身柄拘束中の被疑者取調の法的性格について

稲田隆司

1. 刑事訴訟法198条1項によれば、捜査機関は「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」。

刑訴法198条1項の解釈として、逮捕・勾留されていない被疑者の取調が任意処分であることに争いはない。しかしながら、逮捕・勾留中の被疑者取調の法的性格をめぐっては厳しい争いがある。

2. 逮捕・勾留中の被疑者取調の法的性格いかんについては、まず、逮捕・勾留されている被疑者には出頭拒否権・退去権がないと主張する取調受忍義務肯定説がある¹。刑訴法198条1項但し書きを反対解釈しつつ法文を素直に読むと取調受忍義務を認める理解に帰着するというのである²。捜査実務はこの説に立っており³、捜査実務がかかる解釈を採用する背景に

¹ たとえば、団藤重光『条解刑事訴訟法 上』(弘文堂 1950年) 365頁などを参照。

² たとえば、団藤・前掲注(1)365頁、高田卓爾『刑事訴訟法(二訂版)』 335頁、三井誠他編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法』(日本評論社 2011年)231頁[石井隆執筆]など。

³ たとえば、渡辺咲子『刑事訴訟法講義[第6版]』(不磨書房 2012年) 114頁以下などを参照。また、東京地決昭49・12・9刑月6巻12号1270頁、東京高判昭53・3・29刑月10巻3号233頁、浦和地判平2・10・12判時1376 号24頁(刑事訴訟法判例百選[第9版]18事件)。

は、事案の真相解明という捜査の目的に照らすとき、身柄拘束下での取調が極めて有用かつ必要だとの認識がある 4 。

これに対して、学説の多くは、取調受忍義務を課して行われる取調は黙 秘権を侵害することになるから受忍義務の存在を認めるべきではないと主 張する。いわゆる取調受忍義務否定説である。この説によれば、在宅被疑 者と同様に、逮捕・勾留中の被疑者にも取調を受けるかどうかを自ら決定 する自由があることになる。

また、逮捕・勾留中の被疑者を取り調べることはできないとする取調禁止説 5 や、同説から派生した逮捕・勾留中の被疑者を取調室に出頭・滞留させることはできないとする説 6 などもある。

以上が、身柄拘束中の被疑者取調をめぐる争いの基本的な構造である。 しかしながら、諸説のうち取調禁止説群は、実務の常識に反するため取調 受忍義務肯定説からは黙殺同然の扱いを受けているし、取調受忍義務否定 説からもその主張の内容に疑問を投げかけられている。このため、論争の 主流は、結局のところ、取調受忍義務の有無を中心的論点としつつ、取調 受忍義務肯定説と受忍義務否定説の対立という構図で展開されてきた。そ して、両説の対立の様子は、概ね以下のようにまとめることができる。

まず、取調受忍義務肯定説に対しては、否定説の側から、受忍義務は身柄拘束中の被疑者から黙秘権を剥奪するものだとの批判が加えられている。しかし、これに対して肯定説は、取調受忍義務を認めても供述義務を課すわけではないので、必ずしも黙秘権を侵害することにはならないと反論する⁷。この点については最高裁も、傍論においてではあるが、「身体の

⁴ 田宮裕『刑事訴訟法[新版]』(有斐閣 1996年) 131 頁などを参照。

⁵ 沢登佳人「逮捕または勾留中の被疑者取調べは許されない」法政理論12 巻2号1頁、横山晃一郎『誤判の構造』(日本評論社 1985年)57頁。

⁶ 梅田豊「取調べ受忍義務否定論の再構成」島大法学38巻3号1頁、高内寿 夫「逮捕・勾留中の被疑者取調に関する一試論」白鳳法学3号73頁。

⁷ 渡辺・前掲注(3)115頁などを参照。

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」⁸と指摘している。なるほど、取調受忍義務と黙秘権とが併存可能であるとの主張は、理論上、確かに成り立つ。

しかしながら、それでも、受忍義務否定説は、被疑者が黙秘の意思表示をしているにもかかわらず取調を継続するならば、形式的にはともかく実質的には黙秘権が侵害されることになるとの問題意識などから、やはり取調受忍義務の存在は認められないと主張する。これも、被疑者の人権保障の観点に照らしもっともな指摘である。

