

被疑者主体論

— 防御の主体は被疑者である —

村 岡 啓 一

はじめに

いわゆる安藤・斎藤事件上告審において、上告人は接見交通権を弁護人の「固有権」の視点からではなく被疑者の「基本権」の視点から捉え直し、被疑者の防御の主体性を承認する限り、捜査機関が捜査の必要性を根拠に被疑者において選択した弁護人との即時接見を遅延ないし制限することは憲法上の権利（第34条及び第37条3項の重畳適用を根拠とする。）である接見交通権を侵害するので違憲であると主張した。しかし、最高裁大法廷は、従来の憲法レベルでの調和論、すなわち、弁護人の援助を受ける権利に基づく接見交通権は国家刑罰権に基づく捜査の権能と憲法上同格のものとして調和されなければならないとの考え方を踏襲して、「憲法34条は、身体の拘束を受けている被疑者に対して弁護人から援助を受ける機会を持つことを保障するという趣旨が実質的に損なわれない限りにおいて、法律に右の調整の規定を設けることを否定するものではない」と判示し、接見指定制度を合憲とした。

司法制度改革審議会の最終意見書も、「被疑者・被告人の身柄拘束に関連する問題」については「様々な考え方がありうることから、直ちに具体的結論を得ることは困難である」として具体的な提言を差し控え、被疑者の取調べを容認した上で取調べの適正を確保する措置として「被疑者の取調べ過程・状況について、取調べの都度、書面による記録を義務付ける制度を導入」すること、及び「公的弁護制度が確立され、被疑者と弁護人との接見が十分なされること」を指摘するにとどまった。¹

こうした一連の動きは、捜査実務を支配している「真実を最もよく知る犯人

を取り調べ、その供述を得ることが不可欠²という自白中心主義の思想を迫認するものであり、自白中心の実体的真実主義への過度の傾斜を改め、国際準則にそった手続的真実主義への転換を促す国際的批判を無視するものといわなければならない。換言すれば、被疑者は依然として「取調の客体」として位置付けられており、被疑者を「防御の主体」と見る発想は欠落しているのである。

本稿においては、被疑者こそが防御の主体であることを先ず確認したうえで、最高裁大法廷判決が我々の提起した原理的主張にどう答えたのか、換言すれば、「被疑者が自己防御権の行使のために自らの意思で取調べに応ずることを止めて弁護人との接見を希望した場合には、もはや、捜査機関側は取調べ等の必要を理由に接見を制限することはできないのではないか」という根源的な問いに最高裁大法廷判決は答えたのか否かを検討することにする。

I 原理としての「自己防御権」

1 本人訴訟という原型

現在においては、弁護人という存在は刑事司法制度の不可欠な構成要素をなしている観があるが、刑事弁護人の起源をたどっていくと刑事訴訟の原型は本人訴訟にあり、いわゆる当事者の代理人的性格を持った「弁護士」の原型が登場してくるのは古代ローマの時代であったことが判明する。³

訴訟が未だ民事・刑事未分化の古代にあっては、訴訟を求める当事者本人の「弁論」こそが訴訟の本質的要素であり、裁判の場というのは、当事者本人の全人格をかけた自己主張の場であった。それ故に、「弁論」の重要性が当事者をして雄弁家の援助を促し、ついで、ローマ法という法思想と法制度の発展に伴って法律家の援助を必要とし、当初は認められていなかった訴訟代理の概念が法律家の援助と結びついていったのである。

本人訴訟が刑事訴訟の原則形態であったことは、近代的な弁護士に連なる歴史を持たないわが国においても同一であった。江戸幕府の封建体制下での公事訴訟は、本人の出頭が強制され、代理人を出頭させることはできなかったのである（代訟禁止の原則）。⁴

わが国の司法制度が採用している当事者主義の原型は英米法の陪審制に求められる。この当事者主義の弾劾構造の訴訟形態においても本人訴訟が原型である。その典型的な例が当事者同士が神の前に宣誓をして真偽をかけて闘った決

闘裁判に見られる。決闘裁判は対等な当事者の対決を前提とするものであったから、最も徹底した当事者主義の表現形態であったとすることができる。決闘裁判が「当事者主義の原風景」と称される所以がここにある。⁵ 決闘裁判を裁判上の立証方法として認めていた背景には、自分自身の生命、身体、財産、名誉を守るのは自分自身であるという基本認識があり、自らの血と生命を賭けて自己の権利を守るために闘うという精神が流れていた。当事者本人が法廷で闘う主役であるという根本理念を法制度化したという意味で決闘裁判と陪審裁判とは共通するのである。

こうした歴史的経過を承けて、同輩である陪審員の面前で訴訟当事者の主張の真偽が判定される裁判の形態は、常に、「闘争fights」に擬せられる。「訴訟とは法廷で行われる合法的戦闘である。それは歴史的には（そして現代においても）拳銃や剣による私的な戦いの代用品である。」⁶ 当事者主義の刑事司法制度の下、今日でも有罪・無罪をめぐる事実認定につき原告である国家の立証活動を「攻撃」、それに対する被告人の弾劾活動を「防御」と称するのもその根本にある闘争的訴訟観を反映しているからにほかならない。

刑事訴訟の原型が本人訴訟であったといういわば当たり前の事実が明らかにしていることは、裁判の本来的な主体は常に当事者本人であったということである。裁判とは国事ではなく、本来的に、個人の権利・義務をその個人の責任において追求する場なのであり、個人的な自律と自由が基本にあるということである。とりわけ、当事者主義の真の価値は、「実体的真実への貢献」にあるのではなく、むしろ、「個人的自律の理想への貢献」にあることを理解しなければならない。⁷

今日の裁判制度は、上記歴史的な出発点とは異なり、裁判は国家の重要な関心事となっており（裁判国事主義）、とりわけ、犯罪を扱う刑事裁判においては、個人の人格を賭けた自己主張の場であるという認識は著しく希薄である。しかし、いかに裁判が国事行為になったとしても、そこに登場する当事者は常に生身の個人であることに変わりはないのであるから、自己主張の場であるという本質に変わりはないはずである。その当然の事理を今日にまで伝えている法的表現が、被告者(the accused 以下、被疑者・被告人を総称した概念として用いる。)に認められている「自己防御権」⁸であろう。

自己防御権の法的性格については後（本稿II）に検討するとおりであるが、法的承認の前に、原理として被告者こそが「防御の主体」であることを明快に

論じたアメリカ合衆国連邦最高裁の判決があるので、その判示部分を紹介しておこう。

2 アメリカ合衆国連邦最高裁判決 *Faretta v. California*

アメリカ合衆国では建国以来、州憲法上の権利として「自己弁護権」(right of self-representation) が認められていたが、1975年、連邦最高裁は、*Faretta v. California* 事件において6対3の多数意見により、連邦憲法修正第6条の弁護人条項の解釈として、州が被告人に弁護人を強制的に付することはできない旨判示し、被告人の自己弁護権行使を認めた。⁹ 行使の要件は、被告人が「弁護人の援助を受ける権利」の意義と利益を「認識し、かつ、理解 knowingly and intelligently」した上で放棄することであり、自己弁護能力の有無を問わない。法廷意見は「防御権は個人的なもの」であるとして「法の生命線である個人の尊重」の観点から弁護人による弁護を受けるか否かの選択を被告人自身の自己決定に委ねた。反対意見は、修正第6条の理念が「公正な裁判」にあるとの立場から、自己弁護権を認めることは不正義につながり、裁判制度の尊厳と公衆の信頼は損なわれると主張したが多数を制するには至らなかった。

スチュワート判事が書いた法廷意見の中から、アメリカ合衆国の刑事訴訟において、いかに当事者本人の主体性、自律性が尊重されているかを、その判示部分から引用して示してみよう。

1) アメリカ合衆国憲法修正第6条の構造

修正第6条は、単に被告人のために弁護人が与えられなければならないことを保障するにとどまらない。それは、被告人が自分自身で自らの弁護をする権利を認めている。「訴追事実の性質及び原因を告げられ」なければならない者、「不利な証人と対決し」なければならない者、さらに「自己に有利な証人を得るために強制的手段」を与えられなければならない者は、いずれも被告人であって、弁護人ではない。修正条項は多くの言葉を費やしてはいないが、自己弁護権-自分自身で自らの弁護を行うこと-は、このようにして必然的に同条項の構造の中に取り込まれている。防御権 (the right to defend) は直接被告人に与えられたものである。なぜならば、防御が功を奏さなかった場合、その結果を甘受しなければならないのは被告人であるからである。

