

## 《論 説》

## 合衆国憲法の二種類の弁護権と反復自白

清 水 真

目次

序

I Fellers 判決の概観

II 二種類の「弁護人の助力を受ける権利」

III 日本法への示唆

終わりに

序

筆者は、平成16年に日本刑法学会第2分科会における共同研究『刑事弁護の機能と本質』において、「手続段階と刑事弁護」と題する報告を行い、後に同名の論文を発表した<sup>1)</sup>。そこでは、渥美東洋教授<sup>2)</sup>・椎橋隆幸教授<sup>3)</sup>・宮島里史教授<sup>4)</sup>らの先駆的研究業績を踏まえて、捜査・公判・上訴の各段階における刑事弁護の機能の異同について若干の分析を試みた。捜査段階での弁護が担う機能は、複数の事件の内いずれが、いかなる形で起訴されるのかも未だ特定・明示されていない流動的な状態で行われるものである。それ故に、公判審理における防御を準備する機能よりも、むしろ、不合理な取調により任意性を欠く疑いのある自白が採取されることを防止し、また、被疑事件以外に関する外界と被

1) 清水真「手続段階と刑事弁護」刑法44巻3号65～73頁。

2) 渥美東洋『刑事訴訟法』（有斐閣・新版補訂・平成13年）242～244頁等。

3) 椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』（信山社・平成5年）63～64頁等。

4) 宮島里史「捜査段階における弁護権の意味と機能」新報97巻3＝4号135～147頁等。

疑者との連絡、起訴猶予を得るための身元引受人の確保・被害者との示談等の環境整備が中心にならざるを得ないことを上述の論文では明らかにした。

その後、2004年にアメリカ合衆国最高裁判所は、権利告知を欠いた違法取調の後になされた反復自白の許容性に関して、合衆国憲法第5修正が保障する供述の自由に由来する捜査段階の弁護権と合衆国憲法第6修正に保障されている公判段階の弁護権の差異に関わる *Fellers* 判決を下した<sup>5)</sup>。本稿では、この *Fellers* 判決の分析を中心として、旧稿を補いたい。

## I *Fellers* 判決の概観

### 1 事実の概要

被告人 *Fellers* は、覚醒剤譲渡の共同謀議により大陪審起訴された。その後間もなく、Lancaster County 警察官と市警察官とが被告人を逮捕すべく同人方に現れた。被告人が彼らを居宅内に入れると、彼らは被告人に対する大陪審起訴 (indictment) がなされたこと、被告人に対する連邦裁判官発付の拘束状があること、覚醒剤譲渡に関する被告人の関与について「意見交換」をしたい旨告知した。その際、警察官らは、被告人に対する大陪審起訴に関して4名の者の氏名を挙げた。被告人は、上記の4名を知っており、彼らと共に覚醒剤自己使用をしたことがあることを認めた。被告人が County Jailhouse に収容される迄、Miranda告知はなされなかった。権利告知の後、被告人は、弁護人依頼権を含む Miranda 法理上の権利を放棄する書面に署名した。被告人はその後、引致前に被告人宅でなされた自己負罪供述を確認した。

preliminary hearing を担当した裁判官は、警察官が被告人宅で行ったのは、Miranda 告知を欠いた事実上の取調であると判断し、被告人宅における被告人の供述を証拠から排除するよう勧告した。同裁判官は、jailhouse に引致された後の被告人の供述も Miranda 告知を欠いた取調の毒樹果実にあたるので排除す

---

5) *Fellers v. United States*, 540U.S.519(2004).

