

取調べへの弁護人立会いをめぐる 近時の議論について

堀田 周吾

- I はじめに
- II 議論の経過
- III 弁護人立会いの機能
- IV 理論的基礎をめぐる議論について
- V 必要性をめぐる議論について
- VI 制度が及ぼす影響
- VII おわりに

I はじめに

刑事訴訟法の平成 28 (2016) 年改正における眼目の 1 つであった取調べの録音・録画制度の施行 (令和元 (2019) 年 6 月 1 日) から 6 年近くが経過した。「刑事訴訟法等の一部を改正する法律 (平成 28 年法律第 54 号。以下、平成 28 年改正法)」の施行前から長期にわたり試行的に実施されてきたこともあり、施行後の運用は概ね順調に推移してきたといってよい。これに対して、対象事件の拡大を主とする更なる改正提案¹⁾がなされたり、録音・録画の方法や映像の使用方法与自白の任意性判断との関係をめぐる問題の指摘²⁾がなされて

1) 日本弁護士連合会『刑事訴訟法附則第 9 条に基づく 3 年後見直しに関する意見書 (令和 4 年 1 月 20 日)』を参照。なお、法律上対象とされていない事件についても、捜査機関の個別判断に基づき、録音・録画が実施されている。『改正刑訴訟法に関する刑事手続の在り方協議会第 2 回会議 (令和 4 年 10 月 3 日)』議事録及び資料を参照。

2) 改正法成立後のものとして、中田友貴＝若林宏輔＝サトウタツヤ「取調べ録画動

たりしているほか、録音・録画記録の実質証拠利用をめぐる議論は現在も確たる方向性が見出されていない³⁾。録音・録画制度をめぐる課題はなお残されているというべきであろう。

その中で、近年、取調べへの弁護人立会い（以下、弁護人立会い）に関する議論が急速に活発化しており、研究者及び弁護士による論攷が多数出ている。筆者自身の立場を端的に述べるなら、録音・録画制度とは全く別の次元で取調べの有り様に対する重大な変化をもたらす可能性のある弁護人立会いの導入には消極的である。ただし、立会いの理論的根拠、弁護人による関与の態様、対象となる事件など検討すべき事項については多様な主張が行われているため、それらを包括して「弁護人立会い」と呼びその是非を論じようとすると、議論の前提がかみ合わないおそれがあるし、導入論の現在地をまずは把握しなければ、建設的な議論もできない。

そこで、本稿では、弁護人立会いをめぐる議論が活発化している背景を探りつつ、近時の議論状況を概観するとともに、これに批判的検討を加えることにする。

画の提示方法が自白の任意性判断に及ぼす影響——日本独自の二画面同時提示方式と撮影焦点の観点から」法と心理 18号（2020）70頁以下。

- 3) 改正法施行後の論攷に限定しても、次のものがある。指宿信「取調べ録音録画媒体の実質証拠化とその規律——新たな証拠法則の提案」判例時報 2416号（2019）112頁以下、田岡直博「被告人の取調べの録音録画記録媒体の証拠利用の可否」判例時報 2416号（2019）120頁以下、青木孝之「取調べ録音録画記録媒体の実質証拠利用・補論」一橋法学 19巻2号（2020）1頁以下、上田信太郎「被疑者取調べ録音録画記録媒体の実質証拠化について」『刑事法学と刑事弁護の協働と展望——大出良知・高田昭正・川崎英明・白取祐司先生古稀祝賀論文集』（現代人文社・2020）579頁以下、宇藤崇「取調べ録音録画の証拠としての使用のあり方」刑法雑誌 58巻3号（2020年）520頁以下、高倉新喜「被疑者取調べの録音・録画記録媒体の実質証拠化と実質証拠利用について」山形大学法政論叢 73号（2020）47頁以下、稗田雅洋「取調べ録音・録画記録媒体の実質証拠としての利用について」研修 867号（2020）3頁以下、成瀬剛「取調べの録音・録画記録媒体の証拠としての利用」法学教室 486号（2021）114頁以下、大村泰平「取調べの録音・録画の証拠利用をめぐる」判例時報 2546号（2023）102頁以下など。

II 議論の経過

弁護人立会いへの言及は刑事訴訟法の制定時にもみられた⁴⁾。現行刑訴法が成立する直前の衆議院司法委員会において、弁護人が被疑者の取調べに立ち会う規定の導入についての衆議院議員からの質問に対して、法務庁事務官からは、「捜査の敏活に差支えがある」として、法案には盛り込んでいない旨の回答がなされている⁵⁾。

制定後に目立った議論はみられないが、一方で、アメリカ合衆国では、1966年にミランダ判決⁶⁾が出ている。同判決は、身体拘束下の被疑者に対する取調べを実施するに当たり、①被疑者に黙秘権が保障されること、②いかなる供述も法廷において被疑者自身の不利に用いられる場合があること、③弁護人の援助を依頼する権利および取調べ中に弁護人を立ち会わせる権利があること、④貧困者は弁護人の任命を求める権利があること、という旨の告知及びそれら諸権利の保障を求めるものであった⁷⁾。

ミランダ判決の影響もあって、国内の学説には、弁護人立会いに対する肯定的・積極的な言及をするものがみられるようになり、とりわけ1990年代には関心がそれなりに高まっていたといつてよい⁸⁾。もっとも、当時の議論の多くは、「被疑者が弁護人の立会いを要求する権利があるか」といった問いの下で、その是非論を中心とした総論的な検討にとどまっており、具体的な運用や制度

4) 三井誠『刑事手続法(1)〔新版〕』(有斐閣・1997) 167頁を参照。

5) 第2回国会・衆議院司法委員会第37号(昭和23年6月21日)議事録[中村俊夫衆議院議員、野木新一法務庁事務官]。

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

7) 詳細については、堀田周吾『被疑者取調べと自白』(弘文堂・2020) 60頁以下を参照。

8) 村井敏邦『『ミランダ』への道——被疑者の取調べ』法学セミナー 436号(1991) 102頁以下、村井敏邦「密室の中での取調べと被疑者弁護の意義」法学セミナー 488号(1995) 9-10頁、渡辺修『捜査と防御』(三省堂・1995) 238-54頁など。

の在り方を提示するものではなかった⁹⁾。

その後も、弁護人立会いは、折に触れて議論の俎上に載せられてきた¹⁰⁾。

平成23年(2011)年3月に公表された「検察の在り方検討会議」の提言においては、「被疑者取調べに当たり、被疑者と取調官との実質的対等性を確保するため、多くの国で認められている弁護人の立会権を認めるべきではないかとの問題提起」や、「弁護人を立ち合わせる事自体は、法整備を行わなくても捜査機関の裁量で可能であるため、まずは、特捜部を含む検察官の取調べにおいて、これを許す運用を行うべきではないかとの意見」があった一方で、「弁護人の立会いを認めることについては、少なくとも取調べの録音・録画について指摘されているものと同様の検討を要する課題があるほか、録音・録画に比べても取調べに与える影響はるかに大きく、録音・録画以上に十分かつ慎重な検討を要するとの意見」もあり、一定の方向性をまとめるに至らなかった旨の記述がみられる¹¹⁾。

