

逮捕・勾留中の被疑者取調べの在り方

——いわゆる「出頭・滞留義務」を中心に——

中 園 江 里 人

目 次

- 1 はじめに
- 2 出頭・滞留義務肯定説の内容
- 3 出頭・滞留義務肯定説の批判的検討
 - (1) 出頭・滞留義務を課した被疑者取調べの実態
 - (2) 取調べの適正化に関する近時の改革とその効果
 - (3) 出頭・滞留義務を課した被疑者取調べの法的性質
 - (4) 法198条1項の解釈
- 4 出頭・滞留の可否（取調べ禁止説の主張とその検討）
 - (1) 逮捕・勾留の目的・効果
 - (2) 弁護人依頼権
 - (3) 黙秘権・公判中心主義
 - (4) 法198条1項の解釈
 - (5) 小 括
- 5 任意処分性確保の方策
 - (1) 出頭・滞留義務の不存在，取調べ手続等の明示
 - (2) 弁護人依頼権の実質的保障
 - (3) 黙秘権の実質的保障
- 6 おわりに

1 はじめに

実務においては、現行刑事訴訟法の制定以来一貫して、逮捕・勾留中の被疑者にはいわゆる出頭・滞留義務がある（出頭拒否・随時退去の権利はない）ものとして、運用されている。すなわち、逮捕・勾留されている被疑者は、捜査機関から当該被疑事実に関する取調べのために取調室等に出頭するよう求められたときはそれを拒むことはできず、取調室等から退去して身柄拘束場所（居室）に戻ることもできない¹⁾。そして、その条文上の根拠は、法198条1項但

1) 裁判例としては、これについて直接正面から判断したものはみあたらない。ただ、余罪取調べの適法性を判断する際に、逮捕・勾留の基礎となった被疑事実に関しては出頭・滞留義務（「取調受忍義務」と表現されることも多い）がある旨判示するものは、多数存在する。余罪取調べについては出頭・滞留義務がないとした裁判例としては浦和地判平成2年10月12日判時1376号24頁などがあり、余罪取調べについても出頭・滞留義務があるとした裁判例としては東京高判昭和53年3月29日刑月10巻3号233頁などがある。

また、東京地決昭和59年6月22日刑月16巻5=6号504頁は、現行犯逮捕した被疑者の写真撮影・指紋採取およびこれに伴う留置場から各場所への移動に際して、捜査官が被疑者に対して有形力を行使したことに関して、「逮捕されている被疑者が、犯罪捜査の必要のため、司法警察職員が出頭を要求したのにこれに応ぜず留置場から出房しないときは、必要最少限度の有形力を用いて、司法警察職員のもとに出頭させることができることは、刑訴法198条1項但書の趣旨により明らかであり、また刑訴法218条2項によれば、身体の拘束を受けている被疑者の指紋を採取し、写真を撮影するには、被疑者を裸にしない限り、令状を要しないとされており、指紋採取及び写真撮影の性質は身体検査であるから、同法222条1項により、その拒否に対する直接強制に関する同法139条が準用され、右被疑者が右指紋採取や写真撮影に任意に応じず、これを拒否した場合において、間接強制では効果がないと認められるときは、そのままその目的を達するため必要最少限度の有形力をもって直接強制をすることは許されると解される。」と判示している。

最高裁判例としては、最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁がある。これは、弁護士が接見妨害を理由に国家賠償を請求した事案で、請求を棄却した原判決に対して原告が上告したところ、上告理由の中の「刑訴法39条3項本文が憲法34条、37条3項、38条1項に違反する」旨の主張に関して、最高裁第3小法廷が大法廷にいわゆる論点回付を行い、大法廷がこれについて「理由はない」旨の判断を示したものである。この中で大法廷は、「なお、所論は、憲法38条1項が何人も自己に不利益な供述を強要されない旨を定めていることを根拠に、逮捕、勾留中の被疑者には捜査機関による取調べを受忍する義務はなく、刑訴法198条1項ただし書の規定は、それが逮捕、勾留中の被疑者に対し取調べ受忍義務を定めているとすると違憲であって、被疑者が望むならいつでも取調べを中断しなければならぬから、被疑者の取調べは接見交通権の行使を制限する理由にはおよそならぬ

書に求められている。

しかし、同条項の解釈をめぐるには、出頭・滞留義務を否定する見解があるほか、逮捕・勾留中の被疑者を取調室で取り調べるのがそもそも許されないという見解もある。また、近時、被疑者取調べに関する違法・不当の事例が明らかになったり²⁾、刑事収容施設法の審議に伴って代用刑事施設問題がクロー

いという。しかし、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から、この点についての所論は、前提を欠き、採用することができない。」と判示した。出頭・滞留義務の肯定が供述拒否権の否定を意味することにはならないとしただけであって、出頭・滞留義務を正面から肯定したものとはいえないが、出頭・滞留義務肯定説と強い親和性をもつ判示である。

2) たとえば、以下のものがあげられる。

- ① 志布志事件（鹿児島地判平成19年2月23日判タ1313号285頁）

現金の供与及び受供与という公職選挙法違反被告事件で、捜査段階における自白の信用性が否定され、被告人12名全員が無罪とされた。

- ② 富山事件（富山地高岡支判平成19年10月10日裁判所ウェブサイト<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20071114115014.pdf>）。

強姦等の罪で有罪が確定した元被告人について、刑の執行終了後に、真犯人が現れたとして検察官が再審請求した事案で、元被告人の捜査段階における自白の信用性が否定されるなどして、元被告人が無罪とされた。

- ③ 足利事件（宇都宮地判平成22年3月26日裁判所ウェブサイト<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20100526085646.pdf>）。

DNA型鑑定と元被告人の自白とが重要な証拠となって、わいせつ目的誘拐・殺人・死体遺棄の罪で有罪判決が確定した事案で、再審請求の即時抗告審における鑑定で遺留物のDNA型が元被告人のそれと一致しないことが判明して再審開始決定がなされ、再審公判で、DNA型鑑定には証拠能力が認められず、自白についても信用性が皆無であり虚偽であることが明らかだとして、無罪が言い渡された。

- ④ 厚生労働省元局長事件（大阪地判平成22年9月10日裁判所ウェブサイト<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20101118132100.pdf>）。

厚生労働省の課長（当時）として、心身障害者団体用の郵便割引に関する公的証明書発行の職務に従事していた被告人が、その部下職員及び実体のない障害者団体の会長等と共謀の上、上記部下職員に指示して、上記団体が郵便割引の適用のある団体である旨などを記載した内容虚偽の公的証明書を発行したという虚偽有印公文書作成・同行使被告事件で、共謀の事実とは認められないとして無罪とされた。

この件では、証拠決定（大阪地決平成22年5月26日裁判所ウェブサイト<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20100806114630.pdf>）で、関係者の捜査段階の供述調書（いずれも各人が被疑者として取り調べられた際に作成されたもの）の多くについて、検察官による証拠調べ請求が却下されており、その中で、一部の者に対する検察官による取調べについて、不当という判

逮捕・勾留中の被疑者取調べの在り方

ズアップされ関連問題として取調べの在り方がとりあげられたり³⁾、裁判員裁判の開始に伴い従来のような（被告人と取調官の証言という水掛け論になりがち）任意性立証の在り方を改善すべきだという問題意識が出てきたりした⁴⁾ことで、被疑者取調べの在り方が脚光を浴び、その適正化に向けた機運が高まっている。ここでは、出頭・滞留義務肯定説に依拠した実務を前提として、その適正化がめざされている。しかし、出頭・滞留義務の肯定という前提自体を、再考してみる必要があるのではないか。

断がなされている。

⑤ 大阪府警東署事件（産経新聞2010年12月22日朝刊など）

2010年9月3日に大阪府警東署の警察官2名が在宅の被疑者に対する取調べを行った際、被疑者に対して暴言を吐いたとして、同年12月16日に懲戒処分を受け、同年12月21日に脅迫罪で略式起訴された。

⑥ 堺公訴取消事件（産経新聞2010年12月22日朝刊など）

大阪地検堺支部が、2010年1月に起訴した放火等の事件について、知的障害がある被告人の捜査段階における自白について信用性を立証することは困難との結論に達したとして、同年11月26日に公判担当検察官が公訴取消を申し立て、大阪地裁堺支部が公訴棄却決定をした。

3) 2006年2月2日の「未決拘禁者の処遇等に関する提言」(法務省ウェブサイト<http://www.moj.go.jp/KYOUSEI/SYOGU/proposal.html>)は、「代用刑事施設制度を将来的に廃止すべきものと考えられることは、次のような視点に立つと適当ではなく、また、現在の司法の運用において、大半の被疑者が代用刑事施設に勾留されている事実を踏まえると現実的でないとする意見が多数を占めた」としながら、「代用刑事施設制度は将来的には廃止すべきとする強い意見もあることや、刑事司法制度全体が大きな変革の時代を迎えていることなどを考えると、今後、刑事司法制度の在り方を検討する際には、取調べを含む捜査の在り方に加え、代用刑事施設制度の在り方についても、刑事手続全体との関連の中で、検討を怠ってはならない」とした。そして、同年6月2日には第164回国会で「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の一部を改正する法律」が成立して、同法が「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」となったが、その審議過程で、衆参両院の法務委員会が上記法案を可決した際に附帯決議をしている。衆議院法務委員会のそれには「刑事司法全体が大きな変革の時代を迎えていることなどを踏まえて、刑事司法制度の在り方を検討する際には、平成16年4月23日の当委員会の附帯決議の1を尊重し、取調べを含む捜査の在り方について検討するとともに、代用刑事施設制度の在り方についても、刑事手続全体との関連の中で検討すべきこと」(議事録第17号 平成18年4月14日)という内容が含まれており、参議院法務委員会の附帯決議には「裁判員制度の実施を控え、刑事司法制度の在り方を検討する際には、取調べ状況の可視化、新たな捜査方法の導入を含め、捜査又は公判の手続に関し更に講ずべき措置の有無及びその内容について検討を進めるとともに、代用刑事施設制度の在り方についても、刑事手続全体との関連の中で検討すること」(議事録第22号 平成18年6月1日)という内容が含まれている。

4) 司法研修所編『裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方』(法曹会、2008年)71頁以下。

本稿は、このような問題意識から、逮捕・勾留中の被疑者取調べの在り方に関して、適正化の基盤をなす出頭・滞留義務の問題を中心に、適正化に関する近時の動きをふまえて、検討する。具体的には、まず、次項において、出頭・滞留義務肯定説の内容・根拠を確認する。次いで第3項では、適正化に関する改革の現状を参酌しつつ、出頭・滞留義務肯定説が採用可能かどうかを批判的に検討する。続く第4項では、そもそも取調室における取調べが許されるのか（逮捕・勾留中の被疑者について、取調室への出頭やそこでの滞留があり得るのか）という点について、検討する。そして第5項では、出頭・滞留義務に関する結論をふまえて、逮捕・勾留中の被疑者取調べに関する若干の解釈上・運用上および立法上の提案を行う。

2 出頭・滞留義務肯定説の内容

出頭・滞留義務肯定説は、法198条1項を次のように解釈する。すなわち、①同項本文は、捜査機関が被疑者（逮捕・勾留されている者も、されていない者も含む）に出頭を求めてこれを取り調べることができる旨を、規定したものである。②同項但書は、㊸逮捕・勾留されていない被疑者は出頭を拒否したり退去したりすることができる旨と、㊹逮捕・勾留されている被疑者は出頭を拒否したり退去したりすることはできない旨とを、規定したものである。そして、このような法198条1項の解釈は、立法者の意図するところでもあったとみられる。すなわち、現行法制定過程の、国会司法委員会における提案理由の説明では、「次は被疑者の取調べについてであります。これは198条の規定であります。本案におきましては、検察官、検察事務官または司法警察職員は、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、これを取調べることができるのであります。この場合被疑者は逮捕または勾留されている者以外は、出頭を拒み、または出頭後いつでも退去することができるものと

し……」と述べられている⁵⁾。また、このような同条項の解釈は、現行法制定後通説化した⁶⁾。その代表的な見解は、立案関係者による逐条解説書に、以下のように示されている。

