

第34条

村岡 啓一

英文憲法

Article 34 No person shall be arrested or detained without being at once informed of the charges against him or without the immediate privilege of counsel; nor shall he be detained without adequate cause; and upon demand of any person such cause must be immediately shown in open court in his presence and the presence of his counsel.

英文憲法日本語訳

何人も、逮捕または勾留される場合には、ただちにその被疑事実を告げられ、かつ、ただちに弁護人と相談する権利が与えられなければならない。また、何人も、十分な理由がなければ勾留されない。そして、何人からでも要求があれば、その理由は本人及びその弁護人の出席する公開の法廷でただちに示されなければならない。

日本国憲法

何人も、理由を直ちに告げられ、かつ、直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ、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。

1 制定過程

1) 条文表現の変遷

GHQ人権に関する小委員会第一次試案¹⁾

ARREST の表題の第 2 パラグラフとしてはじめて登場してくる。

No person shall be arrested or detained without being at once informed of the charges against him nor without the privilege of counsel; he shall not be held incommunicado nor detained without adequate cause which must be immediately shown in open court upon

demand of the accused or of his counsel.

GHQ人権に関する小委員会第二次試案³⁾

VI JURIDICAL RIGHTS の表題のなかの一項として、第一次試案がそのまま第二次試案に引き継がれている。

GHQ草案（マッカーサー草案）³⁾

Article XXXI として、四文から成る条項として提示されている。

No person shall be arrested or detained without being at once informed of the charges against him nor without the immediate privilege of counsel; he shall not be held incommunicado; he shall not be detained without adequate cause ; and upon demand of any person such cause must be immediately shown in open court in his presence and the presence of his counsel.

GHQ草案外務省仮訳⁴⁾

第三十一条 何人モ訴追ノ趣旨ヲ直チニ告ケラルルコト無ク又ハ直チニ辯護人ヲ依頼スル特権ヲ興エラルルコト無クシテ逮捕又ハ勾留セラレサルヘシ 何人モ交通禁断者トセラルルコト無カルヘシ 何人モ適当ナル理由無クシテ拘留セラレサルヘシ 要求アルトキハ右理由ハ公開廷ニテ本人及其ノ辯護人ノ面前ニ於テ直チニ開示セラルヘシ

日本国憲法「3月2日案」⁵⁾

GHQ草案（マッカーサー案）第31条に該当する条項は存在しない。

日本国憲法「3月5日案」⁶⁾

第29条としてGHQ草案第31条に該当する条項が登場してくる。

何人モ訴追ノ趣旨ヲ直チニ告ケラルルコト無ク又ハ直チニ辯護人ヲ依頼スル特権ヲ与ヘラルルコト無クシテ逮捕又ハ拘留セラレサルヘシ 要求アルトキハ右理由ハ公開法廷ニテ本人及其ノ弁護人ノ面前ニ於テ直チニ開示セラルヘシ。

憲法改正草案要綱「3月6日要綱」⁷⁾

「3月5日」案第29条と同じ趣旨が要綱第29条として示されている。

日本国憲法「4月13日草案」⁸⁾

第31条 すべて国民は理由を直ちに告げられず、又は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、すべて国民は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。

日本国憲法「4月17日草案」⁹⁾

「4月13日草案」第31条の「すべて国民は」が「何人も」に変更された以外は同一の表現である。

日本国憲法草案「5月31日訂正箇所」¹⁰⁾

「4月17日草案」の「理由を直ちに告げられず、又は」を「理由を直ちに告げられ、且つ、」に修正した結果、現行日本文と同じ表現となる。

2) 表現の変遷の要約

GHQ人権に関する小委員会第一次試案から現行日本国憲法（英文）成案に至るまでの過程でみられた英文表現の変更は、つぎの諸点である。

① 逮捕、勾留の条件につき、小委員会案では、単に *the privilege of counsel* と表現されていたのを、GHQ案（マッカーサー草案）では *the immediate privilege of counsel* と表現して「直ちに」与えられる特権であることを明示した。

② GHQ案に存在した第二文 *he shall not be held incommunicado.* が削除された。

③ 勾留理由の開示を要求できる主体につき、GHQ小委員会では *the accused or his counsel* と限定されていたのを、GHQ案では *any perspn* とし、公開の法廷の要件に加えて、本人とその弁護人の出席を要件とした。

④ 逮捕、勾留の条件につき、GHQ案では、接続詞が *nor* であったのを、成文では *or* に変更した。

英文表記は同一であっても、日本語訳において変遷があったのは、つぎの諸点である。

① そもそも、「3月2日案」では、本条項は存在しなかった。

② 権利の主体が、「何人も」から「すべて国民は」に変わり、ふたたび「何人も」に戻った。

③ *arrest* と *detain* の訳語につき、「逮捕」「拘留」から「抑留」「拘禁」に変更され

た。

④ 告知の対象となる the charges against him の訳語につき「訴追ノ趣旨」から「理由」に変更された。

⑤ 逮捕、勾留の条件につき「4月17日草案」では、接続詞が「又は」であったのを、憲法草案修正案では、「且つ」に変更した。

3) GHQ内の人権に関する小委員会からGHQ案 (マッカーサー草案) までの変遷の理由

ラウエル陸軍中佐の連合国最高司令官総司令部あてのレポート「日本の憲法についての準備的研究と提案」¹³⁾ (1945年12月6日付ラウエル・レポート)によれば、同中佐は日本における民主主義的な傾向を伸長するためには、「個々の市民の権利が実効性をもって保障されていない」弊風を抑止することが必要であるとの認識から、憲法の改正を提案している。そして、憲法改正案は「総司令部の承認したものでなければならぬこと及び〈付属文書A権利章典〉のような諸規定が設けられるべきこと」を条件として示している。

その「付属文書A権利章典」の9は、刑事司法の諸原則を示したものであり、つぎのように要約されている。

An accused shall be presumed innocent, shall have the right to counsel from the time of arrest, shall have the right to speedy and public trial, shall not be placed in jeopardy twice for the same offense, and shall not be compelled to testify against himself. Upon the violation of any of the rights of the accused he shall be discharged and the charges against him dismissed with prejudice.

被告人は無罪の推定をうけること。弁護士を依頼する権利が逮捕のときから認められること。迅速かつ公開の審理を受ける権利があること。同一の犯罪につき二重の危険にさらされることがないこと。自己に不利益な証言をするよう強制されないこと。もしこれら被告人の権利が侵されたときは、彼は釈放され、彼に対する訴追は棄却されるべきこと。この棄却は一事不再理の効果を生ずるものとする事。

また、10は、the right of habeas corpus (人身保護令状の救済を受ける権利)が戦時を除き保障されるべきことを掲げている。

1946年(昭和21年)1月11日、ラウエル陸軍中佐が起草し、GHQ民政局長のホイ

ットニー陸軍准将の名義で幕僚長に対して提出された覚書¹²⁾ (MEMORANDUM FOR CHIEF OF STAFF 案件: 私的グループによる憲法改正草案に対する所見) によれば、ラウエルは、上記ラウエル・レポートを添付した上で、さらに詳細な憲法改正案のあるべきモデルを提示している。本条項(憲法第34条)との関連で指摘すれば、ラウエルは知識人グループ「憲法研究会」の憲法草案要綱¹³⁾について、「権利章典中に通常置かれている広汎な事項が、おとされている。たとえば、刑事被告人の権利、および法執行機関の行う取調べについての制限に関する条項は、一切省かれている。」と批判した上で、It is strongly recommended that Constitutional guarantees be required which will prevent imprisonment without charges being filed. (国家刑罰権の対象であることを公的に通知されることのないまま身柄拘束されることのない憲法上の保障が強く要請される。)と述べて、その憲法的保障の実現のために some proceeding which will compel the police to bring an arrested person publicly before a court and explain the reason for his imprisonment, similar to a writ of habeas corpus, be required; (逮捕された者を公開の法廷に出席させ、拘禁理由の説明を行なうことを警察に強制する、人身保護令状類似の手続きが必要である。)としている。そして、あらためて憲法改正草案に盛り込まれるべき刑事司法上の原理として、以下の7項目を掲げている。

- ① 人身保護令状により実現されるのと同様の諸権利を認めること。
- ② 刑事事件における迅速かつ公開の裁判を保障すること。
- ③ 被告者が、同一犯罪についての二重の危険にさらされることを禁止すること。
- ④ 自己負罪 (self-incrimination) についての保護を確立すること。
- ⑤ 被告者が自己に不利益な証人のすべてと対決する権利を保障すること。
- ⑥ 被告者が弁護人に弁護を依頼する権利を保障すること。
- ⑧ 不当な捜索及び押収から国民を保護すること。

したがって、GHQの内部においてGHQ案の制定に携わったラウエルは、国家によって刑事手続きの対象として告発された被告者 (the accused) に対し、逮捕の時点から弁護人と相談する権利 (the right to counsel) を与え、身柄拘束に対する救済手段として人身保護令状類似の手続、即ち、警察をして逮捕した被告者を公開の法廷に出頭させ、その場で身柄拘束の理由につき審理する形態を構想していたことができる。このラウエルの想定していた構想は、彼独自のものではなく、当時のアメリカ合衆国における予備審問 preliminary examination の制度を範としていたから、GHQの立案当事者全員の共通の認識であったと考えられる。

人権に関する小委員会案とGHQ案 (マッカーサー草案) との表現の差は前述のと

おりであるが、その修正の経過については、不明である¹⁴⁾。しかし、文言上の対比から明らかなおり、後者の方が、より、身柄を拘束された者に対して、権利保障が厚くなっている。即ち the immediate privilege とすることによって身柄拘束と弁護人依頼権との引換給付的關係がより明確にされており、第二文の incommunicado の状態が、速やかに解消されるべきことを期待したのである。また、身柄拘束の理由の開示を求めうる主体を当事者（本人及び弁護人）のみならず、「何人」any person に拡大したことも、不当な身柄拘束からの救済という habeas corpus の目的をより効果的に実現するための修正であったと考えられる。

総司令部の運営委員会（the Steering Committee）及び立案担当者は、日本のそれまでの人権侵害の歴史を繰り返さないためには、刑事司法に関する詳細な人権保障規定が絶対的に必要であるとの認識に立っていた。それ故に、小委員会第二次案までは表題が JURIDICAL RIGHTS 「司法上の人権」とされて諸外国にも例のない詳細な刑事司法に関する権利規定を定めることになった。小委員会案からGHQ草案へのより詳細且つ権利強化的な方向での修正も、この脈絡のなかでなされたものである。

2 日本国憲法草案に至るまでの変遷の理由

(1) 当初GHQ案（マッカーサー草案）を受けた後の日本国憲法「3月2日案」では、GHQ案第31条に相当する規定は盛り込まれなかった。それは、日本側の起草者が、「刑事手続に関する諸規定については、法律にゆずってもよいと思われたものが少なくなかったし、マ草案のようにくわしい条文を設けた立法例もあまり見ることがなかったので」¹⁵⁾除外したからであった。しかし、1946年3月4日、GHQのケーディス陸軍大佐及びハッシー海軍中佐との逐条審議の結果、GHQの方から「刑事手続に関することについては従来弊害の多いところであるから、マ草案に厳格に従ってもらいたい」¹⁶⁾旨の要望があり、日本側の起草者は、刑事司法に関する詳細な権利保障規定を憲法に盛り込むことがGHQの意図であることをはじめて理解するに至った。その結果、「3月5日案」からマ草案の刑事司法に関する権利保障規定が登場してくることになり、GHQ案31条は、「3月5日案」の第29条として規定された。

1946年3月6日、日本国憲法改正草案要綱が英訳とともに内閣から発表された。司法省刑事局などの意見を聴いて、日本側の起草者が修正の申し入れのために準備

した「要綱ニ関スル問題」¹⁷⁾ (昭和21年3月24日)には要綱第29条について、以下の指摘がある。

① 逮捕ニ関スル部分ハ第二十八条ニ移シ、本条項ハ拘禁ノ場合ノミノ条項トスルヲ可トセズヤ

② 「訴追ノ趣旨云々」ハ逮捕ニカカリ、「弁護人ニ依頼云々」ハ、拘留ニカカルベキナラズヤ

③ 拘留ハ「勾留」カ、寧ロ「拘禁」トスルヲ可トスベシ (刑)

