

逮捕または勾留中の被疑者の取り調べは許されない

沢 登 佳 人

目 次

一 本論の課題

二 被疑者の逮捕および勾留は、被疑者を取り調べるための手段ではない

三 刑訴法一九八条一項但書は、逮捕または勾留されている被疑者を取り調べることはできない、という前提に立っている

四 刑訴法三九条三項本文は、逮捕または勾留されている被疑者を取り調べることはできない、という前提に立っている

五 被疑者の取り調べへの弁護人立ち会い権の規定がないのは、逮捕または勾留されている被疑者を取り調べることはできない、という前提によるのである

六 三三二条一項本文は、逮捕または勾留されている被疑者を取り調べることはできない、という前提に立っている——逮捕または勾留されていない被疑者の任意取り調べには弁護人の立ち会い権を認むべきである

七 フランス捜査法の実態——わが捜査法の解釈・運用の現状は、通説的理解の如く大陸捜査法と似ているところか、それは比較にならぬほど人權保障と誤判防止とを無視したやり方である

一 本論の課題

現行刑訴法の通説的解釈では、逮捕または勾留中の被疑者を取り調べることは禁止されていないし、そのような被疑者は逮捕または勾留されていない被疑者と異つて取り調べのための出頭を拒否したり出頭後隨時随意に退去したりすることもできない（一九八条一項但書）。そしてそのような取り調べの結果一旦自白したり不利益事実を承認したりすると、それを記載した供述録取書その部分は、無条件で公判に証拠として提出されえ（三三二条一項）、裁判官の自由な心証形成の結果如何では、それに基づいて極めて高度の有罪心証を形成させることが可能である。

そして、このような解釈に便乗して實際の法運用では、被疑者を取り調べそして殊に自白を奪い取ることを本當の目的として、（被疑者の逃亡のおそれや証拠隠滅のおそれなど）法の定める必要事由もないのに、逮捕および勾留を行なうことが、あたりまえになっている。そして世論もそれを単に支持するのみか、最近の政府高官財界人汚職容疑事件の際見られたように、容疑事実の解明が難行しているのを見ると、「早く逮捕して取り調べろ。自白させろ。逮捕をためらっているのは、さてはウヤムヤにしようとする魂胆だな。」などと言ひ立てて、検察・警察に對し取り調べ特に自白奪取のための逮捕および勾留の使用を、要求しけしかけさえしている。

本論の目的は第一に、右のような法の解釈および運用の現實は、刑事訴訟法典の文言を精密且つ正確に文理解釈してみると、到底維持できないこと、正しい文理解釈の結論は右と全く逆であること、を論証するに在る。逆であるとは、現行刑訴法典の文理を正しく辿つてゆくと、逮捕または勾留されている被疑者を取り調べることはもともと許されないのであり、したがって彼に出頭拒否権や退去権を認める必要はそもそも存在せず（一九八条一項の除

外はその意味)、彼の供述録取書が作成され証拠とされることはそもそももありえず(三三二条一項の適用は起こりえず)、したがって彼を取り調べて奪った自白が証拠となつて有罪を認定されるということは起こりえない、というのである。

本論の目的は第二に、「初めに述べたような今日通用の法の解釈・運用は、現代の大陸法系刑事訴訟法の捜査制度に做つたものだ。」という通説的な理解が全くの誤りであることを、現行フランス刑法の捜査制度に於て論証し、わが法の解釈・運用が、英米法にも大陸法にも類を見ぬ、人権保障と強制自白による誤判の防止とを全く無視した言語道断の悪解釈・悪運用であることを明らかにし、そこから還つて先程の私の文理解釈を、理念的、歴史的、且つ実践技術的な根拠によつて基礎づけることである。その要点を予め述べておくと、フランス刑法の現行犯取り調べは確かにわが法の解釈・運用と大差ないが、非現行犯については任意取り調べしか認められず、また現行犯、非現行犯を問わず重罪および多くの軽罪については警察・検察の取り調べ調書がそのまま公判に証拠として提出されることはなく、証人も被疑者も、弁護士の立ち会い権・質問権まで保障されている権利保護の極めて厚い予審において、予審判事の取り調べを受けおよび対質(Ta confrontation)せしめられ、その結果が予審調書に記載されて公判に提出されるのであり、且つ証拠法上自由心証主義の例外として、警察・検察の取り調べ調書を含む一般の書面(Le procès verbal)の証明力は低く抑えられて情報ないし参考(Tenseignement)としての価値しか認められないから、わが法の解釈・運用の如く、それが直接犯罪を証明する証拠となり自由心証により無制限の証明力を認められて有罪心証形成の決め手となる、というが如き事は起りえず、他方予審調書の記載は別手続によりその虚偽性が証明されぬ限り真実と見なされるのであるが、そこでの取り調べは先述の如く被告人に対する極めて厚い権利保障の下に行なわれるのである。これに比べるとわが法の解釈・運用は、(非現行犯捜査が別立てになつ

ていないので)現行犯のみか非現行犯に対しても自由を拘束して強制的に取り調べることを認め、それによって奪い取った自白を(予審制度がないので)そのまま無条件に公判廷に証拠として提出することができ、且つ(証明力制限がないので)それが直接犯罪を証明する証拠として有罪心証形成の決め手とされることが通常である。これがどうして、大陸法に倣ったものであろうか。予審制度と証明力制限とを欠くわが刑訴法全体の体系構造の下では、英米捜査法の如く、自由拘束状態での取り調べは絶対に許されぬ、とするのが、刑事人権保障と誤判防止とのための絶対的要請であり、先述の如き私の解釈のみがこの要請に応えうるのである。これに反して通説・実務の解釈に従うときわが捜査法を待ち受けている運命は、今日の現実が正にそれであるように、英米法にも大陸法にもその類を見ぬ前代未聞の人権侵害装置・誤判製造機となることである。

二 被疑者の逮捕および勾留は、被疑者を取り調べるための手段ではない

被疑者の逮捕および勾留は、被疑者を取り調べるための手段ではない。このことは、次の理由によって明らかである。

(一) 逮捕の理由は被逮捕者の犯罪の嫌疑であり(刑訴法一九九条一項本文)、逮捕の必要性を認めるための要件は被逮捕者が逃亡する虞および罪証を隠滅する虞などの存在することである(刑訴法一九九条二項但書、刑訴規則一四三条の三)。理由と必要性とがそろわなければ逮捕は認められないし、「何のために必要であるか」と言う場合のその「何のため」が逮捕の目的(逆に言えば逮捕がそのための手段である所のもの)にはかならないから、逮捕の目的は「被疑者の逃亡および証拠隠滅を防ぐこと」等であって(逆に言えば逮捕は被疑者の逃亡および証拠隠滅を防ぐ

等のための手段であつて)、「被疑者の取り調べを可能にすること、ないし取り調べの効果または能率を高めること」ではありえない。

(一) 勾留の理由も被勾留者の犯罪の嫌疑であり(刑訴法二〇七条一項本文)によって準用される同法六〇条一項本文、勾留の必要性を認めるための要件も被勾留者の住所不定、罪証隠滅のおそれおよび逃亡のおそれである(同じく準用された刑訴法六〇条一項各号)。それゆえ、(一)と同じ理由で被疑者の取り調べはその勾留の目的ではない。^②

(二) 被疑者逮捕の規定を見るに、逮捕捕者から話を聴くことについてはただ逮捕直後に「弁解の機会を与え」と在るのみで(刑訴法二〇三条一項、二〇四条一項、二〇五条一項)、「取り調べる」とか「取り調べる」ことができる」とかは、どこにも書かれていない。捜査機関に取り調べの権限を与えるためには、言い換えれば被疑者に取り調べを忍受する義務を課するためには(その意味で被疑者の自由を奪うためには)、憲法三一条の要請に基づき「法律の定める手続によらなければ」ならないから、逮捕の本来の目的が取り調べに在るとすればそのことは必ず刑訴法典に明定されなければならない。明定されていない以上、逮捕の本来の目的を取り調べに見出すことはできない。

(四) 刑訴法二〇七条一項本文によって準用される刑訴法六一条本文に、勾留に先立ち勾留せんとする者の被告事件に関する陳述を聴くことを要することが規定されている以外には、被勾留者から捜査機関が話を聴くことの規定はない。それゆえ(三)と同じ理由により、勾留の本来の目的を取り調べに見出すことはできない。

三 刑訴法一九八条一項但書は、逮捕または勾留されている被疑者を取り

調べることはできない という前提に立っている

被疑者の逮捕および勾留の本来の目的が被疑者の取り調べには存しないということ（A）は、そのまま直ちに逮捕または勾留中の被疑者を取り調べてはならないということ（B）を意味しない。通説は、Aを肯定し、Bを否定する。たとえば高田卓爾は言う、「被疑者の逮捕も勾留もその取調を目的として認められるものではないと解すべきではあるが、逮捕または勾留したからといって取調が禁止されるわけのものではなく、取調というかたちで拘束していることは承認されていると考えるべきである（平場ら「注解刑事訴訟法中巻（昭四九）」四八頁（高田）」）。

逮捕勾留中の取り調べが許容される条文的根拠を、通説はまず刑法一九八条一項但書に求める。すなわち、ここに「被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる。」と在るのは、「逮捕または勾留されている場合は、出頭を拒否したり自由に退去することはできない、との意味に解するのが通説である（同上）」つまり、逮捕または勾留されていない被疑者に対し捜査機関は、一九八条一項に基づいて「被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる」けれども、これに対し被疑者の側は、「出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる。」ところが、逮捕または勾留されている被疑者は、取り調べのための出頭要求を拒みえないし、また出頭後は取り調べを最後まで忍受しなければならず随意退去することを許されない、と言うのである。また平野は通説に反対して、「この規定は、出頭拒否・退去を認めることが、逮捕または勾留の効力自体を否定するものではない趣旨を、注意的に明らかにしたにとどまる。（平野「刑事訴訟法（法律学全集43）（昭四七）」一〇六頁）」と言うが、文理上無理な解釈であるし、いずれにせよ逮捕または勾留されている被疑者の取り調べを認めていることに変わりはない。

