HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	韓国における人身拘束制度をめぐる議論状況
Author(s)	閔, 永盛
Citation	北大法学論集, 61(6), 157-182
Issue Date	2011-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45118
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-6_005.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

講　演

韓国における人身拘束制度をめぐる議論状況

閔　永盛

一　はじめに

人身拘束制度は、近代的刑事訴訟制度が韓国に導入されて以来、もっとも頻繁に議論の対象になった主題であり、同

時に依然として解決すべき課題を抱えている分野である。身体不拘束捜査・裁判の拡大は、裁判所を相手にした国会法制司法委員会の懸案質問や国政調査のたびにいつも出てくる課題でもある。二〇〇七年六月一日に改正されて二〇〇八年一月一日から施行されている現行刑事訴訟法も、人身拘束をより慎重にして不拘束裁判の原則を具現化するための規定を多数設けている。その一例として、宣言的ではあるが、「被疑者に対する捜査は、不拘束状態で行うことを原則にする」という規定（第一九八条第一項）を新設した。

韓国の刑事訴訟法上、人身拘束制度は逮捕と拘束に二元化されているが、本稿では逮捕に比べて比較的長期間の自由制限を伴い、そのインパクトも大きい、拘束と関連した問題を中心に説明することにする。

韓国の人身拘束制度に関する具体的な説明に入る前に、矯正施設の未決収容者の収容率について見てみよう。

表1を見ると、未決収容者数が一九九八年には三万人を超えたが、二〇〇八年には一万四千人にまで減少した。未

（表１）　矯正施設　１日平均収容人員

年度	１日平均収容人員	受刑者	未決収容者	未決収容率
1994	57,643	33,207	24,436	42.4%
1995	59,680	32,895	26,785	44.9%
1996	59,367	32,848	26,519	44.7%
1997	58,948	33,123	25,825	43.8%
1998	66,363	35,125	31,238	47.1%
1999	66,973	38,364	28,609	42.7%
2000	61,865	37,120	24,745	40.0%
2001	60,799	37,036	23,763	39.1%
2002	60,022	37,111	22,911	38.2%
2003	58,811	36,458	21,235	36.1%
2004	55,247	34,609	20,638	37.4%
2005	50,226	32,933	17,293	34.4%
2006	44,739	29,923	14,816	33.1%
2007	44,516	29,289	15,227	34.2%
2008	44,648	30,280	14,368	32.2%

※１日平均収容人員は労役場留置を除外した数値である。

決収容率も二〇〇〇年までは四〇％を超えたが、その後次第に減少し、二〇〇八年には三一％まで落ちているのが分かる。

このような結果は、はたして人身拘束をめぐる不拘束捜査・裁判の原則という憲法と刑事訴訟法の理念が単に法典上の飾りに止まるのではなく、法執行の現実に反映されている証であると言えるだろうか。これを見て、拘束が不可避な場合に最小限に行われていると言えるだろうか、そして拘束と釈放は有機的に調和を成しているのか。

このような問題に対する省察と診断を通じて、韓国の人身拘束制度の運営の現状と問題点、そして改善策について検討してみたい。

二　裁判官は拘束をどのように理解しているのか―拘束制度の運営と関連した原型的考え方―

では、実際に令状裁判を担当している実務家、裁判官たちは、拘束についてどのような認識をもっているのか。令状裁判は実際にどのように運用されているのか。この問題に答える前に、まず、韓国刑事訴訟法上、拘束はどのような条件下に許容されているのかについて一瞥する。刑事訴訟法第七〇条第一項は、拘束事由として、第一に、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる相当な理由があって、第二に、住居不定、証拠隠滅の念慮（恐れ）、逃亡又は逃亡する念慮の中で一つに当たる場合であると規定している。

実際に、令状裁判で一番多く考慮されている事由は、逃亡の念慮である(1)。改正刑事訴訟法は、「犯罪の重大性、再犯の危険性、被害者及び重要参考人に対する危害憂慮等を考慮しなければならない」（第七〇条第二項）という規定を追加した。しかしこれは、令状の実質審査制の導入による実務慣行の急激な変化が招く副作用を最小化するために、既存の実務慣行を明文化しただけにすぎず、この規定の追加にもかかわらず、逃亡の念慮が令状裁判において占める影響力

には変わりはないと思われる。(2)

結局、令状裁判の要諦は、拘束事由の中で逃亡する念慮をどのように解釈、適用するべきかの問題に帰着すると言えるが、このような令状裁判の運用方式と関連して、実務家の間には多様な見解のスペクトラム（spectrum）が存在している。

拘束制度の運営と関連した原型（prototype）的考え方は、刑事政策的アプローチ、実体的アプローチ、手続的アプローチの三つの流れに分けて見ることができる。(3)

その一。刑事政策的アプローチとは、拘束を刑事政策実現の手段、つまり刑罰執行の一環として積極的に活用しようという立場である。

その二。実体的アプローチとは、事案の軽重によって拘束するかしないかを判断しようという見解で、実刑事案の被疑者は拘束、非実刑事案の被疑者は不拘束するべきだと主張する。

その三。手続的アプローチは、拘束するかしないかの判断に刑事政策的考慮や事案の軽重などの要素を排除して、もっぱら手続確保の必要性に基づいて拘束するかしないかを決定するべきだと主張する。

過去には、拘束が懲罰の手段として悪用されており、犯罪の嫌疑に照らして多少でも懲らしめる必要のある被疑者は逃亡の念慮とは関係なしにいったん拘束し、未決拘禁期間中、事実上の短期自由刑に服役させた後、執行猶予等で釈放する刑事政策的アプローチが勢力を得ていた。その結果、当然のことながら、大量拘束と大量執行猶予という事態を招いた。(4) 刑事政策的アプローチと関連して言及する必要があるのが、いわゆる偽装された拘束事由（apokryphe