④ 公開ノ法廷トハ何カ、要求スル者ハ誰カ (刑)¹⁸⁾

この記載から窺われるのは、日本側の起草者及び司法省刑事局において、GHQが重要と考えていた逮捕時からの身柄拘束に伴う弁護人依頼権の保障及び人身保護令状類似の制度としての予備審問手続をまったく理解していなかったということである。日本側の理解としては、被疑者を逮捕するときに「訴追の趣旨」を告げることは必要であるが、弁護人依頼権の保障はなく、被疑者を「勾留」するときになってはじめて、弁護人依頼権の保障があるものと考えており、前者は逮捕の条件であるから、第二八条の逮捕の令状主義の規定と一緒にすべきだといっているのである。GHQにおいては、小委員会第二次案まで「自白は、それが被疑者の弁護人の面前でなされたものでない限り、効力がない」との条項¹⁹⁾があり、GHQとしては、逮捕の時点から弁護人依頼権を認め、被疑者が外界から遮断されたままの状態に置かれることを弁護人によって回避し、かつ、弁護人が捜査機関の被疑者取調べに立会い、その下で被疑者が自己負罪特権を放棄して自白するという運用を考えていた。しかし、戦前の予審制度による取調べに慣れ親しんでいた日本側の立法当事者には、当事者主義構造の捜査段階における弁護人の重要性はまったく理解できなかったのである。

また、要綱第29条の後段が人身保護令状類似の機能を果たす予備審問 preliminary examination を想定していたことも、この制度になじみのない日本側の立法当事者の理解を超えていたのである²⁰⁾。

(2) 日本側起草者は権利の主体を「何人も」から「すべての国民は」に変えたが、GHQから、「国民」people と「何人」person とは厳密に使い分けているので、person を日本国民に限定するような翻訳は適当でないとして指摘された結果、ふたたび「何人も」に戻った。(この経緯については高野「刑事人権規定の制定過程」本書130頁以下の記載参照)

(3) 内閣法制局は、3月6日要綱の日本語と英文との対応関係について再検討した結果、その差違を「日文ノ英文ニ対スル差異ニ付テ」と題する文書²³⁾にまとめた。そのなかには、つぎの指摘がある。

第二十九「逮捕」ハ正訳ナリヤ疑アリ（第二十八ノ逮捕ト用語異ナレリ。第三十四デモ同一用例。四十五ニモ波及ス）

最後ノ「直チニ」ハ「遅滞ナク」ニ改ムルコト

1946年4月2日、日本側起草者とGHQとのあいだで、要綱に対する問題点と英文表記の意味について質疑応答をした。ケーディス大佐とハッシー中佐の回答はつぎのようなものであった。

第28条の apprehend は捕えることであり、seize と同じである。第29条の arrest は apprehend に比べていくぶんフォーマルな表現で seize and hold の意味がある。detain は手を触れずに拘禁することである²⁴⁾。

この質疑応答の結果、日本側起草者は、GHQにおいて apprehend, arrest, detain, seize を特に意識して使い分けていたのではないことがわかったので、「実質的に大きな違いがなければ修正する必要はない。」と考えた²⁵⁾。GHQ側の4月2日の会談記録「民政局長のための覚書・案件憲法草案」²⁶⁾にも、この点に関する疑問に対し、「日本側の満足のゆく形で説明されました。」との記載がある。

1946年4月15日、日本側起草者はGHQに対し、楡橋書記官長署名の送り状を付して、日本国憲法4月13日草案の Certified translation（公定訳）を提出した。このなかで、要綱第29条は草案第31条として登場し、口語化の上、「逮捕又ハ拘留」が「抑留又ハ拘禁」と表現された²⁶⁾。即ち、日本側起草者は arrest を単なる捕提行為を超えた一時的な身柄の拘束をも含む意味で「抑留」の語をあて、detain については、arrest後の施設収容による継続的な身柄拘束の意味で「拘禁」の語をあてたのである。

(4) GHQ案（マッカーサー草案）には、小委員会から一貫して、第二文として he shall not be held incommunicado が盛り込まれていたが、日本国憲法草案からは除

外されている。この経緯につき、日本側起草者は「何人モ交通禁断者トセラルルコト無カルヘシ」の意味が理解できず、「その正確な意味をたずねたところ、はっきりした答えがなかったし、実際上も憲法に規定するまでのこともあるまいということで、これを削ることに意見が一致した。」と述懐している²⁹。

しかし、削除の合意に至った真の理由は日本側起草者の無知とGHQ側の自明の理が結果的に一致したからに他ならない。即ち、この第二文が明らかにしていたことは、被拘禁者の身柄拘束に必然的に伴う「外界から遮断された状態 *incommunicado*」の解消を図るため、被拘禁者に外界との交通手段を認めること、即ち、今日、国際人権法上、被拘禁者の基本的権利として認められている外部交通権 *the right to communicate with outside world* を保障することであった。GHQにおいては、身柄を拘束された者の当然の権利として考えられており、第一文において、身柄拘束と引換給付的に弁護人の援助が与えられるのであれば、弁護人を通じて外界との接触が可能となることから、あえて第二文を置くまでもないと判断して削除に応じたのである。けっしてGHQが第二文の正確な意味を理解していなかったわけではなく、弁護人の保障が被拘禁者の外部交通の手段としての役割を担っていることを理解できなかったのは、日本側起草者だけだったのである³⁰。

(5) GHQ草案（マッカーサー草案）では、身柄拘束の条件として、弁護人と即座に相談する権利と並んで被拘禁者に *the charges against him* を告知することが掲げられている。日本国憲法「3月5日」案では「訴追ノ趣旨」と訳され、日本国憲法草案では「(抑留又は拘禁の)理由」と訳されているが、英文の *charge* とは、当時においても、国家機関が個人に対して犯罪の嫌疑があることを告知することを意味していたから、「訴追ノ趣旨」ではなく、「抑留又は拘禁を正当化する被疑事実」の意である³¹。しかし、日本側起草者はGHQが当然視していた国家対個人の当事者主義の考え方を理解できなかったので、*charge* が当事者主義の起点であることの意味を欠いていた。その結果、*the charge* を「(抑留又は拘禁の)理由」と同義に解し、単に前後の文脈から「理由を直ちに告げられ」と訳し、厳密な意味での *the charges against him* の訳を欠落させてしまったのである。

このように日本側起草者が *charge* の意義を正確に理解していなかったことは、日本国憲法草案第33条の訳についても見られる。即ち、*the offence with which the person is charged* の部分が「(逮捕の)理由となっている犯罪」と訳され、厳密に言うところ、*charge* の訳語が抜けおちて *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、日本国憲法草案は、charge の概念を特定することなく、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ったのである。

3 日本国憲法草案発表後の変遷の理由

(1) 1946年4月17日、日本国政府は憲法改正草案を英訳とともに発表した。これに対し、司法省刑事局は同年4月27日付でつぎのような修正意見を明らかにした²⁸⁾。

第32条（草案第31条の修正）

何人も、正当な理由がなければ抑留又は拘禁されない。

若し抑留又は拘禁されたときは直ちにその理由を告げられ、且つ、直ちに弁護人に相談する機会が与えられる。

又、抑留の理由は要求があれば、直ちに、本人及び其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。

修正の理由

① 文章の翻訳臭を取り除くことに努めた。

② 「弁護人に依頼する」というのは第三十四条の依頼と違うのであって、ここでは相談の意味と思う。選任の機会さえ与えればよいのではない。

③ 拘禁するときだけ正当な理由が必要であるというのはおかしい。なお、抑留は短く拘禁は長く自由を拘束する意味と解する。したがって、拘禁は現行の勾留に当るものと思う。

この意見書は、弁護人依頼権の実質が「相談する機会を与えられること」と理解するなど評価に値する内容を含んでいたが、日本政府としてはGHQとの関係上、変更できないと考え、原案どおり帝国議会の審議に委ねた²⁹⁾。

(2) 1946年5月31日、内閣法制局では、英文の方はそのまま変更せず、日本語の表現を最小限度、訂正した。そのなかで、草案第31条の「理由を直ちに告げられず、又は」の部分「理由を直ちに告げられ、且つ」と改めた。この理由は、抑留・拘禁の条件として掲げた2要件が実質的に考えて、選択的ではなく重複して要求されていることを理解したためと思われる。

(3) 1946年8月5日、ハッシー海軍中佐は、司法省臨時法制調査会との討論の結果、憲法改正案第30条の日本側の翻訳「逮捕」の用語は不適切であり、逮捕権の危険な増大を招くとしてGHQ民政局あてに翻訳の変更を勧告した³⁰。

その趣旨は、「草案第30条の英文の意図は、刑事手続のみを想定したが、日本語訳では apprehend を「逮捕」としたため、刑事手続に固有の用語である狭義の arrest と taking into custody (勾留) を超えて、広義の逮捕、即ち、身柄拘束一般をも意味することになり、非刑事手続にも適用しうることになる。したがって、apprehend が刑事手続にのみ適用されることをはっきりさせるために、日本語訳は「逮捕」ではなく「勾引」及び「勾留」に変更されるべきである。」というものであった。

しかし、この勧告に従った訂正はなされなかった。その理由は逮捕の令状主義の保障は刑事手続に関するものであることの合意があったからと思われる。

ハッシー意見書の反対解釈として、GHQにおいて草案第31条は必ずしも刑事手続のみに限定されない身柄拘束一般を射程内に置いた規定と理解される余地を残したと解釈することもできよう。

4 アメリカ合衆国憲法修正第6条との比較

1) アメリカ合衆国憲法との対比

(1) GHQ案(マッカーサー草案)を起草した将校たちの念頭にあった刑事訴訟のモデルは、母国アメリカ合衆国のそれであったから、GHQ案に基づき制定された日本国憲法は、アメリカ合衆国憲法の影響を強く受けている。しかし、両者を対比すると、まったく同一というのではなく、アメリカ合衆国憲法には存在しないが、日本国憲法においてはじめて規定された条項、あるいは、アメリカ合衆国憲法にも存在はするものの、それ以上の意義を付与されて日本国憲法においてより強化された条項というものを認めることができる。日本国憲法34条はその典型例である。

(2) GHQ案の制定経過から明らかなおと、起草者は、正規の告発手続を経由しない身柄拘束 imprisonment without charges being filed を許さないことを目的として「逮捕された者を公開の法廷に出席させ、身柄拘束の理由の説明を警察に強制する

人身保護令状類似の手続」を想定していた。この制度は、不当な身柄拘束を司法機関がチェックする公開の手続を本質とするものであるから、予備審問 preliminary examination をモデルとしていたと考えられる。

しかし、アメリカ合衆国憲法は、どの条項においても予備審問制度については沈黙している。そうすると、起草者は、アメリカ合衆国憲法においては、明示的に憲法上の権利とはされていない、予備審問を受ける権利を日本国憲法においては憲法上の権利として保障しようと意図したとすることができる³⁰⁾。

(3) 日本国憲法34条は3文から構成されており、第一文は、逮捕又は勾留される場合の条件として、逮捕又は勾留される者が

① みずからに対する被疑事実 charges against him を直ちに告げられること

② 直ちに弁護人と相談する機会 the immediate privilege of counsel が与えられること

を定め、第二文は、国家機関が勾留を正当化するためには「十分な理由」adequate cause が必要であることを示し、第三文は、要求を前提としながら、逮捕又は勾留される本人とその弁護人の出席する公開の法廷で、「十分な理由」が示されなければならないことを明らかにしている。

アメリカ合衆国憲法には、直接、日本国憲法34条に対応する規定は存在しないが、身柄拘束の条件として逮捕又は勾留される者に認められた前記①及び②の権利に着目すれば、アメリカ合衆国憲法修正第6条のthe accused に認められる以下の権利との異同が問題とされよう。

① 告発の性質と理由とについて告知を受ける権利

the right to be informed of the nature and cause of the accusation.

② 防御のため弁護人の援助を受ける権利

the right to have the assistance of counsel for his defence.

