

# 国際人権法における弁護人の位置づけ

村岡啓一

## 一 はじめに

国際人権法上の諸基準は、それぞれ独自のテーマをもつて存在意義を有している。そのなかから刑事司法と密接な関連を有する手続上の合意を抽出してみると、そこには、諸国家の異なった刑事司法に関する法制度と固有の文化、歴史をこえた共通の理念が示されている。無罪の推定原則、身柄拘束の司法的コントロール、弁護を受ける権利の保障、武器対等の原則等々である。司法機関 (a judicial or other authority) と並んで弁護人 (a counsel) の存在が刑事司法を運営するうえでの不可欠の機関であることは当然の前提とされており、そのことは、初期の国際文書等からも窺われるが、この点を明確に確認したのは、「弁護士の役割に関する基本原則」(一九九〇年)が最初である。また、国際文書上、権利行使の主体は一般に自由その他基本的人権を侵害された者であるが、「国連被拘禁者保護原則」(一九八八年)は、一定の権利について、被拘禁者と並んで「弁護士」をも権利行使の主体としている。

このように、弁護人の存在それ自体は、国際人権法上、共通の前提とされているが、その存在意義、換言すれば、

何故、人権保障のために弁護人が必要とされるのかについては、必ずしも明らかではない。それを明らかにするには、弁護人の存在を前提としている国際人権法上の諸権利から逆に遡って根底にある思想に到達するほかはない。

本稿のテーマは「国際人権法において、起訴前弁護はどのように保障されているのか」を明らかにすることであるが、そのためには、まず、国際人権法において、弁護人が何故必要とされているのかを明らかにしなければならぬ。なぜならば、必要とされる理由がわかつてはじめて弁護活動の始期が確定できるのであつて、仮に、国際人権法が『起訴』の前後で弁護人の存在意義を区別していないとすれば、わが国で一般的な「起訴前弁護」と「公判弁護」という区分は国際人権法上あまり意味を持たないことになるし、仮にその区分を前提としても国際人権法の考え方とわが国の考え方との間に差があれば、それは国際人権法をわが国の国内法規に適用をする際、重要な解釈の指針を与えてくれるからである。

そこで以下において、まず、日本国憲法（英文）と国際人権規約B規約（一九六六年・日本の批准一九七九年・条約第七号）およびヨーロッパ人権条約（一九五三年発効）を素材として国際人権法上の弁護人の古典的位置づけ（存在根拠）を検討する。次いで、それが最近の国際人権法上の発展のなかで、どのように変化したかを国連被拘禁者保護原則および弁護士の役割に関する基本原則を素材として概観することにする。（なお、ヨーロッパ人権条約を検討の対象とすることは、伝統的国際人権法はヨーロッパ中心的性格を有しており、国際人権規約B規約のルーツがそこにあると考えられるうえ、ヨーロッパ人権条約の解釈につきヨーロッパ人権委員会およびヨーロッパ人権裁判所の判例が集積されており、その判例法は同一の内容をもつ国際人権規約の諸権利についても妥当すると考えられるからである。また、日本国憲法が英米法の考え方を反映していることは周知のとおりである。）

## 二 基本的な疑問

### 1 日本国憲法の英文と正文とのくい違い

(1) 日本国憲法において「辩护人」という表現が出てくるのは憲法三四条「抑留・拘禁に対する保障」および同三七条三項「刑事被告人の諸権利」である。後者は刑事被告人の諸権利との表題が示しているとおり、起訴された後の公判審理における被告人の辩护人依頼権を意味していると理解されている。

しかし、日本国憲法の英文表記によれば、右のごとき表題はなく同三四条前段は次のようになっている。

No person shall be arrested or detained without being at once informed of the charges against him or without the immediate privilege of counsel;

(何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに辩护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。)

また、同三七条三項は次のように表現されている。

At all times the accused shall have the assistance of competent counsel who shall, if the accused is unable to secure the same by his own efforts, be assigned to his use by the State.

(刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する辩护人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。)

(2) 英文と正文との対比から判明することは、まず、三四条についていえば、

① be arrested or detained が、「抑留又は拘禁され」と訳されていること

② the charges against him の charges の意味を「抑留又は拘禁」の理由と同義に解し、たんに前後の文脈から「理由を直ちに告げられ」と訳出し、厳密にいうと the charges against him に該当する部分の訳が抜け落ち

ていふこと

が指摘できる。

後に見るような arrest and detention は一対の概念であり、逮捕とそれに続く身柄の拘束(留置)を意味するから、今日では、「逮捕と拘禁」と訳出されるのが一般的である。<sup>(1)</sup>(日本国憲法では英文の be apprehended を「逮捕され」と訳している。同三三三参照。また、国際人権規約B規約の公定訳は、arrest and detention を「逮捕と抑留」と訳しており、訳語例に混乱がみられる。)

訳語の混乱もさることながら、問題は②の点にある。charge の意義が正確に訳出されていないのは、憲法三三三条についてもみられる。すなわち、同条の英文は

No person shall be apprehended except upon warrant issued by a competent judicial officer which specifies the offense with which the person is charged, unless he is apprehended, the offense being committed.

であるのに対し、正文は

「何人も現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない。」

となつており、be charged with に該当する部分の訳が「逮捕の」理由となつている」とされ、ここでも厳密にいうと charge の訳語が抜け落ちて be charged with は be apprehended 「逮捕され」と同義に理解されているのである。

結局、日本国憲法は英文表記の charge という概念にはまったく拘泥せずに、逮捕、抑留、拘禁という行為のなかにその意義を解消してしまつていのである。この理解は国際人権法との関連を考えるうえで正しいのであろうか。

(3) 次に日本国憲法第三七条については、英文と正文との対比から次のことが指摘できる。

① the accused が「被告人」と訳されていること

② the assistance of competent counsel が「資格を有する弁護人を依頼すること」と訳されていること<sup>(2)</sup>  
 わが国の刑事訴訟法は、三〇条一項において、「被告人又は被疑者は、何時でも弁護人を選任することができる。」と定め、弁護人選任をなしうる主体につき「被告人」と「被疑者」という区分を設けている。刑事訴訟法上、両者の定義規定はないので、いつから被疑者になるのかは不明であるが（刑法一九八条一項但書の規定によれば、被疑者という地位は必ずしも「逮捕」「勾留」と結びつくものではないから、被疑者の地位の始期は逮捕以前にあることは明らかであるが、その公的なメルクマールは存在しない）、他方、被告人の地位は検察官の公訴提起によつて生ずるから（刑法二四九条、同二五六条二項）、被疑者と被告人の区別のメルクマールが起訴にあることは明瞭である。そうすると、日本国憲法は the accused の地位を検察官の公訴提起を基準として定めたと同じことになる。この理解は、国際人権法との関連を考えるうえで正しいのであろうか。

## 2 ヨーロッパ人権条約と国際人権規約B規約とのくい違い

国際人権規約B規約九条の公定訳には「身体の自由及び逮捕抑留の要件」という表題がつけられ、同一四条には「公正な裁判を受ける権利」という表題がつけられている。英文（原文）には右のような表題が付されていないが、B規約九条はヨーロッパ人権条約第五条と、B規約一四条はヨーロッパ人権条約第六条とそれぞれ対応しており、各条項のテーマはヨーロッパ人権条約五条が人身の自由と安全 (Liberty and security of person) を、同六条が公正な裁判を受ける権利 (The right to a fair hearing) を対象としているので、右の各表題はB規約の当該条項のテーマを示すものとして正当であると同時に有益である。

