

刑訴法第1条における「公共の福祉と基本的人権」との関係について

——その序論的考察(1)——

(昭和59年11月30日 原稿受付)

人文、社会、語学、体育教室（法学） 吉 利 用 宣

目 次

- I はじめに
- II 学説の分類
 - 1. 人権と対立する外在的観念説
 - 2. 人権に上位する調和的原則説
 - 3. 基本的人権の内在的制約（原理）説
 - 4. 手続規制原理説
 - 5. 刑訴法の体系の中で把える説
 - 6. 固有の法的機能を認めない説
- III 各説の検討
 - 1. 人権と対立する外在的観念説
 - 2. 人権に上位する調和的原則説
 - 3. 基本的人権の内在的制約説
 - 4. 固有の法的機能を認めない説
 - 5. 手続規制原理説
- IV 私見（以上 本号）
- V 主要判例の検討
- VI むすび

I はじめに

刑訴法第1条は、「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人的基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする」と規定し、冒頭の重要な目的規定の中に、「公共の福祉の維持」を謳いこんでいる。そこから、直ちに次のことが問題となってこよう。第1点は、「公共の福祉」とは一体どのような意味内容のものであるのかという問題であり、第2点は、本条の文章的構造をどのように分析・把握すべきかという問題、換言すれば、「公共の福祉の維持」という文言はどの文言を修飾し、どの範囲に及ぶのかという問題である。

ところが、第1の「公共の福祉」の観念は、いわばどんな内容をも盛り込むことのできる容器のような、きわめて包括的・抽象的な法概念・法イデオロギーであることが共通に認識されており¹⁾、従ってその内容の理解にあっても、個々人の主義・主張といった価値観の違いに応じて多様に分裂するのをまぬかれない。この点、「公共の福祉」を論ずる

以上、それについて自己の採る法概念を明確化しておかなければ論議ができないのではないかという批判もあるかと思われるが²⁾、さしあたり、観念の明確化をはからないで論をすすめていくことにしたい。そのことは、第2の問題とも関連している。刑訴法は、捜査から公判、さらには刑の執行までを含んでおり、従って刑訴法上「公共の福祉」に対する固定的な観念が存するわけではなく、各段階に応じた理解の仕方があってよいという考え方もあろう。本稿は、「実体法の実現」との対応部分を考察外とし、刑事手続における人権の保障との対応において、それに限定して（それゆえ、刑訴法上それ以外の関係において公共の福祉を考える余地がないというのでは決してない）考察していくことにするが、ひとまず、次章において、学説上「公共の福祉」がどのように取り扱われているかを概観し、「公共の福祉」を考えるにあたっての判断の素材としたい。ただ、そこで試みた刑訴法第1条の「公共の福祉」に関する学説の分類も截然としたものではなく、ある程度まで便宜的な側面があることをも、はじめにお断りしておかなければならない。

- 1) 渡辺洋三「公共の福祉と基本的人権」（文献選集日本国憲法4）136頁，小林直樹・[新版]憲法講義上320頁以下。
- 2) 「公共の福祉」という概念が用いられている立法・判例を整理し類型化を試みたものとして，奥平康弘「公共の福祉に関する立法及び判例の傾向」憲法講座2巻21頁以下。

II 刑訴法第1条の「公共の福祉」に関する学説の分類

これまで、刑訴法第1条の「公共の福祉」の観念はどのように理解されてきたのであろうか。この点の分類を試みた論稿は見あたらないようなので、分類してみることも自体にもそれなりの意義があるかと思う。学説の一応の分類を試みるにあたっては、なるべく機能的に、①刑訴法の目的・理念（との関係）②公共の福祉の意味・内容 ③人権との関係といった視点を基準として分類を試みることにした。

1. 人権と対立する外在的観念説…小野・団藤説

- ①目的・理念との関係⇒基本的人権の保障と並ぶ刑訴法の目的・原理（理念・任務）である。
- ②公共の福祉の内容⇒社会秩序・公の秩序・法秩序（社会倫理的秩序）の維持
- ③人権との関係 {
 - ④人権に対する規制原理……小野
 - ⑤規制原理たりえない……団藤

たとえば、小野博士は、次のように述べておられる。「刑事訴訟法は刑事司法における正義をその目的とする」、それは「一方において刑事司法による正義を行ふことによって現実に法的秩序を維持し、国民社会の物質的・精神的な生存利益を保護するとともに、他方においてその手続によって影響をうける個人の物質的・精神的生存利益、とくに個人的自由を不当に害することがないように、その間に正しい限界を画することである¹⁾」と前提されたうえで、①②の点について、「刑事手続において二つの実質的目的が競合する。その一は刑事司法による正義、すなはち刑法の適用によって国民共同体の倫理的秩序を維持し、その生存利益、その『公共の福祉』を保護することであり、その二は「基本的人

権の保障ということである²⁾、そして「この二つの目的の間には矛盾がある」とされる。そこで③との関連において、「この矛盾及び緊張は国民的倫理にもとづいて解決しなければならない」。では我が国においてどのように解決されるべきかであるが、「私は、刑事訴訟法において刑事司法による正義、刑法の適用による国民的道義の維持、その線における公共の福祉の確保という国家的、国民的な目的が基本でなければならないとおもふ。その意味で超個人的、超人格的な原理が基盤となってる。国家がいかに民主主義化しようとも、この基盤は否定されない³⁾」とされて、「公共の福祉」が人権に優先することを明らかにされた。

同様に、団藤博士も①、②の点について、「公共の福祉—実はここではむしろ公の秩序—の維持は、なんといっても刑事訴訟法の重要な任務である。ことに、犯罪の鎮圧はのもっとも重要なものであるといわなければならない⁴⁾」(なお、訴訟経済は公共の福祉そのものではないが、これも無視することのできない原則である)とされつつ、③の点については、「公共の福祉の維持のために基本的人権を害することがあってはならない。憲法は刑事手続に関する基本的人権について多くの規定を設けているのである(憲³¹条)。基本的人権にもおのずから一定の内在的な限界があろう⁵⁾」、しかし、「公共の福祉をたてにとって基本的人権をおさえることは憲法の解釈としても許されないし………実質的にも不当である。刑事手続においては、基本的人権がどこまでも尊重されなくてはならない。刑事訴訟法は、やはり、被告人のマグナ・カルタでなければならないのである⁶⁾」。「もっとも、公共の福祉と人権の保障とは、しばしば、あい反する要求となってあらわれる。」「その解決は刑事制度における科学主義に求めるほかない。ことに、科学的捜査はもっとも重要だといわなければならない⁷⁾」とされ、「公共の福祉」を人権の内在的な限界とは別個のものとしてとらえ、人権の規制原理たりえないことを明らかにされている。

基本的には同じ立場から出発しつつ、若干視点を異にしているのではないと思われるものに高田卓爾教授の見解がある。

教授は、刑訴法1条の「公共の福祉」が何を意味するかは必ずしも明らかでなく、「公の秩序」をいうとする見解(団藤説)もはなはだ抽象的だとされつつ、「私は、犯罪および犯人を糺明することによって破壊された法秩序を回復すること、つまりは刑事手続を実施することが『公共の福祉の維持』にほかならない、と考える⁸⁾」とされる。そして、「刑事手続を行うにあたっては、直接の関係者たる被疑者・被告人を含む社会一般の利益に大なり小なり侵害を加える。かような利益侵害を最小限度に喰い止め、その妥当と認められる範囲内で究極の目的を達するように配慮されなければならない。『刑事司法による正義』を行うには、『刑事司法における正義』が全うされなければならないのである」。とくに、被疑者・被告人は判決が下されるまでは無罪の推定をうけるのであって、「『刑法が悪人の法典(code des malfaiteurs)だとすれば、刑事訴訟法は善人の法典(code des honnêtes gens)である』。従って、被疑者・被告人の人権は最大限度に尊重されなければならない。しかし、そのためにこれら以外の者の利益が侵害されることがあり得る。

『公共の福祉の維持と個人の基本的人権とを全う』することは、必ずしも両立しないのである。この場合に、『公共の福祉』の名の下に直ちに基本的人権を制限することは許され

ない。われわれは、ここでも憲法および刑事訴訟法に課せられた教育的任務を忘れてはならないのである。同時に、基本的人権をかような教育的任務に合致させるよう行使する限りにおいて、憲法の保障する自由・権利を濫用すること（憲¹²條）にはならないのであり、訴訟上の権利の濫用（憲¹條²）ともならないというべきである。⁹⁾」といわれる。

わたくしが、基本的に同じ立場から出発していると考えたのは、「刑事司法における正義」といった小野説と同じ説明の仕方や、「法秩序の回復」といった用語を用いられている点であり、それは、交通事故の報告義務といった、固有の刑事手続以外の分野においては、公共の福祉」という観点から黙秘権を制限することができるかという問題について、「黙秘権を多少制限することになっても、その制限が真の意味で必要不可欠であり、その制限によってえられるものの方が社会の進歩にとってより有意義であると認められる場合には、制限もやむをえないのではないかと考える¹⁰⁾」とされていることによる。他方、視点を異にしているとした点は、憲法および刑訴法の教育的任務という視座の導入である。現行刑訴法には、改正当時「わが国の実情への整合」に名をかりて、「明らかに被告人の権利を縮小し反動的な傾向を示すものが含まれ」ることになった。新刑訴法は、「なお封建的要因の強く支配していたわが国家社会体制を近代化完成にまで引き上げる教育的任務を課せられている¹¹⁾」とされ、「公共の福祉」に反動的意味内容の付着する危険性を認めて、「直ちに基本的人権を制約することは許されない¹²⁾」とされていると思われるからである。

2. 人権に上位する調和的原則説……斎藤朔朗説

- ①目的・理念（との関係）⇒「公共の安寧の保持」と基本的人権の保障が目的、「公共の福祉」は直接の関係なし。
- ②「公共の福祉の内容⇒「公共の安寧の保持」の要請と基本的人権の保障とを調和させるものが「公共の福祉」の原則である。従って、「秩序が維持されることも、個人の基本的人権が尊重されることも、それ自体公共の福祉の内容を成すもの」である。
- ③人権との関係⇒レベルの異なるものであり、対立する関係にない。

①の点について、「犯人を逮捕し、処罰し、拘禁することが、公共の安寧を保持するために必要であることは、何人にも異論がない。しかし、人を逮捕する場合に、それが真犯人かどうか判らない場合が少なくないので、憲法および刑事訴訟法は、いわゆる令状主義や当事者主義を基本構造とする公開裁判の原則を¹³⁾」うちたてて基本的人権の保障をはかっているとされ、②については、「公共の福祉の原則とか公平の原則とかは、排他的な原則が対立している場合に、これをより高次の次元に止揚して調和をはかるものである。個人の基本的人権をフルに主張しようとするならば、これに対立する公共の安寧保持の原則からの抵抗をうけることになる場合があるので、この衝突を調整し調和する作用をいとむものが、公共の福祉の原則である¹⁴⁾」と考えるとされる。そして、③の点については、「調和的原則は、排他的原則と同じレベルにあるのではないのであるから、これを排他的原則と同じレベルに下げて、一つの排他的原則を抑制するだけの目的に利用することは、調和的原則の本来の作用を見誤っているものといわねばならない。また、調和的原則そのものには、これに対立する原則はない。公共の福祉に反するような、また公平に反す

るようなことを内容とする原則は、ありえないのである。¹⁵⁾」と主張される。

では、その調和とはどのような内容のものかということになるが、この点について論者は次のように述べている。「公共の福祉の調和的原則は、公共の安寧保持の原則の一方面的要請をそのまま、是認するものではなく、個人の基本的人権尊重の原則の要請をもできるだけの限度まで認めつつ、その限度以上にこれを認めることは、公共の安寧保持の要求の貫徹を全く阻害してしまうことになるという線で、両者の調和をはかっているのである。¹⁶⁾」と。

3. 基本的人権の内在的制約原理説…中武・青柳説

①目的・理念⇒実体的真実の発見と人権の保障。

②、③との関係⇒ある特殊な国家目的とか政治的考慮といったような、外部から加えられる規制を意味するのではなく、「基本的人権の内在的制約」を意味する。

たとえば、②・③の点について、中武判事は次のように述べられる。憲法12条・13条にいう「『公共の福祉』が、ある特殊な国家目的ないしは政治的考慮からする規制、すなわち、いわば外部から加えられる規制」を意味しない。しかし、他方「個人が国家ないしは社会を構成している以上、その権利・自由といえども絶対無制限であるというようなことは本来考えられないことであって、その構成する社会の具体的な存在構造によって多かれ少なかれ制約されざるを得ないものである。もちろん、その制約は時代によって変遷し、歴史的にけって一様ではない。憲法の保障する基本的人権というものも、結局はこのような具体的な社会基盤のうえに妥当するような、歴史的に制約づけられた権利・自由でなければならないのである。憲法12条・13条にいう『公共の福祉』は、このような内在的な現実の社会的地盤が当然に要請するような制約を意味するものと解しなければならない。¹⁷⁾」、¹⁷⁾「刑訴法1条にいう『公共の福祉』と『基本的人権』の関係も、右の憲法上のそれとまったく同一であると解しなければならない。」。しかしながら刑事手続においては、「刑事手続における国家目的の実現を『公共の福祉』と同視し、公共の福祉の名のもとに、現実の社会的基盤の当然の要請を越えた外部的制約を被告人に課すおそれがあり、また、過去において現実これを課した条例も必ずしも少なくなかったのである。そこで、憲法は、あらためてその31条以下において被疑者、被告人の保護について特別の保障を宣言し、さらに本条において、刑事手続における公共の福祉の追求はたとえ被告人の基本的人権の制約を伴う場合であっても、歴史的に規定された権利・自由の内在的制約を越えてはならない旨を明言しているのである。その越えてはならない一線が、具体的にはどのような限界を画するかは、二条以下の解釈によって明らかにされる¹⁸⁾」と。

