

保釈請求と検察官意見書等の閲覧・謄写

渡 辺 修

一 問題の所在 大阪・Y弁護士恐喝未遂事件における保釈関係手続の経過

一 弁護士は保釈請求に対する検察官の意見書等を閲覧・謄写できるか。この問題を考えるため、最初に、大阪弁護士会の弁護士が恐喝未遂で起訴された事件における保釈手続を紹介する。本件のおおまかな経緯は次の通りである。一九九〇年七月中旬頃大阪の暴力団T組事務所近隣での飲食ビル建築工事に伴う紛争について、Y弁護士がT組から代理人となって相手方弁護士と交渉することを依頼された。Yは右工事の施主側弁護士Hに電話連絡し、一〇月三日まで数度の電話による弁護士同士の話し合いがなされた。このうち、七月から八月にかけての四回の通話内容が、H弁護士の依頼人である施主、施工業者に対する、T組幹部I、Nと共謀の上なされた恐喝にあたりとされた。一九九一年二月二三日、Y弁護士は逮捕された。以下、保釈に至るまでの流れをみておく。

二月二十五日 勾留決定（大阪拘置所）。

三月 七日 一〇日間延長決定。

三月一六日 起訴。

同日 弁護人、保釈請求。

三月一八日 担当裁判官と弁護人との面接。この段階で、検察官からどの程度の捜査記録が裁判官のところに送られていたのかは必ずしも判らなかった。従来の弁護士の経験からは、公判担当検察官の手元に送られて来る捜査記録がそのまま一括して裁判官のところにも提出されるらしい。本件では、弁護人が請求したところ、検察官の意見書の閲覧を認められ、その場で内容のメモをとることができたとのことである（意見書の謄写は、第一回公判期日後に法四〇条によっておこなった）。

三月一九日 請求却下（準抗告も棄却される）。

四月二三日 第一回公判。ここでは、共謀の態様を巡り、起訴状ならびに冒頭陳述の趣旨に関する求釈明が弁護人よりなされた。検察官の証拠等関係カードに基づく証拠調べ請求に対しては、証拠の相当部分について不同意または意見留保とした。

同日 弁護人、保釈請求。

裁判所は、検察官・弁護人を交えた打合せの席で、不同意、意見留保中の証拠の何点かを指定して、両者の合意の上で内容のわかる書面を作成、提出することを求めたとのことである。そこで、検察官が原案を作り、弁護人が若干の補正をした上同意した「資料提出書」が作成された。検察官は、前回と同様の理由による保釈不当の意見書とともに、この「資料提出書」を提出した。

四月二七日 共犯者の一人Iが逮捕される。なお、もう一人の共犯者Nが逮捕されたのは七月にはいつてからである。

四月三〇日 保釈許可決定。検察官は、抗告と裁判の執行停止を申立てた。この時点までの共犯

者の捜査、取調べ状況をまとめた警察の捜査報告書が添付されている。これら抗告等申立書と添付資料の写しは、地裁から弁護士側にも渡された。これを踏まえて、弁護士側も意見書を作成、提出した。

五月 一日 抗告棄却決定。身柄釈放。

その後、六月五日には第二回公判が開かれ、事件はなお係属中である。

二 右の経過でもうかがえるが、第一回公判期日前に弁護士が保釈請求をする、裁判官が（法二八〇条一項）、法九二条により検察官の意見の聴取を行なう。通常は書面が提出される。その際、意見書とともに捜査資料が添付されてくると聞く。ところが、従来の運用上、検察官の意見書は弁護士には開示されないらしい。このため、請求が却下された場合でも、弁護士側としては検察官・裁判官が具体的に何を問題にしているのか判らないため、保釈を可能にする条件を適切に整えつつ準抗告を申し立てて保釈を認めさせることも困難である。では、裁判官に提出された検察官意見書（これと一体となった捜査資料も含めて）と疎明資料については法四〇条によって閲覧・謄写を認める余地はないのか。これが本稿の第一の問題である。

第一回公判期日後に弁護士が受訴裁判所に保釈請求をした場合、裁判所は証拠調べを終了していない捜査資料を取調べることがある。「資料提出書」を用いた右事件はむしろ例外でもある。しかし、通常の運用は、予断排除の原則との兼ね合いで問題を生じかねない。そこで、予断をさけつつ保釈請求の当否について判断する適当な方法はないものであろうか。これが第二の問題である。

以下、検討する。

二 検察官の資料提出の法的性質

一 保釈請求がなされた場合、裁判官が検察官から捜査記録の取り寄せをする場合があるらしい。また、検察官があらかじめ一件記録をつけて意見書を提出することもあるらしい。例えば、「第一回公判期日前の場合、求意見書に附せんを付したり、電話等の要請によって、各裁判所は事実上の取寄せを行っている」、「東京地裁令状部では、必要に応じて裁判官の指示により取り寄せている」と指摘されている⁽¹⁾。では、かかる資料の取寄せの法的性質は何か。まず、上記の資料でも「事実上の」取寄せという扱いがなされていると説明されている。こうした運用が全国でも通常であるのかどうかは調査を要するところであるが、ここではかかる扱いの意味について分析しておきたい。裁判官・裁判所が検察官から捜査資料を取り寄せた場合、証拠調べ請求のため提出された書類と同じような受理、領置、保管、返還に関する手続はなされないのではないか。裁判官室で一時借用し内容を読んだ上直ちに返還するといった扱いがなされているのではないか。これが「事実上」の取り寄せの意味ではないか。

