HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	捜査・自白・弁護権
Author(s)	田宮, 裕
Citation	北大法学論集, 17(2), 1-39
Issue Date	1966-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16070
Type	bulletin (article)
File Information	17(2)_p1-39.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

捜査・自白・弁護権

田宮　裕

一　はじめに―問題の所在
二　捜査段階における弁護権
三　被疑者の黙秘権と弁護権
四　捜査の弾劾化

一　はじめに――問題の所在

刑事手続は、執行の段階を一応度外視すれば、起訴後の判決手続と捜査とからなっている。これまで、刑事訴訟法学の関心は主として前者すなわち狭義の訴訟手続の領域に集中した。公訴権論、訴訟物論、訴訟条件論、訴訟行為論、既判力論などみなそうである。では、なぜ捜査がなおざりにされたのかというと、捜査の手続では、捜査機関の

一方的なしかも「形なき糾問」が支配し、法律化に親しまないと考えられていたからであろう。糾問こそ真実発見のために至当という思想が君臨し、これが批判されることはなかったのである（公判が弾劾化したのは、せめて公判では被告人の人権を保障しようとする消極的・技術的な当事者構成の帰結であるにすぎない）。

しかし、事情は変わりつつある。それにはいろいろの原因があろうが、まず、人権感覚の鋭敏化ということがあげられる。捜査には、ことの性質上強制処分はつきものであるから、ここでこそ人権侵害の危険が著大である。したがって、これを法的に規制する必要は大きい。また、公判中心ということもいわれる。被告人の黒白は、公平な裁判所の面前で法定手続にのっとって決着をつけるのがよい。ところが、公判では被告人の自白を中心に捜査の結果が有力な証拠として大幅に利用されるのである。公判だけを「陽のあたる場所」にして捜査を「暗い谷間」のままにしておいたのでは、公判中心は空しい看板に終ってしまうだろう。また、真実発見の方法に対するフィロソフィーも変わった。現行法が当事者主義を基調としたのは、当事者主義こそ真実発見に至当と考えたからに他ならない。そうだとすれば、捜査だけにいつまでも「形なき糾問」が支配するものと考えるのは合理的でない。

こうして、近時捜査も公判に劣らぬ重要性が認められ、しかもその当事者化によって、かなりきびしい法律化の傾向がみられる。いまや、捜査も法律的な分析を待っているのである。われわれの今後の課題は、ここでも公判に劣らぬ理論化を試みることだが、本稿では、さし当って捜査の中核ともいうべき地位を占める被疑者の尋問（取調）をとりあげてみたい。そして、その法的規制の発展方向を示す一つの視座として、弁護権との交錯の問題を中心に据えて分析していくことにしよう。当事者化を示す二つの指標として、弁護権と黙秘権とをあげることができると思われるが、尋問におけるこの二つの原則のからみ合いないし発展のうちに、今後の捜査の弾劾化のたどるべき途が明瞭に描き出されていくと思われるからである。

二　捜査段階における弁護権

一　訴訟の段階と弁護権の保障

(一)　公判での保障　弁護権拡充の歴史は、何よりもそれが保障される訴訟段階の時間的前進ということのうちに示される。わが国でも、一八九〇年（明治二三年）の旧々刑訴では、弁護人の選任は公判に関して認められただけであるが（同一七九条）、一九二二年（大正一一年）の旧刑訴では、起訴後は予審でも選任できるようになった（同三九条）。それが現行法になると、被疑者の段階にまで拡張されたのである（同三〇条）。ところで、ほぼ同様の発展は、大陸法にも見出すことができる。[1]　しかし、とくにきわだった様相を示し、現在までのところ最も徹底した展開をみせているのは、いうまでもなくアメリカ法である。そこで、以下では、アメリカ法をめぐって、公判から捜査への弁護権の進展を眺めてみることにしよう。

アメリカでも、弁護権が著しい発展を遂げたのは、ごく最近のことである。その発展は、一九三二年の有名なパウエル事件からはじまった。[2]これは、死刑事件においては、被告人の官選弁護人の権利が、修正一四条を通じて州の事件にも適用があるとしたものだったが、それ以前はみるべき判例も少なく、ここではそこまで遡る必要はないと思う。パウエル事件以後は、一九四二年のベッツ対ブラディ事件を経て、[3]一九六三年のギディオン対ウェインライト事件、[4]一九六四年のエスコビード事件[5]へと急速な展開をみせるわけである。

ところで、一九六〇年頃までの弁護権に関する主要な問題は、連邦と州との関係および私選弁護権と官選弁護権の関係だった。当時すでに私選弁護人に依頼する権利は、連邦でも州でも文句なく認められていた。パウエル事件がいうように、「被告人の審問を受ける権利は、多くの場合、弁護人による審問を受ける権利でなければ意味がない」。し

たがって、私選弁護人の選任請求を妨げれば、連邦でも州でもヘイビアス・コーパスで救済されえたわけである。このことは、連邦については、修正六条の弁護人の依頼を受ける権利を保障する旨の明文があることによって、[6] また、州については、修正一四条のデュー・プロセス条項と、[7] 各州における修正六条と同様の明文規定によって、[8] 明らかである。

問題は官選弁護人の方にある。連邦では、一九三八年のジョンソン対ザーブスト事件が、はじめて修正六条を官選弁護を要求した趣旨に読んだ。弁護人に依頼する権利は被告人の基本権だから、資産の状況でその保障に差別があっては困る、というのが理由だった。[9] ところが、州については、そこまでいくのにかなり時間がかかったのである。まず、先にあげたパウエル事件では死刑事件に限って官選弁護人を認めた。一九四二年のベッツ事件では、死刑以外の重罪事件について、良心にショックを与えるほどの不公正が結果した場合にかぎりデュー・プロセス違反になるといって、三年前に出た連邦のジョンソン対ザーブストの法則とはっきり区別した。しかし、その不合理が度重ねて指摘され、一九六三年になると、ギディオン事件によって、州についてもジョンソン対ザーブストの線が採られることとなった。こうして、公判では一切の重罪事件で、すべての被告人に対して、インテリジェントな積極的放棄がないかぎり、官選弁護権が保障されることとなり、公判については、アメリカ法はいわば究極的な段階まで展開を遂げたといってよい。

(1) St PO § 137.

(2) Powell v. Alabama, 287 U. S. 45 (1932). 歴史的叙述として、BEANEY, THE RIGHT TO COUNSEL IN AMERICAN COURTS (1955); FELLMAN, THE DEFENDANTS RIGHT, ch. 7 (1958).

(3) Betts v. Brady, 316 U. S. 455 (1942).

(4) Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963).

(5) Escobedo v. Illinois, 378 U. S. 478 (1964).
(6) Glasser v. United States, 315 U. S. 10 (1942); Walker v. Johnston, 312 U. S. 275 (1941).
(7) Cash v. Culver, 358 U. S. 633 (1959); Moore v. Michigan, 355 U. S. 155 (1957); Uvergeb v. Pennsylvania, 335 U. S. 437 (1948); Avery v. Alabama, 308 U. S. 444 (1960).
(8) Fellman *The Right to Counsel Under State Law*, [1955] Wis. L. Rev. 281. バージニアだけは規定をもたぬが、判例によって、law of the land 条項に読みこまれている。Cottrell v. Commonwealth, 187 Va. 351, 46 S. E. 2d 413 (1948). *Cf.* Va Code 19.1-214 (1960).
(9) Johnson v. Zerbst, 304 U. S. 458 (1938).

(二) **公判前の弁護権**　しかし、判例はまたこの頃から、われわれの当面の問題にとっても重大な転回をとげはじめる。それは、弁護権の保障される時点が、公判から漸次それ以前の段階に移ってきたことである。

これまで（元来）弁護権は、トライアルすなわち、公判審理での被告人の権利にすぎなかった。[10] しかし、まず、一九六一年のハミルトン対アラバマ事件で、[11] 起訴に対する認否すなわちアレインメントの段階までのびる。これは死刑事件であり、判例は、アラバマ法では、責任無能力などの抗弁はこの段階で提出しておかないとあとからは出せないので、アレインメントは被告人の防禦のため「決定的な段階」(critical stage) だといって官選弁護を保障した。それまでは、アレインメントについては、死刑事件をも含めてベッツの原則が妥当するとされたので、[12] 審判の具体的な公正を欠くか否かに依存した。本件によって、公判に関するパウエル事件と同じ規制に服することになったわけである。そして、前記ギディオン事件は、公判とアレインメントを併せて判示するものであるから、死刑以外の重罪事件のアレインメントでも、弁護人が一律に要求されたことになる。

ところが、同年のホワイト対メアリーランド事件では、[13] 起訴前の予備審問でも同様の保障が妥当するとされた。同事件は、被疑者が予備審問において弁護人なしで有罪の答弁をしたが、公判ではこれを撤回したので、右有罪の答弁

を自白として提出した場合に関する。最高裁は、予備審問は「決定的な段階」だとして、弁護人のいないところでとられた自白を排除したのである。従来は予備審問についての判例はあまりなかったが、連邦では、ほぼ私選弁護権はあるが官選弁護権はないというのが判例であり、[14] 州でも、私選弁護権だけが認められるところが多い。[15] もっとも、とくに重要と思われる場合に、官選弁護を要求した判例もあった。[16] しかし、ギディオン判決は、「法の下の平等」を強調するから、従来私選弁護人の認められる場合は、官選弁護人も認められなければおかしい。そうだとすると、すでに予備審問での私選弁護人請求権はひろく承認されていたのだから、ギディオン後のホワイト事件は、いわばこの確認判決のような実質をもつ当然の判示だったのである。

ところが、この点について、法律論としてはその通りだとしても、弁護士の数や官選弁護の運用費用というプラクティカルな面で、実現可能かという疑問が提起されている。しかし、これに対しては、すべての事件が予備審問を経由するわけではなく、むしろ現実には大して活用されておらず、放棄させる弁護人の方が多いくらいだから、[17] 国や州の費用はそれほどかからぬだろう、といわれる。[18] また、官選弁護人を要求すると予備審問が多用されることになるかもしれないが、その代わり予備審問かぎりで事件が棄却される例も多くなるに違いないから、全体としての刑事司法の費用は節減されるだろうとも反論される。[19]

さて、予備審問は裁判官の面前での手続、すなわち司法手続（ジュディシャル・プロシーディング）である点では、起訴後の判決手続と同じである。しかし、明らかに起訴前の手続であり、公判と違って実質的には捜査のチェックという機能をもつのである。そこで、これと判例が弁護権を認めるのに被告人の運命にとって重大（危険）だとする実質的理由を用いたことをあわせ考えると、ここまでくれば、次には当然に捜査じたいと弁護権の関係が問題となるであろうことはすぐ想像がつく。果たせるかな一九六四年になると、十年に一度あるかないかの大判決エスコビー

ドで捜査官の尋問手続にも弁護権が保障されることになるのである。

(10) もつとも、ベッセル事件では、「公判と公判のための準備」という文言を使つた。これは、公判前の準備にも弁護権の保障がなければ、公判の保障は実質的に空文に等しいからであるが、ここに弁護権の実質的な把握がみられ、「重要な訴訟段階」に必要だとする爾後の発展への素地がみられる。

(11) Hamilton v. Alabama, 368 U. S. 52 (1961).