Haftgründe）[5]である。

偽装された拘束事由とは、拘禁を本来の目的ではなく自白を得るための手段、世論をなだめるための手段、見せしめにするための手段、捜査上協力を得るための手段、先取り刑罰の手段などとして悪用することをいう。偽装された拘束事由は、検証の難しい「逃亡の念慮」という拘束事由の背後に隠蔽されていることが多い。拘束を処罰の手段として活用したり、短期自由刑の代替物または執行猶予の前提として利用する実務慣行のために、拘束＝司法処理と認識され、特定の犯罪者が拘束されることによって処罰手続きは事実上終了し、沸き立った国民の怒りや世論の指弾はすぐに冷えてしまうのが大体の実情であった。その結果、十分な審理を通じて犯罪の原因と対策を冷静に反芻し、責任と法的効果を宣言すべき公判手続が形骸化されてしまい、裁判所の地位失墜にまで繋がったのである。それゆえ、偽装された拘束事由をなくし、拘束事由を拘束の本来の目的に相応しく厳格に適用することこそ、早急に解決すべき課題の一つである。

一九九七年、令状実質審査制度の導入に伴い、刑事政策的

人身拘束事務処理基準
（ソウル中央地方法院 2006. 1. 3.）

○一般基準
－拘束令状が請求された被疑者に対して令状実質審査をする時、第１審裁判で執行猶予若しくは罰金刑の宣告が予想される場合には令状発付をしない、しかし懲役刑など実刑が予想される場合には拘束する方針（実刑基準の原則）
－令状実質審査の時、被疑者が合理的な理由を提示するなど法廷で熾烈な争いが予想されたり、拘束によって被疑者がうける生活上の不利益が公共の利益より大きい場合には、なるべく拘束しないようにする。但し、社会的衝撃や波及効果が大きい性暴力・組織暴力・食品衛生・賄賂犯罪等政策的考慮が必要な事件の場合には、拘束捜査を許容するようにする。
－また、麻薬、酒気帯び運転、轢き逃げ、経済犯罪、性売買、凶器による暴力事件、インターネット犯罪などは政策的考慮対象犯罪部類から除外する。
○具体的基準
－実刑宣告が予想される場合には令状発付：厳格に適用。
－刑事政策的考慮（再犯憂慮、被害者保護の必要性など）による令状発付：維持するが、大幅に縮小。
－被疑者の防御権保障のための令状棄却：拡大。
－被疑者の個人的不利益を考慮した不拘束：拡大。
－少年事件：特別配慮拡大。

アプローチに対する批判と同時に手続的アプローチも主張されたが、支持を得ることなく、徐々に実体的アプローチが勢力を得るようになった(6)。二〇〇六年、ソウル地方法院を筆頭にして多数の地方裁判所が人身拘束処理基準を発表したが、その内容は実刑基準の原則を挙げていて、実体的アプローチとほぼ軌を一にするものだった。

実体的アプローチの根底には、事案が重くて実刑が言い渡される可能性の高い人だけを拘束することによって、社会的必要悪である拘束の弊害を最小化しようとする意図が伏在するように見える。実体的アプローチが、不要な拘束の過剰を減らすことにある程度貢献したことは事実である。過去、刑事政策的アプローチが澎湃していた時代には、事案の軽重とか客観的な逃亡の念慮とは関係なしに、かなりひどい拘束が濫発していた。その結果、拘束者の実刑宣告率は二〇％程度に止まっていた。しかし実体的アプローチが支配する最近では、拘束者の数は大幅に減少し、拘束者の実刑宣告率も五〇％半ばまで増加した。このように刑事政策的アプローチが退潮し、実体的アプローチが勢力を得ることによって、拘束者数は減少しているが、長期拘禁の弊害は依然として存在している。

人身拘束制度に関する今までの議論が、裁判所と検察を中心に拘束の敷居の高低をどのように設定するべきかに集中されていたあまり、拘束とかかわるほかの重要な部分に対しては相対的に関心が疎かになってしまった。不要な長期拘禁の弊害が依然として改善されていないことも、このような脈絡で理解することができよう。

したがって、拘束制度に関するこれからの議論は、単に拘束事由の解釈論に止まってはいけない。人身拘束制度全般に関する包括的アプローチが切実な課題となる。たとえば、令状審査段階での条件付釈放制度の導入、釈放制度の統合、釈放条件の多様化などに関する真摯な検討が必要だと思う。これらの問題については、後の改善論のところで検討する。

三　令状実質審査制度

一九九七年から実施されている令状実質審査制度は、韓国の人権保障の歴史において画期的転換点になった。以前の形式審査の下では、拘束令状発付が証拠能力のない司法警察官作成の被疑者訊問調書やその他の捜査資料に依存して行われていて、被疑者には弁解の機会が全然付与されていなかった。しかし、令状実質審査制度の施行によって、国際人権規約が要求する拘束された被疑者の裁判官対面権が保障されることになり、国際的な人権基準に近接するようになったし、拘束基準が強化されて不要な拘束が抑制されるという効果をもたらした。

制度導入当時には、裁判官が拘束事由を判断する際に必要だと認める場合には、被疑者を審問することができるという任意的審問制度だったが、現行法では逮捕された被疑者に対して拘束令状の請求を受けた裁判官は直ちに被疑者を審問しなければならないという、いわば必要的令状審査制度に改正された(第二〇一条二)。

令状実質審査制度(7)は、拘束令状発付過程で裁判官が被疑者を直接対面して審問するため捜査機関の捜査中の人権侵害行為が減る、この制度によって人身拘束に直面した被疑者が自分に有利な事情を裁判官に直接陳述することができ、刑事司法の公正性を期

(表2) 拘束令状発付率

年 度	請 求	発 付	拘束令状発付率(%)
1996	154,435	143,068	92.6
1997	144,232	118,576	82.2
1998	163,507	140,297	85.8
1999	129,250	111,633	86.4
2000	122,359	106,089	86.7
2001	121,031	105,815	87.4
2002	115,171	99,995	86.8
2003	109,620	94,741	86.4
2005	74,613	65,150	87.3
2006	62,160	51,990	83.6
2007	59,109	46,274	78.3
2008	56,845	42,903	75.5
2009	57,109	42,732	74.9

