

被告人取調べについての一考察

——取調べでの弁護権を巡る合衆国最高裁判所の判断を手掛りにして——

柳 川 重 規

1 は じ め に

被告人取調べに関して、我が国の現行法には明文規定がなく、そのため、被告人取調べの可否については、見解が分かれている¹⁾。

判例は、第1回公判期日前の被告人取調べに関する事案で、被告人の当事者たる地位にかんがみ、捜査官が当該公訴事実被告人を取調べることはなるべく避けなければならないとしつつも、刑訴法197条1項が任意捜査について何ら制限をしていないということから、被告人取調べは許されとの立場を採っている²⁾。

ところで、合衆国最高裁判所は、被告人取調べの問題に関しては、公判での弁護権の規定であり、我が国の憲法37条に相当する合衆国憲法第6修正の弁護権保障を前倒しして、すなわち、裁判官が関与する対審の形をとる手続 (adversarial judicial proceedings) が開始した時点で、この第6修正の弁護権を始動させることにより、公判前の取調べを規律するとの立場を確立している。捜査段階では、合衆国憲法第5修正の黙秘権 (自己負罪拒否特権) 保護のための予

※本稿は、平成9年度松山大学特別研究助成による研究成果の一部である。

1) 後述するように、①被告人についての取調べは一切許されないとする見解、②公訴事実についての取調べは許されないが、余罪たる被疑事実についての取調べは許されるとする見解、③公訴事実についても、第1回公判期日前ならば取調べが許されるとする見解、④公訴事実についても全ての手続段階で取調べが許されるとする見解が対立している。

2) 最三小決昭36・11・21刑集15巻10号1764頁。

防法理 (prophylactic rule) としてのミランダ法理³⁾ による弁護権の保障も及ぶが、合衆国最高裁判所は、このミランダ上の (第5修正の) 弁護権と第6修正の弁護権を区別し、それぞれの弁護権について権利保障の根拠、適用範囲、権利放棄の認定方法等を判例の積み重ねにより明らかにし、余罪たる被疑事実の取調べの問題も含めて被告人取調べの問題に関して判断を示してきている。

本稿は、こうした合衆国最高裁判所の判例の検討を通して示唆を得て、合衆国の手続と我が国の手続との違いに留意しつつ、被告人取調べの問題について若干の検討を加えようというものである。

2 公判前手続での弁護権保障に関する合衆国最高裁判所の判例の流れ⁴⁾

(1) 第6修正の弁護権適用の根拠と権利保障の始期

合衆国憲法第6修正の弁護権は、その規定からも分かるように公判での弁護権を規定したものである⁵⁾。しかし、全ての死刑事件の公判で、この第6修正の弁護権保障が第14修正のデュー・プロセス上の要件となるとして、死刑事件での国選弁護権の保障を全米に及ぼした1932年のパウエル事件⁶⁾ですでに、起訴後のアレイメント (罪状認否手続) から公判開始までの期間にも、第6修正の弁護権保障は及ぶと判示されている。パウエル事件では、アレイメントの段階で弁護人が選任されず、6日後の実質的な審理が行われた公判当日に初めて、弁

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

4) 公判前の取調べに関する合衆国最高裁判所の判例の流れについては、すでに小早川教授の詳細な紹介がある。小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』(1995年、成文堂) 参照。また、多田辰也『被疑者取調べとその適正化』260—280頁、340—378頁(1999年、成文堂)、渥美東洋編『米国刑事判例の動向 I・II』(1989年・1994年、中央大学出版部)、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 第1巻・第2巻・第3巻・第4巻』(1982年・1986年・1989年・1994年、成文堂) 参照。

5) 合衆国憲法第6修正：全ての刑事訴追において、被告人は、……公平な陪審による公開の迅速裁判を受ける権利を有し、……告発の内容と原因を告げられ、自己に不利な証人と対決し、自己に有利な証人を強制手続により求め、自己の防禦のために弁護人の助力を得る権利を有する。

6) *Powell v. Alabama*, 278 U. S. 45 (1932).

護人が選任されたという事案で、合衆国最高裁判所は、アレイメントから公判開始までの間は、被告人が弁護人と相談し公判準備を行うための重要な期間であり、この被告人にとって決定的に重大な期間 (critical period) に弁護人の助力を受けていなければ、本当の意味で被告人に弁護権が保障されたことにはならないとした⁷⁾

つぎに、1961年のハミルトン事件⁸⁾では、アラバマ州法上、アレイメントの段階でなければ精神障害の抗弁を提出できないなどの事情があり、そこでの手続が後の公判全体に影響を及ぼす可能性があることから、アレイメントを決定的に重大な段階 (critical stage) であると見て、第6修正の弁護権の保障が及ぶとした。また、1963年のホワイト事件⁹⁾では、逮捕後の予備審問手続 (preliminary hearing) で、被疑者が弁護人を選任しないままマジストレイトに対し有罪答弁をし、それが公判で証拠として提出されたという事案で、マジストレイトに対し有罪答弁をしているという点を重く見て、予備審問手続は決定的に重要な段階であり、第6修正の弁護権の保障が及ぶとした。

さて、捜査機関による被告人の供述の採取に、第6修正の弁護権による規律を最初に及ぼしたのは、1964年のマサイア事件¹⁰⁾である。マサイア事件は、起訴後保釈中の被告人から、警察の手先となった共犯者が負罪供述を引き出し、送信機を通じて警察に傍受させたという事案で、合衆国最高裁判所は、第6修正の弁護権侵害を理由にこの供述を排除した。マサイア事件は、1959年のスパーノ事件¹¹⁾の補足意見を法廷意見として採用したものである。スパーノ事件の事案は、起訴後に被告人が警察に自首し、その後、夜の7時から8時間に渡って、途中被告人のたび重なる弁護人との接見要求を無視して取調べが行われ、被告人が自白したというものである。法廷意見が取調べの全体事情を総合して

7) Id, at 57.

