

再審請求人と弁護人との接見交通権

葛 野 尋 之[※]

- I 問題の所在
- II 再審請求人と弁護人との接見をめぐる現行法と実務
- III 弁護権の実質化と自由な秘密接見
- IV 刑訴法39条1項の準用可能性
- V 憲法34条と再審請求人の弁護権
- VI 国際人権法による弁護権と再審請求人の弁護権
- VII 裁判にアクセスする権利と再審請求人の弁護権
- VIII 結語

I 問題の所在

1 法的問題

再審請求手続における弁護権の保障について、鴨良弼は、かつて、次のように問題を提起した。すなわち、通常手続においては「憲法の保障する被告人の弁護人依頼権の理念が基調とされている。この保障理念は、そのまま再審の審判手続でも保障されるべきではないのか。……被告人に弁護人の実質的な援助を保障するときは、いつでも、どのような手続段階でも、弁護人の援助が期待されるというのが、被告人の弁護人依頼権の内容である。この地位は、もっとも実質的な援助の手を必要とする審判手続での請求者には適用がないとされるのか、大変な課題である」と¹⁾。この問題提起を踏まえて、冒頭、本稿が検討すべき法的問題を確認しておく。

刑事件の被疑者・被告人と弁護人との接見交通権（以下、被疑者・被告人の接見交通権については、選任権者の依頼により弁護人となろうとする者との接見も含み、弁護人との接見とする）は、刑訴法39条1項に明記されており、その保

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第8巻第3号2009年11月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

1) 鴨良弼「再審研究の課題と方法——現代的課題としての再審制度」同編『刑事再審の研究』（成文堂、1980年）6頁。

障には、「立会人なくして」の接見、すなわち秘密接見の保障が含まれている。しかも、このような接見交通権は、被疑者・被告人について憲法34条、被告人について憲法37条3項により保障されている弁護権に基礎をおくものとされている²⁾。1999年3月24日の最高裁判所大法廷判決³⁾によれば、憲法34条による弁護権は、「身体の拘束を受けている被疑者が、拘束の原因となっている嫌疑を晴らしたり、人身の自由を回復するための手段を講じたりするなど自己の自由と権利を守るため弁護人から援助を受けられるようにすることを目的とするものであり」、「単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないということにとどまるのではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障している」ものである。そして、刑訴法39条1項の定める接見交通権は、「憲法34条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、刑訴法の右規定は、憲法の保障に由来するものである」。憲法34条の弁護権を実質化するために、自由な秘密接見の保障が不可欠であることが、ここに示されている。

さらに、秘密接見の保障の意義について、後藤国賠事件における2004年3月9日大阪地裁判決⁴⁾は、「刑訴法39条1項が被告人等は弁護人と立会人なくして接見することができる旨規定しているのは、被告人等とその弁護人との間において、相互に十分な意思の疎通と情報提供や法的助言の伝達等が、第三者、とりわけ捜査機関、訴追機関及び収容施設等に知られることなく行われることが、弁護人から有効かつ適切な援助を受ける上で必要不可欠なものであるとの考えに立脚するものであるが、これは、接見の機会が保障されても、その内容が上記各機関等に知られるようなことがあれば、両者のコミュニケーションが覚知されること

2) 弁護人の実質的援助を確保するために、自由な秘密接見が保障されなければならないこと、本来、信書発受、電話を含むあらゆるコミュニケーション手段について、自由と秘密性が保障されるべきことについて、葛野尋之『刑事手続と刑事拘禁』（現代人文社、2007年）331～352頁参照。

3) 最大判1999年3月24日・民集53巻3号514頁。

4) 大阪地判2004年3月9日・判例時報1858号79頁。

によってもたらされる影響を慮ってそれを差し控えるという、いわゆる萎縮的効果を生ずることにより、被告人等が実質的かつ効果的な弁護人の援助を受けることができないことも十分に予想されるからである」としている（控訴審・大阪高裁の2005年1月25日判決⁵⁾もこれを支持。最高裁の2007年4月13日上告不受理決定により確定）。また、志布志接見国賠事件において、鹿児島地裁2008年3月24日判決（確定）⁶⁾は、「刑訴法39条1項が被告人らが弁護人と立会人なくして接見することができる」と規定しているのは、被告人らが弁護人から有効かつ適切な援助を受ける上では、被告人らが弁護人に必要かつ十分な情報を提供し、弁護人から被告人らに適切な助言をするなど自由な意思疎通が捜査機関に知られることなくなくなされることが必要不可欠であると考えられることに基づくものであるが、これは接見内容が捜査機関に知られることになれば、これを慮って、被告人らと弁護人の情報伝達が差し控えられるという萎縮的効果が生じ、被告人らが実質的かつ効果的な弁護人の援助を受けることができなくなると解されることによる」としている。これらの判決において、秘密接見の保障が、自由なコミュニケーションを通じて、被疑者・被告人に対する弁護人の援助の実効性を確保するうえで不可欠であることが示されている。弁護人の実質的援助の保障としての弁護権は、自由な秘密接見の保障を内包するのである。

他方、刑訴法440条1項は、「検察官以外の者は、再審の請求をする場合には、弁護人を選任することができる」と定め、再審請求人（以下、弁護権の保障に関連して、検察官以外の請求人をいう。また、後述するように、この弁護権の保障は、再審の請求をする場合において請求前にも及ぶところ、弁護人を選任した再審請求前の請求権者を含めて再審請求人という）の弁護権を保障している。しかし、同条2項が、「前項の規定による弁護人の選任は、再審の判決があるまでその効力を有する」と規定する以外、弁護権の具体的あり方を定めた条項は存在せず、再審請求人と弁護人との接見に関する具体的規定もない。刑事被収容者処遇法においては、両者の面会について、制限規定がおかれている。すなわち、刑訴法上、再審開始決定が確定した後は、請求人は被告人の地位を獲得することか

5) 大阪高判2005年1月25日・訟務月報52巻10号3069頁。

6) 鹿児島地判2008年3月24日・判例時報2008号3頁。

ら、刑事被収容者処遇法145条によって、逮捕・勾留された被疑者・被告人としての未決拘禁者の場合と同様、同法117・118条による場合を除き、自由な秘密面会が認められているのに対し、再審請求人と弁護人との面会については、受刑者の場合には同法112条によって、死刑確定者の場合には同法121条によって、刑事施設長の指名する職員の立会が定められている。

このような刑訴法および刑事被収容者処遇法の規定をみたとき、再審請求人と弁護人との接見はどのように保障されるべきか、自由な秘密接見は保障されるべきか、刑訴法39条1項は準用されるべきか、という問題が浮かび上がってくる。これらは、再審弁護のあり方を左右する重要問題である。再審弁護のあり方が、再審請求の権利がどれほど実質的に保障されているか、無辜の救済に向けて、再審制度がどれほど有効に機能しうるかを決定することになる。現在に至るまで、秘密接見が認められた例が散見されるものの、職員の立会がなければ接見を許可しないとされた例も多く、これに関して実務の対応は一様でない⁷⁾。以下、本稿は、これらの法的問題を検討し、再審請求人と弁護人とのあいだに、自由な秘密接見が保障されるべきことを明らかにする。

2 問題解決の四つのアプローチ

本稿は、このような結論へと至るうえで、四つのアプローチに沿って法的問題の検討を進める。

第1のアプローチは、刑訴法440条1項による再審請求人の弁護権の実質化というものである。再審制度は、誤判からの無辜の救済を理念とする。刑訴法435条による再審請求の権利を実質化するために、刑訴法440条1項は、請求人に対して弁護権を保障している。無辜の救済に向けて再審制度が有効に機能するため

7) 2007年8月13日の愛知県弁護士会会長談話「死刑確定者である再審請求人と弁護人との秘密交通の完全実施を求める」(愛知県弁護士会ホームページ<http://www.aiben.jp/page/frombars/topics2/293himitsukoutsu.html>)によれば、名張事件の再審請求において、名古屋拘置所は、2007年8月8日、死刑確定者である再審請求人の奥西勝氏と再審弁護団長(主任弁護人)との接見について、職員の立会を付さなかったが、その後の接見について秘密接見を保障するわけではなく、個別の接見申込ごとに職員の立会を付すかどうか判断するとの立場を表明しているという。

には、請求手続において請求人の請求趣旨が可能な限り反映されなければならない、そのためには弁護人の実質的援助が不可欠である。また、再審弁護においては、請求人から直接事情を聴取し、事実と証拠を検討するなど、請求人と弁護人とのコミュニケーションは特別に重要である。請求人が拘禁されている場合、このような弁護人の実質的援助が確保されるためには、請求人と弁護人とのあいだに、自由な秘密接見が保障されなければならない。自由な秘密接見の保障を欠くとき、弁護人の援助の実効性は確保されず、再審請求人の弁護権は実質的制約を余儀なくされる。これは、再審請求の権利の実質化という趣旨に反する。

第2のアプローチは、刑訴法39条1項の準用というものである。最高裁の白鳥・財田川決定のもと、再審請求手続は、新旧全証拠の総合評価に基づき、確定判決の有罪認定に合理的疑いが生じるかどうかを判断する手続として規定される。このような判断を行う点において、請求手続は公判手続との共通性を有している。このとき、無辜の救済に向けて再審制度が有効に機能するために、請求手続においては、請求人の請求趣旨が可能な限り反映されるよう、その実質的関与が強化されなければならない、請求人の手続的権利の保障をとまなう当事者主義構造が要請される。手続構造においても、請求手続と公判手続のあいだには共通性が認められる。このような性質・構造における両手続間の共通性からすれば、手続的権利の十分な保障をとまなう適正な手続のもと、証拠の適切な評価に基づき、正確な事実認定を確保するという刑事弁護の目的は、再審請求手続においても、公判手続と同じく妥当する。刑訴法440条2項は、請求手続と公判手続を通じて一貫した再審弁護が提供されるべきことを予定しているが、このことからすれば、請求手続においては、再審公判手続において被告人に適用される弁護に関する規定が、刑訴法39条1項を含め、準用されるべきである。

これら二つのアプローチに関連して、自由な秘密接見の保障は、憲法34条の弁護権をその基盤におくことによって、強固な憲法的基礎を有することとなる。すなわち、憲法34条の弁護権は、司法的コントロールを通じて違法な拘束から身体を解放するための手続保障としての性格を有するが、この弁護権は、身体を拘束された被疑者・被告人だけでなく、拘禁された再審請求人に対しても保障される。身体を拘束された被疑者・被告人の場合、憲法34条の弁護権は、刑訴法

39条1項による自由な秘密接見の保障として具体化されている。再審請求人の弁護権は、憲法34条の弁護権によって基礎づけられているものであるがゆえに、被疑者・被告人の場合と同様、自由な秘密接見の保障を内包するものとして具体化されていると理解すべきである。

第3のアプローチは、国際人権法による弁護権に基づくものである。市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下、自由権規約）14条3項(c)は、「刑事上の罪の決定」のための手続において弁護権を保障し、同項(b)は、同じく弁護人とのコミュニケーションを保障している。国際人権法において、弁護権を実質化するため、弁護人とのコミュニケーションについては、自由と秘密性が保障されている。再審請求手続は、「刑事上の罪の決定」そのものに関する手続ではないにせよ、これら弁護権の保障は、請求手続から公判手続を通じて、再審手続全体にわたる裁判の公正さ（自由権規約14条1項）を確保するために不可欠であることから、公判手続のみならず、請求手続にも及ぼされるべきであり、したがって、請求人と弁護人とのあいだに、自由な秘密接見が保障されなければならない。

第4のアプローチは、国際人権法による裁判にアクセスする権利に基礎をおくものである。自由権規約14条1項は、刑事、民事を問わず、公正な裁判を受ける権利について規定しているが、その保障内容として、裁判にアクセスする権利を保障し、さらに、その権利を実質化するために、弁護士の法的援助を保障している。このとき、弁護士による法的援助の実効性を確保するために、自由な秘密接見が保障されている。刑訴法435条の定める再審請求の権利は、自由権規約14条1項による裁判にアクセスする権利を具体化したものであり、この権利を実質化するために、自由な秘密接見の保障をとまう弁護権が保障されることになる。このような弁護権が、刑訴法440条1項において具体化されている。また、憲法32条も、裁判を受ける権利の保障のもと、裁判へのアクセスを保障しているから、弁護人による法的援助の実効性を確保するための自由な秘密接見の保障は、憲法32条の保障の趣旨からも導かれる。

以下、本稿は、これら四つのアプローチに沿いつつ、再審請求人と弁護人とのあいだに、自由な秘密接見が保障されるべきことを論じる。

Ⅱ 再審請求人と弁護人との接見をめぐる現行法と実務

1 再審請求人の弁護権

再審請求の理由は、刑訴法435条に列挙されているが、そのうち、実務上最も重要なのは、無罪などを言い渡すべき明らかな新証拠を発見したとき（6号）である。再審請求のほとんどは、この理由に基づくものである。この場合について、再審請求は、おおむね次のような手続により行われる。すなわち、再審請求にあたって、請求人は趣意書と原判決の謄本、そして新証拠（証拠書類および証拠物）を管轄裁判所（刑訴法438条）に提出する（刑訴規則283条）。通常、この趣意書またはその補充書において、後述する最高裁の白鳥・財田川決定の枠組みに従い、証拠構造を分析し、旧証拠の証拠評価を行い、それに新証拠を加えた全証拠の総合評価の結果、確定判決の有罪認定に合理的疑いが生じたことが、請求人の主張として提示される。裁判所は請求人の請求趣旨を前提にしつつ、検察官に対して意見を求めたうえで（刑訴規則286条）、必要に応じて事実の取調べを行い（刑訴法445条・43条3項）、請求が不適法または理由がないときは、決定を持ってこれを棄却し（刑訴法446条・447条1項）、理由があるときは再審開始を決定する（同448条1項）⁸⁾。

刑訴法339条1項が、「有罪の言渡を受けた者」その他の再審請求権者を定めたうえで、刑訴法440条1項は、「検察官以外の者は、再審の請求をする場合には、弁護人を選任することができる」と定め、請求人に対して弁護人の援助を受ける権利を保障している⁹⁾。後述するように、請求人にとって、確定判決の有罪認定を検討し、新証拠を発見・収集し、再審理由となる主張を構成し、請求趣意書を作成・提出し、請求手続を進めるうえで、専門法曹としての弁護人の援助はきわめて重要である。請求人が拘禁されている場合には、ほとんど不可欠といってよい。

しかし、再審請求手続において、請求人に対する弁護人の援助には、重大な制限が課されてきた。かつて、弁護士の竹澤哲夫は、請求人が拘禁されている場合、弁護人との接見が「請求を維持遂行するにつき重要な役割をもつことは多言を要

8) 水谷規男「再審法理論の展望」村井敏邦＝川崎英明＝白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法（下）』（日本評論社、2007年）530～531頁。

しない」としたうえで、その「実情は、刑務官の立会がつき、接見打合せの内容を逐一記録している」というものであり、後述する帝銀事件の例にあるように、「接見交通の内容を記録し、これを保管しているのが刑務所当局であってみれば、まさに『相手方』検察官に請求準備の段階から通じる結果になることは免れない」と指摘した¹⁰⁾。自由な秘密接見が保障されないことは、現在に至るまで同じである¹¹⁾。近時、刑事施設側が請求人と弁護人との秘密接見を許さず、刑事施設の職員が接見に立ち会った例が報告されている。広島国賠事件二件においてもそうであった¹²⁾。このような制限の結果、後述するように、再審請求人の弁護権は実質的制約を余儀なくされてきた（本稿Ⅲ2参照）。

2 接見制限の法的根拠

再審請求人と弁護人との接見に対する実質的制限については、どのような法的根拠が援用されてきたのか。

-
- 9) 刑訴法440条1項のもと、再審請求権者による弁護人の選任は、現に再審を請求した後だけでなく、請求前から認められる。請求権者から事情を聴取し、確定判決の有罪認定と証拠を検討し、新証拠を発見・収集し、再審理由にあたる主張を構成するなど、再審請求において請求準備段階の弁護活動こそ最も重要であることからすれば、このことは正当であろう。伊藤栄樹他編『新版・注釈刑事訴訟法（第7巻）』（立花書房、2000年）149頁〔白井滋夫＝河村博〕なども、請求前の弁護人選任を肯定する。京都地決1971年11月9日・判例時報657号100頁は、再審請求権者による弁護人の選任が請求前から認められることを前提として、弁護人による再審請求を適法とした。その理由として、同決定は、①再審請求は訴訟行為中いわゆる手続形成行為にあたり、その性質上代理に親しむこと、②刑訴法440条1項は「再審の請求をする場合には」と規定し、「した場合」としていないので、文理上、弁護人を代理人として再審を請求することが当然に包含されていると解されること、③刑訴規則283条は再審請求をする場合の手続を規定しているが、その趣旨からすれば、弁護人の専門的知識と経験が多く必要とされること、④新憲法下、弁護人の地位が重視され、その代理行為の範囲も広く認められていること、をあげた。最高裁判例は、弁護士による上訴申立の代理（最大判1949年1月12日・刑集3巻1号20頁）、同じく付審判請求の代理（最決1949年4月6日・刑集3巻4号469頁）を認めており、再審請求の代理を認めることは、これらの判例に整合的であるといえよう。
- 10) 竹澤哲夫「請求者の側からみた再審制度」刑法雑誌20巻1号（1974年）110頁。
- 11) 水谷・注8論文539頁。
- 12) 石口・武井国賠訴訟（広島地方裁判所平成20年（ワ）第2145号・損害賠償請求事件）、藤井・久保国賠訴訟（広島地方裁判所平成21年（ワ）第979号・損害賠償請求事件）。本稿は、これら二訴訟において、広島地方裁判所に対して、弁護団から提出された私の2009年8月22日付意見書をベースにしている。

