

2016年刑訴法改正後の弁護人の役割と倫理

村 岡 啓 一

はじめに

2019年日本刑法学会第97回大会の第2分科会のテーマは「2016年刑訴法改正後の捜査・訴追と弁護」であり、私は「改正後の弁護人の役割と倫理」につき報告する機会を与えられた。同改正は多岐にわたるが、分科会での議論の焦点は、新たに導入された録音・録画制度および協議・合意制度の下での被疑者弁護に絞られた。本稿は、上記学会報告を基にその後の情報を付加したものである。

1 録音・録画時代における弁護

(1) 取調べの可視化の意義について

刑訴法301条の2（取調べ等の録音・録画と記録媒体の証拠調べの請求）による取調べの録音・録画制度の導入の意義について、取調べ過程の可視化により、即時的には①捜査官の違法・不当な取調べに対する抑止効が期待されるとともに、弁護人において事後的に取調べ過程の全面的な検証が可能になることから、②供述の任意性の立証が容易になること、③黙秘権の告知や弁護人接見の本人申出に対する対応等の手続的履踐の確認が明らかになることが予想され、長期的には、「取調べの適正化」につながると指摘されている⁽¹⁾。この点は、検察・弁護ともに共有されていると言ってよいが、可視化が捜査全般にもたらす影響の度合について、検察と弁護で

(1) 小坂井久「可視化時代の刑事弁護」シリーズ刑事司法を考える第2巻『捜査と弁護』188頁（岩波書店、2017年）、同「平成三〇年・可視化時代に至る経緯と展望」井上古稀祝賀論文集319頁（有斐閣、2019年）、佐藤隆之「録音・録画制度の下における被疑者取調べ」前同339頁

は、その理解に大きな隔たりがある。弁護の側では、現時点での録音・録画制度の運用は限定された範囲にとどまる⁽²⁾とはいえ、従来のが国捜査の中心であった「取調べ」の密室性が取り払われる効果は極めて大きく、取調べ実務を決定的に転換させるものととらえているのに対し、検察の側では、必ずしもそのようにはとらえていないからである。この差は、通常事件で第一次捜査権を行使している警察の捜査実務がどの程度変わるのかの予測の差に基づいている。2016年刑訴法改正が、今後、特殊日本的な「取調べ観」にどのような変容をきたすのかは、可視化の効果のみならず身体拘束をめぐる問題の帰趨、弁護人の質の問題等が深く関わるので捜査全般の変化を見極めたうえでなければ予測することは難しいが、私なりの予測は本稿の最後に申し述べることにしたい。

(2) 刑訴法301条の2の1項と4項の関係

取調べの録音・録画制度の根拠規定である刑訴法301条の2は、第三章「公判」の章に位置し、第1項が、公判において被告人側から任意性に疑義が提起された場合の検察官による第4項の記録媒体の取調べ請求義務を定めていることから、1項と4項の関係をどう理解するかにつき、見解の違いがある。対象事件について捜査機関が身体を拘束されている被疑者の取調べを録音・録画により記録しておかなければならない原則的義務を定めた4項を可視化制度の総則規定と解し、第1項をその担保のための規定と位置付けるか(4項総則論)⁽³⁾、逆に、任意性が争われた場合の検察官の記録媒体の取調べ請求義務を定めた1項を原則規定とみなし、第4項をその担

(2) 「全過程」録音・録画の対象は、被疑者の身体拘束(逮捕・勾留)下の裁判員裁判対象事件及び検察官独自捜査事件の二類型であり、全事件の2ないし3%にとどまる。

(3) 小坂井久・青木和子・宮村啓太編著『実務に活かすQ&A平成28年改正刑事訴訟法等のポイント』第2章38頁(新日本法規、2017年)、小坂井久・中西祐一「可視化法の法理と『取調べ観』の転換(主に弁護人立会について)(上)」判時2396号135頁(2019年)

保のための規定と位置付けるか（1項原則論）⁽⁴⁾の違いである。4項総則論は、可視化制度の意義を取調過程全体の透明性を図り適正化につなげるという発展的な考え方に立っているのに対し、1項原則論は、任意性が争われる限局された場面での立証方法に関する特則にとどめようとする姿勢が顕著である。法制審議会特別部会において「取調べの適正化」という観点から可視化制度が議論されてきた経過に照らせば、公判における任意性立証といった場面を超えて取調べの適正化が志向されていたことは明らかであるから、4項総則説が正しい理解というべきであろう。この総論的意義を明確にするためには、条文の位置を「公判」の章ではなく「捜査」の章の第198条（被疑者の出頭要求・取調べ）の後に置くべきであったかもしれない。

（3）可視化時代の弁護実務 一何が変わったか一

従前、被疑者は黙秘権を告知されても、取調べの場における圧倒的な力の差ゆえに、一部の確信犯を除き、事実上、黙秘権を行使することはできなかった。しかし、録音・録画制度の導入によって、最低限、被疑者自身の意思により黙秘権を行使する環境が整ったといえる。今日、通常の被疑者による黙秘権行使は珍しいことではなくなった。

「供述の自由」が確保できる環境が実現されつつあることから、刑事弁護のスタンダードは、黙秘を原則とし必要に応じて黙秘を解除するという戦略がとられることになった。黙秘を原則とする理由は、一つには、①密室での取調べにおいて、発問者に主導権を渡さずに被疑者自身が「供述の自由」を確保するためであり、二つには、②全過程が録音・録画されるので被疑者の不用意な供述を記録化させないためである。具体的には、対象事件か否かに関わらず、まず捜査機関に「可視化申入れ」を行い、捜査機関の「録画しない」という裁量を封じたうえで⁽⁵⁾、被疑者に黙秘権の意義

