

〈論説〉

弁護人の援助を受けていない者に対する検察官の取調べ

——合衆国の検察官に対する規律の在り方より——

白井 諭

目次

- 一 はじめに
- 二 合衆国における弁護人の援助を受けていない者とのコミュニケーションの限界
- 三 わが国における弁護人の援助を受けていない者とのコミュニケーションの限界
- 四 おわりに

一 はじめに

1 (1) 伝統的にわが国の刑事司法では、犯罪事件について事案の真相をくまなく解明するという目的（刑訴法一条参

照)を重要視する傾向があり、それを実現する手段として取調べが必要不可欠であるといわれてきた。実際に捜査実務では、①被疑者等から自白を採取することにより、例えば組織犯罪のような秘密裡に行われる犯罪の有罪立証が可能となること、②通常の犯罪であつても、犯罪の主観的要素を解明したり適切な量刑を導出したリするために被疑者自身の供述が有力な手掛かりとなり、犯行の動機などにかかわる供述の内容によつては起訴猶予処分につながるりうること、③自白の採取を通じて真犯人に反省・悔悟を促すという意味で取調べは改善更生・社会復帰に資するものであることなどを論拠として、「被疑者の任意性のある自白を求めることは、当然に許されることであるばかりか、捜査官の責務としてしなければならないことである」とまでいわれてきた。^①しかし他方で、従来の取調べ実務に対しては、捜査・訴追機関と被疑者との間で力関係の格差が存在することが指摘され、実際にも、任意捜査には「純粹な自発的任意による捜査とある程度の説得による強制にわたらない程度の中間的任意捜査」とがあるという理解の下で「理詰めの質問も、頑張り合いも、誘導的な質問も、真実を話せば公判において酌量されて刑が軽くなるであろうという示唆も、他に証拠が揃っているという詐術的な言葉も程度を超さなければ許されるものと解する」^②風潮が実務で蔓延するなか、事件によつては「説得」に名をかりて長期間にわたる取調べを受忍させたりすることが問題視されてきた。

そのような状況を改善するために、現行の制度では、何人にも弁護人の援助を受ける機会が権利として保障されている(刑訴法三〇条、憲法三四条前段及び三七条一項)。とりわけ近年では被疑者国選弁護制度の拡充に伴い、被疑者が弁護人の援助を受けているケースが急激に増加し、現在では六割以上の被疑者が捜査段階から弁護人の援助を受けていることが統計によつて明らかになっている。^③だが、逆にいえば、このような動きがあつてもなお三割程度の被疑者は弁護人の援助を全く受けていない状況にあり、彼/彼女らは法律の専門家の援助を受けることなく独力

で捜査・訴追機関に対峙することを甘受させられているともいえる。また、被疑者国選弁護制度は身体を拘束されている被疑者が対象となつていて、身体を拘束されていない被疑者を取り調べる実務でも、権利侵害がたびたび発生しているにも拘らず、被疑者に弁護人が付くことがきわめてまれであることなどから、身体拘束中の被疑者以上に深刻な問題をもたらししているともいえる。

(2) これらのことから、弁護人の援助を受けていない被疑者の取調べの在り方は現在もなお課題として残されている状況にあるといえるが、とりわけ検察官が当該被疑者を取り調べるときにいかなる責務を負うかという点は特別に検討されるべきであるように思われる。伝統的にわが国の刑事司法では、検察官は公訴の提起・追行を主たる職責とする「公訴官」としての役割を果たすことが求められている一方で、「必要と認めるときは、自ら犯罪を捜査することができる」ことになっており（刑事法一九一条一項、検察庁法六条）、実際にも公判を請求する事件ではほぼ例外なく検察官が自ら被疑者を取り調べている⁷⁾。そしてそのようななか、検察実務でも、警察関係者と同様の論拠を挙げて従来の取調べ実務を温存しようとする考えが根強く残っている⁸⁾。しかし、検察官には「公益の代表者」という地位を与えられる（検察庁法四条）とともに「法律家」として良心的に権限を行使することが期待されているなか、弁護人の援助を受けていない状態につけ込んで追及的に自白を採取することが検察官の責務・役割に合致しているといえるか、改めて検討の余地があるのではないかと考えるのである。

2 以上の問題認識に基づき、本稿では弁護人の援助を受けていない者を取り調べる際の検察官の配慮の在り方を検討する。まず第二章では、弁護権がアメリカ合衆国「以下、「合衆国」と略す」で確立されるようになった経緯を概観することで、合衆国で弁護人の援助を受けていない者とコミュニケーションをとることの法的限界を明らかにす

るとともに、検察官が「法律家」としての職責を有していることに鑑み、合衆国の検察官が弁護人の援助を受けていない者とコミュニケーションをとる際に考慮すべき職務倫理上のルールとそれをめぐる議論の状況を検討する。そして第三章では、合衆国における状況から得た示唆を参考にしながら、わが国の検察官が弁護人の援助を受けていない者を取り調べる実務の在り方について考察することにした。

- (1) 藤永幸治「我が国の捜査実務は特殊なものか——別件逮捕・勾留と関連して——」判例タイムズ四六八号三七頁(一九八二年)、林茂樹「逮捕・勾留中の被疑者の取調べについての一考察(下)」警察学論集二七卷一二号五九頁(一九八四年)。
- (2) 出射義夫「検察の新しい目標」同「検察・裁判・弁護」一二二頁(有斐閣、一九七三年)。
- (3) 青柳文雄『新訂刑事訴訟法通論』二三八頁(立花書房、一九六二年)。
- (4) 二〇〇四年の刑事訴訟法改正では「死刑又は無期若しくは長期三年を超える懲役若しくは禁錮に当たる事件」で「勾留状が発せられている」被疑者に対して、貧困その他の事由により弁護人を選任することができない場合に、裁判官が当該被疑者のために弁護人を付すことができるようになっていた。そしてさらに、二〇一六年に成立した改正刑事訴訟法(二〇一八年六月までに施行)では、被疑者国選弁護制度の対象が「勾留状が発せられている全ての被疑者」にまで広がっている。
- (5) 日本弁護士連合会(編)『弁護士白書二〇一五年版』九五頁(二〇一五年)参照。なお、二〇一四年の地方裁判所における終局事件で捜査段階から弁護人が選任されていた事件は六九・二パーセント、同年の簡易裁判所における終局事件で捜査段階から弁護人が選任されていた事件は六八・〇パーセントであった。

- (6) 村上健「在宅被疑者の取調べ」井戸田侃(編集代表)『総合研究 被疑者取調べ』四五五頁(日本評論社、一九九一年)参照。
- (7) 河上和雄「被疑者を取り調べずに起訴できるか——福岡高裁昭和五九年一〇月二九日決定——」判例タイムズ五四四号三五頁(一九八五年)、佐藤博史『刑事弁護の技術と倫理——刑事弁護の心・技・体——』七八頁以下(有斐閣、二〇〇七年)参照。

- (8) 例えば、藤永・前掲注(1)・三七頁、堀田力「正しく自白させる方法」判例タイムズ五三七号五一頁以下(一九八四年)、米沢慶治「被疑者の取調べ」判例タイムズ五二七号六一頁以下(一九八四年)ほか参照。なお、このような考え方は、昨今の制度改革で取調べの録画・録音や弁護人立会いを認める方向での議論に対して検察関係者が抵抗の意思を示す際にも見受けられる。

二 合衆国における弁護人の援助を受けていない者とのコミュニケーションの限界

1 合衆国における弁護権保障の現状

- (1) 「刑事訴訟の進化の歴史は、弁護権拡充の歴史であった」という指摘は合衆国でも当てはまるところであり、ここでは時代の推移に従い被疑者・被告人に保障される弁護権の範囲が拡充されていったことを見て取ることができ

る。
合衆国憲法第六修正「以下、「第六修正」と略す」は「すべて刑事訴追において、被告人は…自己の防禦のために弁

護権を有する⁽¹⁰⁾」として、「被告人」に弁護人の援助を受ける機会を明文で保障していたが、一七九一年に第六修正が発効してからしばらくの間、弁護権を保障されている者は連邦の死刑事件で起訴された被告人に限定されていた。連邦事件であれ州の事件であれ、それ以外の者は自分の伝手や資力などを駆使して自ら弁護人を探し出す必要があったのである⁽¹¹⁾。だが、時代を経るにつれて、「通常の被告人が自分の生命又は自由を剥奪する権力を持つ裁判所の面前に連行される際に自分自身を防禦できるだけの法律上の技量を職業的に持ち合わせていないのに対して、訴訟側は経験と学識とを併せ持った法律家が申立を行っているという明白な事実⁽¹²⁾」が次第に認識されるようになり、連邦最高裁もジョンソン事件 (Johnson v. Zerbst) で、第六修正は連邦のすべての被告人に弁護人を選任することを保障する義務を課していると判断している⁽¹³⁾。また、被疑者・被告人が無資力である場合についても、死刑事件以外の重罪事件における国選弁護人の選任は特段の事情がある場合に限られ、かつ国選弁護人の援助を受ける権利の保障が州の刑事事件に及ぶものではないという旨を連邦最高裁がベッツ事件 (Betts v. Brady) で判断したとき、ブラック判事 (Black J.) は反対意見で「無資力であることを理由に無実の者が有罪判決を受ける危険にさらされる度合いが増す実務が『公正と正義という普遍的で基本的な理念』と合致することはありえない」と主張⁽¹⁴⁾、そしてギデオ

ン事件 (Gideon v. Wainwright) ではついに、弁護人の援助を受ける権利の保障が州の事件にも及ぶこと及び重罪事件で起訴された無資力の被告人に対して弁護人を選任する義務を国家が負うことを正面から認めるように至っている⁽¹⁵⁾。ギデオ

ン事件判決で認められた国選弁護制度はその後、自由刑相当の軽罪事件にも対象が及ぶようになり、現在ではあらゆる被告人が国費によって弁護人の援助を受ける態勢が整いつつあるといえるのである⁽¹⁶⁾。

なお、合衆国では無資力の被疑者・被告人が弁護人による援助を受けられるようにするシステムとして、国選弁護人制度のほかにはパブリック・ディフェンダー制度や契約弁護制度が用意されている。パブリック・ディフェンダ

表1 重罪終局事件における弁護関係 (1996-2011年)

弁護人の種類	終局事件数	事件の割合
私選弁護人	302,241	26.00%
パブリック・ディフェンダー	401,498	34.70%
先払法的扶助の弁護士	425,022	36.70%
プロボノの弁護士	388	0.03%
弁護人の援助を受けていない	2,375	0.20%
不明	25,936	2.20%
合計	1,156,460	

表2 軽罪事件で起訴されて拘禁刑を言い渡された受刑者の弁護関係 (2002年)

	受刑者の割合
弁護人の援助を受けている	69.40%
弁護人の援助を受けていない	30.00%
不明	0.50%

1 制度は国家（政府）が有給で雇用した弁護人が主に無資力の被疑者・被告人の弁護に従事する形態をとるシステムである。合衆国では、二〇世紀初頭にカリフォルニア州ロサンジエルスで導入されたことを皮切りとして全米各地に普及し、現在では合衆国の一般的な刑事弁護制度として運用されるに至っている。そのほか合衆国では、個人や民間の法律事務所が連邦や州、郡、市など公的弁護を提供する責務を負う政府機関との間で、一定の予算で刑事弁護を一括して提供する契約を結び、その契約の範囲内で公的弁護に従事するという契約弁護制度も、無資力の被疑者・被告人が弁護人の援助を受けられる態勢を確保するシステムとして重要な役割を果たしている。⁽¹⁷⁾

2 (1) ところが現実には、現在においてもなお、多くの被疑者・被告人が弁護人の援助を受けることなく独力で捜査・訴追機関に対峙している（自己弁護を行う）ことが現地での調査によって明らかになっている。例えば連邦事件について、一九九六年から二〇一一年までの間に重罪の嫌疑で審理を受け

