

目 次

序 章 問題の所在 1

- 1 問題の所在 1
- 2 自己防御権と弁護人の援助を受ける権利 2
- 3 本論文の目的と構成 2
- 4 用語の解説 4

第1章 刑事弁護人の起源 7

第1 歴史的起源を探索することの意義 7

第2 刑事弁護人の起源と歴史的発展 8

- 1 ヨーロッパ法領域における弁護人の起源 8
 - (1) 古代ギリシャの時代 8
 - (2) 古代ローマの時代 9
 - (3) 古代ゲルマンの時代 12
- 2 ゲルマン・フランク法圏におけるローマ法の継受 13
 - (1) ドイツー 弁護士の一元化 13
 - (2) フランスー 弁護士の二元化 14
 - (3) 小括 15
- 3 決闘裁判に見る弁護人の起源 16
 - (1) 当事者主義の原型 16
 - (2) ヨーロッパ中世の裁判の基本構造 16
 - (3) 決闘裁判 18
 - (4) 決闘裁判の歴史的意義 20
 - (5) イギリスの弁護士制度とアメリカの弁護士制度 21
 - (6) 小括 22

第2章 自己防御権の理論的根拠 24

第1 国際人権法に見る自己防御権 24

1	国際人権文書	24
2	国際人権自由権規約	26
(1)	国際人権自由権規約の国内的効力	26
(2)	国際人権自由権規約の弁護人条項の解釈	27
(3)	自己弁護権に関する先例	29
3	小括	30
第2	アメリカ合衆国憲法修正第6条を根拠とする自己弁護権	32
1	州憲法が保障する自己弁護権	32
(1)	「弁護人の援助を受ける権利」の発展	32
(2)	州憲法が保障する自己弁護権	33
2	Faretta v. California 事件判決	35
(1)	事案の概要	36
(2)	法廷意見	39
(3)	反対意見	44
3	自己弁護権行使の実際	49
(1)	被告人が自己弁護権を行使する理由	49
(2)	事実審裁判所の審査	54
4	スタンバイ・カウンセル (Standby Counsel)	56
(1)	調整弁としての「補助弁護人」	56
(2)	補助弁護人の法的根拠	57
(3)	補助弁護人の役割	57
5	McKaskle v. Wiggins 事件判決	59
(1)	事案の概要	59
(2)	法廷意見	61
(3)	反対意見	67
6	補助弁護人の運用	72
(1)	裁判所の裁量	72
(2)	裁判所が補助弁護人を選任する理由	72
(3)	裁判所は誰を補助弁護人に選任しているか	73
(4)	ABA 基準の変遷	74
7	ハイブリッド・カウンセル (Hybrid Counsel)	75
(1)	ハイブリッド・カウンセル (Hybrid Counsel) の意義	75
(2)	ハイブリッド・カウンセルの憲法上の位置付け	76
(3)	判例から抽出される基準	77
(4)	「ハイブリッド」型の弁護に対する評価	78

8 考察 80

- (1) 自己弁護権に関するまとめ 80
- (2) 手続的諸問題に対する回答 82

第3 日本国憲法と自己防御権 87

- 1 問題の所在 87
- 2 日本国憲法における個人の尊厳 87
 - (1) 基本原理としての個人の尊厳 87
 - (2) 刑事上の手続的保障と個人の尊厳の関係 88
- 3 日本国憲法における弁護人条項 90
 - (1) 憲法第34条と第37条3項の弁護人条項 90
 - (2) 憲法第34条と第37条3項の関係 90
 - (3) 自己弁護権は憲法上の権利か 92
- 4 弁護人の援助を受ける権利の放棄 98
 - (1) 憲法及び刑訴法制定時のGHQの考え方 98
 - (2) 我が国における権利放棄をめぐる議論 102
- 5 日本国憲法における自己弁護権の位置付け 105

第3章 自己防御権からの見直し 107

第1 我が国における自己防御権の理解 107

- 1 自己防御権行使の実際 107
- 2 我が国の被告人は自己弁護権行使を選択するか 110

第2 弁護人の役割に関する認識 113

- 1 法曹三者による意見交換会 113
 - (1) 意見交換会の経緯と問題の所在 113
 - (2) 法務省の見解 114
 - (3) 日弁連の見解 114
- 2 最高裁大法廷判決 116
 - (1) 防御の主体論 116
 - (2) 最高裁大法廷判決に見る弁護人像 118
- 3 司法制度改革審議会 120
 - (1) 法曹三者のプレゼンテーション 120
 - (2) 防御の主体性に関する認識の違い 126

(3)	司法制度改革審議会の中間報告	127
(4)	中間報告の評価	130
第3	弁護人の役割の自己防御権からの見直し	133
1	真実義務と誠実義務	133
(1)	問題の所在	133
(2)	我が国における弁護人の役割論の変遷	134
(3)	真実義務をめぐる議論	138
(4)	自己防御権からの見直し	150
2	弁護士の意識改革の必要性	157
(1)	在野性をめぐる議論	157
(2)	刑事弁護ガイドライン問題	160
(3)	小括	173
終章	新しい弁護人像	175
1	新しい弁護人像	175
2	弁護人制度への影響	177
3	自己防御権からの見直しの更なる対象	179

序章 問題の所在

1 問題の所在

我が国では、刑事訴訟の担い手である弁護人の役割について、法曹の間において基本的なコンセンサスがあるとはいえない。国家を代理する捜査機関及び訴追機関の期待する弁護人の役割と実際に被疑者・被告人を代理する弁護人の意識との間には大きなズレがある。また、弁護士全体を見渡した場合、弁護士の間においてすら弁護人の役割について共通の理解があるとはいえないのが現状である。このように刑事司法の根幹に関わる基本的な事項についてコンセンサスが存在しないこと自体、法制度の在り方として極めて異例のことである。

この原因は、我が国の刑事司法モデルが憲法及びそれを受けて制定された刑事訴訟法の上ではアメリカ型の当事者主義(adversary system)を採用しながら、実務においては、戦前からの糺問主義(inquisitorial system)の運用を継続しており、異質なモデルの混交が見られることにある。「疑似当事者主義」と称される特殊日本型刑事司法¹を本来の理念型であるアメリカ型の当事者主義から見るか、あるいは、ドイツ型の職権主義から見るかによって、弁護人の役割も異なってくるのである。これは、換言すれば、「当事者の代理人」の視点から見るか、あるいは、「独立した司法機関」の立場から見るかの違いでもある。

しかし、我が国の刑事司法の在り方を規定しているのは憲法にほかならないから、憲法が採用している当事者主義のモデルこそが基準となるべきことに疑問の余地はない。振り返れば、刑事訴訟法 50 年の歴史は、憲法の理念転換（非連続の側面）にもかかわらず、刑事実務が戦前からの一貫した糺問主義によって運用（連続の側面）された結果生じた理念と現実との相克であった。²弁護人像もその狭間にあって揺れ動いたが³、憲法が被疑者・被告人

¹ 松尾浩也「当事者主義と弁護」鴨良弼先生古稀祝賀『刑事裁判の理論』51 頁（日本評論社、1979）、同「刑事訴訟法における基礎理論」書研所報 29 号（1979）

² 松尾浩也「第一部 戦前から戦後へ—その連続性と非連続性」刑事訴訟法制定過程研究会『刑事訴訟法の制定過程（一）．（五）』法学協会雑誌 91 巻 7-12 号（1974）、「特集刑事訴訟法 50 年」ジュリスト 1148 号（1999）

³ 鴨良弼「国選弁護人の法的性格」『刑事訴訟法の新展開』159 頁（日本評論社、1973）の「バッファ—buffer」的役割を始め、田宮裕教授の「保護者」的役割から「捜査・公判の点検」者的役割までの変遷を含め多様な考え方が展開された。

を防御の主体と位置付け、彼らの「自己防御権」の存在を前提にそれを補完する法的助言者として弁護人を位置付けている以上、法的には、弁護人の地位も役割も最初から明確であったというべきであろう。問題は、むしろ、弁護士の方が被疑者・被告人の「防御の主体性」につき、真の意味で理解をしていなかったことにあるように思われる。

2 自己防御権と弁護人の援助を受ける権利

その「自己防御権」、「防御の主体性」とは一体、何なのか？
私は次のように理解している。

有罪判決があるまでは、被疑者・被告人は無罪の人として取り扱われる（無罪推定原則）。刑事上の罪に問われた者は、刑罰権発動という国家の「攻撃」に対して自らを「防御」すべき地位に置かれる。弁護人の存在以前に自らが自らを守る必要があるのであり、ここに「自己防御権」が承認される契機がある。国家との対抗関係に入った市民が「防御の主体」であるということは、単なるスローガンではなく、当該市民が国家刑罰権に対して「自己防御権」を行使して自己の自由を守り抜くという実践的な意義を持っている。

他方、弁護人制度というのは、この市民が「防御の主体」であることを基本に置いて、被疑者・被告人の「自己防御権」を補完する意味で初めて登場してくる。すなわち、刑事上の罪に問われた市民が「防御の主体」であるとはいっても、実際には、法律的な知識の面でも証拠収集といった事実上の活動の面でも国家と一私人との格差は余りにも大きい。無罪推定原則の適用の結果、国家が犯罪を合理的な疑いを超える程度に立証しなければならないという片面的立証責任を負担したとしても両者の力量の差は歴然としている。それ故に、少なくとも法律的な知識の面で実質的な平等を図るために、被疑者・被告人の「武器」として法律の専門家である弁護人を利用することが認められるのである（武器対等の原則）。

いわば、「自己防御権」が国家刑罰権をめぐる国家对市民の攻防から必然的に認められる原理的かつ本質的な権利であるのに対し、「弁護人の援助を受ける権利」は、「公正な裁判」の要請から認められる副次的かつ政策的な権利なのである。

3 本論文の目的と構成

本論文は、当事者本人の「自己防御権」と「弁護人の援助を受ける権利」との関係性を明らかにし、自己防御権の観点から、刑事弁護人の役割を見直すことを目的としている。端的に言えば、刑事手続ないし刑事訴訟における防御の主体が被疑者・被告人にあることを改めて確認し、現実には、単なるスローガンにとどまっている「被疑者・被告人の防御の主体性」の復権を目差そうとするものである。

第1章では、刑事弁護人の起源を遡り、現在の弁護人像の中に併存する二つの異なった性格、すなわち、代理人性と司法機関性のルーツを探索する。それは、同時に、刑事裁判に登場する被疑者・被告人こそが訴訟の主人公であり、主体的に自らの運命を切り開かなければならなかった本人訴訟が原則形態であったことを示すであろう。

第2章では、我が国が批准している国際人権自由権規約に見られる自己防御権の規定の意義を明らかにした上で、自己防御権の理論的ないし法的な根拠を検討する。特に、法廷における「自己代理権＝自己弁護権」に着目し、我が国の憲法の母法ともいべきアメリカ合衆国憲法修正第6条の下で展開された、当事者本人の「自己弁護権」と「弁護人の援助を受ける権利」との関係性をめぐる議論を紹介する。従来、ほとんど紹介されることのなかった補助弁護人(standby counsel)の制度と運用は、前記弁護人の代理人性と司法機関性のギリギリの限界線を探るうえで有益な示唆を与えてくれるであろう。次いで、我が国の憲法下において自己弁護権をどのように位置付ければよいのかを検討する。

第3章では、現在の様々の司法制度改革の議論の中で被疑者・被告人の防御権保障がテーマになっていても、自己防御権の観点が欠落しているため真の意味で被疑者・被告人の主体性を認めるには至っていない現状を報告する。特に、弁護士の側において、刑事弁護人の役割に関する意識の改革が必要であることを指摘する。

終章では、自己防御権から見直した新たな弁護人像を提示し、依頼者と弁護人との関係における変革の可能性を展望する。

以上の論文構成から判明するとおり、本論文は、自己防御権の観点から刑事弁護人の役割を見直すという極めて限定された領域について論ずるものである。しかし、自己防御権という考え方は、被疑者・被告人が防御の主体であることの法的表現に他ならず、その射程距離は、刑事訴訟法全体に及ぶものである。その意味で、本論文は、今後私自身がさらに検討を進めることを予定している自己防御権からの見直し論のほんの一部（「自己防御権の研究」の基礎的考察）でしかない。その点を十分に認識した上で、博士課程後期単位修得論文（博士号学位請求論文）として提出する次第である。

4 用語の解説

本論文で使用する用語についても、最初に、明確にしておくことが便宜であろう。

- (1) 「自己防御権」という概念は、被疑者及び被告人が国家刑罰権の対象とされた時点から、国家の側が行う有罪立証のための活動、すなわち、国家からの「攻撃」に対し自らを「防御」する必要が生ずることに起因して認められる法的諸権利を総称するものとして使用する。刑事上の罪に問われた者には、当事者としての「自己決定権」が存在するが、自己決定権という概念自体は、刑事上の罪に問われた者の範囲を超えて広く個人一般に帰属する包括的概念であるから、自己防御権は、広義の自己決定権のうちの刑事上の罪に問われた者を行使主体とする自己決定権と重なることになる。自己防御権の射程距離は、「防御」の必要な範囲をカバーすることになるから、捜査段階及び公判段階を問わず及ぶことになる。したがって、被疑者・被告人の区別にかかわらず刑事上の罪に問われた者一般に適用される包括的権利概念として、「防御の主体性」という理念を示す法的表現といえることができる。また、憲法上の諸権利を総称して「包括的防御権」という表現が用いられているが⁴、自己防御権の概念は、憲法上の諸権利を包摂しつつも、それ以上の地位と権利を含むものであるから、必ずしも同一の概念ではない。もっとも、自己防御権も包括的防御権も、ともに「防御の主体性」という理念を示す法的表現という意味では同じである。以上を単純に図式化すれば、自己決定権という大きな円の中に自己防御権の円が内包され、その自己防御権の円の中に憲法上の諸権利が「包括的防御権」としてさらに内包されているものとして位置付けておく。

- (2) 「自己弁護権」という概念は、本論文では、公判段階における「代理」に着目した概念として、自らが自らを「代理」して弁護にあたることを認める権利を指すものとして用いる。第2章では、専ら、自己弁護権を考察の対象とするが、アメリカ合衆国憲法修正第6条の憲法上の権利とされる、「法廷で自らを自らの代理人＝弁護人とする権利 the right of self-representation」を意味する。「訴訟手続の遂行を本人自身が担う権利 the right to proceed pro se」も同じ意味である。一方、

⁴ 渡辺修『刑事裁判と防御』はしがき参照（日本評論社、1998）

国際人権自由権規約第 14 条 3 項では、「the right to defend himself in person」という表現が用いられている。この場合の訳語としては「自己防御権」の方が適切と思われるが、第 2 章における考察においては、公判段階における自己代理を本質とする自己弁護権を対象とするので、同じ「自己弁護権」の訳語をあてた。つまり、英語本来の用法から言えば、国際的に用いられる「自己防御権 the right of defence in person」の方がアメリカ合衆国の議論で用いられる「自己代理権 the right of self-representation」よりも広い射程を有すると思われるが、両者を統一的に理解するため、公判段階における弁護人の援助を受けない自己代理の意味で「自己弁護権」の概念を使用することにした。

- (3) 本論文では、被疑者及び被告人を包摂する概念として、「被告者」という表現を用いた。我が国では、起訴の前後で「被疑者」と「被告人」という区別がなされ、両者を包摂する概念がないため、両者を包括的に表現する場合には、「被疑者・被告人」という表現が用いられる。しかし、国際的には、市民が国家刑罰権の対象に据えられた時から国家対市民の当事者対抗の関係が始まると認識されており、起訴の前後に特段の意義が認められているわけではない。刑事上の罪に問われた時期は各国の法制度に委ねられているので一義的に特定できないが、自己防御権が発生する時点を国家による告発に置いていることは共通しているから、刑事上の罪に問われた者は一般に「被告者 the accused」と呼ばれる。⁵したがって、「被疑者 suspect」及び「被告人 defendant」という区別をすることに特別の意義があり区別した方が分かりやすい場合には、これらの表現に従うが、我が国の法制度を前提にして議論をするときでも両者を包摂して表現できる場合には、「被告者」を用いた。⁶

- (4) 本論文のテーマは、刑事弁護人の役割の見直しであるから、「弁護人 counsel」とは刑事手続における被告者の代理人である「弁護士 attorney」を指す。「弁護士」は職業としての専門家(profession)の意味でも用いられ、特に、歴史的な起源をたどる場合、民事・刑事の分化がなされていないので、刑事弁護人の役割をも含んだ広義の「弁護士」が遡及の対象になっている。したがって、第 1 章の表題は、「刑

⁵ 村岡啓一「国際人権法における弁護人の位置付け」柳沼八郎ほか編『接見交通権の現代的課題』57 頁（日本評論社、1992）自由と正義 43 巻 2 号（1992）

⁶ 憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社、1997）は、同様に「被告者」の用語を使用する。同書 375 頁注 1）参照。

事弁護人の起源」としたが、厳密に刑事弁護人に純化したうえでの歴史的考察ではない。しかし、この点の曖昧さが論の展開に致命的な影響を及ぼすことはないを考える。なぜなら、刑事弁護人の役割を見直すための基本的視点である自己防御権は、民事・刑事が未分化の時代にあっても本人訴訟の原則の中に「当事者の主体性」という形で現れており、民事・刑事を問わない普遍性を備えているからである。

第1章 刑事弁護人の起源

第1 歴史的起源を探索することの意義

刑事司法上の諸権利に関する国際人権文書には、権利行使の主体である被告者本人の他に「弁護人 counsel, lawyer」が登場する。「弁護士の役割に関する基本原則」⁷では、「司法運営に不可欠の機構 essential agents of the administration of justice」（原則12）と表現されている。このことは、世界各国の歴史的な沿革及び文化的な背景によって法制度は区々に異なっているにもかかわらず、結局のところ、刑事弁護人は各国共通の現象であることを示している。厳密に言えば、民事・刑事を含む訴訟当事者の代理人としての地位が承認される「弁護士」が存在し、そのうちの刑事手続に特化した代理人の地位を「弁護人」というべきであるが、本来の当事者とは別に認められる司法制度上の行為主体であるという点では同じである。

我が国の弁護士制度のルーツは、明治5年の太政官無号達「司法職務定制」に規定された「代言人」⁸に求められる。明治維新以後の近代的国家制度の確立に伴って、西欧諸国の制度を導入することによって、初めて弁護士制度が創設されたというのが今日の通説的見解である。⁹我が国の司法制度は、歴史的にフランス、ドイツ、アメリカの制度をこの順序で継受してきたといえるから、結局、日本の弁護士の原型もまたヨーロッパの法領域における弁護士制度の起源にまで遡ることになる。

歴史的な沿革を訪ねることは、現在当然のごとく運用されている我が国の法制度の本質を明らかにすることに役立つ。また、同時に、現在の制度の形も運用も、歴史的に見れば、大きな発展形態の流れの中の現時点における到達点にすぎないことも理解することができる。すなわち、決して完成された無謬の制度の姿を現しているのではなく、常に、改善が志向されているということである。

⁷ 国連第45回総会決議 Basic Principles on the Role of Lawyers, (1990)

⁸ 「司法職務定制」第43条は、「各区代言人ヲ置キ自ラ訴フル能ハサル者ノ為ニ之ニ代リ其訴ノ事情ヲ陳述シテ冤枉無カラシム」と規定した。

⁹ 司法研修所編『平成11年度版刑事弁護実務』1頁（司法研修所、2000）、大野正男「職業史としての弁護士および弁護士団体の歴史」大野ほか編『講座現代の弁護士2』6頁（日本評論社、1970）、石井成一「職業としての弁護士とその使命」前同『講座現代の弁護士1』41頁（前同、1970）、松井康浩『日本弁護士論』3頁（日本評論社、1990）

刑事弁護人の役割を問うことは、当然に弁護人が出現して以降初めて問題になりうるが、本論文では、弁護人が出現した後の弁護人の役割がどのように発展してきたかという弁護人の視点から見た生成発展史に焦点を当ててはいない。むしろ、弁護人が歴史に登場してくる以前の状態から弁護人が登場するようになった歴史的背景に焦点を当てている。本論文にとって弁護人の起源を訪ねる理由は、最も基本となる依頼者である被告者と弁護人の関係の原型を確認するところにあるからである。

弁護人の起源の探求は、刑事訴訟の原型が本人訴訟であり、防御の主体は被告者本人以外にはあり得なかったという誰しもが予想しうる当然の事実を確認するにとどまるだろう。しかし、この当たり前の事実こそが、刑事弁護人の役割を考える上での出発点なのである。本論文の基本的視点は、弁護人ではなく防御の本来的主体である被告者本人の視点にあり、そこから弁護人の役割、言い換えれば、被告者と弁護人との関係の在り方を見直そうとするものであるから、やはり、この基礎的考察を避けるわけにはいかないのである。

第2 刑事弁護人の起源と歴史的発展

1 ヨーロッパ法領域における弁護人の起源

(1) 古代ギリシャの時代

弁護士の発祥は、法律及び法制度の壮大な体系が完成されたローマ時代に遡るとする考え方が一般的である。¹⁰これは、弁護士という職業の原型を近代的な法制度の整備を前提として捉えるものであるから、その限りでは正当な把握である。しかし、それ以前の時代に弁護士のルーツと見られる形態が存在しなかったわけではない。既に、古代ギリシャの時代にソフィストが弁護士の仕事をしていたことは知られている。¹¹

ロルフ・シュナイダーによれば、「弁護士職（Anwaltsberuf）の発祥地は、一ヨーロッパ法領域についていえば一紀元前五、四世紀のアテネにあ

¹⁰ 石井・前掲注（9）1頁

¹¹ Roscoe Pound, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*, 30-32 (1953)
中村宗雄「弁護士制度の研究」早稲田法学 15 巻 10 頁など。更田義彦「弁護士の職務とそのジレンマ」『変革の中の弁護士（下）』12 頁（有斐閣、1993）は、聖書ヨハネ第一の書簡二章の「助け主」を示すギリシャ語の「パラクレトス」がフランス語では「弁護士 avocat」と翻訳されていることを示す。

る」とされている。¹²紀元前 5 世紀のアテネでは、法秩序の維持はアテネの各市民の義務とされており、手続法上、民衆訴追を認めてはいたが、都市国家を代理する検察官は存在せず、常に私的な法の追求にとどまっていた。ギリシヤ的な考え方によれば、裁判所の審理は原告及び被告間の「論争」であったので、アッティカ法は訴訟代理を原則的に否定した。当事者は自ら出廷し、自ら弁護しなければならなかったのである。¹³

法廷での論争は、同じアテネ市民から選ばれた裁判官委員会を説得することに目的があったから、法律の知識というよりは雄弁の技術の方が効果的であった。その結果、まず、当事者本人が法廷での論争を有利に展開するために有償で弁論用文書を作成する「法廷外弁護士」が誕生した。その後、法廷で当事者と並んで「訴訟補助人」が発言できる慣行が生まれ、専ら雄弁術に長けた「影響力の大きい人物」が訴訟補助人として法廷において弁論をするようになった。それが、発展して「法廷内弁護士」という職業が生まれたと考えられている。¹⁴

要するに、古代ギリシヤでは、訴訟形態は論争を本質とするものであったので、当事者本人による弁論が原則であったが、次第に説得の技術に長けた雄弁家が訴訟補助者として当事者のために弁論するようになり、これが弁護士の萌芽と考えられているのである。

(2) 古代ローマの時代

① ローマ法の弁護士概念の多様性

ローマ法において弁護士の起源をたどるとき、実に様々な表現に出会う。「保護者」と訳される「patoroni」「patronus」、「雄弁家」あるいは「弁論人」と訳される「oratores」「orator」、「弁護人」と訳される「advati」「advocatus」等々である。何百年にもわたるローマ法の歴史の中でも、これらの表現に込められた内容は絶えず変化したので、時代を超えた一義的な定義を下すことは困難である。本論文の目的は、その時代区分に応じた各表現の持つ意義を明らかにすることにはないから、弁護士の歴史的発展の大きな流れを把握する意味で、「保護者」「雄弁家」「弁護人」という大きな概念のものの素描にとどめる。

② 「保護者」に見る法律家と雄弁家の二元性

前記シュナイダーによれば、「法廷における訴訟補助人の身分の起源が、

¹² ロルフ・シュナイダー (Rolf Schneider)、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① 7頁 (ぎょうせい、1986)

¹³ シュナイダー・前掲書 7-8 頁

¹⁴ 前同 8-9 頁

古代ローマの保護者(Patronat)に由来することは、確かである」と言う。¹⁵ 古代の慣習法は僧侶の仲間によって宗教と未分化のまま運用され、法律が成文法の形をとった後も、成文法と慣習法の解釈は僧侶に委ねられた。ローマ共和制の初期及び中期の元老院貴族は、法律的な知識が政治的権力の獲得に有用な手段であったことから、当時「高貴な学問」とされていた法律学に精通するようになり、法律的知識を持つ貴族として、一般的に法律の保護を受けない訴訟依頼人(cliens)のために法廷に出頭し、弁論をする「保護者 Patronus」となった。こうして、貴族が僧侶階級の特権であった法律家の地位を承継した。古代ローマの慣習法の知識は貴族の「保護者」の独占するところとなった。特に、法律訴訟(レキス・アクチオの手続)が方式書手続に移行すると、非法律家にとって「方式書」を作成することはほとんど不可能であったので、法律家である保護者の地位と役割は増大した。しかし、保護者と訴訟依頼人との関係は、報酬を媒介とする委任関係ではなく、支配階級に属する者の被保護者に対する倫理的な義務として理解されていた。¹⁶

ローマの法廷は、当初野外の広場(forum)で行われていたが、後に、会堂(basilica)で行われるようになった。当事者本人による論争が原則であったが、訴訟当事者は訴訟補助人としての「保護者」による弁論を受けることもできた。保護者は有力な政治家であり、当事者本人に法律上の助言を与えるとともに、その個人的影響力によって法廷において当事者を弁護しようとしたのである。

訴訟補助人としての「保護者」は、依頼者との関係において、当初、依頼者に対する法的助言と依頼者に代わる法廷弁論をその任務としていたが、その中から「法律家 iusis consulti」あるいは「法律顧問 jurisconsult」と称される法律の専門家が出現していった。法律家は、専ら、法的鑑定書の作成と裁判所及び訴訟当事者からの相談を仕事とし、法廷に出頭することはほとんどなかった。法律家は中立的な「法の守護者」であり、法の発展に寄与した。法律家の著作は、ユスティニアヌス帝(527年-565年)の学説彙纂(Digest)に成文法の形で納められており、以後の法律実務家や立法者の知識の源泉となった。¹⁷

③ 雄弁家の法律家に対する優位

¹⁵ 前同 11 頁

¹⁶ 紀元前 204 年のチンチア法(lex Cinca)は、訴訟補助人が法廷での弁論に対する報酬の收受を禁止している。但し、石井・前掲注(9) 5 頁は、この法制定は、無報酬の原則が崩れてきたことの証左であるという。

¹⁷ 石井・前掲注(9) 7 頁

ヘレニズム期に入り、ギリシャ思想が浸透するに伴い、法廷弁論者としての「弁論人 orator」と称される雄弁家の形態が出現した。弁論人は、紀元前 130 年の市民戦争の時代に端を発する「裁判所の政治化」の動きを反映して、法律的知識を不必要とみなし、雄弁術全盛の時代を迎える。弁論人の最盛期は、共和制後期から帝政（紀元後 27 年）にかけてであり、時期的にはローマ法学の興隆と共にありながら、実態は雄弁家の法律家に対する優越をもたらした。特に、刑事訴訟においては、「宣誓によって強化された当事者の陳述」が最も重要な証拠方法の一つであったことが示すとおり、提出された証拠による犯罪事実の証明よりも提出した当事者の誠実さと人格的な完全性が重視されていた。犯罪行為の評価というよりは、むしろ被告人の全人格評価こそが問われていたのが実際であったから、当時の時代背景は法律学よりも雄弁術を駆使する訴訟補助人の出現を促し、また、それを歓迎したのである。¹⁸

④「弁護人」の出現

ローマ経済の発展と共に法律や法務官告示の数が増加し、かつ、複雑化するのに伴い、本人の出頭や本人自身の訴訟遂行が困難になった。それと同時に本人訴訟の形態が不便として意識されるようになった。ここに訴訟手続において、「本人訴訟の原則」から次第に「代理人 agent, attorney」を利用する方向に転換する契機が生まれた。¹⁹

一方、国家の法整備が整うにつれて、法律家の占める国家の法廷が旧式の非法律家による法廷を駆逐していった。それは、雄弁術がもはや機能しえないことを意味し、雄弁術の影響は次第に後退した。また、ローマ時代後期の刑事訴訟において、「もはや個人の信頼度が証明されるべきではなく、その主張の真実性が証明されるべきである。」と考えられるようになり、方式書手続においても、「真実の探求が前面に出て、文書による証明が当事者の陳述を駆逐」するようになった。²⁰

その結果、ローマの歴史の最後の数世紀において、法的助言者であると同時に弁論者である「弁護人 advocatus」が登場し、純粹の雄弁家は姿を消した。これが、近代的な弁護士職の原型とされる弁護人である。この弁護人は、一種の官職として厳格な定住義務の下、国家機関の裁判権及び懲戒権に従属せしめられていた。ここに、既に、依頼者の代理人という性格と国家に奉仕

¹⁸ シュナイダー・前掲注 (12) 13 頁

¹⁹ 石井・前掲注 (9) 2 頁

²⁰ シュナイダー・前掲注 (12) 15 頁

する司法機関としての性格の二面性が現れているのである。²¹

(3) 古代ゲルマンの時代

古代ゲルマンにおいては、法は慣習法であって古来より自然に存在するものという観念が支配していた。その結果、訴訟の目的は何が法であるかを発見することにあると考えられ、厳格な形式の質問手続が訴訟の中心をなした。すなわち、「各当事者が、自ら知る事実を自ら調査することによって得た法的見解を、精確に規定された質問形式(Frageform)において陳述」することで成立した。「裁判所にはなんらの事実も提示されず、法的見解が提示された」のである。²²

このように「法の発見」というゲルマン的基本観念は、本人自身が出廷して弁論を行うという純粋な形の弁論主義を求めたから、当事者の本人訴訟が原則であり、当事者の代理は、自ら訴訟を遂行できない者以外は認められなかった。

厳格な法形式は、些細な様式違反であっても当該当事者の敗訴を導くものであったから、訴訟を求める当事者にとって、法形式に精通した者の助力を仰ぐことは不可欠であった。この役割を果たした者として、「言葉の指導者 Wortführer」と「法の告知者 Rechtsweiser」が存在した。「言葉の指導者」とは、当事者本人のために法廷陳述の先導をなす者のことであり、訴訟当事者は、「言葉の指導者」の唱える形式に則って申立その他の陳述をなした。いわば「言葉の指導者」と同一の陳述をなすことによって様式行為の厳格性がもたらす不利益を回避したのである。これに対し、「法の告知者」とは、古来の法を知る「法教示者」のことであり、訴訟当事者と裁判官に法を示すことを任務とした。これがゲルマン法の弁護士の始祖と言われている。²³この両者が融合して、「法律家たる補助者 Vorsprecher」の制度が一般化した。「法律家たる補助者」は、裁判官の要請によって当事者のために任命され、当事者に先行して質問応答の形式により陳述することを職務としたので、「当事者の利益の代理人」ではなく、むしろ「法の代理人」であった。「当事者のため正しい方式を語る限りにおいてのみ当事者に仕え、また彼の法発見を陳述することによって、非法律家である裁判所に奉仕したのである。²⁴補助者の法的性格は、代理人ではなかったもので、その陳述は当事者を拘束せず、その場における本人の是認によって初めて効力を生じた。逆にいえば、

²¹ 前同 15-16 頁。

²² 前同 18-19 頁

²³ 石井・前掲注 (9) 13 頁

²⁴ シュナイダー・前掲注 (12) 20 頁

当事者本人は補助者の陳述がその意に副わない場合には、自由に取消・変更することができた。これが、ゲルマン訴訟の特色とされる「補正及び変更 Holung und Wandel」という制度である。²⁵

その後、14 世紀には、補助者は当事者から支払を受けるようになり、客観的な法発見者から主観的な当事者利益の代理人へと変貌していった。

2 ゲルマン・フランク法圏におけるローマ法の継受

(1) ドイツー弁護士一元化

ローマ法の継受は、イタリア・カノン法訴訟を研究する学者を通してドイツの法生活の中に浸透した。前記シュナイダーによれば、カノン法訴訟は「真相に基づく正義 le juste dans la vérité」を規準としていたので、ローマ法思想の継受の決定的影響は「訴訟観の変化」に現れたという。すなわち、「真実の探求が前面に出て、やっかいな形式的な束縛が切れる。中世的な口頭の方式訴訟が書面による訴訟手続に変わり、判断者席 (Urteilerbank) は法律家によって占められ、裁判官に一層多くの影響力が付与される。訴訟手続は審問主義的傾向を呈する。」²⁶に至ったのである。

ローマ法の継受は、「法律家たる補助者 Vorsprecher」の地位にも影響を与えた。16 世紀頃、カノン法訴訟に特有の弁護士制度、すなわち、「訟廷内弁護士 procurator」と「訟廷外弁護士 advocati」の二元主義が導入され、「話す弁護士」と「書く弁護士」の分化がみられた。「ローマ法的学識」が絶対的権威を有していた時代背景の下では、教養がありローマ法の学位を取得していた「書く弁護士」の方が「話す弁護士」よりも社会的に高い評価を受けた。ゲルマン法の「法律家たる補助者 Vorsprecher」は、「話す弁護士」であったので、「訟廷内弁護士 procurator」となる方向には支障はなかったが、「訟廷外弁護士 advocati」に対応する原型は存在しなかった。そのため、ドイツにおいては、後述するフランスとは異なり、上記二元主義は徹底することなく、両者は次第に融合し、普通法時代に「訴訟代理人 Anwalt」なる名称に統合されていった。²⁷

ローマ法の継受による訴訟観の変化と二元化された弁護士制度の導入は、

²⁵ 石井・前掲注 (9) 14-15 頁。シュナイダー前掲注 (12) 20 頁は、「ホールング Holung」の制度は手続上必要とされる当事者本人の出頭の帰結であったと言う。

²⁶ シュナイダー・前掲書 24-25 頁

²⁷ シュナイダー・前掲書 26-27 頁。石井・前掲注 (9) 15-17 頁。

また、ゲルマン法の厳格な本人出廷の原則を緩和する方向へと向かった。すなわち、ゲルマン法は原則的に代理を否定し、厳格に当事者本人の出廷を求め、裁判所が訴訟代理人を認める例外は、自ら訴訟を遂行できない無学者などに限られていた。しかし、中世のドイツ法は本人出頭の原則から次第に訴訟代理を認めるようになり、「訟廷内弁護士 *procurator*」が、かつて例外的に裁判所によって認められていた訴訟代理人の役割を引き受けるようになって、上記「訴訟代理人 *Anwalt*」が一般化するに至ったのである。

(2) フランス—弁護士の二元化

フランスの弁護士の歴史は、シーザーのガリヤ遠征（紀元前 58-51 年）以来、ローマの文化が移入されたときに始まる。ガリヤ人は、ローマの法律とともにローマの弁護士制度を直接採用した。

フランスにおいては、ドイツと異なり、前記二分化された弁護士の地位がそのまま貫かれた。「話す弁護士」である「訟廷内弁護士」と「書く弁護士」である「訟廷外弁護士」は、表現と概念との対応関係を逆転させたが、つまり、プロクラートル(*procurator*)ではなくアヴォカ(*advocat*)という表現が「訟廷内弁護士」を指すことになり、逆にプロキュレール(*procureur*)という表現が「訟廷外弁護士」を指すことになったが、両者の概念区分はそのまま残されたのである。²⁸フランスでアヴォカ(*avocat*)の表現する概念が語源本来の概念と入れ替わった理由は、ドイツで見られた「法律家たる補助者 *Vorsprecher*」と「訴訟代理人 *Anwalt*」の結合がフランスでは生じなかった点にあると説明されている。すなわち、フランスでは、「*advocatus*」が当事者の代理人という地位に就任せずに訴訟補助者の役割を引き受けたのに対し、当事者の代理の方は専ら「*procureur*」が独占したために、既に古代法に見られる、法律家である訴訟補助者と当事者の代理人という分離現象が見られたにすぎず、一つの弁護士職の分化とみるべきではないというのである。²⁹ドイツのような訴訟上の補助者と当事者の代理人の融合を一つの発展形態とみて、フランスのような法の奉仕者と当事者の代理人の分離を古代の原型の残滓と位置付けるのが正しいのか否かは別として、同じローマ法の継受を経ながら、一方では、訴訟補助者が当事者の代理人と結合し単一の弁護士を形成していったのに対し、他方では、その基本的性格の違いを残したま

²⁸「弁護士 *avocat*」と「代訴士 *avoué*」が併存し、1992 年に *avocat* と「法律助言士 *conseil juridique*」が統合された。山本和彦「フランスの司法」361 頁（有斐閣、1995）

²⁹ シュナイダー・前掲注（12）27-28 頁

ま二種類の弁護士を形成していったのである。³⁰

つまり、ゲルマンの法制をとっていたフランク時代には、国王の特許がなければ訴訟における代理は認められなかったが、12世紀頃から、ローマ法の復活に伴い訴訟が複雑化したために訴訟代理を認める必要が増大し、事実上、訴訟代理が広く認められた。それを担ったのが、訴訟代理を業とする「procureur」であり、アヴォカは法廷における弁論を職務となし、その職を名誉ある自由業として、法廷における当事者の代理を拒否し、専ら、弁論のみに携わったのである。

フランスにおいては、アヴォカの方がプロキュレールよりも社会的地位は高いと評価され、この二元主義は、以来フランス革命に至るまで制度的に発展し、革命により一時的にこの制度は否定されるが³¹、1800年にアヴェエの制度が、1804年にアヴォカの制度が法律によって復活し今日に至っている。³²

(3) 小括

以上の刑事弁護人の起源に関する簡単なデッサンから判明することは、先ず第一に、訴訟が未だ民事・刑事未分化の古代にあっては、訴訟を求める当事者本人の「弁論」こそが訴訟の本質的要素であり、裁判の場というのは、当事者本人の全人格をかけた自己主張の場であったということである。それ故に、「弁論」の重要性が当事者をして雄弁家の援助を促し、ついで、ローマ法という法思想と法制度の発展に伴って法律家の援助を必要とし、当初は認められていなかった訴訟代理の概念が法律家の援助と結びついていったのである。

現代の裁判制度を前提にして、上記の歴史的発展を一言で表現するならば、訴訟当事者の「主張」に着目した史的展開ということができる。しかし、ローマ法の継受の後、思想的には「真相に基づく正義」の基準の下、当事者の「弁論」の真偽から当事者の提出する「事実」の真偽への転換が図られている。これは、現代の裁判制度を前提にして言うならば、当事者の「立証」手段に着目した史的展開があったことを示唆する。

この観点から、次に、当事者主義の原型といわれる中世ヨーロッパの決闘裁判から、刑事弁護人の起源を見てみよう。

³⁰ 二種類の弁護士は、イギリスの「法廷弁護士 barrister」と「事務弁護士 solicitor」の二元主義にも見られる。

³¹ 革命によって弁護士制度が否定された結果、当事者は自ら法廷において弁論を行う本人訴訟の原則に復帰した。石井・前掲注(9) 23頁

³² 石井・前掲書 22-24頁

3 決闘裁判に見る弁護人の起源

(1) 当事者主義の原型

同輩である陪審員の面前で訴訟当事者の主張の真偽が判定される裁判の形態は、常に、「闘争 fights」に擬せられる。「訴訟とは法廷で行われる合法的戦闘である。それは歴史的には（そして現代においても）拳銃や剣による私的な戦いの代用品である。」³³ 当事者主義の刑事司法制度の下、今日でも有罪・無罪をめぐる事実認定につき原告である国家の立証活動を「攻撃」、それに対する被告者の弾劾活動を「防御」と称するのもその根本にある闘争的訴訟観の反映に他ならない。

当事者主義の考え方は、英米法系の陪審裁判に最も良く反映されているが、陪審裁判における弁護人の起源は、中世ヨーロッパの決闘裁判が隆盛であった時代の「職業的決闘士 champion」の制度に求められる。³⁴ 以下に、決闘裁判とはどのようなものであったのかを簡単に振り返っておこう。

(2) ヨーロッパ中世の裁判の基本構造

① ヨーロッパ中世の裁判の特質

山内進教授は、中世ヨーロッパにおいては、権利回復のための武力行使を伴う自力救済（フェーデ）が合法的なものとして認められていたので、文字通り、「権利のための闘争」が繰り広げられていた時代であったことを指摘する。³⁵

そして、中世の裁判の基本的性格は、国家の国事行為ではなく、「自由民が構成する集会のもとで、自由民の身分や名誉の得喪にかかわる重大な事項を全体で審議する場」における「同輩による審判」であったことを示す。

中世の裁判の特質を示すならば、次のようになるだろう。

(i) 訴追の当事者性及び自由性

被害者の側からの訴えがあって初めて裁判手続が始まる。つまり、「原告なきところ裁判官なし」の原則が貫徹されていた。裁判開始時における当事者主義の徹底は、死者を本来の訴人とするために切断した死者の右手をもって死者全体とみなし、死者を訴訟当事者として扱っていたことに象徴される。当時の法書の規定は、死者に訴えられた者がその罪を認めるか、

³³ Jerome Frank, *Courts on Trial*, Atheneum New York, 1963, p.26-27 ジェローム・フランク、古賀正義訳『裁かれる裁判所（上）』40頁（弘文堂、1960）

³⁴ 戒能通考「リーガル・エシックスとその基本」法律時報 32 巻 5 号 4 頁(1960)

³⁵ 山内進「中世ヨーロッパの決闘裁判」一橋論叢 105 巻 1 号 62 頁（1991）

逆に、死者を訴えるかしなければならないことを規定していた。³⁶また、被害者は、復讐としてのフェーデをとるか、裁判をとるかの選択の自由も認められていた。

(ii) 同輩による裁き

裁判官は、審議の場における権威ある仲裁者にすぎず、裁判官に判決を提案するのは、判決発見人もしくは参審員と呼ばれる地方の有力者であった。判決発見人も当事者と同じ自由民に属していたから、同輩による裁判であり、これが12世紀以後のイギリスにおいて陪審裁判へと発展する下地となった。既述したとおり、法に対するゲルマン的観念は、慣習法及び伝来的な不文法を発見することであったから、判決発見人の役割こそが重要であり、裁判官はその発見された法を語るという役割以上に出るものではなかった。それゆえ、判決の執行も、勝訴した当事者の実力行使に委ねられた。³⁷

(iii) 判決の相対性

敗訴した被告には、判決に対する異議として、判決発見人に対して決闘を申し込むことが認められていた。決闘による異議の申立ては事実の問題ではなく、法的に容認されていた異議申立の手段であったから、判決発見人の判断行為も正に命がけであった。³⁸

② 無実の立証方法

中世ヨーロッパの裁判においては、民事・刑事の区別はなかったが、原告にあたる被害者と被害者から見た有責の者とされる被告が訴訟当事者として対峙することになったから、訴えられた被告は、自らの無実を証明する必要があった。その立証手段としては、大別して、以下の三つがあった。³⁹

(i) 宣誓補助者を伴う雪冤宣誓

(ii) 神判

(iii) 決闘裁判

「宣誓補助者を伴う雪冤宣誓」とは、無実を訴える被告が自ら神にかけて自己の正しさと無実を宣誓によって証明しようとする方法である。被告の宣誓

³⁶ ザクセンシュピーゲル「2・14・2しかるに人が死者を〔埋葬せずに〕裁判所の前に連れ出して、彼（死者を殺した人）を訴えるならば、彼は彼の首を賭して応訴するか、または死者を服罪させなくてはならない。」山内・前掲書 67 頁

³⁷ 山内・前掲書 68 頁

³⁸ 山内・前掲書 70 頁

³⁹ 山内・前掲書 70-71 頁。山内進『決闘裁判』講談社現代新書 26 頁以下参照（講談社、2000）以下の記述はこの両出典に基づく。

には一定数の「宣誓補助者」が必要であり、宣誓補助者は雪冤者の人格を保証し、宣誓の内容ではなく、宣誓そのものの妥当性を自らの身体と名誉にかけて保証した。宣誓は厳格かつ形式的であり、失敗は絶対に許されなかった。宣誓補助者が、訴訟のどの時点でも宣誓をためらったならば、宣誓は破られたとされて、その当事者は敗訴した。当時のヨーロッパ社会の背景には、絶対者である神の怒りに対する強烈な信仰があり、不実の宣誓を行った者は、落雷などの天変地異によって神の審判を受けると信じられていた。それゆえ、主観的には宣誓もまた命がけの選択であったのである。また、宣誓が立証の対象としていたのが犯罪の存否に関わる直接的事実の真偽ではなくその雪冤者の人格そのものであったことは、古代の裁判において、雄弁家の弁論が事実の証明よりも当事者の誠実さと人格的完全性を重視していたことと同じである。合理的証明が困難な事件の決着をつけるためには、結局のところ、全人格的評価に依存するほかはなく、同じ自由民の間では、宣誓は十分に合理的な立証方法であったのである。

「神判」とは、裁判において神に判定を求める儀式とともに行われる物理的実験のことで、神の介入による超自然的結果を待って正邪を明らかにしようとしたものである。神判の方法には、次のようなものがあった。

- (i) 熱湯神判 嫌疑を受けている者の手を熱湯に入れさせ、火傷の程度を見て正邪を判定する。いわゆる盟神探湯である。
- (ii) 熱鉄神判 灼熱の鉄を握るか踏むかして火傷の有無で正邪を判定する。
- (iii) 冷水神判 被告者を水の中に入れ、浮かべば有罪、沈めば無罪とする方法であり、根底には、水は神聖であるが故に正しい者を受け容れるという観念があった。

「決闘裁判」とは、法廷で両当事者に武具を与えて直接戦わせ、その勝者をもって正しい者と判定する方法である。宣誓が一方的な人格立証であり、神判が一方的な拷問に近い証明であり、他方当事者に介入の余地がなかったのに対し、決闘裁判は対等な当事者の対決を前提とするものであるから、徹底した当事者主義の立証方法と言える。決闘裁判が「当事者主義の原風景」⁴⁰とされる所以である。当事者主義における弁護人の起源はこの決闘裁判と深く関わっている。

(3) 決闘裁判・

① 職業的決闘士の登場⁴¹

中世ヨーロッパでは、騎士階級の者の権利として「武装権」があった。決

⁴⁰ 山内・前掲注 (35) 62 頁の副題は「当事者主義の原風景」とされている。

⁴¹ 山内・前掲注 (39) 『決闘裁判』136-146 頁

闘裁判の権利もこの「武装権」に属していたので、厳密に言えば、騎士だけが決闘をなし得たことになる。しかし、実際には、農民も市民も決闘裁判の主体たり得た。ほとんどすべての自由人が、少なくとも同じ身分の間では決闘裁判で決着を図ることが認められていた。女性も例外ではなく、実質的に公平になるように女性にハンディキャップを付けて男性との間で決闘裁判を行うことを認めていた。神の加護があれば、正しい者は女性であっても勝利すると考えられていたのである。当初は、聖職者さえ神の真理の証として決闘裁判に臨むことが許されていた。

しかし、その後、聖職者が血を流すことは禁忌と考えられ、また、女性や老人などの身体的弱者についても、たとえハンディキャップを付けたとしても実質的に平等とは言えなかったので、当事者本人に代わって戦う者「代闘者 *camphio*」を代理とすることが認められるに至った。死者のために親族が決闘する権利も認められており、次第に、代理される者の範囲が拡大されていった。決闘裁判によって守ろうとしたのは、親族や血縁集団の名誉と利益であったから、決闘の代理は必ずしも力弱き者の代理に限定される必要はなかったからである。その結果、決闘裁判を専門的に行う「職業的決闘士 *champion*」が生まれた。

闘う訓練を積んだ者が決闘士になったが、決闘士は権利無能力者として扱われ、社会的な地位は低かった。決闘士による決闘裁判は、当事者本人の宣誓が正しいことを代理人による決闘を通して「証明」することを目的としていたから、決闘の結果の効果が当事者本人に帰属したことは言うまでもない。土地をめぐる争いの場合、敗訴者は財産的損害を被るにとどまったが、重い刑事事件では、敗訴者は生命と財産を失うのが普通だった。しかし、決闘士は、しばしば敗訴した当事者以上の苛酷な処罰を受けた。刑事的事件の決闘裁判において、破れた決闘士は、神に対する「偽誓」を犯したものとして扱われ⁴²、絞首されるか、手または足を失った。決闘士に対する処罰が厳しかったのは、神に対する偽誓という中世の裁判制度の建前によるところが大きい。決闘士が死を賭した真剣な闘いをしなければ神の意志による審判が成立しないおそれがあったからでもある。

② 決闘裁判の衰退と陪審制の誕生⁴³

⁴² 決闘を行う者は、事前に、自らが正しいことを神に対し宣誓するので、敗北は神に対する「偽誓」を意味した。決闘士自身が当事者本人と同様、神に対する宣誓の対象者でもあったのである。

⁴³ 山内・前掲注(39)『決闘裁判』180-216頁。イギリスの「同輩の判決」の意義につき、松村勝二郎『イギリス法史講話』82頁(明石書店、1995)

都市の市民層は、商取引に関係する債権・債務の紛争を処理するためには、神判や決闘裁判ではなく、宣誓による証明の方法を採用した。また、教会も1215年ラテラーノ公会議において、神判や決闘裁判の儀式にキリスト教的儀式を用いることを禁じた。そして、世俗的で公権的な裁判制度、すなわち、大陸においては糺問手続の訴訟形態と新しい証明手段としての拷問が整備されるにつれて、決闘裁判は衰退していった。

イングランドでは、1166年「クラレンドン法」によって「告発陪審」（大陪審の前身）の手続が定められ、被告人は陪審によって起訴され、神判によって無実を証明しなければならなかった。ところが、上記ラテラーノ公会議の決議を受けて国王が神判を国内で行うことを禁止したので、神判に代わる立証手段が求められることになった。その結果考案されたのが、近隣の12人の同輩が被告人の有罪・無罪を決めることにした「判決陪審」の制度であった。いわば12人の宣誓証人の宣誓によって神判や決闘裁判に置き換えようとしたのである。この代替案は、短期間のうちに発達し、13世紀後半には「通常の審理方式」の地位を確立するに至った。しかし、決闘裁判は、謀殺私訴に付帯する形で生き続け、1819年に庶民院が決闘裁判を廃止する法律を可決し、それを国王ジョージ3世が裁可するまで「国の法」として存続したのである。

（4）決闘裁判の歴史的意義

決闘裁判は、今日から見れば野蛮な暴力が支配した時代から近代の合理的な国家的裁判への過渡期の現象である。決闘裁判の歴史的意義は、二つの方向から指摘できる。

一つは、その決闘裁判の根本にある思想と構造とが、後の当事者主義の刑事司法システムの基礎になったという点である。英米法の当事者主義を直接的に表現する法制度は陪審制度であるが、陪審制度のさらに源流には、判決陪審にとって代わられた決闘裁判があった。決闘裁判を裁判上の立証方法として認めていた背景には、自分自身の生命、身体、財産、名誉を守るのは自分自身であるという基本認識があり、自らの血と生命を賭けて自己の権利を守るために闘うという精神が流れていた。当事者本人が法廷で闘う主役であるという根本理念を法制度化したという意味で決闘裁判と陪審裁判とは共通するのである。

もう一つの歴史的意義は、決闘士が純粹に当事者の代理人として訴訟に登場したということである。弁護士起源が、決闘裁判時代の職業的決闘士 *champion* に求められるのは、本人に代わって戦士が決闘場に出場し、本人のために決闘した代理形態が後の弁護士職の代理人としての性格と結びつくからである。歴史的に決闘士が弁護士に発展したわけではないが、当事者

本人を訴訟の主役とみる当事者主義の考え方の下、本人のために行動する弁護士がその代理人性の故に決闘士に擬せられるには十分な理由があるのである。

(5) イギリスの弁護士制度とアメリカの弁護士制度

① 当事者主義の司法制度における弁護士

上記のとおり決闘裁判と陪審裁判は、当事者主義の精神において連続する。今日、当事者主義の法制度の原型をこのイギリスの陪審制度に求めるのが一般的であるが、そのことは同時に、イギリスの弁護士制度がその後の当事者主義の司法モデルの原型をなしたことをも意味する。弁護士の起源を訪ねる本章の最後に、イギリスにおいて弁護士がどのように形成されていったのか、そして、アメリカ合衆国に同じ制度がもたらされなかった理由につき、簡単に振り返ってみよう。

② イギリスの弁護士制度⁴⁴

イギリスでは、12世紀以前から方式裁判に変わった後、訴訟当事者が「カウネル counsel」として友人を伴って法廷に出頭し、カウネルの口を通して事実並びに法律上の陳述をする慣習が発達した。しかし、カウネルの発言は本人がそれを承認しない限り本人を拘束せず、本人自身が別の陳述をすることも許されていた。ゲルマン法の特色とされる「補正及び変更 *Holung und Wandel*」の考え方が適用されていたといえる。13世紀頃から当事者のために法廷での弁論を行う者⁴⁵が職業化するに至り、エドワード1世によって「サージャント・アット・ロー *serjeant at law, serviens ad legem*」の称号を受け、後の「バリスター *barrister*」へと発展した。「サージャント・アット・ロー」とは「法の奉仕者」を意味し、当事者の代理人ではなかったが、当事者の利益のために法廷で弁論することを職務とした。同じエドワード1世の時代に、「当事者の代理人」として訴訟提起の手続を遂行する「アトニー *attorney*」が職業として公認されるようになり、後の「ソリシター *solicitor*」へと発展した。

③ アメリカの弁護士制度

アメリカ合衆国においては、母国イギリスとは異なり、二元化された弁護士制度は定着しなかった。その理由は次のように説明されている。「元来アメリカ植民は、法と法律家のいない新世界というヴィジョンのもとに行なわれ、神の言葉に従った牧師による正義の実現を望み、牧師たちはバイブルと彼らの正義感によって社会を治めようと努力した。法律家ないし弁護士とい