(4) 吉田雅之『一問一答平成二八年刑事訴訟法等改正』（商事法務、2018年）55頁

(5) 録音・録画の例外事由とされている被疑者の記録拒否（刑訴法301条の2第4項2号）の適用がないことを予め通知する点に意味がある。

と効果を説明して黙秘権を行使させる。その後、弁護人において被疑者の黙秘を解除する必要があると判断した場合に、取調べの場で被疑者が概要のみ供述することを認め、被疑者供述の証拠化は、飽くまでも捜査機関による供述調書によるのではなく、弁護人の面前調書ないし裁判官の面前調書(勾留質問調書、勾留理由開示公判調書)によるという弁護方針である。日弁連刑事弁護センターでは、こうした可視化時代の弁護実践を研修により全国の単位会に徹底させようとしており、少なくとも、否認事件については黙秘原則の弁護戦略がスタンダードとなりつつある。

かつて、弁護人による被疑者に対する黙秘権の濫用が法務省から真相説明を阻害する「不適切弁護」として非難されたことがあるが⁽⁶⁾、今日では、表立ってこうした非難がなされることはない。しかし、捜査機関からは弁護人が「一律に」⁽⁷⁾被疑者に黙秘を勧めることについては批判が強い。理論的に最も洗練された批判は、弁護人が被疑者の「供述の自由」を逆に制約している点で被疑者自身の自己決定権を侵害している、すなわち被疑者の主体性を奪っているというものである。典型的には、有利な事情を明らかにすることによって起訴猶予となりえたのに黙秘した結果起訴されたといった事例を取り上げて、弁護人の責任を問うものである。確かに、弁護人は依頼者である被疑者のために最善の弁護を尽くす義務(弁護士職務基本規程第46条)があり、黙秘権の行使とその時期につき専門家としての判断を誤った結果、依頼者との関係で依頼者から責任を迫及されることはありうる。しかし、これは捜査機関や裁判所が介入すべき問題ではない。黙秘権を行使することのメリットとデメリットの被疑者に対する説明と弁

(6) 法務省「被疑者弁護をめぐる諸問題—検察の立場から：事例集」法曹三者による「刑事被疑者弁護に関する意見交換会」第4回配布資料・刑弁18号116頁(1999年)

(7) 国選・私選を問わず弁護人は事件の全体像を把握するまではケース・セオリーを構築できないので、弁護方針を定めるまで捜査機関に不利益な情報を提供しないように被疑者に対し黙秘を指示することになる。黙秘戦術というのは、飽くまでも事案に応じた個別的対応をする前提として弁護人が被疑者の供述をコントロールすることが目的である。

護人としての判断が重要になるので、可視化時代の弁護人の責任は極めて重くなったといわなければならないが、それは、飽くまでも対依頼者との関係（誠実義務の履行）においてのことである⁽⁸⁾。

では、録音・録画によって取調べに質的变化が生じているのだろうか？

現場の第一線の刑事弁護人に聞いた⁽⁹⁾ところ、以下のような指摘があった。

- ① 検察における取調べは「劇的に」変わっており、少なくとも、従来見られたような強制や罵詈雑言の類は姿を消したといえる。
- ② 取調べを担当する検察官は、被疑者の黙秘権行使を織り込み済みで取調べをしている。
- ③ 警察の取調べでは、録音・録画対象事件とそうでない事件で対応に差があり、後者につき可視化を申し入れても録音・録画をしないというダブル・スタンダードを採っている。
- ④ 警察における取調べでも、従来見られたような露骨な暴力の行使や罵倒する例は、表面上は姿を消したといえる。

こうした実情を前提にすれば、少なくとも違法・不当な取調べの抑止という可視化の目的の直接的効果は現れているといっていよいであろう。

（４）取調べにおける「説得」の限界

録音・録画によって「拷問」の定義⁽¹⁰⁾にあてはまるような強制による供述獲得はなされなくなったとしても、現在の実務では、身体を拘束されている被疑者には「取調受忍義務」（刑訴法198条1項但書）があるとされ、被疑者が取調室に出頭・滞留する義務と捜査官の取調権限は黙秘権に

(8) 村岡啓一「黙秘権を勧めることは『不適切』弁護か？」刑弁38号20頁（2004年）

(9) 日弁連刑事弁護センター推薦にかかる小坂井久、秋田真志、鈴木一郎の三弁護士に対する2019年3月21日聴き取り調査。その他に現職の検察官からも意見を聴取した。

(10) 拷問等禁止条約第1条の定義によれば、公務員により「身体的なものであるか精神的なものであるかを問わず人に重い苦痛を故意に与える行為であって、本人若しくは第三者から情報若しくは自白を得ること」が「拷問」に含まれる。

よっても否定されないと考えられているので、被疑者が黙秘権を行使しても取調べの遮断効はなく、捜査官が被疑者に質問に答えるように「説得」することが認められている。録音・録画によって、捜査官が黙秘している被疑者に翻意を求めて働きかけること(=説得)が許される限度がどこにあるのかが問題になっている⁽¹¹⁾。いずれかが屈服するまで我慢比べの消耗戦を行うというのではなく、黙秘権が憲法上の権利であり、録音・録画制度が取調室における被疑者の自由な供述を実現するための制度的保障であるとするならば、「説得」が許される合理的な限界があるはずであり⁽¹²⁾、それは被疑者自身が供述するか否かの自己決定をするまでの間に限られ、被疑者の黙秘の意思を確認した後の「説得」は許されないと解するべきであろう。「説得」の合理的な限界につき、採りうる方法、許容される時間、働きかける回数などをガイドラインないし規則で明示するという方法もありうるが、取調べという特殊な場における駆け引きが対象となっていることに鑑みれば、規則化にはなじまないように思われる。合理的な限界を基準化することは難しいが、今後、録音・録画によって「説得」の実例が集積され、裁判所によって黙秘権侵害の有無が判断されるにつれて、一定の基準が形成されていくものと考えられる。よりドラスティックな解決策としては、後に述べるように、取調べに弁護人が立会うことによって「説得」の限界を画することが可能になるだろう。