2) 修正第6条の主体

(1) 修正第6条の主体は In all criminal prosecutions の下にいるthe accused である。アメリカ連邦最高裁は、修正第6条の諸権利が保障される起点は、当事者対抗主義の手続が開始される正式な告発のあったとき (after the initiation of formal charges) からと判示している³¹⁾。この考え方の根底には、修正第6条が陪審制による裁判を保障しており、それとの関係で派生する刑事被告人の諸権利を「公正な裁判」Fair

Trial の要請から規定したものとする理解がある。したがって、the accused という主体概念そのものは、必ずしも正式に起訴された後の身分、即ち、公判における被告人 defendant after the prosecution を意味するものではないが、修正第6条の諸権利が憲法上顕在化するためには、公判を前提とした正規の告発 (charge, accusation) が「引き金」にならなければならないと考えられているのである。

(2) しかし、この考え方には批判が多い。アメリカ連邦最高裁自身がウォレン・コート時代には、弁護人の援助を受ける権利を刑事手続のすべての段階に拡大してきた。その根底にあった考え方は、「弁護人の導きの手」³³⁾の重要性であり、正規の告発手続の前段階であっても、後の公判に決定的な影響を及ぼす critical stages においては、やはり意義ある「防衛」を確保するために弁護人の援助が必要とされるというものであった。即ち、弁護人依頼権は正義の実現のために当事者對抗主義のなかに組み込まれた最良の安全装置であるから、訴追の「決定的段階」である場面では、たとえ、告発の前であったとしても、Fair Trial の要請から、修正第6条の保障は作動すると考えられたのである³⁴⁾。

(3) 修正第6条が公判審理を前提とした Fair Trial の理念を指導原理としており、主体 the accused の修正第6条の諸権利が「訴追」prosecutions と結びついている文言上の限定から、アメリカ連邦最高裁が「告発」を修正第6条の保障の「引き金」と考えることにも理由がないではない。

しかし、現実の一連の刑事手続において、逮捕直後からミランダ原則に基づき身柄拘束中の取調べには弁護人の立会を要することになっている実務及び、アレインメントと予備審問に弁護人の援助を受ける権利を修正第6条に基づき認めた先例³⁵⁾との整合性を考えるならば、寧ろ、修正第6条の保障が正規の告発以前の刑事手続にも Fair Trial の要請から、拡大されたと考える方が素直に思われる。同様の問題状況において、今日、ヨーロッパ人権裁判所が a criminal charge の意義につき、正規の告発手続に限定せず、「実質的な効果」の基準を適用して³⁶⁾、実質的に何らかの形で国家刑罰権の対象となったことを当該個人に知らしめる国家機関の行為すべてを「告発」とみなしていることも、同じ解釈の方向を示していると言えよう。

(4) 日本国憲法34条の場合、アメリカ合衆国憲法修正第6条のような主体に関する限定は存在しない。日本国憲法において、修正第6条と同様の、Fair Trial の理念に導かれる主体の限定が問題となるのは、37条である。日本国憲法が34条と37条

において、それぞれ弁護人の援助を受ける権利を規定したことは、Fair Trial の原理と別の指導原理に立って34条を制定したことを示しているのである。

3) 修正第6条の「告発の性質及び理由の告知を受ける権利」

(1) アメリカ合衆国憲法の解釈では、被告者が弁護人の援助を受ける権利を放棄することが認められている。その結果、刑事上の訴追において、被告者が弁護人を依頼するか、あるいは、その権利を放棄してみずからが自己防御権 the right of Self-Representation を行使するかは自由であり、弁護人なしでみずからが陪審裁判のなかで手続を進めていく権利 the right to proceed pro se. が修正第6条の権利として認められている³⁹⁾。

したがって、刑事公判を含む刑事手続の主体は、文字どおり、被告者本人であり、自己防御権こそが基本ということになる。

(2) そうすると、当事者対抗主義が開始される時点から、国家刑罰権の対象とされた被告者は、その告発にかかる事実の性質と理由について知らなければ防御権を行使することができない。被告者の防御権行使を十全ならしめるために認められたのが修正第6条の「告発の性質及び理由の告知を受ける権利」である。告発の時点から修正第6条の諸権利の保障が開始されるというアメリカ連邦最高裁の現在の考え方に従えば、the accused は「被告発者」を意味し、告知されるべき内容は「告発事実及びその理由」ということになる。

(3) しかし、刑事訴追に向けた刑事手続は、逮捕の時点から開始されており、アメリカ各州の裁判所においても、逮捕状に基づく逮捕の場合には、国家による告発の意思が公にされているとして修正第6条の適用を認めている³⁹⁾のであるから、実質的に考えれば、逮捕の時点から当事者対抗主義は開始されていると言うべきである。この場合には、the accused は「被逮捕者」を意味し、告知されるべき内容は、「被疑事実及びその理由」ということになる。それ故、この「告発の性質及び理由の告知を受ける権利」の具体的内容は、その当事者の置かれた具体的な刑事手続の各段階において具体化されることになる。

(4) 日本国憲法34条の場合、刑事手続に限定する主体の制限はない上、逮捕又は勾留の条件として、charges の性質と理由を告げられることになっているから、

刑事手続としては逮捕又は勾留といった身柄拘束を基礎づける「被疑事実」の内容とその根拠を示されることになるが、刑事手続以外の国家権力による身柄拘束一般にまで適用される余地を残している。

刑事手続以外の身柄拘束としては、行政検束や予防拘禁（教育上の保護、保健衛生上の隔離、強制送還のための収容など）が考えられるが、このような国家機関による身柄拘束の場合にも、日本国憲法34条は、その「身柄拘束を基礎づける事実」の内容とその根拠を被拘束者に示すべきことを要求していると考えられる。

4) 修正第6条の「弁護人の援助を受ける権利」

(1) 修正第6条の「弁護人の援助を受ける権利」は、専ら、「公正な裁判」Fair Trialの要請から、公判審理を前提に拡大が図られてきた。

拡大の歴史は、当初、自己の選択した弁護士を自己の費用で雇う権利としか理解されていなかった弁護士依頼権を、修正第14条のデュープロセス条項に基づいて、貧困の故に弁護人を雇うことのできない被告人に国家の費用で弁護人を付することができる権利にまで高めた過程であったということが出来る。(拡大の歴史については、竹之内明「第37条3項」本書391頁以下の解説参照)

(2) アメリカ合衆国においては、寛大な処罰と引換に、陪審裁判を受けるという憲法上の権利を放棄する答弁取引が認められているため「弁護人の導きの手」は「公正な裁判」の実現のためには不可欠のものと考えられている。その結果、1972年、アメリカ連邦最高裁は *Argersinger v. Hamlin* 事件において、従来の *Powell* 原則（特別情況の法理）と *Zerbst* 法理が重罪（Felony）に問われた貧窮者を対象としていたのを、さらに一步を進め、拘禁刑の処罰を受けることのある犯罪一般にまで拡大し、審理に弁護人の援助がなかった場合、弁護士依頼権の放棄のない限り、何人も拘禁刑を科されることはないと判示した³⁹⁾。

その理由とされたのは、軽罪であっても答弁取引にまつわる有罪答弁への圧力や早期処分への強迫観念は重罪の場合と同様であるから、「公正な裁判」を実現するためには、弁護人の導きの手を必要とするというものであった⁴⁰⁾。

このように、修正第6条の「弁護人の援助を受ける権利」は「公正な裁判」を実現するための効果的な防御に不可欠だからという点に存在理由が認められている。

(3) アメリカ連邦最高裁の判例のなかには、*Powell* 原則（弁護人の導きの手は、

事件のすべての段階で保障されなければならない)に則って、公判審理段階に限らず、公判前手続にまで遡って、修正第6条の「弁護人の援助を受ける権利」を保障したものがあつた。

- ① 予備審問において弁護人なしに答弁をする場合 *White v. Maryland* (1963)⁴¹⁾
- ② 予備審問の段階 *Coleman v. Alabama* (1970)³⁵⁾
- ③ 身柄拘束下での尋問の段階 *Escobedo v. Illinois* (1964)⁴²⁾
- ④ 公判前の面通し手続(正式起訴後) *United States v. Wade* (1967)⁴³⁾

これらの判例の理由づけは、以後の公判審理における被告人の運命を決定づけ、公判それ自体を単なる儀式と化するような刑事手続の「決定的段階」critical stagesにおいては、「公正な裁判」の要請として、修正第6条の「弁護人の援助を受ける権利」が保障されるべきであるというものであつた。その後、アメリカ連邦最高裁は、この基準によるのではなく、形式的に当事者対抗主義の開始を示す正規の告発があつたか否かの基準によって、公判審理前のアレインメント、予備審問、ラインナップにおける弁護人依頼権の保障を説明するに至っている(エスコビード、ミランダは修正第6条の問題ではなく、修正第5条の保障の問題だとする)⁴⁴⁾。そうすると、アメリカ連邦最高裁の公判審理前の手続における弁護人依頼権を保障した各判例は、修正第6条に基づくFair Trialの要請と修正第5条の黙秘権の要請の延長線上において「弁護人の援助を受ける権利」を位置づけていることになる。

(4) これに対し、日本国憲法34条は、弁護人の援助を受ける権利 the privilege of counsel を保障するが、それは37条の弁護人の援助を受ける権利 the assistance of competent counsel と同じ指導原理に基づくものではない。34条のそれは、明らかに刑事司法手続の脈絡から離れた(刑事手続による場合も含むが)身柄拘束それ自体に伴う権利として保障されているのである。その指導原理は日本国憲法34条のモデルとなつたアメリカ合衆国の予備審問の制度意義を明らかにすることによって判明してくるはずである。

5) アメリカ合衆国における予備審問

(1) 予備審問 (preliminary examination, preliminary hearing) とは、告発のあつた刑事事件につき、起訴前の早い段階で、裁判官が被告者に対する嫌疑に「相当な理由」があり、さらに手続を進めるため被告者の拘束を続けることができるか否か

を審査する手続を意味する。

アメリカ合衆国では、軽微な犯罪の場合、警察は逮捕するかしないかの裁量権を有しており、被告者を警察保釈 (stationhouse bail) により釈放することができる。しかし、警察が逮捕した場合には、治安判事あるいは補助裁判官などの司法機関の下へ、不必要な遅滞のないよう連行することが義務づけられている。

これは、刑事手続における司法機関への最初の出頭にあたるので、initial appearanceと呼ばれる。

司法機関への引致の目的は、軽罪の場合には、治安判事等の面前での罪状認否とそれに引き続く簡易手続による処理であるが、重罪の場合には①被告者に認められている諸権利を司法機関が告知すること②身柄の拘束を継続することの可否につき、司法機関が「相当の理由」が存在するか否かを判断し、それが存在しなければ被告者を釈放すること③被告者につき、当該犯罪が保釈不可能な事案でなければ、保釈の可否を決することが目的である。そして、被告者の身柄拘束の可否に関する決定と同時に予備審問の日程を決めることになる。

(2) アメリカ合衆国では、重罪 (felony) の場合には、被告者が逮捕後の合理的な短時間のうちに司法機関の面前で予備審問を受けることが法律上の権利として認められている。しかし、アメリカ合衆国憲法は予備審問については沈黙しているので、修正第6条の諸権利の保障が予備審問手続にまで及ぶことはあっても、予備審問を受ける権利そのものが憲法上の権利とまでは言えない。また、被告者は重罪の場合であっても、有罪の答弁をすることによって予備審問を受ける権利を放棄することができる。

予備審問の本来的な目的は、被告者に対する被疑事実 charges を裏付ける「相当な理由」probable cause があるかどうかを司法機関が確認することである。相当な理由がないと判断されれば、この段階でその告発事件は却下され、被告者は釈放される。したがって予備審問は、被告者の不当な身柄拘束を救済すると同時に、被告者が誤って訴追されることを防止する機能を果たしている⁴⁹。

(3) アメリカ合衆国における予備審問は誤起訴を防止するという側面では「公正な裁判」Fair Trial に奉仕するものであるが、不当な身柄拘束からの司法機関による救済こそが本来の制度目的であるから、むしろ、人身保護請求 habeas corpus の考え方に立った制度と言うことができる。

GHQ案 (マッカーサー草案) を策定する過程で、ラウエル陸軍中佐が言及してい

た「人身保護令状類似の手続」⁴⁶⁾とは、まさにこの initial appearance から始まる司法機関による身柄拘束のチェックのための制度を念頭に置いていたと考えられるのである。

(4) そうすると、日本国憲法34条は、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と言わなければならない。

そして34条を支えていた理念は habeas corpus の考え方であり、同条は英米法的人身保護手続の制度を刑事手続の関係で、憲法上の保障として認めたものと理解すべきである。

6) 「相当な理由」と「十分な理由」との相違

(1) アメリカ合衆国における予備審問では、司法機関が被告者の身柄拘束を決定するためには、被疑事実に対し「相当な理由」probable cause の存在することが要求されている。

「相当な理由」は立証の程度を示す概念であるが、単なる容疑 (mere suspicion) よりも明確で、「有罪であると信じることのできる合理的な根拠 reasonable ground」⁴⁷⁾と同義で、有罪宣告に必要なもの Guilt beyond reasonable doubt よりも軽度なものと定義されている。一般には確実性につき50%を超える程度と考えられている⁴⁸⁾。

他方、司法機関が保釈を付することが可能な事案において、保釈を拒否するには「明白かつ確信を抱くに足る証拠」clear and convincing evidence が必要と解され、その確実性の程度は80%と言われている⁴⁹⁾。

この結果、予備審問においては、警察の被告者に対する嫌疑につき「相当な理由」ありと判断される反面で、被告者の大部分が保釈によって自由の身になるという運用が可能となっている。

アメリカ合衆国の場合、身柄を拘束されたまま、公判審理に臨むという者は、圧倒的に少数なのである。

(2) 日本国憲法34条の第二文は、司法機関が被告者の身柄拘束(勾留)を認めるためには「十分な理由」adequate cause の存在することを要求している。これは、明らかに probable cause とは異なる証明の程度を考えていると解される。何故なら