第1に、身体を拘束された被疑者・被告人と弁護人とのあいだに自由な秘密接見を保障する刑訴法39条1項が、刑の確定を経て拘禁された再審請求人と刑訴法440条1項により選任された弁護人（以下、再審弁護人）との接見に対しては、適用ないし準用されないという理解が前提となっている。再審請求人は刑訴法上の「被疑者」・「被告人」にあらず、通常手続と請求手続とのあいだには性格・構造の違いがあることから、総則中の弁護に関する規定は適用されず、さらに、刑訴法39条1項が「被告人・被疑者のみにかかることはその文理上明らかであるうえに、有罪の確定判決に基づき受刑中の者との接見や物件の授受はもっぱら監獄法、同法施行規則等によって律せられている」から、その準用もないとの理解が支配的だったからである¹³⁾。通常手続の被疑者・被告人と死刑確定者とのあいだの法的地位の違いを強調して、刑訴法39条1項の準用を否定した下級審判例もある¹⁴⁾。

第2に、接見の実質的制限を積極的に根拠づけてきたのは、刑事拘禁法の規定である。具体的な根拠規定は、監獄法の全面改正によって変化した。

旧監獄法のもとでは、上述の刑訴法解釈に立って、再審弁護人は、無立会の接見を定めた同法施行規則127条1項ただし書や、接見の時間制限を排除した同規則121条ただし書にいう「弁護人」には含まれないと理解された。そのうえで、これら規則の本文に基づき、立会、時間制限などの接見制限が行われていた。また、請求人が死刑確定者である場合、かつては未決被拘禁者の場合に準じる取扱いを定めた旧監獄法9条のもと、無立会の接見が認められていたものの、昭和38年3月15日付矯正局長通達甲第96号が発せられた後、帝銀偽証事件も与って、弁護人接見にも職員の立会が付されるようになったという¹⁵⁾。

2007年6月1日施行の刑事被収容者処遇法のもとでは、被収容者が未決拘禁者でない場合、あるいは通常手続の被疑者・被告人の地位にない場合には、弁護人以外の者との面会について、受刑者であれば、職員立会を認める112条により、死刑確定者であれば、職員立会を原則とする121条により、職員の立会がなされ

13) 伊藤他・注9書148～150頁〔白井＝河村〕。

14) 東京地決1989年3月1日・訟務月報35巻9号1702頁。これについては、後述する。

15) 日本弁護士連合会編『続・再審』（日本評論社、1986年）385～386頁。

ている。ただし、受刑者の場合、同法112条ただし書によって、「自己に対する刑事施設の長の措置その他自己が受けた処遇に関し弁護士法……第3条第1項に規定する職務を遂行する弁護士」などとの面会については、原則として職員立会が排除されている。刑事被収容者処遇法の制定に先立ち、2003年12月22日に発表された『行刑改革会議提言』¹⁶⁾は、より広く、重要な法的用務を処理するための弁護士面会については、「認めることが相当であり、面会方法についても、その用務等に応じて必要と認める場合は、職員が立会いをしないなどの配慮をすることが相当である」として、立会排除を原則とすべきことを示唆していた。これは、再審請求人と弁護人との接見を含む趣旨であろう。刑事被収容者処遇法の規定は、『提言』から後退したといわざるをえない。死刑確定者の場合にも、刑事被収容者処遇法121条ただし書により、「訴訟の準備その他の正当な利益の保護のためその立会い又は録音若しくは録画をさせないことを適当とする事情がある場合において、相当と認めるとき」は、職員立会を付さなくてもよいとされている。職員立会のほかにも、一時停止・終了(113条・122条)、相手方の人数、場所、日時・時間帯、時間、回数などに関する制限が認められている(114条・122条、刑事施設及び被収容者の処遇に関する規則69～75条)。

再審開始決定が確定した後は、刑事被収容者処遇法145条により、「被告人である被収容者」としての地位が認められ、未決拘禁者に関する規定が準用される結果、弁護士接見の立会いは排除される(116条参照)。これに対して、再審開始確定前の請求人については、同法145条の適用はなく、受刑者であれば112条が、死刑確定者であれば同法121条が適用されるとの理解に立って、実務は運用されている。受刑者である請求人と弁護人との面会は、112条ただし書の定める面会には該当しないとされている。死刑確定者の面会の立会省略に関する121条ただし書の運用について、平成19年5月30日矯正局長依命通達「被収容者の外部交通に関する訓令の運用について(依命通達)」24(4)は、「例えば、死刑確定者が受けた処遇に関して弁護士法第3条第1項に規定する職務を遂行する弁護士や、再審請求等の代理人たる弁護士との面会については、立会い等の措置の省略を適

16) 行刑改革会議『行刑改革会議提言——国民に理解され、支えられる刑務所へ』(2003年)
<http://www.moj.go.jp/KANBOU/GYOKEI/KAIGI/teigen.pdf>。

当とする事情があると考えられるところ、このような場合であっても、必ず立会い等の措置を省略すべきというのではなく、さらに、立会い等の措置の省略を相当と認めることが必要であり、その判断に当たっては、立会等の措置を省略することにより刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあると認められるかどうか、死刑確定者の心情を把握するため立会い等の措置を執ることが必要であるかどうかを個別に検討することが必要であること」としている。すなわち、再審請求人と弁護人との接見であれば、刑事被収容者処遇法121条ただし書における立会省略が適当な場合にあたるとしながらも、さらに個別具体的な面会ごとに、刑事施設の規律・秩序が阻害されるおそれ、死刑確定者の心情把握のための必要などを考慮して、相当と認められる場合に限り、立会省略がなされるべきというのである。現在、死刑確定者である再審請求人と弁護人との接見について職員立会が行われているのは、この通達がいうような刑事施設の実質判断に基づき、立会省略の相当性が認められなかったことの結果なのであろう¹⁷⁾。

時間制限、職員立会など、自由な秘密接見に対する制限は、このように正当化されてきた。しかし、制限を認める立場においては、刑訴法440条1項により再審請求人に対して弁護権が保障されていることの意義が、十分深く検討されているとはいえない。請求人が「被疑者」・「被告人」にあらず、請求手続と通常手続とのあいだに性格・構造の相違があることはたしかである。再審請求人と弁護人とのあいだの自由な秘密接見を明記する条項もない。しかし、以下論じるように、再審請求の権利を実質化するために、再審請求人に対して弁護権が保障されていることの意義を実質的に捉え、弁護人の援助の実効性を確保しようとするとき、自由な秘密接見が保障されるべきことになる。

17) 2008年、自由権規約の国内実施に関する第5回政府報告書の審査にあたり、規約人權委員会の事前質問に対して提出された日本政府回答においては、「2007年6月1日に施行された刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律では、……死刑確定者と再審請求弁護士との面会については、個別の事案ごとに、立会い等の省略を相当とする事情の有無や、立会い等の省略により刑事施設の規律及び秩序の維持に及ぼす影響、死刑確定者の心情把握の必要性等を考慮しながら、立会等の省略が相当と判断した場合には、これを省略することができる旨定められている」とされている（外務省ホームページ http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/jiyu_kaito.pdf）。

Ⅲ 弁護権の実質化と自由な秘密接見

1 再審請求手続と弁護権の保障

刑事裁判は、どれほど適正に運用されたとしても、誤判の危険から完全に免れることはできない。それゆえ、再審は、「非常救済手段とはいえ、裁判には不可欠な制度」である¹⁸⁾。憲法39条が二重の危険の禁止を定めたことにともない、不利益再審が禁止されたことによって、再審は端的に誤判からの「無辜の救済」のための制度として位置づけられた¹⁹⁾。無辜の救済に向けて再審制度が有効に機能することが、刑事裁判が制度全体として健全性を確保するために不可欠とされるのである。

刑訴法440条1項により再審請求人が弁護権を保障されているのは、刑訴法435条・436条による再審請求の権利を実質化し、再審制度を有効に機能させるためである。再審請求手続において、請求人は再審請求の趣意書（刑訴規則283条）、同補充書、事実取調べ請求書などを作成・提出し、証人尋問、請求人質問などを行ったうえで、最終意見（刑訴規則286条）を明らかにする。趣意書の記載内容は、法律や規則により規定されていないが、最低限の内容として、請求人、請求の趣旨、再審の理由、再審理由となる新規・明白な証拠などを明記するものとされている²⁰⁾。このような請求手続からすれば、それを「すすめるために専門法曹たる弁護士の援助は不可欠であり」、同条項が弁護権を保障したのは「当然の規定」だとされている²¹⁾。

弁護士の岡部保男は、再審請求を行うにあたって、①確定記録の検討、事件現場の調査などによる事件の全体像の把握、②確定有罪判決の証拠構造の検討、③供述証拠や鑑定の採否・判断などについて確定判決の弱点の解明、④新証拠の発見・確保、⑤確定訴訟記録がない場合にはその復元の努力、が必要になるとしている。とくに、新証拠の発見・確保については、新証拠の「創造」と表現したう

18) 田宮裕「再審の指導理念」鴨編・注1書19頁。

19) 田宮裕『一事不再理の原則』（有斐閣、1978年）294頁。

20) 岡部保男「再審請求はどのように行うか」竹澤哲夫＝渡部保夫＝村井敏邦編『刑事弁護の技術（下）』（第一法規、1994年）100頁。

21) 藤永幸治＝河上和雄＝中山善房『大コンメンタール・刑事訴訟法（第7巻）』（青林書院、2000年）110頁〔高田昭正〕。

えで、「新証拠がすでにあるにあってこれを発見するというものではなく、弁護人が事件全体の構造を把握したうえで、原判決を覆すに足る証拠はなにであるかを見定めて、これに適合する証拠を、事実のなかから、関係者のなかから、科学的分析のなかから、つかみ出し、証人として、鑑定人として、物証として、証拠書類として、検証請求として、『創造』して、再審請求審理に持ち込むものである」と説いている²²⁾。このようにして再審請求を効果的に進めるためには、弁護人の援助がほとんど不可欠といえるであろう。請求人が拘禁されている場合、請求人自らの能動的・積極的準備活動が制約を免れないことから、そのことはいっそう強く妥当する²³⁾。

再審請求手続において弁護権の保障が本質的に重要であることは、請求手続の性格・構造によっても基礎づけられる。誤判からの無辜の救済という再審の制度理念のもと、最高裁の白鳥・財田川決定は、再審請求手続の性格・構造を再規定した。1975年、白鳥決定は、刑訴法「435条6号にいう『無罪を言い渡すべき明らかな証拠』とは、確定判決における事実認定につき合理的な疑いをいだがせ、その認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠をいうものと解すべきであるが、右の明らかな証拠であるかどうかは、もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、はたしてその確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点から、当の証拠と他の全証拠と総合的に評価して判断すべきであり、この判断に際しても、再審開始のためには確定判決における事実認定につき合理的な疑いを生ぜしめれば足りるという意味において、『疑わしいときは被告人の利益に』という刑事裁判における鉄則が適用されるものと解すべきである」と判示した。翌1976年、財田川決定は、これを敷衍し、「疑わしきは被告人の利益に」という「原則を具体的に適用するにあたっては、確定判決が認定した犯罪事実の不存在が確実であるとの心証を得ることを必要とするものではなく、確定判決における事実認定の正当性についての

22) 岡部・注20論文96～100頁。

23) 免田栄『獄中ノート』（インパクト出版会、2004年）77～80頁、95頁以下によれば、免田事件の再審請求においても、当初独力による再審請求は困難を極め、3次請求後、弁護人の援助を受けたことによって、ようやく再審請求の準備を効果的に行うことが可能になったとされる。

疑いが合理的な理由に基づくものであることを必要とし、かつ、これをもつて足りると解すべきであるから、犯罪の証明が十分でないことが明らかになった場合にも右の原則が当てはまるのである」と判示した。すなわち、再審開始の要件としての新証拠の「明白性」は、新証拠それ自体によってではなく、確定有罪判決の証拠構造（すなわち、「原判決の有罪認定とその証拠関係」〔白鳥決定〕ないし「確定判決の有罪認定とその対応証拠の関係」〔財田川決定〕）を確認し、旧証拠に新証拠を投入して、旧証拠を再評価したうえで新旧全証拠を総合評価した結果、「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則に従って、確定判決の有罪認定に合理的疑いが認められることをいうとしたのである²⁴⁾。

白鳥・財田川決定によって、再審請求手続の性格がこのように規定されるとき、請求手続における請求人の実質的関与を強化しなければならず、そのための手続保障として、弁護人の援助が保障される必要がある。三井誠は、①無辜の救済のための利益再審という制度目的からすれば、憲法31条の要請として、請求人の請求趣旨を可及的に反映するような手続構造が設定されるべきこと、②請求手続は一種の訴訟手続であり、再審請求理由の大多数を占める刑訴法435条6号に関する判断について、「その内実は事実の取調べ（法445条）が主軸をなし、同号にいう『明白性』の審理は罪責問題そのものの審理とはいいいくいがそれに近いもの——実際上は公判審理と同種のもの——である」こと、③請求手続の審理が公判審理と同種のものであることは、白鳥・財田川決定も認めるところであること、④請求手続に関する刑訴法・刑訴規則の規定は旧法を踏襲したものが多いが、「現行法上の再審規定の解釈は、利益再審への転換を基軸にして現行法の基本構造・原則に沿って独自に展開されてよ」いから、現行法の規定は、「意見聴取を例示的に定め、その他は請求人側の手続的権利保障をできるだけ広範囲に認める余地を残した趣旨」と理解できることを指摘し、これらのことから、請求人の実質的関与を確保するために、その手続的権利の保障を強化すべきと論じて

24) 白鳥・財田川決定の意義について、とくに、川崎英明『刑事再審と証拠構造論の展開』（日本評論社、2003年）1～27頁、加藤克佳「最高裁白鳥決定・財田川決定を学ぶ」季刊刑事弁護34号（2003年）参照。明白性判断をめぐるその後の判例と学説の展開について、水谷・注8論文参照。

いる。三井誠が指摘するように、白鳥・財田川決定を契機として、実務においても、かつての「請求人不関与構造」が克服され、請求人の請求趣旨が十分汲み取られるよう、その実質的関与と手続的権利の保障が進展してきた²⁵⁾。このような手続的権利として最も重要なのは、弁護権の保障であろう。無辜の救済に向けて再審制度を有効に機能させるために、請求手続において請求人の請求趣旨が可能な限り反映されるよう、その実質的関与を確保しようとするとき、弁護人の援助こそが不可欠だからである。

2 接見制限による弁護権の実質的制約

再審請求手続において弁護人の実効的な援助が確保されるためには、請求人と弁護人とのコミュニケーションが十全に保障されなければならない。それが欠けるならば、再審請求人に対する弁護人の援助は実効性を失い、再審請求の権利の実質化という趣旨に反する結果となる。請求人が拘禁されている場合、弁護人とのコミュニケーション手段として最も重要なのは接見である。しかし、刑訴法440条1項による弁護権の保障にもかかわらず、自由な秘密接見は保障されていない。請求人と弁護人との接見は、刑訴法39条1項の適用・準用を受けることはなく、時間制限、職員立会など、刑事拘禁法上の制限に服すべきとされているからである。このような接見制限によって、再審請求人の弁護権は実質的制約を余儀なくされ、再審請求を行ううえで、現実的障害も生じたのである。

たとえば、岡部保男は、「再審請求は……高度な専門的知識を必要とするばかりか、事実関係、証拠関係について実に詳細な検討が必要である。そして、その検討は、再審請求を行う準備の段階においてより必要とする。したがって、再審請求の前後を通じて、弁護人との打合せは必要不可欠である」としたうえで、請求人と弁護人との接見に施設職員が立ち会い、その内容がすべて聴取され、逐一記録化されることによって、「事件の核心にふれて、詳細な打合せをすることは不可能である」と指摘している。なぜなら、第1に、「打合せの秘密が守られない」という状況のもとでは、「けっして真実に迫ることはできない」からである。第