「検察官、検察事務官または司法警察職員（39Ⅲ）は、犯罪の捜査をするため被疑者の出頭を求めることができる（1項本文前段）。取調の目的のためであると、その他の目的（例えば、身体の検査、218）のためであるとを問わない。ただし、被疑者は、逮捕または勾留されているばあいを除いては、出頭を拒み、または出頭後いつでも退去することができる（1項但書）。……。なお、『逮捕又は勾留されている場合』の意義については疑問がある。わたくしは疑問を留保しながら、一応これを次のように解する。

(1) 当該被疑事件につき逮捕（199, 210, 213）または勾留（204-207, 211, 216）されているばあいには、逮捕された被疑者を留置している捜査機関または勾留された被疑者を拘置している監獄ないし代用監獄の職員は、被疑者の出頭を要求した捜査機関に被疑者を出頭させる義務を負い（この点に関しても種々の問題がある）、このばあいには被疑者は出頭を拒み、または出頭後退去することはできない。けだし、被疑者の逮捕・勾留は主として捜査のために被疑者の身体を確保することを目的とするものであるから、右のように解することは、当然に逮捕・勾留の趣旨の中に包含されているものと解することができ、しかも、かように解しないかぎり、本項但書に『逮捕又は勾留されている場合を除いては』とされていることが無意味になるからである。ちなみに、逮捕または勾留されている被疑者が当該捜査機関のもとに留置または拘置（代用監獄のばあいを考えよ）されているばあいには、出頭を求めることははじめから問題にならず、したがって但書の適用の余地がない（ただ、出頭した被疑者に対し逮捕または勾留状の執行をしたときは、但書の適用を生じる）。⁷⁾

5) 第2回国会衆議院司法委員会議録第23号5頁。引用は米澤慶治「被疑者の取調べ」判タ537号（1984年）63頁によった。

6) しかしその後、1958年に平野龍一が出頭・滞留義務否定説を提唱すると（同『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）106頁）、漸次それが有力化し、現在では出頭・滞留義務否定説が学説の多数を占めている。学説の流れについては、酒巻匡「逮捕・勾留中の被疑者の取調べ受忍義務」『刑事訴訟法の争点〔新版〕』（有斐閣、1991年）56頁以下。

7) 団藤重光『條解刑事訴訟法 上』（弘文堂、1950年）365～366頁。なお、同書は、引用部分に続

ここで、出頭・滞留義務を肯定する実質的根拠とされているのは、「被疑者の逮捕・勾留は主として捜査のために被疑者の身体を確保することを目的とするものである」という、逮捕・勾留の制度趣旨についての理解である。「被疑者の逮捕も勾留もその取調を目的として認められるものではないと解すべきではあるが、逮捕または勾留したからといって取調が禁止されるわけのものではなく、一定の場所での取調というかたちで拘束することは逮捕・勾留という処分の内容として承認されていると考えるべきである」⁸⁾ とか、「逮捕・勾留という処分の中には、その効力として出頭・滞留義務が当然含まれていると解される」⁹⁾ といった主張は、これを敷衍するものと位置づけられる。ここではさらに、なぜ「一定の場所での取調という形で拘束すること」が許されるのか、なぜ「逮捕・勾留という処分の中に…出頭・滞留義務が当然含まれている」といえるのか、問題である。この点については、次のような説明がなされている。「逮捕、勾留中の者は、それらの処分を受けるだけの嫌疑のある者である。そのような嫌疑のある者は、彼が犯人であろうとなかろうと真相解明のための最良の情報をもっているのが普通であるから、その者に対して黙秘権や弁護人との接見交通権等を保障するかぎり、嫌疑から生じている疑問に答えるようにとの説得を受ける義務を認めても不合理とはいえないと思われる」¹⁰⁾ というの

いて、「逮捕又は勾留されている場合」とは当該被疑事実について逮捕・勾留されている場合に限られ、他の被疑事実について逮捕・勾留されている場合を含まないとしている。これに対して、同じく立法関与者による逐条解説書である宮下明義『新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ』（司法警察研究会公安発行所、1949年）は、「本項〈198条1項：引用者注〉による出頭要求があつた場合、逮捕又は勾留されている被疑者は、出頭を拒み又は出頭後退去することは許されない。逮捕又は勾留の処分が、被疑者の逃亡を防止しその出頭を確保する趣旨の制度であるところから当然のことである。他事件において逮捕又は勾留されている者は勿論、すでに他事件により刑の言渡を受けその刑の執行中の者も本項による出頭の要求を受けた場合、出頭を拒み又は出頭後退去することは許されない」としている（同書53頁）。

8) 平場安治ほか『注解刑事訴訟法 中巻 全訂新版』（青林書院、1982年）51頁〔高田卓爾〕。

9) 松尾浩也監修『条解 刑事訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、2009年）378頁。

10) 佐藤文哉〈コメント〈被疑者の取調べ〉〉『刑事手続 上』（筑摩書房、1988年）196頁。

である¹¹⁾。

また、出頭・滞留義務肯定説は、形式的根拠として、法198条1項但書の文理をあげている。同但書を反対解釈して出頭・滞留義務を肯定するのとなれば、同但書が無意味なものになってしまうというのである。

それでは、このような出頭・滞留義務肯定説は、妥当であろうか。次項では、①出頭・滞留義務を課した取調べの実態がどのようなもの（となり得る）か、②出頭・滞留義務の肯定を前提に近時整備されてきた適正化に関する諸制度は、どのような効果をもたらすか、③そのような被疑者取調べの法的性質をどうみるべきか、といった観点から、出頭・滞留義務肯定説を批判的に検討する。

3 出頭・滞留義務肯定説の批判的検討

(1) 出頭・滞留義務を課した被疑者取調べの実態

たしかに、逮捕・勾留された被疑者は、一定の被疑事実についての嫌疑がある（現行犯逮捕を除いて裁判官によって嫌疑ありと認められた）者であり、事件に関して最良の情報を持っているのが普通だとはいえる。しかし、このことは、その者に出頭・滞留義務を課す十分な理由といえるだろうか。ここでまず問題とすべきは、出頭・滞留義務を課した取調べがどのようなものになり得るのかということである。この点について、最良情報所持を援用する先の論者は、「否認し続けている被疑者に対する取調べは、取調官の呈示する間に任意に答えてくれるように説得する過程にほかならない」とし、出頭・滞留義務の内容を「嫌疑から生じている疑問に答えるようにとの説得を受ける義務」と解している¹²⁾。また、出頭・滞留義務肯定説の中には、被疑者が「取調べを拒んだ

11) このような根拠づけが妥当しうるのは、当該被疑事実で逮捕・勾留されている場合のみであり、他の被疑事実で逮捕・勾留されている場合には及ばない。この点は余罪取調べに関係するが、本稿ではこれ以上立ち入らない。

12) 佐藤・前掲注10) 196頁。

場合、捜査機関の側で翻意させるための説得—被疑事実を裏づける資料の存在を指摘して弁解を促すなどを試みるとしても、それが長時間にわたることは許されない。被疑者の拒否の意思が確認されてしまえば、それ以上取調べの場に滞留させる合理的な理由はなくなるからである。]¹³⁾ とする見解もある。出頭・滞留義務肯定説の中には、出頭・滞留義務を課した取調べの法的性質について、強制処分とする説¹⁴⁾ と、任意処分とする説¹⁵⁾ とがあるが、任意処分説は、このような取調べの実態を想定していると考えられる。しかし、出頭・滞留義務を課した取調べの実態は、このようなものに留まらない。現に、出頭・滞留義務肯定説の中には、①出頭・滞留義務を課した取調べだからといって当該取調べが法の許容しない強制捜査になるというのは疑問である、としつつも、②出頭・滞留義務があるので、捜査官は出頭・滞留を確保するために被疑者に対して必要な有形力を行使することができ、③被疑者が黙秘している場合であっても、取調べに応じ真実を語るよう被疑者に説得することが、滞留義務があることで被疑者に供述を強要することになるはずもなく、当然許される捜査手法だといい、さらに、④取調べに応じるよう説得するのみならず、詰問的な尋問も含めた方法での被疑者の取調べも許されるはずだ、と主張するもの¹⁶⁾ もある。

実務においては、否認ないし黙秘する被疑者に対して、取調官が納得するよ

13) 松尾浩也『刑事訴訟法(上)新版』(弘文堂, 1999年) 67頁。なお、論者は、身柄拘束中の被疑者には出頭拒否及び退去の自由はないとしつつ、取調べに応ずる義務(取調受忍義務)は認められないとして、本文で引用した主張をしている。

14) 中谷雄二郎「別件逮捕・勾留—裁判の立場から」『刑事手続 上』(筑摩書房, 1988年) 204頁(ただし、同「別件逮捕・勾留—裁判の立場から」『新 刑事手続 I』(悠々社, 2002年) 320頁は、強制処分か任意処分かを明言しない)、植村一郎「任意取調べの限界」『新実例刑事訴訟法 I』(青林書院, 1998年) 65頁。

15) 伊藤栄樹ほか編『新版注釈刑事訴訟法〔第3巻〕』(立花書房, 1996年) 85頁〔東條伸一郎〕、平場ほか・前掲注8) 52頁〔高田〕、松尾監修・前掲注9) 378頁など。

16) 藤永幸治ほか編『大コンメンタル刑事訴訟法 第3巻』(青林書院, 1996年) 162~163頁〔河村博〕。

うな供述をするまで、逮捕・勾留の期間を通じて、食事等の時間を除いて朝から晩まで取調室に出頭・滞留させ、理詰めや詰問等の手段により、黙秘権を放棄して供述するよう迫ることが、行われている。そして、裁判所も、相当広範に、任意性を肯定するという形で、このような取調べを追認している。近時の実例として、たとえば以下のようなものがある。

「ア 被告人は、平成19年7月25日午後11時5分に本件殺人の被疑事実で逮捕され、同月29日に初めて本件殺人を認める内容の供述をするまでの間、毎日相当時間の取調べを受けて、取調べ終了が午後11時を過ぎる日もあった。しかし、その間は食事時間等の十分な休憩時間がとられており、連続で取調べが行われたのはせいぜい4時間程度であった。

イ 同月29日は、本件殺人の事実を認める内容の警察官調書（原審検乙2号）が作成された。この取調べは、午後6時40分から翌30日午前零時20分まで、6時間近く行われた（以下、この取調べを『29日の取調べ』という。）。

ウ 同月30日は、午前中の取調べはなく、午後から取調べが行われ、この取調べで本件殺人未遂の事実を認める警察官調書（同3号）が作成された。

エ 以上の取調べ状況を見ると、被告人が高齢で、持病があり、体調が優れなかったことを十分考慮しても、被告人が自白に至るまでの取調べが時間的にみて、任意性を損なわせるような過酷なものであったとはいえない。

2 以上のとおり、被告人が自白に至るまでの取調べが時間的にみて特に過酷なものであったとはいえないし、被告人が自白したのは、Aからお悔やみ文書を示されて、もはや言い逃れができないと観念したことによると認められ、その間Aが取調べで怒鳴ったり、机を叩いたりした可能性は否定できないものの、この点が直ちに任意性に影響を与えるものとはいえない。原審が自白調書の任意性を認めた点は是認できる。」¹⁷⁾

「取調時間についてみると、殺意について供述した被告人の検察官調書が作成された平成19年1月13日の検察官による取調べは、午前9時37分から午後5時35分まで、昼ごろに1時間程度の休憩を挟んで行われており、格別長時間であったとはいえない

17) 福岡高判平成21年12月10日 LLI/DB 判例秘書登載。

い。

また、逮捕後連日の取調べが行われた点については、被告人の公判供述によれば、午前9時か10時くらいから午後9時か10時くらいまで連日取調べが行われていたとのことであるが、仮にこの供述を前提としても、取調べが深夜に及ぶことはなく、食事と睡眠の時間は確保されていたのであり、取調べ時間が任意性に影響を及ぼす程度に長時間にわたっていたとは認められない。¹⁸⁾

このように、出頭・滞留義務を課した取調べは、とりわけ黙秘する被疑者に対するそれは、「取調官が納得するような供述をするまで、逮捕・勾留の期間を通じて、食事等の時間を除いて朝から晩まで取調室に出頭・滞留させ、理詰めや詰問等の手段により、黙秘権を放棄して供述するよう迫り続ける」というものになり得る。出頭・滞留義務を肯定しつつ、これを理論的に防止することは、不可能と考えられる¹⁹⁾。

