

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題

——取調の可視化に関連して——

1 はじめに

死刑事件の再審無罪をはじめとする冤罪事件が多発し、その原因が虚偽自白にあり、それが捜査機関の強制に起因していると認められることから取調の可視化が叫ばれて久しい。先般、法制審議会の「新時代の刑事司法制度特別部会」が取調の可視化について試算を公表した。その内容は裁判員裁判の適用を受ける事件と検察官の独自捜査の事件（両者で全刑事事件の約2%）に限って、取調の全過程の録画及び録音を認めるものであった。

従来、刑事裁判における被告人の有罪証拠の中心は、捜査機関の取調によって作成された被疑者の自白調書といってよかったが、裁判員裁判の実施に伴い供述調書中心の裁判から公判での供述を中心とする裁判へ移行することにより、捜査機関の作成した被疑

清野 惇

者を始めとする事件関係者の供述調書の証拠としての役割が減退することが期待される。ところが、取調の可視化はこの傾向に一層の拍車をかけそうである。しかしながら現状は日弁連の全事件の全面可視化の主張に対し、捜査機関特に警察は取調の可視化は犯罪の真相究明を困難にするとして、一貫してこれに反対している。この可視化がどこまで実現されるかは不透明であるが、この意見の対立は、特別部会の前記試算の線で最終的に決着することが予想される。したがってこの程度の取調の可視化では、いまだ捜査機関の作成する被疑者の供述調書の重要性は失われず、引き続き事件の成否を左右する証拠としての地位を保持し続けることは疑いない。

ところで取調の可視化によって捜査機関の取調の実際が映像化されて裁判員の目に触れることになり、裁判員はその再生された

録画と録音から、当該取調の仕方が法的に許容できるか否かを吟味し、明白調書の任意性の有無を判断することになるが、裁判官が捜査官による取調の実相から、取調の法的許否を適正に判断するためには、法的にいかなる取調が許され、いかなる取調が許されないかの判断基準を知る必要がある。

従来から被疑者の明白調書の任意性を立証するために、公判で取調官の証人尋問が行われ、証言によって再現された取調の実相に基づき明白の任意性が判断されていたが、可視化の実行により、録音・録画によって取調の実相が生々しく再現されることになるので、それだけに裁判員の任意性判断に与える影響は、証言による再現の場合に比して極めて大きいように思われる。例えば、従来適法として容認されていた尋問方法が、録音・録画による再現により、場合によっては行き過ぎた取調として裁判官や裁判員に否定的に判断されることもありうるのである。取調状況の録音・録画による再現と証言による再現とは、判断者に与える印象を異にすることを認識する必要がある。可視化の実施を控え、改めて被疑者取調の法的許否の判断基準について考えてみる必要がある。

以下において、捜査機関のうち、検察官による取調とその取調の結果に基づいて作成される被疑者の供述録取書を中心に捜査機関による被疑者の取調について考察し問題点を指摘することとする。なお以下において現行の刑事訴訟法の略称として、「刑訴法」

または「法」という用語を使用する。

2 犯罪捜査における被疑者の取調の位置づけ

(一) 被疑者としての嫌疑の程度

刑訴法は捜査のために必要があれば捜査機関は被疑者及び第三者を取調べることができるとしているが(198条1項、223条1項)、供述拒否権や弁護士選任権の告知の要否等両者の間でその扱いを異にしているので、被疑者と第三者との区別が重要である。しかしながら刑訴法は、被疑者の定義を置いていないので法自体から推考しなければならない。

捜査機関による捜査や差押については、刑訴法はその令状請求書に「被疑者又は被告人が罪を犯したと思料されるべき資料」の添付を要求しているが(刑訴規則156条1項)、逮捕状による被疑者の逮捕の要件を定めた法199条は、「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当の理由」の存在を逮捕状発付の要件として掲げ、逮捕状の請求にあたっては、逮捕の理由及び逮捕の必要があることを認めるべき資料の提供を要求し、逮捕の理由としては「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」の存在を、また逮捕の必要としては「逃走の虞れ」と「罪証隠滅の虞れ」の存在を規定している(同条2項、刑訴規則143条、同条の3)。「被疑者」とは単に「特定の罪を犯したと思料される者」を指すのか、それとも「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由を有する者」をいうのか

という問題がある。

捜索・差押は物的証拠の収集行為であり、逮捕は身柄拘束の行為で、その目的を異にするし、後者は人身の自由を剥奪する行為であるだけに、その要件としての「理由」が捜索・差押の場合より厳しいのは当然といつてよいが、ここで問題となるのは取調の相手方の地位としての被疑者及び第三者の判別基準である。被疑者の身柄拘束の要否は、「理由」の有無ではなく「必要」の有無にあると解されるので（刑訴規則143条の3）、不拘束の被疑者も身柄拘束の被疑者と同一程度の犯罪の嫌疑を有する者でなければならぬ筈である。またこの「理由」の有無は犯罪の嫌疑の有無であるが、それは捜査官の単なる主観的嫌疑ではなく客観的にも首肯しうる嫌疑でなければならぬことは言うまでもない。本人が被疑者かどうかは、日本の社会ではその者の社会的地位や名譽に影響する重大問題なので、捜査官としては証拠に基づき客観的に首肯しうる相当な嫌疑がなければ被疑者として扱うべきではない。逮捕・勾留によって拘束されている被疑者については、その理由（客観的嫌疑）の存在は裁判官によって一応公認されたことになるが、不拘束の被疑者には、この裁判官による公認はないだけに、特に慎重な判断が要求される。

ところで警察捜査では取調に際し、えてして相手の地位立場を取って明確にせず、被疑者として扱うべき者を重要参考人または被疑者の一歩手前の容疑者と称して、供述拒否権も告げず、弁護

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題（清野）

人の選任も認めないで長時間取調を行うことも少なくないようである。被疑者概念の明確化、客観化が必要なのである。

（2）取調の枠組み

（一）次に取調であるが、刑訴法91条1項は「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これをすることができない」と規定している。この規定をもって、捜査は任意捜査が原則で強制捜査は例外であることを定めたものと一般に理解されているが、「任意」という字句は同規定のどこにも使用されていないことからすれば、むしろ「非強制」というべきであろう。このことは同条項の「強制」の概念の定め如何によって、刑訴法に特別の定めがなくてもなしうる非強制の捜査行為の範囲が定まることを意味するが、刑訴法はこの「強制の処分」の定義を特に規定していないだけに、現実任意捜査と称して行われている捜査活動が、法の想定する非強制の捜査といえるかどうかは十分に吟味する必要がある。そのためには先ずもって「強制の処分」の意義内容を明確にしなければならない。最高裁はこれを「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」と定義している^①。刑訴法は、その198条1項において「犯罪の捜査をするに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」とし、捜査機関に被

三九四（三九四）

疑者の取調権限を認めると共に223条1項において別に被疑者以外の者の取調を規定している。

(二) 犯罪の捜査は、犯罪の有無の究明と犯人の確定を目的とする捜査機関の活動であるが、刑法は捜査機関の活動を容易にするために、逮捕又は勾留により身柄を拘束されている被疑者については、出頭して取調べに応ずべき義務(取調受忍義務という。)を課している。ところで犯罪捜査の方法として認められる被疑者の「取調」は、捜査官が被疑者と対等に近い立場で行う供述証拠の取得行為としての弁解の録取とは異なり、それは捜査官の支配下で非対等的に行われる供述証拠の取得行為である。取調の相手は、

被疑者と第三者であり、被疑者については拘束の有無により刑法はその扱いを異にし、身柄拘束中の被疑者には取調受忍義務を課しているが、身柄拘束の要否は犯罪の嫌疑の程度の違いにあるのではなく、被疑者に逃走若しくは証拠隠滅の虞があるかどうかによると考えるが、大阪高裁昭和50・12・2判決は、逮捕の理由としての犯罪の嫌疑は、勾留の理由としての相当の嫌疑よりも低い嫌疑で足りるとし、両者の嫌疑の程度に差異を認めている(判例タイムズ335・232)。しかしながら身柄拘束期間の長短により、嫌疑の程度に差異を設けることは常識的には理解できるが、刑法の規定(199条1項、60条1項)に沿わず問題である。

(三) 捜査実務では被疑者に該当する程度の犯罪の嫌疑があれば逮捕状を請求しているが、この実務は、犯罪の嫌疑があれば逃走や

罪証隠滅の虞が潜在的に存在するとの考えによるものか、それとも逮捕の必要は逮捕状発付の要件ではなく、被疑者として扱える程度の犯罪の嫌疑があれば、逮捕の必要が明らかに存在しない場合を別として、当然に逮捕は許されるとする考えによるものか不明である。もし後者とすれば、それでは被疑者の逮捕の目的は何かが問われることになる。その答えとしては、被疑者に取調受忍義務を課して取調を容易にするためという以外にはなく、それがまた捜査官の本音でもあろう。逮捕を仄めかして自白を迫る取調手法はその例証といつてよい。

(3) 被疑者の取調とその強制的性格

(一) 被疑者とは特定の犯罪の嫌疑を有する者であるから、捜査機関が取調によつてその嫌疑を究明することは当然であり、その取調は必然的に被疑者に認められる嫌疑を被疑者の供述によつて客観化する方向でなされるが、身柄を拘束された被疑者の取調では、その嫌疑が裁判官によつて一応公認されていることもあって、嫌疑の究明も勢い強権的になり、取調は専ら自白の獲得に向けられることになるので、嫌疑を疑つてかかる取調を捜査官に期待することは先ず無理である。

問題は、逮捕・勾留されている被疑者の取調が「強制の処分」に該当するかどうかである。逮捕・勾留という被疑者の身柄の拘束処分が、被疑者の逃走や証拠隠滅を防止するためのものであれ

ば、取調としての尋問とは直接関係がないことになるが、刑訴法198条1項但し書きは、この身柄拘束中の被疑者に対し、不拘束（在宅）の被疑者とは異なり、出頭及び滞留の義務（取調受忍義務）を課しているので、取調とこの逮捕・勾留との関係が問題となるのである。

(二) ところで逮捕・勾留は、被疑者の逃走や証拠隠滅を防止して、その捜査及び公判に支障を及ぼさないようにするための処分とあってよいが、問題は、この身柄拘束処分に捜査官の下に出頭して取調を受ける義務が随伴しているかどうかである。もし随伴しているとすれば、身柄拘束中の被疑者に取調受忍義務を認める当該但し書きは、当然のことを規定したことになり単なる注意規定といふことになるが、身柄拘束処分にはそのような義務は随伴していないとすれば、取調受忍義務はこの但し書きによつて創設された被疑者の特別の義務ということになる。

随伴説によると、取調受忍義務は逮捕・勾留という強制処分に含まれ、身柄拘束中の被疑者の取調は、それを利用するに過ぎず、新たに義務を課したわけではないので強制の処分ではないことになるが、これに対し創設説の立場ではこれを強制の処分と理解することになる。

随伴説をとれば、被疑者が取調に応じないことは、罪の軽重を問わず、逮捕を必要とする場合に該当することになるので、逮捕状による逮捕の要件の特例として、軽い法定刑の罪に限って、取

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題（清野）

調のための出頭要求に応じないことを理由に逮捕を許容する法198条1項但し書きの規定に悖ることになるし、また逮捕・勾留という強制処分がそのような義務をも含んでいることを示す明文の規定もないので疑問である。

