

2023年（令和5年）2月16日作成

令和4年（ワ）第5542号損害賠償請求事件と関連する意見

関西学院大学法学部准教授  
博士（法学） 安部 祥太

令和4年（ワ）第5542号損害賠償請求事件（国家賠償請求訴訟）と関連して、「第1 黙秘権行使の意思を明確にしている者に対する取調べの適法性」と、「第2 身体拘束中の被疑者が取調べ受忍義務を負うと解した場合に許容される取調べ（質問・発問・説得など）の範囲」に関する意見を、以下の通り申し述べます。

《目次》

意見

第1 黙秘権行使の意思を明確にしている者に対する取調べの適法性.....	3
第2 身体拘束中の被疑者が取調べ受忍義務を負うと解した場合に許容される取調べ（質問・発問・説得など）の範囲 .....	3

意見の理由

第1 黙秘権行使の意思を明確にしている者に対する取調べの適法性.....	4
I. 本件国家賠償請求訴訟と関連する黙秘権の問題.....	4
1. 憲法38条1項と包括的黙秘権 .....	4
2. 黙秘権侵害の基準 .....	5
II. 英米法における黙秘権の発展と黙秘権保障 .....	6
1. イギリスにおける自己負罪拒否特権の成立 .....	6
2. アメリカ合衆国における黙秘権の確立・発展 .....	7
(1) アメリカ合衆国における自己負罪拒否特権の成立 .....	7
(2) Miranda 法理.....	10
(3) Miranda 判決のその後 .....	15

III. 韓国における黙秘権保障の展開.....	1 6
1. 日本法との関連.....	1 6
2. 憲法および刑事訴訟法の黙秘権規定.....	1 8
3. 韓国大法院および憲法裁判所の理解.....	1 9
4. その他——韓国における身体拘束中の被疑者取調べの現状.....	2 1
(1) 無罪推定原則と身体拘束の例外化.....	2 2
(2) いわゆる取調べ受忍義務.....	2 2
(3) その他.....	2 4
IV. 比較法的視点を踏まえた検討.....	2 5
1. 総論的示唆.....	2 5
(1) 身体拘束中の取調べに内在する強制的雰囲気の直視.....	2 5
(2) 「憲法は何を要求しているか」という憲法解釈の必要性.....	2 6
2. 検討.....	2 8
(1) 日本国憲法の射程の広さ.....	2 8
(2) 憲法38条1項制定時の認識.....	2 9
(3) 憲法上の黙秘権保障が及ぶ範囲.....	3 2
(4) 事前規制による黙秘権の実効的保障を追求する必要性.....	3 4
(5) 黙秘権侵害の基準——「説得」や「続行」と強要の区別の可否.....	3 5
V. 結論.....	4 0
第2 身体拘束中の被疑者が取調べ受忍義務を負うと解した場合に許容される 取調べ（質問・発問・説得など）の範囲に関する意見.....	4 1
I. 取調べ受忍義務ないし取調べのための出頭・滞留義務を肯定する論理.....	4 2
1. 伝統的な議論.....	4 2
2. 取調べ受忍義務ないし取調べのための出頭・滞留義務を肯定する 近時の論理.....	4 2
(1) 川出敏裕・大澤裕による見解.....	4 2
(2) 瀨田毅の見解.....	4 4
II. 近時の出頭・滞留義務肯定説を採った場合の帰結.....	4 5
1. 伝統的な理解の問題点.....	4 5
2. 川出・大澤説を採った場合の帰結.....	4 5
(1) 出頭・滞留義務の範囲.....	4 5
(2) 黙秘権保障のための制約.....	4 6

3. 濱田説を採った場合の帰結.....	47
(1) 受忍義務の範囲.....	47
(2) 黙秘権保障のための制約.....	48
III. 黙秘権行使または取調べ拒否の意思を明示する被疑者に対して許容される 取調べ（質問・発問・説得など）の範囲および判断基準.....	49
IV. 結論.....	50
■本意見書執筆者経歴・研究業績等.....	52

## 意見

### 第1 黙秘権行使の意思を明確にしている者に対する取調べの適法性

黙秘権の沿革および比較法的検討を踏まえると、憲法38条1項は包括的黙秘権の実効的・事前的保障を求めている。黙秘権行使の意思を明確にしている者に対して取調べを継続する行為は、憲法および刑事訴訟法が保障する黙秘権を侵害するものである。また、国家賠償法上の違法を構成する。

### 第2 身体拘束中の被疑者が取調べ受忍義務を負うと解した場合に許容される取調べ（質問・発問・説得など）の範囲

身体拘束中の被疑者が取調べ受忍義務ないし出頭・滞留義務を負うと仮定した場合であっても、取調べ（質問・発問・説得などや発言行為）を無限定に行えるわけではない。近時の受忍義務肯定説ないし出頭・滞留義務肯定説を踏まえると、黙秘権行使または取調べ拒否の意思を明示する被疑者に対しては、（1）被疑者の翻意が客観的に期待できない状態に至っていない時点までの間に、（2）身体拘束の理由となっている特定の被疑事実と関連する質問・発問・説得などを行う限りで、許容される。また、（3）この質問・発問・説得などは、起訴・不起訴の決定に向けた捜査の一環として行われる場合に限り、正当化根拠を持つ。この範囲・限度などを超えた取調べ（質問・発問・説得などや発言行為）は、憲法および刑事訴訟法が予定・想定するものではなく、また黙秘権を侵害するものである。また、国家賠償法上の違法を構成する。

## 意見の理由

### 第1 黙秘権行使の意思を明確にしている者に対する取調べの適法性

#### I. 本件国家賠償請求訴訟と関連する黙秘権の問題

##### 1. 憲法38条1項と包括的黙秘権

憲法38条1項は、「自己に不利益な供述」の強要を禁ずる。これに対して、刑事訴訟法は、黙秘権として、「終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むこと」(刑訴311条1項)や、「自己の意思に反して供述をする必要がない」ことを想定する(包括的黙秘権)。そのため、憲法が供述拒否を認める範囲と、刑事訴訟法が供述拒否を認める範囲の関係が問題となる。これに対しては、刑事訴訟法は、供述を拒み得る範囲を憲法よりも拡張していると解する見解と<sup>1</sup>、両者の範囲は同一であると解する見解が存在する<sup>2</sup>。この問題は、憲法上の黙秘権の対象となる「不利益」の範囲に関する議論と表裏である。

最高裁判所は、自己の氏名が黙秘権の対象となるか否かが争点となった事案で、供述を強要されない範囲が「自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項」に限定されることは、「この制度発達の沿革に徴して明らか」であると判示した<sup>3</sup>。この理解は、憲法38条1項が、アメリカ合衆国憲法修正5条の自己負罪拒否特権(Privilege against self-incrimination)に由来する規定であることを根拠の一つとする。そのため、憲法38条1項は、「自己」が「負罪」する供述を「拒否」

<sup>1</sup> 法学協会編『註解日本国憲法〔上巻〕』(有斐閣、1953年)661頁、團藤重光『新刑事訴訟法要綱〔7訂版〕』(創文社、1967年)109頁注6)、酒巻匡『刑事訴訟法〔第2版〕』(有斐閣、2020年)188頁など。なお、酒巻は、拡張説を採りつつも、続けて「刑事手続の對證とされ捜査・訴追・有罪判決に至る可能性のある被疑者・被告人については、全ての供述が憲法にいう刑事上の『不利益』に該当し得る故に、全面的な黙秘権が認められているという見解も有力である。後者の考え方に拠れば、被疑者・被告人の黙秘権は憲法上の保障と位置付けられる」と述べる。

<sup>2</sup> 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(有斐閣、1996年)335～336頁、松尾浩也『刑事訴訟法(上)〔新版〕』(弘文堂、1999年)119頁など。

<sup>3</sup> 最大判昭和32年2月20日刑集11巻2号802頁。青柳文雄「判解」最判解刑昭和32年度号(1964年)118～119頁も、後述する法律上の供述強制禁止を挙げて、憲法38条1項の射程を「自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項」に限定する。

する権利を保障したものであると解され、憲法上の黙秘権の対象は「自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項」に限定される。最高裁判所が、氏名を供述することの「不利益」性を争点として容れて判断を示したことも、憲法38条1項が「終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むこと」(刑訴311条1項)や「自己の意思に反して供述をする必要がない」ことを保障したものでないと解していることを示唆する。換言すれば、最高裁判所は、憲法上供述拒否が可能な範囲と、刑事訴訟法上供述拒否が可能な範囲は異なると考えていることが窺える。比較法的検討を踏まえたときに、このような理解を維持することができるか、疑問が残る。

## 2. 黙秘権侵害の基準

被疑者取調べと関連して黙秘権侵害が問題となる事案の多くは、被疑者が黙秘権を行使する意思を持っていたにも拘わらず、供述を余儀なくされ、不利益な供述を行った場合であろう。そして、この場合は、当該供述の証拠能力を巡り、自白排除法則に基づく検討が行われる。仮に、黙秘権侵害が、専ら証拠排除との関係で問われるならば、被疑者が黙秘権を行使し、精神力や忍耐力によって耐え忍んでいる状況では、黙秘権の問題が浮上しない。

このような状態を容認することが、黙秘権が憲法上の権利として保障されていることと両立するかが問題となる。憲法38条1項の黙秘権が、それ単体では問題とされずに、同条2項の自白排除法則と関連して初めて俎上に載せられるとすれば、同条1項が黙秘権を独立して定めた意義について疑問を生じさせるためである。この問題は、権利行使する被疑者に対して翻意するように捜査機関が「説得」する行為を許すか否かに関する議論と結びついている。また、いわゆる取調べ受忍義務に関する議論と深く関連する。

最高裁判所は、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」であると解する<sup>4</sup>。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

<sup>4</sup> 最大判昭和24年2月9日刑集3巻2号146頁。もっとも、この判決は、「裁判所が被告人に対してその陳述を求めるに先ち、自己に不利益な答弁をする義務がない旨を説示しなかつた」事案に関して、憲法38条1項が黙秘権に関する「説示をすることを要求しているのではない」と判示するものである。

とを拒否する自由を奪うことを意味するものでない」と判示する<sup>5</sup>。

これらの判示を前提とすれば、具体的な強要等によって被疑者の供述の自由が「現実的に」侵害されない限り、黙秘権侵害は認められない。供述の自由が「現実的に」侵害され、獲得された供述の証拠能力が問われる段階に至って初めて、黙秘権侵害が問題となる。供述の自由の危殆化それ自体については、許容することになる。供述するように「説得」する行為も、黙秘権侵害とは無関係ということになる。しかし、そうであれば、黙秘権侵害は、被疑者が完全屈服して抗拒不能状態に至り、さらに「自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項」の供述を行わない限り、俎上に載せられることはない<sup>6</sup>。また、憲法上の権利である黙秘権について、自白排除という形で事後規制を行えば足りると解し、事前規制の必要性から目を背けることになる<sup>7</sup>。比較法的検討を踏まえたときに、このような理解を維持することができるか、疑問が残る。

## II. 英米法における黙秘権の発展と黙秘権保障

### 1. イギリスにおける自己負罪拒否特権の成立<sup>8</sup>

自己負罪拒否特権 (Privilege against self-incrimination) は、イギリスにおいて形成された。その時期や理論的背景については、必ずしも理解が統一されていない。一般的には、訴訟構造が糺問主義的なものから弾劾主義的・当事者主義的なものへと変容したと深く関わっていると考えられている。すなわち、16～17世紀の星室裁判所や高等宗務官裁判所が採っていた糺問手続（とりわけ、職権宣誓 [oath *ex officio*] の上での真実供述義務) に対するピューリタンの抵抗や<sup>9</sup>、弁護人依頼権の発展に伴い、かつての糺問主義的な「被告人供述型 (the accused speaks)」公判が、弾劾主義・当事者主義的な「訴追検証型 (testing the prosecution)」公判に変化したことが契機とされる。このような訴訟構造の変化

<sup>5</sup> 最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁。

<sup>6</sup> 瀏野貴生「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。

<sup>7</sup> 同様の指摘として、田淵浩二『基礎刑事訴訟法』(日本評論社、2022年)43頁。

<sup>8</sup> 詳細は、安部祥太『被疑者取調べの憲法的規制』(日本評論社、2019年)94～96頁を参照。

<sup>9</sup> LEONARD W. LEVY, THE ORIGINS OF THE FIFTH AMENDMENT 42 (1968)。

により、被告人は初めて黙することが可能となり、これがローマ法上の *Nemo tenetur* 原則と結びつき、自己負罪拒否特権が自覚された<sup>10</sup>。

少なくとも、1637年 John Lilburn 裁判の頃には<sup>11</sup>、自己負罪拒否特権が「コモン・ロー手続における弾劾的な性格を象徴するもの<sup>12</sup>」になっていた。重要なことは、自己負罪拒否特権の成立・発展が、弾劾主義的訴訟構造への転換を契機とすることである。糺問主義的訴訟構造の下では、被訴追者も、通常の証人と同様に、宣誓や偽証の制裁の下で供述義務を課されていた。自己負罪拒否特権は、これらの義務を免除するものとして発展した。自己負罪拒否特権は、法律上の供述義務を免除する「特権」（供述しないことを理由に刑罰を科されない「特権」）として誕生・発展した。

## 2. アメリカ合衆国における黙秘権の確立・発展

### (1) アメリカ合衆国における自己負罪拒否特権の成立<sup>13</sup>

1787年に制定されたアメリカ合衆国には、権利章典が付け加えられている。合衆国憲法修正5条は、「…何人も、刑事事件において自己に不利益な証人となることを強制されない」と規定し、自己負罪拒否特権を保障する。当初、この規定は、「…何人も、自己に不利益な証人となることを強制されない<sup>14</sup>」という語句で表現された<sup>15</sup>。その後、1789年第1回連邦議会で、その射程を刑事手

---

<sup>10</sup> 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).