(12) 私選弁護は認められていた。 *Cf.* House v. Mayo, 324 U. S. 42 (1945).

(13) White v. Maryland, 373 U. S. 59 (1963).

(14) Wood v. United States, 128 F. 2d 265 (D. C. Cir. 1942); United States v. Bollman, 24 Fed. Cas. 1189 (C. C. D. C. 1807); *cf. Ex parte* Chin Loy You, 223 F. 883 (D. Mass. 1915). なお、FED. RULES CRIM. POC. § 5(b).

(15) Note, 44 KY. L. J. 103 (1955); Martin v. Edmondson, 176 Kan. 374, 270 P. 2d 791 (1954); Lambus v. Kaiser, 352 Mo. 122, 176 S. W. 2d 494 (1943); Lyons v. State, 77 Okla. Cr. 197, 138 P. 2d 142 (1943); State v. Braasch, 229 P. 2d 289 (Utab 1951), *cert. denied*, 342 U. S. 910 (1952); Roberts v. State, 145 Neb. 658, 17 N. W. 2d 666 (1945).

(16) Pettit v. Rhay, 383 P. 2d 889 (Wash. 1963); State v. Kirkland, 197 A 2d. 876 (App. Div. N. J. 1964).

(17) Goldstein, *The State and the Accused : Balance of Advantage in Criminal Procedure*, 69 YALE L. J. 1149, 1166–9 (1960); Comment, *Metropolitan Criminal Courts of First Instance*, 70 HARV. L. REV. 320, 323–9 (1956).

(18) Comment, *An Historical Argument for the Right to Counsel During Police Interrogation*, 73 YALE L. J. 1000, 1008 (1964).

(19) キャリフォーニアはすでに官選弁護権が保障されるが、とくに費用もかからず、よい影響があるようである。 *Cf.* People v. Williams, 124 Cal. App. 2d 32, 268 P. 2d 156 (1954); CAL PENAL CODE § 866.5 (1957); *id.* § 859 (Supp. 1963); Cuff, *Public Defender System : The Los Angeles Story*, 45 MINN. L. REV. 715, 730 (1961); David, *Institutional or Private Counsel : A Judge's View of the Public Defendr System*, *id.* 753, 768.

二　捜査と弁護権

エスコビードの出現は、これを二つの判例の流れから説明することができる。一つは、起訴後の被告人の尋問についてのそれであり、もう一つは、起訴前の被疑者の尋問についてのそれである。二つとも、捜査の方法として司法手続外において尋問してとった自白を、有罪の証拠に使えるかというかたちで問題になった。

㈠　起訴後の捜査　最初に問題が提起されたのは、一九五九年のスパノ対ニュー・ヨーク事件においてだった。[1] 弁護人のいないところで捜査機関がとった自白の許容性が争われたのである。多数意見は自白の諸状況一切を勘案した伝統的な任意性の法則を適用し、これを否定したのであるが、三裁判官の有力な補足意見は、起訴後であることを強調し、「起訴後、したがって明らかに弁護人の援助を受けうる時期」に、これを排してことさら尋問したという違法を唯一の根拠として、自白は排除すべきだと主張した。次のようにいう。「われわれの司法のもとで最も基本的なデュー・プロセスの観念は、刑事事件が、秩序ある法廷で、裁判官が進行を司り、民衆に公開され、すべての手続的保障の担保されるところの公判で処理されるということである。したがって、（憲法の修正）六条がこのような公判での弁護権を保障する以上、起訴後に法廷外で警察官が尋問する場合にも、同様の保障があるはずだ」。[2]

ところで、この補足意見は、間もなくニュー・ヨーク（スパノ事件の発生地）では、州の判例として確立した。[3] そして、一九六四年になると、連邦の最高裁でこんどは多数を占めるに至るのである。これがマサイア事件である。被告人は麻薬法違反の共犯として起訴されたが、保釈で出所した。その間に訴追側は、共犯者の一人をかかえこむことに成功したので、その自動車の座席の下にラジオ・トランスミッターをとりつけて、被告人と対話させ、近くに待機した自動車の中で聴取したのである。その際の自白の証拠能力が問題とされたが、判例は、スパノの補足意見を引用して、これを排斥した。つまり、公判中心、すなわち公判での弁護権の保障を徹底するために、起訴後は公判外でも

弁護人をつけない以上尋問できないとしたのである。こうして、法廷外の捜査機関の（ために行なう）尋問にも、修正六条の弁護権が妥当することとなった。いわば弁護権が、これまでのからをやぶって、はじめて法廷外に出たのである。しかし、ここでは、まだ起訴後という制約がある。それは、右のように、公判中心の貫徹を理由にしたからであるが、起訴前の自白も公判での重要な証拠になるわけであるから、公判中心の思想を推していけば、弁護権は、すでに起訴前にまで前進する契機をもつはずである。そして、すぐあとを追いかけるように、エスコビード事件が、それを確認するのである。

なお、マサイアは連邦の事件であり、修正六条を援用するが、ギディオン事件で修正六条はそのまま同一四条の内容として州にも適用があるとされたから、実際上は、同時に州に対する判示たるの意義ももつ。事実、それは、一九六五年のマックリード事件で確認されている。(4)

(1) Spano v. New York, 360 U. S. 315 (1959). *Cf.* Note, *Post-Indictment Questioning in Absence of Counsel Violates Due Process Requirements*, 61 COLUM. L. REV. 744 (1961).

(2) *Id.* at 327.

(3) People v. Waterman, 9 N. Y. 2d 561, 175 N. E. 2d 445 (1961).

(4) McLeod v. Ohio, 381 U. S. 356 (1965).

㈢ **起訴前の捜査**　次に、被疑者の尋問に関する判例法を眺めよう。

まず、連邦についてみると、ここでは従来、尋問と弁護権の関係を直接規律する法則はなかった。しかし、警察段階での尋問をきびしく制限するマクナブ＝マロリーの原則(5)が間接的には意味をもつ。これは、周知のように、連邦刑訴五条(a)の「不必要な遅滞なく」被疑者を裁判官のもとへ引致せよ、という要求に違反してとった自白を排除する法

則であるが、[6] 被疑者が裁判官のもとに引致されれば、弁護権が告知され、またその選任もされるのである。したがって、弁護人の立会を要求する法則じたいはないにもかかわらず、実際はそれにかなり近いものがプラクティスとなっているといってよい。裁判官に引致したのちは、現実には尋問は不可能だという実情がこれに如実に示している。[7]

ところで、マクナブ＝マロリーの原則は、あくまでも連邦法則で州に適用のないことは、最高裁じしんが宣言している。しかし、ほとんどどこの州にも迅速な予備出頭を命ずる法はある。[9] また、マクナブ＝マロリーの証拠法則をほぼそのままとりいれる州も、ミシガンを嚆矢として少しずつ増えてきた。[10] やがて連邦最高裁によって州に強行される日がこないとは断言できないであろう。[11] 他方、この法則は、不法拘禁中の弁護人を排した秘密の尋問を禁ずるものであるが、その禁止は、もう一押しすれば、一切の拘禁中の尋問に及びうるだろう。その時こそ、弁護権が尋問の過程で保障される時だが、マクナブ＝マロリーの法則は、それじたいの中に発展の余地をも蔵しているのである。

さて、次に州の判例をみよう。はじめに問題を提起したのは、一九五八年のクルッカー対キャリフォーニア、シセニア対ラゲイの両事件であった。[11] いずれも、被疑者の弁護人との接見要求をけって尋問した結果えた自白の有効性が争われた。クルッカー事件では、被告人は、三一才でロースクール一年の課程を終了していたが、殺人罪で逮捕され、夜八時半から午前二時という深更まで、断続的に三回尋問されて自白した。尋問のはじめにある弁護士を名ざして接見を要求したが、取調の終了後でなければだめだといって、ことわられている。シセニア事件では、被告人は、私選弁護人に付添われて自首し逮捕されたが、警察はその後の接見要求を拒否して、七時間半にわたって尋問を続けたのである。

被告人らは、接見を拒否してえた自白には任意性がない、かりに任意性はあっても、弁護権を侵害するものだから、自白は排除さるべきだと主張した。しかし、いずれもしりぞけられたのである。クルッカーの多数意見を書いたク

ラークは、裁判の公正の観念をふみにじる程度の著しい不利益を被告人にもたらすかどうかの具体的判断によるとし、本件の接見拒否はその程度には至らないとした。また、シセニアの多数意見を書いた、ハーランも、同様に基本的な公正を欠くものとはいえないとし、弁護人の欠如は公正を欠くかいなかを判断するための一要素にすぎないといった。これに対して、ウォーレン、ダグラス、ブラック、ブレナンの四裁判官の反対意見（もっとも、ブレナンはシセニア事件にはタッチしなかった）は、捜査にも弁護権が妥当することを明確に宣言し、自白の自動的な排除を強く主張した。例えば、ダグラス裁判官は、捜査における弁護人の役割について論じたのち、「デュー・プロセスの文明的基準は、弁護人を欲する被疑者にその逮捕の瞬間からこれを保障するものでなければならない」と述べている。