(三) これに対し創設説は、身柄拘束中の被疑者の取調受忍義務は逮捕・勾留とは無関係で当該但し書きによつて創設された義務であり、それは被疑者を取調官の強権的支配の下に置き取調を容易にするために課する義務と解する。このように取調受忍義務の根拠について両説はその見解を異にするが、いずれにしても被疑者に取調受忍義務を課して自分を迫る取調を容認するものであり、その実際効果は被疑者に供述義務を課したと同一とあってよく、その意味において但し書きは「強制の処分」を定めた特別規定といふべきである。実務は概ね随伴説をとり、但し書きの強制処分性を否定する。その理由としては、刑訴法は強制処分としての取調は認めておらず、被疑者の取調は身柄拘束の有無に拘わらず、任意捜査としてしか許されていないためとするが疑問である。

四 確かに刑訴法は被疑者に供述義務を課して取調を行うことは認めていないので、その意味における強制処分としての取調は存在しないが、随伴説も被疑者に出頭及び滞留を義務付けることが強制処分ではないとしている訳ではなく、ただそれらの義務は逮捕・勾留の効果であつて、取調に付随する効果ではないとするものである。この立場からは、身柄拘束中の被疑者に出頭及び滞留

三九二（三九二）

を強制して行う取調自体も非強制捜査（任意捜査）としての取調ということになる。

しかしながら不拘束の被疑者については、その取調の必要があれば、捜査官は被疑者に任意出頭を求めて取調を行うか、もしくは被疑者の所在場所に向いて被疑者の同意を得て取調を行うことになり、その取調の途中で被疑者が中止を求めればこれに応じて取調から解放するというのが、一般的に理解されている任意捜査としての取調と思われるが、同じ任意捜査といえながら、身柄の拘束の有無によって、このように扱いを異にすることになる。筆者が通常、同意を前提とする捜査活動として理解される任意捜査という用語を避けて、敢えて非強制捜査と呼称する理由はここにある。

ところで出頭及び滞留の義務が、逮捕・勾留という強制処分の効果であるとしても、その効果を利用する取調が何故強制性をもたないのか疑問である。出頭・滞留の効果を利用するのは、それらの義務を課したことと同一のようと思われる。いずれにしても但し書きの規定の趣旨について任意捜査説をとるとすれば、逮捕・勾留に出頭・滞留の義務が含まれることを論証する必要がある。

(4) 被疑者の逮捕・勾留の性格と位置付け

(一) 逮捕は刑法によって捜査機関に与えられた権限であるが、現行犯逮捕以外の逮捕では、逮捕の理由と必要を認めて裁判官が

発付した逮捕状によってその権限の発動が許され、被疑者の身柄を拘束して72時間留置することが認められるが、留置の必要がなくなった場合には、捜査機関において自由にその被疑者を釈放することが許される（法203条1項、205条1項）。一方勾留には被疑者の勾留と被告人の勾留とがあるが、両者の性格及び目的は同一か否かである。両者とも裁判官又は裁判所の発する勾留状の執行としてなされるが、勾留による身柄の拘禁を解除する方法としては、刑事訴訟法は勾留の取消（法87条）、勾留の執行停止（法95条）のほか被告人の勾留については保釈（法88条）を規定しているが、被疑者の勾留の場合は、勾留の理由又は勾留の必要がなくなれば、勾留の取消または勾留の執行停止の手続によらずに勾留請求者である検察官において被疑者を釈放することが許されるとするのが実務であり、裁判所もこの扱いを承認している。この点からすれば、被告人に対する勾留状は命令状であるが、被疑者に対する勾留状は勾留の必要がなければ検察官において適宜釈放して構わないとする条件付きの命令状ということになる。

(二) ところでそもそも勾留なる制度はなんのための制度かである。それは逃走や証拠隠滅の虞がある場合にそれを防止する処分として規定されているが（法60条）、その防止処分の目的は、公判の維持にあるのか、それとも捜査の便益のためにあるのかである。そこで捜査の刑事手続上の位置付けが問題となる。明治憲法下の旧刑事訴訟法は裁判官と検事が職権主義の下で協働して被告人の嫌疑を

究明する構造をとり、捜査は公判手続の前手続として位置付けられていた。被疑者の犯罪の嫌疑は、検事による究明から裁判所による究明に引継がれ、捜査と公判審理は連続一体のものとしていたが、新憲法下の現行の刑訴法はその構造を改め、弾劾主義を採用し、当事者主義を強化して、捜査と公判を分断して被告人（被疑者）の嫌疑の引継を否定し、裁判所は検察官の嫌疑の主張の可否をその提出した証拠により審査するものとし、捜査は公判の前手続ではなく、検察官の公訴権行使の可否に向けられた独立の連続性とされるに至った。とはいえ分断されたのは犯罪の嫌疑の引継であり、両者の手続的繋がりがまで否定するものでないことは、勾留中起訴された被疑者について裁判所は改めて審査することはなしに勾留の継続を認める外、捜査によって収集された証拠を一定の条件の下に公判において証拠として許容する等両者の連携は維持されている。このように捜査は、直接には検察官の公訴権行使のための資料収集であるが、同時にそれによって適正な裁判の実現に協力することにもなる。

逮捕・勾留の必要がなくなつた場合に捜査機関の判断で被疑者を釈放できるとする実務の立場からは、被疑者の逮捕・勾留は、取調の便宜のためにあると理解されることになる。もしそうであれば取調のために被疑者を逮捕・勾留することを認めることになるが、そのような身柄拘束と一体をなす取調を任意捜査とみることは困難であり、また刑訴法の逮捕勾留に関する規定にも反する

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題（清野）

ことになる。

(三) 取調のための逮捕を認めなければ、出頭要求に応じない被疑者を取調するには、捜査官が自ら被疑者の所在場所に出向いてこれを行わなければならないことになるが、取調室という密室での威迫的雰囲気の下での取調とは異なり、自白を得ることは困難である。その不都合を解消すべく策定されたのが、逮捕・勾留中の被疑者に出頭及び滞留を義務付ける但し書き規定といつてよい。

しかしながら逮捕には当該嫌疑を裏付けるに足る相当な証拠が必要であり、その収集は必ずしも容易ではない。犯罪の嫌疑はあるがそれが逮捕できる程度に至らない容疑にとどまる者については、更なる取調によってその嫌疑を高める必要があるが、その場合の容疑者の自由の制限の可否が問題とされることになる。

ところで身柄拘束中の被疑者の取調を強制処分と解すると、被疑者の取調は強制処分としての取調と身柄不拘束の被疑者に対する非強制処分（任意捜査）としての取調との2本立てとなる。供述義務を負わないことでは両者同一であり、両者の違いは、出頭・退去の自由の有無だけとなるが、その違いをもたらす原因が、逮捕・勾留にあるのか、それとも法98条1項但し書きにあるのかはともかくとして、いずれにしても被疑者に出頭・滞留の法的義務がなければ、被疑者の留置機関（刑事収容施設）に対し被疑者を取調室に押送する義務を課することはできないと思われる。出頭及び滞留の義務を身柄拘束処分自体に求めることには既述のよう

三九〇（三九〇）

に無理があるとすれば、これを法198条1項但し書きに求めざるをえないであろう。

（四） 刑訴法が身柄を拘束された被疑者に取調受忍義務を課したのは、その犯罪の嫌疑について令状裁判官による司法審査を受けているか、或いは現行犯のように嫌疑が明白な場合に限り、被疑者の同意の有無に拘わらず、社会的に相当と認められる範囲での出頭及び滞留の強制は許されてよいという考えがあつてのことと思われる。このように逮捕・勾留中の被疑者の取調の捜査での位置付けについては見解の対立があるが、どの立場が捜査機関にとって便宜かではなく、犯罪捜査の必要と被疑者の自由・人權の保障との適切な調整を図るという見地からいすれば任意捜査説は捜査の便宜に偏り過ぎるように思われる。そもそも逮捕・勾留と取調とを切り離して取調の強制処分性を否定すること自体問題である。両者を一体的に評価して取調の強制処分性の有無を判断すべきである。

3 被疑者の取調と供述拒否権の告知

ところでこの身柄を拘束された被疑者の取調が、法第197条1項但し書きの強制処分に該当するとしても、その強制性は被疑者の出頭・滞留にあり、供述にまで及ばないことは、法第198条2項が供述拒否権の告知を取調官に義務付けていることから疑いのな

いところであるが、この供述拒否権の告知制度については形骸化が問題視される。取調の現場では、取調べにあたる捜査官が、被疑者に供述拒否権を告知したその舌の根の乾かぬうちに、被疑者には黙秘権の保障はないとして、口を閉ざす被疑者に対し執拗に追及的尋問を行い自白を強要しているのが現実だからである。

被疑者の取調は自白獲得の手段であり、その氣勢を削ぐ供述拒否権の告知を取調官がおざなりに扱ふことは避け難いことである。このように法の建前と捜査官の意識との相克を抱えているのが供述拒否権の告知制度である。自白こそ更生の第一歩だとする取調官の思いが、供述の強要という強権的尋問を招き、被疑者の供述の自由を奪い、供述拒否権の形骸化に一役買っていなければ幸いである。被疑者の取調は、強制処分であろうと任意処分であろうと、被疑者の嫌疑の究明にあることには変わりはないが、裁判所がその嫌疑の有無を判断する際に証拠となりうるのは、供述拒否権により担保される被疑者の取調での「任意の供述」に限られるので、次にその「任意の供述」とは如何なる状態における供述を指すのかを明らかにする必要がある（法319条1項）。

4 供述拒否権と黙秘権

（一） 問題は、刑訴法第198条2項が取調官に告知を義務付けている供述拒否権と公判手続において裁判所が被告人に告知する黙秘権（法第311条1項、その告知について法第291条3項）との関係である。

両者はともに憲法第38条1項の自己に不利益な供述の強要禁止の条項に由来すると考えられるが、その規範の内容をどう理解すべきかである。前者は被疑者に対し「自己の意思をどう供述する必要がある。」旨を告知することを取調官に義務付けるものであり、被疑者が自己の意思に反する供述を取調官に強要されない地位にあることを、その当然の前提とするが、この被疑者の地位を権利と呼ぶことが適当かどうかは問題である。もし権利であるならば、明文をもって供述拒否権を被疑者の権利として規定すべきなのに、何故そうしないで告知内容からの当然解釈として、その存在を窺知させるような規定の仕方をしたのかである。これに対し後者は「被告人は終始沈黙し、又は個々の質問に対し陳述を拒む」権利として明文で規定されている。両者の規定の体裁も黙秘権の方は被告人の側から規定しているのに対し、供述拒否権の方は取調官の側から規定している。刑訴法第31条1項は、被告人のこの権利を憲法第38条1項の不利益供述の強要禁止を超えて更に沈黙にまでその保障を拡張すると共に、その体裁を改め被告人の黙秘権及び供述拒否権として明確に規定し直している。

この被告人の権利を刑訴法29条3項は、公判の冒頭手続で裁判長によって被告人に告知すべきことを定めていることからすると、いわゆる被疑者に対する供述拒否権の告知する制度が、告知すべき権利の本体を規定していないことが気になるし、刑訴法がそもそも供述の自由を被疑者の権利として認めているのかどうかも定

