

# 被疑者・ 被告人と弁護人 の関係①

村岡啓一 弁護士

はじめに

司法修習生の時代に、クリスチャンのある刑事弁護教官から、大要、次のような説明を受けたことがある。「弁護士を意味する英語のadvocateの頭文字を大文字にしたら、古い英語で唱道者advocate、すなわち、イエス・キリストを意味する。したがって、弁護士のルーツには、他人に代わって弁論をするにとどまらず、人を義に導くという役割もある」。

イエスが導こうとしたのは「神の義」であったから、イエスを弁護士と同視することはできないが、それを「正義」

と置き換えれば、弁護士にも唱道者としての役割があり、一種の聖職ではないかとの想いを強くした記憶がある。折しも、当時、司法研修所の教育では、刑事弁護人の役割について、いわゆる「楕円の論理」に基づく弁護人像が描かれていた。つまり、弁護人の活動を司る基準には、楕円に二つの中心点(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いうのである<sup>①</sup>。この説明は、不思議と唱道者advocateのイメージと重なり、「苦悩する弁護人像」に共感した覚えがある。その結果、当時の司法研修所の教科書一九七五年「刑事弁護実務三訂版」の次の記載には、何の疑問を抱かなかつたのである。「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とされている。被疑者・被告人の正当な利益の擁護と矛盾しない限度において真実義務を負っている」。(被告人が身代わり犯人であることが被告人にわかった場合には)むしろ、積極的にその事実を明らかにすべきこととなる」。

その後、実務に就いて二五年を経過した現在、私は楕円の論理には従っていない。また、弁護人において被告人が身代わり犯人であることを裁判所に告知することは、依頼者との関係において絶対に許されないことだと考えている。professionalとしての弁護人には、依頼者との関係における誠実義務(この義務の中核をなすのは守秘義務であるが、依頼者に対する説明義務なども含む、より広汎な概念であり、「弁護士の役割に関する基本原則」15などの表現に由来する)だけがあり、従来議論されてきた弁護人の真実義務をめぐる問題は、誠実義務を尽くす場面の一齣であり、誠実義務を履行する枠内ですべて説明できると考えているからである<sup>②</sup>。

誠実義務以外に別の義務を持ち出

すことは、かえって、後に述べる弁護人の特殊な地位を不明確にし、過去の「苦悩する弁護人像」の復活をもたらしかねず、結果的に、被疑者・被告人の自己防御権の保障にマイナス効果を及ぼすのではないかと恐れるのである。以下に、私がなぜ、誠実義務純化論に立つに至ったかを説明しよう。

## 防御の主体は誰か

1 被疑者・被告人の自己防御権と弁護人の援助を受ける権利との関係  
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ものであり、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。  
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あまりにも大きい。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ぬ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。それゆえに、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対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。

