

衆憲資第 54 号

「刑事手続上の権利（31条～40条）（行刑上の問題を  
含む）・被害者の人権」に関する基礎的資料

基本的人権の保障に関する調査小委員会  
（平成 16 年 5 月 27 日の参考資料）

平成 16 年 5 月  
衆議院憲法調査会事務局

この資料は、平成 16 年 5 月 27 日（木）の衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会において、「刑事手続上の権利（31 条～40 条）（行刑上の問題を含む）・被害者の人権」をテーマとする参考人質疑及び委員間の自由討議を行うに当たっての便宜に供するため、幹事会の協議決定に基づいて、衆議院憲法調査会事務局において作成したものです。

この資料の作成に当たっては、上記の調査テーマに関する諸事項のうち関心が高いと思われる事項について、衆議院憲法調査会事務局において入手可能な関連資料を幅広く収集するとともに、主として憲法的視点からこれに関する国会答弁、主要学説等を整理したのですが、必ずしも網羅的なものとはなっていない点にご留意ください。

## 【目 次】

<b>総論</b>	1
<b>奴隷的拘束・苦役からの自由（18条）</b>	
1 総説.....	1
2 「奴隷的拘束・苦役からの自由」の保障の性格と内容.....	2
(1) 「奴隷的拘束」とは.....	2
(2) 「その意に反する苦役」とは.....	2
非常災害などの緊急の必要がある場合に応急的な措置として課 される労務負担（応急公用負担）.....	2
徴兵制は憲法の下で許されるか.....	3
<b>適正手続の保障（31条）</b>	
1 31条の沿革.....	5
2 「法律の定める手続」の意味.....	6
3 告知と聴聞.....	8
4 明確性の原則.....	8
5 なぜ適正な手続が要求されるのか.....	9
6 31条と行政手続.....	10
<b>被疑者の権利（33条～35条）</b>	
1 不法な逮捕・抑留・拘禁からの自由（33条・34条）.....	13
(1) 不法な逮捕からの自由(33条) .....	13
令状主義.....	13
令状主義の例外.....	14
(2) 不法な抑留・拘禁からの自由(34条).....	15
2 住居等の不可侵（35条）.....	18
(1) 35条の意義.....	18
(2) 侵入、搜索及び押収が許される場合.....	19

## 被告人の権利（37条～39条）

1 公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利（37条1項）	22
(1) 公平な裁判所による裁判	22
(2) 迅速な裁判を受ける権利	23
(3) 公開の裁判を受ける権利	24
2 証人審問権・喚問権（37条2項）	25
(1) 証人審問権の保障（37条2項前段）	25
(2) 証人喚問権の保障（37条2項後段）	26
3 弁護士依頼権の保障（37条3項）	27
(1) 弁護士依頼権の意義	27
(2) 弁護士依頼権の内容	28
(3) 国選弁護士選任請求権	28
4 自己負罪の拒否（38条1項）	29
(1) 自己負罪拒否特権の意義	29
(2) 刑事免責制度	29
(3) 行政手続と自己負罪拒否特権	30
(4) 交通事故の報告義務	30
5 自白（38条2項・3項）	31
(1) 総説	31
(2) 自白排除法則	32
(3) 自白補強法則	32
(4) 自白の証拠能力の限界	33
(5) 英米における「有罪の答弁」の制度	33
6 事後法と「二重の危険」の禁止（39条）	34
(1) 事後法の禁止	34
(2) 「二重の危険」あるいは「一事不再理」の原則	35

## 残虐刑の禁止（36条・死刑制度）

1 総説	37
2 死刑制度	37
(1) 死刑制度と憲法36条	37
(2) 我が国における死刑の執行	38
(3) 死刑廃止論	40
(4) 死刑制度に関する世論調査	41

(5) 諸外国における死刑制度の存廃.....	44
(6) 死刑制度に関する国会論議.....	45

## 凶悪・重大犯罪への対処のための法整備等

1 少年法改正（平成12年）.....	48
2 交通犯罪の罰則強化（平成13年）.....	49
3 刑法改正論議.....	50

## 被害者の人権

1 「被害者の人権」の人権理論としての特質.....	52
(1) 被害者の置かれる人権侵害状況と「被害者の人権」の特質.....	52
(2) 特定のグループの人々の人権保障の在り方.....	53
2 被害者の人権の憲法上の根拠付けの試み.....	54
(1) 被害者の人権の憲法上の根拠.....	54
(2) 個別的人権による被害者の人権の根拠付け.....	55
(3) 社会国家原理.....	56
(4) 人権の保護義務論.....	56

## 行刑と受刑者の人権

1 刑務所の現状.....	59
(1) 行刑施設の一日平均収容人員の推移.....	59
(2) 新受刑者数の推移.....	59
(3) 出所受刑者の再入状況.....	59
2 行刑改革・監獄法改正の動き.....	60
(1) 経緯.....	60
(2) 名古屋刑務所事件と行刑改革会議.....	61

## 刑事補償請求権（40条）

1 刑事補償請求権の意義.....	64
2 刑事補償の要件と内容.....	64
参考文献.....	66

## 総論

「専制主義が支配していた時代には、不法な逮捕・監禁・拷問、および恣意的な刑罰権の行使によって、人身の自由（身体の自由とも言う）が不当に踏みにじられた。しかし、人身の自由の保障がなければ自由権そのものが存在しえないので、近代憲法は、過去の苦い歴史を踏まえて、人身の自由を保障する規定を設けるのが通例となっている。日本国憲法は、18条において人権保障の基本とも言うべき奴隷的拘束からの自由を定め、31条以下において、諸外国の憲法に例をみないほど詳細な規定を置いている。これは、明治憲法下での捜査官憲による人身の自由の過酷な制限を徹底的に排除するためである。」<sup>1</sup>

## 奴隷的拘束・苦役からの自由（18条）

### 日本国憲法

第18条 何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない。又、犯罪に因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない。

## 1 総説

佐藤幸治教授は、憲法18条とアメリカ合衆国憲法修正13条の文言の相似性を指摘し、18条の由来を合衆国憲法13条に求める。そして、明治憲法下において、奴隷制度が存在したわけではないが、個人の尊厳を確立する前提条件として、およそ非人道的な自由拘束状態の廃絶を企図して規定されたものであるとする<sup>2</sup>。

### 【参考 アメリカ合衆国憲法】

第13修正〔奴隷または意に反する苦役の禁止〕〔1865年成立〕

第1節 奴隷または意に反する苦役は、犯罪に対する処罰として当事者が適法に有罪宣告を受けた場合を除いて、合衆国またはその管轄に属するいずれの地域内においても存在してはならない。

第2節 略

（訳文の出所は、樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集』第4版（三省堂，2001年））

<sup>1</sup> 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』第三版（岩波書店，2002年）221頁

<sup>2</sup> 佐藤幸治『憲法』（第3版）（青林書院，1995年）585頁

## 2 「奴隷的拘束・苦役からの自由」の保障の性格と内容

### (1) 「奴隷的拘束」とは

「奴隷的拘束」とは、自由な人格者であることと両立しないような身体の拘束状態（例えば、戦前日本で鉱山採掘などの労働者について問題とされたいわゆる「監獄部屋」）をいう<sup>3</sup>。

### (2) 「その意に反する苦役」とは

「その意に反する苦役」とは、「広く本人の意思に反して強制される労役」（例えば、強制的土木工事への従事）をいう<sup>4</sup>。

この点にかんしては、非常災害などの緊急の必要がある場合に応急的な措置として課される労務負担及び徴兵制が「その意に反する苦役」に当たるのかという問題がある。

#### **非常災害などの緊急の必要がある場合に応急的な措置として課される労務負担（応急公用負担）**

佐藤幸治教授は、一般に災害対策基本法 65 条・71 条、災害救助法 24 条・25 条、水防法 17 条、消防法 29 条 5 項などに基づく労務負担は、災害防止・被害者救済という限定された緊急目的のため必要不可欠で、かつ応急的一時的な措置であるという点で憲法 18 条には反しないとする。しかし、明治憲法下にみられた国民徴用のように、積極的な産業計画のために長期にわたって労務負担を課すことは許されないとしている<sup>5</sup>

学説の多くがその根拠は異なるが、応急公用負担を合憲としている<sup>6</sup>。前述の佐藤幸治教授の緊急事態法理を用いて合憲とする説、その他にも「公共の福祉」による制限を理由として合憲とする説、応急公用負担は通常人には苦痛と感じられることはないから、「苦役」には当たらないとする説がある<sup>7</sup>。

しかし、この労務負担に不履行時の罰則をつけ、労務負担を罰則により強制することについては、18 条に反すると解する見解もある<sup>8</sup>。

---

<sup>3</sup> 芦部前掲注 1・222 頁

<sup>4</sup> 同 222 頁

<sup>5</sup> 佐藤幸治前掲注 2・586 頁

<sup>6</sup> 辻村みよ子『憲法』〔第 2 版〕(2004 年, 日本評論社) 292 頁

<sup>7</sup> 野中・中村・高橋・高見『憲法』〔第三版〕(有斐閣, 2001 年) 372 頁

<sup>8</sup> 辻村前掲注 6・292 頁

**(参考) 災害対策基本法 (昭和 36 年法律第 223 号)**

**第 65 条** 市町村長は、当該市町村の地域に係る災害が発生し、又はまさに発生しようとしている場合において、応急措置を実施するため緊急の必要があると認めるときは、当該市町村の区域内の住民又は当該応急措置を実施すべき現場にある者を当該応急措置の業務に従事させることができる。

2 第六十三条第二項の規定は、前項の場合について準用する。

3 第一項の規定は、市町村長その他同項に規定する市町村長の職権を行うことができる者がその場にいない場合に限り、災害派遣を命ぜられた部隊等の自衛官の職務の執行について準用する。この場合において、同項に規定する措置をとつたときは、当該災害派遣を命ぜられた部隊等の自衛官は、直ちに、その旨を市町村長に通知しなければならない。

**徴兵制は憲法の下で許されるか**

憲法の下で徴兵制が許されるかという問題であるが、9条が存在することからそもそも徴兵制は予定されていないことを別にしても<sup>9</sup>、18条の「意に反する苦役」に該当し、憲法に反すると解するのが通説であるとされている<sup>10</sup>。

政府は、徴兵制は、13条、18条などの規定の趣旨からみて、許容されるものではないとしている<sup>11</sup>。

一方、欧米の伝統では、兵役は国民の自律的義務であって「苦役」とは異なると考えられており、また、憲法に兵役義務を定めることも多い。国際人権規約B規約(市民的及び政治的権利に関する国際規約・後掲)も、兵役は「強制労働」に含まれないことを明定している(8条)<sup>12</sup>。

**衆議院議員稲葉誠一君提出徴兵制問題に関する質問に対する答弁書 (昭和 55 年 8 月 15 日答弁第 4 号)**

一般に、徴兵制度とは、国民をして兵役に服する義務を強制的に負わせる国民皆兵制度であって、軍隊を常設し、これに要する兵員を毎年徴集し、一定期間訓練して、新陳交代させ、戦時編制の要員として備えるものをいうと理解している。

このような徴兵制度は、我が憲法の秩序の下では、社会の構成員が社会生活を営むについて、公共の福祉に照らし当然に負担すべきものとして社会に認められるようなものでないのに、兵役といわれる役務の提供を義務として課されるという点にその本質があり、平時であると有事であるとを問わず、憲法第十三条、第十八条などの規定の趣旨からみて、許容されるものではないと考える。

<sup>9</sup> 野中ほか前掲注 7・372 頁、宮沢俊義『憲法』〔新版〕(有斐閣、1971 年) 335 頁

<sup>10</sup> 芦部前掲注 1・222 頁など。

<sup>11</sup> 辻村前掲注 6・129 頁

<sup>12</sup> 野中ほか前掲注 9・372 頁



### 【平成 14 年 10 月 10 日参議院外交防衛委員会】

石破茂防衛庁長官 一般に徴兵制度とは何かということ言えば、国民をして兵役に服する義務を強制的に負わせる国民皆兵制度である、軍隊を常設し、これに要する兵員を毎年徴集し、一定期間訓練し、新陳交代させ、戦時編制の要員として備えるものをいう。これは、徴兵制の定義としてこのように定義付けるのは私は正しいだろうというふうに考えております。このような徴兵制度は、現行憲法の秩序の下では、社会の構成員が社会生活を営むについて、公共の福祉に照らし当然に負担すべきものとして社会的に認められるようなものではないのに、兵役と言われる役務の提供を義務として課されるという点にその本質があると。したがって、このような徴兵制度については、平時であると有事であるとを問わず、憲法十三条、十八条などの規定の趣旨から見て許容されるものではないというのが政府の見解であります。

### 【参考 国際人権規約 B 規約（市民的及び政治的権利に関する国際規約）】

#### 第 8 条

- 1 何人も、奴隷の状態に置かれない。あらゆる形態の奴隷制度及び奴隷取引は、禁止する。
- 2 何人も、隷属状態に置かれない。
- 3 ( a ) 何人も、強制労働に服することを要求されない。  
( b ) ( a ) の規定は、犯罪に対する刑罰として強制労働を伴う拘禁刑を科することができる国において、権限のある裁判所による刑罰の言渡しにより強制労働をさせることを禁止するものと解してはならない。  
( c ) この 3 の規定の適用上、「強制労働」には、次のものを含まない。  
( ) 作業又は役務であつて、( b ) の規定において言及されておらず、かつ、裁判所の合法的な命令によつて抑留されている者又はその抑留を条件付きで免除されている者に通常要求されるもの  
( ) 軍事的性質の役務及び、良心的兵役拒否が認められている国においては、良心的兵役拒否者が法律によつて要求される国民的役務  
( ) 社会の存立又は福祉を脅かす緊急事態又は災害の場合に要求される役務  
( ) 市民としての通常の義務とされる作業又は役務

# 適正手続の保障（31条）

## 1 31条の沿革

### 日本国憲法

第31条 何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。

憲法31条の沿革及び意義について、芦部教授は、次のように説明する。

「〔憲法31条〕は、人身の自由についての基本原則を定めた規定であり、アメリカ合衆国憲法の人権宣言の一つの柱とも言われる「法の適正な手続」(due process of law)を定める条項に由来する。公権力を手続的に拘束し、人権を手続的に保障していこうとする思想は英米法にとくに顕著な特徴であるが、このような、「自由の歴史は大部分手続的保障の歴史であった」と考える立場は、人権保障にとってきわめて重要な視点であることを看過してはならない。」<sup>13</sup>

### 【アメリカの手続的デュー・プロセスと実体的デュー・プロセス】

「合衆国憲法修正第5条は、何人も法のデュー・プロセスによらずしてその生命、自由もしくは財産を剥奪されないと規定している。この規定は、南北戦争の後、修正第14条にも挿入された。

このデュー・プロセスが何を意味するかは、アメリカ憲法学の重大な争点になってきた。一般的な説明によれば、同条項は、イギリスのマグナ・カルタの国法(law of the land)規定に由来し、国王の恣意的な権力行使に対する保障として、正規の裁判所手続の保障、とりわけ陪審による起訴手続と陪審裁判を意味していた。

アメリカにおいて、この国法条項が諸邦の憲法に引き継がれ、さらに合衆国憲法の権利章典に引き継がれたわけであるが、ここでは早くに、それが議会をも拘束し、裁判所が、議会の定めた手続が適正であるかどうかを審査できることが確立した。しかし、ここでは陪審による起訴は必ずしもデュー・プロセス条項の絶対的要求ではないとされるに至り、デュー・プロセスの具体的内容は、それぞれの事件における全体状況を考慮して判断されることになった。そして、19世紀末までには、デュー・プロセス条項が、刑事手続のみならず民事裁判手続、そして行政手続にまで及び、告知と聴聞を中核とする手続を要求することが確立した。

ところが、デュー・プロセス条項は、しだいにこの手続的要求を超えた役割を期待されるに至った。それは、同条項が、明文根拠を欠く憲法的権利の保障規定として、また権利章典の諸規定を州に適用するための根拠規定として機能したからである<sup>14</sup>。アメリカの判例では、妊娠中絶の自由をはじめとする人格プライバシー権などの新しい権利がデュー

<sup>13</sup> 芦部前掲注1・222頁

<sup>14</sup> 松井茂記『アメリカ憲法入門』[第4版](有斐閣, 2000年)253-254頁

ー・プロセス条項から導き出されている。これを実体的デュー・プロセス理論という。この実体的デュー・プロセス論は、日本ではむしろ憲法 13 条の「幸福追求権」に近いことを指摘される<sup>15</sup>。

### 【参考 アメリカ合衆国憲法】

#### 第 5 修正〔大陪審の保障、二重の危険の禁止、デュー・プロセス、財産権の保障〕

何人も、大陪審の告発または起訴によらなければ、死刑を科せられる罪その他の破廉恥罪につき責を負わされることはない。ただし、陸海軍、または戦時もしくは公共の危険に際して現に軍務に服している民兵において生じた事件については、この限りではない。何人も、同一の犯罪について重ねて生命身体の危険に臨ましめられることはない。何人も、刑事事件において自己に不利な証人となることを強制されることはなく、また法の適正な過程 (due process of law) によらずに、生命、自由または財産を奪われることはない。何人も、正当な補償なしに、私有財産を公共の用に徴収されることはない。

#### 第 14 修正〔市民権、特権または免除、デュー・プロセス、法の平等保護〕〔1868 年成立〕

第 1 節 合衆国において出生または帰化し、その管轄権に服するすべての人は、合衆国およびその居住する州の市民である。いかなる州も合衆国市民の特権または免除を制限する法律を制定しまたは執行してはならない。いかなる州も法の適正な過程 (due process of law) によらずに、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない。またその管轄内にある何人に対しても法の平等な保護を拒んではならない。

#### 第 2 節～第 5 節 略

(訳文の出所は、樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集』第 4 版(三省堂, 2001 年))

## 2 「法律の定める手続」の意味

31 条にいう「法律の定める手続」の意味をめぐって、次のような諸説がありうる<sup>16</sup>。

科刑の手続の法定のみを要求するとみる説 (A 説)

科刑手続を定めた法律の内容が適正なものでなければならぬとする説 (B 説)

科刑の手続についてののみならず、実体要件についても法律で定めなければならぬとする説 (C 説)

科刑手続を定めた法律の内容が適正なものでなければならぬのみならず、実体要件について法定されなければならぬとする説 (D 説)

科刑の手続及び実体要件の双方につき法定されなければならぬのみならず、その内容はともに適正なものでなければならぬとする説 (E 説)

