

## 取調べの可視化構想の根源にあるもの

----J-“Miranda-Edwards” としての受継論

弁護士 竹内 康二

(はじめに及び要点)

冤罪事件は、やはり尽きることがないのであろう<sup>1</sup>。個別の事件での幸運にも恵まれた散発的解明により悲劇的にその経過解明され、あまりにも遅れて僅かばかりの救済があるのが現実である。また、これが、わが国刑事司法の実際の本流である。そのような誤判を招くのは、時に捜査官の検挙主義に犯された度を過ぎた熱意から始まり、訴追官の追随、そして審判者の捜査の過程、手続に関する薄い関心や、捜査官に対する過信に加えて、判断資料として提供される自白があることによる。自白が、審判者に対して「うわべの真実保証(安心感)」を与えることによる。ここでの私の考えは、40年も前に弁護人としてわずかばかりの苦闘をした体験のある実務家の直感を述べたに近い<sup>2</sup>。そして、当たり前のことではあるが、事実の究明と法の適用からなる刑事司法が文明国家の自制をもって維持され、国民からの信頼を得るべきであるという、普通の発想に基づく。文明国家の自制とは、言うまでもなく、法による適正手続(due process of law)、当事者主義(adversarial system)、弁護人選任権(right to counsel)そして自己負罪拒否特権(privilege against self-incrimination)の刑事手続の実務における機能上の遵守、充実にある。同じ発想によるものとして、マスコミに現れる範囲では、現在、自白強要がされず、虚偽自白が生じないように、また、取調べのある意味での近代化、任意供述の確保のための方法として、取調べの可視化が強調されている<sup>3</sup>。私は、可視化に向けた議論には、勿論賛成ではあるものの詳しくないので述べることができないが、可視化が単に過去の行動の記録化だけではなく、むしろ取調の手続の適正化をも目指しているとすれば、現実の捜査進行過程での適正を保障するための有効な手段、理論についても、この時点で再確認をしておいた方がよいのではないかと、という思いがある。特に、記録からの捜査過程の復元には、記録を取調に

<sup>1</sup> 新聞報道によると、冤罪事件の定義については、政治家には異なる意見があるそうである。鳩山邦夫前法務大臣の検察長官会同での発言などを巡る報道として、平成20年2月15日朝日新聞「社説」、平成20年2月16日日本経済新聞「春秋」。私は、広く、再審での無罪確定事件、一端終局判決での有罪後に無罪となった事件、自白があるのに無罪となった事件を、冤罪事件と考えている。

<sup>2</sup> 東地判昭和58年3月9日判時1078号28頁。

<sup>3</sup> 日本弁護士連合会(「日弁連」)による2003年8月取調の可視化実現本部の設置など。日弁連会長声明「足利事件の再審開始にあたりあらためて取調べの可視化を求める声明」2009年10月22日宮崎誠、また、日弁連決議「被疑者取調べ全過程の録画・録音による取調べ可視化を求める決議」2003年10月27日。なお、日弁連では、可視化だけではなく、弁護人接見、拘禁制度など多岐にわたり、刑事手続の総合的な改善のための活動を各委員会、各本部により実施されている。例えば、日弁連刑事弁護センター、接見交通権確立実行委員会、刑事拘禁制度改革実現本部など。以上につき、[http://www.nichibenren.or.jp/ja/committee/keiji\\_tetsuduki.html](http://www.nichibenren.or.jp/ja/committee/keiji_tetsuduki.html) 及びそこからリンク先。このほか、小坂井久『取調べ可視化論の現在』(2009)は、可視化論の経緯、現状、そして有益性を論じ、文献も広く収集された可視化への有力な作品と思われる。関西刑事訴訟法の伝統を承継されている気がする。

限定するかどうか、記録要素を音声の外、映像その他に広げるか、記録範囲（撮影スコープなど）、記録時間をどうするかなど、およそ記録装置、記録方法の適正を確保する必要がある、そうでないと、事後に勝手な記録解釈を許す危険がある。この関係では、有益な提案がなされるものと思う。なお、可視化が、何らかの形で実現をした場合も、やはり、現実時点での（リアルタイムでの）取調べの適正確保にとっては、間接的な方法にとどまる。また、捜査の全体からすれば、当然に、部分的な記録である。自白の任意性、あるいは信用性の判断に供する場合にも、そもそも、逮捕以降の捜査の全般、作成された自白の内容・変遷、第三者供述の内容、客観証拠との対比、捜査指揮の経過などを検討しない限り、自白の任意性、信用性、捜査の適正を判断できないことは、やむを得ない。可視化構想が、それだけで任意性、信用性、捜査の適正を決定しないかも知れない。これらの判断は、それこそ全体的判断であり、審判者をはじめとする司法関係者の膨大な時間と作業と、そして審判者の飛躍的決意が必要になる。かくして、可視化に加えて、文明国家のあるべき自制は、現になされようとしている取調べそのもの、あるいは進行している尋問そのものにその関心を向けて、適正、任意性の確保、刑事司法での資源損耗（まずは当事者の負担を念頭に置き、ついで裁判所の負担を考えている。）の防止に向かわざるを得ないのではないだろうか。任意性によらずに、取調の基準を満たさないことのみをもってする証拠の排除は、刑事司法の資源損耗を防止できる。取調べの始まりにあたり、なるほど弁護人を選任する権利のあること、自己の意思に反して供述をする必要がないこと（黙秘をする権利があること）、の告知を受ける筈である。しかし、冤罪事件のことごとくすべてにおいて、このような告知を受けた旨の資料が存在する。また、弁護人による接見がなされた事実があっても、その後の取調べにおいて、やはり、冤罪事件は発生している。つまり、弁護人選任権、黙秘権の告知だけでは、そのような言葉が発されるだけで、内実の保証がなく、形式的な役割しか果たしていない。そして弁護人接見でも、それが単発的にあっただけでは足りないことを意味している。

「わが国の刑事訴訟の実質は、捜査手続にある。しかも、その捜査手続は、検察官・警察官による糾問手続である。そこにわが国の刑事訴訟の特色がある。」として看破され、最後には「わが国の刑事裁判はかなり絶望的である。」といわれてから、さらに、25年を経過した<sup>4</sup>。また、英米の学者から、わが国の起訴前勾留の実務とは全く異なる実体を聞いてからも既に42年を経過している<sup>5</sup>。おそらく、刑事司法に携わる良心的な関係者のそれなりの努力にもかかわらず（しかし、目標や探求先や手段をやはり誤っているため）、現状は、さらに絶望的と言うべきであろう<sup>6</sup>。私は、このように感じている一人ではあるが、気を取り

<sup>4</sup> 平野龍一「現行刑事訴訟の診断」団藤重光博士古希祝賀論文集4巻407頁、409頁、423頁（1985）。

<sup>5</sup> 司法研修所「日米比較刑事訴訟手続—B.J.ジョージ教授セミナー記録65頁（1967）

<sup>6</sup> このような中に、私としては、最判平成11年3月24日刑集53巻3号514頁を入れておきたい。憲法の構造において、国家の取調権と言う観念が、自己負罪拒否特権と対等の憲法の権能でありえるのか、また、出頭確保あるいは証拠隠滅防止と言う身柄確保による訴訟法の目的から取調べを受忍する義務があるのか、などの問題は後に触れる。

直して、もう一度この問題に向き合っておきたいと考えた。そのきっかけは、日本長期信用銀行事件<sup>7</sup>、志布志事件<sup>8</sup>、足利事件<sup>9</sup>、布川事件<sup>10</sup>であり、また、去る 2009 年 10 月 5 日、米国連邦最高裁で弁論 (argument) が行なわれた Maryland v. Shatzer 事件である<sup>11</sup>。この弁論による判決は、2010 年 2 月 24 日、Maryland v. Shatzer, 559 U.S. \_\_\_\_\_ (2010) であるが、後に触れる。そして、やはり私の考えは、取調べにおける供述の任意性、捜査の適正を確保するためには、現実進行時での (リアルタイムでの) 簡単で明瞭なルールに従うことしか、捜査の適正、供述の任意性を本当に客観的に (つまりうそではなく) 確保する道はないのではないかと、言うものである。つまり、50 年近くもの遅れをとっているが、弁護人選任権の具体的確保のための、Miranda 判決<sup>12</sup>、Edwards 判決<sup>13</sup>の端的な承認、実行をするしかないという考えである。捜査段階での糾問主義をうそぶく時期は、もはや終わったのではないだろうか。表題で、J-“Miranda-Edwards”と言う副題をおいたのは、わが国の司法は、民事商事では普遍的国際的であり、Sarbanes-Oxley Act (Pub.L. 107-204, 116 Stat. 745 enacted July 30, 2002)<sup>14</sup>による証券取引所法 (Securities Exchange Act of 1934) 等の改正をみるや、これを J-SOX 法として採用し、すぐに金融商品取引法を改正するなどの素早さをみせるのであるから<sup>15</sup>、これにならって、既に十分に遅れているが、米国連邦最高裁の判決である Miranda 判決、Edwards 判決を、わが国において承認、実行すること、つまり、多少の皮肉を込めたスローガンの表現であるが、J-“Miranda-Edwards”を実践すべきではないか、との趣旨である<sup>16</sup>。(なお、Sarbanes-Oxley Act の引き金となった

<sup>7</sup> 最判平成 20 年 7 月 1 8 日刑集 62 卷 7 号 2101 頁、判時 2019 号 10 頁。なお、被告とされた 3 名は、いずれも逮捕勾留され、取調の過程で、有価証券報告書虚偽記載および違法配当による商法違反に係る事実関係をそれぞれ詳細に自白している。第 1 審判決 (刑集 62 卷 7 号 2630 頁以下)、控訴審判決 (刑集 62 卷 7 号 2693 頁以下) を参照。問うべきは、なぜ、超一級の銀行マンが罪とならない事実を自白しているか、そのような調書が出来上がっているかにあるように思う。

<sup>8</sup> 鹿児島地判平成 19 年 2 月 23 日季刊刑事弁護 5 2 号 138 頁

<sup>9</sup> 東高決平成 21 年 6 月 23 日判タ 1303 号 90 頁 (再審開始決定)。再審公判開始は平成 21 年 10 月 21 日。

<sup>10</sup> 平成 21 年 12 月 16 日、再審開始決定に対する特別抗告の棄却、日本経済新聞同日夕刊。

<sup>11</sup> The Supreme Court of the United States, No.08-680, State of Maryland v. Michael Blaine Shatzer, Sr. 連邦最高裁の審理での口頭弁論記録、準備書面などにつき、<http://www.supremecourtus.gov> からアクセス可能。

<sup>12</sup> Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

<sup>13</sup> Edwards v. Arizona, 451 U.S. 377 (1981)

<sup>14</sup> Codification された主要な条文だけを掲げるが、15 U.S.C. § § 1350 (経営者による財務計算に関する適正などの証明), 7241 (いわゆる disclosure control and proceedings の責任、設計、効果などの証明), 7262 (経営者による評価報告、監査報告), 18 U.S.C. § § 1348, 1350, 1512, 1513, 1519, 1520 など。

<sup>15</sup> 例えば、金融商品取引法 24 条の 4 の 2, 第 24 条の 4 の 4, 第 24 条の 4 の 6, 第 193 条の 2 第 2 項、第 197 条の 2 第 1, 5 および 7 号、第 200 条 1 号など、並びに、財務計算に関する書類その他の情報の適正性を確保するための体制に関する内閣府令など。

<sup>16</sup> Miranda, Edwards の採用を主張するには、米国 (連邦、各州) の刑事訴訟手続の全般をよく理解しなければならないと思うが、私には、そのような能力はなく、注 5 の基本的素材、関係の憲法判例に現れた範囲、連邦の Title 18, Crimes and Criminal Procedure, そして Federal Rules of Criminal Procedure を見た程度にとどまることをお許し願いたい。なお、J-“Miranda-Edwards”を提唱するからには、併せて、保釈を被疑者段階に前倒しにする制度の採用などを主張しなければならないと考えるが、私にはそのような力がないように思うので、古い問題を改めて指摘をするに終わることでお許し願いたい。

Enron<sup>17</sup>, Tyco International<sup>18</sup>, Adelphia<sup>19</sup>, Peregrine Systems<sup>20</sup>, WorldCom<sup>21</sup>の事件は、いずれも役員責任、会計不正、これによる破綻によるものであり、倒産法と証券取引法、破産裁判所と証券取引委員会の権限配分などの問題を含み、比較倒産法の観点から、その経緯、処理手続などをみることは、十分の興味の対象ではあるが、ここでは主題から外れる。なお、Sarbanes-Oxley Act には、連邦破産法の手続における調査、事業執行を阻害し、妨害し、影響を及ぼす目的で、書類、記録を改ざん、破棄、変更、不正記入をするなどの行為を連邦犯罪として、罰金あるいは 20 年以下の懲役 (imprisonment) に処するなどの、破産関連規定も含まれているが<sup>22</sup>、これも、今回は、検討の対象から外している。)。このように、J-“Miranda-Edwards”を実践すべきであるとする、その時には、もっと平たく言えば、弁護士依頼権を明らかにした時には、取調べの中止およびその後の尋問の禁止、そして、それ以降は、弁護士同席での取調べあるいは被拘禁者からの真意の申出による取調べに承諾に限定した取調べを許容するというルール（捜査官が促すもの、働きかけ badgering をするものであってはならない）を明示するしか途がないように思うのである。わが国にも、幸い、米国連邦憲法と同じ趣旨の規定がおかれているから、刑事訴訟法の規定やその解釈を離れて、裁判所が憲法解釈として、これらのルールを実践する道がある<sup>23</sup>。その意味で、最高裁が接見交通につき、最大判平成 11 年 3 月 24 日刑集 53 巻 3 号 514 頁で示したような態度は、それが、抽象論、傍論であるとしても、後に触れるように、弁護士選任権、あるいは自己負罪拒否特権の位置づけとしては、消極的に過ぎると思われる。そして、捜査に係わる旧文化を変革するかのような意気込みで、裁判所が、J-“Miranda-Edwards”というべき、自白強要を排除するに実質的に機能する直接的なガイドライン、ルールを捜査