ることを勧告した。

District Courtは、被告人宅での供述については排除したが、jailhouseに引致後の供述については、被告人が供述に先立ってMiranda法理上の諸権利を知った上で任意にそれらを放棄してなされたものであることを理由にElstad法理<sup>6)</sup>を引用しつつ証拠利用を認めた。被告人のjailhouseにおける供述には、自己負罪の証拠となる部分も含まれていた。被告人は、覚醒剤譲渡目的所持の共同謀議で有罪とされ、再犯加重の上、151月の収監刑を言い渡した。

上訴裁判所において被告人は、jailhouseにおける供述が合衆国憲法第6修正の弁護人依頼権を侵害して得られた供述の毒樹果実にあたることを理由に、排除を求めた。しかしCourt of Appeals (CA8)は、①被告人宅における供述は取調には該当しないので合衆国憲法第6修正違反にはならないこと、②Miranda告知と権利放棄後の反復自白にはElstad法理が適用されるのでjailhouseに引致された後の供述には許容性があることを理由にこれを棄却した<sup>7)</sup>。

被告人が合衆国最高裁判所にcertiorariを申請し、①被告人の合衆国憲法第6修正に保障されている「弁護人の助力を受ける権利」が侵害されているか否か、仮に侵害されていた場合、②それは毒樹果実法理の下で被告人の自己負罪供述を排除するものか否かを審理するために、合衆国最高裁判所はcertiorariを発付した<sup>8)</sup>。

## 2 判旨・法廷意見

破棄・差戻し。O'Connor裁判官が全員一致の法廷意見を執筆し、大要、以下の通り判示した。

---

6) Oregon v. Elstad, 470U.S. 298(1984).

尚、この判決の邦語での解説・紹介として、瀝美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅰ』（中央大学出版部・平成元年）〔中野目善則執筆分〕99頁、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第3巻』（平成元年・成文堂）〔信太秀一執筆分〕90頁がある。

7) United States v. Fellers, 285F. 3d 721(8th Cir. 2002).

8) Fellers v. United States, 538U.S. 905(2003).

### (1) 第一次自白について

Williams 判決によれば、大陪審起訴 (indictment) を含む司法手続が開始された後は合衆国第 6 修正の保障が及ぶ<sup>9)</sup>。本件において、連邦警察官は被告人が起訴された後、弁護人の立会なくして、意図的に被告人から自己負罪供述を引き出した点は疑う余地がないのである。従って、被告人宅における第一次自白は合衆国憲法第 6 修正違反となる。

### (2) 反復自白について

Court of Appeals は、本件第 1 次自白を合衆国第 6 修正違反としては捉えずに、第 5 修正違反の問題として捉える過ちを犯している。それ故、第 1 次自白が合衆国憲法第 6 修正違反に当たる場合に、jailhouse に引致後の反復自白が合衆国憲法第 6 修正違反の毒樹果実に該当するか否かの検討を怠っている。合衆国憲法第 6 修正が保障する「弁護人の助力を受ける権利」侵害についても Elstad 法理が適用されるべきか否かに関しては先例がないので、この点について審理すべく CA8 に差し戻す。

## II 二種類の「弁護人の助力を受ける権利」

### 1 合衆国憲法第 5 修正の弁護権

合衆国憲法第 5 修正は、本来は自己に不利益な供述を法的に義務付けられないという自己負罪拒否特権を定めているものである。しかし、匿名性・流動性を特徴とする都市化された現代社会においては、人的関係が密な伝統的田園社会とは異なり、目撃証人の供述も得にくく、捜査段階、殊に身柄拘束下での被疑者取調において、自白を得て立件する必要性が飛躍的に高まった。その結

---

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

尚、この判決の邦語での解説・紹介として、渥美東洋編『米国刑事判例の動向 I』（中央大学出版部・平成元年）〔香川喜八朗執筆分〕3頁、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第 1 巻』（昭和 57 年・成文堂）〔原田保執筆分〕212頁がある。

果、①身柄拘束下の取調における自白の採取が公判審理において決定的な影響力を持つという実情、それ故に、②取調官が外界から遮断された環境において暴行・偽計・利益誘導等、不公正な手段を用いることで自白を引き出そうとする実態に照らして、身柄拘束下の取調において事実上の強制を排し、供述の自由を確保することをも保障しているものと理解されるようになった<sup>10)</sup>。更に転じて、身柄拘束下の取調において捜査官の取調方法を規制することによって供述の自由と供述の信憑性を確保することをも保障するものと理解され、弁護人の立会が要件の一つであると Miranda 判決において判示されるに至ったのである<sup>11)</sup>。

