

刑事弁護人は「正義の門番」か？

——ABA 弁護士業務模範規則改正の我が国への影響——

村 岡 啓 一

はじめに

2004年4月から我が国においても法科大学院（ロースクール）がスタートする。法曹養成の役割を初めて大学という教育研究機関が担うわけであり、スローガンのいえば「理論と実務を架橋する法曹教育」の実現が求められている。¹⁾ しかし、いかなる法律家を養成しようとするのかについて、関連法は、「多様かつ広範な国民の要請にこたえることができる高度の専門的な法律知識、幅広い教養、国際的な素養、豊かな人間性及び職業倫理を備えた法曹」²⁾ という何人にも異論のない一般像を示すだけで、その具体化を各法科大学院の創意工夫に委ねている。本学の法科大学院は、①ビジネス法務に精通した法曹 ②国際的な視野をもった法曹 ③人権感覚に富んだ法曹という三つの資質を兼ね備えた法律家を養成することを教育理念に掲げている。法科大学院の役割が、単なる法技術の教授にとどまらず人権感覚豊かな「良き法曹」という人間形成までを射程におさめるものである以上、従来、大学において研究の対象として脚光を浴びることのなかった「職業倫理」の問題がクローズアップされることは必至であろう。³⁾

私は刑事弁護25年のキャリアを生かすべく2002年4月から本学刑事法分野の教授に就任したが、「理論と実務の架橋」はそれほど生易しいものではない。本稿では、最近の弁護士倫理をめぐる内外の議論を紹介しつつ、法科大学院の履修科目の一つである「法曹倫理」が、少なくとも刑事弁護に関する限り、いまだ一定のコンセンサスを得るには至っていない現実を示してみよう。これもまた、『学問への招待』の一つの招待状にほかならないと考えるからである。

1 依頼者に対する誠実義務と裁判所に対する真実義務

1 問題の所在

現在、日本弁護士連合会(以下、「日弁連」という。)刑事弁護センターにおいて作成中の実務マニュアル「刑事弁護ハンドブック(仮称)」の中に、次のような設問がある。⁴⁾

『起訴事実を否認していた被告人が、公判の途中で弁護人に対し、公訴事実はずみずからの犯行であることを打ち明けた。①調査の結果、被告人の告白が真実であるとの確信を得た場合、弁護人としては被告人に対しどのような助言をしたらよいか。②被告人は、法廷であくまでも否認を続けると主張している場合、弁護人はどのように対応すべきか。③被告人が公訴事実を否認のままで審理を終了した場合、弁護人はどのように弁論すべきか。』

いわゆる誠実義務と真実義務の衝突の問題である。

歴史的に、弁護士には、ルーツを異にする二つの性格が認められる。⁵⁾一つは、依頼者の代理人としての性格であり、弁護士は依頼者の最善の利益を擁護するために奉仕することが求められる。この依頼者に対する忠誠から導かれる弁護士の依頼者に対する責任を一般に「誠実義務」という。もう一つは、独立の司法機関としての性格であり、当事者の個人的利益を超えた法制度がめざす公益(公正、正義など)を擁護することが求められる。この法に対する忠誠から導かれる弁護士の責任は裁判所に対する関係で顕在化するので、一般的には、弁護士の裁判所に対する「真実義務」という。上記設問が示すとおり、時として、弁護士は二つの忠誠のジレンマに直面することがあり、この両者の調和は「永遠の葛藤」⁶⁾と称されるほどに容易ではない。各国の司法制度における弁護士の位置づけ及び役割は、いずれの立場を重視するかによって区々であるから、倫理上の問題は共通していても、必ずしも、同一の解決方法を提示しているとは限らない。

理論的には、問題解決のアプローチの仕方としては三つある。一つは、真実義務を誠実義務よりも優位に置く考え方である。当該弁護人は法に対する忠誠を貫く結果、依頼者の虚偽に加担することはできず、辞任することによってそのジレ

ソマから逃れるか、あるいは、積極的に裁判所に対し依頼者の虚偽を暴くことが要求される。もう一つは、全く逆に、誠実義務を真実義務よりも優位に置く考え方である。当該弁護人は依頼者に対する忠誠を貫く結果、依頼者自身の選択により真実の究明という司法目的が阻害されることもやむを得ないとする。第三の考え方は、場面に依じてその両者を調和させようとする様々な折衷案である。⁷⁾