※司法年鑑及び法院統計月報

することができるなど、国民の信頼を高めることができるという長所が指摘されている。

（表2）の統計資料を見ると、一九九六年、つまり令状実質審査施行前には拘束者数が約一四三、〇〇〇人だったが、二〇〇九年には約四三、〇〇〇人で、一〇〇、〇〇〇人くらい減少し、拘束令状発付率も約九三％から七五％に、一八ポイント低くなった。

令状請求者数が大幅に減少したのは、検察官も自制したからではないかと思う。

（表3）は、一九九九年から二〇〇八年までの一〇年間の第一審刑事公判事件の係属人員の現況を表したものである。（表3）からも分かるように、第一審刑事公判人員の中で被拘束者が占める比率が一九九九年の約四九％（約九五、〇〇〇人）から二〇〇八年には約一四％（約四〇、〇〇〇人）で三五ポイント低くなった（人数にして半分以下）。外見上では相当な変化があったことがわかる。

次に、少し違った角度から見てみよう。

（表4）は刑事訴訟段階別釈放状況を表している。刑事訴訟段階別釈率を一九九七～二〇〇〇年の状況と二〇〇五～二〇〇六年の状況とを比較しながら検討してみよう。

（表3）　第1審刑事公判事件　被拘束人員数

年　度	係属人員数	被拘束者数	構成比（％）
1999	195,374	94,892	48.6
2000	256,026	129,071	50.5
2001	198,506	90,014	45.3
2002	208,506	86,266	41.4
2003	283,269	117,014	41.3
2004	238,358	74,217	31.1
2005	216,460	56,657	26.2
2006	227,696	46,275	20.3
2007	250,172	42,159	16.9
2008	274,955	39,693	14.4

※司法年鑑及び法院統計月報

表の（第一期）は、令状実質審査が制度として定着する前の過渡期を調査対象にしたもので、（第二期）は令状実質審査が導入されて一〇年が経った定着期を調査対象にしている。（第一期）から見るように、拘束者の二四・二％だけが実刑を言い渡されているということは、当時、本案裁判で釈放されることが見込まれる被疑者に対しても拘束令状が濫発されていたことを間接的に示唆する。過去、人身拘束が濫用されていたことは、（表３）の減少する被拘束者数からも推定できる。このような統計資料に見られる被拘束者数の全般的減少、捜査段階および第一審段階での釈放率の減少、実刑宣告率の増加は、何を意味しているのか。

それは、従来は、不起訴が予想され、あるいは起訴されても罰金刑や執行猶予が予想される被疑者も拘束されていたが、次第にそのような実務慣行が改善されていることを意味するのではないだろうか。言い換えれば、令状実質審査制度導入後の一〇年間、単に被疑者審問という一つの手続が制度として定着したということだけではなく、令状業務を担当する実務家の拘束観、拘束に対する認識にも重大な変化があったことを意味する。

これは、前述した、刑事政策的考慮による拘束を自制して、実刑基準の原則によって令状を審査しようとする裁判所の主流的動向とも無関係ではない。要するに、最近の令状裁判で刑事政策的アプローチが衰退し、反面、実体的接近論が勢力を得ているという事実が実証的に証明されていると言えよう。

（表４） 刑事訴訟段階別釈放

区　分	1997年～2000年（第１期）	2005年～2006年（第２期）
起訴前段階釈放	17.2%	6.1%
第１審段階釈放	44.8%	30.8%
第２審段階釈放	8.6%	5.7%
実　刑	24.2%	51.5%
その他	5.2%	5.9%

※その他は少年部送致、移送、管轄違反など。

四　拘束適否審査と起訴前保釈制度

(1)拘束適否審査制度は、一九四八年の米軍政令第一七六号によって韓国にはじめて導入されたが、一九七三年の第三次刑事訴訟法改正のときに廃止（維新憲法）、一九八〇年第五次改正のときに復活、そして一九九五年、第八次改正によって逮捕適否審査を追加し、拘束適否審査制度に保証金の納入を条件にする被疑者釈放制度を導入、二〇〇七年第一七次改正では、令状によって逮捕・拘束された者はもちろん、令状によらないで緊急逮捕、現行犯逮捕された被疑者にも適否審査を許容するなど請求者の範囲を拡大（第二一四条の二第一項）[8]、さらに逮捕・拘束適否審査制度の活性化のため被疑者を逮捕または拘束した検察官または司法警察官に被疑者などに対して適否審査請求ができることを告知する義務を新設した（第二一四条の二第二項）。

但し、被告人には拘束適否審査請求権が認められていない[9]。これに対しては、裁判所によって不法または不当に拘束される被告人も生じうるので、被告人にも拘束適否審査が請求できるように改正するのが望ましいという見解が少なくない[10]。裁判所の棄却決定に対する抗告を認めないこと（第二一四条の二第八項）にも批判の余地がある。裁判所の棄却決定に対する抗告禁止は一九八〇年第五共和国憲法の実施に伴う刑事訴訟法の非民主的改正に起因したもので、今日、一九五四年の刑事訴訟法制定当時の状態に復元されて被疑者に抗告権が認められるべきだと思う[11]。

(2)一九九五年の改正時に導入された起訴前保釈制度は、裁判所が拘束適否審査手続にて拘束された[12]被疑者を保証金の納入を条件にして釈放することができるようにした制度（拘束適否審査制度と被疑者保釈制度の結合[13]）である。但し、証拠隠滅の憂慮や被害者・参考人等に対する害悪の可能性のある場合だけを条件付釈放の例外に規定している（第

二一四条の二第五項）。

保証金の納入を条件にする被疑者釈放制度は、起訴後保釈制度の趣旨を起訴前捜査の段階まで拡大して身体活動が自由な状態で防御権の行使を可能にする装置、被疑者の人権を実質的に保障しようとする装置であり、令状実質審査制度とともに一九九五年の刑事訴訟法改正のもっとも主要な特徴の中の一つに数えられている。

しかし、不幸にも、実際の運用上、（表5）から分かるように、令状実質審査制度とともに導入された起訴前保釈制度の意味が矮小化されて、本来の立法意図[14]のとおり釈放の門を広げるという点で実質的な役割が果たされていないという問題点が指摘されている。拘束の門を狭めることだけに関心が集中され、一旦狭い門を通過した拘束者に対しては釈放の可能性がその分低くなるという論理であろう。起訴前保釈制度のより積極的な活用のためには、現行法上認められていない保証金納入条件付釈放決定を、拘束されている被疑者に認めるのが望ましいと思う。