弁護人依頼権の保障という観点から、ヨーロッパ人権条約とB規約を対比すると、B規約一四条三項には、「すべての者は、その刑事上の罪の決定について、十分平等に、少なくとも次の保障を受ける権利を有する。」として「(b)

防禦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士と連絡すること」および「(d)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士を通じて、防禦すること」の保障が規定されている。これに対し、ヨーロッパ人権条約六条三項は、

*Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:*

(刑事犯罪の責めを問われた者は何人も、以下の最小限の権利を有する。)

として、「(b) 自己の防禦の準備のために十分な時間及び便益を持つこと」および「(c) 自ら直接に又は自ら選任する弁護士を通じて、防禦すること」の保障がB規約と同一の表現で規定されている。

右の対比から明らかかとおり、B規約には「自ら選任する弁護士と連絡すること to communicate with counsel of his own choosing」および「自ら出席して裁判を受けること to be tried in his presence」が保障されているが、ヨーロッパ人権条約には右の各明文規定が欠けている。これは、ヨーロッパ人権条約において、依頼者と弁護人の接見交通権は認められていないことを示しているのであろうか。

また、B規約の権利の主体は、*Everyone*(すべての者)ではあるが、*In the determination of any criminal charge against him* (その刑事上の罪の決定について) という限定が付されており、この表現はヨーロッパ人権条約六条一項の公正な裁判の保障規定にみられるものである。そうすると、B規約一四条三項が規定する弁護士依頼権(依頼者と弁護人との接見交通権を含む)の保障は、公判審理の段階を前提にしており、いわゆる起訴前段階には及ばないのではないだろうか。<sup>(3)</sup>

さらにいえば、弁護士依頼権が起訴前の段階にまで及ぶとすれば、逮捕および拘禁の時点で保障されなければならないはずなのに、逮捕および拘禁をテーマとするヨーロッパ人権条約五条、および国際人権B規約九条のいずれもが、弁護士依頼権について明文規定を置いていないのは何故なのであろうか。

### 三 ユーロッパ人権条約五条の検討

#### 1 ユーロッパ人権条約五条を貫いている考え方は何か

ヨーロッパ人権条約五条は人身の自由と安全を保障することを目的としている。その目的を達成する手段として同条一項は、「何人も法律に定める手続に則り、次の各場合に該当するのでない限り、人身の自由を奪われない。」と定め、身柄の拘束を受ける例外的な場合を限定列挙している。

(a) 権限のある裁判所の有罪判決にもとづく合法的な収監

(b) 法律によって定められた義務を履行するための、あるいは裁判所の適法な命令に従わないためになされる合法的な逮捕または拘禁

(c) 犯罪を犯したことの合理的な嫌疑にもとづいて権限のある法的機関 (the competent legal authority) に連行する目的のため、あるいは犯罪の防止、もしくは犯罪を犯した後の逃亡を防止するのに必要であると合理的に考えられる場合になされる合法的な逮捕または拘禁

(d) 教育上の監督目的のための命令による少年の監置、あるいは権限のある法的機関に連行する目的でなされる少年の合法的な拘禁

(e) 伝染病の蔓延を阻止するための、あるいは、精神病患者、アルコールもしくは麻薬中毒者または浮浪者を対象としてなされる合法的な検束

(f) 不正入国を阻止するための、あるいは強制送還もしくは犯罪者の引渡を意図して法的な手続がとられている者を対象としてなされる合法的な逮捕または拘禁

ここで注目すべきことは、五条は行政検束から予防拘禁まで種々の身柄拘束の形態を一括して対象とし、それら

のさまざまな態様の身柄拘束からいかに人身の自由と個人の安全を保護しようとするかを規定しているということである。同条二項以下は、人身の自由が制約される場合の手続的保障を明らかにしており、同条二項は逮捕された者すべてが自らの理解できる言語でその逮捕の理由または被疑事実 *any charge* の告知を受けること、同条三項は前記限定列挙の (c) の類型の場合、すなわち刑事上の犯罪の嫌疑に由来する逮捕・拘禁の場合は、「裁判官又は司法権を行使することが法律によつて認められている他の官憲の面前に速やかに連れて行かれるものとし、妥当な期間内に裁判を受ける権利又は審理までの間釈放される権利を有する。」(B規約九条三項と同一の表現) こと、同条四項は「逮捕又は拘禁によつて自由を奪われた者は誰でも、裁判所がその拘禁が合法的であるか否かを迅速に決定すること及びその拘禁が合法的でない場合にはその釈放を命ずることができるとする手続をとる権利を有する。」(B規約九条四項と同旨の表現) ことをそれぞれ規定している。

たしかに、五条のなかには刑事上の犯罪の嫌疑に由来する逮捕・拘禁も含まれており、その場合の手続的保障として司法的コントロールが要請されている。しかし、五条の目的は身柄拘束を導いた理由のいかんを問わず、ある人間が身柄を拘束されているという状態に着目してその身柄拘束が違法である場合の救済を図るところにあるから、刑事司法に由来するか否かは救済法理を考えるうえでの決定的な要因ではない。五条全体を貫いている救済法理は人身保護請求 *Habeas Corpus* の考え方であり、同条四項の本質的権利は拘禁の合法性を繰り返し裁判所で審査しうるという点にある。同条三項が刑事司法に由来する身柄拘束に司法的コントロールを要請している点も、逮捕官憲から独立した中立かつ公平な司法機関に対し逮捕およびそれにともなう拘禁の合法性の判断を最初から(被逮捕者または被拘禁者からの申立を待つまでもなく)義務づけて制度化したものと理解できるのであつて、同条四項の基本的な手続的権利の特則と考えられるのである。



## 2 ヨーロッパ人権条約五条四項から導かれる弁護人依頼権

ヨーロッパ人権条約五条それ自体に弁護人依頼権の明文規定は存在しない。また、人身の自由の不当な制約を抑制するための司法的コントロールも司法機関の役割を制度化したものであるから、そこから当然に弁護人制度を導けるわけでもない。

しかし、ヨーロッパ人権裁判所は次のような論理によつて身柄を拘束された者の弁護人依頼権を認めている。

(1) ヨーロッパ人権条約六条の「公正な裁判を受ける権利」の保障は、身柄拘束を決定する手続には適用されない。公正さの担保は身柄拘束に関する同五条のなかで認められている手続的保障によるべきである。

(2) 同五条三項は刑事上の逮捕または拘禁に対して制度的に司法機関による審査を要求しているからという理由で、その司法機関の審査を経た拘禁（勾留 the detention on remand）そのものに対して同条四項が適用されないということはできない。司法的コントロールとはいっても厳密な意味で審査機関が「裁判所」でない場合もありうるし、身柄を拘束されている者が当該審査機関の面前で同条四項に定める「手続をとる権利」(the right "to take proceedings")を有効に行使しえたとは考え難いからである。したがって、身柄拘束あるいはその延長を認めた司法的判断の後も、一定の場合には、司法的審査を経て拘禁されている者に対し同条四項の裁判所に救済を求める権利 a right of recourse to a court を保障すべきである。(De Jong, Baljet, and Van den Brink v. Netherlands: 一九八四年五月二二日判決・判決索引番号 A. 77)<sup>(4)</sup>