この点に関して、近時、取調べの適正確保を目的とする制度や、適正確保に資する制度が、拡充されつつある²⁰⁾。これらによって、出頭・滞留義務を課し

18) 名古屋地岡崎支判平成21年4月6日 LLI/DB 判例秘書登載。

19) 出頭・滞留義務を肯定しつつ、取調受忍義務を否定する説がある（松尾・前掲注13）67頁、渡辺修『被疑者取調べの法的規制』（三省堂、1992年）210頁以下、寺崎嘉博『刑事訴訟法 [第2版]』（成文堂、2008年）144頁）。これらは、取調受忍義務がないことを根拠に、本文のような取調べを否定するものと考えられる。しかし、取調受忍義務を否定する以上、取調場所への出頭・滞留義務を肯定することはできないであろう。はじめから取調べに応じない旨を確定的に明言している者に、取調場所への出頭を義務づけることは、背理と考えられるし、取調べを拒否する被疑者について、取調場所にいつでも出頭しいつまでもそこに滞留しなければならないとすれば、それは取調受忍義務を課しているといわざるを得ない（三井誠『刑事手続法(1) [新版]』（有斐閣、1997年）133頁など）。また、渡辺・前掲書は、出頭・滞留義務を肯定しつつ、取調べそのものを受忍する義務はないとしたうえで、取調べへの弁護人立会請求権を肯定し、被疑者による接見請求に取調べ中断効があるとする。ここで、被疑者が接見請求をした場合に「被疑者を取調室に拘束しておくことはできるが、取調べをすることはできない」のであれば、そのような「取調べ」と切り離された取調室への「出頭・滞留義務」を観念することは疑問であり、「取調べが許されない状態になれば、出頭・滞留義務の根拠が失われ退去を許さなければならない」のであれば、これは実質的に出頭・滞留義務を否定するものと解される。

20) これに関する新しい文献として、佐藤隆之「被疑者取調べの適正化」ジュリ1370号（2009年）102頁以下がある。

た取調べが「取調官の呈示する間に任意に答えてくれるように説得する過程」を逸脱しないことを、確保できるだろうか。次にこの点を検討する。

(2) 取調べの適正化に関する近時の改革とその効果

ア 被疑者国選弁護制度

被疑者が自己の権利を認識・理解し、行使するうえで、弁護人による援助が重要である。また、弁護人がついていることで、取調べの逸脱がある程度監視され、是正され得る。この点に関しては、2006年10月2日から、法定合議事件（死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役若しくは禁錮に当たる事件（一定の例外を除く））で勾留請求された被疑者が、国選弁護人の選任を請求できるようになった（法37条の2）。そして、2009年5月21日からは、その対象が必要的弁護事件（死刑又は無期若しくは長期3年を超える懲役若しくは禁錮に当たる事件）にまで拡大されている。

イ 警察における取調べに関する制度

(ア) 被疑者取調べ監督制度

2008年4月に「被疑者取調べ適正化のための監督に関する規則」（平成20年国家公安委員会規則4号）²¹⁾が公布され、2009年4月1日から施行された。ここでは、監督対象行為として、①やむを得ない場合を除き、身体に接触すること、②直接又は間接に有形力を行使すること（①に掲げるものを除く）、③殊更に不安を覚えさせ、又は困惑させるような言動をすること、④一定の姿勢又は動作をとるよう不当に要求すること、⑤便宜を供与し、又は供与することを申し出、若しくは約束すること、⑥人の尊厳を著しく害するような言動をすること、が列挙され（3条1項2号）、さらに、午後10時から翌日午前5時まで

21) 当局者による解説として、阿久津正好『「被疑者取調べの適正化のための監督に関する規則」及び「犯罪捜査規範の一部を改正する規則」の制定について』警論61巻6号（2008年）66頁がある。

の間に、または、1日につき8時間を超えて被疑者取調べを行うときに、警察本部長等又は警察署長の事前の承認を受けないことを、監督対象行為とみなすとされた(同条2項)。また、取調べ監督官が視認・事件指揮簿及び取調べ状況報告書の閲覧その他の方法によって被疑者取調べの状況の確認を行うことや、現に監督対象行為が認められた場合の措置(6条)、取調べに関する苦情の扱い(7条)、監督対象行為が行われたと疑うに足りる相当な理由がある場合の取調べ調査官による調査(10条)などについても、規定された。

(イ) 取調べ時間管理の厳格化

上記規則においてみなし監督対象行為が規定されたほか、2008年4月に施行された犯罪捜査規範168条3項で、「取調べは、やむを得ない理由がある場合のほか、深夜に又は長時間にわたり行うことを避けなければならない」ことが、規定された。

(ウ) 取調べ室の構造及び設備

2009年4月に施行された犯罪捜査規範182条の3で、取調べ室は、透視鏡を備え付けるなど取調べ状況の把握のための構造及び設備を有すること等の基準に適合するものとしなければならない旨が、規定された。

(エ) 弁護人等との接見に対する配慮

2008年9月1日から、改正された犯罪捜査規範130条3項にもとづいて、被疑者に対して弁護人選任権の教示が行われることとなったが、これと併せて、警察庁の各都道府県警察宛の通達「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との間の接見に対する一層の配慮について」にもとづいて、①弁解録取の際に、取調べ中において弁護人等と接見したい旨の申出があれば直ちにその申出があった旨を弁護人等に連絡する旨を、被疑者に告知する、②取調べ中に被疑者から弁護人等と接見したい旨の申出があった場合にはこれを直ちに弁護人等に連絡する、③取調べ中に弁護人等から接見の申出があった場合には、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、④被疑者や弁護人等から接見に関する申出があった場合には、その申出及びこれに対してとった措置を、当該申出を受けた捜査員が書面に記録する、といった内容が実施されている²²⁾。

(オ) 取調べ状況報告書

2004年4月以降、犯罪捜査規範182条の2により、逮捕・勾留中の被疑者・被告人の取調べに際して取調べ状況報告書が作成されることになったが、2008年9月からその対象が拡大され、身柄不拘束被疑者を取り調べる場合（微罪処分を取り調べる場合を除く）にも作成されることとなった。なお、取調べ状況報告書の記載事項は、①逮捕・勾留の有無及び罪名、②取調べ時間、③休憩時間、④取調べ場所、⑤取調べ担当者氏名、⑥供述調書作成の有無及び通数、⑦その他参考事項の有無及び内容、等である。

(カ) 取調べの録音・録画

2008年9月から、東京・埼玉・千葉・神奈川・大阪の5都道府県警察において、裁判員裁判対象事件（自白事件に限る）の取調べの一部（自白調書の読み聞け・署名押印場面を基本とした、自白内容に間違いがないことを確認している状況）の録音・録画が開始された²³⁾。そして、2009年4月からは、その範囲

22) 児玉晃一「トピック 接見指定（刑訴法39条3項）の実質死文化へ！」LIBRA Vol. 8 No. 12（2008年）36頁（東京弁護士会ウェブサイトhttp://www.toben.or.jp/news/libra/pdf/2008_12/p36-37.pdf）、警察庁「足利事件における警察捜査の問題点等について（概要）」（2010年4月）18頁（警察庁ウェブサイト<http://www.npa.go.jp/sousa/kikaku/houkokushogaiyou.pdf>）、島根県における平成20年5月20日付県警本部長通達（島捜一甲第555号）「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との接見に関する一層の配慮について」（島根県ウェブサイトhttp://www.pref.shimane.lg.jp/police/shiritai/kunrei/keiji/keiji.data/keiji_kikaku_11.pdf）。

23) この試行に関するとりまとめとして、2009年3月に警察庁「警察における取調べの録音・録画の試行の検証について」（警察庁ウェブサイト<http://www.npa.go.jp/keiji/keiki/rokuon/kensho.pdf>）が公表された。そこでは、録音・録画が取調べの適正確保にも資すると考えられるとされる一方、録音・録画が取調べの真相解明機能に影響を及ぼすことがあることが明らかとなってきたところであるから、取調べの機能を損なわないように、録音・録画の方法について十分に配慮すべきだともされている。

が全都道府県警察に拡大されている。

(キ) 指導・教養等

富山事件・志布志事件・足利事件を受けて、各種の通達が出されたり、検証報告書が公表されたりしている²⁴⁾。また、2010年2月には、警察庁に「捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会」が組織されている。

ウ 検察における取調べに関する制度

(ア) 弁護人等との接見に対する配慮

検察においても、2008年9月1日から、最高検察庁の通達「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との間の接見に対する一層の配慮について（依命通達）」にもとづいて、警察におけるのとほぼ同内容のものが実施されている²⁵⁾。

(イ) 取調べ状況報告書

「取調べ状況の記録等に関する訓令」（平成15年11月5日付法務大臣訓令）にもとづいて、取調べ状況報告書も作成されている。

24) 警察庁「富山事件及び志布志事件における警察捜査の問題点等について」（2008年1月）（警察庁ウェブサイト http://www.npa.go.jp/keiji/keiki/torishirabe/toyama_mondai.pdf）、警察庁・前掲注22）。

25) 見玉・前掲注22）36頁。

- 「(1) 弁解録取の際に、被疑者に対し弁護人選任権を告知するとともに、取調べ中の被疑者から弁護人と接見したい旨の申出があれば、直ちに弁護人に連絡する旨を告知する。また、被疑者に対し、弁護士会等を通じての弁護人選任を申し出ることを教示し、申出があれば直ちにその措置をとる。
- (2) 検察官取調べ中に被疑者から弁護人と接見したい旨の申出があれば、直ちに弁護人にその旨連絡する。
- (3) 検察官取調べ中又は検察庁に押送された被疑者に弁護人から接見の申出があった場合、
- ① 現に取調べ中でない場合には、直ちに接見の機会を与え、接見施設がない場合には職員（検察官ではない）立会いのもとでの面会接見の機会を与えるよう配慮する。
- ② 現に取調べ中の場合には、できる限り早期に、遅くとも直近の食事又は休憩の際には、接見の機会を与えるよう配慮する。
- (4) これらの接見の申出があった場合には、申出及びこれに対してとった措置を書面に記録し、これを事件記録に編てつする。」

(ウ) 取調べの録音・録画

取調べの一部の録音・録画もなされている。すなわち、2008年4月から、裁判員裁判対象事件について、原則として、自白調書の読み聞け場面を中心に、取調べの一部の録音・録画を行うこととされた。そして、2009年2月、最高検察庁は「取調べの録音・録画の試行についての検証結果」²⁶⁾を公表した。ここでは、録音・録画が自白の任意性等の効果的・効率的立証に有用だとする一方、録音・録画が取調べの真相解明機能に影響を及ぼす場合があることが明確となり、録音・録画の実施方法については真相解明の観点から十分な慎重さを要することを再認識したとして、裁判員裁判対象事件に関し、検察官の判断と責任において、取調べの機能を損なわない範囲内で、検察官による被疑者取調べのうち相当と認められる部分の録音・録画を行うこととすべきであり、その具体的方法等については基本的に本格試行（自白調書を証拠請求することが見込まれる事件で、録音・録画により取調べの真相解明機能が害されたり関係者の保護や協力確保に支障を生じたりするおそれ等がなく、被疑者が拒否しない場合に、自白後に行う任意性の立証を目的とする取調べの場面を録音・録画する）と同様とするのが相当だが、裁判員にとって分かりやすく効果的・効率的な立証となっているかを検証しつつ、必要な改良を加えていくものとする、としている。その後²⁷⁾、2010年12月27日、最高検察庁は「いわゆる厚労省元局長無罪

26) 検察庁ウェブサイト http://www.kensatsu.go.jp/saiban_in/img/rokuon.pdf。

27) 2010年6月18日、法務省が、取調べの可視化に関する省内勉強会の中間取りまとめとして、「取調べの可視化に関する今後の検討方針について」（法務省ウェブサイト <http://www.moj.go.jp/content/000049066.pdf>）と「被疑者取調べの録音・録画の在り方について」（法務省ウェブサイト <http://www.moj.go.jp/content/000049080.pdf>）を公表した。そこでは、①全事件の可視化は現実的ではないといわざるを得ないので、可視化の目的に照らして実施の必要性が高く、また、早期かつ円滑に実現可能な具体的事件や取調べの範囲について検討する、②録音・録画が捜査・公判の機能や被害者を始めとする事件関係者に与える影響についても更に検討しながら、録音・録画の具体的な在り方について検討を進める。その過程では、取調べの可視化により実現しようとする目的と取調べを通じた真相の解明等刑事司法制度の適正な機能の確保とのバランスを欠くことがないよう、録音・録画の対象とする取調べの範囲についても検討を加える。また、今後の調査・検討の過程において、上記のような可視化の影響についても吟味しつつ、必要に応じて、新たな捜査手法の