<sup>17</sup> 1985 年、Omaha, Nebraska に設立。2001 年、連邦破産裁判所 (Southern District of New York) に Chapter 11 を申立。

<sup>18</sup> 1960 年スイス法人として設立、その後 New Jersey 州に本店を置く米国法人として展開。M&A を頻繁に繰り返し成長。CEO, CFO のスキャンダルによる連邦法 (1933 年証券法および 1934 年証券取引所法) 違反刑事事件、役員責任訴訟、株主からのクラスアクションにまみれ、順次会社の整理、撤退を行い、2007 年に残余事業を 3 会社に分割。

<sup>19</sup> Colorado 州拠点、1952 年設立のケーブル事業会社。2006 年内部腐敗が原因で連邦破産裁判所 (Southern District of New York) に Ch.11 を申立。主要事業を Time Warner Cable が取得、また、残余を LFC が取得して、消滅。

<sup>20</sup> 1985 年設立の California 法人でソフトウェア事業の最大手となるも、会計スキャンダルにより破綻から 2002 年 9 月 22 日、連邦破産裁判所 (District of Delaware) に Ch.11 を申立。2005 年 Hewlett Packard に吸収される。

<sup>21</sup> 通信事業会社で、AT&T の一部を買収し、また、MCI の買収により通信業界第 2 位の地位を得るに至るも会計スキャンダルにより、2002 年 7 月 21 日、連邦破産裁判所 (Southern District of New York) に Ch.11 を申請。破産終結は、2004 年。

<sup>22</sup> 18 U.S.C. § 1519

<sup>23</sup> 池田修・前田雅英「刑事訴訟法講義」(第 2 版)は、「アメリカの議論を手本とすれば解決するというわけにはいかない」(132 頁)としているが、わが国憲法は、少なくともその条項を指導する論理は米国憲法の論理(むしろ、わが国刑事訴訟法が米法の影響が強いと言えるかについては、逆に無影響とおもう。)であったわけであるから、米国の憲法のうち実質刑事訴訟を支配する部分の内容、趣旨、その後の憲法判断の推移を吟味しないで、単なる外国法制のこととして捨て去る考え方には賛同しない。基本は、どのような他国の制度であれ、良いものはそこから学習することであると思う。なお、同頁に「このミランダ・ルールに従った州においては」と述べて Miranda 判決の射程を限定する部分は、米国憲法の重要条項である修正第 14 条を誤解されていると考える。

官に提示し、またその違反に対して証拠の排除など明確な対応を示ささえすれば、捜査官の側では、これを尊重され、そのようなルールに従って真実の究明と法の執行をなすに十分な能力がある筈である。簡単に言えば、そして、憶測を交えて言えば、捜査としては、心底では、その様にやろうとすればいつでもできる力があり、自白に頼る必要がない能力を持っているが、この様にしろと裁判所から言われないので、やらないだけ（楽をさせてもらっている）、と言う自信があるのではないだろうか<sup>24</sup>。そして、J-“*Miranda-Edwards*”を宣告された場合には、自白に頼らない客観主義、科学主義による捜査<sup>25</sup>、隔離と支配による強要の契機を利用することない公明公正な手続、そして予断偏見・見込みではなく証拠（直接及び間接証拠）と論理を迫及する判断枠組が出来上がるようにも期待される<sup>26</sup>。また、排除ルールが簡単明瞭であるから、司法（裁判員をふくめて）の資源が、最後の防壁線である供述の任意性を巡っていつも徒に消費されることを防止できよう。

## 1. Miranda 判決（1966 年）

- (1) Miranda 判決は、よく知られてはいるが、その判決文が数十頁にも及ぶこともあって、その全貌、歴史的価値が、わが国で十分に咀嚼されているかは、実は疑問がないではない。その要点を的確にまとめる能力は私にはないが、敢えて、そのいくつかを確認的に触れておきたい。

その第 1 章の要点は、つぎのとおりである。

第 1 に、Miranda 判決の意義は、自己負罪拒否特権の歴史的生成、その人権保障における価値につき、貴重な資料を提供し、実践されるべき理念を示していることである。つまり、自己負罪拒否特権 (*nemo tenetur seipsum accusare*) について、大陸において長く行なわれていた過酷な拘禁者取調べの歴史、英国における継承と冤罪事件発生による批判からの容疑者取調べを基本的に拒否する英国自身の変革、そしてこれを引き継いだその後の米国 (*the States, with one accord, made a denial of the right to question an accused person a part of their fundamental law.*) の憲法の保障の歴史を示す<sup>27</sup>。

第 2 に、司法が憲法につき果たすべき役割について、崇高な使命感を示す。この関係で引用されたのは、「われわれのなすべき考慮は、単に如何にあったも

<sup>24</sup> もっとも、捜査官による様々な心理的、交渉技術的な働きかけについては、*Miranda-Edwards*からは *badgering* としてこれが認められないことを自覚される必要がある。

<sup>25</sup> 足利事件では、科学警察研究所の鑑定科学性が問われているとも聞くので、レベルの高い科学性と言うべきかも知れない。

<sup>26</sup> *Miranda-Edwards* によったとして、有罪率が低下するのにつき、*Miranda* 直後において低下率 0.78% 程度であり、その後はそれ以下であるとの研究があることが報告されている。洲見光男「ミランダ判決三〇周年に寄せて」*刑法雑誌* 37 巻 1 号 108 頁及びその注(12)に紹介された Stephen J. Schulhofer, *Miranda's Practical Effect: Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs*, 90 *Nw. U.L. Rev.* 500, 502 (1996). なお、同注では、参考資料として、3.8%の有罪率低下を述べた文献、Paul G. Cassel, *Miranda's Social Costs: An Empirical Reassessment*, 90 *Nw. U.L.Rev.* 387, 438(1996)があることも紹介されている。

<sup>27</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 443 における *Brown v. Walker*; 161 U.S. 591, 596-597 (1896).

のかに係るのではなく、如何にあるべきものかについてでなければならない。そうでなければ、憲法は、実に、その有効性と力が足らなくなれば、それと同じだけ、その適用が安易にながれるであろう。その原則は、ほとんどその価値を失い、先例により不能で生命のない公式と化すのである。言葉で宣言された権利は、現実において失われる。そして、このことはよく理解されている。憲法の意義及び活力は、狭隘で制限的な解釈に対抗することで成長を遂げてきた。」である、との先例である<sup>28</sup>。

第3に、Miranda 判決自らがまとめた要点は、次のとおりとしている。すでに、十分に知られているので煩わしいかとは思うが、重要なので、その部分の全てを掲げる。すなわち、

「訴追官は、自己負罪拒否特権を実効的に保障するための手続的保護手段を使用したことを証明するのではない限り、容疑者<sup>29</sup>の拘禁下の取調べから得た供述は、それが、否認であれ自白であれ、証拠として使用することはできない。ここでいう拘禁下の取調べとは、人が拘禁され、あるいはその他により行動の自由を重要な部分において奪われた後に、法の執行官が始める取調べを意味している。実施されるべき手続的保護手段とは、被疑者に対し黙秘する権利を伝え、かつ、その権利の継続的な行使の機会があることを保障するにつき、ほかに同様に有効な手段が生み出された場合を除き、以下の手続を意味する。すなわち、まず、どのような質問をするに当たっても、その人には、黙秘をする権利があること、その人がした供述は、証拠としてその人に不利に使用されることがあること、そして、選任しあるいは指名された弁護人の同席を求める権利があることを、告知することである。被告人は、その自由な意思により、また、事情を知り、且つ、理解をしている場合においては、これらの権利を放棄できる。しかし、もし、その者が、どのような方法であれ、また、いかなる手続段階であれ、一度、供述の前に弁護人との協議をしたいと希望を述べたときには、取調をして質問をすることは許されない。同様に、その者の弁護人が立ち会わず一人であって、どのような方法にせよ、取調べを受けたくないことを示唆すれば、警察はその者に質問をしてはならない。その者が、いくつかの質問に回答をしてしまったこと、あるいは、みずから進んで供述をしてしまったとの事実だけでは、後に弁護人との協議がなされ、その結果、質問に応諾することに同意するまでは、更なる質問に対しての回答を拒絶することの出来る権利を奪われ

<sup>28</sup> Miranda 443 における *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 373 (1910)

<sup>29</sup> 原文では、"defendant"である。告訴 (complaint) による逮捕の段階でも、また、起訴後 (indictment, information) においても、defendant と呼ぶ。Federal Rules of Criminal Procedure § 4(a), 7(c)(1).

ることがない。」<sup>30</sup>

第4に、現代の取調べの問題は、それが隔離された (incommunicado) 世界の出来事として、外部からの解明、分析を妨げていることを指摘し、今日では暴力的行為による自白の引き出しがそれでも皆無ではないものの、主な道具は、拘禁中の暴力ではなく、拘禁されている者からの供述、自白を引き出すための心理的、交渉技術的手段であることを指摘する。それは、拘禁中の取調べが容疑者の自由にとって容易ならざる負担であり、個人の弱みに付け込むところに基づいているのだとする。そして、連邦最高裁の直前に判断のなされた数件の事案からも、これが明らかだとするのである（例えば、麻薬中毒者の精神の弱化、子供を施設に収容するとの脅かし、弁護人との連絡を拒否するなどを利用する方法）。そのうえで、具体的な数多くの警察資料の存在を指摘して、これらが取調官のためのマニュアル、教科書として作成され、使用されているという解明をする。なお、そのような資料の一部には、『取調べに当たり、容疑者を外部から遮断し単独で捜査官と対峙させること、捜査官の取るべき態度（真犯人であることを確信して望むこと、もはや動機にしか興味を示さないことなど）、心理的、交渉技術的な秘術（同情作戦あるいは他者への責任転嫁作戦、トリック作戦、善玉悪玉のコンビによる説得 (The “Mutt & Jeff”)、line-up 作戦（ほかの被疑者と一緒に並べさせ、あらかじめ教育をしておいた被害者などに犯人として特定させる戦術）、reverse line-up（一緒に並べさせ、被害者に別罪の犯人であるとして特定させると、別罪を否定するために本罪を自白するので、これを利用した作戦）、黙秘権行使者に対してはこれを素直に承認して相手を拍子抜けにし、公正な取調官であると思わせたうえで、黙秘をすることによる逆に犯人と思われてしまうことを解き明かせば、大方の者が話しをするようになるのでこの戦術をとること、根気を持ち時に容赦なく、執拗で諦めずに終わることがないと思わせる長時間の取調べをすること、相手を圧倒的に支配することなど。』が記載されていると紹介する<sup>31</sup>。また、弁護人との協議を求める者に対しては、『他人を巻き込むよりも、まずは、捜査官に話をした方がよいこと、弁護人を頼めば、本人や家族に費用がかかるし、特に、無実であればそのような費用をかけることは馬鹿らしいし、君が真実を言いたければ、自分は真実を知りたいだけだから、それでおしまいであり、そんなことであれば自分ひとりで処理できる筈であることを説得する。』との戦術なども紹介されている<sup>32</sup>。そして、このような方法が功を奏さないときには、それこそ、詐術を駆使し、法

<sup>30</sup> Miranda *Id.* at 444.

<sup>31</sup> Miranda *Id.* at 448, 449, その注(8)ないし(14).なお、ここでは、二重鉤括弧『...』は、抄訳、要訳であることを示した。これに対して、正訳は、鉤括弧「...」による。

<sup>32</sup> Miranda *Id.* at 454 および注(22)

的に間違った情報を提供したり、不安感、孤立感を悪用して精神的不安定を引き出し、憲法上の権利の行使から、詐術、トリックをもってうまく引きずり出すことなどが紹介されている<sup>33</sup>。

- (2) Miranda 判決は、第2章および第3章を、自己負罪禁止特権の生成、展開の歴史、先例に宛てる。対象とされた資料、先例は、多数であり、主要なものが判文に引用される。そして、拘禁下における容疑者の取調べに対する憲法の要請するところを具体的に示し、警察による執行、裁判所の判断が容易となるような原則、基準を明らかにした。

そして、『Miranda 判決の対象である4件の事案での取調べ、自白の経過からして、容疑者が不慣れな環境に投げ込まれ、警察の強要的な取り調べを過ごさなければならなかったものとし、そこには、強要の契機が極めて強いことを指摘する。そして、暴力あるいは精神的心理的手法が採用されたとはいえないものの、また、従来基準では任意性に欠けるとはいえないものの、いずれの事案も、取調べに当たり、容疑者の自由な選択により供述がなされるための保護手段を当初において採用していないことが明らかであるとする。そして、そのような環境が、まさに容疑者の意思を捜査官の意思に屈服させるための環境として、作り出されたことが明らかであり、係る環境は、それ自体で、脅迫としなければならないとする。そして、なるほど肉体的な脅迫ではないとしても、これと同じように人間の尊厳に対して破壊的である。かくして、現在の密室での取調べの実情は、個人は、自白を強要されてはならないというわれわれの国家のもっと大切な原則の一つとは相容れない、そして、本質的に強要であるというべき拘禁者環境を取り除く予防的処置が採用されない限り、ここから得られた供述は、被拘禁者の自由な意思による供述であるとはいえない。』とする。