また、「法制審議会(新時代の刑事司法制度特別部会)」の中間報告では、「被疑者取調べの適正を確保するとともに、被疑者において供述するかどうか、あるいは供述調書に署名押印するかどうかを弁護人と相談の上で判断できるようにして、弁護人による援助を十分なものとする必要があり、また、諸外国でも被疑者取調べへの弁護人の立会い制度を導入しているところが多いことから、被疑者取調べへの弁護人の立会いを認めるべきとの意見」と、「被疑者の

9) 平成7(1995)年には、一部の弁護士により「ミランダの会」が結成され、「否認事件など、弁護人の立会なしに取調べに応じるべきではないと判断される事件では、弁護人の立会がない限り一切の取調べを拒否することを被疑者に助言し、かつ、それを実現すべく最大限の努力をする。」という方針が掲げられた。『季刊刑事弁護』ニュース」季刊刑事弁護2号(1995)125頁。しかし、活動がその後の広がることはなかった。上田國廣「被疑者弁護を通じた取調べの適正化」法律時報83巻2号(2011)18頁参照。

10) 本文で言及したもののほか、「捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会」でも、委員から意見が出されたことが窺われる。『捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会における検討に関する中間報告(平成23年4月)』参照。

11) 『検察の再生に向けて——検察の在り方検討会議提言(平成23年3月31日)』32頁。

取調べに弁護人を立ち合わせることを被疑者の権利として認める以上、どのような事情であれ弁護人が立ち会えなければ取調べを行うことができないこととなるし、何よりも、取調べという供述収集手法の在り方を根本的に変質させて、その機能を大幅に減退させることとなるおそれ大きい、取調べの機能や取調べ以外の証拠収集手段の在り方等の相違を無視して諸外国と比較するのは相当でないなどの反対意見」という両論が併記されたが、それ以上の検討は見送られた¹²⁾。

一方、平成 28 年改正法の施行後である令和 2 (2020) 年に開催された「法務・検察行政刷新会議」では、弁護人立会いについての踏み込んだ議論が行われた¹³⁾。報告書においては、弁護人立会いを導入することへの積極意見及び消極意見が併記されたほか、検察の運用により弁護人立会いを試行することへの積極・消極の両意見が紹介され¹⁴⁾、「3 年後検討の場を含む適切な場において、弁護人立会いの是非も含めた刑事司法制度全体の在り方について、社会の変化に留意しつつ、刑事手続の専門家以外の多様な視点も含めた幅広い観点からの検討がなされるよう適切に対応すること」が提言されている¹⁵⁾。令和 4 (2022) 年に始まった、「改正刑訴法に関する刑事手続の在り方協議会」においても、弁護人立会いを検討項目に含めるべきであるとの意見が構成員によって表明されている¹⁶⁾。

12) 法制審議会(新時代の刑事司法制度特別部会)『時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想(平成 25 年 1 月)』21 頁。なお、「被疑者が取調べに先立って弁護人から助言を得て、刑事手続に関する知識を持って取調べを受けることができるようにするため、取調べの前に弁護士の助言を受ける機会を保障する仕組み」も、弁護人立会い制度と同様の仕組みとして紹介されている。

13) 『法務・検察行政刷新会議議事録(第 6 回)』、『同(第 7 回)』、『同(第 8 回)』。当時の議論状況について、後藤昭「弁護人立会権の意味」川崎英明＝小坂井久編『弁護人立会権——取調べの可視化から立会いへ』(日本評論社・2022) 68-71 頁を参照。

14) 『法務・検察行政刷新会議報告書(令和 2 年 12 月)』15-20 頁。

15) 同上 23 頁。

16) 『改正刑訴法に関する刑事手続の在り方協議会第 1 回議事録(令和 4 年 7 月 28 日)』14-15 頁 [河津博史構成員]。

平成 20 (2008) 年頃以降の「取調べの可視化」の制度化に向けての議論は、録音・録画制度の導入の是非及び制度設計に焦点が当てられていたため、弁護人立会いへの関心は総じて高くなかったというべきであろう。前掲の法制審では、録音・録画制度以上に賛否の立場が激しく対立するテーマであるとの認識も示唆された¹⁷⁾。これに対して、平成 28 年改正法の施行後に弁護人立会いの制度化を求める動きが加速したのは、取調べの録音・録画制度に追加して行われる「もう一段の刑事司法制度改革¹⁸⁾」として、弁護人立会いを次の目標とみる論者が存在することの表れであるといえる¹⁹⁾。

Ⅲ 弁護人立会いの機能

近時の弁護人立会い論が、録音・録画制度に象徴される取調べ改革のいわば余勢を駆るかたちで活性化したものであることは、前節でみたとおりだが、そもそも弁護人立会いにはいかなる効用が期待されているのであろうか。想定する制度の内容を具体化するためにも、立会い弁護人が果たすべき役割を明らかにすることがまず不可欠である²⁰⁾。そこで、本節では、弁護人立会いの「機能」

17) 法制審議会（新時代の刑事司法制度特別部会）『時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想（平成 25 年 1 月）』21 頁には、「このたび、取調べの適正確保に資するものとして、被疑者取調べの録音・録画制度を導入することとしているところであるが、取調べへの弁護人の立会いについては、それ以上に取調べへの支障が大きいために強い異論があることから、当部会において結論を得ることは困難であり、その要否及び当否も含めて別途検討されるべきである。」との記述がみられる。

18) 川崎英明「いま、なぜ弁護人立会い権か」川崎英明＝小坂井久編『弁護人立会い権——取調べの可視化から立会いへ』（日本評論社・2022）5 頁。

19) 三島聡「被疑者取調べへの弁護人立会い問題の現在」季刊刑事弁護 113 号（2023）82 頁は、「身体拘束中の被疑者取調べの録音・録画が義務化されて取調べの密室性が緩和されたことから、捜査官と被疑者の非対等性を緩和する弁護人立会いに関心が寄せられ」たと指摘する。

20) 例えば、取調べの録音・録画については、被疑者に対する強要や誘導などの不適正な手段が用いられることを抑止するという監督機能と、取調べの状況を事後的に検証できるようにすることで、自白の任意性立証や信用性評価に役立てようという記録機能を想定することができる。堀田周吾「取調べの可視化」法学セミナー

という側面から、まずは同制度の全体像を把握することにしたい。

弁護人立会いの機能をめぐる主張は、下記の 4 点に整理することができる²¹⁾。

第一に、弁護人が同席することにより被疑者の心情の安定が見込まれるという²²⁾。とりわけ、身体拘束下の環境に置かれたことに伴う不安感の緩和については、捜査弁護一般、あるいは、被疑者と弁護人の接見交通との関係でも、同様の指摘がなされてきたところである²³⁾。また、心理学の観点からは、被疑者の社会的欲求・承認欲求が、取調官に虚偽の自白をすることに向けられる事態を回避するために、取調官・被疑者間の二者関係から弁護人を加えた三者関係に転換することで被疑者と取調官との関係構築を抑制できるという効用があることも示唆されている²⁴⁾。

698 号 (2013) 7 頁。後者の機能にとりわけ着目した場合には、いわゆる一部録画でも足りるとみることが可能であったが、前者の機能に着目する限り、全過程の録音・録画は必須と考えられた。堀田・前掲注 (7) 231 頁以下参照。