た事件(一一五六四六〇件)のうちの二三七五件で被告人は弁護人の援助を受けることなく独力で防禦を行っているという〔表1参照〕⁽¹⁸⁾。このような状況は軽罪事件において顕著にみられ、二〇〇二年に連邦の軽罪事件で拘禁刑を受けた被告人が弁護人の援助を受けていなかったケースは全体の三割を占めるといわれている〔表2参照〕⁽¹⁹⁾。

(2) (一) このようにして被告人が自己弁護を行うことには様々な要因があるといわれている。例えば、被疑者・被告人自身の考えや利益にかかわる要因として、自分が無実であることを被疑者・被告人自身が盲信し、何があっても自分は無罪になると思いついでいる⁽²⁰⁾、結果にかかわる「弁護人にはない」独自の利益を有している⁽²¹⁾、法や政治について独自の思想を持っている(例：適用されている租税法規は憲法に違反している又は正統でないと脱税事件で起訴された被告人が考えている)⁽²²⁾、公判での戦略として、「孤立無援の状態でマンモスのような国家に対峙する被告人」というイメージをつくりだして陪審員の同情を誘ったり、自分をひとりの人間として見てもらったうえで自分に有利な方向で信用性を判断してもらおうと考えてひとり公判に出頭したりしようとしている⁽²³⁾などといった動機により、たとえ無資力であったとしても弁護人の援助を受けない方針を固める被告人は少なくないといわれている。

(二) また合衆国では——弁護人の援助を受ける権利と同等に——被疑者・被告人が弁護人の援助を受けずに独力で防禦を行う権利(自己弁護権)も憲法上の権利として保障されているものだと考えられている。連邦最高裁はファレットタ事件(Faretta v. California)で、①防禦が失敗したときに不利益を受けるのは——弁護人ではなく——被告人自身であるから、防禦権は被告人に直接保障されたものであること、②文言上、第六修正は、被告人に弁護人の「援助」を受ける権利を保障しており、その意味で、被告人が「主役」であるのに対し、弁護人は「援助者」の地位にとどまっていること、③歴史上も、イングランドのコモン・ローは被告人が「自分の意思に反して弁護人を強制的に選任される」とまで規定しておらず、植民地時代のアメリカでは、イングランド以上に自己弁護を権利として

保障することへの要求が強かったこと、④弁護人の援助を受ける権利の「任意かつ理知的な放棄」は個人の尊厳という観点から尊重されなければならないことを理由として、被告人の自己弁護を行う権利は第六修正で保障されたものだとしているのである。⁽²⁹⁾

(3) ① だが、ファレッタ事件の法廷意見は他方で「殆どの刑事事件では、被告人はスキルを持たない状態で奮闘するよりも、弁護人の助言を受けた方がよりよく防禦できる」という点を認めている。⁽³⁰⁾ この点に関して、ブラックマン判事 (Blackmun, J.) はファレッタ事件の反対意見で「自分自身を弁護する者は依頼者である自分を馬鹿にしている」という古くからの諺を引き合いに出しながら、法廷意見で示された見解を強く批判し、その後も、例えばステイブンス判事 (Stevens, J.) はマルティネス事件 (Martinez v. Court of Appeals) で上訴審における自己弁護は憲法で保障されたものではないという判断を下すときに「弁護人の援助を受けずに行う抗弁は、とくに熟練した弁護士による抗弁よりも劣悪なものである」と述べている。⁽³¹⁾ また、論者のなかでも「自己弁護を行う被告人は愚かであるか、精神的に病んでいる者だ」とか、「ファレッタ事件で与えられた権利は自己破壊の装置以外の何物でもない」⁽³²⁾ などといった、現在の刑事司法システムの下で被告人の自己弁護を憲法上の権利として承認することに対して否定的な評価が下されている。とりわけケンピニン (Ben Kenhinian) 教授は検察官と弁護人の援助を受けていない被告人の間でスキルと経験に差があることに着目したうえで、「弁護人の価値は依頼者が情報に基づいて主張の選択を秘密裡に行えるようにするだけでなく、被疑者・被告人に保障された法的権利を有意義なものにするために不可欠な手段として機能するところにも存在する」が、「もしも実体的・手続的防禦手段を適切に行使できるだけの知識又は援助が欠いていたならば、それらの本来的な価値は減殺されてしまう」と考えている。⁽³³⁾

(二) もとより、ハシモト (Erica J. Hashimoto) 教授による実証研究では、必ずしも自己弁護を行った被告人が弁護

人の援助を受けている者以上の不利益を受けているわけではない⁽³¹⁾。だが、たとえ個人の自律が価値を持つものであるとしても、それが唯一価値のあるものだとまで合衆国の刑事司法は考えているわけではない⁽³²⁾。そもそも「裁判所は司法手続があらゆる者にとって公正に見える：ことを保障するという独自の利益を持っている」と考えられている⁽³³⁾と、多くの被疑者・被告人が弁護人の援助を受けていない事態を黙過することに対しては、次のような問題が指摘されている。

① まず、被疑者・被告人の弁護人へのアクセスが減少することにより、法の支配に対する敬意が失われていくことが懸念される。この点に関してケンピネン教授は、弁護人選任権を憲法上保障しているにもかかわらず「憲法上の権利のなかで最も中核にあるものに従わない実態が蔓延することをシステム全体で快く受け入れていることによつて、刑事司法システムやその担い手に対する敬意は減少する」と指摘している⁽³⁴⁾。

② また、システムの効率の面でも、弁護人の援助を受けていない被告人を訴追することは、被告人が弁護人の援助を受けている場合以上に時間とコストを費やすものだと考えられている。すなわち、被告人に弁護人がいないときには、「弁護人の援助を受けている場合よりも多くの審問が必要となり、一つひとつの審問も時間がかかるわりに非生産的なものになりかねず、そして最終的な結果も情報に基づいたものとはいえないかもしれない」というのである⁽³⁵⁾。実際にも、殆どの検察官は弁護人の援助を受けていない被告人と対峙することに乗り気でないといわれ、裁判官のあいだでも、①（多くの場合ではじゅうぶんに教育を受けていない）法律の素人が自ら防禦した場合には、被告人が通常の手続を理解したり遵守したりしないことによつて、公判審理はゆつくり進まざるを得なくなつたり、手続が複雑化することや、②ひとたび被告人が自己弁護を行うことを好んだならば、裁判所として、誤つて自己弁護権を否定することや被告人が実効的に弁護人の援助を受ける権利を否定したと誤つて結論づけることを避けなければ

ばならないことを理由として、フアレツタ事件判決を好ましくないものと捉える風潮が見受けられている。⁽²⁷⁾

③ さらに、それらと並んで、弁護人の援助を受けていない被告人のなかには、弁護人の実効的な援助を希望していたにも拘らず満足に受けることができなかった結果として自己弁護を行わざるを得なかった者が少なからずいることが指摘されている。合衆国ではかつてより、公設弁護人の事務所が圧倒的な事件負担を抱えていることから、

国選弁護に頼らざるを得ない無資力の被疑者・被告人に有効な弁護を提供できないことが問題視されてきた。被疑者・被告人のなかには、公設弁護人の事務所が圧倒的な事件負担を抱えているから、有効な弁護を受けることができないのだと考えていたり、⁽²⁸⁾ 弁護人（特定の弁護人あるいは弁護士全般）に対して不信感を持っていたりしているために、⁽²⁹⁾ 弁護人に頼らずに防禦活動を行う者がいるという。また、ハシモト教授による実証研究では、⁽³⁰⁾ 弁護人の援助を受けていない被告人のなかには、本人が弁護人の選任を申し立てたにも拘らず、裁判所が申立を斥けたために弁護人の援助を受けられなかった者もいることが明らかとなっている。⁽³¹⁾

(三) 以上で示してきたことに鑑み、合衆国の裁判手続では自己弁護を選じた被告人に対して法的助言を行うために事実審裁判所が裁量をもって選任する「補助弁護人 (stand-by counsel, advisory counsel)」制度が設けられている。⁽³²⁾ この点につき、連邦最高裁もウィギンス事件 (McKaskle v. Wiggins) で、補助弁護人が「重要な戦略上の判断」に実質的な介入をしたり、証人尋問を支配したり、重要な問題について本人の意思に反して被告人の立場を主張したり、もしくは他の方法で、被告人が自己弁護を行っているという陪審の認識を損ねたりしない限り、被告人が依頼していない事件で補助弁護人を選任しても、それをもって被告人の自己弁護権を侵害していることにはならないと判じている。⁽³³⁾ しかし他方で、法廷外で検察官が弁護人の援助を受けていない被疑者・被告人と接触する場合には、補助弁護人制度の適用がないことから、検察官に対する被疑者・被告人の劣位をいかにして克服していくかが問題

となる。とりわけ、理念的に、検察官が「主権の代表者」として「事件に勝つことではなく、正義が実現されること」という刑事訴追における国家の利益を増進させる責務を負っていること、⁽⁴³⁾そして現実的にも「検察官は「他の刑事司法の担い手よりも」多く被疑者・被告人と接触する傾向にあり、しかもその接触はしばしば法廷外で行われている」ゆえに、「検察官の行動がシステムの公正という点で他の刑事司法の担い手よりも強い影響力を持っている」こと⁽⁴⁴⁾に鑑みるならば、検察官には、被疑者・被告人の劣位につけ込むのではなく、むしろ被疑者・被告人の立場や利益に考慮したうえで格別の配慮をいたす責務が課されているのではないかと思われるのである。

4 そこで、次節以降では、合衆国の検察官が弁護人の援助を受けていない者を取り調べる際に遵守しないし考慮すべき規律とそれをめぐる議論の状況を検討する。後に述べるとおり、合衆国では一定の被疑者・被告人に対して弁護権を保障しており、その効果として、被疑者・被告人が弁護人の選任を主張した場合に取調べを中止しなければならぬことになっている。そこでまず、弁護人の援助を受けていない被疑者・被告人とのコミュニケーションに対する法的規律のありようを検討することを目的として、合衆国で弁護権を保障した合衆国憲法第六修正並びに同第五修正「以下、「第五修正」と略す」の適用範囲を確認する。そしてそれとともに、弁護人の援助を受けていない被疑者・被告人とコミュニケーションをとる際に検察官が考慮すべき職務倫理上のルールのありようを概観する。

(9) 田宮裕「弁護権の実質的な保障(1)」北大法学論集一六巻二二三号二八七頁(一九六六年)。

(10) U. S. CONSTITUTION, AMEND. VI.