Miranda が、このような判断の基礎においたのは、まずは、上記の当該事案の事実関係のほか、捜査と自白強要に関する歴史的な理解、自己負罪禁止特権の生成史、捜査官による自白を得るための技術・心理作戦・マニュアルの分析、そして、結論として、「身柄拘束中における取調べが、自由な身であったときにはおこらないような、個人の抵抗心を屈服させ、供述をさせるに至る強要力を生じさせる」<sup>34</sup>、という身柄拘束と取調べとに関わる極めて現実的な真実に目をつぶらず、その現実立脚しようとしていることである。そして、同時に、捜査の側が、はっきりと述べるものかどうかを別にして、「取調べとは自白を得るまでするものである。」という独白を、やはり、身柄拘束と取調べとに関わる極めて現実的な真実として、捉えている。つまり、身柄拘束における本質的な

<sup>33</sup> Miranda *Id.* at 455 および注(23)

<sup>34</sup> Miranda, at 467



強要要素の存在（“the coercion inherent in custodial interrogation”, “inherently compelling pressures”, “the inherent compulsions of the interrogation process”）<sup>35</sup>を率直に認識すべきことを明らかにしている。そのうえで、手続的に、与えるべき警告を明らかにし、そもそも、自己負罪拒否特権は、取調べの終了まで継続して存続し自由に行使されるべきものであるところ、冒頭の1回の告知をもってしては、実質的に通常人にこの権利を保障するには足りないものがあり（足りるとすれば、常習者か専門家ではない）<sup>36</sup>、弁護士との協議をしたあとでも容易に取調べでその行使を諦めさせることができているとの現実があるので、自己負罪拒否特権の保障のためには、弁護士との事前協議だけではなく、弁護人の同席を認めなければ実効性がないこと、そして、取調べを中止しなければ実効性のないことを看破するのである<sup>37</sup>。加えて、重要であるのは、弁護人の同席に、捜査妨害のように理解をするのではなく、刑事司法の全体からしても積極的な意義を付与する点である。すなわち、「このことをもって、法の執行に危険がもたらされると考えてはならない。弁護人は、宣誓の上で約束をした依頼人の権利を能力の限り擁護する職務を行なおうとしているに過ぎない。この責任を果たすにあたり、弁護人は、憲法のもと刑事司法の実施において重要な役職を演じているのである。」とする<sup>38</sup>。自己負罪拒否特権の告知、弁護人選任権の告知が、「既存の取調べ方法の前になされる儀式であってはならない」<sup>39</sup>、と言う警告も厳しいものがある。このように、身柄拘束による本質的な強要を認めざるを得ない状況下において、捜査官の事実探求、犯罪証明の熱意が、身柄拘束下の取調べにおいて必然的に過剰に陥る危険のあることを、冷静に見ている。我々にとっては、隔離された特殊な関係での見たくはない事象としてではなく、広く全員にかかわるところにある避けがたい現実として直視することを要求しているように読める。

なお、Miranda 判決が、警察による法執行に十分な配慮をしていることは、改めて触れておくべきと思う。Miranda の原則により法執行機関の負担、とくに執行過程におけるそれが大きいことを理解し、また、市民には法の執行に対する協力義務があることの認識をも示して、連邦最高裁がこれまで、法執行者

<sup>35</sup> Miranda at 439, 467

<sup>36</sup> *Id.* at 467. なお、一回の告知では実効性のないことは、Miranda に amicus curiae として参加をした The National District Attorneys' Association の提出した準備書面 14 頁に、主張されていると指摘している。*Id.* at 471. 弁護人の同席によるメリットとして、真実に沿った供述がなされることが多いこと、強要がなされる危険が少ないこと、正確な供述が得られやすいことなどがあげられている。*Id.* at 471

<sup>37</sup> *Id.* at 471-473.

<sup>38</sup> *Id.* at 481.

<sup>39</sup> “not simply a preliminary ritual to existing method of interrogation”, Miranda at 477.

の正当な行為に対して十分な裁量を示してきたことを強調し、Miranda 原則の実施により、法の執行の制度に対して不適正な障害をもたらすことはない<sup>40</sup>、と明記していることを紹介しておく。

さらに、連邦議会による立法があるまで判断を留保すべきとの議論に対しては、自己負罪禁止特権を保護するにつき憲法は手続法を要求していないこと、連邦及び各州において、Miranda 基準に沿う立法をして権利保護をすることが出来ること、そして、憲法事項の判断は裁判所の権能であり、憲法の権利を害すべき立法ができないことなどをあげて一蹴している<sup>41</sup>。

(3) Miranda 判決は、第 4 章において、併合された事件の事実関係を明らかにして、これを第 3 章までの自己負罪禁止特権と拘禁下の取調べとの関係に関する原則に照らして、各事件での自白を証拠から排除した。このうち、No.759, *Miranda v. Arizona* の事実関係は、次のとおりである。あとの 3 件については省略する。

Ernest Miranda は、1963 年 3 月 13 日、自宅で逮捕され、警察署へ連行され、告訴者である証人から犯人と特定される。そして、第 2 取調室において、警察官 2 名から質問を受ける。警察官は、弁護人選任権の告知をしなかった（この点は、警察官も認める）。2 時間後、取調べが終わり、Miranda の署名した自供供述書が出来上がる。供述書の上部には、自白は任意にしたもので、脅迫あるいは免責の約束によりしたものではなく、私の有する法的権利を十分に知り、かつ、供述したことが私に不利に使用されることを承知で供述しました、との文言がタイプ打ちされていた。

連邦最高裁は、これにつき、「警察官証言および被上告人の答弁から、Miranda が弁護人選任権の告知を受けず、また、取調べ中の弁護人の同席権の告知を受けず、また、自己負罪禁止特権を効果的に保護する他の方法も採用されていないことが明らかである。このような警告を欠いたのでは、自白は証拠として採用できない。法的権利につき十分な知識があるとの単なるタイプ記載は、憲法上の権利を放棄するための要件である、よく知り、理解したうえでなされるべき放棄とは到底いえない。」と判断した<sup>42</sup>。

## 2. Edwards 判決（1981 年）

(1) Edwards 判決が成り立っている重要な事実関係は、次のとおりである。

1976 年 1 月 19 日、殺人等容疑の逮捕状により Edwards を自宅で逮捕。直ちに、警察署に連行。

<sup>40</sup> *Id.* at 481.

<sup>41</sup> *Id.* at 490.

<sup>42</sup> *Id.* at 493.

警察署において、Miranda 告知を受ける。Edwards は、自己の権利が分かった旨述べ、質問に答える態度を示す。

捜査官から、身柄拘束の共犯容疑者が共同でやったとの供述をしていることを言われたが、嫌疑につきアリバイを述べテープに録取。Edwards が「取引をしよう」と提案をするも、捜査官は権限がないとの理由で断る。捜査官は、郡の弁護士の電話番号を教え、Edwards は電話をしたが、僅かにして電話を切る。そして、「取引の前に弁護士と会いたい。」と発言。この時点で、取調べを終了し、郡の拘置所へ身柄を移す。

1976 年 1 月 20 日、午前 9 時 15 分、前夜の警察官の同僚 2 名が、郡拘置所を訪問。

訪問を告げられ、会いたくないといったが、看守から、会わなければならないといわれて、連れ出される。

警察官は、身分を告げ、話をしたいと述べ、Miranda 告知を行なった。

Edwards は、話をする意向があったが、まずは共犯容疑者による Edwards との共同を認めるテープを聴きたいと述べる。

数分の間、テープを聴いて、テープに録音しないのであれば話をするという。捜査官は、喋ればその内容を自分たちが証言をするので、テープを取るかどうかは、無関係ではないか、と言う。Edwards は、何でも言うがテープはいやだと反論していたが、犯罪につき共犯であることを認めるに至る<sup>43</sup>。

訴訟上の経過は、自白供述の排除であったが、アリゾナ州最高裁判所は、Edwards が 1 月 19 日夜、黙秘権および弁護人依頼権を行使したが、翌 20 日、黙秘権及び弁護士依頼権のあることを再び告げられた後に、供述を始めて、その権利を有効に放棄したのものとして、自白供述を採用することを認めた。同州最高裁判所の論理は、『自白は、まず任意ではないものとの推定が働き、訴追官においてこれを覆す立証責任があるところ、任意性の判断は、容疑者の行動が、よく知り理解したものであるか、そして、その意思が屈服させられたものであるか否かにかかわることから、状況の全体に基づいて判断をすべきものであるとし、事実審の判断が、明らかに明白である場合には、これを尊重しなければならないので、事実審が放棄と自白とが、任意になされ、且つ、よく知るものによりなされたとした判断を維持する。』<sup>44</sup> と言うものであった。

これに対して、連邦最高裁は、certiorari（許可上告に相当）を与え、自白供述の使用は、Miranda 判決の解釈による連邦憲法修正 5 条、修正 14 条に違反するとして、アリゾナ州原判決を破棄した<sup>45</sup>。

<sup>43</sup> Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477, 482.

<sup>44</sup> *Id.* at 483.

<sup>45</sup> *Id.* at 478-480.

(2) Edwards 判決が設定した捜査のルール、捜査のガイドラインは、次のとおりである。

Edwards 判決では、Miranda 判決の設定したルール (Edwards 判決が自ら説明するところでは、まず、自己負罪禁止特権および弁護人選任権のあることを告げられること、そして、手続的には、黙秘権の行使があったときは取調べを中止すること、弁護人依頼権の行使があったときは、弁護人が同席するまで、やはり、取調べを中止すること<sup>46</sup>。)を基礎にする<sup>47</sup>。

そして、取り分けて、弁護人依頼権の重要性に着目して、その行使がなされた場合に、後にこれが放棄されたものと見ることのできる基準を明らかにし、権利が侵害されないための事前予防的な禁止命令 (prophylax) を明らかにし、捜査側への行動基準を発したところに価値がある<sup>48</sup>。具体的には、以下のとおりである。

第 1 に、1 月 19 日に弁護人依頼権をあきらかにした被拘束者に対して、その翌日の取調べにおいて、弁護人依頼権の有効な放棄があったとは判断しない<sup>49</sup>、としたことである。その理由は、州裁判所が、自白の任意性を、全体的考察により、且つ、よく知りかつ理解した黙秘権の放棄がなされたかに限って判断した点を捉えて、弁護人依頼権についての放棄が、その権利を知り、理解したうえでなされたかどうかを検討しておらず、弁護人依頼権が一度行使されたときのその後の放棄の要件につき、誤っていると指摘する<sup>50</sup>。

第 2 に、被拘束者が弁護人同席権 (依頼権と同じ) を行使した後においては、弁護人依頼権の有効な放棄がなされたとするためには、単純に、被拘束者が、警察の始めたさらなる取調べに応じたことだけではならず、また、権利の告知を受けたことでも足りないこと、とした<sup>51</sup>。

第 3 に、弁護人依頼権を行使した者に対して、警察は、弁護人が同席するか、あるいは、被拘束者が自らの発意をもって警察との対話を求めるのでない限り、およそ取り調べをすることが出来ないこと、を述べた<sup>52</sup>。そして、弁護人依頼権の内容は、それが行使されたときには、弁護人が同席するまで、取調べを中止しなければならないことは、Miranda 以降の連邦最高裁の諸判例が明らかにするところであるとしている<sup>53</sup>。そのうえで、Edwards が弁護人依頼権を行使

<sup>46</sup> Miranda at 479, 474.

<sup>47</sup> Edwards at 482.

<sup>48</sup> 後の連邦最高裁判例による自己評価。Davis v. United States, 512 U.S. 452, 458 (1994)、Oregon v. Bradshaw, 462, U.S.1039, 1044 (1983).

<sup>49</sup> Id. at 482.

<sup>50</sup> Id. at 484.

<sup>51</sup> Id. .

<sup>52</sup> Id. at 484-485.

<sup>53</sup> Id. at 485.なお、その諸判例とは、Michigan v. Mosley, 423 U.S. 96 (1975)、Fare v. Michael C., 442 U.S.

したあとの、1月20日の取調べは、捜査官の発意により開始されたもので、弁護人の同席がないままで得られた供述であり、放棄によるものではなく、証拠として採用できない、とした<sup>54</sup>。

- (3) Edwards 判決の基礎は、その事実関係のほか、やはり、身柄拘束中の取調べにおける強要的要素である。つまり、Miranda 判決以降の取調べ目的での身柄拘束は、被疑者が知るべき情報を得てかつ自主的に自己負罪禁止特権を継続行使するかどうかの判断をする能力を低下させるものである、との理解であり、このような観点から、身柄拘留中の強要要素の及ぼす影響力を深刻に評価しており、後の判例は、これを、「反論を許さない身柄拘束中取調べの強要要素の推定」(irrebuttable presumption of coercion.)と呼んでいる<sup>55</sup>。また、Edwards が、禁じたところである捜査官が任意の供述を促すなどの働きかけを、その後の連邦最高裁の判例では、“police badgering”とよぶ<sup>56</sup>。

### 3. Miranda-Edwards の取調べに及ぼす現実的な作用

- (1) Miranda-Edwards 後の捜査の実体を示すいくつかの資料があることがわかる。警察の側においては、たとえば、「拘禁中容疑者が修正第5条の権利を行使したときには、警察は、本人が対話を自ら求めるとか、弁護人が整ったとかの理由のない限り、その後のどのような犯罪についても取調べを禁止される。このルールは、継続捜査の担当官が、容疑者の弁護人選任権の行使につきおよそ何も知らなかったときにも当てはまるのである。弁護人選任権の行使の有無に係わる制度を確立する責任は、法執行者の側にある。」として、Miranda-Edwards に対応しているという<sup>57</sup>。また、Federal Bureau of Investigation でも、Legal Handbook for Special Agents を用意して、弁護人選任権行使の記録などを充実させて、違反のないことを期しているとのことである<sup>58</sup>。

707 (1979), Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291, 446 U.S. 298 (1980).

