

モンロー・フリードマンと法曹倫理

村岡啓一 一橋大学教授

むらおか・けいいち

1950年生まれ。1974年、一橋大学法学部卒。1976年、司法研修所第28期修了。同年、弁護士登録（札幌弁護士会）。26年間の弁護士生活を経て、2002年から現職。主な著作に、「冤罪事件から捜査機関は何を学んだのか」日本弁護士連合会人権擁護委員会編『誤判原因に迫る——刑事弁護の視点と技術』（現代人文社、2009年）、「情況証拠による事実認定論の現在」村井敏邦古稀『人権の刑事法学』（日本評論社、2011年）所収、などがある。訳書に、リチャード・ズイトリンほか『アメリカの危ないロイヤーたち——弁護士の道徳指針』（現代人文社、2012年）がある。



「伝説の人」モンロー・フリードマン

2013年2月20日の夜、私はニューヨークのソーホー地区にある日本料理店で四宮啓弁護士と一橋大学大学院生今村文彦とともに、法曹倫理の分野では『伝説の人』ともいうべきモンロー・フリードマン教授（以下、「フリードマン」と呼ぶ）¹と会食をした。この会食はまったくの偶然から実現した。私たち3名に日弁連弁護士倫理委員会に所属する高中正彦弁護士および市川充弁護士²を加えた5名の調査団は、2月17日から21日までの間、新たに追加された検察官倫理に関するABAモデルルール3.8(g)(h)³のニューヨーク州における採択過程と検察官の倫理教育の実際を調べるためにニューヨークを訪れた⁴。2008年のモデルルール3.8（検察官の特別な職責）の追加修正はニューヨーク市弁護士会の発議から始まったにもかかわらず、ニューヨーク州は2012年7月になってからかなりの修正を施して採択したという経緯があったからである。その制定経過に深く関与したフォーダム大学ロースクールのブルース・グリーン教授⁵から規則制定に至る過程でどのような論争があったのかを聴くことと、わが国とは異なり一応の検察官倫理規則を持っているアメリカにおいて、実際に検察官に対しどのような倫理教育が行われているかを見聞することが訪問の目的であった。

当初の計画では、2月20日の夜は、グリーン教授が主宰する検察官倫理に関わるシンポジウムに参加する予定であったが、その前日、四宮弁護士から思

いがけない連絡が入った。ニューヨークの友人から「検察官倫理の調査で来ているのであれば、法曹倫理の『伝説の人』モンロー・フリードマンが近くに住んでいるから会ってはどうか」と勧められたがどうするかという問いであった。私は小躍りして喜び、直ちに予定を変更して、フリードマンとの会食を最優先にすることとした。

私が小躍りしたのはには理由がある。私はフリードマンの熱烈な信奉者であるからである。私は、わが国の法曹倫理を教える者の中ではhired gun論の主張者であり「過激」な極論⁶を展開する者として認知されているが、その考え方の源泉はフリードマンの教えにある。“hired gun”とは「雇われガンマン」の意味であるが、弁護士倫理における「hired gun論」とは、多くの人が抱く「依頼者のためなら不正なことも何でもやる用心棒」というイメージの対極にあるものである。依頼者のための最善の弁護を徹底して追求するが、依頼者の不正には断固として反対して翻意を促すことこそが依頼者に対する誠実義務だという考え方に立つ。しかし、最終的な決定権限は依頼者本人にあるから、本人が決断した以上は、対外的な訴訟行為において、弁護人の行為が禁止されていない限り、依頼者の意思決定に従わざるをえないという立場である。したがって、イメージとしては、むしろ「忠実な執事」に近い。私は、昨（2012）年、リチャード・ズイトリンの著作の翻訳書『アメリカの危ないロイヤーたち——弁護士の道徳指針』⁷を公刊したが、このリチャードもフリードマンの熱烈な信奉者

