九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

起訴の基準に関する一試論: 黙秘権の実質的保障に向けて

石田, 倫識
愛知学院大学法学部 : 准教授

https://doi.org/10.15017/20592

出版情報：法政研究. 78 (3), pp.493-520, 2011-12-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

起訴の基準に関する一試論

――黙秘権の実質的保障に向けて――

石田倫識

一　問題意識　～なぜ起訴基準を取り上げるのか～
二　「厳格な起訴」の実態　～「高度の嫌疑」の内実～
三　起訴の基準　～事件選別の時期と主体～
四　「起訴されない利益」・「真相解明の要請」・「訴訟経済」・「刑事補償」等との関係
五　おわりに

一　問題意識　～なぜ起訴基準を取り上げるのか～

1　今日、被疑者・被告人の黙秘権は、国際社会において普遍的権利として広く承認されている。[1] しかし、日本では、黙秘権は「行使することが最も困難な権利」[2]とも評されており、実際にも黙秘権が行使されるケースはこれまで多くなかった。[3] 密室において繰り返される取調官による「説得」――糺問的な被疑者取調べ――によって、黙秘権放棄があらかじめ見込まれた運用が行われてきたといってもよいであろう。このような状況に対し、学説はこれまでも黙秘権の実質的保障に向けた理論的営為を蓄積させてきた。[4] しかし、戦後、取調べ受忍義務否定説が通説化し、半世紀を経過した今日においてなお被疑者取調べの実態を変えることまではできていない。この原因を改めて虚心に検討してみるに、従来の議論は、規範によって実態の変革を試みようとする――やや一面的な――議論にとどまっていた面もないわけではないように思われる。もちろん規範的観点からの考察は重要であるが、それと同時に実態を形成している諸要因間の有機的連関性を分析・認識し、規範的価値の実現を阻害している構造的要因を確認する作業も必要であろう。

2　では、黙秘権を有名無実化させている構造的要因は何であろうか。この点、その主たる要因が、二三日間にも及ぶ警察拘禁（代用刑事施設の存置）下において継続される、弁護人の立会いを完全に排斥した密室での糺問的な被疑者取調べにあることは、すでに多くの論者によって繰り返し指摘されてきたところである。しかし、ここで問題とされるべきことは、なぜこのような被疑者取調べの実態が形成され――黙秘権保障の観点からの正当な理論的批判がなされ続けてきたにもかかわらず――維持されてきたのか、という点であろう。換言すれば、黙秘権保障の見地からは正当化しえないであろう被疑者取調べの実態を不可避的にもたらしている構造的要因が存在していないか、という問題である。

ところで、刑事手続は、捜査・公訴の提起・公判という三つの部分から成り立つ有機的な統一体であるとされる。[5] そ

れゆえ、たとえば、捜査――とりわけその中心となる被疑者取調べ――だけを切り離し、これに抜本的な修正を加えるということは困難とされる。[6] つまり、被疑者取調べに制約を課そうとすれば、これと有機的に連動する公訴提起のあり方や公判のあり方にも何らかの修正が必要とされるわけである。この点、日本の刑事司法においては、「高度の嫌疑」を確認し、「有罪の確信」をもって起訴するという運用方針（「厳格な起訴」・「慎重な起訴」）が伝統的に採用されており、[7] このような運用方針は、「犯人しか起訴されない」という意味において、法曹三者を含めひろく国民からの支持を得ているとされる。[8] そして、この「厳格な起訴」・「慎重な起訴」というわが国の特徴を今後も維持しようとするのであれば、このような運用を支えている「被疑者取調べを含むち密な捜査」が今後も必要不可欠であるとされている。[9] このような主張じたい検証を要するものであるが、[10] 他方で、「有機的な統一体」とされる刑事手続の一部分のみに抜本的な改革・修正を加えることが困難であることも否定しえないであろう。その意味で、捜査の弾劾化（黙秘権の実質的保障）を阻んでいる構造的要因の一つとして、今日の「公訴提起のあり方」（「起訴の基準」）を挙げることは許されるであろう。

3　起訴に必要な嫌疑の程度（「起訴の基準」[11]）をどう設定するのかは、古典的なテーマであると同時に、極めて現代的な課題でもある。平野龍一博士の「あっさり起訴」論[12]に対して、学界は、その問題意識――弾劾的捜査観を貫徹するための新たな訴追観[13]の提示――を広く共有しつつも、結論として「あっさり起訴」論を受け入れることはなかった。[14] もちろん検察実務が、「的確な証拠に基づき有罪判決が得られる高度の見込みがある場合に限って起訴する」[15]という運用方針を変えることもなかった。「厳格な起訴」という運用方針にはこれまで確固たるものがあったといってよい。しかし、以下に述べるように、今日、そのような状況にわずかに変化の兆しもみられる。

志布志事件、氷見事件、足利事件、厚労省元局長無罪事件等、近年の一連の誤判冤罪事件の検証[16]を踏まえ、「被疑者

取調べと供述調書への依存」という問題性が改めて指摘[17]されたこともあり、被疑者取調べの可視化は――どのような方法で、どの程度の範囲において実施すべきかについては争いがあるものの――もはや避けられない課題であるとの共通認識が形成されてきた。他方で、裁判員制度の導入を受け、公判のあり方についても「精密司法」から「核心司法」への移行や直接・口頭主義及び公判中心主義が志向されるようになってきた。このような「捜査」と「公判」における変化に伴って、これを繋ぐ「公訴の提起」のあり方が改めて問われ始めている[18]。また、検察審査会の起訴議決に法的拘束力が付与されたことを受け、「起訴の基準」に変化が生じる可能性があることを示唆する見解もみられる[19]。このように、「起訴の基準」を如何に設定するかという問題が、改めて現代的課題として浮上してきている。

もっとも、平野龍一博士が提言された「あっさり起訴」論の「狙い」が徹底した捜査の弾劾化（捜査の抑制）にあったのに対し、近年の議論は、必ずしも「徹底した捜査の弾劾化」を意図したものではなく、被疑者取調べの比重をある程度下げざるを得ないという時代的要請を受けて、改めて刑事手続全体のバランスを保持するための調整を行おうとするものであり、その本質において、似て非なる議論であるようにも思われる。両者の差異は、元来の「あっさり起訴」論が端的な「捜査の抑制」論であったのに対して、近年の議論は――被疑者取調べへの依存を戒めつつも――被疑者取調べに代わる新たな捜査手法の導入・拡大によって捜査力（捜査の真相解明機能）をなお維持しようとする点[20]にも表れている。とはいえ、捜査・公訴の提起・公判という各部分の有機的連関性に留意しつつ、刑事手続を全体として把握していく必要があり、「起訴の基準」に何らかの修正を加えなければならないとする点においては、両者の間に共通する問題意識を看取することはできるであろう。

4　以上のような問題意識を共有しつつ、本稿では、捜査の弾劾化（とりわけ黙秘権の実質的保障）を志向する見地から、「厳格な起訴」と称される今日の「起訴の基準」について再考し、これに一定の修正を施すことができないかを

模索する。最初にこれまで「厳密な起訴」と称されてきた運用の内実を明らかにし、「厳格な起訴」は必ずしも「犯人しか起訴しない」ということを意味していないことを確認する。そのうえで、被疑者取調べを極小化し、捜査の弾劾化を徹底させていくとき、如何なる「起訴の基準」が設定されるべきなのかについて、これと関連する諸要素（起訴されない利益、真相解明の要請、訴訟経済、刑事補償、国家賠償等）にも留意しながら、若干の試論を提示したいと思う。

5　なお、捜査の弾劾化（黙秘権の実質的保障）を「起点」に「起訴の基準」を再設定していくという本稿のアプローチに対しては、むしろ、起訴に伴う被疑者・被告人の負担・不利益――裏返せば「起訴されない利益」――を考慮し、「厳格な起訴」という公訴権行使の運用方針を「起点」に、これを損なうことがない限りで、捜査の弾劾化を図っていく――その限りで、起訴基準の若干の緩和を許容する――という「微調整」型のアプローチのほうが現実的であり、かつ妥当ではないか、との批判もありえよう。