<sup>11</sup> The Trial of John Lilburn and John Wharton, 3 How. St. Tr. 1315 (1637).

<sup>12</sup> 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 事件を挙げる (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 459 (1966)).

<sup>13</sup> 詳細は、安部・前掲注8) 96～104頁。

<sup>14</sup> Michael Edmund O'Neill, *The Fifth Amendment in Congress: Revisiting the Privilege against Compelled Self-Incrimination*, 90 GEO. L. J. 2445, 2480 (2002).

<sup>15</sup> William Michael Treanor, *The Origins and Original Significance of the Just Compensation Clause of the 5th Amendment*, 94 YALE L.J. 694, 708 (1985).

続に限定すべきである旨が主張され、これが全員一致で採用された<sup>16,17</sup>。

しかし、この規定は、従前から存在するコモン・ロー上の原則を再確認するものであるという程度の認識しか持たれなかった。また、アメリカでも、自己負罪拒否特権は、法律上の供述義務を免除する「特権」として理解されてきた。被疑者取調べは捜査手続であり、被疑者取調べで問題とされる供述強制は事実上の供述強制である。このような理由から、被疑者取調べと関係して自己負罪拒否特権が取り上げられることはなかった。唯一、1897年 Bram 判決が、自白の証拠能力が問題となった事案について、自己負罪拒否特権侵害を理由とする自白排除を行った<sup>18</sup>。しかし、Bram 判決が採った自白排除の枠組みは、1966年の Miranda 判決までは「忘れられた存在」となっていた<sup>19</sup>。

もっとも、このことは、修正5条の自己負罪拒否特権の軽視を意味するものではない。自己負罪拒否特権に基づく自白排除が「忘れられた存在」となっていた背景には、連邦制度固有の「組入理論」の問題と、McNabb-Mallory ルールの存在がある。

#### ①組入理論

アメリカ合衆国は、連邦制度を採る。合衆国憲法は、連邦法域に関するものであり、州法域への介入を極力控えるという理念の下に制定された。アメリカ法の歴史は、修正条項が保障する各権利が州法域に適用されるか否かに関する合衆国最高裁判例の発展によって歩を進めた。合衆国最高裁は、各権利が一律に州に適用されるとは解さず、各権利の州適用を個別に判断する「選択的組入理論」

<sup>16</sup> UNITED STATES CONGRESS, DEBATES AND PROCEEDINGS IN THE CONGRESS OF THE UNITED STATES 753 (1834).

<sup>17</sup> もっとも、合衆国最高裁は、「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 (Lefkowitz v. Turley, 414 U.S. 70, 77 (1973))。そのため、その保障範囲が「刑事事件」に限定されるわけではない。

<sup>18</sup> Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

<sup>19</sup> YALE KAMISAR ET AL., MODERN CRIMINAL 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).



(selective incorporation theory) を採った<sup>20</sup>。また、各権利の州適用は、当該権利が「秩序ある自由体系の本質的な構成要素」であるか否かによって判断するという基準を立てた。

1960年代の Warren Court による刑事司法革命を経て、現在は、修正条項に規定された権利の大部分が、州に適用されている。しかし、それ以前は、州への適用が宣言されていない権利が多かった。1964年に Malloy 判決が修正5条の州適用を宣言するまで<sup>21</sup>、修正5条は合衆国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<sup>22</sup>。このような状況で、合衆国最高裁が州事件の被疑者取調べを規制する原理として用いたのは、修正14条のデュー・プロセス条項に基づくコモン・ロー上の自白排除であった(下記③)。修正5条の自己負罪拒否特権に基づいて、捜査段階の被疑者取調べを規制するという視点は、そもそも意識されていなかった。

#### ② McNabb-Mallory ルール

McNabb-Mallory ルールとは、連邦法域で、被逮捕者を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、その間に得た自白を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旨の明文規定があった<sup>23</sup>。そこで、この規定に違反して獲得された自白の許容性が問題となった。

合衆国最高裁は、1943年 McNabb 判決と1957年 Mallory 判決を通じて、被逮捕者を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、その間に得た自白を排除する旨の判例法理を示した<sup>24</sup>。もっとも、McNabb-Mallory ルールは、連邦法に基づく連邦法域のルールである。そのため、州法域に直接の影響を与えることはなかった。

#### ③ 州法域における自白の許容性

<sup>20</sup> Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).

<sup>21</sup> Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

<sup>22</sup> 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).

<sup>23</sup> 18 U.S.C. § 595.

<sup>24</sup> McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943); Mallory v. United States, 354 U.S. 449 (1957).

州法域における自白の許容性は、コモン・ロー上の自白排除法則（事情の総合説：totality of the circumstances test）に依拠して判断されてきた。合衆国憲法修正14条は、「いかなる州も、法の適正な過程によらずに、何人からも生命、自由又は財産を奪ってはならない」と規定している。この規定は、南北戦争後の1868年に、合衆国憲法に追加された。この当時は、修正条項の各権利が州に適用されるか否かは明らかでなかった（上記①組入理論を参照）。そのため、合衆国最高裁は、1936年 Brown 判決以降、州事件における自白の許容性を判断するにあたり、修正14条のデュー・プロセス条項に根拠を求めた<sup>25</sup>。

デュー・プロセス条項に基づく自白排除は、判例の変遷・積み重ねによって発展した。最終的に、1957年 Fikes 判決が示すように、事案ごとに異なる個別具体的な諸事情を総合考慮する「事情の総合」説が確立した<sup>26</sup>。しかし、事情の総合説は、許容される取調べの限界を事前に具体的・画一的に示すことができない<sup>27</sup>。また、取調べ手続の違法は、自白の許容性判断の一事情に留まる<sup>28</sup>。そのため、事情の総合説は、取調べを有効に事前規制できなかった。

#### ④小括

長い間、アメリカにおける自白の許容性判断は、連邦法域と州法域で異なる基準が用いられてきた。連邦法域では McNabb-Mallory ルールが用いられ、州法域では修正14条のデュー・プロセス条項に根拠を持つ事情の総合説が用いられてきた。既に確認したように、修正5条の自己負罪拒否特権は、法律上の供述義務を免除するものとして発展した。また、1964年 Malloy 判決まで、修正5条の州法域は宣言されていなかった。このような各種の事情が相俟って、自己負罪拒否特権が、捜査段階の被疑者取調べと交錯することはなかった<sup>29</sup>。

### (2) Miranda 法理<sup>30</sup>

#### ①Miranda 判決の概要

<sup>25</sup> Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936).

<sup>26</sup> Fikes v. Alabama, 352 U.S. 191 (1957).

<sup>27</sup> Stephen J. Schulhofer, *Confessions and the Court*, 79 MICH. L. REV. 865, 869-872 (1981).

<sup>28</sup> See Crooker v. California, 357 U.S. 433 (1958).

<sup>29</sup> See Charles T. McCormick, *The Scope of Privilege in the Law of Evidence*, 16 TEX. L. REV. 447, 453 (1938).

<sup>30</sup> 詳細は、安部・前掲注8) 102～112頁。

合衆国最高裁は、1964年 Malloy 判決によって、州法域においても修正5条の自己負罪拒否特権が保障されることを明らかにした<sup>31</sup>。しかし、Malloy 判決の争点は、公判廷における証言拒絶と自己負罪拒否特権の関係であった（法律上の供述強制が問題となる事案であった）。そのため、捜査段階の被疑者取調べを規制する原理として、修正5条の自己負罪拒否特権が機能するか否かは依然として不明であった。

このような中で、関連領域について、重要な判例法理が次々に発展した。弁護人依頼権の拡大と自白排除や<sup>32</sup>、違法収集証拠排除法則の州適用と自白排除への適用などの判例である<sup>33</sup>。その過程で、取調べを一律基準で事前規制し、違反した場合に供述を排除する必要性が認識されるようになった。また、取調べにおける黙秘権や弁護人依頼権の重要性が共有されるようになった。

そして、1966年に、Miranda 判決が示された<sup>34</sup>。Miranda 判決は、「Miranda 告知」と呼ばれる事前告知で知られる。すなわち、捜査官は、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ことができること、(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。告知後に被疑者が黙秘権を行使したり、弁護人の同席を求めたにも拘わらず、取調べを継続することは、供述の強要にあたる。告知を欠いて得た供述は、証拠排除される。Miranda 判決は、4項目の事前告知と告知違反による自白排除という画一的・客観的基準によって、身体拘束中の被疑者取調べを規制することを明らかにした。

## ②Miranda 判決の問題意識——強制的な雰囲気の直視

Miranda 判決の問題意識は、身体拘束中の取調べに強制的雰囲気が内在することであった。すなわち、身体拘束中の取調べについて、「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は、被疑者が抵抗する

<sup>31</sup> Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

<sup>32</sup> Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1964); Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964).

<sup>33</sup> Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961); Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963).

<sup>34</sup> Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

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を確認するのみである。…(中略)…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、個人の自由を著しく害し、個人の弱みにつけこむものである」と理解する<sup>35</sup>。また、明らかな身体的強制や心理的策略がなかったとしても、「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」とする<sup>36</sup>。そして、「適切な保護手段がない限り、被疑者に対する身体拘束下での取調べ手続には、個人が抵抗する意思を打ち砕き、供述を強要するような内在的に強制的な圧力 (inherently compelling pressures) がある」と結論づける<sup>37</sup>。

### ③Miranda 判決の意義 1 ——事前規制としての Miranda 法理

Miranda 判決は、証人と関連して法律上の供述強制を禁ずる修正 5 条の自己負罪拒否特権が、捜査段階の被疑者取調べに及ぶことを明らかにした。また、Miranda 法理に違反して獲得した供述は、証拠排除されると宣言した。これにより、コモン・ロー上の自白法則と修正 5 条の自己負罪拒否特権を交錯させた。そして、修正 5 条の自己負罪拒否特権の保障範囲・内容を、法律上の供述強制禁止のみならず、捜査段階の被疑者取調べにおける「事実上の」供述強制禁止にまで押し広げた<sup>38,39</sup>。

Miranda 告知を欠いた場合に、その後の自白が排除される点に注目すれば、Miranda 法理は事後規制型の証拠法則である。しかし、合衆国最高裁は、Miranda

<sup>35</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 455 (1966). *See also* *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 150-151 (1990).

<sup>36</sup> *Id.* at 456-458.

<sup>37</sup> *Id.* at 467.

<sup>38</sup> 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).

<sup>39</sup> この点について、Miranda 判決は、1897年の *Bram* 判決を引用しつつ、「(自己負罪拒否) 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」と判示していた (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 461 (1966))。

法理を予防法則 (prophylactic rule) であると考えている<sup>40</sup>。予防法則の定義づけ自体も議論が展開されているものの、一般には、「憲法上の権利を保護するために裁判所が打ち立てた法理論上の原則で、当の憲法上の権利が、純理論的に理解された場合に要求していると思われる保護の範囲を超えて個人に保護を与えるという意味で、憲法上の権利をその権利が真に要求する以上に保護 (overprotect) するもの」と定義される<sup>41</sup>。Miranda 法理は、修正 5 条が保障する権利それ自体ではなく、修正 5 条の自己負罪拒否特権の保障を確保するための手段に過ぎない。この考え方は、Miranda 法理の縮小・弱体化の流れの中で、1974 年 Tucker 判決によって示された<sup>42</sup>。Tucker 判決により、Miranda 法理は、憲法上の法理から格下げされたと思われた。しかし、Miranda 判決自身も、「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<sup>43</sup>」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<sup>44</sup>」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、十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<sup>45</sup>」などと述べていた。そのため、Miranda 判決自身も、Miranda 法理を修正 5 条が保障する権利そのものではないと認めていたと思われる。なお、後述するように、2000 年 Dickerson 判決は、Miranda 法理が憲法上の法理であることを確認している<sup>46</sup>(下

<sup>40</sup> Miranda 法理違反と黙秘権侵害を同視する見解もある。See Stephen J. Schulhofer, *Miranda, Dickerson, and the Puzzling Persistence of Fifth Amendment Exceptionalism*, 99 MICH. L. REV. 941, 945 (2001); Schulhofer, *supra* note 38, at 446.

<sup>41</sup> Evan H. Caminker, *Miranda and some Puzzles of "Prophylactic" Rules*, 70 U. CIN. L. REV. 1 (2001). 柳川重規「ミランダ法理の憲法上の意義について」法学新報 110 巻 8 = 9 号 (2003 年) 282 頁も参照。

<sup>42</sup> *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 439 (1974).

<sup>43</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 467 (1966).

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Id.* at 476.

<sup>46</sup> *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

記(3) Miranda 判決のその後)。そして、2003年 Chavez 判決は、Dickerson 判決の趣旨を否定せずに、他方で Miranda 法理を予防法則と位置づけている<sup>47</sup>。合衆国最高裁は、Miranda 法理が憲法上の法理であることと、予防法則であることは、矛盾しないと考えている。

いずれにせよ、ここで重要なことは、合衆国最高裁が、修正5条の自己負罪拒否特権それ自体の保障のみならず、自己負罪拒否特権を実効的に保障するためのルールも、憲法の要求であると解したことである<sup>48</sup>。Miranda 判決は、取調べに内在する強制的な雰囲気から被疑者を保護し、黙秘権行使の機会を常に確保するための事前規制として、Miranda 法理を展開している。このことは、黙秘権の保障を確保するために事前規制として手続的保護措置を設けることも、憲法の要求であることを示唆している<sup>49</sup>。

#### ④Miranda 判決の意義2——弁護人立会権を認めた含意

Miranda 法理は、修正5条に基づく取調べ規制として展開された。Miranda 判決が認めた弁護人立会権も、修正5条の自己負罪拒否特権を保障するためのものである。他方で、合衆国憲法は、弁護人依頼権を修正6条で保障している。Miranda 法理は、修正6条の弁護人依頼権に基づくものではない。この点について、後述する韓国法の理解のためにも、若干補足を行う。

合衆国最高裁は、Miranda 判決の2年前である1964年に、Escobedo 判決を示している。Escobedo 判決は、捜査段階の被疑者取調べでも、修正6条の弁護人依頼権が保障されると解した<sup>50</sup>。すなわち、手続が「訴追的なもの (accusatory)」に移行したときには、修正6条の弁護人依頼権が保障されなければならないと判示していた<sup>51</sup>。Miranda 判決も、Escobedo 判決の趣旨を踏襲

<sup>47</sup> Chavez v. Martinez, 538 U.S. 760, 770-773 (2003).