2 自己防御権の保障と国家の責務  
この基本的な構造は、当事者主義の

刑事司法モデルを採用しているアメリカ合衆国憲法修正六条やわが国憲法の詳細な刑事人権保障規定をみれば、その権利行使の主体が市民自身であることから容易に理解できる。また、国際人権自由権規約一四条は、よりいっそう明確な表現で、自己防御権こそが「公正な裁判」を指導理念とする手続的保障権の基本にあることを明記している。すなわち、同条項は、刑事手続上の権利の行使主体を「刑事上の罪に問われたすべての者」としたうえで、まず、本人自らが、問われている罪の性質と理由を正確に理解していることが第一義であるとの考えに立つて、(a)「その理解する言語で速やかにかつ詳細にその罪の性質及び理由を告げられること」を求め、そのために(f)無料で通訳を受ける権利を保障する。そして、(d)「自ら出席して裁判を受け」「直接に防御すること」を認めている。このように、まず、自己防御権の行使が可能になる状態を保障したうえで、次の選択肢として(b)「自ら選任する弁護人と連絡すること」、(d)「自ら選任する弁護人を通じて、防御すること」を認め、さらに(d)「司法の利益のために必要な場合」には、「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」を保障しているのである。国際人権自由権規約は、当事者主義あるいは糾問主義という刑事司法モデルの違いを超えて、「刑事上の罪に問われた者」一般に対して適用される手続的保障を定めた規定であるから、自己防御権と弁護人の援助を受ける権利の関係を整理すれば、国家の責務として、まず第一に、本人自身の自己防御権の行使が可能なる状態を作ることがあり、次に、本人が望むのであれば、「武器」である法律家の利用が可能なるように弁護人制度を整備しておくなければならないという構造になっていることがわかる。  
ここから帰結される命題は、国家は、被疑者・被告人が必要とする「武器」の利用がいつでも可能なように、弁護人制度(場合によっては国選弁護制度)を整備しておく必要があるが、本人が望まない場合に、国家の側が一方的に弁護人の利用を押しつけることはできないということである。わが国で運用されている必要的弁護制度は、「公正な裁判」の実現を目的とした国家の後見的作用に基づく政策的立法措置であるが、被告人自身が必要的弁護人を受け

容れなければならない義務はなく、仮に、被告人が当該弁護人による弁護を受けることを拒否し、自ら防御することを申し出た場合、これを否定することはできないのである<sup>②</sup>。

この基本的な関係は、弁護方針の決定にあたって、依頼者と弁護人との間で食い違いが生じた場合の規律をどう考えるか、というテーマにも当然反映されることになる。アメリカ連邦最高裁が、一般論として、「弁護の基本的方針を決定するのは被告人本人であり、弁護人ではない。しかし、弁護人は、被告人の決定した方針の枠の中で、法律家として最も適切な戦術を選択することができる」旨を判示しているのも、防御の主体はあくまでも被告人本人であることから導かれる帰結にはかならない<sup>③</sup>。

### 3 被疑者・被告人と弁護人との関係の見直し

このような防御の主体が被疑者・被告人自身であるという認識は、弁護士に対して、従来の姿勢につき反省を迫ることになる。弁護士は、理念的には被疑者・被告人が防御の主体であるということは理解していても、実際の活

動においては、訴訟行為はもろんのこと、証拠収集活動などの事実行為ももつばら弁護人が行うのが常態であるため、無意識のうちに、弁護人が「防御の主体」であると錯覚する傾向があるからである。その一例は、身体を拘束された被疑者と弁護人との接見交通の場面において、日弁連が接見指定制度の違憲性を主張しながら、接見指定の要件である「捜査の必要」の解釈をめぐって物理的限定説の考え方を長らく打破できなかったことが挙げられる。つまり、物理的限定説とは、捜査機関と弁護人が競合して一つしかない被疑者の身体を必要とする場合のように両者の必要性を調整するかという問題設定に立つて、現に、被疑者の身体を利用した捜査活動や取調べを実施している場合には、捜査機関の必要性を優先させるという考え方であるが、ここでは被疑者の主体性といった視点が見事なまでに抜け落ちている。対置されているのは、捜査機関から見た「捜査の客体」と弁護人から見た「防御の客体」である被疑者であり、いずれの側からも「防御の主体」である被疑者は見えていないのである<sup>④</sup>。

### 4 Hired gunとしての弁護人

以上の立論から私の弁護人像はほぼ明らかになるだろう。

私は、被疑者・被告人の防御の主体性を承認し、本人の持つ自己防御権を補完するために弁護人の援助を受ける権利があると考え、弁護人の本来的役割が依頼者に対し法律専門家として法的助言をすることにある以上、弁護人は依頼者のための「武器」に徹すべきであると考えている。「professional」としての弁護人は、*Hired gun*になることが求められており、かつ、それに尽きているのであり、さらに進んで被疑者・被告人の自己決定にまで干渉すべきではない。

