

「法における柱状節理現象」分析の視点

— 刑事訴訟法39条1項の秘密交通権を 対象とした個別法分析 —

浅 井 正

目 次

- 1 「法における柱状節理現象」分析の提唱と研究目的
- 2 刑事訴訟法39条における柱状節理現象
 - (1) 秘密交通権に関する日本国政府の国際公約
 - (a) 自由権規約にもとづく報告書概要
 - (b) 報告書の時系列分析
 - (2) 秘密交通権における杉山事件最高裁判決とお茶の水女子大寮事件
 - (a) 下級審の動向と杉山事件最高裁判決
 - (b) お茶の水女子大寮事件
 - (3) 法の柱状節理現象としての国家賠償訴訟の定着
 - (a) 従前の接見妨害国家賠償事件の内容
 - (b) 日弁連昭和47年1月22日理事会決定
 - (c) 国家賠償訴訟の定着
 - (4) 刑事訴訟法39条における「柱状節理現象」の考察
- 3 「法における柱状節理現象」分析の展望

1 「法における柱状節理現象」分析の提唱と研究目的

法は、理念や趣旨に基づいて体系的に制定され、その理念や趣旨に沿って運用されることが望ましい。しかし、時として、個々の条文が理念や趣旨に基づいて制定された体系から乖離して、歴史や伝統を含む文化や社会によって実務面での解釈や法内容を変質させ、一種の独立した法として運用されることがある。このような、理念（マグマ）を核としつつも当該国

の特色を有する独立（柱）的な条文へと変質していく様が，自然現象における柱状節理現象⁽¹⁾に似ることから，本研究では，この現象を「法における柱状節理現象」と名付けた。

「法における柱状節理現象」は古来より認識されていたが，その多くが法運用の問題として個別事例に落とし込んで無意識的に処理され，法適用の度に条文毎，あるいは事例毎の場合当たりの運用を行っているのが現状である。しかし，それでは体系的に法が意図した本来の趣旨・理念を実現することは困難となる。もし，「法における柱状節理現象」を自覚的体系的に分析し，そうした現象の起こる社会的文化的な根本原因を解明することができれば，法の理念と運用における乖離を正し，理念に沿った運用を定着させるための重要な指針となりうるはずである。

本研究では，特に刑事訴訟法39条に着目した。主観的・経験則的ではあるが，秘密交通権を規定する刑事訴訟法39条は，刑事事件手続の中でも人権保障のために重要な規定でありながらも，その運用において理念との乖離が特に著しく，司法においても度々それが指摘されてきた条文である。その点で，柱状節理現象の分析研究の最初の分析対象，モデルケースとして相応しいといえよう。また，刑事訴訟法39条が人権保障にとって非常に重要であることから，本研究でその運用の実状を取り上げることで，秘密交通権の刑事実務における浸透を志す弁護士の一助たらんとするの願いも込めるものである。

2 刑事訴訟法39条1項における柱状節理現象

(1) 秘密交通権に関する日本国政府の国際公約

柱状節理現象による法の変質を分析するにあたっては，柱状化する以前

(1) 「広辞苑(第5版)」マグマが冷却固結する時に生ずる柱状の割れ目。多く岩脈・岩床・溶岩などに生ずる柱状の割れ目。兵庫県玄武洞・福井県東尋坊などは火山岩に生じた柱状節理のためにできた奇勝。

の状態のマグマ，すなわち，個々の条文が本来有する運用理念が如何なるものかを把握しなければならない。刑事訴訟法39条1項の趣旨は，「被疑者の防御権にとってもっとも重要な権利」⁽²⁾として，概説書においても必ず言及されるため，その解説は他に譲る。しかし，柱状節理による「法の変質」をみるには，趣旨だけではなく，法を適用する行政が，人権との関係において刑事訴訟法39条の運用をどのように想定していたかを把握しなければならない。そこで，行政による運用理念として，日本国政府の国際公約である「秘密交通権に関する日本国政府報告」を簡単に紹介する。

(a) 自由権規約に基づく報告書概要

「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（以下「自由権規約」とも略称する。）に基づく「秘密交通権に関する日本国政府報告（自由権規約40条に基づき締約国が提出する報告書，以下「報告書」とする。）」は，刑事訴訟法39条の運用理念を以下のように記載する。