⁴⁴ 石井・前掲注(9) 9-11頁。戒能・前掲注(34) 5-6頁。

⁴⁵ 当初、*narrator* とか *counteur* などと称されていた。石井・前掲書 9頁。

う職業に対する嫌悪の素地は植民当初からあった。」⁴⁶ これは、ロスコー・パウンドの主張するアメリカ法形成に及ぼした開拓者の意識及び生活活動による事実上の影響を重視する考え方に基づく。確かに、独立の過程で法律家の多くがイギリスに忠誠心を抱く王党派(Loyalist)であり、独立に消極的であったことから、法律家一般に対する民衆の不信が根底にあったことは事実であろうが、実際の理由は、法律家の数が少なく、かつ、貴族的な法廷弁護士(barrister)を抱える二元的弁護士制度を導入することは著しく高価であったためと思われる。「植民初期のアメリカにおいて、法律的に訓練された裁判官及び弁護士が欠乏していたために、手続法も簡易即席に作成することが必要であった・・・難解な英国コモン・ローはアメリカでは全く知られていなかったか、或は、せいぜい不十分にしか理解されていなかったため、自然に制定法に依存する傾向を生むに至った」⁴⁷のと同じことが単一の弁護士制度の実現につながったと考えられる。決して、アメリカにおいて「法の奉仕者」たる法律家と「依頼者の奉仕者」たる代理人とを統合した一元主義が弁護士の実現形態としてより優れていると判断された結果、一元主義の弁護士制度が採用されたわけではないのである。

いずれにせよ、同じローマ法を継受したイギリスの法制度を母体としながら、イギリスとアメリカは法の発展においても、また、法制度の発展においても、それぞれに独自の歩み始めることになったのである。

(6) 小括

刑事弁護人の起源の探求の結果、次のことが明らかになった。

第一は、弁護人のルーツにおいて、二つの役割の違いが見られたことである。すなわち、一つの役割は、「法の奉仕者」として当事者に必要な法律や様式の知識を教授することを本質的任務とするものであり、もう一つの役割は、「依頼者の奉仕者」として当事者のために代理して訴訟活動を行うことを本質的任務とするものである。弁護士の起源をたどる過程で登場した様々な名称の弁護士の前身も、その時代における裁判の在り方を反映して、上記いずれかに力点を置いた役割を担っていたといえることができる。時代及び地域の違いによって弁護士の前身が多様な姿を示したのも、単一の役割には収斂しきれない複合的な役割を既に担っていたからに他ならない。今日の刑事弁護人の役割を理解しようとする場合に、当事者の代理人性のほかに裁判制度に対する奉仕といった別の視点が紛れ込んでくるのも、そもそもの歴史的

⁴⁶ 石井・前掲書 27 頁

⁴⁷ 内藤丈夫『米国における刑事弁護人制度とその運用に関する研究』司法研究報告書 10 輯 1 号 10 頁 (法曹会、1958)

起源の二元性にこそ原因があるのである。

第二に、刑事弁護人のルーツをいかに捉えるにせよ、裁判の本来的な主体は常に当事者本人であったということである。裁判とは国事ではなく、本来的に、個人の権利・義務をその個人の責任において追求する場なのであり、個人的な自律と自由が基本にあるということである。とりわけ、当事者主義の真の価値は、「実体的真実への貢献」にあるのではなく、むしろ、「個人の自律の理想への貢献」にあるのである。⁴⁸

今日の裁判制度は、上記歴史的な出発点とは異なり、裁判は国家の重要な関心事となっており（裁判国事主義）、とりわけ、犯罪を扱う刑事裁判においては、個人の人格を賭けた自己主張の場であるという認識は著しく減退している。しかし、いかに裁判が国事行為になったとしても、そこに登場する被告者は常に生身の個人であることに変わりはないのであるから、自己主張の場であるという本質に変わりはないはずである。その当然の事理を今日にまで伝えている法的表現が、被告者の「自己弁護権」である。

上記第一の要約と第二の要約とは丁度表裏の関係にあるが、刑事弁護人の存在の背後には常に訴訟の主体である被告者本人が控えている。弁護人の役割を被告者の側から見直すためには、もともとの原点である「自己弁護権」の意義を明らかにする必要がある。

次に章を改めて、現代に歴史的痕跡をとどめている自己弁護権の現代的な意義を検討してみることにしよう。⁴⁹

⁴⁸ 山内・前掲注（39）235頁。Geoffrey C. Hazard, Jr., *Ethics in the Practice of Law*, New Haven (1978)

⁴⁹ 本人訴訟が原則であったことは、近代的な弁護士に連なる歴史を持たない我が国においても同一であった。江戸幕府の封建体制下での公事訴訟は、本人の出頭が強制され、代理人を出頭させることはできなかった（代訟禁止の原則）。公事師を我が国の弁護人の起源とすることには異論が強いが（前掲注（9）大野、石井など）、私は、当事者本人がいかがわしい公事師に指南を仰がなければならなかった程、厳格な様式の下で本人訴訟が貫徹されていたことの方に着目すべきと考えている。

第2章 自己防御権の理論的根拠

第1 国際人権法に見る自己防御権

1 国際人権文書

【宣言文書・決議等】

刑事手続に関する基本的権利の宣言は、国際的な人権保障のための機関の設立及び活動の進展とともに各種の宣言文書及び決議といった形で表明されてきた。宣言及び決議それ自体は、国際法上も各採択国を法的に拘束するものではないが、一般に、国際慣習法の基礎をなすもの、ないし、法的拘束力を有する国際条約を解釈する際の指針として機能する。初期の宣言及び決議には、弁護人の援助を受ける権利の保障（以下「弁護人条項」という。）に関し、直接、自己弁護権の保障を明示したものは見られないが、以下のよう被告者を防御の主体とした「理念としての自己防御権」を宣言するものが見られる。

① 世界人権宣言（1948年12月10日採択の国際連合第3回総会決議）⁵⁰

第10条

何人も、自己の権利および義務の決定、ならびに自己に対するすべての刑事責任の決定に関して、独立した公平な裁判所による公正かつ公開の審理を受ける完全に平等な権利を有する。

第11条（1）

何人も、刑事犯罪の訴追をうけたものは、自己の弁護に必要なすべての保障を与えられた公開の裁判において、法によって有罪が立証せられるまでは、無罪の推定を受ける権利を有する。

上記第10条は「公正な裁判」の保障を宣言したものであり、第11条は刑事上の基本原則である無罪推定の原則を宣言したものであるが、その前提として、刑事上の罪に問われた者が「自己の弁護に必要なすべての保障」を国家から与えられるべきことを盛り込んでいる。

② デリー宣言（1959年1月10日採択の国際法曹委員会第2回大会第三部会決議）⁵¹

⁵⁰ Universal Declaration of Human Rights (1948) 高野雄一「世界人権宣言」高木八尺ら編『人権宣言集』398頁（岩波書店、1957）本文訳は高野訳による。

⁵¹ The Declaration of Delhi (1959) 五十嵐二葉「テキスト国際刑事人権法総論」資料5、115頁（信山社、1996）本文訳は五十嵐訳による。

III 逮捕と訴追

- (3) いかなる逮捕においても、逮捕された者は直ちに、そしてその後のいかなる時においても、彼自身の選択する法的援助者の援助を受ける権利があり、この権利は、彼の逮捕に際して直ちに、そして彼が明確に理解できる方法で、彼に告げられなければならない。

V 防御の準備と活動

ルール・オブ・ローは、訴追された者がその防御のための十分な機会をもち、これを実行すべきことを要求する。即ち、

- (1) 彼はいついかなる時も彼自身の選択による法的助言者の援助を受ける権利及びその援助者と交通する自由をもつべきであるということ。
(2) 彼はその容疑について十分な特定性をもって告知されなければならないこと。
(3) 彼は彼の防御のための証拠を提出する権限をもち、その証拠の取り調べに立ち会う権利をもつこと。
(4) 少なくとも、重大な事件においては、彼は公判前に十分な時間を取って、検察側によって提出される証拠の実物について知らされなければならないこと。
(5) 彼は彼を訴追するためのいかなる証拠であっても、それが取り調べられる時は、立ち会う権利をもち、彼を訴追するための証人を反対尋問する権利をもつこと。

上記被告者の諸権利の宣言は、後の法的拘束力を有する国際条約の先駆けをなすものであり、権利主体が被告者本人であること、及びその防御の重要な手段となる「法的助言者」を誰にするのかの決定は被告者本人の選択に基づくべきことを明らかにしている。

③ ハンブルグ決議（1979年9月22日国際刑法学会第12回大会第三部会決議）⁵²

6 弁護を受ける権利

いかなる被疑者・被告人もすべての刑事手続段階において自らを弁護する権利または自ら選んだ資格を有する弁護人に助けてもらう権利、およびそれらを告知される権利を有する。

- (a) 被告人が個人的な事由で自らを弁護できないか、または弁護人を依頼できない場合であって、司法の最善の利益ならびに被告弁護側の利益から判断して弁護人を必要とする複雑重大な事件においては、裁判所は常に

⁵² The Protection of Human Rights in Criminal Proceedings (1979) 五十嵐・前掲書資料4、113頁。本文訳は五十嵐訳による。

職権で弁護人を選任する。

- (b) 右弁護人に対しては、被告人が経済的に支払不能な場合には常に公費で合理的な報酬を支払うものとする。
- (c) 被告側弁護人はすべての重要な手続段階において出席して被告人を助けることができる。
- (d) 被告側弁護人は捜査終了後のできるだけ早い時機においてすべての利益証拠のみならず訴追側手持ちのすべての不利益証拠をも利用できるものとする。
- (e) 身柄を拘束されたいかなる人も自己の弁護人との秘密交通権を保障される。ただし司法官憲が合理的な保安上の理由からこれを禁じた場合はそのかぎりではない。
- (f) 刑事手続において人権擁護の目的で合法的手段によって争ったゆえをもって、何人も不利益を受けることがあってはならない。

上記決議においては、被告者の理念的な「自己防御権」からさらに進んで、防御の具体的な一形態として被告者自身による「自己弁護権」が明記されていることに留意する必要がある。もっとも、上記決議は、一方で被告者の自己弁護権を認めながら、他方で、裁判所において「司法の最善の利益」及び「被告弁護側の利益」を考慮した結果、弁護人を必要と判断した場合には常に弁護人を付するべきものとしているので、国家の側から見た「公正な裁判」の実現という国家的利益（この中に国家の後見的役割も含まれる。）を同時に追究していることが明らかである。被告者による自己弁護権の選択が客観的に「司法の最善の利益」にはならない場合、いずれを優先して考えるべきかの判断基準をこの決議から読みとることはできない。いわば、この理念的対立をどのように解決するのかは、各国の法制度に委ねられたことになるのである。

2 国際人権自由権規約⁵³

（1）国際人権自由権規約の国内的効力

法的拘束力を持つ国際条約の中で、理念的な自己防御権保障を超えて明確に具体的防御手段としての「自己弁護権」を保障したのは国際人権自由権規約である。ヨーロッパ諸国の場合には、同種の規定を有するヨーロッパ人権

⁵³ International Covenant on Civil and Political Rights (1966) 同規約が国際的に発効したのは 1976 年 3 月 23 日であり、我が国は 1979 年 8 月 4 日条約 7 号として批准した。

条約が存在し、南北アメリカ諸国の場合にも、米州人権条約が存在するので、これらの各締約国は、地域内条約と国際人権規約の二重の保障に服することになるが、我が国が属するアジアには同種の地域内条約が存在しないので、専ら、国際人権自由権規約の適用を受けることになる。

同規約の我が国における国内的効力（いわゆる自動執行力）につき、日本政府は第一回日本政府報告書の審査の際、次のように述べて、一般論としてこれを肯定している。

「日本では条約は通常の国内法に変形されるのではない。しかし、実務において、条約はずっと以前から、日本の法制の一部を構成すると解されてきており、それに相応する効力を与えられてきた。換言すると、行政と司法当局は、条約の規定を遵守し、その遵守を保障してきたのである。条約は国内法より高い地位を占めると解されている。このことは、裁判所により条約に合致しないと判断された国内法は、無効とされるか改正されなければならないことを意味する。」⁵⁴

同様に、我が国の判例⁵⁵も同規約の国内的効力を明示的に肯定し、裁判規範として適用している。

（２）国際人権自由権規約の弁護人条項の解釈

① 国際人権自由権規約第 14 条 3 項(d)

弁護人の援助を受ける権利に関する同規約の条文は、第 14 条 3 項(d)である。

「自ら出席して裁判を受け及び、直接にまたは自ら選任する弁護人を通じて、防御すること。弁護人がいない場合には、弁護人を持つ権利を告げられること。司法の利益のために必要な場合には、十分な支払手段を有しないときは自らその費用を負担することなく、弁護人を付されること。」

「自ら直接に防御すること *to defend himself in person*」という表現が、被告者の自己弁護権、すなわち、本人を代理する弁護人の役割を自らが担うことを意味していることは、対比されている表現が、「自ら選任する弁護人を通じて防御すること *to defend himself through legal assistance of his own choosing*」とされていることから明らかであろう。同条項は、被告者本人が防御の主体であることを当然の前提としたうえで、具体的な弁護の方法とし

⁵⁴ 富川政府代表の発言「日本政府報告書に対する国連人権専門委員会の検討記録（仮訳）」部落解放研究 29 号 86 頁（1982）、北村泰三『国際人権と刑事拘禁』85 頁（日本評論社、1996）

⁵⁵ 大阪高判平 6・10・28 判時 1513 号 86 頁、東京高判平 5・2・3 法曹会「外国人犯罪裁判例集」57 頁、札幌地判平 9・3・27 判時 1598 号 33 頁など。

て、弁護人を利用する防御手段と自己弁護権を行使する本人訴訟の形態を並列的に保障しているのである。

② 第14条3項(d)の構造

同条項には、以下の五つの権利が含まれている。

- (i) 裁判に自ら出席して審理を受ける権利 *right to be tried in one's presence*
- (ii) 自らが自らを代理して防御する権利（自己弁護権） *right to defend oneself in person*
- (iii) 自ら選任した弁護人を通じて防御する権利（弁護人の援助を受ける権利） *right to choose one's own counsel*
- (iv) 弁護人の援助を受ける権利につき告知を受ける権利 *right to be informed of the right to counsel*
- (v) 無料の法的援助を受ける権利 *right to receive free legal assistance*

解釈論上の最大の問題点は、刑事訴訟において、国家が被告者のために弁護人を義務的に付するという絶対的な要請を肯定し、被告者において自前の弁護人を得ることができない場合には、被告者の意思に反してでも、職権により選任した弁護人を被告者に強制できるか否かというものである。

同趣旨の規定を有するヨーロッパ人権条約⁵⁶の解釈においては、この点に関し、司法運営上の利益が認められる場合には、被告者の意思に反してでも裁判所が弁護人を選任できるとする国家の権利を認めている。しかし、やはり同趣旨の規定を有する米州人権条約⁵⁷の解釈においては、文言に忠実に、国家の意思によって被告者の自己弁護権が侵害されてはならないという逆の解釈が採用されている。この見解の相違は、糺問主義の司法制度を採用しているのか、あるいは、弾劾主義の司法制度を採用しているのかの司法モデルの型の違いに負うところが大きい。⁵⁸ 規約の英文版では、自己弁護権の制限をより狭く解釈する方向に向かうのに対し、同じ規約のフランス語版及びスペイン語版では、むしろ逆に、自己弁護権ではなく弁護人による防御を優先する方向で解釈されると指摘されている。⁵⁹

⁵⁶ ヨーロッパ人権条約第6条3項(c)

⁵⁷ 米州人権条約第8条2項(e)

⁵⁸ Donna Gomien, *Two Bases for the Right to Defence Counsel in Criminal Proceedings*, 3/1987 NJHR 65, Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary* (1993) 259

⁵⁹ Nowak, *supra* note(58) *Ibid.* フランス語の表記は次のとおりである。se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix 英語版で

規約人権委員会での議論は、直接、自己弁護権の行使を問題とするのではなく、貧困を理由とする無償の弁護人の援助を受ける権利の保障をどの範囲で実現すべきかがむしろ中心課題となった。実際問題として、経済的状況を無視して締約国すべてに無料の法的援助を義務付けることは非現実的であることが認識された結果、被告者自身が自らの弁護人を選任する権利がまず基本とされるべきであり、それを補完するものとして無料の法的援助が位置付けられた。

今日では、上記五つの権利の関係については、次のように理解されている。⁶⁰すなわち、刑事上の罪に問われた者はすべて、第一次的に、自らが法廷に出席し、自分自身で自らを弁護（代理）する無制約の権利を有する。しかし、被告者はこの自己弁護権を放棄し、代わりに、弁護人による弁護を利用することができる。そのために、裁判所は被告者に「弁護人の援助を受ける権利」のあることを告知しなければならない。弁護人による弁護を選択した場合、被告者自身の選任による弁護人の弁護が原則であるが、経済的な理由により弁護人を選任することができないときは、司法運営上の利益から見て弁護人の援助が必要であると判断される場合に限って、被告者には、国家の費用によって弁護人を付けてもらう権利がある。

要するに、第 14 条 3 項(d)の構造は、最も基本的な権利として被告者本人の自己弁護権があり、その上に、被告者の意思に基づく弁護人による弁護を受ける権利があり、さらにその上に、「司法の利益のために必要な場合」という各国の実情に委ねた経済的条件の下、国家による無償の弁護人の供与を認めるという構造になっている。各国のリーガルエイドの制度の下、被告者には、原則として、選択指名権は認められていないが、自らの意思に反して職権で弁護人を選任された場合、被告者はいつでも自己弁護権を行使することが認められているのである。

(3) 自己弁護権に関する先例

① 国際人権自由権規約違反の先例⁶¹

同規約第 14 条 3 項(d)に関して国際人権(自由権)規約委員会の見解(View)が示された事件の多くは、被告者において弁護人による弁護を希望しながら、

は、弁護人は被告者本人の自己防御権行使の一形態である *through legal assistance* の中に含意されているのに対し、フランス語版では、被告者とは別に弁護人 *defenseur* の存在が明記されている。

⁶⁰ Nowak, *supra* note(58), *Ibid.*

⁶¹ 日弁連第 39 回人権擁護大会第 1 分科会シンポジウム基調報告書『法廷に活かそう国際人権規約』資料 6「国際人権(自由権)規約委員会の見解」304 頁以下。

自らの選任にかかる私選弁護人の利用が否定されたり⁶²、被告人不在で審理が進められ、裁判に自ら出席して審理を受ける権利が侵害されたと認定されたケース⁶³などであり、自己弁護権行使が直接問題となった事案ではない。もっとも、死刑が予想される事件で、被告人が裁判所の選任した弁護人に異議を申し立てることができるか、上訴における聴聞手続に被告人が出頭の機会を与えられるべきであったか否かが争点となり、委員会はいずれも肯定的に判断した。⁶⁴ また、死刑事件の上訴手続においても、被告人のために別の弁護人を付するか、あるいは、自己弁護権の行使を認めるべきであったとしたが⁶⁵、控訴審において、自らの選任した弁護人に加えて自らが出廷する権利についてはこれを否定した⁶⁶。

② ヨーロッパ人権裁判所の判例

ヨーロッパ人権条約第6条3項(C)の自己弁護(Defence in person)に関するヨーロッパ人権裁判所の判例は、HUDOC (Human Rights Documents)の検索結果によれば、2001年4月28日現在16例存在する。これらの事件の全てが当該締約国の刑事手続において被告者が自己弁護権を行使した事例というわけではないが、各締約国においてかなり広く自己弁護権の行使が認められていることが分かる。さらに注目に値するのは、被告者においてヨーロッパ人権条約違反を申立て、委員会審査を経てヨーロッパ人権裁判所に付託された上記16例中3例において、ヨーロッパ人権裁判所の審査手続そのものにつき、申立人による自己弁護権を行使したい旨の申請がなされ、内2件が同裁判所によって許可され、しかも、申立人の母国語の使用が認められている点である。⁶⁷ヨーロッパ人権裁判所においては、締約国の国内において、申立人の自己弁護権の行使が侵害されたか否かを条約に照らして判断するわけであるが、自らの審理において、原則として申立人に自己弁護権の行使を認めていることは、当然のこととはいえ、いかにヨーロッパにおいて「個人の尊厳」が重視されているのかを示すものとして象徴的である。

3 小括

⁶² Angel Estella v. Uruguay , No.74/1980, Viana Acosta v. Uruguay , No.110/1981

⁶³ Dieter Wolf v. Panama , No.289/1988

⁶⁴ Daniel Pinto v. Trinidad and Tobago , No.232/1987

⁶⁵ Calton Reid v. Jamaica , No.250/1987

⁶⁶ Raphael Henry v. Jamaica , No.232/1987

⁶⁷ Josef Prinz v. Austria, (23867/94), Melin v. France, (12914/87; A261-A)

国際的には、被告者自身が防御の主体であることは刑事上の諸権利の基礎になっており、法廷における自己弁護権の行使も当然に認められている。しかし、具体的な自己弁護権行使の要件等については各国の法制度に委ねられており、結局、国家の「司法上の利益」と被告者の「自己弁護の自由」との関係をどのように位置付けるかにつき、明示的な基準を示しているわけではない。「公正な裁判」の実現と「個人の尊厳」の尊重との理念的対立は、明文の自己弁護権（**right to defend oneself in person**）を侵害してはならないという枠の中で、依然として残されているのである。

第2 アメリカ合衆国憲法修正第6条を根拠とする自己弁護権

1 州憲法が保障する自己弁護権

(1) 「弁護人の援助を受ける権利」の発展

アメリカ合衆国憲法修正第6条の弁護人条項(Counsel Clause)は、次のように規定する。「すべての刑事上の訴追において、被告者は、---自らの防御のために弁護人の援助を受ける権利を有する。In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ---to have the assistance of counsel for his defense.」この修正第6条の「弁護人の援助を受ける権利」は、専ら、「公正な裁判 fair trial」の要請から、公判審理を前提に拡大が図られてきた。

拡大の歴史は、当初、自己の選択した弁護士を自己の費用で雇う権利として理解されていなかった弁護人依頼権を、修正第14条のデュー・プロセス条項に基づいて、貧困の故に弁護人を雇うことのできない被告人に、国家の費用で弁護人を付することができる権利にまで高めた過程であったといえることができる。⁶⁸

1932年 Powell v. Alabama 事件判決⁶⁹において、連邦最高裁は、修正第14条を根拠に、死刑事件の場合に、貧困の故に弁護人を雇うことのできなかった被告人に対し、州が国選弁護人(court-appointed counsel)を付することを命じた。その後、1938年の Johnson v. Zerbst 事件判決⁷⁰において、連邦最高裁は、連邦裁判所に起訴された死刑事件以外のすべての刑事事件につき、修正第6条を根拠に、被告人が国選弁護人を含む弁護人の援助を受ける権利を有することを明らかにした。しかし、その一方で、同判決は、被告人がその憲法上の権利を「認識し、かつ、理解したうえで放棄 knowingly and intelligently waive⁷¹」できることも認めた。

上記ザーブスト法理は、連邦裁判所の管轄事件について連邦憲法の解釈を示したものであり、州法違反を問う州裁判所には適用されなかった。むしろ、連邦最高裁は、1942年の Betts v. Brady 事件判決⁷²において、修正第6条が修正第14条を通して各州に適用されることを否定した。その理由とするところは、弁護人の選任は公正な裁判にとって本質的な基本的権利とは言え

⁶⁸ 岡田悦典『被疑者弁護権の研究』20頁以下（日本評論社、2001）

⁶⁹ Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932)

⁷⁰ Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938)

⁷¹ *Id.* at 462-463

⁷² Betts v. Brady, 316 U.S. 455 (1942)

ないから、州法違反で州裁判所に訴追された被告人に弁護人を付することを州裁判所に義務付けるか否かは、各州の立法政策の問題であるとするものであった。⁷³

しかし、上記ベッツ法理は、1963 年に至って、全面的に否定されることになる。1963 年の *Gideon v. Wainwright* 事件判決⁷⁴ において、連邦最高裁は、ベッツ判決がそれまでの連邦最高裁の判例発展の中に「突然の中断 an abrupt break」をもたらしたと自己批判をしたうえで、次のように判示した。⁷⁵ 「我々の当事者主義に基づく刑事司法制度において、裁判所に召喚されたが、貧困のために弁護人を雇うことのできない者がいれば、その者のために国家が弁護人を付するのではない限り、公正な裁判は実現されないと考えることは、明白な真実」である。

ギデオン判決は、修正第 6 条の「公正な裁判」の理念から、弁護人の援助を受ける権利を公正な裁判を実現するために不可欠な基本的権利であると位置付け、ベッツ法理とは全く逆に、各州に対し、州が貧困な刑事被告人のために弁護人を付するべき義務を憲法上負っていることを明らかにしたのである。その後、1972 年の *Argersinger v. Hamlin* 事件判決⁷⁶ において、連邦最高裁が、拘禁刑を伴う軽罪の場合についても、修正第 6 条の弁護人の援助を受ける権利が保障されることを明らかにして、生命刑から出発した自由刑に関する弁護権拡大の歴史はひとまず終止符を打つに至った。

残された憲法上の問題は、修正第 6 条の下で、弁護人の援助を拒否する権利があるのか否か、及び、被告人自身が弁護人の援助を受けずに自らの弁護を行う権利があるのか否かであった。この点を最初に判断したのが、1975 年の *Faretta v. California* 事件判決である。この判決の詳細は、項を改めて述べるが、その前に、連邦最高裁がファレッタ判決を下す以前、各州において、自己弁護権はどのように規定され、また、運用されていたのかを簡単に見ておくことにしよう。

(2) 州憲法が保障する自己弁護権

① 1789 年連邦裁判法⁷⁷

1789 年連邦裁判法は、アメリカ合衆国憲法修正第 6 条が成立する前に前日に制定された連邦法であるが、その第 35 条は、次のように規定されていた。

⁷³ *Id.* at 467-471

⁷⁴ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963)

⁷⁵ *Id.* at 343-344

⁷⁶ *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972)

⁷⁷ The Judiciary Act of 1789, 1 Stat. 73, 92 (1789)

「合衆国のすべての法廷において、当事者は自分自身で、または、弁護士の援助によって、自らの訴訟事件について主張し、かつ、訴訟を進行することができる。**in all the courts of the United States, the parties may plead and manage their own causes personally or by the assistance of...counsel...**」

すなわち、訴追された被告人は、自らの防御のために、(i) 法律家である弁護人を通じて弁護をすることと(ii) 弁護人を用いずに自らが自らを弁護をすることの両方の手段が認められていたのである。これは、アメリカ合衆国建国以来の伝統と当時の各州の憲法の規定を反映したものである。後に見るように、ファレッタ判決の法廷意見と反対意見は、1日違いで生じた連邦裁判法第35条と憲法修正第6条の表現の違いをめぐって、自己弁護権を包摂した表現で同一と見るか(多数意見)、自己弁護権を除外した表現で異なると見るか(少数意見)で対立するのであるが、各州の憲法において、自己弁護権を保障する規定が存在し、かつ、少数ながらも現実にそれが行使されていた事実に争いがあったわけではない。

② 州憲法の弁護人条項

ヴァージニア州を除く他の州憲法の中には、いずれも弁護人条項が存在していた。その表現は、各州において、いくつかのヴァリエーションがあるが、基本的には、弁護人による弁護と自己弁護の双方の権利を規定していたといえることができる。すなわち、19の州では、「被告人は、自分自身による弁護、あるいは、弁護人による弁護、あるいは、その両方を用いながら事実審理に望む権利を有する。**the accused shall have a right to be heard by himself or by counsel or both**」と規定し、18の州では、「被告人は、自分自身または弁護人による弁護、あるいは、その両方による弁護を用いて出廷し、自らの弁護をする権利を有する。**the accused shall have a right to appear and defend himself in person or by counsel, or both**」と規定し、7州では、単に、「被告人は、弁護人の援助を受ける権利を有する。**the accused shall have the assistance of counsel**」とだけ規定していた。その他、ノース・カロライナ州は「弁護人の助力を受ける権利 **right to the aid of counsel**」という表現を、ジョージア州は「弁護人の特権と利益 **privilege and benefit of counsel**」という表現を、メリーランド州は「弁護人を許可される権利 **right to be allowed counsel**」という表現を使用していた。⁷⁸ 一般に、州憲法の条項は、その表現の差にかかわらず、被告人に対して「法廷に出頭して、その雇用した弁護人と共に自分自身を防御する権利」を与えるものとして、狭く解釈されてきた。これはノース・カロライナ州やメリーランド州においても、同様

⁷⁸ 内藤・前掲注(47) 87頁以下

であり、各裁判所は州憲法上の権利を「被告人が弁護人を雇用し、弁護人と共に法廷に出頭する権利」とであると判示していた。⁷⁹こうした州憲法の条項が目的としたのは、主として、被告人が重罪事件の審理において弁護人と共に出廷する権利を否定していた英国の古くからの慣行を廃棄するところにあったと考えられる。

上記州憲法上、被告人が弁護人の援助なしに独力で弁護することが認められていたので、この自己弁護権行使についての判例もいくつか存在した。裁判所は、①被告人に対し弁護人の付き添いを強いる義務を負っていないこと②州憲法は被告人が独力で防御する権利を保障していること③被告人が一旦独力で防御することを決定した以上、自らなした防御方法に対しては被告人自身の責めに帰し、上訴理由にはならないこと等々を判示していた。⁸⁰

また、州の裁判所は、州憲法が保障する弁護人による弁護を受ける権利の放棄を認めており、「被告人が独力で防御方法を講じたいとの希望を明示した場合には、そのこと自体で、『弁護人選任権』を放棄したものと解することができる」と判示していた。⁸¹

こうして見てくると、ファレッタ判決以前に、各州のレベルでは、州憲法上の権利として、弁護人の援助を受けることなく自分自身で自らの防御を行うこと、すなわち、自己弁護権の行使を認めていたことが理解できる。したがって、ファレッタ判決は、確かに、連邦憲法上の問題として、修正第6条の保障の中に自己弁護権が含まれるか否かを判断した最初の連邦最高裁の判例ではあるが、修正第6条から全く新たな権利を創設したというよりは、各州の憲法上容認されていた自己弁護権を州憲法からさらに高位の連邦憲法上の権利として認知したところに意義があったということになるだろう。

2 Faretta v. California 事件判決⁸²

⁷⁹ 内藤・前掲書 88 頁

⁸⁰ 内藤・前掲書 102 頁以下。引用判例として、Dietz v. State, 149 Wis. 136 N.W. 166 (1912); Woods v. State, 152 Tex. Cr. 525 S.W. 2d 334 (1948); Loomis v. State, 78 Ga. App. 153, 51 S.E. 2d 13 (1948); People v. Chessman (cal.), 238 P. 2d 1001 (1952)

⁸¹ 内藤・前掲書 118 頁以下。引用判例として、People v. Jewett, 84 C.A. 2d 276, 190 P.330 (1948); Todd v. State, 226 Ind. 496, 81 N.E. 2d 530 (1948); State v. Duncan, 233 Iowa 1259, 11 N.W. 2d 484 (1943)

⁸² Faretta v. California, 422 U.S.806 (1975); S.Ct. 2525; L.Ed. 2d 562 本判決

(1) 事案の概要

法廷意見を書いたスチュワート判事の要約によると、次のとおりである。

Anthony Faretta は、カリフォルニア州ロサンゼルス郡上級裁判所に重窃盗罪で略式起訴された。罪状認否の際、この事件の審理を担当することになった上級裁判所判事は、ファレッタの弁護のため公設弁護人を選任した。しかし、ファレッタは、公判期日のかなり前から、裁判所に対し、自ら弁護を行うことを許可するように求めていた。判事の尋問によって、ファレッタはかつて刑事事件で自らが自らを弁護した経験があること、彼は高等学校の教育を受けていること、及び、彼は「公設弁護人事務所が多くの事件を抱えて極めて多忙である」と思うので、公設弁護人による弁護は受けたくないと考えていること等が判明した。判事は、ファレッタが「間違った考えをしている」と述べ、今後の手続において、ファレッタは特別扱いされないであろうことを強調した。それにもかかわらず、ファレッタが自己弁護を希望し、弁護人を希望しなかったので、それを確認した判事は、「暫定的決定 preliminary ruling」で、ファレッタの弁護人の援助を受ける権利の放棄を認めた。しかしながら、判事は、もし後日ファレッタが自己弁護を適切になし得ないことが判明した場合には、この決定を取り消すことがありうる旨を述べた。

数週間後、まだ公判が始まる前に、判事は自発的に、ファレッタが自らの防御をなし得るか否かの弁護能力を調べるための聴聞手続を開き、彼に対し、特に伝聞法則及び陪審員候補者の忌避に関する州法について質問した。ファレッタの答弁を検討し、かれの行動を観察した後、判事は、ファレッタが弁護人の援助を受ける権利の放棄を十分に理解していないと結論し、かつ、同様にファレッタには自らを弁護する憲法上の権利はないと結論付けた。その結果、判事は自己弁護を認めた先の決定を取消し、再び、ファレッタの弁護のために公設弁護人を選任した。ファレッタは、引き続き、自らが「共同弁護人」として行動することの許可 (leave to act as co-counsel) を求めたが、却下された。同様に、自らの利益を守るため自らがなした一定の申立も拒否された。その後の審理において、判事は、ファレッタのための防御活動はすべて公設弁護人事務所から選任された弁護人を通じてのみ行うよう命じた。審理の結果、陪審員はファレッタを起訴されたとおり有罪と認定し、判事は

を紹介するものとして、羽山忠弘「アメリカ合衆国憲法修正第六条項と刑事被告人の自己単独弁護権」大東文化大学法学部創設十周年記念論文集 (1984) 365 頁、大坪憲三「弁護人依頼権は放棄できるか」自由と正義 29 巻 3 号 75 頁 (1978)

彼に対し拘禁刑を宣告した。

カリフォルニア控訴裁判所は、この論点について明確に判示していたその当時のカリフォルニア州最高裁判所の判例⁸³に依拠して、ファレッタには、連邦憲法上も州憲法上も自らが自らを弁護する憲法上の権利はないとした事実審の決定を支持した。その結果、控訴裁判所もファレッタの有罪を認めた。再審理の申立も、意見が付せられずに却下され、カリフォルニア州最高裁判所も再審査を棄却した。連邦最高裁判所は、事件移送命令(certiorari)を許可した。

事案の概要の中で触れられている担当判事がファレッタになした質問とファレッタの回答は次のようなものであった。⁸⁴

裁判長：ファレッタ事件で、私はあなたが自分自身の弁護を続けるべきか否かについてもう少し検討を要すると思いましたので、あなたをこの法廷に召喚しました。あなたの勉強は進んでいますか？

被告人：まあまあです。裁判長殿。昨日、995 条の申立を手紙に書きましたので、2, 3 日中に書記官に届くはずです。

裁判長：あなたは、本件審理が難解なので、それにそなえて自分自身で準備しているのですか？

被告人：ええ、裁判長殿。私は 995 条に基づいて事件は多分棄却されるだろうと思っています。昨日、エイヤーズさんが公判期日に審理開始前の申立について言い分を聞くのが裁判所のやり方だと教えてくれました。できれば、裁判長殿、申立を受け取った後、事実審理が始まる前に、裁判所が適当と思う日時をできるだけ早く決めてもらいたいです。

裁判長：では、あなたが勉強していることについてお聞きしましょう。伝聞法則にはいくつかの例外がありますか？

被告人：えー、伝聞法則とは、私が思うには、最良証拠の原則と言われています。裁判長殿。判例の中には、いくつかの例外がありますが、実際の制定法では一つもないと思います。

裁判長：陪審員を忌避できる根拠は何ですか？

被告人：12 名まで理由が要らない忌避があります。

裁判長：それで、理由はいくつあるのですか？

被告人：えー、裁判所が有効と考える限り。

⁸³ People v. Sharp, 7 Cal.3d 448, 499 P.2d 489

⁸⁴ Faretta, 422 U.S., Stewart. J., lead opinion n.3 ファレッタ判決のステュワート判事の法廷意見注記 3 参照。

裁判長：で、どういうものですか？理由付きで陪審員を忌避するための根拠は何ですか？

被告人：えーと、証人、いや陪審員のことですが、忌避する数多くの根拠があり、陪審員である人が、同じタイプの犯罪の被害者であった場合などで、多分悩んでいる人は被告人に対して偏見を持っていると考えられます。陪審員に被告人に対する偏見をもたらす実質的な理由のすべてです。

裁判長：ほかには？

被告人：えー、被害者の多分親戚の者。

裁判長：あなたは、それが何であるかを知るために法典の該当条文を見たことがありますか？

被告人：陪審員の忌避のことですか？

裁判長：そうです。

被告人：はい。裁判長殿。私は見ました。

裁判長：何条ですか？

被告人：陪審員の予備尋問についてですか？裁判長殿。

裁判長：はい。

被告人：私は直ぐにその正しい条文を見つけられません。

裁判長：それはどの法典にありますか？

被告人：えー、私が勉強した忌避については、*Witkins* 法律学の中にあったと思います。

裁判長：あなたは、どの法典でこれらの様々な事項が取り上げられているのかを知るために、どれかの法典を一つでも見たことがありますか？

被告人：はい。

裁判長：何という法典ですか？

被告人：私は刑法を広く、それから民法を調べました、裁判長殿。

裁判長：あなたが広く調べたというのであれば、それを教えてください。

被告人：陪審員の構成についてですか？裁判長殿。

裁判長：そうです。

被告人：えー、地方検事、被告人及び弁護人は双方とも 12 名まで理由なしに陪審員を忌避する権利を有する。これら 12 名の忌避については異議を唱えることができない。防御側あるいは検察側がある陪審員がその事件を審理するのに適さない、あるいは、ある事件に結論を下すのに適さないと考えた場合には、どんな理由であっても、その陪審員を排斥することができる。しかし、偏見ないしその他の理由に基づき有効な忌避がある場合には、それは 12 名までの理由を要

しない忌避には含まれない。それには数多くのものがあり、被告人、弁護人及び検察官の双方がその事件に対する陪審員それぞれの感情につき陪審員に対し尋問をする権利を有する。

(2) 法廷意見

スチュワート判事が法廷意見を書き、これにダグラス、ブレナン、ホワイ
ト、マーシャル及びパウエル各判事が同調した。

連邦最高裁が、アメリカ合衆国憲法的一条項から新しい憲法上の権利を根拠づける場合、歴史的沿革に遡って歴史的再構成の方法を採ることが一般的であるが、本件判決においても、イギリスの星室裁判所(Star Chamber)の運用例にまで遡って歴史的背景を検討している。しかし、バーガー長官の執筆にかかる少数意見が指摘するように、法廷意見の依拠する歴史的背景は、基本的に、弁護人の援助を受ける権利が「公正な裁判」の要請にとって根本的なものであるとしてアメリカ合衆国憲法修正第6条から「弁護人の援助を受ける権利」を導いた *Powell v. Alabama* 事件判決⁸⁵及び *Betts v. Brady* 事件判決⁸⁶が想起したものと同一であり、歴史的事実として、自らが弁護人の援助なしに自らを弁護する例が存在していたという争いのない事実以上に、憲法上の権利性を基礎づけるだけの固有の意義を有するのかは疑わしい。修正第6条から一般的な「弁護人の援助を受ける権利」を導いたことと「弁護人の援助を受ける権利」を放棄できるか否か、放棄した場合の効果として「自己の防御のために自らが自らを代理して弁護する権利」が含まれるのかという問題とは議論の平面を異にするから、バーガー長官が言うように、「弁護人の援助を受ける権利が公正な裁判にとって根本的なものではなかったという逆の結論を導くために、本質的に同じ資料を用いている」⁸⁷とまでは言えないが、歴史的資料が語っているのは、弁護人制度の発展過程と同時に依然として残った自己弁護権行使の実例なのである。したがって、歴史的沿革の理解がファレッタ事件の多数意見と少数意見の分水嶺になったとは必ずしも言えないので、歴史的沿革に関する判示部分を省略して、以下に、少数意見と際立った対照を示す法解釈の違い及びその解釈論の背後にある憲法理念の違いの部分に限定して紹介する。

① 連邦憲法上の争点

我が憲法修正第6条及び第14条は、いかなる州あるいは連邦の裁判所に事実審理のために召還された者が、有効に有罪とされ拘禁刑を課せられる前

⁸⁵ *Powell v. Alabama*, *supra* note (68)

⁸⁶ *Betts v. Brady*, *supra* note (71)

⁸⁷ *Faretta*, *supra* at 843-844, Burger J., dissenting バーガー長官の反対意見

に、弁護人の援助を受ける権利が与えられなければならないことを保障している。この明白な憲法上のルールは、過去50年間にわたって当裁判所が判決を下してきた一連の事件から明らかとなる。今ここで我々が問題とするのは、州の刑事裁判所における被告人が、任意に、かつ、事理をわきまえた上で弁護人の援助を受けることなく訴訟手続を進めようとする場合に、そのようにする連邦憲法上の権利を有するか否かということである。換言すれば、問題は、被告人が自分自身で防御を行いたいと主張する場合でも、なお、州は被告人を刑事裁判所に召喚したうえ、被告人に弁護人を強制的に付することが連邦憲法上できるのか否かということである。これは容易な問題ではない。しかし、我々は、連邦憲法上、州がそのような強制はできないという結論に達した。⁸⁸

② 成文法上の根拠

連邦裁判所において、自己弁護権(the right of self-representation)は、建国の当初から制定法によって保障されてきた。1789年裁判法第35条は、第一回議会で制定され、そして、憲法修正第6条が提案される1日前にワシントン大統領によって署名されたものであるが、次のように規定した。「合衆国のすべての法廷において、当事者は自分自身で、または、弁護士の援助によって、自らの訴訟事件について主張し、かつ、訴訟を追行することができる。」⁸⁹この権利は、現在も合衆国法典第28巻1654条の中に条文化されている。⁹⁰

自己弁護権を承認したのは州の立法者のみに限られなかった。既に述べたように、修正第6条が提案された日の前日に成立した1789年裁判法第35条が、連邦裁判所における全ての当事者に対し、「自分自身で、または、弁護士の援助によって、自らの訴訟事件について主張し、かつ、訴訟を追行することができる」権利を保障していたのである。ジェームズ・マディソンが修正第6条を起草したとき、いくつかの州憲法は被告人に対し弁護人による弁論の権利と「自分自身で」弁論する権利を保障していたし、他の州も裁量によって被告人が自らの弁護人となることを「許可」していたのである。権利章典を求める州の提案は様々であり、文章表現も様々であった。しかし、いずれの場合であっても、弁護人条項は被告人自身に認められる防御権と一

⁸⁸ Faretta, *supra* at 811-812, Stewart.J., lead opinion

⁸⁹ 原文は次のとおり。" in all the courts of the United States, the parties may plead and manage their own causes personally or by the assistance of . . . counsel . . . "

⁹⁰ Faretta, *supra* at 812-813

つのパッケージになって規定されていたのである。「弁護人 counsel」という表現が自己弁護権の原則と異なる意味を賦与されたという証拠はない。いかなる州も植民地もいまだかつて被告人に弁護人を強制したことはなかった。誰からも、そのような実務運用には耐えられないとか、全然役に立たないなどといった批評は寄せられなかったのである。もし、誰かが、修正第6条を、起草されたままの表現では、古来尊重されてきた自己弁護権が保障されていないと考えたのであれば、当然に、その点につき何らかの議論があったか、あるいは、注釈が付されたはずである。しかし、それらは全くなかったのである。⁹¹

要するに、開拓者及び憲法起草者たちが、かつて自己弁護権に疑問を抱いたとか、この権利を弁護人の援助を受ける権利よりも劣るものと見なしているのではないかと考えたことを示す証拠は一切ない。逆に、開拓者も憲法起草者も、彼らのイギリスの祖先と同様、常に、弁護人の援助を受ける権利を被告人のための「援助」として、自らの防御に際して、選択肢の一つとして利用できるものと受け止めていた。憲法起草者は、修正第6条の中に、必然的に自己弁護権を含意する表現様式を選択したのである。⁹²

③ 修正第6条の構造

修正第6条は、単に被告人のために弁護人が与えられなければならないことを保障するにとどまらない。それは、被告人が自分自身で自らの弁護をする権利を認めている。「訴追事実の性質及び原因を告げられ」なければならない者、「不利な証人と対決し」なければならない者、さらに「自己に有利な証人を得るために強制的手段」を与えられなければならない者は、いずれも被告人であって、弁護人ではない。修正条項は多くの言葉を費やしてはいないが、自己弁護権—自分自身で自らの弁護を行うこと—は、このようにして必然的に同条項の構造の中に取り込まれている。防御権(the right to defend)は直接被告人に与えられたものである。なぜならば、防御が功を奏さなかった場合、その結果を甘受しなければならないのは被告人であるからである。

弁護人条項はこの考え方を補強する。それは弁護人の「援助 assistance」という表現を使用している。援助者はいかに専門家であっても、所詮援助者にすぎない。修正第6条の文言及びその精神は、弁護人もまた、同条項が保障する防御手段と同様に、それを喜んで受け容れる被告人にとっての援助でなければならない—それを喜ばない被告人と彼が有する自分自身で自らを

⁹¹ *Id.* at 831-832

⁹² *Id.* at 832

弁護する権利との間に割り込む国家の機関であってはならないことを規定しているのである。したがって、被告人が熟慮の結果選択した意思に反して、被告人に弁護人を押しつけるのは、修正条項の論理に反する。このような場合には、弁護人はもはや援助者ではなくて、主人(master)である。そして、それは防御権から修正条項が主張する個人的性格を奪うものである。確かに、被告人が弁護人による弁論及び訴訟追行を選択した場合、法及び伝統によれば、訴訟戦術について被告人をも拘束する決定権限が多く分野で弁護人に委ねられている。しかし、この権限の賦与は、被告人が、最初に、弁護人を自己の代理人として承認したことによってのみ正当化されうるのである。被告人の望まない弁護人であっても被告人を「代理」できるというのは、根拠のない到底承服できない法的擬制である。被告人がこのような代理を内心において受け容れていないとすれば、弁護人が付いていたとしてもその防御は憲法が被告人に保障した防御ではない。なぜなら、言葉の真の意味で、彼の防御ではないからである。⁹³

④ 従来の憲法判例との関係

被告人が自らの弁護を行う権利は、当裁判所のこれまでの判例に反するようと思われるという事実を目をつぶることはできない。当裁判所は、連邦憲法上の要請として、被告人に弁護人の援助を受ける権利が与えられない限り、被告人が有罪とされ、かつ、拘禁されることはない旨を判示してきたからである。(Powell v. Alabama, 287U.S.45 ; Johnson v. Zerbst, 304U.S.458 ; Gideon v. Wainwright, 372U.S.335 ; Argersinger v. Hamlin, 407U.S.25 参照) 確かに、これらの判決の基本的なテーマが、被告人に公正な裁判を実現するためには法律家の助力が不可欠であるとするものに他ならないからである。したがって、これらの判決に全面的に依拠すれば、国家は、憲法上、弁護人を望まない被告人に対しても弁護人を付さなければならないという結論に必然的にならざるを得ないのではないかという議論を招来するのは必至である。

しかし、貧富を問わず、すべての被告人が弁護人の援助を受ける権利を有するという事実と、国家が弁護人を求めない被告人に対し弁護人を強制できるかということは全く別のことである。我が国の創設者たちは、国選弁護人の価値を評価しなかったわけではないが、強制される弁護士という概念は、彼らにとっては無縁のものであった。権利章典を起草した人々について何をいわれようと、彼らが自由選択に計り知れない価値を見出していたことに疑う余地は全くないのである。

⁹³ *Id.* at 819-821

ほとんどの刑事訴追において、被告人が自ら慣れない努力をして防御するよりも、弁護人の指導を受けて防御する方がより適切な防御ができることは否定できない。しかし、被告人が進んで弁護人による弁護を受け容れないのであれば、法律家の素養や経験といった利益も実現されないか、仮に実現しても、不十分な形でしか実現されないのである。被告人に弁護人を強制することは、単に、被告人をして法は自分に対し何かを企んでいるという思いを抱かせるだけである。さらに、いくつかの稀な場合には、被告人が自分自身で自らの弁護を行うことによって、実際に、より効果的な弁護をなすうることとも理解できないことではない。個人的な自由権は、平均値を示す法に由来するのではない。防御権は個人的なものである。有罪の個人的結果を甘受するのは、弁護人でも国家でもなく、被告人なのである。それ故に、被告人こそが、自らの事件につき弁護人が利益になるのか否かを自分自身で自由に決定できなければならない。そして、たとえ、自らが自らの弁護をしたことが、結局、自らに害をもたらす結果になったとしても、その選択は、「法の生命線である個人の尊重」の観点から敬意を払われなければならないのである。

94

⑤ 自己弁護権を行使する場合の要件

被告人が自己弁護権を行使する場合、純粹に事実上の問題として、弁護人の援助を受ける権利と結合している伝統的な諸利益の多くを諦めることになる。この理由により、被告人は、自分自身を弁護するためには、その断念することになる利益を「認識し、かつ、理解して *knowingly and intelligently*」放棄しなければならない。(Johnson v. Zerbst, 304U.S., 454-465 参照 Von Moltke v. Gillies, 332U.S.708, 723-724 (ブラック判事の多数意見)) 被告人は、適切に、かつ、理性的に自己弁護権を選択するにあたって、法律家としての技術や経験は不要であるが、自己弁護権の危険と不利益を知らされていなければならない。したがって、「被告人は何をしているのかを知っており、自らの選択が明確な意志の下なされた *he knows what he is doing and his choice is made with eyes open*」(Adams v. United States ex rel. McCann, 317U.S.,279) ことが、記録によって確認される必要があろう。

95

⑥ 結論

このような状況の下で、ファレットタの意思に反し、彼に州選任の公設弁護人を受け容れるよう強制したことは、カリフォルニアの裁判所が、彼から自

⁹⁴ *Id.* at 832-834

⁹⁵ *Id.* at 835

己弁護権という憲法上の権利を剥奪したことに帰する。よって、原判決を破棄し、本意見に沿った更なる手続に付するため本件を差し戻す。⁹⁶

⑦ 反対意見の批判に対する回答

法廷意見注記 46

我々に対し、自己弁護を行う多くの被告人が、彼らの公判審理を故意に混乱に陥れるために法廷を利用するのではないかといった危惧が寄せられている。しかし、自己弁護権は、連邦法及び各州の多くの法律によって建国以来認められてきたのであり、そのような結果は生じていない。さらに、事実審裁判官は、故意に重大な妨害をもたらすことを主義とするような被告人の自己弁護権の行使を止めさせることができる。(Illinois v. Allen, 397 U.S. 337 参照) もちろん、州は、被告人が援助を求めてきた場合に被告人を援助するために、また、被告人の自己弁護権の行使を止めさせる必要があると考えた場合に被告人を弁護することがいつでもできるようにするために、「補助弁護士 standby counsel」を — 被告人の反対にもかかわらず — 選任することもできるのである。(United States v. Dougherty, 154 U.S.App.D.C. 76, 87-89, 473 F.2d 1113, 1124-1126 参照) 自己弁護権は、法廷の尊厳をののしることを認める許可状ではない。同様に、手続法及び実体法上の関連規則に従わないことを認める許可状でもない。したがって、上訴において、他にいかなる理由が被告人に許されていたとしても、自己弁護権を選択した被告人は、以後、自らの弁護の質が十分でなく「弁護人による効果的な援助 effective assistance of counsel」の否定に等しいことを理由に不服の申立をすることはできないのである。⁹⁷

(3) 反対意見

上記法廷意見に反対したのは、バーガー長官、ブラックマン判事及びレンキスト判事の 3 人である。バーガー長官、ブラックマン判事それぞれが反対意見を書いており、他の 2 名が各反対意見に同調している。以下に、法廷意見と対比する形で反対意見の主要な部分を紹介する。

① 憲法上の争点について

この事件も、本日言い渡された *Herring v. New York* 事件と同様、「良い」と考えられるものは何でも憲法化する司法傾向の一つの例である。その努力も、ここでは文字通り失敗に終わっている。なぜなら、すべての被告人に、その大多数は無教養かつ無経験の者であるのに、刑事訴追に対し自ら弁護する旨の主張を認めることは、決して望ましいことでも有益なことでもないか

⁹⁶ *Id.* at 836

⁹⁷ *Faretta, supra*, Stewart.J., lead opinion n.46 法廷意見注記 46 参照。

らである。加えて、法廷意見には憲法上の根拠が欠けている。それは既に機能不全に陥っている司法制度に新たな問題をもたらすだけである。それ故に、私は反対である。⁹⁸

② 成文法上の根拠について

この点（注：法廷意見が法的分析のできない部分を歴史的沿革によって補完しようとする・反対意見Ⅲ参照）を示すかのように、法廷意見の引用にかかる、修正第6条の意味を確認するのに真に関連性があると思われる歴史的事実がたった一つしかなかったということが如実に物語っている。法廷意見が831頁で指摘するように、1789年裁判法第35条は、州の刑事法廷における自己弁護権を制定法上の権利として規定した。修正第6条の文言は、明示的に弁護人の援助を受ける権利だけを規定するものであり、裁判法が成立した翌日に提案された。1789年の議会の構成員は、当時少数であったから、1787年憲法議会以来議論されてきた、修正条項の慎重に練られた言葉遣いに精通していなかったとは到底考えられない。したがって、もし、自己弁護権が憲法上の保護を要するほどに不可欠のものであると考えられたのであれば、自己弁護権を含意される権利にとどめたものであるとする考えは極めて注目すべきものとなろう。むしろ、伝統的な立法の原則に従えば、裁判法の中に権利が明記される一方で、同時期にほぼ同じ人間によって起草された憲法の修正条項から除外されたということは、その除外が意識的になされたという結論を支持するのである。

修正第6条が被告人の自己弁護権を含意する形で保障したという考えとその権利を制定法の中に明示的に規定したという議会の同じ時期の行動とは両立しないのである。もし、修正第6条が自己弁護権を創設したのであれば、議会は同じ問題について何ら制定法を作る必要はなかったのである。それ故、本件において、裁判官が歴史に従うならば、憲法は、刑事被告人が自分自身で訴訟を遂行することを認めるべきか否かの問題を立法府の判断及び制定法の改正という弾力的な手続きに委ねたという結論に達せざるを得ないのである。（前掲 *Betts v. Brady* 参照）そして、我々が185年間反対の見解に接してこなかったという事実は、確実に、私の主張の方に理があることを示しているのである。⁹⁹