<sup>54</sup> *Id.* at 487.

<sup>55</sup> United States v. Patane, 542 U.S. 630, 639 (2004). なお、弁護人依頼権を一度行使した者は、Edwards の保護を受ける観点から、“he considers himself unable to deal with the pressures of custodial interrogation without legal assistance.”という推定のことを、Edwards からとって、Edwards presumption と呼ぶ。Arizona v. Roberson, 486 U.S. 675, 677-78. Edwards の射程範囲をどのように画するかについては、拘禁の終了 (break in custody) をもって保護が終了するという下級審、州裁判所の諸判例があり、ある程度の限定を示唆する学説 (Eugene L. Shapiro, Article: Thinking the Unthinkable: Recasting the Presumption of Edwards v. Arizona, 53 Okl.L.Rev. 11 もある。Maryland v. Shatzer も、そのような争点にかかわるものである。

<sup>56</sup> Michigan v. Harvey, 494 U.S. 344, 350 (1990). また、Maryland v. Shatzer の口頭弁論での使用用語でもある、Transcript of arguments before the Supreme Court of the United States on October 5, 2009 in the case of Shatzer v. Maryland, No.08-680, P.20.

<sup>57</sup> Ralph B. Means, Interrogation Law . . . Reloaded: The Two Rights to Counsel, The Police Chief, Vol. 70, No. 12, December 2003. なお、この資料は、Brief for Respondent, 33による。

<sup>58</sup> Legal Handbook for Special Agents, § 7-4.1-7-13.

- (2) さらに、Miranda-Edwards がどのように機能するかを示す端的な証拠は、Maryland v. Shatzer における最高裁判所での弁論でのやり取りである以下のような記録がある（質問者 Scalia 判事）。なお、回答者である Mr. Heytens は、上告人 Maryland 州への amicus curiae である連邦政府の代理人 (Department of Justice, Assistant to Solicitor General of the United States) である。

JUSTICE SCALIA: 私の理解では、本人に接しようとしてはいけないと思うのです。一度、本人が弁護人選任権を行使すれば、あなた方は、本人に接して、話をしてくれますか、という発言が許されないのではないですか。それが、本件のルールではないですか。

MR. HEYTENS: Rhode Island v. Ennis 事件によれば、本人に対して取調が現在どの段階にあるかを改めて説明することは出来ませんが、しかし、拘禁者に対する取調べは、拘禁からの解放があったとか、あるいは別の理由で Edwards の禁止が終了したのでない限り、再開することは許されない、と考えます。

Transcript of arguments before the Supreme Court of the United States on October 5, 2009 in the case of Shatzer v. Maryland, No.08-680<sup>59</sup>。

#### 4. Miranda-Edwards 後の判例の概要

- (1) Miranda-Edwards は、その後の判例においても、当該の事案の事実関係に応じて変形するところはあるが、その精度が増す方向で肯定されているといっても良い<sup>60</sup>。例えば、弁護人依頼権の行使後において、捜査官が当初被疑事案とは異なる別件の取調べを始めることを Miranda-Edwards の違反であるとしたもの (Roberson v. Arizona, 486 U.S. 675 (1988)、また、弁護人の接見 (回数は 2, 3 回) が介在をしていた場合であっても、やはり弁護人同席なしでの本件取調べをすることを Miranda-Edwards の違反であるとしたもの (Minnick v. Mississippi, 146 U.S. 146, 147 (1990)) がある。

また、Miranda-Edwards の基本構成に変更を遂げないところと考えるが、内在的あるいは外部的な適用の範囲の制限についても、いくつかの連邦最高裁判例がある。すなわち、①弁護人依頼の意思は、明白でなければならない (不明

<sup>59</sup> [http://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/09-680.pdf](http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/09-680.pdf), 26-27.

<sup>60</sup> Miranda 判決の直前からその後の 25 年の期間を対象として、Miranda 判決にふれ、あるいはそのルールを巡って連邦最高裁の下した判決を、詳細に検討し、流れ、うねりをつかもうとするわが国の優れた文献としては、小早川義則「ミランダ判決の二五年」名城法学 43 巻 1,2 合併号 211 頁 (1993)。

確である時は、被拘束者の不利益となる。)とし、②Miranda 違反となる Miranda 告知がなされずに取調べが開始されても、その後に Miranda 告知を与えた後に得られた後の自白調書の証拠力を認め、また、③Miranda 違反の自白の供述者に対する弾劾証拠としての能力を認め (Oregon v. Hass, 420 U.S. 714(1975) )、④公共の安全の緊急措置をとるための Miranda-Edwards に違反する取調べを許容し (New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984))、⑤ Miranda-Edwards に違反する取調べから得られた物的証拠の証拠能力を許容し (Oregon v. Elstad, 471 U.S. 298 (1985))、あるいは人的証拠 (つまり供述から特定された第三者の供述) の証拠能力を許容し (Michigan v. Tucker, 417bU.S. 433 (1974)、さらに、物的証拠及びその物的証拠を特定する供述の証拠能力を共に認め (New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984))、あるいは⑥弁護人選任権行使後に犯された犯罪の捜査のための取調べを許容するなどである。また、Edwards の取調べ禁止が、拘束状況からの解放 (break in custody。例えば、後に逮捕を繰り返す意図によらない釈放など。)があったときは、自白強要の環境、要素が自然消滅するという各州のいくつかの判決があるが、これについて連邦最高裁は、判断をしていなかったが、先に紹介した弁論を経て、既決囚への刑務所での取調べにつき判断したのげ、Maryland v. Shatzer 判決とすることになる。

## (2) Dickerson 事件(2000年)<sup>61</sup>

- a. 周知のとおり、Dickerson の事実関係、訴訟経過は、判決文からは、おおむね以下のとおりである。Dickerson は、銀行強盗、同謀議、および犯行中の火器使用に関する連邦刑事法の違反により、Federal Bureau of Investigation により拘束され尋問を受け、自白をしたが、その前には、Miranda 警告を受けなかった<sup>62</sup>。第1審連邦地裁は、Miranda 警告がないままの自白を証拠排除した。これに対して、中間上訴がなされた。連邦第4控訴巡回裁判所は、Miranda 警告がないままに自白を得ていることを認定の上で、Miranda 判決後に、連邦議会が連邦裁判所における連邦法違反刑事事件における自白の任意性 (証拠能力) の判断に関する基準として、18 U.S. § 3501 を制定しており<sup>63</sup>、これによれば取調べの全体の中でのみ任意性を判断すべきで、Miranda 警告の有無は、その

<sup>61</sup> Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000)

<sup>62</sup> 下級審の判例から、より事実経過を詳細に紹介しているものとして、田中利彦「ミランダ判決の再確認」法律のひろば 2001年10月号 70頁(2001)を参照。

<sup>63</sup> U.S.C.の Title18 は、Crimes and Criminal Procedure との Title 名による連邦政府に対する犯罪、連邦刑事訴訟手続、行刑、連邦法少年犯罪などを定める。問題条文の翻訳は、前掲田中利彦「ミランダ判決の再確認」法律のひろば 2001年10月号 70,79頁注(2)(2001)を参照。原文は、18 USC § あるいは Dickerson at 435-436。なお、Dickerson 後の 18 U.S.C. § 3501 には、"Unconstitutionality of Section. The United States Supreme Court, in Dickerson v. Unites States, 2000 WL 807223, held the Miranda announced a constitutional rule that Congress could not supersede legislatively by enacting this section."が書き込まれている。

ような判断のための一要素でしかないとされていることに依拠して、Miranda 警告を欠いた取調べから得られた自白であったものの、自白は任意になされたので 18 U.S. § 3501 を満たすものであるとして証拠として採用し、かつ、Miranda 判決は憲法解釈を定立した判例ではないから、証拠の許容性については連邦議会の制定法により最終的に決定されるとした事案である、と判断したものであった<sup>64</sup>。これにつき、連邦最高裁判所への許可上告が許された。連邦政府は、本件制定法条項の合憲性、有効性につき消極的で、本件制定法条項の合憲性を支持しないとの立場を取ったので、訴追官側（被上告人）の弁論者が空位となるため、連邦最高裁は、第三者を *amicus curiae* として指名するという異例の展開となったものである<sup>65</sup>。Dickerson における米国政府（司法省の見解。連邦政府の訴追官の代表。）の立場は、Miranda 判決を支持するものであることは、明らかであったが、公式に明らかとされた基本的立場は、「Miranda の予防準則は、現在も、また、これまでも長きに亘りこの裁判所の憲法判断のなかでも中心的な存在であった。」とするものである<sup>66</sup>。なお、Dickerson 事件の前に、1994 年ころからすでに、連邦政府（司法省）は、連邦議会において、連邦裁判所法廷での審理において、本件制定法条項の合憲性につき消極的な態度を明らかにしていたという<sup>67</sup>。連邦政府のそのような立場は、連邦政府からすれば、“executive nullification”（行政府による無効化）であることになる<sup>68</sup>。

- b. Dickerson 判決の要点であるが、すでに、十分に紹介されているので、簡単にしておくが、結論は、『本制定法条項は、連邦議会が Miranda 判決後において、自白の証拠能力を任意性にのみに係らしめる目的で立法したものであるけれども、Miranda 判決は、憲法判断をなしたものであるから、議会がこれを否定する立法をすることは出来ず、また、Mirada 判決はこれを維持すべきものであり、Miranda およびその後の判例は、連邦及び州の各裁判所における拘禁中自白の証拠能力を支配するものである。』、と言うものである<sup>69</sup>。そして、控訴裁判所の証拠採用の決定を取り消した。その理由は、やはり詳細ではあるが、要点はおよそ次のようである。まず、自白の証拠能力に関する法の歴史を展開している。そして、Miranda 判決前においては、任意になされた自白であるか

<sup>64</sup> Dickerson at 432.

<sup>65</sup> Dickerson 上告審理に対して、どのように連邦司法省が望むかは、訴追責任者として重大問題であったが、最終的に Miranda 支持に至ったことの簡単な経緯につき、松尾浩也「Dickerson v. United States---ミランダ判決の帰趨」現代刑事法 13 号 2、3 頁(2000)。

<sup>66</sup> “prophylactic rules are now and have been for many yeas a feature of this Court’s constitutional adjudication.” United States Brief, 47.

<sup>67</sup> 18 U.S. § 3501 に対する連邦政府の見解の変遷、そして現時点での確定的な態度については、田中利彦「ミランダ判決の再確認」法律のひろば 2001 年 10 月号 70,71 頁(2001)。

<sup>68</sup> 小早川義則「米連邦最高裁ミランダを再確認」現代刑事法 18 号 63, 64 頁(2000)。Executive は、立法、司法に対する行政の判断であることを言うものと思う。「執行無効」ではないかも知れない。

<sup>69</sup> Dickerson at 432.



どうか判断基準であったことを、英国そして米国の先例を紐解きながら解説する。米国については、『米国での自白の任意性を判断する基礎は、憲法修正第5条（判例は、*Bram v. United States*, 168 U.S.537, 542(1897)）および、主として修正第14条（判例は、*Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278(1936)）であった。そして、修正第14条による手法は、取調べの全ての状況を評価して、被拘禁者に過剰に圧力を加えるものであるかどうかを判断するものであった。このような分析を捨て去るものではないが、*Malloy* 事件<sup>70</sup>および *Miranda* 判決は、分析、探求の対象を変えるに至った。』とする<sup>71</sup>。変更の内容は、『*Malloy* 事件が、自白の証拠能力は、修正第5条が修正第14条に包含されるという問題であると判断をしたことであり、また、*Miranda* 判決が、取調べの様々な技法の利用に照らして、また、拘禁中の取調べの本質的な強要要素に照らして、任意の供述と強制された供述の境界があいまいとなり、また、自己負罪拒否特権の保護されない危険のあることを指摘したことであった。そして、これにより、*Miranda* 警告を明らかにした。』と言う<sup>72</sup>。そこで、本件制定法条項に触れて、『本規定は、*Miranda* 判決の2年後に制定されたが、任意性のみを判断基準としたこと、警告義務を省略していること、関係する例示的な要素を列挙していることからして、*Miranda* 判決を廃棄する趣旨であることが分かる。となると、連邦議会が *Miranda* を廃棄する権限を有しているかどうかに係る。しかし、この点の法は、明らかである。すなわち、連邦下級裁判所の手続に関する法は、連邦最高裁が規定する事が出来るが、同時に、連邦議会はこれを変更する権限がある。しかし、憲法を解釈し、これを適用する当裁判所の裁判を連邦議会が変更する権限は存在しない。*Miranda* 警告をもって、憲法の要求するものではないとする控訴裁判所の判断には賛成しない。その後の当裁判所の判例に、*Miranda* が憲法判断ではないかのように説示したような部分があることはそのとおりであるとしても<sup>73</sup>、他方、州裁判所の手続につき *Miranda* を適用することにより、*Miranda* が憲法判断をしたものであることを明らかにするその後の当裁判所の判例がある<sup>74</sup>。そして、*Miranda* 判決自体が、「法執行機関および裁判所が従うべき憲法上の明確な指針を与える。」との書き出しから始めており、判文中には、多数意見が憲法判断であると考えていたことを示す様々な

<sup>70</sup> *Malloy v. Hogan*, 378 U.S.1(1964)

<sup>71</sup> *Dickerson* at 432-434.

<sup>72</sup> *Id.* at 435

<sup>73</sup> *Dickerson* at 437-438. 引用されたものは、*New York v. Quarles*, 467U.S. 649,653 (1984), *Michigan v. Tucker*, 417 U.S.433, 444 (1974).