<sup>48</sup> Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 487 (1966).

<sup>49</sup> Dworkin は、法理学の観点から、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する規準に基づいて法解釈を行う裁量を有すると述べていた。See Ronald M. Dworkin, *The Model of Rules*, 35 U. CHI. L. REV. 14, 32-40 (1967). 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); David A. Strauss, *The Ubiquity of Prophylactic Rules*, 55 U. CHI. L. REV. 190, 195 (1988).

<sup>50</sup> Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 490-491 (1964).

<sup>51</sup> *Id.* at 492.

すれば、修正6条に基づく弁護人立会権を導くことができた。しかし、Miranda判決は、修正6条に基づいた判断を行わず、「取調べへの弁護人立会権は…修正5条の特権を保護するために不可欠なもの」と判示した<sup>52</sup>。つまり、Miranda判決は、Escobedo判決の射程を事実上狭めている。その後、合衆国最高裁は、1972年 Kirby 判決によって、被疑者取調べ段階で修正6条の弁護人依頼権が保障されないことを明確に示す<sup>53</sup>。

ところで、アメリカ合衆国憲法には、公設弁護人に関する明文規定がない。公選弁護人の援助は、修正6条の弁護人依頼権に関する判例法理から導かれている<sup>54</sup>。Miranda 告知の中には、公費による弁護人選任に関するものが存在する。しかし、Miranda 法理が修正5条に基づくならば、私選弁護人のいない被疑者が弁護人立会権を行使しても、捜査段階における公選弁護人の援助は観念できない。捜査官も、公選弁護人を付す権限や義務がない。その意味で、Miranda 判決は、被疑者が取調べに弁護人を実際に立ち合わせる権利を重視していたとは思われない。むしろ、自白を強制する雰囲気から黙秘権を守るために、権利行使による取調べ中止を導くことに、狙いがあったと思われる。

### (3) Miranda 判決のその後<sup>55</sup>

その後、Miranda 判決は、「身体拘束<sup>56</sup>」や「取調べ<sup>57</sup>」の解釈を通じて、その射程が狭められたり、予防法則と位置づけられたり<sup>58</sup>、公共の安全のための例外が認められるなど<sup>59</sup>、その意義を縮小する判例に直面する。他方で、Miranda 判決の意義を再確認する判例を通じて、Miranda 法理の意味内容が明確にされてきた。

合衆国最高裁は、現在も、身体拘束下の取調べが本来的に被疑者を孤立させ、

<sup>52</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 469-470 (1966).

<sup>53</sup> *See also Kirby v. Illinois*, 406 U.S. 682, 688 (1972).

<sup>54</sup> *See Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932); *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938); *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

<sup>55</sup> 詳細は、安部・前掲注8) 113～171頁。

<sup>56</sup> *See California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983); *Howes v. Fields*, 132 S.Ct. 1181 (2012).

<sup>57</sup> *See Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291, 293-296 (1980).

<sup>58</sup> *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 439 (1974).

<sup>59</sup> *See New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

その者の弱みにつけ込み、供述を強制させるものであると理解する<sup>60</sup>。そして、憲法は、自己負罪拒否特権の保障のみならず、自己負罪拒否特権を実効的に保障するための手続的保護措置を設けることも要求すると解する。これを受けて、さしあたり、Miranda告知と呼ばれる4項目の事前告知が求められる<sup>61</sup>。自己負罪拒否特権の保障は、法律上の供述強制のみならず、事実上の供述強制にも及ぶ。そのため、供述を拒み得る範囲は、「自己」が「負罪」することに限定されない。被疑者の権利行使は、取調べを中止させる効力を持つ。取調べ中止効が生じなければ、捜査官が被疑者に対して権利放棄を執拗に求めることを防げないためである<sup>62</sup>。権利行使に伴う取調べ中止効が存在する以上、身体拘束中の被疑者の受忍義務を観念する余地はない。これらの法理は、現在もなお、憲法上の法理である<sup>63</sup>。

### Ⅲ. 韓国における黙秘権保障の展開

#### 1. 日本法との関連<sup>64</sup>

日本の刑事手続法制は、フランス法、ドイツ法、アメリカ法の影響を順に受けた。一般に、日本国内における比較研究は、この3か国を対象とすることが多い。しかし、韓国の刑事手続法制は、日本法の影響を色濃く受けた上で、アメリカ法の考え方を大きく反映させて発展してきた。歴史的沿革とその後の発展経緯に照らせば、特にアメリカ法を踏まえて日本の刑事法制を考える上で、韓国法が示唆するところは大きい。以下では、日本法との関連を確認する限りで、韓国の刑事手続法制の歴史的沿革とその後の発展経緯を確認する。

日韓併合後の1912年に、朝鮮刑事令(制令第11号)が発布された。これ

<sup>60</sup> Dickerson v. United States, 530 U.S. 428, 434-435 (2000).

<sup>61</sup> 本文で「さしあたり」と表記したのは、4項目の事前告知が「予防法則」と位置づけられているためである。自己負罪拒否特権を保障するための手続的保護措置として、他のよりよい方法が発見された場合には、Miranda告知はそれに代えられる。もっとも、この場合であっても、憲法が、憲法上の権利の保障のみならず、その権利を実効的に保障するための手続的保護措置を設けることも求めているという憲法解釈は影響を受けない。

<sup>62</sup> See Edwards, v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981); Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146 (1990).

<sup>63</sup> Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000).

<sup>64</sup> 詳細は、安部・前掲注8) 174～218頁。



により、フランス法体系の明治刑訴法が朝鮮に適用された（このような適用を「依用」という）。1922年には、ドイツ法の影響を受けた大正刑訴法が、朝鮮刑事令の改正によって依用された。なお、依用された明治刑訴法および大正刑訴法は、「内地」である日本の各刑訴法とは若干異なるものであった。植民地統治の効率性や訴訟経済が考慮され、植民地特例として人権保障規定が排除されたり、捜査機関の強制権限が拡大・強化されたためである<sup>65</sup>。

第二次世界大戦後、韓国は、アメリカ合衆国の信託統治を受けた。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<sup>66</sup>。その過程で、英米法に基づく令状審査や弁護権を軸とした人権保障を進めた（米軍政令176号「刑事訴訟法の改正」）。他方で、法体系の急な変革による社会の混乱を避けるために、大正刑訴法の依用を継続した（米軍政令21号）。

韓国は、1948年に憲法を、1954年に刑事訴訟法を、それぞれ制定した。刑訴法の制定にあたり、植民地期における人権侵害が省みられた。そこで、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制定作業が進められた<sup>67</sup>。しかし、立法に関与する者は、戦前の日本の刑事法制しか知らなかった。植民地統治期の朝鮮は大日本帝国の「外地」であり、京城帝国大学などで大日本帝国憲法や大正刑訴法を日本語で学んだためである<sup>68</sup>。また、朝鮮戦争によって混乱を極めつつも、大韓民国政府樹立後の刑事法制整備が急務とされた。そこで、依用大正刑訴法に、米軍政によってもたらされた英米法の考え方を反映させつつ、一足早い1948年に制定された日本の現行刑訴法を参考にする手法が採られた<sup>69</sup>。これにより、1954年刑訴法は、日本の現行刑訴法と極めて類似したものとなった。

その後、1987年まで、軍事独裁体制が続く。この過程で、憲法や刑事訴訟法が何度も改正され、刑事手続が体制維持や反体制派弾圧の道具として濫用さ

<sup>65</sup> 성경숙, 일제강점초기 조선의 형사사법구조: 조선형사령을 중심으로, 성균관법학 24 권 2 호 (2012년) 360 쪽; 신동운, 신형사소송법 [제 5 판], 법문사 (2014년) 264 쪽 등.

<sup>66</sup> 신동운, 미국법이 한국형사법에 미친 영향, 미국학 16 권 (1993년) 32 쪽.

<sup>67</sup> 신동운편, 형사소송법제정자료집, 한국형사정책연구원 (1990년) 107 쪽.

<sup>68</sup> 신동운편, 앞의 주 67) 105-106 쪽.

<sup>69</sup> 신동운편, 앞의 주 67) 266 쪽.

れた。そこで、1987年民主化後は、民主化前の人権侵害を省みて、刑事司法改革を積極的に展開した<sup>70</sup>。1954年刑訴法は、大正刑訴法と日本の現行刑訴法の影響を大きく受けていたため、民主化前の刑事手続法制を改めることは、民主化前の人権侵害の反省・清算と、日本の植民地統治の影響払拭という二重の意味を持った<sup>71</sup>。

民主化後の刑事司法改革は、身体拘束と被疑者取調べを中心に行われた。その過程で、アメリカ法の考え方が積極的に取り入れられた。これを後押ししたのが、1989年に設置された憲法裁判所である。憲法裁判所は、Miranda判決を示したWarren Courtをモデルとして<sup>72</sup>、司法積極主義に基づく判断を下してきた。この姿勢に感化され、大法院（日本の最高裁判所に相当する）も、司法判断を通じた刑事司法改革を支えた。また、2001年に設置された国家人権委員会も、国際人権法に基づく勧告や政策提言を行ってきた。先進国化を希求する韓国にとって、人権保障の国際化が、国際社会における地位の向上に不可欠であると認識されたためである。

## 2. 憲法および刑事訴訟法の黙秘権規定<sup>73</sup>

大韓民国憲法12条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、自己負罪拒否特権を保障する<sup>74</sup>。かつての韓国刑訴法200条2項は、被疑者にも黙秘権が保障されていることを前提として、「前項の供述を聴くときは、予め被疑者に対して供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。この規定は、日本の制定刑訴法198条2項の「供述を拒むことができる旨」という文

<sup>70</sup> 김선수, 사법개혁 리포트, 박영사 (2008년) 3쪽.

<sup>71</sup> 安部祥太「〈過去事清算〉とは何か」尹龍澤ほか編『コリアの法と社会』（日本評論社、2020年）53～54頁。

<sup>72</sup> 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。

<sup>73</sup> 詳細は、安部・前掲注8）265～268頁。

<sup>74</sup> 大韓民国憲法12条2項は、「すべて (の) 国民」という語を用いている。しかし、自己に不利な陳述を強要されない権利は、外国人にも保障されるという理解が一般的である (신동운, 앞의 주 65) 1015쪽; 이재상＝조근석＝이창형사소송법 [제 13 판], 박영사 (2021년) 132쪽)。そのため、「すべて (の) 国民」という限定に、実質的な意味はない。

言に倣ったものであった。

黙秘権の重要性に鑑み、司法制度改革を経た2007年刑訴法改正は、黙秘権告知規定を大きく改めた。現在の黙秘権告知規定は、「検察官又は司法警察官は、被疑者を取り調べる前に、次の各号の事項を告げなければならない。

1. 一切の供述をせず、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」というものである（韓国刑訴法244条の3第1項）。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を除き、Miranda告知に倣ったものである。なお、後述の通り（下記4（3）その他）、被疑者は、取調べに弁護人を立ち会わせることができる（韓国刑訴法243条の2）。

### 3. 韓国大法院および憲法裁判所の理解<sup>75</sup>

韓国では、黙秘権行使のためには事前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争いはない<sup>76</sup>。また、権利告知を欠いた取調べで獲得した供述は、任意性の有無に関わらずに証拠排除する判例法理が確立している<sup>77</sup>。

韓国は、黙秘権ではなく弁護人依頼権を軸として、Miranda法理と同様の取調べ規制を展開している。既に見たように、アメリカでは、捜査段階において修正6条の弁護人依頼権が保障されない（上記II2（2）④Miranda判決の意義2）。これに対して、大韓民国憲法12条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を受ける権利を有する。」と規定する。また、同条5項は、「何人も、逮捕又は拘束の理由並びに弁護人の援助を受ける権利があることを告知されない限り、逮捕又は拘束をされない（後略）」と規定する。アメリカと異なり、大韓民国憲法は、被疑者の弁護人依頼権を直接に保障している。そのため、合衆国最高裁のように「黙秘権を実質的に保障する

<sup>75</sup> 詳細は、安部・前掲注8）268～274頁、275～308頁。

<sup>76</sup> 이재상 외, 앞의 주 74) 135 쪽.

<sup>77</sup> 대법원 1992.6.23 선고, 92도 682 판결; 대법원 2009.8.20 선고, 2008도 8213 판결; 대법원 2010.5.27 선고, 2010도 1755 판결.

