

論説

憲法・刑事訴訟法英文によれば、検察・警察の取調を受けるとき、被疑者は弁護士につきそい援助を求める権利を有する

沢 登 佳 人

一 憲法の刑事人権保障規定および刑事訴訟法には、邦文と英文との間に微妙な意味の違いが在る。その違いを巧みに利用して、検察・警察が被疑者を弁護士につきそい援助なしに取り調べるといふ、人権侵害的な法運用が生じたのである。

わが国の犯罪捜査では、今日でも、警察・検察が被疑者を、任意出頭を求めまたは逮捕・勾留して強制的に、密室で長時間取り調べ、その間弁護士のつきそい援助を一切認めぬのみか、取調の前または途中で弁護士に面会して相談することをすら、捜査の必要上認めないことがある、というのが実態である。しかも、ほとんどの判例・学説がそのことを当然視し、いささかも怪しんでいない。その上、かような取調によって獲られた自白調書が、刑法

三三二条一項本文によって無条件で有罪認定の証拠とされている。

しかし、こういうことは、今日欧米先進諸国の刑訴法に例を見ない蛮風である（拙論「逮捕または勾留中の被疑者の取り調べは許されない」法政理論二巻二号（一九七九年一月）二〇頁以下参照）のみか、実はわが国の戦前戦中の旧刑訴法に比較してさえ、被疑者取調における保障の明らかな後退である。旧刑訴法では、このような取調は、少くとも重き事案については予審判事の権限であつて、警察・検察の捜査はたてまえ上予審の補助手段であつた。新法では、予審を廃止して、重き事案についても取調権限を全面的に警察・検察に移し、しかも警察の捜査を検察の直接的な指揮統制の下から外して警察を以て第一次的な独立の捜査機関とした。その結果、予審のチェックを経ない検察官の取調結果および予審のチェックを経ず検察官の指揮統制も受けぬ警察官の取調結果が、直接、証拠として公判廷に提出されることになった。そうであれば当然、無くなつたチェックや統制に代つて、取調方法に対する厳しい法的制約が新たに加えられるべきである。しかし実態は前述のごとく、旧法下の取調方法がそのまま受け継がれたのである。

実情はともかく少くもたてまえ上は、予審判事は犯罪事件に対して公正な裁き手たるに適した第三者たる司法官であつて、犯罪の摘発者ないし弾劾者たる警察官や検察官のように、職務上被疑者に対して疑いをかけその疑いの確証を求めて取り調べる者つまり有罪推定の下に取り調べる者ではないから、後者のように有罪だとの先入観によりまたは犯罪の摘発ないし弾劾の職務に忠実なあまりもしくは功名心に駆り立てられて、無理な取調に走る危険は少ない。かつ少くもたてまえ上は、平均的に警察官よりも法律知識と知性・教養とに優れており、従つて人権感覚も優れているはずの高級官僚であるから、無理な、人権侵害的な取調をしない期待可能性が、警察官より大きい。月給が遙かに高く地位がずっと安定していることも、おっとりした、無理のない、人権尊重的取調の実質的保障条件

である。そういう裁判官であれば、密室で弁護士抜きで長時間取り調べても、警察官がそうするよりはかなり安心だ、と解するのが（当否はともかく）常識である。また検察官は、法律知識・知性教養・月給額などでは裁判官に劣らないが、弾劾者としての職業意識から無理な取調に走る危険はしばしば警察官に匹敵するから、警察官よりはやや安心だが、裁判官よりは警戒してかかる必要がある、というのがこれまた常識である。そこで例えば刑法三二一条一項は、そういう前提に立って、被告人以外の者の供述録取書に証拠能力を認めるための条件を、警察官の前、検察官の前、裁判官の前という順で後の場合ほど緩和したのである。また例えば、最近西ドイツで予審判事による予審を廃止した際には、第一に、従来予審判事の持っていた権限の多くを検察官に委譲し、警察官へは委譲しなかった。検察官の方が警察官よりも、取調権濫用を妨げる上記のような諸保障条件において予審判事に一層近いと考えたからである（高田昭正「西ドイツ刑事訴訟法改正における検察官と弁護士——一九七五年改正を中心として——」岡山大学法学会雑誌二九卷三・四号、昭和五五年、三六七頁参照）。第二に、検察官取調調書の証拠能力は従来の子審調書と異つて嚴重にこれを制約した（高田上掲三七〇頁）。検察官もなお予審判事に比べれば、取調権の濫用に走る危険が大きいと判断したからである。