第1回報告書は，18頁⁽³⁾「第二部：規約の第一部，第二部，及び第三部の各条に関する逐条報告」第10条の中で，「(前略) (2)第2項 (a) については，刑事訴訟法及び監獄法（第1条，第3条等）により，刑事被告人は既決者とは分離して収容されるほか，立会人なしに弁護人と接見し得る等，処遇のすべての場面において既決者と異なる取扱いを受けている。(後略)」と述べ，第2回報告書では，その20，21頁⁽⁴⁾「第二部：規約の各条に対する逐条報告」の中で，「第10条1. 家族，弁護人との接見交通 未決拘禁者については，職員の立会いなしに弁護人又は弁護人となろうとする者と面会することが認められている（刑事訴訟法第39条）。(後略)」と記述されている。

しかし，第3回報告書⁽⁵⁾「第二部：規約の各条に対する逐条報告」では，

(2) 田口守一『刑事訴訟法』，(弘文堂，第5版，2009) 138頁

(3) 外務省国連局企画調整課仮訳，昭和55年10月27日

(4) 外務省国連局人権難民課仮訳

(5) 日本弁護士連合会「日本政府の市民的及び政治的権利に関する国際規約第40条1(b)に基づく第3回報告」仮訳（日本弁護士連合会，1992年）<http://www.>

「この接見交通の権利といえども、絶対的なものではなく、憲法の精神と抵触しない限りにおいては、制限を受ける。弁護人との接見が拒否される場合には、①刑訴法第39条第3項に基づく接見指定権の行使によるもの(中略)がある。(中略)その指定は、被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限するようなものであってはならないと定めている。(後略)」と記載し、前回報告書までの大々的な人権保障論からトーンダウンし、接見交通権の制約を認める。

その後、第4回報告書⁽⁶⁾「第二部：規約の各条に対する逐条報告」では、いくつかの最高裁判例を詳細に列挙し、「『最高裁判所は、(中略)捜査機関による接見等の日時等の指定は、必要やむを得ない例外的措置であ(中略)る旨判示している。」と報告し、刑事訴訟法39条への制約が実務においても必要最小限の範囲で許容されている旨を述べている。

(b) 報告書の時系列分析

報告書の内容を時系列で分析すると、第1回及び第2回の報告においては、端的に刑事訴訟法39条の規定する接見交通権の趣旨を明示するにとどまり、特筆すべき点はない。逆説的だが、初回の報告であることや余計なことを多く論じないことから、むしろこの回においてこそ刑事訴訟法39条の本来的な理念が述べられているといえよう。第3回及び第4回の報告では、捜査による制約を認め、あくまで必要最小限の制約がありうることを強調し、かつ、判例を引用して、実務においてもその範囲で制約が許容されるものであることを詳細に報告している。言多く論じるのは、それが説明を要するものであり、刑事訴訟法39条についていえば、あくまで制約が例外的であり、例外であるからこそ、それを認める必要性と具体性を論じな

nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_report-3rd_gov.html (アクセス日：平成26年11月1日)

(6) 日本弁護士連合会「日本政府の市民的及び政治的権利に関する国際規約第40条1(b)に基づく第4回報告」仮訳(日本弁護士連合会、1997年) http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_report-4th_gov.html (アクセス日：平成26年11月1日)

ければならないのである。このように分析すると、上記一連の報告書からは、刑事訴訟法39条の理念は一義的に人権保障があり、捜査による制約はあくまで人権に劣後するものと想定されていたことがわかる。穿った見方をするのであれば、第1回及び第2回の報告で明確に刑事訴訟法39条の趣旨を述べているにもかかわらず、第3回及び第4回の報告で改めて憲法の人権規定まで持ち出してその重要性を強調するあたり、人権論はその後論じる「制約」を矮小化させようとするレトリックであろう。その言い訳がましい冗長な人権論は、捜査による制約を認めざる得ない後ろめたさの表れであり、理念としては捜査が人権保障に劣後することを自覚していたとの印象を受ける。

刑事訴訟法39条について、その趣旨や1項と3項の関係につき学説上の対立があることはここで論じるまでもないが、報告書の内容および報告の時系列を精査することで、少なくとも行政を司る政府の見解として、刑事訴訟法39条は、まず人権保障を優先し、捜査はあくまで人権保障に劣後するものであり、その制約は必要最小限にとどめる例外的な運用を想定していたことがわかる。