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る。

韓国が弁護人依頼権保障に重きを置く理由は、大韓民国憲法 12 条 2 項の黙秘権規定が「刑事上、自己に不利な陳述を強要されない」という文言を用いていることと関係しているかもしれない。この文言は、日本国憲法 38 条 1 項とほとんど同じである。大韓民国憲法 12 条 2 項が法律上の供述強制を禁ずる規定に過ぎず、包括的黙秘権（事実上の供述強制禁止）は韓国刑訴法 244 条の 3 第 1 項 1 号によって初めて導かれるという解釈も可能である<sup>78</sup>。この解釈を前提にすれば、大韓民国憲法 12 条 2 項に基づいた Miranda 法理を展開するためには、その前段階として、憲法上の自己負罪拒否特権を包括的黙秘権に押し広げなければならない。他方で、大韓民国 12 条 4 項および同条 5 項は、被疑者の弁護人依頼権を直接に保障する。そのため、アメリカ合衆国のような論理を採らなくても、弁護人依頼権に基づいて Miranda 法理を直接に展開することができる。同時に、憲法 12 条 2 項の「刑事上、自己に不利な陳述を強要されない」という文言の解釈問題を回避できる。いずれにしても、韓国は、黙秘権ではなく、弁護人依頼権の実効的保障を通じて「韓国版 Miranda 法理<sup>79</sup>」を導いている。

1992 年憲法裁判所決定は、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、この判例法理が確立している<sup>80</sup>。これは、現に取調べ中であるときであっても同様である<sup>81</sup>。大法院は、接見交通権を制限して獲得した自白や<sup>82</sup>、弁護人立会権を制限して獲得した自白

<sup>78</sup> もっとも、大法院は、「被疑者は、憲法 12 条 2 項及び法 244 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(る)」と判示している（대법원 2013.7.1 선고, 2013 모 160 결정）。

<sup>79</sup> 김성돈, 미란다법칙과 위법수사통제방안, 형사법연구 14 권 (2000 年) 2 쪽; 최영승, 형사소송법 [제 2 판] 피앤씨 미디어 (2013 年) 93 쪽.

<sup>80</sup> 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정. なお、韓国刑訴法は、日本の現行刑訴法を参照して制定されたにも拘わらず、いわゆる接見指定規定（日本刑訴法 39 条 3 項）が存在しない。

<sup>81</sup> 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정.

<sup>82</sup> 대법원 1990.8.24 선고, 90 도 1285 판결; 대법원 1990.9.25 선고, 90 도 1586 판결.

について<sup>83</sup>、憲法上の弁護人依頼権侵害を理由に証拠能力が否定される旨を判示している。韓国では、被疑者の権利行使に伴う「取調べ中止効」が、判例法理や明文規定によって正面から認められているわけではない。しかし、捜査官が被疑者の権利行使を無視して取調べを継続しても、獲得した自白は証拠排除される。そのため、捜査官にとって、権利行使する意思を明確にした被疑者に対する取調べを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、弁護人と相談する機会を直ちに与えなければならない。捜査機関は、事実上、取調べを継続することができない。

重要なことは、韓国の取調べ規制が、黙秘権の保障を実効化するために展開されていることである。韓国の裁判所は、合衆国最高裁と同様に、身体拘束中の取調べが持つ危険性を繰り返し指摘してきた。接見交通権の制限を認めなかった1992年憲法裁判所決定は、例外的に認められる身体拘束それ自体が、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した。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」と述べていた<sup>84</sup>。身体拘束被疑者の弁護人立会権を認めた2003年大法院判決も、身体拘束下では黙秘権が「効果的に」保障されないことがあることを判示の前提とした<sup>85</sup>。韓国憲法裁判所や大法院は、Miranda 判決や Edwards 判決、Dickerson 判決と同様の問題意識に基づいている。アメリカと韓国の裁判所は、黙秘権を軸とするか、弁護人依頼権を軸とするかという点で、異なるアプローチを採る。しかし、いずれの国も、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、憲法に基づく取調べ規制を展開している。

#### 4. その他——韓国における身体拘束中の被疑者取調べの現状

その他、韓国における身体拘束中の被疑者取調べと関連する事柄について、日本の法制度や実務運用と異なる点を簡潔に挙げると、以下の点で特徴的である。

<sup>83</sup> 대법원 2013.3.28 선고, 2010 도 3359 판결.

<sup>84</sup> 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정.

<sup>85</sup> 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정.

(1) 無罪推定原則と身体拘束の例外化<sup>86</sup>

大韓民国憲法 27条4項は、「刑事被告人は、有罪の判決が確定するときまでは、無罪と推定される」と規定し、無罪推定原則を明文で確認する（なお、自由権規約 14条2項も参照）。無罪推定原則の確認は、理念的なものに留まらず、実際の実務運用に反映されている。捜査段階の身体拘束は、韓国刑訴法 198条1項「身体不拘束捜査の原則」によって<sup>87</sup>、例外的に運用されている。2021年における捜査段階の身体拘束率は、2.0%であった（刑法犯 2.8%、特別法犯 1.0%）<sup>88</sup>。

(2) いわゆる取調べ受忍義務<sup>89</sup>

日本刑訴法 198条1項に該当する条文は、「検察官又は司法警察官は、捜査に必要なときは、被疑者の出席を要求して供述を聞くことができる。」という規定である（韓国刑訴法 200条）。この規定に、反対解釈によって受忍義務を認めたと解し得る但書は付されていない。そのため、日本と同様の論理で受忍義務を導くことはできない。

既に述べたように、大韓民国政府樹立からしばらくの間、韓国人刑事法研究者が存在しなかった。そのため、1970年代まで、日本の学界における議論の「焼き直し」や「翻訳法学」が目立った<sup>90</sup>。1954年頃に、検察の通達によって受忍義務が肯定された後も<sup>91</sup>、日本における「受忍義務論争」が韓国に紹介され、受忍義務否定説が通説的な地位を占めた。しかし、日本の刑訴法 198条1項但書に相当する規定が存在しないため、学界は受忍義務を積極的に否定する必要性や実益を認識しなかった。その代わりに、弁護士立会権や黙秘

<sup>86</sup> 安部祥太「未決拘禁と身体不拘束の原則」『国境を越える市民社会と刑事人権——

新倉修先生古稀祝賀論文集』（現代人文社、2019年）200～216頁。

<sup>87</sup> この規定は、身体拘束の例外性と、身体拘束期間の必要最小限性を宣言したものである。헌법재판소 2003.11.27 선고, 2002 헌마 193 결정; 신동운, 앞의 주 65) 815 쪽.

<sup>88</sup> 대검찰청, 2022 범죄분석, (2022년) 223-224 쪽.

<sup>89</sup> 詳細は、安部・前掲注 8) 235～242頁。

<sup>90</sup> 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頁も参照。

<sup>91</sup> 이완규, 피의자신문의 성질과 수인의무, 형사판례연구 22호 (2014년) 372 쪽.

権などの実質的な保障が議論されてきた<sup>92</sup>。その後、刑訴法は、権威主義政権によって捜査権限を強化する改正を幾度となく経験してきた。その過程で、反対解釈が可能な文言が追加されたり、受忍義務を正面から肯定する規定を設けていても、不思議ではなかった。それにも拘わらず、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、受忍義務を肯定する根拠として、日本の刑訴法198条1項但書に相当する規定を設けることには無理があると理解していることを窺わせる。

しかし、2000年代に入り、被疑者・被告人の権利保障を軸とした刑事司法改革が深化するのと時を同じくして、出頭・滞留義務を肯定する声が検察官から挙がり始めた。この議論は、独自の留置施設を持たない検察庁や国家情報院が、被疑者を取り調べる場面と関連して提起された。検察庁や国家情報院が、警察留置場や拘置所から当該機関に被疑者を押送させる場合で、被疑者が出頭を拒んだとき、出頭を強制できるかという問題として、出頭・滞留義務が俎上に載せられた<sup>93</sup>。

2013年大法院決定は、拘束令状（日本の勾留状に相当する）の効力として、被疑者を拘束場所から取調室に勾引することを認めた<sup>94</sup>。その根拠は、刑訴法が、身体拘束期間の範囲内で、法定された方法に従う限りでは、身体拘束下の取調べを行うことを想定しているというものであった。但し、「このような場合であっても、被疑者取調べは…（中略）…任意捜査の一方法として行われなければならない」と述べ、続いて権利告知の重要性などを強調している。

もっとも、2013年大法院決定が、出頭・滞留義務を積極的に認めた判例であるかどうかは疑問が残る。この時期、検察は、拘置所などから検察庁への出頭を拒む身体拘束中の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<sup>95</sup>、複雑な捜査実務を行っていた。すなわち、当時の検察実務では、既に勾留されている被疑者に対して、新たな逮捕状を請求し、逮捕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

<sup>92</sup> 이동희, 피의자신문의 현황과 개선책, 형사법연구 20호 (2003년) 226-227쪽; 신동운, 앞의 주 65) 263쪽.

<sup>93</sup> 이완규, 앞의 주 91) 344쪽.

<sup>94</sup> 대법원 2013.7.1 선고, 2013 모 160 결정.

<sup>95</sup> 代表的な論稿として、김중률, 현행 형사소송법상 피의자신문에 관한 연구(상) 및 (하), 저스티스 83호 및 84호 (2005년) を参照.

ていた<sup>96</sup>。しかし、裁判所は、逮捕が在宅被疑者を勾引する制度であり、既に勾留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、このような令状請求を棄却していた<sup>97</sup>。また、2013年大法院決定が取り扱った事件の被疑者は、北朝鮮が韓国内に構築した対南工作機構と連携して地下組織で活動したという国家保安法違反事件であるという特殊事情もあった。2013年大法院決定は、このような事情に直面した捜査実務を考慮した判断である可能性がある<sup>98</sup>。

その他、韓国刑訴法200条の2第1項が、通常逮捕の要件として、「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条の規定による出席要求に応じず、又は応じないおそれがあるとき」を挙げていることを根拠に（下線部は執筆者による）、少なくとも「逮捕段階」では、出頭・滞留義務を肯定する見解などもある<sup>99</sup>。但し、韓国刑訴法は、逮捕前置主義を採っていない。逮捕令状の請求権者は検察官に限定されており（大韓民国憲法12条3項、韓国刑訴200条の2第1項）、警察官は検察官に令状請求を申請できるだけである。そのため、警察が逮捕を独自に行うことはできない。身体拘束の例外化も踏まえると、被逮捕被疑者は多くない（上記4（1）無罪推定原則と身体拘束の例外化）。この見解の論者自身が述べるように、逮捕段階の出頭・滞留義務を肯定する見解も、テロや略取・誘拐事件などで被害者等の生命・身体に現実的危険が迫っているような、例外的な場合を想定している可能性がある<sup>100</sup>。

### （3）その他

被疑者は、取調べに弁護人を立ち合わせることができる（韓国刑訴法243条の2）。この規定は、2003年大法院決定<sup>101</sup>および2004年憲法裁判所

<sup>96</sup> 이완규, 앞의 주 91) 345-346 쪽.

<sup>97</sup> 이완규, 앞의 주 91) 345-346 쪽.

<sup>98</sup> 조기영, 구속피의자의 수사기관 조사실 출석의무?, 전북대학교 법학연구 42집 (2014년) 103 쪽.

<sup>99</sup> 조국, 변호인의 피의자신문참여권 및 피의자의 출석 및 신문수인의무 재론, 저스티스 160호 (2017년) 99-100 쪽.

<sup>100</sup> 조국, 앞의 주 91) 100 쪽.

<sup>101</sup> 대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정.



決定<sup>102</sup>が弁護人依頼権などから導いた弁護人立会権を、2007年改正で明文化して確認したものである。いわゆる接見指定規定は存在せず、「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ない」という判例法理が確立している<sup>103</sup>。

被疑者取調べ調書は、捜査官の裁量で作成されるのではなく、各回の取調べごとに作成しなければならない(韓国刑訴244条1項)<sup>104</sup>。実務運用上、調書は一問一答式で作成される<sup>105</sup>。被疑者が黙秘した際には、「(…黙秘…)」と記載される。個々の質問に対して供述を拒んだにも関わらず、類似の問いや説得を繰り返した場合、調書を見れば黙秘権侵害を確認できる(その他に、韓国刑訴244条の2で、取調べ録音・録画制度も法定されている)。

#### IV. 比較法的視点を踏まえた検討

##### 1. 総論的示唆<sup>106</sup>

##### (1) 身体拘束中の取調べに内在する強制的雰囲気の直視

アメリカと韓国の裁判所は、身体拘束中の取調べに内在する強制的雰囲気を直視し、黙秘権が保障されないおそれを危惧している。Warren Courtの後、刑事法分野で保守的な判断を繰り返したBurger Court期(1969~1986年)には、Miranda判決の縮小を試みる諸判例が登場した<sup>107</sup>。これらの諸判例を前提としても、「正式な逮捕あるいはそれに附随する程度の自由の制約」状態で<sup>108</sup>、

<sup>102</sup> 헌법재판소 2004. 9. 23 선고, 2000 헌마 138 결정.

<sup>103</sup> 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정.

<sup>104</sup> 이동희, 한국에 있어서의 피의자신문의 가시화와 변호인참여, 경찰법연구 2권 1호 (2004년) 57 쪽も参照.

<sup>105</sup> 송광섭, 형사소송법 [개정판], 형설출판사 (2012년) 993 쪽; 최영승, 앞의 주 79) 835 쪽.

<sup>106</sup> 詳細は、安部・前掲注8) 323~330頁、367~369頁。

<sup>107</sup> 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).

<sup>108</sup> See *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983); *Howes v. Fields*, 132 S.Ct. 1181 (2012).

「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引き出し得ることを捜査官が知っていたと言い得る何らかの言葉ないしは行動」に直面した場合は<sup>109</sup>、Miranda 判決が危惧した「身体拘束中の被疑者取調べ」の危険性は否定されない。

韓国憲法裁判所も、身体拘束それ自体が、被疑者を「不安、恐怖、絶望、苦悶、精神の混乱等、不安定な状態」に置き、「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、憲法が保障する黙秘権を危険に晒すと考える<sup>110</sup>。

逮捕・勾留中に、捜査機関が被疑者から自己負罪的な反応を合理的に引き出し得ることを前提に行う言動は、合衆国最高裁や韓国憲法裁判所が、黙秘権保障のために憲法上の法理を具体的に展開して被疑者を保護すべきであると判断した「身体拘束中の取調べ」に該当する。

#### (2) 「憲法は何を要求しているか」という憲法解釈の必要性<sup>111</sup>

両国の裁判所は、「憲法は、当該権利の保障を求めるのみならず、当該権利を保障するための手続的保護措置を設けることも要求している」という憲法解釈を具体的に展開している。「身体拘束中の被疑者取調べ」で黙秘権が保障されないおそれを直視し、それを回避するためである。このような国から日本の最高裁判所を眺めたとき、「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」という疑念が向けられる<sup>112</sup>。このような問題は、憲法学研究者や最高裁判所判事経験者からも提起されてきた<sup>113</sup>。

<sup>109</sup> See Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291, 293-296 (1980).

