

捜査段階における弁護士依頼権（序論）

椎 橋 隆 幸

一、序 説

二、法律問題・事実問題が区別されていた事情

三、弁護士依頼権の保障が及ぶ手続段階の早期化

四、捜査段階における弁護士依頼権の法的性格

一、序 説

自由の歴史は手続的保障獲得の歴史であるともいわれ、また、刑事訴訟の進展は弁護制度拡充の過程において行なわれたともいわれる。当事者主義を採用した場合、弁護人の役割は質的に変化を遂げ、量的には増大する。当事者主義においては、裁判所は純粋な判断者としての地位に退き、訴追者側と被告人とは対立する一方当事者となる。そこでは訴訟進行の主要部分（テーマの設定、証拠の収集その他）が当事者に委ねられており（被告人質問、職権証拠調はその大きな例外）、裁判所は当事者に任せておいては公平な裁判に欠けると思われるときにだけ手を出すのが原則である。

ところが、被疑者、被告人はその置かれている立場自体が種々な制限を受けているだけでなく、社会の複雑化、法規の技術化、専門化するにつれて、被疑者、被告人には法的保護者としての弁護人が当事者主義制度の前提として必要不可欠

となってくる。被疑者、被告人に認められている諸権利についても、その要件、効果などを知らないと適切に行使できないことになるので、弁護士依頼権は他の権利にもまして必要なものといえるであろう。⁽³⁾

ところで、形式的当事者主義であるならば公平な裁判が行なわれるような外観を整えるために弁護人がつけられればよい。ところが現実の力関係において、被告人は強大な国家権力を背景とする検察官と比べて、その力は極端に劣っている。そこで、当事者主義が実質的当事者主義を意味するものならば、被告人には、その法的補助者としての弁護人が必要となってくるのであり、その活動は、本来可能なかぎり自由でなければならぬ。また被告人の弁護を受ける権利は、ただ単に被告人の力が弱いので、弁護士がその援助をするという理由だけから要請されるのではない。In dubio pro reo の格言以来、無罪推定は刑事手続の大原則である。被告人は有罪が確定されるまでは無罪との推定を受ける。したがって、被告人は無罪が推定されるかぎり、本来、一人の市民としての自由を享受しうる立場にあり、彼は自分の無罪立証のための証拠収集等の防禦活動を最大限に行なうことができる。しかし、文明の高度化した国における準備活動は法的、技術的色彩の強いものも多いうえ、被告人が逮捕にひき続いて勾留されている場合には、弁護人の活動がなければ、本来享受しうる被告人の権利が奪われることになり、ひいては、公平な裁判の実現という国家司法作用の目的にも反することになってしまう。かくて、当事者である訴追側と被疑者とは力の差が極端に違うこと、しかも両者は公判に入ってから初めて対立するのではなく、事実上、捜査段階で対立した状態にあり、しかも捜査権力という裸の力が働くのでより激しい対立状態にあること、また、無罪推定を受ける地位にある被疑者は、拘禁されている場合、自己の対立当事者としての当然の権利を代って行なってもらわなければならないこと等の認識を前提としたうえで、しかも事件が実際には捜査の段階でほとんど決まってしまうことを直視すれば、弁護士依頼権の問題は、捜査段階における弁護士依頼権に焦点が当てられることになる。

(1) マグナブ判決におけるフランクファーター判事の言葉。「自由の歴史は主として手続的保障の遵守の歴史であった」
McKabb v. U.S., 318 U.S.332,347 (1943)

(2) 田宮教授は一九四八年の刑訴法の改正により弁護権の機能は本質的に転換したとされる。その背景には、訴訟目的における実体的眞実主義からデュー・プロセスへ、また訴訟構造における職権主義から当事者主義への進展がある。まず、実体的眞実主義は刑事訴訟は可及的に絶対的眞実に迫るものでなければならぬという絶対主義と犯人は一人として漏らさず有罪として処罰するという必罰主義とを内容に含む政策的主張であった。これに対し、現行法の下ではデュー・プロセスすなわち手続の公正の要求が第一義であり、無限に眞実を探索するのではなく、「眞実探求とみえるような手続」を重視する思想が中心にある。そして、それは主に被告人の人権保障のためにあり、その基礎には無辜の不処罰主義＝消極的眞実主義がある。さて、このような訴訟目的の二つの型の下での弁護の機能は、処罰の要求が第一義である実体的眞実主義の下では、弁護人はただか被告人が不当に処罰されないように監視するに止まる。これに対し、デュー・プロセスの下では、無罪立証のためのあらゆる便宜が与えられるべきであるから、被告人の無罪立証のためにもまた人権保護のためにも最大限の活動が要請される。次に、実体的眞実主義とデュー・プロセスはそれぞれ訴訟構造における職権主義と当事者主義を予定する。実体的眞実主義は必罰主義に他ならず、そのためには捜査で準備された事件を裁判所が引きついで補充し、自ら証拠を集めつつ事件を固める方式＝職権主義構造が要請される。これに対し、デュー・プロセス＝不処罰主義の下では検察官を訴追の当事者として位置づけ、被告人側の無罪証拠の収集と提出に最大限の便宜をはかるという構造＝当事者主義が要請される。これらを前提にして、不処罰主義を基礎にもつ当事者主義の下での弁護権の任務は、無罪推定の法理をうけて、無罪立証に中心がおかれることになるとされる。田宮 刑事弁護序説 裁判法の諸問題 下巻六二―七五頁参照。

(3) William M. Beane, *The Right to Counsel in American Courts*, (1955) p.1 参照

二、法律問題・事実問題が区別されていた事情

歴史的考察によれば、被告人に弁護人依頼権が認められるためには、イギリスでは叛逆罪は一六九六年まで、¹⁾また、重

罪でも完全に認められるには一八三七年まで待たねばならなかった。叛逆罪及び重罪の被告人に弁護人依頼権が認められなかったのは、国（裁判所）がよく被告人の利益をも擁護しようとするといわゆる実質的弁護の思想と同時に弁護人嫌忌の思想があったからであろう。従って、軽罪に弁護人依頼権が認められたのは、被告人の権利を中心に考えられたものではなく、いわば恩恵として与えられたものであった。しかも、弁護人の役割は法律問題の弁護のみに制限されていた。