そうであるなら、少くも事の筋道としては、わが新刑訴法が完全に予審を廃し、捜査権、その一部としての被疑者取調権を全面的に警察および検察の手に委ねるに当っては、濫用を防ぐための新しい法的制約をその権限行使の方法に対して課すべきであった。そして新刑訴法制定のいきさつから見て、そのような法的制約が実際には課されなかった、ということはある。何しろ新刑訴法は、刑事人権保障の拡充を第一の謳い文句にして、刑事人権保障の先進国である米国の刑事法の先生方のご指導の下に造られたものなのだから、その点まさかにも抜かりのあったはずはないのである。そして被疑者取調権行使方法に対し濫用防止のため課さるべき法的制約としては、当

然、被疑者に黙秘権を認める外、第一に従来の密室での取調をやめて、米法でも厳格に要求されているように（詳細は後述）、取調に際し被疑者に弁護士につきそいと援助とを受ける権利を与えること、第二に拘禁中の被疑者の取調は原則として許さないことを考えつくべきであったし、事実新法に盛り込んだはずである。このうち、第二の制約については、前掲拙論で詳論したので今回は触れない。第一の制約についてもそこで簡単に触れておいたが、論旨の展開が不十分であったから今回改めて詳論することにした。

そこでも解説したように、今日の仏法は、予審判事の被疑者取調にさえ弁護士につきそい援助（立会 assistance）を不可欠とし、その違反を手続の全面的無効原因としており（前掲拙論二六頁参照）、また西独法は、一九七五年の刑訴法改正で予審権限を委譲された検察官の被疑者取調につき被疑者に弁護人のつきそい援助権を保障した上、検察官面前調書の証拠能力を厳格に制約した従来の法制はこれを維持することとして、従来の予審に対するよりも一層厳しい警戒措置を講じている（高田昭正、前掲三七〇～三八〇頁参照）。裁判官や検察官に予審権したがって当然のこととして被疑者に対する強制的取調権を認めている両法制においてさえそうなのだから、ましていわんや予審を全面的に廃止したはずのわが新刑訴法では、もともと警察・検察には被疑者に対する強制的取調権はなく、取調には必ず弁護士につきそい援助を要し、それに違反すれば覆られた証拠を含む全手続が無効となるべきことは、理の当然である。さらに仏法西独法とも、予審前の手続における警察の被疑者取調には弁護士につきそい援助を認めていないが、それで善しとされる理由は、第一に、前述のごとく警察の取調は、検察官の指揮統制と予審判事の調べ直しとによって二重に制御されるからであり、第二に、予審が、そしてそののみが本来の捜査であって、警察の取調は予審の補助としてとられる事実上の手段にすぎず、したがってその調書には証拠能力が無いからである（ただし、仏法では、軽罪を確認する記録手続（Procès verbal 普通「調書」と訳しているが正確ではない。沢登ほか訳「ステファニア

か著「フランス刑事法・刑事訴訟法」一九八二年、成文堂、一四四注参照。および報告 (rapport) は、単なる情報としてのみ価値を認められる（前掲拙論二七頁以下参照）。また西独法では、取調調書そのものは証拠にできないが、取調官に取調の状況を証言させることは禁じられていない（高田前掲三七一―三七二頁）。これと引きくらべてわが法制のごとく、予審が存在せず、警察・検察の捜査が唯一の本来的捜査であり、したがってその被疑者取調調書（特に被告人に不利なもの）にも証拠能力を認める制度の下では、弁護士につきそい援助なき被疑者取調は絶対に許されず、また弁護士のつきそい援助を条件として被疑者取調官の証言もしくは取調調書に証拠能力を認める場合にも、信用性その他の認容条件を極めて厳しく法定すべきであり、さらには証明力の制限も考慮して然るべきである。