ただ、誤解を生じないように若干の補足が必要だろう。防御の戦略を決定するのは防御の主体である被疑者・被告人であるが、それは、最初から依頼者の言いなりになることを意味してはいない。依頼者の戦略決定のために法的手段とその効果および最終的な結末までを見通した助言をすることには法律専門家として依頼者に対する誠実義務の当然の履行であり、依頼者の最終決定に至るまでの過程において、依頼者とは異なる弁護人独自の視点からの助言や説得は当然になされ

るのである。そうした依頼者と弁護人との議論の過程は、いわば内部問題であり、守秘義務によって守られている範囲のことからであるから、そもそも外側から介入すべき問題ではない（これは依頼者と弁護人間の秘匿特権 *lawyer-client privilege* として承認されている）<sup>⑤</sup> *Hired gun* に徹するという意味は、議論の結果、やはり被疑者・被告人が一定の方針を決定したならば、弁護人としてはその決定を尊重してその弁護戦略の中で最も効果的な戦術を選択するということである。

また、最終的な依頼者の方針決定に従うといっても、弁護人にも課せられている一般的な禁止規範に違反することはできない。犯人隠避や偽証教唆、証拠物の偽造など刑法において禁止されている行為は、たとえ、依頼者の望む戦略であったとしても、もはや *Hired gun* であることを理由に弁護人の行為として正当化されるものではない。なぜなら、刑法などの一般的行為規範の名宛人には弁護人も含まれるのであり、禁止規範に違反してまで依頼者に奉仕すべきことを誠実義務は要求していないからである。したがって、*Hired gun* の論理が適用されるのは、

限界を刑法などの一般的禁止規範および刑事訴訟法などが定める訴訟上のルールによって画された、依頼者に対する誠実義務の範囲においてということになる。

さらにいえば、私がここで論じているのは、*professional*としての弁護人の役割であり、職業としての弁護士を離れた個人を想定しているのではない。たとえば、宗教人としての立場を兼ね備えた弁護士がいて、被告人を善導し、人生のよき相談者になることは一向に構わない。しかし、それはもはや個人の領域の問題であり、弁護人の役割とは別のものであるということである。

次に、私が実際に遭遇した事例を通して依頼者と弁護人との関係をもう少し検討してみよう。

## 具体的事例に見る依頼者と弁護人との関係

### 1 依頼者が犯罪を犯していないのに服役を希望する場合

よく設例として挙げられるのは、身代わり犯人の場合である。冒頭に述べたように、過去の司法研修所の教科書

は、弁護人が身代わり犯人であることを裁判所に告知すべきだとしていたが、一九八〇年「刑事弁護実務五訂版」以降、この記載は削除されている。おそらく、弁護人の依頼者に対する誠実義務の重要性が指摘されるにつれて、依頼者の意思に反して弁護人が裁判所に「身代わり犯人」であると告げることは、明らかに誠実義務に違反するとの理解が一般化したからであろう。

しかし、では、弁護人としてどう対処すべきかについては、なんら解答が示されていない。私は、「身代わり犯人」であることが客観的な事実として明らかであれば、まず、依頼者に対し、身代わり行為が犯人隠避罪を構成することを説明して、思い止まらせようと説得する。それでも、依頼者が身代わり行為に固執した場合には、今度は、自らが犯人隠避罪の共犯に問われることになるので、依頼者にその旨を説明して辞任することになる。これは、前記一般的禁止規範に違反する弁護活動はできないことの帰結である。

しかし、「身代わり犯人」の可能性に感じても、未だその真偽が不明の場合には、依頼者の有罪の自認に従って弁護人としての活動を継続すること

になる。これは、後述するとおり、被告人には何が真実かを積極的に解明する義務はなく、しかも、依頼者の明確な意思が示されている以上、それに従った弁護をすることが *means* としての役割と考えるからである。