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題（清野）

かではないので、被疑者にこれを告知するかどうかは、取調官の職務規範上の問題で被疑者の権利の問題ではないのではないかと、²⁾いう疑問すら生じる。

身柄の拘束の有無に拘わらず、被疑者の取調にあたり「自己の意思に反して供述する必要がある」旨の告知は、権利の告知ではなく、それは取調における被疑者の地位の告知ではないかという疑問である。換言すれば取調において取調官と対等の地位にあることを被疑者に知悉させるための告知、即ち、当事者的地位の告知であり、権利の告知ではないとする理解である。この被疑者の当事者性と取調の必要との調整の結果として被疑者の供述義務を否定することになる。

(二) いずれにしても取調官によるその告知義務の違反は、取調官の職務違反ではあるが、その違反が直ちに憲法第38条1項の違反になるわけではないと解せられる。³⁾また被疑者の供述拒否権の告知規定が、被疑者の地位に関する規定ではなく、供述拒否の権利に関する規定であるとしても、その権利は取調における被疑者の供述義務を前提とし、ただ「意思に反する供述」に限って、例外的にその義務が免除されることを定めた規定のように読み取ることも可能であるし、その「意思に反する供述」が、憲法第38条1項の「不利益な供述」と同一かどうかも疑問である。さらに告知を怠った取調官が、職務違反を理由に懲戒処分を受けた話も耳にしないので、今日の実務では、この告知規定を職務規定とさえ解

三三八（三三八）

さず、あたかも訓示規定の如く扱っているので、この告知制度を被疑者の「供述の自由」を保障する重要な制度とまでは考えていないように思われてならない。³⁾この現状からすれば、この告知規定は被疑者の地位に関する告知規定と解することもあながち的外れないようにも思われる。

(三) ところで自己の「意思に反して」とは、本意(真意)に反するの意なのか、それとも被疑者の意思に基づかない意なのかである。また「意思に反する供述」と「任意の供述」との関係も問題と云ってよい。これらの点について更に考察を進めたい。

刑事法322条は、被告人(被疑者)の供述録取書の証拠能力を認める要件として、供述の任意性を要求しているが、そこでいう「任意」とは強制の対概念なのか、それとも自発性を意味する概念なのかである。取調受忍義務(出頭・滞留の義務)の存在下でなされる被疑者の取調は、全体として強制的性格を有し、被疑者の意思を威圧することは、取調の実情を見る限り否定できない。したがって身柄を拘束された被疑者の取調での供述は、供述の自由が保障される状況下での供述とは異なり、本来的に強制された供述とみられることも可能である。

取調では、被疑者は取調官から「意思に反して供述」する必要のないことを告知されるが、被疑者に自由な供述を保障する環境たとえば出頭・退去の自由が認められるとか、或いは弁護人の立会が認められる等の保障環境が整えられていない限り、供述を拒

否することは實際上困難であることも確かである。取調のもつ強制的、強権的色彩を払拭するためには、この供述拒否の実質的保障が必要である。

5 強制処分としての取調の限界

(一) このように刑事法198条1項による身柄を拘束された被疑者の取調を強制処分と解すると、その強制の内容・程度如何が問題となる。取調の強制処分性が出頭及び滞留の義務にあるとすれば、その強制は出頭及び滞留の範疇に限定され供述にまで及ばないことはいうまでもない。出頭については拘留・留置施設(刑事収容施設)からの強制連行としての押送に限られるので格別問題は無いが、ただ被疑者が出頭を拒み施設職員による連行に抵抗した場合にどの程度の実力を行使できるかの問題はある。

身柄拘束中の被疑者の取調がもし任意捜査であるならば、被疑者の任意の出頭を求めて取調にに応じてもらうか、或いは捜査官が収容施設に赴いて被疑者の同意の下に取調を行わなければならないことを考えると、被疑者の意に反する押送は許されないことになるが、強制処分説では出頭は義務であるから、その義務の強制は当然に許され、ただ、その強制の限度が問題になるだけである。この出頭強制の問題はまた収容施設の押送義務とも関係する。取調室への連行という事柄の性質からすれば、被疑者の抵抗の程度から収容施設職員による押送が著しく困難と判断される場合は、

その押送義務は免除されると解されるので、それが出頭義務の強制の限界でもあり、それ以上の強制力の行使は許されないであろう（刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律）77条（刑務官の制止等の処置）は、被収容者による刑務官の職務の執行を妨げる等の行為に対し、合理的に必要と判断される限度で制止、拘束及び抑止するための必要な処置をとることができるとしている）。

次に滞留即ち退去の自由の剥奪については、その期間が問題となる。被疑者の行動の自由の制限は、逮捕・勾留による拘禁期間中の被疑者の取調において認められるが、取調の方法や時間についても限界があり、それは当該事件の性質、取調の必要性、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して許容される方法に限られ、供述義務を課したと同様な尋問の仕方が許されないことはいうまでもない。

(二) この許容される範囲内の取調によって取得された自白であっても、それだけでは法319条1項（自白の証拠能力）所定の「強制」による自白に該当しないとはいえない。更に、取調の手段である尋問の方法が被疑者の供述の自由を奪っていないことが必要である。したがって「強制による自白」とは、取調の両面即ち被疑者を取調官による尋問可能な状態に置く手続面（ハード面）と尋問方法の面（ソフト面）のいずれかが、その許容限度を超えた取調による自白をいい、この両面が共に許容限度を超えない取調に

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題（清野）

よって取得された自白のみが任意性のある自白ということになる。

捜査方法としての被疑者の取調には、ハードとソフトの両面があり、前者は尋問を受ける被疑者の外面的処遇の面であり、後者は被疑者の内面的処遇の面である。強制処分としての取調についていえば、出頭・退去の自由の有無や取調中の手錠の扱い或いは押送された被疑者の取扱、例えば取調待機中の仮監での処遇等は前者の問題であり、供述義務の有無や尋問の仕方（威嚇的侮辱的尋問や利益誘導型尋問等）等は後者の問題といつてよい。法は身柄の拘束の有無を問わず、被疑者に供述義務は課していないので、法的にはいずれの場合も被疑者には供述の自由が認められるから、捜査の方法として使用される強制捜査及び任意捜査なる用語は取調に関する限り、このハード面としての外面的処遇の違いに着目した区別といつてよい。

このように強制処分としての取調における強制は、出頭・滞留の強制にあるので、取調官は自白しない限り被疑者の退去を許さないことも可能であり、被疑者は事実上供述義務を課せられたと同じ状態に置かれることになる。取調のハード面がそのソフト面に影響を及ぼすことは、ソフト面の考察にあたって無視できない点である。⁴⁾

(三) 捜査機関が捜査の方法を選択する場合、被疑者が容疑を認めているかどうかが考慮されるが、それだけで選択されるわけではなく、容疑を認めていても逃走の虞れや証拠隠滅の虞があれば強

三三八（三三八）

制捜査が選択されることになる。

ところで容疑を否認している被疑者に対する供述の強要の可否が問題となる。身柄を拘束されている被疑者が否認している場合には、逮捕・勾留の手続きにより犯罪の相当な嫌疑が裁判官によって認められているだけに(法第199条、60条)、被疑者は必然的に厳しい追及的尋問を受けることになるが、否認している被疑者の取調において供述の強要が一切認められないかである。もし認められないとすれば、供述を強要する強権的尋問は供述の自由を侵害するものとして許されないことになるが、被疑者の取調は、弁解聴取の場ではなく被疑者の嫌疑を究明する場として法制度化されているし、また法第197条1項は、「強制の処分」に至らない捜査行為(尋問)を許容しているので、取調において強制に至らない程度の供述の強要は容認されることになる。

(四) 身柄を拘束された被疑者の取調を強制処分と解する立場では、ハード面での取調の強制的性格が当然にソフト面にも反映することを認めるが、それは反映というよりは、むしろソフト面としての尋問の成果を容易にするためにハード面が構成されているといってもよい。問題は、供述の強要の許容限度である。取調の強制処分性を認める立場においても、その強制的性格はハード面に限られソフト面には及ばないので、ソフト面での強要は一切認められないと解すべきである。供述の自由(それは否認の自由でもある。)の剥奪は供述義務を課したと同様になるので許されない

が、強制処分としての取調においては、身柄を拘束するに足る相当な犯罪の嫌疑が裁判官によって一応認定されていることを考えるならば、被疑者の供述の自由を奪わない限度において供述を強要することは許されてよいように思われる。

強制処分としての取調において許容される限度を超えた強要によって取得された自白は、その許容限度の逸脱がハード面及びソフト面のいずれの面で生じたとしてもそれは法319条1項の「強制」による自白に該当すると解すべきであろう。

(五) それでは任意捜査の一環としての被疑者の取調での被疑者の供述の自由の制約はどう考えるべきであろうか。身柄不拘束の在宅の被疑者も、被疑者として取り扱われる限り、その嫌疑の程度は身柄を拘束された被疑者のそれと変わりはない筈であるが、ただその嫌疑について司法審査を受けていないので、取調はその面からの制約を免れないし、任意捜査としての取調は、原則として被疑者の同意の下に行われるので、この面からも制約を受けることになる。したがってその取調(尋問)の手段・方法は強制処分としての取調と同一に論ずるわけにはいかない。この相違点は被疑者の同意の限界として検討されることになるが、それと共に強制処分としての取調では許されなくて、任意捜査としての取調では許される行為の有無も問題となる。

ところで任意捜査としての取調は、被疑者の同意がなければ一切許されないものかどうかである。身柄不拘束の被疑者も、被疑

者として捜査機関により特定の犯罪の嫌疑を掛けられている者である以上、その嫌疑の追及は当然になされねばならないのに、被疑者の同意がなければ、その追及のための尋問ができないとするのは問題である。同意が得られなければ逮捕・勾留して被疑者に取調受忍義務を課すればよいとの考えもあるが、仮に逮捕勾留を取調の手段とみる見解に立つても、強制の処分を例外とする法の建前からは、取調の場における被疑者の自由の制約は可能な限り避けるべきであるし、また捜査機関の被疑者に掛ける嫌疑が常に逮捕状請求の要件である「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」を充たしているとは限らないこと等を考慮に入れても、同意がないからといって、被疑者の取調を放棄することはできないので、同意が得られなくても取調は許されると考えるが、問題はその限界である。被疑者に出頭を促し、もしくは任意の同行を求めて取調室でその嫌疑について、任意捜査の一環として社会通念上相当として許容される範囲と限度で追及的尋問することは認めようが、被疑者を取調のため長時間にわたって取調室に滞留させることは、被疑者の真意の同意がなければ許されないであろう。任意捜査としての取調については項を改めて論述する。