しかし、一九八条一項但書をこのように解釈することは、次の理由から誤りである。

(一) 一九八条一項但書は文理上、通説の解釈とは全く逆に、逮捕または勾留されている被疑者を取り調べること

は許されない、ということ为前提として書かれたものである、と解釈することができる。つまり、逮捕または勾留されている被疑者はもともと取り調べの対象にはならないのだから、言いかえれば彼に対して出頭を要求して取り調べを行なうことはもとととできないのだから、出頭要求を拒みうるとか出頭後退去しうるとかのことは彼にとつては初めから問題にならない。だから逮捕又は勾留されている場合を除外したのである。

「このように解してもなるほど筋は通るが、通説のように解しても筋は通る。つまり、一九八条一項但書には文理解上二通りの解釈の仕方がある。しかるに、多くの学説、判例、実務がその中の一つの解釈を現に採用しているのだから、単に別の解釈も文理解上可能だと言うだけでは、前説を否定するには不十分だ。」こういう反論に対しては次のように答えることができる。

① 刑訴法典の文理解釈としては私見の方が正しいということの、実定法上の根拠は、刑訴法七七条一項本文である。そこにはこう書かれている。「逮捕又は勾引に引き続き勾留する場合を除いて被告人を勾留するには、被告人に対し、弁護人を選任することができる旨及び貧困その他の事由により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できる旨を告げなければならない。」なぜ逮捕または勾引に引き続き勾留する場合は除外されているかと言うと、この場合には「すでに弁護人選任権の告知がなされているからである。(平場ら「注解刑事訴訟法上巻」一三四頁(高田))」^② 決して告知義務を否定する趣旨ではなく、そもそも告知義務を必要とする状況が存しないのである。そこで、これとパラレルに一九八条一項但書の除外条項を解釈するならば、逮捕または勾留されている被告人に出頭拒否権および随時退去権を否定する趣旨ではなく、そもそもそのような権利を必要とする状況が存在しないのだ、と解さなければならない。そのような権利を必要とする状況は当然取り調べのため出頭要求がなされることであるから、そのような状況が存在しないということは、そのような要求がなされな

いことを意味する。すなわち、私見と一致する。これに反し通説のような文理解釈は、七七条一項本文の唯一必然の文理解釈の仕方と合わない。

② 文理上二通りの解釈が可能なる場合には、憲法三一条の適正手続ユエープロセスの要請により、被疑者の自由を制限することを許す方向の解釈は切り捨てられなければならない。「法律の定める手続」とは「客観的、一義的かつ明確に」法律によって定められた手続を意味し、「主観的、二義的または不明確に」法定された手続であってはならぬ、ということも、適正手続条項自体の要請（厳格解釈の要請）であるから。一九八条一項但書の文理上可能な二解釈中、通説はこの見地から不合格となる。被疑者に出頭義務および取り調べ忍受義務を課することは、憲法三一条に言う「自由を奪」うことに当たるからである。これに対し、私見はそのような義務を課しえない、つまりそのような自由剝奪は違法だ、というのだから、適正手続条項の厳格解釈の要請に矛盾しない。

③ 逮捕および勾留の本来の目的は被疑者の取り調べではありえぬ、ということの根拠として前に示したもののうち(三)および(四)は、一九八条と論理的に関連させた場合、そのまま、逮捕および勾留中の被疑者を取り調べることは許されない、ということの根拠として役立つ。一九八条は、逮捕または勾留されていない被疑者に出頭を求めこれを取調べるのでさえ、法律の中に独立の一箇条を起こして明定しなければならぬことを、示している。そうであるのに、逮捕または勾留されてすでに自由を制限されている人に、重ねてそれ以上の自由の制限を課することの方は、但し書きの中で、しかも正面からはっきり規定するのではなく、除外条項という形で反対に解釈すればそれも読めるといって過ぎぬ形で、規定してよいはずはない。また一九八条は、逮捕または勾留されておらず従って取り調べによって心理的強制を受ける程度の少ない被疑者にさえ、出頭を拒み随時退去する権利を認めて、心理的強制を少なくすることに、十二分の注意を払っている。そうであるのに、逮捕または勾留されてすでに自由を制限され且

つ孤独感に打ちひしがれ、加えて刑訴法二〇七条によって準用される八一条の接見交通制限により一層の孤立無援状態および情報欠乏状態に陥って、自由・共同現存性（他人と共に生きること）および自己意識（自己の置かれた状況を十分に知ってそれを乗り越えるための最善の途を考求めること）としての人格の健全性の大幅な減弱に追い込まれている所の被疑者に対しては、さらに追い討ちをかけて取り調べのために出頭し且つ最後まで取り調べに応じるべきことを強制するのでは、話が全く逆である。

(二) 被疑者は黙秘権を持っている。それゆえ、たとえ取調べが許されるとしても、質問に答える意思がなければ予めその旨を告げて取り調べのための出頭を拒みまたは出頭後その旨を告げて随時退去できるはずである。一九八条一項但書は当然その理を定めたものである。この理は、被疑者が逮捕または勾留されているとしないにかかわらず妥当するから、一九八条一項但書の除外条項をこの理に反し、逮捕または勾留されている被疑者は出頭要求を拒否しまたは出頭後随時退去することを許されぬ、と解釈することはできない。すなわち通説は黙秘権と両立せぬが故に、誤りである。それゆえ除外条項の唯一可能な解釈は私見のみである。

「いやそうでない。出頭し取り調べを忍受することが義務であっても、その間終始質問に答えることを拒否し続けることは可能なだから、黙秘権と両立しないことはない。」と強弁する人には、次のように「反論しよう。黙秘権を行使し「質問には一切答えませんよ」と言っている人に、「まあそう言うな、言え言え。」と言って、質問に答えることを長時間要求し続け、相手を根負けさせてすらすら答える気にさせるまで、またはつい釣られてもしくは調子を合わせてこのくらいはかまわぬだろうと一言二言言ったのにつけ込んでああでもないこうでもない責め立てて言わざるを得ない状態に追い込むまで、しつように取り調べ続けることが、何故に黙秘権侵害に当たらぬのであろうか。権利行使をしている人を、権利行使をやめさせるために拘束して権利行使をやめろやめろと責め立てる

のが、しかも国家権力機関中の最強力機関がそれをやるのが、どうしてその権利を保障することと矛盾しないのであろうか。例えば、自分の住居に侵入した人に対し退去しろと要求することは住居占有権者の権利であるが、「そんな要求は撤回して相手が君の住居内にとどまることを認めてやれ」、と長時間警官が要求し続け、その間住居侵入者によって住居占有の自由が制限されることを忍受させることは、立派に住居占有権者の権利の侵害である。何故に、黙秘権の行使に対して同じ挙に出ることだけは、黙秘権の侵害に当たらないのであろうか。それゆえ、すべての質問に対し黙秘権を行使すると宣言している人に対しては、出頭拒否および随時退去を認めることこそ、黙秘権を保障する唯一の道である。

四 刑訴法三九条三項本文は、逮捕または勾留されている被疑者を 取り調べることはできない、という前提に立っている

逮捕または勾留された被疑者の取り調べが許されるとする通説の第二の法文上の根拠は、刑訴法三九条三項本文である。曰く、「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り、第一項の（被告人又は被疑者と弁護人又は弁護人にならうとする者との）接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。」逮捕または勾留されている被疑者を取り調べることができるという先入観に支配されている通説の論者は、ここに言う「捜査のため必要」の中に「取り調べのため必要」あるときが含まれることについては、初めから全く疑問を持たず、それ以外に「罪証隠滅防止のため必要」あるときを含むか否かなどについて論議している。「捜査のための必要」を最も厳密に解釈する平野でさえ、「捜査のため必要がある」とは、捜

査が一段落してもはや弁護士と会わせても捜査に支障が起らないようになるまで、という趣旨ではなくて、少なくとも現に取調中である場合に限られなければならない、しかも取調中であっても、本項但書の事由に当たるときは、取調を中断して接見させねばならない、と言っている（平野「刑事訴訟法（法律学全集43巻）（昭四七）」一〇五頁）。
他は推して知るべしである。

しかし先入観なしに読めば、「捜査のため必要があるとき」は当然に「取り調べのため必要があるとき」を含蓄する、と解すべき論理的必然性は全く存在しない。むしろ、外部者との接見または書類もしくは物の授受を制限することの最も自然な且つ普通の狙いは、証拠隠滅その他捜査活動を妨げる手段を講じるための相談や指図を防ぐことに在る、と解するのが事の性質に最もかなっている。取り調べにどう対応したらよいかについて弁護人の知恵を借りることは、弁護人選任権を認めた本来の趣旨にはかならぬから、取り調べをすることが許されると言うのであれば、逆に、取り調べをするためにこそ事前に十分弁護人と相談する機会を与えることが必要なのであって、取り調べのため弁護人と相談する機会を制限することができると言うのは完全な逆立ちで、言語道断である。この点を考え合わせると、三九条三項が捜査のため必要があるれば接見または授受を制限できるとしているのは、この捜査の中には取り調べが本来当然に含まれないことを示している、とこそ解すべきである。すなわち、通説とは逆に、三九条三項は一九八条一項但書同様、逮捕または勾留されている被告人および被疑者を取り調べることは許されない、ということ为前提にして作られた規定であり、その意味で取り調べが許されないことの根拠規定である、とこそ見るべきである。