ば、GHQの起草者は、あえて、アメリカ合衆国憲法に明示されていない予備審問制度を憲法上の保障として規定した上、司法機関による令状主義を徹底させるため、令状発布の際の被疑事実の証明の程度をアメリカ合衆国の通常の用例である「相当な理由」 probable cause という表現を用いなかったからである。

GHQの起草者の意識には、戦前の日本における恣意的な身柄拘束を許さないために憲法によって国家権力を規制するという考え方があったのであるから、令状主義の要件であった証明の程度は「相当な理由」よりもさらに高度な「十分な理由」が必要であると考えられたのである。

「十分な理由」 adequate cause の確実性の程度を数値で示すことは困難であるが、GHQ起草者の意識の上では、「明白且つ確信を抱くに足る証拠」 clear and convincing evidence に近いものを想定していたと考えられる。

(3) 日本国憲法34条の第二文の「十分な理由」は勾留についての要件であり、文言上は、逮捕の要件とはなっていない。これは逮捕については「十分な理由」がなくても良いということの意味するのではなく、33条において、逮捕 apprehend の場合の令状主義が規定されており、司法機関による逮捕令状の発布によって「十分な理由」の審査が行なわれていることを前提にしているからである。

したがって、逮捕と勾留とで司法機関の判断の際の証明の程度につき差違がある訳ではなく、憲法33条、34条、35条の令状主義を貫く立証の程度は「十分な理由」 adequate cause で統一されていると言うべきである。

5 現行実務の問題点

英文憲法34条は、不当な身柄拘束からの救済を目的とし、人身保護令状により実現されるのと同様の効果をもたらす制度的保障を規定したものである。その保障の具体的内容は三つある。

① 国家による身柄拘束という人身の自由の制限に対し、被拘束者にその根拠が示されることと同時に弁護人と相談する権利が与えられること。(第一文)

② 国家が長期間にわたって個人の身柄を拘束するには十分な理由が証明されなければならないこと。逆に言えば、十分な理由がない限り、国家による個人の身柄拘束は許されないこと。(第二文)

③ 何人でも、国家による個人の身柄拘束につき、国家に対し、公開の法廷でその拘束の理由を明らかにするよう求めることができ、裁判所の判断により不当な身柄拘束から個人が解放されること。(第三文)

このように憲法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るための制度的保障を明らかにしたものであるから、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い。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合一般（たとえば、行政検束、予防拘禁など）にまで及ぶと考えられる。

しかし、GHQ案が当初、想定していたのは刑事手続への適用であり（ハッシー海軍中佐の意見書参照、前記注30）、また、国家による身柄拘束一般への適用を肯定したとしても、現実に生ずる事態は、犯罪の嫌疑に基づく刑事司法手続のなかでの逮捕・勾留が圧倒的に多いのであるから、憲法34条が身柄を拘束された被告者に対する諸権利を明らかにしたものと考えて差し支えない。したがって、憲法34条は、国家刑罰権の対象とされた被告者が刑事手続の一環として「身柄を拘束された場合」の弁護人依頼権及び不当な身柄拘束からの救済を求める刑事手続上の諸権利の根拠規定である。

ただ、留意すべきは、同じ弁護人依頼権及び刑事手続上の権利といっても、憲法34条は飽くまでも、人身の自由の制約に対する個人の権利を明らかにしているのであるから、「公正な裁判」Fair Trialの要請による刑事司法の当事者に与えられる諸権利（これは憲法37条を源泉とする）とは内実を異にしている点である。

以下の論述においては、憲法34条の保障する制度の英文モデルの意義を確認した上で、現行実務との乖離を指摘することにする。

1) 憲法34条の弁護人依頼権

(1) 外部交通権としての弁護人の援助を受ける権利

憲法34条の弁護人依頼権は、身柄拘束という状態そのものに着目して、身柄を拘束された者が外界と遮断されないように弁護人を付することによって、外界との連絡を可能にしたものである。換言すれば、マッカーサー草案の第二文に記載されていた *he shall not be held incommunicado*。（国は被拘束者と外界との連絡を遮断してはいけない）を実現するために、外部交通の制度的保障として弁護人の援助を与えたのである。憲法34条が弁護人依頼権を *the immediate privilege*（ただちに与えられる

特権)と表現してこの特権と引換給付的に国家による身柄の拘束を認めているのは、その趣旨である。それ故、憲法34条の弁護人依頼権の本来的性格は被拘束者の外部交通権に他ならない。

しかし、この外部交通権は被拘束者の親族・知人などに認められる一般的な外部交通権と同レベルのものではない。privilege of counsel (弁護人と相談する特権)という表現には、外界とのパイプ役を果たすべき当事者として、あえて法律の専門家である弁護士が指定されているのであり、この趣旨は、外界との連絡という基本的な役割に加えて、さらに、不当な身柄拘束からの救済を求める法的手段を講ずべきことを当該弁護士に期待しているのである。

不当な身柄拘束からの救済そのものは、刑事司法上の有罪・無罪とは次元の異なる問題であるから、必ずしも「公正な裁判」Fair Trialの要請が働くわけではない。しかし、身柄の拘束の正当性を司法審査にかかわらしめる以上、国家と被拘束者とは身柄拘束の是非をめぐって相対立する当事者の関係に立つのであるから、その法的手段の選択や戦術の決定にあたって被拘束者と弁護士とのあいだの交信の秘密性が要求されることになる。また、被拘束者にとって同じ弁護士が、不当な身柄拘束からの救済のための活動と刑事司法上の当事者である被告者の弁護人としての活動を兼務するのであるから、両者を理念的には区別できても、現実には二つの活動を截然と区別することは困難である。それ故に、身柄を拘束された被告者に与えられる privilege of counsel (弁護人と相談する特権)は、当然に、接見の秘密性を内容としているのである。

(2) 接見交通権の憲法上の権利性

憲法34条の弁護人の援助を受ける権利を外部交通権として理解すると、弁護人の役割も外界とのパイプ役であることが基本ということになる。つまり、家族・職場など外界との連絡、身柄拘束中の被告者の健康・精神面に対する配慮など、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ということになる。その基本的役割を果たした上で、狭義の刑事手続上の防御活動や身柄の救済活動を行なうことになるのである。

そうすると、弁護人の諸活動の大前提として、弁護人が被拘束者と自由かつ秘密裡に接見できることが認められなければならないから、弁護人と被拘束者の接見交通権は憲法34条の弁護人の援助を受ける権利の本質的内容をなしている⁴⁹⁾。

これに対し、接見交通権の憲法上の権利性を否定し、接見交通権は刑訴法39条1項によって認められる権利にすぎず、国家刑罰権に由来する捜査権との調和が図ら

れなければならないとする考え方がある。

しかし、幣原廣「刑事手続と公共の福祉」本書189頁以下が詳述したとおり、憲法下における国家刑罰権は個人と個人の利益の衝突を調整する原理に他ならず、憲法34条の権利保障は、人身の自由を手続的に保障するため自由に伴う内在的制約を憲法自身が具体化したものであるから、改めて、国家刑罰権という公共の福祉によって制約を受けることはないのである。

したがって、上記見解は、憲法34条がすでに捜査権を制約する手続的保障として憲法レベルでの比較衡量を終えており、接見交通権をつねに捜査権よりも優先するものとして位置づけたことを看過している点で誤りと言わなければならない。

(3) 接見交通権をめぐる諸問題

a 刑訴法39条1項の「弁護人となろうとする者」の意義

刑訴法39条1項は、弁護人と並んで「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」が身柄拘束中の被告者と立会人なしで接見交通をなし得ることを規定している。「弁護人となろうとする者」の意義につき、判例は、「選任権者の依頼・委嘱を受けながらいまだ選任行為を了していない者」をいうと解釈している⁵⁰。その結果、弁護人選任権者が刑訴法30条によって一定範囲の親族に限定されているため、独立選任権者たる親族以外の友人、職場の同僚、事件関係者などによる事実上の弁護依頼がすべて、正規の弁護人選任に該らないと判断され、刑訴法39条1項の要件を充足しないとされる。

この考え方は、刑事上の嫌疑を受け身柄を拘束された被告者が将来の公判廷において防御の主体として行動することを念頭において、自己防御権を実効化するために被告者を代理することになる弁護人を選任したか否かを問題にしている。

しかし、憲法34条に基づく弁護人の接見交通権のもっとも基本的な性格は外部交通権であり、弁護人の職責として被拘束者を外界から遮断されたままの状態に置かずに、外界との接触を確保すべきことが期待されているのであるから、ここで求められているのは「司法運営に不可欠の機構である専門職」⁵¹である「弁護士 Counsel」であって、将来の公判廷での防御活動を担うことを契約した弁護人ではない。外界とのパイプ役として接見をした最初の弁護士が、被拘束者の依頼を受けて、将来の防御活動を担う刑事訴訟当事者としての弁護人に就任することはめずらしくないし、それが原則的形態と言えるかもしれないが、憲法34条が身柄拘束との代償措置として与えた弁護人の保障は、外界との接触の確保と、不当な身柄拘束からの救済手段なのであるから、必ずしも被告者の代理人たる刑事弁護人である必要はないの

である。そうすると、外部交通権を保障する観点からは、重要なことは資格のある弁護士 Counsel か否かであるから、弁護士を選任する端緒は何人に由来してもかまわないのであり⁵²⁾「弁護人となろうとする者」の意義は、その端緒に基づき、資格を有する弁護士が外部交通を実現するために「弁護人になろうとする意思があり、弁護人選任権者において弁護人に選任する可能性がある者」を指すと考えられる⁵³⁾。被拘束者の外部交通を確保するためには、刑訴法39条1項の「弁護人となろうとする者」の意義を限定すべきではなく、寧ろ拡大して解釈することが求められているのである。

刑訴法39条1項の「弁護人を選任することができる者の依頼により」の解釈は、弁護人選任権者の実際の「依頼を受けて」の意味ではなく、面会の結果、その時点で「依頼があれば」と解釈することになる。外国人や親族との交流のない者、身寄りのない者の場合、このように解さなければ、本人による弁護人選任はありえないのであるから、上記解釈論こそが正当なものである。現在、各地で実施されている当番弁護士制度の委員会派遣制度も同じ考え方に立って運営されている。

「弁護人となろうとする者」が刑訴法39条1項の接見を求めた場合、警察官（留置業務係官）は、その者の接見の申出を被疑者本人に伝達すべき義務を負っている。被疑者本人がその弁護士をみずからの弁護人に選任するか否かは自由であり、その刑事弁護人としての選任行為は刑事手続の一環として位置づけられるが、接見の第一次的な目的は外界とのパイプ役にあり、基本的な外部交通権を警察官において否定することが許されないからである。

警察官がこの伝達義務を履行しない場合は、弁護人の憲法34条の接見交通権を侵害したことになるのみならず、被拘束者の憲法上の接見交通権をも同時に侵害する結果となる。何故ならば、資格を有する弁護士の接見の申出は、被拘束者の外部交通権の代理行使の性格をも同時に有しているからである⁵⁴⁾。

b 刑訴法39条2項の「法令」による執務時間外接見の制限

現行の実務では、代用監獄である警察の留置場に被告者が身柄を拘束されている場合、逮捕期間及び勾留期間を問わず、弁護人との接見交通は執務時間外であっても、後述の接見指定がなされない限り、認められている。これに対し、被告者が拘置所に身柄を拘束された場合には、逮捕留置段階及び勾留段階を通じて、一定の緊急性のある場合を除き、執務時間外の接見は認められていない⁵⁵⁾。

その理由として、前者は被疑者留置規則（国家公安委員会規則）が適用されるのに対し、後者では監獄法施行規則が適用され、監獄法施行規則122条は執務時間内

での接見を規定していることの結果であると説明されている。そして、執務時間という施設管理者側の都合で接見交通権が制限されることの法的根拠として、監獄法施行規則122条が刑訴法39条2項の「法令」に該当することがあげられる⁵⁰。

この考え方にも、接見交通権は防御権行使の前提にすぎないとの意識が反映している。即ち、刑事手続上の攻撃・防御は対等であり、ルールに則って行なわれるから、特段・緊急の事情がない限り、執務時間外での接見を認める必要はないと言うのである。

しかし、接見交通権は憲法34条の外部交通権の本質的内容をなすものであり、憲法上の権利であるから、施設管理権という下位規範に基づく権限によって制約を受けるものではない。

