

捜査手続に関する韓国の改正刑事訴訟法の争点及び課題

— 日本の刑事訴訟法との比較を中心に —

李 銀 模*

I. はじめに

韓国刑事訴訟法は、司法制度改革に伴い大幅な改正がなされ、2008年から施行されている。日本は、すでに2004年において、公判前整理手続や公判前整理手続における証拠開示などを始めとする重要な内容などを規定する刑訴法の改正がなされたことと理解しており、また、「裁判員が参加する刑事裁判に関する法律」が制定され、来年から施行されるものと理解している。

今回の韓国の改正刑事訴訟法は、捜査手続に限らず刑事手続全般における変化をもたらし、特に、証拠法における変化は、非常に実質的であるといえる。即ち、違法収集証拠排除法則を明文化し、捜査手続における供述を、どのような形態で、また、どの範囲において証拠として認めるのかに関する伝聞証拠制度に対する重大な変化がなされたのである。特に、捜査機関が作成した調書に対する厳格な規制は、新たに導入された国民参与裁判と関連して、公判中心主義と口頭弁論主義の必要性が高まった現実を反映したと考えられる。ただし、証拠法の中心を成す伝聞証拠に対する規制方式においては、両国が根本的に異なる態度をとっており、その比較は、容易ではないと考えられる。

したがって、ここでは、改正法の内容の中でも、特に、被疑者の権利と密接に関連する捜査手続に関する規定を中心にしその内容及び問題点を検討することにする。このような韓国の制度の内容と問題点を検討するに当たっては、可能な範囲内で日本の制度との比較も行うこととする。

II. 被疑者の身体拘束に関する制度の検討

被疑者の身体拘束に関する基本的な問題点などを日・韓の比較を通して検討することとする。

1. 緊急逮捕制度に対する検討

緊急逮捕とは、死刑・無期または長期3年以上の懲役、禁固に該当する罪を犯したと疑うに足

編集部注* 漢陽大学法科大学教授

本稿は、平成20年7月17日に関西大学法務研究科の主催で行われた招聘研究者講演会の講演の内容を修正・加筆したものである。

りる相当な理由があり、また、逮捕の必要性や緊急性が認められる場合において、捜査機関が裁判官の逮捕状（韓国においては、逮捕令状という。）の発付を受けずに被疑者を逮捕する制度である。特に、韓国の場合は、日本とは異なって司法警察員（韓国においては、司法警察官という。）が逮捕状を請求することは出来ず、検察官のみがこれを請求することが可能であるため、かかる複雑な手続を避けるためにも、司法警察員は令状による逮捕よりは、主に緊急逮捕や現行犯逮捕の方法をとっており、問題点として指摘されている。

(1) 嫌疑の程度

まず、犯罪の嫌疑に対して見てみると、日本は、通常逮捕の場合とは違って、緊急逮捕に対しては十分な嫌疑を要求しているのだが、韓国は、相当な嫌疑でもって足りるとしている。したがって、日本の刑訴法は、相当な嫌疑を規定している通常逮捕よりも高度な嫌疑を緊急逮捕に対して要求していると理解することができる。

しかし、現在、韓国的一般的な見解は、通常逮捕や緊急逮捕において要求される嫌疑に対し、差を設ける必要はないと見ている。また、すでに通常逮捕に要求される犯罪の相当な嫌疑に対しても、顕著な嫌疑、または、客観的な嫌疑として厳格に解釈しているため、この点において、実際には、日本の刑訴法の十分な嫌疑とはほぼ差がないといえることができる。したがって、韓国の刑訴法は、緊急逮捕と通常逮捕において、同一の厳格な嫌疑を要求しているに対し、日本は、緊急逮捕の場合に比較しては弱い嫌疑でもって通常逮捕が可能であるとの結論となり、これは、結局、緊急逮捕におけるものではない通常逮捕において要求される嫌疑の程度に差があると理解することができる。

(2) 事後的司法審査の問題

緊急逮捕は、捜査の現実を考慮して認められる例外的な権限であることから、何よりもその濫用に対する合理的な統制が必要であるといえる。しかし、韓国改正法上の緊急逮捕制度は、依然として、捜査機関による濫用を防ぐには不完全な制度であると考えられる。それは、改正法は、緊急逮捕後、事後の逮捕状を必要とせず、勾留に際しては直ちに勾留状を請求するとしながら、ただし、被疑者を逮捕した時点から、48時間を越えてはいけないとの制限を設けているのだが、逮捕後の被疑者の取調べに対して、現在の実務や学説が一般的にこれを許容されるものとして認識していることから、「直ちに」との規定が、どれほど現実的な違いをもたらすことができるのかは疑問に感じられるためである¹⁾。