(3) 人身保護請求の手続 (habeas corpus proceedings) は必ずしも同第六条の「公正な裁判を受ける権利」の要請を満たさなければならぬものではないが、同五条四項の「基本的な手続をとる権利」の行使にあたって、弁護人の援助なしでは適切かつ効果的な手続をとりえないと認められる場合には、同条四項の「手続をとる権利」の内容として弁護人依頼権が認められる。(Bouamar v. Belgium: 一九八八年二月二九日判決・番号 A. 129 少年に関する身柄拘束手続について弁護人依頼権を認めた。また、ヨーロッパ人権委員会も the Moudefo Case: の一九八七年七月八日報告で、

仮釈放却下の不服申立手続について同条四項の権利として弁護士依頼権を認めた。）

要するに、人身の自由と安全の保障をテーマとするヨーロッパ人権条約五条それ自体からは弁護士依頼権は必ずしも導かれないが、人身保護請求 *habeas corpus* の思想は司法的決定をも含め身柄拘束の合法性を繰り返し審査すべきことを裁判所に訴える権利 (*a right of access to court*) を認めるところにあるから、その手続的権利の実効化を図る意味で弁護士依頼権を認めているのである。

#### 四 ヨーロッパ人権条約六条の検討

##### 1 ヨーロッパ人権条約六条を貫いている考え方は何か

ヨーロッパ人権条約六条は公正な裁判を受ける権利を保障している。

同条一項は「すべての者は、その民事上の権利及び義務の争いについて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公正な公開審理を合理的な期間内における権利を有する。(以下の公開の規定は略す)」「(B規約一四条一項前段と同旨の表現)と定め、民事、刑事を問わず「公正な裁判を受ける権利」(*the right to a fair hearing*) を規定する。そして、同条二項および三項は「刑事上の罪に問われているすべての者 *Everyone charged with a criminal offence*」を権利主体として刑事上の公正な裁判を保障するため、無罪推定原則(二項)と以下の最小限の権利保障(三項)を規定している。

(a) その理解する言語で速やかにかつ詳細にその告発 (*the accusation against him*) の性質および理由を告げられること

(b) 防禦の準備のために十分な時間および便益を与えられること

(c) 自らが直接にまたは自ら選任する弁護士を通じて防禦すること。司法の利益のために必要な場合には、弁

護人の援助を受けるのに十分な支払手段を有しないときは無料で弁護人を付されること

(d) 自己に不利な証人を尋問しまたはこれに対し尋問させること並びに自己に不利な証人と同じ条件で自己のための証人の出席およびこれに対する尋問を求めること

(e) 裁判所において使用される言語を理解することまたは話すことができない場合には無料で通訳の援助を受けること

(B規約一四条三項と対比すると、平等原則、弁護人と連絡する権利、自ら出席して裁判を受ける権利の各明文規定を欠いていることおよび(a)の「告発 accusation」がB規約では「罪 charge」となっている点を除くとまったく同文である。)

ヨーロッパ人権条約六条は、同五条とはまったく視点を異にしており、その目的は「公正な裁判」fair trialの実現にあるから、裁判を受ける当事者が身柄を拘束されているか否かとはまったく関係がない。民事事件はもちろんのこと、刑事事件においても裁判を受ける当事者が在宅しているように、身柄の拘束を受けていようが公正な裁判の実現を願う点では同じであるから、両者を区別することなく公正な裁判を受ける権利を総則的に保障したうえで、刑事事件の当事者については、「刑事上の罪を問われた be charged with a criminal offence」時点を境として同六条三項に規定された諸権利を公正な裁判を実現するための手段として与えたのである。したがって、同六条全体を貫いている思想は fairness の考え方である。

## 2 ヨーロッパ人権条約六条三項から導かれる弁護人依頼権

ヨーロッパ人権条約六条三項は同条一項を実現するための手続的保障である。同条三項(b)は防禦の準備のための十分な「便宜 facilities」を保障しているが、その便宜でもっとも重要なものの一つは自らの弁護人と相談できる機会が保障されることである。同条項(c)は自ら選任する弁護人を通じて防禦することを権利として認めているから、「刑事上の罪に問われている者」が弁護人依頼権を有していることは明らかである。そうすると、たしかに

同条項にはB規約一四条三項 (b) と異なり明文の弁護人との接見交通権を認めた規定は存在しないが、ヨーロッパ人權条約六条三項の (b) (c) の解釈から「刑事上の罪に問われている者」と弁護人との間の接見交通権が導かれるのは当然の帰結ということになる。

ヨーロッパ人權委員会は、一九八二年五月一二日、キャンベルおよびフェル対英国事件 (Campbell and Fell v. U.K.) 刑務所に服役中の申立人が刑務所内の懲罰手続において弁護人との接見が刑務官の立会のもとでしか認められなかった点および刑務官を相手に民事訴訟を提起するため弁護人との接見を求めたところこれを禁止された点を同条約六条三項 (b) および (c) 並びに同条一項違反にあたると主張した事件) において、申立人と弁護人との接見交通権を認めたいうえで、「原則として被告人 (defendant) と弁護人との間の会話は秘密裡に交信されなければならない。なぜならば、依頼者と弁護人との間の信頼関係および弁護人の業務上の秘密の保護は実効的な防禦をなすのに不可欠な前提であるからである」と述べて条約違反を認定した。付託を受けたヨーロッパ人權裁判所も、一九八四年六月二八日の判決(番号A80)で右委員会の意見を支持したが、接見交通権が制約される例外的な場合として、弁護人がその職業的な地位を濫用して依頼者と共謀のうえ、証拠の隠滅を図るとか司法運営に重大な妨害を与えるなどの十分な理由が当局によって証明される場合には制約されうることを判示した。

本件の重要性は、ヨーロッパ人權条約六条のもとでは、刑務所における懲戒手続にも通常の刑事裁判手続と同様に受刑者と弁護人との間の秘密の接見交通権が認められることを明らかにした点にある。

このように当事者が正式に告発されるかあるいは起訴された場合にはその時点からその者は「刑事上の罪に問われた be charged」状態に入り、以後は公判審理を前提とした防禦活動の主体になるから、「公正な裁判」の実現のために自らの防禦権の一環として自らの選任した弁護人の援助を受けうることは同六条一項の要請ということになる。逆にいえば、同六条がその主体を「刑事上の罪に問われた者」と規定したことは、charge 以後に fair trial の要請が働くということを暗黙の前提としている。

そうすると、いわゆる起訴前弁護にあたる逮捕・拘禁の時点で同条三項（b）および（c）が保障している弁護人依頼権が被逮捕者又は被拘禁者に保障されているのか否かの問題は、同条項から一義的に定まるといふわけではなく、結局「その刑事上の罪の決定について In the determination of any criminal charge」と「刑事上の罪に問われた者 Everyone charged with a criminal offence」の解釈いかに依存することとなる。