しかし、取調受忍義務の存否をわけるに最も重要なポイントである刑訴法198条1項の解釈をめぐっては、その明快性という観点においては肯定説が優位にあることを認めざるをえない。したがって、取調受忍義務肯定説がほぼ盤石かつ単一の説に収斂しているのに対して、取調受忍義務否定説は、何とか説得的な解釈を提示しようと苦慮した結果、様々なバリエーションを生み出した。すなわち、刑訴法198条1項の解釈をめぐり、たとえば、同条項は、出頭拒否・退去を認めても別処分であるところの逮捕・勾留の効力自体を否定するわけではないことを注意的に明らかにした規定であるとする説。や、同条項が逮捕・勾留の場合を除いたのは、あえて明文では規定せず解釈に委ねたのだと理解する説。10、あるいは、刑訴法198条1項は在宅被疑者に対する出頭要求が可能であることと、これが任意であることを明らかにした規定に過ぎないとする説。11などである。

取調受忍義務肯定説の側からは、この解釈上の、良く言えば多義性、悪く言えば不明瞭性が、否定説の弱点として攻撃されており¹²、結局、先に

⁸ 最大判平11·3·24民集53巻3号514頁。

⁹ 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣 1958年) 106頁。

¹⁰ 鈴木茂嗣『刑事訴訟法[改訂版]』(青林書院 1990年) 83頁。

¹¹ 田宮・前掲注(4)132頁。

¹² 渡辺・前掲注(3)116頁などを参照。

指摘した取調受忍義務と黙秘権とは別物であるとの形式的解釈を説得的に 覆すことが困難であったことと相まって、条文解釈上の争いにおける軍配 は受忍義務肯定説側に上がってきた。結局、実務は、取調受忍義務肯定説 に立って運営されている。

以上が、取調受忍義務肯定説と否定説との争いの概要である。しかし、これまでの議論の経緯を改めてたどってみると、そこで実際の争点とされていたのは、あくまでも取調受忍義務と黙秘権との関係性についてであって、本来かかる議論の前提とされるべき受忍義務とは何かという点については必ずしも明確に論じられてはこなかったように思われる。すなわち、そもそも取調受忍義務とは何か、受忍義務を課された取調とはどのような取調を意味するのかという点については、いまだ議論の余地が残されていると思われるのである。かかる問題意識にしたがって、以下では、受忍義務を課した取調の法的性格をどう説明すべきなのかについて、若干の検討を試みることにしたい。

3. 取調受忍義務肯定説の主張によれば、逮捕・勾留中の被疑者には取調室に出頭・滞留する義務がある。では、かかる状態の取調室の中で何が行われるのか。むろん、茶話会が開かれるわけではなく、捜査機関はそこで被疑者を取り調べる。取調受忍義務の存在を認める場合、逮捕・勾留中の被疑者は、少なくとも取調室内に滞留しなければならないので、結局そこで行われる取調にも付き合わなければならなくなる¹³。つまり、身柄拘束中の被疑者は取調を受けなければならない。受けなければならないということは、取調を受ける義務があることと同義であろう。特定の処分を受

¹³ 取調室への出頭・滞留義務と狭義の取調受忍義務とを区別する見解もあるが、本稿の問題意識との関係では、区別しない見解とその結論に違いはないように思われる。両者を区別する見解としては、たとえば、松尾浩也『刑事訴訟法 上[新版]』(弘文堂 1999年)67頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法[第2版]』(成文堂 2008年)145頁~146頁などがある。

ける「義務」があるならば、その処分は「強制」されていることにならないだろうか。受忍義務を課した上で行われる取調は強制処分なのではないか。

強制処分とは何か。刑訴法197条1項によれば、「強制の処分」とは、刑事訴訟法に「特別の定」がある場合に限り、そこに定められた要件および手続にしたがって行うことが許される処分を指すとされる。強制処分法定主義である。この法理に照らすと、かりに身柄拘束中の被疑者につき取調受忍義務を課すことを肯定するとしても、これを強制処分と規定する明文は存在しないので、かかる取調が一義的にこの意味での強制処分に分類されるわけではない。しかし、任意処分との区別・限界を画す基準という意味における特定の処分の強制処分性いかんについては解釈の余地があり、また必要でもあるから、取調受忍義務を課した取調の法的性格についても、この観点からの検討が必要となる。