この点、私見は次のように考えている。第一に、後述するように、「厳格な起訴」の内実が、必ずしも「犯人しか起訴しない」ということを意味していないとすれば、そもそも「厳格な起訴」という運用に固執する必要があるのか疑問である。そして、第二に、日本政府がわが国の刑事司法制度の「神髄」・「長所」と称する「厳格な起訴」[21]が、被疑者に黙秘権行使を断念させること、すなわち被疑者からの供述採取を前提として――あるいは、これに強く依存して――成り立ってきた側面があることは否定しえず、このような刑事手続の運用が、黙秘権（憲法三八条）とおよそ相容れない――したがって、憲法に違反する――とまではいえない[22]としても、少なくとも被疑者・被告人に供述するか否かの自由を認める憲法三八条の精神との整合性に欠ける[23]ことに疑いはなく、そうであれば、現時点での立論の「起点」は、なお捜査の弾劾化（黙秘権の実質的保障）に置かれるべきと考えるからである。また、第三に、徹底した被疑者取調べとそれを物理的に支える代用刑事施設が正当化されている現状[24]にあっては、「微調整」レベルの対応によって最低限度

の弾劾化（黙秘権の実質的保障）の要請を満たすことは困難であろう。人権の普遍性が広く承認されている今日の国際社会において、ミニマム・スタンダードとしての被疑者・被告人の人権保障の要請を度外視し、権利放棄を見込んだ刑事手続の運用を維持していくことはもはや正当化しえないのであって、[25] そうであれば、まずは捜査の弾劾化（黙秘権の実質的保障）が「起点」とされるべきだと考えるからである。

二　「厳格な起訴」の実態　〜「高度の嫌疑」の内実〜

1　「厳格な起訴」が、「犯人しか起訴しない」ということであれば、そのような運用方針の正当性を否定する者はいないであろう。しかし、起訴に必要な嫌疑の程度として、「高度の嫌疑」が要求されていることが、果たして「被疑者が犯人である場合にしか起訴しない」ということを意味しているのであろうか。そもそも、本質的に浮動的性質[26]を免れ得ない「訴訟」において、その開始時である起訴の時点で、一〇〇％に近い「有罪の確信」を得ることが可能なのであろうか。

確かに、もっぱら客観的な物的証拠に基づく公判立証を行うのであれば、証拠の証明力をあらかじめ予測することがある程度可能な事案も皆無ではないかもしれない。しかし、検察自身が主張してきたように、物的証拠のみによる立証が可能な事案はむしろ限られており、多くの場合、物と物の間を埋める供述証拠が必要とされる。[27] しかし、検察側証人が法廷で検察官の意図する通りの証言――捜査段階で作成された供述録取書の内容――を再現するとは限らないし、かりに主尋問においてそれが再現されたとしても、弁護側の反対尋問によって証明力が減殺されることもありうるであろう。そうであれば、起訴の時点において、有罪判決を獲得しうる合理的見込みを有することは可能であっても、一〇〇％に近い「有罪の確信」を抱くことは、訴訟の本質上、不可能と言わざるを得ない。[28] 起訴に際して一〇〇％に近い

「有罪の確信」を要求するとすれば、それは刑事裁判制度それ自体を否定することにもなりかねない。

2　にもかかわらず、検察実務が「有罪の確信を抱き得ない限りは起訴しない」という運用方針を採用することができたのはなぜであろうか。それは、被告人や参考人の供述を事前に録取しておくことができ、かつ、伝聞例外規定（刑訴法三二一条一項二号、三二二条一項、三二六条一項）を通じて、これらの供述調書を比較的緩やかに法廷に持ち込むことが可能となっているからであろう。それゆえ検察官は、それらの供述調書に証拠能力が認められることをあらかじめ十分に見込むことができ、――かりに証人が法廷で証言を翻したり、被告人が後に否認に転じたとしても――供述調書さえ整えることができれば、「有罪の確信」を抱くことが可能になっていたのである。[29] さらに、留意すべきことは、ここでいう「有罪の確信」は、「有罪認定を可能とする証拠が整った」ということを意味するにすぎず、必ずしも「被告人が犯人である」という確信的な心証に至ったということを意味していないという点である。[30] 極論すれば、供述調書の字面さえ揃えられれば、「高度の嫌疑」は認められ、「有罪の確信」を抱くことができ、起訴することが可能となっているのであって、[31]「厳格な起訴」は、必ずしも「犯人しか起訴しない」ということを意味しているわけではないのである。

3　ここで問題となるのは、収集・採取された資料・供述が一方当事者である検察官の視点のみから取捨選択され、矛盾のない整合性のとれた証拠構造として整理・加工されており、全ての証拠が有罪方向に収斂されていくかのような装いを作りだすための作業が捜査段階において行われている、という点である。例えば、関係者間の供述内容が一致しない場合、被告人の犯人性を矛盾なく説明できるように、関係者に供述内容の再確認・再検討を求め、ときには捜査機関が求める供述内容を示唆する。また、被疑者取調べに重心を置きながら、他方でそこで採取された供述の裏付け捜査

を行い、捜査の進展に応じて、客観的事実と符合するように被疑者の供述調書が整えられていく。以上のような「ち密な捜査」によって、あたかも客観的で矛盾のない証拠構造を作り上げ、これをもって「高度の嫌疑」とし、その結果ほぼ一〇〇％に近い有罪率という、比較法的にみても極めて特異な現象を生じさせているのである。[33] そうであれば、極めて高い有罪率は、検察官による事件選別機能の高さ――犯人しか起訴しないということ――を示すものというよりは、肥大化した捜査（「ち密な捜査」）とその成果たる供述調書に対する依存の表出でしかないと評するべきであろう。[34]

4　さらに重大な問題は、①上述のような捜査によって得られた資料に基づき、起訴・不起訴の判断が行われ、その判断に事実上の「終局性・権威性」[35]――ほぼ一〇〇％に近い有罪率――が付与されてきたこと、そして、それにもかかわらず、②その判断過程に一方当事者である被疑者の手続参加・関与の機会が充分に保障されていないこと、である。

①の点は、起訴・不起訴のふるい分けによって、一度目の実体審理が事実上終局することを意味している。もちろん、捜査段階において、一方当事者が採取した供述（供述書面）は、公判期日における供述に代わる書面（刑訴法三二〇条一項）にあたり、裁判所の心証形成に用いることのできる「証拠」にはできないはずであるから、それらの供述書面に裏付けられた「高度の嫌疑」を公判に引き継ぐこともできないはずであって、起訴・不起訴のふるい分けが有する事実上の「終局性・権威性」ということは、理論的には説明のつかないことである。[36] にもかかわらず、従前、検察官による起訴・不起訴の選別が、「事実上の第一審」として、「終局性・権威性」を有してきたことは、「被疑者取調べを含むち密な捜査とそれに裏付けられた厳格な起訴」という運用方針を採用してきたことと必ずしも無縁ではないであろう。なぜなら、準司法官的性格を有する検察官が、――言わば旧法下の予審に代わり――公判に付する嫌疑の存在を綿密に審査し、事件を厳格に選別しているからこそ、その選別を経た「嫌疑」に「終局性・権威性」が付与されることとなって、これが公判を支配するという事態を惹起していると評価しうるからである。

さらに、起訴・不起訴の決定が事実上の「終局性・権威性」を有する「現実」があるにもかかわらず、その判断過程には一方当事者である被疑者の手続参加・関与の機会が保障されていない（デュー・プロセスの欠如）という②の問題もある。この点は、次章において論じることとする。

三　起訴の基準　〜事件選別の時期と主体〜

1　これまでに論じてきたとおり、従来、「高度の嫌疑」とされてきたものの内実は、必ずしも「犯人性の高さ」を示すものではなかった。もっとも、ここまでに指摘してきた問題点は、「ち密な捜査」――被疑者取調べと供述調書への依存――が有する問題性であって、「厳格な起訴」という運用方針それ自体に内在する問題とはいえない。起訴に伴う事実上・法律上の不利益に鑑みるならば、――「犯人性の高さ」を示す本来の意義での――「高度の嫌疑」がある場合にしか起訴しないという運用指針それ自体には問題がないようにも思われる。しかし、「高度の嫌疑」を要求し、起訴・不起訴の段階での事件選別の重要性を強調することは、――「起訴されない利益」の保護に資するように思える反面――捜査の拡大・徹底化を招くものであることにも留意する必要があろう。