### 3 Chargeの意義——「刑事上の罪に問われた」とは何を意味するのか

#### (1) 問題状況の違い

日本では公訴の提起 prosecution を境に「被疑者」と「被告人」を区分し、起訴の時から被告人は the accused の地位に立つと考えられている。

この理解に立つと「公正な裁判」の要請が働く初期、すなわち「刑事上の罪に問われた」時点は起訴時となり、charge にあたる行為は検察官の訴追行為 prosecution ということになる。

しかし、これはヨーロッパ人権条約が想定している刑事手続の流れとは著しく異なっている。

ヨーロッパ人権条約の文言には、逮捕 arrest、拘禁 detention、告発 charge、accusation、公判審理 trial、有罪認定 conviction に該当する用語例は登場して来るが、訴追 prosecution という用語例は登場しない。したがって、検察官 prosecutor という機関概念も存在しない（検察官は捜査官憲か司法官憲かいずれかに分類されることになる。その法的な性格が争われた例として procurator がある。Delcourt v. Belgium (1970) 番号 A. 11）。その理由は、無罪推定原則によって起訴の前後で区分する理由がないことと、「公正な裁判」の要請は起訴の時点からではなく、それよりも早い「刑事上の罪を問われた」時点から始まると考えられていることにあると思われる。

ヨーロッパ人権条約が前提としている刑事手続の区分を時系列的にあらわすと次のようになる（ただし、訴追は条約上の手続ではなく、説明の便宜上挿入する）。

- ① 逮捕および司法機関へ引致するまでの拘禁（警察留置）
  - ② 司法機関の審査を経た後の公判前の拘禁（拘留所留置）
  - ③ 告発
  - ④ （訴追）
  - ⑤ 公判審理
  - ⑥ 有罪認定もしくは無罪認定
- そして、同条約の五条および六条の検討から明らかなとおり、理念的には、①②は五条の守備範囲とされており、③の告発を境として六条の「公正な裁判」の要請が働く守備範囲と考えられている。こうした区分が受け入れられている背景にはヨーロッパの伝統的な考え方として、逮捕または拘禁については司法的コントロールと同時に保釈の権利（ヨーロッパ人権条約五条三項後段、B規約九条三項後段参照）が認められており、告発後の公判前拘禁（勾留 detention on remand）はきわめて例外的であるからである。したがって、ヨーロッパの法制度のもとでは、理論的には身柄を拘束された状態のまま告発された者（the accused）について五条の人身保護請求 *habeas corpus* の考え方を適用するか、あるいは、六条の公正な裁判 *fair trial* の考え方を適用するか、が問題となる余地はあっても、現実の問題としては深刻な問題を引き起こさなかったといえる。
- ところが、同じ西欧型の裁判制度を導入したはずでありながら、日本は、「告発」の制度を設けず、本来「告発」が果たすべきであった「刑事上の罪に問う」という国家の公的意思表示を検察官の「起訴」に置き換え、しかも「起訴」の時点まで保釈の権利を認めなかったため、ヨーロッパ人権条約では①②の段階で終了するはずの身柄拘束をめぐる問題状況が④あるいは⑤の段階にまで継続することとなった。その結果、日本では、ヨーロッパではほとんど問題とならない公判前の身柄拘束、すなわち、逮捕・勾留時の『起訴前』の権利保障が重大な問題として提起されることになったのである。

(2) 「告発」の定義

ヨーロッパ人権裁判所は、「刑事告発 a criminal charge」の一般的定義を次のように述べている。(Eckle v. Federal Republic of Germany 一九八二年七月一五日判決・番号 A. 51)

the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence.

(権限ある機関が個人に対して、当該個人が犯罪を犯したことを主張する公式的な通知)

しかし、同裁判所は、さらにフォティ外対イタリア事件 (Forti and Others v. Italy: 一九八二年二月一〇日判決・番号 A. 56) において、次のように敷衍して「実質的な効果の基準 the "substantial effect" standard」を採用することを明かした。

Other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect.

(犯罪を犯したという主張を内包し、公式的な通知があったと同様、実質的に容疑者の置かれている状況に影響を与えるような他の手段)

その結果、公的な「告発」の様式をとっていなくても、実質的になんらかの形で犯罪を犯したことを当該個人に知らしめる、権限ある機関の行為はすべて「告発 charge」があったものとして取り扱われることになった。

右の「実質的な効果」の基準に従えば、日本の検察官による公訴の提起をもって「告発」と解する考え方は遅きに失し、ヨーロッパ人権裁判所の定義が、「刑事上の罪に問われた」時点をできるだけ早期に設定し、fair trialの精神にもとづく諸権利とりわけ弁護人依頼権の保障を及ぼそうとしている考え方に反することになる。

ヨーロッパ人権裁判所は同六条一項(公正な裁判を受ける権利)の保障条項の解釈についてアプローチの姿勢を次のように表現している。

(Delcourt v. Belgium: 一九七〇年一月一七日判決・番号 A. 11 De Weer v. Belgium: 一九八〇年二月二七日判決・番号 A. 35)

In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that the restrictive interpretation of Article 6.1 would not correspond to the aim and the purpose of that provision.

(条約の枠内にある民主的な社会において、司法の公正な運営を求める権利はきわめて重要な位置を占めているのであるから六条一項を制限的に解釈することは、この条項本来の意図および目的と相容れないことにならう。)

結局のところ、捜査官憲のいかなる行為をもって「告発」があったかを考える場合、条約六条一項が目的としている「公正な裁判」の実現のために、どの段階から同条を貫く fairness の考え方を適用するのが妥当かが判断の基準となる。

#### 4 カン対オーストリア事件の判例

ヨーロッパ人権条約六条の関係で、刑事手続のどの段階から「公正な裁判」の要請、換言すれば fairness の考え方を適用すべきか、について判断をした先例としてカン対オーストリア事件 (Can v. Austria: 人権委員会報告一九八四年七月一二日) がある。

(1) 申立人は一九四七年生まれのトルコ人でオーストリアに居住していたが、一九八〇年八月一七日レストランの放火容疑で警察に事情聴取の後逮捕され、翌日、予審判事により通謀および逃亡のおそれを理由に未決拘禁に付された。同年九月二日、申立人の釈放請求は地方裁判所により逃謀および逃亡のおそれと捜査未了を理由に棄却された。この間、申立人は弁護人を選任し、九月三日から弁護活動が開始された。九月四日、一五日および三〇日に弁護人は申立人と接見をしたが、接見にはオーストリア刑事訴訟法四五条三項にもとづき裁判所の係官が立会った。同九月三



○日、申立人の二度目の釈放請求も地方裁判所で棄却され、不服申立をしたが、控訴裁判所は通謀と逃亡のおそれを理由にこれを棄却した。一〇月六日、申立人は裁判所の係官の立会なしの接見を要求したが、予審判事はオーストリア刑事訴訟法四五条三項を根拠にこれを拒絶した。オーストリア刑事訴訟法によれば、起訴前の拘禁は三箇月間を限度とする旨の規定(同法一九三条)があり、この間、拘禁されている被疑者と弁護人との接見交通権は認められているが、通謀のおそれ(Verdunkelungsgefahr)がある場合には、裁判所の係官(Gerichtsperson)が被疑者と弁護人との接見に立ち会う旨の規定(同法四五条三項)があった。

