおそれがあると認められる場合をいう。」と規定している。

590 なお，立会い制限と関連して，被疑者が弁護人の立会いを明示的に拒否した場合，捜査機関が弁護人立会いを制限することができるか否かが問題となる。法は，被疑者以外の者に対しても立会い申請を認めている。しかしながら，弁護人立会いが被疑者の防禦権保障のためのものであることに鑑み，被疑者の明示的な拒否がある場合には，立会いを制限する正当な事由に該当すると解されている（전승수・前掲注（569）391 頁）。

591 憲法的権利である弁護人立会権が，法令ではなく行政規則に過ぎない法務部令等によって制限されることは，基本権の法律留保原則に違反するとして，刑訴法上で制限事由等を明確にする必要性が説かれている（정병곤「피의자신문시 변호인 참여권」한국민간

まず，(1) 取調べ妨害のおそれである。検察事件事務規則第 9 条の 2 第 4 項第 2 号は，取調べ妨害のおそれに該当する場合として，弁護人が被疑者の代わりに回答したり，特定の回答を指示したり，陳述を変更するよう誘導する場合を挙げている。これは，被疑者の供述を聴取するという「被疑者訊問」の性質や機能に鑑みたものである。そのため，前述の通り，取調べ内容の当否について弁護人が異議を提起することは，基本的には取調べ妨害とみなされる。但し，被疑者は，取調べ中に弁護人と相談し，助言を得ることができる。また，弁護人も，取調べの主旨を明確にするために，被疑者に助言をすることができる。したがって，弁護人の助言等が取調べ妨害に該当するか否かは，具体的事情に応じて，慎重に判断しなければならないとされている[592]。

弁護人が被疑者に対して黙秘権の行使を勧める行為は，被疑者に保障された権利を行使するよう助言するに過ぎないため，弁護人立会いを制限する理由にはならない。しかしながら，被疑者に黙秘権を行使する意思がないにも関わらず，弁護人が継続して黙秘権行使を勧め，取調べの進行が滞る場合には，取調べを妨害することと物理的に相違ないとして，立会いを制限する理由に該当するとされている[593]。

これに関連して，弁護人が捜査機関の承諾なく取調べに介入したり，侮辱的な言動を行うこと（検察事件事務規則第 9 条の 2 第 4 項第 1 号）が，取調べ妨害に該当するか否かが問題となる。弁護人が取調べに介入する際は，法第 243 条の 2 第 3 項の意見陳述権に基づいて，捜査機関の承諾を得なければならない。そのため，弁護人が捜査機関の許可なく取調べに介入したり，侮辱的な言動を行うことは認められていない。これらの行為が繰り返されたり，繰り返されるおそれがあり，捜査に著しい支障を来たす場合には，立会いを制限する事情になるとされている[594]。

弁護人が取調べ場面を撮影したり，取調べ内容を録音すること（検察事件事務規則第 9 条の 2 第 4 項第 4 号）も，捜査官の肖像権及び人格権を侵害するものであるとして，立会いを制限する事由となり得るとされている。そのため，弁護人は，捜査機関の同意がある場合に限り，撮影や録音を行うことができる[595]。実務上，弁護人が取調べ内容を記録することも，取調べ内容に対する不当な異議申立て等を通じて，取調べの円滑な進行を妨害したり，捜査機密の漏洩に繋がるおそれがあるとして，原則として認められていない。しかしながら，被疑者への法的助言のための記憶喚起を目的として「簡単に記録する場合」（検察事件事務規則第 9 条の 2 第 4 項第 4 号但書）や，取調べ終了後の意見陳述に備えて簡単

경비학회보 12 권 1 호（2013 년）229 쪽（ジョンビョンゴン「被疑者訊問における弁護人参与権」韓国民間警備学会報 12 巻 1 号（2013 年）229 頁），이영돈・前掲注（544）275 頁）。

592 전승수・前掲注（569）397 頁。

593 김대운「불구속 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리」사법연수원 교수논문집 5 집（2008 년）326 쪽（キムデウン「不拘束被疑者の弁護人の助力を受ける権利」司法研修院教授論文集 5 集（2008 年）326 頁）.

594 전승수・前掲注（569）398 頁。

595 조기영・前掲注（561）322 頁。

に記録する場合は，弁護人の相談・助言権及び意見陳述権に基づくものとして認められる[596]。

次に，(2) 捜査機密漏洩のおそれである。これは，弁護人が捜査状況をマスコミ等に漏らし，被害者や参考人等の生命・身体を危険に晒したり，事件関係人の人格権を侵害する場合や[597]，弁護人が捜査機密を共犯者に伝えることで，共犯者の逃亡や証拠隠滅を容易にする場合であるとされている[598]。これに関連して，捜査機密漏洩を理由とする弁護人立会い制限を認めない見解がある[599]。この見解は，捜査機密の概念自体が極めて抽象的であり，当該情報が捜査機密であるか否かを判断する主体は捜査機関であるため，捜査機関の恣意的な判断によって弁護人立会いが排除される危険性があること等を挙げる。そのため，捜査機密漏洩のおそれを理由とする弁護人立会い制限は，特に慎重を期する必要があると指摘されている[600]。

最後に，(3) 違法な援助のおそれである。2004 年憲法裁判所決定は，「弁護人の援助を受ける権利」について，「正規の援助を受ける権利を意味するものであって，違法な援助を受ける権利を保障するものではない」と判示し，立会いを制限する余地を認めていた。その後，大法院は，「違法な援助」について，弁護士法が定める真実義務（弁護士法第 24 条第 2 項）に違反する場合を含むと判示している[601]。そのため，弁護人が証拠を隠滅・偽造したり，第三者に対する危害を指示又は黙認したり，共犯者及び参考人等に虚偽供述又は偽証を強要する行為は「違法な援助」に該当し，立会いを制限する「正当な事由」となる。

ここで，被疑者が弁護人を複数選任している場合に，1 人の弁護人に対して立会いを制限する「正当な事由」が生じたことを理由に，他の弁護人の立会いを制限することができるか否かが問題となる。この点について，大法院は，接見交通権行使との関係で，ある弁護人の接見交通権行使がその限界を逸脱したか否かは，その弁護人を基準として個別に判断しなければならない旨を判示している[602]。この大法院決定は，接見交通権に関するものであるものの，その考え方は弁護人立会権にも当てはまるものであろう。また，2003 年大法院決定は，立会いを制限する「正当な事由」の有無について，客観的に明らかに認められる必要があるとし，その挙証責任は捜査機関が負うと判示している[603]。

（vi）弁護人立会い制限に対する準抗告

2007 年改正法は，準抗告に関する規定を改め，「検事又は司法警察官の拘禁，押収又は

---

596 전승수・前掲注（569）398 頁。
597 조기영・前掲注（561）320 頁。
598 정진연・前掲注（547）20 頁。
599 정준영「변호인의 피의자신문참여권」형사실무연구회편『형사재판의 제문제 5』（박영사，2005 년）654 쪽（ジョンジュンヨン「弁護人の被疑者訊問参与権」刑事実務研究会編『刑事裁判の諸問題 5』（博英社，2005 年）654 頁），전승수・前掲注（569）400 頁。
600 정병곤・前掲注（591）228 頁。
601 대법원 2007.1.31 선고, 2006 모 657 결정.
602 대법원 2007.1.31 선고, 2006 모 657 결정.
603 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정.

押収物の還付に関する処分及び第 243 条の 2 による弁護人の参与等に関する処分に対して不服があれば，その職務執行地の管轄法院又は検事の所属検察庁に対応する法院に，その処分の取消し又は変更を請求することができる。」と規定した（法第 417 条）。ここで，「第 243 条の 2 による弁護人の参与等に関する処分」とは，立会いを制限する処分のみならず，接見交通権を侵害する処分を含むとされている[604]。そのため，(1) 捜査機関が弁護人立会いを許可しなかったり，(2) 弁護人の意見陳述権や異議申立権を制限することによって弁護人立会権の本質的な部分が侵害され，実質的に弁護人立会いが許可されなかった場合と同様の結果がもたらされた場合[605]のみならず，(3) 接見申請期日から相当期間を経過させ[606]，実質的に接見不許可処分が行われた場合と同様の結果がもたらされた場合を含む。

4. 2007 年刑訴法改正後の弁護人立会いの運用実態とその問題点

（ⅰ）弁護人立会いの運用実態

弁護人立会権は，2007 年刑訴法改正によって明文で規定された。しかしながら，その後の運用実態は，芳しいものではない。

警察段階では，2008 年の検挙人員 106 万 5,390 人のうち，弁護人立会いが行われた事件は 988 件（0.092%）であった。また，2009 年は 941 件，2010 年は 1,065 件，2011 年は 1,439 年，2012 年は 1,814 件であり，若干の増加傾向はみられるものの，全検挙人員に占める割合はごく僅かである[607]。

検察段階においても，弁護人が立ち会った事件数は多くない。2008 年に検察が処理した 108 万 3,579 件の刑事事件のうち，弁護人立会いが行われた事件は 524 件（0.05%）であった。2009 年は 120 万 8,713 件のうち 962 件（0.08%）であり，2010 年は 103 万 9,796 件のうち 1,100 件（0.11%），2011 年は 105 万 4,323 件のうち 1,819 件（0.17%），2012 年上半期（1 月から 6 月まで）は 80 万 6,688 件のうち 1,013 件（0.13%）であった[608]。

これらの件数は，立会いを伴う取調べの数であり，1 つの事件で複数回数えられることもある[609]。そのため，検挙件数と単純比較できるものではない。しかしながら，このような運用実態は，「形式的な人権保障策」であると評される程に停滞しているといえる[610]。

（ⅱ）弁護人立会いの問題点

以上のように，弁護人立会いの運用実態が低調である理由として，(1) 弁護人受任料の低さ，(2) 弁護人立会いを制限する「正当な事由」の不明確さに伴う過度な制約等が指摘

604 신동운・前掲注（15）196 頁。
605 서울중앙지법 2007.1.3 선고, 2006 보 1 결정.
606 대법원 1990.2.13 선고, 89 모 37 결정.
607 以上，이영돈・前掲注（544）265 頁。
608 법률신문 2012.12.7 号「『파의자신문에 변호인 참여』허울 뿐」（法律新聞 2012 年 12 月 7 日号「『被疑者訊問への弁護人参与』，見かけだけ」）.
609 松下徹・柴田純「諸外国における刑事司法制度の調査研究（7）大韓民国における刑事司法制度について」警論 64 巻 10 号（2011 年）147 頁。
610 이영돈・前掲注（544）265～266 頁。

されている[611]。まず，(1) 弁護人受任料の問題とは，弁護人が被疑者取調べに立ち会った場合，短くても半日，長ければ 1 日中，他の弁護士業務を行わずに立会いに専念しなければならないところ，これに見合う弁護士報酬を得ることができないという問題である。被疑者取調べに立ち会うことは，弁護士にとって「割に合わない」業務であるということが，最も大きな原因として指摘されている。次に，(2)「正当な事由」の不明確さに伴う過度な制約とは，弁護人立会いを制限する際に要求される「正当な事由」の定義が不明確であることから，弁護活動が萎縮し得るというものである。たとえば，捜査機関が，取調べに立ち会った弁護人に対し，被疑者から離れたところに座るよう指示し，これに応じないことを理由に立会いを制限した処分が，「正当な事由」による立会い制限として許容されるかが争われたことがある。大法院は，座席指定に応じないことを理由とする制限は「正当な事由を欠く」と判断している[612]。しかしながら，いかなる事情が「弁護人立会いを制限する正当な事由」に該当するかが不明確であるため，弁護士は立会いに消極的であるという[613]。他に，(3) 弁護人が取調べに立ち会うことによって，供述の任意性や信用性を争う余地がなくなり，作成された調書が証拠として採用されることになるという理由も挙げられている[614,615]。

弁護人立会いをより一層活性化させるために，国選弁護制度の更なる拡充や，意見陳述や異議申立の内容の具体化，法第 243 条の 2 が規定する「正当な事由」の具体化・明文化等が必要であると主張されている[616]。また，事前に取調べ日時を弁護人に通知する制度を法制化するべきであるという見解も根強い[617]。いずれにせよ，2007 年刑訴法改正によって明文化された弁護人立会権は，運用面でも理論面でも問題を抱えており，発展途上にあるといえよう。

---

611 정병곤・前掲注（591）230 頁。

612 대법원 2008.9.12 선고, 2008 모 793 결정.

613 정병곤・前掲注（591）231 頁。

614 法制審議会―新時代の刑事司法制度特別部会第 1 回会議（2011 年 6 月 29 日開催）配付資料 5「韓国における視察の概要」別紙 1「大韓弁護士協会所属弁護士及び韓国警察大学校李東熹（イ・ドンヒ）による説明及び質疑応答の要旨」2 頁＜http://www.moj.go.jp/content/000076302.pdf＞。

なお，このような見解は，検察実務家からは弁護人立会いを肯定する文脈で主張されている（변필건「변호인의 피의자신문 참여권의 제한에 대한 비교법적 고찰」법조 629 호（2009 년）247 쪽（ビョンピルゴン「弁護人の被疑者訊問参与権の制限に対する比較法的考察」法曹 629 号（2009 年）247 頁）。

615 このことを理由に，被疑者取調べへの弁護人立会いに消極的なのは，捜査機関ではなく弁護士側であるという指摘もみられる（박상식・前掲注（552）191 頁注（41））。

616 이영돈・前掲注（544）279～280 頁。

617 정병곤・前掲注（591）233 頁。

第 3 款　韓国における Miranda 法理の具体的展開

韓国では，黙秘権と弁護人の援助を受ける権利を実質的・実効的に保障することによって，被疑者取調べを憲法に基づいて規制している。理論的には，特に弁護人の援助を受ける権利の実質的・実効的保障を軸として，アメリカの Miranda 法理と同様の効果を実現している。黙秘権保障と併せて，順次みていく。

捜査機関は，取調べに先立って，被疑者に対して，(1) 一切の供述をせず，又は個々の質問に対して供述しないことができること，(2) 供述をしないとしても，不利益を受けないこと，(3) 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使用されることがあること，(4) 取調べを受けるときは，弁護人を立ち会わせる等，弁護人の援助を受けることができることを告知しなければならない（法第 244 条の 3 第 1 項)。被疑者への権利告知を欠いたまま獲得した自白は，任意性の有無に関わらず，証拠能力が否定される[618]。権利告知を受けた被疑者は，いつでも弁護人との接見や弁護人立会いを要求することができる（法第 34 条及び法第 243 条の 2 第 1 項)。捜査機関は，いかなる名分であっても，接見を制限することができない[619]。これは，現に取調べ中であるときであっても同様である[620]。仮に捜査機関が接見や立会いを制限したまま取調べを行った場合は，当該取調べで獲得した自白は，憲法上の基本権を侵害して獲得したものであるとして，証拠排除される[621]。捜査官としては，被疑者の権利行使を無視して取調べを継続しても，獲得した自白が証拠排除されるため，取調べをそれ以上継続する利点がない。結果として，被疑者が接見交通権や弁護人立会権を行使した場合は，捜査機関は取調べを継続することができない。韓国では，被疑者の権利行使に伴う「取調べ中止効」が正面から認められている訳ではない。しかしながら，被疑者が接見交通権や弁護人立会権を行使した場合には，結果として，「実質的な取調べ中止効」が生じることになる。このことが，黙秘権の実質的保障にも資することは，論を待たないであろう。

もっとも，その論理は，Miranda 法理とは異なるものである。連邦憲法修正第 6 条の弁護人依頼権は，捜査段階では保障されない[622]。この点について，Miranda 判決の 2 年前に示された Escobedo 判決は，取調べ段階でも修正第 6 条の弁護人依頼権が保障される旨を判示していた[623]。しかしながら，Miranda 判決は，修正第 6 条に基づいた判断を行わなかっ

---

618 대법원 1992.6.23 선고, 92 도 682 판결，대법원 2009.8.20 선고, 2008 도 8213 판결，대법원 2010.5.27 선고, 2010 도 1755 판결.

619 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정.

620 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정.

621 接見交通権を制限して獲得した自白については，대법원 1990.8.24 선고, 90 도 1285 판결，대법원 1990.9.25 선고, 90 도 1586 판결が，その証拠能力を否定している。弁護人立会権を制限して獲得した自白については，대법원 2013.3.28 선고, 2010 도 3359 판결が，その証拠能力を否定している。

622 Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682, 688 (1972).

623 Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 490-491 (1964).

た[624]。連邦最高裁は，Miranda 判決の時点で，修正第 6 条の保障範囲を Escobedo 判決よりも事実上縮小していたのである。アメリカでは，被疑者取調べ段階では修正第 6 条の弁護人依頼権が保障されない[625]。このような理由により，Miranda 判決は，修正第 5 条の自己負罪拒否特権に基づく Miranda 法理を打ち立てた。これに対して，韓国憲法第 12 条第第 4 項本文は，「何人も，逮捕又は拘束されたときは，直ちに弁護人の援助を受ける権利を有する。」と規定し，被疑者に対しても弁護人の援助を受ける権利を保障している。そのため，連邦最高裁のように，「自己負罪拒否特権を実質的に保障するための弁護人依頼権」を創設しなくても，Miranda 法理と同様の結果を得ることができたのである。

なお，このことは，黙秘権の軽視を意味するものではない。身体拘束中の被疑者に対する取調べに弁護人が立ち会う権利を認めた 2003 年の大法院決定は，身体拘束中の被疑者に対しては，拷問や暴行等が行われやすく，韓国憲法が規定する黙秘権が効果的に保障されないおそれがあることを指摘していた[626]。これは，身体拘束中の取調べに内在する強制的な雰囲気を直視したものであり，Miranda 判決や Edwards 判決，Dickerson 判決と同様の問題意識に基づくものである。韓国とアメリカの各裁判所は，異なるアプローチを採りつつも，被疑者取調べが内在的に有する性質を正面から見据え，黙秘権を実質的に保障するために，上記の論理を展開しているのである。

アメリカと韓国における取調べの憲法的規制は，黙秘権を基軸とするか，弁護人の援助を受ける権利を基軸とするかによって，その論理自体は異なる。しかしながら，被疑者が弁護人の援助を受ける権利を行使した場合には，結果として，取調べが中止される点で共通する。また，権利告知を欠いた場合や，接見交通権が侵害された場合に，その状況下で獲得された自白が証拠排除される点でも同様である。このようにして，韓国においては，弁護人の援助を受ける権利を実効的に保障することにより，Miranda 法理と同様の帰結を導いているのである。

第 2 節　政策論に基づく被疑者取調べ規制

韓国では，権利論に基づく被疑者取調べ規制と並んで，政策論に基づく被疑者取調べ規制も積極的に展開されている。具体的には，(1) 被疑者取調べ録音・録画制度，(2) 捜査過程記録制度，(3) 警察における開放型被疑者取調室，(4) 調書作成に関する諸制度である。以下では，(1) 被疑者取調べ録音・録画制度を中心に，政策論に基づく被疑者取調べ規制を概観する。

---

624 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 469-470 (1966).

625 日本弁護士連合会刑事弁護センター編『アメリカの刑事弁護制度』(現代人文社，1998 年) 37 頁〔後藤昭執筆〕。

626 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정.

第 1 款　被疑者取調べ録音・録画制度

2007 年の改正刑訴法は，被疑者取調べ録音・録画制度[627]（以下，単に「録音・録画制度」ないしは「録音・録画」と称する。）を明文規定した（法第 244 条の 2)。録音・録画制度は，日本においても盛んに議論されている論点である。そこで，以下では，政策論に基づく取調べ規制である録音・録画制度について，導入されるに至った経緯や目的，法に規定された制度の内容，その後の運用実態等について概観する[628]。

第 1 目　被疑者取調べ録音・録画制度の導入経緯

韓国における取調べ録音・録画制度は，検察庁が主導して導入された。これは，既に触れた（1）検察における被疑者拷問致死事件と，（2）調書の証拠採用要件に関する大法院の判例変更を背景としている[629]。

韓国において，取調べ録音・録画制度が導入された背景の 1 つとして，（1）検察における被疑者拷問致死事件が挙げられる。2002 年 10 月，ソウル地方検察庁舎に設置された特別訊問室において取調べを受けていた殺人事件の被疑者が，検察庁捜査官等から暴行を受け，死亡した。この事件を受けて，捜査の透明性を確保する必要が強く認識された。そして，2003 年 6 月，最高検察庁科学捜査課が主導して「捜査科学研究会」が設置された[630]。ここでは，諸外国の録音・録画制度に関する調査が行われ，取調べ録音・録画導入が科学捜査化プロジェクトの一環として推進された[631]。捜査科学研究会は，2004 年 1 月に検察総長に対して，同年 2 月に法務部長官に対して，それぞれ録音・録画制度の導入を建議した。これによって，2004 年 6 月から，合計 10 の地方検察庁において，取調べ録音・録画制度が試行された[632]。

このような中，（2）2004 年 12 月，大法院は，調書の証拠採用要件に関するこれまでの

---

627 2007 年改正刑訴法は，「映像録画」という文言を用いている。もっとも，これは，音声の録音を含むものである。本稿では，日本における一般的な表記に倣い，「録音・録画」という語を用いる。

628 後述するように，2011 年に法務部が国会に提出した刑訴法改正案は，被疑者に録音・録画申請権を認める規定を設けていた。しかしながら，この法案の主な目的は，記録媒体を実質証拠として使用するためのものであり，結果として廃案となった。現時点では，取調べ録音・録画は，政策の 1 つとして位置づけられている。そのため，本稿では，政策論に基づく取調べ規制として，韓国における録音・録画制度を取り扱う。

629 本編第 2 章第 2 節「韓国における被疑者訊問調書の法的地位と証拠採用要件」を参照。

630 전충현「영상녹화 조사의 효율적인 활용 방안 연구―거짓말 탐지 기법 중심―」과학수사학 3 권 1 호（2009 년）54 쪽（ジョンチュンヒョン「映像録画調査の効率的な活用方案研究―嘘探知技法を中心に―」科学捜査学 3 巻 1 号（2009 年）54 頁）.

631 천진호「증거방법으로서 영상녹화물 활용 방안 연구」동아법학 52 호（2011 년）451 쪽（チョンジンホ「証拠方法としての映像録画物活用方案研究」東亜法学 52 号（2011 年）451 頁）.

632 박주석・김판수・이완수『영상녹화물―증거능력의 법적 고찰―』（한국학술정보주식회사，2012 년）25 쪽（パクジュソク・キムパンス・イワンス『映像録画物―証拠能力の法的考察―』（韓国学術情報株式会社，2012 年）25 頁）.

判例を変更する判決を言い渡した[633]。ここでは，裁判実務が従来採用してきた調書の証拠採用要件に関する「三段階連続推定論」が破棄された。そのため，検事が作成した被疑者訊問調書は，被疑者が公判廷で実質的真正成立を否定した場合，証拠とすることができなくなった。このことは，検事が作成した被疑者訊問調書が事実上廃止されたことを意味した[634]。そこで，検察は，捜査の透明性を確保するために導入を検討していた録音・録画制度に着目し，被疑者取調べを録音・録画した記録媒体[635]を調書の代替物とすることを念頭に置くようになった[636]。

検察は，(1) 捜査の透明性向上と，(2) 調書の代替物の確保という 2 つの目的で，自主的に録音・録画制度の導入を目指した。2004 年 12 月からは，ソウル南部地方検察庁を「電子取調室設置地検」として指定し，録音・録画制度の導入へ向けた本格的な試行を開始した[637,638]。検察の取組みに刺激を受けた警察も，2006 年 1 月に録音・録画制度の導入を決め，ソウル警察庁陽川（양천）警察署を「試験警察署」として指定し，自主的に録音・録画制度の試行を始めた[639]。

繰り返し述べたように，この時期は，司法制度改革が行われていた時期である。そして，刑事手続改革の一環として，公判中心主義を志向した法改正が議論されていた。そのため，2005 年 1 月 18 日に大統領の諮問機関として設けられた司法制度改革推進委員会は，取調べ録音・録画制度についても議論を展開した[640]。このような経緯を経て，取調べ録音・録画制度は，2007 年刑訴法改正によって明文化されることになったのである。

以上のように，韓国における取調べ録音・録画制度は，捜査機関によって積極的に推進されてきた点で極めて特徴的である。

第 2 目　2007 年刑訴法改正による録音・録画制度の新設

法第 244 条の 2 第 1 項は，「被疑者の陳述は，映像録画することができる。この場合，事前に映像録画の事実を告げなければならず，調査の開始から終了までの全過程及び客観的状況を映像録画しなければならない。」と規定し，取調べ録音・録画制度について明文規定

---

633 대법원 2004.12.16 선고, 2002 도 537 판결.

634 김성돈ほか・前掲注（311）67 頁。

635 韓国においては，一般に「映像録画物（영상녹화물）」と称されている。

636 関永盛「韓国における取調べ映像録画制度」法時 83 巻 4 号（2011 年）124～125 頁。

637 천진호・前掲注（631）451～452 頁。

638 この他に，韓国の検察が積極的に録音・録画制度を導入した背景として，(1) 録音・録画が刑事司法を向上させ得ると確信した指導者が誕生したこと，(2) 民主化に伴って，韓国社会には公権力への厳しい監視・批判体制が存在すること，(3) 調書を事実上奪われた検察にとって，録音・録画以上に厳しい制限が加わることを避けるために，録音・録画を支持せざるを得なかったこと等が指摘されている（ディビッド・T・ジョンソン「風向きを知るのにお天気キャスターは要らない―日本における取調録音・録画について合衆国と韓国から学ぶこと」指宿信『被疑者取調べと録画制度―取調べの録画が日本の刑事司法を変える』（商事法務，2010 年）216～224 頁）。

639 박주석ほか・前掲注（632）25 頁。

640 本編第 1 章第 2 節第 3 款第 4 目「司法制度改革と 2007 年改正刑事訴訟法」を参照。

を設けた。この規定は，捜査の透明性を確保するために設けられた[641]。同条項の文言から明らかなように，録音・録画は捜査官の裁量によって実施される。そのため，被疑者は録音・録画を拒むことができない[642,643]。また，録音・録画する場合には，被疑者にその旨を告知しなければならない[644]。

被疑者取調べを録音・録画する場合は，(1) 全過程性，(2) 必要事項の告知，(3) リアルタイム表示，(4) 記録媒体の真正性が要求される。(1) 全過程性とは，1 回毎の取調べを単位として，当該取調べの最初から最後までを録画しなければならないというものである。全過程性について，国会法制司法委員会では，2 通りの解釈が示されていた。すなわち，(1-1) 被疑者 1 人に対する一捜査機関における「すべての取調べ」であるとする見解と，(1-2) 当該取調べの「全過程」であるとする見解である。当初，国会法制司法委員会では，「すべての調査の開始から終了までの全過程及び客観的状況」という見解が示されていた[645]。しかしながら，その後の議論の末，「すべての」という文言が削除された[646]。したがって，全過程とは，(1-2) 当該取調べの「全過程」を意味するとされている。実務においても，(1-2) 当該取調べの「全過程」であるという理解が一般的である[647]。そのため，当該被疑者に対するすべての取調べが録音・録画される訳ではない。全過程性の要求は，録音・録画の信用性を担保するためのものである[648]。2 回目以降の取調べに関しては，以前に強制等を受けた事実があるか否かを被疑者に確認し，その質問に対する被疑者の回答を録音・録画するべきであるとされている（映像録画業務処理指針第 6 条第 4 項第 6 号）。

(2) 必要事項の告知とは，録音・録画している旨に加え，開始及び終了時刻，取調べ場所，取調官及び立会人の姓名及び職級，黙秘権及び弁護人立会権を有する旨，中断ないしは再開時におけるその理由及び各時刻をそれぞれ告知し，録音・録画しなければならないというものである（刑訴規則第 134 条の 2 第 3 項各号）。(3) リアルタイム表示とは，録画する構図内に録画日時がリアルタイムで表示されることを要求するものである（刑訴規則

641 배종대ほか・前掲注（134）117 頁。

642 신동운・前掲注（15）199 頁。

643 被疑者の同意を得ずに，捜査機関の裁量によって録音・録画を行うことに対しては，捜査機関による恣意的・便宜的な運用を招くおそれがあるとして，批判が向けられている（이은모・前掲注（290）236 頁，최영승・前掲注（362）97 頁）。

644 参考人取調べを録音・録画する場合は，参考人の同意を得なければならない（法第 221 条第 1 項）。

645 법원행정처・前掲注（452）51 頁。

646 議論の状況については，국회사무처「제 267 회국회（임시회）법제사법위원회회의록」5 호（2007. 4. 30 개최）（国会事務処「第 267 回国会（臨時会）法制司法委員会会議録」5 号（2007 年 4 月 30 日開催））を参照。

647 映像録画業務処理指針第 6 条第 2 項は，「検事は，当該訊問の始まりから終える時点までの全過程及び客観的な情況を映像録画する。但し，訊問途中に映像録画の必要性が発生した場合には，その時点で進行中の訊問を終了し，その上で訊問の始まりから終える時点までの全過程及び客観的な情況を録画することができる。」と規定している。

648 법원행정처・前掲注（452）50 頁。

第 134 条の 2 第 5 項)。(4) 記録媒体の真正性とは，原本を封印し，被疑者及び弁護人に視聴の機会を与えることを意味する（法第 244 条の 2 第 2 項及び第 3 項)。記録媒体を視聴した被疑者又は弁護人が異議を申し立てたときは，その趣旨を記載した書面を添付しなければならない（同条第 3 項)。記録媒体は 2 つ作成し，1 つは被疑者に記名捺印又は署名させ，被疑者の面前で封印する。もう 1 つは，捜査記録に編綴する[649]。

第 3 目　記録媒体の証拠法的取扱い

既に確認したように，検察は，調書の代替物として記録媒体を用いることを目的として，録音・録画を積極的に支持してきた。そのため，韓国における録音・録画制度に関する議論は，記録媒体の証拠法的取扱いを中心に展開されてきた。とりわけ，主たる争点は，記録媒体を実質証拠（要証事実の存否の証明に用いられる証拠）として使用し得るか否かという点であった。以下では，記録媒体の証拠法的取扱いについて，制定過程の議論に遡って，若干の説明を加える[650]。

1. 司法制度改革推進委員会による 2007 年刑訴法改正案

司法制度改革推進委員会が示した刑事訴訟法改正案は，同第 312 の 2 第 1 項において，「被告人の陳述に対する映像録画物は，被告人取調べで以前の陳述事実を争い，その争いの解決のために調査者が証言した後に[651]，その証言やその他の方法によってはその争いを解決することができない場合に，最後の手段として，証拠として使用することができる。」と規定し，記録媒体を実質証拠として使用することを認めていた[652]。また，法務部が第 17 代国会（2006 年 1 月 6 日）に提出した改正案にも，同様の規定が設けられていた[653]。しかしながら，これに対しては，刑事法関連 3 学会が共同で意見書を示す等，強い批判が向けられた[654]。また，裁判所も，公判中心主義の確立という観点から，捜査手続上の供述は原

649 배종대ほか・前掲注（134）117 頁。

650 被疑者取調べを録音・録画し，これを記録した媒体の証拠法的取扱いについては，安部祥太「被疑者取調べの録音・録画と記録媒体の証拠法的取扱い」青山ローフォーラム 3 巻 1 号（2014 年）125～163 頁を参照。

651 2007 年刑訴法改正によって設けられた「取調官証言制度」を指す。詳細は，本編第 2 章第 2 節第 3 款第 5 目「取調官証言制度の導入」を参照。

652 改正案の文言は，調書の任意性・信用性を証明するために記録媒体を使用することができると規定していると解することも可能であり，この条文の趣旨は必ずしも明らかではないと指摘されていた（이영한・前掲注（301）92 頁)。

なお，法務部が第 17 代国会（2006 年 1 月 6 日）に提出した법무부「형사소송법 일부개정법률안」（의안번호 3759 호）（法務部「刑事訴訟法一部改正法律案」（議案番号 3759 号))においても，実質証拠としての使用が規定されていた。

653 법무부・前掲注（652）。

654 한국형사법학회・한국형사정책학회・한국비교형사법학회「사법제도개혁추진위원회의 형사소송법 개정안에 대한 형사법 관련 3 개 학회의 공동 의견서」비교형사법연구 7 권 1 호（2005 년）493～495 쪽（韓国刑事法学会・韓国刑事政策学会・韓国比較刑事法学会「司法制度改革推進委員会の刑事訴訟法改正案に対する刑事法関連 3 学会の共同意見書」比較刑事法研究 7 巻 1 号（2005 年）493～495 頁）は，記録媒体が捜査機関の武器になるとして，記録媒体を実質証拠として使用することに反対した。

則として証拠能力を排除しなければならないという立場を採った。裁判所が記録媒体を実質証拠として使用することに反対した理由は，(1) 記録媒体が有する映像特有のインパクトゆえに，捜査手続においてなされた供述に強固な証明力が与えられることと，(2) 記録媒体の証拠調べを行うためには多くの時間を費やすことであった[655]。これらの反対により，2007 年 4 月 16 日に開催された第 267 回韓国国会（臨時会）法制司法委員会法案審査小委員会における審理によって，同規定は改正案から削除され，2007 年改正刑訴法に反映されることはなかった[656]。このような経緯により，少なくとも立法者は，記録媒体を実質証拠として使用することに否定的であったと解されている[657]。

2. 2007 年改正刑訴法における記録媒体の使用方法

第 2 目で挙げた各要件を充足し，適法に行われた録音・録画記録媒体の使用方法は 2 通りである。まず，(1) 調書の実質的真正成立を証明するために，使用することができる（法第 312 条第 2 項)。すなわち，被告人が公判廷において検事作成調書の成立の真正を否定した場合に，調書に記載された内容が，被告人が供述した内容と同一に記載されていることを証明するために，記録媒体を使用することができる。次に，(2) 公判廷において原供述者の記憶を喚起するために，使用することができる（法第 318 条の 2 第 2 項)。これは，原供述者が公判期日等で供述する場合に，記憶が明白でない事項に関して，記憶を喚起させる必要があると認められる場合に限り，検事が記録媒体の取調べを請求することができるというものである。このとき，記録媒体を視聴することができるのは原供述者のみであり，事実認定者等は視聴することができない（刑訴規則第 135 条の 5 第 1 項)。

現行法は，記録媒体の用途を，(1) 検事作成調書の実質的真正成立の立証と，(2) 原供述者の記憶喚起に限定している。そのため，記録媒体を実質証拠として使用することはできない。また，供述の任意性や信用性を判断するための補助証拠として使用することもできない。しかしながら，司法制度改革推進委員会の改正案に記録媒体の実質証拠使用を認める規定が設けられ，これが後に削除された経緯があるため，記録媒体を実質証拠として使用することができるか否かについて，現在もなお，以下のような議論がみられる。

（ｉ）記録媒体の実質証拠使用に関する裁判例

2007 年に刑訴法が改正されるまで，大法院は，記録媒体と供述録取書を区別することなく，他の証拠法則の下に制限を受けるのみであると解してきた。すなわち，被疑者の供述に変遷がみられ，公判廷においてその任意性等が問題となることが予想されたため，検察が自主的に取調べ内容を録画していた事案について，「ビデオテープの録画内容は，被疑者

655 たとえば，김성돈ほか・前掲注（311）91 頁。

656 차동언『형사증거법 Ⅰ—공반중심주의와 전문법칙—』（법문사，2007 년）277 쪽（チャドンオン『刑事証拠法 Ⅰ—公判中心主義と伝聞法則—』（法文社，2007 年）277 頁）を参照。

657 김현숙「검사작성 피의자신문 영상녹화물에 대한 비판적 검토」형사법연구 21 권 2 호（2009 년）136 쪽（キムヒョンスク「検事作成被疑者訊問映像録画物に対する批判的検討」刑事法研究 21 巻 2 号（2009 年）136 頁）.

の供述を記載した被疑者訊問調書と実質的に同じであるため，被疑者訊問調書に準じてその証拠能力を検討しなければならない」としていた[658]。また，「テープの録音・録画内容や，それに対する検証調書の記載は，実質的には公判準備又は公判期日における陳述に代えて陳述を記載した書類と変わらず，被告人がそのテープを証拠とすることに同意していない以上，刑事訴訟法第 311 条ないし第 315 条に規定されたものでなければ，これを有罪の証拠とすることはでき」ないとしていた[659]。これらの判例は，記録媒体の特性等を考慮することなく，供述録取書と同様に伝聞法則による制限を受けるのみである旨を判示した。そのため，記録媒体が伝聞例外に該当すれば，実質証拠として許容され得ることを示唆していた。

この点について，2007 年刑訴法改正後に示された大法院の判例はみられない。しかしながら，改正法公布後に示された下級審裁判例は，「被疑者の供述の映像録画物は…被告人が公判期日に検事作成の被疑者訊問調書の成立の真正を否定する場合に，その調書に記載された陳述が，被告人が陳述した内容と同様に記載されていることを証明するための証拠としてのみ使用することができ，被疑者訊問調書に代わる独自の有罪証拠として使用することはできない《省略筆者》」と判示し[660]，記録媒体の実質証拠としての使用に否定的な立場を採っている。また，改正法施行後に示された高等裁判所裁判例も，「伝聞例外と関連して，刑訴法は書面である調書には証拠能力を認めるための根拠規定を設けながら，映像録画物に関しては明文規定を設けていないため，被告人が証拠同意しない限り，証拠として使用することができない」と判示している[661]。この判決に対する上告審も，この点に関して意見を示さなかった[662]。「被告人が証拠同意しない限り，証拠として使用することができない」という判示は，被告人が同意すれば実質証拠として用い得るとも読むことができる。そのため，実質証拠として使用するために伝聞例外規定によることはできないという趣旨であると解することも可能である。しかしながら，裁判所の見解は，公刊物によっても明確にされている[663]。したがって，裁判所は，一貫して記録媒体の実質証拠使用に否定的である

---

658 대법원 1992.6.23 선고, 92 도 682 판결.

659 대법원 2004.5.27 선고, 2004 도 1449 판결.

660 서울남부지법 2007.6.20 선고, 2006 고단 3255 판결. 但し，本件は，供述録取書が提出されておらず，有罪の証拠として映像録画物のみが提出された事案である。

661 서울고등법원 2008.7.11 선고, 2008 노 606 판결.

662 대법원 2008.9.25 선고, 2008 도 6985 판결.