この意味での強制処分の基準をめぐる学説¹⁴は様々であり、そのくくり 方も種々あるが、ここでは次の3説に大別する¹⁵。まず第1の解釈は、物理 的有形力の行使または法的な義務を課すことをもって強制処分とする説で あり、処分を行う側の手段態様を基準とする考えである。第2に、処分を 受ける側にプライバシー侵害など法益侵害があれば強制処分とするという 説がある。最後に第3の説は、第2説と同様に被処分者の法益侵害を基準 とするが、特定の処分が強制処分とされる場合を「重要な法益侵害」のあ るときに限定する立場である。

これらのうち第1の説は、強制処分の基準としては伝統的な考えであるが、写真撮影など有形力を伴わずに個人の権利を侵害する処分を適切にコ

¹⁴ 任意処分と強制処分の区別をめぐる研究としては、井上正仁『強制捜査と 任意捜査』(有斐閣 2006年)、川出敏裕「任意捜査の限界」『小林充先生 = 佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集(下巻)』(判例タイムズ社 2006年) 23頁以下等を参照。

¹⁵ 田口守一『刑事訴訟法[第6版]』(弘文堂 2012年)45頁以下。

この基準を当てはめるとき、受忍義務を課した取調の法的性格はどのように理解されるべきか。「取調受忍義務」とは、逮捕・勾留状態を利用し、対象者の意思いかんを問わず取調を受忍させる義務であり、被疑者にこの義務を課すというのであるから、やはり、かかる取調は強制処分と解されるべきであろう。この点、たとえば、取調受忍義務否定説に立つ論者のひとり松尾浩也は、「被疑者には、一供述しない自由だけでなく一取調べそのものを拒む自由をも認めなければならない。かりに、この自由を承認しないとすれば、身柄拘束中の取調べは、『強制』によるものとな[る]」¹⁹と指摘している。また、同様に田宮裕は、受忍義務を肯定する「論者はいずれも、そう解しつつもこれを『任意処分』に分類するが、取調べという形での拘束、受忍の義務を肯定する以上、強制処分(強制捜査)説と名づけるべきものである」と指摘している²⁰。さらに後藤昭も、「取調べはプラ

¹⁶ 最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁。

¹⁷ 田口·前掲注(15)45頁以下、白取祐司『刑事訴訟法[第7版]』(日本評論社 2012年)92頁以下。

¹⁸ 田口·前掲注(15)45頁以下、白取·前掲注(17)92頁以下。

¹⁹ 松尾・前掲注(13)67頁。

²⁰ 田宮·前掲注(4)131頁。

イバシーの権利に対する重要な介入であるから、それを受忍する法的義務 を課するのは、明らかに強制捜査である」²¹と主張する。

平野説²²を嚆矢とする取調受忍義務否定説の根底には、受忍義務を肯定 した上で行われる取調は強制捜査と解されるべきとの含意があるといえ よう²³。

4. 受忍義務を課して行われる取調は強制処分であるとの理解に対しては受忍義務肯定説から批判がある。たとえば、被疑者には黙秘権が保障されているのであるから、いかなる取調においても供述の義務はないのであって、供述義務がない状態すなわち供述を拒むことができる状態で行われる取調は、たとえそれを受忍しなければならないとしても強制処分ではないという批判である²⁴。

確かに、たとえば捜索という処分は捜査機関による探索を拒むことができないから強制処分なのであり、差押えは占有の移転を拒むことができないがゆえに強制処分であると見ることができよう。このように理解するならば、なるほど、黙秘権が保障され供述を拒むことができる状態で実施される取調は、受忍義務が課されているとしても、強制処分ではないようにも見える。すでに確認したように、「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

²¹ 後藤昭『捜査法の論理』(岩波書店 2001年) 163頁。

²² 平野·前掲注(9)106頁。

²³ 酒巻匡「逮捕・勾留中の被疑者の取調受忍義務」『刑事訴訟法の争点(新版)』56頁参照。

²⁴ たとえば、藤永幸治他編『大コンメンタール刑事訴訟法[第3巻]』(青林 書院 1996年) 159頁以下[河村博執筆]、原田明夫「被疑者の取調べ一検 察の立場から」三井誠他編『刑事手続(上)』(筑摩書房 1988年) 177頁、 稲田伸夫「被疑者の取調べ一検察の立場から」三井誠他編『新刑事手続 I』 (悠々社 2002年) 193頁などを参照。