<sup>110</sup> 헌법재판소 1992.1.28 선고, 91 헌마 111 결정.

<sup>111</sup> 詳細は、安部・前掲注8) 331~341頁、367~369頁。

<sup>112</sup> 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、本文中の疑念を指摘されたことを紹介する。泉は、この疑念について、日本の最高裁判所の黙秘権や弁護人依頼権に関する観念的な判例を指し示していたのではないかと述べる。

<sup>113</sup> 戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年）420~422頁は、日本の最高裁判所が、「憲法感覚」が希薄な裁判官によって構成されてき

日本でも、司法による法創造・法形成と関連して、「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…（中略）…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」と主張されてきた<sup>114</sup>。日本の裁判官経験者も、「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」と説く<sup>115</sup>。しかし、保護手段を定立するような憲法解釈は、第三者所有物没収事件判決くらいしか見られない<sup>116</sup>。日本の最高裁判所は、黙秘権告知を憲法の要求でないと解したり<sup>117</sup>、接見指定規定と憲法38条1項の関係に関する文脈で、「不利益供述の強要の禁止のための措置は、立法政策の問題」と解してきた<sup>118</sup>。

組入理論や事情の総合説と関連して述べたように、合衆国最高裁は、州事件を扱うにあたり、修正14条のデュー・プロセス条項を介することが多い。その過程で、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）<sup>119</sup>」と言えるかどうかを審査してきた。ここでは、「憲法は何を要求しているか」という演繹的な憲法解釈が常に行われる。そして、デュー・プロセス条項を介して州適用が認められた諸権利の総体が「適正手続」と把握されてきた。連邦制度を採らない韓国でも、憲法的刑事手続の重要性を踏まえ、「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、刑事人權の

---

たことを指摘する。伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）121～122頁は、法的安定の確保を至上の目的とし、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裁判官の存在を指摘する。

<sup>114</sup> 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）348頁。

<sup>115</sup> 香城敏磨『憲法解釈の法理』（信山社、2004年）19頁。

<sup>116</sup> 最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁。

<sup>117</sup> 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1月21日刑集4巻11号2359頁。

<sup>118</sup> 最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁。

<sup>119</sup> Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937).

保障を追求してきた。韓国憲法裁判所も、適正手続条項が手続全般を基本権保障という観点から規律し、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<sup>120</sup>。また、適正手続は、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<sup>121</sup>。そのため、適正手続原則は、「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、刑事人権の保障を憲法的に追求する実質的な意味を持つ。

これに対して、日本では、伝統的に、憲法上・刑訴法の諸権利を保障した結果の総体や到達目標が「適正手続」であるという帰納的理解が採られてきた。このような憲法観は、「憲法は何を要求しているか」という演繹的な憲法観を失わせる。

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とは、司法の存在根拠に関わる最重要機能の一つであるはずである。裁判所には、「憲法は何を要求しているか」という演繹的な憲法解釈を展開し、憲法上の刑事人権をスローガンにせず、現実の刑事手続で実効的に保障される権利にすることが期待されている。

## 2. 検討

### (1) 日本国憲法の射程の広さ<sup>122</sup>

日本国憲法 38 条は、1 項で黙秘権を規定し、2 項で自白排除法則を規定し、両者を交錯させた。このことは、日本国憲法が制定当初から Miranda 判決を先取りし、あるいは Miranda 法理を展開する素地を持っていたことを意味する(下

<sup>120</sup> 헌법재판소 1996.12.26 선고, 94 헌바 1 결정.

<sup>121</sup> 차용석, 형사소송법, 세영사 (1997년) 63 쪽; 조국, “헌법적 형사소송”의 관점에서 본 형사절차상의 권리 및 제도보장, 울산대학교 사회과학논집 10 권 1 호 (2000년) 307 쪽; 차용석, 형사소송에 있어서의 “Due Process”의 구현, 형사정책연구 18 권 3 호 (2007년) 588 쪽.

身体拘束中の取調べへの弁護人立会権を認めた大法院 2003 年決定も、適正手続について、「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、個人的人身拘束に慎重を期する」趣旨であると述べていた (대법원 2003.11.11 선고, 2003 모 402 결정)。

<sup>122</sup> 詳細は、安部・前掲注 8) 342~354 頁。

記(3) 憲法上の黙秘権保障が及ぶ範囲)<sup>123</sup>。日本の裁判所は、Miranda 判決よりも約20年早い1947年時点で、現行憲法に基づいて Miranda 法理を展開する可能性を秘めていた。

また、日本国憲法は、大韓民国憲法と同様に、捜査段階でも弁護人依頼権を保障したり、被告人の国選弁護権を明文で保障している(34条および37条3項)。これらは、合衆国憲法修正6条よりも手厚い弁護権保障である。日本の裁判所は、現行憲法に基づいて、韓国型の Miranda 法理を展開することもできる。

## (2) 憲法38条1項制定時の認識

アメリカでは、伝統的に、黙秘権と自白排除法則は沿革が全く異なる異質のものとして理解されてきた。1966年の Miranda 判決まで、事実上の供述強制を禁ずる自白排除法則が、法律上の供述強制を禁ずる黙秘権と交錯することはなかった。日本国憲法の制定作業が行われた1945年から1946年の段階では、修正5条は、法律上の供述強制を禁ずる法理として理解されていた。

しかし、憲法制定に携わった GHQ 民政局行政課法規担当官 Milo E. Rowell の認識は、必ずしも修正5条の沿革をそのまま汲むものではなかった。1946年1月11日付連合最高司令部民政局行政部「幕僚長に対する覚え書き〔案件〕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、1945年12月27日に憲法研究会が公表した「憲法草案要綱」の刑事人権規定の不備と関連して、次のような認識を示した。すなわち、Rowell は、戦前の日本の刑事司法を省みて、「…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、被疑者から自白を強要する企てがなされたのである。訴追されることがないまま拘禁されていることがないようにするための憲法上の保障を要求することが、非常に必要であると考え。これを実現するためには…(中略)…法執行機関がサード・ディグリー的手段〔拷問〕を用いることを少なくするため、刑事被告人(the accused: 執筆者挿入)は自己に不利益な証言(testify against himself: 執筆者挿入)を強要されないことを定

<sup>123</sup> なお、大韓民国憲法の制定時には、このような素地は見られなかった。アメリカの韓国信託統治は、対日政策よりも明確な目的を持っておらず、米軍政が憲法制定に与えた影響が大きくなかったためである。1954年刑訴法が黙秘権告知規定を設けたにも拘わらず(かつての韓国刑訴法200条2項)、1948年制定憲法には黙秘権規定が存在せず、1962年憲法で設けられた。自白排除法則に関する規定も、1980年憲法で初めて設けられた。

める規定…（中略）…を、憲法に設けることが必要である」と認識していた<sup>124</sup>。“the accused”は、起訴後の被告人のみを指す語ではなく、嫌疑を向けられた者を指す。Rowell は、この直後で、「自白は、弁護人の立会いのもとでなされたのではない限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」ことも紹介する。実際に、GHQ 当初案の標題には、“Testimony/confession”という見出しが付けられている<sup>125</sup>。これらを踏まえれば、憲法 38 条 1 項の制定に際しては、当時の修正 5 条の理解を超えて、被疑者取調べにおける事実上の供述強制を防ぐことが自覚されていた<sup>126</sup>。

英文官報で公布された英文憲法 38 条 1 項は、“No person shall be compelled to testify against himself.”という文言である<sup>127</sup>。この規定は、GHQ 当初案からほとんど変わらずに英文憲法に至っている<sup>128</sup>。このうち、“testify against himself”の文言の解釈が問題となる。これを紐解くために、修正 5 条の基礎となった Virginia 邦 (State) 憲法の権利章典を確認すると、「…何人も、自己に不利益な

---

<sup>124</sup> 高柳賢三＝大友一郎＝田中英夫編『日本国憲法制定の過程——連合軍司令部側の記録による I 原文と翻訳』（有斐閣、1972年）27～29頁。

<sup>125</sup> 犬丸秀雄監修（安田寛＝村川一郎＝西修＝大越康夫）『日本国憲法制定の経緯——連合軍司令部の憲法文書による』（第一法規、1989年）144頁。周知の通り、GHQ 当初案は、Douglas MacArthur が松本烝治案を拒否し、「マッカーサーノート」を GHQ 民政局に提示して作成させた改正草案である。

<sup>126</sup> 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）412～416頁も参照。

<sup>127</sup> Government Printing Bureau, *The Constitution of Japan*, Official Gazette 1946-11-03, English ed., Extra (1946) 4.

<sup>128</sup> 犬丸・前掲注 125) 144～145頁。当初案では、公布された英文憲法の文言に続いて、「妻又は夫の証言は、その配偶者に対して不利益な証拠とされない。」(, nor shall be the testimony of a wife or husband be accepted in evidence against the spouse of such wife or husband.) という文言が存在した。この箇所は、GHQ 第 2 次案では丸括弧で括られ、GHQ 草案の段階で削除された。高柳ほか編・前掲注 124) 230～233頁、282～283頁も参照。

証拠の提出を強制されない」という文言を用いていた<sup>129</sup>。Virginia 権利章典の規定は、他の複数の邦の権利章典に引き写されるなど、大きな影響を与えた<sup>130</sup>。各邦が権利章典に自己負罪拒否特権を明記した初期段階では、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<sup>131</sup>。その後、1787年に制定された合衆国憲法に付け加える形で、権利章典が設けられた。ここで中心的役割を果たしたのは、Virginia 権利章典を制定し、合衆国憲法制定のきっかけを作った James Madison 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<sup>132</sup>」という一節を盛り込み、権利章典に自己負罪拒否特権を取り入れた<sup>133</sup>。Madison 草案は、「証人となること (to be witness)」の強要を禁ずるものであった。しかし、“witness”は「証拠を提出する者」を意味していたため、各邦が採用した権利章典と実質的には同じ意味であった<sup>134</sup>。

この経緯を踏まえると、“testify against himself”という文言は、自らに対立する立場で、訴追側のために証言（供述）することを予定していたと思われる。修正5条について、「自己に対する証人となることを強要されない」と訳出する文献も、このような理解を前提にしているであろう<sup>135</sup>。少なくとも英文憲法を前提とすれば、憲法38条1項は、捜査段階においても「自らに対立する立場で、供述を強いられない」ことを保障した規定である。強制が禁じられる範囲について、証言（供述）内容の有利・不利を問題にした規定ではない<sup>136</sup>。

---

<sup>129</sup> 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〕。

<sup>130</sup> R. Carter Pittman, *The Colonial and Constitutional History of the Privilege against Self-incrimination*, 21 VA. L. REV. 763, 788 (1935).

<sup>131</sup> 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」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*)。

<sup>132</sup> O'Neill, *supra* note 14, at 2480.

<sup>133</sup> Treanor, *supra* note 15, at 708.

<sup>134</sup> Richard A. Nagareda, *Compulsion “to be a Witness” and the Resurrection of Boyd*, 74 N.Y.U. L. REV. 1575, 1605-1606 (1999).

<sup>135</sup> 平野龍一「黙秘権」刑法雑誌2巻4号（1952年）39頁。

<sup>136</sup> 英文憲法と訳文憲法の関係については、上野勝「憲法的刑事手続の問題意

### (3) 憲法上の黙秘権保障が及ぶ範囲

このような理解の下、憲法38条は、1項で黙秘権を規定し、2項で自白法則を規定し、沿革が全く異なる両者を結びつけた。仮に、憲法38条1項が法律上の供述強制しか禁じていないとすれば、憲法は、事実上の供述強制を禁じて供述の自由を確保するために、38条2項の自白排除法則しか想定していないことになる。個人の尊厳と直結する黙秘権について<sup>137</sup>、憲法が事後規制を設けながら、事前規制を敢えて設けずに、その保障を専ら刑訴法に委ねたということになる。このような理解が、戦前の自白偏重を省みて憲法38条1項が設けられた経緯と整合するかどうか、疑問が残る。むしろ、憲法38条1項が設けられた経緯に忠実に解釈すれば、同項の保障は、法律上の供述強制に限定されない<sup>138</sup>。内容の有利不利を問わず、本人の意思に反する限り、すべて憲法上の「不利益な供述」に含まれる<sup>139</sup>。憲法上の黙秘権は、刑訴法と同様に、供述するか否かについての自己決定の自由を保障する包括的黙秘権である<sup>140</sup>。

刑事訴訟法を含む戦後の法制改革に携わった GHQ 民政局および法務局の Alfred C. Oppler も、このような理解を回顧する。Oppler は、「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ない、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

---

識と研究過程」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）3～14頁、五十嵐二葉「英文憲法と憲法の関係」同書15～91頁も参照。

<sup>137</sup> 平野龍一『捜査と人権』（有斐閣、1981年）94～95頁。

<sup>138</sup> 反対に、憲法38条2項が憲法38条1項の担保でもあるとすれば、法律上の強制も、自白の証拠能力を否定する理由になると考えられる。後藤昭＝白取祐司編『新・コンメンタール 刑事訴訟法〔第3版〕』（日本評論社、2018年）911頁〔後藤昭執筆〕を参照。

<sup>139</sup> 松尾・前掲注2）119頁も同趣旨である。

<sup>140</sup> 後藤昭「被疑者・被告人の法的地位」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2015年）42頁。



障の中のあるものは、合衆国で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。」と述懐する<sup>141</sup>。当時のアメリカにおける自己負罪拒否特権の理解を前提とすれば、日本国憲法は、Miranda 法理を「先取り」したと解し得るほど先進的なものである。

