

## 刑訴規則二七条による弁護人の人数制限

(最三決平成二四年五月一〇日)<sup>①</sup>

大場 史朗

### 【事実の概要】

本件の被疑者は、A 会社の代表取締役としてその業務全般を統括していたところ、A 社の業務に関し、共犯者らと共に謀の上、二事業年度に渡り、法人税額合計三六五万円余りを免れたとして逮捕された。弁護側は、刑訴規則二七条に基づき、弁護人の数を三人を超えて六人とする事の許可を求める請求をしたが、第一審はその請求を却下した。

抗告審において、弁護側は、①憲法三四条の趣旨に鑑みると、刑訴法三五条は被疑者、被告人共に原則として弁護人の数に制限を設けないことを規定したものであり、刑訴規則二七条一項はこれに反する、また、②憲法一四条に照らし、弁護人の数の制約について被疑者と被告人との間で差別を設ける理由はなく、刑訴法三五条はそのような差別を設けることを許容していない規定であり、刑訴規則二七条一項はこれにも反するから、このような違憲・違法な規

定に基づいてした原決定は違法である、と主張した（抗告審の決定文参照）。

しかし、抗告審（裁判長・長谷川憲一）は、①の点について、「刑訴法三五条自体、そのただし書きにおいて、被告人の弁護人の数の制限については特別の事情のあるときに限る旨規定していることから、同条は被疑者と被告人とでその弁護人の数の制限に差を設けることを許容していることは明らかである上、実質的に見ても、訴訟後においては、被告人に刑事罰を科するか否かという重い終局処分に向かつて、当事者主義構造の下、検察官と被告人・弁護人とが主張をたたかわせ、そのために、被告人・弁護人は検察官から一定の証拠の開示を受けることができ、証拠を精査しながら、合理的な時間を掛けて訴訟を遂行するのに対し、捜査は、上述のような意味での構造では必ずしもなく、被疑者・弁護人においては捜査記録の開示を受ける保障もないなどの点において、被疑者の弁護活動は被告人のそれと比して質・量共に自ずと異なる一方、被疑者が身体を拘束された場合には厳格な時間的制約があり、迅速に捜査を進める必要性も高いことなどからすれば、刑訴法三五条が捜査・公判を通じて、一律に、弁護人の数には原則制限を設けないことを規定したものと解することは到底できず、同条は、弁護人から援助を受ける機会を持つことを保障するという趣旨が実質的に損なわれ限りに限って、被疑者の弁護人の数と捜査権の行使との間に、その実質に着目して、被告人の弁護人とは異なった調整規定を設けることを許容したものであり、憲法一四条一項及び三四条もそのような調整を否定するものではないというべきである。そして、上記のような被疑者弁護活動の内容や迅速な捜査の要請、捜査の時間的制約等に照らせば、被疑者弁護人の数の調整としてその数を原則三人で足るとし、特別の事情がある場合にのみその超過を裁判所の許可にからしめるとすることにも合理性があると認められ、これが被疑者が弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に損なうものであるとか、被告人の弁護人制度と比較して不合理な差別であるとは認められない。もとより、刑訴規則二七条一項が刑訴法三五条の文理に反するものとはいえない。（原文改

行)したがって、刑訴規則二七条一項は憲法一四条一項、三四条、刑訴法三五条に反するとはいえず、論旨は理由がない。」とし、さらに、②の点についても「記録上うかがわれる本件事案の争点や、これにまつわる共犯者及び重要関係人の人数、そこから想定される被疑者弁護活動の内容、これまでの捜査及び弁護活動の状況等に照らすと、かねて本件に係る国税局の調査においては前記弁護人ら六名が相談等に当たっていたことや、被疑者との接見の必要性など所論の主張を考慮しても、被疑者の弁護人を三人以上にすべき『特別の事情』があるとは認められないとした原決定が、極めて重要な事情を見落としていたり、『特別の事情』の存否に関する経験則、論理則等の適用を誤ったりした結果、その存否の判断を誤ったとまでは認められない。」と判示した(弁護側・特別抗告)。

【決定要旨】

最高裁第三小法廷は「本件抗告の趣意は、憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反の主張であって、刑訴法四三三条の抗告理由に当たらない。」としたうえで、職権にて次のような判断を下した。