私自身の考え方は、第二の誠実義務優位のアプローチを最も徹底させたものであり、俗に hired gun 論と言われている。⁸⁾ 私は誠実義務純化論と自ら呼称しているが、その理論的根拠を要約すれば、次のとおりである。⁹⁾

- ① 刑事上の罪に問われた者は刑罰権発動という国家からの攻撃に対して自らを防御すべき地位に置かれる。防御の主体は当事者本人であり、そのために自己防御権¹⁰⁾が保障される。弁護人の援助を受ける権利は、本人の自己防御権を補完し、実効化するために与えられる。
- ② 弁護人の本来的な役割が依頼者に対し法律専門家として法的助言をすることにある以上、弁護人は依頼者のための『武器』に徹するべきであり、被疑者・被告人の自己決定を尊重しなければならない。
- ③ 真実義務と誠実義務は弁護士という立場から見た場合の義務の衝突であるが、依頼者の視点からみれば、弁護人との関係では誠実義務のみが存在するのであり、真実義務の問題は登場してこない。このことは、弁護士倫理は依頼者の自己防御権に優位を主張しえないことを意味する。
- ④ よって、弁護人は一般的禁止規範には違反しえないが、誠実義務の下、依頼者のために何が最善となるのかを徹底的に追究することが求められる。従来議論されてきた真実義務の問題は誠実義務の履行の一局面に還元される。

「雇われガンマン hired gun」という言葉は、あたかも、弁護士が金銭で雇われればどんな違法行為でも引き受けるかの如き印象を与えるが、hired gun 論すなわち誠実義務純化論の根底にある思想的な立場は、被疑者・被告人の自律性を尊重するという自由主義である。刑事事件の場合、国家刑罰権の対象とされる防御の主体は飽くまでも被疑者・被告人本人である。その当事者本人の自己防御権を前提にして刑事弁護人の役割を考えた場合、弁護人は依頼者本人の「法執行の

道具」であるから、依頼者の視点から眺めた場合、弁護人が「別の主人」に仕えて依頼者の意思に反して秘密を開示するということはおよそ想定できない。その意味で、最初から、弁護士—依頼者関係を規律する義務は誠実義務しかないのである。確かに、弁護人も事実調査を尽くして実体的な「真実」に接近しようとするが、それは、「真実」究明それ自体が目的ではなく、可能な限り正確な事実を把握することによって依頼者のための最善の弁護方法を確定するためである。したがって、弁護人の「真実」との関わりは依頼者に対する誠実義務の履行において認められるのであり、独立した司法機関として独自の真相究明義務を果たすためではない。この誠実義務純化論を弁護士倫理の問題にあてはめれば、一旦、依頼者自身の自己決定がなされたならば、弁護人はその意思決定に従うことを意味するから、依頼者を代理してなされる対外的に現れた行為の倫理的評価は、専ら、依頼者自身に還元され、弁護人は没倫理的存在として、明確な禁止行為違反を構成するのではない限り、倫理的非難から自由であるという帰結が導かれる。¹¹⁾

この考え方の結論だけを見れば、結果として、弁護人は倫理的な非難を浴びる依頼者の行為に助力したことになるから、悪徳弁護士が最初から依頼者と共謀して非倫理的な行為を選択した場合と何ら異なるところがない。質的には、依頼者の自律性を尊重した結果としての代理行為と依頼者の犯罪的行為に加担する共犯者としての非違行為とは全く異なるにもかかわらず、弁護士—依頼者間の秘密は秘匿特権と守秘義務によって対外的に明らかにされないように保護されているから、この違いを外観から区別することはできない。その結果、「真実」を歪める行為に関与したという効果の共通性のみで、前者の弁護の在り方も強い非難に晒されることになるのである。