い」²⁵のであるから、取調受忍義務を認めても供述義務を課すわけではなく、必ずしも黙秘権を侵害することにはならない²⁶との理解は成り立ちうる。実際、受忍義務を課した取調において黙秘を貫く被疑者も存在するだろう。本稿においても、この点を争うつもりはない。

それでは、黙秘権の存在は身柄拘束下における取調の強制処分性を否定するだろうか。また、黙秘権が保障された上での強制取調という処分を観念することは概念矛盾だろうか。この点を、捜索と比較しながらさらに検討してみよう。

たとえば、覚せい剤を対象物とする捜索令状を携えた捜査官が机の引き 出しを開けようとする。強制処分である以上、被処分者はこれを拒むこと はできない。そして、実際に捜査官が机の引き出しを「強制的に」開いた。 しかし、引き出しの中に覚せい剤はなかった。この場合、捜査官は何も得 ることはできず、強制処分たる捜索は終了する。

他方、取調の場合はどうか。捜査官が受忍義務を課して被疑者を取り調べる。すなわち、被疑者を「強制的に」取り調べる。しかし、被疑者は何も知らなかった。この場合、捜査官は供述を得ることはできないか。それで取調は終了するだろうか。終了する場合も確かにあるかもしれないが、おそらく多くの場合、取調官は取調を止めはしないだろう。捜索に際して引き出し内に何もなかった場合とは異なり、人は実際には知らないことでも知っていると供述することができるのであるから、何も知らない被疑者から供述を得ることも可能だからである。これでは困る。本来は存在するはずのないものが出てくるようでは困る。したがって、取調にあたっては何も供述しなくてもよい権利すなわち黙秘権が必要となるのである。取調が強制処分であっても、いや、強制処分であればなおさら、黙秘権の存在が要求されるのである。したがって、黙秘権が保障され供述を実際に拒む

²⁵ 最大判平11·3·24民集53巻3号514頁。

²⁶ 渡辺・前掲注(3)115頁などを参照。

ことが可能な状態にあるとしても、受忍義務を課した上で行われる取調 は、やはり強制処分というべきであろう。

ようするに、受忍義務を課した取調が強制処分と解されるべきなのは、かかる取調において黙秘権が現実に侵害されるからでも、侵害される危険性があるからなのでもない。また、黙秘権侵害のない場合や、黙秘権が保障されている場合であれば身柄拘束中の取調の強制処分性が否定されるというものでもない。従来の議論は、受忍義務を課した取調が強制処分か否かという問題を、黙秘権侵害の有無ないし程度というファクターを軸に論じようとしてきたため水掛け論となっていたのである。受忍義務を課した取調は、黙秘権侵害の有無あるいは程度とは直接かかわりなく、取調受忍「義務」があること自体から強制処分と解されるべきなのである。

以上、刑事訴訟法198条1項を解釈するにあたり、これを逮捕・勾留中の被疑者には取調受忍義務があると読むならば、そのような取調は強制処分であると理解すべきである。

5. 取調受忍義務を課した取調が強制処分だとすると、当然、何らかの 適当な手段による相応のコントロールが必要となる。以下、検討しよう。 まず、強制処分たる取調は、そもそも強制処分法定主義に抵触するおそ れがある²⁷。強制処分法定主義との関係を一義的に問題にするならば、受 忍義務を課した取調は法定されていない強制処分という矛盾する存在と理

²⁷ 強制処分法定主義に照らせば、刑訴法198条1項とは別個の明文規定が必要となるはずである。この点、小田中聰樹は、「逮捕・勾留が全く別個の処分である取調処分に対し理論上当然に取調受忍強制の効力を持つということはありえないわけであり、もしそのような効力を逮捕・勾留に持たせようとするのであれば、強制処分法定主義の要請に従い明文の積極的規定を置かなければならない」(「刑訴法の理論状況の一分析(覚書)」『刑事法学の歴史と課題』(法律文化社 1994年)362頁)と指摘している。また、福井厚『刑事訴訟法講義 [第5版]』(法律文化社 2012年)176頁以下を参照。