21) なお、取調べに立ち会う弁護人の「権限」として同様の視点を提示する論者もある。岡慎一＝神山啓史「捜査弁護の改革」法律時報 85 卷 8 号 (2013) 34 頁など。しかし、弁護人にいかなる役割が期待されるのかという「機能」の問題と、その役割を果たす「権限」が認められるのかという問題とは、区別されるべきである。川崎拓也＝斎藤司「弁護人立会いの実践と理論的可能性」川崎英明＝小坂井久編『弁護人立会権——取調べの可視化から立会いへ』(日本評論社・2022) [初出・法律時報 92 卷 12 号 (2020)] 229 頁も参照。

22) 中川孝博「被疑者取調べにおける弁護人立会いの機能・必要性・権利論」季刊刑事弁護 113 号 (2023) 95 頁。関口和徳「取調べにおける弁護人立会いの必要性——録音・録画だけで取調べの適正化は実現するか」法学セミナー 750 号 (2017) 39 頁、石田倫識「弁護人立会権の理論的根拠に関する一考察」川崎英明＝小坂井久編『弁護人立会権——取調べの可視化から立会いへ』(日本評論社・2022) [初出・法律時報 92 卷 11 号 (2020)] 95 頁、川崎拓也「取調べへの弁護人立会いの到達点と展望」石田倫識ほか編『刑事法学と刑事弁護の協働と展望——大出良知・高田昭正・川崎英明・白取祐司先生古稀祝賀論文集』(現代人文社・2020) 268 頁も参照。

23) 安原浩「接見交通に関する論点」守屋克彦編『刑事訴訟法における学説と実務——初学者のために』(日本評論社・2018) 所収 75 頁、斎藤司『刑事訴訟法の思考プロセス』(日本評論社・2019) 199 頁など。

24) サトウタツヤ『『磁場』効果の心理的機能——弁護人立会いの心理的効果』季刊刑事弁護 113 号 (2023) 92 頁。川崎・前掲注 (22) 268 頁も参照。

第二に、弁護人が取調室に現在し、不適正な取調べが行われた場合にその場で苦情を申し立てることで、不適正な取調べが抑止されるという²⁵⁾。このような「監視機能²⁶⁾」は、取調べの録音・録画についても想定されてきた。すなわち、取調室の密室性が解消され第三者の目に触れる状況に置かれることで、捜査の適正性が担保されるというのである²⁷⁾。ただし、不適正な取調べを即座に中断させることができる点で、「監視機能」に関する限り、弁護人立会いの方が録音・録画よりも優れた制度であると位置付ける指摘がある²⁸⁾。

第三に、立会い弁護人が被疑者に対して必要な法的助言を行うという「助言機能」が認められるという²⁹⁾。助言の具体的な内容としては、供述するか否か（黙秘権を行使するか否か）の判断にかかるものと、被疑者の供述内容にかかるものが想定される³⁰⁾。また、弁護人による助言の契機については、受動的なもの（被疑者の求めに応じてのみ助言できる）と捉えるか、あるいは、能動的なもの（弁護人の判断に基づき適宜助言できる）と捉えるか、という二通りの考え方があり得よう³¹⁾。

25) 岡＝神山・前掲注(21) 34頁、中川・前掲注(22) 95頁。

26) 小坂井久＝中西祐一「可視化の法理と『取調べ観』の転換（主に弁護人立会いについて）（下）」判例時報2397号（2019）124頁。

27) 例えば、小川秀世『『無法地帯』にビデオカメラを！——捜査の可視化の意義・方法・範囲』自由と正義52巻6号（2001）112頁、白取祐司「捜査の可視化と適正化」自由と正義54巻10号（2003）79頁以下。

28) 上田信太郎「取調べ可視化についての一考察」広島法科大学院論集7号（2011年）180頁は、録音・録画が、取調べ適正化を図るための弁護人立会いに代わる次善策であるとする。更に、関口・前掲注(22) 39-40頁を参照。これに対して、淵野貴生『『新時代の刑事司法制度特別部会』と刑事立法の議論のあり方』季刊刑事弁護76号（2013）140頁は、記録が残り事後検証が可能な点では録音・録画の方が「ベターな方法」であるとしつつ、監視機能を超えた役割を果たしてこそ、弁護人立会いに意味があるとの考えを示唆する。

29) 小坂井＝中西・前掲注(26) 124頁、石田・前掲注(22) 95頁、中川・前掲注(22) 95頁。

30) 石田・前掲注(22) 95頁、川崎＝齋藤・前掲注(21) 230頁、中川・前掲注(22) 95頁。

31) 岡＝神山・前掲注(21) 34頁、川崎＝齋藤・前掲注(21) 230頁を参照。

第四に、取調べに弁護人が積極的に介入することで一定の役割を果たす可能性が指摘される。この「介入機能³²⁾」の内実は多岐にわたるため、論者により異なるが、「取調官の発問への質問、異議申立て、意見陳述等³³⁾」、「被疑者に対して助言するに止まらず、取調官が違法・不当な質問などを行った際、異議申立てをしたり、意見陳述したりする機能である。被疑者に対する発問も含まれてこよう³⁴⁾」、「一定の供述を得るべく、被疑者に発問したり捜査機関に発問を依頼したりする³⁵⁾」、といったことが言われている³⁶⁾。つまり、取調官と被疑者との間で交わされるやり取りに際して、取調官の発問及び被疑者の回答を差し止めたり干渉したりすることができるとともに、被疑者に対して弁護人自身が発問して一定の供述を促すこともできるというのである。捜査機関による個別の発問を中断することを超えて、更に、被疑者との接見を実施するため取調べ自体を中断させることも視野に入れられている³⁷⁾。

IV 理論的基礎をめぐる議論について

1. 権利論的アプローチ

弁護人立会いの機能として指摘されている内容を確認したところで、次は、これの理論的基礎についての議論を検討する。初期から現在に至るまでの弁護人立会い論のほとんどは、黙秘権の保障と弁護人の援助を受ける権利（以下、弁護人依頼権）の保障といった観点からその導入を求める、権利論的アプ

32) 小坂井＝中西・前掲注(26)124頁。「参加的機能」と呼ぶものとして、石田・前掲注(22)95頁、中川・前掲注(22)95頁。

33) 岡＝神山・前掲注(21)34頁。

34) 小坂井＝中西・前掲注(26)124頁。

35) 中川・前掲注(22)95頁。

36) 葛野尋之「被疑者の黙秘権と弁護人の効果的援助を受ける権利」石田倫識ほか編『刑事法学と刑事弁護の協働と展望——大出良知・高田昭正・川崎英明・白取祐司先生古稀祝賀論文集』（現代人文社・2020）251-52頁も参照。

37) 葛野・前掲注(36)252頁。

手によるものであった。

(1) 黙秘権との関係

前掲のミランダ判決が、自己負罪拒否特権を保障した合衆国憲法第5修正を根拠とするものであったことも相まって、「今日においても、弁護人立会権の理論的根拠の中核が、供述強要からの保護（黙秘権の実効的保障）にあることに変わりはない。」という指摘があるように³⁸⁾、我が国の弁護人立会論は黙秘権保障を主眼に展開されてきたといえる。