しかし、誠実義務純化論の真髄は、まさに、対外的には公開されない秘密保護の保障の中で、弁護人が誠心誠意、依頼者のために最大限の援助を提供する点にある。この場面において、弁護人は第一の倫理上の義務として、依頼者に対し犯罪行為はもちろんのこと、裁判所の「真実」究明を阻害しかねない倫理的な非難を浴びる非違行為を思いとどまるように説得を尽くすことになる。

アメリカ合衆国の ABA 弁護士責任規範 (Model Code of Professional Re-

sponsibility) も ABA 弁護士業務模範規則 (Model Rules of Professional Conduct) も、依頼者に対する守秘義務と裁判所に対する真実義務の衝突による弁護士のジレンマを回避するために、まず、弁護士が依頼者に対し犯罪行為及び欺罔行為を断念するように説得することを要求しているが¹²⁾、この点につき、立場の違いによる見解の相違はない。同じ結論は、必ずしも真実義務の履行という説明によらなくとも、誠実義務の履行として不可欠であると説明することができるからである。

したがって、誠実義務と真実義務の衝突によるジレンマというのは、理論上も実際上も、弁護人の説得にもかかわらず被疑者・被告人が敢えて非倫理的な行為を選択するという極めて稀な場合に限定される。しかも、弁護人が真実義務に直面するのは、依頼者の虚偽を現実「知っている」場合¹³⁾に限られるから、実務において、理論上対極に位置することから予想されるほどに大きな差が生ずるわけではない。

とはいえ、理念的には、依頼者の誠実義務を重視する考え方と裁判所に対する真実義務を重視する立場とでは、同じ当事者主義の刑事司法制度を前提にしながら、何を最も重視するかという点では際立った対照をなす。すなわち、前者は、当事者本人の自律性 autonomy に最大の価値を見出すのに対し、後者は、司法過程の完全性 the integrity of the judicial proceeding に最大の価値を見出すからである。

2 設問の解答

前記説例に対する「刑事弁護ハンドブック (仮称)」の解説は、当該弁護人において被告人の無罪主張が虚偽であることを「知っている」ことを前提にして、次のような「解答」を示す。¹⁴⁾

(1) 証拠上、検察側証拠により、既に有罪認定が可能な場合

まず、弁護人は、被告人に対し、「否認を通すことは情状面においても悪影響を及ぼすことを充分説明し、否認を撤回するよう説得すべき」である。説得が奏功しなかった場合には、「信頼関係の継続が不可能として辞任」を考えてもよい

が、守秘義務があるので、辞任の理由につき被告人に不利となる「事情をありのままに説明することは許されない」。辞任できない場合あるいは辞任が相当ではない場合には、「被告人の否認に沿って、無罪弁論をなすべきであろう。」

(2) 弁護人の手持ち証拠を提出して初めて有罪となる場合

「被告人の防御権の補佐役」である弁護人には、「被告人の望まない手持ち証拠を提出する義務はない」から、被告人の意に反して手持ち証拠を提出してはいけない。弁護人にとっての「真実」とは適法に取り調べられた証拠によって認定できる事実すなわち「訴訟的真実」であるから、証拠上、無罪と考えられる以上「無罪弁論を行うことは何ら問題がない。」

この「解答」は当該解説者の一見解にすぎず、日弁連としてのコンセンサスを得た見解ではない。しかし、刑事弁護に関するマニュアルを作成している刑事弁護センターの基本的スタンスが示されているので、我が国の刑事実務に携わる弁護士の間では誠実義務を真実義務よりも優位に置く考え方が浸透していることを窺わせるには十分である。¹⁵⁾

3 ABA 弁護士業務模範規則の考え方

これに対し、2002年8月に改正されたABA 弁護士業務模範規則2003年版（以下、「モデル・ルール」という。）は次のように規定し、全く対照的なアプローチを示す。¹⁶⁾

第3.3条(a) 弁護士は、故意に以下のことをしてはならない。

- (1) 裁判機関に対して、事実若しくは法律について虚偽の陳述を行うこと、又は自己が以前に裁判機関に対して行った、重要な事実若しくは法律についての虚偽の陳述を正すことを怠ること。
- (2) 省略
- (3) 自己が虚偽であることを知っている証拠を提出すること。弁護士は、自己、自己の依頼者又は自己が呼んだ証人が重要な証拠を提出したのちに、それが虚偽であることを知るに至ったときは、必要な場合には裁判機関に開示することを含め、それを正