(2) 秘密交通権における杉山事件最高裁判決とお茶の水女子大寮事件 (a) 下級審の動向と杉山事件最高裁判決

このように、政府は、刑事訴訟法39条の運用について、人権保障を捜査に優先すると想定していたが、法適用の現場である裁判所、警察や検察の対応は異なった。

かつて、接見交通は実務において、一般指定制度（具体的指定書持参要求）が採用されていた。一般指定制度とは、「検察官又は検察事務官が刑事訴訟法39条3項の規定による接見等の指定を書面によってするときは、接見等に関する指定書を作成し、その謄本を被疑者及び被疑者の在監する監獄の長に送付し、指定書を同条1項に規定する者に交付する」（昭和37年9月1日付法務省刑事（総）秘第10号訓令の事件事務規定28条）とする

訓令に従い、捜査機関側が接見の日時等を書面で指定するものであり、接見交通に対する制約を運用面で具体化した制度である。

接見交通権の例外的な制約である一般指定制度は、日時等を捜査機関が指定できるという仕組みから、弁護人の接見妨害に用いられた。こうした接見妨害に対して、鳥取地裁決定（昭和42年3月7日）以降、多数の準抗告認容救済決定がなされた。東京地裁勾留部（刑事第14部）においても、昭和45年前後には相次いで準抗告認容救済決定が出されたが、東京地裁秋山決定（昭和48年5月7日「判例時報708号」102頁）は「弁護人もしくは弁護人となろうとする者に強いられる具体的な指定書の持参送達」に着目して以下のように述べて、一般指定の構造を厳しく指摘した⁽⁷⁾。

「接見指定の一方式として無限定に書面によりうるとすれば、その送付方法の不備に伴い、その受取り及び持参が全て接見者側の負担となること及び特定の事件については書面による指定のみが常態化することを通じて逆に具体的指定書を持参しない場合における接見が一律に禁止される（具体的捜査の必要があろうとなかろうと）に至るという法39条1項の原則と3項の例外との間の、又法39条3項の指定権行使の要件とその行使の方式との間に夫々法の予想しない逆転した運用を招来していることがうかがわれる。」

つまり、刑事訴訟法39条の理念に基づく運用の原則と例外が一般指定制度によって逆転しており、一般指定制度は違法であると断じられたのである。こうした判断は、下級審裁判事例の動向として一時期確立したものとなってきた⁽⁸⁾。

この流れは、一般指定制度による接見妨害を救済する方向で、全国の準抗告審に影響を与え、ついには最高裁が昭和53年7月10日の杉山事件判

(7) 同趣旨のものとして東京地裁小出決定（同年5月12日「判例時報708号」106頁）等がある。

(8) 安村勉「被疑者と弁護人の接見交通」松尾浩也・井上正仁編『ジュリスト増刊 刑事訴訟法の争点（第3版）』（有斐閣、2002年）70-73頁

決において、一般指定を違法と判断するに至った。同事件の差戻審である大阪高裁判決（昭和55年3月14日「判例時報968号」6頁）、名古屋高裁金沢支部浅井（第一次）接見国賠事件判決（昭和57年12月22日「判例時報1070号」44頁）においてもこの杉山事件最高裁判決の理論は再確認され、刑事訴訟法学者の間では、将来的に、接見指定権を巡る準抗告等は激減すると予想された。

それにもかかわらず、検察庁は最高裁杉山事件判決の法理を遵守せず接見指定権の行使につき、あえて一般指定制度を維持し、刑事訴訟法39条1項の原則と3項の例外を逆転させた取扱いを堅持し、あろうことか、東京地裁勾留部も検察庁の立場にすり寄り変節をなし始めたのである。東京地裁勾留部は、昭和55年前後より弁護人による準抗告申立に対して判断を回避するいわゆる和解方式をとり始めた。勾留部の裁判官は弁護人からの準抗告申立があると、検察官に電話をして仲介の労をとり、適当なところで調整し、検察官に具体的指定書なしで弁護人の接見を認めさせ、弁護人にはその準抗告申立を取り下げさせるというやり方を慣行化し始めたのである。

その後、東京地裁勾留部はこの和解勧告を拒否し、あくまでも裁判所の判断を求めた弁護人の準抗告申立を棄却するに至った。以降、東京地裁勾留部は「指定の要件」の有無についての判断を回避して、「書面による具体的指定は過誤紛争の防止等合理性がある」という簡単な理由だけで準抗告棄却決定を下すようになった⁽⁹⁾。この反動的な流れは、やがて全国の下