(2) 申立人は、一九八一年四月一四日にヨーロッパ人権委員会に対して、他の問題と並んで拘禁期間の当初の一月間、自ら選任した弁護人との接見に加えられた制限は、ヨーロッパ人権条約六条三項(c)で保障された「自ら選任する弁護人を通じて自己を弁護する権利」等の侵害にあたる旨の訴えを提起した。

これに対し、委員会は公正な裁判に関する六条の本質的な目的は、刑事手続全体の公平性を常に確保することであるという前提のもとに、六条三項の弁護人依頼権が有する機能に着目して解釈する。

すなわち、弁護人依頼権が起訴前の被疑者にも及ぶか否かについて、まず、次のように述べる。

①条約六条三項の規定はすべて同じ性質のものではなく、そのなかには本来の意味での公判にのみ適用され、捜査段階では必要がなく適用されないものもある。

②本件で問題となっている六条三項(b)および(c)は、必ずしも公判に限定されない。とくに(b)では「準備」for the preparationという用語が使われており、公判に先立ってある程度必要な手段をとる必要性を示している。(c)は解釈にまかされており、その適用は六条一項の「公正な裁判」の解釈と同様、各ケースごとに判断されるべきである。

そして、本件への具体的適用として、

「本件では予審における捜査段階で、相当の期間にわたって申立人と自己の選任した弁護人との間の接触到制限

が課せられていた。委員会は、本件の個別的事実関係のもとでは、六条三項（b）および（c）の保障は、原則的にこの状況に適用できると考える。オーストリアの法制では、予審捜査手続は、公判において起訴事実を審理するための枠組を決定するので、裁判の準備のためにきわめて重要である。さらに、予審捜査中に得られた証拠を、判決文中に引用することは妨げられない。したがって、被疑者自身が確保したか弁護士が確保したかを問わず、弁護活動の基礎がこの段階で準備できることが防禦にとって不可欠である。」

と述べて、六条三項（b）と（c）の保障が予審段階 preliminary investigation に及ぶことを認めた。

(3) そして、委員会は、問題となっている被疑者と弁護人との間の秘密の接見交通権について、B規約一四三条三項およびヨーロッパ被拘禁者処遇最低基準規則を引用して、ヨーロッパ人権条約上の明文はないが、同六条三項（b）および（c）から黙示的に認められるとしたうえで（ただし、絶対的権利性は明文がないことを理由に否定する）、次のように述べて、被疑者と弁護人との接見に裁判所の係官の立会を規定するオーストリア刑事訴訟法四五条三項はヨーロッパ人権条約六条三項（c）に違反すると結論した（全会一致）。

「六条三項（c）が、未決拘禁者に対して予審における捜査の段階で自己の弁護人と秘密に接見する権利を与えるよう要求しているかどうかを知るためには、弁護人が予審捜査の段階において果たすべき役割を考慮することが重要である。その役割とは、裁判自体の準備だけでなく、予審捜査の過程でとられる措置の適法性を監督し、新たな関連事実をたどることが依然として可能であり、かつ証人が新鮮な記憶を持つている初期の段階において証明手段を識別し、提出するために、被疑者が自己の拘禁に関して、その正当性、期間、条件に関して提起しようとする申立について被疑者を援助し、かつ一般的には勾留によって自己の正常な環境を取り払われた被疑者を援助することである。」

「以上の理由により、一般的には、弁護人はもし依頼人と秘密に接見することが認められなければ、自らの任務を適切に果たすことができないことは明らかである。したがって弁護士と被疑者との接見を裁判所の監視に服さ

せることは条約六条三項（c）によって保障されている弁護人による実効的な援助を受ける権利と原則的に両立しない。」

(4) カン事件の委員会の結論は、「公正な裁判」の実現のために本来「被告人」に与えられている六条三項（c）の弁護人依頼権（黙示的な接見交通権の保障を含む）を一般的に「被疑者」段階にまで拡張したと理解すべきではない。そうではなく、弁護人依頼権の保障は「公正な裁判」を実現するための手段なのであるから、どの段階で弁護人依頼権を保障すべきかは、各国固有の法制度のもとで個別に考察されなければならず、カン事件で問われたオーストリアの法制度のもとでは、予審における捜査段階が公判審理に決定的な影響を及ぼすので「公正な裁判」の理念は、この初期の捜査段階にまで及ぶと判断されたものである。

（この理は、ヨーロッパ人権裁判所が、未決拘禁中の捜査資料への弁護人のアクセスを拒否された点をとらえて六条三項（b）違反を主張したラミイ対ベルギー事件 *Lamy v. Belgium*：一九八九年三月三〇日判決・番号 A. 151 において、同条項がカン対オーストリア事件のような一定のケースに適用されることは否定できないが、本件のような弁護人の捜査資料へのアクセスの制限は、拘禁の合法性を争う手続のなかで影響を及ぼすだけで、公判段階に影響を与えないことがベルギーの法制上、明らかであると判示して六条三項の問題として判断しなかったことから肯定できる。）

## 五 ヨーロッパ人権条約上の弁護人依頼権の位置づけ

### 1 要約

以上の検討からヨーロッパ人権条約上の弁護人依頼権を位置づけると次のようになる。

(1) 逮捕または司法的コントロールを経て司法機関の決定により拘禁された者は、人身保護請求 *habeas corpus* の考え方を基礎とする条約五条四項によって身柄拘束者に認められる裁判所へのアクセス権の内容として、弁護人

依頼権が認められる。

(2) ヨーロッパ人権条約上、身柄拘束の有無を問わず「刑事上の罪に問われた者 the accused」には公正な裁判 fair trial の考え方を基礎とする同六条三項 (c) により、自己弁護権の一方法として弁護人依頼権が認められる。秘密の接見交通権の明文規定はないが、「防禦のための十分な便宜」の解釈を同条項 (c) の弁護人依頼権のなかにとり込むことによって黙示的に承認されている。ただし、明文規定がないことから、絶対的権利ではなく制約がありうる。

(3) 同六条三項の弁護人依頼権の保障が刑事手続のいかなる段階から与えられるかは、当該個人が「刑事上の罪に問われた」時点、すなわち「告発」の時点を開始とするが、なにをもって告発とみるかは実質的に判断されなければならず、一般的な判断の基準としては、各国の法制度を前提としたうえで、いつの時点から「公正な裁判」の考え方が適用されるべきかによる<sup>(8)</sup>。

## 2 国際人権規約B規約への応用

国際人権規約B規約九条はヨーロッパ人権条約五条に、B規約一四条は同条約六条にそれぞれ対応しており、若干の表現の違いを別にすれば、B規約が同条約を継承発展させていることは明らかであるから、B規約九条を支えている考え方は、やはり人身保護請求 habeas corpus の考え方であり、B規約一四条を支えている考え方は、やはり公正な裁判 fair trial の考え方である。そうすると、前記の要約した弁護人依頼権の位置づけは、そのままB規約の解釈原理を示しているというべきである<sup>(9)</sup>。