解されるべきであるから、強制処分法定主義の下ではもとより許されない ことになる。

他方、前述のように、受忍義務を課した取調につき、これを強制処分法 定主義からはみ出す新しいタイプの強制処分であると理解する場合には、 明文規定が存在しないのはむしろ当然だということになる。このタイプの 強制処分の処理としては、その存在を認めた上で、実質的な令状主義の精 神が充足されるような何らかの要件を課してコントロールするという手法 がありうる^{28,29}。そして、身柄拘束中の被疑者取調のコントロールを目す具 体的な方策としては、たとえば、取調への弁護人の立ち会いや、取調の様 子の録音録画などの手法の導入が主張されている。しかしながら、これら の手段は、いずれも、黙秘権の実質的保障、取調の適正化および取調状況 を事後的に検証するための適切な記録の担保などの要請には良く応えるも のと思われるが、本稿の問題意識のそもそもの主発点である、受忍義務を 課した取調の強制処分性をめぐる議論とは、少々かみ合わないように思う。

6. かりに、取調受忍義務を課した取調が、強制処分でありかつ適法なものだとする。取調とは多くの場合、被疑者から自白を得ることを目的とするものであり、自白とは最終的には必要に応じて公判廷に証拠として提出可能なものでなければならないから、自白の証拠能力をコントロールするルールであるところの自白法則をクリアする必要がある。これは身柄拘

²⁸ 写真撮影や盗聴立法以前の盗聴の処理をめぐる議論がこれにあたる。この点については、たとえば田宮・前掲注(4)71~73頁、120~125頁などを参照。なお、田宮の理解は、身柄拘束中の取調については令状主義のコントロール下にはないが刑訴法198条1項但書で「法定」されている処分で、弁護人の立ち会いを条件にかろうじて認められる強制処分とするものか(田宮・前掲注(4)72頁、133頁)。

²⁹ 理屈上は、新しいタイプの強制処分として存在を認めつつ、その上で強制 処分法定主義の観点から違法と処理することもできるだろう。

束の有無あるいは受忍義務を認めるか否かとは関わりなく、全ての自白が越えなければならない証拠法上のハードルである。しかしながら、身柄拘束中の被疑者取調すなわち受忍義務を課した取調が強制処分だとすると、その果実である自白と自白法則との関係には、従来と異なる配慮が必要となるのではないだろうか。すなわち、自白法則にいう「強制」の文言と強制処分の「強制」という表現とが、いずれも刑事手続における証拠の取扱いに関わるルールという共通枠組みの中で用いられている用語であることに照らすと、全く同じ表現である両者は、その意味内容も同義であると解するのが最も自然で素直な読み方であり、両者が同義だとすると、受忍義務を課した取調すなわち強制処分である取調によって得られた自白は、かりに強制処分法定主義・令状主義のハードルを越えることができるとしても、受忍義務を課した取調の果実であるというそのこと自体を理由に、自白法則の下で証拠排除されることになると解釈することが可能なのではないだろうか。この点を少し検討してみよう。

憲法38条2項および刑事訴訟法319条1項すなわち自白法則は、「強制」による自白を証拠とすることはできないと規定している。自白法則にいう「強制、拷問、脅迫の概念は、条文上定義されてはいない」30ので、自白法則にいう「強制」とは何か、何を意味するのかについては解釈を要する。

この点、まず、刑訴法319条1項にいう強制、拷問、脅迫については、いずれも肉体的、精神的な苦痛を与える強制行為であり、「強制」とは物理的強制を指し、「拷問」とは物理的強制を伴う尋問を指し、「脅迫」とは自白をしないことに不利益な結果を結び付け、その不利益な結果を予告して行う心理的強制を指すもので、これらを総じて「強制」とする理解31が

³⁰ インターネットコンメンタール「刑事訴訟法」(日本評論社 2012年4月 版)[後藤昭執筆]。

³¹ たとえば、三井他・前掲注(2)460頁[島戸純執筆]、伊藤栄樹他著『注 釈刑事訴訟法[新版]第5巻』(立花書房 1998年)181頁以下[植村立朗執 筆]等を参照。

