

刑事弁護の拡大と高度化

——その現状と改革課題——

葛 野 尋 之

1 考察対象と視点

刑事訴訟法について、とくにこの30数年間の変化を回顧し、その将来を展望しようとするとき、刑事弁護に注目することが不可欠であろう。1980年代中期に「かなり絶望的」とまでに評された刑事手続の状況¹⁾は、刑事弁護の沈滞を伴っていた²⁾。そこから現在に至る刑事手続の大きな変化は、刑事弁護の量的な拡大と質的な高度化³⁾を重要な要素としており、むしろ

*私は、本稿の内容に関連するものとして、日本刑法学会第100回大会第2分科会「刑事訴訟法の回顧と展望」（2022年5月21日・関西学院大学）において報告「『刑事弁護』の回顧と展望」を行い、同報告を再現したものとして、葛野尋之「『刑事弁護』分野の回顧と展望」刑法雑誌62巻3号（2023年）を発表した。本稿は、同報告において十分論じることのできなかった事項をより詳しく論じ、また、触れなかった問題を検討するなどした別稿である。

- 1) 平野龍一「現行刑事訴訟の診断」『団藤重光博士古稀祝賀論文集（第4巻）』（有斐閣、1985年）407頁。
- 2) デイビッド・T・ジョンソン（大久保保光ほか訳）『アメリカ人のみた日本の検察制度』（シュプリンガー・フェアラーク東京、2004年、原書2002年）92頁。
- 3) ここにいう「高度化」とは、被疑者・被告人の権利・利益を擁護し、その防御権を実効化するために誠実でないし熱心に活動する弁護の実践を意味する。「熱心弁護（zealous advocacy）」の現状について、宮澤節生ほか「（ミニ・シンポジウム）刑事弁護の高度化に関する予備的検討」青山法務研究論集18号（2019年）、同「連載・刑事弁護の変化と課題」季刊刑事弁護102～104号（2020年）参照。また、「熱心弁護」の理念と実践例について、大阪パブリック法律事務所『熱心弁護の精神と実践』（2023年5月）参照。

刑事弁護の拡大・高度化こそが、被疑者・被告人の防御権の実効化を通じて、刑事手続を変化させる力となってきたからである⁴⁾。公判整理手続および裁判員制度に続く、証拠開示、被疑者取調べの録音・録画など、近年の手続改革の帰趨は、刑事弁護のあり方いかんによとも指摘されている⁵⁾。

刑事弁護の回顧と展望については、様々な視点から行うことが可能であろう。ここにおいて、本稿は、被疑者・被告人に対する弁護人の効果的な援助を受ける権利（以下、「効果的な弁護を受ける権利」ともいう）の実質化という視点から、それを行うこととする。憲法・刑事訴訟法は、被疑者・被告人を防御の主体として位置づけ、防御権ないし自己弁護権を保障したうえで、弁護人の援助を受ける権利を保障している。このような権利保障の構造からすると、弁護人の援助は、被疑者・被告人の防御主体としての地位を実質化し、その防御権を実効化するための、この意味における効果的な援助でなければならない⁶⁾。そのことは、市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下、国際自由権規約）14 条 3 項 (b) が、刑事手続においてすべての者は「防御の準備のために十分な時間及び便益を与えられ並びに自ら選任する弁護人と連絡する」権利を保障され、同規定 (d) が、「直接に又は自ら選任する弁護人を通じて、防御する」権利を保障される旨規定

4) 日本国憲法下における刑事弁護の展開を刑事手続、さらには司法全体の状況との関連において分析したものとして、大出良知『刑事弁護の展開と刑事訴訟』（現代人文社、2019 年）参照。刑事弁護の展開についてほかに、上田國廣「刑事弁護の形骸化とその克服への努力」『美奈川成章先生・上田國廣先生古稀祝賀記念論文集』（現代人文社、2016 年）、浦功ほか「座談会・日本の刑事弁護の到達点と課題」浦功編『新時代の刑事弁護』（成文堂、2017 年）、季刊刑事弁護 100 号（2019 年）所収の諸論攷・座談会参照。

5) 三井誠「鍵は刑事弁護」論究ジュリスト 12 号（2015 年）110 頁。

6) 村井敏邦「刑事弁護の有効性、相当性」『竹澤哲夫先生古稀祝賀記念論文集』（現代人文社、1998 年）112 頁、佐藤博史『刑事弁護の技術と倫理』（有斐閣、2007 年）20 頁、憲法 37 条 3 項について、田宮裕「弁護権の実質的な保障」北大法学論集 16 巻 2=3 号（1965 年）292 頁、田鎖麻衣子「弁護人の効果的な援助を受ける権利」一橋法学 16 巻 2 号（2017 年）335 頁、憲法 34 条の保障する権利の意味について、最大判平 11・3・24 民集 53 巻 3 号 514 頁参照。

していることに現れている。「弁護士の役割に関する基本原則」（1990年国連犯罪防止・犯罪者処遇会議決議）においては、より端的に、「全ての人は、自己の権利を保護、確立し、刑事手続のあらゆる段階で自己を防御するために、自ら選任した弁護士の援助を受ける権利を有する」（原則1）と規定されている。弁護人の効果的な援助を受ける権利の実質化という視点を設定したのは、それゆえである。

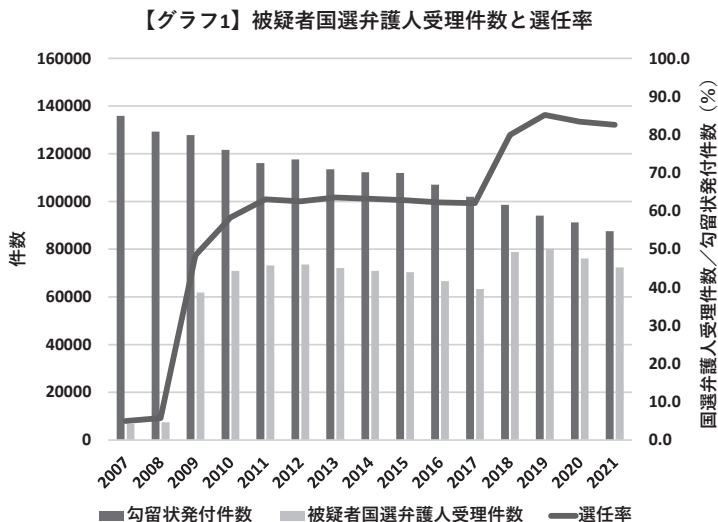
2 総括的評価

(1) 弁護人の効果的な援助を受ける権利の実質化

総じてみれば、1980年代後期以降、刑事弁護の拡大・高度化を通じて、被疑者・被告人の弁護人の効果的な援助を受ける権利は実質化の方向に前進を遂げた。

被疑者弁護の貧困に対処するために、1990年、弁護士会がボランティアとしての当番弁護士制度を開始し、92年には全国実施に至った。同制度の実績を踏まえて、世紀転換期の司法制度改革において、被疑者国選弁護制度の導入が決まり、具体化された。2004年刑訴法改正により同制度が導入され、その後、2009年、18年の選任対象の拡大を経て、現在、勾留された被疑者の事件すべてが選任対象とされている。2020年、請求による勾留状発付人員の83.4%にあたる被疑者について国選弁護人が選任されていた。私選弁護人の選任を合わせると、勾留された被疑者の90%程度が実際に弁護人の援助を受けていることになる（グラフ1参照）。1990年以前の状況からすると、劇的ともいえる変化である。

他方、被疑者弁護の拡大、公判前整理手続と裁判員制度の始動によって、刑事弁護はいっそうの高度化を迫られることとなった。刑事弁護は、捜査と公判を通じての一貫した弁護体制を構築し、日本司法支援センター（法テラス）のスタッフ弁護士、都市型公設事務所、刑事専門弁護士らの先端的な実践に牽引されつつ専門性を高め、また、弁護士会の組織的対応を強化し、専門的研修を拡充させるなどして、質的な高度化を進めてきたといっ