ここで注意を要するのは、Miranda 法理自体は合衆国憲法第 5 修正の内容をなすものではない旨合衆国最高裁判所が判示してきたことである<sup>12)</sup>。Miranda 法理は、合衆国憲法第 5 修正違反である「供述の自由への侵害」が生じた旨を高度に推定をするための前提事実としての意義を有すると共に、第 5 修正違反を生じないための予防策として機能するに過ぎない<sup>13)</sup>。Davis 判決の中でも、Miranda 法理における「弁護人の助力を受ける権利」は、それ自体が合衆国憲法第 5 修正によって保障されているものではなく、自己に不利益な供述を強いられない権利を保障するために勧告されている手続的予防策の内の一つである旨判示されている<sup>14)</sup>。Miranda 法理と合衆国憲法第 5 修正との関係については、学説の理解も概ね同様であると思われる<sup>15)</sup>。このような考え方を前提にす

10) 渥美東洋『刑事訴訟における自由と正義』(有斐閣・平成 6 年) 91 頁。

11) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S.436, at466(1966).

Miranda 判決及び、その後の諸判例の分析として、渥美・前掲10)86頁以下、小早川 義則『ミランダと被疑者取調』(成文堂・平成 7 年) 41~376頁を参照。

12) *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 444(1974).

13) *Oregon v. Elstad*, *supra* note 6, at 310.

14) *Davis v. United States*, 512U.S. 452, at457(1994).

15) E.g., Meredith B. Halama, Note, *Loss of a Fundamental Right : The Sixth Amendment as a Mere"Prophylactic Rule"*, 1998U. ILL. L.Rev. 1207, 1214(1998) ; Beth G. Hungate-Noland, Note, *Texas v. Cobb:A Narrow Road Ahead for the Sixth Amendment Right to Counsel*, 35U.RICH. L.Rev. 1191, 1205(2002) ; C. Allen Parker, Jr., Note, *Proposed Requirements for Waiver of the Sixth Amendment Right to Counsel*, 82 COLUM. L. Rev. 363, n. 2(1982).

れば、合衆国憲法第6修正の「弁護人の助力を受ける権利」侵害の有無は、弁護人不在の状態で供述採取がなされたか否かという明確なものであるのに対して、合衆国憲法第5修正に由来する供述の自由を保障する上での「弁護人の助力を受ける権利」侵害は、供述の自由が害されたか否かという必ずしも明確ではないことを推定する前提事実に過ぎないので、反証を認める余地があるとも言われているのである<sup>16)</sup>。

もっとも、Miranda 法理を制限する意図で連邦議会が制定した法律<sup>17)</sup>をめぐる Dickerson 判決において合衆国最高裁判所は、Miranda 法理は constitutional decision であって、連邦議会が法律によって制限し得ない constitutional rule である旨判示し、従来よりも強い表現を用いていることは看過し得ない<sup>18)</sup>。

## 2 合衆国憲法第6修正の弁護権

合衆国憲法第6修正は、明文で「弁護人の助力を受ける権利」を保障している。合衆国憲法の起草当時におけるイングランド法の下では、概ね全ての刑事事件において、弁護人の助力を受けることは禁止されていた<sup>19)</sup>。その理由については諸説あるものの、当時のイングランド法の下では刑事事件も私人訴追制度が採られていたために、訴追者側と被告人側との対等性を法律上図る必要がなかったことに求める見解が有力である<sup>20)</sup>。これに対してアメリカ合衆国においては、検察官制度が設置され、多数の刑事事件処理の経験のある検察官によって刑事事件の訴追がなされたために、検察官の事実上の優越性を縮減し、

16) Justin B. Grewell, *A Walk in the Constitutional Orchard : Distinguishing Fruits of Fifth Amendment Right to Counsel from Sixth Amendment Right to Counsel in Fellers v. United States*, 95 J. CRIM. L&CRIMINOLOGY 725, at 759(2005).