（表5） 拘束適否審査請求事件釈放率

年　度	請　求	釈　放	釈放率（%）
1996	9,617	4,777	49.7
1997	11,155	5,389	48.3
1998	9,978	4,418	44.3
1999	8,072	3,498	43.3
2000	8,786	3,886	44.2
2001	9,176	3,899	42.5
2002	8,691	4,082	47.0
2003	8,928	4,699	52.6
2004	8,329	4,092	49.1
2005	5,737	2,697	47.0
2006	4,536	2,015	44.5
2007	3,921	1,737	44.2
2008	3,795	1,420	37.8
2009	3,580	1,253	35.0

※司法年鑑及び法院統計月報

五　保釈

改正法は、被告人保釈と関連して釈放条件を大幅に多様化した。改正前の法は、保釈許可には保証金の納入を本来的条件にしており、保証金が納入できる資力のない者には保釈を通じた釈放の機会が与えられにくかった。

このような問題点を是正するため、改正法は、保釈を許可する場合、九つの条件を細分化して規定し、九つの条件中一つ以上の条件を定めるようにしている（第九八条第一項）。そして保釈の条件を定める際には、考慮事項として、犯罪の性質および罪状、証拠の証明力、被告人の前科・性格・環境および財産、被害者に対する賠償など犯行後の情況に関連する事項を挙げている（第九九条第一項）。

改正法は保釈の手続を二元化した。すなわち、保釈条件は、被告人に特定の作為義務を課す条件と不作為義務を課す条件に分けられる。そして、前者の場合には先履行・後釈放方式に（第九八条第一号、第二号、第五号、第七号及び第八号の条件は、これを履行した後でなければ保釈許可決定を執行することができない。第一〇〇条第一項）、後者の場合には先釈放・後履行の方式になっている。つまり、第九八条第一号（本人誓約書）、第二号（本人保証金約定書）、第五号（第三者の出席保証書）、第七号（被害額供託）、第八号（保証金または担保の提供）は先履行・後釈放の方式に、残りの第三号（住居制限）、第四号（接近禁止）、第六号（出国禁止誓約）、第九号（その他の条件）[15]は先釈放・後履行の方式に規定されている。

保釈不許決定に対して、普通抗告は可能だが（第四〇三条第二項）、執行停止の効力のある即時抗告は許容されていない。保釈に関する統計を見ると、拘束適否審査と保釈の運用の基調も不拘束捜査・裁判を拡大する方向に相伴って変わっていくのが望ましいのに、（表5）と（表6）から見るように、適否審査による釈放率と保釈許可率は次第に低くなっ

ている。裁判所が、一九九七年から人身拘束制度の運営において力点を置いた部分は、主に拘束段階での被疑者の裁判官対面権の保障と拘束事由の審査強化であって、拘束問題を以前より厳格な基準で決定した以上、一旦拘束された者は容易に釈放させないという立場に立っているように見える。最近、令状発付率が低く拘束事件自体が少なかったことを勘案すれば、低い数値ではないという指摘もある。

保釈制度をより活性化するためには、保釈不許可事由を縮小すること[16]、保釈不許決定に詳細な理由を摘示して提示することなどの改善策が必要だと思う。

ところで、保釈制度の改正による肯定的な効果も、ないわけではない。保釈によって釈放される内容をみると、いわば「信用保釈」制度が徐々に定着している様子がうかがえる。大法院（最高裁）によると、二〇〇八年、全国の裁判所から保釈で釈放された拘束被告人四、四九〇人の中で三七・九％の一、七〇一人が保証金納入や担保提供が全くなしに釈放されている（一〇人中四人に当たる数値）。これは金銭的に余裕のない拘束被告人も不拘束裁判を受ける機会が大きくなった

（表６） 保釈請求事件 処理結果

年　度	処理件数	許　可	許可率（％）
1996	42,768	25,044	58.6
1997	32,578	17,975	55.2
1998	33,220	17,391	52.4
1999	27,768	14,421	51.9
2000	24,174	12,224	50.6
2001	24,673	12,304	49.9
2002	25,852	14,151	54.7
2003	21,491	11,722	54.5
2004	25,478	12,154	47.7
2005	15,808	8,203	51.9
2006	13,636	6,730	49.4
2007	12,128	5,536	45.6
2008	10,692	4,490	43.5
2009	10,589	4,629	44.1

※司法年鑑及び法院統計月報

ことを意味することであり、望ましい方向だといえよう。

裁判所が定めた保釈条件は、集計の結果、「保証金納入または担保提供（第八号）」が四二・二％、「逃走防止のための措置受忍（第三号）」が一八・一％、「裁判所出席・誓約書提出（第一号）」が一四・六％、「外国出国禁止（第六号）」が六・五％であった（表7参照）。

裁判官らの話しによると、不拘束被告人が逃亡したケースはあっても、保釈で釈放された被告人が逃亡した例は殆んどなかったという。

問題は、刑事単独事件の場合は活用度が高いが、刑事合議部の場合は多様化された条件による保釈許可をした例はほとんど無いということである。刑事合議部の場合、管轄事件が経済事犯、腐敗（汚職）事犯、選挙事件など罪質が悪くて法定刑が高い事件が多い。それゆえ、実刑宣告の可能性が高い、よって逃亡する念慮が高い、だからなかなか釈放できないというのがその実情ではないかと思われるが、不拘束裁判原則の徹底化のためには、今後、被告人の個別的事情と事案に合う、被告人一人ひとりに最も適合的な保釈条件をさがしだす努力が一層必要だと思われる。

六　改善論

（表7）　保釈条件別活用件数（2008年）

順　位	保釈条件内容	比　率
1	保証金納入または担保提供（第８号）	42.2%
2	逃走防止のための措置受忍（第３号）	18.1%
3	誓約書提出（第１号）	14.6%
4	外国出国禁止（第６号）	6.5%
5	保証金相当納入約定書提出（第２号）	5.7%
6	危害行為または接近禁止（第４号）	5.2%
7	出席保証書提出（第５号）	4.8%
8	裁判所が定めた適当な条件（第９号）	2.5%
9	被害回復のための金員供託（第７号）	0.4%

