

犯罪の国際化と刑事弁護

山 本 晶 樹

一 はじめに

二 パブリック・ディフェンダー (Public Defender) 制度

(1) 当該制度の検討

(2) 捜査段階における弁護権の解釈

三 日本社会における弁護士の役割

(1) 従来 of 環境下での役割

(2) 現在の環境下での問題点

四 刑事弁護の展望

一 はじめに

刑事弁護に関しては、従来より捜査段階、公判段階を問わず、広く問題点が指摘されており、そこでは、あるいは制度の改革が研究され、あるいは法解釈による試みや弁護活動の改善が提言されてきたが、十分に効果が現われ

ているとはいえない。それは、巨視的には、実体的真実の追求が強調されるような形で刑事訴訟が運用され、以って社会秩序が保たれてきたことによる。

ところが近時、警察庁によると、在日外国人の刑法犯の検挙が急増し、昭和六一年には一六二六人だったものが、昭和六三年には約二倍へ増加し、平成三年は年途中で三二二七人に達しているという。しかも国籍も多様化し、特にベンガル語、タガログ語、ペルシャ語などアジア言語は通訳不足が明らかで、捜査当局の取調べに支障をきたしているという。他方、事件の核心部分に関する誤訳の影響は見逃せないとして、審理不尽を理由に差戻した判決や、異国で長時間、拘束を受けた供述の信用性には疑問があるとして、無罪とした判決がでるに至っている。これは、社会秩序の維持が今後、よりむずかしくなるきざしがみえていることを示すものといえるが、そのことは、ひいてはますます、積極的実体的真実主義の追求が強化されるような運用に立ちかえるという恐れをも示しているといえよう。現に、コロンビアなどの麻薬犯罪組織の日本市場への進出防止策として、国際協力薬物不正防止特例法と麻薬、覚醒剤等の取締法のいわゆる麻薬二法の立法化が行われ、それに伴って、国際捜査協力体制づくりとして、マネーロンダリング (money laundering) 防止や運び屋を泳がせるコントロール・デリバリー (controlled delivery) など新しい捜査手法についての研修が進められているという。しかしこれは、動もすれば運用次第では、盗聴やおとり捜査の合法化への途を開いていく恐れがある。このような犯罪の国際化の一つの背景をなすものとして、社会あるいは国家そのものが、まさに難民問題にみられる如く、単一民族で構成、維持されにくくなっているということがあるといえるのではなからうか。これにより、価値観や倫理感が複雑多岐にわたり、しかも教育程度に差異のある民族間の集合体が国家となった場合、そこで施行されるべき法規は、犯罪予防的色彩の濃い行政取締法規にな

らざるを得ない。しかし真の意味の犯罪予防が、規範意識の覚醒を前提とするならば、行政的取締法規の増加と実体的真実の追求を強化する運用が、上述の意味での犯罪予防につながるか、疑問がもたれる。むしろ、刑事弁護に關し、従来、置き去りにされてきた諸問題を解決していかなくては、とうてい社会秩序の維持は困難とならう。

由来、解釈論と立法論との限界は、明確に区別されたいものである。特に刑法は、制度に關する法分野であるから、制度をその目的達成のためによりよく機能させるには、いかにしたらよいかという点に力点を置いた解釈論を展開すべきであろう。そこで本稿では、このような観点からの解釈論をも視野に置きながら、ますます増加するであろう犯罪の国際化現象の中での刑事弁護のあり方につき、検討を加えてみたい。

二 パブリック・デイフェンダー (Public Defender) 制度

(1) 当該制度の検討

パブリック・デイフェンダー制度とは、わが国の検察庁に対応する官庁として、Public Defender Office を州当局の資金で創設し、当該官庁が弁護士資格を有している者の中より選抜した人々を公務員として採用し、刑事弁護活動を専門的にさせるものである。³⁾ この制度は、一九三〇年代から六〇年代にかけての弁護権に關する判例法の顕著な発展を、現実に担保するためのものとして、脚光を浴びるに至ったものである。Public Defender Office は、Public Defender, Attorney ; Investigator ; 書記・秘書等の四つの職種より構成されている。Public Defender とは、Public Office の総責任者で、州政府または地方都市の任命か選考によりその地位につく。Attorney は、Public Defender によって任命される。両者ともその身分は公務員で、州政府等より固定給を支給される。両者の関係は、上司と部

下の関係で、Public Defender は、特に重大な事件を除き、みずから法廷に立たないで、Attorney に事件の割当てをしたり、事件処理や法廷戦術について助言したりする。しかし両者とも、弁護人に選任された時は、刑訴法上の地位は私選弁護人と変ら⁽⁴⁾ない。Investigator とは、調査活動の専門家で、主として以下の三点を行なう。すなわち、被疑者等が弁護人を雇えぬほど貧困であるか否かの調査、被疑者等の弁護活動に役立つあらゆる種類の情報収集活動、判決前調査に関連する被告人に有利な事実の調査である。Investigator の役割は、調査活動という時間のかかる仕事から弁護人を解放して、公判活動に専従させる点にある。調査活動に関する専門的訓練を経てない⁽⁵⁾弁護人達よりも、調査活動をより効率的に、より経済的に処理し得るといわれている。