## 六 日本における起訴前弁護の国際人権法上の位置づけ

以上の観点に立って国際人権規約B規約IIヨーロッパ人権条約の弁護人依頼権の保障をわが国の起訴前弁護にあてはめると、どうなるであろうか。

(1) 日本国憲法三四条〔抑留・拘禁に対する保障〕は、明らかに国際人権規約B規約九条およびヨーロッパ人権条約五条に対応するものである。したがって、わが国では一般的な弁護人依頼権の根拠をこの憲法三四条に求めているが、国際人権法の系譜に照らすならば、本来的には、身柄拘束を前提にした人身保護請求 *habeas corpus* の考え方を背景にしているものと考えられる。

(2) 日本国憲法三七条の原文は主体を *the accused* としている。この主体概念は、国際人権法の解釈として「告発された者」すなわち「刑事上の罪に問われた者」を意味しているから、日本国憲法三七条の原文が国際人権規約B規約一四条およびヨーロッパ人権条約六条と対応するものであったことは明らかである。

したがって、日本国憲法三七条の根底にある基本理念が公正な裁判 *fair trial* にあることは疑いない。

(3) 日本の刑事訴訟法にもとづく法制度のもとでは、犯罪の嫌疑を理由として逮捕された場合の身柄の拘束は公判前最大二三日間とされ、この間、保釈の制度は認められていない。また、この間の留置場所は名目上は、拘留所の代用である「代用監獄」とされているが、実態は警察の留置場である。しかも、この公判前の逮捕・勾留期間中、捜査機関による訴追のための証拠の収集が、被疑者の取調べという形態で認められており、その証拠は公判廷において証拠として採用される。そうすると、日本の法制度のもとでは、逮捕・勾留中の被疑者段階の捜査・取調べがカン対オーストリア事件の「予審における捜査 *preliminary investigation*」以上に「公判において起訴事実を審理するための枠組を決定する」のであるから、国際人権規約B規約一四条およびヨーロッパ人権条約六条の要請する

「公正な裁判」の理念は逮捕の時点から貫徹されなければならないことになる。換言すれば、日本の法制度のもとでは「告発」という制度はないが、「刑事上の罪に問われた」という意味の「告発 charge」の時点は逮捕時ということになる。

(4) 右の理解に立つて、日本国憲法三七条を、その原文に忠実に解釈すれば、日本国の法制度のもとでは、犯罪の嫌疑を理由として逮捕された時点から、同条に定める諸権利が与えられなければならないことが判明する。すなわち、国際人權規約B規約一四条およびヨーロッパ人權条約六条に適合させて日本国憲法（原文）を解釈すれば、逮捕を起点とする被疑者段階の弁護人依頼権は、憲法上の権利として当然に保障されており、同条三項によって被疑者段階においても国選弁護人制度を創設すべきことが憲法上要請されていたのである。<sup>(10)</sup>

したがって、日本国憲法の正文が、被疑者を除外して公訴提起後の被告人に限定して弁護人依頼権を保障したことは、同条の原文の趣意に反して定義を不当に狭めたものといわざるをえない。

## 七 国際人權法における弁護人依頼権の新たな展開

### 1 弁護人依頼権の従来の位置づけ

ヨーロッパ人權条約および国際人權規約B規約にもとづく、いわゆる起訴前（逮捕・拘禁下にある刑事事件の被告人を対象とする）弁護権は、二つの理念によつて支えられていた。一つは、身柄拘束状態に着目した人身保護請求 habeas corpus の考え方であり、もう一つは刑事司法手続の一環であることに着目した fair trial の考え方であった。

身柄拘束中の the accused に対して弁護人依頼権を保障する論理は、前者の考え方による場合は、ヨーロッパ人權条約五条四項およびB規約九条四項に基づく裁判所へのアクセス権 the right of access to court を実効あらしめ

るための法的保障として弁護人依頼権が認められた。後者の考え方による場合は、同条約六条三項およびB規約一  
 四条三項にもとづくthe accused固有の自己弁護権 a right to defend himself in person を補充し、実効あらしめる  
 ための法的保障として弁護人依頼権が認められた。<sup>(1)</sup>

このように、身柄拘束中の被拘禁者の場合、弁護人依頼権としては一つであっても、発生根拠を異にする二つの  
 性格を併有していたことになるが、いずれも、身柄拘束からの救済手段あるいは公正な裁判を実現するための防禦  
 手段として、そこに弁護人による法的権利の行使という積極的行為が前提とされていたことは共通している。

したがって、ヨーロッパ人権条約およびB規約の表現のなかには、権利の行使主体としての「弁護人」は登場し  
 てこないが、それは条約が人権を侵害された当事者を主体として、その侵害状態を解消するための法的保障を権利  
 として規定していったことの反映であって、実際に権利行使をになう弁護人の側の権利性が否定されていたわけ  
 はない。ヨーロッパ人権委員会も、条約六条三項（b）および（c）の弁護人依頼権の考察にあたっては、刑事上  
 の罪に問われた者の権利ばかりではなく弁護人の権利についても同様に考慮すべきことを強調している。（二九六〇  
 年 年鑑 III Offer v. Austria）

しかし、そこには一定の限界があったことも否めない。それは、弁護人依頼権というものが、常に身柄拘束下に  
 ある刑事上の罪に問われた者自身の自己弁護権の実質的防禦方法として位置づけられており、「公正な裁判」という  
 刑事司法制度の枠組のなかでなんらかの権利行使を行うという弁護人の積極的な行動 action が予定されていたと  
 いう点である。

しかし、ヨーロッパ人権委員会がカン対オーストリア事件の意見のなかで弁護人の果たすべき役割を「一般的に  
 は拘禁によって自己の正常な環境を取り払われた被拘禁者を援助すること」であると述べたときから、次へのステ  
 ップは準備されていた。なぜならば、弁護人の基本的役割が身柄を拘束された者の日常生活へのアクセスにあるな  
 らば、なんらかの法的権利の行使はその一部ではあってもその全部ではなかったからである。

haveas corpus および fair trial の考え方をこえて、身柄拘束に必然的にとまなう「外界と遮断された状態 incommunicado」に着目して弁護士依頼権を一般的に根拠づけようとする方向に赴くことは弁護人の果たすべき役割が正当に理解され、国際的な合意をかちえたときからすでに必然であつたのである。

## 2 外界から遮断されない権利としての弁護士依頼権

一九八八年二月九日、国連総会は「国連被拘禁者保護原則」を全会一致で採択した。

同原則は、その標題が示すとおり、あらゆる形態の身柄拘束を受けている者の保護に関する手続的保障および実体的な基準を定めている。同原則は国連総会決議であるから、法的拘束力のある条約ではないし、また、従来の被拘禁者処遇最低基準規則のように処遇上の最低基準を提示するものでもない。しかし、同原則は、各国の刑事手続や被拘禁者の処遇についての法制度の違いや経済的發展の程度之差にかかわらず合意できる基本的な条項を定めたものであるから、国際人權規約B規約の関連条項の解釈指針となりうるばかりか、被拘禁者の人權保護という観点からはB規約の関連条項を一步進めたものといふことができる。

弁護士依頼権との関連で注目すべきことは、

(1) 原則の権利主体であるあらゆる形態の被拘禁者（被逮捕者、被収監者をも含む）に対し、弁護人の援助を受ける権利 (the right to have the assistance of a legal counsel to be assisted by counsel) を保障し、弁護人との接見交通権を明文をもって規定し、接見交通権を制限できる例外的な場合は司法機関により安全と秩序を維持するために不可欠であると判断された場合にのみ限定した点である（原則一一一―一項、一七一―一項、一八全部）。