結論的に見ると、緊急逮捕後、逮捕状を必要とせず勾留を行う際のみにおいて勾留状を請求す

1) 日本の場合には、憲法第33条が現行犯人のみを例外とする厳格な令状主義を宣言しているため、刑訴法で定めている緊急逮捕制度自体が違憲ではないかという点も論議の対象となっている。多数の見解は、合憲説をとっているが、その根拠については、①全体的に見ると令状による逮捕と同一視できるという令状逮捕説、②現行犯に準じて合理性を認めることができるという合理的逮捕説、③治安維持上の緊急行為として認められるという必要説等が主張されている（田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、1997）、78頁を参照）

るとする制度は、結局、48時間の間、捜査機関の独自の判断による令状のない身体拘束を認めることになるため、アメリカ、イギリス、ドイツなどのように逮捕後直ちに被疑者を裁判官に引致し逮捕の適法性及び釈放の可否を審査させるか、それとも、日本のように緊急逮捕後、直ちに裁判官に対して逮捕状を請求させ、さらに、逮捕後、釈放した場合においても逮捕令状請求手続を免除しない制度が比較法的に見てより望ましいものと考えるところである²⁾。

2. 勾留質問制度（拘束前被疑者審問制度）に関する検討

勾留質問または拘束前被疑者審問制度とは、身体拘束を行うにあたって、被疑者を裁判官の面前に出席させ、その者に、弁解や利益となる事実を陳述する機会を与え、これを重要な判断資料として勾留状の発付の可否を決定する方式をいう。逮捕においては、被疑者が裁判官の前に出席することがないため、裁判官との対面は、ここで初めて可能になるわけである。韓国は、1995年にこの制度を導入したのだが、義務的審査ではない任意的審査に止まっていた。しかし、改正法は、被疑者の意思や裁判官の裁量とは関係なく義務的に勾留質問を実施するとしており、望ましい変化であると思っている。

しかし、ここで、一つ考えなければならないのは、二元化された韓国の勾留質問制度の合理性に対する問題である。韓国法は、勾留において、逮捕手続をとる場合と未逮捕状態において直接勾留状を請求する場合をすべて認めているわけであるが、後者の場合、勾留質問のために、勾引のための勾留状を発付して、被疑者を勾引した後に質問をすることとしている。しかし、このような制度に対しては、勾留質問のために、裁判官が被疑者を勾引することが、はたして妥当であるのか疑問に思われるところである。

この問題と関連しては、被疑者を勾留しようとする際、すべての場合において逮捕手続を必要とする制度、即ち、日本やアメリカのような逮捕前置主義の採択がより効率的ではないかと考えられる³⁾。逮捕は、それ自体としての意味よりは、勾留質問を経て勾留の可否を決定するための

2) 緊急逮捕に対し、事後の逮捕状を要求するようになると、このような令状の発付は、逮捕時に緊急逮捕の要件が備えられていることを確認する意味を持つだけでなく、また、請求の許否を判断する時点においても通常逮捕の要件が備えられていることを確認することであるといえる。緊急逮捕の要件は、緊急逮捕時に存在すれば充分であるが、通常逮捕の要件は、逮捕状を発付する時点まで存続しなければならないため、仮に逮捕状の発付時に通常逮捕の要件が存在しないにもかかわらず、逮捕状を発付するのは、令状主義原則に反することになるからである。従って、事後に逮捕状を棄却する場合には、その理由を明らかにし、棄却が、不適法な逮捕によるものか、それとも緊急逮捕の適法性は認められるが現在逮捕継続の必要性が存在しないことによるものかを明確にする必要がある。

3) 日本の場合には、いわゆる逮捕前置主義を採択しているため、未逮捕状態で被疑者に対し直接勾留状を請求することはできない。また、アメリカの場合にも、初期の逮捕段階（arrest）を経て実質審査後継続的な身体拘禁（detention）の許否が決定される点から見ても同じく逮捕前置主義が適用されていると見ることができる。ドイツの場合には、現行犯や緊急を要する場合に、例外的に認められる暇拘束或いは臨時拘束（vorläufige Festnahme）状態での勾留請求と身柄未確保被疑者に対する勾留請求が認められている。但し、未逮捕被疑者に対する勾留手続においては、具体的に韓国と相違があるが、ドイツは未逮捕被疑者に対する勾留状の請求が行われれば、まず書面審査による勾留事由を判断した後、令状を発付し、勾留が執行されると

前提条件としてより重要な意味を持つと考えられ、よって、未逮捕被疑者を勾留しようとする際には、まず、逮捕状の発付を受け、逮捕後において勾留質問を行い、その目的を達成する方法がより合理的であると考えられる。