<sup>15</sup> 戸波江二『憲法(新版)』(ぎょうせい, 1998 年) 323 頁

<sup>16</sup> 佐藤幸治前掲注 2・586-587 頁

【図 1 31 条の「法律の定める手続」の意味】

A 説			B 説			C 説			D 説			E 説		
	法定	適正		法定	適正		法定	適正		法定	適正		法定	適正
手続		×	手続			手続		×	手続			手続		
実体	×	×	実体	×	×	実体		×	実体		×	実体		

: 31 条が要求しているとする  
 × : 31 条は要求していないとする

31 条の規定の文言からすると、刑事罰について、しかもその手続のみについて国会制定法によることが要求されているにとどまり、法律の内容が適正であることさえ要求されていないかに見える（つまり A 説）。しかし、通説は、この規定が、刑事罰について、その実体及び手続が法律によって定められ、かつ、その内容が適正であることを要求している（すなわち、E 説）とする。このように解することが、アメリカの適正手続の解釈にも一致し、人権の手続的保障の強化という見地からもほぼ妥当であるとするのである<sup>17</sup>。

例えば、第三者所有物没収事件において判例は、所有者に対して事前に告知、弁解、防禦の機会を与えることなく、その所有物を没収することは、憲法 31 条に反するとした（後掲最大判昭和 37・11・28）。これはすなわち、31 条が「手続の法定」のみならず、「手続の適正」まで要求するものであって、学説もこの判旨を支持する。また、判例は、犯罪構成要件の明確性が憲法 31 条の要求するところであるとしている（最大判昭和 50.9.10 刑集 29 巻 8 号 489 頁《徳島公安条例事件》、最大判昭和 60.10.23 刑集 39 巻 6 号 413 頁など）。これはすなわち、31 条が「実体の法定」のみならず「実体の適正」まで要求しているということができる。

【「手続の適正」の具体的内容と「実体の適正」の具体的内容】

「手続の適正の内容をなす原則の主要なものは、憲法 33 条から 39 条にわたって詳細に定められているが、告知と聴聞を受ける権利は、31 条で保障される。実体の適正とは、法律の「規定の明確性」の原則（犯罪構成要件の明確性、表現の自由を規制する

<sup>17</sup> 佐藤幸治前掲注 2・587 頁、長谷部恭男『憲法』第 3 版（新世社、2004 年）256 頁など。

立法の明確性）、「規制内容の合理性」の原則、「罪刑の均衡」の原則、「不当な差別の禁止」の原則などを言う。」<sup>18</sup>

### 3 告知と聴聞

「手続の適正」の中でとりわけ重要なのが、「告知と聴聞」（notice and hearing）を受ける権利である。「告知と聴聞」とは、公権力が国民に刑罰その他の不利益を科す場合には、当事者にあらかじめその内容を告知し、当事者に弁解と防禦の機会を与えなければならないというものである。

この権利が刑事手続における適正性の内容をなすことを判例も認めている点は、既に指摘した（第三者所有物没収事件）<sup>19</sup>。

#### 【参考 第三者所有物没収事件】

（最大判昭和 37.11.28 刑集 16 卷 11 号 1593 頁）

「貨物の密輸を企てた被告人が有罪判決を受けた際に、その付加刑として、密輸にかかる貨物の没収判決を受けたが、この貨物には被告人以外の第三者の所有する貨物がまじっていた。そこで、被告人は、所有者たる第三者に事前に財産権擁護の機会を与えないで没収することは違憲であると主張した。最高裁は、このような第三者の権利侵害を援用する違憲の主張に適格性を認めて、「所有物を没収せられる第三者についても、告知、弁解、防禦の機会を与えることが必要である」として、その機会を与えないでした没収判決は憲法 31 条・29 条に違反するとした。」<sup>20</sup>

### 4 明確性の原則

「実体の適正」の一つである明確性の原則は、刑罰法規について法律の規定が明確であることを要求するものであり、罪刑法定主義の原則のコロラリー（corollary）をなす。法律の明確性の要請は、いかなる行為が法律によって禁止・制限されているかを国民に知らせるとともに、公権力の恣意的な権力行使に明確な枠をはめるという機能を有している。

#### 【罪刑法定主義】

「法律なければ刑罰なし、法律なければ犯罪なし」というのが罪刑法定主義の意味

<sup>18</sup> 芦部前掲注 1・223 頁

<sup>19</sup> 同 222-223 頁

<sup>20</sup> 同 223-224 頁

であるが、本来、大陸法的な法原理であるこの罪刑法定主義は、明治憲法では 23 条に定められていた。日本国憲法は、刑罰法規が「法律」に限定されるべきこと（73 条 6 号）、事後法の禁止（39 条）といったこの原理から派生する原則を定めているが、罪刑法定主義そのものについては明確な定めがない。31 条の適正手続の原則を、手続の法定・適正及び実体の法定・適正を要求していると理解する立場からは、罪刑法定主義の根拠を 31 条に求めることができる<sup>21</sup>。

なお、判例は、犯罪構成要件の明確性が憲法 31 条の要求するところであり、同条が実体の適正をも要求することを認めている（徳島市公安条例事件（最大判昭和 50.9.10 刑集 29 巻 8 号 489 頁）、明確性の原則が問題になった判例として、ほかに税関検査事件（最大判昭和 59・12・12 民集 38 巻 12 号 1308 頁）、福岡県青少年保護条例事件（最大判昭和 60・10・23 刑集 39 巻 6 号 413 頁）など）。

#### 【参考 徳島市公安条例事件】

「デモ行進での蛇行進が徳島市公安条例 3 条 3 号の「交通秩序を維持すること」に違反するとして起訴され、その条項の明確性が争われた。最高裁〔…略…〕は、刑罰法規が不明確かどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解によるべきであると説き、「交通秩序を維持すること」の意味も一般人がさほど困難なく判断することができるとして、明確性に欠けるところはないと判示した。」<sup>22</sup>

## 5 なぜ適正な手続が要求されるのか

「手続の適正」が要求される根拠について、通常、実体的真実に即した正確な刑事裁判の実現、実体的真実に即した正確な刑事裁判が行われていることが当事者にも、また一般公衆にも明らかにされること、などが挙げられる。しかし、長谷部教授は、「手続の適正」は、かならずしも実体的真実の解明に資するものでも、また実体的真実に即した裁判を導くものでもないのではないかと問題提起する。それでは、なぜ「手続の適正」が要求されるのか。長谷部教授は、裁判の正確さに必ずしも結びつかないに見える手続上のルールに対しても遵守することが求められる理由を以下のように説明する<sup>23</sup>。

「ルール功利主義からの理由づけ 一つの説明は、個別の事案について見れば厳格な手

<sup>21</sup> 伊藤正巳『憲法』〔第 3 版〕(弘文堂, 1995 年) 337 頁

<sup>22</sup> 戸波前掲注 15・324 頁

<sup>23</sup> 長谷部前掲注 17・257-260 頁

続上のルールに従うことがときには実体的真実に即した結果をもたらさないことがあるとしても、長期的に見れば厳格なルールに従うことがより多くの正確な裁判をもたらす、というルール功利主義的な理由づけである。自白の証拠能力や証拠としての価値を限定するルールの背景には、このような配慮が見られるように思われる。」

「**個人の尊厳からの理由づけ** 他方、手続上のルールには、それ自体に、このような長期的な効果とも独立の価値があるという考え方もありうる。無実の人が適切な審理を経ることなく、たとえばサイコロを振ることで有罪判決を得た場合と、適切な審理を経たにもかかわらずなお有罪判決が下された場合、正確な裁判という結果のみが重要なのであれば、2つの場合に相違はない。しかし、適正な手続が踏まれずに誤った判決が下された場合、単に結論が誤っていたという以上の害悪が、被告人には加えられたというべきではなかろうか。また、実際に罪を犯した人が、適正な手続を経ることなく有罪判決を得たとき、彼(女)にもやはり害悪が加えられたというべきであろう。彼(女)は、有罪の主張に対して応答しうる「人」としてではなく、単になんらかの公共目的のために処分されうる「物」として扱われている。自らの生命・自由・財産に関係する決定手続に参加する権利は、人としての尊厳にかかわっている。」

「**社会全体の利益** また、実体的真実は、他のあらゆるコストを無視してでも追求されるべきものではない。実体的真実の追究があまりにも多くの人的・物的資源を費消すれば、競合する他の重要な公共の利益が損なわれるであろう。いずれにしても誤判を皆無にはしえないとすれば、被告人にとって有利な方向で誤る可能性を高く設定すべきだという判断は良識にかなう。誤判に見舞われる確率が社会のすべての人に同様にあるとすると、人は有罪の判定に高い立証規準が設定されるべきだと考えるであろう。…」

「**手続独自の価値** このように、実体的真実に即した正確な裁判という目的には還元しえない、独自の価値が手続にあるとすると、結論が実体的真実と一致していると裁判所が判断したからといって、不適正な手続から生まれた結論を原則として維持すべきだとはいえない。…」

## 6 31 条と行政手続

日本国憲法には、適正な行政手続を明示的に保障した規定がない(アメリカでは、デュ・プロセス条項が、判例上、行政手続にも適用されている)。しかし、現代国家においては、行政が生活のすみずみまで介入し、国民の権利に大きな影響を与えるようになっていることから、国民の生活への行政的介入が適正な手続により行われることが、国民の権利保障にとって無視しえない重要性を持つに至っているといえる<sup>24</sup>。

芦部教授は、31条と行政手続について、次のように説明する。

「31条は、「その他の刑罰を科せられない」という文言からもわかるように、直接には刑事手続についての規定である。しかし、その趣旨は、行政手続(たとえば、税務調査などの行政調査のための事務所等への立ち入り、少年法によ

<sup>24</sup> 野中ほか前掲注7・380頁

る保護処分、伝染病予防法（事務局注：感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律（平成10年法律114号）の制定に伴い廃止された。）による強制収容など広く行政強制と言われる手続）にも準用されると一般に解されている。行政手続にも適用されると解する説も有力である。判例は1970年代に、憲法35条・38条に関するかぎり、それが行政手続に及ぶことを原則的に認めるに至った。そして1992年の成田新法事件〔…略…〕で最高裁は、行政手続が刑事手続でないとの理由のみで、当然に31条の保障の枠外にあると判断すべきではないとし、ただ、同条の保障が及ぶと解すべき場合でも、行政手続は刑事手続と性質が異なるし、多種多様であるから、事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分によって達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定され、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではない、と述べ（最大判平成4・7・1民集46巻5号437頁）そういう限定つきで31条の行政手続への適用ないし準用を真正面から認めた。

もっとも、学説においては、31条は刑事手続に関するもので、行政手続の適正性（とくに告知・聴聞を受ける権利）の根拠は幸福追求権を保障する13条に求められるとか、憲法における法治国原理の手続法的理解から導き出すことができる、と説く有力説もある。行政手続法（平成5年法88号）の成立によって、告知・聴聞を受ける機会が保障されることになった。」<sup>25</sup>

#### （参考）川崎民商事件（最大判昭和47.11.22刑集26巻9号554頁）

収税官吏が税務調査に当たり納税義務者等に質問し、帳簿等を検査できるとする所得税法の規定（質問検査権）について、それに基づく税務職員の調査を拒否して起訴された被告人（川崎民主商工会の会員）が、質問検査が憲法35条の令状主義、38条1項の黙秘権の保障に反すると主張した。最高裁（最大判昭和47.11.22刑集26巻9号554頁）は、35条・38条が行政手続にも及ぶことを原則的に認めつつ、質問検査は、所得税の公平確実な賦課徴収のために必要な資料収集を目的とし、刑事責任の追及を目的とする手続ではない、実質上刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を有するものではない、強制的態様は、直接的物理的な強制と同視すべき程度に達していない、公平な課税等の公益目的を実現するために実効性のある検査制度は不可欠である、という諸点をあげて、令状によらない検査であっても違憲とはいえず、検査が「自己に不利益な供述」を強要するものでもない、と判示した。

#### （参考）成田新法事件（最大判平成4.7.1民集46巻5号437頁）

成田空港反対運動の過激派の建物使用禁止等を定めるいわゆる成田新法（新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法）に基づく工作物の利用禁止処分に関連して、「憲法31

<sup>25</sup> 芦部前掲注1・224頁



条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」とし、そのうえで、「しかしながら、同条による保障が及ぶと解すべき場合であっても、一般に行政手続は、刑事手続とその性質においておのずから差異があり、また、行政目的に応じて多種多様であるから、行政処分の手続に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものであって、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではない」との一般論を述べている<sup>26</sup>。

### (参考) 行政手続法 (平成 5 年法律第 88 号)

#### (不利益処分をしようとする場合の手続)

第 13 条 行政庁は、不利益処分をしようとする場合には、次の各号の区分に従い、この章の定めるところにより、当該不利益処分の名あて人となるべき者について、当該各号に定める意見陳述のための手続を執らなければならない。

一 次のいずれかに該当するとき 聴聞

イ 許認可等を取り消す不利益処分をしようとするとき。

ロ イに規定するもののほか、名あて人の資格又は地位を直接にはく奪する不利益処分をしようとするとき。

ハ 名あて人が法人である場合におけるその役員の解任を命ずる不利益処分、名あて人の業務に従事する者の解任を命ずる不利益処分又は名あて人の会員である者の除名を命ずる不利益処分をしようとするとき。

ニ イから八までに掲げる場合以外の場合であって行政庁が相当と認めるとき。

二 前号イから二までのいずれにも該当しないとき 弁明の機会の付与

2 次の各号のいずれかに該当するときは、前項の規定は、適用しない。

一 公益上、緊急に不利益処分をする必要があるため、前項に規定する意見陳述のための手続を執ることができないとき。

二 法令上必要とされる資格がなかったこと又は失われるに至ったことが判明した場合に必ずすることとされている不利益処分であって、その資格の不存在又は喪失の事実が裁判所の判決書又は決定書、一定の職に就いたことを証する当該任命権者の書類その他の客観的な資料により直接証明されたものをしようとするとき。

三 施設若しくは設備の設置、維持若しくは管理又は物の製造、販売その他の取扱いについて遵守すべき事項が法令において技術的な基準をもって明確にされている場合において、専ら当該基準が充足されていないことを理由として当該基準に従うべきことを命ずる不利益処分であってその不充足の事実が計測、実験その他客観的な認定方法によって確認されたものをしようとするとき。

四 納付すべき金銭の額を確定し、一定の額の見金銭の納付を命じ、又は金銭の給付決定の取消しその他の金銭の給付を制限する不利益処分をしようとするとき。

五 当該不利益処分の性質上、それによって課される義務の内容が著しく軽微なものであるため名あて人となるべき者の意見をあらかじめ聴くことを要しないものとして政令で定める処分をしようとするとき。

<sup>26</sup> 長谷部前掲注 17・261 頁

## 被疑者の権利（33条～35条）

以下、芦部教授の分類に従って、被疑者の権利及び被告人の権利について概観する。憲法は、まず、主として捜査の過程における被疑者の権利として、不法な逮捕・抑留・拘禁からの自由と住居の不可侵とを定める（33条～35条）<sup>27</sup>。

### 1 不法な逮捕・抑留・拘禁からの自由（33条・34条）

#### （1）不法な逮捕からの自由（33条）

##### 日本国憲法

**第33条** 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。

憲法33条は、逮捕における令状主義を規定している。

##### 令状主義

令状主義とは、逮捕が必要であるかどうかを事前に司法官憲に判断させ、その判断に基づいて発せられる令状によらなければ逮捕されないとする原則をいう<sup>28</sup>。

ここにいう「司法官憲」とは裁判所又は裁判官のことであり、検察官や司法警察職員は含まない。裁判官の令状の発布を通じて、捜査機関の専断的な判断による違法な逮捕を抑制しようとするものである。「理由となつてゐる犯罪を明示する令状」とは、いわゆる一般令状を禁止する趣旨であり、容疑の犯罪名のみならず、その犯罪事実をも明示するものでなければならない<sup>29</sup>。

##### 【参考 刑事訴訟法】

**第200条** 逮捕状には、被疑者の氏名及び住居、罪名、被疑事実の要旨、引致すべき官公署その他の場所、有効期間及びその期間経過後は逮捕をすることができず令状はこれを返還しなければならない旨並びに発付の年月日その他裁判所の規則で定める事項を記載し、裁判官が、これに記名押印しなければならない。

略

<sup>27</sup> 芦部前掲注1・225頁

<sup>28</sup> 佐藤功『憲法（上）』（新版）（有斐閣，1983年）532頁

<sup>29</sup> 佐藤幸治前掲注2・592頁

ここにいう「逮捕」とは、刑事訴訟法による被疑者の逮捕（199 条以下）のみならず、勾引（同法 58 条）・勾留（同法 60 条）を含むと解される<sup>30</sup>。

#### 【勾引】

「勾引」とは、特定の者を一定の場所に引致する裁判及びその執行をいう<sup>31</sup>。被告人が、正当な理由がなく、召喚に応じないとき、又は応じないおそれがあるときは、裁判所は、被告人を勾引することができる（刑事訴訟法 58 条 2 号）。被告人が定まった住居を有しないときは、右の事由がなくとも、勾引できる（同条 1 号）。

#### 【勾留】

勾留とは、被疑者又は被告人を拘禁する裁判及びその執行をいう。刑事訴訟法は、まず総則で、被告人の勾留について規定し（60 条）、これを原則として被疑者に準用する（207 条）というしかたで規律している<sup>32</sup>。

### 令状主義の例外

#### 【現行犯逮捕】

憲法 33 条は、令状主義の例外として、「現行犯として逮捕される場合」を認めている。「現行犯」とは、現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった者をいうが（刑事訴訟法 212 条 1 項）、これが令状主義の例外とされるのは、逮捕の必要性が高くかつ逮捕権の濫用のおそれが少ないからである<sup>33</sup>。

#### 【緊急逮捕の合憲性】

刑事訴訟法は、さらに、「緊急逮捕」を認めており（210 条）、この合憲性については争いがある。

#### 【参考 刑事訴訟法】

**第 210 条** 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、死刑又は無期若しくは長期三年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由がある場合で、急速を要し、裁判官の逮捕状を求めることができないときは、その理由を告げて被疑者を逮捕することができる。この場合には、直ちに裁判官の逮捕状を求める手続をしなければならない。逮捕状が発せられないときは、直ちに被疑者を釈放しなければならない。

略（準用規定）

<sup>30</sup> 通説。佐藤幸治前掲注 2・592 頁、佐藤功前掲注 28・536 頁など。

<sup>31</sup> 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958 年）159 頁

<sup>32</sup> 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996 年）82 頁

<sup>33</sup> 佐藤幸治前掲注 2・592 頁

最高裁判所は、「罪状の重い一定の犯罪のみについて、緊急已むを得ない場合に限り、逮捕後直ちに裁判官の審査を受けて逮捕状の発行を求めることを条件とし、被疑者の逮捕を認めることは、憲法 33 条規定の趣旨に反するものではない」として（最大判昭和 30・12・14 刑集 9 卷 13 号 2760 頁）、緊急逮捕も憲法違反ではないとするが、その理由は述べていない。