8) *Hamilton v. Alabama*, 368 U. S. 52 (1962).

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

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

11) *Spano v. New York*, 360 U. S. 315 (1959).

自白を排除したのに対し、スチュワート裁判官の補足意見¹²⁾は、弁護権侵害のみを根拠として自白を排除すべきだとした。スチュワート裁判官が弁護権侵害を認定した理由は、合衆国の刑事裁判では起訴の後にアレイメントと公判が続くことになっており、これらの手続で被告人に弁護権が絶対的な権利として保障されているのだから、警察での被告人取調べでも、弁護権が同じように保障されなければならないというものであった。ダグラス裁判官の補足意見¹³⁾も弁護権侵害の点を重視し、これを自白排除の根拠に付け加えるべきだと主張した。起訴後に裁判官と陪審による公判審理を予定しておきながら、事前に警察による審理を行い、そこで得られた自白が証拠として公判に提出されるのでは、裁判は似非裁判 (kangaroo court procedure) になってしまう、といわれた。

マサイア事件は起訴後の事件であったが、同じく1964年のエスカビド事件¹⁴⁾では、起訴前の取調べ、つまり被疑者の取調べに第6修正の保障を及ぼし、マサイア事件を拡大した。エスカビド事件では、謀殺を理由に逮捕された被疑者が黙秘権の告知も受けず、弁護人との接見を繰り返し要求してもすべて拒絶された状況で、犯行への加担を認めたという事案で、第6修正の弁護権侵害を理由にこの供述が排除された。捜査が未解決の犯罪の一般的捜査ではなく特定の被疑者に焦点を当てた時点で、被疑者は被告発者となる。しかもイリノイ州法上、謀殺については犯行への加担を承認することが実行行為を行ったことの承認となるが、このことを被疑者は知らなかったのであるから、ここでの取調べは被疑者にとって弁護人の助力が最も必要だった時期であり、アレイメントや予備審問と同様に決定的に重要な段階であった。身柄拘束下の取調べで、黙秘権の告知も受けず弁護人との接見も拒絶されているというこの事件の事情からすれば、被疑者の第6修正の弁護権が侵害されている、と判示された。

1967年のウェイド事件¹⁵⁾では、起訴後、弁護人に知らせることなく被告人に

12) *Id.*, at 326 (Stewart, J., concurring).

13) *Id.*, at 324 (Douglas, J., concurring).

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

15) *United State v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967).

対し面通し (line-up) を行い、証人が被告人を犯人と識別し、公判でも被告人が犯人であると証言した事案で、第6修正の弁護権侵害を理由に、証人の公判での犯人識別証言が排除された。公判前の手続であっても、その結果が被告人の命運を決し、弁護人が立ち会わないことにより、結局、被告人の公正な裁判を受ける権利が侵害されてしまう虞のあるような決定的に重大な手続 (critical procedure) で、被告人が検察官と対峙する場合には、第6修正の弁護権は及ぶとし、面通しに弁護人が立ち会っていれば、公判での犯人識別証言を効果的に攻撃することもできるかもしれないということで、起訴後の面通しは、この決定的に重要な手続に当たるとされた。このウェイド事件の判断は、類似の事案を扱ったコンパニオン・ケースである1967年のギルバート事件¹⁶⁾でも確認されている。

1970年のコールマン事件¹⁷⁾では、起訴前の予備審問手続 (preliminary hearing) で第6修正の弁護権が始動すると判示された。公判前手続で弁護人を欠いたことによる防禦上の不利益 (prejudice) が、公判での反対尋問、効果的な弁護に悪影響を及ぼし、ひいては被告人の公正な裁判を受ける権利を否定することになる。このような理論構成で、パウエル事件、ハミルトン事件、ホワイト事件、ウェイド事件、ギルバート事件等の先例では公判前手続での第6修正の弁護権の始動が認められたのだとコールマン事件では説明された。コールマン事件で問題になったアラバマ州の起訴前予備審問手続の直接の目的は、事件を大陪審に付すだけの十分な証拠があるか否かを審査することと、保釈金額を算定することであるが、①予備審問手続での証人尋問を通して国側の主張・立証の致命的な弱点を明らかにして、被疑者の釈放につなげることもあり得る、②国側証人に対する尋問を通して、公判で証人の証言の証明力を減殺する方法が見出せたり、公判に出頭しない証人による被告人に有利な証言を保全するこ

16) *Gilbert v. California*, 388 U. S. 263 (1967).

17) *Coleman v. Alabama*, 399 U. S. 1 (1970).

とができる、③国側の主張・立証を明らかにし、公判準備に役立てることができ、④早期の精神鑑定の実施、保釈等を求める効果的な主張を行い得る等の利益が被疑者側にあるので、このアラバマ州の予備審問手続は決定的に重大な段階であるとされた。

ところが、1972年のカービー事件¹⁸⁾では、起訴前の面通しで弁護人の立会いを欠いたという事案で、証人の公判前及び公判廷での犯人識別証言が証拠に許容された。カービー事件では、複数意見ではあるが、パウエル事件以降の先例をまとめ、先例では第6修正の弁護権が、裁判官の関与する対審の形をとる手続(adversarial judicial proceedings)が開始した時点から始動するとされているとの指摘がなされた。この時点は、国が訴追を行っていると思われる時点であり、政府と個人の対立関係が固まり、被告発者は組織社会の有する訴追の圧力に直面し、複雑に入り組んだ刑事実体法及び手続法に巻き込まれたのを知るのであるといわれた。そして、裁判官の関与する対審の形をとる手続開始前に行われた面通しに基づく犯人識別証言への不当影響の問題に対しては、デュー・プロセスによる規律で対処すべきであるとされた。

この裁判官の関与する対審の形をとる手続が開始したか否かという基準を用いて、1977年のブリューワー対ウィリアムズ事件¹⁹⁾ 1986年のジャクソン事件²⁰⁾ 1991年のマクニール事件²¹⁾では、逮捕後の裁判官への最初の引致手続(arraignement)・冒頭出頭(initial appearance)で、第6修正の弁護権が始動すると判示された。

(2) 弁護権放棄の問題

公判前手続に前倒しして適用された第6修正の弁護権が、どのような要件の下で放棄を認定できるのか、とりわけ取調べにあっては、ミランダ警告を与え

18) *Kirby v. Illinois*, 406 U. S. 682(1972) (plurality opinion).