この方法であれば、裁判官・裁判所としては捜査資料すべてをみることに差し支えはないことになる。しかも、事実上の取寄せ資料であるから、いまだ裁判官・裁判所の正式に保管すべき書類にはならない。したがって、後述のような法四〇条、法四七条の解釈論をまつまでもなく、およそ弁護士が記録の閲覧・謄写する機会を保障すべき対象にならないと扱うことができる。

かかる処理の法的根拠を見いだせない訳ではない。法四七条によって訴訟書類等の保管者は公判開廷前でも公益上の理由により相当と判断したときにはこれを公開できるから、保釈不相当の意見の疎明の限度であれば公益上の利益があるので、検察官が裁判官・裁判所に関係資料の開示を行なっていると説明できそうである。また、手続事

項に関する決定のための事実取調べ（法四三条三項）は、裁判官・裁判所の合理的な裁量によって行なえば足り、事実上の取り寄せもこの裁量の範囲内にあると考えることもできる。

（１）高浪美登一・蓼沼絳明・令状関係事件における書記官事務―東京地裁における取扱い例を中心として―（昭和五十四年度書記官実務研究）二〇四頁

二 しかし、問題はある。

第一に、事実上の扱いという運用の隙間を利用して身柄に関する重要な判断資料が収集されるのは刑事訴訟手続のあり方として好ましくない。また、法四七条は、訴訟外の目的に使用されることによる訴訟の正常な進行の妨害を防ぐための規定である。当事者の攻撃・防御のための閲覧・謄写に関する権利・義務関係を定めたものとは解せない。適用法条として妥当ではない。

第二に、法四三条の事実取調べであるとしても、こと身柄拘束に関する場合には適正手続の要請にかなうものでなければなるまい。確かに、わが国刑法は、勾留関係手続については理由開示公判を除いて、弁護人の立会する公開の法廷で攻撃・防御の機会を保障した上で決定をするという手続を採っていない。しかし、憲法三四条の趣旨からすれば、むしろこうした手続のほうが妥当ともいえる。公開の点はさておき、裁判官・裁判所による当事者の身柄の長期拘束という重大な手続について十分な攻撃・防御の機会の保障のないのは妥当であるまい。検察官の主張の内容を弁護人側に伝ええないような手続のあり方は適正手続の要請から逸脱する。

第三に、実質的にも、弁護人側は、検察官の意見の内容、これを裏付ける資料の内容等を知らずに裁判官に自己側の意見を述べるというすれ違いのやりとりになってしまいかねない。これでは、弁護人として保釈の妨げとなる事情を克服することが可能かどうか判断できなくなる。保釈の権利の効果的な運用が妨げられる。

三 裁判官・裁判所による保釈請求の判断のための捜査資料の取寄せの法的性質は、やはり正式の事実の取調べと解すべきである。あらかじめ裁判官から資料取り寄せの意思表示がなんらかの形でなされていた場合には、規則一八七条四項による提出命令と解すべきである。同条は、勾留に関する処分を行うため、書類その他の物の提出を命令できると規定している。また、裁判官はとくに資料取り寄せの意思表示はしなかったが、検察官において意見書と別に資料を提出したので、裁判官がこれを読んだときには、法四三条三項、規則三三条一項による取調べと解すべきである。いずれの手続によるのであれ、裁判官・裁判所において提出を受けた資料についてはこれを正式に受理・保管すべきものではないか（参照、規則二九八条）。とすると、基本的には、法四〇条により弁護士が閲覧・謄写を認められるべき資料になるのではないか。

もっとも、法四〇条が当然に第一回公判前の保釈関係の書類で裁判官が保管中のものにも及ぶかはやや問題になる。この点を次に考察したい。

三 第一回公判期日前の保釈請求と検察官意見書等の閲覧・謄写

(1) 法四七条と訴訟関係書類の閲覧・謄写 一 最初に、第一回公判前における捜査書類の公開については、法四七条との関連が問題になる。同条は公益上の利益がある場合で相当と認められるときを除いて、訴訟関係書類等の公開開廷前の公開を禁止している。まず、同条の趣旨について確認しておこう。この点は、「訴訟関係人の名誉等を害し、公序良俗を害し、また、裁判に対する外部からの不当な影響を誘発することを防止する趣旨である」とされている。⁽²⁾ 本条で公開を禁止される主体と対象については、「直接には、裁判所ないし裁判官を主体とする規定であると解する。したがって、『訴訟に関する書類』とは、裁判所・裁判官の保管するものを指す。しかし、訴