663 법원행정처『새로운 형사재판의 이해—형사소송법 개정에 따른 변화와 과제』（법원행정처，2007 년）100～103 쪽（法院行政処『新しい刑事裁判の理解—刑事訴訟法改正による変化と課題』（法院行政処，2007 年）100～103 頁），법원행정처・前掲注（452）143 頁を参照。

裁判所が記録媒体の実質証拠使用に否定的であることの理由の一つとして，検察官調書の証拠能力が事実上否定された 2004 年大法院判決以後，検察側が調書の代替物として記録媒体を証拠調べ請求し，記録媒体が「洪水のごとく」裁判所に押し寄せたため，業務に支障が出たことが指摘されている（이완규「진술 영상녹화물의 활용방향」홍익법학 11 권 2 호（2010 년）73～74 쪽（イワンギュ「陳述映像録画物の活用方向」弘益法学

ことが伺える。

（ⅱ）記録媒体の実質証拠使用に関する議論

学説の多くは，裁判所の見解と同様に，記録媒体を実質証拠として使用することに否定的であり，実質証拠使用に肯定的な見解は少ない。

記録媒体を実質証拠として使用することに肯定的な見解は[664]，その主な根拠として，(1) 真正成立を証明する方法としての記録媒体の使用（法第 312 条第 2 項）は，証拠能力を制限する趣旨の規定ではないことや[665]，(2) 記録媒体の証拠能力を排除する規定が存在しないことを挙げる[666]。また，(3) 公判中心主義を「裁判官の心証形成は公判期日における公判廷でなされるべきであるという要請」であると解し，記録媒体を実質証拠として使用することは，公判中心主義に反するものではないとする[667]。

これに対して，裁判所及び学界は，以下の理由により，記録媒体を実質証拠として使用することに否定的である。まず，(1) 改正法が定める記録媒体の利用方法は，真正成立の証明（法第 312 条第 1 項及び第 4 項）及び原供述者の記憶喚起（法第 318 条の 2 第 2 項）の 2 つのみであり[668]，その他に記録媒体の証拠能力を許容する規定を設けていないことを挙げる[669]。また，(2) 記録媒体を実質証拠として使用することは，従来の「調書裁判」が「ビデオ裁判」に代わるだけであり[670]，(3) 捜査機関の「心証」形成過程が裁判所に引き継がれることにより，司法権力である裁判機関の全権である裁判が，行政機関である訴追機関によって事実上左右され得るとする[671]。さらに，(4) 公判中心主義を「公開の法廷で検察官と被告人が対等な当事者として対峙し，被告人の反対審問権が完全に保障された状態でなされる双方の口頭弁論に基づいて，裁判官は事件に対する心証を形成するべきであるという要請」であると解すれば，(2) 及び (3) が指摘する状況は，公判中心主義を害し，

---

11 巻 2 号（2010 年）73～74 頁）。

664 大検察庁は，記録媒体の実質証拠使用に肯定的な見解を示しており，記録媒体を実質証拠として提出することができる旨を内規で定めている（映像録画業務処理指針第 13 条第 1 項）。

665 김성돈ほか・前掲注（311）94～95 頁。

666 張勝壹「韓国刑事訴訟法における映像録画物の証拠能力」比較法学 46 巻 3 号（2013 年）281～282 頁を参照。この見解によれば，以前の判例と同様，記録媒体も供述録取書に関する伝聞例外の要件を充たせば，証拠能力が認められることになる。

667 정웅석「영상녹음・녹화에 관한 법적 고찰」형사법의 신동향 7 호（2007 년）179 쪽（ジョンウンソク「映像録音・録画に関する法的考察」刑事法の新動向 7 号（2007 年）179 頁）.

668 오기두「영상녹화물과 증거사용」형사재판의 쟁점과 과제（2008 년）225～229 쪽（オキドゥ「映像録画物と証拠使用」刑事裁判の争点と課題（2008 年）225～229 頁），유해용「공판중심주의와 전문법칙」저스티스 98 호（2007 년）217 쪽（ユヘヨン「公判中心主義と伝聞法則」ジャスティス 98 号（2007 年）217 頁）.

669 김현숙・前掲注（657）136 頁。

670 법원행정처・前掲注（452）51 頁注（8）。

671 김현숙・前掲注（657）136～137 頁。

直接主義にも反するとする見解も主張されている[672]。その他に，(5) 国会における審議過程で法案第 312 条の 2 が削除された事実を強調する見解や[673]，(6) 映像特有のインパクトゆえに，事実認定者に対して，取調べが適正であったと過度に信頼させたり，供述内容が真実であると事実認定者が判断するおそれが高まるとする見解もみられる[674]。

3. 2007 年刑訴法改正後の議論状況

2007 年改正法の施行後も，法務部は記録媒体を実質証拠として使用する方途を検討しているようである。すなわち，2010 年 12 月 20 日，記録媒体の実質証拠使用を認める規定を盛り込んだ刑訴法改正案を起草することを予告し，2011 年 7 月 4 日に同案を国会に提出した。しかしながら，同案は国会における審議を経ないまま，2012 年 5 月に国会が会期を終えたため，廃案となった[675]。

現在は，学界における記録媒体の証拠法的取扱いに関する議論は，一定程度落ち着いたといえる。また，法改正に向けた現実的な動きもみられない。

第 4 目　2007 年刑訴法改正後の録音・録画制度の運用実態とその問題点

1. 録音・録画の方法

第 3 款で述べるように，警察においては，開放型被疑者取調室が採用されている。そのため，以下では，検察に設置された「電子取調室」における録音・録画の方法について，簡単に概観する。

2011 年現在，検察の「電子取調室」は，全国で計 649 室設置されている。これは，検事が日常的に使用する執務室の一角に設けられた，録音・録画設備を備えた部屋である[676]。一般に，電子取調室には，カメラが 2 台設置されている。1 つは，被疑者の正面を撮影するアングルで設置されたカメラである。もう 1 つは，取調室全体が見渡せるアングルで設置されたカメラである。撮影した映像は，取調べの終了と同時に，大検察庁内にあるサーバ

672 이영한・前掲注（301）112～113 頁。

673 김봉수「수사상 영상녹화물의 증거활용에 대한 비판적 검토」형사법연구 20 권 3 호（2008 년）183 쪽（キムボンス「捜査上映像録画物の証拠活用に関する批判的検討」刑事法研究 20 巻 3 号（2008 年）183 頁）.

674 신동운「영상녹화물의 피의자신문조서 대체가능성에 대해여」형사재판의 제문제 6 권（2009 년）528 쪽（シンドンウン「映像録画物の被疑者訊問調書代替可能性について」刑事裁判の諸問題 6 巻（2009 年）528 頁）. なお，記録媒体が有するインパクトは，事実認定や量刑判断に際して，被告人に不利な結果をもたらし得るところ，これは憲法上保障された正当な裁判を受ける権利を侵害することになり得るという指摘もみられる（이영한・前掲注（301）112～113 頁）。

675 以上，박수희「영상녹화물의 증거능력—법무부 형사소송법개정안을 중심으로—」한양법학 24 권 1 집（2013 년）77～78 쪽（パクスヒ「映像録画物の証拠能力—法務部刑事訴訟法改正案を中心に—」漢陽法学 24 巻 1 集（2013 年）77～78 頁）。なお，同改正案は，記録媒体の実質証拠使用のみならず，弾劾証拠使用を認める規定も設けており，さらには被疑者・参考人に対して映像録画申請権を認めるものであった。

676 이동희「한국에 있어서의 피의자신문의 가시화와 변호인참여」경찰법연구 2 권 1 호（2004 년）55 쪽（イドンヒ「韓国における被疑者訊問の可視化と弁護人参与」警察法研究 2 巻 1 号（2004 年）55 頁）.

一へ，インターネットを介して転送され，保存される[677]。

ここで，取調べを撮影するカメラを，被疑者の視界に入る場所に設置するか否かが問題となる。法は，被疑者取調べを録音・録画する場合には，事前に録音・録画する旨を告知しなければならないとしている（法第 244 条の 2 第 1 項）。そのため，被疑者は当該取調べが録音・録画されているという事実を把握した上で，取調べに臨むことになる。しかしながら，被疑者の視界に入る場所にカメラを設置した場合（overt camera），被疑者が萎縮し，供述獲得が困難になること等が危惧された[678]。他方で，被疑者がカメラの存在に気づかないように，カメラをカモフラージュして設置した場合（covert camera），被疑者から離れた場所に設置する必要があること等から，被疑者の表情が不明瞭になるとされていた[679]。そこで，実務的な問題として，カメラの設置方法が議論されたのである。この点，現在，検察に設置されている「電子取調室」の多くは，カメラを壁の柱やモニュメント等にカモフラージュして，被疑者がカメラを意識することがないようにしているようである[680]。そのため，三脚を用いてカメラを取調室に設置することはなく，カメラの存在自体によって被疑者が萎縮することはあまりないという[681]。

記録媒体の原本を封印する際には，法第 244 条の 2 第 2 項に基づいて，録音・録画装置と一体になったラベル印刷機により，封印用のラベルシールが印刷される。ここには，記録媒体及びサーバーに転送された映像に表示された取調べ開始時刻及び終了時刻等が自動で印字されるようになっている。そのため，検事が恣意的に取調べ時間等を改竄することはできない[682]。

2. 録音・録画制度の運用実態

2007 年に法制化された録音・録画制度は，当初は実施が拡大していた。検察における取調べ録音・録画は，2006 年は 4,855 件実施された。その後，2007 年は 19,197 件，改正法施行後の 2008 年は 25,191 件，2009 年は 50,967 件実施された[683]。2009 年は，3 月から

677 以上，박성재「영상녹화조사의 실무상 쟁점—비교법적 검토—」법조 642 호（2010 년）208 쪽（パクソンジェ「映像録画調査の実務上の争点—比較法的検討—」法曹 642 号（2010 年）208 頁）。

678 정웅석「피의자진문의 영상녹화에 관한 연구」법조 625 호（2008 년）48 쪽（ジョンウンソク「被疑者訊問の映像録画に関する研究」法曹 625 号（2008 年）48 頁）.

679 정웅석・前掲注（678）47～48 頁。ここで想定されていたのは，カメラを室温調整装置や火災感知器のような機器に偽装することであった。

680 이동희・前掲注（260）147～148 頁。

681 大検察庁が作成した「捜査の透明性を高める！映像録画検事室」という広報用ビデオでは，「21 世紀型検事室（21 세기형 검사실）」という語が用いられており，部屋の角に設置された鏡張りの棚の内部にカメラが置かれている。同広報用ビデオは，高麗大学校法学専門大学院教授の洪榮起（홍영기）を通じて，大検察庁から提供を受けた。

682 박성재・前掲注（677）208 頁。

683 남상근「수사과정에서 영상녹화물 증거능력 인정 여부」서강법률논총 2 권 2 호（2013 년）83 쪽（ナムサングン「捜査過程の映像録画物の証拠能力が認められるか否か」西江法律論叢 2 巻 2 号（2013 年）83 頁）.

12 月までの間に検察が捜査した事件全体の 50 %が録音･録画されており，これらの中心は，詐欺 4,231 件（9.3%），道交法違反（飲酒運転）2,239 件（4.9%），交通事故処理特例法違反 2,081 件（4.6%），窃盗 1,788 件（3.9%）であった[684]。その他にも，経済犯罪，行政犯罪，凶悪犯罪等，様々な事件において録音・録画が実施された[685]。また，対象者別にみると，身体拘束された被疑者 6,300 人（12.0%），身体拘束されていない被疑者 38,607 人（73.4%），参考人・告訴人 7,724 人（14.7%）の取調べが録画された[686]。しかしながら，2010 年は，18,747 件と大きく減少した。この理由として，大検察庁が，録音・録画すべき事件として，勾留事件や取調べの価値が高い事件等を指定し，録音・録画の対象を限定するよう方向転換したことが挙げられている[687]。

他方で，警察における録音・録画制度は，「有名無実化」していると報道されるほど，実施が停滞している[688]。この記事によれば，警察における取調べ録音・録画は，2008 年は 89,338 件実施された。その後, 2009 年は 73,371 件, 2010 年は 32,124 件, 2011 年は 21,174 件実施された[689]。2009 年の主な内訳は，詐欺 34,284 件（45.4%），強盗・窃盗 17,861 件（24.3%），強姦等 12,148 件（16.6%），横領･背任 5,755 件（7.8%），殺人 1,948 件（2.7%），麻薬事犯 695 件（0.9%）であった。また，対象者別にみると，被疑者 50,224 件（68.5%），告訴人・被害者 17,806 件（24.3%），参考人 5,341 件（7.3%）の取調べが録画された[690]。

以上のように，検察においても警察においても，録音・録画の実施状況は減少傾向にある。その理由として，（1）録音・録画の記録媒体を実質証拠として使用することができないため，検察の当初の目的が果たせなくなったこと，（2）それゆえに，録音・録画する事件を，録音・録画の効果や必要性が高い事件に絞っていること，（3）裁判所が，録音・録画の記録媒体について，公判中心主義を後退させる「不良証拠」として位置づけ，法廷への顕出に拒否反応を示していること[691]等が考えられる。また，（4）録音・録画の実施が捜査官の裁量に委ねられていることも挙げられよう。

もちろん，韓国においても，取調べ録音・録画が捜査の秘密性を打破したり，被疑者の人権保障（とりわけ，強制的な雰囲気を除去し，黙秘権を行使する土壌を形成すること）

---

684 松下ほか・前掲注（609）144 頁。

685 キムジョンリョル「韓国検察庁における取調べ録画制度の概観」指宿信編『取調べの可視化へ！―新たな刑事司法の展開―』（日本評論社，2011 年）186 頁。

686 松下ほか・前掲注（609）144 頁。

687 法制審特別部会・前掲注（614）配付資料 5「韓国における視察の概要」別紙 2-1，1 頁＜http://www.moj.go.jp/content/000076302.pdf＞。

688 내일신문 2012.10.31 부「경찰 진술영상녹화제도『유명무실』」（ネイル新聞 2012 年 10 月 31 日付「警察陳述映像録画制度『有名無実』」）.

689 박광민･이성대「참고인진술에 대한 영상녹화물의 활용방안」형사정책연구 22 권 4 호（2011 년）81 쪽（パクグァンミン・イソンデ「参考人陳述に対する映像録画物の活用方案」刑事政策研究 22 巻 4 号（2011 年）81 頁）.

690 松下ほか・前掲注（609）144 頁。

691 법원행정처・前掲注（663）119 頁。

に資するという見解も多くみられる[692]。他方で，韓国においては，録音・録画の記録媒体を公判廷で再生することに対して，根強い危惧が存在する。これは，(1) 記録媒体の再生によって，訴訟が遅延し得ること，(2) 撮影アングルや焦点の対象設定等によって，事実認定者が映像から受ける影響を一定程度恣意的に設定できること（いわゆる「Camera Perspectie Bias」の問題である[693]。），(3) 取調べ以前に行われた強制を適切に排除できないこと等が指摘されている[694]。記録媒体の実質証拠使用に対する強固な反対・批判も，同様の問題意識に基づくものである。既述の通り，韓国における録音・録画に関する議論は，記録媒体の実質証拠使用の可否が中心であった。そして，そこで展開されてきた「録音・録画懐疑説」ともいうべき危惧が，録音・録画の実施にも影響を与えていると考えられる[695]。

第 2 款　捜査過程記録制度

韓国においては，取調べ録音・録画制度以外にも，取調べの透明性確保のための政策が講じられている。その 1 つが，捜査過程記録制度である。2007 年刑訴法改正によって設けられた法第 244 条の 4 第 1 項は，「捜査過程の記録」という見出しであり，「検事又は司法警察官は，被疑者が調査場所に到着した時刻，調査を開始し終了した時刻，その他調査過程の進行経過を確認するために必要な事項を被疑者訊問調書に記載し，又は別途の書面に記録した後，捜査記録に編綴しなければならない。」と規定している（同条第 1 項）。同条項の「調査過程の進行経過を確認するために必要な事項」とは，休憩や食事等によって取

692 たとえば，정웅석「피의자신문의 영상녹화에 관한 연구」법조 625 호（2008 년）10～17 쪽（ジョンウンソク「被疑者訊問の映像録画に関する研究」（2008 年）10～17 頁），조상제「한국 개정 형사소송법상 수사과정의 영상녹화제도」동아법학 43 호（2009 년）544～545 쪽（ジョサンジェ「韓国改正刑事訴訟法における捜査過程の映像録画制度」東亜法学 43 号（2009 年）544～545 頁）等。

693 Camera Perspective Bias とは，映像に関する錯覚原理（illusory causation）が，取調べ場面を撮影した記録媒体においても確認されることによるものである。これにより，全く同じ場面・内容の供述を録画した場合であっても，取調べを撮影するカメラのアングルや再生方法によっては，事実認定の任意性判断や事実認定，量刑判断にまで，無意識のうちに系統的影響を及ぼし得る。

Camera Perspective Bias については，G. Daniel Lassiter et al., *Videotaped Confessions: Panacea or Pandora's Box?*, 28 LAW & POLICY 192 (2006) を参照。なお，邦語文献として，指宿信「取調べ録画制度における映像インパクトと手続法的抑制策の検討」判時 1995 号（2008 年）3～11 頁，サトウタツヤ・若林宏輔「取調べ可視化論の心理学的検討」法時 83 巻 2 号（2011 年）54～62 頁，安部・前掲注（650）150～153 頁等を参照。

694 법원행정처・前掲注（452）51 頁，정웅석・前掲注（692）13～17 頁，조상제・前掲注（692）544～545 頁。

695 録音・録画の実施が停滞していることに対して，その活性化が弁護士から主張されることはないという。弁護士も，記録媒体が有するインパクトを懸念し，録音・録画の記録媒体が弁護活動に有利にならないと考えているようである（法制審特別部会・前掲注（614）配付資料 5「韓国における視察の概要」別紙 1，3 頁＜http://www.moj.go.jp/content/000076302.pdf＞）。

調べが中断した場合の時刻，取調べを再開した時刻及びその理由，取調べのうち被疑者が自筆で供述書を作成した場合の経緯等を指すとされている[696]。調書と同様に，捜査過程記録についても，閲覧・読み聞かせの機会や，増減変更を申し出る機会を与えなければならない（同条第 2 項）。また，被疑者の署名・押印を要求しなければならない（同条第 2 項）。捜査過程記録制度は，被疑者のみならず，参考人を取り調べる場合にも適用される（同条第 3 項）。

捜査実務では，この書面を「捜査過程確認書」と称し（司法警察官吏執務規則第 18 条の 2），被疑者の署名による確認を受けて，調書の最後に添付し，契印をし，捜査記録に編綴している[697]。捜査過程記録制度は，取調べの適法性や透明性を確保するのみならず，供述の信用性や任意性を判断する際の資料になる。取調べ録音・録画記録媒体の使用方法と関連して述べたように，韓国においては，記録媒体を供述の任意性や信用性を判断する際の補助証拠として用いることができない。そのため，捜査過程記録制度は，録音・録画制度を設けた現行法下でも，実務上極めて大きな意義を有するとされている[698]。

第 3 款　取調室の形態―警察における開放型被疑者取調室を中心に―

第 1 目　検察における取調室

第 1 款において簡単に述べたように，検察では，被疑者取調べは，検事が通常業務を行う検事執務室の一角に設けられた電子取調室において行われるのが一般的である[699]。検事執務室は，各検事に割り当てられており，検察職員 1～2 人と技能職の事務補助員 1 人が配置されている。したがって，被疑者取調べを行う際には，被疑者を除き，当該検事執務室内に合計 3～4 人の検察関係者が在室していることになる。もっとも，検察庁舎によっては，検事執務室とは独立した，日本の警察署に存在するような「取調室」を設置しているところもあるという。このような「取調室」は，検事執務室の一角に設けられている「電子取調室」よりも密室性が高い。その一部は，2002 年 10 月に発生したソウル地検被疑者拷問致死事件で明らかとなった特別訊問室である[700]。特別訊問室は，この事件を契機として，全面的に廃止されたとされている[701]。しかしながら，現時点で，検察庁舎内に，日本の警察署に存在するような密室性の高い「取調室」が存在するか否かは明らかにされていない[702]。

第 2 目　警察における開放型被疑者取調室

これに対して，警察では，「開放型被疑者取調室」が導入されている。これは，警察官が

696 법원행정처・前掲注（452）55 頁。
697 이동희・前掲注（260）149 頁。
698 법원행정처・前掲注（452）55 頁。
699 이동희・前掲注（676）55 頁。以下の記述は，同稿に依るところが大きい。
700 本編第 2 章第 2 節第 1 款「刑事訴訟法第 312 条に関する従前の解釈と『調書裁判』」を参照。
701 이동희・前掲注（263）233 頁。
702 이동희・前掲注（676）55 頁。

通常業務を行う「事務室」で被疑者取調べを行うものである。現行法上，取調べ場所を指定・限定する規定は存在しない。しかしながら，警察における捜査実務では，一般的に，20～30 人程度の捜査官が勤務している当該部署の大部屋自体を「取調室」として使用している[703]。取調べは，被調査者のプライバシー保護の観点から，高さ 1.5m 程度の衝立てで仕切った個々の捜査官の事務机で行われる。したがって，複数の取調べが同時並行で行われる構造となっている[704]。被疑者取調べは，一つの事務室内に様々な事件の被疑者や参考人，警察官等が同席した中で行われることになる。そのため，在室者は相互に観察することが可能である。また，他部門の警察官や一般人の立入りが厳しく制限されている訳ではない。特に，刑事係や調査係は，一般的に警察署の建物の 1 階に位置しており，庁舎の外からでも内部を観察することができる[705]。刑事部の場合，事務室の入り口には「デスク」が設けられており，刑事が交代でここに常駐する。このデスクにいる刑事は，部屋に出入りする者をチェックしつつ，取調べを受けている被疑者の逃亡に備える役割を果たしている[706]。加えて，たとえば，瑞草（서초）警察署では，大部屋の入口に，捜査官の机の配置図及びその氏名・顔写真が掲載された座席配置表が掲示されており，大部屋内部の様子が把握できるようになっている[707]。さらに，事務室の天井には，部署全体が撮影できるカメラが設置されており，機関長の部屋等で監視することができるようになっている。録画された映像は，逐次入力・削除され，通常 1 ヶ月から 3 ヶ月程度録画データが保存される[708]。「開放型被疑者取調室」と称される事務室は，若干の差はあるものの，全国の警察署で同様に採用されているという[709]。

なお，韓国の警察においても，以前は密室形態の取調室が存在した。いわゆる「対共分室」といわれる施設である[710]。これは，警察署とは独立した建物内に設置され，取調べを行うことを目的とするものであった。「対共分室」の名から想起されるように，この施設は公安事件に関する取調べを中心に使用されていた。また，1980 年代の民主化運動期には，学生や民主化運動家に対する取調べにも用いられた。しかしながら，1987 年の朴鍾哲（박종철）拷問致死事件[711]を契機として，対共分室は完全に廃止された[712]。

---

703 이동희・前掲注（263）232 頁。

704 甲木真哉「韓国における取調べ可視化の最新事情」刑弁 44 号（2005 年）139 頁。

705 이동희・前掲注（676）54 頁。なお，韓国の警察署では，正門で訪問者の身分証を呈示し，訪問目的を告げれば，警察署内に立ち入ることができるという（同頁注（13））。

706 이동희・前掲注（676）54 頁。身体拘束された被疑者を開放型被疑者取調室で取り調べるときは，逃亡や自傷他害行為を防止するために，手錠や腰縄をしたまま取り調べることがあるという（同稿 55 頁）。

707 山下・前掲注（532）94 頁。

708 이동희・前掲注（260）143 頁。

709 이동희・前掲注（676）54～55 頁。

710 ソウル特別市龍山区にある当時の対共分室は，現在は警察庁人権センターとして一般公開されている。

711 本編第 1 章第 2 節第 2 款第 1 目「現行憲法の誕生」を参照。

712 以上，李東熹・前掲注（303）127～128 頁注（15）を参照。

第 4 款　調書作成に関する諸制度[713]

第 1 目　契印制度の採用

韓国では，調書作成に関する施策として，契印制度が採用されている。これは，調書を作成する際に，被疑者が調書記載内容に誤記がない旨を供述したとき，その調書に契印を押させ，その上で署名又は記名捺印させるものである（法第 244 条第 3 項）[714]。契印制度は，1954 年制定刑訴法の制定当時，捜査機関による作為的な調書作成や修正を防止するために導入された[715]。大法院は，被疑者の記名・捺印のみならず，調書に契印が押されていなければ，当該調書の証拠能力を認めることはできないと判示している[716]。

第 2 目　問答式調書の採用

また，調書の記載形式として，問答式が採用されている。これは，取調官の質問を「問」，それに対する被疑者の供述を「答」とし，それぞれの供述をそのまま調書に録取するものである[717]。被疑者が黙秘した場合は，「…（黙秘）」等と表記される。問答式調書は，取調官と被疑者の対話内容を供述調書に記録し，取調べの様子を事後的に確認することができるようにするものであり，供述の任意性を確保しようとするものである。しかしながら，問答式によって調書を作成するとしても，取調官の認識に基づいて調書化されたものであ

---

713 本款の記述は，이동희・前掲注（676）56～58 頁に依るところが大きい。

714 日本においては，調書に契印を行わなければならないのは捜査機関である（刑訴規則第 58 条第 3 項）。被疑者に契印させることを要求する規定は存在しない。

もっとも，日本の検察は，調書の全頁に，各頁を跨ぐ形で，被疑者から契印を求める運用を行っている（毎日新聞 2006 年 7 月 12 日付朝刊「最高検：調書，全ページに割り印　ミス頻発で指示」及び朝日新聞 2006 年 7 月 12 日付夕刊「各地検，調書に割り印：ミス多発で全ページに　来月試験導入」）。しかしながら，日本においては，被疑者の契印は証拠採用要件ではない。また，警察段階では，この運用は行われていない（たとえば，愛媛県議会平成 23 年文教警察委員会（2011 年 7 月 5 日）において，愛媛県警察本部刑事部長であった宮脇直志は，「調書の割り印につきましては，調書を作成した警察官が押印することと規定されており，被疑者の割り印を要しておりません。」と回答している。愛媛県議会会議録検索システム「愛媛県議会平成 23 年文教警察委員会（2011 年 7 月 5 日）＜http://www.kensakusystem.jp/ehime/cgi-bin3/ResultFrame.exe?Code＝tf2f7ocy28hedxu4gw&fileName＝H230705B06&startPos＝0＞）。

契印と関連して，日本の最高裁は，刑訴規則第 58 条第 3 項に基づく捜査官の契印を欠いた調書について，その証拠能力を認めている（最一判昭和 24 年 2 月 24 日刑集 3 巻 2 号 238 頁，最一決昭和 35 年 3 月 3 日刑集 14 巻 3 号 244 頁，最二決昭和 39 年 1 月 29 日裁判集刑 150 号 329 頁）。以上の点で，韓国における契印制度は，日本における調書作成に関する施策とは大きく異なる。

715 이동희・前掲注（676）57 頁。

716 대법원 1981.10.27 선고, 87 도 1370 판결. もっとも，大法院は，被疑者に対して調書の記載内容を知らせなかったとしても，その事実のみで当該調書の証拠能力を否定することはできないという立場も採っている（대법원 1988.5.10 선고, 87 도 2716 판결，대법원 1993.5.14 선고, 93 도 486 판결）。

717 問答式調書のサンプルは，송광섭・前掲注（291）993 頁，최영승・前掲注（362）835 頁等に掲載されている。

るため，その主観的要素を排除することには限界があると指摘されている[718]。

第 3 目　調書作成に関するその他の施策

これらの他に，(1) 調書修正の方式，(2) 取調べ回数の記載，(3) 確認書制度等がある。

(1) 調書修正の方式とは，法第 244 条第 2 項に基づいて被疑者に調書を閲覧させ，読み聞かせた際に，誤記や増減変更の申立てがあった場合の，当該申立てを調書に記載する方法に関するものである。実務運用では，当該調書に対して被疑者が異議を申し立てた場合，新たに調書を作成するのではなく，異議を申し立てた調書を訂正することによって修正を図っている。具体的には，増減変更のうち，追加して記載するよう申し出があった場合は調書の空白部分にその内容を加筆し，記載内容の一部を削除するよう申し出があった場合はその記載部分に二重線を引き，削除しているという。そして，これらの変更箇所には，取調官と被疑者がそれぞれ押印するという[719]。

(2) 取調べ回数の記載とは，調書の表題の右側空白欄に，第何回目の取調べであるかを明記するものである[720]。これは，法が要求するものではなく，実務慣行として行われている[721]。

(3) 確認書制度とは，被疑者に対して諸権利を告知したことを明確にするために，権利告知を受けた旨を記載した確認書を被疑者に作成させるものである[722]。身体拘束された被疑者の場合は，身体拘束現場で権利告知を行い，警察署へ引致した後に確認書を作成させることが多いという[723]。また，検察においても，2002 年の被疑者拷問致死事件を契機として，「陳述拒否権告知確認書」が作成されている（人権保護捜査準則第 14 条)。被疑者に対する権利告知の有無が公判廷で争われた場合であっても，確認書によって告知の事実を立証することが可能であるため，捜査官は積極的に確認書を作成しているという[724]。

第 4 章　被疑者取調べと「適法手続」

第 1 節　適法手続の意義

最後に，被疑者取調べと「適法手続」原則の関係について，簡単に触れておきたい。韓国憲法第 12 条第 1 項は，「すべて国民は，身体の自由を有する。何人も，法律によらなければ，逮捕，拘束，押収，捜索又は審問を受けず，法律及び適法な手続によらなければ，

718 이동희・前掲注（676）57 頁。
719 以上，이동희・前掲注（676）57 頁。
720 최영승・前掲注（362）835 頁。
721 이동희・前掲注（676）57 頁。
722 이영돈「체포시 피의자 권리고지에 관한 법적 고찰」외법논집 36 권 3 호（2012 년）87 쪽（イヨンドン「逮捕時における被疑者権利告知に関する法的考察」外法論集 36 巻 3 号（2012 年）87 頁）.
723 이동희・前掲注（676）58 頁。
724 이동희・前掲注（676）58 頁。

処罰，保安処分又は強制労役を科せられない。」と規定している。また，同条第 3 項は，「逮捕・拘束・押収又は捜索をするときは，適法な手続に基づいて検事の請求により法官が発付した令状を提示しなければならない。」と規定している。一般に，この 2 つの条項は，「適法手続」主義を宣言したものであるとされている。この規定は，1987 年 10 月 27 日に改正された現行憲法（第 9 次改正憲法）によって，初めて憲法に明記された。適法手続原則は，連邦憲法修正第 5 条及び第 14 条のデュー・プロセス条項に影響を受けたものである[725]。韓国における適法手続原則は，「基本権に関する憲法の精神を刑事訴訟に具現した公正な法定手続によって刑罰権を実現させる原理」であり[726]，文明化された社会共同体の地盤を構成する手続的要請であると説明されている[727]。大法院は，適法手続原則について，「裁判官が，人身の拘束に関する憲法と法律の規定を解釈・適用するにあたり，国家の刑罰権よりも個人の人権擁護に力を置き，個人の人身拘束に慎重を期する」趣旨であるという理解を示している[728]。これらのことから，憲法上の基本権を充分に保障し，憲法と刑訴法の「法の真空地帯」を埋めるためのものであるという表現が用いられることもある[729]。

第 2 節　韓国における Due Process の受容

第 1 節で述べたように，「適法手続」条項が憲法に初めて明記されたのは，1987 年 10 月 27 日の第 9 次改正憲法である。しかしながら，それ以前にも，憲法的刑事訴訟の要請に基づいて，適法手続概念が意識されていた[730]。当時の憲法第 11 条第 1 項は，「すべて国民は，身体の自由を有する。何人も，法律によらなければ，逮捕，拘禁，押収，捜索，審問及び保安処分を受けず，刑の宣告によらなければ，強制労役を受けない。」と規定していたところ，「法律によらなければ」という文言の中に，適法手続の概念が含まれるとされていたのである[731]。これは，「法律によらなければ」という部分が，アメリカのデュー・プロセス条項の起源とされている 1215 年のイギリス・マグナカルタ（Magna Carta）第 38 条及び第

725 최영승・前掲注（318）2 頁，신동운・前掲注（15）7 頁。なお，韓国の適法手続条項は，法治国家原理（Rechtsstaatsprinzip）等との関係で説明されることもある（이재상・前掲注（268）27 頁）。

726 강동욱・前掲注（486）43 頁。

727 신동운・前掲注（15）7～8 頁。

728 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정.

729 최영승・前掲注（318）3 頁。

730 たとえば，대법원 1983.3.8 선고, 82 도 2873 판결や대법원 1987.3.10 선고, 85 누 603 판결等は，「適法手続」という用語を用いていた。これは，1980 年代に連邦憲法に関する研究が盛んに行われたためである（유의일「미국 헌법상 적법절차 조항의 한국적 수용」미국헌법연구 16 권 1 호（2005 년）51 쪽（ユウィイル「アメリカ憲法における適法手続条項の韓国的受容」アメリカ憲法研究 16 巻 1 号（2005 年）51 頁）。

731 임지봉「적법절차조항의 우리헌법에의 도입과 그 운용」헌법학연구 11 권 3 호（2005 년）285 쪽（イムジボン「適法手続条項の韓国憲法への導入とその運用」憲法学研究 11 巻 3 号（2005 年）285 頁）.

39 条の「国法によらなければ」という文言に類似しているとされたためである[732]。旧憲法第 11 条第 1 項を根拠とする適法手続概念も，現行憲法上の適法手続概念と同様に，「基本権に関する憲法の精神を刑事訴訟に具現した公正な法定手続によって刑罰権を実現させる原理」であると解されていた[733]。

その後，韓国は，1987 年に民主化を達成した。そして，冒頭で述べたように，韓国憲法第 12 条第 1 項及び第 3 項に「適法手続」条項が設けられた。しかしながら，アメリカと韓国では，憲法の歴史的背景や法文化を異にする。また，連邦制度の採否等，国家体系も異なる。さらに，1987 年の第 9 次憲法改正の際に，国会における議論が成熟しないまま適法手続条項を憲法に導入したという事情もあった[734]。そこで，適法手続に関する固有の解釈論が必要であるとして，議論が展開された[735]。憲法第 12 条第 1 項に関する解釈は，大きく分けて 4 つの類型がある。まず，(1) 注意的規定説は，現行憲法第 12 条第 1 項について，旧憲法第 11 条第 1 項が規定していた「すべて国民は，身体の自由を有する。何人も，法律によらなければ，逮捕，拘禁，押収，捜索，審問及び保安処分を受けず，刑の宣告によらなければ，強制労役を受けない。」という内容と代わらないものであると理解し，現行憲法第 12 条第 1 項を「注意的規定」であると説明する[736]。(2) 法定主義説は，現行憲法第 12 条第 1 項について，憲法第 37 条第 2 項[737]が規定する「自由と権利に対する本質的侵害の禁止」の一内容であると理解した上で，憲法第 12 条第 1 項は「手続の法定」のみを要求していると説明する[738]。(3) 手続・実体適正法定主義説（第 1 項・第 3 項独立型）は，韓国憲法が，ドイツ法とアメリカ法の両者から強い影響を受けていることを強調する。このことを前提に，第 1 項後文が「法律及び適法な手続によらなければ，処罰，保安処分又は強制労役を科せられない」と規定していることに注目し，第 1 項の「適法な手続」は，罪刑法定主義に関する規定であると理解する。これに対して，第 3 項の「適法な手続」は，手続と実体のいずれも適正な内容の法律によって定められていることを要求していると説明する[739]。この見解は，少数説として位置づけられている[740]。(4) 手続・実体適正法定主義説

---

732 임지봉・前掲注（731）286 頁。
733 이재상・前掲注（252）27 頁。
734 임지봉・前掲注（731）284 頁。
735 최영승・前掲注（318）44 頁。
736 양건「새 헌법의 기본권조항」고시계 369 호（1987 년）36 쪽（ヤンゴン「新しい憲法の基本権条項」考試界 369 号（1987 年）36 頁），한상범「개정된 신체의 자유 규정과 그 문제점」월간고시 1987 년 12 월호（1987 년）125 쪽（ハンサンボム「改正された身体の自由規定とその問題点」月刊考試 1987 年 12 月号（1987 年）125 頁）.
737 憲法第 37 条第 2 項は，「国民すべての自由及び権利は，国家安全保障・秩序維持又は公共福利のために必要な場合に限り，法律で制限することができ，制限する場合であっても，自由及び権利の本質的な内容を侵害することができない。」と規定している。
738 전재경「한국에서의 적법절차의 수용과 전개」법조 397 호（1989 년）92～95 쪽（ジョンジェギョン「韓国における適法手続の受容と展開」法曹 397 号（1989 年）92～95 頁）を参照。
739 권영성『헌법학원론〔개정판〕』（법문사，2004 년）423 쪽（グォンヨンソン『憲法

（第 1 項・第 3 項一体型）は，憲法第 12 条第 1 項及び第 3 項の両方について，アメリカのデュー・プロセスをそのまま継受したものであると把握し，「適法な手続」という文言は「法律の内容が，手続と実体のいずれも適正なものであることを要求している」と理解する[741]。

大法院は，適法手続について，その手続と実体において，いずれも適正なものであることを要求する原理であると解している[742]。また，憲法裁判所も，形式的手続のみならず，実体的法律内容が合理性と正当性を有するものでなければならないと解している[743]。これらの判例を受けて，学説の多くも，（4）手続・実体適正法定主義説（第 1 項・第 3 項一体型）を支持している[744]。そして，適法手続について，すべての公権力の行使は，手続上の適法性を備えなければならないのみならず，公権力行使の根拠となる法律の実体的内容も，合理性と正当性を備えなければならない原理であると捉えている[745]。また，適法手続条項の「逮捕，拘束，押収，捜索又は審問」や「処罰，保安処分又は強制労役」は例示であり，いかなる基本権に対しても，いかなる手続に対しても，適法手続は適用されると解している[746]。

第 3 節　刑事手続における「適法手続」の内容

韓国刑訴法は，日本の刑訴法や連邦刑事訴訟規則[747]のように，目的規定を設けていない。この点について，伝統的な見解は，刑訴法の指導理念を実体的真実主義と適法手続であるとした上で，実体的真実主義が適法手続によって制限されると理解してきた[748]。しかしながら，現在では，アメリカのデュー・プロセス条項に関する議論[749]に基づき，適法手続は実体的真実主義よりも優越する刑事手続の最高理念であるという理解が一般化している[750]。

学原論〔改訂版〕』（法文社，2004 年）423 頁）.

740 임지봉・前掲注（731）287～288 頁。

741 윤명선『인터넷시대의 헌법학〔증보판〕』（대명출판사，2004 년）468 쪽（ユンミョンソン『インターネット時代の憲法学〔増補版〕』（大明出版社，2004 年）468 頁），허영・前掲注（37）364 頁。

742 대법원 1988.11.16 선고, 88 초 60 판결.

743 헌법재판소 1992.12.24 선고, 92 헌가 8 결정.

744 최영승・前掲注（318）46 頁。

745 임지봉・前掲注（731）292 頁。

746 권영성・前掲注（739）423～424 頁。

747 Rule 2 of the Federal Rules of Criminal Procedure.

748 조국「『헌법적 형사소송』의 관점에서 본 형사절차상의 권리 및 제도보장」울산대학교 사회과학논집 10 권 1 호（2000 년）307 쪽（ジョグク「『憲法的刑事訴訟』の観点からみる刑事手続上の権利及び制度保障」蔚山大学校社会科学論集 10 巻 1 号（2000 年）307 頁）を参照。

749 *See* Donald A. Dripps, *Beyond the Warren Court and Its Consevative Critics: Toward a Unified Theory of Constitutional Criminal Procedure*, 23 U. MICH. J.L. REFORM 591, 593 (1991).