- (11) 第六修正からパウエル事件までの状況について、さしあたりW・アラン・ウィルバー「内田一郎（編訳）」『アメリカ合衆国の連邦最高裁判所とデュー・プロセス・オブ・ロー（Due Process of Law）の保障』二〇七頁以下（早稲田大学比較法研究所、一九八六年）及び小早川義則『シランダと被疑者取調べ』二八〇頁以下（成文堂、一九九五年）参照。
- (12) See Johnson v. Zerbst, 304 U. S. 458, 462-63(1938).
- (13) *Id.*
- (14) Betts v. Brady, 316 U. S. 455, 476(1942).
- (15) Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335(1963).
- (16) See, e.g., Argersinger v. Hamlin, 407 U. S. 25 (1972); Alabama v. Shelton, 535 U. S. 654 (2002).
- (17) 国選弁護人制度、パブリック・デیفエンダー制度及び契約弁護制度について、岡田悦典『被疑者弁護権の研究』二三三頁以下（日本評論社、二〇〇一年）参照。
- (18) See Jona Goldschmidt & Don Stemen, *Patterns and Trends in Federal Pro Se Defense, 1996-2011*, 8 (3) FED. CTS. L. REV. 81, 91(2015).
- (19) See Erica J. Hashimoto, *The Problem with Misdemeanor Representation*, 70 WASH. LEE L. REV. 1019, 1024(2013).
- (20) See, e.g., Teresa A. Scott, *Recent Development : The Role of Standby Counsel : The Road From Faretta To Wiggins*, 27 HOW. L. J. 1799, 1799(1984); Julie M. Bradlow, *Procedural Due Process Rights of Pro Se Civil Litigants*, 55 U. CHI. L. REV. 659, 661-62(1988).
- (21) See, e.g., Scott, *supra* note 20, at 1799; Bradlow, *supra* note 20, at 662.
- (22) See, e.g., Erica J. Hashimoto, *Defending the Right of Self-Representation : An Empirical Look at the Pro Se Felony*

- Defendant*, 85 N. C. L. REV. 423, 429-30 & 475-76 (2007).
- (23) See, e.g., Scott *supra* note 20, at 1800; Bradlow, *supra* note 20, at 662.
- (24) Faretta v. California, 422 U. S. 806, 818-34 (1975).
- (25) *Id.* at 834.
- (26) *Id.* at 852.
- (27) Martinez v. Court of Appeals, 528 U. S. 152, 156 (2000).
- (28) E.g., John F. Decker, *The Sixth Amendment Right to Shoot Oneself in the Foot: An Assessment of the Guarantee of Self Representation Twenty Years After Faretta*, 6 SETON HALL CONST. L. J. 483, 487 (1996).
- (29) Robert E. Toome, *The Incoherence of Defendant Autonomy*, 83 N. C. L. REV. 621, 628 (2005).
- (30) Ben Kempinen, *The Ethics of Prosecutor Contact with Unrepresented Defendant*, 19 GEO. J. LEGAL ETHICS 1147, 1149 (2006).
- (31) 例えば州の事件では、①弁護人の援助を受けている被告人が有罪答弁をした事件が七一パーセントであるのに対して、弁護人の援助を受けていない被告人が有罪答弁をした事件の割合は四二パーセントにとどまり、公判審理が行われた事件の割合も、弁護人の援助を受けていない被告人のほうが弁護人の援助を受けている被告人よりも高い（弁護人の援助を受けていない事件：一〇パーセント、弁護人の援助を受けている事件：五パーセント）、②公判事件での無罪率に大きな差がないもの、公判審理を経て有罪判決に至った事件のうち、弁護人の援助を受けていない事件で重罪の有罪判決に至っている事件が五六パーセントである（すなわち、残りの四四パーセントは軽罪事件として有罪判決を受けるにとどまっている）のに対して、弁護人の援助を受けていない事件の九〇パーセントが重罪の有罪判決に至っている、③手続打切り（*dismissal*）や保

- 護観察処分判決 (deferred adjudication) に至る場合も、弁護人の援助を受けていない事件のほうが弁護人の援助を受けている事件よりも高い (弁護人の援助を受けていない事件——手続打ち切り：三七パーセント デイバージョン・保護観察処分判決：一パーセント、弁護人の援助を受けている事件——手続打ち切り：二〇パーセント デイバージョン・保護観察処分：四パーセント) となっている。³⁶⁾ Hashimoto, *supra* note 22, at 447-50.
- (32) See I JOSHUA DRESSLER & ALAN C. MICHAELS, CRIMINAL PROCEDURE 569 (7th ed. 2013).
- (33) See *Id.* at 569. See also Wheat v. United States, 486 U. S. 153, 160 (1988).
- (34) Kempinen, *supra* note 30, at 1150.
- (35) *Id.* at 1150.
- (36) See Christopher G. Frey, *The State v. the Self-Represented: A Florida Prosecutor's Concern When Litigating against a Pro Se Defendant in Criminal Trial*, 29 STETSON L. REV. 181, 183 (1999).
- (37) See Dressler & Michaels, *supra* note 32, at 570.
- (38) See, e.g., Ira P. Robbins & Susan N. Herman, *Pro Se Litigation — Litigating without Counsel: Faretta or For Worse*, 42 BROOK. L. REV. 629, 632 (1976); Bradlow, *supra* note 20, at 661.
- (39) See, e.g., Robbins & Herman, *supra* note 38, at 632; Bradlow, *supra* note 20, at 661; Hashimoto, *supra* note 22, at 463.
- (40) Hashimoto, *supra* note 22, at 462.
- (41) 邦語文献で「補助弁護人」制度に言及したものとしてみえあたり村岡啓一「憲法的刑事訴訟法論」村井敏邦ほか(編)『刑事司法改革と刑事訴訟法 上巻』三五頁(日本評論社、二〇〇七年)参照。
- (42) McKaskle v. Wiggins, 465 U. S. 168 (1984).

(43) See, e.g., *Berger v. United States*, 258 U. S. 78, 88 (1935). See also *Faretta v. California*, 422 U. S. at 849.

(44) *Kempinen*, *supra* note 30, at 1151.

2 弁護人の援助を受けていない者とのコミュニケーションの法的限界⁽⁴⁶⁾

(1) 第六修正における弁護人選任権の保障とその限界

(一) まず、第六修正は「すべて刑事訴追において、被告人は：自己の防禦のために弁護権を有する」として、「被告人」に弁護人の援助を受ける機会を保障している。この条項の下では、まず弁護人のいないところで自由を採取した際に当該自由が公判で排除されるおそれが生じる。連邦最高裁はSpano v. New York事件 (*Spano v. New York*) をはじめとする一連の判決で、「公判段階で弁護人の援助を保障する第六修正は当然に起訴後に法廷外で行われた警察の取調べにも適用される」旨を宣言し、起訴後に弁護人の立会いのないところで被告人から自己負罪供述を引き出したことに対して、当該自由の証拠能力を否定している⁽⁴⁷⁾。またEscobedo v. Illinois事件 (*Escobedo v. Illinois*) では、弁護人との接見要求を拒否したうえで黙秘権を告知せずに自由を採取したことに對して当該自由を第六修正違反として排除している⁽⁴⁸⁾。

さらに、第六修正は、被告人が弁護人選任権を主張した際に、その時点で取調べを中止しなければならないことも要請している。すなわち、連邦最高裁はJackson v. Michigan事件 (*Michigan v. Jackson*) で、ひとたび被告人が第六修正の弁護人選任権をアレイメント又はそれに類似の手続で行使したならば、警察は当該被告人の取調べを禁止されるとしているのである⁽⁴⁹⁾。

(二) だが、他方で第六修正における弁護人選任権の保障について、一連の連邦最高裁判例は、公判手続が開始する以前の段階でも刑事訴追の「決定的な段階 (critical stage)」といえる段階に達したならば第六修正における弁護人選任権が保障されると宣言している。

まず、連邦最高裁の判例はアレインメントの場面が刑事訴追の「決定的な段階」に当たると解している。例えばパウエル事件 (Powell v. Alabama) では、アレインメントから公判開始にいたるまでの時期を相談・徹底的な調査と準備がきわめて重要な「決定的な段階」であるとして、その時期に被告人が弁護人の援助を受けていなかったことを理由に死刑判決を破棄し、ハミルトン事件 (Hamilton v. Alabama) でも、「アレインメントの場で起こったことは公判全体に影響しうる。弁護人の援助を受けている被疑者・被告人が戦略的目的をもつて権利を放棄する場合と同様に、その場ですぐに主張しなかったならば、主張できる抗弁は不可逆的に失われる」ということを理由に、アレインメントが「決定的な段階」に当たるとしている⁽⁸⁵⁾。

また、連邦最高裁の判例は、予備審問も刑事訴追の「決定的な段階」に当たるとしている。例えば、ホワイト事件 (White v. Maryland) では、予備審問の段階で被告人が「マジストレイトの面前で答弁を行い、その答弁は弁護人がいないときに採用される」ことに鑑みて予備審問を「決定的な段階」に当たるとし、コールマン事件 (Coleman v. Alabama) ⁽⁸⁶⁾「明らかに、予備審問の段階で弁護人の導きの手は誤った訴追や不適切な訴追から無資力の被疑者・被告人を保護するために不可欠である」ことから予備審問が刑事訴追の「決定的な段階」に当たるとしている⁽⁸⁷⁾。

これらの判例で「決定的な段階」に当たるとしたアレインメントや予備審問は基本的に対審型の構造をとるが、連邦最高裁は、それ自体として対審型の構造をとらない手続においても、刑事訴追の「決定的な段階」といえる場合に第六修正における弁護人選任権の保障が及ぶことがあることを示唆している。先にあげたスパノ事件をはじめと

する一連の判例は、起訴後に弁護人の立会いのない状態で行った取調べで捜査官が自己負罪供述を引き出したことを第六修正違反に当たると判断しているが、そのほかにも、ウェイド事件 (United States v. Wade) では、起訴後・公判開始前に行われた面通しについて、「公判で再現できない公判前の面通しには、意図的であると否とを問わず、重大な偏頗のおそれがあり、そして弁護人の立会い自体がしばしば偏頗を除去し、公判での有意義な対面を保障しうる」ということから、これが「公判そのものと同様に弁護権のある」訴追の決定的段階であるということにほとんど疑問の余地がない」としている⁽⁵¹⁾。

だが、これらの事件で問題とされる取調べや面通しは——それ自体として対審型の構造をとらないとはいえ——起訴がなされた後に行われたものであり、起訴前に対審型の構造をとらない手続が行われた場合にまで第六修正の保障が及ぶとまで考えているわけではない。事実、連邦最高裁はカービー事件 (Kirby v. Illinois) で、第六修正における弁護人選任権の保障が及ばないことを宣言する際、その理由を次のように説明している。「刑事司法手続の開始は単なる形式主義的なものではない。それは対審型刑事手続をとるシステム全体の出発点である。なぜなら、そのときになってはじめて訴追側は訴追に関与し、訴追側と被告人側の対審的な地位が固定化するからである。被告人が組織化された社会の訴追権限に直面していることに気付き、実体的・手続的な刑事法の複雑さに埋没するのはそのときである。したがって、単独で第六修正の明示的な保障が適用される『刑事訴追』の開始を示すのはこの時点である⁽⁵²⁾」と。連邦最高裁はその後も「司法手続が開始される」時点になってはじめて第六修正は弁護人のいないところで訴追側が被告人とコミュニケーションをとることを禁止しているという旨を確認しており、第六修正における弁護人選任権の保障が効力を発するためには、少なくとも対審型の刑事手続が開始されることが必要であるといえるのである。

(2) 第五修正における弁護人選任権の保障とその限界

(一) もっとも、他方で第五修正は身体拘束下における被疑者・被告人に対しても弁護人選任権を保障している。これについては憲法のなかに明文規定がないものの、ミランダ事件 (Miranda v. Arizona) で連邦最高裁は「身体拘束中の取調べを取り巻く諸状況は、取調官によって特権を告知されたに過ぎない人の意思を素早く挫折させる方向で作用しうる」ということから、取調べの際に弁護人を立ち会わせる権利が第五修正に規定されている自己負罪拒否特権を保障するために必要不可欠なものとなるとし、「もしも個人が弁護人と接見する希望を表明したならば、弁護人が立ち会うまで取調べは中止しなければならない」とまで宣言している⁽⁹⁾。

(二) この条項における弁護人選任権の保障が及ぶ範囲については、ミランダ事件判決が「身体拘束中の取調べとは、人が身体を拘束され、もしくは何らかの重要な方法で行動の自由を奪われた後で法執行官によって開始された質問を意味する」「下線は白井」としているように、必ずしも逮捕・勾留されている場合に限定しているわけではない。事実、連邦最高裁はマシス事件 (Mathis v. United States) で「個人が当局によって身体を拘束され、もしくは他の何らかの重要な方法で自由を奪われて取調べを受けるときに自己負罪拒否特権は危うくなる」というミランダ事件判決の法廷意見を援用して、国税庁調査官がミランダ警告を経ずに州刑務所で服役している受刑者に対して課税調査をしたことはミランダ法理に違反すると判断した⁽¹⁰⁾ほか、オロツコ事件 (Orozco v. Texas) では、早朝に被告人の宿泊先寝室で四人の警察官がミランダ警告をせずに取調べをしたことはミランダ法理に違反すると結論づけている⁽¹¹⁾。