パブリック・デイフェンダー制度の利点は、主として四点を挙げられよう。

第一点としては、パブリック・デイフェンダー制度の下では比較的、刑事弁護に熟達した弁護人を供給できるといふことである。既存の官選弁護制度 (Assigned Counsel) の下では、いかなる弁護士を貧困な⁽⁶⁾弁護人に選任するかは、全く裁判所の自由裁量にゆだねられているので、かならずしも刑事弁護に熟達した⁽⁶⁾弁護人が選任されることはない。むしろ、経験の十分でない若手の⁽⁶⁾弁護人や、官選弁護の報酬に生計を依存せざるを得ない⁽⁶⁾弁護人が選任される傾向にある。また近年、弁護士業務の専門分化現象によって、刑事事件の⁽⁶⁾弁護を受任する⁽⁶⁾弁護士が次第に少なくなっており、しかもたまたま、経験の豊かな⁽⁶⁾弁護士が選任されても、このような⁽⁶⁾弁護士は通常、⁽⁶⁾きわめて多忙なため、報酬の少ない⁽⁶⁾官選⁽⁶⁾弁護事件をできる限り簡単に⁽⁶⁾処理しようとする⁽⁶⁾心理が作用しがちであるといわれている。このような⁽⁶⁾実情に鑑みると、⁽⁶⁾官選⁽⁶⁾弁護制度の下では、一般的に⁽⁶⁾いって、⁽⁶⁾巨大な⁽⁶⁾補助機構を有した⁽⁶⁾刑事事件の⁽⁶⁾専門家である⁽⁶⁾検察官と⁽⁶⁾対峙して、⁽⁶⁾十分な⁽⁶⁾弁護活動のできる⁽⁶⁾経験豊富な⁽⁶⁾弁護人を⁽⁶⁾確保するのは、⁽⁶⁾容易でないといえよう。こ

れに対して、この制度の下では、弁護士の職務が刑事事件に専門分化されており、しかも多数の刑事事件を取扱うため、比較的、短時間のうちに豊富な経験を積むことが期待できる。さらに、経済的待遇をよくすることによって、貧困な被疑者等の弁護という正義感に訴える職責とあいまって、有能な弁護人を確保しやすいという。⁽⁷⁾

第二点としては、パブリック・デフエンダー制度の下では、刑事手続の早い時期に弁護活動を開始できるということである。元来、アメリカでは、被疑者を逮捕してから予備審問のために裁判官の面前に引致するまでの約一日半から二日間は、捜査官が被疑者を最も効果的に尋問できる唯一の機会であった。捜査官が当該機会を逃すまいとするのは当然で、尋問の結果、得られた自白は、しばしば事件の解決に役立ってきた。しかしながら、逮捕から予備審問へという時期は、法律に暗い貧困な被疑者にとっては、人権が最も侵害されやすい危険な時期で、最も弁護人の援助を必要とする時期でもある。一九六四年のエスコビード事件において、連邦最高裁は、被疑者が逮捕後、家族の選任した弁護人との面会を求め、弁護人自身も面会を要求したのに、警察がこれを拒否して黙秘権を告知することなく数時間に渡り被疑者を尋問したのは、被疑者に連邦憲法上、保障されている弁護人の援助を受ける権利の侵害である、と判示した。⁽⁸⁾当該判決によって、被疑者は逮捕直後でも、弁護人に面会してその助言を受ける権利があるということが確立された。しかしながら、既存の官選弁護制度の下では、弁護人の選任が裁判所あるいは裁判官の個々の命令によって行なわれているため、予備審問以前の時期に弁護人の選任を行なうことは、事実上、不可能である。これに反してこの制度の下では、予備審問以前の時期でも弁護活動を開始するのが可能である。現に、カリフォルニア州のアラメダ・カウンティのパブリック・デフエンダー制度では、重罪事件に関する限り、逮捕直後より弁護活動が開始されているという。⁽⁹⁾そしてこの方式は、次第に他でも踏襲される傾向にあるという。

第三点としては、パブリック・デیفエンダー制度の下では、弁護活動を行なうために必要な事実関係の調査や証拠の収集を、加率的に可能とすることができるといふことである。そもそも、被疑者等のために弁護活動を行なうには、あらかじめ、被疑事実や被疑者等に関する様々な事実を知り、被疑者等に有利な証拠を収集しておくことが必要不可欠である。既存の官選制度の下では、このような弁護資料の収集を行なわせる特別の調査機関を有していない。仮に民間の調査機関に調査を依頼するにしても、調査費用の面で制約を受けるため、その調査能力はきわめて限られよう。これに反して、この制度の下では調査を専門とする機関が置かれているので、十分な弁護活動が期待できる。⁽¹⁰⁾

第四点としては、パブリック・デیفエンダー制度の下では、被告人等の人権を害することなく、裁判所による能率的な事件処理、経費の節約に貢献できるということである。既存の官選弁護制度の下では、弁護人に選任される者にもよるが、なかには無用な手続上のテクニクを使用して事件を遅延させたり、虚構の弁護によって被告人に不当な利益を与える者もある。これに反して、この制度の下では、それぞれの機関とも公共性を強く帯びていることや、事前準備が十分、行なわれていることとあいまって、弁護人はなるべく無益な、ときには被告人に不利な抗争や権利の主張を避けることによつて、十分な弁護活動を行なうので、結果的に事件の能率処理という点で、裁判所の負担を軽くする。このような事件処理は、経費の節約をも生んでいる。現に、この制度の下で選任された事件と既存の官選弁護制度の下で選任された事件とは、一件あたりの経費は、この制度の下の方が少ないといわれている。⁽¹¹⁾

パブリック・デیفエンダー制度は、わが国の刑事弁護制度の問題点、とりわけ捜査段階における法的保障の不

備を是正していく方法の一つとして有益である。にも拘らず、この制度の導入が図られないのは、主として次に述べる三点の問題点が解決されていないからではなからうか。

第一は、当該制度の下では、州当局みずから起訴した事件に対して、州当局みずから弁護するという形式になるので、はたして刑事司法の適正な実現を期待し得るのかという批判がある⁽¹²⁾。これは、弁護権保障の本質をどうみるかという問題に帰着する。近代的な刑事訴訟手続においては、法は弁護権保障を積極的に認めている。この弁護権を保障するという事は、本来、刑事司法の機能を牽制し、刑事司法の効果をも減殺する作用を営む事態となることを許容するという事を意味する。反対に、刑事司法は、国家秩序を破壊する者を刑罰によって抑圧する機能を果たす性質を有するものである。従って、刑事司法の機能を即効的に發揮させる為には、刑事訴訟手続の内に弁護権保障を介在させるのは、無益であるばかりか、有害でさえあるはずである。それにも拘わらず、近代的な刑事訴訟手続が、弁護権を必要不可欠な権利として公認しているのは、一面においては、デュー・プロセスに不処罰主義思想の進展に伴なう国民側からの要請に基づくという点もあるが、他面においては、国家権力の手続的な自己抑制策に基づくという点をも具備しているからである⁽¹³⁾。