起訴にあたり「高度の嫌疑」を要求するということは、起訴・不起訴の決定段階において、検察官による実質的な事件選別――言わば事実上の第一審――が行われることを予定するものとなる。そして、この実質的な事件選別を行うためには、それ相応の質及び量の資料・情報が必要とされる。結果、これらの資料・情報を収集するために捜査が拡大していくことになりやすい。[37]

さらに、「高度の嫌疑」を要求することは、検察官に起訴を留保する権限を認めることになり、その間の更なる捜査（証拠固め）を許容することになる。例えば、「高度の嫌疑」が形成できていないことを理由に起訴を留保することに

よって、様々な制約が課される起訴後の「被告人取調べ」・「第三者取調べ」ではなく、相対的に制約が少ない「被疑者取調べ」・「第三者取調べ」を行うことが可能になっている。本来であれば、公判中心主義の要請からの制約を受けるところ、起訴を留保することで、これを回避しうるわけである。この点でも、起訴にあたり「高度の嫌疑」を要求することは、捜査の拡大につながりやすいものといえよう。

2　そこで、改めて「起訴の基準」を如何に設定するべきかについて、以下に若干の検討を行いたいと思う。

思うに、刑事手続は、有罪・無罪の判断に向けた事件の選り分けの過程であって、検察官による起訴・不起訴の処分決定も、――終局性を有する司法処分ではなく――刑事手続の過程における事件選別のひとつにすぎない。事件選別の「時期」と「主体」を一極に集中させなければならない必然性はなく、刑事手続全体を通じて、多元的・複眼的な視角から、多様な「主体」によって、異なる「時期」に、重層的に事件選別を行っていく（権限の分散）というアプローチも充分に考えられる方策であろう。

このような視点からすると、起訴にあたりどの程度の「嫌疑」を要求するかという問題は、事件選別の「時期」と「主体」をどのように設定すべきか、という政策問題に過ぎないともいえよう。ただし、この政策決定にあたって、憲法三一条以下の規定との整合性が問われなければならないことは言うまでもないであろう。

この点、適正手続の保障（憲法三一条）が要求する最低限度の要素は、被処分者（被疑者）に対して告知、弁解、防御の機会を保障することにある。[38] その趣旨は、被処分者に対し、自己に対する不利益処分が決定される手続への実質的な参加・関与の機会を保障することにあるといえよう。そして、実質的な手続参加・関与とは、手続の「結果」に影響を与え得る時点・形態での手続参加・関与の保障を意味するものと解するべきであろう。そうでなければ、手続参加・関与を保障する意義は事実上失われるからである。

3　以上のような見地からすれば、現状のように、検察官による起訴処分の決定が、有罪・無罪の「結果」に大きな影響を与えている――事実上の「終局性・権威性」を有する――のであれば、その決定過程に被疑者による実質的な手続参加・関与が保障されていなければならないであろう。[39] しかし、生来的に糾問的性格を有する起訴前手続において、被疑者に実質的な手続関与の機会を十分に保障することは――公判手続に比して――本質的に困難であると言わざるをえない。[40] 例えば、捜査段階において、参考人等の取調べに立ち会い、かつ、反対尋問する権利、起訴処分の正当性を検証するために事前に証拠開示を受ける権利、不起訴にむけた証拠調べ請求権や証人尋問権等を保障することは困難であろうし、そもそも被疑者が特定されていない段階においては不可能である。[41] 起訴・不起訴の決定過程への実質的な手続参加・関与を保障することが本質的・生来的に困難であるとすれば、むしろ、あるべき方向としては、起訴・不起訴の決定段階における事件選別の比重を可及的に縮減し、被告人の手続関与・参加の機会を実質的に保障することが可能な公判手続へと速やかに移行させることが――適正手続（憲法三一条）の要請から――求められるのではないだろうか。これを事件選別の「主体」と「時期」という観点から捉え直して表現すれば、事件選別を「検察官」による「起訴・不起訴の決定段階」に一極集中化させることなく、公平な裁判所のもと、反対当事者である「被告人」による実質的な手続参加・関与が保障された「公判手続」における事件選別を志向すべきではないか、との主張となる。

4　もっとも、当事者の実質的な手続参加・関与のもと、公平な裁判所において事件選別を行うことが適正手続からの要請であったとしても、――およそ「嫌疑」の高低を問わず――全ての事件を公判に付することが求められるわけではない。なぜなら、適正手続の保障は、不利益処分を課されうる被告人に対して、告知、弁解、防御の機会――実質的な手続参加・関与――を保障すべきことを要求するのであって、そもそも有罪判決を受ける可能性のない事件の選別にまで参加・関与させることを要求するものではないからである。それゆえ、検察官の手持ち証拠のみでは有罪判決を得

られる合理的見込みが存在しない事件については、公判に付することなく、あらかじめ検察官によるスクリーニングが行われることに何ら問題はない。むしろ、被告人の応訴負担の観点からも、また、公判に費やすコスト（訴訟経済）の観点からも、かかるケース――検察官の手持ち証拠のみでは有罪判決を得られる合理的見込みが存在しない事件――については、検察官によるスクリーニングが要請されることとなろう。[42]

5　以上を小括すると、検察官は、手持ち証拠によって有罪判決を得られる合理的見込みが存在するならば、ことさらに証拠固め――殊に被疑者取調べ及び関係者の供述の整合性を確保するための「ち密な捜査」――を行うことなく、速やかに事件を公判に付するべきこととなろう。証拠固めが禁じられる本質的根拠は、被疑者・被告人の実質的な手続参加・関与の保障――公判中心主義の確保――に求められる。とりわけ供述証拠については、捜査段階での供述採取過程において採取者からの影響をうける危険性を排斥しえない[43]ことに留意し、重ねて被疑者・参考人の取調べを行うことや一定の供述を示唆することは厳に避けるべきである。かりに関係者間の供述に齟齬等がみられたとしても、――被告人の実質的な手続参加・関与が保障される――公判における証人尋問での吟味に委ねるべきである（もちろんその齟齬が著しく「有罪判決を得られる合理的見込み」がないと思料される場合には、公判に付する必要はないし、付するべきでもないことは前述の通りである）。

以上のような捜査観・訴追観によるとき、検察官は具体的に如何なる処理の仕方を求められることになるのかについて、次に若干の検討を行うこととする。

四　「起訴されない利益」・「真相解明の要請」・「訴訟経済」・「刑事補償」等との関係

1　検察官は、法によって許容される枠内での捜査を行ったうえで収集しえた手持ち証拠に基づき、「有罪判決を得られる合理的見込み」の有無を判断することになる。捜査の結果、①有罪の合理的見込みが得られない場合、②境界領域に属する場合、③有罪の合理的見込みが得られる場合、の三つの場面が想定されることになろう。

2　①の場合であっても、検察官としては、手持ち証拠によって一定の嫌疑を確認しうる以上、真相解明に向けたさらなる捜査が必要になると考えるであろう。そのための捜査活動として、被疑者取調べを活用することそれ自体が禁止されるわけではないが、被疑者が任意に取調べに応じない（黙秘権を行使する）場合には、被疑者取調べによる「嫌疑の積み増し」は許されないと考えるべきである（捜査の弾劾化の帰結）。したがって、法によって許容される枠内での他の捜査方法を尽くしても、さらなる積極証拠が収集しえなければ、この段階で事件をスクリーンするべきである。

このような帰結は、被疑者取調べによる真相解明機能を重視する立場からは受け入れ難いものであろう。しかし、かりに取調室への出頭及び滞留義務を承認し、供述の強要は許されないにしても一定の説得活動は許容されるとの立場に立つとしても、取調官の説得に応じず最後まで被疑者が黙秘権を行使する事案も想定せざるを得ないであろうから、被疑者取調べが有する真相解明機能といっても、所詮それは被疑者の任意の供述を期待するものでしかないはずである。その意味では、被疑者取調べは生来的限界を有する捜査手法でしかないということを再認識すべきであろう。[44] また、従来、取調室の密室化（録音・録画の否定）、弁護人立会いの否定、身体拘束の活用、代用監獄制度の存置等の諸条件によって、被疑者からの供述（自白）採取が事実上可能となっていたが、今後これらの条件をそのままの形で維持していくことはもはや許容されえないであろう[45]から、被疑者取調べが有する真相解明機能を強調しこれに依存することは政策