<sup>74</sup> *Dickerson* at 438. 引用されたものは、*Stansbury v. California*, 511 U.S. 318 (1994), *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146 (1990), *Roberson v. Arizona*, 486 U.S. 675 (1988), *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477, 481-482 (1981). 憲法の要請でない限り、連邦最高裁が州裁判所の手続に口出しできないという憲法上の大前提がある。

表現に満ち溢れている。しかも、「憲法の権利を保護するに必要な基準を満たすことがない環境の下で自白がなされた」とも述べた。そして、Mirandaにおいては、伝統的な全体的考察に依存したのでは、任意になされたのではない拘禁中の自白を見逃してしまう危険があり、そのような危険は、有罪立証にしようするときには、受け入れがたい大きな危険であることを示した。取調べの全体を超えた何かを必要とすることを明らかにした。本制定法規定は、全体的考察をもって十分とするから、Mirandaが法として存在する限り、これを支持することはできない。そのうえ、このような先例が、後の判断を拘束するとの先例拘束 *stare decisis* がある。そして、Mirandaを変更すべきであるとの社会の要請はない。我々は、Mirandaを変更すべきことを正当なるものとは、考えない。むしろ、Mirandaは、警察の実務に定着し、米国文化の一部を既に構成している。よって、Mirandaは、連邦議会が制定法をもって廃棄することが許されない憲法のルールを示したものであるから、また、あわせて、先例拘束の原則に従いつつ、われわれもMirandaを廃棄すべきものと考えないから、よって、控訴裁判所の原判断を破棄する。』、というのである<sup>75</sup>。

### (3) Maryland v. Shatzer 判決 (2010年)<sup>76</sup>

a. Shatzer判決の事実関係は、逮捕に続く捜査論からいうとやや例外的であるが(但し、累犯あるいは常習者捜査などに付き必要が高い筈である。)、簡単に言うと、既決服役中のShatzerに対して、別件である性犯罪につき、2003年8月7日、刑務所の別室での捜査官2名による取調べにおいて、まず、捜査官がMiranda告知をなして取調べを開始したところ、これに対して、被疑者(服役者)が弁護人を選任したい旨、および弁護人が同席しないところでは話したくない旨を述べたに対して、捜査官2名は、取調べを直ちに中止した。その後、捜査が進展し、2年6ヶ月の経過した2006年3月2日、別の捜査官が当時別の刑務所に移管されていたShatzerに対して、当該別件につき取り調べをしたいことを伝え、その際、Miranda警告を行ない、Miranda権利を放棄する書面を取得して、30分ほどの尋問をした。その取調べによる自白(嫌疑は否認、同じ時期場所での公然わいせつの別性犯罪を自白。)がなされ、翌日も同じ手続きをしたうえでうそ発見探知による検査にも同意した。この間、Shatzerからは、弁護人と相談したいとの申出ではなかった。また、2003年の際に弁護人との面会を要請したことについても言及がなかった。そこで、その捜査官は、5日後である2006年3月7日、うそ発見器による検査のため、

<sup>75</sup> Dickerson at 435-444.

<sup>76</sup> Maryland v. Shatzer, 559 U.S. \_\_\_ (2010). 現状では、いわゆる米連邦最高裁の判決の"slip opinion"という第2稿であり、修正がなされて"bench opinion"となる。http://[www.supremecourtus.gov/opinions](http://www.supremecourtus.gov/opinions) からアクセス可能。

再度訪問し、Miranda 警告をして、放棄書をとったうえで、うそ発見器による捜査をなした。Shatzer は、検査に不合格となった。そこで、尋問を開始したところ、Shatzer は、興奮して、「自分は強制したのではない。」趣旨を述べ、実質的に性犯罪につき自白をした。

b. 訴訟の経緯は、Shatzer が、2006 年の自白が Edwards 判決に違反するのでその排除を求める形で争われ、下級審は証拠として採用したが、Maryland 州最高裁が、時間の経過だけでは Edwards の保護を終了できないし、また、第 1 回目の取調べ後に刑務所の一般管理に復したことをもって、拘留状態の終了 (break in custody) にはならないとして、自白を証拠排除をした。

c. 連邦最高裁 (法廷意見は、Scalia 判事) は、これに対して、まず、Miranda 判決の基礎である拘禁中の取調べに関する事実評価であった、“inherently compelling pressures” “unfamiliar,” “policedominated atmosphere,” のあること、そして、これが、心理的な強圧となって (psychological pressures)、個人の抵抗力を崩し、外の状況下ではそう簡単には話さないことの供述を強要することに至ること (“which work to undermine the individual’s will to resist and to compel him to speak where he would not otherwise do so freely,”) を引用してこれを承認する。また、Edwards 判決により、一度弁護人選任の希望を明らかにした被拘禁者の自発的な発意によらない限り、第 2 回以降の取調べが禁止されることにより、強制を排除できる意義を高く評価する。そして、Edwards による任意でないことの推定 (Edwards presumption of involuntariness) は、長期の拘留による優位を警察が取れないようにすること、取調べを繰り返すことによる屈服 (“badgered into submission”) を許さないことにある、とも言う。

c. そのうえで、Edwards 判決が、憲法の要請ではなく<sup>77</sup>、司法による予防的原則 (prophylaxis) であるので、その拡張が正当であることを明らかにする責任は、司法にあると述べ、Edwards, Roberson, Minnick の各判決は、警察ある意はれ法捜査官による逮捕拘禁中での再度の取調べに関する事案であるが、当該事案の争点である、刑務所在監者につき、取調べから一般管理棟に戻り、2 年 6 月を経過したことは、果たして拘禁状態の終了 (break in custody)

<sup>77</sup> Edwards 判決が、憲法の要請でないという部分は、Scalia 判事独特のぶぶんであるのか、また、Miranda 判決が憲法判断とされたこと (Dickerson 参照) と、どのように整合するのかは、私には不明である。Miranda も prophylactic であったが、憲法の要求とされている。わが国で J-“Miranda-Edwards”が採用された時は、憲法 34 条、38 条の要求するところとして位置づけることが出来ると思う。

となり、Edwardsの保護の終了としてよいか、という正当化の検証に移る。そして、Edwardsを及ぼすことによる利害、得失（この中には、人権保護とともに犯人検挙の必要、司法資源の損耗防止などを掲げる。）を議論したうえで、最終的に、ルールが警察にも明確となることを意図して、また異例ではあるがと前置きをしながら、逮捕され警察による拘禁下にある者について、第1回の取調べにおいて弁護士同席要求があり取調べを中止し、そのうえで釈放をしたのち、14日を経過するときには、自宅で、友人、弁護士、家族との接触などがあり、当初拘禁の強圧環境からは解放されているとして、期限を設定した。そして、第1回目での弁護士同席要求の効果である取調べの禁止（説得などbadgeringの全て）が、14日の経過により終了しており、再度の取調べを、Miranda警告をし、且つ、放棄を得たならば、行なうことが出来るとした。そして、当該事案では、第1回の取調べは（2003年）、当然に、刑務所での取調べでの取調べであり、強圧環境下でのものであるから、Mirandaに従い（逮捕されたのと同じ）、弁護士同席要求により取調べが中断され、その後、刑務所の一般管理棟への解放は、その管理状況からすれば、一般に、警察による管理が継続しているのと同じであるとは言えないので、その後、14日を経過したことにより、Edwardsの禁止は終了している。そこで、2006年の第2回の取調べにおいて、あらたにMiranda警告と放棄とを得たうえでの取調べによる自白は、排除できないとした。Shatzerにより、釈放後の日数をもって強圧環境の終了が明示されたので（勿論、これを繰り返すなどの手法をとることに対する警告はなされている。口頭弁論参照。）、釈放後（刑務所在監逮既決囚の一般管理棟への解放を含む。）の再度の取調べについての基準は、極めて明確となった。ただし、逮捕拘留による環境が強圧環境であることは再確認されているし、取調べにおいて弁護士同席を求められた時の取調べの中止、その後も逮捕拘留の継続中でのbadgeringの禁止（本人の発意によらない取調べの禁止）も、確認されている。これを見ても、本質部分における日米格差は相変わらず大きいというのが偽らざる評価であろう。

##### 5. わが国憲法 34 条、38 条、刑訴 198 条、39 条に関する議論

- (1) 私は、憲法、刑事訴訟法の解釈論をなすべき能力がないが、私見からすれば、まず、憲法 34 条は、「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼す

る権利を与えられなければ、抑留又は拘禁されない。」とするから、逮捕、勾留のときから、弁護人依頼権がある。憲法 38 条 1 項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない。」とするから、また、2 項は「強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることが出来ない。」としているので、さらには、独立して刑事裁判につき憲法 37 条をおいているから、不利益供述を強要される危険のある場所、環境は、憲法文言からすれば、およそどの場所、どの環境であるかを問わない趣旨である。従って、拘禁による取調の時期に、また、取調べに際して、憲法 34 条、憲法 38 条が適用されることは、明らかであろうと思われる。

(2) 他方、米国の *Miranda-Edwards* が予防しようとした権益は、連邦政府に対しては、まず、憲法修正第 5 条に表現されているが、同条は、厳密には、「何人も刑事裁判において (in any criminal case to be a witness against himself) 自らに不利益となる証人となることを強要されない。」としているから、裁判法廷での権利(judicial)として規定されている。そして、また、連邦憲法修正第 6 条は、「全て被告人は、刑事の公判において (in all criminal prosecutions)、・・・弁護人による弁護を受けるべき権利を有する。」とするから、ここでも、刑事裁判での弁護人選任権としての保障として規定されている。そして、州政府(州裁判所)に対しての効力は、修正 14 条第 1 項が、「どの州も、合衆国市民が享有する特権および免除を害すべき法を制定しあるいは執行してはならない。また、どの州も、法の正当な手続によらないで、何人に対しても、その身体、自由もしくは財産を害してはならない。」と規定しているので、これを通じて、合衆国市民の享有する修正第 5 条の権利および修正第 6 条の権利を各州が保護しなければならないこととされる。この作用を、州政府にとって、連邦憲法の *Bill of Rights* が修正 14 条に一体化 incorporation され、これにより各州のルールとして適用になると、理解するのである<sup>78</sup>。修正第 5 条あるいは修正第 6 条の文言が、いわば一見限定的であるため、既に長く形式的解釈は放擲されているものの、(公判前の)被拘禁者に対する関係では、修正第 5 条あるいは第 6 条の刑事裁判での権利を保護するための予防準則 (prophylactic rule) とされる観念され、仮に取調における権利保護に当てはまるとしても、その適用範囲、命題の内容を制限的に見ようとする事案、見解の登場する理由でもある。つまり、予防準則であれば、本則そのものではなく、憲法の要求ではないから、その違反は、憲法違反とならないのではないか、憲法の要請でなければ、連邦議会が矛盾する立法をする権限があるのではないか、などの議論を招いたわけである。それでも、*Miranda* 判決は、そのような予防準則という抽象的な位置づけにも係わらず、連邦最高裁の確立した取調段階での供述の訴訟法としての証拠法則を超えて、連邦最高裁の解釈による容疑者の憲法上の権利

<sup>78</sup> *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964).

(Miranda 告知による自己負罪拒否特権、弁護人依頼権の告知を受ける権利、および Edwards により補強された弁護人選任権行使後の取調べの禁止、そして、これに違反をしたときの証拠排除があることを背景にした実質的な捜査官の行動規範) を表現したもの、憲法ルールとして確立し各州においても連邦憲法修正 14 条を介して遵守すべきものと確立しており、しかも、先例としての拘束があるとして明示されるに至っている<sup>79</sup>。

(3) これからすれば、わが国では、憲法 34 条で直接に、かつ、拘禁を前提に(公判ではなく) 弁護人依頼権を定め、憲法 38 条は前記のように、一般に不利益供述の強要を禁止する構成であるから、これらの権利は、取調べに際しての容疑者の直接の(公判との関係での予防準則的ではなく) 憲法上の権利でもあることに疑いはない。また、現実に物理的、心理的な手法で自白を強要することがないように、また、そのような結果とならないようにするためのルールであるから、そのような機能的な意味では、予防準則的、事前強化的である。予防準則と言う観点から言えば、特に、Edwards の要請は、弁護人なしでの取り調べを禁止するので、特に予防的な効果がある。J-“*Miranda-Edwards*”が採用される世界では、わが国憲法の要請、規定であるものとして、これを理解することとなる。なお、J-“*Miranda-Edwards*”の要請に従い、自己負罪拒否特権(黙秘権)を行使した後の、あるいは、弁護人依頼権を行使した後の、取調べの継続あるいは badgering の禁止に反した場合の結果(証拠排除)を、憲法 34 条で求めるところとするのか、それとも 38 条の求めるところとするのかは問題であるが、保護の最終的効果が自白の排除であるので、おそらく 38 条の方を根拠とみることになる。ただし、34 条の要請が併合されているとすることも構わないであろう。そして、J-“*Miranda-Edwards*”が解釈により憲法 34 条、38 条に含まれているものとして、①強制された自白で拷問その他による自白と同じ扱いをすべきなのか(その場合には、その自白及び全ての果実を排除すべきこととなる)、それとも、②Miranda 警告の不告知あるいは弁護人選任権の行使後の取調べの継続および badgering にあたる捜査方法に基づく排除を要請する憲法 34 条、38 条のルールとして位置づけるかは、米国の議論とおなじように、見解が分かれるところであろう。私としては、①を支持した方が、すっきり一貫すると思うが、憲法規定、憲法の要請であることが明らかにされれば、②の解釈でも良いと考える。勿論、憲法 34 条、38 条の解釈を示し、これを他の国家機関(立法、行政)に承認するように求める権限は、わが国でも憲法 81 条、98 条 1 項により、憲法を最終的に解釈する唯一の機関としての裁判所(最高裁判所)に委ねられている<sup>80</sup>。