では、国家権力の手続的な自己抑制策とはいかなる内容のものであろうか。その解答は、近代的な刑事訴訟手続における弁護人の任務は、被疑者・被告人の代理人としての任務という面もあるが、そのみにとどまらず、公益的任務であるといわれている点に端的に現われている。すなわち、公益的任務とは、一般に、手続的正義の限度で被疑者・被告人個人の利益の保護をおこなう事により、巨視的には国民一般の利益をも保護せんとする任務であると解されているが、問題は、なぜ、被疑者・被告人個人の利益の保護をおこなえば、それが国民一般の利益の保護

につながるのかという点にある。従つて、この問題を解明すれば、おのずと国家権力の手続的な自己抑制策の内容も分るので、この点につき、考えてみたい。刑罰権の恣意的な運用は、刑罰権行使が権力作用の最たるものである關係上、国民一般の間に、国家権力に対する不信と恐怖の念をかもし出す。そして、それが嵩ずると、やがては既存の法秩序そのものが攻撃されて、無法状態を作り出す。それがひいては、国民一般の利益をそこなう事態をもたらすという悪循環を生みだす。故に、この悪循環を防止する為には、国民一般に刑事司法の公正さを保障する事が必要となる。刑事司法の公正さを宣言する方法としては、自由人たる弁護人を刑事訴訟手続の内介させるのが合理的である。ところで、弁護人が被告人個人の利益ばかりを追求すると、現実的には、個々の事件については、あるいは国民一般の利益に合致せぬ結果をもたらす場合があるかもしれない。そこで、被告人個人の利益の保護を手続的正義の範囲内、つまり正当利益の範囲内というしぼりの限度で行なわせることにより、国民一般の利益との抵触の可能性を最大限に防止できる。

かくて、近代的な刑事訴訟手続における弁護権保障の本質は、国民側と国家側の双方の利益の接点に位置しているといえよう。パブリック・デیفエンダー制度が刑事司法の適正な実現を期待し得るものなのか否かを検討するにあつても、弁護権保障が本質的に有するこの二面性の見地より考察すれば、この問題は解けよう。

第二は、当該制度の下では、弁護人が公務員である性質上、公務員としての義務と弁護人としての義務が相反した場合の解決が困難であるとの批判がある。¹⁵⁾ というのは、私選弁護人の場合には、虚偽の事実を弁護人に無理矢理、押しつけて弁護を依頼する者に対して辞任という手段で対抗できるが、この制度の下の弁護人の場合には、辞任してもスタッフのだれかが担当しなければならなくなるから、辞任が事実上、不可能となるからであるという。これは、

虚偽の事実を無理矢理、押しつけてということの意味が問題である。仮に、弁護人には有罪である旨を告知しながら裁判所に対しては無罪の主張をしている場合を意味すると採るならば、真実義務の問題に帰着し、ABA倫理規範五条が参考となろう。仮に、真犯人の身代りとして被告人が有罪であることを認めている場合を意味すると採るならば、無罪の立証に努める弁護活動義務を負うことになる。⁽¹⁶⁾ いずれの場合にせよ、辞任は被告人に対して実質的に不利益な影響を与えるものであるから、軽々に認めるべきでない。

第三は、当該制度の下では弁護人は公務員である性質上、刑事弁護をする上で最も重要な被告人等との間の信頼関係が形成されるか疑問であるとの批判がある。⁽¹⁷⁾ 信頼関係には、一般的信頼関係と個人的信頼関係があるということとは、すでに四・二八事件および十・十一月事件において東京地裁が指摘しているところである。⁽¹⁸⁾ 一般的信頼関係とは、弁護士としての平均的な法律上の知識・経験を有していることに対する信頼関係をいうと理解されているので問題はない。これに対して個人的信頼関係とは、被告人がもつ弁護人によって十分な弁護が受けられるという期待感と、弁護人の当該被告人のために十分な弁護を行わなければならないという義務感とが融合して、人間的な信頼関係が形成されることだといふ。⁽¹⁹⁾ パブリック・デیفエンダー制度の下での弁護人の場合は、この信頼関係が形成されず、従って、弁護活動の基礎となるところの被告人と弁護人との真摯な面接・意見交換も、被告人による資料の提供も期待できないという。しかし、個人的信頼関係は、全ての国民が享受する関係なのであろうか。通常は、顧問契約を結んでいる一部企業等、普段から交際のある人に限られ、一般の国民は、弁護士との交際はまれであるから、この信頼関係は少くとも最初はない。この信頼関係は、具体的事件を契機として交際関係が進むにつれ生じるものである。パブリック・デیفエンダー制度に所属する弁護人は、一般的信頼関係の点では、私選弁護人

よりも明らかに刑事弁護に関しては専門性を有しているから、弁護人の努力いかんで個人的信頼関係も、私選弁護人以上に形成されていく場合も考えられよう。他方、信頼関係の問題が、単なる個人的段階のものでなく、制度それ自体に根ざしたものの、つまり身分が公務員であるという点にあるならば、それは確かに肯定されよう。歴史的には、プロシヤの官僚弁護士制の失敗例もあるし、わが国のように、みずからの血で勝ちとった民主主義国家でない国では、なおさら信頼関係の保たれない恐れがある。組織の性格を変質させることが必要であろう。

(2) 捜査段階における弁護権の解釈

捜査段階における弁護権の解釈、つまり被疑者の国選弁護権の問題に関して、通説は、被疑者には国選弁護人依頼権を保障していない、と主張する⁽²⁾。その根拠として、第一に、憲法三七条三項が明文でその保障対象を「被告人」に限定している関係上、憲法三四条前段の「何人」とは、被疑者の意味に解するほかないこと、第二に、被疑者にも国選弁護人依頼権を保障しているならば、憲法三七条三項後段が、「国でこれを附する」と規定しているのと同様に、憲法三四条にもその旨の明文規定があるはずであること、の以上、二点を挙げている。