(9) もっとも東京地方裁判所勾留部（刑事第14部）が完全に画一的な手法で指定書制度を肯定した訳ではない。第二東京弁護士会所属幣原廣弁護士から昭和60年3月25日になされた準抗告に対し、同部安井久治裁判官は、同月26日主文と次の理由の下に、東京地方検察庁検察官岩橋義明のなした接見妨害に対する救済決定を下している（同裁判所昭和60年（む）第325号）。

主文（省略）

理由（結論部分のみ引用）

右に認定した各事実によると、本件において、岩橋検察官は、刑事訴訟法三九条三項にいう「捜査のため必要があるとき」との要件もないのに、接見に関する指定権を行使しようとして、申立人に対して指定書の受領と持参を求め、

級審の裁判事例にも影響し始めた⁽¹⁰⁾。

このように、刑事訴訟法39条について、裁判所は当初こそ判例・裁判事例を以て理念に沿った刑事訴訟法39条の運用を勧告していたが、検察はそれに従わず、そのみならず、次第に裁判所、殊に勾留部という捜査実務の現場の裁判官達は、検察庁に歩調を合わせ、最高裁杉山事件判決の趣旨に逆らうかのように⁽¹¹⁾ 捜査側に肩入れした運用をするようになっていく。

(b) お茶の水女子大寮事件

その流れの中で、捜査機関は刑事訴訟法39条の自家薬籠中の運用を強め、お茶の水女子大寮事件⁽¹²⁾では、あからさまな接見妨害とまで言いうる苛烈な捜査⁽¹³⁾を行うに至っている。公判で明らかになったことだが、

これに応じなかった申立人に対して接見を拒否したものとわがざるを得ず、しかも、右の取扱い（捜査のための必要の有無にかかわらず指定書を持参しない限り接見させないとの取扱い）は、公訴提起に至るまで変更しないとしているのであるから、本件申立にかかる岩橋検察官の各処分は違法な処分というべきである。

(10) 内田雅敏「相次ぐ接見国賠勝訴判決と東京地裁令状部- 検察官の違法行為を追認してきた東京地裁令状部」若松芳也・柳沼八郎『接見交通権の現代的課題』（日本評論社、1992）209-226頁

(11) もっとも厳密に最高裁判所杉山事件判決は「当時、被疑者と弁護人等との接見をあらかじめ一般的に禁止して許可にかからしめ、しかも被告人の接見要求に対して速やかに日時等の指定をしなかった捜査本部の官里の措置は違法といわざるをえない」としているため、一般的指定制度を違法と判断したと読み取れる。しかし、「速やかに日時等の指定をしなかった」点を「違法」としたのであって、前段の「取扱い」は評価しておらず、なお一般的指定制度を違法としたとまでは解すべきではないとの異論も存在した。（安村勉「被疑者と弁護人の接見交通」松尾浩也・井上正仁「ジュリスト増刊 刑事訴訟法の争点第3版」（有斐閣、2002）70-73頁）

(12) 昭和60年4月11日、お茶の水女子大寮への住居侵入、強盗強姦未遂事件。被告人は、本件事件発生から1月半後に偶然逮捕された別件を契機に本件事件で再逮捕され、2週間後に自白した。その後、公判において自白を撤回し冤罪を主張した。公判での鑑定の結果犯行現場に犯人が遺留した靴が被告人のものでないことが判明した。昭和62年10月21日、検察官は論告において求刑を放棄した。日本弁護士連合会接見交通権確立実行委員会「接見ニュース No.10」林秀信弁護士報告（日本弁護士連合会、1998年3月16日）29-30頁

(13) 本件は、接見妨害中に苛烈な違法取調べにより虚偽の自白をさせられた典型例である。弁護人は、自白の2日前に検察官に接見の申し入れをしたが、検察官はこれを拒否し、3日後（虚偽自白の翌日）を接見指定した。弁護人は即日準抗告をしたが、東京地裁勾留部（刑事第14部）（仁田陸郎裁判官）は、検察官の①当面被疑者の取り調べが予定されている、②弁護人はすでに二回接見

検察官が接見拒否の理由としていた「取調べの予定」に基づく自らの取調べすら現実には行っていなかった。弁護人がこのような接見妨害を受けている間、被疑者に対して苛烈な取調べが集中し、検察官に対する自白調書が出来上がった後に、ようやく接見が許されたという経過である。いかに苛烈で違法な取調べであったかについては、判決（確定）が極めて詳細な事実認定をなしている⁽¹⁴⁾。