五 被疑者の取り調べへの弁護士立ち会い権の規定がないのは、逮捕

または勾留されている被疑者を取り調べることはできない、という前提によるのである。

同様に、刑訴法が逮捕又は勾留されている被疑者に弁護士選任権を与えておきながら二〇三、二〇四条および二二、二二六条によるその準用)、取り調べの際の弁護人の立ち会い権について全く規定していないのは、立ち会い権を認めない趣旨ではなくて、取り調べが許されぬ以上それへの立ち会いということもありえないからである。弁護人を選任させておきながら取り調べに弁護人の立ち会いを認めないのでは、一体何のための選任なのかわからない。仮に取り調べが許されるとすれば、被疑者は通常法律に無知で捜査官の質問の狙いや趣旨がわからぬし、答える場合の用語の選択も法律の見地からすれば甚だ不適切で誤解を招く結果となることが多いから、弁護士が必ずそばについていて、捜査官の質問の趣旨はこうだ、本当の狙いはこうなんだよ、君のその答えは本当はこう言うつもりじゃないのかい、などと助言を与えて、被疑者が実際以上に不利なことを言わされることがないよう、また捜査官も誤解して誤った判断に導かれることのないよう、監視し且つ援助することが、必要不可欠である。

実際に私が体験した例で、この必要性を裏づけよう。ある青年が初めて得た生まれたばかりの子を可愛がるのあまり、子は物心づかぬうちから厳しくしつけた方がよいという幼児教育理論を本気にして、ある日子が泣いて泣いて泣きやまなかった時に、泣いちゃいけないよと言いきかせて、四枚重ねたフカフカの嬰兒用ふとんの上に、膝小僧のあたりの高さからその子をпойとほうったところ、物のはずみで生まれたての赤ん坊の脆弱な頭蓋底骨が折れ

て、赤ん坊が死んでしまった。そこで警察官の任意取り調べを受けたのだが、その取り調べは明らかに傷害致死罪に仕立てようとの狙いから、暴行の意思があったことを本人に認めさせようとして、赤ん坊が泣いた時その人は丁度長時間勉強中だったので、「君はその時イライラしていたんだな。それで泣き声に腹がたつてつい荒々しく取り扱ったのだな。」としつこく質問し続けた。その人は別段特にイライラしていたわけでもなく腹もたたなかったのだが、あまりしつこく聞くし、勉強中泣き声を聞けばマア誰だって多少は神経にさわるわけであるから、「そう言われればそうですね」くらいに答えたところ、「長時間勉強してイライラしていたところへ赤ん坊が泣き立てたので腹を立て」と調書に書かれてしまった。また、「どのくらいの高さから落としたのか」と聞くから、かがんで膝を曲げた姿勢で膝のあたりで両手で赤ん坊を抱かっこうをして、「このあたりからです」と言ったら、「じゃあ一米ートルくらいだな」と言って調書には「一米ートルの高さから赤ん坊を投げ落とした」と書かれた。さらに、調書には、赤ん坊の様子がおかしいと気づき医者を呼んでからその人は赤ん坊に向かって「ごめんね、死ぬな。」と言ったと、実際には言っていないことを書かれてしまった。そしてその調書に署名押印させられた。以上の事實は、傷害致死罪の疑いありと新聞やテレビで報道されたのにびっくりした彼の周囲の人が、私に相談に乗ってくれと言つて来たので、私が本人に取り調べの様子を細かく問いただした結果わかったことである。そこで、そのような調書の記載内容が法的にどういう意味を持つかを説明した所、彼は初めて事の重大さを知って青くなった。「かがんで曲げた膝のあたりは、床から測っても三、四十センチしかないよ。四枚も重ねたふとんの上と膝のあたりとの距離はもっと小さいよ。」と指摘したところハツと気づいて、「そうですね。警官が一米ートルくらいだと言ったので、そんなものかと思っていたが、そうか、僕の身長は一米ートル七十センチくらいだから、一米ートルと言えば胸より高いくらいですね。」と言う。「ごめんね、死ぬな。」などとは言った覚えがないのなら、なぜ「これは違う

から抹消してくれ」と言わなかったのか、と尋ねたところ、調べに先立って「言いたくなければ言わなくてもいいよ」と言われた(黙秘権の告知)ので、長時間調べられてくたびれ果てていたしあまりしつこく変なことを言われたので腹も立っていたから、何も言わなかったのです、と答えた。彼は黙秘権の意味さえ取り違えて理解したので。この人は普通人より知能程度が低いどころか、逆に一般水準より相当上位に属する知識階級の人ののである。こうして捜査官の思惑にはまって調書を作られてしまった後だったので、すぐさま弁護士をつけ検事の取り調べの際誤りを訂正するようにさせたけれど、なかなか納得してもらえず、結局不起訴になるまで一年以上もかかった。弁護士が立ち会わずに取り調べがなされる場合の実態は、このようなものである。しからば、そのような取り調べによって作られた調書が刑法法三三二条一項によって無条件に証拠能力を認められる結果生じる誤判の危険性は、真に察するに余りありと言うべきである。

拷問、脅迫、利益誘導その他明白な不正が全く行なわれない場合の取り調べでさえ、弁護士が立ち会わないところというていたらくであるなら、多少とも不正が行なわれた場合の結果は推して知るべしである。だからこそ刑訴法は三一九条で不任意自白をあれほど警戒しているのだ。その同じ刑訴法が、せっかく逮捕または勾留された被疑者に弁護士選任権を与えながら、取り調べ(もし可能なら)の際弁護人の立ち会いを認めないこと、否立ち会いを命じないことが、あるはずはない。弁護士が立ち会っていないければ、取り調べにどんな不正が行なわれても立証のしようがなく、三一九条など実質的に空文化してしまふからである。しかるに、刑訴法には立ち会いについて何の規定もない。ということは、刑訴法は逮捕または勾留された被疑者の取り調べを認めていないことの、何よりの証拠である。認めていけば、立ち会い権または立ち会いの必要を規定せぬはずはないからである。

ところが通説は、逮捕または勾留された被疑者の取り調べを認めた上、せっかく与えた選任権に基づいて選任さ

れた弁護士にまで、その取り調べへの立ち会いを拒んでいる。一九八条の任意取り調べの際には黙秘権の告知だけでなく、弁護士選任権の告知を必要とせぬ規定になっている所より見て、刑法は少なくとも、この取り調べのときに弁護人の立ち会いを認めたり強制したりする意思を持たぬ、と解し、次に一九八条一項但書の先述のような誤れる反対解釈により逮捕又は勾留されている被疑者に対しては、そうでない被疑者に対するより一層強制的な取り調べが許されるのだから、なおさら弁護人を立ち合わせる必要はない、と解釈するのである。しかし先述の如く、この但書きの反対解釈がそもそも誤りなのである。また、先に挙げた任意取り調べの実情に徴するときは、任意取り調べの場合にも弁護士選任権を認める必要が十分に在るので、一九八条にその規定を欠くのは瑕疵であり、従つて少なくとも現に弁護士が選任されている場合には弁護人の立ち会いを必要とすべきであり、且つ弁護人の立ち会い無き取り調べの結果を録取した書面には、証拠能力を認むべきではない。

六 三二二条一項本文は、逮捕または勾留されている被疑者を取り調べることはできない、という前提に立っている——逮捕または勾留されていない被疑者の任意取り調べには弁護人の立ち会い権を認むべきである

逮捕または勾留されている被疑者の取り調べが許されないことの法文上の根拠として、さらに刑法三二二条一項本文を挙げることができる。この規定によると、捜査機関の作成した被疑者（その後被告人）の供述録取書で被

疑者の署名もしくは押印のあるものは、その供述内容が被疑者に不利益な事実を承認したものであるときには、特
信情況の存否に論なく無条件に証拠となしうる。ここに言う供述録取書の中に被疑者特に逮捕または勾留された被
疑者の取り調べ調書が含まれるとすれば、この規定は全く不合理不可解なものとなる。そのことについては、先に
拙論「伝聞法則とその例外規定との、および刑事訴訟法三二八条の新解釈、『全訴訟関係人を人格として取扱え』
『疑わしきは罰せず』の法理を証拠法に貫徹する道（法政理論九卷三号、昭五二）」で詳述した（六九―七五頁）から参
照してもらいたい。今簡明にその要点を述べると次の通りである。

憲法三八条三項および刑法三一九条二項は、自白の証明力に対する裁判官の評価に厳しい法的制限を課してい
る。すなわち、自白はそれだけでは有罪を証明しえず、その全体または主要部分についてその真实性を裏づける別
の証拠、いわゆる補強証拠が存在するときのみ、その補強証拠と一緒に有罪を証明しうるにすぎない。その理由
は、経験則上自白は自発的な嘘（人から頼まれ、義理人情その他の理由で自ら買って出、または虚栄心や嘘言癖か
ら出た虚偽自白）または捜査官憲によって強制・でっちあげ・すかし取りもしくは誘導された嘘である可能性が相
当に大きいからである。もっとも、三一九条一項は、後者の場合自白の証拠能力を認めていないが、資料によつて
不任意自白ではないかという疑いを裁判官に生ぜしめることは実際問題として困難なことが多いから、たとえ疑い
を生じない場合でも一般に自白の証明力をかように低く見積っているわけである。この理は自白以外の不利益事実
の承認についても当然妥当すべきであるから、その承認が公判廷でなされたものならともかく、捜査機関の取り調
べに対する応答としてなされた旨供述録取書に記載されているにすぎないものならば、すなわち書面証拠でありそ
の上伝聞証拠でもあるならば、一般に書面および伝聞の証拠能力を否認している刑法三二〇条一項の原則に対す
る無条件の例外とすることは、まことにおかしいことである。