憲法三四条前段は、「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。」と規定している。また、憲法三七条三項は、「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。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。」と規定している。通説の解釈の特色は、これ等、右記規定を解釈する際に、一体化して理解することにより、その解答を導びき出している点にある、といえよう。ところで、憲法三七条三項は、最低限、被告人には国選弁護人依頼権を保障するだけで、その保障対象を被疑者にまで禁じる趣旨ではない、とも解し得る。仮に、憲法三七条三項の

意味がこうであるとすれば、「何人」に関する通説の解釈は成立し得なくなる。というのは、憲法三四条の「何人」は、ひき算されていく為、被告人のみならず被疑者をも含まぬ、つまり、弁護人依頼権の主体が存在しなくなるという奇妙な結果を招くからである。かくて、通説が、憲法三四条前段の保障内容と憲法三七条三項の保障内容が、被告人に対する保障という限度で重複してしまうのを回避する為、憲法三四条前段の「何人」を被疑者の意味に解するほかないことは理解し得る。しかしながら、憲法三四条前段に、「何人」と規定されているにも拘わらず被疑者の意味だと解するのは、通説の法解釈の指導原理となる、法の明文の存否および法の文言の形式的な意味を最も重視するいわゆる法実証主義の精神に反しないであろうか。もっとも、法実証主義の立場でも、特定の文言の形式的な意味からかけはなれていても、当該法目的・機能に照らした判断によって、特定の文言にその形式的意味以上の内容をもたせることもあるから、法実証主義の精神に反していないとも考えられる。しかし今度は、法技術的操作を行なったことで、弁護権の存否を裕福な被疑者と貧困な被疑者とで差別を認める結果を招いてしまうので、憲法一四条の精神からみて問題となる。

これに対して近時の有力説は、被疑者にも国選弁護人依頼権を保障している、と主張する。⁽²²⁾その根拠として、第一に、被疑者の弁護権は憲法三二条というデュー・プロセスの不可欠の内容であること、第二に、デュー・プロセスの不可欠の内容となる弁護権の存否を裕福な被疑者と貧困な被疑者とで差別を認める結果を招くのは不合理ゆえ、憲法一四条の精神に反すること、第三に、通説は憲法三七条三項が明文でその保障対象を「被告人」に限定しているというが、英文憲法の三七条三項では、被告人を意味する *Defendant* と記されてなく、被疑者をも含む意味を有する *Accused* と記されている以上、憲法三七条三項の被告人が、刑法のように、被疑者との区別を意識した

上で用いられた用語なのかきわめて疑わしいこと、の以上、三点を挙げている。

有力説の解釈の特色は、刑訴法は制度に関する法分野であるから、制度をその目的実現のためによりよく機能させることに最も重点をおいた法解釈が行なわれるべきである。憲法が予定している刑事訴訟の目的は、不処罰主義Ⅱデュー・プロセスの実現であるから、刑事手続に関する法規の解釈においては、その実現が最も重要な解釈原理となり、これにそう方向での創造的な解釈は当然、許され、また要求される、という点にある。ところで、憲法は個人の尊重と同時に公共の福祉(憲法一三条)を規定している。そして、この憲法の趣旨を受けて法も、「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障」という相反する価値追求の調和を規定している(刑訴法一条)。この公共の福祉と基本的人権との対立関係は、具体的な刑事訴訟においては、実体的真実主義とデュー・プロセスとの対抗に置きかえて考えることができる。有力説の背景には、実体的真実主義といっても、積極的実体的真実主義と消極的実体的真実主義とがあり、前者は必罰主義であるからデュー・プロセスと矛盾するが、後者は誤って無実の者を罰しないとするのであるからデュー・プロセスと矛盾しない⁽²³⁾との考え方があると思われる。しかしながら、フランク判事が指摘している如く、手続は適正に行なわれたが無実の者が有罪になったという例もないわけではない⁽²⁴⁾、消極的実体的真実主義とデュー・プロセスとが必ず調和するとはいい難いのではなからうか。にも拘わらず、有力説のように、憲法が予定している刑事訴訟の目的は、不処罰主義Ⅱデュー・プロセスの実現と断定するのは、余りにもかたより過ぎていないか、疑問である。

被疑者の国選弁護権の問題に関しては、私は左の如く解したい。すなわち、被疑者にも国選弁護人依頼権が保障されている。但し、国選弁護制度が機能する場合は、刑訴法が三六条・三七条・二八九条だけに限定している関係

上、被疑者の国選弁護権に関する立法が実現するまでは作動しない。立法機関は、国家財産、国民経済の許す限り、できるだけ早急に必要な立法その他の措置を講じる義務を負う。

次に、その根拠につき述べる。第一に、憲法三四条前段は、弁護人依頼権という権利それ自体を保障した規定で、制度については規定していない。したがってこの権利の主体は、「何人」とも規定されているだけであるから、当然、被疑者も含まれる。第二に、憲法三七条三項は、憲法三四条前段の権利保障を実効させる為のシステムを保障した規定である。すなわち、憲法三七条三項は、弁護人依頼権を実効的に運用する為にある様々な刑事弁護制度⁽²⁵⁾の内、わが国で最低限、保障されるべきものとしては、私選弁護制度(憲法三七条三項前段)と国選弁護制度(同条同項後段)の二種類がある旨を宣言した規定である。第三に、権利があることそれ自体と、その権利に基づいた制度がいかなる場合に機能するのかは、別問題である。通説的な基本的人権の分類に従っていうならば、私選弁護権は、私選弁護権であれ国選弁護権であれ、自由権に属しているといえよう。⁽²⁶⁾しかしながら、私選権を自由権としてささえてきた社会的、経済的、政治的条件と、現代社会におけるそれ等の条件が異なってきたことや、基本的人権の種別は、絶対的なものでなく相対的なものであると認識されてきていること、⁽²⁷⁾更には、弁護人選任権の放棄に関するアメリカ連邦最高裁判所の判例の動向等を考慮するならば、私選弁護権は自由権に属していても、国選弁護権に関しては、社会権に帰属するものとすべきであろう。私選弁護権の場合は、消極的な受益関係にたつ以上、権利と制度が規定されていれば、制度が機能するのに条件をつける必要がないが、国選弁護権の場合は、積極的な受益関係にたつ以上、制度が機能するのに条件をつける必要があるからである。