17) 18U.S.C. 3501.

18) Dickerson v. United States, 530U.S. 428, at444 (2000).

この判決の邦語による解説・紹介としては、小早川義則・現刑18号63頁、田中利彦・ひろば54巻10号70頁がある。

19) Pamela R.Metzger, *Beyond the Bright Line : A Contemporary Right-to-Counsel Doctrine*, 97Nw. U.Rev. 1635, 1638 (2003).

20) *Id.*

当事者論争主義公判構造 (adversarial system) における公正さを確固たらしめるために、合衆国憲法第6修正において「弁護人の助力を受ける権利」を規定し、発展させる必要があったのである<sup>21)</sup>。

合衆国最高裁判所の先例においては、以下の通り判示されてきた。まず、McNeil 判決においては、国家権力 (連邦又は州) を背景とする法律専門家である相手方当事者との緊迫した対決において何の援助も与えられていない一般人を保護するという点に、合衆国第6修正における弁護権保障の目的があると判示されている<sup>22)</sup>。次に、Moran 判決においては、法的素養のない一般人を保護するため、合衆国憲法第6修正の「弁護人の助力を受ける権利」は、国家権力 (連邦又は州) が捜査段階から訴追へと進んだ後に適用される旨判示している<sup>23)</sup>。更に、Burbine 判決においては、国家権力 (連邦又は州) が一旦当該事件を訴追すると決定した後は、情報収集中の国家権力 (連邦又は州) が被疑者と敵対的だとは言いえない状態 (第1段階) から、社会秩序を代表する検察権力が被告人と敵対する状態 (第2段階) に移行する旨判示されている<sup>24)</sup>。このような考え方を前提にすれば、合衆国憲法第6修正による「弁護人の助力を受ける権利」は、正式起訴 (formal charge) ・予備審問 (preliminary hearing) ・大陪審起訴 (indictment) ・検察官起訴 (information) ・罪状認否 (arraignment) 等、当事者論争主義的性格を有する司法手続の初期段階から保障される旨、Kirby 判決で判示されている<sup>25)</sup>。合衆国憲法第6修正は、訴追側と被告人の間に fair play field を設定する役割を担っているために、捜査官が意図的に供述を引き出したか否か、国家権力 (連邦又は州) が不公正な有利さを得ていたのか否かが関心事となる<sup>26)</sup>。それ故に Williams 判決によれば、合衆国憲法第6修正

21) *Id.* at 1640.

22) *Mcneil v. Wisconsin*, 501U.S. 171 (1991).

23) *Moran v. Burbine*, 475U.S. 412, 430 (1986).

尚、この判決の邦語による解説・紹介として、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 第4巻』(成文堂・平成6年) [勝亦藤彦執筆分] 75頁がある。

24) *Maine v. Moulton*, 474U.S. 159, 170 (1985).

25) *Kirby v. Illinois*, 406U.S. 682, 688-689 (1972).

26) *Grewell*, *supra* note 16, at 754.

は、正式な司法手続が始まっていない段階に適用される合衆国憲法第5修正とは異なる旨判示されているのである<sup>27)</sup>。

また、同じように捜査協力者が jail に潜入して自己負罪供述を引き出した事案である Perkins 判決と Henry 判決の結論の差異についても、合衆国憲法第5修正が適用されるべき場面か第6修正が適用されるべき場面かの差異に帰せしめることができよう。すなわち、前者においては、被疑者の同房に潜入した捜査協力者が引き出した自己負罪供述の許容性が認められたが、それは第5修正の関心対象である警察官が支配する強制的雰囲気になかったことが、証拠としての許容性を認める要因となったのである<sup>28)</sup>。これに対して後者においては、被告人が大陪審訴追 (indictment) を受けた後に匿名捜査協力者が同房に潜入し、自己負罪供述を引き出したため、第6修正違反として許容性が否定されたのである<sup>29)</sup>。