なぜ弁護人依頼権が法律問題にのみ認められたかについて、コークは、第一に、事実の問題は客観的に明瞭でなければならず、みだりに、弁護人の主張によって左右されるべきものでないこと、第二に、この部分の利益は裁判官が被告人に代わってこれを擁護すべき責任があることなどを掲げている。⁽⁴⁾

コークの主張の基礎には次のような考えがあったからであろう。第一に、被告人は訴追側の論拠を否定することができれば無罪となるので、それには多くの技術を必要としない。第二に、裁判官は公平であり、すべてが法に従ってなされるかを気にかけている。⁽⁵⁾

実質的弁護の思想についてはさておき、そこに表われている弁護人の役割に対する考え方をみれば、弁護人は単なる法的訴訟技術の援助者としての役割しか与えられていないことがわかる。

しかし、弁護の対象を法律問題にのみ限定する方式には問題がある。第一に、事実問題・法律問題の区別の基準があいまいであり、実際には、それが被告人の不利な方向にも解釈された。⁽⁷⁾ 第二に、被告人の利益の保護という観点からみると、区別の合理性も疑わしかった。そこで、一八三七年には法律問題と事実問題との区別が廃止されるに到るが、⁽⁸⁾そこには、法律問題と同様、いやそれ以上に事実問題についても弁護人の必要があることの認識があったのであろう。

アメリカにおいては、弁護人依頼権を保障する規定がかなり古くから見出される。⁽⁹⁾ 例えば、ペンシルヴァニア州では一七一八年に、デラウェア州では一七一九年に、サウス・キャロライナ州では一七三一年に、ニューヨーク州では一七七七年に、それぞれ制定法によって重罪事件における弁護人の国選を要求する規定を設けていた。⁽¹⁰⁾ とくに、ノース・キャロ

ライナの1777年の制定法は法律問題のみならず事実問題にも弁護権が認められるとしていたし、サウス・キャロライナの1731年の制定法は公判のみではなく、すべての合理的なときに弁護人との自由接見を認めていた⁽¹¹⁾。このようにアメリカで進歩的な規定が明確な形で定められた理由は、第一には、国民の政府に対する不信感が強かったことと、第二には、微妙なコモン・ローは一般に知られていないか、不完全にしか理解されていなかった⁽¹²⁾ので、制定法に頼ってしまうという傾向があった⁽¹³⁾ことがあげられる。いずれにしても、事実問題にも弁護人の必要があることの認識が強かったことを注目しておく。

- (1) 叛逆罪に弁護権が認められた理由は、17世紀のイギリスは政治権力の交替の激しい時代であり、そのため、叛逆罪は政治上の経歴にはつきものようになってしまったという事情があったためである。当時の議員は常に自分がまきこまれる恐れがあったのである。Beane, p. 9
- (2) Karlen, *Anglo-American Criminal Justice* p. 3
- (3) Moreland, *Modern Criminal Procedure* p. 173参照。
- (4) An Historical Argument For The Right to Counsel During Police Interrogation, Yale L. J. vol. 73, p. 1024.
鴨「国選弁護人の法的性格」ジュリスト四八七号九九頁。
- (5) Yale L. J. vol 73 p. 1024-1025.
- (6) 18世紀になって弁護権が比較的幅広く認められるようになったのは、裁判所が国の利益を代表する割合が小さくなり、訴追は私人がこれに代り、裁判所は専ら判断者となって客観的に見られるようになったことと符号する(Beane, p. 10参照)。このことは、当事者主義においてこそ、弁護権の役割が一層強くなることの証左であろう。
- (7) Yale L. J. vol 73 p. 1025.
- (8) 法律問題・事実問題の区別があいまいであったことと関連することであるが、ビーニーによれば、両者の区別が廃止される以前

には、裁判官が被告人の権利を保護するため「法律問題」の範囲を緩やかに解釈していたといわれる。Beane, p. 24.

(8) 渥美「1964年C・J・Aの運用と改正の動向」ジュリスト四四〇号九四〜九五頁参照。

(10) Yale L. J. vol 73 p. 1030.

(11) Beane, p. 19.

(12) Beane, p. 17.

(13) Beane, p. 22. なお、アメリカではその独立がイギリス官憲の圧迫に対する反抗であったので、このことは種々の制度にイギリスのものを採り入れるのに当って大きな影響をもたらした。ここでは官憲の誠実さへの依頼を捨てて、国民自らの激しい活動に信頼することになったので、訴訟の面でも裁判官の後見の任務はイギリスよりもさらに後退し、弁護人は熱烈周到な訴訟活動を行なうよう要求されるようになった。青柳「犯罪とわが国民性」二一七頁。

(14) Beane, p. 15.

三、弁護人依頼権の保障が及ぶ手続段階の早期化

事実的な問題も弁護の重要な対象であるという認識は、必然的に弁護権の保障の及ぶ手続段階の時間的早期化をもたらす。

公判―法律問題、公判前―事実問題というのは、あまりに図式的にすぎるが、公判前の段階において、事実の問題がより重要な意味を持っていることは否定できない。

アメリカにおける弁護人依頼権の保障は、まず公判からアレインメント⁽¹⁾、予備審問⁽²⁾へ、そして、捜査段階における取調手続にまで及ぶのであるが、ここでは、エスカビド・ミランダに到る判例の進展の中で、パウエル判決の原型としての意義⁽³⁾すなわち、パウエルはその後の判例の進展の可能性をほとんどすべて内に含んでいたと思われる―を検討し、次に、