弁護人条項はこの考え方を補強する。それは弁護人の「援助 assistance」という表現を使用している。援助者はいかに専門家であっても、所詮援助者にす

ぎない。修正第6条の文言及びその精神は、弁護人もまた、同条項が保障する防御手段と同様に、それを喜んで受け容れる被告人にとっての援助でなければならない—それを喜ばない被告人と彼が有する自分自身で自らを弁護する権利との間に割り込む国家の機関であってはならないことを規定しているのである。したがって、被告人が熟慮の結果選択した意思に反して、被告人に弁護人を押しつけるのは、修正条項の論理に反する。このような場合には、弁護人はもはや援助者ではなくて、主人 (master) である。そして、それは防御権から修正条項が主張する個人的性格を奪うものである。確かに、被告人が弁護人による弁論及び訴訟追行を選択した場合、法及び伝統によれば、訴訟戦術について被告人をも拘束する決定権限が多くの分野で弁護人に委ねられている。しかし、この権限の賦与は、被告人が、最初に、弁護人を自己の代理人として承認したことによってのみ正当化されるのである。被告人の望まない弁護人であっても被告人を「代理」できるというのは、根拠のない到底承服できない法的擬制である。被告人がこのような代理を内心において受け容れていないとすれば、弁護人が付いていたとしてもその防御は憲法が被告人に保障した防御ではない。なぜなら、言葉の真の意味で、彼の防御ではないからである。¹⁰

2) 個人の尊重

ほとんどの刑事訴訟において、被告人が自ら慣れない努力をして防御するよりも、弁護人の指導を受けて防御する方がより適切な防御ができることは否定できない。しかし、被告人が進んで弁護人による弁護を受け容れないのであれば、法律家の素養や経験といった利益も実現されないか、仮に実現しても、不十分な形でしか実現されないのである。被告人に弁護人を強制することは、単に、被告人をして法は自分に対し何かを企んでいるという思いを抱かせるだけである。さらに、いくつかの稀な場合には、被告人が自分自身で自らの弁護を行うことによって、実際に、より効果的な弁護をなすことも理解できないことではない。個人的な自由権は、平均値を示す法に由来するのではない。防御権は個人的なものである。有罪の個人的結果を甘受するのは、弁護人でも国家でもなく、被告人なのである。それ故に、被告人こそが、自らの事件につき弁護人が利益になるのか否かを自分自身で自由に決定できなければならない。そして、たとえ、自らが自らの弁護をしたことが、結局、自らに害をもたらす結果になったとしても、その選択は、「法の生命線である個人の尊重」の観点から敬意を払われなければならないのである。¹¹

II 法理としての「自己防衛権」

1 日本国憲法における自己防衛権

1) 基本原理としての「個人の尊厳」

日本国憲法の基本原理の一つに「個人の尊厳」があることは一般に承認されている。¹² 憲法上の条文としては、第13条前段の「すべて国民は、個人として尊重される。」が、「近代人権思想の神髄たる個人の尊重の原理」を宣言したものと理解され、憲法第24条2項「法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」にいう「個人の尊厳」と同義語として扱われ、その趣旨は、「国政によって、個人の人格を尊重するという基本原理をのべたものである。」とされる。¹³ ここでいう「個人の尊重」のルーツは、アメリカ独立宣言の一節「われわれは、自明の真理として、すべての人は平等に造られ、造物主によって、一定の奪いがたい天賦の権利を付与され、そのなかに生命、自由および幸福の追求の含まれることを信ずる。また、これらの権利を確保するために人類のあいだに政府が組織されたこと、そしてその正当な権力は被治者の同意に由来するものであることを信ずる。」¹⁴ にまで遡るから、基本にある思想はアメリカ独立宣言を中心にして発達してきた個人主義の考え方である。

2) 刑事上の手続的保障と「個人の尊厳」との関係

憲法第31条から同第40条に至る刑事手続に関する手続的保障を規定した条文(以下、これらを包括して「手続的保障権」という。)の中に、「個人の尊厳」といった表現は用いられていないが、これらの手続的保障権の前提として「個人の尊厳」が伏在していることは容易に理解される。比較憲法の観点から異例ともいえるほど多くの刑事手続に関する保障規定が置かれた背景には、戦前の捜査・取調の過程で引き起こされた数多くの人権侵害の歴史的事実があり、GHQは、再び国家権力が国民に対する人権侵害を惹起することのないように、あえて、手続的保障権を憲法上の権利として位置付けることによって、国家権力に対する歯止めの役割を期待したという立法者の意思がある。令状主義に基づく司法審査(憲法第33条ないし第35条)、被告者に対する黙秘権の保障(第38条)、身体拘束に対する代償的制度保障としての弁護人の保障(第34条)、防衛目的の弁護人の援助を受ける権利の保障(第37条)などは、すべて、国家によ

って刑罰権発動の対象とされた国民の「個人の尊厳」を守るための工夫であり、被告者自身が国家と対峙する一方当事者として、自らが主体的に自己を防御することができるように政策的に配慮した結果であるからである。¹⁵

わが国の刑事司法制度が当事者主義のモデルを採用していることは、上記手続的保障権が、国家との対抗関係において、「何人」であれ刑事上の罪に問われた者（被告者）を権利行使の主体として位置付けていることから明らかである。ここから、被告者こそが防御の主体であるという一般的命題が導かれ、被告者こそが憲法上の「包括的防御権」¹⁶を有すると主張される。

このように、日本国憲法の下、当事者主義の刑事司法モデルは、被告者を単なる国家刑罰権の対象たる客体の地位から、対等の立場で攻撃・防御を行うという弾劾主義に基づく防御の主体という地位にまで高めたので、今日、被告者の地位の二面性、すなわち「防御の主体」であると同時に「捜査・取調・訴追の客体」であることを強調する議論はあっても、防御の主体性を否定する考え方は見当たらない。日本国憲法の基本原理である「個人の尊厳」の理念から見れば、国家刑罰権の対象とされた国民につき、自らを主体的に防御する地位を承認することは当然の帰結であり、その法的表現として、被告者には包括的ないし根源的な「自己防御権」が認められるということも、また、当然の帰結と言うべきであろう。

しかし、これは、飽くまでも、憲法上の「個人の尊厳」という理念を刑事手続の場に投影した場合の解釈原理を示すものにとどまり、被告者の「自己防御権」なるものが憲法上肯定されるからといって、そこから直ちに何らかの具体的諸権利が導かれるというものではない。自己弁護権、弁護人の援助を受ける権利、黙秘権、証人審問権といった被告者が主体的に行使することのできる具体的な諸権利は、それぞれの権利を保障した憲法上の根拠規定によって認められるのであり、自己防御権といった包括権から直接導かれるというものではない。この意味で、被告者の防御の主体性に随伴する自己防御権という概念も、具体的な憲法上の権利そのものを意味するというよりは、憲法上の諸権利の背後にある原理的な考え方ということになる。

2 国際人権法における自己防御権

1) 宣言文書・決議等

国際人権法の観点から見た最高裁大法廷判決批判は別稿（五十嵐）に委ねる

が、被告者を防御の主体とした「理念としての自己防御権」を宣言するものとして、次の宣言ないし決議が存在する。

①世界人権宣言（1948年12月10日採択の国際連合第3回総会決議）¹⁷

第10条

何人も、自己の権利および義務の決定、ならびに自己に対するすべての刑事責任の決定に関して、独立した公平な裁判所による公正かつ公開の審理をうける完全に平等な権利を有する。

第11条（1）

何人も、刑事犯罪の訴追をうけたものは、自己の弁護に必要なすべての保障を与えられた公開の裁判において、法によって有罪が立証せられるまでは、無罪の推定をうける権利を有する。