しかし、他方で連邦最高裁は、十分な憲法上の権利の告知がなければ自己負罪的供述が生ずるおそれが発生する『警察の支配する雰囲気の下で外部から隔離された個人を取り調べる』場合に限って第五修正における弁護人選任権の保障が及ぶという理解を示しており、⁽¹²⁾ 実際にも、脱税の疑いのある被告人の自宅でミランダ警告をせずに取り調

べたり⁶⁴、別罪で保釈中の被告人が警察の要請に応じて任意に警察署に出頭し、逮捕しない旨の告知を受けて本件の自己負罪供述を採取したりすることは第五修正違反に当たらないと結論づけているのである⁶⁵。

(3) 以上で概観したとおり、被疑者・被告人には弁護権が憲法上保障されており、弁護人の援助をいまだ受けていない者であっても弁護権の行使を主張することによって自分への取調べを中止させることができる。しかし、弁護権を保障した第六修正及び第五修正の適用にはいくつかの問題点があるという点も認めざるを得ない。

(一) 第一に、第六修正も第五修正もそれぞれ適用範囲が限定されているという点が問題として挙げられる。第六修正は「被告人」を主たる対象とするものであり、公判前の段階にあっても対審型の司法手続が開始し、かつ「決定的な段階」といえる手続であれば適用されうると考えられているが、それ以前の段階で第六修正は適用されえない。もとより、第五修正は被疑者段階でも適用されうるが、その対象は「身体を拘束され、もしくは何らかの重要な方法で行動の自由を奪われた」状態にある者に限定されている。すなわち、在宅であるか又はもっぱら任意に捜査機関の下に出頭し、かつ「捜査・訴追機関が」支配する雰囲気の下で外部から隔離された」状況にない者に対しては第五修正も第六修正も弁護人選任権を保障していないことになり、自己負罪供述の採取に向けた捜査・訴追機関の画策に本人はただただ甘受せざるを得ないということになりかねないのである。

(二) 第二に、合衆国憲法で保障されている弁護人選任権は——第六修正であれ第五修正であれ——いずれも自分で放棄できるものと考えられており、弁護人による援助を必要としないと判断した場合には弁護人の援助を受けずに独力で捜査・訴追機関に対峙することも許容されている。第五修正における弁護人選任権の放棄について、ミランダ事件判決は「もしも弁護人の立会いなしで取調べが続けられて供述が採取されたならば、被告人が自己負罪拒否特権及び弁護権を十分に理解して理性的に放棄したことを立証する重い挙証責任が訴追側に課される」として、ミ

ランダ警告がなされた後に身体拘束中の被疑者・被告人が権利を放棄できることに含みを持たせている。第六修正における弁護人選任権も、第五修正における権利と同様に、被告人側が放棄できるものと考えられており、むしろ「被告人には弁護人による弁護を強制されない憲法上の権利がある」とまで連邦最高裁が宣言していることは既に述べたとおりである。⁽⁶⁵⁾

もとより、被疑者・被告人による権利放棄が有効と判断されるためには「意味内容を知悉したうえで任意に弁護人選任権を放棄」していることが必要である。殊に第五修正における弁護人選任権の放棄について、当初の判例ではたとえ被疑者が最終的に供述しても、「供述がなされる以前に長時間にわたる取調べ又は外部から隔離した拘禁という事実」または「被疑者が脅され、騙され、あるいは言葉巧みに放棄させられたことを示す何らかの証拠」があれば、それによつて当該被告人が任意に権利を放棄しなかったことになり、被疑者・被告人が身体拘束中の取調べを受けている過程で弁護人選任権を行使したならば、たとえ本人が権利の告知を受けていたとしても、警察主導の取調べを推し進めるように反応したことを立証するだけで弁護人選任権の有効な放棄を確立したことになりえない。⁽⁶⁶⁾ また、逆に本人が沈黙していた場合でも、「本人に保障された権利の存在を理解し、放棄を示す一連の行動」がなければ、被告人の沈黙から被告人の権利放棄は推論されないと考えられてきたのである。⁽⁶⁷⁾

だが、その後の判例は権利放棄の基準を広げる方向で理解しているように見受けられる。例えばデーヴィス事件 (Davis v. United States) では、身体拘束中の被疑者があいまいな供述をした場合に捜査官が取調べを中止して被疑者の意思を確認することは望ましいといえるものの、被疑者が実際に弁護人を要求したと解するのが相当といえる供述をした場合を除いて、捜査官が取調べを中止せずに継続しても第五修正の違反には当たらないとしているのである。⁽⁶⁸⁾

(三) 最後に、一連の判例の下では、たとえ被疑者・被告人が弁護士選任権の行使を主張したとしても、それをもって取調べを未来永劫に免れるわけではない。

第五修正における弁護士選任権の行使については、エドワーズ事件 (Edwards v. Arizona) で「被疑者側から進んで取調べに応じる意思を表明しない限り、弁護人の援助を受けるまで取調べを行ってはならない」というルールが確立されていたが、その後には連邦最高裁はシャザー事件 (Sharzer v. Maryland) で「身体拘束中の取調べを受けている被疑者が弁護士選任権を行使したならば、警察は尋問を中止しなければならない」という従来の法理を維持しつつも、身体拘束から釈放してから一四日間を経過すれば当該被疑者に再び接触することができるという旨を宣言している⁽⁶⁶⁾。この判断で「一四日間」という具体的な期日設定をしたことに対しては異論が提示されているところではあるが、少なくとも、身体を拘束されている状態から解放されて弁護人など外部の者と十分に連絡・相談できる状況になったことから身体拘束中の取調べに付随する強制的な雰囲気は払拭される反面で、被疑者が保釈中に新たに犯罪を実行した場合など改めて当該被疑者を取り調べる必要が生じうることを考慮して、エドワーズ事件判決に修正を加えているのである。

さらにそれどころか、近年の判例の下では、被疑者・被告人が弁護士選任権の行使を主張したとしても、捜査・訴追機関として当該被疑者等に対して弁護士選任権を放棄するよう働きかけを行うことができる⁽⁶⁷⁾と理解されている。とりわけ連邦最高裁はモンテホ事件 (Montejo v. Louisiana) で「ひとたび被告人が第六修正の弁護士選任権をアレイメント又はそれに類似の手続で行使したならば、警察は当該被告人の取調べを禁止される」という、ジャクソン事件判決で確立した従来のルールを変更し、「警察官は弁護人の援助を受けている被告人に対して、弁護人のいないところで接触して弁護士権を放棄させることができる」という旨を宣言しているのである⁽⁶⁸⁾。

(45) この部分はおつて拙稿で触れているところである。「白井論」被疑者等の取調べにおける検察官の役割——合衆国における「接触禁止ルール (no-contact rule)」の適用範囲(序論)——」大阪経済法科大学法学論集七三号七三頁(二〇一四年)が、本稿では近年の判例の動向も考慮に入れたうえでさらに詳細に分析したい。

なお、第六修正及び第五修正における弁護人の援助を受ける権利の適用範囲について、さしあたりウィルバー・前掲注(11)・二〇七頁以下、渡辺修『被疑者取調べの法的規制』三四頁以下(三省堂、一九九二年)、椎橋隆幸「刑事弁護・捜査の理論」四六頁以下(信山社、一九九三年)、石川才顯「捜査における弁護の機能」三八頁以下(日本評論社、一九九三年)、小早川・前掲注(11)・二六頁以下、小早川義則「デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅲ——弁護人依頼権、スーパー・デュー・プロセス——」三頁以下(成文堂、二〇一三年)、山本正樹「捜査と弁護人の機能——合衆国最高裁判例における『決定的な段階』概念の発展を中心に——」法学論叢一〇一卷四号三〇頁以下(一九七七年)ほか参照。See also, e.g., Jonathan Witmer-Rich, *Interrogation and the Roberts Court*, 63 FLA. L. REV. 1189, 1194-1237 (2011).

- (46) Spano v. New York, 360 U. S. 315, 326-27 (1959).
- (47) See, e.g., *Id.* at 326-27; Massiah v. United States, 377 U. S. 201 (1964).
- (48) Escobedo v. Illinois, 378 U. S. 478, 484-87 (1964).
- (49) Michigan v. Jackson, 475 U. S. 625, 636 (1986).
- (50) Powell v. Alabama, 287 U. S. 45, 57 (1932).
- (51) Hamilton v. Alabama, 368 U. S. 52 (1961).
- (52) White v. Maryland, 373 U. S. 59 (1963).
- (53) Coleman v. Alabama, 399 U. S. 1, 9 (1970).

- (54) *United States v. Wade*, 388 U. S. 218, 236–38 (1962).
- (55) *Kirby v. Illinois*, 406 U. S. 682, 689–90 (1972).
- (56) *E.g.*, *Brewer v. Williams*, 430 U. S. 387 (1977); *Rottingery v. Gillespie County*, 554 U. S. 191 (2008).
- (57) *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436, 478–79 (1966).
- (58) *Mathis v. United States*, 391 U. S. 1, 4–5 (1968).
- (59) *Orozco v. Texas*, 394 U. S. 324, 326–27 (1969).
- (60) *See Beckwith v. United States*, 425 U. S. 341, 344–46 (1976).
- (61) *Beckwith v. United States*, 425 U. S. 341, 344–46 (1976).
- (62) *Oregon v. Mathiason*, 429 U. S. 492, 494–95 (1977).
- (63) *See Faretta v. California*, 422 U. S. 806 (1975).
- (64) *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. at 476.
- (65) *Edwards v. Arizona*, 451 U. S. 477, 484 (1981).
- (66) *North Carolina v. Butler*, 441 U. S. 369, 373 (1979).
- (67) *Davis v. United States*, 512 U. S. 452, 458–62 (1994). なお、黙秘権の行使についても連邦最高裁はバーギス事件で「被疑者がそれを行使する旨をはっきりと述べなければならぬ」というDavis法理は、黙秘権についても適用されるべきである。…ミランダ警告がなされ、被疑者がその内容を理解していることが証明されたならば、被疑者の任意の供述をもって黙秘権の黙示的な放棄があったとする点とが「*de facto*」と「*prima facie*」Berghuis v. Thompkins, 560 U. S. 370 (2010).
- (68) *Shatzer v. Maryland*, 559 U. S. 98 (2010).

(69) わが国での論説でも、例えば柳川教授は、シャザー事件で実際には、弁護士選任権の行使を主張したことを理由として取調べを中止してから二年半後に取調べを再開していることに鑑み、「捜査機関に具体的な基準を提示する必要があるとしても、本件のように、二年半という長期間インターバルが空いた事例で、こうした一四日間という期間設定をすることには疑問が残る。第一次取調べと第二次取調べの間隔がもっと短く、エドワーズ法理を適用しないことによる弊害が判断しやすい事案でこうした具体的な期間設定をすべきだったのではなからうか。法廷意見が掲げた一四日間ルールは、傍論と見るべきではないかと思われる」としている。柳川重規「海外法律事情 アメリカ刑事法の調査研究(17) Maryland v. Shatzer, 559 U. S. 130 S. Ct. 1213(2010)」比較法雑誌四五巻一四四五頁(二〇一一年)。

(70) *Montejo v. Louisiana*, 556 U. S. 778(2009).