事件における捜査・公判活動の問題点等について(公表版)²⁸⁾を示した。ここでは、「再発防止のための方策」として12項目が掲げられているが、そのひとつとして「特捜部が担当する身柄事件においては、自白の任意性・信用性等に関わる取調べ状況について、裁判所の公正な判断に資する立証方策の在り方を検討する必要がある」ことから、「平成23年2月頃までに試行方針を策定した上、その後速やかに取調べの録音・録画の試行を開始する。」とされている²⁹⁾。

エ 各制度の効果

これらの制度によって、出頭・滞留義務を課した取調べが「取調官の呈示する間に任意に答えてくれるように説得する過程」に留まることになるだろうか。結論を先に言えば、否といわざるを得ない。

まず、警察における取調べの監督制度については、監督対象行為の中に明らかに違法なもの(便宜供与、一定の姿勢の強要等)から不当といえない可能性のあるもの(有形力の行使)まで含まれている点や、監督対象行為の定義に「やむを得ない」「殊更に」「不当に」「著しく」といった規範的要素が含まれており不明確さが残る点などの、問題がある。また、取調べ時間管理の厳格化についても、午前5時から午後10時までの間で1日8時間以内なら何ら制約されず、午後10時以降午前5時までの間や1日8時間超であっても警察署長等の事

導入などについても検討する。また、知的能力等に起因する一定の事情が認められる被疑者について、自白の信用性を検討する手段としての録音・録画の在り方についても、今後、調査・検討する、^③平成23年6月以降のできる限り早い時期に、省内勉強会としての検討の成果について取りまとめを行う、とされている。

28) 検察庁ウェブサイト <http://www.kensatsu.go.jp/oshirase/sinki/kensyou.pdf>。

29) 録音・録画を導入する理由としては、特捜事件においては警察による取調べがないので、重層的チェックができず、警察の取調べに対する供述の状況を明らかにすることもできないということが、あげられている。また、録音・録画する範囲については、真相解明機能や関係者の名誉・プライバシー等に録音・録画が与える影響をもふまえて検討するとされている。

2011年1月15日現在、法務大臣の下に、外部の有識者で構成される「検察の在り方検討会議」が設置され、改革策の提言に向けて議論が行われており、そこではさらに踏み込んだ提言が行われる可能性がある。

前の承認があれば取調べ可能とされていることなどからすると、取調べを「任意に答えてくれるように説得する過程」に限定する制度的保障としては、不十分である。黙秘ないし否認する被疑者を、最大23日間、毎日8時間にわたって、取調室に滞留させ、(監督対象行為にあたらぬ方法で)取調べを行うことは、被疑者が「取調べを拒んだ場合、捜査機関の側で翻意させるための説得一被疑事実を裏づける資料の存在を指摘して弁解を促すなど一を試みる」としても、それが長時間にわたることは許されない。被疑者の拒否の意思が確認されてしまえば、それ以上取調べの場に滞留させる合理的な理由はなくなるからである」という状態とは、到底いえない。なお、黙秘ないし否認を続ける被疑者に対して、自白させる目的で取調べを長時間にわたって続けることは、監督対象行為のうちの「殊更に不安を覚えさせ、又は困惑させるような言動」に該当すると考えられる。しかし、その限界は不明確だし、その取調べの状況は録音・録画されないから、録音・録画による捜査官への抑止力も働かない。取調べ状況報告書も、取調べ時間等に関しては事後的に明らかにしてくれるとしても、取調べの中身を再現する機能は期待できない³⁰⁾。また、透視鏡等を備え付けた取調室において取調べが行われても、取調べ監督官が取調べの全過程を視認するわけではない。むしろ、確認の方法としては、取調べ状況報告書を事後に閲覧するという方法が、広く用いられると推測される³¹⁾。そして、監督官による視認が行われる場合も、監督対象行為の定義自体に不明確さが残る点や、内部者による監督であることによる限界がある。

30) 取調べ状況報告書は、取調べの経過・状況に関する客観的・外形的な証拠資料として作成されるものであり(阿久津・前掲注21)91頁参照)、取調べの内容を記録することは予定されていない。

この点に関して、近時は、弁護人が「被疑者ノート」を差し入れ、被疑者がそれに取調べの内容等を記入する例も増えている(「被疑者ノート」の形式は、日弁連ウェブサイト http://www.nichibenren.or.jp/ja/legal_aid/on-duty_lawyer/data/higishanote_000.pdf 参照)。しかし、弁護人が選任されていない状態では被疑者ノートは作成されないし、弁護人が選任されて被疑者が被疑者ノートを手にした場合でも、数時間にわたって行われる取調べの内容を、被疑者がもれなく正確にノートに記載することは、困難なことも多い。

31) 阿久津・前掲注21)74頁も参照。

次に、「被疑者と弁護人等との接見交通についての配慮」は、それが正しく運用されれば、かなりの程度取調べの逸脱防止に資すると考えられる。しかし、「配慮」は、直接取調べの内容を規制するものではない。しかも、接見申出によって直ちに取調べが中断されるわけでもない。弁護人が接見のために被疑者の現在場所（取調べを受けている場所）に赴いたとしても、「できる限り早期に接見できるよう配慮」されはするものの、必ず直ちに接見させる（取調べを中断する）ことまでは、求めている。さらに、接見交通の前提となる弁護人が、逮捕されたすべての被疑者について逮捕の時点からついているわけではない。また、「配慮」要請が、警察や検察の内部における通達でしかなく、それに違反した場合の効果も明確でないことも、その実効性を懸念させる。

最後に、取調べの録音・録画については、現在行われているものでは、取調べを「取調官の呈示する間に任意に答えてくれるように説得する過程」に留める機能を期待することは難しい。なぜなら、録音・録画の対象が、自白し（それを内容とする供述調書が作成され）た後の読み聞けや署名押印などの状況とされており、「説得する過程」すなわち「黙秘ないし否認していた被疑者が自白するに至る過程」は録音・録画されないからである。録音・録画は、取調べの状況を正確・確実に保存するものであるから、取調べが「任意に答えてくれるように説得する過程」に留まっていたかどうかを事後的に検証する手段としては、極めて有用である。また、その状況が確実に保存されることから、捜査官が逸脱行為を自制するであろうという効果も期待できる。しかし、これらの機能を果たすためには、取調べ過程の全てを録音・録画しなければならない。そもそも、警察庁や最高検察庁は、取調べの録音・録画の目的を、公判において捜査段階の自白の任意性・信用性を効果的・効率的に立証することとしており³²⁾、取調べの適正化はその副次的効果と位置づけられているにすぎない。こ

32) 最高検察庁「取調べの録音・録画の試行についての検証結果」（2009年2月）1頁、警察庁・前掲注23）1頁。

のような発想では、録音・録画を取調べの適正確保の手段とすることには、限界がある。

こうして、現在までに実現した諸制度によっては、出頭・滞留義務を課した被疑者取調べが「取調官の呈示する問に任意に答えてくれるように説得する過程」に留まる保障はない。現に、上記諸制度が実施された後に、大阪府警東署事件³³⁾（任意同行中の被疑者に対する取調べにおける警察官による暴言）や堺公訴取消事件³⁴⁾（捜査段階における被疑者の自白の信用性を立証することが困難だとして、検察官が公訴を取り消した）の取調べが行われている。また、2008年10月30日に出された自由権規約委員会の最終見解（規約第40条1(b)に基づく日本の第5回政府報告に関するもの）も、「主な懸念事項及び勧告」の中で、以下のように述べている。

「19. 委員会は、警察の内部規範で定められている被疑者取調べの時間制限が不十分であること、真実を明らかにするよう被疑者を説得するという取調べの機能を阻害するとの理由で取調べにおける弁護人の立会いが認められていないこと、及び、取調べの電子的な監視の手法が散発的及び選択的に行われ、しばしば被疑者の自白を記録することに限定されていることを懸念をもって留意する。また、委員会は、主に自白に基づく有罪率が極めて高いことに懸念を再度表明する。この懸念は、このような有罪判決の中に死刑が含まれることで更に強くなる。（第7条、第9条及び第14条）」

締約国は、虚偽の自白を防止し、規約第14条に定められている被疑者の権利を確保するため、取調べの厳格な時間制限や法律を遵守しない行為への制裁につき規定する立法措置を取るとともに、取調べの全過程について体系的に録音・録画し、さらに全ての被疑者に、弁護人が取調べに立ち会う権利を保障すべきである。また、締約国は、犯罪捜査における警察の役割は、真実を発見することより、公判のための証拠を収集することであることを認識し、被疑者の黙秘が有罪であることを示すも

33) 前掲注2) ⑤。

34) 前掲注2) ⑥。

のではないことを確認し、警察の取調べにおいてなされた自白よりも現代的な科学的証拠に依拠するよう、裁判所に働きかけるべきである。」³⁵⁾

35) 自由権規約委員会の最終見解(2008年10月30日)外務省仮訳(外務省ウェブサイト http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/jiyu_kenkai.pdf) 6～7頁。

なお、最終見解は、特定の勧告に対するフォローアップの情報を1年以内に提出するよう、日本政府に要請しており、その中に本文で引用した勧告が含まれていた。日本政府のこれに対する現状説明は、以下のとおりである(「自由権規約委員会の最終見解(CCPR/C/JPN/CO/5)に対する日本政府コメント」外務省仮訳(外務省ウェブサイト http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/2c_comment0912.pdf) 4～6頁)。

「9. 取調べ時間の制限及び違反に対する制裁の立法化について

捜査の流動性や事件の多様性にかんがみると、一定時間を超える取調べや特定の時間帯に開ける取調べを法律で一律に禁止するには至っていない。

もっとも、近年、我が国の警察及び検察では、被疑者に過度の負担をかけることがないよう、従前にも増して取調べの時間及び時刻について配慮しており、やむを得ない理由がある場合のほか、深夜に又は長時間にわたり被疑者の取調べを行うことを避けることとしている。警察においては、深夜に又は長時間にわたる取調べを原則として避けなければならないとする規定を内部規則に明記し、1日につき8時間を超えて取調べを行うとき等には警察本部長等の事前の承認を受けることとした上、この事前の承認を受けずにこのような取調べを行った場合、取調べの中止その他の措置を講ずることも内部規則に明記している。

さらに、最近、我が国の警察及び検察では、取調べ過程・状況を書面で記録するとともに、その内容を被疑者に確認させて、その署名指印を得ることなどの措置を講じることとしており、警察においては、この点についても内部規則に規定した。

10. 取調べの全過程を体系的に録音・録画することについて

警察においては、裁判員裁判において、自白の任意性に関し、裁判員にも分かりやすく、効果的・効率的な立証方を検討するため、裁判員裁判対象事件に関し、取調べの機能を損なわない範囲内で、警察官による被疑者の取調べのうち相当と認められる部分の録音・録画の試行を実施している。

また、検察においては、裁判員裁判における自白の任意性の効果的・効率的な立証方の検討の一環として、裁判員裁判の対象となる一定の重大事件について、検察官の判断と責任において、取調べの機能を損なわない範囲内で相当と認められる部分の録音・録画を試行し、2009年2月、最高検察庁がこれら試行結果をとりまとめて検証したところであり、同検証結果を踏まえ、同年4月以降、原則として、裁判員裁判対象事件のうち自白事件の全件について、上記のような録音・録画を実施している。

このような警察及び検察における録音・録画は、取調室の状況や取調官の発問状況、被疑者の表情、声の様子、挙動等を客観的に明らかにするものであり、録音・録画された取調べの中において、被疑者が自白の経緯や取調べ状況について自由に供述する機会が与えられていること、犯罪を立証する上で不利な供述がなされても途中で録音・録画が中断されることがないとされていること、録音・録画記録については、その終了後に一切改変や編集を加えることなくそのまま弁護人に開示されている。