学説には、緊急逮捕を違憲とする説もあるが<sup>34</sup>、合憲説が多数であるとされている<sup>35</sup>。ただし、その理論構成は分かれていて、一種の令状逮捕とみて合憲とする説<sup>36</sup>や一種の現行犯逮捕とみて合憲とする説<sup>37</sup>があるが、賛同する学説は少ないとされている<sup>38</sup>。平野龍一博士は、「その合憲性を論理的に肯定することは困難である。ただ、実質的にその社会治安上の必要を考えたとき、〔…略…〕緊急の状態のもとで重大な犯罪について例外を認めることの合憲性を、かろうじて肯定しうるであろうか」<sup>39</sup>としている。

## （２） 不法な抑留・拘禁からの自由（34 条）

### 日本国憲法

**第34条** 何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。又、何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない。

逮捕に引き続く身柄の拘束が「抑留」「拘禁」である。

身体の拘束のうち、一時的なものが「抑留」、より継続的なものが「拘禁」である。刑事訴訟法にいう逮捕・勾引に伴う留置（刑事訴訟法 203 条）は前者に、勾留（同法 204 条・205 条）は後者に当たる。すなわち、逮捕（同法 199 条）・留置・勾引（同法 58 条）・勾留などのように特定の処分の種類を

<sup>34</sup> 奥平康弘『憲法』（有斐閣, 1993 年）312-313 頁など。

<sup>35</sup> 田宮裕『刑事訴訟法』[新版]（有斐閣, 1999 年）78 頁

<sup>36</sup> 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』六訂版（創文社, 1958 年）321 頁

<sup>37</sup> 上記最大判昭和 30・12・14 の小谷・池田裁判官の意見

<sup>38</sup> 佐藤幸治前掲注 2・593 頁、平野前掲注 31・95 頁など。

<sup>39</sup> 平野前掲注 31・95-96 頁

指すのではなく、処分の種類を問わず身体の拘束の状態について、一時的・継続的の区別を基準とした観念である<sup>40</sup>。

両者の区別については、憲法 34 条が、「拘禁」についてのみ、公開法廷における理由の開示を要求していることを考慮する必要がある。これを受けて、刑事訴訟法は、後者について理由開示の手続を定めている（同法 82 条以下）。

不法な又は不当に長期にわたる抑留・拘禁に対し、迅速かつ容易な手続によって人身の自由を回復する措置として、人身保護法（昭和 23 年法律 199 号）に定める救済がある。

#### 【ハイピアス・コーパス (habeas corpus)】

この理由開示制度は、沿革的にはイギリスにおけるハイピアス・コーパスに発するとされる<sup>41</sup>。ハイピアス・コーパスとは、英米法で裁判所が人を拘束している者に対し、被拘束者の身柄を裁判所の前に提出することを命ずる令状（人身保護令状）のことである<sup>42</sup>。裁判所は、拘束の理由の当否を審査し、不当な場合は釈放を命ずる。

#### 【弁護人依頼権】

「抑留」および「拘禁」をなすに当たっては、「弁護人に依頼する権利」を「直ちに」与えることが要求される。憲法は、別に 37 条において「刑事被告人」について弁護人依頼権を保障しているが、34 条は、被疑者か被告人かに関係なく「被拘束者」に対し、法律専門家の助けを得て自己の自由を防御する機会を与えるべく特にこの権利を明記したものと佐藤幸治教授は言う<sup>43</sup>。

34 条は、37 条 3 項と対比すると、国選弁護人依頼権を明示しておらず、刑事訴訟法もこの権利を保障していない。したがって、「この段階では国選弁護人の権利は保障されていないと解するのが通説・判例である」が、34 条及び 37 条 3 項の精神からいって、少なくとも拘禁中の被疑者について国選弁護人依頼権を保障すべきであるとする有力説がある<sup>44</sup>。

<sup>40</sup> 佐藤功前掲注 28・546-547 頁

<sup>41</sup> 同 548 頁

<sup>42</sup> 芦部前掲注 1・226-227 頁

<sup>43</sup> 佐藤幸治前掲注 2・594-595 頁

<sup>44</sup> 野中ほか前掲注 7・408 頁、佐藤幸治前掲注 2・603 頁など。この点について、甲斐克則教授は、「当番弁護士制度の普及により、被疑者段階での弁護活動はこの 10 年余りで充実してきた。しかし、被疑者の人権保護をより充実させるためには、少なくとも身柄拘束の場合の被疑者公選弁護制度を立法化することが必要であり、現在、法制化に向けた議論が進んでいる点に注目したい」とする（甲斐克則「刑事法と人権」(ジュリスト No.1244) 154 頁)。

## 刑事訴訟法

**第77条** 逮捕又は勾引に引き続き勾留する場合を除いて被告人を勾留するには、被告人に対し、弁護人を選任することができる旨及び貧困その他の事由により自ら弁護人を選任することができないときは弁護人の選任を請求することができる旨を告げなければならない。但し、被告人に弁護人があるときは、この限りでない。

第六十一条但書の場合には、被告人を勾留した後直ちに、前項に規定する事項の外、公訴事実の要旨を告げなければならない。但し、被告人に弁護人があるときは、公訴事実の要旨を告げれば足りる。

**第272条** 裁判所は、公訴の提起があつたときは、遅滞なく被告人に対し、弁護人を選任することができる旨及び貧困その他の事由により弁護人を選任することができないときは弁護人の選任を請求することができる旨を知らせなければならない。但し、被告人に弁護人があるときは、この限りでない。

### 【参考 被疑者に対する公的弁護制度】

第159回国会に、刑事訴訟法等の一部を改正する法律案が提出され、同法案には、以下のような公的弁護制度の整備が盛り込まれた。同法案は、平成16年5月21日に成立した。

#### (1) 被疑者に対する公的弁護制度の導入

死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役若しくは禁錮に当たる罪の事件では、勾留段階から国選弁護制度を導入する。

ただし、改正法施行後、3年程度を経過した後は、死刑又は無期若しくは長期3年を超える懲役若しくは禁錮に当たる罪の事件とする。

#### (2) 弁護人の選任要件及び選任手続の整備

被疑者段階では、明確な資力基準を定め、被疑者に資力申告書の作成・提出を義務付けるものとする。一定の資力がある被疑者は、私選弁護申出を行ったが、弁護人を選任できなかったことを国選弁護の要件とする。

任意的弁護の場合の被告人についても、被疑者の場合に準じ、選任要件及び選任手続を整備する。

### 【接見交通権】

被疑者と弁護人との接見（面会）は原則として自由である（刑事訴訟法39条1項）が、検察官等は捜査のために必要な場合には、公訴提起前にかぎり、接見の「日時、場所及び時間を指定することができる」（同条3項）とされている。

### 【刑事訴訟法】

**第39条** 身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は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（弁護士でない者にあつては、第

三十一条第二項の許可があつた後に限る。)と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の接受をすることができる。

前項の接見又は接受については、法令(裁判所の規則を含む。以下同じ。)で、被告人又は被疑者の逃亡、罪証の隠滅又は戒護に支障のある物の接受を防ぐため必要な措置を規定することができる。

検察官、検察事務官又は司法警察職員(司法警察員及び司法巡査をいう。以下同じ。)は、捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り、第一項の接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。但し、その指定は、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するものであつてはならない。

この接見制限が被疑者の弁護活動を阻害しないのかは従来から争われてきたが、最高裁(最大判平成11・3・24民集53巻3号514頁)が、ある国家賠償訴訟において憲法論に言及したことにより、一定の方向性が示された。最高裁は、34条に由来する接見交通権の意義を重視し、「捜査機関は、弁護士等から被疑者との接見等の申出があつたときは、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」と述べ、刑事訴訟法39条「3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る」と判示した。最高裁大法廷が接見交通権を憲法上の権利として位置付けたことには、重要な意義があるとされる<sup>45</sup>。

## 2 住居等の不可侵(35条)

### 日本国憲法

**第35条** 何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第三十三条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。

搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ。

### (1) 35条の意義

まず、35条の意義について、芦部教授は次のように解説する。

「各人の住居は彼の城である。雨や風は入ることはできるが、国王は入る

<sup>45</sup> 甲斐前掲注44・149-157頁

ことはできない」という法諺に示されているように、住居は人の私生活の中心であり、古くから、その不可侵はすべての人権宣言の保障するところとなっている(この点で、通信の秘密と並んで私生活の自由ないし広義のプライバシーの権利の一つを構成するものと解することもできる。) <sup>46</sup>

## (2) 侵入、搜索及び押収が許される場合

「正当な理由に基づいて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状」による場合及び「第三十三条の場合」が例外となる。

### 【用語の定義】<sup>47</sup>

「侵入」とは、住居に、無断で、又は居住者の拒否を的实力で排除して立ち入ることをいう。

「搜索」とは、人又は物を探すことをいうが、刑事訴訟法は、証拠物若しくは没収すべき物又は勾引若しくは勾留すべき人を発見するために人の身体・物・住宅その他一定の場所について行われる強制処分を「搜索」と称している。

「押収」とは、保全の目的で特定の物の占有を取得することをいうが、刑事訴訟法上は、押収の態様からみて、差押(その物の所有者などから強制的に占有を取得する処分。刑訴法 99 条 1 項、218 条 1 項、222 条)と領置(被告人・被疑者等が遺留した物又は所有者などが任意に提出した物の占有を取得する処分。刑訴法 101 条、221 条)に分かれ、また、押収の主体からみて司法警察職員・検察官のなす押収(刑訴法 218 条 1 項)と裁判所のなす押収(刑訴法 99 条 1 項)とに分かれる。憲法 35 条にいう押収は領置を含まず、差押のみを指す(領置には強制的要素がないから、令状は要しない。)

の「正当な理由に基づいて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状」は、司法官憲(裁判官)が個々の搜索又は押収について個々に発したものでなければならない(35 条 2 項)。の「第三十三条の場合」とは、判例によれば、「第三十三条による不逮捕の保障の存しない場合」の意味である(最大判昭和 30・4・27 刑集 9 巻 5 号 924 頁)。したがって、33 条による適法な逮捕の場合には、現行犯であると否とにかかわらず、逮捕に伴う合理的な範囲内であれば、35 条による令状を必要とせず、住居等の侵入等を行うことが許されることになる。反対に、令状主義の精神を没却するような重大な違法が証拠収集手続にあれば、その証拠能力は否定される(最判昭和 53・9・7 刑集 32 巻 6 号 1672 頁) <sup>48</sup>

<sup>46</sup> 芦部前掲注 1・227 頁

<sup>47</sup> 佐藤功前掲注 28・553-554 頁

<sup>48</sup> 芦部前掲注 1・227 頁



## 【搜索・押収と令状主義】

前述の川崎民商事件判決で 35 条の行政手続への適用は認められている。

それでは、行政手続上の立入検査規定と令状主義はどのような関係にあるのか。

行政手続上の検査としては、徴税事務の他、食品衛生確保のための臨検・検査（食品衛生法 28 条・47 条）、薬局・病院への立入検査（薬事法 69 条）、環境基準確保のための立入検査（大気汚染防止法 26 条、水質汚濁防止法 22 条、騒音規制法 20 条、振動規制法 17 条など）、化学兵器の開発・生産・貯蔵・使用の禁止を確保するための検査（国際機関の指定する者は、経済産業大臣の指定するその職員の立会いの下に、検査等を行うことができることとされている。化学兵器の禁止及び特定物質の規制等に関する法律 30 条）などがある。これらの検査に当たっては、職員（化学兵器の開発等の禁止を確保するための検査にあっては、検査等に立ち会う職員）は、その身分を示す証明書を携帯し、それを提示することは義務づけられているが、裁判官の発する令状は要件とされていない。これらは、公衆の衛生や環境の維持という重要な公共目的のために、工場、店舗、事務所など事業を行う場所でその設備や帳簿書類などの検査をするもので、個人の私的な空間を保障するという令状主義との関連性が薄く、またそれぞれの業種を行う際の条件としてあらかじめ組み込まれている制度であることから、令状主義をそのままの形で適用すべき理由は小さいと考えられているからである。

一方、出入国管理および難民認定法は、入国警備官が行う外国人の入国、上陸または在留に関する違反事件の調査のための臨検・搜索・押収については裁判官の許可を要件としている（31 条）。これは、この調査が刑事責任追及のための資料の取得収集に一般的に結びつくとの判断によるものと考えられる<sup>49</sup>。

### 【犯罪捜査のための通信の傍受と令状主義】

「犯罪捜査目的で捜査機関が電気通信の傍受を行うことが憲法上あるいは法律上許されるか否か、許されるとしてどのような手続によるべきかが議論されてきた。最決平成 11・12・16 刑集 53 巻 9 号 1327 頁は、重大な犯罪に関する被疑事件について、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる充分な理由があり、かつ当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、傍受以外の方法によってはその罪に関する重要かつ必要な証拠を得ることが著しく困難であるなどの事情がある場合で、傍受を行うことが犯罪捜査上真にやむを得ないと認められるときは、対象の特定に資する適切な記載のある検証許可状によって電話傍受を実施することが、憲法上も法律上も許されるとした。

しかし、通信傍受による捜査には、情報を対象とする点、相手方に対する事前の告

<sup>49</sup> 長谷部前掲注 17・264-265 頁

知が意味をなさない点、したがって収集された情報のうち捜査と関連しない部分を事後的に消去するなどの措置が要求される点などさまざまな特殊性があり、これらの特殊性に応じた特別立法による対処が必要と考えられたことから、1999年、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」が制定された。」<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> 同 265 頁

## 被告人の権利（37条～39条）

### 1 公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利（37条1項）

#### 日本国憲法

**第37条** すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する。

略

略

憲法は別に、裁判を受ける権利と裁判の公開原則について一般的に規定しているが（32条・82条）特に被告人の権利を明確にするため、公平・迅速・公開の要件が充たされる必要があることを明らかにした（37条1項）。

#### (1) 公平な裁判所による裁判

判例によれば、「構成其他において偏頗の惧れなき裁判所」を意味する（最大判昭和23・5・5刑集2巻5号447頁）。そのため、裁判官等の除斥、忌避および回避の制度（刑訴20条から26条まで）が設けられている<sup>51</sup>。

#### 【司法制度改革 裁判員制による国民の司法参加】

平成16年4月23日、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律案及び刑事訴訟法等の一部を改正する法律案両案（いわゆる「裁判員法案」）が衆議院本会議で可決された。この法案については、法案作成段階から、例えば、裁判員が裁判体に加わり、裁判官とともに多数決で評決を行うとした場合に、被告人の人権保障（裁判を受ける権利（憲法32条）適正手続の保障（憲法31条）等）の観点からどのように考えるべきかという議論がなされていた。この点については、衆議院法務委員会では以下のような議論がなされている。

#### 第159回国会 衆議院 法務委員会 第9号 平成16年4月2日

**下村博文委員** 裁判員制度の意義を確認するというのはこの程度といたしまして、次に、裁判員制度を実際に導入するに当たって特に考えておかなければならないと思われる幾つかの点について、確認をしておきたいと思えます。

まず、憲法との関係でありますけれども、憲法には、司法への国民参加に関する規定は設けられておりません。こういうことから、従来、裁判官でない者が裁判を行う制度は憲法に違反するのではないか、こういう議論がございます。

<sup>51</sup> 芦部前掲注1・228頁

私は、この法案で定められているような裁判員制度、これは憲法に違反するものではないというふうに考えているわけですが、大変重要な問題でございますので、この点について確認をしておきたいというふうに思います。

山崎潮政府参考人（司法制度改革推進本部事務局長） 憲法では、司法権に関する七十六条以下の規定において、裁判官の職権の独立、あるいはその身分保障を定めておりますけれども、これとともに、三十二条の規定において、裁判所において裁判を受ける権利、それから三十七条で、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利、これを規定しているわけですが。これらの規定により、憲法は、独立して職権を行使する公平な裁判所によって法による裁判が行われること、これを要請しているものと解されるわけですが。

本法案における裁判員制度は、このような裁判を確保することができる制度でございます。この憲法の趣旨に沿ったものであるというふうに理解をしております。

もう少し具体的な理由を申し上げます。

まず、本法案においては、法による公平な裁判を行うことができる裁判員を確保するため、その資格に関する要件や職権行使の独立に関する規定等、さまざまな手当をしております。また、法による公正な裁判が保障されていると言えるためには、適正手続のもとで証拠に基づく事実認定が行われ、その認定された事実が適正に解釈、適用される必要がありますが、裁判官と裁判員が十分に評議を行うことで、双方の有する知識経験が合議体全体に共有されるということにするとともに、その過程を通じて適正な結論に到達することが予定されているわけですが。

また、法令の解釈については、裁判官のみが判断の権限を有しております。これに加えて、裁判官はその判断に従うこととされているという点がございまして、これに加えて、裁判官と裁判員が対等な権限を有する事項についての判断については、その双方の意見を含む合議体の過半数の意見によることとされているということなどによって、本法案における裁判員制度は、憲法の要請にこたえられる裁判を確保することが可能な制度になっていると理解をしております。

## (2) 迅速な裁判を受ける権利

「裁判の遅延は裁判の拒否に等しい」という法諺にもあるように、迅速な裁判の必要は古くから意識されてきた<sup>52</sup>。

【参考 マグナ・カルタ 1215年】

### 第40条（裁判の公正）

何人に対しても、朕は、正義或は裁判を売ることなく、何人に対しても、朕は、拒否することなく或は延期することもない。

（訳文の出所は、京都大学憲法研究会編『世界各国の憲法典』（有信堂，1965年））

憲法が被告人の迅速な裁判を受ける権利を保障したにもかかわらず、刑訴法

<sup>52</sup> 野中ほか前掲注7・405 - 406頁

その他の法律は、この権利を具体化するための規定をとくに設けなかった。また、従来判例は、裁判が遅れたことを理由に破棄差戻をすれば、裁判は一層遅れるから、裁判の遅延は原判決破棄の理由にならない、という立場をとっていたので、37条の保障は実効性がなかった。ところが、最高裁は、**高田事件判決\***において迅速な裁判の要請に反するほど裁判が遅延した場合には免訴判決により審理を打ち切るという救済方法を解釈論により創設した。

もっとも、高田事件判決後も、審理に10年近く空費された事件につき、迅速な裁判に反するとはいえないとした判例もあることを芦部教授は指摘している<sup>53</sup>。

裁判の遅延については、司法制度改革の一環として、刑事裁判の充実及び迅速化を図るための方策として、刑事訴訟法等の一部を改正する法律案(第159回国会閣法第68号)が第159回国会に提出され、平成16年4月23日に衆議院を通過した。この法案には、新たな準備手続の創設及び証拠開示の拡充、連日的開廷の確保のための規定の整備等が盛り込まれている。