以上の観点から、次のように言えよう。合衆国憲法第5修正に由来する供述の自由保障における「弁護人の助力を受ける権利」は、供述当時、供述者が身柄拘束状態にあったか否かが意義を持つ反面、正式な司法手続が開始された後の供述であるか否かは意義を持たない。これに対して合衆国憲法第6修正の保障する「弁護人の助力を受ける権利」に関しては、当該供述が正式な司法手続が開始された後に弁護人の立会なくしてなされたか否かが意義を有するのであって<sup>30)</sup>、供述者が身柄拘束下にあったか否かは直接的に意義を持つものではないのである<sup>31)</sup>。

27) *Brewer v. Williams*, *supra* note 9, at 398.

28) *Illinois v. Perkins*, 496U.S. 292, at296 (1990).

29) *United States v. Henry*, 447U.S. 264, at271-275 (1980).

この判決の邦語での解説・紹介として、渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅲ』（中央大学出版部・平成6年）〔宮島里史執筆分〕24頁、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第2巻』（成文堂・昭和61年）〔酒井安行執筆分〕93頁がある。

30) *Rhode Island v. Innis*, 446U.S. 291, 300 n. 4 (1980).

尚、この判決の邦語による解説・紹介として、渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅰ』（中央大学出版部・平成元年）〔香川喜八朗執筆分〕24頁がある。

31) See, *Yale Kamisar, Brewer v. Williams, Massiah and Miranda: What is "Interrigation"? When Does It Matter?* 67GEO.L.J. 1, 63-64(1978) ; *Grewell, supra* note16, at 731 (2005).



### 3 「弁護人の助力を受ける権利」の放棄

合衆国憲法第5修正に由来する供述の自由確保のための「弁護人の助力を受ける権利」も、合衆国憲法第6修正の保障する「弁護人の助力を受ける権利」も、共に放棄可能な権利である。それ故、当事者論争主義が適用される筈の正式な司法手続が開始された後の段階であっても、被告人が「弁護人の助力を受ける権利」の存在と内容を知った上で捜査機関に供述をしたとしても、第6修正違反の問題は生じないことになる。

尚、権利放棄の有効性をめぐって告知の仕方が問題となる余地もあるが、Patterson判決において合衆国最高裁判所は、警察官によってMiranda法理に基づく権利告知がなされていれば、それは実質的に合衆国憲法第6修正の権利告知として十分であり、権利放棄に先立って被疑者が権利内容と放棄の効果を認識していたものといえる旨判示している<sup>32)</sup>。

### 4 二種類の「弁護人の助力を受ける権利」と反復自白の許容性

前述の通り、Fellers判決においては、合衆国憲法第6修正の「弁護人の助力を受ける権利」が侵害された状況における反復自白の許容性判断にElstad法理を適用し得るかが争われた。Elstad判決の事案においては、被疑者から第一次自白を得るに先立って「弁護人の助力を受ける権利」に関する告知を含むMiranda法理に基づく告知が全くなされなかった。それにも拘わらずその後の反復自白の証拠としての許容性が認められたのは、第一次自白後にMiranda告知が与えられることによって、供述者は黙秘・供述・否認のいずれの態度を採用するか自由な意思に基づいて判断し得るからであると判示されていた。しかしその後、Miranda告知なくして第一次自白を得た後に得られた反復自白の許容性を否定したSibert判決<sup>33)</sup>において相対多数意見(plurality opinion)は、第1次

32) Patterson v. United States, 487U.S. 285 (1988).

33) Missouri v. Seibert, 124S.Ct. 2601 (2004).