この行き過ぎた捜査に対して、判決（昭和62年12月6日）は「被告人が本件犯行の犯人であろうはずはなく、本件はずさん極まる見込み捜査により公訴事実証明がないことに帰したものであるから、刑事訴訟法336条により被告人に対し無罪の言渡をすることとする。」として本件が冤罪であると断定している。

とはいえ、判決をして「ずさん極まる」とまで言わしめた捜査は、本来であれば人権優先であるべき刑事事件手続において、「捜査ありき」、すなわち「社会に対する治安優先」が先行し、それが許容される状況下で刑事訴訟法39条の運用が続けられた結果、起こるべくして起こったものである。裁判官ですら「刑罰権は、国家が法秩序を維持するために当然に保有している国家権力の一部である。憲法は、そのような理解の下に刑罰権の存在については具体的な規定を置かず、刑罰権を行使する際の準則として具体的に規定する必要があるものとして、適正手続条項（31条）、令状主義条項（33条、35条）などの規定を置いているものと解される。したがって、刑罰権は、憲法上の最も基本的な原則であるばかりか、憲法上の価値を具有し、権利・権限の根拠となり得る法原理であるというべきである。」と述べており⁽¹⁵⁾、また、そのように考える裁判官を重用することで、刑事

している（直前の接見は4日前であった）という言い分を容れて、準抗告を棄却した。

日本弁護士連合会接見交通権確立実行委員会「接見ニュースNo.10」林秀信弁護士報告（日本弁護士連合会、1998年3月16日）29-30頁

(14)住居侵入、強盗強姦未遂被告事件、東京地裁昭60合（わ）182号、昭62・12・16判決「判例時報1275号」35-41頁

裁判官は捜査に肩入れしてもよい、とのサインを最高裁判所自らが人事権の行使等を通じて現場の裁判官に示唆していたといえる⁽¹⁶⁾。現場の裁判官達は不当接見妨害救済申立に対し「秘密交通権の重要性を一般論としては声高く述べる最高裁判例」に表面的には背いてでも、捜査に肩入れした判断をすることが、実は最高裁の企図する本音と矛盾していないことを肌で感じ取っていたのであろう。

また、現行刑事訴訟法の刑事裁判制度に関し、刑事訴訟法学者の中には日本の刑事裁判制度を評して「すこしきつい言葉を使うことが許されるなら、法は弁護人の活動に期待しながら、その手足をしぼるという奇妙な態度をとっている。」と指摘する人もある。現行刑事裁判制度それ自身が、「一人の有罪者も見逃さない」との姿勢を潜ませているとも考えられる⁽¹⁷⁾。

このように、捜査機関のみならず、裁判所ですら、刑事事件手続では人権保障よりも治安優先に重きを置いていた実状が、人権保障を理念とする刑事訴訟法39条を変質せしめたといえる。

(3) 法の柱状節理現象としての国家賠償訴訟の定着

刑事訴訟法39条が運用においてその理念から乖離して変質したとしても、それだけでは法の形骸化にすぎず、「法の柱状節理現象」という概念を持ち出すまでもない。マグマから完全に切り離された塊は「岩」であって「柱」ではなく、根底において理念とつながる作用を残していなければ柱状節理現象ではない。特色を有する「柱状」というには、法が変質して理念（マグマ）から乖離しつつも完全には切り離されず、理念と連なり、結果とし

(15) 香城敏磨「刑事訴訟法の構造」『香城敏磨著作集Ⅱ』（信山社、2005）6頁

(16) 元裁判官の木谷明弁護士は「現在の実務における任意性の審理で一番いけないのは、裁判所が、取調官の供述を過大に信用する傾向があることです。被告人の言い分に対しては、些細な間違いがあるとたちまちこれを取り上げて、前後矛盾しているなどとしてその信用性を否定するのに、証人となった取調官に対しては、比較的寛大な傾向があります。」として自らの長年の刑事裁判官としての経験を踏まえた上で、刑事裁判官一般の作法を批判している。木谷明『事実認定の適正化—統一・刑事裁判の心—』（法律文化社、2005年7月20日）30頁