である。彼はフリードマンの著作⁸をボロボロになるまで読んだという。そして、ニューヨークを訪れてはフリードマンと定期的に会食をすることを自慢げに話していた。翻訳書の中にフリードマンの見解がしばしば登場し⁹、通奏低音のようにフリードマンが依拠する当事者主義の原理と憲法論が一貫して流れているのは、こうした背景事情による。実は、私自身、フリードマンと会食をしたのはこれが2回目である。最初の機会は、2005年9月、オクラホマ・シティ大学ロースクール100周年記念シンポジウム¹⁰のときに訪れた。ランチスピーチを終えた彼の隣で昼食をとりながら対話をしたのが最初である。その際、頂戴した署名入りの彼の本は私の宝物のひとつになっている。

こう書いても、読者はモンロー・フリードマンとは誰なのかわからないかもしれない。では、「フリードマンの3つの難問」という言葉を聞いたことはあるだろうか? 「それって何?」という声が聞こえてきそうである。フリードマンの偉大さを知ってもらうには、やはり、彼の議論を知っていただくことが一番のようである。

フリードマンの3つの難問 (The Three Hardest Questions)

刑事弁護人が直面するフリードマンの「3つの難問」とは以下の問いである。

第1問：偽証することがわかっている被告人を証言台に立たせるべきか?¹¹

第2問：真実を語っているとわかっている検察側証人を、陪審員にその証人が誤解しているか嘘を言っているかのように思わせるために、反対尋問すべきか?

第3問：ある法的助言が依頼者の偽証を誘発するかもしれない場合、依頼者にその法的助言をすべきか?

この問いは1966年にフリードマンが弁護士グループに講演した際に初めて登場し、この講演の論文がミシガン・ロー・レビュー¹²に掲載された。そして、この論文が刑事訴訟に関するケースブックに収録されて、法学教育の場で「倫理」がにわかに注目されることになった。当時、ロースクールでも実務でも、刑事弁護に付随する倫理的諸問題が公然と議論され、共通するジレンマの解決策が模索されることはなかつ

たので、この問題提起とフリードマンの議論は大きな反響を呼ぶことになった。今日では、アメリカでも日本でもロースクールのケースブックに倫理問題が事例として掲載されることは珍しくないが、この教育手法の起源は1966年のフリードマンの「3つの難問」に遡るのである。また、内容も極めて衝撃的であり、「倫理の分野でアメリカの法曹界に最も大きな影響を及ぼした2つの出来事を挙げるとすれば、1974年のウォーターゲイト事件¹³と1966年のモンロー・フリードマンの論文だろう。ウォーターゲイト事件は有名だが、フリードマンの論文ほどには重要ではない¹⁴と評されるほどである。