なお、政府は、本件について、諸外国における捜査手法、取調べの可視化の状況等犯罪捜査

(3) 出頭・滞留義務を課した被疑者取調べの法的性質

出頭・滞留義務を課した取調べの実態が上記のとおり（「黙秘する被疑者を、最大23日間、毎日8時間にわたって取調室に出頭・滞留させ、取調官が納得するような供述をするまで、監督対象行為にあたらぬ方法で、理詰めや詰問等を用いて、黙秘権を放棄して供述するよう被疑者に迫り続ける」「その間、弁護人との接見交通については一定の配慮はするものの、接見請求があっても当然に取調べを中断するわけではない」という事態を防止できない）だとすれば、これは強制処分である。判例の「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」³⁶⁾ という定義を前提にしても、これに該当する。すなわち、出頭・滞留義務を課した取調べは、第1に、被疑者の人格的自律権ないし静穏プライバシー権³⁷⁾ に制約を加えるものである。取調場所にいることを強いるだけでなく、その間、意思に反して取調官の発問・追及に晒されることを強いるものだからである。第2に、出頭・滞留義務を課した取調べは、弁護人依頼権（に含まれる弁護人による援助を受ける権利）に制約を加

のあり方についての調査研究を含め、その対応方策を検討している。

11. 取調べへの弁護人の立会いについて

2009年5月から、被疑者国選弁護制度の対象事件が死刑、無期又は長期3年を超える懲役又は禁錮に当たる事件へと拡大されているところであり、このように身柄拘束中の被疑者が早期に国選弁護人を選任し、接見の際の助言等の援助を受ける道が大きく開かれたことや、上記9及び10に記載したような取調べの適正確保方策等が講じられていることから、これらの措置により、取調べの適正確保が進んでいる。

12. 警察の役割について

我が国においては、捜査段階から起訴・公判段階を経て、刑の執行段階にいたるまでのすべての刑事手続について規定する刑事訴訟法が、『事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする』（第1条）と定めており、警察官の行う捜査についても、事案の真相を明らかにして事件を解決することが基本とされているところである。」

36) 昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。

37) 人格的自律権ないし静穏のプライバシー権の権利・利益性については、伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995年）235頁、佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、1995年）461～462頁を参照。

えるものである。取調べ中に被疑者が弁護人との接見を求めても、(できる限り早期に接見できるよう「配慮」されるにしても,)取調べが中断される保障はないからである。第3に、出頭・滞留義務を課した取調べは、黙秘権に制約を加えるものでもある。黙秘している被疑者に対する取調べの実質は、黙秘権の放棄をめざし、それを追求するものだからである。そして、最大23日間・毎日8時間にわたって、意思に反して取調室で取調官の発問・追及に晒され続け(得)るとするのは、人格的自律権ないし静穏のプライバシー権に対する制約の程度が極めて強いものであり、弁護人依頼権や黙秘権は、被疑者に認められる基本的で極めて重要な権利である。こうして、出頭・滞留義務を課した取調べは、逮捕・勾留自体に伴う権利制約(身体的自由に対する制約)を超えた、それとは質的に異なる強度の権利制約を課す処分である。逮捕・勾留中の被疑者取調べを強制処分だとする説³⁸⁾は、この実態を正しく認識・評価している。

そうすると、法198条1項は強制処分の根拠規定ということになる。しかし、同項をそのように解することは、疑問である。まず、同項本文について、①逮捕・勾留されていない被疑者に関しては任意処分としての取調べを定めたものであり、かつ、②逮捕・勾留されている被疑者については強制処分としての取調べを定めたものということになり、1つの条文が任意処分(①)と強制処分(②)を同時に定めていると解することになる点が、問題である。在宅被疑者の取調べが任意処分であり、逮捕・勾留されている被疑者の取調べが強制処分であるなら、両者は別の条文にそれぞれ規定すべきである。そして、強制処分たる逮捕・勾留されている被疑者の取調べについては、他の強制処分に関する規定と同じ程度に、要件や手続について規定すべきである。

この点、すなわち、逮捕・勾留中の被疑者取調べの手続等に関しては、施設法にも規定がなく、法の空白状態が生じている。すなわち、2006年に「刑事施

38) 前掲注14)。

設及び受刑者の処遇等に関する法律」が改正されて「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」となり（2007年6月1日から施行）、そこに未決拘禁者の処遇に関する内容が盛り込まれた。しかしそこには取調べについて直接言及した規定はない。関連しそうな規定としては、①「未決拘禁者の処遇（運動、入浴又は面会の場合その他の法務省令ないし内閣府令で定める場合における処遇を除く）は、居室外において行うことが適当と認める場合を除き、昼夜、居室において行う」旨の規定（35条1項、182条1項）、②「刑事施設の長ないし留置業務管理者は、法務省令ないし内閣府令で定めるところにより、食事、就寝その他の起居動作をすべき時間帯を定め、これを被収容者ないし被留置者に告知するものとする」旨の規定（38条1項1号、184条）、③外部交通としての面会に関する規定（115条～118条、216条～220条）、がある。しかし、これらと取調べとの関係は、法文上は明らかでない。この点に関しては、以下のような指摘がなされており、それが一般的な理解だと考えられる。

①に関して、「検察官などが取調べを行う場合や公判期日に出頭させる場合などにも、未決拘禁者を居室外に出すことになるが、それは、刑事施設における処遇ではなく、本条〈35条：引用者注〉1項の適用外の問題であると考えらるべきであろう。」³⁹⁾

②に関して、「本条〈38条：引用者注〉により定められる時間帯は、被収容者も刑事施設もこれに従わなければならないものであるが、これは通常の場合を想定したスケジュールとして定められるものであって、例えば、被収容者の公判期日への出頭や夜間における収容の場合などの特別な事情がある個別的な状況の下でこれに従うことができないときにまで、これに従わなければならないとするものではない。」⁴⁰⁾

39) 林眞琴ほか『逐条解説 刑事収容施設法』（有斐閣、2010年）113頁。

40) 林ほか・前掲注39) 122頁。なお、第164回国会衆議院法務委員会における政府参考人（安藤隆春警察庁長官官房長）の答弁（細川委員及び平岡委員の質問に対するもの）では、「取調べのために日課時間が時間どおりに実施できず、起床時間を遅らせたり別の時間に運動等を実施するなどの補完措置が講じられることが、実際にある」旨、述べられている（議事録第16号 平成18年4月12日）。

「実務上配慮されなければならないのは、捜査段階にある被疑勾留者の場合である。被疑勾留段階における取調べについては、刑事訴訟法に規定されており、第198条で、被疑勾留者を捜査機関のもとに出頭させ、又は捜査機関が刑事施設に赴いて面接して取調べをすることが当然に予定されている。被疑勾留者は、取調べの受忍義務、捜査機関のもとへの出頭義務及び取調べ中の滞留義務があるというのが、通説・実務であるが、刑事訴訟法には、取調べ時間について定めがなく、捜査機関が取調べのために必要があると認めれば、未決拘禁者について一般的に設定されている動作時限を超えて取調べを続けることもできる。動作時限について法定されていない旧監獄法の下、その可能性は大きかったといえることができる。

「これに対して、未決拘禁者の動作時限の設定及びその基本的な内容が行刑法に定められることになれば、捜査機関は、取調べをするに際し、適正な収容生活の確保が法的に保障されていることを尊重し、配慮することが求められることになる。そして、被疑勾留者について、適正な収容生活が確保されないような取調べが行われるときは、刑事施設の長は、捜査機関に対して、適正な収容生活を確保するために是正を求め、調整を図る必要がある。

なぜならば、刑事施設の長は、行刑法の規定に基づき、被疑勾留者について、勾留の目的、規律及び秩序の維持並びに管理運営上の要請を考慮しつつ、防御権の尊重に留意し、他方、捜査・取調べの客体としての立場を配慮して処遇を行い、全体として、適正な収容生活を確保する責務を負うからである。」⁴¹⁾

③に関して、「検察官などの捜査機関による取調べも、被収容者が自発的に望むという性質のものではないから、外部交通ではない。被告人として公判期日に出廷し陳述したり、裁判の証人として証言するのも、同様である。」⁴²⁾

こうして、出頭・滞留義務を課した取調べは強制処分であるが、法198条1項を強制処分の根拠規定と解することはできない。そして、逮捕・勾留中の被疑者取調べを（在宅被疑者の取調べと同様に）任意処分だというためには、出頭・滞留義務を否定しなくてはならない。

41) 鴨下守孝『全訂2版 新行刑法要論』（東京法令出版，2009年）324～325頁。

42) 林ほか・前掲注39) 537頁。

(4) 法198条1項の解釈

逮捕・勾留中の被疑者取調べについて出頭・滞留義務が認められないとすると、法198条1項をどのように解釈すべきかが問題となる。出頭・滞留義務肯定説は、出頭・滞留義務を肯定するものでなければ法198条1項但書が無意味になるということを、自説の論拠のひとつとしてあげている。これをどう克服するかが問題である。

この点については、出頭・滞留義務否定説から、次のような主張がなされている。①同項但書は、出頭拒否や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⁴³⁾。②逮捕・勾留されている場合については明文をおかず、解釈に委ねた趣旨に解すべきである⁴⁴⁾。③本条項は、在宅被疑者に主眼を置いた出頭要求にかかわるものであり、捜査のために出頭要求ができること、しかしそれが任意の処分であること、を明らかにした規定であり、そうであれば、逮捕・勾留の場合のことではないので、その旨が付言されている⁴⁵⁾。

しかし、これらに対しては、次のような反論がある。①説に対しては、出頭拒否や退去の自由が逮捕・勾留の効果を否定するものでありえないことは明らかであり、そのような規定がおかれているとは考えられない。②説に対しては、「逮捕又は勾留されている場合を除いては」と書かれている以上、反対解釈をするのが自然であり、逮捕・勾留されている場合について解釈に委ねた趣旨と解するのは困難である。③説に対しては、1項本文は単に「被疑者」としており、在宅の者に限定していないから、それを在宅被疑者に主眼を置いた規定と読むのは困難である（在宅被疑者に関して規定するなら、本文を「……逮捕・勾留されていない被疑者の出頭を求め……」などとするのが自然である）。

43) 平野・前掲注6) 106頁。

44) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（青林書院，1990年）83頁。

45) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣，1996年）132～133頁。

この点に関しては、次のような理由で、②説によるべきと考える。まず、法198条1項本文については、被疑者に何の限定も付していない以上、「捜査機関が被疑者（逮捕・勾留の有無を問わない）の出頭を求めてこれを取り調べることを認める趣旨」と解される。次に、但書は、「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……退去することができる」というかたちで、逮捕・勾留されていない被疑者について規定しているのであって、逮捕・勾留されている被疑者について直接規定したものではない。もちろん、但書を反対解釈すれば、「逮捕又は勾留されている場合には、出頭を拒み、又は……退去することができない」となるが、これは強制処分を認める内容である。もしこのような強制処分を認めるのであれば、少なくとも但書は「逮捕又は勾留されている場合には、出頭を拒み、又は……退去することができない」というかたちで、逮捕・勾留されている被疑者について正面から規定すべきである。さらには、但書ではなく本文で、かつ、任意処分たる在宅被疑者の取調べとは別個に、規定すべきである。こうして、但書を反対解釈することはできない。そして、但書が反対解釈を要求するものでないとすれば、法198条1項は、逮捕・勾留されている場合の出頭拒否や退去については何ら規定していないことになる。そして、これに関しては他の条文にも規定されていないので、その解決は解釈に委ねられることになる。

なお、但書を反対解釈して出頭・滞留義務を肯定するのが相当でないことは、その制定経過⁴⁶⁾からも、補強できる。すなわち、法198条1項のもとになったのは、GHQが示したプロブレムシートの「A procurator or police official may, in the course of the investigation of a crime, call upon an accused, a suspect or a person believed to have information, to answer

46) この点については、多田辰也『被疑者取調べとその適正化』（成文堂、1999年）139頁以下〔初出、立教法学27号（1986年）、28号（1987年）、29号（1988年）〕、大出良知「被疑者取調べの歴史的考察（戦後）」『総合研究 被疑者取調べ』（日本評論社、1991年）127頁以下参照。

questions. The individual questioned has the right to refuse to answer, and, if not under arrest, may withdraw at any time. (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。)⁴⁷⁾(第5問及び第10問の修正(1))である。ここでは「訊問に答えるよう要求することができる」とあるだけで、「出頭を求め」とか「取調べ」という文言は含まれていない。捜査機関が対象者をその意思に反して取調べ場所に来させたり留まらせたりすることは、含まれていない。したがって、プロブレムシートの「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」という部分を反対解釈して、「逮捕されている場合は、取調べ場所から退去することができない」と解することは、できない⁴⁸⁾。このように、法198条1項のもととなったプロブレムシートは、出頭・滞留義務を予定していなかったのであり、同条の解釈にあたってはこのことも斟酌すべきである⁴⁹⁾。