<sup>79</sup> 連邦憲法による要請、要件、警告、権利であること、および先例拘束原則 stare decisis により拘束するとして位置づけたのが前記の *Dickerson v. U.S.*, 530 U.S. 428 (2000)である。

<sup>80</sup> 日本国憲法のことであるので、米国の *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803)を出す必要はないが、我が憲法規定は *Marbury* によるものである。

(4) 憲法論を離れて、被拘禁者の取調べ受忍義務の存否に関しては、周知の通り刑訴法のレベルでは同法 198 条 1 項本文および但書を巡り大きく見解が対立する。同条に関する議論をここで詳細に展開する能力はないが、実務的にも、また従来 of 学説の通説は、身柄拘束の被疑者の出頭義務および在室義務を認める見解のようではある<sup>81</sup>。そのうえ、最高裁は、最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁において、「もっとも、憲法は、刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものであるから、被疑者と弁護人等との接見交通権が憲法の保障に由来するからといって、これが刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものということとはできない。そして、捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取り調べる必要が生ずることもあるが、憲法はこのような取調べを否定するものではないから、接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない。憲法三四条は、身体の拘束を受けている被疑者に対して弁護人から援助を受ける機会を持つことを保障するという趣旨が実質的に損なわれない限りにおいて、法律に右の調整の規定を設けることを否定するものではないというべきである。」と述べ<sup>82</sup>、また、これに続いて「所論は、憲法三八条一項が何人も自己に不利益な供述を強要されない旨を定めていることを根拠に、逮捕、勾留中の被疑者には捜査機関による取調べを受忍する義務はなく、刑訴法一九八条一項ただし書の規定は、それが逮捕、勾留中の被疑者に対し取調べ受忍義務を定めているとすると違憲であって、被疑者が望むならいつでも取調べを中断しなければならないから、被疑者の取調べは接見交通権の行使を制限する理由にはおよそならないという。しかし、身体の拘束を受けている被疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものでないことは明らかであるから、この点についての所論は、前提を欠き、採用することが出来ない。」と述べるに至った<sup>83</sup>。さらには、「所論は、要するに、憲法三八条一項は、不利益供述の強要の禁止を実効的に保障するため、身体の拘束を受けている被疑者と弁護人等との接見交通権をも保障していると解されるとし、それを前提に、刑訴法三九条三項本文の規定は、憲法三八条一項に違反するというのである。しかし、憲法三八条一項の不利益供述の強要の禁止を実効的に保障するためどのような措置が採られるべきかは、基本的には捜査の実状等を踏まえた上での立法政策の問題に帰するものというべきであり、憲法三八条一項の不利益供述の強要の禁止の定めから身体の拘束を受けている被疑者と弁護人等との接見交通権の保障が当然に導き出されるとはいえない。論旨は、独自の見解を前提として違憲をいうも

<sup>81</sup> 団藤重光「新刑事訴訟法綱要」(七訂版) 326 頁、団藤重光「条解刑事訴訟法」365 頁。

<sup>82</sup> 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁、516 頁

<sup>83</sup> 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁、518 頁

のであって、採用することができない。」とも述べるに至った<sup>84</sup>。

- (5) この判決に対しては、真の問題は、当該事案での具体的な被拘禁者に対する外界と遮断した拘禁下でなされている取調と弁護人依頼権との問題であるのに、国家の刑罰権、捜査権という壮大な権能と一弁護人との接見との対決問題であるかのように置き換えた点が問題であるし、上告理由が抽象的な違憲論であったこともあって、関係する条文と条文との抽象的な比較論、憲法論である点も問題である。また、外界と隔離され捜査官の支配下にある被拘禁者に対する本質的な強要環境（米連邦最高裁が一般して承認する *inherently compelling pressures*）を事実として理解できずに、憲法 38 条の自己負罪拒否特権と被拘禁者の弁護人選任権（接見交通権）の保障との間に関連を見いだせないと言ってしまったのも（被拘禁者は弁護人の支援がなければ単独での権利の確保が覚束ないことを無視）、Miranda などとの比較で言えば、権利をどのように具体的に保護するかを巡る彼我の実践的な意識の差が顕著であり問題である。また、この判決部分が、なるほど一般論であり、また、状況に応じ、あるいは被拘禁者の意向などの如何により、出頭を求め、滞留義務を課することそのものが自己負罪拒否特権（自由）の侵害になる場合があることを具体的な事実の枠組みのもとに否定したものではないとしても、弁護人依頼権に対し制約的な接見指定につき事案の事実関係での損害賠償義務を否定した点は残ってしまう<sup>85</sup>。また、被拘禁者につき、取調の受忍義務、在室義務を認める見解を概論的に明らかにしてしまったということも否定できない。しかし、最高裁においても、相当に古い段階から（また、少数意見ではあったが）、憲法 34 条、38 条 1 項の法意との関係において、刑訴法による出頭義務、取調義務の問題性は指摘されていた<sup>86</sup>。さらに、有力な学説を含めて取調受忍義務を否定する見解も多数である<sup>87</sup>。事実関係の如何により異なる結果も生じるであ

<sup>84</sup> 同 520 頁。

<sup>85</sup> 同 566 頁以下の事実認定からすると、被疑者逮捕は、12月3日、弁護人としての接見申し出希望をした日は、12月9日、10日、11日、12日、16日、19日、22日、23日で、いずれも取調中、係官の権限なし、接見指定書不持参等を理由に接見が実現していない。接見出来たのは、逮捕後8日を経過した12月12日、13日、その後12月17日と理解される。この間、準抗告による一般指定取消、具体的指定の取消決定があるも、接見ができなかった経過もある。私には憲法上由々しい事案と見える。本件の事案での具体的な接見の拒否、接見指定という処分が憲法に反する（憲法 81 条）というのが、本来の問題提起であり、判断の対象となるべきであったように思う。

<sup>86</sup> なお、平野前掲 412 頁の取調権、そして出頭義務、応答義務を否定する部分に続き、414 頁の注(10)によれば、既にわが国最高裁の裁判官が、「憲法 38 条 1 項は、『何人も自己に不利益な供述を強要されない。』と規定する。犯罪の被疑者に対し、犯罪捜査の官憲が出頭を求めることは被疑者に対し被疑事実たる犯罪に関する供述を求めるがためであることはいままでもない。かかる出頭を強要することは憲法 38 条 1 項の法意に反することは明らかである。」（藤田裁判官、高橋裁判官の意見）、憲法は、「いやしくも刑事訴追を受ける虞のある供述を強制されないことを保障したものであり、従ってその前提たる出頭要求についても、その要求者の何人たるを問わずいやしくもその出頭につき直接身柄の拘束は勿論、間接に体刑による刑罰によってこれを強制して犯罪の取調べをなすことは憲法の原則として禁ずるところであると解すべきである。」（奥野裁判官の意見）と述べたことが紹介されている。最大判昭和 36 年 12 月 20 日刑集 15 卷 11 号 1940 頁。これは、あたかも 50 年前のしかも、米国での Miranda 登場前の J-“Miranda-Edwards”と言う感じがある。

<sup>87</sup> 平野前掲 106 頁、田宮裕「刑事訴訟法」（新版）130、133 注（4）（1996）など。田口守一「刑事訴訟法」（第 5 版）（2009）114 頁。なお、鮎川泰輔「いわゆる取調受忍義務に関する検討」学生法政論集 2 号



ろうし、拘禁状況での強要的環境の理解が進み、また、空文ではなく自己負罪禁止特権、弁護人依頼権の実行ある保障を確保する必要に向かった関心が必ずや出てくるであろう。Miranda-Edwards を外に置いて、わが国の憲法、刑訴法のレベルでの被拘禁者の取調受忍義務につき私見を言うことが出来れば、まず、私は、刑訴法 198 条 1 項但書は、憲法を忘れて、収容施設での人的物的心理的な強要的環境・事実を忘れて、当事者主義・公判主義を忘れて、自白に頼らない客観証拠主義を忘れて、また、逮捕、勾留の真の目的（取調、自白ではない）を忘れて<sup>88</sup>、条文の形式解釈をすれば、おそらく 198 条としては、被拘禁者にはなるほど、出頭義務があり、滞留義務が課されたかのようにまずは仮解釈をするのが正しいかと思う。しかし、憲法を忘れて、収容施設での人的物的心理的な強要的環境・事実を忘れて、当事者主義・公判主義を忘れて、自白に頼らない客観証拠主義を忘れて、また、逮捕、勾留の真の目的（取調、自白ではない）を忘れて解釈をすること自体が、方法論的に誤りであり、しかも、仮解釈として取調受忍義務を肯定したときに、その仮解釈が現状での被拘禁者に対してなされる意思抑圧的、強要的な取調を承認するような結果を導くのであれば、そのような結果と危険を容認するような仮解釈と説明は、どのように巧妙にしたとしても存在意義がないし、合理性がないという考えである。そして、被拘禁者の取調受忍義務は、否定されるべきである。その場合に、刑訴法 198 条 1 項を憲法違反により無効であるとの説明方法をとらないのであれば、おそらく、同条 1 項の「被疑者」には、本文でもまた但し書きにおいても、被拘禁者と在宅被疑者とを含み、但し書きの不出頭、滞留拒否の権利は、被拘禁者も在宅被疑者にも等しく認められ、但し書きの「逮捕、勾留されている場合を除いては」の部分は、端的に無視をするか、あるいは、不出頭、滞留拒否をしても依然として、自宅には戻れないことを意味する程度のものとの説明方法を支持したい<sup>89</sup>。

81 頁、九州大学法政学会（2008）は、刑訴法 198 条論として、取調の過程を、捜査機関への出頭、取調室への出頭、取調室滞留、発問説得甘受、応答供述、署名という各段階での義務の存否を検討する手法をとっている。そして、被拘禁者は裁判所の処分により特定された刑事収容施設（刑訴 200 条、207 条、64 条）に留置、勾留され、その後は発令がなければ、捜査官も被拘禁者もその場所からの移転をすることが出来ないから（取調の場所を令状の上の留置、勾留の場所とは異なるものと見る。）、そうであれば捜査機関への出頭義務などをおよそ観念することが出来ず、また、刑事収容施設法にも、令状の収容場所からの取調のための移動を容認する規定もないことを根拠として、捜査機関への出頭をはじめとして取調など全ての段階での受忍義務が成立しないとす。そして、198 条 1 項但書は、被拘禁者が発令の収容場所を離れて自由に移動できない場合は当然のことであるのでこの当然の場合を除く趣旨に解すべきだとしている。分析、198 条但書の説明、そして結論につき賛同をしたいし、収容施設法と刑訴法との関係の問題提起（2 元論があるとのことであるが、論者は一元論をいう。）も緻密な見方かとおもわれる。しかし、問われるの強要的環境下での取調であるから拘禁場所の法的な性質は本質的ではない点、収容施設法の不備を補う立法がなされれば取調拒否の根拠がなくなる点、また、捜査官に対して収容施設の代用である同じ屋根の下の取調室で、刑訴法 80 条の形式による面接を事実上毎日連続して行えば、取調をしたのと全く変わらない点では、まだ問題があるように思う。また、憲法論、事実論を離れて刑訴法 198 条の解釈だけで否定肯定が分かれるようなものでもないと思う。

<sup>88</sup> 勾留の要件（刑訴法 60 条）、逮捕状の要件（刑訴規則 143 条の 3）を参照。

<sup>89</sup> 平野龍一「刑事訴訟法」106 頁（1958）の考えと同じになると思う。なお、刑訴法 223 条は、参考人からの取調の条文であるが、同条 2 項において、刑訴 198 条 1 項但し書きを準用する点に（刑訴法限りで

(6) もしも幸いに、刑訴法の解釈としてではなく、憲法 34 条、38 条 1 項の解釈として、これらの条項が、正面から、Miranda-Edwards 原則そのものを包含すると解釈されれば（つまり、J-“Miranda-Edwards”が採用されれば）、その様に解釈された憲法規定が優先するから、刑訴法 198 条を根拠にする取調受忍義務を肯定する見解は、結局、その規定自体が憲法の禁止する場合を除外しない包括的な取調基本条項の体裁になっているから全体として憲法秩序に合わないので無効と見るか、あるいは、そうでなくとも、弁護人依頼権を行使した者との関係では、弁護人の同席がないか、捜査官の働きかけなく自主的に取調べを求めたものでないときには、刑訴法の取調権を発動するための行為（呼出し、滞留要求、発問、応答請求など）の根拠すること自体が許されないこととなる。

(7) 従って、J-“Miranda-Edwards”の採用後には、憲法上の義務として、捜査官は、①逮捕に際して直ちに Miranda 告知（不利益な供述を強要されないこと、および弁護人を選任できることの告知）をなし、②令状の請求、発布などの事実があるのに、これを秘して、任意の捜査、質問という口実で、Miranda 告知をすることなく、発問しあるいは取り調べたときは、あるいは実質的に拘禁状態の下に取り調べた時は、逮捕後に Miranda 告知をしないままに取調べをしたのとは同じ評価をすべきこととなり、③逮捕の後、喋りたくないといわれれば直ちに取り調べを中止し、また、弁護人の選任を求める意思、あるいは弁護人の同席でなければ応じたくないとの意思が明確であれば、直ちに取調べを中止し、④その後は、弁護人同席でなければ取調べが出来ないし、同席がないことを知っていれば、出頭、在室を求める合理的で正当な意味はないから（説得をする意味があるが、これは許されない badgering である）、出頭、在室をさせることはできず、⑤取調は、弁護人が同席をしたときに限り、あるいは、捜査官からの働きかけがないのに容疑者からの自主的な接触の申し出があったときに限り行うことが出来るに止まり（なお、いずれも、退出、中止を求められたらこれを認める）、⑥捜査官は、弁護人の選任を求める意思、あるいは