6 任意捜査としての取調の限界

(一) 前述のように身柄を拘束された被疑者の取調を強制処分と解し、強制捜査に該当すると考える見解（強制処分説）に対し、身

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題（清野）

柄を拘束された被疑者の取調も任意捜査であり、出頭・滞留の義務は逮捕勾留の効果で取調に付随する義務ではないとする見解（任意捜査説）も有力に主張されていることは先に触れた。この立場では被疑者の取調はその身柄の拘束の有無に関係なく任意捜査であり、法98条1項は任意捜査としての取調に関する規定であるとする。もしそうであれば同項但し書きの「逮捕又は勾留されている場合を除いては」の字句をいかに解すべきかである。強制処分説はこの但し書きを額面通り受け止め、本文と同列の取調に関する規定と解するのに対し、任意捜査説は、逮捕・勾留されている被疑者も身柄不拘束の被疑者と同様出頭及び退去の自由はあるが、身柄の扱いは收容施設の権限事項であるため、その処置に委ねられるので被疑者の行動の自由はこの面からの制約を受けることを念のため規定したが但し書きであるとし、これを取調自体に関する規定ではなく、取調を受ける被疑者の身柄の扱いに関する注意規定と解するようである。約言すれば被疑者は身柄の拘束の有無に拘わらず、取調に対してはこれを受忍するか否かは自由であるが、收容施設の身柄取扱規則によつてその自由が制限されることを念のために規定したのが、本但し書きだとするのである。

(二) ところでこの法98条1項はそもそも何を規定しようとしたのであろうか。規定の文面からは被疑者に出頭を求めて取調べる捜査機関の権限を定めたものと読み取れる。本条を任意捜査の一環としての取調に関する規定と解するならば、第1項は任意捜査と

三八四（三八四）

しての身柄拘束中の被疑者の取調の方法を規定したことになる。ところで任意捜査としては、在宅の被疑者と本来同じ扱いをすべき身柄拘束中の被疑者について但し書き規定は別扱いをし出頭及び退去の自由を否定しているが、但し書きのこのくだりを注意規定と解したとしても、果たして第1項の文面から、身柄拘束中の被疑者も不拘束の被疑者と同様に「出頭・退去の自由があると読み取ることができるであろうか疑問である。

逮捕・勾留が取調のための身柄拘束でないとすれば、被疑者の身柄の扱いに関する権限と責任は、当該被疑者を收容している施設にあり、被疑者の出頭・退去等はその定める身柄押送に関する法令や規則によるべきであつて、刑事訴訟法に規定すべき事項ではないと考える。

そもそも取調が任意捜査であるならば、收容施設の職員が被疑者の同意の有無に関係なく取調官の面前に被疑者を押送する根拠自体不明である。被疑者の身柄の拘束が取調のためでなければ、被疑者が退去を望むときは押送職員にその旨を告げて取調室から退去すればよい筈であるが、現実には、取調室からの退去の可否を決めるのは被疑者や押送職員ではなく取調官である。換言すれば被疑者の出頭・退去を管理するのは取調官であり押送職員ではないから取調と被疑者の身柄の管理とを分別し、取調は任意捜査として行われるという主張は現実と反する。両者は一体的というべきである。

(三) また法198条が任意捜査としての取調に関する規定であり、身柄拘束中の被疑者の取調をも含むと解する任意捜査説では、身柄拘束中の被疑者の取調のどこをもつて非強制＝任意と解するのかさだかでないが、おそらく任意捜査としての取調と同様に「出頭・退去の自由を認めるためであろう。身柄拘束と取調を切り離し個別に扱うならば、それは論理上可能であるが(分別説)、両者は一体的関係にあるとみるならば、身柄拘束中の被疑者に出頭及び滞留の義務を課して行う取調も、任意捜査として許されることを規定したのが法198条1項と解釈されることになる(一体説)。任意捜査説の論者は分別説と思われるが、この見解には前述のように問題があるし、一体説では取調受忍義務を被疑者に課する取調を非強制処分とする点で承服し難いとすれば、規定の仕方に問題があるとしても、法198条1項但し書きは、身柄拘束の有無により區別して、不拘束の被疑者の取調は任意捜査とし、拘束中の被疑者の取調は例外的に強制処分として扱うことを規定したものと解釈すべきであろう。

ところで最高裁は「任意捜査の一環としての被疑者に対する取調は、強制手段によることができないというだけでなく、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態様及び限度において許容される。」と判示し、殺人事件の被疑者に帰宅できない特段の事情もないのに四夜に亘って所轄警察署近辺のホテル等に

宿泊させて昼夜に亘って長時間取調を続行したことは任意取調の方法として必ずしも妥当ではないが、同人が右のような宿泊を伴う取調に任意に応じており、事案の性質上速やかに同人から詳細の事情及び弁解を聴取する必要があるなど本件の具体的状況の下では、任意捜査の限界を超えた違法なものとは断じ難いとして、警察の当該処置を認容している（最決昭和59・2・29刑集38・3・479刑訴百選8版の7）。その論調からすれば最高裁は任意捜査説を採るものようである。

(四) なお身柄を拘束されている被疑者の取調を強制処分と解する立場では、被疑者の取調は身柄不拘束の被疑者に対する任意捜査としての取調の外、それとは別に強制処分としての被疑者に対する取調の存在を認めることになるので、任意捜査としての取調で強制が許されるか、許されるとしてその限度如何が先ず問題となる。任意捜査はその一般的理解では、関係者の法益を侵害することなしに行うことができる場合の捜査活動とされ、その一環としての取調も被疑者の同意を得て行われることになる。被疑者の自由という法益の侵害を同意によって阻却するわけであるが、同意さえあれば、いかなる手段方法による取調も許されるわけではない。

同意にも自ずとその限界があつて任意捜査説ではその限界は当然強制処分としての取調の限界とは無関係に論定すべきことになる。また同意がなければ被疑者の取調が一切許されないかどうかも検討課題といつてよい。

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題（清野）

強制処分としての取調を認めるとして、その取調の途中で任意捜査としての取調に切り替えることもありうる。例えば逮捕勾留中の被疑者を証拠不十分を理由に釈放し在宅で被疑者の取調を続行する場合である。被疑者の釈放により捜査官は強制的取調の権限を失い、以後の取調は任意捜査のルールに従うべきことはいふまでもない。

前記最高裁決定は任意捜査の一環として、いかなる場合に、いかなる取調が許されるかを判示したものであるが、その判断基準の適用の結果が前記の通りであり、被疑者の同意を必ずしも絶対的条件とは考えていないようである。しかしながらホテル等の宿泊施設に四夜連泊させて長時間に亘って行われた取調を任意捜査の範囲内とする判断には承服し難い。仮に被疑者の明示或いは黙示の同意があつたとしても、その同意を真意による同意と認めること自体疑問であり、常識的にみても任意捜査の限界を超える事案と思われる。おそらく最高裁は事案が殺人事件であること、逃走の虞れがなくもない等被疑者を取調べる緊急性があつたことを重くみた救済的事例の感が強く、同意を軽く扱っているところが問題である。

ところで前記最高裁決定後の東京高裁平成14・9・4判決では、殺人事件の重要参考人、次いで被疑者として、任意同行及び取調をするに当たり、警察官官舎及びホテルに宿泊させて、9泊にわたり挙動を監視し、外界と隔絶させて連日長時間の取調を実施

三八一(三八一)

した事案の捜査方法については、社会通念に照らし行き過ぎであり、任意捜査として許容される限界を超えた違法なものであると判示している(判例時報1808・144)。前者との結論の違いは滞留期間の長短によるものと解すべきであろうか。

(五) 任意捜査説は強制処分としての取調の存在を認めないため、勢いそれに代わる強制処分的取調を、同意を理由に任意捜査として容認せざるをえないことになるが、その同意は社会通念上相当と認められることが必要であるから、同意を前提とする任意捜査としての取調の範囲はそれほど広くないといつてよい。

任意捜査としての取調によって被疑者の法益の侵害がどこまで許されるかは、当該取調方法の社会的相当性の有無にあり、その判断には前掲最高裁決定の挙示する諸般の事情も重要であるが、その中心は真摯な同意の有無でなければならぬ。在宅の被疑者の取調は、任意捜査としての取調であるから、前述のように社会的相当性による制約を受けるが、その取調の手段方法は取調のハード面の問題であり、ソフト面は別である。ソフト面では強制処分としての取調の場合と同様に、供述の自由を奪わない限度で供述の強要が許されると解してよいかどうかの問題がある。任意捜査としての取調は、被疑者の同意を条件とする取調だとすると、在宅の被疑者が供述の自由を失うような強権的尋問に同意することとはありえないし、また供述の自由を失うようなハード面での自由の制限を受け入れることも考え難いので、任意捜査としての取

調の限界は、被疑者の同意がない場合に許される取調の限度如何の問題として考えるべきであろう。

(六) 被疑者として扱えるだけの犯罪の嫌疑があるのに、取調として追及的尋問が許されず、単なる事情聴取に止めざるをえないと解することは現実的ではないので、その嫌疑について司法審査を経ていないことを考慮した上で、被疑者の同意がなくとも社会的相当性が認められる限度で追及的尋問をすることは許されるが、出頭・退去の自由を制限するには被疑者の積極的同意を必要とし、またその同意に社会的相当性が認められなければならないと解する。この点が身柄を拘束された被疑者の取調を強制処分とする見解との違いである。尤も身柄拘束中の被疑者の取調も任意捜査の一環と解する立場でも身柄拘束中の被疑者の取調に限るとし、被疑者に出頭・滞留の義務があっても矢張り任意捜査であるとし、法198条1項但し書きは、任意捜査としての身柄拘束中の被疑者の取調において採りうる手段としての出頭・滞留の強制を定めたものと解する論者もいるようであるが、それは既述の身柄の拘束と取調とを一体的に評価する見解からの帰結であって、両者を別個に考える個別説の立場からは、それは身柄拘束の効果の借用であり、任意捜査の本来的手段ではないことになる。

(七) 任意捜査としての取調の許容性の限界は、被疑者の自白調書の任意性とも関係する。ハードとソフトの両面において任意捜査として許される取調によって作成された自白調書は当然に任意性

が認められることになるからである。強制処分としての取調の強制性は、出頭及び滞留による取調の受忍にあるが、任意捜査としての取調においても同意を理由に在宅の被疑者に対して出頭・滞留の義務を課したと同様の状態に置くことは可能であり、また尋問による供述の自由の制限の限界も同一であるとすれば、両者を任意捜査に一本化してその許容性の限度を考えた方が合理的であり、また犯罪捜査の原則を任意捜査とすることにより捜査における被疑者等関係者の自由人権に対する侵害を最小限に抑えようとすると刑事法の理念にも合致すると主張する任意捜査説にも傾聴すべき点はあるが、任意捜査の一環である被疑者の取調の限界を「強制の処分」の概念を縮減することにより、非強制＝任意の範囲を拡張、逮捕・勾留という司法審査の手続きを踏まずに、被疑者を事実上これと同一の自由の制限状態に置くことを可能にする見解は、捜査の便宜に偏る危険性を有し、被疑者の人権保障の面からも問題であり、法の理念に合致するかどうか極めて疑問である。

7 意思に反する供述と任意の供述

(一) ところで取調にあたって法第198条2項によって告知される事項中の「意思に反する供述」と法319条1項（自白の証拠能力）及び法322条（被告人の供述録取書の証拠の証拠能力）に規定する「任意の供述」との関係である。