弁護人依頼権を公判前のアレイメントの段階に保障したハミルトン判決(Hamilton v Alabama, 368 U.S. 52 (1961))さらに、予備審問の段階に保障を挙げたホワイト判決(White v Maryland, 373 U.S. 59 (1963))を検討し、そこで弁護人依頼権が保障される理由と捜査段階において弁護人依頼権が必要な理由とを比較検討し、捜査段階での弁護人依頼権の保障が必然的であることを論証したい。

エスカビド・ミランダに到る弁護人依頼権の保障の発展は、パウエル判決(Powell v Alabama, 287 U.S. 45)において、すでにその可能性がほとんど出ているのではないかと思われる。周知の如く、パウエルは死刑事件における公判での国選弁護人依頼権の必要性を説いたものであるが、判決のなかで次のようなことを言っている。すなわち、被告人は「彼に対する」訴訟のすべての段階において「弁護人の援助の手を必要とする」のであり、弁護人依頼権は「公判と公判のための準備」において必要であるとされた。これは、公判前の準備にも弁護人依頼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、「危険な訴訟段階」に必要なとする爾後の発展への素地がみられるのである。

一九六一年のハミルトン判決では、アレイメントは危険な段階であるからという理由で、従来は公判段階でしか認められなかった弁護人依頼権をアレイメントの段階まで拡張した。アレイメントが何故危険な段階であるのかを判決にそってながめてみよう。

アラバマ州法においては、第一に、精神異常の抗弁はアレイメントでなされなければならず(15 Ala Code § 433)そのとき提出しなければ機会は失なわれる。その後は事実審裁判官の裁量によるほかは抗弁は許されない。そして、抗弁の受理拒否は上訴では訂正されない。第二に、訴訟却下抗弁(Pleas in abatement)もアレイメントでなされなければならない(15 Ala Code § 279)。第三に、令状却下の申立(Motions to quash)がなされなければならないのもアレイメントである。

このような被告人にとって重要な防禦方法の提出が義務づけられており、後からではその回復が困難であることを考慮して、ダグラス判事は「他の裁判管轄区におけるアレインメントの機能や重要性がいかなるものであれアラバマ州においては、アレインメントは刑事手続における危険な段階であることを十分示し得た。そこで起こることは、全公判に影響を及ぼすのである」と判示した。そして、アレインメントにおける弁護人依頼権保障の必要性については、「弁護人の立会によって被告人は可能な防禦のすべてを知ることができ、事情を心得た答弁が出来るのである」といって判決を結んでいるのである。

本件において、アレインメントが危険な段階だといわれたのは、種々な抗弁が提出されねばならないときに、被告人一人では、よくそれらの防禦をなし得ないということにあったことを注意しておこう。

ところが、一九六三年のホワイト判決では予備審問が危険な段階であるとして、弁護人依頼権を保障したのである。連邦最高裁は予備審問における弁護人の不在に起因する侵害を示すことなく、当該事情の下での有罪判決は、修正第一四条の適正手続に反すると判示したのである。

ホワイトは逮捕され、予備審問のためマジストレイトの面前へ引致され、そこで有罪の答弁をした。そのとき弁護人はついていなかった。その後、メリーランド州でアレインメントと呼ばれる手続で、彼は前の有罪の答弁を撤回して、無罪の答弁をした。公判では前の予備審問でした有罪の答弁が提出され、その証拠能力をめぐって論議がなされた。

結局、連邦最高裁は有罪判決を破棄するのであるが、ホワイトの場合、ハミルトンの場合とは「危険な段階」の考え方がかなり違ってきているように思われる。すなわち、アラバマ州のアレインメントにおいては「権利を保持するか失なうかの刑事手続の危険な段階」であったのに、ホワイトの場合は、第一に、メリーランド州では、アラバマ州の法律とは違って、予備審問で弁護人を指定する必要はない（現行刑法上、事実上可能性かない）。それに反して、アラバマ州の場合には、州法上アレインメントにおいて弁護人による弁護を受ける権利が認められている（15 Ala. Code 318）。第二に

被告人はそのとき答弁をする必要もないのである。

このような危険な段階の判断にはマイナスに働くような事情があるにもかかわらず、本件が、予備審問が危険な段階であることの積極的な理由づけを与えないで、簡単に予備審問が危険な段階であるとしたこと(9)の裏には、危険な段階であるためには、特にハミルトンの場合のように、種々の抗弁権を提出しなければならぬ時期であるとかの事情は必要ではなく、被告人の防禦の利益が、被告人一人では守れないようなおそれがある場合には危険な段階であり、従って弁護人がつけられねばならないと読めるのではないであろうか。(10)

ホワイトがその判決の最後の部分で、ハミルトンで述べた言葉「弁護人の立会いによって被告人は可能な防禦のすべてを知ることができるのである」(11)を強調して繰り返し返しているのは、被告人の防禦の利益が何であれ、それが侵されそうになったときにはいつでも危険な段階であり、弁護人依頼権が保障されるべきことを意味しているのではないであろうか。

ここまでくると、捜査段階における弁護人の必要性は自ら明らかになってくると思われるのである。ハミルトン・ホワイトで危険な段階とされた事情と捜査段階において被疑者が失うかもしれない防禦の利益とを較べてみると、捜査段階における危険性が、アレインメント、予備審問における危険に劣るとは考えられない。(12)否、むしろ、捜査段階は警察の捜査権力と直接衝突する場面であり、被疑者の防禦の利益が失われる危険は最も多いといえる。

拘禁中の尋問を考えてみよう。ただでも権力に弱い市民が逮捕され、外部との連絡を遮断されると、それだけでも彼はすでに正常な行為を期待できないと考えるのが一般の感覚であろう。しかも、尋問の雰囲気は強制的であり、尋問は自由追求にその本質がある。例えば、わが国の取調実務においては次のようなことが被疑者に言われている。(13)「ふざけるな」「とぼけるな」「考えながらしゃべるな」「考えるな考えるな、つくりごとをするな」「他の奴はみんなしゃべった、おまえもそのとおりしゃべらな」と一生出られないぞ」「とぼけている限り一年でも二年でも入れてやる」「いえは早く出してやる」「他の事件も全部おまえに背負わそうか」「事実を認めるならこれ一件だけで勘弁してやる」等々掲げればき

