

講演

法曹倫理と刑事弁護についての考察

マイケル・タイガー^{※1)}訳 村 岡 啓 一^{※※}

- I はじめに
- II 弁護士会の責任
- III 倫理と専門家責任
- IV 刑事弁護人の役割
- V シンポジウムの4つの質問

I はじめに

私は本シンポジウム²⁾にお招きいただいたことを光栄に思います。最初に、私

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第16巻第1号 2017年3月 ISSN 1347-0388

※ デューク大学スチュール・オブ・ロー及びアメリカン大学ワシントン・カレッジ・オブ・ロー名誉教授

※※ 白鷗大学法科大学院教授、前一橋大学法学研究科教授

- 1) マイケル・タイガー（Michael Tigar）教授は、刑事弁護士としても著名であり、1999年に「20世紀のアメリカを代表する三人の刑事弁護士」の一人に選出されている。他の二人は、クラレンス・ダロウ（Clarence Darrow）とサーグッド・マーシャル（Thurgood Marshall）であった。1995年、オクラホマ連邦政府ビル爆破事件の共犯者テリー・ニコルス（Terry Nichols）の弁護人を務め、死刑を回避することに成功した事例などがある。
- 2) 2016年2月5日に一橋大学大学院法学研究科の主催により開催された2015年度第4回一橋大学政策フォーラムとしての国際シンポジウム『刑事弁護人の役割 そのとき、弁護人はなにをすべきか?』を指す。本稿は、同シンポジウムのマイケル・タイガー教授の基調講演を翻訳したものである。なお、同シンポジウムの概要については、日本経済新聞2016年2月29日付夕刊に紹介されている。

が光栄であると思うのは、皆様が、人権および人間社会が抱える共通の関心事というコンテキストで、重要な論点につき私に話す機会を与えて下さったからです。同時に、私の友人であり、同僚であり、そして指導者であったモンロー・フリードマン (Monroe H. Freedman)³⁾の業績を偲ぶための集会に参加できることも光栄に思います。モンローと私は、1967年、ワシントン特別区で出会い、友達になりました。私たちは、時には、お互いに激しい議論をしましたが、常に、深い友情を保っておりました。

私たちの議論のテーマは、刑事手続とそれに関連する法律家の倫理です。私はこのテーマを考えると、最初に、犯罪者を見出し処罰する必要を主張する国家の権限よりも、むしろ、罪に問われた者の権利に焦点を合わせます。国家は国家意思を形作り、それを実行する十分な権力をもっています。弁護士としての私たちは、単に、国家がその権力を責任ある方法で行使することを監視しようと努めるにすぎません。私たちがこの仕事に深く関わることによって法曹倫理が刑事法に適用される場合に、最も重要な倫理的決定が導かれるのです。

私は数多くの日本の弁護士を知っており、また、日本の個人及び団体の代理人を務めたことがあります。当然のことながら、日本法及び法文化の専門家ではありません。私は、私がおの下で働いてきた法制度についてのみお話しします。おそらく、それは西洋の法的伝統の歴史に依拠した私の仕事から引き出された偶発的な考えかもしれません。

私が本シンポジウムの企画者から提示された4つの質問⁴⁾について議論をする前に、私は、3つの基本的な考えを述べておきたいと思います。

第1:

弁護士会の名目上の独立性は、以下の条件が満たされなければ、何の意味もないということです。

3) ホフストラ大学ロースクール教授(元院長)で2015年2月26日に逝去された。有名な「フリードマンの三つの難問」で法曹倫理の重要性を世に知らしめ、法曹倫理の分野で「伝説の人」と称される。上記シンポジウムは、モンロー・フリードマンの業績に対する追悼の意味も込められていた。

- 弁護士会は、人々が裁判所へのアクセス権を有することを宣言し、これを強化すること
- 弁護士会は、社会が忌み嫌う依頼者とその事件を弁護する会員弁護士の権利と責務を支持すること
- 弁護士会は、上記目的を推進する弁護実務を承認することによって、意味のある司法救済へのアクセスを支援すること
- 弁護士会は、平等原則に則ってオープンであり、会則及び会の運営が多様性の理想を支持すること

私の国の弁護士会は、しばしば、これらの原則を保持することができなかつたのです。

第2：

最初に自分自身を倫理的あるいは精神的な伝統に位置づけることをしないで、専門家責任に関する規則を議論してみても、それは自己満足と唯我独尊をもたらすだけです。人間的な行為、義務そして発展に関する基本規則は、倫理的ないし精神的な伝統から生まれるのです。

村岡啓一教授は、モンロー・フリードマンの名前を思い出させてくれました。モンローは、一人の弁護士であると同時に法曹倫理の研究者であった彼自身という壮大な模範を私たちに示しており、倫理的な枠組みに真にコミットすることが、常に、特定の規則や原則についての議論を先導するのだということを、身をもって教えています。

-
- 4) 議論のための4つの質問とは、以下のとおりである。第1問：弁護人の反対にもかかわらず、被告人は自らが証言台に立つことを選択した。弁護人は被告人が偽証するだろうと考えている。この場合、弁護人は被告人を証言台に立たせることは許されるか？ 第2問：弁護人は、依頼者に強制処分（家宅捜索）が迫っているという情報を適法に知った場合（例えば、新聞記者からの情報提供など）、その情報を依頼者に伝えることは許されるか？ 第3問：弁護人において、自己の依頼者である殺人事件の被告人が別の殺人事件の真犯人であり、無実の者がその事件の殺人犯として誤って有罪とされたことを知ったが、被告人が弁護人の守秘義務を解除しない場合、弁護人が、冤罪者を救うために、自己の依頼者が真犯人であることの情報を開示することは許されるか？ 第4問：日本に導入されようとしている司法取引について、自国の実務に照らしてのご意見をお聞かせください。

第3:

私たち刑事弁護人は、社会の中で、ユニークな形で重要な位置を占めております。

私たちは、法に書いてあることと法が実際に人々に対してなすこととの間に立って仲介をします。私たちは、法による正義の約束と刑罰が執行される現実世界の間に立って仲介をします。すなわち、私たちは、与えられたことと望まれたこととの間に立って、とりなしをします。皆様は、弁護士なら皆そうしたことを行っているというかもしれません。しかし、私たち刑事弁護人は、背後にある国家権力に対抗して、国家が自由や生命でさえ剝奪しうるという状況の下で、それを行っているのです。私たちは、刑事法という合法的な国家の権能が濫用されるものであり、余りにもしばしば濫用されてきた事実を知っています。刑事法は、犯罪を行った嫌疑のある者を捜査するための手段を規定し、全体として、国家権力が社会の中でどのように行使されるべきかの基準を提供しています。

私たち刑事弁護人は、こうした基本的な考え方を他の弁護士仲間よりも理解しています。第一に、法とは何と書いてあるかではなく、何をもたらすのかであるということです。私たちは、規則が実際の運用において人間の人生にどんな影響を及ぼすのかについて、常に、自らに問わなければならないのです。法は、平等や透明性を宣言することができますが、こうした宣言は、架空のものにすぎないことが多いのです。このテーマについては、後に取り上げるつもりです。

第二に、法的規則——これには倫理規則も含まれます——は、特定の社会的、歴史的、文化的コンテキストの産物です。それらは中立的な原則ではありません。それらは、特定の目的のために考案されたものです。私たちは、特定の質問に回答するためには、こうした歴史的な状況を明らかにしなければなりません。

第三に、もし、私たちが、刑法典によって作られた人工的な犯罪類型に私たちの依頼者をあてはめようとする刑法の最優先の欲求を簡単に受け入れてしまうならば、私たちは、私たちに課せられた仕事に失敗したことになります。私たちは、依頼者を元気づけ、彼らの処罰を求める社会的圧力の下での疎外感に終止符を打たなければならないのです。

私は、弁護士倫理規則は、文化的、歴史的、社会的文脈において見なければな

らないことを、そして、私たち刑事弁護人は、依頼者の本質的な人間性を高めるために規則を作り、それを解釈しなければならないことを論ずるつもりです。規則は、警告であると同時に鼓舞するものでなければならないのです。

では、これらのテーマを取り上げることにいたしましょう。

II 弁護士会の責任

アメリカ合衆国連邦最高裁判所の指導的判例の一つである、ジェントイル対ネバダ州弁護士会事件⁵⁾において、連邦最高裁長官レンキスト裁判官は、現在の弁護士倫理規則について1887年のアラバマ州の規則にまで遡って歴史をたどり、1887年制定の規則が「この国で制定された最初の公的な法曹倫理規則である。」と述べました。本当か？ アラバマ州が？

後世の解説者は、アラバマ州が「均質的地域社会」であると一般に信じられていた時代に「紳士たち」によって起草されたことを理由にアラバマ規則を称賛しました。もちろん、この解説者が意味したことは、白人男性だけが弁護士であり、かつ、白人だけが権利を持つと考える白人至上主義者の政治家がこの規則を起草したということです。

1908年、アメリカ法曹協会(ABA)は、最初の倫理典範を公表しました。この規則は、着手金なしの成功報酬の約束で原告代理を引き受けることに反対でした。実務において、弁護士会は、労働者、農民、人種的少数者の権利を推進するグループの形成を阻止しようとし、故意にこのグループを過小評価したのです。