青柳博士も、「ここにいう『公共の福祉』は憲法12条・13条等に規定されているものと同様で、個人の基本的人権を内部的に制約するもの」だとされ、同様の立場にたたれる。そして、「その制約も基本的人権の重大性に反比例して小さくなるので、個人の生命についての制約は最も小さく、個人の財産についての制約は最も大きい。有罪の判決が確定すれば刑法の規定する刑罰に服しなければならないが、そこまでに至る過程での刑事手続では特に個人の自由権が公共の福祉の要請からどの程度に制約されるかが一番問題になる。被疑者の逮捕・被疑者・被告人の勾留がそれであって、」それらについて人権の保障を厚

くしているが、他方、罪証隠滅の理由をはじめその例外は広汎であり、「財産権についての制約はもっとも大きく、証拠物の差押、搜索は被疑者、被告人、第三者を通じて広く認められる」。また、「我が刑訴は弁護人があらかじめ証人に接することは予定している(判例¹⁷⁸⑩)が、被疑者、被告人、弁護人の活動が証拠隠滅にまで及ぶことは望ましくないものとして阻止しようとする態勢にあることは、我が刑訴が実体的真実の発見を重視するからなのである。ただ旧刑訴のように勾留を全くの裁判所の裁量にかからせなかったところに、人権の保障をより強く意識した現行法の基調がある。公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とが矛盾したときは後者が優越する旨の説(判例¹⁷⁹)はあるけれども、右のように具体的に考えてそれぞれの場合に決定されなければならないのであって、一概に個人の基本的人権が優越するということはできない。¹⁹⁾」と述べておられる。

4. 手続規制原理説……………平場・井戸田説

②「公共の福祉」の内容⇒公共の秩序

③人権との関係⇒手続追行過程そのものに関係するものであり真実発見といったものと場面を異にするものとして構成されており、直接の衝突が回避されている。

平場博士は、本条の「全うしつつ」という部分まで(=前段)は、訴訟の法的安全性に関するものであり、それ以後のいわゆる後段は訴訟の合目的性に関するものだとされる。

そして、前段の「公共の福祉」について、「それが何を指すかはいささか明白を欠くが、ただ本条後段にある刑罰の実現による公共の福祉の維持とは区別しなければならない。従って結局手続そのものにおける公共の福祉の維持ということになる。私の見解では訴訟の追行過程そのものが公共の福祉すなわち公共の秩序の一環をなすべきものであって、従っていやしくも公共の秩序を破るようなものであってはならないという趣旨だと考える。訴訟が如何に能率的であっても、それが反社会的であってはならない。このように訴訟は、公共の福祉を維持しつつ行われるものであるから、訴訟追行の過程においてそれに優越する公共の利益があれば、刑事訴訟はその本来の合目的性をすてて、それに譲らなければならない。憲法において国務大臣がその在任中内閣総理大臣の同意がなければ訴追されず、(憲法75)、両院議員は国会会期中逮捕されない(憲法50)旨定めた規定や、刑事訴訟法上公務所の職務上の秘密であって、国の重大利益に関する事柄に対しては、採証活動が制限せられていること(刑訴103, 104, 144, 145)や、職業上知悉している他人の秘密に対する採証活動が制限せられていること(刑訴105, 149)はこのことを示しており、また、たとえこれらの場合に該当しなくとも、刑事訴訟追行にあたっては他の公共の福祉を害しないようにしなければならぬとの趣旨である。²⁰⁾」とされる。なお、刑事手続は諸種の利益が矛盾抗争する場であるが、この「抗争する利益は結局大きく国家利益と個人利益に分け」られるが、それは「結局公共の福祉に重点を置くか、個人の基本的人権に重点を置くかのいずれかとなり、その点、刑訴法は「古いマグナ・カルタ以来国家権力の無制限な発動を拘束して、人民の権利を擁護する任務を擔っている²¹⁾」とされている点にも注意しなければならない。

井戸田教授もまた同様の視点にたたれるが²²⁾、「公共の福祉」と基本的人権との対立についてより厳しい態度を採っているようにも思われる。曰く、刑訴法第1条の「公共の

福祉」は手続過程に属するものであり、「その具体的内容は、『維持』『保障』、つまり公共の福祉などをその手続過程において消極的に侵害してはならないということがその内容であり、積極的に公共の福祉のために寄与することが刑事訴訟法の目的として明記されているのではないということを十分に認識する必要がある。これらの問題は、従来、必ずしも明確に意識されてはいないけれども、この正確な認識は、とくに『公共の福祉と基本的人権』という問題を考えるについてはきわめて重要な意味を有するものとする。あたかも刑事訴訟法が『公共の福祉』を積極的に推進し、その利益擁護を強化することを目的とすると考え、そのためには個人の基本的人権を制約してもよいという考えは、刑事訴訟法第1条においてはもちろん、その他同法のどこにおいても、これを正当化する規定は存在しないのである。」もちろん、「それを全然、無視してよいということは決して相当でないことというまでもない。現にそれは、いろいろなかたちを装い、各種の場面においてそれは登場する。問題は、そこでいう公共の福祉とは何か、それがどのような機能を果しているのか、それは不当に重視され、『公共の福祉』という名のもとに基本的人権保障の精神が形骸化されているのではないかということ²³⁾」にある、とされつつ、「刑事手続の分野においても、『公共の福祉』のために法律をもってすれば基本的人権をも自由に制限することができるかという問題がある。帝国憲法のもとにおいてはいざ知らず、日本国憲法のもとにおいてはこれを肯定することができない²⁴⁾」点をも再確認されている。

5. 刑訴法の体系の中で把える説……井上(正)・毛利説

① <毛利説>

- ① 目的・理念との関係⇒人権の保障と並ぶ「事案の真相」(実体的真実)の究明に資するもの。
- ② 公共の福祉の内容⇒「積極的実体的真実主義」を意味する。
- ③ 人権との関係⇒矛盾する内容を含む。

毛利と一弁護士は、①、②の点について、「公共の福祉」とは「人権の保障」と共に、その志すところは「『事案の真相』(実体的真実)の究明に外ならない。……『事案の真相』を究明するのは、『刑罰法令を適用実現する』ためであるからとすれば、『事案の真相』における『真相』とは、黒の真相(有罪の真相)のことである。……『公共の福祉の維持』とは、どこまでも徹底して黒の真相を究明すること、いいかえるといやくも究明の手をゆるめて、罪あるものを逸してはならないとすることである」とされつつ、③との関係について、『個人の基本的人権の保障』とは、いかに真相の究明のためであっても、個人の基本的人権の保障を侵害してはならないとすることである。まさに相矛盾する要求である。……第1条は、刑訴法の解釈適用につき、相矛盾する要求の両全につき配慮を要求しているのである。……近代刑事訴訟法は、たとえ「真相」のためであっても「人権」を無視することはもはや許されないのである。いいかえると、真相への盲目的な追及意欲が個人の尊厳の前には、その追及の手をゆるめねばならなくなった。」では、その「均衡線がどの辺で保たれるか。そこが大きな問題である。……均衡は、「人権」が強ければ進出した線で、弱ければ退歩した線で保たれる。²⁵⁾」とされ、従って均衡線が何れの辺にあるかが重要だとされる。

⑥<井上(正)説>

①目的・理念(との関係)⇒第1の目的は人権の保障。

②公共の福祉の内容⇒職権主義を意味する。

③人権との関係⇒基本的人権の保障は、公共の福祉の維持に条件づけられる。

たとえば、井上博士は①について、「個人の基本的人権の保障を全うすることがその第1の目的である。²⁶⁾」もちろん「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適性且つ迅速に適用実現する」という「実体的真実主義の要請を、刑事訴訟法から捨てることはできない²⁷⁾」が、「現行法は、当事者主義の限度内における実体的真実主義を以て満足しているのである。」とされ、②、③の点については、「当事者主義と雖も、『公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障を全うしつつ』存在するのである。個人の基本的人権の保障は、公共の福祉の維持に条件づけられている。公共の福祉をどのように理解して、個人の基本的人権の保障を考えるかによって、現行刑事訴訟制度の将来が決せられる。²⁸⁾」そして「公共の福祉と個人の基本的人権との対立は、職権主義による当事者主義の制約を現わす²⁹⁾」とされ、その後、徹底した当事者主義の立場にたたれることになった。その理由は、被告人の基本的人権の保障という面のみならず、職権主義が主導性をもてば1には証拠蒐集の過程において、2には蒐集された証拠の評価において、却って真実を防げるおそれが少ない点に求められる³⁰⁾。

6. 公共の福祉に固有の法的機能を認めない説

①<憲13条の「公共の福祉」⇒プログラム規定＝人権不可侵>……佐伯説

佐伯博士は、憲法13条の解釈について、同法は「『国家が立法その他の国政の上で、個人の権利の尊重を、それが公共の福祉に反しない場合には、積極的にはかかって行かねばならないという、いわば国家の心構を表明したもの』と解するのが正当であって、それを根拠として憲法第3章各条の権利自由を『公共の福祉』の名のもとに一般的に制限禁止し得るということは、同条の解釈として無理であるばかりでなく、憲法全体の趣旨と相容れないものである³¹⁾」とされたうえで、「黙秘権も公共の福祉により制限されうる」とする判例を批判されて次のようにいわれる。曰く「犯罪者が確定せられ処罰されるということはそれ自体1つの公共の福祉であって、犯人に黙秘権を与えることは常にこの公共の福祉に矛盾するものである。しかも敢てそれが与えられるのは、個々の犯罪の処罰という目的の外に、人間の基本的人権と自由とを圧制にたいして守ろうというより高い目的—より高い公共福祉の要請—が存するからであって、この場合前者は後者の優位を認め背後に退いているのである。³²⁾」と。

②<憲法31条以下の規定は、生命・自由についての実体と手続の内在的制約を具体化したものとする説>……尾吹・杉原・田宮説

たとえば、杉原教授は次のようにいわれる。「たしかに、31条以下の諸規定についても、13条の『公共の福祉』からの制約(内在的制約)があり、例外が認められるとする見解もある。だが、そう考えるべきではないであろう。……31条以下の適正手続条項は、13条の『公共の福祉』に基づく制約(内在的制約)を具体化したものにほかならないからである。憲法31条以下の諸規定は、生命・自由の侵害の実体と手続を規定したものであるが、

それは生命・自由についての内在的制約を憲法自身が具体化したものにほかならないからである。それらの諸規定について内在的制約の名において法律で例外を設けることが認められると解するならば、侵害の実体と手続を31条以下で限定していること自体がほとんど無意味となるだけではなく、そもそも31条以下と生命・自由の保障との関係を合理的に説明することが困難となる。一般に憲法が自由の侵害の方法・手続を特定している場合には、『憲法自身がすでに公共の福祉と個人の自由との衡量を行ない、いっさいの事情を考慮した上で禁止を特定しているとみるべきであるから、一般条項の場合と同じように公共の福祉による制限（禁止の緩和）を認めることはできない』。31条以下の諸規定は、そのような場合に相当する。³³⁾」と。なお、「31条以下を『一応』絶対的なものとして保障することが要求されとしたのは、被疑者・被告人の利益となるばあいには、人権尊重の基本原則からみて、それら諸規定についても柔軟な運用が認められるであろう³⁴⁾」とされ、38条3項、39条を挙げておられる点にも注意する必要がある。

田宮教授の見解もほぼ同様ではないかと思われる。教授は、②について、「『公共の福祉』とは社会、公共の関心・利益ということであるから、ここでは処罰の確保を意味しよう」とされ、③との関連については、「基本的人権は天賦人権ではあるが、わがままやセンチメンタリズムとは無縁であって、おのずから一定の限界があることを、公共の福祉ということばで示したものである。そこで、『公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ』とは、『相当な人権保障に配慮して』ということと同義である。結局それは、憲法における刑事手続上の人権保障条項と符節を合したもの（憲法的刑事訴訟法の要請）である³⁵⁾」といわれるのである。

このような考え方は、高窪教授の見解にも、また、後に述べる松尾教授の見解にもみうけられる。たとえば高窪教授が——その思考過程には問題があると思われるが——「両者は二律背反的な対立概念ではなく、個人の基本権が守られるところに公共の福祉が保たれ、公共の福祉が維持されるところに個人の基本権が存続しうると考えられないか。ということは、公共の福祉は制約原理あるいは保障原理というより、調整原理すなわち『実質的公平を旨としつつ人権相互間の矛盾・衝突を調整するための原理』と考える³⁶⁾」といわれるのも、考え方に共通したものがみうけられよう。