的にも妥当とは思われない。[46]

3　②の場合、上記①の場合以上に、「真相解明」に向けて、被疑者取調べの重要性が強調されることになろうが、前述のとおり、黙秘権を承認する以上、被疑者取調べによる「嫌疑の積み増し」には、生来的限界があることを認識すべきであろう。それゆえ、検察官としては、法によって許容される枠内での捜査を終了した後は、収集しえた手持ち証拠によって、「有罪判決を得られる合理的見込み」があるか否かを判断すれば足りるのであって、結局は①の場合と同様の処理が求められることになろう。被疑者取調べによる「真相解明」を強調する見解は、「真相」、すなわち、「被疑者が犯人である」との心証を前提とするからこそ、被疑者取調べによる嫌疑の確証を求めるものと思われるが、かりに被疑者が犯人であるとの心証がとれるのであれば、速やかに起訴し、公判でその「真相」を明らかにする努力をすべきなのである。[47]

もっとも、このような帰結に対しては、起訴に伴う事実上・社会上・法律上の不利益に鑑み、「慎重な起訴」を求めるべきではないかとの批判もありえよう。確かに、起訴に伴う応訴負担を軽視することは許されない。しかし、果たして「起訴されない利益」は、「被疑者取調べを含むち密な捜査」と「厳格な起訴」という運用によってしか、保護されえない利益なのであろうか。そもそも、検察官による「ち密な捜査」「慎重な起訴」に依存した形での利益保護のあり方に問題はないのであろうか。思うに、「起訴されない利益」は、被疑者取調べを通じて検察官に嫌疑の不存在を発見してもらうという客体的方法ではなく、弁護人の協力のもと被疑者側が自らの弁解・抗弁を証拠化し、[48]検察官に働きかけていくという主体的方法によって確保することも可能であろう。「被疑者取調べを含むち密な捜査」と「厳格な起訴」という検察官による手続運用に依存することなく、「起訴されない利益」を確保していくことが十分に可能であるとすれば、必ずしも従前の運用に拘泥する必要はないように思われる。[49]

なお、以上のように被疑者は不起訴に向けた積極的な防御活動を行うことも可能であるが、他方で、検察官による事件選別を絶対視することなく――したがって、不起訴の獲得に向けて主体的に供述を証拠化し、検察官に働きかけるような防御活動を行うことなく――検察官に速やかな起訴・不起訴の判断を迫り、公判手続での事件選別を求めることも可能である。

4　最後に③の場合には、かりに被疑者が否認・黙秘していたとしても、さらなる嫌疑の積み増しは不要であるから、検察官としては、ことさらに被疑者取調べに拘泥する必要はないはずである（なお、被疑者取調べに、真相解明機能を超えて、被疑者の反省・更生にむけた処遇機能を付与する見解もあるが、無罪推定法理の観点から疑問であるうえに、実質的にも、取調官に被疑者の反省・更生等の処遇を担わせることが妥当とは思われない）。それどころか、すでに起訴の基準を充たしているにもかかわらず、「嫌疑の積み増し」を行うために被疑者取調べを行うことは――たとえ任意の取調べであったとしても――違法と解される余地がある。なぜなら、速やかに起訴されれば、その後は「被告人取調べ」として原則的に取調べが禁止されるべきところ、起訴を留保することで相対的に制約の少ない被疑者取調べが可能になっているとすれば、それは法の潜脱に他ならないからである。[50]

他方で、被疑者側からみたときには、いずれにせよ起訴されるのであるから、もはや「起訴されない利益」を考慮する必要性に乏しく、また、速やかに公判に付されるほうが、被疑者取調べを受忍する負担から解放され、保釈の権利が生じること等に鑑みれば、むしろ被疑者の利益に資するようにさえ思われる。したがって、③の場合には、検察官は速やかに起訴すべきである。

5　以上の帰結に対して、公判手続にかかるコスト（訴訟経済）の観点からの批判[51]も予測されよう。確かに、従来の

ような検察官による事件選別を中軸に据える運用は、公判手続に付される事件数を最も低く抑えることができるという意味において、効率的な刑事手続の運用方法といえるであろう。とりわけ、起訴後に事件を選別し、公判手続のコストを可及的に縮減させる制度（例えば、ドイツの中間手続やアメリカの予備審問等）が存在しないわが国においては、公判件数の調整を図るためにも、起訴前に検察官が積極的な事件選別を行うよう求められてきたのかもしれない。[52] しかし、訴訟経済的観点からの効率性に優れていたとしても、適正手続の要請を充足しえない運用方針を採用することは許されないであろう。公判において当事者の実質的な手続参加・関与のもと事件選別を行うことを基本とする訴追観を採用すれば、公判に付される事件数の一定程度の増加は避けられないかもしれない。[53] しかし、それは、捜査の弾劾化と適正手続保障の見地から要求されるやむを得ないコストと考えるべきであろう。

6　最後に、憲法四〇条が規定する刑事補償制度との関係について言及する。この点について、同規定の導入経緯[54]や諸外国に比べて広やかな補償範囲[55]に鑑み、同規定は無罪判決に対して否定的評価を下しているのであって、これが「厳格な起訴」をもたらす一因になっているとの観方が提示されている。[56] しかし、憲法四〇条は、「結果的に見て誤っていた身体拘束」に対する補償であって、「結果的にみて誤っていた起訴」それ自体に対する補償ではない[57]（それゆえ、在宅起訴の結果、無罪判決を受けたとしても、なんらの補償もない）。[58] つまり、憲法四〇条は、安易な身体拘束に対する否定的評価を下しているのであって、同条の要求に向き合おうとするのであれば、――起訴に必要な嫌疑の程度ではなく――未決勾留に必要な嫌疑の程度を高く設定し、これを厳格に認定していく方向[59]が目指されるべきであろう。従来、起訴に伴う不利益として想定されてきた内容も、起訴それ自体に伴う不利益というよりは、むしろ起訴後の身体拘束に伴う不利益とみるべき点が少なくないことからしても、本来、未決拘禁の極小化こそ求められるべきであろう。

五　おわりに

1　本稿では、黙秘権保障の実効性を妨げている一要因が、起訴のあり方にあるとの問題意識のもと、「起訴の基準」について若干の再検討を行った。その結論を纏めると次のようになる。

刑事手続は、有罪・無罪の決定に向けた重層的な事件選別の過程である。本稿は、刑事手続を通じて、被疑者・被告人がこの事件選別過程に実質的に参加・関与しえなければならないこと（適正手続の保障）を主張するものである。このような視座に立てば、①有罪・無罪の結論に直結する決定的な事件選別は、被疑者・被告人が実質的に手続参加・関与しえない場所――検察官による起訴・不起訴の決定過程――で行われてはならない。むしろ、②有罪・無罪の決定は、被告人の実質的な手続参加・関与が保障される、公平な裁判所のもとで行われなければならないのである（公判中心主義の実現）。また、③「ち密な捜査」の名のもとに、捜査段階において、被疑者を含む関係者間の供述調整等の証拠固めを行うことで、公判における事件選別を形骸化させ、事件選別に実質的に参加・関与する被告人の権利を阻害することは許されない。④検察官は、法によって許容される枠内での捜査を尽くし、収集し得た資料に基づき、「有罪判決が得られる合理的見込み」の有無を判断すれば足りるのであって、起訴を留保し、「有罪の確信」に向けた証拠固めを行うことも許されない。以上のような訴追観を採用することで、捜査の弾劾化（黙秘権の実質的保障）を現実化させるための素地が形成されうるであろう。[60]

2　もっとも、理論的にはともかく、現実問題としては、「起訴の基準」を再設定することで、自ずと捜査（とりわけ被疑者取調べ）の比重が抑えられる（捜査が弾劾化される）ということにはならないことにも留意する必要がある。[61]このことは、起訴に必要な嫌疑に比べ、家裁送致に必要な嫌疑が、相対的にみて低い嫌疑で足りるとされているにもか