3 弁護人の援助を受けていない者とのコミュニケーションの倫理的境界

(1) 「検察官」の特別な職責に由来する制約

(一) しかしそれでも、合衆国における法律家の職務行為を規律する倫理規程は、検察官が訴訟手続の過程で依頼者を代理する通常の弁護士とは異なる職責を負っていることに鑑み、検察官の職務行為について特別の規定を置いている。つとに連邦最高裁はバーガー事件 (*Berger v. United States*) で、検察官は主権の代表者として「正義が実現されること」を利益とし、その一環として「あらゆる正統な手段を用いて公正な有罪をもたらすとともに、誤った有罪をもたらすものと思われる不当な方法を差し控える」義務を負っていることを宣言している⁽⁷¹⁾。また、職務倫理の領域でも、ABA (American Bar Association アメリカ法曹協会) は、合衆国における職務倫理をはじめて明文化

したルールとして一九〇八年に起草した『ABA職務倫理規範 (ABA Canon of Professional Ethics)』や、ABA職務倫理規範に代わるルールとして一九六九年に起草し『ABA職務倫理に関するモデル・コード (ABA Model Code of Professional Responsibility)』以下、『ABAモデル・コード』⁽⁷²⁾、一九八三年に起草した『ABA職務行為に関するモデル・ルール (ABA Model Rules of Professional Conduct)』以下、『ABAモデル・ルール』と略す⁽⁷³⁾など、⁽⁷⁴⁾「検察官の責務は有罪判決を獲得することではなく、正義を追求することである」として、被告人に手続的正義が与えられること、及び十分な証拠に基づいて有罪が判断されるように配慮することを要請しているのである。⁽⁷⁵⁾

ア・例えば、『ABAモデル・ルール』や『ABA検察の役割に関する刑事司法基準 (ABA Standards for Criminal Justice: Prosecution Function)』は弁護人の援助を受けていない者との接触に関して以下のルールを置くことで、⁽⁷⁶⁾ 弁護人を選任する合理的な機会を弁護人の援助を受けていない被疑者・被告人に保障することを義務づけるとともに、⁽⁷⁷⁾ 公判前の段階で被疑者・被告人に保障されている重要な権利を検察官の働きかけによって放棄しないようにすることを保障している。

● ABAモデル・ルール

Rule 3.8 「検察官の特別な責務」

検察官は刑事事件において次に掲げることを行うこととする。

...

- (b) 被疑者・被告人が弁護権や弁護人を選任する手続について告知を受けたうえで、⁽⁷⁸⁾ 弁護人を選任する合理的な機会を与えられていることを保障するよう合理的に努めること⁽⁷⁹⁾

(c) 弁護人の援助を受けていない被疑者・被告人から、例えば予備審問を受ける権利のような、公判前における重要な権利の放棄を獲得しようとしな⁷⁷いこと

● ABA 検察の役割に関する刑事司法基準 [第三版]

Standard3-3.10

(a) 初回出頭で裁判官の面前に出頭する検察官は、弁護権を放棄しない限り、被疑者とコミュニケーションをとるべきではない。ただし、弁護人の援助を得る目的で行う場合又は被疑者の保釈の手配をする場合はこの限りでない。検察官は、被疑者が弁護権や弁護人を選任する手続について助言を受け、弁護人を選任する合理的な機会を与えられていることを保障する合理的な努力を怠るべきではない。⁷⁸

...

(c) 検察官は弁護人の援助を受けていない被疑者・被告人から、例えば予備審問を受ける権利のような、公判前における重要な権利の放棄を獲得しようとするべきでない。⁷⁹

● ABA 検察の役割に関する刑事司法基準 [第四版]

Standard3-5.1

(d) 被疑者が弁護人を選任しておらず、かつ弁護権を放棄していない場合に、検察官は実質的な手続を行わないよう裁判所に求めるべきである。ただし、裁判所が被疑者を釈放する決定を下す場合はこの限りでない。検察官は弁護人の援助を受けていない被疑者から、例えば予備審問を受ける権利のような、公判前における他の重要な権利の放棄を得

るべきではない。ただし、当人が弁護人の援助を受けずに手続を進めることについて裁判所の許可を得ている場合はこの限りでない。

(e) 検察官は、弁護権を任意で放棄している又は弁護人が同意していない限り、被疑者と接触又はコミュニケーションをとるべきではない。被疑者が弁護人を選任していない場合に検察官は、被疑者が弁護権や弁護人を選任する手続について助言を受け、弁護人を選任する合理的な機会を与えられていることを保障するよう合理的な努力を払うべきである。⁽⁸⁰⁾

これらのルールでは、被疑者・被告人が弁護権や弁護人を選任する手続について告知を受けたうえで、弁護人を選任する合理的な機会を与えられていることを保障するとともに、弁護人の援助を受けていない者の重要な権利を侵害することがないよう検察官に求めている。この点、『ABAモデル・ルール』Rule38の見直しに関する“Ethics2000”委員会の取りまとめ報告書を作成したクックス (Nicki Kuckes) 教授は「殆どの場合、弁護権を告知し、かつ弁護人を選任する機会を与えられることを保障する検察官の義務は、初回出頭で裁判官が被告人に告知することによって満たされるはずである。それがなされない場合に、知悉のうえで任意かつ知的に弁護権を放棄することのないまま実質的な手続を進めるよう被告人に求めないことを保障するための方策を講じるよう検察官に求めることは適切であり、かつ正義の利益にかなっている」と説明しており、さらに『ABA検察の役割に関する刑事司法基準』では、初回出頭で裁判官の面前に出頭する検察官に対して、被疑者の側で法的防禦の準備が整うか又は被疑者が適法に弁護権を放棄するまで被疑者とコミュニケーションをとることを原則的に禁止している（第三版）Standard3-3.10の(a)項及び〔第四版〕Standard3-3.10(e)項）ほか、被疑者が弁護人を選任しておらず、かつ弁護権を放棄していない場

合に、検察官は実質的な手続を行わないよう裁判所に求めるように勧告している（第四版）Standard3-5.1の(d)項。
 イ. ABAが定めるルールのほかにも、州や法律家団体によっては、被疑者・被告人が弁護人を選任するか又は弁護人の立会いが得られるまで検察官のコミュニケーションを制約するルールを定めているところがある。

例えば、テキサス州は職務倫理規程のなかで「検察官は：被疑者・被告人が弁護権を告知されていることを保障するよう合理的に努めない限り、身体拘束中の取調べの実施又は援助を差し控えるべきである」とし、同様に、ワイオミング州の職務倫理規程でも「被疑者・被告人の取調べ又は被疑者・被告人の取調べに関する法執行官との協議に先立ち、検察官は被疑者・被告人が弁護権を告知されていることを保障するよう合理的に努めるべきである」として、取調べの際に被疑者・被告人が弁護権の告知を受けている状態で取調べを開始する態勢を確保する義務を検察官に課している。これらの職務倫理規程では、「検察官は単に代弁者としての責務を負うだけでなく、正義が実現されることを保障する責務を負う。その責務にはいくつかの特別な義務が伴っている」という考慮から、検察官は被疑者・被告人の弁護人の援助を受ける権利を侵害する行為に着手したり、それに便乗したりすべきでなく、また弁護人の援助を受けていない者から公判前ないし公判後における権利の放棄を得ようとする試みに着手したり、それを促進したりすることがないように特別な規定を置いているのである。⁽⁸³⁾

また、N D A A (National District Attorney Association 全米検察官協会)が起草した『全米訴追基準』も、Standard3-7.2の(b)項で「検察官は弁護人の援助を受けていない被告人や弁護人が立ち会っていない被告人とコミュニケーションをとり、かつ被告人が改心して弁護人を選任する又は弁護人に立ち会ってもらう希望を表明したならば、弁護人を選任するか又は弁護人の立会いを確保できるようにするためにコミュニケーションを中止しなければならぬ」としている。⁽⁸⁵⁾ この規定について、N D A Aは「当基準は、弁護人の援助を受けていない被告人とコミュニケーション

をとる検察官は、当該被告人が公正に扱われ、かつ自分がとる行動の結果として生じうることにについて認識している状態を確保すべきであると規定している。…弁護人の援助を受けていない被告人にとつての公正を確保するために、被告人は事前に警告や権利放棄を伴わずに自己負罪供述の責任を負うべきではない」と説明しており⁽⁶⁾、ここでもまた、検察官が公正な手続を確保する責務を負っていることから、弁護人の援助を受けていない被疑者・被告人の劣位につけ込むことがないよう、当人とのコミュニケーションを制約しているのである。

(二)ア・なお、これらのルールが「例えば予備審問を受ける権利のような…」というように、予備審問を受ける権利のみが明文で示されていることに対しては、「当ルールの規定の文理解釈は、重要ではない権利の放棄を求めることは禁止しても、弁護人の援助を受けていない者が無意識のうちに憲法上の権利を剥奪されてしまうことまで禁止していない」という指摘がある⁽⁷⁾。その点、『ABAモデル・ルール』や『ABA検察の役割に関する刑事司法基準(第三版)』は注釈のなかで、「法域によっては、被告人が予備審問を放棄し、それによって自分の身体拘束を正当化するに相当な理由に異議を唱える有意義な機会を失うことができることもある。…対審型の予備審問は憲法が要請しているものではないが、そのような実務は被告人に対して重要な公益に奉仕することなく価値のある情報⁽⁸⁾を剥奪しうる」ということから「検察官は弁護人の援助を受けていない者から予備審問や公判前における重要な権利の放棄を得ようとすべきでない」と定めた旨を説明しているが、他方では、例えば弁護権や陪審裁判を受ける権利、自己負罪拒否特権、対質権といった予備審問以上の重要性を持つ憲法上の保障については何も言及されていないことから、「重要な」公判前における権利への言及は不当にあいまいなものであり、それらの権利の例をさらに書き記す必要がある」という主張がなされている⁽⁹⁾。だが、その主張に対してクックス教授は「このルールは、被告人が弁護人の選任を受けたり、弁護権の告知を受けたり、弁護権を知悉のうえで理知的に放棄することについて裁判所か

ら許可をもらったりする可能性が低いのは公判前の段階で——とりわけ予備審問との関連で——あるということから公判前における権利を受ける権利に着目している」として、「予備審問は裁判官から弁護権の告知を受ける（及びこの権利の放棄を適切に行う）前に検察官が被告人に放棄を求めるかもしれない・公判前における権利の例であり、それ以外の例を書き加えるつもりはない」と回答している。⁽⁹⁾

イ。また、このことと関連して、憲法上保障されている権利も「公判前における重要な権利」の内容に含まれるとするならば、Rule38(c)項の規定が弁護人の援助を受けていない被告人の答弁取引を妨げることにならないかということも問題となりうる。実際、合衆国ではとくに軽微な事件について公判審理を経ずに事件を解決するために答弁取引が多用され、検察側は被告人を説得して有罪答弁を行わせるために起訴事実や処分勧告に関して何らかの譲歩を申し出ているが、そのような現状に対してケンピネン教授は「(c)項の文言に従うことによって、弁護人の援助を受けていない被告人は答弁取引という刑事事件の主要な解決手段を使えないことになろう」と述べている。⁽¹⁰⁾

しかし、そうであるとはいっても、答弁取引は検察官が掌握している訴追裁量権を媒介して行われているものであり、場合によっては被告人が弁護人の援助を受けていないことを利用して、被告人の意に反した有罪答弁を引き出してしまったり、弁護人の援助を受けた場合に得られるものより重い処分を受けたりするおそれがあることも否定できない。そこで、NDAAは「全米訴追基準」のなかで次のように勧告している。

● NDAA全米訴追基準

Standard 2-7.4 [答弁取引] 検察官は弁護人の援助を受けていない被告人と答弁取引を行うときに、被告人が自分の権利や義務、同意に基づいて課される不利益を理解している状態を確保しようとすべきである。…検察官は被告人が弁

護人の援助を受けていない弁護人の援助を受けていない状態を不当に利用するべきではない。検察官は弁護人の援助を受けていない被告人に弁護人を選任すること以外の助言を与えるべきではない。⁽³⁸⁾

【注釈】

当基準は、多くの被告人が弁護人の援助を受けずに検察官と答弁取引をしたいと望んでいると認識している。そのよ
うな被告人の多くはシステムに慣れているか又は弁護の費用を支払うことを望んでいない。このような場合に検察官は
被告人の不利益を十分に明らかにしたうえで公平性の基準を確保する責任を負っている。検察官は、当該状況で弁護
人の援助を受けた場合に得られる処分と同等に望ましいものを被告人が受ける態勢を確保すべきである。…当基準は—
たとえ当初は弁護人の援助を受けたり弁護人に立ち会ってもらったりしない意向を表明したとしても—弁護人の援助
を受けたいという被告人の願望をみだし、被告人に弁護費用を払う余裕がなければ弁護人を選任するという一般的な法
的要請を認識している。このような被告人の願望は至上のものであると認識している。⁽³⁴⁾