クルッカーおよびシセニア事件では、ほかならぬこの少数意見こそ重要である。それは、このような革新的な主張が明確なかたちではじめて示されたからでもあるが、間もなくそれが最高裁の多数意見となるからである。このことについてはすぐ続いて述べるが、その前に多数意見をもう少し検討しておこう。シセニア事件では、クルッカーの判旨を、捜査段階には弁護権はないとしたものと読んでいるが、[12] それは必ずしも正しくない。むしろ、クルッカーの趣旨はその反対だとの意見さえある。[13] 少なくとも、クルッカーにはそう断言した文言はない。また、その後の下級審には、クルッカーを意識しながら、なお、弁護人の拒否を自白の任意性と切り離して理解しようとするものも出ている。自白の任意性は肯定しながら、弁護権を理由に証拠から排除するのである。[14] そこで、クルッカーは起訴前にも一九四二年のベッツ対ブラディの原則を妥当させた判例ではないかという推測を生む。かりに一歩を譲ってそこまでいえなくても、一律に弁護権があるとせず、具体的な事案ごとの個別的基準によるべきことを説くあたりは、ベッツの思想ときわめて近似したものをもつといえるだろう。[15]

ところが、一九六三年のギディオン事件で、前述のように、少なくとも起訴後については、ベッツがくつがえされ

た。もしクルッカーがベッツの法則に従っていたとすると、これも、同様にギディオンによって、実質的に転回を余儀なくされるだろう。実際問題としても、ベッツの法則は、捜査の段階についても疑問とされることが多い。公判について基本的な公正の観念という個別的基準が問題を含むならば、捜査についても同様であろう。さらに、捜査ではいわば法則の名宛人は捜査官（警察官）であるから、事案ごとの不明確な標準では指針としての価値はきわめて低いということが指摘されている。また、このような「個別的基準説」では、場合によって認められたり認められなかったりする権利が存在するわけだから、権利にランキングがつけられることになり、法の下の平等にも反するという批判がある。

こうして、クルッカーの多数意見は実質的に力を弱めていく。他方、四人の少数意見は、その後の事件でも、度々力強く展開された。[17] 一九六三年のヘインズ対ワシントン事件では、[18] 論点は任意性にあったが、接見権の侵害をほとんど唯一の理由としてこれを否定したもので、少数意見が多数法に変位する日の遠くないことを示唆した。そして、一九六四年、ゴールドバークがベンチに加わるや、これまでBBDWといわれた進歩派がBBDGWとして最高裁の多数派を構成することになる。こうして機が熟すると、少数意見がいまや多数意見となってエスコビードの判示を迎えるわけである。

(5) McNabb v. United States, 318 U. S. 332 (1942); Mallory v. United States, 354 U. S. 449 (1957). この原則の内容については、Hogan & Snee, *The McNabb-Mallory Rule : Its Rise, Rationale and Rescue*, 47 GED. L. J. 1 (1958); Comment, *Prearraignment Interrogation and the McNabb-Mallory Miasma : A Proposed Amendment to the Federal Rules of Criminal Procedure*, 68 YALE L. J. 1003 (1959) がもっとも有益である。

(6) もっとも自白（承認を含む）だけが排除されるのか、その他の証拠も排除されるのかは、必ずしも明らかでない。後の立場をとるものとして、United States v. Klapholz, 230 F. 2d 494 (2d Cir.), *cert. denied*, 351 U. S. 924 (1956).

(7) Comment, *An Historical Argument for the Right to Counsel During Police Interrogation*, 73 YALE L. J. 1000, 1011 (1964); Comment, *Reaffirmation of Confessions*, 72 *id* 1434, 1454 n. 106 (1963).

(8) *E.g.*, Gallegos v. Nabraska, 342 U. S. 55, 63–4 (1951).

(9) 立法例の一覧表として、McNabb v. United States, *supra*. 342–43 n. 7.

(10) People v. Hamilton, 359 Mich. 410, 102 N. W. 2d 738 (1960); Vorhauer v. State, 212 A. 2d 886 (Del. 1965); CONN. GEN. STAT. REV. § 54–IC (Supp. 1963).

(11) Crooker v. California, 357 U. S. 433 (1958); Cicenia v. LaGay, 357 U. S. 504 (1958).

(12) 357 U. S. at 508.

(13) Comment, 73 YALE L. J. 1000, 1012 (1964).

(14) Lee v. United States, 322 F. 2d 770 (5th Cir. 1963); Griffith v. Rhy, 282 F. 2d 711 (9th Cir. 1960), *cert. denied*, 359 U. S. 1015 (1961). なお、Weisberg, *Police Interrogation of Arrested Persons*, 52 J. CRIM. L., C. & P. S. 21 (1961), in (ed.) SOWLE, POLICE POWER AND INDIVIDUAL FREEDOM 153 (1962).

(15) あるいは、弁護権の存在じたいは認めたが、それを根拠とする排除法則にまで踏み切れなかったといえるかもしれない。権利じたいの承認から排除法則までの距離は大きいのである。捜索・押収に関する排除法則の承認にも十数年を要している(一九四九年のウルフから一九六一年のマップまで)。*Cf.* Comment, 73 YALE L. J. 1000, 1014 (1164).

(16) Rothblatt & Rothblatt, *Police Interrogation : The Right to Counsel and Prompt Arraignment*, 27 BROOKLYN. L. REV. 24, 31–33 (1960), cited in 73 YALE L. J. 1000, 1013 n. 75 (1964).

(17) *E.g.*, Culombe v. Connecticut, 367 U. S. 568, 637–41 (1961); Spano v. New York, 360 U. S. 315, 324–26, 326–27 (1959); Ashdown v. Utah, 357 U. S. 426, 431–32 (1958); Ohis *ex rel.* Eaton v. Price, 364 U. S. 263, 274–76 (1960).

(18) Haynes v. Washington, 373 U. S. 503 (1963).

(三) **エスコビード事件** エスコビードの事案はこうである。[19] 一九六〇年一月一九日の夜、被告人の義兄が射殺され、翌朝被告人が容疑者として逮捕された。この時は自白しないままイビアス・コーパスで釈放されたが、三〇日

になって、共犯が自白したので再逮捕される。警察で尋問を受けたが、まず弁護人に会わせよと主張して供述を拒んだ。弁護人も警察署へ赴いて接見を求めたが、取調の未了を理由に拒否される。その後も、双方で再三接見を要求したが、いずれもしりぞけられ、翌朝一時頃、弁護人はあきらめて帰る。やがて被告人は、共犯と対面し、ピストルの止金を引いたのはお前だとつめよられて、その（客観的）事実だけは承認した。そこで警察官は、引き続き四時間尋問して、結局自白獲得に成功するのである。なお、被告人は、これらの全期間を通じて、警察官による黙秘権の告知を受けなかった。その後の検察官の取調でも同様であった。

被告人は、公判前と公判後の二回自白の排除を申し立てたが、いずれも斥けられた。しかし、連邦最高裁はこれを違法とする。五対四の判決で、多数意見はゴールドバークの筆になる。その理由はおおよそこうである。

まず、尋問は正式の起訴以前に行なわれているが、本件のコンテクストにおいては起訴後と変わりはない。なぜなら、被疑者が弁護人との接見を要求して拒否されたときには、尋問は未解決の犯罪の一般的探索という性格を捨てて、被疑者は「被告発者」となり、尋問の目的は有罪のための自白の獲得に向けられるようになる。この段階に至れば、被疑者はすでに訴追されたと同様の立場におかれる。そうであればマサイア事件の判示に照らして、修正六条の弁護権の保障が及び、弁護人の立会いなしには尋問は許されない。それば かりではなく、一九六三年のギディオン事件で、すべての重罪事件のトライアルに弁護権が保障されることとなったが、本件のような事情の下では、捜査で決定的な線が固まり、公判はたんにその再審査のような観さえあるから、この段階で弁護人をつけないと、ギディオンの保障が空文に帰するおそれがある。なるほど弁護人が接見すれば黙秘を勧めるにきまっており、それでは自白の採取はほぼ絶望的であって、訴追に重大な支障をきたすという反論があるが、尋問が訴追側にとって重要不可欠であれば、それは同時に被告人にとっても危機であることを意味する。したがって、弁護人の援助を一番必要とする時期な

のである。そして、このように訴追側と被告人側の利益が衝突する場合には、被告人に有利な方向にバランスをえるのが、われわれの憲法の態度に他ならない。

本件のように、捜査がもはや未解決の事件の一般的調査の域を脱して、特定の被疑者に焦点がしぼられ、かれを拘禁して、警察官が不利益な供述を聴取するため尋問を開始し、弁護人の接見の機会が拒否され、また憲法上の黙秘権が有効に告知されなかった場合には、被疑者は修正六条の弁護人の援助を受ける権利を侵害されたこととなり、その尋問の結果または自白は証拠に使えない。

以上がエスコビード事件の要旨であるが、本件判示が正確に何をいっているのかは、必ずしもはっきりしないといわれる。随所で、「本件の事案では」とことわっていることと、右の結論の部分を合わせると、判決の前提する事情の下では、自白は証拠にとれないといっただけのようにもみえる。それならとくに任意性の語を使わなかっただけのことで、ケイス・バイ・ケイスの解決を志向する古典的な法則を出ない。

しかし、判旨が被告人の取調を禁じた前述のマサイア事件をひいて、弁護権の妥当すべき「被告発者たるの地位」ないし「当事者訴訟」ということを強調していること、本件のような接見拒否の事案に任意性の原則を適用した判例なら一九六三年のヘインズ対ワシントン事件があり、エスコビードの弁護人はまさに自白の不任意を主張したのに裁判所はこれに一言も答えず、むしろ、ケイス・バイ・ケイスの原則に従った前記クルッカーおよびシセニアの事件をはっきりとくつがえしていること、さらには、判旨は弁護権を要する「危険な時期」という語を用いるが、これはすでに述べたように、一九六一年のハミルトン事件、一九六三年のホワイト事件で、アレインメントから予備審問へと前進してきていたこと、などから、そう解すべきではなく、弁護権を理由とする革新的な一般原則を樹立したものとみるべきであろう。(26)

こうして、捜査の段階でも、被疑者が被告発者になった瞬間から、つまり告発状によって逮捕された時から、修正六条（および修正一四条）の弁護権が保障されることとなった。ところで、これに反対するものは、ほぼ二つの理由をあげる。第一に、弁護権は、例えば陪審裁判を受ける権利のような、コモン・ローの遺産としての基本権ではない。第二に、弁護人の必要な理由は、公判における法律的な争点の複雑性にある。これは一九四二年のベッツ事件でロバーツ裁判官が宣言したものである。[21] クルッカーの多数意見でも引用された。しかし、これらは、おそらく間違いだろう。まず、当事者主義訴訟の形態をとって、原告と被告が相争う英米の刑事手続では、弁護権は他の訴訟上の権利にも増して重要なものである。少なくとも最近はそう信ぜられている。近年のデュー・プロセス法の発展のきっかけを作った一九三二年のパウエル事件は、ほかならぬ弁護権の判例だったのである。