そして、もう一つ、日本と韓国の制度において、指摘したいこととしては、被疑者を勾留する場合においても無罪推定の原則を実質的に保障するため、勾留に対する代替手段として保釈を許容することが必要であるとのことである。比較法的な観点からも、被疑者に対する保釈は、日本と韓国を除く殆どの先進国家、つまり、アメリカ、ドイツ、フランスなどの国家において共通的に認められている制度である。韓国の場合には、勾留された被疑者が勾留適否審査を請求した場合、裁判所が職権でもって保釈を許容できる制度を設けてはいるのだが、これよりは、勾留質問による勾留決定の際、保釈によって被疑者を釈放する制度がより望ましいものとする。

3. 令状裁判に対する不服方法の検討

裁判官の捜査手続上の令状決定に対し抗告又は準抗告ができるかどうかの問題は、裁判所と検察との間で長年の論争の対象となってきた問題であるといえる。これについて、大法院（日本の最高裁判所をいう）は、現行法の解釈上、捜査手続における裁判官の令状決定に対する不服は許容されないという立場を取っており⁴⁾、学説の態度も概ねこれと同じであるといえる。しかし、これに対し、令状発付行為に対する不服方法を認めないと令状担当裁判官の職務遂行を客観的に検証することができない点や、抗告を許容するようになると身体拘束事由に関する先例が蓄積されることができ令状裁判の衡平性と予測可能性を確保することができる点を挙げ、現在の大法院の態度を批判する見解が主張されているが、この見解にはかなり説得力があると考えられる。

結論的には、この問題は、令状裁判と関連した韓国の刑事手続上の諸制度を総合的に考察して判断した方が適切であると思われる。裁判官の令状発付行為に対しては、逮捕・拘束適否審査制度が認められるため、身体拘束の継続の必要性和共に令状発付行為の適法性も審査の対象となっており、適否審査制度が裁判官が発付した令状に対する抗告審的性格を有している点からすると、令状発付行為に対する被疑者の不服は、この制度を利用せしめるようにすれば足りると思われる。こう見ると、現行法上、令状裁判に対する不服の必要性は被疑者によりも、現実的に検察官にとってより大きいといえる。制度の統一的な運営という面で問題がないわけではないが、被疑者が不服する場合と検察官が不服する場合を区別して被疑者の場合には逮捕・拘束適否審査制度を利用せしめ、検察官の場合には、令状棄却自体に対し抗告することができるようにすることが合理的ではないのかと考えられる⁵⁾。

遅滞無く裁判官に引致し、質問後勾留の継続の許否を決定するようにしている。

4) 大法院は、刑事訴訟法第402条と403条でいう「法院」は刑事訴訟法上の受訴法院のみを指しているため、令状担当裁判官の決定は抗告の対象にならず、また、令状発付の可否を決定する地方裁判所の裁判官は受訴法院としての裁判長又は受命裁判官ではないため、その裁判官が行った裁判は、第416条で定める準抗告の対象にもならないと解している（大法院 1997.6.16. 決定, 97モ1；大法院 1997.9.29. 決定, 97モ66等）。

5) ドイツの場合、抗告の対象を裁判所がなした決定のみならず、裁判長、受命裁判官、受託裁判官、捜査手続

日本の場合も、準抗告に関して規定している刑訴法第429条において、韓国の刑訴法第416条とは異なり、裁判の主体を裁判長又は受命裁判官に限定せず、広く裁判官と規定することによって、身体拘束の拒否について検察官や被疑者が準抗告を以ってその取消や変更を請求できる道を開いている。但し、日本は、韓国と異なり、逮捕・拘束適否審査制度を設けておらず、準抗告による場合にも犯罪の嫌疑がないことを理由にすることを禁止する制限を加えている点（日本刑訴法第429条2項、420条3項）を見ると、被疑者の権利救済手段としては、まだ満足できる水準ではないと思われる。

Ⅲ. 捜査手続の適法性強化

1. 捜査過程記録制度の新設

韓国の改正刑事訴訟法は、捜査手続の適法性や透明性を強化するため、第198条第1項において、「被疑者に対する捜査は、非拘束状態で行うことを原則とする。」と規定し、非拘束捜査の原則を宣言しており、また、第244条の4において、捜査過程記録制度を導入した。即ち、検察官または司法警察員は、被疑者が調査場所に到着した時刻、調査を始め終了した時刻、その他の調査過程の進行を確認するため、必要な事項を被疑者供述調書に記録するか、別の書面に記録した後、捜査記録に編綴することとしている（同条第1項）。また、その記載内容に対しては、被疑者に対し閲覧させるか、読み聞かせなければならず、これに対して、増減・変更の請求などがあった場合には、その供述を追加して記載することとしている（第244条の4第2項、第244条第2項）。

かかる捜査過程記録は、被疑者のみならず、参考人調査の場合においても適用されるが（第244条の4第3項）、後に被疑者や参考人の供述の任意性や信用性を判断するにおいて重要な資料となるわけである。