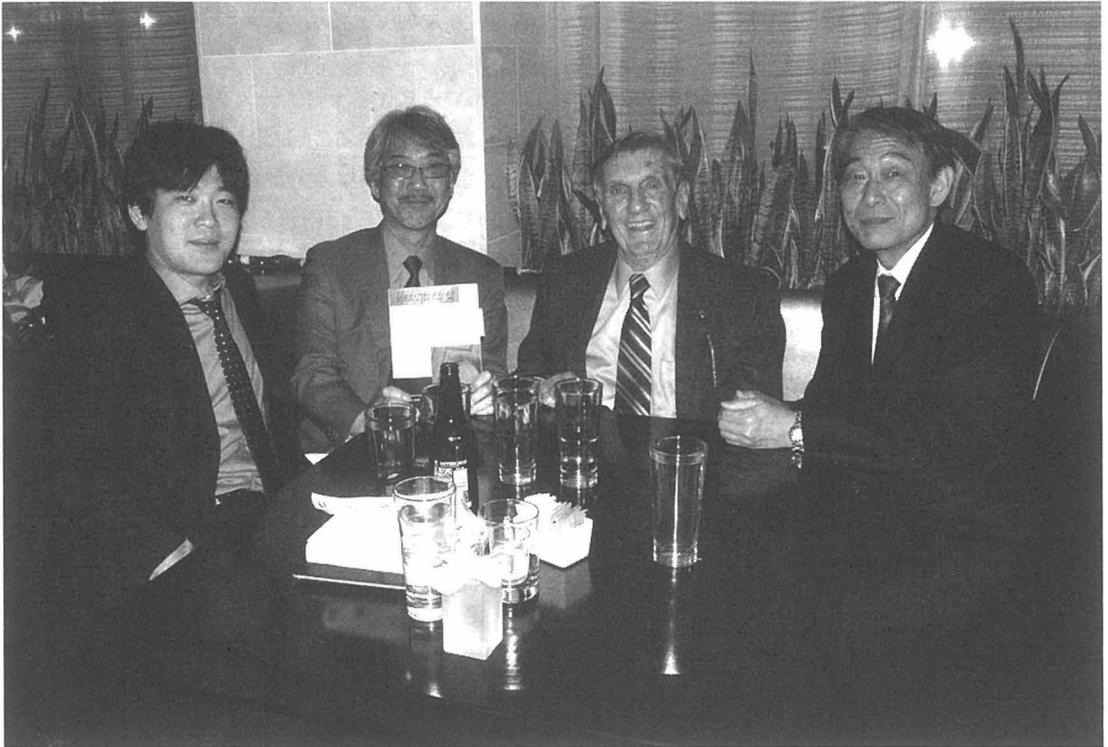
では、フリードマンは「3つの難問」をどのように論じたのか?

第1問について、フリードマンは、「偽証をしないように被告人を説得すべきであるが、最終的に、被告人が証人となる選択をして真実と異なる証言をするというのであれば、その決定に従うべきである」と結論づけた。なぜなら、「弁護人がそうしないことは被告人に対する守秘義務に違反し、それはひいては弁護士に対し被告人がすべての情報を提供しなくなる結果をもたらすからである」と論じた。

この結論に対し、多くの論者は反対し、①辞任する、②証言台に立たせるが弁護人は何も質問しない、③裁判所に偽証を告げるなどさまざまな「代案」が提示された。ABAモデルルール3.3(a)(3)は、③の立場に立って、弁護士は偽証の証言を虚偽と知りながら使用することを禁止したのみならず、偽証の事実を裁判所に開示することを求めた。つまり、依頼者に対する守秘義務よりも裁判所に対する忠実義務を優位に置いたのである。

当時、フリードマンの言説に最も激怒したのは、後にニクソン大統領からアメリカ合衆国連邦最高裁判所長官に指名されることになる保守派のウォレン・バーガー連邦判事であった。彼は、他の連邦判事と組んで、単にフリードマンが上記の講義をしたことを理由にフリードマンを教授職から追放し、法曹資格を剥奪しようとして懲戒請求までしたのだった。フリードマンがこの脅しに屈しなかったのはいうまでもない。

フリードマンが提起した問題には、刑事訴訟において最終的な意思決定権者は誰なのか(Who is a master?)、また、弁護人が偽証を「知っている



モンロー・フリードマン教授との会食 (2013年2月20日)

(know)」とはどういうことなのかという重要な論点が含まれていた。それは今日にまで至る論争点であり、未だに決着をみていない¹⁵。フリードマンは弁護人が虚偽を「認識」して初めて倫理的な規範に直面すると考え、これは判例および法曹界に広く受け入れられた。その結果、ABAモデルルールはフリードマンの結論を否定したように見えるが、多くの刑事弁護人は依頼者に対する守秘義務の重要性を認識していたので、④あえて、すべての事実を知ろうとはせず (selective ignorance)、虚偽か否かの判断については自らを不確実な状態に置くことにより、被告人を証言台に立たせたうえで淡々と尋問をし、裁判所に対する偽証の告発義務を回避するという方法をとるに至った。つまり、刑事弁護の実務は、フリードマンの結論を支持したのである。