りがない。しかも、被疑者は連日連夜休みなく取調べられるのである。ところが、被疑者は黙秘するのがよいのか、話した方がよいのか、また、どの程度のことまで話しても差しつかえないのかの判断ができないのが通常である。⁽¹⁴⁾ しかも上述のような異常な雰囲気にある。半ば強制的にしゃべらされてしまうこともあるだろうし、うっかりと話してしまったり、あまりの取調の執拗さに後の公判で訂正すればよいなどと思つて供述したりしてしまふ。しかし、公判に入つて、被疑者の希望的観測は完全に打ち碎かれてしまふ。実務は依然として供述証拠中心の裁判であり、一度供述すると、それは証拠として提出され、しかも証拠能力を認めやすい現状なので、それをくつがえすことは困難である。⁽¹⁵⁾ 供述調書が有罪判決の決め手となる割合は驚くほど高率を占めているのである。⁽¹⁷⁾

以上のことから、捜査段階は被疑者にとつて、有罪になるか、無罪になるかが実質的に決まってしまう危険な段階であることが明らかとなつたと思うが、それは、次のことからさらに明瞭になる。つまり、わが国においては、起訴された事件のうち九九・五%以上が有罪であるという事実である。この九九・五%以上の有罪率という世界に例をみない数字の意味するものは何であろうか。その理由は、主として、検察官が起訴の段階で事件を絞つていふことによるものである。⁽¹⁶⁾ これは、検察官は、有罪の見込みどころか確信に近いものがなければ起訴しないということであつて、この事實は、事件はほぼ捜査の段階で決まつてしまつていふことを示していることがわかるであらう。

このように、捜査段階は公判やアレイメントや予備審問にもまして「危険な段階」なのであり、従つて、弁護人の必要性は必然化されるのである。このことを強く意識してアメリカ連邦最高裁は一九六四年、エスカビド判決(Escobedo v. Illinois, 378 U. S. 478) において起訴後の弁護人依頼権を、捜査が一定の段階に達した場合には当事者主義訴訟制度が働き、弁護人の必要性も起訴後における被告人の場合と変わらないとして、起訴前の捜査段階の弁護人依頼権を保障したのである。判決は次のように言う。すなわち、「刑事手続が一般的捜査から訴追的に転化したとき、つまり、その焦点

が特定の被疑者に集中し、その目的が自由を得るためのものになったとき、当事者主義制度が働き始め、そしてこのような状況のもとでは、被疑者は弁護人と協議することを許されねばならない⁽¹⁹⁾とし、さらに、本件のような事情の下では捜査で決定的な線が固まり、公判はたんにその上訴のようなものにすぎなくなるおそれがあるから、この段階で弁護人依頼権を保障しなくては公判での弁護権の保障が空文に帰してしまふ。そこで、「ゆえに我々は次のように判示する。すなわち、本件におけるごとく、捜査がもはや未解決の犯罪に対する一般的な探索ではなく、特定の被疑者に集中し始め、被疑者は警察の拘禁を受けており、警察は不利益な供述を引き出すのに役に立つ尋問手続を遂行し、被疑者は彼の弁護人と相談する機会を要求し、拒絶され、そして、警察が被疑者に憲法上の絶対権である黙秘権を効果的に告げなかった場合には、被疑者は、修正第一四によって州に強行される修正第六に違反して、弁護人の援助を拒否されたものであり、尋問中警察によって引き出されたいかなる供述も刑事裁判において彼に不利益に使われ得ない」⁽²¹⁾

かくして、捜査段階でも、被疑者が逮捕されたときから、修正第六の弁護権が保障され、かつ、その弁護権の内容は当然に拘束された被疑者と弁護人との接見交通権を含み、これを侵害して得られた自由は、任意性があるかどうかの判断をすることなく、排除される。

エスカビド判決はいわば修正第六の弁護人依頼権は、捜査段階での接見交通権の保障であることを明らかに示したものである⁽²²⁾。

しかし、エスカビドが「本件の事案では」とことわったために疑問点が残り、その解釈についても、エスカビドを広く適用するものと狭く適用するものとが現われた。第一に、エスカビド・ルールが適用されるのは被疑者があらかじめ選任した弁護人との接見を要求した場合だけなのか。第二に、弁護人の尋問への立会権まで含むのか。第三に、被疑者の弁護権は国選弁護権を含むのか。

第一の問題については、各州最高裁の解釈は様々にわかれていた⁽²³⁾。しかし、エスカビドのねらいとしたところは、逮捕

直後の尋問段階に、被疑者にとつて危険な段階であるから、その間、被疑者の黙秘権を実質的に保障する必要があり、そのためにも弁護人との接見交通権を保障すべきだというところにあると考えられるので、被疑者が弁護人との接見を要求したか否かによつて被疑者の取扱いを差別するのは不当であり、エスカビドを比較的広く解決した州がエスカビドの判旨にそつているといえよう。このことを裏づけるがごとく、また上述の第二、第三の疑問点を解決せねばならぬ必要にせまられて、連邦最高裁は一九六六年のミランダ判決 (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436) においてエスカビドの疑問点を広く積極的に解決した。

本件は修正第五と第六の絡み合った判決である。直接には、修正第五の黙秘権に反してとられた自白だから許容できないというものであるが、弁護人との接見交通権の侵害はそれ自体で修正第六の違反となり、しかも弁護人との接見交通権は修正第五の黙秘権保障の前提条件でもあるとする。