「刑訴規則二七条一項ただし書に定める特別の事情については、被疑者弁護の意義を踏まえると、事案が複雑で、頻繁な接見の必要性が認められるなど、広範な弁護活動が求められ、三人を超える数の弁護人を選任する必要がある、かつ、それに伴う支障が想定されない場合には、これがあるものと解されるところ、本件においては、税務申告書に架空の減価償却費用を計上するなどして多額の所得を秘匿したという事件につき、犯意、共謀等を争っている複雑な事案であること、申立人は被疑事件につき接見禁止中であり、弁護人による頻繁な接見の必要性があること、会社の従業員、税理士事務所職員ら多数の関係者が存在し、これらの者と弁護人が接触するなどの弁護活動も必要とされることなどの事情が認められ、上記のような支障も想定されないから、刑訴規則二七条一項ただし書に定める特別の事

情があるものというべきである。

そうすると、原決定は、特別の事情があるとは認められないとして上記請求を却下した原々決定を是認したものであるから、刑訴規則二七条一項ただし書の解釈適用を誤った違法があると言わざるを得ない。そして、三人を超えて何人の弁護士を許可するのが相当であるか改めて検討する必要がある。」(原決定取消・差戻し)

### 【評釈】

#### 1. 刑事弁護のいま

弁護士法一条一項は「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」と規定している。論者によれば、刑事弁護人の存在意義が次のように説かれる。<sup>2)</sup>

一つめは、弁護活動による個々の依頼人の冤罪の防止であり、その結果として生じる刑事司法全体の一般的な誤判防止効果である。二つめは、活発な刑事弁護による自由な社会の実現である。三つめは、犯罪者自身の権利利益を擁護することによって、誰に対しても権利を保障するという法の働きを犯罪者本人に示す教育的な機能である。そして、四つめは、誰に対しても権利主張の場を保障するという司法制度の存在目的に奉仕することである。

もつとも、近年では、刑事司法改革の進展に即応して刑事弁護の分野でも大きな動きがみられる。現在、まさに刑事弁護は大きな変革のなかにあるといつてよいだろう。

このような動きに即応して、刑事弁護の大きな変容に期待を寄せる見解も存する。たとえば、「裁判員制度の導入は、弁護人にとって、好機である。法律家でない裁判員が判断者に加わることによって、これまで刑事弁護の桎梏となっていた刑事手続の運用が大きく変わる可能性がある<sup>3)</sup>」という主張がそれである。

たしかに、大きな変革を感じさせるような判例ないし裁判例もあいついでいるようにも思われる。本稿が対象とする本決定もその一つであろう。したがって、本決定を分析することは、単に本決定を解釈論の見地から批評するだけでなく、現在の、変革の中の刑事弁護を読み解くことにもなる。

本稿は以上のような問題意識にそって、本決定を評釈していくことにする。もともと、本決定が示した弁護人の人数制限に対する判断は、五つの次元で問題となるように思われる。すなわち、(a) そもそもなぜ弁護人の人数が制限されているのか、(b) なぜ三人という人数なのか、(c) なぜ被告人と被疑者として弁護人の人数制限の方法が異なるのか、(d) なぜ弁護人の人数制限の規定が刑訴規則に規定されているのか、(e) 現在の大きな変革の中で本決定をどのように位置づけるべきか、という問題がそれである。そして、(a) ～ (e) の各点が本決定の「特別の事情」の判断に対する解釈論上の評価にかかわるわけである。

以下では、このような5つの問題を念頭に置きながら、本決定を検討していくことにする。

## 2. 関連評釈

本事例にはいくつかの評釈がなされている<sup>4)</sup>。沿革上、刑訴規則二七条の規定に合理的な理由がないことを論証し、本事例に実務上の意義を認める評釈が多い。

たとえば、「…刑訴法改正及び刑訴規則制定の経過に鑑みると、被疑者の弁護人の人数を一律に三人までに制限する規定とされているのは、制限に関する決定をする主体である裁判所が弁護人の人数を把握していないとの理由によるものにはすぎず、被疑者による弁護人の選任に関する制限を被告人の場合よりも厳しくすべき合理的理由があるとは考えられない」、「…実務上、被告人の弁護人の人数が制限されることはほとんどなく、かつそれで手続の円滑な進行が