19) *Brewer v. Williams*, 430 U. S. 387 (1977).

20) *Michigan v. Jackson*, 475 U. S. 625 (1986).

21) *McNeil v. Wisconsin*, 501 U. S. 171 (1991).

た上で供述がされれば、弁護権放棄を認定してよいかが、これまで問題となってきた。

前出のブリューワー対ウィリアムズ事件では、公判前の手続での第6修正の弁護権保障にあっても、公判での弁護権についてジョンソン対ザーブスト事件²²⁾以降採られている有効放棄法理²³⁾が妥当することを確認した上で、被疑者が明示的・黙示的に弁護権の保障を要求していること、捜査官が弁護権の告知もせずに、被疑者の弁護権放棄の意思も確認していないこと等の事情から、弁護権放棄を認定しなかった。

次に、前出のジャクソン事件では、逮捕後の裁判官の下への最初の引致の際に、被疑者が弁護人の国選を請求したが、弁護人と接見する前に警察によりミランダ警告を与えられて取調べを受け自白した事案で、権利放棄を認めず、第6修正の弁護権侵害を認定した。裁判官への引致により第6修正の弁護権は始動するが、これによりそれ以前の第5修正の弁護権が保障される段階に比べ弁護権の重要性が低下するわけでもなく、弁護権保護のための付加的な保護策を施す必要性が低下するわけでもないので、第6修正の弁護権始動後も第5修正のエドワーズ法理²⁴⁾が妥当するとし、被疑者が弁護人の助力を受けられるようになるまでは、取調べが禁止されるとした。

しかし、1988年のパタソン対イリノイ事件²⁵⁾では、警察で身柄拘束中に起訴された旨を告げられた被告人が、ミランダ警告を告げられた上で取調べを受け、自白した事案で、被告人が弁護人の選任を請求していないことを理由に、エドワーズ法理は適用されないとして、弁護権放棄を認定した。このように、弁護

22) *Johnson v. Zerbst*, 304 U. S. 458 (1938).

23) 権利の内容と放棄の結果を知り、自己の置かれた状況を知悉して、意思に瑕疵のない状況でする放棄のみを有効とする考え方。合衆国での弁護権保障における有効放棄法理の発展については、渥美東洋「国選弁護権の告知と請求と放棄」比較法雑誌6巻1・2号73頁参照。

24) 取調べ中に被疑者が弁護人の助力を求めた場合には、被疑者の方から警察に話しかけない限り、被疑者が弁護人と相談し弁護人の助力を得られるようになるまでは、取調べを再開してはならないとする法理。See, *Edwards v. Arizona*, 451 U. S. 477 (1981).

25) *Patterson v. Illinois*, 487 U. S. 285 (1988).

権の請求があったか否かでジャクソン事件とは区別されとしたのである。さらに、被告人が、ミランダ警告が与えられただけでは第6修正の弁護権の有効放棄を認定するには不十分であると主張したのに対し、法廷意見は、エドワーズ法理では被疑者の弁護人の助力を受ける権利の請求が要件となっており、ジャクソン事件では実際に、被疑者が弁護権を請求していること、また、ミランダ警告では取調べ中の弁護人の立会いを求める権利及び国選弁護権を告知しているので弁護権の内容を被告人に知らせており、さらに権利放棄をして供述をすればその供述が自己に不利に用いられることがあることを告知しているので、権利放棄の結果を知らせていることから、弁護権の有効放棄が認められるとした。

(3) 余罪捜査と弁護権保障の問題

ある犯罪に関して裁判官が関与する対審の形をとる手続が開始された被告発者が、余罪について捜査の対象となっている場合に、この余罪についても第6修正の弁護権の保障が及ぶか否かが問題とされてきた。

1985年のモウルトン事件²⁶⁾では、盗犯 (theft) で起訴された被告人に対し、警察への協力者となった共犯者が司法妨害 (証人の殺害計画) の捜査目的で接近し、余罪についての負罪供述を引き出した際に、起訴された盗犯についての負罪供述も引き出したという事案で、たとえ余罪捜査という正当な目的があったとしても、起訴された盗犯についての負罪供述を証拠に許容することは、第6修正の弁護権侵害となると判示された。その際、法廷意見はまず、正式告発がなされた犯罪についても、警察には補充捜査を行う利益があり、また、正式告発後でも余罪について捜査を行う利益があることを認めた。その上で、正式告発された犯罪については、たとえ捜査の利益があっても、憲法により第6修正の弁護権保障の制約を受けるが、余罪についてまで弁護権保障による制約が及

26) *Maine v. Moulton*, 474 U. S. 159 (1985).