＊法律新聞　2009年６月21日の記事から引用

以上のとおり、韓国の人身拘束制度の運営にはある程度目にみえる成果があったことは事実だが、なお改善すべき点も少なくない。ここでは、学界や実務家、大法院、司法改革委員会、司法改革推進委員会、そして法務部（法務省）などが提示した改善方策を中心に人身拘束制度の改善論を簡単に紹介する。

（一）　令状段階での条件付釈放制度の導入

令状段階での条件付釈放制度はすでに二〇〇四年司法改革委員会にて深く議論されたことがあったが、二〇〇七年の改正の際には結局導入されなかった。現行法上、拘束代替制度としては、前述したように、拘束適否審査を通じた保証金納入条件付釈放命令と被告人に対する保釈制度があるが、今後、拘束令状審査段階で被疑者の出頭を担保する条件を課して釈放を命じるとか、そのような担保提供を釈放条件にして令状を発付する令状段階での条件付釈放制度の導入を積極的に検討する必要があると思う。

但し、出席担保条件としては保証金以外の多様な代替義務を課して釈放できるようにして、経済的能力などの差による不公平が発生しないよう注意しなければならない。

（二）　釈放条件の多様化

二〇〇七年に改正された刑事訴訟法は、保釈保証金以外の多様な保釈条件下に被告人を釈放させる制度を設けたという点では評価できるが、まだ十分ではない。立法論ではあるが、今後、検察官による保証金納入条件付釈放制度の導入

を検討する必要があると思う。すなわち、捜査の初期には拘束が不可避だったが、その後拘束の必要性が減少した場合、現行法上では検察官が拘束取消し決定をしようとしても、被疑者の出頭を担保する方法がなくて止む終えず拘束したまま起訴する事例がある。したがって、このような場合、検察官が職権で保証金納入を条件にして拘束を取り消し、不拘束状態で起訴する、しかし起訴後被疑者が逃亡したら保証金を没取する制度[17]は、不拘束裁判の原則に照らしてみる限り望ましいと思われる。

（三）　釈放制度の統合

現行法上、釈放制度は、被疑者段階での拘束適否審（保証金納入条件付釈放命令）、拘束取消し、拘束執行停止、そして被告人段階での保釈、拘束取消し、拘束執行停止に区分されている。このように被疑者と被告人に対する釈放手続が多くの段階に分けられ、複雑で被疑者や被告人には分かりにくいので、釈放手続を、国民が分かりやすくて利用しやすい制度に再整備することが要請されている。様々な釈放手段が混在しているということは、被疑者または被告人に釈放の機会を幅広く与えるという利点もあるが、その要件と手続がそれぞれ異なって被疑者や被告人が有効適切に活用できないという短所もある。

したがって、釈放の機会をより幅広くするためには、制度の多様化だけでなく、制度の開放化、統一化を図ることによって釈放制度の活用度と実効性を高めることが重要である。

そのためには、現行法上ばらばらになっている釈放制度を統合して、被疑者・被告人を問わずに裁判所に単一の手続による釈放審査請求ができるようにするのが望ましい[18]。統合の方式は、拘束適否審手続と保釈手続を一つの釈放審査手

続に統合し、その中に拘束取消し、拘束執行停止を共に規定する方案が考えられる。

七　余論

（一）　未決拘禁の代替手段としての電子監視？

未決拘禁の代案として、あるいは保釈の許可条件としての電子監視制度には、未決拘禁の問題点を改善できる可能性がある。

韓国でも、現在、電子監視制度が一部導入されている。二〇〇八年九月一日から施行された「特定性暴力犯罪者に対する位置追跡電子装置付着に関する法律」と、これを改正して[19]二〇一〇年七月一六日から施行されている「特定犯罪者に対する位置追跡電子装置付着に関する法律」がその根拠法律である。電子監視の対象者は、性暴力犯罪者、未成年対象誘拐犯罪者、殺人犯罪者で[20]、法務部傘下のソウル保護観察所に位置追跡中央管制センターを設置して二四時間三六五日、年中無休の監督システムを構築・運営している[21]。

実際に二〇〇八年九月から二〇一〇年三月まで電子監視を受けた性暴力犯五八二名のなかで、監視途中に同種の犯罪を犯した事例は一件にすぎないくらい[22]に、電子監視の犯罪抑制効果は高いと把握されている。ただし、改正法に基づいて電子監視を出所者などに対して遡及適用するためには、再犯の危険性に対する判断において詳細な基準を設け、それを厳格に適用する必要がある。

ところで、韓国の位置追跡電子装置付着制度は、主に性暴力犯罪者の中で再犯の危険性があると認められる者に対し

て、位置を確認できる電子装置を付着させ、その行動を追跡することによって、性暴力犯罪の再犯を防止しようとすることにその主たる立法目的がある。この点で、矯正施設過密化解消など矯正施設収容の問題点を解決するため電子監視制度を導入した外国の例とは異なる。

したがって、韓国の場合、現在は、電子監視制度は拘束に対する代替手段としての性格は持っていないが、事情によっては、今後その可能性が広がるかもしれない。

（二）　未決拘禁日数算入関連判例

刑法第五七条第一項は、「判決宣告前の拘禁日数は、その全部または一部を有期懲役、有期禁固、罰金及び科料に関する留置に算入する」と規定している。同条によって未決拘禁日数を算入する場合、その算入日数は裁判官の自由裁量というのが大法院の確立された判例[23]である。裁定通算の場合に一審判決が被告人の未決拘禁日数中の一部を算入しなかったとしても、それは判決裁判所の裁量に属する事項であり、一部通算しなかった未決拘禁日数に対して上訴審に裁量権がないから[24]、原審判決に不服の拘束被告人が上訴しようと思っても、未決拘禁日数中一部だけが算入され事実上拘禁期間が延長される不利益を憂慮して上訴を躊躇する例が少なくなかった。