ABA自身、20世紀の前半にアメリカ社会の一部に存在した不正義に対する闘争には距離を置いて静観していました。女性が投票の権利を求めて運動を提起し、最後には、その要求を通すために街頭に出て直接行動に訴えました。ABAは、しぶしぶ、政府からの圧力の下、1918年に数名の女性弁護士を認めたのです。しかし、1930年代に至るまで、完全にオープンに女性に会員資格を与えることはしませんでした。また、ABAは、1943年まで、アフリカ系アメリカ人の弁護

5) Gentile v. State Bar of Nevada, 501 U.S. 1030 (1991)

士を認めなかったのです。1954年、連邦最高裁が、学校における人種差別廃止の象徴的事件であったブラウン対教育委員会事件⁶⁾の判決を言い渡した後も、ABAの機関誌『ABAジャーナル』は、この判決を「共産主義的」と攻撃するフォーラムとなったのです。

ABAが弁護士の任意団体であるのは間違いありません。女性やアフリカ系アメリカ人の弁護士も、弁護士業務のライセンスを与える機関である州の弁護士会に認められることは可能でしたし、実際に認められてきました。そして、南北戦争の最中である1865年に、一人のアフリカ系アメリカ人が連邦裁判所弁護士会に加入を認められたことも事実です。

しかし、ABAは、その創立の当初から、アメリカの法律専門職における指導的役割を主張してきたのであり、専門職の声となることを求めてきました。今から30年ほど前に至るまで、その声とは白人、男性、アングロ・サクソン系の声であり、それを変えることには反対でした。私は、ベンジャミン・シヴィレッティ (Benjamin Civiletti)、ジョン・カーティン (John Curtin)、デニス・アーチャー (Dennis Archer) のような弁護士会の指導者たちとともに、ABAを変えようとする役割の一端を担えたことを誇りに思っています。

1940年代に至るまでのABAの限定的性格の一つに反ユダヤ主義がありました。1929年、指導的な法曹倫理の専門家ヘンリー・ドリンカー (Henry Drinker) が、そのABAに対し、彼の最も重要な仕事の一つは法律専門職から「ロシア系ユダヤ人」を締め出すことだと述べたほどです。

1960年代に、アフリカ系アメリカ人が、人種差別に反対する訴訟の増加に伴い訴訟代理人となる弁護士を必要とし、その後、非暴力の抵抗運動中に逮捕された人々を弁護するための弁護士を必要としました。南部諸州の弁護士会は、こうした正義を求める人々を援助するには全くもって不適切でした。弁護士会は、弁護士の援助を求める方途を否定するやり方で規則を強化するよう求めたのです。弁護士会の連合会も、被災した労働者が弁護士の援助を受ける途を制限しようとしたため、労働者は、弁護士を探し救済を求めるには労働組合に依存せざるを得

6) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)

なかったのです。最終的には、連邦最高裁が、法的援助を受ける権利を広く認めることに好意的な判断を示したので、こうした問題の多くは解決しました。

最近になっても、人種差別、専門職内部での平等、法的サービスへのアクセスといった問題に取り組むために改革が行われているので、ABA 執行部は、一貫して、富裕で力のある人々を代理する弁護士利益を反映していると言って差し支えないでしょう。

最近の例を一つ紹介しましょう。中国政府は、何十人もの人権派弁護士を逮捕し、そのうちの何人かを人権擁護活動を理由に訴追しています。こうした言語道断の行為に対する ABA の批判は、実に生ぬるく熱意に欠けるものです。強力な非難声明は、ABA 内部における投票の結果退けられたのです。その理由は、強力な声明を出す中国で弁護士業務を行っているアメリカの大手法律事務所の利益を害するおそれがあるからというものでした。

ABA は専門家責任の新しい規則を作りました。いくつかの例を引用しましょう。アーノルド・アンド・ポーター (Arnold & Porter) 法律事務所は、ワシントン特別区で設立されましたが、今日では、アメリカ及び海外の多くの都市にオフィスを構える国際的法律事務所の一つになっています。1984 年、新たに制定された規則を利用して、APCO と称する、弁護士資格を持たない人たちで構成される支店を作りました。APCO は、弁護士資格を持たない専門職、すなわち多くの場合、広報業務の専門家を法律事務所に参加させたのです。

APCO は何をしたのでしょうか？ それは、広報活動と広告宣伝の会社でしたが、弁護士資格をもたない広告の専門家たちは、原告の裁判所に訴える権利を制限するように主張する政治的グループをロビーイングによって支援したり、広報キャンペーンを行ったりしているのです。

法曹倫理の観点から、これはどのように判断されるのでしょうか？ ジェントイル対州弁護士会事件の連邦最高裁判決によれば、仮に、私が刑事被告人を代理する場合であれば、私はその事件につき公に話すことが許されます。しかし、私は、最終的にその事件を審理することになる陪審員が影響を受けると強く推定されるような事項を言うことは避けなければなりません。同様に、仮に、私が、深刻な公害——合衆国においても日本においても発生している現象——をもたらす

ている大企業を代理しており、その会社が公害の故に裁判を起こされている場合も、私は弁護士倫理規則を尊重しなければならず、その事件について私が公にコメントすることは制限されます。

しかし、ABA モデルルールの規則 5.7⁷⁾によれば、私が大企業を代理している場合には、別の抜け道があります。つまり、私の法律事務所は、APCO のような組織を支店として設立することができ、APCO は何らの規制を受けることなく、原告の裁判に反対する宣伝活動やロビーイングを行うことができるのです。

要するに、係争中の事件に関する弁護士の意見表明は、依頼者または法律事務所が通常の規則の適用を逃れるための財政的手段をもっているか否かによって、違った規制の下に置かれるということです。

何年間もの間、弁護士会は、同じ弁護士業務を行う場で弁護士と非弁護士とが結合することには反対のキャンペーンを行ってきました。しかし、大規模会社という依頼者が法律事務所に財政的支援をして APCO のような支店を設立させたとき、弁護士会はその活動を許可するために規則を修正したのです。

連邦最高裁長官レンキスト裁判官は、ジェントイル事件判決を書くにあたって、この種の一貫性のなさにどう対処するかで頭を悩ますことはなかったようです。しかし、同じ事件において、ケネディ裁判官は、5人の同僚裁判官の賛同を得た多数意見を書き、刑事事件を含めて、公の論点についての弁護士の意見表明に関する重要な伝統を再確認しました。皆様は、日本での独自の経験から、警察や検察官が被告人や被疑者をどのように扱うかについて一般には知られていない秘密のやり方を知っているでしょう。こうした秘密を公に明らかにすることは、不正

7) 規則 5.7: 法律関連役務に関する責務 [(a)法律家は、(b)項において定義される法律関連役務の提供に関して、それが以下のいずれかのように提供される場合には、法律家職務規則に服するものとする。(1)法律家の依頼者に対する法的役務の提供と区別しない情況で、法律家によって提供される場合、(2)その他、法律家が単独でまたは他の者と共同して支配している団体によって提供される場合で、法律家が、法律関連役務を受ける者に対し、その役務が法的役務でないことおよび依頼者・法律家関係における保護が存在しないことを知らしめるための合理的な措置を怠ったとき。(b)「法律関連役務」という用語は、法的役務の提供と合理的に結び付いてまたその内容と関連して行われるもので、法律家でない者によって提供されても無資格法律業務として禁止されない役務を意味する。]

義を正す取り組みにとって不可欠であります。現に、日本弁護士連合会は、強制された自白についての勇気のあるドキュメンタリー⁸⁾を作成しています。

ジェンタイル事件では、刑事弁護人が、警察と検察の共同して行った報道キャンペーンに対抗して闘うために記者会見を開きました。彼は、彼の依頼者が裁かれることになる陪審の場の社会的環境を整えようとしてしました。そして、不当な非難に負けないように依頼者を励ましたのです。依頼者は無罪となって釈放されましたが、弁護士ジェンタイルは、弁護人として、国家の司法機関となるのではなく、代わりに、村岡教授が言及した意味での「雇われガンマン」⁹⁾になったことを理由に弁護士会から懲戒という攻撃を受けました。ジェンタイルは勝訴しましたが、それは長い戦いの後になってようやく得たものであり、しかも、わずか5対4という票差でした。

これとは対照的に、アーノルド・アンド・ポーター法律事務所の依頼者である会社は、自由に、法の構造を自分の利益に合わせて再構成することを求め、倫理規則はそのやり方を阻止するために用いられることはなかったのです。

もう一つの例を紹介しましょう。何年もの間、合衆国の弁護士会は、弁護士自治とは、各州——弁護士のライセンスが有効な法域——が当該弁護士会の会員に対する完全な支配権限を有することを意味すると主張してきました。また、他の州から来た弁護士が弁護士業務を行いたいという場合には、その弁護士は、その弁護活動につき「地元」の弁護士と提携しなければなりませんでした。法律事務所は、他の州の弁護士会の会員をパートナー弁護士として迎えることはできませんでした。こうした制限は、多くの事例で、逆効果をもたらしました。既に述べたように、1960年代に公民権運動が起こったとき、南部諸州の弁護士会は、当地の弁護士会が扱わない公民権運動のリーダーに法的援助を提供するために北部諸州から来る弁護士を阻止しようとしたのです。

現在、これは変わりました。日本でも周知のとおり、外国の法律事務所は、限定されてはいますが存立が認められてきました。その結果、サンフランシスコの

8) 日弁連制作のドキュメンタリー映画DVD「つくられる自白～志布志の悲劇」(2008年)