かわらず、現実の捜査においては、成人・少年を問わず、「被疑者取調べを含むち密な捜査」が行われていることからも窺われよう。家裁送致に必要な嫌疑の程度は、起訴のそれに比べて低いもので足りるというのであれば、家裁送致の基準が緩和されている分だけ、取調べの比重も軽減されてよいはずであるが、現実にはそうなっていないのである。[62] このことは、起訴の基準（ないし家裁送致の基準）をどのように設定しようとも、そのことだけで、被疑者取調べの比重の低下につなげることは困難であることを示唆している。捜査の弾劾化（黙秘権の実質的保障）を実現させるためには、起訴基準の見直しと同時に、被疑者の意思に反する取調室への出頭・滞留強制によって得られた供述の任意性が否定されること（憲法三八条二項・刑訴法三一九条一項）も改めて明確に再確認しておく必要がある。

3　さらに、起訴前の身体拘束（逮捕・勾留）のあり方についても、改めて検討し直す必要があろう。本稿のように、起訴に必要な嫌疑の程度として、「有罪判決を得られる合理的見込み」が有れば足りると解するならば、起訴に先立つ逮捕・勾留という事態は例外的にしか許容されないものとなろう。なぜなら、逮捕及び勾留に必要とされている嫌疑の程度は、「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」（刑訴法六〇条一項、一九九条一項）とされており、これは起訴に必要な嫌疑の程度を上回るものであるから、逮捕・勾留が可能な場合には、当然に起訴の基準も充足されていることになるからである。もちろん、公訴の提起に当たっては、嫌疑の程度だけでなく、訴追の必要性の判断が行われることになるから、起訴に先立つ逮捕・勾留がおよそ許されなくなるわけではない。しかし、嫌疑の要件さえ充足されれば、起訴猶予すべき事情がないことが明らかな事案等においては、起訴が逮捕・勾留に先行するか（在宅起訴）、あるいは、逮捕後速やかに起訴することが原則となろう。

以上の帰結は、逮捕→勾留→起訴と手続が進むにつれて嫌疑が高まっていくと考える従来の通説的理解とは大きく異なっている。従来、「逮捕・勾留に必要な嫌疑」よりも「起訴に必要な嫌疑」のほうが、より高い嫌疑を求められると

考えられてきた。それは、「起訴に伴う不利益」の方が、「身体拘束に伴う不利益」よりも権利侵害性が高いと考えるからであろう。確かに、起訴に伴う不利益を軽視することはできない。しかし、その不利益は、実際のところ――起訴それ自体に内在する不利益というよりは――起訴後の勾留（身体拘束）に由来するところが大きいように思われる（したがって、在宅起訴が原則となれば、起訴の不利益性はかなりの程度緩和されうるであろう）。「起訴に伴う不利益」を起訴それ自体に内在する不利益に純化させるとき、残されるのは公判への出頭義務等の応訴義務のみであって、この負担が身体拘束に比して権利侵害性の高いものとは言えないように思われる。[63] そうであれば、「起訴に必要な嫌疑」よりも、むしろ「逮捕・勾留に必要な嫌疑」のほうに、より高い嫌疑を要求するべきであろう。[64]

以上の試論にしたがえば、逮捕・勾留のうえ起訴・不起訴の決定を行うという方式よりも、むしろ、起訴に必要な嫌疑に達すれば身体を拘束することなく速やかに起訴する、あるいは、公判出頭を確保するために逮捕したうえで速やかに起訴するという方式が採用されるべきことになろう。そして、このような帰結は、逮捕・勾留という制度が、被疑者取調べのための制度ではないことをより明確にするものであり、[65] 捜査の弾劾化（黙秘権保障の実質化）とも整合的な理解と言いうるであろう。

4　本稿では、捜査の弾劾化（憲法三八条）と公判中心主義の実現（憲法三一条、三二条、三七条）という憲法上の要請に応えるために、「捜査」と「公判」を繋ぐ「公訴提起のあり方」（起訴の基準）について、若干の試論を提示してきたが、最後に、検察審査会による起訴議決に法的拘束力が付与されたことに伴い、「起訴の基準」も変容するのではないかとの議論について言及しておく。

この点、従来の起訴基準を緩和させ、公判中心主義を実現させる契機として、これを好意的に評価する見解もみられるが、本稿の立場からは、これを肯定的に評価することはできない。本稿が志向する公判中心主義が、捜査の弾劾化

（捜査の抑制）と親和的であるのに対し、検察審査会による起訴強制は、それが更なる捜査を予定するもの（検察審査会法四一条の九第三項）であるとすれば、捜査の弾劾化の理念とは相反するものである。検察審査会が、現に収集されている資料に基づき、「有罪判決を得られる合理的見込み」が存すると判断したのであれば、更なる捜査は必要とされないように思われるし、他方で「有罪判決を得られる合理的見込み」が存しないのに、公訴の提起を求めるというのであれば、国家賠償法上の「違法」を構成するものとなりかねない。公判中心主義は、被告人による実質的な手続参加・関与を保障するために要請されるものである。「有罪判決が得られる合理的見込み」のない者まで公判に付することによって無罪率が上昇したとしても、それは公判中心主義の実現とはいえない。

なお、訴追裁量に対する市民的控制という意義を重視し、かりに検察審査会による起訴強制の制度を維持するにしても、これが国家刑罰権の発動に向けた軌道修正を要求するものである点には留意する必要がある。この点を踏まえ、不起訴から起訴へと処分を不利益変更される被疑者に対し、検察審査会の審査手続における被疑者の手続参加権の保障（憲法三一条）、被疑者の証拠開示請求権や証拠調べ請求権、証人尋問権等の保障を要求する見解がある。[66] 正当な指摘ではあるが、対審的な訴訟構造を予定していない審査手続において、被疑者の手続参加権がどれだけ実効的に機能しうるかはやはり疑問であろう。そうであれば、むしろ、更なる捜査を原則として許さず、速やかに公判に付することを求めるべきではないだろうか。論者の掲げる証拠調べ請求権、証人尋問権等の行使も、検察審査会による審査手続においてではなく、まさに公判において行使されることで、その実効性が確保されうるように思われる。[67]

（1）　自由権規約一四条三項（g）、米州人権条約八条二項（g）、国際刑事裁判所に関するローマ規程五五条一項（a）及び同条二項（b）、同六七条一項（g）参照。ローマ規程は、黙秘からの不利益推認禁止について、初めて明文規定を置いた国際人権文書としての意義を有する。また、欧州人権条約には、黙秘権の規定がないものの、欧州人権裁判所の判例法において、黙秘権は、条

約六条が規定する公平な裁判を受ける権利の中核に位置する権利と解されている。黙秘権保障に関する欧州人権裁判所の判例法の展開については、葛野尋之「被疑者取調べにおける黙秘権と弁護権」浅田和茂ほか（編）『村井敏邦先生古稀記念論文集　人権の刑事法学』（日本評論社、二〇一一年）二七九頁、同「被疑者取調べの適正化と国際人権法―弁護人の援助による黙秘権の確保―」法律時報八三巻三号（二〇一一年）一〇頁、石田倫識「被疑者の黙秘権に関する一考察―イギリス黙秘権制限立法を手がかりに―」九大法学八六号（二〇〇三年）一五九頁以下。

(2) 高野隆「被疑者の取調べにどのように対処するか」竹澤哲夫ほか（編）『刑事弁護の技術（上）』（第一法規出版、一九九四年）九五頁。

(3) 捜査段階で黙秘権が行使される事例がどの程度あるのかについては、統計も存在しないため定かではないが、少なくとも、捜査・公判を通じて黙秘権が行使される事例は、公刊された裁判例を見る限り、近年はほとんど見られない。なお、捜査・公判を通じて黙秘権が行使された近年の事例として、和歌山地判平成一四・一二・一一判例タイムズ一一二二号四六四頁、札幌高判平成一四・三・一九判例時報一八〇三号一四七頁。