三 日本社会における弁護士役割

(1) 従来環境下での役割

日本に、西洋諸国と同一の意味での「弁護士」という観念が芽生えたのは、明治維新以降の西欧文化の輸入という一連の過程においてである。それ以前は、——例えば、旧幕封建体制下の「公事師」は、西洋諸国と同一の意味での弁護士という観念には、包括できず、日本における弁護士の起源は、明治五年八月太政官無号達「司法職務定制」に規定された代言人制度に求められるといわれている。⁽²⁹⁾当該司法職務定制には、裁判所・判事・検事の他、公証人の前身たる証書人や司法書士の前身たる代書人とともに、代言人制度が設けられている（第一〇章 証書人・代書人・代言人職制内の第四三條）。それでは、このようにして誕生した弁護士のその後は、いかなる過程を経たであろうか。

弁護士が国家に占める地位は、国家がいかなる構造・目的・機能を有しているかによって実質上、規定される。明治以降、第二次世界大戦の敗戦に至るまでのわが国では、法制上は「市民的法治国家」の形態が採られていたが、その実態は、天皇制絶対主義国家で、富国強兵政策という目的の為に、「上からの資本主義化」⁽³⁰⁾が至上命令とされていた。すなわち、明治維新により西洋文明圏の環に組み込まれたわが国にとっては、西洋諸国が帝国主義への転化の前夜にあった関係上、急速な産業資本の確立が急務であった。そこで、西洋諸国と異なり、前期的資本が国家の強力なる育成・助長の下に、約三〇年という短期間（ちなみに、資本主義経済体制の代表国たるイギリスでは、約一〇〇年かかっている）で産業資本に転化することで、産業革命を成就させ、その後は、帝国主義への道を進んだ。その為

に、弁護士制度は第二義的な存在として扱われ、創設後も、弁護士は、国家的な統制・監視・弾圧の政策内に置かれた。⁽³²⁾ 例えば、明治七年の裁判所取締規則五条は、「裁判官ニ対シ尊敬ヲ欠ク者アルトキハ裁判官直チニ譴責ヲ加フ可シ。但代言人此ヲ犯シ譴責ヲ受シトキハ其事件ニ付代言人タルコトヲ得ス」と規定した。又、弁護士自治に対する干渉政策として、明治九年の代言人規則で、試験制度を創設し、且つ、その運営及び資格賦与を政府が行なうところとし、明治一三年改正代言人規則で、代言人は検事の監督に服することとなり、その目的の為に、代言人組合は強制加入の団体とされ、他方、同年の集会条例によって、代言人集会の解散が命じられた。さらに、わが国の弁護士をとりまく環境の悪条件として、左の点が挙げられよう。⁽³³⁾ 本来、自由主義思想という近代的な法意識の高揚は、産業資本の確立時期に、中級の産業資本が多数、発達し、且つその相互間の自由競争という状況が、長期に亘り継続して、生じるものである。しかしながら、前記「日本型資本主義」という西洋諸国とは異なった発達過程のおかげで、近代的法意識の芽が、社会全般に亘り浸透するのが阻害された。すなわち、国家には、法の支配の意識が欠如し、巨大企業は、前期的商業に特有な封建的性格を捨象しきれず、中級の産業資本は、「日本型資本主義」の特異性よりほとんど発達せず、群小の零細企業は、家内工業の域を脱せず、農村は未だ農地解放が行なわれていない為、封建意識が存続していた。その結果、天皇制絶対主義権力に対して、国民各層は、法を武器として緊張関係に立つような意思を有していなかった。

第二次世界大戦の敗戦以降、わが国では、法制上は大転換を遂げ、「社会的法治国家」の形態が採られ、弁護士も憲法上の機関（憲法三七条三項）として必要不可欠な存在となった。また、弁護権の保障も飛躍的に拡大された。すなわち、先ず新憲法（昭和二年公布、同二年施行）で次の二点が規定された。

④ 身体を拘束された被疑者の弁護士選任権（憲法三四条）の保障。

⑤ 被告人の私選・国選の弁護士選任権（憲法三七条）の保障。

そして新憲法を受けて、刑訴法（昭和三年公布、同四年施行）は、その精神を一步進めて左の如く制定した。

⑥ 身体拘束の有無に拘わらず、被疑者の私選弁護士選任権及び被告人の私選弁護士選任権（三〇条一項）の保障。

⑦ 特別な被告人の為の国選弁護士選任権（三六条・三七条・二九〇条）の保障。

⑧ 特定事件に対する必要の弁護士制度（二八九条）の保障。

しかしながら、その実態は、西洋諸国の「福祉国家観」と異なり、「日本型資本主義」⁽³⁴⁾に基づく経済復興の過程を歩み今日に及んでいる。つまり、戦後、農地改革・労働三権の樹立・憲法二八条・財閥解体という一連の経済民主化政策により、基本的人権の尊重という近代的法意識が芽ばえる土壌が作られ、法制上も前述の如く憲法及び刑訴法により、弁護権の保障がかなりの程度、完備されるに至ったのであるが、すぐに、「日本型資本主義」に基づく経済復興という政策が実施されて、中級の産業資本の自生が阻害された為、人権意識の芽がなかなか成長しにくい環境に置かれた。その結果、弁護士役割が、日本の社会の中へ駆け込むのに、西洋諸国に比べ、多大の労苦を要した。⁽³⁵⁾