確かに、答弁取引は、起訴事実の取消や処分の緩和などを通じて公判審理を通じて言い渡されるものよりも軽い
処分で済むという意味で、被告人にもメリットをもたらすものであり、そのことから事件によっては—『全米訴訟
基準』の注釈で述べられているように—被告人のほうから答弁取引を希望するケースがあることも理解できないわ
けではない。だが、他方でNDAAは、たとえ被告人が自ら取引を望んだ場合であっても弁護人の援助を受けてい
るときよりも大きな不利益を蒙ることがないよう、弁護人の援助を受けていない被告人に対して、①当該被告人が
弁護権など自分に保障されている権利や取引によって発生する不利益を十分に理解している状態を確保すること、
②被告人が弁護人の援助を受けていない状態を不当に利用したり、少なくとも被告人が弁護人の援助を受けていな

いことにつけ込んで弁護人の援助を受けた場合よりも重い処分を被告人に課したりしないようにすること、③弁護人を選任すること以外の助言を差し控えることを勧告しているのである。

ウ．最後に、以上で取り上げたルールは、起訴されているか、少なくとも初回出頭で裁判官の面前に連行されている段階に入ってはじめて適用されるものであるようにみえることから、裁判所の面前に被疑者が連行される以前の接触が許されるか否かが問題となりうる。だが、この点については、「多くの場合、検察官は初回出頭の段階以前に被告人と接点がなく、その時点まで被疑者・被告人が弁護権を告知されていることを保障するよう合理的に努める機会を持たない」という現実に対応しているようにみえると指摘されている。⁽⁵⁵⁾

(2) 「一方当事者を代理する法律家」という地位に由来する制約

(一)ア．さらに、職務倫理規程では、法律家(検察官も含む)に対して相手方当事者とのコミュニケーションを一定程度制約するルールが定められている。法律家と被疑者・被告人とのコミュニケーションを規律するものとして、代理人の援助を受けている当事者と代理人のいないところで接触することを制約する「接触禁止ルール (no-contact rule)」が代表的な例に挙げられうるが、それと並列して、代理人の援助を受けていない当事者との接触を一定程度制約するルールも伝統的に存在している。

例えば、ABAは、『ABA職務倫理規範』や『ABAモデル・コード』、『ABAモデル・ルール』で、弁護人の援助を受けていない相手方当事者とのコミュニケーションについて、以下のような規定を置いている。

● ABA職務倫理規範

Canon 9 「相手方当事者との交渉」 法律家は決して弁護人の援助を受けている当事者と論争の対象になつてゐる事柄に関してコミュニケーションをとるべきではない。同様に、法律家は当事者ではなく弁護人と、事件に関して交渉や示談に着手すべきである。とりわけ弁護人の援助を受けていない当事者の判断を誤らせる傾向のある一切の行為を避けることは法律家の責任であり、法律家は彼に法的助言を与えるべきではない。⁽⁹⁶⁾

● ABAモデル・コード

Canon 7 「法律家は法の範囲内で熱情的に依頼者を代理すべきである」

EC7-18

… 「代理人の援助を受けていない者と直接やり取りしなければならない」場合に法律家は自己弁護を行おうとしてい
る者に対して、法律家を得ること以外に助言を与えるべきではない。

…

DR7-104 「相反する利害を持つ者とのコミュニケーション」

(A) (2) 依頼者を代理する過程で、法律家は…代理人の援助を受けていない者に対し、本人の利益が自己の依頼者の利益と相反するか又は相反する合理的な見込みがある場合に代理人を選任すること以外に助言を与えないものとする。⁽⁹⁷⁾

● ABAモデル・ルール

Rule4.3 「弁護人の援助を受けていない者とのやり取り」

法律家は代理人の援助を受けていない者と依頼者のためにやり取りをする際に、自分が中立的であることを述べたりほめかけたりしないこととする。代理人の援助を受けていない者が当該事案に関して法律家の役割を誤解していることを認識しているか又は合理的に認識すべきときに、法律家は誤解を正すよう合理的に努力するものとする。法律家は、本人の利益が自分の依頼者の利益と相反しているか又は相反する合理的な見込みがあると認識しているか又は合理的に認識すべき場合に代理人を選任すること以外に助言を与えないものとする。⁽⁹⁸⁾

これらのルールのうち、『ABAモデル・コード』では、「最広義における法システムは、法的な助言や援助を必要とする人々が独自の代理人の援助を受けているときに最もよく機能する」という倫理的考慮が明示されている。⁽⁹⁹⁾だが、事件によっては当事者のどちらかが代理人の援助を受けていないケースもあるため、『ABA職務倫理規範』や『ABAモデル・コード』は法律家に対して、代理人の援助を受けていない（あるいは自己弁護を行おうとしている）相手方当事者の判断を誤らせるような言動をとらないように命じるとともに、その最たるものとして、相手方当事者に法的助言を与えることを原則的に禁止し、その例外として、代理人を選任することに向けた助言を許容することで当事者双方が法律家の援助を受けられる態勢を整え、ひいては法的紛争の解決を実効的なものにしようとしている。

イ. なお、『ABAモデル・コード』と『ABAモデル・ルール』は代理人の援助を受けていない「者 (person)」とのコミュニケーションを制約しているとはいえず、——『ABA職務倫理規範』のように——訴訟の「当事者 (party)」となっている者を主たる対象として議論が展開されているように見受けられることから、一連のルールが訴えの提起前の段階で適用されるか否かが問題となりうる。だが、『ABAモデル・コード』も『ABAモデル・ルール』

も裁判が開始される前の段階で法律家と代理人の援助を受けていない者とが交渉をする場面について例外を設けているわけではなく、むしろその点について、エンゲラー (Engel, Engel) 教授は、公判が始まる直前にプレッシャーがかかっているにも拘らず監視されていない状況で行われる交渉は代理人の援助を受けていない当事者に最も多くの保護を必要とする場面であり、そのような保護を与える必要性は法律事務所や他の場面における監視を受けない交渉にも当てはまるといことから、法律家と代理人の援助を受けていない者とが交渉をする場面について例外を設けるべきでないとまで主張しているのである。⁽¹⁰⁾

また、一連のルールは——民事・刑事を問うことなく——法律家全般を規律するルールとして、検察官が被疑者・被告人等とコミュニケーションをとる際にも適用されうると理解されている。とりわけ合衆国では、検察官が刑事司法における権威と権限の源だと一般的に認識されていることから、参考人が検察官に法的助言を求めることが少なからずあるといわれているが⁽¹¹⁾、そのような状況にあつても、検察官は「法律家」として、弁護人の援助を受けていない参考人が抱いているものと相反する目標を持つているときに、自分が中立的な存在であると述べたりほめかしたりすることを禁止されている。殊に被疑者・被告人との接触に関しては、基本的に「検察官は自分が職務を担当する法域内で被告人を弁護するべきではない」と考えられており、このようにして検察官の利益が被疑者・被告人の利益とはつねに矛盾しあう関係にあることから、検察官は弁護人の援助を受けていない被疑者・被告人に対して助言を与えることが原則的にできないと考えられているのである。⁽¹²⁾

(二) しかしながら、これらのルールについては、時代が経るなかで、幾つか問題点が指摘されてきた。

ア・第一に、法律家が紛争の一方当事者を代理しながら相手方当事者に対して法的助言を与えることは利益相反のおそれが想起されるところ、ABAが最初に定めた『ABA職務倫理規範』では、法的助言が禁止されるべきか

否かを判断する基準として利益相反のおそれの有無を明示していないという点が指摘されてきた。

一連のルールのうち、『ABA職務倫理規範』のCanon 9は相手方当事者が代理人の援助を受けていない事件であれば直ちに適用されるものであり、一方当事者を代理する法律家の利益が相手方当事者の利益と相反するかを問わず、代理人の援助を受けていない相手方当事者に法的助言を与えていることを禁止するようにみうる。しかし他方では、ケンピネン教授が指摘するように、『ABA職務倫理規範』は代理人の援助を受けていない相手方当事者と接触したり、当人に情報を求めたり、当人のために文書を用意したりすること自体を禁止していないため、⁽⁵⁾ 法律家が認められるコミュニケーションの限界を明らかにするという点で問題の残るものであったといえる。

それに対して、『ABAモデル・コード』のDR7-104では、「相反する利害を持つ者とのコミュニケーション(Communicating with One of Adverse Interest)」と「見出しを掲げたうえで、「代理人の援助を受けていない者」の利益が自己の依頼者の利益と相反するか又は相反する合理的な見込みがある場合」に限って適用するルールに改定されており、相手方当事者が代理人の援助を受けていない場合でも法的助言を与えることが利益相反に当たらないと判断される場合に法律家が相手方当事者に法的助言を与える余地がもたらされているようにみうるが、そこでもまた——『ABA職務倫理規範』と同様に——代理人の援助を受けていない相手方当事者と接触したり、当人に情報を求めたり、当人のために文書を用意したりすること自体を禁止しておらず、かつ法律家自身の利益を識別するところまで要求していないことから、法律家が権限を濫用して相手方当事者の利益を侵害するおそれが依然として残されていると指摘されている。この点について、とくにケンピネン教授は、『ABAモデル・コード』のCanon 7で「法律家は法の範囲内で熱情的に依頼者を代理すべきである」という見出しがつけられていることと相俟って、意図的に詐術を用いない限り、法律家は相手方当事者の無知につけ込むことが禁止されないどころか、むしろ

るそれにつけ込む責務を合理的に見出しうるであろうと批判しているのである。⁽⁶⁾

しかし、その一方で『ABAモデル・ルール』は「代理人の援助を受けていない者、とくに法的事案を扱う経験のない者は、たとえ法律家がある依頼者を代理していたとしても、当該法律家が忠誠心に関心を持たず、又は法に関する中立的な権威であると決めてかかっているかもしれない」という問題意識の下で、自分が中立的であることを明示的又は黙示的に述べないよう、明文規定をもって法律家に求めたうえ、代理人の援助を受けていない者が「当該事案に関して法律家の役割を誤解しているか又は合理的に認識しているか又は合理的に認識すべきときに」誤解を是正する措置を講じるよう、法律家に義務づけている。

そしてさらに、『ABAモデル・ルール』の内容の見直しを目的として組織された“Ethics2000”委員会は二〇〇一年にRule43の文言を見直すに当たり、以下の文言を注釈のなかに加えることで、許容される情報提供と許容されない法的助言の差異を詳細に説明している。

- (1) …誤解を回避するために、法律家はたいてい自分の依頼者を識別し、かつ必要に応じて自分の依頼者の利益が代理人の援助を受けていない者の利益と相反していることを説明することが求められるであろう。…
- (2) 当ルールは代理人の援助を受けていない者の利益が当該法律家の依頼者の利益と相反している場合と相反していない場合とで区別をしている。前者の場合、当該法律家が代理人の援助を受けていない者の利益に妥協する見込みが高いため、当ルールは代理人を選任すること以外のあらゆる助言を禁止している。法律家が許容されない助言をしているか否かは代理人の援助を受けていない者の経験と素養及び当該行為やコメントがなされた状況によって左右される。当ルールは法律家に対して代理人の援助を受けていない者との取引や和解の時期を交渉することを禁止していない。自分が

当人ではなく相手方当事者を代理しているということを説明している限り、法律家は自分の依頼者が同意や和解を行ったり、当人の署名が必要な文書を準備したり、文書の意味や根底にある法的義務に関する当該法律家の考えを説明したりする時期を当人に知らせることができる。⁽¹⁰⁾