上記第10条は「公正な裁判」の保障を宣言したものであり、第11条は刑事上の基本原則である無罪推定の原則を宣言したものであるが、その前提として、刑事上の罪に問われた者が「自己の弁護に必要なすべての保障」が国家から与えられるべきことを盛り込んでいる。

②デリー宣言（1959年1月10日採択の国際法曹委員会第2回大会第三部会決議）¹⁸

III 逮捕と訴追

- (3) いかなる逮捕においても、逮捕された者は直ちに、そしてその後のいかなる時においても、彼自身の選択する法的援助者の援助を受ける権利があり、この権利は、彼の逮捕に際して直ちに、そして彼が明確に理解できる方法で、彼に告げられなければならない。

V 防御の準備と活動

ルール・オブ・ローは、訴追された者がその防御のための十分な機会をもち、これを実行すべきことを要求する。即ち、

- (1) 彼はいついかなる時も彼自身の選択による法的助言者の援助を受ける権利及びその援助者と交通する自由をもつべきであるということ。
 (2) 彼はその容疑について十分な特定性をもって告知されなければならないこと。
 (3) 彼は彼の防御のための証拠を提出する権限をもち、その証拠の取り調べに立ち会う権利をもつこと。

- (4) 少なくとも、重大な事件においては、彼は公判前に十分な時間を取って、検察側によって提出される証拠の実物について知らされなければならないこと。
- (5) 彼は彼を訴追するためのいかなる証拠であっても、それが取り調べられる時は、立ち会う権利をもち、彼を訴追するための証人を反対尋問する権利をもつこと。

上記被告者の諸権利の宣言は、後の法的拘束力を有する国際条約の先駆けをなすものであり、権利主体が被告者本人であること、及びその防御の重要な手段となる「法的助言者」を誰にするのかの決定は被告者本人の選択に基づくべきことを明らかにしている。

③ハンブルグ決議（1979年9月22日国際刑法学会第12回大会第三部会決議）¹⁹

6 弁護を受ける権利

いかなる被疑者・被告人もすべての刑事手続段階において自らを弁護する権利または自ら選んだ資格を有する弁護人に助けてもらう権利、およびそれらを告知される権利を有する。

- (a) 被告人が個人的な事由で自らを弁護できないか、または弁護人を依頼できない場合であって、司法の最善の利益ならびに被告弁護側の利益から判断して弁護人を必要とする複雑重大な事件においては、裁判所は常に職権で弁護人を選任する。
- (b) 右弁護人に対しては、被告人が経済的に支払不能場合には常に公費で合理的な報酬を支払うものとする。
- (c) 被告側弁護人はすべての重要な手続段階において出席して被告人を助けることができる。
- (d) 被告側弁護人は捜査終了後のできるだけ早い時機においてすべての利益証拠のみならず訴追側手持ちのすべての不利益証拠をも利用できるものとする。
- (e) 身柄を拘束されたいかなる人も自己の弁護人との秘密交通権を保障される。ただし司法官憲が合理的な保安上の理由からこれを禁じた場合はそのかぎりではない。
- (f) 刑事手続において人権擁護の目的で合法的手段によって争ったゆえをもって、何人も不利益を受けることがあってはならない。

上記決議においては、被告者の理念的な「自己防御権」からさらに進んで、

防御の具体的な形態として被告者自身による「自己弁護権」が明記されていることに留意する必要がある。もっとも、上記決議は、一方で被告者の自己弁護権を認めながら、他方で、裁判所において「司法の最善の利益」及び「被告弁護側の利益」を考慮した結果、弁護人を必要と判断した場合には常に弁護人を付すべきものとしているので、国家の側から見た「公正な裁判」の実現という国家的利益（この中に国家の後見的役割も含まれる。）を同時に追究していることが明らかである。

2) 国際人権自由権規約

①国際人権自由権規約の国内的効力

法的拘束力を持つ国際条約の中で、理念的な自己防御権保障を超えて明確に具体的防御手段としての「自己弁護権the right to defend himself in person」を保障したのは国際人権自由権規約である。ヨーロッパ諸国の場合には、同種の規定を有するヨーロッパ人権条約が存在し、南北アメリカ諸国の場合にも、米州人権条約が存在するので、これらの各締約国は、地域内条約と国際人権規約の二重の保障に浴することになるが、わが国が属するアジアには同種の地域内条約が存在しないので、専ら、国際人権自由権規約の適用を受けることになる。

同規約のわが国における国内的効力（いわゆる自動執行力）につき、日本政府は第一回日本政府報告書の審査の際、次のように述べて、一般論としてこれを肯定している。

「日本では条約は通常の国内法に変形されるのではない。しかし、実務において、条約はずっと以前から、日本の法制の一部を構成すると解されてきており、それに相応する効力を与えられてきた。換言すると、行政と司法当局は、条約の規定を遵守し、その遵守を保障してきたのである。条約は国内法より高い地位を占めると解されている。このことは、裁判所により条約に合致しないと判断された国内法は、無効とされるか改正されなければならないことを意味する。」²⁰

同様に、わが国の判例も同規約の国内的効力を明示的に肯定し、裁判規範として適用している。²¹

②国際人権自由権規約の弁護人条項の解釈

i 国際人権自由権規約第14条3項(d)

弁護人の援助を受ける権利に関する同規約の条文は、第14条3項(d)である。

「自ら出席して裁判を受け及び、直接にまた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。」

「自ら直接に防御すること to defend himself in person」という表現が、被告者の自己弁護権、すなわち、本人を代理する弁護人の役割を自らが担うことを意味していることは、対比されている表現が、「自ら選任する弁護人を通じて防御すること to defend himself through legal assistance of his own choosing」とされていることから明らかであろう。同条項は、被告者本人が防御の主体であることを当然の前提としたうえで、具体的な弁護の方法として、弁護人を利用する防御手段と自己弁護権を行使する本人訴訟の形態を並列的に保障しているのである。

ii 第14条3項(d)の構造

同条項には、以下の五つの権利が含まれている。

- (a) 裁判に自ら出席して審理を受ける権利 right to be tried in one's presence
- (b) 自らが自らを代理して防御する権利（自己弁護権） right to defend oneself in person
- (c) 自ら選任した弁護人を通じて防御する権利（弁護人の援助を受ける権利） right to choose one's own counsel
- (d) 弁護人の援助を受ける権利につき告知を受ける権利 right to be informed of the right to counsel
- (e) 無料の法的援助を受ける権利 right to receive free legal assistance

規約人権委員会での議論は、自己弁護権が中心課題ではなく、主として、貧困を理由とする無償の弁護人の援助を受ける権利の保障をどの範囲で実現すべきかをめぐってなされた。実際問題として、経済的状況を無視して締約国すべてに無料の法的援助を義務付けることは非現実的であることが認識された結果、被告者自身が自らの弁護人を選任する権利がまず基本とされるべきであり、それを補完するものとして無料の法的援助が位置付けられた。

今日では、上記五つの権利の関係については、次のように理解されている。すなわち、刑事上の罪に問われた者はすべて、第一次的に、自らが法廷に出席し、自分自身で自らを弁護（代理）する無制約の権利を有する。しかし、被告者はこの自己弁護権を放棄し、代わりに、弁護人による弁護を利用することが

できる。そのために、裁判所は被告者に「弁護人の援助を受ける権利」のあることを告知しなければならない。弁護人による弁護を選択した場合、被告者自身の選任による弁護人の弁護が原則であるが、経済的な理由により弁護人を選任することができないときは、司法運営上の利益から見て弁護人の援助が必要であると判断される場合に限って、被告者には、国家の費用によって弁護人を付けてもらう権利がある。²²

要するに、第14条3項(d)の構造は、最も基本的な権利として被告者本人の自己弁護権があり、その上に、被告者の意思に基づく弁護人による弁護を受ける権利があり、さらにその上に、「司法の利益のために必要な場合」という各国の実情に委ねた経済的条件の下、国家による無償の弁護人の供与を認めるという構造になっている。各国のリーガルエイドの制度の下、被告者には、原則として、選択指名権は認められていないが、自らの意思に反して職権で弁護人を選任された場合、被告者はいつでも自己弁護権を行使することが認められているのである。