ぶということになれば、余罪捜査の利益が不当に害されることになるとして、たとえある犯罪について弁護権が始動しても、余罪についてまでその弁護権保障の効力は及ばないとの立場を示した。このように、第6修正の弁護権の保障が告発された犯罪事実単位（＝起訴状記載の公訴事実単位， offence specific）に及ぶとの考えが示唆された。ただし、実際の事案の処理としては、告発された犯罪事実についての自白が獲得されたのがたとえ余罪捜査中であっても、この事件では、告発された犯罪事実の話が及び、これについての供述が引き出される可能性が高いことを捜査機関が知っていたという事情もあり、余罪捜査を名目とする捜査機関の権限濫用の防止ということから、この自白を証拠に許容することは第6修正の弁護権侵害となると判示されたのである。

その後、前出の1991年のマクニール事件では、武装強盗（armed robbery）で逮捕後、裁判官の下へ出頭し、弁護人を選任した被告発者に対し、武装強盗とは無関係の謀殺（murder）等について警察官がミランダ警告を与えた上で取調べをし、自白を得たという事案で、前出のモウルトン事件を引用して、第6修正の弁護権が、告発された犯罪事実単位に及ぶものであることを明言し、余罪については第6修正の弁護権は始動していないとした。そしてその上で、第6修正の弁護権を援用したことにより、余罪について第5修正の弁護権を援用したことになるかという問題について、両弁護権の性質の違いに着目して、これを消極に解した。すなわち、第6修正の弁護権は、当事者・論争主義の手続が開始された後、決定的に重大な局面で政府と対峙する場合に、孤立無援の被告人を保護しようというものであり、他方、第5修正上の弁護権（ミランダ上の弁護権）は、身柄拘束下で取調べを受けている被疑者がもつ、警察への対応は必ず弁護人を通して行いたいという欲求を保護しようというものである。したがって、第6修正の弁護権を援用しても第5修正の弁護権を援用したことにはならないとされた。²⁷⁾

さらに、2001年のコップ事件²⁸⁾では、被告人が同一の機会に行った押し込み（burglary）と謀殺について、押し込みのみで起訴され、弁護人が選任されている

状況で、警察官が謀殺について弁護人に知らせることなく、ミランダ警告を与えて取調べをし、自白を得たという事案で、マクニール事件で採用された「告発された犯罪事実単位の原則」にいう犯罪事実 (offence) の範囲は、証拠の同一性を基準とするブロックバーガー・テスト²⁹⁾により決せられるとし、押し込みと謀殺はブロックバーガー・テストでは同一犯罪事実ではないとされ、余罪たる謀殺については第6修正の弁護権保障は及ばないとされた。反対意見は、現在では刑罰法規が高度に細分化しており、同一の機会に行われた犯罪行為は複数の刑罰法規に触れる可能性があるが、このような状況で、ブロックバーガー・テストを導入すれば、第6修正の弁護権保障は骨抜きになるとし、告発された犯罪事実と密接に関連する犯罪事実にまで第6修正の保障の範囲を広げるべきだと主張した³⁰⁾。これに対し、法廷意見は、第5修正の二重処罰禁止・二重危険禁

27) ちなみに、合衆国最高裁判所の判断で示された第6修正と第5修正の弁護権の違いをまとめると以下ようになる。まず、保護目的であるが、第6修正の弁護権が保護するのは、当事者・論争主義の手続での当事者たる被告人の利益であり、第5修正の弁護権が保護するのは、被疑者の供述の自由である。つぎに、適用場面であるが、第6修正の弁護権は、裁判官が関与する対審の形をとる手続が開始された後に、被疑者・被告人から意図的に供述を引き出す場合すべてに適用されるのに対し、第5修正の弁護権は、捜査官による身柄拘束下での被疑者取調べに適用される。さらに、保障が及ぶ範囲であるが、第6修正の弁護権は告発された犯罪事実(起訴状記載の公訴事実、被疑事実)に限定されるが、第5修正の弁護権にはそのような限定がない。最後に、権利放棄の認定に関しては、第6修正の弁護権は、ミランダ警告後に被疑者・被告人が供述を始めても放棄は認定されないが、第5修正の弁護権は、ミランダ警告後に被疑者が供述を始めれば権利放棄が認定される。以上の点については、多田・前掲註4) 273頁参照。

28) *Texas v. Cobb*, 69 U. S. L. W. 4213 (2001).

29) 成立する犯罪事実が1個か2個かを判断する際に、各犯罪事実で他方の犯罪事実では要証事実とはされていない事実を要証事実としているか否か(証拠の共通性)で判断するもの。See, *Blockburger v. United States*, 284 U. S. 299 (1932).

30) *Texas v. Cobb*, 69 U. S. L. W. 4213, 4217-20 (2001)(Breyer J., dissenting). 反対意見は、たとえば、兇器を所持した男が店のカウンターでレジ係につかみかかり、現金を要求するという武装強盗(armed robbery)の事案の場合、多数意見による「犯罪事実」の定義に従えば、武装強盗、暴行(assault)、故意の身体接触(battery)、不法侵入(trespass)、重罪遂行中の火器の使用(use of a firearm to commit a felony)、重罪犯人による火器の所持(possession of a firearm by a felon)といった犯罪行為が認定されるが、強盗についてしか告発がされていない場合には、法廷意見の基準によれば、レジ係への暴行など告発されていない犯罪事実すべてについて、弁護人に知らせずに捜査官は取調べを行うことができることになる、と批判する。

止の領域で、犯罪事実の個数を決する際に用いられている基準と、第6修正の弁護権適用の際の「告発された犯罪事実単位の原則」にいう犯罪事実に関する基準と、異なる基準にしなければならない理由が見当たらないとし、また、反対意見の基準に対しては、実際に起こった犯罪が何であったのかが、捜査の途中で捜査機関にすべて判明しているという非現実的な前提に立つものだと批判した。

(4) 合衆国最高裁判所の判例の動向についての若干のコメント

以上見てきたように、合衆国最高裁判所は、元来は公判での弁護権である第6修正の弁護権を、当初は刑事手続での決定的に重大な段階でその保障が欠ければ、公判での被告人の防禦に取り返しのつかない影響が生ずるとの理由で、公判前の手続にも前倒しして適用してきた。その結果、一時はエスカビド事件で、身柄拘束下での被疑者取調べにも第6修正の弁護権が及ぶとの立場を示した。しかし、ミランダ事件以降、被疑者の身柄拘束下での取調べの際に適用される弁護権は、供述の自由を保障するための第5修正の（ミランダ上の）弁護権であると理解されるようになり、エスカビド事件はこの領域での先例としての価値を失っている。そして、起訴前の面通しの手続での弁護権保障の可否を争ったカービー事件で、第6修正の弁護権の始期に関して、「裁判官の関与する対審の形をとる手続」が開始した時点という基準を打ち出し、それ以降一貫してこの基準を適用し続けている。