9) 裁判所に対する真実義務よりも依頼者に対する誠実義務を優位に置き、依頼者の意思に忠実な弁護人像を hired gun (雇われガンマン) という。

古くからの法律事務所であるモリソン・アンド・フォルスター (Morrison & Foerster) 法律事務所が東京にもあるのです。このことに問題はありません。しかし、複数の州での弁護士業務を制限しておきながら、多国籍企業を代理する大規模法律事務所が複数の国で弁護士業務をすることがより効率的かつ利益につながると考えるならば、その複数の国にまたがる弁護士業務の制限のハードルの方が州間規制よりも低くなるというのも奇妙な話です。

以上の歴史的な素描は、もちろん、不完全で片面的なものです。私は、私の掲げたテーマ（訳者注：弁護士会の責任）と取り組むためにこうしたいいくつかの例を提示いたしました。これらすべての例を総合してわかることはこうです。すなわち、私たちは、誰が、誰の利益のために倫理規則を作成しているかを問わなければならないということです。1887年のアラバマ州の倫理規則のように、もし、裕福な白人の人種差別主義者が作成したとすれば、その規則が誰の利益を守ろうとしているのかを推測することは容易です。もし、現代の倫理規則が、主に、弁護士を雇える裕福な人に奉仕するエリートとしての法律専門職を維持するという法律専門職の意図によって起草されているならば、その選好の意図は間違いなくその規則に反映されているでしょう。

そこには、同等の交換条件があるに違いありません。すなわち、国家は、弁護士に、法的援助へのアクセス及び裁判所へのアクセスについてほとんど独占ともいえる地位を与えています。弁護士はそのお返しに何を与えるのでしょうか？私が問われたならば、答えは簡単だと考えたでしょう。弁護士は、正義へのアクセスを最大化するような規則を考案しなければならず、そして、そのようなアクセスが国家機関によって支持されることを見届けるためにその影響力を行使しなければならないのです。

とはいえ、数年前の論文¹⁰⁾で指摘したように、必ずしもすべての弁護士がその本質的な交換条件に備わっている正義を理解してはおりません。マラード対合衆国地方裁判所事件¹¹⁾で、ある連邦裁判所の裁判官が、公民権に関

10) Michael E. Tigar, "Crisis in the Legal Profession: Don't Mourn, Organize!", 37 *Ohio N. U. L. Rev.* 539 (2011)

11) *Mallard v. United States District Court*, 490 U.S. 296 (1989)

わるある民事訴訟で、一人の弁護士を原告の代理人に選任しました。その弁護士は、その公民権訴訟で結果的に勝訴しない限り、おそらく、弁護士費用の償還を受けることはできなかったでしょう。ニューヨーク市弁護士会は、裁判所の参考に供する意見書（アミカス・キュリエ）を提出し、その中で、本質的には、私が述べていたことを主張いたしました。弁護士は、時には義務的に、プロボノ活動として法的サービスを提供することを期待されるというものです。しかし、カリフォルニア州弁護士会——13万5000人の会員を擁する全米最大の弁護士会——は、モリソン・アンド・フォルスター法律事務所を代理人に雇い、弁護士にプロボノ活動をさせることは憲法に違反する、なぜならば、それは補償なしに弁護士の財産を奪うのと同じであるからだという書面を提出したのでした。

どの州でも、弁護士はプロボノ活動をすべきであるという倫理規則を持っています。しかし、どの規則も、弁護士がそのような活動をしなかった場合に、どのような不利な結果があるかについては何も規定していません。

要するに、現在、合衆国に存在する弁護士の倫理規則は、特権の一つの砦としての法律専門職の考えに起源を有しているのです。専門職が単なる商業的な動機から独立しているという装いは、新しい規則が商業広告と訴訟上の弁論とを結びつけることを認めたことにより、見せ掛けであることを示しているのです。そして、その間ずっと、商業的なテーマは規則によって強化され、その規則は、将来の依頼者に対し、「もし、あなたにお金がないのであれば、あなたに正義へのアクセスを提供するか否かは純粋に弁護士の裁量判断に委ねられている」と告げているのです。

以上が、私の指摘する最初のポイントです。私たちは、弁護士倫理規則に対して異なったスタンスを採る必要があります。弁護士の倫理規則は、公的な利益に対する関心と、事実上の独占には相当な代償が伴うという率直な認識を持って作成されなければならないのです。規則は、専門職内部の多様性と包摂性——ジェンダーの多様性、民族性、社会的階級など——を促進すべきです。専門職がより多様化するにつれて、自然と、専門職は、より広範なコミュニティに奉仕する行動や規則に目を向けることになるでしょう。それが、現在、私の国で起きていることです。

日本では、合衆国に比べて、人口に占める割合として、はるかに少ない弁護士しか存在していません。とはいえ、皆様方の弁護士会は、2005年には2万4000人であったのが2014年には3万5000人以上に拡大しています。この拡大によって、倫理規則を慎重に検討する機会が与えられます。また、若い弁護士の意見や願いを検討する機会でもあります。2014年時点で、女性弁護士は日本全体の弁護士のわずか18%——3万5031人中6326人——にすぎません。もし、皆様方の経験がアメリカのそれと似たようなものであれば、専門職における女性会員の増加は、社会的包摂（インクルージョン）と多様性（ダイバージョン）という問題を再考するよい機会となるでしょう。

それで、私はこう問います。すなわち、私たちは、なぜ、どうやって現在の倫理規則（ethics rules）——起草者は「倫理」が弁護士の仕事の根本であるという主張を放棄したのだから、より正確に言えば、弁護士の専門家責任（professional responsibility）に関する規則——を手に入れたのだろうか？ 合衆国では、他の国々と同様、弁護士会は「弁護士自治」を実現してきました。すなわち、弁護士会は、比較的、政府のコントロールからは独立しており、弁護士会が、弁護士の資格、弁護士業務の許可、弁護士の行為規範に関する規則を制定し施行しています。合衆国では、他の国々でも同様でしょうが、弁護士会がロースクールの「認証」を行い、その結果、法律専門職をほぼ完璧にコントロールしています。

弁護士会自身は、この独立性を歓迎しており、誠実さと公的サービスという一定の基本的価値を支持することを表明しております。しかし、資本主義社会における経済活動の鉄則は、こうした主張を受け入れるのを困難にします。いかなる分野の商品ないしサービスであっても、独占の試みは、必然的に、独占価格、独占者が提供する商品やサービスに対抗する代替品の排除、市場参入の規制、独占をさらに推し進めるだけの市場の組織化をもたらします。こうした独占的権力の危険性は、私たちがロースクールで独占禁止法（反トラスト法）の起源と機能を学ぶ最初の時から自明のことです。

こうした経済的な真実から、私たちは、なぜ、もっと包容力があり公共心にあふれる規則を作る戦いに参加しなければならないかを理解することができます。

しかし、規則はもっと先に進むべきです。そう、私たちは、権力に立ち向かう弁護士、社会の周辺に追いやられている人々のために時間と労力を提供している弁護士に対して称賛と感謝の言葉をささげるべきなのです。専門職に参入してくる人のための模範を一人あげるならば、私の国では、植民地時代の新聞編集者ジョン・ピーター・ゼンガー (John Peter Zenger) を弁護したアンドリュー・ハミルトン (Andrew Hamilton) でしょう。私たちは、英国による植民地への課税に抵抗した弁護士たちを思い浮かべます。犯罪を行ったとして訴追された者の弁護に一生をささげたクラレンス・ダロウ (Clarence Darrow) を思い浮かべます。1940年、1950年、そして1960年代に公民権訴訟を引き受けた弁護士たちを祝福いたします。すなわち、私たちは、弁護士の根本的な仕事は「変えることのできないことを受け入れること」ではなく、「受け入れることのできないことを変えること」だと考える弁護士を祝福します。つまり、私たちは、眼前の不正義とより適切な結果との間に橋を架けるのです。

この種の仕事は生易しいものではありません。私は、1897年、ロバート・グールド・ショウ (Robert Gould Shaw) の記念碑の除幕式で、ウィリアム・ジェームズ (William James) が語った言葉を思い出します。ショウは、南北戦争で勇敢に戦いました。しかし、ジェームズは、ショウがアフリカ系アメリカ人の兵士で構成された連隊を指揮することを選択したという理由で彼を称賛したのです。軍事的な勇敢さは、今日と同じように当時も、広く称賛されました。ウィリアム・ジェームズはこう述べたのです。

あの孤独な勇気……とは、とりわけ国民の記念碑を建立しなければならない類の勇気なのだ。なぜなら、適者こそが生存すると言われるが、勇気が軍事的勇敢さを生むようには、生身の体に勇気が生まれることはないし、隊列を組んで集中砲火の攻撃をした我々 500人のうちのただの1人として、彼のように独力で、権力の濫用に抵抗して自らの世俗的な幸運を危機にさらす覚悟を持っていたとは思えないからだ。

ここには、物事を「そのままでもいい」として受け入れることを拒否する専門職

としての充足感があります。私は全国を旅行したときに、ミシシッピ州でジェームズ・ロバートソン (James Robertson) と名乗る弁護士に会いました。彼は、この地域の経済界のために活躍する指導的な法廷弁護士でした。後に、彼は、死刑の可能性のある事件のアフリカ系アメリカ人被告人を弁護することを引き受けました。その話をする際、彼は「死刑執行人の期待を裏切ることほど弁護士の職務で面白いことはないと感じたんだ。」と話したのです。私は、この話を弁護士会の集会で話そうと思います。同じような仕事をしてきた経験豊富な弁護士がやってきて同じようなことを言うでしょう。事実、今日のテーマ (記者注：刑事弁護人の役割——そのとき、弁護人はなにをすべきか) を想起しますと、モンロー・フリードマンは、とりわけ、陽気な人間で、引き受けると決心した苦闘を楽しんでいたのです。