国際的には、被告者自身が防御の主体であることは常識であり、刑事上の諸権利の基礎には「自己防御権」の考え方が存在しているのである。

III 被疑者主体論

— 防御の主体は被疑者である —

1 被疑者の地位

1) 捜査手続と公判手続の関係

捜査段階の被疑者の地位をどう見るかは捜査手続を公判手続との関係でどのように理解するかというテーマ（捜査手続の構造論）と密接に関わっている。

通説は、捜査手続を公判手続の準備段階と位置付けるので、国家刑罰権の発動のためになされる捜査機関の強制捜査及び任意捜査は、基本的に、後の公判においてなされる国家の有罪立証のための攻撃方法と同じ法的性格を有する。換言すれば、憲法第37条の背後にある理念「公正な裁判」を実現するための刑事手続の一環として、捜査手続は公判手続と連続することになる。²³ここで想定されている捜査とは戦前からの糾問的捜査にはかならないから、専ら、捜査機関の権限が議論の焦点となり、被疑者は伝統的な「捜査の客体」の地位に甘んじることになる。捜査段階における被疑者の権利保障という考え方は希薄で

あり、せいぜい公判段階において保障される憲法上の諸権利がどの程度捜査段階にまで「前倒し」して保障されるかという問題意識にとどまる。被疑者を捜査機関と対等な当事者と位置付けるものではないから、弾劾的捜査「観」及び糾問的捜査「観」という観方の違いを提示しえても、捜査手続の構造そのものを当事者主義的に変革するには至らない。

これに対し、捜査手続を独自の目的と構造を持つものと位置付ける見解（捜査独自性説）²⁴がある。捜査手続を「検察官が起訴・不起訴を決定するために、事実関係＝訴訟条件（「起訴猶予すべき事実」の不存在を含む。）の有無を明らかにすることを目的として行われる一連の手続」と理解し、被疑者が主体的に証拠収集や弁解をすることによって起訴・不起訴の終局的事件処理の決定に寄与することを重視し、捜査機関と並んで被疑者・弁護人も「捜査の主体」と位置付ける考え方である。²⁵この考え方は、捜査機関の攻撃的活動に対して被疑者の側の防御的活動を対等のものとして位置付け、被疑者の「捜査主体性」を肯定することにより捜査手続の構造を三面的「訴訟」的構造と理解しようとするものであった。すなわち、公訴官たる検察官をデュープロセスの担い手とし、第一次捜査機関である司法警察職員に対し被疑者・弁護人を対置させ、両者の対立構造として捜査手続の弾劾化を図ろうとした。この考え方がもたらす最大の効果は、検察官の不当な訴追裁量権の行使を抑制し、これによって被疑者を手続的拘束から可及的速やかに解放しようという点にあった。

しかし、この見解に対しては、検察官を権利の擁護者とみるべき歴史的・実体的基盤が存在しているのかが問われ、むしろ、議論は検察官を権利擁護者として捉えるのではなく、訴訟法的には、被疑者の権利の拡大と検察権限の縮小を中心に、その権利侵害性を極小化する方向へと向かった。²⁶

たしかに、検察官の司法官的性格を強調することには、理論上はともかく実際上は、当事者性を希薄にする一方でかえって捜査の糾問化を招来しかねない危険性があったので検察官をデュープロセスの担い手とする捜査構造を否定した議論の方向性は正しかったといえる。しかし、捜査独自性説が目指した捜査手続における被疑者の当事者的地位の確立という方向性は間違っていない。憲法は被疑者・被告人が手続の担い手として自ら自己防御を果たし、手続的拘束から自らを解き放つ主体的な存在として位置付けており、この「防御の主体性」の承認は公判段階のみならず捜査段階においてもあてはまるからである。その具体的法的表現として、憲法を承けた刑事訴訟法は、黙秘権の保障制度

(198条2項)、証拠保全の請求制度(179条)、勾留理由開示制度(207条1項、82条1項)などを通じて被疑者が捜査段階においても当事者の地位にあることを明らかにしている。

2) 憲法の弁護人条項の解釈と被疑者の捜査客体論

捜査手続の性格を公判手続の準備段階であると把握する通説の考え方は、「公正な裁判」を指導理念とする刑事手続の一環であるとする点では、国際人権法が被告者(the accused)に与えられる刑事手続上の諸権利の起点を「国家刑罰権の発動を当該被告者に告知した時点」としていることと整合的である。国際人権法上、「刑事上の罪に問われた者」の概念としては国家との対抗関係に入った「被告者」が存在するのみであり、権利保障の面で、起訴の前後で「被疑者」と「被告人」とを区別する扱いにはなっていないからである。²⁷

しかし、わが国においては、憲法第34条と同第37条3項の弁護人条項の解釈と関連付けて、同じ刑事手続ではありながら、捜査段階と公判段階の手続構造の違いから被疑者と被告人を区別して論ずる見解がある。²⁸ 起訴後は当事者主義の公判手続が展開されるので、被告人が「防御の主体」として訴訟行為を行うことが予定され、この防御のために弁護人が要請されるのに対し、起訴前の捜査段階では、被疑者は「捜査の対象」であり、捜査機関と被疑者とが「論争」を通じて攻撃・防御を展開する構造にはなっていないことを理由に起訴の前後では弁護人の役割にも差違があると説く。この考え方は同じ弁護人という表現が憲法上用いられていても憲法第34条と同第37条3項の弁護人の役割は異なっていることを根拠づけようとするものであるが、その立論の背後には起訴の前後での被疑者と被告人の地位の違いが前提にされているように思われる。すなわち、当事者対抗主義が妥当するのは公判段階であるから、起訴後に被告人が「防御の主体」であることは疑いが無いが、それ以前の捜査段階では被疑者はあくまでも「捜査の対象」にとどまるとする理解である。その結果、国際人権法の理解とは異なり、刑事上の罪に問われた者は捜査段階においては「捜査の客体」とされ、起訴後に至って初めて「防御の主体」の地位を獲得することになる。おそらく、この暗黙の前提は、新憲法施行後も当事者主義の理念とは別に戦前からの糾問的捜査実務を踏襲してきた捜査機関の認識を反映したものである。

こうした被疑者と被告人の地位の区別を前提とした憲法解釈に異議を唱えたのが、安藤・斎藤事件における憲法第34条と同第37条3項の弁護人条項を機能

的に捉え直した重畳適用の考え方である。憲法のそれぞれの条項が弁護人の異なった役割を想定した保障規定であるとする点では、前記被疑者・被告人区分説と同じ発想に立つが、第34条は専ら「身体の自由security of person」の保障規定であり、第37条が「公正な裁判fair trial」の保障規定であるという機能的な差違を区別の根拠とするものであるから、被疑者・被告人の地位の区別とは対応していない。詳細は上告理由補充書に譲るが、結論だけを要約すると次のとおりである（あとかきの付記参照）。

国家によって身体を拘束されること（人身の自由の保障の問題）と国家によって刑罰権の対象とされること（公正な裁判の保障の問題）とは原理的に別の問題であるから、「身体を拘束された被告者」は「身体を拘束された市民」という側面と「刑事上の罪に問われた市民」という二つの当事者性を同時に帯びる。その結果、前者の地位からは①被拘束者として自らの身体拘束の是非をめぐって救済手続を遂行する主体が導かれ、後者の地位からは②被告者として刑事上の諸権利を行使する主体が導かれる。その主体性を前提にして弁護人は法的援助者として登場し、外部交通の制度的保障の役割を担うほか、①不当な身体拘束からの救済のための法的援助、及び②被告者本人の自己防御権に基づく諸権利を本人に実効的に行使させるための法的援助を行う。したがって、弁護人の援助を受ける権利は、起訴の前後で内容を異にするのではなく、弁護人の援助が何を目的にしているのかに応じて、憲法第34条及び第37条3項双方に根拠を有することになる。

この考え方はヨーロッパ人権条約や国際人権自由権規約が国際的に認知したルーツを異にする基本的自由権の区別に従ったものであるから、上告人の「独自の見解」ではない。この考え方の最大の功績は、人身の自由の保障と公正な裁判の保障の双方の場において、当事者である当該市民こそが権利行使の主体であり、弁護人はその援助者にとどまることを明らかにした点にある。換言すれば、いずれの場面においても、当事者の主体的行為が必要なのであり、弁護人という政策的に付与された「武器」を利用するか否かの判断をも含めて、当該市民自身の自己決定が根底にあることを明らかにした点にある。