ある。裁判例を見ると、これらの意味での強制の具体例として、たとえば、長時間板敷きと畳の間の敷居に足がかかる場所で正座させて取り調べた事案³²、取調官の被疑者に対する暴行等が強制として問題とされた事案³³、被告人と男色の関係にあった者を取り調べることもある旨示唆して自白を強制した疑いがあるとされた事案³⁴、そして、「絶対に少年院に入れてやる」などの脅迫を認めて自白の証拠能力を否定した事案³⁵などがある。

他方、学説に目を向けると、たとえば後藤昭は、「ここにいう強制は、典型的には事実上の強制を意味する。しかしながら、憲38条2項が憲38条1項の担保であるとすれば、法律上の強制も、自白の証拠能力を否定する理由となると考えなければならない」36と指摘している。この主張は、身柄拘束中の取調を強制処分と解する場合には、その強制処分性自体から自白法則の適用を導き出す余地があるとしているようにも読めそうである。また、松尾浩也は「被疑者には、一供述しない自由だけでなく一取調べそのものを拒む自由をも認めなければならない。かりに、この自由を承認しないとすれば、身柄拘束中の取調べは、『強制』によるものとなり、憲法38条1項、および刑事訴訟法319条1項に抵触する恐れを生じよう」37としており、取調の強制処分性を根拠とする自白法則発動の可能性について考慮しているようにも読める。同様に白取祐司も、「他の関連規定(198条2項、319条1項)からみて、法が取調べ受忍義務を否定していることは明らかである」38として、取調受忍義務を否定するための根拠のひとつに自白法則を挙げている。

³² 最判昭27·3·7刑集6巻3号387頁。

³³ 最大判昭26 · 8 · 1 刑集5 巻 9 号 1684 頁。

³⁴ 東高判昭53・3・29刑月10巻3号233頁。

³⁵ 浦和地決平3・11・11 判 夕 796 号 272 頁。

³⁶ 前掲注(30)参照。また、後藤・前掲注(21)151頁以下参照。

³⁷ 松尾・前掲注(13)67頁。

³⁸ 白取·前掲注(17)188頁。

このように、学説の中には、受忍義務を課した取調の強制処分性を根拠とする自白法則発動の可能性を意識していると思われるものも存在する。しかしながら、これら諸説が、いずれも黙秘権の根拠規定と自白法則の根拠規定を併記しつつ受忍義務を課す取調の強制処分性に言及している点に鑑みると、これらは、やはり、あくまでも黙秘権侵害を媒介としつつ強制処分性と自白法則の関係を論じるものと理解すべきであろうか。必ずしも身柄拘束中の被疑者取調の強制処分性と自白法則適用の可能性とをストレートに結び付けようとするものではないのかもしれない。

7. 確かに、論者の言うように、取調受忍義務それ自体の意味を論じても、実務における運用を考慮するときには、結局のところ肯定説も否定説も結論は接近するのであり、実はどれほどの意味はないのかもしれない³⁹。したがって、取調受忍義務の有無に拘泥せず、それよりも実務上の黙秘権の実質的保障の充実を図るべきであり、弁護人の立ち会いや録音・録画の実現など、取調の可視化や適正化ひいては高度化⁴⁰という論点に議論のポイントを移そうという流れも、もっともである。しかしながら、それでもやはり、「捜査当局の姿勢の変更を期待するあまり、学説の取調べ受忍義務を容認するかのような対応には重大な疑問がある。この点での問題の本質は、力づくで無理を通してきた捜査当局に対抗する現実的力が学説にはなかったということにすぎない。であれば、筋を曲げるということで対応するのは本末転倒であ「る」141との大出良知の指摘は傾聴に値する。取調

³⁹ たとえば、田宮・前掲注(4)130頁以下、後藤・前掲注(21)151頁以下 などを参照。

⁴⁰ 取調の高度化については、たとえば、指宿信『被疑者取調べと録画制度』 (商事法務 2010年)、指宿信編著『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)などを参照。