すための適切な措置を講じなければならない。弁護士は、刑事事件における被告人の証言以外の証拠で、自己が虚偽であると合理的に考えるものの提出を拒否することができる。

- (b) 司法審査手続において依頼者を代理し、かつ、ある者がその手続に関して犯罪的又は欺罔的な行為を行う意図を有する、現に行っている又は行ったことを知っている弁護士は、必要な場合には裁判機関に対し開示することを含め、それを正すための合理的な措置を講じなければならない。

- (c) (a)項及び(b)項に掲げた義務は、その訴訟の終結まで存続し、かつ、その遵守が第1.6条(筆者注：秘密保持のための守秘義務を規定)により保護される情報の開示を求めるときであっても適用される。

以上のルールを前記説例に適用すれば、次のような「解答」になろう。

- (1) 被告人がいまだ証言台に立っていないが偽証をする意図を明確にしている場合(将来の犯罪の防止という観点からの区分)

弁護人は被告人に偽証をしないように説得を尽くす必要がある。(モデル・ルール3.3注釈〔6〕)説得が奏功しない場合には、弁護人は辞任を考慮することができ、依頼者の不正を前提とした辞任の許可の申請との関連では、合理的に判断して必要と考える範囲で裁判所に対し依頼者情報を開示できる。(同〔15〕)しかし、弁護人が代理関係を継続する場合には、弁護人は虚偽の証拠の提出を拒否しなければならないから、被告人を尋問して偽証させることは許されない。(同〔6〕)但し、裁判所が被告人の意思に従って証言を認め物語風の陳述をさせるように弁護人に命じた場合には、その裁判所の命令に従わなければならない。(同〔7〕)¹⁷⁾

- (2) 被告人が既に証言台に立って偽証を行った後に偽証が判明した場合(過去の犯罪の是正という観点からの区分)

弁護人は、被告人に対し、弁護士には裁判所に対する真実義務があることを説明し、辞任又は偽証の訂正に関して被告人の協力を求める。それが奏功しない場

合、辞任が許可されないか辞任によっては虚偽の証拠の効果を無化することができないときには、守秘義務の対象である依頼者の秘密であっても裁判所に対し開示しなければならない。(モデル・ルール3.3注釈〔10〕)

4 真実義務優位の基本的立場の明確化

新しいモデル・ルールは、弁護士が「裁判所の構成員 an officer of the court」¹⁸⁾であることを繰り返し強調することによって、弁護士の持つ二つの性格のうち、依頼者の代理人性よりも独立の司法機関性を重視し、依頼者に対する誠実義務よりも裁判所に対する真実義務が優越することを明確に示した。とりわけ、依頼者―弁護士関係の基礎をなす秘密の保護につき、守秘義務の例外を拡大すると同時に、秘匿特権によって保護される依頼者情報であっても、必要な場合には、裁判所に対する開示義務に服することを明らかにした。

その一方で、新モデル・ルールでは、初めて、「刑事事件における被告人の証言」の場合が例外として本文中に規定されることになった。しかし、これが刑事弁護の倫理問題を解決する際の別のアプローチを提示したといえるかは頗る疑問である。というのも、憲法上の権利を弁護士の倫理問題よりも優位に置くアプローチを示唆していた従来の注釈中の「憲法上の要求」¹⁹⁾は削除され、憲法問題は各条項の解釈の中に解消されてしまったからである。

従来のモデル・ルールにおいても真実義務を優位に置く基本的スタンスは存在したが、なお、憲法上の弁護人の援助を受ける権利や被告人自身が証人として証言する権利を優位に置く考え方が有力に主張されており、被告人の自律性を尊重する自由主義的な法秩序を希求する思想が厳然として存在した。その結果、弁護士の倫理問題を考察するにあたって、刑事弁護に関する限り、守秘義務優位のアプローチは依然として一つの「解答」として認知されていたのである。しかし、今回の改正によって、モデル・ルールの中では真実義務優位の考え方が貫徹されることになったので、新ルールが定めた「刑事事件における被告人の証言の例外」の場合を別にして、守秘義務優位の考え方を主張するのは著しく困難になったといえよう。²⁰⁾