3) 防御の主体性を認めることの意義

身体を拘束された被告者にこそ自己決定権があるとは何を意味するのか？ わが国の用例に従えば、身体を拘束された被疑者が防御の主体であるとは一体

どういうことを意味するのだろうか？

身体拘束という厳然たる物理的制約の前に被疑者が主体性を保っていると言い得るためには被疑者自身の主体的判断が確保されていなければならない。身体拘束下にある被疑者には、弁護人による ①外部交通の保障 ②身体拘束からの解放手続に関する法的援助 ③公判を前提にした刑事上の防御に関する法的援助が利用可能であるから、被疑者がそれを欲する限り、国家は弁護人の援助を妨害することはできない。弁護人の援助を利用して初めて被疑者本人の主体的行動が実現されることになるから、身体を拘束された被疑者と弁護人との間の接見交通の自由性及び秘密性は不可欠の要請となる。これが憲法が保障した接見交通権の本来の姿である。

しかし、被疑者の自己決定権を認めるということは同時に上記弁護人の援助を受ける権利を利用しない自由をも認めることであるから、身体を拘束された被疑者は、自らの意思によって処分可能な権利である限り、憲法上の権利であってもその放棄をなし得ると考えなければならない。被疑者が憲法上の権利である黙秘権を自由かつ真摯な意思に基づいて放棄し、捜査機関の取調に応じて供述することは何ら憲法上の問題を惹起しない。同様に、被疑者が自由かつ真摯な意思に基づき専門家たる弁護人の法的援助を受ける権利を放棄することも可能と考えざるを得ない。²⁹ この場合の効果は、被疑者本人が憲法上の権利を放棄しただけにとどまるから、さらに進んで「捜査の客体」ないし「取調の客体」となるためには、被疑者本人がその事態を正確に認識して客体となることを受け容れなければならない。これが被疑者の主体性を認めることの意味である。

では、憲法上の権利の放棄に何らの制限もないのであろうか？

刑事上の手続に関する憲法上の権利には、権利主体である当事者本人の個人的利益と並んで「公正な裁判 fair trial」に奉仕する国家的利益も同時に含まれている。例えば、憲法第37条の弁護人の援助を受ける権利は、その典型例であり、武器対等の原則を実現するため被告人にとって最も基本的な権利であると同時に国家にとっても「公正な裁判」という制度目的を達成するために必要な制度的保障なのである。換言すれば、憲法第37条には、被告人のための弁護人の援助を受ける権利の保障とそれを実現するように義務づけられた国家の責務が表裏一体となっていると考えられるのである。このように憲法上の権利の中に異質な利益が混在して認められる場合、権利主体が放棄しうる利益は自ら

の意思で処分可能な利益に限られるから、権利放棄の効果が及ぶのは飽くまでも当事者本人の利益の範囲にとどまり、国家の責務まで免除するものではない。例えば、わが国には刑事訴訟法上の制度として必要的弁護制度が存在するが、これは憲法37条の「公正な裁判」を実現すべき国家の責務に基づく制度であるから、被告人が弁護人の援助を受ける権利を放棄したからといって、当然に国家に対するその要請がなくなる訳ではない。しかし、他方で、被告人の権利放棄の意思は尊重されなければならないから、被告人の自己弁護権を侵害しない範囲で弁護人はいつでも被告人の利用が可能な状態で待機することになる。³⁰このようにして、被告人の利益と国家の責務との調整が図られることになる。したがって、憲法上の権利の放棄を認める場合であっても、そこには国家の責務を免除しないという意味で一定の限界があることを承認しなければならない。

この考え方を憲法第34条の弁護人の援助を受ける権利に当てはめた場合、どうなるか？

捜査段階における被疑者に着目した場合、被疑者には「防御の主体」としての地位と「捜査の客体（取調の客体）」としての地位の二面性が認められるから、被疑者自身の自己決定によって「防御の主体」ではなく「捜査の客体（取調の客体）」を選択する自由は認められる。しかし、憲法第34条の規定は、身体を拘束された被疑者が身体的自由を獲得するために自らの意思で弁護人の援助を希望した場合の保障規定であるにとどまらず、被拘束者の意思如何を問わず国家が市民の身体を拘束することの代償的措置として弁護人による外部交通の確保を制度的に保障したものであるから、この点にまで被拘束者の意思による放棄の効果は及ばない。また、弁護士という職業には外界から遮断された被拘束者のために外部交通を実現すべき職業上の責務が課せられていると考えられるので、弁護人は被疑者の意思如何にかかわらず外部交通のための接見を実現すべき義務を負っていると考えるべきであろう。³¹すなわち、身体を拘束された被疑者と弁護人と国家との関係を考えて場合、当該被疑者には接見を求める弁護人に会わなければならないという法的義務はないが、国家と弁護人にはそれぞれ外部交通を実現すべき責務があるので、弁護人は当該被疑者に現実に面会するまで接見を要求し続ける義務があり、国家も弁護人による外部交通の実現のために弁護人の被拘禁者との面会を実現すべき義務を負担することになる。このことの具体的場面における適用は、弁護人から被疑者に対する接見申

し込みがなされた場合、国家機関は弁護人の接見申出の事実を当該被疑者に伝えなければならず、たとえ被疑者が弁護人の面会を拒否した場合であっても、少なくとも、弁護人においてその本人意思の確認を求める場合には、面会の便宜を図ることになる。³²このようにして一旦外部交通が実現した後、当該被疑者が弁護人による援助を利用するか否かは本人の自己決定に委ねられるが、それは人身の自由を確保するための主体的行為の問題であって、身体拘束に伴う代償的制度保障としての外部交通の問題とは別のものである。

このように、憲法第34条の弁護人の援助を受ける権利においても、被拘束者の権利と国家ないし弁護人の責務の併存を認めることができ、ここにも憲法上の権利の放棄の限界が存在するので、被拘束者の弁護人の援助を受ける権利の放棄とは別に弁護人の外部交通権の保障との調整が見出されるのである。

4) 防御における被疑者主体論

以上の議論は、被疑者の自己決定が権利行使をしないという消極的方向でなされた場合の効果と限界を示したものであるが、接見交通権をめぐる最大の問題点は、被疑者が弁護人の援助を受ける権利を積極的に行使することを自己決定した場合に、何故、国家の側がその主体的判断にもかかわらず接見交通権を制約できるのかという点にある。接見指定制度の合憲性が問われたのは正にこの文脈においてである。

調整論批判は別稿(上野)に譲るが、接見指定制度は身体拘束下にある被疑者の身体利用の便宜を調整するものであるから、根底には被疑者を客体視する思想が潜んでいる。被疑者を捜査機関から見た「取調の客体」と弁護人から見た「防御の客体」との対抗関係をその本質としていたのである。それ故に、調整論を克服するためには、弁護人自身が無意識のうちに陥っていた被疑者を「防御の客体」と見る誤った考え方を改め、被疑者を「防御の主体」と位置付けることによって、被疑者自身の自己決定を貫く必要があったのである。上告理由補充書が、意識的に被疑者こそが「防御の主体」とであると論じたのはそのためである。防御の主体である被疑者が憲法上の権利の放棄をせずに、自らの自由かつ真摯な意思決定に基づいて弁護人の援助を受ける権利を選択した場合、国家はそれを尊重しなければならないから、その限りで被疑者の意思にかかわらず国家の側の「捜査の必要」を理由に接見交通を制約する接見指定制度は違憲とならざるを得ないと論じたのである。

かりに、捜査機関も憲法の枠内で認められた捜査を遂行する「捜査の主体」

ではあると位置付けることができるとするならば、図式的には、「捜査の主体」対「防御の主体」という対抗関係を想定することができる。その結果、調整の問題は「捜査の主体」対「防御の主体」という対抗関係の下、両者の間に「調整」ということが果たしてあり得るのかという問いに置き換えられる。