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題（清野）

まずこの「意思に反する供述」であるが、これを本意（真意）に反する供述と解するならば、追及的尋問は殆ど不可能となり、取調は嫌疑究明の場ではなく弁解聴取の場に変わるので、身柄を拘束された被疑者であつても、取調のために出頭・滞留の義務を課してまでそれを強制する必要性がなくなることからすれば、そのように解するわけにはいかない。もし「意思に反する供述」を本意に反する供述と解するならば、「取調」という供述証拠の収集制度自体を事実上否定することにもなりかねない。刑事法の規定する取調制度を前提とする以上この解釈をとりえないとすると、いかなる解釈が可能であろうか。意思に反した供述の拒否が認められる以上その前提として「供述の自由」を肯定しなければならぬから、その自由を剥奪しない限度において供述の強要が許されると解すべきであり、その限度内での取調によってえられた被疑者の供述は「意に反する供述」ではないことになる。ここで供述の自由とは、供述するかどうかを決定する自由と如何なる供述をするかという供述選択の自由の双方を含むが、筆者はこれらの自由が失われた状態でした供述を「意思に反する供述」と解するのである。

このように被疑者の取調においては、当の被疑者が身柄拘束中かどうかを問わず、或る程度の供述の強要が許されると解されるが、その解釈は当然に前記規定における被疑者の「任意の供述」の解釈にも影響を及ぼすことになる。即ち、取調において許され

三八〇（三八〇）

る強要による供述を、不任意の供述として取り扱うことはできないから、これを任意の供述とし、その許容された限界を超えた取調によつてなされた供述を強制された供述と解することになる。

(二) 法197条1項は前述した通り強制の処分はこの法律の定めのある場合に限つてすることができると規定しているので、強制の意義はこれを明らかにする必要があるが、強制に当たらない場合を積極的に定義付ける必要はなく、強制に該当しない場合と消極的に定義すれば十分である。この論理が非強制をもつて任意と解する実務をもたらしめているといつてよい。非強制＝任意と解する実務の下での被疑者の供述は、それが強要された供述であっても、被疑者によつて選択された供述である以上、それは被疑者にとつて「自己の意思に反しない供述」であり、また「任意の供述」でもあることになる。

被疑者の取調における「任意」や「強制」をこのように解釈することは、これらの字句の通常の用法からすれば異例といつてよい。これに対し法31条(被告人質問)の「被告人が任意に供述する場合」の任意及び法32条2項(被告人の供述を録取した書面の証拠能力)の任意は被疑者の取調における任意の供述とは異なり、任意の通俗的意義としての随意もしくは自発であり、非強制的供述を意味しないことは明らかである。そうすると刑法は「任意」の意義を捜査と公判では別異に扱つてことになるが、裁判員にはその違いを理解させる必要がある。

このように取調での被疑者の供述が任意の供述か否かは、当該供述が強制により供述の自由を失つた状況下でなされた供述かどうかによつて決まることになり、供述の自由が残されていれば、いかに強権的取調の結果での供述であっても、任意性が肯認されることになるのである。このように「任意」とは通俗的な意義での任意ではないので、早期の釈放を得るためやむなく、または昼夜を分かたずになされた執拗な尋問に根負けして供述したからといつて強制された供述には該当せず、任意の供述として評価されることになる。

(三) このような解釈が憲法第38条の「強要」及び「強制」の法意に合致するかどうかは相当に疑問であるが、実務では「任意」を随意かどうかではなく、被疑者の「供述の自由」を剥奪するような取調がなされた結果としての供述かどうかを、取調の方法の面から判断しているといつてよい。即ち取調を受ける被疑者の心裡面からではなく、取調官の取調の手法の面から判断するわけである。強制は程度を付しうる概念であるが、被疑者の供述の自由を失わせる強制とはいかなる程度の強要を指すのが問題となる。

供述するか否か、或いはいかなる供述をすべきかの判断の自由を完全に奪う状態に至れば最早任意として扱いうる強要とはいえないことは明らかであり、任意と評価できる強要は、それ以下のレベルの強要ということになる。このように強要には、観念的には程度・段階があるが、いかなる段階までの強要が任意といふ

かは、結局のところ取調の外面的状況により公判裁判所が判断することにならざるをえない。

この任意性の判断にあたり、ときには被疑者の供述が「任意」と評価できる強要の限度内かどうかが不分明な場合もありうる。法第39条1項後段所定の「任意にされたものでない疑いのある自

白」とはそのような場合も含むものと思われる。

四 今日の捜査実務は、容疑を否認している被疑者に対しては嫌疑の存在を理由に追及的尋問による供述の強要が許されるとの見解の下にあるとみてよく、社会も概ねこれを受け入れていようである。犯罪の撲滅による社会治安の維持という公共の福祉の確保と被疑者・被告人の自由・人権の保障という相克する理念を今日の刑事司法はこのような形で調整していると理解すべきであらうか。取調の可視化は、裁判員に映像化された取調の実相から、それが法の許容する限度内での被疑者の取調であるかどうかを判断させることになるが、その判断には取調で許される供述強要の限度の理解が不可欠といつてよい。

8 供述録取書の作文的性格

(一) 取調と関連して問題となるのは、取調の結果作成される調査書である。この調査書は刑訴法では供述録取書（実務では供述調査書）と呼ばれるが、その法的性格については検討を要する。刑訴法の証拠に関する規定（証拠法）の上では、供述録取書は証拠書類と

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題（清野）

して扱われるが、それは供述人と其の供述の録取者によつて分けられ、前者は被疑者とそれ以外の者に、後者は検察官（検察事務官）と司法警察職員に分けられる。問題はこの供述調査書の証拠能力である。同じ供述録取書でありながら検察官以外の捜査機関の調査が証拠法の上で検察官の調査より劣位に置かれているのは何故かである。例えば参考人の供述調査（法31条1項）の扱いである。もし供述の録取が、供述人の供述をそのまま記録することであれば、供述録取者が検察官であろうと司法警察職員であろうと録取した調査に差異はないはずである。弁護士など一般私人が供述録取者である場合も同様であろう。そうするとその差異は、供述録取者の差異即ち捜査機関であるかそれ以外の者であるか、或いは検察官であるか司法警察職員であるかの違いがその差異をもたらしめていることになるが、供述録取者即ち取調官の官職がなぜその差異をもたらしめているかが問題である。供述調査をもつて供述の代書面と解する限り、その差異を合理的に説明することはできないので、供述調査を供述の代書面と解する見解は成り立たないことになる。それでは捜査機関が作成する被疑者、参考人の供述調査は如何なる性格をもつ書面であろうか。

(二) 捜査機関の取調は、言うまでもなく取調官が犯行に関して被疑者や参考人を尋問し、これに対して被疑者等が答弁したり黙秘したりして行われ、取調官は通常その答弁をメモにとり、尋問終了の段階で、そのメモに基づき聴取内容を文章化して自ら供述調

二七八（三七八）

書を作成するか、若しくは立会の記録者に文章化したところを口授して供述調書を作成させることになるが、その文章は供述人の答弁をそのまま書面に転記するのではなく、供述人の供述を取調官が自ら理解するところによって整理し報告文や告白文の形式で記述するのが供述調書作成の実務といつてよい。

この調書作成の側面からみても、検察官と司法警察職員との間に証拠能力の差異を認めるべき格別の理由は存在しないといつてよい。強いて差異を求めるとすれば、前者は法律的素養において後者は捜査技術において、一般的にそれぞれ相手方より優れていると言いうるに止まり、その差異は両者の供述調書の証拠能力に差異を設けるべき理由としては必ずしも十分とはいえない。現に
 告白調書については差異はないのである(322条1項)。そうすると残るのは供述録取者である取調官の地位と職権ということになるが、果たして、それでその差異を合理的に説明できるかどうかは疑問である。証拠法はおそらく、検察官はその職責(訴追裁量権)と資格(裁判官と同資格)から裁判官に準ずる司法官的地位にあり、その取調は公正に行われることが期待できるとし、その結果としての供述調書は他の捜査機関の供述調書より、一般的に信頼性が高いと考へての扱いと思われるが、実務はその期待に込んでいるかどうかである。もし実情がその期待に込めていないとすれば、両者の証拠能力の差異の説明に窮することになるであろう。

9 供述調書の取調報告書性

(一) 刑法第198条4項は、被疑者の供述調書の作成手続きを規定しているが、被疑者の供述調書に限らず、捜査機関の作成する供述調書には宛先がない。同項は、取調官の作成した供述調書を、供述人に閲覧させ或いは読み聞かせ、誤りない旨申し立てた場合には署名押印(または指印)を求めることができるとする一方、供述人に対し記載された供述の変更の申立権と署名押印の拒否権を認めているが、この手続は取調官が供述人の答弁に基づいて作成した供述調書を、供述人の供述書に転換する手続と視ることもできる。

転換された供述調書は、供述書に変身することになるが、一体その宛先は何人であろうか。その前にそもそも供述調書は何人のために作成されるのかである。また検察官作成の供述調書の宛先と司法警察員作成の供述調書の宛先は同一人であろうか。両者共おそらく訴追権限を有する検察官と考へられる。なんとすれば、それは訴追の可否及び要否を判断するための資料として作成される書面といつてよいからである。このように供述調書の宛先は訴追権限者と解せられるが、それは同時に当該事件の捜査責任者(警察及び検察の捜査責任者)に対する取調状況の報告書の役割をも果たしている。供述人の署名欄の次の「供述を録取し読み聞かせたところ誤りなき旨申立て署名指印した」旨の記述部分がそれで

ある。

(二) このように供述調書は、当該供述人である被疑者又は参考人の当該被疑事件に関する告白文書若しくは報告文書であると共に取調官による捜査責任者に対する取調状況の報告書面（捜査報告書）でもありと解することができる。

供述人が署名押印を拒否した場合の供述調書は、もちろん証拠法上は供述録取書として取扱うことはできないが、取調官の捜査報告書として利用する余地は残る。即ち「供述人は本職に対して、このように供述したが署名押印を拒否した」旨の取調官の取調顛末書としての利用である。被疑者に署名押印を拒否された取調官は、当該供述調書に基づき、被告人の捜査段階での供述状況を証言することは許されるが、その証言の内容をなす被告人の供述部分を被告人に対する公訴事実の實質的証拠とするためには、当該供述が不利益事実の承認を内容とするものであり、かつ任意でなされたものであることを必要とする（法234条）。なをここで注意すべきは、取調の可視化によって従来より自白の任意性の立証が容易になることである。取調の可視化は、常に被告人側にのみ有利に作用するわけではないことを知る必要がある。

10 取調における供述と供述録取書記載の供述との同一性

(一) 今日の実務では、ときとして被疑者の供述調書の記載と取調

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題（清野）

における被疑者の供述との同一性が問題となることがある。同一性がなければ、もはやその書面は供述録取書でもなければ供述書でもないことになる。いわゆる押しつけ調書または作文調書の問題である。通常は、取調に当たたる検察官や司法警察職員は、被疑者や参考人から聴き取った供述を、被疑者の嫌疑に相応した犯罪の構成要件を念頭において要約し、それを供述人の口から出たものとして記述して、証拠書類としての供述人の供述調書を作成しているが、ときには供述の要約の限度を超えた内容の供述記載で供述調書が作成されることもある。それは取調官が自己の被疑事件についての筋読みに従って作文して供述人に押しつけた作文調書といわれるものである。この場合には供述人はその調書に署名押印（指印）することを拒否するであろうが、「そのようなことは言っていない」と取調官に抗議しても受け入れられず署名押印を迫られ意に反して署名指印することもありうる。被疑者らのこれらの抗弁に対し、取調官は「調書は供述の代筆ではないから、供述そのものを記載していないが、その趣旨に沿って記述しているのだから署名押印しなさい。」と供述人を説得するであろう。即ち生の供述（原供述）と調書に記載された供述との同一性に関する争いである。両者の同一性の判断基準をいかに考えるべきかが問題となる。同一性の限界を超えて作成された供述調書は、取調官の供述調書であって、供述人である被疑者や参考人の供述調書ではない。