25) 三井誠「再審手続の構造」鴨・注1書169～173頁。

2に、立会職員の記録がその主観によって「いかようにも表現され、どのように事実が歪曲されるかもしれない危険があり」、さらに「その記録が行刑当局によって、なんらかの資料として利用される」おそれがあるからである。第3に、帝銀事件の再審請求審においてのように、「この記録が再審請求の審理を担当している裁判所によって、再審請求の理由の有無の判断の一資料に利用されるおそれがある」からである。岡部保男は、「再審請求人と弁護人との間に秘密交通権が保障されないならば、再審請求を行う第一歩の段階で重大な支障に直面する」としている²⁶⁾。

1977年に公開された日本弁護士連合会編『再審』によれば、「再審の段階での弁護活動にはさまざまな障害があつて弁護を全うすることが困難な状態におかれているのが実情である」が、その「最初の障害が接見の問題である」という。すなわち、死刑確定者の場合を含め、請求人が自由を拘束されているとき、「弁護人が請求人との打合せのために面会に行くと、傍らに刑務官が腰掛けてその内容を克明に記録している」。たとえば、帝銀事件においては、1965年3月11日の再審請求棄却決定に至る過程で「宮城拘置所から請求人にかかる接見簿等を職権で取り寄せて判断資料としていたことがその棄却決定中に判示され」た。「請求人と弁護人との接見が刑務当局によって記録され、それが法務・検察当局に直ちに通じ、さらには再審裁判所が一方的に弁護人不知のあいだにこれを取り寄せ判断資料とするごときことは、弁護権の否認に通じ、かくてはとうてい弁護人・請求人の訴訟活動を全うすることはできない」という。また、後に再審無罪が確定する財田川事件においても、大阪拘置所に収容中の請求人谷口繁義氏との接見について、「弁護人が谷口と接見するたびに、拘置所当局に対して、刑務官の立会をやめ、弁護人の秘密交通権を補償するよう要求してきたが、拘置所はこれを拒否し、毎回、刑務官が立ち会い、接見中のやりとりをすべて記録している。このような状態では請求人がいいたいこともいえず、弁護人は聴きたいことも聴けない。刑務官がどのように、そのやりとりを誤解・歪曲して記録し、あるいは上司に報告するやもしれぬ不安があり、さらにその報告がそのようにゆがんで検察

26) 岡部保男「再審請求手続の実態と問題点」法と民主主義82号（1973年）8頁。

官・裁判官に通ずるかもしれないという恐れはぬぐいきれない」という。財田川事件再審請求における弁護活動は、「記録の検討と請求人を含む事件関係者からの事情聴取、現場関係者の調査を繰り返し行うことから始まった」という。もちろん訴訟記録の検討は重要であるものの、「もともと訴訟記録は、基本的には検察官の有罪立証の記録であって、請求人の側に有利なものは顕出されていない場合が多」い。それゆえ、「請求人からの事情の聴取は再審遂行上重要な位置を占める」というのである²⁷⁾。

同じく後に再審無罪が確定する松山事件においても、請求人と弁護人との接見について、秘密性の保障がなかったことが報告されている。弁護士の高田正夫は、「再審を準備しこれを遂行してゆくためには、請求人及び弁護人にとってその打合せのための接見交通が重要な役割をもつ」にもかかわらず、松山事件の場合、昭和40年頃から「刑務官の立会がつき接見打合せの内容を逐一記録するようになった。他の再審事件でも問題になったが、その記録を再審裁判所が押収取調べの対象にする可能性が現実にある以上、この点からも再審は大きな制約を受けている」と指摘している²⁸⁾。

さらに、1986年に公刊された日本弁護士連合会編『続・再審』も、「刑務官が請求人の傍らに付き、弁護人と請求人と接見・打合せに立ち会い、接見の内容や状況を克明に記録しているのが」なお「現状である」としている²⁹⁾。

このように、再審請求人と弁護人とのあいだに、自由な秘密接見が保障されていないことによって、刑訴法440条1項による請求人の弁護権は実質的制約を受け、再審請求を行ううえで現実的支障が生じている。再審弁護において、請求人から直接事情を聴取し、事実と証拠を検討する機会として、接見がことのほか重要であることからすれば、この弁護権の制約は、まさに急所を突かれるような重大なものである。このような接見制限が、現在に至るまで続いている。

27) 日本弁護士連合会編『再審』（日本評論社、1977年）122～124頁。かつて死刑確定者である請求人と弁護人との接見には立会がつかなかったが、1965年の帝銀偽証事件をきっかけとして、弁護人との接見にも職員立会を付すことが一般化したという。

28) 高田正夫「再審担当弁護人からみた検察官、裁判官——松山事件を中心に」自由と正義28巻4号（1977年）70頁。

29) 日弁連・注15書385頁。

3 弁護権の実質化のための自由な秘密接見の保障

時間制限、職員立会などの接見制限は、上述のように、再審請求人が「被疑者」・「被告人」にあらず、両者の法的地位が異なることを根拠にして、刑訴法39条1項の適用・準用が否定されることによって正当化されてきた。しかし、これに対しては、自由な秘密接見が保障されるべきとの見解も有力に主張されてきた。再審請求人の弁護権を実質化するためにである。

岡部泰昌は、最高裁白鳥決定の直後、無辜の救済に向けて再審制度が有効に機能するよう、請求手続の「当事者主義的構成」を進展させ、デュー・プロセスを強化する必要があるとしたうえで、弁護人の援助の実効化を提起している。岡部泰昌は、接見の時間制限、職員立会、確定記録の閲覧・謄写の制限などにより、請求人の弁護権に重大な制約が課されていることを指摘し、「デュー・プロセス、法の下での平等保護の見地から、請求人に対して、被告人に保障されている国選弁護人選任権、自由な接見交通権、確定記録の閲覧・謄写権、検察官手持証拠の開示請求権などを差別なく保障することが現下の急務」であると論じている³⁰⁾。また、高田卓爾は、刑訴法440条の趣旨について、再審請求に関する「手続の性質上むしろ法律専門家である弁護人（弁護士たる）の関与を認めるのが妥当である」としたうえで、弁護人の資格を弁護士とする刑訴法30条1項などと同じく、「39条は準用を認めるべきである」としている³¹⁾。松尾浩也監修・松本時夫＝土本武司編集代表『条解刑事訴訟法（第3版）』は、「捜査手続または公判手続を前提とする総則中の弁護に関する諸規定……は、原則として適用がない」とする一方、刑訴法440条は「再審請求者の利益保護のために弁護人の関与を認めたものであるから、本条の趣旨に副う規定、例えば、39条の適用はあるものと解すべき」と論じている³²⁾。田宮裕も、「弁護人である以上、39条、40条の規定も準用され

30) 岡部泰昌「再審請求手続の構造と請求人の権利」ジュリスト601号（1975年）52～54頁。「当事者主義的構成」を進めつつも、片面的構成によるデュー・プロセスの強化とともに、二重の危険禁止の法理のもと、利益再審のみが許されていることから、請求手続において検察官が請求人に不利な主張・立証を積極的に行うことは制限されるとしている（53頁）。

31) 平場安治他『注解刑事訴訟法（全訂新版）』（青林書院新社、1983年）348～349頁〔高田卓爾〕。

よう」としている³³⁾。

さらに、高田昭正は、弁護に関する刑訴法の総則規定は「公開主義・口頭主義・弁論主義をとらない捜査手続もカバーする」から、たんに再審請求手続と通常手続との性格・構造の違いによって、総則規定の不適用を正当化することはできないとしたうえで、「再審は、誤った確定有罪判決を受けた市民が尊厳を回復するため、冤罪を正す訴訟活動を主体的に尽くす手続となるべきものである。刑事手続に引き込まれた市民の尊厳と主体的地位・主体的防禦権を擁護するという点で、捜査弁護・公判弁護の課題と再審弁護の課題は同じである。それゆえ、弁護に関する総則規定は、再審請求手続についても適用がある」と論じている。むしろ、「再審弁護の重要性と困難性に鑑み、その実効的保障は通常手続よりも強められなければならない」のであり、刑訴法440条は、再審請求人について「総則が定める弁護権をもつことを確認した」ものであると説くのである。高田昭正によれば、再審は有罪判決言渡後の非常救済手続であるから、刑訴法総則の「起訴後弁護（被告人弁護）に関する規定を適用すべき」であり、接見交通権についていえば、「再審請求人が選任した弁護人は、有罪を言い渡された刑事施設収容中の者と立会いなしに接見し……、書類等の授受をすることができねばならない」とされる³⁴⁾。

再審請求人に対する弁護人の援助の実効性を確保するために、自由な秘密接見が保障されなければならない。刑訴法440条1項による弁護権は、自由な秘密接見の保障を内包するのである。

もともと、刑訴法39条1項による秘密接見の保障は、「被告人等とその弁護人との間において、相互に十分な意思の疎通と情報提供や法助言の伝達等が、第

32) 松尾浩也（監修）・松本時夫＝土本武司（編集代表）『条解刑事訴訟法（第3版）』（弘文堂、2003年）957頁。

33) 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、1996年）509頁。検事の山本和昭は、「再審請求人の援助を全うするためには、請求人の弁護人とが相互に連絡をとり、資料収集及びその検討に十全を期す必要がある」とし、ドイツにおいて秘密接見が保障されていることを指摘したうえで、そのためには、請求人と弁護人との接見交通権の保障が「最も重要であるが、刑事訴訟法39条なみの保護を与えるかどうかを中心に監獄法改正作業の上で検討される問題となろう」としている（山本和昭「刑事再審の構造と立法上の問題点」法律のひろば29巻12号〔1976年〕12頁）。

34) 藤永＝中山＝河上・注21書111～112頁〔高田〕。

三者、とりわけ捜査機関、訴追機関及び収容施設等に知られることなく行われることが、弁護人から有効かつ適切な援助を受ける上で必要不可欠なものであるとの考えに立脚するものであり、「これは、接見の機会が保障されても、その内容が上記各機関等に知られるようなことがあれば、両者のコミュニケーションが覚知されることによってもたらされる影響を慮ってそれを差し控えるという、いわゆる萎縮の効果を生ずることにより、被告人等が実質的かつ効果的な弁護人の援助を受けることができないことも十分に予想されるから」であった³⁵⁾。自由な秘密接見の保障が欠けるならば、弁護人の援助は実効性を保持しえないのである。

このことは、再審請求人の弁護権についても同じであろう。しかも、再審弁護においては、上述のように、請求人から直接事情を聴取し、事実と証拠を検討するなど、請求人と弁護人との接見はひときわ重要である。自由な秘密接見の保障がないとき、請求人と弁護人とのコミュニケーションは抑制を余儀なくされ、再審請求人の弁護権は実質的制約を受けることになる。このことは、再審請求の権利の実質化という趣旨に反する。これまでの再審弁護の実践は、その障害を乗り越えようとするものであった。しかし、再審請求に現実的障害も生じてきた。そうであればこそ、弁護人の援助の実効性を確保するために、自由な秘密接見が保障されなければならない。そのことが、再審請求の権利を実質化し、再審制度を有効に機能させるため前提的要請なのである。

また、自由な秘密接見の保障は、一貫した再審弁護のためにも要請される。すなわち、刑訴法440条2項は、「前項の規定による弁護人の選任は、再審の判決があるまでその効力を有する」と定めているが、この規定は、再審請求手続から開始決定が確定した後の公判手続を通じて、弁護人の一貫した援助が保障されるべきことを前提としている。一貫した再審弁護こそが、再審請求の権利を実質化するうえで効果的であろう。このとき、再審公判手続においては、刑訴法39条1項により、「被告人」と弁護人との自由な秘密接見が保障されると理解されている。請求手続の段階から自由な秘密接見が保障されないとすれば、たとえ再審開始決

35) 大阪地判2004年3月9日・判例時報1858号79頁。

定が確定した後になってそれが保障されたとしても、請求手続から公判手続を通じての一貫した再審弁護の保障という刑訴法440条2項の趣旨に反することになるであろう。それゆえ、同条1項の弁護権は、請求手続においても、自由な秘密接見の保障を含むものと理解されなければならないのである。

4 刑事被収容者処遇法上の取扱い

再審請求人と弁護人との接見については、上述のように、刑事被収容者処遇法のなかに制限を許すかのような規定が存在している。刑訴法440条1項のもと、再審請求人の弁護権を実質化するために、自由な秘密接見が保障されているとの理解に立つとき、これらの制限規定については、どのように理解すべきか。刑訴法39条1項により秘密接見を保障されている未決拘禁者については、刑事被収容者処遇法においても、職員の立会は排除されていた(116条参照)。再審開始決定が確定した後も、同法145条により、「被告人である被収容者」としての地位が認められ、未決拘禁者に関する規定が準用された。再審請求人についても、刑訴法440条1項の要請として、自由な秘密接見が保障されるべきことは未決拘禁者の場合と同じであるから、刑事被収容者処遇法においては、未決拘禁者と弁護人との面会に関する規定が準用されるべきであろう。

かりに、この準用が認められない場合でも、制限規定の限定解釈によって、面会機会の制限と職員立会は排除されなければならない。

まず、接見機会の確保についてはどうか。刑事被収容者処遇法においては、受刑者についても(111条1項2号)、死刑確定者についても(120条1項2号)、「法律上……の重大な利害に係る用務の処理のため面会することが必要な者」との面会については、特別な例外的場合を除いて、許可されるべきと定められている。刑訴法440条1項により再審請求人が選任した弁護人は、これにあたるものとして、面会が許可されるべきである。平成19年5月30日矯正局長依命通達「被収容者の外部交通に関する訓令の運用について(依命通達)」も、「民事訴訟や再審請求等について委任又は相談を受けている弁護士等」がこれに該当するとしている(受刑者について1(2)イ、死刑確定者について24(1))。再審請求人と弁護人との接見について、刑事施設が、個別具体的な機会ごとに、重大な法的用務の処理

のため面会が必要かどうかを判断し、必要がないと認めたならば面会を不許可にしてよいと理解すべきではない。そのような面会内容にまで立ち入った実質的な必要性判断に基づく不許可を認めたならば、恣意的判断を完全に排除することはできず、また、判断が不安定なものとなり、結果的に自由な接見の保障は失われるからである。

秘密性の確保についてはどうか。刑事被収容者処遇法において、受刑者については、面会への職員立会が認められつつも、「自己に対する刑事施設の長の措置その他自己が受けた処遇に関し弁護士法……第3条第1項に規定する職務を遂行する弁護士」などとの面会について、「刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあると認めるべき特別の事情がある場合」を除き、職員立会が排除されている（112条）。また、死刑確定者については、職員立会が原則とされつつも、「訴訟の準備その他の正当な利益の保護のためその立会い又は録音若しくは録画をさせないことを適当とする事情がある場合において、相当と認めるとき」は、立会の省略が認められている（121条）。

刑訴法440条1項の要請として秘密接見が保障されるべき以上、刑事被収容者処遇法によって、接見の秘密性を実質的に制限することは許されない。職員の立会は排除されるべきである。再審請求人と弁護人との接見については、受刑者の場合、自己の処遇に関する弁護士面会の場合と同じ扱いにより、職員立会を排除すべきである。「刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれ」があるとして、例外的に立会をさせることも許されない。実質的に考えても、再審弁護人との接見によって、刑事施設の規律・秩序が害される現実的危険が生じる可能性は、もし皆無でなくとも、きわめて僅少のはずであるから、それを理由にして職員を立ち合わせ、接見の秘密性を奪うことは過剰な制限といわざるをえない³⁶⁾。再審請求人が死刑確定者である場合、弁護人との接見については、「訴訟の準備

36) 被疑者・被告人と弁護人との信書の発受について、弁護士の高度な職業倫理、弁護士会内の懲戒システムの存在、刑事処分の可能性などからすれば、それにより拘禁目的が阻害される現実的危険性は僅少であり、それにもかかわらず内容検査によって信書の秘密性を奪い、防御に関するコミュニケーションを抑制することは、弁護権の実質的制約として過剰な制限になることと同じである。この点について、葛野・注2書331～352頁参照。

……のためその立会い又は録音若しくは録画をさせないことを適当とする事情があり、「相当と認めるとき」(刑事被収容者処遇法121条ただし書)にあたるものとして、職員立会が排除されなければならない。立会省略に関する規定については、上述のように、依命通達により限定的な解釈・運用がなされている。しかし、依命通達がいうように、刑事施設側が個別の具体的接見ごとに「相当」かどうか実質判断を行うことは許されない。まして、予想される接見内容を考慮し、立会省略を「適当とする事情」があるか実質的判断を行うことは許されない。いずれの場合にも、秘密接見の保障が失われる結果となるからである。なお、死刑確定者の処遇については、その「心情の安定」に配慮すべきとされているが(同32条1項)、「心情の安定」はあくまでも本人の内心の問題であるから、本人の意思に反しない限りにおいてそのための条件を整備することを超えて、本人の意思に反して死刑確定者の権利を制約する根拠とすることはできないというべきである³⁷⁾。それゆえ、「心情の安定」への配慮を理由として、死刑確定者である再審請求人と弁護人との接見に制限を課すことは許されない。