害されてはいないのであるから、被疑者の弁護人の人数について三人を超えることを許可する「特別の事情」を制限的に考えるべきではないと思われる。「本決定が『特別の事情』を基礎付ける弁護活動として関係者らへの接触を挙げたのも、取調べに受動的に対応するのみならず、起訴前段階から防御方針の確立に向けた積極的な弁護活動が行われる必要性があるとの認識を前提にしているものと考えられる」、「本決定によつては、どのような事由が『特別の事情』を否定する方向に作用する『支障』に該当しうるのかは不明であり、今後もお事例の集積が求められるであろうが、起訴前段階で必要と考えられる弁護活動が最高裁によつて具体的に判示され、刑訴規則二七条一項ただし書の許可をより柔軟に認める運用への転換の契機となりうる点に、本決定の実務上の意義があると思われる」とする評釈<sup>6</sup>、また、「刑訴規則二七条一項ただし書の被疑者の弁護人の数を三人を超えて許可すべき『特別の事情』の解釈については、立案担当者の解説においても、必ずしも制限的な解釈が明確に示されていたものではなかったところ、被疑者国選弁護制度が導入された状況の下では…、被疑者弁護活動の矮小性や弁護人がいない被疑者との公正性の観点を強調することは相当でないと思われる」、「本決定は、刑訴規則二七条一項ただし書の『特別の事情』があるとされる場合について、最高裁の初めての判断であり、意義が大きいと思われる」との評釈<sup>6</sup>がそれである。

他方、「確かに、我が国の有罪率の高さをみると、捜査段階で十分な弁護を尽くすべき必要は高く、捜査と公判とでその弁護の内容に実質的な差異が常に認められるとは限らない。しかし、身体拘束の時間的制約を考えると、多数の弁護人が関与することに伴い捜査手続に混乱が生じる可能性が高くなることも否定できない。それゆえ、現行規定のとおり、原則として三人までに制限をしておき、例外的に特別事情がある場合にこれを超える選任を裁判所の許可にかからしめるというかたちで調整することは不合理とまではいえないであろう」とする立場から、超過人数許可については「被疑者の防御の利益と迅速捜査にむけた公的利益との比較衡量が求められるものである」という評釈<sup>7</sup>、また、

捜査官の立場から「本決定は、最高裁判所が、複雑重大な事案で、被疑者や弁護人となろうとするものから申立があれば、刑事訴訟規則第二十七条第一項の規定振りにかかわらず、三人以上の弁護人の選任を積極的に許可するように判示したものであるなどと、簡単に単純化されてはならず、具体的な事案の判断においては、地方裁判所や簡易裁判所において、多様な事情を適切に考慮する必要があると思われる」とし、被疑者弁護人の数については「被疑者弁護の必要性」と「多数弁護人が選任されることによる手続の遅延等」を考慮し、その枠組みの中で多様な事情を適切に判断すべきとして、本決定の論旨の「ひとり歩き」に警戒感を示す評釈もみられる。<sup>(8)</sup>

さらに、戦時立法にも弁護人の数を制限するという規定が存在していたことを指摘しつつも「現行制度は弁護権を直接抑圧する趣旨ではない」との立場から、とりわけ本決定が「特別の事情」の判断の考慮要素とした、三人を超えたる数の弁護人を選任する「必要性」の判断においては、職権主義的な発想ではなく、当事者の意思を尊重する趣旨で捉えていくべきとの評釈もみられる。<sup>(9)</sup>

### 3. 刑訴規則 27 条の歴史的沿革

弁護人の人数制限は、旧刑訴法には存在しなかった。<sup>(10)</sup> この弁護人の人数制限が沿革上、はじめて登場したのは、国防保安法（昭和一六年法律四九号）及び改正治安維持法（昭和一六年法律五四号）であった。