連邦最高裁はまず、被疑者にははつきりと黙秘権を告知しなければならないこと、及び供述内容はすべて公判廷において自己に不利な証拠として用いられることを説明しなければならぬ⁽²⁴⁾ことを述べた後、エスカビドの第一の疑問点、接見の要求を必要とするかについては「被疑者は尋問前に弁護人(との接見)を要求する必要がある。そのような要求は確実に弁護人を持つ権利を保障するが、弁護人を要求しなかったことが放棄を意味することにはならない。我々が本判決で述べた告知が特別になされた後でなければ、尋問中の弁護人依頼権の有効な放棄があったとは認められない。権利を知らなく、従つて要求をしない者は最も弁護人を必要としている者かもしれない⁽²⁵⁾」とし、第二の弁護人の取調への立会権を含むかについては、「拘禁中の尋問を取り巻く情況は、ただ尋問者によつて黙秘権を知らされただけの被疑者の意思を簡単に打ち負かしてしまふ。したがつて、我々が今日述べた制度の下における修正第五の黙秘権の保護のためには、弁護人を取調へ立会わせる権利が不可欠となる⁽²⁶⁾」かくて、修正第五の黙秘権を保護するための弁護人の必要性は単に取調前に弁護人と相談する権利のみならず、被疑者が望んだ場合には、取調中にも弁護人が立会うことのできる権利をも意味する

ものである⁽²⁷⁾とし、第三の国選弁護権を含むかについては、「被疑者が、取調が始まる前に弁護人の援助を望むと述べた場合、当局は被疑者が弁護人を選任していないとか、選任することができないとかいう理由で、被疑者の要求を無視したり、拒絶したりすることはできない。被疑者の財力はここにいう諸権利の範囲とは関係ない⁽²⁸⁾」とした。

結局、ミランダは次のことを確定した。すなわち、被疑者には実質的に黙秘権が保障されなければならない。それは当然に黙秘権の告知を含む。また、黙秘権の実質的保障のためには弁護人依頼権が必要であり、これも依頼権の告知を含む。

両者の告知は「明確で明瞭な用語で」また「効果的で明確な説明」によってなされなければならない。黙秘権の保障が始まる時期も「個人が警察署に身柄を拘束されるか、あるいは他のいかなる方法においても行動の自由を奪われて、最初に警察の取調に服する⁽²⁹⁾ときとなり、取調中の弁護人依頼権は立会権でもある。しかもそれは国選弁護権でもある。かくして弁護人依頼権は、その保障される時期・内容いづれにおいてもすこぶる徹底したものとなった。

(1) (2) 弁護人依頼権とアレイメント、予備審問とは密接な関係がある。被告人は迅速なアレイメントを受ける権利をもっているが、迅速なアレイメントの主な目的は被告人に弁護人を得させることにある。Rothblatt, *Police Interrogation: The Right to Counsel and to Prompt Arraignment*, *Brook. L. Rev.* vol 27 P. 25 参照。また、弁護人依頼権は、マジストレイトの前での予備審問と伝統的に結びついてきたが、ここで少し、マジストレイトの権限、機能が変化してきたことと弁護人依頼権との関係をみてみよう。当初、マジストレイトは司法のみならず捜査の役割をもっていたが、次第に検察官や警察官の発展により、マジストレイトの捜査における重要性は減少した。イギリスでは一八三〇年代の専門的警察の出現により、アメリカでもほぼ同じころに治安判事は法執行の義務を放棄し、今日我々になじみのある司法的役割に限定された。Edward T. Barrett, Jr., *Police Practices and the Law—From Arrest to Release or Charge*, *Calif. L. Rev.* vol 50. P. 17. 弁護人依頼権はマジストレイトの前における審問と密びついていた権利なので、マジストレイトが、その重要な役割の一つである捜査の権限を検察、警察へ移譲したことにより、弁護人依頼権もまた、検察、警察段階へと移っていかなければおかしいとも考えられよう。

(3) ここで、パウエル判決の背景とパウエル判決後の判例の進展に対する影響力の要因をみておく必要がある。

国選弁護の必要性が切実なものと同覚され、その自覚の下に連邦最高裁が、従来は私選弁護しか保障されていないとされていた考えを否定して、修正第一四を通して、修正第六の弁護権の範囲を拡張しようとしたのが一九三二年のパウエル事件である。一九三二年といえ一九二九年秋に始まった大恐慌が最悪の事態におちいついた時期である。工業生産額が減少し、これに対応して失業者数が増大した。一九二九年には一六〇万人だったのが一九三〇年には四三〇万人、一九三一年には八〇〇万、一九三二年には二〇〇万、そして一九三三年のはじめには一三〇〇万から一四〇〇万にまで増加した。しかも、特に一九三一年以後は大量の失業者の存在によって、職についている労働者も絶えず賃金引下げの脅威にさらされていた。こうして、労働者全体の所得額は一九二九年と一九三三年の間に五三〇億ドルから三一五億ドルへと下った(中屋健「アメリカ現代史」一二三頁参照)。また、恐慌が好転のきざしをみせず、社会不安は一層ひどくなり、特に一九三〇年代に入ると組織的な運動まで起るようになり、各地で騒擾が発生した。また社会主義者や共産主義者の活動も活発になり、その勢力も次第に増加した。こうした中でブランドアイス判事は合衆国の人民はいまや戦争以上の重大な非常事態に直面している、と体制維持の危機感を述べている(中屋、前掲一二三頁)。ところが、こうしたアメリカの産業全体が深い打撃を受けていたにもかかわらず大企業はむしろ利潤を増加していたことは注意しなければならない。

以上のような、失業、低賃金、その反面大資本家は潤っているというような状況のもとで、貧困な者が法をみる場合、法は彼らにとって抑圧するものであっても、彼らを守るものではないとうつるのは当然のことであろう。

刑事手続においても、被告人が、ただ金がないというだけのために弁護人がつけられず、その結果、有罪判決を受ける可能性が大きいということは、そういう結果を生む法制度自体が悪であるという思想を生み出し、法秩序に挑戦するようになる。かくて、社会秩序、法秩序を維持するためには、法の人権保障規定は金持ちだけではなく、貧困者の人権をも保護する規定であることを現実に示さなければならず、連邦最高裁がこれをパウエル事件において具体化させたといえる。