③ 修正第6条の構造について

法廷意見の最も注目すべき特徴は、判決の核心であると法廷意見が主張する問題、すなわち、刑事裁判における自分自身を弁護する権利が憲法上の権

⁹⁸ *Id.* at 836-837, Burger .J., dissenting バーガー長官の反対意見

⁹⁹ *Id.* at 844-845

利であると主張するにあたって憲法の中にそれを支持する独立の根拠を見出すという点について、ほとんど議論がなされていないことである。法廷意見は、結局のところ、そのような権利が修正第6条の行間に込められているというものであるが、それは、同修正条項の文言及びその一貫した法解釈に矛盾する。

法廷意見も 820 頁で認識しているように思われるが、修正第6条によって保障される権利が被告人にとって「個人的な」ものであるという結論は、審理の対象になっているのが被告人であり、それ故に、防御の必要があるという自明の事実以上の何物でもない。取るに足らない前提からも、型どおりの命令的修辭で表現されている修正条項の文言からも、弁護人の援助を受ける権利が単に補完的なものにすぎず被告人の気まぐれでそれ無しでもかまわないといった結論は出てこない。むしろ、当裁判所の判決は、一貫して、弁護人の援助を受ける権利をより広範な「我々が知っている防御権 *right to a defense as we know it*」を構成する不可欠な要素として位置付けてきたのである。¹⁰⁰

我々は、刑事裁判において当事者主義を採用しているが(*Gideon v. Wainwright*)、検察官は、通常の訴訟当事者以上のものであり、事実審裁判官も、技術的な法規が遵守されているかを監視する単なる自動装置にとどまるものではない。両者とも、すべての刑事裁判において、言葉の最も広い意味で、正義が実現されるのを保障する責務を負っている。(*Brady v. Maryland*, 373U.S.83, 87; *Berger v. United States*, 295U.S.78,88 参照) 被告人が誤った助言によって弁護人を放棄した結果、安易に有罪判決が得られることになれば、正義は実現されず、裁判制度の尊厳とそれに対する公衆の信頼は失墜するのである。このようにして生じた損害は、被告人が単に「自分の立場を明らかにして刑務所に行く『自由』」を行使したに過ぎないといった偏頗な説明で埋め合わせることはできない。(*United States ex rel. Maldonado v. Denno*, 348F.2d 12, 15) 刑事司法制度を自己破壊の道具として用いることは許されないのである。

要するに、修正第6条の「精神と論理」は、刑事訴追を受けた者はすべて、可能な限り十分な弁護を受けるべきであるということである。この要請は、圧倒的多数の事件において、憲法が明示的に保障した弁護人の援助を受ける権利を行使することによってのみ実現される。そして、事実審裁判官は、被告人が自らの弁護をなしうるか否かにつき最も良く判断し得る立場にいる。真の選択の自由と正義の実現を求める社会の利益は、事実審裁判所が、弁護

¹⁰⁰ *Id.* at 837-838

人を放棄しようとするいかなる試みに対しても、その裁量をもって拒否し、被告人は憲法に従って審理されなければならないことを主張して初めて達成されるのである。この裁量権は、丁度、事実審裁判官が、公正さの観点から有罪の答弁を受け容れるのを拒否できる裁量権と同じように、基本的公正にとって欠かすことのできない要素なのである。(Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 262 参照)¹⁰¹

法廷意見は、被告人が自らの愚行の結末を喜んで受け容れる限り、被告人に自己弁護権を許可しない理由はないと考えているように思われる。(834 頁 United States ex rel. Maldonado v. Denno, 348 F.2d 12, 15 参照) この考えは、刑事訴追における国家の利益が「訴訟に勝つことではなく、正義が実現されることにある」という確立された原則を無視している。(Berger v. United States, 295 U.S. 78, 88; Singer v. United States, 380 U.S. 37 参照) 私としては、いかに沢山の自己弁護の主張があろうとも、不正義が社会にもたらす損害を穴埋めできるとは信じない。しかし、正義にかなった結果が、不満を抱く大多数の自己弁護権を行使した被告人にとって効果的な癒しとなるべきであることは信ずるのである。¹⁰²

④ 自己弁護権を憲法上の権利として承認した場合の弊害

裁判所が憲法の中に含まれている新しい権利を見出す場合に、社会の側は、その権利が刑事裁判制度の資源に及ぼす影響を裁判所は考慮するだろうと期待する権利を有している。しかし、本件において、法廷意見がそのような考慮を払っていないことは明らかである。

ここで繰り返す必要もないが、既に、すべての審級の裁判所において、有能な弁護士を求める需要に対し供給が追いつかず、その結果、経験のある弁護人が事件処理において通常必要とする事件処理の期間よりもはるかに長期間を要する例がしばしば見られる。もし、新たに見出された憲法上の自己弁護権が広範に行使される事態を想定すれば、裁判所の機能不全はさらに増大し、裁判の質が損なわれることはほぼ確実である。さらに、法廷意見は、一旦被告人が自己弁護権を選択したならば、その選択に拘束され、後日、不服申立が認められないという事態を想定している。(834-835 頁)しかし、この想定は、上訴審における再審査の役割を無視している。というのも、判例の中には、弁護人の援助を得ていた場合であってさえ、有罪評決を受けた被告人が熟慮の結果下した判断に拘束されず救済されている例が数多く存在

¹⁰¹ *Id.* at 839-840

¹⁰² Faretta, *supra* at 849, Blackmun, J., dissenting ブラックマン判事の反対意見

するからである。(Silber v. United States, 370U.S.717 参照) したがって、被告人が自己弁護権を行使する決断をした場合、常に、その結末に従うことになるというのは、全く非現実的である。あり得るとすれば、大多数の被告人が、本日、法廷意見が述べた疑わしい利益を主張する以上の機知を持ち合わせていないため、自己弁護権を主張する場合であり、この場合、我々は、多額の経費をかけて誠意をもって行われた数多くの訴追が、上訴審において、事実審裁判所には自己弁護権を認めないとする権限はないという理由で無効にされることを予測しうるのである。¹⁰³

⑤ 自己弁護権を認めた場合の手続的諸問題

最後に、私が危惧する、本日の判決が将来の事実審裁判所にもたらすであろう手続上の諸問題について簡単に触れたい。法廷意見は、自己弁護権を行使する被告人において、そうしなければ弁護人の効果的な弁護を受けることができたのにそれを受けることができなかったと主張することは必然的にできないと述べるが(834-835 頁)、それ以外の手続的な疑問については何ら回答を用意していない。すべての被告人は自己弁護権について助言されなければならないのか？そうだとすれば、その告知はいつの時点でなされなければならないのか？弁護人の援助を受ける権利(the right to assistance of counsel)と自己弁護権 (the right to self-representation)とは、相互に、排他的なものであるので、いずれの権利が放棄されたのかをどのようにして判断するのか？被告人が自己弁護権(the right to proceed *pro se*)を選択した場合、なお、被告人は「補助弁護人 *standby counsel*」の援助を受ける憲法上の権利を有しているのか？刑事手続のどの段階で、被告人は弁護人による手続か自分自身による手続かを決断しなければならないのか？被告人は、手続の中途段階で、変更することは認められるべきか？自己弁護権の侵害は、無害の手続的瑕疵(harmless error)の抗弁にあたるのか？事実審裁判所は、自己弁護権を行使する被告人を専門の弁護士とは別異に取り扱わなければならないのか？私は、これらの疑問の多くは、いずれ適切な時期に、最終的な回答がなされるものと想像する。しかし、放棄の判断基準や自己弁護権を行使する被告人の取り扱いといった問題の多くは、被告人が自己弁護権を選択したすべての事実審を悩ますことになろう。被告人が、いかに自己弁護権を選択したことによって訴訟戦術上の利益を手にしたと考えようと、自己弁護権という絶対的権利によって生み出される手続的諸問題は、その利益を遥かに凌駕するのである。

「己の弁護人になる者は、その依頼者にとっては愚か者である。one who is his

¹⁰³ Faretta, *supra* at 845-846, Burger J., dissenting バーガー長官の反対意見

own lawyer has a fool for a client」という古い諺にいささかの真実があるとすれば、今日の法廷意見は、今、自らを愚か者にする人間に憲法上の権利を与えたことになる。¹⁰⁴

3 自己弁護権行使の実際

(1) 被告人が自己弁護権を行使する理由

明確な統計数値は存在しないが、アメリカ合衆国では、被告人が自己弁護権を行使する事件が増加傾向にあると言われる。¹⁰⁵一般的に考えて、被告人本人が法曹資格を有するなど法的素養を備えている特殊な場合でない限り、法律にズブの素人が自己弁護権を行使しても、通常の弁護人による援助を受けて防御に望んだ場合に比較して、決して被告人に有利な結論にはならない。これは自明の理と言ってよい。そうであるにもかかわらず、被告人は何故、弁護人の援助を受けずに自己弁護権を行使するのであろうか？

アメリカ合衆国の現実を眺めれば、そこには、全く背景事情を異にする二つの要因が絡み合っていることが分かる。一つは、被告人側の主観的事情であり、もう一つは、裁判所側の事情である。表見的に見れば、いずれの場合も、最終的には被告人自身の選択の結果であるから、ファレッタ判決が重視した「個人の尊厳」に基づく自己決定が尊重された外観を呈するが、その意思決定に至る過程に着目するならば、純粹に被告人自身が自己弁護を希望する場合と、被告人が置かれた客観的状況の下、不本意ながら、自己弁護権を行使せざるを得なかった場合とに分けられる。真に「個人の尊厳」という理念を実現しようとするれば、本来は、前者の場合に純化されなければならないはずであるが、実際には、刑事司法制度の運用面が抱える矛盾が被告人にしわ寄せされる形で、自己弁護権に凝縮されている側面もあるのである。以下に、それを見てみよう。

① 被告人側の事情

¹⁰⁴ Faretta, supra at 852, Blackmun.J., dissenting ブラックマン判事の反対意見

¹⁰⁵ Marie Higgins Williams, *The Pro Se Criminal Defendant, Standby Counsel, and the Judge: A Proposal for Better-Defined Roles*, 71 U. Colo. L. Rev. 789 (2000) 815 頁は、ワシントン州スポケイン spokane 郡の本人訴訟を追跡した調査において、1997年に民事・刑事を含めて2200人であったものが、1998年にはおよそ2500人に増加したことから、刑事の自己弁護権行使の例も増加していると推測している。

被告人が誰にも強制されず、いかなる状況的圧力にも屈することなく、任意に自己弁護権を行使する場合でも、その主観的目的は様々である。

世間を震撼させた凶悪事件の被告人の場合、自己弁護権を選択する例が見られる。「ユナ爆弾魔 Unabomber」と称された Theodore Kaczynski の例¹⁰⁶や古くは日本にも衝撃を与えた女優シャロン・テートらを惨殺した Charles Manson の例¹⁰⁷がそうである。こうした一種の確信犯の場合、その主観的目的は、カチンスキーの自己弁護権行使を許可しなかった裁判官が看破したように「訴訟遅延」の目的であることが多いが、常に、それが唯一の目的であるという訳ではない。¹⁰⁸法廷で弁護人と一緒にスポットライトを浴びるのを嫌う顕示欲や弁護人一般に対する不信感が同時に指摘されている。¹⁰⁹マンソンの例では、彼は法廷で「弁護士は人々を馬鹿にするが、自分は一人前の人間であるから、この事件で弁護士に馬鹿にされたくない」「裁判長、私は今たいへん難しい立場に立たされています。報道陣は既に私を処刑し、私を埋葬してしまったのです。---私を人間として弁護してくれる弁護士は、この世には誰もいません。だから、私がこれをしなければならないのです。」と述べている。¹¹⁰中には、自らの宗教的宣伝や自己表現の場として法廷を利用しようとする被告人、あるいは、刑事司法制度そのものを否定するするために自己弁護権を行使しようとする被告人も存在するが、ファレッタ判決の法廷意見も、このような自己弁護権の濫用事例は修正第6条の保障の枠外と見ているのであるから¹¹¹、弊害として認識しておくべきことは当然としても、理論的な考察の対象ではない。いかなる法制度においても濫用事例は想定されるのであり、自己弁護権といえども例外ではありえないから、それらは病理現象として対処するしか方法はない。訴訟遅延目的、法廷侮辱目的などの

¹⁰⁶ Williams, *supra* note (105) at 790-791 但し、裁判官は、弁護人および検察官がカチンスキーの自己弁護権行使に同意したにもかかわらず、訴訟遅延の目的が明らかだとして、これを拒否した。

¹⁰⁷ 大坪・前掲注(82) 77 頁以下

¹⁰⁸ Williams, *supra* note (105) n.28 ウィリアムス前掲書注記 28 は、1998 年、刑事弁護士全国協議会 the National Association of Criminal Defense Attorneys の前会長の談話として、カチンスキーのような自己弁護権の要求は年間に 50 例ぐらいあるのではないかと言う発言が紹介されている。

¹⁰⁹ *Id.* at 816

¹¹⁰ 大坪・前掲注(82) 78 頁

¹¹¹ Faretta, *supra* note(82), Stewart.J., lead opinion n.46 ファレッタ判決法廷意見注記 46 参照。

場合に、裁判所が被告人に自己弁護権を許可しない裁量権を有しているのはそのためである。

しかし、ファレッタ判決が自己弁護権を保障した名宛人は、善意で、弁護人による防御よりは自分自身による防御の方が望ましいと考える人々なのである。ファレッタも後に紹介する *McKaskle v. Wiggins* 事件の被告人ウィギンズも、決して「自己破壊の道具」として自己弁護権を行使したわけではなく、その方が有効な防御になると考えた結果の選択なのである。根底には、公設弁護人に対する不満ないし不信が存在するが、ウィギンズの次のような法廷発言を見れば、それだけには止まらない、自らの運命は自らが切り開くという強固な自我の意識を認めることができよう。

被告人：裁判長、私は自分自身で弁護をしたいのです。裁判長から、この方に、私自身に弁護をさせるように言っていただけると有り難いのですが。

グラハム弁護人：もちろん。自分でお好きなようにどうぞ。

被告人：有り難うございます。私は、未だ彼の援助を求めたことはありません。裁判長、私は援助を望まないのです。

裁判長：あなたは、彼から助言ないし協力を受けることになるのですよ。あなたは法律家ではないのですから。

被告人：はい、確かに、私は法律家ではありません。

裁判長：私たちが審理に入ることになれば、この法廷は、法律という規則に従って手続を進めなければならないのです。

被告人：はい。裁判長。

裁判長：場合によっては、何が適切な手続であるかについて、あなたが弁護人に相談するように裁判所から求めることだってあるかもしれません。

被告人：はい。裁判長。

裁判長：当裁判所が決定できるように、あなたには、法の下で、すべての権利が利用できるようにしてもらう権利があるのです。

被告人：それは有り難いのですが、裁判長、被告人の望まないことを行う補助弁護人でないならば、私は、弁護士に相談して助言を受けたいと思います。でも、被告人の弁護と反対のことをする弁護人であれば、その時は、有り難いとは思えません。¹¹²

裁判長：あなたは、グラハム弁護人に関する限り認められる10日間の猶予

¹¹² *McKaskle v. Wiggins*, 465 U.S.468 (1984), White. J., dissenting n.1 後記ウィギンズ判決のホワイト判事の反対意見注記1 参照。

期間を放棄するのですか？

被告人：そうです。裁判長。

裁判長：その決断の基になっているのは、あなたが自分自身の弁護人になることを期待しているから？

被告人：そうです。裁判長。事実、このことだけではなく、できれば、私は弁護人の援助を放棄したいのです。

裁判長：当裁判所としては、それをあなたに認めるつもりはありません。今、あなたは弁護人を利用することもできれば、利用しないこともできるのです。本件では、あなたはいつでも弁護人を利用することができるのですよ。

被告人：はい。裁判長。でも、私は、裁判所からグラハム氏に対し、ここにいる被告人に干渉するような主導権を取らないように忠告してもらいたいのです。もし、それが許されるのであれば。

裁判長：うーん。

被告人：つまり、私がグラハム氏の助言が必要であれば、私から求めますし、彼が、私に相談することなく勝手に行動しないでくれるのであれば、有り難いのです。

裁判長：うーん。グラハム氏は有能な弁護士でこの種の事件の経験も豊富だから、彼が行おうとすることはあなたにとって最良のことだと私は確信しますよ。私は、彼に何をし何をするなど命令するつもりはありません。もし、何らかの問題や事態が起こったなら、その時に、対処しましょう。彼に何かをするなど言うつもりはありません。

被告人：裁判長、私は、裁判所がグラハム氏の弁護サービスを受けるように被告人に強制したと理解していいのですか？

裁判長：その利用可能性という意味では、そうです。¹¹³

善意で自己弁護権を選択する被告人の動機として、その他に、テレビの法廷ドラマなどの影響で、専門の弁護士に依頼するまでもなく素人でもできるという過信があることや、弁護人と一緒に事件の解決に至ったという意識を共有したくないという思いや、無能ないし不誠実な弁護士を雇うことになるかもしれないという恐れがあることが指摘されている。¹¹⁴

このように見てくると、被告人側の主観的事実のかなりの部分は、私選・国選を問わず弁護士一般に対する根強い不信感に根ざしていることが分かる。この意味で、弁護人制度の改革、とりわけ、弁護人の質の向上が重要で

¹¹³ *Id.* n. 2 ウィギンズ判決のホワイト判事の反対意見注記 2 参照。

¹¹⁴ Williams, *supra* note (105) at 816

あり、「やはり専門家に依頼するのが一番である」という意識が公衆の中に浸透すれば、被告人の自己弁護権を選択する動機から弁護士不信という理由は減少していくものと予想される。言い換えれば、自己弁護権を行使するか、あるいは、弁護人による弁護を選択するかの被告人の決断は、刑事司法制度の一翼を担う弁護士の専門家としての力量に大きく依存することになるのである。

しかし、国家がどんなに優秀な弁護人を整備したとしても、なお、少数ではあっても、自らの弁護は自らが担うことを欲する被告人が存在することは明らかであるから、自己弁護権の問題を弁護人の質の問題ですべて置き換えることはできない。むしろ、この弁護人の質の問題に解消しきれない部分にこそ、修正第6条が自己弁護権を憲法上の権利として保障した意味があるのである。「個人の尊厳」に基づく自己決定であり、自律性の承認がそれである。

② 裁判所側の事情

自己弁護権を選択する被告人のかなりの数が、当初の弁護人の質について不満を抱き、裁判所に対し弁護人の変更を願い出たが、裁判所に拒否された結果、やむなく自己弁護権を行使するという経過をたどっている。¹¹⁵

被告人が弁護人の変更を求める場合、事実審裁判所は、被告人と弁護人の関係が防御に支障をきたすほどに破綻しているかを判断する。変更を認める法律上の基準は「利益相反、修復不能な対立、または、弁護人と被告人間の意思疎通の完全な破綻」であるが、弁護人と被告人との間の秘匿特権の壁があり、事実審裁判所が十分な事実認定のための資料を入手することは困難である。また、多くの場合、被告人は事実審理の開始間際になって初めて弁護人の懈怠や無能に気づくので、裁判所は申立の時期的許容性と変更に伴う訴訟遅延の回避を検討しなければならない。こうした制約から、必ずしも、弁護人の変更が認められるわけではない。その結果、申立を却下された被告人は、およそ憲法が予定していない、不満のある弁護人による弁護を取るか自己弁護を取るかの理不尽な選択を余儀なくされるのである。¹¹⁶

容易には弁護人の交代が認められない実務があり、被告人はやむを得ず弁護人の援助を受ける権利を放棄せざるを得ない状況に追い込まれる結果、不本意な形で自己弁護権を行使する被告人が現出されることになるのである。

¹¹⁵ Anne Bowen Poulin, *The Role of Standby Counsel in Criminal Cases : In the Twilight Zone of the Criminal Justice System*, 75 N.Y.L.Rev.676 (2000) at 687

¹¹⁶ *Id.* at 690 See n.55 前掲書注記 55 参照。

これは、いわば、強制される自己弁護権の行使であり、およそ修正第6条が期待する「個人の尊重」とは全く正反対の性格を帯びたものと言わなければならない。

しかし、被告人が、このような選択の下でなした弁護人の援助を受ける権利の放棄は任意ではないとして、上訴審において、修正第6条の権利が侵害されたと主張しても、上訴裁判所は被告人には上記基準に基づく弁護人の変更が許されていた以上、権利放棄は任意であったと判断するのが通常なのである。¹¹⁷

(2) 事実審裁判所の審査

① 権利放棄の要件審査

権利放棄の要件審査も、自己弁護権が憲法上の権利であるとされる大前提とはおよそそぐわない形でなされる。一旦、被告人から弁護人の援助を受ける権利を放棄し、自己弁護権を行使したい旨の意思表示がなされると、事実審裁判所は、中立的な立場で、被告人の意思を確認するのではなく、極力、自己弁護権行使を思い止まらせるように警告を発する地位に置かれるのである。

ファレッタ判決は、事実審裁判所に対し、被告人の自己弁護権行使の選択がその危険性と不利益を十分に理解したうえで(*with his eyes open*)なされたものであることを確認するように求めたが、その具体的な方法については何も語っていない。また、何が適切な司法審査方法であるかを定めた制定法も存在しない。一般的には、事実審裁判官によって、陪審員を除外した「権利放棄の審査のための聴聞 *a waiver hearing*」が開催されるが、権利放棄の要件である「認識し、かつ、理解して *knowingly and intelligently*」の判断と自己弁護権選択の任意性の判断は、事実審裁判官の完全な裁量に委ねられている。通常、事実審裁判官は、起訴事実とそれが有罪と認定された場合の予想される刑期、考えられる防御方法及び減刑事由を説明したうえで、自己弁護権を行使した場合でも、手続遂行上、特別扱いはされないことを告知する。¹¹⁸判例の中には、警告のモデル例として、被告人の年齢及び教育程度を

¹¹⁷ *Id.* at 690 は、被告人を救済した数少ない判決例として *Gilbert v. Lockhart*, 930 F.2d 1356 (8th Cir.1991)をあげる。これは、国選弁護人が事実審理当日の朝まで被告人と話をしなかったのに、事実審裁判所が、被告人に対し、準備のできていない国選弁護人の弁護を取るか自己弁護を取るかの選択を迫ったことを、修正第6条違反の理由としたものである。

¹¹⁸ John F. Decker, *The Sixth Amendment Right to Shoot Oneself in the Foot : An Assessment of the Guarantee of Self Representation Twenty Years after*

勘案して、手続及び証拠法に関する連邦法規の写しが入手可能か否かを確認したうえで、それに従うべきことを求めるものもある。¹¹⁹ 被告人の権利放棄の意思は記録上明らかでなければならず、上訴審において、事実審における放棄要件の審査が適切に行われたことを示すため、対話記録 (an on-the-record colloquy) が残される。¹²⁰ しかし、最終的には、広く事実審裁判所の自由裁量に委ねられているので、どの程度裁判所が後見的立場から警告を行うか、また、権利放棄が有効か否かの判断は係属した事実審の裁判官次第なのである。そして、警告が不適切であったとしても、被告人の経歴、教育程度等の総合評価から、ファレッタ判決の権利放棄の要件が充足されていると判断される限り、上訴審が原判決を破棄することはない。¹²¹

② 自己弁護能力の判定

弁護人の援助を受ける権利を放棄する能力と自らを弁護する能力の関係はどう理解すべきか。連邦最高裁は、*Godinez v. Moran* 事件判決¹²² において、弁護人の援助を受ける権利を放棄する能力の判断基準につき、被告人に訴訟能力 (a defendant's ability to stand trial) があるか否かを判断する際の基準と同等でよいと判示した。訴訟能力、すなわち、訴訟当事者としての適格性の判断基準 (いわゆる *Dusky Test*) は、次のとおりであるから¹²³、それが、弁護人の援助を受ける権利を放棄する際にも適用されることになった。

- (i) 被告人が、合理性の判断をするにつき、合理的に、弁護人と相談することができる現時点における十分な能力を有すること
 - (ii) 被告人が、自らに対する手続につき、事実の理解のみならず合理的理解を有すること
- そして、連邦最高裁の考え方によれば、権利放棄を望む被告人に求められ

Faretta, 6 Seton Hall Const. L.J. 483 (1996), at 511-512

¹¹⁹ *United States v. Mitchell*, 788 F. 2d 1232 (7th Cir. 1986)

¹²⁰ *United States v. McDowell*, 814 F.2d 245 (6th Cir. 1987)

¹²¹ *United States v. Berkowitz*, 927 F.2d 1376 (7th Cir. 1991) は、事実審裁判官が、ファレッタ判決のブラックマン判事が引用した法諺「己の弁護人になる者は、その依頼者にとっては愚か者である。」を再度引用しただけで、警告の有効性を認めた。*United States v. Hafen*, 726 F.2d 21 (1st Cir. 1984) は、「自分でやりたいなんて馬鹿もいいところだ。あなたの勝手だが。」という事実審裁判官の言葉をもって、警告の有効性を認めた。*Decker*, *supra* note (117) at 514-516

¹²² *Godinez v. Moran*, 509 U.S.389 (1993)

¹²³ *Dusky v. United States*, 362 U.S. 402 (1960)

る能力は、有効に権利を放棄することができるかという能力であって、有効に自らを弁護できるかという能力ではない¹²⁴ ということであるから、権利放棄の能力と自己弁護能力とは切り離され、憲法上、前者の有無は厳格に判定されるが、後者の判定は行われないことになる。その結果、事実上、自己弁護能力はないにもかかわらず、権利放棄が認められるという事態が出現することになる。上記 *Dusky Test* に適合すれば、弁護人の援助を受ける権利の放棄は有効であるので、極端な場合には、精神的疾患を持っていても、それは考慮されないことになるのである。権利放棄能力の認定と自己弁護能力の欠如が余りにも歴然としている場合、そうした自己弁護能力の欠如を示す被告人固有の事情を斟酌して、被告人に自己弁護権行使を許さないとするか否かはすべて、事実審裁判官の裁量に委ねられている。ここでも、事実審裁判官は、困難な判定を迫られることになるのである。

Godinez v. Moran 事件判決において、反対意見を書いたブラックマン判事は、被告人が弁護人と相談できる能力と被告人が自らを弁護する能力とを明確に区別し、*Dusky Test* によって前者が肯定されても、後者が肯定されたことにはならないと主張する。それ故、権利放棄が認められた被告人が、そこから直ちに自己弁護権を行使することにつながるわけではない。¹²⁵ この考え方に従えば、権利放棄の場面とは別に自己弁護能力の有無につき別途検討すべき余地が出てくる。しかし、法廷意見はこの考え方に与しなかったので、実際には、権利放棄が認められれば、事実上、被告人は自己弁護権を行使する他はない状況に置かれ、結果的に、自己弁護能力の判定は権利放棄能力の判定に置き換えられることになるのである。

4 スタンドバイ・カウンスル (Standby Counsel)

(1) 調整弁としての「補助弁護人」

ファレッタ判決の法廷意見は、憲法修正第 6 条の弁護人の援助を受ける権利の背後にある価値観の対立において、「公正な裁判」の実現を求める社会の利益よりも「個人の尊重」に由来する自己決定の自由を優位に置き、憲法上の権利として、被告人自身による自己弁護権を認めた。しかし、法廷意見も、自己弁護権行使による法廷秩序の混乱を容認している訳ではなく、自己弁護権を承認する一方で、刑事司法の究極の目的である「正義の実現」をも

¹²⁴ *Godinez*, 113 S. Ct. at 2687

¹²⁵ *Id.* at 2695 Blackmun. J.,dissenting ゴディネッツ事件判決のブラックマン判事の反対意見

実現する方策はないかを検討している。いわば、自己弁護権を行使した被告人の結末が正義に反するような場合に、その結末を被告人の自業自得として割り切るのではなく、飽くまでも、自己弁護権を優位に置きながら、その弊害を極小化しようと努めているのである。被告人の自己決定の自由と公正な裁判の実現を調和させるべき手段として想定されているのが「補助弁護人 *standby counsel*」である。

補助弁護人の運用如何では、少数意見が危惧した自己防御権行使がもたらす深刻な弊害を回避することができるので、以下に、スタンドバイ・カウンスルの意義と役割並びに実務運用について検討してみよう。

(2) 補助弁護人の法的根拠

連邦規則には、補助弁護人(*standby counsel*)の規定は存在しない。他方、各州の刑事訴訟法には補助弁護人の任命に関する規定が存在する。例えば、ノース・ダコタ州法 *N.D.Ga.R.app.D(IV)* は、「判事あるいは治安判事は、裁判所において、弁護人による援助がその者の防御にとって必要であると判断した場合、あるいは、司法の尊厳を擁護しかつ手続の継続性を維持するためが必要であると判断した場合には、経済的要件に合致しているが弁護人の援助を放棄した者を援助するために、補助弁護人を選任することができる。」と規定し、アラバマ州法 *Ala.R.Crim.P.6.1* は、「被告人が弁護人の援助を受ける権利を放棄した場合、裁判所は、手続のいかなる段階においても、被告人に助言を与える弁護人を選任することができる。そのような助言弁護人には、被告人に告知される全ての事項が告知されなければならない。」と規定し、マサチューセッツ州法 *Mass.Sup.Jud.Ct.R.3:10* は、「当事者が弁護人の援助を受ける権利を放棄した場合であっても、裁判官は、手続の進行中に、当事者を援助するために、適用可能な本規則に則って、弁護人を付することができる。」と規定する。¹²⁶ 上記の立法例にみるとおり、補助弁護人の表現も、一律ではなく、「スタンドバイ・カウンスル *standby counsel*」の他に「助言弁護人 *advisory counsel*」といった表現も見られる。共通しているのは、被告人が弁護人の援助を受ける権利を放棄した場合の補完的選任であること、選任は裁判所の裁量によること、そして、その補助弁護人の役割に関する詳細な規定を欠いていることである。ファレッタ判決の法廷意見は、各州の法律に見られる裁判所の裁量に基づく補助弁護人を活用すべきことを示唆したが、その明確な定義と役割の明示を欠いたため、補助弁護人の役割についての混乱をもたらすことになった。

(3) 補助弁護人の役割

¹²⁶ Poulin, *supra* note (115) n.132 ポーリン前掲注(115)の注記132参照。

アメリカ法曹協会の「刑事司法の運営に関する基準」の 6-3.9 は次のように記載している。¹²⁷

「裁判所において被告人が弁護人の援助を受けることなく訴訟手続を進めることを許可した場合、事実審裁判官は、被告人から要求があった時に被告人を援助するため、及び、被告人の申立により裁判官が判断しなければならない事項につき、被告人に有利な事項を裁判官に喚起させるため、補助弁護人の選任を検討しなければならない。事案が複雑ないし長期化が予想される事件あるいは複数の被告人がいる事件では、常に、補助弁護人が選任されるべきである。」

ここには、①被告人の意思に基づく補完的役割と②裁判所の訴訟進行の便宜が併存している。ファレッタ判決の法廷意見が想定していたのも、①被告人が自己弁護権を行使しつつ援助を求めてきた場合と②裁判所が被告人の自己弁護権を止めさせた場合であったから、この準則も、ファレッタ判決を踏まえて作成されたと考えられる。しかし、この二つの類型は、背後の理念を異にしているので、同じ補助弁護人といっても、その類型に応じて、基本的役割はかなり違ってくる。

まず、①被告人の意思に基づく補完的役割に着目すれば、通常の弁護人との違いがどこに認められるのか、言い換えれば、「補完的」であることの意味と程度が問われることになる。補助弁護人を最も消極的に捉える考え方は、補助弁護人を「傍観者 *observer*」と位置付けることによって、通常の弁護人と区別しようとする。常に、受け身の姿勢を維持し、被告人から求められた時にのみ、求められた範囲内だけで助言を行うとする考え方である。これと対置される考え方は、被告人が「主人 *master*」であるから被告人の自己決定には服するが、被告人が望む限り、「援助者 *assistant*」として最大限の援助を傾注するというものである。同じ「補完的」という言葉の枠内においても、その幅は広く、結局、補助弁護人がどこまでなしうるかは、ファレッタ判決が認めた憲法上の権利である自己弁護権をいかに侵害しないかという観点から論じられることとなる。その限界を示したのが、後に紹介する *McKaskle v. Wiggins* 事件判決である。

次に、②裁判所の訴訟進行の便宜に着目した場合でも、補助弁護人の役割は自明ではない。補助弁護人の選任が裁判所の裁量に任されていることが端的に示すとおり、当初より、裁判所の訴訟進行に奉仕する役割を負わせられていたことは疑いがないが、理念的には、「正義の実現」という、より高次

¹²⁷ ABA Standards Relating to the Administration of Criminal Justice 2d Edition (1978)

の社会的利益に適うことが補助弁護人を付する最大の大義名分であったから、補助弁護人は、選任の最初から、裁判所と被告人双方の利益を実現する「二重の役割」を負っていたのである。

ここから、補助弁護人が奉仕する二人の主人のいずれに重きを置くかの違いに応じて、やはり、二つの異なった補助弁護人像が導かれる。一つは、裁判所の訴訟進行の便宜を目的とする、いわば「公正な裁判」の要請を形式的な手続的側面から充足するための補助弁護人であり、もう一つは、自己弁護権行使の結果、その弁護の質の劣悪さの故に現出している不正義を正すことを目的とする、いわば「公正な裁判」の要請を実質的な防御の側面から充足するための補助弁護人である。いずれも、「公正な裁判」の安全ネットという点では同じであるが、その内実は、実質的な利益の帰属が誰にあるかという観点から眺めた場合、全く異なった相貌を呈するのである。

5 McKaskle v. Wiggins 事件判決¹²⁸

(1) 事案の概要

法廷意見を書いたオコナー判事の要約によると次のとおりである。

Carl Edwin Wiggins は窃盗罪により有罪とされ、再犯者として無期懲役刑を宣告された。その有罪判決は起訴の瑕疵により取り消された。ウィギンズは再審理され、再び、有罪とされ、無期懲役を宣告された。いずれの裁判においても、ウィギンズを援助するために、補助弁護人が選任された。ウィギンズは、第二の事実審理における弁護人の関与について、異議を申し立てた。

第一の事実審理の前に、ウィギンズの自己弁護権行使の申立についての聴聞が行われた。裁判所はこの申立を認め、同時に、補助弁護人(standby counsel)として行動するように 2 名の弁護人を選任した。当初、ウィギンズは、弁護人の立会に異議を唱えた。しかし、その直後、弁護人がウィギンズに対し、審理においてどのように行動すれば良いかを尋ねたところ、ウィギンズは、事前に自分に相談しないで、直接裁判所に対し適切な異議の申立を

¹²⁸ McKaskle v. Wiggins, 465 U.S. 468 (1984) 前掲注 (112)。上訴人 McKaskle とは、ウィギンズの人身保護請求を認めた第 5 巡回区控訴裁判所の決定を不服として連邦最高裁に上告したテキサス矯正局長(Director, Texas Department of Corrections)である。通常、事件を呼称する場合、上告人の名前を引用するが、本論文では被告人の自己弁護権に焦点を合わせているので、この事件の被告人の名前にちなんでウィギンズ事件と言うことにする。

するように明示的に求めた。事実審理の後、新たに選任された弁護人が、最初の起訴に瑕疵があったことを発見したので、再審理が行われることになった。

第二の事実審理が開かれる2ヶ月前、ウィギンズは、先の弁護人の放棄を取り消したいと述べて国選弁護人の選任を請求した。翌日、彼は「国選弁護人選任願い」と題する様式文書に署名して提出した。裁判所は Benjamin Samples を選任した。約1ヶ月後、ウィギンズは国選弁護人の追加申請を行い、前同様の文書を提出したので、裁判所は R.Norvell Graham を選任した。

ウィギンズの国選弁護人に関する希望は、第二の審理が近づくにつれて、急速に変化した。事実審理前の手続が開始された日、ウィギンズは、自分自身で弁護を行うつもりであることを宣言し、裁判所に対し、ウィギンズの弁護活動に弁護人を介入させないように強く求めた。翌日も、ウィギンズは、弁護人を相談役として利用可能な状態にしておくという裁判所の主張に対しても異議を唱えた。同日、審理が始まった後、ウィギンズは、証人に対する自らの反対尋問を中断して、オフレコでグラハム弁護人と相談した。その後しばらくして、ウィギンズは、別の証人に対する予備尋問(voir dire)をグラハム弁護人が行うことに明示的に同意した。

事実審理の次の日、ウィギンズは、裁判所に対し、弁護人に援助あるいは介入の許可をしないように要求した。しかし、間もなくして、証人に対する自らの反対尋問を中断して、オフレコでサンプルズ弁護人と会話を交わした。

その次の日、ウィギンズは、グラハム弁護人が陪審員に対するウィギンズの冒頭陳述を行うことに同意した。

有罪評決の後、ウィギンズは新たな審理を求める申立をした。この申立の聴聞において、彼は、補助弁護人がこれまでなした弁護活動に承服できない旨を述べた。補助弁護人は彼の防御活動に不公正な形で介入したというのが彼の主張であった。

上訴手続及び州の人身保護審査が退けられた後、ウィギンズは、連邦の人身保護請求(habeas corpus)による救済を求めた。彼の主張は、補助弁護人の行為によってファレッタ判決が保障した自己弁護権が剥奪されたというものであった。連邦地裁はこの人身保護請求を棄却したが、第五巡回区控訴裁判所は、この決定を取り消した。¹²⁹

控訴裁判所は、過度に熱心な補助弁護人による被告人の依頼に基づかない訴訟参加(the unsolicited participation of overzealous standby counsel)の結果、ウィギンズの修正第6条の自己弁護権が侵害されたと判示した。

¹²⁹ Wiggins v. Estell, 681F.2d 266 (1982)

「本日、当裁判所が確立した原則は、裁判所によって選任された補助弁護人は『陪審員に見られても、聴かれてはならない。to be seen, but not heard』というものである。この意味するところは、補助弁護人は被告人と対立すること、あるいは、被告人の防御に取って代わることはできないということである。むしろ、補助弁護人は、被告人が利用するか否かに拘わらず、単に、被告人が適切と考えた時の助言目的のためにだけ存在するのである。」¹³⁰

(2) 法廷意見

オコーナー判事が法廷意見を書き、これにバーガー長官、パウエル、レンキスト、スティーヴンスの各判事が同調し、ブラックマン判事も結論についてのみ賛成した。

ファレッタ判決の少数意見であったバーガー長官、レンキスト判事及びブラックマン判事が多数意見を構成していることから分かります。ファレッタ判決の背後にある理念的対立を前提にすれば、補助弁護人の役割をどう位置付けるのかにつき、今度は、「個人の尊重」に由来する被告人の自律性、自己決定権の尊重よりは「正義の実現」を志向する社会的利益を優先する考え方が支配的となったことを示している。しかし、本判決は、ファレッタ判決を変更するものではなく、ファレッタ判決が示唆していた補助弁護人(standby counsel)の役割について、連邦最高裁としての指針を与えることが目的であるから、自己弁護権の憲法上の権利という性格は揺らいでいない。以下に、法廷意見の主要な判示部分を紹介する。

① 本件の争点

ファレッタ事件判決において、当裁判所は、被告人の修正第6条に基づく自己弁護権(Sixth Amendment right to conduct his own defense)を認めた。同様に、当裁判所は、事実審裁判所が、防御において自己弁護権を行使する被告人を援助するために、「補助弁護人 standby counsel」を選任できることを判示した。本日、当裁判所は、被告人の反対にもかかわらず法廷に存在する補助弁護人の果たす役割が、どのようにしてファレッタ判決が認めた被告人の権利保障と整合するのかにつき判断しなければならない。¹³¹

ウィギンズの不服申立は、事実審における彼自身の関与について課された制限に対するものではない。なぜなら、明らかに、そのような制限はなかったからである。そうではなく、不服申立は、補助弁護人の関与に関する制限が不十分であったという点に向けられている。¹³²

¹³⁰ *Id.* at 273

¹³¹ McKaskle, *supra* at 170

¹³² *Id.* at 176

② ファレットタ判決と補助弁護人の関係

ウィギンズの主張とこれを支持した控訴裁判所は、自己弁護権を行使する被告人が補助弁護人からの介入ないし勝手な関与から完全に自由な立場で、自らの事件を弁護することを主張できると考えている。ウィギンズは、第一義的には、ファレットタ判決の補助弁護人に関する判示部分にのみ依拠している。

我々の考えでは、ファレットタ判決の論理も、*Dougherty* 事件判決の引用も、補助弁護人による被告人の指示に基づかない訴訟関与を絶対的に禁止していないのは適切であると現在考えているか、あるいは、過去にそう考えられていたことを示している。本人が当事者として出廷する権利(*the right to appear pro se*)は、被告人の尊厳と自律性を認める目的と、場合によっては被告人の最良の防御になり得る自己弁護を認めるという目的に奉仕する。これらの目的は、補助弁護人が沈黙していることを典型的に求めることでは実現することができない。

ファレットタ判決が認めた被告人の権利が尊重されていたか否かを判断するには、第一に、被告人が自分のやり方で自分の事件を弁護する公正な機会(*a fair chance to present his case in his own way*)があったか否かに焦点が当てられなければならない。ファレットタ判決それ自身は、被告人の積極的な訴訟参加の権利を扱ったものであり、補助弁護人の付加的関与に関する制限を扱ったものではない。ウィギンズに広く認められていた、自らの言い分を法廷で聴いてもらうという特別の権利は、被告人の自己弁護権の核心をなすものである。

とはいうものの、我々は、自らのために弁論する権利というものが、他人の発言と重複した場合に更に自分の言いたいことを聴いてもらう機会を与える以上のものを意味することを理解している。ウィギンズが主張するように、補助弁護人が被告人の指示に基づかず、著しく介入的に訴訟に関与するならば、自己弁護権が実現しようとしている目的は達成されないことになる。陪審員の前行われる手続の場合には、「防御側」の複数の発言が被告人の伝えたいメッセージを混乱させ、結果としてファレットタ判決の目的を否定することにつながるから、この点につき被告人において利害を有することは法的に承認される。したがって、ファレットタ判決が認めた権利を実現するために、被告人の指示に基づかない補助弁護人の関与につき、ある程度制限を課さなければならないのである。¹³³

③ 法廷意見の定立した判断基準

¹³³ *Id.* at 176-177

第一に、自己弁護権を行使する被告人は、陪審員に提示すべく選択した主張事実につき事実上の支配を有すること(to preserve actual control over the case)が必要である。これは、ファレッタ判決が認めた権利の中核をなすものである。もし、被告人の反対にもかかわらず、裁判所が、補助弁護人の関与を許可し、補助弁護人に重要な戦術的決定をさせたり、被告人の決定に実質的な干渉をさせたり、あるいは、補助弁護人が証人尋問を支配したり、重要な事項につき被告人に代わって弁論することを認めるならば、結果として、上記ファレッタ判決の権利はなし崩し的に否定されるのである。

第二に、被告人の同意のない補助弁護人の関与は、被告人が自分自身で自らの弁護をしているという陪審員の認識(the jury's perception that the defendant is representing himself)を損なう場合には、許されるべきではない。自らの弁護を自らが行っているという立場を被告人の外観によって示すことは、刑事訴訟において重要である。なぜなら、当事者として本人が出廷する権利は、被告人の個人としての尊厳と自律性を確認するところに目的があるからである。一陪審員の眼から見た場合、被告人によって伝えられるメッセージは、メッセージの内容そのものと同じくらいメッセージを伝える人に依存する。被告人固有の観点から見れば、法廷の中の法律家だけが被告人の権利行使を知っているというのでは、当事者として本人が出廷する権利はその重要性のほとんどを失うことになるのである。¹³⁴

④ 本件へのあてはめ

(i) 陪審員が不在の場合

いくつかの出来事は遺憾なものではあるが、我々は、陪審員の面前以外でなされた補助弁護人の関与については、我々が定立した第一の基準を充たしていると考ええる。ウィギンズは、論争となった全ての事項につき、裁判所に対して自分の立場を述べる十分な機会が与えられていた。彼には、彼の抱いた問題点と関心事項を非公式に説明し、かつ、オフレコで裁判官と話し、繰り返し熟考する時間が与えられていた。補助弁護人は積極的に手続に関わったが、大部分は、通常のやり方に従ったものであった。被告人の忠告に反して補助弁護人が行った行為の一例は、誰が予備尋問の場で証人を尋問するかにつき被告人の態度がはっきりしなかったことの結果であった。ウィギンズには、裁判所に対し、彼の意図を説明するための十分な時間が与えられていたのである。

同様に重要な点は、ウィギンズと補助弁護人との間に生じた対立は全て、ウィギンズの主張どおりに解決されたということである。事実審裁判官は、

¹³⁴ *Id.* at 178-179

関係当事者全員に、ウィギンズの戦術的選択が優先するのであり、補助弁護人のそれが優先するのではないことを、繰り返し説明しているのである。ウィギンズのなした全ての申立が認容されたわけではないが、通常であれば弁護人の裁量に委ねられる事項について、ウィギンズの反対にも拘わらず補助弁護人の主張が受け容れられた例は一つもないのである。¹³⁵

(ii) 被告人の明示の意思に基づく場合

我々が定立した基準に補助弁護人の関与が抵触するかどうかを判断するに際し、被告人自身の行為に着目することも大切である。被告人はファレッタ判決の権利を放棄することができる。当然に、自己弁護権を行使する被告人の明示の同意に基づく補助弁護人の関与は、憲法上、何ら否定すべき理由がない。被告人が、事実審理において、弁護人に関与するように求めた場合には、当該関与を捉えて、自らの防御に対する支配を被告人から奪ったと主張することはもはや許されない。同様に、そのような関与があった場合、一般的に、自らの弁護を自らが行っているという立場を外観によって示す被告人の権利が合理的な理由もなく侵害されたと主張することもできない。

本件の記録によれば、ウィギンズの自己弁護の努力が次第に無に帰していったのは、第一には、弁護人の役割について自らの認識が頻繁に変わったことに起因している。事実審の初期の段階では、ウィギンズは弁護人の援助を全く必要とせずに訴訟を遂行することを主張していたが、ほどなくして、予備尋問において弁護人が証人尋問することに明示的に同意した。ウィギンズは、弁護人のなした申立のいくつかについて激しく反対したが、その他の申立については、好意的に受け容れていた。当初、ウィギンズは、補助弁護人の在席に異議を唱えたが、後に、裁判所が補助弁護人の不在のまま手続を進めることを拒否した。最後には、彼は、補助弁護人が防御側の最終弁論をすることに同意した。ウィギンズ事件の審理において、補助弁護人が長時間に渡って表舞台に立った例は陪審員の面前の場合と陪審員が不在の場合の2例があるが、いずれの場合も、ウィギンズの明示の同意に基づいているのである。このような状況下では、補助弁護人の関与が、実際に、当時のウィギンズの意思にどの程度反していたのかを確定することは著しく困難である。

ファレッタ判決は、事実審裁判官に、ウィギンズが事実上認められていた「混合」型の弁護人 (“hybrid” representation of the type) を許可するようには求めていない。しかし、被告人が機会を与えられながら、弁護人が

¹³⁵ *Id.* at 181

裁判所ないし陪審員の前で行動することを選択したならば、その後に、被告人が自らの指示に基づかない行為だとして不服の申立をしても、ほとんど説得力を持ち得ない。被告人には、弁護人から特別の振り付けをしてもらう憲法上の権利は存在しない。自己弁護権を行使する被告人が、一旦、弁護人の実質的な関与を自らがさせるか、あるいは、それに同意するならば、少なくとも、補助弁護人において沈黙を守るように被告人が明示的かつ二義を許さない意思を示さない限り、以後の補助弁護人の行動については、被告人の黙示の承認があるものと推定されなければならない。¹³⁶

(iii) 法廷慣行及び手続規則を教示する場合

同様に、補助弁護人が、証拠の提出とか証言に対する異議などのように、被告人の目的意識がはっきりしている特別な訴訟行為を完遂するために、自己弁護権を行使する被告人が抱えている手続法上ないし証拠法上の困難を取り除くための援助を提供しても、ファレッタ判決の権利が侵害されたことにはならない。また、単に、補助弁護人が、法廷内の取り決め事項や手続に関する基本的なルールに被告人が従うことができるように助言した場合も、ファレッタ判決の権利が侵害されたことにはならない。いずれの場合も、被告人が有する自らの弁護に対する事実上の支配に何ら重要な影響を及ぼしていないからである。自らが自らの弁護をしているという被告人の外観が損なわれるというおそれについても、同様に、軽微なものであるうえ、結局のところ、許容の範囲にとどまるからである。被告人には、法廷での手続について、事実審裁判官から個人的に教示を受ける憲法上の権利はない。また、憲法も、通常は、当然のこととして、経験を積んだ弁護人によって遂行される事務作業を、自己弁護権を行使する被告人に代わって行うようには命じていない。この点を、ファレッタ判決は次のように判示した。「自己弁護権は、法廷の尊厳をののしることを認める許可状ではない。同様に、手続法及び実体法上の関連規則に従わないことを認める許可状でもない。」

ウィギンズ事件の審理において、補助弁護人が関与した重要な部分は、陪審員の面前及びそうでない場合いずれの場合であっても、我々が述べた類型に属する基本的事項に関わるものであった。すなわち、裁判所に証人の所在を教えとか、ウィギンズに量刑段階の審理に陪審を選択する必要な書式を提供するとか、証人を尋問している最中に自分の意見を述べるべきではないとウィギンズに説明するとかの行為であった。一同様に、事実審裁判官はウィギンズに対し、証人を召喚する適切な方法について、裁判

¹³⁶ *Id.* at 182-183

所ではなく補助弁護人に相談するように繰り返し述べていたのである。¹³⁷

⑤ 無害の手続的瑕疵

ウィギンズの同意を得ていた場合あるいは事務的なし手続的事項に帰せしめられる場合を別としても、補助弁護人が被告人の指示に基づかずに陪審員の面前でなしたコメントは頻繁なものではなかったし、大部分は実害のないものであった。グラハム弁護人は、二度、ウィギンズの質問に対する証人の答えを遮った。第一の中断は些細なものであった。二度目の中断がなされたとき、陪審員は短時間退席させられ、その後、グラハム弁護人の求めに応じて警告の説示がなされた。ウィギンズは何らの異議もとどめなかった。また、補助弁護人は、陪審員の面前で3回、審理無効の申立をした。いずれの申立も、検察官のなした誤導尋問ないし不適切なコメントに対するものであった。ウィギンズは、最初の申立には何ら意見を述べず、他の二つについては反対した。残念なことに、補助弁護人は第二の申立について自らの憤懣を表明するために不穏当な発言をした。最後に、補助弁護人は、事実審理の量刑段階において、積極的な役割を演じた。この点に関し、記録上、被告人の態度が急に変わったことの説明はない。ウィギンズは、この段階で補助弁護人が関与することにつき、何らの異議も唱えていないのである。我々は、その時点までに、ウィギンズが本人として自己弁護をするのは自らにとって最善の利益にはならないと考えたのではないかと推測するだけである。¹³⁸

⑥ 結論

補助弁護人が、事実審の罪責確定段階で、ウィギンズの明示の同意がないまま陪審員の面前でなした陳述は、公判記録のほんのわずかな部分を占めるにすぎない。大部分は、反対すべき理由がないか、事務的な類のものであった。ウィギンズ事件の補助弁護人の関与の仕方を将来の事実審理における一つのモデルとみなすべきではないが、我々は、本件補助弁護人の訴訟参加が、未だ、ウィギンズの有するファレッタ判決の権利を侵害するには至っていないと考える。¹³⁹

ファレッタ判決は、被告人が自らの審理の舞台に登場する憲法上の権利を確認した。我々は、自己弁護権を行使する被告人は単独で舞うことを望み、二人で舞うことを望むものではないことを理解している。補助弁護人は、一般的に、この特別な思いを尊重しなければならない。しかし、補助弁護人が全面的に排除される必要はない。特に、陪審員の面前以外の場面で補助弁護

¹³⁷ *Id.* at 183-184

¹³⁸ *Id.* at 185-186

¹³⁹ *Id.* at 186

人が関与する場合、あるいは、被告人の明示ないし黙示の同意に基づき関与する場合には、排除される必要はない。この場合の被告人は、自ら相応しいと考えるように自らの外観を作出することが認められているからである。我々の判断によれば、被告人の指示に基づかない補助弁護人の関与は合理的制限の範囲内にあったと考える。¹⁴⁰

(3) 反対意見

上記法廷意見に対し、ホワイ特判事が反対意見を書き、これにブレナン、マーシャルの両判事が同調した。反対意見は、法廷意見が定立した自己弁護権の侵害を認定する基準である二要件テスト(a two-part test)の曖昧性を批判し、控訴審判決が定立した基準(to be seen ,but not heard)を支持する。二要件テストでは補助弁護人のなしうる行為の範囲を画するには不十分であり、かえって、第一線の現場に混乱をもたらすというのである。また、反対意見は、法廷意見が本件事案に対し「無害の手続的瑕疵 harmless error」をあてはめて、補助弁護人の行為を正当化したことを批判する。

理論的に見た場合、両者の対立点は以上のように整理できるが、根底には、被告人の自己決定ないし自律性を重視するか、公正な裁判の実現を重視するのかの理念的対立があり、それが補助弁護人の行為をどう評価するかに直結しているため、同じ訴訟記録に依拠しながら、補助弁護人の行為の見方は際立った対照を示している。以下に、反対意見の主要な部分を紹介する。

① 自己弁護権侵害の判断基準について

(i) 総括的批判

法廷意見は、補助弁護人がウィギンズの自己弁護権を不当に侵害したか否かを判断するにあたって、控訴裁判所が用いた「陪審員に見られても、聴かれてはならない」基準(the seen -but-not-heard standard)では、補助弁護人の行為を余りにも厳格かつ制限的に規制しすぎると判示した。しかし、上述したように、控訴裁判所は、補助弁護人が任意で行った個々の援助行為ないし一連の援助行為が全て被告人の諸権利を侵害すると判示したものではない。私が理解するところ、控訴裁判所の判決によっても、事実審裁判官が、被告人に対し、法廷での適切な行動を求めるために必要な場合に補助弁護人に相談するように指示すること、あるいは、補助弁護人が訴訟手続に介入できる時期を定めた基本的なルールに被告人も同意すべきであると主張することを禁じられてはいない。私も、事実審裁判官に訴訟手続上の知識を被告人に教える義務を負担させるべきではないし、事実審裁判官は、被告人に対し、必要な知識は補助弁護人から聞くように指