「身代わり犯人」の場合には犯人隠避罪を構成し許されないという別の行為規範が登場してくるが、被告人自身が犯罪を狂言的に作出して服役を希望する場面がある。たとえば、北海道では冬季間の仕事がなくなるので、飯場などで仲間ぐるみで窃盗をでっち上げ、服役志願の「犯罪者」が現れるのである。私は弁護士になりたての頃は、被告人の意思に反して、狂言であるから無罪であるとの主張をしたが、現在は、その弁護方針は誤りであったと考えている。被告人にとっての「利益」が何であるのかの決定権はやはり被告人自身にあるのであり、被告人にとって「無罪」になることが常に被告人にとっての「客観的な利益」になるとは一概にいえないのである。したがって、一般的禁止規範に抵触しない限り、弁護人は依頼者の最終決定に従った弁護をなすことになる。

### 2 死刑が予想される事件で、被告人が早期の死刑判決を望んでいる場合

私の体験した事例で、酒を飲むと首を絞める性癖のある被告人が同様の手段による殺人未遂を繰り返したあげく、最もよき理解者であった義理の姉を同様の手段で殺してしまったという事件がある。私は酒量と絞首行為の關係に疑問を持ち、被告人にその關係を突き止めるために、実際に酒を飲んでどのような人格が変容するのかの鑑定を受けることを勧めたが、被告人は死刑を望んでこれを拒否した。私は、被告人の減刑が目的ではなく、死んだ被害者の立場から眺めれば、なぜ、自分を突然殺したのか、その理由がわからなければ成仏できないのではないかと説得して、精神鑑定を承諾させた。その鑑定が終了し、被告人にとってもわからなかった原因が判明したその日に、被告人は鑑定留置先で自ら首を吊って死んだ。私の精神鑑定申請は、誤っていたのであろうか？

いや、不幸な結末にもかかわらず、私は正しい選択をしたと思っっている。

この事例の場合、被告人の同意を取りつけて精神鑑定を実施したから、依頼者と弁護人との間に弁護戦略上の

意思決定に齟齬があるわけではない。しかし、仮に、被告人が同意しなかった場合、弁護人として、どう対応すべきかは問題となる。自己決定権につき一切の例外を認めない立場を貫けば、被告人が精神鑑定を希望せず死刑判決を望む以上、弁護人はその意思に従うべきとの結論になりそうである。しかし、人間そのものの抹殺につき本人の自己決定権に基づく処分権を認めることは、やはり、許容される処分の自由を逸脱していると考えるので、私としては、死刑事件については別の考慮が働くと考えている。したがって、たとえ、本人の真摯な意思であつても、究極の生命刑についてはその選択の自由はなく、弁護人としては、裁判所において死刑が不可避であるとす合理的な判断が客観的に担保されるまで、可能な限りの弁護をすることが要請されると考える。同様に、死刑判決についても、被告人の意思に拘束されることなく、上訴手続もとれるし、とるべきといえよう(しかし、被告人の上訴を取り下げる自由は否定できないから、最終的には、被告人の意思が決定的意味を持つ)。

### 3 被告人の偽証の場合

有名なフリードマンの難問⑥の一つに「偽証することが分かっている被告人(注・アメリカでは被告人に証人適格を認めている)を証言台に立たせるべきか?」という問いがある。これに対する解答については見解が分かれている。一九八三年アメリカ法曹協会「弁護士業務模範規則」では、次の三つの解答を併記している。

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、あくまでも偽証に固執する場合には、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ぬ。

三論併記の意味は未だに議論の決着をみていないことを示すものであるが、この結論の分岐点は、弁護人の地位を依頼者と弁護人間の秘匿特権を優位に置いて見るか、あるいは、裁判所に対する真実義務を優位に置いて見るかの違いにある⑦。

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ろという対応では、弁護人としての倫理問題を回避することにはなつても、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。だから、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⑧。