47) 原文は横井大三「新刑訴制定資料」刑雑3巻3号に、日本語訳は大出・前掲注46)130頁に、それぞれよった。

48) 直接は「逮捕されていない者について、いつでもどこにでも行ける」旨を規定したものであり、反対解釈をすとしても、「被逮捕者は、逮捕による身柄拘束の効果があるので、勝手にどこにでも行くことはできない」旨を含意しているといえるにとどまる。

また、プロブレムシートは「被疑者・被告人・第三者」をすべて同列に扱っている。このことから、被疑者について(のみ)出頭・滞留義務を肯定する趣旨を含んでいるとは考えられない。被告人や第三者について出頭・滞留義務を肯定することは、実質的に正当化し得ない(この点の詳細には本稿では立ち入らない)と考えられるし、被告人と第三者には出頭・滞留義務がないが被疑者についてはそれがあると読むことは、極めて不自然だからである。

この点に関して、多田・前掲注46)は、上記勧告は、大正刑訴法下において、取調べ目的のために行政検束等が濫用され、いわば刑事訴訟法外で取調べが事実上強制されていたことに対する批判を含むものと解すべきではなかろうかと指摘し(139頁)、さらに、1930年代のアメリカにおいて、捜査機関による被疑者取調べを禁止して裁判官による被疑者取調べを認めるべきだという提案がなされたのに対して、裁判官によるものであっても取調べを義務付けることは被疑者の黙秘権を侵害することになるとして、強い非難が向けられていたことから、プロブレムシートが「取調べ受忍義務」を含んでいたとは考えられないとも指摘している(142頁)。

49) 平野説(前掲注43))は、プロブレムシートについての理解をそのまま法198条1項の解釈として

4 出頭・滞留の可否（取調禁止説の主張とその検討）

こうして、逮捕・勾留中の被疑者取調べについて、出頭・滞留義務を認めることはできない。それでは、さらに進んで、「逮捕・勾留中の被疑者を取調室で取り調べるのがそもそも許されない」、したがって「逮捕・勾留されている被疑者については取調室への出頭・滞留がそもそもあり得ない」といえるだろうか。学説としてはこのような主張⁵⁰⁾がある。そこで、本項では、この「取調禁止説」の是非について、その論拠に即して検討する。

(1) 逮捕・勾留の目的・効果

取調禁止説の論拠として、まず、「逮捕・勾留の目的は、逃亡や罪証隠滅を防止することであって、被疑者の取調べを可能にすることないし取調べの効果または能率を高めることではありえない」ということがあげられる⁵¹⁾。

しかし、逮捕・勾留の目的が逃亡や罪証隠滅の防止にあるとしても、だから

主張するものともいえる。しかし、プロブレムシートと法198条1項の文言は相当異なっており、両者を同内容と解することはできないと考える。

なお、プロブレムシートが出されるまでの日本側の案が、捜査機関に被疑者を呼び出して取り調べる権限を認める内容であり続けたことなどから、現行法の制定経過はむしろ出頭・滞留義務肯定説の論拠になるという主張もある（中山博善「被疑者取調べの意義・根拠と可視化の是非」金沢法学48巻2号（2006年）18～20頁）。しかし、プロブレムシートは日本側の案を否定する趣旨で示されたものであり、法198条1項はそれ（捜査機関が被疑者を呼び出して取り調べる権限の否定）を具体化したものと解すべきと考える。

50) これには、およそ取調べが許されないという説（沢登佳人、横山晃一郎『誤判の構造』（日本評論社、1985年）57頁以下、上口裕）と、取調室等での取調べは許されないが身柄拘束場所での取調べは許されるという説（高内寿夫、梅田豊、大野正博。これはさらに逮捕段階における取調べに関して説が分かれる）があるが、ここではそれらを区別せず、「実務上行われている、取調室等に出頭・滞留させての取調べを許さない」という意味で「取調禁止説」と位置づけ、その是非という観点から議論を進める。

51) 沢登佳人「逮捕または勾留中の被疑者の取り調べは許されない」法政理論12巻1号（1979年）4～5頁。

といって逮捕・勾留された被疑者に対する取調べが禁じられると解する必然性はない⁵²⁾。逮捕・勾留されていない被疑者に対する取調べは許されるのに、より嫌疑の濃い（ことが一般である）逮捕・勾留された被疑者については（在宅被疑者に対するのと同様の態様のものであっても）取調べが禁じられるというのは、さらに理由づけが必要と考えられる。もちろん、逮捕・勾留が取調べを目的とするものだとして評価されるような態様の取調べは、許されない⁵³⁾。しかし、出頭・滞留義務を否定し、任意処分としての実態が実質的に確保されるならば、逮捕・勾留が取調べ目的として評価されるような事態は起こらないと考えられる。

次に、取調べ禁止説から、「逮捕・勾留されている被疑者には、逮捕・勾留場所にとどまる義務があり、その意思で他の場所に移動する権利はない。捜査機関から出頭要請を受けても、それに応じて取調べ場所に移動することができない。身柄拘束施設の職員も、裁判所の命令により、被疑者をその施設に拘束しておかなければならないのであって、被疑者をその施設から出して取調べ場所に連れて行く権限がない。したがって、捜査機関が、逮捕・勾留されている被疑者に対して、取調べのための出頭を求めることはできない」という主張⁵⁴⁾も、なされている。

しかし、法198条1項本文が、逮捕・勾留の有無を区別せずに「捜査機関が被疑者の出頭を求めてこれを取り調べることができる」旨規定していることから、これを根拠に、「逮捕・勾留されている被疑者が、捜査機関の要請に応じて、取調べ場所に移動することができる」と解することが可能である。また、実

52) 平場ほか・前掲注8) 51頁〔高田〕など。

53) 平場ほか・前掲注8) 51頁〔高田〕。

54) 勾留段階について、高内寿夫「逮捕・勾留中の被疑者取調べに関する一試論」白鷗法学3号（1995年）77～78頁。逮捕・勾留双方に関して、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（1996年）17頁、大野正博「身柄拘束中の被疑者取調べについての一考察」朝日大学大学院法学研究論集1号（1997年）26頁。

務上、逮捕・勾留中の被疑者の身柄は取調場所まで移動されており、裁判所(官)はそのことを全く問題視していない。勾留中の取調べを外部交通と位置づけるべきだとする論者も、「現行法のもとでは、勾留を命じる裁判官自身が、被疑者が勾留中に取調室に行くことを許していないとは考えにくい」⁵⁵⁾と指摘している。この点に関して、出頭・滞留義務肯定説の代表的な見解は、先に引用したとおり、法198条1項但書によって義務を負うのは、被疑者の身柄を拘束している施設の職員(義務の内容は、捜査機関の求めに応じて被疑者を取調場所まで出頭させるというもの)だとしている。この点をとらえて、取調禁止説からは、「出頭要求の相手が、在宅被疑者の場合には被疑者、被勾留被疑者の場合には身柄拘束施設職員となり、解釈の一貫性を欠く」旨の批判がされている⁵⁶⁾。しかし、出頭・滞留義務否定説によれば、出頭要求の相手はあくまでも被疑者であり、被疑者はこれを拒否することもできる。また、刑事収容施設法には取調べに関する規定が置かれなかったが、法案の審議の過程⁵⁷⁾でも、成立後の一般的な見解においても、逮捕・勾留されている被疑者が身柄拘束場所から取調場所に移動することは、当然の前提とされている。身柄拘束場所から取調場所等への移動や、取調べと日課時限との関係などについては、本来刑事収容施設法で明定すべき事項だと考えられるが、これらが規定されていないからといって、身柄拘束場所から取調場所への移動がおおよそ許されないとまでは、いえないと考えられる⁵⁸⁾。

55) 後藤昭『捜査法の論理』(岩波書店, 2001年) 142頁。

56) 高内・前掲注54) 78頁。

57) 第164回国会衆議院法務委員会における、細川委員及び平岡委員の質問およびそれらに対する政府委員の答弁(議事録第16号 平成18年4月12日)、第164回参議院法務委員会での附帯決議第8項「……取調べに当たっては、被留置者の起居動作の時間帯を遵守するよう努めること。……」(議事録第22号 平成18年6月1日) 参照。

58) 取調室における取調べが強制処分なら、強制処分法定主義にふさわしい手続規定が必要であり、それがなければ取調べは許されないというべきであるが、取調室における取調べが出頭・滞留義務のない任意処分であれば、手続規定がないからといって直ちにそれが許されないとはいえない。

(2) 弁護人依頼権

取調べ禁止説は、弁護人依頼権の保障を援用する。すなわち、弁護人による援助は取調べの際にこそ最も必要であるところ、法は、39条3項で「捜査のため必要があるとき」に接見を制限できるとし、取調べに弁護人が立ち会うことができる旨の規定も置いていない。これは、法39条3項の「捜査」の中に取調べが含まれず、逮捕・勾留中の被疑者について取調べ（の際の弁護人の立会）という事態が生じないからだ、というのである⁵⁹⁾。

たしかに、取調べの際にこそ、弁護人による援助が最も必要である。また、逮捕・勾留中の取調べが実質的に弁護人依頼権と両立し得ないならば、逮捕・勾留中の取調べを禁じるべきことになろう。弁護人依頼権は被疑者の基本的かつ重要な権利であって⁶⁰⁾ それを制約する取調べは強制処分といわざるを得ないところ、法が許容する逮捕・勾留中の取調べは、任意処分としてのそれに限られる（法198条1項は強制処分の創設規定ではない）からである。しかし、弁護人依頼権が実質的に保障されれば、取調べ自体が許されないとまで解する必然性はない。そして、出頭・滞留義務を否定するならば、被疑者はいつでも取調べを拒否して身柄拘束場所（居室）に帰ることができるから、弁護人と接見するまで取調べを中断して居室に帰るということもでき、法39条3項の「捜査」に取調べを含むという解釈は取り得なくなる⁶¹⁾。このような被疑者の権利が実態として確保できるかどうかの問題であり、それを確保できるのであれば、取調べ自体を禁じるまでの必要はない。

59) 沢登・前掲注51) 10～15頁。

60) 憲法34条及び37条3項の弁護人依頼権は、弁護人による援助が実質的に得られることの保障を含むものである（芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』（有斐閣、1981年）149、202頁〔杉原泰雄〕、樋口陽一ほか『憲法Ⅱ』（青林書院、1997年）307、353頁〔佐藤幸治〕、伊藤・前掲注37) 348頁、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ（第4版）』（有斐閣、2006年）426頁〔高橋和之〕など）。

61) 後藤・前掲注55) 170頁〔初出、「取調べ受忍義務否定論の展開」『平野龍一先生古稀祝賀論文集下巻』（有斐閣、1991年）〕。

(3) 黙秘権・公判中心主義

黙秘権の保障と公判中心主義とに照らして、身柄拘束中の被疑者取調べは原則として違法視されるべきだという主張がある。その主張の概要は、以下のとおりである⁶²⁾。

イギリスにおいて、黙秘権の成立は、たんに尋問に対して供述を拒み得るという被告人・被疑者の権利の確立を意味しただけではなく、尋問制度そのものの廃止を要求した。我が国においても、捜査手続にも黙秘権の適用があると解する以上、捜査手続における自白追及手続としての身柄拘束中の被疑者取調べをも禁止すると解するのが、少なくとも論理的な帰結である⁶³⁾。

また、公判中心主義は、オリジナルな証拠方法から捜査機関が加工した証拠資料ではなく、公判に顕出されたオリジナルな証拠方法から得られた証拠資料に基づいて事実認定がなされるべきことを要求する。公判外自白の原則的許容性を前提とした身柄拘束中の被疑者取調べの制度は、公判中心主義に対する例外として位置づけることは不可能であり、公判中心主義の否定とみるべきである。任意性の要件もまた、公判廷外における組織的な自白追求を公判中心主義に対する許された例外とするものではない⁶⁴⁾。

この見解に関しては、論者自身が「原則として」と留保しているように⁶⁵⁾、黙秘権保障と公判中心主義とによって、取調べが全面的に禁じられるとまでは、いえないと考えられる。まず、黙秘権を保障する以上自白追求の手続（取