パウエル事件以後、弁護権を始めとして、その他人権保障規定に関するさまざまな判例の進展があった。連邦最高裁が何故三〇

年代以降、刑事司法に関心を示したかについては定説がない。ウィッカーシャム委員会による実態調査報告書の公表、制定法による連邦最高裁の権限の拡張、さらにヨーロッパにおけるナチズムないしファシズムの興起に対する反動などが考えられるとしたり（Schaefer, *The Suspect and Society*, Pg）それらに、禁酒法施行の影響および人種意識の向上の二点を追加するものもある（松尾「少年法と適正手続」ジュリスト四六四号八三頁注四）。それらは、それぞれが刑事司法の発展に原因を与えているが、その原因力は一様ではあり得ない。

大恐慌に先立つ一九二〇年代は第一次世界大戦のあとをうけた繁栄の時代であった。そのような状況下で、アメリカのナショナリズムが急速に抬頭し、市民の黒人に対する偏見は増大していた。他方、禁酒法のもとに組織的犯罪は急激に増加したが、警察の旧態依然たる組織と装備をもって、近代的設備をそなえ、組織化された犯罪活動に対抗することは非常に困難であった（安倍「自由に關する英米法上の諸原則」〔警察研究第二九卷一〇号五頁参照〕。社会秩序の維持者をもって任ずる警察がこのような事態に対処するため、あせりを感じて法の限界を超えて行なったのが、いわゆるサード・デグリー（Third Degree）と呼ばれる拷問による尋問であった。しかし、警察の無法は国会も黙っていることができず、ウィッカーシャム委員会をしてその実情を調査せしめ、同委員会はその報告として「法執行の無法状態についての報告」（*Report on Lawlessness in Law Enforcement*）（1931）を公表した。同報告書は市民に衝撃を与えた。

しかも、そのような被害を最も多く受けたのは少数民族グループと貧困者であり、両者は多くの場合一致している（とくに黒人の場合）。そこで、このような者に法的保護を与えなければ憲法にうたわれている平等保障はありえず、正義も実現されないだろうと連邦最高裁は考えて、勇断を示したのであり、もし、貧困な黒人に対する偏見に由来する反対があっても、裁判所自らが手本を示しつつ、それらを正していこうとしたのが三〇年代の判例の進展であったろう。

結局、当時の社会、経済的事情を背景とした貧困と人種差別の問題を法的に解決しようとする努力が三〇年代の刑事司法のめざましい進展の大きな原因だと考えることができると思う。判例進展のリーディング・ケースとされるパウエル判決の被告人が貧困な黒人であったことは偶然ではないであろう。

- (4) *Powell v. Alabama*, 287 U. S. 45, 69.
- (5) 「弁護人は、公判前に依頼人と相談し、準備する十分な時間を持たねばならぬ」287 U. S. 45, 55.
- (6) 田宮「捜査、自白、弁護権」捜査の構造 三六〇頁注1。
- (7) *Hamilton v. Alabama*, 368 U. S. 52, 54.
- (8) 368 U. S. 52, 55.
- (9) 判旨は次のように言っているだけである「メリーランド法における予備審問の通常の機能がどのようなものであれ、それは、本件においては、アラバマ法におけるアレインメントと同様、『危険な』段階である」*White v. Maryland*, 373 U.S. 59, 60.
- (10) 同じ一九六三年のギデオン判決が一九四二年以来適用されてきたベッツ法理（特別事情の法理（死刑事件以外では事件の事情〔被告人の年齢・職業・教育の程度・無知・無学・事件の軽重・複雑さ等〕によって弁護人の要否を決する）を棄てたことをあわせて考える必要がある）。
- (11) 368 U. S. 52, 55. 373 U.S. 59, 60.
- (12) 現在の警察権力の巨大化をも考慮する必要がある。中世イギリスでは犯罪捜査は市民の連帯責任であり、捜査はほとんど私人によって行なわれた。警察の犯罪捜査（警察の尋問を伴う）は一九世紀の産物なのである。Yale, L. J. vol 73 p. 1034-1035.
- (13) 小長井良浩「裁判の現状と弁護士の技術の限界」弁護士の実務・技術（講座）現代の弁護士 4 三六八頁参照。
- (14) 例えば、法律の素人であるエスカビドは単に殺人の共謀を認めただけだが、致命的打撃を打ったことを認めたことと同じくらい不利になるとは感じなかったであろう。Kadish & Paulsen, *Criminal Law and its Process* p. 908.
- (15) 強制的雰囲気における取調の事情とそこでとられた供述が簡単に証拠能力を認められていることの例証として次の言葉は参考になる。

「私は今を去る七、八年前の司法修習生の頃、警視庁において刑事等の被疑者の取調の様子を偶然垣間みることができた。それはテレビドラマで屢々見掛ける刑事部屋の雰囲気と殆ど異なるところはなかった。三、四人の刑事が被疑者を車座に囲み、交互に矢つ

ぎ早に尋問して行く。被疑者の消え入るような弁解に対しては、時折怒声や罵声が飛ぶ。文字通りの吊し上げである。この思わざる見聞は、私にとって貴重な経験であった。たとえこのようにして得られた自白であっても、調書にはそれが任意に、而も理路整然と行なわれたように記載される。そして後日その任意性が争われることは先ずないといってよく、仮りに争われたとしても、それが取り上げられることは殆ど稀である。かくて、『真実』は発見され、われわれは満足する。」松本一郎「実体的真実主義に対する反省」司法研修所創立一五周年記念論文集下巻 三二〇～三二二頁。

(16) 自己矛盾供述(刑訴法三二一条一項二号本文後段)の証拠能力に関する特信性の要件は拡大解釈されており、検察官の取調においては「被告人に対する憚りを要しない」(福岡高判昭和二五・一・二三特報三号一〇三頁)とか、「時間的にも検察官の取調を受けた当時の記憶は新鮮である」(札幌高判昭和二五・一二・一五特報一五号一八八頁)という事由で足りるとされている。取調はつねに被告人の前では行なわれないし、取調の結果にもとづいて公判が行なわれるのであるから、取調当時の記憶が新鮮なのは当然である。これでは「特信性の要件はないに等しい」小長井・前掲三六二頁参照。

(17) 昭和四年度の地裁、簡裁の既済事件中自白事件の占める割合は、それぞれ、八〇・八%、七八・九%である。「昭和四年度における刑事事件の概況(上)」法曹時報 第二巻第二二号八二頁。

(18) アメリカにおいても、かなり多くの事件において、起訴(indictment)をするか否かの決定は事実上、マジストレイトではなく警察・検察レベルにおいてなされていくとさう。Barrett, Calif. L. Rev. vol 50 p. 21.