5 日米の基本的立場の違い

アメリカ合衆国と我が国の法制度を比較した場合、同じ当事者主義の司法システムとはいっても、被告人の証人適格の問題以外に、事実認定者がアメリカでは裁判官とは遮断された陪審員であるのに対し日本では手続主宰者と事実認定者を兼ねる職業裁判官であるという違いがある。そのため、アメリカでは弁護人の辞任理由の開示や虚偽の証拠の事後的更正措置につき裁判所への依頼者情報の開示を求めても、直ちに、事実認定者である陪審員に予断を与えることにはならないが、我が国では、依頼者情報の開示は、直接、事実認定に影響を及ぼすことになる。この点の相違が、アメリカ合衆国で司法審査手続の完全性を強調して真実義務を優位に置くのに対し、我が国では、むしろ、裁判所に対する秘密の開示は最も根源的な依頼者との信頼関係を破壊するものと受け止められ、依頼者に対する守秘義務を優位に置く考え方に傾斜する要因になっているように思われる。しかし、このような背景の違いを斟酌しても、なお、彼我の力点の置き方は違うといわざるを得ず、その違いはやはり当事者主義の司法制度の中でいかなる価値を実現しようとするかの思想的立場の違いに帰着するのである。

2 ABA モデル・ルールが我が国の弁護士倫理問題に与える影響

ABA モデル・ルールの改正はアメリカ合衆国の弁護士倫理に関するコンセンサスの形成であるから、我が国の弁護士倫理に直接の影響を及ぼすものではない。しかし、我が国でも弁護士の二つの性格に由来する依頼者に対する誠実義務と裁判所に対する真実義務の相克が弁護士の倫理上の大問題であったことには変わりはなく、具体的なジレンマに直面したときの解決策を探るに当たってアメリカ合衆国の議論を参考にしてきたことも疑いがなく、わが国の場合、強制加入団体である日弁連の「弁護士倫理」²¹⁾ が法的拘束力を伴わない宣言文書にとどまっており、しかも、極めて包括的かつ抽象的規定に終始していたため、具体的な事例に対処するには、詳細な規定を有し、かつ、議論が深化していたアメリカ合衆国の倫理問題の解決策に学ぶ必要があったのである。特に、刑事弁護の領域においては、被疑者・被告人こそが防御の主体であるということが認識されるに従い、少

なくとも刑事弁護に携わる弁護士の間では、被疑者・被告人の自律性を尊重する刑事弁護観が有力になってきた。倫理問題を考えるに際しての基本的アプローチも、裁判所に対する真実義務から出発するのではなく、依頼者に対する誠実義務を基本に据える考え方が主流を占めつつあるのは先に見たとおりである。こうした刑事弁護の基本的スタンスを定めるにあたって、モデル・ルールの背後で闘わされていた議論、とりわけ、弁護士の倫理上の義務を論ずる前に刑事被告人自身の憲法上の権利が存在するという議論が大きな影響を及ぼしていたのである。

ところが、現在、日弁連弁護士倫理委員会²²⁾を中心に進められている「弁護士倫理」の改定作業は、刑事弁護をめぐる従来の誠実義務優位の考え方に変更を迫っているようにみえる。2003年5月の提出を目指して策定中の第一次改正原案の中には、モデル・ルールを彷彿とさせる新設規定が数多く見られる²³⁾。刑事弁護に関連する主なものを指摘すれば、次のようになる。

改正第14条の2「弁護士は、依頼者又はその業務従事者が依頼者の業務に関して違法な行為をしようとしていることを知ったときは、そのような行為をやめさせるように努めなければならない。」

改正第19条の2「弁護士は、故意に依頼者が犯罪的、又は、不正な行為をするに際し、助言し、又は、助力してはならない。」

改正第20条の1①「弁護士は、依頼者の職務上知り得た情報の秘密を他に漏らし、又は利用し、又は開示してはならない。」

②「弁護士は、以下のいずれかの目的のために、弁護士が必要と考える限度で前項の情報の秘密を開示することができる。(1)依頼者の同意があったとき(2)依頼者が差し迫った死、又は重大な身体の傷害の結果を生ずる行為を意図していると弁護士の考える犯罪行為を犯すことを防止する等の正当な事由があるとき(3)弁護士と依頼者間の紛争の審査手続において、自己の職務の正当性を主張立証するとき(4)法令の規定により、情報を開示することが義務づけら