ところで、起訴後の面通しの手続に第6修正の弁護権の保障が及ぶとしたウェイド事件には、依然先例としての価値が認められているが、起訴前であろうと起訴後であろうと、面通しの手続で一旦証人に不当な影響が及べば、それを公判で除去することは著しく困難で、その結果被告人の防禦に重大な不利益が生ずるという点では変わりないように思われる。逆にカービー事件でいわれたように、起訴前の面通しの手続での証人への不当影響の問題に対してはデュー・プロセスの保障で対処すれば足りるというのであれば、同じことが起訴

後の面通しの手続についてもいえるはずである。また、被告人から供述を採取する場合には第6修正の弁護権を保障しなければならないが、「裁判官が関与する対審の形をとる手続」が開始する前に被疑者から供述を採取する場合にはそれは不要であるというのが、現在の合衆国最高裁判所の立場であるが、自白をしてしまえば公判での防禦に決定的なダメージが及ぶという点では両者に変わりはないので、この点からすれば、どちらの場合にも弁護人の助力が必要だということになるように思われる。このように、弁護人の助力の必要性という点からは区別のつけにくいものを、合衆国最高裁判所は、「裁判官が関与する対審の形をとる手続」が開始したか否かという基準で区別している。このような基準を採用する基礎には、「裁判官が関与する対審の形をとる手続」の開始により、大まかにいって捜査段階から公判段階へと別の段階に刑事手続が移行したとの見方があるように思われる。この点は、エスカビド事件で第6修正の弁護権の適用に反対したスチュワート裁判官の反対意見によく示されている。「裁判官が関与する正式かつ重要な手続が行われることにより捜査は終了し、当事者・論争主義の手続が開始する。第6修正上の権利が適用されるのはこの当事者・論争主義の手続である³¹⁾」とスチュワート裁判官は述べている。捜査と公判の性質の違いに着目し、それぞれの段階で被疑者・被告人には異なった権利が保障されとの考え方が、ここでは示されている。公判前手続への第6修正の前倒し適用に関し、その法理の形成を合衆国最高裁判所内でリードしてきたのはスチュワート裁判官であるから、この言葉には重みがある。

さて、「裁判官が関与する対審の形をとる手続」の開始を、合衆国最高裁判所は、最も早い段階で、逮捕後の裁判官への冒頭出頭・逮捕被疑事実に対する認

31) *Escobedo v. Illinois*, 378 U. S. 478, 493-94 (1964) (Stewart J., dissenting). また、この点については、See, Joseph D. Grano, *Confessions, Truth, and the Law* (The University of Michigan Press, 1993) pp. 164-65. グラノ教授は、こうしたスチュワート裁判官の立場を、形式主義的であると批判する。しかし、手続のある段階から被疑者・被告人に前の段階と異なる役割・地位を憲法や法が予定することにより、異なった内容の権利が保障されることになるというのは、なにも形式主義的な説明ではないと思われる。

否手続（アレイメント）の時点で認めるが、この段階は、我が国の手続でいえば被疑者の勾留質問の段階である³²⁾。このような早い段階で、「裁判官が関与する対審の形をとる手続」の開始を認めるのは、合衆国では州によってさまざまな公判前手続があり、しかも中にはハミルトン事件で問題になったアラバマ州の手続のように、当の公判前手続で抗弁を提出しなければ、後の公判では提出できないというものもあるなど、我が国では公判で行われているような手続であっても公判前に行われているという事情があるからではないかと推測される。

ところで、合衆国最高裁判所は、手続の段階が捜査から公判へ移ったとの考え方を基礎に、公判での弁護権の前倒し適用を認めながら、この考え方を徹底できないでいる。たとえば取調べでは、弁護人の活動を公判での活動と同様のものとはせず取調べへの立会いに限定したり³³⁾、あるいはモウルトン事件のように、正式告発後にも警察には補充捜査と余罪捜査の利益が認められるとし、さらにそこからコップ事件のように余罪取調べの許される範囲を広く認めたり、また、パタソン事件のように、弁護人選任の請求がなされていなければ、ミランダ警告後に自白していることをもって弁護権放棄を認定するなど、弁護権に関する有効放棄法理との整合性が疑われる判断が示されている。こうした判断が下されている背景には、叙上のように早期の段階で第6修正の弁護権の始動を認めていること、さらには、起訴後第1回公判期日までの期間が、一般に我が国に比べ非常に長い³⁴⁾ ことなどの事情があるのではないかとと思われる。

32) 小早川・前掲4) 358頁参照。

33) 公判と同様の弁護人の活動を認めれば、取調べに対して弁護人が積極的に口を挟むことを認めることになり、取調べが実際上不可能になる。この点については、渥美東洋『レスン刑事訴訟法 下』（中央大学出版部、1987年）8-9頁、16頁参照。

34) たとえば、連邦法上は起訴が70日以内に公判を開始しなければならないということになっているが、ミシシッピ州・バージニア州のように、この期間を270日以内としている州や、カンザス州・ミズーリ州のように190日以内としている州もある。また、逮捕から公判開始までの期間を、マサチューセッツ州・アーカンソー州のように365日としている州、アイダホ州・ルイジアナ州のように360日としている州もある。この点については、デル＝カーメン（佐伯千仞監訳）『アメリカ刑事手続法概説』（第一法規、1994年）370-72頁参照。

3 被告人取調べに関する我が国の議論

(1) 被告人取調べの可否

被告人取調べについて³⁵⁾ 我が国では、大別して、これがすべての手続段階で許されないとする消極説、逆に、すべての手続段階で許されるとする積極説、第1回公判期日までは許されるが、それ以降は裁判所の許可を得ることが条件となるとする中間説が対立している。

