

弁護権の告知と放棄の社会権的考察

山 本 晶 樹

- 一 はじめに
- 二 判例の立場
- 三 学説の立場
- 四 社会権的考察

一 は じ め に

弁護権の告知と放棄における諸問題に関しては、従来より、その基礎を請求行使説に置く判例の立場と有効放棄説に置く学説の立場が対立していた。

ところが、昭和四四年におきた沖繩デ―事件や国際反戦デ―並びに佐藤訪米阻止事件の東京地裁における審理を契機に、被告人のみならず弁護人の退廷・不出頭のままに手続を進行する事態が生じ、理論的に重要な各種の問題が新たに現実化し、今まで以上に鋭く両見解が対立した。その頂点に位置するものとして、昭和五二年に瀬戸山法務大臣が法制審議会に諮問した「刑事事件の公判開廷についての暫定的特例を定める法律案」を挙げることができる。必要

的弁護事件の例外規定を新設するという形をとったこの法案そのものは、弁護人に対する懲戒権の行使の活発化を求めることにより、弁護活動に一定の制約を附すという旨の法曹三者間の合意をみて、昭和五四年六月、事実上、廃案となり、一応の解決が図られたかにみえる。そして、西洋文明圏を席卷した、いわゆる「荒れる法廷」現象は、今日では收拾されるに及んでいる。

しかしながら、この法案の内容を先取りするような形で出された、必要的弁護事件においても弁護人不在のまま審理を進めることができる場合もあったとした一連の判例は残ったままである。又、弁護権、なかでも国選弁護権をめぐる理論的諸問題に関しては、今日なお、議論が十分に尽くされていないまま停止状態にある。このことは、両見解ともその出発点において、弁護権の本質につき、人権体系上における位置づけは自由権に属するということを当然の前提として、議論を戦わせてきたことにも起因するのではなからうか。

本稿では、弁護権の告知と放棄における判例及び学説の軌跡をたどり、弁護権の本質は社会権に帰属せしめるべきであるとの視点より、このテーマに関して再検討を加えてみたい。なお、このテーマについては判例が先行しそれに反論する形で学説が登場したという背景がある。従って、これに論及している学説は、数においては少数であることを予め断っておきたい。

二 判例の立場

弁護権の告知と放棄における判例の立場を検討するにあたり重要な論点は、大別すると四点、考えられる。弁護権の告知義務、憲法三七条三項と刑訴法三六条の関係・任意的弁護事件における国選弁護権の放棄・必要的弁護事件における国選弁護権の放棄である。以下、順を追って述べる。

(1) 弁護権の告知義務

憲法は三四条及び三七条三項で弁護権を保障した。そして刑訴法は被疑者・被告人が逮捕・勾引・勾留された時、弁護人を選任する権利がある旨の告知義務を捜査機関又は司法官憲に課した。(二〇三条・二〇四条・二〇七条・七七条・七六条・二七二条) この弁護権の告知義務は憲法上の要請であろうか。

判例は私選弁護権の告知につき、以下の如く述べている。

「所論憲法上の権利は被告人が自ら行使すべきもので裁判所・検察官等は被告人がこの権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければいいのである。」⁽¹⁾

「……警察員に対する被告人の弁解録取書によれば、被告人に……弁解の機会を与えた際に警察員は『弁護人を選任することができる旨告げ』たと記載されているのであるから、右告知は一応なされたものと認められる。右記載が印刷の文言であるからといって、直ちに右告知の事実がないと言うことができない。」⁽²⁾

次に、国選弁護権の告知につき以下の如く述べている。

「……被告人から国選弁護人選任の請求があつた事跡もない。しかして法は所論のようなことを特に被告人に告げる義務を裁判所に負わせているものではないから原判決には所論のような違法はなく論旨は理由がない。」⁽³⁾

(2) 憲法三七条三項と刑訴法三六条の関係

憲法三七条三項は被告人の請求を選任要件としていないのに、刑訴法三六条が要求しているのは違憲ではないだろうか。

この点につき、判例は以下の如く述べている。

「……弁護人を選任することは原則として被告人の自由意思に委せられているのであって、被告人が貧困その他

の事由の有無に拘らず弁護士を選任する意思のない場合には、刑訴法上いわゆる強制弁護の場合を除いては、国が積極的に被告人のために弁護士を選任する必要はないのである。従って被告人が貧困その他の事由で弁護士を依頼できないときでも国に対して弁護士を選任を請求する者に対して弁護士を附すれば足るのであるのみならず、被告人が自ら弁護士を依頼できない事由があるかどうかは、被告人側に存する事由で国には判らないのであるから、被告人の請求によって弁護士を附することすることが相当である。」⁽⁴⁾

(3) 任意的弁護士事件における国選弁護権の放棄

従来、判例は以下の場合に限り放棄しうると解していた。すなわち被告人が国選弁護人の選任請求権に対して、明示の積極的な放棄の意思表示をした場合と、被告人が国選弁護人の選任請求権を行使しない請求の欠缺の場合である。⁽⁵⁾

ところが近時、一旦、国選弁護人を附せられた被告人について、右記の意思表示以外によって国選弁護権が放棄されたと認められる場合がありうるが、東京地裁の沖縄デー事件で問題提起された。沖縄デー事件とは次のようなものである。

昭和四四年四月二八日の沖縄反戦デー闘争において、二四〇人が兇器準備集合罪・威力業務妨害罪・公務執行妨害罪を理由に起訴された。内、一五〇人は分離公判を求め短期間で審理を終えた。しかし、本件被告人を含む九〇人は、一〇人の弁護人を私選して統合方式を主張し、グループ別配点を主張する東京地裁裁定合議委員会と対立した。同地裁の裁判官会議は、被告人A等一〇人のX、被告人B等一〇人のYの各グループを刑事六部へ配点した。

ところがXYグループの私選弁護人は、第一回公判期日直前に全員が辞任したので、XグループにはC等三人の弁護人、YグループにはD等三人の弁護人が国選された。そして審理が重ねられ、第六回公判では、両グループが併合

決定された。

しかし、第一〇回公判直前に六人の国選弁護人が辞意を表明したので、次の事実を認めて全員を解任した。被告人等は、弁護に必要な具体的要求には一切、応ぜず、統一公判の主張のみに固執している点、弁護団は信用していないので、弁護団の冒頭陳述は期待できない等々というて弁護活動を誹謗したばかりか、退席しようとしたD弁護人に対して暴行に及んだ点、被告人等はもはや誠実に弁護を受ける気持を失くしていると弁護人全員が考えている点の以上、三点の事実である。