◎<人身の自由に関する基本権の性質上、「公共の福祉」による制約を認める余地はほとんどない>……………松尾

松尾教授は、③との関連について、ここにいう「公共の福祉」は「憲法12条、13条に由来する。人権の制約原理と考えるべきかについては争いがあるが、刑事手続において問題となる人権は、主として憲法31条以下の人身の自由に関するから、その性質上、『公共の福祉』による制約を認める余地はほとんどない。判例も、本条については、『公共の福祉の維持』と『個人の基本的人権の保障』とを正面から対立させるのではなく、むしろ両者を一体として本条の趣旨を見出すという態度をとっているように思われる（最（大）判昭45・11・25集24-12-1670参照³⁷⁾）」と指摘されている。

松尾教授の説は、「人身の自由の性質上」というものであるが、それが立法上の観点、つまり「内在的制約を具体化したものという性質からして」、という内容を含むのであれば、その限りでは⑥と共通することになるが、人身の自由という「基本権そのものの性

質」を問題にするのであれば、⑥の立場とは異なることになるだろう。

以上、やゝ引用が長くなったものが多いが、なるべく論者に語らせるという手法をとってみたのである。しかし、第1章において触れておいたように、「公共の福祉」とは何か、が明らかにされないまま論議がなされているものも多く、従って、分類の仕方も截然としたものではなく異論もあろうかと思われるが、要約することが許されるならば、i) 人権の外在的規制原理、ii) 人権に外在するものではあるが規制原理たりえない、iii) 人権の内在的規制原理、iv) 内在的規制原理であるが憲法31条以下の人身の自由には及ばない、v) 人権と「公共の福祉」の調整原理、vi) 手続規制原理、といった類型を確認することができるだろう。

- 1) 小野清一郎「刑事訴訟法の基礎理論」刑事法講座第5巻920-921頁。
- 2) 小野清一郎・前掲論文921頁。
- 3) 小野清一郎・前掲論文922-923頁。なお小野博士とほぼ同様の見解を採っていると思われるものに、吉田常次郎・全訂刑事訴訟法23頁がある。曰く「刑罰権の実現は如何に適正迅速でも、その実現の手続において、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とに欠くところがあってはならない。手続は公共の福祉の維持と人権の保障とを全うしつつ、これを実現するものでなければならぬ。しかし、事実上両者の調和が時には得られない場合がある。このような場合には、何れに優位を認むべきかは問題であるが、人権も公共の福祉の枠を出ることはできないと思う。憲法は刑事手続に関し、31条以下において人権保障の規定を設けているが、他方13条において生命・自由及び幸福追及に対する国民の権利は、公共の福祉に反しない限度において云々と規定している点から考えると、31条以下の人権保障に関する規定は、公共の福祉の維持を前提としているものと解するのが正当ではなからうか（反対；団藤・綱要……）しかし、上述のように解するにしても、それは真に公共の福祉に反する場合に限る。名を公共の福祉の維持に籍りて、人権を無視することは許されない」と。
- 4) 団藤重光・刑事訴訟法綱要（7訂版）32頁。なお以後綱要と略す。
- 5) 団藤重光・綱要32頁。
- 6) 団藤重光・綱要32頁、同・刑事訴訟法（3訂版昭38）4頁。
- 7) 団藤重光・綱要33頁。

その他、「公共の福祉」の内容の理解という点で、小野・団藤説と同じ立場に立つと思われるものに佐々波、江家説がある。以下に紹介しておく。

佐々波与次郎・刑事訴訟法総論51頁以下は、「犯罪は反社会的な違法行為であって、公共の福祉を阻害し、社会秩序に背反するものであり、又犯人を処罰することは、その生命、自由又は財産を剝奪することになり、その者の基本的人権の保障と相容れぬのである。現行刑事訴訟法においては、被疑者又は被告人は、有罪判決あるまでは、嫌疑をかけられた人又は公訴を提起せられた人として、刑事事件の取調に必要な処遇を受けるにとどまり、罪人視されないことはいうまでもないのであって、取調の結果犯人と確認されれば、治安及び公共福祉維持のために、犯罪の防止・鎮圧の見地から、これに刑罰を科し、社会から隔離し、その自由を拘束するなど、その基本的人権を剝奪することになるが、この取調中は、その人身の自由を尊重することにより、公共の福祉維持と個人の人権保障との両者を全うし、一見相容れぬ調整を遂げているのである。裁判所の被告人に対する科刑が、刑務所において教育刑としての効果を挙げ、受刑者が真に更正して釈放され、社会に復帰したならば、この刑罰は、結果において、個人に対する人権剝奪の苦痛というよりも、それ自体公共の福祉維持に役立つことになったといえるであろう。」としている。

また、江家義男・刑事訴訟法教室上61頁以下も、「国家は……公共の福祉を維持するために刑罰権を行使するのであるが、刑罰はそれを科せられる個人の法益を直接に剝奪するものである。……つまり、刑罰権の行使は個人の基本的人権を侵すことになる。刑罰権の行使による公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とは相容れがたいものである。……刑事訴訟法は、両者を「全うする」ことではなく、実は、両者を「調和する」ことでなければならない（が）……両者

をいかに調和するか……非常にむずかしい……その調和点を発見しようとする場合に、公共の福祉に重点を置くのと基本的人権に重点を置くのとでは、調和の仕方にかかなりの相異が生じる。……公共の福祉を優位にすると基本的人権が軽視されがちになり、民主国家であるべきわが国の前途が危ぶまれる。さりとて基本的人権を優位にして公共の福祉をかえりみないのは、共同生活体としての国家を否定することになろう。おもうに、民主国家である以上、個人的基本的人権が尊重されねばならぬことは言うまでもない。個人的基本的人権が尊重されなければもはや民主国家ではない。しかし、国家である以上、少数の個人的基本的人権が大多数の国民利益、すなわち、公共の福祉のために制限を受けることのあるのは当然である。だが、少数の個人的基本的人権も最大限に尊重されなければならないのであるから、公共の福祉のためにこれを制限するのは、真にやむをえない場合に限らなければならない。憲法13条はこういう趣旨のものとして解すべきである」とする。

その他、佐々木史郎「刑事手続と公共の福祉」法律のひろば28巻5号(1975)など類似の見解は多い。

- 8) 高田卓爾・基本法コンメンタール刑事訴訟法(別冊法学セミナー)20-21頁。
- 9) 高田卓爾・刑事訴訟法(改訂版)〈現代法律学全集28〉26頁。
- 10) 高田卓爾「交通事故の報告義務と黙秘権」生きている刑事訴訟法(佐伯千伊編)103頁。
- 11) 高田卓爾・前掲(全集)刑事訴訟法19頁。なお新刑事訴訟法の教育的任務を早くから主張されたのは団藤博士である。博士は「いまのわが国の社会としては、まず封建的要素のなごりを一掃して社会の近代化を徹底させることが、もっとも重要な仕事である。」(前掲刑事訴訟法(3訂版)3頁)、「刑事手続の分野でも社会的近代化の要請にこたえなければならなくなった。……ここに刑事手続近代化の第2期がはじまる」(綱要(7訂版)16-17頁)と主張されていた。
- 12) 高田卓爾・前掲(全集)刑事訴訟法26頁。
- 13) 斎藤朔郎・刑事訴訟論集318頁。
- 14) 斎藤朔郎・前掲書315頁。
- 15) 斎藤朔郎・前掲書316頁。
- 16) 斎藤朔郎・前掲書317頁。そのような視点から、「押収手続に所論のような違法があったとしてもそれにより物自体の形状性質等に何等影響を及ぼす虞はない」として証拠能力を肯定した昭24・12・13(第3小)判決を批判されて、一体「憲法や刑事訴訟法で証拠物を押収するため公権力を行使する途がひらかれている……にもかかわらず、国民は違法な押収手続を受け、それによって処罰されることを容認しなければならないだろうか。公共の安寧保持の原則と個人的基本的人権尊重の原則とを、調和する公正手続の原則からいうならば、適法な方法をはみ出してまで、一方の原則の要請を是認する必要はないと思う」とされる。
- 17) 中武靖夫・注解刑事訴訟法上巻3頁。
- 18) 中武靖夫・前掲書4頁。
 「公共の福祉」の理解として、機能的に把えるのではなく、直接的にその定義づけを理論的に試みられている者に、木村亀二博士がおられる。木村博士は憲法第13条の意義について「その後段は基本的人権一般の内容及び行使に関し、公共の福祉に反しない限度においてこれに最大限の保護を与えるが、公共の福祉に反する場合には制限を加えるということを宣言したものに外ならない」とされつつ(「法の理念としての公共の福祉」基本的人権と公共の福祉(末川博編)75頁)、ではその「公共の福祉」とは何かについて、「超個人的な全体の福祉ではなく社会の成員のすべてに内在的な福祉である。しかしながら、又、それは社会の成員の個々の福祉の総和でもなければ、平均でもなく、さらに、たとえ最大多数であろうとも、社会の成員の一部分の者の福祉ではなく、これを越えた福祉でなければならない。換言すれば、公共の福祉とは、社会の成員のすべて、これを内在的であると同時に超越的な福祉である」とされた。それならばそのような福祉は一体どこに成立するかと自問され、「それは社会の全員のすべての者の相互関係において成立するものでなければならない」、具体的には「社会の成員の共存共栄であり、社会連帯である」と定義づけられた。(同97-98頁)なおこの見解に対する批判として柳瀬良幹「基本的人権と公共の福祉—それに関する諸家の説について—」公共の福祉(末川博編)209頁以下。
- 19) 青柳文雄・注釈刑事訴訟法第1巻8-9頁。

- 20) 平場安治・改訂刑事訴訟法講義24-25頁。
- 21) 平場安治・前掲書27-28頁。
- 22) 井戸田侃・刑事訴訟法要説Ⅰ16頁。
- 23) 井戸田侃「刑事手続と公共の福祉」ジュリスト447号(1970)54-55頁。
- 24) 井戸田侃・前掲論文55頁。井戸田教授は「公共の福祉」の意味・内容について特定されているわけではないが、「基本的人権と公共の福祉という問題は、戦後の刑事手続を考えるにあたっては、特別な重要性をもっている。それはいわゆる公共の福祉、つまり国家的な治安維持の必要を重視するあまり、あまりにも基本的人権を無視した戦前の刑事手続法、あるいはその現実的な運用といういまわしい歴史的事実が存在するからである」「刑事手続においてはたえず『公共の福祉』によって基本的人権が抑圧される危険がさらされており、これに対する注意を怠ることによって常に戦前のような道を歩むおそれが多分にあることを示している」とされているところから「公共の福祉」とは治安維持的内容のものを念頭においておられることが伺え、それゆえにこそ「公共の福祉」の名のもとに法律をもってしても基本的人権を制約することはできないとされていることがわかる。従って「人権の内在的規制原理」という視点から法律でもって基本的人権を制約することまで許されないとされているわけではない。
- 25) 毛利与一・刑事訴訟法序説15-16頁。
- 26) 井上正治・全訂刑事訴訟法原論27頁。
- 27) 井上正治・前掲書28頁。
- 28) 井上正治・前掲書28-29頁。
- 29) 井上正治・前掲書29頁。
- 30) 井上正治・刑事訴訟法の基礎参照。
- 31) 佐伯千仞・刑事裁判と人権171頁以下。
- 32) 佐伯千仞・前掲書170頁以下。

また、近藤倫二「新刑事訴訟法は我国に定着したか」ジュリスト551号16頁が、「『公共の福祉』という言葉が「国家の為」という表現に代ると戦時中の考え方が復起するのではないかとも考えられる。この際特に国民の基本的権利及自由が憲法において具体的に規定された意味を考え国民のこのような諸権利が保障されておるのは唯国民各個人の利益の為のみではないのであってそのこと自体が公共の福祉につながるものであることを忘れてはなるまい。国民の基本的権利が無視されるような社会が一時的には繁栄するとしてもやがては没落する運命にあることは人類の歴史が之を証明しておる」とされる。「それ故に国民の諸権利を制限する為に公共の福祉ということをもってするには充分の自制が必要とされるのであって、之等の権利の乱用が明々白々の場合のみ抑制せらるべきものと理解されるべきものであろう。即ち繰り返して述べるが国民の基本的人権の尊重は公共の福祉に通ずるものであることを忘れてはならないのである」としている点は、「人権の内在的制約説」をさらに一歩佐伯説に近づけており、いわばそれらの中間にある考え方といえる。

近藤説と同旨の見解は、横川敏雄・ポケット注釈刑事訴訟法5頁にもみられる。曰く「基本的人権と公共の福祉という二つの概念が憲法に淵源するものであることは疑いない(……)。両者の関係をどうみるかは、憲法解釈の重要な鍵であり、結局解釈する者の人間観、国家観、世界観につらなるものであろう。しかし、いかなる観点に立つにせよ、いやしくも憲法の理想が民主的国家的実現にあること及び基本的人権の保障が民主的国家的存立の原理であることを承認するならば、公共の福祉の名のもとに軽々しく基本的人権を制限することが許されないことは明らかである。むしろ民主的國家においては、公共の福祉も、国民多数の基本的人権の保障を全うする原理として存在の意義をもつものと解すべきであらう。このように解するならば、両者は時に矛盾対立することがあっても、各人が基本的人権を享有しつつ秩序ある社会生活を営むという民主的國家の理想のもとに止易されなければならないものである(……)」と。