Ⅲ 倫理と専門家責任

私が指摘する二番目のポイントは、深く考えられた倫理の意識が専門家責任の規則を起草するいかなる努力よりも重視されなければならないということです。19世紀及び20世紀の始め、アメリカの弁護士会は、その規則を「倫理典範 (canons of ethics)」と呼びました。なじみのなかった忠誠と謙遜が溢れんばかりに強調される中で、その規則は「専門家責任に関する規則 (rules of professional responsibility)」と名称を新たにしました。寄せ集められた規則は、正義と法律専門職についての仰々しい言葉から始まっていましたが、どれも弁護士に対していかなる義務も課していませんでした。規則自体が、契約法と代理に関する法を単に採用したにすぎないものだったのです。既に述べたように、その規則は、弁護士を雇う資力のない人々や、お金がないために法的援助を得られず裁判所が選任する弁護士を受け入れるしかない刑事被告人が直面する法的問題に取り組んでいないのです。

他の講師が詳細を語りましたが、専門家責任についてのモンロー・フリードマンの見解は、倫理的かつ道徳的な義務の意識に深く根ざしています¹²⁾。弁護士という職業において、私たちは、毎日、仕事に出かけ、依頼者にとって何が正し

くて何が正しくないかを考えます。私たち弁護士だけが、現実的なやり方でこの種の言葉、すなわち「正義」に関わることのできる唯一の職業なのです。

『不正義と闘う』¹³⁾という私の著書の中で、私はこう書き始めました。「もしどこにも不正義がないとしたならば、誰も正義という名前を知ることはなかったであろう。」ギリシャの詩人で哲学者のヘラクレイトス (Heraclitus) は、これを2500年前に書きました。

私たちは、「正義」が抽象的な概念であるために、「正義」が何を意味するかを知ることができません。事実、私たちが真実を発見したとか何をなすべきかの完全な考えを発見したと言ったり考えたりすることには危険があります。そのような見解から、多くの場合、専制政治が起こるのです。私の本が出版された数か月後に、私はゴア・ビダル (Gore Vidal) から、この考えについて書かれた手紙をもらいました。彼は、こう書いていました。「私が要約するのは不可能と考えていた考えについての君の見解——すなわち、人を行動に駆り立てる負の『不正義』の方が、我々善人が奉じて戦う高尚な『正義』よりも扱いに困らない——は気に入った。」それから、いささか、ゾツとするようなことを書き加えていました。「私は、行き過ぎた、押しとどめようのない正義感にマクベイ¹⁴⁾は圧倒されたのだと思った。」と。

オクラホマ爆弾事件でテリー・ニコルス (Terry Nichols) の弁護人に指名されたことについて書いたエッセー¹⁵⁾の中で、私は同じテーマについて書きました。

私が退屈で常識的な正義の概念について語るとき、それは、単純に、現時点で人間の需要から帰結される権利の諸原則のことを意味しています。すなわち、私は、皮肉を含んだストア哲学者のような、「存在から当為は生まれぬ」

12) 同じシンポジウムで報告されたジェーン・タイガー (Jane Tigar) 弁護士の「モンロー・フリードマンの倫理観および倫理研究に与えたユダヤ教の影響」を指す。

13) Michael E. Tigar, *Fighting Injustice*, (ABA, 2002)

14) オクラホマ連邦政府ビル爆破事件の主犯者ティモシー・マクベイ (Timothy McVeigh) を指す。彼は死刑判決を受けて、2001年に処刑された。

15) Michael E. Tigar, "Defending", 74 *Tex. L. Rev.* 101 (1995~1996)

という考え方、つまり、「規則は他のものと同程度に正しい」というような主張を拒絶します。私は、マーサ・ヌスバウム (Martha Nussbaum) 教授と同様に、同教授が特徴づけた考え方、「どんな議論にも正反対の結論を導く対論を立てることができる。あらゆる議論は単なる影響力行使のための道具で、我々の忠誠心にとって、よりよい主張などないといった考え方」を拒絶します。そうではなく、再び、ヌスバウム教授の言葉を借りるならば、私の正義の概念は、「経験に根差した弁証法的討論に基礎を置いているが故に、制約がなく変更可能な、人間の繁栄と良き人間の機能のためという明確な見解に対する深い関与を含んでおります。」そのような見解の一つの要素が、「人間は普通の世界にあるもの、すなわち、政治的権利、お金、食物および安全な場所、敬意と自尊心等を必要としている」ということなのです。

専門家責任に関する現代の規則は、言葉が適切に使用された場合の「倫理」という概念との結びつきを失っています。現代の規則は、主に、契約と代理についての単なる規則になり下がっています。そして、規則が道徳的義務の縛りを持たなければ、「弁護士のコミュニティに対する義務というもの、耳障りは良いが強要されるものではない。」と、いとも簡単に論じることができてしまうのです。

合衆国の刑事事件において、重罪の被告人の約80%はお金がなく、それゆえに、弁護人は国選かパブリック・ディフェンダー (公設弁護人) になります。弁護人選任と弁護のためのシステムは財政的にも人的にも十分ではありません。被疑者は、弁護士を「雇う」のではなく、勝手に決められた契約によって付されるのです。この厳しい現実を見れば、私たちは、弁護士と依頼者間の関係を、契約書上の合意としてではなく、道徳的・倫理的な意味において見なければなりません。そして、司法「取引」が問題となる場合、私たちは、取引という言葉を注意深く使用しなければなりません。なぜならば、取引において、国家と被疑者との間の力の差は歴然としているからです。

私は、弁護士倫理とは特定の宗教上の信念に由来しなければならないと言っているわけではありません。そのような考え方は、狭い排他的な規則につながりかねません。私たちは、異なった宗教上の道に付き従うことができます。私たちの精

神活動は違っているのです。私が引用したマーサ・ヌスバウムが語ったことは、根本となる倫理原則は人間の置かれた状態の理解と研究から導かれるということです。私たちの宗教的信念と精神活動は異なっていますが、私たちは、人間の置かれた状態については共通の認識に立っているのです。ジャック・デリダ (Jacques Derrida) が、『マルクスの亡霊たち』¹⁶⁾という素晴らしい本の中で書いたように、私たちはいかに生きるかを学んでいるのです。

結局のところ、不正義を特定し不正義と闘う方法の探索は、—— 第2次世界大戦以来の、今、私たちが人権と呼ぶものについての驚くべきコンセンサスに行きつくのです。それは、アルベール・カミュ (Albert Camus) が戦後ドイツ人の友人に手紙を書いた時に願った希望です。「何が人類を救うのか？」とカミュは問い、こう答えました。「断じてその者を切りきざむことではない。彼に正義を求めるチャンスを与えることだ。彼は正義という概念を抱いた唯一の被造物なのだ。」

IV 刑事弁護人の役割

倫理の役割は、専門家責任が道徳的な中心点を持つことを確かめることです。刑事弁護人の弁護実務とは、依頼者をその中心点に置くようにそれらの規則を用いることです。つまり、依頼者中心の弁護ということです。

合衆国及び日本の刑事弁護士会は、問題と義務を共有しております。合衆国では、強制によって得られた自白、警察官による拷問、秘密裏の施設収容、いかなる基準によっても正当化できない非人道的な方法による処刑——これは文民警察部門でのみ言われること——に、私たちは遭遇します。グアンタナモ湾の収容施設、CIAによる他国移送や拷問は、刑事弁護に関連するもっと難しい論点を提起しています。私は、カリフォルニア州の受刑者が何年間にもわたって独居房に拘束されていたやり方と、最近この問題を取り上げた訴訟が被収容者の利益になる方向で解決されたことを思い起こしています。

16) Jacques Derrida, *Specters of Marx*, (1993)

私は本日の講演を準備するにあたって、日本では——日本に対して私と妻は特別な愛着を持っています——このような問題はないだろうと思っていました。その後、資料を読み始めると、志布志事件というのがありました。日弁連がこの事件についてドキュメンタリーを作っていました。英国の雑誌『エコノミスト』の2015年12月5日号に、強制された自白と日本の刑務所における受刑者の処遇についての記事がありました。それで、私は自分自身に向かって、「ありゃ、日本の仲間と私は取り組まなければならない同じ問題を共有しているんだ。」とつぶやきました。

私たち刑事弁護人は、被疑者または被告人にとって唯一の真の友人です。彼を逮捕した人々の最終目的は「事件を終結すること」です。最も公正な心を持った裁判官であっても、何十件、場合によっては百件を超える事件を担当しており、すべての事件ですべての論点を調べることなどとても期待できません。そうではなく、調査することは私たちの仕事なのです。それは、常に、私たち刑事弁護人の仕事だったのです。

私たちは、全体としての制度改革を論ずることができますし、そうすべきです。しかし、事件ごとに一人の依頼者がいます。——個別事件の弁護が歴史的に変化を起こす方法なのです。私たちが、警察、検察官や刑務官の違法・不当な行為を暴くならば、そして、(今日みられるように)報道機関や一般公衆が公務員の権限濫用に気づいたならば、その時に、変化が起きるのです。私たちの仕事の結果として、問題はもはや抽象的なものではなく、それは現実のものとして人間の顔を持つに至るのです。