2. 被疑者の取調べに際する弁護人立会権の認定

被疑者の取調べに際する弁護人立会権の認定可否は、それが解釈上、可能であるのかの法理的な面とは別に捜査機関の実務において先に許容されてきて、比較的最近の大法院⁶⁾と憲法裁判所の判例⁷⁾を通じてその法的な根拠を認められた問題である。刑事訴訟法の規定がないにもかかわらず、上記の判例などは弁護人の助けを受ける権利に関する憲法規定を根拠としてこれを認めていた。

ところで、この問題は、今は改正法第243条の2の規定を通じて制度的に保障されることとなった。ただし、その制限事由の抽象的・包括的性格と、原則的に取調べが終わった後に弁護人の

において裁判官が行った命令も含まれると解しているため（ドイツ刑訴法第304条第1項）、裁判官の令状裁判は抗告の対象となっている。

6) 大法院 2003.11.11. 宣告, 2003 モ 402 決定。

7) 憲法裁判所 2004.9.23. 宣告, 2000 憲 マ 138 決定。

陳述が可能であることなどは、依然として、改正法上の制度のもつ問題であるということが出来る。即ち、同条第1項は、捜査機関は、「正当な事由がない限り」被疑者の取調べに際する弁護人の立会いを許容するとし、第3項は、不当な取調べに対して異議を提起する場合と捜査機関の承認を得た場合を除いては取調べ中に意見を述べることができず、原則的に、取調べの後において陳述することができるとしているのだが、このようなことなどが問題点として指摘されよう。

まず、改正法が「正当な事由」を理由として、取調べに際する弁護人の立会いを制限できるとしたことは、その具体的な基準を、これからの理論と実務を通して設けていく立場であると理解できるが、現実的には、捜査機関による濫用の憂慮があることから、これからこの制度の趣旨に則った厳格かつ具体的な基準設定が要求され、また、客観的に明白な正当な事由の存在に対する立証責任は、検察官が負わなければならないと考えられる。

さらに、被疑者取調べに際する弁護人の立会いが必要であることは、単に、捜査機関の違法捜査を阻止することに止まらず、劣等な地位にある被疑者の防御権の行使を効率的に保障するためであることから、捜査機関の具体的な取調べに対する答弁の可否及びその内容に対しては、取調べ中においても、これを互いに話し合えるとするのが大事であると考えられる。このような権利を認めないのであれば、被疑者取調べに際する弁護人の立会いは、事実上、その意味をもたないと考えられ、取調べに際する弁護人は、取調べ中であれ、その後であれ、いつでも意見を述べるようにすることが必要であると思われる。

3. 被疑者及び参考人供述の際の映像録画の許容

改正法では、被疑者取調べの際、その調査の開始から終了までの全過程及び客観的状況を映像録画できるようにした。但し、その場合、前もって映像録画の事実を被疑者に伝えることを要求している（第244条の2第1項）。また、参考人調査の場合にも参考人の同意のもとで映像録画することが可能であり、この場合にも被疑者供述の映像録画に準じ調査の開始から終了までの全過程及び客観的状況を映像録画しなければならないと解すべきである。

調査の開始から終了までの全過程及び客観的状況を映像録画するように規定したのは、もし捜査機関が被疑者を取調べる途中から映像録画を始める場合、それ以前の状況がわからなくなるためであるだけでなく、捜査機関が意図的に捜査過程の一部だけを選別的に映像録画することを防ぐためであるといえる。

このような映像録画制度は、取調べ過程の映像録画によって捜査手続の適法性を保障し人権侵害を防止することができる点と、検察官作成被疑者供述調書及び捜査機関作成の参考人供述調書の真正な成立の証明として、かつ、記憶が不明確な場合の記憶喚起用手段（改正法第312条の2第2項）として使用され得るという点で、意味を持つのである。

映像録画物の証拠としての使用範囲に関しては、映像録画物に調書の実質的真正な成立の証明手段としての補完的地位を認めるにとどまらず、映像録画物も供述を記録する媒体という点では調書と同じ性質のものであることから、調書の証拠能力に関する規定を準用し、映像録画物の独自の証拠能力を認めるべきであるという主張も提起されているが、映像録画物を検察官作成被

疑者供述調書などの伝聞書類の証拠能力を認めるための手段として制限的に規定しているだけでなく、映像録画物を基本的に弾劾証拠としても使用できないように規制している改正法の解釈論としては妥当ではないと考える⁸⁾。