- 33) 杉原泰雄・憲法Ⅲ<人権(2)>(有斐閣大学双書)113-114頁。
- 34) 杉原泰雄・前掲書114頁。同・憲法学Ⅰ(有斐閣双書)132-133頁。
- 35) 田宮裕・注釈刑事訴訟法(有斐閣新書)2-3頁。
- 36) 高窪真人「刑事訴訟法における統合主義(1)」青山法学論集20巻3号7頁以下。

なおわたくしがその思考過程に問題があったとしたのは次の点である。高窪教授は、「公共の福祉」には「人権の制約原理」とする考え方と「人権保障のための原理」とする立場があるとされる。その上で「前者の立場によれば、もし公共の福祉と人権とが衝突するときは前者が優先することになるので、ともすれば公共の福祉の名の下に人権の保障が危くなりかねない。あとの立場によれば、両者が衝突するときは人権が優先することになるので、人権の保障は全うされるが、そのかぎりでは公共の福祉は否定される。……問題は、この二つの立場が、いずれも公共の福祉と人権とを対立概念としてとらえているところにあるのではないか」とされる。しかし、仮に「公共の福祉」が「人権保障のための原理」であるならば、「公共の福祉」と「人権の保障」とは対立することはないはずである。人権を保障することによって「公共の福祉」が否定されることはないということになる。そもそも憲法学上、「公共の福祉」が「人権保障のための原理」といわれるのは、「生存権（社会権）」の保障との関係においてであって人身の自由を問題にする刑事手続において考えられてきたわけではない。

37) 松尾浩也・条解刑事訴訟法2頁。

Ⅲ 学説の検討

以上に見てきた学説のいくつかについて簡単に検討を加えた後、章を改めて私見を述べてみたいと思う。

さて、刑訴法1条の「公共の福祉」は、憲法第12条、13条に由来するといわれる。ところが、憲法上、この「公共の福祉」と基本的人権との関係をどのように理解するかは、憲法の根幹に触れる重要問題であり、学説は複雑をきわめ、一定程度の共通の認識はあるもののいまだ定説を見いだせない状況にあるといつてよいと思われる¹⁾。次章で問題にするように、刑事手続の場合、基本的人権は主に人身の自由を意味すると思われるので、憲法のように社会権との関係といったようなものを考慮しないでよい分だけその複雑さは減少するが、しかし、この問題に対する理解のありようは、やはり刑訴法の根幹に触れる問題であることにはかわりないように思われる。

1 「人権と対立する外在的観念説」の問題点

「公共の福祉」を超国家的・超個人的なものと捉え、それが人権に優先するという小野説的な考え方は、憲法上の議論としても一時期の通説であり、立法・判例に多くみられる立場である²⁾。なる程、新憲法下において、人権はみだりに制約できないという点では共通の認識を持っていたけれども、「公共の福祉」の具体的内容にまでは深く立ち入ることなく、結局は「公共の福祉」という人権制約の一般的枠によりかかり、超個人的、国家的利益という観点から人権の制約を認めてきた³⁾。しかし、それは思考としては、「公共の福祉」つまり国家的治安維持の視点から基本的人権を蹂躪してきた戦前の思想にも通ずるものであり、むしろ歴史的な観点からいえば、まさしく基本的人権は、こうした国家絶対主義的・警察国家的な観念に対抗し、克服することを旨としたものであった⁴⁾。日本国憲法のも、こうした超個人的な「公共の福祉」の観念を排除しようとするところにある。やがて、「公共の福祉」を超個人的利益に求める考え方が憲法学上も厳しい批判にさらされるようになったのも当然のことであったといわなければならない。たとえば、「それは権力者にとってははなはだ便宜的な普遍条項となる。そして、この帝王条項の下

では、基本権の保障はまったく実体を奪い去られるおそれがある。⁵⁾、「憲法の基本原理が民主主義と基本権の尊重にあるかぎり、個体がそのために犠牲に供せられるべき『公共の安寧』といったような『公共の福祉』を認めることは憲法解釈としてはまったく認めがたい⁶⁾」といった批判が加えられている。

刑法学の分野にあっても、平野教授が、「基本的人権」を制約しうる社会国家的「公共の福祉」というのがあるか疑問だとされ、刑法の目的、少なくともその主たる目的は国家自身の保護や倫理秩序維持といったものにあるのではなく、個人の生命・身体・自由・財産の保護にある、「国家的道義や社会倫理の維持を刑法の任務とすることは、刑法に対する過大の要求であるだけでなく、自己の価値観ないし自己の好む『人間像』を、法の名のもとに他人に強制することになりかねない」、刑法は「原則として、他人に、その意思に反して重大な侵害を加え、またはその危険のある行為をした場合に限り、用いられなければならないであろう⁷⁾」と批判された。

このような刑法の目的・機能の捉え方いかんは、刑訴法が刑法と密接な関係があるだけに、その与える影響が問題になる。この点、小野説とはある程度ははっきりとした差異が生ずるように思われるが、団藤説は、刑訴法の目的に関する理解という点では、いぜん国家的利益という視点から解放されていない点で問題を残しているものの、他方において人権の尊重を重視する立場を採られるだけに、その差異も必ずしも明確ではない。

そこで、「公共の福祉」を国家的視点から捉えることによって、刑訴法の体系にどのような影響を与えることになるのかを見ておくことにしよう。

小野博士は、公判手続に関して、「刑事訴訟法において公共の福祉の観念が優越し、国家機関において公共的倫理および法秩序のために事案の真相を明らかにし、刑法を適正且つ迅速に適用実現するといふ目的が支配する。(刑訴1条)⁸⁾」、刑事手続における目的の一は「刑事司法による正義、すなはち刑法の適用によって国民共同体の倫理的秩序を維持し、その生存利益、その『公共の福祉』を保護することである。刑法において処罰すべき犯罪があるなら、その犯人を現実に処罰しなければならない。⁹⁾」とされて、実体的真実主義につながることを示唆されつつ、他面、「刑事訴訟法において刑事司法による正義、刑法の適用による国民的道義の維持、その線における公共の福祉の確保という国家的、国民的な目的が基本でなければならないとおもふ。その意味で超個人的、超人格的な原理が基盤となつてゐる。国家がいかに民主主義化し自由主義化しようとも、この基盤は否定されない。刑事訴訟法におけるこの超個人主義は職権主義として現はれる。¹⁰⁾」。

現行刑訴法は、「英米法の圧倒的な影響については疑ひを容れる余地」はないけれど、「新刑事訴訟法の全体を総合的に観察して、わが新刑訴は、なほ、職権主義を中心とする大陸法の構造を基底とするものであり、その上に英米法を思想を豊富に受容したものすぎないと判断する。といふのは、新刑訴は、訴訟による事件の実体形成の過程において明らかに職権主義的である。ただその訴訟追行の形式において当事者主義への大きな旋回を試み、当事者訴訟的構造を強化したといふことである¹¹⁾」。かくして、「刑事訴訟法の目的についての私の思想は一貫してゐて、旧刑訴の下における新刑訴の下におけることによって根本的な相違はないのである。公共の福祉・基本的人権の語は新憲法によって導入されたものであるが、原理的にはそれは刑事司法による文化的秩序の維持と個人的自由と

いふことであり、又私のいはゆる刑事司法による正義・刑事司法における正義に外ならない」¹²⁾と。

このようにして、「公共の福祉」の観念は、「刑法による正義」＝「社会の倫理的秩序維持」＝「超個人的原理」という把握を通じて、刑訴法においては職権主義・実体的真実主義に結びついていることがわかる。

次に捜査手続との関係を見ておこう。旧法下における強制処分¹³⁾の性質について、小野博士は、「検事より強制処分の請求をうけた予審又は区裁判所判事は、検事の請求が適法である以上、これを拒むことはできない」とされ、その理由を「捜査手続は検事の主宰するところであって、事件の内容に通ぜざる判事をして強制処分の必要と不必要とを判断せしむることは捜査手続に反する¹³⁾」点に求められ、「強制権限は検察官に属する」との立場をとられた。旧法下には、これとは別に単独に強制処分を行いうる場合が認められていたのであるが(旧123条)、現行刑訴法は現行犯を除いて「単独に強制処分を行いうる権限」についてはこれを否定している。博士はこの点について、「苟しくも公共の福祉のために犯罪の捜査が必要であり……捜査機関に或る強制の機能を与えることが当然のやうでもある¹⁴⁾」。しかし、その濫用の危険性を考慮して捜査機関単独の強制権限が否認されたのだとされつつ、「刑事捜査の国家的公共的な必要は言ふまでもないことであるから、事件に関係のある者は、よくその必要を認識して、苟くも捜査の妨げとならないやうに、寧ろ正当な捜査に協力するやうに心掛けなければならない。わが邦で、これまでに、一方において人権尊重の意識が欠けてゐたと同時に、他方において刑事捜査の国家的公共的な重要性の認識にも欠けている点が多かった。¹⁵⁾」と指摘される。ここに、「公共の福祉」の視点を介して、旧法下の単独の強制処分の営む機能を現行法の運用の中に生されようとしてされ、それを、「捜査においても常に必要なことは、被疑者を取調べること」にも結びつけておられるように思われる。すると、令状の性質については、当然に旧来の見解をひきついでいると解するのが自然であり、捜査手続を国家公共の福祉を介して、糺問の立場から眺めているように思われる。

では、団藤博士の場合はどうか。まず、公判手続との関連でみれば、「実体的真実主義(実体的真実発見主義)は刑訴法におけるもっとも重要な指導理念である。刑訴第1条に『事案の真相を明らかにし』といているのは、これを意味する。法令の適用がいくら正しくても、その前提となる事実の認定が誤ってはいは、何にもならない。実体的真実の発見が前提となって、はじめて正しい裁判が行われうるのである。¹⁶⁾」、¹⁶⁾「実体的真実主義は、刑訴全体を通じる指導理念であり、したがって刑訴のどの規定も直接間接に実体的真実主義に奉仕するものであるといつても、それほどいいすぎではない。¹⁷⁾」。そして、実体的真実主義が国家的関心事である結果、根本的に職権主義(Instruktionsprinzip; Ermittlungsgrundsatz)が支配する¹⁸⁾。なるほど現行法では当事者主義が全面に出ることになったが、「しかし、現行法において職権主義が潜在的・補充的なものとなったということは、職権主義の重要性が減じたことを意味するものではない。実体的真実主義が刑事裁判の根本理念である以上、刑事訴訟は根本的にはやはり職権主義の性格をもつものである。職権の発動は補充的にはちがいないが、補充的にもせよ、それが最後の切札として発動するところに刑事裁判の本質が看取される¹⁹⁾」、¹⁹⁾「現行法で当事者主義が強調される

ことになったといっても、それは主として被告人保護の趣旨から来るの²⁰⁾」である。「しかし、実体的真実主義は当事者主義と決して矛盾するものではない²¹⁾」、「現行法では、実体的真実主義が当事者主義と結びついていることを知らなければならない²²⁾」、「つまり、実体的真実主義には、積極的な面と消極的な面とがある²³⁾」。そして、現行法は、手続面では、消極的実体的真実主義—人権主義—当事者主義が支配し、実体面では、積極的実体的真実主義—職権主義が妥当するという形で、基本的人権の保障と実体的真実主義との調和をはかろうとされた。

問題は、現行刑訴訟法1条の「公共の福祉」がそのいづれに結びつくのかという点であろう。同条が、その立案過程で現れたのは第8次案からである。では、なぜ立案過程もおしこまれた最終段階の昭和22年10月になって、このような規定が突然押入されることになったのであろうか。この点について、直接立案過程にタッチされてこられた団藤博士は、立案作業中、「このままでいったら民訴よりももっと当事者主義になってしまうのではないか、形式的真実主義になってしまうのではないか、全体の趣旨がよくわからないぞということを方々でいわれて、それでこの第1条を立案した記憶がある」とされる。なおその際、「内部的には、『公共の福祉と基本的人権の保障とを全うしつつ』というところを、私は基本的人権を先にすべきだという主張をして、しかし、『別室』の意見では、そうはいかないだろうということで、『公共の福祉』を先に回した²⁴⁾」記憶がある、ともされる。団藤博士の見解によると、「公共の福祉」の理念は、「職権主義」「積極的実体的真実主義」に結びつき傾斜させていくものであることがわかる²⁵⁾。井上正治博士や毛利与一弁護士も、「公共の福祉」がそのような性質をもつものであることを指摘されたのである。それゆえ、少なくとも徹底した当事者主義を採る以上、このような内容や性質をもつ「公共の福祉」の観念は否定されなければならないように思われる。

次に捜査手続との関連でみると、公共の福祉の維持、「ことに犯罪の鎮圧はのもっとも重要なものである²⁶⁾」とされた博士は、捜査を、その本質において法律的色彩が弱く合目的性の要素が強いものとされる²⁷⁾。とりわけ、捜査においては、「証拠の集取・取調のためにも、被告人・被疑者の身柄を確保するためにも強制力の行使が必要である」とされ、ここに、「公共の福祉」—「犯罪の鎮圧」—「実体的真実の発見」—「合目的性」といった一連の脈絡をみてとることができる。しかし、同時に、「それゆえにこそ、被告人・被疑者その他の訴訟関係人の人権の保護がとくに要求せられる²⁸⁾」とされ、とりわけ对人的強制処分について、その必要性を強調される。そして、この人権保障という見地から、捜査手続の法律化、主として司法的抑制がはかられているとされる。しかし、博士の見解によれば、司法的抑制機能は、捜査機関と被疑者らの身分的対等関係の上にあるのではなく、捜査機関に捜査のための強制権を認めることを当然の前提として成り立っているところに、自ら捜査の構造を「当事者訴訟的萌芽²⁹⁾」にとどまるものとして位置づけざるを得なかったともいえよう。