(5) 記録媒体の実質証拠としての利用と刑事弁護

録音・録画制度がもたらした新たな問題に「記録媒体を実質証拠として用いることの可否」がある。検察庁は、理論上、記録媒体を刑訴法322条1項による証拠として利用できるとして実質証拠積極論に立っている(最高検依命通達平27・2・12)。これに対し、刑訴法301条の2が記録媒体

(11) 清野憲一「裁判員裁判が警察捜査に与える影響について—取調べ及び供述調書作成の在り方を中心として—」警論69巻12号1頁(2016年)、30頁以下参照。

(12) 佐藤・前注1・353頁

を任意性立証の証拠としてしか規定していないことから、実質証拠消極論も有力に唱えられている（東京高判平28・8・10、今市事件控訴審東京高判平30・8・3など）。したがって、流動的な運用の下で弁護人としては、記録媒体の実質証拠としての利用には反対の立場（直接主義、公判中心主義の考え方）を採りながらも、実質証拠として利用される場合があることを想定して対処方法を考える必要がある。具体的な対処方法としては、求釈明によって立証事項（「供述態度により供述の真实性を立証すること」に他ならない）を明らかにしたうえで被告人質問が先行する審理の下では検察官は被告人供述の真实性や任意性につき反対質問をなすのになぜ記録媒体の取調べが必要なのかを問い、真の狙いは「裁判所に対する印象操作」にあることを指摘して、法的関連性がない、すなわち証拠能力がないとして証拠調請求に対し異議を述べるべきであろう。最終的には、実質証拠としての採否は裁判所の対応如何によることになる。

（6）録音・録画による任意性判断の限界

録音・録画によって従来の自白の任意性テストが想定していた「強制、拷問又は強迫」（憲法38条2項、刑訴法319条1項）といった違法な取調べは容易に判定できるので、こうした手段による虚偽自白を阻止することはできる。しかし、最新の供述心理学によれば、録音・録画によっても任意性をチェックできない場合があることが指摘されている。すなわち、取調室という「有罪方向の磁場」では、無実の被疑者が何を言っても有罪を確信している捜査官には聴いてもらえないので、無力感・絶望感と将来の刑罰に対する非現実感が相まって、普通の人が捜査官の事件の見立てに合わせた虚偽自白に陥るといった心理的メカニズムが明らかになっている。こうした経過で生じる不任意供述は録音・録画からは必ずしも判定できない⁽¹³⁾。それゆえ、今後は、捜査機関に録音・録画の義務違反がなくとも刑

(13) 浜田寿美男「虚偽自白はどのようにして生じるのか」シリーズ刑事司法を考える第1巻『供述をめぐる問題』92頁（岩波書店、2017年）、小坂井・前注1・204頁

訴法319条1項の「その他任意にされたものでない疑のある自白」が問題となりうるのである。こうして任意性テストが新たな局面へ移行することが予想されるので、捜査官も弁護人も供述心理学の知見に通じておく必要がある。

(7) 弁護人の取調べへの立会い

録音・録画によって取調べ過程が透明化、可視化されることによって任意性判断にとどまらず一定程度「取調べの適正化」が果たされることになるが、可視化の限界も明らかになりつつある。それは、録音・録画制度の下でも被疑者自身が一人で捜査官と対峙しなければならない構造は従来と同じであり、黙秘権の行使が可能になったといっても、依然として強力な国家機関との間の力関係の差は歴然としているからである。身体を拘束された被疑者が「供述の自由」を実現し、自らが防御の主体として捜査官と対峙するためには、録音・録画制度の導入だけでは不十分であり、同時に弁護人の立会いが必要とされるゆえんがここにある。弁護人が取調べに立ち会う目的は、①違法な取調べに対する監視機能にとどまらず、②被疑者に対する助言機能と③取調べへの介入機能を果たすためである⁽¹⁴⁾。

弁護人の取調べ立会い権については、法制審議会特別部会では「将来的課題」として先送りされたが、録音・録画制度が施行されて新たな問題が提起される中で、可視化の限界を超えて真に被疑者本人の防御権を保障するため

(14) 秋田真志「弁護人立会い権の実践と展望」シリーズ刑事司法を考える第2巻242頁(岩波書店、2017年)、小坂井久・中西祐一「可視化法の法理と『取調べ観』の転換(主に弁護人立会いについて)(下)」判時2397号122頁(2019年)。なお、最高検及び警察庁の平成20年5月通達は、取調べ中の被疑者からの弁護人接見の申出には直ちに弁護人に通知すべきことを求めており、被疑者自身の防御のために弁護人の援助が必要であることを認めているが、弁護人が取調べに同席することまでは認めていない。その理由は、弁護人の介入により取調べの真相解明機能が害されると考えているからである。

には、セコンド役としての弁護人の立会い⁽¹⁵⁾が検討されるべき時期が来たというべきだろう。現に、日弁連は2018年4月13日「弁護人を取調べに立ち合わせる権利の明定を求める意見書」を公にしており⁽¹⁶⁾、現場の第一線の弁護人は、既に、可視化の申入れと同時に弁護人の立会いを求めているという現実がある。