近時でも、例えば、瀧野貴生は、「黙秘権の実効的保障のために何よりも求められる措置は、弁護人を取調べに立ち合わせることである。刑事手続において、取調べを実際に止めさせるために、捜査機関に対抗できる法的・現実的力を持つ存在は、弁護人をおいてほかにない。黙秘権行使を望む被疑者を即時に援助し、取調べを続行しようとする取調官を止めるためには、弁護人が取調室に存在することが必須不可欠である。」と述べる³⁹⁾。そこで端的に示されているのは、被疑者に黙秘権が保障されることの直接の帰結として、弁護人立会いにかかる権利が導かれるという考えである⁴⁰⁾。

ここで、被疑者の黙秘権と弁護人立会いとの関係を突き詰めると、被疑者が黙秘をする場合における立会い弁護人は、被疑者の黙秘権を脅かすような取調べが行われないことを見守るのにとどまるのか（「監視機能」）、それともそれ以上の役割を負うのか、が問題となる⁴¹⁾。この点について、高田昭正は、「弁護人は、捜査機関の取調べに被疑者供述の証拠化をとりあえず委ねるのか、ある

38) 石田・前掲注(22)97頁。

39) 瀧野貴生「供述の自由保障としての黙秘権と立会権」川崎英明＝小坂井久編『弁護人立会権——取調べの可視化から立会いへ』（日本評論社・2022）[初出・法律時報92巻11号(2020)]102頁。

40) この他に、大久保正人「弁護人の取調立会権について」桃山法学23号(2014)115頁、高内寿夫「被疑者取調べの適法性について」國學院法学52巻4号(2015)152頁も参照。

41) 石田・前掲注(22)97頁も参照。

いは、捜査機関による取調べに依存せず自ら被疑者供述を証拠化する必要があるのか」を判断し、後者の場合には、「取調べを即時かつ確実に終了させなければならぬ。」とした⁴²⁾。

高田が示唆したように、被疑者が黙秘権を行使する意思表示をした場合の弁護人の役割が取調べの中断であるとする見解は、黙秘権の行使には取調べの中断効（遮断効）があるという前提に立っており、現在の論者の多くもこれと同じ立場をとっている⁴³⁾。取調べを中断しその後の続行を禁止できるということは、身体拘束下の被疑者の取調べ受忍義務⁴⁴⁾にもかかわらず、被疑者は取調室から退去できることを意味するため、そもそも被疑者にはそのような義務が課せられていないことになる⁴⁵⁾。

しかしながら、刑法 198 条 1 項但書の解釈（取調べ受忍義務の肯否）をめぐって激しい対立があることは周知のとおりであり⁴⁶⁾、上記の立論は、まずはその点を乗り越える必要がある。また、取調べのための出頭及び滞留の義務はあるとする最高裁の判示⁴⁷⁾を前提にするならば、黙秘権行使による取調べの中

42) 高田昭正「被疑者取調べと自己決定」刑法雑誌 41 卷 3 号 (2002) 78 頁。

43) 秋田真志「弁護人立会権の実践と展望——弁護人は取調室で闘えるか」浜井浩一ほか編『捜査と弁護』（岩波書店・2017）260 頁、安部祥太『被疑者取調べの憲法的規制』（日本評論社・2019）391 頁、澁野・前掲注 (39) 102 頁など。

44) 取調べ受忍義務と弁護人立会いとの関係に言及した文献として、さしあたり、三島聡＝小坂井久「弁護人立会権の理論と実践の系譜」川崎英明＝小坂井久編『弁護人立会権——取調べの可視化から立会いへ』（日本評論社・2022）[初出・法律時報 92 卷 10 号 (2020)] 61-64 頁。中川・前掲注 (22) 97-98 頁。

45) 後藤昭『捜査法の論理』（岩波書店・2001）158 頁は、「取調べ受忍義務否定説を前提とした場合には、論理必然的に、少なくとも一定の範囲では、取調べに弁護人を立ち会わせるという被疑者の選択が、保障される結果になるはずである。」と述べて、取調べ受忍義務否定説から直接、弁護人立会いが導き出されるとする。

46) 取調べ受忍義務（出頭・滞留義務）については、堀田・前掲注 (7) 19 頁以下も参照されたい。

47) 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁は、「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」とした。

断効は否定される。その場合に、被疑者の黙秘権保障を全うするために立会い中の弁護士が果たす役割としては、黙秘権侵害に対する抑止に加えて、黙秘するかしないかを自己決定するに当たり被疑者の求めに応じて助言することが考えられよう⁴⁸⁾。しかし、そのような「助言機能」は、弁護士依頼権との関係で説明するのに適しているようにみえる。そこで、次に、弁護士依頼権と弁護士立会いの関係を検討する。

(2) 弁護士依頼権との関係

弁護士立会いに言及する初期の見解は、被疑者の弁護士依頼権との関係に着目するものであった⁴⁹⁾。例えば、杉原泰雄は、弁護人の実質的な援助を受ける権利を積極的に保障する趣旨から、「弁護人の活動について保障を受ける権利の中には、尋問中における弁護人の立会権も含まれていると解すべきであろう。」と述べている⁵⁰⁾。また、吉村弘も、「少なくとも、起訴後必要的弁護事件となるような被疑事件については、捜査段階での弁護権の重要性を考慮すると、弁護士との事前接見・弁護人の取調べへの立会いは、必要的とすべきであろう。」と主張する⁵¹⁾。

ただし、杉原は、ミランダ判決を引用しながら、「立会権が含まれていないとすると、被拘束者はその黙秘権さえも事実上維持しえないことになりかねず、本来取調べについて受忍義務をもたない被拘束者の対等性を維持できないこ

48) 岡慎一「被疑者の黙秘権と弁護人の役割」大澤恒夫ほか編『民主的司法の展望——四宮啓先生古稀記念論文集』（日本評論社・2022）26頁も参照。

49) 沢登佳人「憲法・刑事訴訟法英文によれば、検察・警察の取調べを受けるとき、被疑者は弁護士のつきそい援助を求める権利を有する」法政理論15巻2号（1983）201頁以下、大出良知「刑事弁護の憲法的基礎づけのための一試論」自由と正義40巻7号（1989）125頁も参照。

50) 芦部信喜編『憲法Ⅲ——人権（2）』（有斐閣・1981）[杉原泰雄]151頁。

51) 吉村弘「身体拘束中の被疑者の取調べ」北九州大学法政論集14巻3号（1986）245頁。

とになる」とも述べており⁵²⁾、弁護人依頼権の保障は黙秘権の確保に向けられているとの理解を示している⁵³⁾。弁護人依頼権と黙秘権の関係については、鴨良弼も、「どのような場合にどのような供述をすべきか、供述内容の選択、あるいは、供述拒絶のみちを選択するかについては、弁護人の有効な弁護の援助なくして、被告人・被疑者の十分な防禦は期待できない」と述べている⁵⁴⁾。

一方、渡辺修は、「実践例をみても分かるように、弁護人が立ち会った上で黙秘させるという弁護方法はあまりない。むしろ、立会いの上で、被疑者の主張を的確に誤りなく伝える、被疑者が取調官の質問を誤解したりせず、適切に供述する手助けをする実践例が目につく。」と指摘した上で、弁護人依頼権を基礎にした弁護人立会いの意義を説いた⁵⁵⁾。ここでは、取調べに被疑者が対峙する上で、被疑者の黙秘権の保護にとどまらない「助言機能」を立会い弁護人が果たす可能性が示唆されている。