ところで、我が国の捜査機関にたずさわっている者からは、—あるいは当然といえるかも知れないが—このような「国家的公共の福祉の優先」という考えが、今なおきわめて根強く主張されていることにも注意しなければならない。たとえば、河上和雄検事は、その著書「刑事訴訟の課題とその展望」の中で、「現代の法の支配する社会において、治

安の維持、確保は根源的、基本的要請であり、これなくしては国民生活の安定も国家の存立もありえない。民主主義の下においても民主主義を破壊する言動の自由を禁じないかぎり、民主主義は死滅する³⁰⁾」とか、あるいは、「基本的人権といえども、絶対無制限に認められるものではなく、公共の福祉を維持するために最小限度必要な範囲内では人権に制限をもうけ、公安調査のため秘聴器の使用も許される」とした判例（広島高決 34・3・29）を問題を残しつつも支持されている³¹⁾。いづれも、民主主義とは、はたまた民主主義刑訴下における公共の福祉とは何かを問わなければならない。

2. 「人権に上位する調和的原則説」の問題点

斎藤朔郎元最高裁判事は、これまで多くの最高裁判例が、「公共の福祉」と基本的人権の尊重とを同じレベルで対立させて、その結果「公共の福祉」の名の下に基本的人権を不必要に制限しているとして、これは「公共の福祉」を対立概念として把える誤りを犯すところから生じていると考えた。そして、むしろ対立させるべきは、「公共の安寧保持の原則」と「個人の基本的人権の保障」とであって、「公共の福祉の原則」は調和的原則であり、排他的原則より上のレベルに位置している。従って、この「調和的原則」には相対立する原則は存在しないと考えられたのである。

斎藤説は、表現の自由と集団行動との関係をもその射程領域に置いて、論じておられることに注意しなければならないが、先ず、問題としなければならないのは、「秩序が維持されることも、個人の基本的人権が尊重されることも、それ自体公共の福祉の内容をなす」とされることと、上位の階層に位置する「公共の福祉」には相対立する原則は存在しないとされることとの関連である。下位の相対立する概念が、上位の「公共の福祉」の内容をなしている以上、「公共の福祉」には——井上茂教授の言葉を借りれば——「秩序維持的公共の福祉」と「基本的人権尊重的公共の福祉」とがあることになるが、この両者は上位概念においてやはり対立する関係に分裂しているのではあるまいか。斎藤説によれば、対立概念が「公共の福祉」の内容にとり込まれることにより、そこに調整し調和するという作用が営まれるということになるが、そこに営まれる調和的作用とは一体どのような作用を意味するのかということである。排他的価値の調和とは、結局のところ、相互の価値を犠牲にすることにほかならないだろう。また、およそ、「対立する原則のない」原則というものは考えられないのではなからうか。もし考えうるとすれば、それは無内容なものであり、従って、いかなる内容をも含みうるかわりに、逆に何ら調整的機能を営むこともできないことになろう。しかし、「原則」と呼びうるものである以上、決して無内容なものではありえず、何らかの価値・機能を含むものであり、それゆえまた、それに対立する何らかの価値・機能の存在を前提しなければならないと思われる。

次に、「基本的人権尊重」の原則と「公共の安寧保持」の原則とが衝突する場合、必ずしも第3の「調和的原則」の作用をまたなければならないというものではない。宮沢博士の言葉を借りれば、民主主義国家体制の下においては、『人間』が至上であるから、人権は、何よりも高い価値をみとめられる。人権に対抗できる価値というものは、そこにはあり得ない。ここでは、国家そのものすら人権に奉仕するために存する³²⁾」のであって、「公共の安寧保持」の名でもって、「基本的人権」を侵害することは許されないのである。

「個々の人権に対抗する価値をみとめられるのは、……他人の人権だけである」。従って「調整原理」たるものも人権から遊離するのではなく、相互の人権の具体的衝突の調整の中に見出だしていかなければならないのであって、「調整原理」に名を借りて人権に優る上位の原則や価値を認めることは、それが善意にもづく理論であろうとも、必ずしも「その実際の適用における善意を保障するものではありえず、³³⁾「つねに調和的・調整的に働くものとして地位と機能とを固定化することができない³³⁾」以上、危険ですらあるといえよう。

3. 「基本的人権の内在的制約説」の問題点

「公共の福祉」を人権の内在的制約原理だと考えることは、一般的には肯定されてよい。基本的人権は侵すことのできないものとはいえ、それが何でも好き勝手にやれるという野放図で無制約なエゴイズムの自由を認めるものではない。本来、自己の自由の主張は、必然的に他者の自由の承認を前提とする。「他人の権利」を害するようなむきだしのエゴイズムが「自由」の名に値しないものであることは、個人主義の出发点から当然に認識されていた³⁴⁾。学説上は、憲法は、このような基本権の内在的制約を「公共の福祉」でもって現わそうとしたのではないかということが主張されるようになる。そして、憲法第13条にいう「公共の福祉」という文言が、何らかの基本的人権の「内在的規制」を意味するという点は、今や憲法学上共通の認識となっている。しかし、「公共の福祉」自体が「人権の内在的規制原理」であるといっただけでは、その内容は明らかにならない。そこで、憲法学上は「公共の福祉」という文言に代表される「内在的規制」の具体化の努力が続けられている。通説的立場は、これを「人権相互のあいだの矛盾・衝突を調整する原理としての実質的公平の原理³⁵⁾」をいうと説く。それならば調整の方法・基準はどのようなものかということがただちに問題となってこよう。民主主義の観点からすれば「多数の市民の利益」という「量的基準」(利益衡量論)に求められるべきだということになるのかも知れない。なる程、法が数多くの対立する社会的利益を整合させなければならぬ以上、ある意味で、利益衡量は法の本来の使命であるとも思われ、そこに利益衡量論が広く受け入れられやすい側面がある³⁶⁾。しかし、犯罪現象において量的基準を用いることになれば、刑事手続における人権は国家権力と被疑者・被告人との関係で主に問題になるのであるから、ハカリは容易に「公の秩序維持」「犯罪の鎮圧」といった国家全体の共同利益に有利に作用し、いわば「内在的制約」は量的処理を通じて外在的制約に転化されてしまう危険性をたえず内包しているように思われる。青柳博士が、被疑者・被告人の人権保障については、罪証隠滅・実体的真実の発見といった点をも具体的に考えて考慮されなければならないのであって、一概に個人の基本的人権が「公共の福祉」に優越するということとはできないとされている点も、背後にそのような考え方があつたことを伺わせる³⁷⁾。

刑訴法第1条における「公共の福祉の維持と基本的人権の保障」の問題にあつては、単に「人権に対する内在的制約原理」といった抽象的議論に付すべきものではなく、憲法の保障する刑事手続上の人身の自由(憲31条以下)を憲法13条に依拠して規制しうるかということこそを問うべきだろう。

4. 「公共の福祉に固有の法的機能を認めない説」の疑問点

ここでは、田宮・杉原両教授の見解を検討することにしよう。

③<田宮説の検討>

田宮教授は、一方において、ここでいう「公共の福祉」とは「処罰の確保」を意味するとされつつ、他方では基本的人権とからませて、「人権の内在的制約」を「公共の福祉」という言葉で示したものとされる。従ってここでは両者の結びつきから、「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ」という部分は、「内在的規制に触れて処罰の確保を要するようなものを除いた人権の保障を全うする」ということ、つまり「相当な人権保障に配慮して」ということと同義だとされるのであろう。では、具体的には「相当な人権保障」とはどのようなものをいうのか。それは「憲法における刑事手続上の人権保障条項と符節を合したものとなり、憲法的刑事訴訟法の要請の謂ということになる³⁸⁾」とされる。他方、デュープロセスについて、それは結局刑事訴訟法における憲法的保障の謂だとされ、デュープロセスにそった刑事訴訟を「憲法的刑事訴訟法³⁹⁾」と呼ばれている。従って「公共の福祉の維持と個人の基本的人権とを全うしつつ」とは「適性手続」(デュープロセス)に従って、ということと同義となるように思われる。そのように解すると、憲法第33条以下でそのような人権の保障が明示されているときは、比較的問題は少ないが、第31条の包括的な適性手続条項にあって、しかも「やわらかなデュープロセス論」を主張されておられるだけに、いかなる方法によってそれを認定しようとするのか注目される。この点、教授は「適性手続とは人権保障と真実発見の間に調和のとれた手続を意味する。⁴⁰⁾」とされ、はっきりと利益衡量を本質とすることを示されると共に、それは「人権保障に力点のある公正な手続の謂だ」とされた。すでに述べたように、社会には数多くの利益が併存し互いに抵触することが少なくない以上、利益衡量は法の本質的な使命といえる部分があることも否定できない。刑法においても、構成要件や可罰的違法性などに典型的にそれをみることができ。しかし、こと刑事手続にあっては、被疑者・被告人は国家と対立する当事者であり、そこでの多様な利益はたえず個人と社会、個体と全体、自由と秩序、私益と公益といった関係に還元されて現われがちであることに注意しなければならない。このような場面で安易に利益衡量を採り量的処理にゆだねることは、その意図はどうであれ、結果的には「国家・公共の福祉」へと回帰していく危険性を内包している点に特に意を払う必要がある。利益衡量に好意的な風潮の中にあつてなお一部の学者が、それは、(i)裁判官への白紙委任にちかいたという意味で「裁判官政治」をもたらす、(ii)量的処理は自由の侵害を防止するという歯どめを失わせる、(iii)国家権力の発動をしぼるための基準設定のための努力の放棄を意味する。(iv)法的判断基準が求められているときに利益衡量だと答えるのでは基準の提示を放棄するに等しい、として強く反対している理由は⁴¹⁾、刑事手続にあってはいま一度正面から受けとめられ慎重に検討されてよいように思われる。なる程、田宮教授は「人権保障に力点を置いた公正な手続」をいうのだとされるけれども、しかし、それで具体的な解決策が示されたわけではない。むしろ、刑訴法のように利益が二方向に還元される傾向のある場面では、基本的人権の「基本性」の価値を問い直し、改めて確認し直してそれを人権保障のための刑事手続の中にしっかりと位

置づけていく必要がある。

⑥<杉原説の検討>

この考え方は、憲法第31条以下の人権規定に対しては、第13条の「公共の福祉」による内在的規制を排除することによって人権を保障しようとする意図をもつものであることはいうまでもない。しかし、内在的規制排斥の理由を、憲法第31条以下はすでに生命・自由についての内在的制約を具体化したものだからとするのは⁴²⁾、刑事法の分野に限定して言えば、理由づけとしては弱くなるのではないかということが危惧される。なる程、第31条以下の人権保障規定が一切を禁じる形の保障形態をとっているときは問題はない。たとえば第36条の拷問の禁止について、「制定者が、人権の尊重、刑事司法の適正な運用、犯罪の防止、社会の安全の保護など多くの利益を衡量した結果として成立したものであって、そのうえにたって拷問の禁止という規範となった」と考えたとしても問題はない。しかし、憲法第31条以下の規定が、特定の方法に限定して人権の制約を認める形で（いわばそれ以外の方法による人権の侵害は許さないという形で）人権の保障を規定している場合には問題があるように思われる。たとえば逮捕・勾留に関する規定をとって考えてみた場合、「憲法自身がすでに公共の福祉と個人の自由との衡量」の結果、特定の方法でその制限を認めた規定だとするならば、被疑者・被告人の人身の自由と衡量され、一定程度人権を制限することが憲法で認められたところの「公共の福祉」とは具体的にここでは一体何を指すことになるのかが問われなければならないと思われる。仮にもそこで考えられたものが、「取調の必要性」とか「証拠収集の必要性」といったようなものであったとしたら、それは取調のために人権の制約が認められたという意味において、人権制約の理由は同時に人権制約の目的と化す危険性がある。厳格な条件のもとに認められる逮捕・勾留という人権の制約（身柄の拘束）のあとに待ちうけるのは「被疑者の取調」だということにもなりがちで、この考え方では、立法過程で考慮された「内在的制約」理由ないし目的と身柄拘束の必要性との連動を断ち切ることはできなくなるだろう。もちろん、「被疑者の取調」、「証拠の収集」といったようなものは、「内在的」制約理由たりえないという反論もあろう。しかし、それならば、国家権力による権力の行使と人権保障との関係を問題にしている第31条以下の規定にあって、限定的に認められている侵害の実体を「内在的制約」で説明しようとする事自体が問題であるといわなければならないだろう。となると、松尾教授の説明にみられるように、憲法31条以下的人身の自由については、その性質上、「公共の福祉」による制約を認める余地はないと考えるべきではないかと思われる。

5. 「手続規制原理とする説」

平場博士の見解は、きわめて特徴的だといわなければならない。その理由を一言でいえば、これまでの見解がすべて「公共の福祉」を訴訟内において観察しようとしてきたのに対し、博士は視点を転じて訴訟外から観察されようとするところにあると思われる点である。それは、「訴訟の追行過程そのものが公共の福祉すなわち公共の秩序の一環をなすべきものであって……公共の秩序を破るようなものであってはならない……反社会的であってはならない」とされるところによく現われている。わたくしは、次章で述べるように、刑罰権の正当性を「人権の内在的規制原理」により説明することは充分可能であるが、