事理はかように明瞭であるにもかかわらず、冒頭に述べたような恐るべき取調実態がほとんど怪しまれることなぐまかり通っているのには、それなりのわけがある。すなわち、刑事法の実務家・学者の現代的人権感覚および世界の現状認識の欠如ないし不足の外に、極めて重要な原因として、現行刑事法の法文のあいまいさを挙げなければならぬ。読みようでどうとでも取れそうな文章が氾濫し、その勝手読み・我田引水的解釈の結果今日の取調実態が形成されたのだ、ということとは、前掲拙論で詳論した通りである。しかし、拙論の指摘に対してはさらに、お前の方こそ勝手読みだ、我田引水だ、という反論が在り、法文のあいまいさから、それも全く理がないわけでもない。例えば、「憲法にも刑訴法にも、被疑者取調に際しての弁護士のつきそい援助権は少くとも直接には規定されていないのに、法の精神とか全体構造とか外国の事情とかを楯に取って、在るはずだと説くのは、強引である。」という反論にも、それなりの理がある。

では、法文のあいまいさは、一体どこから来るのであろうか。第一に新刑訴法制定が戦後占領下のドサクサの中で拙速的になされたための未熟さと議論・推敲の不足、第二に日本法をよく知らぬ米側委員と米法をよく知らぬ日

本側委員とが、あまつさえ後者のカタコト英語による不完全な意思疎通により、お互いに相手を誤解し合ったまま英文、邦文二種の法文を作成した結果、英語法文の意味が正確に邦語法文に表現されず、前者では明確な表現が、後者ではいい加減であいまいでいろんな意味に取れる表現になってしまったこと、この二つが大きな理由と考えられる。さらに勘ぐれば、英日両法文のかような不一致は、米側の意図をはぐらかす日側の策略に出た言葉のすりかえであるかも知れない。そして邦語法文のこのいい加減さ・あいまいさを手がかりにして、その上に、旧法それも戦時下の人權無視の旧法の解釈・運用の中で育った法曹が、旧慣になるべく添った解釈・運用を意図的に施した結果、今日の恐るべき取調実態が出現したのである。

そこで本稿では、前掲拙論への前記の如き反論は、憲法・刑訴法（制定当時）の英文（普通英訳文と言われるが、もちろん実体は英語と邦語とによる二種の原法文の一つである。）を仔細に読めば成り立たないことを示し、憲法・刑訴法の解釈上、一般に英語法文との比照が案外重要なヒントを与えてくれそうであるから、今後さらに詳細な比照を試みる必要があるということを指摘したいと思う。

二 憲法・刑訴法の英語法文によれば、明らかに、被疑者には取調に当り弁護士につきそい援助を求める権利が在る

憲法三七条三項の邦文には、「刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。」と在る。「依頼する」という言葉が二回出てくるので、定めし英文の方にも、「依頼する」に相当する同一語が二度くり返されているのだらう、と予想さ

れるが、実際には全く異なる言いまわしになっている。前の「依頼することができる」すなわちいわゆる「弁護士選任権」そのものを直接定めた文章の方は、英文では「At all times the accused shall have the assistance of competent counsel」となっており、後の「依頼することができない」の方は「if the accused is unable to secure」となっている。^(註)この場合 secure は「手に入れる、獲得する」の意味だから、「弁護人を手に入れることができない」を「弁護人を依頼することができない」と訳しても、原意から外れてはいない。しかし have the assistance は絶対に「(弁護人を) 依頼する」ではない。この表現は、合衆国憲法修正六条に「In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right…… to have the assistance of counsel for his defense.」と在るのを踏襲したものであるが、この場合 assistance は弁護士が被疑者の防禦のために行なう個々具体的なあらゆる種類の弁護活動を総称する概念である。従って邦文では「弁護人の援助を受けることができる」とでも表現すべき所である。かつ、米憲法ではその援助を「In all criminal prosecutions」わが憲法では「At all times ; いかなる場合にも」受けることができる、と規定しているので、当然公判廷や裁判官の面前だけでなく、検察官や警察官の取調(それが可能な場合)に当たっても、全取調過程を通じて弁護士の援助を受けうべきである、という意味を含んでいる。