なお、憲法 38 条 2 項は、GHQ の当初案によれば、“no confession shall valid unless made in the presence of counsel for the accused, nor shall it be valid if made under compulsion or torture or threat”（自白は、それが被告人の弁護人の前でなされたものでない限り、効力がない。また、自白は、強制、拷問又は脅迫の下においてなされたときも、効力がない。）という規定であった<sup>142</sup>。GHQ 民政局の Rowell が、「日本では、伝統的に、検察官は、自白を手に入れるまでは事件を裁判所に持ち出したがらず、そのために、公訴を提起する以前に自白をえるためには、精神的肉体的拷問をしたり、おどしたり、どんなことでもする (he will go to extreme lengths : 執筆者挿入)」という認識を持っていたためである<sup>143</sup>。これに対して、GHQ 民政局長であった Courtney Whitney は、日本で自白が広く濫用されていることを認めつつ、「強制、拷問もしくは脅迫による自白または不当に長く抑留もしくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることはできないと規定すれば、濫用の防止が十分に設けられたといえる」と述べ、修正が図られた<sup>144</sup>。いわゆる自白排除法則は、歴史的沿革を踏まえれば、コモン・ロー上の事後規制である。結果としても、憲法 38 条 2 項は、事後規制としての証拠法則として定着した。しかし、憲法 38 条 2 項は、38 条 1 項の担保も意図し、当初は事実上の供述強制を防ぐための事前規制としての役割が期待されていた。そうであれば、憲法 38 条 1 項および 2 項は、一体となって取調べの事前規制を要求していると言える。

以上の点を踏まえれば、憲法 38 条 1 項の黙秘権の対象が「自己が刑事上の責

<sup>141</sup> A・オプラー（内藤頼博監訳、納谷廣美＝高地茂世訳）『日本占領と法制改革』（日本評論社、1990年）119頁。

<sup>142</sup> 犬丸・前掲注125）144～145頁。

<sup>143</sup> 高柳ほか編・前掲注124）212～214頁。

<sup>144</sup> 高柳ほか編・前掲注124）212～214頁。

任を問われる虞ある事項」に限定されるという解釈を維持する必然性はない<sup>145</sup>。憲法および刑訴法は、被疑者の意思に反する限り、「氏名」はもちろん、挨拶や雑談を拒むことも、黙秘権の保障範囲として認める。このような包括的黙秘権を危殆化することは、憲法が予定するところではない。憲法は、このような黙秘権の実効的保障のみならず、そのための事前規制を設けることも求めている<sup>146</sup>。

(4) 事前規制による黙秘権の実効的保障を追求する必要性

アメリカ合衆国最高裁は、被疑者が権利を行使すれば、取調べを継続できないことを認める。1981年 Edwards 判決は、被疑者が権利行使した後は、弁護人が「利用可能になるまで」取調べを再開できないと判示していた<sup>147</sup>。その後、1990年 Minnick 判決は、実際に弁護人が取調べに立ち会わない限り、取調べを再開できないと判示している<sup>148</sup>。しかし、既に述べたように、Miranda 法理は、修正5条に基づく法理である。少なくとも Miranda 判決を前提とすれば、捜査段階の公設弁護人は観念できない。身体拘束中の被疑者が弁護人を立ち会わせて取調べを受ける場面は、私選弁護人を選任している場合に限られる。

韓国大法院も、明示的ではないものの、権利行使後に取調べを継続して獲得した自白の証拠能力を否定することで、事実上の取調べ中止効を認める。韓国の場合、身体拘束要件の審査手続や不服申立手続と関連して、被疑者の国選弁護制度が存在する<sup>149</sup>。そのため、在宅被疑者が私選弁護人を選任している場合はもちろん、国選弁護人が付された身体拘束の被疑者も、弁護人立会いの下で取調べを受ける場面がある。

両国の判例法理は、弁護人が立ち会っていないければ黙秘権が危殆化されるため、取調べを行ない得ないという点に、本質がある。そして、自白を強制する雰囲気

<sup>145</sup> なお、青柳文雄「判解」最判解刑昭和32年度号（1964年）118～119頁も、昭和32年大法院判決が、自己負罪拒否特権が法律上の供述強制禁止を保障するものであるという「制度発達の沿革に徴し」た判断であると述べる。その後、Miranda 判決が自己負罪拒否特権を事実上の供述強制禁止にまで押し広げたことは、既に述べた通りである。

<sup>146</sup> 松尾・前掲注2）118頁も、同様の理解を示す。

<sup>147</sup> Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477, 484-485 (1981).

<sup>148</sup> Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146, 153 (1990).

<sup>149</sup> 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」青山社会科学紀要41巻1号（2012年）123～154頁も参照。

気から黙秘権を守るために、権利行使による取調べ中止を導く。弁護人立会権が認められていない日本の捜査実務において、黙秘権の危殆化は、アメリカや韓国よりも深刻なはずである。黙秘権を行使する被疑者に対して取調べを行い続けることは、両国の裁判所の論理に基づけば、黙秘権を侵害する。

(5) 黙秘権侵害の基準——「説得」や「続行」と強要の区別の可否<sup>150</sup>

既に確認したように(上記I 2 黙秘権侵害の基準)、日本の最高裁は、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」であると解する<sup>151</sup>。また、平成11年最高裁判決は、接見指定規定と憲法38条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<sup>152</sup>。このような理解の下、供述の自由の危殆化を許容し、「説得」行為や取調べの続行が、黙秘権保障から切り離されている。

このことを正面から認めた下級審裁判例は、憲法38条1項や刑訴法198条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、被疑者が黙秘権《原文ママ》を行使したからといっ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べを続行し、或は日を改めて取調べをなすことはなんらさしつかえないと考えられる」と言う<sup>153</sup>。この裁判例の論理は、いわゆる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「取調べを続行」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。そして、取調べの態様が、取調べ「続行」や「説得」の範疇に収まっており、「供述を強要する」と評し得ないものであれば、仮に被疑者が自白に至った場合でも、黙秘権侵害を認めない。

このような理解の下で、現在も説得が重要な手続であると指摘される<sup>154</sup>。取調べ

<sup>150</sup> 安部・前掲注8) 376～382頁も参照。

<sup>151</sup> 最大判昭和24年2月9日刑集3巻2号146頁。

<sup>152</sup> 最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁。

<sup>153</sup> 高松地判昭和39年5月18日下刑集6巻5=6号681頁。

<sup>154</sup> 近時のものとして、富松茂大『自動車事故の供述調書作成の実務——取調べの基本と応用』(立花書房、2016年)71～76頁など。

べ受忍義務否定説ないし出頭・滞留義務否定説を採る学説の中にも、法198条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」と説くものがある<sup>155,156</sup>。

しかし、このような理解は観念的であり、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。「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、自白の強要と一步を隔てるにすぎない」ためである<sup>157</sup>。このことは、「説得」が許されると説く論者さえも自覚するところである<sup>158</sup>。

それに対して、アメリカ合衆国や韓国の裁判所は、黙秘権や供述の自由が危殆化されること自体を危惧し、そのような状況が生じないために事前規制を展開してきた。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、両国で危惧された供述の強要そのものである。被

---

<sup>155</sup> 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7版〕』（弘文堂、2017年）140～141頁。

<sup>156</sup> なお、被疑者の取調べ受忍義務ないし出頭・滞留義務を、被告人の場合とパラレルに捉え、被告人を召喚・勾引などによって強制的に公判廷に出廷・在廷させたとしても、黙秘権侵害が生じないことを強調する見解がある（瀧田毅「『新たな取調べ受忍義務肯定説』について」同志社法学74巻1号（2022年）57頁）。しかし、受忍義務否定説ないし出頭・滞留義務否定説は、出頭・滞留義務それ自体が黙秘権を侵害すると考えているのではない。被疑者の場合と被告人の場合で、出頭目的、出頭場所における手続の主宰者、手続の公開、手続の関与者などは異なる。この違いを踏まえれば、受忍義務否定説ないし出頭・滞留義務否定説が問題としてきたのは、「捜査機関による取調べ（室）」への出頭・滞留である（斎藤司「取調べのための出頭・滞留義務と取調べの適正化論」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2016年）119～120頁）。身体拘束中の被疑者取調べに内在する強制的雰囲気

を危惧する視点に立てば、被告人の場合とパラレルに考えることはできないはずである。

<sup>157</sup> 松尾・前掲注2）118～119頁。札幌高判平成14年3月19日判時1803号147頁も、このことを示唆する。

<sup>158</sup> 田宮・前掲注155）788頁。

疑者からみれば、「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」るものである<sup>159</sup>。

黙秘すること自体は、憲法がわざわざ明文で保障しなくても人間が行い得る行為である。それにも拘わらず、憲法は、黙秘することを憲法上の権利として保障した。「説得」過程が黙秘権を侵害したことになるが、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、黙秘権を憲法上の権利として保障した実質は失われる<sup>160</sup>。憲法が、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を許容し、このような場合の黙秘権侵害を想定せず、事前の手続的保護措置も設けないことは、個人の尊厳を最大限に尊重し防禦主体性を認めることと相容れない。

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も鑑みれば、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」そのものである。黙秘権を行使している被疑者に対して、捜査機関に許容される働きかけは、権利行使に関する意思確認を行う程度であろう<sup>161</sup>。

供述を強制されない被疑者には、終始沈黙したり、個々の質問に対して供述を拒む権利が認められる。黙秘権行使自体は、取調べ拒絶を直ちに意味しない。一定の弁解を行いつつも、特定の質問について供述を拒むこともあり得るためである。この場合、被疑者が特定の質問について沈黙したり、供述を拒んだ際には、その意思確認を行いつつ、他の質問に改めるべきである。また、取調べに任意に応じていた被疑者が、「以後は一切供述しない」という明示的な意思表示を行った場合は、その権利行使に関する意思表示を行う限度でしか取調べを継続できない。一切の供述を行う意思がないために、当初から取調べを明示的に拒否している場合は、その意思表示が真意であるかを確認したら、それ以上の意思確認や説得などは許されない。それを超えて、翻意するよう働きかけたり説得すること

<sup>159</sup> 後藤昭『捜査法の論理』（岩波書店、2001年）155頁。高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』（現代人文社、2003年）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」と指摘する。

<sup>160</sup> 荻野・前掲注6）192頁。

<sup>161</sup> 松尾・前掲注2）67頁も参照。

は、取調べの継続に他ならず、供述を強要することになる<sup>162</sup>。この場合、捜査機関は、被疑者が自ら翻意するのを待つほかない。黙秘権をこのように理解すれば、取調べ受忍義務は論理的に否定される<sup>163</sup>。憲法および刑訴法は、黙秘権を保障する以上、取調べで一定の情報が得られない事態を当初から想定・承認している<sup>164</sup>。その上で、供述の自由を確保した中で、被疑者の弁解や供述を聴取することを認める。被疑者取調べを明示的に拒否している被疑者に対して、その意思を確認し、被疑者の翻意が客観的に期待できない状態であれば、捜査官は取調べを終了しなければならない。それにも拘わらず、一定の供述獲得を目指して取調室に滞留させ続けたり、質問・発問・説得を繰り返す行為は、もはや「取調べ」ではなく、「取調べ」に名を借りた黙秘権侵害行為である。説得や取調べ続行の限度に関する上記理解が、受忍義務肯定説の代表的論者によっても説かれてきたことは、傾聴すべきである<sup>165</sup>。

<sup>162</sup> 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。

<sup>163</sup> 仮に、刑訴法198条1項の解釈として取調べ受忍義務を肯定するほかないのであれば、端的に同規定は憲法違反であるということになる（村井敏邦『現代刑事訴訟法〔第2版〕』（三省堂、1998年）143頁〔高田昭正執筆〕など。その意味で、同規定を違憲であると断じずに、「出頭拒否・退去を認めることが、逮捕または拘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」と評されることがある（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〕）。

<sup>164</sup> 平野・前掲注137）94～95頁、岡慎一「取調べ（被疑者・参考人）の在り方」刑法雑誌52巻3号（2013年）28頁など。

<sup>165</sup> 池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義〔第7版〕』（東京大学出版会、2022年）159頁は、「取調べの場に滞留する義務があるといっても、限度はあろう。特に、被疑者が黙秘権を行使し、供述しないことを明らかにしているときは、その意思が変わらないか説得するための合理的な時間と回数を超えてまで滞留させることはできないであろう」と述べる。2004年刊行の同書初版および2006年刊行の同書2版には、このような記述は見られない。しかし、2009年刊行の第3版以降は、この記述が維持されている。

なお、佐藤隆之「録音・録画制度の下における被疑者取調べ」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）353頁、瀧田・前掲注156）

なお、Miranda 判決は、身体拘束中の被疑者取調べに関する法理である。そのため、後の判例は、「身体拘束<sup>166</sup>」や「取調べ<sup>167</sup>」の範囲を狭めることで、Miranda 法理が機能する「身体拘束中の被疑者取調べ」を限定しようとした。しかし、日本において取調べ規制を考えるにあたり、「身体拘束中の被疑者取調べ」を文言通りに受け取ると、Miranda 判決の真意を汲めない。日本では、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おり<sup>168</sup>、第三者が立ち会う事例も極めて少ない<sup>169</sup>。判例は、在宅被疑者の取調べにおいて、一定程度の有形力を行って取調室からの退去を押しとどめる行為や<sup>170</sup>、4泊5日の宿泊を伴う取調べを許容する<sup>171</sup>。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ことも、考慮に入れなければならない<sup>172</sup>。このように理解したとき、日本における身体拘束中の被疑者取調べ

---

123～124頁も、取調べ受忍義務を肯定しつつ、黙秘権の実質的な保障の観点から、説得行為には限度があると説く。

<sup>166</sup> See *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983); *Howes v. Fields*, 132 S.Ct. 1181 (2012).