次に、なるほど弁護権の機能を、公判での審理手続や法律問題の複雑性に求める考え方も、一応もっともらしい。この見解によれば、「捜査ではまだこみいった法律上の争点は生起せず、かりに生じても公判で争えば十分だ。捜査では、せいぜい被疑者の諸権利を告知して、これを警察官の違法行為から保護し、または防禦の準備を開始する機会を与えればそれで十分だ。それぐらいなら何も弁護士でなくてもできるではないか」という。しかし、この見解は、刑事事件における弁護人の役割をよく理解するものではないであろう。刑事弁護人は、民事におけるように、たんに訴訟代理人であるわけではなく、本来的に弱者の立場にある被告人・被疑者の（経済的にも心理的にも劣弱な地位におかれている）、物心両面での保護者（デフェンダー）たることを本質とする。ところで、かっては右の保護は公判で担保されれば十分だったかもしれないが、近時捜査の重要性は著しく増加した。ほかならぬ判例も「危険な時期」をアレインメントから予備審問へと訴訟の前の段階へ次第に前進させてきたのである。この観点からすれば、被疑者が尋問によって自白をすることは、後の訴訟にとっても決定的な重要性をもつわけであるから、この時期にこそ保

護者を必要とするであろう。(22)(23)

(19) Escobedo v. Illinois, 378 U. S. 478 (1964).

(20) エスコビードに関する重要な文献として以下参照。Comment, 73 YALE L. J. 1000 (1964); Enker & Elsen, *Counsel for the Suspect*, 49 MINN. L. REV. 47 (1964); Vorenberg, *Police Detention and Interrogation of Uncounselled Suspects : The Supreme Court and the States*, 44 B. U. L. REV. 423 (1964); Dowling, *Escobedo and Beyond : The Need for a Fourteenth Amendment Code of Criminal Procedure*, 56 J. CRIM. L., C. & P. S. 143 (1965); Robinson, *Massiah, Escobedo and Rationales for the Exclusion of Confessions*, 56 *id.* 412 (1965); Frienlly, *The Bill of Rights as a Code of Criminal Procedure*, 53 CALIF. L. REV. 929 (1956); Bator & Vorenberg, *Arrest, Detention, Interrogation and the Right to Counsal : Basic Problems and Possible Legislative Solutions*, 66 COLUM. L. REV. 62 (1966); Sutherland, *Crime and Confession* 79 HARV. L. REV. 21 (1965); Comment, *Development in the Law-Confessions*, 79 HARV. L. REV. 938, 996 (1966); ALI., A MODEL CODE OF PRE-ARRAIGNMENT PROCEDURE, Comment to § 507 (1966). case comment として、78 HARV. L. REV. 143, 217 (1964); 32 U. CHI. L. REV. 560 (1965); 19 RUTGERS L. REV. 111 (1964) など。わが国における紹介として、小中「アメリカにおける被疑者の弁護人との接見交通権について――エスカビドー判決を中心として――」判タ一八〇・一四（一九六五）、ジュリスト三五〇・一三二（一九六六）、田宮「起訴前の被疑者の尋問と弁護人依頼権」〔一九六五〕アメリカ法一四六。

(21) J. Roberts, in Betts v. Brady, 316 U. S. at 465-471 (1942).

(22) Allison, *He Needs a Lawyer Now*, 42 J. AM. JUD. SOC'Y 113 (1958).

(23) この間の歴史的な論証として、Comment, 73 YALE L. J. 1000 (1964) は、きわめて有益である。

三　被疑者の黙秘権と弁護権

一　エスコビードからミランダへ

(一)　エスコビード事件の解釈の混乱

エスコビード事件の内容について最も問題となったのは、前述のように、そ

れが伝統的な任意性の判例か新しい弁護権の判例かということであったが、判旨が「本件の事案では」とことわったので、ほかにも――エスコビードの具体的事案に即して――いろいろのことが問題となり、連邦の下級審や州の裁判所でいわばその多彩な「解釈」が展開されることになる。

まず、エスコビードは弁護人との接見要求を繰り返えした事案だったので、「弁護人の（接見）要求」を必要条件とするのではないかが問題とされた。そして、これを肯定するのが多数だった。[2] 接見要求が被疑者の心理的抑圧を徴表するというのである。しかし、公判段階での弁護権は、これを要求した時にだけ保障されるのではなく、むしろ逆に熟知して明確に放棄した場合だけ不用となるというのが判例だし、[3] 心理的抑圧感を持ち出すのでは、任意性の原則を出ないとして、反対する判例もあった。[4]

第二に、エスコビードは私選弁護人のついた事件だったので、私選弁護人がすでに選任された場合だけに適用があるのではないかが問題とされた。[5] これを肯定する判例もあるが、一九六三年のギディオン事件が、起訴後は一律に官選弁護を認め、私選と官選を区別しない趣旨に照らすと、これは不合理だとの意見もあった。

第三に、エスコビードは黙秘権に関する判例ではないのかという見解もある。すなわち、黙秘権の告知を要求したもので、告知さえ行なわれていれば、自白は排除されないですむという判例がある。[6] しかし、判旨は、なるほど黙秘権の告知にも言及するが、「弁護人によって黙秘権を告知してもらう権利」ということをいうわけで、捜査官の告知で十分とは考えていないだろう。事実、取調の際黙秘権の告知が行なわれるのが通常だが、必ずしも有用な保障方法とは考えられていないし、告知は、結局は任意性判断の一個の事情以上ではないとされる。[7]

これらの諸点をめぐって、幾つかの事件が最高裁にももちこまれた。そのうち最高裁は、ミランダ対アリゾナ、ビグネラ対ニュー・ヨーク、ウエストオーバー対合衆国、キャリフォーニア対ステュワートの四件をとりあげて、これ

らの問題を解明すべく、エスコビードの第二ラウンドともいうべき新しい判決を下したのである。これら四件は併合審判され、一個の判決が下されている。代表的事件の名をとって、ミランダ事件とよんでよいと思われる。(8) このミランダ事件において、最高裁は、エスコビードをさらに徹底して革新的な判例を下したのである。

(1) *Cf.* Comment, *Development in the Law-Confessions*, 79 HARV. L. REV. 983, 1002 (1966).
(2) *E.g.*, United States *ex rel.* Townsend v. Ogilvie, 334 F. 2d 837 (7th Cir. 1964), *cert. denied*, 379 U. S. 934 (1965); State v. Hodgson, 44 N. J. 151, 207 A. 2d 542 (1965).
(3) Johnson v. Zerbst, 304 U. S. 158 (1938); Carnly v. Cochran, 369 U. S. 506 (1962).
(4) *E.g.* United States *ex rel.* Russo v. New Jersey, 351 F. 2d. 429 (3d Cir. 1965); People v. Drado, 62 Cal. 2d 350, 398 P. 2d 361, 42 Cal. Rptr. 169, *cert. denied*, 381 U. S. 937 (1965).
(5) State v. Fox, 131 N. W. 2d 684 (1964); Pece v. Cox, 396 P. 2d 422 (1964).
(6) State v. Neely, 239 Ore. 487, 395 P. 2d 557 (1964); Ward v. Commonwealth, 205 Va. 564, 138 S. E. 2d 293 (1964).
(7) *Cf.* Queen v. United States, 335 F. 2d 297 (D. C. Cir. 1964).
(8) Miranda v. Arizona; Vignera v. New York; Westover v. United States; California v. Stewart, 384 U. S. 436 (1966).

(二) **ミランダ事件** まず、事実関係をみておこう。ミランダ対アリゾナは、誘拐・強姦事件で、被告人は逮捕後二時間の取調を受けて自白したのであるが、取調の際警察官は弁護権の告知をせず、被告人もとくに選任要求をしなかった。ただ、自白調書に「任意に供述した」旨のタイプの記載があるだけである。ビグネラ対ニューヨークでは、被告人は強盗の嫌疑で逮捕されて自白した。警察官による弁護権の告知の有無は不明であり、検察官による尋問調書にも権利を告知した旨の記載はない。ウエストオーバー対合衆国は、キャリフォーニアの事件をキャンザスで審判した連邦事件で、まず土地の警察官がキャンザスの事件の取調をしたが、その際は黙秘権・弁護権の告知をしていない。しかし、のちに連邦のFBIに引き渡され、別件であるキャリフォーニアの事件が取り調べられたが、こんどは右の

告知がなされた。前の取調の際の不告知が、どの程度尾を引くかが問題とされたのである。キャリフォーニア対ステュワートでは、強盗致死の嫌疑で逮捕され、五日間に前後九回取調を受け自白した。記録上権利告知の事実はない。

以上の四件をあわせて、いずれも修正五条の黙秘権を侵害してとられた違法の自白だから排除すべきだと判示したのが本件である（最後のキャリフォーニア対ステュワートだけは、すでに州でエスコビードを引いて排除しているので原判決を維持、他は破棄）。なお、ウエストオーバーを除いては州の事件だが、一九六四年のマロイ対ホーガン事件によって、(9)修正五条はそのまま同一四条のデュー・プロセスにインコーポレイトすることになったから、修正五条を理由にするかぎり連邦も州も同じ法則に服する。さて、本件要旨はこうである。

㈠本件の解明にとっては、拘禁中の尋問の意味するところこそ重大である。被拘禁者の尋問は、外部から隔離しておいて、プライベイトな状況で自白を追及することに本質がある。この場合の被疑者の供述は、伝統的な意味では、不任意とはいえないだろう。しかし、本件のいずれの事案でも、被告人は見ず知らずの警察署へつれていかれ、かれらには脅威である尋問にさらされた。尋問の雰囲気は、被疑者を取調官の意図に屈服させようとするものであるから、強制の潜在的可能性は常に存在する。それは肉体的拷問ではないが、個人の尊厳性を傷つける点では変わりはない。この意味で、秘密の尋問はそれじたい強制であり、不利益な供述を強要されないという個人権と衝突する。