刑法第五七条第一項が、大多数の立法例が未決拘禁日数の「全部」を刑期に算入するのと違って、未決拘禁日数の「または一部を算入する」と規定して、未決拘禁日数を刑期に算入はするがその算入の範囲は裁量によって決定するようにした理由は、被告人が故意で不当に裁判を遅延させるのを防止して刑事裁判の効率性を高め、また、被告人の濫上訴を防止して上訴審裁判所の業務負担を減らすためだと説明されてきた。

同条に対して、最近、憲法裁判所は、「刑法第五七条第一項中、『または一部』部分が上訴提起後未決拘禁日数の一部を算入しないこともできるようにして、被告人の上訴意思を萎縮させることによって濫上訴を防止しようとすることは、立法目的達成のための適切な手段であるとは言えないし、濫上訴を防止するとの名目でかえって拘束被告人の裁判請求権や上訴権の適正な行使を阻害する。このような立法目的が、憲法上の無罪推定の原則と適法手続の原則に反して未決拘禁日数の一部のみを刑期に通算するのを許すほどの合理性と正当性をそなえたとは言い難い」との理由で、違憲決定を下した(25)。

憲法裁判所は、「未決拘禁を許容すること自体が憲法上無罪推定の原則から派生する不拘束捜査の原則に対する例外であるのに、刑法第五七条第一項中『または一部』部分はその未決拘禁日数の中で一部のみを本刑に算入することもできるように規定して、その例外に対して事実上再び特例を設定することになっていて、基本権の中でももっとも本質的な身体の自由に対する侵害を加重している」、そして、「憲法上、無罪推定の原則に照らして有罪判決が確定する前に被疑者や被告人を罪ある者に準じて取り扱うことによって、法律的、事実的側面で有形・無形の不利益を与えてはいけない。特に未決拘禁は身体の自由に対する侵害を受ける被疑者または被告人の立場から見れば、実質的に自由刑の執行と変わりないから、人権保護および公平の原則上刑期に全部算入しなければならない。したがって、刑法第五七条第一項中『または一部』部分は、憲法上無罪推定の原則および適法手続の原則などに違背して合理性と正当性なしに身体の自由を侵害する」と指摘した。さらに、憲法裁判所は、「拘束被告人が故意に裁判を遅延させたり不当な訴訟行為をしたとしてもこれを理由に未決拘禁期間中の一部を刑期に算入しないことは(26)、処罰されない訴訟上の態度に対して刑罰的要素を取り入れて制裁を加えることになり、適法手続の原則および無罪推定の原則に反する」ことを明らかにした。本決定は、従来、実務上問題視されていて、法改正が議論されてきた問題について、明確に必要的全部算入説の立場を表明

したという点で、多少遅きに失したとはいえ、歓迎するべきものであろう。

ところで、大法院によると、憲法裁判所の本違憲決定が下された二〇〇九年六月二五日から二〇一〇年六月二四日までの一年間、大法院に上告された刑事拘束事件は七、九三三件で、違憲決定が下される前の一年間に上告された事件三、八〇二件に比べて二・一倍も増加したという[27]。不拘束事件の上告率には変化がないのに拘束事件の上告率が急上昇したのは、拘束被告人達の濫上訴の憂慮が現実化された結果だという指摘もあるが[28]、問題は、このような現象をどのように解決すべきかにあると思う。

現在のところ、その解決策として提示されているのは、おおむね二つの案である。その一つは、高等法院に上告審査部を設置する案で、もう一つは、大法官の数を増やす案である。

高等法院上告審査部設置案は、大法院を中心に主張されている案である。上告審査部は、最終審の上告審裁判が必要だと判断される事件のみを選り分ける一種の門番（gate keeper）裁判部ともいえる。この案については、大法院の法律審機能の強化や法令解釈及び法適用の統一機能の調和[29]、審理不続行制度の問題点の解決[30]、地域分権化の流れにも沿う[31]などの長所がある反面、国民の裁判を受ける権利の侵害可能性[32]や四審制になるなどの短所もあると指摘されている。

大法官増員案は、与党のハンナラ党と大韓弁護士協会を中心に主張されている案である。現在、大法院長を含め一四人いる大法官の数を、ハンナラ党は二四人に、大韓弁護士協会[33]は五〇人にまで増員するべきだと主張している。この案については、大法官一人当たりの事件負担の減少、審理不続行制度の問題点の解決、国民の裁判を受ける権利保障、特許分野など上告審裁判の専門性確保などの長所がある反面、予算確保の難しさ、法令解釈の統一性確保の難しさ、弥縫策にすぎないなどの短所も指摘されている。

本題との関係上、簡単に言及するが、結局、この問題解決の鍵は、上告審で審査を受けるほどの資格を備えていない

無益な上告を適切に選り分けながらも、三審裁判を受けることを希望する国民の法感情をどのように調和させるかにかかっているだけに、上告審査部の設置・運営とともに漸進的に大法官の数を増やしていくというふうに、両案とも並行して実施する方策が望ましいと思う。

八　終わりに

被疑者・被告人は、ただでさえ罪を犯したという嫌疑を受け社会から排除されやすく、捜査機関に比べ、捜査や裁判過程において武器をもたない弱者にすぎないのが現実である。そのうえ、彼らから身体の自由を奪った状態におけば、武器対等による公正な裁判の保障は期待し難い。

右に述べたとおり、韓国では、人身拘束制度の運用において、ある程度肯定的な変化を見せている。しかし、刑事裁判の全過程において、憲法や刑事訴訟法が要求する無罪推定の原則を具体化し、不拘束裁判の原則の精神を活かして被告人の防御権を充分に保障しているのかといえば、いまだに理想と現実の間には乖離があるというしかない。

不拘束捜査・裁判を貫く核心は、拘束＝処罰の連鎖を断ち切ることである。拘束を刑罰の手段として利用するようになると、裁判が始まる前に刑の執行が開始されるという論理的矛盾に逢着することになる。また、拘束が刑罰だとすれば、一旦拘束されると犯罪に相応する分だけ拘禁されないと釈放はできないことになり、拘禁が長期化することになる。不拘束裁判の原則が確実に根付くようにするためには、人身拘束制度を運営する人たちの認識とともに、一般国民の法感情も変わらなければならない。犯罪者は、社会的関心から遠ざかる前に一旦拘束する方が処罰効果があがるという、積年の固定観念を克服する必要がある。