二七六（二七六）

(二) このように尋問時における生の供述(原供述)と供述調書に記載された供述との同一性の問題は、供述録取における重要課題であるが、犯罪の構成要件に主観的要素を多く採入している我が国の刑法の下での罪責立証のため、断片的な被疑者の供述を整理し物語式に記述するには、作文的な部分が生じることはやむをえないが、取調官は供述調書の作成にあたっては供述人の供述の趣旨を的確に捉えて、その趣旨から外れないよう文章を作成すべきである。物語式調書は必然的に詳細かつ長文に成りがちであり、趣旨の同一性の判断を一層困難にすることは否めない。まして取調官の通り一遍の読み聞けで、供述人が調書に記述された文章の趣旨を正確に理解することが容易でないことも知る必要がある。また取調官が故意にこの「読み聞け」をいい加減にして署名押印させ、供述調書を詐取することも起きうるのである。従って同一性についての争いをなくするには先ずもって「読み聞け」を供述人が理解できるように正確且つゆつくりとすることである。

ところで法廷で被告人から被疑者調書は取調官の作文だとする抗弁があっても、被告人が被疑者として取調官にした供述が確認されない限り、供述調書の記載供述との相違を裁判官に認めさせることは至難であるが、そのような作文調書(VESTITIATORSESSAY)が少なくないことは捜査関係者にとつては周知のことといつてよい。

捜査官は被疑者の否認にもかかわらず、自己の筋読みに合わせ

た被疑者の自白調書を作成し、勾留の延長や保釈の不同意をちらつかせて被疑者に署名指印を迫り、被疑者が早期釈放を願ひ、或いは不利益回避のためやむなく署名指印に応じると、その作文調書は被疑者の自白調書として大手を振って罷り通ることになり、被疑者から署名指印をせしめた取調官は有能な捜査官として評価されることになる。このことは警察官のみならず、独自捜査をする検察官にもいいうることである。作文調書を作成した取調官はおそらく内容虚偽の調書を作成し無理矢理署名指印させた後ろめたさより、むしろ自分の筋読みが正しかったからこそ被疑者が署名指印したのだと揚言し、自白調書を獲得するにはこのような手法もときには必要だと嘯くであろう。取調における供述(原供述)と供述調書の記載供述の同一性を確かめる資料を残さない現在の取調の手法では、捜査機関が獲得した被疑者の供述調書は寸毫の変更をも許さない絶対的なものとして扱われ、原供述との乖離などそもそも存在しないと強弁することになる。

(三) 原供述が録音によつて保全される取調の可視化によつて、作文調書の作成は困難になり、供述調書の作成に再検討を迫ることになるであろう。被疑者という弱い地位に置かれた供述人に取調官の言い分に抵抗することを期待することはできないことを前提にこれが対策を考えるべきであり、取調に弁護人の立会を認めるのも一策といえる。取調の録音・録画が一般化されていない現在においては、原供述を直接証明する資料は存在しないため(被疑

者ノートや取調官の手控え等はあるが信用性に問題がある。)、被告人の供述と取調官の証言によつて原供述を再現せざるを得ないが、これにも多くを期待できないのが現実である。その意味においても取調の可視化は次善の策ではあるが、是非とも全事件について実現されることが望まれる。取調の可視化は、取調の強制的性格を緩和するだけでなく、供述調書の作成にも再考を促す契機となることが期待される。

いづれにしても供述調書は、供述人の同意即ち署名押印(指印)があつて初めて供述書面となりうるものであり、同意がなければ法322条の被疑者の供述書にも供述録取書にも当たらず、それは捜査責任者である上司に対する取調顛末書としての活用できるだけであるが、同一性の枠を超えて作成された供述調書は内容虚偽の公文書(刑法156条)として取調顛末書としても活用は許されないといふべきである。

(四) ところで供述人である被疑者や参考人の供述との同一性を超えて取調官が作成した内容虚偽の供述調書については、前述の通りその犯罪性が問題になりうるが、この供述調書の作成名義人は何人であろうか。供述録取者である取調官であろうか、それとも供述人であろうか。供述調書には、前述のごとく二つの側面がある。一つは供述人の供述書面的側面であり、いま一つは取調官の取調状況の報告書面的側面である。前者の作成名義人は署名捺印した供述人であり、後者のそれは供述録取者である取調官である。供

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題(清野)

述録取者は記録者でもある取調立会者(検察事務官や司法巡查)と共に供述調書に署名押印している。供述調書をもつて、このような二面性を有する複合的書面と解するならば、「押しつけ調書」の作成は、供述人の作成名義を偽つた私文書の有形偽造に該当するし(刑法159条)、また内容虚偽の報告書を作成したとして虚偽公文書の作成にも該当し(刑法155条)、両者は観念的競合の関係に立つのではないかという問題も生じる。もしこれを複合的書面ではなく、あくまでも供述調書という単一書面と視るならば、それは一個の捜査機関作成の公文書であり、内容虚偽の供述調書の作成は、虚偽公文書作成の単一犯罪に該当することになる。どちらと解しても取調官には虚偽公文書作成の罪が成立することになるが、その場合取調官と同席した立会事務官や警察官の共犯性が問題となる。

これらの立会者は同時に記録者として、供述を誤りなく録取した旨記述して供述調書に取調者と並んで署名押印しているのであるから、検察官作成の内容虚偽の供述調書については、検察事務官は身分なき共犯(従犯)として検察官と並んで虚偽公文書作成の刑事責任を問われることもありうることになる。このことは司法警察員の取調に立ち会い調書の記録を担当する司法巡查についても同様といつてよい。

二七四(三七四)

11 検察官の取調とその監督

(一) 捜査によって被疑者の犯罪行為が明白になれば、検察官は被疑者を裁判所に起訴するか、或いは不起訴にするかを定めることになる。刑法は「公訴は検察官がこれを行う」(247条)と定めている。検察庁法は、刑事について公訴を行うことと犯罪の捜査を行うことを検察官の職務と定め(4条、6条)、これらの職務に

ついての検事総長、検事長及び検事正の所属検察官らに対する指揮監督権限を規定している(7条、8条及び9条)ほか、特に検察の最高官庁である法務大臣の検察官に対する一般的指揮監督権を規定し、その但し書きとして、個々の事件の取調又は処分については検事総長のみを指揮できる旨を規定している(14条)。所謂法務大臣の指揮権である。

警察も、頻発する虚偽自白による冤罪事件の教訓と、いずれは実施される取調の可視化を見越して、被疑者の取調に対する監督を強化する必要から「被疑者取調の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第4号・平成21年4月1日施行)を制定したが、検察も大阪地検特捜部の取調をめぐる不祥事を契機に、検察官の取調に対する監督が問題視され、最高検が特捜部門の取調の監督強化のための規則(訓令)を制定したことは評価できるが、個々の検察官の取調及び公訴の権限と、この上級官庁の監督権限との関係が問題である。

(二) 検察官に公訴の権限を認めるということは、公訴は検察官という官職の公務員によって行われなければならないことを意味するだけで、当該被疑事件の取調を担当した検察官に、その訴追の要否の判断を一任する趣旨まで含むものではない。講学上、検察官は刑事事件について公訴権を有する独任制の官庁であると説明されることがある。

この検察官の独任官庁性は、訴追意思の決定が当該起訴状に署名押印した検察官の意思でなければならないことを意味するわけではない。なんとすれば事件によっては、当該事件の取調を担当する検察官の意思はもとより、所属庁の決裁官である検事正の判断でもなく、監督権を有する上級庁の判断である場合もあるからである。例えば処分請訓事件についての監督権限の発動の場合である。その場合起訴状に署名した検察官は、検察官全体を代表して起訴状に署名しているのであって、必ずしも自分の意思に基づいて署名しているわけではないのである。その意味からすれば、署名した検察官にとっては一種の名義貸しをしたことになる。担当検察官にその意思に反する起訴を迫ることは適当ではなく、そのような場合には検察庁法12条の事務移転権を行使して他の検察官に起訴手続きをさせるべきであろう。

(三) このように検察官の職務遂行には、検察官同一体の原則(検察庁法12条)に基づく指揮監督関係が作用するので、個々の検察官の担当する被疑事件の取調や訴追決定に当たって、上級庁が担

当檢察官の意思に反して取調や訴追を指揮した場合には、内部的には上級庁が当該取調や訴追について責任を負うべきであるが、檢察部内では訴追に関しては、起訴状に署名押印した檢察官が全責任を負うべきであるとする考えが強いようである。無罪事件について指揮監督権者の上級庁が責任をとった話は聞いたことがないことからすれば、そのような考えがあるいは一般的なのかもしれない。もしかすると起訴すれば一件落着で、後日無罪になってもそれは裁判所の誤判であり、檢察官には責任がないという独善的な意識が潜在しているのかもしれない。いずれにしても前述のように公訴権を含む檢察権限は、個々の檢察官に独占的に与えられたものではなく、檢察官という官職の組織に認められた権限と解すべきであろう。

檢察官の国家機関としての性格を独任制の官庁と位置付けるならば、訴追の要否の最終決定権は事件を担当する個々の主任檢察官に認められるべきであり、上級庁の指揮監督を容認することは、その独任官庁性にそぐわないことになるように思われるが、檢察事務の全国的な統制は、事務処理の均等性を確保し、人身の自由や社会の治安を維持する上で必要なことなので、公訴権の運用に関して上級庁が指揮監督権を行使するのは当然といつてよい。そうであれば公訴の提起については、起訴状に署名した檢察官ではなく、内部的にはその訴追を指示・指揮した上級庁の檢察官も当然責任を負うべきである。起訴状に署名した檢察官に全責任を押し

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題（清野）

しつけ、指揮監督者としての責任を取りえないのであれば、事件の捜査及び訴追は事件担当の檢察官に委ねるべきであろう。独任官庁性と檢察官の同一体の原則との関係をどう考えるかは、後述の法務大臣の具体的指揮権と並んで檢察官制度の重要課題である。

12 法務大臣の取調及び処分に関する具体的指揮権

(一) 檢察官の職務に対する指揮監督について述べた序に、檢察官の取調についての法務大臣の指揮権について触れてみたい。法務大臣が、その所属する檢察官に対し任命権者としてその職務を一般的に指揮監督できることはいうまでもないが、檢察庁法第14条但し書きは前述のように個々の事件の取調及び処分については検事総長のみを指揮できる旨定めている。この但し書きの趣旨については議論がある。一説は内閣の一員としての法務大臣の政治的意向により檢察官の職権の行使が左右されることを防止するために、検事総長をして、当該事件についての法務大臣の指揮を受け入れるべきかどうかを判断させ、これを否とする場合は、法務大臣にその旨を述べて再度の考案を求めするための仕組と解し、検事総長をして檢察への政治的介入を阻止する障壁と視る見解である。ところで檢察事務は行政に属する国家作用であつて憲法上内閣にその権限が与えられているが、内閣の政策を推進実行する一般行政官庁とは異なり、国策捜査といわれる活動はあるにしても、