4. 黙秘権（供述拒否権）の告知方法及び手続の具体化

改正前の刑事訴訟法は、第200条第2項において、検察官または司法警察員が被疑者の供述を聞く際には、あらかじめ供述を拒否できることを知らせなければならないと規定していたが、黙秘権告知の具体的な方法や弁護人の助力を受ける権利があることを告知することを定める明文の規定は存在しなかった。改正法は、黙秘権告知規定にも関わらず、黙秘権告知が形式的に行われていた実務慣行の改善必要性和新しく導入された弁護人の被疑者取調べ参加制度によって被疑者取調べの際、黙秘権及び弁護人の助力が受けられる権利を被疑者に実質的に告知するようにした。すなわち、検察官または司法警察員は被疑者に対する取調べに入る前に被疑者は一切の供述を拒んだり、個々の質問に対して供述をしないことが可能であり、供述をしなくても不利益を被らないことと被疑者が述べた一切の供述は法廷において有罪の証拠として使用され得ること、そして弁護人を参与させる等の弁護人の助力を受けることができることを具体的に説明するように規定した（第244条の3第1項）。また黙秘権と弁護人の助力を受ける権利を行使するか否かに対する被疑者の答弁は必ず調書に自筆で記載するようになり、検察官または司法警察員が被疑者の答弁を記載した部分に記名捺印または署名をするように規定した（第244条の3、第2項）。

しかし、改正法は、捜査機関の告知内容と手続を具体的に規定しつつ、捜査機関の取調べ前に被疑者が供述拒否権を行使するかどうかについて質問し、これに対する被疑者の答弁を被疑者供述調書に記載するように要求しているが、このような方法は、事実上心理的圧迫による供述拒否権の全体的放棄を強要する結果を招来し得る点において問題があると考えられる。被疑者が供述を拒否するかどうかは捜査機関の質問内容によって個別に判断すべき問題であるということを考慮すると、捜査機関が取調べ前に権利の内容を具体的に告知するようにすることで充分であろう。

また、供述拒否権を行使した事実が量刑において不利に作用すれば、供述拒否権の保障は無意味になる点を考えると、虚偽の供述をする場合を含めて全ての形態の供述拒否権の行使の事実を量刑上の不利益な事由として考慮に入れることは妥当ではないと思われる。従って、被告人の態度や行為が「真実の発見を積極的に隠したり裁判所を誤導したりする試みから起因する場合には、

8) 参考のために、日本と韓国の捜査機関の組織と権限を比べてみると、次のような差異が見られる。韓国では、捜査の主体は検察官であり、司法警察員は捜査の補助者にすぎないが、日本の司法警察員は検察官の事前指揮なしで独自の捜査できるという点で検察官と共に捜査の主体となる。したがって、日本の被疑者供述調書は、その作成者が検察官であれ、司法警察員であれ、要件上の差異はないが、韓国の場合は異なる。すなわち、韓国では司法警察員作成の被疑者供述調書は厳格な要件下で例外的に証拠能力が認められるだけであるため、原則的に証拠として使用されるものは、検察官作成供述調書のみであるといえる。このような理由により韓国の場合には、常に、警察と検察官がどちらも被疑者供述調書を作成する二重な構造になっており、また、映像録画物によって証拠能力が認められるものは検察官作成調書に限られる。

加重的量刑の条件として参酌することができる」とした大法院の見解⁹⁾は正しいとは言えず、これは、供述の自由を保障するために供述拒否権を基本権として保障した憲法の本質にも合わないといえる。というのは、供述拒否権を認めることは、それを行使する動機を問わず、自由に行行使できることを意味するからである。

IV. 捜査手続におけるその他の制度に関する検討

1. 捜査手続における書類等の閲覧謄写権の未保障の問題

改正法は、被告人及び弁護人の書類などの閲覧謄写権をかなり詳細に規定している。特に閲覧謄写の対象に関連して議論されていた公訴提起後に検察官が保管する書類などに対して閲覧謄写権を明文で認めているだけでなく、検察官がこれを拒否したり、その範囲を制限する場合には裁判所にこれを許可することを申し出るようにし、また、検察官が閲覧謄写または書面の交付に関して裁判所の決定を迅速に履行しない場合には、それに関して証拠申請を出来ないように制限している（第226条の3第226条の4）。また、改正法は検察官と被告人側の相互均衡を考慮し被告人側の持つ証拠の開示範囲も併せて規定している（第266条の11第1項）。

証拠開示制度は被告人の防御権保障と公判中心主義を実現するために不可欠な制度であるという点から見れば、これに対して具体的に規定すること自体は正しいと思われる。ただし、改正法は、依然として、捜査手続における捜査書類などに関する閲覧謄写については、何も定めていないが、捜査段階においても被疑者の防御権の保障のためには一定の範囲内でこれを認める必要性があると考えられる。特に「拘束適否審査制度の実効性のある適用のためには被疑者供述調書と告訴状等に対する弁護人の閲覧謄写権を認めるだけでなく、これは弁護人の憲法上の基本権」であるとした憲法裁判所の決定¹⁰⁾に鑑みても、立法論的には、捜査書類に対して閲覧謄写権も一定の範囲で刑事訴訟法に明文で規定し、さらにその具体的な制限の基準も明確に提示する方案が望ましい。