750 차용석『형사소송법』（세영사，1997 년）63 쪽（チャヨンソク『刑事訴訟法』（世

そのため，適法手続は，刑事手続において制度として具体化されているのみならず，刑事手続を規制する解釈原理や，刑事関連立法の指針を提供する役割を担い，さらには法律の空白を埋める補充規範として作用するとされている[751]。

他方で，韓国における適法手続の具体的な内容は，ドイツ法に基づく法治国家原理等に基づいて説明されることも多い。「適法手続」の代表的なものとして挙げられている，(1) 公正な裁判の原理（Grundsatz des fairen Verfahrens），(2) 比例性原則（Grundsatz der verhältnismäßigkeit）ないしは過剰禁止原則（Verbot des Übermaßes），(3) 被告人保護原則も，ドイツ法の理解に基づくものである[752]。(1) 公正な裁判を受ける原理には，(1-1) 公平な裁判所の構成，(1-2) 被疑者・被告人の防禦権保障，(1-3) 武器平等原則が含まれるとされる。また，(3) 被告人保護原則とは，憲法の民主的基本秩序である自由民主的基本秩序と社会民主的基本秩序のうち，社会的民主的基本秩序の具現である「裁判所の保護義務原則（Grundstaz der Fürsorgepflicht des Gerichts)」をいう。適法手続の内容に関するドイツ法的な説明は，韓国法学の発展初期段階でドイツ法研究が主流であったことが影響している。そして，その後，アメリカ法研究が盛んになり，英米法の概念が取り入れられた[753]。そのため，韓国における適法手続概念は，ドイツ法の法治国家原理と英米法由来のデュー・プロセスを折衷させて発展してきたものであり，極めて複雑なものとなっている。

第 4 節　被疑者取調べと適法手続

韓国では，被疑者取調べにおける適法手続の内容として，本編第 3 章で示した様々な適正化施策が挙げられることが多い[754]。韓国における被疑者取調べの憲法的規制や，政策論

英社，1997 年）63 頁），조국・前掲注（748）307 頁，차용석「형사소송에 있어서의『Due Process』의 구현」형사정책연구 18 권 3 호（2007 년）588 쪽（チャヨンソク「刑事訴訟における『Due Process』の具現」刑事政策研究 18 巻 3 号（2007 年）588 頁）.

751 신양균「헌법상 적법절차의 형사소송법에서의 구현—새로운 형사소송법개정안을 중심으로—」비교형사법연구 8 권 1 호（2006 년）626 쪽（シンヤンギュン「憲法上の適法手続の刑事訴訟法における具現—新しい刑事訴訟法改正案を中心に—」比較刑事法研究 8 巻 1 号（2006 年）626 頁）.

752 이재상・前掲注（268）28～30 頁。

753 韓国法学の発展過程については，本編第 1 章第 2 節第 3 節「韓国における憲法上の基本権保障に対する考え方」及び第 4 節「韓国刑訴法の変遷と刑事法学の発展」を参照。

754 たとえば，被疑者取調べと適法手続に関する代表的な研究である，최영승・前掲注（318）は，英米におけるデュー・プロセス概念の発展過程を概観し，韓国における適法手続概念の継受を描写した後，「被疑者取調べと適法手続」という章で，出頭要求や逮捕，黙秘権告知，取調べ方法，強制による自白，調書の作成等について説明している。続いて，「適法手続の実現のための制度的保障」という章で，違法収集証拠排除法則や，弁護人立会い，取調べ録音・録画制度等について記述している。他に，조성제「피의자신문에 있어서 헌법상 적법절차원리의 구현」세계헌법연구 14 권 1 호（2008 년）345～382 쪽（ジョソンジェ「被疑者取調べにおける憲法上の適法手続原理の具現」世界憲法研究 1

に基づく取調べ規制自体が，「適法手続」を具現したものとして理解されているのである。これは，適法手続が，国家作用として基本権を制限する場合のみならず，すべての立法作用や行政作用にも適用されるものであり[755]，刑事手続においては，手続全般を基本権保障という観点から規律する原理であるという考え方に基づくものであろう[756]。被疑者取調べは，実体的真実発見と人権保障が最も先鋭に対立する局面の 1 つである。そのため，第 3 章で明らかにした被疑者取調べ規制が，同時に「適法手続」の内容を明らかにするものであることは，論理必然でもある[757]。

他方で，韓国における適法手続に関する理解は，論理的根拠を充分に示さないまま，「適法手続の要求」であることを理由に，被疑者の権利保障や「憲法的刑事訴訟」を導く傾向がある。たとえば，第 9 次憲法改正直前に示された論稿は，アメリカにおけるデュー・プロセス条項の役割や，連邦最高裁が認めてきた基本権を描写した上で，「修正第 14 条の適法手続条項は，一言で言えば，全知全能の魔法の箱（마법의 상자）であると喩えることができる。実際に，その中に蓄えられている物体の正体が何であるかに関係なく，魔法使いの呪文によって，何であっても引き出すことができる魔法の箱なのである。」と批判していた[758]。韓国の裁判所は，権利認定・権利創造・権利救済を積極的に展開している。その根拠として，適法手続が挙げられることも少なくない。しかしながら，韓国は，連邦制度を採るアメリカとは状況が異なる。そのため，適法手続条項を「魔法の箱」として用いてはならないという指摘もみられる[759]。

もっとも，第 3 章で明らかにした韓国における取調べの憲法的規制は，黙秘権や弁護人の援助を受ける権利の実質的・実効的保障に基づいて展開されたものであり，「適法手続」それ自体を根拠とするものではない。身体拘束された被疑者の取調べに弁護人が立ち会う権利を認めた 2003 年大法院決定も，黙秘権や弁護人の援助を受ける権利から立会権を導いた上で，「人身拘束及び処罰に関して『適法手続主義』を宣言した憲法の精神にも符合する」と述べているに過ぎない[760]。このように，韓国では，刑訴法の規定が充分に整理・整備されていない部分で，かつ，憲法の明文規定からはその要求がはっきりと読み取れない部分について，憲法の解釈原理として適法手続概念を機能させることによって，憲法の要求を読み取るという憲法解釈がなされている。やや比喩的に言えば，韓国の適法手続概念は，

---

4 巻 1 号（2008 年）345～382 頁）等も同様である。

755 헌법재판소 2001.11.29 선고, 2001 헌바 41 결정.

756 헌법재판소 1996.12.26 선고, 94 헌바 1 결정.

757 최영승・前掲注（318）58 頁。

758 안경환「마법의 상자 적법절차조항」사법행정 28 권 9 호（1987 년）98 쪽（アンギョンファン「魔法の箱　適法手続条項」司法行政 28 巻 9 号（1987 年）98 頁）.

759 박종보「미국헌법이 한국헌법에 미친 영향―적법절차와 평등보호를 중심으로―」한양대학교법학논총 24 집 2 호（2007 년）69 쪽（パクジョンボ「アメリカ憲法が韓国憲法に与えた影響―適法手続と平等保護を中心に―」漢陽大学校法学論叢 24 輯 2 号（2007 年）69 頁）.

760 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정.

憲法と刑訴法の「空白地帯」を埋め[761]，両者を繋ぐボンドのような役割を現実に果たしているのである。そして，単に「空白地帯」を埋めるのではなく，手続全般を基本権保障という観点から規律し[762]，刑事手続を憲法化する方向で憲法と刑訴法を結合させる機能を担っているのである。

以上のことから，韓国の被疑者取調べにおける適法手続は，刑訴法の解釈・立法・運用を行う際に，憲法上の基本権の実質的・実効的保障を理論的に後押しし，被疑者取調べの憲法的規制を実現する論理であると位置づけることができる。

第 5 章　韓国における被疑者取調べの憲法的規制

1910 年の日韓併合以後，朝鮮刑事令によって，日本の明治刑訴法及び大正刑訴法が朝鮮に「依用」された。同時に，植民地統治の効率性を理由として，捜査機関の強制権限が拡大された。このように，韓国は，独特な形で日本法を継受した。その後，1954 年に，韓国独自の刑訴法が制定された。しかしながら，この刑訴法は，日本の現行刑訴法を参考にしながら，「依用刑訴法」に英米法の理念を盛り込んだものであった。したがって，植民地統治が終焉した後も，日本と極めて類似した刑訴法を有することになった。

他方で，韓国の刑事司法は，権威主義体制を支える道具として機能し，度重なる改正を経験した。その中で，被疑者・被告人の諸権利は軽視され，多くの人権侵害を生んだ。そのため，1987 年の民主化後に改正された憲法と刑訴法は，権威主義体制の残滓を清算するため，被疑者・被告人の人権保障に重きを置いた。また，憲法裁判所を創設し，積極的な違憲審査を行うことを可能にした。さらに，その後の司法制度改革や，大法院・憲法裁判所の諸判例を通じて，身体拘束制度や国選弁護制度の見直しや，被疑者・被告人の諸権利の実質的・実効的保障が図られた。このような中で，公判中心主義を希求した司法制度改革は，2007 年の刑訴法大改正を実現した。これによって，韓国刑訴法は，憲法的刑事訴訟へ向けて本格的に舵を切ることになった。

民主化以後の一連の改革や司法判断は，被疑者取調べにも大きな影響を与えた。すなわち，憲法上の基本権に基づいて，取調べを規制する動きがみられるようになった。その両輪となるのが，黙秘権と弁護人の援助を受ける権利である。韓国においては，取調べ過程において黙秘権が効果的に保障されないおそれを危惧しつつ，弁護人の援助を受ける権利の実質的保障を軸として，Miranda 法理と同様の効果を導いている。

憲法上の基本権を実質的に保障する後押しをしているのが，韓国憲法第 12 条第 1 項及び第 3 項が規定する適法手続原理である。韓国では，適法手続概念が，手続全般を基本権保障という観点から規律し[763]，刑事手続を憲法化する方向で憲法と刑訴法を結合させる機能

761 최영승・前掲注（318）3 頁。
762 헌법재판소 1996.12.26 선고, 94 헌바 1 결정.
763 헌법재판소 1996.12.26 선고, 94 헌바 1 결정.

を担っている。これは，刑訴法の解釈のみならず，立法や運用を行う際にも適用される。

この論理を現実のものとし，刑訴法の憲法化を推し進めているのが，(1) 権威主義体制への反省と，(2) 憲法裁判所による積極的な司法審査である。憲法裁判所は，1960 年代のアメリカ―Warren Court をモデルとし[764]，権威主義体制下で制定された法律や条項の多くに対して違憲決定を下した。その結果，現行憲法が「現実に根をおろした規範力のある憲法」として発展し[765]，法制定・法適用における憲法の優位・憲法的統制が実効化し，社会的・政治的争点を憲法化することになった[766]。さらに，これに伴い，「国民の憲法意識と政治的雰囲気」が成熟した[767]。憲法裁判が活性化するにつれて，憲法に対する国民の理解も高まり，ようやく主権者として憲法に依拠し，国家権力の濫用と誤用に対する是非を問うことが可能になった[768]。

韓国が短期間の内に「憲法的刑事訴訟」に舵を切った背景には，(1) ドラスティックな変化を厭わず，積極的に現状を改善しようとする国民観・国民性や[769]，(2) 先進国としての地位を確かなものにするために，国際水準へ合致した刑事手続を希求していること等が存在すると思われる[770]。もっとも，これらの仮説は，法社会学的な実証研究を経ていないため，今後の詳細な検討によって裏付ける必要がある。

いずれにせよ，韓国では，被疑者取調べの性質を直視し，被疑者の黙秘権等が効果的に保障されないおそれがあることを危惧している。そして，憲法上の基本権を実質的・実効的に保障することによって，取調べを規制することを試みている。ここでは，適法手続原理が憲法と刑訴法を結合させるという重要な役割を果たしている。このようにして，韓国では，アメリカ法に学びながら，被疑者取調べの憲法的規制を実現しているのである[771]。

---

764 韓寅燮・前掲注（130）169 頁。

765 姜京根・前掲注（190）19 頁。

766 韓寅燮・前掲注（130）169 頁。

767 韓国憲法裁判所・前掲注（72）79 頁。

768 鄭宗燮・前掲注（183）70 頁。

769 たとえば，今井・前掲注（149）3 頁は，「韓国においては，必要性が高い法律を迅速に制定し，施行し，その後に適切な改正を施していけばよいという柔軟な考え方に基づく立法を許容する社会的背景がある」と指摘する。

770 2004 年 11 月 15 日に開催された司法改革委員会第 24 回全体会議では，被疑者・被告人の人権を保障し，国際基準に合致する刑事手続を実現させるために，公判中心主義の確立を満場一致で強調した（대법원・前掲注（147））。

771 김용세「형사절차상 기본권 보장을 위한 형소법규정 및 실무현실에 관한 연구―헌법적 형사소송의 원리에 기초한 분석적 고찰―」형사정책연구 19 권 3 호（2008 년）54～55 쪽（キムヨンセ「刑事手続上基本権保障のための刑訴法規定及び実務現実に関する研究―憲法的刑事訴訟の原理に基づく分析的考察―」刑事政策研究 19 巻 3 号（2008 年）54～55 頁）.

第 4 編　日米韓 3 ヶ国における被疑者取調べ規制の差異とその背景

ここまで，日本における被疑者取調べをめぐる問題点を確認した上で，アメリカにおける被疑者取調べの憲法的規制と，韓国における Miranda 法理の継受と変容を眺めた。日本と韓国は，歴史的沿革により，極めて類似した刑事訴訟法を有していた。しかしながら，その後の韓国は，アメリカに学びつつ，民主化や司法制度改革，2007 年刑訴法改正を経験した。そして，韓国における被疑者取調べ規制は，日本とは大きく異なるものとなった。本編では，これまでの総括として，アメリカ及び韓国における被疑者取調べの憲法的規制を簡単に振り返る。そして，日米韓 3 ヶ国における被疑者取調べ規制の差異の背景を探る。

第 1 章　アメリカにおける被疑者取調べの憲法的規制の概観

1931 年に公表された Wickersham 報告書は，当時の警察が拷問を行っていたことを明らかにした[1]。これを受けて，連邦最高裁は，連邦事件及び州事件における取調べを改めようと尽力した。その際に用いられた法理は，大きく 3 つに分類することができる。(1) 連邦憲法修正第 14 条のデュー・プロセス条項に基づき，取調べを取り巻く様々な事情を総合的に考慮することで，自白の任意性を判断する「事情の総合説」[2]，(2)「司法上の監督権」に基づき，連邦法域において被逮捕者を裁判官の面前に「不必要な遅滞なく」引致することを要求する McNabb-Mallory ルール[3]，(3) 弁護人依頼権侵害を理由とする自白排除である[4]。

もっとも，(1) 事情の総合説には，捜査機関や裁判所が従うべき客観的な基準を打ち立てることができないという欠点があった。また，(2) McNabb-Mallory ルールは，連邦政府を規制する法理であるため，州事件へ適用できないという欠点があった。(3) 弁護人依頼権の拡充についても，Escobedo 判決が事案の特殊性を強調し，当該事案に射程を限定するような文言を多く用いていたため，その意義が不分明となり，下級審裁判所に混乱をも

---

[1] Report on Lawlessness in Law Enforcement: National Commission on Law Observance and Enforcement, No.11 (1931).

[2] *See* Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936). *See also*, Chambers v. Florida, 309 U.S. 227, 238-240 (1940); Lisenba v. California, 314 U.S. 219, 236-241 (1941); Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143, 153-154 (1944); Malinski v. New York, 324 U.S. 401, 409 (1945); Haley v. Ohio, 332 U.S. 596, 599-601 (1948); Watts v. Indiana, 338 U.S. 49, 53 (1949); Leyra v. Denno, 347 U.S. 556, 561 (1954); Fikes v. Alabama, 352 U.S. 191, 197 (1957); Crooker v. California, 357 U.S. 433, 438 (1958); Cicenia v. LaGay, 357 U.S. 504, 508-510 (1958); Ashdown v. Utah, 357 U.S. 426, 431 (1958); Spano v. New York, 360 U.S. 315, 321-323 (1959); Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534, 544 (1961); Gallegos v. Colorado, 370 U.S. 49, 54-55 (1962); Townsend v. Sain, 372 U.S. 293, 308-309 (1963); Haynes v. Washington, 373 U.S. 503, 513-514 (1963).

[3] McNabb v. United States, 318 U.S. 332, 340-345 (1943); Upshaw v. United States, 335 U.S. 410, 413 (1948); Mallory v. United States, 354 U.S. 449, 451 (1957).

[4] Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 490-491 (1964).

たらしていた。このような中で，自己負罪拒否特権を重視する見解が学界から主張され始めた。また，奇しくも，Escobedo 判決の 10 日前には，Malloy 判決[5]が，州に対しても修正第 5 条の自己負罪拒否特権が適用される旨を明らかにしていた。このようにして，Miranda 判決が示される土壌が徐々に形成されていった。

1966 年の Miranda 判決[6]は，1897 年の Bram 判決[7]を引用しながら，自己負罪拒否特権を改めて重視した判示を行った。Miranda 判決は，前提として，身体拘束下の取調べに内在する自白を強制するような圧力を直視・危惧した。そして，この圧力を取り除くために，取調べに先立ち，被疑者に対して，(1) 黙秘権を有すること，(2) 供述は法廷で自己に不利益に用いられ得ること，(3) 弁護人の立会いを求める権利を有すること，(4) 弁護人を選任する資力がなければ，あらゆる質問に先立って公費で弁護人が選任されることを告知しなければならないとした。Miranda 告知を欠いたまま供述を獲得した場合は，当該供述は証拠排除される。また，Miranda 告知後，被疑者が黙秘する意思を示したり，弁護人の同席を求めたにも関わらず，なお取り調べることは，供述の強制にあたるとした。さらに，連邦最高裁は，その後の Edwards 判決[8]，Minnick 判決[9]等を通じて，被疑者が権利行使した場合は，取調べ中止効が生じると判示した。これにより，被疑者が権利行使した場合は，取調べを中断しなければならないことになった。

Miranda 判決は，捜査機関による取調べに自己負罪拒否特権を持ち込んだ点で，これまでの判例とは異なる。連邦最高裁は，身体拘束下の取調べに内在する強制的な雰囲気を前提にしている。そして，修正第 14 条の自白法則と修正第 5 条の自己負罪拒否特権を交差させ，取調べを規制する憲法上の法理を創設した。

他方で，Miranda 判決は，大きな矛盾を抱えていた。すなわち，身体拘束下の取調べに内在する強制的な雰囲気を指摘し，これを打破するために弁護人が立ち会うことを重視しながら，弁護人不在の中で被疑者が自己の権利を放棄することを認めていた。そのため，権利放棄の任意性を判断するには，事情の総合説に依拠せざるを得ない[10]。また，Miranda 判決において用いられた「身体拘束下」等の文言は，解釈の余地を残すものであった。そのため，Miranda 法理の射程を狭める判例と直面することになった。さらに，連邦最高裁は，Miranda 法理と修正第 5 条の関係を明確に判示していなかった[11]。したがって，Miranda 法理を「予防法則」と位置づける判例が登場するに至った[12]。

---

[5] Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).
[6] Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).
[7] Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).
[8] Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981).
[9] Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146 (1990).
[10] North Carolina v. Butler, 441 U.S. 369, 374-375 (1979).
[11] WELSH S. WHITE, MIRANDA'S WANING PROTECTIONS: POLICE INTERROGATION PRACTICES AFTER DICKERSON 55-56 (2003).
[12] Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433, 444 (1974). *See also,* New Jersey v. Portash, 440 U.S. 450, 459 (1979); New York v. Quarles, 467 U.S. 649, 654 (1984); Connecticut v. Barrett, 479 U.S. 523, 528 (1987); Withrow v. Williams, 507 U.S. 680 (1993).

このような中で，2000 年の Dickerson 判決[13]は，Miranda 法理が憲法上の法理であることを再確認した。もっとも，連邦最高裁は，Dickerson 判決以後も，Miranda 法理を予防法則として位置づけている[14]。したがって，連邦最高裁は，Miranda 法理が憲法上の地位を有することと，これが予防法則であることは矛盾しないと考えている。Miranda 判決は，何らかのルールによって自己負罪拒否特権を実効的に保障することが憲法の要求であると解した。そして，そのルールとして，さしあたり Miranda 法理を要求した。そのため，Miranda 法理と同等に効果的な代替措置が講じられれば，Miranda 法理は破棄され得る。このことは，Miranda 判決自身が認めている通りである。しかしながら，Miranda 法理自体が他のもので代替されたとしても，連邦最高裁による憲法解釈―すなわち，修正 5 条は，自己負罪拒否特権自体の保障のみならず，これを実効的に保障するための明確なルールも要求しているとする解釈―が否定される訳ではない。

Dickerson 判決は，憲法に基づく Miranda 法理によって取調べを規制するべきことを再確認した。Miranda 法理は過去の産物ではなく，現在も生きた法理である。

第 2 章　韓国における被疑者取調べの憲法的規制の概観

1910 年の日韓併合以後，朝鮮刑事令によって，日本の明治刑訴法及び大正刑訴法が朝鮮に「依用」された。同時に，植民地統治の効率性を理由として，捜査機関の強制権限が拡大された。このように，韓国は，独特な形で日本法を継受した。その後，1954 年に，韓国独自の刑訴法が制定された。この刑訴法は，日本の現行刑訴法を参考にしつつ，「依用刑訴法」に英米法の理念を盛り込んだものであった。したがって，植民地統治が終焉した後も，日本と極めて類似した刑訴法を有することになった。

他方で，韓国の刑事司法は，権威主義体制を支える道具として機能し，度重なる改正を経験した。その中で，被疑者・被告人の諸権利が軽視され，多くの人権侵害を生んだ。そのため，1987 年の民主化後に改正された憲法と刑訴法は，権威主義体制の残滓を清算するため，被疑者・被告人の人権保障に重きを置いた。また，憲法裁判所を創設した。その後も，司法制度改革や大法院・憲法裁判所の諸判例を通じて，被疑者・被告人の諸権利の実質的・実効的保障が図られた。このような中で，公判中心主義を希求した司法制度改革は，2007 年の刑訴法大改正を実現した。これにより，韓国刑訴法は，憲法的刑事訴訟へ向けて本格的に舵を切ることになった。

民主化以後の一連の改革や司法判断は，被疑者取調べにも大きな影響を与えた。すなわち，憲法上の基本権に基づいて，取調べを規制する動きがみられるようになった。その両輪となるのが，黙秘権と弁護人依頼権である。韓国では，これらの実質的・実効的保障を通じて，アメリカの Miranda 法理と同様の効果をもたらしている。

---

13 Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000).
14 Chavez v. Martinez, 538 U.S. 760 (2003).

捜査機関は，取調べに先立って，被疑者に対して，（1）一切の供述をせず，又は個々の質問に対して供述しないことができること，（2）供述をしないとしても，不利益を受けないこと，（3）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使用されることがあること，（4）取調べを受けるときは，弁護人を立ち会わせる等，弁護人の援助を受けることができることを告知しなければならない（韓国刑訴法第 244 条の 3 第 1 項）。被疑者への権利告知を欠いたまま獲得した自白は，任意性の有無に関わらず，証拠能力が否定される[15]。権利告知を受けた被疑者は，いつでも弁護人との接見や弁護人立会いを要求することができる（法第 34 条及び法第 243 条の 2 第 1 項）。捜査機関は，いかなる名分であっても，接見を制限することができない[16]。これは，現に取調べ中であるときであっても同様である[17]。仮に，捜査機関が接見や立会いを制限したまま取調べを行った場合は，当該取調べで獲得した自白は，憲法上の基本権を侵害して獲得したものであるとして証拠排除される[18]。捜査官としては，被疑者の権利行使を無視して取調べを継続しても，獲得した自白が証拠排除されるため，取調べをそれ以上継続する利点がない。結果として，被疑者が接見交通権や弁護人立会権を行使した場合は，捜査機関は取調べを継続することができない。韓国では，被疑者の権利行使に伴う「取調べ中止効」が正面から認められている訳ではない。しかしながら，被疑者が接見交通権や弁護人立会権を行使した場合には，結果として，「実質的な取調べ中止効」が生じることになる。

もっとも，その論理は，Miranda 法理とは異なるものである。連邦憲法修正第 6 条の弁護人依頼権は，捜査段階では保障されない[19]。この点について，Miranda 判決の 2 年前に示された Escobedo 判決は，取調べ段階でも修正第 6 条の弁護人依頼権が保障される旨を判示していた[20]。しかしながら，Miranda 判決は，修正第 6 条に基づいた判断を行わなかった[21]。連邦最高裁は，修正第 5 条の自己負罪拒否特権に基づく Miranda 法理によって取調べを規制することで，Escobedo 判決が認めた修正第 6 条の保障範囲を事実上縮小したのである[22]。これに対して，韓国憲法第 12 条第第 4 項本文は，「何人も，逮捕又は拘束されたときは，直ちに弁護人の援助を受ける権利を有する。」と規定し，被疑者に対しても弁護人の援助を受ける権利を保障している。同条項は適用範囲を限定していないため，捜査段

---

15 대법원 1992.6.23 선고, 92 도 682 판결, 대법원 2009.8.20 선고, 2008 도 8213 판결, 대법원 2010.5.27 선고, 2010 도 1755 판결.

16 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정.

17 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정.

18 接見交通権を制限して獲得した自白については，대법원 1990.8.24 선고, 90 도 1285 판결，대법원 1990.9.25 선고, 90 도 1586 판결が，その証拠能力を否定している。弁護人立会権を制限して獲得した自白については，대법원 2013.3.28 선고, 2010 도 3359 판결が，その証拠能力を否定している。

19 Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682, 688 (1972).

20 Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 490-491 (1964).

21 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 469-470 (1966).

22 このことは，後に Kirby 判決で確認されている。*See* Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682, 688 (1972).

階においても保障される。したがって，連邦最高裁のように，「自己負罪拒否特権を実質的に保障するための弁護人依頼権」を創設しなくても，Miranda 法理と同様の結果を得ることができたのである。

なお，このことは，黙秘権の軽視を意味するものではない。身体拘束中の被疑者に対する取調べに弁護人が立ち会う権利を認めた 2003 年の大法院決定は，身体拘束中の被疑者に対しては，拷問や暴行等が行われやすく，韓国憲法が規定する黙秘権が効果的に保障されないおそれがあることを指摘していた[23]。これは，身体拘束中の取調べに内在する強制的な雰囲気を直視したものであり，Miranda 判決や Edwards 判決，Dickerson 判決と同様の問題意識に基づくものである。韓国とアメリカの各裁判所は，異なるアプローチを採りつつも，被疑者取調べが内在的に有する性質を正面から見据え，黙秘権を実質的に保障するために，上記の論理を展開している。

以上のように，憲法上の基本権を実質的に保障する後押しをしているのが，韓国憲法第 12 条第 1 項及び第 3 項が規定する適法手続原理である。韓国では，適法手続概念が，手続全般を基本権保障という観点から規律し[24]，刑事手続を憲法化する方向で憲法と刑訴法を結合させる機能を担っている。これは，刑訴法の解釈のみならず，立法や運用を行う際にも適用される。韓国では，このようにして，被疑者取調べの憲法的規制が図られている。

第 3 章　日米韓 3 ヶ国における被疑者取調べ規制の差異の背景

アメリカ及び韓国における被疑者取調べ規制は，憲法上の基本権の実質的保障という観点に基づいて行われている。換言すれば，憲法的刑事訴訟観に基づいた取調べ規制を追求している。他方で，第 1 編で確認したように，日本の被疑者取調べでは，被疑者の諸権利は実質的・実効的に保障されておらず，多くの問題点を抱えている。このような大きな差異は，様々な要因が直接・間接に影響することによって引き起こされるものであろう。そのため，そのすべてを漏れなく指摘し，子細に検討することは困難である。もっとも，本稿がここまで検討してきたアメリカ及び韓国における被疑者取調べ規制と，日本における被疑者取調べ規制をいくつかの観点から比較することによって，差異をもたらす要因の一端を示すことは可能であると思われる。そこで，以下では，(1) 裁判所の判断の違い，(2) 実定法の違い，(3) 実務運用の違い，(4) その他の視座から，日米韓 3 ヶ国における被疑者取調べ規制の差異の背景を探ることを試みる。

第 1 節　裁判所の判断の違い

---

[23] 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정.
[24] 헌법재판소 1996.12.26 선고, 94 헌바 1 결정.

第 1 款　被疑者取調べの性質に対する裁判所の事実認識の違い

第 1 目　被疑者取調べの性質に対する各国の裁判所の事実認識

日本とアメリカ・韓国の被疑者取調べ規制が大きく異なる背景には，被疑者取調べの性質に対する各国の裁判所の事実認識の違いが横たわっている。換言すれば，現実に行われている被疑者取調べに対する想像力や理解力の違いがある[25]。

被疑者取調べに対する日本の最高裁の認識を伺い知ることができる判例として，いわゆる安藤・斎藤事件大法廷判決（以下，「平成 11 年判決」と称する。）がある[26]。周知の通り，平成 11 年判決は，被疑者の接見交通権の根拠について，憲法第 34 条に求められる旨を明らかにした。そして，第 1 編で指摘したように，(1) 接見自由の原則を確認しつつも，(2) 接見の希望と取調べ等ないしは「間近い時に右取調べ等をする確実な予定」が抵触した場合には，「原則として」接見指定し得ると判示した。この平成 11 年判決は，接見指定規定と憲法第 38 条第 1 項の関係について，次のように判示している。すなわち，被疑者に取調べのための出頭・滞留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はない」と。

これに対して，Miranda 判決は，取調べ実務の問題点を挙げる中で，「この身体拘束下の取調べが有する性格及び背景を理解することは，本日の判決には不可欠である[27]」と強調し，次のような事実認識を述べた。すなわち，「(現在の取調べ実務は，) 気を紛らわすことを妨げ，外部からのあらゆる援助を剥奪するために，被疑者を孤立させることを必要としている。被疑者が有罪であると確信している雰囲気（the aura of confidence in his guilt）は，被疑者が抵抗する意思を削ぐ。被疑者は単に，警察が供述させようとして作成した先入観に基づく物語（the preconceived story the police seek to have him describe）を確認するのみである。…暴力や拷問，もしくはこれらの具体的な戦略が採られなかったとしても，身体拘束下の取調べそれ自体が（the very fact of custodial interrogation），個人の自由を著しく害し，個人の弱みにつけこむのである。…この取調べの雰囲気は，それ自体が被疑者を萎縮させる性質を有する（This atmosphere carries its own badge of intimidation）。確かに，これは身体的な脅迫ではない。しかしながら，これと同様に，人間の尊厳（human dignity）を否定する。外部から隔絶された現行の取調べ実務は，わが国において最も重要な原則―すなわち，個人は自己負罪供述を強制されないという原則―と合致しない。身体拘束状況に内在する強制（compulsion inherent in custodial surroundings）を排除するための充分な保護手段が採られていない限り，被疑者から獲得したいかなる供述も，真に自由な選択の産物（the product of his free choice）であるとはいえない《省略・挿入筆者》

---

[25] 鈴木義男・渥美東洋・小早川義則・高野隆・椎橋隆幸「座談会　ミランダの射程―ディカソン判決の意義と日本法への示唆」現刑 3 巻 2 号（2001 年）23 頁〔高野隆発言〕，後藤昭「法科大学院と刑事訴訟法学」一法 13 巻 2 号（2014 年）500～501 頁，後藤昭「刑事司法の 10 年後を展望する」青山ロー9 号（2014 年）66 頁等。

[26] 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 巻 3 号 514 頁。

[27] Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 446 (1966).

[28]」と。もっとも，当時のアメリカにおける取調べ実務が，可視性に富んでいた訳ではない。そこで，Miranda 判決は，1931 年の Wickersham 報告書や警察官向けの取調べマニュアル[29]に基づいて，取調べの実態把握に努めた[30]。そして，身体拘束下の取調べ実務が，「被疑者を孤立させ，不安に陥れ，そのうえ，権利をできる限り行使させないこと」を目的としていることを指摘した[31]。

さらに，1990 年の Minnick 判決[32]は，1981 年の Edwards 判決[33]が「被疑者が権利行使した場合は，弁護人が『利用可能』になるまで取調べを再開することができない」とした趣旨について，「被告人が既に権利主張している Miranda 権利を放棄するよう，捜査官が被告人にしつこく求めることを防止する趣旨」であると整理した[34]。この整理の前提には，捜査官が被疑者に対して権利を放棄するよう「説得」することが少なくないという認識がある。これらは，2000 年の Dickerson 判決においても再確認されている[35]。

この点について，韓国大法院が取調べに対する事実認識を明確に示した裁判例は多くない。しかしながら，身体拘束中の被疑者に対する取調べに弁護人立会権を認めた 2003 年の大法院決定[36]は，次のように指摘していた。すなわち，「身体拘束中の被疑者に対しては，拷問や暴行等が行われやすく，韓国憲法が規定する黙秘権が効果的に保障されないおそれがある」と。この指摘は，2002 年 10 月にソウル地検庁舎内で発生した被疑者拷問致死事件と無関係ではないであろう。捜査機関による拷問によって被疑者が死亡した事件は，民主化運動の最盛期に発生した朴鍾哲拷問致死事件以来のことであった[37]。そのため，2003 年大法院決定が取調べの特徴に言及する際に，取調べに対する事実認識が権威主義体制期の「悪しき取調べ」の記憶と結びつき，その強制性がより一層深刻なものとして把握されたと思われる。2003 年大法院決定の時点で，録音・録画制度は法制化されていなかった。そのため，韓国における取調べ実務も，可視性を欠くものであった。しかしながら，大法院は，権威主義体制下の取調べや，前年に被疑者が取調べ過程で死亡した事実を踏まえ，現実の取調べが有する強制的な雰囲気を指摘したのである。

以上のように比較すると，連邦最高裁と韓国大法院は，身体拘束下の取調べが供述を強

---

[28] *Id.* at 456-458.
[29] FRED E. INBAU & JOHN E. REID, CRIMINAL INTERROGATION AND CONFESSIONS (1962).
[30] Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 448-449 (1966).
[31] 遠藤比呂通「刑事手続における沈黙の自由（2）」法学 53 巻 5 号（1989 年）20 頁。
[32] Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146 (1990).
[33] Edwards, v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981).
[34] Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146, 150-151 (1990). *See also,* Michigan v. Harvey, 494 U.S. 344, 350 (1990); Smith v. Illinois, 469 U.S. 91, 98 (1984).
[35] Dickerson v. United States, 530 U.S. 428, 434-435 (2000).
[36] 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정.
[37] 이동희「한국의 피의자신문절차와 그 개혁」형사법연구 21 권 4 호（2009 년）136～137 쪽주（2）（イドンヒ「韓国の被疑者訊問手続とその改革」刑事法研究 21 巻 4 号（2009 年）136～137 頁注（2））．なお，朴鍾哲拷問致死事件については，第 3 編第 1 章第 2 節第 2 款第 1 目「現行憲法の誕生」を参照。

要する雰囲気を有することを直視していることが分かる[38]。それに対して，日本の最高裁は，やや観念的な認識しか有していないと言わざるを得ない。このような認識は，身体拘束された者が捜査機関から取調べを受ける場合に，心理的にいかなる力学が働くかについて，あまりに想像力を欠くものではなかろうか[39,40]。「逮捕，勾留されることは，いわば捜査機関の手中に入るわけで，一介の市民にとっては極めて異常な事態であり，強烈な心理的圧迫を感じないではおれない。そういう事態のもとで，国家機関が追及的な尋問をすることは，それじたい強要」である[41]。この点は，心理学的な観点からも，疑いがないとされている[42]。日本において，憲法が取調べを有効に規制する原理として機能せず，憲法の精神が忘却されている要因の 1 つとして，現実の取調べの性質に対する理解の著しい欠如を挙げることができるのではなかろうか。

第 2 目　事実認識の差異の背景

日本の裁判所が，現実の取調べの性質に対する理解を欠いている理由（ないしは，米韓の裁判所が，身体拘束下の取調べに内在する強制的な雰囲気を直視している理由）を挙げ，これを検討することは極めて困難である。しかしながら，さしあたり，裁判官による検察官の過信を指摘することができるかもしれない。周知の通り，戦前の日本では，裁判官と検察官は，同じ司法省の官僚として組織されていた[43]。戦後，このような組織体系は改めら

---

38 アメリカでは，1931 年の Wickersham 報告書によって，拷問の存在が明らかになっている。韓国でも，被疑者が取調官によって拷問され死亡した事実が明らかになっている。他方で，日本の取調べ実務で，被疑者が死亡するほどの身体的な拷問が行われたことを窺わせる事実は，少なくとも近時はみられない。そこで，アメリカや韓国と日本の状況は全く異なるという指摘が考えられる。しかしながら，アメリカと韓国の裁判所は，身体的な拷問が行われる可能性のみを危惧している訳ではない。身体拘束下で取調べを受ける被疑者の供述の自由が効果的に保障されないおそれがあることを危惧しているのである。この状況が，日本においても妥当することは論を待たない。したがって，取調べに内在する強制的な雰囲気を，アメリカや韓国に固有のものであると断じることはできない。

39 後藤・前掲注（25）「刑事訴訟法学」500～501 頁，後藤・前掲注（25）「展望」66 頁等。

40 1960 年から 38 年間に亘って裁判官の職務に就いていた安倍晴彦は，定年退官後に弁護士登録をし，刑事事件を中心に活動することを通じて，「裁判官時代の私がいかに『刑事事件に関して』核心の問題に，被告人らのおかれている立場に，被告人らのおもうところについて無知であり無関心でいたか」を感じたという（安倍晴彦「日本国憲法と裁判官の生き方」守屋克彦編『日本国憲法と裁判官―戦後司法の証言とよりよき司法への提言―』（日本評論社，2010 年）54～55 頁）。

41 田宮裕『捜査の構造』（有斐閣，1971 年）57～58 頁。

42 浜田寿美男『自白の研究―取調べる者と取調べられる者の心的構造―〔新版〕』（北大路書房，2005 年）は，取調べの「心的構図」を示した上で，被疑者が虚偽自白へと「転回」する過程を心理学の立場から詳細に明らかにしている。

43 ダニエル・H・フット（溜箭将之訳）『名もない顔もない司法―日本の裁判は変わるのか』（NTT 出版，2007 年）61～66 頁，新井勉「大正・昭和前期における司法省の裁判所支配」日法 77 巻 3 号（2011 年）1～41 頁等。

れた。しかしながら，長きに亘って，いわゆる「判検交流」が行われてきた[44]。特に，1974年に最高裁と法務省が「逆戻り」を保証することで合意して以降，本格的に「交流」が行われてきた[45]。この影響もあり，日本の裁判官と検察官は，極めて近い関係を築いてきた。このような中で，「捜査に対する緊張感の欠如」が，裁判所のチェック機能の欠如をもたらした[46]。そして，裁判官は，少なくとも検察官による取調べに，過度の信頼を寄せてきたのではなかろうか。このような「信頼」の下では，身体拘束下の取調べに内在する強制的な雰囲気は観念し難い。2012年になり，刑事部門における「判検交流」はようやく廃止されることになった[47]。しかしながら，裁判官と検察官の「分離」によって裁判所のチェック機能が回復するには，まだ時間を要するであろう。

これに対して，アメリカでは，法曹一元制度が採られている[48]。そのため，裁判官は，連邦法域であるか州法域であるかを問わず，裁判官になる前に「ほぼ例外なく」裁判官以外の職業を一定程度経験している[49]。このことは，政治色が特に強いことを除き，連邦最高裁判事にも当てはまる[50]。1945年から2000年までに退職した連邦裁判官1,271人を対象に行った調査では，裁判官の前職は，弁護士（38.9%）と連邦及び州の他の裁判所の裁判官（37.1%）が多数を占めた[51,52]。その他の職業は，検察官（11.4%），公務員（5.7%），議員（3.7%）で

---

44 木佐茂男「裁判官の専門性と独立性（1）―西ドイツの実務と比較して―」北法40巻5＝6号（1990年）301～318頁，萩屋昌志『日本の裁判所』（晃洋書房，2004年）149～153頁，西川伸一『裁判官幹部人事の研究―「経歴的資源」を手がかりとして―』（五月書房，2010年）155～167頁等。

45 読売新聞1974年3月29日付朝刊2面「判・検事　人事交流を本格的に“逆戻り”も保証　4月まず3人」。

46 内田雅敏「裁判の独立を脅かす判・検事勾留」法セミ404号（1988年）29頁。なお，1990年の日本弁護士連合会第41回定期総会「司法改革に関する宣言」では，「司法の機能低下」の原因の1つに判検交流が挙げられるとして，これを批判している（日本弁護士連合会「司法改革に関する宣言」（1995年5月25日）＜http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/assembly_resolution/year/1990/1990_3.html＞）。

47 朝日新聞2012年4月26日付朝刊1面「検事・判事の人事交流廃止　刑事裁判，公正さ意識」。

48 アメリカにおける法曹一元制度に関する詳細な研究として，岩田太「合衆国における法曹一元制度の一考察―裁判官選任過程研究からみえるもの―」上法48巻1号（2004年）330～295頁がある。

49 ダニエル・H・フット（溜箭将之訳）『裁判と社会―司法の「常識」再考』（NTT出版，2006年）161～162頁。なお，同書155～209頁は，日本とアメリカの裁判所の政策形成機能が異なる点について，制度的要因として裁判官選任手続を挙げ，これを検討している。

50 ウィリアム・A・フレッチャー（辻雄一郎訳）「アメリカ司法部の構成と裁判官の任命」駿河台24巻1＝2号（2010年）269～271頁。

51 Albert Yoon, *Love's Labor's Lost? Judicial Tenure among Federal Court Judges: 1945-2000*, 91 CAL. L. REV. 1029, 1044, Table2 (2003).