二七二(三二二)

内閣の交替にかかわらず、裁判所が担当する司法事務と同様にその役割に変動がないのが検察事務である。その内閣（法務大臣）の指揮権の発動を検事総長が拒否すること自体本来許されないことである。ただ再度の考案を助言することは大臣の補佐役として許されてよいが、ただそれだけのことであれば取り立てて検事総長のみを指揮できるとする必要はないように思われる。但し書きの趣旨は個々の事件の取調及び処分について、検察官でない法務大臣が、直接担当検察官を指揮するのは、個々の検察官が前述のように検察権行使について必ずしも決定権をもつわけではなく、各級の上級庁が指揮監督権を行使してその決定に関与する制度の下では適当ではないので、直接担当検察官に下命するのではなく、一体的に統制された検察組織の頂点に立つ検事総長に下命し、その指揮監督の系統を通じて実行させるのが適当であるとの考えによるものと理解したい。

(二) この法務大臣の指揮権規定をもつて、ときの内閣の政治的意向により検察権の行使が左右されることを阻止する仕組みと解する見解はそれとして、一体検察官の行動規範は何であるかもこの問題解決の手掛かりとなりうるであろう。現行法制上検察官は「公益の代表者」として取り扱われることがある。例えば人事訴訟法12条3項や非訴事件手続15条がそれである。それらの規定はその手続に検察官の関与を認めているが、別に公益の代表者という字句を使用しているわけではない。その字句は、検察官の職務を

定めた検察庁法第4条で使用されていることからすれば、検察官の行動原理は公益の実現にあるといつてよいようであるが、他方検察官の不起訴処分を審査する検察審査会の組織運営を定めた検察審査会法の第1条は「公訴権の実行に関し民意を反映せしめてその適正を図ること」を同法の目的として掲げているので、この「民意」も検察官の行動原理ではないのかという疑問が生じる。即ち、検察官の行動原理若しくは行動規範は、公益の実現なのか、それとも民意の反映なのかの問題である。

両者の内実が同一であれば問題はないが、違つとすればいずれが行動原理なのかを検討する必要がある。尤も検察審査会法第1条は、公訴権の実行に当たつて民意も考慮しなければならぬといっているだけで、公訴権を民意だけに基づいて行使すべきであるとしているわけではないのであるという反論もありうるが、検察審査会の議決に一定の要件の下で起訴強制の効力を認めていることから考えると(41条の6)、第1条は公訴権の行使は民意に従うべきことを明らかにしたものと解することも可能である。公訴権の行使が民意に従わなければならないとすると、その前手続きとしての捜査も民意に沿つたものでなければならない。

ところで公益とは、政府(官)の利益ではなく、公共の利益を意味するので、何が公益であるかは、公共即ち国民が決めることになる。そうであれば国民の意思即ち民意の実現そのものが公益ということになり、公益と民意とは内実を同じくする概念といつ

てよいことになる。

檢察官は、この国民の意思即ち民意が表明されているときは、当然これに従うべきであるが、特に表明されていない場合は民意のあるところを推考して行動することになる。もしその推考を誤り、民意から外れた公訴権の運用をして事件を不起訴にしたときは、檢察審査会の審査により、起訴相当若しくは不起訴不当の議決を受けることになる。このように檢察官の不起訴処分については民意による規制があるが、民意に沿わない公訴提起については、公判裁判所の判決による批判の他、場合によっては事後的かつ間接的規制ではあるが、起訴檢察官が檢察官適格審査会（檢察庁法23条）の適格審査に掛けられることも考えられる。この適格審査会による事後的規制は、実効性に乏しいとはいえ、委員11名のうち6名が国会議員から選出される点、民意による檢察権の行使の監視制度として重要である。

(三) 憲法上議員内閣制を採用し、衆議院の多数党が内閣を組織し、行政を担当する我が国の統治機構の下では、内閣が民意を代表する機関といつてもよく、その一員である法務大臣の意向や命令は、民意を反映するものと解釈してよいことになる。そうであれば檢察総長以下の檢察官が、法務大臣の指揮命令に従うことは民意の公益に沿うことになると解することも可能である。したがって法務大臣の指揮権に関する檢察庁法14条をもつて、内閣の政治的干渉から檢察の中立性を守るための規定と解すべきではなく、むしろ

捜査機関による被疑者の取調に関する諸問題（清野）

る前述のように、具体的事件の取調及び処分に関する法務大臣の指揮監督の仕方特に定めたものと解したい。

もし法務大臣の指揮権発動の是非を檢察組織が判断できると解するならば、その法的根拠を示さなければならぬが、そのような規定は存在しないし、国民の選挙によつて選ばれていない檢察官に対して国民からそのような付託があるともいえない。それに対し法務大臣は直接もしくは間接に国民から選ばれてその職にあるのであり、民意の点からしても檢察より上位にあることは間違いない。したがつて檢察総長が民意を盾にその命令を拒否することは認め難いといわざるをえない。檢察権の行使が内閣の指揮監督下にあるため、その事件処理が現実の民意に沿わないとするならば、アメリカにおける起訴陪審制度を採用するのも一策であろう。

13 檢察の独自捜査

(一) 檢察官は、警察送致の事件の捜査に限らず、その有する捜査権限に基づき独自に事件を探知し捜査を行い得ることは当然であり、それによつて警察の手の及ばない政財界からみの汚職事件の摘発も可能になるとし、檢察官の独自捜査権の発動を歓迎する向もあるが、この檢察の独自捜査には問題がある。

檢察官の捜査権限に関する現行法の規定をみてみよう。まず檢察官の職務権限を規定する檢察庁法（昭和22・4・16法61号）の

二七〇（三三〇）

4条は、刑事について公訴を行うことを検察官の職務と定め、捜査を職務とするとは規定せず、6条において「検察官は、いかなる犯罪についても、捜査することができる。」と規定しているが(1項)、問題は検察官の捜査権限について、検察官の職務を定めた4条では触れないで別に6条を設けた理由はどこにあるのかである。しかも6条は単に「犯罪について」ではなく敢えて「いかなる犯罪についても」捜査ができる、としていることに注目したい。

一方、警察の組織運営を定めた警察法(昭和29・6・8法162号)は、その2条1項において「犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕」等を警察の責務と定めているが「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律(昭和22年法76号)」及び旧刑事訴訟法(大正11年法75号)の改正法律として制定された現行刑事訴訟法(昭和23・7・10法131号)の189条は「司法警察職員は、犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする。」(2項)とし、また別条は「検察官は、必要と認めるときは、自ら捜査することができる。」(1項)と規定している。

ところでこれらの関係規定から窺われる検察官の捜査権限如何である。犯罪捜査が警察の責務であり、検察官の職務が公訴権の行使にある以上、仮令、検察官にも捜査権があるとすると、その捜査権が二次的であることは否定できない。検察庁法の4条も6条も共に検察官の職務に関する規定でありながら、4条は明確に

職務権限規定であるのに対し、6条の規定の仕方はいささか異例であつて権限規定というよりは、その体裁は注意規定といつてよい。もし6条が注意規定とすれば当然その前提として捜査権限規定が存在しなければならぬが、少なくとも検察庁法にはその規定はなく同法制定当時施行されていた大正刑訴法及び応急措置法にこれを求めることになるが、6条が4条と別に規定された理由として考えられるのは、一つは、検察官の捜査権限を重視し公訴権限と並べて共に検察官の主たる職務であることを強調する趣旨で敢えて別建てにし、しかも念押し的に「すべての犯罪」について捜査できるとしたのが6条であるとする見解であり、いま一つは、検察官の主務は公訴権の行使であり、捜査は主務ではなく、主務を支える検察官の従たる職務であることを謳ったのが6条であるとする見解である。この立場からは検察官の捜査権限は、検察官の主務である公訴権行使に必要な範囲で認められる補充的、補正的権限ということになる。

(二)ところでこの検察庁法の規定は、その後制定施行された現行刑訴法との関連において解釈する必要がある。刑訴法は司法警察職員を第1次的捜査機関として位置付け検察官は必要と認めるときに捜査することのできる第2次的捜査機関としているので、その建前を尊重する限り、検察官の行使できる捜査権限は、警察捜査の補充・補正のための権限であり、それを超えて検察官が司法警察職員と並んで一般的に独自捜査を行うことは法の予定する

ところではないと考えられる。かく解するならば6条は檢察官の従たる職務として、如何なる犯罪についても補充・補正のための捜査ができることを規定したもので、いかなる犯罪についても独自に捜査できることを謳つたものではないことになるし、刑法法91条の「必要と認めるとき」も、司法警察員送致の事件について、檢察官が公訴権行使の見地から必要を認めるときを意味することになり、独自捜査を一般的に認める趣旨ではないことになる。

尤も刑訴法は、司法警察職員は告訴、告発を受けたときは、すみやかに檢察官に關係書類と証拠物を送付しなければならぬとされている(242条)。その送付が、事件の送付であるか、それとも告訴及び告発の書面や提出された証拠物の送付であるかは議論のあるところであるが、いずれにしてもこの法242条は、法246条の定める事件の送致手続の例外的扱いを定めていること、また告訴及び告発は書面または口頭をもつて檢察官または司法警察員にしなければならぬこと(法241条)等は、檢察官の独自捜査権限を否定することの障害となるように思われる。

(三) しかしながら司法警察員になされた告訴・告発について、司法警察員に捜査をさせずに速やかに書類及び証拠物を檢察官に送付させる理由がよく判らない。法律的素養のある檢察官に当該告訴、告発を審査検討させて捜査の要否を早急に判断させるためと解説されるが、告訴・告発が総て慎重な法的判断を要するわけでもなく、檢察官が警察になされた告訴・告発の捜査を引き受けね

ばならない理由も乏しいし、そもそも犯罪捜査の責務を負う警察にその捜査をさせないこと自体問題である。

檢察官が司法警察員と並んで告訴・告発の受理権者とされ、しかも司法警察員になされた告訴・告発についても捜査権があるとすれば、告訴、告発に係る事件の捜査権限はあげて檢察官に專屬することになりかねない。これでは警察の第一次の捜査機関としての地位は否定されることになる。檢察の特別捜査部や特別刑事部による独自捜査の法的根拠は、この告訴、告発の処理権限にあるといつてよい。

尤も檢察の特別捜査組織による独自捜査は、告訴・告発事件(直告事件及び送付事件)に限らないが、刑訴法が明文をもつて認める檢察官の独自捜査としては、この告訴、告発事件だけである。それだけにこの送付手続を定めた242条の解釈は重要である。警察になされた告訴・告発について、警察が自己の責任で捜査できないとすれば、警察に犯罪捜査の責務を負わせ、第一次的の捜査機関とする現行法制の建前にそぐわないといえる。その建前を認める限り、告訴・告発についても警察の捜査権を否定すべきではない。そうであれば警察になされた告訴・告発を檢察官に送付させるのは、その捜査の要否を主として法的側面から検討させることにあり、檢察官に一次的捜査権を認める趣旨ではなく、検討を加えて必要な助言を与えて警察にその捜査を遂げさせた上で246条の事件送致の原則に基づき改めて檢察官に事件を送致させるのが法