2. 身体拘束中の被疑者の出頭義務及び滞留義務に関する検討

この問題は、身体拘束自体の問題ではないが、身体拘束中に行われる被疑者取調べと関連している点で、これを認めるかどうかに関する検討は、現実的な意味を有すると思われる。日本の場合、刑事訴訟法198条1項で「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要なときは、被疑者の出頭を求め、これを取調べることができる」とした上で、但書において、「被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる」とすることによって、条文上には、少なくとも逮捕又は勾留されている被疑者には、このような、いわゆる調査受忍義務が認められるような形態をとっているため、

9) 大法院 2001.3.9. 宣告 2001 ㉞ 192 判決。

10) 憲法裁判所 2003.3.27. 宣告 2000 憲 マ 474 決定。

この規定の解釈と調査受忍義務を認めるかどうかをめぐって盛んに議論が行われている。

韓国の刑法は、明文で身体拘束中の被疑者に対する出頭義務と滞留義務を認める規定を設けていないが、捜査機関の出頭要請の拒否や拒否の憂慮を逮捕の事由と認めている現行法の態度は、このような場合には逮捕によって被疑者調査の目的を達成できるように配慮しているものであるといえる。従って、これは、当然に身体拘束中の者は調査受忍義務を負うことを前提としているものではないかと思われる。

調査受忍義務を肯定する見解では、逮捕と勾留は捜査上の強制処分であるため、ある程度調査を予定せざるを得ない点、現実的に身体拘束中の被疑者の取調べの必要性とその重要性を認めざるを得ない点、被疑者には黙秘権が保障されているため出頭等の強制を必ず供述の強制とみることができない点等を、その根拠として挙げている¹¹⁾。

しかし、これらの学説のほとんどは、身体拘束中の被疑者に出頭義務と滞留義務を肯定しながらも、被疑者取調べを任意処分と解釈しているが、この点については疑問がある。身体拘束中の被疑者に調査受忍義務を認めるならば、彼らに対する被疑者取調べは任意処分ではない強制処分と見るのが理にかなうであろう¹²⁾。こうなると、現行法上の被疑者取調べにおいては任意捜査としての被疑者取調べと強制捜査としての被疑者取調べの二つの形態の取調べが存在することになるが、被疑者取調べの性格を、このように異に解釈する根拠が何かについて、また、その必要性が何かについて疑問を抱かざるを得ない。

また、身体拘束中の被疑者に出頭及び滞留義務を認めると、供述の義務はないとしても実質的には被疑者に供述を強要する結果を招来し黙秘権を侵害することになるため¹³⁾、被疑者に黙秘権が保障されるということは、捜査機関の捜査に単に黙秘する権利を有するに止まらず、積極的に黙秘権を包括的に行使し当該被疑事実に対する調査を拒否する権利も含めると解釈することもできるのではないかと思われる。

これに対しては、供述拒否権と調査拒否権とは、異なる性質の権利であるため、両者は相容れないものではないという見解¹⁴⁾も、もちろん理解できないわけではないが、供述拒否権を実質的に保障するためには、身体が拘束された被疑者に、そうではない被疑者の場合と同じく出頭義務と滞留義務を認めないのが、より正しいと思われる。また、このように解釈するのが、黙秘権を国民の基本権として保障している韓国の憲法の本質にも合致するだろう。

-
- 11) 調査受忍義務肯定説は、日本の実務の一般の傾向であり、まだ、最高裁の判例が存在しないものの、下級審の裁判例の中では、身体拘束の基礎となった被疑事実に対する出頭義務及び滞留義務を認めることを前提にして、余罪の調査に対してはこのような義務を否定した例がある（例えば、東京地決昭69・12・9刑裁月報6巻12号1270頁）。学説の中では、団藤重光『逐条刑事訴訟法（上）』（弘文堂、1950）365頁、柏木千秋『刑事訴訟法』（有斐閣、1970）56頁、高田卓爾『刑事訴訟法』（青林書院、1984）335頁等がある。
- 12) 田宮裕（前掲書）131頁、平良登規男『捜査法』（成文堂、第2版、2000）314頁等を参照。これに対し、出頭義務及び滞留義務を肯定する立場を取りながらこれを強制処分と見る見解がある（石丸俊彦『刑事訴訟法』（成文堂、1992）147頁等を参照）。
- 13) 平良登規男（前掲書）316頁を含めて否定説の大多数は、この点を論拠として挙げている。
- 14) 多田辰也『被疑者取調べとその適正化』（成文堂、1999）201頁、平良登規男（前掲書）318頁。