(19) Escobedo v. Illinois, 378 U. S. 478, 492.

(20) 378 U. S. 478, 487.

(21) 378 U. S. 478, 490-491.

(22) 光藤「捜査と弁護人」犯罪と刑罰(下)二〇六頁。

(23) 各州最高裁の判例については、小中「アメリカにおける被疑者と弁護人との接見交通権について」判例タイムス一八〇号一四頁以下参照。

- (24) *Miranda v. Arizona*, 384. U. S. 436, 469.
- (25) 384. U. S. 436, 470-471.
- (26) 384. U. S. 436, 469.
- (27) 384. U. S. 436, 470.
- (28) 384. U. S. 436, 472.
- (24) 384. U. S. 436, 477.

四、捜査段階における弁護人依頼権の法的性格

単なる法律技術の援助者としては把握されえない捜査段階の弁護人依頼権の法的性格を私は次の三つに分けて論じるのが便利であろうと思う。すなわち、

第一に、バッファー (buffer) としての役割

第二に、被疑者の手足として防禦権を行使する者としての役割

第三に、適正手続の保障者としての役割

捜査段階における弁護人依頼権は、なによりもその場面が権力との緊張関係の場であるということ、国家権力と被疑者との利益が直接に衝突する場であることから、特に権力との緊張関係において捉える必要があるが、前述の三つの役割はそれぞれ比喩的に次のように言うことができよう。

弁護人は第一に、権力と被疑者との間に入り、権力の圧力を受け止め、被疑者への衝撃を弱め、第二に、権力と対抗関係に立ち、被疑者の防禦権を行使し、第三に、いわば裁判所に代って権力の行使を監視する立場にそれぞれ立つことになる。以下分説する。

1、バッファー (buffer) としつての役割

被疑者は逮捕され、身柄を拘束されると異常な心理状態に陥る。逮捕されたというだけで社会的地位の低下への不安、有罪に対する恐怖、長くかかると思念されている裁判への不安、おまけに取調における強圧的雰囲気は被疑者をして正常な判断を持ちえなくしてしまう⁽¹⁾。これでは黙秘権を中心とする諸権利も被疑者は効果的に行使することはできない。

そこで、「被疑者の実質的な防禦を可能ならしめるには、まず、被疑者をして異常な心理的制約から解放せしめることが先決⁽²⁾」あり、そのためには「国側の強力な権限による圧力を受け止め、心理的な制約から解放し安心感を与えてくれる⁽³⁾」弁護人が必要なのである。弁護人がついて始めて被疑者は権利の存在と行使についての自覚がもてるのである⁽⁴⁾。被告人（被疑者）の自己の利益の自覚が保障されないところでは、論争主義（実質的当事者主義）の前提を欠いてしまうのである⁽⁵⁾。

こういうわけで、捜査段階における弁護人依頼権は、まず始めにバッファー (buffer) としつての役割を果たすことが期待されている。

わが法が、この関係において、被疑者に保障している主な権利には、弁護人選任についての告知を受ける権利（刑訴法二〇三条、二〇四条、二七二条）、特定弁護人の選任行為（同三〇条以下）、弁護人との自由な接見交通権（同三九条）がある。

特に接見交通についていうならば、弁護人のバッファーとしての役割を「効果的」に果そうと思えば、取調前に弁護人と被疑者との接見が絶対に必要であるし、取調中でも被疑者が判断に窮して弁護人に会って相談したいと申し出た場合には、取調を一時中断し、弁護人との接見を許すべきである。この場合、捜査側の利益と被疑者の利益とが対立するがそういうときに、被疑者の方に軍配を上げるのがデュー・プロセスの理念にかなうであろうし、この程度の線が捜査と被疑者の利益の調和点だと思われる。アメリカではミランダ判決で、取調の際の立会権までも保障すべきだとした位なのであ

る。(わが国でそこまで認めるのは現段階では、非現実的である。)⁽⁶⁾さらに、効果的なバッファーとしての役割を果たすためには、弁護人と被疑者との間に信頼関係が樹立されねばならないが、そのためには十分な時間的余裕が必要である。⁽⁷⁾不安な状態にある被疑者にとって、すぐに弁護人を信頼しろ、秘密を打ち明けろ、といっても無理な話である。接見時間が極度に制限されている現実の運用は改められるべきである。

2、被疑者の手足として防禦権を行使する者としての役割

無罪推定の法理により、被疑者は有罪と判断されるまでは無罪と推定され、一市民として自由が認められ、自ら無罪立証に向けての活動が最大限に認められるべきであるとしても、身柄を拘束されているのは、実際は何もできないに等しい。訴訟の一方当事者としての活動は自分では事実上できないのである。

そこで、ここでの弁護人の役割は、いわば被疑者の手足として、被疑者の利益を守る諸活動を行なうことである。

弁護人の活動は二つに分けられる。

一つは、捜査最終処分に影響を及ぼす活動であり、捜査弁護の目標である不起訴処分を勝ちとることに向けられる諸活動である。もう一つは、公判に対する準備活動である。弁護人は不起訴処分を獲得するために、被疑者に、黙秘権の効果供述した場合の効果(供述が調書にとられ、証拠として提出されうること)を十分認識せしめ、被疑者の行為の選択に供する必要がある。証拠不十分による不起訴を獲得することは⁽⁸⁾正当な利益である。