私は、これまで何件となく、被疑者自身によって、あるいは、証言と引換えに寛大な処遇を求めた証人によって、有罪の供述証拠が作られた事件の刑事弁護人を務めてきました。来週の月曜日、私は日弁連のセミナーで司法取引についての経験をお話することになっています¹⁷⁾。そこでは、私は司法取引の問題をより深く検討するつもりですが、今は、刑事弁護人の倫理的義務についていくつかのポイントを述べるにとどめます。

17) マイケル・タイガーの日弁連講演 Plea Bargaining for Leniency、村岡啓一訳「寛大な処遇と引換えにする司法取引」(白鷗大学法科大学院紀要第10号、2017年)

私が、自白を強制された事件、あるいは、自白した情報提供者が自らの寛大な処遇と引換えに被疑者に不利な証言をした事件であると聞いたならば、最初に私が尋ねる質問は、「弁護士は有効かつ十分な弁護活動を提供したのか?」というものです。弁護士は、留置記録や取調べの記録を熱心かつ辛抱強く求めたのか? 弁護士は、将来証人となりうる人を探し出し、面談をしたのか? 弁護士は、関連する情報を得るために証人喚問手続を利用したのか? こうした要求が却下されたのであれば、弁護士は、控訴の理由とするために適切な異議の申立を繰り返したのか? 弁護士は、依頼者の必要や理解を受け入れてから、行動を開始したのか?

司法取引の講演準備をした際、私は息子といくつかの論点を議論しました。息子はサンフランシスコの連邦地方裁判所の裁判官です。彼は言いました。「ある犯罪で起訴された者は、他の人間の犯罪行為について真実の情報を提供することで、寛大な処遇を得られるべきだと思うよ。」と。しかし、すぐさま、彼は、そのような立場の人間は他の誰かに罪をかぶせるために自らの有責性を最小化しようとする強力な動機を持つ危険があることに同意しました。私たちが合意した対応策は、この種の取引は白日の下で行われなければならないということです。「取引の場に陽の光をあてるのは誰か?」といえ、それは、不利な証言が利用されることになる対象被疑者のために行動する弁護士ということになります。

皆様は、日本の裁判官の方がアメリカの裁判官よりも司法取引を納得させるのは難しいというかもしれません。私が母国アメリカを離れて外国で訴訟をする場合、その国の一般の人も同じことを私に言います。「いいかい、ここでは裁判官がする方法はそれとは違うんだよ。」と。たしかに、国によって裁判官の姿勢は異なります。しかし、弁護士の倫理的な責務は同じなのです。そして、裁判官について、あまりこうだ、と決めつけないことです。

人々は、オクラホマシティ爆弾事件のテリー・ニコルスの裁判で、リチャード・マツチュ判事 (Judge Richard Matsch) は、なぜ、全体的にみて、公正で公平な事実審の裁判官でいられたのかと私に尋ねます。マクベイとニコルス裁判についての最近の本の中で、「マツチュ判事のニコルス裁判における判断はマクベイ裁判の判断よりも弁護側に好意的であったように見える。」という観察者の

所見が引用されています。訴訟が別々であったことは事実です。大きな違いは、私たちのチーム——ニコルス弁護団——は、政府の主張と審理手続についての検察側の主張に対して繰り返し異議の申立をしたことでした。もう一つの大きな違いは、私の思うところはこれです。すなわち、マッシュ判事は自らの評判を非常に気にしていたということです。彼は、自分の主宰する事実審理が司法の行動様式の模範として見られることを望んでいたのです。それで、彼は、法を曲げることをしないで、将来歴史が彼を見るであろう視点に自らを置いて、弁護側の要求に耳を傾けることにしたのです。私は、弁護人の仕事の一つは、裁判官に、裁判官の持っている特別な地位と裁判官の行動が公衆の司法に対するイメージを形作ることを思い起こさせることであると考えています。そして、これは私の母国アメリカよりも他の国においてこそ真実であると信じております。

弁護士としての仕事の中で、とりわけ、刑事事件の弁護をする中で、しばしば、私たちは「正義」という言葉に接します。依頼者に対して刑務所収容や死をもたらす有罪宣告は、「正義の行使」と言われます。警察、検察及び裁判のシステムは、「正義の制度」(司法制度 the justice system)と呼ばれます。フランスが死刑を有していた時代、ギロチンが落下し、被告人の切断された首がバスケットに入ると、死刑執行人は、抑揚をつけて厳かにフランス語で「フランス人民の名において正義はなされた。」と宣言したのです。私たちが、今日、正義にかなっていない有罪判決の存在について、また、フランスで行われていた残虐な死刑執行方法について知っていることを考えますと、私たちは、このフレーズが、単に、実際に不正義であったプロセスに一つの「正義」という名前を与えたにすぎないことを理解するのです。

フランスの作家ロラン・バルト (Roland Barthes) は、『ドミニシ、または文学の勝利』¹⁸⁾と題する素晴らしいエッセーの中で、「正義 (大文字で始まる正義)」について語るとき、同じ考えを想起しています。正義は「いつも、汝に予備の頭を貸す用意をしている。後悔することなく汝を非難するために。そう、コルネイユのやり方で汝の肖像画を描くために、あるがままにではなく、かくあら

18) Roland Barthes, "Domenici, or the Triumph of Literature", *Mythologies* (1957) の中の英訳されたエッセーの一つ。

ねばならぬように。」

弁護士としての私たちの責任——専門家責任——は、不正義を見る (see) ことです。他の人々も、もちろん不正義を見ますが、私たちには特別の責務があるのです。私たちは、私たちが見たことの問題に取り組み、それを変えるために、実体と手続に関する規則に照らして私たちが見たことを分析する方法を学んでいるがゆえに、特別の責任があるのです。

バルトが書いたことを振り返る寄り道をすることをお許し下さい。日本及び合衆国の刑法典は、自由意思の概念を基礎に置いております。被告人は、違法な行為を行うことを「意図していた (intended)」と言われます。または、自らの行為が違法であることを「知っていた (known)」とか、その行為を違法とする状況を「知っていた」と言われます。これは、哲学的推測に基づいた人間行動のイメージであって、実際に人間がどのように行動するかについて私たちが知っていることに基づくものではありません。アナトール・フランス (Anatole France) が述べたように、法は荘厳な平等をもって、裕福な者も貧乏な者も一様に、橋の下で寝ること、路上で物乞いをする、一切れのパンを盗むことを禁じたのです。

私たちの依頼者は、彼らの人生や決断を形作る社会的、経済的、情緒的、民族的状況を背景にして私たちのところにやってきます。私たちは、単に、刑法典が定めた厳格なカテゴリーの中に彼らを適合させるための機械として動くことはできません。私たちは、彼らを理解すること、そして、正しい結果を求めるために事実調査、法的知識及び社会科学といったすべての手段を使うことに長い時間をかけなければならないのです。私たちは、依頼者中心で、かつ、正義中心でなければならず、法中心であってはならないのです。

もちろん、被告人の中には、現実に刑法典が定義した意味での、犯罪計画を練り犯罪を意図し認識していた者もいます。ホワイトカラー犯罪の被告人は紛れもなくそうです。しかし、大部分は、刑法典の主観的要素のカテゴリーに深い疑問を投げかけた英国貴族バーバラ・ウートン女史 (Lady Barbara Wootton) が指摘したような人間であることに私は同意いたします¹⁹⁾。

この依頼者中心のアプローチには別の側面があります。被疑者・被告人は、

「正義」と称する奇妙で敵対的で恐ろしい制度に疎外感を感じます。私たちは、依頼者が自らの防御に参加するように依頼者を励ます仕事をしなければなりません。虚偽自白をするように強制された依頼者が弁護人に何があったのかを話したときに、弁護人は依頼者を信じ、調査を開始したのでしょうか？ それとも、弁護人は捜査機関の事件の見立てをずるずると受け容れてしまったのでしょうか？

合衆国では、弁護人の憲法上の義務は、すべての段階で依頼者が情報を得た状態にしておくこと、及び、事件と防御行為についての重要な決断について依頼者の同意（インフォームド・コンセント）を得ることです。この点に関する連邦最高裁の判例は数多くあります。たしかに、この考え方は、代理に関する法それ自体に由来するといえます。インフォームド・コンセントの原則は、単純に、法的ルールというわけではありません。それは、敬意と配慮を受ける資格のある人間としての依頼者という基本的な考えを示しているのです。

一般の人の中には、不用意に、私たちの仕事は依頼者を「人間化 (humanize)」することだと言う人がいます。これは誤りです。私たちの依頼者は、既に、十分に人間的、非常に人間的、本質的に人間的です。私たちの仕事は、依頼者の運命を決定することになる人々に対して彼の人間性を描き示せるように、依頼者を深く理解することです。

もちろん、「捜査機関の事件の構図」に飽くなき挑戦をすることと、警察および検察官の誠実さと熱心さに疑問を呈することにはリスクが伴うこともあります。とりわけ、若手の弁護士にとっては、疑いもなく、職業上の批判を受けるリスクがあります。しかし、モンロー・フリードマンが私たちに思い起こさせてくれたように、それらのリスクは、私たちが弁護士になったときに引き受けることに同意したリスクなのです。モンローの好きな引用の一つに、ヘンリー・ブルーム卿 (Henry Lord Brougham) の言葉があります。1820年、イングランド王ジョージ4世は妻キャロライン女王との離婚を願い、この目的を達成するために、彼女を姦通罪で訴追しました。この問題は上院で審議されることになりました。ブルームは女王を弁護しました。彼は大変な気力と熱意をもって弁護をしたので、彼の