のみならず、assistance という語は元来フランス語から英語に取り込まれたものであるが、フランス語の assistance の動詞形 assister はラテン語の assistere より転化したものであり、assistere は ad と sistere との結合形で、ad はフランス語の auprès で「そばに、すぐ近くに」、「sistere は se tenere (古典ラテン語) ないし se tenere (俗ラテン語推定形) すなわちフランス語の se tenir で「自分自身を保持する」転じて「居る」の意味であるから、assister=assistere は結局フランス語の se tenir auprès (de quelqu'un) つまり「(誰かの) そばに居る」、「(誰か

に)つきそう」という意味である。してみると have the assistance of competent counsel は、語源に即して読めば「資格のある弁護士につきそってもらう」ことであり、従って取調中は弁護士にずっと傍につきそって随時臨機に助言を与えてもらったり、必要なら弁護士に独立して弁護活動をしてもらったりすることを、当然に含意していると解すべきである。現に、フランス刑法で assister と言うのは専らこの意味である(例えば現行刑法典 Code de procédure pénale の一四條四項には「私訴原告人も同様に、彼に対する最初の聴問の時から、弁護士につきそい援助してもらう権利 le droit de se faire assister d'un conseil を有する。」と在る。仏法邦訳では通常 assister, assistance を「立ち会う」「立会」と訳す)。わが国の現状のように、取調中は弁護士のつきそい・助言・弁護活動を一切認めず、身柄拘束中の被疑者に対しては取調中でない時にも「捜査のため必要があるときは」弁護士との「接見……」に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。」という刑法三九條三項の趣旨を曲解して(前掲拙論一〇〜一一頁参照)弁護士と面接し助言を受けることを大幅に制限するなどということは、援助を受ける(Have the assistance)権利の徹底的侵害、否剥奪である。

いや待て、援助を受けうるのは「刑事被告人」となっていて、「被疑者」ではないから、起訴前の取調では弁護人の援助を受けさせなくてもよいのだ、と言うかもしれないが、「the accused」はよく知られているように、英米法では、正式起訴以前の段階でも犯罪で告発された者を広く指称する言葉であるから(例えば児島武雄「イギリスの予備審問(司法研究報告書一八輯三号、昭和四三年)」六八頁以下参照)、英文に抛る限り、起訴前の被疑者取調には弁護人の援助を与えなくてもよいとは言えない。現に米国の判例・学説は、こぞって、警察の被疑者尋問においては、例えそれが路上での保護的質問であろうともいささかでも強制的要素の存する以上は、憲法的要請として、弁護士のつきそい援助(assistance)ないし立会(presence)もしくは承認(approval)を必要とする、としている(例えば

L. Hall, Y. Kamisar, W. R. LaFave, J. H. Israel, *Modern criminal procedure*, 3rd Ed., 1969, p. 504, 543, 548. 参照)。わが憲法三七条三項の「the accused」および「刑事被告人」は、その後制定された新刑法が英文邦文とも、それらの語を「the suspect」および「被疑者」という語と区別していることを前提にして読むと、起訴されて後の被疑者のみを指すように見えるが、憲法制定当時新刑法はできておらず、米側起草者は当然自国の憲法・刑法上の概念を念頭に置いてこれらの語を用いたのであるから、憲法の解釈としては「the accused」および「被告人」は被疑者を含む広い意味に解すべきである。