出典：各年の『司法統計年報（刑事編）』による。

てよい⁷⁾。法科大学院における弁護実務の基礎教育の広がり、司法研修所における刑事弁護修習の強化も、これに寄与している。

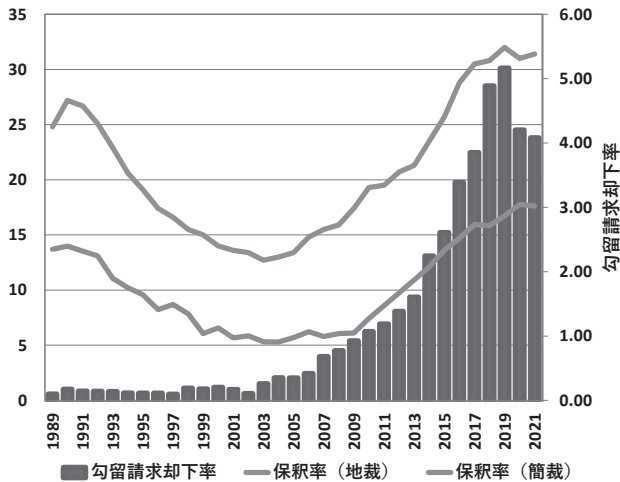
(2) 刑事手続改革と刑事弁護

刑事手続の改革が、刑事弁護の拡大・高度化につながるというだけでなく、刑事弁護の拡大・高度化によって、刑事手続がその原則を実質化し、被疑者・被告人の防御権を実効化する方向に変化したことも確かであろう。

被疑者取調べとの関係において、刑事弁護の拡大・高度化は、被疑者との接見による取調べ状況の把握、それに基づく捜査機関への要望・働き掛けなどを通じて、その適正さを保障する機能を果たす。録音・録画の制度化についても、弁護士会の組織的運動が、その実現に対して重要な役割を

7) 刑事弁護の担い手の拡大、弁護人の「質」の確保などにおける弁護士会の取り組みを含め、菅野亮「刑事弁護人の育成、弁護体制の整備—弁護士会の取り組みと課題」法律時報 93 巻 10 号 (2021 年) 参照。

【グラフ2】 勾留請求却下率と保釈率の推移



出典：各年の『司法統計年報（刑事編）』による。

担った。勾留請求却下率の上昇、保釈率の上昇など、近年、身体拘束の厳格化の傾向がみられるところ、これに対しても刑事弁護の拡大・高度化、とりわけ捜査初期段階からの身体不拘束に向けた積極的な弁護が寄与しているといえよう（グラフ2参照）。

視点をさらに広げるならば、弁護人の効果的な援助を通じて被疑者・被告人の防御権が実効化されることは、両当事者の武器対等による当事者主義の実質化をもたらす。当事者主義の実質化は、被告人側からの必要な証拠提出とともに、検察官請求証拠の効果的な弾劾によって、裁判所に対して多角的視点に立った証拠評価を促す。もって裁判所がトンネル・ビジョンに陥り、あるいは確証バイアスに囚われることを防止し、それらを解消することとなろう。こうして、刑事訴訟の目的たる正確な事実認定（刑訴1条）に寄与することにもなる⁸⁾。

8) 葛野尋之「刑事手続における通信秘密の保護—弁護人の効果的援助の保障と正確な事実認定」一橋法学 20 巻 3 号（2021 年）1266 頁。

また、とくに裁判員裁判においては、供述調書の使用が抑制され、直接主義・口頭主義に立った公判審理が再生することにより、捜査と公判の分離を核心とする公判中心主義の実質化が進んでいるところ⁹⁾、ここにおいても、捜査と公判を通じての弁護の高度化が重要な役割を担っている。

(3) 矛盾と限界

以上のように、刑事弁護の拡大・高度化によって、被疑者・被告人に対する効果的な弁護を受ける権利の保障は実質化を深めてきた。また、当事者主義、公判中心主義など、刑事手続の原則が具体化し、被疑者・被告人の防御主体としての地位が強化されてきた。これらのことは確かである。しかし、刑事弁護が拡大し高度化するにつれて、それと現在の法および実務とのあいだの矛盾も顕在化してきている。この矛盾は、被疑者・被告人の防御権の実効化において、刑事弁護がその真価を最大限に発揮することを妨げる。

また、刑事弁護それ自体においても、逮捕段階での公的弁護制度の不在、弁護の質の確保、効果的な弁護を受ける権利の侵害の救済などの点において、なお制度的・手続的な限界が残存している。

このような矛盾・限界は、必然的に、被疑者・被告人に対する効果的な弁護を受ける権利の保障を限定することになる。同権利の保障をさらに実質化し、もって被疑者・被告人の防御権を実効化するためには、克服すべき課題なのである。この点については後述する。

3 重要領域における法と実務の展開

(1) 被疑者取調べ

いくつかの重要領域における法と実務の展開について指摘する。

当番弁護士制度および被疑者国選弁護制度を通じて、被疑者の弁護人選

9) 葛野尋之＝王雲海編著『刑事訴訟における公判中心主義—日本と中国』(成文堂、2022 年) 参照。

任が劇的に拡大したことは上記のとおりである。

弁護の高度化についても触れたが、従前に増して頻繁な接見、捜査機関内部のガイドライン遵守の要求、義務化対象外の事件における取調べの録音・録画の要求、在宅事件を含む取調べ立会の要求、さらには「原則黙秘」の弁護方針の広がりなどを通じて、被疑者取調べは、適正さを強める方向へと変化をみせている¹⁰⁾。

（2）接見交通権

身体を拘束された被疑者・被告人が弁護人の効果的な援助を具体的に受けようとするとき、最も重要な手段となるのが接見交通である。接見内容の秘密性の保障、接見に際しての弁護人の電子機器の使用などをめぐって、なおも実務上の争いが続いているものの、接見機会の保障については、顕著な前進がみられる¹¹⁾。自由な接見機会の保障は、効果的な弁護を受ける権利の実質化に強く寄与するものである。

現行刑訴法制定時から、捜査・訴追機関のなかには、自由な接見交通が捜査・取調べの強い妨げになるとの意見が強くあった。この意見に応じて設けられた接見指定制度（刑訴 39 条 3 項）の運用においては、一般的指定制度がとられ、指定要件たる「捜査のため（の）必要」は罪証隠滅の可能性、取調べ・供述獲得の困難を含む捜査全般の必要性を意味するという理解のもとで、具体的指定が接見要求から相当時間経過後に発せられ、回数・時間が厳しく制限されていた。接見交通権は、捜査・取調べ権限に対して圧倒的な劣位におかれていた。

1960 年代中期より、弁護人が接見指定の適法性を争う準抗告が広がった。1970 年代に入り、各地で相次いで、接見指定の違法を主張する国家賠

10) 浦崎「取調べの可視化と黙秘権—新時代の刑事弁護の展望」同・註 4 書、小坂井久「可視化時代の刑事弁護」・秋田真志「弁護人立会権の実践と展望」佐藤博史責任編集『捜査と弁護』（岩波書店、2017 年）など参照。

11) 葛野尋之＝石田倫識編著『接見交通権の理論と実務』（現代人文社、2018 年）参照。

償訴訟が提起され、弁護士会がこれを組織的に支援した。このなかで、1970 年代後期より、一連の最高裁判決によって、「捜査のため (の) 必要」とは、被疑者を現に取調べ中である、確実に間近な取調べ予定があるなど、接見を認めることにより捜査に対して顕著な支障が生じる場合を意味するものとされ、指定にあたっては弁護人との協議のうえ、速やかな接見の機会を設定すべきものとされた¹²⁾。もっとも、この最高裁判例の立場においても、被疑者の取調べの最中に接見要求があった場合など、接見交通権の行使と捜査・取調べ権限の発動とが現実には拮抗し、両者間の「調整」が実際に必要とされる場面では、前者に対し後者がなお優位におかれている。