19) Michael E. Tigar, "Crime Talk, Rights Talk, and Double-Talk: Thoughts on Reading Encyclopedia of Crime and Justice", 65 *Tex. L. Rev.* 101 (1986)

行為はイングランドの王政そのものを危機にさらすかもしれないと警告を受けました。

2007年、モンローは、『瀬戸際の弁護活動 (lawyering at the edge)』を考えるためにホフストラ大学でシンポジウムを主催しました。モンローは、自分自身の基調報告に『ヘンリー・ロード・ブルーム——人権のための瀬戸際の弁論』²⁰⁾と題しました。モンローはブルームの上記の問題に対する応答を引用しました。

弁護人は、その義務を遂行するにあたって、世界の中の一人の人間だけを知るのであり、その人間が依頼者なのです。ありとあらゆる手段と方法を用いてその依頼者を救うことが、たとえ、それが、他者に、そして他者同士の間、あるいは自らに対して、いかなる危険や代償をもたらすとも、弁護人の最初にして唯一の義務なのです。そして、この義務を遂行する過程で、弁護人は、警告、苦悩、他者にもたらすかもしれない破壊を考えてはいけません。愛国者の義務と弁護人の義務を区別しながら、弁護人は、たとえ、それが彼の国を混乱に陥れる不幸な運命であったとしても、結果に無頓着でいなければならないのです。

モンローはこの弁論が好きでした。モンローは、これを何度も引用し、ブルーム自身が、後の人生において、弁護人の熱意という義務を緩和したという批評家に対抗して、自らのブルームについての見解を擁護したのです。

もちろん、熱意だけでは十分ではありません。私たちの依頼者に対する分かち難い忠誠心は、私たち弁護人に、技術、学習、一貫性、誠実さ、そして勇気を要求するのです。

警察と検察官——そして裁判官——は、それぞれの仕事を行います。彼らは、訴追と処罰のシステムを動かして有効に機能させる国家機構の一部です。私たち弁護人の仕事は、依頼者のたった一人の友人であり味方として、そのシステムの外

20) Monroe H. Freedman, "Henry Lord Brougham—Advocating at the Edge for Human Rights", 36 *Hofstra L. Rev.* 311 (2007)

に立つこと、そして、いわゆる「当事者主義」を機能させることなのです。これを行うに当たって、私たちは誠実さに欠ける市民ではありません。私たちは、正義のプールがよどんで不純となることを阻止する太陽の光なのです。もし、自らを正義と呼ぶ司法制度が道徳に適ったものであるならば、その徳は、困難にも打ち勝ち、一層強力にその姿を現すことでしょう。

英国の詩人ジョン・ミルトン (John Milton) が語ったように、「私は、移ろいやすい俗世間から離れた美德を賛美することはできない。その美德は、敵を見るために包囲網から出て敵に反撃することを決してしない」からです。

もう一つの例を挙げることをお許し下さい。アルベール・カミュの小説——英語では、*The Stranger*——は、世界で最もよく知られた文学の一つです。それは各国語に翻訳され、日本では『異邦人』（私が正しく発音できたことを願います。）として知られています。この小説の中で、主人公ムルソーは死刑判決を受け処刑されます。死刑の判決が下されたのは、裁判所が彼に慈悲心があるとは思わなかったからです。しかし、誰でもこの小説を読むと、彼が母親の死を語る最初の一文から、彼には共感性の証拠が沢山あることがわかります。

仮に、その証拠を——たとえ、ちっぽけな証拠の断片であったとしても——法廷で明らかにし、できる限りの説得力を持ってその証拠の意味を論ずる責任を有する者がいたとしたらどうでしょうか？ そうです、ムルソーの弁護人です。ムルソーは、犯罪に問われて被告人席に立たされました。その地の文化では、裁判所は、起訴された大部分の者は実際に何らかの罪で有罪であると考えているのです。弁護人の仕事は、一方にある、この懐疑主義と敵意、そして、他方にある贖罪の可能性との間の仲介をすることなのです。もし、皆様がこの小説を読むならば——再読でも初めて読むのであっても——出来事をこのように見てみてください。

私は——既に述べたことを繰り返しますが——、予め提示された4つの質問に答えるには、刑事弁護人の歴史的、文化的、そして社会的な地位を考慮することが不可欠です。その中には、人権を擁護し、かつ、拡大するための重要な闘争において、勇気のある弁護人が果たしてきた役割も含まれます。

時として、刑事弁護人が、依頼者を熱心に弁護したことを理由に嘲笑の対象と

されるのは皮肉なことです。しかし、同時に、その生涯と業績が称賛される偉大な弁護士たちの殿堂において、刑事弁護人は卓越した地位を占めているのです。私のいる法文化の下では、こうした弁護士にアンドリュー・ハミルトン (Andrew Hamilton)、ジョン・アダムス (John Adams)、ロード・アースキン (Lord Erskine)、デイヴィッド・ポール・ブラウン (David Paul Brown)、そしてクラレンス・ダロウ (Clarence Darrow) がいます。各人について、ほんの数分間だけお話ししようとすればできます。しかし、さしあたり、私は、私たちの仕事为国家権力の不法な行使を暴き抵抗することであることを確認するとどめます。私たちの依頼者は、常にではないとしても、しばしば、過小評価されています。彼らは貧困であり、軽蔑されており、民族的、人種的、宗教的な少数者に属していることが多いのです。確かに、彼らが犯罪として訴追された行為は、時には、おそらくは人々が言うように処罰に値するものです。

私たちは、最近明らかになったこととして、警察や検察官の非違行為、信頼できない科学的証拠、そして弁護人の不十分な弁護が多くの冤罪をもたらしたことを知っています。数多くの人々が有罪とされて死刑の判決を受け、後に、無実であることが判明しています。こうした明白な事実を無視して法曹倫理を考えることは、不完全であると同時に誤解を招きます。常に国家組織の不注意や能力不足が存在し、そして、時には不誠実に基づく危険が存在します。この大きな問題については、私たち刑事弁護人は何もできません。

モンロー・フリードマンは、私たちにできること、しなければならないことがあることを理解し、教えてくれました。法的な代理人として熱心で効果的な弁護を提供する責務を真剣に引き受けるということです。少し前、私は「彼らが犯罪として訴追された行為」という表現をしました。この表現の中に、私たち弁護人の責任についてのメッセージが込められています。

依頼者の疎外感とは、刑事事件において最大になります。依頼者は殺人で起訴されます。法医学的証拠や物的証拠が吟味されるに違いありません。証人は、必ず、事件の被告人とは違った別の見方を提示します。警察は証拠の収集および分析に良い仕事をするともあれば悪い仕事をするともあるでしょう。検察チームは、無罪方向の証拠を開示することも開示しないこともあるでしょう。そして、たと

え、被告人が或る人の死の結果につき原因を与えたことが証明されたとしても、それは、法が求める事実審理の始まりでしかないのです。

その後、私たち弁護士は、被告人が自らの行為をはっきりと思い出して表現することができない中で、法廷ドラマの多くの登場人物が正確かつ適切に証言しているかを慎重に判断しなければならないのです。陪審員と裁判官は、依頼者が属している社会的環境から遠く離れたコミュニティから選ばれた人たちです。

私はこの論点について書いたことがあり、その業績目録もあります。私が、ここに簡単な素描をしてみせたのは、私たち刑事弁護人の仕事が最も大きな課題を抱えていることを示すためです。また、弁護士倫理つまり専門家責任を考えるには、刑事弁護人が支持する基本的価値に重きを置かなければならないことを示すためです。国家は強力です。その代理人（検察官）は、様々な理由から、犯罪を不問に付したり正当化したりします。それに比べると、仮に、法曹倫理に関する判断が一過的犯罪の有罪の者を釈放することを意味するとしても、それは到底悲劇であるとはいえないでしょう。

国家は、単に強力であるだけでなく、永続的な常習犯罪者です。もし、国家の代理人が不法な策略によって法を潜脱することができれば、彼らは同じ非違行為を繰り返すでしょう。

国家権力を行使する人たちは、間違いなく、刑事事件がいかに重要であるか、そして、いかに彼らの利益が手続を操作するように要求するかを知っております。私は、ある劇的な事件について書いたことがあります。1933年1月、ドイツで、ナチス党が権力を掌握し強化する装置を必要としていました。ヒトラーが総統に就任するや否や、1933年1月に、ヒトラーとゲーリングは、5万人の特別警察官を任命し、反対者の一斉検挙を始めました。ゲーリングを支持する人々は、さらなる抑圧の口実とするために、ライヒシュタイン・ビルにわざと放火し、誤って起訴された人々の有罪を確実にするために、刑事司法手続を操作するように求めたのです。私はこの過程を詳細に書きましたので、皆様方も読むことができます²¹⁾。この出来事についての私の見解には異論もあるでしょう。私は、皆様方

21) Michael E. Tigar & John Mage, "The Reichstag Fire Trial, 1933-2008: The Production of Law and History", *Monthly Review* Vol. 60 No. 10, p24 (2009)