この点、新刑法制定当時日米両起草者間に理解の食い違いが在ったことは、刑法条文間の次のような矛盾によつて推測しうる。三六条は、被告人が、弁護人を選任(英文 appoint)できないときいわゆる国選弁護人を付する(assign)義務を国に課した規定であり、被疑者が、とは書いていない。日本の起草者は、この被告人を、起訴前の被疑者を含まない狭義の被告人を指すものと考え、その前提に立つて、二〇三条・二〇四条においては、起訴前の被疑者を逮捕したときには「弁護人を選任することができる (he is entitled to appoint counsels) 旨」だけを告知すれば足りる(従つて国選弁護人選任請求権は告知する必要がない)と規定したのに対して、七六条・七七条では、被告人を勾引または勾留するに際しては「弁護人を選任することができる旨 (the fact of his being entitled to select a counsel)」の外に、「……自ら弁護人を選任することができないときは弁護人の選任を請求することがある旨 (his right to assignment of counsel on his behalf by the court in case he is unable to secure counsel by his own efforts……)」をも告知すべきものと定めたのである。ところが、おかしなことに、その同じ七七条一項の中で後の告知義務が免除される場合として「逮捕又は勾引に引き続き勾留する場合 (the case where the detention follows production or arrest)」を規定した。このこととの関係に限っては疑いもなく、立法者は

三六条の被告人という語を広義に解し、逮捕の際起訴前の被疑者に対してもすでに国選弁護人を付してもらつた権利が告知されているはずだから、逮捕に引続いて勾留をなす場合には重ねて右権利を告知する必要はない、と考えたのである。明らかに、二〇三条・二〇四条およびその前提となつた三六条の被告人という語の狭義理解と矛盾している。立法者は精神分裂に陥つたのであろうか。多分そうではあるまい。二〇三条・二〇四条では日本起草者の意識が表面に出、七七条には米国起草者の意識が表面に出た、というのが真相であろう。しかも両者間にこの点の意思の疏通を欠いたまま案文が確定したので、矛盾が訂正される機会を失つたのであろう。しかし、憲法に言う「被告人、the accused」の正しい解釈に基づけば、七七条が正しく、二〇三条・二〇四条における逮捕された起訴前被疑者への国選弁護人選任請求権告知義務の脱落は立法の過誤である。(前掲拙論七頁、三八頁注⑤参照)

これを要するに、邦文憲法三七条三項が「刑事被告人は……弁護人を依頼することができる」としたのは、英文を基準にすれば明らかに意図的な誤訳である。起草の衝に当つた日本人が、まさか英文と邦文とのかくも明白な意味の違いに気づかぬ程に、法的知識と英語力とに弱かつたとは信じられないから。

ところで「assistance」という語は、憲法のこの箇所ので一度使われたきり、その規定を受けて作られたはずの新刑訴法英文中には全く出て来ない。他方、邦文憲法の assistance の誤訳および secure の正訳である「依頼する」という語も、邦文刑訴法では使われず、代わりに「選任する」という語が好んで用いられている(三〇条一項Ⅱ項、三一ⅠⅡ、三二ⅠⅡ、三六、三八一、七六一、七七一、七八一、二〇三一Ⅱ、二〇四一、二七二、三八七、四五一Ⅳ)。なぜわざわざ、憲法の用語をそのまま刑訴法に用いることを避けたのであろうか。刑訴法三一九条一、二項などは、憲法三九条二、三項の文言をほとんどそのままなぞつていふと言ふのに。

思うに、「いかなる場合にも弁護士の援助を受けることができる」と書いてあれば、誰だって「では警察・検察

に取り調べられるときにも弁護士につきそって助けてもらえるのだな」と考えるであろう。しかし「いかなる場合にも弁護士を依頼することができる」と書いてあれば、日本語の語感としては、「弁護士の誰かに自分の弁護を引き受けてもらえる」ことは確かだが、「引き受けてもらった上で一体どんな弁護をしてもらえるのか、取調のときにもつきそって助けてもらえるのか」はその文章だけからはわからない、と感じるであろう。have the assistance を敢て「依頼する」と誤訳した憲法邦文の起草者の狙いは、恐らくここに在った。しかし、「依頼することができる」にはなお「何らかの弁護をしてもらえる」というニュアンスがつきまとう。これに対して、「弁護士を選任することができる」と書けば、日本語の語感としては「大ぜいの弁護士の中からある人を選んで自分の弁護士としてついてもらえる」という意味だけに限定され、「ついてもらった上でどんな弁護をしてもらえるかは、それとは全く別の話だ」という感じがする。そうなれば、どんな弁護をしてもらえるかは、憲法と無関係に法律で勝手に決めてよいことになり、取調中よりもその前後でさえ、弁護士の援助を与えずまたは制限することにしても、別段おかしいという感じはしないであろう。憲法の「依頼する」というごまかし表現をさえ踏襲することとさらに避けて、専ら「選任する」で通した新刑訴法邦文起草者の狙いは、正にそこに在ったのである。