国家権力と被疑者・被告人の人身の自由とが衝突する刑事手続場面における人権の制約については、「人権の内在的規制原理」でもってしても直截的に説明することはできにくいと考えており、その意味で第1条の新たな意味づけが必要となるだけに、博士の見解はきわめて示唆に富んでいるように思われる。

ただ、この説の場合「公共の福祉」の意味・内容は国家公共の秩序といったものに近いものであるだけに、たとえば、両院議員の国会会期中の不逮捕特権の理由づけも公共の視点から解さねばならないことになろう。しかし、通説は、不逮捕特権の目的を、「議員の活動を保障する」といった公共の視点よりも、「政治的動機にもとづく妨害から議員の身体の自由を守ることに重点がある」とし、「逮捕の理由が正当であると認められるときは許諾が与えられなければならない⁴³⁾」と解している。もちろん議員の活動を保障するという視点からの理由づけも有力になされているけれども、そのような民主政治を守ろうとする理論が、たとえば犯罪者に政治をゆだねてしまうといった点で逆に民主政治の危機につながるだけに、通説にも捨てがたい長所もある。平場説については今後の検討の課題としたい。

- 1) 「公共の福祉と基本的人権」との関係を扱った論文は枚挙にいとまがない。ここでは若干のものをかかげるにとどめる。末川 博(他)・公共の福祉と基本的人権、今村成和「公共の福祉」ジュリスト638号、伊藤正己「憲法解釈と利益衡量論」ジュリスト638号、今村成和「基本的人権と公共の福祉」憲法の争点(ジュリスト増刊)、田口精一「公共の福祉の意義」学説展望(ジュリスト300号)、樋口陽一「公共の福祉」論の現状とゆくえー「二重の基準」論と「比較衡量」論一判例展望(ジュリスト500号)、依 静夫「基本的人権と公共の福祉」憲法講座第2巻、奥平康弘「公共の福祉に関する立法及び判例の傾向」憲法講座第2巻、和田英夫「公共の福祉」新版憲法演習Ⅰ、樋口陽一・基本法コンメンタール憲法、その他まとまったものとして、特集・「公共の福祉」の現代的機能(ジュリスト447号)、山下・隅野編基本的人権(文献選集日本国憲法4巻)。
- 2) 奥平康弘・前掲憲法講座第2巻17頁以下。
 このような見解に対する批判はすでに明治の初期にあらわれていたことに注意しなければならない。その一節を佐々木哲哉、裁判官論より引用することにする(135-136頁)。
 <植木枝盛一政論(明治10)>。
 「安寧治安はそれが人民の幸福の増進に役立つかぎりにおいて尊重せられるべきものであって安寧治安それ自体に何ら価値があるわけではない。安寧治安を維持するために人民の幸福が侵害されるならばそのような安寧治安はむしろ排斥に値するといわなければならない(政論明治10年)。そもそも人民の幸福の増進を犠牲にして維持されるような安寧秩序は、その名に値するものであろうか。否それは実に安寧秩序どころか、そうした状態こそ本当の意味での擾乱と呼ばなければならない(民権自由論)。」
 <坂本南海男一治安論(明治10)>
 「治安と進歩とは社会にあって欠くことのできない二つの要望であるが、しかしその二つのうちどちらがより重であるかといえは吾人はむしろ進歩を貴重としないではいられない。なぜならば、社会の改良は治安より進歩によってもたらされるからである。」
- 3) 奥平康弘「人権の限界」演習憲法(芦部・他編)186-187頁をも参照。
- 4) 依 静夫「基本的人権と公共の福祉」憲法講座2巻7頁以下。佐藤 功・日本国憲法概説124頁。
- 5) 小林直樹・新版憲法講義上324頁。
- 6) 小林直樹・新版憲法講義上324頁。
- 7) 平野竜一・刑法の基礎100, 101, 115, 121頁など参照。同・刑法総論Ⅰ43頁以下。
 このような考え方は、その後内藤 謙・刑法講義総論上45頁以下(特に52頁)や、芝原邦爾・刑法の社会的機能、の中に受けつがれている。
- 8) 小野清一郎・前掲論文911頁。

- 9) 小野清一郎・前掲論文921頁。
- 10) 小野清一郎・前掲論文922-923頁。その後刑事訴訟法概論(昭29)27-28頁において「新刑事訴訟法は、職権主義的構造から弁論主義的構造への完全な転換を成就してはいない。弁論主義への飛躍的な転換をめざしてはいるが、しかも、足はなほ職権主義の地盤を離れていない。新刑事訴訟法が、職権主義を基本原理とするか弁論主義を基本原理とするかは、その根本性格に関する重大な問題であるが、私は、その基本原理は依然として職権主義であると観察する。それは立法者の慎重によるものか、日本の文化的現状又はその歴史的伝統によるものか、或ひは刑事訴訟法というものの本質的制約から来るものであるか、それとも『基本的人権』という観念が『公共の福祉』といふ観念による制御を必要とするためなのか、これは法理学的な根本問題である」とされ、その結論を留保されるに至っている。
- 11) 小野清一郎・前掲論文927頁。
- 12) 小野清一郎・前掲論文927頁。
- 13) 小野清一郎・刑事訴訟法講義359頁(以後講義と略す)。
- 14) 小野清一郎・刑事訴訟法概論174頁(以後概論と略す)。
- 15) 小野清一郎・前掲概論175-176頁。
- 16) 団藤重光「実体的真実主義」刑事訴訟法(現代法律学演習講座)59頁。
- 17) 団藤重光・前掲演習講座刑事訴訟法62頁。
- 18) 団藤重光・前掲綱要209頁。
- 19) 団藤重光・前掲演習講座刑事訴訟法52頁。
- 20) 団藤重光・前掲演習講座刑事訴訟法52-53頁。
- 21) 団藤重光・前掲演習講座刑事訴訟法59頁。
- 22) 団藤重光・前掲演習講座刑事訴訟法60頁。
- 23) 団藤重光・前掲演習講座刑事訴訟法63頁。
- 24) 座談会刑事訴訟法の制定過程(団藤発言部分)刑事訴訟法25年の軌跡と展望(ジュリスト551号)45頁。
- 25) 同様の立場から捉えようとするものに岸 盛一・刑事訴訟法要義がある。その5頁及び9頁以下によれば「刑事訴訟は国家刑罰権の強制的行使を内容とするものであるからその手続の過程において国家が強制力を用いることは避けられない。それは必然的に個人の自由に対する侵害を伴う。この刑事訴訟における強制力の施用は、近代憲法が個人の安全保障のため国家権力に対して設けている障壁と至るところで衝突する。国家的利益を強調するときは個人の自由は無視されるし、反対に個人の利益の保護のみに専念するときは刑事司法の作用は麻痺させられる。そこで国家社会の利益の保持と個人の自由の尊重とをいかに調和させるかということが刑事訴訟法の立法における重大にして、かつ、困難な課題であり、刑事訴訟の立法が時代思潮と政治思想との影響をうける所以でもあるのである」(5頁)、「英米法思想の影響をうけた現行刑事訴訟法は当時者主義的性格が頗る濃厚となった。この刑事訴訟法の当時者主義化は、実は新憲法の要請なのである。憲法第31条は、アメリカ連邦憲法の due process of law の思想をうけついで被告人に法の正当な手続による刑事裁判を保障し、またその第37条は、被告人に公平な裁判所の迅速な公開裁判をうける権利を保障している。これらの「公平な裁判」(fair trial)を担保する規定は……憲法の他の規定とともに新憲法下の刑事訴訟手続の基本構造として当時者主義の採用を要請しているものとみられる。ただし、新憲法の標榜する「基本的人権の保障」の要請を刑事訴訟において実現するには、当時者主義の原則をとることが適当であるからである。他方個人の権利の尊重は無制限のものではなく、公共の福祉の維持との調和を保たねばならぬとする新憲法の規定(12, 13条)は、また、極端な個人主義を排斥するものであり、刑事訴訟の構造についても極端な当時者主義にはしることを予想するものでもないことを窺わせる。現行刑事訴訟法が、大きく英米法的な当時者主義的旋回を試みたにもかかわらず、依然として従来の大陸法的な職権主義的伝統をも保留することにしたのは、決して偶然なことでもなくまた安易な立法上の妥協によるものでもないと思われる。『公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障を全うしつつ事案の真相を明らかにする』ことを刑事訴訟法の目的として掲げている同法第1条の規定こそ、現行刑事訴訟法の性格を端的に表現しているものである」とされている。

- 26) 団藤重光・前掲綱要32頁。
- 27) 団藤重光・前掲綱要318頁。
- 28) 団藤重光・前掲綱要322頁。
- 29) 団藤重光・前掲綱要318頁
- 30) 河上和雄・刑事訴訟の課題とその展望 8頁。
- 31) 河上和雄・前掲書89-90頁。
- 32) 宮沢俊義・憲法Ⅱ（全集）230頁。
- 33) 井上 茂「『公共の福祉』概念の現代的意義」ジュリスト447号23頁は「この論者のいう『対立する原則のない』原則というのはどういうものであろうか。……論者は、諸原則のあり方をレベルの異なる……不動の階層をなすものとしているようにも思える（が）……固定的に位置づけることが果たして可能であり妥当であろうか。諸種の法原則のありようは、階層的に固定した位置づけの問題ではなく、具体的な状況に対応した機能性の問題としてとらえるべきで……したがって、同一原則が排他的作用を示すこともあれば調和的機能を果たすこともあり得るのである。……公共の福祉……の観念にある具体的内容をもたせて、それをつねに最上位の原則として君臨させるとなるとどうであろうか。善意にもとづく理論は、その実際の適用における善意を保障するものではありえない。公共の福祉にせよ公平にせよ正義にせよ、その観念は、否定も拒否もできないが、それらが法原則として、つねに他の諸原則の上であり、つねに調和的・調整的に働くものとして地位と機能を固定化することはできない。……論者は『秩序維持』の原則と『基本的人権の尊重』の原則とが対峙するレベルの上位にあつて『公共の福祉』の原則が調和的に作用するというように図式化している。しかし、具体的状況のなかでは、その『調和』的作用というのはどういう働きであろうか。第1の原則も第2のそれも、第3の原則とは矛盾しない。したがつて、秩序維持的公共の福祉と基本的人権尊重の公共の福祉との調整・調和ということになるわけで、論者のいう『公共の福祉の原則の調和的作用』というばあいの原則の作用という意味に疑問がでてくる。……『原則』というものは、それにそつて思考が行なわれ事がらが運ばれる＜規準＞であり、法原則は法規定などととも法基準の一つである。これに対して、『公共の福祉』はこれを厳密に法的概念として用いるかぎり、そこから法思考が発し事がらが処理されはじめ、あるいは、そこへ向かつて思考や事がらが到達すべき＜基準＞なのである」と批判している。
 なおきわめて注目すべきことは、斎藤（元）判事は、その名著事実認定論（昭28）の中では、「刑事訴訟法第1条が要請している、公共の福祉の維持と、個人の基本的人権の保障という、互いに相矛盾する契機を、同時に、同程度に、満たすなどということは机上の空論である。その時代、その国の事情によって、どちらか一方の要請に重点が置かれざるを得ない……治安の維持という要請は、主として、治安行政の任務に委かざるべきものであつて、刑事訴訟は、寧ろ、基本的人権の擁護、いいかえると、無辜を罰しないという点に、主たる使命を、見出さなければならぬもの、私は信じる。……一罰百戒ということ……は本来、行政の作用であつて、司法の機能ではない」とされていたことである（刑事訴訟論集37-38頁参照）。
- 34) 小林直樹・憲法講義上241頁。
- 35) 宮沢俊義・前掲書230頁以下。
- 36) 「法の解釈をめぐって」の対談（法の解釈ジュリスト基礎法学シリーズⅣ）248頁以下参照。小林直樹・憲法の構成原理364頁以下、伊藤正己・前掲ジュリスト638号論文。
- 37) 青柳博士の見解は「内在的制約論」から出発しつつ、罪証隠滅のおそれ、実体的真実の発見といったものでもって「人権の制約」される場合を肯定しようとされており、結局「外在的制約」と混同されているように思われる。
- 38) 田宮 裕・前掲注釈書 3頁。
- 39) 田宮 裕「憲法と刑事訴訟法」刑事訴訟法を学ぶ51頁以下、同・刑事訴訟とデュープロセスのはしがきの部分をも参照。
- 40) 田宮 裕・前掲注釈書 4頁。
- 41) 樋口陽一・前掲論文ジュリスト500号37頁以下。
- 42) 教授が引用されている尾吹善人・憲法（学説判例辞典1）230頁は「いっさいの事情を考慮した上で」となつており微妙である。
- 43) 播磨信義・憲法（基本法コンメンタル）192頁。

IV. 私 見

そこで、以下に私見を述べることにするが、それはあくまでも覚書にとどまるものであることを、まずはじめにお断りしておきたい。

i) とところで、刑訴法第1条の「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障」との関係を考えるに先だて、次の点を注意しておきたいと思う。