2 協議・合意制度

(1) 日本型司法取引の実例

捜査協力型の司法取引には「古典的司法取引」と「現代的司法取引」の二つの類型がある。前者は、組織の下位構成員を協力者として、標的である組織の上位構成員等の訴追を目指すという一般にイメージされていた類型であるのに対し、後者は、国境を越えた企業犯罪を念頭において会社（法人）を協力者として犯罪の申告を促し、標的である会社の上部役員等の訴追を目指すという新たな類型である。今日、世界的に有効性が承認され、活用されているのは後者の方である⁽¹⁷⁾。わが国でも、古典的司法取引と現代的司法取引の双方に対応可能な協議・合意制度が2018年6月1日から施行されているが、報道を見る限りでは、会社が企業防衛のために執行役員を告発するという「現代的司法取引」の例⁽¹⁸⁾であり、「古典的司法取引」の例は確認されていない。

(15) 2011年1月27日「検察の在り方検討会議」参考人村木厚子の発言、同会議第6回議事録30頁（2011年）

(16) 2019年10月3日日弁連第62回人権擁護大会シンポジウム第1分科会のテーマは「取調べ立会いが刑事司法を変える—弁護人の援助を受ける権利の確立を—」であり、取調べへの弁護人立会権を刑訴法に明文化するよう求める宣言がなされた。

(17) 市川雅史「経済事犯に見る米国の捜査協力型司法取引」刑弁95号117頁（2019年）、市川雅士・土岐俊太・山口祥太『日本版司法取引の実務と展望—米国等の事情に学ぶ捜査協力型司法取引の新潮流—』（現代人文社、2019年）

(18) 2018年7月20日に報道された三菱日立パワーシステムズ事件（外国公務員贈賄事件）と2018年11月19日に報道されたニッサン（カルロス・ゴーン）事件（有価証券報告書虚偽記載事件）の2件である。

(2) 冤罪防止の担保措置

日本型司法取引については、供述証拠への過度の依存状態から脱却するための一方策として司法取引が提案されたという経緯から、法制審議会特別部会の審議においても古典的司法取引を念頭において「冤罪を引き起こす危険性」が指摘されてきた。協力者による「巻き込み」の虚偽供述の結果、本来刑事責任を問われるべきではない標的者が有罪とされる可能性が構造的に存在するからである⁽¹⁹⁾。この冤罪防止措置として刑訴法はいくつかの制度的な保障を備えていると説明される⁽²⁰⁾。検察官の裏づけ捜査の他に①協力者の弁護人が協議に関与することが必要とされ、かつ、合意にも弁護人の同意が必要とされたこと(刑訴法350条の4, 同条の3の1項および2項)、②標的事件において協力者の供述証拠を取り調べる場合には「合意内容書面」の取調請求が義務づけられたこと(同条の8)、③協力者の虚偽供述や虚偽証拠の提出に対し「虚偽供述罪」を新設したこと(同条の15の1項)である。

しかし、これらの制度だけでは冤罪の防止には十分ではない⁽²¹⁾。①協力者の弁護人が協議過程と合意に関与するといっても、弁護人は依頼者である協力者の代理人であるから、原理的に依頼者の意思に拘束されるので、協力者の供述の真实性を担保する地位にはないし、実際にも担保責任を負うことは不可能である。協力者の弁護人が果たす「一定の意味」⁽²²⁾とは、制度を客観的に解説する責任と弁護人自らが虚偽供述罪の共犯となりうる

(19) 市川・土岐・山口前注17・28頁によれば、現代的司法取引では、供述よりも文書やデータが重要となるので虚偽供述による巻き込みの危険性は低いとされるが、協力者が標的者に責任を転嫁する危険は常にある。

(20) 川出敏裕「協議・合意制度および刑事免責制度」論究ジュリ12号65頁(2015年)

(21) 白取祐司・今村核・泉澤章編著『日本版「司法取引」を問う』(旬報社、2015年)、法学セミナー756号特集「日本型司法取引とは何か」22頁(日本評論社、2018年)、加藤克佳「司法取引と刑事弁護」シリーズ刑事司法を考える第2巻215頁(岩波書店、2018年)

(22) 宇川春彦「供述証拠の収集を容易にするための手段」法時86巻10号25頁、川出・前注20、68頁。

ので、それを回避するために供述の真实性を確認するという事実上の抑止効果を持つということに尽きる。②「合意内容書面」の取調べによって裁判所と標的者に慎重な吟味を促す効果はあっても、合意過程の全貌が明らかになる制度的保障はない（平成30年3月19日最高検依命通達では、「協議開始書」「協議経過報告書」「協議終了報告書」の作成にとどまる⁽²³⁾。）ので、結局は、裁判所と標的者弁護人の事実認定の力量に依存せざるをえない。③「虚偽供述罪」があることによって、却って、協力者が虚偽供述に固執するという逆効果が懸念される。そうすると、結局、冤罪を防止するためには、検察官の裏づけ捜査の徹底、標的者弁護人の反対尋問による確な弾劾、そして裁判官の虚偽を見抜く慧眼という訴訟関係者の能力に依存するしかないというのが実際である。最終的には、司法取引によって得られた協力者の証拠をどう評価するかという裁判所の姿勢が鍵を握ることになるだろう。

（3）合意事件弁護人の役割と倫理

法テラスの報酬規定に司法取引による不起訴等の恩典を得た場合が「成功報酬」の一類型とされたように、協力者の弁護人の立場から見た場合、司法取引は弁護戦略の一つのオプションであり、司法取引の合意を弁護の成果とみなす考え方もある⁽²⁴⁾。しかし、私は、刑事弁護人は「国家の宿敵 nemesis」であるべきであるという考え方に立っているので、依頼者のためとはいえ、第三者の犯罪立証のために依頼者の弁護人（代理人）として国家（捜査機関）に有罪証拠を提供することは原理的に矛盾する以上、司法取引そのものに反対である。弁護士は依頼者の刑事告訴や告発の代理人