(4) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）一〇六頁、田宮裕『捜査の構造』（有斐閣、一九七一年）七〇頁、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」法政理論一二巻二号（一九七九年）一頁、上口裕「身柄拘束中の被疑者取調について」南山法学五巻一＝二号（一九八一年）一一九頁、横山晃一郎『誤判の構造―日本型刑事裁判の光と影』（日本評論社、一九八五年）六五頁以下、井戸田侃（編）『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社、一九九一年）、後藤昭「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、一九九一年）二九一頁（後に、後藤昭『捜査法の論理』（岩波書店、二〇〇一年）一五一頁に所収）、渡辺修『被疑者取調べの法的規制』（三省堂、一九九二年）、梅田豊「取調べ受忍義務否定論の再構成―刑訴法一九八条一項但書の解釈についての一試論―」島大法学三八巻三号（一九九四年）一頁、高内寿夫「逮捕・勾留中の被疑者取調べに関する一試論―刑訴法一九八条一項の新解釈―」白鴎法学三号（一九九五年）七三頁、多田辰也『被疑者取調べとその適正化』（成文堂、一九九九年）、井戸田侃『刑事訴訟理論と実務の交錯』（有斐閣、二〇〇四年）四八頁以下、同「供述拒否権が刑事手続理論に及ぼす影響」立命館法学三〇〇＝三〇一号（二〇〇五年）六八頁、渕野貴生「代用監獄の存続と取調べの『適正化』」季刊刑事弁護四七号（二〇〇六年）四七頁、同「被疑者取調べの課題」法律時報七九巻一二号（二〇〇七年）四三頁等。

(5) 松尾浩也「刑事訴訟の日本的特色―いわゆるモデル論とも関連して―」法曹時報四六巻七号（一九九四年）二五頁、同『刑事訴訟法講演集』（有斐閣、二〇〇四年）五九頁以下、同『刑事法学の地平』（有斐閣、二〇〇六年）一〇七頁。

(6) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、一九九六年）一三五頁、同『日本の刑事訴追』（有斐閣、一九九八年）三七二頁等。また、三井誠「戦後刑事手続の軌跡」『現代社会と司法システム（岩波講座　現代の法5）』（岩波書店、一九九七年）六七頁以下

も、日本の刑事司法を「綿密な捜査、厳格な起訴、効率的な公判という実態」（八九頁）と分析したうえで、「刑事手続はひとつの生命体」であるから、修正の提案は「他段階の手続との有機的な連関に配慮しておこなわなければならない」（九〇頁）と指摘する。

（7）司法研修所検察教官室（編）『検察講義案（平成二一年版）』（法曹会、二〇一〇年）六三頁、難波治「起訴をめぐって」法律のひろば一七巻八号（一九六四年）八頁、岩下肇「検察官はいかなる場合に起訴すべきか」法律のひろば一七巻八号（一九六四年）一三頁、北島敬介「公訴権の運用と検察」『現代の検察（法学セミナー増刊）』（日本評論社、一九八一年）九六頁、亀山継夫「検察の機能」石原一彦ほか（編）『現代刑罰法大系5　刑事手続Ⅰ』（日本評論社、一九八三年）二三頁、同「刑事司法システムの再構築に向けて」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集　下巻』（有斐閣、一九九八年）一頁、渡辺咲子「現行刑事訴訟法制定時における公訴提起に必要な嫌疑の程度」廣瀬健二ほか（編）『田宮裕博士追悼論集　上巻』（信山社、二〇〇一年）五七頁、宗像紀夫「日本の刑事司法における検察官の役割」森下忠ほか（編）『日本刑事法の理論と展望　下巻』（信山社、二〇〇二年）三頁、大久保隆志「刑事訴追の実務と刑事訴追論」刑法雑誌四五巻三号（二〇〇六年）六一頁、同「訴追の当否―訴追における事実の選択と包括」広島法科大学院論集六号（二〇一〇年）八〇頁、石井一正「わが国刑事司法の特色とその功罪」司法研修所論集七九号（一九八七年）三〇九頁、中山善房「日本の刑事司法の特色」三井誠ほか（編）『刑事手続　上』（筑摩書房、一九八八年）一頁、同「刑事手続の活性化」『西原春夫先生古稀祝賀論文集　第四巻』（成文堂、一九九八年）一頁等。

（8）松尾浩也『刑事訴訟法　上（新版）』（弘文堂、一九九九年）一三七頁。

（9）「市民的及び政治的権利に関する委員会からの質問事項に対する日本政府回答（仮訳）（第五回政府報告審査）」（http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/index.html）一八頁以下は、「我が国の刑事司法は、被疑者の取調べを含むち密な捜査とそれに裏付けられた厳格な起訴をその神髄」とし、代用刑事施設は、「被疑者の取調べ等の捜査を円滑かつ効率的に実施」するために必要であって、仮にこれを廃止すると、「ち密な捜査とそれに裏付けられた厳格な起訴という、我が国の刑事司法の長所を根本から崩壊させることになりかねない」とする。

（10）「慎重な起訴」を求めることが必ずしも捜査の糾問化につながるとは言えないとするものとして、鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造　上巻』（成文堂、一九九六年）二〇四頁以下、田宮・前掲註（6）『日本の刑事訴追』八三頁、田口守一『刑事訴訟法［第五版］』（弘文堂、二〇〇九年）一六七頁、白取祐司『刑事訴訟法［第六版］』（日本評論社、二〇一〇年）二二一頁等。これに対し、三井誠「訴追裁量」高田卓爾＝田宮裕『演習刑事訴訟法』（青林書院新社、一九七二年）一七九頁は、「嫌疑の要求と捜査の糾問化の結び付きは避けがたい歴史的事実」と指摘する。

（11）松尾浩也「起訴の基準」法学教室一七六号（一九九五年）一頁、第四三回司法制度改革審議会議事録（二〇〇一年一月九日）

〔松尾浩也〕参照。なお、「起訴の基準」という場合、本来、①起訴に必要な嫌疑の程度の問題だけでなく、②訴追の必要性（起訴猶予すべき事情の有無）の問題についても射程に含めた検討が必要であるが、両者は個別に検討すべき複雑な論点をそれぞれに包含しているため、さしあたり、本稿においては、基本的に①の問題を念頭において論じることとする。

(12) 平野龍一「刑事訴訟の促進の二つの方法」同『訴因と証拠』（有斐閣、一九八一年）一八〇頁、同「刑事訴訟における実体判決請求権説―いわゆる修正された糺問捜査をめぐって―」同『捜査と人権』（有斐閣、一九八一年）一八九頁、同「現行刑事訴訟の診断」『団藤重光博士古稀祝賀論文集　第四巻』（有斐閣、一九八五年）四〇七頁等。

(13) 松尾・前掲註(8)一五〇頁、三井・前掲註(10)一七九頁は、これを「弾劾的訴追観」と名付けている。

(14) 後藤昭「平野刑訴理論の今日的意義」ジュリスト一二八一号（二〇〇四年）六二頁、同「国際人権法と刑事手続」日本弁護士連合会（編）『代用監獄の廃止と刑事司法改革への提言』（明石書店、一九九五年）一八七頁参照。もっとも、将来的な展望としては、「あっさり起訴」の方向への幾分かのシフトが語られることはあった。例えば、松尾・前掲註(5)『刑事法学の地平』一二〇頁以下、三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、二〇〇三年）二二頁。

(15) 司法研修所検察教官室（編）・前掲註(7)六三頁。

(16) 最高検察庁「いわゆる氷見事件及び志布志事件における捜査・公判活動の問題点等について」（二〇〇七年八月）、同「いわゆる足利事件における捜査・公判活動の問題点等について」（二〇一〇年四月）、同「いわゆる厚労省元局長無罪事件における捜査・公判活動の問題点等について」（二〇一〇年一二月）。

(17) 検察の在り方検討会議「検察の再生に向けて」（二〇一一年三月）二八頁以下、大澤裕ほか「（座談会）検察改革と新しい刑事司法制度の展望」ジュリスト一四二九号（二〇一一年）二八頁以下、笠間治雄「検事総長　初めて語る『特捜部改革』」文藝春秋八九巻九号（二〇一一年）一七八頁。