(17) 田宮裕「現代の弁護士」『法学セミナー増刊現代の弁護士（司法編）』（日本評論社、1982）10頁

て本来の形ではないものの、歪ながら理念実現のための作用（柱状として屹立）を有するに至る必要がある。

刑事訴訟法39条は、人権保障をその趣旨とする。そして、上記のような捜査優先の刑事訴訟法39条の運用実態に対して、柱状節理現象としての理念の実現作用、すなわち、マグマに連なり「柱」として屹立させる効用は、「国家賠償」によって実現している。これは、本条を形骸化させないための弁護士の不断の努力、イエーリング⁽¹⁸⁾(Jhering,Rudolf Von)のいうところの「権利のための闘争」としての弁護士の捜査弁護活動における闘いによって勝ち得たものである。

(a) 従前の接見妨害国家賠償事件の内容

日本弁護士連合会が接見妨害に対し、その対抗策として組織的に国家賠償手法を選択（昭和47年1月22日理事会決定）する以前に、既に多数の先進的な弁護士が接見妨害に対する国家賠償訴訟の手法を選択していた。

たとえば、昭和29年6月14日、弁護士後藤昌次郎が、公務執行妨害で逮捕された被疑者に面会すべく警視庁丸の内警察署に赴き、捜査官に対して弁護人選任届を出したいから面会させて欲しい旨申し出たところ、捜査官は黙秘権を行使しているから会わせられないと言ったので、更に同弁護士がこれに反論したら、捜査官は、「そんなことを知らないと胸のバッチが泣くぞ」「青二才のくせに生意気言うな」「今は暇だから聞いてやるが、君はよくいろいろと理屈を言う奴だ」等と侮辱したので、名誉権を侵害されたとして、東京都及び国に対して慰謝料を請求した事案は、先駆的な一例である⁽¹⁹⁾。

(18) 小林孝輔・広沢民生訳『法学セミナー十二月号別冊付録 権利のための闘争』（日本評論社、1977）

村上淳一『「権利のための闘争」を読む』（岩波書店、1983）

(19) 日本弁護士連合会接見交通権確立実行委員会「接見交通権マニュアル2005.4（第7版）」（日本弁護士連合会、2005年4月1日）166頁表

(b) 日弁連昭和47年1月22日理事会決定⁽²⁰⁾

日本弁護士連合会は、昭和47年1月22日、「当司法制度調査会は、日本弁護士連合会がその全国人権大会において、昭和29年以来昭和40年まで8回にも及んで、一般接見指定書の違法を決議し、捜査当局の善処を要望し続けてきたにもかかわらず、殆んどその実効を得られていないことと、一方、下級裁判所においては、昭和33年2月10日、京都地方裁判所が一般指定書を違法とする決定をして以来今日まで、多数の同趣旨裁判が行われて来たのに、これによっても捜査当局は、一般指定書方式を廃止しようとならない実状とに鑑み、これが対策として、この違法の責任を国家賠償法によって追及することと、この方法によれば、本問題について最高裁判所の判断を求めることが可能となり、効果的に捜査当局の姿勢を是正し得る可能性がありとの見解をとり、その処理の一方法として、当司法制度調査会は、出席委員全員一致をもって、別紙のとおり、訴状例を作成いたしましたので報告します。」との司法制度調査会の報告を受け、その旨の理事会決定を下した。

(c) 国家賠償訴訟の定着

上記のような弁護士による人権保障のための闘争は、結果として事後救済による人権保障として定着⁽²¹⁾し、刑事訴訟法39条の柱状節理現象としての作用、柱として屹立する根元に組み込まれることとなる。

日本弁護士連合会が昭和47年1月22日の理事会において、接見交通の

(20) 日本弁護士連合会接見交通権確立実行委員会「接見交通権に関する資料集」第27回人権擁護大会シンポジウム第一分科会実行委員会（1984年10月19日）

(21) 前掲注(2)田口『刑事訴訟法』には、「一般に、接見交通権は、右判例の指摘するように、弁護人の固有権と理解され（条解五九頁等）、接見を申し出るのも、接見指定を受けるのも、またこれに対して準抗告を申し立てあるいは不当接見指定に対して国家賠償請求訴訟を提起するのも、すべて弁護人がおこなっているのが実務である。」との記載がある。刑事訴訟法の概説書に国家賠償訴訟を不当接見指定に対する対抗措置として記述されること自体が、日本弁護士連合会が全面支援をしてきた接見妨害に対する国家賠償訴訟の方法による対抗措置が刑事訴訟法の研究者において認知され、それが弁護権の行使の一環として当然のこととして評価されるに至っていることも、国家賠償訴訟が作用し、定着していることを示すものである。