52 Ronald Wilson Reagan 大統領は，連邦地裁の裁判官のうち，47%を民間の弁護士事務所から採用している（*See* SHELDON GORDON, PICKING FEDERAL JUDGES: LOWER COURT SELECTION FROM ROOSEVELT THROUGH REAGAN 348-349 (1997). なお，フレッチャー・

あった[53]。この調査からは，(1) 少なくとも連邦裁判所の裁判官が「司法官僚」ではないこと，(2) 連邦裁判所の裁判官には弁護士経験者が極めて多いことを窺い知ることができる。そのため，連邦裁判所の裁判官が身体拘束下の取調べを想定する際に，少なくとも日本よりは，検察官を過度に信頼していない。このような制度的要因が，「供述を強制する雰囲気」を直視し易くしているといえるのではなかろうか。

他方，韓国では，刑事司法における主導権を巡って，法曹三者の権限争いが行われてきた。とりわけ，裁判官と検察官の関係では，調書裁判主義は捜査段階を重視することになり，延いては刑事司法の主導権を検察官が握ることになるため，裁判所がこれを警戒してきた[54]。そのため，検察官（ないしは捜査機関）が行う捜査手続に対して，裁判官は極めて客観的な立場を採ってきた。また，韓国には，捜査機関が権威主義体制を支える「実力」として機能していたことや，捜査機関が被疑者を拷問し死亡させたり，多くの人権侵害を引き起こしてきたこと等への強い反省がある。このように，韓国の裁判官は，捜査機関による取調べを過度に信頼することなく，取調べに「供述を強制する雰囲気」が存在することや，拷問・暴行等が行われ易いことを歴史から学んでいるのではなかろうか。なお，韓国は，2011 年 7 月の法院組織法改正を通じて，アメリカに倣った法曹一元制度を導入した[55]。この制度は，判事任用資格として，他の法曹経験 10 年以上を要求するものである。但し，2013 年から 2017 年までの 5 年間は 3 年以上の法曹経験者に，2018 年から 2019 年までの 2 年間は 5 年以上の法曹経験者に，2020 年から 2 年間は 7 年以上の法曹経験者に，それぞれ判事任用資格を与えるという段階的措置が採られている。そのため，他の法曹経験 10 年以上が要求されるのは，2022 年以降ということになる。将来的には，司法運営の中立性等は，現在よりも向上すると思われる。

もちろん，日本の裁判所が現実の取調べの性質に対する理解を欠いている理由は，他にも考えられる。たとえば，(1) 判例を含む日本の法律学全体が，極めて観念的な議論に終始する傾向があることである[56]。これは，日本の法律学が事実を直視した議論を避けがちであるという意味である。もっとも，被疑者取調べについて，事実・現実に即した議論を展開するためには，取調べの実態を正確に把握する必要がある。しかしながら，第 1 編で述

前掲注（50）268 頁を併せて参照。）。

53 Yoon, *supra* note 51, at 1044, Table2.

54 取調べ録音・録画記録媒体を実質証拠として使用することに強い反対を示した裁判所の本音として，刑事手続の主導権を奪われたくないという思惑があったことは，既に指摘した通りである。第 3 編第 3 章第 2 節第 3 目「記録媒体の証拠法的取扱い」を参照。

55 詳細は，飯孝行「韓国の裁判官制度改革」法セミ 599 号（2004 年）50～51 頁，日本弁護士連合会（弁護士任官等推進センター・裁判官制度改革・地域司法計画推進本部）「法曹一元及び弁護士任官に関する韓国調査〔最終報告書〕」＜http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/committee/list/data/kaigaihoukokusyo_kankoku.pdf＞，小川達雄「韓国で導入された法曹一元制度」自正 64 巻 6 号（2013 年）96～97 頁を参照。

56 後藤・前掲注（25）「刑事訴訟法学」500～507 頁，後藤・前掲注（25）「展望」65～66 頁。

べたように，この点は極めて多くの困難が伴う。また，(2) 現行刑訴法の制定によって，職権主義から当事者主義へと転換し，審理に先立って心証を形成することができなくなった裁判官が，先行きの見えない訴訟に対して不安や困惑を覚えたことも影響しているであろう[57]。このような不安や困惑は，「一刻も早く事件の輪郭を作り上げたい」という焦りを生み，「被告の自白を心待ちにする態度や警察官の自白調書を任意性についての厳しい吟味なしに採用する態度」となって現れた[58]。検察官も，このような裁判所の焦りを感じ取り，「なるほど捜査の理想としては，被疑者を勾留したままで被疑者に当らないで傍証を収集することが理想でしょうが，現在の捜査の水準では，やはり被疑者の自白によってある程度の証拠を得るということが実情ですし，また裁判所においても自白のある事件の方が判決をくだしやすいんじゃないかと思われるのです」と認識するようになった[59]。当事者主義への転換が裁判官の視野を意識的・無意識的に狭窄させたという説明には，一定程度の説得力があろう。

少なくとも，アメリカや韓国と比較したとき，日本の裁判官と検察官の関係が極めて近く，友好的であることを指摘することができる。そして，そのために，裁判官は検察官の取調べを過度に信頼するきらいがあると考えられる[60]。日本の裁判所が身体拘束下の被疑者取調べに内在する「供述を強制する雰囲気」を直視しない背景として，さしあたり，裁判官と検察官の関係を指摘することができるのではなかろうか。

第 2 款　各国の裁判所の憲法解釈に対する態度の違い

第 1 目　憲法解釈の問題としての取調べ規制

憲法や法律が宣言する国民の権利は，単に明文規定を設ければ，その権利が実際に保障されるという性質のものではない。また，当該権利が保障されているか否かは，幅のある現実の事象を直視した上で検討されなければならない[61]。このような理解の下，前款では，

---

57 小野清一郎・勝田成治・團藤重光・宮下明義・横川敏夫「座談会　新刑訴における証拠法」法時 22 巻 10 号（1950 年）4 頁〔横川敏夫発言〕，戒能通孝・柳川眞佐夫・横川敏夫・出射義夫・河田廣・横井大三「座談会　裁判のあり方―今日の運用と方向」法時 23 巻 2 号（1951 年）18 頁〔河田廣発言〕等。

58 横山晃一郎『憲法と刑事訴訟法の交錯』（日本評論社，1977 年）11 頁。

59 横川敏夫編『逮捕・勾留・保釈―刑訴実務の総合研究』（日本評論新社，1958 年）75 頁〔高橋正八発言〕。東京地検特捜部副部長であった高橋正八の発言は，自白の追及自体を法が許容しながら，それが強要に至ってはいけないという困難さを指摘するものである。

60 周知の通り，刑訴法第 321 条第 1 項第 2 項は，いわゆる検面調書について，原供述者が供述不能である場合に特信情況を要求していない。これは，検察官が客観・中立な存在であることから，正確な供述を録取するはずであるという「信用性の情況的保障」があると考えられているためである。このような実定法の考え方も，日本の裁判官が有する「取調べへの過度の信頼」を支えているかもしれない。

61 たとえば，谷口正孝『裁判について考える』（勁草書房，1989 年）67～68 頁は，「最高裁判所は，変動する社会的・経済的・政治的諸条件に即して基本的人権の保障という憲法上の価値，理念を実現するためにこれを立法，行政の侵害から保障する責任を果たす

被疑者取調べの性質に対して各国の裁判所が有している事実認識の違いを示した。以下では，各国の裁判所が，取調べに対する事実認識を踏まえ，いかなる憲法解釈を展開しているかを比較する。

各国における憲法解釈の展開を比較する前に，「憲法解釈」という語の意義について簡単に触れておく。本稿では，「憲法解釈」という語を，「法創造的・司法立法的な憲法解釈」を含む語として用いている。制定法主義の法体制の下では，裁判所による法形成や法創造を否定する方向に傾くのが一般的である[62]。しかしながら，裁判官による法適用と法創造の区別は，必ずしも明瞭なものではない[63]。また，法規範の適用のみで唯一の結論を導くことは困難であり，この傾向は憲法問題において特に顕著である[64]。これに対して，「法創造的・司法立法的な憲法解釈」は，制定法の解釈・適用を通じて，制定法の内容を具体化・明確化するのみならず，制定当時とは異なる現在の社会情勢に適合した新たな意味内容を導き，そこに新たな法規範を創造・形成する[65]。そして，立法や行政による不法・不当な権利行使を是正し，究極的には法の理念的目的を，現実的には憲法の基本的価値を実現する。これは，司法の存在根拠に関わる最重要機能の 1 つである[66,67]。

本稿は，司法が法創造機能を有し，憲法の基本的価値を実現するための解釈を「法創造的に」あるいは「司法立法的に」行い得ることを前提としている[68,69]。このように考えたと

ために与えられた権限の行使に躊躇してはならない」と指摘した上で，「法律の制約から解放された基本的人権は，『人類の侵すことのできない永久の権利』というには，あまりにも脆弱な権利に過ぎないものに貶されることになる。もし，これをしも司法消極主義の原則に立つものとして是認するとすれば，最高裁判所は憲法の価値・理念を実現するについてその責務に忠実でなかったとの非難を免れないであろう」という。

62 谷口・前掲注（61）90 頁。

63 天野和夫「裁判官による法創造とその政策的機能」天野和夫・P＝アーレンス・J＝L＝ジョーウェル・王叔文編『裁判による法創造―現代社会における裁判の機能』（晃洋書房，1989 年）7 頁。

64 なお，香城敏麿『憲法解釈の法理』（信山社，2004 年）5 頁を参照。

65 谷口・前掲注（61）90 頁。なお，早川武夫「司法過程における立法的契機」法哲 1958 年度（1959 年）103～137 頁，國生一彦「新司法試験における判例の位置づけ」判時 1913 号（2006 年）34 頁等を併せて参照。

66 天野・前掲注（63）12 頁。

67 このような立場は，司法積極主義として位置づけられる。司法積極主義は，「立法府・行政府という政策決定者の決断に積極的に介入し，憲法の趣旨を貫徹させようとする立場」である（新井章「司法の積極主義と消極主義」芦部信喜編『講座憲法訴訟　第 3 巻』（有斐閣，1987 年）189 頁）。その背景には，「多数決による議会の決定をもってしても制限・侵害しえぬ『高次の』憲法的価値が存在することを承認し，しかも憲法はかかる憲法的諸価値の実現ないし保障の任務を裁判所に与えたのであるから，裁判所は必要と思われる場合に違憲審査権の行使をためらうべきではない」という考え方がある（同書 204 頁）。

68 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第 5 版〕』（岩波書店，2011 年）327 頁は，「司法は具体的な争訟について，事実を認定し，それに法を解釈・適用する作用だといっても…法律の単純かつ機械的な適用作用の意味に解すべきではない。裁判には法創造ないし法形成の機能を一定の範囲ないで積極的に営むことが期待されているのである。その意味で，司法は一定の立法的な作用を含む《省略筆者》」とする。

き，被疑者取調べの憲法的規制において軸となる黙秘権や弁護人依頼権の実質的保障を追求することは，「憲法はどの程度実効的な権利保障を要求しているか」という「憲法解釈」そのものなのである[70]。

第 2 目　各国の裁判所の憲法解釈の比較

このような観点から，日米韓 3 ヶ国の裁判所が採ってきた被疑者取調べと権利保障に関する憲法解釈を眺めると，日本の最高裁が採用する論理は，極めて硬直的であることが分かる。換言すれば，極端に司法消極主義である[71]。日本では，被疑者取調べに内在する危険に着目して，憲法上の諸権利を実質的に保障するための憲法解釈が採られることはほとんどない。むしろ，「判例も，…（憲法に）反するのではないかとさえ思われる事例を『救済』するにきゅうきゅうとしているといった状態《省略・挿入筆者》」である[72]。たとえば，昭和 23 年，最高裁は，黙秘権告知は憲法の要求であるか否かについて，「憲法は…黙秘の権利あることを認めている《省略筆者》」ものの，「裁判所に対し，訊問の事前にその権利あることを被告人に告知理解せしめ置かねばならぬ手続上の義務を命じていない」と判示している[73]。この事案は，裁判所が被告人に対して黙秘権告知を行わなかったものである。この論理は，昭和 25 年最高裁判決を通じて，捜査機関が取調べに先立ち被疑者に対して行うべき黙秘権告知についても適用されている[74]。昭和 25 年最高裁判決は，昭和 23 年判決の趣旨が被疑者取調べにも及ぶ趣旨を説明していない。しかしながら，憲法は被疑者取調べにおける黙秘権告知を要求していないという解釈は，その後も踏襲されている[75]。

---

69 判例によって行われる法形成・法創造は，法規範として機能する。しかしながら，制定法主義の法体制の下においては，このような法創造によって導かれた法規範は，あくまでも補充的なものである（谷口・前掲注（61）90 頁）。この意味で，司法立法は，いわば「委任立法」的なものである（早川・前掲注（65）126 頁）。そのため，将来的には，立法によって明文規定を設けることが望ましいということになろう。

70 後藤昭『捜査法の論理』（岩波書店，2001 年）171 頁。

71 日本の裁判所の違憲審査アプローチは，「極めて注意深く用心深いアプローチ（very careful and cautious approach）」であると評されることがある。この評価は，Toronto 大学名誉教授の David M. Beatty が，最高裁判事を務めた園部逸夫に宛てた 1992 年 4 月 28 日付書簡に記されていたものである（園部逸夫『最高裁判所十年』（有斐閣，2001 年）234 頁及び 247 頁）。

また，憲法学者の新井章は，「アメリカの最高裁判決と比較して痛感させられることは，わが最高裁の判決には燃えるような憲法実現の意欲が感じられない，三権分立のもとにおける司法の任務などについて深い考察（司法哲学）を窺わせない，事実についての徹底した掘下げと精緻な論証，そしてそれをふまえた強烈な自己主張と安易な妥協や同調を拒む鞏固なパーソナリティのどれもがみられない」と指摘している（新井・前掲注（67）220 頁）。

72 田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』（有斐閣，1972 年）206 頁。

73 最大判昭和 23 年 7 月 14 日刑集 2 巻 8 号 846 頁。

74 最三判昭和 25 年 11 月 21 日刑集 4 巻 11 号 2359 頁。

75 最一判昭和 27 年 3 月 27 日刑集 6 巻 3 号 520 頁，最三判昭和 28 年 4 月 14 日刑集 7 巻 4 号 841 頁，最二判昭和 28 年 5 月 1 日集刑 80 号 49 頁，最二判昭和 36 年 11 月 17 日集刑 140 号 181 頁，最一判昭和 43 年 12 月 19 日集刑 169 号 763 頁，最一判昭和 48 年 12 月

また，最高裁は，接見指定規定と憲法第 38 条第 1 項の関係について判示する文脈で，「不利益供述の強要の禁止を実効的に保障するためにどのような措置が採られるべきかは…立法政策の問題に帰する《省略筆者》」と判示している[76]。黙秘権の実効的保障を追求することは，憲法解釈の問題ではないと断言しているのである。

もちろん，日本の最高裁も，「法創造的」あるいは「司法立法的」な解釈自体を一切否定している訳ではない。刑事法領域に関して「法創造的」あるいは「司法立法的」な解釈を行った代表的な判例に限っても，いくつかの判例を挙げることができる。たとえば，(1) 共謀共同正犯の成立を認めた昭和 11 年大審院連合部判決[77]，(2) 特別抗告について刑訴法第 411 条の準用を認めた昭和 37 年大法廷決定[78]，(3) いわゆる第三者所有物没収事件判決[79]，(4) いわゆる高田事件判決[80]，(5) いわゆる尊属殺重罰規定違憲判決[81]，(6) 電子機器による複写文書について，公文書偽造罪の成立を認めた昭和 51 年判決[82]，(7) 違法収集証拠排除法則を認めた昭和 53 年判決[83]等である。

裁判官の裁量に基づいて，新たな法原理を定立するような法解釈・法創造は，大きく 4 つの類型に分けることができる[84]。日本国憲法の下では，(1) 憲法第 77 条の規則制定権に基づき，具体的な裁判において法解釈という形で規則と同様の効果を導く場合，(2) 法規範が権利を認めながら，これが侵害された場合の救済手段が講じられていない場合に，必要な限度で法解釈・法創造を行い，救済を図る場合，(3) 法解釈・法創造により，将来の権利侵害を予防するための手段を事前に講じる場合，(4) 権利を擁護するための有効な保護手段が講じられていない場合に，法解釈によって保護手段を定立する場合が考えられる[85]。

本稿との関係で重要な解釈は，(4) 保護手段を定立するものである。権利の性質又は権利侵害の態様によっては，「単に事後的な救済手段を設けるだけ」では，権利の保護にとって不充分な場合がある。そして，「このような場合の保護手段は，原則として権利の付与に内在しているものと見るべきであって，法規範にこれが欠けているときには，法解釈により合理的な限度でこれを補完することが許されるといいうる[86]」のである[87]。しかしな

---

20 日集刑 190 号 989 頁，最三判昭和 59 年 3 月 27 日刑集 38 巻 5 号 2037 頁，最一判昭和 63 年 4 月 28 日集刑 249 号 521 頁等。

76 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 巻 3 号 514 頁。

77 大連判昭和 11 年 5 月 28 日刑集 15 巻 715 頁。

78 最大決昭和 37 年 2 月 14 日刑集 16 巻 2 号 85 頁。

79 最大判昭和 37 年 11 月 28 日刑集 16 巻 11 号 1593 頁。

80 最大判昭和 47 年 12 月 20 日刑集 26 巻 10 号 631 頁。

81 最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 巻 3 号 265 頁。

82 最二判昭和 51 年 4 月 30 日刑集 30 巻 3 号 453 頁。

83 最一判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 巻 6 号 1672 頁。

84 第 2 編第 4 章第 2 節「Miranda 判決の背景と現代的意義―その後の諸判例を踏まえて」を併せて参照。

85 香城・前掲注（64）16～20 頁。

86 香城・前掲注（64）19 頁。

87 *See also,* Francis A. Allen, *The Judicial Quest for Penal Justice―The Warren Court*

がら，最高裁が「法創造的」あるいは「司法立法的」な判断を行った上記諸判例のうち，(4) 保護手段を定立する場合に該当する判例は，第三者所有物没収事件判決[88]のみである。被疑者取調べとの関連で，黙秘権や弁護人依頼権を実質的に保障するために，保護手段を定立するような憲法解釈が展開されたことはない[89,90]。

これに対して，アメリカでは，司法積極主義の下，「法創造的」あるいは「司法立法的」な解釈が数多く行われている。Miranda 判決も，(4) 保護手段を定立する法解釈を展開したものとして位置づけることができる。Miranda 判決は，その冒頭で，併合審理した 4 事件は，次のような問題を提起していると指摘している。すなわち，「個人を弾劾する際に，憲法に適合するために社会が遵守しなければならない制約（the restraints society must observe consistent with the Federal Constitution）は何かという問題である。さらに特定すれば，警察によって身体拘束を受けた個人を取り調べて獲得した供述の証拠としての許容性の問題と，個人が自己負罪拒否特権を享受することを保障するために不可欠な手続の問題である」と[91]。これは，「憲法は，憲法上の権利を実質的に保障することを要求している」という解釈を前提に，「憲法は何を要求しているか」という視点に立った問題設定である。そして，憲法解釈の問題として，Miranda 法理を導いたのである[92]。

韓国においても，取調べに関連する憲法上の諸権利を実質的に保障するために，弁護人立会権を認める等，積極的な憲法解釈（殊に，法創造的な憲法解釈）が展開されている[93]。その背景には，(1) 民主化に伴う基本権に対する認識の転換と，(2) 憲法裁判所による積

---

and the Criminal Cases, 1975 U. ILL. L. F. 518, 526 (1975); David A. Strauss, *The Ubiquity of Prophylactic Rules*, 55 U. CHI. L. REV. 190, 195 (1988).

88 最大判昭和 37 年 11 月 28 日刑集 16 巻 11 号 1593 頁。

89 最高裁判事を務めた泉徳治は，2010 年 9 月に Washington 大学で開催された「日本の最高裁における意思決定過程」という研究会に出席した際に，複数のアメリカ側参加者から，「日本の最高裁は憲法を裁判規範として扱っていないのではないか，憲法よりも法律の方を重要な裁判規範としているのではないか」と指摘されたという。この指摘の意味として，泉は，本稿が取り上げた黙秘権や弁護人依頼権に関する観念的な判例のことを指し示しているのではないかと述べている（泉徳治『私の最高裁判所論―憲法の求める司法の役割』（現代人文社，2013 年）167～172 頁）。

90 違憲審査制は，捜査機関等の権限を抑制する機能を有する一方で，正当化する機能も有する。すなわち，「刑事手続に関与する諸機関の権限強化・拡大を裁判所の合憲判断によってオーソライズする」機能がある。これには，(1) 捜査上の強制処分の要件を緩和するものや，捜査機関の処分に対抗する防禦上の基本権について射程を限定するものと，(2) 新たな強制処分類型を創造するものがある。日本の最高裁が現実に果たしてきた機能は，捜査機関等の権限抑制よりも，権限正当化の方が大きいように思われる（以上，高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』（現代人文社，2003 年）24 頁を参照）。

91 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 439 (1966).

92 *See also,* Allen, *supra* note 87, at 526.

93 注（69）で述べたように，制定法主義の法体制では，司法立法は「委任立法」的な側面を有している。そのため，事後的に立法による明文規定の整備が望まれる。この点，韓国においては，弁護人立会権を認めた 2003 年大法院決定や 2004 年憲法裁判所決定の後，2007 年刑訴法改正によって明文規定を設ける等，「司法府による立法」を「立法府による立法」によって再確認する過程を経ている。

極的な司法審査がある。権威主義体制期に国民の基本権が大きく侵害されたことを省み，司法積極主義のモデルとして Warren Court が参考にされたことは，既に述べた通りである。そして，このような憲法解釈の指導原理として，適法手続条項が挙げられている。

日本の最高裁が憲法上の諸権利の実質的保障を追求した憲法解釈に消極的である理由をすべて明示することは極めて困難である。しかしながら，さしあたり，以下の 2 点を指摘しておきたい。1 つは，1960 年～1970 年代に生じた「司法の危機」を契機として，司法消極主義が確立する過程である。もう 1 つは，憲法第 31 条の適正手続条項の「スローガン化」である。

日本の最高裁は，一般的に，司法消極主義であると称されている。そのきっかけに関連して，裁判官出身の守屋克彦は，次のように指摘している。「最高裁判所に支配的な司法消極主義の意識とそれに基づく司法行政の取り組みは，積極的な憲法判断＝若い裁判官の観念的な傾向＝青法協の影響＝公正らしさの欠如＝影響のある裁判の場からの排除（任地・補職への配慮）という流れに収斂できるところがあるのではないか」と[94]。これは，「司法の危機」と司法消極主義の連続性を指摘するものである[95]。このような背景を有する司法消極主義の要因として，憲法学者であり，最高裁判事を務めた伊藤正己は，日本の精神的風土として「和」の尊重があることを挙げる。そして，「三権分立の中で他の権力への和の精神が重視され，裁判所は立法部や行政部の判断をできるだけ尊重しようとする体質がある」と指摘する[96]。さらに，「(三権分立の緊張関係の中に）和の精神がもちこまれるとその抑制的機能は弱体化せざるをえない。この態度からは違憲判断はでにくいのは当然であろう。そして公権力の行使と対置される人権保障への配慮が稀薄化し，人権の確保を確信とする憲法裁判の活用が退化していくことになろう」という[97]。また，憲法学者の戸松秀典は，司法消極主義の要因として，「憲法感覚」が希薄な裁判官によって最高裁が構成されていることを指摘している[98,99]。戸松秀典の指摘は，憲法裁判所を導入した韓国で，憲法裁判所判事

---

94 守屋克彦「日本国憲法と裁判官」守屋克彦編『日本国憲法と裁判官―戦後司法の証言とよりよき司法への提言―』（日本評論社，2010 年）16 頁。

95 いわゆる「司法の危機」に関する最新の論稿として，鷲野忠雄『検証・司法の危機 1969-72』（日本評論社，2015 年）がある。その他については，さしあたり，守屋克彦編『日本国憲法と裁判官―戦後司法の証言とよりよき司法への提言―』（日本評論社，2010 年）所収の各論文を参照。また，後藤昭「学生から見た裁判所の激動」法セミ 637 号（2008 年）1 頁を併せて参照。

96 伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣，1993 年）116～117 頁。

97 伊藤・前掲注（96）117 頁。ここでは，司法消極主義を生み出す他の要因として，法的安定の確保を至上の目的とする裁判官の存在が指摘されている。このような裁判官は，既成事実を尊重し，現実に行われている状況の変更を好まないという（同書 121～122 頁）。

98 戸松秀典『憲法訴訟〔第 2 版〕』（有斐閣，2008 年）420～422 頁。

99 なお，Washington 大学教授の David S. Law は，アメリカ人研究者という立場から，日本の最高裁が保守的・消極的である理由について，文化面・歴史面・政治面・制度面から検討を加えている。Law は，日本の最高裁が保守的・消極的である理由として，「官」の文化，自民党の影響力，仕事量の多さ，調査官と裁判官の立場の逆転現象等を指摘し

を経験した黄道淵（황도연）の発言によっても裏付けられている。黄道淵は，「憲法裁判所では異なる目を持った人間が必要である。価値観と人生観が異なる人間，同質的でない人間が集まらなければならない。…憲法感覚はすぐに身につくものではない。法院に長くいればいるほど，憲法感覚から遠くなるので。憲法裁判所が大法院の一部となると，憲法裁判は死んでしまう《省略筆者》」というのである[100]。

日本の最高裁が憲法上の諸権利の実質的保障を追求した憲法解釈に消極的であるもう 1 つの理由は，憲法第 31 条の適正手続条項が「スローガン化」していることであろう。刑事訴訟法学において，憲法第 31 条の適正手続（ないしはデュー・プロセス）の重要性が強調されることは少なくない。しかしながら，適正手続ないしはデュー・プロセスは，極めて抽象的な概念である[101]。そのため，必然的に，刑事手続における被疑者・被告人の権利保障等の総体として把握されてきた[102]。また，1960 年～1970 年代に，モデル論として当事者主義・弾劾主義が展開されるようになり，これを支える理論的基礎として，適正手続が意義づけられてきた[103]。そして，適正手続ないしはデュー・プロセスに関するこのような理解は，主として刑訴法学者によって導かれてきた。他方で，適正手続条項や憲法上の刑事人権規定が，憲法学の固有の論点として議論されることは多くなかった[104]。そのため，

ている（デイヴィッド・S・ロー（西川伸一訳）『日本の最高裁を解剖する―アメリカの研究者からみた日本の司法』（現代人文社，2013 年）を参照）。

100 李範俊（在日コリアン弁護士協会訳）『憲法裁判所―韓国現代史を語る―』（日本加除出版，2012 年）249 頁。

101 井戸田侃『刑事訴訟理論と実務の交錯』（有斐閣，2004 年）3 頁は，「いまでは学者の数だけデュー・プロセスがある」と表現している。

102 アメリカにおいても，このような抽象性を前提として，判例法理の展開を通じてデュー・プロセスの具体的な意味内容が明らかにされてきた。

103 田宮・前掲注（72）も，被疑者・被告人の権利保障等の総体としての役割と，モデル論の理論的基礎としての役割という 2 つの視座から書かれたものであると思われる。

104 杉原泰雄『基本的人権と刑事手続』（学陽書房，1980 年）23 頁は，「日本国憲法における刑事手続の検討を憲法学の固有の課題とはみなさずに，放棄してしまっているかにみられるふしがある」と述べた上で，宮沢俊義や清宮四郎，佐藤功等の注釈書・概説書の刑事手続規定に関する検討が「均衡を失すると思われるほど簡潔」であると指摘している。なお，同書 39～40 頁を併せて参照。また，横坂健治『憲法の理念と現実』（北樹出版，1985 年）270 頁は，「notice and hearing の法理は，わが国でももっと憲法論的に主張されていい」と指摘している。

このような視点から，憲法上の「沈黙の自由」を論じたものとして，遠藤比呂通「刑事手続における沈黙の自由（1）～（3 完）」法学 53 巻 3 号，53 巻 5 号（1989 年），60 巻 4 号（1996 年）がある。同稿は，「社会的，道徳的非難を受ける被告発者（The Accused）たる地位に立たされた被疑者，被告人にとって，人間としての尊厳を確保するためには，いかなる場合，いかなる程度に，沈黙の自由が保障さるべきか」という問題設定を行い，「憲法 38 条 1 項が規定する『刑事手続上の沈黙の自由』に法理学的考察を加え，憲法解釈論の基礎を築かんとする」ことを目的としていた。しかしながら，（1）及び（2）の発刊と（3 完）の発刊の間の 1994 年に，黙秘権の母国イギリスで，黙秘権行使を不利益に推認することを認める法改正が行われた。そのため，（3 完）では，この点が検討の中心になっており，当初の目的は完遂されていないように思われる。

刑事訴訟法学における到達目標としての「適正手続」（いわば，「帰納的な適正手続観」）は観念されてきたものの[105]，憲法が刑事訴訟法ないしは刑事手続に要求する「適正手続」（いわば，「演繹的な適正手続観」）は，必ずしも明らかにされてこなかった[106]。「憲法は何を要求しているか」という憲法解釈は，「演繹的な適正手続観」に基づくものである。そのため，帰納的な適正手続観を展開するのみでは，「憲法は何を要求しているか」という憲法解釈の問題は浮上しない。

これに対して，韓国では，刑訴法の規定が充分に整理・整備されていない部分で，かつ，憲法の明文規定からはその要求がはっきりと読み取れない部分について，憲法の解釈原理として適法手続概念を機能させることによって，憲法の要求を読み取るという憲法解釈がなされてきた。「適法手続」が憲法と刑訴法の「空白地帯」を埋め[107]，両者を繋ぐ役割を現実に果たしているのである。憲法裁判所も，「適法手続」は手続全般を基本権保障という観点から規律し[108]，刑事手続を憲法化する方向で，憲法と刑訴法を結合させる機能を担っていると解してきた。さらに，「適法手続」は，実体的真実主義よりも優越する刑事手続の最高理念であるという抽象的規範が一般化している[109]。そのため，適法手続原則は，刑訴法上の問題が生じたときに，「憲法は何を要求しているか」という憲法解釈の問題として，憲法の水準まで権利を引き上げるための論理として実質的な意味を有する。このような韓国の「演繹的な適法手続観」は，アメリカにおけるデュー・プロセス論の意義に対する理解を欠いた論理であるという批判を受けるかもしれない。すなわち，アメリカにおけるデュー・プロセス論は，連邦最高裁が州の刑事事件に介入し，これを規制するために，修正第14条のデュー・プロセス条項に依拠せざるを得ないという事情の下に発展してきた。アメリカにおけるデュー・プロセス論は，連邦制度の特殊性ゆえに発展を遂げてきたのである。これに対して，日本はもちろん，韓国も連邦制を採用していない。そこで，憲法上・刑訴法上の諸権利を保障した結果の総体が「適法手続」であるという理解は可能であっても，適法手続原理自体が現実に手続を規制するという観点から，憲法上の権利の保障水準を導くことは，「適法手続」を過大視することになるのではないか，という批判が考えられる。

---

105 井戸田・前掲注（101）16～17頁。

106 適正手続を帰納的側面と演繹的側面に分ける考え方は，青木孝之の指摘に着想を得た（青木孝之『刑事司法改革と裁判員制度』（日本評論社，2013年）25頁を参照）。

107 최영승『피의자신문과 적법절차』（세창출판사，2005년）3쪽（チェヨンスン『被疑者訊問と適法手続』（セチャン出版社，2005年）3頁）.

108 헌법재판소 1996.12.26 선고, 94 헌바 1 결정.

109 차용석『형사소송법』（세영사，1997년）63쪽（チャヨンソク『刑事訴訟法』（世英社，1997年）63頁），조국「『헌법적 형사소송』의 관점에서 본 형사절차상의 권리 및 제도보장」울산대학교 사회과학논집 10권 1호（2000년）307쪽（ジョグク「『憲法的刑事訴訟』の観点からみる刑事手続上の権利及び制度保障」蔚山大学校社会科学論集10巻1号（2000年）307頁），차용석「형사소송에 있어서의『Due Process』의 구현」형사정책연구 18권 3호（2007년）588쪽（チャヨンソク「刑事訴訟における『Due Process』の具現」刑事政策研究18巻3号（2007年）588頁）.

確かに，憲法上・刑訴法の諸権利を保障した結果の総体が「適法手続」であるという帰納的な理解は，日本において既に採られてきた伝統的な適正手続観である。しかしながら，この適正手続観は，「人権はどうしたらよりよく保障されるか[110]」という視点を欠く。換言すれば，憲法上の権利を実質的に保障するために，事後的な救済手段を設けるのみでは不充分であり，事前に保護手段を講ずる必要がある場合であっても，いかなる保護手段を講じるかは憲法解釈ではなく「立法政策の問題」であると位置づけることになる[111]。しかしながら，アメリカのデュー・プロセス論は，連邦最高裁が州事件へ介入する論理を模索する中で，当該権利が「秩序ある自由体系の本質的な構成要素（the very essence of a scheme of ordered liberty）[112]」であるか否かという判断基準と共に発展した。すなわち，当該権利が「基本的公正（fundamental fairnesss）」にとって不可欠であるか否かが常に意識されてきたのである。「秩序ある自由体系の本質的な構成要素」ないしは「基本的公正」は，まさに「憲法は何を要求しているか」という「憲法の要求」を意味するものである。このように，適正手続の役割を帰納と演繹の双方向から理解すれば，韓国における「適法手続」の役割を，韓国に特有のものであると把握することはできない。「憲法は何を要求しているか」という憲法解釈は，日本国憲法第 31 条の適正手続条項も想定し，要求するところなのである[113]。そのため，このような理解を採らないのであれば，憲法第 31 条の適正手続条項は「スローガン」であると宣言することになる。

第 2 節　実定法の違い

本稿が実定法の解釈論を展開する以上，各国の実定法の違いを明確にしておく必要がある。繰り返し述べたように，日本と韓国の憲法及び刑訴法は，その程度の差はあれ，基本的にはアメリカ法を母法としている。そのため，制度の細部はさておき，基本理念（とりわけ，人権保障に関する理念）は，各国とも大きく変わらないはずである。以下では，日本の憲法及び実定法にみられる問題点を明らかにするために，日本の条文を基準に，各国の実定法の保障範囲等を比較・検討する。

---

110 田宮・前掲注（72）1 頁。なお，田宮裕は，続けて「この点にこそ刑事訴訟法学におけるデュー・プロセス論の意義があるといわなければならない」と指摘している。

111 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 巻 3 号 514 頁。

112 Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937).

113 田宮裕は，デュー・プロセス論について，「憲法と法の間のギャップがあるとき，憲法に合わせて法を発展させるため，判例に期待する理論である。いわば『憲法的刑事訴訟法』といわれるものの手続き的原理を明らかにしようとしたわけである（刑事訴訟法の分野における『憲法訴訟の理論』だといってもよい）」という（田宮裕「刑事訴訟法の変遷」『刑事裁判の諸問題―岩田誠先生傘壽祝賀』（判例タイムズ社, 1982 年）181 頁注（3））。この考え方は，韓国における適法手続原理に関する理解と同旨であろう。

第 1 款　各国の憲法の条文の違い

第 1 目　黙秘権

日本国憲法第 38 条第 1 項は，「何人も，自己に不利益な供述を強要されない。」と規定している。同条項は，その主体を限定していない。また，適用される手続についても限定がない。被疑者に対しては，黙秘権を保障した規定であると解されている[114]。

連邦憲法修正第 5 条は，「何人も…いかなる刑事事件においても，自己に不利益な証人（a witness against himself）となることを強要されない」と規定している。「自己に不利益な証人」という文言は，アメリカないしはコモン・ロー上の自己負罪拒否特権の発展過程と密接に結びついている[115]。当初，自己負罪拒否特権は，証人の証言拒絶との関係で発展してきた。アメリカが自己負罪拒否特権を継受した際も，証人の証言拒絶が意識され，「…何人も，自己に不利益な証拠の提出を強制されることはない（nor can he be compelled to give evidence against himself）」という文言が用いられていた[116]。その後，連邦憲法に付け加えられた権利章典の制定過程で，James Madison が「…何人も，自己に不利益な証人となることを強要されない（nor shall be compelled to be a witness against himself）[117]」という草案を作成した。但し，「witness」は「証拠を提出する者」を意味するものであったため，条文の意味自体に大きな変更はない[118]。そして，1789 年の第 1 回連邦議会において，「いかなる刑事事件においても（in any criminal case）」という文言が追加され，現在に至る[119]。このように，連邦憲法修正第 5 条の自己負罪拒否特権は，証人の証言拒絶権として発展してきた[120]。1964 年の Malloy 判決[121]と同じ日に示された Murphy 判決も，「自己負罪に関する憲法上の特権は，州の手続における証人を，州法のみならず連邦法の下での負罪からも保護し，連邦の手続における証人を，連邦法のみならず州法の下での負罪からも保護するものである[122]」と判示している。このように，公判手続における証人の証言拒絶権との関係で発展してきた自己負罪拒否特権を，取調べ段階の被疑者に対してまで押し広げたのが，Miranda 判決であった[123]。そして，現在では，被疑者が自己負罪拒否特権を

---

114 黙秘権と自己負罪拒否特権の区別については，第 1 編第 3 章第 4 節第 1 款「黙秘権」を参照。

115 第 2 編第 1 章第 4 節「自己負罪拒否特権の発展」を参照。

116 最初に成立した邦憲法である Virginia 権利章典の第 8 条を参照。

117 Michael Edmund O'Neill, *The Fifth Amendment in Congress: Revisiting the Privilege against Compelled Self-Incrimination*, 90 GEO. L. J. 2445, 2480 (2002).