(2) 数多くの原則のなかで、被拘禁者と並んで弁護士自らも権利主体となっている点である。

① 拘禁に関する司法機関の命令およびその理由の告知を受ける権利（原則一〇―二項）

② 逮捕理由および身柄拘束場所等についての記録内容の通知を受ける権利（二二―二項）



- ③ 取調べに関する記録に対するアクセス権 (二三―二項)
  - ④ 再度の医学的検査を司法機関に要求する権利 (二五)
  - ⑤ 拘禁の合法性について司法機関に異議を申し立てる権利 (三三―一項)
  - ⑥ 非人道的処遇に対し、拘禁施設の監督機関に改善を申し立てる権利 (三三―二項)
  - ⑦ 死亡、行方不明の原因調査の報告書を「その事実を知った者」として請求し利用できる権利 (三四)
  - (3) そしてなによりも重要なのは、弁護人の援助を受ける権利を被拘禁者の外部交通権として位置づけた点である。
- 原則は、被拘禁者が外界と遮断されたままの状態 *incommunicado* に陥るのを阻止するために外界との交通権 *the right to communicate with the outside world* を次のとおり認めている。

- ① 司法機関による聴聞の機会がない限り拘禁状態に置かれない権利 (二二―一項)
  - ② 弁護人との接見交通権 (一八全体)
  - ③ 家族に対し、身柄拘束の事実および拘束場所を通知し、または通知させる権利 (二六―一項)
  - ④ 外交的保護者との交通権 (一六―二項)
  - ⑤ 家族との交通及びその訪問を受ける権利 (一九)
  - ⑥ 一般的に第三者の訪問を受け、外部社会と十分に交通する権利 (一九)
  - ⑦ 拘禁施設を監督する目的で訪問する者との秘密交通権 (二九―二項)
- そして、原則一五は、身柄拘束の事実を外部に通知する権利および弁護人との接見交通権が制約される例外的な場合であっても、なお、被拘禁者と外界との交通は重要であり、とりわけ、家族と弁護人との交通は重要であるから、数日間以上拒否されてはならない」と定めている。 *communication of the detained or imprisoned person with the outside world, and in particular his family or counsel, shall not be denied for more than a matter of days.*

以上のとおり、国連被拘禁者保護原則は、被拘禁者が外界と遮断された状態 *incommunicado* に着目して、それに対する対抗措置として弁護人依頼権を外部交通権の一環として位置づけたものといえることができる。

### 3 「弁護士の役割に関する基本原則」における弁護人依頼権

弁護人依頼権が外界から遮断されない権利の保障であることを、より明確に別の角度から位置づけたのが、「弁護士の役割に関する基本原則」(一九九〇年)である。

右基本原則も条約ではなく、国際連合決議であるので各国を法的に拘束するものではない。しかし、その前文が制定経過を説明しているとおおり、すでに制定されている世界人権宣言、国際人権規約B規約、国連被拘禁者保護原則、被拘禁者処遇最低基準規則等の諸規定から、国際人権法が想定している「弁護士」の基本的役割を導き出したものであるから、やはりB規約の解釈指針となると同時に「弁護士」制度に関する現在の国際的理解の水準を示すものといえる。

(1) 依頼者の権利保護のための不可欠の機構としての弁護士 同原則一は「すべての人は、自己の権利を保護、確立し、刑事手続のあらゆる段階で自己を防禦するために、自ら選任した弁護士の援助を受ける権利を有する。」と定める。ここで重要なことは、弁護士の存在意義が依頼者の権利保護にあるということである。刑事手続上の防禦は弁護士の重要な役割であるが、それも依頼者の権利保護の一環としてなされるのであり、依頼者の利益を離れて弁護士の防禦活動が想定されているわけではない。この点は原則一が「刑事司法での特別の保障」という項目(原則五ないし同八)とは別に「弁護士およびリーガル・サービスへのアクセス」という総則にあたる冒頭に規定されていること、および原則一五が「依頼者の利益を誠実に尊重する」ことを弁護士の義務としていることから明らかである。

そして、弁護士一般の制度的位置づけとして、原則一二は、弁護士が「司法運営に不可欠の機構である専門職」

であると明言する。すなわち、すべての人々の権利と自由を守るためには、独立した公正な司法運営が必要であり（これについては、司法の独立に関する準則案がある）、弁護士はそのための不可欠の構成員であることを明らかにしたのである。

(2) 弁護士へのアクセスの保障 同原則二は各国政府に対し「実効的で平等な弁護士へのアクセス」を実現するための施策を求めている。また同原則三は貧困者その他の不利な状況にある人々に対する基金援助を義務づけ、すべての人が自己の権利実現のために弁護士およびリーガル・サービスにアクセスできることを保障しようとしている。

右の要請は、刑事司法の領域においては、政府に対し被疑者段階の公的援助にもとづく弁護士制度や刑事事件一般への法律扶助制度の確立を促す（原則六）と同時に、弁護士が刑事弁護人として依頼者の権利保護のために十分活動できる体制を整えなければならぬ政府および弁護士会の責務をも包摂している（原則四）。

(3) 刑事司法上の制度的保障としての弁護人 同原則五ないし八は、「刑事司法での特別の保障」として、次の諸原則を明示している。

(a) すべての人が逮捕・拘留時あるいは犯罪の嫌疑を受けた時に、弁護人の援助を受ける権利の告知が保障されること（原則五）

(b) 逮捕・拘留された者に対し、身柄拘束時から四八時間以内に弁護人へのアクセスが保障されること（原則七）

(c) すべての被拘禁者に対し、弁護人との自由かつ十分な接見交通の機会、時間及び設備が保障されること（原則八）

これらは、いずれも従来の国際人權文書においても被拘禁者の基本的権利として認知されていたものであるが、弁護士の役割との関係で同原則に明確な形で規定されたことは次のような重要な意義を有する。すなわち、同原則は被拘禁者すべてが自らの権利と自由を守るために刑事司法運営上の不可欠の構成員である弁護士の援助を、「刑事

手続のあらゆる段階で「受けられるよう制度的に保障したということである。このことは、逆にいえば、制度的に弁護人の援助が保障されてはじめて被拘禁者のもっとも基本的な自由である人身の自由を国家刑罰権によって制約することが許容されるということの意味している。<sup>(12)</sup>

したがって、刑事弁護人は依頼者のための刑事手続上の権利の代行者である以前に、まず、身柄拘束中の依頼者と外界との連絡調整役としての役割が基本にあり、そのうえに立つて、狭義の刑事手続上の防禦権行使のみならず、被拘禁者の心身の適正な状態の維持、および被拘禁者の処遇に関する監視と是正のための諸活動が遂行されることになる。

## 八 外界から遮断されない制度的保障としての辩护人制度

以上の検討から明らかなように、国家権力によって個人が身柄の拘束を受ける場合、その個人が外界から遮断されないように身柄拘束の代償措置として辩护人制度が存在するのである。その身柄拘束が刑事司法手続の一環であるか否かは直接関係がない。