#### \*高田事件判決(最大判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁)

Yらは、住居侵入、放火予備等を内容とする一連の刑事訴追事件の被告人であったが、第1審の名古屋地裁で併合したり分離したりして審理が行われているうちに、昭和28年6月18日ないし昭和29年3月4日の公判期日を最後に審理が中断され、その後15年余りも経た昭和44年6月10日ないし同年9月25日ようやく審理が再開された。再開後の公判でYらは憲法37条1項を援用し、名古屋地裁はこれを入れて免訴の判決を言い渡した。しかし検察側が控訴し、控訴審は原判決を破棄したため、Yらが上告した。最高裁は、憲法37条1項の保障する迅速な裁判を受ける権利は具体的権利であるとした上で、審理の遅延が憲法37条1項に反する事態に至っているか否かは、遅延の期間のみによって一律に判断されるべきではなく、遅延の原因と理由などを勘案して、その遅延がやむをえないと認められるかどうか、37条1項が守ろうとしている諸利益がどの程度実際に害せられているか、など「諸般の状況を総合的に判断して決せられなければならない」とし、「本件は、昭和44年第1審裁判所が公判手続を更新した段階においてすでに、憲法37条1項の迅速な裁判の保障条項に明らかに違反した異常な事態に立ち至っていたものと断ぜざるを得ない」とした。そして、「審理を打ち切る方法については現行法上よるべき具体的な明文の規定はないのであるが、〔…略…〕これ以上実体的審理を進めることは適当でないから、判決で免訴の言渡をするのが相当である」とした<sup>54</sup>。

### (3) 公開の裁判を受ける権利

公開の裁判とは、その対審および判決が公開法廷で行われる裁判をいう。傍聴

<sup>53</sup> 芦部前掲注1・228頁

<sup>54</sup> 野中ほか前掲注7・141-142頁

を許さない密室裁判、秘密裁判においては、恣意的かつ政治的な裁判が行われがちであることは歴史が教えるところである。憲法 37 条 1 項は、被告人が公正な裁判を受けるために、公開の裁判を被告人の権利として保障したのである<sup>55</sup>。

一般に、37 条 1 項の公開裁判は、82 条の定める公開原則を、刑事裁判に関して被告人の権利という側面から規定したものと解されている<sup>56</sup>。

## 2 証人審問権・喚問権（37条2項）

日本国憲法

第37条 略

刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を十分に与へられ、又、公費で自己のために強制的な手続により証人を求める権利を有する。

略

### (1) 証人審問権の保障（37条2項前段）

37 条 2 項前段は、まず、被告人がすべての証人に対し審問する機会を十分に与えられるべきことを保障する。被告人自身が、反論する機会のない不利益な証言が証拠として採用されたのでは、判断が一面的になり、裁判の公正を期することができないからである。

この証人審問権の帰結として、刑事訴訟法の定める伝聞証拠禁止の原則がある。

#### 【伝聞証拠禁止の原則】

刑事訴訟法

第 320 条 第三百二十一条乃至第三百二十八条に規定する場合を除いては、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日以外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない。

第二百九十一条の二の決定があつた事件の証拠については、前項の規定は、これを適用しない。但し、検察官、被告人又は弁護人が証拠とすることに異議を述べたものについては、この限りでない。

伝聞証拠とは、裁判所の面前での反対尋問を経ない供述証拠をいう。条文に即して定義すれば、公判期日における供述に代わる書面および公判期日外にお

<sup>55</sup> 佐藤幸治前掲注 2・599 - 600 頁

<sup>56</sup> 野中ほか前掲注 7・407 頁

ける他の者の供述を内容とする供述で、原供述内容をなす事実の真実性の証明に用いられるもの、である<sup>57</sup>。

刑事訴訟法は、伝聞証拠禁止の原則（320条）をとりつつ、一定の例外を認めている（321 - 328条）。伝聞法則も絶対的に例外を許さないものではなく、被告人に審問の機会を与えることが不可能であり、かつ信用性の状況的保障がある場合には、証拠能力を認めうる、とする見解が学説では支配的である。ただし、現行刑事訴訟法の認める例外については、検察官面前調書につき供述不能のみで証拠能力を認めるなど、広すぎる点で違憲の疑いがないわけではないとする学説もある<sup>58</sup>。

## （2）証人喚問権の保障（37条2項後段）

37条2項後段は、証人喚問権を保障するものであるが、裁判所は被告人側申請の証人をすべて喚問する必要はなく、「当該事件の裁判をなすに必要適切な証人を喚問すればそれでよい。」とするのが判例（最大判昭和23・7・29刑集2巻9号1045頁）である。

「公費で」とは、判例によれば、「証人尋問に要する費用、すなわち、証人の旅費、日当等は、すべて国家がこれを支給する」ことであって、その趣旨は「被告人をして、訴訟の当事者たる地位にある限度において、その防御権を充分に行使せしめんとする」ものであり、有罪の判決をうけた場合にもなおかつ被告人に対し右費用を含めて訴訟費用を負担させてはならないという趣旨ではないとされる（最大判昭和23・12・27刑集2巻14号1934頁）。しかし、公費で負担すべき費用を、証人喚問の強制手続に要する費用に限定しつつ、それは被告人が有罪とされた場合でも負わせてはならない趣旨であるとする有力な反対論もある<sup>59</sup>。

---

<sup>57</sup> 田口守一『刑事訴訟法』（第3版）（弘文堂，2001年）

<sup>58</sup> 浦部法穂『全訂 憲法学教室』（日本評論社，2000年）296頁、佐藤幸治前掲注2・601頁など。

<sup>59</sup> 佐藤幸治前掲注2・601 - 602頁

### 3 弁護人依頼権の保障（37条3項）

日本国憲法

第37条 略

略

刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護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。

#### (1) 弁護人依頼権の意義

37条3項は、前段で被告人の弁護人依頼権を保障し、さらに後段で、被告人が経済的理由その他の理由によりみずから弁護人を依頼することができないときに国が弁護人をつけるという国選弁護人の制度を規定する。

「憲法は、刑事手続のあり方として、デュー・プロセスの思想を基礎にした当事者主義の構造を予定している」とされる。「そこでは、被疑者・被告人は、無罪の推定の下に、捜査・訴追側と対等な一方当事者として、防御活動を積極的に展開することが期待されている。しかし、被疑者・被告人は法律の素人であるのが通常であることを考えると、法律の専門家による援助なしに捜査・訴追側との対等性を確立・維持するのは、ほとんど不可能であろう。ゆえに、当事者主義を、真に、実質的に機能させるためには、弁護人の存在は不可欠である」<sup>60</sup>。本項は、その延長線上において、被告人の立場を実質的に補強すべく、専門的な法律知識をもった弁護人に依頼する権利を保障したと解されている<sup>61</sup>。

#### 【当事者主義と職権主義】

誰が訴訟を開始させるか、という観点から区別して、裁判所が自ら訴訟を開始させるものを「糾問主義」といい、裁判所以外の者の請求を待って訴訟を開始させるものを「弾劾主義」という。また、訴訟の主体の数という観点から区別して、裁判所と被告人だけで訴訟が進められるものを「糾問主義」といい、裁判所・訴追者・被告人の間で訴訟が進められるものを「弾劾主義」という（訴追者と被告人をあわせて「当事者」という。）

このうち の用法での「弾劾主義」をとる場合に、主要な役割を果たすのが、裁判所であるか、当事者であるかにより、「職権主義」と「当事者主義」とに分かれる。

我が国では、徳川時代まで、糾問的な手続が行われていた。明治維新後も、しばらくは糾問主義が続いたが、明治13年の治罪法は、ボワソナードの指導の下にフランスの刑事訴訟法を継受したもので、近代的な弾劾訴訟が採用された。明治23年の刑事訴

<sup>60</sup> 野中ほか前掲注7・409頁

<sup>61</sup> 樋口・佐藤・中村・浦部『注釈 日本国憲法』（青林書院，1984年）778頁



訟法は憲法制定を受けて、これに必要な改正を加えたもので、大正 11 年の刑事訴訟法は、当事者主義化が進められたものの、なお職権主義的なものであった。

戦後、アメリカ法の影響を受けて、刑事訴訟法の当事者主義化が徹底された。

## (2) 弁護人依頼権の内容

直接には「刑事被告人」に対し弁護人依頼権を認めるものであるが、被拘束の被疑者には既に 34 条によってこの権利が保障されており、刑事訴訟法は、被疑者(被拘束の被疑者も含む)及び被告人はいつでも弁護人を選任できるものとしている(同法 30 条)。この依頼権は、判例によれば、被告人が自ら行使すべきもので、裁判所は被告人にこの権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければ足るものとされる(最大判昭和 24 年 11 月 30 日刑集 3 巻 11 号 1857 頁、最大判昭和 28 年 4 月 1 日刑集 7 巻 4 号 713 頁など)<sup>62</sup>。

### (参考) 接見時の証拠ビデオの検査要求に対する拘置所の対応を違憲とした大阪地裁判決

「刑事被告人との接見で証拠品のビデオテープを再生しようとした際、大阪拘置所(大阪市都島区)がテープの内容検査を求めたのは、憲法が保障する「秘密接見交通権」の侵害に当たるとして、大阪弁護士会所属の弁護士(57)が、国に 1,100 万円の国家賠償を求めた訴訟の判決が 9 日、大阪地裁であった。森宏司裁判長は「検査要求は、秘密接見交通権を定めた刑事訴訟法が由来する憲法などの趣旨に反し、違憲、違法」と述べ、国に 110 万円の支払いを命じた。

原告弁護団によると、弁護士が接見時に持ち込む証拠物などの内容に関する検査を拘置所側に禁じた判決は初めて。

判決によると、弁護士は、マンション駐車場から車を盗んだなどとして窃盗罪などに問われた男性被告の弁護を担当。2001 年 10 月、同拘置所に接見で訪れ、「証拠物の防犯ビデオを見ながら被告と打ち合わせたい」と申し出たが、拘置所側は「保安上の観点から、事前に目を通さないと認められない」と拒否した。

森裁判長は「接見に持ち込まれる書類などの内容にまで及ぶ検査は不合理で許されない」と判断し、監獄法施行規則で認められる検査の範囲は、外形の目視確認や口頭での質問程度との基準を示した。そのうえで、「ビデオテープを見せて打ち合わせする重要性は高く、書類を見せての打ち合わせと、全く違いはない」と述べた。」

(読売新聞 平成 16 年 3 月 10 日)

## (3) 国選弁護人選任請求権

3 項後段は、いわゆる国選弁護人の制度を設けるものである。被告人が自ら

<sup>62</sup> 佐藤幸治前掲注 2・602 頁

弁護人を附することができないときに国が当然に(無条件で)必ず国選弁護人を附さなければならないとするものではなく、被告人の請求を待って国が国選弁護人を附することとするのも本項に違反するものではない。すなわち弁護人選任の意思のある被告人に対し、弁護人の選任を国に請求する権利を保障したものである(判例)<sup>63</sup>。

## 4 自己負罪の拒否(38条1項)

### 日本国憲法

第38条 何人も、自己に不利益な供述を強要されない。

略

略

### (1) 自己負罪拒否特権の意義

これは、被疑者・刑事被告人及び各種の証人に対して、不利益な供述(刑罰又はより重い刑罰を科される根拠となる事実の供述)を避けた場合、処罰その他法律上の不利益を与えることを禁ずる意味である。アメリカ合衆国憲法修正5条の自己負罪拒否の特権(privilege against self-incrimination)に由来する<sup>64</sup>。

自己負罪拒否特権に関しては、次のような論点がある。

### (2) 刑事免責制度

「判例は、共犯等の関係にある者のうちの一部に対して刑事免責を与え、自己負罪拒否特権を失わせて供述を強制し、その供述を他の者の有罪を立証する証拠とするいわゆる刑事免責制度について、憲法がその導入を否定しているものとまでは解されないが、これを採用するかどうかは、「これを必要とする事情の有無、公正な刑事手続の観点からの当否、国民の法感情からみて公正感に合致するかどうかなどの事情を慎重に考慮して決定されるべきものであり、これを採用するのであれば、その対象範囲、手続要件、効果等を明文をもって規定すべきもの」であるとし、日本の刑事訴訟法がこの制度に関する規定を置いていない現状では、刑事免責を付与して得られた供述を事実認定の証拠とす

<sup>63</sup> 佐藤功前掲注28・584頁

<sup>64</sup> 芦部前掲注1・230頁

ることは、許容されないとした(最大判平成7・2・22刑集49巻2号1頁《ロッキード事件丸紅ルート上告審》)。<sup>65</sup>

### (3) 行政手続と自己負罪拒否特権

「自己負罪拒否特権についても、行政手続への適用の有無が議論されている。〔…略…〕川崎民商事件上告審判決によれば、〔38条1項〕の保障は、「純然たる刑事手続においてばかりではなく、それ以外の手続においても、実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続には、ひとしく及ぶ」が、所得税法上の税務検査および質問は、そのような作用を一般的に有するものではなく、本規定にいう「自己に不利益な供述」を強要するものではない」とされる<sup>66</sup>。

### (4) 交通事故の報告義務

「現在の道路交通法の前身である道路交通取締法によって課された、交通事故に関する報告義務と本項との関係について、最高裁は、報告を要求される「事故の内容」とは、「その発生した日時、場所、死傷者の数及び負傷の程度並に物の損壊及びその程度等、交通事故の態様に関する事項を指すもの」で、それ以上に「刑事責任を問われる虞のある事故の原因その他の事項までも右報告義務ある事項中に含まれるもの」ではないため、本項に違反する「自己に不利益な供述の強要」にはあたらないとする(最大判昭和37・5・2刑集16巻5号495頁)。<sup>67</sup>しかし、長谷部教授は、このような報告の内容が犯罪発覚の端緒となることは容易に想定することができ、そもそも「自己に不利益な供述の強要」に当たらないと考えることは困難ではないかと言う。その上で、「むしろ、高度の危険性を帯びる自動車運転については、公共の利益をはかるため、この種の報告義務により一定限度黙秘権を縮減させることを前提として、はじめて運転が許される制度が設営されていると見るべきであろう。麻薬及び向精神薬取締法37条以下、50条の23が定める麻薬取扱者の記帳義務についても(最大判昭和29・7・16刑集8巻7号1151頁)、同様のことがいえる」とする<sup>67</sup>。

<sup>65</sup> 長谷部前掲注17・266頁

<sup>66</sup> 同266頁

<sup>67</sup> 同267頁

### 【ミランダ・ルール】

アメリカ法において、逮捕が行われた場合、警察官は、被疑者を直ちに治安判事の面前に連れて行かなければならない。警察官は、勾留中に被疑者に嫌疑の事実を通告し、面通しその他の調査をすることは許されるが、犯罪について尋問するには、いわゆる「ミランダ告知」を与えておく必要がある。その内容は、捜査機関が、身柄拘禁中の被疑者を取り調べる場合には、それに先立って、被疑者に対し（１）黙秘する権利があること、（２）供述したことは、後にトライアル（証拠調べを中心とする事実審理）において不利な証拠として用いられる場合があること、（３）弁護士と相談し、取調べにさいして弁護人を立ち会わせる権利があること、（４）貧困者に対しては、請求により、国（州）選弁護人を選任してもらえ、を告知しなければならないというものである。そして、このような告知を怠り、あるいは、それに基づく権利行使の機会を与えることなく被疑者を取り調べた場合には、その結果得られた自白は証拠として許容されない、とする原則をミランダ・ルールという<sup>68</sup>。連邦最高裁のミランダ判決（Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)）により確立されたためこの名称がある。

日本の刑事訴訟法は、黙秘権の告知について定めている（198条2項、291条2項）が、これが憲法上の要請であるかについては、判例・学説は否定的である（最大判昭和23・7・14・刑集2巻8号846頁）。これらの規定は、直接に憲法38条1項の要求するところではないが、その趣旨を法律によりさらに進めたものと解される<sup>69</sup>。

## 5 自白（38条2項・3項）

### 日本国憲法

#### 第38条 略

強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない。

何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない。

### （１） 総説

自白とは、「犯人が自己の犯罪事実を認める旨の供述」をいう<sup>70</sup>。自白は、戦前の刑事手続では「証拠の女王」とされ、自白獲得のために拷問等の弊害を誘発した。憲法は、自白についてとくに1条を定め、自白中心の捜査を否定し

<sup>68</sup> 木下毅『アメリカ憲法入門・総論』（有斐閣、2000年）220頁

<sup>69</sup> 佐藤功前掲注28・593頁

<sup>70</sup> 平野龍一『刑事訴訟法概説』（東京大学出版会、1968年）174頁

ている<sup>71</sup>。

2項の「強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」ことを「自白排除法則」、3項の「何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない」ことを「自白補強法則」という。

## (2) 自白排除法則

「強制、拷問若しくは脅迫による自白」又は「不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白」は、真実性において疑わしい場合が十分想定されるだけでなく、捜査機関などによる違法・不当な圧迫を根絶するには、およそこの種の自白は一切証拠として用い得ないものとしなければならない、というのが趣旨であるとされる<sup>72</sup>。刑事訴訟法は、これら のほか、「その他任意にされたものでない疑のある自白」は、証拠にできないと定めている（同法 319 条 1 項）。

## (3) 自白補強法則

38 条 3 項の趣旨について、最高裁判所は、被告人の架空な自白によって有罪とされることを防止するためのものであるとし（最大判昭和 24・10・5 刑集 3 巻 10 号 1646 頁）どのような補強証拠が必要とされるかについて、自白にかかわる犯罪組成事実の全部にわたる必要はなく、自白にかかる事実の真実性を保障しうるものであれば足りるものとしている（最判昭和 23・10・30 刑集 2 巻 11 号 1427 頁）。

刑事訴訟法は、「被告人は、公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない」と定める（同法 319 条 2 項）。これが憲法 38 条 3 項の要請を受けてのものか否か、つまり公判廷における被告人の自白も「本人の自白」に含まれるか否か、について、判例は、一貫して消極説の立場を維持している（最大判昭和 23・7・29 刑集 2 巻 9 号 1012 頁）。その理由とするところは、公判廷では被告人は自己の真意に反してまで軽々しく自白し、真実にあらずる自己に不利益な供述をするような状態になく、またそのような自白に対しては弁護人が直ちに是正する機会を持っているからと言う。しかし、この判例の考え方については、憲法は公判廷外における自白と公判廷における自白を区別していない、公判廷におけ