の主旨と思われる。

(四) そうすると独自捜査の対象として残るのは、検察官になされた告訴・告発の事件ということになるか、これとてもその告訴・告発を警察に回付して、その捜査を警察に任せることも可能である。検察は従来から特捜事件として政界汚職等の政治家絡みの事件を摘発して独自捜査を行ってきたが、その権限の法的根拠は必ずしも明確とはいえないのである。その根拠としては一応検察庁法6条が考えられるが、同条が仮に司法警察員が送致した事件の捜査の補充・補正のための捜査権限ではなく、すべての刑事事件についての検察官の独自捜査権限を規定したとしても、同条はその後制定された刑法により、その意味内容が修正されたと解することも可能である。検察官は公訴機関であり、捜査を本務とする機関ではなく、その捜査権限は公訴権に付随する権限にとどまると解すべきであり、それは公訴権の適正な行使のために認められた特別の捜査権限といつてよい。このように検察官の捜査権限を送致事件の警察捜査を補充・補正する必要がある捜査に限定することは、捜査における検察の優位を低下させ、また社会の検察に対する期待に背くことになるかもしれないが、裁判員裁判の一般化の趨勢に伴う検察官の法廷活動の重要性と、独自捜査事件の捜査での検察官の取調姿勢に対する世間の批判等を考えるならば、検察官の公判専従の可否を検討課題として、刑事司法の政策論の見地からだけでなく、現行法の解釈論の観点からも

論議されることが望まれる。ただその際に忘れてはならないのは、警察の捜査権限が自治体警察として地域的に制限されるのに対し、検察官の捜査権限は検察官が所属する検察庁に対応する裁判所の管轄に制約されるとはいえ、検察官一体の原則により全国的、統一的に行使可能であり、警察のように地域的に厳格に制限されないことである。警察法は都道府県警察の相互協力義務を定め、また警察庁長官に、広域組織犯罪等に対処するための措置権限を規定して(59条、61条の3)、その制度的制約に対処しているが、検察の独自捜査を否定すると、今日の特捜事件のような警察の手の及ばない事件の摘発が困難になり、国民の期待に沿うことができなくなるといふ危惧があるとすれば、別途その対策を講じなければならぬが、まずもって警察の捜査能力を向上させる必要がある。世間は検察が公益の代表者として独自捜査により社会正義を実現することに期待しているとしても、検察官は国民から選挙によって選ばれて検察権の行使を付託されている訳ではなく、その地位は内閣の一員である法務大臣の指揮監督下にあつてその政治的環境から無縁でないことを知る必要がある。いわゆる国策捜査といわれる独自捜査は其の一端を示すものといえる。従つて政治的中立や民意を重視するならば、検察審査会のごとき民意を代表する警察・検察以外の第三機関に捜査及び公訴の権限を与え、従来、検察の特捜部が受け持ってきた告訴・告発事件以外の独自捜査事件を担当させるのも一策であろう。

警察が警察と並んで独自の捜査権を有することは当然と考える向きもあるが、そもそも訴追機関が独自捜査権をもつことは、訴追権の適正行使の面からすれば必ずしも好ましいことではない。それは自ら端緒を掴んで捜査した独自捜査事件について、その訴追の可否を面子の拘りを捨てて色目なしに判断することの困難さは否定できないからである。特に関係者を逮捕・勾留した場合にはなおさらである。

14 おわりに

(一) 現行の刑事訴訟法は、明治憲法下の職権主義に立脚する旧刑事訴訟法と異なり、個人の尊重を理念とする現行憲法に基づき、弾劾主義を採用し、当事者主義を強化した結果、検察官は公判活動に多くの力を割かざるをえなくなったため、「新刑訴派」と称された裁判官のグループによって、検察官は捜査から手を引き公判活動に専念すべであるとする「公判専従論」が提唱された時期もあったが、その後の訴訟運営が社会の治安情勢を反映し次第に職権主義的に修正されるに伴い、いつしかその主張も衰退し、捜査と公判の双方共に検察官の重要な職務であるとする両立論が検察実務を支配し今日に至っているといつてよい。

もし検察官の職務の中心が公判の維持ではなく、捜査にあるとしても、公益の代表者である検察官が、その品位を損なうような取調べを行うことは、法曹全体の社会的信用を失墜させるもので

捜査機関による被疑者の取調べに関する諸問題（清野）

ある。その原因はいうまでもなく自白偏重の捜査手法にあるので、まずもって強権的取調べによる自白強要の捜査から手を引くことである。そのためにも、取調べの可視化の議論を契機に、かつての「公判専従論」を思い起こし、検察官の職務としての捜査及び公判は如何にあるべきかを改めて議論することも必要であろう。

先般、前掲の「新時代の刑事司法制度特別部会」が新しい捜査手法の一つとして論議中の「取調べの可視化」に関して試案を公にしたが、同部会は、日弁連側の全事件の全過程の可視化の主張に対し、検察及び警察側はこれに強く反対している現状を踏まえて、裁判員裁判が適用される事件及び特捜事件等検察官の独自捜査事件に限って、取調べの全過程の録音及び録画を認めることを提案していることは前述した⁵⁵。この取調べの可視化は、その適用事件の捜査に少なからず影響を与え、被疑者の供述調書の作成にも再検討を促すであろうことは先に触れたところである。今後も捜査機関側と弁護人（被告人）側との間で可視化の範囲・程度をめぐって闘ぎ合いが続けられるであろうが、もし全事件は無理としても、少なくとも全身柄事件について全面可視化が認められるならば、捜査官による従来のような強権的、威嚇的取調べは行いえなくなり取調べによる自白の取得が困難になることが予想される。

しかしながら追及的尋問が全くななくなるわけではなく、供述の強要は依然として行われるものと思われるので、録音及び録画によって再現される被疑者の取調べについて裁判員がその適法性を判

断する際に拠るべき基準や指針の制定が求められる。もしその判断基準が捜査官寄りであれば、可視化は被疑者の「供述の自由」を保障する手法としてではなく、むしろ捜査機関の強権的取調を正当化する役割を果たす虞がある。

逮捕・勾留された被疑者は通常警察の留置場（代用監獄）に拘留され、拘禁期間中その生活は全面的に警察の管理下に置かれることになる。捜査部門と留置管理部門とは内部組織的には分離し管理運営の系統を異にするとはいえ、両部門の警察官は警察署という同一官署内で共に勤務し活動することを考えると、捜査官が可視化の対象となる取調室以外の場所（例えば、留置施設や仮監等）で可視化されない取調を行うことは容易であることも念頭に置く必要がある。もし被疑者が可視化される取調室以外の場所を自白を強要されて自白している場合には、取調室での取調は、予め用意された筋書に沿って自白を演出する単なる舞台演技に過ぎないことになる。可視化の成果如何は捜査機関の信義に依存するところが少なくないことを知るべきである。また可視化を真に被疑者の供述の自由の保障に結びつけるためには、いわゆる代用監獄の廃止と安易に身柄の拘束を容認する人質司法の改革が絶対に必要である。

(二) 取調の可視化は、このように多くの問題を抱えており、その実施によっても被疑者の人権保障に対する障害が総て除かれるわけではないとしても、従来の密室における威迫的取調を抑止する

点では大きな前進といつてよい。今日の裁判員裁判は公判中心主義を採り、審理は法廷における証人の証言や被告人の陳述を中心に進められ、捜査段階で作成された被疑者の供述調書の重要性が失われつつあるが、取調の可視化はその傾向を一層強めることは否定できない。

これまで自白獲得の場として有効に機能していた密室での取調が否定され、取調が外部の目に晒されることになれば、当然捜査官の取調の氣勢を削ぎ、自白の獲得を困難にすることは目に視えており、検察や警察が犯人の検挙・処罰による治安の維持に支障をきたすとして可視化に反対するのも判らぬではないが、取調の可視化は憲法第38条の不利益供述の強要禁止を実質的に保障するものであり、実施されて当然の制度と言つてよい。

犯罪の捜査活動は、「公共の福祉」（憲法第12条、第13条）を実現するための国の統治作用であり、憲法は国民の自由・人権の保障とこの公共の福祉の実現の手段としての犯罪捜査との合理的調整を刑法に委ねており、刑法はその定める捜査関係規定でこれに込んでいるのであって、無条件に被疑者の自由・人権の優越を認めているわけではないが、刑事司法制度特別部会は、この合理的調整の観点から、取調の可視化を限定的に容認する一方、他方において司法取引の新設と通信傍受の対象範囲の拡大を提案している。もし可視化の実施で捜査機関の犯罪捜査が困難になり治安維持の責任が果たせなくなるならば、刑法の捜査関係規定の

根本の見直しが必要になるが、それとも憲法の枠内での改革にとどまり、憲法の基本理念を侵すような変革が許されないことはいうまでもないことである。いづれにしても取調可視化の今後の動向と共にその実施に伴って生起する問題に注目したい。

註

- (1) 捜査において法律の根拠規定がある場合に限り許容される「強制手段」とは有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、「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等特別の根拠規定がなければ許容することが相当地でない手段をいう（最決昭和51・3・16刑集30・2・187刑訴百選8版の1）。
 - (2) 憲法38条は、捜査官が被疑者を取調べるに当たり事前に黙秘権のあることを告知し、理解させるべき手続上の義務を規定したものである（最判昭和28・11・21刑集4・11・23359）。
 - (3) (一) 捜査官が、被疑者の取調にあたり、供述拒否権を告知しなくとも憲法38条に違反しないし、またその取調べに基づく被疑者の供述が直ちに任意性を失うことにはならない（最判昭和25・11・21刑集4・11・23359）。
 - (二) 検察官が供述調書を作成する際には、これを供述者に読み聞かせなければならないが（198条4項、223条2項）、この手続き仮にとられなかったとしてもそれだけで供述調書が直ちに証拠能力を失うものではない（最判昭和28・1・27刑集7・1・64）。
 - (4) 身体の拘束を受けている被疑者に取調のため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しない（最大判平成11・3・24民集53・3・514刑訴百選8版の36）。
 - (5) 司法巡査作成名義の交通違反現認報告書の表面に違反事実が記載され、その裏面に不動文字で「表記の通り違反を認む」と記載され、末尾に日付、被告人の住所、氏名の自署及び押印がなされているときは、右報告書裏面は書面全体の形式から被告人の意思に基づき被告人自ら作成したと認められる限り、本条（322条）1項にいわゆる被告人作成の供述書にあたる（最決昭和32・9・26刑集11・9・2371）。
 - (6) 2015年1月27日最高検は2014年10月～12月の3ヶ月間これまでに対象外であった6246件の事件で容疑者の取調の録音・録画（可視化）を実施したと発表した。それによると6246件の可視化の内訳は全過程の可視化2743件（43.9%）、一部の可視化3503件（56.1%）であった（1月28日朝日朝刊）。
- 検察は、2010年の大阪地検の証拠改ざん事件等を機に、裁判員裁判の適用を受ける事件及び特捜事件等独自捜査事件について可視化を試行してきたが、2014年6月よりその試行対象を容疑者を逮捕する事件で供述調書の信用性が争点になると判断される事件の取調にまで拡げていたが、今回発表の6246件はこれまで

△研究ノート▽

試行の対象外であった事件とのことである。

平成27年2月20日記

修道法学 三八卷 一号

三六三(三六三)