IV 刑訴法39条1項の準用可能性

1 準用を否定する見解

以上のように、刑訴法440条1項による再審請求人の弁護権を実質化するために、自由な秘密接見が保障されなければならない。さらに、弁護権の保障の目的との関係において、再審請求手続と公判手続とのあいだには、性質・構造における共通性が認められるから、請求手続において刑訴法39条1項の準用が認められるべきである。

従来の実務は、再審請求人は刑訴法のいう「被疑者」・「被告人」にあたらないこと、通常手続と請求手続とのあいだには性格・構造の違いがあることを理由に

37) 葛野尋之「死刑廃止——共に生きる社会のために」法学セミナー 41巻10号(1996年)74頁。刑事被収容者処遇法案可決にさいしての2006年4月14日衆議院法務委員会附帯決議14および2006年6月1日参議委員法務委員会附帯決議13が、「心情の安定」を根拠とする権利制約は認められるべきでないことを確認している。死刑確定者の処遇について、石塚伸一「監獄法改正と死刑確定者の処遇」刑事立法研究会編『代用監獄・拘留所改革のゆくえ』(現代人文社、2005年)参照。

して、総則中の弁護に関する規定の適用・準用を否定する見解に立ってきた。すなわち、再審請求手続は「既に刑が確定した後のものであるから、一般の刑事事件の審判手続とは全く別個のものであって、有罪の確定判決を受けた者は存在するが、被告人は存在しない。その意味で、この段階の手続は、検察官と被告人とが対立する当事者として存在する一般の刑事手続とは著しくその性格を異にし、当事者主義の構造をとっていない。したがって、再審請求手続においては、総則中の弁護に関する諸規定は、当然にはその適用がない」とされたのである。さらに、準用についても、「これらの諸規定は、いずれも通常の捜査手続又は公判手続を前提とする規定であるから」、原則として否定されるべきとされた。もっとも、準用の可能性が全面否定されるわけではなく、「当該規定の性質・内容がこの手続にもなじむもの」については、準用を認めてよいとされ、弁護人の資格を弁護士と定める刑訴法31条1項、弁護人の選任手続に関する刑訴規則18条、さらに弁護人の固有権として裁判所における訴訟記録・証拠物の閲覧・謄写を認める刑訴法40条については、準用を認めるべきとされた。しかし、刑訴法39条については、「同条が被疑者・被告人のみにかかることは文理上明らかであるうえに、有罪の確定判決に基づき受刑中の者との接見や物件の授受はもっぱら監獄法、同法施行規則等によって律せられている」から、準用が認められるべきではないとされた³⁸⁾。

旧監獄法下の事件についてのものであるが、刑訴法39条1項の準用を否定した下級審判例もある。東京拘置所に拘置されている死刑確定者が、再審請求の準備を進めるにあたり選任した弁護人との接見について、拘束者である拘置所が接見時間を30分以内と制限し、また、接見職員を立ち会わせることが、人身保護法上の違法な拘束にあたるとして、接見時間の制限と職員の立会の禁止を求めた人身保護請求事件において、1989年3月1日の東京地裁決定³⁹⁾は、刑訴法39条1項は、死刑確定者が再審請求の準備のために選任した弁護人に対しては準用されなかったとした。判決は、「刑事被告人等の未決拘禁者については無罪の推定が働き、したがってまた有罪判決の確定までは身柄は拘束されないのが原則であるのに対

38) 伊藤他・注9書148～150頁〔臼井＝河村〕。

し、死刑判決の確定者については、同人を有罪として死刑を言い渡した確定判決の効力により拘束されているものであり、また、死刑の執行のために必然的に不（ママ）随する手続として、一般社会とは厳に隔離されるべき者として拘禁されているものであるから、監獄法は、死刑判決の確定者に対して、少なくとも再審開始の決定のある前においては、未決拘禁者に関する規定をそのまま準用することを予定しているものと解することはできないのであつて、右の死刑判決の確定者の拘禁の目的及び性質に照らし合理的な限度においては、これと再審弁護人との接見交通について、ある程度の制限を加えることが許されるものと解するのが相当である。そしてまた、同様の見地からすれば、刑事訴訟法39条1項が死刑判決の確定者の再審弁護人に対してそのまま準用されるとの解釈をとり得ないことも明らかであつて、結局、拘置所の所長には、死刑判決の確定者と再審弁護人との具体的な接見交通について、右の拘禁の目的及び性質に照らし、一定の範囲内において、相当な措置をとる権限が与えられているものと解するのが相当である」と述べ、本件接見制限を適法と認めた。

たしかに、刑訴法上、再審請求人は「被疑者」・「被告人」には該当しないから、文言上、請求手続において、弁護に関する総則規定の適用を認めることはできないであろう。問題は、刑訴法39条1項の準用の可能性である。これを否定する見解のなかで、再審請求人と弁護人との接見が刑事拘禁法により規律されているということは、決定的理由にはならないであろう。もし、刑訴法上の権利として自由な秘密接見が保障されるのであれば、それに対する拘禁法上の実質的制限は排除されなければならない、そのように刑事拘禁法の規定は限定的に解釈・運用されるべきだからである。手続的権利の保障について、刑訴法の保障する権利が拘禁法によって実質的に制約されるべきではない⁴⁰⁾。このような立場は、大阪拘置所が勾留中の被告人と弁護人との信書を検閲し、検察官に対してその結果を報告し

39) 東京地決1989年3月1日・訟務月報35巻9号1702頁。この事件は、旧監獄法下のものであることとともに、再審請求手続における接見制限それ自体を問題にしていたのではなく、再審請求人である人身保護請求者と弁護人との接見についての時間制限と職員立会によって、人身保護請求者の拘束が人身保護法規則4条のいう「法令の定める方式もしくは手続に著しく違反していることが顕著である」かどうかを判断するものであった点に、注意すべきである。

たことを違法とした2000年5月25日大阪地裁判決（高見・岡本国賠事件）⁴¹⁾がとるところでもある。実際、刑訴法39条1項が適用される被疑者・被告人と弁護人との接見について、少なくともその秘密性を制限する規定は、旧監獄法にも、現行の刑事被収容者処遇法にも、おかれてこなかった。刑訴法による自由な秘密接見の保障は、刑事拘禁法上の制限を排除するのである。

40) 手続的権利の保障において、刑訴法と拘禁法は一元的関係に立つべきことについて、後藤昭『捜査法の論理』（岩波書店、2001年）111～117頁参照。後藤昭によれば、刑訴法が保障する未決拘禁中の被疑者・被告人の権利について、刑事拘禁法が刑訴法の予定する範囲を超えて制限しても矛盾ではないとする「二元主義」に対して、①「訴訟法と施設法とでは権利を制約する目的や領域が違うと言ってみても、拘禁される人間は一人であり、制約の実際的な結果は同じである」から、「一方では権利を保障しておいて、他方で実質上それを制約するとすれば、やはり矛盾である」こと、②「訴訟法によって、訴訟目的を実現するために未決拘禁が認められ……、その未決拘禁を実際に執行するために、具体的な内容を定めるのが施設法であるから、「目的を定めている訴訟法によって、手段である施設法の内容も規制されるのが当然である」こと、からすれば、訴訟法と施設法の関係について「一元主義」的考えをとるべきであり、したがって、「訴訟法が被拘禁者の権利として、積極的に明文で規定している部分については、……施設法にそれを侵食するような規定を設けるとすれば、訴訟法上の保障に反する」こととなり、刑事拘禁法が、刑訴法39条2項の予定する範囲を超えて、管理運営上の支障を理由とする制限を独自に規定することは認められないとされる。この「一元主義」からすれば、刑訴法の明文規定による権利だけでなく、刑訴法の規定の解釈によって認められるべき権利についても、刑事拘禁法により独自に制約することは許されないというべきであろう。

41) 大阪地判2000年5月25日・判例時報1754号102頁。被告人と弁護人との信書の取扱いについて、判決は、「監獄法及び監獄法施行規則の各規定は、その文言上は、刑訴法81条の決定がない場合であっても収容施設の所長の判断で信書の授受を不許可にできることとしたものであるだけでなく、弁護人との間の信書の授受とそれ以外の者との信書の授受についても何らの区別を設けておらず、一律に右の各規定によるものとしている。そうすると、少なくとも右各規定の文言どおりの意味は、弁護人との間の信書の授受についてその39条で別に規定する刑訴法の内容とは相当に異なるものといわざるを得ず、憲法が規定する弁護人を依頼する権利に対する配慮が窺えない不備なものといわざるを得ない。したがって、監獄法及び監獄法施行規則の右各規定と刑訴法の右各規定とを整合性を有するように解釈する必要があることは明らかである。そして、刑訴法39条1項……の内容が憲法で保障された弁護人を依頼する権利に由来するものであるのに対し、監獄法や監獄法施行規則の前記規定が弁護人を依頼する権利についての憲法の規定に対する配慮がないことに照らすと、法解釈としては、監獄法及び監獄法施行規則の規定を、少なくとも弁護人との間の信書に関する限り、刑訴法の各規定、特に39条1項についての右5で説示した内容（判決は、「信書の内容をできる限り捜査機関、訴追機関及び収容施設側に秘密にすることを保障するのが刑訴法39条1項の趣旨」であり、この趣旨に適合する限りにおいて、信書の内容検査が許されるとした・引用者注）に整合するように解釈すべきである」とした。

したがって、刑訴法39条1項の準用の可能性をめぐる主要な問題は、再審請求手続と通常手続との性格・構造の違い、それにとまなう請求人と被疑者・被告人との法的地位の違いをどのように考えるかである。他方、刑訴法440条1項が、再審請求人に対しても、通常手続の被疑者・被告人の場合と同様、「弁護人」の援助を保障していることの意義を考慮する必要がある。

2 再審請求手続の性格・構造と刑訴法39条1項の準用

刑確定後の非常救済手続としての再審請求手続と通常手続とのあいだに、性格・構造の違いがあることはたしかである。それにとまない、再審請求人と通常手続における被疑者・被告人とのあいだには、法的地位の違いもある。しかし、これらの相違をあげるだけでは、刑訴法39条1項が準用されないことの根拠として不十分であろう。問題は、弁護権の保障の目的との関係において、再審請求手続の性質と構造をどのように捉え、そのなかで請求人の法的地位をどのように理解するかである。

再審請求手続は、「事件そのものに対する審判手続とは異なるから、当事者主義の構造（口頭主義、弁論主義等の公判審理に関する原則）はそのまま妥当しない」とされ、「原則として職権主義が支配する」とされてきた。事実の取調べの要否、程度、方法に関する判断は、「すべて裁判所の適切かつ合理的な裁量に委ねられている」とされ、それが「確立した判例」だとされたのである⁴²⁾。このようななか、かつては、「職権的・密行的な手続運用が常態化していた」と指摘されている⁴³⁾。裁判所は、多くの場合、事実の取調べに積極的ではなく、また、請求人や弁護人の立会なしで証人尋問が行われ、意見聴取が請求直後の「求意見書」により形式的に行われるなど、請求人を実質的に関与させるための手続保障も十分ではなかった。三井誠は、このような請求手続のあり方を「請求人不関与構造」と呼んだ⁴⁴⁾。

42) 松尾・注32書958～959頁。

43) 小田中聡樹＝大出良知＝川崎英明編著『刑事弁護コンメンタール・刑事訴訟法』（現代人文社、1998年）410頁〔大出良知〕。

44) 三井・注25論文167～168頁。

しかし、最高裁の白鳥・財田川決定によって、再審請求手続の性格が再規定され、それにともない、実務上、その構造にも変化が生じた。白鳥・財田川決定は、上述のように、確定有罪判決の証拠構造を確認し、旧証拠に新証拠を投入して、旧証拠を再評価したうえで新旧全証拠を総合評価した結果、「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則に従って、確定判決の有罪認定に合理的疑いが認められるときは、無罪を言い渡すべき「明らかな証拠を新たに発見したとき」(刑訴法435条6号)にあたり、再審開始を決定すべきとした。かくして、「『明白性』の審理は罪責問題そのものの審理とはいいいくいがそれに近いもの⁴⁵⁾」であることが認められ、「事実の取調べについても、白鳥・財田川決定による総合評価の採用によって不可欠の手続になってきていることに見合った位置づけが行われ、一般公開という点を除けば、通常の公判手続と基本的に同様の手続運用が行われる事例も増えた」というのである⁴⁶⁾。最高裁判例のなかにも、裁判所が鑑定・再鑑定の証明力の正確性や手記の筆跡の同一性について、新鑑定・再鑑定を求めなかった事案について、必要な証拠調べをしなかった点において審理不尽の違法があるとしたものがある(財田川事件)⁴⁷⁾。また、刑訴規則286条による意見聴取についても、「再審制度が個々の裁判の事実認定の誤を是正し、有罪の言渡しを受けた者を救済することを目的とするところから、再審請求人の意見を十分に酌んだ上で、再審請求の理由の有無を判断することがのぞましいこととして設けられたもの」であるから、「手続の進展にともない意見を表明しうるような機会を与えなければならない」として、必要とされる意見を述べる機会を与えないまま請求棄却を決定したことが、審理不尽の違法にあたるとした高裁判例もある(松山事件)⁴⁸⁾。

学説においても、無辜の救済に向けて再審制度を有効に機能させるために、請求人の実質的関与を強化すべきことが提起された。高田昭正は、三井誠の見解を敷衍しつつ、再審請求人の「主体的地位」を保障するために、請求手続の「当事者主義化」が進められるべきと論じている⁴⁹⁾。それは、第1に、再審理念が無辜

45) 三井・注25論文172頁。

46) 小田中=大出=川崎・注43書410頁[大出]。

47) 最決1976年10月12日・刑集30巻9号1673頁。

48) 仙台高決1973年9月18日・判例時報721号104頁。

の救済へと転換したことから、請求人の請求趣旨を可能な限り反映させ、「その納得のいく取扱いを保障する」ような手続構造が設定されなければならないからである。第2に、再審請求手続が「訴訟手続」であることに違いはなく（刑訴規則85条参照）、「とくに435条6号の再審事由が主張されるケースでは、その審判の実質は『公判審理と同種のもの』であり」、それゆえ、再審請求手続について、明示の反対規定がない限り、請求人の主体的関与を認める当事者主義的構成をとるべきだからである。第3に、現行規定は、利益再審への転換にともない、現行法の当事者主義の基本構造・原則に沿って解釈されるべきであり、「誤った有罪判決から救済される権利」ないし「救済のための手続を要求する憲法31条の権利」を「実現するために成立し、遂行される再審請求手続は、その者の主体性・主導性をもっともよく保障できる当事者主義構造をとるものでなければならない」からである。かくして、再審請求手続については、請求人の請求趣旨を可能な限り反映させ、請求人の実質的関与を保障するような当事者主義的構造が要請されるのである。

再審請求手続の性格・構造がこのように規定されるとき、弁護権の保障の目的にかんがみ、刑訴法39条1項の準用が認められなければならない。すなわち、再

-
- 49) 藤永＝中山＝河上・注21書131～134頁〔高田〕。この「当事者主義化」は、あくまでも、請求人の請求趣旨を可能な限り反映させるべく、その実質的関与を確保することを目的とするものであり、請求手続の目的、位置づけ、構造からして、検察官の積極的反証活動は許されるべきではない。高田昭正は、当事者主義的構成のもとでも、二重の危険禁止を定める憲法39条によって、利益再審のみが許されている制度趣旨にかんがみ、再審請求に対する請求人の権利を制約しないよう、検察官の積極的反証活動は許されないとしている（同書134～135頁）。三井・注25論文175～181頁も、請求人の実質的関与を強化すべきとする一方、①無辜の救済に向けて利益再審を有効に機能させること、②請求審の審理・判断の対象は再審請求理由の有無であり、検察官はすでに通常手続の公判審理において攻撃を尽くしていること、③請求審における再審請求理由の判断の内実、開始決定後の公判手続で無罪判決を得る可能性があるかの判断であり、検察官の積極的立証活動は再審公判手続においてなされるべきことから、検察官の関与自体を否定できないにせよ、検察官の活動は刑訴規則286条に基づく意見陳述、証拠調べへの立会などが中心となり、立証活動としては、請求人の提出した新証拠の証明力を争うためのものに限られるべきとしている。この点について、水谷・注8論文1068～1070頁参照。また、証拠構造論とも関連させつつ、請求手続の構造を論じたものとして、田淵浩二「再審請求審の手続問題の一考察」『梶田英雄判事・守屋克彦判事退官記念論文集』（現代人文社、2000年）参照。