(2) 現在の環境下での問題点

わが国においては、近時、特に構造不況後の一九六六年の再高度成長期以降、いわゆる「富める社会」が出現した反面、西洋諸国以上に、左の現象が顕著に現出した。すなわち、交通事故、公害及び環境問題、消費者問題、荒れる法廷問題等々、新しいタイプの紛争が相次いで発生、増加し、これ等を巡って生じる紛争の適正な法的解決ということが、社会問題、政治問題として深刻化するに至った。⁽³⁶⁾ それでは、何故、このような現象を生じるに至った

のであろうか。

資本主義経済体制というものは、元来、高度化するにつれ、独占資本を形成させるものであるが、その独占資本は、国家類似の組織と機能を有する諸団体を誕生させ、国民の大多数を当該「社会的権力」の下に、何等かの形で従属する関係に配置させる。その論理的帰結として、当該社会権力による人権侵害の危険性と可能性を顕著にする。また、独占資本形成過程において、各種の災害ないし公害問題等が発生するという現象を起こさせる。わが国においては、戦後、前述した経済民主化政策により、人権意識が芽ばえる土壌が作られた。しかし、すぐに、「日本型資本主義」に基づく経済復興という政策が採用されて、中級の産業資本の自生が阻害された為、人権意識の芽がなかなか成長しにくい環境に置かれた。それ故、西洋諸国において既に問題とされていた資本主義経済体制の矛盾が、昭和四〇年代に至るまで表面化しなかった。しかし、表面化してみると、経済成長率が、西洋諸国に比べ、余りにも急激に進展した為、当然、矛盾もかの諸国以上に現出したのである。

わが国の法体系の現状は、資本主義経済の高度化に伴う矛盾に対応できない。すなわち、現代の法体系の構造は、自由、平等、独立の市民社会的人間像を前提として予定しているが、現代、「大衆社会」における個人は、「受益者層化した受動的な大衆」である。⁽³⁷⁾ゆえに、現代社会に於ける複雑多様な、あるいは集団的な諸ニーズを充たすには、きわめて不十分である。したがって、社会問題化、政治問題化した状況と、当該状況に対応できぬ現代の法体系のギャップを埋めるものとして、「弁護士—訴訟を利用するという現象が顕著である。とりわけ、四大公害訴訟、東大裁判等が示す様に、わが国においては、西洋諸国以上に、国民が、本来は政治、行政レベルで処理すべき問題の解決及びその促進を訴訟活動に求める傾向にある。かくて、現状を打開する為には、従来型の弁護士の活動だけで

は、何とも処理できぬほどに、現代社会は至っている。ここに弁護士役割をとりまく現在の環境の問題点が見い出せよう。

四 刑事弁護の展望

犯罪の国際化は、社会の国際化に負うところが多い。社会が国際化すればするほど、政治、経済分野等にも増して司法分野では、特に公平さが要求されよう。犯罪の国際化現象の中での刑事弁護のあり方を考えるにあたっては、この事が最も重要な鍵となる。何をもって公平と判断するかはむずかしいが、刑法においては、比較法的見地よりみた刑事訴訟の動向が指標となる。この見地よりみると、大陸法でも英米法でも、捜査手続の自由主義化の方向に進んでいる。これは、刑事弁護においては証拠開示の検討へつながる。

証拠開示を巡る学説、判例は、大別すると四つに分類できる。第一は全面否定説である。⁽³⁸⁾ その根拠として、(イ)現行刑法は公判において当事者主義を採用する以上、弁護人は被告人との接見交通権(三九条)、証人に対する反対尋問権(三二〇条一項、憲三七条三項)の行使等、法によって与えられている権利を行使して、独自の立場より証拠資料を集取し、それに基づき弁護すべきであること、(ロ)証拠開示によって事件関係者への証人威迫、偽証教唆等のプライバシーが侵害される恐れがあること等が挙げられている。第二は全面肯定説である。⁽³⁹⁾ その根拠として(イ)検察官は公益の代表者で、被告人の有罪を単に求めるだけでなく、事案の真相を明らかにする義務を負っていること、(ロ)事件に関する主な証拠は、被告人に有利な証拠も含めて、捜査段階で捜査機関に集取されるのが現状である。証拠開示が認められないと、弁護人は弁護方針すら立てることができず、当事者主義の形骸化を招くこと、(ハ)証拠開示

に伴う事件関係者のプライバシー侵害等の諸問題は、別途に対策を考えればよいこと等が挙げられている。第三は、証拠開示の範囲を拡大化する方向で立法化すべきだと主張する説である。⁽⁴⁰⁾ その根拠として、現行法の不備を挙げる。すなわち、まず、刑法二九九条一項は、検察官が取調べ請求する意思のない証拠については、証拠開示義務がないと解されている。次に、刑法九九条の提出命令は、物の特定が必要だし、さらに、刑訴規則一七八条の一一は訓示規定と解されているので、これ等の規定の利用にも限度がある。他方、刑法三〇〇条は、証人の公判期日または公判準備期日における証言よりも、検察官面前調書の方が被告人に有利な場合、検察官に法廷に提出させる義務を課している。しかしながら、この規定も、検察官面前調書の方が有利か否かの判断は検察官に委ねられているので、場合によっては、被告人に有利な検察官面前調書も法廷に提出されない恐れもあり得る。このように、現行法の証拠開示に関する規定の保障は不十分であるという。第四は、弁護人から証拠開示命令の申出があった場合、裁判所は、事案を検討して、訴訟指揮権に基づき個別的に証拠開示命令をすべきであると主張する説である。⁽⁴¹⁾