これらのなかでも、代理人の援助を受けていない者の利益と自分の依頼者の利益とで相反が生じている状況での助言を制約することについて、「Ethics2000」委員会は、法的助言を与えることができる場面を「代理人の援助を受けていない者の利益が自分の依頼者の利益と相反しているか又は相反する合理的な見込みがあると認識しているか又は合理的に認識すべき場合」に限定していたという、法的助言を禁止するルールを採り入れている州の殆どで行われていた実務のありように従って文言を修正したという旨を説明している。⁽¹¹⁾

また、法律家が代理する依頼者の利益を識別することを要求する文言と、当該助言が許容されないものとする要件に関する方針を注釈で明示したことについては、許容される情報の提供と許容されない法的助言とで明確に線引きをしたうえで、代理人の援助を受けていない者とコミュニケーションをとる際に当人の無知につけ込んで権限を濫用するおそれを除去しようとする「Ethics2000」委員会の努力を看取することができるのである。

イ. また第二に、このような代理人の援助を受けていない者への助言を禁止するルールに対しては、「法的助言」を禁止するだけで足りるかという疑問が提起される。⁽¹²⁾ 「法的助言」という文言を厳格に解釈するのであれば、それは「当該事件で適用しうる法律についての意見を述べる」と定義づけることができ、裁判所のなかでもそのように理解する傾向が見受けられる。⁽¹³⁾ だが実際には、法律家は自分の依頼者に助言を与えるときに、たいいて法の適用に関する意見のみならず、依頼者がとるべき行動についての助言をも与えており、依頼者の側からみれば、そのよう

な助言を受け入れることを期待する法律家と協議をしているといえるからである。⁽¹⁶⁾

しかし、ABAはその点について、代理人の援助を受けていない相手方当事者がとるべき行動について本人に助言を行うことは許されないという見解をたびたび表明している。例えば、一九三一年に出されたABAの公式見解は「離婚を求める依頼者を援助する代理人は、依頼者の行動について同意を得るために『法的助言』を代理人の援助を受けていない相手方と与えてはならない。その場合、代理人は依頼者が提案している行動を告げたいと、独自に代理人と協議するように勧告すべきである」とし、⁽¹⁷⁾一九六八年に出された非公式の見解でも、一方当事者の代理人が代理人の援助を受けていない相手方に対して、とるべき行動について私見を述べることは不適切である旨を述べているのである。⁽¹⁸⁾

- (71) Berger v. United States, 295 U. S. at 88.
- (72) 『ABAモデル・コード』は、現代でも一部の法域が職務倫理規程を制定するに当たって参考にしてしているものである。
- (73) 『ABAモデル・ルール』は、全米のほとんどの法域が職務倫理規程を制定するにあたって参考にしてしているものである。
- (74) ABA MODEL CODE OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY, EC7-13(1969); ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE: PROSECUTION FUNCTION, Standard 3-1.2(c) (3rd ed. 1991).
- (75) ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 3.8, comment (1).
- (76) *Id.* Rule 3.8(b) & (c).
- (77) *Id.* Rule 3.8(b) & (c).

弁護人の援助を受けていない者に対する検察官の取調べ

- (82) ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE : PROSECUTION FUNCTION, Standard 3-3.10(a) & (c) (3rd ed. 1991).
- (82) *Id.* Standard 3-3.10(a) & (c).
- (88) ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE : PROSECUTION FUNCTION, Standard 3-5.1(d) & (e) (4th ed. 2015).
- (81) Niki Knuckes, *A Report to the ABA Commission on Evaluation of Rules of Professional Conduct Concerning Rule 3.8 of the ABA Model Rules of Professional Conduct : Special Responsibilities of Prosecutor*, 22 GEO. J. LEGAL ETHICS 467, 479 (2009).
- (82) TEXAS DISCIPLINARY RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 309(b).
- (83) WYOMING RULES OF PROFESSIONAL CONDUCTS, Rule 3.8(b).
- (84) TEXAS DISCIPLINARY RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 309(b), Comment(1).
- (85) NATIONAL DISTRICT ATTORNEY ASSOCIATION, NATIONAL PROSECUTION STANDARDS, Standard 3-7.2(b) (3rd ed. 2009).
- (88) *Id.* comment, at 28.
- (87) Kempinen, *supra* note 30, at 1174.
- (88) ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCTS, Rule 3.8, comment(2); ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE : PROSECUTION FUNCTION, Standard 3-3.10, comment, at 80.
- (88) See Knuckes, *supra* note 81, at 481.
- (86) *Id.* at 480.
- (86) *Id.* at 482.
- (87) Kempinen, *supra* note 30, at 1175.

- (83) NATIONAL DISTRICT ATTORNEY ASSOCIATION, NATIONAL PROSECUTION STANDARDS, Standard 2-7.4.
- (84) *Id.* comment, at 28.
- (85) Kuckes, *supra* note 81, at 479.
- (86) ABA CANON OF PROFESSIONAL ETHICS, Canon 9 (1908).
- (87) ABA MODEL CODE OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY, EC7-18 & DR7-104(A) (2) (1969).
- (88) ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 4.3 (1983).
- (89) ABA MODEL CODE OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY, EC7-18.
- (90) Russell Engler, *Out of Sight and Out of Line: The Need for Regulation of Lawyers' Negotiation with Unrepresented Poor Persons*, 85 CAL. L. REV. 79, 102 (1997).
- (91) See R. MICHAEL CASSIDY, PROSECUTORIAL ETHICS 43 (2nd ed. 2013).
- (92) 実際、コロラド州最高裁判所は、迷ったついで連続殺人事件の被疑者に自首を促すために検察官が弁護人になりすましてたつた Rule 4.3 違反であると判断した。⁹⁰ *In re Pauley*, 47 P. 3d 1175 (Colo. 2002).
- (93) ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE: PROSECUTION FUNCTION, Standard 3-1.3(b) (3rd ed. 1991); ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE: PROSECUTION FUNCTION, Standard 3-1.7(b) (4th ed. 2015).
- (94) See CASSIDY, *supra* note 101, at 43.
- (95) Kerripinen, *supra* note 30, at 1168.
- (96) *Id.* at 1168.
- (97) ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 4.3, Comment (1).

弁護人の援助を受けていない者に対する検察官の取調べ

- (89) See AMERICAN BAR ASSOCIATION, LEGISLATIVE HISTORY: THE DEVELOPMENT OF THE ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, 1982-2005 547 (2006).
- (90) ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 4.3, comment(2).
- (10) AMERICAN BAR ASSOCIATION, *supra* note 108, at 550.
- (11) See generally Engler, *supra* note 100, at 96-97.
- (12) See Franko v. Mitchell, 762 P.2d 1345, 1360 (Grant, J., concurring in part and dissenting in part) (citing Torgstad v. Vesely, Otto, Miller & Keefe, 291 N. W. 2d 686, 692-93 (Minn. 1980)) (Ariz. Ct. App. 1988).
- (13) See Engler, *supra* note 100, at 97.
- (14) ABA Commission on Professional Ethics and Grievances, Formal Op. 58 (1931) (cited by Grant v. Haines, 531 F. 2d 671, 676 n. 3 (2nd Cir. 1976)).
- (15) ABA Commission on Ethics and Professional Responsibility, Informal Op. 1034 (1968). See also Grant v. Haines, 531 F. 2d at 676 n. 3.

4 知見と検討

(1) 合衆国では、弁護人の援助を受けている者とのコミュニケーションが「接触禁止ルール」によって制約されている一方、そのルールは、弁護人となる法律家の利益を保護する趣旨も含まれているため、弁護人の援助を受けていない者とのコミュニケーションには適用されえない。むしろそこでも、検察官は弁護人の援助を受けていない者

を取り調べたり、本人から自白を採取したりすることができる⁽¹⁰⁾ところか、「重罪事件や重大な軽罪事件でも、検察官が弁護人の援助を受けていない被告人や弁護人の立会いのない被告人とコミュニケーションをとることが正義の利益に適っている場合がある」とさえいわれている⁽¹¹⁾。そのようななか、第六修正や第五修正は、被疑者・被告人が弁護権の行使を主張した場合に当該被疑者・被告人の取調べを中止することを捜査・訴追機関に要請し、検察官の職務倫理上も、州や法律家団体によつては、被疑者・被告人が弁護人を選任するか又は弁護人の立会いを確保できるようにするまでコミュニケーションを中止することを要請しているところも散見されるが、他方で、第六修正や第五修正の適用範囲をめぐる一連の判例では、たとえ被疑者・被告人が弁護人を選任権の行使を主張したとしても、捜査・訴追機関は弁護人選任権を放棄するよう被疑者・被告人に働きかけを行うことまで禁止しているわけではない。

しかしそれでも、職務倫理規程では、検察官が「正義を追求する」義務の一環として、被疑者・被告人に手続的正義が与えられるように配慮する義務を負っていることに鑑み、①被疑者・被告人に弁護人の援助を得る合理的な機会を保障すること、②弁護人の援助を被疑者・被告人が得られるまで本人とのコミュニケーションを原則的に差し控えること、③そして少なくとも、被疑者・被告人が弁護人の援助を受けていないことにつけ込んで公判前にける重要な権利の放棄を得ようとしないうことを検察官に求めている。これらの要請に関しては、「重罪事件や重大な軽罪事件において検察官は弁護人を通じて被告人とコミュニケーションをとることが望ましい⁽¹²⁾」と考えられるなかで、弁護人の援助を受けていない者に対しても公正な手続を保障する義務を検察官に対して特別に課しているという点が注目に値しよう。

(2) ただし、検察官は同時に——弁護人と同様に——訴訟手続の当事者の役割を担っており、「有責の者を有罪とする」国家の利益を熱情的に推し進めることをも期待されている。とりわけ、法律の素人である被疑者・被告人が

「検察官は中立的な存在だ」と思い込んでいた状況では、検察官が権限を濫用して被疑者・被告人の判断や行動を誤らせてしまうおそれが懸念されうる。しかし、その点に関して一連の職務倫理規程は代理人の援助を受けていない者に対して、①法律家は代理人に援助を受けていない者に独自の代理人を得られるように配慮すること、②法律・事実・代理人の特性と利益を誤って示すことを差し控え、とりわけ法律家の立場について本人が誤解をしている場合にはその誤解を是正すること、③法律家自身が代理人の援助を受けていない者に直接、法的助言やとるべき行動についての助言を差し控えることを義務づけている。ここでもまた、検察官が被疑者・被告人の無知につけ込んで権限を濫用することを防ぐとともに、被疑者・被告人が弁護人の援助を受けられるようにすることで、司法システムを実効的に機能させようとしているのである。

(116) See Kempinen, *supra* note 30, at 1176.

(117) NATIONAL DISTRICT ATTORNEY ASSOCIATION, NATIONAL PROSECUTION STANDARDS, Standard 24.1 (2nd ed. 1991).

(118) *Id.* Standard 24.1.