先ず第1は憲法の保障する基本的人権の性質についてであるが、その11条及び97条は基本的人権を永久に侵すことのできない人間固有の権利と謳い、国家権力もこの基本価値を最大限に尊重すべきであって、行政権はもとより立法権をもってしても徒に制限もしくは剝奪することのできない、いわば天賦人権であり、国民生活における最高の価値として位置づけているという点である。「公共の福祉」との問題を考える前に、この基本権の基本性をまず再確認しておくことが大切だと思われる。

第2に、刑事訴訟法の目的を再確認しておくことが必要だと考える。

刑訴法の目的が刑法の具体的実現＝「真実の発見」にあるということは誤りではない。しかし、そのことを肯定する前に、まず、多くの論稿が指摘しているとおおり、刑訴法が強い政治性を帯びるものであることを見逃すわけにはいかない¹⁾。たとえば、「近代市民社会が資本制社会として、その矛盾を露呈するや、大ブルジョアジーに荷われた国家の刑罰権力は、新たに变革の途につこうとするプロレタリアートを中心とする国民大衆を抑圧するための階級的力として顕在化しはじめる。²⁾」そうして、その階級的力としての刑罰権の実現は、まさしく刑訴法を通して実現されていくことになる。したがって、刑訴法の目的が刑法の具体的実現、それによる「公共の福祉」の達成という点に、仮にも他の価値に優る優越的価値を置いていることを認めるとするならば、刑罰は苛酷になり、思想的には国家主義的・絶対主義的思想に連なり、真相は必ず究明できるという司法能力に対する過信となって現れてくる。そこにあっては、刑訴法の目的は刑法の目的に吸収されてしまい、刑法の忠実な従女(＝助法)にしかすぎず、被支配者階級の人権と生活基盤は根底からくずされていくことになろう。このような危険性を打解し、裁判に対する国民大衆の信頼を回復しようとするならば、刑訴法は刑法の具体的実現を規制し、国家の刑罰権力を階級的な矛盾から解放していかなければならなくなる³⁾。そのためには刑訴法の目的である「実体的真実の発見」、その意味での「公共の福祉」の価値を人権保障の目的より後退させると共に、積極的実体的真実主義と裁判官の機能との結びつきをも規制する必要に迫られよう。かくして、刑法の実現を規制するという目的を負うところに刑訴法の独自性が獲得されることにもなる。それは、現代における刑事裁判の目的が、「人権保障の枠の中で、真実の発見に努めるものでなければならない」という帰結を生むことになる。刑訴法第1条の「公共の福祉と基本的人権」の問題を考えるにあたって、現在においてはこのような制約(一定の枠)があることに注意しておかなければならない。

ii) 以上のことを念頭におきつつ、刑訴法第1条の「公共の福祉と基本的人権」との関係について考えてみることにしたい。

先ず、刑訴法第1条については、その文章的構造を理論的にどのように分析し理解する

のかという、必ずしも容易ならざる問題がある。

従来、刑訴法第1条は、「公共の福祉の維持と個人的基本的人権の保障とを全うしつつ」という部分と、「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現すること」という部分とに分けて、前者は「刑事司法における正義」、つまり刑法の具体的実現のための手続に関するものであり、後者は「刑事司法による正義」、つまり刑法の具体的実現という実体面に関するものだ、とする理解が一般であった。

これに対して、団藤博士は刑事訴訟法綱要7訂版で自説を改められ、「第1条の規定の中で、『事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正に……適用実現する』というのは実体面に関するものであり、『刑罰法令を……迅速に適用実現する』というのは手続面に関する。そうして、実体面と手続面とを通じて、『公共の福祉の維持と個人的基本的人権の保障とを全う』することが要請される」とされ、その一例として、「控訴理由としての量刑不当、上告審における破棄理由としての量刑不当などは、量刑が公共の福祉の維持と個人的基本的人権の保障の「要請に合致するようにするため、判決の内容を直接的にコントロールすることを意図した規定である⁴⁾」ことを説かれる。

団藤博士と類似した見解は、田宮教授によっても主張されている。曰く、本条の読み方としては、「①公共の福祉の維持と人権保障の貫徹、②真相の究明、③刑罰法令の実現の3つの部分に分析すべきであろう。①の手続のもとに②の目的を実現し、もって③調和のある刑罰権の実現をめざすべきであるという意味で、③は①②をあわせたもののくり返し、ないし結論部分である（そうでなければ、「適正・迅速」は、「能率のよい事件処理」というだけの意味になる)⁵⁾」と。

この点の考察は、後日に譲ることとするが、刑事訴訟法が一元的な原理で説明を尽くしえない利害の対立を含んだ法典であることは認めなければならず、また、「公共の福祉」もきわめてあいまいな概念であるため、刑事裁判におけるその現われ方を、概念自体によって特定することはできないといえよう。従って、刑罰、刑事手続、人権にそれぞれ対応した「公共の福祉」が考えられる余地があろう。たとえば、刑罰のもつ法益保護機能を「公共の福祉」という概念で把えることもできよう⁶⁾。しかし、本稿がここで論じようとしているものは、「公共の福祉の維持と基本的人権の保障とを全うしつつ」という部分が、文章の構造として手続面に限定されるのか、それとも実体面にまで及ぶのかといった問題ではなく、手続面に限定して、そこで一まとめにされている「公共の福祉」と「基本的人権」との関係をいかに理解すべきかという問題なのである。

そこで、刑事手続における基本的人権とは、被疑者・被告人・（有罪確定者の刑の執行手続）において、不当な身体的制約を受けないことを、つまり憲法31条以下に規定する人身の自由を意味することになる。また、「公共の福祉」は憲法12、13条にいう「公共の福祉」に由来しているので、それは自然権的基本権との関係では（それが内在的にしろ外在的にしろ）規制原理たりうるかという形で問題とされてきたのである。従って刑訴法1条のこの問題は、結局憲法第13条の「公共の福祉」による規制が、憲法31条以下に規定されている刑事手続上の人身の自由にも及ぶかということと同じであり、かつ、そのような視角から理解されるべきだと考える。

iii) そこで、もう少し「公共の福祉」と「基本的人権」との関連性について検討してお

こう。前にも一言したが、基本的人権は侵すことのできないものだとはいえ、それは、何でも好き勝手にやれるという野放図で無制約なエゴイズムの自由を認めるものではない。フランス人権宣言は、「自由とは他人を害さないすべてをなしうる力である」と規定した。人権の歴史の出発点において、すでに人権に対する内在的な制約があることが意識されていたのである。国家の実体的刑罰権は、私人の犯罪行為に向けられるものとして、国家権力からの侵害行為に向けられている基本的人権の保障との関連はあまり意識されなかった⁷⁾。しかし、最近、国家の刑罰権の行使も、「人間は本来、他人に害を及ぼさない限り、法律上は何をしても自由である」という大原則を基礎にして行われなければならないという考え方が⁸⁾、わが国でも有力に主張されるようになってきている。

これは、いうまでもなく不当な刑罰権の行使を抑制する方向へその途を開こうとするものである。それは、他人の利益を害する行為が行われた場合に、しかも、「とくに刑罰というかたちの制裁が必要であるという積極的理由があるときのみ」、換言すれば、「なんらかの意味で違法だというだけでは足りず、その犯罪として刑罰を加えるに足りる程度に違法」な場合にも、個人の自由内に内在する制約の具体的表現として刑罰が科されることになるのである。ここに、侵害行為——他人の法益の侵害—処罰の必要性——個人の自由の内在的制約（の限度内）——刑罰権（悪人の法）という図式がうまれる。これに対して刑事手続における人権の保障を考えると、国家権力による権力行使——被疑者・被告人の人身——無罪の推定——人身の自由の保障——刑事手続（善人の法）という図式になり、国家権力による人権の制約に対抗することこそ、基本的人権の保障の本来の姿であって、「人権の内在的制約」といった思考を及ぼしにくい場面であるといえよう。

それらのことをも念頭におきながら人身の自由について考えてみたい。個人の自由は、精神的自由と身体的自由とに区別することができよう。そして、それぞれがさらに、積極的・活動的（政治的）なもの、消極的・内心的ないし身体的なものに区別できるのではないかと考える。たとえば、精神的自由についてはあるが、伊藤正己教授は、外面性精神的自由権と内面性精神的自由権とに分けられ、前者は「法が精神活動の外部的表現そのものをとらえて、これを憲法上保障しようとするもの」であり、「憲法第21条に保護される言論、出版、集会、結社などのいわゆる表現の自由がその典型である」。そして、この思想表現の自由に対しては、「明白にして現在の危険」（clear and present danger）の存在を条件として、公権力の干渉も認められるが、それはあくまでも例外的なもので必要最小限度にとどまるべきだとされる⁹⁾。これに対して、後者は「内面的な心的活動の自由を保障するものである。その例が、第19条の保障する思想及び良心の自由である。これは人の人としての本質的な精神活動の自由であり」「法的強制という外部的志向をもつものとなじまないものである。「従ってここでそれが憲法上保障されるためには、それが何らかの外部的要素と結びつくことが必要であるが」、「それは単に人の内心に公権力の規制（制？）はたちりえないといういわば当然の事理以上を意味し、その内面的自由を法的強制と結びつけて保障し、それに対する公権力の支配を排するものである。たとえば、自己の内心の信条に反する告白を強制したり、また良心の承認しえないことを処罰によって強行せしめることがそれにあたる。」、「このように人格形成に結びつく限られた範囲内での内面的な自由こそは、およそ人間として存在する以上絶対に侵害を許されないものであ

り、これを公権力によって制約するとき立法を承認することはできない。公共の福祉に名をかりて、政策的見地からこの自由を制限することも許されず、その意味で絶対的権利である¹⁰⁾」と。

これに対して、「いわゆる人身の自由といわれる刑事司法における主として手続的な人権保障」については、「日本国憲法において、それらは具体的かつ詳細に規定され、解釈上の問題は個々の規定の分析を通じて解釈しうる点で、一般的形式で規定された他の自由権の場合と異なる考察方式が採られてよいと考えられる¹¹⁾」とされる。

しかし、日本国憲法に詳細な規定があるので、その解釈にゆだねれば足るというものでもないのではなからうか。むしろ、その解釈の指針として、同じような考察方法が有用だと思われる。

わたくしのいう、第1の積極的身体的自由とは、他人を害さない範囲で自発的に自己を決定していく活動的自由で、フランス人権宣言第4条のいう「自由とは他人を害しないすべてをなす力である」とする自由¹²⁾に属するものである。これに対し、消極的身体的自由というのは、思想・良心の自由と同じく、身体そのものの不可侵性であり、それ自体として社会や他者に害悪を及ぼすという性質のものではない。それは、まさしく人間の尊厳の原理と不可分の存在なのである¹³⁾。このように人身の自由¹⁴⁾に異なった2つのものがあるとするには意義があると思われる。そうした場合、「内在的制約原理」という考え方は、積極的・活動的自由との関係で生ずるものであることに注意すべきである。もっとも、このように区別することは意義がないとする見解もあろう。積極的身体的自由という場合、その身体的「活動」は身体そのものと切り離して考えることはできず、従ってまた、他人の人権を侵害するようなエゴイズムな「活動」に対する規制は身体の拘束を伴う場合が多いのだ。しかし、このような考え方は、外部的な「活動」に嫌疑がかけられた被疑者・被告人に対して、そのことのゆえに、ともすると、ある程度の身体の拘束が当然に認められるといった基本的人権の軽視に流れやすい。そのような危険性を防止するためには、人権の制約としての実体法の実現に向っては、身体的活動としての「行為」に視点を合わせ、実体法の実現のための手続過程においては、それに抗する形で身体そのものの保障を果たすという刑訴法の独自性を意識させる必要があり、人身の自由を2つに分けて理解する考え方がこれに資することにならう¹⁴⁾。

iv) 国家権力による被疑者・被告人の人権侵害を防止するために、法は「無罪の推定の原則」によってこれを担保しようとしているのである。人権保障という点からすれば、被疑者・被告人も一般市民と異なる扱いを受けるべきではない。但し、人権保障以外の民主主義的合理的な政策的配慮の下に、一般市民と異なる扱いがなされることはやむを得ない。逮捕・勾留はそのような視点から理解されなければならない。無罪の推定を受けている者の、しかも性質上人間の尊厳と不可分の身体¹⁵⁾の自由を有する者の拘束が認められるのは、司法権の独立が保障されている裁判所の将来の出頭確保（公判維持）という理由以外にはありえないと考えなければならない。それは被疑者・被告人の捜査における客体化の危険性を排除して、裁判所の判断として位置づけ、捜査と切り離して一種の裁判の執行のごときものと理解することによって、かろうじて人権侵害の批判をまぬかれうるとされる¹⁵⁾。わが国では逮捕・勾留は捜査に属するという考え方が圧倒的であるが¹⁶⁾、捜査が

証拠収集を目的とするものである以上、逮捕・勾留にもとづく証拠収集も肯定されることになるのではないか。そこには、被疑者（被告人）を取調の客体と化する危険性がひそんでまいか。しかし、逮捕・勾留が取調を目的として行われるものではないことは、刑訴法60条及び199条の規定がそれがかかげていないところからも認められるところである。人間の尊厳の原理と不可分の身体的自由は、刑の執行による場合以外は侵すことの出来ないものであり、法は逮捕・勾留という身体的自由の拘束にもとづく取調をその理由からはずしたと考えなければならない。