不拘束裁判の原則を実現するためには、拘束の敷居の上部は高くし、拘束後釈放のそれは低くしなければならない。上述のとおり、令状実質審査制度の施行によって「拘束の門」はある程度狭まったが、「釈放の門」が制限的にしか開かなかったため、拘禁空間に置かれている人の数は依然として多い。

拘束＝長期拘禁という実務慣行に対しては、すでにしばしば問題提起があり制度改革のための試みがあったが、残念ながらあまり成果がなかった。今後、人身拘束制度の運用に関する議論は、単に拘束の敷居の上部をどのように設定するべきかという古典的な問題を超えて、どれくらい長く拘禁状態を維持することが望ましいのかに関する真摯な検討の上で、長期拘禁の弊害を防ぐためにはどのような制度補完が必要なのかの問題に、もっと関心を傾ける必要があると思う。

（1）その一例として、二〇〇七年二月二一日から二〇〇七年四月三〇日まで大田地方裁判所で発付された一〇〇名の被疑者に対する拘束令状に記載された拘束事由を見ると、九三％が逃亡の念慮（逃亡した場合を含む）に関連している。

（2）徐　正、「令状実質審査一〇年、その成果と課題」、司法論集（第四五集、二〇〇七年）、三八三頁。追加された第二項は従来の法定拘束事由（第一項）とはどんな関係に立つのかについて、独立の拘束事由なのかそれとも付随的な考慮事由に過ぎないものなのかとの批判があるが、学界や裁判官たちは大体第一項の法定拘束事由を判断するときに第二項の考慮要素を参酌することでいいという消極的意味をもつのにすぎないものとして理解しているようである。呉基斗、「改正された刑事訴訟法の運用」、ジャスティス（通巻第一〇三号、二〇〇八年）、七五頁。

（3）徐　正、前注（2）、三八四―三九〇頁参照。

（4）尹南根、『不拘束裁判の実践的課題』、刑事裁判の諸問題（四巻、二〇〇三年）、五〇一頁。

（5）偽装された拘束事由については、柳海鏞、『人身拘束制度の運用方式改善のための提案』、ジャスティス（通巻第八三号、二〇〇五年）、一一二―一一五頁参照。〝いわゆる偽装された拘束事由が拘束事由を定めた法条文の背後に正体を明かさず巧

みに隠れて拘束令状発付決定に介入し、大きな影響力を行使している〟、黄ジョングン、『人身拘束と人権』、法栄社（一九九九年）、八頁。

（6）二〇〇一年一一月、大法院が裁判官たちを対象に実施した、拘束事由の有無を判断する際に逃亡または証拠隠滅の念慮以外に法定刑や犯罪行為の軽重も考慮するのかというアンケート調査の結果、罪質が重いとか社会的非難の世論が高いと執行猶予が予想されても一応拘束すると答えたのが三八・〇％、実刑宣告を受ける相当な蓋然性がある場合には拘束事由として考慮するのが六一・六％、法が定めた拘束事由ではないから事案の内容は考慮しないのが〇・四％であった。柳海鏞、前注（5）、一一三頁。

（7）検察では、これを拘束前被疑者審問制度といい、拘束令状を発付する裁判官がその拘束の可否を事前に審査することは糺問的性格が強く法治国家的刑事手続きに符合しないという批判もあるが、どんな用語を使用しようと、問題の本質は犯罪容疑者に対する身体の自由剥奪に際して裁判官対面権が手続的に保障されるかどうかであって、検察の反発の背景には、捜査機関が以前のように思いのまま裁判所からやすやすと令状を受け取って被疑者を拘束することができなくなったことに対する不満が伏在すると思われる。

（8）これは、憲法第一二条第六項「だれでも逮捕または拘束された時にはその適否の審査を裁判所に請求する権利を持つ」との規定を根拠に、令状によらないで緊急逮捕された被疑者にも逮捕適否審査を請求する権利があると決定した大法院の判例（大法院一九九七年八月二七日、九七モ二一決定）を立法的に反映したものである。

（9）憲法裁判所は、拘束された被疑者が適否審査を請求した後、検察官が裁判所の決定を待たずに電撃起訴した場合、被疑者の身分が被告人に変わって裁判所としては請求を棄却するしかないということになり、被疑者が適否審査を受ける機会を剥奪される結果を来たすからこの部分に法的空白が発生する、それ故に第二一四条の二が拘束適否審査の請求権を被疑者に限定したのは憲法不合致だという決定を下した（二〇〇四年三月二五日二〇〇二憲バ一〇四決定）。その後、立法者は二〇〇四年一〇月、刑事訴訟法の一部改正を通じて、逮捕拘束適否審査請求後に起訴があったとしても適否審管轄裁判所がそのまま判断を継続することができるように規定（第二一四条の二第三項二文）して、この電撃起訴の問題は立法的に解決された。