㈡黙秘権は、政府の権限を制約するものとして長い歴史を有する重要な保障である。英米では、一七世紀のリルバーンの裁判以来強固な地歩を占めてきた。判例もずっとこれを認めてきている。問題は、捜査すなわち拘禁中の取調にも適用があるかであるが、むろん肯定されなければならない。黙秘権は、判例法上もリベラルに解されてきた。これが上述の意味で強要的雰囲気をもつ尋問の過程に適用されない理由はない。実際問題として、公判などの司法的な

公式の手続よりも警察官による秘密の尋問にこそ黙秘権の抑止しようとする供述の強要がある。判例上も実は七〇年前のブラム事件ですでに解決ずみのはずであった。その後連邦で判例が必ずしも豊富でないのは、ひとえにマクナブ＝マロリーの原則が支配するため、問題にならなかったからに他ならない。

㈢そこで、問題は黙秘権の保障の方法にある。被逮捕者の尋問が本質的に強制だとすると、それを強制的にしているものを完全に払拭する手段が講じられなければ、黙秘権を侵すものとして許されないわけである。ところで、憲法は払拭する手段として特定のものを指定してはいないので、連邦や州の議会は、適当な手段を自ら考案することはできるし、それを発見すべく努力すべきである。しかし、それはわれわれを満足させるものでなければならないが、それがない以上は、次のような保障は必要である。

第一は、黙秘権の告知である。これは権利の存在を確知させるためばかりでなく、尋問の内在的な強制的雰囲気を解消させるためにも不可欠である。第二は、供述は公判で不利益証拠として使われるという結果の解説である。これは黙秘権の意義を真に理解させるために、また熟知して行使または放棄させるために不可欠である。第三は、弁護権の告知である。黙秘権の存在を知っているだけでは、本来弱者たる被疑者はまだ強制的圧力に屈従しかねない。そこで、黙秘権の完全な保障のためには、弁護人の立会が不可欠である。黙秘権の告知のため接見が必要なことはいうまでもないが、強要的効力からの救済のためには、尋問継続中の立会こそ必要である。

この場合、(1)被疑者はこれをとくに要求する必要はない。公判での弁護権について選任要求の不用なことはすでに判例があるが、この理は捜査においても同じである。それは、権利を知らず、したがって要求しないものほど、弁護人を必要とするからでもある。(2)黙秘権の保障について貧富で差別があってはならないから、弁護人の立会権は貧困者にも保障される。私選弁護人についてだけ妥当するとすれば、本件の意義の大半は失なわれてしまうだろう。した

がって、右の告知は官選弁護権のそれでなければならない。(3)弁護権の放棄は許されるが、その意義と効果を熟知してなされる必要があり、その挙証責任は検察官にあり、しかも相当に高度の立証を要する。黙従から放棄を確認することはできず、その不用を確定的・明示的に示す場合だけ有効な放棄があるものとすべきである。(19)

(9) Malloy v. Hogan, 378 U. S. 1 (1964). なお、修正四条の不当な逮捕・捜索・押収、同五条の対質権（反対尋問権）、同六条の弁護権もそうである。Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643 (1961); Pointer v. Texas, 380 U. S. 400 (1965); Gideon v. Wainwright, 327 U. S. 335 (1963).

(10) ミランダ事件については、田宮「被疑者の尋問に関するエスコビード・ルールの発展」判時四五二・三（一九六六）、芝原「捜査段階における自由の許容性」ジュリ三五六・一〇六（一九六六）、大野「捜査と人権の相剋と将来への展望」判タ一九五・二（一九六六）。

二　ミランダ事件の意義

㈠　黙秘権と弁護権の交錯　以上のミランダの判旨は、エスコビードのそれと比べてこれをどう評価することができるだろうか。ミランダが、従来の任意性の原則を一歩出て新しい排除法則（ないしは尋問の法則）を打ち樹てたことは明らかであろう。そして、判旨もはじめの部分ではっきりいっているように、エスコビードの不明な点を明らかにし、かつこれを支持し確認したものであるから、エスコビードもまた革新的な法則を宣言したものだったわけである。しかし、果たしてミランダはエスコビードを広く解釈しこれを確認しただけの判例だろうか。結論を先にいうと、ミランダは一見エスコビードの後退とみれなくもない部分もあるが、実はその趣旨を徹底し、これを一歩進めたものということができると思われる。すなわち、弁護権ではなく黙秘権を理由としたので、任意性への接近を思わせるが、尋問じたいを黙秘権侵害と断ずるまでに徹底したので、尋問禁止の思想がより一層きわ立ったのである。もう少し詳しくみよう。

まず、エスコビードは修正六条の被疑者の弁護権を理由としたが、ミランダはもっぱら修正五条の黙秘権を理由と

する。そこで(1)弁護権は供述の具体的な状況いかんとは関係がないから、これを理由とするときは、任意性以外の新しい排除法則であることはむしろ明瞭であるが、黙秘権は供述の強制を問題とするから、供述の自主意思を奪うか否かの任意性の原則との親近性は争えないだろう。また、(2)あくまでも黙秘権が問題であるので、弁護人の援助を受ける権利じたいは、絶対的な要件では――少なくとも形式的には――なくなった。判旨は弁護人の立会以外の「他の手段」も示唆するのである。これも後退を思わせる。

しかし、判旨を実質的に検討してみると、まったく違った見方も可能なのであり、その方が妥当であることがわかる。すなわち、黙秘権を理由とするとはいえ、それは尋問じたいが強制的雰囲気をもち違法なのだという意味であり、従来の任意性の思想とはやはり異質のものである。判旨も「任意ではあるが排除される」とはっきり述べている。また、「他の手段」があればよいとはいうものの、「尋問によって対立当事者訴訟（adversary proceeding）がはじまる」という観念をとる以上、弁護人を排斥することは――マサイア事件[1]の趣旨から――不可能ではないかと思われる。「捜査と公判では弁護人の役割が違う」と述べているのも、捜査における弁護人の役割は黙秘権の完全行使の担保にこそあり、黙秘権の保障は、弁護人がいてはじめて可能だとの思想があるからだろう。判旨はまた、弁護人がつくことは真実の発見のためにも好都合だといっているが、これも弁護人がいてはじめて真の当事者訴訟が完うされると考えていることを示すものである。しかも、憲法問題だからあえて判断するのだと宣言していることをあわせると、憲法上容認される「他の担保方法」は、ほぼありえないであろう。実際問題としても、立法府がすぐリアクトするということは難しいから、判旨の内容が、そのまま将来にわたって合衆国の法とならざるをえないと思われる。そこで、判旨も弁護権を理由とはしなかったが、「弁護権」の語は随所で使用し、実はその存在を認めているのである。いな、実質的にはむしろ弁護権の内容はミランダ事件で一層強化されたとさえいえる。なぜなら、本件ではじ

めて、第一に、積極的な選任要求を不用とし、第二に、それが官選弁護人の請求権であることを宣言し、第三に、弁護権は接見交通権に止まらず、尋問への立会権であることを明らかにした、からである。

したがって、弁護権は黙秘権にとって代られたのでも、また黙秘権の中に埋没してしまったのでもなく、捜査（尋問）においては両者は融合して一体化すると解すべきであろう。この考えは、刑事訴訟における弁護人の意義をみごとに描きえて興味が深い。刑事では、訴追側は国家機関であって、被告人は本来的に弱者の立場にある。そのため各種の訴訟上の権能が保障されるのであるが、それだけでは十分でなく、弁護人がいてこれをいかんなく行使せしめることによってはじめて、かれは訴追側と、実質的対等の地位に立つのである。この思想は、従来も弁護権に関する判例の発展をモティベイトしてきたものではあるが、ミランダ事件で明確なかたちをとったものといえよう。一年ほど前最高裁は、ポインター対テクサス事件[2]で、被告人の反対尋問権が弁護人によるそれでなければならないことを認めたが、ここにも同じ思想が根底にある。

このように、弁護権はきわめて重要な不可欠のものであるにもかかわらず、なぜミランダの判文では必ずしも表面に出なかったのかというと、第一に、最高裁がエスコビード事件の遡及適用をおそれたからであろう。弁護権は真実発見に奉仕する人権保障であって、これが不当に侵害されたときは、被告人は誤って罰せられた可能性がある。そこで、判例変更によってそれ以前の確定事件もくつがえるというのが、アメリカの判例法上の原則である。[3] もし遡及効があるとすると、エスコビード前のおびただしい自白事件（弁護人の接見を拒否した事例は非常に多い）[4]がよみがえって裁判所を負担加重に陥れるおそれがある。しかし、黙秘権は訴訟が人格の尊厳に歩をゆずるもので、真実の発見とは無関係であるから（真実の発見にさからっても認められる人権である）、遡及効はないとされるのである。[5]

第二には、「他の手段」の可能性を、立法府のために残しておきたかったからであろう（といっても同じ内容のこ

とを、立法府の口から宣言してもらうというだけのことであるが)。いまアメリカでは、捜査手続の改善が刑事司法の大きな問題となっている。公私の団体が、あるいは実態調査を行ない、あるいは手続の改正を提案すべく努力を傾注しているのである。その中には、大統領の任命した刑事司法委員会、アメリカ法曹会、アメリカ法律協会などの調査・研究がある。とくにアメリカ法律協会は、ハーバード大学のボーレンバーク、ベイター両教授を主報告者として、モデル・コードの作成に着手し、大方の注目を集めているのである。(6)

(1) Massiah v. United States, 377 U. S. 201 (1964).

(2) Pointer v. Texas, 380 U. S. 400 (1965).

(3) Eskeridge v. Washington, 357 U. S. 214 (1958) は、上訴申立の際異議申立等と同時にトライアルの記録を購入してつける必要があるというイリノイ法を、貧者の上訴権を奪い法の下の平等に反するという理由で、違憲とした Griffin v. Illinois, 351 U. S. 12 (1956) を遡及適用した。また、一切の重罪事件に官選弁護人を要求した Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963) は、Doughty v. Maxwell, 376 U. S. 202 (1964) で遡反効があるとされた。

(4) GEORGE, CONSTITUTIONAL LIMITATIONS ON EVIDENCE IN CRIMINAL CASES 90 (1966) によれば、一九三六年のブラウン事件からのエスコビード事件までに最高裁で問題とされた自白事件は三五件だが、そのほとんどすべての場合に接見が拒否されていたという。

(5) Tehan v. Shott, 382 U. S. 406 (1966) は、黙秘権に関する Griffin v. California, 380 U. S. 609 (1965) の遡及運用を否定した。違法な捜索・押収によってえた証拠の許容性を否定した Mappv. Ohio, 367 U. S. 643 (1961) も、Linkletter v. Walker, 381 U. S. 618 (1965) で、遡反効はないものとされた。

(6) もっとも一九六六年三月に公表された第一次案では、弁護人なしでの四時間の尋問を許そうとするので、ミランダと正面から衝突すると思われる。ALI, MODEL CODE OF PRE-ARRAIGNMENT PROCEDURE, Tent. Draft No. 1, § 4.04 (1966). 本法典の紹介として、松尾「アメリカの模範捜査手続法典について」ジュリ三四七・六二(一九六六)。なお、四時間以後は弁護人の立会を要求している。*id.* § 5. 08.