118 Richard A. Nagareda, *Complusion "to be a Witness" and the Resurrection of Boyd*, 74 N.Y.U. L. REV. 1575, 1605-1606 (1999).

119 UNITED STATES CONGRESS, DEBATES AND PROCEEDINGS IN THE CONGRESS OF THE UNITED STATES 753 (1834).

120 第 2 編第 1 章第 4 節第 2 款「アメリカにおける自己負罪拒否特権に関する判例の動向」を参照。

121 Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

122 Murphy v. Waterfront Commission, 378 U.S. 52, 77-78 (1964).

123 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 461 (1966). *See also*, Stephen J. Schulhofer, *Reconsidering Miranda,* 54 U. CHI. L. REV. 435, 436 (1987); Yale Kamisar, *How Earl*

有することに疑いはない[124]。連邦憲法修正第 5 条の「いかなる刑事事件においても」という文言は，自己負罪拒否特権の主張を刑事手続の間に限定しているようにも読むことができる。しかしながら，連邦最高裁は，「民事手続であるか刑事手続であるかを問わず，公式なものであるか非公式なものであるかを問わず，返答（answers）が将来の刑事手続において当人に罪を負わせ得る場合であれば」，いかなる手続においても自己負罪拒否特権を主張することができると判示している[125]。そのため，その保障範囲を「刑事事件」に限定している訳ではない。

韓国憲法第 12 条第 2 項は，「すべて国民は，拷問を受けず，刑事上，自己に不利な陳述を強要されない。」と規定している。この規定は，1962 年の第 5 次憲法改正によって初めて設けられた。そして，1987 年に制定された現行憲法にそのまま引き継がれた。この条項は，その主体を「すべて（の）国民」に限定している。もっとも，外国人であっても，自己に不利な陳述を強要されない権利が保障されると解されているため，「すべて（の）国民」という限定に実質的な意味はない[126]。また，「刑事上」という文言は，連邦憲法第 5 条と同様に，自身が刑事責任を負い得る場合を意味している。そのため，刑事手続のみならず，行政手続や国会における質問等，いかなる場所であっても，当該供述が自身の刑事責任を負い得る場合には保障される[127]。その他，拷問の禁止と不利益供述の強要禁止が同一の条項に設けられている点が特徴的である。

日米韓 3 ヶ国の憲法上の黙秘権規定を比較すると，日本国憲法の黙秘権規定に固有の問題を指摘することはできない。

第 2 目　Miranda 法理の「先取り」

日本国憲法は，第 38 条第 1 項の黙秘権と第 2 項の自白法則を結びつけることで，Miranda 法理の考え方を「先取り」している。すなわち，日本国憲法は，法律上の供述強制のみならず，事実上の供述強制も禁止し，これに反した場合の効果として，証拠排除を明記している。

この点は，韓国憲法も同様である。韓国憲法第 12 条は，第 2 項で黙秘権及び拷問の禁止

Warren's Twenty-Two Years in Law Enforcement Affected His Works as Chief Justice, 3 OHIO ST. J. CRIM. L. 11, 26 (2005).

124 もっとも，アメリカにおいても，被疑者に認められた「供述を強要されない権利」が「自己負罪拒否特権」であるか「黙秘権」であるかについて，統一的な理解がなされていない。被疑者の「供述を強要されない権利」として，「right to remail silent」と「privilege against self-incrimination」がいずれも用いられている。

125 Lefkowitz v. Turley, 414 U.S. 70, 77 (1973). 但し，外国の刑事訴追における負罪を理由とした自己負罪拒否特権の行使は認められていない（United States v. Balsys, 524 U.S. 666, 672 (1998)）。

126 신동운『신형사소송법〔제 3 판〕』（법문사，2011 년）852 쪽（シンドンウン『新刑事訴訟法〔第 3 版〕』（法文社，2011 年）852 頁），이재상『형사소송법〔제 9 판〕』（박영사，2012 년）120 쪽（イジェサン『刑事訴訟法〔第 9 版〕』（博英社，2012 年）120 頁）.

127 헌법재판소 1990.8.27 선고, 89 헌가 118 결정.

を規定し，第 7 項で自白法則及び補強法則を規定している。そのため，黙秘権と自白法則が一体のものとして理解されている[128]。但し，韓国憲法上の黙秘権規定は，1962 年の第 5 次憲法改正によって新設されたものである（第 5 次改正憲法第 10 条第 2 項)。また，自白法則に関する規定は，1980 年の第 8 次憲法改正によって新設されたものである（第 8 次改正憲法第 11 条第 6 項)。そのため，韓国憲法は，Miranda 法理を「先取り」したのではなく，Miranda 法理を「後追い」したものである。

これに対して，アメリカでは，黙秘権と自白法則は別個のものであるという理解が一般的であった。連邦憲法修正第 5 条の黙秘権とデュー・プロセスに基づく自白法則を初めて一体化させたのが，Miranda 判決である。Miranda 判決は，自己負罪拒否特権を重視し，捜査段階においても自己負罪拒否特権が保障されることを明らかにした。そして，自己負罪拒否特権と自白法則を交差させ，Miranda 法理に反して獲得された自白を不任意であると見做し，証拠排除することを宣言した。Miranda 判決に付された各反対意見が指摘していたように，黙秘権と自白法則は歴史的背景が異なる。少なくとも，憲法の規定に照らせば，両者は独立した別個のものである。そのため，Miranda 判決が示されるまでは，両者は別個のものとして観念されてきたのである。

以上のような観点からみると，制定以来一度も改正されていない日本国憲法は，Miranda 判決が示された 1966 年よりも約 20 年前の段階で，Miranda 法理を一部「先取り」していたということができる。

第 3 目　弁護人の援助を受ける権利

日本国憲法第 34 条前文は，「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へられなければ，抑留又は拘禁されない。」と規定している。この条文は，「弁護人に依頼する権利」という文言を用いているものの，弁護人の援助を受ける権利を保障したものであることに争いはない。同条項は，弁護人の援助を受ける権利の主体を限定していない。また，保障範囲に関する限定もなされていない。そのため，身体拘束中の被疑者は，同条項を根拠として弁護人の援助を受ける権利を有する。

これに対して，連邦憲法修正第 6 条は，「すべての刑事訴追において（In all criminal prosecutions)，被告人（the accused）は…自己の防禦のために弁護人の援助を受ける権利を有する」と規定している。ここで注目すべきは，その保障範囲である。換言すれば，「すべての刑事訴追」の意義が問題となる。連邦最高裁は，Powell 判決において，「最も危機的な時期（the most critical period）[129]」に弁護人の援助が保障されないことは，デュー･プロセスの否定であると判示した[130]。その後，弁護人依頼権に関する判例の蓄積を通じて，「最

---

128 이재상『형사소송법 기본판례』（박영사，2013 년）198 쪽（イジェサン『刑事訴訟法基本判例』（博英社，2013 年）198 頁）．なお，第 3 編第 3 章第 1 節第 1 款第 3 目「黙秘権の不告知と供述の証拠能力」を併せて参照。

129 Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 57 (1932).

130 *Id.* at 71.

も危機的な時期」概念が構築されていく[131]。1958年のCrooker判決に付された反対意見は，捜査段階を「最も危機的な時期」であると指摘し，逮捕直後から弁護人依頼権が保障されなければならないことを示唆した[132]。1959年のSpano判決に付された補足意見は，起訴後に公判廷外で行われる取調べおいても，修正第6条の弁護人依頼権は保障されなければならないと述べた[133]。そして，1961年のHamilton判決は，アレインメントが刑事手続において「危機的な段階（critical stage）」である旨を判示した[134]。さらに，1963年のWhite判決は，予備審問手続（preliminary hearing）が「危機的な段階」に該当する旨を明らかにした[135]。このような中で，1964年のMassiah判決は，取調べ段階が「危機的な段階」であることを初めて明らかにした[136]。もっとも，Massiah判決で争われた事案は，起訴後に保釈されていた被告人が，共犯者と車の中で会話した場面で，弁護人の援助を欠いていたというものである。その意味で，捜査機関による被疑者取調べが「危機的な段階」であることを明示したのは，1964年のEscobedo判決ということになる。ここでは，捜査が特定の被疑者に焦点を絞り始めたか否かという基準が用いられている[137]。しかしながら，1966年のMiranda判決は，取調べ段階を「危機的な段階」に含めることを事実上否定した。Miranda判決が，修正第6条に依拠せず，修正第5条の「自己負罪拒否特権を保障するための弁護人依頼権」なるものを創設してMiranda法理を展開したためである[138]。その後，いくつかの判例を経て[139]，1972年のKirby判決によって，「危機的な段階」概念は大きく後退する。Kirby判決は，修正第6条が保障される「すべての刑事上の訴追（all criminal prosecutions）」の解釈として，「公式な告発（formal chaege），予備審問，大陪審による起訴状又はアレインメントのいずれによろうとも，当事者対立的刑事司法手続（judicial criminal proceeding）が開始されたとき[140]」と判示した。したがって，逮捕直後や被疑者取調べ，起訴前の面通し等では，修正第6条の弁護人依頼権は保障されないということに

---

131 山本正樹「捜査と弁護人の機能―合衆国最高裁判例における『決定的な段階』概念の発展を中心に―」論叢101巻4号（1977年）30～60頁を参照。

132 Crooker v. California, 357 U.S. 433, 443-444 (1958) (Douglas, J., Black, J. & Brennan, J., dissenting).

133 Spano v. New York, 360 U.S 315, 325 (1959) (Douglas, J., Black, J. & Brennan, J., concurring).

134 Hamilton v. Alabama, 368 U.S. 52, 54 (1961).

135 White v. Maryland, 373 U.S. 59, 60 (1963).

136 Massiah v. United States, 377 U.S. 201, 204 (1964).

137 Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 490-491 (1964).

138 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 470 (1966). Miranda判決がEscobedo判決を事実上縮小したのは，黙秘権の重要性が徐々に認識され始めたためであろう。これは，KamisarやSutherlandによる学説の他，1964年のMalloy判決による自己負罪拒否特権の州への適用，黙秘権侵害と弁護人依頼権侵害の両方が主張されたMassiah判決等との遭遇等が影響していると思われる。

139 *See* United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967); Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967).

140 Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682, 688 (1972).

なる。以上のように，連邦憲法修正第 6 条の弁護人依頼権は，紆余曲折を経て，その適用範囲が「当事者対立的刑事司法手続が開始されたとき」に限定されることになった。

他方で，韓国憲法第 12 条第 4 項前文は，「何人も，逮捕又は拘束されたときは，直ちに弁護人の援助を受ける権利を有する。」と規定している。同条項は，弁護人の援助を受ける権利の主体を限定していない。また，保障範囲に関する限定もなされていない。さらに，日本のように「弁護人に依頼する権利」という文言を用いず，「弁護人の援助を受ける権利」と規定し，その実質的内容を明らかにしている。この規定を根拠として，被疑者に弁護人の援助を受ける権利が認められていることに争いはない。

日米韓 3 ヶ国の弁護人依頼権規定を比較すると，やや驚くべきことが明らかになる。修正第 6 条の弁護人依頼権よりも，日本国憲法第 34 条（及び韓国憲法第 12 条第 4 項本文）の方が，その保障範囲が広いのである。このことは，国選弁護人依頼権について考えると，より一層明らかになる。日本国憲法第 37 条第 3 項後文は，被告人の国選弁護人依頼権を明確に保障している[141]。また，韓国憲法第 12 条第 4 項但書も，「刑事被告人が自ら弁護人を求めることができないときは，法律の定めるところにより，国家が弁護人を付する。」として，被告人の国選弁護人依頼権を宣言している[142]。これに対して，連邦憲法修正条項に，国選弁護人依頼権を認める規定は存在しない。アメリカにおける国選弁護人依頼権は，1932 年の Powell 判決を嚆矢とし，1963 年の Gideon 判決に代表される判例法理によって確立されたものである[143]。いずれにしても，憲法上の弁護人依頼権についても，3 ヶ国を比較する限りでは，日本の憲法規定の不備等を指摘することはできない。

第 3 目　その他

その他に，韓国憲法には，無罪推定原則に関する明文規定が設けられている。この規定は，日本国憲法や連邦憲法にはみられない[144]。韓国憲法第 27 条第 4 項は，「刑事被告人は，有罪の判決が確定されるまでは，無罪と推定される。」と規定している。ここでは，韓国憲法第 12 条第 4 項但書と同様に，「刑事被告人」という語が用いられている。しかしながら，憲法裁判所は，無罪推定原則の適用対象である「刑事被告人」について，国選弁護人依頼権に関する韓国憲法第 12 条第 4 項但書とは異なり[145]，被疑者を含むものであると解している[146]。公訴提起後の被告人に対して無罪推定原則を認めつつ，捜査段階の被疑者に対してこれを認めないことは，「自己矛盾」であるためである。一般的に，無罪推定原則は，主として身体の自由との関連で俎上に載せられることが多い。しかしながら，被疑者に対する

141 同条項を根拠として，被疑者に対しても国選弁護人依頼権を認めることができるかについては，さしあたり措く。

142 헌법재판소 2008.9.25 선고, 2007 헌마 1126 결정は，韓国憲法第 12 条第 4 項但書を根拠として被疑者の国選弁護人依頼権を認めることはできないと判示している。

143 第 2 編第 1 章第 3 節第 3 款第 1 目「弁護人依頼権保障の発展」を参照。

144 なお，世界人権宣言第 11 条第 1 項，自由権規約第 14 条第 2 項を参照。

145 注（142）を参照。

146 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정.

処遇全般について適用される原理であると理解されている[147]。

第 2 款　日韓両国の刑訴法の条文の違い

日本国憲法のうち，取調べを直接に規制し得る黙秘権規定及び弁護人依頼権規定に，アメリカ及び韓国と比べて著しい不備はない。そうであれば，アメリカ及び韓国と日本の被疑者取調べ規制が大きく異なる実定法上の問題は，刑訴法の条文に潜んでいると思われる。もっとも，アメリカにおける被疑者取調べは，連邦証拠規則や各州の刑事訴訟法典等を除き，連邦憲法及び判例法理によって直接規制されている。それに対して，日本と韓国では，刑訴法が直接に取調べを規制している。そこで，以下では，日本の刑訴法の各条文を韓国の条文と簡潔に比較し，実定法上の問題を指摘する[148]。

第 1 目　被疑者取調べの根拠規定

日本における被疑者取調べの根拠規定は，法第 198 条である。同条第 1 項は，「検察官，検察事務官又は司法警察職員は，犯罪の捜査をするについて必要があるときは，被疑者の出頭を求め，これを取り調べることができる。但し，被疑者は，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。」と規定している。第 1 編で確認したように，捜査実務は，同条項に付された但書の反対解釈を主な根拠として，被疑者に対して取調べ受忍義務を課している。

韓国における被疑者取調べの根拠規定は，法第 200 条である[149]。同条は，「検事又は司法警察官は，捜査に必要なときは，被疑者の出頭を要求し，陳述を聞くことができる。」と規定している。日本の刑訴法第 198 条第 1 項のように，身体拘束されていない被疑者の退去の自由が明記されている訳ではない。しかしながら，被疑者取調べが任意捜査であること等を理由に，在宅被疑者の退去の自由が保障されていると解されていることは，被疑者取調べの法的性質と関連して述べた通りである。日本の刑訴法第 198 条第 1 項と比較して最も大きな違いは，反対解釈によって取調べ受忍義務を肯定し得る但書が存在しないことである。1954 年制定刑訴法が制定された時点で，当時の大検察庁次長検事であった金致烈（김치열）は，被疑者に対して取調べ受忍義務を課し得る旨の通達を示していた[150]。これに対して，日本における「受忍義務論争」が紹介され，学界からは受忍義務否定説が説かれた[151]。そのため，日本の刑訴法第 198 条第 1 項但書の存在は，韓国刑訴法学界や捜査実

---

147 허영『한국헌법론〔전정 9 판〕』（박영사，2013 년）375～376 쪽（ホヨン『韓国憲法論〔全訂 9 版〕』（博英社，2013 年）375～376 頁）.

148 日韓両国の憲法及び刑訴法のうち，被疑者取調べに関連する条文を対照させた資料として，安部祥太「日韓現行憲法及び現行刑事訴訟法条文対照表・韓国刑事訴訟法改正沿革一覧表―被疑者取調べ関連条文を中心に―」青山ローフォーラム 1 巻 2 号（2012 年）179～210 頁がある。

149 さらに，法第 241 条以下で，被疑者取調べに関する独立した規定を設けている。

150 이완규「피의자신문의 성질과 수인의무」형사판례연구 22 호（2014 년）372 쪽（イワンギュ「被疑者訊問の性質と受忍義務」刑事判例研究 22 号（2014 年）372 頁）.

151 以上，第 3 編第 2 章第 1 節第 2 款第 3 目「現行刑訴法における被疑者取調べ」を参照。

務家等に知れ渡っていた。既に述べたように，韓国刑訴法は，権威主義政権によって幾度となく改正されてきた。このことを踏まえれば，現在に至るまでに，反対解釈が可能な文言が追加されていても不思議ではなかった。しかしながら，現行刑訴法まで一貫して，このような条文は設けられていない。このことは，取調べを強制的に行うことはできない―少なくとも，日本の刑訴法第 198 条第 1 項但書には無理がある―という理解に基づくものではなかろうか。

第 2 目　黙秘権告知規定

日本の刑訴法第 198 条第 2 項は，「前項の取調に際しては，被疑者に対し，あらかじめ，自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げなければならない。」と規定している。この規定は，制定当時は，「前項の取調に際しては，被疑者に対し，あらかじめ，供述を拒むことができる旨を告げなければならない。」というものであった。これに対して，捜査実務家は，同規定の削除を主張した。その理由は，「①取調べの狙いは供述獲得であるのに，その前に供述を拒むことができると伝えるのは自己矛盾であり，取調官にとって心理的に苦しく，その士気を阻喪させる。②新設当初はともかく，現在では黙秘権の制度は一般国民に周知されているから告知の必要がなくなった。③被疑者のなかには告知を受けたため，自己に有利な事情を述べて疑いを晴らすことをせず，勾留・起訴されるケースがある。」というものであった[152]。もっとも，捜査実務家も，被疑者の黙秘権自体を否定することは，憲法との関係で「勿論」不可能であると解していたようである[153]。そして，黙秘権告知規定の存廃論が展開され，1953 年の刑訴法一部改正によって，現在の規定に改められた[154]。

これに対して，韓国の 1954 年制定刑訴法上の黙秘権告知規定は，取調べの根拠規定である法第 200 条に設けられていた。すなわち，旧法第 200 条第 2 項は，「前項の陳述を聴くときは，予め被疑者に対して陳述を拒否することができることを知らせなければならない。」と規定していた。これは，日本の制定刑訴法が採っていた「供述を拒むことができる旨」という文言に類似したものである。ところが，2007 年刑訴法改正は，この黙秘権告知規定を削除した上で，新たに独立した規定を設けた。それが，法第 244 条の 3 第 1 項である。同条項は，「検事又は司法警察官は，被疑者を訊問する前に，次の各号の事項を告げなければならない。1. 一切の陳述をせず，個々の質問に対して陳述しないことができること，2. 陳述をしないとしても不利益を受けないこと，3. 陳述を拒否する権利を放棄して行った陳述は，法廷で有罪の証拠として使用されることがあること，4. 訊問を受けるときは，弁護人を参与させる等，弁護人の助力を受けることができること」というものである。この規定は，公選弁護人による援助を受けられる旨の告知が盛り込まれていない他は，Miranda 告知と同内容である。また，既に確認した判例法理によって，権利告知を欠いた取調べで

152 三井誠『刑事手続法（1）〔新版〕』（有斐閣，1997 年）143 頁。
153 栗本一夫「刑事訴訟法改正の諸問題」警察研究 21 巻 5 号（1950 年）35 頁。
154 その過程の詳細は，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 337 号（2011 年）102～117 頁を参照。

獲得した供述は，証拠排除されることが確立している[155]。その結果，法第 244 条の 3 第 1 項は，「韓国版 Miranda 告知[156]」と称されている。

なお，日韓両国では，黙秘権告知は，身体拘束の有無に関わらず，すべての被疑者に対して行わなければならない。これに対して，アメリカの Miranda 告知は，身体拘束された者のみを対象としている。そのため，各州の刑事訴訟法の規定はさておき，連邦法上の Miranda 告知と比較すると，日韓両国の刑事訴訟法の方が告知を一律に要求していることがわかる[157]。また，日韓の黙秘権告知規定を比較すると，(1) 包括的黙秘権を明示している点，(2) Miranda 告知と概ね同じ告知がなされる点，(3) 判例法理によって，告知が憲法の要請であると解されている点で，韓国の黙秘権告知規定は黙秘権の実質的保障に優れている。

第 3 目　接見交通権規定

日本の刑訴法第 39 条は，第 1 項で「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者…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。」と規定し，被疑者と弁護人の接見交通権を保障している。しかしながら，同条第 3 項は，「検察官，検察事務官又は司法警察職員…は，捜査のため必要があるときは，公訴の提起前に限り，第 1 項の接見又は授受に関し，その日時，場所及び時間を指定することができる。」と規定し，捜査機関の接見指定権限を認めている。同条項の但書は，「その指定は，被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなものであつてはならない。」としている。しかしながら，平成 11 年大法廷判決によって，接見の希望と被疑者取調べ等ないしその間近で確実な予定とが抵触する場合には，「原則として」接見指定の要件があるとされている[158]。最高裁は，接見指定権限を自白獲得のために使うことを許容していると言っても過言ではない。

これに対して，韓国刑訴法第 34 条は，「弁護人又は弁護人となろうとする者は，身体拘束を受けている被告人又は被疑者と接見し，又は書類若しくは物の授受をすることができ，医師に診療させることができる。」と規定している。いわゆる接見指定規定は存在しない。また，施設法による時限の制約等を除き[159]，刑訴法上の接見制限規定は存在しない[160]。

日韓両国の接見交通権規定を比較すると，接見指定規定が存在し，判例がこれを自白獲得の手段として事実上許容している点で，日本の接見交通権規定は問題がある。他方で，

---

155 대법원 1992.6.23 선고, 92 도 682 판결, 대법원 2009.8.20 선고, 2008 도 8213 판결, 대법원 2010.5.27 선고, 2010 도 1755 판결.

156 최영승『형사소송법〔제 2 판〕』（피앤씨 미디어，2013 년）93 쪽（チェヨンスン『刑事訴訟法〔第 2 版〕』（PNC メディア，2013 年）93 頁）.

157 日本の刑訴法が身体拘束の有無を問わずに黙秘権告知を要求していることについては，終編第 4 章第 3 節第 2 款「在宅被疑者の取調べ」で簡単に述べる。

158 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 巻 3 号 514 頁を参照。

159 헌법재판소 2011.5.26 선고, 2009 헌마 341 결정. なお，第 3 編第 3 章第 1 節第 2 款第 2 目「被疑者と弁護人の接見交通権」を参照。

160 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정.

条文によって秘密交通権が明示されている点は，評価することができる[161]。

第 4 目　その他

以上の他に，日本と韓国で異なる点として，次の点を挙げることができる。韓国では，2007 年刑訴法改正によって，取調べへの弁護人立会権や録音・録画制度が明文規定されたため，(1) 弁護人立会権に関する規定（法第 243 条の 2），(2) 録音・録画制度に関する規定（法第 244 条の 2）が設けられている。また，法第 241 条以下で，被疑者取調べに関する独立した規定を設けている点も特徴的である。ここでは，(3) 取調べに先立って人定確認を要求する規定（法第 241 条）や，(4) 被疑者取調べ調書の作成を義務づけ，増減変更の機会を要求する規定（法第 244 条），(5) 捜査の進行・経過を書面で記録することを要求する規定（法第 244 条の 4）等が設けられている。

第 3 款　日本の実定法上の問題点

日本国憲法の諸規定は，アメリカや韓国と比較して大きく劣るものではない。しかしながら，制定法主義である日本と韓国の刑訴法を比較すると，日本の刑訴法の特殊性が明らかになる。すなわち，(1) 被疑者に取調べ受忍義務を課したようにも解し得る規定を設け，(2) 包括的黙秘権を明示せず，(3) 捜査機関の接見指定権限を認めている。また，(4) 捜査官は取調べ毎に調書を作成しなくても良く，(5) 弁護人立会いも認められていない。

日本の刑訴法は，戦前の刑事手続を省み，英米法の理念を取り入れたはずである。そこでは，被疑者・被告人の権利保障や，訴訟構造の変化―被疑者・被告人の主体性確保―等が追求された。被疑者取調べに関しては，「強制の色彩を完全に除去しようというのが，現行法の意図するところ」であった[162]。刑事訴訟法の制定に携わった Alfred C. Oppler は，日本の憲法及び刑訴法について，Miranda 法理を先取ったとも解し得ることを指摘している。すなわち，「手続中はいつでも，被疑者は弁護人選任権を有している。被疑者はこの権利を告げられなければならず，しかもかりに被疑者が弁護士を得ることができないときは，裁判所は彼のために弁護士を選任しなければならない。勾留中の場合には，被疑者は看守又は監視人の立合いなくして弁護人に接見することができる。かつてはそのような接見の場に看守又は監視人が，必ず見張りに立っていた。種々の段階で，被疑者及び被告人は，被告事件を告知され，審問を受ける機会を与えられる。さらに被疑者及び被告人は，供述を拒むことができ，黙秘権も告げられる。これらの保障の中のあるものは，合衆国で

---

161 もっとも，韓国でも，判例法理によって秘密性が確保されている（헌법재판소 1992.1. 28 선고, 91 헌마 111 결정）。この判例は，いかなる名分によっても接見交通権を制限し得ないことを明らかにしたものである。接見交通権を侵害して獲得した供述を証拠排除する論理は，判例によって認められている（대법원 1990.8.24 선고, 90 도 1285 판결，대법원 1990.9.25 선고, 90 도 1586 판결）。したがって，秘密交通権の実質的な保障という面で，韓国が日本に劣っている訳ではない。

162 松尾浩也『刑事訴訟法（上）〔新版〕』（弘文堂，1999 年）62 頁。

数年後にウォーレン率いる最高裁判所によって下され，ある論争の的になった判決の原形をなすものであるように思われる。」と[163]。

しかしながら，日本と同様に英米法に学んだ韓国の刑訴法と比較すると，日本の刑訴法は，その理念を実現し得ない法条文上の構造的な問題点を抱えていることがわかる。確かに，旧刑訴法と比較すれば，現行刑訴法は英米法の影響を受けていると評せよう。しかしながら，共に戦後に改正された現行憲法の理念に照らしたとき，刑訴法は，その水準を充たすには至っていないのである。日本の被疑者取調べの問題点は，刑訴法それ自体によっても引き起こされているのである。

第 3 節　捜査実務の意識の違い

戦後，日本も韓国も，アメリカ法に学びながら刑事手続における人権保障を追求してきた。しかしながら，前節でみたように，日本の実定法は，法条文上の問題を抱えている。そのため，実務運用も大きく異なることとなった。裁判所の態度・立場は，既に確認した通りである。そこで，以下では，特に捜査実務家の意識の違いに着目し，日本の捜査実務の特色を概観したい。

第 1 款　日本の捜査実務家の意識

戦後，日本の捜査実務家が現行刑訴法を運用するにあたっての意識は，既に第 1 編で確認した[164]。これを端的に言えば，日本の捜査実務家は，現行憲法及び現行刑訴法が制定された後も，意識的に戦前と同様の運用を行うよう心がけてきた。その前提には，現行刑訴法の制定によって職権主義から当事者主義へと転換したことに馴染めず，検察官が法廷で立証活動を尽くすことに戸惑いを覚えていたことが挙げられよう。検務局総務課長であった宮下明義は，「本年（1950 年）の春ごろから裁判官側の方で，当事者主義が前面に出ている訴訟形態であるにもかかわらず，検察官が積極的な立証を盡さないで，はなはだ遺憾であるという批判が強くなって，法務府の方でも検察官に対して積極的な立証を盡すようにということを申して來たわけであります《挿入筆者》」と述べている[165]。当事者主義の下での積極的な立証活動に対する戸惑いは，「捜査段階でとった調書を全部無条件で証拠として採用させよう」という動きを生んだ[166]。そして，検察官の戸惑いは，現行法の旧法的運用（糺問的な捜査活動）をもたらした。その過程で作成した調書は，同様に当事者主義的

---

163 A・オプラー（内藤頼博監訳・納谷廣美・髙地茂世訳）『日本占領と法制改革』（日本評論社，1990 年）119 頁。

164 第 1 編第 3 章第 1 節第 1 款「運用上の連続性」を参照。

165 小野ほか・前掲注（57）12 頁〔宮下明義発言〕。宮下明義は，検察官が積極的な立証を尽くさない理由として，旧法事件と新法事件を同時に取り扱わなければならい状況があったことを挙げている。

166 横山・前掲注（58）12 頁。

訴訟構造に不安や困惑を覚えていた裁判所の焦り[167]によって，積極的に証拠採用された。このような不安や戸惑いが，自白を追及する戦前の刑事手続の名残と相俟って，糺問的な取調べと調書裁判を形作ってきたのではなかろうか。そして，糺問的な取調べに対して裁判所の「お墨付き」を得た検察は，第 1 編で確認したような「現行法の旧法的運用」の正当化を主張するようになったのではなかろうか。

裁判所の不安・困惑と検察官の戸惑いが噛み合ったのは，1950 年～1955 年頃である。この時期は，朝鮮戦争を契機として警察法が改正される等，警察の中央集権化が図られた時期である。また，GHQ の影響の下，占領期に制定された法規の再検討が認められ，1953 年の刑訴法改正が行われた時期でもある[168]。このような時勢が，捜査機関が「現行法の旧法的運用」の必要性や正当性を主張する土壌を提供してきたと思われる[169]。さらに，その後，学界から弾劾的捜査観や取調べ受忍義務否定論が主張されたため，捜査機関は，糺問的な取調べやそのための身体拘束等の必要性・正当性を改めて主張しなければならなくなった。そこで，「現行法の旧法的運用」が真相解明や犯罪発生率の低さ，刑事政策的機能と結びつけられ，日本の治安を支える理念として援用されるようになった[170]。

このように，現在の取調べに対する日本の捜査実務家の意識は，現行法への戸惑いや不安と，裁判所の黙示的な支持，学界への反論過程等を通じて，より一層強固に形成されてきた。やや皮肉に言えば，当事者主義や被疑者の権利保障を追求した現行刑訴法が制定されたために，このような捜査実務の意識が確立された。そして，その過程で，現在の取調べの問題点を省み，憲法に合致した取調べを構築しようとする動きはみられなかった。

第 2 款　韓国の捜査実務家の意識

韓国の捜査実務家の意識は，民主化以後，大きく変化したように思われる。そのため，時代区分を民主化前後に分け，その特徴の変化を示す必要があろう。しかしながら，民主化以前の韓国の捜査実務家の意識を窺い知ることは極めて困難である。これは，この時期

---

167 本編第 3 章第 1 節第 1 款第 2 目「事実認識の差異の背景」を参照。

168 松倉・前掲注（154）102 頁。

169 もっとも，検察による「現行法の旧法的運用」は，現行法への戸惑いという消極的な理由のみによってもたらされたものではない。いわゆるチャタレー事件を担当した検察官の中込阬尚は，若い部下に対して，「検察庁の門を一歩入ったら，ここは帝国憲法が生きているんだ。そのくらいのつもりでやらなければ一人前にならんよ。」と述べたという（家永三郎『家永三郎集第 8 巻』（岩波書店，1998 年）94 頁）。このように，検察による「現行法の旧法的運用」は，意識的・積極的にも行われたことを窺い知ることができる。

170 たとえば，河上和雄「日本の刑事手続の特色―検察の立場から」三井誠・中山善房・河上和雄・田邨正義編『刑事手続（上）』（筑摩書房，1988 年）11～19 頁，土本武司『刑事訴訟法要義』（有斐閣，1991 年）17～34 頁等。なお，小田中聰樹『現代司法と刑事訴訟の改革課題』（日本評論社，1995 年）298 頁，高田昭正「刑事司法の改革課題―『日本的特色』論との関係で」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集　下巻』（成文堂，2007 年）7～10 頁を併せて参照。

の司法や検察に対する本格的な研究がなされていないためである[171]。そこで，以下では，被疑者取調べの憲法的規制が具体的に展開され始めた民主化以後に限定し，その特色を指摘したい。

民主化後，韓国の捜査実務家が常に意識してきたこととして，(1) 刑事手続における主導権確保と，(2) 国民の信頼回復が挙げられる。これらは相互に連関するものであり，両者を切り離して説明することは困難である。そのため，韓国の捜査実務家の意識を窺い知ることができる出来事を挙げ，(1) 主導権確保と (2) 信頼回復の各要素を適宜指摘する。

まず，韓国の捜査実務家は，刑事手続における主導権の確保を常に念頭に置いてきた。たとえば，被疑者取調べへの弁護人立会いは，警察によって率先して行われた。これは，1999 年 6 月，警察庁が内部の業務指針「被疑者訊問時の弁護人参与指針」を策定したことによって実現した。警察による弁護人立会いは，対外的には，被疑者の権利保障のためのものである[172]。しかしながら，真の目的は，検察よりも人権保障に配慮した捜査機関であるという印象を国民に与えることであった[173]。そして，これにより，国民の信頼を得ようとした。

また，取調べ録音・録画制度も，捜査機関によって導入された。2003 年 6 月，最高検察庁科学捜査課が主導して「捜査科学研究会」を設置し[174]，取調べ録音・録画導入が科学捜査化プロジェクトの一環として推進されたのである[175]。検察による録音・録画制度の導入も，単に取調べを改革するために行われた訳ではない。2002 年にソウル地検被疑者拷問致死事件が発生したため，検察は国民の信頼を回復することが急務であった。また，その導入を検討していた 2004 年には，調書採用要件を変更する大法院判決が下された[176]。この大法院判決は，検察官が作成した被疑者取調べ調書を事実上廃止するものであった。そこで，

---

171 韓寅燮「権威主義の体制下の司法府と刑事裁判―抑圧と抵抗のドラマ（1972～1987 年）―」大久保史郎・徐勝編『現代韓国の民主化と法・政治構造の変動』（日本評論社，2003 年）139 頁。なお，民主化以前の検察を端的に言えば，「権力の手足」であり，司法過程で「権力意志を代弁する機関」であった（同書 144 頁）。

172 경찰청「피의자신문시 변호인 참여지침」（1999.6.5 제정，수사 61110-1601）（警察庁「被疑者訊問時の弁護人参与指針」（1999.6.5 制定，捜査 61110-1601））, 이영돈「변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계」경북대학교 법학논고 47 집（2014 년）265 쪽（イヨンドン「弁護人の被疑者訊問参与権の範囲と限界」慶北大学校法学論考 47 集（2014 年）265 頁）.

173 朴燦運「弁護士が見た韓国における捜査の可視化―最近の状況と議論の内容―」刑弁 39 号（2004 年）98～99 頁。

174 전충현「영상녹화 조사의 효율적인 활용 방안 연구―거짓말 탐지 기법 중심―」과학수사학 3 권 1 호（2009 년）54 쪽（ジョンチュンヒョン「映像録画調査の効率的な活用方案研究―嘘探知技法を中心に―」科学捜査学 3 巻 1 号（2009 年）54 頁）.

175 천진호「증거방법으로서 영상녹화물 활용 방안 연구」동아법학 52 호（2011 년）451 쪽（チョンジンホ「証拠方法としての映像録画物活用方案研究」東亜法学 52 号（2011 年）451 頁）.