閉塞状況を打破するために、秘密交通権の妨害に対する対抗措置として、国家賠償訴訟という手法を選択すると決定した後、これに異を唱える弁護士はほとんど皆無であり、現在までその有効性が日本弁護士連合会の一万人を超える会員によって支えられている。裁判所はまず、治安優先を確保して刑事手続を先行させ、その後民事裁判という数年がかりで事態が検証される国家賠償訴訟の際に、その時点で人権について、事後的な補償をする。この場合、事後的ではあるけれども、捜査当局による接見妨害についての検証が民事訴訟の領域においてなされることになる。そもそも民事訴訟は当事者主義により比較的公平な形で訴訟が進行するため、主張・立証について捜査段階の弁護活動等に比べれば、被疑者・被告人・弁護人側に、国家と対等な形で大幅な主張・立証の機会が与えられる。その点で、人権保障としては大きな効果が期待でき、人権保障の劣後を挽回するような形となっている。

(4) 刑事訴訟法39条における「柱状節理現象」の考察

刑事訴訟法という法体系自体が人権保障を目的としていることは言うまでもないが、刑事訴訟法39条は、特に捜査よりも人権保障を優先させることを規定した条文であった。しかし、刑事訴訟法39条は、捜査機関による捜査優先の運用がなされ、人権を抑圧し、捜査の側に優越的な地位を与える形でその内容を変えていく。これに対して判例が違法の判断を下すも、本条は人権保障優先の本来の形を取り戻すことなく、歪められた運用に対して、国家賠償法という別個の制度を取り込み、不当に抑圧された人権保障を事後的に救済することで、最終的に刑事手続における人権保障という本条の理念を歪な形で実現させている。このように、個別規範（条文）が形骸化せずに独自の形で理念を実現するに至る状態が「法における柱状節理現象」である。

もちろん、刑事訴訟法39条において、柱状節理現象がなぜ生じたのか、本稿から一概に結論づけることはできない。人権保障という理念実現のた

め国家賠償訴訟が定着した点については、理念の乖離に対する反作用として説明することは可能である。しかし、刑事訴訟法39条が理念の乖離による形骸化にとどまらなかった理由については、更なる考察が必要である。

また、「法における柱状節理現象」が、分析視点として有効といえるためには、この現象が刑事訴訟法39条だけに生じるものではなく、その他の法規範においても普遍的に生じうるものであることも証明しなければならず、それにはさらに多くの事例研究を積み重ねる必要がある。

3 「法における柱状節理現象」分析の展望

本研究において、「法における柱状節理現象」という法運用の分析におけるモデルを提示し、それを刑事訴訟法39条に当てはめて、その変遷の経緯とともに「法における柱状節理現象」とはどういうものか、その具体的な状態や内容を紹介できたことは一つの成果である。しかし、本研究のみで柱状節理現象が生じる原因の解明はできない。比較法研究では「現状において圧倒的にミクロの比較として行われ、諸法秩序を構成する法的素粒子すなわち法の規範、原則、概念、制度を確認し、相互に関連づけ、その異同を認識して、その結果を種々の目的に結びつけている。しかしこのようなミクロの比較から得られたものは、無数のミクロの結果であった。比較法の科学性を主張するためには、それらミクロの結果の集積を有機的統一体まで仕立て上げる必要がある。」⁽²²⁾と云われるが、本研究は個別条文分析というミクロの分析を試みたものである。それは上記比較法の要求を否定するからではなく、「法における柱状節理現象」の分析においては、いまだミクロ分析の集積すら行われておらず、「真の有機的統一体まで仕立て上げる」段階に至っていないためである。本稿で提唱した「法における柱状節理現象」の分析研究は、ミクロ分析の手法をさらに一層徹底させ、

(22) 大木雅夫『比較法講義』(東京大学出版会、1992) 71頁

個別法規範（条文）毎の「柱状節理現象」を徹底的に分析し、その成果を膨大に有機的統一的に積み重ねて、ようやくその根本原因という彼岸が霞の向こうに見えるかという、遠大なテーマである。