---

<sup>71</sup> 戸波前掲注 15・330 頁

<sup>72</sup> 佐藤幸治前掲注 2・606 頁

る自白でも背後における不当な圧迫によることがありうる、などを理由に反対論も強いとされている<sup>73</sup>。

#### (4) 自白の証拠能力の限界

上記の自白排除法則と自白補強法則の趣旨に関しては、さらに細かく分けると、以下のような学説がある。このうちどの説に立つかによって、証拠の能力の否定される範囲が異なることになる。

ただし、高橋和之教授は、これらの説は相互に排他的と考えるべきではなく、ともに妥当すると考え、いずれの趣旨をも満たすような調和的な解釈・運用をはかるべきであろうとする<sup>74</sup>。

#### (5) 英米における「有罪の答弁」の制度

認否を聴く手続(アラインメントとも呼ばれる。)で被告人が有罪の答弁(不抗争の答弁も同視される。)をすると、死刑事件などの場合を除き、事実認定が省略されて量刑だけを進める制度を「有罪の答弁」の制度という<sup>75</sup>。被告人の処分権を認める典型例とされる。

我が国の刑事訴訟法は、明文で有罪の自認があってもそれだけでは有罪にされないと規定したので(同法 319 条 2 項 3 項) 法律上アラインメント制度が否定されていることは明らかである、とされている<sup>76</sup>。

問題は、憲法 38 条 3 項もアラインメントを否定しているかどうか、また立法政策上もアラインメントの採用が否定されるべきかであり、否定説と肯定説とが対立している。

肯定説は、 憲法 38 条 3 項は、被告人が争っていないときには、問題とする必要がないこと、 当事者主義からいえば、アラインメント制度は被告人の主体性とその利益を尊重する制度となりうること、 被告人の人権は弁護人制度の充実によって保護されうるものであること、 アメリカ法で有罪答弁を受理して判決を宣告するには「事実的裏付け (factual basis)」の調査が必要とされていること、などからすれば必ずしも真実主義を全面的放棄するものではないことから、アラインメント制度は立法論として十分に検討に値する問題と言える、とする<sup>77</sup>。

<sup>73</sup> 佐藤幸治前掲注 2・607 頁

<sup>74</sup> 野中ほか前掲注 7・399 頁

<sup>75</sup> 田宮前掲注 35・409 頁

<sup>76</sup> 田口前掲注 58・23 頁

<sup>77</sup> 同 24 頁

反対説は、アラインメント制度導入の必要性を公判の形骸化に求めるものがあるが、公判形骸化の原因が争いのない事件もある事件も同じ手続で処理しているという主張に論証はないし、公判形骸化が別の原因に基づいていた場合は、かえって形骸化を助長しかねない危険性をはらむ、被疑者・被告人の自己決定権の尊重という立場からアラインメント制度の導入に道を開き、肯定的に評価する自己決定論には、無辜の不処罰を内包しない論理であり、理念論の欠陥がある、当事者主義や当事者の主体性から導かれる被疑者・被告人の権利内容は、自己防衛権といえれば足りるのであり、自己決定権という必要はない、などを根拠とする<sup>78</sup>。

司法制度改革審議会意見書は、「争いのある事件とない事件を区別し、捜査・公判手続の合理化・効率化を図ることは、公判の充実・迅速化（メリハリの効いた審理）の点で意義が認められる。その具体的方策として、英米において採用されているような有罪答弁制度（アラインメント）を導入することには、被告人本人に事件を処分させることの当否や量刑手続の在り方との関係等の問題点があるとの指摘もあり、現行制度（略式請求手続、簡易公判手続）の見直しをも視野に入れつつ、更に検討すべきである。」として、今後の検討課題とした。

## 6 事後法と「二重の危険」の禁止（39条）

### 日本国憲法

第39条 何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。

### (1) 事後法の禁止

39条前段は、「何人も、実行の時に適法であつた行為……については、刑事上の責任を問はれない」と規定する。事後法（ex post facto law）の禁止又は遡及処罰の禁止として知られるこの原則は、法の支配<sup>79</sup>の基本的要素の一つ

<sup>78</sup> 福島至「刑事司法改革の理念」（法律時報 74 巻 7 号）26-29 頁

<sup>79</sup> 「法の支配は、国家機関の行動を一般的・抽象的で事前に公示される明確な法によって拘束することにより、国民の自由を保障しようとする理念である。「人の支配」ではなく、「法の支配」を実現するためには、何よりもそれが従うことの可能な法でなければならず、

であり、また、罪刑法定主義の重要な帰結の一つである。

実行のときに適法ではなかったが罰則が設けられていなかった場合に、後に罰則を定めて処罰することや、行為時の刑罰よりも重く処罰することも、本条に反するものと解される<sup>80</sup>。

## (2) 「二重の危険」あるいは「一事不再理」の原則

39条前段後半及び後段は、「何人も、……既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」と規定する。

同条前段の後半部分および後段との関係については、いずれも大陸法でいう「一事不再理」の原則を定めたもので、無罪判決にせよ有罪判決にせよ、判決が確定した以上は、同一の犯罪について再び刑事上の責任を問われることはないことを定めたものであるとする説、両者をあわせて、英米法でいう「二重の危険（double jeopardy）の禁止」の原則を定めたものとする説などがある。

### 【「一事不再理」と「二重の危険」】

「一事不再理の原則」とは、一度無罪の判決が確定したときに、これを覆して（被告人の不利益に変更して）、改めて処罰してはならないことをいう<sup>81</sup>。大陸法において、この原則は、判決の既判力と結びつけて理解されてきた。実体判決は、いったん確定すると、その判断内容が真実とみなされ、もはや争うことが許されなくなる。それが、実体判決の既判力といわれるものである。既判力が生じると、その反射的效果として、同一の事件を裁判所に提訴することが許されなくなる。既判力が後訴を遮断するのである。この効果を指して、一事不再理といわれる。既判力の制度、したがって、一事不再理の制度は、裁判制度そのものに内在する要請である。ゆえに、一事不再理の原則は、裁判制度が存在する以上、理論上当然に要請されるものであり、憲法上特別の条文を必要とするものではない。だからこそ、特別の規定が存在しなかった明治憲法下でも、一事不再理は、理論上承認されていたのである。これに対し、「二重の危険の禁止の原則」とは、被告人の権利保護を直接の目的としている。被告の座に立たされるということは、物質的にも心理的にも大変な負担を意味する。刑罰の不安におののき、裁判に時間をとられ、経済的に追いつめられ、社会的制裁を受けながら、裁判の重圧に耐えなければならない。しかし、国

法に基づいて社会生活を営むことが可能でなければならない。そのためには、法が一般的抽象的であり、公示され、明確であり、安定しており、相互に矛盾しておらず、遡及立法（事後立法）が禁止され、国家機関が法に基づいて行動するよう、独立の裁判所によるコントロールが確立していること、が要請される。」（長谷部前掲注 17・21-22 頁）

<sup>80</sup> 佐藤幸治前掲注 2・608 頁

<sup>81</sup> 佐藤功前掲注 28・608 頁



家としては、秩序を保つために、犯罪を犯したと確信する者に対し訴追しないわけにはいかない。ここに、個人の利益と公益とが対立し、そのバランスとして、国家に一度だけは訴追を認め、再度同じ負担を負わせられることのない権利を被告人に保障しようとするのが、二重の危険の防止なのである。この考えは、イギリスのCOMMON・ローにおいて形成されたが、アメリカは、この制度を継受して、人権規定の中に取り入れた。合衆国憲法第5修正において、「何人も、同一の犯罪につき重ねて生命身体の危険（jeopardy）にさらされることはない」と規定されている<sup>82</sup>。

本条が二重の危険の原則を定めているとすると、たとえば下級審の無罪判決に対して検察官が上訴することやより重い刑を求めて上訴することは、本条に反することになる疑いがあるが、判例は、同一の事件では、「危険」は判決が確定しない状態ではなお危険は終了しておらず、したがって検察官の上訴も二重の危険の原則には反しないとす（最大判昭和 25.9.27 刑集 4 卷 9 号 1805 頁）。このような「危険」の解釈からすれば、二重の危険の禁止と一事不再理とはほとんど同一に帰することとなろう<sup>83</sup>。

---

<sup>82</sup> 野中ほか前掲注 7・400-401 頁

<sup>83</sup> 長谷部前掲注 17・271-272 頁

# 残虐刑の禁止（36条・死刑制度）

## 日本国憲法

第36条 公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる。

## 1. 総説

憲法 36 条は、「公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる」と定める。「拷問」は、とくに明治憲法時代には、自白獲得の手段としてしばしば用いられてきたので、憲法はそれを「絶対」に禁止した。また、「残虐な刑罰」は、不必要に精神的・肉体的苦痛をもたらす人道的に残酷な刑罰をいい、判例（最大判昭和 23.3.12 刑集 2 巻 3 号 191 頁）は火あぶり・はりつけなどがそれにあたるが、絞首刑はそれにあたらないとしている<sup>84</sup>。

## 2. 死刑制度

### (1) 死刑制度と憲法 36 条

死刑が憲法 36 条にいう「残虐な刑罰」に当たるのではないかが議論されてきた。

この点については、憲法 31 条、13 条が死刑を前提としている<sup>85</sup>ことから、判例・通説は、執行方法が火あぶり、はりつけなど「その時代と環境とにおいて人道上の見地から一般に残虐性を有するものと認められる場合」はさておき（それは残虐刑である）現行の絞首刑による死刑そのものは残虐刑に該当しないとされている（最大判昭和 23・3・12 刑集 2 巻 3 号 191 頁）<sup>86</sup>。

この問題について、戸波江二・早稲田大学教授は、以下のようにその合憲性には再考を要するとの見解を示している。

「人の命を奪うという刑罰は、生きることを本質的前提とする人間にとって

<sup>84</sup> 戸波前掲注 15・332 頁

<sup>85</sup> 生命に対する国民の権利も、公共の福祉を理由とする法律上の手続に従って制限され、あるいは剥奪されうることを予想している。憲法13条「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」憲法31条「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」（条文中の太字は事務局において編集）

<sup>86</sup> 芦部前掲注 1・233 頁

は苛酷であり、しかも、その性質上誤判に対して救済不可能である。…死刑が人間の尊厳の根本的否定である以上、人権の思想に抵触して違憲であるということができないか、なお考慮の余地がある。とくに、時代の変化とともに死刑が残虐な刑罰と認識されることは生じうる。また、裁判所の判決が不当に死刑を科した場合には、判決が違憲となると考えることもできる。」<sup>87</sup>

また、長谷部恭男・東京大学教授は以下のように述べる。

「死刑が残虐な刑罰にあたるかを考えるためには、刑罰の一般予防効果にとって意味があるのは、刑罰が実際に加える苦痛より刑罰から人々が想像する苦痛ではないか(死刑と終身の懲役とでいずれが実際の苦痛が大きいかは判断しにくいのではないか)、死刑を科すことが生命を尊重しないことを意味するか(財産刑を科すことは財産を尊重しないことを意味するか)、被告人にとって不利益な誤判が起こった際、死刑が執行されれば取り返しがつかないのではないか(懲役刑であれば取り返しがつくか)などの諸要素を考慮する必要がある。…最大判昭和23・3・12に対する島保等4裁判官による補足意見は、刑罰が残虐であるか否かの判断は「国民感情」によって定まる問題であるとするが、まず刑罰の残虐性を自分がその刑を科せられることはないと思込んでいる一般国民の感情によって決定してよいかという問題があるうえに、ある刑罰が残虐であると一般国民が思えば思うほど、その一般予防効果は大きいという逆説もあることに留意すべきである。」<sup>88</sup>

死刑廃止論については、(3)参照のこと。

## (2) 我が国における死刑の執行

### 刑法

#### (刑の種類)

第9条 死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留及び科料を主刑とし、没収を付加刑とする。

#### (死刑)

第11条 死刑は、監獄内において、絞首して執行する。

2 死刑の言渡しを受けた者は、その執行に至るまで監獄に拘置する。

死刑は、我が国の現行法上は懲役・禁錮・罰金・拘留及び科料とともに主刑(独立して科すことのできる刑罰)の一つである(刑法9条)。

<sup>87</sup> 戸波前掲注15・332頁

<sup>88</sup> 長谷部前掲注17・270-271頁

死刑判決が確定した者は、執行までの間、刑事施設に拘置される（刑法 11 条 2 項）。拘留そのものは、むろん刑ではない。死刑の執行は法務大臣の命令による。回復不能の極刑であるという性質上、特に慎重を期すための手続である。担当検察庁から執行に関する上申書が法務大臣に提出されると、法務省の担当官があらためて記録など関係資料を精査し、再審・非常上告・恩赦の余地がないかを判断した上で、法務大臣の命令が出される。死への恐怖が不当に長く尾を引くのは好ましくないので、判決確定後 6 ヶ月以内にするものとされたが、上訴権回復若しくは再審の請求、非常上告又は恩赦の出願若しくは申出がされその手続が終了するまでの期間及び共同被告人であった者に対する判決が確定するまでの期間は、これに算入されない（刑事訴訟法 475 条）。法務大臣の命令があったときは、5 日以内に執行をしなければならない（同法 476 条）。

死刑は、刑事施設内で絞首して執行する（刑法 11 条 1 項）。検察官・検察事務官・施設の長またはその代理者が立ち会う（刑事訴訟法 477 条 1 項）。一般には非公開である（同条 2 項）。立ち会った検察事務官が、執行始末書を作り、他の立会人はこれに署名・押印しなければならない（同法 478 条）。死刑の執行は、次の二つの場合に停止される（同法 479 条）。死刑の言い渡しを受けた者が心神喪失（死刑の意味を認識し得ないこと）の状態にあるとき、

その者が懐胎しているときがそれである。前者は死刑執行が無意味であるため、後者は子どもにまで累を及ぼさないため、である。これらの場合、法務大臣の命令によって執行を停止する。執行停止中の者は、刑事施設に拘留され、右の原因が消失してから、一般原則に戻って 6 ヶ月内に法務大臣の命令で執行される<sup>89</sup>。

## 死刑が定められている罪名一覧

### （刑法）

- ・ 内乱罪の首謀者（77 条 1 項 1 号）
- ・ 外患誘致罪（81 条）
- ・ 外患援助罪（82 条）
- ・ 現住建造物等放火罪（108 条）
- ・ 激発物破裂罪（117 条 1 項）
- ・ 現住建造物等浸害罪（119 条）
- ・ 列車転覆等致死罪（126 条 3 項）
- ・ 往来危険による汽車転覆等罪（127 条）
- ・ 水道毒物等混入致死罪（146 条後段）
- ・ 殺人罪（199 条）
- ・ 強盗致死罪（240 条）
- ・ 強盗強姦致死罪（241 条後段）

### （特別法）

- 爆発物使用（爆発物取締罰則 1 条）
- 決闘殺傷（決闘罪二関スル件 3 条）

<sup>89</sup> 田宮前掲注 35・516-517 頁

航空機墜落致死（航空の危険を生じさせる行為等の処罰に関する法律 2 条 3 項）  
 航空機強取等致死（航空機の強取等の処罰に関する法律 2 条）  
 人質殺害（人質による強要行為等の処罰に関する法律 4 条）  
 組織的な殺人等（組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律 3 条 1 項 3 号）

【表 1 戦後我が国の第一審裁判所で死刑の言渡しを受けた被告人及び死刑を執行された被告人の数（人）】<sup>90</sup>

年次	第一審	執行数	年次	第一審	執行数	年次	第一審	執行数
S20		8	S38	12	12	S56	2	1
S21	40	11	S39	12	0	S57	11	1
S22	105	12	S40	16	4	S58	5	1
S23	116	33	S41	14	4	S59	6	1
S24	55	33	S42	7	23	S60	9	3
S25	62	31	S43	15	0	S61	5	2
S26	44	24	S44	9	18	S62	6	2
S27	37	18	S45	9	26	S63	10	2
S28	22	24	S46	4	17	H1	2	1
S29	20	30	S47	4	7	H2	2	0
S30	32	32	S48	4	3	H3	3	0
S31	24	11	S49	6	4	H4	1	0
S32	35	39	S50	5	17	H5	4	7
S33	25	7	S51	4	12	H6	8	2
S34	28	30	S52	9	4	H7	11	6
S35	12	39	S53	6	3	H8	1	6
S36	29	6	S54	7	1	H9	3	4
S37	12	26	S55	9	1	H10	7	6

### (3) 死刑廃止論

死刑制度をめぐる最大の争点は、いうまでもなく死刑の存廃をめぐる議論である。死刑存置論と死刑廃止論の主張を簡単にまとめると、以下のようになる。

<sup>90</sup> 団藤重光『死刑廃止論』〔第六版〕（有斐閣，2000年）457-466頁。なお、同書が「死刑確定者数」ではなく「第一審における死刑言渡しの人員」を掲載しているのは、死刑確定までにかかりの年月を要するのが普通なので、死刑の言渡しの傾向を見るためにはこの方が適当であるからとしている。

【表 2 死刑存置論と死刑廃止論の主張】<sup>91</sup>

死刑存置論の主張	死刑廃止論の主張
殺人行為などの凶悪犯罪には死刑をもって望むべきであるということが国民の法的確信である。	
	国家が、生命の絶対的価値を前提にして殺人行為を犯罪としておきながら、犯人の生命を奪うのは矛盾している。
「死刑を廃止しても凶悪犯罪は増加しない」という廃止論者の主張については、そのことを証明できない。	死刑には凶悪犯罪を抑止するという一般予防効果が認められない。
凶悪な犯罪者は生命剥奪によって社会から完全に隔離する必要がある。	死刑は犯罪者の改善・教育を否定するものであり、また執行時の改悛などの事態に対応することができず、刑罰の持つ動的性格にとって不適切である。
誤判の場合の回復不可能性は死刑に限られるものではない(例えば、懲役刑の場合でも失われた年月は取り戻すことができない。)	死刑は、誤判の場合に回復が不可能である。

#### (4) 死刑制度に関する世論調査

平成 11 年 9 月、総理府(当時)は、「基本的法制度に関する世論調査」を実施し、その中で死刑制度の存廃に対する国民の態度について調査を行った<sup>92</sup>。その調査結果の概要は、以下のようになっている。

##### (1) 死刑制度の存廃

死刑制度に関して、「どんな場合でも死刑は廃止すべきである」、「場合によっては死刑もやむを得ない」という意見があるが、どちらの意見に賛成か聞いたところ、「どんな場合でも死刑は廃止すべきである」と答えた者の割合が 8.8%、「場合によっては死刑もやむを得ない」と答えた者の割合が 79.3%となっている。なお、わからない・一概に言えないと答えた者の割合は 11.9%となっている。

前回の調査結果(平成 6 年 9 月)と比較して見ると、「どんな場合でも死刑は廃止すべきである」と答えた者の割合が低下(13.6%→8.8%)し、「場

<sup>91</sup> 城下裕二「死刑制度 存廃論及び適用基準を中心にして」(法学教室 249)