訟関係人ことに検察官も、その保管する訴訟関係書類につき、本条の趣旨を尊重しなければならないであろう。訴訟に関する書類は、証拠書類であるとそれ以外の書類であるとを問わない」と解されている。⁽³⁾

公開が許されるかどうかは、各書類等保管者の裁量に委ねられている。「書類の保管者において、開示の目的、必要性、弊害の有無、程度等を考量して、合理的な裁量により決すべきである。書類の保管者が国家機関である場合には、内部的な規則により合理性が保たれるよう配慮することが、特に望まれる」。⁽⁴⁾例えば、裁判所に係属中の事件自体を国政調査の対象とすることは許されないので、国政調査権に基づき訴訟書類の提出を要求することは、裁判所に対するものである限り、これを公益上の必要と認める余地はないが、他の裁判所の証拠決定、取寄決定等に基づく開示の要求で急を要するものは公益上の必要に当たる。新聞その他の報道機関からの要求はこれに当たらない。⁽⁵⁾もっとも、公開禁止に反したことは直ちに当該手続内における一定の制裁等の法律効果と結び付いているものではない。その限度では訓示規定とも解せる。

(2) 団藤重光・条解刑訴法上(一九五〇年)一一三頁。最判昭和二八・七・一八刑集七卷七号一五四七頁参照。ほぼ、同旨、ポケット註釈刑事訴訟法(上)(一九八六年)一一三頁

(3) 団藤重光・条解刑事訴訟法上一一三頁。同旨、註釈刑事訴訟法I(一九七八年)一九九頁(香城敏磨)

(4) 註釈刑事訴訟法I二〇〇頁(香城敏磨)。相当性判断は、文書保管者の裁量に委ねられるものとして、例えば、福岡高裁宮崎支決昭和五四・三・二七訟務月報二五号一七八七頁、東京高決昭和六〇・二・二一判タ五六〇号一三九九頁。但し、東京高決昭和六二・六・三〇判タ六五七号二二二頁は、爆発物取締罰則違反被疑事件に関して発された搜索差押許可状の請求・発付・執行を違法とする損害賠償請求手続において疎明資料の提出命令がだされたが、右事件が確定している段階であれば、「捜査の秘密」保持を理由とする開示拒否は具体性・合理性がなければならぬとする。他に、東京高決昭和六二・七・一七判タ六四一八〇頁参照。

(5) ポケット註釈刑事訴訟法(上) 一一三頁

二では、裁判官が検察官から預かっている保釈関係書類の公判前閲覧・謄写は法四七条により禁止されるか。これを肯定する説も一応成り立ち得る。その根拠は次のように構成可能である。

第一に、公判開廷前に保釈関係書類の閲覧・謄写を明示的に認めている規定はない。他方で、本条がある。これは、包括的に保管文書の閲覧・謄写を禁止し、公開については裁判官等文書保管者の個別的な裁量的判断にかからしめる趣旨と解せる。また、仮に法四〇条が形式的には公判開廷前の保釈請求に対する検察官意見書等の閲覧・謄写を認めるかのように読めても、法四七条により制約されていると解することができないではない。⁽⁶⁾

第二に、実質的に、本条の立法趣旨には、裁判に不当な影響が及ぶおそれを防止することも含められる。検察官の意見書の公開は、被告人側に捜査方針等を知らせることになり、被告人またはその周辺の者などによる罪証隠滅のおそれを生じたり、関係者威迫などの誘因になるおそれがある。

第三に、勾留理由開示公判の調書について起訴前の開示は少なくとも権利としては認められていない。その法的根拠は従来本条に求められている。⁽⁷⁾保釈関係の書類もこれと同じく扱われるべきである。

(6) 関連判例をみておく。最判昭和二八・七・一八刑集七巻七号一五四七頁は、検察官が恐喝被疑事件の起訴状に他事件の被疑者の供述調書に基づく記載をした事件において、「検察官が公訴の提起という本来の職務を行うために、その保管にかかる他の被疑事件により知得した事実を公訴に必要なかぎりこれを記載することは、刑訴四七条但書の場合にあたりなら違法ということはできない」とする。最決昭和四九・三・一三刑集二八巻二号一頁は、付審判請求手続は「捜査に類似する性格」を有する「公訴提起前における職権手続」であって対審構造を有しないとし「このような手続の基本的性格・構造に反しないかぎり、裁判所の適切な裁量により、必要とする審理方式を採りうるものと解すべきところ、検察官から送付され

た捜査記録等の閲覧謄写を請求代理人に許可することは、これによって被疑者その他捜査協力者らの名誉・プライバシーを不当に侵害する可能性や、真実歪曲の危険性などの存在を否定しきれないのであるから、このような密行性の解除によってもたらされる弊害に優越すべき特段の必要性のないかぎり、裁判所に許される裁量の範囲を逸脱し、違法となると解するのを相当とする」とし、本件ではかかる優越利益が認められないのに裁判所が請求代理人に検察官から送付された一件記録の閲覧謄写を許可した決定を取消している。その際、参照条文として四七条、一九六条等を掲げている。