その後、被告人らから三回、国選弁護人再選任請求がされた。第一審は、被告人らが前記の如き行動をくり返さないと確約できるか否かを確かめたところ、被告人らは返答を拒んだ。第一審は意思の再確認の為、七月一九日までに裁判所へ出頭するよう書面で被告人らに連絡したが、連署した書面で出頭を拒否した。又、後の公判でも、無条件で国選するのが裁判所の義務であるとの主張を繰返すのみだった。

齊川決定は以下の如く述べて、被告人の再度の国選弁護人選任請求を却下した。

「当裁判所は、被告人らが自らの責に帰すべき事由により、国選弁護人の選任またはその保護を受ける機会を失わせた場合には、憲法および刑法が保障している、国選弁護人の選任を受ける権利を放棄したものであって、その責に帰すべき事由が消滅しないかぎり、国は国選弁護人を附す義務を負わないものと解します。憲法三七条および刑法三六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であります。したがって、被告人が選任請求権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、国の選任行動をさまざまに、または一旦選任を受けながら自らの責任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ほかはありません。」

そして昭和五四年、最高裁は以下の如く述べて被告人らの国選弁護人の再選任請求を却下したのは相当との判断を下した。⁽⁷⁾

「……事実によれば、被告人らは国選弁護人を通じて権利擁護のため正当な防禦活動を行う意思のないことを自らの行動によって表明した……ため裁判所は、国選弁護人を解任せざるを得なかったものであり……被告人らの本件各国選弁護人再選任請求は、誠実な権利の行使とはほど遠い……、このような場合には、形式的な国選弁護人選任請求があっても、裁判所としてはこれに応ずる義務を負わないものと、解するのが相当である。……被告人がその権利を濫用するときは、それが憲法に規定されている権利を行使する形をとるものであっても、その効力を認めないことができるものであることは、当裁判所の判例の趣旨とするところであるから……第一審が被告人らの国選弁護人の再選任請求を却下したのは相当である。このように解釈しても、被告人が改めて誠実に国選弁護人の選任を請求すれば、裁判所はその選任をすることになるのであり、ならぬ被告人の国選弁護人選任請求権の正当な行使を実質的に制限するものではない。したがって、第一審の右記措置が憲法三七条三項に違反するものでないことは右記判例の趣旨に照らして明らかである。」

(4) 必要的弁護事件における国選弁護権の放棄

判例はまず必要的弁護事件と国選弁護権の関係につき、以下の如き立場を採っている。

「……如何なる被告事件を所謂必要的弁護事件となすべきかは専ら刑法法によって決すべきものであって所論のように憲法第三一条、同第三七条三項によって定まるものではない。」⁽⁸⁾

「……いわゆる必要的弁護事件は、弁護権につき憲法上の保障がなかった旧刑法時代にも規定されていたもの

であり、それは職権で強制的に弁護人を選任するのであるから、必要的弁護事件を如何に定めるかは刑法上の問題で憲法三七条三項の関知するところでない……」⁽⁹⁾

そして、この見解を前提としながら、判例は、必要的弁護事件において、国選弁護権を放棄し得るかに関しては、従来の立場は次の如きものであった。

「……原審においては、被告人は自ら辯護人を選任せず裁判長も職権を以て、辯護人を付することもなく結局、辯護人の立會なくして、公判を開廷し、審理判決をしたことは、原審公判調書によりあきらかである。……刑事訴訟法が重罪事件について、辯護人の立會を必要とする理由は一面において、被告人の利益を擁護するためであることは勿論であるが、また一面においては、公判審理の適正を所期し、ひいては國家刑罰権の公正なる行使を確保せんがためでもあるのであるから、たとえ、被告人がこれを辭退した場合でも、裁判長はそれにかゝわず、職権をもって辯護人を付するを要するものと解しなければならぬ」⁽¹⁰⁾

そして弁護人の立會いなしに開廷できるのは、判決宣告や人定質問のみの場合に限るとしている。下級審判例もこの流れに従って、

「……弁護人が在廷命令に従わず、出頭の勧告にも応じないような場合にも、弁護人なくして審理を進めることは許されない」⁽¹¹⁾

と解している。

しかしながら近時、必要的弁護事件においても、弁護人不在のまま審理を進めることができる場合もあるとした一連の判例の出現をみるようになった。

昭和四九年八月から翌五〇年五月にかけて、東京丸の内にある三菱重工をはじめ多くの企業に時限爆弾を仕掛けた

いわゆる連続企業爆破事件の公判手続で、以下の如き事態が生じた。

被告人六人・弁護人五人の計十一人全員出頭の下に開かれた第三回公判期日において、被告人も弁護人も退廷を命ぜられたり、裁判長の在廷命令を無視して退廷したりして、法廷には一人もいなくなってしまった。しかしながら裁判長は、弁護人についても刑訴法三四一条を類推適用して手続を続行する旨、告げた上、起訴状の朗読まで終了させてしまった。かかる裁判長の処分に対して、弁護人は次の如き異議申立をした。

「……昭和五〇年二月二五日の第三回公判期日において、裁判長は、弁護人が在廷しなくなったのに、刑訴法三四一条を類推適用するとして、検察官に起訴状の朗読を続行させた」しかし裁判長のこの訴訟指揮は、「……実質的に有効な弁護を受ける権利を保障している憲法三七条三項、必要的弁護制度を規定した刑訴法二八九条及び口頭弁論主義を定めた同法四三条一項に違反するとともに同法三四一条の文理にも反し、いずれの点においても違法な措置であつて、右弁護人が在廷しない間に行われた起訴状の朗読は無効である……」

これに対して東京地裁刑事第五部は次の如き決定⁽¹⁴⁾を為した。

「本件右公判期日の経過をみるとくあらかじめ訴訟当事者に了知され、かつ、被告人側の訴訟行為を必要としない手続きの進行中、被告人がその手続きの進行を阻害しようとする言動をとったことを理由に、退廷を命ぜられ又は右言動の一環として、裁判長の在廷命令に違反しもしくは退廷しようとした場合において、弁護人が、右被告人の言動に同調する趣旨で裁判長の在廷命令に違反して自ら退廷したときは、当該手続きに関する在廷の利益を放棄又は喪失したものととして、刑訴法三四一条の法意は弁護人についても類推適用されるべきものと解される。従つて、右のような経過で弁護人が在廷しない状態にいたつても右期日に予定されていた当事者の了知にかかる前記起訴状朗読の手続きを継続して実施した措置は適法なものであり、これと異なる見地に立つ申立人の前