この判決の邦語による解説・紹介として、洲見光男「いわゆる反復自白の許容性判断方法」新報112巻1=2号277頁以下、洲見光男「ミランダ違反自白とその派生証拠」比較法学38巻3号193頁以下、柳川重規「ミランダ違反と派生証拠の排除」新報112巻1=2号311頁以下がある。

自白を得るに先立って意図的に Miranda 告知がなされなかったのか否かを重視している。また、Elstad 判決の事案においては、第1次自白と反復自白の時間的間隔が約1時間後であったのに対して、Seibert 判決の事案においては、第1次自白の20分後に第2次自白を得、これを録音した後に、Miranda 告知がなされ、権利放棄書への署名の後に第3次自白が得られたという事実経過を辿っている。このように Seibert 判決の事案においては、Elstad 判決の事案と比較すると反復自白に先立って被疑者が供述の自由を回復していたとは言い難い事情があったものといえよう。

これに対して Fellers 判決の事案は、大陪審起訴の後になされた供述の採取が合衆国憲法第6修正に明文で規定されている「弁護人の助力を受ける権利」侵害が問題となったのに対して、Elstad 判決は合衆国憲法第5修正の供述の自由保障に由来する「弁護人の助力を受ける権利」の不告知の事案であり、直接的な憲法違反と憲法の予防法理へ抵触する事案の差異に基づくものであるという指摘もなされている点は看過し得ない<sup>34)</sup>。

更に、Elstad 判決・Seibert 判決の事案は、合衆国憲法第5修正が適用されるべき事案であるから、第5修正の沿革に鑑みれば、当該反復自白が被告人自身にとって不利益な証拠として用いられた段階で初めて権利侵害性が生じる。これに対して Fellers 判決の事案には合衆国憲法第6修正が適用される訳であるから、供述を採取した瞬間に権利侵害性が生じている<sup>35)</sup>。

### Ⅲ 日本法への示唆

我が憲法37条3項の母法は合衆国憲法第6修正であるという沿革、及び文言に照らし、同条項に保障されている「弁護人の助力を受ける権利」は、被告人の権利に尽きると理解すべきであろう<sup>36)</sup>。憲法34条の「弁護人の助力を受ける

34) Grewell, *supra* note16, at749-762.

35) *Id.*, at756-757.

36) 憲法37条3項の英文で用いられている the accused という語句が被疑者をも含むこと等を根拠に被疑者段階の弁護権保障をも規定しているものとする見解として、岡田悦典『被疑者弁護権の研究』(日本評論社・平成13年)316~317頁等がある。

権利」については、文言上、捜査段階であると公判段階であるとを問わず、身柄拘束下にある者の権利であるが、合衆国憲法第5修正に由来する供述の自由を保障するための「弁護人の助力を受ける権利」に対応するものと理解するべきであろう<sup>37)</sup>。条文構造的には、合衆国憲法第5修正と同様に、本来は自己負罪拒否特権を定めていた憲法38条1項に供述の自由保障機能があるものという前提を採った上で、供述の自由を確保するために「弁護人の助力を受ける権利」は同条項に由来するという解釈を展開することも可能である。もっとも、既に憲法34条に被疑者・被告人双方にかかるとはいえ、身柄拘束下での様々な不利益を払拭するために包括的な「弁護人の助力を受ける権利」が保障されていることに鑑み、敢えて憲法38条1項に根拠を求める必然性は低いと見ることができよう。

我が国の昭和36年最決は、起訴後の取調について「検察官は訴訟の当事者たると同時に公訴の提起及びその維持に当たる公の機関である。従って公訴の維持に必要な限度における捜査は、公訴提起後といえどもこれをなし得ること勿論である。但し、公訴提起後においては検察官の証拠の収集は、専ら任意捜査に限られるべく、強制捜査に属するものは、全て公判廷における訴訟行為を通じてなされなければならない」「刑法197条は、捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる旨を規定しており、同条は捜査官の任意捜査について何ら制限していないから、同法198条の『被疑者』という文字にかかわらず、起訴後においても、捜査官はその公訴を維持するために必要な取調を行なうことができるものと言わなければならない。なるほど起訴後においては被告人の当事者たる地位に鑑み、捜査官が当該公訴事実について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ころであるが、これによって直ちにその取調を違法とし、その取調の上作成された供述調書の証拠能力を否定すべきいわれはなく、また、勾留中の取調であるの故をもって、直ちにその供述が強制されたものであるということもできない。」と判示している<sup>38)</sup>。また、昭和57年最決においてもこの昭和36年最決の判旨を確認してい