前者は、他事件記録の公開の問題であり、後者は、付審判請求審を起訴前の捜査に類似すると解釈した場合の記録閲覧謄写の制限を論ずるものである。公訴提起後の当該事件の当事者による閲覧・謄写権を法四七条で制約できるかは論じられていない。

(7) 注解刑事訴訟法(上)一五六頁(中武靖夫)。ポケット註釈刑事訴訟法(上)一一四頁も、公益上の理由・開示の相当性はないとする。

三 しかし、こうした解釈にはやはり疑問が残る。

第一に、本条の趣旨は、公判開廷前に訴訟記録が訴訟関係人以外の者の一般的に知るところとなつて被疑者・被告人等訴訟関係人の名誉の侵害、訴訟への不当な外部からの圧力を防ぐことにある。訴訟内での当事者の攻撃・防御のために行われる訴訟記録の閲覧・謄写の権利・義務に関する規定ではない。公にしてはならないとは、「一般公開のことを指す。訴訟関係人には、法令の範囲内で、むしろ公開することを要する」との指摘を忘れてはならない。⁸⁾

第二に、原則として閲覧・謄写を禁止するのが法の趣旨と解するのは、検察官の意見書等を弁護人に公開すると訴訟の結果に対する外部的圧力を招くものと一般的に考えることを意味するが、それは弁護人の防御活動の正当な評価といえない。こうした解釈はとれない。

第三に、法技術的にみて、法四〇条の閲覧・謄写権が法四七条で制限されるのであれば、法四〇条に「但し、四七条により公開を禁止される場合を除いて」といった趣旨の文言が挿入されるべきである。文理上はつきりしないのに、被疑者・被告人の包括的防御権保障上重要な弁護人の閲覧・謄写権を制限できない。

第四に、仮に、裁判官・裁判所の手元にある検察官の意見書・疎明資料が四七条の適用範囲内であると解したとしても、「被告事件の準備のために検察官が捜査書類を弁護人等に開示することは、当然に相当であると認められる」といえる。⁽⁹⁾ 何故なら、開示によって弁護人は、罪証隠滅のおそれ等権利保釈の除外事由の有無を巡り裁判官をさみ検察官と対等のやりとりが可能になる。準抗告での争いもよりの確なものになる。要するに、防御の利益が大である。

第五に、勾留理由開示公判調書の起訴前閲覧・謄写についても、少なくとも運用上は弁護人に認めることがある。最高裁判二第一二号刑事局長回答・昭和三四・一・二〇刑裁資一七六号二二九頁によると、勾留理由開示記録の起訴前における弁護人の閲覧・謄写の可否について、「弁護人は、起訴前においては、当然には閲覧、謄写の権利はないものと解します。もっとも、開示記録の主なもの調書であり、その内容は既に公開の法廷で行われた手続でありますから、起訴前においても、弁護人としてこれを閲覧、謄写することが、手続上被疑者の弁護のために必要であると認められるときは、これを許してもさしつかえないものと考えます」とする。また、詳論は避けるが、かかる調書の閲覧・謄写は起訴前であっても、憲法三四条を根拠としつつ、被疑者の包括的防御権により認められるべきものと解すべきである。勾留理由開示公判調書の閲覧・謄写を本条で禁止することそのものが妥当でない。これを保釈請求にかかる検察官の意見書に類推することはできない。

したがって、本条によって検察官意見書等の閲覧・謄写は禁止できない。

(8) 団藤重光・条解刑事訴訟法上 一一三頁

(9) 註釈刑事訴訟法 一二〇〇頁 (香城敏彦)

(2) 法四〇条の解釈 一 次に、法四〇条の解釈が問題になる。本条にいう「裁判所において」とは、裁判所構内においてという意味である。検察官の場合と異なり(法二七〇条参照)、弁護士については裁判所構内からの持ち出しを禁止する趣旨である。規則三〇一条に定める閲覧・謄写の場所に関する制限を弁護人の場合に限り法律で限定したものである。この点の当否はさておき、解釈そのものには争いはない。

二 問題になるのは、「訴訟に関する書類及び証拠物」の解釈である。この点では、受訴裁判所が第一回公判期日後に受理した証拠調べるため保管中の書類・証拠物に限るような解釈が目につく。これにはふたつのアプローチがある。

第一に、保管の主体は裁判所であることが指摘されている。「この規定は、裁判所の保管する書類・証拠物についてのものであるから、その実益は、第一回公判期日後にある。……右の書類及び証拠物も、裁判所が保管しているものに限られるから、第一回公判期日後のものが主で、捜査機関の手許にあるものは含まれない」。(10)「訴訟に関するいっさいの記録をいうのであって、法律の規定に従って作成したものに限らない。また『訴訟に関する書類及び証拠物』は、当事者が提出したもの、また裁判所が職権をもって収集したものであって、裁判所に保管されているものに限られる」。(11)かくして、閲覧・謄写に値する書類・証拠物を受訴裁判所が受理しはじめる手続以後について定めた規定と扱われることになる。