<sup>92</sup> 内閣府 HP より引用した。http://www8.cao.go.jp/survey/h11/houseido/index.html

合によっては死刑もやむを得ない」と答えた者の割合が上昇（73.8% 79.3%）している。

性別に見ると、「場合によっては死刑もやむを得ない」と答えた者の割合が男性で高くなっている。

死刑の犯罪抑止力についての質問（死刑がなくなった場合，凶悪な犯罪が増えるという意見と増えないという意見があるがどのように考えるか）との関連で見ると、「どんな場合でも死刑は廃止すべきである」と答えた者の割合は，増えない，一概には言えないと答えた者で，「場合によっては死刑もやむを得ない」と答えた者の割合は，増えると答えた者で，それぞれ高くなっている。

#### ア 死刑制度を廃止する理由

「どんな場合でも死刑は廃止すべきである」と答えた者（316人）に，その理由を聞いたところ，「国家であっても人を殺すことは許されない」を挙げた者の割合が44.3%，「生かしておいて罪の償いをさせた方がよい」を挙げた者の割合が38.9%，「裁判に誤りがあったとき，死刑にしてしまうと取り返しがつかない」を挙げた者の割合が37.3%，「人を殺すことは刑罰であっても人道に反し，野蛮である」を挙げた者の割合が35.1%，「凶悪な犯罪を犯した者でも，更生の可能性がある」を挙げた者の割合が33.2%，「死刑を廃止しても，そのために凶悪な犯罪が増加するとは思わない」を挙げた者の割合が27.2%となっている。

前回の調査結果と比較してみると，「国家であっても人を殺すことは許されない」，「凶悪な犯罪を犯した者でも，更生の可能性がある」，「死刑を廃止しても，そのために凶悪な犯罪が増加するとは思わない」を挙げた者の割合が，それぞれ上昇（33.4% 44.3%，25.8% 33.2%，19.9% 27.2%）している。

性別に見ると，「裁判に誤りがあったとき，死刑にしてしまうと取り返しがつかない」を挙げた者の割合は女性で高くなっている。

#### イ 即時死刑廃止か，いずれ死刑廃止か

「どんな場合でも死刑は廃止すべきである」と答えた者（316人）に，死刑を廃止する場合には，すぐに全面的に廃止するのがよいと思うか，それともだんだんに死刑を減らしていき，いずれ廃止する方がよいと思うか聞いたところ，「すぐに，全面的に廃止する」と答えた者の割合が42.1%，「だんだん死刑を減らしていき，いずれ廃止する」と答えた者の割合が

52.2%となっている。

前回の調査結果と比較して見ると、大きな変化は見られない。

#### ウ 死刑制度を存置する理由

「場合によっては死刑もやむを得ない」と答えた者(2,855人)に、その理由を聞いたところ、「凶悪な犯罪は命をもって償うべきだ」を挙げた者の割合が49.3%、「死刑を廃止すれば、被害を受けた人やその家族の気持ちがおさまらない」を挙げた者の割合が48.6%、「死刑を廃止すれば、凶悪な犯罪が増える」を挙げた者の割合が48.2%、「凶悪な犯罪を犯す人は生かしておく、また同じような犯罪を犯す危険がある」を挙げた者の割合が45.0%となっている。

前回の調査結果と比較してみると、「死刑を廃止すれば、被害を受けた人やその家族の気持ちがおさまらない」、「凶悪な犯罪を犯す人は生かしておく、また同じような犯罪を犯す危険がある」を挙げた者の割合が、それぞれ上昇(40.4%→48.6%、33.9%→45.0%)している。

性別に見ると、「凶悪な犯罪は命をもって償うべきだ」を挙げた者の割合は男性で高くなっている。

#### エ 将来も死刑存置か

「場合によっては死刑もやむを得ない」と答えた者(2,855人)に、将来も死刑を廃止しない方がよいと思うか、それとも、状況が変われば、将来的には、死刑を廃止してもよいと思うか聞いたところ、「将来も死刑を廃止しない」と答えた者の割合が56.5%、「状況が変われば、将来的には、死刑を廃止してもよい」と答えた者の割合が37.8%となっている。

前回の調査と比較して見ると、「将来も死刑を廃止しない」と答えた者の割合が上昇(53.2%→56.5%)している。

性別に見ると、「将来も死刑を廃止しない」と答えた者の割合は男性で、「状況が変われば、将来的には、死刑を廃止してもよい」と答えた者の割合は女性で、それぞれ高くなっている。

年齢別に見ると、「将来も死刑を廃止しない」と答えた者の割合は60歳以上で、「状況が変われば、将来的には、死刑を廃止してもよい」と答えた者の割合は30歳代、40歳代で、それぞれ高くなっている。

#### (2) 死刑の犯罪抑止力

死刑がなくなった場合、凶悪な犯罪が増えるという意見と増えないという意見があるが、どのように考えるか聞いたところ、増えると答えた者の割合



が 54.4%，増えないと答えた者の割合が 8.4%，一概には言えないと答えた者の割合が 32.4%となっている。

前回の調査結果と比較して見ると，増えないと答えた者の割合が低下（12.0%→8.4%）している。

性別に見ると，増えると答えた者の割合は男性で高くなっている。

死刑制度の存廃についての質問との関連で見ると，増えると答えた者の割合は「場合によっては死刑もやむを得ない」と答えた者で，増えない，一概には言えないと答えた者の割合は「どんな場合でも死刑は廃止すべきである」と答えた者で，それぞれ高くなっている。

## (5) 諸外国における死刑制度の存廃

死刑廃止国は、平成 16（2004）年 4 月 2 日現在、117 カ国（全面的廃止国 = 79・通常犯罪についての廃止国 = 15・事実上の廃止国（20 年以上死刑執行のない国） = 23）であり、ヨーロッパの主要国でもイギリス（1998 年）・フランス（1981 年）・ドイツ（1949 年）・イタリア（1994 年）などは全面的廃止を実現している。一方、死刑存置国は日本を含めて 78 カ国である。1989 年に国連総会で死刑廃止条約（「死刑の廃止を目的とする市民的及び政治的権利に関する国際人権規約の第二選択議定書」）が採択され、1991 年に発効しているが、我が国はこれを批准していない。

アメリカ合衆国では、死刑は州法によって制度化されており、50 州のうち 38 州が死刑を規定している<sup>93</sup>。

ヨーロッパでは、マーストリヒト条約（1992 年調印・1993 年発効）6 条 2 項が、欧州連合（EU）は「ヨーロッパ人権条約に保障され、かつ、加盟国に共通の憲法的伝統に由来する基本権を、共同体法の一般原則として尊重する」旨を規定しており、そのヨーロッパ人権条約（1950 年調印・1953 年発効）では、第 6 議定書（1983 年調印・1985 年発効）に平時における死刑廃止（戦時における死刑は認める）を、第 13 議定書（2002 年調印・2003 年発効）にあらゆる事情の下での死刑廃止を規定している<sup>94</sup>。また、欧州のための憲法を定立する条約草案（欧州憲法条約草案・いわゆる「EU 憲法」草案）には、死刑廃止とともに、死刑がある国への引渡し等を禁止する規定が設けられている。

<sup>93</sup> アムネスティ・インターナショナル日本 HP : <http://homepage2.nifty.com/shihai/>

<sup>94</sup> トーマス・バーゲンソル著 小寺初世子訳『国際人権法入門』（1999,東信堂）95 頁

(参考) 欧州のための憲法を定立する条約草案(欧州憲法条約草案)(抄)<sup>95</sup>

**第2部 連合基本権憲章**

**第1編 尊厳**

**第II-2条 生命に対する権利**

1. あらゆる人は、生命に対する権利をもつ。
2. 何人も、死刑を求刑され、または執行されてはならない。

**第II-19条 強制退去、追放または引渡しの場合の保護**

1. 集団的追放は禁止される。
2. 何人も、死刑、拷問またはその他の非人道的もしくは残虐な処遇もしくは刑罰を受けるであろう重大な危険がある国へ、退去、追放または引き渡されてはならない。

**(6) 死刑制度に関する国会論議**

**死刑廃止について**

**第55回国会 S42.5.24 参議院予算委員会第一分科会**

山本伊三郎君 法務大臣はなかなかこの法律には明るい方ですから、死刑廃止については、あんだ、ここで言えるだけの意見を、ひとつあんだの意見はどうでしょう、死刑廃止論についての。

国務大臣(田中伊三次君) …法制審議会に委嘱をいたしまして、…一応の審議をしておる最中でございます。結論が出ておりません。そこで私が、…死刑廃止についてこうだということはいかがかと存じますので、以下申し上げますことは、法制審議会を拘束する心で言うのではないのだと、しかし、いやしくも法務大臣としての立場で、死刑廃止をいかに考えるかというおことばに対しては、発言をせぬわけにいかぬと、決して法制審議会を拘束するものでないという意味で、そういう前提でちょっと一口申し上げますと、私はこの死刑は全面的に廃止すべきものでないと思う。

その理由は、被害者の霊並びに被害者の遺族の立場を深く考えることが、国家刑政の重大な目的の一つであるというように考えるのでございます。しかし現行の死刑は、御承知のとおり、人の命をとった場合ばかりではございません。それ以外にも死刑に処する、いわゆる外交上の内憂外患に関する罪につきましても死刑に処しておりますが、総じて申しますと、残酷な手段で人の命を奪ったという場合に限って死刑になっておると言うても、言い過ぎではないと思

<sup>95</sup> 中村民雄『欧州のための憲法を定立する条約草案 翻訳』(衆憲資第40号付録, 2004年)の訳文より引用した。

ます。大体そういうことに限られておる、実際は。

そこで私は、残酷なやり方で人の命を奪った者に対しては、これは死刑を廃止すべきものでない、断固たる態度で霊に報いるべきものだ、また遺族の期待に報いるべきものだ。これが法秩序を維持し、わが国の刑政を維持していく上から絶対の必要要件である、こう考えております。しかしながら、命をとる以外の犯罪、たとえば交通に関する犯罪等につきましても、人の命をとらなかった場合があろうと存じます。それから、政府転覆その他に關しまする犯罪でありましても、いわゆる政治犯というようなものについての死刑の規定は廃止すべきものである、自然人の命をむごい手段で奪った場合の残虐な犯罪に関しては、死刑は存置すべきものである、こういうふうに考えております。

### 死刑廃止条約に反対した理由

#### 第 123 回国会 H4.2.19 衆議院予算委員会

二見委員（公明） ……死刑廃止条約というのがあります。これは、死刑の廃止を目指す市民的及び政治的権利に関する国際規約の第二選択議定書というものでありまして、…この条約に対して賛成している国は、オーストラリア、ブラジル、カナダ、フランス、ドイツ、イタリア、オランダ、ニュージーランド、イギリス、ソ連など 59 カ国が賛成をしており、反対しているのは、日本、アメリカ、中国、インドネシア、エジプトなど 26 カ国であります。インドやシンガポール、ケニアなど 48 カ国は棄権をいたしております。なぜこれを日本は反対をしたのか。その理由を、これは法務省か、外務省ですか、お尋ねします。

#### 丹羽政府委員（外務省国際連合局長）

…先生の御質問は、この採択のときに日本はなぜ反対したかということであったと思いますが、その理由は、日本は、死刑廃止の問題は一義的には各国によりその国民感情それから犯罪の態様等を考慮して慎重に検討されるべきものであるというふうに考えております。また、死刑廃止についての国際世論の一致があるとは必ずしも言えない状況におきまして、この議定書は残念ながらこの人権委員会及び国連総会そのものでも必ずしも十分な論議が尽くされないで採択に回されたということで、日本は反対したということでございます。

### 死刑廃止と終身刑の創設について

#### 第 123 回国会 H4.2.19 衆議院予算委員会

二見委員（公明）……死刑を廃止するための前段階として執行されない死刑制度、死刑を法定刑から削ってしまわなくても現実に死刑が執行できないような制度というものを考えてもいいのではないか。あるいはこれは法制審議会の問題に

なるだろうけれども、いわゆる無期。無期という場合には10年たつと大体仮釈放の資格が取れて、平均17、8年で仮釈放になってしまう。そうなれば、被害者の家族の心情というのはたまったものじゃない。だから、むしろ仮釈放なき終身刑、これを検討しても私はいいのではないかというふうに思います。…

**田原国務大臣(法務大臣)** ただいまのお話を要約すると、死刑制度を廃止し、終身刑を考えてはどうかというようなことになると思うのですが、これはかつてそういう問題を法制審議会の特別部会で審議されたことがあるのですが、そこで問題になったのは、一生出てこれない終身刑というのは死よりも残酷ではないかという意見が出たことも確かでありますし、それを預かる刑務所ですか、そういうところの人たちがその人をどういうふうに処遇するかという処遇上の問題を大きく取り上げ、なかなか審議が進まなかった経緯がありまして、私もそのとおりではないかと思っておりますので、先ほどから申し上げておりますように結論はなかなか出にくいわけですが、ただ、現在は現行法に定められており、漫然と見送るわけにはいかないものではないかと思っておりますので、私は再審の機会はないかとか間違いはないかとかいうことを自分の目で一字一句確かめながら、時間をかけ最後の決断を下さなきゃいかぬのが今の制度ではないかというふうに考えておる次第であります。

## 凶悪・重大犯罪への対処のための法整備等

### 1 少年法改正（平成12年）

平成12年11月、第150回国会において「少年法等の一部を改正する法律」が成立し、平成13年4月1日に施行された。この改正は、少年法施行（昭和24（1949）年1月1日）以来、最も規模の大きい、実質的には初めてとってよいものであったといわれる。改正の内容は、少年事件の処分等の在り方の見直し、少年審判の事実認定手続の適正化、被害者への配慮の充実である。当初、政府は、平成10（1998）年7月に発出された法務大臣の諮問第43号に対する法制審議会答申「少年審判における事実認定手続の一層の適正化を図るための少年法の整備等に関する要綱骨子」（平成11（1999）年1月2日）に基づいて前記及びを内容とする法案を立案し、第145回国会（平成11年3月）にこれを提出した。改正法案は、第147回国会（平成12年）において審議が始まるも、衆議院解散で廃案となった。その後、社会の耳目を集める少年の凶悪犯罪が相次いだことを受けて、平成12（2000）年7月、与党三党により「与党政策責任者会議少年問題に関するプロジェクトチーム」が設置され、その検討結果に基づき、刑事処分可能年齢の引き下げ、一定の凶悪重大事件についての原則逆送制度等少年に対する処分の在り方の見直しにかかわる条項（前記）を盛りこんだ議員立法として新たな改正法が立案された。この法案は、第150回国会に提出され、参議院における一部修正を経て、可決成立した。新たな法案において盛り込まれたに係る条項は、前述法制審議会答申「要綱骨子」とは無関係である<sup>96</sup>。

【表3 少年法改正の経緯】<sup>97</sup>

平成10年7月～ 平成11年1月	法制審議会（少年法部会）において審議
平成11年3月	「少年法等の一部を改正する法律案」を国会提出同年の通常国会及び臨時国会では審議されず
平成12年5月	通常国会で審議が開始されたものの、6月の衆議院の解散とともに廃案となる
平成12年9月	議員提案により、刑事処分可能年齢の引下げや被害者への配慮の充

<sup>96</sup> 酒巻匡「クローズアップ刑事法2・3 少年法等の一部を改正する法律（上）（下）」法学教室 248・249（2001年）

<sup>97</sup> 司法制度改革推進本部 HP、公的弁護制度検討会・第6回配布資料一覧のうち、「資料・法務省6-1 少年法改正の経緯について」より引用した。

	実等を加えた「少年法等の一部を改正する法律」案が国会に提出される
平成12年11月	同法が成立（平成13年4月施行）

【表 4 「少年法等の一部を改正する法律」(平成 12 年法律 142 号)のうち、「少年事件の処分等の在り方の見直し」に関する概要】<sup>98</sup>

<b>1 少年法における年齢区分の見直し</b>
<p>刑事処分可能年齢を 16 歳から 14 歳に引き下げる（20 条 1 項）。</p> <p>懲役又は禁錮の言渡しを受けた少年は、16 歳に達するまで、少年院に収容することができるものとする（56 条 3 項）。</p>
<b>2 凶悪重大犯罪を犯した少年に対する処分の在り方の見直し</b>
<p>犯行時 16 歳以上の少年が故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪の事件については、保護処分を適当と認める場合を除き、検察官送致決定をするものとする（20 条 2 項）。</p> <p>少年法 51 条により死刑を軽減して無期徒刑を科した場合においては、58 条 1 号の少年に対する仮出獄可能期間の特則（7 年）は適用しないものとする（58 条 2 項）。</p> <p>18 歳未満の少年に対し無期徒刑で処断すべきときは、現行法上必ず有期刑に軽減することとしているが、無期徒刑を科すか有期刑を科すか、裁判所が選択できるものとする（51 条 2 項）。</p>
<b>3 保護者の責任の明確化</b>
<p>家庭裁判所は、必要があると認めるときは、保護者に対し、訓戒、指導その他の適当な措置をとることができるものとする（25 条の 2）。</p>
<b>4 審判の方式</b>
<p>審判は、懇切を旨として、和やかに行うとともに、非行のある少年に内省を促すものとしなければならないものとする（22 条 1 項）。</p>

## 2 交通犯罪の罰則強化（平成 13 年）<sup>99</sup>

平成 13 年法律第 138 号をもって刑法の一部が改正され、危険運転致死傷罪が新設され、平成 13 年 12 月 25 日から施行された。これまで交通事故を起こした

<sup>98</sup> 法務省 HP「少年法等の一部を改正する法律の概要」

<http://www.moj.go.jp/HOUAN/SHONENHOY2K/refer01.html>

<sup>99</sup> 法務省 HP「交通犯罪の罰則強化について」<http://www.moj.go.jp/KEIJI/keiji15.html>

場合は、道路交通法違反と刑法の業務上過失致死傷罪としてとらえられてきた。しかし、近年、交通事故の中には、酒酔い運転や著しい速度超過など、交通ルールを無視し、正常な運転ができないような状態での運転あるいはことさら信号無視をするなどの悪質・危険な運転によって、人を死傷させる事案が少なくないとの理由から、このような死傷事犯を、過失（不注意）による犯罪ではなく、故意に危険運転をして人を死傷させた故意犯ととらえ、暴行による傷害、傷害致死に準じた重大な犯罪として厳しく処罰することとした。具体的には、これまで、業務上過失致死傷罪（刑法 211 条前段 - 5 年以下の懲役若しくは禁錮又は 50 万円以下の罰金）として処罰されていたものが、人身事故のうち、特に悪質・危険な運転行為により人を死傷させた場合には、故意犯として重く処罰される（同法 208 条の 2 - 致死罪は 1 年以上 15 年以下の懲役、致傷罪は 10 年以下の懲役）こととなった。