日弁連と法務省との協議を踏まえ、1988 年、一般的指定制度は廃止され、接見指定における時期・回数・時間の制限も大幅に緩和された。その後、最高検察庁、警察庁の各 2008 年通達を通じて、「現に取調べの場合であっても、できる限り早期に接見の機会を与えるように」すべきとされた。被疑者弁護の拡大に伴い、接見要求が現実には増加するなかで、現在、接見指定による接見機会の制限をめぐる争いはみられなくなった。

(3) 公判弁護の高度化

近年の手続改革は、刑事手続の複雑性を高め、刑事弁護に対していっそう高度な専門性を要求するものであった。このような手続環境の変化のなかで、公判前整理手続および裁判員裁判の開始などに伴い、公判弁護も顕著な高度化をみせた。これは、直接主義・口頭主義に立った公判中心主義の実質化と公判手続における当事者対等の具体化につながるものである。

公判前整理手続における証拠開示制度の導入とその拡充、あるいは検察官による任意開示の広がりを通じて¹³⁾、弁護人は、公判前に、限界を残し

12) 最大判平 11・3・24 民集 53 卷 3 号 514 頁。ここに至る経緯について、赤松 範夫「接見妨害を争う国賠訴訟の到達点」葛野＝石田・註 11 書参照。

13) この背後には、証拠開示の拡大に積極的姿勢を示した一連の最高裁判例があるろう。

つつも証拠の全体像を把握し、それを踏まえた十分な防御準備によってケース・セオリーを構築したうえで、公判においては、ケース・セオリーに基づきより効果的な主張・立証および弁論を行うことが可能となった。また、裁判所が、罪責認定、量刑のいずれについても、当事者の主張・立証に基づき判断を行うという姿勢をいっそう強めるなかで、裁判員裁判の経験を通じて、多くの弁護人が、公判における尋問および弁論の技術を向上させた¹⁴⁾。

4 制度改革の課題

(1) 国の権利確保義務と制度的基盤の構築

以上のように、刑事手続が大きく変化するなかで、刑事弁護は拡大・高度化をみせており、それによって被疑者・被告人の効果的な弁護を受ける権利は実質化してきた。しかし、同権利の保障を限定するような制度的限界も残存している。

憲法・刑訴法が被疑者・被告人に対して効果的な弁護を受ける権利を保障していることからすれば、このことに対応して、国は被疑者・被告人の同権利を確保する義務を負っているというべきである¹⁵⁾。そうであるならば、国は、権利の保障を実質化するための制度的基盤を構築しなければならない¹⁶⁾。

(2) 被逮捕者および取調べを受ける在宅被疑者に対する公的弁護の保障

被疑者弁護については、逮捕段階における権利の実質化が急務である。

14) 賛田健二郎「裁判員裁判によって弁護活動に変化はあったか」一橋大学刑事法部門編・葛野尋の編集代表『裁判員裁判の現在』（現代人文社、2021年）103頁。

15) 岡田悦典「有効な弁護を受けりし権利と国家の義務」一橋論叢 118 巻 1 号（1997年）159頁、田鎖・註6論文382頁。

16) 村岡啓一「弁護の質の保証」後藤昭＝高野隆＝岡慎一編著『現代の刑事弁護 1－弁護人の役割』（第一法規、2013年）369頁。

被疑者国選弁護制度は、勾留された被疑者の事件に対象を限定している。被疑者弁護については、一般に、取調べの適正さの確保、取調べ対応に関する助言、身体拘束からの早期解放、起訴・不起訴の決定および公判のための早期の防御準備、被疑者と家族・社会との繋がり維持、などが重要な活動内容とされているところ、これらの弁護活動を通じて、被疑者が弁護人の効果的な援助を受けるためには、被疑者がそれを必要としているとき、逮捕段階、それもその初期から確実な選任が可能でなければならない。被疑者の防御権を実効化するために弁護人の効果的な援助が提供されるべき必要は、逮捕段階においてひとときわ高い。この必要は、捜査実務において、取調べ・供述採取の早期化傾向がみられる現在、いっそう高まっている。

逮捕段階における公的弁護制度の「空白」を埋めるために、弁護士会による当番弁護士制度が運用されており、近年、逮捕中の接見要求も増加し、接見後の弁護人としての受任率も高まっている（グラフ 3 参照）。しかし、逮捕段階初期に弁護人を選任したうえでその援助を実際に受けている被疑者は、依然として少数に留まっている。欧州人権裁判所のサルダズ判決¹⁷⁾を契機として、2013 年 EU 指令¹⁸⁾を経て、EU においては、各国内法により、逮捕直後からの無料弁護と取調べ開始前の接見機会の保障が確立している。

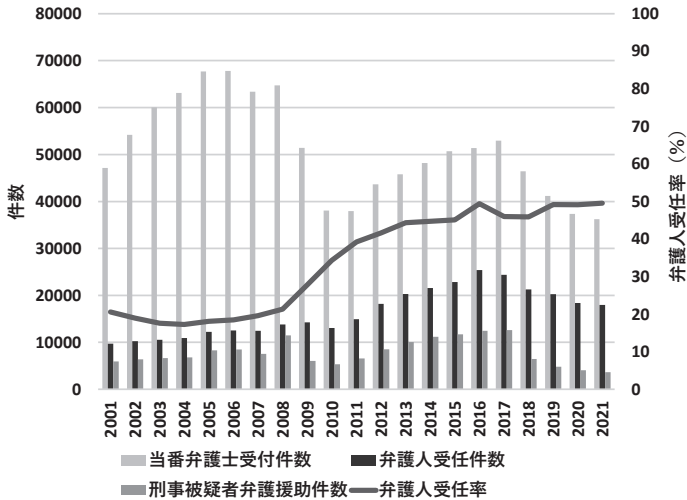
逮捕段階初期からの弁護人選任を拡大し、被逮捕者の効果的な弁護を受ける権利を実質化するためには、逮捕段階の公的弁護制度を創設する必要がある¹⁹⁾。そのことが、逮捕段階と勾留段階とを区別することなく、身体

17) Salduz v Turkey, (2008) 49 EHRR 421.

18) DIRECTIVE 2013/48/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 October 2013. この翻訳および解説として、久岡康成「EU 指令 2013 年 48 号における弁護人に対するアクセス権と第三者及び領事との連絡権」香川法学 34 巻 3・4 号 (2015 年) 参照。

19) 葛野尋之『未決拘禁法と人権』（現代人文社、2012 年）213 頁、同「被逮捕者と弁護人の援助を受ける権利」『寺崎嘉博先生古稀祝論文集（上巻）』（成文堂、2021 年）195 頁参照。

【グラフ3】 当番弁護士受付件数・受任件数・受任率
刑事被疑者弁護援助件数



出典：各年の『弁護士白書』による。

を拘束されたすべての被疑者・被告人に対して弁護人の援助を受ける権利を保障している憲法 34 条の趣旨に適うところであろう。迅速な選任を確保するために、書面またはオンラインによる選任手続をとること、逮捕段階については資力要件を課さないことなどが検討されるべきであろう。

さらに、公的弁護の保障は、逮捕・勾留された被疑者に限らず、任意の取調べを受ける在宅被疑者に対しても及ぼされるべきである。取調べがなおも重要な証拠収集手段であることからすれば、取調べを受ける在宅被疑者の防御権を実効化するために、効果的な弁護を受ける権利を実質的に保障する必要があるからである。逮捕前、長時間にわたり被疑者を取り調べて、自白ないし不利益供述を獲得するという捜査実務が広がっている現状からすると、その必要性は高い。手続初期段階における法律扶助ないし無料弁護への早期アクセスが、国際人権基準の要請するところでもある。法律扶助に関する 2016 年 EU 指令²⁰⁾においてと同様、2012 年国連総会決議