フリードマン自身の解答は②であり、私もそれを支持している。

### 4 弁護側証人の偽証を黙過することの可否

わが国では、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、最近の論稿⑨では、「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。その理由として、弁護人といえども刑法の禁止規範を逸脱しえない以上、証人が「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されないという。

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ふ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』ですよ」とメッセージを送ることとなら変わらないからである。私は、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、依頼者の決定した弁護方針に従わない点では、依頼者に対する誠実義務に違反すると考えている。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、論者がいうように「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ことには反対である。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であろう。

## 弁護人に公的義務はあるか

1 弁護人に真実義務はあるか  
弁護人に「独立した司法機関」としての公的地位ないし公益的地位を認める見解は、依頼者に対する誠実義務以外に公的義務として、裁判所に対する真実義務ないし真相究明に協力する義務を認める。弁護人も立場の違いはあっても法曹の一翼を担う司法機関として事案の真相解明に努めることが奨励される。

しかし、弁護人の場合、同じ法曹とはいっても、本質的な性格は「公正な裁判」の要請から被疑者・被告人のため

めに政策上認められた「武器」であるから、「真実」に対するアプローチの仕方は検察官および裁判官のそれとは異なる。弁護人は、あくまでも、被疑者・被告人の視点で見た「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のである。弁護人も依頼者の言うことを鵜呑みにするのではなく可能な限り事案の真相に迫ろうとするが、それは実体的真実の解明が自己目的であるからではなく、依頼者に対し最も適切かつ有効な法的助言をするためには不可欠の作業であるからである。そして、その弁護人として究明した「真相」は、依頼者との間の秘匿特権(裏からいえば、守秘義務)の範囲内にとどまり、依頼者の承諾がない限り、対外的に明らかにされることを予定していない。換言すれば、弁護人は公的地位に由来する真実義務の履行として事案の真相を解明するのではなく、依頼者に対する誠実義務の履行のために依頼者の視点で見た「真実」に接近するのである。そして、実効ある法的助言をすることによって被疑者・被告人の自己防御権が全うされることが弁護人の最大の目的なのである。弁護人の公的地位とい

うのは、まさに、依頼者の自己防御権を実効化させる「武器」であるという特殊な地位を指すものにほかならず、弁護人が依頼者に対する誠実義務を果たすことの結果として健全な司法運営という公的利益が実現するのである。弁護人の公益的役割が依頼者に対する誠実義務を離れて別に存在するわけではない。

したがって、弁護人には、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といわなければならない。

## 2 誠実義務論における見解の対立

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<sup>①</sup>。さらに、森下論文によれば、明確に弁護人の公的義務として「健全運営義務」を認め、「刑事弁護ガイドライン」に盛り込むことの提案がなされている。

これらの議論は、確かに、従来の楕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<sup>②</sup>)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、被疑者・被告人の自己防御権の理解が不徹底であると批判せざるをえない。すで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えないのである。そもそも、弁護人は神でもなければスーパーマンでもないのであるから、弁護人に「神様の眼」を期待するべきではないのである。

ましてや、「健全運営義務」の提案は法務省の期待する公的義務とは異なるとはいっても「紙一重」の親和性を持っており、結局は、バレンス・パトリックな弁護人を「期待される弁護人像」として定着させる方向に向かうのではないかと危惧されるのである。ガイドラインに盛り込むことには反対である。

## 上田弁護士の批判に心えて

本号の上田論文を読んで、私の論文の真意が伝わっていないことがよくわかった。私が指摘したのは、当事者主義の訴訟構造ではそれぞれの当事者に固有の役割分担があるということである。防御の主体が被疑者・被告人であることおよび弁護人がその法的助言者であることを確認して、その両者の関係を誠実義務(守秘義務)で説明することの最大の目的は、弁護人にそれ以外の公的義務が存在しないことを明らかにするためである。この文脈で私の立論