れたとき(5)その他、正当な理由があるとき。」

改正第43条2項「弁護士は、他の弁護士が重大な弁護士倫理違反行為をして
いると思量するにたりる相当な理由があるときは、当該弁
護士に忠告し、もしくは当該弁護士の所属する弁護士会に
事実を報告するよう努めなければならない。」

これらの改正案は、2002年に改正された最新のモデル・ルール(2003年版)の
条項に依拠するのではなく改正前の旧バージョン(2001年版)に依拠している
が、明らかに、依頼者に対する誠実義務(守秘義務)よりは裁判所に対する真実
義務を優位に置く考え方を採用している。今回の弁護士倫理改正の端緒となった
司法制度改革審議会の意見書が、弁護士の社会的責任(公益性)を強調し、「そ
の公益的な使命にふさわしい職業倫理を自覚し、自らの行動を規律すべき」²⁴⁾こ
とを求めている以上、弁護士が有する二つの性格のうち、依頼者の代理人性では
なく独立の司法機関性に軸足が置かれるのは、ある意味で、必然であるのかもしれ
ない。

しかし、刑事事件の場合には、民事の当事者主義が当事者の互換性を当然の前
提としているのに対し、国家と国家刑罰権の対象とされた個人との間には互換性
は全くない。そして、刑事弁護人の存在以前に被疑者・被告人の自己防御権²⁵⁾が
存在することを理解すれば、自由主義的な法制度を前提とする限り、本来的な倫
理問題は法援用の主体である被疑者・被告人自身にあるのであり、弁護人を倫理
問題の第一義的な主人公に据えるべきではない。改正されたモデル・ルールがな
ぜ「刑事事件における被告人の証言」の場合を裁判所に対する真実義務の例外と
して規定せざるを得なかったのか、まさにモデル・ルールの注釈がいう「刑事被
告人には歴史的に特別な保護が与えられている」(第3.3条の注釈9)この意味
が問われなければならないのである。²⁶⁾

我が国の弁護士倫理の議論状況はやっと本格的な議論が緒に就いたばかりであ
り、一定のコンセンサスを形成しつつあるアメリカ合衆国のそれと比較すると、
議論の深化において雲泥の差がある。一見すると、アメリカ合衆国の議論を追尾
しているように見えて、実際は、数周遅れのランナーのようなものである。今回

のモデル・ルール改正において、アメリカ合衆国の弁護士倫理が、当事者主義システムにおける弁護士の司法機関性を重視する立場にたつて裁判所に対する真実義務を依頼者に対する誠実義務よりも優位に置く考え方を徹底した背景には、伝統的に、アメリカ合衆国の弁護士の間に依頼者中心の弁護観が根付いているという現実がある。近時のエンロン事件などに典型的に見られるような依頼者中心の弁護の行き過ぎに対して、モデル・ルールは、誠実義務と真実義務の適正なバランスをとるために振り子を真実義務の方により鮮明な形で戻したのである。しかし、我が国には、いまだに弁護士中心の弁護観が根強く残っており、必ずしも依頼者中心の弁護観が浸透しているとはいえない。改正の基礎にある現実が全く違うのである。こうした状況下でなされるわが国の弁護士倫理の改正作業において、最も危惧されることは、数周遅れのランナーであることを忘れて歴史的な議論の経過を抜きにして、単に改正後のモデル・ルールの結論を引用して肩を並べることである。倫理問題の場合には、科学の「後発者の利益」とは異なり、合意形成のプロセスこそが重要であるから、見せ掛けのトップランナーになることを目指すべきではない。その意味で、我が国の刑事弁護は、その基本的な役割をどう位置づけるかにつき、まさに今、岐路に差し掛かっているといえる。今後の弁護士倫理の改正作業を慎重に見守る必要がある所以である。