(二) **捜査段階と黙秘権**　こうして、ミランダ事件は、黙秘権を根拠にしたが、実質的に考察すれば、けっしてエスコビードの後退ではなく、また弁護権の根拠も放擲されたわけでなく、いぜん維持されているとみるべきであろう。むしろ、黙秘権を表面の理由とすることによって、エスコビードとミランダとが共通に目的とすること、すなわち尋問の規制について、一層徹底した態度を明らかにしたということもできる。

すなわち、第一に、黙秘権を理由とするので、究極的には尋問じたいの禁止に近づくことができた。尋問禁忌の思想が明確化したといえよう。エスコビード事件は弁護人の接見・立会を要求した。だが、逮捕後即座に弁護人をつけることは、ミランダの反対意見がいうように、「警察署詰の弁護人でもいなければ不可能だ」から、官選弁護制度が十分整備し、あるいはパブリック・デフェンダーの制度もあるといった所でさえ（ところが、国選弁護制度はきわめて不備であり、ましてパブリック・デフェンダーは、まだキャリフォーニアなど少数州にしかない[7]）、なおきわめて困難である。そこで、エスコビードの真のねらいは尋問の避止にこそあったのである。げんにミランダでは、「弁護人がいなければ取調をしなければよいのだ」を明言している。したがって、エスコビードでは、弁護権という理由が尋問避止のために、―法律構成として― 利用されたにすぎない[3]。ミランダでは、これがきわめて明瞭なかたちをとったといえるだろう。

第二に、黙秘権は個人の絶対権であるから、捜査の有効性と無関係に自己を貫徹できる。弁護権であれば、原告の訴追権との比較衡量が可能であり必要でもある。ところが、弁護人の接見および立会の要求権が黙秘権の一内容とされることによって、捜査（訴追）の利益との比較的なものから、絶対的な優位的地位をかちえたのである。訴追に向かって、ちょうど供述を拒否するように、まず弁護人に会わせよと要求することができるのである。ここにまさしく、被逮捕者に対する捜査官の尋問を禁止する「アメリカ版裁判官準則」（エスコビードにおけるホワイト裁判官の

反対意見中のことば）が樹立されたものということができよう。[9]

ところで、判旨はこうして黙秘権が捜査にも妥当するとしたわけであるが、この点をもう少しくわしくみてみよう。判旨は、この問題はすでに七〇年前にブラム対合衆国事件[10]で解決ずみだという立場をとる。ブラムは連邦の事件であったが、「合衆国裁判所の刑事訴訟において、自白の任意性が欠如するため証拠の許容性がないのではないかという問題が生じた場合には、その問題は、修正五条の『何人もすべての刑事事件において、自己に不利益な証人となることを強要されない』という条項の適用がある。」と宣言した。この態度は、一九二四年のワン対合衆国事件で、ブランダイスによっても確認されている（全員一致の判決）。[11] これらの先例からも、また黙秘権は個人の基本権としてリベラルに解すべきだという点からも、捜査官の秘密の尋問に黙秘権の適用があることは、すでに承認されてきた原則だというのである。

その後連邦では、有名なマクナブ＝マロリーの原則が樹立されたので、[12] 憲法問題たる黙秘権が問題とされることは少なかった。マクナブ＝マロリーの原則じたい、尋問が強制的要素をもつことが認識され、これを避止するために設けられたものである。ところで、連邦における修正五条の問題は、一九六四年のマロイ対ホーガン事件になると、デュー・プロセス条項を通じて州にも適用がある旨宣言された。[13] こうして、捜査にも黙秘権の適用があることは、アメリカ全土にわたる法則となった。このことは、実は州に関する自白法則の展開からも推論することができる。自白はかつては強制・拷問を理由に排斥されたが、一九四〇年代から、被疑者の供述の自由意思を奪うことに注目されるようになる。[14] ここでは自白法則の禁忌する強制は、黙秘権の避止する強要と区別できないまでに接近した。任意性の原則は、内容的に黙秘権と融合するのである。[15]

以上が判旨の推理のプロセスであるが、これには、少数意見のきびしい反論がある。少数意見は、捜査官の取調

（自白の追及）は犯罪事件の解決のため必要だという立場に立つものであるが、これを一応離れても、多数意見に疑問のあることはたしかだろう。つまり、判旨のとりあげたブラム事件は、ほとんど唯一ともいえる異色の判例で、ほかのどの自白事件も、黙秘権には言及していない。自白と黙秘権は別のものと考えられてきたのである。

形式的に比較しても、自白と黙秘権には、次のような違いがある。第一に、両者は歴史的な起源において異なる。黙秘権は遅くも一七世紀後半には確立しているが、自白法則は一八世紀後半になってやっと成立した。[16] 第二に、自白は被告人についての法則だが、黙秘権は証人にも適用がある。第三に、一方では、自白法則で保護される範囲の方が広い。すなわち、強制に基づくものばかりでなく、欺罔や約束によるものも排除される。第四に、他方では、黙秘権の及ぶ範囲の方が広い。すなわち、黙秘できる範囲は、有罪のてがかりになる事実にも及ぶが、自白は犯罪事実（少なくともその主要部分）の承認でなければならない。しかし、これらを度外視しても、もともと自白法則は法廷外の供述につき、黙秘権は裁判所の面前の供述につき（刑事事件においては）、妥当するという本質をもっていたというべきであろう。裁判上の自白に補強証拠がいらないのは、自白ではなく黙秘権の原則が妥当するからにほかならない。

しかし、それでは、判旨の立場は理論的にこれを認めえないかというと、実はそうではないのである。その理由はこうである。まず、右のような古典的なシェーマは、捜査が未だ刑事手続の一つの過程として重要性を認められなかった時代のものである。英米では、捜査は（とくに国家機関による尋問）、ごく最近の発展に基づく。[17] 捜査に黙秘権が及ばなかったのは、ひとえに尋問のプロセスじたいがなかったからに他ならない。第二に、黙秘権は、裁判所の前では国民は一般的な証言義務があり、これを排除する特権として認められるものだが、捜査機関は被疑者と平等ないわば私人にすぎぬから、はじめから黙秘権は問題にならないといわれる。[18] しかし、被告人は証人と違って裁判所との関係でも一般的証言義務はない。証人となることじたいを拒否できる。それにもかかわらず黙秘権はあるとされるの

である。つまり、被告人については、供述義務は黙秘権の前提条件ではない。そこで捜査段階の被疑者にも強要の可能性がある以上黙秘権の理論を適用して少しもおかしくない。しかも、黙秘権を侵害してとった供述を排除する証拠法上の必要はあるから、これを黙秘権侵害と構成する必要は大きいのである。[19]

こう考えてくると、自白に関するデュー・プロセス法が、黙秘権侵害的な自由意思の侵犯という方向へ発展した事実とあわせて、自白と黙秘権の親近性ないしは合一化を説明することは不可能ではあるまい。そして、黙秘権が弁護権とあい並んで、手続の弾劾化ないしは対立当事者訴訟化のきわだった特徴であることを考えると（いずれもまず公判段階で展開したことを考えよ）、ミランダ（黙秘権）はエスコビード（弁護権）と並んで、捜査の弾劾化に異色ある巨歩を印したものということができよう。

(7) SILVERSTEIN, DEFENSE OF THE POOR, App. D. (1965).

(8) それだけに問題があるとされたわけである。*Cf.*, Enker & Elsen, *Counsel for the Suspect : Massiah v. United States and Escobedo* v. Illinois, 49 MINN. L. REV. 47 (1964) ; Comment, *Development in the Law-Confessions*, 79 HARV. L. REV. 938, 966 (1966).

(9) 裁判官準則については、デヴリン（児島訳）・警察・検察と人権、一八三以下（一九六〇）。一九六四年の改正については、田宮「イギリスにおける裁判官準則の改正」判時三九〇・二（一九六四）、*Judges' Rules and Administrative Directions to the Police*, [1964] CRIM. L. REV. 165 ; Thomas, *The Revised Judges' Rules*, 4 BRIT. J. CRIMINOL. 383 (1964); Johnston, *The Judges' Rules and Police Interrogation in England Today*, 57 J. CRIM. L., C. & P. S. 85 (1966).

(10) Bram v. United States, 168 U. S. 532 (1897).

(11) Wan v. United States, 266 U. S. 1 (1924).

(12) McNabb v. United States, 318 U. S. 332 (1942) ; Mallory v. United States, 354 U. S. 449 (1957).

(13) Malloy v. Hogan, 378 U. S. 1 (1964).

(14) *E.g.*, Lisenba v. California, 314 U. S. 219 (1941) ; Ashcraft v. Tennessee, 322 U. S. 143 (1944) ; Malinski v. New York,

324 U. S. 401 (1945); Spano v. New York, 360 U. S. 315 (1959); Lynumn v. Illinois, 372 U. S. 528 (1963); Haynes v. Washivgton, 373 U. S. 503 (1963).

(15) 前記マロイ事件は、これを明言する。

(16) 8 WINGMORE, EVIDENCE § 2266 (McNaughton rev. 1961); McNaughton, *Privilege against Self-Incrimination*, 51 J. CRIM. L., C. & P. S. 138 (1960).

(17) Comment, *An Historical Argument for the Right to Counsel During Police Interrogation*, 73 YALE L. J. 1000, 1034 (1964).

(18) WIGMORE, *id.*

(19) Morgen, *The Privilege against Self-Incrimination*, 34 MINN. L. REV. 1, 27 (1950).