を批判するには、やはり、弁護人には誠実義務以外の公的義務が存在することを出発点にしなければならぬのではないか。上田論文では、弁護人の「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」を強調されるが、それは当然の前提であり、問題は、それが弁護人の行為規範となり、被疑者・被告人の自己決定よりも優先されるのか否か(本人の意思に反して違法収集証拠を理由とする無罪の主張ができるのはなぜか)という点にある。上田論文ではその優先を認めるのであるから、誠実義務とは別の公的義務を認めたことにならぬいだらうか。むしろ、そのほうが理論的には一貫すると思われる。

Hired gun論に対する批判は、その議論の過程よりも結論に対する「生理的反発」ないし「感覚的反対」にあるように思われる。「被告人の利益のために手段を選ばず何でもできる」とか「被告人の虚偽を弁護するのは当然であるとする議論」という評価はHired gun論を正確に理解していないといわざるをえない。「武器Hired gunに徹するほかないというのは、あくまでも最終的な被疑者・被告人の自己決定がなさ

れた後の弁護人の対応であり、むしろ誠実義務の考え方は、その自己決定に至る過程で弁護人がprofessionalとしての全知全能をかけて被疑者・被告人にとって最良の弁護戦略を見出すことを求めているのであるから、被疑者・被告人の言いなりになる弁護とは対極に立つものである。現在の刑事弁護の問題状況は、こうした誠実義務の履行が十分にはなされていないことにあるのではないか。また、私のHired gun論を比喩的にいえば、依頼者と弁護人との内部関係において弁護人は血の通った「人間」humanでなければならぬが、いったん、弁護戦略が決定された後は「武器」gunに徹しなければならぬということである。私は、Hired gun論の理論的帰結として、被疑者・被告人の自己決定の結果がいかなるものであれ、弁護人がその関与につき責めを問われるべきではないと考えているが、現実には、一般的行為規範が弁護人にも及んでいるので、本論で述べたような誠実義務の限界を設定せざるをえないのである。

当事者主義の訴訟構造は、各訴訟当事者がそれぞれの役割を誠実に実践することによりシステム全体として健全

性が保持されることを目指している。Hired gun論は、弁護人の役割を防御の主体である被疑者・被告人との関係に純化することによって、当事者主義の役割分担を明らかにすることを意図している。これに対し、健全運営義務とか法令遵守義務とかを弁護人の行為規範に加える考え方は、むしろ、弁護人を「独立した司法機関」として位置づけ、依頼者との関係においても、これらの義務が目的とする訴訟制度の健全性を弁護人の力によって実現しようとするものであるから、職権主義の訴訟構造における弁護人像に極めて近い。私は、わが国の憲法は当事者主義の刑事訴訟構造を採用していると考えるので、誠実義務以外に公的義務を認める考え方は、かえって、憲法秩序に反しているのではなからうか、と考える。

上田論文は、Hired gun論を批判して「刑事弁護活動に参加する情熱を削ぎ、刑事弁護集団の結果を阻害する結果にならないか心配である」とまで言う。しかし、私から言わせれば、弁護人の役割の中に複数の視点を持ち込み、誠実義務(守秘義務)のほかに健全運営義務や法令遵守義務を負担させて、被疑者・被告人の「客観的な利益」の探

求を期待するほうが、弁護人に過大な要求をしているように思われる。また、弁護人の役割につき国民の理解を得るといふことが困難であることはこれまでの歴史を見てもわかることだが、政策目的から俗耳に入りやすい説明を選択すべきだといふのであれば、それは、かえって、国民を愚弄することになる。防御の主体が被疑者・被告人であることと弁護人の特殊な地位を理解することはまさに人権保障の歴史を学ぶことにはかならず、それは教育の問題であるからである。

フリードマンは自らの提起した難問に対する自らの解答を「非常識」「非倫理的」と批判されて、教授職を追われた。復権するのに長い期間を要したが、彼のおかげで弁護人の役割についての議論は格段の深化を見た。私たちの議論は、こうした遺産を受け継ぐものでなければならぬだろう。この紙上討論が、沢山の弁護士を巻き込んで大論争になることを期待している。