その後、ABAモデルルール3.3(a)(3)は、基本的な枠組みは維持しながらも、弁護人において、被告人が偽証をするだろうと信じている (believe) 段階では、被告人が証言台に立つことを阻止してはならないという例外を認めるに至った。被告人自身が証人となることができる憲法上の権利を重視したからであ

り、フリードマンの考えを追認したともいえる。このように、フリードマンの考えは革新的なもので、発表当初は法曹界に受け入れられないが、後に理解されて受け入れられることが多い。それゆえ、彼は時代に先駆ける「預言者」に擬せられている¹⁶。

第2問について、フリードマンは結論として、弁護人は真実を語っていると思う敵性証人を反対尋問で弾劾すべきであると述べる。モデルルールの見解もこれと一致している。だが、その結論に至る過程には深い苦悩が刻まれている。フリードマンは、「倫理規則が、一方で、偽証された証言の利用を禁止しながら、他方で、真実を語る証人の反対尋問を許容——要求さえ——している」ことにつき、「偽証以上に反対尋問のほうが悪質である」と考える。いずれも、事実認定者を誤らせる企てであるが、「偽証の場合は、弁護人は非誘導的な質問をするだけであるのに対し、反対尋問の場合は、プロとしての訓練と技術を用いて、直接的に証人の苦難に加担しているからである」と。要するに、「検察側の主張の真実を吟味する」という大義の下で、弁護人は陪審員に対して、そして社会に対して最も悪質な嘘を言っているという

わけである。しかし、フリードマンは、当事者主義の使徒として、最終的には、被告人の憲法上の権利から帰結される弁護人の役割を肯定する。つまり、被告人には弁護人の援助(効果的な弁護)を受ける権利があり、無辜の不処罰のためには、弁護人が真実と考えているか、または真実と知っているかにかかわらずなく、弁護人は、検察官の有罪の主張は誤っているという前提に立って国家に犯罪の証明を要求する役割が課せられているからである。

第3問について、フリードマンは次のような設例を提示する。死刑求刑がありうる殺人事件で被告人は正当防衛を主張している。弁護人の「ナイフをどういう時に持っていたのか?」という質問に対し、依頼者は「どうしてそんなことを聞くのか?」と尋ねた。さて、弁護人はどうするか?—モデルルールは、ある行為の法的側面を分析した結果を説明することと犯罪または欺罔行為に利用されるかもしれない方法を教えることは決定的に違うという。しかし、意味論上の区別は可能であっても、実際の弁護実務では、適法な助言と欺罔行為の幫助になりかねない行為を区別するのは無理である。フリードマンは、最終的な決定権者は弁護人ではなく依頼者であるという立場から、弁護人は、依頼者の問いに対し、「正直に答えよ」という。すなわち、「そのナイフをいつも持っていたなら、ナイフの所持は通常の状態であったことを示すが、その日に限って持っていたならば、殺意を示すことになるかもしれない」と。依頼者の自由にしていたならば、依頼者は質問の重要性を理解しなかったかもしれない。「正しい」答えは何かと推量して間違った答えをしたかもしれない。弁護人が質問の重要性を助言することは、依頼者の嘘を手助けすることではなく、依頼者の知る権利に応えることなのだ。要するに、被告人が偽証するか否かは本人の自己決定の問題なので、弁護人がそれを付度して助言をためらうことのほうが当事者主義の下にある弁護人の役割に合致していないと考えるのである。

法曹倫理と憲法上の権利

モンロー・フリードマンは、法曹倫理のルーツが権利章典に根差していることを最初に指摘¹⁷した法学者である。そして、3つの難問の議論に見られたよう

に、法曹としての職業倫理と人間としての倫理(良識)とのジレンマの狭間で彼の結論を導く決定的な根拠となっているのが、当事者主義の原理と憲法上の権利¹⁸である。

翻って、わが国の法曹倫理に関する議論を振り返ってみると、憲法上の権利からジレンマを解決するというアプローチが少ないことに気がつく。今回の検察官倫理(ちなみに、モデルルールに検察官の倫理規則を含めることを提案したのもフリードマンである)に関する調査のために私は1つの設例を持参していた。