わが国の判例は最初、第一説を採っていた(最決昭三四・一一・二六刑集一三一―三三三七二)が、昭和四四年の判決(最決昭四四・四・二五刑集三三四―二四八)で第四説に従うに至った。この判決は、まず、証拠開示命令の認められる理由につき、「裁判所は、その訴訟上の地位にかんがみ、法規の明文ないし訴訟の基本構造に違背しないかぎり、適切な裁量により公正な訴訟指揮を行ない、訴訟の全目的の運行をはかるべき権限と職責を有するものである」と述べ、次いで、証拠開示命令の時期について、「証拠調の段階に入った後」とした。さらに、証拠開示命令の要件並びに範囲については、「弁護人から、具体的必要性を示して、一定の証拠を弁護人に閲覧させるよう検察官に命ぜられた旨の申出がなされた場合、事案の性質、審理の状況、閲覧を求める証拠の種類および内容、閲覧の時

期、程度および方法、その他諸般の事情を勘案し、その閲覧が被告人の防禦のため特に重要であり、かつこれにより罪証隠滅、証人威迫等の弊害を招来するおそれがなく、相当と認めるとき」と述べている。

大陸型刑事訴訟であれ英米型刑事訴訟であれ、捜査活動は元来、被疑者にかかわる具体的被疑事件につき、嫌疑の有無と情状関係を明らかにしていく作業である。社会が複雑多様化すればするほど、事実につき正確を期すためには、一方情報だけでなく反対情報の把握が、どの分野でも要請される。とりわけ刑事訴訟では、刑事訴訟のいずれの形式でも、真実追求が命題としてある以上、反対情報の把握は必要欠くべからざるものである。西独では、一九六四年の刑法改正で、捜査段階でも検察側手持証拠の全面的開示が義務づけられている（西独刑訴一四七条六項）⁽⁴²⁾という。アメリカでは、予備審問制度及び大陪審制度が一定限度、証拠開示としての機能を果し、また、一九五七年のジェンクス判決（*Jencks v. United States*, 353 U. S. 657, 1957）以降、公訴提起後の証拠開示の要件がかなり緩和化されている⁽⁴³⁾。いずれの刑事訴訟形式の下でも、このように被疑者の情報コントロール権としてのプライバシー権を重視している。これ等のことから証拠開示の必要性は肯定されよう。むしろ問題は、だれに開示すべきか、開示時期はいつか、開示の範囲はどこまでかという点にある。

証拠開示は、弁護士個人でなく組織に対してなされるべきであろう。犯罪が国際化すればするほど、刑事事件に占める組織犯罪の割合が増大し、個人で開示された証拠を管理するのは困難となろう。その結果、事件関係者のプライバシーが侵害される恐れがあるからである。組織としては、パブリック・デیفエンダー制度が参考となろう。わが国の刑事弁護制度の改善策を考えていく上で重要なことは、根本的な発想の転換で、この点で、パブリック・デیفエンダー制度は将来の刑事弁護制度の進むべき方向を示唆していると思われる。わが国の刑事弁護制度は、

その発想法において、弁護人の個人的活動を出発点として、その点より制度面の改革、充実が問題とされている。しかしながら、社会の発展とこれを規律する法体系の膨大化、周辺諸科学の進歩は、弁護士業務の専門分化・組織化を要求していると思われる⁽⁴⁴⁾。現に、労働関係・租税関係・工業所有権関係等の分野では、この傾向が次第に進んできている⁽⁴⁵⁾。刑事弁護の分野でも、この時代の要求を考慮しなくては、十分な弁護活動ができなくなるのではなからうか。ただ、信頼関係の問題性を考えると、組織の性格は、独立行政委員会的なものが妥当なのではなからうか。証拠開示時期は、検察官が起訴または不起訴処分を検討する時期が妥当である。証拠開示範囲は、起訴処分相当と史料された被疑者が、当該処分に不服の場合にとどめるべきで、この場合は、パブリック・デイフェンダーへ資料を送付する。不利益処分を受ける者に十分の防禦の機会を与えるのが、憲三一条の要請であり、また、憲一三条により、被疑者は自己情報をコントロールする権利を有するからである。パブリック・デイフェンダーは、当該資料を刑事弁護の視点より見直し、勧告的意見を添えて検察官へ逆送する。検察官は当該意見を参考の上、起訴するか不起訴にするかの処分をする。不起訴処分相当と史料する場合および被疑者が起訴処分にするのに同意している場合は、被疑者や事件関係者のプライバシー保護と迅速な裁判(憲三七条一項)の要請上、証拠を開示する必要はない。

(1) 読売新聞・平成三・一一・二〇朝刊

(2) 日本経済新聞・平成三・一一・二二朝刊

(3) The Association of the Bar of the City of New York and National Legal Aid and Defender Association, Equal Justice for the Accused, 45 (1959)

- (4) Emery A. Brownell, *Legal Aid in the United States*, 132-133, 198-203, 300-306 (1951)
- (5) *Id.* at 126-127, 198-199.
- (6) American Bar Foundation, *Defense of the Poor in Criminal Cases in American States Courts*, 7, 11-12, 14, 17 (1963) ; *The Representation of Indigent Defendants in the Federal District Courts*, Harv. L. Rev. 579 (1963)
- (7) Exam. Institute of Judicial Administration, *Public Defender* (1956) ; *The Association of the Bar of the City of New York and The National Legal Aid and Defender Association*, op. cit. (1959) ; American Bar Foundation, op. cit. (1963)
- (8) *Escobedo v. Illinois*, 378 U. S. 478 (1964)
- (9) See, *Thirty-Sixth Annual Report of the Public Defender of the County of Alameda, Fiscal Year 1961-62*.
- (10) *Id.* at 7.
- (11) Trebach, *New England Defender System*, 47 *Journal of the American Judicature Society*, 8 (1964)
- (12) Paul W. Tappan, *Crime, Justice and Correction*, 369 (1960)
- (13) 松本一郎・「刑事弁護の本質(ジュリスト別冊・第二期法学教室6所収)」七六頁以下。
- (14) 高田貞爾・「刑事訴訟法」・七七頁。松尾浩也・「刑事訴訟法(七)」・一一四頁。平野龍一・「刑事訴訟法」七九頁等。
- (15) Paul W. Tappan, *supra* 369.
- (16) 熊本典道・「弁護人の義務」(田宮裕編・刑事訴訟法(口所収)五六五頁以下)。
- (17) Herbert A. Bloch and Gilbert Geis, *Man, Crime and Society*, 486 (1962)
- (18) 東京地判昭四七・一・一四判時六五七・一一七。
- (19) 熊本典道・前掲書五五四頁。
- (20) プロシヤのフリードリッヒ・ウィルヘルム一世 (Friedrich Wilhelm ; 1713~40在位) 時代、官僚弁護士制がとら