しかし、この問いに対する解答は最初から明瞭であったと言うべきであろう。憲法上の権利 (right) が相互に衝突する例は珍しくなく憲法上の価値の序列に応じた調整が図られることはあるが、接見交通権が問題となっている場面での対立状況というのは、国家の権能 (power) とそれを制約した憲法上の権利 (right) の対照にほかならなかったからである。接見交通権同士が競合するような場合、例えば、同一被疑者に対し家族の面会と弁護人接見の申出が重なった場合とか接見室が一つしかない場合に複数の被疑者それぞれに対し同時期に弁護人接見の申出がなされたような場合には、権利対権利の衝突に伴う内在的制約として「調整」が必要とされる。しかし、憲法上の刑事手続規定の場合は、それとは異なり、主権者である国民が国家に対して一定の行為を禁じ、あるいは一定の措置を採ることを命じたものである。市民的自由が例外的に国家によって制限されることを容認したうえで、その場合の条件を定めた「手続的保障権」であるから、既に、憲法レベルで捜査の価値と人権の価値とが比較衡量された結果が憲法の各規定に結実したものであるとすることができる。³³ それ故に、捜査権と表現の自由ないし取材の自由との関係が憲法上問題となった事例³⁴とも異なる。憲法上の権利の内在的制約とか権利の外在的制約ともいふべき「公共の福祉」による制限が問題とされる関係ではないからである。捜査権と接見交通権とは、最初から「調整」を必要とする権利間の衝突は存在しなかったのである。

接見指定制度が被疑者の自己決定と整合性を保って存続することがあり得るとすれば、主体対主体のぶつかり合いから帰結される「調整」ではなく、飽くまでも「防御の主体」である被疑者自身の選択に基づく憲法上の権利の放棄、及びそれに続く被疑者自身の意思決定に基づく「捜査の客体」ないし「取調の客体」の受容でしかあり得なかったのである。

理論的には上記のように整理することができるが、その一方で、捜査段階においては被疑者に「捜査の客体」としての側面も存在するので、完全な意味での主体性の承認には至らない何らかの制約があり得るのではないかという疑念が寄せられる。同一人に「捜査の客体」と「防御の主体」の二面性が併存する

以上、「防御の主体」の貫徹だけでは説明できない制約があり得るのではないかという疑問である。こうした疑問が提起されるのは、被疑者において身体拘束を受ける根拠が「犯罪の嫌疑」によるため、犯罪捜査の便宜を無視することはできないのではないかという実質的考慮が働く結果である。

わが国の刑事訴訟法は身体拘束の理由に「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由（第60条1項2号）を掲げており、いわば真正面から、国家において身体を拘束した被疑者は「犯人」であることを前提にした罪証隠滅工作を想定している。³⁵しかし、こうした立法が「無罪の推定」原則と果たして整合するのには極めて疑わしい。明らかに犯人性を前提にした身体拘束と無罪推定を前提とする「身体不拘束の原則」とは矛盾するからである。³⁶国際的には、無罪推定原則を認める一方で、身体拘束の必要性をも認める立場から、「罪証の隠滅」という表現を避け、「司法過程への妨害 *interference with the course of justice*」という間接的表現を採用している。³⁷この意図は、刑事司法システム全体への悪影響を阻止することを目的とするものであるから、犯人性を当然に前提にしたものではないという訳である。しかし、法的表現をいかに工夫しようと根底には捜査上の便宜が隠されているのであるから、有り体に言えば、一定の範囲で捜査の便宜に基づく身体拘束が正当化されているのは否定できない。しかし、この実態をもって「捜査の客体」と見ていると評するのは当たらない。何故なら、国際的には、前述のとおり、捜査段階においても被告者の防御の主体性は当然の前提となっており、わが国のような取調受忍義務を媒介とした実質的な黙秘権侵害を容認する法制度と実務運用にはなっていないからである（黙秘権について別稿（小坂井）参照）。

犯罪捜査の便宜のために被疑者の身体を拘束する必要性については各国の刑事司法において共通していても、身体拘束下にある被疑者を「取調べの客体」と見る考え方は採られていないのである。したがって、被疑者から自白を採るために弁護人との接見交通を遮断しなければならないという発想は最初から登場する余地がなく、接見交通の制約があり得るのは施設の保安上の問題にのみ限定されるのである。³⁸

要するに、被疑者に「捜査の客体」と「防御の主体」としての二面性が認められるといっても、前者は刑事司法システム全体の健全性との関係で身体拘束を合理化する側面でのみ認められるにすぎず、わが国のような「取調べの客体」という考え方は黙秘権を中核とする「防御の主体」の承認の前に否定され

ている。理論上のみならず実際的にも、被疑者本人が「防御の主体」であることを承認する限り、「捜査の客体」「取調べの客体」を強調することによって弁護人との間の接見交通に制約を加えることはできないのである。

以上の検討結果を基に、最高裁大法廷判決は我々の疑問にどう答えたのかを次に見てみよう。

2 最高裁大法廷判決は我々の問題提起に答えたか

1) 最高裁大法廷判決

1999年3月24日、最高裁大法廷は、いわゆる安藤・斎藤事件の大法廷回付論点「刑訴法第39条3項は、憲法第34条、同第37条3項及び同第38条1項に違反するか」につき合憲との判断を示すにあたり、次のように判示した。

①憲法第34条前段について

「この弁護人に依頼する権利は、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る。」

②憲法第37条3項について

「憲法三七条三項は、『刑事被告人』という言葉を用いていること、同条一項及び二項は公訴提起後の被告人の権利について定めていることが明らかであり、憲法三七条は全体として公訴提起後の被告人の権利について規定していると解されることなどからみて、同条三項も公訴提起後の被告人に関する規定であって、これが公訴提起前の被疑者についても適用されるものと解する余地はない。」

③憲法第38条1項について

「憲法三八条一項の不利益供述の強要の禁止を実効的に保障するためにどのような措置が講じられるべきかは、基本的には捜査の実状等を踏まえたうえでの立法政策の問題に帰するものというべきであり、憲法三八条一項の不利益供述の強要の禁止の定めから身体の拘束を受けている被疑者と弁護人等との接見交通権の保障が当然に導き出されるとはいえない。」

2) 憲法第34条と第37条3項の関係

上記大法廷判決の考え方は、国家刑罰権の対象とされた被告者 (the

accused) の地位を起訴の前後で被疑者と被告人に区分する従来からの取扱いを踏襲して、身体拘束を受けた被疑者の起訴前段階の弁護人の援助を受ける権利を憲法第34条前段に、身体拘束の有無とは関係なく、起訴後の被告人の同権利を憲法第37条3項に、それぞれ別個に憲法上の根拠を求めたものである。³⁹ その結果、身体を拘束されていない被疑者の弁護人の援助を受ける権利は憲法上の保障から除外されることになった。

「拘束の原因となっている嫌疑を晴らしたり」の判示部分は、刑事上の罪に関する被疑事実を攻撃・防御の対象とすることを意味しているから、大法廷判決は人身の自由からの解放とは別の「公正な裁判」の実現に寄与する防御活動を本籍である第37条とは別に第34条に読み込んだことになる。理念的には混乱していると批判せざるを得ないが、身体拘束との関係とはいえ起訴前の捜査段階において被疑者にも刑事上の罪の成立をめぐる防御活動の必要性を認めたものと評価しうるから、この限度では、被疑者自身の防御の主体性を捜査段階においても認めたものと理解することも可能であろう。

しかし、大法廷判決は明らかに被疑者と被告人を区別して憲法上の弁護人条項の区別に対応させたのであるから、防御の主体性の承認を公判段階から捜査段階にまで「前倒し」したと見るべきではなく、被疑者には被告人とは異なった取扱いを承認していると考えなければならない。このことは、我々の意識的な被疑者主体論に対し何ら言及することなく、従来の「指定要件」論を踏襲していることから明らかである。

3) 指定要件

結局、最高裁大法廷判決は従来の調整論と指定要件論を踏襲して、次のように判示するにとどまった。

①調和論の採用

「憲法は、刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものであるから、被疑者と弁護人等との接見交通権が憲法の保障に由来するからといって、これが刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものということとはできない。そして、捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取り調べる必要が生ずることもあるが、憲法はこのような取調べを否定するものではないから、接見交通権と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない。」