(18) 田口守一教授は、「捜査における被疑者取調べの比重が軽減され、公判も核心司法を目指すとなれば、起訴基準の若干の引下げと無罪率の若干の増加も避けられないこととなろう」と指摘する。田口守一「新しい捜査・公判のあり方」ジュリスト一四二九号（二〇一一年）七〇頁。他方で、田口教授は、「『慎重な起訴』を『ちょうつがい』として、当事者主義の捜査構造と公判中心主義とを連結させる努力が求められる」としており、基本的には、今日の「起訴の基準」を維持することを志向される（田口・前掲註(10)一五〇頁）。

(19) 三井誠「検察審査会制度の今後」現代刑事法六九号（二〇〇五年）八五頁、田口・前掲註(10)一六三頁、田口守一＝後藤昭＝椎橋隆幸「《鼎談》刑事司法制度改革の現状と問題点」現代刑事法四三号（二〇〇二年）九頁（田口守一・後藤昭）、新屋達之「本格始動した改正検察審査会」法律時報八二巻一一号（二〇一〇年）二頁、福井厚「国民の司法参加と民主主義―検察審査会による

『強制起訴』議決を契機として」浅田ほか（編）・前掲註（1）四二一頁、四二四頁等参照。

(20) 川出敏裕「被疑者取調べの在り方について」警察政策一一号（二〇〇九年）一六二頁、同「新たな捜査手法の意義と展望」刑事法ジャーナル二九号（二〇一一年）三頁、田口・前掲註(18)六六頁、大澤ほか・前掲註(17)四三頁以下等。なお、捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会「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」（二〇一一年四月）参照。

(21) 日本政府・前掲註(9)一九頁。

(22) 最大判平一一・三・二四民集五三巻三号五一八頁は、「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はないことは明らかである」とする。

(23) 上口裕「身柄拘束中の被疑者取調べ」ジュリスト一一四八号（一九九九年）一〇五頁。

(24) 日本政府・前掲註(9)一九頁

(25) 石田倫識「警察拘禁の極小化と被疑者取調べの在り方」福井厚（編）『未決拘禁改革の課題と展望』（日本評論社、二〇〇九年）一〇五頁。平野龍一（解説）＝永野貫太郎・鈴木五十三（共訳）「『国際人権連盟』報告書（パーカー＝ジョーデル報告書）」法律時報六一巻七号（一九八九年）九三頁は、人権の普遍性を承認し、日本的特色・文化相対主義を言い逃れのために用いるべきではない、と批判する。

(26) 松尾・前掲註(5)『刑事訴訟法講演集』一六五頁。

(27) 検察の立場からの論稿として、稲田伸夫「被疑者の取調べ」三井誠ほか（編）『新刑事手続Ⅰ』（悠々社、二〇〇二年）一九三頁、原田明夫「被疑者の取調べ」三井誠ほか（編）・前掲註(7)一七七頁等。

(28) 鈴木義男「公訴の提起に必要な嫌疑の程度」研修三七〇号（一九七九年）四九頁は、「公訴提起の時における検察官の心証といっても……裁判所によって有罪判決のなされる可能性の程度をどう見るかの問題」であって、「予測の問題」であるから、「高度の確実性を要求することは事実上不可能を強いる結果となる」と指摘する。

(29) 検察の在り方検討会議・前掲註(17)二八頁

(30) 七年間にわたり検察特捜部での仕事に従事してきた元検察官が、次のような経験を紹介している。「私が、（特捜部以外の部署の）決済官をしていた際、部下に対し、『心証はどうなの。犯人との心証は取れるの』と聞くと、その部下が『証拠上は有罪です』旨答えてくることがあった。その部下の心証としては犯人かどうかは必ずしもはっきりしないものの、少なくとも証拠上は有罪であって裁判になっても有罪立証に問題がないという意味である。……単なる『証拠上有罪』と、『証拠上も心証上も有罪』との間

には厳然たる溝がある」。若狭勝「厚労省元局長無罪事件を元検察官の立場から考える」自由と正義六二巻一〇号（二〇一一年）一六頁。

(31) 笠間・前掲註(17)一七九頁は、厚労省元局長無罪事件に関し、「供述の調書ヅラだけで起訴へ向かって進んでいった。自分たちの期待する方向に沿うような供述調書さえ揃えば捜査は完了だというふうに考えた」として、これを「供述調書至上主義」と批判している。

(32) 諸外国における無罪率については、法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会の第一回会議における配布資料七「諸外国の刑事司法制度（概要）」参照。

(33) このような実態のもとでは、無実であっても「形式的には有罪の証拠が揃っている」という現象が生じ、これを是正することの困難性が指摘されることになる。藤野英一「わが国における刑事訴訟法運用の動態について」『刑事裁判の諸問題　岩田誠先生傘壽祝賀』（判例タイムズ社、一九八二年）一五一頁、松尾・前掲註(8)一六八頁。

(34) 川崎英明『現代検察官論』（日本評論社、一九九七年）二七六頁、小田中聰樹『現代司法と刑事訴訟の改革課題』（日本評論社、一九九五年）二九二頁以下、福島至「刑事訴追論の展望」刑法雑誌四五巻三号（二〇〇六年）九七頁以下等。

(35) 田宮・前掲註(6)『刑事訴訟法（新版）』五一頁。

(36) 田宮・前掲註(6)『日本の刑事訴追』八五頁、松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、二〇一〇年）一二五頁以下参照。

(37) 平野・前掲註(12)『捜査と人権』八〇頁、一九五頁、一九七頁、同・前掲註(12)『訴因と証拠』一八五頁、三井・前掲註(10)一七八頁、後藤・前掲註(4)『捜査法の論理』二五五頁等。

(38) 最大判昭和三七・一一・二八刑集一六巻一一号一五九三頁。

(39) 井戸田侃『刑事手続の構造序説』（有斐閣、一九七一年）六七頁以下、同・前掲註(4)『刑事訴訟理論と実務の交錯』二〇頁。井戸田侃博士は、起訴処分が有する現実の「終局性・権威性」及び不利益処分性に鑑み、被疑者に対するデュー・プロセスの保障、すなわち、起訴・不起訴の判断過程における告知・聴聞の機会の保障（被疑者の主体的関与の機会の保障）を要請する。松尾・前掲註(5)『刑事訴訟法講演集』八九頁は、井戸田説の強みは「日本の現実を直視している点」にあり、「日本の実情に密着した立論」であると評価する。

(40) 後藤・前掲註(4)『捜査法の論理』二五五頁は、「どんなに被疑者の権利保障を厚くしたとしても、捜査が宿命的に公衆の目の届かない秘密の場所で進められる過程であることは変わらない。捜査は本質的に、公判に比べて適正手続が確保されにくい手続段階である」と指摘する。

(41) 松田・前掲註(36)一三三頁、同「刑事手続における訴訟行為の再現可能性について」刑法雑誌四四巻二号（二〇〇五年）一六

八頁。

(42) 最判昭和五三・一〇・二〇民集三二巻七号一三六八頁も、「起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りる」とする。これは一方で、起訴に際して「高度の嫌疑」「有罪の確信」は必要とされないことを、他方で、検察官は有罪判決が得られる合理的見込みがない事件はスクリーンすべきことを示している。また、起訴・不起訴の決定にあたり判断材料とされる証拠資料については、「検察官が現に収集した証拠資料」のみならず、「通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料」も含まれる（最判平成一・六・二九民集四三巻六号六六四頁）。なお、村重慶一「逮捕・勾留・起訴をめぐる国家賠償事件の検討」判例タイムズ一二七七号（二〇〇八年）四〇頁参照。検察官の公訴提起が違法とされた近年の事例として、名古屋高判平成一九・六・二七判例時報一九七七号八〇頁、宇都宮地判平成二〇・二・二八判例時報二〇二六号一〇四頁。

(43) 渕野貴生「刑事司法改革の理念と捜査の構造」法律時報八三巻二号（二〇一一年）四五頁以下。

(44) さらに、葛野・前掲註(1)二八一頁が指摘するように、「民主主義社会において個人の自由と人間の尊厳を護るためのコストとして、たとえ『真相解明』を抑制してでも……達成されるべき適正化がある」のであって、真相解明を理由に黙秘権の相対化を許容すべきではない。