刑訴法39条2項が「法令」によって弁護人と被拘束者との接見交通を制限する「必要な措置」を規定できるとしている趣旨は、今日の国際人権法が明らかにしているとおり、弁護人と被拘束者との接見の結果テロ行為が誘発されるなど、接見制限が施設の保安上必要不可欠な場合であることが、司法機関によって認定される特殊な事態を想定してのことである⁵¹。このような特殊例外的な事態に対処する「必要な措置」を超えて、執務時間外という収容施設側の独自の判断に基づく管理運営上の取決めによって、一律に接見交通権が制約されることまで、刑訴法39条2項の「法令」は予定していないのである。したがって、監獄法施行規則を根拠に、執務時間外を理由に弁護人と被拘束者との接見を認めないことは、憲法34条に違反する⁵²。

c 刑訴法39条3項の接見指定制度の違憲性

実務では、昭和36年9月1日付法務大臣訓令という法規外の根拠により一般的指定制度が導入されて以来、刑訴法39条の原則（1項）と例外（3項）とが逆転されて接見交通が運用されてきた。一般的指定制度は、一般的指定書によって接見交通を一律禁止しておいて、具体的指定書によって禁止を解除するという取扱い（面会切符制）をすることによって、刑訴法39条の原則と例外を逆転させ、捜査機関が自白獲得を目的とした取調べのために弁護人と被告者との接見をコントロールするところに制度本来の目的があった。

昭和63年、法務大臣訓令に基づく「一般的指定書」が廃止され、代わって「指定することがある旨の通知」を検察官が監獄の長に発する通知事件制度が創設された。

その結果、現在では、弁護人及び弁護人となろうとする者が被告者との接見に赴いた場合、留置先の留置業務管理官は、内部的に上記通知書が発行されていると、その旨を弁護人に通知し、検察官に接見指定をするのか否かを確認した上で、その

指定内容に合わせて接見を認める運用になっている。

また、接見指定の要件につき、最高裁判例⁹⁹⁾は捜査の必要性全般説（罪証隠滅の防止などを含めて広く捜査の遂行に支障が生じるおそれがある場合をいうとする説）を排斥し、物理的限定説（被告者を現に取調中、実況見分・検証等の立会のために被告者の身柄を現に必要としている場合に限定されるとの説）に依拠することを明らかにしたが、接見指定をなしうる場合を「間近で確実な取調予定」がある場合にまで拡大している。その結果、捜査機関の主観的な取調べ予定に過ぎない場合にも指定要件が認められる傾向にある¹⁰⁰⁾。

上記最高裁判例の考え方の根底には、接見交通権をたかだか被告者の防御権行使の前提にすぎないとの考えがあり、接見交通権は捜査権と調和する範囲でのみ認められるとの理解がある。

しかし、「接見交通権の憲法上の権利性」の項で明らかにしたとおり、接見交通権は身柄拘束に対抗する代償的制度保障としての弁護人依頼権の本質的内容をなしており、人身の自由を手続的に保障する手段なのであるから、捜査権によって制約を受ける関係には立たない。たしかに刑事司法上の当事者としての側面に着目すれば、防御の主体と攻撃の主体とは対等の地位に立つと考えられるから、防御権と捜査権とは対抗関係に立つとは言える。しかし、接見交通権は防御権とイコールではなく、刑事司法上の防御権を超えたより基本的な外部交通権の性格を持っている。だからこそ、憲法34条は捜査権よりも接見交通権の方を優位に置いたのである。

今日、国際人権法の解釈として、被拘束者の弁護人との接見交通権は絶対的に保障されており、唯一接見交通権が制約される例外は、弁護人との接見を認めることがテロ行為を誘発し、収容施設の保安上、接見交通を制限することが必要不可欠であると司法機関が判断する場合のみである¹⁰¹⁾。この観点から刑訴法39条3項の接見指定制度を見ると接見制限を正当化する主体が司法機関ではなく、被告者と対立関係に立つ捜査機関自身である点、及び、接見指定を必要とする理由（指定要件）が収容施設の保安上の必要不可欠性ではなく、捜査の必要性という刑事司法の一方当事者の便宜に過ぎず、身柄拘束とはまったく別の次元の要請である点で、二重に接見交通権を制約する根拠たりえない。刑訴法39条3項は、どのように厳格な解釈を施して接見指定の要件を限局したとしても、その限度で捜査権によって憲法上の接見交通権を侵害する結果になるのであるから、ストレートに条文自体を違憲と考える他はないであろう。

d 接見室の不備を理由とする接見拒否の違憲性

現行実務では、身柄拘束中の被告者と弁護人の接見は接見室で行なう取扱いとされており、接見室が設置されていない施設での接見は認められていない。特に、検察庁では接見室を設置していない庁舎が圧倒的に多いため、検察庁内での接見が制度的に認められていない。その結果、弁護人は被拘束者が留置先に戻るまで接見を断念せざるをえない現実がある。しかし、憲法34条は弁護人の援助を受ける権利をthe immediate privilege（即時に認められる特権）と表現し、身柄拘束の状態になれば「ただちに」与えられることを明らかにしている。したがって、単なる施設上の不備で接見交通権を遅延させることはこの即時性に反することになる。34条は接見室未設置という施設管理上の理由によって、接見交通権が制約されることをまったく想定していないのである。

むしろ、憲法34条の法意に従えば、本来的に、検察庁にも接見室が設置されていなければならない。何故ならば、刑訴法は検察官にも捜査権限を認め、身柄拘束中の被告者を検察庁において取り調べることを認めているからである。

そうすると、接見室の不備を理由として接見を拒否することは憲法違反の状態をもって接見交通権の否定を正当化するに等しく、本末転倒の議論と言わなければならない。

接見室を備えていない庁舎において弁護人から接見の申出があった場合、捜査機関としては、接見室の代わりとなる部屋や代替施設を使用するなど適当な便宜的措置をとり、接見を実現すべきことである⁴¹⁾。34条の要請は、速やかに、被拘束者と弁護人との接見を実現すべきことであって、接見室における接見が必ず要求されているわけではないからである。

しかし、代替施設を用いる場合であっても、接見交通権の秘密性の確保は不可欠であるから、捜査機関は視認できる態勢をとっても聴取できる場所に居てはならない。

同様に、庁舎以外の場所において、弁護人から身柄拘束中の被疑者との接見の申出がなされた場合、（たとえば、実況見分、検証中など）捜査機関は、戒護に必要な措置を講じた上で、弁護人との接見を実現すべきことになる。前記の刑訴法39条3項の接見指定制度によれば、このような場合、実況見分や検証後に接見を指定することになるが、接見交通権の方が捜査権よりも優先することを理解すれば、実況見分や検証を一時中断してでも、最寄の適切な代替施設において弁護人と被疑者との接見を実現すべきが本来のあり方なのである。

e 電話の利用による外部交通の可否

現行実務では、弁護士と身柄を拘束された被告者とのあいだの通信手段は、接見による対話の他、手紙、電報による通信は認められているが、電話を利用して直接対話をする方法は認められていない。

この根拠として、刑訴法39条1項が「立会人なくして接見」と規定しているのは、面会を前提としていると考えられること、及び監獄法施行規則126条1項が「接見ハ接見所ニ於テ之ヲ為サシム可シ」と規定し、接見所における直接対話を想定していることがあげられる。

しかし、憲法34条の接見交通権の法意は身柄拘束を受けた被告者が実質的に弁護人の援助を受けることをただちに認めることにあるのであるから、法的助言を得る方法が問題となるわけではない。「立会人なくして」とは「第三者の関与なく」「秘密裡に」の意味であって面接による方法のみを当然に要請しているわけではない。監獄法施行規則126条の趣旨も戒護に支障のある物の授受を防止するところに目的があり、被拘束者と弁護士との通信方法のうち面接方式の「接見」を原則的な形態とみて、その場合には接見室において行なわせようというにとどまり、面接方式以外の通信手段を絶対的に排斥する趣旨ではない⁶²⁾。

要するに、現行法規は、歴史的かつ原則的な形態としての面接方式を前提にして「接見」をイメージしているが、現代的な外部交通の通信手段を排斥してはいないのである。したがって、法改正をしなくても運用により、ファクシミリ通信や電話を利用した弁護士との連絡は可能である。

今日、当番弁護士制度が全国に普及し、身柄を拘束された被告者はいつでも留置管理官を通じて当番弁護士の来訪を要請することができる。しかし、広大な弁護士不在地域を抱える地方や離島などでは迅速な面会というのは物理的に困難であり、憲法34条の弁護人の援助を受ける権利の即時性を実現しようとすれば、電話の利用を考えるしかない。

これに対し、電話利用による被告者と弁護士との通信（これを「電話接見」という）を警察署の既設電話を使用して行なうのであれば接見交通権の秘密性が侵害されるから、その秘密性の保障が担保されない限り、電話接見を認めるべきではないとの議論がある⁶³⁾。

たしかに、秘密性の確保は *privilege of counsel* の要請であるが、身柄を拘束された被告者の視点から眺めた場合、ただちに外界との連絡が取れ弁護士から法的助言を受けられることがもっとも重要である。そうすると、秘密性の確保は、弁護士及び被告者が警察官に電話のある場所から、視認できても会話内容を聴取できない場所に退くよう要求し、警察官の協力を求めることによって満足するより方法はない

であろう。

f 接見時におけるテープ録音の可否

現行実務では、接見時に弁護人が接見メモをとることは自由に認められているが、接見メモの代わりにテープレコーダーを使用するには監獄の長の許可を要する取扱いになっている。

この根拠は、法務省矯正局長通達が、録音機の使用は物の授受に準じて取扱うとし、刑訴法39条2項の「必要な措置」として、録音テープを再生し内容を検査し、未決拘禁の目的に反する内容又は戒護に支障を生ずるおそれのある部分の消去をすることができると定めたことにある。

しかし、テープレコーダーの使用は接見メモの代わりであり、防御活動の一環として行なわれるのであるから、刑訴法39条1項の接見交通権の範囲内である。

そして、憲法34条の接見交通権が制約を受ける場合は、裁判所が収容施設の保安上の必要不可欠性を理由に接見を制限する例外的な場合のみに限られ、弁護人と被告者との接見内容については秘密性が保障されているのであるから、接見内容を弁護人がどのような方法で記録するかも弁護人の自由に委ねられている。接見時の会話を録音することが、収容施設の保安上、重大な支障をもたらすとまでは到底考えられず、録音は物の授受と同視すべきではなく、メモと同視されるべきものであるから、刑訴法39条2項の適用はなく、上記通達にそった取扱いは速やかに廃止されるべきである。

接見時の録音テープが外部の第三者に流出する場合の弊害が指摘されているが、その弊害は弁護士倫理の問題として当該弁護士に対する懲戒あるいは刑事処罰などの方法によって是正されるべきであり、弊害を理由に接見交通権の当然の内容を否定することはできない。

2) 身柄不拘束の原則

(1) 憲法34条と身柄不拘束の原則の関係

憲法34条の第二文は、国家が個人の人身の自由を長期間にわたって侵害する場合には「十分な理由」の存在することが必要であることを明示する。これはGHQが戦前の日本における人身の自由の侵害が何らの理由もなく恣意的に行なわれたとの認識にたつて、その重大な人権侵害をふたたび繰り返すことのないよう憲法上の保障としたものである¹³⁾。

「十分な理由」とは「相当な理由」より高度な立証の程度を要求する概念であり、憲法34条は、国家の側により高いハードルを課して、個人が国家刑罰権の対象とされて嫌疑を受けても身柄の拘束については必要最小限度にとどめようとの配慮を示しているのである。

このような人身の自由の制約に対する抑制的な憲法のアプローチは今日の国際人権法が明らかにしている身柄不拘束の原則と一致している。即ち、国際人権（自由権）規約9条3項は、逮捕・抑留された者が司法機関の面前に速やかに引致されるべきこと、引致後「妥当な期間内に裁判を受ける権利又は釈放される権利」を有することを保障し、「裁判に付される者を抑留することが原則であってはなら」ないと明示する。ヨーロッパ人権条約5条3項、米州人権条約7条5項、国連被拘禁者保護原則38及び39も、同種の権利保障を定めている。

これらの国際人権法が明らかにしている人身の自由と刑事上の罪に問われた者の地位との関係は、被告者を刑事裁判遂行の上で拘禁することは例外的な場合でなければならぬということである。これは、何人といえども、司法機関によって有罪を認定されるまでは「無罪の推定」を受け、刑事司法上の攻撃・防御の平面で「公正な裁判」Fair Trialの要請に服することと国家権力による人身の自由の制限を受けることは本来関連性を持たないのであるから、当然のことである。

憲法34条は、明文をもって身柄不拘束の原則を規定してはいないが、GHQはすでに立案当時に同じ考え方を持って、その趣旨を第二文の「十分な理由」という表現に込め、厳格な司法判断を期待したのである。

(2) 勾留要件の立証の程度

刑訴法60条1項は勾留の要件を定める。1号の住居不定のほか、2号は「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき」第3号は「逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由があるとき」と規定する。