②指定要件の判示

「捜査機関は、弁護士等から被疑者との接見等の申出があったときは、原則としていつでも接見等の機会を与えなければならないのであり、同条三項本文にいう『捜査のため必要があるとき』とは、右接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ、右要件が具備され、接見等の日時等の指定をする場合には、捜査機関は、弁護士等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護士等と防御の準備をすることができるような措置を採らなければならないものと解すべきである。そして、弁護士等から接見等の申出を受けた時に、捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち会わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって、弁護士等の申出に沿った接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは、原則として右にいう取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たると解すべきである。」

4) 最高裁大法廷判決の背後にある思想は何か

最高裁大法廷判決が、身体を拘束した状態下で取調べが行われている現行の実務を肯定し、捜査権の根拠を国家の権能にまで求めて取調べの必要を被疑者の自己決定よりも優位に置いたことは、刑事司法の目的を「事案の真相解明」に求めていることを物語っている。

同判決は、冒頭の憲法第34条前段の弁護人の援助を受ける権利の意義につき、「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」と述べるので、この記載だけを見れば、被疑者の主体的行動を前提にしているように読める。しかし、この表現すらも被疑者の防御の主体性を前提としたものではなく、むしろ、身体拘束下にある被疑者の客体性を前提にしているように思われる。自己防御権の考え方は、弁護人の援助がなくとも自らが弁護人の役割をも果たしうることを大前提にしているが、身体拘束下にある被疑者の場合には、行動それ自体の物理的制限の故にこの代替性が働かない。防御の主体性を尊重する限り、身体拘束下にある被疑者が主体的に防御を行うためには「手足」となる弁護人の利用が不可欠であるのに、大法廷判決によれば、この弁護士との意思の疎通が捜査の必要の前に遮断されてしまうからである。

「弁護人の援助を受ける権利が実質的に損なわれない限り」調整が許されるという考え方の背後には、やはり、被疑者の意思とは全く無関係の国家から見た「弁護人の援助」の実体が隠されているのであり、それは、捜査機関の真実解明に支障を及ぼさない限度で実体的真実主義に協力する弁護人との接触でしかないのである。

最高裁大法廷判決が、前記判示部分につき、真に身体を拘束されている被疑者の主体性を承認しているのであれば、上告人が憲法第38条1項を根拠に主張した取調受忍義務否定論の帰結、すなわち、「被疑者が望むならいつでも取調べを中断しなければならないから、被疑者の取調べは接見交通権の行使を制限する理由にはおよそならない」ことを肯定しなければならなかったはずである。しかし、同判決は取調べ受忍義務を「取調べのために出頭し、滞留する義務」に置き換えたうえで、それを肯定することが「直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものではない」と判示して、上告人の主張する被疑者主体論を「前提を欠く」として排斥したのである。

この判示部分は、憲法第34条違憲論に答える形で「なお書き」で付加されたものであり、憲法第38条違憲論に対してなされたものではない。つまり、最高裁は上告人の主張した被疑者主体論を十分に認識しており、憲法第34条の弁護人の援助を受ける権利の意義を判示する過程で、文言上は、身体拘束下にある被疑者の主体性を肯定するかの如き表現を採りながら、被疑者主体論の帰結そのものについては、「前提を欠く」という形で、真正面から判断することを避けたのである。

しかし、従来からの指定要件論を踏襲したことは、とりもなおさず、上告人が批判を集中した「捜査・取調の客体」論を採用したことにはほかならないから、実質的には、被疑者主体論を否定したと言って差し支えない。⁴⁰

IV 結 論

身体を拘束された被疑者こそが防御の主体である。このことの帰結は、捜査機関の取調べの必要性を理由とする接見指定制度は存立の根拠を失うということにほかならない。刑事訴訟法39条3項は、憲法第34条、第37条3項及び第38条1項（これらの規定の根底に被疑者の主体性の承認がある。）に違反するものとして違憲であり、削除されなければならない。接見指定制度は廃止されな

なければならないのである。また、被疑者が黙秘権を行使した場合には、その主体的な防御方法の選択の結果として、捜査機関の取調べは中断されなければならない(小坂井)。更に、被疑者が主体的に取調べに応ずるのを止めて弁護人との接見を希望した場合には、捜査機関は利用可能な状態になっている弁護人に連絡してその接見を確保しなければならない。以上が被疑者主体論の当然の帰結であり、先に述べた国際的準則に則った本来の接見交通の在り方である。これは、決して上告人の「独自の見解」なのではない。

しかし、最高裁大法廷判決に従う限り、被疑者が自由かつ真摯な意思に基づいて「捜査の客体」であることを拒否して自らを防御するために弁護人の援助を受ける権利を行使し弁護人との接見を希望した場合であっても、捜査機関は最高裁大法廷判決が定立した指定要件が存在する限り、接見指定をなし得ることになる。これは、当該被疑者の意思に反して即時の接見交通権を認めないことを容認することにほかならないから、結局、被疑者の防御の主体性は否定されたのと同じである。

要するに、最高裁大法廷判決は「被疑者の主体性」を表面的には否定していないが、実質的には、接見指定制度における「捜査の必要」の解釈上、捜査機関の捜査の便宜を被疑者の主体的意思決定よりも優位に置いたものであり、従来からの身体拘束下にある被疑者を「取調の客体」と位置付ける糾問的捜査実務を追認したと評価せざるを得ない。

しかし、我々が提起した被疑者主体論につき、最高裁は単なる「捜査の客体」論を対置したにとどまり、我々の根本的な疑問、すなわち、何故、「防御の主体」である被疑者が弁護人の援助を受けるために弁護人との接見交通権を行使する場合に国家の側の捜査の必要性によって制約を受けるのかについては、未だ回答を示してはいないのである。

最高裁大法廷判決も捜査段階における被疑者の地位が「取調の客体」であると明言していないのは、少なくとも理念的には捜査手続においても被疑者の「防御の主体性」を否定できないからと推察できる。この証拠が憲法第34条前段の意義に関する前記判示部分である。現実の運用はともかく被疑者の「防御の主体性」が理念としては何人も否定できない普遍性をもっているとすれば、今後の課題は、いかにしてそれを具体的な場面において眼に見える形で実現していくことができるかにある。弁護人からの接見申出に対し捜査機関がどう対処するか場面ではなく、実際に、身体拘束下にある被疑者の方から取調を拒否して弁護人との接見を自発的に求めた場合に、捜査機関はどう対応するのだ

ろうか？ おそらく大法院判決の判示した指定要件の充足を理由にその申出を拒否するのであろう。しかし、この場合、当該被疑者が憲法上の権利である自己防御権の侵害を主張した場合（それは安藤・斎藤事件の違憲論に帰着する。）、再度、最高裁は理論的には破綻している同じ調整論をもって臨むのであろうか？ あるいは、本音で答える道を選択し、被疑者は「取調の客体」であると明言するのであろうか？

我々が提起した「被疑者こそが防御の主体である。」とする原理的な主張は、それが当事者主義を支える根本であるがゆえに、今回の大法院判決によっても何ら揺らいではないのである。