37) 渥美・前掲注2) 242～244頁。

38) 最(3小)決昭和36年11月21日刑集15卷10号1764頁。

る<sup>39)</sup>。

このような裁判実務については、①刑法198条1項が「被疑者」という文言を用いていること、②起訴後に被告人が有する当事者としての地位と矛盾すること、③起訴前には捜査対象が流動的で複数の事件の中のどれがどのような形で起訴されるのか定まらないのに対して起訴後は防禦対象が訴因の形で初めて明確に示されるのであるから、起訴後、第1回公判期日（又は公判前整理手続）以前の僅かな時期こそが防禦戦略を練るために被告人が集中し得る期間なのであるから、これを防禦のための猶予期間・訴追側の不行為期間と捉えるべきであること等の観点から、被告人取調は許されないと説く見解が有力である<sup>40)</sup>。

もっとも、起訴後の被告人取調に正当性を認め得る旨説く見解においても、起訴後新たに共犯者が逮捕された場合、被告人が自ら供述を改めるために取調を求めた場合等に限定する立場を採る<sup>41)</sup>。このような例外的場合に限定して被告人取調を認めるにせよ、弁護人の立会があることを必須とすべき旨条件を付すのが多数説であるが<sup>42)</sup>、この場合に弁護人の立会を求める趣旨を単に供述の任意性の確保に求めるだけでは理解として不十分であると言えよう。起訴後の手続が起訴前とは異なり、被告人の地位の主体性の確保が不可欠であることに鑑みれば、弁護人の立会は手続構造上も必須と解すべきであろう。また、弁護人の立会を被告人が放棄する場合にも、供述の任意性を担保する上で重要な権利であることと共に、起訴前とは異なり、被告人には主体的地位が備わっていることに鑑み、被告人取調自体が本来は許されないものであること、その意味でも「弁護人の助力を受ける権利」は重要な意義を有することを十分に被告人

39) 最（2小）決昭和57年3月2日判タ466号37頁。

40) 渥美・前掲注2）56頁、白取祐司『刑事訴訟法』（日本評論社・第3版・平成16年）77～78頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（青林書院・改訂版・平成2年）95頁、福井厚『刑事訴訟法講義』（法律文化社・第2版・平成15年）156～157頁等。

41) 池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義』（東京大学出版会・平成16年）211頁、安富潔『やさしい刑事訴訟法』（法学書院・第5版・平成17年）78頁等。

42) 田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂・第4版・平成17年）152頁、田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣・新版・平成8年）138頁等。

が理解した上で放棄した場合に限って、当該被告人取調は有効と解すべきであり、供述中に自白が含まれている場合には、これらの要件を具備していなければ証拠利用の許容性を否定すべきこととなろう。

### 終わりに

我が国の憲法・刑事訴訟法は米国法を継受したものであるにもかかわらず、継受の度合に関する理解に差があるためか、あるいは戦前迄我が国の刑事訴訟法学説を支配していたドイツ法的思考との表層的類似性の故か、重要な多くの問題に関して日米両国の法運用に大きな差異が見受けられる<sup>43)</sup>。弁護に関しても、捜査段階と公判段階とで質的に異なるものという米国の裁判実務の捉え方を再考すべきではなかろうか。

---

43) 渥美東洋「刑事法運用における日本的傾向とアメリカ的傾向」比較法雑誌13巻3号7～29頁参照。