審請求手続は、証拠の総合評価に基づき、確定判決の有罪認定に合理的疑いが生じるかどうかを判断するものであり、犯罪事実に関するこのような判断を行う点において、公判手続と共通性を有するといえよう。また、手続構造の面においても、当事者主義的構造がとられ、そのもとで請求人の実質的関与が強化され、その手続的権利が保障されるべき点において、公判手続と共通性を有するのである。再審請求手続と公判手続とのあいだには、性質・構造において共通性が認められるのである。そうである以上、手続的権利の十分な保障をともなう適正な手続のもと、証拠の適切な評価に基づき、正確な事実認定を確保するという刑事弁護の目的は、再審請求手続においても、公判手続における場合と同じく妥当すべきである。このことからすれば、公判手続における弁護権に関する規定は、刑訴法39条1項を含め、規定内容から明らかに適さない場合を除き、再審請求手続において準用されるべきである。刑訴法440条1項が、公判手続の「被告人」に対してと同じく、再審請求権者に対して「弁護人」の援助を受ける権利を規定しているのは、このような理由によるのであろう。

刑訴法440条2項は、「前項の規定による弁護人の選任は、再審の判決があるまでその効力を有する」と定めており、この規定は、上述のように、請求手続から再審開始決定が確定した後の公判手続を通じて、一貫した再審弁護が保障されるべきことを前提としている。請求手続と公判手続を通じての再審弁護の一貫性ということからすれば、請求手続において請求人に対しては、再審公判手続における被告人の弁護に関する規定が準用されるというべきであろう⁵⁰⁾。

なお、再審請求手続において、刑訴法39条1項が準用されるべきとするとき、刑事被収容者処遇法の制限規定の適用は、当然、排除されなければならない。刑事被収容者処遇法においても、再審請求人と弁護人との接見は、再審公判手続における被告人と弁護人との面会と同じ取扱いがなされなければならない。再審開始決定が確定した後は、刑事被収容者処遇法145条により、「被告人である被収

50) それゆえ、接見指定に関する刑訴法39条3項の準用はない。再審請求人の弁護権について、刑訴法39条1項の内容を盛り込んだ具体的規定がおかれなかったのは、現行法の再審に関する規定が旧法の規定をほぼそのまま引き継いだものであることとともに、そもそも弁護権と捜査権限との調整を想定する必要がなかったことに起因するのであろう。

容者」としての地位が認められ、未決拘禁者に関する規定が準用される。それゆえ、再審請求人と弁護人との接見についても、同法145条が準用され、未決拘禁者に関する規定に基づく取扱いがなされるべきである。

V 憲法34条と再審請求人の弁護権

1 憲法34条の手續保障

再審請求人と弁護人とのあいだに自由な秘密接見が保障されるべきことは、請求人の弁護権が憲法34条の弁護権に基礎づけられ、それを具体化したものであることを承認することによって、確固たる憲法的基礎を有することになる。

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へられなければ、抑留又は拘禁されない。又、何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない」と定めている。この条項は、『『逮捕』に続く拘束の継続である『抑留』および『拘禁』について、それが人身の自由に対する重大な侵害であることに鑑み、それが公明正大に行われることを確保しようとする趣旨のもの⁵¹⁾』であり、「身体の自由の拘束の継続については、ただちにその理由（抑留・拘禁を必要とする実質的理由であり、単に犯罪事実だけではない）を告知し、防御権を実質的に保障することによって、不当な身体の自由の拘束を排除することを目的とする⁵²⁾」と理解されている。

この憲法34条は、逮捕に関する33条と捜索・押収に関する35条とのあいだに
おかれていることから、刑事手続上の権利保障に関する条項として性格づけられ
てきた。刑訴法の定める逮捕・勾引後の留置が「抑留」にあたり、勾留および鑑
定留置が「拘禁」にあたるとされ、後段の規定に相当するものが、勾留理由開示
の制度（刑訴法82～86条。鑑定留置について167条5項）であるとされている。
また、この条項にある「弁護人に依頼する権利」については、「単に形式的に弁
護人を選任する権利を有するということにとどまらず、被拘束者がその自由や権

51) 樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『注解法律学全集・憲法Ⅱ』（青林書院、1997年）305頁〔佐藤幸治〕。

52) 浦部法穂『憲法学教室（全訂第2版）』（日本評論社、2006年）292頁。

利を防禦する上で最も必要なときに実質的に法律専門家の援助を得られる権利として理解されなければならない」とされている⁵³⁾。弁護人の実質的援助を受ける権利という意味の弁護権の保障である。もっとも、憲法34条後段が定める拘禁理由開示をめぐることは、違法拘禁からの解放にまったく言及がないことから、公開法廷において単に理由が開示されれば足りるとする見解に対して、英米法のヘイビアス・コーパスや予備審問の制度に由来するものとして、裁判所が拘禁理由の有無・当否を審査し、理由なしと認めるときは釈放を命じる裁判の制度として理解すべきとの見解も有力である⁵⁴⁾。

憲法34条の性格について、村岡啓一は、制定経過の詳細な分析、アメリカ合衆国憲法修正6条との比較検討などから、この条項が「アメリカ合衆国の予備審問をモデルとして、警察が被告者を逮捕した場合、ただちに被告者を司法機関の下へ連行し、司法機関によって身柄拘束の当否が審査される予備審問制度を想定していた」ことを明らかにしている⁵⁵⁾。村岡啓一によれば、「憲法34条は、専ら、国家による人身の自由の制約といった場面に着目して、その制限を最小限度にす

53) 樋口＝佐藤＝中村＝浦部・注51書307頁〔佐藤〕。

54) 芦部信喜編『憲法Ⅲ・人権(2)』(有斐閣、1981年)154～156頁〔杉原泰雄〕、浦田賢治＝大須賀明編『新判例コンメンタール・日本国憲法(2)』(三省堂、1994年)297～298頁〔古川純〕など。

55) 憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』(日本評論社、1997年)286頁以下。もともと、この条項は刑事手続に関する規定であるとの理解に立ったうえで、行政手続による身体拘束にも可能な限り準用され、あるいはその趣旨が及ぼされるべきとの見解が有力であった(芦部・注54書157頁〔杉原〕、樋口＝佐藤＝中村＝浦部・注51書313～314頁〔佐藤〕)。これに対して、安念潤司「憲法問題としての『手続上の権利』」ジュリスト884号(1987年)254～255頁は、①36条の定める拷問の禁止は、事柄の性質上すべての公権力の行使に妥当すべきであるから、33条の次におかれていても、もっぱら刑事手続に関する規定だとただちにいえないうこと、②「抑留」「拘禁」という一般的概念が用いられ、刑事手続を「本来の適用場面であると窺わしめるに足る文言が見当たらない」こと、③身体拘束の開始に関する事前抑制のための手続保障としては、刑罰という重大な不利益が将来予想される場合に限り、令状主義という比較的簡易で形式的なもので足りるとしても、「拘束状態が継続すれば、それが刑罰によると否とを問わず、一般に人権を行使する可能性を大幅に縮減するものであることから、弁護人の援助および公開法廷における理由の開示というより実質的な保護を与える必要がある」こと、などから、憲法34条は、もっぱら刑事手続に適用される規定ではなく、より広く、「公権力によって直接的な強制手段を背景に身柄を拘束するすべての場合に適用される」ものであると論じている。

るための制度的保障を明らかにしたものであり、それゆえ、「必ずしも刑事手続の一環として身柄を拘束されたものだけを適用対象とするものではなく、「その適用の射程距離は、より広く、国家権力によって個人の身柄が拘束される場面一般（たとえば、行政検束、予防拘禁など）にまで及ぶ」とされる。弁護権についても、「公正な裁判」の要請に基づく憲法37条3項の弁護権とは異なり、「34条のそれは、明らかに刑事司法手続の脈略から離れた（刑事手続による場合も含むが）身柄拘束それ自体にとまなう権利として保障されている」とされるのである。

このような理解は、憲法34条の性格を正しく把握したものといえるであろう。では、このとき、刑訴法440条1項による再審請求人の弁護権は、憲法34条の弁護権との関係において、どのように性格づけられることになるのか。

2 再審請求人の弁護権の憲法的基礎

憲法34条が、身体拘束という人権の重大な制約に着目し、司法的コントロールを通じて、あらゆる違法拘束から身体を解放するための手続保障を定めるものであり、そうであるがゆえに、刑事手続に限定されることなく、広く行政手続による身体拘束にも、その保障が及ぼされるべきとの理解に立つとき、刑事手続のなかでも、憲法34条の適用対象は、逮捕・勾引後の留置（抑留）や勾留・鑑定留置（拘禁）を超えて広げられるべきことになるであろう。たしかに、逮捕に関する33条の後におかれていることからすれば、憲法34条は、刑事手続におけるこれらの身体拘束を主要な適用対象とするものであることは否定できない。しかし、司法的コントロールによる違法拘束からの解放のための手続保障という目的に適合する場合、これら以外の身体拘束に対しても、その手続保障は及ぼされるべきである。このとき、身体拘束の性質に応じて、憲法34条の手続保障は、逮捕・勾引後の留置や勾留・鑑定留置の場合とは異なる形で、それに適した形で具体化されることになるであろう。この場合、同条が「準用」されるというべきであろう。

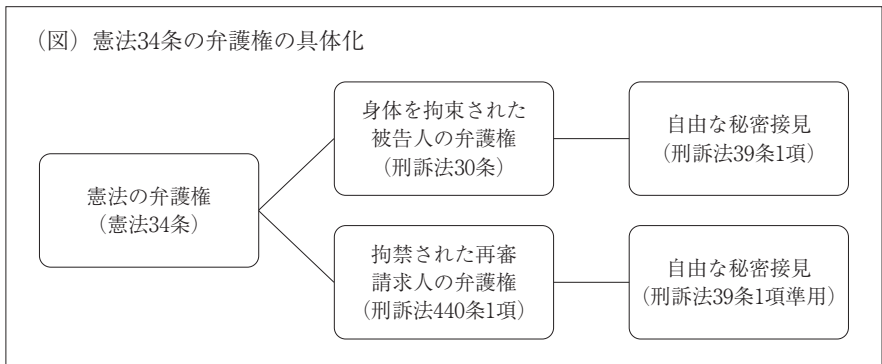
拘禁された刑確定者が再審請求を行う場合についてはどうか。刑確定者が拘禁されているとき、再審請求は、まさに裁判所に対して、拘禁の実体的根拠として

の確定判決の有罪認定について、自己に有利な見直しを求めるものにほかならない。そうである以上、このような場面において、それに適した形で、憲法34条の手續保障は準用されなければならない。この手續保障として最も重要なものは、弁護権である。違法な身体拘束からの解放要求は、弁護人の実質的援助を受けてこそ、実効性をもちうるからである。かくして、拘禁された刑確定者が再審請求を行う場合、憲法34条によって弁護権が保障されるべきことになる。それを刑訴法において具体化した規定が、440条1項なのである。

このように、拘禁された刑確定者が再審請求を行う場合、刑訴法440条1項による弁護権が憲法34条によって基礎づけられるのであれば、それは再審請求手續においてどのように具体化されるべきか。このとき想起されるべきは、刑訴法39条1項による自由な秘密接見の保障が、憲法34条にその基礎をおくものであったことである。本稿冒頭に示したように、1999年3月24日最高裁大法廷判決は、憲法34条の弁護権について、その目的が、「身体の拘束を受けている被疑者が、拘束の原因となっている嫌疑を晴らしたり、人身の自由を回復するための手段を講じたりするなど自己の自由と権利を守るため弁護人から援助を受けられるようにすること」にあり、それゆえ、この権利は、「被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障している」と判示した。そのうえで、大法廷判決は、刑訴法39条1項は「憲法34条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、刑訴法の右規定は、憲法の保障に由来するもの」だとした。刑訴法39条1項による自由な秘密接見の保障は、たんに刑訴法により独自に保障された権利ではなく、憲法34条の弁護権により基礎づけられたもののなのである。

再審請求人が拘禁されているとき、刑訴法440条1項の弁護権が憲法34条の弁護権によって基礎づけられるものである以上、その保障内容としても、自由な秘密接見の保障が要請されることになる。憲法の人権規定は、人権保障のミニマム・スタンダードを設定するものである。そうである以上、憲法34条の弁護権の保障が及ぶとき、その対象領域の違い、すなわち通常手續における被疑者・被

告人の弁護権としてか、再審請求人の弁護権としてかにかかわらず、その保障内容の核心部分は同じように具体化されていると理解すべきであろう。身体を拘束された被疑者・被告人の弁護権について、自由な秘密接見の保障が、憲法34条の弁護権を実質化するために要請される一方で、拘禁された再審請求人の弁護権については、それが自由な秘密接見の保障を内包していないとしたならば、これら双方が同じく基礎をおいている憲法34条の弁護権が、保障内容の核心部分において異なる形で具体化されていることになる。これは、憲法の人権規定の趣旨に反する。それゆえ、拘禁された再審請求人の弁護権は、それが憲法34条による弁護権を具体化したものであるがゆえに、自由な秘密接見の保障を内包しているというべきである。同じく憲法34条の弁護権によって基礎づけられた刑事訴訟法39条1項が、拘禁された再審請求人に対して準用されるといってもよい。



VI 国際人権法による弁護権と再審請求人の弁護権

1 被告人の権利としての弁護権

再審請求人と弁護人とのあいだの自由な秘密接見の保障は、国際人権法からも要請されている。自由権規約14条3項(b)・(d)により、「刑事上の罪の決定」のための手続において被告人に保障される弁護権、それに内包される自由な秘密接見の保障は、再審請求手続にも及ぼされるべきである。

国際人権法は、実体刑法、刑事手続、刑事拘禁、刑事処遇にわたって、刑事司

法における権利を手厚く保障している。国際人権法として最も重要なものは、日本も批准している自由権規約である⁵⁶⁾。自由権規約14条3項は、「すべての者は、その刑事上の罪の決定について (in the determination of any criminal charge against him)、十分平等に、少なくとも次の保障を受ける権利を有する」と定めており、同項(b)は、「防御の準備のために十分な時間及び便益を与えられ並びに自ら選任する弁護人と連絡すること (to communicate with counsel)」を、同項(d)は、「自ら出席して裁判を受け及び、直接に又は自ら選任する弁護人を通じて、防御すること。弁護人がいない場合には、弁護人を持つ権利を告げられること。司法の利益のために必要な場合には、十分な支払手段を有しないときは自らその費用を負担することなく、弁護人を付されること」を掲げている。「刑事上の罪の決定」に関する手続に付された人(以下、国際人権法に関する叙述の文脈では、刑事告発[criminal charge]を受けた人という意味において被告人という)に対して、弁護権を保障したうえで、防御準備のための弁護人とのコミュニケーションを保障しているのである。

自由権規約14条に関する規約人権委員会の一般的意見32は、同条3項(b)について、「この規定は、公正な裁判を保障するための重要な要素であり、また武器対等の原則を適用するものである」としたうえで(32項)、「弁護人と連絡する権利は、被告人が弁護人への速やかなアクセスを許可されることを要求している。弁護人は依頼人と他者の同席なしに接見すること、および連絡の秘密が十分に尊重される状態で被告人と連絡することができなければならない。さらに、弁護人はいかなる方面からも制限、影響、圧力または不当な干渉を受けることなく、一

56) 自由権規約については、一般に、「締約国に対して権利を『尊重し及び確保する』即時の義務を課する」ものであるから、「直接適用可能である」と認められている(阿部浩己=今井直=藤本俊明『テキストブック・国際人権法〔第3版〕』[日本評論社、2009年]40頁)。また、徳島刑務所事件において、第一審の徳島地裁は、自由権規約は「自由権的な基本権を内容とし、当該権利が人類社会のすべての構成員によって享受されるべきであるとの考え方に立脚し、個人を主体として当該権利が保障されるという規定形式を採用しているものであり、このような自由権規定としての性格と規定形式からすれば、これが抽象的・一般的な原則等の宣言にとどまるものとは解されず、したがって、国内法としての直接的効力、しかも法律に優位する効力を有するものというべき」と判示した(高松地判1996年8月3日・判例時報1597号115頁)。控訴審の高松高裁も、この判示を踏襲している(高松高判1997年11月25日・判例時報1653号117頁)。

般に認められている職業倫理に従って、刑事上の罪に問われている者に助言し、その者を代理することができなければならない」と明記している(34項)⁵⁷⁾。弁護人とのコミュニケーションの保障は、とくに被告人が身体を拘束されているとき、防御の準備のために決定的に重要であることから、そのような保障を明記するために、規約案に後に挿入された⁵⁸⁾。そして、一般的意見がいうように、防御準備を実効化するために、コミュニケーションの秘密性が確保されるのである⁵⁹⁾。

2 刑事告発後の弁護権の拡張

自由権規約14条3項の権利は、「刑事上の罪の決定について」保障されている。問題は、同項(b)による自由な秘密接見の保障が、再審請求手続にも及ぶかどうかである。以下論じるように、再審請求手続は「刑事上の罪の決定」そのものに関する手続ではないものの、再審手続全体としての裁判の公正さを確保するために不可欠であることから、請求手続においても、再審公判手続においてと同じく、自由な秘密接見の保障が及ぼされるべきである。

たしかに、再審請求手続は、有罪判決の確定後、被告人に有利なその見直しを求める再審請求に応えて、再審を開始するかどうか決定する手続であって、被告人について「刑事上の罪」を積極的に問うための手続ではない。それゆえ、自由権規約14条3項の適用はないともいえそうである。しかし、公正な裁判の保障と

57) International Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee, General Comment No. 32 on Article 32: Rights to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial, CCPR/C/GC/32, 23 August 2007. 日本語訳として、自由権規約委員会「一般的意見32——第14条：裁判所の前の平等と公正な裁判を受ける権利」日弁連ホームページ http://www.nichibenren.or.jp/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/liberty_general-comment.html。なお、一般的意見32の34項からすれば、自由権規約14条3項(b)によって、自由な秘密接見は、弁護人の固有権としても保障されていると理解することができる。自由権規約の権威ある注釈書も、自由権規約14条3項(b)による防御のいかなる準備をする権利も、刑事手続のすべての段階にわたり、また、刑事告発を受けた者のみならず、弁護人に対しても保障されるとしている (Manfred Novak, CCPR Commentary 256 [1993])。

58) Novak, *supra* note 57, at 256.