おわりに

今回のモデル・ルールの改正を指導した理念として当事者主義司法システムにおける事実認定過程の完全性が挙げられている。仮に、それを承認するとしても、その理念を実現する方法は弁護士の司法機関性を強調して弁護人に「正義の門番」を期待するのが唯一の方法というわけではない。当事者主義の事実認定過程の完全性は、システム全体としてそれが果たされているかどうかが重要なのであるから、検察官は訴追官として期待される役割を果たし、裁判官は事実認定者としての役割を果たし、弁護人は依頼者の代理人性を徹底的に追求し、依頼者自身の自己防御権を保障するという刑事弁護人に期待される役割を果たすことによっても実現されるのである。

私は、弁護人が刑事司法システムの一構成員として「正義の門番」役を努める法制度よりは、飽くまでも、防御の主体である被疑者・被告人の自律性を尊重し弁護人はその依頼者のために「武器」に徹する法制度のほうを選択したいと思う。なぜなら、私自身が潜在的な被疑者・被告人であることに思いを致せば、自分の弁護人には「正義の門番」ではなく自分自身にとっての「武器」であってほしいと願うからである。そして、法制度においても自由主義を信奉する限り、それが当然の帰結と考えるからである。

- 1) 平成13年6月12日付司法制度改革審議会意見書(Ⅲ第2・2法科大学院)66頁
- 2) 「法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律」第2条
- 3) 座談会「弁護士倫理の新たな展開」判タ1080号32頁の法学山本和彦教授の発言など。平成14年12月、本学では、「法曹倫理」教育の在り方を学ぶため、ワシントン大学ロースクールの Thomas Andrews 教授を客員教授として招いた。
- 4) 日弁連刑事弁護センター刑事弁護実務研究小委員会「刑事弁護ハンドブック」設問35
- 5) ロルフ・シュナイダー、石川明訳『弁護士—独立の司法機関』日弁連弁護士倫理叢書西ドイツ①7頁以下(ぎょうせい、1986)
- 6) 同44頁
- 7) アメリカ法曹協会の弁護士業務模範規則 ABA Model Rules of Professional Conduct の2001年版には、第3.3条(裁判機関に対する真実義務)の注釈〔9〕〔10〕としてジレンマ解決の三案が併記されていたが、2002年の改正により、この説明部分は削除された。なお、上記模範規則の改正の意義と刑事弁護の関係については、拙稿「ABA 弁護士業務模範規則の改正の意義」一橋法学2巻1号(福田雅章教授退官記念号)19頁(2003)を参照されたい。
- 8) Monroe H. Freedman, *Lawyers' Ethics in an Adversary System* (1975)の考え方による。
拙稿「刑事弁護人の誠実義務と真実義務」『現代法律実務の諸問題・平成8年版』713頁(第一法規出版、1997年)「刑事弁護人の役割・再考」『現代法律実務の諸問題・平成13年版』493頁(第一法規出版、2002年)、論争・刑事訴訟法「弁護人の役割」法セ563号87頁
- 9) 拙稿「被疑者・被告人と弁護人の関係」季刊刑事弁護22号23頁
- 10) 自己防御権 the right to defend oneself in person は国際人権自由権規約14条などに規定されているほか、憲法13条の「個人の尊厳」から導かれる。アメリカ合衆国連邦最高裁は *Faretta v. California*, 422U.S.806 (1975)事件において、憲法修正