また、憲法34条は、身体的自由の不可侵性と、逮捕・勾留の濫用による人権侵害の危険性に意を払って、「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」と規定し、刑訴法39条1項はこれをうけて、「身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人となろうとする者と立会人なしに接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる」ことを定めて、何よりも先ず、被疑者・被告人の主体的地位を明確にし、それを保障しようとしているのである。従って刑訴法39条3項の「捜査の必要」とは、逮捕・勾留されている被疑者（被告人）の直接の取調を意味しない。憲法11条の保障する「不可侵の人権」を具体的に担保する憲法34条の弁護権の保障は、身柄拘束中の「被疑者の取調」を否定する機能を営むのである。このような視点からすれば、逮捕・勾留中の「被疑者を取調べるための接見交通権の禁止は、その点において憲法違反の疑いがある¹⁷⁾。

さらに、このような「身体的自由の不可侵性」の保障と、それを「侵害する虞れのある取調」の危険性を排除し、人格の主体性を確立するために、憲法はその38条1項に黙秘権の規定を設けてその保障を貫徹しようとしている。そして、この「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」という規定をうけて、刑訴法311条1項で、「被告人は、終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる」と定め、同法198条2項では、被疑者に対し、「あらかじめ、自己の意思に反して供述する必要がない旨を告げなければならない」とする規定を置いている。従来、この供述拒否権を「内心の自由」を保障するものと捉え、「供述義務を負わされない権利」だと解する見解が一般的であった。なる程、「内心の自由」を保障するにあたっては、形式的にみれば供述義務を否定しておけば充分のようにも見える。しかし、そうであれば憲法19条の「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない」とする「沈黙の自由の保障」の規定によっても充分対応できるということにもなる。従って38条1項は、「内心の自由」をも含んだより広い人身の自由の保障をその射程に入れていると考えるべきであろう。それは次のことから肯定できよう。第1は、条文の位置が広く人身の自由に関する規定の中に置かれていること、第2は、「自己に不利益な供述」という規定は、「自白」と捉えられがちであるが、そのように狭く捉えると、「人身の自由の不可侵性」の保障という観点からは狭すぎ、むしろ、刑事手続上の自白に限定せず、広く「自己の人権保障に不利益な供述」と理解しなければならないと思われること¹⁸⁾、第3は、「告げなければならない」とか、「拒むことができる」という規定の仕方ではなく、憲法上は「強要されない」という規定になっていることである。「拒む」というのは主体の問題に留まるが、「強要されない」というのは、「強要されるような状態一般」を排斥しようとする意図をもつものであり、そのような状態は「外部から

加えられる精神的・身体的圧迫」によって引きおこされるので、黙秘権の射程は、「人身の自由」にまで及ぶことになる¹⁹⁾、従って、出頭義務・滞留義務といった取調受認義務を課した上で取調べることは黙秘権を保障した憲法・刑訴法に違反することになろう²⁰⁾。

以上に見てきたところからもわかるように、被疑者は捜査における一方の主体であって客体たりえないのであるから、取調の法的性格は、捜査機関に被疑者の弁解・主張を聴取する機会を与えるためのものとしてのみ認めることができる。従って、捜査段階における取調とは、被疑者の弁解・主張を聴取して嫌疑の有無を明らかにするためのものであり、井戸田教授が主張されるごとく、いわば、それは被疑者の権利ですらある。それゆえ、その方法は弁解・聴取としての限界を越えるものであってはならないのであって、自白獲得といった証拠収集に及ぶ場合は許されないと考えるべきである²¹⁾。

このような私見に従えば、人の身体の恒常的要素であり、生命・健康の維持にとって不可欠な存在である体液についての強制採取は、「人格の尊厳」を侵害し被疑者を捜査の客体と化している以上、許されるべきではないと考えるが、それ自体の存在が生命・健康の維持の役割を荷負っていないような排泄物の体内における採取や肛門・膣内の外膣内に隠匿された物件の搜索など、必ずしも身体の「内奥」への侵入を伴うとはいえない処分などについても、たとえ、それが採取の対象との関連で見れば、必ずしも人間の尊厳や被疑者を取調の客体と化すといった側面をもっているわけではないとしても、その取調の方法が人格の尊厳を侵害する危険性がきわめて高い以上、例外を許す場合をどう考えるかがこの問題の基本姿勢だろう。その具体的判断基準の検討は今後に譲ることにしたい²²⁾。

本章を結ぶにあたって、わたくしの以上に述べた考え方は、「身体的自由→憲法31条以下の人身の自由の不可侵性」を前面に押し出すことによって、人間の尊厳を守り政治的判断に流されないようにしようとするところにその目的の一端があるといってよい。これまで多元的な利益の衝突の中で「基本的人権といえども絶対的なものではないのだ」という点が一般化されてしまい、それが刑訴法のもつ強い政治的性格を通して個人の利益と全体の利益という二方向に収斂されていく危険性を本質的にもっている。しかも、そこでは「基本的人権と公共の福祉」の問題の解決は量的な処理にゆだねられがちである。「多数」という量的処理こそ民主主義の社会における公平・妥当な判断だという発想がある。そこでは人権といえどもけっして特別の価値があるわけではなく、従ってどうしても人権よりも「公共の福祉(利益)」といった現実の必要性の方にはかりは傾いていく危険性をもっているように思われる²³⁾。そのような状況においては、「前国家」的人権の性格を強調することが、あるべき民主主義の理念ないし原理へと向ってその基準を修正する機能を営むことになるのである。換言すれば、人身の自由という基本権の「基本性という本質」を問う理由がそこにあると考える。

1) 柏木千秋・刑事訴訟法18-19頁、横山晃一郎・刑事訴訟法の解釈62-63頁。

2) より詳しくは真鍋 毅「犯罪論の意義と機能」ジュリスト(創刊30周年記念号)731号188頁以下。

3) 井上正治・全訂刑事訴訟法原論8-9頁。

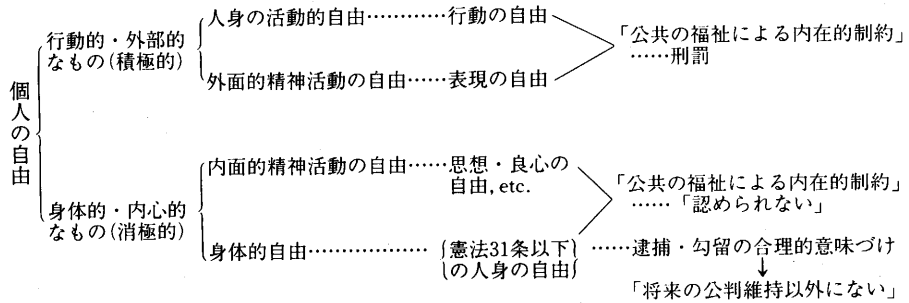
4) 団藤重光・綱要28頁。

5) 田宮 裕・前掲書2頁。

6) 芝原邦爾「刑法における公共の福祉の現代的意義」ジュリスト447号48頁以下。

- 7) 近代憲法における人権の観念はまさしく国家権力の侵害行為に対する国民の基本権（権利）の保障を意味した。従って私人による侵害行為に対しては「人権の保障規定」は適用されないことになる。そのような行為に対しては市民法にその解決がゆだねられ、そこでは「私人の生命・身体・自由・財産などの生活に関する利益を法益ないし権利として法制化し、これらの利益侵害行為を刑事裁判の対象にしたり、民事上の損害賠償などの手段により処理ないし解決をはかってきた。そこでは刑法は人権侵害の問題を持ち出すまでもなく——従ってまた直接に憲法の基本的人権と結びついた規定を置くことなく、罪刑法定主義や構成要件の理論などを採用するなどして、独自に人権の保障をはかってきた。刑罰法規は、国家法ないし公法学の憲法とは法の分類を異にするものとして、その刑法総論という壮大な理論が超憲法的な正当性を自己主張しつつ成立してきたように思われる。それゆえ、新憲法制定という価値観の大きな転換期にあってもその改革は不敬罪・スパイ罪・安寧秩序維持罪の規定の削除と職権濫用罪の新設にとどまり、また憲法にあっても、その13条に関する一時期の通説が「社会的害悪」を処罰することは「公共の福祉」に添うものであり、そのためには「基本的人権」も制約しようという理解を示す限りにおいて、憲法と刑法とは厳しい対立関係をはらむこともなく、従って論ずべき点も死刑の合憲性や罪刑法定主義といった問題、あるいは憲法の保障する労働基本権や表現の自由といった規定に直接抵触する場合など少数にとどまっていた。（参照、大谷 実他「刑事法学30年の歩みと展望」法律学の課題と展望（ジュリスト731号）、江橋 崇「刑罰と人権」憲法学Ⅰ100頁以下。
- 8) 芝原邦爾・前掲論文。
- 9) 伊藤正己「基本的人権」基本的人権（文献選集日本国憲法4）177頁。
- 10) 伊藤正己・前掲論文178-179頁。
- 11) 伊藤正己・前掲論文179頁。
- 12) 木村亀二・新憲法と人身の自由23頁は、「自由という普通二つの側面を有し、一は他からの制限・干渉等影響を受けないという消極的側面であり、二は自己自らが自発的に自己を決定して行くという積極的側面である。政治的自由と称される場合には主として右の積極的側面が意味せられる」とされ、フランス人権宣言第4条の定義は政治的自由を意味するとされている。
- 13) 人身の自由については、私見のように積極・消極の二面に分けずに一括して消極的な自由として位置づける場合が多い。たとえば木村・前掲書23頁、小林直樹・憲法の構成原理367頁、なお小林教授は、人身の自由は精神の自由（思想・良心・信仰・学問）と共に、原則として公共の福祉の名によって規制されない、いわば絶対的保障を要求するものだとされる。その理由はそれらが実定法上「自然権」・前国家的な「真正の基本権」として定立されている、というだけの根拠にもとづくものではなく、むしろ「その本質と意味によって、これらの権利は、絶対的保障を要請するというべきである」とされ、次の三点を指摘されている。
- a. 第1に、人身ならびに精神の自由は、民主的な人間尊重の原理が何よりも優先的に要求する。最もプリミチーフな基本権である。それが公共の福祉の名目で、立法的・行政的につねに干渉されているような場所では、デモクラシーは存立しえない。
 - b. 第2に、これらの自由権は、権力および恐怖からのパッシブな自由であって、それ自体として社会や他者に害悪を及ぼすものではない。身体や内心の自由はもちろ、学問の自由もそれに準じた内的論理をもっているから、「公共の福祉」による規制の必要は、原則としてないといっべきであろう。
 - c. 第3に、「人間の尊厳」と不可分なこれらの権利は、権力的統制に対してきわめてヴァルネラブルな性質をもつ。統制によって権力が得るところのものはほとんどないのに、その及ぼす禍害は甚大である。それらにはむしろ、一内在的な論理に対応した合理的理由による最小限度の制限を除けば、一不断に積極的な自由の保護を与えることが、民主社会の先決要件であろう。このようにおよそ権力的統制になじまない点で、それらは「自然権」の名にもっともふさわしい、といえよう。
- 教授の見解は、権利の内在的性格に応じた手続と範囲で一定の制限がなされること、は当然の前提になっているが、問題は何が「合理的」なカテゴリーに属するかであり、私見はその点からもっと問題をしばらくとするものである。

14) これらのことを図式すれば以下になるとと思われる。



- 15) 井戸田侃・刑事手続の構造序説75頁。
- 16) たとえば鈴木茂嗣「捜査の本質と構造」現代刑罰法大系126頁。
- 17) 「一般的指定書」はもちろんのこと、「具体的指定書」も実質的な弁護を受けることを妨げ、被疑者の防禦権の行使に支障をきたすような内容のものであれば、同様に違憲・違法というべきである。杉原泰雄・憲法Ⅲ・人権(2) (有斐閣大学双書) 150頁。
- 18) 杉原泰雄・憲法Ⅲ210頁。
- 19) 早くから、このような方向を示唆されていたものに、坂口裕英「黙秘権—公判手続と捜査手続での—」鴨編刑事訴訟法 (法学演習講座11巻) がある。
- 20) 捜査の構造に関する論文は多いが、ここでは井戸田侃・刑事手続の構造序説, 同・刑事手続構造論の展開, 久岡康成「弾劾的捜査観の意義」刑事訴訟法の争点 (ジュリスト増刊), 鈴木茂嗣・前掲論文, 被疑者の取調べとの関連で井戸田侃「取調の法的規制」捜査法大系Ⅰ, 横山晃一郎「被疑者の取調べ」法政研究49巻4号13頁。
- 21) 井戸田教授の前掲書及び論文参照。
- 22) これらの問題についての詳しい論説として井上正仁「刑事手続における体液の強制採取」法学協会雑誌百周年記念論文集第2巻657頁以下。
- 23) たとえば緊急逮捕一つをとってみても、多くの学説が何らかの理由づけでもってこれを肯定しようとするけれども、その形式的理由づけがどうであれ、その背後にある実質的理由が治安の維持の必要とか、犯罪鎮圧の必要性とか、重大犯人の処罰の必要性といった国家政策たる「公共の福祉」にもとづく利益衡量的思考によるものであって、そのような形で憲法上規定していないことながら是認されていくことには問題がありすぎよう。実質的理由づけの方向から緊急逮捕を扱ったものに坂口裕英「緊急逮捕」続学説展望 (別冊ジュリスト) 166頁。