---

の) 解釈上の興味が湧く。この準用の結果、参考人は、取調要請に対して、出頭拒否、退出権があるが、「逮捕勾留されている場合を除いては」と、読み加えることになる。つまり、当該事件については参考人（被疑者であるのに参考人とするような詐術はないという前提をおく。実際は異なることがあるが。）でしかない者には、取調受忍義務は本来的に存在せず、市民としての善意、任意での協力要請でしかないはずである。たとえ、別件で身柄拘束中であってもあくまでも協力要請事案に関しては同じであろう。しかし、223 条の条文形式、外観は、198 条 1 項本文と同じ書き振りを採用し、その上で 223 条 2 項により、参考人は、「逮捕勾留されている場合を除いては」出頭拒否と退出権があると読むことになる。これにより、反対解釈を使用すれば、別件勾留中である参考人には協力要請事案につき出頭拒否権も退出権もないとの結論になる。しかし、参考人には、協力要請事案については、実務の主流や伝統的見解によっても、取調べ受忍義務はないはずである。となると、223 条 2 項において準用する「逮捕勾留されている場合を除いては」の字句は、223 条では、意味がないか、無視されることとなる。つまり、198 条 1 項と 223 条とは、同じ表記方法をとってはいるが、その内容は、被拘禁者の取調べ受忍義務肯定論からすれば、取調べ受忍義務の存否に関しては、内容が矛盾するものを混同して含んでおり、条文解釈の上では、同一表現に統一された意味がないことになる。反対解釈説に対しては、このような統一性のない表記、表現に頼って解釈することがどこまで許されるのかにつき、疑問を投げておくべきかと思う。なお、私見は、あくまでも、刑訴法の条文だけの検討や解釈では足りないことをいうにある。

弁護人の同席でなければ応じたくないとの意思が明確であれば、その後は、本件、別件とも本人に取調に応ずるような働きかけ badgering をすることができず(出頭、在室を求めることも出来ない)、⑦以上に反したときは、容疑者供述は、それ自体を以て、つまり、任意性の有無を問うまでもなく排除される、と言う結果になろう。かく言っても、弁護人同席での取調べを実現するように取り運ぶことはできるし(全て拒絶されるということはない筈である)、捜査官による関係現場、関係箇所の捜索、目撃者その他の第三者からの協力による情報収集が妨げられることはない。あとは、先に述べた科学的捜査、直接間接の証拠の収集・分析、常識、経験則などの活躍する場面となる。そして、刑訴法 39 条は、J-“*Miranda-Edwards*”の時代には、もはや生き残れないであろう。そして、最大判平成 11 年 3 月 24 日刑集 53 卷 3 号 514 頁が、弁護人の接見交通権を憲法の保障に由来し、他方、国家の捜査権が憲法に基づく権能であるとして、「捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取り調べる必要が生ずることもあるが、憲法はこのような取調を否定するものではないから、接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない」として述べる傍論部分は、J-“*Miranda-Edwards*”の時代精神からすれば、*Miranda* 判決との厚みの違いを別にしても、内容的に受け入れがたい。特に、①抽象的、字面の上での捜査権と弁護人依頼権を比較してどちらとも言えないという結論を述べているに過ぎない点、②拘禁抑留のもとでの取調環境の現実の圧力、本質的な強要の要素の存在等の真実を向くことなく、依然として自白偏重の考え(誤判無頓着)から脱却できていない点、また、③逮捕後に取調べを開始しようとするまでの過程については、対等な位置づけでよかろうが、一度、自己負罪禁止特権が行使されたり、弁護人選任、立ち会いが求められた後においては、弁護人依頼権、自己負罪禁止特権を優先しないでもよいという範囲で、正しくないであろう<sup>90</sup>。勿論、同様の事実関係の下での接見に対する制限も違憲となり、そこから得られた自白は、当然に証拠から排除されるものとなるであろう<sup>91</sup>。なお、言うまでもないが、以上は、J-“*Miranda-Edwards*”の違反による排除であるので、取調べの全体的な考察(容疑者の個人的特徴、取調べの方法、技巧を含めた全ての状況の考察)をして、任意性がないとされるときに証拠排除のルールは、相変わらず、厳として共に存在していることになる<sup>92</sup>。

<sup>90</sup> 見方の問題でもあるが、この最大判が、取調べの優越を言わなかったことは、救いであるとするのもできないわけではないが、拘禁取調べの本質的強要の要素を看破できていないところが、個人の権利保護の観点からは決定的であろうか。なお、私からの同じ批判は、最判平成 16 年 9 月 7 日判時 1878 号 88 頁にも向けるべきである。なお、これには裁判官濱田邦夫反対意見(95 頁)があり、私は反対意見を支持したい。

<sup>91</sup> 当然であろうが、昭和 63 年 4 月 1 日改正「法務大臣訓令事件規程」28 条による「指定することがある旨の通知」も、正当性を有さないものとなる。

<sup>92</sup> 仮に最高裁の憲法解釈判例の形式ではなく刑訴法改正の形式でこの部分を表現すると次のような改正

## 6. 弁護士倫理との関係について

(1) やや観点をことにするが、自己負罪拒否特権および弁護人依頼権とは、そもそも、法律家（弁護士だけではない。）の倫理の問題にも関係するように思う。私の考えでは、法律家倫理は、民事訴訟、刑事訴訟を問わず、手続法の根本にあってこれを支えていると考える。そこで、Miranda-Edwards を検討した経緯から、まずは、The American Bar Association, the Model Rules of Professional Conduct (1983), as amended to 2002 を見ることにする。Model Rules は、法律家の全般に向けられている。弁護士だけでなく、検察官(Rule 3.8 など)、裁判官(Rule 1.12)なども対象である（なお、連邦裁判官には、このほか、Code of Conduct for United States Judges, July 1, 2009 がある。）。このような法律家の一般義務として、刑事に関係すると思われるものは、犯罪あるいは犯罪支援のための協議の禁止（法の規制内容を善意で特定するための協議を除く。Rule 1.2(d)）、委任者の行為が死あるいは深刻な傷害を招くことが合理的な判断により確実である場合にこれを阻止するために、弁護士の助言を利用して他人の財産に重大な損害を及ぼす犯罪を招くことが合理的な判断により確実である場合にこれを阻止するために、あるいは、同様に弁護士の助言を利用して他人の財産に重大な損害を及ぼす犯罪を招くことが合理的な判断により確実である場合にあるいは犯罪が行われた場合に、これを阻止し、被害拡大を防止し、損害を軽減するために、秘密保持義務のある情報の開示の許容（Rule 1.6(b)）、受任後に犯罪が実行されたときの辞任義務（Rule 1.16）がある。また、事実及び法律の根拠がないのに、あえて意味のない主張をなし、争うことの禁止（但

---

案とすることが可能である。(a) 起訴前保釈の導入については、単に第207条第1項但書を削除する。(b) 自己負罪禁止特権との関係では、第198条を次のとおり改める。第1項の但書に「逮捕又は勾留されている場合を除いては、」とあるのを、「逮捕又は勾留されている場合における身体の拘束の一般的不利益を甘受するほかは、」と改める。第2項に次の一文を加える。「被疑者から供述をしない旨の申出があったときは、直ちに取調べを中止しなければならない。被疑者から、弁護人の立会いを求められた時も、同様とする。検察官、検察事務官、又は司法警察職員は、中止した取調べの再開に応じるように働きかけてはならない。」第3項を以下のとおり改める。「前項により取調べを中断したときは、被疑者を取調べの為の設備に滞留させてはならない。中断した取調べは、弁護人の立会いが得られたときに限り、あるいは検察官、検察事務官、又は司法警察職員からの説得などの働きかけがない状況で被疑者から自発的に取調べに応ずる旨の申出があった場合に限り、再開することが出来る。再開した取調べの過程で、被疑者から供述をしない旨の申出があったときは、あるいは弁護人の立会いを求められた時は、前項に従う。」第3項を第4項として以下各項を繰り下げる。(c)更に、接見指定の関係では、第39条第3項を削除する。

し、刑事手続においては、犯罪の全ての要件の立証を求めて争うことを妨げない。Rule3.1.)、法廷手続における虚偽の主張および虚偽証拠の禁止（自己に不利益な先例学説を知りながらこれに触れないことの禁止を含む。Rule3.3(a)）、公平の観点からする法廷における相手方の証拠収集の妨害、不当な開示要求などの禁止（Rule3.4）がある。特に検察官に対しては、罪の疑いがない事件の起訴の禁止、被疑者が確実に、弁護人選任権およびその手続につき告知をうけ、かつ、確実に弁護人選任の機会を得たことを確保する義務（Rule3.8(a)(b)）、その知りえた無罪及び量刑有利事情を開示する義務（Rule3.8(d)）、相手方に弁護士のあることを知りながら相手方との交信の禁止（Rule4.2）などがある。自己負罪禁止特権の行使あるいはその擁護は、このような倫理との間で、結論として言えば、両立する関係にある。

(2) 幸いに、J-*“Miranda-Edwards”*が実現し、取り調べの拒絶、あるいは弁護人の立会いが当然となったあとでは、捜査官の側の対応は簡単である。取調べをしないで、客観証拠の収集を充実すればよい。しかし、弁護人の側の対応は、大層深刻となる。弁護士の倫理との関係で言えば、容疑者が「無罪」を主張してくれた方が簡単である。助言の内容は、①無罪の主張をする容疑者に、自己負罪拒否特権を行使して取調べを拒絶し、あるいは弁護人立会がなければ一切話をしないという対応をして取調べを拒絶することの助言、あるいは、②無罪の主張をする容疑者が、弁護人の立会いがあれば話をする（無罪であることの証明、あるいは警察解明を促すため。）というときには、このような立会いによる無罪立証の助言、のいずれかである。但し、②の助言については、立会いの頻度が容易ではないという問題がある。立会いは、弁護人の希望、時間的能力の範囲に限られることは、捜査官に譲歩いただくしかない。現在のわが国の起訴前勾留の実情からすれば、長期勾留で、しかも勾留場所での容疑者に対する弁護人同席取調べには、頻度的に時間的に限りがある。捜査官には不満があろうが、およそ、取調べを拒否されれば、捜査官としては客観的証拠をもって公判に備えるのが本則であり、自己負罪禁止特権を行使する容疑者（弁護人同席要求、およそ拒絶とも）に対しては、取調べをしなければならない義務を承認するので、立会いがあっても取調べが出来れば、それはそれで良しとされるべきである。また、②の立ち会いの過程で、捜査官の尋問が脅迫的、侮辱的、当惑的なものとなれば当然に異議を述べなければならないし<sup>93</sup>、また、質問の方法、形式に係わる真実を誤る質問も異議の対象となる<sup>94</sup>。これらの異議は、法律家の自制、異議

<sup>93</sup> 弁護人同席での取調の秩序維持をどう図るかは重大な問題である。おそらくもっとも有益な資料は、米国民事訴訟における証拠開示の一貫としてなされる裁判外の証人尋問での尋問方法（deposition. Oral examination）などに関する争いの決着の方法にあるように思われる。Federal Rules of Civil Procedure, Rule30(c). 民事の Deposition の原則は、公判での証人尋問と同じ規則に服する。F.R.Civ.P.Rule 30(c)(1). 具体的な禁止尋問として、F.R.Civ.P.Rule26(c)(1)(annoyance, embarrassment oppression, or undue burden or expense”), 30(c)(2) (“a party’s conduct,” “the manner of taking deposition”).などがある。

<sup>94</sup> 尋問の方法に関する異議（form objections）としては、誘導、誤導、議論にわたるもの、複合、曖昧、見込み、従前供述の意図的な取り替えなどの尋問である。F.R.Civ.P.Rule30(c)(2)。なお、誘導尋問は敵性

に伴う取調の中での自主的な解決に委ねられるべきと考える<sup>95</sup>。自主的な解決が出来なければ、最後は、弁護人から被拘禁者に対して、答えをしないように指示し、あるいは退出をさせることに依り権利保障をすることとなる。取調の可視化が実現したときには、その記録は、被拘禁者に不利に利用されることもあるが、その場合には、異議のある尋問部分は、仮に弁護人が、回答拒否、退室を要求するに至らなかったときでも、証拠法則により別途、証拠能力が審査されるべきである。勿論、このような②による対応をしている過程で、捜査官の予断が強すぎる傾向、あるいは無罪証拠を否定するなどの兆候が見られれば、即刻、取調べを拒絶することを助言する、あるいは捜査官に取調の拒絶を宣告することになる。

- (3) しかし、これ以上に、実は、弁護人には、どのような助言をすべきかにつき、もっと深刻な問題がありえる。例えば、有効な弁護をするためには、全ての事実関係を知らなければならないことから、その説得をしたところ、容疑者が弁護人に対してのみ、犯行を認め、捜査官には否認をしたいという希望のある場合がその一例であろう。この場合の助言の内容は、その弁護人への自白の内容自体が信用できるかどうか、自白以外の客観証拠があるのか、捜査官において弁護人に対して客観証拠の説明、開示がなされるのか、弁護人において独自の証拠収集が可能か、量刑の予測はどうか、犯罪の性質、被害者感情、社会的深刻度はどうか、本人の希望の内容、などを推し量って判断するしかない。しかし、現在の起訴前勾留の実務からすれば、捜査官側（および裁判所）からは開示もないであろうから、また、弁護人の証拠収集能力は捜査官のそれには及ばないから、弁護人への自白があったときに、弁護人が、拘禁中である依頼人に、職責を果たして、よく事案を知り、証拠を検討した知性的で適正な助言をすることのできる客観状況は存在しない。結局、その段階での適正というべき助言は、限定的で、責任回避的なものであるが、③「とても職責を果たした助言が出来る状況にはないし、弁護人としてリスクを取ることはできないので、公判までは、取調べを拒絶して、そのまま公判に臨んで、公判での開