更に、石田倫識は、「被疑者が供述することを選択する場合には、被疑者供述が捜査の方針に影響を与え、ひいては被疑者に有利な処分（不起訴処分や略式起訴等）へと繋がり得るよう、効果的な手続参加・関与を援助・確保し、実効的な防御権行使を可能にする」として、これを「参加的機能」と呼んでいる⁵⁶⁾。弁護人立会いの「介入機能」は、前述のとおり、取調官への質問・異議申立て・意見陳述等を内容とするものであるが、立会い弁護人によるそれらの介入行為の趣旨を端的に表現したものといえよう。

もっとも、このような「参加」の保障が、憲法 34 条前段から直接導かれるかは、疑問である⁵⁷⁾。確かに、同条における弁人依頼権の保障は、弁護人の選任

52) 杉原・前掲注 (50) 151 頁。

53) 吉村・前掲注 (51) 244-45 頁も、同じ趣旨とみられる。

54) 鴨良弼「人身の自由」伊藤正己編『日本国憲法の考え方〔下巻〕』（有斐閣・1978）149 頁。

55) 渡辺・前掲注 (8) 250-51 頁。

56) 石田倫識「弁護人立会い否定論に対する批判的考察」季刊刑事弁護 104 号 (2020) 16 頁。石田・前掲注 (22) 95 頁も参照。

57) 否定的な見解として、田宮裕「接見交通の指定をめぐる」判例タイムズ 210 号 (1967) 5 頁、三井誠『刑事手続法 (1) 〔新版〕』（有斐閣・1997）168 頁。

が妨害されてはならないという消極的意味にとどまらず、被疑者が弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなどの実質的な弁護を保障するという積極的な意味を含むものと理解される⁵⁸⁾。しかし、接見交通権の保障とこれに対する制限をめぐる現行法及び最高裁判例に照らせば、憲法34条前段を根拠に弁護人立会いを幅広く認めることは困難ではないと思われる。

被疑者と弁護人による相談・助言の機会である秘密交通について、これが憲法34条前段の直接の保障であるとする解釈⁵⁹⁾も可能である反面、最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁は、「憲法の保障に由来するもの」という位置付けをした。これは、接見指定制度と憲法規定との抵触を回避するため、刑訴法39条3項による制限を内在させた接見交通権を保障する趣旨であるとみられる⁶⁰⁾。相談・助言の機会という意味では、接見交通と弁護人立会いには共通性が認められるため、憲法34条前段との関係で両者を同列に扱うのが順当であろう。

更に、上記判決は、「接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない」とした上で、「接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合」には、刑訴法39条3項本文にいう「捜査のため必要があるとき」を理由とする接見指定ができるものとした。接見の日時・場所・時間にかかる接見指定制度は、捜査権と接見交通権とが相互に干渉しないことを前提に、捜査と接見交通のそれぞれの実施を時間的に峻別するものである。これに対して、「介入機能」を前提にした弁護人立会いは、捜査権の行使と弁護人立会権の行使が取調べの場において併存するだけでなく、後者が前者に文字どおり「介入」するものである。

最高裁がいうところの「合理的な調整」は、接見指定のように、捜査権が行

58) 杉原・前掲注(50)146-47頁。最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁も参照。

59) 例えば、石田倫識「弁護人依頼権と接見交通権」法学教室496号(2022)17-18頁。

60) 大澤裕=岡慎一「逮捕直後の初回の接見と接見指定」法学教室320号(2007)124頁[大澤発言]など。

使される場面と接見交通権のそれとが時間的に重なり合わないゆえに可能であったともいえる。弁護人が、取調べの中断と被疑者との秘密交通を求めた場合には、時間的な調整にとどまるため、確かに「合理的な調整」の余地がある⁶¹⁾。しかし、取調官による取調べの実施に弁護人が質問・異議申立て・意見陳述等により干渉する場合、捜査権と弁護人立会権は正面から対立することになるが、時間的な峻別を超えた「調整」を行うことが、少なくとも上記判決で想定されていたとは考えにくい。あくまで捜査権と弁護人立会権との「合理的な調整」を図るということならば⁶²⁾、弁護人立会権の内実の明確化等を含む更なる理論的な検討が必要ではないか。

2. 政策論的アプローチ

取調べの録音・録画をめぐる議論においても、これを被疑者の権利と位置付ける主張が多くなされてきたが⁶³⁾、必ずしも当該制度の導入自体を後押しする以上の成果があったとはいえない。刑訴法 301 条の 2 の規定は、被疑者の供述の任意性等の的確な立証と取調べの適正性を担保することを目的に導入されたが、その制度設計は政策的な見地から行われている⁶⁴⁾。

確かに、弁護人立会いの議論は、未だ導入の是非を検討する段階にあるため、権利論的アプローチを展開することにも一定の意義は認められるかもしれない。しかし、黙秘権あるいは弁護人依頼権を根拠にする見解に理論的課題があることは、本節で指摘してきたとおりである。また、後に検討するように、(その賛否はともかく) 具体的な制度を想定した議論も、活発になされている

61) この場合には、「現に被疑者を取調べ中である場合」には原則として、「取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たる」とした最高裁の基準は、変更されるべきことになろう。

62) 「合理的な調整」は不要とする(弁護人立会権の優位性を主張する)見解として、葛野・前掲注(36) 254-56 頁。

63) 堀田・前掲注(7) 210 頁以下。

64) 吉田雅之「刑事訴訟法等の一部を改正する法律の概要について」警察学論集 69 巻 8 号 (2016) 7 頁を参照。

ところである。権利論を堅持するとしても、その権利に一定の限界があることを認めた上で、合理的な制度設計を検討するべきである⁶⁵⁾。

政策論的アプローチを採る場合においても、保護すべき被疑者の権利や取調べに伴う権利侵害を想定した制度設計は不可欠であるから、両者の差異は相対的なものに過ぎないが、当該制度の必要性や他の制度とのバランス等、刑事司法全体を俯瞰した検討がなされなければならない⁶⁶⁾。そこで、次節では、弁護人立会い制度の必要性についての議論状況を検討する。

V 必要性をめぐる議論について

弁護人立会いの導入を求める見解が、同制度の必要性が認められることを前提にしているのは、間違いない。しかし、必要性を検討するに当たって注意しなければならないのは、たとえ弁護人立会いに一定の機能が見出されるとしても、また、仮に弁護人立会いに憲法上の権利性が認められるとしても、それらのことをもって同制度を導入すべき必要性が肯定されるわけではないということである。立法・判例・実務等の現状に鑑みて、当該制度の導入により一定の改善または解決の見込みが認められることをもって、「必要性」が肯定されなければならないのである⁶⁷⁾。

65) 堀田・前掲注(7) 213頁も参照。

66) 渡辺・前掲注(8) 244頁は、「権利論のみ先行した実践は、国民の支持も得にくいであろう。」とする。

67) なお、金融商品取引法違反等で起訴されたカルロス・ゴーンが、保釈中に国外へ逃亡した後、日本の刑事司法制度に対する奔放な批判を展開する中で、弁護人立会い制度の不存在が国際的に注目された件への言及が複数みられる。川崎・前掲注(18) 6頁、三島・前掲注(19) 82-83頁。『法務・検察行政刷新会議報告書(令和2年12月)』15頁以下も参照。しかし、「国際的な潮流」に我が国も同調するべきであるとの主張は、ある制度を導入する際の政策的判断の要因にはなり得ても、理論的な、あるいは、国内の実務等の状況に照らした、必要性を基礎付ける直接の根拠とはならない。