- 1 平成13年6月12日付司法制度改革審議会意見書50、51頁。
- 2 法務省「『国民の期待に応える刑事司法の在り方』について」19頁（2000年7月25日付けの前記司法制度改革審議会におけるプレゼンテーション）。
- 3 ロルフ・シュナイダー（Rolf Schneider）、石川明訳『弁護士-独立の司法機関』日弁連弁護士倫理叢書西ドイツ①11頁（ぎょうせい 1986）。石井成一「職業としての弁護士とその使命」大野正男ほか編『講座現代の弁護士1』1頁以下（日本評論社 1970）。
- 4 大野正男「職業史としての弁護士および弁護士団体の歴史」前同『講座現代の弁護士2』6頁以下（前同）。
- 5 山内進『決闘裁判』講談社現代新書（講談社 2000）、山内進「中世ヨーロッパの決闘裁判」一橋論叢105巻1号62頁（1991）。
- 6 ジェローム・フランク（Jerome Frank）、古賀正義訳『裁かれる裁判所（上）』40頁（弘文堂 1960）。
- 7 山内・前掲注5『決闘裁判』235頁。
- 8 「自己防御権」という概念は、被疑者及び被告人が国家刑罰権の対象とされた時点から、国家の側が行う有罪立証のための活動、すなわち、国家からの「攻撃」に対し自らを「防御」する必要が生ずることに起因して認められる法的諸権利を総称するものとして使用する。刑事上の罪に問われた者には、当事者としての「自己決定権」が存在するが、自己決定権という概念自体は、刑事上の罪に問われた者の範囲を超えて広く個人一般に帰属する包括的概念であるから、自己防御権は、広義の自己決定権のうちの刑事上の罪に問われた者を行使主体とする自己決定権と重なることになる。自己防御権の射程距離は、「防御」の必要な範囲をカバーすることになるから、捜査段階及び公判段階を問わず及ぶことになる。したがって、被疑者・被告人の区別にかかわらず刑事上の罪に問われた者一般に適用される包括的権利概念として、「防御の主体性」という理念を示す法的表現とすることができる。また、憲法上の諸権利を総称して「包括的防御権」という表現が用いられているが、自己防御権の概念は、憲法上の諸権利を包摂しつつも、それ以上の地位と権利を含むものであるから、必ずしも同

一の概念ではない。もっとも、自己防御権も包括的防御権も、ともに「防御の主体性」という理念を示す法的表現という意味では同じである。以上を単純に図式化すれば、自己決定権という大きな円の中に自己防御権の円が内包され、その自己防御権の円の中に憲法上の諸権利が「包括的防御権」としてさらに内包されているものとして位置付けておく。

「自己防御権」から帰結される具体的な法的権利に「自己弁護権」がある。「自己弁護権」とは、公判段階における「代理」に着目した概念として、自らが自らを「代理」して弁護にあたることを認める権利を指すものとして用いる。アメリカ合衆国憲法修正第6条の憲法上の権利とされる、「法廷で自らを自らの代理人＝弁護人とする権利the right of self-representation」を意味する。「訴訟手続の遂行を本人自身が担う権利the right to proceed pro se」も同じ意味である。

- 9 Faretta v. California, 422U.S. 806 (1975) 同判決を紹介するものとして、羽山忠弘「アメリカ合衆国憲法修正第六条と刑事被告人の自己単独弁護権」大東文化大学法学部創設十周年記念論文集365頁(1984)、大坪憲三「弁護人依頼権は放棄できるか」自由と正義29巻3号75頁(1978)、渥美東洋・アメリカ法1977-2 274頁。
- 10 Faretta, supra at 819-821.
- 11 Id. at 833-834.
- 12 樋口陽一ほか『注解日本国憲法上巻』254頁(青林書院 1984)
- 13 種谷春洋「生命・自由および幸福追求権」芦部信喜編『憲法II人権(1)』133頁(有斐閣 1978)。
- 14 高木八尺ほか編『岩波文庫・人権宣言集』114頁(岩波書店 1957)。
- 15 垣花豊順「刑事訴訟法における個人の尊厳」松尾浩也先生古稀祝賀下巻57頁(有斐閣 1998)。
- 16 渡辺修『刑事弁護と防御』はしがき参照(日本評論社 1998)。
- 17 前掲注14『人権宣言集』398頁。
- 18 五十嵐二葉『テキスト国際刑事人権法総論』資料5、115頁(信山社 1996)。
- 19 前掲注18前掲書資料4、113頁。
- 20 富川政府代表の発言、北村泰三『国際人権と刑事拘禁』85頁(日本評論社 1996)。
- 21 大阪高判平6.10.28判時1513号86頁、東京高判平5.2.3法曹会『外国人犯罪裁判例集』57頁、札幌地判平9.3.27判時1598号33頁など。
- 22 Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary 259頁(1993)。
- 23 通説を要約したものとして、石川才顕「捜査手続の意義とその理論構造」14頁『捜査における弁護の機能』(日本評論社 1993)。
- 24 前掲注23石川・前掲書16頁、井戸田侃「捜査手続における弁護理論」竹澤哲夫先生古稀祝賀記念論文集『誤判の防止と救済』139頁(現代人文社 1998)。
- 25 前掲注(24)井戸田・前掲書150頁。

- 26 新屋達之「現代検察官論の課題」刑法雑誌40巻1号11頁（2000）。
- 27 村岡啓一・海渡雄一「国際人権法と起訴前弁護」自由と正義43巻2号28頁以下（1992）。
- 28 椎橋隆幸「接見交通権の着実な展開」現代刑事法2号40頁（1999）、同「刑事弁護・捜査の理論」46頁（信山社 1994）、渥美東洋・判時1409号182頁。
- 29 東京地決昭46.10判時630号50頁、いわゆる「斎川決定」。渥美東洋「国選弁護権の告知と放棄」比較法雑誌 6巻1・2号（1968）。
- 30 アメリカ合衆国では、被告人が弁護人の援助を受ける権利を放棄し自己弁護権を選択した場合、裁判所の裁量により「補助弁護人standby counsel」が選任される。John F. Decker, The Sixth Amendment Right to Shoot Oneself in the Foot: An Assessment of the Guarantee of Self Representation Twenty Years after Faretta, 6 Seton Hall Const. L. J. 483 (1996)。
- 31 国連第8回犯罪防止会議決議『弁護人の役割に関する基本原則』の原則7及び国連総会決議『国連被拘禁者保護原則』の被拘禁者と並んで弁護人自身を権利主体と定めた外部交通権の各種保障規定は、弁護人が積極的に外部交通を確保すべきことを求めている。
- 32 近時、池田市の小学生殺傷事件において、被疑者が死刑を望んで当番弁護士の接見を拒否すると同時に全ての弁護人の援助を拒否するという事態が生じた。この場合も、本文で述べたように、当番弁護士には外部交通権を確保する役割に基づき被疑者の意思如何にかかわらず接見する義務があり、本人意思を確認するための接見は最低限の要請であったので、当番弁護士は繰り返し接見を要請し、ついに弁護士と当該被疑者との接見を実現した。
- 33 奥平康弘『憲法III』298頁以下（有斐閣 1993）。
- 34 博多駅事件判決・最大決昭44.11.26刑集23巻11号1490頁、日本テレビ事件判決・最決平元.1.30刑集43巻1号19頁、TBS事件判決・最決平2.7.9刑集44巻5号421頁など。
- 35 イギリス警察・刑事証拠法第38条（1）項は、保釈の例外事由として「その者が財物を滅失若しくは毀損するのを防止するため」「犯罪の捜査を妨害するのを防ぐため」の留置の必要を挙げている。
- 36 法曹時報9巻8号「昭和三十一年における刑事事件の概要」は、「勾留の制度は被告人に対する無罪推定の建前と相容れないものを含んでいる。勾留理由として法に規定されているところは、有罪の推定の上に乗ってのみ理解されるものである。」と述べている。
- 37 ヨーロッパ議会閣僚委員会1980年6月27日決議は、身体拘束を認める基準を「司法権の行使を妨げる客観的な危険がある場合the test of "substantial reason for believing danger of interfering with the course of justice"」と定める。
- 38 北村泰三「国際人権法と接見交通権・再考」季刊刑事弁護13号18頁（1998）。
- 39 前掲注28 椎橋・前掲書はこの点を高く評価する。
- 40 最高裁大法廷判決の調整論を評価するものとして、松本一郎「接見交通権の現在と今

後の課題」現代刑事法5号(2000)35頁、寺崎嘉博「弁護人の役割-接見交通と効果的弁護-」前同43頁、大野重國「被疑者と弁護人等の接見交通権の制限を定めた刑訴法三九条三項の合憲性」警察学論集52巻6号(1999)30頁。同判決の意義は、接見交通権を憲法第34条の憲法上の権利として承認した点にあるとするものとして、福井厚「接見交通権に関する最高裁大法廷判決を読んで」季刊刑事弁護20号(1999)10頁。判例批評として、井戸田侃「刑訴法三九条三項と憲法三四条前段、三七条三項、三八条一項」民商法雑誌122巻6号(2000)815頁、洲見光男「接見指定規定の合憲性」現代刑事法11号(2000)64頁。