59) 個人通報に対する審査においても、規約人権委員会は、秘密接見の侵害を規約14条3項(b)に違反すると判断を示している (Communications No. 1117/2002, Khomidova v. Tajikistan, para. 6.4; No. 907/2000, Siragev v. Uzbekistan, para. 6.3; No. 770/1997, Gridin v. Russian Federation, para. 8.5)。

いう規約14条全体の目的や、裁判の公正さを確保するための権利保障という同条3項の目的からすると、これは形式論にすぎるであろう。

本稿IV 2において論じたように、再審請求手続を実質的にみるとき、その性格は「罪責問題そのものの審理とはいいいくいがそれに近いもの」であって、「実際上は公判審理と同種のもの」である⁶⁰⁾。また、その構造においては、無辜の救済に向けて再審制度を有効に機能させるために、請求人の請求趣旨を可能な限り反映させ、請求人の実質的関与を確保するような当事者主義的構造が要請されている。このような性質・構造からすれば、再審請求手続は、「刑事上の罪の決定」のための手続と共通性を有すると認めることができるであろう。それゆえ、自由権規約14条3項がたとえ「適用」はされないまでも、規定内容から明らかに適さない場合を除き、「準用」されるべきである。弁護権の保障の目的にかんがみるとき、弁護権（同項(d)）、さらに弁護人とのコミュニケーションの保障（同項(d)）に関する規定は、再審請求手続において準用されるべきである。

また、国際人権法において、以下にみるように、「刑事告発」を受けた被告人のための権利保障が、「刑事上の罪の決定」に関する手続を超えて拡張されてきたことからすれば、再審手続全体としての裁判の公正さを確保するために不可欠なものとして、請求手続においても、公判手続と同じく、自由かつ秘密のコミュニケーションの保障を含む弁護権が保障されるというべきである。

3 欧州人権条約における刑事告発前の弁護権

自由権規約を解釈するうえで、その重要な解釈指針となるのが、欧州人権条約に関する人権委員会・人権裁判所の判例である。自由権規約の実施にあたって、規約人権委員会も、欧州人権条約に関する判例をしばしば参照している。下級審判例であるが、日本の判例もそのことを認めている⁶¹⁾（本稿VII 1 参照）。

自由権規約14条に相当する規定として、欧州人権条約6条がある。同条約6条1項は、すべての者に対して、民事、刑事を問わず、公正な裁判を受ける権利を保障している。公正な裁判の保障は、自由権規約14条の場合と同じく、欧州人

60) 三井・注25論文172頁。

権条約6条全体の目的として理解されている。同条3項は、「刑事上の罪に問われているすべての者 (everyone charged with a criminal offence) は、少なくとも次の権利を有する」とし、そのうえで、同項(b)は、「防御の準備のために十分な時間及び便益を与えられること」を、同項(c)は、「直接に又自ら前出する弁護人を通じて、防御すること。弁護人に対する十分な支払手段を有しないときは、司法の利益のために必要な場合には無料で弁護人ふされること」を掲げている。自由権規約14条3項(b)の場合と異なり、被告人と弁護人とのコミュニケーションの保障は明示的に規定されていない。しかし、人権委員会・人権裁判所の判例により、欧州人権条約6条3項(c)の弁護権は、防御の準備をするために不可欠なものとして、弁護人とのコミュニケーションの保障を含むものであり、このコミュニケーションについては、弁護人の援助の実効性を確保するために、きわめて限定された例外的状況がある場合を除き、自由と秘密性が保障されなければならないとされている⁶²⁾。S対スイス事件における1991年欧州人権裁判所判決⁶³⁾は、自己の弁護人と秘密のコミュニケーションを行う被告人の権利は、「民主的社会における公正な裁判の基本的要請のひとつであり、欧州人権条約6条3項(c)によって保障されている。もし弁護人がそのようなサーベイランスなしでは自己の依頼者と相談し、依頼者から秘密の指示を受け取ることができないのであれば、欧州人権条約が実際に行使可能で、かつ実効的な権利の保障を意図していたにもかかわらず、弁護人の援助はその実効性を大きく喪失することになってしまうであろう

-
- 61) 受刑者と訴訟代理人弁護士との面会制限が問題となった徳島刑務所事件において、徳島地判1996年3月15日・判例時報1597号115頁、高松高判1997年11月25日・判例時報1653号117頁は、自由権規約14条1項の解釈において、同じ文言により規定されている欧州人権条約6条1項とまったく同一の解釈が妥当するとまではいえないにしても、欧州人権条約の解釈が「一定の比重」を有し、「指針」とされるべきと認めたとうえで、自由権規約14条1項は、欧州人権条約6条1項と同様、受刑者が自己の民事事件の訴訟代理人弁護士と面会する権利の保障をも内包しているとした。これらの判決について、金子武嗣「判例紹介・徳島刑務所接見妨害事件」国際人権8号(1997年)、海渡雄一「判例紹介・国際人権規約14条1項と受刑者と弁護士の面会の権利」国際人権10号(1999年)、北村泰三「国際人権法の解釈とわが国の裁判所」北村泰三＝山口直也編『弁護のための国際人権法』(現代人文社、2002年)、葛野・注2書154～158・323～324頁参照。
- 62) Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings* 278-282 (2005); 北村泰三『国際人権と刑事拘禁』(日本評論社、1996年)130～135頁、葛野・注2書266～270頁。
- 63) *S v Switzerland*, [1991] 14 EHRR 670.

う」と判示した。

欧州人権条約6条3項(c)により弁護権が保障されるのは、同項本文のいう「刑事上の罪に問われているすべての者」についてであり、また、同項は、条約6条全体による公正な裁判の保障を具体化するものとして位置づけられている。しかし、人権委員会・人権裁判所の判例は、刑事告発が正式になされる前の手続段階にも、手続全体としての裁判の公正さを確保するうえで不可欠な場合には、弁護権の保障を拡張してきた。そのリーディング・ケースが、ジョン・マーレイ対英国事件における1996年の人権裁判所判決⁶⁴⁾である。

申立人ジョン・マーレイは、1990年1月17日、北アイルランドのベルファスト市内で、1989年テロ防止法違反の嫌疑により現行犯逮捕された。逮捕後、申立人は、警察署内で取調べを受け、黙秘を続ける一方、弁護人との接見を要求した。この要求に対して、警察は、1987年北アイルランド法（緊急条項）15条1項に基づき、テロ行為の捜査のために必要だとして、逮捕後48時間にわたり弁護人との接見を停止する措置をとった。その後、申立人は、刑事告発され、北アイルランド首席裁判官によって、テロ防止法違反について有罪を認定され、8年の拘禁刑を言い渡された。申立人は、北アイルランド控訴院に控訴を申し立てたが、これは棄却された。そこで、申立人は、①1988年北アイルランド刑事証拠令3条に基づき、取調べ中の黙秘について不利益推認を許すことは、欧州人権条約6条1項の公正な裁判を受ける権利を侵害し、②刑事告発前、警察留置中の48時間にわたり、弁護人との接見を停止したうえで、警察が申立人を10回取り調べたことは、自己の防御に不利な影響を与え、裁判の公正さを損なうものであって、とりわけ警察取調べ中の黙秘が不利益に推認されることによってそうであるから、人権条約6条1項および同条3項(c)に違反する、などと主張して、欧州人権委員

64) John Murray v UK, (1966) 22 EHRR 29. これについて、北村泰三「国際人権法と接見交通権・再考——欧州人権裁判所判例からの示唆」北村=山口・注61書42～56頁、同「弁護人依頼権と起訴前の接見制限——ジョン・マーレイ判決」戸波江二他編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008年）232～238頁参照。警察取調べにおける黙秘と不利益推認に関する問題について、石田倫識「被疑者の黙秘権に関する一考察——イギリス黙秘権制限立法を手がかりに」九大法学86号（2003年）160～165頁、中島洋樹「被疑者・被告人の供述主体性——イギリスにおける黙秘権保障の歴史的展開を手掛かりに（2・完）」法学雑誌51巻2号（2004年）184～186頁参照。

会に救済申立を行った⁶⁵⁾。弁護権侵害の主張に対して、英国政府は、警察取調べの段階にも人権条約による弁護権の保障は及ぶものの、テロ犯罪捜査の必要による逮捕後48時間の接見停止は、申立人の防御になんら不利益を生じるものではなく、適法であったと主張した。

人権委員会は、1994年6月22日、黙秘の不利益推認については、人権条約違反を認めなかったものの、逮捕後48時間にわたる弁護人接見の停止は人権条約違反にあたるとの意見を示した⁶⁶⁾。人権委員会は、人権条約上の権利は「実際に行使可能で実効的な (practical and effective)」ものとして保障されなければならないから、人権条約6条3項(c)の弁護権は、弁護人とのコミュニケーションの保障を含むものであることを確認したうえで、「1988年刑事証拠令によれば、公判前の段階であっても、申立人が警察官の質問に応答しない、あるいは一定の事実について説明をしないことが不利益に推認される可能性があり、このような事実からすれば、手続の初期段階において、申立人が自己の弁護人の援助を受けることには、特別な重要性が認められる」とした。かくして、人権委員会は、本件の接見制限によって申立人の防御権が不利な影響を受けたことを認め、人権条約6条1項の公正な裁判を受ける権利とともに、同条3項(c)の弁護権が侵害されたとした。

事件の付託を受けた人権裁判所は、1996年2月8日、大法廷において、黙秘の不利益推認については人権条約違反を否定する一方、接見制限については人権条約違反を認める判断を示した。判決は、人権条約6条3項(c)の弁護権が刑事告発前の警察取調べ段階にも適用されるかについて、「人権条約6条、とりわけ同条3項は、手続の初期段階において条約の規定が遵守されなかったならば、裁判の公正さが重大な損失を被ることになるであろう場合には、その限りにおいて、事件が公判手続に付される前であっても関連性を有する」とし、刑事告発前の捜査手

65) 当時、欧州人権条約上の権利侵害については、まず、人権委員会に対して救済申立を行い、その後、事件の付託を受けて、人権裁判所の審判が行われた。欧州人権条約のもとでの当時の実施システムについて、畑博行＝水上千之『国際人権法概論（初版）』（有信堂高文社、1977年）217頁以下参照。

66) John Murray v UK, Opinion of the European Commission of Human Rights, 27 June 1994, Reports 1996-I, p.66.

続において、6条3項(c)の弁護権がどのような形で適用されるかは、問題となる手続の特徴や個別具体的事件の状況によって決せられるとした。そのうえで、判決は、「国内法上、手続初期段階での警察の取調べに対して、被告人がどのように対処したかが、その後の刑事手続における防御の見込みにとって、決定的影響を有しうることが認められていることがある。そのような場合には、人権条約6条のもと、被告人は、原則として、手続初期段階の警察取調べの時期から弁護人の援助を保障されている」とした。しかし、判決によれば、警察取調べに適用されるこの権利は、人権条約のなかに明記されていないので、正当な理由により制約を受けることがある。それゆえ、具体的状況のなかで、制限を正当化するだけの十分な理由が認められるか検討される必要がある。「そのとき、問題となるのは、手続全体をみたとき、被告人から公正な裁判が奪われたかどうかである」。

判決は、このように述べたうえで、本件について、「刑事証拠令のスキームのもとでは、手続初期段階での警察取調べにおいて被告人が弁護人の援助にアクセスできることが、その防御権にとって至高の重要性を有することになる」。それは、被告人が、警察取調べの開始時点から、自己の防御に関して深刻なジレンマに直面するからである。すなわち、黙秘を選択したならば、刑事証拠令の規定に基づき不利益推認を受けることになり、他方、取調べ中に黙秘を止めたとしても、不利益推認の可能性が必ずしも排除されるわけではないので、防御の利益を損なうというリスクに直面するのである。かくして、判決は、「このような状況下、人権条約6条が具現している公正さの概念からの要請として、被告人は、手続初期段階の警察取調べの時期から、弁護人の援助を受ける権利を保障されなければならない。警察取調べの開始後48時間のあいだ弁護人との接見を拒否されることは、それにより被告人の防御権が回復不可能なほどに不利益を被ることになる状況が認められる以上、制限の理由がいかなるものであれ、人権条約6条が保障する被告人の権利を侵害することになる」と判示した。

その後、欧州人権裁判所は、マギー対英国事件において、申立人が48時間にわたり弁護人との接見を拒否されるなか、結局は自白調書に署名したという事実について、申立人が身体を拘束されていた状況や、外部の者との接触を排除されていたことは、心理的強制を与えようとの意図によるものであって、この強制的

雰囲気に対抗するために、被告人は、弁護人と接見する権利を保障されるべきであったと判示した。また、エーヴリル対英国事件において、申立人が警察取調べのあいだ24時間にわたり弁護人との接見を拒否されたことは、その間の黙秘に不利益推認が及ぶことと相俟って、人権条約6条3項(c)の弁護権を侵害すると判示した。このように、人権裁判所の一連の判例によって、「人権条約6条、とりわけ同条3項は、手続の初期段階において人権条約の規定が遵守されなかったならば、裁判の公正さが重大な損失を被ることになるであろう場合には、その限りにおいて、事件が公判手続に付される前であっても関連性を有する」(マーレイ対英国事件判決)ことが確認され、人権条約6条3項(c)の弁護権が、刑事告発後の手続のみならず、告発前の警察取調べにおいても保障されてきたのである。

マーレイ対英国事件やエーヴリル対英国事件において、人権裁判所は、警察取調べ段階における弁護人接見の制限が、裁判の公正さを深刻に損なうであろうことを認定するうえで、取調べ中の黙秘が不利益に推認されうるという事情を指摘していた。たしかに、不利益推認が許容されることにより、刑事告発前の警察取調べにおける弁護人接見の保障が、手続全体としての裁判の公正さの確保に直結することになるといえるであろう。しかし、不利益推認の許容が指摘されたのは、いずれの事件においても、被告人が取調べ中実際に黙秘しており、英国政府は、被告人の自白が不利益証拠として使用されていない以上、取調べ段階の接見制限が裁判の公正さを現実的に損なうことはないと主張していたからである。判決が黙秘の不利益推認を強調したのは、このような主張を否定するためである。たとえ自白の不利益使用がなくとも、黙秘の不利益推認によって、取調べ時の接見制限が裁判の公正さを損なう結果を生むとしたのである。

4 再審手続全体としての公正さの確保と請求人の弁護権

欧州人権条約は、もちろん日本国内に直接適用されることはない。しかし、国内法的効力を有する自由権規約を解釈するうえで、上述のように、人権委員会・人権裁判所の判例による欧州人権条約の解釈は、重要な指針として参照されるべきである。欧州人権条約については、人権委員会・人権裁判所の判例により、権利保障の具体的内容がすでに明確にされてきている。このことを考えるならば、

自由権規約と欧州人権条約の規定の文言が同一であり、または非常に類似しているときは、自由権規約の規定解釈において、欧州人権条約において認められている権利保障の水準を後退させることは許されないというべきであろう。このことは、条約および確立した国際法規の「誠実な遵守」を要請する憲法98条2項の趣旨にも適うところであろう⁶⁷⁾。

欧州人権条約6条3項(c)は弁護権を明記しており、それは被告人と弁護人とのコミュニケーションの保障を含むとされているが、その規定の文言は、自由権規約14条3項(d)の文言のなかに、すべて包含されている。被告人と弁護人とのコミュニケーションの保障については、自由権規約においては、14条3項(b)が別に明文規定をおいている。これらのことからすれば、弁護権の適用範囲に関する欧州人権条約の解釈が、自由権規約の解釈においても妥当するというべきであろう。すなわち、自由権規約14条3項(b)・(d)のもとでも、刑事告発を直接問題にする手続ではなく、その意味において「刑事上の罪の決定」そのものに関する手続でなくとも、手続全体としての裁判の公正さを確保するために不可欠と認められる場合には、刑事告発がなされた後、被告人に対して保障される弁護権が保障されるべきなのである⁶⁸⁾。「刑事上の罪の決定」のための手続に適用される規定が、準用されるといってもよい。