1. 取調べの適正化との関係

弁護人立会いの「監視機能」との関係では、既に述べたように、弁護人立会いの導入を目指す近時の議論の背景には、取調べの適正化を更に推し進めようという意図がある。取調べの適正性を確保する上での録音・録画制度と弁護人立会いの役割は、一方が他方に代替できるものではないという指摘がある⁶⁸⁾。録音・録画が事後的検証を可能とするための取調べ状況の客観的な記録である⁶⁹⁾のに対して、弁護人立会いの前掲の「監視機能」が即応的な抑止効果を伴うということであれば、両制度には異なる意義が見出される⁷⁰⁾。この点では、弁護人立会いは確かに、現行の録音・録画制度に付加的な要素を提供することになる。

もっとも、即応的な抑止の機能をどこまで重視するかは、不適正な取調べを即座に中断させるべき状況の発生頻度と、そのような対応をすべき緊急性の肯否に対する評価に左右されることになろう。また、警察の取調べについては、平成 21 (2009) 年から被疑者取調べ監督制度が施行されているが、取調べ監督官が取調べの状況の確認を行う方法（被疑者取調べ適正化のための監督に関する規則 6 条 1 項参照）には、取調室の外部からの視認も含まれる⁷¹⁾。録音・録画その他の制度が取調べの適正化に果たした効果の程度を見極めてからでなければ、この観点から弁護人立会いの必要性を説くことは難しいようにも思わ

68) 半田靖史「被疑者及び参考人の取調べ——裁判の立場から——コメント」三井誠ほか編『刑事手続の新展開（上）』（成文堂・2017）346 頁、小坂井＝中西・前掲注（26）124-25 頁。

69) 稲川龍也「被疑者及び参考人の取調べ——検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開（上）』（成文堂・2017）301 頁参照。

70) 中川・前掲注（22）96 頁は、録音・録画による抑止機能が不十分である可能性を示唆し、弁護人立会いの必要性を説く。

71) 国家公安委員会・警察庁『事業評価書——被疑者取調べ適正化のための監督の適切な実施（平成 24 年 3 月）』2 頁以下参照。取調室における透視鏡の設置について、犯罪捜査規範 182 条の 5 第 3 項。

れる⁷²⁾。

2. 接見交通との関係

次に、弁護人立会いの機能として先にみた、被疑者の心情の安定に関わる側面と、被疑者に法的助言を提供する側面（「助言機能」）は、いずれも、被疑者と弁護人の接見交通が果たすべき機能としても同様のことがいえそうであるから⁷³⁾、刑訴法39条による接見交通権の保障を超えて弁護人立会いを導入することの要否を考えてみたい。

この点について、弁護人立会いの立法事実の存在に否定的な立場から、次のような指摘がある。すなわち、「接見交通も従来に比べ格段に広範囲で充実した形で実施されて」おり、「その結果、被疑者が、弁護人選任と早期の接見を望めば、私選か国選か、当番弁護士かを問わず、逮捕後勾留前後までの間に通常は第1回の接見を行い、その後も弁護人の希望時間に必要な時間帯の接見がほぼ実現できているのが現状と思われる。」というのである⁷⁴⁾。この指摘は、接見交通と弁護人立会いとが、被疑者の弁護人依頼権の保障⁷⁵⁾という点において同一の役割を果たしているとの見方を示唆するものである。確かに、弁護人の被疑者に対する法的助言に着目する限り、取調べに対峙するに当たったの助言の内容（供述するか否か及び何を供述するか）自体は、接見でも立会いでも概ね変わらないと考えることができる。

他方で、弁護人の立会い時における助言の対象が現在進行中の取調べに関するものである点は、取調官による発問の具体的内容を知り得ない接見の段階で

72) 石田倫識ほか「弁護人立会い権の実現に向けて（座談会）」川崎英明＝小坂井久編『弁護人立会い権——取調べの可視化から立会いへ』（日本評論社・2022）269-70頁【水野智幸発言】も参照。

73) 大久保・前掲注（40）117頁も参照。

74) 稲川・前掲注（69）301頁。

75) 最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁は、被疑者と弁護人等との接見交通権を規定した刑訴法39条1項は、憲法34条前段による弁護人依頼権の保障に由来するものである旨を判示した。

助言がなされる場合と異なることは否定しがたい。取調べの状況をリアルタイムに正確に把握した上での確な助言を行う必要性⁷⁶⁾が強調されるのは、弁護人の立場からは当然のことともいえる。加えて、「弁護人が立ち会うことで、法的助言が無効化されるのを防ぐこともできる。」という指摘もあるように⁷⁷⁾、接見時に行った助言に被疑者が従わない場合や、被疑者が助言と異なる判断をするよう取調官による説得が行われる場合に、弁護人による対処が難しいことも、「助言機能」の点で弁護人立会いに接見交通とは別の意義があることの論拠となろう。

ただし、立会い中の弁護人が被疑者に与える助言が、どこまで実質的な内容を伴うものになり得るのかは、疑問無しとしない。取調べの場で行われる助言について、「[取調官]の質問の意図は何か、誘導あるいは誤導ではないのか、隠された証拠があるのではないか、そもそもその質問に対して答えることが有利なのか不利なのか、その有利不利の判断はどのようにすべきなのか」などの要素を考慮して助言されるべきとされるが⁷⁸⁾、取調官が在室する環境で、これらの要素を踏まえた助言を理由とともにすることは困難ではないと思われるからである。とはいえ、弁護人による助言が必要と判断した時点で取調べを中断して、立会人のない秘密交通の機会を確保することは、最高裁判例（最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁）の趣旨に照らして認められないといふべきである。

また、接見時の助言⁷⁹⁾を被疑者がどのように理解し自らの供述方針にどのように活かすかは、被疑者自身が判断する事項であるとも考えられる。この点

76) 岡慎一「取調べ（被疑者・参考人）の在り方」刑法雑誌 52 卷 3 号（2013）390 頁、岡＝神山・前掲注（21）34 頁参照。

77) 石田・前掲注（22）95 頁。

78) 秋田・前掲注（43）259-60 頁。

79) 同上 259 頁は、接見において被疑者に黙秘権行使の有無を助言するに当たり考慮すべき要素として、「被疑事実の内容、その重大さ、捜査機関が収集したであろう証拠の種類・内容、それらの証拠としての強さ、被疑者の弁解内容、被疑者の性格、家族関係、社会的立場、起訴・不起訴の見込み、予想される身体拘束期間、取調官の態度、検察官の態度や性格など」を例示している。

は、依頼人（被疑者）の自己決定と専門家（弁護人）の裁量に関わる一般的問題でもあるが⁸⁰⁾、取調べにおける被疑者の供述内容を弁護人が「コントロール⁸¹⁾」することを認めるべきではない。

3. 小括

以上をまとめると、弁護人立会いの必要性を説く見解に対しては、次のような疑問を指摘することができる。

第一に、弁護人立会いが取調べの適正性の確保に資するという点に議論の余地はないとしても、録音・録画制度や取調べ監督制度などの現行の諸制度ではなお不十分であることが明らかにされなければならない。立ち会った弁護人による即時的な対応が可能であるとしても、そのような対応が果たして必須であるかについての評価は、両論があり得よう。