(23) 秋田真志「訴追協力型司法取引（350条の2以下）と3・19最高検依命通達」関西大学法学研究所第144回特別研究会資料（2019年3月23日開催）

(24) 小坂井・青木・宮村編著・前注2・第7章Q&A [55] 198頁。市川・土岐・山口・前注17・161頁は、あえて、より重い「特定犯罪」を認めて司法取引に応ずる選択肢もあるとする。

を務めることもあるのだから同様に考えればよいとする意見もあるが、告訴等の依頼者本人の法律行為を代理することと、依頼者の利益と国家の利益を天秤にかけて依頼者のために第三者の有罪を立証する「国家の補助機関」になることとは決定的に異なると考えている。日本型司法取引について書かれた解説書の多くが元検察官出身の弁護士によって書かれており、そこでは、企業のコンプライアンスを上位概念として「司法取引」を好意的に取り上げており、協力者の弁護人には「検察官とのコミュニケーションがとれる弁護士」が望ましいとして、事実上、「ヤメ検」の弁護士が推奨されている⁽²⁵⁾。これは、ある意味で正しい。司法取引を決断した企業の場合には、標的者の有罪立証に必要な情報や証拠は協力者企業から提供され、協力者の弁護人は、事実上、「第二の検察官」の役割を担うことになるからである。協力者の弁護人が抱えるジレンマ—「国家の宿敵」か「国家の補助機関」か—は刑事弁護人の存在意義identityに関わるだけに、私は、今後、司法取引をめぐる私選弁護の領域では、弁護士個々人の選好に応じて、合意事件の弁護人と標的事件の弁護人に二極分化していくのではないかと予測している。

しかし、私選弁護とは異なり国選弁護においては辞任の自由はないので、当該国選弁護人は構造的なジレンマを抱えたまま、依頼者の司法取引の要請と向き合うことになる。弁護士倫理上、弁護人は依頼者である協力者の司法取引の意思を尊重せざるを得ないから、協議・合意制度の説明と司法取引に応ずるか否かを判断するためのメリット・デメリットを教示したうえで、最終的には依頼者自身の意思に従うことになる(依頼者に対する誠実義務の履行)。弁護人において、依頼者である協力者の供述が「虚偽」であると判断できる場合には、弁護士は弁護人といえども虚偽証拠の提出は許されず(弁護士職務基本規程第75条)、場合によっては、自らも

(25) 山口幹生・名取俊也『Q&Aでわかる日本版「司法取引」への企業対応』(同文館出版、2018年)、朝山道央『企業犯罪と司法取引』(金融財政事情研究会、2018年)

新設された「虚偽供述罪」（刑訴法350条の15）の共犯に問われかねないので、当然に、この司法取引の申出は拒否することになる。しかし、問題は「虚偽」の疑いがあるにとどまる場合である。こうした疑惑にとどまるグレーゾーンの場合の対処の仕方には、従来から弁護人の持つ二つの顔、すなわち代理人性と司法機関性のいずれに軸足を置くかによって違いがあったが（代理人性を重視すれば本人の意思に従う。司法機関性を重視すれば本人の申出を拒絶する。）、司法取引の場面であっても、同様の対応となるだろう。ただ、第三者の利益が関わってくるので、弁護人は「虚偽」の疑惑の解消に努めることが求められるかもしれない（いわゆる調査義務の強調。弁護士職務基本規程第37条2項）。

日本型司法取引は合意事件及び標的事件がともに一定の対象事件に限定されている。しかし、刑事弁護の実務において、依頼者である協力者が求める恩典は必ずしも対象事件には限られない。協力者が対象事件以外の余罪（例えば窃盗）についても恩典（例えば不起訴処分）を求めた場合、弁護人はどう対処すべきかが問題となる。正規の司法取引の他に、事実上の取引をも要請すべきかである⁽²⁶⁾。代理人性を重視する立場からは、取引の対価に合意書に記載できる範囲を超えた非対象事件の処遇が含まれるのであれば、当然に要請することになり、最終的には、検察官が事実上の取引をも含めた司法取引に応ずるか否かの判断に委ねられることになろう。したがって、日本型司法取引が制度化されたとしても、事実上の取引⁽²⁷⁾の余地は残されており、逆にいえば、標的事件の弁護人は、正式に合意された内容以外にも事実上の取引が行われていないかに留意する必要があるということになる。

(26) 前注21法セ特集パネルディスカッション「日本型司法取引とその課題」42頁の後藤昭教授の問題提起

(27) 法定の司法取引と並んで事実上の取引が行われる場合には、①協力者本人に関わる場合と②協力者以外の関係者に関わる場合がある。後者の「闇取引」は事実上のものであるだけに証明は極めて難しい。

法定されていない事実上の取引が明らかになった場合の法的効果は何か。理論的には、訴追裁量権の逸脱の一形態となるから公訴権濫用論の法理の適用が考えられるが、この法理が実際に機能するか否かは裁判所の対応如何によることになろう。

(4) 標的事件弁護人の役割と倫理

冤罪を防止する責任という意味では、標的事件の弁護人の役割は非常に重く、かつ、困難を極める。協力者の提供した供述を標的事件の公判において反対尋問を通じて弾劾することが中心になり、そのためには司法取引の全過程が明らかにされる必要がある。しかし、現段階の記録の開示だけ(協議過程の録音・録画はなされない。協議の前後の取調べは録音・録画の対象となるが、司法取引の過程で協力者が提供した全証拠が開示されることはない。)では全貌を把握するには不十分といわざるをえない。結局は、標的者弁護人の手腕、とりわけ反対尋問の技術に依存せざるをえないとともに、最終的には、裁判所が「巻き込みの危険性」のある協力者の供述の真実性を他の裏づけ証拠との関係で正確に判定できるか否かに帰着する。反対尋問に関連して、司法取引によって検察官面前調書を作成しておきながら、協力者が法廷で証言を拒絶した場合、裁判所は刑訴法321条1項2号により証言不能を理由に2号前段書面として採用できるかという問題がある。学説は消極だが⁽²⁸⁾、これも最終的には裁判所の対応如何による。