すべての手続段階で被告人取調べを許さないとする見解は、取調べを認めることが当事者・論争主義の下での当事者としての被告人の地位に反すること、公判での被告人の主体的活動を大幅に抑制することになることなどを根拠に挙げる³⁶⁾ 他方、消極説には、補充捜査の必要性を強調してその根拠とするもの³⁷⁾ や、いわゆる弾劾的捜査観に基き、被疑者と被告人の地位に本質的な区別を認めず、被疑者に対して任意取調べが認められているのであるから被告人にも同様に任意取調べが認められるはずだとするもの³⁸⁾ などがある。中間説は、被疑者段階では刑訴法198条により取調べが許され、公判が開始されれば刑訴法311条の被告人質問により被告人から供述を得ることができるが、起訴後第1回公判期日までは供述入手の機会がないので、被告人取調べを認めるべきだとする³⁹⁾

判例は、かつて下級審で、叙上の消極説、積極説、中間説に対応する判断が対立していたが、最高裁は昭和36年の決定で、起訴後第1回公判期日前に検察官が被告人を取調べた事案において、なるべく被告人取調べは避けるべきだと

35) 判例・学説については、たとえば、田口守一「被告人の取調べ」(井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』(日本評論社、1991年)489頁参照。

36) たとえば、高田卓爾『刑事訴訟法 二訂版』(青林書院新社、1984年)337頁、渥美東洋『刑事訴訟法 新版補訂』(有斐閣、2001年)55頁、同「被告人の取り調べの是非と論争主義的公判構造」判タ323号35頁参照。

37) たとえば、河上和雄「起訴後、捜査官が被告人を取り調べ得る限度他」警察学論集32巻7号149頁、宇津呂英雄「起訴後における被告人の取調の適否」警察学論集36巻5号150頁。

38) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)121頁。

39) たとえば、出射義夫『法律実務講座刑事編3巻』595頁。

しつつも、結局は、被告人取調べを認めるとの立場を示した⁴⁰⁾ すなわち、刑訴法 198 条では、取調べを「被疑者」に限定しているが、刑訴法 197 条も捜査目的を達成するために必要な取調べを捜査機関が行い得ると定め、しかもここでは任意捜査について何ら制限をしていないので、公訴維持のために必要な取調べを行うことができる、としたのである。

その後の下級審は、この昭和 36 年決定を前提に、刑訴法 197 条により許される取調べの条件を模索することになる。たとえば、昭和 43 年大阪高裁判決⁴¹⁾ は、被告人自らが取調べを求めた場合、出頭義務・取調受忍義務がないことを十分に知った上で出頭した場合に限って被告人取調べが許されるとした。また、昭和 49 年大阪高裁判決⁴²⁾ は、取調受忍義務を否定し、弁護人の立会いを条件に被告人取調べを肯定した。さらに昭和 50 年東京地裁決定⁴³⁾ は、端的に弁護人の立会いを条件に被告人取調べを肯定している。

(2) 被告人に対する余罪取調べの可否

余罪たる被疑事件について被告人を取調べることは許されるかという問題について⁴⁴⁾ 最高裁は、昭和 30 年判決 (いわゆる帝銀事件判決)⁴⁵⁾ で、これを肯定する判断を示した。また、余罪たる被疑事件についての捜査の必要を理由として被告人と弁護人の接見交通を制限できるかという問題を扱った事案⁴⁶⁾ でも、被告人の身柄を利用した捜査の中で取調べを特別視してはいないので、余罪たる被疑事件の取調べができることは、当然の前提とされているように思われる。

40) 最三小決昭 36・11・21 刑集 15 卷 10 号 1764 頁。

41) 大阪高判昭 43・12・9 判時 574 号 83 頁。

42) 大阪高判昭 49・7・1 判時 755 号 118 頁。

43) 東京地決昭 50・1・29 判時 766 号 25 頁。

44) 判例・学説については、たとえば、久岡康成「起訴後勾留中の被告人に対する余罪の取調べについて」立命館法学 2000 年 3・4 号 1382 頁、山本正樹「被告人に対する (余罪の) 取調べ——いわゆる旭川日通営業所長殺害事件を契機として——」近大法学 35 卷 3・4 号 53 頁参照。

45) 最判昭 30・4・6 刑集 9 卷 4 号 663 頁。

46) 最一小決昭 55・4・28 刑集 34 卷 3 号 178 頁、最二小決平 13・2・7 判時 1737 号 148 頁。

学説上は、被告人は余罪については被疑者であるから、被疑者取調べとして余罪取調べが肯定されとする見解⁴⁷⁾があるが、他方で、「起訴前に取調べを行おうとすればできた余罪取調べを、起訴後に行うことで、公判の当事者・論争主義の構造を危うくすることは許されない」として、原則として余罪取調べを禁止する見解⁴⁸⁾ 余罪について逮捕・勾留されていない場合には余罪取調べは許されないとする見解⁴⁹⁾ も主張されている。

4 被告人取調べを巡る問題についての若干の検討

以上のような被告人取調べを巡る問題について、憲法 37 条の弁護権保障の観点から、若干検討を加えてみたいと思う。

(1) 被告人取調べの可否について

まず、憲法 37 条の弁護権保障の始期は、公訴提起の時点とすべきであると考ええる。合衆国のパウエル事件⁵⁰⁾で判示されているように、公判での弁護権といっても、公判でのみそれが保障されていればよいというものではなく、公判準備のための期間から保障されていなければ、権利の実効性は保たれない。さらに、より重要なことであるが、捜査と公判を異なる性格をもつ手続であると理解し、公判段階へ手続が移行したとみれる時点から、公判の弁護権は始動するとする、合衆国最高裁判所の判断の根底にある考え方は、適切なものであり、我が国の制度にも妥当するものであると思われる。とはいえ、我が国には合衆国のようにさまざまな公判前の手続が存在するわけではないので、「裁判官が関与する対審の形をとる手続」が開始した時点、我が国の制度でいえば被疑者の

47) たとえば、高田・前掲註 36) 337 頁。

48) 渥美東洋『刑事訴訟法 新版補訂』(有斐閣, 2001 年) 55—56 頁。

49) 石松竹雄「被告人に対する余罪の取調べと刑法 39 条 3 項の指定処分」(河村澄夫・古川実編『刑事実務ノート 第 3 巻』(判例タイムズ社, 1971 年)) 66 頁。

50) *Powell v. Alabama*, 278 U. S. 45 (1932).