設例: 被疑者A子(42歳)は、自ら保管していた遺骨(頭蓋骨)が15年前に失踪した少年V(当時9歳)のDNA型と一致したことから、殺人容疑で警視庁に逮捕された。被疑者A子は、逮捕・勾留中に警察官および検察官から執拗にVの殺人につき厳しい取調べを受けていたが、一切の質問に黙秘していた。

捜査担当の検察官Pは、被疑者A子が少年Vを殺した犯人であると確信していたが、A子の自白が得られないままでは、証拠上、殺人罪での起訴は難しいと考えていた。そこで、A子の娘B(17歳)の所在先を訪ね、Bに対し、次のように依頼した。「お母さんが何も話さなくても、今の証拠だけでお母さんの有罪は動かない。黙秘したまま有罪ならば、お母さんは悔やむだろうし、仮に無罪になっても、一生、お母さんは苦しむことになるだろう。私は、真実をありのまま話すことが重い十字架を背負わなくて済む最良の方法だと思う。だから、あなたからお母さんに本当のことを話そうように説得してもらいたい」。娘Bは、検察官Pの言うことは「そのとおりだ」と思い、自ら、留置場を訪ねて、母A子に対し「お母さん、本当のことを話して」と頼んだ。検察官Pの行為は、倫理的に問題があるか?

この問題は一橋大学法科大学院2年生の「法曹倫理I」の期末試験問題の一部¹⁹であり、素材は、城丸君事件²⁰である。

訪問先の連邦検察官もニューヨーク州の地区検察官も、こぞって、「倫理的に問題がある(unethical)」という回答であったが、その理由は被告人の憲法

上の権利である弁護人の援助を受ける権利を侵害するからというものであった。アメリカの検察官も捜査機関であると同時に「正義の代理人 (Minister of Justice)」であるので、憲法上の権利を尊重し、憲法上の権利に由来する検察官の義務に従うというのである。もちろん、倫理規則にも弁護人がついていない者との接触を禁ずる規定 (non-contact rule) があるが、これを超えた憲法上の権利のほうを倫理規範とみているわけである。これに対し、法科大学院生の「解答」というと、「倫理的に問題がない」が20名 (24.4%)、「倫理的に問題がある」が62名 (75.6%) であり、後者のうち、「未成年である娘を利用する手法に問題はないが、証拠評価について虚偽を述べた点で問題がある」が40名 (48.8%)、「未成年である娘を利用した手法も証拠評価の虚偽もともに問題がある」が22名 (26.8%) となった。つまり、4人に1人は、憲法上の権利 (黙秘権および弁護人の援助を受ける権利) があるにもかかわらず、検察官の捜査機関としての性格のほうが「公益の代表者」よりも優越すると考えており、ほぼ半数が、検察官の「公益の代表者」を強調しながら、第三者を介在させる捜査手法が被告人の憲法上の権利侵害になる可能性を否定しているのである。解答が分岐する理由を質問された私は、実体的真実主義を重視する日本の刑事司法と自白中心の捜査実務という背景事情を説明したが、やはり、法曹倫理の問題を議論するにあたって、アメリカのように憲法上の権利から考えるという発想に乏しく、私自身の教育の仕方に問題があったといわざるをえなかった。

法曹倫理の議論が憲法上の権利から展開されてこなかったことは日米の判例の対比をみてもわかる。アメリカの判例は、被告人の憲法上の権利である「有効な弁護」を受ける権利の観点から、十分な弁護を受けられなかった被告人を救済する方向で弁護人の義務違反を論じてきた。これに対し、弁護人の義務違反に言及したわが国の判例²¹は、裁判所の観点からみた弁護人のあるべき姿を論じ、被告人の目からみた「弁護の有効性」ではなく、専ら裁判所の目からみた「弁護の相当性」の議論に終始し、その義務違反の効果を被告人の不利益に転嫁していたからである。ここには、被告人の憲法上の権利である「有効な弁護」を受ける権利の保障という観点が欠落し