62) 上口裕「身柄拘束中の被疑者取調べについて」南山法学5巻1＝2号（1981年）136～137頁。

63) 沢登・前掲注51) 9～10頁も、取調受忍義務があってもその間終始質問に答えることを拒否し続けることは可能だから黙秘権と両立しないことはないという説に対して、黙秘権を行使している人を、権利行使をやめさせるために拘束して権利行使をやめろやめろと責め立てるのが、黙秘権の保障と矛盾しないはずはなく、全ての質問に対し黙秘権を行使すると宣言している人に対しては、出頭拒否及び随時退去を認めることこそ、黙秘権を保障する唯一の道である旨、主張する。

64) 沢登・前掲注51) 15～19頁も、法322条1項が広範に伝聞例外を認める形式をとっているのは、逮捕・勾留中の被疑者取調べが許されずその結果としての供述録取書というものがありえないからである旨、主張する。

65) なお、上口『刑事訴訟法』（成文堂、2009年）117頁は、取調禁止説に言及することなく、受忍義務否定説が妥当だとしている。

調べ)を否定すべきだという点については、たしかに、取調べが黙秘権制約を伴う強制処分といわざるを得ないのであれば、法は強制処分としての取調べを認めていないから、取調べを否定すべきである。しかし、黙秘権の保障が実効性ある形で確保でき、取調べを任意処分の枠内に収めることができるのであれば、取調べを全面的に否定するまでの必要はないと考えられる。この点に関しては、公判においても、被告人質問というかたちで、被告人に供述を求めることが、制度として認められている(法311条2項・3項)。ただし、被告人質問には弁護人も立ち会っており、被告人質問において被告人が黙秘する意思を明確に表明した場合、質問者(裁判官や検察官)は被告人質問を打ち切るであろう。黙秘をやめて供述するよう説得したり、説得が奏功して供述するまで被告人質問(説得)を続行したりする(ことにより被告人に被告人質問を受忍させる)ことは考えられない。すると、捜査段階における取調べについても、これと同様の状態が実質的に確保される⁶⁶⁾ならば、捜査機関が被疑者に供述を求めること自体は、許されてよいと考えられる。次に、公判中心主義に関しては、それとの抵触が問題となるのは、被疑者取調べの結果を広範に証拠として許容すること(あるいはそのような結論をもたらす解釈や運用)であって、被疑者を取り調べることではないと考えられる⁶⁷⁾。

(4) 法198条1項の解釈

取調べ禁止説からは、法198条1項但書について、「逮捕または勾留されている

66) 弁護人の立会に関しては、公判段階で国選弁護人の選任を請求しない(結果、被告人質問の場に弁護人が立ち会わない)こと(あるいは弁護人が立ち会ってもその援助をまったく求めず被告人質問に応じること)と、被疑者段階で弁護人の立会なしの取調べに応じることが、パラレルに考えられる。

67) この点については、裁判員裁判の開始に伴って、自白調書の扱い(運用)に変化がみられる。すなわち、自白調書が存在する場合でも、それを直ちに証拠として採用することなく、被告人質問を行い、そこで自白調書の内容が顕出された場合には、自白調書は証拠とする必要性がないとして採用しないという運用が、行われつつある。司法研修所監修『刑事第一審公判手続の概要 平成21年版』(法曹会, 2009年)参考記録39頁参照。

被疑者はもともと取り調べの対象にはならないのだから、言いかえれば彼に対して出頭を要求して取り調べを行うことはもともとできないのだから、出頭要求を拒みうるとか出頭後退去しうるとかのことは彼にとっては初めから問題にならない。だから逮捕又は勾留されている場合を除外したのである」⁶⁸⁾ とか、「但書きにおいて『逮捕又は勾留されている場合』が除かれているのは、逮捕・勾留されている被疑者には出頭権が与えられていないので、必然的に被疑者が出頭を拒否したり、退去したりすることが問題とならないと解釈することができる」⁶⁹⁾ といった主張がされている。

しかし、逮捕・勾留されている被疑者に対してはそもそも出頭要求や取調べができないのだとすれば、法198条1項の規定は、但書における出頭拒否・随時退去の主体から「逮捕又は勾留されている場合を除く」のではなく、そもそも本文における出頭要求・取調べの対象から「逮捕・勾留されている場合を除く」のが自然である。取調禁止説は、法77条1項本文（「逮捕又は勾引に引き続き勾留する場合を除いて被告人を勾留するには、被告人に対し、弁護人を選任することができる旨……を告げなければならない」）を援用して、法198条1項但書の除外規定もこれと同様に解すべきだと主張する。しかし、法77条1項本文はまさに「逮捕又は勾引に引き続き勾留する場合」を告知の対象から除外しているのであって、法198条1項をこれと同様の形にするなら、本文を「検察官……は、犯罪の捜査をするについては必要があるときは、被疑者（逮捕又は勾留されている者を除く）の出頭を求め、これを取り調べることができる。」などとすることになる。しかるに、法198条1項本文は、逮捕・勾留の有無に言及せず、被疑者一般に対する出頭要求・取調べについて規定する形式になっている。したがって、取調禁止説の読み方は、むしろ苦しい。

68) 沢登・前掲注51) 7頁。

69) 高内・前掲注54) 82頁。同旨、梅田・前掲注54) 17頁、大野・前掲注54) 27～28頁。

(5) 小 括

こうして、法198条1項の解釈として、「逮捕・勾留中の被疑者を取調室で取り調べることは許されない」「逮捕・勾留されている被疑者については、取調室への出頭・滞留があり得ない」とまでは、いえない。出頭・滞留義務を否定（することによって人格的自律権ないし静穏のプライバシー権に対する制約を回避）し、弁護人依頼権や黙秘権を実質的に保障することによって、逮捕・勾留中の取調べが任意処分としての枠内に収まる（被疑者の権利を制約する程度が強制処分の域に至らない）限り、逮捕・勾留中の被疑者を取調室で取り調べることは、許されると考えられる。（ただし、権利制約の程度が強制処分の域に達することを防ぎ得ないのであれば、逮捕・勾留中の取調べは許されないと解すべきことになる）。

そこで、次項では、任意処分性を確保するための制度的保障という観点から、これまでに実現したものと、今後実現すべきと考えられる内容（解釈上、運用上、立法上の若干の提案）を、整理する。

5 任意処分性確保の方策⁷⁰⁾

(1) 出頭・滞留義務の不存在、取調べ手続等の明示

まず、刑事訴訟法において、逮捕・勾留中の被疑者に対する取調べについて、出頭・滞留義務がないことを明定すべきである。

また、刑事訴訟法ないし施設法において、逮捕・勾留中の取調べに関する手続等（身柄拘束場所から取調場所への移動、処遇の原則や日課時限と取調べとの関係等）について、正面から規定すべきである。

70) 取調受忍義務否定説がどのような帰結をもたらすかを論じたものとして、後藤・前掲注55) 151頁以下がある。

(2) 弁護人依頼権の実質的保障

この点に関しては、被疑者国選弁護制度が導入され、その範囲が必要的弁護事件にまで拡大されているが、範囲・時期ともにいまだ不十分である。すなわち、範囲についてはすべての事件とすべきであり、選任時期については逮捕状請求時（現行犯逮捕の場合は捜査機関が被疑者の身柄を確保したとき）とすべきである。取調べに際してこそ弁護人の援助が最も必要であり、また、身柄を拘束された直後にこそ弁護人の援助が最も必要だからである⁷¹⁾。換言すれば、公判において被疑者に不利益に用いられ得る証拠(捜査機関による供述録取書、及び、取調官の公判証言について324条1項の適用を肯定する場合は捜査機関が被疑者から供述を得ることそのもの)を捜査機関が入手し得る状態になる前に、弁護人の援助を受ける機会を保障すべきである。そして、このことは、法定刑の軽重にかかわらず妥当する⁷²⁾。

次に、法39条3項との関係で、取調べ中であることや取調べの予定があることは「捜査のため必要があるとき」にあたらぬ⁷³⁾としなければならない。これを明確にするためにも、最高検の通達「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との間の接見に対する一層の配慮について(依命通達)」及び警察庁の通達「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との間の接見に対する一層の配慮について」の内容は、「配慮」を「義務」としたうえで、刑事訴訟法に規定すべきである。そして、起訴

71) 最判平成12年6月13日民集54巻5号1635頁以下も、「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被疑者との逮捕直後の初回の接見は、身体を拘束された被疑者にとっては、弁護人の選任を目的とし、かつ、今後捜査機関の取調べを受けるに当たったの助言を得るための最初の機会であって、直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ抑留又は拘禁されないとする憲法上の保障の出発点を成すものであるから、これを速やかに行うことが被疑者の防御の準備のために特に重要である。」としている。

72) さらに、殺人の嫌疑がある者について、死体遺棄(法定刑が3年以下の懲役であり、必要的弁護事件にあたらぬ)で逮捕・勾留され、その逮捕・勾留中に殺人についても取調べが行われるケースなどもある。

73) 後藤・前掲注55) 160～161頁。

後勾留中の被告人について弁護人から接見申出があったのに接見実現のための措置をとらず余罪の取調べを続けた検察官の行為を違法とした裁判例⁷⁴⁾や、任意に出頭した被疑者を取調べ中に弁護人になろうとする者から面会の申出を受けたのにそれをすみやかに被疑者に取り次がなかった警察官の行為を違法とした裁判例⁷⁵⁾があるが、これらは逮捕・勾留されている被疑者を当該被疑事案に関して取り調べている場合にも、推し及ぼされるべきものである。そのうえで、捜査機関が上記義務に違反した場合（捜査機関が弁護人等からの接見申出を被疑者に伝えなかった場合や、被疑者が弁護人の援助を受けたい旨表明したにもかかわらず捜査機関がその機会を与えず取調べを行った場合など）は、勾留の必要性を否定する重大な要素として考慮すべきであり⁷⁶⁾、また、その結果得られた被疑者の不利益供述の証拠能力は否定すべきである⁷⁷⁾。

なお、このような制度・解釈を実現するためには、身柄事件のすべてについて直ちに弁護人が選任され、かつ、被疑者が希望するときには直ちに弁護人が接見に赴けるだけの、弁護士の態勢がなければならない。しかし、近時の弁護士数の急増や、各地で広がりつつある刑事事件に特化した法律事務所の設立などの状況からすると、これは不可能ではないと考えられる⁷⁸⁾。

74) 東京地判平成11年3月23日判タ1001号294頁。

75) 福岡高判平成5年11月16日判時1480号82頁。

76) この点に関しては、金谷利廣「勾留中に違法な取調べがあったことを理由とする勾留取消しの可否」『増補令状基本問題』（一社社、1996年）403頁以下参照。また、実際に勾留を取り消した裁判例として、岡山地決昭和44年9月5日判時588号107頁がある。同決定は、「被疑者の黙秘権の行使による供述拒否の意思が明確に表明され、……被疑者の取調べによっては任意の供述が期待できない場合は、……勾留の目的が主として逃亡及び罪証隠滅の防止のため、すなわち被疑者による捜査の妨害の予防のためのものである以上、勾留は、被疑者を外界と遮断すること（逃亡、罪証隠滅の虞れの防止）としてのみ行なわれるべきであって、連日被疑者を取調室に呼び執拗に尋問を繰り返えし、その供述を求めることは、勾留によって許容された被疑者の取調の限界を逸脱するものといわなければならない」と判示している。

77) この点については、いかなる場合にいかなる構成で（自白法則が違法収集証拠排除法則か）証拠能力を否定するのかなど、詳論が必要である。本稿ではこれ以上立ち入らない。

78) むしろ、接見室の不足が深刻で切実な問題である。

また、捜査機関による上記義務違反の有無を、客観的かつ迅速・確実に判断するためにも、取調べ過程のすべてを録音・録画すべきである。現在行われている録音・録画は、①対象事件が（裁判員裁判対象事件のみ、しかも録音・録画による弊害や困難がないものに）限定されている点、②録音・録画の場面が（自白した後の調書読み聞けや署名・押印場面等に）限定されている点、において不十分である。

ここで、取調べの録音・録画の拡大に反対する見解について、ふれておく。反対論の要点は、録音・録画を拡大すると取調べの真相解明機能が損なわれるということである⁷⁹⁾。そして、具体的には、①取調べにおいては、取調官が被疑者の悩みを聞いたり自らの失敗談を赤裸々に話すなどして、被疑者との人間関係を作っていくが、録音・録画をするとそのようなことができなくなる、②組織が絡む事件等において、被疑者が組織からの報復等をおそれるなどして、供述しなくなる、③取調べにおいて第三者のプライバシーに関わる内容がやりとりし難くなる、といったことが挙げられる⁸⁰⁾⁸¹⁾。しかしこれらは、①録音・