公判への準備活動としては、弁護人は検察官側の主張を砕くため、さまざまな活動をする。証拠を収集し、自己側証人を準備し、相手方証人を知り、場合によっては面会する。

また、証拠物の検討、記録の精査等をする。わが法において、この関係の保障規定には証拠の収集、保全(刑訴法一七九条)、弁護士会による報告請求(弁護士法二三条の二、但しこれには強制力による裏づけがない)、証拠物の閲覧、瞻

写（刑訴法一八〇条）、押収品目録の交付を受ける利益（同一二〇条）等がある。

3、適正手続の保障者としての役割

現行法は英米法的な当事者主義を広く取り入れた結果として、裁判所は純粋な判断者としての地位が要請される。そのため法は起訴状一本主義を採用し、予断排除の原則を表明した（刑訴法二五六条六項）。かくして、捜査と公判とは截然と分断されることになった。

また、検察官は公訴権を独占し（刑訴法二四七条）、起訴便宜主義（同二四八条）により公判に付すべき事件をふるい分ける権限をもっている。

以上のような事情で、裁判所は捜査機関の行動をほとんどコントロールできない立場にある。ここにおいて、捜査段階においては、裁判所以外の誰かが捜査機関の違法活動をコントロールする必要がある、さしあたり、弁護士以外に適切な者は考えられないであろう。

ところで、当事者主義をゲーム視する見方は正しくない。現行法の当事者主義は適正手続の理念と結びつけて理解されねばならない。そこには、前提として、一定のルールが必要であり、そのルールにのっとって公平な裁判の実現に向けて各当事者は活動すべきなのである。これを弁護人の側からいえば、弁護士は公正な裁判を妨げる法の運用に対し、異議を提出し、抗告や準抗告に訴えたりしつつ被告人、被疑者に対する公正な裁判を保障しようとして活動する⁹⁾ことになる。

これに関連する規定としては、勾留理由開示請求（刑訴法八二条）、勾留裁判官に対する意見陳述と立会（刑訴規則三三条一号、四号）準抗告（刑訴法四二九条、四三〇条）等がある。

ところで、捜査段階における弁護人の適正手続の保障者としての役割で最も重要なのは捜査機関の違法活動を批判するという点であろう。したがって、捜査機関の違法行為が生じやすい、したがって、被疑者の利益が侵害されやすく、しか

もその機会をのがすと後からではそこでの違法を批判できにくい場面を考えればよい。その意味で特に、被疑者取調の際の弁護人の立会及び捜索・差押の執行の際の弁護人の立会いとが問題となる。

被疑者取調の際に弁護人が立会い、捜査機関の行動を監視し、違法・不当な行為のある度毎にその場で批判すれば、取調での違法もほとんどなくなり、後の公判において、自白の任意性が争われる事件は激減するであろう。しかし、取調に弁護人が立会っていたのでは捜査側は取調を自己のペースで行なうことができず、ほとんど不可能に近くなるかもしれない。これでは、捜査側の一方当事者としての独立した訴訟活動に干渉することになるので問題が多いし、また現実的でもないであろう。

他方、捜索・差押の執行の際に弁護人が立会う必要性は大きいと言わねばならない。

現行法では、捜索・差押の執行について、当事者（被告人・弁護人）の立会権の規定（刑法一三三條）が準用されていないため（同二二二條）、当事者は権利として執行に立会うことができない。しかし、当事者としては、捜索・差押の執行に立会っていないとはどんな違法、不当な執行をされても、牽制も弾劾もできない¹⁰。ことに、現実の実務においては令状の記載が包括的で曖昧であるため拡大して執行される危険性があるので、弁護人の立会の必要性はそれだけ強くなるのである。しかも、取調への立会は、捜査官と被疑者という人と人との関係といった微妙な場への介入であるので、弁護人の立会いが取調の成果に強く影響を与えるため、捜査権への干渉という事態が考えられるのに比べて、捜索・差押の執行への立会いは、捜索・差押の対象が物であるので、前述のような心配はいらず、捜査側の独立した訴訟活動を侵すということもなく、専ら違法な行為の批判・弾劾として機能することが可能である。

(1)「暴力を用いなくても拘禁中の尋問はそれ自体で被疑者の自由を奪い、個人の弱みにつけ込む」とであらう。Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 455-456

- (3) 嶋 前掲 同頁
- (4) 「弁護人の立会及び告知が効果的に被疑者から尋問の強制的雰囲気を取り除き、自由に話すことを可能にする」384 U.S. 436, 466
- (5) 渥美「国選弁護士権の告知と請求と放棄」比較法雑誌第六卷一、二号七六頁
- (6) 名²⁷ Sheldon H. Eisen & Arthur Rosett, Protections For The Suspect Under Miranda v. Arizona, Colum. L. Rev. vol 67 P. 645 以下はミランダ判決を解説し、その意義を高く評価した後、判示と現実とのギャップの大きいことを指摘し、そのギャップをうめるためには裁判所の機能には限界があるので、立法による解決（とくに警察の制度的な改革）が必要なことと述べており、ミランダの主な意義はそういった改革の刺激剤となったことであるといっている。
- (7) 「刑法一四九条の弁護士の秘密保持の義務が証人義務に優越するの、依頼者との間の信頼関係と自由な弁護を重要視するからにほかならない」嶋 前掲一〇〇頁
- (8) このことに関連して、不法逮捕、不当逮捕の問題がある。犯罪について何か知っていると思われる者でも、その人が特定の犯罪について有罪であると信ずる相当の理由がないとき、警察はその人を逮捕する権限はない。しかし、そのような逮捕実務は相当行きたっていると思われる。これらの人々に弁護人を許すことは不法逮捕の数を確実に減らすであろう。Yale L. J. vol 73 P. 1009-1010。また、形式上は逮捕の要件を備えていても、始めから起訴するつもりのない逮捕もある。この場合に弁護人を認めることは、不必要な拘禁から早く身柄を解放させてくれる役割を果たすであろう。
- (9) 渥美 前掲 七六頁
- (10) 小長井 前掲 三二三頁