第二に、「訴訟」に関する書類及び証拠物とは公判開廷後裁判所に提出された書類、主としては証拠調べを経た書類と端的に指摘する説もある。「刑訴法二九八条・三〇一条によるもの及び公判調書並に訴訟手続関係の書類に

限るのであって、検察官・司法警察職員等が保管しているものを含まない。捜査書類は、原則として非公開とされ（四七条・一九六条参照）、被告人又は弁護人は同法二九九条一項、刑訴規則一七八条の六第二項（弁護人に限る）に定める限度で閲覧し得るにすぎない⁽¹²⁾。「訴訟に関する書類、証拠物で裁判所の保管しているものとしては、(a)証拠保全で得たもの（二七九）、(b)公訴提起後に当事者の提出したもの（三二〇）、及び(c)裁判所が職権で得たもの（二九八Ⅱ）があるが、(a)については一八〇条があるから、結局、本条は右の(b)(c)の書類、証拠物のことである⁽¹³⁾」。「公判調書その他手続関係書類、証人尋問調書、三一〇条によって提出を受けた証拠書類や証拠物のほか、身柄関係書類も含まれる。証拠調前のものであっても、取寄せ決定に基づき取り寄せた他事件の記録、提出命令に基づき押収した証拠物なども閲覧謄写できる」とする指摘もこうした傾向を示す⁽¹⁴⁾。

右のような解釈の法的根拠がないわけではない。強いて法四〇条の文言にこだわれば、但書は証拠物謄写について裁判長の許可にかからしめているから、本条は裁判長が手続に関与した後、つまり、第一回公判以後に閲覧・謄写の機会を保障することを前提にしていると読めなくもない。

- (10) 岸盛一・刑訴法要義（一九六二年）二四三頁
- (11) 注解刑事訴訟法（上）（一九八七年）一二二頁（中武靖夫）。同旨、註釈刑事訴訟法Ⅰ一五三頁（柏木千秋）
- (12) ポケット註釈刑事訴訟法（上）八八頁
- (13) 註釈刑事訴訟法Ⅰ一五四頁（柏木千秋）
- (14) 条解刑事訴訟法（一九八八年）五七頁

三 しかし、右解釈にも問題がある。

第一に、法四〇条は、書類・証拠物の保管主体を受訴裁判所と明示しているものではない。しかも、第一回公判

前の保釈等を管轄する裁判官も法二八〇条三項により裁判所・裁判長と同じ権限と責務を有する。保管の主体を裁判所に限定することによって、第一回公判期日前の保釈請求にかかる検察官の意見書、添付資料等の閲覧・謄写の機会を認めない理由にすることはできない。

第二に、従来の説も、はっきりと第一回公判期日以後に裁判所において受理・保管するに至ったものに限定する趣旨かは疑わしい。もっとも、「弁護士が閲覧謄写できるのも起訴後に限られる。起訴前には、勾留関係の処分記録、起訴前の証人尋問調書なども一切閲覧謄写できない。保釈請求の際の検察官の意見書（九二）であっても同じである」との指摘がある。⁽¹⁵⁾読み取りようによっては、これは起訴後であれば意見書の閲覧謄写は当然に許されるとの解釈を前提にしているともいえる。が、これも、検察官意見書について一で述べたような問題状況を充分に分析した上でこれを閲覧・謄写の対象に含める趣旨とは思われない。結局、保釈請求にかかる検察官意見書、添付資料、提出資料等の閲覧・謄写の可否の問題は、いままで充分に意識されていなかった新たな問題というべきである。

第三に、第一と同じ理由により、但書の内容は本条の閲覧・謄写の機会を第一回公判期日後に限定する趣旨とすることはできない。また、こうした解釈をとると、法二七〇条との整合性にも問題が生じる。

同条は、検察官の公訴提起後の書類・証拠物の閲覧・謄写の権限を定める。法四〇条との違いは、①検察官の閲覧・謄写の場所は裁判所構内に限定されず持ち出しが可能である、②証拠物の閲覧・謄写に裁判長の許可がいらなという二点であって、他は同じ性質のものと解されている。⁽¹⁶⁾ところが、法四〇条については第一回公判以後に受訴裁判所の受理した書類・証拠物に限定すると、弁護人の閲覧・謄写権は法二七〇条の規定する検察官の公訴提起後の書類・証拠物の閲覧・謄写権よりも、時期的に遅れてしか保障されず、それに伴って対象の面でも範囲が狭くなるというアンバランスを生じる。といって、法二七〇条も第一回公判期日後の検察官の権限であると限定するの

も文言からみて適當でない。

結局、法四〇条について、弁護人の閲覧・謄写権の発生時期、対象を限定する解釈は、当事者対等・武器平等を保障すべき起訴後の手続のあり方として妥当でない。したがって、裁判官が検察官より提出をうけた意見書はもとよりその保管にかかる疎明資料も閲覧・謄写の対象にはなるのではないか。⁽¹⁷⁾但し、その方法についてはなお考えねばならない点が残る。