四　捜査の弾劾化

一　捜査の構造

捜査の基本的な構造については、糾問的捜査観と弾劾的捜査観が対比される。(1) 前者によれば、捜査は捜査機関が被疑者を取り調べるための、公判と断絶した独自の手続であるが、後者によれば、一方の潜在的当事者たる捜査機関が公判を前提として、そのための準備をする手続にすぎない。この構造論には、厳密にいうと二つの側面がある。一つは捜査の目的論であり、もう一つが捜査の形態論である。(2)

(一) **捜査の目的**　まず、捜査の目的論からみていくと、捜査を公訴の提起・追行の準備ととらえる立場と、捜査は公訴と隔絶した手続であって、嫌疑の有無を明らかにするというそれ独自の目的をもつとする立場との対立がある。前者は、刑事手続の主役はあくまでも起訴後の狭義の訴訟手続、大ざっぱにいうと公判にあると考えるから、公判中心的構造観といってよかろう。そして、後者は、捜査に捜査としての独自の重要性を認めるものであるから、捜査中

心的構造観と称しえよう。捜査中心観の根拠はこういう点にある。[3] 第一に、捜査の結果必ず公訴が提起されるとはかぎらず、不起訴処分も存在する。とくにわが国では、起訴便宜主義も手伝って、四〇%近くもの事件が起訴されず、したがって、公判と結びつかない。第二に、現行法は、起訴状一本主義などにあらわれるように、捜査と公判の手続を分断したから、捜査には捜査独自の目的がなければならない。第三に、公訴の準備と構成すると、捜査上の権限の行使があげて公訴提起の方向に向けられ、権力的捜査観に結びつきやすい。被告人にとって起訴されるということじたいがきわめて重大なことであるから、捜査で事件をスクリーンすることを心掛ける方が被告人に有利である。

これは、一見被告人のため妥当な構成であるかのようにみえる。とくに、わが国には大陸法的な予審も英米法的な予備審問もないので、起訴前に不当な起訴行為をチェックする制度に欠ける。そのため、捜査機関がこの任を果たしてくれるなら、被告人に好都合ではないかとも考えられよう。しかし、実際はそうではない、とわたくしには思われる。しかも、これは現行法の思想にマッチした妥当な捜査観を前提するものとはいえないのである。まず、公訴の準備といい、嫌疑の有無を判定するといっても、実はことばの争いにすぎない。公訴の準備というのも、捜査と公訴が因果的に前後の序列とあって、捜査がいわば回顧的に「準備」になるという関係を表現したものである。公判中心観でも、公判にたえうる事件を選択しようとすることには変わりはない。また、嫌疑の有無の確認という独自の目的を強調することは、むしろ論者の意図に反して、ドイツなどのように、捜査と公判を等質の連続した手続とみる訴訟観の方に親近性がある。まず前手続では捜査官が責任をもって、いわば自己完結的に実体を形成し、後手続の主宰者たる裁判官にこれを引きつぐわけである。これに対して、公訴を前提すればこそ、捜査が一方当事者の準備活動にすぎなくなって、裁判所における公判と断絶することとなる。しかも、たえず公訴を前提しないと、令状手続などで司法が介入しない場合には、捜査機関と被疑者との二面関係となって、糾問化せざるをえない。また、事件をスクリーン

するという機能を強調すると、捜査を徹底的・追及的なものとし、強制処分を多様化し、捜査を長期化し、公判をあたかもその上ぬり的な存在に惰せしめるおそれもあることを忘れてはならない。

(二) 捜査の形態　次に、捜査の形態論であるが、これは捜査機関と被疑者の関係を、いわば上下の二面関係とみるか、第三者を予定して並列的な平等者の関係（全体として三面関係）とみるかで、糾問的構造（捜査観）と弾劾的構造（捜査観）が区別される。目的論における捜査中心観は前者と、公判中心観は後者と結びつく。そのため、本節のはじめに目的論と形態論を合わせて、広義において糾問的捜査観と弾劾的捜査観を対比させたわけである。前者では、公訴の準備は捜査として捜査機関が一方的にやるのであり、後者では、捜査は捜査機関と被疑者が双方で行なう準備の一局面であるにすぎない。ところで、わが法では、検察官は一方当事者の地位にしりぞいたから、やがて相並ぶべき相手方当事者を糾問的に取調べることができるとするのは妥当ではない。その意味で弾劾的捜査観をとるものと考えるべきであろう。

そこで、弾劾的捜査観の最も重要な帰結は、被疑者に、被告人と同様に、一方で、黙秘権が保障されることであり、他方で、弁護人依頼権が与えられることである。被疑者の一方当事者たる性格が認められて黙秘権が、また原告に対立する相手方たる性格から、訴追に対する防禦の必要が認められて弁護権が、それぞれ重要なものとして浮かび上がってくるのである。すなわち、前者については、糾問構造と弾劾構造の違いは、被疑者を取調の客体として、いわば上から一方的に捜査をするか、これを主体と認めて並列的に双方でやるかにあるから、糾問構造のもとでは、あたかも公判における証人の裁判所に対する関係のように、捜査機関の取調権＝被疑者の出頭義務が肯定され、弾劾構造のもとでは、被疑者は被告人にも類すべき地位にあるから、これと同様な包括的黙秘権があり、捜査機関による取調の受忍義務は否定されよう。次に後者については、捜査機関と被疑者が真に並列的な準備を行なうためには、被疑者

の地位を捜査機関と実質的対等にまで引きあげる必要があるから、弁護人依頼権が保障されなければならない。そうでなければ、被疑者の諸権利が十分保護されないばかりか、真実発見のためにも片手落となるだろう（被疑者側の証拠収集など公訴の準備ができない）。

（1）捜査の構造論については、平野・刑事訴訟法八三―四（一九五八）、青柳「捜査における当事者主義の限界」警察学論集一二・四・二四（一九五九）、井戸田「捜査の構造序説」立命館法学三九＝四〇・一二九（一九六一）、伊東「被疑者の地位」法律実務講座刑事篇三・四七四（一九五四）、田宮「捜査の構造」刑訴法基本問題46講一一三（一九六五）。

（2）前注文献のうち、井戸田・前掲、伊東・前掲が前者に着目しており、平野・前掲は後者に着目している。

（3）井戸田・前掲論文。

二　捜査の弾劾化のとるべき方向

㈠　弾劾化の徴表としての黙秘権と弁護権　このように捜査の構造を分析してみると、アメリカにおいては、エスコビードとミランダの両事件によって、捜査の弾劾化がきわめてせん明なかたちで徹底したということがいえよう。弾劾化を象徴する黙秘権と弁護権が、二つながらに究極的なかたちで認められたのである。

捜査における黙秘権は、いわば自白法則の昇華として出現した。自白法則は、はじめは不任意の自白を法廷の証拠から排除する「証拠法則」に止まった。そういう自白を法廷で使うのがいけなかったのである。しかし、やがて尋問方法を規制する「取調法則」と化していった。それは、自白法を、フェアな手続を担保するための憲法上のデュー・プロセスだとしたことにもあらわれているが、任意性から訣別したマクナブ＝マロリーの原則で、疑問の余地がなくなったといえよう。したがって、捜査も被疑者の運命にとって決定的に重要なため弁護権が保障されなければならないとすれば、それを理由とする尋問の規制に向かうのは、当然のいきおいだったのである。そして、尋問の規制にお

いてキイ・ポイントをなすのは、いうまでもなく被疑者の黙秘権の保障ということである。

尋問の過程に弁護人が介入してくるのは、弾劾方式の典型とも称しえよう。尋問に品位を保ち、採取する自白の任意性を担保するために、大陸で試みられるのは、予審判事による尋問という方式である。捜査官による尋問は危険だから、公平な司法官憲にやってもらおうというわけである。[1] この考えは、一九三〇年代にアメリカにも紹介され、[2] 一部では採用が説かれた。[3] しかし、結局はなじめなかった。主体が司法官憲であっても秘密の尋問では、糾問的・追及的にならざるをえないからである。その代わりに、尋問手続を弾劾化して弁護人の立会を要求するという方式がとられることとなった。この尋問の改善方向としての二つの型には、大陸的なものと英米的なものの違いが如実にあらわれているといってよい。

ここには、糾問と弾劾という形態上の型の違いばかりではなく、もっと奥深い訴訟観ないしは自白観の違いがある。大陸型の方式は、自白は刑事訴訟のために必要なものであり、何とか有効なものをとりたい、とって証拠として永久化しておきたいという思想がある。[4] 大陸の改善策は、最も有力な証拠を公判外で積極的に集めようとすることに重点がある。そのため自白採取の過程が長大化するのである。アメリカ法の思想は、これとはまったく異質のものである。弁護人の立会を要求したのは、一見そういうやりかたで有効な自白をえようとするかのようにみえるが、重点は、弁護人がいなければ自白はとってはいけないという消極面にある。取調じたいが悪だとの前提に立ち、できれば取調はない方がよいと考える。判例は、たびたび「訴追されている本人から不利益証拠を採取するのは、われわれの弾劾方式に反する」と宣言した。[5] したがって、捜査に弁護人を介入させて手続を公判類似の複雑なものとすることは、起訴前の手続の比重を増やし、結局は公判中心を破ることにならないかという批判はあたらない。むしろ、取調は弁護人の立会がある時だけに限ろうとするのであるから、なるべく自白をとらないようにして、事件の解決はあげ

て公判にゆだねる方式なのである。

(1) 旧法はそういう型にしたがった。旧刑訴三〇〇条、ドイツ刑訴一九二条参照。この点をめぐるドイツの論議について、小田中「ドイツ刑事手続の構造」刑雑一四・二・二九三(一九六五)。

(2) *E.g.* Ploscowe, *The Investigating Magistrate (juge d'instruction) in European Criminal Procedure*, 33 Mich. L. Rev. 1010 (1935).

(3) Kauper, *Judicial Examination of the Accused : A Remedy for the Third Degree*, 30 Mich. L. Rev. 1224 (1932); Pound, *Legal Interrogation of Persons Accused or Suspected of Crime*, 24 J. Crim. L. & C. 1014 (1934). *Cf.*, 4 Nat. Comission on Law Observance and Enforcement. Rep't on Lawlessness in Law Enforcement 5 (1931).

(4) わが国における同旨の改革意見として、青柳「新しい予審制度の検討」ジュリ一九九・五二(一九六〇)。

(5) *E.g.*, Rogers v. Richmond, 365 U. S. 534 (1961); Culombe v. Connecticut, 367 U. S. 568 (1961).