#### 国防保安法三〇条及び改正治安維持法三〇条

「弁護人ノ数ハ被告人一人ニ付二人ヲ超ユルコトヲ得ズ

弁護人ノ選任ハ最初ニ定メタル公判期日ニ係ル召喚状ノ送達ヲ受ケタル日ヨリ十日ヲ経過シタルトキハ之ヲ為ス

コトヲ得ズ但シ已ムコトヲ得ザル事由アル場合ニ於テ裁判所ノ許可ヲ受ケタルトキハ此ノ限ニ在ラズ」

この規定は、戦時刑事特別法（昭和一七年法律六四号）にも受け継がれ、同法も次のように、同一の規定を置くことになった。

#### 戦時刑事特別法二〇条

「弁護人ノ数ハ被告人一人ニ付二人ヲ超ユルコトヲ得ズ

弁護人ノ選任ハ最初ニ定メタル公判期日ニ係ル召喚状ノ送達ヲ受ケタル日ヨリ十日ヲ経過シタルトキハ之ヲ為スコトヲ得ズ但シ已ムコトヲ得ザル事由アル場合ニ於テ裁判所ノ許可ヲ受ケタルトキハ此ノ限ニ在ラズ」

戦後において、このような「戦時法の遺物」は当然破棄されるものと思われたが、現行刑訴法の制定過程においても温存されることになった。たとえば、現行刑訴法の制定過程における「戦時刑事特別法第二章刑事手続規定中刑事訴訟法中改正法律案ニ取入ルルヲ可トスルモノ」（昭和二年一月一八日）と題する資料には次のような提案がなされている。<sup>11</sup>

「一、弁護人ノ数ハ被告人一人ニ付二人ヲ超ユルコトヲ得ザルモノトスルコト（戦時法第二十条第一項）」

また、「戦時刑事特別法第二章刑事手続規定中刑事訴訟法ノ改正ニ際シ取入ルルヲ可トスルモノ及其ノ取入ニ関スル



要綱案」(昭和二十二年二月二日)としてまとめられた文書においても、次のような要求が盛られることになった。<sup>(12)</sup>

「二、弁護人ノ数ノ制限ニ関スル規定(戦刑二〇条一項)

イ、弁護人ノ数ハ被告人一人ニ付二人ヲ超ユルコトヲ得サルモノトスルコト

右ニ関スル措置トシテ第三十九条ニ左ノ一項ヲ加フルコト

弁護人ハ第四十条第二項ノ規定ニ依リ選任スルコトヲ得ヘキモノヲ除クノ外被告人一人ニ付二人ヲ超ユルコトヲ得ス

ロ、右ニ伴ヒ官選弁護ノ制度ヲ拡充強化シ貧困ノ為弁護人ヲ選任スルコトヲ能ハサル者ニ対シ其ノ罪ノ如何ヲ問ハス官選弁護人ヲ付シ得ルモノトスルト共ニ官選弁護人ニ選任シ得ル者ノ範囲ヲ拡張シ且ツ官選弁護人ニ対スル費用及報酬ヲ支出スル途ヲ講スルコト

…(以下略)…

言うまでもなく、これらの要求の背景には、戦後混乱期という時代状況に加えて、戦時法に慣れた裁判官及び検察官の存在があった。この弁護人数の制限は、さしあたり三人を超えない程度とされたが、司法法制審議会第三小委員会における討議の中で、原則として弁護人数には制限を加えないものとされた。<sup>(14)</sup>その後、司法法制審議会総会における審議の中で、前記の原則を維持しつつも、弁護人数を制限する際には二人以下となしえないこととされた。<sup>(15)</sup>そして、改正刑事訴訟法第一次案(昭和二十二年八月二十六日)においては、次のように規定された。<sup>(16)</sup>

## 第一次案・(総四) 四三条(新)

「裁判所は特に必要があると認めるときは、弁護人の数を各々の被告人又は被疑者について、三人までに制限することができる。但し、被疑者の弁護人の制限については、検事の請求あることを要し、且つ、相手方の意見を聞かなければならない。」

被告人及び被疑者の弁護人数の制限をほぼ同列においている点で注目される。もともと、第二次案ないし第三次案においては、被疑者について、原則と例外が逆転するに至った。

第二次案・(総四) 四三条<sup>(17)</sup>

「裁判所は、特別な事情があるときは、弁護人の数を各被告人について、三人までに制限することができる。」

第三次案・四三条二項(新設)<sup>(18)</sup>

「被疑者の弁護人の数は、各被疑者について、三人を超えることができない。」

この点、どうして第三次案にいたって、被疑者の弁護人数につき、前記の四三条二項が新設されたのであろうか。それを示す直接的な資料は管見の限り見受けられないが、大きな影響を与えたと思われるのが、第三次案における捜査規定の根本的な変化である。