司法取引の標的事件の弁護は最も難しい弁護の一類型になるので、弁護の高度化が要求され、私選弁護の領域では、必然的に刑事弁護に熟達した刑事専門弁護士によって担われることになると予想される。検察官と「第二検察官」ともいべき協力者弁護人の連合軍対標的者弁護人といった構図である。これは、ある意味で、刑事弁護の専門化の流れの一環として必

(28) 加藤・前注21・225頁以下参照。

然ではないかと思われるが、一方で、国選弁護の領域でも司法取引の例（多くは古典的司法取引の類型）はありうるので、国選弁護人が十分な標的事件の弁護をなすのかという「弁護人の質」の問題も浮上してこよう。弁護士会としての司法取引に特化した研修が必要とされるゆえんである。

（５）2016年改正によって弁護人像は変容したのか？

従来から、刑訴法上、被疑者・被告人の権利とは別の弁護人の固有権が認められていることを根拠に、依頼者から距離を置いた弁護人像が弁護人のあるべき姿と説かれてきた。私は、こうした見方に対して、被疑者・被告人が防御の主体であり、原理的に自己防御権self-representationが先ず存在し、その後に弁護人の援助を受ける権利が登場することから、弁護人は自らの意思よりも依頼者の意思に忠実であるべきであるとする依頼者中心の弁護人像を主張してきた。いわゆるhired gun論である。これに対し、証人特定事項の秘匿制度（刑訴法299条の3、同条の4）や協議・合意制度の導入によって、弁護人は「一種の司法機関」としての性格を与えられたので、現行法制度を前提とする限り、弁護人を代理人性だけで説明することは困難であり、司法機関性によってこそ統一的に説明できるとする見解が唱えられている⁽²⁹⁾。2016年改正後の法制度の根底に、弁護人を法制度を担う「司法機関」の一つと見る思想があるのは間違いないから、弁護人の司法機関性から説明できるのは当然のことである。hired gun論が提起しているのは弁護人の役割の原理論であり、原理的に被疑者・被告人の自己防御権があるのだから、弁護人はその最大化を図るために最大限の努力をすべきであり、それは現行法制度の枠内においては、被疑者・被告人の権利の制約を極小化することに努めるべきことを意味する。したがって、

(29) 森下弘「弁護人の役割論—主として準司法機関説の立場から—」浦功編著『新時代の刑事弁護』577頁（成文堂、2017年）

新たな法制度ができたからといって、被疑者・被告人の防御の主体性が変わらず、依頼者の自己防御権の実効化のために弁護人が存在するという hired gun の位置付けには何らの変更もない以上、弁護人の役割が変容したわけではない。確かに、司法取引に応ずる協力者の弁護人の場合には、その限りで「第二検察官」の性格を帯びることは間違いないので、「国家の宿敵」としての基本的性格と相反する役割をも抱え込んだことも間違いない。これをどう説明するかにつき、一元的に弁護人を「司法機関」と位置付けなくても、私は、十一面観音像の後頭部に観音とは全く容貌を異にする大笑面があるのと同様に、多様な弁護の機能を備えながらも基本的に国家との対抗関係を維持している以上は、やはり「国家の宿敵」としての弁護人の役割には変更がないと言ってよいのではないかと考えている。

3 被疑者弁護

(1) 身柄解放のための弁護の現状

統計上⁽³⁰⁾、年々勾留に付される事件数が減少しており、その背景に検察官による勾留請求自体の減少傾向(2018年勾留請求率91.8%)と裁判官による勾留請求却下の割合が増加していること(2018年勾留請求却下率4.9%)がある。弁護人の側の活動としては、各地で行われている全勾留準抗告運動がある⁽³¹⁾。勾留事件の減少は現場の第一線の弁護人の感覚とも一致しているが、弁護活動の活発化が最大の理由だとは必ずしも考えていない。また、検察官の意識としては、勾留の要件と必要性の判断につき、従来は検察官が主導権を握っていたが、いまや裁判官が主導権を握っていると受け止めている。検察・弁護ともに指摘するのは、最高裁判例(最決平26・11・17判時2245号124頁など)の影響による裁判官の勾留判断の厳格

(30) 引用の数値は本稿執筆時点で公表されている2018年検察統計年報による。

(31) 特集「勾留を争う—全勾留準抗告運動と勾留判断における考慮事情」刑弁98号9頁(2019年)

化であった。

また、検察統計によれば、勾留中の公判請求等（略式命令、家裁送致を含む）の起訴的処分は一貫して減少傾向にあり（2018年の勾留中公判請求の割合は45.7%）、それと裏腹の関係にある釈放の割合は一貫して増加傾向（2018年の勾留後釈放された割合41.7%）を示している。これは、検察官において、勾留請求を認められた事件であっても、起訴を差し控えていること（全勾留者の起訴の割合は59.2%、不起訴の割合は35.1%。なお全体の起訴率は2018年32.8%で最低記録を更新している。）を示しており、現場の第一線の弁護人の感覚とも一致している。その一方で、勾留期間を見ると、10日以内の勾留期間の割合が年々減少傾向（2018年32.9%）にある反面、20日以内の勾留期間の割合が年々増加傾向（2018年60.9%）にあり、この背景には、検察官において勾留延長を請求して認められる割合が年々増加していること（全勾留者のうち2018年65.8%）が指摘できる。つまり、検察官において、勾留請求を差し控える一方で、一旦、勾留が認められたならば二勾留目に入るのがスタンダード化していること（二極分化の傾向）を示している。これらの数値の背景に何があるかは、様々な要因が考えられるが（例えば、痴漢事件の場合勾留請求しない、高齢者の万引き事案や特殊詐欺の受け子の場合勾留請求しないなど検察実務の運用の変化）、二極分化の傾向は弁護人の感覚とも一致している。