この表現の仕方は、旧旧刑事訴訟法（明治23年法96号）が72条において「罪証を湮滅し又は逃亡する恐」と規定し、旧刑事訴訟法（大正11年法75号）が87条において「罪証を湮滅する虞」「逃亡する虞」と規定していた「おそれ」を改めたものである。この趣旨は抽象的な「おそれ」では足りず、より高度な可能性が具体的な資料によって裏付けられるべきことを要求したものである⁶⁴。

しかし、憲法34条と対比するならば、憲法上の表現である「十分な理由」との間には明らかに齟齬がある。刑訴法が「十分な理由」と「相当な理由」との立証の程度の違いを理解しながら、あえて、立証の程度の低い「相当な理由」という概念を

採用したのだとしたら、それは憲法の要求する水準を下位規範が否定したことを意味する。憲法制定後、刑事訴訟法の制定過程で旧法の運用への回帰が見られたことは否定できない歴史的事実ではあるが⁶⁵⁾、法体系としては憲法が刑事訴訟法の上位規範であるから、憲法の要求している人身の自由の制約規準を下回ることは許されない。

それ故、刑訴法60条1項の勾留要件の「疑うに足りる相当な理由」の意義は憲法上の「十分な理由」と同義と解さなければならない。

そうすると、刑訴法60条1項の立証の程度は、抽象的な「おそれ」で足りないのはもちろんのこと、具体的な可能性でも足りず、罪証の隠滅ないし逃亡が裏付け資料によって、ほぼ確実に生ずることが立証される必要があると言わなければならない。

(3) 勾留理由の「罪証隠滅」の意義

憲法制定過程では、戦前の国家による恣意的な人身の自由の制約に対する反省から、不当な身柄拘束を避け、かつ、不当な身柄拘束があった場合の救済手段については検討がなされたが、どのような場合に国家が刑罰権の対象とされた個人を拘束できるか、いわゆる勾留理由について検討がなされた形跡はない。その結果、刑訴法60条1項は、旧刑訴法の勾留理由をそのまま踏襲した形となり、住居不定、逃亡と並んで罪証隠滅をも勾留の理由とした。

しかしGHQの立案当事者は刑事司法モデルとして母国アメリカ合衆国の当事者主義構造を念頭において憲法上の刑事手続規定を制定していたのであるから、対立当事者の一方である被告者の罪証隠滅行為の可能性を理由とする身柄拘束は想定していなかったと思われる。告発手続後、被告者 the accused は国家と対立関係に立ち、防御の主体となるのであるから、一定の防御活動が行なわれることを当然に予想しており、それが司法運営上の支障をもたらすのでない限り、たとえ捜査機関にとって不利益をもたらすものであったとしても敵対当事者の身柄を拘束してまで防止するという発想はなかったからである。これは無罪推定原則の帰結でもある。

今日の国際人権法の基準も、刑事上の罪に問われた者が身柄を拘束されるのは、「裁判その他の司法上の手続のすべての段階における出頭及び必要な場合における判決の執行のための出頭」(自由権規約9条3項)を確保するためであって、有罪立証という一方当事者の便宜のためではない。

もっとも、司法運営過程への妨害を防止する目的での身柄拘束は認められているから(たとえば、保護原則36)、被告者の防御活動が「公正な裁判」の要請に反す

るような形で司法運営過程に向けられた場合には、被告者自身の防衛行為の行き過ぎを理由として身柄を拘束されることはある。しかし、これは刑訴法60条の「罪証隠滅」と同じ概念ではない。飽くまでも、基準は「公正な裁判」が害されるか否かにあるのであって、訴追側の有罪立証の便宜を図るためではないのである。

したがって、刑訴法60条1項2号の「罪証隠滅」の意義は司法運営過程への妨害を意図した行為と読み替えて解釈する必要がある。

(4) 身柄拘束をめぐる諸問題

a 「罪証隠滅のおそれ」を理由とする起訴前勾留

現行実務では、「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」の有無を判定するのに、罪証隠滅の対象となる事実の範囲を必ずしも犯罪構成要件事実限定せず、一般的情状まで含む傾向にある。また、勾留の判断は後述するように対審構造による被告者側の批判を受ける仕組みにはなっていないため、捜査記録という捜査機関の一方的収集証拠のみによって罪証隠滅の可能性が推測される結果となり、實際上、裁判官は捜査や公判審理に紛叫や混乱が生じるおそれがあると判断したときは、罪証隠滅の可能性を肯定する傾向にある。判例⁶⁶は罪証隠滅の客観的可能性を具体的な資料に基づいて認定すべき旨を明らかにしているが、現実には、抽象的な「罪証隠滅のおそれ」が捜査機関の主観的危惧感を追認する形で認められているのである。

その結果、検察官の勾留請求は99%以上の異常な高率で認められており（平成7年度司法統計年報第22表によると勾留請求却下率は0.3%）、身柄拘束の司法審査はまったく形骸化している。

憲法34条の第二文が勾留に「十分な理由」の存在を要求したことは身柄拘束の厳格化を志向したことの現われであった。そして、刑訴法60条1項の勾留理由の表現が「疑うに足りる相当な理由」とされた趣旨は「だれが見てもその資料に基づけば大体罪証を隠滅すると認められる場合」⁶⁷を意図したものであるから、現行の実務は、憲法及び刑訴法が意図した方向とはまったく逆に運用されていることになる。

無罪の推定が働く被告者段階で罪証隠滅を身柄拘束の理由とされること自体が自己矛盾であるから、勾留理由のうち「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」を削除すべきと考えられるが、現行法規を前提とする限り、罪証隠滅の意義を国際人権法の基準と同様の「司法運営過程への妨害」行為と理解した上で、ほぼ確実に妨害行為が行なわれることが具体的な資料によって裏付けられる場合に限定して、身柄拘束の厳格な認定を行なうべきである。

また、現在の「捜査の密行性」を理由とする片面的な勾留裁判を改め、身柄拘束

の可否を当事者双方の主張・立証を経て裁判官が判断する本来の予備審問が実現されるべきであろう。(後述3)参照)

b 起訴前保釈制度の欠落

我が国の実務では、被疑者が身柄を拘束された場合、起訴前に保釈を求めても、制度の欠缺を理由に認められない。その法的根拠は、刑訴法207条1項が起訴後の被告人に関する勾留規定を準用しているが、同条項の但書において「保釈についてはこの限りでない」と規定して起訴前の保釈を除外しているからであると説明されている。しかし、GHQの立案当事者は、戦前の日本の国家による恣意的な人身の自由の制約を憂え、人身の自由の保障のために憲法34条を設けたのであるから、起訴されるまで保釈制度を認めない法制度を構想していたとは考えられない。英米法においては、個人が国家刑罰権の対象とされた告発の時点から防御の主体 the accused になると考えられており、起訴の前後で防御の地位に差違が生ずることはないから、我が国の刑訴法で言うところの被疑者、被告人の区別に立って身柄拘束からの救済制度を考案したとは到底考えられない。むしろ、英文刑訴法の主体を示す the accused は被疑者をも含めた概念で統一されており、被疑者にも刑訴法第1編総則の適用が当然にあり、起訴前の保釈も当然視されていたのではないかと考えられる⁶⁸⁾。仮に、旧法の取扱いに従って被疑者、被告人を区別していたとしても、被疑者の身柄拘束は憲法34条の「十分な理由」の厳格な司法審査によって例外化され、10日間の勾留を経た後の権利保釈制度によって身柄の解放は実現されるというのが刑訴法のシステムであったと考えられる。いずれにしても、今日の実務のように、勾留延長期間の10日間を含めて起訴前勾留を起訴までの検察官の手持時間であると考えて、逮捕から起訴までの23日間にわたって保釈制度を利用することができない運用を肯定していたとは考えられない。

起訴前保釈制度の不存在は立法の過誤というよりは、刑訴法(英文刑訴法)の解釈の誤りと言うべきであろう。

刑訴法207条1項は、単に、被疑者の勾留請求を受けた単独裁判官の権限を確認したのにとどまり、保釈制度を被疑者段階から除外する意図はまったくなかったと考えられるのである⁶⁹⁾。

起訴前保釈制度の不存在は、国際人権(自由権)規約9条3項の「妥当な期間内に…釈放される権利を有する」に反することが明らかである。憲法34条が身柄不拘束の原則を包含していることから、起訴前保釈制度は早急に制度化されるべきである。

c 保釈の運用

現行実務では、刑訴法89条により起訴後の被告人について権利保釈が認められる扱いになっているが、実際には、保釈率はおよそ2割（平成7年度司法統計年報第23表によれば17.7%）にとどまっている。その原因のうちもっとも大きなものは、同条4号において権利保釈の除外事由として勾留理由と同じ「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき」を規定していることにある。ここでも「罪証隠滅の相当な理由」が拡大解釈されて抽象的な「罪証隠滅のおそれ」の意味に理解されているため、被告人が否認をしている、あるいは黙秘をしている場合には、そのこと自体が罪証隠滅の徴表として被告人に不利益に判断されている。その結果、被告人が公訴事実を争っていれば、第1回公判期日前の保釈はほとんど認められない。第1回公判期日後においても、検察官立証が終了するまでは容易に保釈が認められない、という現実がある。

しかし、憲法の予定している当事者主義構造の刑事司法モデルによれば、事実を争うという防御の主体としての当然の権利行使の結果が、被告者の権利としての保釈の障害になるという実務は明らかに背理である。本来、次元の異なる人身の自由の制約原理と「公正な裁判」Fair Trialの要請とを一緒くたにして、対立当事者の「罪証隠滅のおそれ」を身柄拘束の正当化理由としたことの矛盾が端的に露呈しているのである。保釈を得るために、真実と異なる自白をする例が跡を断たないのは、保釈運用の現実が自白強要の手段として機能していることの証左である。

このような「人質司法」がGHQの立案当事者が思い描いた刑事司法モデル（不当な身柄拘束を受けることなく対等な当事者として公平な裁判所において攻撃、防御を尽くす刑事司法モデル）とどれほど異質なものであるかは、今更言うまでもないであろう。

憲法34条が内包している身柄不拘束の原則は、国際人権（自由権）規約9条3項が明示するように、訴訟手続のすべての段階における出頭及び判決の執行のための出頭を確保するために条件を付しても構わないが、できる限り釈放して、過剰な身柄拘束を避けなさいということである。保釈というのは、無条件釈放とは異なり、一定の条件の下で仮に釈放されている状態なのであるから、身柄拘束の一形態である。

そうすると、裁判所が保釈を認めない場合にも、やはり憲法34条第二文の「十分な理由」の存在が必要なのであり、裁判所は保釈条件をどのように設定しても（このなかには保釈保証金をどの位に設定するかも含まれる）、上記公判廷への出頭確

保が困難であることを確信しない限り、被告人の身柄拘束を継続すべき「十分な理由」があるとは言えないのである。

同じ当事者主義構造の刑事司法モデルを採用しながら、欧米諸国において身柄を拘束されずに公判に臨むのが常態であるのに対し、我が国においては、保釈可能な被告者のうち、身柄を拘束された状態で公判に臨む被告者が8割を超えるというのは、身柄拘束の「十分な理由」に対する理解が彼我でまったく異なっていることを物語っている。

過剰な身柄拘束を回避するためには、刑訴法93条3項を活用し、「適当と認める条件」を工夫することが肝要である。現行実務の「罪証隠滅のおそれ」の實質は、訴追側の主観的な危惧感に他ならないのであるから、多くの場合、事件関係者との個人的接触の遮断を条件とすることによって十分に訴追側の危惧感を払拭できると考えられる。

上記保釈条件に違反した場合には、保釈が取消され、保釈保証金は没収されるのであるから、真摯に犯罪事実を否認、あるいは黙秘をしている被告者が、あえて条件違反を犯すことは考え難い。

現に、保釈中の逃亡その他の条件違反を理由に保釈が取り消された割合というのは驚くほど少ないのであり、(平成7年度司法統計年報第23表によれば0.6%)、このことは逆にいかに不当な身柄拘束が過剰に行なわれているのかを示しているのである。

3) 予備審問手続の欠落

(1) 人身保護令状類似の手続としての予備審問

憲法34条第三文は、不当な身柄拘束を司法機関がチェックする公開の手続を定めたものである。GHQ立案当事者が構想していたのは「逮捕された者を公開の法廷に出席させ、身柄拘束の理由の説明を警察に強制する人身保護令状類似の手続」であったから、アメリカ合衆国の予備審問をモデルとしていたことが明らかである。したがって、憲法34条が要求しているシステムは、刑事上の罪に問われて逮捕された者が速やかに司法機関の面前に引致され(initial appearance 自由権規約9条3項)、その司法機関によって身柄拘束の是非が審査される仕組みである。司法審査において判断の対象となるのは勾留の「十分な理由」であり、それは最終的には司法機関の判断に委ねられることになるが、第一次的には、身柄を拘束した捜査機関において勾留の「十分な理由」の存在を証明する責任を負っている。そして、上記審理も