しかし、ここで注意しなければならないのは、「選任する」という日本語に対応して刑訴法英文で用いられている語 (appoint, select 等) は、英米法上さように狭い意味に使われてはおらず、have the assistance と全く同じ、弁護士の選任の外あらゆる具体的な弁護活動の依頼を含む広い意味に使われている、という事実である。すなわち

最も多く用いられているのは「appoint」であり (三〇条Ⅰ項Ⅱ項、三一ⅠⅡ、三二、三六、七八、二〇三Ⅰ、二〇四Ⅰ、二七二、三八七、三九一、四四〇ⅠⅡ、四五ⅠⅣ)、これはなるほど語そのものとしては単に「任命す

る」という意味であつて、「選任する」と訳しても誤訳とは言えない。しかし、英米法上の用語として弁護士を appoint すると言ふときには、通常「弁護士をつけてその assistance を受ける」という意味を表わすのであり、特にそれを権利と把える場合は例外なしにそうである。例えばホールは刑訴法教科書の中で、合衆国憲法修正六条の「弁護士の援助を受ける (to have the assistance of Counsel)」権利を引用しながら「Appointment of counsel is "a fundamental right, essential to a fair trial"」と述べている (L. Hall, Y. Kamisar, W. R. LaFare, J. H. Israel, *Modern criminal procedure*, 3rd Ed., 1969, p.65~p.84)。さらに「選任する」に対応する英文で appoint の次に多く使われているのは select であるが (三八一、七六一、七七一、二〇三二)、「この意味も appoint と同様である。他にも「選任する」に対応して secure (七六一、七七一)、assignment (七六一、七七一)、have his defense counsel (二七二) が在る一方で、appoint を「選任する」以外の邦語に対応させたものに「定める (三三三)」「弁護人がなければ no defense counsel has yet been appointed (二八九Ⅱ)」が在るが、このような使い方から見ても邦文の「選任する」は、相当いい加減な、あいまいな意味に、ことさらに使われていることがわかる。米日両起草者間に十分な理解の一致を創り出したければ、無理のない限り同じ英語には同じ邦語を対応させるべきである。そうならない所に、米側をごまかしたいという日本側起草者の苦心が存するのである。

それはともかく、appoint という言葉を自国流に理解した米側起草者は、検察・警察の被疑者取調には当然弁護士 (注2) のつきそい援助権が認められるものと思つて安心していただであらう。しかし日本側には、初めからそんなつもりはなかった。弁護士選任権は正に弁護士を選任するだけの権利であつて、選任された弁護士に取調の際つきそつて助けてもらう権利など、毛頭含むものではない、ときめこんでいた。人の好い米国の先生方は、まんまと一杯食わされたのである。

〔日本国憲法英文は、広く市販されている各種法規集に収録されているものに拠った。刑事訴訟法英文 Code of criminal procedure (Law No. 131, July 5, 1948) は、国会図書館収蔵のものを見せてもらった。因みに邦文刑法は、昭和二十三年七月十日法律第三百一十一号として公布された。英文刑法の方はもちろん公布されなかったので、国会で可決成立した日付 July が記されている。つまりそれは、七月十日に公布された刑事訴訟法と相並んで現実に成立した（が公布されなかった）もう一つの本物の法典なのであって、決して刑事訴訟法の英訳文ではないのである。〕

(注) 他に、日本国憲法三四条邦文に「弁護人に依頼する権利」という表現があり、三七条の「を」が「に」に変わっている。また、これに対応する英文は三七条のいずれとも異り、「privilege of counsel」である。この方の考察は、当面の議論と直接関係がないので省く。

(注2) 刑法三〇条一項「被告人又は被疑者は、何時でも弁護人を選任することができる。」の英文は、「The accused or suspect may appoint a counsel at any time.」である。