(15) 条解刑事訴訟法五六頁

(16) 例、高田卓爾編・新版刑事訴訟法（基本法コンメンタール）（一九七九年）六九頁（熊本典道）、二二九頁（繁田実造）

註釈刑事訴訟法Ⅱ（一九七六年）五四六頁（香城敏鷹）、注解刑事訴訟法（中）（一九八二年）三八六頁（鈴木茂嗣）、ボケット註釈刑事訴訟法（上）（一九八六年）六五二頁等参照

(17) 刑事弁護実践上の視座から同旨のものとして、丹治初彦「保釈の裁判をめぐる若干の問題」神戸弁護士会・刑事弁護センター通信五号（一九九二年）一一頁

四 第一回公判前の保釈手続では、検察官側としては保釈による罪証隠滅のおそれが高いと考える場合が少なくないと思われる。また、技術的な点としては、起訴後直ちに保釈請求がなされたときには、公判担当検察官において記録の点検はできても、証拠調べ予定の書証とそうでないものを分類し目録等をつくるまでの時間的余裕もないまま意見書を作成することもあるのではないかと推測される。さらに、裁判官が迅速に判断するためにも記録をはやく読む必要がある。他方、弁護人側としても保釈の例外事由に該する事情が何か・それは弁護活動を通じて克服可能か等を見極めて裁判官への意見陳述等を行いたいところであろう。これらの諸要素をどう調整するのが妥当であろうか。

基本的には、検察官において保釈不相当の理由を比較的詳細に意見書に記載し、これを裏付ける資料についてはその要旨をまとめておくのがいいのではないか。そして、これらの書類については、裁判官に提出された段階で弁護人が閲覧・謄写できるものと考えるべきである。裁判官が、特定の捜査資料自体の取調べの必要があると判断したときには個別的にその提出を命ずべきである。これらの捜査資料についても、弁護人に閲覧・謄写を許すのが原則であろう。但し、内容が被告人とその関係者に伝わる結果、罪証隠滅や証人等関係者への威迫等を招きかねないと思料するときには、弁護人に要旨のみ説明しその閲覧・謄写を控えさせる運用を考えるべきではないか。運用の妙による解決は、弁護人の閲覧・謄写権の保障を原則とした上で、必要な譲歩を求める形でなされるべきである（無理に法の枠に収めて解決するなら、弁護人による閲覧・謄写が好ましくない資料に限り、裁判官が取調べを終えたと同時に、検察官に返却した扱いにすることも考えられるが、無用な形式論であろう）。

四 第一回公判期日後の保釈請求

捜査資料取調べの可否と予断排除との関連

一 受訴裁判所が、保釈請求を受けたとき、すでに証拠調べをおえた証拠は当然に考慮できるが、証拠調べ未了の場合、捜査資料の取り寄せをしたり、検察官が資料をつけて意見書を提出する運用があると聞いている。もっとも、通常どのような資料を提出するのかは外部からはわからない。一般には、証拠等関係カード記載の証拠調べ請求証拠の範囲内での取調べがなされているものと推測される（検察官が証拠等関係カードに記載していない捜査資料を弁護人に開示することなく裁判所に提出する運用があるとすれば、疑問である）。この場合、保釈請求の時期にもよるが、弁護人側が不同意にした書証や意見留保中の書証を受訴裁判所において取調べることになりかねない。一方で、保釈の可否は審理に責任をもつ受訴裁判所が判断するのが適当であろうが、他方で、かかる運用では、保釈

の当否についても、本案についても、予断形成のおそれが残る点で疑問もある。

まず、こうした証拠調べ未了の資料取調べは正当化できるか。一応次のように理論構成できよう。

第一に、「受訴裁判所が、第一回公判期日後に被告人に対して勾留その他の身柄に関する処分をする際に法廷で取り調べた資料以外の疎明資料を取り調べることを法は禁じていない」ことである。⁽¹⁸⁾

第二に、罪証隠滅のおそれの解釈である。実務は、罪証隠滅のおそれの中に情状に関する証拠なども広く含める傾向にある。したがって、捜査資料をなるべくたくさんみなければ、この要件の有無の判断ができないと考えるものと思われる。

第三に、予断排除のおそれについては、「『適式な証拠調べを経していない証拠によつては裁判所が本案についての心証を形成することはないから、なんら問題ではない』と割り切るほかはない」との指摘がある。⁽¹⁹⁾

第四に、弁護人に資料取調べについて一応異議の有無を聞く運用もないではないから、全体としてそう不相当な手続を行なっているわけではない。

(18) 最高裁判事局第二課長電話回答・昭和四一・二・一六刑裁資一七六号二九六頁

(19) 同上

二 が、問題がある。

第一に、確かに明文で事実取調べの範囲を限定してはいないが、といって、本案に関する審理が開始されている以上、予断排除の原則も働いているのであって、なんら制約を受けないと解するのも妥当ではない。