● 憲法草案三〇条にいう「司法官憲」の意義について、はやくも昭和二十一年八月ころにはGHQ側から「司法官憲は

裁判官に限る」旨の見解が出され、捜査官に強制処分権を付与することを前提として立案作業を進めていた日本側に大きな衝撃を与えた。もつとも、日本側は帝国議会の憲法審議における答弁などを通じて、司法官憲に検事と司法警察官を含むという独自の憲法解釈を固守しようとした。<sup>19)</sup> そのような日本側の独自の見解を切り捨て、いわゆる令状主義の制約のもと、捜査官に一定の強制処分権を認容したのが第三次案であった。もつとも、日本側はこのようなGHQの意図に対して執拗に抵抗しようとした。次のような規定もその証左であろう。

第三次案・二四四条（新設）

「弁護人は、この法律によって認められた権利を行使するにあたっては、特に捜査の妨げとならないやうに注意しなければならない。」

このような経緯に鑑みれば、前記の四三条二項新設にあたって、捜査の便宜が考慮されたとみることがあながち間違いないと言えないであろう【前記（c）の点】。

さらに、第三次案（昭和二十一年一月五日～一月二〇日）とほぼ同時期に策定された第四次案（昭和二十一年一月一〇日～一月二〇日）では、被疑者（勾留中の被疑者）<sup>20)</sup> 国選弁護に関する規定が削除されたことにも注意しなければならぬ。

また、刑訴応急措置法三条（「被疑者は、身体の拘束を受けた場合には、弁護人を選任することができる。この場合には、刑事訴訟法第三九条第二項の規定を準用する。」）の立案趣旨でも「弁護権の範囲については、捜査の性質上現在予審手続中の弁護人について認められている権限の範囲よりも狭いものと解するが、なお研究の余地が多い」と説かれた。<sup>21)</sup>

弁護人の数に関する規定は、第六次案（第一次政府案）を経て、第九次案（第二次政府案・一〇月草案）<sup>23</sup>にいたるまで、刑事訴訟法にて次のように規定されることになった。

#### 第六次案から第九次案

「裁判所は、特別な事情があるときは、弁護人の数を、各被告人について三人までに制限することができる。被疑者の弁護人の数は、各被疑者について三人を超えることができない。」

第九次案は、GHQと日本側の最終的な折衝を経て、国会に提出された。<sup>24</sup>上記規定の立法趣旨は次のようなものであった。

「この第三十五條は、法制審議会の答申の要望に現われておる点の、残つておるものの少いもの一つであろうと思ひます。当時審議会におきましても非常に議論があつた後、こういうことにおちついた次第であります。この趣旨といたしましては、今までのずっと刑事事件を調べてみますと、ほとんど大部分の事件が弁護人がせいぜい二人程度で止つておる事件が圧倒的多数であります。それからなお別に一つの事件について——まあ一つの事件といひますが、被告人の一人について三人くらいあれば、その権利を保護するのに大体十分であるといふこと、それから第三に一人の被告人について十数人という非常に多くの弁護人がついた例を見ますと、ある特殊な事件が多うございまして、あるいは同情弁護あるいは法廷闘争のためとか、そういうことがありまして、それは本来の弁護権の行使というよりも、その濫用的の場合が多いように考えられたわけでありまして、そういうような事情を斟酌いたしました。しかしながら原則的に弁護人の数を各被告について何名と制限することは適当でありませんで、原則的には被告人については制

限をおかず、ただ特別の事情があるとき裁判所は各被告人について三人までに——一人にすることはできないのです。——三人までに制限することができる、こういうことになつたわけでありませう。被疑者につきましては、これは新しい制度でありますし、大体三人あれば被疑者の正当な権利は擁護できるだらう。そういう見解で、大体三人を超えることはできないといはしたわけでありませう。むしろ議論は第一項の被告人の場合についていろいろ議論があつたことでありませうけれども、この案の趣旨としてはただいま申し上げたようなわけになつております。<sup>25)</sup>

このような立法趣旨にみられるように、「三人」という人数制限には何ら原理的な裏付けは見られなかつたといえる【前記 (b) の点】。

もつとも、このような立法趣旨に対しては強い批判が浴びせられた。すなわち、上記のように、単なる裁判所の実情によつて弁護人の数を制限するとすれば、「これこそ基本法たる訴訟法に載せないで裁判所のルールに載せてしかるべきもの」ではないかという批判がそれである。<sup>26)</sup> こうして、弁護権の根幹にかかわる規定を刑事訴訟法に載せることが躊躇されたため、各党の共同提案の修正案により、弁護人の数の制限規定が規則に移行することになった。