<sup>167</sup> See *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291, 293-296 (1980).

<sup>168</sup> 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）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。

<sup>169</sup> 法務省・前掲注167)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2万1,958回のうち、弁護士立会いが認められたのは、1回限りである。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、弁護士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。

<sup>170</sup> 最三決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。

<sup>171</sup> 最二決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁。

<sup>172</sup> 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」季刊刑事弁護51号（2007年）115頁は、取調べ録音・録画との関係で、「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

べが、Miranda 判決が想定した「身体拘束中の被疑者取調べ」と同等か、それ以上に、供述の自由を危殆化するものであるという危惧は、一層強まるはずである。

## V. 結論

被疑者取調べは、「被疑者に対する一定の身体的、心理的負担を伴うことに鑑みれば、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし限度において任意捜査として適法に行い得るもの」である。被疑者取調べにおける国家賠償法上の違法を認定するためには、この意味での「社会通念上相当と認められる方法ないし限度を超える態様で行われ」ることが求められる<sup>173</sup>。この判断基準は、諸事情の総合考慮により、社会通念上の相当性が認められるか否かを問題とする。しかし、その前提として、「任意捜査として適法に行い得る」ものであることを要する。

黙秘権の沿革および比較法的検討を踏まえると、憲法38条1項は包括的黙秘権の実効的・事前的保障を求めている。黙秘権行使の意思を明確にしている者に対して取調べを継続する行為は、憲法および刑訴法が保障する黙秘権を侵害するものであり、「任意捜査として適法に行」われる取調べとは言えない。このような取調べは、諸事情の総合考慮によって社会通念上の相当性を判断する前段階で、国賠法上の違法評価を免れない。

---

ある」と危惧する。松田岳士「在宅被疑者の取調べとその可視化」法律時報83巻2号(2011年)23頁も、小川論文を引用し、「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」すると指摘する。

<sup>173</sup> 大阪地判平成28年3月25日判タ1425号265頁、京都地判令和元年9月25日判時2456号55頁、大阪高判令和2年6月11日判時2456号53頁。



## 第2 身体拘束中の被疑者が取調べ受忍義務を負うと解した場合に許容される取調べ（質問・発問・説得など）の範囲に関する意見

ここまで、アメリカおよび韓国における黙秘権の実効的保障を確認し、黙秘権行使の意思を明確にしている者に対する取調べは許されないことを述べた。しかし、現在の捜査・裁判実務は、身体拘束中の被疑者が取調べ受忍義務を負うことを前提としている<sup>174</sup>。この考え方の背景には、「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」という理解が横たわっている<sup>175</sup>。すなわち、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が強調される<sup>176</sup>。

被疑者取調べは、任意捜査として行われるという理解が一般的である。仮に、取調べ受忍義務を前提にしても、取調べを無限定に行ってよいわけではなく<sup>177</sup>、任意捜査としての適法性が常に問われるはずである。そして、その限度を超えた場合、当該取調べは違法評価を受けるはずである。それにも拘わらず、受忍すべき取調べや質問・発問内容の範囲などに関する検討は、あまり行われてこなかった<sup>178</sup>。このことも、取調べを事前に規制する視点を没却させ、専ら自白排除法則による事後規制を展開する要因として機能してきたように思われる。

<sup>174</sup> 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頁など。最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁も、傍論ながら、「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。

<sup>175</sup> 原田明夫「被疑者取調べ——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。

<sup>176</sup> 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）59頁。

<sup>177</sup> このような視点に立つものとして、後藤貞人「被疑者及び参考人の取調べ——弁護の立場から」三井誠＝編『刑事手続の新展開（上）』（成文堂、2018年）326頁がある。

<sup>178</sup> なお、受忍義務を否定した場合の論理的・具体的帰結を示したものとして、後藤・前掲注159）151～171頁がある。

そこで、「第2 身体拘束中の被疑者が取調べ受忍義務を負うと解した場合に許容される取調べ（質問・発問・説得など）の範囲に関する意見」では、身体拘束中の被疑者が取調べ受忍義務ないし出頭・滞留義務を負うと仮定した上で、その受忍すべき取調べや質問・発問内容の範囲などについて検討し、許容されない取調べがあることを示す。

## I. 取調べ受忍義務ないし取調べのための出頭・滞留義務を肯定する論理

### 1. 伝統的な議論

取調べ受忍義務ないし出頭・滞留義務を認める伝統的な議論は、刑事訴訟法198条1項但書の反対解釈を文理上の根拠とすることで共通する。この反対解釈に加え、逮捕・勾留の効力として出頭・滞留義務が導かれることや、身体拘束期間を利用して取調べを行っても、その取調べ自体が直ちに強制処分となるわけではないこと、取調室への出頭・滞留義務を課したとしても、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ことなどが、受忍義務ないし出頭・滞留義務を認める根拠として提示されてきた。すなわち、刑訴法198条1項但書や逮捕・勾留の効力自体が、受忍義務を肯定する主たる根拠であった。

それに対して、学界では、1958年に平野龍一が問題提起したことを契機として<sup>179</sup>、取調べ受忍義務ないし取調べのための出頭・滞留義務を否定する見解が支配的となった。現在もなお、実務と学理の議論は平行線を辿っていると言える。

### 2. 取調べ受忍義務ないし取調べのための出頭・滞留義務を肯定する近時の論理

#### (1) 川出敏裕・大澤裕による見解

このような中で、近時、取調べ受忍義務肯定説として有力に主張されている見解は、川出敏裕の見解である（以下、「近時の出頭・滞留義務肯定説」と称する。）。川出の見解は、取調べ受忍義務ないし出頭・滞留義務を、逮捕・勾留の効力以外の根拠から導こうとする点で、伝統的な見解と異なる。川出は、刑訴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つつ、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を示す。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

<sup>179</sup> 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）106頁。

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」という<sup>180</sup>。

大澤裕も、近時の出頭・滞留義務肯定説を整理し、次のように評価する。大澤は、「取調べのための出頭・滞留義務が生じる根拠について、起訴前身柄拘束の時間制約に着目した説明」として、近時の出頭・滞留義務肯定説を取り上げる。そして、川出と同様に、「現行法が定める逮捕・勾留は、取調べを目的とする処分ではない」ことを承認し、「取調べのための出頭・滞留義務の根拠を、勾留という強制処分の目的から説明することはできない」と理解する。他方で、勾留期間について、「捜査機関が起訴・不起訴の決定に向けた捜査を行うための期間」とであると捉える。また、現行法は、「厳格な時間的制約が存在する下、そのような捜査を尽くすことができるよう、身柄拘束中の捜査について、被疑者の基本権を害しない範囲で一定の便宜を図る制度」を想定していると解する。その具体例として、刑訴法39条3項の接見指定制度を挙げつつ、取調べのための出頭・滞留義務は、「このような接見指定制度と等しい性格のもの」と理解する<sup>181</sup>。大澤は、この説明について、「従来の受忍義務否定説が基礎としてきた考え方とも直ちに抵触することなく成り立つ可能性を持った考え方」とであると説く<sup>182</sup>。

川出・大澤説を踏まえつつ、説得や取調べ続行には「黙秘権の実質的な保障」という観点からくる限度がある」ことを説いたのが、佐藤隆之である。佐藤は、「起訴・不起訴の決定に向けた捜査を遂げる上で、被疑者に供述を求める機会を持つ必要があることから、捜査機関は被疑者に出頭を求めこれと相対することとな

<sup>180</sup> 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19～20頁（川出敏裕発言）。なお、川出は、出頭・滞留の期間について「一定程度」としか述べていない（同19～20頁（川出敏裕発言））。これに対して、井上正仁は、権利行使する被疑者に「それでも応じろ、供述しろと求め続けてよいのか、そのどこで線を引くべきなのか」、「正にその限度をどう設定すべきなのか」と問題提起している（同21頁（井上正仁発言））。

<sup>181</sup> 大澤裕「被疑者・被告人の身柄拘束のあり方——いわゆる中間処分を中心に」論究ジュリスト12号（2015年）94頁。

<sup>182</sup> 大澤・前掲注181）94頁。井上正仁も、法制審における川出の説明について、「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」と述べる。法制審・前掲注180）20頁（井上正仁発言）を参照。

るが、この取調べの必要が認められれば、いつでも被疑者に出頭を求め、またいつまでも滞留させることができるかはなお問題である」と問題設定する<sup>183</sup>。そして、「被疑者が説明や弁解を拒んだ場合に翻意を求め…(中略)…得るとしても、一定の答えやその方向性を示唆して供述を誘導…(中略)…するといった捜査官の対応が退去の自由のない状態で繰り返されるとき、もともと身体の拘束を受けていることとも相俟って、被疑者に不安や緊張、さらに疲労や苦痛、無力感を生じさせ、取調べを拒否する意思や否認の態度等を維持する意欲を減衰させる危険を軽視することはできない」と言う<sup>184</sup>。そのため、「翻意やさらなる説明を求める説得には、その際に採り得る方法、それを継続することの許される時間、また機会を異にする場合にはその頻度、回数について、被疑者の黙秘権の実質的な保障という観点からくる限度があるというべきである」と説く<sup>185</sup>。また、取調べ状況の録音・録画が、「被疑者の取調べを拒む意思が明確になった場合に翻意を求める捜査機関の説得の程度の適否について、裁判所による厳格な吟味を可能とする手段である」と位置付ける<sup>186</sup>。

## (2) 濱田毅の見解

検察官出身者である濱田毅は、取調べ受忍義務肯定説による実務が「牢固不変」であるとしつつ、法制審議会——新時代の刑事司法制度特別部会で具体的な制度設計に至らなかった「中間処分制度」を例に挙げ、受忍義務論が捜査実務の改善を巡る議論の「足枷」となり、刑事司法制度の改革を頓挫させたり、共通基盤の構築を妨げ得ることを危惧する<sup>187</sup>。そして、受忍義務を肯定しつつ、それが無限定でないことを説く。

すなわち、濱田は、取調べ受忍義務を導く根拠規定は、198条1項但書ではなく、1項本文であると理解する<sup>188</sup>。そして、同条は、在宅被疑者と身体拘束中の被疑者で、異なる法的義務を課すと考える。在宅被疑者については、捜査機関に一定の権限を与えつつも、除外・免除規定等があるため相手方に対する法的義務までは認めない解釈を採る。身体拘束中の被疑者については、捜査機関に一定

<sup>183</sup> 佐藤・前掲注165) 352頁。

<sup>184</sup> 佐藤・前掲注165) 352～353頁。

<sup>185</sup> 佐藤・前掲注165) 353頁。

<sup>186</sup> 佐藤・前掲注165) 353頁。

<sup>187</sup> 濱田・前掲注156) 26～27頁。

<sup>188</sup> 濱田・前掲注156) 63～64頁。

の権能を与え、その相手方に対応する法的義務を課す解釈を採る。その上で、身体拘束中の被疑者については、同条1項本文に基づく受忍義務の実現の強制力として、逮捕・勾留の効力が援用されると考える。同項但書は、同項本文が捜査機関に認めた取調べ権限との関係で、それに対応する法的義務たる受忍義務を在宅被疑者について積極的に除外する規定であると捉える。

## II. 近時の出頭・滞留義務肯定説を採った場合の帰結

### 1. 伝統的な理解の問題点

伝統的な出頭・滞留義務肯定説は、逮捕・勾留の効力から直接に出頭・滞留義務を導く<sup>189</sup>。そのため、逮捕・勾留の効力が存続すれば、それに伴って出頭・滞留義務も当然に存続すると考える。この考え方に拠れば、出頭・滞留義務に終期や限界があるという発想には至らない。また、受忍義務が存続する以上、取調べを拒む被疑者に対して取調べを続行しても、その続行が正当化され、単に続行しただけでは黙秘権侵害が生じないことになる<sup>190</sup>。しかし、このことは、黙秘権を保障する現行法と相容れない。

### 2. 川出・大澤説を採った場合の帰結

それに対して、近時の出頭・滞留義務肯定説は、逮捕・勾留の効力から直接に出頭・滞留義務を導いていない。川出・大澤説は、「厳格な時間的制約のもとで、起訴・不起訴の判断に向けた捜査を尽くすために、被疑者の基本権を害しない範囲で一定の便宜を図る制度」として、出頭・滞留義務を観念する。そうであれば、出頭・滞留義務は、特定の犯罪の嫌疑の相当性（および身体拘束の必要性）を前提に、事件単位で行われる身体拘束によって初めて生じることになる。

#### (1) 出頭・滞留義務の範囲

事件単位で行われる身体拘束に連動して生じる義務である以上、出頭・滞留義務の範囲は、当該身体拘束の理由となっている特定の被疑事実と関連する取調べ（質問・発問・説得など）に限定される。また、川出・大澤説は、出頭・滞留義務を「起訴・不起訴の判断に向けた捜査を尽くす」という捜査の必要性から導く。そのため、検察官が起訴する判断を既に固めている場合、捜査の必要性は低減し、「出頭・滞留義務を課した取調べ」の正当化根拠を欠く（この点は、下記

<sup>189</sup> 代表的論者として、團藤重光『條解刑事訴訟法 上』（弘文堂、1950年）365頁。

<sup>190</sup> 濱田・前掲注156）124～125頁。

3 (2) 黙秘権保障のための制約で挙げた瀧田説の帰結のうち、比例原則に基づいて適法性を判断する際の「被疑者に対する容疑の程度」とも関連する)。

加えて、大澤は、身体拘束の「厳格な時間的制約が存在する下、そのような捜査(起訴・不起訴の決定に向けた捜査:執筆者挿入)を尽くすことができるよう、身柄拘束中の捜査について、被疑者の基本権を害しない範囲で一定の便宜を図る制度」と考え、出頭・滞留義務を「接見指定制度と等しい性格のもの」と理解する。そうであれば、被疑者の基本権が実質的に損なわれない限りにおいて、捜査権限・取調べ権限との合理的な調整が図られなければならない。このことは、捜査・取調べの必要性が、無限定に優先されるわけではないことを意味する。