ことに、三三二条一項が、同じ供述録取書でもその供述内容が被疑者に不利益でないもの(積極的に有利なものも含む)に対しては無条件に証拠能力を与えることをしないで、特信状況を要求していることと比較すると、この不合理は倍加される。そのことはつまり、有罪証明には本来証明力不安定な証拠にも特信状況を要求せず、有罪証明をゆるがすための証拠には特信状況を要求するということであって、「疑わしきは被告人の有利に」および「有罪認定には合理的疑いを容れぬ程度の心証を必要とする」という近代刑訴法の基本原理と、丁度逆の結果になるからである。

してみれば、三三二条一項に言う供述録取書の中には、捜査機関の取り調べに対する応答としてなされた被疑者、特に逮捕または勾留されている被疑者の供述は、含まれているはずがない、と言わなければならぬ。しかし他方、三三二条一項の文言自身には、そのような供述を排除する趣旨は書かれていない。この両命題を併せて合理的に解釈する方法はただ一つ、ここに言う供述録取書のうち捜査機関によって作成されたものは、逮捕または勾留されていない被疑者については一九八条一項による任意取り調べ調書であるが、逮捕または勾留されている被疑者については取り調べが許されないからその調書というようものは本来ありえず、ただ逮捕に当たって被疑者が自発的になした弁解の録取書(二〇三条一項、二〇四条一項、二〇五条一項および二二一条、二二六条によるその準用)および逮捕または勾留中に被疑者の完全に任意自発的な要請にもとづいてなされた供述を捜査機関が全く受動的に録取し被疑者の承認を経てその署名または押印を得た書面に限られる、と解することである。捜査機関の取り調べに依りてでなく、完全に任意自発的になされた供述で、捜査機関は被疑者の要請で全く受動的にそれを録取したにすぎない書面において、被疑者が自己に不利益な事実を承認しているのならば、そのこと自体が特信状況と解されるからである。これを逆に言うと、三三二条一項本文を合理的に解釈するためには、逮捕または勾留されている被疑者を

取り調べることはできない、と解さなければならない。その意味で三三二条一項本文は、それができないことの法文上の一根拠である。

なお、右の論旨を徹底させれば、次のようにも解される。一九八条によって作成された逮捕または勾留されていない被疑者の任意取り調べ調書といえども、取り調べに応じて供述した所を録取するものである以上、完全には任意自発的になされたものとは言いがたく、その録取も一九八条三項に基づき捜査機関の権限としてその採量によってなされるのであるから、被疑者の要請に基づき捜査機関が全く受動的に行なうものではない。その結果捜査機関による強制、でっちあげ、すかし取りおよび誘導がなされる可能性は、逮捕または勾留されている被疑者、特に通説が解しているように出頭拒否権および退去権がなく弁護人の立ち会いはおろかそれとの接見および物の授受すら制限されている被疑者に比べればかなり小さいとは言え、なお相当あると言わなければならない。それならばいっそ、三三二条一項に言う供述録取書には一九八条に基づく任意取り調べ調書も含まれない、つまり取り調べに応じてなされた供述の録取書は一切含まれず、純粹に、被疑者の完全に任意自発的な供述を、しかも被疑者の完全に任意自発的な要請により捜査機関が全く受動的にのみ録取した書面だけが含まれる、と解すべきだ、との議論も成り立ちうる。しかし他面、一方で一九八条が明らかに逮捕または勾留されていない被疑者の任意取り調べとそれに応じてなされた供述録取書の作成を認め、他方で三三二条一項が「被告人の供述を録取した書面で被告人の署名若しくは押印のあるもの」とのみ規定して、一九八条に基づいて作成された供述録取書を排除する趣旨らしきことを一切付け加えていないことから考えれば、文理上無理なく解釈するには、なるべく一九八条に基づく供述録取書も三三二条一項に言う供述録取書の中に含まれると解すべきである。しかしまた、そう解した結果、逮捕または勾留されている被疑者の取り調べ調書も含まれるとする通説の解釈と同じような不合理を生じるのであってならない。

この両要請を同時に完全に充たすためには、先に本論で述べたように、一九八条に基づく任意取り調べにも弁護士の立ち会いを必要とするのと解すればよい。必要とまでするのは実際的でないと言うのなら、少なくとも弁護人選任権と弁護人立ち会い権を認め、且つ取り調べに先立ってそれを告知し（注③参照）弁護人の選任および立ち合わせの意思の有無を問い且つ確認することを以て、取り調べ調査の証拠能力要件となすべきである。

七 フランス捜査法の実態——わが捜査法の解釈・運用の現状は、通

説的理解の如く大陸捜査法と似ているどころか、それとは比較にならないほど人権保障と誤判防止とを無視したやり方である

捜査機関による被疑者の取り調べ、それも任意出頭を求めての取り調べに弁護人を立ち会わせろとか、逮捕または勾留された被疑者の取り調べは許さんとか聞くと、多分たいていの法律実務家や法学徒は、英米法的な純然たる弾劾的捜査観に立ってのことならともかく、大陸法的な糾問的捜査観に少なくとも部分的には立脚していることに間違いのないわが現行刑訴法体系の上で、そんな解釈が出来るわけがないと、頭からきめつけるに相違ない。しかし私はこのような常識に対して、次の二つの面から根本的な疑問を抱いている。

第一に、法文を文理に忠実に且つ論理的に正確に解釈すると、わが現行法の捜査手続の構造は、実は「純然たる」弾劾的捜査観に立脚しているのではなからうか。この疑問を追求したのが本論のここまでの議論であって、読んでおわかりの通りわが現行刑訴法典はその文理に忠実に且つ論理的に正確に解釈してゆくと、明らかに純然たる

彈劾的訴訟觀に立つて、将来原告となるべき捜査官憲側が将来彼らと對等の当事者たる被告人となるべき被疑者を弁護人も立ち会わせず秘密裡に取り調べることを、特に逮捕または勾留してそうすることを、絶対に認めないのであり、いわんや取り調べのための出頭要求を拒否したり出頭後隨時退去したりすることを禁止して取り調べに應じることが強制することなど論外としており、ましていわんや取り調べのために弁護人との接見および物の授受を制限しつつそうすることなどあるはずもないのであり、さらにいわんやそのような取り調べに應じてなされた被疑者の自己に不利益な供述を録取した書面を証拠とすることは絶対に禁止しているのであり、さらにさらにいわんやそのような書面を特信情況もないのに無条件で証拠とすることなど絶対に認めないのである。

第二に、大陸法的な糾問的捜査觀などといともあつさりおっしゃいますが、今日どの大陸国家の捜査構造が糾問的捜査觀に立脚しているのだろうか。またどの大陸国家の刑法において、今日わが国の通説が認め実務がやっているように、弁護人の立ち会いなしに密室で出頭拒否や退去も認めず弁護人との接見や物の授受まで制限して捜査機関がなした取り調べの結果を記載した調書を、裁判官が改めて被疑者を呼び弁護人の立ち会いの下に調べなおすことなしに、直接そのまましかも無条件で証拠として採用することを認めていると言うのだろうか。もしもそんな事実が全く認められないとすれば、大陸法的な糾問的捜査觀という觀念自体がそもそも幻なのであるから、そのような幻に基づいてのみ認められうる所のそのような通説や実務慣行は、わが刑法が英米やヨーロッパ大陸諸国なみの近代的刑法法であるとのプライドを放棄するのではない限り、早急に改めるべきだ、という結論になるであろう。そして調べて行くと実際、今日の西ヨーロッパの大陸法の捜査および証拠の制度にはそのような事実は存在せず、わが国で現在行なわれ通説・判例が認めているそのような捜査のやり方および証拠採用の仕方は、今日英米法系諸国はもちろん西欧先進国では全く行なわれておらず認められていない所の、言語道断の悪運用・悪解釈である

ことが明らかになる。時間の関係で今回は、大陸刑訴法の本家・元祖であるフランス刑訴法の現状を概観することを通じて右のことを論証するにとどめるが、骨子はドイツ刑訴法においても変わらないとだけは、とりあえず断言しておく。

周知の通り、フランス刑訴法では捜査機関による狭義の捜査手続と公判手続との間に予審手続が存在し、予審における取り調べも実質上は一種の捜査である。また狭義の捜査手続は現行犯と非現行犯とで手続の持つ性格（特に強制的性格）が少なくとも理論上はかなり異なる。予審手続は予審判事が主体であるから、そこでは検察官および司法警察官はただ予審判事から委任されたことを行なうにすぎぬが（但し予審判事と検察官とはわが法における如くそれぞれ司法権と行政権とに明確に分かれて属しているのではないから、實際上協同して捜査を行ない、しばしば予審判事は逆に検察官に依頼されて取り調べを行なう人のような外観を呈するが）、予審が開始されていない場合には、検察官および司法警察官は独立して自ら証拠を収集し犯人を探索する（但し司法警察官は、わが法における如く検察官と協力してではなく、検察官の指揮の下で職務を遂行する。現行犯逮捕の場合には予審判事も司法警察職員と同じ資格でこの手続に参加しうる）。予審手続と狭義の捜査手続とのすべてにおいて被疑者の取り調べが認められるが、法によるコントロールの仕方は、両者間に決定的な違いがあり、前者では被疑者に対する法的保護は極めて（わが国の捜査機関による取り調べの現実とは天地の差と思われるほど）厚く、後者では逆にかなり（わが国の捜査機関による取り調べの現実とかなり近い程度に）薄い。しかし、後者の中でも現行犯取り調べと非現行犯取り調べ（予審に対する予備的取り調べという意味で予備捜査（*Tenquête préliminaire*）と呼ばれる）とでは強制的性格がかなり違い、現行犯取り調べは逮捕または勾留されている被疑者に対して我が国で一般に行なわれている所と著しく異ってはいないが、予備取り調べは相当異って強制的性格がかなり薄くなっている。