また、酒気帯び、無免許など悪質・危険な運転行為に対する罰則の強化（引き上げ）を主な内容とする改正道路交通法（平成 13 年法律第 51 号）が、平成 14 年 6 月 1 日から施行されている。

【表 5 「人身事故のうち、特に悪質・危険な運転行為」で人を死亡させた場合】

刑法改正前	刑法改正後
<p>不注意運転（過失）による交通事故で人を死亡又は負傷させた場合（例）</p> <p><b>5 年以下の懲役若しくは禁錮又は 50 万円以下の罰金（業務上過失致死傷罪・刑法第 211 条前段）</b></p>	<p>アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態で四輪以上の自動車を走行、 進行を制御することが困難な高速度で四輪以上の自動車を走行、 進行を制御する技能を有しないで四輪以上の自動車を走行したことにより、人を死亡させた場合（例）</p> <p><b>1 年以上 15 年以下の懲役（危険運転致死罪・刑法第 208 条の 2-新設）</b></p>

### 3 刑法改正論議<sup>100</sup>

平成 16（2004）年 2 月 10 日、野沢法務大臣は、近年における凶悪・重大犯罪の実情等にかんがみ、この種の犯罪に対処するための刑事の実体法及び手続法の整備について法制審議会に諮問した。刑法関係では、現在、最長 20 年となっている有期刑の上限を 30 年に引き上げるほか、主に、身体に危害を及ぼす罪について刑罰を強化する。政府は、9 月にも答申を受け、秋の臨時国会か来年の通常国会で法改正を目指す。明治 41（1908）年に施行された同法の法定刑が、

<sup>100</sup> 読売新聞平成 16 年 2 月 11 日及び産経新聞平成 16 年 5 月 10 日

大幅に見直されるのは初めてである。

【表 6 刑事の実体法及び手続法の整備の方向性のポイント】<sup>101</sup>

	罪名など	現行	諮問された要綱(骨子)
刑法	有期刑の上限	15 年以下 (加重する場合)20 年以下	20 年以下 (加重する場合)30 年以下
	強制わいせつ	6 月以上 7 年以下の懲役	6 月以上 10 年以下の懲役
	強姦	2 年以上の有期懲役	3 年以上の有期懲役
	強姦致死傷	無期又は 3 年以上の懲役	無期又は 5 年以上の懲役
	集団強姦	(新設)	4 年以上の有期懲役
	集団強姦致死傷	(新設)	無期又は 6 年以上の懲役
	殺人	死刑又は無期若しくは 3 年 以上の懲役	死刑又は無期若しくは 5 年 以上の懲役
	傷害	10 年以下の懲役又は 30 万 円以下の罰金か科料	15 年以下の懲役又は 50 万 円以下の罰金
	傷害致死	2 年以上の有期懲役	3 年以上の有期懲役
	危険運転致傷	10 年以下の懲役	15 年以下の懲役
暴力行為法	常習的傷害など	1 年以上 10 年以下の懲役	1 年以上 15 年以下の懲役
組織的犯罪処罰法	組織的殺人	死刑又は無期若しくは 5 年 以上の懲役	死刑又は無期若しくは 6 年 以上の懲役
刑事訴訟法 (公訴時効期間について)	死刑に当たる罪	15 年	25 年
	無期懲役・禁錮 に当たる罪	10 年	15 年
	長期 15 年以上 の懲役又は禁錮 に当たる罪	7 年(長期 10 年以上の懲役 又は禁錮に当たる罪)	10 年

暴力行為等処罰ニ関スル法律(大正 15 年法律第 60 号)

組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律(平成 11 年法律第 136 号)

<sup>101</sup> 法務省法制審議会「諮問第 69 号」(平成 16 年 2 月 10 日)をもとに事務局において作成



## 被害者の人権

従来、「被害者」に関する研究は、刑法・刑事訴訟法及び被害者学において議論されてきたものの、憲法学説ではほとんど見られなかった。戸波教授は、その理由について、「最大の理由は、憲法に被害者の人権を保障する規定がなかったことにあるが、さらに、「被害者」の人権を一つの人権論として構成する理論の枠組みが従来の人権論にはみられなかった」<sup>102</sup>という事情を挙げる。ここでは、戸波教授の論文における整理を基に、「被害者の人権」を憲法の人権論の角度から紹介したい（以下、「」にて引用した部分は、特に断りのない限り、戸波前掲注 103 による。）

### 1 「被害者の人権」の人権理論としての特質

#### (1) 被害者の置かれる人権侵害状況と「被害者の人権」の特質

「被害者の置かれる人権侵害状況は複雑であり、被害者は多方面からさまざまな人権侵害を被る。犯罪の加害者からは、生命・身体・財産について直接的侵害を受け、プライバシーや人格権などの精神的損害を受ける。その後の捜査過程では、自己のプライバシーにまで及ぶ尋問を受けながら、他方、犯罪や捜査に関する情報を与えられず、意見を述べる機会も保障されずに、さらに、公判においても、検察と被告人との訴訟関係から除外され、意見陳述や出廷の権利も認められない。さらに、マス・メディアの報道等によるプライバシーの侵害などがあり、被害に対する補償や精神的ケアの不十分なことも人権問題となる。」

「犯罪被害者に保障されるべき権利の内容をみると、被害者の人権論において問題となる権利がきわめて多様であり、さまざまな権利を含みうることが分かる。それらを大別すると、〔…略…〕(1)加害者の刑事手続への関与権・情報請求権、(2)被害者の被った損害の回復のために、一方では、加害者に対する損害賠償請求の円滑化、他方では、国に対する犯罪被害に対する保障請求の充実、(3)被害者に対する一般的な支援のための制度の整備があるほか、(4)マス・メディアや一般の人々によるプライバシーや人格権の侵害の排除が要請され、さらには、(5)被害者の待遇について、人間の尊厳が保持されなければならないことが基本的要請とされる。」「この被害者の人権を権利の性質

<sup>102</sup> 戸波江二「被害者の人権・試論・上」(法律時報 71 巻 10 号) 17-22 頁

という点からみると、 プライバシーや損害賠償請求・損失補償請求のように従来の人権論によって救済可能なものと、刑事手続での権利のように法律によって具体化される必要のあるものとが混在していること、被害者の権利と構成すべきものと、国の制度創設・整備義務と構成すべきものとがあること、国家の不作为を要求する自由権的なものばかりでなく、保護請求権や給付請求権、サービス提供を求める権利、ひいては、訴訟過程への参加権と情報提供を求める知る権利など、多様な権利が混在していること、国家に対する権利と私人（加害者ないし第三者）に対する権利とがあること、という特徴をみてとることができる。さらに、これらのさまざまな権利を主張する主体として「被害者」という特定のグループの人々が前提とされていることも重要な特徴である。〔…略…〕まず、「被害者」という特定のグループの人権という理論構成の意義と問題点について考えてみたい。」

## (2) 特定のグループの人々の人権保障の在り方

「憲法学説では、人権の享有主体に関して、外国人、法人、天皇などが人権を享有するかどうか議論されてきた。しかし、それと同時に、最近では、子どもの人権、障害者の人権など、特定のグループの人々の人権が問題とされるようになっている。後者で問題となる特定のグループとしては、さらに、女性、高齢者、消費者、アイヌ民族、同和、非嫡出子、災害の被災者、交通遺児など、さまざまなものがある。」「〔…略…〕

そして、「このような特定のグループの人々に対して特別に人権を保障しているという例は、日本国憲法においてすでにみられる。その典型が憲法 28 条の労働基本権の保障である。憲法 28 条が労働権を保障している主体は、条文上明らかなように、「勤労者」であり、その保障の内容は、労働関係〔…略…〕の下で使用者に対して団結・団体交渉を求める権利であって、まさに勤労者に特殊な権利（しかも単なる自由権的な権利ではなく、国による保護を前提として、使用者に要求する権利）を保障している。」さらに、憲法 25 条の生存権（生活困窮者というグループ）、26 条の教育を受ける権利（子どもというグループ）、37 条の被告人の権利（被告人というグループ）、33～35 条の刑事手続の保障（被疑者というグループ）が挙げられる。

「犯罪にあつて被害を受けた人たちの人権の侵害状況は、まさに以上のような特定のグループの人権状況と把握するにふさわしいものである。被害者は包括的に人権の閉塞状況に置かれ、さまざまな人権の侵害を、公権力からのみならず社会的にも被っており、したがって、被害者の人権の保障は請求権をも含む多様な内容となりうる。」

「もっとも、被害者については、子どもや高齢者・障害者とは異なり、特別に人権論を立てるだけの実質的内容があるとはいえないのではないか、という疑問はありうる。」子ども・高齢者・障害者に対しては特別の規律と保護が必要であることについて広く社会的コンセンサスが成立しているのに対して、犯罪被害者については、特別の人権論として把握するだけのインパクトに乏しかった。

「しかし、ある特定のグループに特別の人権論を認めることができるかどうかという問題にとって決定的に重要なことは、特定のグループの人権を特別に扱うだけの必要性が社会的に承認されるかどうかである。〔…略…〕被害者の実際の境遇を考慮し、人間の尊厳の原理に見合った配慮がとくに必要であると考えれば、被害者の人権という特別のカテゴリーを憲法上設けることには十分理由があるといわなければならない。」

## 2 被害者の人権の憲法上の根拠付けの試み

### (1) 被害者の人権の憲法上の根拠

「被害者の人権が憲法に定められることは比較憲法的にみてまれである。それは、伝統的な人権論では、人権は国家による侵害から個人の権利をまもるものと考えられてきたため、私人である犯罪者によって被害がもたらされた場合に人権保障によって救済することがおよそ考えられなかったからといえよう。」ここで、戸波教授は、「被害者の権利を法律によって保障することを超えて、憲法上の権利として被害者の人権を位置づけること」を主張する。この点については、さまざまな議論があり得よう。

そして戸波教授は、もし、被害者の人権を憲法に根拠づけるのであれば、「人権カタログのなかに書き込むこと」が最良であるとする。「現に、アメリカ諸州の憲法では、被害者の人権を憲法カタログに追加している例があり、ほかに被害者の権利を明記している憲法がある。」

**【参考 スイス連邦憲法】<sup>103</sup>**

**第 124 条〔犯罪被害者の救助〕**

連邦及び邦は、犯罪行為によって自己の身体的、精神的または性的に無傷である状態を侵害された人が救助を受けるよう、また、その人が犯罪行為によって経済的困難に陥った場合、適切に補償されるよう、配慮する。

**【参考 大韓民国憲法】**

**第 27 条〔裁判を受ける権利〕**

～ 略

刑事被害者は、法律の定めるところにより、当該事件の裁判に際して陳述することができる。

**第 30 条〔他人の犯罪行為による国家救助〕**

他人の犯罪行為によって、生命、身体に対する被害を受けた国民は、法律の定めるところにより、国家から救助を受けることができる。

(いずれも訳文の出所は、樋口陽一・吉田善明編『解説憲法世界憲法集』第 4 版(三省堂, 2001 年))

## (2) 個別的人権による被害者の人権の根拠付け

それでは、被害者の人権について保障規定を持たない日本国憲法の下で、解釈上、それを導出することはできるのか。

「解釈上まず考えられるのは、憲法の個別的规定に根拠を求めることであり、条文としては、憲法 13 条の幸福追求権、憲法 31 条の適正手続条項、憲法 32 条の裁判を受ける権利が考えられる。」しかし、13 条によって、プライバシーの権利などの個別的人権を導くことはできるが、特定の人権主体のグループの権利を包括的に根拠づけることはできないし、31 条から「刑事手続への関与権」という被害者の積極的権利を導き出すことは困難であり、また、32 条についても、事件の当事者ではない被害者に対して、刑事手続ないし公判への参加権を保障しているとはみなしがたいことを戸波教授は指摘する<sup>104</sup>。

<sup>103</sup> 被害者の人権を憲法上規定する場合には、参考 のように国の義務として規定するスイス型と参考 のように刑事手続への参加権・知る権利を明示する韓国型とがありうる。戸波教授は、「被害者の権利の多様性を考慮すれば、憲法 25 条の生存権規定のように、抽象的権利と国の包括的な配慮義務を規定し、具体的な権利の内容形成は立法者に委ねざるをえないように思われる。しかし、とくに刑事手続への関与権と被害者補償請求権については、その権利が国に向かう点で、憲法で具体的に規定することも考えられる。」とする(戸波前掲注 100・22 頁)。

<sup>104</sup> 事務局注 高橋則夫『修復的司法の探求』(成文堂, 2003 年) 3 頁は、憲法 31 条の適正手続条項に被害者の権利を含むとする。

### (3) 社会国家原理

次に、「憲法 25 条の定める社会国家原理から被害者の人権の保障を導き出すことができるかどうか」が問題となる。しかし、「社会国家原理については、それが国家と国民との関係において国民が生活について配慮をすることを国家に要請する原理であり、犯罪の加害者によって不遇の状況におとめられた被害者に対する救済を、国に対して直接に命じていると解することは難しい」ことなどの難点がある。「社会国家原理によって国家が被害者の救済に努めなければならないとしても、それは被害者の人権の保障を直接に根拠づけるものではない。この意味で、社会国家原理による被害者の人権の基礎づけにはなお検討すべき課題が残るといえよう」。

### (4) 人権の保護義務論

その上で、戸波教授は、「被害者の人権の憲法上の根拠づけにとって最も有力なものは、国の人権保護義務論であるように思われる」とする。

「保護義務論」とは、ドイツの学説・判例において盛んに論じられている議論で、「人権の制約状況を、侵害者 A - 被侵害者 B - 国、という三極関係としてとらえ、国は被侵害者 B の人権を保護する義務を負い、その義務の履行のために侵害者 A の行為を規制する、という論理構造をとる。人権の侵害者 A と被侵害者 B との関係を単に対立する私的関係の調整問題とするのではなく、そこに国家を介在させて、被侵害者 B との関係では国が保護義務を負い、その履行のために侵害者 A の人権侵害行為を規制するという論理をとり、これによって、一方では、国家の人権保護のための積極的措置を促し、他方では、保護義務の実施のための(侵害者 A への)権利制約を正当化することになる」。

問題は、「保護義務論を日本国憲法の解釈論に取り入れることが妥当かどうかである」が、これについては、保護義務論に消極的な立場をとる学説も有力である。しかし、戸波教授は、「現代国家の民主化の進展」、「国家任務の多様化と拡大」、「現代における人権侵害の社会化の傾向」、「人権理論の現代的展開」を挙げ、「国家からの自由」という人権の基本的指標との調和において、なお保護義務論にも問題点はあるとしながらも、「国家が人権の保障のために積極的に行動すべきであるとすれば、まさに保護義務論はそれにふさわしい理論であるということが出来る」とする。

【表 7 近年の主な被害者保護・支援関係立法の整備】

	法整備	内 容
平成 11	児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（平成 11 年法律 52 号）	児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰・これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置
平成 12	<p>ストーカー行為等の規制等に関する法律(平成 12 年法律 81 号)</p> <p>児童虐待の防止等に関する法律（平成 12 年法律 82 号）</p> <p>犯罪被害者保護関連二法 「刑事訴訟法及び検察審査会法の一部を改正する法律」(平成 12 年法律第 74 号)</p> <p>「犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律」(平成 12 年法律第 75 号)</p> <p>少年法改正(平成 12 年法律 142 号)</p>	<p>主として特定の者に対する恋愛感情その他の行為の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的で「つきまとい等」の行為を行うことの刑事規制など</p> <p>児童に対する虐待の禁止（3 条） 児童虐待を受けた児童の保護のための措置（6 条以下）など</p> <p>証人尋問の際の証人の遮蔽措置（刑訴法 157 条の 3）</p> <p>ビデオリンク方式による証人尋問（刑訴法 157 条の 4）</p> <p>強姦罪・強制わいせつ罪等の性犯罪における告訴期間の撤廃（刑訴法 235 条 1 項 1 号）</p> <p>被害者等の意見陳述（刑訴法 292 条の 2）</p> <p>公判手続の傍聴（犯罪被害保護 2 条）</p> <p>公判記録の閲覧及び謄写（犯罪被害保護 3 条）</p> <p>民事上の争いについての刑事訴訟手続における和解（犯罪被害保護 4-7 条）など</p> <p>被害者等による記録の閲覧及び謄写（5 条の 2）</p> <p>被害者等への通知（31 条の 2）</p> <p>被害者等の申出による意見の聴取（31 条の 2）</p>

平成 13	犯罪被害者等給付金の支給等に関する法律改正（平成 13 年法律 30 号）  配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律（平成 13 年法律 31 号）	犯罪被害給付金制度の拡充 <sup>105</sup>  配偶者からの暴力に係る通報、相談、保護、自立支援等の体制の整備による配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護
-------	--	--

### 【参考 修復的司法（リストラティブ・ジャスティス）】

修復的司法（Restorative Justice）とは、刑事司法システムの「内と外」に位置付けられる「新しい動き」に付与される名称である（修復的司法は、一定の具体的な方法、施策、プログラムを示すものではなく、一定のアプローチ、グローバルな考え方、すなわち、「ものの見方」を示すものであることに注意する必要がある。）。

通常、応報的司法（Retributive Justice）と修復的司法とが対置される。すなわち、応報的司法は、犯罪を、法違反と有罪によって定義づけられる国家違反と把握し、司法を、加害者と国家とのコンテストにおいて非難と苦痛を決定するものと理解する。これに対して、修復的司法は、犯罪を、人々およびその関係の侵害と把握し、司法を、被害者、加害者、コミュニティが一緒になって、それぞれの回復、和解、補償を促進する解決を探るものと理解するのである。修復的司法の考え方によれば、犯罪は、「抽象的な法規範違反」ではなく、「具体的な人およびその関係の侵害」であり、犯罪は「害」であることから、必然的帰結として、その反作用は「害の修復・回復」になる<sup>106</sup>。

ただし、修復的司法の定義は一義的に定まっているわけではなく、伝統的刑事司法とどういう関係にあり得るのか、そしてあるべきなのかは依然として未解明である。甲斐教授は、「修復的司法により、損害回復ないし「加害者と被害者の和解」が行われれば、刑事手続段階でも行刑段階でも、ある意味で被害者の真の権利が救済されることはありうるので、柔軟な対応により加害者の人権（特に少年事件の場合）を考えるとという観点からも、これは今後もっと探求されるべきであろう」とする<sup>107</sup>。

<sup>105</sup> 拡充の内容は、遺族給付金と障害給付金に加えて、新たに「重傷病給付金」が創設され、障害給付金の対象範囲が「重障害」から「障害」に拡大、被害者が死亡前に療養を受けた場合の遺族給付金の額の引上げ（当該療養についての被害者負担額を加えて給付）など。