に、私が調査した歴史的文書と私が書いた書物に言及することができるだけです。

18世紀のイングランドでは、新しく強力なウィッグ党が、囲い込み（エンクロージャー）と都市化に反対する農民を根絶するために、100以上の犯罪に死刑を課しうる法律を制定しました。この時代には、重罪事件の被告人に弁護人の援助を受ける権利は認められておりませんでした。

アメリカ南部では、アフリカ系アメリカ人には、投票権も陪審員となる権利も認められておらず、このことが、その名に値しないにも関わらず自らを「正義」と称する司法制度を創設することに寄与したのです。たしかに、歴史は、刑法及びその手続が、伝統的に、反対者を撃退し、制圧し、阻止し、根絶さえるために国家権力を保持する人々によって利用されてきたことを私たちに教えています。歴史家のエドワード・トムスン (Edward P. Thomson) は、18世紀イングランドのこの過程を年代記に記しています。私は、『法と資本主義の勃興』²²⁾という書物の中で、その過程を書きました。クラレンス・ダロウの経歴は、多くの参考となる事例を私たちに示してくれます。第一次世界大戦後の急進主義者に対する抑圧も、ゼカリア・チャファイ (Zechariah Chaffee) 教授が年代記を書いています。別の参考例を示してくれます。私は、こうした歴史家を、このテーマをより深めたいと考えている人のために引用しています。そして、もちろん、モンロー・フリードマンの業績も、価値ある遺産として後世に残されています。

皆様は、自分自身に「あなたが議論しているような大きなテーマは、私の実務そのものとは関係がない。」と言うかもしれません。私は、オハイオ州の小さなロースクールで講演をした際、そこの院長は、私に、そのロースクールの卒業生は将来小さな町や市で働くことを教えてくれました。おうー、私は言いました。「あなたが言いたいのは、学生がアティカス・フィンチ²³⁾やシカゴに移り住む前のクラレンス・ダロウのようだということだね。」あるいは、繰り返すと、ミシシッピーにいる私の友人のジェームズ・ロバートソンのようだという意味ですね。

今日の議論の私のポイントは、皆様が、私たちの仕事の基礎をなす倫理的原則

22) Michael E. Tigar, *Law and the Rise of Capitalism*, (1978)

23) Atticus Finch. 映画『アラバマ物語』(原題 *To Kill a Mockingbird*) の主人公の弁護士の名前。アメリカ人が理想とする弁護士として、毎年、人気投票の結果第1位となる。

を行動で示すために、いつ招請されるかはわからないということです。あなたの事務所に来るどんな事件であっても、重要な論点を含んでいます。その論点は、自らを正義と称する司法制度の改革を求める公衆の声に関わるものかもしれません。でも、どの事件においても、モンロー・フリードマンがかくあれかしと語ったような弁護士にあなた自身になる準備ができていないのであれば、どの事件がそうなのか、決してわかることはないでしょう。

V シンポジウムの4つの質問

第1は、弁護人が虚偽と考えているストーリーを依頼者が証言台に立って証言することを希望する場合の弁護人の対応如何というモンロー・フリードマンの難問についての議論です。

第2は、弁護人が、依頼者の利益に影響する秘密の情報——特に、依頼者の自宅への家宅捜索があるという情報——を入手した場合の弁護人の対応如何という問題です。

第3は、弁護人が、殺人で有罪とされた者が実際には無実であるとの情報を得たものの、その情報が秘匿特権の範囲内にあり依頼者との間の守秘義務の故に開示できない場合の弁護人の対応如何という問題です。

第4は、一般的な問題として、司法取引の危険性は何かというものです。

私は、最初の質問に対し、皆様方に2つの質問をすることによって回答に代えたいと思います。一つ目：依頼者が「偽証する」ことを「意図している」と誰が言えるのですか？ 二つ目：その質問が提示する結論を下す前に、弁護士は何をしなければならぬのですか？

数年前、ある連邦裁判所判事が私に電話をよこしました。彼は、「執務室に刑事弁護人がおり、依頼者が偽証をしようとしていると告げに来た。」と言いました。私は、「どういうことですか？」と尋ねますと、判事は「依頼者は、最初の面会で弁護人に話したストーリーと違うことを話すつもりだということだ。」と答えました。

私は、判事に、いつだって証人は出来事を思い出したとっては見方を変える

ことを思い起こさせました。裁判前の準備や裁判中であっても、これは日常的に起こっていることです。(そして、私たちが知っているように、これは、間違いなく警察署でも起こっていることです。警察署で起こった場合、時には、以前の見方の方が正しかったり、時には、後の見方の方が正しかったりすることを私たちは知っています。) 証言とは、再構成された経験です。私たちが経験すること—— 私たちが見て、聞いて、感じたこと—— は、私たちの物の見方や認知能力に依存しています。私たちが経験したことについて思い出すものは、私たち自身の偏見に基づいています。作家アナイス・ニン (Anais Nin) が述べるように、「我々は物事があるがままに見るのではない。我々は物事を我々であるかのように見るのだ。」

一旦、私たちが或る出来事を見たならば、たとえ、それが私たち自身の参加していた出来事であったとしても、その記憶は時の経過とともに変化します。私は、一度、或る重要な会議が或る特定の時間に開催されたことに確信を持っていた著名な政治家を弁護したことがありました。会議があったことは間違いなく、時刻が重要な問題でした。彼は、過去の記録を見直し、一つの方向に物事を思い出しました。その後、さらに追加の記録が入手できると、彼は突然言いました。「ありゃ、私は間違っていた。会議は、実際には、午後ではなく午前中に行われたのだった。」と。

私たちは、人間の願望の自然な傾向として、自分に都合が良いように出来事を描写するという事も付け加えます。こうした事は故意にウソをついているのではなく、単純に、人間にみられる記憶と認知の作用なのです。

それゆえ、私たちの最初の課題は、依頼者とともに、依頼者のストーリーの変化がどのようにして生じたかを理解することなのです。私たちは、依頼者に敬意をもって接します。そして、出来事の異なった見方を合理的に説明する努力をします。日常生活で、私たちは、「こうだったと思ったんだが、状況を思い返すと、間違いだったと分かった。」と何度言うことでしょうか。

このようにして、皆様が問題に熱心に取り組んでいるとして、依頼者が本当にウソを言うつもりだと確信していると仮定しましょう。この時点で、皆様は、依頼者に当事者主義の司法制度はどのように運営されるのかを教えなければなりま

せん。ウソの話をした証人（依頼者）はどうなるのか？ 証人となった依頼者は反対尋問を受けます。依頼者は、つじつまの合わない証言と向き合うこととなります。依頼者は、自らの主張に疑問を投げかける物的証拠を突きつけられます。刑事被告人は、既に、処罰を免れるためにウソをいう可能性があるという一般的認識の下に置かれているのです。

事実、私は、たとえ、依頼者の物の見方が正確であると納得していたとしても、依頼者を証言台に立たせることには躊躇いたします。なぜなら、反対尋問は、必然的に、依頼者のイメージを損なうからです。私は、依頼者を証言台に立たせるよりも、客観的証拠により検察官の見立てを攻撃することの方がベターだと考えています。

以上が私の答えです。50年以上の弁護実務で、私は一度も質問にあるような論点に直面したことはありません。私は、徹底した調査を通じて、異なった物の見方は説明できるし、両立することができると考えています。それができなかった場合、私の依頼者は証言台に立たないという賢明な選択をしてきました。

仮に、質問が提起した場面が生じたとしたら私はどう答えるか、と問われたならば、私はモンロー・フリードマンの答えに同意いたします²⁴⁾。

第2問は、依頼者の自宅への家宅捜索の情報に関する問いでした。この質問は興味深いものです。私はこれに似た状況に遭遇したことがあります。ただし、それは、捜索を受ける依頼者の弁護人としてではなく、捜索に関して事後に提起された訴訟の専門家証人としての立場でした。私は、依頼者の弁護人は倫理的義務に違反したと証言しました。

事実関係はこうでした。すなわち、ある弁護士が、何万ドルにもものぼる大型詐欺に加わったとして逮捕された依頼者から電話を受けました。その弁護士は、依頼者の現実の占有または推定占有にかかる現金を差し押さえる旨の差押令状が既に発付されたことを知りました。その日一日、その弁護士は、弁護士費用をその現金の中から回収しようと考えて、現金を入手しようと努めましたが、依頼者の銀

24) フリードマンの回答は、依頼者自身が最終的な決定権者であるから、その決定に従うというものである。村岡啓一「モンロー・フリードマンと法曹倫理」季刊刑事弁護74号8頁（現代人文社、2013年）

行口座が既に凍結されていることを知りました。その後、依頼者が、その弁護士に捜査機関がまだ気づいていない秘密の隠し場所に現金があることを教えますが、数日中に、捜査機関が発見するであろうことは確実でした。その現金は依頼者の自宅にあったのですが、ある場所に隠されていたのです。その弁護士は、依頼者の友人に現金——布袋に600万ドルが入っていました——を取りに行かせました。その弁護士は、100万ドルを費用として確保しました。依頼者とその友人は明らかに残りの金を費消しました。私はこの弁護士の名前を言いませんが、皆様は私の提供した情報からグーグルを使えば誰かわかるでしょう。

その依頼者は刑務所に行きました。詐欺にあった被害者たちが彼とその弁護士を相手取って訴訟を提起したのです。私は、専門家の意見として、この弁護士には責任があると証言しました。

では、彼は倫理規則の何に違反したのでしょうか？ 弁護士が、依頼者に差し迫った捜索を告げることは許されました。弁護士の最大の義務は依頼者に対するものです。私であれば、いかなる情報源からのものであっても、依頼者に開示しないという約束の下で情報を入手することはいたしません。私であれば、そのような条件を付する令状の発付に異議を申し立てますし、実際に、そうしてきました。私の主張を支持する先例もあります。

しかしながら、弁護士は、いかなる方法でも捜索を妨害することは許されません。また、依頼者が捜索を妨害しないように努めなければなりません。この義務は、実際の事件では事実上の困難をもたらしますが、規則は明確です。私の専門家証言は事件記録に綴られています。和解事件のニュース報告に引用を提供しております。<http://articles.latimes.com/2006/aug/09/local/me-shapiro9>.