¹⁴⁰ *Id.* at 187-188

示できるとしななければならないと考える。以下の判決も、この考え方に反するものではない。私の考えでは、控訴裁判所は、ファレッタ判決の判示部分「州は、被告人が援助を求めてきた場合に被告人を援助するために、『補助弁護人』を一被告人の反対にもかかわらず一選任することができる。」(Faretta v. California, 422U.S.835 頁)を受けて、それを受け容れやすい形に表現して、適切な基準を定立したものである。いずれにしても、私には、法廷意見が控訴裁判所のアプローチに代わる基準として十分なものとは思えない。¹⁴¹

(ii) 法廷意見の基準の第一要件について

法廷意見も周知のとおり、ファレッタ事件は、事実審裁判所が、被告人の自己弁護権行使の要求を完全に退け、被告人に対し、国選弁護人を通じてのみ訴追事実に対し弁明すべきことを要求した事例であった。ウィギンズは、ファレッタとは異なり、自己弁護権の行使を認められ、事実審理において、積極的な役割を果たした。法廷意見は、訴訟記録の検討に基づいて、ウィギンズは「被告人が自分のやり方で自分の事件を弁護する公正な機会 **a fair chance to present his case in his own way**」が与えられており、かつ、「被告人の指示に基づかない補助弁護人の関与は、合理的制限の範囲内にあった」と結論付ける。法廷意見は、二要件テスト(**a two-part test**)を適用してこの結論を導くのであるが、私の考えでは、このテストは、補助弁護人と事実審裁判所に対する指針には全くといってよいほどなっていないばかりか、不可能とは言わないまでも、控訴裁判所に困難な責務を課するものであり、ひいては、被告人の自己弁護権という憲法上の権利が急速に衰退する結果を導くことになろうと推測する。

法廷意見の定立した新基準の下では、自己弁護権を行使する被告人が「陪審員に提示すべく選択した事件内容につき事実上の支配 **actual control over the case**」を有していたか否か、及び、補助弁護人の関与が、「被告人が自分自身で自らの弁護をしているという陪審員の認識 **the jury's perception that the defendant is representing himself** を損な」ったか否かを判断することが必要である。この基準は、ファレッタ判決の背後にある全ての価値を守ることを目的にしているが、果たして、その結果を実現できるのか否かは不明である。

自己弁護権を行使する被告人において、自分の発言が認められている限り、法廷意見の基準の第一要件は、陪審を伴わない裁判官だけの審理ないし陪審を退席させた場面での手続に関わる補助弁護人に対し、事実上、補

¹⁴¹ *Id.* at 192-193

助弁護人が被告人の反対にもかかわらず事実問題または法的問題について議論をなし得る完全な自由裁量を認めることになる。この意味で、補助弁護人の関与に対する制限を「事実上の支配」テストによって判定するというのは、生の現実可依拠するというよりは遙かに外見によって判断されることになるのである。第一に、補助弁護人は「重要な戦術的決定をしたり、被告人の決定に実質的な干渉をすること」はできない。しかし、補助弁護人が陪審員の面前で被告人の戦略を直接否定するのでない限り、補助弁護人の関与が防御に及ぼした影響がどの程度あったのか全くなかったのかを裁判所が判定することはほとんど不可能であるといつて差し支えない。第二に、法廷意見は、「通常であれば、弁護人の裁量に委ねられる事項」に関する、自己弁護権を行使する被告人と補助弁護人との間の対立は、被告人の主張を受け容れる方向で解決されるだろうと述べる。しかし、見解の相違の多くは、いずれか一方の立場を選択するように裁判所の判断を求める直接的紛争にまで発展するのではない。法廷意見によれば、明らかに、補助弁護人の意見具申を理解したこと、及び、裁判所の判断を仰ぐ対立が生じたことの主張責任は自己弁護権を行使する被告人に課せられている。これを適用するならば、法廷意見の基準によって、ファレッタ判決に由来する個人の自律性の利益を守ることは、確実に、不可能となろう。

142

(iii) 法廷意見の基準の第二要件について

法廷意見は、補助弁護人が陪審員の面前で介入した場合には、自己弁護権を行使する被告人の利益を守るために、さらに十分な配慮を尽くすように述べているが、基準の第二要件も、同様に、欠陥を持っている。事実審及び控訴審裁判所の事実認定能力において、被告人の指示に基づかない補助弁護人の関与の結果、自己弁護権を行使する者という被告人の陪審員の面前における外観が実質的に損なわれたという事実をどの程度認定できるかについて、私はかなりの疑問を抱いている。その判断をするには、ある程度まで、「被告人個人の尊厳と自律性を確認」することになる。しかし、裁判所がそれを完全に確認することはできない。なぜなら、陪審員が被告人をどのように見ているかに焦点を当てるに当たって、多数意見は、刑事司法制度に対する被告人自身の認識を強調したファレッタ判決を無視し、「被告人個人の尊厳と自律性を確認」することを拒否する目的で、事実上、結果と結びついた無害の手続的瑕疵の基準(the result-oriented harmless error standard)を用いることを示しているからである。

¹⁴² *Id.* at 193-194

さらに、補助弁護人と下級審裁判所にとっての指針として見たとき、法廷意見の定立した二要件テストは明らかに不十分である。補助弁護人に限定された役割を受け容れるように促す代わりに、法廷意見は、被告人が反対の意思を改めて主張し事実審裁判所が限界を明示しない限り、補助弁護人が、被告人の反対の指示にもかかわらず、関与できることをはっきりと認めているのである。補助弁護人の介入に対し自己弁護権を行使する被告人が異議を唱えた場合、事実審裁判所がどう対応すべきかについても何ら触れるところがない。事実審裁判所が、補助弁護人に対し、弁護人が自己弁護権を行使する被告人に沈黙を強いることを禁止しなければならない、対立があった場合には、被告人の主張に沿った形で解決しなければならないのは明白である。しかし、法廷意見には、補助弁護人の関与に関するそれ以上の明確な制限はほとんど示されていない。かえって、それは、事実審裁判官に、被告人の有するファレッタ判決の権利に与えた補助弁護人の行動の影響について、数多くの主観的事実に関わる判断をなすように求めているのである。一般的には、事実審裁判所は、自己弁護権を行使する被告人が明示的に反対の意思を明らかにした補助弁護人の個別の訴訟行為についてのみ審査するので、事実審理の全体像についての印象を形成しうる立場にあるのは控訴審裁判所だけである。にもかかわらず、法廷意見によれば、これらの裁判所は、明確な基準を与えられない上に、二要件テストによって必要とされる事実調査をしなければならず、その能力の欠如と不本意な思いに悩まされることになる。

要するに、私は、法廷意見のテストは機能し得ず、ファレッタ判決において我々が認めた基本的利益を擁護するには不十分であると考える。¹⁴³

② 無害の手続的瑕疵について

個別に検討を加えれば、自己弁護に介入した補助弁護人の行為の多くは、重要ではないように見えるかもしれない。補助弁護人の行為を個別化しようとする法廷意見の意図は理解できるけれども、私の考えでは、それはウィギンズの自己弁護権に頻繁に介入した補助弁護人の行為の累積的效果を無視する結果になると思う。法廷意見が、補助弁護人に越権行為があれば何であれ、それが破棄の対象となる瑕疵になるわけではないという限度では、私もその理由付けに異論を差し挟むものではない。事実審裁判所が、補助弁護人による個別的かつ実害のない関与を容認する場合、おそらく、一控訴裁判所の判示にならって一無害な憲法上の瑕疵(harmless constitutional error)として性格付けられるものと思われる。人によっては、そのような関与は、単

¹⁴³ *Id.* at 194-195

純に、何ら憲法上の権利侵害のレベルに達するものではないと結論付ける者もいるだろう。第二の見解の方が明らかに望ましいが、本件において、両者の見解のいずれかを選択する必要はない。いずれの見解に依拠しても、ウィギンズの主張が優先されるべきであるからである。¹⁴⁴

反対意見注記6

「自己弁護権の性格を考えれば、伝統的な無害の手続的瑕疵の法理を適用することは、殊更に不適切であると言える。他の憲法上の権利と異なり、自らが自らを弁護する権利は、『結果と結びついた result-oriented』ものではないからである。無害の手続的瑕疵の法理が適用されるのは、通常、問題とされている瑕疵が、被告人の防御を促進する目的あるいは疑問のある証拠から被告人を保護する目的で被告人に認められている権利に関わる場合である。一他方、我々は、被告人の自己弁護権が、それを行行使することによって裁判に勝つ機会が増大するという信念に基づくのではなく、むしろ、法の前における地位をも含めて、自らの運命を選択する最終的な責任は個人にあるという自明の理に対する敬意に基づいていることを知っている。被告人は、自ら法廷にいる間、たった一人で対処し、かつ、その訴訟の結末を受け容れる道徳的な権利を有しているのである。Chapman v. United States , 553F.2d 886, 891(CA5 1977)」¹⁴⁵

事実審裁判所が被告人の自己弁護権を完全に否定した場合と同様、本件のような事案、すなわち、被告人が自己弁護権の行使を認められながら、彼のために選任された補助弁護人の行為によって被告人が自己弁護権を行行使することが禁じられた場合にも、結果と結びついた無害の手続的瑕疵の法理を適用するならば、その権利は重要なものではないと宣言する結果をもたらすのである。仮に、補助弁護人の介入が些細なこと(de minimis)として性格付けられるとすれば、自己弁護権の侵害が無害の憲法上の瑕疵に当たると説明するよりも、何らの侵害も生じていないと結論する方に、より整合性を持つことになる。本件がそうであるように、補助弁護人がかなりの自主性を持って行動し、被告人の自己弁護権に重大な干渉をしたのであれば、憲法上の侵害が果たして事実審理の結果に影響を及ぼしたのか否かをさらに調査するまでもなく、自動的に、破棄の結論が導かれてしかるべきである。¹⁴⁶

¹⁴⁴ *Id.* at 197-198

¹⁴⁵ McKaskle, *supra* note (112) , White. J., dissenting, n.6 ウィギンズ判決のホワイト判事の反対意見の注記6 参照。

¹⁴⁶ McKaskle, *supra* note (112) at 198

6 補助弁護人の運用

(1) 裁判所の裁量

ファレットタ判決とウィギンズ判決の狭間で、補助弁護人を付するか否かの決定は事実審裁判所の裁量に委ねられた。審理の途中で被告人が弁護人の援助を受ける権利の放棄を撤回すれば、自動的に、待機していた補助弁護人が被告人の弁護活動を引き継ぐことになる。この意味で、補助弁護人の選任は、事実審裁判官にとって、一方で、被告人の修正第6条の権利である自己弁護権の行使を認めながら、他方で、刑事司法の効率性及び公正性を維持する格好の道具となる。

しかし、事実審裁判所が、被告人において自己弁護権を行使する決断をした場合、補助弁護人の選任に好意的であるとは必ずしもいえない。裁判所の中には、補助弁護人の選任があることがかえって自己弁護権の行使に拍車をかける結果になると指摘し、厳格に、補助弁護人なしの自己弁護権を行使するか、あるいは、弁護人による弁護を受けるかの選択を迫る例もあるからである。¹⁴⁷

しかも、補助弁護人は、被告人の反対の意思にもかかわらず、事実審裁判官が、その裁量に基づいて一方的に選任できるのに対し、被告人の方から、補助弁護人を求める権利は認められていない。¹⁴⁸したがって、事実審裁判官が、補助弁護人を選任しなかったからといって、上訴審での破棄理由になるものではない。¹⁴⁹

(2) 裁判所が補助弁護人を選任する理由

事実審裁判所が補助弁護人を選任する理由として次のような政策目的が指摘されている。¹⁵⁰

① 訴訟遅延の防止

被告人の中には、訴訟遅延の目的で、最初は、弁護人の援助を受ける権利

¹⁴⁷ Poulin, *supra* note (115) at 684 は、Brookner v. Superior Court, 76 Cal.Rptr.2d.68 (Ct.App.1998) の次の表現を引用している。「自己弁護権を行使する被告人は、単独で飛行するべきである。たとえ、乱気流に巻き込まれて自信を喪失した時であっても、ファーストクラスの最前列に経験豊富なパイロットが乗っているなど考えるべきではない。」

¹⁴⁸ United States v. Romano, 849F.2d 812, 816 (3rd Cir. 1988)

Poulin, *supra* note (115) at 692 n.72 ポーリン前掲注 (115) 692 頁注記 72

¹⁴⁹ Williams, *supra* note (105) at 804

¹⁵⁰ *Id.* at 804-806

を放棄して自己弁護権を行使しながら、審理の途中で、前になした権利放棄を撤回して訴訟遅延を図る者がいるので、その被告人の意図を挫き、訴訟を効率的に勧めるために補助弁護人を予め選任しておく。

② 被告人の法的知識の補完

法的知識及び手続法に疎い被告人に必要な情報を提供することによって、被告人の自己弁護権行使を実効的なものにしようとする。

③ 実質的弁護能力に問題のある被告人の弁護

訴訟能力(competency to stand trial)と権利放棄をなしうる能力とは同じレベルのものと理解されているので、意思能力が認められれば、精神的障害とか言語能力の欠如を考慮しないのが判例である。¹⁵¹その結果、弁護人の援助を受ける権利を有効に放棄したが、実質的に十分な弁護能力を備えていない被告人が存在することになる。その場合に、補助弁護人を付することによって、本人の弁護を意味のあるものにしようとするのである。

また、当事者主義の刑事司法システムが裁判所に要請する公正らしさ(the appearance of judicial impartiality)を保つのに補助弁護人の選任が有用であることも指摘されている。¹⁵²すなわち、事実審裁判官が、自己弁護権を行使する被告人に対し、手続法や実体法を教示しなければならない事態になれば、裁判所の中立性の外観は著しく損なわれるが、補助弁護人がその役割を引き受ける限りは、裁判所は依然として刑事司法を司る機関としての中立性を維持し得るのである。

以上の補助弁護人の選任理由にも二つの顔を見ることができる。一つは事実審裁判所から見た訴訟進行の便宜、いわゆる効率性の追求であり、もう一つは、裁判所の「公正な裁判」を保障するための後見的機能の現れである。補助弁護人の選任が被告人の権利ではなく裁判所の自由裁量に委ねられていることが端的に物語っているとおり、結局は、補助弁護人は裁判所の機関として裁判所の利益のために行動するという基本的性格を払拭することはできない。この基本的性格の故に、ウィギンズのような自己弁護権を行使する被告人は、たとえ後見的機能を有する助言者にとどまるとしても、補助弁護人それ自体の存在を忌避するのである。

(3) 裁判所は誰を補助弁護人に選任しているか

事実審裁判所が、決して被告人の利益を最大の関心事として補助弁護人を選任しているのではないことは、通常、誰を補助弁護人に選任しているかを見れば、一層はつきりとする。

¹⁵¹ Godinez, 509 U.S.389 (1993) Decker, *supra* note (118) at 517-519

¹⁵² Williams, *supra* note (105) at 806

事実審裁判所は、訴訟の継続性維持の観点から、しばしば、被告人が援助を受けることを拒否した最初の国選弁護人を選任するのである。¹⁵³ その結果、両者間の陰悪な関係は解消されないまま残り、裁判所が期待するような後見的功能は発揮されず、単に、外観上の「公正な裁判」が実現されたという裁判所の免責のためだけに補助弁護人の選任が利用されるのである。¹⁵⁴

事実審裁判所が、真に、自己弁護権を行使する被告人を後見するために補助弁護人を選任するのであれば、少なくとも、被告人が真面目に弁護人の交代を願い出た国選弁護人を補助弁護人に選任することは避けるべきである。再度、補助弁護人として選任することが被告人の意思に関わらない事実審裁判所の自由裁量に属するとは言っても、明らかに、適切な後見機能は果たせない以上、もはや、補助弁護人の選任が目的とした「公正な裁判」は実現できないからである。¹⁵⁵

(4) ABA 基準の変遷

① ABA 刑事司法の運営に関する基準

1987 年当時、すなわち、ファレッタ判決が出された後、ABA 刑事司法の運営に関する基準第 2 版（1987 年の暫定的草案）の 6-3.7 は、次のように記載されていた。¹⁵⁶

「被告人に対し、弁護人の援助を受けることなく自分自身で手続を進めることを許可した場合、事実審裁判官は、被告人の請求により被告人を援助するため、及び、裁判所が被告人の申立につき判断を下すに当たって、被告人に有利な事項を裁判所に喚起させるため、補助弁護人を選任することを考慮すべきである。複雑な事案又は審理が長期化することが予想される事案、あるいは、複数の被告人がいる事案には、常に、補助弁護人が選任されるべきである。」

② ABA 刑事司法基準

1993 年当時、すなわち、ウィギンズ判決が出された後、ABA「刑事司法基準」の「検察機能及び弁護機能」第 3 版には、第 3 部の弁護士－依頼者関係において、第 3 版から新しく規定された基準 4-3.9 として「ハイブリッド

¹⁵³ United States v. Mullen, 930F.2d 1356 (8th Cir. 1991) Poulin, *supra* note (115) at 691

¹⁵⁴ Williams, *supra* note (105) at 807, Poulin, *supra* note (115) at 685-687, 691-692

¹⁵⁵ Poulin, *Id.* at 692

¹⁵⁶ ABA Standards Relating to the Administration of Criminal Justice Standard 6-3.7 (2d ed. Tentative Draft 1987)

及びスタンバイ・カウンセルの責務」が記載された。¹⁵⁷ そこでは次のように記載されている。

「(a)自己弁護権を行使する被告人を積極的に援助することを義務とする弁護人は、当該事件の訴訟行為に関する戦略的及び戦術的事項を含む全ての事項につき、最終的な決定を被告人に委ねなければならない。

(b)自己弁護権を行使する被告人が援助を求めた場合にのみその被告人を援助することを義務とする弁護人は、被告人の関心を引くように被告人にとって利益となる事項を被告人に提示することができる。しかし、被告人の防御行為に積極的に参加してはならない。但し、被告人が弁護人の関与を求めた場合あるいは裁判所からそうするように指示された場合はこの限りでない。」

しかし、こうした基準の存在にも関わらず、補助弁護人は、一方で、選任した事実審裁判所の利益に奉仕することを期待され、他方では、同時に、被告人の防御目的に奉仕するという二重の役割を負わせられた結果、そのいずれに軸足を置くかの認識の差に応じて、現実の活動において、著しい格差をもたらすことになったのである。

7 ハイブリッド・カウンセル (Hybrid Counsel)

(1) ハイブリッド・カウンセル (Hybrid Counsel) の意義

ウィギンズ判決の法廷意見の中に、ウィギンズは事実上「混合」型の弁護人 (“hybrid” representation of the type) を認められていたとの表現があり、その実態がウィギンズにおいて補助弁護人に黙示の承認を与えていたことの根拠とされている。¹⁵⁸ また、前記 ABA の「弁護機能に関する基準」の 4-3.9 においても、Standby Counsel と並んで Hybrid Counsel が表題となっている。このことは、事実審裁判所の裁量によって認められる補助弁護人の形態の中に、自己弁護権を行使する被告人と補助弁護人が、いわば、共存する形が存在していることを示している。

“hybrid”の意味は、遺伝形質を異にする雑種間交配によってより強力な品種を生み出すことであるから、この表現に込められたイメージは、出自の異なる自己弁護権と補助弁護人による弁護とを組み合わせることによって、両者が目的とするそれぞれの憲法上の価値、すなわち、「個人の尊厳」に由来

¹⁵⁷ ABA Standards for Criminal Justice : Prosecution Function and Defense Function 3d Edition (1993) 178-180

¹⁵⁸ McKaskle, *supra* at 183

する自己決定権の尊重と「公正な裁判」の実現という両方の価値を同時に充たすことと理解できる。ファレッタ判決の法廷意見と反対意見で鋭く対立した、「個人の尊厳」という個人的利益を優先させるか、あるいは、「公正な裁判」という社会的利益を実現させるか、という一見二律背反に見える価値観の対立を、双方の理念が帰結する弁護形態を「共存」させることによって、両者の調和を図ったものということができる。

しかし、ハイブリッド・カウンスルは、概念的には、補助弁護人の一形態であり、補助弁護人とは異なる別の種類の弁護人を創設したと考えるべきではないだろう。もともと、補助弁護人(Standby Counsel)それ自体が前記憲法的価値の対立を解消する方策として考案されているのであり、自己弁護権と補助弁護人の弁護を究極まで共存させたものが「ハイブリッド」型として観念できるからである。

(2) ハイブリッド・カウンスルの憲法上の位置付け

「ハイブリッド」型の弁護とは、補助弁護人の役割が明確な定義を欠いているのと同様に、必ずしも、明確な定義が与えられている訳ではない。¹⁵⁹一応、被告人自身がかなりの弁護活動を行う一方で、補助弁護人が訴訟手続全体のバランスを図ることが想定されている。¹⁶⁰

ウィギンズ判決の法廷意見が「ファレッタ判決は、事実審裁判官に、ウィギンズが事実上認められていた『ハイブリッド』型の弁護を許可するようには求めている」と判示したので¹⁶¹、「ハイブリッド」型の弁護を要求する権利は憲法上の権利としては認められていない。憲法上、被告人は、自らが自らを弁護する方法か、資格のある弁護人による弁護を受ける方法かのいずれかを選択するしかなく、それらを同時に要求することは認められていない。

¹⁶²また、自己弁護権と弁護人の弁護により防御する権利とは積極的に共存で

¹⁵⁹ 例えば、ポーリン・前掲注(115)注記136は、「ハイブリッド」型の弁護を「事実審の継続中、何度でも、自由に自己弁護権の行使と防御活動の或る部分を補助弁護人に委ねることを交互に行う被告人の弁護形態」の意味で用いている。

¹⁶⁰ Decker, *supra* note (118) at 537-538 n.319 デッカー・前掲注(118)の注記319は、Parren v. State, 532 A. 2d 597, 599 (Md. 1987)の次の判示を引用する。「『ハイブリッド型の弁護』という表現は、被告人が弁護人の援助を受ける権利を放棄しない場合に被告人の関与が認められるのと同様に、被告人が自己弁護権を行使している場合に弁護人の援助を受けられることを認めているかのように用いられるので、誤解を招く表現である。」

¹⁶¹ McKaskle, *supra* at 183

¹⁶² United States v. Swinney, 970 F.2d 494,498 (8th Cir. 1992); People v.

きないと考えられている。¹⁶³

「ハイブリッド」型の弁護については、各州の事実審裁判所がその裁量によって認めることはあるが、ほとんどの州において、いかなる共同弁護の形態(mixed representation)であれ、被告人からの共同弁護の要求は繰り返し否定されている。例えば、自己弁護権を行使している被告人が1日だけ弁護人の援助を希望したのを退けた決定¹⁶⁴ などがある。事実審裁判所が「ハイブリッド」型の弁護を拒否する場合の理由として、「弁護人の熱心な援助と同様に効率性の考慮 efficiency considerations」が働いていることが指摘されている。¹⁶⁵

しかし、被告人の請求を認める形で、事実審裁判所が弁護人の機能の或る部分を補助弁護人に委ねる裁量を行使することは禁じられていないので¹⁶⁶、「ハイブリッド」型の弁護は被告人の憲法上の権利ではないけれども、憲法上、禁止されているわけでもない。¹⁶⁷

(3) 判例から抽出される基準

要するに、「ハイブリッド」型の弁護を認めるか否かは、全て、事実審裁判所の自由裁量であり、被告人側からの請求権は一切認められないということである。しかし、判例の中から、一定の基準を導くことは可能である。整理すれば次のとおりである。¹⁶⁸

- ① 弁護人に依頼した被告人は、もはや、自己の防御の或る一部分についてのみ自己弁護権を行使するという選択は許されない。
- ② 事実審裁判所が、「ハイブリッド」型の弁護を認める場合、依然として、被告人が弁護人の援助を受ける権利を放棄していることを確認しておかなければならない。

Partee, 511 N.E.2d 1165 (Ill. App. Ct. 1987)

¹⁶³ United States v. Dujanovic, 486 F. 2d 182, 185 (9th Cir. 1973) ; United States v. Zielie, 734 F 2d 1447, 1454 (11th Cir. 1984)

¹⁶⁴ United States v. Zielie, *Ibid.*

¹⁶⁵ Vivian O. Berger, *The Supreme Court and Defense Counsel : Old roads , New Paths ---A Dead End ?*, 86 Colum. L. Rev. 9, 41 (1986)

¹⁶⁶ United States v. Kimmel, 672 F.2d 720,721 (9th Cir. 1982)

¹⁶⁷ United States v. Ramos, 21 F. 3d 426 (4th Cir. 1994)は、「ハイブリッド」型の弁護または共同弁護(co-counsel)の構成を許可するか否かの事実審の判断は、優れて事実審裁判所の裁量の範囲内にあり、各事件の個別状況に応じて、そのような弁護形態を認めるか否かを裁判所は自由に決定できると判示した。

¹⁶⁸ Decker, *supra* note (118) at 539-540

- ③ 被告人が自己弁護権を行使する意思を明らかにした場合、被告人が審理の或る部分を担当し、残りの部分を補助弁護人に依頼することはできない。
- ④ 一旦、自己弁護権を行使する被告人が、補助弁護人の関与に同意するか、関与を求めた場合、明確な反対の意思表示がない限り、その後の補助弁護人の行為につき、被告人は黙示の同意を与えたものと見なす。

(4) 「ハイブリッド」型の弁護に対する評価

研究者の「ハイブリッド」型の弁護に対する評価は、両極端に分かれるとあって過言ではない。先ず、共同弁護(co-counsel)という形態につき、修正第6条の価値「個人の尊厳」から見ても、積極的に肯定する立場と消極的な立場とがある。前者は、契約法理に従い被告人が自らの弁護人を共同弁護人の形態で雇うことができることを理由に、「ハイブリッド」型の弁護を憲法上の地位にまで高め得ると主張する。¹⁶⁹ 後者は、「ハイブリッド」型の弁護が自己弁護権及び弁護人の援助を受ける権利の双方を部分的に放棄するとの理解に立って、被告人が資格のある弁護人と共に弁護人の地位を共有することは、「個人の尊厳」という個人的利益を損なうことにつながり、かえって、被告人個有の「審理の間、一人で対処する道徳的権利 *moral right to stand alone in his hour of trial*」を否定する結果になると主張する。(同時に、「秩序だった手続と確固たる判決」に内在する国家利益が実質的に損なわれる危険性をも指摘する。)¹⁷⁰

理論的な問題もさることながら、実際上の問題も無視しえない消極的考え方の重要な論拠である。すなわち、陪審員にとっては、自己弁護権といった概念になじみがないうえ、補助弁護人の役割については全く分からないため、事実審理の場面場面で被告人と補助弁護人とが互換的に当事者として登場してくると、一体、誰が弁護権を行使しているのかについて混乱を招く。その結果、被告人に不利な印象を陪審員に与えかねないのである。¹⁷¹ 同様に、事実審裁判官自身にとっても、「ハイブリッド」型の弁護を認めると、どの範囲までであれば補助弁護人の行為が自己弁護権を侵害しないのかの判定ははなはだ困難になり、過度の弁護活動があったとして、将来、自己弁護権侵害を理由に上訴審で破棄される危険を覚悟しなければならないことになる。¹⁷²

¹⁶⁹ Richard H. Chused, *Faretta and the Personal Defense: The Role of a Represented Defendant in Trial Tactics*, 65 Cal. L. Rev. 636 (1977)

¹⁷⁰ Berger, *supra* note (165) n.321 バーガー・前掲注(165)の注記321参照。

¹⁷¹ Williams, *supra* note (105) at 808

¹⁷² *Ibid.*

こうした法的ないし実問題的な問題点から、「ハイブリッド」型の弁護形態を以下の二つの場合を例外として認めるほかは否定しようとする考え方が示されている。¹⁷³

①当該事件の被害者を尋問する場合に、被告人が明示的に補助弁護人による証人尋問を望む場合

②被告人自身が証人として証言台に立つ場合

この考え方は、「ハイブリッド」型の弁護形態の限界を上記例外的場合に限定することによって、補助弁護人の役割をできるだけ補完的助言者(a silent technical advisor)の地位に止めようとする考え方に通ずる。

これとは逆に、自己弁護権行使に困難を感じた被告人が補助弁護人に援助を願い出ことは当然であり、補助弁護人もそれに応えようとするのが職業人としての態度であるから、むしろ、より積極的な役割(lead counsel)を明確にするべきであるという主張がある。¹⁷⁴ 換言すれば、ウィギンズ判決は、憲法上の自己弁護権が補助弁護人の積極的関与と共存できることを示したのに、その後の判例も補助弁護人の活動も、その期待される限度まではなされていないという批判である。この考え方からは、被告人が自己弁護権を選択した場合には、必ず、補助弁護人が付されることが義務づけられ、補助弁護人は、自己弁護権を行使する被告人に対し自己弁護権を侵害しない範囲で可能な限りの弁護活動を提供すべき義務を負担することになる。¹⁷⁵

結局、こうした「ハイブリッド」型の弁護形態をめぐる議論も、自己弁護権と補助弁護人の援助の調和を図るという理念の下、いずれを優位に置いて考えるかによって、ウィギンズ判決の示した一定の幅の中の上限を理想型と考えるのか、それとも、下限をもって理想型と考えるのかに分裂するのである。¹⁷⁶ この意味で、「ハイブリッド」型の弁護形態は、ファレッタ判決及びウィギンズ判決によって示された修正第6条の背後にある憲法上の理念な

¹⁷³ *Id.* at 813

¹⁷⁴ Poulin, *supra* note (115) at 709

¹⁷⁵ *Id.* at 735 See Kenneth S. Sogabe, *Exercising the Right to Self-Representation in United States v. Farhad : Issues in Waiving a Criminal Defendant's Sixth Amendment Right to Counsel*, 30 Golden Gate U. L. Rev 129 (2000)

¹⁷⁶ Randall B. Bateman, *Federal and State Perspectives on a Criminal Defendant's Right to Self-Representation*, 20 J.Contemp. L.77 (1994)は、自己弁護権行使に伴う誤判の回避と司法運営上の効率性の観点から、第三者の立場に立つ弁護人(a Third-Party Defense Counsel)を提唱する。

いし価値観の対立を解消する効果をもたらしたというよりは、むしろ、より先鋭な形で調和の難しさを示していると言えるのである。

8 考察

(1) 自己弁護権に関するまとめ

ファレッタ判決とウィギンズ判決が示した、連邦最高裁の自己弁護権行使に関する準則を整理すれば、おおよそ、次のようになる。

① 自己弁護権の根拠

憲法修正第6条の弁護人条項は、被告人に「自らの防御のために弁護人の援助を受けること」を保障しているが、この保障には、被告人自身が自らの弁護人となって自らを弁護する権利も含まれている。審理の対象は、被告人自身であって、弁護人ではないからである。

② 自己弁護権に含まれる派生的権利

修正第6条の自己弁護権には次のような諸権利が含まれる。すなわち、自らの防御の内容及びその構成を自らが決定できる権利、異議申立をなす権利、法的問題について議論する権利、陪審員および証人資格に関する予備尋問(voir dire)を行う権利、証人に対し反対尋問を行う権利、裁判所及び陪審員に対し、事実審において意見を陳述する権利など。要するに、被告人自身の声が直接陪審員及び裁判所に届くことが権利の核心である。

③ 自己弁護権を保障する目的

自己弁護権は、被告人の個人としての尊厳と自律性を尊重し、被告人が最善と考える防御方法を可能な限り実現させることを目的とする。しかし、この目的を達成するために、補助弁護人の役割を、一律に、被告人の指示がなければ訴訟手続に全く関与できないとか、沈黙を義務づけるというのは相当ではない。

④ 自己弁護権の尊重

被告人の自己弁護権が尊重されているか否かを判断するには、まず、被告人が自分のやり方で自分の事件を弁護する公正な機会が与えられているか否かに着目しなければならない。

⑤ 補助弁護人の関与が自己弁護権を侵害しない場合の判断基準

補助弁護人が被告人の指示に基づかずに訴訟手続に関与しても、被告人が自らの防御を自らが行うことにつき事実上の支配権を及ぼしており、かつ、合理的に考えて、被告人が自分自身で自らの弁護を行っているという陪審員の面前における外観が損なわれていない場合には、補助弁護人の行為によって、被告人の修正第6条の自己弁護権が侵害されたということとはできない。

⑥ 無害の手続的瑕疵

自己弁護権を行使した場合は、通常、資格のある弁護人による弁護を受けた場合に比べて、被告人に有利な結果をもたらす可能性は低いので、事実審裁判所が被告人に自己弁護権を許可しなかった点に瑕疵があったとしても、無害の手続的瑕疵の法理には服さない。自己弁護権は、事実審裁判所の自由裁量によって、認められる場合も認められない場合もあるが、一旦与えた自己弁護権を後に剥奪する場合には無害であるとは言えない。

⑦ 効果的弁護を受ける権利の否定

自己弁護権を行使する被告人は、後に、自らの弁護の質が不十分であったことを理由に、憲法上の効果的弁護を受ける権利が否定されたという上訴理由を主張することはできない。

⑧ 補助弁護人の関与に関する制限

(i) 陪審員の面前における訴訟行為の場合

自己弁護権を行使する被告人は、陪審員に対し、自らの防御のために何を提示すべきかを決定できる事実上の支配権を有している。それ故、補助弁護人が、被告人の指示に基づかずに任意に訴訟行為を行うことは、被告人自身の弁護権行使という陪審員の認識を損なう結果となるので、許されない。

(ii) 陪審員の面前以外の場面における訴訟行為の場合

被告人は、修正第6条の自己弁護権を、陪審員の面前以外の場面においても行使することができるので、裁判官の面前で自由に意見を述べることができる。被告人と補助弁護人との間に意見の対立が生じた場合、その対立が、資格のある弁護人による弁護を受けているときであれば、通常、弁護人の裁量に委ねられている事項であっても、事実審裁判所は、被告人の主張にそった形で解決を図らなければならない。

⑨ 補助弁護人の関与に関する制限の例外

(i) 被告人の明示の同意がある場合

自己弁護権を行使している被告人が、補助弁護人に対し、明示の意思を表明して、一定の訴訟行為を行わせたか、被告人の指示を受けずになした補助弁護人の訴訟行為に明示的に同意を与えた場合には、以後、当該行為により被告人が自己弁護権が侵害されたと主張することはできない。

(ii) 被告人の黙示の同意が擬制される場合

上記のように、一旦、被告人が補助弁護人に明示の同意を与えた場合、被告人から明示の反対の意思表示がない限り、その後になされた補助弁護人の行為については、黙示の同意がなされたものと見なす。

(iii) 法廷慣行及び手続の教示の場合

補助弁護人は、被告人の明確な訴訟行為の意図を実現するために、手続法や証拠法に定める運用上の手順について教示することができる。また、被告人が従うべき法廷慣行や事務規定について教示することができる。これらの教示がなされたとしても、被告人の自己弁護に対する事実上の支配権に本質的な影響はない。自己弁護権行使の外観に対する陪審員の認識への影響も微弱であるからである。

⑩ 事実審裁判所と自己弁護権を行使する被告人との関係

(i) 特別に配慮すべき義務の不存在

被告人に自己弁護権を認めることは、法廷の尊厳を乱すことを認めるものではない。また、被告人に手続法及び実体法の定める関連条項に従うべき義務を免除するものでもない。

(ii) 法律を教示する義務の不存在

自己弁護権を行使する被告人には、事実審裁判官から個人的に法律知識の教示を受ける憲法上の権利はない。事実審裁判官には、法廷慣行や訴訟手続遂行に必要な手続法を被告人に教示すべき義務はない。

(iii) 補助弁護人を付する事実審裁判官の自由裁量

事実審裁判官は、法廷慣行その他の必要な手続を裁判官に代わって被告人に教示し、説明するために、あるいは、被告人の訴訟遂行上の手続的障害を取り除くために、補助弁護人を選任することができる。たとえ、被告人の反対の意思表示が明らかであったとしても、事実審裁判官は、補助弁護人を選任することができる。この補助弁護人の選任は、被告人の修正第6条の権利を侵害するものではない。

(2) 手続的諸問題に対する回答

ファレッタ判決の反対意見の中で、ブラックマン判事が指摘した手続的諸問題についても、実務上の回答は一応出揃ったと言って差し支えないだろう。これも整理すれば、おおよそ、次のようになるだろう。

①疑問 1 すべての被告人は自己弁護権について助言されなければならないのか？ そうだとすれば、その告知はいつの時点でなされなければならないのか？

弁護人の援助を受ける権利の告知を超えて、弁護人による弁護のほかに自己弁護権があることを積極的に告知することの義務があるとは考えられていない。¹⁷⁷このことは、ファレッタ判決は自己弁護権を修正第6条の権利の「基本的 fundamental」なものと宣言したが、実務では、被告人に告知しな

¹⁷⁷ United States v. Martinez, 883 F.2d 750, 757 (9th Cir. 1989) Decker, *supra* note (118) n.81 デッカー・前掲注(118)の注記81参照。

ければならないほど「基本的」なものとは考えていないということを示している。したがって、自己弁護権は憲法上の権利とされながら、被告人が弁護人の援助を受ける権利を放棄し、自ら進んで選択の意思を表示した場合にのみ、初めて認められる権利ということになる。しかし、この場合にも、事実審裁判所の放棄に関する要件審査を経る必要がある。

理論的に言えば、修正第6条の中に、弁護人の援助を受ける権利と並んで自己弁護権も存在すると仮定すれば、弁護人の援助を受ける権利の放棄が直ちに自己弁護権の選択を帰結するものではない。放棄の対象は飽くまでも弁護人の援助を受ける権利であるから、放棄の効果は、資格のある弁護人の弁護を受けないという消極的な側面にとどまり、そこから、自動的に、被告人自身が自らの弁護人になって自己弁護権を行使するという積極的側面を承認することにはならないからである。現に、弁護人の援助を受ける権利を放棄して被告人自身は黙秘をした事例がある。¹⁷⁸

しかし、前述したとおり、アメリカ合衆国の実際の運用は、権利放棄の能力の有無については厳格な審査を求めるが、自己弁護の能力について訴訟能力ないし行為能力以上の特別な意義を賦与していない。ファレッタ事件の事実審裁判官がファレッタになしたような自己弁護能力を判断するための法律知識に関する質問は不要なのである。¹⁷⁹その結果、事実上、弁護人の援助を受ける権利の放棄が認められれば、事実審裁判所において自己弁護権を認めるべきでない特別の事情を発見して被告人の申立を却下する権限を行使しない限り、自動的に、自己弁護権の行使が認められる関係にある。こうした運用の結果、弁護人の援助を受ける権利と自己弁護権の関係は、併存して存在するのではなく、あたかも、自己弁護権という基層の上に弁護人の援助を受ける権利が表層として乗っかっており、原則である表層の権利が放棄されたならば、直ちに、基層の権利が現れるかの如き様相を呈している（補完的二層構造）。自己弁護権独自の権利告知を要しないという考え方の根底には、同じ修正第6条に由来する両権利について、このような補完的二層構造の理解があるものと思われる。

②疑問 2 弁護人の援助を受ける権利と自己弁護権とは、相互に排他的なもの

¹⁷⁸ *People v. Tessier*, 463 N.E.2d 1006, 1010 (Ill. App. Ct.1984) Decker, *supra* note (118) at 521-522

¹⁷⁹ *Faretta*, *supra* at 853 は、「ファレッタが複雑な伝聞法則や予備尋問における陪審員候補者の忌避に関する州法をどの程度理解していたかを審査する必要はない。なぜなら、法律的知識は、彼が自己弁護権を十分に認識して行使しているのかを判断するにあたって、何ら関連性がないからである。」と判示している。

であるので、いずれの権利が放棄されたのかをどのようにして判断するのか？

この問いに対する一般的な回答は、被告人自身の意思表示によるというものであろう。しかし、既に見てきたように、実際には、裁判所の裁量によって補助弁護人が付されることがあり、その補助弁護人の訴訟行為に被告人がどのように関わったのかによって、自己弁護権の「放棄」の意思が推認されることになる。

しかし、被告人が自己弁護権をもはや行使しない意思を明らかにした場合、事実審裁判官は、「自己弁護権の放棄」と考えるのではなく、先になした「弁護人の援助を受ける権利を放棄したことの取消し」と考えている。これも、補完的二層構造の考え方の反映と思われる。

被告人は、自己弁護権の行使を選択した後も、それに拘束されるのではなく、いつでも弁護人の援助を受ける権利を利用することができる反面、一旦、放棄の取消が認められて、資格のある弁護人による弁護に復帰した場合には、再度、自己弁護権を行使することは認められていない。被告人の自由な意思で両権利を交互に選択することは、憲法上の権利の択一的選択という法的要請に反するという法律上の理由のほかに、陪審員において訴訟当事者が誰であるのかについて混乱を来すという実際的理由に基づいている。これは、共同弁護を否定する理由と同じである。

アメリカ合衆国の場合、同じ憲法修正第6条の弁護人条項から導いたとはいえ、自己弁護権は「個人の尊厳」に由来する自律権を尊重するものであるから、理念的には、「公正な裁判」に由来する弁護人の援助を受ける権利とは性格を異にしている。それ故に、相互の互換性を認めることは、原理的に相容れないものを含んでいるので、自己弁護権を主張する限りは、その枠内での補助弁護人による補完的弁護を認めるのが限度であり、完全に、専門家である弁護人に弁護を委ねることは、もはや、別の理念に服することを意味するように思われる。共同弁護が否定されるのは、修正第6条が憲法上の権利の択一的選択を求めているからという表面的な理由ではなく、その背後には、個人の自律権ないし自己決定権を認める以上、被告人と弁護人とが同格で併存するということが、出発点である個人の自律権ないし自己決定権を否定することになるという価値判断があるからである。ファレッタ判決の多数意見が主張するように、飽くまでも、被告人が「主人」でなければならず、「二人の主人」は許されないのである。

- ③疑問 3 被告人が自己弁護権を選択した場合、なお、被告人は補助弁護人の援助を受ける憲法上の権利を有しているのか？

既に見てきたとおり、補助弁護人の選任は、事実審裁判所の自由裁量に任

されており、被告人からの請求権は認められていない。したがって、憲法上の弁護人の援助を受ける権利の一場面として、自己弁護権を行使する被告人に、補助弁護人の援助を受ける権利が認められるとは考えられていない。¹⁸⁰ 飽くまでも、補助弁護人は自己弁護権行使の枠内における補完的機能を担うにすぎない。この特殊な地位の故に、補助弁護人の役割につき混乱があり、未だ統一的なコンセンサスが得られていないのである。

学説の中には、事実審裁判所の裁量行為とはいえ、一旦、被告人が補助弁護人を利用しうる地位に置かれ、補助弁護人の活動に依存する状態になった場合には、「補助弁護人の援助を受ける権利」も憲法上の権利として位置付けられるべきだとする見解もある。¹⁸¹ しかし、この考え方の背後にある理念は「個人の尊厳」というよりは「公正な裁判」にあるから、前者の理念に基づく自己弁護権を尊重するファレッタ判決の下では、支持されるには至らないのである。

- ④疑問 4 刑事手続のどの段階で、被告人は弁護人による手続か自分自身による手続かを決断しなければならないのか？被告人は、手続の中途段階で、変更することは認められるべきか？

自己弁護権の行使は、専門家である弁護人の援助を受ける権利の放棄の結果として初めて認められるものであるから、原則的には、事実審理の前に (within a reasonable time prior to trial) 被告人の意思表示がなされるべきものであろう。判例は、事実審理の実質的な意味のある手続が始まる前ないし陪審員団が構成される前の時点 (before meaningful trial proceeding have begun or before the jury has been impaneled) を、自己弁護権を行使する旨の意思表示がなされるべき期限としている。¹⁸² しかし、事実審理が開始された後の自己弁護権の行使を一律に禁止しているのではなく、訴訟遅延目的がない限り、事案に応じて、事実審裁判所が、裁量により、途中で自己弁護権の行使を許可することを認めている。¹⁸³ 特に、アメリカ合衆国の実務では、被告人が自らの自由意思で自己弁護権を選択する場合のみならず、被告人が自らに付された国選弁護人の変更を求め、これを拒否された場合に、やむを得ず自己弁護権を行使せざるを得ない場合がある。したがって、いずれを選

¹⁸⁰ United States v. Barfield, 969 F.2d 1554 (4th Cir. 1992)

¹⁸¹ Poulin, *supra* note (114) at 727

¹⁸² Armant v. Marquez, 772 F. 2d 552, 555 (9th Cir. 1985) しかし、審理当日の自己弁護権行使の要求は事実審裁判所の裁量により、却下され得る。Russell v. State, 383 N.E.2d 309 (Ind. 1978)

¹⁸³ United States v. Dunlap, 577 F.2d 867 (4th Cir. 1978)

択するかを決定する特別な手続が予定されている訳ではなく、被告人の意思表示をまっして、事案に応じた個別の場面で、弁護人の援助を受ける権利の放棄に関する聴聞手続が開かれることになる。

一旦、自己弁護権を選択した後に、手続の中途段階で、弁護人の援助を受ける権利に変更することは認められるが、それは、「放棄の取消」と位置付けられ、以後、再変更ができないのは既に述べたとおりである。

⑤疑問 5 無害の手続的瑕疵の法理の適用はあるのか？

ウィギンズ判決の法廷意見は、無害の手続的瑕疵に言及してはいない。自らが定立した基準に従って、問題となった補助弁護人の行為を個別的に判断し、無害の手続的瑕疵の法理を適用するまでもなく、自己弁護権の侵害には当たらないという結論を導いている。しかし、同判決の反対意見は、理論的に見た場合、多数意見の立場でも、補助弁護人の行為の累積的效果に着目するならば、無害の手続的瑕疵の法理を適用する余地があることを示唆している。ウィギンズ判決が定立した二要件テストによれば、自己弁護権侵害には、無害の手続的瑕疵の法理の適用はないということになる。

⑥疑問 6 事実審裁判所は、自己弁護権を行使する被告人を専門の弁護士とは別異に取り扱わなければならないのか？

ウィギンズ判決は、法廷意見も反対意見も共に、事実審裁判所にこの特別の配慮義務のないことを認めている。逆に言えば、被告人には、自己弁護権を行使するにあたって裁判所の援助を求める権利がないので、自己弁護権の行使はそれだけで、資格のある弁護人による弁護を受ける場合と比較して、大きな制約を受けることになる。

特に、身体を拘束されている被告人の場合には、弁護人が付いていれば入手可能な法律知識や判例等へのアクセスが保障されないので、弁護人の援助を放棄することの支障は重大である。しかし、判例は、州において資格のある弁護人の援助を受ける権利を被告人に提供したことで憲法上の義務の履行は尽きており、それ以上、被告人に対し、広汎な法的サービスへのアクセスを保障する必要はないとしている。¹⁸⁴ その結果、身体を拘束された被告人が自己弁護権を行使することは、事実審裁判所の裁量により補助弁護人が付されない限り、事実上、徒手空拳で防御することと同義となる。

¹⁸⁴ People v. Uppole, 591 N.E.2d 898, 902 (Ill. App. Ct. 1992) See Decker, *supra* note (118) at 560-565

第3 日本国憲法と自己防御権

1 問題の所在

アメリカ合衆国憲法修正第6条の弁護人条項の中に、憲法上の権利として、被告者の「弁護人の援助を受ける権利」と同時に「自己弁護権」を認めたのが連邦最高裁のファレッタ判決であった。アメリカ合衆国は、1992年に国際人権自由権規約を批准しているが、同規約を非自動執行的と理解しているので、同規約から直接自己防御権を導くことはできない。しかし、連邦憲法上それを保障していることになる。

我が国は国際人権自由権規約を批准し、それに国内的自動執行力を認めているので、法律に優先する条約の効果として、日本国民は、刑事上の罪に問われた場合、弁護人の援助を受けることなく自分自身で自らを防御する権利を与えられていることになる。しかし、自己防御権の法的根拠を問う場合、先ず、条約よりも優位に立つ憲法において保障されているのか否かが問われなければならない。日本国憲法が、第二次世界大戦後の連合国最高司令官総司令部 (the General Head quarters of the Supreme Commander of Allied Powers) のいわゆるマッカーサー草案に基づいて制定されたことは周知のとおりであり、刑事手続に関する憲法第31条から40条までの手続保障は、アメリカ合衆国の刑事人権保障理論を色濃く反映している。¹⁸⁵したがって、同じ法理念を共有している日本国憲法においても、憲法上の権利としてファレッタ判決が認めたような自己弁護権が果たして認められるのか否かを検討する必要がある。

2 日本国憲法における個人の尊厳

(1) 基本原理としての個人の尊厳

日本国憲法の基本原理の一つに「個人の尊厳」があることは一般に承認されている。¹⁸⁶ 憲法上の条文としては、第13条前段の「すべて国民は、個人として尊重される。」が、「近代人権思想の心髄たる個人の尊重の原理」を宣言したものと理解され、憲法第24条2項「法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」にいう「個人の尊厳」と同義語として扱われ、その趣旨は、「国政によって、個人の人格を尊

¹⁸⁵ 憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』・前掲注(6)

¹⁸⁶ 樋口陽一ほか「注釈日本国憲法上巻」254頁〔佐藤幸治〕(青林書院、1984)

重するという基本原理をのべたものである。」¹⁸⁷とされる。ここでいう「個人の尊重」のルーツは、アメリカ独立宣言の一節「われわれは、自明の真理として、すべての人は平等に造られ、造物主によって、一定の奪いがたい天賦の権利を付与され、そのなかに生命、自由および幸福の追求の含まれることを信ずる。また、これらの権利を確保するために人類のあいだに政府が組織されたこと、そしてその正当な権力は被治者の同意に由来するものであることを信ずる。」¹⁸⁸ にまで遡るから、基本にある思想はアメリカ独立宣言を中心にして発達してきた個人主義の考え方である。

(2) 刑事上の手続的保障と個人の尊厳との関係

憲法第 31 条から同第 40 条に至る刑事手続に関する手続的保障を規定した条文（以下、これらを含めて「手続的保障権」という。）の中に、「個人の尊厳」といった表現は用いられていないが、これらの手続的保障権の前提として「個人の尊厳」が伏在していることは容易に理解される。比較憲法の観点から異例ともいえるほど多くの刑事手続に関する保障規定が置かれた背景には、戦前の捜査・取調の過程で引き起こされた数多くの人権侵害の歴史的事実があり、GHQ は、再び国家権力が国民に対する人権侵害を惹起することのないように、敢えて、手続的保障権を憲法上の権利として位置付けることによって、国家権力に対する歯止めの役割を期待したという立法者の意思がある。令状主義に基づく司法審査（憲法第 33 条ないし第 35 条）、被告人に対する黙秘権の保障（第 38 条）、身体拘束に対する代償的制度保障としての弁護人の保障（第 34 条）、防御目的の弁護人の援助を受ける権利の保障（第 37 条）などは、すべて、国家によって刑罰権発動の対象とされた国民の「個人の尊厳」を守るための工夫であり、被告人自身が国家と対峙する一方当事者として、自らが主体的に自己を防御することができるように政策的に配慮した結果であるからである。¹⁸⁹

我が国の刑事司法制度が当事者主義のモデルを採用していることは、上記手続的保障権が、国家との対抗関係において、「何人」であれ刑事上の罪に問われた者（被告人）を権利行使の主体として位置付けていることから明らかである。ここから、被告人こそが「防御の主体」であるという一般的命題が導かれ、被告人こそが憲法上の「包括的防御権」を有すると主張される。

¹⁸⁷ 種谷春洋「生命・自由および幸福追求権」芦部編『憲法Ⅱ人権（1）』133 頁（有斐閣、1978）

¹⁸⁸ 高木八尺ほか編「岩波文庫・人権宣言集」114 頁〔斎藤真〕（岩波書店、1957）

¹⁸⁹ 垣花豊順「刑事訴訟法における個人の尊厳」松尾浩也先生古稀祝賀下巻 57 頁（有斐閣、1998）

¹⁹⁰ このように、日本国憲法の下、当事者主義の刑事司法モデルは、被告者を単なる国家刑罰権の対象たる客体の地位から、対等の立場で攻撃・防御を行うという弾劾主義に基づく防御の主体という地位にまで高めたので、今日、被告者の地位の二面性、すなわち防御の主体であると同時に捜査・取調・訴追の客体であることを強調する議論はあっても、防御の主体性を否定する考え方は見当たらない。日本国憲法の基本原理である「個人の尊厳」の理念から見れば、国家刑罰権の対象とされた国民につき、自らを主体的に防御する地位を承認することは当然の帰結であり、その法的表現として、被告者には包括的ないし根源的な自己防御権が認められるということも誤りではない。むしろ、被告者の防御の主体性を肯定する限り、当然の帰結と言うべきであろう。

しかし、これは、飽くまでも、憲法上の「個人の尊厳」という理念を刑事手続の場に投影した場合の解釈原理を示すものにとどまり、被告者の自己防御権なるものが憲法上肯定されるからといって、そこから直ちに何らかの具体的諸権利が導かれるというものではない。弁護人の援助を受ける権利、黙秘権、証人審問権といった被告者が主体的に行使することのできる具体的な諸権利は、それぞれの権利を保障した憲法上の根拠規定によって認められるのであり、自己防御権といった包括権から直接導かれるというものではない。この意味で、被告者の防御の主体性に随伴する自己防御権という概念も、具体的な憲法上の権利そのものを意味するというよりは、憲法上の諸権利の背後にある原理的な考え方というべきであろう。

したがって、ファレッタ判決が承認した被告者の自己弁護権(the right of self-representation) が日本国憲法の下でも認められるのか否かを検討する場合、「個人の尊厳」に基づく自己防御権が日本国憲法の下でも原理的に承認されるからといって、直ちに、自己弁護権が認められるという結論にはならない。ファレッタ判決が、「個人の尊厳」に基づく被告者の自律性を重視して、アメリカ合衆国憲法修正第6条の弁護人条項の解釈として、被告者の自己弁護権を認めたのと同様に、結局は、個別の憲法条項から自己弁護権が帰結できるのか否かの解釈問題に帰着するのである。