(二) 黙秘権の保障 ところで、黙秘権が担保されるためには、理論上は不任意の自白さえ排除されればよいのに、なぜマクナブ＝マロリーの原則やエスコビードの原則のように違法排除にまで徹底したのかというと、一つは不任意性の立証の困難ということであり、もう一つは捜査官への指針の徹底ということだろうと思われる。まず、不任意な事情があったかどうかは一種の事実認定たる特性をもつ微妙かつ困難な判断である。ところが、ことは秘密の尋問手続に関するから、証拠としてははげしく利害の対立する警察官と被疑者の供述しかない(水掛論に終始する)。自白が肉体的拷問を問題としていた頃はよかったが、だんだん心理的なものに変ってくると、強制の立証は事実上不可能に近いだろう。そこで、任意性の法則が空文に帰さないためには、何らか形式的な基準がほしいのである。

次に、自白法則が証拠法則として裁判官に向けられているとすれば、かれは具体的事実関係を微妙に判断することになれているし、また裁判というものの性質上事後にじっくりと判定すればよい。ところが、自白法則が、尋問の規制と化していったことはすでにのべたとおりである。そうだとすれば、自白法則の名宛人は捜査官である。かれは法

律家ではないから微妙な判断にもなれていないし、捜査の性質上時宜をえた大まかなかつ機敏な活動が要求される。かれを規制する法則は、一般的で明確なものでなければならないだろう。[6]

こう考えてくると、エスコビード＝ミランダの判旨は、きわめて急進的なもののようにみえるが、こうまで徹底してはじめて黙秘権が真に担保されるものであることがわかるだろう。その意味では、それが現実にめざすところは、案外革新的なものではないのである。これまで不任意の自白とらく印が押され、自白採取がきびしく批判された事件が無数といえるほどありながら、なお後から続々と同様の事件が連邦最高裁をにぎわしていたことは、従来の法則が必ずしも有効でなかったことを示すものといえよう。この点につき、強制にわたる事例が決してないわけではないのに、自白が不任意として排除された例が寂々たるありさまたるわが国では、[7]参考にすべきものが大いにある。わたくしはかって、わが国でも違法排除にまで徹すべきことを主張したが、[8]エスコビード＝ミランダ事件に接して、再びその必要をひしひしと感ずるのである。

(6) *Cf.* LaFave & Remington, *Controlling the Police : the Judge's Role in Making and Reviewing Law Enforcement Decision*, 63 MICH. L. REV. 987 (1965). 紹介、田宮・〔一九六六〕アメリカ法七七。

(7) 任意性を否定した最高裁の判例としては、最判昭三二・七・一九刑集一一・七・一八八二（八丈島事件）と最判昭三三・六・一三刑集一二・九・二〇〇九（小島事件）があるだけである。しかも、前者は明白な肉体的暴行の事実があり、後者もその疑いが濃厚な場合なのである。ただ、手錠を施されたまま取調を行なった場合につき、最判昭三八・九・一三刑集一七・八・一七〇三参照。なお、最判昭四一・七・一判時四五七・六三。下級審判例としては、以下参照。大阪地判昭三三・七・二ジュリ一五九・四七、岡山地判昭三八・四・三〇下刑集五・三—四・四一四、高松地判昭三九・四・一五下刑集六・三—四・四二八、宮崎地日南支判昭三九・四・二一下刑集六・三—四・五〇七、高松地判昭三九・五・一八下刑集六・五—六・六八一、福江簡判昭四〇・一・二一下刑集七・一・五六、東京地判昭四〇・三・三〇下刑集七・三・三九五。

(8) 田宮「自白の証拠法上の地位(一)」警研三四・三・三（一九六〇）。

㈢ **弁護権の保障**　刑事弁護人の本来の意義は、劣弱な被告人・被疑者の法律的な保護者（デフェンダー）たることにあるが、そういう特性は、捜査においてこそ典型的にあらわれるといえよう。捜査では人権侵害のおそれが著大であり、尋問で自白がとられるとすれば、尋問過程こそ被告人の一大事ともいうべき時期だからである。ところが、この点についても、わが法はまだまだきわめて遅れた状態にある。第一に、被告人には国選弁護人の権利があるが（憲三七）、被疑者にはない。なるほど、私選弁護人は選任できるが（刑訴三〇）、刑事の被疑者の圧倒的多数が貧困者であることを考えると、これでは弁護権を保障した意味の大半が失なわれるも同然だろう。また第二に、弁護人の接見交通権は、捜査機関の指定権によって著しく危殆に頻している（刑訴三九）。最高裁の判例は、一回二―三分という非常識な接見を、証拠排除で批判することはしなかった。[9] 弁護士に対するあるアンケート調査によれば、接見に関する実態は次のような驚くべき状況にある。[10] ㈠接見室がないかあっても不備なため、やむなく検察官が同席する例が、回答一八七人中三分の一に近い。㈡逮捕後の第一回接見が選任届をとることだけに制限されて接見できなかった例が、一七九人の回答中二割以上もある。㈢取調中または調書がとられていないとの理由で、接見が妨害された例が一八三人の回答中三分の一を占める。㈣指定を要求してから指定書の発行までに二～四日かかった例が、二四件中九件もある。㈤指定が不当だとうったえるものは、一六八人中実に六九人ある（その多くは、接見時間が僅か一〇―一五分であるという）。㈥接見後、その内容を捜査官に問責された例が一四五人の回答中三五件もある。[11]

しかし、近時徐々にではあるが、改善の方向はみえはじめた。それは、不当な接見の指定に対する準抗告が活発に行なわれ、ある程度の救済がえられるようになったからである。[12] また最高裁は、先般、一たん別罪で起訴され被告人たる地位にたてば、余罪についても接見を制限することはできないという画期的な判決を下した。[13] これは理論的には必ずしもすっきりしたものではないが、[14] 接見の自由化への突破口を開いたものと評価することができよう。[15] くしくも

ミランダとほぼ時を同じくして、わが国でもこの大判例が出たのは――ミランダに比べればまだ隔世の感さえあるが――感概深い。わが国でも捜査の弾劾化は緒についたのである。

(9) 最判昭二八・七・一〇刑集七・七・一四七四。

(10) 後藤「秘密交通権の実態と判例の傾向」自由と正義一七・一・二四（一九六六）。

(11) 法三九条による接見の指定は、逮捕中は司法警察職員が口頭で行なうが、勾留後は、検察庁執務事務規定（昭二八・六・一法務大臣訓令）によって、まず「別に発する指定書のとおり指定する」と書かれた一般的指定書を、被疑者の在監する監獄や警察署の長に送付しておいて、弁護人にはこれと別の本来の指定書を交付して接見を行なうという方式がとられる。このいわば「面会切符制」の実情と不当性については、下村「被疑者の接見交通権の制限」司法研修所創立一五周年記念論文集三四九（一九六二）、佐伯「消えてゆく秘密交通権―接見指定の問題」生きている刑事訴訟法二一（一九六五）。

(12) 名地決昭三五・六・一六下刑集二・五―六・九七八は一五分の指定を三〇分に変更し、東京地決昭四〇・二・一一下刑集七・二・二五一は同じく一五分を四〇分に変更した（なお、同日の東京地決、下刑集七・二・二五四は、指定しないのを違法として四〇分の接見を許している）。

指定が遅きに失するとした判例は多い。勾留期間満了の翌日に指定するのは、かりに延長の可能性があるにしても違法・無効のものであることは明らかだろう（福島地会津若松支決昭四〇・七・一二下刑集七・七・一五二三）。「検察官への送致後主任検事の指定する日時」とする不確定的な指定も無効である（熊本地決昭三八・一一・二四下刑集五・一一―一二・一二〇三）。勾留期間の満了の一日ないし二日前の指定も、実質的に接見禁止に等しく取消を免れない（福岡地決昭三〇・八・六判時六〇・二七、秋田地決昭三四・一〇・二八下刑集一・一〇・二三二七、宮崎地決昭三八・一一・二六下刑集五・一一―一二・一二〇七）。新潟地三条支決昭三五・一一・二六下刑集二・一一―一二・一五八五は勾留七日目指定を違法とし、札幌地決的三四・五・二一下刑集一・五・一三三七は、第一回目を三日後、第二回目をそれから二日後に指定することを違法とし、福岡地決昭三八・三・八・下刑集五・三―四・四四一は勾留の日と翌日の二日の接見申出を拒否したのを違法とし、札幌地決昭三九・九・二六下刑集六・九―一〇・一〇九九は申出の二〇時間後の指定を違法とした。なお、伊藤「刑事訴訟法演習講座(四)」警察学論集一八・六・九一（一九六五）参照。

(13) 最決昭四一・七・二六判時四五三・三。

(14) 田宮「強制捜査」総合判例研究双書刑訴(16)二〇六(一九六五)。

(15) ドイツでさえも、一九六四年の改正で、被拘禁中の被疑者の弁護人との接見は、まったく自由に許されるようになったことを思い合わすべきである。StPÄG § 148. *Cf.* Kanka, *Das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordung und des Gerichtsverfassungsgesetzes*, MONATSCHRIFT, 19 Jahrg. S. 245 (1965).

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. XVII No. 2
SUMMARY OF ARTICLES

Confession, Right to Counsel and Criminal Investigation

Hiroshi TAMIYA

Associate Professor of Law
Hokkaido University
Faculty of Law

1. Introduction
2. Right to Counsel at Interrogation
3. Privilege against Self-incrimination at Pre-trial Stage
4. Investigative Process as Adversary Proceeding

Criminal process consists of post-indictment judicial proceeding and pre-trial investigation. In the past scholastic analysis is focused almost exclusively upon the problems arising from the former stage, e.g. Strafklagrecht, Streitgegenstand, Prozessvoraussetzungen, Prozesshandlungen, Prozesslage and Prozessrechtsverhältnis, Rechtskraft. Pre-trial procedure is largely neglected because it is not regarded as a legal process in its literal sense, not less than an informal inquisition. However, the situation is now changing. Investigation made its appearance on the "place in the Sun" from the "dark valley". The reason is : (1) sense of human rights and its invasion sharpens remarkably ; (2) stress on the trial stage urges the investigation to be a legalized and adversary proceeding ; (3) philosophy of truth finding method has changed from "inquisition is more

effective" to "adversary is more effective". Thus, investigatoin is now becoming a legalized and adversary typed process and in that sense, just as in trial process, right to counsel and privilege against self-incrimination play an indispensable role.