現行犯の場合、捜査機関は、現場に居る人々に対し取り調べが終るまで現場から離れることを禁じることができ(art. 61, al. 1, Code de Procédure Pénale (C. P. P.))。被疑者のみならず事件について情報をもたらし可能性のあるすべての人々を呼び出して尋問することができる(art. 62, al. 1)。呼び出された人は出頭し供述する義務があり、応じなければ検察官はその義務を告知し公権力によって出頭を強制しうる(art. 62, al. 2)。予審で防禦権をこまかすために被疑者を証人として尋問することを禁じている art. 105, C. P. P. は予審前手続では適用されなく、(Crim. 17 juin 1964, J. C. P. 1965. I. 14028 note P. C. ; Crim. 27 juillet 1964, J. C. P. 1964. I. 13941 note Le Clère. Voir G. Stefani et G. Levasseur, Procédure pénale, Précis Dalloz, 9^e édit., p. 262)。したがって黙秘権告知の必要はない。弁護人選任権の告知もないし弁護士の参加も立ち会いも必要でない。すなわち、「被疑者はあたかも証人であるかのようにそして弁護士の立ち会いなしに取り調べを受ける(人はしばしばこの段階を聴問(audition)と呼ぶ)。(Jean-Claude Soyser, Droit pénal et procédure pénale, 1976, p. 248.)」

被疑者と証人とを区別せぬ点では、したがって被疑者も証人なみに黙秘権を告知されず、証人もわが国の逮捕または勾留された被疑者なみに出頭・供述を義務づけられる点では、フランス法の方がわが法の現実の運用にくらべても一層強権的と思われるかもしれない。しかし周知の如くわが国では手続法定の原則に反し任意同行に名を借りた強制同行・強制取り調べが広く行なわれていることを考え、これに対してフランス法では強制取り調べの法定性が厳格に貫かれると同時に、以下に概説する如くその法定の際権利保護に細かな注意を払っていることを考え合わせると、簡単にそうとも言い切れない。

特に、自由を制限して取り調べる場合フランス法は、監視(*la garde à vue*)という制度を用意し、警察官には専らこれのみを用いさせているが、これはわが国の逮捕にくらべかなり権利保護に厚いものである。これは司法警

察官に証人や被疑者を一定の期間主として警察の管轄区域に足止めし取り調べに應じる体制をとってもらう制度であるが、C. P. P. は警察官が権限を濫用せぬよう、art. 63 a 65 にそのやり方を厳格に規定している。まずその期間については、一般の犯罪では原則として二四時間、例外的に四八時間を超えることができない。例外とは、監視される人に対してその告訴を裏づけるにふさわしい重大な証拠が存在する場合において、初審裁判所検事または予審判事の書面によって許可された場合である。国家の安全に対する犯罪についてはその期間は六日、さらに緊急事態が宣言された場合には一二日、また麻薬の取引・服用については四日である。次に監視の仕方につき幾つかの形式が決められている。たとえば、何のためにするかを口頭で告げること、尋問の時間・休憩の時間を当事者の署名を伴う文書によって明確にすること、それらの確実な実施を種々の文書に記載することによって担保すること、などである。さらに、監視される人は二四時間という最初の期間中は、家族からの請求に基づき初審裁判所検事により医学的検査を命じられうる。期間が更新されたときは、本人が希望すればその検査をしてもらう権利がある。そして司法警察官はその権利を告知しなければならない。^④ かように期間が短く権利保護に手厚い上に、司法警察官は捜査指揮権を有する初審裁判所検事にすぐ通知することになっており (art. 64 C. P. P.)、検事は必要と認めれば警察官を排除して直接自ら取り調べうるし (art. 68 a 71)、さらに予審判事も場合により司法警察官のみならず検事をも排除して直接自ら取り調べうる (art. 73) から、警察官だけで四八時間検察官や予審判事の介入を受ける心配なしに被疑者の自由を拘束し、フランス法の如き法定の制限なしに自由なやり方で取り調べることができるところの、わが現行の法運用に比較すれば、警察官の取り調べに関する限り、フランス法の方がかなり弊害が少なそうである。もともと、検察官や予審判事の方が警察官よりも職権濫用をどれほど慎むかは、また別の問題であるが、嫌疑を正当化する重要かつ適切な証拠がそろったならば、司法警察官は即刻被疑者を検察官の前に引致しなければ

ばならない。これは、検察官または予審判事が発する勾留状の予備行為である。これに依じて検察官は、重罪の現行犯の場合には犯罪に関与した疑いのあるすべての人に対して勾引状 (*le mandat d'amener*) を発しうる。そしてこの人が検察官の前に引致されると検察官は取り調べを行なうが、もしもその人が自らの意思で弁護士と共に出頭するならば、弁護士の立ち会いの下でなければこれを取り調べてはならない。(art. 70 C. P. P.) 軽罪の現行犯の場合には、ある種の犯罪または犯罪者に対する場合を除き (art. 71-3 C. P. P., *rédaction loi 11 juillet 1975*)、検察官は、弁護士の立ち会いを求める権利を有する所の被疑者を取り調べた後に (art. 71)、被疑者に勾留状 (*le mandat de dépôt*) を発して速やかに軽罪裁判所に出頭させることもできる (art. 71-1)。¹⁾ 出頭までの間場合によっては被疑者を司法統制 (*le contrôle judiciaire*) の下に置き三日ないし一月の期間を置いて軽罪裁判所に出頭させることもできる (art. 71-2 C. P. P., *rédaction loi 6 août 1975*)。すなわち、嫌疑が明確化したこの段階においては、被疑者にはもはや警察官によつては取り調べられえず、また弁護士の立ち会いを要求した場合にはその立ち会いなしでは取り調べられない。この点は明らかにわが法の実際の運用における逮捕または勾留された被疑者に対する検察官の取り調べの実情に比し、隔段に権利保護に厚いと言ふべきである。

以上の如く、現行犯の取り調べにおいてはフランス法でも、特に捜査全体の運命を決する初期段階で強制的な性格が強く、被疑者の権利保護が不十分である理由は、犯罪の現在なお明白な証拠が失なわれること、および犯人へと導いてくれる痕跡を混乱させられることを防ぐためである。²⁾と説明されている (*Soyer, ibid., p. 265*)。したがって、この必要のない非現行犯の取り調べは、現行犯のそれに比して強制的性格が乏しくてよいはずである。事実非現行犯の捜査では、告訴人、証人たりうると警察が考える人、その地の当局者、被告発人および被疑者など、事件に関係あるすべての人に対して取り調べが行なわれうるが、この取り調べに協力するか否かは法的には彼らの自由

であつて、法は警察官に対し現行犯における取り調べのときと同様な強制的権限を与えてはいない。しかし実質的には必ずしもそうとばかりは言えない。なぜなら刑事訴訟法は、取り調べのために留置する必要ありと認めるすべての人を監視 (*la garde à vue*) の下に置くことを、認めているから (*art. 77 C. P. P.*)。取り調べに応じないと監視の下に置かれるということがわかっているので、被取り調べ者はそれを恐れて、事実上取り調べに応ぜざるをえなくなる。ある学者は「実際の観点からは、予備取り調べは取り調べ者に現行犯の取り調べと殆んど同じ大きさの実上の権限を与える。」と述べ (*Soyer, ibid., p. 272*)。「立法者が予備捜査の過程でこの手段を用いる権限を認めたことは、納得できない。」と批判してゐる (*Stefani et Lévasseur, ibid., p. 270*)。

しかし、たとえ「法的に」ではあるにせよ、非現行犯の捜査においては何びとも取り調べに応じることが強制されぬということは、わが法の実際の運用に比べれば権利保護の厚さにおいて著しい懸隔がある、と言わなければならぬ。しかも前述の如く、取り調べに応じない者への脅しだと非難されている監視といえども、わが法の逮捕・勾留に比べ法的にも實際的にも遙かに権利保護に手厚い、とやうに言っておやである。それであるのに、学者が口をそろえて、実質上強制取り調べと異らぬ、納得できぬ、と批判している所をみれば、わが国で一般に、当然疑問の捜査観に立っているだらうと想像されているフランス刑法理論の通説は、文字通り疑問的なのが捜査法の実際の運用に殆んど疑問を抱かないわが刑法学者の意識に比べて、遙かに非疑問的、強効的な捜査観に立っている、と言えよう。

さて、以上のような捜査の結果に基づいて検察官が公訴を提起した後、重罪については義務的に、軽罪については採量的に予審の開始を請求すると、予審判事による予審 (*instruction préparatoire*) の取り調べが行なわれる。そこではそれまでの取り調べと全く対蹠的に、極めて手厚い権利保護が法定されている。

まず最初の出頭の際の尋問 (*l'interrogatoire de première comparution*) では、予審判事は人定質問をした上で、被告人に対してどういふ嫌疑がかけられているかを明確に知らせなければならぬ。また、被告人には何も言わない自由があるということと、弁護人事実上は弁護士を選任する権利があるということとを、告げなければならぬ。(art. 114 et 115 C. P. P.) それを告げたことは尋問調書に記載される。告げなければ手続は無効となる (art. 170)。次いで引き続きの尋問 (*les interrogatoires subséquents*) では、被告人は、弁護士が立ち会うか、または弁護士が遅くとも尋問の前日までに書留郵便によりもしくは配達証明によって招致されたものでなければ、尋問されたいは対質させられない。事件の記録は、各尋問の遅くも二四時間前までに、弁護士の手元に送られなければならない。(art. 118) 違反すれば無効となる (art. 170)。つまり、被告人には黙秘権、弁護人選任権および弁護人の立ち会い権が保障されているのである。弁護士は予審判事の許可を得て質問することができる (art. 120)。弁護士との接見交通制限は絶対に認められない (art. 116)。加えて C. P. P. は、予審判事が「弁護権を妨害する目的で、有罪を十分に推定させる重大な情況証拠が存在する人に対して、証人として(従って)筋上の諸保障を与えないで——筆者注) 質問することはできない。」と規定している (art. 105)。予審判事がこの規定に違反すれば、彼に対して告訴権を生じ、手続は無効となる。^⑤