- れたことである。すなわち、従来の弁護士たるアドヴォカートを全廃し、これに代えて、新たに訴訟補助官(Assistanzrat)を設けた。訴訟補助官とは、当事者より訴訟の申告があったとき、裁判所が判事の中から各当事者のために任命して訴訟の補助にあたらせたものである。しかし、身分はあくまで判事であり、国庫より報酬を受け、その職務も本人の主張を調書にとり、証拠資料を提出させ、報告書を添付して裁判所に回付したもので、自由人として当時者本人を補助する本来の弁護士とは全然その性質を異にするものであった。Döring, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500*, 114-115 (1953) 上山安敏・「ドイツにおける法律家層の形成過程(二)」・法学論叢六十九卷六号七三頁以下。なお、私選弁護士制度の廢止の例は前述のプロシヤとはほぼ同時代にフランスでも行われた。Hommes et Commerce, *Les professions libérales juridiques*, 35 (1964) ; J. Dubosc, *Evolution Comparée des Professions d'Avocat et d'Avoué*, 73-75 (1960) ; cf. *Association Nationale des Avocats de France, Le Defi de la Profession Libérale*, 102-108, 230-235 (1974)
- (21) 高田貞爾・前掲書八二頁。松尾浩也・前掲書一〇七頁。平野龍一・前掲書七四頁等。
- (22) 熊本典道・「被疑者の国選弁護権(田宮裕編著、刑事訴訟法(1)所収)」・四二三頁。
- (23) 松尾浩也・「実体的真実主義とはなにか(松尾浩也)田宮裕・刑事訴訟法の基礎知識所収」一一頁。
- (24) ジェローム・フランク(兒島武雄訳)・「無罪」参照。
- (25) わが国で実施されてゐる刑事弁護制度の他、Voluntary Defender System ; Public Defender System ; Mixed Private-Public Defender System がある。尚、拙稿「ディフェンダー・システムの研究」・日本法政学会法政論叢第一八卷七三頁以下参照。
- (26) 宮沢俊義・「憲法(II)」・四一九頁。佐藤功・「日本国憲法概説」・一八〇頁。橋本公巨・「憲法原論」・二二七頁等。
- (27) 佐藤幸治・「憲法」・二八九頁。
- (28) *Aetna Ins. Co. v. Kennedy*, 301 U. S. 389, 393 (1937) ; *Jhanson v. Zerbst*, 304 U. S. 458 (1938) etc. 尚、少数意見だが、弁護人選任権は絶対に放棄できないとの見解が有力に唱えられてゐる。cf. *Faretta v. California*, 422 U. S. 806

(1974)

- (29) 日本弁護士連合会・「日本弁護士治革史」三頁。なお、滝川政次郎・「日本弁護士前史公事宿の研究——公事宿編『秘下会』の紹介」に詳細な研究あり。
- (30) 日本弁護士連合会・前掲書五頁以下参照。
- (31) 渡辺洋三・現代資本主義と基本的人権（東京大学社会科学研究所編・『基本的人権(I)』所収）二〇七頁以下参照。
- (32) 三ヶ月章・現代の法律家の職能と問題点——弁護士（潮見俊隆編・『講座 現代法6』所収）二二三頁以下参照。
- (33) 古賀正義・「日本弁護士の基本的諸問題」（古賀正義編・『講座 現代の弁護士3』所収）二九頁以下参照。
- (34) 渡辺洋三・前掲書二〇七頁以下。
- (35) R. W. Rabinowitz, *The Historical Development of the Japanese Bar*, Harv. L. Rev. 78 (1956)
- (36) 平井宜雄・「法政策学序説(1)」・ジュリスト六一三号六四頁。
- (37) 辻村明・「大衆社会論」（辻村明編・社会学講座13所収）三一頁以下。
- (38) 藤永幸治・「刑事訴訟における証拠開示」・法曹時報一六卷六号六四頁以下、等。
- (39) 佐伯千仞・「刑事訴訟における証拠の開示」・立命館法学一九・三〇合併号九八頁以下、平場安治・「証拠開示命令と被告人の権利」・法律時報四〇卷六三頁以下、等。
- (40) 高田卓爾・「証拠開示」・刑事訴訟法演習、松尾浩也・「弁護人の地位」・総合判例研究叢書刑事訴訟法(II)、平野龍一・「書類証拠物の閲覧」・法曹時報一一卷六号、等。
- (41) 熊谷弘・「証拠開示問題を打開する道」・法律のひろば二二卷二号、吉丸眞・「証拠開示をめぐる訴訟指揮」・（司法研修所創立一五周年記念論文集 下巻）所収、西村法・「検察官調書の事前閲覧をめぐる実務上の諸問題」・法律のひろば一三卷三号、等。
- (42) 光藤景皎・「刑事訴訟行為論」・一四九頁以下、庭山英雄・「情報公開と刑事訴訟法」・刑法雑誌二五卷二号三二六頁参

照。

(43) 平野龍一・「書類証拠物の閲覧・(捜査と人権)所収」二四七頁以下参照。See, Jencks Legislation : A Problem in Prospect, *Yale L. Rev.* 674 (1957)

(44) 石村善助・「弁護士活動の専門分化・共同化・大衆化」・法律時報四四〇号二三三頁以下。

(45) ダン・F・ヘンダーソン(山本寛、伊藤滋夫訳)・「日米間の事業活動における弁護士の役割」・ジュリスト二八八号
一三三頁以下。

(本学専任講師)