79) このほかに、取調べの持つ刑事政策的機能（被疑者の反省や社会復帰を促すなど）が損なわれるという主張もある（警察庁・前掲注23）9頁など）。しかし、無実の者が逮捕・勾留されている場合については刑事政策的機能がはたらく余地はなく、黙秘ないし否認している被疑者については無実と推定すべきである。また、真犯人の反省・悔悟による更生と虚偽自白に基づく誤判の防止とを天秤にかければ、刑事政策的機能より取調べ状況の事後的検証を可能にすることの方が優先度は高い。さらに、全件・全体について録音・録画すれば、「なぜ自分の取調べが録音・録画されるのか。取調官が自分のことを信用していないのか」といった被疑者の疑念は生じないし、録音・録画されたものが後にどのように利用される可能性があるのか（限られた場合に限られた範囲で見られるにすぎない。しかも、取調べの刑事政策的機能が発揮される事案においては、自白の任意性や信用性が争われることはないはずだから、録音・録画が後に利用されることもないはずである）を被疑者が正しく認識すれば、取調べの刑事政策的機能に対する録音・録画の影響は、大きくないと考えられる。

80) 警察庁・前掲注23）8～9頁、最高検察庁・前掲注32）9～13頁など。

81) このほかに、「録音・録画を開始したところ、被疑者が従前の供述内容を変化させたり、被疑者の供述態度が変化したりしたものが相当程度あった」旨の指摘もなされている。しかし、これらについては、全件・全体の録音・録画をすれば、相当程度解消すると考えられる。すなわち、録音・録画時の供述が作為によるものであるなら、全体について作為を通すことは困難だし、録音・録画が与える心理的影響によるものであるなら、録音・録画が常に行われることでそれに慣れて影響が軽減すると考えられるからである。

録画した内容を誰がどのような形で目にし得るのか、その可能性がどの程度あるのかなどを、取調官や被疑者が正しく認識し、②録音・録画したものを目にし得る者（弁護士等）に対して適切な管理・対応を義務づけ、③録音・録画した内容を公判で証拠とする場合の証拠調べの方法を工夫する等によって、ある程度対応可能と考えられる。また、特に捜査実務家からは、我が国の実体法・手続法の特徴、すなわち、構成要件に主観的要素が含まれることや法定刑の幅が大きいこと、検察官に全面的に証明責任を負わせ刑事免責制度等を認めていないことなどを挙げて、特に一定の犯罪類型においては被疑者の自白を追求することが不可避だとする主張が根強い⁸²⁾。しかし、論者が取調べの必要性を訴える類型のひとつである公職選挙法違反事件において、現に、最近、取調べの逸脱が起きている（志布志事件⁸³⁾）。録音・録画を拡大すれば、一定数の事件について、自白が得られず立件できなくなるかもしれない⁸⁴⁾。しかし、取調べの逸脱が起こり、さらにはそれが見過ごされ（て誤判が生じ）ることの方が、問題は大きい。反対論者は、適正手続の追求も真相解明とのバランスの上で行うべきだと主張するが、適正手続の基本部分は絶対的に実現しなければならないものであり、被疑者の基本的権利の実効的確保はその内容をなすと考えなけ

82) 田宮裕編著『刑事訴訟法Ⅰ』（有斐閣、1975年）306～309頁〔親崎定雄〕、藤永幸治「我が国の捜査実務は特殊なものか」判タ468号（1982年）37～38頁、米沢・前掲注5）63～64頁など。

なお、これらの論者は、取調べが被疑者にとって利益となる側面もある旨主張する。被疑者取調べ（の際の被疑者の供述）によって、被疑者の無実が判明したり、被疑者に有利な事実が判明したりすることもあり、その結果不起訴（起訴猶予）処分がなされたり量刑事情として考慮されたりするというのである。しかし、そのような利益を放棄すると表明している被疑者に対して、それを押しつけることは相当でない。また、論者は、取調べの刑事政策的機能についても主張するが、これについては前掲注79）参照。

83) 前掲注2）①。

84) 中山・前掲注49）42～43頁は、可視化によって、捜査官と被疑者との間の信頼関係の上に立ち、腹を割ったやりとりの中で真相を告白させるような取調べができなくなる懸念があるが、そのような取調べができなければ真相が解明できないような事件は案外限られているのではないかと思うとし、取調べの可視化によって真相の解明が阻まれるのは、自白すれば被疑者自身や第三者が組織の報復を受けるようなおそれのある事件に限られる旨、主張する。

ればならない。被疑者取調べについては任意処分としての実態を確保しなければならず、録音・録画の全面的実施はその制度的保障として不可欠と考えられる。捜査機関の意識改革や自己監督はもちろん重要であり、それ自体追求され続けなければならないが、近時の逸脱行動の発生・内容は、それらだけでは制度的保障として不足であることを示しているといわざるを得ない。

(3) 黙秘権の実質的保障

被疑者の黙秘権を実質的に保障するためには、まず、黙秘権の内容を正しく被疑者に知らせる必要がある。黙秘権を行使したときにはそれ以上捜査機関による取調べが行われないことや、そもそも取調べ場所への出頭・滞留義務がないことを、被疑者に認識させる必要がある。被疑者の多くは出頭・滞留義務があると誤信しているからである⁸⁵⁾。全件について、捜査機関が被疑者から供述を得ようとする前に、被疑者に弁護人の援助を受ける機会が保障されるならば、弁護人が被疑者にその旨を説明するはずだから、それ以上の措置は必要ない。しかし、被疑者国選弁護制度に不足のある現状においては、捜査機関が、被疑者から供述を得ようとするのに先立って、被疑者に対して、出頭・滞留義務がないことを告知すべきである。この点に関して、余罪取調べに先立って出頭・滞留義務がないことの告知が必要だとした裁判例がある⁸⁶⁾が、これは逮捕・勾留の基礎となった被疑事実の取調べについても推し及ぼされるべきである。なお、これに関して、捜査機関にそのような告知義務(余罪取調べに際して出頭・滞留義務がないことを告知すべき義務)を課す法的根拠はないという主張⁸⁷⁾がある。しかし、これについては、「出頭・滞留義務があると誤信してい

85) 熊本典道「被疑者の取調べ—弁護の立場から」『刑事手続 上』(筑摩書房, 1988年)192頁。

86) 浦和地判平成2年10月12日判時1376号24頁など。さらに、被告人に対する余罪取調べに際して、あたかも取調べ受忍義務があるかのような内容を告知したうえで、長時間にわたって威迫的な取調べを行ったのは違法だとしたものとして、福岡高判平成19年3月19日高検速報(平成19年)448頁がある。

87) 中谷・前掲注14)(1988年)204頁, 同(2002年)320頁。裁判例として、東京高判昭和53年3月

る被疑者に対して、その誤信を解くことなく取調べを行った場合には、黙秘権を侵害したと評価され（その結果得られた不利益供述の証拠能力が否定されることになるので、それを回避するために、誤信を解くための措置（としての上記告知）が必要になる」と考えられる。

また、黙秘権の内容を正しく認識させるためには、それを放棄して捜査機関に対して供述した場合の効果も、被疑者に伝える必要がある。すなわち、被疑者の捜査機関に対する供述（を録取した書面ないしそれを聞いた捜査官の公判における証言）が、将来公判において自身にとって不利益な証拠として利用される可能性があることを、捜査機関が被疑者から供述を得ようとするのに先立って、被疑者に伝えなくてはならない⁸⁸⁾。これも、全件について、捜査機関が被疑者から供述を得ようとする前に、被疑者に弁護人の援助を受ける機会が保障されるならば、弁護人がその旨説明するはずであるから、それ以上の措置は必要ない。しかし、それが実現していない現状においては、捜査機関が被疑者に上記内容を告知すべきである。

そして、黙秘権の内容を正しく認識することなくなされた被疑者の供述は、黙秘権という被疑者の基本的な権利が害された結果得られたものであるから、その証拠能力を否定すべきである。その際、黙秘権の内容を正しく認識させるための説明が適切になされていない場合には、被疑者は黙秘権の内容を正しく認識していなかったものと扱うべきである⁸⁹⁾。

次に、被疑者が黙秘権を行使した場合や、出頭拒否や退去の申出をした場合

29日刑月10巻3号233頁など。

88) 渥美東洋『全訂 刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2009年）74頁、高野隆「別件逮捕・勾留一弁護の立場から」『新 刑事手続Ⅰ』（悠々社、2002年）307頁、椎橋隆幸「逮捕・勾留中の被疑者の取調べ」『刑事訴訟法の争点〔第3版〕』（有斐閣、2002年）59頁など。

実際、被疑者の中には、自身が捜査機関にした供述（を録取した書面）が、将来の公判において証拠となることを、理解していない者が、相当数いる。また、「供述録取書に書かれたことは、あなたがそう言ったものとして、裁判所に扱われるのですよ」と説明すると、驚く者も多い。

89) これらに関しても、いかなる場合にいかなる構成で証拠能力を否定するのかなどについて、詳論が必要であるが、本稿ではこれ以上立ち入らない。

には、それが確定的なものであることが判明すれば直ちに、取調べを打ち切らなければならない。一定程度の「説得」は許されると解する余地があるが、その許容範囲は、被疑者の意思が確定的なものであるかどうかを確認する限度と考えるのが適当であろう。この点に関して、出頭・滞留義務肯定説から、取調べ場所に出頭・滞留させるために一定の有形力を行使することが許されるという主張⁹⁰⁾ がなされているが、任意の説得に付随するものと評価し得る限度を超えた有形力の行使は許されない。ここでは、任意同行に伴う有形力の行使に関する議論が、同様に妥当することになると考えられる。また、取調べ時間や日課時限との関係では、連日・長時間にわたる取調べや、運動や入浴の機会を逸する取調べは、通常は被疑者の望むところではないと考えられる。ここでは、在宅被疑者の取調べの限界に関する議論が、基本的に妥当しよう。この点に関しては、「被疑者取調べ適正化のための監督に関する規則」が監督対象行為・みなし監督対象行為を規定したが、これらは、被疑者の権利を実効的に保障するための外形的枠組という観点から、禁止行為として整理し直し、法律で規定すべきである⁹¹⁾。

以上の各点、すなわち、①被疑者の供述に先立って、黙秘権に関する説明が適切になされたかどうか、②取調べに際して黙秘権や出頭拒否・退去権の行使が妨げられていないかどうか、を事後に客観的かつ迅速・確実に判断するために、取調べ過程のすべてを録音・録画すべきである。現在行われている録音・録画が不十分であることは、前述したとおりである。また、現在行われている取調べ状況報告書の作成に限界があることも、前述した。

90) 藤永ほか・前掲注16) 162頁〔河村〕。

91) 禁止に違反した場合には、その後になされた自白の証拠能力に関して、自白法則ないし違法収集証拠排除法則の適用が問題となる。これについても本稿ではこれ以上立ち入らない。

6 おわりに

本稿の結論をまとめると、以下のとおりである。まず、出頭・滞留義務を課した取調べは、それを任意処分の枠内に留める制度的保障はないので、強制処分といわざるを得ない。しかし、法198条1項をそのような強制処分の根拠規定と解することはできない。したがって、逮捕・勾留中の被疑者取調べは、出頭・滞留義務のないものとしなければならない。また、任意処分性を確保するためには、出頭・滞留義務の否定によって人格的自律権ないし静穏のプライバシー権を保障するのに加えて、弁護人依頼権や黙秘権といった被疑者の基本的権利を実効的に保障しなければならない。そのためには、①出頭・滞留義務がないことや取調べの手續等に関して法律で規定すべきであり、②被疑者国選弁護制度を全件・逮捕時からに拡充すべきであり（それが実現するまでの間は、捜査機関が被疑者に対して、出頭・滞留義務がないことや捜査段階における供述が公判において不利益な証拠となり得ることを、告知すべきである）、③取調べの録音・録画を全件・全過程について実施すべきである。

取調べの手續に関する法的規制の具体的な内容や、その規制に対する違反があった場合の証拠法上の扱いなどについては、今後の検討課題としたい。また、全面的な録音・録画を実行した場合に、危惧されているようなデメリットが実際に生じるのか、生じるとすればそれに対してどのような方策をとるべきかなどについても、引き続き考えていきたい。

〈2011年1月15日 脱稿〉