結論的にみると、日本と韓国の両国は、身体拘束中の被疑者の調査受忍義務を否定する明文の規定を設けるのが、望ましいと思われる。すなわち、日本の刑訴法198条1項と韓国の刑訴法200条1項の但書を改正し「……但し、被疑者は、その身体拘束とは関係なく、出頭を拒否するか又は出頭後、何時でも退去する権利を有する」と規定するのが、望ましいと思われる¹⁵⁾。

また、被疑者取調べ手続に弁護人が参加する場合に、黙秘権を担保することができるため、出頭及び滞留義務を認めてよいという見解¹⁶⁾も十分に検討する価値があると思われるが、弁護人が参加することだけで黙秘権の侵害が全て防止されるわけでもなく、身体拘束自体が事実上自白に対する圧迫に作用する可能性があることを併せ考えると、被疑者が望んでいない場合には、例外なく取調べを許容しないことが、より正しいと思われる。このように調査受忍義務を否認すると、身体拘束状態の下で被疑者を調査する目的で利用される別件逮捕・勾留の問題も一緒に解決できるだろう。

3. 身体拘束中の被疑者の弁護人との接見交通権の保障の問題

捜査機関を相手に苦難の戦いを強いられる被疑者の立場からみれば、最も役に立つのは、いうまでもなく、法律専門家である弁護人の助力を得ることであろう。特に身体拘束中の被疑者の防御準備上の制約のみならず、心理的な面においても非常に不安定な状態で捜査機関の追及を受けることになる点では弁護人の助力は何よりも切実であろう。しかし、その一方、捜査機関の立場からすれば、被疑者に圧迫をかけ、自白を得るためにはできる限り外部との交通を遮断した状態で調査を行うことを望んでおり、また、弁護人との接見交通により調査が遅延されることも望んでいない。このような理由で、捜査機関は、被疑者を拘禁場所で調査室に呼び出すことを繰り返し、取調べ又は取調べ待機状態に置くことによって事実上接見を難しくしたり、捜査に支障が生じることを理由に接見を禁止又は妨害したりするが生じる。この点を考慮し日本の憲法34条と韓国の憲法12条4条は、身体拘束された被疑者・被告人の弁護人の助力を得る権利を、基本的人権として保障しており、日本の刑訴法39条1項と韓国の刑訴法4条でも弁護人及び弁護人になろうとする者と身体拘束された被疑者・被告人との接見交通権を保障しているのである。

韓国の場合、身体拘束中の被疑者の弁護人との接見交通権は、如何なる制限も受けない。この点からすると、接見指定制度を採っている日本の刑訴法より、韓国の刑訴法が制度的にはより発展したものであると評価することができる。大法院も弁護人との接見が違法に制限された状態の

15) 日本の刑訴法198条1項但書に関連して否定説の立場からは、様々な巧みな解釈手法を用いている。例えば、刑訴法のこの規定は、被疑者に出頭拒否と退去の自由を認めるのが、逮捕又は勾留の効力を否定するわけではない趣旨を注意的に明確に確認しているに過ぎないと解釈する見解（平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1997）106頁）や、この規定の反対解釈を避け、逮捕・勾留されている場合に対しては何らの言及がないと解釈する見解（鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（青林書院、1997）83頁等）がある。韓国においては、このような規定が存在しないため、相対的に調査受忍義務を否定することは難しくないとと思われるが、実際、日本のように活発な議論がなされていないばかりか、実務上、当然に調査受忍義務を認めるという立場から手続が進行されているのが現実である。

16) 三井誠「被疑者の取調べとその規制」刑法雑誌27巻1号（1986）178頁。

下で得られた被疑者の自白は証拠能力がないとすることによって、接見交通権が侵害されている状態で得た被疑者供述調書の証拠能力を否定している¹⁷⁾。

日本の場合には、刑訴法39条3項で「検査官、検察事務官又は司法警察職員は、捜査のために必要があるときは、公訴の起訴前に限り、第1項の接見又は収受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。但し、その指定は、被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限するようなものであってはならない」とし、いわゆる接見指定制度を設けている。この制度についてその合憲性が争われているだけではなく、運用上においても多くの論議を呼び起こしていると聞いている。しかし、日本の最高裁は、刑訴法39条3項は、捜査と接見交通権との合理的な調整規定としての意味を有するとし、その合憲性を認めている。但し、捜査機関は、弁護人からの接見申請があった場合には、原則的に何時でも接見の機会を与えなければならず、捜査の中断により捜査に顕著な支障が生じる場合に限って例外的に弁護人との協議の上でできる限り迅速に接見のための日時等を指定し被疑者が弁護人と防御準備をすることができるように措置しなければならないと判断している¹⁸⁾。また、弁護人になろうとする者と被疑者との逮捕直後の接見は、防御準備のために特に重要であるということも併せて指摘している¹⁹⁾。