そうすると、刑事弁護人の役割も狭義の刑事手続上の防禦活動にとどまるのではなく、むしろ、家族・職場との連絡、身柄拘束中の被疑者の健康・精神面に対する配慮など被疑者を可能な限り日常生活に近づけるための援助者としての役割こそが根本であり、その保障のうえに立つてはじめて刑事手続上の防禦活動が遂行されることになる。<sup>(13)</sup>

このように起訴前の辩护人依頼権の根拠を外界から遮断されない権利の制度的保障として位置づけることは従来 *the habeas corpus* や *fair trial* の理念にもとづく位置づけとの間に、決定的な差をもたらす。それは、後者が常に辩护人による救済手段、防禦手段の行使という積極的な行為を前提としていたのに対し、新しい考え方は、具体的な法的手段の行使ということを前提とせず、ただ、身柄の拘束を受けている依頼者のために『そこに居る』ことを

求めることになるからである。

国際人権法における弁護人依頼権の本質は弁護人に『そこに居てもらおう権利』なのであり、それは人身保護請求 *habeas corpus* や公正な裁判 *fair trial* の考え方が適用される権利行使の最中であっても、底流をなしているのもちろんのこと、積極的権利行使を前提としなくても、逮捕から拘禁そして公判審理を経て収監に至る刑事手続の全過程において、弁護人に居てもらおうことを要請しているのである。

国際人権法において、あえて「起訴前弁護」という概念を用いていないのは、起訴の前後で弁護人依頼権の性格に差を設ける理由がないからであり、逆に、「起訴前弁護」を特別に議論しなければならない日本の現状は、それだけで国際人権法から大きくかけ離れていることを証明しているといえよう。

(1) 五十嵐二葉Ⅱ申恵丰「あらゆる形態の拘禁・収監下にあるすべての人の保護のための原則(翻訳)」法律時報六二巻四号八四頁の用語例の翻訳参照。

(2) *the assistance of competent counsel* の意義が、たんなる弁護人の指名、すなわち被告人選任届の作成提出にとどまるのではなく、実質的な援助を意味することにつき、樋口陽一Ⅱ佐藤幸治Ⅱ中村睦男Ⅱ浦部法穂「注釈日本国憲法(上)」(青林書院新社、一九八四年)七四〇頁など。ヨーロッパ人権裁判所の同趣旨の判例として *Artico v. Italy*: 一九八〇年五月一三日判決・判決索引番号 A.37 参照。P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, "Theory and Practice of the European Convention on Human Rights" Second Edition, P. 351.

(3) 接見交通権侵害を理由とする国家賠償請求訴訟において、刑事訴訟法三九条三項はB規約一四条三項(b)および(d)に違反する旨の原告(弁護士)の主張に対し、被告国はB規約一四条三項(d)は「被疑者に関するものでなく被告人に関する規定である」と主張している。たとえば札幌高裁一九八八(昭和六三)年(初)第一九四号等事件の一九九一(平成三)年三月一日付控訴人国の準備書面の主張、東京地裁一九八七(昭和六二)年(初)第八四五六号事件の一九九〇(平

成二) 年一月三〇日付被告国の準備書面の主張等参照。

(4) ヨーロッパ人権裁判所が下した判決には判決索引番号が付されているので、この索引番号により必要な事件の判決が特定できる。

(5) 欧米諸国では、刑事事件を表示する場合に国家对個人の形で当事者が表示される。このように個人が国家に対置される形で国家の刑罰権の対象として当事者の地位に立つことを「刑事上の罪に問われた *be charged*」と表現し、その *charge* の時点から対等当事者としての地位が保障され、*fair trial* の要請が働くことになる。

(6) たとえば英国の場合、八割以上が公判前に保釈されている。マイケル・ザンダー・ロンドン大学 LSE 教授の一九九一年九月七日講演「英国司法制度の改革」の発言など。

(7) 訳につき、北村泰三「国際人権法における接見交通権の保障」熊本法学六五号一頁を参考にした。ただし、*preliminary investigation* はオーストリアの法制度に照らし、予審段階における捜査と訳出した。

(8) Fawcett, "The Application of the European Convention on Human Rights" P. 164 は第六条に関するコメントで「定められた最低限の諸権利がどの時点で開始されるかについては完全に明確とはなっていない。」として各項の諸権利の目的上、刑事上の罪に問われた時点は必ずしも六条一項がいう合理的期間内における公判審理の開始時点とは一致しない可能性を指摘する。すなわち例えば d 項と e 項には困難はない。なぜならこれらは本質的に審理それ自体に関係しているからであり、その場合、正式の起訴 (*charge on indictment*) が必然的に提起されなければならない。さらに、a 項も逮捕のような起訴前の状態というよりは正式の起訴自体の内容に関係しなければならない。さもなければ五条二項と重複するであろう。しかしながら、少なくとも刑事訴訟手続の尋問的制度においては、b 項と c 項が他の条項と同じように正式の公訴提起から適用されるのか、それともそれよりも早い時点から適用されるのかについては問題が生じ得る。」と述べる。

(9) B 規約一四条に関する規約人権委員会の一般的意見 (General Comment 13/21) は「三項 a の主体を *the accused* としたうえで、同号が弁護人との秘密の接見交通権を保障していることを明らかにしている *the accused* は被疑者を含

む概念である。

(10) B規約一四條三項(C) 後段は「司法の利益のために必要な場合」という限定を付して国選弁護を保障しているから、憲法三七條三項(正文) および刑事訴訟法三六條(一律に「被疑者」の国選弁護を受ける権利を認めない)がB規約と適合するか否かは「司法の利益のために必要」の解釈いかに依存する。ヨーロッパ人権裁判所は一九九一年五月二四日クアラント・ケース (Quaranta v. Switzerland: 判決索引番号 A.205) の判決で、考慮すべき「司法の利益」には犯罪の深刻さ、予測される判決の厳しさ、被疑者の置かれた個人的状況等個別具体的な要素が含まれることを明らかにした。したがって、わが国のように一律に被疑者国選弁護を否定した制度はB規約一四條三項(C)違反を帰結することになる。村岡啓一「海渡雄一」国際人権法における弁護人の位置付け「自由と正義一九九二年二月号三二頁、「七起訴前の国選弁護と国際人権B規約」の項参照。

(11) 「公正な裁判」の理念は、武器対等の原則を導き、弾劾構造の捜査手続の下では捜査機関の取調べに対抗する身柄拘束中の被疑者の武器として自己負罪特権 黙秘権を被疑者に認めている (B規約一四條三項(g) 参照)。したがって、英米法の弾劾構造手続を前提とした場合には、fair trialの考え方から公判における自己弁護権の一環としての弁護人依頼権とは別に、もう一つ、黙秘権の実効化という観点から弁護人依頼権が導かれることになる。アメリカ合衆国憲法修正五條およびわが国の憲法三八條はこの点を規定したものである。

(12) 日本国憲法三四條「抑留・拘禁に対する保障」の規定の仕方をみれば、同條は弁護人依頼権の保障を条件としてはじめて身柄拘束一般を認めている。これは、外界から遮断されない権利として弁護人依頼権を認めたことを意味している。

(13) 村岡啓一「接見交通——弁護の立場から」『刑事手続(上)』(筑摩書房、一九八八年)三二九頁。