#### (2) 黙秘権保障のための制約

加えて、大澤は、「義務づけの内容が黙秘権の実質的な保障を損なうようなものであってはならないことが前提である」と強調する<sup>191</sup>。大澤は、この記述に続いて松尾浩也の見解を挙げ、「(松尾が)身柄拘束中の被疑者について、取調べの場への出頭・滞留義務(取調べに応じるよう説得することを目的とする)と取調べ受忍義務とを区別した上、刑訴法198条1項ただし書の解釈から『出頭拒否および退去の自由はない』としつつ、憲法38条1項の趣旨から『取調べに応ずる義務も認められない…(いわゆる取調べ受忍義務の否定)』と述べていることが注目される」と述べる<sup>192</sup>。さらに、大澤は、続けて最高裁平成11年判決(最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁)を挙げ、「(同判決も)『身体の拘束を受けている被疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものでないことは明らかである』旨判示している」と言う。

ここでは、この文脈で大澤が最高裁平成11年判決を挙げた理由を考える必要がある。その理由は、同判決のうち「直ちに」という文言に注目すべきことを指摘するためであると思われる。つまり、大澤は、同判決について、受忍義務を課すことが「直ちに」黙秘権侵害にならないとしても、これは永劫のものではな

<sup>191</sup> 大澤・前掲注181)94頁注32)。なお、佐藤・前掲注165)352～353頁が指摘したように、黙秘権の実質的保障を損なうか否かは、身体拘束中の被疑者取調べが持つ強制的な雰囲気为前提として考えるべきである。

<sup>192</sup> ここで挙げられている松尾の見解は、松尾・前掲注2)67頁である。

く、受忍義務の継続が黙秘権侵害になり得ることを排斥していない判例であると指摘しているのではなかろうか<sup>193</sup>。最高裁平成11年判決を前提としても、受忍義務を課した取調べが「いつまでも」許されるわけではない。黙秘権の実質的保障に照らし、説得や取調べ続行には限界が生じる。

### 3. 濱田説を採った場合の帰結

濱田説は、刑訴法198条1項を直接の根拠として受忍義務を導く。これは、取調べの必要性から切り離された逮捕・勾留の効力それ自体ではなく、「あくまで逮捕・勾留中の被疑者にあつては逮捕・勾留事実について取調べの必要性が高いことにかんがみて認められたもの」である<sup>194</sup>。

#### (1) 受忍義務の範囲

濱田は、上記の通り、受忍義務について、「あくまで逮捕・勾留中の被疑者にあつては逮捕・勾留事実について取調べの必要性が高いことにかんがみて認められたもの」と理解する（下線部は執筆者による）。そうであれば、川出・大澤説の帰結と同様に、当該身体拘束の理由となっている特定の被疑事実と関連する取調べ（質問・発問・説得など）に限り、受忍義務を認める。

また、濱田は、「取調べの必要性」の高さが認められる範囲で、受忍義務を肯定する。そのため、濱田自身が認めるように、「取調べ事項が尽きるなどして必要性が乏しくなり被疑者が取調べ終了を望むならば、黙秘権保障の趣旨から、受忍義務を課した取調べは終了しなければならない」ことになる<sup>195</sup>。受忍義務の履行のために逮捕・勾留の効力を援用できるものの、「取調べが終了すべきであれば、もはや受忍義務も終了し、逮捕・勾留の効力により取調室に強制的に滞留させる

---

<sup>193</sup> 濱田・前掲注156) 58頁、125頁も参照。小坂井久『取調べ可視化論の展開』（現代人文社、2013年）273頁も、同判決の「直ちに」に着目し、最高裁が何らかの措置を要求したと解釈した上で、全過程の録音・録画を説いていた。

なお、後藤・前掲注177) 326頁は、刑訴法198条1項但書の「何時でも退去することができる」の反対解釈と関連して、身体拘束中の被疑者が「(取調官の取調べが続く限り) 何時までも退去できない」と解する必然性を否定し、包括的黙秘権行使に伴う取調べ終了・退去の可能性を説いていた。この点も、「直ちに」の解釈と関連して重要であろう。

<sup>194</sup> 濱田・前掲注156) 123頁。

<sup>195</sup> 濱田・前掲注156) 123頁。

ことはできない」のである<sup>196</sup>。

## (2) 黙秘権保障のための制約

濱田説は、直ちに黙秘権侵害となる行為は許されないことを前提とする。ここで例示されているのは、「取調官が『君が自白しない限り取調べは終わらない。』などの言動をすること」である。また、「取調べの継続によって精神的圧迫、肉体的苦痛、疲労などにより黙秘権保障に由来する取調べ拒否権が侵害される危険があること」から、取調べは無制約ではないと言う。そして、刑訴法198条1項に基づく出頭要求・取調べ権限が、「必要があるとき」に認められることに着目し、当該取調べが「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等の諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容される」か否かを問う<sup>197</sup>。

上記の通り、濱田は、比例原則に基づく判断枠組みについて、任意取調べの適法性に関する最高裁昭和59年決定に準じた枠組みを提示する<sup>198</sup>。在宅被疑者の場合、捜査・取調べの必要性和対置される被疑者側の権利・利益は、取調べ拒否権である。しかし、濱田の理解によれば、身体拘束中の被疑者は、取調べ拒否権を持たない。そこで、濱田は、身体拘束中の被疑者については、「黙秘権保障に由来する取調べ拒否権」を捜査・取調べの必要性和対置させる。

その上で、「事案の性質」は、任意取調べと同様に「事案の重大性など」が挙げられるとする。「被疑者に対する容疑の程度」は、「既に被疑者には令状審査等により相当な嫌疑が認められていること」を考慮し、「被疑者に対する証拠収集の状況」と言い換えることの方が適切であるという。そのため、「被疑者の供述がなくとも相当程度事案の真相が解明できているならば取調べの必要性は低減する」ことが導かれる。この点は、川出・大澤説の帰結として、「検察官が起訴する判断を既に固めている場合、捜査の必要性は低減し、『出頭・滞留義務を課した取調べ』の正当化根拠を欠く」ことになる点と通底する。「被疑者の態度」と関連して、包括的黙秘権を持つ被疑者が権利を行使したり、取調べ拒否の明確な意思表示があった場合には、取調官としては、「説得材料となるべき証拠関係及びそこから生じる疑問等の呈示などを行い得るもののそれが尽き、それでも

<sup>196</sup> 濱田・前掲注156) 123頁。

<sup>197</sup> 以上、濱田・前掲注156) 128頁、131～132頁。

<sup>198</sup> 最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁。



翻意の態度が示されなかった場合には、客観的には翻意の可能性がないと判断され、取調べは終了せざるを得ない」という。

以上のように、身体拘束中の被疑者に対する取調べの限界は、「黙秘権保障に由来する取調べ拒否権」に留意しつつ、当該事案における上記基礎事情を考慮しながら、社会通念上相当と認められる方法、態様及び限度かどうかで判断することになる。

### Ⅲ. 黙秘権行使または取調べ拒否の意思を明示する被疑者に対して許容される取調べ（質問・発問・説得など）の範囲および判断基準

近時、有力な受忍義務肯定説ないし出頭・滞留義務肯定説を採った場合、許容される取調べの範囲は、身体拘束の理由となっている特定の被疑事実と関連する取調べ（質問・発問・説得など）に限定される。また、検察官が起訴する判断を既に固めている場合、捜査の必要性は低減し、受忍義務ないし出頭・滞留義務を課した取調べの正当化根拠を欠く。捜査・取調べの必要性が、常に優先されるわけではない。また、義務づけの内容が、黙秘権の実質的な保障を損なうようなものであってはならない。黙秘権の実質的保障との関係で、身体拘束中の被疑者取調べが持つ強制的な雰囲気的前提とすべきである<sup>199</sup>。取調べを明示的に拒否している被疑者に対して、その意思を確認したり、証拠関係及びそこから生じる疑問等の提示などを行っても、被疑者の翻意が客観的に期待できない状態であれば、捜査官は取調べを終了するほかない<sup>200</sup>。それにも拘わらず、一定の供述獲得を目指して取調室に滞留させ続けたり、質問・発問・説得を繰り返す行為は、黙秘権侵害となる<sup>201</sup>。裁判所は、説得や取調べ続行が、黙秘権の実質的保障という観点から許容されるものであるか否かについて、「厳格な吟味」を行うべきである。

<sup>199</sup> 佐藤・前掲注165) 352～353頁。なお、斎藤・前掲注156) 117頁は、身体拘束中の被疑者取調べが有する強制的要素について、「捜査機関が積極的に除去する義務を負う」とする。また、その義務を実効的に履行させるために、「権利告知や手続の説明、同意を得る手続の十分な確保、取調べ時間や休憩時間、弁護人との接見を含む外部交通の確保といった詳細な法的規律が必要」とであると説く。

<sup>200</sup> 池田ほか・前掲注165) 159頁も参照。

<sup>201</sup> 札幌高判平成14年3月19日判時1803号147頁も参照。

とりわけ、国家賠償法上の違法を判断するにあたっては、最高裁昭和59年決定の枠組みが参考になる<sup>202</sup>。この際には、黙秘権の実質的保障の趣旨が損なわれているか（川出・大澤・佐藤説）、あるいは「黙秘権保障に由来する取調べ拒否権」が侵害されているか否か（濱田説）が検討されることになる。いずれの見解を採っても、取調べ拒否の明確な意思表示に翻意の可能性がなければ、それ以上の取調べは、黙秘権ないし「黙秘権保障に由来する取調べ拒否権」を侵害する。黙秘権を侵害する場合、そもそも「任意捜査として適法に行い得る」類型に該当しない。黙秘権侵害を理由として、直ちに違法と評価し得る。

また、仮に、黙秘権侵害が直ちに認められないとしても、「黙秘権保障に由来する取調べ拒否権」が侵害された可能性は残る。そのため、比例原則に基づき、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等の諸般の事情」を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし限度か否かを判断する必要がある。「被疑者に対する容疑の程度」が、「既に被疑者には令状審査等により相当な嫌疑が認められていること」を考慮したときに、「被疑者に対する証拠収集の状況」と言い換え得るとすれば、結果として起訴・有罪認定に至っているような事件では、捜査段階で「被疑者の供述がなくとも相当程度事案の真相が解明できていた」と評価し得るであろう。この場合、「取調べの必要性は低減」していたはずである。また、取調べ拒否の明確な意思表示に翻意の可能性がないにも拘わらず、取調べを続行したり質問・発問を繰り返す行為は、「黙秘権保障に由来する取調べ拒否権」を侵害し得る。これらについて、裁判所は、取調べ状況の録音・録画記録媒体や、それに基づく反訳書面を踏まえて、「厳格な吟味」を行うことが求められる。

#### IV. 結論

上記Ⅲを踏まえると、黙秘権行使または取調べ拒否の意思を明示する被疑者に対しては、被疑者の翻意が客観的に期待できない状態に至っていない時点までの間に、身体拘束の理由となっている特定の被疑事実と関連する質問・発問・説得などを行う限りで、許容される。また、この質問・発問・説得などは、起訴・不起訴の決定に向けた捜査の一環として行われる場合に限り、正当化根拠を持つ。検察官が起訴する判断を既に固めている場合、捜査の必要性は低減し、受忍

<sup>202</sup> 大阪地判平成28年3月25日判タ1425号265頁も参照。

義務ないし出頭・滞留義務を課した取調べは正当化根拠を欠く。

身体拘束直後から黙秘権行使または取調べ拒否の意思を明示し、被疑者の翻意が客観的に期待できないのであれば、身体拘束の理由となっている特定の被疑事実と関連する質問・発問・説得などであっても、許容されない。捜査の進展などに伴って新たな証拠関係が顕出される等の事情があれば、そこから生じる疑問等の呈示などを新たに行い得るかもしれない。しかし、新たに行い得る質問・発問・説得なども、新たな証拠関係やそこから生じる疑問等と関連して、被疑者に確認を要する範囲に留まる。被疑者が引き続き黙秘したり供述を拒んだ場合、被疑者の翻意は客観的に期待できない。このような場合には、取調べを終えざるを得ない。それにも拘わらず、取調べを続行したり、質問・発問・説得などを繰り返す行為は、黙秘権ないし「黙秘権保障に由来する取調べ拒否権」を侵害する。

身体拘束の理由となっている特定の被疑事実と関連しない質問・発問・説得などは、受忍義務ないし出頭・滞留義務を課した取調べの範囲を逸脱する。例えば、取調べの刑事政策的機能を強調し、被疑者に反省・内省を求めて説諭したり、事案の真相解明という目的を超えて被疑者を非難したり、その態度を諷めたり、特定の言動と関連して捜査官が適切と考える態度を示して自覚を促したり、説教するなどの行為は、そもそも法が想定・許容する「取調べ」に該当しない。また、起訴後の公判廷における権利行使を牽制・抑制・阻害するような発言も、法が想定・許容する「取調べ」に該当しない。このような質問・発問・説得などや発言は、社会通念上相当な捜査権限の行使と評価し得ず、国賠法上の違法を構成する。

検察官が起訴する判断を固めた後の質問・発問・説得などは、受忍義務ないし出頭・滞留義務を課した取調べの正当化根拠を欠く。例えば、逮捕時点から起訴が決まっていることを告げたり、その後の捜査で起訴が確実であることを示したり、黙秘を続けても起訴後の有罪立証に影響がない旨を告げた場合、捜査官は自ら受忍義務ないし出頭・滞留義務を課した取調べの正当化根拠を否定したことになる。正当化根拠を欠く質問・発問・説得などや発言は、社会通念上相当な捜査権限の行使と評価し得ず、国賠法上の違法を構成する。

以上