現場の第一線の弁護人は、地域差（本部事件と支部事件との差も含む）はあるものの、従来の勾留実務とは明らかに「様変わり」したと評価しており、身体拘束をめぐる弁護の成果につき、勾留請求却下のみならず、勾留延長に対する準抗告の結果、延長期間が短縮される例や、勾留理由開示後の勾留取消請求が認められる事件は珍しくなくなったという。もっとも、こうした変化は2016年刑訴法改正後に顕在化した変化と言うよりは裁判員裁判導入後に徐々に明らかになってきた変化というべきであろう。

こうした現状を踏まえると、かつての絶望的ともいえる身体拘束からの

解放を求める弁護活動に比べれば、裁判官による勾留要件判断の厳格化によって起訴前弁護活動の可能性が広がり、「一筋の光明がさした」とはいえるが、こうした傾向を前提としても、全体としては依然として圧倒的多数が検察官の請求どおりに勾留されている実態(2018年勾留請求認容率95.1%)があるので、いまだ「人質司法」の実態が改善されたといえないのは明らかであろう⁽³²⁾。

弁護人によれば、保釈(2018年保釈率は32.5%)についても変化は実感されており、2016年改正法によって裁量保釈(刑訴法90条)の考慮事由に「防御の準備上の不利益の程度」が加えられたことの効果は大きく、公判前整理手続の終了前であっても裁量保釈が許されることは稀ではないという⁽³³⁾。しかし、弁護人による保釈請求率は5割未満にとどまっているようで(2018年統計数値不明)、弁護人の側になすべきことをしていないという課題があることを示している。

保釈条件の設定については、弁護士倫理上、問題がないとはいえない。カルロス・ゴーン事件では弁護人が被告人を事実上の「軟禁状態」に置いて「罪証隠滅のおそれ」を低減させることを裁判所に確約する形で裁量保釈を実現した。しかし、これは弁護人が「一種の司法機関」として検察官および裁判官という国家機関に代わって機能することを自ら引き受けたものであるから、過度の制約は被告人との間の信頼関係にヒビが入りかねない危うさを孕んでいる。弁護人の被告人に対する誠実義務の履行の問題であるから、最終的には、被告人自身の納得の問題に帰着するとはいえ、明らかに過剰な条件設定であり、被告人自身の不満には理由がある。わが国

(32) 高野隆2019年4月8日付東京地検検事正あて「被疑者取調べに関する申し入れ書」<http://blog.livedoor.jp/plltakano/> が現状を告発している。

(33) SBS第1号事件の例など。最近の裁量保釈の例では、カルロス・ゴーン被告人に対する東京地裁決定平30・4・25がある。2019年4月26日朝日新聞は「裁判所の姿勢くっきり」との見出しをつけて、裁判所が被告人側の防御上の不利益を考慮して裁量保釈を認めたことを報道している。

の保釈制度それ自体に根本的な問題があるわけだが、従来の面談禁止条件を大きく超えた弁護人による監視体制の構築を今後の保釈条件の先例とすることは慎重であるべきだろう。

（２）捜査記録へのアクセス権

勾留理由と勾留の必要性の要件判断を厳格化することとは別に、身体拘束をめぐる裁判の手續についても改善すべき点がある。現行刑事訴訟法には、捜査段階における捜査機関が収集した証拠および一件記録に被疑者および弁護人がアクセスできる権利を保障した規定がない。勾留実務において、検察官が勾留請求する際に裁判官に提出した一件記録を弁護人において閲覧することはできない。この運用の根拠は明文規定にはない「捜査の密行性」という事実上の慣行にある。しかし、身体拘束の可否をめぐる裁判も国家刑罰権の存否（犯罪の成否）をめぐる実体裁判に劣らず当事者の人権に多大な影響を及ぼすのであるから、「公正な裁判 fair trial」の要請が働く。憲法第34条が身体拘束につき弁護人の援助を受ける権利と同時に、公開の法廷における正当な拘禁理由の開示を要求しているのであるから、身体拘束をめぐる裁判においても「対審」が求められており、「武器対等の原則」として身体を拘束された被疑者とその弁護人に、捜査機関の主張する拘禁の必要性に関する証拠と一件記録へのアクセスが認められると解するべきである。現行の制度の下では、被疑者及び弁護人は捜査機関側の抱いている罪証隠滅のおそれの対象を推測して反論せざるをえないのであり、真の勾留理由の争点が明確化されたうえでの攻防が行われているとはいえないのである。これは、明らかに裁判制度としては不備であり、ヨーロッパ人権裁判所が求めるように、身体拘束の不利益を受ける被疑者には、身体拘束の必要性を基礎付ける証拠へのアクセス権が認められるべきである⁽³⁴⁾。

(34) 石田倫識「黙秘・否認と罪証隠滅」前注21法セ特集32頁以下参照。

(3) 被疑者段階の国選弁護制度の拡大に伴う「弁護の質」の保障

国選弁護制度が全勾留事件にまで拡大されたことによって、弁護人の援助を受ける権利が逮捕段階を除く勾留段階から身体を拘束された被疑者に保障されることになった。可視化時代を迎えて初期供述から録音・録画がなされるので初期段階の弁護活動(黙秘権の教示と黙秘権行使のアドバイス)が重要な意義を持つことになるが、逮捕段階では国選弁護人の選任は認められていないので、この段階では従来からの当番弁護士が初動弁護を担うことになる。弁護の体制は国選弁護制度の拡大によってできつつあるものの、問題は、国選弁護人の質にある。当番弁護士は、権利の告知と手続の流れの情報提供と外界とのつながりを被疑者に保障する点に目的があり、「弁護士であれば誰でもできる」という前提で全国に浸透した。しかし、身体拘束からの解放を目指す起訴前弁護は誰でもできるというものではない。身柄解放のための法的手段の選択と実践は知識と経験を必要とするし、起訴前の弁護は起訴後の審理を見据えた公判準備の色彩が強くなるので、ケース・セオリーの構築と弁護戦略の確定に高度の弁護能力が要求されることになる。録音・録画の対象事件では、黙秘戦略を採るにしても事案と状況に応じて黙秘を解除するか否かの判断と解除時期につき専門家としての高度な判断力が求められることになる。これまでも、刑事司法改革の成功の鍵は弁護人にあると言われてきたが、2016年刑訴法改正後は一層弁護人の力量が試される時代になったといわなければならない⁽³⁵⁾。