刑事訴訟法を改正する法律案の一部を修正する案<sup>27)</sup>

「第三五条 裁判所は、裁判所の規則の定めるところにより、被告人又は被疑者の弁護人の数を制限することができる。但し、被告人の弁護人については、特別の事情のあるときに限る。」

委員によれば、上記修正案の理由が次のように説明された。

「…弁護人の数を制限したり、または主任弁護人をきめるといふようなことを法律によつて定めることはおもしろく

ない、こういう点からすべてこれを削除したいと思つたのでありますが、そういうわけにもいかぬ事情がありましたので、これは裁判所の規則においてしかるべくやられてよいものだ、こういうので、趣旨は、訴訟法からこれを除くという意味で、これを出したのであります。<sup>(28)</sup>

もつとも、刑事訴訟法の改正を至急なしとげる必要があつたことから、各党は刑事訴訟法の改正案が不十分であることを認めながらも、近い将来に徹底的な改正を加えるという条件付きで同修正案に賛成した。

「今回の刑事訴訟法の改正は必ずしも万全なものではないと思つのでありますが、新憲法の施行に伴ひまして、本法を相当大幅に至急改正しなければならぬ必要に迫られていると思つますので、足らざる点につきましては、近き将来においてさらに検討し、徹底的に改正することといたしまして、各党共同提案になりますところの修正案に賛成し、その他…の部分につきましては政府原案に賛成するものであります」(社会党・池谷委員)、「私どもはこの法案を審議した結果、さしあたりましてはただいま提案された共同提案の修正案が、最小限度の修正と認め、しかして他の部分の原案はこの際一応成立を認め、追つて関連法規が制定された場合、及び将来の実務の状況等から見まして、さらに徹底したところの修正案をいずれまた用意するという希望のもとに、とりあえず本法案に賛成するものであります」(民主自由党・佐瀬委員)<sup>(29)</sup>

こうして、刑法三五条をうけて、現行の刑訴規則二七条が制定されることになつた。人数制限の規定が刑訴規則に存在するのは、弁護権の根幹にかかわる規定を刑訴法に載せるのが躊躇されたことに加えて、全面改正することを前提としてつくられたという現行刑訴法の暫定的な性格に求められるように思われる【前記(d)の点】。

もつとも、すでにみたように、弁護人の人数制限それ自体は戦時法との連続性が看取されることに注意しなければ

ならない【前記(a)の点】。

他方、戦後初期における弁護士層の動きは鈍かったといえる。いちはやく英米法を摂取しようとした学説、そして、裁判所及び檢察（法務庁・法務府）とは対照的に「弁護士の方は、檢察研究所、司法研修所にならって『弁護士特別研修』を開いたり、終戦直後海野晋吉を中心に、アメリカのCLUにならって人権擁護の拠点として『自由人権協会』を設立するなど、活発な活動を展開したものの、全体的にみて刑事訴訟における個別問題の検討ではいくらか立ち遅れていたように思われる」という状況にあった。戦前の「哀訴」型弁護のなごりに加え、刑事訴訟に携わる弁護人が主として檢察官出身であったことも「協力的」な刑事裁判を助長することになった。現行刑訴法制定当時、弁護人の人数制限の問題が顕在化しなかったのは、刑事弁護の弱さも起因していた。弁護士層が、弁護士法一条にふさわしい力を身につけていくのは、労働・公安事件をはじめとする法廷闘争以降のことであった。

#### 4. 「擬似当事者主義」と弁護

本決定は、刑訴規則二七条一項ただし書にいう「特別の事情」について、「被疑者弁護の意義を踏まえると、事案が複雑で、頻繁な接見の必要性が認められるなど、広範な弁護活動が求められ、三人を超える数の弁護人を選任する必要がある、かつ、それに伴う支障が想定されない場合には、これがあるものと解される」とした。このような新しい判断にかんがみれば、本決定は現行刑訴法の「不備」を補完するものとの理解も可能かもしれない。すでにみたように、被疑者の弁護人の数の制限には沿革上ほとんど理由がないことを説き、従来の運用に対する転換の契機と位置付ける評釈もみられる。