¹⁹⁰ 渡辺・前掲注(4)は、包括的防御権を「被疑者・被告人たる地位に固有・内在する憲法上の権利であって、憲法が被疑者・被告人に様々な手続上の権利を保障する基本たる原理」という。憲法上の弁護権を被告者の主体性から基礎づけるものとして、大出良知「刑事弁護の憲法的基礎づけのための一試論」自由と正義40巻7号123頁(1989)

3 日本国憲法における弁護人条項

(1) 憲法第 34 条と第 37 条 3 項の弁護人条項

日本国憲法には以下のとおり、3カ所に弁護人という表現が登場してくる。

- ①第 34 条前段「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。」
- ②同条後段「何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない。」
- ③第 37 条 3 項「刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを付する。」

これらの弁護人の役割をどのように理解すべきかについては、判例及び学説において顕著な対立がある。

(2) 憲法第 34 条と第 37 条 3 項の関係

① 最高裁大法廷判決¹⁹¹

1999 年 3 月 24 日、最高裁大法廷は、接見指定を認める刑訴法第 39 条 3 項の違憲性が問われた、いわゆる安藤・斎藤事件の大法廷回付論点「刑訴法第 39 条 3 項は、憲法第 34 条、同第 37 条 3 項及び同第 38 条 1 項に違反するか」につき合憲との判断を示すにあたり、憲法第 34 条と第 37 条 3 項の関係について、次のとおり判示した。

(i) 憲法第 34 条前段について

「この弁護人に依頼する権利は、身体の拘束を受けている被疑者が、拘束の原因となっている嫌疑を晴らしたり、人身の自由を回復するための手段を講じたりするなど自己の自由と権利を守るため弁護人から援助を受けられるようにすることを目的とするものである。」

(ii) 憲法第 37 条 3 項について

「憲法三七条三項は、『刑事被告人』という言葉を用いていること、同条一項及び二項は公訴提起後の被告人の権利について定めていることが明らかであり、憲法三七条は全体として公訴提起後の被告人の権利について規定していると解されることなどからみて、同条三項も公訴提起後の被告人に関する規定であって、これが公訴提起前の被疑者についても適用されるものと解する余地はない。」

上記大法廷判決の考え方は、国家刑罰権の対象とされた被告者(the

¹⁹¹ 最大判平 11・3・24 民集 53 卷 5 号 514 頁

accused)の地位を起訴の前後で被疑者と被告人に区分する従来からの取扱いを踏襲して、身体拘束を受けた被疑者の起訴前段階の弁護人の援助を受ける権利を憲法第34条前段に、身体拘束の有無を問わず起訴後の被告人の同権利を憲法第37条3項に、それぞれ、別個に憲法上の根拠を求めたものである。その結果、身体拘束を受けていない被疑者の弁護人の援助を受ける権利は憲法上の保障から除外されることとなった。

② 捜査段階と公判段階の手続構造の違いから弁護人の役割の違いを帰結する考え方

起訴後は当事者主義の公判手続が展開されるので、被告人が防御の主体として訴訟行為を行うことが予定され、この防御のために弁護人が要請されるのに対し、起訴前の捜査段階では、被疑者は「捜査の対象」であり、捜査機関と被疑者とが論争を通じて攻撃・防御を展開する構造にはなっていないことを理由に、起訴後の当事者主義公判における弁護人の役割とは異なった弁護人の役割があるとする。¹⁹² この見解は、起訴後の被告人の諸権利を保障したのが憲法第37条であるとする点で、アメリカ合衆国憲法修正第6条の弁護人の援助を受ける権利が、当事者対抗主義の手続が開始される正式な告発があったときから保障されとする連邦最高裁の判例と軌を一にし、身体拘束下での弁護人の援助を受ける権利は、専ら、修正第5条の保障の問題であるとして両者を区別する考え方に通ずる。この見解の結論だけを見れば、最高裁大法廷判決の被疑者・被告人区分説と同一であるが、アメリカ連邦最高裁が修正第5条の自己負罪拒否特権から弁護人の援助を受ける権利を導いているのに対し、最高裁大法廷判決は、黙秘権を保障した憲法第38条1項と弁護人の援助とは直接結びつかないと判示しているので、アメリカ連邦最高裁と同じ立場をとるのであれば¹⁹³、全く同一とはいえないことになる。

③ 身体の自由の保障と公正な裁判の要請という理念の違いから弁護人の役割の違いを帰結する考え方

上記二つの考え方が、基本的には、捜査段階及び公判段階という刑事手続の枠の中で、憲法第34条と第37条3項の意義の違いを論じている¹⁹⁴のに対

¹⁹² 椎橋隆幸「接見交通権の着実な展開」現代刑事法2号40頁(1999)、同『刑事弁護・捜査の理論』46頁(信山社、1994)渥美東洋・判時1409号182頁

¹⁹³ *Dickerson v. United States*, 530 U.S. No99-5525 (2000)で、アメリカ連邦最高裁は、ミランダ原則を再確認した。小早川義則「ミランダの意義と限界」名城法学50巻法学部創立50周年記念論文集165頁(2000)

¹⁹⁴ 大出良知ほか編『刑事弁護コンメンタール1刑事訴訟法』26頁〔大出良知〕(現代人文社、1998)は、憲法34条と37条を共に刑事手続を想定した規定と考

し、両条項の背後にある理念は別のものであり、弁護人の役割も、その理念の違いに応じて異なるとする考え方である。

私は、従来からこの考え方を主張し、前記安藤・斎藤事件の大法廷弁論においても、この立場に立って、身体拘束下にある被疑者には異なるルーツから来る弁護人の援助を受ける権利が認められ、その根拠は憲法第 34 条と第 37 条 3 項の重畳適用にあると主張した。¹⁹⁵ 最高裁大法廷判決によって「独自の見解」として退けられたが、国際人権自由権規約やヨーロッパ人権条約などの国際人権法の基本的文書に従えば、やはり、「人身の自由の保障 liberty, security of person」と「公正な裁判 fair trial」とはそれぞれ異なったルーツを持って別々に発展してきた基本的な人権保障であるから、この理念的な違いを無視すべきではないと考えている。ここでは、この論証が目的ではないので、結論だけを要約すると次のとおりである。

国家によって身体を拘束されること（人身の自由の保障の問題）と国家によって刑罰権の対象とされること（公正な裁判の保障の問題）とは原理的に別の問題であるから、「身体を拘束された被告者」は、「身体を拘束された市民」という側面と「刑事上の罪に問われた市民」という二つの当事者性を同時に帯びる。その結果、前者の地位からは、(i)被拘束者として自らの身体拘束の是非をめぐって救済手続を遂行する主体が導かれ、後者の地位からは、(ii)被告者として刑事上の諸権利を行使する主体が導かれる。その主体性を前提にして弁護人は法的援助者として登場し、外部交通の制度的保障の役割を担うほか、(i)不当な身体拘束からの救済のための法的援助、及び、(ii)被告者本人の自己防御権に基づく諸権利を本人に実効的に行使させるための法的援助を行う。したがって、弁護人の援助を受ける権利は、起訴の前後で内容を異にするのではなく、弁護人の援助が何を目的にしているのかに応じて、憲法第 34 条及び第 37 条 3 項双方に根拠を有することになる。

(3) 自己弁護権は憲法上の権利か

えた場合、一部重複する結果となることにつき、「憲三四条は広い射程を予定し、とくに弁護人の援助が直ちに必要な身体拘束時を意識した規定である。それゆえ、もっぱら刑事手続に関わって、従前から相対的に被疑者よりその権利主体としての地位を保障されていた被告人をも含めての確認規定として、憲三七条三項が置かれたとしても不思議ではない。」という。高橋和之ほか「憲法 I 新版」397 頁〔高橋和之〕（有斐閣、1997）も同旨。

¹⁹⁵ 村岡啓一「接見交通権問題にコペルニクスの転回はあるか」法学セミナー531号 22 頁、同「接見国賠訴訟大法廷判決の評価と今後の課題」自由と正義 50 巻 7 号 134 頁（1999）

憲法上の弁護人条項をどのように理解するにせよ、ここで検討すべき問題は、憲法第 34 条及び第 37 条 3 項から、ファレッタ判決が認めた被告人本人の自己弁護権が導き出せるか、という点である。

① 憲法第 34 条と自己弁護権

前記最高裁大法廷判決や憲法第 34 条及び第 37 条 3 項の弁護人の役割を刑事手続の枠内で同質のものと見る考え方に従えば、起訴前の被疑者の自己防御権行使の問題と起訴後の被告人の自己弁護権行使の問題とは基本的に同じことになるから、ことさらに憲法第 34 条との関係で自己弁護権行使を論ずる意味はなく、第 37 条 3 項における自己弁護権の議論が被疑者段階に「前倒し」されるにすぎない。これに対し、憲法第 34 条と第 37 条 3 項とを別の理念型を示すものと理解する私の考え方によれば、結論としては同一になるが、若干の説明を要する。

日本国憲法と同時に公布された英文の憲法の表記は次のとおりである。

Article 34

No person shall be arrested or detained without being at once informed of the charges against him or without the immediate privilege of counsel ; nor shall he be detained without adequate cause ; and upon demand of any person such cause must be immediately shown in open court in his presence and the presence of his counsel.

GHQ 草案 (マッカサー草案) の制定経過をみれば、日本国憲法第 34 条は、正規の告発手続を経由しない身体拘束を認めないことを目的として、「逮捕された者を公開の法廷に出席させ、警察に身体拘束の理由を説明させる人身保護令状類似の手続 *similar to a writ of habeas corpus*」を想定していたことが分かる。¹⁹⁶ この制度は、身体拘束の適法性を司法機関が公開の法廷で審査することを内容とするものであるから、GHQ の起草者の念頭には母国アメリカ合衆国の予備審問 (*preliminary examination*) の手続があったものと推察される。しかし、アメリカ合衆国憲法の中には、いかなる条項においても予備審問を受ける権利、換言すれば、不当な身体拘束からの解放を求める司法審査権についての明示的記載が存在しない。そうすると、起草者は、アメリカ合衆国憲法の保障を超えて、日本国憲法においては、明示的に、不当な身体拘束からの解放を求める司法審査権を憲法上の権利として保障しようと意図したものと考えられる。

こうした文脈で弁護人の存在意義を考えて見れば、身体を拘束されている被告人にとって、弁護人というのは遮断された外界との交通を可能にする唯

¹⁹⁶ 憲法的刑事手続研究会・前掲注 (6) 「第 34 条」268 頁〔村岡啓一〕

一のパイプであるから、自己決定に由来する自己防御権という概念には必ずしも合致しない。むしろ、国家による身体拘束の代償的措置として弁護人を位置付ける方が適切である。もっとも、身体拘束をめぐる司法審査手続においても、その合法性の有無をめぐる一種の対立構造を想定することができるので、刑事上の罪の決定に関する手続と同様、攻撃・防御の観念を類推することは可能である。したがって、この身体拘束からの解放を求める手続の場面で、被拘束者本人の自律性が尊重され、自己弁護権を肯定する余地は出てくる。しかし、憲法第 34 条の基本的性格は、身体的自由の保障であり、この場面での弁護人の本質的役割は外部交通権の確保にあると考えべきであるから、第 34 条固有の問題として、被拘束者の自己弁護権行使の可否を検討する必要はなく、第 37 条における自己弁護権の可否をめぐる議論の一つの応用例として位置づければ足りると考えられる。

ファレッタ判決の法廷意見と反対意見との間でも、身体拘束をめぐる司法審査の場における被拘束者の自律性は全く言及されていない。この理由として、修正第 6 条固有の問題に日本国憲法第 34 条の趣旨（外部交通権の保障）が含まれていなかったため、あえて論及する必要がなかったことが考えられる。しかし、それ以上に大きな理由として、修正第 6 条の自己弁護権をめぐる議論が単に自己弁護権を憲法上の権利として容認するか否かの結論を超えて「個人の尊厳」の理念的優位性を問うものであったから、その優位性を承認する判決の効果は、必然的に、その他の分野にも影響を及ぼすであろうことを容認していたからではないかと考えられる。すなわち、「個人の尊厳」の尊重は、身体拘束を回避する方向で法を解釈し、運用すべきことを促すからである。

② 憲法第 37 条 3 項と自己弁護権

日本国憲法の英文憲法の該当条項の表記は次のとおりである。

Article 37-3

At all times the accused shall have the assistance of competent counsel who shall , if the accused is unable to secure the same by his own efforts , be assigned to his use by the State.

ファレッタ判決は、修正第 6 条の構造に着目し、訴追された被告人の有する刑事上の諸権利は、直接被告人に与えられた防御権(the right to defend)の具体的内容であり、弁護人の援助を受ける権利もその一つであるとし、「主人 master」は常に被告人本人であるから、弁護人の援助(the assistance of counsel)を受けるか否かの決定権は被告人にあり、国家が被告人の意思に反して、被告人の望まぬ援助者(assistant)を弁護人として押しつけることはできないと判断した。

日本国憲法第 37 条を、1 項から 3 項まで包括して見れば、修正第 6 条が規定しているのと同じ公判審理を前提とした被告者の刑事上の諸権利を規定している。日本国憲法の「資格を有する弁護人を依頼することができる。」の表現に対応する英文表記は「the assistance of competent counsel」であるから、「資格を有する competent」の形容詞を除けば、修正第 6 条の構造と同じである。そうすると、相互の憲法上の表現に関する限り、ファレッタ判決の法廷意見の考え方は我が国憲法第 37 条 3 項の解釈にも適用することが可能である。すなわち、「資格を有する弁護人を依頼することができる。」の規定には、被告人が自分自身で自らを弁護する権利を包摂しているということになる。

しかし、我が国憲法の解釈として、このように単純にファレッタ判決の法廷意見の考え方を当てはめることはできない。被告者が「主人」であることは当然としても、自らの防御のためという目的を実現する手段として、「弁護人の援助を受ける権利」が憲法上の権利として用意されている場合、被告者の自己決定に委ねられるのは、当該権利を利用するかしないかのいずれかであって、「弁護人の援助を受ける権利」とは別の「自己弁護権」なる憲法上の権利が当然に認められることにはならないからである。

(i) 権利放棄の問題と自己弁護権承認の問題との峻別

ファレッタ判決の法廷意見は、弁護人の援助を受ける権利という憲法上の権利の放棄がなし得るか否かの問題につき、これを肯定したうえで、権利放棄の結果、直ちに被告者の意思に基づく自己弁護権の行使を容認しているかに見える。しかし、理論的には、弁護人の援助を受ける権利を有効に放棄したとしても、帰結される状態は弁護人の援助を受けないという消極的な事態にとどまり、そこから、さらに進んで積極的に自己弁護権行使が認められるためには、自己弁護権が別の憲法上の権利として承認されており、当該被告者がその権利を行使するに足りるだけの十分な資格（自己弁護能力）を認定される必要がある。つまり、弁護人の援助を受ける権利の放棄の問題と自己弁護権行使の可否の問題は別のものであり、有効な権利放棄があったからといって、直ちに、自己弁護権の行使を認めることにはならない。

ファレッタ判決の反対意見が、法廷意見は修正第 6 条の中に弁護人の援助を受ける権利とは別の自己弁護権を新たに発見したと批判するのは、権利放棄という媒介項を経由しながら、結果的には、権利放棄の有効性判断のみで特段の自己弁護能力を判定することなく、直ちに自己弁護権の行使を認める結果になることから、事実上、修正第 6 条の中に、あたかも、弁護人の援助を受ける権利と同格で自己弁護権が併存するかのごとく映る

からである。

修正第6条の解釈であれ、我が国憲法第37条の解釈であれ、弁護人の援助を受ける権利と自己弁護権とが併存すると考えることは可能であろうか？

修正第6条も日本国憲法第37条も共に「公正な裁判」を指導理念としている以上、ここに「個人の尊厳」という別の指導理念に基づく自己弁護権を持ち込むことは、同一の弁護人条項に原理的に異なった権利を読み込むことになるので、理論的に不可能とはいえないまでも、あるべき解釈論とは言えない。かえって、混乱をもたらすだけであり、それはアメリカ合衆国の補助弁護人(standby counsel)をめぐる議論の混乱に如実に現れている。

むしろ、弁護人の援助を受ける権利と自己弁護権の関係は、ファレッタ判決の考察で明らかにしたように、基層に自己弁護権があり、その上に表層としての弁護人の援助を受ける権利が乗った補完的二層構造の関係であり、「個人の尊厳」に基づく被告者の自己決定が働くのは、その表層である弁護人の援助を受ける権利の放棄の点だけに及ぶと考えるべきではなかろうか。換言すれば、問題の立て方として、自己弁護権が憲法上の権利として修正第6条ないし日本国憲法第37条3項から導けるかという問いではなく、飽くまでも、弁護人の援助を受ける権利という憲法上の権利を放棄できるかという問いに置き換えられるべきであろう。

要するに、私の主張は、日本国憲法第37条における自己弁護権の問題は、飽くまでも、「公正な裁判」の枠内で憲法上の権利である弁護人の援助を受ける権利を放棄できるかという問題にとどまり、さらに進んで被告者自らが自己弁護権を行使しうるか否かという問題は、「個人の尊厳」という基本原理の刑事訴訟の場面における適用として、憲法第13条の問題として考察されるべきであるというものである。

(ii) 歴史的背景事情の違い

ファレッタ判決の修正第6条の解釈論をそのまま日本国憲法第37条3項の解釈論として援用できないもう一つの理由は、歴史的沿革の違いである。

ファレッタ判決の法廷意見は、自らの憲法解釈を補強するために、歴史的に刑事訴訟においても本人訴訟が原則であり、アメリカ合衆国の建国以来、各州の憲法において自己弁護権が承認されるとともに現実にそれが行使されてきた歴史的事実を引用した。反対意見と対立したのは、自己弁護権を修正第6条の中に敢えて読み込むかという点であり、反対意見も、連邦憲法上はそれを読み込むべきではなく各州の立法に委ねるべきである

としたにすぎず、現実には、各州の憲法において既に自己弁護権の保障が規定されていたのを否定する意図は持っていなかった。

しかし、我が国においては、明治政府の下、近代的な司法制度が一応整備された後も、こうした自己弁護権という概念は具体的権利として認知されていなかったうえ、意識的に行使されたという歴史的事実もなかった。むしろ、日本では、初めての刑事訴訟法典ともいえるべき治罪法の制定以降、フランス、ドイツといった大陸法系に属する国家の強い影響を受け、法秩序の安定及び正義の実現を志向する国家目的優先の裁判制度が創設された。理念的に言えば、「公正な裁判」を指導理念とする国家主導による実体的真実発見が刑事裁判の目的とされた。被疑者は国家が遂行する捜査・取調の客体であり、被告人は国家が弾劾する刑罰権の対象としての審理の客体であった。その訴訟観の反映として、弁護人の援助は国家のパターンリズムの現れとして、むしろ、恩恵的に捉えられ、弁護人の地位が被告者に従属するという発想が登場する余地はなかった。「冤枉ナカラシム」ことをもって代言人制度設置の目的とした明治5年「司法職務定制」¹⁹⁷に見るとおり、弁護人の役割は被告者の代理人という色彩よりは、唯一無二の実体的真実を究明することに奉仕する「独立の司法機関」という性格が強かったのである。我が国における弁護人の歴史は、それ自体、研究に値するテーマであるが¹⁹⁸、弁護士が自らを「在野法曹」と呼び、国家の司法権

¹⁹⁷ 前掲注(8)参照。「司法職務定制」は、民事訴訟につき代言人を公認した最初の規定であるが、明治15年から認められる刑事弁護にも同じ精神が承継された。

¹⁹⁸ 古賀正義「日本弁護士史の基本的諸問題」古賀正義ほか『講座現代の弁護士3』1頁(日本評論社、1970)は、日本弁護士史には一つのパターンがあり、その原型は奥平昌洪『日本弁護士史』(1903)に遡るといふ。古賀は、その代表例として Rabinowitz, "The Historical Development of Japanese Bar", 70, Harv. L. Rev (1956), 後藤登記「日本弁護士の史的発達」自由と正義8巻9号6頁を取り上げ、ラビノウイツが「日本の弁護士には19世紀末に確立された近代的弁護士業の伝統を欠いており、その特徴は『職業』観念の欠如にある。」と結論付けたのに対し、弁護士に関する単なる法制史に終わっており、各時代の政治的・経済的・社会的背景の下で弁護士がどのように発展してきたのかという視点を全く欠いていると批判する。そして、自らの見解として「代言人制度が『上からの資本主義』にふさわしく、当初から国家権力により『与えられた』ということであろう。弁護士制度が時代の要求に従って自然発生的に胎生＝萌芽＝開花の道をたどるのではなく、国家権力が『創設』し、その後は矢継早に統制＝弾圧の人為的

を担う「在朝法曹」と一線を画してアイデンティティを確立してきた歴史的経過は¹⁹⁹、「在朝法曹」に対する強烈な対抗意識を示すものではあっても、決して被告者との関係から弁護人の位置付けをしてきたものではなかった。基本的に、弁護人も国家の司法制度を担う「法曹」の一角を占める超エリートであることに変わりはないのである。こうして、我が国においては、被告者が防御の主体であるといった考え方は確立されず、第二次世界大戦後の新憲法によって「個人の尊厳」を基本原理とする英米型の個人主義の考え方が浸透するまで、自己防御権を考える基礎を欠いていたのである。

この歴史的沿革の違いこそが、前記理論的な問題以上に、彼我の決定的違いを導くように思われる。

4 弁護人の援助を受ける権利の放棄

(1) 憲法及び刑訴法制定時の GHQ の考え方

「個人の尊厳」という憲法原理を持ち込んだ GHQ は、憲法上の権利の放棄についてはどのように考えていたのであろうか？

公刊されている憲法制定当時の資料²⁰⁰を見る限り、少なくとも、論点として取り上げられ議論になった形跡は認められない。この理由は、日本の刑事司法制度の民主化のために、弁護人の援助を受ける権利を憲法上の権利として位置付け、それを十分に保障することが急務であり、権利が浸透した後に初めて問題となりうる権利放棄については、未だ議論をする段階ではないと後回しにされたのではないかと推察される。しかし、このことは、日本国憲法の解釈において、憲法上の権利の放棄を考慮していなかったことを意味するものではない。日本国憲法が制定された後の刑事訴訟法の制定過程におい

『育成』の路線を歩んだのが、わが弁護士制度の極めて顕著な特徴である。」と述べる。〔37 頁〕

¹⁹⁹ 松井康浩『日本弁護士論』・前掲注(9)、森永英三郎「在野法曹 85 年小史」法律時報 32 巻 4 号 108 頁(1960)等。弁護士が自由民権運動などに指導的に関わり、我が国における人権の確立に寄与する一方で、在野性を旗印に、国家に対抗する人権擁護の闘いの担い手であったことは歴史的事実であるが、刑事事件の被疑者・被告人との関係において、防御の主体的意思決定が誰によってなされていたのかは必ずしも明らかではない。

²⁰⁰ 高柳賢三ほか編『日本国憲法制定の過程 I』(有斐閣、1972)、犬丸秀雄監修『日本国憲法制定の経緯』(第一法規、1989)

て²⁰¹、GHQ 側のこの点に関する問題提起が見られるからである。すなわち、昭和 23 年 4 月から 5 月にかけて刑事訴訟法改正協議会が開催されたが、協議は GHQ 側が提出した意見書いわゆるプロブレム・シート(Problem Sheets)²⁰²を中心にして議論がなされた。このうちの第 66 問は、「裁判所が、被告人の意思に反してでも、弁護人を選任しなければならないという規定を設けるべきか？ Should there be provision that the court must appoint counsel, even against the wishes of the accused？」というものである。GHQ 側が問題提起をした条文は、次の政府案 34 条及び 35 条の弁護人の選任に関する規定であった。

政府案 34 条

「被告人が貧困その他の事由により弁護人を選任することができないときは、裁判所は、その請求により、被告人のため弁護人を附しなければならない。但し、被告人以外の者が選任した弁護人がある場合はこの限りでない。」

政府案 35 条

「左の場合に被告人に弁護人がないときは、裁判所は、職権で弁護人を附することができる。一 被告人が未成年者であるとき。二 被告人が年齢七十以上の者であるとき。三 被告人が耳の聞えない者又は口のきけない者であるとき。四 被告人が心身喪失者又は心神耗弱者である疑があるとき。五 その他必要と認めるとき。」

そして、日本国憲法第 37 条が被告者(the accused)に対しいかなる段階でも弁護人の援助を受ける権利を保障すべきことを国家に義務付けているこ

²⁰¹憲法制定に携わった Charles L. Kades 大佐を中心とする GHQ 民政局行政部内の憲法起草作業班は、刑事訴訟法の制定過程には携わってはいない。刑事訴訟法は新しい憲法の下、その理念に従って制定された法律の一つであるが、憲法制定過程に見られた革新性は刑事訴訟法制定の過程では後退し、旧刑事訴訟法との連続性に配慮した形跡が歴然としている。刑事訴訟法の制定には、当初、Maniscalco 大尉を中心とする総司令部民間情報部保安課法律班(Legal Unit, Public Safety Section, CIS, G-2) が関与し、その後 Alfred C. Oppeler を中心とする政治部法制裁判課が担当することになり Richrd B. Appleton , Thomas L. Blakemore, Howerd Meyers が GHQ 側の協議担当者として日本側の協議委員と折衝を重ねることとなった。団藤重光ほか「刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト 551 号 30 頁(1974) 井上正仁「刑事訴訟法(昭和 23 年法律第 131 号)制定過程年表」前同・59 頁。

²⁰² 最高裁判所事務総局刑事局編『新刑事訴訟法制定資料』(1952) 横井大三「新刑訴制定資料」刑法雑誌 3 巻 3 号 38 頁(1964)

とを指摘したうえで、憲法上の権利の放棄について次のように論じている。

「問題は、憲法上の弁護人の援助を受ける権利を放棄することができるかどうかである。(A question is raised whether constitutional right may be waived.) 実際問題として、多くの被告者は、弁護人の選任を請求することによって、検察官が求刑を重くするのではないかと、審理期間が長くなるのではないかと恐れる。この恐れは被告者の保護を弱くする方向に作用するから、憲法上の弁護人の援助を受ける権利の保障と迅速な裁判という実際上の問題との妥協(a compromise between constitutional guarantees and practical problems of speeding trials)を図るような修正を加える必要がある。」「35条の末尾に次の一項を加える修正をせよ。『長期3年未満の犯罪が問題になっている事件に限り、被告人は弁護人の援助を受ける権利を放棄することができる。その他の事件にあっては、被告人に弁護人がないときは、裁判所は、被告人が弁護人の選任を請求しない、又は、任命を拒絶した場合であっても、被告人を代理する弁護人を任命しなければならない。』」²⁰³

GHQ側の勧告が、現行法第289条の必要的弁護制度の適用事件を「死刑又は無期若しくは長期3年を超える懲役若しくは禁固にあたる事件」に限定する方向に作用したことは容易に推測できる。

こうした経過から、GHQは、「憲法上の弁護人依頼権を基本的には放棄できない権利と捉えた上で、軽微事件に限り、被告人の意思を尊重して放棄を認めるという考え」であったと推測する見解がある。²⁰⁴

しかし、GHQが憲法上の基本原理として「個人の尊厳」を認める一方で、母国の規定と運用に反して、弁護人の援助を受ける権利の放棄を認めない方針を採ったとは考え難い。プロブレム・シートの問題意識は、明らかに、各州で採用されていた憲法上の権利を被告者本人の意思決定によって放棄できるとする母国アメリカ合衆国の考え方を下敷きにしている。伝統的な放棄理論は、歴史的に、死刑を含む重罪であればあるほど本人の運命を本人の決断に委ねるという考え方に立っていたので、²⁰⁵ 仮にGHQが同じ思考に立っていたとすれば、重罪を権利放棄可能な対象事件に設定したと考えられる。ところが、上記の修正意見は「長期3年未満」の比較的軽い犯罪についてのみ放棄を認めるという逆の選択をしたように見える。これが放棄否定論の根拠になっている。しかし、原案の「短期1年以上」との比較でいえば、明らかに

²⁰³ 前掲・資料38-39頁

²⁰⁴ 村井敏邦「接見交通権の保障と信書の発受の秘密性」渡部保夫先生古稀記念『誤判救済と刑事司法の課題』272頁（日本評論社、2000）

²⁰⁵ 内藤・前掲注（47）1頁 People v. Chessman (Cal), 238 P. 2d 1001 (1952)

必要的弁護の範囲を重罪事件に限定し、権利放棄を認める範囲を拡大したのであるから、「弁護人の援助を受ける権利」を基本的に放棄できると考えていたものというべきである。GHQ は、一方で「公正な裁判」を実現するために 1922 年刑事訴訟法（旧刑訴法）が採用していた必要的弁護制度²⁰⁶の方に理解を示し、他方で、拘禁刑 3 年未満の範囲に限って、弁護人の援助を受ける権利を放棄できるとすることによって、一定の妥協を図ったものと考えることができる。GHQ が懸念したのは、真摯な自己決定に基づく権利放棄ではなく、弁護人の援助に対する無理解から誤った推測に基づく権利放棄であったから、権利放棄の対象範囲を限定したのは、当時の状況に応じた単なる政策的判断であって、到底、「個人の尊厳」と「公正な裁判」との理念的対立を克服したうえでの決断であったとは思えない。GHQ 自らが「憲法上の弁護人の援助を受ける権利の保障と迅速な裁判という実際上の問題との妥協を図る」と述べているとおりである。

刑事訴訟法の制定過程では、新憲法の理念を新刑事訴訟法の中に新たに植え付けるというよりは、戦前の大陸法系の考え方に基づく旧刑事訴訟法との連続性が重視され、いわば、英米法的な考え方と大陸法的な考え方との奇妙な「混合」が見られるが²⁰⁷、上記勧告もその一例であり、GHQ は弁護人の援助を受ける権利の放棄を、憲法上、否定したものとみるべきではないであろう。旧刑事訴訟法を逐条的に検討し修正意見を付したマニスカルコ案²⁰⁸は、被告人の証人適格を認めるべきこと（この要求の裏側には、被告人が防御主体であるとの認識がある。）、被告人自身による証人に対する直接尋問を認めるべきこと等々、弁護人と一線を画した被告人本人による訴訟行為を提言している。このことは、刑事訴訟法の制定においても、被告者こそが防御の主体であるという基本的認識が一貫して貫かれていたことを示している。

²⁰⁶ 旧刑事訴訟法（大正 11 法 75）第 334 条 1 項は、「死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁固ニ該ル事件ニ付テハ弁護人ナクシテ開廷スルコトヲ得ス但シ判決ノ宣告ヲ為ス場合ハ此ノ限ニ在ラス」と定め、1 年以上の拘禁刑を規定した犯罪に該当する事件を必要的弁護事件としていた。

²⁰⁷ Richard B. Appleton, *Reforms in Japanese Criminal Procedure under Allied Occupation*; 24 Wash. L. Rev. 401 (1949)は、新憲法の下、日本の伝統を生かす方向で旧刑訴法に修正を施したことを述べる。

²⁰⁸ Proposed Revision of Code of Criminal Procedure (Law No.75 of the Year 1922) 仮訳・刑事訴訟法ニ対スル修正意見（連合軍総司令部民間情報部保安課法律班）、刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（六）」法学協会雑誌 92 巻 5 号 589 頁〔小田中聡樹〕（1975）

したがって、プロブレム・シートの記載とその後の勧告から、GHQ がドイツ法的必要的弁護制度に理解を示し一定の妥協を図ったことは認められるが、そこから、GHQ において弁護人の援助を受ける権利が憲法上放棄できないとの考え方を示したと考えるのは行き過ぎである。むしろ、GHQ は「個人の尊厳」に基づく憲法上の権利の放棄については、排除していないと考えるべきである。

(2) 我が国における権利放棄をめぐる議論

我が国において、弁護人の援助を受ける権利の放棄が認められるか否かが論争になったのは、いわゆる「弁護人抜き法案」²⁰⁹（「刑事事件の公判の開廷についての暫定的特例を定める法律案」）の上程をめぐってである。1970年代の連合赤軍事件や連続企業爆破事件などの、いわゆる「過激派」裁判において、裁判所と被告人・弁護人との間に裁判所の訴訟指揮をめぐって紛争が生じ、弁護人不在の事態となったため、必要的弁護事件の規定により、裁判所の審理が進行できない事態に陥った。これを打開するために、弁護人不在のままでも開廷し審理を進める権限を刑事訴訟法の特例として裁判所に認めようとしたのが、上記法案である。

弁護人抜き法案が刑訴法第 289 条に定める必要的弁護制度の趣旨とどのように整合するのかわからないのかは、「公正な裁判」の理念に基づく同法案固有の問題であったが、その根底には、そもそも憲法第 37 条 3 項の保障する弁護人の援助を受ける権利を放棄することができるのかという問題が潜んでいた。

判例²¹⁰ の考え方は、次のようなものである。先ず「国選弁護人の選任は、憲法上は被告人の自由意思に委ねられているのであって、刑訴法 36 条本文は、この趣旨を明らかにしたもの」であり、「刑訴法 289 条が、いわゆる必要的弁護事件について、被告人の意思にかかわらず、また、請求の有無にかかわらず国が職権で弁護人を附すこととしているのは、最高裁大法廷判決（昭 28・4・1）が判示するように、憲法上の要請を超えて、法が別に定めた制度」であるとの理解を示す。そして、権利放棄の可否につき、「憲法 37 条及び刑訴法 36 条による国選弁護人の選任は、被告人の意思とは無関係な国の義務ではなく、被告人の自由意思に委ねられ、放棄の認められるもの」

²⁰⁹ 1978 年 3 月 7 日、閣議決定を経て国会に上程されたが、日弁連の反対運動によって 1979 年に廃案となった。しかし、その過程で、日弁連も「弁護活動に関する倫理規定」の制定、懲戒制度への外部委員の参加など弁護士自治の譲歩を余儀なくされた。

²¹⁰ 東京地決昭 46・6・10 判時 630 号 50 頁 いわゆる「斉川決定」。

であるから、「被告人が選任請求権を行使しない場合はもとよりのこと、たとえ、被告人が請求をした場合であっても、自らの責に帰すべき事由により、国の選任行為をさまたげ、または一旦選任を受けながら自らの責に帰すべき事由により、国選弁護人を解任するの止むなきに至らしめたようなときは、自らの意思で国選弁護人の選任請求権を放棄したものと評価する」と判示した。つまり、判例は、必要的弁護制度を憲法第 37 条の保障を超えた別の目的に奉仕するものと位置付けて、一旦、憲法第 37 条と切り離れたうえで、基本である憲法第 37 条の権利放棄の可否について判断をし、弁護人の援助を受ける権利は憲法第 37 条 3 項に基づく憲法上の権利ではあるが、被告人の自由意思に基づくものであるから、権利放棄も当然になし得ると結論付けたのである。これは、アメリカ合衆国の修正第 6 条の権利放棄を認める考え方（「請求法理」と「放棄法理」）²¹¹と同じである。

これに対し、反対説は、「公正な裁判」の観点から被告人の実質的な防御権保障に弁護人の援助が不可欠であるという歴史の発展に照らせば、必要的弁護制度と国選弁護制度とを「請求法理」によって区別するべきではなく、「国選弁護事件はすべて必要的弁護事件となり、刑訴法 289 条 1 項は重罪事件に対するその趣旨の確認規定として理解され、両制度の間には本質的逕庭は存在しえなくなる」と説く。²¹²そして、「必要的弁護事件における弁護人の援助を受ける権利は、被告人の権利放棄にはなじまない性質のもの」で「必要的弁護権の『黙示の放棄』も、また、『放棄の擬制』も、刑訴法 289 条 1 項、ひいては憲法 37 条 3 項は予定していない」と結論付ける。²¹³ 同様に、自己弁護権を認めたファレッタ判決を紹介した論者も、「憲法で与えられた被告人依頼権が、個人の自由意思で放棄できるものかどうかは、当該刑事事件の内容と性質、個人の意志の尊重、公正な裁判の確保という三つの要素のバランスの中で考えられなければならない問題である。」として、「軽罪と重罪との間で結論に差が生じてくることもまた当然」という。三つの要素のバランスで考える結果、「個人の意志の尊重」だけで放棄を認めることはできず、重罪について「個人の専意を認め、被告人依頼権の放棄を許す理論は、憲法に著しく反し、違憲といわざるを得ない」と断ずる。²¹⁴ ここで

²¹¹ 渥美東洋「国選弁護権の告知と放棄」比較法雑誌 6 巻 1・2 号（1968）請求法理を採るリーディング・ケースとして、最判昭 25・7・27 刑集 4 巻 8 号 1537 頁

²¹² 石川才顕「必要的弁護事件制度の意義とその運用上の問題点」鴨良弼先生古稀祝賀『刑事裁判の理論』149 頁〔154 頁〕（日本評論社、1979）

²¹³ 石川・前掲書 155 頁

²¹⁴ 大坪・前掲注（82）85-86 頁

比較対照されている憲法の条項は、いうまでもなく、憲法第 37 条のことである。

この論争の奇妙な点は、被告人の視点から見た場合、憲法上の権利放棄に関する理論的対立とその帰結される結論との間にズレを感じるところにある。すなわち、判例の論理は、権利の放棄を認めるにつき被告人本人の自由意思を最大限に尊重しながら、その結果として、被告人の意思に関わらず裁判所の一方的判断で弁護人不在のまま裁判が継続できる結果をもたらすのである。他方、反対説は、裁判所の一方的判断による弁護人不在の訴訟進行を否定する意味では、被告人の利益に配慮した結果をもたらすが、その結論を導くために、権利放棄の理論の面では、個人の尊厳に基づく自己決定の自由を否定してしまうのである。本来、憲法上の権利が放棄できるか否かの問題は、優れて個人的な自己決定の問題であるから、被告人の視点に立って、被告人が自らの真摯な意思で権利放棄がなしうるか否かが問われるべきであるのに、我が国では、不幸なことに、被告人の直接的意思とは関係のない裁判所の訴訟進行上の便宜という別の要請によって、憲法上の権利放棄の可否という前提問題がクローズアップされるに至ったのである。換言すれば、憲法第 13 条の「個人の尊厳」を優位に置くか、憲法第 37 条の「公正な裁判」を優位に置くかの理念的な対立が表面化したというのではなく、むしろ、同じ憲法第 37 条の「公正な裁判」という枠内で、裁判所の訴訟進行の便宜といった「迅速な裁判」の要請が優先されるべきか、それとも、弁護人の存在といった被告人の実質的利益が優先されるべきかが問われたというべきなのである。

私は、上記論争において、反対説に依拠した論者がすべて、ファレッタ事件あるいはウィギンズ事件に見るような被告人が自らの全き自由意思に基づいて自己弁護権行使を希望した場合、その前提となる弁護人の援助を受ける権利を放棄することを憲法が禁止していると結論するとは思えない。たとえば、憲法第 37 条の解釈論として、重罪事件については、国家の弁護人を付する義務の方が被告人の弁護人を不要とする意思よりも優先するとの考え方を維持しても、憲法第 13 条を根拠に被告人自身の自律性及び自己決定を主張された場合、より原則的な価値を「個人の尊厳」に見出して、別異の解釈をとる可能性があると考えからである。²¹⁵

²¹⁵ 刑事訴訟法 36 条及び 37 条の解釈において、文面上、請求法理が用いられ、任意的選任規定になっていることに対し、憲法 37 条 3 項が実質的な弁護の国家による保障を義務付けているとして、憲法適合的に、36 条につき請求法理を否定し、37 条につき被告人の特性による必要的弁護を定めた規定と解する見解が示さ

結局、我が国において、弁護人の援助を受ける権利を放棄し得るか否かについて、本当の意味での理念的対立に基づく議論がなされたとは言えず、未だ、決着はついていないというべきであろう。結論を分けるのは、ファレッタ判決の法廷意見と反対意見のそれぞれが依って立つ理念を異にしたように、「個人の尊厳」を重視するのか、それとも、「公正な裁判」を重視するのかの対立なのである。

5 日本国憲法における自己弁護権の位置付け

私は、日本国憲法においても被告者の自己弁護権は承認されるが、その直接的根拠は憲法第 13 条の「個人の尊厳」に求められるべきと考える。

私の憲法的理解を整理すれば次のとおりである。

- (1) 憲法上の手続的保障権の権利主体は被告者であるから、刑事手続における防御の本来的主体は被告者本人である。
- (2) 被告者に認められる諸権利の背後には被告者の自己防御権があり、憲法上の手続的保障権はその具体化された内容である。
- (3) 被告者には、憲法第 34 条及び第 37 条 3 項によって、弁護人の援助を受ける権利が認められる。
- (4) 被告者は、憲法上の権利であってもそれを放棄する自由を有するから、弁護人の援助を受ける権利を放棄することができる。
- (5) 被告者が弁護人の援助を受ける権利を放棄しても、憲法第 37 条の「公正な裁判」の実現という理念の下、国家の司法運営上の利益は否定されない。その観点から国家が政策的に一定範囲の事件につき弁護人を選任し、被告者にとって利用可能な状態を作出しておくことは許される。
- (6) 被告者には憲法第 13 条によって自己弁護権が認められるので、被告者が自己弁護権の行使を主張して自分自身による訴訟遂行を希望する場合には、その意思を尊重して、弁護人の訴訟活動は差し控えられなければならない。

この位置付けは、ファレッタ判決の法廷意見と同様、被告者の「個人の尊厳」を重視して自己弁護権を弁護人の援助を受ける権利よりも優位に置くも

れている。大出ほか・前掲注 (194) 34 頁以下。この考え方も、憲法適合性を憲法 37 条にのみ求めている点で、必ずしも同 13 条との関連性を十分に考慮していないのではないかという疑問がある。判例の意図とは別に、理念的に「個人の尊厳」に基づく自己弁護権を承認するのであれば、36 条及び 37 条の規定も権利放棄の法理を内包した表現として理解されることになる。

のである。しかし、アメリカ合衆国の陪審制を前提にした憲法解釈と異なり、我が国の憲法解釈において、自己弁護権か弁護人による弁護を受ける権利かの選択を二者択一的に固定して考える必要はないから、被告者がいつでも自由に自己弁護権あるいは弁護人の援助を受ける権利を互換的に選択することを認める。このことは、アメリカ合衆国では認められないハイブリッド・カウンスル(hybrid counsel)を積極的に容認することを意味する。

我が国の憲法の解釈として、自己防御権の承認は、被告者主導の共同弁護の形態を導くと考えられるのである。

第3章 自己防御権からの見直し

第1 我が国における自己防御権の理解

1 自己弁護権行使の実際

現行刑事訴訟法の下、国選弁護の形態には、三つのものがある。

第一は、被告人自身の請求に基づくものであり、刑訴法第36条を根拠とする。現行法の解釈としては、起訴後の被告人しか請求権を行使しえないが、今日、一般に国選弁護として理解されている典型的な形態がこれである。請求法理を前提とする被告人の権利行使であるから、被告人の意思によって、権利放棄が可能である。現在の運用では、裁判所が公訴提起後速やかに被告人に対し国選弁護人を請求するか否かの意思確認の照会を文書にて行い、一定期間に回答がない場合、あるいは、選任意思が不明の場合には、被告人の選任意思があるものとみなして、国選弁護人を選任している。この運用の背後にある考え方は、できるだけ国選弁護人を付する方向で被告人の実質的な弁護権を保障しようとするものであり、被告人の意思を尊重してはいるものの、「公正な裁判」を実現しようとする裁判所の後見的役割が大きく働いている。学説もこの運用を支持し、被告人の権利放棄を「事情を熟知して明確に請求権を放棄したといえるような場合」に限定しようとしている。²¹⁶

第二は、被告人の請求とは無関係に、裁判所が職権で付する場合であり、刑訴法第37条を根拠とする。これは、弁論能力が類型的に劣っていると裁判所が判断した場合に、裁判所が後見的に被告人のために国選弁護人を選任するものである。条文に忠実に、完全な裁判所の自由裁量に委ねる趣旨と理解すれば、アメリカ合衆国の補助弁護人(standby counsel)に酷似してくる。しかし、今日の通説は、第37条所定の事由があり弁護人を付する必要性が認められれば、裁判所は国選弁護人を付するべきであるとして、裁判所の完全な自由裁量性を否定する。それゆえ、刑訴法第37条を「被告人の特性に基づく必要的弁護の規定」と理解する見解が有力である。²¹⁷

第三は、必要的弁護であり、刑訴法第289条1項を根拠とする。必要的弁護は、「死刑又は無期若しくは長期3年を超える懲役若しくは禁固にあたる事件」をもって国家からみての「重大な事件」と位置付け、重大な事件にお

²¹⁶ 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』33頁（有斐閣、1996）

²¹⁷ 田宮裕『注釈刑事訴訟法』45頁（有斐閣、1980）、大出ほか編・前掲注（194）『刑事弁護コンメンタール1 刑事訴訟法』36頁

ける国家の司法的公正さを確保するために、被告人の請求とは無関係に、国選弁護人を付することにしたものである。したがって、第一の類型における国選弁護を被告人が請求権を行使しないで権利放棄をなしたとしても、上記必要的弁護事件に該当する場合には、権利放棄の意思とは無関係に、裁判所は国選弁護人を職権で付することになる。また、刑訴法第 37 条と異なり、条文上も、裁判所の裁量の余地はないから、公訴提起時の罪名の法定刑が必要的弁護事件に該当する限り、裁判所は自動的に国選弁護人を付することになる。一名「強制弁護」と呼ばれる所以である。

このように我が国では、一方で、国選弁護に請求法理を採用し、憲法第 37 条 3 項に基づく弁護人の援助を受ける権利の放棄を認めているが、他方で、刑訴法のレベルにおいて、一定範囲の「重大な事件」について必要的弁護として国家による被告人のための弁護人強制を認めているため、現実には、必要的弁護事件に該当する国選弁護事件においては、弁護人の援助を受ける権利の放棄を前提とする自己弁護権の行使がなし得ないことになっている。

1999 年司法統計年報²¹⁸によれば、地方裁判所取扱いの通常第一審事件の終局総人員 61640 人のうち弁護人のついた被告人は 59575 人（私選弁護人のついた総数 16647 人、国選弁護人のついた総数 43611 人）であり、弁護人のつかない被告人は 2065 人（3.35%）にすぎない。国選弁護人の付いた被告人総数 43611 人のうち、強制弁護事件は 30693 人であり、70.4%に及ぶ。同様に、簡易裁判所取扱いの通常第一審事件の終局総人員 11762 人のうち弁護人のついた被告人は 11386 人（私選弁護人のついた総数 1171 人、国選弁護人のついた総数 10286 人）であり、弁護人のつかない被告人は 376 人（3.19%）にすぎない。国選弁護人の付いた被告人総数 10286 人のうち、強制弁護事件は 9382 人であり、91.2%に及ぶ。要するに、地裁事件では 10 人に 7 人、簡裁では 10 人に 9 人が最初から自己弁護権行使の余地はないのである。

しかし、統計上、全体の 3%程度というわずかな数値ではあるが、弁護人を付することなく事実審理に臨んだ被告人がいることが認められるので、この例外的な被告人は、必要的弁護事件ではない軽罪において、国選弁護人を請求せずに自らが自らの弁護を行った者と考えられる。絶対数として見たとき、地裁で 2065 人、簡裁で 376 人という人数は決して極く少数とはいえないので、自己弁護権行使をめぐる問題点が浮上してきても不思議ではないと考えられるのであるが、実際には、我が国においては、自己弁護権行使が刑

²¹⁸ 最高裁判所事務総局編『司法統計年報 2 刑事編平成 11 年』第 22 表通常第一審事件の終局総人員—弁護関係別 24 頁以下。

訴法上の重大な問題点として議論されたことがない。このことは、おそらく、上記例外的な自己弁護権行使の事例が、有罪・無罪を争う深刻な事実認定上の対立を内包するものではなく、専ら、事実関係には争いがなく、裁判所の量刑判断だけが争点であり、それについても、被告人において裁判所の判断に全てを委ねた事案であったからと推測される。

いずれにしても、我が国の場合、必要的弁護制度の故に、実質的に事実関係を争う事件において被告人が自己弁護権を行使する場面というのは著しく制約されているのであり、現実を直視すれば、憲法第 37 条の「公正な裁判」を指導理念とする弁護人の援助を受ける権利は、同憲法条項とは直接の関係はないとされる大陸法に起源を有する必要的弁護制度によって、極めて強固に保障されていることになる。換言すれば、憲法第 37 条の憲法上の保障は、被告人の側の権利性を強調するのではなく、国家の側の弁護人を付する義務の履行を強調することによって実現されているのである。いわば、ファレッタ判決の少数意見が思い描いた弁護権保障の在り方を実現しているとも言えるのである。その反面、本来、憲法上の権利の放棄という形で尊重されるはずであった「個人の尊厳」は影を潜め、被告人の自律性に基づく自己弁護権の行使は、事実上、否定されているのである。

しかし、憲法論として考えた場合、刑訴法上の政策的措置である必要的弁護制度によって憲法上の権利を行使するか否かの被告人本人の自己決定を否定することは許されないから（仮に憲法第 37 条を「公正な裁判」の理念に純化して考えたとしても、より根源的な憲法第 13 条の「個人の尊厳」に基づく権利放棄の自由を否定することはできない。）、仮に現行法の必要的弁護制度の故に被告人の憲法上の権利放棄を認めないとすれば、その運用は違憲といわざるを得ないであろう。

また、刑訴法のレベルで見た場合でも、必要的弁護事件の被告人が積極的に自己弁護権を主張した場合には、我が国が国際人権自由権規約を批准しており、憲法第 98 条 2 項により国内の一般法律に対する国際条約の優位性を承認し、かつ、同条約に国内法としての自動執行性を認めている以上、やはり、必要的弁護事件を理由に、被告人本人による弁護人の援助を受ける権利の放棄及び自己弁護権の行使を許可しないことは、規約第 14 条 3 項（d）違反を帰結することになるであろう。

憲法及び国際人権自由権規約が自己弁護権を容認していることに鑑みれば、法律論として見る限り、必要的弁護制度をもって被告人本人の権利放棄の自由及び自己弁護権行使の自由を否定することはできず、被告人から積極的に弁護人の援助を受ける権利を放棄する旨の意思表示があり、かつ、自己弁護権を行使する意思が示されたならば、裁判所としては、その被告人の自

己決定を尊重しなければならないというべきである。

以上の議論は、専ら、理論的にどう考えるべきかに焦点を当てたものであるが、必要的弁護事件であっても自己弁護権行使が理論的に可能だとしても、実際に、被告人がそれを選択するか否かは別の問題である。次にこの点の検討をしてみよう。

2 我が国の被告人は自己弁護権行使を選択するか

私の予測は、仮に必要的弁護事件において弁護人の援助を受ける権利の放棄を認め自己弁護権行使を可能としたとしても、自己弁護権を行使する事例が大きく増加するとは考え難いというものである。

その理由は、現在の必要的弁護事件における弁護人強制と被告人自身による単独弁護とで、理念的に考えるほどの質的差違が現実的には生じないと考えられるからである。

我が国の法制度では、一方で、必要的弁護制度によって被告人の意思とは無関係に弁護人が裁判所の職権によって付されることになるが、他方で、被告人の訴訟行為者としての独自性は必ずしも弁護人の存在によって影響されることなく保たれている。アメリカ合衆国では、「個人の尊厳」を重視する結果、「二人の主人」の併存を意味する共同弁護(hybrid representation)が否定されているが、我が国では、むしろ、弁護人と被告人の二人が同格で訴訟行為をすることが認められている。アメリカ合衆国では、事実審理の結果の判断が陪審員に委ねられるため、陪審員の眼に映る弁護側のストーリーを展開する訴訟行為者、すなわち、演技をする役者は一人でなければならないという実質的な理由が存在するが、我が国の場合には、職業裁判官が事実審理の最終的判断権者であるから、陪審員の眼にいかに関与するかという配慮の働く余地がない。

また、アメリカ合衆国の場合、歴史的に、被告人の証人適格が認められるまでは、弁護人が存在する限り、被告人が法廷において自らの立場を弁明し、自らのストーリーを積極的に語る機会とは与えられていなかったもので、弁護人の援助を断ってでも、自分自身が法廷にて自分自身の言葉で語る機会を得ることに大きな誘引があったといえる。²¹⁹ 今日、アメリカ合衆国においては、被告人の証人適格を認めているので、もはや、この点が自己弁護権行使の選択に大きな影響力を持っているとはいえない。しかし、被告人

²¹⁹ Faretta v. California, supra note (82) at 850-851 ブラックマン判事の反対意見

が証人として証言台に立つ場合には、偽証の制裁の下厳しい反対尋問にさらされることが必至であるため、必ずしも、被告人が証人となって自らのストーリーを語る訳ではない。証人となる方法もあるという意味で被告人の自己弁護権行使の誘引が減少したとは言い得ても、依然として、被告人自身が自らの言葉で陪審員に説得を試みるという基本的欲求は存在するのである。

しかし、我が国においては、被告人に証人適格は認められていないが、旧刑法以来の被告人質問の制度が認められている。被告人・弁護側の申請行為という形はとるものの、証拠決定を伴わない被告人に対する質問が裁判所、検察官、弁護人に認められており、偽証の制裁がないにもかかわらず、被告人質問の結果は、被告人の公判廷供述として証拠能力が認められている。ここでも、アメリカ合衆国の実務とは異なり、被告人が証人として証言するか否かといった深刻な自己決定の場面は回避されているのである。