他方、予審における被告人の自由の制限にも、C. P. P. は司法統制という新制度を設けて大いに緩和をはかっており、仮勾留 (*la détention provisoire*) をできるだけ避けて司法統制を以て代えることにより、予審取り調べの強権性を緩和するのに一層効果を挙げている。これは被告人を監禁せずししかもその自由を制限して有効に被告人もしくは第三者の安全を守りまた被告人の逃亡もしくは証拠隠滅を防止しようとするもので、art. 138 が列挙する所の選択されうる義務のリストは甚だ長い、なかんづく重要なのは町から出ることを禁じ、パスポートや運転

免許証を引き渡させ、所在を定期的に点検するなどの方法で転居の自由を束縛することである。その他、交際、集会への参加、職業上の諸活動などの制限や、医学的検査特に解毒のための治療・看護もある。また、仮勾留にあつても、弁護士との接見は、どんな場合にも絶対に禁じることができない (art. 116 al. 3°)。

以上の如く、狭義の捜査での取調べは権利保護が相対的にかなり薄く、予審取り調べは権利保護が極めて厚いというアンバランスは、証拠法上前者の取り調べ調書の証明力が低く制限され、後者の取り調べ調書の証明力が極めて高く見積られ且つ覆えしにくいことと、不可分の関係がある。

証拠の証明力の評価を裁判官の自由心証に委ねる自由心証主義 (la règle de l'intime conviction ; le système de l'intime conviction ; le système de la preuve morale) は、原則としてあらゆる種類の証拠方法に対して証拠能力を認める証拠の自由 (la liberté des preuves) と並んで、フランス刑法における証拠法の基本原則である (art. 353, 427 et 536 C. P. P.)。しかし、証拠自由に対しては、拷問・脅迫その他の強制による自白や証言、欺瞞的手段により獲られた証拠、おとり捜査などの警官による陰謀により得られた証拠などについて法や行政機関や判例により明確に証拠能力 (la admissibilité) が否認され、麻酔や嘘発見器などを使って獲られた証拠については学説が一致してその証拠能力を否認し、盗聴、録音などによって獲られた証拠については裁判所が制限つきで認め学説上争われているなど、人権保障・文明的価値保護の見地から近年大幅に例外が設定されて来た (Stefani et Levasseur, *ibid.*, p. 28~29) のと同じように、自由心証主義に対しても、同じ見地から、司法警察官によって作成される供述録取書の証明力を法的に制限するという、重大な例外が定められている。すなわち、右録取書を含めて一般にプロセ・ヴェルバル (le procès verbal ; les procès Verbaux) は、犯罪を証明する証拠としては、原則として単なる情報ないし参考 (simples renseignements) としての価値しかない (art. 430 C. P. P.)。プロセ・ヴェルバルとは、

自白、証言、検証結果のような他の証拠方法を記載した書面のことである (Soyer, *ibid.*, p. 256)。

考えてみると、これは至極当然のことである。犯罪を証明する証拠それ自身でなく、証拠それ自身からその意味を汲み取ってそれを更に文字に書き改めたものにすぎないプロセ・ヴェルバルに、証拠それ自身と全く同等の証拠能力および証明力を認めるとするのは、理くつの上からもおかしいし、経験則上もプロセ・ヴェルバルは不正確で誤解や欺瞞の種であることが広く知られている。その上書面そのものに対しては反対尋問をすることもできないから、訴訟手続・当事者主義の鉄則であり人権保障の重要な一環でもある反対尋問権保障の上からも、プロセ・ヴェルバルに無条件で証拠能力および証明力を認めるなど、到底許されないことである。そこでまず英米法は、伝聞法則により一般的にプロセ・ヴェルバルの証拠能力を否定したのであり、わが刑訴法三三〇条一項はそれを踏襲したのである。これに対して C. P. P. は、証拠能力は一応認めた上で、原則として証明力を制限する、という途を選んだ。証拠能力を認める以上、これは絶対に不可欠な措置と言わねばならない。

ところがわが刑訴法は、せっかく三三〇条でプロセ・ヴェルバルの証拠能力を原則として否定しておきながら、三三二条および三三二条にその広汎な例外を置き、さらに通説・判例・実務は特信情況の誤れる解釈 (このことについては拙著『刑事法における人間の虚像と実像』一九〇頁④および二二〇～二四頁⑤、一九七～一九八頁⑥および三三二～三三四頁⑦、一九八～一九九頁⑧) および三三二頁③、拙論「伝聞法則とその例外規定との、および刑事訴訟法三三八条の新解釈、『全訴訟関係人を人格として取扱え』疑わしきは罰せず」の法理を証拠法に貫徹する道 (法政理論九卷三号)「五九～六七頁に詳論されている。) および三三二条一項の本論でも先に指摘したような不合理極まる解釈 (詳しくは前掲拙論六九～七六頁を見よ。) によって只でさえ広汎な法の例外を殆んどとめなく拡張してしまった。しかしそれならそれで、一旦証拠能力を認めた上でフランス法に倣いその証拠能力を単なる参考という程度に十分に低く見積るのであれ

ば、それもまた一つの行き方として認めることはできる。単なる参考資料・情報にすぎない以上は、それを直接に、犯罪Ⅱ訴因事実を証明するための証拠として用いることは不可能となり、他の直接的な証拠を用いて犯罪を証明する際の参考資料とすることができただけだから、仮にわが法の実際の運用として現に行なわれているような捜査機関の強権的な取り調べの結果獲得の録取書に証拠能力が認められても、それだけでは何ものも証明しえなくなり、それを手がかりすなわち参考資料・情報として捜査を進めて行った結果獲得された他の本来的な証拠のみが直接犯罪を証明するための証拠として用いられ、供述録取書は、「それを手がかりとして捜査した結果それら本来的証拠が獲られた」という事実それ自体が本来的証拠と併せて参考とされるという形でのみ、有罪心証の形成に役立つにすぎない。このことはつまり、私がかねて前掲著書・論文で詳論している所の「供述証拠は要するにそれ自身で本来の証拠であるのではなく、その意味内容が他の証拠と全面的または部分的に一致または一致しないことが証拠となるにすぎない。」ということと一致する。そうであれば、取り調べの強権性そのものから来る人権侵害性は救いえない(したがって結局の所、この供述録取書は人権侵害的違法収集証拠として証拠能力を認めえない)し、反対尋問権保障も全うできないけれども、証明力に関してだけ言えば、一応もったもな結果に到達できる。しかるにわが刑法法のプロセス・ヴェルバル許容の例外規定には何らそのような配慮は認められない。ということとはつまり、前掲著書・論文で私が力説したように、わが刑法法は通説・判例・実務が解釈しているように特信情況を甘く考えて定められたものではないこと、また三三二条一項も逮捕または勾留中の被疑者は取り調べることができず、自由を拘束されていない被疑者のいわゆる任意取り調べにも必ず弁護人の立ち会い権が認められることを前提として書かれたものであること、を裏書きしている。そういう厳しい前提が在るので、立法者はすっかり安心して、例外として証拠能力を認める場合にプロセス・ヴェルバルの証明力をあえて制限しようとはしなかったのだ

ある。もし立法者の意思が今日の通説・判例・実務通りだとしたら、これはもはや立法の過誤ですまされる問題ではなく、今日の文明諸国の法常識からは全く理解しかねる人権と文明と経験法則との真向からの挑戦となるからである。世界の先進国と自負する日本の法典が、まさかそんな馬鹿なことを決めているはずがない。

さてしかしながら、プロセ・ヴェルバルには参考・情報としての価値しか認めてはならぬという一般原則には、二つの重大な例外がある。あるプロセ・ヴェルバルは、反対証拠が提出されるまで真実と認められる。たとえば、労働法や鉄道警察に対する違反などの特別法によって定められる違警罪 (art. 537 C. P. P.) またはある種の軽罪 (art. 431 C. P. P.) を証明するプロセ・ヴェルバルがそれである。これらの調書を裁判官は、反対証拠が書面または証言によって提出されない限り、正確と見なすことを義務づけられる。次にあるプロセ・ヴェルバルは、虚偽記載であることが別の手続で証明されるまで真実と認められる (art. 433)。たとえば、予審判事の書記によって書き取られ、予審判事によって遂行された取り調べを記載する調書、および税関や不正値上げなどに関するある種の特別犯罪を証明する所の、ある種の権限ある行政機関によって作成されたプロセ・ヴェルバルが、そうである (Art. 336 du Code des douanes; art. 7 de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux infractions économiques; art. 469 du Code rural du 16 avril 1955, en matière de pêche. Voir Stefani et Levasseur, *ibid.*, p. 30)。これらの調書の証明力は極端である。なぜなら、虚偽記載に関する長い複雑な手続によらなければその証明力を争うことはできないからである。その手続以外ではいかなる反対証拠も提出を認められない。自由心証主義との特に明らかな抵触がそこに在る (Soyer, *ibid.*, p. 257)。