176 대법원 2004.12.16 선고, 2002 도 537 판결. なお，第 3 編第 2 章第 2 節「韓国における被疑者訊問調書の法的地位と証拠採用要件」を参照。

録音・録画記録媒体を調書の代替物として使用するためにも，録音・録画の導入が急がれた。他方で，その過程で，録音・録画制度のメリットを認識し，取調べ改革を主導するリーダーが登場した。その筆頭は，同研究会のメンバーであった検事の金鍾律（김종률）等である[177]。当初の目的はさておき，検察内部に改革の必要性を認識した主導者が生まれたことは，韓国の刑事司法改革において極めて重要な要素である[178]。

韓国において取調べ改革が捜査機関主導で行われた背景には，権威主義体制下及び民主化に伴って国民の間に形成された，公権力に対する厳しい監視・批判体制がある[179]。権威主義体制下で，捜査機関が「権力の手足」として機能し，司法過程で「権力意志を代弁する機関」としての役割を果たしていたためである。そのため，韓国では，「検察がしっかりしてこそ，国がまともになる」という言葉が一般的なほどに，検察改革が強く国民に認識されてきた[180,181]。

このような中で，検察は，常に国民の信頼を確保し，それを向上させていく必要性に迫られてきた。これに対して，警察は，1954 年制定刑訴法によって検察の捜査を補助する機関として位置づけられてきたため[182]，第 1 次的な捜査権の獲得を希求してきた。そのため，警察は，検察よりも人権感覚に優れた捜査機関であるという印象を国民に与える必要があった[183]。このことは，同時に，国民の信頼を獲得する必要があることを意味する。このよ

---

177 第 3 編第 3 章第 2 節第 1 款第 1 目「被疑者取調べ録音・録画制度の導入経緯」を参照。

178 ディビッド・T・ジョンソン「風向きを知るのにお天気キャスターは要らない―日本における取調録音・録画について合衆国と韓国から学ぶこと」指宿信『被疑者取調べと録画制度―取調べの録画が日本の刑事司法を変える』（商事法務，2010 年）216 頁。

179 朴相哲「韓国人の法意識」ジュリ 1007 号（1992 年）28～31 頁，ジョンソン・前掲注（178）216 頁等。

180 韓寅燮（中村知子訳）「韓国の検察改革―現状と展望―」法セミ 599 号（2004 年）44 頁。

181 民主化以後の歴代大統領も，検察改革に重きを置いてきた。歴代大統領が検察改革に重きを置き，「政治への信頼向上」を図る構造の中では，検察は「政治によって改革させられる組織」を脱し得ない。しかしながら，国民は，検察と同様に，政治に対しても批判的な目を向けている。そのため，このような中で検察が積極的に国民の信頼を獲得するためには，「政治によって改革させられる組織」から脱し，「腐敗政治を許さない正義の実現者」としての役割を果たす必要がある。近年の大統領経験者が検察によって捜査・訴追される背景には，このような「政治と検察の分離」思想があるように思われる。このようにして，政治と検察の双方から，「政治と検察の分離」が行われている。このことも，検察による「国民の信頼向上」という文脈で理解することができるのである（韓寅燮・前掲注（180）44～47 頁を併せて参照）。

182 かつては，検事は自己の判断に基づき捜査を開始することができ（旧法第 195 条），司法警察官は検事の指揮を受けて捜査をしなければならず（旧法第 196 条第 1 項），司法警察吏は検事又は司法警察官の指揮を受けて捜査の補助をしなければならない（旧法同条第 2 項）とされていた。

183 戦後の刑事訴訟法学においても，検察と警察の捜査権限に関する研究が盛んに行われてきた。なお，2012 年 1 月 1 日に施行された改正刑訴法では，司法警察官は検事の指揮を受ける（法第 198 条第 1 項）とともに，犯罪の疑いがあると認識したときは，捜査を開始・進行しなければならないとされた（同条第 2 項）。この改正によって，司法警察官が

うに，韓国の捜査機関は，ある意味では「不純な動機」によって，国民の信頼を獲得するために，被疑者の権利保障や現状の改革に積極的に取り組む必要があったのである[184]。

第 4 節　その他の視座

その他に，韓国に固有の事情として，さしあたり次の点を指摘することができる。(1) 日本による植民地統治の残滓を清算することが至高の価値であり，戦前から連続した現行制度を積極的に改革しなければならないという土壌が存在すること，(2) 文化的にも経済的にも先進国化することを目指す中で，刑事手続を国際水準に合致させることが先進国としての地位に不可欠であるという認識が強く存在すること[185]，(3) 変化を厭わず現状を改善しようとする国民性があること[186]等である。これらは法社会学的な実証研究を行い，その真偽等を検討する必要がある。しかしながら，本稿でこれらの検討を行う余裕はなかった。そのため，今後の検討課題としたい。

なお，被疑者取調べと自白に関連して，日本人の特徴が指摘されることがある。すなわち，日本人は，世界的に見て，自白しやすい民族であると言われている。この点についても，若干付言しておく。青柳文雄は，日本人の国民性に着目し，被疑者取調べを「立法的に…改めようとの動きもないというのは，この程度の取調は日本人にとってその自由な権利を著しく侵害されたとの意識がないからである《省略筆者》」という[187]。また，余罪の自白が多いのは，被疑者が「捜査機関なり裁判機関なりとの和合」を求めているためであり，長時間の取調べが行われるのも「日本人が自白しやすく，しかもその自白は通常の場合無理な取調によるものでなく，虚偽であることがないという経験的事実に負う」という[188]。そして，欧米では「良心に責められて」する自白が最も信用できないとされるのに対して，日本ではこのような自白が好対照をなすとした上で，日本人が自白しやすい事情として，(1)

主体的に捜査を行えるようになったため，これまで検察・警察間にみられた従属的な関係は，若干解消したと思われる。

184 その過程で，捜査機関によって「現状の正当化」が図られることはあまりなかった。これは，権威主義体制を支えた刑訴法が，日本の植民地統治の影響を強く受けているためであろう。韓国では，権威主義体制の反省とともに，日本の植民地統治の残滓を清算することが喫緊の課題として意識されてきた。そのため，「現状の肯定・正当化」は，日本による植民地統治を間接的に支持することになる。このような理由により，「現状の肯定・正当化」を強固に採り得なかったのである。

185 2004 年 11 月 15 日に開催された司法改革委員会第 24 回全体会議は，被疑者・被告人の人権を保障し，国際基準に合致する刑事手続を実現させるという理由で，公判中心主義の確立を満場一致で強調した（대법원「사법개혁위원회 제24차 회의」(2004년 11월 15일) ＜http://www.scourt.go.kr/information/jud_rfrm_comm/mtng_status/1173536_9822.html＞（大法院「司法改革委員会　第 24 次会議」(2004 年 11 月 15 日)）。

186 今井輝幸『韓国の国民参与裁判制度―裁判員裁判に与える示唆―』（イウス出版，2010 年）3 頁。

187 青柳文雄『刑事裁判と国民性〔総括篇〕』（有斐閣，1979 年）201 頁。

188 青柳・前掲注（187）91～92 頁。

日本人が一神教の宗教を持たないこと，(2) 日本人が捜査官なり裁判官なりと和合して日本人の調和の世界に戻りたいという性質を有すること，(3) 捜査官なり裁判官なりが法の番人であると同時に道徳の番人でもあることを挙げる。以上のことから，「日本人の自白の量と質は旧刑訴から現行刑訴まで一貫した連続性をもっている」と結論づける[189]。

これに対して，日本人の国民性論は，「アメリカ法の浸透を限定すべきだという価値判断が先行しており，『国民性』の観念はそのために利用された感がある」と指摘されている[190]。また，糺問的な捜査実務を正当化することを狙ったものであると位置づけられている[191,192]。黙秘権を中心とする被疑者の諸権利が人間の尊厳に基づく自然権的要素の色濃いものであり[193]，国際社会の普遍的な要求であることにも鑑みれば，日本人の国民性論によって日本の取調べを承認することはできない。日本人の国民性論は，尤もらしい「理論」によって，日本の取調べの法的な観察を放棄するよう説得するという意味でも，採用することができない。加えて，日本人の国民性論は，諸外国の検討―たとえば，自白率の比較等―を行っていない。しかしながら，Miranda 判決後のアメリカにおいても，70～80%の被疑者が権利を放棄し，供述を行っているとされている[194]。このような自白率や自首率の比較等を検討せずに，「日本人は自白をし易い民族である」と主張することは，議論の前提を欠くものであろう。

但し，被疑者取調べに関して，日本固有の特色が存在すること自体は否定することができない。そして，それこそが，本稿が示してきた問題点である。そうであれば，一定の価値判断を含む日本人の国民性論に捉われずに，端的に日本の取調べの現状を直視すれば足りるということになる。いずれにしても，日本人の国民性論を採用することはできない。

---

189 青柳・前掲注（187）210 頁。なお，青柳文雄の主張の整理について，白取祐司「戦後刑事訴訟法学の歩みと現状」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）12 頁を参照。

190 松尾浩也『刑事訴訟の理論』（有斐閣，2012 年）30 頁。

191 白取・前掲注（189）13 頁。

192 たとえば，捜査実務家が取調べ録音・録画制度の導入に反対した際に盛んに強調された「信頼関係構築論」等は，日本人の国民性論が姿を変えたものであるという見方も可能であろう。

193 高内寿夫「取調べ問題―黙秘権のゆくえ」法セミ 510 号（1997 年）51 頁。

194 *See* Paul G. Cassell & Bret S. Hayman, *Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of Miranda*, 43 UCLA L. REV. 839, 859 (1996); Richard A. Leo, *Inside the Interrogation Room*, 86 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 266, 276 (1996).

終編　日本における被疑者取調べの憲法的規制の展望

第 4 編では，日米韓 3 ヶ国の比較を通じて，日本において憲法が被疑者取調べを直接に規制できない背景として，(1) 裁判所の判断の特徴，(2) 実定法の問題点，(3) 捜査実務の意識，(4) その他の視座を指摘した。このように，日本の被疑者取調べの問題点は，憲法と刑事訴訟法の齟齬，憲法と実務運用の齟齬，刑事訴訟法と実務運用の齟齬がそれぞれ複雑に絡み合って生じている。しかしながら，憲法自体に本質的な問題点はみられない。そのため，本稿が示してきたアメリカや韓国における憲法的刑事訴訟観から示唆を得ることによって，日本においても現行法の枠内で被疑者取調べを憲法に基づいて規制することができると思われる。本編では，この点を踏まえ，日本における被疑者取調べの憲法的規制を展望する。

第 1 章　アメリカ及び韓国から得られる総論的示唆

アメリカと韓国から得られる総論的示唆は，次の 2 点である。(1) 身体拘束下の取調べに内在する「供述を強制する雰囲気」を直視することと，(2)「憲法はどの程度実効的な権利保障を要求しているか」という憲法解釈に基づいた取調べ規制を展開することである。

まず，(1) 身体拘束下の取調べに内在する「供述を強制する雰囲気」を直視する必要がある。既に確認したように，日本の最高裁は，身体拘束下の取調べに内在する「供述を強制する雰囲気」を直視しているとは言い難い。平成 11 年最高裁判決は，接見指定規定と憲法第 38 条第 1 項の関係について，被疑者に取調べのための出頭・滞留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はない」と判示している[1]。しかしながら，「供述を強制する雰囲気」は，アメリカや韓国に特有のものではない。このことは，足利事件における検察官取調べの録音テープが如実に示している[2]。このテープの反訳を見る限り，足利事件における検察官取調べにおいて，暴行や脅迫等が行われたことは窺われない。むしろ，検察官は「紳士的」かつ「知的」で「穏やか」であり[3]，「丁寧」で「情理を尽くした」取調べを行った[4]。しかしながら，

---

1 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 巻 3 号 514 頁。

2 足利事件の検察官取調べ録音テープについては，佐藤博史・木谷明・高木光太郎「座談会 足利事件・取調べ録音テープを聴く」世界 806 号（2010 年）159～169 頁，佐藤博史「足利事件の取調べテープが教える取調べの技術―取調べの可視化の究極の課題」日法 76 巻 4 号（2011 年）1129～1262 頁，高木光太郎「足利事件の虚偽自白事例から取調べの科学化について考える」法と心理 12 巻 1 号（2012 年）16～22 頁，松島恵介「『足利事件』における虚偽自白の検証―取調べテープにおける菅家氏の自白語りの特徴について（1）（2）―」龍谷大学国際社会文化研究所紀要 14 号（2012 年），16 号（2014 年）等を参照。

3 高木・前掲注（2）20 頁。

4 葛野尋之『未決拘禁法と人権』（現代人文社，2012 年）17～18 頁。

被疑者であった S 氏は，女児殺害を認める供述を行った。このテープが示唆していることは，(1) 日本においても，身体拘束下の取調べには「供述を強制する雰囲気」が内在していること，(2) 否認する被疑者にとって，身体拘束下で嫌疑を向けられた中で取調べを受け続けることは，身に覚えのない重大犯罪を「自白」することよりも，身体的・精神的に辛く苦しいこと[5]，(3) このようにして追い詰められた被疑者が，「自らの意思で」虚偽自白をし得ることである[6]。暴行に加えて，自白すれば家族の面倒を見る等の利益誘導を行ったり[7]，机を叩きながら「ぶち殺すぞ」と脅したり[8]，被疑者の弁解を聞かないまま 5 日間に亘って昼夜問わずに取調べを行うような事案[9]でなくても，被疑者の「供述の自由」は簡単に奪われる。身体拘束下の取調べに内在する「供述を強制する雰囲気」は，アメリカや韓国に特有のものではなく，日本においても存在するのである[10]。

このような「供述を強制する雰囲気」を前提に，(2)「憲法はどの程度実効的な権利保障を要求しているか」という憲法解釈の問題として，取調べ規制を検討しなければならない。日本の最高裁は，接見指定規定と憲法第 38 条第 1 項の関係について判示する文脈で，「不利益供述の強要の禁止を実効的に保障するためにどのような措置が採られるべきかは…立法政策の問題に帰する《省略筆者》」と判示している[11]。このような理解は，「憲法はどの程度実効的な権利保障を要求しているか」という視座を欠く。Miranda 判決は，Miranda 法理を要求するにあたり，憲法は憲法上の権利を実質的に保障するための手続的保護手段を要求しているという理解を示している[12]。また，韓国でも，憲法の基本秩序である「法治国家原理」が，「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の完備を要求している」と理解されている[13]。そして，これを実現するための論理として，適法手続原則が用いられている[14]。これに対して，日本の適正手続原則は，一種の「スローガン」に留まっている。しかしながら，日本国憲法が，連邦憲法や韓国憲法と比較し

---

5 葛野・前掲注（4）18 頁を併せて参照。

6 後藤昭「自白法則と補強法則」法時 61 巻 10 号（1989 年）35 頁は，「わが国の自白法則が当面する第一の課題は,『任意になされた嘘の自白』をなくすことである」と指摘する。もっとも，このような自白が「任意になされた」ものではなく，強制されたものであることは，本稿が示してきた通りである。

7 大阪地決昭和 59 年 3 月 9 日刑月 16 巻 3＝4 号 344 頁。

8 佐賀地決平成 14 年 12 月 13 日判時 1869 号 135 頁。

9 東京高判昭和 60 年 12 月 13 日刑月 17 巻 12 号 1208 頁。

10 なお，第 4 編では，日本の最高裁が観念的な事実認識をしている要因として，裁判官と検察官の関係を挙げた。その他に，法的な問題として，黙秘権が侵害されたと判断する基準に関する最大判昭和 24 年 2 月 9 日刑集 3 巻 2 号 146 頁が影響していると思われる。この点については，本編第 2 章第 2 節第 1 款「黙秘権侵害の基準」で改めて触れる。

11 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 巻 3 号 514 頁。

12 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 478-479 (1966). *See also,* Francis A. Allen, *The Judicial Quest for Penal Justice—The Warren Court and the Criminal Cases*, 1975 U. ILL. L. F. 518, 526 (1975).

13 헌법재판소 2004.9.23 선고, 2000 헌마 138 결정.

14 헌법재판소 1996.12.26 선고, 94 헌바 1 결정，대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 판결.

て，権利保障の面で不充分であるという事実はない。憲法は，刑事訴訟法の解釈・適用やその運用の基準として機能するのみならず，被疑者・被告人の基本的人権を具体的に保障するための規定として機能しなければならない[15]。換言すれば，「自由の侵害については法律の根拠規定が必要であるのに対し，自由の侵害からの救済は憲法が内在的に保障する」必要があるのである[16]。法の規定が明確でないときは，憲法の趣旨に従って，これを解釈しなければならない[17]。被疑者取調べ規制は，「憲法はどの程度実効的な権利保障を要求しているか」という憲法解釈の問題として捉えなければならないのである[18]。

第 2 章　各論の展開―日本における被疑者取調べの憲法的規制のための一考察―

本稿では，日本の被疑者取調べの問題点を指摘した上で，アメリカと韓国の被疑者取調べ規制を検討してきた。その際，裁判所の考え方を変えることを目指して，国家の捜査権限行使に対峙する個人の人権保障という刑事訴訟法の本質論を踏まえ，憲法論的な観点を意識してきた[19]。その結果，身体拘束下の被疑者取調べに内在する「供述を強制する雰囲気」を直視することと，「憲法はどの程度実効的な権利保障を要求しているか」という憲法解釈の問題として取調べ規制を捉えるべきことを示唆として抽出した。このような示唆を踏まえると，日本において展開するべき被疑者取調べの憲法的規制は，次のようになる[20]。

第 1 節　いわゆる「取調べ受忍義務」論

まず，いわゆる「取調べ受忍義務」は，明確に否定される。身体拘束下の取調べに内在する「供述を強制する雰囲気」は，黙秘権の実質的保障と相容れないためである。また，否認している被疑者に対し，「言いたくなければ言わなくてもよいが，取調室に出頭する義務はあるし，取調室から退去することは許されない」と告げ，長時間の取調べを続けることは，「自白を求める威嚇」であり[21]，黙秘権の実質的保障を要求する憲法第 38 条第 1 項に違反する。さらに，刑訴法は，取調べ目的の身体拘束を予定していない（法第 60 条，法第

---

15 高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』（現代人文社，2003 年）31 頁。

16 高田・前掲注（15）32 頁，佐藤隆之「被疑者取調べの適正化」法教 1370 号（2009 年）102～105 頁，葛野尋之「被疑者取調べ適正化の現在」法時 85 巻 9 号（2013 年）57 頁，渕野貴生「取調べ可視化の権利性と可視化論の現段階」法時 85 巻 9 号（2013 年）63 頁等。

17 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣，1958 年）85 頁。

18 後藤昭『捜査法の論理』（岩波書店，2001 年）171 頁。

19 このようなアプローチについては，杉原泰雄『基本的人権と刑事手続』（学陽書房，1980 年）39～40 頁，川崎英明「刑事訴訟法学の課題と展望」川崎英明・白取祐司編『刑事訴訟法理論の探求』（日本評論社，2015 年）253～254 頁等を参照。

20 日本の議論の整理や問題点の指摘は，既に第 1 編で行ったため割愛する。以下では，アメリカ及び韓国からの示唆を踏まえ，日本における被疑者取調べの憲法的規制を端的に描写する。

21 熊本典道『刑事訴訟法論集』（有斐閣，1988 年）78 頁。

207 条)。これらのことから，論理的帰結として，取調べ受忍義務否定論が導かれる。そうすると，法第 198 条第 1 項但書の解釈が問題となる。既に第 1 編で示したように，法第 198 条第 1 項但書の解釈を巡っては，既に様々な見解が示されている[22]。本稿では，法第 198 条第 1 項但書のベースとなった GHQ のプロブレムシートから，同条項但書の解釈を考えてみたい[23]。

1948 年 4 月 17 日に開催された刑事訴訟法改正協議会第 4 回会議に提出された GHQ のプロブレムシート「第一〇問　司法警察職員の尋問，取調及びその作成書類の証拠能力」には，「一. 如何なる場合においても，検察官，司法警察職員は，被告人，被疑者その他の何人に対しても質問に答えることを強制し得ない。検察官，司法警察職員の取調の段階においては，被訊問者は何時でも答を拒絶することができ，又逮捕されていないときには退出することができる。」と記載されていた[24]。そして，2 日後の同年 4 月 19 日に開催された第 5 回会議では，「第五問及び第一〇問の修正（一)」として，「検察官又は警察官は犯罪捜査中被告人，被疑者，又は事件の知識を有すると信ぜられる者に対し訊問に答えるよう要求することができる。すべての被訊問者は答を拒絶する権利を有し，若し逮捕されていない場合には何時でも退去することができる。」という修正案が提示された[25]。このプロブレムシートが，法第 198 条第 1 項の文言を導いたとされている。この記述が意味するところは，取調べを拒否することが，逮捕・勾留されている場からの解放までを含むものではないというものであろう[26]。少なくとも，修正前の第一〇問が「又逮捕されていないときには退出することができる」と規定し，これが修正（一）で「若し逮捕されていない場合には何時でも退去することができる」と改められたことに照らせば，法第 198 条第 1 項但書が取調べ受忍義務を課すための規定であると解することはできない。プロブレムシートによる勧告は，旧法下において取調べを目的とした行政検束等が濫用され，取調べが事実上強制されていたことに対する批判・反省を踏まえたものである[27]。そして，取調べ拒否が身体拘束場所からの解放を意味するものではない旨を示した。このことを踏まえると，法第 198 条第 1 項但書の解釈として最も説得的なものは，平野龍一の理解であろう。すなわち，法第 198 条第 1 項但書は，「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はない趣旨を，注意的に明らかにしたにとどまる」ものなのである[28]。

さらに言えば，GHQ によるプロブレムシートは，「若し逮捕されていない場合には (if not

---

22 第 1 編第 3 章第 2 節「いわゆる取調べ受忍義務論」を参照。

23 プロブレムシートは，「日本人との議論の基礎とするため，争点の簡単な分析と解決のための提案を記したもの」である（Alfred C. Oppler, *Reform of Japan's Legal and Judicial System under Allied Occupation,* 24 WASH L. REV. 290, 303 (1949)）。

24 小田中聰樹『現代刑事訴訟法論』（勁草書房，1977 年）113 頁。

25 小田中・前掲注（24）116 頁。

26 小坂井久「第 38 条第 1 項」憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社，1997 年）439 頁。

27 多田辰也『被疑者取調べとその適正化』（成文堂，1999 年）139 頁。

28 平野・前掲注（17）106 頁。

under arrest)」と述べ，勾留（detention）を含めていない。これは，少なくともGHQは，勾留段階における被疑者取調べを想定していなかったことを意味するのではなかろうか[29]。このような解釈は，制定過程や英文憲法に立ち返って，憲法第38条第2項の解釈―とりわけ，抑留（arrest）と拘禁（detention）の意義―を示した小坂井久の見解とも合致する[30]。現行憲法の制定直前である1943年には，逮捕直後に被疑者を治安判事へ迅速に引致することを要求するMcNabb判決が示されていた。このことを踏まえれば，GHQが「迅速な引致」の必要性を念頭に置き，プロブレムシートから「勾留」を除外したことを推測することができる。そうであれば，憲法及び刑訴法自体が，勾留中の取調べを想定していないということになる。

なお，近時，法が取調べ目的の身体拘束を予定していないことを承認しながら，身体拘束中の被疑者について取調べのための出頭・滞留義務を認める見解が提起されている。川出敏裕は，法制審特別部会第1分科会において，「勾留と在宅の間の中間的な処分」と関連して，次のように述べている。すなわち，「被疑者の身柄拘束期間には厳格な制限があり，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，身柄が拘束されている場合には，法律で特別に取調べのための出頭・滞留義務を認めた」と[31]。受忍義務に関する川出敏裕の説明に対して，分科会長を務めた井上正仁は，「現行法の規定についての説明として，優れた説明ではないかと思う」と述べている[32]。

川出敏裕の説明は，接見指定規定の合憲性を認めた平成11年大法廷判決の論理と通底するところがある。平成11年判決は，刑訴法第39条第3項について，「刑訴法において身体の拘束を受けている被疑者を取り調べることが認められていること（198条1項），被疑者の身体の拘束については刑訴法上最大でも23日間…という厳格な時間的制約があること…などにかんがみ，被疑者の取調べ等の捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る趣旨で置かれたもの《省略筆者》」であると述べている[33]。川出敏裕の見解は，平成11年判決と同様に，「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」ことを前提としている。そして，身体拘束期間が限られていることを強調し，「捜査の便宜」を考慮することで，「法律で特別に」出頭・滞留義務を認め

---

29 高内寿夫「被疑者取調べと弁護権」村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法〔上巻〕』（日本評論社，2009年）461頁。

30 小坂井久「第38条第2項」憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社，1997年）459～482頁。なお，高内・前掲注（29）461頁。

31 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（平成25年10月23日開催）議事録＜http://www.moj.go.jp/content/000118694.pdf＞19～20頁〔川出敏裕発言〕。なお，大澤裕「被疑者・被告人の身体拘束のあり方―いわゆる中間処分を中心に」論ジュリ12号（2015年）94頁を併せて参照。

32 法制審特別部会・前掲注（31）20頁〔井上正仁発言〕。

33 最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁。

たと解する。この論理に基づけば，黙秘権の問題は浮上しない。しかしながら，このような観念的な理解を採り得ないことは，第 1 章で示した通りである。また，川出敏裕の見解を採れば，(1)「捜査の便宜」によって黙秘権を譲歩させ，(2)「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」や「逃亡し，又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由」があれば受忍義務を肯定し得ると解することになる。しかしながら，このような解釈には疑問が残る。さらに，(3) 起訴・不起訴の判断を初めから取調べに全面的に依拠することを前提とする制度自体に対しても，疑問を禁じ得ない。被疑者の黙秘権が憲法上の保障であることに鑑みれば，身体拘束期間に制限があったとしても，「捜査の便宜」によって受忍義務を「法律で特別に」認めることはできない。次節で述べる黙秘権の意義や，黙秘権行使の効果を踏まえれば，「捜査の便宜」によって黙秘権が譲歩させられることはない。したがって，川出敏裕の見解は採り得ない。

ところで，身体拘束されている被疑者は，裁判官が発する勾留状によって「勾留すべき刑事施設」に留め置かれている。このような被疑者を，法律の規定に基づかず，捜査機関の判断で「勾留すべき刑事施設」から取調室へと連れ出せるというのは，とても「不思議なこと」である[34]。繰り返し述べたように，捜査（取調べや実況見分等）は，身体拘束の目的に含まれない。そうであれば，捜査機関は，勾留状の効力として，身体拘束されている被疑者を「勾留すべき刑事施設」から取調室に連れ出すことができないはずである[35]。このことは，弁護人が，現場調査に被疑者を立ち会わせるために連れ出して欲しいと申し出ても，許可されないであろうことに照らせば，より一層明確になる。被疑者の自由に着目すれば，被疑者は勾留状によって「勾留すべき刑事施設」に滞留するよう命令されているため，そこから取調室に行く自由は認められていないはずである。このように，捜査権限と勾留権限を峻別する立場を採れば，身体拘束された被疑者に対する出頭・滞留義務は観念し得ない。このような理由により，法第 198 条第 1 項但書は「逮捕又は勾留されている場合」を除外したと解することもできる。この考え方は，身体拘束の目的を徹底して純化したものであり，現行法の規定とも整合する。このような解釈を採れば，捜査機関が被疑者を取り調べようとする場合は，いわゆる一般接見（法第 80 条）の範囲内に限られるということになろう[36]。

---

34 後藤・前掲注（18）113 頁。

35 梅田豊「取調べ受忍義務否定論の再構成」島法 38 巻 3 号（1994 年）1～26 頁，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 3 号（1995 年）73～98 頁等。なお，それにも関わらず，捜査機関が被疑者を「勾留すべき刑事施設」から自由に連れ出すことができるのは，施設法の定めによって捜査権が制約されることはないという暗黙の了解があるためであると思われる（後藤・前掲注（18）113～114 頁）。

これに対しては，勾留状の効力として被疑者の身体を自由に移動させることができると解する立場も存在する（河上和雄・中山善房・古田佑紀・原田國男・河村博・渡辺咲子編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕第 2 巻』（青林書院，2010 年）415 頁〔渡辺咲子執筆〕等）。

36 後藤・前掲注（18）130～133 頁，葛野尋之「警察留置と弁護人接見」立命 307 号（2006

取調べ受忍義務論が示唆することは，身体拘束の目的，被疑者の黙秘権保障，弾劾的捜査観等の観点から，現行法の条文が整合的に構成されていないことである[37]。捜査権限と勾留権限を峻別する梅田豊や高内寿夫の立場は，法律の規定に極めて忠実な解釈を提供している。それにも関わらず，現実の捜査実務との乖離が大きいと認識され，あたかも「非常識[38]」な立場であるように映るのは，刑訴法の条文自体に根本的な問題があるためであろう。ここに，「憲法は何を要求しているか」という視点から，憲法に適合した刑事訴訟法を追求する必要性が認められるのである[39]。仮に，法第 198 条第 1 項但書の解釈として取調べ受忍義務を肯定する他ないのであれば，端的に同条は憲法違反であるということになる[40,41]。

第 2 節　黙秘権

第 1 款　黙秘権侵害の基準

最高裁は，黙秘権の意義について，「威力その他特別の手段を用いて，供述する意思のない被告人に供述を余儀なくすることを禁ずる趣旨」であると解している[42]。また，「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」と判示している[43]。これらの判示を前提にすれば，具体的な強要等によって「現実に」被疑者の供述の自由が侵害されない限り，黙秘権侵害は認められないということになる[44]。換言すれば，判例の論理は，供述の自由を危険に晒すことそれ自体は，黙秘権保障の埒外であると解するものである[45]。

年）125 頁，梅田豊「いわゆる『取調べ受忍義務』なるものの法的根拠について」愛学 55 巻 1＝2 号（2014 年）21～24 頁等。

37 後藤・前掲注（18）142～143 頁。

38 梅田・前掲注（36）23 頁。

39 熊本・前掲注（21）80～82 頁，熊本典道「被疑者の取調べ―弁護の立場から」三井誠・中山善房・河上和雄・田邨正義編『刑事手続（上）』（筑摩書房，1988 年）191 頁。

40 村井敏邦『現代刑事訴訟法〔第 2 版〕』（三省堂，1998 年）143 頁，高田・前掲注（15）98 頁，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求』（日本評論社，2015 年）192 頁等。

41 その意味で，法第 198 条第 1 項但書を違憲であると断じずに，「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はない趣旨を，注意的に明らかにしたにとどまる」規定であると解する平野龍一の見解は，「198 条の合憲解釈のアプローチ」であると評されることもある（田宮裕編『刑事訴訟法 I ―捜査・公訴の現代的展開―』（有斐閣，1975 年）320 頁〔田宮裕執筆〕）。

42 最大判昭和 24 年 2 月 9 日刑集 3 巻 2 号 146 頁。

43 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 巻 3 号 514 頁。

44 なお，後藤・前掲注（18）156 頁を参照。渕野・前掲注（40）188 頁は，このような傾向が自白法則の適用にも及んでいるとした上で，「被疑者の完全屈服＝抗拒完全不能状態を黙秘権侵害の判断基準として要求していると分析せざるを得ない」と指摘している。

45 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―黙秘権告知は黙秘権の内

このような理解に基づけば，被疑者が黙秘権を行使している場合であっても，捜査機関が翻意し供述するよう「説得」する過程は，黙秘権侵害にはあたらないということになる[46]。このことを正面から認めた下級審判決は，憲法第 38 条第 1 項や法第 198 条第 2 項の趣旨について，「国家機関とりわけ捜査機関に対し，何人に対しても，不利益な供述を強要することを禁止しかつこれを実質的に保障せんとするところにあると解されるので，被疑者が黙否権《原文ママ》を行使したからといつて捜査機関は直ちに爾後全く被疑者を取調べることができなくなるものではなく，いやしくも被疑者の供述を強要することとならない限り取調を続行し，或は日を改めて取調をなすことはなんらさしつかえないと考えられる」と判示している[47]。この論理は，取調べ受忍義務肯定説を前提に，黙秘権を行使している被疑者に対して「取調を続行」することと「供述を強要すること」は明確に区別し得るとするものである。その他に，取調べ受忍義務否定説ないしは出頭・滞留義務否定説を前提にしつつ，法第 198 条第 1 項が捜査機関に取調べ権限を認めていることを根拠に，「取調べに応ずるよう熱心かつ合理的な説得をすることは許されないはずはない」という見解もある[48]。

しかしながら，「供述の強要」と「説得」の峻別は限りなく困難である。「取調官対被疑者という状況のもとで，『真相への説得』が行われれば，それは，自白の強要と一歩を隔てるにすぎない」のである[49]。このことは，「説得」が許されると説く論者によっても示されている[50]。また，身体拘束下の被疑者取調べは，それ自体が「供述を強制する雰囲気」を内在するものである。さらに，前節で述べたように，現行憲法及び現行刑訴法の理念に基づけば，取調べ受忍義務肯定説は採り得ない。これらを踏まえれば，被疑者が黙秘権を行使しているにも関わらず，捜査機関が翻意し供述するよう「説得」する過程は，供述の強要そのものである。被疑者からみれば，「問いに答えているのに，捜査官が満足する別の答え方をするまで何時間も，何日も，孤立無援の状態の中で『説得』を受けることを強いられる」ことは，「『任意』な答えを促す『説得』の範囲をはるかに超えている」ということになる[51]。「説得」過程が黙秘権を侵害したことにならず，被疑者が精神力や忍耐力によって単に耐え忍んでいる状態であるとすれば，黙秘権に権利としての実質は無いといっても過

容に含まれるのか」法時 86 巻 5 号（2014 年）113 頁。

46 佐藤文哉「被疑者の取調べ」三井誠・中山善房・河上和雄・田邨正義編『刑事手続（上）』（筑摩書房，1988 年）196 頁，佐山雅彦「被疑者の取調べをめぐって」研修 567 号（1995 年）95 頁，佐藤隆之「被疑者の取調べ」法教 263 号（2002 年）140 頁。

47 高松地判昭和 39 年 5 月 18 日下刑集 6 巻 5＝6 号 681 頁。

48 田宮裕「取調べ問題の展望」井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社，1991 年）788 頁，田口守一『刑事訴訟法〔第 6 版〕』（弘文堂，2012 年）135 頁。なお，渡辺修『被疑者取調べの法的規制』（三省堂，1992 年）227 頁は，出頭拒否・退去の自由を否定した上で，説得が可能であるとする。

49 松尾浩也『刑事訴訟法（上）〔新版〕』（弘文堂，1999 年）118 頁。

50 田宮・前掲注（48）788 頁。

51 後藤・前掲注（18）155 頁。高田・前掲注（15）93 頁は，「『取調べ官の質問にさらされながら沈黙を続ける』というようなことを，もともと刑事訴訟法は考えていないはずである」という。

言ではない[52,53]。被疑者の黙秘権が包括的黙秘権であり，黙秘する理由や黙秘する旨の意思表示さえ不要であることに鑑みれば，何も言わない被疑者に対して取調べを継続し，あるいは供述するよう「説得」することは，「供述の強制」になる。黙秘権を行使している被疑者（あるいは，何も言わない被疑者）に対して，捜査機関に許容される働きかけは，「本当に権利を行使するかを 1 度確認する程度」が限度であろう。「意思確認」を超えて，翻意するよう働きかけることは，取調べの継続に他ならず，供述を強要することになる[54]。

第 2 款　黙秘権行使の効果

第 1 編で示した黙秘権の本質や意義と[55]，前款で述べた黙秘権侵害の基準を踏まえれば，黙秘権行使は取調べ中止効を有すると解することになる[56]。このことは，取調べ受忍義務否定説を採ることの論理的帰結でもある[57]。黙秘権を保障することの意味は，被疑者が捜査機関からの追及に耐え忍んでいる状態を許さないというものである。黙秘権を行使するという決断は，「もうこれ以上，あなたとはお話しません」とコミュニケーションを終了させる決定に他ならない[58]。そのため，被疑者が黙秘権を行使した場合は，捜査官はそれ以上取調べを継続することができない[59,60]。被疑者が黙秘権を行使しているにも関わらず，捜査機関が取調べを継続し，あるいは「説得」が奏功して自白を得たとしても，当該取調べは供述を強制するものである以上，自白の任意性が否定されることになろう[61]。

第 3 款　黙秘権保障のための手続的保護措置

Miranda 判決後，アメリカにおいて Miranda 法理を巡る論争が巻き起こった要因の 1 つに，権利放棄に関する矛盾がある。すなわち，Miranda 判決は，身体拘束下の取調べに内

---

52 渕野・前掲注（40）192 頁。

53 87 日に亘って完全黙秘を貫いた和歌山カレー事件の被告人夫婦等のように，黙秘や供述拒否を続けることは極めて困難である。同事件における弁護実践については，小林つとむ「黙秘を貫いた弁護方針とその実践―和歌山カレー事件」刑弁 38 号（2004 年）40 頁を参照。

54 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）421 頁。

55 第 1 編第 3 章第 4 節第 1 款第 1 目「黙秘権の意義」を参照。

56 渕野・前掲注（40）192 頁。

57 小坂井・前掲注（26）439 頁，後藤・前掲注（18）155 頁，上口裕「自己負罪拒否特権の意義と射程」村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法〔上巻〕』（日本評論社，2009 年）520 頁。

58 渕野・前掲注（16）59 頁。

59 村井・前掲注（40）146～147 頁。

60 もっとも，アメリカでは，黙秘権の行使には明確性が要求されるため，「何も言わない」ことは黙秘権の黙示的放棄になると解されている。*See* North Carolina v. Butler, 441 U.S. 369 (1979); Davis v. United States, 512 U.S. 452 (1992); Berghuis v. Thompkins, 560 U.S. 370 (2010).

61 後藤・前掲注（18）155 頁。

在する強制的な雰囲気によって黙秘権が効果的に保障されないおそれを指摘し，これを打破するために弁護人が立ち会うことを重視しながら，弁護人不在の中で被疑者が自己の権利を放棄することを認めていた[62]。そのため，権利放棄が任意に行われたか否かを判断する際には，事情の総合説に依拠せざるを得ない[63]。

また，黙秘権が「一切の供述を拒否すること」のみならず，「個々の質問に対して供述を拒否すること」も保障するものであれば，被疑者は，取調べの開始段階で黙秘権を行使するか否かを決断する義務を負わない。そのため，被疑者が取調べ開始時に黙秘権を明示的に行使していなかったとしても，これは「暫定的な状態」に過ぎず，黙秘権放棄を意味する訳ではない[64]。そうであれば，黙秘権を行使も放棄もしない「暫定的な状態」で取調べに応じ，途中から黙秘権を行使する場合が考えられる。

Miranda 判決の矛盾を回避し，あるいは取調べ途中での黙秘権行使を実効的に保障するためには，弁護人の立会いが最も有用である。また，常に弁護人が立ち会うことが困難であるとすれば，事後的な黙秘権保障措置として，録音・録画することが有用かもしれない。この点については，次節以下で改めて述べる。

第 4 款　黙秘権告知の在り方と不告知の効果

日本の最高裁は，黙秘権告知は憲法の要求ではないと解している[65]。その背景には，黙秘権は「威力その他特別の手段を用いて，供述する意思のない被告人に供述を余儀なくすることを禁ずる趣旨[66]」であるという理解がある。そのため，具体的な強要等によって「現実に」被疑者の供述の自由が侵害されない限り，黙秘権侵害は認められない。確かに，この論理に基づけば，黙秘権告知の欠如それ自体は，供述の自由を「直ちに」侵害することにはならないであろう。

しかしながら，このような理解が狭きに失することは，第 1 款で述べた通りである。また，黙秘権告知は，黙秘権の存在自体を被疑者に知らしめ[67]，告知を行う捜査官に自戒の機

---

62 *See* Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 475-476 (1966).

63 North Carolina v. Butler, 441 U.S. 369, 374-375 (1979).

64 渕野・前掲注（16）62 頁。なお，배종대・이상돈・정승환・이주원『신형사소송법〔제 5 판〕』（홍문사，2013 년）345 쪽（ペジョンデ・イサンドン・ジョンスンファン・イジュウォン『新刑事訴訟法〔第 5 版〕』（弘文社，2013 年）345 頁）。第 3 編第 3 章第 1 節第 1 款第 4 目「権利不行使と権利放棄の関係」を併せて参照。

65 最大判昭和 23 年 7 月 14 日刑集 2 巻 8 号 846 頁，最三判昭和 25 年 11 月 21 日刑集 4 巻 11 号 2359 頁，最一判昭和 27 年 3 月 27 日刑集 6 巻 3 号 520 頁，最三判昭和 28 年 4 月 14 日刑集 7 巻 4 号 841 頁，最二判昭和 28 年 5 月 1 日集刑 80 号 49 頁，最二判昭和 36 年 11 月 17 日集刑 140 号 181 頁，最一判昭和 43 年 12 月 19 日集刑 169 号 763 頁，最一判昭和 48 年 12 月 20 日集刑 190 号 989 頁，最三判昭和 59 年 3 月 27 日刑集 38 巻 5 号 2037 頁，最一判昭和 63 年 4 月 28 日集刑 249 号 521 頁。

66 最大判昭和 24 年 2 月 9 日刑集 3 巻 2 号 146 頁。

67 田口・前掲注（48）132 頁。

会を提供するのみならず[68]，取調べに内在する「供述を強制する雰囲気」を緩和させる機能を有する[69]。とりわけ，身体拘束下の被疑者取調べに内在する「供述を強制する雰囲気」を直視する本稿の立場からは，黙秘権告知は「取調べの場の心理的な構造を変革する」極めて重要な手続となる[70]。そして，「憲法は当該権利の実効的保障を要求している」という理解に基づけば，黙秘権告知は，黙秘権を実質的・実効的に保障するための手続的保護手段として[71]，憲法が要求する手続であるということになる。

黙秘権告知を欠いた場合，当該取調べに内在する「供述を強制する雰囲気」は緩和されない。また，被疑者が黙秘権に無知である場合には，「その無知に乗じて供述を強要した」ことになる[72]。そうであれば，黙秘権告知を欠いた場合，当該取調べは黙秘権を侵害した取調べであるということになろう[73]。そこで獲得した自白は，黙秘権を侵害して獲得したものとして，任意性が否定されることになる。

第 3 節　弁護人の援助を受ける権利の実質的保障

第 1 款　接見交通権

第 1 目　刑訴法第 39 条第 3 項の違憲性

最高裁は，いわゆる安藤・斎藤事件大法廷判決（平成 11 年判決）において，接見交通権は「憲法の保障に由来するもの」であるという従来の判例を踏襲し，接見等の申出があったときに，「捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や…間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって，弁護人等の申出に沿った接見等を認めたのでは，右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは，原則として右にいう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《省略筆者》」と述べた[74]。

---

68 酒巻匡「捜査の終結・被疑者の権利」法教 368 号（2011 年）71 頁，河上和雄・中山善房・古田佑紀・原田國男・河村博・渡辺咲子編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕第 4 巻』（青林書院，2012 年）178 頁〔河村博執筆〕等。

69 河上ほか・前掲注（68）178 頁〔河村博執筆〕等。*See* Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 467-468 (1966).