さらに重要なことは、弁護人の訴訟行為と被告人自身の訴訟行為との間に齟齬が生じた場合には、弁護人の独立代理権を除いて、被告人の意思が優先することが法律によって明記されており、共同弁護の形態(hybrid representation)をとっても被告人の意思が貫徹される建前になっているからである。つまり、アメリカ合衆国では、補助弁護人の役割の最大限度とされている被告人の戦略及び戦術決定に従属する補助弁護人の義務が、我が国では、最大限度ではなく、むしろ、当然の前提とされているからである。²²⁰ 換言すれば、アメリカ合衆国では、被告人の自己弁護権を認めた場合の補助弁護人の在り方を、ファレッタ判決の趣旨に従い、被告人の自己弁護権行使の意識と外観を損なうことのないように、共同弁護の形態の一步手前で踏みとどまるところに求めているのに対し、我が国では、共同弁護の形態が一般的であり、弁護人の役割は、被告人の戦略決定及び戦術決定には一応の優位性を承認しつつも、かなり、独立した地位を弁護人に与えることによって、実質的に、弁護人が被告人の意思に必ずしも拘束されずに、訴訟進行の主導権を握ることを認めていると言えるのである。このように我が国の実務では、アメリカ合衆国の自己弁護権行使が認められた後の裁判所の裁量による補助弁護人の選任の場合と同じ事態が既に現出されているため、被告人から見ると、自己弁護権の行使が認められるか否かによって、弁護人との関係に決定的な差違をもたらすものではないのである。

²²⁰ この点の理解につき、沿革的に被告人の主体性を尊重したという考え方と被告人本人の供述を重視する実体的真実主義の反映であるとする考え方がある。後藤昭「刑事弁護人の役割」日弁連編『現代法律実務の諸問題（平成11年版）』647頁〔663頁〕（第一法規、2000）

アメリカ合衆国との比較でいうならば、むしろ、重要なのは、日本の弁護人の場合、補助弁護人と違って、「主人」と「援助者」の地位の主従関係が逆転しており、弁護人主導の訴訟遂行が常態となっている点にこそあると言わなければならない。

自己防御権からの見直しが必要なのは、現象的に、被告人の自己弁護権行使の実例が増えるか否かにあるのではなく、「主人」と「援助者」の地位が逆転した観のある日本の弁護の在り方にあると言うべきである。

第2 弁護人の役割に関する認識

1 法曹三者による意見交換会²²¹

(1) 意見交換会の経緯と問題の所在

1998年8月、当番弁護士制度の進展に伴い、起訴前の弁護活動が活発化する状況を受けて、「被疑者段階の刑事弁護に関する諸問題を幅広く議論すること」を目的として、法務省、最高裁、及び日弁連による「刑事被疑者弁護に関する意見交換会」が発足した。同意見交換会は、必ずしも、日弁連が提案していた被疑者段階の国選弁護制度の実現可能性を検討する場ではなかったが、1999年10月の第12回意見交換会において、日弁連が公的な被疑者弁護制度の必要性を改めて指摘したのに対し、法務省も「同制度に関する現実的な検討が必要な段階に来ている」との認識を示し、最高裁も「被疑者弁護の公的援助についても前向きの議論を深めていくことには意義を認める」旨の賛意を表明し、初めて、法曹三者間において被疑者段階の公的弁護制度を検討する方向性が示された。²²² その後、被疑者段階の国選弁護制度のテーマは司法制度改革審議会の重要な検討課題の一つとされ、同審議会の中間報告において「被疑者に対する公的弁護制度を導入し、被疑者・被告人の弁護体制を充実させる方向」が明示された。²²³ このように制度論として見る限り、従来から国際的に法制度の欠陥として指摘されていた被疑者段階の公的弁護人制度が実現の方向に歩み出すなど確実な進展があることは間違いない。しかし、ハード面の進展に伴うソフト面ともいべき弁護人の役割について、法曹三者間に共通の認識ができているかと言えば、理論的にも、また、実践的にも、法務省の理解と日弁連の理解との間には大きな相違があると言わなければならない。同様に、後の判例に見るとおり、最高裁を始めとする裁判所の理解と日弁連の理解との間にも大きな開きがある。さらに言

²²¹ 法曹三者の認識を共通にするため、必要なテーマ毎に設置される非常設の協議会であり、これまで法務省と日弁連間の「接見交通権に関する協議会」や法曹三者間の「当番弁護士制度協議会」（1994年11月から1997年10月まで）などがある。

²²² 被疑者刑事弁護に関する意見交換会の審議経過につき、季刊刑事弁護16号から23号まで参照。なお、同意見交換会は、司法制度審議会の議論を踏まえつつ制度構想の具体化につきそれぞれが内部的に検討する必要があることから、2000年5月18日の第15回意見交換会をもって休止している。

²²³ 2000年11月20日司法制度改革審議会「中間報告」57頁

えば、同じ日弁連内部においても、一つの弁護人像に収斂しているわけでもない。いわば、三者三様、極論すれば各人各様の弁護人像が併存しているのである。

先ずは、その弁護人の役割に関する認識の違いを「刑事被疑者弁護に関する意見交換会」において示された公式見解から見てみよう。

(2) 法務省の見解

第4回意見交換会において示された法務省の主張の骨子は次のとおりである。²²⁴

国家刑罰権は国家の存立基盤であり、憲法は、捜査機関による犯罪捜査を当然の前提としている。検察官には、真実を解明し、無実の者を速やかに刑事手続から解放し、罪を犯した者の情状を吟味して、真に処罰すべき場合に公訴を提起するという国家刑罰権を実現すべき責務がある。それゆえ、事件の背景事情を含む事案の真相を解明し、適正な科刑を実現するためには、被疑者の取調は極めて重要である。弁護人も刑事司法を担う一翼として、被疑者・被告人の正当な利益を擁護するため、真実の発見に寄与し、捜査の妨げとならないようにする義務がある（刑訴法 196 条）。弁護人が被疑者に供述拒否を慫慂して被疑者の意思決定に不当な影響を与えたり、参考人に捜査機関への出頭拒否や供述拒否を慫慂するなどは、捜査妨害であるとともに真相解明に寄与すべき弁護人の真実義務に反するから、弁護人の使命とは相容れない。

法務省の見解は、刑訴法第 1 条の目的のうち「事案の真相を明らかに」することを重視しており、この実体的真実発見のために、立場こそ異なるものの弁護人も協力すべきであるという基本的立場に立っている。弁護人を真実発見のための「独立の司法機関」と位置付ける見解と言って差し支えないであろう。²²⁵

(3) 日弁連の見解

²²⁴ 村岡啓一「意見交換会における弁護人の役割をめぐる議論」刑事弁護センターニュース 20 号 3 頁（1999）

²²⁵ 最高裁は、意見交換会において、弁護人の在り方につき自らの見解を特に明らかにしてはいない。しかし、被疑者段階の公的弁護制度の具体的検討に賛意を示すに際し、その理由を「被疑者段階における弁護活動の充実は、適正迅速な裁判の実現につながるものであり、刑事司法全体のために意味あるものと考えられる。」と述べた。（季刊刑事弁護 21 号 132 頁）これによれば、弁護人の役割は「適正迅速な裁判の実現」にあることになる。

上記法務省見解に対する日弁連の反論はおおよそ次のとおりである。

国家の捜査権は、国家刑罰権に由来するといっても、憲法上は、憲法 31 条以下の「手続的保障権」によって制約を受ける国家の権力(Power) そのものであって、憲法上認められた権利(Right)ではない。被疑者・被告人の弁護人依頼権は、国家が市民を訴追する際に守らなければならない手続的要件なのであり、弁護人の諸活動は、捜査官の捜査活動を制約するものとして憲法上保障されている。また、無罪推定の結果、被疑者・被告人は、刑事上の罪をめぐる攻防において、身体拘束の有無を問わず、国家の攻撃に対し自らを防御すべき地位に置かれる。弁護人の存在以前に自らを守る必要があるものであり、弾劾手続の下では、市民が防御の主体性を認められたことの当然の帰結として、国家刑罰権に対して自己防御権が対置される。弁護人の援助を受ける権利はこの自己防御権を補完する意味で保障されている。(武器対等の原則)

ここから、弁護人の場合、同じ法曹三者とは言っても、「刑事上の罪に問われた市民」との距離関係は全く異なったものになる。すなわち、弁護人は検察官と同じ目線で事案の真相に迫るのではなく、飽くまでも、被疑者・被告人の目線で見た「真実」を前提に被疑者・被告人のために行動することが求められている。防御の主体である被疑者・被告人の自己決定に基づく防御行為を最も有効に行わせるためにはどうすれば良いかという観点から、その判断を適切に行うために被疑者・被告人の視点から見た「真実」に接近するのである。したがって、弁護人の「真相解明」への関与の仕方というのは、国家の代理人である検察官と同一ではあり得ない。

右の弁護人の特殊な地位から導かれるのは、むしろ、対依頼者の関係で求められる誠実義務の履行であって、いわゆる真実義務は誠実義務に解消されていると考えられるので、対裁判所の関係でも対検察官との関係でも、弁護人において何が実体的な真実であるかを積極的に解明する義務はない。結局、弁護人に求められている行為規範は、①刑法などの一般的禁止規範に違反してはならないことは当然として、②刑事訴訟法上のルールに従うことと③依頼者への誠実義務を尽くすことに尽きる。したがって、弁護人に、捜査の妨害をしてはならないという限度で、消極的な意味での真相解明への協力義務を認めることはできても、更に進んで、検察官の真相解明に積極的に協力すべき義務はない。

日弁連の見解の最大の特徴は、従来の基本的スタンスである、刑訴法第 1 条の目的のうち「個人の基本的人権の保障」を重視する立場を堅持しながらも、被疑者・被告人こそが防御の主体であるとの観点から、被疑者・被告人

の自己防御権の実効化という弁護人の役割を強調した点にある。被疑者・被告人の自己決定を前面に押し出すことにより、従来の真実義務と誠実義務の狭間で苦悩する弁護人という「二人の主人」に仕える法律家といった立場から脱却して、飽くまでも、本来的な「主人」である依頼者＝被疑者・被告人との関係において誠実義務一本に純化される援助者の地位にあることを明らかにしたのである。この見解の背景には、日弁連内部において、刑事弁護センターの設立や当番弁護士制度の全国実施を契機に刑事弁護全般に対する見直しが始まり、次第に刑事弁護人の役割についての意識が変わってきたという事情がある。²²⁶ かつては、弁護人の真実義務と誠実義務の相克は弁護士倫理の基本的テーマとして取り上げられ、弁護士間においても、その弁護人の役割観の違いに応じて激論が交わされてきたが、今日では、少なくとも理念的には、被告者こそが防御の主体であり、弁護人の基本的役割は被告者を援助することであるという一般論には異論を見ない。それゆえに、法務省の描く弁護人像との対比においては、日弁連としての統一見解を示すことは必ずしも困難なことではなく、その一つの例が上記反論なのである。しかし、このことは、具体的な場面の実践的適用において弁護士の間で共通の理解に立っていることを意味するものではない。後に、日弁連内部における刑事弁護ガイドラインをめぐる議論に見るとおり、スローガンとして被告者の防御の主体性は承認されたとしても、未だ、日弁連内部において、自己防御権を貫徹した形での共通の弁護人像を形成するまでは至っていないのである。

2 最高裁大法廷判決

(1) 防御の主体論

接見指定制度の根拠規定である刑訴法第 39 条 3 項の違憲性が問われた安藤・斎藤事件において、上告人は、身体拘束を受けている被疑者こそが防御の主体であるとの基本認識に立って、弁護人の「固有権」の視点からではなく被疑者の「基本権」の視点から見た場合、接見指定制度は身体拘束を受けている被疑者の防御の主体性を侵害していると主張した。すなわち、接見指定制度とは、捜査機関が被疑者を「取調の客体」として捉え、弁護人が「防御の客体」として捉え、共に客体視した被疑者の一つしかない身柄の奪い合いを前提にした制度であって、そこには「防御の主体」であるはずの被疑者

²²⁶ 従来の真実義務論を否定し、誠実義務に一本化することを主張する論文として、佐藤博史「弁護人の任務とは何か」竹澤哲夫ほか編『刑事弁護の技術（上）』3 頁、浦功「弁護人に真実義務はあるか」同 11 頁（第一法規、1994）

本人の意思が全く反映されていないことを指摘したのである。この点に関する大法廷での弁論の骨子は次のとおりである。²²⁷

① 防御の主体性を否定する「接見指定制度」

我が国の「接見指定制度」は、一方当事者である捜査機関が他方の当事者である被疑者の接見交通権に制約を加え得る規定になっているが、これは被疑者を捜査の客体として位置付けることによってのみ正当化できるから、日本国憲法が被疑者を防御の主体として認知したものと矛盾している。

接見指定制度は、実務における勾留が被疑者の取調べ目的にあること及び被疑者は捜査の客体として取調べの対象であり、身体を拘束された被疑者には取調受忍義務があることを前提として初めて成り立っている。要するに、接見指定制度を支えている根拠は実務の運用だけであり、憲法上の根拠を何ら持っていない。

憲法は、身体を拘束された被疑者に、無罪推定を前提とした防御の主体性を認めており、その自己防御権を基礎に置いて、憲法上の「弁護人の援助を受ける権利」を具体化しているのであるから、接見交通権を侵害する接見指定制度は必然的に憲法上の「弁護人の援助を受ける権利」を侵害し、違憲の評価を免れない。

② 調和論の誤り

従来の下級審判例を眺めると、弁護人の視点からみた弁護人の「固有権」である接見交通権が侵害されたという見方にとどまり、より根本的な被疑者の基本権が侵害されたという視点が欠落している。その端的な表明が、捜査側と防御側の被疑者利用の目的が競合することを前提に、接見交通権と捜査権とは調和されなければならないという発想である。ここで調和すべき対象として考えられている内実は、弁護人の接見交通権と捜査機関の捜査権である。つまり、調和という発想が可能となるのは、暗黙のうちに、防御の主体を弁護人のみとし、これを攻撃の主体である捜査機関と同格に置き、攻撃側・防御側それぞれが一つしかない被疑者の身体を必要とするので、その競合を調整するために、両者の調和が求められるというわけである。

被疑者は防御の主体であるとは言っても、それは単なるスローガンにすぎず、調和論の本質は身体を拘束された被疑者を捜査の客体及び防御の客体として扱っているのであり、弁護人ではなく被疑者こそが本来の防御の主体であることを忘れている。憲法及び国際人権法も、さらには、現行刑訴法も一

²²⁷ 回付論点に対する大法廷の判断は、上告理由書第二点に関するものであり、判例集には上告論旨は掲載されるが、現実になされた弁論要旨は掲載されない。なお、この弁論は私が上告代理人として行ったものである。

貫して被疑者を防御の主体と位置付けているのであり、被疑者の防御権が対立当事者である国家の捜査権と調和を求められるということとはあり得ない。

身体を拘束された被疑者が一つの証拠方法として取調の対象になりうるという意味で、身体を拘束された被疑者に捜査の客体という側面があることは事実であるが、被疑者が捜査に協力すべき義務はなく、黙秘権を放棄して供述するか否かは被疑者個人の自由な自己決定権に委ねられているのであるから、被疑者において自己防御権を行使し弁護人との接見交通を求める限り、被疑者の防御権は捜査権よりも優位に置かれざるを得ない。

調和論は、被疑者を客体視し、暗黙裡に弁護人のみを防御の主体と考えて捜査機関との被疑者利用の調和を志向する点で決定的な誤りを犯している。

この弁論要旨の特徴は、弁護人自身も暗黙裡に被疑者を防御の客体と見ていたために調和論的思考から脱却できなかった²²⁸ことを率直に反省した上で、憲法及び国際人権法の原点に立って防御の主体である被疑者の視点から接見指定制度を見直すことを求めたところにあった。

しかし、被上告人の国は、この問題提起には何ら反論することなく、従前からの憲法レベルでの調和論（弁護人依頼権に基づく接見交通権は国家刑罰権に基づく捜査権と憲法上同格のものとして調和されなければならない。）を主張するにとどまったため、議論の深まりは見られなかった。

（２）最高裁大法廷判決に見る弁護人像

結局、最高裁大法廷判決は従来の調和論を踏襲して、次のように判示するにとどまった。²²⁹

① 調和論の採用

憲法は、刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものであるから、被疑者と弁護人等との接見交通権が憲法の保障に由来するからといって、これが刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものということとはできない。そして、捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取り調べる必要が生ずることもあるが、憲法はこのような取調べを否定するものではないから、接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない。

② 黙秘権保障と接見指定制度との関係

憲法 38 条 1 項の不利益供述の強要の禁止を実効的に保障するためどのような措置が講じられるべきかは、基本的には捜査の実状等を踏まえたうえで

²²⁸ 村岡啓一「接見交通」三井誠ほか編『刑事手続（上）』329 頁（筑摩書房、1988）

²²⁹ 前掲注（191）最大判平 11・3・24 民集 53 巻 5 号 514 頁

の立法政策の問題に帰するものというべきであり、憲法 38 条 1 項の不利益供述の強要の禁止の定めから身体の拘束を受けている被疑者と弁護人等との接見交通権の保障が当然に導き出されるとはいえない。

③ 黙秘権保障と取調受忍義務否定論との関係

身体の拘束を受けている被疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述する自由を奪うことを意味するものでないことは明らかであるから、所論（注：黙秘権保障の結果、被疑者が望むならいつでも取調べを中断しなければならないから、被疑者の取調べは接見交通権の行使を制限する理由にはおよそならない。）は前提を欠く。

最高裁判決は、大法廷弁論で提起した原理的主張、すなわち、被疑者が自己防御権行使のために自らの意思で取調べに応ずることをやめて弁護人との接見を希望した場合には、もはや捜査機関側の取調べ等の必要を理由に接見を制限することはできないのではないかという疑問には、正面から答えていない。調和論の採用それ自体が被疑者の意思にかかわらず捜査機関の接見指定を容認するものであるから、一応結論を示したとは言えるが、その理由は示されていない。なぜ、被疑者の主体性の尊重よりも被疑者を客体と見る捜査の必要性の方が優越するののかの根拠を示してはいないのである。

身体を拘束した状態で取調べが行われている現行の実務を肯定し、捜査権の根拠を国家の権能にまで求めて取調べの必要を被疑者の自己決定よりも優位に置いたことは、刑事司法の目的を法務省と同じく「事案の真相解明」に求めていることを物語っている。最高裁大法廷は、弁護人の援助を受ける権利の被疑者段階における意義を「拘束の原因となっている嫌疑を晴らしたり、人身の自由を回復するための手段を講じたりするなど自己の自由と権利を守るため」と述べるが、それは被疑者の防御の主体性を前提としたものではなく、むしろ、身体拘束下にある被疑者の客体性を前提としているように思われる。自己防御権の考え方は、弁護人の援助がなくとも自らが弁護人の機能を果たし得ることを大前提にしているが、身体拘束下にある被疑者の場合には、行動それ自体の制限のゆえにこの代替性が働かない。防御の主体性を尊重する限り、身体拘束下にある被疑者が主体的に防御を行うためには「道具」としての弁護人の存在が不可欠であるのに、大法廷判決によれば、この弁護人との意思の疎通が捜査の必要の前に遮断されてしまうからである。「弁護人の援助を受ける権利が実質的に損なわれない限り」調整が許されるという考え方の背後には、やはり、被疑者の意思とは全く無関係の国家から見た「弁護人の援助」の実体が想定されているのであり、それは、捜査機関の真

実解明に支障を及ぼさない限度での弁護人との接触でしかないのである。

こうした実体的真実主義を重視した法務省及び最高裁の刑事司法観及び弁護人観は、司法制度改革審議会のプレゼンテーションにおいて、明確に示されることになる。

3 司法制度改革審議会

(1) 法曹三者のプレゼンテーション

2000年7月25日、司法制度改革審議会の第26回審議において、「国民の期待に応える刑事司法の在り方」について法曹三者のヒアリングが行われ、法務省、最高裁、及び日弁連からそれぞれの意見が表明された。ヒアリング項目のうちいわば総論に該当する「刑事司法に対する国民の期待」に関する法曹三者の基本的スタンスは相当に際立った対照をなしている。以下に、その違いを示してみよう。

① 法務省

(i) 21世紀のあるべき刑事司法の使命・役割²³⁰

刑事司法の基本的な在り方として求められることは、被疑者・被告人その他の関係者の権利・利益の制約を可能な限り少なくし、的確かつ迅速に、犯罪を明らかにし、犯人を処罰することであり、このことは、時代や社会を超えて不易のものである。

刑事司法に登場する「国民」を大別すると、①被疑者・被告人としての国民、②犯罪被害者としての国民、③目撃者・証人等としての国民、④一般国民、という四つの立場があるが、それぞれ、その主として求める点は異なっている。すなわち、被疑者・被告人は人権の保障を求め、被害者は犯人の処罰を求め、目撃者・証人等は刑事司法に協力するにしてもできる限り負担が軽いことを願い、一般国民は経済秩序を含む治安の維持を期待する。ここに刑事司法を国民の視点からとらえる場合の難しさがあるのであって、21世紀のあるべき刑事司法の使命・役割を考える場合にも、こうした異なる要請をいかにしてバランス良くこたえていくかが求められている。

(ii) 我が国の刑事司法システムの特色について²³¹

①その守備範囲が広いこと

²³⁰ 法務省「『国民の期待に応える刑事司法の在り方』について」1頁（2000年7月25日）

²³¹ 前同 1-4 頁

②捜査機関の権限の行使に対する司法的規制が極めて厳格であり、かつ捜査に利用できる手段等が限定されていること

「我が国の刑事司法制度は、その実質を見れば、他国の制度と比較して、全体として捜査権限、司法機関の権限を大幅に制限したかなり特異なシステムとなっている」。

③裁判所（官）が捜査行為にほとんど実質的関与をしていないこと

④検察官において、事件の背景なども含めた詳細な「物語」（冒頭陳述等）を提示するとともに、情状に関する事項を含め細部にわたる詳細な立証を要求されること

「勾留期間が極めて短く限定されていることから、その間の捜査を徹底しようとするれば時間的な制約と他の関係者にかかる負担の軽減から被疑者に対する取調べが中心となる方向に動かざるを得なかった」。

⑤集中的な審理が行われないこと

「現行刑訴法施行後、集中審理の重要性が強調され、裁判所を中心に種々の試みがなされたが、結局定着するに至らなかった。その主な理由は弁護人の体制及び弁護活動の態様がこれに対応しなかったことにある」。

⑥供述調書が証拠として広汎に用いられること

⑦真犯人以外の者に負担をかけるべきではないという意識が極めて強いこと

このことは、有罪を得られるだけの証拠があり、かつ、真に罰すべき者のみを起訴するという高い起訴基準に現れているが、このような意識は、国民の間で非常に高い。

⑧事実認定あるいは量刑の決定に国民が責任を分担する仕組みがないこと

（iii）新たな時代における捜査・公判手続の在り方

①基本的考え方²³²

我が国の刑事司法は、事案の真相を明らかにするため、取調べ、特に被疑者の取調べを重視せざるを得ない構造を持っている。従来の取調べを中心とする捜査手法の限界に対してこれを補完するとの観点から、刑事免責や参考人の出頭強制等の新たな捜査・公判手法の導入について、具体的に検討していく必要がある。

②被疑者取調べの意義・役割²³³

我が国の刑事司法システムでは、事案の真相を解明する上で、被疑者の

²³² 前同 13-14 頁

²³³ 前同 18-19 頁

取調べによってその供述を確保することが不可避であり、これなくして、刑事司法に真相解明を求める国民の期待にこたえることはできない。

こうした広範囲にわたる事実関係（注：犯罪事実のみならず、犯行の動機や犯行後の状況等）を物証等の客観的証拠だけで立証することは不可能であり、事案の真相を解明し、処罰すべき者を処罰するという刑事司法の責務を果たすためには、真実を最もよく知る犯人を取り調べ、その供述を得ることが不可欠である。

③取調べの可視化について²³⁴

仮に取調べの適正を担保するためとして、取調べの意義・機能を失わせるような「可視化」の措置を採るとすれば、我が国の刑事司法システムを抜本的に変革して他に真相解明の仕組みを求めない限り、真相解明と人権保障とのバランスが崩れ、刑事司法は、国民の期待を裏切る結果となろう。

被疑者の取調べに弁護人の立会いを認めたり、これを電子的手段で記録することは、現在の取調べの持つ意義・機能を大きく損なうことになると言わざるを得ず、賛成できない。

② 最高裁判所

（i）刑事司法に対する国民の期待²³⁵

国民が刑事司法に対して望んでいるのは、何よりも個人の権利を尊重しつつ、安全で平和な市民生活が送れる社会の実現に最大限寄与すべきことであろう。刑事司法の分野では、往々にして国家と市民の対立、緊張関係が避けられないものであるだけに、公正な手続の構築が極めて重要となる。裁判所としては、司法手続の最終的担い手として、公正な手続の下に実体的真実を明らかにし、適正・迅速な裁判の実現に最大限の努力を続けなければならないと考える。

（ii）刑事司法の現状と課題²³⁶

アメリカ流のあっさりとした捜査、起訴とは異なり、事案の真相解明が重要であるという見地と、広範な訴追裁量権を有する検察官が起訴すべき事件を選別するために必要であるという考えとが相まって、捜査は、被疑者の取調べを中心として綿密詳細なものとなり、膨大な証拠資料が収集されるようになった。また、公判においては、検察官による綿密詳細な証拠

²³⁴ 前同 19-20 頁

²³⁵ 最高裁判所「『国民の期待に応える刑事司法の在り方』に関する裁判所の意見」1 頁（2000 年 7 月 25 日）

²³⁶ 前同 1-3 頁

収集と絞りに絞った起訴に対抗すべき弁護人（被告人）として、どうしても検察官の立証の矛盾あるいは個々の証拠の微細な欠陥を発見することに防御の重点を置かざるを得ない状況となっており、いきおい当事者間の争いが微に入り細にわたるようになっている。同時に、このような当事者間の争いに対応して、裁判所の事実認定も精密詳細なものとなっていく。こういった我が国独特の刑事司法の現状は、一言で「精密司法」と呼ばれるに至っている。

「精密司法」や弁護態勢の弱さの故に、一部特殊な事件についてはあるが、審理の著しい長期化を招くに至っている。

「捜査・公判を通じた現在の刑事司法システムは、基本的には国民の期待に応えている」「現在のシステムは、公正な手続で実体的真実を発見する機能については高いものがある」と考える。²³⁷

（iii）国民の司法参加²³⁸

国民の負担、真実発見についての強い要請といった点を考えると、陪審制の導入については躊躇せざるを得ないが、職業裁判官とともに審理にあたる参審制については、これらの要請（注：国民に裁判への直接的な参加を求め、法律専門家以外の視点を導入するということ）をも考慮しつつ導入を図ることが可能と思われる。

③ 日本弁護士連合会

（i）21世紀のあるべき刑事司法の使命・役割²³⁹

日弁連が考える「国民の期待に応える刑事司法」とは、国家と市民の対抗関係が明確な形で現れる刑事手続において、被疑者・被告人の視点からみた基本的な刑事司法上の人権が保障されていることに他ならない。検討の対象は「21世紀のあるべき刑事司法」ではなく「現在の本来実現していなければならない刑事司法」である。21世紀の「犯罪との闘争」のために必要な現代的捜査手法の導入の可否が中心の課題なのではなく、未だ実現していない取り残されたままの近代的人権保障の制度的措置こそが刑事司法改革の中心課題である。欧米諸外国では、近代的人権保障が実現しているからこそ、次の新たな「犯罪との闘争」が現代的課題となるが、我が国の場合、その前提が欠けている。

²³⁷ 最高裁判所「『国民の期待に応える刑事司法』ヒアリング項目について」2頁

²³⁸ 前注（234）同9頁

²³⁹ 日本弁護士連合会「『国民の期待に応える刑事司法の在り方』について」1-3頁〔執筆者村岡啓一〕（2000年7月25日）

ア 「国民」の視点を問うことの意義

「実体的真実の発見」はいずれの立場の「国民」にとっても重要な関心事ではあるが、その目的とするところは必ずしも同じではない。被告人にとっては、自らが刑罰の対象となっているがゆえに自分自身の人権問題として「公正な手続を通じて、事案の真相が明らかにされること」に最大の関心があるのに対し、一般公衆にとっては、自らが直接刑罰の対象となっていないため、あくまでも他人の問題として事案の真相解明に関心を抱くにすぎない。その結果、どうしても劇場での観客や評論家のように「社会の秩序を維持し、安全な生活を確保すること」という抽象的レベルでの目的で満足することになる。被告人にとっては、適正な事実認定および適正な量刑は（統計上の一事例を超えた）正に生きるか死ぬかの死活問題であるが、一般公衆にとっては、例えばめったにない無罪事例も 99・9%という驚異的な有罪率の例外と受け止められるような統計上の一事例にとどまるのである。したがって、「国民の期待する刑事司法」を考える場合の「国民」を誰の視点に立って見るかを最初に問わなければならないのである。

イ 「国民」の視点は、先ず、被疑者・被告人の立場から見るべきである。

犯罪という万人が憎む社会の病理現象に対処するにあたって、人類は拷問や魔女裁判といった数多くの痛ましい歴史的体験をしている。そうした体験を経てその過ちに気づき、思索を積み重ねた結果、人権を確立してきた。このことは、私たちが第三者的評論家ではなく正に「刑事上の罪に問われた者」の立場に自らを置いて人権侵害を考えることができるし、また、そうでなければならないということを示している。

ここから、刑事司法改革を論ずるにあたって、まず国家刑罰権の対象とされた被告人の視点に立って眺めることの重要性が理解できるだろう。日弁連が「市民の立場に立った司法改革はどうあるべきか」を問い、刑事司法の改革にあって被疑者・被告人の立場からの改革提言をしているのは、現代においてもなお国家对市民の構図のもと刑事司法上の人権が守られなければならない状況があり、法律家として刑事司法上の人権を守ることが私たち自身の人権を守ることに他ならないと考えているからである。

ウ （パラダイムの転換についての記載は省略する。）

エ 刑事司法の役割

刑事訴訟法 1 条には、実体的真実の追求と基本的人権の保障という二つの目的が規定されているが、両者を相対立するものと捉えるべきではない。あくまでも基本的人権を侵害しない限りにおいて実体的真実を追

求することが求められているのである。刑事訴訟が扱う「真実」とは、神のみが知る絶対的真実を追い求めるのではなく、「適正な手続」というフィルターを通して訴訟の場に浮かび上がってくる「訴訟的真実」をもって人知の及ぶ実体的真実と見なそうというのである。

被疑者・被告人の視点から刑事司法の役割を眺めるならば、それは無実の人を処罰しないこと、すなわち「無辜の不処罰」に尽きる。犯罪者の更生・改善や被害者等の保護といった問題も「無辜の不処罰」といった刑事裁判の究極の目的が達成されて初めて意味を持ちうるのである。

(ii) 我が国の刑事司法システムの特色について²⁴⁰

ア 日本の特色といわれるもの

我が国は第二次世界大戦の後、新しい憲法の下、アメリカ合衆国型の当事者主義構造の刑事訴訟形態を採用した。しかし、真の意味で当事者主義（被告人の主体性の承認）の実質を備えるには、弁護権の充実、公判中心の審理の徹底、検察官手持証拠の全面的開示などの前提条件が満たされる必要があったのに、これらの改革は未完のまま果たされることなく推移した。現実には、検察の主導の下に、新刑訴法体制をできる限り旧刑訴法的に運用した結果、「当事者主義の衣をまとった糺問主義」いわゆる「擬似当事者主義」と呼ばれる実務が定着するに至った。すなわち、犯罪を端緒として被疑者の全生活、全人格にまで及ぶ徹底した捜査（被疑者を捜査の客体として扱う捜査）、被疑者・参考人の取調べと供述調書作成を中心とする捜査手法（自白中心主義）、検察官の広範な訴追裁量権に基づく絶対的確信の下での起訴（検察官司法）、公判における供述調書依存の事実審理（調書裁判）などによって特徴付けられる実務運用がそれである。

イ 日本の特色に対する評価と司法改革のあり方

こうした当事者主義の日本の変容をどう理解するかによって、刑事司法改革のあり方も規定されることになる。擬似当事者主義をもたらした戦前から連続する捜査機関及び司法機関の意識を全面的に肯定し、それを日本固有の文化的基盤に由来すると把握するならば、我が国の刑事司法を支えている伝統的思想は父権的な国家による実体的真実の解明にあることになる。その結果は、憲法の刑事司法モデルが明らかに当事者主義の理念を掲げているにもかかわらず、憲法に適合する方向での改革をすべて否定する結論になろう。現状を全面的に肯定しないまでも、実体的真実の追求を日本文化の不動の本質的部分とみなすならば、改革はそ

²⁴⁰ 前同 4-5 頁

れと抵触しない限度での微調整にとどまることにならざるを得ない。日本の刑事司法の現状を「精密司法」として容認する立場は、この微調整を説く。しかし、果たして日本的特色とされている実体的真実主義は日本人の思想の不動の「岩盤」をなしているのだろうか。

可能な限り「真実」を追求しようとするのは我が国の国民にのみ固有の性向ではなく、いずれの国の国民においても見られる共通の性向である。しかし、当事者主義を採用した国においては、国家による実体的真実の追求が時には深刻な人権侵害を引き起こす歴史的教訓に学んで適正手続による制約を刑事司法に取り込んだのである。重要なことは教育にこそある。一見不動に見える「岩盤」も教育によって変化が見込める。擬似当事者主義を支えている実体的真実主義が日本の特色であるとして刑事司法改革を諦めてはならない。逆に、憲法が予定していた本来の当事者主義を実現することによって、初めて「実体的真実主義から適正手続保障へ」の理念的転換が果たされるのである。今、求められているのは、たとえ困難ではあっても国民に対する教育を通じて人権意識の改革を図ることまで射程に入れた「この国のあり方」であり、決して安易な国民性論に依拠した現状の追認であってはならない。

（２）防御の主体性に関する認識の違い

上記の各プレゼンテーションによれば、法務省及び最高裁は、刑事司法の目的を実体的真実の解明に求め、司法改革の鍵となる「国民の視点」を被疑者・被告人の視点に置くのではなく、直接犯罪とは関わりを持たない一般国民のそれに置き、真相解明にとって現行制度を肯定的に評価している。法務省及び最高裁の意見は、被疑者・被告人を取調べ及び審判の客体ととらえる現状を容認するものであるから、防御の主体であるはずの被疑者・被告人からの改革提言は全くといってよいほど見られない。これに対し、日弁連は、刑事司法の目的を国家刑罰権の対象とされた被告者の人権保障に求め、刑事司法改革における「国民の視点」を被告者本人の視点に置くべきことを強調し、現行法制度は、被告者の自己防御権を十分に行使できる基礎を欠いているので、その未完の近代的法制度の整備こそが改革課題だと主張する。

日弁連の主張の背景には、特殊日本型の刑事司法制度に対する国際社会からの批判が存在する。日弁連は、我が国が国際人権自由権規約を批准した後、日本政府の定期報告書の提出時に合わせて、規約人権委員会に対し、我が国の刑事司法の現状が同規約の水準に達していないことを繰り返しカウンターレポートという形で主張してきた。その結果、規約人権委員会は、1993年と1998年の２度にわたり、日本の刑事司法システムが規約の定める刑事上の

諸権利の保障を充足していないことを指摘し、日本政府に対し具体的な項目毎に改善勧告を行った。²⁴¹ しかし、日本政府は、累次の勧告にもかかわらず、立法的にも運用的にも、自発的な制度改革を実施してこなかったため、結局、規約人権委員会の勧告を受けた後の改革の在り方についても、司法制度改革審議会の審議に委ねる結果となった。日弁連の審議会に対する改革提言の背景には、こうした国際的批判に応えた国際的水準の実現が出発点にならないといけないという基本的な考え方がある。²⁴² 勧告の趣旨は、現行の刑事手続のある部分だけを取り上げて規約違反を理由に改善を求めているのではなく、総体としての我が国の刑事司法システム、とりわけ、身体拘束を利用した自白の採取とその証拠利用を認める自白中心主義の刑事司法システムについて、規約違反を指摘している。勧告は、自白中心の実体的真実主義への過度の傾斜を改め、国際準則にそった手続的真実主義への転換を促しているのである。この指摘は、換言すれば、日本型刑事司法に未だ被告者を防御の主体として取り扱う基本的な姿勢が欠けていることを批判しているのであり、被告者の防御の主体性を確立するように求める勧告に他ならない。

こうした観点から前記法務省と最高裁のプレゼンテーションを眺めれば、「真実を最もよく知る犯人を取り調べ、その供述を得ることが不可欠」²⁴³ との認識を示すようでは、国際的な批判に全く応えていないと言わざるを得ない。そこに露呈しているのは、あからさまな取調の客体でしかない被告者の姿であるからである。

(3) 司法制度改革審議会の中間報告

では、司法制度改革審議会は、被告者の防御の主体性を尊重した改革の方向性を打ち出したのであろうか？

司法制度改革審議会の中間報告²⁴⁴を見てみよう。

① 基本的理念と方向

(i) 21世紀の「この国のかたち」²⁴⁵

憲法制定から 50 年の今この時に当たって、司法に豊かな活力を吹き込

²⁴¹ 1993 年勧告につき、日弁連編『世界に問われた日本の人権』240 頁（こうち書房、1994）、1998 年勧告につき、日弁連編『日本の人権 21 世紀への課題』246 頁（現代人文社、1999）

²⁴² 村岡啓一「刑事裁判の現状と課題」法律時報・法学セミナー編集部編『シリーズ司法改革 I』181 頁（日本評論社、2000）

²⁴³ 前掲注（230）同 19 頁

²⁴⁴ 司法制度改革審議会『中間報告』（平成 12 年 11 月 20 日）

²⁴⁵ 前同 3-5 頁

むための根本的な制度改革が、行政改革等続く「この国のかたち」の再構築の一つの支柱として課題設定されたのはなぜであろうか。それは、まさに、近代の幕開け以来、130年にわたってこの国が背負い続けてきた課題、すなわち、法の精神、法の支配がこの国の血肉と化し、「この国のかたち」となるために、一体何をなさなければならないのか、そして、憲法制定から50年を経た今、個人の尊重（憲法第13条）と国民主権（同前文、第1条）が真の意味において実現されるために何が必要とされているのか、これらの根本的課題を我々国民一人ひとりが改めて直視し、それに取り組むことなく、21世紀社会の展望を開くことが困難であることが痛感されているからにほかならない。

国民一人ひとりが、統治客体意識から脱却し、自律的でかつ社会的責任を負った統治主体として、互いに協力しながら自由で公正な社会の構築に参画していくことが、21世紀のこの国の発展を支える基盤である（論点整理からの引用）

（ii）司法に期待される役割²⁴⁶

我々がなすべきことは自ずと明らかである。端的に言えば、法曹が、プロフェッションとして相互の信頼と一体感を保持しつつ厚い層をなして存在し、国家社会の様々な分野で幅広く活躍するように図るとともに、国民は、統治主体、権利主体として、司法の運営に有意的に参加し、プロフェッションたる法曹との豊かなコミュニケーションの場を形成し維持するように努めなければならないということであろう。

（iii）制度的基盤の整備²⁴⁷

国民の期待に応える刑事司法の在り方に関しては、適正手続の保障の下での事案の真相解明という目的を念頭に置きながら、一部長期化する裁判の実情をも踏まえ、審理の充実・迅速化のための人的態勢の整備及び手続的見直しを行うとともに、刑事司法の公正さを高めひいては審理の充実・迅速化にも寄与することとなる被疑者の公的弁護制度を確立することが重要であり、さらに、新たな時代における捜査・公判手続につき、国民の期待・信頼や国際的動向を踏まえながら、刑事司法の使命・役割に照らして適切な制度の在り方を検討する必要もあると考えられる。

諸外国の陪審制・参審制等をも参考に、我が国にふさわしい国民の訴訟手続への参加につき、その形態を検討するとともに、裁判官の選任等を始めとして、裁判所、検察庁、弁護士会の運営等について国民の意見をより

²⁴⁶ 前同 5-9 頁

²⁴⁷ 前同 10-11 頁

反映させる仕組みを整える必要がある。

② 国民の期待に応える刑事司法の在り方

(i) 実体的真実発見（事案の真相の解明）と適正手続の保障²⁴⁸

刑事手続は、その性質上、必然的に被疑者・被告人その他の関係者の権利の制約、制限を伴うものである。それは、事案の真相を明らかにし、適正かつ迅速な刑罰権の実現を図ることを通じて、社会の秩序を維持し国民の安全な性格の確保に寄与するという目的の下で、かつ適正な手続を経ることにより（憲法第31条以下の刑事手続に関する諸規定）、はじめて正当化されるものである。すなわち、適正手続の保障の下で実体的真実の発見（事案の真相の解明）が求められているのであり、両者を相互に排斥し合うものとして位置付けたり、それを前提としていずれか一方のみを強調するような考え方は相当とはいえない。

刑事司法には、前記のとおり（注：法の支配が徹底した法化社会を目指すこと）、今後の自由かつ公正な社会を支えるため、公正な手続を通じて、ルール違反に対する的確なチェック、効果的な制裁を科すことが一層強く求められることになる。そうした時代・社会の要請を見定めながら、刑事司法を支える具体的制度につき、現状の問題点を冷静かつ公正な視点から点検した上、被疑者・被告人の防御権の保障等憲法の人権保障の理念を踏まえ、国民の期待に応え得る適切な制度の在り方を検討するという姿勢を有することが最も必要なことと考えられる。

(ii) 被疑者・被告人の身柄拘束に関連する問題²⁴⁹

被疑者・被告人の身柄拘束に関しては、代用監獄の在り方、起訴前保釈制度、被疑者と弁護人の接見交通の在り方、令状審査、保釈請求に対する判断の在り方など種々の問題の指摘がある（国際人権規約委員会の勧告等）。そういう指摘をどのように受け止めるかについては、現状についての評価の相違等に起因して様々な考え方があり得ることから、直ちに具体的結論を得ることは困難である。しかしながら、我が国の刑事司法が適正手続の保障の下での事案の真相解明を使命とする以上、被疑者・被告人の不適切な身柄拘束が防止・是正されなければならないことは当然である。それらの問題指摘の背景にある原因等を慎重に吟味しながら、今後とも、刑事手続全体の中で、制度面、運用面の双方において改革・改善のための検討を続けるべきである。

(iii) 被疑者の取調べの適正を確保するための措置について²⁵⁰

²⁴⁸ 前同 53 頁

²⁴⁹ 前同 59 頁

被疑者の取調べは、それが適正に行われる限りは、真実の発見に寄与するとともに、実際に罪を犯した被疑者が真に自己の犯行を悔いて自白する場合には、その改善更生に役立つものである。しかしながら、他方において、被疑者の自白を過度に重視する余り、その取調べが適正さを欠く事例が実際に存在することも否定できない。我が国の刑事司法が適正手続の保障の下での事案の真相解明を使命とする以上、被疑者の取調べが適正を欠くことがあってはならず、それを防止するための方策は当然必要となる。

その具体的な方策として、取調べ過程・状況の書面による記録を義務付けることは、最低限必要な措置と言え、記録の正確性、客観性を担保できるような制度的工夫が施されるよう、更なる検討をすべきである。さらに、それだけでは不十分であるとして、取調べ状況の録音、録画や弁護人の取調べへの立会いを認めるべきとの意見があったが、被疑者の取調べの機能の捉え方や重点の置き方の違いから、それらに消極的な意見もあり、結論を得るに至っていない。

(iv) 国民の司法参加²⁵¹

陪審・参審制度にも見られるように、広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、訴訟手続において裁判内容の決定に主体的、実質的に関与していくことは、訴訟をより身近で開かれたものとし、裁判内容に社会常識を反映させて、司法に対する信頼を確保するなどの見地からも、必要であると考ええる。今後、欧米諸国の陪審・参審制度をも参考にし、それぞれの制度に対して指摘されている種々の点を十分吟味した上、特定の国の制度にとらわれることなく、主として刑事訴訟事件の一定の事件を念頭に置き、我が国にふさわしいあるべき参加形態を検討する。

(4) 中間報告の評価

中間報告は、その性格上やむを得ない面もあるとはいえ、ほとんどの論点につき、法曹三者間で意見の一致を見ていない場合には、結論を示さず、先送りになっている。また、法務省及び最高裁の基本的考え方と日弁連の基本的考え方の差は、実体的真実の発見を重視するのか、それとも、個人の基本的人権の保障を重視するのかという理念的な対立に根ざしているのであるが、中間報告は「適正手続の保障の下での事案の真相解明」という刑事訴訟法第1条と同趣旨の表現を用いて両者の調和を説くのみであり、いずれの理念を優位に置くのかの方向性を示してはいない。また、総論に当たる司法改革の基本的課題の項において、「個人の尊重」を掲げ、「自律的でかつ社会的責

²⁵⁰ 前同 59-60 頁

²⁵¹ 前同 60-64 頁

任を負った統治主体」を強調するので、総論との整合性という観点からは、刑事司法において被疑者・被告人の主体性を承認したかのようにも見える。しかし、個別の論点においては、依然として現状を容認する姿勢を崩しておらず、具体的な改革案も微調整の域を出ていないので、「被疑者・被告人の防御権の保障」といった表現は見られるものの「権利主体」としての被疑者・被告人の姿は見えて来ない。例えば、「取調の可視化」について、「取調べの機能の捉え方や重点の置き方の違い」から合意に達しなかったと述べるが、取調べを受ける被疑者の方から録音・録画を希望した場合にどうするのかという発想がない。そのために、あたかも捜査機関と弁護人の見解の対立状況だけがクローズアップされる結果に終わっているのである。

確かに、被疑者段階の公的弁護制度の導入や争点整理とパッケージになった証拠開示など一定の前進が認められるのは事実であるが、中間報告を総体として見たとき、どう評価するかは極めて難しい。評価の基準を憲法及び国際人権法の本来あるべき水準に求めるならば、今回の中間報告はその水準を充たしているとは言い難い。中間報告自体が、改革後の「この国のかたち」を憲法の「個人の尊重」と「国民主権」に求めているながら、総論部分と各論部分とでは羊頭狗肉の観があるのは否めない。こうした憲法論の立場から、司法制度改革審議会の改革それ自体に対し否定的な見解も多く示されている。

²⁵² 一方、評価の基準を現在の特殊日本型の実務からの脱却に置くならば、確実に、今回の中間報告は一定の批判を受け容れて漸進的な改革の方向を示しているのであり、「健闘している」と評価しなければならないであろう。²⁵³ 確実に言えることは、同審議会も現在の日本の刑事司法を取り巻く意見の対立をそのまま反映しており、完全な意見の一致をみた改革提言を期待することはできず、結局、玉虫色の理念的併存状況は今後も継続されるということである。

被告人の防御の主体性は理念としては既に定着したと見てよいのであるから、今後は、いかにしてそれを具体的な場面において眼に見える形で実現

²⁵² 小田中聡樹「司法制度改革論議の基本的視点と方法論（覚書）」井戸田侃先生古稀祝賀『転換期の刑事法学』637頁（現代人文社、1999）、小田中「司法制度改革審議会『中間報告』の評価基準」渡部保夫先生古稀記念『誤判救済と刑事司法の課題』443頁（日本評論社、2000）、青年法律家協会弁護士学者合同部会「司法制度改革への提言—『中間報告』の批判的検討」青年法律家号外 2000・12・

²⁵³ 高田昭正ほか「審議会『中間報告』をどうみるか」季刊刑事弁護 25号 83頁

していくことができるのかという実践に舞台は遷ったと考えるべきであろう。これからは、被告者が実際に自己防御権を行使することによって、理念的な併存状況の解消を図って行かなければならないのである。

第3 弁護人の役割の自己防御権からの見直し

1 真実義務と誠実義務

(1) 問題の所在

刑事弁護人の役割をめぐることは、弁護士がプロフェッションとしての地位を確立してきた歴史を反映して、二つの見方がある。一つは、依頼者の代理人である本質的性格の当然の帰結として「被告者本人の利益に奉仕すること」であり、もう一つは、司法機構の一翼を担う法律家という地位に伴う「法秩序の保護、真実及び正義の実現に寄与すること」である。この二つの弁護人の役割は時として相矛盾するものと位置付けられ、弁護人内部における義務の衝突は「永遠の葛藤」²⁵⁴と称されてきた。我が国でも、同様に、二つの相矛盾する役割として位置付けられ、「楯円の論理」²⁵⁵として説明されてきた。すなわち、弁護人の活動を司る基準には、楯円に二つの中心点（焦点）があるのと同様に、二つの中心点がある。一つは弁護士と依頼者との信頼関係を基礎に置いた中心点であり、ここからは依頼者に対する守秘義務が導かれる。もう一つは司法の独立した機関として固有の責任を負っている中心点であり、ここからは法曹としての裁判所に対する真実義務が導かれる。弁護士とは、二つの中心点の間で、真実に忠実であろうとすれば依頼者を裏切りかねない立場に置かれ、守秘義務と真実義務との相克に苦悩する人間像だと言うのである。「楯円の論理」は、弁護人の役割の中には異質な二つのものが混在しており、その役割のそれぞれの依って立つ理念が異なることを説明するものとしては適切であるが、二つの中心点を同格とみているために、具体的な場面において、弁護人がいずれの義務に従って行動すればよいのかにつき何ら回答を示すものではなかった。弁護人は苦悩する状態のまま放置され、各人が各様に、いわば自分の弁護人観に従って行動するほかはなかったのである。

弁護人と依頼者の関係において中核をなす義務は守秘義務であるが、援助者としての説明義務や防御のための証拠収集の義務なども包括する概念として「誠実義務」という表現が一般的に使用されるようになった。²⁵⁶今日では、

²⁵⁴ シュナイダー・前掲注(12) 44 頁

²⁵⁵ 大野正男「楯円の論理」判タ 528 号 7 頁(1984)

²⁵⁶ 国連第 45 回総会決議「弁護士の役割に関する基本原則 Basic Principles on the Role of Lawyers」は、原則 15 において、Lawyers shall always loyally respect the interests of their client.と規定する。英国ソリシター業務規則 Solicitors Practice

弁護士の独立の司法機関性に由来する「真実義務」に対して弁護士の代理人性に由来する「誠実義務」を対置して議論を展開するのが一般的である。²⁵⁷

真実義務と誠実義務の衝突の問題は、古くから弁護士倫理の基本問題として取り上げられ、論者によって様々な「解答」が示されてきた。最も典型的な問題の設定は、弁護人において被告者が身代わり犯人であることを認識した場合にどう対処すべきかというものである。身代わり犯人というのは法制度や時代背景の違いを超えて生じうる人間行動の一つであるから、テーマの共通性といった観点からみれば、各国の考え方の違いあるいは経年的変化を見るうえで格好の素材といえることができる。以下に、まず、我が国において同じ問題がいかに時代の進展とともに変遷してきたかを概観し、次いで、アメリカ合衆国における議論の展開を見てみることにする。

(2) 我が国における弁護人の役割論の変遷

① 司法研修所の教科書の記載

身代わり犯人をめぐる弁護人の対処の仕方につき経年的変化を見るには、司法研修所で司法修習生の教育のために使用されている教科書「刑事弁護実務」の記載の変遷をたどるのが便宜である。

(i) 1973 年「改訂刑事弁護実務」及び 1975 年「三訂刑事弁護実務」では、次のとおり記載されている。

「弁護人は裁判官、検察官と共に司法機能としてその役割を果たし、正しい裁判が行われるよう努力すべき立場にあり、この面からのみ考えるときは社会正義を実現すべき弁護人としては真実を語る義務があることはいうまでもない。しかし弁護人には他方依頼者から絶大な信頼を受けてその個人的利益を全力をもって誠実に保護すべき義務がある。弁護人はこの二つの時には相対立するものとしてその両立を迫って来られる場合が屡々ある。この間にあって弁護人は高い識見と強い指導力をもって事に当り、その結果裁判所並びに依頼者の信頼を獲ち取らなければならないのである。弁護人のかような努力と苦勞こそ司法機能として最も基本的且つ重要なもので

Rules 第 1 条 C は「依頼者への忠実義務 duty of loyalty」を規定する。弁護士法第 1 条 2 項も「誠実にその職務を行い」と規定する。

²⁵⁷ 真実義務の根拠については、弁護人の司法機関的性格ないしその公的地位を求める考え方（花井忠「弁護人の真実義務」417 頁、中央大学五十周年記念論文集法律三部（中央大学、1941））の他に、当事者主義に内在する内的＝倫理的な自己抑制に他ならないとする考え方（松尾浩也「刑事訴訟における弁護人の真実義務」28 頁『刑事訴訟の原理』（東大出版会、1974））がある。ここでは、依頼者との関係における誠実義務との対比を論ずるので、ことさらに区別しない。

あり、これ故にこそ弁護士は社会に高く評価されるゆえんがあるのである。かようにして弁護人の真実義務は依頼者に対する誠実義務により或る程度の制約を受けざるを得ない。問題となるのは依頼者の利益と真実とが一致しない場合であるが、これは具体的事案により差違を生ずるが、一般的に言うならば弁護人としては依頼者の意思に反して不利益な証拠を提出したり、不利益な行動をとることは許されないというべきである。しかし、この程度を超えて逆に依頼者に虚偽陳述の助言をしたり、自ら虚偽の事実を述べることは真実義務に反するものとして許されないものである。」²⁵⁸

これは、前記「楯円の論理」に従って、一般論として真実義務と誠実義務の調和を説くにとどまり、「被告人（被疑者）が身代わり犯人である場合、弁護人はその旨を明らかにしてよいか。」という問題については、「弁護人のみが直面する困難な問題である。」と指摘するのみで、何らの回答も示していない。

(ii) 1979 年「四訂刑事弁護実務」では、三訂版をうけて、次のように敷衍された。

「刑事手続における弁護人は、被疑者、被告人の正当な利益を擁護する任務を遂行することによって、裁判所の真実発見に寄与して、刑事司法に協力する任務を有する。この意味において、弁護人は、公的ないし公益的地位を有するものとされている。もとより、弁護人本来の任務は、被疑者・被告人の利益の擁護であり、そのために全力をつくすべき責務を負っているのであるが、擁護すべき利益は訴訟当事者としての正当な利益であり、その方法は、偽証教唆、虚偽の立証等、違法な手段にわたってはならないのである（弁倫三II、七参照）ここに、弁護人の公的地位からする限界が存在する。このような、弁護人の地位、任務よりすると、弁護人は、検察官のように完全な真実義務（客観義務）を負うものではない。被疑者・被告人の正当な利益の擁護ということと矛盾しない限度において、真実義務を負っているのである。これをいい換えれば、弁護人は、被告人・被疑者の正当な利益の擁護を任務とし、その限度で真実の発見に協力するものである。」²⁵⁹

これは、三訂版の説く真実義務と誠実義務の調和を「訴訟当事者としての正当な利益」に求めるものであり、単なる一般論から一歩進めて弁護人の行為の限界を示そうとしたものということができる。そして、具体的な適用に

²⁵⁸ 司法研修所「改訂刑事弁護実務」49 頁（1973）、同「三訂刑事弁護実務」50 頁（1975）

²⁵⁹ 司法研修所「四訂刑事弁護実務」55 頁（1979）

において、「弁護人は、被疑者・被告人の免責又は刑の減免の方向については、客観的真実発見に寄与すべき義務を負う」として、「身代わり犯人については、被疑者又は被告人の免責を得さしめるため、むしろ積極的にその事実を明らかにすべきことになる。」²⁶⁰と結論付けた。

被告者本人の意思よりも実体的真実の発見を優位に置いたものであり、その正当化の理由付けとして、免責の方向での弁護人の真実義務が用いられているところに特徴がある。

(iii) 1985 年「五訂刑事弁護実務」では、次のような記載に変わった。

「弁護人が擁護すべき被疑者・被告人の正当な利益とは、『罪なき者が罰せられてはならない。』という実体的真実と『極悪非道な犯罪者であっても、適正な手続によらなければ罰せられない。』という適正手続の保障である。したがって、弁護人に課せられた任務は、被疑者・被告人のために、実体的真実の発見に努力し無実を明らかにすることと、適正手続の履行を監視することである。」「弁護人が被疑者・被告人の利益（免責）の方向で真実を明らかにすることは、弁護人の本来の任務であるといわなければならない。しかしながら、弁護人は、検察官や裁判所と異なり、被疑者・被告人に不利益（有責）の方向で真実を明らかにする義務はないというべきである。弁護人が被疑者・被告人の意に反して不利益（有責）の方向で弁護活動をすることは、利益擁護者としての本旨に反することになり、また、場合によっては、弁護士の守秘義務にも反し許されないであろう。弁護人の個人的良心や市民的正義観に反するからといって、弁護人が被疑者・被告人に不利益（有責）の方向で弁護活動を行うことは、弁護制度の存在意義を否定する結果となる。」²⁶¹

五訂版では、実体的真実主義を積極的実体的真実主義（有罪を発見して犯人を処罰する考え方）と消極的実体的真実主義（無罪を発見して無辜を処罰しない考え方）に区別したうえで、²⁶²後者に奉仕すべきこと及び適正手続の監視を弁護人が擁護する「正当な利益」と捉えている点で、それ以前の版の考え方と異なっている。つまり、実体的真実を前提にしている点では同じであるが、依頼者が無実であると弁護人が確信すれば、徹底的に事案の真相を解明するが、他方、弁護人において有責と考えるのであれば、依頼者に不利益な方向で真実を解明する義務はないとして、片面的真実義務論を採用したところに特徴があるのである。

²⁶⁰ 前同 55-56 頁

²⁶¹ 司法研修所「五訂刑事弁護実務」54 頁（1985）

²⁶² 松尾浩也・田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』11 頁（有斐閣、1966）

五訂版では、身代わり犯人の問題を「弁護人が直面する真実義務に関する問題の例」として指摘しながら、その場合の対処方法を記載していない。四訂版の解答も削除している。その理由は、片面的真実義務論では、弁護人に身代わり犯人であることが判明した場合の対処の方法を一義的には確定することができなかったためと思われる。なぜなら、実体的真実に忠実であれば、身代わり犯人に着目する限り、当該公訴事実につき無実であるから、「免責の方向」で身代わりの事実を主張すべきが論理的帰結であるが、それは同時に犯人隠避罪を告発することと同義であり、結果的に、片面的真実義務論の依って立つ「免責の方向」とは矛盾してしまうからである。（守秘義務の問題は別論である。）

その後、1989年に六訂版が、1991年に七訂版が出されたが、真実義務に関する記載は五訂版のそれが承継されており、片面的真実義務論に変更はない。

- (iii) 1993年「平成五年版刑事弁護実務」及びそれを踏襲した1999年「平成11年版刑事弁護実務」では、記述は簡略化され、次のような記載となった。

「弁護人は、被疑者・被告人の正当な利益と権利を擁護するため最善の弁護活動に努めなければならない（弁倫九）。刑事司法の目的は、実体的真実の発見と適正な法の運用にあるといわれるが、弁護人に課せられた任務は、被告人らの利益の方向で真実の発見に努力することと、適正手続の履行を監視することである。これが弁護人の擁護すべき被告人らの正当な利益である。」²⁶³

従来、真実義務の問題の例として掲げられていた「被疑者・被告人が身代わりである場合、弁護人は、そのことを明らかにしてよいか。」の表現は、「被告人らが真実に反して罪を認めている場合、弁護人はそのことを明らかにしてよいか。」と一般化されたうえ、次のように記載して従来の見解を維持している。

「弁護人が被告人らの利益の方向で真実を明らかにすることは、弁護人の本来の任務であり当然のことである。しかし、弁護人は、被告人らに不利益の方向で真実を明らかにする義務はない。弁護人の良心や正義感に反するからといって、弁護人が被告人らに不利益の方向で弁護活動を行うことは、弁護制度の存在意義を否定する結果となるからである。しかし、弁護人の任務は、被告人らの正当な利益の擁護であるから、偽証教唆、虚偽の立証等違法な手

²⁶³ 司法研修所「平成一一年版刑事弁護実務」61頁（1999）

段にわたってはならないのである（弁倫五三、五四）。」²⁶⁴

しかし、上記一般化された問いに対する具体的回答は、やはり、示されてはいない。

② 記載の変遷の意義

こうした司法研修所における教科書の記載の変遷の背後には、それぞれの版の改訂に携わった刑事弁護教官である弁護士の刑事弁護人観があったことは疑いない。また、次項に見る真実義務と誠実義務をめぐる議論が、それぞれの改訂にあたって影響を及ぼしたことも疑いがないであろう。

当初、独立した司法機関としての弁護人の性格を強調することによって裁判所に対する真実解明義務を説いていた司法研修所が、時代の流れとともにアメリカ型の当事者主義が予定している弁護人の地位と役割に関する理解が深まり、依頼者に対する誠実義務、とりわけ守秘義務の重要性が認識されるようになった結果、身代わり犯人であることが判明した場合の対処の仕方として、「裁判所へ告知すべき」から「告知すべきとは言えない」という方向へと変わってきたといつて差し支えないであろう。

しかし、片面的とはいえ弁護人にも実体的真実を前提とした事案の真実解明義務を課している点で未だ実体的真実主義の考え方から脱却したとはいえ、依然として、職権主義的な実務の運用の中に弁護人も実体的真実主義に奉仕する「視点を異にした事実究明者」として組み込まれているのである。それが、最新の司法研修所における教科書「平成一一年版刑事弁護実務」においてすら、明確な形で、依頼者に対する誠実義務純化論が唱えられていない理由なのである。²⁶⁵

（３）真実義務をめぐる議論

① フリードマンの三つの難問

刑事弁護人が実際上の弁護活動を行う上で直面する倫理問題は数多く存在する。²⁶⁶ その背後には、常に、依頼者との関係における守秘義務を中心とする誠実義務と裁判所との関係における法曹としての忠実義務がある。この問題点を具体的な説例として提示したのが、有名なフリードマンの三つの難

²⁶⁴ 前同

²⁶⁵ 日本の刑事弁護人の真実発見への強い傾向を指摘するものとして、ダニエル・フット「日本の協調的『当事者主義』の考察」日本法律家協会「法の支配」115号 92 頁（1999）

²⁶⁶ Rodney J. Uphoff, ed., *Ethical Problems Facing the Criminal Defense Lawyer* (ABA, 1995)

問と言われるものである。²⁶⁷

第1問

被告人が偽証を知っている弁護人は、被告人を証言台に立たせるべきか？ Should defense counsel put a defendant on the stand when the defense counsel knows that the defendant is going to commit perjury?