(45) 川出・前掲註(20)「被疑者取調べの在り方について」一八〇頁も「大きな方向性としては、取調べを中心とした現在の捜査手法は徐々に変えていかざるを得ない」と指摘する。なお、石田・前掲註(25)一〇五頁参照。

(46) 近年、被疑者取調べの比重を落としつつ、他方で、新たな捜査手法を導入することによって、被疑者取調べの機能を補完・代替させ、全体としての捜査の真相解明機能を維持させようとする主張が有力となっている（註(20)の各文献参照）。

この点、例えば、イギリス法のように、わが国の弁解録取に相当するような被疑者取調べしか行われず、逮捕後、原則二四時間以内（実際は平均六、七時間程度）に起訴・不起訴の決定がなされ（福井（編）・前掲註(25)二八七頁〔葛野尋之ほか〕参照）、起訴（charge）された場合には、その後の取調べはほぼ完全に禁止されるとともに、速やかに裁判所に引致されるというような法制度ないし法運用を採用するのであれば格別、基本的には現状の――最大二三日間にわたる警察留置施設での身体拘束下での――被疑者取調べを維持しつつ、これを録音・録画するという程度の修正にとどめるのであれば、捜査の真相解明機能を維持するために新たな捜査手法が真に必要とされるのか、すなわち、その立法事実を実証的に確認しうるのかは疑問である。

なお、戦後、現行刑訴法の導入から間もない時期においても、黙秘権を保障しつつ刑事免責等の新たな捜査手法を導入しないことの「不調和」が、主として検察実務家から指摘されていた（安倍治夫『刑事訴訟における均衡と調和』（一粒社、一九六三年）一二頁以下）。しかし、現実には、そのような「不調和」によって、捜査に著しい支障が生じることはなかったことを想起すべき

であろう。近年の新たな捜査手法導入論についても、その必要性と許容性を明確に論証しうるのか、慎重な検討が求められよう。

(47) 被疑者取調べによって明らかにしうる「真相」であっても、公判における被告人質問によっては明らかにできないと考えるのであれば、それは暗黙の裡に、任意性の確保された公判とは異なる場として被疑者取調べを観念していることになろう。なお、上口・前掲註(4)一三七頁参照。

(48) 高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』（現代人文社、二〇〇三年）二〇九頁以下、財前昌和「被疑者の供述の証拠化」季刊刑事弁護一五号（一九九八年）三五頁。

(49) 後藤・前掲註(14)「平野刑訴理論の今日的意義」六三頁は、平野博士の「あっさり起訴」論を「代用監獄で長時間厳しい取調べを受けるのと、すぐに起訴されて公判廷で事実を争うのとどちらが望ましいか」という選択を迫るものである、とする。これは、問題の本質を端的に指摘したものといえる。もっとも、本文で指摘したように、必ずしも二者択一ではなく、被疑者取調べを拒否しつつ、かつ、自らの供述の証拠化を図り、不起訴に向けた主体的防御活動を行うことも可能であろう。

(50) なお、岡慎一「刑事訴追過程と刑事弁護」刑法雑誌四五巻三号（二〇〇六年）七六頁参照。岡慎一弁護士は、川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』（有斐閣、一九九八年）六九頁を引用しつつ、「起訴前身柄拘束の基礎となった被疑事実について起訴することが確定的になった後に当該事実について『起訴前勾留』を続けることが違法となりうる」と示唆する。この指摘は、身体拘束の違法性を問題とするにとどまるが、本文で示した通り、取調べそれ自体の違法性を端的に問題としうるであろう。

(51) 亀山・前掲註(7)「刑事司法システムの再構築に向けて」一〇頁。

(52) 後藤昭「未決拘禁法の基本問題」福井（編）・前掲註(25)八頁、村山眞維「日本型刑事司法過程の特徴―比較的視点から―」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集　下巻』（有斐閣、一九九八年）二七頁、田宮・前掲註(6)『刑事訴訟法〔新版〕』一一頁等。

(53) もっとも、捜査が抑制される結果、従来であれば被疑者取調べを中心とする証拠固めに基づき起訴されていた事案を起訴に持ち込むことができなくなり、結果として、起訴件数が減少する可能性もあり、必ずしも公判件数全体が増加するとも言い切れないであろう。また、従前に比べ、公訴追行時に「有罪判決が得られる合理的見込み」が消滅し、公訴が取り消される（刑訴法二五七条）事案も増加するであろう。なお、「合理的見込み」が消失したにもかかわらず、公訴を追行することも、国賠上の「違法」となりうる（前掲註(42)参照）。

(54) 芹沢斉ほか（編）『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、二〇一一年）二八九頁以下〔青井未帆〕参照。

(55) 古田佑紀「法制度比較の視座」『河上和雄先生古稀祝賀論文集』（青林書院、二〇〇三年）三七頁以下、田口・前掲註(18)七〇頁の註(39)等参照。確かに、これらの文献が指摘するように、イギリスの刑事補償はわが国よりも補償の対象が限定されている。しかし、この点は、イギリスの学説上、批判の強いところでもある。例えば、J.R.Spencer Q.C., *Compensation for Wrongful*

Imprisonment, [2010] Criminal Law Review 803.

(56) 松尾浩也「日本における刑事訴訟法の発展―比較法の視点から」『比較と歴史のなかの日本法学―比較法学への日本からの発信―』(成文堂、二〇〇八年) 三二六頁以下、同「日本における刑事手続の過去、現在、そして未来」刑法雑誌四九巻二＝三号(二〇一〇年) 二七六頁、松尾・前掲註(5)『刑事訴訟法講演集』一九四頁等。

(57) 福島・前掲註(34)四七二頁の註(21)参照。

(58) もちろん、刑事補償とは別に、国家賠償訴訟によって起訴の違法性が問題とされることはありうる。前掲註(42)参照。

(59) 後藤・前掲註(52)六頁以下、石田・前掲註(25)一一四頁、多田辰也「刑事手続における嫌疑」立教法学七九号(二〇一〇年) 九六頁。

(60) なお、このような訴追観に対しては、起訴の基準を緩和させ、検察官の公訴権行使を容易にするのではないかとの批判も予測されうる。しかし、私見は、不当な捜査を抑制(弾劾的捜査観を徹底)させるために、起訴を留保することを許容しないのであるから、むしろ、検察官の訴追裁量に対する控制となるはずである。

(61) 大阪地判平成六・九・三〇判例時報一五二六号一一二頁、東京高判平成三・三・二〇判例時報一三八五号五六頁等。

(62) さらに、全件送致主義が採用される少年の手続においては、起訴猶予の判断(訴追の必要性の検討)が要求される成人の刑事手続に比して、家裁送致前の捜査の比重が相対的に軽くなることも見込まれるのに、実態は成人の場合と同様である。

(63) 平野・前掲註(12)「現行刑事訴訟の診断」四〇九頁。

(64) 後藤・前掲註(52)八頁、石田・前掲註(25)一一四頁。

(65) 後藤昭教授は、「逮捕・勾留よりも起訴のための嫌疑の基準の方が高いという意識は、暗黙の裡に起訴前の未決拘禁を起訴するための証拠収集の手段として位置づけている」、「起訴よりも低い嫌疑の基準で勾留を許すことは、けっきょく、勾留を自白獲得の手段とする結果を招いている」と指摘する(後藤・前掲註(52)七頁以下)。

(66) 川崎英明「検察審査会の審査対象と若干の論点」浅田ほか(編)・前掲註(1)四四二頁以下。

(67) 川崎・前掲註(66)四四九頁は、私見とは異なり、「補充捜査の積極化」を求めている。川崎英明教授は、被疑者側から観た捜査の洗い直しを想定しているものと思われるが、他方で、「再逮捕・再勾留や再捜索等が必要となる場面」を否定していない。しかし、検察審査会による起訴強制がもたらす不当な応訴負担――「有罪判決が得られる合理的見込み」の存しない事案が公判に付されることによってもたらされる弊害――については、補充捜査の徹底によるのではなく、むしろ補充捜査を原則的に禁止し速やかに起訴させ、迅速に公判を進めることによって、可及的に縮減・除去していくべきであろう。