<sup>106</sup> 高橋則夫「リストラティブ・ジャスティスの国際的動向 - 修復的司法とは何か -」（現代刑事法 2002.8）13-19 頁

<sup>107</sup> 甲斐前掲注 44・155 頁

# 行刑と受刑者の人権

## 1 刑務所の現状<sup>108</sup>

### (1) 行刑施設の一日平均収容人員の推移

行刑施設の一日平均収容人員は、平成 5 年以降増加しており、14 年には、67,354 人（前年比 6.2%増）となった。そのうち受刑者は 55,132 人（同 6.7%増）、未決拘禁者は 11,694 人（同 3.3%増）である。

14 年末現在の収容率は全体では 106.5%、既決拘禁者では 116.5%となり、本所に限ると、行刑施設の 9 割弱が定員を超える収容となっている。

### (2) 新受刑者数の推移

新受刑者数は、平成 5 年以降増加傾向にあり、14 年は 30,277 人（前年比 6.4%増）となっている。14 年における新受刑者を罪名別構成比の高い順でみると、男子では、窃盗（27.4%）、覚せい剤取締法違反（22.2%）、詐欺（7.1%）、道路交通法違反（6.8%）、傷害（6.3%）の順であり、女子では、覚せい剤取締法違反（41.8%）、窃盗（22.2%）、詐欺（8.4%）、殺人（4.3%）、道路交通法違反（3.7%）の順である。

近年における新受刑者の動向として、60 歳以上の者の増加が目立つこと（14 年新受刑者の 8.6%を占める。）新受刑者に占める初入者（裁判の確定により初めて行刑施設に入所した者をいう。）の比率が上昇傾向にあること（14 年新受刑者の 50.9%を占める。）刑期が 2 年を超える者の割合が漸増傾向にあることが挙げられる。

### (3) 出所受刑者の再入状況

平成 9 年における出所受刑者について、14 年末までの再入状況を出所事由別にみると、満期釈放者の約 6 割、仮釈放者の約 4 割が再入している。

<sup>108</sup> 法務省「犯罪白書のあらまし 平成 15 年版」



## 2 行刑改革・監獄法改正の動き<sup>109</sup>

明治初年～明治20年	近代自由刑の成立と監獄の創設
明治20～40年	ドイツ監獄制度の導入・監獄法の制定 監獄法成立（明治41年）
大正～昭和戦前期	行刑の近代化・・・戒具の見直し、行刑累進処遇令の制定 <sup>110</sup>
戦後～昭和30年	矯正行政の導入・発展・・・矯正教育のための施策
昭和30年～昭和50年	被収容者の人権の確認と保安体制の構築、被収容者の生活水準の改善
昭和50年～	監獄法の改正と行刑運営改善

### (1) 経緯

監獄法は、明治41年に制定されて以来、実質的な改正がなされておらず、被収容者の権利義務関係が法律上明確にされていないなど、国際的な行刑理念にもそぐわなくなってきた上、昭和40年代に監獄法施行規則の改正等による処遇の向上が図られたものの、受刑者の改善更生及び社会復帰の促進という刑事政策的観点からは不十分なものとなってきた。

そこで、国と被収容者の法律関係を明確にするとともに、受刑者の改善更生のための効果的な処遇方法を導入する等、被収容者に対する処遇の一層の適切化を図るため、監獄法の改正について、昭和51年、法制審議会に諮問され、これに対し、昭和55年に「監獄法改正の骨子となる要綱」が答申された。

そして、上記答申を受けて、刑事施設法案が作成された。刑事施設法案の主な内容としては、「国と被収容者との間の法律関係の明確化」を図るため、宗教上の行為、書籍の閲覧、面会及び信書の発受等、被収容者の権利事項を明示するとともに、規律秩序維持のための措置、懲罰等、生活及び行動に対する制限の要件、手続、限界を明確にし、併せて適正かつ迅速な手続により被収容者の権利救済を図るための不服申立制度を定めること、「被収容者に対する

<sup>109</sup> 行刑改革会議『行刑改革会議提言～国民に理解され、支えられる刑務所へ～』（2003）5-6頁

<sup>110</sup> 累進処遇制度とは、「自由刑執行の全過程を数個の段階に分け、それぞれの段階に応じて、順次社会生活に近づけるよう処遇を緩和し、優遇や特典を与えることとし、他方、その緩和の度合いに応じて責任を加重していく処遇方法」を指す。行刑累進処遇令（昭和8年制定）は、「行刑処遇の進歩に合わせ、監獄法改正を先取りする形で制定され、・・・我が国の行刑の実態と監獄法との間隙を埋めるための重要な役割を果たしてきた」とされる。（藤本哲也『刑事政策概論』〔全訂第三版〕（青林書院、2001年）231-233頁）

適切な生活水準の保障」を図るため、医療、食事、物品の給貸与等についてもその充実を期すほか、作業報奨金及び災害給付に関する規定を整備すること、

「受刑者の改善更生のための効果的な処遇制度の整備」を図るため、個々の受刑者の資質及び環境に応じて最も適切な方法で、受刑者の処遇を行うという処遇の個別化の原理を明らかにし、特に、矯正処遇として行われる作業、教科指導、治療的処遇及び生活指導については、個々の受刑者の特性に応じた適切な処遇要領に基づいて計画的に行うことを明らかにした上、外部通勤作業、外出、外泊等の新たな処遇方法を導入することなどが含まれていた。

刑事施設法案は、昭和 57 年に国会に提出されたが、未決拘禁者を留置する代用監獄制度を存置していた点や、刑務所の運営改善や被収容者の苦情・不服の処理を行う第三者機関が不十分であった点などが批判された<sup>111</sup>。同法案は、翌年の衆議院解散に伴い廃案となり、その後も一部修正された法案が昭和 62 年及び平成 3 年に国会に提出されたもののいずれも衆議院解散に伴い廃案となった。

## (2) 名古屋刑務所事件と行刑改革会議

平成 14 年から 15 年にかけて明らかになった一連の名古屋刑務所における受刑者死傷事案を契機として、受刑者の処遇等を中心とする行刑運営上の問題が顕わになった。

この問題は国会審議等においても大きく取り上げられその過程を通じて更に、行刑施設内における医療体制の問題、行刑運営に対する透明性の確保の問題等についても指摘されるに至った。法務省は、これらの問題を受けて省内に「行刑運営に関する調査検討委員会」を設置するなどして、所要の調査、再発防止策の検討・策定に取り組み、平成 15 年 3 月 31 日には「行刑運営の実情に関する中間報告」を公表した。その上で、森山眞弓法務大臣（当時）において、行刑改革は、何よりも、広く国民からの理解と支持の下で推し進めることが不可欠でありそのためには国民の視点に立って幅広い観点から検討することが必要であると判断し、行刑改革のために必要不可欠と考えられる問題を一切の聖域なしに議論し、提言する場として、行刑改革会議が設置されるに至った。

行刑改革会議は、平成 15 年 12 月 22 日、『行刑改革会議提言～国民に理解

---

<sup>111</sup> 平野龍一・小田中聰樹・藤本哲也「刑事・留置施設法案の検討 社会復帰行刑の実現と代用監獄の漸減をめざして（刑事・留置施設法案の研究<特集・対談>）」法律時報 60 巻 3 号（1988 年）

され、支えられる刑務所へ～』を野沢法務大臣に提出した。提言は、法改正が必要なものとして、懲罰に関する手続の明文化、受刑者の人権侵害救済のための「刑事施設不服審査会」(仮称)の創設などを盛り込んだほか、法改正なしでできるものとして、軍隊式行進や正座の強制をやめるなど受刑者の処遇改善、服役態度によって外出・外泊などの特典を認める報奨制度の創設などを提案した。法務省は、平成 17 (2005) 年の通常国会への関連法案の提出を目指している<sup>112</sup>。

### 名古屋刑務所事件<sup>113</sup>

名古屋刑務所は昭和 16 (1941) 年に現在の愛知県三好町に建設された全国でも第三位の規模で、受刑者の大半を累犯者が占める。定員 1924 人に対し、99 年から過剰収用状態が継続しているとされる。平成 14 (2002) 年 10 月 4 日、同刑務所は、同年 5 月 27 日午前、刑務官に制圧され、革手錠のうえ保護房に収容された男性受刑者 (当時 49 歳) が 10 時間後に死亡した、同年 9 月 25 日朝、革手錠姿で保護房に収容された別の受刑者 (30 歳) が腹痛を訴え、腹部内出血のけがをしたとの発表を行った。同年 11 月 8 日、この事案について男性刑務官 5 人が特別公務員暴行陵虐致傷容疑で逮捕され、刑務所に対しても家宅捜索が行われた。これらの事件のほか、翌 15 (2003) 年 2 月 12 日には、副看守長が受刑者の尻にホースで水をかけ、細菌性ショックで死亡させたとして特別公務員暴行陵虐致死罪で逮捕されている。

### 代用監獄<sup>114</sup>

刑事訴訟法では、逮捕された被疑者は、72 時間以内に裁判官の面前に引致されなければならない (同法 205 条 2 項) 裁判官が勾留の決定をすると、被疑者は監獄に移されて、最大 20 日間 (内乱罪など特殊な犯罪の場合にはさらに 5 日間延長が可能) 勾留されることになっている (同法 208 条、208 条の 2)。

勾留の場所は監獄であるが、実務上は、「警察官署二附属スル留置場」(監獄法 1 条 3 項) である代用監獄とされる場合が多い。代用監獄制度は、四六時中身柄が捜査機関の下にあることから、自白強要のおそれがあり、冤罪・人権侵害の温床であるとして日弁連、アムネスティ・インターナショナル、国際法曹協会 (IBA) といった団体から批判されてきた。昭和 54 (1979) 年に日本が批

<sup>112</sup> 行刑改革会議前掲注 110・6 頁及び読売新聞 平成 15 年 12 月 23 日

<sup>113</sup> 山田一昌「名古屋刑務所暴行事件の経過」法学セミナー 583 (2003 年)

<sup>114</sup> 田口守一前掲注 58・67 頁・69 頁及び東京弁護士会 HP

准した国際人権規約（市民的及び政治的権利に関する国際規約）も、刑事上の罪に問われて身体を拘束された者は速やかに裁判官の面前に連れていかれ、その後は捜査機関に戻されてはならないことを定めている（9条3項）。

一方、代用監獄存置論として、拘置所は全国で117か所余しかないのにくらべ警察留置場の数は多く、被疑者の取調べなど捜査の必要からすれば被疑者の身柄は捜査機関の近くにあった方がよいし、また、昭和55（1980）年4月からは留置業務が警察署の総務課に移管され、刑事課とは分離されたので、代用監獄への収容が取調べに影響を与えることは少なくなったとする。

# 刑事補償請求権（40条）

## 日本国憲法

第40条 何人も、抑留又は拘禁された後、無罪の裁判を受けたときは、法律の定めるところにより、国にその補償を求めることができる。

## 1 刑事補償請求権の意義

40条は、刑事手続において抑留・拘禁を受けた者が無罪の裁判を受けた場合に、身体の自由の制限による不利益や精神的・人格的な損失を救済することを目的とする。その法的性質は、損害賠償でなく、一種の結果責任を定めたものである、とされる。つまり、被疑者・被告人が適法に抑留・拘禁され、その後無罪の判決を受けた場合でも、抑留・拘禁が直ちに違法なものとなるわけではない。しかし、無実の者が抑留・拘禁されたという結果の不法が残る。刑事補償請求権は、このような不法な損害に対する救済を定めたものであり、したがって、抑留・拘禁について公務員の故意・過失を必要としない<sup>115</sup>。公務員の故意・過失による違法が認められたときは、17条の国家賠償請求による救済が可能である<sup>116</sup>。

明治憲法の下、昭和6年に刑事補償法が既に制定されているが、それがもつ恩恵的施策としての性格を克服し、憲法上の権利にまで高めてその充実をはかろうとしたのが40条である。40条は、原案にみられなかったもので、17条とともに、衆議院における審議において付加され、憲法施行後、新たに刑事補償法（昭和25年法律1号）が定められた。

この権利を憲法で定める例は、必ずしも多くないが、イタリア憲法に規定があるほか、国際人権規約（市民的及び政治的権利に関する国際規約）も刑事補償について規定する（14条6項）など、刑事補償の問題を基本的な権利として位置づけようとする傾向がみられる<sup>117</sup>。

## 2 刑事補償の要件と内容

40条の「無罪の裁判」をうけたときとは、刑事訴訟法による無罪判決が確定したときと一般に解されている（A説）が、より広義に捉えるべきである

<sup>115</sup> 戸波前掲注15・344頁

<sup>116</sup> 辻村前掲注6

<sup>117</sup> 樋口ほか前掲注62・810頁

とする説（B説）も有力である。刑事補償法 25 条は、「免訴又は公訴棄却の裁判をすべき事由がなかつたならば無罪の裁判を受けるべきものと認められる充分な事由があるとき」には補償請求ができるものとしているが、B説によれば、それは憲法上の要請に基づくものということになる<sup>118</sup>。

補償の必要性は、実質的には、無罪の確定判決の場合だけでなく、不起訴の場合にも存在するとする学説もあるが<sup>119</sup>、この場合は、憲法 40 条の適用がなく、刑事補償法も規定はない。

ただ、「被疑者補償規定（昭和 23 年法務省訓令 1 号）」が「被疑者が罪を犯さなかつたと認めるに足りる十分な事由があるとき」の補償について定めている。不起訴の場合には、刑事補償は必ずしも必要ではないと一般に解されているのであるが（\*参考）、野中教授は、直接の憲法上の要請とまではいえないにしても、法律上の権利として認めるのが、憲法の趣旨に沿うのではないかという指摘をしている<sup>120</sup>。

#### 【参考】

最高裁（最大決昭和 31・12・24 刑集 10 巻 12 号）は、憲法 40 条につき、抑留または拘禁された被疑事実が不起訴となった場合は同条の補償の問題は生じないとしつつも、ただ、ある被疑事実による逮捕または勾留中に、他の被疑事実についても取調べ、その事実につき公訴が提起された後無罪の裁判を受けた場合において、その取調べが不起訴となった事実に対する逮捕勾留を利用してなされたものと認められるときは、40 条の適用対象となると判示している。

<sup>118</sup> 佐藤幸治前掲注 2・616 - 617 頁

<sup>119</sup> 野中ほか前掲注 7・508 509 頁

<sup>120</sup> 同 508 509 頁

## 【参考文献】

- 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』〔第三版〕（岩波書店,2002年）
- 伊藤正巳『憲法』〔第三版〕（弘文堂,1995年）
- 浦部法穂『全訂憲法学教室』（日本評論社,2000年）
- 奥平康弘『憲法』（有斐閣,1993年）
- 佐藤功『憲法(上)』〔新版〕（有斐閣,1983年）
- 佐藤幸治『憲法』〔第三版〕（青林書院,1995年）
- 辻村みよ子『憲法』〔第2版〕（日本評論社,2004年）
- 戸波江二『憲法〔新版〕』（ぎょうせい,1998年）
- 野中・中村・高橋・高見『憲法』（有斐閣,2001年）
- 長谷部恭男『憲法』第3版（新世社,2004年）
- 樋口・佐藤・中村・浦部『注釈 日本国憲法』（青林書院,1984年）
- 宮沢俊義『憲法』〔新版〕（有斐閣,1971年）
- 樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集 第4版』（三省堂,2001年）
- 木下毅『アメリカ憲法入門・総論』（有斐閣,2000年）
- トーマス・バーゲンソル著 小寺初世子『国際人権法入門』（東信堂,1999年）
- 松井茂記『アメリカ憲法入門』第4版（有斐閣,2000年）
- 田口守一『刑事訴訟法』〔第三版〕（弘文堂,2001年）
- 田宮裕『刑事訴訟法』〔新版〕（有斐閣,1996年）
- 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』六訂版（創文社,1958年）
- 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣,1958年）
- 平野龍一『刑事訴訟法概説』（東京大学出版会,1968年）
- 藤本哲也『刑事政策概論』〔全訂第三版〕（青林書院,2001年）
- 甲斐克則「刑事法と人権」（ジュリスト No.1224）
- 酒巻匠「クローズアップ刑事法2・3 少年法等の一部を改正する法律（上）（下）」（法学教室 No.248・249）
- 城下裕二「死刑制度 存廃論及び適用基準を中心にして - 」法学教室 No.249（2001年）
- 福島至「刑事司法改革の理念」（法律時報 74 巻 7 号）
- 高橋則夫『修復的司法の探求』（成文堂,2003年）
- 高橋則夫「リストラティブ・ジャスティスの国際的動向 修復的司法とは何か - 」(現代刑事法 2002.8)
- 団藤重光『死刑廃止論』〔第六版〕（有斐閣,2000）
- 戸波江二「被害者の人権・試論・上」（法律時報 71 巻 10 号）
- 平野龍一・小田中聰樹・藤本哲也「刑事・留置施設法案の検討 - 社会復帰行刑の実現と代用監獄の漸減をめざして（刑事・留置施設法案の研究<特集・対談>）」（法律時報 60 巻 3 号）
- 山田一昌「名古屋刑務所暴行事件の経過」（法学セミナー No.583）
- 読売新聞 平成 15 年 12 月 23 日 平成 16 年 2 月 11 日 平成 16 年 3 月 10 日
- 産経新聞 平成 16 年 5 月 10 日
- アムネスティ・インターナショナル日本 HP：<http://homepage2.nifty.com/shihai/>
- 東京弁護士会 HP：<http://www.toben.or.jp/>
- 行刑改革会議『行刑改革会議提言～国民に理解され、支えられる刑務所へ～』（2003年）
- 司法制度改革審議会『司法制度改革審議会意見書 21 世紀の日本を支える司法』（平成 13 年 6 月 12 日）
- 司法制度改革推進本部 HP 公的制度改革検討会 第 6 回配布資料「資料 6 - 1 少年法改正の経

緯について」

法務省「犯罪白書のあらまし 平成 15 年版」

法務省法制審議会「諮問第 69 号」(平成 16 年 2 月 10 日)

中村民雄『欧州のための憲法を定立する条約草案 翻訳』(衆憲資第 40 号付録, 2004 年)

司法制度改革推進本部 HP : <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/index.html>

内閣府大臣官房政府広報室 HP : <http://www8.cao.go.jp/survey/h11/houseido/index.html>

法務省 HP「少年法等の一部を改正する法律の概要」

<http://www.moj.go.jp/HOUAN/SHONENHOY2K/refer01.html>

法務省 HP「交通犯罪の罰則強化について」<http://www.moj.go.jp/KEIJI/keiji15.html>