第2問

検察側の証人が正確かつ真実の証言をすることが分かっている場合、弁護人は、その証人が誤解しているか、あるいは、虚偽を述べているかの如く陪審員に思わせるような反対尋問をすべきか？ Should defense counsel cross-examine a prosecution witness whom the defense counsel knows to be accurate and truthful, in order to make the witness appear to be mistaken or lying?

第3問

依頼者がその知識を得たならば偽証を知っている弁護人は、依頼者に対しその法的助言をすべきか？ Should defense counsel give his client advice about the law when the defense counsel knows the advice may induce his client to commit perjury?

上記三つの難問は、アメリカ合衆国の法制度を前提にしているので、被告人の証人適格が認められていない我が国において第1問をそのまま適用することはできない。しかし、その問題の含意する倫理的な価値の対立は、我が国の法制度を前提にしても、被告人質問において虚偽の供述をすることが確実な場合や弁護側の証人が偽証することが確実な場合も同様であるから、読み替えて適用することは許されよう。（厳密には、当事者である被告人と証拠方法である証人とは明確に区別されるので、弁護人の対処方法にも差異が生じ得るが、ここでは触れない。）これらの難問につき、これまで、どのような「解答」が与えられてきたのかを振り返ってみよう。

② 我が国における議論

(i) 弁護人の真実義務を優先する考え方

刑事弁護人の司法機関性を重視する考え方は、弁護人を裁判所及び検察官と同じ法律家として位置付け、真実の発見、適正な法の適用に協力すべ

²⁶⁷ Monroe Freedman, *Lawyers' Ethics in an Adversary System* (New York: Bobbs-Merrill, 1975) 6-8; Floyd F. Feeney, *Ethical Issues in Criminal Defense: The United States Experience*, Hitotsubashi Journal of Law and Politics Vol.26, 3 (1998)

きことを求めるので、フリードマンの難問に対する回答は、いずれも否定的となる。

フリードマンの難問に対する直接の回答を示したものではないが、代表的な見解を示すと次のとおりである。

「検察官といえども、常に被告人を有罪とすることが、その任務でなく、罪のないことが明になれば、これを無罪とすることもその職務であるのと同じように、弁護士も社会正義を実現することを使命とするものであって、黒を白とすることを使命とするものではない。被告人の基本的人権を擁護しなければならないが、被害者の基本的人権も無視してよいというものではない。この点では、弁護士の使命も検察官の使命も裁判官の使命も、同じである。ただ立場が違うだけのことである。」²⁶⁸

(ii) 真実義務と誠実義務の調和を説く考え方

前記「楯円の論理」と同様に、いずれかに力点を置くことを拒絶し、両者のバランスを図ることを志向する見解は、古くから有力である。その代表的見解を示すと、次のとおりである。

「刑事弁護人の座標軸は、裁判所・検察官・被告人などの座標軸と全く同一であってはならないのであります。裁判所の座標に立って、被告人を裁いてはいけなはぬのは勿論、被告人の座標と同一の座標に立って、被告人とべったりであってはいけなはぬのであります。いわば裁判所の座標と被告人の座標との中間領域に自らの座標をもたねばなりません。」「刑事弁護人は、これらの二つの座標のなかにあって、裁判所に対しては、法廷の秩序維持のために協力する義務を負うとともに、被告人に対しては、その利益を擁護する義務を負っています。」²⁶⁹

この見解は、「刑事訴訟空間内の倫理」を論じているので、裁判所に対する義務を「法廷の秩序維持のために協力する義務」と表現しているが、より一般化して言えば、「真相究明に協力する義務」を意味していることは疑いがない。²⁷⁰そして、フリードマンの第1問に相当する「被告人が真実に反して否認している場合」の説例につき、次のような回答を示す。

「被告人が有罪であると確信したときには、被告人に事理を尽して、公判廷で起訴事実を認めて、情状によって刑の軽減を図る方が得策であることを

²⁶⁸ 千種達夫「弁護人の弁護の限界」判時 236 号 2 頁(1960)

²⁶⁹ 宮原守男「弁護士の使命と職業倫理の基本問題」119 頁講座『現代の弁護士 1 弁護士の使命・倫理』（日本評論社、1970）

²⁷⁰ 前掲書 175 頁は、明確に「検察官だけでなく、弁護人もまた、誤判を防止し、正義が行われるように裁判所と協力する義務」を認めている。

勧告すべきであります。・・・それでもなお弁護人の勧告を聞き入れない場合には、起訴事実について、法律上有利な主張ができないかどうか検討し、もし、少しでも法律上の主張ができる場合には、それにもとづいて弁論をしてやるべきでしょう。しかし、法律上の主張もできず、被告人が争うことが、どうみても無理であると考えるときは、私選弁護人のときにかぎり、辞任した方がよいでしょう。弁護人も、法の番人 *Anwalt des Rechts*（その意味でコート・オフィサーである）でもありますから、理が非でも自分の方に有利になりさえすればよいというのではなく、ひろく裁判を誤らせないことも、たいせつな職務であります。」²⁷¹

また、被告人が身代わり犯人である場合の説例につき、同じ立場から、「被告人 A に公判廷で真実を供述して、翻意するよう勧告すべきであります。それでも勧告に従わない場合は、私選弁護人のときは、辞任する方が望ましいでしょう。しかし辞任しなかったからといって、弁護士倫理違反として懲戒事由にまではならないと考えます。国選弁護人のときは、被告人が真犯人でないことを他の証拠で極力立証するようにすべきであります。この場合でも真犯人を指名することは避けるべきでしょう。」²⁷²

私選弁護と国選弁護とに分けて、私選弁護の場合には辞任を勧めるが、辞任をしないでそのまま弁護活動が続けたからといって懲戒事由には当たらないと言う。この見解の背景には、後述するように、アメリカ合衆国の ABA の倫理基準においても唯一の統一見解を得ることができず、三論併記の形で各弁護人の選択に委ねているという事実認識²⁷³があり、懲戒の制裁をもって規律するのは相応しくないとする判断が働いたものと推察できる。残された問題は、辞任しなかった私選弁護人及び辞任することが許されない国選弁護人は、どういう姿勢で弁護活動を続けなければならないのかという次のステップに移行するが、この点に関する回答は示されていない。

上記見解のもう一つ着目すべき点は、身代わり犯人の場合の対処方法として、その事実を裁判所に対して明かすことは守秘義務に違反して許されないという立場を明示したことである。これは、守秘義務を弁護人の遵守すべき義務の第一に据えたものであるから、真実義務と誠実義務の中間領域論から誠実義務を重視する方向に一步步み出したものと評価することができる。

²⁷¹ 前同 156-157 頁。officer of the court の意義につき、浅香吉幹『現代アメリカの司法』177 頁（東京大学出版会、1999）

²⁷² 前同 158 頁

²⁷³ 霜島甲一「アメリカにおける弁護士倫理の『立法過程』」119 頁『弁護士倫理の比較法的研究』（法政大学現代法研究所、1986）

(iii) 片面的真実義務論の考え方

真実義務と誠実義務の調和論の一種ではあるが、実体的真実主義の消極的実体的真実を明らかにするのは弁護人の役割であるとして、弁護人固有の真実義務論を展開したのが、片面的真実義務の考え方である。その立場から、フリードマンの難問に対する回答を示したものに次の見解がある。²⁷⁴

「被告人の有罪を知っている場合の弁護」を審理開始前と審理開始後に分けて考察し、前者の場合には、「弁護士は被告人の保護者であるが同時に司法の一翼を担う公益の代表者としての役割を有する。従って保護者としての弁護権の行使には自から限界があるべきであり、被告人の虚偽に関与するような弁護権の行使は許されるべきではない。従って審理開始前ならば弁護士はその事件から辞任することが望ましい。かくて有罪の事実を知らない他の弁護士が事件の弁護にあたれば矛盾なくその機能を果たすことになり被告人の保護は全うされることになる。しかし、被告人が次の弁護士に有罪を告白する場合は、最初の弁護士が辞任してみたところで、問題は次の弁護士に肩代わりされるだけのことになる。この意味で弁護士の辞任はその弁護士個人の倫理問題を除去するに止まり必ずしも究極的解決にならない。従って本問の場合弁護士が辞任しなければ弁護士倫理に反するとまでは云い得ないといえよう。」後者の場合には、「もし弁護士が辞任すれば実際問題として被告人の有罪が推測されて被告人は重大な損害を蒙るかもしれない。従ってこの場合は弁護士の辞任は許されるべきでない。」

弁護人の辞任が根本的な解決にはならないことを指摘しているのであるから、何らかの代替策が示されてもよさそうに思うが、単に、辞任しなくとも懲戒事由には当たらないとするだけで、辞任しない場合の弁護活動のあり方は特段示されていない。審理開始後の辞任は認められないとしながら、その活動のあり方は、「真実を歪曲してまでの被告人を弁護することは許されないから、弁護士は虚偽の事実を真実として主張することはできないし、被告人の無罪を証明する為に虚偽と知りつつ反対の証拠をだすことはできない」とし、「証拠不十分な点を主張しもって無罪の請求をなすことができる」というに止めている。

片面的真実義務論の根底には、既に被告人が有罪か無罪かの実体認識が前提とされているため、弁護士倫理の問題として、真実に反する行為を弁護人において容認する余地はなく、せいぜい辞任の勧めと論理的には不徹底と言わざるを得ない懲戒事由の制限を帰結するに止まらざるを得ないのである。ここに片面的真実義務論の限界が露呈している。

²⁷⁴ 抜山映子「刑事弁護の意味（二・完）」判時 633 号 16 頁(1971)

(iv) 真実義務否定論の考え方

上記見解のいずれもが弁護人の真実義務の存在を所与の前提としているのに対し、弁護人の真実義務を否定する見解が唱えられるに至った。その代表的見解は次のように主張する。

「弁護人の真実義務は『実体的真実』を前提にするものではない。・・・刑事訴訟において重要なのは、『実体的真実』ではなく、適正な手続に従って確認された『訴訟的真実』である・・・被告人に対し誠実義務を負う弁護人には、実体的真実との関係において真実義務を負わないといえるのであって、かかる意味において弁護人には裁判所の真実発見に協力する義務はない。」

「弁護人の公的ないし公益的地位とは、あくまで、弁護人が、裁判所・検察官と対立的立場から、当事者の闘争を通じて被告人の権利・利益を擁護し、刑事司法の目的である適正手続の実現に協力すべき任務があるという、当然の事理を意味するにすぎない。・・・したがって弁護人の公的ないし公益的地位から『公的義務』としての弁護人の真実義務を導き出すことはできないであろう。」²⁷⁵

そして、フリードマンの第1問について、次のような回答を示す。

「一九八三年に制定されたアメリカ法曹協会の弁護士業務模範規則²⁷⁶は、(a)

²⁷⁵ 浦・前掲注(226) 11-15 頁『刑事弁護の技術(上)』(第一法規、1994)

²⁷⁶ ここで引用されている弁護士業務模範規則の記載とは次のようなものである。ABAの弁護士業務模範規則は、第3・3条「裁判所に対する真実義務」に関する注釈において、フリードマンの第1問に対する回答として「三つの解決策」が提案されていることを紹介している。

(i) 弁護士の尋問による誘導なしの物語風による証言をすることを、被告人に許す。(ii) 弁護人は、偽証が依頼者の偽証である場合には、偽証を暴露する義務から完全に解放される。(iii) 弁護人は、審理の状況を正しい方向に向け直す必要がある場合には、依頼者の偽証を暴露しなければならない。

第一の考え方は、二つの対立する義務を折衷的に妥協させるものであるが、その不自然な尋問方法それ自体が、弁護士に打ち明けられた秘密を開示する危険をはらんでいる。また、第三の考え方は、依頼者との間の守秘義務に真っ向から抵触することになる。その結果、第二の考え方がフリードマン自身によって示されたのであるが、これに対しては、弁護人をして偽証の故意ある道具たらしめるものであるという非難が寄せられる。こうして、ABAは或る特定の対処方法を統一見解として打ち出すことを回避したのである。ABA, Model Rules of Professional Conduct (1983)、霜島甲一ほか訳「アメリカ法曹協会の弁護士業務模範規則」78 頁前掲注(273)『弁護士倫理の比較法的研究』所収

弁護人の尋問という形式ではなく物語風の証言をさせる、(b) 右のフリードマンのやり方（注：「被告人に対し翻意を促すべきであるが、あくまで偽証に固執する場合には、普通の場合と同様のやり方で被告人を尋問して、その証言にもとづいて弁護を行うべきである」を指す。）をする、(c) 弁護人としては偽証の事実を暴露しなければならない、という三つの方法を並列的に列挙しているが、・・・(a)は技術的にすぎるし、(c)は明らかに弁護人の被告人に対する誠実義務に反する。また、フリードマンの解決法は、被告人の場合とはともかく、証人の場合には虚偽の証拠を提出することになって許されないだろう。」²⁷⁷

最後の表現に見られるとおり、上記見解も「『真実義務』からの解放」を説くが、「裁判所・検察官による真実の発見を積極的に妨害しないこと、ないしは積極的に真実をゆがめる行為はしないこと」の限界を設定している。

次の見解も、弁護側証人の偽証の黙過はフリードマンの解決法によっても違法と評価せざるを得ないとするものである。

「刑法一六九条の『虚偽』とは『証人の記憶に反する』ことであるとする解釈をふまえると、証人については『記憶に反した証言を行う』ことを弁護人が認識しつつ尋問を行うことは許容されず、したがって右の場合（注：「証人の偽証の黙過」を指す。）に弁護人は証人尋問請求を行うべきでなく、被告人自身の請求により証人尋問が実施された場合には弁護人は尋問をなすべきでないと思われる。」²⁷⁸

弁護人といえども刑法の禁止規範を逸脱しえない以上、偽証の共犯になりかねない弁護行為は許されないとするのである。

以上が、一連の我が国における真実義務をめぐる論争の大きな流れであるが²⁷⁹、私自身の見解を示す前に、アメリカ合衆国における議論も見ておこう。

③ アメリカ合衆国における議論

(i) 身代わり犯人の場合の弁護人の対処方法

身代わり犯人の事実を裁判所に明らかにすべきか否かにつき、各州の対応は必ずしも一致していない。その違いの原因は、各州において弁護人の倫理問題を規律する規範として「模範規範 Model Code」を採用するのか、あるいは、「模範規則 Model Rule」を採用するのかによって秘密保護に対する

²⁷⁷ 浦・前掲注(226) 18 頁

²⁷⁸ 岡慎一「『刑事弁護のあり方』をめぐる議論の到達点と課題」季刊刑事弁護 21 号 48 頁（現代人文社、2000）

²⁷⁹ 村岡啓一「刑事弁護人の誠実義務と真実義務」713 頁日弁連編『現代法律実務の諸問題平成八年版』（日弁連、1997）

アプローチに違いがある上、憲法上の権利を考慮することによって、倫理規範に修正を加えるか否かで差が生じているからである。

ABA 専門家責任に関する模範規範²⁸⁰（以下「模範規範」という。）の下では、依頼者の秘密を守る弁護人の義務は、通常、裁判所に対する忠実義務よりも優先する。守秘義務の例外は、（１）依頼者が犯罪を実行する意思を有しており、その犯罪を防ぐために秘密を明らかにすることが必要な場合²⁸¹、（２）他の懲戒規則の適用によって秘密の開示が許されるか、あるいは、法律ないし裁判所の命令によって秘密の開示が要求される場合²⁸²に限定されている。しかし、模範規範は、このような例外的場合であっても、弁護士に秘密を明らかにするか否かの裁量を認めている。

1969 年に模範規範が制定された当初は、弁護士が説得しても功を奏さなかった場合には、裁判所に対し欺罔の事実を明らかにすることを求めていたが、それは弁護士倫理規範(Canons of Professional Ethics 4)の守秘義務と抵触することが認識され、ABA は「当該情報が依頼者との間の秘匿特権として保護される場合を除き」裁判所に対して欺罔を開示するように修正した。²⁸³さらに、守秘義務の範囲には、秘匿特権の保護下にある「秘密 confidence」に加えて弁護人が知り得た情報で依頼者が公表を望まないもの「信頼 secret」²⁸⁴も含まれるとの解釈が採用されるに至り、模範規範は、秘匿特権の保護の下、弁護士に対し、依頼者の欺罔を裁判所に開示すべきことを禁止したかのような外観を呈するに至った。²⁸⁵しかし、模範規範の下においても、依頼者の身元に関する情報が一般的には秘匿特権付き秘密にはあたらないと理解されている上、現在進行中または将来の犯罪ないし欺罔に関する情報は秘匿特権によっては保護されないので、弁護人は依頼者が身元を偽り続けるのを黙認したまま弁護を続けることはできない。要するに、最初の欺罔行為の秘密

²⁸⁰ ABA Model Code of Professional Responsibility, 第二東京弁護士会調査室訳『アメリカ法曹協会弁護士責任規範』（第二東京弁護士会、1979）

²⁸¹ DR4-101(c) (3) 前同 29 頁

²⁸² DR4-101(c) (2) 前同 29 頁

²⁸³ DR7-102(b) (1) 前同 49 頁

²⁸⁴ DR4-101(a)の定義によれば、「秘密」とは法律上の弁護士-依頼者特権により保護される情報を言い、「信頼」とは弁護士が職務上得たその他の情報で依頼者に不利益を与えるものまたは困惑させるもので依頼者が漏洩並びに公表しないことを要望したものを言う。

²⁸⁵ Eva S. Nilsen, *Disclose or Not: The Client with a False Identity*, 214 *supra* note (266) at 216-217

は保護されるが、依頼者が事実審理において既にした偽証を繰り返すような新たな犯罪を実行する意思を有する場合には、もはや、保護の対象にはならないというのである。

一方、ABA 専門家責任に関する模範規則²⁸⁶（以下「模範規則」という。）は、明確に、依頼者の秘密の保護を裁判所に対する忠実義務の下位に置いている。模範規範との差がはっきりと現れるのは、模範規則 3・3 (a) (4) であり、同規則は次のように規定する。「(a) 弁護士は、故意に以下のことをしてはならない。(4) 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いたった場合には、それを正すため適切な措置を講じなければならない。」²⁸⁷ 弁護士の認識した事実が犯罪あるいは欺罔である場合に依頼者を幫助してはならないのは、模範規則においても同様である。模範規則の 3・3 (a) (4) に関する注釈は、まず、弁護士の採るべき方法として、依頼者をして裁判所に本当の身元を明かすことを説得すべきことを指摘し、説得が功を奏さないときは「合理的な対処行動」を採るべきことを要求している。²⁸⁸ 模範規則の下では、弁護士の採りうる選択肢は限られており、事実上、辞任するか、依頼者の虚偽を裁判所に開示するかの二者択一を迫っていると言える。

以上は、模範規範と模範規則を対比した結果の違いであるが、さらに、憲法上の権利を考慮することによって、議論は別の展開を見せる。すなわち、いくつかの州においては、模範規則の規定にもかかわらず、刑事弁護人については一般の民事代理人とは異なり、依頼者の虚偽の開示問題については、別の取扱いをすべきことが承認されているのである。例えば、メリーランド州では、模範規則 3・3 C は次のように修正されて読まれている。「パラグラフ(a) ないし(d)の規定にもかかわらず、刑事事件において被告人のために活動する弁護士は、合理的に考えて、被告人の虚偽を開示することが被告人の憲法上の権利を危うくすると信じる場合には、被告人が偽証する意図を持っていることあるいは被告人が既に偽証したことを明らかにする必要はない。」²⁸⁹

つまり、刑事被告人による偽証に対処する方法として、模範規則の注釈は前記三通りの選択肢、すなわち、（１）依頼者に物語風に証言させる（２）

²⁸⁶ ABA Model Rules of Professional Conduct, 前掲注 (273) 「アメリカ法曹協会の弁護士業務模範規則」

²⁸⁷ 模範規則 3・3 (a) (4) 前同 75-76 頁

²⁸⁸ 前同 77 頁

²⁸⁹ Nilsen, *supra* note (285) at 221

刑事弁護人は依頼者の虚偽を明らかにすべき義務から解放されているという立場を採る。(3) 裁判所に偽証を告知する。を提示するが、(1)と(3)は、第5修正と第6修正の憲法上の問題を惹起するので、いくつかの州では、刑事被告人の憲法上の権利は弁護士が裁判所の構成員として有する通常の義務よりも優先すると理解して、倫理規定を修正しているのである。

模範規則 3・3 の注釈も、「憲法上の要求」として、次のように記載している。²⁹⁰ 「弁護人は、重要な事実に関する偽証の存在を、たとえそれが依頼者の偽証であっても、明らかにしなければならないという一般的準則は、刑事事件におけると同様、他の事件における防御側の弁護士にも適用される。しかし、明らかにすることをそのような場合における弁護士の倫理上の義務とすることは、刑事事件における適正手続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うる。州の中には、この憲法上の規定の下、被告人が証言することを希望する場合には、たとえ、弁護人においてその証言が虚偽となるであろうことを知っていたとしても、弁護人は被告人を証人として申請することが要求されていると解釈されている。この規則の適用下にある弁護士の義務も、そのような憲法上の要請には従属するのである。」

要するに、弁護人は、身代わり犯人であることを明かさない正当化理由として被告者の有する憲法上の権利を考慮すべきことを指摘できるのであり、このことは、問題解決のアプローチの方向を従来の弁護人の視点から考えるのではなく、憲法上の権利の行使主体である被告者の視点から考えることを意味しているのである。

(ii) 弁護人が「認識」している場合の意味

弁護人の裁判所に対する忠実義務を論ずる場合、実際上の問題として、弁護人が依頼者の虚偽をどの程度まで認識していれば、裁判所に対する義務が顕在化するのかが問われることになる。

『被告人または被告側証人が偽証をしようとしている、あるいは、したことを刑事弁護人が認識したというのは、どういう場合を意味するのか?』という問いである。

模範規則 3・3 は、認識基準(the knowing standard)を採用し²⁹¹、刑事弁護人に対し、依頼者の偽証を「認識 know」した場合に、その事実を裁判所に対して明らかにするよう求めている。逆に言えば、依頼者が偽証を行っていることを弁護人が「認識」しない限り、原則にしたがって、秘密厳守を維持

²⁹⁰ 模範規則 3・3 前掲注 (286) 80 頁

²⁹¹ 模範規則 3・3 (a)は、「a lawyer shall not knowingly . . . 」と規定する。

すべきということになる。

「認識」に関する判例は、弁護士は依頼者が偽証を行っていることを確信していなければならないとし、その判断を下すのに、「確実な事実的基礎 *firm actual basis*」を要求している。何が確実な事実的基礎を構成するかにつき、裁判所は一般的に極めて高度な基準を定立してきたと言える。第8巡回裁判所は、確実な事実的基礎を構成するには依頼者が偽証を直接に認めることが必要だと判示した。²⁹² 弁護士の「最後の警告 *extreme caution*」にもかかわらず依頼者の「明確な意思の表明」があって初めて裁判官に対する開示を正当化するというのである。また、第2巡回裁判所は、確実な事実的基礎を解釈するのに、依頼者が自認することを基礎に置いて「明確に立証された」ないし「現実認識していた」という基準を要求した。²⁹³ そうすることで、裁判所は依頼者が弁護士に対し偽証を「告知した」場合にのみ当該情報が「明確に立証された」ことになるという定義を支持したのである。

第2巡回裁判所はさらに進んで、(1) 当該弁護士が合理的に判断して事実であると認識し、かつ、(2) その認識を他の事実と総合した結果 (3) 裁判所における欺罔行為の存在を明確に確証できる場合にのみ、その情報を弁護士は開示すべきであると判示した。このように、判例は、依頼者の自認だけでは不十分であり、偽証を「明確に立証する」「他の事実」によって裏付けられなければならないとしている。

このように従来判例は、認識基準につき、「確実な事実的基礎の現実的認識」「合理的疑いを超えて」「確実な認識」「絶対的な確信」といった表現を用いて、絞りをかけてきたといえるが²⁹⁴、連邦最高裁は *Nix v. Whiteside* 事件判決²⁹⁵ において、模範規則を額面通りに援用する判断を示している。バーガー長官の法廷意見は、「たとえ秘密の開示が依頼者との信頼関係を損なうとしても *even if disclosure compromises client confidences*」模範規則 3・3 は弁護士に対し依頼者の偽証を明らかにする義務を課したものであると判示し

²⁹² *United States v. Long*, 857 F.2d 436, 445 -447 (8th Cir.1988)

²⁹³ *Doe v. Federal Grievance Committee*, 847 F.2d 57 (2d Cir. 1988)

²⁹⁴ 依頼者の証言が嘘だという強力な徴表があるとしても、依頼者が偽証を行っていることを「認識」していないと弁護人が判断したのであれば、裁判所は、その弁護人の判断は事実審弁護人に付与される合理的な裁量の広範な範囲内にあるという強力な推定に服さなければならないとされている。*Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 691 (1984)

²⁹⁵ *Nix v. Whiteside*, 475 U.S. 157 (1986)

た。²⁹⁶

しかし、この判決には批判が強く、同判決が支持した当該弁護士の開示行為はこれまでの基準となっていた実務から逸脱しているという評価が弁護士層から寄せられており、同判決の射程を狭めようとする動きが顕著である。

²⁹⁷

結局、フリードマン自身は、弁護士の憲法上および倫理上の義務に合致する、弁護士が依頼者の偽証を事前に知った場合の採るべき適切な方法を、次のように要約している。²⁹⁸

すなわち、弁護士は依頼者が偽証しようとしていることを合理的疑いを超えて確信するに至った場合にのみ、依頼者が偽証をしようとしているとの前提に立って行動することができる。弁護士は誠意を尽くして依頼者に対し偽証することを断念させる努力を続けなければならない。弁護士は辞任の許可を求めることができるが、それは、直接的であれ間接的であれ、依頼者の秘密を漏らすことなく遂行される場合でなければならない。さもなければ、依頼者の諸権利が危殆に瀕することになるからである。もし、弁護士が依頼者を思いとどまらせることができず、あるいは、依頼者に不利益を与えることなく辞任することができないのであれば、その弁護士は、偽証を補強する手助けをすることは許されないが、依頼者の信頼と秘密を維持しなければならないから、通常のやり方で依頼者を尋問し、戦術的に望ましい限度で陪審員に対し当該事件の証拠として依頼者の証言を論じなければならない。

ニルセンは、基本的にフリードマンの考え方を支持しながらも、弁護人が懲戒を受けることのないように弁護士自身が自らを守るべき手段として次の諸点につき文書化しておくことを提言している。²⁹⁹

- ①依頼者が、弁護士に対し、秘匿特権によって保護される、議論のある現在進行中の依頼者の犯罪を明らかにするような情報を与えたという事実
- ②弁護士が、依頼者に対し、当該犯罪を明らかにすること及びその犯罪を今後行わないように説得したこと
- ③弁護士が、依頼者に対し、弁護人において将来の犯罪あるいは欺罔行為に関与しないことを明確かつ分かりやすく説明したこと
- ④依頼者が、弁護士に対し、弁護士において本当の事実を明らかにすること

²⁹⁶ Nix, *supra* note(295) at 168

²⁹⁷ Monroe H. Freedman, *But only if you "know"*, *supra* note (266) at 135, 137-138

²⁹⁸ *Id.* at 136

²⁹⁹ Nilsen, *supra* note (266) at 226

を禁じたこと

- ⑤弁護士が、依頼者に対し、将来、裁判所を欺罔することを避けるため、裁判所に事実を開示することなく、弁護人を辞任しなければならないと説明したこと

最大限被告者の意思に働きかけながら、最終的には被告者の自己決定に従うことを前提に、このような説得過程を可視化しておくことは、倫理問題の理論的解決とは別に、懲戒手続と常に隣り合わせになっている刑事弁護の実践面において不当な懲戒を回避するうえでは有用な方法と思われる。

(4) 自己防御権からの見直し

① 誠実義務純化論

真実義務と誠実義務の問題を自己防御権の観点から見直すということは、被告者の立場から考えるということに他ならない。真実義務が問題となるのは、弁護人において「真実」を「知った」ことが前提とされているからである。弁護人が「真実」を知るに至った契機には、被告者本人からの告白による場合のほか、第三者からの情報提供及び独自の調査結果に基づく場合がある。いずれの場合であっても、被告者の立場から事態を眺めた場合、被告者が自らの意思でその公開を望むのでない限り、被告者は弁護人が依頼者・弁護士間の秘匿特権によって絶対に公表されないことを期待する。被告者はこの秘密の保護があるからこそ、自らの秘密を語るものであり、また、弁護人の突き止めた調査結果を自認するのである。弁護人が依頼者の秘密を明らかにすることは、依頼者に致命的な打撃を与え、弁護士に裏切られたという感情を抱かせ、依頼者との信頼関係をその本質とする職業としての弁護士はもはや成り立たなくなる。守秘義務こそは刑事弁護人にとって依頼者との関係における生命線と言ってよい。

被告者の視点でみた「真実」を弁護人と共有することになった被告者から眺めた場合、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。弁護人が「真実」を開示する場合を想定できないからである。このことは、真実義務否定論を超えて、最初から真実義務は存在せず、弁護人と依頼者との間には誠実義務だけしか存在しなかったことを意味する。すなわち、誠実義務純化論である。

もっとも、弁護人が誠実義務純化論に立つということは、弁護人の行為に何らの行為規範も存在しないことを意味するものではない。弁護人といえども、一般的行為規範である刑法の禁止規範に従わなければならないのは当然であるし、刑事訴訟制度という一定の枠の中で国家対被告者の攻撃・防御が行われる以上、その手続的ルールに従うことも、また、当然の前提である。

したがって、弁護人が偽証を教唆することや虚偽証拠を捏造することは犯罪を構成し許されないし、刑事訴訟法に反する防御方法も効力を否定されることになる。しかし、それ以外の外在的な行為規範は存在しないから、弁護人の依って立つ行為規範は、専ら、依頼者のために何が最善となるのかを誠実に追究せよという誠実義務の履行に尽きることになる。³⁰⁰

② 複数の「真実」を前提とする訴訟的真実

誠実義務純化論に対する真実義務を重視する考え方からの批判は、弁護人が「事案の真相解明」に十分な配慮を払っていないという点に向けられる。

「真実」の探求を放棄し、被告者べつたりのいいなりになっているというのである。この批判に応えるためには、もう一度、当事者主義の刑事司法制度における弁護人の地位を確認しておかなければならない。

刑事訴訟が事案の真相解明を一つの目的としながら、弁護人を裁判所及び検察官とは異なった特殊な地位に位置付け、異なった役割を賦与しているのは何故なのか、を理解する必要がある。

当事者主義の刑事司法システムは、検察官の立証責任を前提として攻撃・防御という国家対市民の闘争原理を理念とし、有罪・無罪の事実認定を陪審員あるいは審判者たる裁判官に委ねることによって、国家側のストーリーである訴因の証明が成功したか否かをもって、勝訴・敗訴と見ている。つまり、「合理的な疑い」を超えたか否かを勝敗の分岐点とみて、国家側のストーリーと被告者側のストーリーとを対置させて、立証の成功・不成功をもって「真実」と見なしているにすぎない。訴訟の場で明らかになるのは、神の眼に明らかな実体的真実ではなく、それを目差しつつも到底それに達し得ないことを理解した上で人知の及び得る限界に位置する訴訟的真実である。立証という訴訟活動の結果としての有罪・無罪であるからこそ、一種の闘争の結果としての勝敗を観念できるのであって、有罪・無罪の背後に実体的真実の裏付けが常に伴っているわけではない。このことは、刑事訴訟の場において、「真実」を論ずる場合に、本質的に事実を見る眼に複数の視点のあることを示している。全く同じ客観的な犯罪の痕跡を眼にしながらも、複数の視点の

³⁰⁰ 佐藤博史「弁護人の真実義務」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法の争点（新版）』32頁（有斐閣、1991）は、弁護人に「裁判所の真実発見に協力する義務」としての真実義務はないが、「弁護人といえども積極的に真実を歪める行為をしてはならない」という意味での真実義務はあると主張するが、後者をあえて真実義務と位置付ける意味がどれほどあるのか疑問である。但し、佐藤「弁護人の任務とは何か」竹澤哲夫ほか編『刑事弁護の技術（上）』3頁、8頁（第一法規、1994）は、誠実義務純化論に近い立場を採っている。前掲注（226）

違いに応じて、事件の相貌は異なった顔を見せることを示しているのである。

³⁰¹ 弁護人の役割は、この被告者の視点から見た場合の「被告者の真実」を事実認定者の前に提示することに他ならない。決して、検察官及び裁判官のような国家の視点から見た「真実」の解明に寄与することではないのである。

当事者主義の刑事司法システムは、各訴訟当事者がそれぞれの役割を誠実に果たすことによってシステム全体として人知の及ぶ限りの「真実」に近付こうとしているのであり、各訴訟当事者ごとに同じ実体的真実を追究しその追究の「総和」をもって「真実」を確定しようとしているのではない。弁護人には、敢えて複数の視点のうち被告者の視点に立つことを求め、国家の視点から見た「真実」に対し別の角度から光を当てることを期待しているのである。それゆえ、弁護人が被告者の視点を離れて独自の立場で「真実」を追究すれば、それは、裁判官と同じ「裁き人」としての眼を持ったことを意味し、かえって、当事者主義が期待しているシステム全体としての真相解明の機能が弱められる結果を招くのである。

こうした弁護人の特殊な地位を理解することは、弁護人が「事案の真相解明」に全く無頓着であることを要請するものではない。「七五三」という言葉は、被告人が語る「真実」は、弁護人に対して七割、検察官に対して五割、裁判官に対して三割という意味であるが、被告者のために最も最善かつ有効な防御方法を助言するためには、弁護人は法律家という立場から「事案の真相解明」を尽くさなければならない。或る意味では、検察官以上に事案の真相に肉薄しなければならないとも言える。これは、誠実義務が被告者にとっての最善の弁護戦略及び弁護戦術を提供することを弁護人に命じていることの当然の帰結であり、誠実義務の本来的内容をなすものである。言い換えれば、従来議論されてきた真実義務の問題というのは、弁護人-依頼者間の守秘義務の保護の下、決して外部には明かされない領域での弁護人と依頼者との間の事実認識をめぐる内部的闘争の問題に還元されることになるのである。

誠実義務の履行は、被告者の自己決定に至る過程において弁護人がプロフェッショナル(professional)として全知全能をかけて被告者にとっての最善かつ最強の弁護方針を樹立すべきことを要求するのであるから、被告者のいいなりになる弁護とは対極に立つものである。³⁰²

③ 誠実義務論における見解の対立

³⁰¹ 村岡啓一「状況証拠とどのように闘うか」前掲注(226)『刑事弁護の技術(上)』519頁

³⁰² 村岡啓一「被疑者・被告人と弁護人の関係」季刊刑事弁護 22号 23頁(現代人文社、2000)

近時、弁護人には真相究明に積極的に協力すべき義務はなく依頼者に対する誠実義務があるにとどまるという結論には賛成しつつ、誠実義務の枠内において、依頼者の自己決定とは別に弁護人が依拠すべき客観的な基準があるのではないか、という問題提起がなされている。³⁰³

この議論は、確かに、従来の楯円の論理にみられる弁護人の公的義務を正面から認めようとするものではなく、弁護士の間でほぼ共有されている到達点（要約すれば、弁護人に求められているのは、刑法などの一般的禁止規範に違反してはならないこと、刑事訴訟法上のルールに従うこと、依頼者への誠実義務を尽くすことである。その結果、弁護人に、捜査の妨害をしてはならないという限度で、消極的な意味での真相解明への協力義務を認めることはできても、さらに進んで、真相解明に積極的に協力すべき義務はない。）³⁰⁴を誠実義務論の中で理論化しようとするものである。

しかし、弁護人の立場で探求した依頼者の「客観的利益」や「客観的意思」を最終的な弁護人の意思決定の準則に据えるのであれば、結果的には、依頼者の自己決定に基づく弁護方針とは異なる選択を容認するのであるから、やはり、被告者の自己防御権の理解が不徹底であると批判せざるを得ない。既に述べた弁護人の特殊な地位に鑑みれば、弁護人の立場で探求した依頼者の「客観的利益」や「客観的意思」が仮にありうるとしても、それは誠実義務を履行する際の説得の材料にとどまるにすぎず、最終決定権は依頼者自身に委ねざるを得ないのである。

被告者の主観的意思や利益とは別に客観的基準を模索する考え方の背景には、誠実義務論の枠の中に位置する依頼者と弁護人との間の内部的闘争においても、弁護人の依って立つべき客観的基準があるはずであるという暗黙の前提がある。守秘義務の保護の下、理論的には、外部に公表されることのない弁護人による依頼者の説得過程において、実際には、多くの刑事弁護人が共通の価値観に基づいて依頼者である被告者の誤った訴訟戦略や戦術を撤回させようと努力しているのではないかという推測は立つ。その共通の価値観を一つの倫理規範としてまとめることもあるいは不可能ではないかもしれ

³⁰³ 岡・前掲注(278) 53 頁は「客観的利益」という概念で被告者自身の主観的利益と切り離れた利益の存在を主張する。上田國廣「被疑者・被告人と弁護人の関係」前掲注(302)「被疑者・被告人と弁護人の関係」31 頁は、「憲法的あるいは人権保障的な機能を発揮できるように司法過程の監視を担う憲法上の責務」を誠実義務のほかに弁護人の行為規範として認める。

³⁰⁴ 日弁連刑事弁護センター報告書「刑事被疑者弁護に関する意見交換会」第五回プレゼンテーション

ない。一般に誤解されやすい守秘義務の保護下での違法行為の共謀という弁護士の非違行為と一線を画するという意味でこうした倫理規範の確立にも意義があるとも言える。しかし、一旦、依頼者との内部関係における行為規範を設定してしまえば、やはり、それは外的な行為規範と同じ効果を弁護人・依頼者間の信頼関係の中に持ち込んでしまうように思われる。弁護人が全人格をかけて依頼者の誤りを正そうとする場合、それは飽くまでも主人の最善の利益を図ろうとするからであり、その説得に依頼者のための「客観的利益」ないし「客観的意思」を想定した基準をあてはめることは、自己防御権の尊重よりはパターンリスティックな弁護人の価値を押しつけているように思われる。自己防御権を尊重する立場に忠実である限り、たとえ倫理規範であっても、依頼者との内部関係を規律する規範を示すべきではない。被告者の視点を一貫する限り、弁護人の倫理の問題も依頼者に対する誠実義務の中に解消されるべきものであり、被告者の主観的意思を超えて客観的意思を想定するべきではない。

④ フリードマンの難問に対する回答

(i) 第1問に対する回答

前述のとおり、1983年ABA「弁護士業務模範規則」では、次の三つの回答を併記している。

- (1) 弁護人は尋問という形式をとらずに被告人自身に物語風の証言をさせる。
- (2) 被告人に対し翻意を促すべきだが、飽くまでも偽証を固執する場合には、普通の場合と同じやり方で被告人を尋問し、その証言に基づいて弁護する。
- (3) 弁護人としては偽証の事実を暴露しなければならない。

私の結論もフリードマンのそれと同様、説得が功を奏せず被告者が偽証を選択した場合には、やむを得ず(2)の方法を採用し、淡々と証人尋問を行うことになる。

一見すると(1)と(2)の違いは尋問の方法の選択という技術的な相違のように見えるが、依頼者と弁護人の地位をどう見るのかという点では決定的に違う。つまり、前者は、一応被告人の決定した弁護戦略には従いながら、弁護人としての固有の立場を主張して、偽証には協力しないという意思表示をしているのである。これに対し、後者は、前者の尋問方法を変えるという対応では、弁護人としての倫理問題を回避することにはなっても、その方法自体が被告人の偽証を裁判所に示唆する結果になるので、やはり依頼者との間の守秘義務に違反することになる。それゆえ、倫理的に許されないこととして最大限の努力をして被告人の翻意を促すのは当然だが、それにもかかわらず被告人の意思が変わらないのであれば、いつもどおり淡々と尋問を行う

しかないと考えるのである。³⁰⁵

我が国では、被告人に証人適格が認められていないので、フリードマンの前記問いを「証人」に一般化して、「弁護側証人の偽証を黙過することは許されるか」といった形で問われる。そして、この点につき、我が国では事実上の被告人と弁護人の共同弁護の形態による弁護が認められており、弁護人の意思に反しても被告人の単独訴訟行為が認められていることから、「弁護人は証人尋問請求を行うべきではなく、被告人自身の請求により証人尋問が実施された場合には弁護人は尋問をなすべきでない」との見解が主張されている。³⁰⁶

しかし、ここでも同じ問題に遭遇する。すなわち、弁護人が証人尋問申請をせず、申請行為も尋問自体も被告人に委ねるという方法は極めて異例であり、そのこと自体が裁判所に対し「この証人尋問は『偽証』である。」というメッセージを送ることと何ら変わらないからである。したがって、この考え方も弁護人の倫理問題の回避と免責をもたらす弁護人の独自性を主張する見解であり、実質的に守秘義務に違反する点で、依頼者に対する誠実義務に違反する。

弁護人にとって禁止される限界は、明確な犯罪に限定されるべきであり、上記見解が依拠する実質的違法性基準、すなわち「刑法の証拠隠滅罪・偽証教唆罪等が成立しない場合でも、これらの保護法益（審判作用の公正等）を実質的に侵害する行為」にまで拡大するべきではない。³⁰⁷ 実質論を持ち込むことは必然的に限界の基準を曖昧にし、結果的に、弁護人が依頼者の決定した弁護戦略に従わない領域の拡大をもたらすからである。一般的禁止規範に当てはまらないが倫理上問題のある弁護方針の決定も、最終的には、弁護

³⁰⁵ ちなみに、英国の考え方は、弁護人は理由を示さずに辞任し、裁判官も辞任の理由を問わずに辞任を認めなければならないと説く。The Guide to the Professional Conduct of Solicitors (1993) p.411 いかにも英国流紳士的な対応ではあるが、辞任が裁判所に対して偽証を示唆する効果をもたらす点では（1）説と同じ欠陥を持つ。また、当該弁護人は辞任によって難問から解放されても、問題は解消されないまま次の弁護人に承継されるのであるから根本的な問題の解決にはなっていない。

³⁰⁶ 岡・前掲注（278）52頁

³⁰⁷ 後藤昭「刑事弁護人の役割」日弁連編『現代法律実務の諸問題平成一一年版』647頁（日弁連、2000）は、「本人にとって適法になし得る行為か」という基準を提唱するが、本人の行為が違法の場合は許されないという趣旨であるから、私見との間には差が生ずる。

人がするべきではなく、やはり、被告人本人に委ねるしかないのである。

(ii) 第2問に対する回答

弁護人の役割が被告者の視点に立った訴訟的眞実の発見にある以上、検察側の証人の信用性を弾劾するのは弁護人の当然の責務である。したがって、事実認定者が陪審員であれ裁判官であれ、当該証人があたかも虚偽の証言をしているのではないかと疑わせるに足る尋問を行い、偽証の可能性を示唆することは許される。その可能性を払拭すべき責任を負っているのは検察官であって弁護人ではない。こうした攻防によって初めて可能な限り「眞実」に接近し得ると考えているのが当事者主義の理念である。

(iii) 第3問に対する回答

『弁護士自身、自らの法的助言の結果、依頼者の違法行為を誘発するのではないかと考えられるような場合、その法的助言を差し控えるべきか否か。』

この場合の弁護士の行為規範も依頼者に対する誠実義務であるから、何が適法であり、何が違法であるのかについての法律上の助言とその効果を説明すべき職業上の義務がある。弁護士とは法的な専門家である以上、結果的に違法行為を誘発する可能性があっても、それを助言しなければならないのであり、その助言に基づいて、いかなる行為を選択するかは依頼者本人の自己決定権に委ねられている。³⁰⁸その結果、実現された依頼者の行為としては、適法行為の場合と違法行為の場合がありうるが、仮に後者の選択がなされたとしても、その原因が弁護士の法的助言に基づくからといって弁護士の責めに帰することはできない。弁護士の法的助言そのものは適法な正当業務行為であり、その助言を契機とする依頼者自身の選択の結果に対して、弁護士は責任を問われることはないし、また問われるべきではないからである。³⁰⁹

以上がフリードマン自身の回答でもあり、自己防御権から見直した場合の私自身の結論でもある。

しかし、最近、我が国において、弁護士の法的助言そのものを理由に弁護士が強制執行妨害罪という犯罪の共同正犯に問われるという事件が発生した。

³¹⁰

外側から見た場合、依頼者による同じ違法行為が出現していても、弁護士

³⁰⁸ 戒能・前掲注(34)7頁は、「彼の技術を必要とする人に対し、技術の提供を職業とするものが、それを拒むのはまちがっていないだろうか」と説く。

³⁰⁹ 村岡啓一「弁護士の法的助言と刑事責任」季刊刑事弁護 18号14頁(1999)

³¹⁰ 安田好弘弁護士に対する強制執行妨害被告事件(東京地裁平成10年(刑わ)3464号)であり、弁護士の業務それ自体に対する国家権力の介入という問題を提起している。

の助言の実際に着目するならば、（１）違法行為を積極的に指示した場合と（２）誠実義務の履行として適法な法的助言をして決断を依頼者本人に委ねた場合の両方があり得る。前者を犯罪、後者を正当業務行為として理論上区別することは可能であるが、国家が実際に前者を犯罪として証明するためには、必然的に、弁護士と依頼者間の秘匿特権を侵害せざるを得ない。捜査機関は、弁護士に職業上の守秘義務があることから、専ら依頼者の側の供述に依拠して犯罪を立証しようと努めるので、依頼者の側の虚偽供述が誘発される危険性は払拭されない。依頼者の虚偽供述の結果、教唆犯に問われた弁護士は自らの冤罪を晴らそうとすれば、自己に不利益な虚偽供述をした依頼者を弾劾せざるを得ない立場に置かれる。しかし、弁護士には依頼者に対する守秘義務があるので、その義務の解除がなされない限り、守秘義務の履行として黙秘せざるを得ないというジレンマに立たされる。秘匿特権への国家権力の介入は、結局のところ、弁護士と依頼者間の秘密を侵害し、秘密を扱う業務一般に対する国民の信頼を否定することにつながるのである。ここに、弁護士の法的助言そのものを問題にして犯罪と正当業務行為の線引きをすることの困難さと危うさがあり、法的助言のあり方は刑事罰になじまず、むしろ、弁護士倫理の問題として議論されるべきとされる実質的な根拠がある。