記……主張も採用することができない。」

こうした決定の最初の裁判例⁽¹⁶⁾として次のようなものがある。

「弁護人が裁判長の許可を受けないで退廷し、あるいは、秩序維持のため退廷を命ぜられた場合において、かかる異常な事態が、被告人側のいわゆる防禦権の行使としてなされ……それが被告人の意思に基づくか、あるいは、少なくともその同意が推定される場合においては、弁護人の在廷義務違反の不利益な効果を被告人に帰せしめても、けだしやむを得ないものであって、例外的に刑訴法三四一条が類推適用され、当該公判期日における訴訟手続きを進行させることができるものと解すべきである。そして、当然のことながら、この理は当該事件が必要的弁護事件であると否とを問わないのである。」と判示した。

又、五二年⁽¹⁶⁾にも、次のようなものがある。

「弁護人が公判期日に正当な理由がなく出頭せず、そのことにつき被告人に帰責事由があるとき、なかんずく被告人、弁護人が必要的弁護制度を濫用して訴訟の遅延を図り、あるいは自己の不当な要求を実現するため、法的手段によらないで出頭拒否等の直接行動によって裁判所に圧力をかけようとするような場合、必要的弁護の要請のみならず、迅速裁判及び民主社会における裁判の威信保持の要請その他、裁判制度上のもろもろの要請を総合的に勘案し、被告人、弁護人の恣意により、裁判所が国民から付託されている裁判権の正常な活動が著しく阻害され、あるいは裁判制度が否定される結果になることを防止するため、やむを得ず、必要な限度で、刑訴法二八九条の例外を認め被告人不在廷のまま審理をすることが憲法、刑事訴訟法等の法秩序全体の精神に照らし、又、刑訴法二八六条の二、三四一条の類推適用により許容される場合があるものと解する。」

三 学説の立場

弁護権の告知と放棄における判例に反対の学説の立場を検討するにあたり、二（判例の立場）の冒頭で挙げた順に従って述べていきたい。

(1) 弁護権の告知義務

弁護権の告知義務については、反対説は、弁護権の告知は弁護権保障の内容をなすものである以上、憲法上の義務であると主張する。その理由として、大別すれば、主として二点が挙げられている。第一点として、権利保障の実効性をもたせるためには、権利者に対して権利の存在・内容・効果を告知して理解させることが必要である。特に身体の拘束を受けた被疑者・被告人にとってはなおさら重要な権利であるし、又、このような立場におかれた被疑者・被告人が自ら弁護人を選任することは事実上極めて困難であることを考えれば、告知は弁護権の保障を実効あらしめるための必要不可欠の要件である⁽¹⁷⁾ということが挙げられている。第二点として、権利を行使しなければ、つまり「請求」をしなければ、当然に放棄と考えるという見解は粗雑にすぎる。訴訟手続きが複雑となり、被告人の権利を保護することに複雑となればなるだけ、被告人の真意を十分に探究する方が考え出されなければ、職権主義の下よりも、被告人は、結果的には不利益を蒙ることになりかねない。権利はその存在とその内容を知って、あえて放棄しない以上、保障されなければならない。このことは、権利の内容、権利の保障のありかたが技術的になればなるほど、強く妥当する。技術性の高い訴訟法上の権利についてまで、個人が権利の存在を知っていることを求めるのは行き過ぎである⁽¹⁸⁾。ということが挙げられている。

(2) 憲法三七条三項と刑訴法三六条の關係

反対説は、刑訴規則一七八条は、被告人の弁護人選任請求の意思確認のための照会手続きを定め、以下のごとく運用しているので、「請求にからしむる刑事訴訟法の規定が辛うじて合憲性を保っているものと解する」⁽¹⁹⁾と主張する。

刑訴規則一七八条が定める照会の手続きは、現在下記のように行われている。

最初、被告人に対して弁護人選任に関する通知Aと回答書Bを送付する。そして、被告人より回答書Bの返送を受ける。回答書Bの欄に何らの記載もない場合および回答書Bが返送されない場合にも、国選弁護人を付する。以上の方法によって被告人から国選弁護人選任の請求を受けた裁判所は、請求理由の有無を審査するのが法の建前であるが、実務上は、請求があればまず、選任を認めておいて、有罪判決後に原則として国選弁護の費用負担を命じ、執行の段階で申し立てにより免除するか否かを審査するという運用を行っている。

立法論的には、請求理由の有無を厳しく審査し、そのかわり本人に弁護費用を負担させない方法と、弁護人の選任はゆるやかにしておいて、原則として費用は本人に負担させるが、執行の段階で免除するか否かを審査するという方式とが考えられる。わが法は、後者の方法を採用している。この方法は、免除の審査が厳格にすぎると国選弁護が有名無実化する危険をはらむが、それが合理的に運用されるかぎり、とにかく弁護人が早急につけられる体制であるから、望ましい方法だとみられている⁽²⁰⁾。

わが国では刑訴規則一七八条による照会手続きがとられているので、最初の段階における告知と照会手続きについてはほとんど問題がないとみられている⁽²¹⁾。

(3) 任意的弁護事件における国選弁護権の放棄

反対説は、国選弁護権は憲法上の権利であるが、放棄が許されない権利ではない。むしろ、いかなる場合に「有効な放棄」がなされたと認めるべきかが問題であると主張する。特に、刑事被告人にとって、弁護権は絶対権ともいう

べき重要な権利であることを考えると、よほどの場合でないかぎり、有効に放棄したと認めるべきではない。従って、国選弁護権は放棄しないという推定があり、「有効な放棄」があることの立証責任は、訴追側にあると解すべきである。又、いったん「有効な放棄」がなされても、再びその行使が可能であると解さなければならぬ⁽²²⁾とも主張する。

沖繩デー事件⁽²³⁾に対して、反対説は、次のとき批判を展開している。

反対説によれば、齊川決定の論理構造は、第一に憲法解釈、第二に刑法解釈、第三に権利濫用論、の以上三点に疑問⁽²⁴⁾があると主張している。

第一の憲法解釈上の疑問点についていえば、憲法三七条三項は、いかなる場合にも請求があれば、国選弁護人選任義務を国が負うということを認めたものではないと、主張する。しかしながら、「被告人が自らこれを依頼することできないときは、国でこれを附する」という文言が、「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」という前の文言を受けたもので、後者は前者の文言の文意をそのまま受け継いだものというのが通常の文理解釈ではなからうか。つまり、「いかなる場合にも」というのは、私選弁護人の選任の場合だけに適用があり、国選弁護の場合には適用がないというような解釈は疑問である、という。

第二の刑法解釈上の疑問点についていえば、確かに刑法三六条が、国および裁判所の国選弁護人選任義務を「請求」という被告人の行為にかからせていることは、一応許容できる。その限りで、「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」というのも肯定できよう。しかし、そこから、したがって放棄と評価されるのは、請求があっても、こういう場合にはそうなのだと主張するのは問題である。というのは、「放棄」という概念は、請求するか否かを決める自由意思に委ねられているという論理を媒介とし