本論との関係で特に重要なのは、予審調書に認められる極端な証明力である。その当否はともかく、それこそが大陸法の非弾劾的・糾問的性格と呼ばれるものの心髄であり魂である。ナポレオン法典では予審は秘密、非対審の

書面手続で、原則として被告人の勾引に始まり公判までの勾留が通則であつて、弁護人を付することも許されなかつた。被告人は単身判事の面前で秘密に尋問され、判事が適当と認めた事項以外には何事も告知されず、保釈はもはや被告人の権利とは認められず、重罪事件については絶対に禁止された。(拙著「刑事訴訟法史」一六二—一六三頁。Voir Stefani et Levasseur, *ibid.*, p. 63.) しかし第三共和国の下で予審手続は、*la loi du 8 décembre 1897* によつて根本的な変化を施され、予審判事の前の最初の出頭るときから弁護人に立ち会つてもらふ被告人の権利が保障された。手続は秘密、書面、非対審のままだったが、その手続は法定され、被告人の知らぬ間に展開されることはできず、弁護人は全手続を通じてすべての手続記録を閲覧することができ、判事に彼の意見を述べること、対質の時には証人に質問をすることができると、様々の改革が行なわれた。(Stefani et Levasseur, *ibid.*, p. 67) 一九三五—四五年の反動期およびナチス占領期にこれらの保障は再び失なわれたが(前掲拙著一六五頁、Stefani et Levasseur *ibid.*, p. 68)、解放後もしばらくは対独協力者や戦争犯罪者の処罰に都合ということもあつて目に見える改正はなされなかつた。しかし被占領下時代ナチスが行なつた法的保障なき野蛮な尋問の経験から、人々は尋問における職権濫用に注意を向けるようになり、法律家たちはこの局面で個人の自由と人格の尊厳とを保障するため詳細な法的規制をなす必要を痛感するに至つた。かくて一九五三年以来この方向で刑訴法の全面改正作業が進められ、一九五八年一月二三日ド・ゴール大統領の緊急命令により新しい刑事訴訟法典(C. P. P.)が公布され、一九五九年三月二日に施行された。その結果、狭義の捜査および予審における権利保護が先に見た如く、特に予審の局面において徹底化された。これに対してこれまた先程見たように、狭義の捜査の局面では新法典は権利保護に熱心ではなかつた。それは有効な社会防衛の緊急必要と個人の自由の保護との間に新しい調和を実現せんとする努力の現われだ、と説明されている(Stefani et Levasseur, *ibid.*, p. 75)。この調和を C. P. P. は、狭義の捜査と予審それぞれへ

の二要請の振り分けという方法で、達成しようとしたのである。つまり、初期捜査の局面ではまだ犯罪者の見当がつかずまたは犯罪者が自由な状態に居て社会への侵害の脅威が現前であるから、この脅威を速やかに排除すべく捜査機関は強力な権限を与えられて敏速・効果的に行動しなければならず、その反面において個人特に被疑者の権利は制限を余儀なくされる。特に現行犯はそうである。けれどもその代わりに、権利の保護を犠牲にして収集した証拠はあくまで、最終的な犯罪者処罰に至るための全手続にとって、したがって公判での証拠審理に対して、単にその端緒としての意義以上のものを与えられてはならない。すなわち参考ないし情報以上のものではありえない。これに対して、予審は初期捜査が効果を収めすでに被疑者が発見され法の監視下に置かれて犯罪の脅威がひとまず去った段階で行なわれ、したがって社会防衛よりも被疑者の権利保護およびそれと密接に関連する「無実の人を誤って処罰してはならぬ」との配慮が最優先する。その代わり、そのような配慮に貫かれた慎重な取り調べによって明らかにされた事実を記載した予審調書に対しては、余程のことがない限り全幅の信頼を置こう。これがその論理である。この最後の点（予審調書の信頼）は、従来からフランス刑法訴訟法を貫く官僚権威主義の理念に基づいて広く認められて来た所だから、フランスでは比較的無難に受け容れられるが、官僚権威主義を批判する立場からは、もちろん大いに異論の出そうな所である。

そのことはさておき、以上を通観してわれわれは次の事実を知った。フランス刑法の被疑者取り調べのシステムでは（他の捜査でももちろん同じことだが、本論の関係で被疑者取り調べだけについて言えば）、初期段階で警察・検察が主となつて行なう取り調べにおいては被疑者の権利保護は必ずしも厚くない（しかしいろいろな点でわが法運用の実際よりはすぐれた点があり、非現行犯取り調べでは少くも理論的に隔段の差があることにも、注意しておこう）。けれども、被疑者の自由と防禦権とを抑圧して獲られた供述特に自白や不利益事実の承認が、そのまま

公判廷に証拠として提出され且つその証明力が完全な自由心証に委ねられる結果、起こることを予想される所の（そしてわが国では現実に頻繁に起こっている所の）誤判を防止するために、フランス法では二つの予防措置がとられている。第一に、警察や検察が捜査の初期段階で十分な権利保護なき状況の下での取り調べによって獲た証拠がそのまま公判廷に持ち出されることは、重罪事件においては決してなく、軽罪事件でも比較的重大または複雑なものにおいてはなく、予審判事が十二分に厚き権利保護の下で納得できるまで改めて全面的に調べなおし、その調べなおした結果真実と認められたもののみが予審調書に記載されて公判に提出される。被告人は一旦捜査機関に対し自己に不利な供述を行なっても、予審で弁護士との協力を得てそれを取り消したり弁明したりしうるし、証人との対質によって警察・検察段階での自己に不利な証言を覆えす可能性もある。もしそれに成功すれば、次に述べる証拠法則と相まって公判をまたずに警察・検察の取り調べ結果を事実上殆んど無効となしうる。第二に、警察・検察の取り調べ調書は、たとえ予審調書と共に公判に提出されても、参考ないし情報としての価値しか認められないから、そこに自白や不利益供述を記載されたとしても、それだけで防禦上致命的な傷手とはならない。これに反して、予審調書記載の事実は真実と見なされるから、予審取り調べに依拠して犯罪の否認や有利供述がそこに記載されれば、否認したことが有利供述をしたこと自体は少なくとも事実として確定し証拠とされうる。フランス刑訴法が、特に現行犯の場合、監視の下に十分な権利保障なき状態で警察・検察に被疑者の強制取り調べを認めているという事実は、それだけを孤立させて眺めれば我が刑法運用の実際と大差ないようにも見えるが、予審制度および証拠法上のプロセ・ヴェルバルに対する証明力制限と明確に関係づけて、すなわち全訴訟体系の中に正しく位置づけて、理解するときには、予審制度および証明力制限によってその弊害、特に疑わしきを罰するという誤判の危険を、かなり効果的に防止しうるようになっており、その点で、その危険が野放しにされ頻繁に現実化している我

が法運用の實際に比べて、法的にも現実的にも隔段に優れている、と評価しうる。

もつともそれは我が法運用の實際と比べての話で、絶対的観点からはなお批判の余地がある。第一に、たとえ誤判に導く危険は少からうと人権保障の欠如はそれ自身一の欠陥であること（この批判は先にフランスの二法学者の意見で代表させた）。第二に、捜査で大切なのはその初期段階であつて、そこで無理な取り調べにより十分にそろえられた虚偽の証拠が作られてしまえば、如何にそれは単なる参考ないし情報にすぎぬと言っても、その証拠能力を全面的に否認せぬ限りは事実上、それは予審判事や公判の裁判官にどうしても誤った先入観を植えつけ、その心証形成をその虚偽証拠が指し示す方向へと誘導しがちであつて、それを訂正させることは容易ではないから、果して予審および証拠能力制限がその訂正のための効果的手段となりうるか、疑問なしとしないこと。この点につきソワイエは次のように述べている、「おそらく（予審での権利保障の数と厳しさとは）あまりにも（多過ぎ厳しすぎ））。なぜなら、その（多過ぎ厳し過ぎる）ことが、予審からその効能の大部分を奪い去つて、警察の取り調べが被疑者の自白を手に入れることが出来、その結果公式の証拠調べの時には訴追された個人に与えられる諸保障がその有用性の大部分を失ってしまった後でしか、予審をただの一つも開かないという事態へと、しばしば導くからである。（Syber, *ibid.*, p. 272）」（弁護権が害されないようにするための手続が極めて且つ恐らくは余りにも繁鎖すぎる）結果として、事実、取り調べの際ぶつかる法的障壁がもっと少い警察官に、被疑者の自白を獲得する時間を与えるために、予審の開始を遅らせるという実際の傾向が生じている。（*ibid.*, p. 284~285）」

けれどもさらに考えてみると、この批判は裏返せば、「もしも自白など決定的な有罪証拠が警察の捜査によって発見されるまで予審の開始を遅らせることなく、公訴が提起され次第直ちに予審を開始するようになれば、予審の取り調べはかなり有効に所期の効果を挙げうる。」ということでもある。いずれにせよこの批判は、予審が警察に