自由権規約の弁護権は、再審請求手続においても保障されるか。再審請求手続の性格・構造からすれば、上述のように、それは自由権規約14条3項のいう「刑事上の罪の決定」に関する手続と同視すべきであって、弁護権に関する同項(b)・

67) 金子武嗣「ヨーロッパ人権条約と日本の国内判例」国際人権12号(2001年)43頁参照。北村・注61論文181頁は、「自由権規約の条文解釈を補足するものとして、欧州人権条約の豊富な判例法を合理的な解釈基準として依拠するのは、——それが条約として直接わが国を法的に拘束するものではないが——裁判所がとるべき自由権規約の解釈方法として妥当である」とし、憲法98条2項の要請は、かくして実現が図られるとする。

68) Grote, Protection of Individuals in the Pre-Trial Procedure, in David Weissbrodt and Rudiger Wolfrum (eds), The Right to a Fair Trial 719-720 (1997) は、自由権規約14条3項(b)・(d)による弁護権の保障が、公判手続のみをカバーしているのか、刑事手続全体に及ぶのかについては、規定の文言上、必ずしも明白ではないとしているが、個人通報による救済申立に対して、軍事法廷の手続に付されたウルクアイの市民が2年にわたり弁護士との接見を禁止されたことについて、規約14条3項(b)違反を認めた規約人権委員会の先例をあげつつ、「この先例からすれば、公判前の段階も含み、手続全体にわたり、いつでも弁護人と接見する権利が保障されていることが示唆される」としている。

(d)も、請求手続において準用されるべきである。しかし、再審請求手続が、それ自体、「刑事告発」を問題にするものではないこともたしかである。それゆえ、自由権規約14条3項のいう「刑事上の罪の決定」に関する手続ではないとの立場もありえよう。

この立場からしても、請求手続が、再審公判を開始するかどうかを決定する手続であることは、否定されえない。請求手続の結果いかんが、公判手続の存否自体を決定するのである。再審手続全体のなかで請求手続が占める位置は、まさに決定的に重要である。それゆえ、請求手続から公判手続を通じて、再審手続全体としての裁判の公正さが確保されるためには、自由権規約において公正な裁判のために保障されている権利が、権利内容から明らかに適さない場合を除いて、請求手続においても保障されなければならない。そうでなければ、再審手続全体としての裁判の公正さが損なわれる結果となり、公正な裁判の保障という自由権規約14条全体の目的に反することになる。弁護権は、裁判の公正さを確保するために不可欠な権利である。かくして、自由権規約14条3項(b)・(d)による弁護権は、再審公判手続のみならず、請求手続においても保障されると理解すべきである。これらの規定が、請求手続において準用されるといってもよい。このとき、同規約14条3項(b)による被告人と弁護人とのコミュニケーションの保障は、自由な秘密接見の保障を含むものであったから、この規定の準用によって、再審請求人と弁護人の自由な秘密接見が保障されるべきことになる⁶⁹⁾。

VII 裁判にアクセスする権利と再審請求人の弁護権

1 欧州人権条約における裁判へのアクセスと法的援助

公正な裁判を受ける権利を保障する自由権規約14条1項は、その保障内容として、裁判にアクセスする権利、さらには、その権利を実質化するために、弁護士の法的援助を受ける権利を保障している。このとき、法的援助の実効性を確保す

69) このとき、刑訴法440条1項による再審請求人の弁護権を実質化するために、自由な秘密接見の保障が要請される場合と同様、時間制限、職員立会など、刑事被収容者処遇法による接見の実質的制限については、同法の未決拘禁者に関する規定の準用、あるいは実質的制限を定めた規定の限定解釈によって、その適用が排除されなければならない(本稿Ⅲ3参照)。

るために、依頼者と弁護人のあいだの自由かつ秘密のコミュニケーションが保障される。再審請求人と弁護人の自由な秘密接見は、このような自由権規約14条1項によっても、保障されなければならない。

欧州人権条約において自由権規約14条1項に相当する規定は、条約6条1項であり、この条項は、「すべての者は、その民事上の権利及び義務の決定又は刑事上の罪の決定のため、法律で設置された、独立の、かつ、公平な裁判所による妥当な期間内に公正な公開審理を受ける権利を有する」と定めている。刑事、民事を問わず、公正な裁判を受ける権利を保障しているのである。人権委員会・人権裁判所の判例によって、人権条約6条1項の公正な裁判を受ける権利は、裁判にアクセスする権利を含んでおり、この権利を実質化するために、法的援助が保障されなければならないとされてきた。ここにおいては、法的専門知識や特別の技能を有しない一般市民も、弁護士の法的援助を受けることによって、当事者間で不均衡が生じることなく、平等に、裁判へのアクセスを保障されなければならないという意味において、「武器平等」法理が強調された。この「武器平等」は、裁判の公正さにとっての本質的要素とされた。さらに、「武器平等」の実現によって、法的援助の実効性の確保が不可欠であるところ、そのために、依頼者と弁護士とのあいだの自由かつ秘密のコミュニケーションが保障されてきた⁷⁰⁾。

そのリーディング・ケースは、ゴルダー対英国事件における1975年人権裁判所判決⁷¹⁾である。この事件においては、刑事施設に収容されている申立人が、施設職員に対して損害賠償請求訴訟を提起しようと考え、内務大臣に対して弁護士との面会を要求したところ、これが不許可とされ、また、弁護士宛の信書の発信が差し止められた。当時、刑事施設内の処遇に関する訴訟や施設職員に対する訴

70) この点について、北村・注62書130～135・238～250頁、葛野・注2書255～258・266～272頁参照。「武器平等」法理について、Trechsel, *supra* note 62, at 94-102; Pieter van Dijk et al. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* 580-583 (4th ed., 2006)参照。「武器平等」は、刑事手続においては、弁護権その他手続的権利とあらゆる防御権の保障を通じて、被告人の当事者的地位を強化し、検察官とのあいだの実質的対等性を実現することを意味する。

71) *Golder v UK*, [1975] 1 EHRR 524. 北村泰三「受刑者と弁護士との間の訴訟相談のための接見拒否が、公正な裁判を受ける権利を侵害するとした事例——ゴルダー判決」戸波他・注64書275～280頁参照。

訟については、「施設内手続前置主義」が定められていた。この事件においては、すでに提起された訴訟の手続ではなく、施設内での苦情処理手続を尽くす前における訴訟提起の準備のための弁護士との面会であったことから、面会は不許可とされ、また、信書の発信も差し止められたのである。人権裁判所は、民事訴訟の提起を検討するための弁護士との面会が不許可とされたことは、欧州人権条約6条の保障する公正な裁判を受ける権利の侵害にあたりと判示した。判決によれば、明文として規定されていないものの、裁判所にアクセスする権利が否定されたとき、公正な裁判を受ける権利は無意味なものとなるから、条約6条は裁判にアクセスする権利を保障している。申立人は、施設職員に対する損害賠償請求訴訟の提起を準備するために、内務大臣に対して弁護士との面会を要求していたが、「ゴルダーは法的手続を開始しようと考え、弁護士との面会を正当に要求することが可能でなければならなかった。内務大臣が、提起準備中の訴訟の見通しを評価することはできない。提起される可能性のある訴訟の請求について判断を下すのは、独立した公平な裁判所なのである。要求されていた面会許可を与えなかったことにより、内務大臣は、人権条約6条1項により保障される裁判所に訴訟を提起する権利を尊重しなかったことになる」とされたのである。

その後、キャンベル＝フェル対英国事件においては、刑事施設に収容されている申立人が、施設職員による身体傷害についての損害賠償請求訴訟の提起を準備するために弁護士との面会を要求したところ、当時のイギリス刑事拘禁規則37(2)に基づき、視覚的監視だけでなく、会話内容の聴取を含む施設職員の立会という条件が付されたうえで面会が許可された。これについて、1982年、人権委員会は次のように述べ、欧州人権条約6条1項に違反することを認めた⁷²⁾。すなわち、「すでに提起された、または提起を準備している訴訟に関する弁護士とその依頼者とのあいだの会話は、依頼者が弁護士に対して自己の事柄について不安を感じることなく、また、考えている訴訟提起のいかなる理由をも歪めることなく打ち明けることができるように、特別な保護を与えられるという原則が、締約国において一般に認められてきた。人権委員会の意見によれば、訴訟の提起を考え

72) Campbell and Fell v UK, Report of the Commission, 12 May 1982, Series B, No. 65, para. 157-158.

ている潜在的当事者が、国内法により通常与えられるこのような特別な保護を否定された状況下においてしか、裁判所へのアクセスを認められないとすれば、それは原則として、人権条約6条1項により保障される裁判にアクセスする権利の侵害にあたる。／人権委員会は、弁護士と依頼者とのあいだの連絡に対しても、一定の具体的状況下においては、いくらかの制限が正当化されうことを認める。……しかしながら、人権委員会の意見によれば、訴訟を実際に提起するまで、弁護士と被拘禁者とのあいだの特別に保護された連絡が、個別具体的な保安上の必要によって禁止されるのではなく、すべて一律に禁止されるというのは、裁判にアクセスする権利を過度広汎に制約するものであり、人権条約6条1項に適合するとは認められない。この点について、人権委員会は、訴訟提起前の連絡に特別な保護を与えることが、実際に訴訟が提起された後に特別な保護を与えることに勝るとも劣らず重要であると考えている。訴訟提起前の段階における弁護士との相談の多くは、依頼者の請求原因の事実に根拠を聴取することに関係しているであろうが、訴訟を遂行するにあたっての戦術など他の事項についても協議がなされることになり、これらについて、依頼者が秘密にしておきたいと望むことは正当である。それゆえ、人権委員会は、本件の制限が人権条約6条1項に適合すると認めることはできない」。

このように、欧州人権条約においては、公正な裁判を受ける権利を保障する条約6条1項のもと、裁判にアクセスする権利が保障され、さらにこの権利を、「武器平等」という観点から実質化するために、弁護士による法的援助が保障されなければならないとされた。そして、この法的援助においては、その実効性を確保するために、依頼者の弁護士とのあいだの自由かつ秘密のコミュニケーションが保障されてきたのである。

2 自由権規約における裁判へのアクセスと法的援助

自由権規約14条1項は、「すべての者は、その刑事上の罪の決定又は民事上の権利及び義務の争いについての決定のため、法律で設置された、権限のある、独立の、かつ、公平な裁判所による公正な公開審理を受ける権利を有する」と定めているが、これは、欧州人権規約6条1項とほぼまったく同じ文言による。上述

のように、自由権規約を解釈するうえで、欧州人権条約に関する人権委員会・人権裁判所の判例は、その重要な指針とされなければならない。

自由権規約14条1項による裁判を受ける権利について、このような解釈方法が、すでに、徳島刑務所事件の下級審判例においてとられている。控訴審判決についてみると、1997年11月25日高松高裁判決⁷³⁾は、自由権規約14条1項による裁判を受ける権利について、「この権利の内実をより明確に解釈するために、条約法条約では文脈とともにその31条3項に掲げる、(a)条約の解釈又は適用につき当事国間で後にされた合意、(b)条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解

73) 高松高判1997年11月25日・判例時報1653号117頁。この判決について、本稿注61参照。2000年9月7日、原告、被告双方の申告を受けて最高裁判所は、刑務所長の措置を違法とした控訴審の判断を破棄し、事件を高等裁判所に差し戻した(最判2000年9月7日・民集199号371頁)。判決は、接見時間を30分以内とし、接見に施設職員の立会を要することを定めた監獄法旧監獄法施行規則の規定が憲法13条、同21条に違反しないことは、最高裁判所の先例の趣旨に徴して明らかであり、また、国際自由権規約14条に違反すると解することもできないとした。そのうえで、判決は、「刑務所における接見時間及び接見度数の制限は、多数の受刑者を収容する刑務所内における施設業務の正常な運営を維持し、受刑者の間における処遇の公平を図り、施設内の規律及び秩序を確保するために必要とされるものであり、また、受刑者との接見に刑務所職員の立会いを要するのは、不法な物品の授受等刑務所の規律及び秩序を害する行為や逃走その他収容目的を阻害する行為を防止するためであるとともに、接見を通じて観察し知される事情を当該受刑者に対する適切な処遇の実施の資料とするところにその目的がある。したがって、具体的場合において処遇上その他の必要から30分を超える接見を認めるかどうか、あるいは教化上その他の必要から立会いを行わないこととするかどうかは、いずれも、当該受刑者の性向、行状等を含めて刑務所内の実情に通暁した刑務所長の裁量的判断にゆだねられている」から、刑務所長の判断は、「裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したと認められる場合でない限り」、国家賠償法上違法とは認められず、このことは、「受刑者が自己の訴訟代理人である弁護士と接見する場合でも異なる」とした。この多数意見に対して、遠藤光男裁判官は、憲法32条により受刑者も公正な裁判を受ける権利が保障されている以上、これを事実上阻害するおそれがないよう十分配慮しなければならないとの基本的立場を示したうえで、民事訴訟においては弁護士とのあいだで長時間、秘密の打ち合わせが必要となる場合もあり、また、本件において「打合せを実質上の相手方ともいふべき徳島刑務所の職員の監視の下で行わせるということは、誰の目から見ても余りにも不公平であることは明らかであり、これを容認するとすれば、公正な裁判を受けさせるという理念は完全に没却されてしまう」から、時間制限と職員立会に関する刑務所長の措置は違法であるとの反対意見を付した。その後、旧監獄法の全面改正の結果、刑事被収容者処遇法112条ただし書2号により、刑事施設の被収容者が自己の処遇に関して弁護士と行う面会については、限定的な例外状況の場合を除き、職員の立会が排除された。

釈についての当事国の合意を確立するもの、(c)当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則、を考慮すると定められているものと解される。／ところで、B規約（自由権規約のこと・引用者注）草案を参考にして作成されたヨーロッパ人権条約では、B規約14条1項に相当するその6条1項で、同規約と共通する内容で公正な裁判を受ける権利を保障しており、右条約に基づき設置されたヨーロッパ人権裁判所におけるゴルダー事件においては、右6条1項の権利には受刑者が民事裁判を起こすために弁護士と面接する権利を含む、との判断が、また同裁判所におけるキャンベル・フェル事件においては、右面接に刑務官が立ち会い、聴取することを条件とする措置は右6条1項に違反する、との判断がなされている……。ヨーロッパ人権条約は、その加盟国がB規約加盟国の一部にすぎず、我が国も加盟していないことから、条約法条約31条3項(c)の『当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則』とはいえないとしても、ヨーロッパの多くの国々が加盟した地域的人権条約としてその重要性を評価すべきものであるうえ、前記のようなB規約との関連性も考慮すると、条約法条約31条3項における位置づけはともかくとして、そこに含まれる一般的法原則あるいは法理念についてはB規約14条1項の解釈に際して指針とすることができるというべきである」とした。そのうえで、判決は、「B規約14条1項は、その内容として武器平等ないし当事者対等の原則を保障し、受刑者が自己の民事事件の訴訟代理人である弁護士と接見する権利をも保障していると解するのが相当であり、接見時間及び刑務官の立会いの許否については一義的に明確とはいえないとしても、その趣旨を没却するような接見の制限が許されないことはもとより、旧監獄法及び同法施行規則の接見に関する条項については、右B規約14条1項の趣旨に則って解釈されなくてはならない」とした。

判決は、憲法32条の裁判を受ける権利についても検討した後、「受刑者とその民事事件の訴訟代理人である弁護士との接見について、当該事件の進捗状況及び準備を必要とする打合せの内容からみて、具体的に30分以上の打合せ時間が必要と認められる場合には、相当と認められる範囲で時間制限を緩和した接見が認められるべきである。また、当該民事事件が、当該刑務所内での処遇ないしは事件を問題とする場合には、刑務所職員が立ち会って接見時の打合せ内容を知りう

る状態では十分な会話ができず、打合せの目的を達しえないことがありうることは容易に理解しうるところであって、現に接見の経験を有している弁護士が問題として指摘するところである。そのような状態で訴訟を進めなければならないとすれば、受刑者であることゆえに訴訟において不利な立場に置かれ、訴訟における『武器の平等の原則』に反し、裁判の公正が妨げられることになるのであるから、接見を必要とする打合せの内容が当該刑務所における処遇等の事実関係にわたり、刑務所職員の立会いがあつて会話を聴取している状態では十分な打合せができないと認められる場合には、その範囲で刑務所職員の立会いなしでの接見が認められるべきである」として、これに反した接見制限と接見への職員立会は違法であると判示した。かくして、判決は、接見時間を30分以内に制限した2件の措置、接見に施設職員を立ち会わせた1件の措置を違法と認定した。

この判決に示されたように、自由権規約14条1項について、この条項による公正な裁判を受ける権利は、裁判へのアクセスの保障を包含しており、この保障を「武器平等」という観点から実質化するために、弁護士による法的援助の保障が要請されていると理解すべきである。さらに、この法的援助の実効性を確保するために、弁護士とのあいだの自由かつ秘密のコミュニケーションが保障されなければならない。