しかし、現在のような「変革の時代」にあつては、刑事弁護に関する裁判例が指し示すものをより慎重に見極める

必要がある。

「今般の司法改革の大きな遠因となったのは、周知のように、「わが国の刑事裁判はかなり絶望的である」<sup>(35)</sup>との「診断」であった。この「診断」は、刑事弁護人が日常感じている「違和感」を素直に体現したものであり、とりわけ弁護士会に大きな影響を与えた。また、八〇年代の再審事件の活発化は、刑事弁護の「変革」の兆しを感じさせた。最高裁も「弁護士抜き裁判特例法案」の挫折以降、法曹三者の緊密さをことあるごとに強調するようになり、弁護士会の取り込みを図った。<sup>(36)</sup>

このような状況において、弁護士会は国の改革路線に呼応し、司法改革に積極的に乗り出していくことになった。<sup>(37)</sup>しかし、弁護士会が裁判所や法務省と手を携えることは、とりわけ刑事弁護、そのもとの被疑者・被告人の防御権保障を危険にさらすことといえた。一部の弁護士からも次のような指摘がみられる。

「司法制度改革の展開を振り返りつくづく感じるのは、政財界が強力にすすめた今般の司法制度改革が弁護士のあり方や弁護士自治そのものを主要なターゲットにし、彼らは大きな『成果』をあげたという事実である。」「ことに司法制度改革の目玉とされる司法支援センター構想は：弁護士会としては重大な危機感、警戒感をもって対応しなければならなかったはずである。」「しかし日弁連は、司法支援センター構想を日弁連が『総力をあげて取り組んできた運動の成果』：とまで評価し：残念ながら危機感、警戒感は希薄である。」<sup>(38)</sup>

他方、「精密司法」を基本的に支持する立場からも、限界に突き当たった「精密司法」を一定程度「微調整」しようとする試みもみられた。たとえば、次のような指摘がそれである。

「…わが国の刑事手続の状況というのはかなり定着しているものですし、現在のようないわば平時には、手続の有りようを根本的に変えるような革命的なことは、理想論としてはともかく、現実にはできそうにありません。むしろ、



今できることは、余りにも一方に傾き過ぎているように見える天秤を、幾分かでも反対の方に戻すことによって、システム全体としてのバランスを回復させるように努めるということではないかと思われま<sup>39)</sup>す。」

周知のように、このような「バランスの回復」は近年の司法改革、とりわけ「国民の力を借りる」というアイディアで決行された<sup>40)</sup>。では、どのような「バランスの回復」が図られるべきなのか。論者によれば、刑事弁護に関して次のような提言がなされている。

第一は、起訴前弁護の充実である。これは、争いのある事件と争いのない事件を区別し、前者に時間と労力を傾注するため、アレンインメント（調書の利用）制度の導入を企図したものである。

第二は、証拠開示の促進である。しかし、証拠開示自体は、当事者主義の強化だけでなく、職権主義の強化にも結び付くことに注意しなければならない。現行法が証拠開示の最終的な権限を裁判所に与えていることから、現在の証拠開示の運用は積極的実体的真実主義の一側面ともいえる。

第三は、保釈の促進である。周知のように、裁判員裁判のもとでは保釈の運用をゆるやかにすべきとの提言がなされて<sup>41)</sup>いた。現に、最決平成二二年七月二日判タ一三三一号九三頁も「連日開廷に対応した効果的な弁護活動を行うためには、被告人と弁護人が即時かつ緊密に打合せを行う必要がある」ことを理由に保釈を認めた。ここでも、裁判所の裁量によって訴訟の簡易迅速化が目指されていることはあきらかであろう。

第四は、接見交通の緩和である。これも円滑な接見交通により「訴訟の迅速化」を企図したものと見える。本決定も「頻繁な接見の必要性」を「特別な事情」の考慮要素としている<sup>42)</sup>。