て導き出されたものであり、このような自由意思に関係づけることによって初めて創られた放棄概念が、放棄の意思の全くない場合をも含むことは、背理だからである。従って仮に放棄の意思がないにも拘わらず放棄と評価される場合があるとするならば、放棄の有無は放棄の意思いかんによらないとして放棄概念を、法律的に構成しなければならぬであらう、という。

第三の権利濫用論上の疑問点⁽²⁵⁾については、権利制限の一般理論が持ち出されたことによって、裁判所がこの決定正当化の為に払った解釈論的努力が形骸化したものではなからうか、という。

ところで、被告人の不当な行動による憲法上の権利の放棄を認めたものとして、アメリカ連邦最高裁の一九七〇年のアレン事件⁽²⁶⁾がある。当該事件は、被告人が、裁判所選任弁護人がいるにも拘わらず、その弁護を拒否したばかりか、裁判官に暴言をはき、裁判官から、暴言を続けるならば退廷させると警告された。しかし、態度を改めず、裁判官を殺してやると叫んだり、裁判所選任弁護人の書類綴りを破って床に投げ捨てる等した。そこで裁判官は再び被告人に警告したが聞き入れないので、検察官の立証が終わるまで、被告人に退廷を命じて証拠調べを行った。この手続は、結果的に被告人も弁護人も欠席のなかで裁判を続けるのではないが、争われた。連邦最高裁は、「被告人が秩序を乱す行動を続け、かつ、退廷を命じる旨、裁判官から警告されながらも、はなはだしく乱暴で秩序を乱し、裁判官を侮辱するような態度を続けた際は、被告人は在廷する権利を失ったものとみなしうる」と判示した。

これに対して沖繩デー事件⁽²⁷⁾においては、被告人の不当な行動と、弁護権の放棄との関連性がうすい。のみならず、被告人は明確に国選弁護人の選任を請求している。故に、被告人の行動だけをもって、放棄があったと評価するのは困難である。従って、再度の国選弁護人選任請求を認めないのは、被告人の不当な行為を理由に、その制裁として弁護権を剝奪したものであるのではなからうか、という。

以上、三点の批判⁽²⁸⁾を前提として、反対説によれば、本件の場合には、被告人の不当な行動に対する制裁は別に考慮し、再度の国選弁護人の選任を認めるのが妥当である⁽²⁹⁾。仮に再選任された弁護人に対しても、被告人が同様の不当な行動を繰り返すような場合には、被告人の弁護人に対する、いわば専断的忌避の意思表示が窺知され、ここにおいて初めて、国選弁護人選任請求権を放棄したものと評価することが可能なものではなからうかとの主張⁽³⁰⁾をしている。

(4) 必要的弁護事件における国選弁護権の放棄

まず、必要的弁護事件と国選弁護権の関係については、憲法上の要請であると主張する⁽³¹⁾。その理由として、大別すると、二点が挙げられている。第一点として、国選弁護人は、被告人の明示の放棄がないかぎり付するのが、憲法三七条三項の要求するところであり、必要的弁護こそが国選弁護の本質だといふべきだから、刑法二八九条も、憲法三七条三項による弁護権の保障を具現した規定としてとらえなおす必要があるという事が挙げられている。第二点として、沿革的に見れば、必要的弁護の制度は大陸法系の構想であり、英米法に由来する弁護人の弁護を受ける権利の概念とは、本来異質の存在であることは否定できない⁽³²⁾。しかし、沿革的に異質のものであるといっても、それは、現行法制の下で両者が無関係であるということにはならないのである。そもそも、現行法制そのものが大陸法系と英米法系との混在であって、それ故、つねに両者の調和を考える「統合的解釈態度」を持することが、現行法の適正な解釈と運用を維持するために不可欠であるという事が挙げられている⁽³³⁾。

次に、必要的弁護事件において、国選弁護権を放棄し得るかの点については、前記昭和二三年の判例⁽³⁴⁾の考え方を支持して、放棄できないと主張する⁽³⁵⁾。更に、近時の弁護人不在のまま審理を進めることができる場合もあった、一連の判例に対する評価は以下のごときものといえよう。

もともとこの問題に関しては、被告人の退廷に関する三四一条を弁護人にも類推適用できないかという形で、以前

より論じられてきた⁽³⁷⁾。そして、従来より現在まで、反対説の立場のみならず、これを消極に解する考え方が支配的である。その理由としては次のごときものが挙げられている。第一に刑法二八九条の文理解釈として、弁護人が在廷することが審理を継続して行う要件と解されること、第二に弁護人が不在廷の場合には、同条二項により職権で他の弁護人を付する途が残されていること、第三に被告人と弁護人とは訴訟法上立場が異なること、第四に弁護人が退廷させられたり、あるいは無許可で退廷するという事態は、異常なものであり、被告人の場合のように訴訟法に直接の規定を見出せないのはむしろ当然と考えられること等である。

四 社会権的考察

(1) 判例の背景と疑問点

判例の立場が直面する問題は、以下のごときものである。

判例は、任意的弁護事件においては、弁護権放棄の擬制による権利の喪失を認めている。しかしながら、弁護権という憲法上の権利につき、果たして権利放棄の擬制という考え方を肯定しうることができるか、かなり疑問の余地がある。仮に、放棄の擬制を認めないということになれば、私選弁護人の場合、その出廷を待ち続けるか、あるいは刑訴法三七条所定の事由を認定したうえで、同法二九〇条により国選弁護人を付すかの択一⁽³⁹⁾を迫られる。前者による場合は、迅速な審理の要請を無視することになり、後者による場合は、私選弁護人と国選弁護人とが併存することとなり、両者の訴訟活動をいかに調整していくかといった困難な問題⁽⁴⁰⁾が生じる。そのうえ、急に国選弁護人を選任しても弁護活動の準備が十分でない以上、有効な弁護活動を期待できず、憲法三七条三項後段の保障は全うしえないとの批判も避けられないことになる。そこで後者の場合、事件の軽重・難易・公訴事実に対する被告人の認否の態⁽⁴¹⁾

度・被告人が退廷した際の事情・当該公判期日でいかなる程度、手続きが進行するか等の事項を考えあわせた上で、国選弁護人選任の要否を判断すべきであると主張される。⁽⁴²⁾ しかしながら、国選弁護人選任要否の判断の結果、選任するなら、ある程度、緩和されはするものの前述の批判に直面し、又、選任せずに弁護人不在廷のまま、実質的審理を行う場合には、司法に対する国民的信頼の喪失を招く危険が残ろう。