「十分な理由」の存否をめぐって当事者の攻防にさらされるので当事者主義は予備審問手続においても貫かれており、対審構造の公開審理によることになる。

予備審問の目的は、不当な身柄拘束からの救済にあるが、この審理の過程で捜査機関側は犯罪の嫌疑の存在と勾留を必要とする「十分な理由」の存在を立証するために手持の証拠を開示し、被拘束者の批判にさらす必要があるため、将来の公判廷における訴追側の証拠開示の効果をも持つことになる。

国際人権（自由権）規約9条3項も同様の身柄拘束に対する司法審査制度を設けるように各締約国に義務付けたものである。

(2) 予備審問手続における弁護人の立会

憲法34条第三文は、公開の予備審問手続において身柄を拘束される本人と同時にその弁護人が法廷に出席すべきことを明示している。

この趣旨は、人身の自由というもっとも根源的な人権の制限にあたって、不当な身柄拘束からの救済を実効化するための法的手段として弁護人 counsel を賦与したものである。同条第一文において、身柄拘束と引換給付的に与えられた弁護人と相談する権利は、外部交通権として「弁護士」による外界との連絡を制度的に保障したものであったが、この外界とのパイプ役を努める「弁護士」は、同時に、同条第三文において、被拘束者の不当な身柄拘束からの救済を裁判所に訴え出ることが期待されているのである。

憲法34条が身柄拘束そのもの、そして、その解放のために弁護人を制度的に保障していることは、身柄を拘束された被告者には国家がみずからの費用で弁護人をつけることを憲法上明らかにしたものと理解すべきことになる。国際人権（自由権）規約14条3項(d)は、すべての者に「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」を保障するが、憲法34条は身柄拘束の司法審査の場を「司法の利益に必要な場合」ととらえて、憲法上の制度的保障にまで高めたものと考えられるのである。

(3) 身柄救済のための制度をめぐる諸問題

a 代用監獄

刑訴法64条1項は勾留状の記載要件として「勾留すべき監獄」を要求しており、監獄法1条1項は「拘留ニ処セラレタル者ヲ拘禁スル所」として拘留場を「刑事被告人ヲ拘禁スル所」として拘留監を置くことを明記している。したがって、被疑者勾留の場合は拘留場に身柄を拘束されるはずであるが、監獄法1条3項には「警察

官署ニ付属スル留置場ハ之ヲ監獄ニ代用スルコトヲ得」という規定があるため、法務省管轄の拘置所の他に警察の留置場も「勾留すべき監獄」に該当する。そして、勾留場所の指定を直接拘束する規定はないから、勾留場所をどこにするかは裁判官の裁量判断に委ねられている。

現行実務では、本来の拘置所原則説ではなく代用監獄原則説によって勾留場所が指定されるため、ほとんどの場合、被疑者に対する起訴前の勾留は警察署で行なわれ、その期間、警察による取調べが可能となっている。これが「代用監獄制度」であり、Daiyo Kangoku は国際的にそのまま通用する用語になっている。

しかし、憲法34条は、司法モデルとしてアメリカ合衆国の予備審問手続を想定し、逮捕後捜査機関が逮捕した者を司法機関の面前に引致し、司法機関が勾留を決定する公開の手続を考えていたから、いったん司法機関が身柄の拘束を決定した後は、身柄に対する支配は捜査機関から司法機関に移転することを予定している。

今日の国際人権法の考え方も「引致後の拘禁は警察の手に委ねられてはならない。」(国際法曹委員会第21回大会宣言いわゆる「デリー宣言」Ⅲ 5.)「引致後においては、被告者は捜査官憲の拘束下に戻されてはならず、通常の警務職員の拘束下に置かれなければならない。」(国際刑法学会第12回大会決議いわゆる「ハンブルグ決議」7e)を受けて、明確に捜査と拘禁との分離を要求している。(自由権規約9条3項)

代用監獄に起因する人権侵害は枚挙にいとまがないが、もっとも重要なことは、防御の主体である被告者が対立当事者である捜査機関の完全な支配下に置かれ、弁護人との接見交通を侵害した状態で自由を強要するシステムとして機能しているという点である。代用監獄制度は、憲法及び現行刑事訴訟法が建前とする当事者主義を決定的に変容させているのである。

国連の規約人権委員会も「拘禁が速やかにそして有効に裁判所の権限下に置かれなくて警察の権限に放置されていること」「代用監獄制度は警察と別個の権限の下に置かれていないこと」を指摘して、我が国の運用が自由権規約9条に違反する懸念を表明している⁶⁹⁾。代用監獄の存置が許されないのは、今や、自明のことである⁷⁰⁾。

b 逮捕に対する不服申立

逮捕については、勾留に対する準抗告(刑訴法429条1項2号)のような不服申立を認める明文規定がない。その結果、現行の実務では、逮捕に対する準抗告を申し立てても不適法とされ、準抗告は棄却される⁷¹⁾。

代替手段として、人身保護法に基づいて人身保護請求を申し立てることは可能であるが、迅速な救済手段とはならないので、逮捕に対する不服申立手段として一般化するには至っていない。結局、勾留に対する準抗告のなかで、逮捕手続の違法性を争うことになり、勾留までの逮捕留置期間の被疑者の身柄拘束に対する救済手段は、事実上、存在しない。

しかし、憲法34条は人身保護令状による救済 habeas corpus を指導理念とし、不当な身柄拘束からの救済を繰り返し司法機関に訴え出る権利を被拘束者に認めるものである。逮捕は、捜査機関が司法機関の面前に引致するまでの一時的な身柄拘束であるから、速やかに裁判官の面前に引致することが求められている。今日では、逮捕留置期間が警察の取調べのための手持時間として観念されており、現実には、警察の取調べに利用されているが、もともと72時間というのは歴史的な交通事情に由来する引致のための所要時間に過ぎなかったのであるから、当然に72時間の捜査機関の手持時間を認めているわけではない。

そうすると、被告者にとっては、逮捕状執行後であっても72時間の留置の継続の当否を争う実際上の必要性はあるのであり、勾留審査まで逮捕による身柄拘束を甘受すべき理由はない。また、被告者が不当な逮捕状の発布を知ったが、未だに逮捕状の執行をされていない場合（たとえば、指名手配とか、入院中であるため捜査機関が裁量で逮捕状の執行を控えているような場合）には、逮捕令状の発布行為そのものを取り消す実益があるから、逮捕に対する不服申立手段のないことは立法の過誤ということになる。

刑訴法429条1項2号は準抗告の対象となる裁判官の処分を「勾留、保釈、押収又は押収物の還付に関する裁判」と表現する。勾留・保釈に関する裁判というのは、被告者の身柄拘束に対する司法判断一般を指しているのであるから、その「勾留」の意義は逮捕まで含むと解することができる。勾留は必ず逮捕を前提としており、逮捕は被告者にとって身柄拘束の起点となっているからである（逮捕前置主義）。したがって、逮捕に対する準抗告は、勾留に関する裁判の一類型として、刑訴法429条1項2号によって認められるべきである。

なお、この準抗告の前提として、被告者には逮捕状の謄本が入手可能でなければならない。刑訴法上、逮捕状謄本を交付すべき義務を定めた規定はもちろんのこと、勾留状謄本とも異なり、その請求権を認めた規定も存在しない。

しかし、憲法34条第一文は、身柄拘束を受ける当該個人に身柄拘束を正当化する理由の告知を受ける権利を保障しており、この趣旨は、第三文の予備審問手続における被拘束者の反証を促すところにあるから、この権利の内容として当然に被告者

及びその弁護人には逮捕状謄本の交付請求権があると考えなければならない⁷²⁾。

c 勾留質問手続

現行実務では、被疑者の勾留裁判は検察官からの勾留請求を受けて単独の裁判官が裁判所庁舎内で非公開の状態で、捜査記録を検討し、被疑者の弁明を聞いた上で決定している。刑訴法上、勾留質問に弁護人の立会権を認めた明文規定はなく、被疑者の被疑事実に関する陳述を聞くことだけが求められているにとどまり、身柄拘束の可否をめぐって当事者間の攻撃・防御を想定した制度にはなっていない。その結果、勾留質問に弁護人が立会を求めても、裁判官は裁量判断事項を理由に立会を認めないのが通例である⁷³⁾。

しかし、憲法34条は、予備審問を想定し、公開の裁判所における当事者間の攻撃・防御という対審審理を経て身柄拘束の可否を決しようと考えていたのであるから、現行の勾留裁判は公開裁判の形式をとっていないこと、当事者主義に基づく対審構造を取っていないことで決定的に異なる制度と言わざるをえない。

とりわけ、捜査機関の一方的に収集した証拠及び仮説に基づいて被告者の身柄拘束が決定されることは、人身の自由に対する司法審査の意義を事実上、無にしているに等しい。前述のほとんど100パーセントに近い勾留請求に対する認容率は、一つには勾留要件の安易な認定にあるが、もう一つには、被拘束者の側の反証を許す仕組みになっていない制度的欠陥に由来しているのである。

予備審問の機能を果たすために現行の実務を見直すとするれば、現在、勾留質問への弁護人の立会は勾留裁判官の裁量に委ねられているが、勾留質問における弁護人立会権は憲法34条第三文の保障に含まれると解すべきである。不当な身柄拘束からの救済は、弁護人の「導きの手」があってはじめて可能なものであり、それ故に、憲法34条は「本人及びその弁護人」を一体のものとして取り扱い、不当な身柄拘束からの救済手段の行使が法的専門家の手を通じてなされることを期待しているからである。したがって、弁護人から勾留質問への立会の要求があった場合、裁判官はこれを拒否することは許されず、立会を認めた上、刑訴法43条3項を活用して、事実の取調べをすることになろう⁷⁴⁾。

また、勾留質問において、被告者・弁護人が不当な身柄拘束からの救済を効果的に実現するためには、捜査官の側の身柄拘束を正当化する資料にアクセスすることが不可欠である。現行法上は、勾留決定後の勾留状の謄本請求だけが認められ、捜査密行性の原則を根拠として、捜査官側の資料は被告者・弁護人に開示される扱いにはなっていない⁷⁵⁾。

しかし、憲法34条は、当事者が身柄拘束の要否をめぐり、対立点を明確にした上で攻撃・防御を尽くすことを想定しているから、勾留請求のための疎明資料一般の閲覧・謄写が認められるべきである。

d 勾留理由開示公判

刑訴法82条は、一定の請求権者からの請求を受けて、裁判官が勾留決定をした後の被告者に勾留の理由を開示するだけの制度にとどまっている。つまり、勾留理由開示公判は、審理手続と決定手続を欠く、きわめて特異な制度になっている。

また、現実の運用では、勾留理由開示公判に検察官の出廷は義務づけられていないため、実際上も不出頭のみであることが多く、裁判官の勾留理由の開示も根拠条文を示すだけという形式に墮している。その結果、弁護人は求釈明を通じて、裁判官の判断の根拠を断片的な回答から推測せざるをえないのが実態である。

しかし、憲法34条第三文は、弁護人が立ち会う公開の法廷で攻撃・防御の機会を保障したうえで、勾留の可否を決定するという手続を想定している。

そうすると、現行の勾留理由開示公判は、公開の要件は満たしているものの、本来的な対審構造による当事者の攻撃・防御の機会を与えていない点及び勾留裁判官の事実審理を踏まえた判断を公表する場を与えていない点で予備審問手続とはまったく異質な制度と言わなければならない。現行の勾留理由開示公判の運用では、不当な身柄拘束からの救済には何の役にも立たず、被告者の視点から眺めた場合、単に公開の法廷であるが故に外部交通の側面が認められる点にのみ存在意義を見出さざるをえないのが実際である。勾留理由開示公判がほとんど開かれていないのは、このような制度的欠陥に由来しているのである。

勾留理由開示公判を本来あるべき予備審問手続に近づけるためには、刑訴法87条の勾留取消の制度と一体化させて開示公判で勾留の要件の存否を法廷で明らかにし、かつ、弁護側において身柄拘束を解くべき必要性を主張・立証したうえで、勾留の取消請求をすることになる。裁判所の勾留取消請求に対する裁判の結果が予備審問の身柄拘束の可否についての判断と同視されることになるからである。

このように、勾留理由開示公判を再度、身柄拘束の可否を検討する場として活性化するためには、検察官は身柄拘束を正当化する根拠を積極的に示すべきであり、裁判官も、実質的に当事者双方の主張、立証を十分に聞いたうえで判断を下すことを心掛けるべきである。