ていた。最近になって、ようやく、弁護人の誠実義務違反が被告人の憲法上の権利 (弁護人の援助を受ける権利) を侵害し、それを放置した裁判所に訴訟手続の法令違背が生ずることを正面から認めた判決²²が出た。弁護人の被告人に対する義務違反行為が裁判所の帰責事由に転換されるのは、憲法上の権利である「有効な弁護を受ける権利」の保障が国家 (裁判所) の義務でもあるからである。これでやっと、わが国でも、弁護人の誠実義務論の上位概念として憲法上の権利があることが認知されるに至ったといえるのかもしれない。

こうしてみると、当事者主義の訴訟構造の下、法曹三者の役割の違いはあっても、憲法上の権利こそが法曹倫理を論ずる際の「共通の鍵」であることがわかる。私自身の反省も含めて、法曹倫理教育の場において、法曹の職業倫理と人間としての倫理 (良識) のジレンマの解消につき、「正解はない」にせよ、憲法上の権利からの解決策がひとつの「スマートな解」であることを認識すべきであるように思われる。フリードマンに学ぶ法曹倫理教育とは憲法上の権利を確認することにあるということである。

法曹倫理に関する歴史そのものを体現したような『伝説の人』モンロー・フリードマンとの会食はあつという間に終わった。彼は、今 (2013) 年の10月にホフストラ大学ロースクールで2つの重要なシンポジウムが開催されることを教えてくれた。1つは、ABAの死刑弁護のガイドライン²³の制定10周年を記念して開催される死刑弁護のあり方をめぐるシンポジウムであり、もう1つは、O.J. シンプソン事件の弁護人アラン・ダーショヴィッツやオクラホマ・シティ連邦政府ビル爆破事件のテリー・ニコルスを弁護したマイケル・タイガーなどアメリカを代表する第一級の刑事弁護人が一堂に会して、「どうやって、あんな奴らの弁護をするのか (How can the lawyer represent those people?)」を語るシンポジウムである。フリードマン教授と彼のマンションの入口の前で別れを告げるとき、思わず、「10月にまたお会いしましょう」という言葉が口をついて出た。もう行くしかない。私の手帳には、すでに、2つのシンポジウムの開催日が記入されている。

1 Monroe H. Freedman。前ホフストラ大学ロースクール (the Maurice A. Deane School of Law at Hofstra University) の院長であり、今日のアメリカ合衆国の法曹倫理教育の草分け的存在である。

2 両弁護士は、日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著『解説「弁護士職務基本規程」〔第2版〕』(日本弁護士連合会、2012年)を執筆した同委員会・弁護士職務基本規程解説書改訂チームのメンバーである。

3 3.8(8)は、検察官が有罪判決確定後に無罪証拠を発見した場合の証拠開示義務を定め、(h)は、検察官が有罪判決の是正措置をとる義務を定める。

4 今回の訪問調査は、平成24年度文部科学省概算要求特別経費プロジェクト『法曹を中心とする職業倫理教育の開発』と株式会社法学館寄附金プロジェクト『裁判官及び検察官の倫理教育の開発』の一環として行われたものである。

5 Bruce A. Green。フォーダム大学ロースクール (the School of Law at Fordham University) の法曹倫理の教授であり、ニューヨーク南部地区連邦検察官を務めたあと、アメリカ合衆国連邦最高裁判所判事サージェント・マーシャル裁判官のロークラークを務めた経歴を持つ。

6 誠実義務純化論。弁護士の役割の二面性(司法機関性と代理人性)に起因する裁判所に対する真実義務と依頼者に対する誠実義務の衝突という考え方を否定して、弁護人には依頼者に対する誠実義務しかないことを主張する立場。