重罪事件を審理対象とする必要的弁護事件においては、任意的弁護事件以上に、なおさら事態は深刻になる。

必要的弁護事件において、私選弁護人が退廷・不出廷という事態にいたったとき、これをそのまま放置するか、又は、被告人の意思にかかわらず、刑法法二八九条二項により、国選弁護人を付さなければならぬことになるが、この場合には任意的弁護事件において述べたのと同様の問題に直面する。のみならず、後者の方法を採用した際に、国選弁護人が退廷・不出廷に出れば、又、弁護人の競合という難問が待ち構えることになる。このような、手続の空転という事態を回避するために、必要的弁護事件においても、弁護人不在廷のまま審理を進めることのできる場合もあるのではないかという考え方が判例より出されたのである。

しかし、弁護人が審理の途中で退廷するとか、裁判長によって退廷処分に付されるとかいう事態は、法の本来予想しないところであり、被告人の場合と異なって救済措置規定を設けなかったことは、むしろ立法のあり方としては当然のことであろう。判例の考え方は確かに異常事態による審理の断絶を救済するということにはなるが、その反面、被告人の弁護権を奪うことで、司法に対する国民的信頼の喪失を招く危険性に転化されやすいとの批判⁽⁴³⁾を避けられないのではなからうか。

前述したごとく、必要的弁護事件においては、「弁護権放棄の擬制」という理論をストレートに認めず、さりとて取権で国選弁護人を付すときは、種々の困難に直面する。この事態を回避しようとする刑法法三四一条の類推適用と

いう解釈にも問題がある。このような諸問題を打開しようとして、昭和五二年、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立法化⁽⁴⁾がはかられた。それは、以下のごときものである。

第二八九条の二 第一条

この法律は、最近における一部の刑事事件の審理にみられるような異常な状況に対処するための当面の措置として、刑事訴訟法（昭和三年法律第二二一號）第二八九条第一項に規定する事件の公判開廷について暫定的特例を定めるものとする。

第二条

裁判所は、刑事訴訟法第二八九条第一項に規定する事件について、次の各号の一に該当し、審理の状況その他の事情を考慮して相当と認めるときは、第一号又は第二号に該当する場合には新たに弁護人が選任されるまでの間、第三号又は第四号に該当する場合には当該公判期日に限り、弁護人がなくても開廷することができる。

ただし、第二号もしくは第三号に規定する弁護人の行為又は第四号に規定する退廷を命じられる理由となった弁護人の行為が、被告人の意思に反すると認めるときは、この限りでない。

一、被告人が訴訟を遅延させる目的で、弁護人（刑事訴訟法第三〇条に掲げる者が選任した弁護人に限る。以下同じ。）を解任し、又は辞任するに至らせたとき。

二、弁護人が訴訟を遅延させる目的で辞任したとき。

三、弁護人が、正当な理由なく公判期日に出席しないとき、又は裁判長の許可を受けないで退廷したとき。

四、弁護人が裁判長から法廷における秩序を維持するため命じられて退廷したとき。

附則

この法律は、公布の日から起算して三〇日を経過した日から施行する。

必要的弁護事件の例外規定を新設するという形をとって立案されたこの法案そのものは、弁護人に対する懲戒権の行使の活発化を求める事により、弁護活動に一定の制約を附するという旨の法曹三者間の合意とひきかえに、昭和五年六月、事実上、廃案となった。

弁護権の告知と放棄における判例の立場の動向をかえりみるに、大別すると、二点の特色を見出し得る。

最初に、権利の上に眠る者は保護されないという考え方は、自由主義的国家観を背景とした市民像をその出発点とする。故に、その点から、被告人が請求しない以上、国家は国選弁護人をつける忍要はないとの考え方が導かれる。

しかし、福祉国家にリードされているのが現代の特色で、この国家観を背景とした市民像は「受益者層化した受動的な大衆」⁽⁴⁵⁾である以上、判例の考え方を現代社会の市民に適用されるのは不適切である。

次に、刑事訴訟の目的・機能・構造と弁護権保障の意義・機能は相関関係にある、との指摘がある⁽⁴⁶⁾。刑事訴訟の目的・機能・構造は、現行刑事訴訟法下では当事者主義の構造と職権主義の構造の混合形態であるが、そのどちらの訴訟構造により力点をおいて解釈・運用していくべきかにより結論が異なってくる。判例は後者に力点をおく解釈・運用をしているかにみえる。この方向を前提とすれば、「弁護人は『技術的当事者構成』のいわば仕上げをする装飾品」⁽⁴⁷⁾という考え方になるのは当然といえよう。しかし、法はもともと一定の国家観の下で一定の目的を与えられて立法化され解釈・運用されるが、その国家観が変遷しても不適合とならない様に解釈・運用されるべき性質のものである。とするならば、判例の考え方は、複雑多様な価値秩序により構成されている福祉国家における弁護権の保障としては、きわめて不十分である。

判例は右記の二点の背景をもって、いわゆる荒れる法廷において被告人や弁護人の退廷・不出頭という事態の問題解決に臨もうとして、前述の如き諸問題に直面した。そこで、立法化により解決をみい出そうとしたが、廃案でふり出しにもどされ、何等、法的解決の糸口をみい出せないままになったが、弁護人の弁護活動に一定の制約を課す方向では成功をみた。しかし、このような場合、司法に対する国民的信頼の喪失を招かない為にも、对症治疗的手当で事足りるとせず、もう少し病理学的に考えていく事が必要であつたのではなからうか。

(2) 学説の背景と疑問点

反対説の立場の理論的背景として、一九三〇年代後半以降の⁽⁴⁸⁾アメリカの判例の動向が挙げられる。

アメリカにおいては連邦レベルでは、一九三八年のジョンソン事件⁽⁴⁹⁾で初めて、国選弁護権が連邦憲法修正第六条によって権利を有するか否かが問題となった。連邦最高裁判所は以下のごとき趣旨のことを判示した。

「連邦憲法修正第六条は、犯罪の嫌疑を受けた者に対して、弁護権を保障している以上、憲法に従う事は、連邦裁判所が被告人からその生命若しくは自由を奪うための前提である。弁護権が適正に放棄された場合には、弁護人の援助は裁判所が手続きを進行させるための必要条件ではなくなるが、被告人が自己の憲法上の権利を正常な意思により、且つ、権利の内容を理解した上で (competently and intelligently) 放棄したものでない場合には、被告人から生命若しくは自由を奪うことに對しての障害として立ちはだかる。連邦憲法修正第六条は、被告人が弁護人を選任できない場合、そして、被告人が正常な意思により且つ、権利の内容を理解した上で、この憲法上の保障を放棄したのでない場合、そして、被告人の生命若しくは自由が危機に直面している場合、弁護人をつけることを要求しているのである。」