さらに、現行実務では、勾留理由開示公判記録の起訴前における弁護人の閲覧・謄写については否定されており、勾留理由開示公判調書についてのみ、必要性が認

められれば、裁判所の裁量で閲覧・謄写を認めてもよいとされている⁷⁶⁾。

しかし、憲法34条の趣旨が、不当な身柄拘束からの救済を裁判所に繰り返し求めるところにあることを考えれば、憲法上の権利として、身柄拘束をめぐる事実審理の記録にアクセスできることは当然のことと言わなければならない。したがって、起訴後に限らず、起訴前であっても、勾留理由開示公判において検察官から提出された疎明資料は弁護人において閲覧・謄写することができ、勾留理由開示公判調書についても同様と解すべきである。

e 被疑者段階の国選弁護人制度

現行実務では、国選弁護人制度は起訴された後の被告人についてのみ適用があり、起訴前の被疑者には適用がない。(刑訴法36条)

しかも国選弁護人制度は、憲法37条3項後段に基づくものと理解されており、憲法34条に基づく制度とは理解されていない。

しかし、弁護人の役割は憲法34条第一文の外部交通権の制度的保障としての外界とのパイプ役を基本に、同条第三文の不当な身柄拘束からの救済を図る法的援助者、憲法37条に基づく「公正な裁判」を実現するための防御権の実効的援助者及び憲法38条1項の黙秘権を実効化するための援助者など多岐に亘る。

憲法34条は、そのうちもっとも根源的な人身の自由に対する制約を極少化するために弁護人を制度的に保障したのであるから、被拘束者の資力如何にかかわらず、国家の費用で弁護人を付することを内包している。したがって、理念的に憲法34条は37条とは別の角度から国選弁護人制度を要請しているのであり、37条の主体を「刑事被告人」と限定したことを理由に、被疑者段階の国選弁護人制度を憲法上の要請ではない立法政策の問題であるとするのは誤りである(なお、憲法37条の主体 the accused には、被疑者も含むのであるから、同条を根拠としても被疑者段階の国選弁護人制度は憲法上の要請である)。

憲法34条に基づき、速やかに、被疑者段階の国選弁護人制度を創設すべきである⁷⁷⁾。

- 1) 犬丸他・経緯 140頁
- 2) 高柳他・過程I 228頁
- 3) 高柳他・過程I 280頁
- 4) 佐藤・成立史3 37頁
- 5) 佐藤・成立史3 93頁以下
- 6) 佐藤・成立史3 167頁
- 7) 佐藤・成立史3 192頁

8) 佐藤・成立史3 340頁

9) 佐藤・成立史3 349頁

10) 佐藤・成立史3 431頁

11) 高柳他・過程1 2頁以下[No.1]の文書

12) 高柳他・過程1 26頁以下[No.2]の文書

13) 佐藤・成立史2 784頁以下

14) 民政局長のための覚え書き MEMORANDUM FOR THE CHIEF, GOVERNMENT SECTION(高柳他・過程1 217頁)によれば、小委員会第二次案が修正された結果、GHQ 案となったことは修正の痕跡から判明するが、どのような議論があったのかは不明である。

15) 佐藤・成立史3 79頁

16) 佐藤・成立史3 125頁

17) 佐藤・成立史3 245頁

18) 佐藤・成立史3 245頁によると、「ハベアス・コルプスに関する書き込みがある。」と注記されているので、要綱第29条、後段が habeas corpus に基づく規定だとの説明は受けたものと思われるが、それが具体的にどのような機能を果たす制度であるのかの理解は、佐藤達夫においてもなかったようである。

19) この条項は1946年2月9日、運営委員会と人権に関する小委員会との会合において、ホイットニー准将が弁護人のついていないところでなされた自白も、脅迫されずになされたのであれば、証拠能力を認めるべきであると述べて、削除された。(高柳他・過程1 213頁、犬丸他・経緯 212頁)

20) 団藤重光「刑事裁判と人権」公法研究35号(1972)102頁

21) 佐藤・成立史3 260頁以下

22) 佐藤・成立史3 294頁以下。犬丸他・経緯 198頁

23) 犬丸他・経緯 210頁

24) 佐藤・成立史3 340頁

25) 佐藤・成立史3 126頁

26) 高野「刑事人権規定の制定過程」本書131頁及び注147参照

27) 反対、高野前掲注101は charge を「訴追事実」と解する。

28) 佐藤・成立史3 353頁

29) 佐藤・成立史3 350頁

30) 犬丸他・経緯 268頁以下[No.37]の文書

31) 高野・前掲注112参照

32) Kirby v. Illinois, 406 U.S.682 (1972) デル=カーメン・概説 295頁以下

33) Powell v. Alabama, 287 U.S.45 (1932)

34) 現在のアメリカ連邦最高裁は、実質的なケース・バイ・ケースの判断を要する critical stages の基準ではなく、専ら、形式的な当事者対抗主義の手続が正式に開始されたか否かを修正第6条の権利保障の判断基準としており、正規の告発以前の身柄拘束中の取調べにおけ

る弁護人依頼権の保障は、修正第6条ではなく、修正第5条の自己負罪拒否特権から導かれると判示している。David S. Rudstein, C Peter Erlinder, David C. Thomas, "Criminal Constitutional Law", Vol.3 chapter 13 Right to Counsel 13-03

35) Hamilton v. Alabama, 362 U.S. 52(1961), Coleman v. Alabama, 399 U.S.1(1970)

36) ヨーロッパ人権裁判所の1982年12月10日判決・番号A.56. Foti and Others v. Italy では「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」であっても「告発 Charge」とみなすことを明らかにした。

37) Faretta v. California, 422 U.S. 806(1975)

38) デル=カーメン・概説 296頁。下級裁判所は、逮捕状による被疑者の身柄拘束を「正式な訴追手続」と同視している。

39) Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972)

40) Criminal Constitutional Law, ibid 13-13

41) White v. Maryland, 373 U.S.89(1963)

42) Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 748(1964)

43) United States v. Wade, 388 U.S. 218(1967)

44) United States v. Gouveia, 467 U.S. 180(1984), Moran v. Burbine, 475 U.S. 412(1986)

45) 予備審問の附随的な効果として、訴追側証拠の弁護側に対する証拠開示の機能がある。また、大陪審制度を採用している州では、予備審問は事件回付手続の場となっている。デル=カーメン・概説 38-39頁

46) 高柳他・過程1 38頁

47) デル=カーメン・概説 100頁

48) デル=カーメン・概説 114頁

49) 弁護人と被拘束者とのあいだの接見交通権は、二つの方向から考えられる。一つは、弁護人の視点から見た弁護人の権利としての接見交通権(刑訴法39条)であり、もう一つは、被拘束者の視点から見た被告者の権利としての接見交通権(刑訴法81条の特則としての刑訴法39条)である。刑訴法41条は、「この法律に特別の定のある場合」に弁護人は被告者の意思から独立した固有権を有することを認め、その余の訴訟行為については、弁護人は被告者の明示の意思に服するものと定める。弁護人の接見交通権は被拘束者の外界から遮断されない状態を保障するため国家によって与えられた制度的保障であるから、被拘束者の意思に拘わらず、弁護人に認められた固有権である。寧ろ、弁護士が外界から遮断された状態にある被拘束者の存在を知った場合には、その遮断状態を解消すべき義務が当該弁護士 counsel に生ずると考えることができる。

50) 岡山地決1975(昭50).6.19.判時811-120。札幌地判1988(昭63).6.23.判時1283-42。岩村修二「〈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〉の意義」研修574号(1996)17頁

51) 国連第8回犯罪防止会議決議「弁護士の役割に関する基本原則」原則12

52) 刑訴規則第79条は、勾留した場合の通知先を選任権者以外の「その指定する者」にまで拡大しているが、この趣旨も通知を受けた者が弁護人の斡旋をすることを期待しているからに他ならない。

53) 司法研修所編・七訂刑事弁護実務 81頁

54) 渡辺修・捜査と防御 260頁

55) 日弁連と法務省とのあいだで「弁護士等との面会の運用方針の骨子(案)1987.5.7.」をめぐって協議が継続されているのに対し、警察庁は留置施設法案に附随していた「弁護士等との面会について通達する内容の骨子(案)1987.5.1.」を前倒しし実施しているので、代用監獄では執務時間外接見が可能となっている。

56) 最判1992(平4).12.10.は、逮捕留置中については原則として執務時間外を理由として接見を拒否できるとした福岡高判1988(昭63).4.12.判時1288-89の判断を是認した。津田賛平「執務時間外の接見要求」研修542号(1993)37頁

57) 北村泰三・国際人権と刑事拘禁(日本評論社,1996)141-142頁。裁判所構内における接見を規定した刑訴規則30条も、裁判所による接見指定の自由裁量権を認めた趣旨ではなく、保安上の不可欠性を理由とする例外的な接見制限の根拠規定と理解することになる。「逃亡、罪証の隠滅または戒護に支障のある物の授受を防ぐため必要がある時」とは、正に特定の被告者と弁護人の接見を認めると具体的なテロ行為などの危険が生じ、保安上、重大な支障をもたらす場合を意味していると考えなければならない。

58) 執務時間外であっても接見交通権の方が優先されるべきが憲法34条の法意であるから、収容施設側は、本来的に接見に対応できる当直の要員を確保しておくべき責務を負っている。したがって、現実には要員不足という物理的理由から、接見の申出に即応できない場合があっても、接見を拒否する理由にはなり得ず、当直要員の補充をまって接見を実現すべきことになろう。

59) 浅井事件最判1991(平3).5.10.民集45-5-919,若松事件最判1991(平3).5.31.判時1390-33

60) 仙台高判1993(平5).4.14.(上告中)

61) 定者事件広島地判1995(平7).11.13.は、立会人なしの接見を認めても戒護上、現実的、具体的な支障が生じるおそれのない場所における接見を検察官に義務づけた。

62) 三井誠「接見交通権問題の現状と今後」法律時報65巻3号19-20頁

63) 三島聡「電話による通信」季刊刑事弁護5号94頁

64) 実務では、現在でも「罪証隠滅のおそれ」「逃亡のおそれ」などと表現して、勾留要件の存在を議論するが、これは抽象的な可能性から具体的な裏付けのある可能性に質的に変化したことを看過しかねない危険性をはらんでいる。

65) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程 1-14」法学協会雑誌

66) たとえば、大阪地決昭38.4.27.下刑集5-3=4-444

67) 第二回国会衆議院司法委員会議事録第40号9頁

68) 五十嵐二葉「日本刑訴の被疑者・被告人を読み直す」法政理論25巻4号125頁以下

69) 1993年11月5日付国際人権(自由権)規約委員会のコメント13参照

70) 代用監獄を存置させようとする拘禁二法案は三たび廃案になったが、政府の代用監獄を存置させる考えそのものが放棄されたわけではない。日弁連は、監獄法1条3項の削除を求めるとともに、「日弁連・刑事処遇法案」を公表しており、西暦2000年までに代用監獄を廃止する旨を定め、それまでの暫定措置を規定している。それまでのあいだは、弁護人において勾留場所の指定を拘置所とすべき旨の意見書を出して、裁判官が拘置所原則説に立つ裁量判断を促すこと、代用監獄を勾留場所として指定された場合には、勾留場所を拘置所に変更させるための準抗告の申立、あるいは移監の申立をして事実上、勾留場所の拘置所原則説を確立していくことになろう。

71) 最決1982(昭57),8.27.刑集36-6-726

72) 渡辺 修・捜査と防御 110頁以下参照

73) 渡辺・前掲 277頁以下参照

74) 具体的には、被疑者及び弁護人は勾留質問において、勾留の理由及び必要性がないことを口頭での説明ないし意見書を提出することによって主張し、その裏付け資料を提出することによって勾留裁判官を説得することになる。

75) 現行法上、刑訴規則139条2項は、逮捕状請求書の謄本を裁判官が保管すべきことを命じており、逮捕状の請求には資料の提出を捜査機関に義務づけているのであるから、勾留裁判官は、勾留請求後は、被疑者・弁護人に対し、刑訴法40条を準用して、勾留請求のための疎明資料の閲覧等を認めることになろう。

76) 最高裁判第二第12号刑事局長回答・1959(昭34).1.20.刑裁資176号229頁

77) 現在、この制度的欠陥を補うため、日弁連の努力により全国で各単位弁護士会を運営母体とする当番弁護士制度が実施されている。これは英国の制度に範をとったものであるが、英国のそれが国家及び法律扶助協会の資金によって運営されているのに対し、まったくの日弁連の手弁当によるものである。国家的制度が実現するまでの間、少なくとも、日弁連の上記当番弁護士制度に国家は法律扶助費から資金的援助を実施すべきであろう。