三 わが国における弁護人の援助を受けていない者とのコミュニケーションの限界

1 (1) 翻って、わが国の刑事司法では、「自白はむしろ、捜査官と被疑者が友好的関係になり、心のラポートがか

かったとき、すなわち「琴線」に触れたとき生まれるものであり、対立的関係にある間は、それがなかったため自白は生まれにくい」という理解の下、捜査・訴追機関と被疑者との情緒的なかかわり合いがないし「差し」でのコミュニケーションによって事案の真相解明と真犯人の改善更生が実現されうると考えられており、弁護士が被疑者を援助することは取調べの目的の実現を妨げるものとして捜査・訴追機関に受け止められる風潮があつたように見受けられる。実際にも、身体拘束中の被疑者と弁護士との接見交通では、「一般的指定書」を用いることで捜査・訴追機関が接見を制約しうる体制が長らく実務で運用され、その後も、「犯罪が発生した場合、その犯人を検挙し、適正な処罰を与えて社会を防衛し、被害者感情を宥めるのは、国家の基本的責務であり、三権分立がその保障のためのものであることは、歴史的沿革からも明白なことである。まず、国家刑罰権、そしてそのための捜査があるのでありその対象となつた者を援助するために弁護士依頼権としてその具体的方策としての接見交通権が存在するのである」という考えを論拠として、接見指定（刑訴法三九条三項）をすることができ「捜査のため必要があるとき」とは罪証隠滅や共犯者との通謀の防止を含めた捜査全般の必要性を指し、必要であるか否かの判断は捜査・訴追機関の裁量にゆだねられるとする見解（いわゆる「非限定説」ないし「捜査全般必要説」）が検察実務のあいだで支持されてきた。⁽¹⁰⁾

(2) 確かに、捜査・訴追機関には、被疑者・被告人の有罪判決につながる証拠のみならず彼／彼女らに有利な証拠をも収集・吟味することが要請されており、とりわけ「公益の代表者」である検察官がただひたすら有罪証拠のみを収集し、無罪証拠には目を向けないという党派的な姿勢は厳に慎まなければならないといえる。また、捜査・訴追機関による取調べ権限の行使が必ずしも被疑者・被告人にとって不利益に作用するわけではなく、わが国の取調べ実務を正当化する論拠として、たびたび無実の者の嫌疑を晴らしたり、起訴猶予処分を通じて刑罰に値しない犯罪者を手続から早期に開放したりする必要性が挙げられているところで、実際上も取調べで得られた情報に基づき、

真犯人でない者が刑事手続から解放されたり、裁判にかける必要がない被疑者に起訴猶予処分を下したりすることがある。

しかし、その一方では、弁護人の援助を受けていない被疑者・被告人の劣位・無知につけ込んで供述を強要しても、そのことによって事実の真相がほんとうに解明されるのか、疑問を禁じ得ない。わが国の取調べ実務に対して「被疑者と取調官の間は上下関係が強い。たとえば、捜査官側は、身柄の拘束のみならず、必要な場合には令状の発付を受けて検査することもできるほどの圧倒的な権限を持っているが、被疑者には黙秘権、供述拒否権という守られることが危うい権利のほかには、弁護人選任権という権利があるのみである。被疑者は捜査官と対等に向き合える関係には無い。…そこに真の人間関係は無い。しかも力関係の上下は取調べ期間中全く不動であるという、非常に特殊な関係が取調べを支配している」という旨がたびたび指摘され、⁽⁴⁾実際にも誤判・冤罪事件のなかには、被疑者が弁護人の援助を希望していたにも拘らず検察官がこれを拒否し、そのうえで被疑者の劣位・無知につけ込んで判断や供述を誤らせたケースも見受けられるところである。⁽⁵⁾

また、検察官の地位についても、「公益の代表者」という地位との関係で、検察官は被告人に不利益な方向への訴訟進行だけでなく、有利な方向への訴訟進行も同時に行うことが義務づけられているという意味で、検察官には「形式的弁護」の機能があるということがかつてよりいわれる一方で、⁽⁶⁾訴追者の役割と弁護人の役割とを兼務することを検察官に期待することは困難であるという旨も指摘されている。例えば小野清一郎博士は早くも戦前に「検事は必ずしも被告人の不利益のみを追求するものではなく、公益の代表者として、法律の正當なる適用を請求すべきものであるから、被告人の正當なる利益をも顧慮すべきは當然である」としながら、「検事はともかく被告人を訴追するものであるから、同時に被告人の利益を保護するといふことは極めて困難である」ということを弁護人制度の必要

な理由として挙げている⁽¹⁶⁾。一般的に戦前の刑事訴訟は職権主義の下で運用されていると理解される傾向があるが、そのなかでも小野博士は「當事者訴訟又は辯論主義の手續構造を認むる限り、原告たる検事と被告人とは出来る限り同等の攻撃及び防禦力を有するに非ざれば、その機能を全うすることは出来ぬ。然るに事實に於て被告人の防禦力は検事の攻撃力に比して甚しく弱小なることを免れぬ」ということに鑑み、「辯護人は此の被告人の防禦力の不足を補充し、稍當事者の對等なることを得しめんがための制度である」と主張しているのである⁽¹⁷⁾。

2 それでも近年、檢察実務のなかでも弁護人の援助を受ける被疑者の権利に配慮した運用がなされるようになってきている。とりわけ、二〇〇八年に最高検察庁が発した通達では、①「弁解録取の際に、被疑者に対し弁護人選任権を告知するとともに、弁護人等との接見に関し、取調べ中において弁護人等と接見したい旨の申出があれば、直ちにその申出があつた旨を弁護人等に連絡する旨を告知」し、檢察官の取調べ中に申出があつた場合は「当該申出があつた旨を直ちに弁護人等に連絡すること」、②「申出があつた時点において現に取調べ中でない場合には、直ちに接見の機会を与えるよう配慮」し、「現に取調べ中であつても、できる限り早期に接見の機会を与えるようにし、遅くとも、直近の食事又は休憩の際に接見の機会を与えるように配慮すること」弁護人からの接見申出につき、早期に接見の機会を与えること、③接見の申出とそれに対する措置を記録化することが義務づけられるとともに⁽¹⁸⁾、④弁解録取の際に被疑者から接見の申出があつた場合に、弁護士法人又は弁護士会を指定して裁判所又は刑事施設の長(若しくはその代理者)に弁護人選任を申し出ることができる(刑事訴訟法七八条。なお、刑事法二〇九条、二二一条及び二二六条により被疑者にも準用)旨を教示し、選任の申出があつたならば直ちに所要の手續をとることを檢察官に要請している⁽¹⁹⁾。そして、このような動きにより、現在では檢察内部でも、被疑者・被告人や弁護人から接

見等の申出があった場合には直ちに弁護人に連絡し又は接見をさせるなどの措置が講じられている⁽¹¹⁹⁾。しかし、これらの配慮は主として身体の拘束を受けている被疑者を対象とするものであり、在宅の被疑者に対する弁護人の援助を受ける機会を保障する在り方は依然として課題となっている。事実、最高検察庁が通達を発した後も、被疑者が弁護人と連絡したい旨を述べたにも拘らず、検察官がこれを拒否して長時間にわたる取調べを行ったケースがあると指摘されている⁽¹²⁰⁾。この点については、被疑者や一般市民に対して公正な手続をもたらすという理念からはもちろん、事案の真相をくまなく解明するという刑事司法の目的に照らしたとしても、「法システムは、法的な助言や援助を必要とする人々が独自の代理人の援助を受けるときに最もよく機能する」という合衆国での指摘がわが国でも当てはまっているように思われてならないのである。

(119) さしあたり、土本武司「刑事訴訟法要義」九八頁（有斐閣、一九九一年）ほか参照。

(120) 河上和雄「接見指定の必要性と指定の方法——最高裁平成三年五月一〇日第三小法廷判決——」判例タイムズ七六四号八一頁（一九九一年）。

(121) 出射義夫「捜査の方法」團藤重光（責任編集）『法律実務講座刑事編 第三巻』六二〇頁（有斐閣、一九五四年）、大津丞「接見指定をめぐる問題点」法律のひろば一九卷一〇号九頁以下（一九六六年）ほか。

(122) さしあたり、安原浩「裁判実務から見た取調べの問題点」法と心理二二卷一—四頁（二〇一二年）。

(123) 例えば東電〇し殺人事件などでは、被疑者・被告人から弁護人を選任する希望があったにもかかわらず検察官がこれを拒否したことが問題視されている。東電〇し事件については、さしあたり佃克彦「東電〇し事件」検事による接見妨害

国家賠償請求訴訟で勝訴判決」法と民主主義四五四号四〇頁以下(二〇一〇年) 参照。

(124) 平場安治「実体的真実主義と当事者主義」日本刑法学会(編)『刑事訴訟法講座1——訴訟の主体・捜査——』(有斐閣、一九六三年) 一九頁参照。

(125) 小野清一郎『刑事訴訟法講義(全訂三版)』一二三頁以下(有斐閣、一九三三年)。

(126) 小野・前掲注(125)・一二三頁。

(127) 最高検察庁通達「検察における取調べ適正確保方策について」(二〇〇八年四月三日付) 及び最高検察庁依命通達「取調べの適正を確保するための逮捕・勾留中の被疑者と弁護人等との間の接見に対する一層の配慮について」(二〇〇八年五月一日付)。

(128) 最高検察庁依命通達「取調べの適正を確保するための逮捕・勾留中の被疑者と弁護人等との間の接見に対する一層の配慮について」(二〇〇八年五月一日付)。

(129) 法務省の調査によると、二〇一〇年六月一日から二〇一一年五月三十一日までに被疑者又は弁護人から接見等の申出があった三二八〇件のうち三三三五件で検察官が直ちに弁護人に連絡し又は接見をさせるなどの措置が講じられており、その他の場合もできる限り早い時期に適切な措置が講じられていたという。法務省『取調べに関する国内調査結果報告書』三四頁(二〇一一年)。

(130) 例えば、小沢一郎元民主党政代表の政治資金管理団体「陸山会」の政治資金収支報告書をめぐる事件では、石川知裕衆議院議員の秘書が弁護人との連絡を希望したにも拘らず検察官がこれを拒否し、約一〇時間にわたって聴取を続行していたという。上杉隆「暴走検察 子ども人質」に 女性秘書『恫喝』十時間」週刊朝日二〇一〇年二月二十二日号二二頁以下(二〇一〇年)、第一七四回衆議院本会議・質問七一号「検察庁による事情聴取のあり方に関する質問主意書」(二〇

四 おわりに

1 伝統的にわが国の刑事司法では、刑事事件の真相解明をシステムの目的のなかでもひとときわ重要視し、それを効率的・効果的に実現する手段として徹底的な取調べが展開されてきた。そのありように対しては、良好な治安の維持・実現に多大な貢献をもたらしているという評価がなされる一方で、捜査・訴追機関と被疑者の間に権限の格差があることが問題視され、事件によっては、虚偽の自白が採取されることよって誤判・冤罪がもたらされてきた。そのようななか、本稿では、①検察官は援助を受けていない者が弁護人の援助を得られるように配慮すべきであること、②検察官は弁護人の援助を受けていない被疑者・被告人に対して、法律や事実、検察官及び弁護人の立場と利益を誤って示すことを差し控え、とりわけ検察官の立場について本人が誤解をしている場合にはその誤解を是正すべきであること、③検察官は弁護人の援助を受けていない者に直接、法的助言やとるべき行動についての助言を差し控え、少なくとも本人の劣位につけ込んで権利を侵害しないようにすべきであることを主張した。

2 そもそも、刑事訴訟の基底にある「当事者主義」は、個人の人権を尊重することによって自由社会を維持することを本質的な機能とするものと伝統的に捉えられているほか、⁽⁹⁾とくに近年では、両当事者が説得的に主張を突き

合わせることによって真実をよりよく発見されうるとも理解されるようになってきている。^(註)他方では、「当事者主義」を採用していないと一般的に理解されている捜査手続でも、捜査・訴追期間に対する被疑者側の劣位を克服すべく、被疑者が主体的に権利を行使できる体制を整えることが重要であるという考えが定着しつつあるが、その点については、「事案の真相解明」という目的に照らしたとしても、被疑者が弁護人の援助を受けられるようにすることによって当該目的をよりよく実現できるのではないかと考えるのである。

- (131) MONROE H. FREEDMAN & ABBE SMITH, UNDERSTANDING LAWYERS' ETHICS 13(3rd ed. 2004).
- (註) See, e.g., Lord Eldon in *Kaufman*, *Does the Judge Have a Right to Qualified Counsel?*, 61 A. B. A. J. 569, 569 (1975); *United States v. Cronin*, 466 U. S. 648, 655 (1984); JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL PROCEDURE 33(3rd, 2002); FRANK SCHMALLEGER, CRIMINAL JUSTICE TODAY: AN INTRODUCTORY TEXT FOR THE 21ST CENTURY 381 (2007).