そして一九四一年ウォーカー事件判決⁽⁵⁰⁾では、被告人の国選弁護権は、請求の有無にかかわらず保障されることになった。

しかし州レベルでは、連邦憲法修正第六条は、直接に州に適用されるものとは解されていなかったので、採用するか否かは自由であったにもかかわらず、法の著しい発展がみられた。すなわち、一九四二年のベッツ事件⁽⁵¹⁾では、「事件の軽重・複雑さ・被告人の教育の有無・人種・宗教・その他諸般の事情からみて、良心にショックを与えるほどの不公平な審理結果が生じる虞れがある際は、弁護人を付さなければ、公正な裁判を欠く」という趣旨のことが判示された。この事件では、いわゆる特別事情法理⁽⁵²⁾が採用されたが、ギデオン事件⁽⁵²⁾では、「論争主義の公判の下では、国選弁護人なしには公正な裁判は確保できない。この理念を実現するためには、被告人を援助する国選弁護人を欠いてはならない。この理は死刑事件とそれ以外の事件とで区別すべきではない」という趣旨の判示に変更され、連邦レベルと同じく発展をみた。

ところで、前記ジョンソン判決の中にてくる“competently and intelligently”という語は、多少いい方を変えて“competently and wisely”とか“competently and understandingly”とかいう表現で、幾度も連邦最高裁判所の判決にてでくる、国選護構の放棄の要件である。アメリカにおいては、国選弁護権を放棄することがいかなる意味を有するのかという事を十分に理解した上でなければ放棄できない。つまり、証拠法則を理解していないとか、手続き上の種々な権利行使を怠った場合の効果を知らないとか、そのような法律の無知から派生する各種不利益を知った上で、なお、自分で弁護したいという明確な意思表示をした場合、国選弁護権の放棄に伴う種々な不利益を熟知していない以上、放棄は有効ではないというのが確立した判例といえよう。

反対説は、かくしてアメリカで確立したところの判例理論をわが国の弁護権における解釈にも導入しようとする。

しかし、アメリカにおいては、反対説の挙げる判例の進展の背後には、一七八九年の裁判所法第三五条をその根拠とする自己弁護権 (the right of self-representation) という権利が保障されている。自己弁護権とは、被告人の希望に基づいて被告人自らが弁護人となって、自己の為に弁護人としての訴訟行為を行なう権利である。この権利は、連邦裁判法第一八編一六五四条にも、又、三七以上の州が憲法で規定している。更には、一九七五年のフレッタ事件⁽⁵³⁾で、連邦最高裁判所は憲法上の権利であると認めている。

アメリカにおいては、この自己弁護権が底流にあるからこそ、有効放棄の理論とあいまって弁護権保障が充足しているのである。わが国の如く自己弁護権の伝統のない国で、有効放棄の理論だけを直輸入する方法は、かえって弁護権保障の進路を危険な落とし穴へ導くのではなからうか。

第一に、「すべての場合に被告人の意思に反してまで国選弁護人をつけてやる必要はない⁽⁵⁴⁾」との考え方に象徴されるように、反対説は元来、自由権的発想をその出発点としている。とするならば、判例の立場で批判したのと同様、市民像の把握に問題が生じる。第二に、有効放棄か否かの審査主体を如何なる機関に帰属せしめるのであろうか。おそらく現段階では裁判所と思うが、反対説の主張するように被疑者にも国選弁護権が認められる運用⁽⁵⁵⁾がされるようになった際、第一次的には捜査機関が行なう運用になる虞れがある。仮にそうだとすると、本来、対抗関係にある相手方にその判断を委ねることになり、反対説の主張する実質的な弁護活動が萎縮させられないだろうか。第三に、有効放棄説は、如何なる場合をもって有効放棄とするのか否かの基準が不明確である。例えば、斉川決定の事例に対して、反対説を主張する人々の内にも、有効放棄を認定できるとする立場と有効放棄を認定するのは困難であるとする立場⁽⁵⁷⁾の正反対の結論がでている。第四に、少なくとも任意的弁護事件においては、反対説によれば、弁護権は一定の条件はつくものの放棄しようと解する以上、弁護人選択の自由を被告人に与えるのを認める方向⁽⁵⁸⁾か、弁護人不在廷の

ままでの審理を認める方向かの二者択一になる。前者による場合、弁護士不足のわが国において常に弁護人を充足しうるかどうか。仮に充足しうるにしても反対説の主張する実質的な弁護活動を期待できない虞れがある。⁽⁵⁹⁾後者による場合、反対説の主張する現行刑事訴訟の目的・機能・構造の立場と如何に調和させるのか、又、国民の司法に対する信頼欠如の虞れを如何に回避していくのかの疑問が生じる。

(3) 結 論

弁護権の告知義務は憲法上の義務であり、又、弁護権は捜査段階より私選・国選を問わず憲法上、保障されるべきものと考ええる。というのは、現代においては、弁護権は社会権に帰属せしむべきだからである。では、なぜ社会権に帰属せしむべきなのか、又、帰属せしめるとすればなぜ右の如くいえるのかについては、既に発表している⁽⁶¹⁾ので本稿では割愛する。

次に、弁護権は社会権ゆえ放棄が許されないと解する。では、なぜ社会権だと放棄が許されないのか。社会権は、もともと国家へある権利を積極的に要求する点に力点があり、権利放棄に力点がない以上、放棄を自由に認めるべきでない。しかし、社会権といえども自由権を内包した概念であるから、放棄ができないわけではないが、それは弁護人選任の段階に限定すべきである。というのは、刑事訴訟における弁護権の意義と弁護人の地位に鑑みてである。私選弁護人は、選人の基礎が私人間の委任契約に基づいて生じるが、⁽⁶²⁾国選弁護人は国と国選弁護人間の公法上の第三者の為にする契約に基づいて生じる点で異なる。⁽⁶³⁾しかし、両者とも契約によって生じる以上、選任段階では、被疑者・被告人は契約自由の原則より自由に自己の希望する弁護人を選任できる。国選弁護人の選任の場合、各弁護士会が自主的に人選を行なって裁判所に供給する制度が設けられ、現在もこのように運用されているが、かく解してもそれは

ど支障はきたすまい。⁽⁶⁴⁾むしろ、個人的信頼関係を得ることによって、被疑者・被告人との真摯な面接・資料提供を得るのが弁護活動の第一歩である以上、弁護人の任務・各弁護士の活動歴・信条・政治的意見等の広告⁽⁶⁵⁾を積極的に認める方策を講ずべきである。これに反して弁護士は、弁護士法二四条により規制される。