しかし、被疑者取調べや検証又は実況見分等に参加している場合における接見申請を制限することによって捜査上の顕著な支障を防止しようとする日本の最高裁の立場は理解できないわけではないが、身体拘束中の被疑者の弁護人との接見交通権の重要性に鑑みると、これに対する制限を捜査機関の判断によって一次的に決定し得るようにしたことは、現実的に問題があると思われる。従って、身体拘束中の被疑者・被告人の弁護人との接見交通権を絶対的権利として保障している韓国の刑訴法が、これを捜査機関の指定による制限ができるように規定している日本の刑訴法に比べより妥当な立法だといえよう。

4. 捜査段階における身体拘束期間に関する検討

日本の場合、通常の犯罪において捜査機関が被疑者の身体を拘束し得る期間は、23日である。まず、司法警察員は、被疑者を検察官に送致又は釈放する前に、48時間留置することができ（日本刑訴法203条1項）、検察官は、送致された被疑者を釈放、公訴提起又は裁判官に勾留状を請求する前に24時間留置することができる（同法205条1項）。被疑者に対する勾留期間は検察官が勾留を請求した日から10日間であるが、検察官が止むを得ない事由があると思料する場合には、10日の範囲内で勾留期間の延長を請求することができる（同法208条）。従って、勾留請求日から最長20日の勾留ができ、その以前の逮捕段階の期間まで含めると、被疑者の身体拘束期間は、合計23日に達する。

これに対し、韓国の場合には、身体拘束が司法警察段階での拘束と検察段階での拘束に分けら

17) 大法院 1990.9.25, 90 ㉟ 1586 判決。

18) 最高裁 平成11・3・24 民集53巻3号514頁。

19) 最高裁 平成12・6・13 民集54巻5号1635頁。

れている。司法警察段階での拘束は、司法警察員が検察官に申請し検察官が勾留状を裁判官に請求し行われる拘束をいい、この段階での拘束は、逮捕された期間を含めて10日となっている。この段階での拘束期間は延長できず、司法警察員は、この期間中に被疑者を検察に送致しなければ直ちに釈放しなければならない。拘束された被疑者を司法警察員が検察に送致すれば、検察官は原則的に10日以内に起訴するか否かを決定しなければならない。この期間内に公訴を提起しないと被疑者を釈放しなければならない。但し、検察官は地方裁判所裁判官に請求し10日間拘束期間を延長することができる。従って、大抵の場合、警察段階で身体が拘束され検察官に送致された事件において被疑者の身体拘束期間は、最長30日に達することになる。しかし、検察官が直接捜査する事件の場合には、警察段階での拘束期間が除外されるため、最長20日まで被疑者を拘束することができる。

このような韓国の制度については、特に警察段階での10日の身体拘束期間があまりにも長すぎるとの批判がよく提起される。警察の身体拘束状態での捜査は、必要最小限度に止めるべきであり、検察官に事件を送致した後も警察は必要な捜査を引き続き行うことができるという点を考慮すれば、このような批判は当然のことであるといえる。この点については、警察の身体拘束期間を厳格に48時間に制限している日本の刑事訴訟法の態度が望ましいと思われる。

V. 結 論

以上、捜査手続に関する韓国の改正刑事訴訟法の内容を、日本の刑事訴訟法と比較しながら検討した。特に改正法は、被疑者の身体拘束に関して多くの変化をもたらしたため、被疑者の身体拘束に関連する制度を中心にその内容及び問題点を検討した。

今回の韓国の刑事訴訟法改正は、刑事訴訟法のフレームを、従来の社会変化と国民の意識変化に合わせて再編成したもので、これまでの改正とは質・量両面で根本的な違いがあるといえる。

このように改正法は、捜査手続をはじめ刑事手続全般にわたって多くの変化をもたらしたが、まず、捜査手続の適法性と被疑者・被告人の防御権を強化するために違法収集証拠能力排除法則、被疑者取調べ時の弁護人の立会権の保障、捜査過程の記録制度、供述拒否権告知方式の具体化、保釈保証金の納入の代わりに他の条件をつけて保釈を許容することができるようにした保釈条件の多様化、逃亡等により質問ができない場合を除き全ての場合における勾留質問を必要的に要求する制度、被疑者供述調書における特信状況の立証方法の具体化等を規定する共に、公判中心主義を実現するために公判準備手続の強化、公訴提起後の検察官が保管している書類等に対する閲覧権の実現、集中審理主義の明文化、証拠調査後の被告人質問等を規定している。しかし、現行法上の釈放制度を被疑者に対する釈放制度と被告人に対する釈放制度に区分し多様な釈放機会を与えようとした制度や勾留質問段階で勾留状発付と同時に条件付で釈放され得るようにした制度及び新たな形態の迅速処理手続等が取り入れられなかった点や、特に緊急逮捕制度及び緊急押収・捜索・検証制度の改善が期待には及ばない点は、残念に思われる。