（10）李在祥、『新刑事訴訟法』、博英社（二〇〇七年）、二七四頁。

(11) 申東雲、『新刑事訴訟法』、法文社（二〇〇八年）、二六八頁。
(12) 大法院判例は、逮捕された被疑者に対しては、第二一四条の二第四項が拘束された被疑者だけを対象にしているという規定上の理由を挙げて、被疑者保釈を認めていない（大法院一九九七年八月二七日九七モ二一決定）。
(13) 拘束適否審査制度と被疑者保釈制度は、その本質において大きな差があって、両者を一つの手続にあわせて規律することは不合理だという指摘が国会の審議過程で提起されたが、立法者は両者を分離して別途の手続に規定する場合、現実的に類似した救済手続が重複するし、各手続ごとに捜査記録が裁判所に送付されることになって捜査が遅延する弊害が生じるという点を理由にして、両制度を一つにあわせて規定する方式を採択した。国会法制司法委員会、『刑事訴訟法中改正法律案審査報告書』（一九九五年一二月）、一六頁。
(14) 令状実質審査制度の導入によって拘束の門を狭めると同時に起訴前保釈制度の導入で釈放の門を広めて不拘束捜査及び裁判を拡大し、これによって生じうる刑罰の漏水現象に備えて弾力的な刑罰ができるように、社会奉仕命令制度などを一緒に導入したのではないかと推論できる。柳海鏞、前注5、一一四頁。
(15) 一定の場所への出席義務、指定した場所に車両保管、車両運行禁止または運転免許証の返納、雇用関係維持、役所にパスポート・身分関係書類保管、裁判所が指定する教育プログラムへの参加などが考えられる。
(16) 必要的保釈の除外事由と関連して、韓国刑事訴訟法は日本刑事訴訟法第八九条とは違って「被告人が逃亡し又は逃亡する念慮があると信じるに足る充分な理由がある時」をその事由の一つとして挙げている（第九五条四号）。しかし、保釈制度が保証金や担保の没取との心理的強制を通じて被告人の逃亡を防止できるという経験的事実に立脚しているという点に鑑みれば、「被告人が逃亡する念慮がある」という事由を必要的保釈の除外事由として認めるのは論理矛盾というしかない。申東雲、前注（11）、八三〇頁。
(17) 但し、被疑者の当事者としての地位を弱化させ、防御権に制約を与える可能性がある。被告人が法廷拘束される場合の保証金の返還問題など、手続的問題は今後立法過程で補完する必要があると思う。
(18) 司法制度改革推進委員会の刑事訴訟法改正案は、第九三条の拘束取消と第一〇一条の拘束の執行停止を削除し、これを保釈請求と統合して被告人に対する釈放審査請求制度に再編し、被告人に対する釈放制度を統合することを内容にしていた。司法制度改革推進委員会、「刑事訴訟法改正法律案説明資料」、（二〇〇六年一月二六日）、一五頁以下。

（19）改正法の主な内容は、電子監視の遡及適用の許容、監視期間の延長、対象者に殺人犯罪者を追加することなどである。

（20）二〇一〇年九月一五日現在、電子監視を受けている対象者は七八八名で、そのうち性暴力犯罪者が六八八名、殺人犯罪者が一〇〇名である。法務部と大検察庁によると、二〇一〇年七月一三日現在、法務部矯正本部が改正法律に基づいて検察庁別に通報するため把握した電子監視遡及適用検討対象者（二〇〇八年九月一日以前に一審判決宣告を受けて改正法施行三年前の二〇〇七年七月一六日以後刑務所から出所したか出所する予定の性暴力犯）の数は六、九一六名に達するという。検察は、性暴力犯罪の処罰を強化する方向へと法が改正される前に重犯罪者のみに実刑が宣告されたから、矯正本部が把握した性暴力犯罪者の中で、相当数が監視対象に当たるだろうと見ている。

（21）法務部によると、二〇一〇年末までに大田に第二位置追跡中央管制センターを設置する予定だという。

（22）同種再犯者一名、異種犯罪者四名で、全体再犯率は〇・八六％だった。これは一般性暴力犯罪者の再犯率一四・八％に比べてだいぶ低い数値だと言えよう。

（23）大法院二〇〇五年一〇月一四日宣告二〇〇五ド四五七八判決。

（24）大法院一九九三年一一月二六日宣告九三ド二五〇五判決。

（25）憲法裁判所二〇〇九年六月二五日二〇〇七憲バ二五全員裁判部決定（違憲決定）。本判例は、石田倫識、「未決拘禁日数の全部算入―韓国憲法裁判所の違憲決定を手がかりに―」、季刊刑事弁護（六一巻、二〇一〇年）、一一三―一一八頁にも紹介されている。

（26）李東洽裁判官の反対意見、「被告人が訴訟遅延などのため悪用する期間まで法定通算をするようになれば、被告人に責任を問うべき期間が刑期に算入される不合理な結果をもたらす憂慮がある。したがって、……未決拘禁日数を全部本刑に算入するようにするより、実務上審理に必要な期間、審理遅延などに対する被告人の帰責事由、被告人の犯行後の態度、事件の進行状況などを参酌して裁判官の裁量によって本刑への算入の程度を定められるようにした刑法第五七条第一項は合理的な理由があると言える」。

（27）法律新聞、「刑事拘束事件上告率が二倍も増えた」、二〇一〇年七月六日記事。不拘束刑事事件の上告率は殆んど変化がなかったという。

（28）未決囚は判決が確定された既決囚とは違って、「刑の執行及び収容者の処遇に関する法律」上の各種の制限を受けないか

ら、上訴することによってできるだけ未決状態を長期間持続する方が本人に有利だと思われる側面も無視できない。それゆえに、既決囚の処遇を改善して判決が確定しても未決囚の処遇に比べて大きな差を生じないように矯正システムを改編する必要があると思う。

(29) 上告事件が減って、法律的な判断が必要な重要事件を主として裁判することができ大法官の力量を集中できるし、その結果、権利救済機能及び法令解釈機能、法適用の統一機能が調和を成すことができるというのが、大法院の判断である。

(30) 上告不受理決定時、必ず決定文にその理由を記載するようにして、現在の審理不続行制度の問題点として指摘されてきた理由説示の問題を補完した。

(31) 各地域に分散されている高等法院（ソウルをはじめ、釜山、大邱、大田、光州）において上告審査を受けることができ、市民の便宜が図られる。もともと釜山地方弁護士会など多くの地方弁護士会は、高等法院上告部設置を主張したが、大法院と大韓弁護士協会、ソウル弁護士会の反対にあって、その実現可能性が薄くなった。

(32) 大法院は、当事者が上告審査部の上告不受理決定に不服がある場合には大法院に即時抗告できるようになっているから、国民の裁判を受ける権利を侵害するところはないと反論する。

(33) 大法院改編案の内容は、以下のとおりである。上告審査制、審理不続行制のように大法院への進入の敷居の上部を高める方法では国民の司法不信を解消できないし、高等法院の裁判官の数を増やすだけで大法院の事件数を減らすこともできない。大法官の適正な数の事件負担は司法への信頼のもっとも基本的な要素で、大法官の事件負担を適正水準に維持するためには、増えている上告事件数に相応する大法官の増員と専門化が必要である。