しかし、一旦、契約が成立して選任された以上、その地位は公的なものになる以上、弁護人の病氣、死亡等、やむを得ない特別事情のない限り、弁護権の放棄は弁護人のみならず被疑者・被告人⁽⁶⁶⁾にも許されない。この理は、弁護人が私選か国選かを問わないし、弁護事件が任意的か必要的かを問わない。弁護人は憲法上の機関（憲法三四条・三七条三項）であり、又、法により地裁段階以降は独占的に職務を遂行し得る権限を与えられているからである。（刑法法三条）又、アメリカにおいても近時弁護権は絶対に放棄できないという意見が有力に唱えられている点にも留意すべきである。フアレタ事件⁽⁶⁷⁾の少数意見でも、三人の裁判官はこの見解を支持している。

最後に、被告人と弁護人との信頼関係の喪失は、弁護権放棄の理由とならないと解する。⁽⁶⁸⁾選任段階では、個人的信頼関係に基づき選任されるのだから問題はないが、その後の段階で信頼関係が喪失する場合も考えられる。しかし、この場合には、弁護活動の力点は一段的信頼関係にあり、この点に対する喪失はよほどの事がない限り考えられない以上、それほど弁護活動に支障をきたすまい。いわゆる公安事件といえども、被疑者・被告人の行動が犯罪を構成するか否か、如何なる量刑が相当か否かの判断に必要な限度で思想・信条・政治的意見を考慮すれば足る。⁽⁶⁹⁾裁判とは、そもそも国家刑罰権の適正行使による基本的人権の確保という目的だけでなく、実体的真実の追求による公共の福祉の実現という目的の為にもある。この目的の範囲内で、弁護人の弁護活動も認められているからである。

それでも弁護活動に支障をきたすとするならば、それは弁護人の訴訟上の義務違反の問題で、民事上の責任や被告人に対する懲戒申立（弁護士法五八条）の方法により抑制できよう。

- (1) 最判昭和二四・一一・三〇・刑集三卷一一号一八五七頁。
- (2) 最判昭和二五・一二・五・刑集四卷一二号二四八一頁。
- (3) 注(1)参照。
- (4) 最判昭和二四・一一・二・刑集三卷一一号一七三七頁。なお、被告人の弁護人選任請求の意思確認のための照会手続を定める刑訴規則一七八条は憲法上の要請でないとするのが判例である。最判昭和二八・四・一・刑集七卷四号七二三頁。
- (5) 注(4)参照。
- (6) 東京地裁刑事第六部決定・昭和四六・六・一〇・判例時報六三〇号五〇頁。なお、同事件の有罪判決として、東京地判昭和四六・九・二八・判例時報六五一号一一頁及び、東京高判昭和五一・二・二七・高刑集二九卷一号四二頁。
- (7) 最判昭和五四・七・二四・刑集三三卷五号四一六頁。
- (8) 最判昭和二五・二・一・刑集四卷二二号一〇〇頁。なお同趣旨の判決として、最判昭和二六・一一・二〇・刑集五卷一二号二四〇八頁参然。
- (9) 最判昭和二八・四・一・刑集七卷四号七一三頁。
- (10) 最判昭和二三・一〇・三〇・刑集二卷一一号一四三五頁。
- (11) 最判昭和三〇・一・一一・刑集九卷一号八頁。
- (12) 最判昭和三〇・三・一七・刑集九卷三三五〇頁。
- (13) 大阪高判昭和五〇・五・一五・判例時報七九一号一二六頁。
- (14) 東京地裁刑事第五部決定・昭和五一・六・一五・判例時報八二四号一二五頁。
- (15) 東京地裁刑事第二六部見解・昭和四八・六・六・判例時報七一三号一二二頁。
- (16) 東京地裁見解・昭和五二・一・一四・法律のひろば三〇卷五号三七頁。
- (17) 熊本典道・「田宮裕編著 刑事訴訟法Ⅰ」五三九頁参照。
- (18) 渥美東洋・「国選弁護権の告知と請求と放棄」・比較法雜誌六卷一・二号一一八頁以下参照。
- (19) 渥美東洋・前掲論文二二五頁。
- (20) 田宮裕・「刑事弁護序説(裁判法の諸問題(下所収))」・七八頁参照。
- (21) 熊本典道・前掲書五五六頁参照。

(22) 注(21)参照。

(23) 沖繩デーン事件では、最高裁と斉川決定及びこの決定をそのまま是認した第一審、第二審とでは、被告人らの再選任請求の効力を否定した論理が異なる。最高裁判決では権利濫用論だけを根拠に効力を否定し、斉川決定等の放棄理論については触れていない。

(24) 横山晃一郎・「国選弁護人選任請求権と『斉川決定』」・法律時報四四卷一四四頁以下参照。

(25) 他の批判として次のような趣旨のものがある。権利濫用論には、内在的にその適用を限界つける何等の歯止めもない以上、本件のような任意的弁護事件のみならず必要的弁護事件にも適用される危険性がある。松本一郎・「国選弁護人選任拒否事件」『最高裁判決の意味と問題点』・ジュリスト七〇一五八頁参照。

(26) Illinois v. Allen, 397 U.S. 337(1970)

(27) 熊本典道・前掲書五五七頁。

(28) 他の批判として、座談会・「国選弁護問題の焦点」・ジュリスト四八五号三〇頁以下の藤木英雄及び松尾浩也見解。光藤景敏・「国選弁護人の辞任と解任」・刑事訴訟法の争点四三頁参照。なお、賛成の立場として、白井滋夫・「国選弁護人の法的地位」・第二期法学教室二六九頁参照。

(29) 横山晃一郎・前掲論文四六頁。

(30) 田宮裕・「公安裁判とデュー・プロセス」・自由と正義二三卷二二頁。熊本典道・前掲書五五八頁。

(31) 憲法上の要請でないと主張する立場として河上和雄・「必要的弁護事件における国選弁護」・警察学論集二六卷七号二〇頁。長山頼興・「弁護人の不出頭・退廷をめぐる問題点について」・警察学論集二九卷八号一五二頁。香城敏磨・「青柳文雄はか著者代表」・「註釈刑事訴訟法」・第三卷九十九頁等々参照。

(32) 庭山英雄・「刑法法一部改正問題の批判的考察」・自由と正義二九卷二五七頁参照。熊本典道・前掲書五四四頁参照。

(33) 松尾浩也・「総合判例研究叢書」・刑法法(Ⅱ)九五頁参照・平野龍一・「刑事訴訟法」・七四頁参照。高田卓爾・平場安治はか共著・「注解刑事訴訟法」・中巻四三七頁参照。