70 松尾・前掲注（49）118 頁。

71 法学協会編『註解日本国憲法（上)』（有斐閣，1953 年）661 頁。

72 平野・前掲注（17）179 頁は，被告人に対する黙秘権告知の文脈で，上記のように述べている。このことは，被疑者に対する黙秘権告知にも妥当するであろう。

73 さらに，そもそも，被疑者が身体拘束されている場合には，取調べ受忍義務があると誤信することも少なくないことが予想されるため，取調べに応じる義務がない旨とともに，取調べに応じなくても何ら不利益を受けない旨を被疑者に充分に理解させる必要がある（熊本典道「執拗な取調による自白」警研 43 巻 1 号（1972 年）69 頁，熊本・前掲注（21）82 頁，熊本・前掲注（39）191 頁）。

74 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 巻 3 号 514 頁。

しかしながら，この判示には大きな問題がある。まず，(1) 接見交通権を「憲法の保障に由来するもの」であると位置づけている点である（仮に，「憲法第 34 条由来論[75]」と称する。）。「憲法第 34 条由来論」は，憲法が接見交通権を直接に保障している訳ではないという解釈の幅を持たせるものである[76,77]。これにより，接見交通権は「刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のもの」ではなく，「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」が図られれば，憲法第 34 条の趣旨は「実質的に損なわれない」という「合理的調整」論が導かれることになる。しかしながら，接見交通権は，憲法第 34 条が保障する弁護人依頼権の一内容であり，憲法上保障された権利である[78]。このことは，接見交通権規定の制定過程からも明らかである[79]。したがって，「憲法第 34 条由来論」は採り得ない。

もっとも，平成 11 年大法廷判決の論理は，接見交通権が憲法上の権利であったとしても，合理的調整を要求するものであると理解することもできる。そうであれば，問題の本質は「憲法第 34 条由来論」自体ではなく，憲法上の権利を捜査権限によって制限し得るとしている点であろう。すなわち，「接見の希望と被疑者取調べ等ないしその間近で確実な予定とが抵触する場合には，『原則として』接見指定の要件がある」と理解する点に，最大の問題がある。その結果，「接見の利益と取調べの利益とが対立する場合に，基本的に取調べの利益を優先させる」ことになる[80]。しかしながら，現行法が自由かつ秘密の接見交通権を保障した趣旨は，黙秘権を保障するためでもある[81]。平成 11 年大法廷判決の論理は，弁護人依頼権や黙秘権を保障した現行憲法に適合せず，現行法が自由かつ秘密の接見交通権を保障

---

75 指宿信「秘密交通権をめぐって―志布志事件接見国賠裁判を通じて考える」成城 81 号（2012 年）250 頁を参照。

76 上野勝「調整論批判」柳沼八郎・若松芳也編『新接見交通権の現代的課題―最高裁判決を超えて』（日本評論社，2001 年）142 頁，加藤克佳「被疑者と弁護人の接見交通」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣，2013 年）105 頁。

77 河上和雄『最新刑事判例の理論と実務』（信山社，1990 年）219 頁は，「憲法第 34 条由来論」について，「単に，憲法の保証《原文ママ》を推し進めて刑訴法の規定が生まれたというにすぎず，何ら秘密交通権が憲法上の原則になったことを明らかにしたものでもないし，憲法上の原則に由来するというのは，単にその原則の精神をより拡大したものにすぎない」と理解している。これに対して，寺崎嘉博「弁護人の役割―接見交通と効果的弁護―」現刑 13 号（2003 年）46 頁は，平成 11 年大法廷判決が「被疑者に対し，弁護人を選任した上で，弁護人に相談し，その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障している」と明示したことを挙げ，河上和雄の理解は最高裁の認めるところではないと指摘する。

78 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）655 頁。

79 三井誠「接見交通権規定の成立過程―立法者意思の解明―」『平野龍一先生古稀祝賀論文集　下巻』（有斐閣，1991 年）269～271 頁。

80 後藤昭「接見指定権の原理的問題」『福井厚先生古稀祝賀論文集―改革期の刑事法理論』（法律文化社，2013 年）150 頁。

81 司法事務研究会編『刑事訴訟法規』（鏡書房，1948 年）巻末所収の「改正刑事訴訟法提案理由書」9 頁，野木新一・宮下明義・横井大三『新刑事訴訟法概説〔追補訂〕』（立花書房，1949 年）40 頁。なお，三井・前掲注（79）264 頁を併せて参照。

した趣旨を没却するものである。以上のように考えれば，判例が理解するような意味での法第 39 条第 3 項の接見指定規定は，違憲であるという評価を免れることができない[82]。

第 2 目　刑訴法第 39 条第 3 項の解釈

本稿は，現行憲法及び現行刑訴法の解釈論を展開するものである。そこで，法第 39 条第 3 項が憲法に反しないと言いたければ，法第 39 条第 3 項をどのように解釈すれば，憲法の理念に適うかについて付言しておく。

第 1 目で確認したように，接見交通権は，憲法上の権利である。そのため，憲法上の権利の実質的保障という観点からは，弁護人依頼権を「実質的に損」い，延いては黙秘権の実質的保障を危険に晒す平成 11 年大法廷判決の論理に与することはできない。また，平成 11 年大法廷判決の論理は，取調べ目的の身体拘束を否定した法の趣旨とも矛盾する[83]。これらを踏まえると，法第 39 条第 3 項の「捜査のため必要があるとき」に，取調べは含まれない[84]。そもそも，接見交通権は憲法上の権利であるのに対し，接見指定権限は法律上のものに過ぎず，「飽くまで必要やむを得ない例外的措置[85]」である[86]。取調べが「捜査のため必要があるとき」に含まれないとすれば，接見指定が認められる場合とは，厳密な物理的不能の場合に限られる[87]。具体的には，（1）被疑者が裁判所で勾留質問を受けていたり，逮捕から勾留請求までの時間制限を守るために検察庁に被疑者を送致している等，被疑者が「勾留すべき刑事施設」に居ない場合や，（2）被疑者の身体を直接の対象として検証や鑑定等の強制処分が行われている場合等が考えられる[88]。（2）被疑者の身体を直接の対象として検証や鑑定等の強制処分が行われる場合は，司法審査（憲法第 35 条）及び利益保護手続（法第 222 条）を経ている限り，「捜査のため必要があるとき」に該当することになろう。なお，身体拘束の効力として，実況見分等への立会いを強制する余地はない[89]。したがって，被疑者が任意に実況見分等に応じている場合であっても，被疑者が接見を希望し，

---

82 村岡啓一「接見交通権問題にコペルニクス的転回はあるか―安藤・斎藤事件最高裁大法廷への論点回付を受けて」法セミ 531 号（1999 年）24 頁，村田和宏「接見交通権と取調べの関係について」九法 78 号（1999 年）92 頁，若松芳也「不条理な刑訴法 39 条 3 項を削除せよ」柳沼八郎・若松芳也編『新接見交通権の現代的課題―最高裁判決を超えて』（日本評論社，2001 年）273～278 頁，高田・前掲注（15）132～140 頁，村岡啓一「被疑者と弁護人の接見交通」法教 389 号（2013 年）9 頁等。

83 平野・前掲注（17）84～85 頁を参照。

84 後藤・前掲注（80）149 頁。

85 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 巻 3 号 514 頁。

86 三井誠『刑事手続法（1）〔新版〕』（有斐閣，1997 年）158 頁。

87 後藤・前掲注（80）149 頁。

88 捜査の必要性が認められる場合を詳細に検討したものとして，渡辺修「接見交通権と刑訴法三九条三項の『捜査のため必要』の解釈―福島地裁郡山支部平成二年一〇月四日判決を素材にして―」神院 20 巻 3＝4 号（1990 年）187～191 頁がある。

89 実務では，身体拘束の効力として，被疑者の立会いを強制することができると解されている。この点について疑問が残ることは，取調べ受忍義務論との関係で既に述べた。

あるいは弁護人が接見を申し出た場合は，即時の接見を実現させなければならない[90]。先に例示した場合に行い得る接見指定は，「現在，被疑者を検察庁に送致している途中であるため，押送中は接見できない」等の指定となり[91]，物理的に「会えない時間」を示すものになる[92]。

以上のように，法第 39 条第 3 項の「捜査のため必要があるとき」に該当するとして，捜査機関が接見の「日時，場所及び時間」を指定し得るのは，極めて例外的な場合に限られる。仮に憲法第 34 条と法第 39 条第 3 項が両立すると言いたければ，法第 39 条第 3 項は「確認的な意味しかない条文」であると理解する他ないのである[93]。

第 3 目　接見交通権行使の効果と侵害に対する救済

接見交通権が憲法上の弁護人依頼権の一内容であると理解すると，接見交通権の侵害は憲法上の基本権侵害にあたる。また，受忍義務否定説に立ったとき，被疑者が「弁護人と接見しなければ取調べに応じない」旨の意思を示したにも関わらず，取調べを目的として接見指定することは，黙秘権の侵害にあたる。したがって，被疑者が弁護人との接見を希望した場合は，接見が実現するまでの間，それ以上の取調べを行うことができない。もちろん，接見が実現するまでの間の「説得」は，黙秘権の侵害にあたる。それゆえ，被疑者の接見交通権行使は，取調べ中止効を生じることになる。

それにも関わらず，接見が実現するまでの間に捜査官が取調べないしは「説得」を行い，被疑者から自白を獲得した場合は，当該自白は黙秘権及び弁護人依頼権を侵害して獲得したものとなる。このような場合の救済手段として，(1) 法第 39 条第 3 項の処分に対する準抗告（法第 430 条）と (2) 証拠排除が考えられる[94]。但し，準抗告による救済には，本質的な限界がある。接見交通権侵害に対して準抗告を申し出て，準抗告審決定が下されるまでの間に被疑者が自白した場合には，準抗告による救済は実効性に乏しい。そうであれば，接見交通権を侵害して獲得した自白は，憲法上の弁護人依頼権を侵害するとともに，黙秘権を侵害するものであるとして，証拠排除しなければ，その救済は充分に図られない[95]。

被疑者の接見交通権行使に伴う取調べ中止効を無制限に認めると，接見交通権行使後の取調べは一切不可能となる。そうすると，弁護人が「勾留すべき刑事施設」へ赴いて被疑

---

90 渡辺・前掲注（88）188～189 頁。

91 福井厚『刑事訴訟法講義〔第 5 版〕』（法律文化社，2012 年）191 頁を参照。

92 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣，1996 年）152 頁。

93 井上正仁・後藤昭・神洋明・田口守一・三井誠・山室惠・渡邉一弘「座談会　刑事訴訟法の現実とその問題点」ジュリ 1148 号（1999 年）143 頁〔後藤昭発言〕。

94 新潟地決昭和 48 年 12 月 4 日刑月 5 巻 12 号 1673 頁，後藤昭・白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕』（日本評論社，2013 年）1063～1064 頁〔後藤昭執筆〕を参照。韓国においても，拘禁に関する処分に対する準抗告（法第 417 条）と証拠排除によって救済が図られている。詳細は，第 3 編第 3 章第 2 款第 2 目「被疑者と弁護人の接見交通権」を参照。

95 この点については，韓国大法院の判例が参考になろう（대법원 1990.8.24 선고, 90 도 1285 판결，대법원 1990.9.25 선고, 90 도 1586 판결）。

者と接見する気がないにも関わらず，被疑者に対して「接見交通権を行使すれば，それ以降の取調べは一切行われないから，とりあえず権利行使するように」と助言すれば，無条件に取調べを回避することができることになる。被疑者に黙秘を勧め，取調べを拒否させたい弁護人にとっては，このような戦術を採ることは自然である。これに対しては，2 つの考え方があり得る。まず，(1) 被疑者に包括的な黙秘権と権利行使に伴う取調べ中止効を認めるのであれば，権利行使後は被疑者が自らの意思で翻意しない限り，いかなる理由であっても取調べを再開し得ないため，権利行使後は一切の取調べを行い得ないという考え方である。これは，アメリカの Edwards 判決[96]や Minnick 判決[97]の考え方に近い。これに対して，(2) 取調べの必要性を強調し，一定の条件が認められる場合には，接見交通権行使後であっても取調べを再開し得るという考え方があり得る。これは，韓国の大統領令「検事の司法警察官吏に対する捜査指揮及び司法警察官吏の捜査準則に関する規則」第 21 条第 3 項の考え方に近い[98]。両者の違いは，黙秘権行使と接見交通権行使を厳密に区別し得ると解するか否かと，捜査の必要性を強調するか否かによる。黙秘権を行使する際に，その理由を述べる必要はない。そうであれば，「弁護人と接見するまでは黙秘する＝取調べは受けない」という黙秘権行使と，単に「弁護人に会ってから話したい」という接見交通権行使を厳密に区別することはできない。権利行使に伴う取調べ中止効を前提とすれば，黙秘権行使と接見交通権行使は，限りなく接近することになる。加えて，憲法上の権利と「捜査の必要性」を天秤にかけることはできない。それゆえ，被疑者が接見交通権を行使した後は，被疑者が翻意した場合を除き[99]，実際に接見が実現するまで，いかなる場合であっても取調べを再開し得ない。もちろん，翻意するように捜査官が被疑者を説得することは許されない。説得過程は，供述の強要に他ならないためである。このように解さなければ，論理的整合性を欠くとともに，憲法上の権利の実質的保障という観点から不充分となる。弁護人が上記「戦術」を勧め，被疑者が「戦術」の意図を理解した上で，その「戦術」を採った場合であっても，接見が実現するまでの間は，被疑者が自らの意思で翻意した場合を除き，捜査機関はそれ以上の取調べを行うことができない[100]。

---

96 Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477, 484-485 (1981).

97 Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146, 153 (1990).

98 同条項は，弁護人立会いに関して，「弁護人が相当な時間内に出席せず，又は出席することができないとき」には，被疑者が弁護人立会権を行使した後であっても，取調べを再開することができる旨を規定している。なお，第 3 編第 3 章第 1 節第 2 款第 3 目 3「2007 年刑訴法改正による『弁護人立会権』の新設」を参照。

99 *See* Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477, 485 (1981); Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146, 156 (1990).

100 接見交通権の制約と関連して，施設法による接見交通権制約の可否が問題となる。具体的には，刑事収容施設法第 118 条第 1 項及び第 220 条第 1 項による時限の制約の可否である。刑訴法と施設法の関係は，一元的に理解すべきである（後藤・前掲注（18）115 頁，中川孝博「未決拘禁制度についての理論的課題」自正 56 巻 10 号（2005 年）50 頁，葛野尋之『刑事手続と刑事拘禁』（現代人文社，2007 年）5 頁，緑大輔「弁護士等との外部交通と施設担当者の義務」福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』（日本評論社，2009

第 2 款　被疑者取調べへの弁護人立会権

第 1 目　弁護人立会権の理論構成

被疑者取調べへの弁護人立会権が，黙秘権や弁護人依頼権を実質的・実効的に保障する上で最も有効であることに争いはない。また，黙秘権の防禦権的性格や弁護権の参加的機能からも，その必要性が強く認識されている[101]。既に第 1 編で確認したように，弁護人立会権を導く論理には，いくつかのバリエーションがみられる[102]。

そもそも，取調べ受忍義務否定説を前提にすれば，被疑者が弁護人の立会いを条件に取調べに応じる意思を示したとき，捜査官が取調べを継続したい場合は，弁護人を立ち会わせざるを得ない[103]。そのため，取調べ受忍義務否定説の論理的帰結として，弁護人立会いを導くことができる。しかしながら，取調べ受忍義務否定説に基づいて弁護人立会いを導いても，これを被疑者の権利として積極的に位置づけるためには，さらなる検討を要する。また，弁護人から立会いを要求した場合に，これに応じる義務を捜査機関に負わせることは困難である。

そこで，弁護人立会いを被疑者の権利（延いては，弁護人の固有権）として構成するためには，次のような論理が必要であろう。まず，(1) 憲法第 38 条第 1 項の黙秘権に基づき，黙秘権を実質的に保障するための手続的保護手段として，弁護人立会権を位置づけることができる[104]。これは，Miranda 法理と同様の論理である。受忍義務を負わない被疑者が黙秘権を行使した場合，取調べは直ちに終了されなければならない。しかしながら，現実には，取調べ中止が保障されないおそれがある。そのため，黙秘権は，黙秘権を実質的・実効的に保障するための手続的保護手段を設けること自体を内在的に要求していると考えられる[105]。さらに，黙秘権と関連して述べたように，被疑者の権利放棄の有効性を担保す

年）191 頁等）。一元主義を徹底すれば，刑訴法で定められた制約以外に，施設法上の「管理運営上支障があるとき」という抽象的な事由によって接見交通権を制約することはできない（山本正樹「拘置所接見の機会と時間についての考察」刑弁 26 号（2001 年）79～80 頁）。

なお，法務省と日弁連は，2007 年に，夜間や休日の接見に関する申合せを行っている（日本弁護士連合会接見交通権確立実行委員会編『接見交通権マニュアル〔第 15 版〕』（2014 年）136～137 頁）。これにより，原理的な問題はさて措き，実務では一定程度「自由に」接見ができているという（日弁連接見確立実行委・上記マニュアル 41 頁）。これを，一元主義的な法運用に向けた過渡期的なものとして位置づけ（緑・上記論文 192 頁），より一層自由な接見交通権の保障を追求していなかければならない。

101 葛野・前掲注（4）195～200 頁。なお，第 1 編第 3 章第 4 節第 2 款第 1 目「取調べへの弁護人立会権」を併せて参照。

102 第 1 編第 3 章第 2 款第 2 目「取調べへの弁護人立会権」を参照。

103 後藤・前掲注（18）170 頁。

104 村井敏邦「『ミランダ』への道」法セミ 436 号（1991 年）107 頁，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〔村井敏邦執筆〕，小坂井・前掲注（26）440 頁等。

105 渕野・前掲注（16）60 頁。

る必要がある。そのために最も効果的な方法は，権利放棄の際に弁護人が立ち会うことであろう。もっとも，初回取調べ時点で弁護人を選任している被疑者は決して多くない。そのため，立法論として，初回取調べ時に弁護人立会いを実施する制度を検討する余地があるかもしれない[106]。

次に，（2）憲法第 34 条の弁護人の援助を受ける権利の一内容として，弁護人立会権を位置づけることができる[107]。これは，韓国における弁護人立会権の理論構成と同様のものである。既に確認したように，日本の憲法第 34 条は，韓国憲法第 12 条第 4 項と同様に，被疑者段階においても弁護人依頼権を保障している。したがって，弁護人の援助を受ける権利の具体化という韓国型の理論構成によっても，弁護人立会権を導くことができる。この場合，弁護人立会権の根拠として，弁護人依頼権と接見交通権を区別するか否かが問題となる。ここで参考になるのが，接見施設がないことを理由に接見を拒否することの可否が争われた最高裁平成 17 年判決である[108]。この判決は，接見施設がないことを理由に接見を拒否したとしても違法ではないとした上で，弁護人等の意向次第では，いわゆる「面会接見」ができるように「特別の配慮」をすべき義務が検察官にあると判示した。もちろん，憲法第 34 条に基づく接見交通権の秘密性の要求を最高裁が「あっさりと捨て去っている」点は，看過することができない[109]。しかしながら，本稿との関係で示唆的なのは，「弁護人等の意向を確かめ，弁護人等がそのような（立会人の居る部屋での短時間の『接見』など…秘密交通権が十分に保障されないような態様の短時間の《挿入・省略筆者》）面会接見であっても差し支えないとの意向を示した」場合には，弁護人又は被疑者が接見の秘密性を処分し得ることである[110]。接見交通権が憲法上の権利として絶対的に保障されるものであり，取調べのための接見指定は観念し得ず，「弁護人等の意向」によって秘密性を処分することが可能であれば，接見交通権の一形態として取調べへの弁護人立会権を認めることができるように思われる。かつて，接見交通権の一形態として弁護人立会権を導く見

106 このような制度設計をする際には，かつて韓国において提案された「捜査機関常勤弁護士制度」が示唆に富むように思われる。これは，弁護士を第三者機関に所属させ，(1) 身体拘束の初期段階における必要的接見，(2) 捜査過程における違法の有無の監視，(3) 捜査機関への調査権限を有する公的機関への違法の報告等の業務を担わせることを構想するものである（이동희「피의자신문의 현황과 개선책」형사법연구 20 호（2003 년）250～253 쪽（イドンヒ「被疑者訊問の現状と改善策」刑事法研究 20 号（2003 年）250～253 頁））。이동희の提案については，安部祥太「韓国における国選弁護制度―被疑者の国選弁護を中心に―」青社 41 巻 1 号（2012 年）149 頁注（115）を参照。なお，Miranda 判決も，「警察署付弁護士（station house lawyer）」を常駐させる制度構想を示した判事がいたことを示唆している（Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 474 (1966)）。

107 芦部信喜編『憲法Ⅲ―人権（2）』（有斐閣，1981 年）151 頁〔杉原泰雄執筆〕等。

108 最三判平成 17 年 4 月 19 日民集 59 巻 3 号 563 頁。

109 渕野貴生「接見施設がないことを理由とする接見拒否の可否と検察官の接見配慮義務」法セミ 607 号（2005 年）124 頁。

110 接見交通権の秘密性が捜査官によって処分され得ないことは，言うまでもない。

解が示されたことがある[111]。これに対しては，接見交通権を秘密交通権と「面会接見」に分けることの妥当性について疑問が呈されていた[112]。しかしながら，その後，上述の平成17年判決が「面会接見」を正面から認めたことで，このような疑問に対する回答は得られたように思われる[113]。但し，弁護人立会権を接見交通権の一形態として位置づけることと，憲法第34条の弁護人依頼権の一内容として理解することの区別に，どの程度の実益があるかは明らかではない。本稿が，法第39条の接見交通権を，憲法第34条の弁護人依頼権の一内容ないしは具現化として理解しているためである。少なくとも，憲法は第34条で弁護人立会権を認めており，刑訴法上も第39条第1項の接見交通権によって弁護人立会権を説明することができると理解すれば足りるであろう[114]。

なお，第1編で述べた通り，弁護人立会権の法的根拠は，総合的に考慮すべきである[115]。黙秘権と弁護人依頼権は，互いに矛盾するものではなく，むしろ相互に連関する。被疑者取調べへの弁護人立会権は，憲法第38条第1項及び憲法第34条と，刑訴法第39条第1項を根拠として，現行法から導くことができるのである[116]。

第2目　弁護人立会権行使の効果と侵害に対する救済

被疑者が弁護人立会権を行使した場合の効果や，権利が侵害された場合の救済手段は，基本的には接見交通権の場合と同様である。すなわち，弁護人立会権は憲法第38条第1項及び憲法第34条から導かれる憲法上の権利であるため，被疑者が権利行使した場合には，実際に弁護人が取調べに立ち会うまでの間，捜査官は取調べを継続することができない。このことは，受忍義務否定説の帰結でもある。そのため，被疑者が弁護人立会権を行使し

---

111 川島健治「身柄拘束下での取調べに対する弁護権」青法36巻2＝3合併号（1995年）352頁。

112 多田・前掲注（27）335頁。

113 接見施設で接見しなければならない法律上の理由は，法第39条第2項のみであると思われる。他方，取調室も，基本的には捜査機関の建物内に存在し，「被告人又は被疑者の逃亡，罪証の隠滅又は戒護に支障のある物の授受を防ぐため必要な措置」を講じ得る場所であろう。そうであれば，施設管理上の問題を理由として，取調室での接見を禁じることは困難である。

114 韓国においても，弁護人立会権の法的性質に関する争いがある。憲法裁判所2004年決定は，接見交通権の一内容として弁護人立会権を認めた（헌법재판소 2004.9.23 선고, 2000 헌마 138 결정）。しかしながら，2007年の刑訴法改正によって，接見交通権とは別に弁護人立会権が設けられたことや，弁護人の意見陳述権が認められていることを根拠に，接見交通権とは別個の権利として弁護人立会権を位置づける見解が一般的である。もっとも，韓国刑訴法第34条は「身体拘束を受けている被告人又は被疑者と接見し」と規定しているものの，任意同行された被疑者も弁護人との接見交通権を有するとされている（대법원 1996.6.3 선고, 96 모 18 결정）。したがって，弁護人立会権の理論的根拠を接見交通権に求めたとしても，その帰結は弁護人依頼権に依拠した場合と異ならない。なお，第3編第3章第1節第2款第3目「被疑者取調べへの弁護人立会権」を併せて参照。

115 渡辺・前掲注（48）216頁，高野隆「被疑者の取調べにどのように対処するか」竹澤哲夫・渡部保夫・村井敏邦編『刑事弁護の技術（上）』（第一法規出版，1994年）99～100頁等。

116 高田・前掲注（15）100頁。

た場合，取調べ中止効が生じることになる。

それにも関わらず，弁護人が実際に立ち会うまでの間に捜査官が取調べないしは「説得」を行い，被疑者から自白を獲得した場合は，当該自白は黙秘権及び弁護人依頼権を侵害して獲得したものとして，任意性が否定される[117]。

被疑者が弁護人立会権を行使した場合も，接見交通権の行使と同様に，取調べ中止効の限界に関する問題が生じる。とりわけ，接見と比較して時間的・技術的負担が大きい立会いでは，この問題が顕著に表れるおそれがある。しかしながら，弁護人立会権の法的根拠や意義に照らせば，接見交通権の場合との間に差異を設けることはできない。また，画一的な基準を設けて，取調べ中止効の限界を定めることも困難である。被疑者が接見交通権を行使した場合と同様に，弁護人立会権を行使した場合も，弁護人立会いが実現するまでは，被疑者が自らの意思で翻意した場合を除き[118]，取調べを再開し得ない。

第 3 章　補論―被疑者取調べの録音・録画―

本稿は，被疑者取調べを憲法に基づいて規制するために，黙秘権と弁護人依頼権の実効的・実質的保障を展望してきた。他方で，法制審議会特別部会における議論からも明らかなように，取調べに関する現在の議論は，取調べ録音・録画が中心である。そこで，本稿と取調べ録音・録画の関係について，ごく簡単に付言しておく。

第 1 節　取調べ録音・録画の意義

取調べ録音・録画は，現行の調書制度を前提として，公判段階で調書の任意性・信用性に争いが生じた場合に，事後的検証を可能にすることを目的として導入が目指されてきた。また，取調べ過程の透明性を高め，捜査手続における違法行為を防止することや，取調べ状況を保全することを目的とするものであった[119]。その他にも，取調べ録音・録画は，被告人が捜査段階における「虚偽の被害」を公判廷で申告することを減少させたり，任意性を巡る争い自体を減少させたり，「迫真性」に富む調書を「作文」する必要性を減少させる等の効果が期待されてきた[120]。取調べ録音・録画の意義のうち，本稿との関係で特に重要なことは，(1) 黙秘権が効果的に保障されたか否かを事後的に検証可能にすることと，(2) 取調べに対する裁判官の認識を改める契機になることである。以下，順次みていく。

---

117 대법원 2013.3.28 선고, 2010 도 3359 판결을 参照。

118 この場合に，翻意するように捜査官が被疑者を説得することは許されない。*See* Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477, 485 (1981); Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146, 156 (1990).

119 田口守一「取調べの適正化―現状と今後の課題」法教 335 号（2008 年）11 頁，酒井安行「取調べの録音・録画と日本の刑事司法」青法 53 巻 1 号（2011 年）134 頁等。

120 安部祥太「被疑者取調べの録音・録画と記録媒体の証拠法的取扱い」青山ローフォーラム 3 巻 1 号（2014 年）160～161 頁。

これまで展開してきた被疑者取調べの憲法的規制の大枠は，黙秘権の実質的保障を理論的に追求しつつ，弁護人による効果的な援助によって，これを担保するものである。しかしながら，本稿の主張がすべて容れられたとしても，被疑者の黙秘権を漏れなく保障することは困難である。すべての取調べを通じて，被疑者が弁護人の援助を受けられる状況が整備されていないためである。また，仮に制度が整備されていたとしても，被疑者が常に「効果的な」援助を受けられる訳ではない。このように考えると，被疑者取調べの事前規制には，一定の限界が存在する。そこで，被疑者取調べの全過程を録音・録画することが要求される。すなわち，取調べ録音・録画は，被疑者の黙秘権が効果的に保障されたか否か―特に，被疑者の権利行使に伴い，取調べが適切に中止されたか否か―を事後的に確認する上で，極めて大きな役割を果たすのである。

また，公判廷において，捜査段階の黙秘権放棄の有効性が争われた場合に，これを確認する手段となる。取調べに弁護人が立ち会っていれば，黙秘権放棄の有効性を事後的に争点化させることは少ないかもしれない。しかしながら，弁護人立会権を前提にしても，すべての取調べに弁護人が立ち会うことは想定し難い。そのため，録音・録画は，黙秘権侵害の有無のみならず，黙秘権放棄の有効性に対しても，重要な意義を有する。

次に，取調べ録音・録画は，取調べに対する裁判官の認識を改める契機になり得る。繰り返し述べたように，最高裁を含む日本の裁判所は，被疑者取調べに対して極めて観念的な認識を有している。取調べに内在する強制的な雰囲気を直視していないのである。これは，既に指摘した裁判官と検察官の関係の他に，取調べ過程を事後的に検証することができないことや，法が任意性を認めるための最低条件を明示していないこと等も影響しているであろう[121]。そして，裁判実務が任意性を肯定しつつ信用性を否定する傾向をみせたこともあり，弁護士の中に「任意性を争っても無駄」であるという意識が芽生えるようになった[122]。しかしながら，取調べを録音・録画した記録媒体が日常的に法廷に顕出されるようになれば，裁判官は，これまで任意性を認めてきた取調べの「強制性」あるいは「不任意性」を直視せざるを得なくなる。延いては，取調べ録音・録画が「任意性」や「黙秘権侵害」概念を大きく変革する可能性もある。

第 2 節　取調べ録音・録画の権利性

以上のように，取調べを録音・録画することは，極めて大きな意義を有する。そのため，取調べの全過程を記録するべきことに疑いはない。そこで，取調べ録音・録画の位置づけと，権利性の有無について，本稿の立場を示す限りで検討を加える。

---

121 後藤ほか・前掲注（94）881 頁〔後藤昭執筆〕。

122 小坂井久『取調べ可視化論の現在』（現代人文社，2009 年）263 頁。

第 1 款　取調べ受忍義務否定説と録音・録画

まず，取調べ受忍義務否定説の帰結として，録音・録画を要求することができることを確認しておく。受忍義務否定説を前提にすれば，被疑者が録音・録画を条件に取調べに応じる意思を示したとき，捜査官が取調べを継続したい場合は，取調べを録音・録画せざるを得ない。この論理は，受忍義務否定説から弁護人立会権を導く見解を応用したものである[123]。しかしながら，取調べ受忍義務否定説に基づいて録音・録画を導いても，弁護人立会権と同様に，被疑者の権利として積極的に位置づけるためには，さらなる検討を要する。また，弁護人が録音・録画を要求した場合に，これに応じる義務を捜査機関に負わせることが困難である点も，弁護人立会権の場合と同様である。

第 2 款　権利構成の可能性と憲法上の位置づけ

第 1 目　権利構成の可能性

そこで，そもそも，取調べ録音・録画を被疑者の権利として積極的に構成し得るかが問題となる。現在，権利性を認める根拠として主張されている主なものは，(1) 憲法第 13 条[124]，(2) 憲法第 31 条[125]，(3) 憲法第 38 条第 1 項[126]，(4) 憲法第 38 条第 2 項[127]，(5) 憲法第 34 条[128] (ないしは憲法第 37 条第 3 項[129])，(6) 包括的防禦権[130]である[131]。もっとも，各見解は択一的なものではなく，重畳的に挙げられることが多い。これらは，アメリカにおいて主張されている録音・録画の権利性の根拠と重なるところが大きい[132]。これに対し

123 後藤・前掲注（18）170 頁を参照。

124 川又伸彦「違憲収集証拠と取調べの可視化」笠原俊宏編『日本法の論点　第 1 巻』（文眞堂，2011 年）20～22 頁は，憲法第 13 条の幸福追求権から導かれる「自己人格叙述権」（すなわち，供述していない内容を基に調書を作成されない権利である。）を根拠に，憲法第 13 条が録音・録画を要求していると解している。そして，自己人格叙述権を侵害して作成された調書は，「違憲収集証拠」として排除されるという（同書 26 頁）。

125 上田信太郎「取調べ可視化についての一考察」広島ロー7 号（2011 年）179 頁を参照。

126 高内・前掲注（29）473 頁，上田・前掲注（125）180 頁，井上明彦「取調べの可視化（取調べの全過程の録画）の権利性とその実現にあたっての問題に関する考察」広島ロー7 号（2011 年）189 頁，渕野貴生「取調べの可視化の権利性と可視化論の現段階」法時 85 巻 9 号（2013 年）61～63 頁等。

127 高内・前掲注（29）473～474 頁。

128 小坂井・前掲注（122）59 頁。

129 上田・前掲注（125）180 頁。

130 渡辺修「被疑者取調べの録画」刑弁 39 号（2004 年）105 頁。

131 小坂井久『取調べ可視化論の展開』（現代人文社，2013 年）2 頁は，この他に，刑訴法第 1 条や憲法第 37 条第 1 項を挙げる余地もあるとした上で，(1) から (6) までがすべて録音・録画の根拠となり得るとする。

132 *See* Christopher Slobogin, *Toward Taping*, 1 OHIO ST. J. CRIM. L. 309 (2003). なお，第 2 編第 3 章第 4 節第 4 款「取調べ録音・録画と憲法的根拠―権利論としての取調べ録音・録画―」を参照。もっとも，既に述べたように，アメリカと韓国では，録音・録画は政策論として位置づけられている。

て，取調べ録音・録画の権利性を明確に否定する見解も示されている[133]。法制審議会特別部会における議論も，権利性を前提にしたものではなかった[134]。現在のところ，録音・録画の権利性については，消極に解する立場の方が優勢であるように思われる[135]。

結論を先取りすれば，本稿は，取調べ録音・録画の権利性を否定する。他方で，取調べ録音・録画を，自白の任意性を認めるための憲法上の条件であると位置づける。その理由は，次の通りである。

取調べ録音・録画を被疑者の権利として構成するのであれば，憲法第 38 条第 1 項の黙秘権に基づく論理が最も有力な候補になる[136]。これは，取調べ録音・録画を，弁護人立会権とともに，黙秘権を実効的に保障するための手続的保護手段―特に，「取調べ遮断を担保する措置」―として位置づけるものである[137]。ここで，いかなる条件が充たされれば，取調べ録音・録画を「黙秘権を実効的に保障するための手続的保護手段」として位置づけ得るかが問題となる。取調べを録音・録画していたとしても，取調べ時点で黙秘権侵害自体を「事前に」防止し得る訳ではない。この点に関連して，本稿は，Miranda 法理及び韓国における適法手続原則を踏まえ，「憲法は，事前に保護手段を講じなければ権利保障が実現しないにも関わらず，法規範にこれが欠けている場合には，当該権利の解釈により合理的な限度で，手続的保護手段を採ることを要求している」ことを明らかにした。換言すれば，憲法の要求であるというためには，当該手続的保護措置が採られなければ，当該権利が実質的・実効的に保障されないという関係が必要である。この基準に照らすと，録音・録画が憲法第 38 条第 1 項の要求であると解するには疑問が残る。確かに，取調べを録音・録画すれば，捜査機関を牽制することができ，違法・不当な取調べを一定程度事前に抑止することができる。しかしながら，身体拘束下の取調べに内在する「強制的な雰囲気」が完全に除去されることはないように思われる。この点は，捜査機関が主張する「信頼関係構築論」に対する反論が示唆するところでもある。捜査機関は，録音・録画することにより（あるいは，録音・録画機材が取調室内に存在することにより），被疑者が心理的に萎縮し，供述しにくくなるとして，録音・録画に反対していた[138]。これに対して，小坂井久は，「取調

---

133 佐藤・前掲注（16）105 頁，大久保隆志「『被疑者取調べの可視化』について」広島ロー7 号（2011 年）165 頁，堀田周吾「取調べの録音・録画と被疑者の権利」首法 52 巻 2 号（2012 年）273 頁，川出敏裕「取調べの『可視化』」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣，2013 年）31 頁，京明「要支援被疑者の取調べの適正化―現状と課題」法時 85 巻 9 号（2013 年）65 頁，堀江慎司「取調べの録音・録画制度」論ジュリ 12 号（2015 年）55～57 頁等。

134 堀江・前掲注（133）57 頁。

135 京・前掲注（133）65 頁。

136 堀田・前掲注（133）286 頁。

137 渕野・前掲注（126）62～63 頁，渕野貴生・小坂井久・村井敏邦「連続鼎談『新時代の刑事司法制度』を問う―第 1 回　取調べの可視化」法時 85 巻 11 号（2013 年）57 頁〔渕野貴生発言〕等。*See also*, NCCUSL, UNIFORM ELECTRONIC RECORDATION OF CUSTODIAL INTERROGATIONS ACT 54-56 (2010).