よる強権的初期捜査の無理を是正するという効果を、全く否定するものではない。

かように、フランス法における警察・検察の取り調べが持つ所の、(わが法運用の実際ほどではないが)かなり強権的な性格は、権利保障に厚い予審制度およびプロセ・ヴェルバルの証明力制限と不可分に結びついていることよつてのみ、その弊害をかなり防止しえているのであるから、予審制度もなく、警察・検察の作成した供述録取書の証明力制限も持たない所のわが法上は、絶対に認めえぬものである。言い換えれば、右二制度を欠くという点で英米型のわが刑訴法では、被疑者を現行犯といえども、否認の収集し易い現行犯であればなおさら、逮捕または勾留して取り調べることは、絶対に許さるべきではない。また、任意出頭を求めて取り調べる場合にも弁護士の立ち会い権とその告知義務とは絶対にこれを定めておかなければならない。つまりまさしく英米法の捜査原則を忠実に踏襲すべきである。逆に言えば、イギリス法の *Judges' Rules* が、警察は拘禁された被疑者を取り調べえず、少くも任意自発的な供述の不明な所をきき直すだけで反対尋問は許されぬ、となし、アメリカの連邦裁判所が、逮捕後裁判官の所へ引致するまでに弁解を聞くことはできるが取り調べはできず、この間取り調べて得た自白は証拠となしえぬ、としている(平野「刑事訴訟法(法律学全集3)」一〇八頁)のは、大陸法の如き予審制度を持たず、またプロセ・ヴェルバルの証明力制限を持たぬ英米法としては、当然にそうしなければならぬことなのである。そして本論の前半で詳細に論じた如く、わが現行刑訴法の被疑者取り調べ制度は、文言通り忠実に解釈するならば、正に右の論理に全く忠実に定められているのである。考えてもご覧なさい。アメリカ合衆国の立派な法律家のご指導によつて制定されたわが刑訴法、そのご指導により旧法から予審制度をまっすまっ先に削除したわが刑訴法、そのご指導により英米法流に証拠能力制限に主眼を置き証明力は自由心証に委ねた証拠法則を採用したわが刑訴法が、何を血迷つて警察・検察による被疑者の取り調べについてだけ大陸法的な強権的取り調べを残して置くだらうか。

ところが悲しいかな、旧法時代の超然問的捜査観によって骨の髄まで侵されてしまっていた戦争直後のわが国の法律家は、理論家も実務家も、そして実は現行刑法訴訟法の立法に直接携わった人たちですら、誰一人として、以上のように、英米法型捜査と大陸法型捜査との違いは訴訟構造全体の体系的差異に基づく技術的に必然の事由から生じたのだ、という単純な事実には気づかなかつた。そこで彼らは、訴訟構造全体の体系的变化特に予審の廃止により、新法では旧法に比し、捜査の性格が根本的に変わらざるをえなかつたのだということに全く気づかぬまま、先入観に従って慢然と法文を勝手読みし、その結果、予審での再吟味もなく、証拠能力制限もないのに、逮捕または勾留されている被疑者を弁護士との立ち会い権はおろか十分の接見・授受権さえ認められぬ状態で秘密裡に拷問・脅迫・強制の禁止以外法的規制を全く欠く所の恣意的な方法で取り調べ、それによって得た自白の録取書に無条件に証拠能力および無制限の証明力を付与するという、旧法よりも一層そして遙かに恐るべき誤判の危険をはらんだ解釈・運用の慣行を作り上げてしまったのである。黙秘権もなく、勾留もでたらめ、拷問勝手次第という旧法の運用にくらべれば、確かに取り調べそのものだけを孤立して評価するならば新法は旧法に優っている。しかし、旧法には警察の取り調べに対する予審のチェックがあつた。予審判事もどうせグルだ、と言ってしまえばそれまでだが、政治思想犯の取り調べは知らず普通の犯罪では、ある程度予審のチェックは効果があつたことも認めなければならぬ。それに引き換え現行法運用の実際は、警察で強奪された自白を公判までノー・チェックで素通りさせ、証明力について裁判官が警戒することすら怠っている。旧法と違い黙秘権もあることだし、拷問・脅迫・強制は禁じられていることだし、任意性ある自白だから大丈夫とでも信じ込んでいるのなら、現実に眼を覆っていると言うのほかはない。弁護士の立ち会いもなく、接見・授受もままならず、孤立無援の状態で、一日一〇時間以上ぶっ続けに入れ代わり立ち代わり新手を送り込む取り調べを受け続けること、そのこと自体が供述の強制、捏造、だまし取りで

なくて何であろう。そこへさらに、拷問・脅迫・誘導が加わったとしても、それを証明してくれる人は誰一人なく、よほど酷い拷問を受けて顕著な身体障害を現わさぬ限り証明方法はありえぬから、拷問等の禁止はやる気の捜査官にとっては空文に等しい。強奪した自白に証拠能力なしという理論を如何に展開してみた所で、そもそも強奪が証明できなければ何の意味もない。強奪されてしまったからでは後の祭だから、逮捕または勾留して取り調べること自体を違法とし、そうやって得た自白には強奪であろうとなかろうと一切証拠能力を認めない、という方法で未然に防止するより手がないのである。現に法文は、正確に厳密に読めば、まさしくそうなっているのだ。それを馬鹿な読み方、世界の刑法法の常識を無視したような荒唐無稽の読み方をして来た結果がどうだ。近ごろの誤判ばかり、再審無罪ばかりではないか。その上再審にならなくても、例えば狭山事件のように常識ある人なら「無実まちがいなし」と言わぬまでも少なくとも「疑わしいから罰するな」と言うにきまつているケースは、拾えば幾つもある。今の警察官、検察官、裁判官が旧法時代より質が低下したはずはなく人権保障意識を薄れさせたはずはない。にもかかわらずこの結果は、要するに法運用の慣行を根本から間違えてしまったからだ。私は今そのことを指摘した。これから先は読者の仕事である。

注

① 刑訴規則一四三条の三は「明らかに逮捕の必要性がないと認める」条件として、「逃亡する虞がなく、かつ、罪証を隠滅する虞がない等」を挙げている。「等」がくせものであるが、常識的に考えて、もしも逮捕が本来取調べの手段であるなら、取調べるために逮捕が必要であることこそ、逮捕の必要性の最重要項目であるはずだから、刑訴規則が逮捕の必要性がないと認

めるための条件を挙げる場合に、「取調べるために特に逮捕を必要としないこと」を書き落とすはずはない。それゆえ、「等」の中にこの条件が含蓄されているのだと主張することは、無理である。

③ 逮捕の「理由および必要性」とパラレルに言葉を用いるとすれば、勾留の理由および必要性という言葉もこのように分けるべきである。また、刑訴規則一四三条の三の「等」に当たるものの中に、刑訴法二〇七条一項本文で準用される刑訴法六〇条一項一号所定の被疑者の住所不定という要件が含まれるとも考えられる。刑訴法八七条一項が勾留を取り消すべき場合として「勾留の理由又は勾留の必要がなくなったとき」と規定しているのも、この趣旨と解すれば格別むづかしい解釈上の問題は生じない。ところが、通説は、六〇条一項本文および各号の勾留要件全部を勾留の理由と解するので、これ以外に勾留の必要性が存在すると解さざるをえなくなる。(団藤「条解刑事訴訟法(上)」(昭二五)一七九頁)しかし実際上は勾留の理由が存在すればその必要性のない場合はほとんどないとされる(団藤、同上)。また理由さえ在れば必要がなくても勾留してよいということはありえないから、もしも六〇条一項所定の要件が勾留理由のみであって勾留の必要性を含まぬのなら、これ以外に勾留の要件として別個の勾留の必要性を挙げる必要があろう。法の規定がそうなっていない以上、六〇条一項所定の要件だけでは、従前の勾留理由すなわち六〇条一項本文および各号の事由がまだ存在する場合と解するのが普通である(「法律実務講座刑事編」昭三二「二巻」二六頁(井上)点から見ても、必要性を六〇条一項以外に求める要はない。

④ もっとも、勾引したときは国選弁護士選任請求権も告知されているからよいが、起訴前には国選弁護士というものはない(刑訴法三六条)ので逮捕に引き続く勾留の場合には国選弁護士選任権はまだ告知されていない。おそらく立法の過誤であるから、逮捕に引き続く勾留の際にはその告知を必要とするというのが通説である。(本文所引に同じ)しかし話は逆で、七七条がすでに告知済みであることを前提として書かれているからには、逮捕の段階から国選弁護士選任権を告知し、請求があれば国選弁護人を付すべきだ、と解すべきである。法文相互の矛盾を解決するためには、常に被疑者の権利保護にとって有利な

方に片寄せて解決すべきだからである。安易に立法の過誤たときめつけるべきではない。

④ もしもこれらの規則が守られなかった場合には、刑事部 (la Chambre criminelle) は警察官の個人的責任を追求し、そして少なくとも真実の追求と発見とが根本的に害されて弁護権が侵害された場合でなければ、違法な手続を無効とすることはない。(Crim. 10-10-1968 J. C. P. 1969-11-15741, note Chambon.) この証明 (しばしば困難だが) をなしえなければ、規則違反の取り調べの口頭手続とその結果とが効力を否認されはしない。この判例は一九七五年八月六日の法律が現行 C. P. P. の中に加えた一般規定 (art. 802) によって確認された。(Jean-Claude Soyter, Droit pénal et procédure pénale, P. 269.) 実際に法定規則を無視したであろう所の司法警察官に対して訴追が行なわれた例は少くも一九六七年まではなかった。(Albert Chavanne, La protection de la personne dans le procès pénal en droit français, La protection de la personne dans le procès pénal, Supplément à la Revue de science criminelle et de droit pénal comparé n° 3, 1967, p. 14.)

⑥ もっとも、これは機械的には実施されず、弁護権を害する目的 (実際にはその証拠の提出は殆んど不可能で、結局は破棄院に予審の秩序をコントロールするための極めて大きな自由裁量権を残しておく結果となるにすぎぬが) があるだろうときのみ働く。かつその無効は、被告人自身のみが効果を受けるのであって、共同被告人には及ばない (Ordonnance du 13 février 1960)。この点で保護は必ずしも十分ではないが、とにかく法文で明確に潜脱を禁止し違反を一応無効としている点には、わが法と実務とに比しはるかにすぐれている。わが法にはかような規定がないため、学説がいくら反対しても、実務ではおおっぴらにやられており、しかもそうしてすかし取られた自由にそのまま証拠能力を認められることが多く、それをチェックする手段が何もない。