第二に、立会い時に弁護人が被疑者に対してする助言が、秘密交通の機会におけるそれと比較して、実質的にいかなる意味を持つのかについての検討が必ずしも十分ではないように思われる⁸²⁾。もっとも、これは、取調べに立ち会う弁護人の関与の在り方（前掲の「介入機能」）にも関係する部分であり、いかなる制度を前提にするか次第で、接見時に助言する場合よりも実効的な弁護ができるとの立論は不可能ではない。

そこで、次節では、弁護人立会いを推進しようとする論者において、具体的にどのような制度が想定されているのかを検討する。

80) 例えば、笠井治「依頼者の意思と専門家裁量」後藤昭＝高野隆＝岡慎一編『実務体系現代の刑事弁護〔第1巻〕』（第一法規・2013）33頁以下。

81) 川崎＝斎藤・前掲注（21）234頁。

82) 岡慎・前掲注（76）390頁は、取調べ中の助言を認めない制度であっても、立ち会った弁護人が取調べ直後の接見で取調べ状況に応じた助言を行うことができる可能性を示唆する。

VI 制度が及ぼす影響

1. 想定される制度

弁護人立会いを仮に導入するとしたら、様々な制度設計が考えられる。そして、いかなる制度設計をするかというところに、当該制度の導入を主張する論者の見解が反映されることになる。以下では、秋田真志と笹倉香奈によって示された具体的かつ詳細な要綱案⁸³⁾ (以下、要綱案) を主に参照しながら、想定されている弁護人立会い制度の持つ意味を検討する。

・対象事件について

録音・録画の試行及び法制化に向けた議論の経緯を踏まえれば、対象事件を限定することも考えられるものの、この点について特段の検討はなされていないように見える。立会いに伴う弁護人の負担の大きさを考慮すると⁸⁴⁾、特に必要性が高いと考えられる類型の事件に絞って制度を開始することも考えられるが⁸⁵⁾、立会いを被疑者あるいは弁護人の権利として構成する見解は、このような政策的考慮には消極的である。

・弁護人を立ち会わせる権利とその放棄について

弁護人立会いに憲法上の根拠を見出す立場によれば、被疑者には弁護人の立会いを要求する権利が保障される。このような権利論的アプローチからは、弁

83) 秋田真志＝笹倉香奈「取調べの弁護人立会権の制度と実践モデルの構想」川崎英明＝小坂井久編『弁護人立会権——取調べの可視化から立会いへ』（日本評論社・2022）[初出・法律時報 93 卷 1 号（2021）] 245 頁以下。

84) 稲川・前掲注 (69) 301 頁は、「取調べの立会いよりもはるかに負担の少ないと思える取調べの録音・録画を記録した DVD の閲覧に関し」、一定数の弁護人がこれを行っていなかったという、検察による試行時の状況に言及している。

85) 比較のため、裁判員制度における対象事件について、渡辺修「裁判員裁判対象事件」刑事法ジャーナル 39 号（2014）4 頁以下も参照。

解録取を含む取調べの全てが立会いの対象とされるとともに、当該権利を被疑者が行使した場合には、弁護人が立ち会うまで取調べを開始できないこととされる⁸⁶⁾。また、現行法では、取調べに際して、供述拒否権を告知することが求められているが（刑訴法 198 条 2 項）、弁護人の立会いに関する権利告知を必要とする制度提案は⁸⁷⁾、これとの整合性を図るものとなる。

弁護人立会いを被疑者の意思表示にかからしめる場合には、その帰結として、被疑者による権利放棄も認められることになる⁸⁸⁾。この方法として、ミランダ・ルールと同様に、各種の権利が告知された旨及びこれを放棄する旨を書面に署名させる運用が考えられるが、これに対して、権利放棄の場に弁護人が立ち会っていないならぬとする見解がある⁸⁹⁾。しかし、被疑者が自己の権利を任意に放棄しようとする場に弁護人が立ち会う意味があるとすれば、それは被疑者の権利放棄を抑止することにあるところ⁹⁰⁾、被疑者の自己決定に際して弁護人がどのように関与するべきかは慎重に議論されるべきである。また、権利を放棄するかしないかをめぐるやりとりを取調室で展開した場合、被疑者が取調官と弁護人の間で板挟みの状態になることも懸念される。

・立ち会う弁護人の役割と権限について

要綱案によれば、取調べに立ち会う弁護人は、①取調べを一旦中断して、被疑者と接見すること、②捜査官による不相当な発問や発言、被疑者にとって理解が困難な発問が行われたときには、取調べ中に発問や異議を述べること、③取調べに関する意見を陳述すること、④捜査官が必要と認める発問をしないとき、自ら被疑者に発問をすること、⑤調書の読み聞かせと閲覧の機会を与えら

86) 秋田＝笹倉・前掲注 (83) 250 頁。

87) 同上 250 頁。

88) 権利の放棄を認めない見解として、瀧野・前掲注 (39) 104 頁。

89) 秋田＝笹倉・前掲注 (83) 250 頁。

90) 同上 250 頁は、「通常、被疑者が権利放棄するというような場面は想定されない。」としており、権利放棄の判断を覆させることに弁護人立会いの意義があるとの認識がうかがえる。

れ、増減変更を求めることができる⁹¹⁾。

①は、接見の場で必要な助言をすることを予定しているものと考えられる。ただし、弁護人が取調べを中断させることができるかは、別途検討が必要である。また、最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁は、接見指定を認めた刑法 39 条 3 項にいう「捜査のため必要があるとき」とは、「接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合」であるとした上で、その例示に、「捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合」を挙げているのであるから、この点を再考しない限り、接見交通権の行使が取調べにかかる捜査権を直ちに上回るともいえない。

②から④までは、「介入機能」を具体化するような内容であるが、取調官及び被疑者とは別の、いわば第三のプレーヤーとして、弁護人が取調べに関与ないし参加することになる。

⑤も、そのような「介入機能」の一環ということになろうが、取調官の発問等への介入とは全く異なる性質を持つことに注意しなければならない。すなわち、供述調書は、取調官が被疑者の供述を録取して作成される書面であるが、録取者（取調官）が供述者（被疑者）に対して、閲覧、読み聞かせを行うとともに、増減変更の申立の機会を与える（刑法 198 条 4 項）ことで、調書の記載の正確性が確認され、二重の伝聞構造が解消される。しかし、供述者ではない弁護人が、供述者の意思からは独立した立場で増減変更の申立をすることの当否や、録取者が原供述を知覚・記憶・表現・叙述する過程に第三者が干渉することの意味は、慎重に問われるべきである。

・手続違反の法的効果について

録音・録画の制度設計時の議論では、手続違反の法的効果として、供述調書の証拠能力を否定すべきとの見解があったが、非対象事件で録音・録画が実施されないこととの整合性や、手続違反を理由とする証拠排除が、一般的な違法収集証拠排除法則とは異なり一律になされることの問題が指摘され、最終的に