138 重松弘教・桝野龍太『逐条解説　被疑者取調べ適正化のための監督に関する規則』（東

べが開始され，それが当然の状況となれば，被疑者の側も，まもなく録画機・録音機の存在など忘れてしまい，取調べの弊害にはなら」ないと反論している[139]。次章第 2 節で述べるように，本稿は，信頼関係構築論に与しないし，小坂井久の反論を否定するものでもない。しかしながら，被疑者が「録画機・録音機の存在など忘れてしま」うのであれば，録音・録画は，取調べに内在する「強制的な雰囲気」を取り除く程の影響を与えることはできないのではなかろうか。そうであれば，録音・録画は，捜査機関への牽制に留まり，黙秘権侵害自体の防止策として過度に期待することはできない。このような意味で，録音・録画は，黙秘権保障のための不可欠な手段であるとは評し難い[140]。録音・録画措置が採られなければ，黙秘権が実質的・実効的に保障されないという関係は認められないのである[141]。したがって，憲法第 38 条第 1 項の黙秘権を根拠に，被疑者の権利として録音・録画を位置づけることはできない。

第 2 目　取調べ録音・録画の憲法上の位置づけ

他方で，取調べを録音・録画することによって，黙秘権を侵害して獲得された自白の証拠利用を禁止することができる点は，極めて重要である。すなわち，取調べ録音・録画を自白法則と関連させて理解するのである[142]。この場合，憲法第 38 条第 2 項を根拠として，被疑者が国家に対して録音・録画を積極的に請求し得ることを前提とすれば，任意に供述し得る環境の確保を強調し，録音・録画の権利性を認め得るかもしれない[143]。しかしながら，憲法第 38 条第 2 項の「名宛人」は，国家あるいは裁判所である[144]。憲法第 38 条第 2 項を根拠として取調べ録音・録画を権利構成することは，文言解釈上無理があろう。

他方で，憲法第 38 条第 2 項は，「強制，拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白」を証拠とすることを禁じている。憲法は，任意性のある自白のみを証拠採用することを，国家に要求しているのである。これまで，任意性が争われた場合，密室の中で行われた取調べの状況等を巡って取調官と被告人の供述が異なり，水掛け論に陥ることも少なくなかった。そして，裁判所は，取調官証言と被告人の供述のどちらを信用すべきかという困難に直面していた。取調べ録音・録画は，このような困難

京法令出版，2009 年）3 頁，法務省「被疑者取調べの録音・録画の在り方について～これまでの検討状況と今後の取組方針～」（2010 年 6 月）5～9 頁＜http://www.moj.go.jp/content/000069882.pdf＞等。

139 小坂井・前掲注（131）69 頁。

140 佐藤・前掲注（16）105 頁，川出・前掲注（133）31 頁。

141 渕野・前掲注（126）62～63 頁は，本稿の理解とは正反対である。

142 上田・前掲注（125）181 頁。

143 高内・前掲注（29）473～474 頁は，(1) 自白法則も憲法上の人権規定であるため，被疑者・被告人の「積極的権利」として構成されるべきものであること，(2) GHQ は，憲法制定当時，弁護人不在の状態でなされた自白を排除する案を検討しており，その代替案として第 38 条第 2 項が設けられたため，事前規制としての意義を強調し得ること等を挙げ，憲法第 38 条第 2 項を「取調べの任意性を被疑者・被告人みずから担保する権利」として理解するべきであると主張する。

144 吉沢徹「取調べの可視化の是非について」広島ロー7 号（2011 年）198 頁。

を回避するために提案されてきた部分が大きい。当該自白の任意性を判断するにあたって，取調べと供述過程を録音・録画し記録した媒体が極めて有効な資料となることは，疑いがない。そうであれば，さしあたり，憲法第 38 条第 2 項を根拠に，取調べ録音・録画を，任意性を認めるための憲法上の条件として位置づけることができるのではなかろうか。もちろん，技術の発展等に伴い，録音・録画よりも任意性判断にとって有用や手段・方法が新たに誕生するかもしれない。また，憲法第 38 条第 2 項が直ちに録音・録画を要求していると解することは困難であろう。そのため，この憲法上の条件は，修正第 5 条の自己負罪拒否特権と Miranda 法理の関係のように，予防法則として位置づけることになろう。この立場を採った場合，当該自白の任意性が争われた際に，任意性を認めるためには，録音・録画記録媒体による立証を行わなければならないことになる。このような理解に基づけば，法制審特別部会の「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果」が採用した録音・録画制度構想を理論的に説明することができる[145]。

第 3 節　取調べ録音・録画の位置づけ

第 2 節で簡単に検討したように，取調べ録音・録画を被疑者の権利として構成することは困難である。他方で，取調べ録音・録画は，自白の任意性を認めるための憲法上の条件として位置づけることができる。また，第 1 節で述べたように，録音・録画は，(1) 黙秘権が効果的に保障されたか否かを事後的に検証することを可能にし，(2) 取調べに対する裁判官の認識を改める契機になり得る。しかしながら，取調べ録音・録画を適切に行ったとしても，黙秘権が効果的に保障された適正な取調べを直ちに導き得るかについては疑問が残る[146]。取調べの全過程を録音・録画したとしても，捜査官が取調べ外で被疑者に働きかけを行った場合，これを適切に遮断することはできない。また，取調べが録音・録画されていること自体が，当該取調べで得られた自白の任意性を担保することにはならない。同様に，取調べが録音・録画されていること自体が，当該取調べで得られた自白の信用性を担保することにはならない。「任意になされた嘘の自白[147]」を見抜くことは，心理鑑定等の専門的技法を用いなければ困難であるためである[148]。さらに，録音・録画記録媒体の証拠法的取扱いや心理学的な問題点を踏まえると，録音・録画の効果を過大視することはで

---

145 法制審議会―新時代の刑事司法制度特別部会「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」（平成 26 年 7 月 9 日）別添「要綱（骨子）」1 頁一 1 は，被疑者取調べ等で作成した書面について，法第 326 条の同意がなされず，かつ，当該書面を同法第 322 条第 1 項により証拠とすることについて被告人又は弁護人が異議を述べたときは，任意性の証明のために，当該書面が作成された取調べ等の開始から終了に至るまでを記録した記録媒体の取調べを請求しなければならないとする。もっとも，同要綱は，その対象を一定の事件に限定している。

146 白取祐司「捜査の可視化と適正化」自正 54 巻 10 号（2003 年）85 頁。

147 後藤・前掲注（6）35 頁。

148 高木・前掲注（2）16 頁。

きない[149]。これらの問題を踏まえつつ，本稿が示した取調べ規制との関係を考えると，取調べ録音・録画の位置づけは，次のようになる。

（1）取調べ録音・録画は，取調べ過程の透明性を高め，違法・不当な取調べを一定程度事前に抑止することができる。（2）憲法の要求である黙秘権告知の有無・適正性を事後的に判断するために，告知場面を含めた取調べ過程を録音・録画しておく必要がある。（3）被疑者の黙秘権行使に伴う取調べ中止効を担保するためには，弁護人の立会いが最も有効である。しかしながら，現時点で，すべての取調べに弁護人が立ち会える環境は整えられていない。そこで，取調べを録音・録画することで，被疑者の権利行使によって取調べが中止されたか否かを事後的に判断することができる[150]。（4）被疑者が自らの意思で供述することを選択した場合，検察官は公判段階で黙秘権の有効放棄を立証しなければならない。このとき，弁護人が立ち会っていれば，有効放棄が担保され，基本的には争いは生じないと思われる。しかしながら，被疑者・弁護人・捜査官の間で，被疑者の意思決定に対する認識が食い違った場合，結局は「水掛け論」に陥ることになる。また，常に弁護人が取調べに立ち会うことは困難である。もちろん，本稿の理解に基づけば，被疑者が弁護人立会権を行使した場合，現実に弁護人が立ち会うまで取調べを行うことができない。そのため，「常に弁護人が取調べに立ち会うことは困難である」ことを前提とすることは，延いては取調べ受忍義務を前提とした議論を展開することになる。その意味では，「常に弁護人が取調べに立ち会うことは困難である」ことを想定する必要はないのかもしれない。しかしながら，理論的には，被疑者が弁護人立会権を行使しつつ，弁護人が到着するまでの間は弁護人不在のまま取調べに応じることはあり得る。弁護人立会権は，全取調べに必要的に弁護人を立ち会わせる権利ではなく，被疑者に処分権が認められているためである。そうであれば，このような場合に，弁護人が到着するまでは弁護人不在のまま取調べに応じるという被疑者の意思表明や，有効放棄を証明するためにも，録音・録画記録が有用であろう。

なお，弁護人立会いの下，被疑者が有効に黙秘権を放棄し，自らの意思で自白した場合であっても，常に任意性がある訳ではない。そのため，当該自白を証拠として許容するためには，任意性立証が不可欠となる。確かに，有効放棄後，弁護人立会いの下で行われた自白の任意性を公判で争う場合は想定し難いため，録音・録画をこのような形で用いることは，現実には少ないかもしれない。しかしながら，捜査段階と公判段階で弁護人が交代したり，第 1 審と控訴審以後で弁護人が交代することは考えられる。そして，新たに選任

149 この点については，既に別稿で論じたため，割愛する。詳細は，安部・前掲注（120）125～163 頁を参照。

150 仮に，弁護人立会いの下で被疑者が黙秘権を行使したにも関わらず，捜査官が「意思確認」を超えた説得を行い，被疑者が自白した場合，弁護人は公判段階で黙秘権侵害を主張することになる。しかしながら，それを証明する術は，弁護人自らの証言のみである。そうであれば，これまでと同様に「水掛け論」に陥ることになる。これを回避するためにも，録音・録画が必要になる。

された弁護人が，以前の弁護人の弁護活動の不備等を指摘することはあり得る[151]。そうであれば，弁護人立会いの下，被疑者が有効に黙秘権を放棄し，自らの意思で自白した場合であっても，取調べの全過程を録音・録画し，事後的に検証し得る状態を整えておく必要があろう。

いずれにしても，被疑者取調べ適正化の基軸は，権利行使に伴い取調べ中止効を生じさせる黙秘権の実効的な保障である。そして，被疑者の自由な意思決定を確保する前提条件としての手続保障を構築すること自体が，黙秘権保障の内実から要請される[152]。その結果，弁護人立会権や絶対的な接見交通権が導かれる。これに対して，取調べ録音・録画は，これらの帰結が現実に保障されたか否かを事後的に確認するとともに，保障されない状況で獲得された自白を排除するための 2 次的措置である。取調べ録音・録画は，それが全過程を記録したものであったとしても，「基本的には取調べの適正化が確保されているかを検証するための手段であって，かならずしも取調べの適正化そのものではない」のである[153]。したがって，取調べ録音・録画を被疑者の権利として位置づけることはできない。他方で，憲法は，任意性のある自白のみを証拠採用するよう国家に要求している。そのため，取調べ録音・録画は，自白の任意性を認めるための憲法上の要求として位置づけることができる。

このような理解は，録音・録画の権利性を積極的に説いてきた論者の見解と必ずしも矛盾するものではない。たとえば，小坂井久は，録音・録画を次のように位置づけている。「弁護人立会は，現実問題としては，弁護士の個別的な能力，関与の仕方などに依存し，バラツキが生じることは避けられない。主観性に留まるところもある。それによって全てカバーできるわけではない。それゆえ，可視化を欠かすことはできない。弁護人立会も可視化とともに必要であるが，以上のような意味においては，可視化は唯一の適正化手段なのである。このように，可視化なくして，取調べの適正化はなく，そのような適正化なくして，供述の自由はない。」と[154]。そして，脚注で，「アメリカのように取調べ拒否を常態化させるなら，別の議論をすべきこととなろう」と指摘している。「可視化論」を重視する傾向は，単に「現実的」であるという理由に加え，裁判員裁判の施行や裁判の迅速化を見据えた「必要性」に基づくものでもあろう。そして，問題が山積した現在の被疑者取調べを前提に，適正化方策を探るものである。その結果，過度に「任意性・信用性立証の効率化」が強調されてきた[155]。これに対して，本稿は，現行憲法及び現行刑訴法の解釈論として，黙秘権

---

151 足利事件は，このようなケースの典型例であろう。控訴審以後に新たに弁護人となった佐藤博史は，控訴審以後，第 1 審弁護人の弁護活動の不備を指摘していた。なお，最二決平成 12 年 7 月 17 日刑集 54 巻 6 号 550 頁を参照。

152 高田・前掲注（15）32 頁，佐藤・前掲注（16）102～105 頁，葛野・前掲注（16）57 頁，渕野・前掲注（16）63 頁等。

153 三島聡「捜査ないしは取調べの適正化―宇和島誤認逮捕事件の検討とその教訓―」『刑事法における人権の諸相―福田雅章先生古稀祝賀論文集』（成文堂，2010 年）55 頁。

154 小坂井・前掲注（131）19 頁。

155 中川孝博「取調べの可視化は進展したか・改善されたのか」法セミ 630 号（2007 年）

を軸とした取調べ規制を憲法が要求していることを示した。これは，今までの「可視化論」の前提とは異なる。そのため，本稿における録音・録画の位置づけは，小坂井久がいう「別の議論」の帰結に他ならない。その意味では，これまでの「可視化論」を否定するものではない。

第 4 章　結語

第 1 節　本稿で明らかにしたこと

本稿では，これまで必ずしも明らかにされていなかった Miranda 法理の論理構造を再検討し，Miranda 判決が修正第 6 条の弁護人依頼権ではなく修正第 5 条の自己負罪拒否特権に依拠したことの意味を示した。また，日本の刑事訴訟法学において，韓国刑訴法に関する研究が不足しているところ，原典に基づいて，韓国における被疑者取調べ規制の全容を明らかにすることができた。そして，両国の検討を通じて，(1) 身体拘束下の取調べに内在する「供述を強制する雰囲気」を直視することと，(2)「憲法はどの程度実効的な権利保障を要求しているか」という憲法解釈の問題として取調べ規制を展開すべきことを示唆として抽出した。このような示唆を踏まえると，現行憲法及び現行刑訴法の枠内で行い得る被疑者取調べは，次のようになる。

(1) 被疑者は，包括的な黙秘権を有する。この権利の行使は，単に供述を拒否することに留まらず，捜査機関とのコミュニケーションを自らの意思で打ち切る効力がある。(2) 被疑者は，取調べを受忍する義務を負わない。(3) 取調べ中止効を含む黙秘権を実質的・実効的に保障するために，弁護人の効果的な援助を受ける権利が保障されている。(4) 被疑者は，黙秘権の実質的・実効的保障と弁護人依頼権を根拠に，取調べに弁護人を立ち会わせる権利を有する。(5) 弁護人依頼権は絶対的権利であるため，弁護人依頼権の一内容である接見交通権は，いかなる名分であっても制限され得ない。したがって，被疑者はいつでも弁護人と接見交通することができる。法第 39 条第 3 項による接見指定は，厳密な物理的不能の場合に限定される。(6) 法は，取調べを目的とした身体拘束を予定していない。それゆえ，被疑者を勾留する際に，警察留置場に留め置く制度は適切ではない。

(7) 捜査機関は，法第 198 条第 1 項に基づいて，任意捜査の一環として，身体拘束された被疑者を取り調べることができる。但し，捜査機関は，「供述を強制する雰囲気」を払拭するために，取調べに先立って，(a) 取調べを受忍する義務がないこと，(b) 包括的黙秘権を有し，自らの意思で取調べを打ち切ることができること，(c) 取調べに弁護人を立ち会わせ，あるいは弁護人といつでも接見することができることを告知しなければならない。この告知を欠いた場合は，「供述を強制する雰囲気」は払拭されないため，当該取調べは黙秘権を侵害した取調べになる。したがって，諸告知を欠いた取調べで獲得した自白は，黙

---

26 頁。

秘権侵害あるいは不任意自白を理由に証拠排除される。(8) 権利告知を受けた被疑者は，いつでも各権利を行使することができる。(9) 被疑者が黙秘権を行使した場合は，取調べが直ちに中止されなければならない。それにも関わらず，捜査機関が取調べないしは「説得」を継続し，自白を獲得した場合は，黙秘権侵害を理由に，当該自白は証拠排除される。(10) 被疑者が接見交通権あるいは弁護人立会権を行使した場合は，それらが実現するまでの間，被疑者が自らの意思で翻意した場合を除き，取調べを行うことはできない。それにも関わらず，捜査機関が取調べないしは「説得」を継続し，自白を獲得した場合は，弁護人依頼権侵害及び黙秘権侵害を理由に，当該自白は証拠排除される。

(11) 被疑者の権利行使を実効的に保障し，あるいは黙秘権の有効放棄を担保するためには，弁護人立会いが有効である[156]。しかしながら，取調べの全過程に弁護人が立ち会うことは困難である。そこで，さしあたり，録音・録画による事後的保障が要求されよう。(12) また，上記 (7) で挙げた権利告知の意義及び効果ゆえに，権利告知の場面を録音・録画し，事後的に確認できる状況を整える必要がある。(13) 憲法第 38 条第 2 項は，任意性が認められる自白のみを証拠として採用するよう要求している。任意性の有無を事後的に確認する上で最も効果的な方法は，取調べ録音・録画であろう。そうであれば，任意性の担保として，録音・録画ないしはそれと同等に効果的な代替措置（fully effective equivalent）を設けることが，憲法上の要求であるということになる。

現行憲法及び現行刑訴法の下で被疑者取調べを行うためには，少なくとも以上の「憲法的要求」を充たす必要がある[157]。

第 2 節　予想される批判と反論

捜査実務家は，被疑者取調べは刑事政策に資するという考え方を有している。そして，被疑者から自白を獲得することは，延いては治安の維持に繋がると考えている。この一連の過程で，被疑者と心を通わせ，信頼関係を築くことが欠かせないという[158]。しかしながら，仮に取調べや自白獲得に刑事政策的機能があるとすれば，それは被疑者が良心の下で自発的に自白した場合に限られる。そのためには，被疑者の良心を保護し，被疑者が自ら取調べに応じ，任意に供述し得る環境が，法的にも実際にも整えられなければならない。取調べに「真の贖罪」を求め，これを期待するのであれば，強制的要素は一切観念し得な

156 したがって，逮捕段階から被疑者の国選弁護権を保障する方途を追求する必要があろう。あるいは，将来的に，「捜査機関常勤弁護士制度」のような制度を構築する必要があるかもしれない（注（106）を参照。）。

157 熊本・前掲注（21）82〜96 頁は，本稿が示した被疑者取調べの憲法的規制と同旨を展開した上で，「判例による憲法的刑事訴訟法の解釈・運用による刑事訴訟法の発展」を期待することができないとして，立法による解決を提案する。

158 稲田伸夫「被疑者の取調べ―検察の立場から」三井誠・馬場義宣・佐藤博史・植村立郎編『新・刑事手続 I』（悠々社，2002 年）198〜199 頁，本江威憙「取調べの録音・録画記録制度について」判タ 1116 号（2003 年）5〜7 頁。

いのである。したがって，本稿に対して，取調べの刑事政策的側面に基づいた反論を展開することは失当である[159]。

また，いわゆる「信頼関係構築論」に基づく反論も，次の理由で失当である。本稿が示した憲法的規制を実現させたとしても，被疑者と捜査官の間に信頼関係が築かれることはない。犯罪の嫌疑をかけられ，訴追されることが見込まれる一国民と，強大な捜査権限を有し，訴追を試みる捜査機関の間に，真の信頼関係は築き得ない。被疑者が捜査官と心を通わせようと働きかけたとしても，それは「恩恵」を求めて迎合したに過ぎない。捜査官が信じる「信頼関係」は，被疑者が捜査官に対して行った「悲しい迎合」なのである。なお，地下鉄サリン事件の実行犯である林郁夫は，手記の中で，取調官への信頼が「心を立て直す支え」になったと述懐している[160]。これに対して，酒井安行は，「悲しい迎合」による自白を強いられた被疑者が，「それによる自己のプライド崩壊の危機を回避するために，相手の人格に感動，共感して，自分の意思で自白したのだ，と自ら思い込ませようとすることは十分に考え得る」と看破している[161]。捜査官が被疑者と「心を通わせたとき」とは，被疑者が捜査官の意を汲み，これに対して捜査官が恩恵的パターナリズムの構造の中で被疑者を「赦した」ときに他ならない[162]。「信頼関係構築論」も，本稿の主張に対する反論になり得ない。

さらに，実体的真実発見を重視する立場からは，本稿に対して，取調べの真相解明機能を阻害することになるという批判が向けられることが予想される。確かに，取調べにおいて明らかにしようとする真実が，客観的証拠の裏付けに限られるのであれば，「証を得て人を求む」捜査は実現するかもしれない。しかしながら，捜査官も人間である以上，独自の心証を形成し，それを追認させるプロセスから自由にはなれない。捜査官が経験豊富であり，それに裏打ちされた「鋭い勘」を働かせられる者であれば，この心理的メカニズムにより一層強く支配されるであろう。そうであれば，現在の取調べにおいて明らかにしようとしている真実は，「被疑者が追認した捜査官の筋書き」と異ならないことになってしまう[163]。これは，被疑者の憲法上の諸権利を制限・侵害してまで明らかにしなければならない

---

159 仮に取調べや自白獲得の刑事政策的機能を認めるとしても，これはあくまでも副次的なものに過ぎない。そもそも，刑事手続の一方当事者である捜査機関に，被疑者の反省を促す権利も役割もない。被疑者の「良心」が保護された状況で，自らの意思で自白をした場合には，相手が捜査機関でなくても，反省・贖罪意識は芽生えるであろう。副次的な一側面を過度に強調する「刑事政策的機能」論は，正鵠を射ていない。

160 林郁夫「オウムと私―『忘れないこと』それのみが今の私にできることです。」文藝春秋 76 巻 7 号（1998 年）94～172 頁。重松ほか・前掲注（138）4～5 頁を併せて参照。

161 酒井・前掲注（119）166 頁。

162 浜田寿美男『自白の研究―取調べる者と取調べられる者の心的構造―〔新版〕』（北大路書房，2005 年）237～238 頁。

163 Miranda 判決も，「被疑者が有罪であると確信している雰囲気（the aura of confidence in his guilt）は，被疑者が抵抗する意思を削ぐ。被疑者は単に，警察が供述させようとして作成した先入観に基づく物語（the preconceived story the police seek to have him describe）を確認するのみである。」と指摘していた（Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436,

「真実」ではない[164]。むしろ，真実発見を阻害する「真実」であろう。憲法や刑訴法も，このような「真実」を想定していない。本稿が示した取調べ規制が真実発見機能を阻害するという批判は失当である。

第 3 節　今後の課題

第 1 款　被疑者取調べの真実発見機能と新たな捜査手法の検討

もっとも，真実発見も，刑事訴訟法の重要な目的である（法第 1 条)。そうすると，新たな問いが生じる。被疑者取調べと真実に関する問いである。まず，(1）本稿が示した取調べの憲法的規制が実現した後に，いかに「真実」を発見するかという問題がある（真実発見の方法論)。また，(2）そこで追求する真実とは何かという問いにも答えなければならない（被疑者取調べにおける真実観)。さらに，(3）これらの問いは，そもそも取調べを通じて真実を発見することができるかという問いを含意している（被疑者取調べの意義・役割の再検討)。

(3)「そもそも取調べを通じて真実を発見することができるか」という問いは，いわゆる訴訟構造論のような議論を提起するものではない。法学のみならず，心理学を中心とする自然科学の立場から，取調べの真実発見機能自体に疑問を提起するという意味である。たとえば，アメリカでは，被疑者が弁護人立会権を行使した場合，実際に弁護人が立ち会って取調べが行われることは稀である[165]。取調べ中止効によって，取調べが打ち切られたままになるのである。これは，取調べへの弁護人立会権が修正第 5 条の自己負罪拒否特権に基づくものであるため，「弁護人選任権者」が存在しないことも影響しているであろう。そのため，被疑者が弁護人立会権を行使した場合，捜査機関は，一切の取調べを諦めなければならない。

他方，アメリカにおいては，被疑者の権利行使後の取調べが不可能であっても，他の物的証拠によって被疑者を刑事訴追することができる。換言すれば，物的証拠の収集手段が広範に認められているのである。そうであれば，日本において取調べの憲法的規制が実現した場合も，捜査権限の拡大は避けられないであろう。その上で，捜査法全体を充分に検討しなければならない。これは，日本の捜査法の本質的・根本的な変革を要するものである。

456-458 (1966))。

164 韓国の 2007 年改正法の立法者は,「韓国社会の時代的要請は, 実体的真実の発見よりも, 被疑者・被告人の人権保護に重要な価値を見いだすことである」と考えているようである（김재윤「개정 형사소송법상 인권보호와 정의실현 간의 충돌과 타협―제 308 조의 2 위법수집증거배제법칙을 중심으로―」영남법학 26 호（2008 년）65 쪽（キムジェユン「改正刑事訴訟法における人権保護と正義実現の間の衝突と妥協―第 308 条の 2 違法収集証拠排除法則を中心に―」嶺南法学 26 号（2008 年）65 頁))。

165 小坂井・前掲注（131）18 頁注（47)。

また，イギリスでは，PEACE モデルに基づいた情報収集技法が採られている[166]。そもそも，被疑者取調べで自白を獲得することを相当程度諦めているのである。すなわち，イギリスにおける取調べ手続は，被疑者から充分に弁解を録取した上で，客観的証拠を示し，被疑者の弁解との矛盾を突きつけるものである。仮に被疑者が虚偽の弁解をしていた場合は，嘘を重ねることになり，主張が破綻していく。その様子を録音・録画し，公判廷に提出する。事実認定者は，被疑者が弁解に窮している場面を視聴し，心証を形成していく。このような手続は，被疑者の供述によって「真相」を解明するアプローチとは距離がある。既に，日本でも，心理学者によって，PEACE モデルに示唆を得た情報収集技法の研究が進められている[167]。PEACE モデルに基づく情報収集も，物的証拠を充分に収集した上で行うことになる。したがって，捜査法全体の再検討は不可避である。

以上のように，法と心理学等の立場から，取調べの真実発見機能自体を検討していかなければならない[168]。そして，被疑者取調べの意義・役割の再検討を通じて，新たな証拠収集手段を検討していかなければならない。

第 2 款　在宅被疑者の取調べ

本稿は，身体拘束された被疑者の取調べに焦点を絞って検討してきた。これは，Miranda 法理の示唆に基づいた取調べ規制を展望することを試みたためである。そのため，いわゆる在宅被疑者の取調べについて，充分に検討することができなかった。日本の刑訴法は，Miranda 法理とは異なり，身体拘束の有無を問わずに黙秘権告知を要求している（法第 198 条第 2 項）。そこで，在宅被疑者の取調べについてどう考えるか―具体的には，法第 198 条第 2 項が身体拘束の有無を問わずに黙秘権告知を要求した意味をどのように考えるか―という問題が残る。また，在宅被疑者にも黙秘権が保障される以上，身体拘束されていない被疑者の取調べにも弁護人立会権が認められるか否かが問題となる。これらの点について，現時点での考えをごく簡単に述べ，今後の課題を示しておきたい。

Miranda 判決は，身体拘束中の取調べに内在する強制的な雰囲気を問題視した。このことを形式的に捉えれば，いわゆる在宅被疑者の取調べには，供述を強制する雰囲気が内在

---

166 山上圭子「英国における取調べの録音制度について」ひろば 56 巻 7 号（2003 年）71～80 頁，白川靖浩「イギリスにおける被疑者取調べについて（下）」警論 60 巻 6 号（2007 年）81 頁，指宿信『被疑者取調べと録画制度―取調べの録画が日本の刑事司法を変える』（商事法務，2010 年）265～313 頁，ロジャー・ミルバーン「イギリスにおける取調べの可視化の 25 年」日本弁護士連合会『世界の捜査官が語る取調べの可視化―可視化で捜査実務は変わったのか―国際シンポジウムの記録』(2012 年 4 月)11～17 頁＜http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/special_theme/data/symposium_archives_1204.pdf＞等。

167 高木・前掲注（2）16～22 頁，仲真紀子「科学的証拠にもとづく取調べの高度化―司法面接の展開と PEACE モデル」法と心理 12 巻 1 号（2012 年）27～32 頁等。

168 酒井・前掲注（119）145～170 頁は，捜査実務家による文献を詳細に検討した上で，心理学研究から得られる知見を用い，取調べの真実発見機能に疑問を呈している。このような視点を敷衍させる必要があろう。

しないことになる。確かに，在宅被疑者が自宅等で取調べに応じ，家族等が立ち会った場合には，供述を強制する雰囲気は相対的に弱いものとなろう。しかしながら，日本では，このような取調べは少数である。実際には，在宅被疑者の取調べの大部分が，捜査機関の庁舎内で行われている[169]。また，第三者が取調べに立ち会う事例も極めて少ない[170]。さらに，判例の理解によれば，在宅被疑者の取調べにおいて，一定程度の有形力を行使して取調室からの退去を押しとどめる行為や[171]，4 泊 5 日の宿泊を伴う取調べ[172]は適法である。加えて，在宅被疑者の取調べは，「自由に帰ることができるはずの被疑者を，事実上取調室に監禁することによって自白を強要するという方法が採られることがあるという意味では，わが国では，皮肉なことに，任意の取調べこそ可視化が必要である」と危惧されている[173]。これらを踏まえれば，在宅被疑者の取調べに供述を強制する雰囲気が内在しないという理解は，狭きに失するものであろう[174]。日本の在宅被疑者の取調べの中には，Miranda 判決の下では「身体拘束下の取調べ」に該当し得るものが存在するのである。そのため，法第 198 条第 2 項が黙秘権告知を要求していることは，極めて大きな意義を有する。

仮に，在宅被疑者の取調べを，身体拘束中の取調べと全く同質のものであると理解すれば，在宅被疑者の取調べにも Miranda 法理が要求されることになる。在宅被疑者の取調べに内在する強制的な雰囲気を強調すれば，このような形で Miranda 法理を拡大することにも，一定の説得力を認めることができる。しかしながら，被疑者が置かれた状況や，供述を強制する雰囲気の程度等を踏まえれば，在宅被疑者の取調べと身体拘束中の取調べを全く同質のものであると理解することはできない。少なくとも，Miranda 法理を前提とする本稿の射程を超えた議論になる。そこで，在宅被疑者の取調べに対する規制が問題となる。

まず，在宅被疑者は，受忍義務を負わないことの帰結として，弁護人立会いを要求する

---

169 法務省「取調べに関する国内調査結果報告書」（平成 23 年 8 月）＜http://www.moj.go.jp/content/000077995.pdf＞8 頁「表 6　取調べの場所」によれば，検察官による在宅被疑者取調べの 84.7%が，検察庁舎内で行われている。このうち，個室の取調室が 19.8%であり，大部屋の取調室が 64.9%であった。また，参考人の取調べは，全体の 78.9%が検察庁舎内で行われており，11.0%が「少年鑑別所，交番・駐在所，病院，取調べ対象者の勤務先，店舗，車内」で行われている。

170 法務省・前掲注（169）9 頁「表 7　取調べの立会人」によれば，検察官による在宅被疑者の取調べ 21,958 回のうち，弁護人立会いが認められたのは 1 回であり，家族・親族の立会いが認められたのは 53 回である。参考人の取調べ 6,372 回のうち，弁護人立会いが認められたのは 21 回であり，家族・親族の立会いが認められたのは 168 回である。

171 最三決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 巻 2 号 187 頁。

172 最二決昭和 59 年 2 月 29 日刑集 38 巻 3 号 479 頁。

173 小川英世「任意の取調べと可視化の必要性―公務執行妨害罪等の無罪判決を契機として」刑弁 51 号（2007 年）115 頁。松田岳士「在宅被疑者の取調べとその可視化」法時 83 巻 2 号（2011 年）23 頁は，小川英世の指摘を引用し，「在宅被疑者の取調べについても，事実上，取調室に代表される取調べの場への出頭・滞留が強制される事例が存在」するという。

174 このような問題意識を示すものとして，渕野・前掲注（40）185～186 頁，高内寿夫「被疑者取調べの適法性について」國學院 52 巻 4 号（2015 年）137～146 頁等がある。

ことができる[175]。このとき，捜査機関が引き続き取調べを行いたいのであれば，弁護人を立ち会わせる他ない。但し，このような弁護人立会いの実現は，在宅被疑者の資力や弁護人選任の有無によって左右される。在宅被疑者が既に弁護人を選任していたり，弁護人を選任する資力があれば，実際に弁護人を立ち会わせた上で取調べを行うよう求めることができる。このことは，刑訴法上の弁護人依頼権からも導くことができるかもしれない。他方で，資力がない在宅被疑者の場合は，受忍義務がないことの帰結として弁護人立会いを要求しても，実際に取調べに立ち会う弁護人を有しない。現行法はもちろん，2015 年 11 月 4 日現在，継続審査されることになったまま成立の目処が立たずにいる刑訴法改正法に基づいても，在宅被疑者の国選弁護権は認められていないためである。そのため，資力のない在宅被疑者が弁護人立会いを要求したとしても，国選弁護人選任権者がいないのである。そうであれば，このような弁護人立会いの要求は，結局のところ，「弁護人が同席しなければ，供述を拒否する」という黙秘権の行使に他ならない。

身体拘束された被疑者が取調べ受忍義務を負うか否かについては，実務と学説の間に激しい対立がみられる。他方で，在宅被疑者が取調べ受忍義務を負わないことは争いがない。そこで，在宅被疑者が上記のような黙秘権を行使することの効果として，取調べ中止効が保障されなければならない。Miranda 法理を前提として，身体拘束の有無で取調べ規制を区別するのであれば，在宅被疑者の取調べ規制で最も重要なことは，「出頭後，何時でも退去することができる」ことを保障することであろう。在宅被疑者には，「取調べに応ずるか否かの意思の自由[176]」ないしは出頭・退去の自由が認められている。取調べ場所からの退去は在宅被疑者の権利であり，「刑訴法上被疑者の任意の取調…（は，）その開始・継続を被疑者の自由な意思に全面的に依存している《省略・挿入筆者》」のである[177]。そのため，捜査官は，在宅被疑者が退去権を行使することができるように，黙秘権とともに，「何時でも退去することができる」旨を告知しなければならない[178]。その上で，取調べを受けるか否かを在宅被疑者の自由な選択に委ねなければならない。在宅被疑者を取り調べる際に退去権の告知を行わなかった場合は，事実上の取調べ強制にあたる。

Miranda 法理の考え方を前提に，取調べ規制を身体拘束の有無で区別するのであれば，在宅被疑者を取り調べる際には，以上の規制が要求されよう。なお，在宅被疑者の取調べに内在する強制的な雰囲気を強調するのであれば，黙秘権を実質的・実効的に保障するための手続的保護措置として，在宅被疑者の弁護人立会権を導くことができるかもしれない。これは，身体拘束の有無を問わずに黙秘権から弁護人立会権を導く点で，Miranda 法理を拡大するものである。但し，このような形で在宅被疑者に弁護人立会権を認めたとしても，実際に弁護人を立ち会わせることができる被疑者は，私選弁護人を選任することができる

---

175 後藤・前掲注（18）170 頁。

176 酒巻匡「任意取調べの限界について―二つの最高裁判例を素材として―」神戸法学年報 7 号（1991 年）291 頁。

177 福岡地判平成 3 年 12 月 13 日判時 1417 号 45 頁。

178 三井・前掲注（86）128 頁。

被疑者に限られる。既に述べたように，在宅被疑者が資力に乏しいとき，国選弁護人を選任する権限を有する者がいないためである。これは，Miranda 判決と同様の問題である。そのため，私選弁護人を選任している被疑者は弁護人立会権を行使して弁護人を取調べに立ち会わせることができる一方で，在宅被疑者の弁護人立会権行使は，やはり黙秘権の行使に他ならないということになる。取調べに立ち会わせる弁護人が存在しない以上，被疑者の権利行使の効果は，アメリカと同様に，取調べ中止効を生じるのみである。その意味で， Miranda 法理の対象を在宅被疑者の取調べにまで拡大する必要はない。在宅被疑者の「取調べに応ずるか否かの意思の自由」ないしは出頭・退去の自由が保障されれば足りるように思われる。

第 3 款　その他の課題

第 3 章で述べたように，本稿の主張がすべて容れられたとしても，被疑者の黙秘権を漏れなく保障することは困難である。すべての取調べを通じて，被疑者が弁護人の援助を受けられる状況が整備されていないためである。また，仮に制度が整備されたとしても，被疑者が常に「効果的な」援助を受けられる訳ではない。このように考えると，被疑者取調べの事前規制には，一定の限界が存在する。そのため，事前規制に加えて，事後規制である自白法則を充分に機能させることが不可欠であろう。しかしながら，本稿は，「憲法的要求」を充たさなかった場合に自白を排除する根拠を充分に検討することができなかった。

もっとも，アメリカにおいても，Miranda 法理という予防法則に違反したことが，直ちに憲法違反になるか否かについて，充分な検討が行われているとは言い難い。Miranda 判決も，黙秘権告知には「供述を強制する雰囲気」を打破する役割があることを前提に，告知を欠いた取調べで獲得した自白を不任意であると見做しており[179]，自白を排除する根拠は必ずしも明らかではない。韓国においても，自白排除法則の根拠論や違法収集証拠排除法則との関係等について，極めて複雑な議論が展開されている[180]。日本の裁判例を概観しても，自白排除の根拠は「モザイクの様相」を呈しており，統一的な理論を見出すことは困難である[181]。これらは，自白法則の根拠論が，必ずしも相互に排他的な関係にある訳ではなく，複合的であるためであろう。たとえば，本稿を前提に，黙秘権を告知せずに獲得した自白について考えると，（1）Miranda 判決のように，「供述を強制する雰囲気」が払拭されていないことを理由に，獲得した自白を不任意と見做せば，任意性説による排除が可能である。また，（2）告知が憲法上の黙秘権の一内容であり，不告知それ自体が黙秘権の侵害にあたることを強調すれば，人権擁護説による排除の余地もあろう。他方，（3）憲法上の要求である告知を欠くことが，憲法に違反する重大な違法を構成すると強調すれば，

---

179 第 2 編第 4 章第 2 節「Miranda 判決の背景と現代的意義―その後の諸判例を踏まえて」を参照。

180 第 3 編第 3 章第 1 節第 1 款第 3 目「黙秘権の不告知と供述の証拠能力」等を参照。

181 関口和徳「自白排除法則の研究（9）」北法 63 巻 4 号（2012 年）61～62 頁。

違法排除説による自白排除も説明し得る[182]。自白排除法則の根拠論は，極限的な事例において実質的な意義を有するのであって，少なくとも本稿との関係では本質的な問題ではない[183]。黙秘権不告知の場合を例に挙げれば，任意性説によっても，人権擁護説によっても，違法排除説によっても，自白を排除し得るという説明で足りると思われる。その限りでは，自白排除の根拠は「被疑者取調べの憲法的規制」を展望する上で必ずしも不可欠な論点ではない。

本稿は，自白排除法則の他に，未決拘禁制度や証拠法則，弁護権及び防禦権に関する理論的検討も不足している。さらに，アメリカ及び韓国の被疑者取調べの実態調査も適わなかった。これらの問題を今後の検討課題として設定し，本稿を結ぶ。

---

182 中島宏「自白法則における違法排除説再論」法時 83 巻 2 号（2011 年）39～40 頁は，取調べ録音・録画制度の実施がさらに拡大すれば，当該自白が獲得された取調べ状況を事後的・客観的に確認することができるため，違法排除の観点から自白排除法則を論じる意義が改めて自覚されると指摘する。

183 後藤ほか・前掲注（94）857 頁〔後藤昭執筆〕を参照。