3 再審にアクセスする権利と再審請求人の弁護権

自由権規約14条1項による公正な裁判を受ける権利について、その保障内容がこのように理解されるとき、刑訴法440条1項による再審請求人の弁護権は、どのような形で保障されるべきか。

刑訴法435条による再審請求の権利は、冤罪からの無辜の救済という制度理念のもと、確定有罪判決の被告人に有利な見直しを求めて、再審の開始を請求する権利である。それゆえ、この権利は、自由権規約14条1項が保障する裁判にアクセスする権利を、再審という裁判を請求する場面において具体化したものにほかならない。刑訴法は、再審請求の権利の重要性にかんがみ、再審請求の手続それ自体を「訴訟手続」として規定したのである（刑訴規則285条参照）。自由権規約14条1項において、裁判にアクセスする権利を「武器平等」という観点から実

質化するためには、弁護士の法的援助が保障されるべきとされたが、再審にアクセスする権利を実質化するために保障されているのが、刑訴法440条1項の弁護権である。すでに指摘したように、再審請求にあたっては、確定判決の有罪認定における証拠構造を検討し、再審開始の理由となる新規・明白な証拠を発見・確保し、再審理由となる主張を構成したうえで、再審請求の趣意書（刑訴規則283条）を提出する。さらに、裁判所における事実の取調べとして（刑訴法445条）、証人尋問、請求人尋問などを行い、最終意見（刑訴規則286条）を明らかにする。弁護人の援助を受けなければ、このような再審請求の手続を効果的に進めることは、きわめて困難である。弁護権の保障こそが、再審請求の権利を実質化するために不可欠なのである（本稿Ⅲ1参照）。

このように、刑訴法440条1項による再審請求人の弁護権が、自由権規約14条1項による裁判にアクセスする権利を実質化するための法的援助を受ける権利を具体化したものとして位置づけられるとき、自由権規約同条項の要請として、請求人が拘禁されている場合、弁護人の実効的な援助を確保するために、自由な秘密接見が保障されるべきこととなる。秘密性の保障が、自由なコミュニケーションにとって不可欠である。被疑者・被告人と弁護人との接見については、「接見内容が捜査機関に知られることになれば、これを慮って、被告人らと弁護人の情報伝達が差し控えられるという萎縮的効果が生じ、被告人らが実質的かつ効果的な弁護人の援助を受けることができなくなる⁷⁴⁾」（志布志接見国賠事件の2007年4月13日鹿児島地裁判決）との認識から、「立会人なくして接見」できることを定めた刑訴法39条1項がおかれた。また、2004年『行刑改革会議提言』においては、「受刑者であっても、訴訟の遂行等法律上の重大な利害に係る用務を処理することが否定されるべきではなく、その処理のためには、外部交通が重要な手段であることも明らかである」と認められ、「訴訟の遂行等法律上の重大な利害に係る用務の処理……のためには弁護士との面会を認めることが相当であり、面会方法についても、その用務等に応じて必要と認める場合は、職員が立会いをしないなどの配慮をすることが相当」であるとされ、このような認識に立って、刑

74) 鹿児島地判2008年3月24日・判例時報2008号3頁。

事被収容者処遇法112条ただし書2号は、自己の処遇に関する刑事施設の被収容者と弁護士との面会に適用範囲を縮小しつつも、職員の立会を排除したのである。自由なコミュニケーションを確保するために秘密性が保障されるべきことは、再審請求人と弁護人との接見についても同じく妥当する。むしろ、再審弁護において、請求人からの直接の事情聴取や、請求人との事件・証拠の検討などが決定的重要性を有することからすれば（本稿Ⅲ2参照）、秘密保護の要請はなおいっそう強いともいえよう。弁護人の援助の実効性を確保するために、自由な秘密接見が保障されなければならないのである。

このとき、公正な裁判を受ける権利について、自由権規約14条1項と同様の保障内容が、憲法32条からも要請されるべきことを確認しなければならない⁷⁵⁾。憲法32条による裁判を受ける権利は、民事・行政事件の場合、「政治部門から独立した公平な裁判所に訴訟を提起することを拒まれないこと」を保障している⁷⁶⁾。このことの意味は、国側からみれば「司法拒絶の禁止」ということであるが、それを市民の側から実質的に捉えるならば、「すべての人が平等に、政治部門から独立の公平な裁判所の裁判を求める権利を有する⁷⁷⁾」ということであって、市民が裁判にアクセスする権利が保障されているのである。裁判にアクセスする権利を実質化するためには、自由かつ秘密のコミュニケーションを通じて、実効的な法的援助が確保されなければならないのである。

憲法32条の裁判を受ける権利が、このように、自由権規約14条1項と同様の

75) 葛野・注2書321～326頁。国際法学者の北村泰三は、国際人権法の発展を踏まえつつ、「『裁判を受ける権利』は、……弁護士の援助を通じた『実質的な訴権』の保障を当然に含」み、「裁判を提起し遂行しようとする在監者にとって、弁護士との接見は実質的訴権行使のための唯一の窓口である」から、被拘禁者が「代理人ないし代理人となろうとする弁護士と接見する権利が『裁判を受ける権利』と密接不可分の権利として憲法32条により保障されて」いると論じている（北村・注62書194頁）。また、憲法学者の只野雅人は、「受刑者と民事訴訟代理人との接見は、憲法32条が想定する典型的事案ではないとしても、裁判を受ける権利の実質化という観点から、国際人権保障の動向をも視野に入れた32条解釈の再構成が求められる」としたうえで、「民事訴訟の提起・進行に直接関わる接見」が憲法32条によって保障されていることを示唆している（只野雅人「最新判例批評」判例時報1746号〔2001年〕204頁）。

76) 辻村みよ子『憲法（第2版）』（日本評論社、2004年）312頁。

77) 浦部・注52書307頁。

保障内容を有するのであれば、刑訴法435条による再審請求の権利は、憲法32条による裁判にアクセスする権利を具体化したものにほかならず、刑訴法440条1項による再審請求人の弁護権も、憲法32条のもと、裁判にアクセスする権利を実質化するために保障されるべき法的援助を受ける権利を具体化したものとして位置づけられる。このとき、憲法32条からも、弁護人の実質的援助を確保するために、自由な秘密接見の保障が要請されるのである⁷⁸⁾。

VIII 結語

以上、本稿は、再審請求手続における弁護権の保障について検討してきた。それによれば、第1に、刑訴法440条1項による再審請求人の弁護権を実質化するために、請求人と弁護人とのあいだに、自由な秘密接見が保障されなければならない。請求人から直接事情を聴き、事実と証拠を検討するなど、再審弁護において請求人と弁護人との接見がひとときわ重要であることからすれば、自由な秘密接見を保障することが、弁護人の援助の実効性を確保するために不可欠であり、そのことは、再審請求の権利を実質化させ、無辜の救済に向けて、再審制度を有効に機能させるという趣旨に適う所以である。第2に、最高裁の白鳥・財田川決定のもと、再審請求手続の性格・構造を考えたとき、刑訴法39条1項が準用されるべきである。また、この刑訴法39条1項は、憲法34条の弁護権により基礎づけられているが、司法的コントロールを通じての違法な身体拘束からの解放というその目的は、再審請求手続にも妥当すべきであるから、刑訴法440条1項による再審請求人の弁護権もまた、憲法34条の弁護権によって基礎づけられ、それゆえ刑訴法39条1項の場合と同じく、自由な秘密接見の保障を包含するものと理解すべきである。第3に、自由権規約14条3項(b)・(d)の弁護権は、請求手続から公判手続を通じて、再審手続全体としての裁判の公正さを確保するために不可欠であることから、請求手続においても保障されるが、このとき、規約同条項(b)によ

78) 自由権規約14条1項によって、あるいは憲法32条のもとで、再審請求人と弁護人とあいだに自由な秘密接見が保障されるべきとき、時間制限、職員立会など、被収容者処遇法による接見の実質的制限については、それを定めた規定の限定解釈によって、その適用が排除されなければならない(本稿Ⅲ3参照)。

り、自由な秘密接見が保障されることになる。第4に、自由権規約14条1項による公正な裁判を受ける権利は、裁判にアクセスする権利を保障し、さらに、その権利を実質化するために、弁護士の法的援助を保障している。法的援助の実効性を確保するためには、自由な秘密接見の保障が不可欠である。このように、再審請求手続において、請求人と弁護人とのあいだに、自由な秘密接見が保障されなければならない、それに対する実質的制限は、刑訴法440条1項・39条1項、自由権規約14条1項・3項(b)に違反することになる。また、憲法との関係においても、憲法34条の弁護権、32条の公正な裁判を受ける権利の保障の趣旨に反することになる。

ところで、自由な秘密接見は、再審請求権者と、再審の請求をする場合において、請求権者から刑訴法440条1項による選任を未だ受けていないが、その依頼により弁護人となろうとする弁護士とのあいだの接見についても認められるべきか⁷⁹⁾。刑訴法39条1項は、身体を拘束された被疑者・被告人と、すでに選任された弁護人のみならず、「弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者」とのあいだに、自由な秘密接見が保障されるべきことを明記している。これは、弁護人の選任に関する相談、選任手続などを行うために、選任前から「弁護人となろうとする者」との自由な秘密接見を保障しなければ、弁護人の援助の実効性を確保することができないからである。これに対して、再審請求権者の弁護権について、接見に関する具体的規定はない。しかし、請求権者とその依頼により弁護人となろうとする弁護士とのあいだの接見についても、自由な秘密接見が保障されるべきである。第1に、刑訴法440条1項により再審の請求をする場合において弁護人を選任した請求人と弁護人との接見について、刑訴法39条1項が準用されるべきとすると、その規定からすれば、選任前であっても、再審請求権者とその依頼により弁護人となろうとする弁護士とのあいだの自由な秘密接見も認められるべきことになる。第2に、再審請求人の弁護権を実質化するためには、選任に先立ち、請求権者とその依頼を受けた弁護士とのあいだ

79) この場合における再審請求人の「依頼」は、弁護人として選任することの明確な意思に基づく依頼でなくとも、接見し、相談したうえで、弁護人として選任することがある旨の依頼で足りると理解すべきである。この点について、後藤・注40書221頁参照。

で、再審請求のために弁護人を選任すべきかについて自由な話し合いの機会が保障されなければならない。この機会の保障を欠くとき、弁護人の援助の実効性は、その重要部分において、制限されることになる。これは、再審請求の権利の実質化という趣旨に反する。第3に、自由権規約14条3項(c)の弁護権の保障内容として、自由な秘密接見が保障されるべき場合にも、また、自由権規約14条1項により、あるいは憲法32条のもと、再審にアクセスする権利の保障内容として、自由な秘密接見が保障されるべき場合にも、このことは同様である。かくして、刑訴法440条1項による選任前であっても、再審請求権者とその依頼により弁護人となろうとする弁護士とのあいだには、自由な秘密接見が保障されなければならない⁸⁰⁾。

ところで、本稿は、再審請求人と弁護人とのあいだの自由な秘密接見の保障に焦点を合わせてきたが、刑訴法440条1項による請求人の弁護権を実質化し、それを通じて再審請求をする権利を実効的に保障するためには、このほかにも、必要とされる手続保障があるであろう。その一つは、国選弁護権の保障である。国選弁護制度の不存在のゆえに、再審請求人が皆等しく、弁護人の援助を受けることができないという状態が続いてきた⁸¹⁾。再審請求を効果的に行うために、弁護人の援助がほとんど不可欠であることから、国選弁護権の保障が要求されてきた⁸²⁾。その実質的必要性は否定されえないであろう。

再審請求手続における国選弁護は、もちろん、立法により制度化されることが望ましいが、現行法のもとでも、国選弁護権が保障されていると理解すべきである。本稿Ⅳ2において論じたように、弁護権の保障の目的との関係において、再審請求手続と公判手続のあいだには性質・構造において共通性が認められるから、再審公判手続における被告人の弁護に関する規定が、請求手続において準用されるべきであり、再審請求人に対しても、国選弁護人が選任されるべきなのである（刑訴法36～38条の4の準用）⁸³⁾。さらに、自由権規約14条3項(d)は、弁護権を保障したうえで、「司法の利益のために必要な場合には、十分な支払手段を有しないときは自らその費用を負担することなく、弁護人を付されること」を定めている。この規定は、再審請求手続にも準用されるべきである（本稿Ⅵ4）。再審制度は、憲法39条によって、冤罪からの無辜の救済のための制度として性

格づけられた。人権保障を原理とする憲法、とくに適正手続を要請する憲法31条のもと、無辜の救済に向けて再審制度が有効に機能するよう、再審請求手続における弁護権を実質化することは、「司法の利益」に適うであろう。再審請求人

- 80) 再審請求の権利の実質化という趣旨を徹底するためには、請求権者の依頼を未だ受けていない弁護士が、再審請求に関する相談を行うために、請求権者との面会を申し出た場合、刑事施設側はこの申出を請求権者に伝達しなければならないというべきであろう。請求権者が拘禁されていない場合、いかなる弁護士も、請求権者に対して自由に再審請求に関する相談を申し出ることができ、請求権者は、その申出に応じるかどうか判断する機会を有している。他方、請求権者が拘禁されている場合、刑事施設側がなんらかの理由により弁護士の面会の申出を請求権者に伝達しないことが許されるとするならば、請求権者はただ拘禁されているという理由から、再審請求について弁護士と相談し、それに関する判断を行う機会を奪われることになり、このことは、再審請求の権利の実質化という趣旨に反するからである。高度な職業倫理、弁護士会内の懲戒システムからすれば、弁護士の申出であれば、請求権者との面会を認めることにより、逃亡、集団生活の安全・平穏など、拘禁目的が阻害される危険性はきわめて僅少である。それにもかかわらず、僅少な拘禁目的阻害の危険を理由にして、請求権者と弁護士との面会を許さないことは、再審請求の権利の重要性からすれば、過剰な面会制限として許されないから、刑事被収容者処遇法の制限規定の適用は排除されるべきである。このとき、弁護士の申出にもかかわらず、刑事施設側が再審請求に関する相談の目的とは認められないとして、面会を不許可とすることもできないというべきである。このような理由による面会不許可を認めるならば、結局、請求権者が拘禁されている場合、再審請求について弁護士と相談する機会が拘禁されているがゆえに実質的に制約される結果が生じるからである。また、後藤・注40書223頁は、当番弁護士制度における委員会派遣の弁護士による接見申出について、「弁護士依頼権を保障したと言えるためには、被疑者がその権利を行使するかどうかを判断するうえで本質的な重要性をもつ情報をも保障しなければならない。自分からはまだ弁護人を求めている被疑者であっても、もし弁護士会の派遣した弁護士が（しかも無料で）相談にのる目的で、拘禁の場所に来ていと知れば、会ってみようと思えるのが普通である。それを伝えないことは、憲法34条が保障する権利を被疑者が行使する機会を奪うことになる。したがって、被疑者を拘禁している機関は、このような事実を本人に伝える義務がある」と論じているが、このことは、再審請求権者の弁護権についても、同じく妥当するというべきである。弁護士の面会の申出が伝達されなければ、再審請求権者の弁護権は実質化しえない。弁護士の面会の申出が請求権者に伝達された後、請求権者が面会を希望したときは、その弁護士は、再審の請求をする場合において請求権者の依頼により弁護人となろうとする弁護士としての地位を獲得し、両者のあいだには、自由な秘密接見が保障されることになる。他方、弁護士の申出が伝達されたにもかかわらず、請求権者が面会を拒絶した場合には、このような依頼はないことになるが、請求権者を拘禁している機関は、請求権者に対して弁護士の申出をその目的を含め正確に伝達したが、請求権者が自由な理性的判断に基づき面会を拒絶したことを、客観的証拠により立証する責任を負うというべきである（後藤・注40書221～222頁参照）。

- 81) 日弁連・注15書351～352頁。

に対する国選弁護権は、自由権規約14条3項(d)によっても保障されているのである。

-
- 82) 岡部・注30論文54頁、鴨良弼「再審の基本的性格」ジュリスト601号(1975年)16頁、井戸田侃「再審を考える——弘前大学教授夫人殺害事件再審決定を読んで」ジュリスト622号(1976年)106頁など。検事の山本和昭も、「再審請求手続の重要性にかんがみれば、再審請求に対する請求手続こそ勝負どころであり、請求人にとっては事実上及び法律上の援助を必要とする場合も少なくないと思料される。そこで、再審請求段階においても、国選弁護人を選任できるようにすべきであるとの意見が出て来るわけである。……再審請求手続の現状を前提にする限り、前向きに取り組むべき事項の一つである」としている(山本・注33論文12頁)。
- 83) 藤永＝中山＝河上・注21書113～114頁〔高田〕も、刑訴法総則中の弁護に関する規定の準用により、再審請求人に対して国選弁護権が保障されるべきとする。