7 Richard Zitrin and Carol M. Langford, “The Moral Compass of the American Lawyer: Truth, Justice, Power, and Greed” (1999)、訳書『アメリカの危ないロイヤーたち——弁護士の道徳指針』(現代人文社、2012年)。

8 Monroe Freedman, *Lawyers' Ethics in an Adversary System*(1975)。フリードマンは、この著作によりABAから最も難しい倫理的諸問題を論じた特筆すべき功績を称える Gavel Award 表彰を受賞している。

9 前掲注7の原著裏表紙にはモンロー・フリードマンの推薦文が掲載されている。

10 同シンポジウム『法律家の将来をどうみるか』の報告につき、拙稿「変容する弁護士像——オクラホマ・シティ大学ロースクール100周年記念講演会」本誌46号(2006年)164頁。

11 アメリカでは、被告人の証人適格を認めており、被告人は黙秘権を放棄して、反対尋問に晒されることを覚悟の上で、宣誓して自らが証人として証言台に立つことが認められている。わが国では被告人質問はあるが、被告人自身の証人適格を認めていない。

12 Monroe Freedman, *The Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions*, 64 Mich. L. Rev., 1469(1966)。

13 1972年、ウォーターゲイトビル民主党全国委員会本部に盗聴装置設置のために侵入した共和党筋の人間が逮捕されたことを発端とする、ニクソン政権の犯罪が絡んだ米国史上最大のスキャンダルで、1974年、ニクソン大統領が辞任した。ウォーターゲイト事件に司法長官ジョン・ミッチェルをはじめと

する数多くの法律家が関与していたことから、この事件を契機に、アメリカのロースクールでは、法曹倫理科目が必修化された。

14 ホフストラ大学ロースクールのフリードマン教授の人物紹介に引用されているWilliam Simon教授の叙述(27 Hofstra L. Rev., 1(1998))。

15 最二判平22・11・29刑集59巻9号1847頁の上田豊三裁判官の補足意見は、第一次的決定権は「辩护人」にあるとするが、被告人こそが訴訟主体であり、被告人の自己防御権が基本であることを考慮すれば、第一次的決定権は「依頼者本人」にあるというべきである。拙稿「辩护人の義務」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』(有斐閣、2011年)118頁。

16 Ralph J. Temple, “Monroe Freedman and Legal Ethics: A Prophet in His Own Time”, the *Journal of the Legal Profession*, Vol.13, pp.233-239(1988)。

17 Monroe Freedman, *The Kutak Model Rules Versus the American Lawyer's Code of Conduct*, 26 Vill. L. Rev., 1165(1981)。

18 フリードマンは、合衆国憲法修正第1条を根拠に、弁護士の広告を禁じている倫理規則は違憲であることを主張した最初の法学者でもある。彼は、商業広告の自由の観点からではなく、法的助言を最も必要とする社会的弱者に対する情報遮断の効果を問題にした。

19 もう1問は、被疑者Aから少年Vの殺人の真相を聞かされた弁護人が、状況証拠からは殺意が認定できないと考えて被疑者Aに黙秘を勧めた場合、弁護人は倫理規則に違反するかという問いである。この問題につき、拙稿「黙秘権を勧めることは『不適切』弁護か?」本誌38号(2004年)20頁参照。

20 札幌地判平13・5・30判タ1068号277頁、札幌高判平14・3・19判タ1095号287頁、『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』136頁。

21 たとえば、東京地判平6・12・16判時1562号153頁以下の当番弁護士に関する記載、浦和地越谷支判平9・1・21判時1599号155頁、浦和地判平9・8・19判時1624号152頁など。村井敏邦「刑事弁護の有効性、相当性——三つの事例を素材にして」竹澤哲夫古稀『誤判の防止と救済』(現代人文社、1998年)93頁。

22 東京高判平23・4・12(公刊物未登載)、拙稿「刑事裁判例批評(220)」*刑事法ジャーナル*35号(2013年)152頁。

23 ABA *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*, Revised Edition(2003)。