による「刑事司法制度における法律扶助へのアクセスに関する国連原則・指針」²¹⁾においては、被疑者・被告人が逮捕・拘禁されたときだけでなく、死刑または拘禁刑に相当する犯罪の被疑者・被告人であれば、逮捕・拘禁されていなくとも、刑事司法のあらゆる段階において、法律扶助にアクセスする権利を保障されている。逮捕・勾留された被疑者について取調べ受忍義務を肯定する捜査実務のなかで、受忍義務を負うことのない在宅被疑者(刑訴法 198 条 1 項但書)に対する弁護が拡大することは、とくに取調べとの関係において、被疑者弁護のいっそうの高度化を促すであろう。

弁護人の援助を必要としている被疑者が確実に選任要求をすることができするためには、選任手続の起点として、逮捕直後、あるいは在宅被疑者が取調べを受ける前に、被疑者の要求の有無にかかわらず、当番弁護士との接見機会を設ける必要があろう。被疑者は、当番弁護士から、被疑者の防御権とその実効化のための弁護人の援助を受ける権利について説明・助言を受け、当番弁護士と十分相談をしたうえで、弁護人を自ら選任するかどうか、国選弁護人の選任を請求するかどうかを判断することとなる。身体拘束という状況下において確実な選任を保障するためには、このような手

20) DIRECTIVE 2016/1919/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 October 2016.

21) United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems, Resolution Adopted by the General Assembly (A/67/458) (2013), Principle 3. 註 20 の 2016 年 EU 指令とともに、同原則・指針について、久岡康成「法律扶助 EU 指令と 2012 年国連総会決議及び法律扶助国連原則・指針」香川法学 37 巻 1=2 号 (2017 年)、岡田悦典「弁護権保障と国際人権—刑事手続における法律扶助理念の展開」法学館憲法研究所 Law Journal 25 号 (2021 年) 参照。国連薬物犯罪対策室の 2021 年解説書によれば、死刑・拘禁刑相当の犯罪についての被疑者・被告人は、逮捕・拘禁されているかどうかにかかわらず、捜査が開始されたときから、刑事司法手続の全過程において、また、これら以外の犯罪について逮捕・拘禁された被疑者・被告人は、逮捕・拘禁の時点から、いずれも資力のいかんを問わず、法律扶助にアクセスする権利を保障される (United Nations Office of Drugs and Crime, Early Access to Legal Aid in Criminal Process: A Handbook for Policymakers and Practitioners 46 [2014])。

続保障が求められる。当番弁護士の接見は公的弁護制度を支え、それを有効に機能させるために必要とされるものであるから、公的弁護制度の構成要素といえるのであって、公費により運営されるべきである。逮捕直後の接見を確保するために、警察署待機型の制度化も検討されるべきであろう。

(3) 被疑者・被告人による弁護士の指名と公的弁護制度の多元化

被疑者・被告人が効果的な弁護を受ける権利を保障されるべきとき、弁護人との信頼関係がその基礎になる。弁護人に守秘義務が課されるのも、両者のあいだに信頼関係が求められるからである²²⁾。欧州人権裁判所の判例が、公的弁護制度においても、誰を弁護人とするかについての被疑者・被告人の意見に基づいて選任すべきとしているのは、本人が指名する弁護士を選任することが、信頼関係の形成につながるからである²³⁾。イギリスのジュディケア型法律扶助は、被疑者・被告人が自ら選任した弁護人について公費を充てている。ドイツにおいては、国選制度が採用されているところ、裁判官・裁判所は被疑者・被告人の指名した弁護士を選任すべきとする原則がとられている(ドイツ刑訴 142 条 5 項)²⁴⁾。

他方、日本の国選制度においては、選任の偶然性が求められている。もちろん、指名に基づくことなく選任された場合でも、信頼関係の形成は必要とされるのであるが、信頼関係の形成にとって、被疑者・被告人の指名に基づき選任する方が有利であることは否定できないであろう。被疑者・被告人の指名に基づく選任を制度化すべきである。

また、国選制度と並行して、私選弁護人に対する法律扶助の適用も認め

22) 佐藤・註 6 書 29 頁。

23) Croissant v. Germany, Application No. 13611/88, Judgement of 25 Sept. 1992; Lagerblom v Sweden, Application No. 26891/95, Judgement of 14 Jan. 2003.

24) 辻本典央『刑事弁護の理論』(成文堂、2017 年) 233 頁、ダーヴィット・ヘルマン(加藤克佳=辻本典央訳)「国選弁護の現在」近畿大学法学 60 巻 2 号(2012 年) 58 頁参照。

られるべきであろう。当番弁護士制度に対する公費の支出を含め、公的弁護制度の多元化は、取調べを受ける在宅被疑者に対する公的弁護の保障にも役立つであろうし、被疑者・被告人に対する効果的な弁護を受ける権利の保障全体を強化することになろう。

被疑者・被告人の指名に基づく国選弁護人の選任、あるいは私選弁護人に対する法律扶助の適用は、刑事弁護における弁護士間の競争を強める可能性がある。また、刑事弁護の専門化を促すかもしれない。それらが弁護の質的な高度化につながるのであれば、否定する必要はなかろう。

(4) 身体拘束の抑制

被疑者・被告人の身体拘束は、身体的自由という重要な権利の制約にほかならず、それ自体として不利益である。加えて、心身の健康、社会生活などととも、防御準備に対しても重大な不利益をもたらす（裁量保釈の判断にあたっての考慮事項に関する刑訴 90 条参照）。無罪推定の法理（市民的及び政治的権利に関する国際規約 14 条 2 項）のもと、身体拘束は最終手段でなければならず、最大限抑制されるべきである。

そのためには、身体拘束の実体的要件たる罪証隠滅の可能性が、より厳格に解釈され認定されるべきことが指摘されてきたが、それに加え、勾留質問、保釈審査など、身体拘束に関する手続が長期の身体拘束を決定するのに相応しい手続となるよう、弁護人の効果的な援助の保障によって、被疑者・被告人の防御権を強化しなければならない。手続を対審化したうえで、身体拘束の理由・必要を基礎づける証拠への弁護人のアクセスを認め、弁護人の手続立会と意見陳述の機会を保障すべきである。裁判官・裁判所は判断を行うにあたり、必要な事実の取調べを行い、検察官、被告人・弁護人双方の意見を直接聴取すべきである²⁵⁾。

25) このような手続保障が、欧州人権裁判所の判例によって要求されているところ、日本においても、本来、自由権規約 9 条 3 項・4 項により要求されているものといえよう（葛野尋之『未決拘禁法と人権』〔現代人文社、2013 年〕43 頁）。

（5）被疑者取調べにおける黙秘権の確保

原則黙秘の弁護方針の広がり、弁護人の立会要求の高まりなどにみられるように、被疑者取調べにおいて被疑者の黙秘権を実効化するための弁護活動があらためて重視されている。欧州人権裁判所のサルダズ判決、上記2013年、2016年の各EU指令、刑事手続における情報提供を受ける権利に関する2012年EU指令²⁶⁾は、弁護人の効果的な援助を保障することにより被疑者の黙秘権を確保すべきことを要求した。これらEU指令に基づく各国内法によって、EU諸国においては、取調べに先立つ接見機会の保障、弁護人に対する被疑事実・証拠についての接見前の情報提供、取調べへの弁護人の立会と即時的援助という一連の手続保障が、すでに制度として具体化されている。日本においても、たしかに録音・録画の制度化とその実務的広がり、黙秘権の実効化に寄与するものであるが、これに加え、さらなる弁護人の援助が保障されるべきである。

第1に、取調べを受けるにあたり、被疑者が弁護人との接見を要求した場合には、取調べに先立ち接見機会を保障されるべきである。

第2に、取調べに臨むにあたり効果的な防御準備が可能となるよう、接見の前に、弁護人は捜査機関から被疑事実および嫌疑を基礎づける証拠について必要な情報の提供を受けることとすべきである。