第6条の解釈として「個人の尊厳」に由来する被告人の自律性の尊重を根拠に自己代理権 right of self-representation を認めた。

- 11) 中立的党派性 (neutral partisanship) の原理の帰結である。これを批判するものとして、宇佐美誠「弁護士倫理論序説——中立的党派性批判——」中京法学37巻1.2号合併号47頁
- 12) ABA 弁護士業務模範規則2003年版第3.3条の注釈〔6〕
- 13) 同第3.3条(a)及び注釈〔8〕参照。これを「認識基準 knowingly standard」という。アメリカ合衆国の判例では、依頼者本人による告白があり、具体的証拠によって裏付けられた「確実な事実的基礎の現実的認識」があって初めて「知った」ことになる。Monroe H. Freedman, *But only if you "know"*, Rodney J. Uphoff, ed., *Ethical Problems Facing the Criminal Defense Lawyer* (ABA, 1995) at 135
- 14) アメリカ合衆国では、被告人自身が自らの弁護のために証人となって証言をすることが権利として承認されているが、我が国では被告人に証人適格は認められていない。その結果、アメリカ合衆国では「刑事被告人の偽証」が犯罪行為となり、弁護士倫理を考えるうえでも守秘義務と真実義務との関係のほかは犯罪に関与しない弁護人の義務との関係が争点となるのに対し、我が国では、刑事被告人の偽証は犯罪とはされていないので、裁判所の事実認定を誤らせないという消極的真実義務との関係で守秘義務が問題となる。
- 15) 日弁連刑事弁護センターが討議資料として作成した「刑事弁護ガイドライン」も明確に誠実義務を優位に置く考え方によって貫かれていた。日弁連刑事弁護センター「刑事弁護ガイドライン(仮称)」Q&A 所収の「刑事弁護ガイドライン研究会第二次案」参照。
- 16) 改正後のモデル・ルールも従来のモデル・ルールと同様、真実義務優位の考え方を踏襲しているが、従来に比して、その立場をより鮮明にした。具体的な変更点とその意義につき前掲注7拙稿「ABA 弁護士業務模範規則の改正の意義」参照。
- 17) モデル・ルールは弁護士が虚偽を「知っている」場合と合理的に「信じている」場合とを区分し、後者の場合には、弁護士に開示義務を課するのではなく、弁護士の判断で開示できると定めて当該弁護士の専門家裁量に委ねている。第3.3条の注釈〔9〕参照
- 18) 「裁判所の構成員 an officer of the court」の意味は、懲戒権が最終的に裁判所に帰属するということにとどまり、誠実義務を凌駕する優位性は与えられていなかった。むしろ、法制度への責任は、依頼者への過度の奉仕を阻止するという意味で誠実義務の限界を画する機能を果たしてきた。浅香吉幹『現代アメリカの司法』177頁(東京大学出版会, 1999)
- 19) 従来のモデル・ルールでは、第3.3条の注釈「憲法上の要求」の項目があり、「弁

護士の倫理上の義務のあり方は、刑事事件におけるデュー・プロセス及び弁護人の援助を受ける権利を保障する憲法上の規定によって制限されることがあり得る。」「この規則の下での弁護人の義務は、そのような憲法上の要求に優先される。」と述べて、弁護士倫理問題に対する憲法原理からのアプローチの存在に言及していた。

- 20) The American Law Institute's Restatement of the Law Governing Lawyers も同様に真実義務優位の考え方に立っており、守秘義務の例外を新モデル・ルール以上に拡大している。§ 66, § 67参照。

- 21) 平成 2 年 3 月 2 日日弁連臨時総会決議。

- 22) 司法制度改革審議会の「弁護士倫理の在り方につき、一層の整備等を行うべきである。」との提案を受けて 2001 年 4 月に新設された委員会で 5 名の外部委員が加わっている。同委員会設置要綱によれば、弁護士倫理見直しの目的は「弁護士活動分野の拡大・多様化・国際化、企業・行政庁等の組織による弁護士の雇用の増加等の状況に鑑み、弁護士倫理規定の国際的動向をも踏まえ、弁護士の職務の質をさらに向上させ国民の弁護士職に対する信頼を強固にするため」とされている。なお、特集『弁護士倫理の改正に向けて』自由と正義 54 巻 1 号 38 頁参照。

- 23) 日弁連弁護士倫理委員会の作業部会による弁護士倫理改正草案（2002 年 10 月 30 日現在）による。

- 24) 司法制度改革審議会意見書（Ⅲ第 3・1）78 頁

- 25) 拙稿「被疑者主体論」『新・接見交通権の現代的課題』12 頁（日本評論社、2001 年）

- 26) 中立的党派性の考え方に基づく弁護観を批判する論者も刑事事件は例外と位置づける。David Luban, “*The Adversary System Excuse*”, in *The Good Lawyer: Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics*, (Totowa, N.J.: Rowman & Allanheld, 1983)

（一橋大学大学院法学研究科教授）