勾留質問の手續から、この権利を始動させる必要はないと考える。⁵¹⁾ 捜査が終了し、被告人の防禦対象が明確化し、国と被告人の対決構造が形成され、捜査段階から公判段階へ手續が移行するのは、わが国では公訴提起の時点であるとするに、何ら問題はないと思われる。

このように、公訴が提起され、被疑者から被告人へと地位が変わった時点から、憲法 37 条の弁護権は保障されることになるが、公判廷外での弁護権保障の内容は、どのようなものと考えらるべきであろうか。公判廷では、被告人は、検察官の主張・立証に対し徹底的な批判を加え、自己の利益を擁護するのに必要な助力を弁護人から得ることができる。公訴提起により手續の段階は、大まかにいって捜査から公判に移ったといえるので、公判廷の内外を問わず、被告人はこうした助力を弁護人から受けられると考えるべきではなかろうか。そうすると、仮に被告人取調べが許されたとしたとしても、その取調べは、こうした弁護人の助力を受ける権利を被告人に保障した上で行われなければならない。ここでの弁護権は、憲法 34 条の弁護権のような供述の自由の保障を主たる目的とするものではなく、国と対峙する被告人の利益を擁護するために必要とされるものである。⁵²⁾ 被告人の供述は、捜査段階とは異なり、任意供述でなければならないというだけではなく、自己の利益に十分配慮した賢明な判断でなければならない。したがって、取調べにおける弁護人の役割は、単に取調べに立会い、供述の自由を侵害するような取調べが行われていないか監視するというものではなく、被告人の利益を擁護するために、ときには「相手方の質問に一切答えないように、間に割って入る助言をすること」⁵³⁾ まで認められるというものに

51) これは何も、合衆国で行われているような公判前の手續を、我が国では設けるべきではないということではない。証拠開示の手續や証拠排除を検討する排除聴聞手續等を、公判前手續として設けるべきであると考え。ただし、これらの手續を行う時期は、起訴後第 1 回公判期日前の期間とすべきである。起訴前にこれらの手續を行うと、合衆国において見られるように、捜査の必要性との調整のために、さまざまな混乱が生ずるように思われる。

52) 憲法 34 条の弁護権と憲法 37 条の弁護権の相違については、渥美・前掲註 48) 242 頁以下、椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』(信山社、1993 年) 46 頁以下参照。

53) 渥美・前掲註 33) 8 頁。

なるはずである。よって、憲法37条の弁護権を侵害せずに被告人取調べが行える場合というのは、弁護人が取調べに立会い、しかも取調官の質問に口を差し挟んで取調べを中断させるような行動に出なかった場合に、実際上限られるということになるであろう。このような場合は想定し難く、結局のところ被告人取調べは、ほとんどの場合不可能となると思われる。

ところで、被告人取調べを肯定する積極説は、補充捜査の必要をその根拠の一つとするが、補充捜査の必要を強調する基礎には、捜査、公判を通じた一連の過程で事件の真相を明らかにすべきだとの考え方があるのではないかと推測される。この点で、公訴提起後から憲法37条の弁護権の保障を及ぼすべきだとの立場とは、根本的に相容れないものがある。被告人が犯罪を行ったと思われる十分な根拠があるから公訴が提起されているはずであり、事実の解明は公訴提起の時点で一応終了し、公判は被告人が犯罪を行ったとの検察官の主張を吟味する場であるとの見方の方が、現行の憲法・刑事訴訟法の理解として妥当である⁵⁴⁾と考える。

積極説の中にはまた、いわゆる弾効的捜査観を根拠にする見解があるが、弾効的捜査観は、捜査段階も被疑者と捜査機関との攻撃・防禦の関係であって、公判段階と基本的に性格が変わらないとし、違った意味で捜査と公判を一連の過程と見ている。さらに、被疑者に対して任意取調べが許されていることから、被告人についても任意の取調べであれば許されると主張するが、この主張は、被告人には被疑者と異なる弁護権が保障されとの理解を欠いたものであると評価せざるを得ない⁵⁵⁾。

54) 補充捜査の必要を強調する見解に対しては、また、見込み起訴を容認することにつながるという批判や、公判での審理と無関係に訴因変更を行うことを容認し、被告人の十分な防禦を阻害することにつながり、当事者・論争主義の公判構造が崩される危険が生ずるとの批判がある。この点については、渥美東洋「被告人の取り調べの是非と論争主義的公判構造」判タ323号35頁参照。

55) 弾効的捜査観に基づき被告人取調べを肯定する見解に対する批判については、また、渥美前掲註54)参照。同論文は、この弾効的捜査観に基づく見解も、公判での被告人の地位を弱体化するものであるとして批判する。