第二に、罪証隠滅のおそれという罪証とは罪体の有無または量刑に重大な影響を与える犯行態様に限定して解すべきであって、その判断資料もなるべく限定すべきではないか。

第三に、裁判官はかかる捜査資料をみても本案の心証形成に影響しないという点も、ただ職業意識へ信頼するだけではなく、当該手続上これを保障できる方法を工夫すべきではないか。

第四に、保釈を望む被告人を前にすれば、弁護人としては書証に同意するなり、保釈請求の審理の限度での捜査資料の取調べに同意せざるをえない。不同意とすれば、勾留継続を覚悟しなければならないからである。かといって、それでは、裁判所の予断形成のリスクを負わなければならない。こうしたディレンマに直面しながら、弁護方針を立てざるを得なくなる。否認、不同意であれば保釈は認めないという「人質司法」の運用を生むとの批判も故なしとしない。⁽²⁰⁾

(20) 例えば、共同研究「刑事弁護と『調書裁判』」・討論における下村忠利、吉村悟氏の発言参照(刑法雑誌三二巻四号)(一九九二年)八一、八三頁。

三 さて、一方で裁判所が弁護人の意見を聴くことなく、資料取り寄せを行うのも好ましくない。他方で、被告人側が書証に不同意とすると、裁判所は判断資料がないことを理由に保釈請求は認めないとする運用も好ましくない。これを解決するため、いくつかの方法が考えられる。

第一に、法二八〇条にいう「第一回の公判期日まで」の意味を限定することである。通説は、被告人の認否手続が終了するまでと解している。しかし、最近では、検察官の冒頭陳述が終了するまでと解すべきとする説が弁護士サイドから主張されている。⁽²¹⁾この点も、後述の保釈請求に対する裁判所の事実取調べのあり方との関連では、検察官の証拠調べ請求の内容が明らかになる時期、通常は証拠等関係カードの提出がなされたときから受訴裁判所が保釈に関する処分を取り扱えば足りるのではないか。

第二に、証拠調べ前に保釈請求がなされた場合、裁判所が捜査資料を取り寄せるにあたり、弁護人の意見を聴く

等の運用がないこともあるらしい。この点も、あるべき手続として必ず意見を聞く手続を定着させるべきであろう。

第三に、検察官は、保釈不相当を根拠づける必要最小限の資料しか提出しないこと、しかも、証拠等関係カード記載の資料に限定すること、裁判所も資料取り寄せを「必要最小限にとどめる」こと等も運用上工夫すべきである。⁽²²⁾

第四に、より好ましいのは、捜査資料そのものを提出するのではなく、まず意見書の中で理由を詳しく説明する方法ではないか。⁽²³⁾

これに関連して、冒頭で紹介したY事件の方式が評価に値する。つまり、裁判所が予め証拠等関係カードに基づいて必要と考える資料の要旨を弁護人・検察官の合意書面として作成することを命ずる方法である。Y事件ではこの「資料提出書」などを資料にして保釈を認めている。一般にもこうした運用を工夫すべきではないか。そして、原則として資料提出書のみを基に保釈の判断をするのが望ましい。さらに詳細にみる必要のある書証については、あらためて弁護人の意見を聴いた上で裁判所が提出を命じた上取調べをすべきであろう。

こうして受訴裁判所が受理した意見書・資料提出書・捜査資料についてはいずれも法四〇条により弁護人において閲覧・謄写できると解すべきである。

(21) 丹治初彦「保釈請求」北山六郎他・実務刑事弁護(一九九一年)三一頁

(22) 参照、最高裁判事局第二課回答・昭和二八・二・二刑裁資一七六号二〇八頁

(23) 新版令状基本問題(一九八六年)四〇一頁(秋山規雄)

四 抗告申立書(その添付資料)の写しの相手方への交付についても工夫の余地がある。保釈に関する決定に対して、一方当事者が抗告を申し立てた場合、抗告申立書とこれに添付の資料は他方当事者にも受訴裁判所からその写しを送る運用が望ましい。上記Y事件では、四月三〇日付で検察官抗告等申立書とこれに添付の捜査報告書の写し

が受訴裁判所（大阪地裁）から弁護人に送付されている。こうした運用の法的根拠は規則二三〇条である。実質的には、既に本案について両当事者の意見を相互に闘わせながら手続が進んでいるのに、こと保釈に関する抗告については検察官の申立内容を弁護人側に秘匿するのは当事者主義の精神と相容れない。

かかる運用は第一回公判前にも拡大すべきではないか。つまり、保釈許可決定に対する検察官の準抗告申立書等も、規則二三〇条の類推によって弁護人に送付されるべきではないか。

また、かりに事前に検察官の意見書の閲覧・謄写が認められないとしても、保釈請求却下後、弁護人が準抗告を申し立てる必要上、検察官側の主張内容として従前の意見書、これに添付された資料の写しを弁護人に交付する運用も考えるべきではないか（最近、大阪地裁ではこうした運用になっていると聞いている）。