91) 同上 251 頁。

は、証拠調べ請求義務を課するという現行法（刑訴法 301 条の 2 第 1 項）のかたちにとどまった⁹²⁾。

弁護人立会いが法制化された場合においても、被疑者の求めにもかかわらず弁護人が立ち会わないままに取調べが実施された等の手続違反があった場合に供述調書の証拠能力を否定することが考えられるが⁹³⁾、絶対的排除をするのであれば、ここでも違法収集証拠排除法則の一般的な適用との一貫性が問題になろう。また、弁護人立会いの法的基礎を黙秘権に求める立場からは、手続違反が黙秘権侵害を構成することになり、いわゆる任意性説に基づく自白法則の適用も考えられるが、立会い弁護人の不在が被疑者を心理的に圧迫するとまでいえるかは、これを拒否した警察官の態度等も考慮して判断されることになる⁹⁴⁾。

2. 若干の検討

以上、弁護人立会いを推進する論者の中で念頭に置かれている制度の一例を概観した。ここで目標とされている、取調べ及び捜査弁護をめぐる手続・運用は、全ての手続段階において、弁護人が実質的かつ主体的な関与を行うというものである。すなわち、逮捕後⁹⁵⁾の弁解録取を含む初回の取調べへの立会いを必須とするところから始まり、取調べの開始前及び実施中に適宜の接見を行う

92) 川出敏裕「被疑者取調べの録音・録画制度——法制審議会答申に至る経緯」刑事法ジャーナル 42 号 (2014) 10-11 頁。

93) 秋田＝笹倉・前掲注 (83) 253 頁。

94) 浦和地判平成 3 年 3 月 25 日判夕 760 号 261 頁。

95) 在宅被疑者の取調べへの弁護人立会いについては、井戸謙一＝市川寛＝川上有＝安部祥太＝川崎拓也「(座談会) 目指すべき弁護人立会いの在り方とは」季刊刑事弁護 104 号 (2020) 51-52 頁、川崎・前掲注 (22) 277-79 頁などを参照。また、被疑者が弁護人立会いなしの取調べを拒否した点も考慮して行われた通常逮捕を適法とした事例として、名古屋高判令和 4 年 1 月 19 日 LEX/DB25593187。本件について、後藤昭「在宅被疑者の弁護人立会要求と逮捕」大澤恒夫ほか編『民主的司法の展望——四宮啓先生古稀記念論文集』(日本評論社・2022) 92 頁以下、黒川亨子「判批」新・判例解説 Watch32 号 (2023) 221 頁。

こと、取調べの実施中に監視・助言・介入の各行為をすること⁹⁶⁾、などが予定されている⁹⁷⁾。更には、立会いに際して、捜査情報及び証拠の開示の必要性も説かれているのである⁹⁸⁾。

このような弁護士立会いの有り様は、被疑者取調べの構造ないし基本的性格を変容させるものである。というのも、従来の取調べは、取調官と被疑者との二者関係に基づいて、取調官が被疑者を説得し供述を促すものであり、これを「糾問的（糾問的）」と呼ぶのであれば⁹⁹⁾、確かに、被疑者の権利主体性を認めつつこれを取調べの客体に位置付けるものであった¹⁰⁰⁾。一方、取調べをとりまく各段階に関与する立会い弁護士には、取調官が主体となって進める取調べの対抗的な措置をとる役割が与えられており、取調べにいわば「弾劾的」な構造をもたらすことになる¹⁰¹⁾。

伝統的な捜査構造論をさておいても、石田倫識は、「今日における被疑者取調べは——単なる自白獲得手段ではなく——その後の捜査方針を決定し、延いてはダイバージョン（起訴猶予や略式請求等）の当否を判断・審査する一種の『準公判』としての機能を有している」と指摘し¹⁰²⁾、弁護士による「参加」の重要性を強調している。確かに、取調べにおける被疑者の供述内容及び態度等が、検察官による処分決定の判断材料になることは疑いない。また、取調べに対峙する被疑者において、「必ずしも黙秘の選択が被疑者にとっての最善の利益に繋がるとは限らない」としつつ、被疑者が供述することを選択した場合に、立会い弁護士による「参加」を通じて、「捜査の方針に影響を与え、被疑者に有利な処分を得ること」の意義に言及している点は¹⁰³⁾、捜査弁護の在り方

96) 本稿第Ⅲ節及び第Ⅵ節 1 を参照。

97) 川崎＝斎藤・前掲注 (21) 233-38 頁、秋田＝笹倉・前掲注 (83) 253-61 頁など。

98) 石田・前掲注 (22) 96 頁、秋田＝笹倉・前掲注 (83) 256 頁。

99) 小坂井＝中西・前掲注 (26) 127 頁、岡・前掲注 (47) 26-27 頁など。

100) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣・1958）83 頁以下。

101) 小坂井＝中西・前掲注 (26) 127 頁。

102) 石田・前掲注 (22) 94 頁。

103) 同上 94-95 頁。

に関する指摘として、注目に値する。

しかしながら、警察における捜査方針の決定や検察における処分決定等は、取調べで獲得された被疑者の供述のみに基づくものではなく、被害者を始めとする参考人の供述、これらを裏付ける物的証拠の有無、更には刑訴法 248 条に列挙された事項等、様々な事情を踏まえて行われる。取調べ自体は、捜査機関と被疑者が直接のやり取りをする機会として、確かに「聴聞」のような色彩を帯びるようにもみえるが、それは捜査機関にとっての判断材料の一部に過ぎないという意味では、取調べだけを「準公判」と位置付けることは困難であろう。

また、取調べに「準公判的機能」を与えるのであれば、取調べの主導権を捜査機関と弁護人とで分け合うことになるが、そのような「取調べ」では、少なくとも現在のような供述獲得機能を果たせなくなることが懸念される。このようにして取調べへの過度の依存を改めるという平成 28 年改正法の方向性を一気に進めるのならば、客観的証拠をより広範囲に収集するための諸制度の更なる拡充及び創設が急務となろう¹⁰⁴⁾。

Ⅶ おわりに

本稿では、弁護人立会いの導入を求める動きが活発化し、議論が蓄積されつつある中で、これとは一線を画する立場から、近時の議論状況を概観し若干の検討を行った。

弁護人立会いは、録音・録画とは似て非なる制度である。既にもてきたとおり、捜査活動と弁護活動が正面から衝突することになる以上、現在想定されているような幅広い役割を立会い弁護人に与えるならば、取調べをなお中心とする現在の捜査の在り方が根底から変更されるおそれがある¹⁰⁵⁾。それは、録音・

104) 法制審議会（新時代の刑事司法制度特別部会）『新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】（平成 26 年 7 月）』1 頁を参照。

105) 弁護人立会い論に対する批判への反論については、石田・前掲注（56）15 頁以下。

録画制度が及ぼした影響を上回るものであると考えられるため、取調べに代替する捜査手段を確保しなければならないが、弁護人立会いを推進する論者において、このような観点からの検討が行われているようにはみえない。

筆者は以前、弁護人立会いについて、「未だ議論は熟していない」と評したことがあったが¹⁰⁶⁾、現在に至るまでの議論の進展は、(賛否は措くとしても) 目覚ましいものがある。ただ、捜査の在り方全体に関わる事項であるゆえ、今後は一層の慎重かつ丁寧な議論の深化に期待したい。

※脱稿後に、川崎拓也「取調べの録音録画と弁護人の立会い」法学教室 519 号 (2023) 17 頁以下に接した。

106) 堀田・前掲注 (7) 210 頁 [初出・法学会雑誌 52 卷 2 号 (2012)]。