三番目の質問は、もっと困難な問題を提起します。皆様は、この質問の基になった実際の事件²⁵⁾について読んだことがあるか、これから読むことになるのでしょうか。基本的な論点は、1980年代初めに、専門家責任の規則の見直しに関してABAが議論したときに、詳細な論争が展開された論点です。

根本的な原則はこれです。すなわち、弁護士・依頼者間の関係には秘密保護の

25) Alton Logan case, "26-Year Secret Kept Innocent Man In Prison", CBS 番組 *60 Minutes* (2008年3月8日放映)

特権があるからといって、第三者に重大な損害を与えることを許す根拠として用いることはできないということです。重大な損害とは何か、規範に直面する前にどの程度の危険性が存在すればよいのかについて、常に、論争があります。

まず、秘密保護の対象外の関係から話を始めさせて下さい。皆様が、自宅でパーティを開いています。よい友人で同僚であるゲストの一人が、酒をかなり飲んで酔っ払っています。彼は、自分の車に乗って自宅に帰ろうとします。あなたには、自動車のキーを取り上げ、彼が運転しないようにする法的な義務がありますか？ 合衆国では、法の考え方は、そうした義務があるというものです。そして、もし、酒に酔った人間が車を運転して事故を起こした場合、パーティのホストは、酔って運転した者と並んで法的責任を問われます。

タラソフ対カリフォルニア大学理事会事件²⁶⁾というカリフォルニア州の有名な事件があります。カリフォルニア大学の精神科の医師が、ある学生を治療していました。その学生は、誰かを殺すことを計画していると話しました。その精神科医はこれを誰にも話しませんでした。その学生は殺人を実行したのです。裁判所は、精神科医と大学には責任がある、そして、その精神科医は患者との間の秘密保護に依拠するべきではなかったと判示しました。

この論点は、コロラド州の裁判でも問題になるでしょう。コロラド州オーロラの映画館で16人を銃で殺害し終身刑を言い渡されたジェームズ・ホームズ (James Holmes) は、大学のメンタルケアを担当する医師たちに、暴力行為を行う計画であることを告げました。医師たちは、この脅威を誰にも話さず、しかも、ホームズを一層危険にする薬物を処方することによって、症状を悪化させたのでした。

本問の仮定的な状況の下で、私であれば、依頼者とカウンセリングするところから始めます。何度も経験したことですが、「真の犯罪者」は、自ら名乗り出て真犯人であることを自白します。そうした例をいくらかでも引用できます。カウンセリングに失敗した場合は、比較衡量テストによります。もし、誤って有罪とされた人が苛酷な刑罰と直面している場合ならば、弁護士は、その事実を基礎に置

26) Tarasoff v. Board of Regents of University of California 17 Cal. 3d 425 (1976)

いて、守秘義務を乗り越えることを考えるというのが、最もありうる対応だと思います。

第4の質問は司法取引を扱っています。ヘイスティング・ロー・レビューの論文で、連邦控訴審裁判所のスティーブン・トロット判事 (Judge Steven Trott) は、司法取引の危険性について論じています。論文のタイトルは、『犯罪者を証人として利用する検察官に対する警告の言葉』²⁷⁾です。トロット判事は、合衆国の司法長官補佐であり、裁判官に就任する前はカリフォルニア州の著名な検察官でした。彼は、こう書いています。

犯罪者は、欲しいものを手に入れるためには何でも言うし、何でもする傾向がある。特に、望むものが法の適用から逃れようとする場合はそうである。進んで行くことの中には、友人や親戚縁者の秘密をばらすだけではなく、偽証をすること、証拠をねつ造すること、ウソにさらにウソを重ねるために他人をそそのかしてウソを言わせること、接触したことのある者——その中には、特に、検察官がいる——をだますことが含まれる。薬物中毒者は、取引のためには母親を売り渡し、強盗犯、殺人犯、窃盗犯も似たようなものである。犯罪者は、驚くほど人心の操作が上手で、悪巧みに熟達している。多くの者にとって、「真実」とは完全に意味のない概念であり、彼らは徹底して良心に欠けているサイコパスである。ある者にとっては、人を「だますこと」が人生そのものなのである。それ以外の者は、単なる基本的に情緒不安定な人々である。ある日の「信頼できる情報提供者」は、別の日には、完璧な嘘つきになりうるのである。

この説明にほとんど付け加えることはありません。反共産主義ヒステリーの悪名高きマッカーシ時代の密告者の利用については、リリアン・ヘルマン (Lillian Hellman) の伝記『眠れない時代』²⁸⁾、ビクター・ナバスキー (Victor Navasky)

27) Steven S. Trott, "Words of Warning for Prosecutors Using Criminals As Witnesses", 47 *Hastings L. J.* 1381 (1996)

28) Lillian Hellman, *Scoundrel Time*, (1976)

の『名指し』²⁹⁾が語っています。

私の国では、何年間も、自白を獲得するために警察と検察官が権限を濫用するのを見ました。もし、犯罪者に、犯罪行為の最も重大な部分について他の誰かを非難することによって、より軽い刑罰が得られるチャンスを与えるならば、犯罪者に自白をさせることはずっと容易になります。

検察官は、しばしば、特定の個人をターゲットにし、それから、寛大な処遇と引換えに喜んで証言をする証人を熱心に探すのです。そのような、ある事件で私は弁護人でした。当時、ジョン・コナリー (John Connally) がずっとテキサス州の知事でした。彼は、ケネディ大統領が暗殺された日に、ケネディと同じ車に乗っており、銃撃で負傷しました。その後、彼はニクソン大統領の政府の下で財務長官になりました。ウォーターゲイト事件の特別検察官は、コナリーが、酪農業界に好意的な政策をとることと引換えに酪農業界の代理人から賄賂をもらっていたと判断しました。検察官は、コナリーの古くからの友人ジェイク・ヤコブセン (Jake Jacobsen) が業界団体から1万ドルを受け取り、その金をコナリーに賄賂として贈ると業界団体に話した証拠を得ていました。実際には、ヤコブセンは経済的な問題を抱えており、おそらく、その金を自分自身の目的に使ったと思われる。

ヤコブセンは、既に、テキサス銀行から数百万ドルを詐取したとして起訴されていました。それで、検察官は司法取引をしました。ヤコブセンが軽い罪で有罪の答弁をし、留置場に身体を拘束されることなく自らの弁護士業務も続けることができるという条件でした。銀行詐欺の事件はすべて免責されるはずでした。

銀行詐欺事件を担当していた連邦地方裁判所の裁判官は、詐欺事件の免責を拒否しましたが、控訴審裁判所は、犯罪者に免責を与える司法取引をなす裁量は検察官にあり、それを裁判所が見直すことはできないと判示したのです。これは、司法取引の有する危険の一つです。すなわち、無制限の裁量を検察官が有することになるという権力の移動が生じるからです。司法取引は、刑事司法手続の重要な部分を明りのある場から隠してしまいます。そこに光をあてるのが私たち弁護

29) Victor Navasky, *Naming Names*, (1980)

士の仕事になります。

コナリーは起訴されました。ヤコブセンが司法取引したストーリーは反対尋問によって破綻しました。コナリーは無罪となりましたが、訴追の傷が彼の後の人生に影響を与えました。司法省は、密告者を雇う方法を見直すことを約束しましたが、いまだに何も起こっていません。

合衆国の法では、裁判所が、司法取引による証言と密告者が信頼できないことに注意を払うことになっています。連邦最高裁は、検察官が密告者に提供した取引材料（誘因）と、捜査段階でなした密告者の矛盾する供述調書を開示しなかった場合には、有罪判決を破棄しています。

熱心な刑事弁護人は、以前の供述調書すべての写しと、その証人が取調べられた方法の記録を要求しなければなりません。証人の側の取引内容、その条件のすべてが弁護側に開示されなければなりません。要するに、私たち刑事弁護士の会のメンバーは、司法取引を制限したり終了させたりするために政治的な影響力を持つことは許されませんが、私たちの依頼者に対する義務は明確なのです。裁判官や陪審員は、ある犯罪者が別の犯罪者に不利な証言をすることができるという考えを受け容れがちです。しかし、裁判官や陪審員は、同様に、取引の過程で買われた証言は疑いを持って慎重に吟味しなければならないことも理解しています。

私は、取引で得られた証言についての論文と関連資料のコピー、及び、オクラホマシティ爆弾事件における密告者に対する私の反対尋問の注釈版を村岡教授に提供しております。

私は、日本においても合衆国においても直面する司法取引に関する論点の私の概要説明が、皆様方のお役に立てることを期待しております。しかし、私の第一の願いは、このシンポジウムが、私たち全員にとって、人権が不可分のものであること、そして、人権を守る闘いが国境を越えた共通の課題であることを理解するのに役立つことなのです。