(34) 高窪貞人・「必要的弁護事件における弁護人の退廷」・刑事訴訟法の争点一七三頁参照。

(35) 注(10)参照。

(36) 通説。たとえば松尾浩也・前掲書一〇五頁参照。高田卓爾・平場安治はか共著・前掲書四三八頁以下参照。横川敏雄・判例

タイムズ二六号三五頁参照。等々。

- (37) 横川敏雄・「刑事裁判の研究」・二〇一頁以下参照。松尾浩也・前掲書一〇四頁以下参照。
 - (38) たとえば、高田卓爾・「刑事訴訟法」・四〇四頁参照。鈴木茂嗣・「刑事訴訟法」・一四六頁参照等々。
 - (39) 通説。但し、刑訴法二八九条を類推適用して職権で国選弁護人を附さなければ違法と解する立場によれば、より一層、批判が妥当することになる。松尾浩也・前掲書一〇五頁参照。
 - (40) 詳細は、河上和雄・前掲論文二一頁以下。内藤丈夫・「訴訟関係人に対する在廷命令」・公判法大系Ⅱ三三〇頁以下参照。
 - (41) 石川才顕・「国選弁護人の選任と辞任」・自由と正義二二巻五号七頁参照。
 - (42) 内藤丈夫・前掲書三二八頁。
 - (43) 石川才顕・「必要的弁護事件における弁護人不在の審理の可否」・ジュリスト六六号一九五頁参照。
 - (44) 立法趣旨については、藤永幸治ほか・「過激派裁判の実情とその対策」・法律のひろば一九七八年六月号九頁以下参照。法務省立案当局が異常な状況として指摘する事例については、法務省刑事局・「過激派主要事例の審理遅延状況」・昭和五三年三月参照。なお、反対の報告として、杉野修平・「必要的弁護事件における弁護人の不出頭・退廷・辞任・解任の事例の紹介と検討」・自由と正義二九巻二号六一頁以下参照。本法案の逐条的検討の詳細は、共同研究・『「弁護人抜き裁判」特例法案・その批判的考察」・法学セミナー二八七号。「特集 弁護人抜き裁判」・法律時報五〇巻三号。日本弁護士連合会・「特集 弁護人抜き裁判特例法案阻止のために」・自由と正義二九巻一一号一〇九頁以下等々参照。
- 西ドイツにおける弁護人排除規定新設の詳細は、高田昭正・「西ドイツに於ける刑訴法改正と弁護権の制限」・法律時報五〇巻三三四三頁以下参照。なお、Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts が一九七四年二月二〇日公布された。アメリカにおける弁護人排除の詳細は、Norman Dorsen and Leon Friedman, Disorder in the court, (1973); A. B. A. Project on Standards for Criminal Justice, Standards relating to the Judge's Role in dealing with Trial Disruptions, (1971) 参照。
- (45) 辻村明・「大衆社会編（辻村明編 社会学講座13所収）」・三一頁以下。
 - (46) 田宮裕・注(20)の書六一頁以下参照。
 - (47) 田宮裕・「弁護権の実質的な保障(1)」・北大法学論集一六巻二・三合併号一二〇頁。
 - (48) ただし、すでに一九三〇年に弁護権という特定分野でないが一般的に、アメリカの連邦レベルでは、憲法上保障される各種

の権利は、権利の存在と内容を知り且つ理解した上でなければ放棄されたものと認められないと解されていた。Patton v. United States, 281 U.S. 276(1930)

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

(50) Walker v. Johnston, 312 U.S. 275(1941)

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

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

(53) Fareta v. California, 422 U.S. 806(1975)

(54) 田宮裕・注(20)の書七七頁。

(55) 田宮裕・注(20)の書七六頁以下参照。渥美東洋・注(18)の論文一二七頁参照。熊本典道・注(17)の書四二三頁参照。

(56) 渥美東洋・「国選弁護人の辞任」・刑事訴訟法判例百選(第四版)一〇九頁。

(57) 横山晃一郎・注(24)の論文四六頁。田宮裕・注(30)の論文二頁。熊本典道・注(17)の書五五八頁。

(58) 反対説によれば、被告人の弁護人に対する専断的忌避の意思表示が窺知されない限り放棄を認めないのだから、ある程度、この批判は緩和されるが、しかし結局において、判例の立場とは時間的なずれはあるものの放棄を擬制することにかわりがないからである。

(59) ちなみにアメリカにおいては、弁護権の拡充に関するギデオ判決(Gideon v. Wainwright, 1963)によって七〇万件の重罪事件に弁護人が必要となり、アーガシング判決(Argersinger v. Hamlin, 1972)では更に拍車加わり三〇〇万件に達した。その為、事件にみあうだけの弁護人を供給できるか否かが課題となる一方では、経費が四億ドルないしはそれ以上と見積もられ、財政負担に耐えられるか否かが問題となっている。Gerald D. Robin, Introduction to the Criminal Justice System, 233, (1980)

(60) 反対説によれば、現行刑事訴訟はデュー・プロセス主義≠不処罰主義の追求・実現を目的とし、訴訟構造は当事者主義が本質的なものとして要求される以上、弁護権は被疑者・被告人の絶対的な権利であると主張する。

(61) 拙稿・「人権体系上における弁護権の現代的意義」・日本法政学会法政論叢第一九巻及び「憲法三四条と被疑者の国選弁護権」・法と秩序七二巻参照。

(62) 判例あり。東京地判昭和三八・一一・二八・下級民事集一四卷一一号二二三六頁。

- (63) 国選弁護人の選任の法的性質については、学説・判例が多様だがその検討は他日に譲る。
- (64) 昭和二十三年六月九日付最高裁事務総長通達に基づくもので、その対象は被告人である。被疑者にも国選弁護権が保障されていると解するが、国選弁護制度を機能させる立法が実現するまでは作動しないので、支障をきたさないのである。
- (65) アメリカにおける弁護士業務に関する広告禁止の動向については、*Trade Regulation Reports Part II, June 28, 1977*。なお、各国の規制の現状については、John Nelson-Jones, *Approaches to Advertising and Promotion by Lawyers, International Business Lawyer, Vol 15, No. 1, 1987* 参照。
- (66) 弁護権の重要性より、契約解除の一般原則よりきびしい制約に服するからである。但し、弁護人選任の効力は刑法三二条二項に服する。
- (67) 注(53)参照。
- (68) 従来、被告人と弁護人の信頼関係の喪失は国選弁護人の辞任・解任の正当理由に該当するかという形で問題提起され、判例・学説が対立している。判例の立場として、東京地判昭和四七・一・一四・判例時報六五七号二七頁。反対説の立場として、熊本典道・注(17)の書五五四頁以下参照。なお、松本一郎・注(25)の論文五七頁参照。しかし両立場とも、一般的信頼関係で足るか個人的信頼関係を必要とするかの択一的な考え方をもって論じ、段階的に検討していない点で問題がある。
- (69) 熊本典道・注(17)の書五五一頁参照。なお、横山晃一郎・「憲法と刑事訴訟法の交錯」・一八四頁以下参照。