おわりに

一 保釈請求後の審理手続の運用は外部からはよくわからない。ただ、検察官が簡単な内容の意見書と一件記録をいっしょに提出するといった現在の運用は、弁護人がこれらを閲覧・謄写することはないという前提で定着してきたものと推測される。弁護人も権利として意見書などの閲覧・謄写ができるとは考えていないようでもあるし、そこまでする必要がないというだけかもしれない。検察サイドからみて、弁護人に意見書を開示することが捜査に重大な支障になるものかどうかよくわからない。本稿は若干の実務解説書や何人かの実務家の体験談を素材にしつつ、その理論的問題のみ扱ったものである。各地の実情等はさらに調査を重ねたい。

ただ、従来からも、保釈率の低さや罪証隠滅のおそれ等の権利除外事由の認定のあり方への疑問、書証に同意しなければ保釈を得られないといった不満等がなくもない。そうとすれば、法の原則に立ちかえり、弁護人が閲覧・

謄写権の行使を通して適正な保釈運用を求めるべきではないか。検察側も一件記録をそのまま提出することで罪証隠滅のおそれ等の疎明を行なうという大ざっぱな運用を改めるべきではないか。かくして権利保釈の除外事由の認定も従来よりは厳密なものになるのではないか。

二 ところで、これまで証拠開示の問題は、有罪・無罪に関する資料の開示を中心に論じられてきた。しかも、主たる関心は起訴後第一審手続に向けられていた。だが、例えば、一審無罪判決に対する検察官控訴による控訴審、無罪判決を破棄した後の差戻審における証拠開示についても、判例の訴訟指揮権・個別資料開示説による対応で足りるのか疑問の余地がある。上訴以後の手続における証拠開示はいくぶん異なる分析を要すると思われる。

また、有罪・無罪に関する資料開示請求の根拠は、被疑者・被告人に保障されている憲法三二条の「裁判を受ける権利」と同三七条二項の証人審問権の実質的保障という憲法政策である。⁽²⁴⁾しかし、これと別に、被疑者・被告人の身柄拘束手続に関する資料開示については、憲法三四条を手がかりとして再考する余地がある。同条は、抑留・拘禁の理由開示請求の権利とこれと一体のものとして弁護士依頼権を保障し、しかも被疑者・被告人が理由開示を求める手続はこれを公開とすることを求めている。これは、身柄拘束の要否をめぐり当事者が争点を明確にして噛み合った主張を闘わせるため、その理由を開示するという当事者主義の原理に基づくものである。その根幹には被疑者・被告人の包括的防衛権保障の原理が働いている。

かかる憲法三四条の精神を実現するには、逮捕後の被疑事実の告知手続における弁護人の立会、通常逮捕状・緊急逮捕状・勾留状等の謄本の捜査段階での交付、⁽²⁵⁾勾留質問手続における弁護人立会、⁽²⁶⁾勾留質問手続と勾留理由開示公判の調書の被疑者・被告人、弁護人の閲覧・謄写などを運用上認めるべきではないか。また、刑訴規則の改正で対応できるものについては速やかに改正すべきでもある。

かくして、被疑者・被告人の包括的防御権保障と当事者主義の徹底という視座にたつて、被疑者・被告人・弁護人の資料開示請求権の再構成を手続全体にわたり考え直すべきではないか。本稿はその一側面を取り扱ってみた。今後の議論のきっかけになれば幸いである。⁽²⁸⁾

(24) 拙稿「刑事弁護と『調書裁判』 共同研究のまとめ」刑法雑誌三三巻四号(一九九二年)一〇一頁

(25) この点につき、上口裕他・刑事訴訟法(一九九一年)七四頁(渡辺修)

(26) 勾留質問手続の弁護人立会については、上口裕他・刑事訴訟法七八頁(渡辺修)、松本晶行・石原茂樹・渡辺修編・聴覚障害者と刑事手続(一九九二年)一二二頁(桂充弘)、川崎英明「福井女子中学生殺人事件・コメント」刑法雑誌三三巻四号四三頁、大出良知「刑事弁護と『調書裁判』」刑法雑誌三三巻四号七二頁参照

(27) 勾留質問調書を検察官に送付する手続(規則一五〇条)を疑問とするものとして、田宮裕・刑事訴訟法(一九九二年)八五頁。被疑者・被告人側が準抗告を申し立てない限り裁判所で保管すべきとするものとして、松尾浩也・刑事訴訟法(上)(補正版)(一九八六年)八九頁、光藤景皎・口述刑事訴訟法(上)(一九八七年)六九頁があるが、むしろ、裁判所に保管する一方、検察官、被疑者・被告人両者の閲覧・謄写を認めるべきである。

(28) 「起訴前および第一回公判前における資料等開示問題」大阪弁護士会刑事弁護委員会・刑弁情報六号(一九九二年)二頁参照。

* 本稿作成にあたり、大阪弁護士会の下村忠利先生、福井弁護士会の吉村悟先生、第二東京弁護士会の神山啓史先生に種々御教示頂いた。この場を借りてお礼申し上げます。