第3に、取調べへの弁護人の立会が認められるべきである。弁護人の立会は、録音・録画によっては解消されない不可視的な供述圧力を解消・緩和するとともに、手続全体にわたる防御の観点から、被疑者が取調べにおいて、何について、いつ、どのように供述するか、しないかを決定することに対して必要な援助を、必要なときに、その場で提供しうる点において、被疑者の黙秘権を実効化するものといえよう。また、取調中、被疑者・弁

26) DIRECTIVE 2012/13/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 May 2012. これについては、久岡康成「手続的権利強化の2009年ロードマップとEU指令2012年13号・権利告知書—手続的権利保護の共通最小限基準」香川法学33巻3=4号（2014年）参照。

護人が秘密の相談を要求したときは、捜査機関は、取調べを中断して、接見機会を提供しなければならない。

逮捕・勾留された被疑者について取調べ受忍義務を肯定する捜査実務を前提にしても、弁護人の立会が権利として認められたときは、被疑者・弁護人が立会を要求した場合には、弁護人の立会なくして取調べを行うことはできないのが原則というべきである。取調べの「真相解明」機能を低下させるとして、弁護人の立会に反対する意見がある。たとえば、法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」が、2013年1月に発表した『時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想』においては、被疑者の権利として取調べへの弁護人立会を認めるならば、「何よりも、取調べという供述収集手法の在り方を根本的に変質させて、その機能を大幅に減退させることとなるおそれ大きい」とする反対意見が紹介されている²⁷⁾。これは、弁護人の立会のない孤立無援の状況下でなければ、被疑者から真実の供述を獲得することが困難だという前提に立つものといえよう。このような取調べのあり方こそが、被疑者の黙秘権の実効化を阻害してきたのである。被疑者の黙秘権を実効化したとき取調べが有効に機能しないというのであれば、そのような取調べのあり方、さらには取調べに強度に依存した刑事手続のあり方を見直すべきである。むしろ、弁護人の立会は、原則黙秘の弁護方針の広がりとは相俟って、捜査機関に対して、被疑者供述以外の証拠、とくに客観的証拠の収集にいつそう注力することを促し、また、取調べ自体の短縮にもつながりえよう。被疑者取調べへの依存を軽減させる方向へと、刑事手続を変化させるのである。

(6) 公判弁護のさらなる高度化

現在までに、公判弁護は、公訴事実を争うかどうかにかかわらず、公判

27) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会『時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想』(2013年1月)21頁。<https://www.moj.go.jp/content/001329707.pdf>

準備において構築したケース・セオリーに基づいて行われるべきことが求められるところ、ケース・セオリーの構築にとって十分な証拠開示が不可欠だとされる。2016 年刑訴法改正の後も、証拠開示の運用をめぐる争いは残り、開示時期の遅れもあると指摘されている。このことは、公判前整理手続の長期化にもつながる²⁸⁾。

制度的問題も指摘されている²⁹⁾。2016 年改正による証拠一覧票の交付（刑訴 316 条の 14 第 2 項）は、弁護人による必要十分な開示請求を助けるものとなりえるが、法定の証拠記載事項（同条 3 項）が簡潔に過ぎて、開示請求の手掛かりとして不十分だとされる。類型証拠開示の対象拡大についても、被告人側の防御にとって重要な供述が調書化されないことがあるとされるなかで、参考人などの供述を録取した「聞き込み捜査報告書」が対象とされなかったことの問題も指摘されている。公判前整理手続の請求権が認められたものの、公判前整理手続までは必要ないが、証拠開示は必要な場合があるから、両手続を切り離すべきとの意見もある。

最後の点について、十分な防御準備が充実した公判審理にとって不可欠であるものの、防御準備のための証拠開示の必要と、充実した公判審理に向けて争点・証拠を整理するための公判前整理手続の必要とが区別されるのであれば、十分な防御準備を通じての公判弁護をいっそう高度化させるためには、公判前整理手続とは切り離して、独自の証拠開示請求権を認めるという方向が目指されるべきであろう。

5 理論的課題——弁護人の効果的な援助を受ける権利の実質的保障

(1) 権利侵害の救済

被疑者・被告人に対して効果的な弁護を受ける権利を確実に保障しよう

28) 「特集・証拠開示制度のあり方、活用の道を探る」季刊刑事弁護 101 号（2020 年）参照。

29) 白取祐司「証拠開示」川崎英明＝後藤昭＝白取祐司『刑事司法改革の現段階』（日本評論社、2021 年）135 頁。

とするとき、実際に効果的な弁護が提供されることがなく、したがって同権利が侵害された場合には、救済がなされなければならない。弁護士会内部の懲戒制度は、効果的な弁護の提供を担保するものであるにせよ、被疑者・被告人の権利の侵害の救済としては機能しない。

アメリカ法においては、早くから、弁護人の効果的な援助を受ける権利(合衆国憲法修正 6 条)の侵害について、それが「公正な裁判」を損なうものであるとして、裁判所による救済が認められてきた。1984 年の合衆国最高裁判決³⁰⁾は、弁護人の援助が「現実には効果的なものとはいえない」とされるのは、公正な裁判の確保という観点から、「弁護人の行為が当事者主義手続の適切な機能を損ない、そのために裁判の結果が正当なものであるとは信頼できない」ときであると判示し、裁判所がこれを認めて有罪判決を破棄するためには、被告人において、弁護が合理性の客観的基準を満たしていなかったこと、そのような弁護の過誤がなければ手続の結果が異なっていたという合理的蓋然性があることを証明しなければならないとした。

日本において、かつて最判昭 36・3・30³¹⁾は、弁護人が「死刑はやむを得ない」、被告人の「行為は実に戦慄を覚ゆる」としたうえで「控訴の理由なし」とする控訴趣意書を提出したという事案について、弁護人は可能な控訴理由について詳細に調査しており、また、被告人の控訴趣意である量刑不当について控訴審判決が詳細に説示していたとの理由から、控訴審の訴訟手続に違法はないとした。

最決平 17・11・29³²⁾は、被告人が第一審公判の終盤において従前の供述を変更して全面否認をするに至ったものの、弁護人が従前の供述を前提にした有罪を基調とする最終弁論を行い、裁判所がそのまま結審したという事案について、弁護人が「被告人の利益のために訴訟活動を行うべき誠実義務」(補足意見)に違反したことを否定し、訴訟手続に法令違反があるこ

30) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

31) 刑集 15 卷 3 号 688 頁。

32) 刑集 59 卷 9 号 1847 頁。

とを認めなかった。上田裁判官補足意見は、同判決の前提となるべき問題に言及して、弁護人が誠実義務に違反して、「被告人の防御権ないし実質的な意味での弁護人選任権を侵害」したときは、「それ自体が違法とされ、あるいは……（被告人の防御権ないし実質的な意味での弁護人選任権を侵害するような・引用者）主張を放置して結審した裁判所の訴訟手続が違法とされることがあり得る」としたうえで、最終弁論が「専ら被告人を糾弾する目的でされたとみられるなど、当事者主義の訴訟構造の下において検察官と対峙し被告人を防御すべき弁護人の基本的立場と相いれないような場合」には、そのような違法が認められるとした。

さらに、東京高判平 23・4・12³³⁾は、控訴審が現行犯逮捕手続の違法に関する審理不尽を理由にして有罪の原判決を破棄・差戻した後、差戻審の公判において、弁護人が現行犯逮捕に関与した警察官らの証言を弾劾するような反対尋問を行わず、そのため被告人は弁護人の被告人質問に対して供述することを拒否し、また、最終弁論のなかで弁護人が被告人の犯人性は明らかであるとしつつ、現行犯逮捕手続の違法を積極的に主張しなかったという事案について、「弁護人は、……被告人の有罪を確信するとともに、被告人の弁解は不合理・不自然であると断じ、……『破棄・差戻し』は無意味であると批判する姿勢を堅持している」と認めたうえで、「弁護人は、被告人の利益のために訴訟活動を行うべき誠実義務に違反し、被告人の防御権及び実質的な意味での弁護人選任権を侵害しているというほかなく、それを放置して結審した原審の訴訟手続には法令違反がある」として、被告人を有罪とした差戻審の判決を破棄した。