そして、弁護士の助言それ自体は法的に価値中立的なものとして、依頼者の自己決定の結果如何にかかわらず免責されることが要請されるのである。

311

2 弁護士の意識改革の必要性

（１）在野性をめぐる議論

① 三ヶ月章教授の批判

1964年、臨時司法制度調査会意見書は、日弁連が提唱したいわゆる法曹一元制度の条件が未だ熟していないとしてその採用を見送る一方、弁護士の在野性の強調に対して疑問を提起し「法曹の一体感を育成する」方策を打ち出した。同調査会において公述し、批判の急先鋒に立った三ヶ月章教授の批判の概要はおおよそ次のようなものであった。³¹²

日本の弁護士には、法律家(legal profession)が形成されてきた中性ヨーロッパに見るような法曹階級の歴史が欠落していたために、著しく劣悪な環境からはい上がっていかねばならないというハンディキャップを負っていた。

³¹¹ 前掲注（285）の Nilsen の提案参照。

³¹² 三ヶ月章「弁護士」岩波講座『現代法 6』204 頁（岩波書店、1966）

明治維新後、薩摩長州藩以外の小藩出身者が権力の中枢からはずれる司法部に活路を見出し、一方で藩閥政治の一翼を担いながら、他方で「権力の担い手の傍流」であるという屈折した思いがあり、その意識が極めて権力的な「在朝法曹」を現出した。権力から疎外された人民の一部である民間の法律家は、「在朝法曹」に対抗する形で自らを「在野法曹」と位置付けたうえ、「反骨の精神」を練り上げていった。しかも、日本の資本主義の発展が特異であったため、諸外国のように弁護士が経済の発展に深く関わるという契機がなく、自由業である弁護士の存在理由を刑事弁護の局面に求めざるを得なかった。日本の弁護士の歴史が輝かしい刑事弁護の歴史と重なっているのはそのためである。しかし、戦後、GHQ の支援を受けた議員立法という極めて特殊な形態とはいえ、弁護士法を制定させ、世界にも類を見ない完全な自治権を確立した以上、もはや、一つの公権力の担い手の地位にあるのであるから、弁護士だけが「基本的人権の擁護」や「社会正義の実現」の担い手であるかのような独善的な考え方を改め、同じ「司法機関の一分枝」として「すべての公正な人々の是認」が得られるように行動すべきである。「昔と同じ形での在野性とか、在野精神とかが主張されるのだとしたら、それはアナクロニズム以外の何物でもない。」³¹³

②「在野性」論争の意義

この見解に対し、弁護士の間からは、自由民権運動を担ってきた人権擁護の旗手としての歴史認識を欠いている、在野性に対する批判は「法曹の一体化」を主張し弁護士による「権力批判を封ずること」に狙いがあるといった非難が巻き起こった。³¹⁴

この論争の意義は、それまで世論並びに学問から批判を受けずにきた「無風地帯的環境」にあった弁護士に対し、初めて、弁護士の在り方という観点から異論が唱えられたことにある。しかし、この論争がその激しさに見合うだけの成果をもたらしたかと言えば、頗る疑わしい。結局、弁護士のアイデンティティとしての在野精神が放棄されたり修正を加えられたりすることもなく、今日の司法制度改革審議会まで弁護士の在り方をめぐる議論は封印されたままになったからである。その原因は、在野性の強調を批判する論もそれに対する反論も、基本的には両者ともに「国民的立場」を自論の正当性の根拠に据えたからであったと思われる。すなわち、在野性の強調を批判する論調の根底には、弁護士の「特権意識」を捨てて国民的立場に立てという要

³¹³ 前同 229 頁

³¹⁴ 松井康浩・前掲注 (9) 233 頁、東京弁護士会「臨時司法制度調査会意見書批判」(1965) ジュリスト 342 号 132 頁

求があった。これに反論する立場は、逆に、この批判こそが「弁護士が在野精神をもって事に当たれ＝国民の側に立ってその自由と人権を守る姿勢で仕事をせよ、という思想を批判・非難している」³¹⁵と応じ、「自治権を与えられたのだから在野々々というのを控えよというのだが、それは全く論理が逆である。弁護士に自治が認められたのは、国民のためにその自由と人権を擁護するためのものであるから、いっそう在野精神を旺盛にして、権力がとかく陥りがちな横暴とたたかい、人権侵害から国民を守らなければならないのである。」³¹⁶と反論したからである。真に問われるべきテーマは、それぞれの立場が想定している「国民」の中身であったのであるが、その点を曖昧にしたまま総論においてお互いが「国民的立場」を持ち出して議論をしたため、残念ながら弁護士の独善性の評価の違い以上の議論の深化が見られなかったのである。

③ 自己防御権から見た論争

私は、自己防御権という観点から眺めた場合、この論争にはもう一つの違った展開があり得たのではないかと考えている。

弁護士の在野性の強調を批判した論者は、明らかに、弁護士の位置付けをドイツ型の「独立の司法機関」と見る考え方を支持していた。弁護士の使命とする「基本的人権の擁護」も「社会正義の実現」も弁護士の独占物ではなく、むしろ、「法の担い手全体の使命」であるから、司法制度を維持する責任を分担すべきであると説いたのである。したがって、これに対する反論は、弁護士が「訴訟運営の不可欠の機構」ではあっても、憲法の当事者主義の司法制度の下では、弁護士の法曹としての役割は他の国家機関である法曹とは大きく異なっており、弁護士の在り方を問題とする場合の基準は抽象的かつ一般的な意味の「国民」ではなく、当事者となった特定の「個人」であることを論ずるべきであったのである。

在野性の強調は、その歴史的由来から明らかなように、対権力との関係においては有効な概念ないし理念ではあり得ても、対依頼者との関係ではほとんど意味を持たない。諸外国で、弁護士の自主性、自律性を説明する概念として「国家からの独立」、「社会からの独立」、そして「依頼者からの独立」といった表現が用いられるのと対比するならば、前二者を統合した「権力からの独立」を意味するのとほとんど変わらない。我が国の刑事弁護の輝かしい歴史を紐解いたとき、在野のレジスタンスの精神に満ちあふれた対国家権力との闘争の歴史を知ることができるが、現実には、被疑者・被告人に据えら

³¹⁵ 松井・前掲書 233 頁

³¹⁶ 前同 235 頁

れた生身の個人と弁護人とがどのように当該具体的事件の防御という共通の目標に立ち向かったのかは、必ずしも見えて来ない。著名な刑事弁護人の著名事件の弁論要旨は公刊されていても³¹⁷、それぞれの時代背景に翻弄された無数の刑事被告人と無名の弁護士たちの弁護の実際がどうであったのかは資料が十分ではなくほとんど分かっていない。ここにも、日本の弁護士が在野性の涵養に努めてきたことの裏返しとして、被告者に意識を十分に注いできたとはいえない現実が反映しているように思われる。弁護士が在野法曹として在野性を強く意識し、対国家権力との闘争を視野に置く限り、本来の当事者である被告者の実像は権力との闘いの影に隠されて見えてこないのである。

自己防御権からの見直しは、こういった弁護士の伝統的な在野法曹観から抜け落ちた本来の防御の主体である被告者に着目するものであり、それは、必然的に、弁護人と被告者との関係につき弁護士の意識改革を迫ることになるのである。

(2) 刑事弁護ガイドライン問題

① ガイドライン問題の経緯

2000年2月から2001年2月までほぼ1年間にわたって日弁連内部で検討された「刑事弁護ガイドライン（仮称）」をめぐる議論は、現在の我が国の刑事弁護人の意識を知る上で重要である。

日弁連には、弁護士の行為規範として自主的に制定した「弁護士倫理」³¹⁸が存在するが、刑事弁護に特化したものは存在しない。その結果、刑事弁護は弁護士各自の抱く弁護人像と各自の創意工夫に委ねられてきたと言える。こうした職人的刑事弁護は、刑事弁護の領域が国選弁護人を中心とする公判弁護と一部の私選弁護人による捜査弁護に限局されている間は、捜査機関との軋轢も少なく、刑事弁護人の在り方が一般論としてクローズアップされることはなかった。しかし、その後、当番弁護士制度の全国的展開を契機に捜査段階での弁護活動が日常化するようになり、他方で、旧来の自白偏重の捜査に対する国際的及び国内的批判や黙秘権の考え方の浸透等により自白を強制的に獲得することが難しくなり、捜査段階で熾烈な攻防が繰り広げられる事案が増加するようになった。期を同じくして、アメリカ合衆国のミランダ

³¹⁷ 例えば、花井卓蔵『訟廷論草』（春秋社、1930-1931）など。

³¹⁸ 1990年3月2日制定、1994年11月22日改正。日本弁護士連合会弁護士倫理に関する委員会編『注釈弁護士倫理』217頁（有斐閣、1995）倫理規定違反が直ちに弁護士法に定める懲戒事由を構成するものではないが、懲戒事由の一要件である「その品位を失うべき非行」の斟酌事由になりうると解釈されているので、全くの訓示規定というわけではない。

判決に触発されて身体を拘束された被疑者の黙秘権保障を実効化するために弁護人の取調べへの立会を要求し、立会が認められない場合には、被疑者において供述調書の署名押印を拒否することによって、自らの供述の証拠化の権限を被疑者本人に取り戻そうとする動きが現れた。1995年に発足したミランダの会の活動である。³¹⁹ミランダの会の弁護戦略は、黙秘権を武器に従来の密室捜査に風穴をあけるものであったから、捜査機関の側から弁護人による「捜査妨害」であるとして激しい非難の的になり、その批判を受け容れた判決まで現れるに至った。³²⁰前述した法曹三者の「刑事被疑者弁護に関する意見交換会」の設置の背景に、法務省の意図が捜査機関からみた「不適切弁護」の是正にあったことは明らかである。³²¹

こうした状況の下、日弁連刑事弁護センター内の刑事実務弁護研究小委員会の「刑事弁護ガイドライン研究会」は、法務省の「不適切弁護」の批判を理由のないものと論駁するためには刑事弁護人の最大限なしうる活動範囲をむしろ明定することが有効であるとの判断から、1998年10月以来検討を続けていた「刑事弁護ガイドライン（仮称）」を討議資料（第一次案）として公表した。しかし、この公表が唐突な印象を与えたこと、折から進行中の前記意見交換会が被疑者段階の公的弁護制度の必要性を認めるという転機を迎えたこと、ガイドラインの中には作成者の意図とは別に国家介入を招きかねない「健全運営義務」³²²とか「法令遵守義務」³²³などの公的義務が規定されていたことから、公的弁護制度の導入と引き換えに弁護の国家管理に道を開く露払いの役割を果たすものとして厳しく批判され、第一次案は大幅な修正を余儀なくされた。

その後、弁護人と依頼者との間の誠実義務を基本理念とした「第二次案」が作成され、日弁連刑事弁護センターの次のような決議を経て、全国各单位

³¹⁹ ミランダの会編「『ミランダの会』と弁護活動」（現代人文社、1997）

³²⁰ 浦和地裁越谷支判平9・1・21判時1599号155頁、浦和地判平9・8・19判時1624号152頁。村井敏邦「刑事弁護の有効性、相当性」93頁竹澤哲夫先生古稀祝賀『誤判の防止と救済』（現代人文社、1998）

³²¹ 第4回意見交換会において、法務省は検察現場からの報告に基づく事例を類型化したものとして29例の「不適切弁護」の例を指摘した。丸島俊介「被疑者弁護に関する意見交換会第四回、第六回」季刊刑事弁護18号116頁

³²² 「刑事弁護ガイドライン」第一次案第6条「弁護人は、弁護活動を行うにあたり、憲法及び刑事訴訟法の理念に従い、刑事司法が健全に運営されるように努めなければならない。」

³²³ 前同第7条「弁護人は、法令を遵守しなければならない。」

会の討議に付された。「被疑者・被告人が弁護人の援助を受ける権利を実効的に保障するため刑事弁護ガイドライン（仮称）を策定する。なお、その内容は、国家権力による介入の口実を与えるものであってはならず、刑事弁護を発展させるものでなければならない。」

各单位会への意見照会は、後述する「第二次案」を討議資料として配付はするものの、ガイドラインの法的性格をどうするのか、そもそもその策定の必要性はあるのかについても白紙の状態で見解を求めるものであったから、ある意味で、各单位会における刑事弁護についての現状認識を前提に刑事弁護のあるべき姿につき各单位会に自由回答を求めるに等しいものであった。

この試みは、後述するとおり日弁連を二分するかの如き大論争を巻き起こした。しかし、それは、従来、刑事弁護の在り方につき真剣な議論が交わされず、各人各様の弁護人像に委ねてきたことのツケが廻ってきただけともいえる。新憲法の下、半世紀に渡って表面は無風に見えながら内実は混沌の状態にあった刑事弁護の現状をあぶり出す効果をもたらした。確かに刑事に関する弁護観の違いが一挙に表面化した、今後の議論の大前提となる刑事事件に携わる弁護士の現状を認識したという意味で、大きな成果であると言って差し支えないだろう。

「第二次案」の内容と全国の各单位弁護士会の検討結果の概要は次項に示すとおりであるが、結論として、ガイドライン問題は、2001年2月7日の日弁連刑事弁護センターの以下の決議をもって次のステップへと移行している。

324

- 「1 刑事弁護ガイドライン（仮称）については、『被疑者・被告人が弁護人の援助を受ける権利を実効的に保障するため刑事弁護ガイドライン（仮称）を策定する。なお、その内容は、国家権力による介入の口実を与えるものであってはならず、刑事弁護を発展させるものでなければならない。』との前回全体会議決議を踏まえつつ、①弁護士会による公的弁護人推薦資格ないしは推薦停止等の要件としての準則②弁護活動の水準向上のための指針に二分した上で、それぞれ検討を進める。
- 2 ①については、全国からの意見を踏まえ、当センターとしての成案を作成したうえで、執行部に対し全国への意見照会を依頼し、会内論議を尽くして策定作業を行う。
- 3 ②については、総合的な水準向上のための施策の一環として、当センターにおいて、今後とも継続して検討を進める。

³²⁴ 日弁連刑事弁護センターニュース 25号（2001・3・1）

4 今後、公的弁護制度において弁護活動の自主性・独立性を保障する
具体的仕組みについて、検討を進める。」

要するに、議論の混乱の一要因でもあった、公的弁護制度の実現に不可欠な推薦基準の問題と本来的な刑事弁護の在り方の問題を分離し、前者については制度構想の具体化に合わせて資格要件の策定を急ぎ、後者については規範としての性格及びその効力について更に弁護士会内部の合意形成のため議論を継続するということである。

② 刑事弁護ガイドライン研究会第二次案

「刑事弁護ガイドライン研究会第二次案」は、全文 31 条からなるが、その主要な規定を示すと以下のとおりである。³²⁵なお、討議資料としての性格上、議論のある規定については、複数の見解が示されている。

第 1 章 弁護人の基本的役割

第 1 条（基本的役割）

弁護人は、憲法及び国際人権法が被疑者・被告人に弁護人の援助を受ける権利を保障した趣旨に則り、被疑者・被告人の利益と権利を守るため、常に最善の弁護活動を誠実に行うものとする。

第 2 章 弁護人の基本的責務

第 2 条（接見の励行）

弁護人は、身体拘束を受けている被疑者・被告人に対し、事案並びに状況に応じて必要かつ十分に接見を行なうものとする。

第 3 条（防御権の説明助言）

弁護人は、被疑者・被告人に対し、黙秘権その他の防御権について充分に説明・助言し、被疑者・被告人がそれらを適切に行使できるようにするものとする。

第 4 条（接見交通権等の確保）

弁護人は、接見交通権、防御権ないしは弁護権に対する不当な制限や妨害に対し、適切な対抗措置を採るものとする。

第 5 条（調査検討）

弁護人は、被疑者・被告人のために、積極的に事件に関する証拠書類、証拠物の収集及び参考人からの事情聴取等事件に必要な調査・検討を行うものとする。

第 6 条（情報提供）

³²⁵ 日弁連刑事弁護センター「刑事弁護ガイドライン（仮称）」Q&A13 頁以下（日弁連、2000）

弁護人は、被疑者・被告人に対し、その防御に必要な情報を適切に提供するものとする。

第7条（守秘義務）

弁護人は、被疑者・被告人について弁護活動上知り得た秘密を、正当な事由なく、他に漏らしまたは利用してはならない。

第8条（身体拘束からの解放）

弁護人は、被疑者・被告人が身体拘束から解放されるように努めるものとする。

第9条（外部交通権の確保）

弁護人は、被疑者・被告人の外部交通権の確保に努めるものとする。

第10条（被害回復への努力）

弁護人は、被疑者・被告人のため、被害回復・弁償に努めるものとする。

第11条（被害者のプライバシーへの配慮）

弁護人が被害者と交渉するにあたっては、特に、被害者の名誉、心情、及びプライバシーに配慮するものとする。

第12条（準拠すべき規範）

【甲案】

- 1 弁護人は、国内法上の権利に依拠するのみならず、国際人権法によって承認された人権及び基本的自由を支持し、これを活用するよう努めるとともに、いかなるときでも、法律及び弁護士会が制定した倫理と基準に則り、自由に、かつ勤勉に行動するものとする。
- 2 弁護人は、憲法や国際人権法の理念に反する法令や判例等の改廃又は是正に努めるものとする。
- 3 弁護人は、被疑者・被告人の援助者としての立場に鑑み、真実発見に協力する義務を負わない。但し、虚偽であると判断した証拠を提出するなど積極的に真実を歪める行為を行ってはならない。

【乙案】

- 1, 2 甲案に同じ
- 3 弁護人は、被疑者・被告人の援助者としての立場に鑑み、真実発見に協力する義務を負わない。

【丙案】

- 1, 2 甲案に同じ
- 3 弁護人は、積極的に真実を歪める行為をしないものとする。

【丁案】

- 1, 2 甲案に同じ
- 3 なし

第3章 共犯事件の受任

第13条（共犯事件の同時受任）

【甲案】

第13条（利益相反行為の回避）

互いの供述内容が対立するなど利害が対立している場合には、複数の被疑者・被告人の弁護人とならないものとする。

第13条の2（共犯事件の同時受任）

- 1 同一の刑事事件において共犯者とされているなど利害対立の可能性がある複数の被疑者・被告人については、前条の場合以外にも、同時に弁護人とならないものとする。但し、共通の弁護が被疑者・被告人にとって有利であることが明らかな場合その他の特別な事情がある場合はこの限りでない。
- 2 前項但書により複数の被疑者・被告人につき同時受任する場合においては、弁護人は、受任する被疑者・被告人全員に対し、将来において利害の対立のおそれが生ずる可能性のあること及び利害対立が生じた場合は原則として全員の弁護人を辞任しなければならないことについて、十分に説明し、被疑者・被告人全員の同意を得るものとする。

第13条の3（利害対立後の措置）

複数の被疑者・被告人につき同時受任した場合に、後に利害対立が生じたときは、全員の弁護人を辞任しなければならない。但し、次の各要件を満たす場合には、一部の被疑者・被告人の弁護人を継続することができる。

- ア 利害対立が犯罪の成否に関わるものでないこと
- イ 弁護人辞任の対象となる被疑者・被告人が、当該弁護人が他の被疑者・被告人の弁護を継続することに同意していること
- ウ 弁護人を辞任する被疑者・被告人との関係で守秘義務が継続することについて、弁護を継続する被疑者・被告人が同意していること

【乙案】

第13条（共同事件の受任）

- 1 捜査弁護においては、被疑事実が共犯関係にある複数の被疑者の弁護人となることができる。但し、複数被疑者間に明らかな利害の対立がありこれが解消される見込みのない場合においては、その限りでない。
- 2 公判弁護においては、互いの供述内容が対立するなど利害が対立していることが明らかな場合及び将来利害の対立が生ずる蓋然性がある場合には、複数の被告人の弁護人にならないものとする。
- 3 共犯関係にある複数の被告人について同時受任する場合においては、受

任する被告人全員に対し、将来において利害対立が生ずるおそれのあることについて十分に説明し、被告人全員の同意を得るものとする。

第4章 記録の取扱い

第14条（記録閲覧義務）

弁護人は、検察官が開示した証拠書類と必要と判断される証拠物を必ず閲覧するものとする。上級審弁護人は、訴訟記録を必ず閲覧するものとする。

第15条（被告人の記録閲覧権の確保）

弁護人は、特に必要としない証拠書類を除き、これを謄写して被告人に閲覧させ、その内容を検討する機会を与えるように努めるものとする。但し、死刑及び無期刑が予想される重大事件（以下、重大事件という。）及び否認事件においては、被告人に証拠書類を閲覧させるものとする。

第16条（記録の管理）

弁護人は、検察官から開示を受けて謄写した証拠書類を、弁護活動その他正当な目的の範囲で用いるものとする。また、弁護人は、被告人に記録の写しを送付する場合には、その取扱いにつき、慎重なる注意を払うよう、被告人に説明するものとする。

第17条（訴訟記録の閲覧の励行）

弁護人は、特に必要としない場合を除き、公判調書等の訴訟記録を閲覧するように努めるものとする。

第18条（被告人の訴訟記録閲覧権の確保）

弁護人は、重大事件及び否認事件においては、公判調書等の訴訟記録を謄写して被告人に閲覧させ、その内容を検討する機会を与えるよう努めるものとする。

（以下、第19条（記録の保管）第20条（記録の引継）は省略する。）

第5章 上訴

第21条（上訴手続に関する説明義務）

弁護人は、被告人に対し、判決言渡し後速やかに、判決内容の説明を行うとともに、上訴手続、上訴審及び上訴した場合の見通しについて説明するものとする。

第22条（被告人の意思と上訴）

弁護人は、死刑または無期刑の判決が言い渡された場合には、被告人の明示の意思に反しない限り、上訴の申立をするものとする。

第23条（判決書写しの交付）

弁護人は、判決書の写しを被告人に交付するよう努めるものとする。但し、重大事件及び否認事件においては、必ず判決書の写しを被告人に交

付するものとする。

第24条（上訴審における接見）

弁護人は、控訴趣意書若しくは上告趣意書等を作成するにあたっては、事前に被告人と接見し、被告人の意思を充分に確認するものとする。

（以下、第6章国選弁護の規定は省略する。）

必ずしも理論的に整序されていないので、身体拘束をめぐる諸規定の重複的記載がみられる上、努力目標を定めた規定のようにも見える条文が数多くあるために、ガイドラインの性格が、果たして規範性を持った効力規定なのか単なる心構えにすぎないのかなどの点は曖昧である。しかし、全体を貫く基調が弁護人と依頼者である被疑者・被告人との間の誠実義務の履行にあることは明らかである。

③ 全国の検討結果の概要³²⁶

議論の焦点は、専ら、刑事弁護ガイドラインの必要性如何に集中した観があり、各論に相当する「第二次案」の個別条項で深刻な対立が顕在化したのは、共犯事件の同時受任をめぐる第13条であった。また、予想外の反対論が目立ったのが、被告者の記録閲覧権を保障するための弁護人の対応についてであった。

（i）ガイドラインの必要性について

肯定説の論拠は概ね以下の三点に要約できる。（厳密に言えば、「被疑者段階の公的弁護制度」を創設する上でガイドラインの作成が不可欠であるという政策的判断に基づく情勢論もあり、理論的検討と政策的判断が一体となって議論されている。ここでは、理論的な分析のために論拠を単純化している。）

1) 弁護の質の維持・確保

奈良県弁護士会賛成意見「不誠実弁護が『少ない』ということはない。大都市弁護士会、地方都市弁護士会を問わず、無責任、不誠実な弁護を日弁連として一掃すべきである。」

栃木県弁護士会賛成意見「きわめて一部とはいえ、現に劣悪な弁護活動が存することは事実であり、『刑事弁護の必要最低限度』を定める基準を設けることは必要であり、これに違反するものは、懲戒処分の対象とすることもやむをえぬ。」

³²⁶ 日弁連刑事弁護センター「ガイドライン意見集約（単位会・総論）」「ガイドライン意見集約（関連委員会・総論）」「ガイドライン意見集約（各論）」「『刑事弁護ガイドライン（仮称）』照会に対する回答の整理」参照。

2) 刑事弁護の意義の啓蒙

奈良弁護士会賛成意見「誠実義務を基礎とする二次案の基本的発想は極めて重要であり、この考えを早急に刑事弁護の基本理念として確立すべきである。」

子どもの権利委員会賛成意見「刑事弁護の何たるかにつき国民的な合意が不十分な中で、弁護士が自己改革の姿勢を示し、国民の納得を得つつ、権力と闘う刑事弁護の本質についての理解を求めていく必要があります、そうしてこそ、闘う刑事弁護を『不適切弁護』として攻撃するアナクロニズムを孤立化させることができる。」

3) 市民に対する説明責任

千葉県弁護士会「司法の主役は市民であり、弁護士会も市民に適正な法的サービスを提供するために存在しているのであって、弁護士会が自主的なミニマムスタンダードを設定し、市民が受けるサービスの質を市民に公表することには重大な意味があり、これによって弁護士会は市民のための機関たりうる。」

静岡県弁護士会「最低限度の弁護の質を弁護士自らが定め、これを提示すること（ある種の最低限度の弁護の質の品質保証）は、市民の信頼を得る上で必須である。」

他方、否定説の論拠は概ね以下のとおりに要約される。

1) 多様な刑事弁護及び自由な刑事弁護に対する阻害

秋田弁護士会「刑事事件の処理方針や弁護活動内容は事件毎に異なり、ガイドラインで一定の枠を決めることには馴染まない。」

山梨県弁護士会「刑事弁護活動は、事案に応じて千変万化であり、最善の弁護活動、標準的な弁護活動、最低の弁護活動の内容を予め決めることは困難で、準則化になじまない。」

2) 刑事弁護に対する国家管理の危険性

千葉県弁護士会反対意見「ガイドライン策定は、日弁連による刑事弁護の自主規制であり、公的機関が弁護活動に介入する口実を与える危険がある。」

東京弁護士会「裁判所や検察官、制度の運営主体による弁護活動への介入、統制を招き寄せる危険が高く、弁護活動が萎縮する。」

3) 司法改革の問題点のすりかえ

拘禁二法委員会反対意見「警察、検察の捜査、裁判所の訴訟指揮等にこそ対立や紛糾の主因があると思われる幾多もある日本の刑事司法の現実を見ると、弁護人のみに活動のガイドラインを定めることは公正を欠く。」

滋賀弁護士会「ガイドラインは、権力と対抗するための武器とはなり得ない。ガイドラインは弁護人の責任ばかりを定めるものでしかない。」

4) 被告者からの過度の要求を招く危険

熊本県弁護士会「二次案の内容は、いずれも弁護人として当然なすべきことを明文化したものではあるが、明文で設けると、明文の規定に反して刑事弁護を弁護人がやらなかったという弾劾（過度の要求）に利用されるおそれがある。」

5) 不適切弁護の不存在

福岡県弁護士会「手抜き弁護の問題は東京と大阪の問題であり、地方会に問題は比較的少ない。」

福島県弁護士会「少数の不適切事例には、弁倫規定で対応が可能であり、規範性（遵守しなければ懲戒対象）のあるガイドラインを策定する必要はなく、そもそも小単位会には不適切事例は見受けられない。」

上記のごとき見解の対立の根底には、次のような現状認識の差が存在する。

第一に、いわゆる「手抜き弁護（不十分弁護）」の認識の差がある。弁護活動に一定の幅を想定すれば、捜査機関から「捜査妨害」として非難されるような捜査機関のいう「不適切弁護」は、弁護人から眺めた場合、弁護活動の上限に位置する積極的弁護活動を意味するが、それとは全く逆に、期待される最低限度の弁護水準にまで達しない「不十分弁護」を想定することができる。いわゆる「不適切弁護」の問題は、捜査機関と弁護人の対抗関係を反映しているが、「不十分弁護」の問題は、ストレートに弁護人と依頼者間の誠実義務の問題である。この点につき、一方では、「手抜き弁護」は大都市の弁護士会特有の問題であり地方会には問題事例がないと主張する地方会（福島）があるのに対し、他方では、同じ地方会（奈良）であっても、問題事例の存在とその弊害の質は大都会も地方も変わらないと主張するところもある。自らの単位会の内実をどう見るかと同時に、他の単位会を含む弁護士会全体を見た場合に、「不十分弁護」の実態をどう評価するかで見解が異なっているのである。

第二に、刑事弁護の本質をどう捉えるか、刑事弁護人の存在意義をどう理解するかという根本的な点で決定的な違いが存在する。すなわち、一方には、権力との対抗関係で刑事弁護を把握し、弁護人の存在意義は権力と闘う中で「国民」の基本的人権を擁護するところにあるとする「闘う刑事弁護」の考え方がある。他方には、権力との対抗関係の前に、依頼者個人との関係が存在するとして、弁護人の存在意義を自らの依頼者である「特定個人」の利益を実現するところにあるとする「依頼者の意思を尊重する刑事弁護」の考え方がある。今回の討議資料「刑事弁護ガイドライン（仮称）第二次案」は、

後者の考え方を基本に据えたものであるが、「誠実義務を基礎とする二次案の基本的発想は極めて重要であり、この考えを早急に刑事弁護の基本理念として確立すべき」という奈良弁護士会の賛成意見と「弁護人として当然なすべきことを明文化したものではあるが、明文で設けると、明文の規定に反して刑事弁護を弁護人がやらなかったという弾劾（過度の要求）に利用されるおそれがある。」という熊本県弁護士会の反対意見との間には、誠実義務論の理解において、雲泥の差がある。

権力との対抗関係と依頼者との信頼関係とは次元の異なるものであるから、両者は理論的に排斥しあうものではない。実際に、「闘う刑事弁護」を主張する立場からも、刑事弁護人の積極的活動を保障する楯の意味でもガイドラインは必要である旨が主張されている。³²⁷ しかし、ここでも我が国の刑事弁護の歴史を担ってきた弁護士の意識は、依然として「在野性の精神」の伝統を引きずっており、刑事弁護を権力との対抗関係でのみ把握する立場から離れて、次元の異なる依頼者との信頼関係で刑事弁護を見直すことには極めて消極的な姿勢を示すのである。

第三に、弁護人像の違いがある。第二の刑事弁護の本質の理解の差とも関係するのであるが、一方には、「刑事弁護の戦略及び戦術は弁護人に任せておけ」といった類の専門家一任型の弁護人像があり、他方には、弁護の最終の方針決定を含め依頼者の意思を尊重する法的援助者の地位に徹しようとする弁護人像がある。刑事弁護は千変万化であり一律の倫理規範にはなじまないという見解の背後には、弁護士こそが防御の主体であり、依頼者の意思決定を離れて刑事弁護の戦略及び戦術を決定しようという思想が潜んでいる。刑事弁護が高度の専門性を要求される技術としての側面を強く持っているのはそのとおりであるが、刑事弁護の多様性と対依頼者との関係で弁護人がその選択の意思決定にどう関わるべきなのかという問題は別のものである。かつて医師がその専門性の故に謳歌してきた医療的手段の選択の自由が、今日では、インフォームド・コンセントの考え方³²⁸の浸透に伴って、医師の説明責任と患者自身による医療手段の自己決定に置き換えられたのと同様に、誠実義務の考え方は被告者の自己決定を基本に置くものであるが、未だ、刑事事件を担当する弁護士の間には十分には浸透していないのである。

(ii) 討議資料の各論をめぐる議論

³²⁷ 下村忠利「『刑事弁護ガイドライン』を創ろう—闘う弁護の武器と堡壘としての準則を」救済 378 号（2000 年 10 月 10 日）前記ミランダの会もガイドラインの作成に積極的である。

³²⁸ 水野肇『インフォームド・コンセント』中公新書（中央公論社、1990）

①真実義務に関する第 12 条

弁護人が積極的な真相解明の義務を負わないとすることに異論はなく、真実義務の不存在を取えて表現に盛り込むか否かが対立点であったが、社会的に誤解を与えるおそれがあり、また、当然のことであるとして、「真実発見に協力する義務を負わない」という表現（3 項）は削除すべきとする意見が圧倒的であった。

②共犯事件の共同受任に関する第 13 条

甲案は、被告者の個別利益を十全に擁護するためには、一被告人一弁護人が原則であるとする立場に立つ。その理論的根拠は、利害対立がある場合に弁護人が複数被告者の弁護を同時受任することは、対依頼者との関係で最善の弁護活動を求められるのにその実現が困難になること、特に、一方の被告者の関係で知り得た情報をもって他方の被告者のために弾劾せざるを得ないような場面では、守秘義務に反する結果となることにある。³²⁹

乙案は、甲案を自白事件を基本モデルとするものであるとし、国家権力との対抗関係で刑事弁護を眺めるならば、否認事件をモデルにすべきであるとの基本的立場に立つ。否認事件の場合、組織的に対応してくる捜査側との対抗関係において、同時受任の方がより効果的な弁護がなし得るから、特に、捜査段階の被疑者弁護においては、同時受任こそが原則となるべきであると主張する。³³⁰

甲案が依頼者の誠実義務論からの当然の帰結であるのに対し、乙案がそれとは異なった国家権力との対抗関係において刑事弁護を捉える視点からの実践論であったため、結論はその依って立つ刑事弁護の本質論に依存することとなった。以下に代表的な見解を示すと次のとおりである。

甲案支持：

埼玉弁護士会「基本的ポリシーは正当である。共同被告事件においては被告人毎に個別の国選弁護人を選任すべき旨裁判所にも要望している。一人一人の被疑者・被告人にその個別の利益を擁護する弁護人が個別に選任されることを原則とする 13 条は弁護人の保障を厚くしようとするものであることが明らかである。弁護人が擁護すべきは集団ではなく、あくまでも個人である。」

乙案支持：

第二東京弁護士会「基本的には、被疑者・被告人と弁護人との対応、判断に任せるべきである。刑事弁護の実情に則さず、私選における私的自

³²⁹ 後藤貞人「共犯弁護と利害対立」季刊刑事弁護 22 号 51 頁（現代人文社、2000）

³³⁰ 前掲注（325）Q&A 26-28 頁

治を過度に制限するものである。」

栃木県弁護士会「意見の分かれる問題を規範化すべきでない。」

この問題は、総論ともいうべき刑事弁護人の在り方をめぐる対立、すなわち、国家権力との対抗関係を本質と見るのか、依頼者との個人的関係を基本と見るのかの視点の違いがそのまま各論に反映されたものであり、総論の見解の違いがそのまま甲案あるいは乙案の支持に直結している。しかし、上記視点の差違は、甲案が依頼者と弁護人との関係を基本にした誠実義務論からの理論的帰結であるのに対し、乙案は我が国の捜査の現状を前提にした実践論からの政策的提言ともいうべきものであるから、本来的に、二律背反の関係に立つものではない。松川事件や 1970 年代の爆弾事件に見る冤罪の構図が、捜査機関による共犯者の虚偽自白の獲得にあったことは事実であるから、自白依存の我が国の捜査の現状を前提にした乙案には相当の説得力がある。しかし、飽くまでも理論として考察する限り、被告者が防御の主体であり、その自己決定に基づく自己防御権の行使を承認する以上、主人に仕えるべき弁護人は一人でなければならない。これは甲案が説くとおり、誠実義務及び守秘義務からの当然の帰結だからである。むしろ、日本の捜査の特殊性は、甲案の原則的アプローチの例外である「共通の弁護が被疑者・被告人にとって有利であることが明らかな場合その他の特別な事情がある場合」（第 13 条の 2 の 1 但書）に位置付けて、理論との整合性を図るべきであろう。甲案と乙案との間に同時受任を原則・例外のいずれに位置付けるのかにつき対立があるのは事実であるが、両者ともに例外を認めるので、実際上の適用の場面において刑事弁護の本質論の差に匹敵するほどの開きが生ずるとは考え難いからである。

仮に乙案が、国家権力との対抗関係を刑事弁護の本質とする立論から、常に被告者の同時受任を説くとすれば、それはもはや被告者個人の弁護ではなく共犯者を含む組織全体を擁護する集団主義の弁護と批判せざるを得ない。共犯者の一方の自白を阻止することが正義に適う刑事弁護であると言い得るには、実体的真実が常に弁護人に判明しており、共犯者の自白は常に捜査機関が強要した虚偽自白であると仮定しなければ成り立たない議論であるからである。

③被告者の記録閲覧権について

被告者が防御の主体であり、被告者の自己防御権を保障しようとするれば、被告者本人が弁護人を通じて自らの訴訟記録にアクセスできることは当然のことと思われる。³³¹ ところが、各单位会の反応は予想外に冷淡なもの

³³¹ 国際的には、例えば、被告人本人による記録の閲覧謄写を認めなかった裁判所

であった。

第二東京、名古屋、福岡、徳島、栃木県、兵庫県弁護士会など多数「その理想とする趣旨は理解できないでもないが、弁護実務の実情・国選弁護における費用・報酬等の支払の現状に鑑みると、その現実性にはなお問題が残る。」

茨城県弁護士会「『これを被告人に閲覧させる等適宜の方法により』とすべきであり、また、但し書き（注：重大事件および否認事件において、被告人に証拠書類及び訴訟記録を閲覧させる義務）は削除すべきである。」

現行国選弁護制度の下、十分な謄写費用すら支給されていない現実を前提にすれば、被告人に証拠書類及び公判記録等の謄写まで要求されるのは苛酷に過ぎるという評価は理解できるが、被告者の記録閲覧権の保障に消極的なのは経済的理由だけにあるのではない。既に、「第二次案」の段階で「特に必要としない証拠書類を除き」（第15条、第17条）等の限定を付し、「被告人に閲覧させ、その内容を検討する機会を与えるよう努めるものとする。」（第15条本文、第18条）という努力目標に止めた背景には、記録の内容を弁護人が検討したうえで選別して被告者に交付するという弁護人の裁量権が留保されていた。ここには、弁護の方針決定は弁護人が行うという専門家一任型の弁護人像が垣間見えるのである。

しかし、真に防御の主体が被告者にあるとすれば、被告者自身の自己決定のために自らの捜査記録及び訴訟記録にアクセスするのは当然の要請であり、アメリカ合衆国の補助弁護人の役割の一つに被告者自身の記録へのアクセス保障が挙げられているように、被告者が望む限り、それを弁護人の裁量で選別できるとする根拠は見出しがたい。むしろ、こうした被告者の記録へのアクセスに弁護人によるスクリーニングが必要であると考えているところに、我が国の弁護士が、未だ被告者だけに奉仕する援助者であるという認識に立っていないことが窺えるのである。

（3）小括

以上見てきたように、総論・各論を問わず、刑事弁護ガイドラインをめぐる議論の結論を分けた分岐点は、討議資料が基本にした弁護人と依頼者間の誠実義務の考え方を正確に理解し、かつ、それを支持する立場に立ったのか否かの違いであった。日弁連刑事弁護センターは、初めて、誠実義務論に立

の対応をヨーロッパ人権条約第6条3項及び1項の自己防御権侵害と認めたヨーロッパ人権裁判所の *Foucher v. France* 事件判決(Reorts1997-II, 1997)や *Kremzow v. Austria* 事件判決(A no.268-B, 1993)などが先例としてある。

った刑事弁護人の在り方を問題提起したが、それは、従来の対国家権力との対抗関係のみで刑事弁護を規定する考え方から脱却して依頼者との関係で刑事弁護の在り方を見直そうという意識が確実に浸透しつつあることを示す一方で、依然として、その視点の転換が容易ではないことをも同時に示す結果となったのである。防御の主体が被告者自身であることにつき、少なくとも表面的には、日弁連内部において異論は見られないが、実際には、上記まだら模様の意見分布が示しているように、真の意味で被告者を防御の主体とする認識が徹底しているわけではない。被告者の自己防御権を中心に据えた刑事弁護人の在り方はやっと議論の端緒を得たと言う方が、日弁連の実態を的確に反映していると言えるだろう。

自己防御権からの見直しが最も求められているのは、刑事弁護人自身に他ならないのである。

終章 新しい弁護人像

1 新しい弁護人像

自己防御権からの見直しは、徹底して防御の主体である被告者の視点に立つことを意味する。「個人の尊厳」を最も基本的な理念と考え、個人の自主性及び自律性を重視しようとする立場であるから、刑事手続の進行過程における被告者本人の自己決定を最大限に尊重することにつながる。弁護人の役割は、依頼者から独立した立場で法的助言をするのではなく、むしろ、依頼者の意思に従属した立場で依頼者に奉仕することにある。したがって、従来、我が国の刑事弁護に携わる弁護士が一般的に抱いていた「依頼者から独立した弁護人」像は改められる必要がある。しかし、既に検討してきたように、このことは弁護人が常に依頼者である被告者の奴隷になることを意味するものではない。弁護人は依頼者に対する誠実義務の履行として、全知全能をかけて、何が最も被告者の最善の利益になるのかにつき法的情報を提供し、かつ、様々な弁護戦略及び弁護戦術の選択に伴う効果及び見通しを判断するのであるから、決して弁護人が消極的役割を果たすのではない。被告者が違法行為を採用しようとするのを断念するように説得をすることをも含め、最終的な弁護戦略及び弁護戦術の決定に至る過程では、弁護人が被告者に対する関係では積極的役割を果たすことになる。むしろ、誠実義務の考え方は、この過程において、弁護人と依頼者との全人格をかけた熾烈な議論が展開されることを予定していると言える。しかし、弁護人と被告者との協議の結果、一旦、被告者が最終的な弁護戦略及び弁護戦術を決定した場合には、その決定こそが弁護人を拘束する規範となる。この被告者自身の意思決定に従うという点において、弁護人は「依頼者から独立した弁護人」ではあり得ないのである。

アメリカ合衆国の実務において、被告人が自己弁護権を行使した場合に裁判所の職権によって付される補助弁護人(standby counsel)の行為規範は、被告者が自己弁護権を行使する場合には、補助弁護人において、通常の弁護人依頼事件の場合には専門家である弁護人自身に留保される弁護戦術上の選択の自由についても被告者の意思決定に従うべきことを義務づけている。被告者の防御の主体性を承認するのであれば、この考え方は何も補助弁護人にのみ限られる理由はない。被告者が弁護人による弁護の方法を選択した場合であっても、被告者こそが唯一の防御の主体であり、最終的な裁判の結果を受ける当事者であることに変わりはなく、自らの運命を決定する最終的な判断権限は常に被告者に留保されていると考えるべきであるからである。

我が国では、前述したとおり、アメリカ合衆国の陪審裁判を前提にした共同弁護(hybrid representation)を否定すべき特段の事情が存在しないので、実際には、共同弁護が行われている実態があるが、誰が弁護戦略及び弁護戦術を決定しているかと言え、明らかに弁護人主導の決定が行われている。最終的には被告者が同意したとしても、そこには被告者の自己決定を尊重する姿勢はなく、むしろ、「専門家に一任せよ」といった奢りの姿勢が見られるのである。³³² 被告者の防御の主体性を承認し、被告者の意思決定を尊重する立場に立つのであれば、我が国でも、アメリカ合衆国における補助弁護人の行為規範が弁護人の行為規範になると言うべきであろう。

最近、被告者自身が弁護戦略及び弁護戦術の決定にあたっても関与し、弁護人は基本的には被告者本人の意思決定に従うべきであるという立場から、「伴走者的弁護人像」が弁護人のあるべき姿として描かれている。³³³ 私も基本的に同じ方向を志向しているのでこの見解に賛成である。

しかし、同じ「伴走者」といっても依頼者である被告者との間の位置関係には差があるのではないかと考えている。つまり、私の立場は個人主義を徹底する考え方であるので、最終的には常に被告者の意思決定が弁護人の意思よりも優位に立つことを意味する。例えて言えば、伴走者である弁護人が被告者本人よりも先行してゴールすることを許さないのである。丁度、2000年シドニーで開催されたパラリンピックにおいて、障害者のために援助する様々な形態があり得ることを知ったが、私の考え方は、伴走者が障害者本人よりも先にゴールした場合、その障害者の記録は無効とされる競技ルールに酷似する。別な考え方としては、併走する伴走者が先にゴールしても影の存在である伴走者を無視すれば、十分に障害者本人の記録を尊重することができのではないかという考え方もあり得る。むしろ、現実の弁護の実情に照らして考えるならば、後者の弾力的な考え方の方が、十分に受け容れられる余地があるように思われる。しかし、弁護人を利用するのか否かをも含めて被告者本人の自己決定に委ねるということは、憲法第 37 条に基づく「公正な裁判」の理念よりも憲法第 13 条に基づく「個人の尊厳」の方を優先するこ

³³² 読売新聞社会部『ドキュメント弁護士』中公新書 208 頁は、「『いい弁護士』とは、どれだけ依頼者の話に耳を傾けてくれるのか、の一点に尽きる」と総括している。(中央公論新社、2000)

³³³ 後藤昭「刑事弁護人の役割」日本弁護士連合会編『現代法律実務の諸問題(平成 11 年版)』647 頁(第一法規、2000)、後藤昭「刑事弁護における依頼者と弁護士」大塚喜一弁護士在職三〇周年祝賀記念『日本の刑事裁判-21 世紀への展望』119 頁(現代人文社、1998)

とを意味する。この原則論に立つならば、伴走者と共に走るか否かの選択権は本人自身にあるので、競技は、伴走者のいる障害者と伴走者のいない障害者の混交したレースということになる。この場合、いずれを原則的形態と見て結果を判定すべきかを考えてみれば、やはり、伴走者を伴わない障害者を基準にせざるを得ないであろう。

これと同じ意味で、個人主義を徹底し、被告者の自己防御権を最大限に貫徹しようとするれば、弁護人は被告者の意思決定の下、一步下がった地位で被告者を援助することが求められていると考えるのである。ABAの補助弁護人(standby counsel)に関する行為規範の特則は正にそのことを示していると思うのである。

2 弁護人制度への影響

上記のような新しい弁護人像の提示は、具体的な法制度にどのような影響を及ぼすであろうか？

まず、第一に、必要的弁護事件における被告人の自己弁護権の承認が挙げられる。必要的弁護制度それ自体は、憲法第 37 条の「公正な裁判」の実現という理念の下、被告人及び国家双方の利益に適うものであるから、国家の政策的判断として、後見的立場から被告人の意思にかかわらず弁護人を「いつでも利用可能な武器」として用意したことが憲法違反になるわけではない。しかし、これは、国家の供与した「武器」を使用するか否かの自由が被告人に留保されている限度で言い得ることである。もし、国家が必要的弁護事件につき国家が選任した弁護人（国選弁護人であれ、公選弁護人であれ被告人の意思に基づかない裁判所が選任する弁護人）を被告人に強制するのであれば、アメリカ合衆国連邦最高裁判所のファレッタ判決と同じ憲法問題を引き起こすことになり、憲法第 13 条の「個人の尊厳」条項に違反することになるだろう。

必要的弁護制度をそのまま存続するにしても、被告人が自己防御権の行使として、自らの自由意思で弁護人の援助を受ける権利を放棄し、自己弁護権を行使する意思を表明する限り、裁判所は被告人の意思を尊重しなければならないと考える。

第二に、現行刑事訴訟法において認められている弁護人の独立代理権や固有権も基本的には被告者の意思に従うように修正されなければならないだろう。

独立代理権として以下のものが存在する。³³⁴

①被告者本人の明示の意思に反しても弁護人がなし得る場合

- i 勾留理由開示請求 法 82 条 2 項
- ii 勾留取消・保釈の請求 法 87 条、88 条、91 条
- iii 証拠保全の手続 法 179 条
- iv 公判期日の変更請求 法 276 条
- v 証拠調請求 法 298 条
- vi 証拠調・裁判長の処分に対する異議申立 法 309 条

②被告者本人の明示の意思に反し得ないが、黙示の意思には反しても弁護人がなし得る場合

- i 忌避申立 法 21 条 2 項
- ii 上訴の申立 法 355 条、356 条

また、弁護人自身の固有権として以下のものが存在する。³³⁵

①被告者本人と重複して持つ権限

- i 各種訴訟行為の立会 法 113 条 1 項、142 条、157 条 1 項
- ii 証人尋問 法 157 条 3 項、304 条 2 項
- iii 弁論 法 293 条 2 項

②弁護人のみが持つ権限

- i 書類の閲覧・謄写 法 40 条、180 条
- ii 鑑定の上会 法 170 条
- iii 上訴審の弁論 法 388 条、414 条

上記独立代理権の①の類型については、訴訟進行上、間髪を入れずに異議を唱える必要がある場合など物理的に弁護人が被告者と協議して本人の意思を確認する暇がない場合は例外として、それ以外は十分に被告者本人の意思を確認することができる場合であるから、弁護人に敢えて独立代理権を付与する実益に乏しい。少なくとも、弁護人は、被告者の意思を事前に確認し、その意思に従うべきであろう。

また、被告者本人の意思を前提としない弁護人の固有権の②の類型は、弁護人を「独立の司法機関」と把握した場合にのみ肯定できる取扱いであるから、被告者本人にも弁護人と同様の権利が認められるべきである。被告者が自己弁護権を行使することを承認すれば、これらの規定は明らかに自己弁護権を行使する被告者と弁護人の援助を受ける権利を行使する被告者との間に法的保障の差をもたらすことになり、結果的に、自己防御権を否定するこ

³³⁴ 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』35 頁（有斐閣、1996）

³³⁵ 田宮・前掲書 35-36 頁

とになるからである。近時のヨーロッパ人権裁判所の被告者本人の自己弁護権に関する裁判例はこの点を明らかにしている。³³⁶

第三に、国家が選任する弁護人の選任・解任手続にも少なからず影響を及ぼすように思われる。現在の起訴後の国選弁護人の選任手続は、裁判所による一方的な裁判（命令）であるというのが判例であり、選任手続において被告人の選任意思の確認はなされるが、特定の弁護人に対する指名権はない。また、解任手続においても解任事由が極めて制限的に解釈されているため、依頼者と弁護人間の信頼関係の破綻を理由とする弁護人からの辞任請求の場合であっても、裁判所は容易にこれを認めない現実がある。ましてや、被告人の側の解任意思が確認される仕組みにはなっていない。³³⁷

しかし、被告者の主体性を尊重し自己防御権を保障する趣旨を徹底するならば、フランスやイギリスで見られるように特定の弁護人の指名権を被告者に与え費用を国家が負担するという制度が検討されてもよい。これは、現在、導入が検討されている被疑者段階の国選弁護制度が実現した場合にも言えることである。

また、我が国では事実上の共同弁護の実態があり、被告人と弁護人の信頼関係が破綻したとしても弁護人の訴訟行為とは別に被告人の訴訟行為も認められており、後者に訴訟法上の効果が認められることになっている。それ故に、ことさらに被告人に国選弁護人の解任権を認める必要性はないという考え方もあり得る。しかし、被告者の防御の主体性を最大限に尊重して自己防御権の行使に遺漏なきを期するといえるのであれば、弁護人との信頼関係の喪失はもはや当該弁護人が武器として機能し得ないことと同義であるから、弁護人側からの辞任を認めるのと同様に被告人からの解任請求権を認めるべきであろう。

3 自己防御権からの見直しの更なる対象

さて、以上は専ら弁護制度に着目した影響であるが、自己防御権からの見直しの対象は何も弁護制度のみに限定されるわけではなく、刑事訴訟の手続

³³⁶ Foucher v. France 前掲注 (331) 参照。

³³⁷ 泉山禎治「国選弁護人の解任と信頼関係の喪失」鴨良弼先生古稀祝賀『刑事裁判の理論』165頁（日本評論社、1979）、岡部泰昌「国選弁護をめぐる若干の問題」高田卓爾博士古稀祝賀『刑事訴訟の現代的動向』25頁（三省堂、1991）、鍋谷博敏「国選弁護人解任のための事実取調べと弁護人の秘密保持義務」司法研修所50周年記念特集号第3巻刑事編・司法研修所論集99号224頁（1997）

ないし構造全体にまで及ぶ。例えば、アメリカ合衆国の実務では、被告人が自己弁護権を行使した場合、裁判所が職権で選任した補助弁護人の座る場所（被告人の隣の席か、傍聴席か、あるいは法廷の外か）が問題となったように³³⁸、被告者と弁護人の関係をどのように理解するかによって、法廷という限られた空間における位置も決定されることになるだろう。被告者が防御の主体と言うのであれば、それに応じた外観を作出する必要があるわけで、少なくとも、御白州をイメージする裁判官の真正面の被告人席の位置取りは改められる必要があろう。また、現在、保安上の理由を唯一の根拠に行われている、勾留中の被告人を法廷に連行する際に法廷内において傍聴人の面前で手錠・腰縄を外すという運用も被告者の防御の主体性に反するものとして改められるべきであろう。こうした実務運用には、被告者を「捜査の客体・審判の客体」としてのみ捉えてきた訴訟観が反映しているのである。

さらに、被告者を防御の主体として扱うことは、法典の記載にも注意を向けることになる。従来の法典の記載において、権利行使の主体が被疑者・被告人でありながら、必ずしも、防御の主体として認識されていなかったことは、条文の前に付された見出しの記載に典型的に現れている。例えば、刑事訴訟法第 39 条は、「身体の拘束を受けている被告人又は被疑者」が接見交通権の権利主体であることを条文自らが明記しているのに、その見出しの表現は弁護人の視点から見た「被告人・被疑者との接見交通」となっているが如くである。³³⁹ ささやかではあるが、こうした視点の違いを意識する作業も被告者を防御の主体と認識するためには必要なことと思われる。

その他、憲法及び刑事訴訟法の解釈をめぐって対立が生じた場合にも、被告者の自己防御権の観点から考えることは、真の憲法的価値に基づく合理的な結論が奈辺にあるのかを示す解釈指針として有益である。こうした応用は刑事訴訟法が国家刑罰権と基本的人権の保障という極めて大きな価値の衝突を内包しているだけに、全ての場面に適用可能である。³⁴⁰

こうして見てくると、被告者の自己防御権からの見直しというテーマは、弁護人の役割に再考を迫るだけにとどまらず、実は我が国の刑事訴訟全体をもう一度被告者の観点から見直す必要があることを示している。とりわけ、新たな 21 世紀を迎えて、司法における「この国のかたち」を形作ろうとし

³³⁸ Poulin, *supra* note (115) at 707-708

³³⁹ 梅田豊「被疑者の権利としての接見交通権についての覚書」井戸田侃先生古稀祝賀『転換期の刑事法学』235 頁（現代人文社、1999）

³⁴⁰ 村岡啓一「電話接見」季刊刑事弁護 26 号 60 頁（現代人文社、2001）

ている現在、真に統治主体としての国民の視点に立って制度改革を試みようとするのであれば、この被告者の自己防御権の視点に立って改革を進めることは不可欠と言わなければならないのである。