## 最後に

弁護人はHired gunに徹するべきだといふ私の考え方は、弁護士会の中では

少数説である。ごく少数説といえるかもしれない。しかし、われわれが心のどこかに抱いている「唱道者」としてのイメージから脱却できさえすれば、「辩护人」という「武器」の重要性、とりわけ、依頼者のために忠実かつ誠実に法的助言を行うという「法の世界の住人」の役割が理解されるだろう。その第一歩は、やはり、われわれがスローガンとしては唱えていても本当には理解していない、被疑者・被告人こそが防御の主体であるという大前提に立ち返ることである<sup>⑩</sup>。

① 大野正男「楢円の論理」判例タイムズ五二八号七頁。

② 拙稿「刑事弁護人の誠実義務と真実義務」日弁連研修叢書平成八年版「現代法律実務の諸問題」七一―三頁以下。

③ Manfred Nowak 'UN Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary' p.259. 本号掲載の森下論文は、必要的弁護事件について、憲法は被告人の自己決定権を否定しているというが、論理が逆転している。必要的弁護事件という政策的措置があるからといって、本人の自己防御権が否定されることはない。

④ Floyd F. Feeney, 'Ethical Issues in Criminal Defense: The United States Experience' 一橋ジャーナル二六巻八頁。アメリカ連邦最高裁の判例につき、後藤昭「刑事弁護におけ

る依頼者と弁護士」大塚弁護士在職三〇周年記念論文集「日本の刑事裁判 二一世紀への展望」(現代人文社、一九九九年)一二五頁以下参照。

⑤ 拙稿「接見国賠訴訟大法廷判決の評価と今後の課題」自由と正義五〇巻七号一三四頁以下。

⑥ 中村治朗「弁護士倫理あれこれ(下)」判例時報一一五〇号八頁。

⑦ なお、弁護士は「裁判所の職員 officer of the court」とされているが、これは弁護士に対する規律や懲戒権が裁判所に帰属していることを意味するにすぎず、弁護士が一般的に裁判所のコントロールに服することを意味するものではない。浅香吉幹「現代アメリカの司法」(東大出版会、一九九九年)一七七頁。

⑧ 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のである。②説は、弁護人を被告人のHired Gunであると考えることによってこうした矛盾を解消し、秘匿特権の枠内の内部問題として弁護人の倫理問題をあえて問わないのである。

⑨ 岡慎一「刑事弁護のあり方」をめぐる議

論の到達点と課題」季刊刑事弁護二二号四八頁以下。

⑩ 本号掲載の森下論文の「客観的意思」とか前掲岡論文の「客観的利益」などの表現がなされている。

⑪ 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」第五回プレセッション。

⑫ なお、刑事弁護人の役割について、被疑者・被告人には「適正な処遇ないし量刑を受ける権利」があるから、弁護人は刑事上の防御権の補佐にとどまらず、全人格をもって依頼者の福祉の実現に寄与することが要請されている。したがって、被疑者・被告人の「自力更生」と「社会復帰」を促すことは、弁護人の公的役割だと主張する見解がある。たとえば本号掲載の上田論文。確かに、わが国では、弁護人が示談をしたり、社会環境の整備に尽力することがあるが、これはわが国の刑事手続が事実認定手続と量刑手続とを一体化させていることの反映であって、理論的には刑事被告人固有の役割ではないと考えられる。事実認定手続と量刑手続とが分化している諸外国では、ケースワーカーの役割と考えられているからである。この依頼者の「自力更生」と「社会復帰」を目指す役割を弁護人の公的義務に取り込むことは、やはり、依頼者の自己決定とは別に、弁護人が被疑者・被告人の「悔悟」と「更生」を求める国家意思の実現に手を貸すことになるのではないかと、(むらおか・けいいち/札幌弁護士会)