同判決によれば、弁護人が被告人の有罪および主張・立証の無意味性を確信し、その確信に基づき被告人の利益を擁護するための弁護を行わなかったとき、弁護人は誠実義務に大きく違反しており、被告人の効果的な弁護を受ける権利を侵害したことになる。さらに同判決は、裁判所における救

33) 判タ 1399 号 375 頁。

済措置をとるべき義務を認め、「少なくとも、原審弁護人の違法な訴訟活動が明らかになった最終弁論の時点で、国選弁護人である原審弁護人を交替させるなどして、不適切に行われた証人に対する反対尋問の部分及び被告人質問並びに最終弁論をそれぞれ補完する必要があった」とした。

裁判所の義務について、弁護人が司法機関的性格を有するとの前提から、弁護人の行為が被疑者・被告人の効果的な弁護を受ける権利を侵害した場合には、その不利益は国に帰属されるべきであり、ここから裁判所の救済措置が義務づけられるとする見解³⁴⁾、あるいは、裁判所が弁護人の活動を通じて効果的な弁護が提供されることを後見的に保証する責任を負っているとの理解を前提として、権利侵害の直接的な主体は弁護人であるものの、その違法状態を放置した裁判所も不作為の権利侵害を行ったものとして、そこから救済措置をとるべき裁判所の義務を導く見解³⁵⁾などがみられる。しかし、これらの前提に立たなくとも、裁判所が救済措置をとるべき義務を負うことを肯定することは可能であろう。

憲法・刑訴法は、被疑者・被告人に対して効果的な弁護を受ける権利を保障しており、それゆえ国は、この権利を確保する義務を負っている。弁護人の行為によって効果的な弁護を受ける権利が侵害された手続は、それ自体として重大な違法手続である。権利の主体は被疑者・被告人である。効果的な弁護を受ける権利の侵害という重大な違法手続がもたらす不利益を、同権利の主体たる被疑者・被告人に負担させるべきではない。同権利を確保すべき国の義務に由来して、裁判所は、同権利の侵害を認めたときは、救済措置をとらなければならないのである。国ないし裁判所の側の権利侵害を媒介とする必要はなく、また、弁護人による権利の侵害を、違法手続を放置した裁判所の訴訟指揮の違法に結びつける必要もない³⁶⁾。

34) 辻本典央「判批」新・判例解説 watch—速報判例解説 16 号 (2015 年) 192 頁。

35) 村岡啓一「判批」刑事法ジャーナル 35 号 (2013 年) 156 頁。

36) 芦澤政治「判批」『最高裁判所判例解説・刑事編〔平成 17 年度〕』661 頁は、裁判所の訴訟指揮の違法に結びつける立場を示唆している。

救済方法としては、敵対的弁護のように、手続過程において効果的な弁護を受ける権利の侵害が明白に認められたときは、被疑者・被告人の申立に基づく国選弁護人の交替、裁判所の訴訟指揮などによる是正措置をとることもできよう。しかし、防御の独立性・秘密性が確保されるべきことからすると、効果的な弁護を受ける権利の侵害があったとしても、そのことが裁判官・裁判所において認識されない場合も多いであろう。そうすると、主要な救済方法は、有罪判決を前提として、判決に影響を及ぼす訴訟手続の法令違反（刑訴 379 条・411 条 1 号）による原判決の破棄ということになろう。このとき、訴訟手続の法令違反を裁判所の訴訟指揮の違法に求めなければならないとすると、救済の範囲は限定されることになる。効果的な弁護を受ける権利を侵害した違法手続のもたらす不利益を被疑者・被告人に負担させることは不合理である。同権利の侵害それ自体をもって、訴訟手続の法令違反を認めるべきである³⁷⁾。

権利侵害の判断基準が問題となる。たしかに、弁護が臨機応変に展開されることからすると、事後的・客観的評価には困難が伴い、また、基準を厳格にするならば、自由闊達な弁護が抑制されることにもなりかねない。このような問題から、裁判所による救済は相当重大な侵害がある場合に限るべきであって、本来的には、弁護人の専門職倫理および弁護士会内の懲戒制度に委ねるべきとする見解もある³⁸⁾。しかし、これらの手段は、効果

37) 田鎖・註 6 論文 417 頁。芦澤・註 36 判批 661 頁が示唆するように、裁判所の訴訟指揮の違法に結びつける立場があるところ、被疑者・被告人の弁護人の効果的な援助を受ける権利が侵害された場合において、控訴理由たる訴訟手続の法令違反（刑訴法 319 条）を、裁判所の行為の違法に限定する必要はない。それは、権利侵害に対する救済の範囲を限定しないためであり、また、このような場合において同控訴理由を裁判所の行為に起因するものとして捉えることは、弁護人が効果的な弁護を提供しないこと自体が被疑者・被告人の効果的な弁護を受ける権利を侵害するという本質を不明確にするからである。さらには、裁判所の後見的役割を強調することとなって、当事者主義の実質化を妨げることにもなりかねない。

38) 弁護人の民事法上の義務違反をめぐる、田宮裕「国選弁護人の弁護拒否について」ジュリスト 291 号（1964 年）29 頁。

的な弁護を受ける権利を侵害された被疑者・被告人に対する救済とはならない。裁判所による救済に伴う上記の問題を考慮するならば、1984 年の合衆国最高裁判決が示した基準、すなわち弁護が合理性の客観的基準を満たしていたかどうかという基準によるべきであろう。この基準を機能させるためには、弁護士会内部において、明確で具体的な弁護指針が作成される必要がある。刑事弁護の拡大・高度化が進むにつれて、弁護士会内部においても、そのような弁護指針の必要性の認識が広がることとなろう³⁹⁾。

(2) 弁護人の義務と性格

最決平 17・11・29 および東京高判平 23・4・12 は、弁護人の誠実義務違反が直ちに被告人の効果的な弁護を受ける権利の侵害になるとしたわけではないにせよ、誠実義務の重大な違反が被告人の権利を侵害することを認めていた。このことからしても、弁護人がどのような義務を負い、どのように性格づけられるのかを明確にし、これらが刑事弁護を担う弁護士のあいだでだけでなく、刑事手続のすべての関与者のあいだで共有されることが、被疑者・被告人に対する効果的な弁護を受ける権利の保障の強化につながるであろう。これらをめぐっては、多くの議論が交わされてきた。いまだ収斂するには至っていないが、刑事弁護の拡大・高度化が進むなかで、さらなる議論を通じて、一致点が明らかになるであろう。

上記両判決においては、弁護人が「被告人の利益のために訴訟活動を行うべき誠実義務」に大きく違反して、被告人の効果的な弁護を受ける権利を侵害したのではないかということが問題となった⁴⁰⁾。弁護人が誠実義務を負っていること、さらに誠実義務が弁護人の基本的任務を規定している

39) 田鎖・註 6 論文 419 頁。

40) 最決平 17・11・29 においては、誠実義務と真実義務との対立が問題となったとする見方がある(芹沢・註 36 判批 660 頁)。しかし、真実義務が問題になるのは、「弁護士自身が情報源として主張及び立証活動を行う場合であって」、最終弁論は「すでに行われた証拠調に対する評価」としての「意見陳述」であるから、真実義務は問題にならないというべきである(辻本・註 24 書 53、62 頁)。

ことは広く承認されている⁴¹⁾。憲法・刑訴法は、被疑者・被告人における自己を防御する権利を実効化するためにこそ、弁護人の効果的な援助を保障していることからすると、弁護人の基本的任務は、刑訴法などが定めるルールに従いつつ、被疑者・被告人の利益のために活動することにあると