(2) 余罪取調べの可否について

被告人の公判での防禦は、起訴状記載の公訴事実（＝訴因）に対して行われるので、合衆国最高裁判所の判例⁵⁶⁾のいうように、公判段階の弁護権の効力は「告発された犯罪事実単位 (offense specific)」すなわち起訴状記載の公訴事実単位に及ぶとするのが妥当であろう。したがって、余罪取調べについては憲法 34 条の弁護権のみが問題となり、叙上のような憲法 37 条の弁護権の適用による条件付けは不要となる。もっとも、コップ事件の反対意見⁵⁷⁾が批判しているように、この「告発された犯罪事実単位」の原則を形式的に貫くと、起訴状記載の公訴事実すなわち被告事件の公訴事実と密接に関連する余罪についても弁護権の保障が及ばないことになり、余罪取調べを通じて被告事件の公訴事実に対する弁護権保障が骨抜きにされる虞がある。この場合、余罪の取調べは、被告事件の公訴事実と同一あるいは一連の社会的事実に関して行われるので、そこで得られた自白及びその自白を手掛かりに得られた証拠は、余罪と被告事件の公訴事実双方を立証する証拠となる。これらの証拠を余罪についての適法な取調べの成果とみれば、被告事件の公訴事実の証明に際しても排除されないことになる。また、被告事件の公訴事実と密接に関連する余罪について、弁護人が関知しない状態で取調べが行われると、全体的な防禦戦略をたてる上でも、大きな支障が生ずるものと思われる。よって、被告事件の公訴事実と密接に関連する余罪にまで拡張して憲法 37 条の弁護権の効力を及ぼすべきであると考ええる。コップ事件の法廷意見によれば、被告事件の公訴事実と密接に関連する余罪にまで弁護権の効力を及ぼす見解は、捜査の途中ですでに、実際に起こった犯罪が何であったのか捜査機関にすべて判明しているという非現実的な前提に立つものだということになるが、正確にどのような犯罪が起こったのかが判明していなくても、捜査機関が嫌疑を抱いて捜査対象に据えている事件という

56) *Maine v. Moulton*, 474 U. S. 159 (1985), *McNeil v. Wisconsin*, 501 U. S. 171 (1991), *Texas v. Cobb*, 69 U. S. L. W. 4213 (2001).

57) *Texas v. Cobb*, 69 U. S. L. W. 4213, 4217-20 (2001) (Breyer J., dissenting).

程度にこの「密接に関連する余罪」を理解すれば、非現実的な前提に立ち、後智恵で判断するような基準とはならないのではないだろうか⁵⁸⁾。よって、被告事件の公訴事実と密接に関連する余罪を取調べる場合には、弁護人を立ち会わせ、しかもそこで積極的な防禦活動を認めなければ、憲法37条の弁護権を侵害するということになる。

ところで、余罪として取調べられた被疑事件の中には、その後、追起訴されるものもあるわけであるが、余罪が次々と、いわば五月雨的に追起訴された場合に、被告人の側で、きちんとした防禦戦略に基づいて、充実した防禦が行えるのかという疑問が生ずる。従来の実務のように、月に1・2度程度しか公判が開かれないのであれば、公判期日を延期するという方法で、被告人に防禦の準備の機会を与えることができるのかもしれない。だが、現在、裁判員制度の導入が議論され、それに伴い集中審理方式の導入、公判の連日開催が検討されているが、集中審理方式が導入されるようになれば、こうした五月雨的な追起訴により、被告人側が適切な防禦戦略がたてられず、防禦に不利益が生ずる危険が高まるように思われる。実際に防禦上の不利益が生じたことが立証されれば、その公判手続は弁護権を侵害したものとなる。いわゆる事件単位の原則の下、こうした追起訴が許されてきたのであるが、被告人の防禦という観点からすれば、月に1・2度程度の開廷という現在の実務を前提にして初めて通用した理論であるともいえる。この問題については、いわゆる「手続単位」説を基礎に、合法的な逮捕・勾留下での余罪取調べを許し、「起訴後に重大な事実が判明したり、重大証拠が発見されたとか、起訴後の捜査を肯定しなければ、捜査に不可能を強いる結果となる場合には、例外的に、公判手続を停止させて取調べを許すという配慮を払うべきである。」との見解⁵⁹⁾が主張されている。被告人の公判での

58) たとえばコップ事件でも、謀殺が余罪として捜査機関に明確な形で判明していたわけではないが、被告事件たる押し込み(侵入盗)の被害者宅の婦人と娘の失踪事件は、捜査対象になっていた。謀殺は、この失踪事件で成立しうる犯罪の1つとして、捜査機関には意識されていたはずである。この失踪事件で成立しうる犯罪という程度の特定で、余罪の特定としては足りるとすれば、コップ事件の法廷意見の批判は当たらないように思う。

59) 渥美東洋『刑事訴訟法 新版補訂』(有斐閣、2001年)55—56頁。

防禦、弁護権保障の観点も含めて、事件単位の原則の妥当性について再検討すべき時期に来ているのではないかと思われる。

5 むすびに代えて

被告人取調べの問題について、合衆国最高裁判所の判例を手掛かりに、憲法 37 条の弁護権の保障という観点から検討を加えてきた。弁護権保障は、その内容が憲法から導き出されるものであり、しかも、単なる政策的な配慮によってこれを制約できるものではなく、基本的にはいわば譲ることのできない一線を示すものであるから、そのような意味で、この弁護権保障の観点は、きわめて重要なものである。被告人取調べについて、憲法 37 条の弁護権保障ということからいえるのは、被告事件及び被告事件と密接に関連する余罪について取調べる場合には、弁護人を立ち会わせ、しかも、質問に割って入る等の積極的な防禦活動を許さなければ、弁護権侵害になるということである。

もっとも、弁護権保障の観点はこのように重要なものではあるが、あくまで考慮すべき観点の 1 つに過ぎず、被告人取調べを巡る問題について、例外が認められる場合を含めて適否の具体的な基準を導き出すには、さらに、被告人の防禦の利益と捜査の必要について全面的な分析を行わなければならない。余罪取調べについては、特にこのことが妥当する。また、この被告人の防禦上の利益を分析するに当たっては、叙上のように、集中審理方式が導入されると、利益状況が現在とは大きく異なることになるという点に留意する必要がある。このような検討は、稿を改めて行うこととしたい。