⁴¹ 小田中聰樹他編著『刑事弁護コンメンタール1刑事訴訟法』(現代人文社 1998年) 159頁 [大出良知執筆]。

受忍義務の性格を明らかにして、すなわち強制処分であるということを確認して、したがってかかる取調は許されないという認識を共有した上で、次にどのような取調実務を構築するかの議論を展開していくのでない限り、結局、黙秘権の実質的保障などおぼつかないのではないだろうか⁴²。

以上のように、刑事訴訟法198条1項を身柄拘束中の被疑者に受忍義務 を課す規定と解釈することは困難であるように思われる⁴³。したがって、

- 42 取調の録画制度が現実的に動き出しつつある現在の日本の状況は、取調の テープ録音の導入が具体的に議論されていた20世紀後半のイギリスの状況 によく似ている。この意味で、イギリスにおける当時の議論が改めて参考に なるのではないだろうか。当時、イギリスでは、理論上、身柄拘束中の被疑 者取調は許されないとの理解が基本的な共通認識として存在していた。し かしながら、実際には警察が身柄拘束中の被疑者を取り調べ、自白を獲得す ることもままあった。結局、かかる自白の証拠能力は、当該取調における黙 秘権保障のあり方と任意性担保の程度によって判断されるという現実的な 運用がなされていた。これを日本の議論に引きつけて説明するならば、身柄 拘束中の被疑者取調については取調禁止説が妥当すると理解されていたが、 黙秘権の現実的保障が認められる場合には事後的に許されていたとまとめ ることができるだろうか。かかる実務の曖昧性が厳しく反省された結果、導 入されたのが、「1984年警察及び刑事証拠法(the Police and Criminal Evidence Act 1984)」に基づく、身柄拘束中の被疑者取調を明示的に認めた 上で、取調手続および取調における被疑者の諸権利を詳細に規定して行われ る被疑者取調であった。この一連の議論と実務の変更につき、現在の日本の 議論とどこが違うのかとの指摘があるかもしれないが、そもそも、イギリス の議論が身柄拘束中の被疑者取調は許されないという理解から出発するの に対して、日本の議論はこれを退け、「受忍義務 | 云々に拘泥しているとこ ろに違いがある。もちろん、刑訴法198条1項の解釈問題として議論する以 上、やむを得ないわけだが、現実的な取調改革の方策を探る前提として、や はり取調受忍義務の意味を問い直す必要があるように思う。この問題に関 するイギリスの議論については、たとえば、鯰越溢弘「逮捕・勾留中の被疑 者取り調べと『供述の任意性』 ―イギリスの議論を参考にして― | 法政理論 20巻4号1頁以下、稲田降司『イギリスの自白排除法則』(成文堂 2011年) 第1章および第4章などを参照。
- 43 次の点にも留意されたい。たとえば、イギリスでは、20世紀後半に身柄

刑事訴訟法198条1項の解釈にあたっては、取調受忍義務否定説や取調禁 止説など、取調受忍義務肯定説以外の説を採るべきであると考える。

本稿は、科学研究費助成事業「新学術領域研究『取調録画と裁判員裁判 一取調べ過程の可視化をめぐる制度構築と裁判員裁判への影響』(課題番号:23101009)」の成果の一部である。

拘束中の被疑者取調実務を法的に正面から認知した際に、併せて取調時間の制限や取調中の休憩確保などに関する諸規定を整備した経緯がある。これに対して日本では、身柄拘束中の被疑者取調との関係で、休憩などについての規定は整備されていない。このことは、そもそも身柄拘束中の被疑者には受忍義務など課せられていないから存在しないと解すべきではないか。つまり、被疑者の意思でいつでも止められるからこそ、あえて時間制限や休憩確保などについて規定する必要がなかったという理解である。イギリスにおける議論の詳細については、たとえば、三井誠「イギリス刑事司法の改革(1)ー1984年警察・刑事証拠法及び1985年犯罪訴追法を中心に一」ジュリスト937号63頁以下、渥美東洋「イギリスの警察および刑事証拠法の『実務規範』(1)、(2)、(3)および(4完)」判例タイムズ595号18頁、596号22頁、597号26頁および599号24頁以下、ならびに稲田隆司「イギリスの『1984年警察及び刑事証拠法』の改正『実務規範』(1)」熊本法学102号237頁以下を参照。