-
- 41) 佐藤・註6書19頁、森際康友編『法曹の倫理(第3版)』(名古屋大学出版会、2019年)152頁〔笠井治〕。弁護士法1条2項は、「弁護士は、基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする」と定める同条1項を受けて、「弁護士は、前項の使命に基き、誠実にその職務を行い、社会秩序の維持及び法律制度の改善に努力しなければならない」と規定しているところ、さらに同規定を受けて、弁護士職務基本規程5条は、「弁護士は、真実を尊重し、信義に従い、誠実かつ公正に職務を行うものとする」とし、同規程46条は、「弁護士は、被疑者及び被告人の防御権が保障されていることにかんがみ、その権利及び利益を擁護するため、最善の弁護活動に努める」としている。同規程の解説によれば、「弁護士は、ひとたび刑事弁護人として受任した以上は、個人的な良心・信念・法律上の見解を優先させるのではなく、被疑者・被告人の権利・利益の擁護のために最善の努力を傾注して弁護をしなければならないこと」が求められており、「刑事弁護活動の本質が被疑者・被告人の権利擁護にあることは争いがなく、弁護人の基本的役割について、誠実義務を中核とすべきことにも異論はない」ものとされている(日本弁護士連合会弁護士倫理委員会『解説・弁護士職務基本規程〔第3版〕』〔2005年〕14・134頁)。窃盗事件により有罪判決を受けた被告人の弁護人が、控訴趣意書において、被告人の無罪主張を要約し、それに続けて、「被告人の主張を否定する内容の……(自己の・引用者)意見(コメント)を付し」、さらに、弁護人の説得にもかかわらず、「被告人は納得せず、控訴審においても、あくまで無罪を主張するというので、弁護人も被告人の主張に従い、原判決は事実を誤認しており、被告人は無罪であると主張する」と述べたことについて、「被告人が無罪を主張しているにもかかわらず、……(弁護人・引用者)が実質的に被告人が有罪であるとの内容を含む本件控訴趣意書を提出した行為は、被告人の防御権を侵害するものであり、刑事弁護制度の存在意義を否定しかねないものであって、弁護士法56条1項の『弁護士としての品位を失うべき非行』に該当するとして、戒告の懲戒処分を受けたことについて、取消などを求めた訴訟において、東京高判平26・5・21判例時報2239号57頁は、「憲法、刑事訴訟法その他の法令・規則により、被疑者・被告人には防御権が保障されており、その行使を制度的に担保するため憲法37条3項により、刑事被告人には弁護人依頼権が保障されている」とし、弁護士法1条2項および弁護士職務基本規程46条を引きつつ、「被告人の権利・利益を擁護することは、刑事弁護活動の本質であり、弁護人には、最善努力義務、誠実義務が課されているから、被疑者・被告人にとって必要な事項を時宜にかなう、適切かつ十分な内容で行うことが要請されている」とし、さらに、無罪を推定される被告人の

いうべきである⁴²⁾。

問題は、弁護人は誠実義務とともに、真実義務をも負うのかという点である。これこそが、弁護人の任務をめぐる基本的問題とされ、議論が重ねられてきた。弁護人の公的な、あるいは司法機関的な性格を承認し、そこから真実義務を導く立場が、かつては優勢であった。真実義務については、刑事手続における真実発見に積極的に寄与する義務としての積極的真実義務と、犯人隠避、虚偽証拠の提出、偽証の教唆などを禁止して真実発見を妨害してはならないという消極的真実義務とを区別したうえで、消極的真実義務を肯定する一方、誠実義務との決定的な矛盾をはらむとして、積極的真実義務を否定する立場が、現在までに有力となっている⁴³⁾。かつては、真実に反して有罪判決を受けようとする「身代わり犯人」の事案については、積極的真実義務を肯定して、弁護人は裁判所に対して被告人が「身代わり犯人」であるとの事実を明らかにすべきとする見解が有力であった。しかし、弁護人は積極的真実義務を負わないばかりか、被告人が秘密裏に打ち明けた事実を暴露することは、誠実義務の構成要素である守秘義務に

法的地位を指摘しつつ、「本件被告事件において、被告人は一審以来一貫して無罪を主張しているのであるから、弁護人は、被告人の意思を尊重して弁護活動を行うことが行為規範として要請されている」としたうえで、「本件控訴趣意書は、被告人が作成し、同人の意思を表している控訴趣意書の内容と背馳するものであり、被告人の防御権を侵害し、その限りで被告人に不利益となる弁護活動と評価されるものと解される。もとより、刑事弁護を行う平均的水準の弁護士からみても、最善の弁護活動とはいえないことは明らかである」から、「弁護士としての『品位を失うべき非行』に該当する」と判断した。

42) 浦功「弁護人の義務論」後藤ほか編著・註 16 書 13 頁。

43) 佐藤・註 6 書 31 頁、森際編・註 40 書 157 頁〔笠井〕。日本弁護士連合会弁護士倫理委員会・註 41 書 12 頁は、憲法により黙秘権を保障されている被疑者・被告人に積極的真実義務がないことは明らかであるとしたうえで、「したがって、被疑者・被告人に対して誠実義務を負う弁護人にも積極的真実義務がないことも明らかである」とする。弁護士職務基本規程 82 条 1 項が「第 5 条の解釈適用に当たって、刑事弁護においては、被疑者及び被告人の防御権並びに弁護人の弁護権を侵害することのないように留意しなければならない」と定めているのも、そのような趣旨によるものだとする。

反することにもなるとして、弁護人は被告人が「身代わり犯人」であることを明らかにする必要はなく、そうすべきでもないとする見解が共有されつつある。もっとも、弁護人が被告人の犯人隠避に荷担することは許されない。それは、消極的真實義務に反し、あるいは犯人隠避の共犯となりうるからである。また、弁護人が被告人に対して真實を明らかにする方が自身の利益になるとする説得を行うことは、それ自体として、誠実義務の履行にあたる⁴⁴⁾。しかし、最終的に弁護人がどのようにすべきかについて、いまだ意見の一致はない⁴⁵⁾。

積極的真實義務のみならず、消極的真實義務をも否定する見解も有力化している。弁護人固有の義務としての真實義務が認められ、それによって誠実義務が制約されるわけではないとするのである。真實義務を否定する見解は、誠実義務以外の義務を認めることは、誠実義務の履行として被疑者・被告人の利益のための弁護に徹すべきという弁護人の基本的任務を不明確にし、弁護人において誠実義務と真實義務との葛藤を生じさせかねないとする。もっとも、この見解からも、犯人隠避、偽証の教唆、偽造証拠の提出などについての一般的な禁止規範は弁護人にも適用されるから、誠実義務の履行を理由にして、これに違反することはできないとされる⁴⁶⁾。そうすると、消極的真實義務を認める見解との実際上の差異はないことになるだろう。

誠実義務が弁護人の基本的任務を規定するとしても、被疑者・被告人の利益を誰が判断するかが問題となる。被疑者・被告人の判断によるべきとする見解と弁護人の判断によるべきとする見解とが対立してきた⁴⁷⁾。

44) 佐藤・註6書37頁。被告人が弁護人の説得に応じない場合、最終的に弁護人の判断により無罪の主張・立証をすることができるかは、何が被告人の利益となるかを本人の判断によるべきか、弁護人の判断によるべきかによって決まることになる(森際編・註40書165頁〔笠井〕参照)。