しかし、現実には、被疑者段階の国選弁護を担う弁護士層が十分な弁護能力を備えているかといえば、大きな疑問符がつく。日弁連は、e-learningや研修を通じて2016年改正後の新たな法制度に対応した刑事弁護のノウハウを会員弁護士に提供しているが、その効果は限定的なものにとどまっているように思われる。私は、従来から指摘されているように、刑事弁護

(35) 三井誠「鍵は刑事弁護」論究ジュリ12号110頁(2015年)

は専門化せざるをえないと考えており⁽³⁶⁾、2016年改正法が導入した新たな法制度はその専門化の方向を一層推進させるものと理解している。当番弁護士の導入時点から、最初の初動弁護を担う救急車としての当番弁護士の後に具体的な弁護活動を担う専門病院医師としての弁護人が必要であることが認識されていたが、2016年改正後の弁護体制は、まさしく当番弁護士による初動弁護（黙秘権行使の指示）に引き続いて刑事弁護の専門家弁護士による起訴前弁護活動が展開されることを要請しているのである。冤罪の防止、無辜の不処罰の観点からはもちろんのこと、有罪の者に対する適正な手続と適正な処遇の保障のためにも、誰でもできる町弁的弁護活動から刑事専門弁護士の高度な弁護活動への橋渡しによる「刑事弁護の質」の保障がなされる必要があるのである。

4 今後の展望—「取調べ観」の転換

録音・録画制度の導入による取調べの可視化は、現時点では対象事件が限られているものの、今後は在宅被疑者や参考人の取調べへの拡大が志向されているので⁽³⁷⁾、取調べの実務が大きく変容することは避けられないと思われる。録音・録画制度は、その記録媒体が実質証拠として利用されるのか任意性判断の補助的手段の利用にとどまるのかの議論はあるにせよ、刑事司法において供述証拠が依然として主要な地位にあることを前提としている。しかし、日弁連が提唱している取調べへの弁護人の立会権の実現を射程に入れると、「取調べ観」の変容は不可避といわなければならない。

従来の「取調べ観」は、被疑者本人の供述を通して、犯罪の実体的真実を解明するのみならず、有罪を前提に被疑者自身の反省悔悟を求めるといふ更生の目的をも有する取調べであった。被疑者の自白が「モラル・カタ

(36) 村岡啓一「弁護の質の保証」実務体系現代の刑事弁護1『弁護人の役割』365頁（第一法規、2014年）

(37) 2016年刑訴法改正時の衆参両院法務委員会附帯決議の各1項

ルシスmoral catharsis(精神の浄化)をもたらすので、捜査官は取調室という密室で被疑者の「心の琴線」に触れて被疑者本人の反省悔悟の念を引き出すことが必要であるとされていた。いわば、捜査官は事実解明の責任の他に聖職者(僧侶や牧師)の役割まで負わされていたのである。これが、わが国の自白中心主義を支えていた文化的背景である。数多くの冤罪事件が、有罪と確信した捜査官の行き過ぎた正義感の結果として採取された「虚偽の自白」に原因があったという背理は、わが国の取調べ観の一つの病理現象を示している。

今後、捜査の初期段階から身体を拘束された被疑者に弁護人がつき、録音・録画により可視化された取調べの下、黙秘が一般化し、かつ、事案によっては弁護人が取調べに立ち会うことになれば、取調べは「被疑者に反省悔悟を求める場」ではなく純粋に「犯罪事実の解明に必要な説明を求める場」へと変化せざるをえないであろう。そして、公判において既に実現しているように、被告人及び証人等の法廷での供述によって事実認定がなされる原則が確立されるならば、捜査段階で作成された供述調書は事実認定の証拠として利用されることは減少し、必然的に、捜査機関による調書作成の目的と方法も変容すると思われる⁽³⁸⁾。可視化を推進してきた弁護士層は、取調べへの弁護人の立会いを見据えて、将来的には供述調書を廃絶させるというロードマップを描いている。捜査機関は、可視化時代を迎えて「最大の試練」と受け止めているが、依然として、供述証拠の重要性には揺らぎがなく、「取調べの高度化」により質の高い供述を得て供述調書にまとめ上げる捜査官の役割は不変であると考えている⁽³⁹⁾。今後、取調べ実務の変化に伴い供述調書の帰趨がどうなるのかは現時点では不透明であるが、2016年刑訴法改正が目指した「取調べと供述調書に過度に依存し

(38) 反対論として、清野憲一「捜査段階の供述立証に関する問題解決に向けた一考察」判時2312号14頁(2017年)

(39) 清野・前注11・9頁以下参照。

た捜査・公判からの脱却」を超えて、実務は「被疑者の供述調書が公判に出てこないのが普通である方向に舵を切った」⁽⁴⁰⁾ ことだけは間違いないように思われる。

（本学法学部教授）

(40) 川出敏裕「黙秘権の行使」刑事法ジャーナル58号3頁（2018年）