さらにいえば、その対象は法規範（条文）に限られない。憲法上保障される「人権」においても柱状節理現象は存在する。今ある人権、あるいはかつては一顧だにされなかった人権が社会的文化的要因からその内容を変遷させ、あるいは認識されるに至っていることは想像に難くない。一例を挙げるならば、嫌煙権などがそれに当たろう。かつては、権利性など認められなかった嫌煙権なる個別権利がわずか数十年単位のスパンで形成発展し、社会で容認定着している。憲法9条や皇室典範における女系天皇容認の議論も対象となる。会社法における中小企業の家族制度化にも、本来の理念から歪に変容して作用する柱状節理現象がみられる。

学問はそれ自体が目的であるとしても、人類の幸福に貢献できることが好ましい。たとえば、途上国の開発に主体的に関わる人々は、「法における柱状節理現象」の理論に着目することにより、法整備活動⁽²³⁾の領域において、開発における法の役割や機能を、より一層向上させることができるはずである。本研究で提示した「法の柱状節理現象」という分析視点は、

(23) 個別法規範（条文）についての自覚的問題意識はないにせよ、感覚的に筆者と同様の問題意識を抱く論者として、ウィスコンシン州立大学ロー・スクール教授デイヴィッド・トゥルーベック（David Trubek）は「多くの法移植プロジェクトはほとんど実現しなかった。ある場合には、移植はまったく『実現』しなかった。改革プロジェクト推進者が提案した新しい法は、六法全書には収録されたが、実務では無視されたのである。別の場合には、用意した法は、その国の法律エリートにすっかり取り込まれてしまい、改革推進者が考えていたのとは違う目的で使われてしまった。（At the same time, many efforts at legal transplantation proved similarly disappointing. In some cases the transplants did not “take” at all: some of the new laws promoted by the reformers remained on the books but were ignored in action. In other laws were captured by local elites and put to uses different from those the reformers intended.）」と述べている。「開発援助における『法の支配』—過去、現在、そして未来—」〔The “Rule of Law” in Development Assistance: Past, Present, and Future〕（日本語訳抜粋、名古屋大学大学院法学研究科教授松浦好治、名古屋大学大学院法学研究科博士課程前期課程杉山直之訳）（名古屋大学法政国際教育協力センター（CALE）主催国際シンポジウム「開発における法の役割—法と開発：その理論と展望—」平成16年10月22日・23日、於：KKRホテル名古屋3階）

法学という枠組みを超え、当該国や地域の社会、文化と法の関わりを解明し、またそれを実務に還元することで社会へ貢献することができるものと考ええる。

(補遺)

本稿を執筆中にも、刑事訴訟法39条1項を取り巻く状況は刻々と変化しつつづけている。本稿では国家賠償訴訟の定着までを一つの流れとしたが、近年ではさらに通達⁽²⁴⁾によって国家賠償訴訟以前に本条における人権保障を実現する傾向もある。

こうした動きは評価に値するが、いまだ条文や規則の改正には至らず、具体的指定権を行使することがある旨の『通知』制度は現在も生きており、なお旧来の制度が「事実上復活する事態も全くあり得ない話とは言えない」⁽²⁵⁾。また、新たな問題や接見妨害も発生⁽²⁶⁾しており、弁護士による不断の闘争は今後も続くものと考ええる。

(24) 最高検「取調べの適正を確保するための逮捕・勾留中の被疑者と弁護人等との間の接見に対する一層の配慮について（依命通達）」（最高検企第206号平成20年5月1日）

警察庁「取調べの適正を確保するための逮捕・勾留中の被疑者と弁護人等との間の接見に対する一層の配慮について」（警察庁丙刑企発第18号平成20年5月8日）

(25) 日本弁護士連合会「接見交通権マニュアル第16版」（接見交通権確立実行委員会2015年）5頁

(26) 日本弁護士連合会「面会室内での写真撮影に関する国家賠償請求訴訟の最高裁決定についての会長談話」（東京拘置所の面会室内において、接見中に被告人の健康状態の異常に気づいた弁護人が、弁護活動の一環として証拠保全目的で被告人を写真撮影したところ、拘置所職員から写真撮影行為を制止され、接見を中止させられた案件につき、平成28年6月15日、最高裁判所第2小法廷は、この拘置所職員による接見妨害を適法と判断した。）日弁連ホームページ参照 <http://www.nichibenren.or.jp/acrivty/document/statement/year/2016/160617.html>（アクセス日：平成28年6月現在）