45) 浦・註41論文24頁。日本弁護士連合会弁護士倫理委員会・註41書15頁参照。

46) 村岡啓一「被疑者・被告人と弁護人の関係①」季刊刑事弁護22号(2000年)23頁、浦・註41論文23頁。

弁護人の必要な助言と被疑者・被告人との十分な相談を前提としつつも、最終的には、弁護人の判断によるべきとする見解が有力である⁴⁸⁾。この見解は、弁護人の司法機関の性格を承認し、重視する立場と結びつくことがある。最決平 17・11・29 において、上田裁判官補足意見は、弁護人が誠実義務を負うとともに、「法律専門家……ないし裁判所の許可を受けた者……として、真実発見を使命とする刑事裁判制度の一翼を担う立場をも有している」としたうえで、「何をもって被告人の利益とみなすかについては微妙な点もあり、この点についての判断は、第一次的に弁護人にゆだねられる」とした。これを踏まえて、同決定は、被告人の変更後の主張には合致しないものの、弁護人が被告人の利益に適うと判断した弁護方針に従って最終弁論を行ったことを適法とした。

他方、被疑者・被告人の防御主体としての性格、それに由来する弁護人の代理人的性格を強調する立場から、何が被疑者・被告人の利益かは弁護

47) 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会・註 41 書 134 頁は、弁護人は被疑者・被告人の意思・意向から乖離した弁護活動を行うべきでないとする立場、弁護人は司法機関に準じた立場にあるとして、被疑者・被告人の意思・意向に反しても、弁護士独自の判断に基づき弁護活動を行うこともできる場合があるとする立場、これらの中間的な立場があるとしたうえで、「弁護人の役割や権利擁護のあり方につき、どの立場を重視するかということは、個々の弁護人の選択・判断によるべきものである」としており、明確な立場を示していない。

48) 弁護人は辞任すべきとする見解もあるが、後に選任された弁護人が同じく辞任を繰り返す可能性がある以上、辞任により問題が解決することはないというべきであろう。上田國廣「被疑者・被告人と弁護人との関係②」季刊刑事弁護 22 号 (2000 年) 35 頁は、虚偽の証拠を提出しないようにし、被告人質問において弁護人は誘導を避けつつ、供述内容は被告人の判断に委ね、公判に提出された関係証拠に基づき、無罪の弁論をすべきとする。森際編・註 40 書 153 頁〔笠井〕は、弁護活動を取りまく条件・環境の多様性から「最善の弁護」の選択は裁量的判断に委ねられる範囲が広いこと、弁護士は法律専門家であり、職業倫理において独立性が求められること、本人の意見がその利益にならないこともあることなどから、被疑者・被告人こそが防御の主体であって、弁護人はその防御権の実効化のために援助を提供すべきことを承認しながらも、弁護人の選択した行動が本人の意思に沿わないものであっても、弁護人の誠実義務に違反しないとしたうえで、このような理解が「専門化としての弁護士の役割に正当な位置づけを与えるもの」だとする。

人の判断によるのではなく、本人の判断によるべきとする見解が有力化している⁴⁹⁾。たしかに、憲法・刑訴法は、被疑者・被告人自身を防御の主体として位置づけ、被疑者・被告人の権利として防御権を保障したうえで、弁護人の効果的な援助を受ける権利を、被疑者・被告人の防御権を実効化するために保障している。防御の主体は弁護人ではなく、被疑者・被告人なのである。また、裁判の結果および手続の負担は、ほかならぬ被疑者・被告人にかかり、裁判結果以外の利益との選択も問題になる⁵⁰⁾。これらのことからすると、何が利益であるかは、最終的には、防御の主体たる被疑者・被告人の判断によるべきであろう。

被疑者・被告人が判断するにあたり、弁護人は「被疑者・被告人の利益」についての自己の意見を伝え、必要な助言を提供しなければならず、被疑者・被告人と十分相談する必要がある。これは、まさに誠実義務の履行である。防御の基本方針・重要事項は、被疑者・被告人の判断により決まるべきことになる。その枠内において、具体的な弁護方法は、弁護人の専門的裁量により決せられる。

6 結語

被疑者・被告人は、弁護人の効果的な援助を受ける権利を保障されている(憲法 34 条・37 条 3 項、刑訴法 30 条)。それは、被疑者・被告人の防御主体としての地位を実質化し、被疑者・被告人が自己の防御権を実効的に行使しうるようにするためである。刑事弁護は、近年、被疑者に対する弁護人の選任において拡大し、また、捜査、公判を通じて高度化を遂げた。それによって、被疑者・被告人の効果的な弁護を受ける権利の保障は、被疑者取調べ、接見交通、逮捕・勾留と保釈、公判弁護など諸局面において、

49) 村岡・註 45 論文 25 頁、岡慎一＝神山啓史『刑事弁護の基礎知識』(有斐閣、2015 年) 20 頁。

50) 後藤昭「刑事弁護における依頼者と弁護士」庭山英雄ほか編『日本の刑事裁判—21 世紀への展望』(現代人文社、1999 年) 129 頁。

実質化していった。

しかし、被疑者・被告人の効果的な弁護を受ける権利を限定するような制度的限界も残存している。この限界を克服するためには、制度改革として、第 1 に、逮捕段階の初期より、さらには在宅被疑者として取調べを受ける段階において、被疑者が弁護人の効果的な援助を実際に受けることを確保するために、これらの段階から公的弁護を制度化しなければならない。第 2 に、「効果的な」弁護を受ける権利の保障を強化するために、国選弁護人の選任においても、被疑者・被告人による弁護士指名によるべきであり、また、裁判所・裁判官による選任という国選弁護人制度とともに、私選弁護人に対する法的扶助の適用が認められるべきである。第 3 に、被疑者・被告人の身体拘束の抑制のために、弁護人の効果的な援助を保障することによって、決定手続における被疑者・被告人の防御権を強化しなければならない。第 4 に、取調べにおける被疑者の黙秘権を確保するために、被疑者が要求した場合には、取調べ前に、弁護人との接見が保障されなければならない、効果的な防御準備が可能となるよう、弁護人は、接見前に、捜査機関から被疑事実および証拠について必要な情報の提供を受けなければならない、さらに、被疑者は、取調べへの弁護人の立会を受け、取調中の弁護人の即時的援助を保障されなければならない。第 5 に、公判弁護をいっそう高度化するために、証拠開示のさらなる拡充が必要である。

他方、被疑者・被告人の効果的な弁護を受ける権利を確保するための理論的課題として、第 1 に、被疑者・被告人が効果的な弁護を受ける権利を侵害された場合には、それを理由として有罪判決の破棄（判決に影響を及ぼす訴訟手続の法令違反）を認めるなどして、確実な救済がなされなければならない。効果的な弁護を受ける権利を侵害した違法手続のもたらす不利益を、同権利の主体である被疑者・被告人に負担させるべきではない。第 2 に、弁護人の義務と性格を明確化し、刑事弁護を担う弁護士のあいだだけでなく、刑事手続のすべての関与者のあいだで共有されるべきである。弁護人の基本的役割は、被疑者・被告人の権利・利益の擁護のために誠実

に弁護を尽くすことにある。少なくとも誠実義務と矛盾する限りにおいて、真実義務は否定されるべきであり、したがって、積極的真実義務が肯定される余地はない。被疑者・被告人こそが防御の主体であって、弁護人の援助は被疑者・被告人が自己の防御権を実効化するためにあることからすれば、防御の基本方針・重要事項は、弁護人の判断によるのではなく、被疑者・被告人の判断により決するべきである。被疑者・被告人が判断するにあたり、弁護人は、何が利益かについて、被疑者・被告人に対して自己の意見を伝え、必要な助言を提供しなければならず、被疑者・被告人と十分相談する必要がある。これは、弁護人における誠実義務の履行である。

これら制度的・理論的課題を解決することを通じて、被疑者・被告人に対する弁護人の効果的な援助を受ける権利の保障を強化し、それによって被疑者・被告人が自己の防御権を実効的に行使しうよう確保しなければならない。そのときにこそ、刑事手続は、被疑者・被告人に対して手続の主体としての地位を保障しつつ、憲法における適正さの要請（31条以下）に応えることができるのであり、また、両当事者の実質的対等を通じて、正確な事実認定のためにもよりよく機能しうるのである。