---

証人に対しては行うことが出来るので、被拘禁者に対して誘導尋問は許されよう。Form objections は、尋問段階で異議を述べておかないと公判において異議権を喪失したこととなる。F.R.Civ.P.Rule32(d)(3)。関連性、証拠能力などは異議を述べなくとも喪失しない。

<sup>95</sup> Deposition に関する規則を参考にすると、証拠開示尋問では、使用証拠、質問態度、尋問形式などあらゆる要素につき、異議を述べる事が出来るが、その異議を記録に残しながら、尋問を続行し、ときに強圧的尋問など状況により裁判所での保護命令により解決することとされている。しかし、当事者には自主的解決は図ることが求められており、裁判所での保護命令を求める前の当事者義務でもある。F.R.Civ.P., Rule26(c)(1)。異議部分を証拠として採用できるかは、後の公判裁判所が判断する。もっとも、秘密特権の保護、証拠開示終了の申立をするなどの目的があるときは、弁護士の指示をもって証言を停止させることが出来るとされる。かくして、わが国で弁護人立ち会いでの取調があるとして、まず、被疑者には自己不在拒否特権があるので（また、裁判所の保護命令もないので）、常に、また、最終的には退室、供述拒絶が優先するが、途中の問題尋問などは、このような制限のもとで、自主的な解決を図りながら、ある程度進行させることが不可能ではない。弁護人にとっても、立ち会いによる情報収集の価値は、尋問継続をさせることに依るマイナスを補うところがある。弁護人による質問も、許される場合がある。なお、Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 15 に、刑事事件における裁判外証人尋問の規定はあるが、これは証拠保全の1種である。被告人に対する deposition は、存在しない。

示証拠（開示されるべき証拠）を検討して、訴追官の立証責任が果たされるかどうかの証拠の有無を判断して、改めて、その段階で真実を述べるか、黙っているかを、助言するから待つて欲しい。」、あるいは、④「捜査官の発言、資料を自分で判断をして、客観証拠がありそうであれば、自白を助言するものであるけれども、弁護人には、よく分からない。もしも、自白をして有罪であれば、量刑的にはこのような資料があり、黙秘あるいは否認をして有罪になった場合には、このような資料がある。（ゲーム理論での prisoners' dilemma である。）」というものか、あるいは⑤捜査官からの情報開示がなされないことを前提に、「辩护人立ち会いでの取調を承諾して、取調の状況から客観的資料の有無、本人供述の信憑性、捜査官意見などの状況判断をしてから、改めて助言をする。」というものにならざるを得ない。

- (4) そして、来るべき公判では、⑥罪状認否の段階では、辩护人として、助言ができるが、被告人の認否は被告人のみが決定することであり、被告人が無罪を述べ、あるいは黙秘の認否をしたときに、これに反して、あるいは被告人への秘密保持義務に反して、有罪であるような辩护人意見を言うことは出来ないであろう<sup>96</sup>。従って、精々、特に意見がない、あるいは証拠不十分、と言う限度での辩护人意見に終わるしかない<sup>97</sup>。次いで、証拠調べの段階では、⑦検察官提出証拠の証拠能力を争ったり、検察官側証人の反対尋問をすることは当然に許されるであろう (Rule 3.1.)。しかし、⑧虚偽であること知りながら第三者証言、証拠物、あるいは被告人証言（供述）を求めて、証言、あるいは供述をさせることは許されない (Rules 3.3(a)(3))。ただし、証言の一部が虚偽であることを知っているときには、それ以外の事項の立証のため証拠を請求することが出来る。なお、虚偽である部分については、積極的に証言を求めることが出来ない (Rule 3.3, Comment (6))。勿論、これらの倫理は、民事事件の公判、証拠開示としての尋問にも適用される。なお、⑧の問題は、米国においても深刻な議論がなされたところである<sup>98</sup>。米国での仕訳は、まず、辩护人が、虚偽であることを知っている証拠の提出（被告人の証言を含む。）を禁じ、かつ、また、虚偽であることがわかった重要証拠が出てしまったときには、そのことを裁

<sup>96</sup> Model Rules の制定前の倫理規定である Model Code of Professional Responsibility, Canon 7, Ethical Consideration 7-7, as amended to 1980.

<sup>97</sup> なお、日本弁護士連合会、弁護士倫理に関する委員会「注釈弁護士倫理」39頁では、「無罪弁論を継続しなければならない。」としている。ABA Model Rules では、弁護士の虚偽の事実及び法律意見の陳述を禁止し、また、従前に述べた事実及び法律意見の陳述の重要な誤りを訂正しないことを許さないとしている (Rule 3.3(a)(1))。日弁連の見解は、虚偽の事実を言わない範囲での無罪弁論をすることが出来るという趣旨であろうか。

<sup>98</sup> Kadish, Schuloffer, and Paulsen, Criminal Laws and its Processes 121-131).そこに紹介された M.Freedman, Lawyers' Ethics in an Adversary System, 3-4, 27-42 (1975)によると、突出している感があるが、弁護のための調査義務、その際に信頼を寄せて秘密（自白）を明らかにした被告への秘密保持義務、そして裁判所吏員としての誠実義務 (candor) の3者の間に trilemma (dilemma に追加がある関係) が成立し、これを全て満たす方法はなく、その場合には、秘密保持義務を優先し、具体的質問で被告人証言をさせ、その結果を弁論しても良いと言う。勿論、これに対しては、裁判所での偽証への加功は許し難いという強力な反論がある。

判所に申述することを含めて、修正をなすべき義務があるとする (Rule 3.3(a)(3)、Comments 2, 3, 5)。また、虚偽であるものと合理的に推測できる証拠の提出を弁護人が拒絶することを認める (Rule 3.3(a)(3))。但し、刑事における弁護活動を受ける憲法上の権利 (憲法修正第 6 条および修正第 14 条 due process) とのかねあいもあり、被告人の証言が虚偽となるであろうことを知っていても法廷で自らの一人語り (in narrative fashion) を証言する権利を認める州法制もあり、また、辞任の許可申立などを法廷あるいは裁判官に明らかにすることによる実質的な秘密保持義務の違反となってしまうこととの関係もあり、ABA の見解としては、希望された被告人証言 (質問) の機会を拒絶することは、虚偽証言 (供述) の合理的疑いがあるだけでは禁止されて居らず、被告人の証言の権利が優先するとされる (Rules 3.3(a)(3), Comments 7, 9, Annotation on Criminal Cases: Client Perjury)<sup>99</sup>。しかし、被告人証言 (供述) では、明らかな虚偽を主尋問で個別具体的な質問により引き出す手法は、許されないこととなろう。

- (5) なお、このような被告人証言 (供述) の機会を認める以上は、その結果として、虚偽であると知っている事実が出た場合を想定しなければなるまい。合理的な疑いがあっても被告人証言 (供述) を求めることを許すときには、虚偽が証言された場合にはやむを得ない悪として、その修正を求める義務がないとの解釈もあると思われるが、Rule 3.3(a)(3)には、重要事実に係る虚偽の証拠が提供されてしまったときの弁護人の修復義務 (回復義務) が明らかにされているので、重要事実につき発生した時は、修復義務が優先するようである<sup>100</sup>。弁護人が依頼者の秘密をこの限度で漏洩する (バラす) こととなり、依頼人にとっては、裏切られたと言う感覚を伴うから、重大問題ではある (Rule 3.3, Comments 10, 11)。被告人証言の機会を提供できることは、被告人の権利の行使の要素があることによる特別扱いではあろうが、

<sup>99</sup> Annotation については、Center for Professional Responsibility, American Bar Association, Annotated Model Rules of Professional Conduct, 6<sup>th</sup> Edition, 316-317 (2007)。被告人証言がなされる機会は、公判だけではない。連邦法の事件でこれを見ると、予備審問 (preliminary hearing, Federal Rules of Criminal Procedure 5.1。)と呼ばれる起訴前被告人 (被疑者) の申立による「罪を犯したとの疑い

(probable cause)」の有無を巡る公開裁判手続での被告人証言 (弁護人出頭) もあるし、さらには、重罪 (felony) につき、敢えて、検察の起訴機関ともいうべき大陪審 (grand jury) に出頭し、弁護人なしでの証言をする機会もある (弁護人は出頭できない。F.R.Cr.P. 6)。予備審問は、被告人が放棄できるし、起訴がなされればもはや請求できない。予備審問による証人尋問 (なお、伝聞証言も許されるので、多くは警察官証人とのこと。) は、証拠開示的要素があるが、証拠開示そのものを予備審問でもとめることはできない。その例外は、6.1(h)。公開法廷であるので、被告人が望まないこともあり、放棄できる。検察官も回避をしようとするれば、silent indictment といって、予め密かに大陪審による起訴をしておけば、予備審問をしないことが出来る。最近の著名な予備審問の例は、O.J.Simpson の事件。なお、予備審問の主題は、罪を起したと疑うに足りる相当の理由であるから、立証のテーマは、難易度では低い。わが国の勾留理由開示法廷に類するが、検察官証人の尋問、逮捕資料の開示、弁護側証人尋問がなされるなどの点で、大きく異なる。なお、結果は、拘留取消にはなかなかならないそうであり、弁護人が予め警察官証言の内容を知り、確保するなどの公判準備としての意義があるとのことである。

<sup>100</sup> 刑事事件での被告人証言を拒否できず、その結果、重要事実につき虚偽証言がなされた場合の処置につき、前記 Rules Annotation は対応した記載を欠くが、Rule 3.3(a)(3)による修復義務が及ぶことが当然視されている様思う。Rule 3.3(b)も関係するが、証拠の虚偽は、(a)(3)によるものであろう。



弁護人が結果として出てしまった重要事実に係る虚偽への共犯となるような行為はやはり許されないので、弁護人は、すぐにこれを修復する義務（具体的には、被告人との協議と撤回などによる修正、辞任、辞任が認められないときの法廷への真実の開示などが提案されている。）を負担する。なお、日弁連のこの点の見解は、明確ではない<sup>101</sup>。

## 7. (まとめ)

わが国の刑事司法、あるいは刑事捜査の文化（司法関係者が現時点で理解し、運用する文化としておく）は、私の知る限りでの他国と比べて、大きく違う。その差はきわめて大きい。私が戸惑うのは、成熟した国家を対象としたときの民事商事における法制度、法律文化に表れている共通性、普遍性と対比した時の格差に対してである。いくつかの民事商事の制度にかかわる国際機関、国際団体における国際的基準の存在の認識、確認、共有といった努力と対比しても、また、その格差はいわば放置されている。わが国の刑事訴訟は、捜査段階をはじめとして、海外の識者からは、恐ろしいと見られていることは間違いがない<sup>102</sup>。Miranda の一部がすでに立法化、承継されているとしても、その内実は、単に、弁護人を選任できるとの告知を受ける中身がない（実質的保護の力がないカラ）の権利でしかなく、取調べに対しての実効性は、何も無い<sup>103</sup>。私が、ここで述べたことを、おそらく、夢物語として一蹴する捜査関係者が多かろう。しかし、その「夢」物語と同じ内容を、「夢」物語としてではなく、現実の法律問題、手続問題として扱い、試行錯誤し、調整をしながら実行できている国家もある。私にとって、この「夢」物語のきっかけとなった *Maryland v. Shatzer* も、Miranda –Edwards の流れの中で、その本質を決して失わせていない。む

<sup>101</sup> 前記日弁連注釈 119-200

<sup>102</sup> まずは、身柄の問題において、未決段階での長期の勾留、保釈の証拠隠滅などを理由とする裁量的運用は、コモンロー系の外国人には恐怖として映ることは、私の感ずるところである。平野龍一は、すでに「西欧的文化水準」と著しく異なることを遺憾としている。平野前掲 413 頁。なお、Miranda 判決では、"The quality of a nation's civilization can be largely measured by the methods it uses in the enforcement of its criminal law." (Schafer, *Federalism and State Criminal Procedure*, 70 Harv. L. Rev. 1,26(1956)) を、同じ観点から引用する。Miranda at 481. Miranda 判決には、拘禁下の容疑者の取調べに関する米国 FBI の自己負罪禁止特権を尊重した取調べの実情に関する司法省の回答が詳細に紹介されているほか (at 484-488)、比較情報として英国、スコットランド、インド、セイロンなどの各国の制度を Miranda と同一にできるものとして参考になっている。Miranda *Id.* at 490, notes 59-61. なお、日弁連でも、国際水準からするわが国拘禁制度の問題点を追及されており、「市民のおよび政治的権利に関する国際規約」（国際人権規約。）をはじめ比較資料である文献の紹介（いずれも、注 3 参照）がある。

<sup>103</sup> 自己負罪禁止特権を行使したものに対して執拗に質問をしたり、弁護人選任権を告知しながら、弁護士との面会を求めても追及をやめないなどの実務は、このようなわが国での権利告知がまさしく空文で、Miranda 判決の言う儀式化 (ritual) していることを意味している。

しろこれを何度も確認している部類である。このように見ていると、被拘束者に対するレベルの高い憲法上の権利保障と、これに対して、法執行・捜査の必要性という公共の利益という、重要なしかし対立する価値を巡って、これまでの事案ではカバーできていない事実関係についても、調和、公平を継続して打とうとする意欲による生きている刑事訴訟が、彼の地には、あるように見えるのである。「愚かにも (Scalia 判事風の表現でしかない。)」蔓延しているというべき、わが国刑事司法に高度の自制が機能する装置がある筈との過信と、人為の制度であるのに神の見る真実が容易に理解される筈との純朴な期待と、拘禁抑留の持つ本質的な強要環境の無理解とからなるわが国の法律的文化に対しては、改めて素朴な懐疑と変革の意識が蘇ることを、希望したい。

(終わり)