第五は、可視化の促進である。しかし、可視化という方法のみでは、日本型刑事司法を温存したうえの「対症療法」であることに留意する必要がある。

以上のような、起訴前弁護の充実、証拠開示の促進、保釈の促進、接見交通の緩和、可視化の促進というカタログは、刑事弁護人にとっては垂涎的とも言えるかもしれない。また、「当事者主義」の強化とみえるかもしれない。しかし、すでにみたように、このようなカタログは職権主義、積極的実体的眞実主義と決して矛盾するものではない。「擬似当事者主義」を前提とする限り、このような方策は、むしろ、日本型刑事司法を強化する方向に働きうる。したがって、上記のような「バランスの回復」は実質的に、職権主義の強化であり、日本型刑事司法（官僚司法）の強化であるように思われる。<sup>(43)(44)</sup> 現に、近年、実務家から「刑事裁判における当事者主義の後退」が叫ばれていることもその証左であろう。<sup>(45)</sup>

このような職権主義の強化は、本決定にも投影されているとみることができよう【前記(e)の点】。本決定が、憲法判断を回避し、「特別の事情」という実質的には裁判官の裁量というべきものにゆだねて、弁護人の増員を許容したからである。

ここでは、近年の刑事裁判のテーゼである「訴訟の迅速化」が、主たる目的に置かれているように思われる。しかし、「訴訟の迅速化」を考えるときには、いったい「誰のための迅速化なのか」という視点が不可欠であろう。この点、本決定が純粹に被疑者のための訴訟の迅速化を志向していることとみることは困難であるように思われる。本決定は、刑訴規則二七条の「特別な事情」の判断において、「広範な弁護活動が求められ、三人を超える数の弁護人を選任する必要性」に加えて、「それに伴う支障が想定されない場合」を要件としている。そうすると、かりに三人を超える数の弁護人の選任が捜査側にとって支障が大きいと裁判所が判断すれば、「特別の事情」がないと判断されることになる。したがって、本決定は、裁判所の推進する「訴訟の迅速化」と弁護人の要求が合致した事例判断に過ぎないように思われ、逆に、裁判所の推進する「訴訟の迅速化」と弁護人の要求が相反する事例の場合には、全く逆の解釈が帰

結されたように思われる。したがって、一部の評釈がいうように、「特別の事情」の判断にあたって、「被疑者の防衛の利益」と「迅速捜査の公的利益」を比較衡量することは、実質的に被疑者の防衛権を危殆化することになると思われ、疑問である。<sup>(46)</sup>

すでに検討したように、刑訴規則二七条が被告人と被疑者との取扱いを区別している原理的な裏付けはなく、かつ、被疑者国選弁護が実現した現在、被告人と被疑者との取扱いを区別する理由も乏しい。したがって、憲法三四条に即して、刑訴規則27条を端的に違憲とし、弁護人の増員を認める行き方もあつたのではないだろうか。

## 5. おわりに

刑事司法改革の一環として被疑者弁護制度が創設され、依然として不十分な領域があるものの、従前に比して刑事弁護は量的に拡張したようにみえる。しかし、他方で、刑事弁護の質は低下しているように思われる。司法改革を契機として、捜査機関が多くの果実を得ていることも多く、積極的実体的真実主義への志向はさらに強まった感がある。このように、依然として、刑事弁護人は、捜査機関との圧倒的な力の差、そして制度の中身や運用が（本来の意味での）当事者主義と背理する状況で弁護活動を強いられる<sup>(46)</sup>。たしかに、多くの弁護人が標準以上の力量を身につけることも重要であるが、無罪率約〇・一％という数字に示されるように、現在の刑事システムのもとでは一定の限界に突き当たらざるをえない。

本決定の評価は、論者の現状分析と密接に関係する。たしかに、弁護人の数を増員したという一点だけみれば、本決定が被疑者の防衛権の強化を図ったとみえるかもしれない。しかし、そのような評価は「木をみて森をみない」危険がある。刑事司法改革の流れや現在の弁護士会の立ち位置などに鑑みれば、本決定の評価には十分な注意が必要で

あろう。本件の被疑者とは異なり、多くの弁護人を付けることができない資力のない被疑者の問題も残されている。

周知のように、戦前、弁護士会は、弁護士会内部における派閥間抗争と分裂、弁護士試験改正にかかわる弁護士急増と、経済的不況による弁護士の経済的基盤の喪失などにより、自らの対抗力を減殺していった<sup>19)</sup>。そして、ファシズムの進展と即応して、戦時体制を下支えしていくことになった。

現在も、刑事司法改革に起因する弁護士会内部の対立、弁護士の大増員による弁護士の経済的困窮などがみられる。本決定が、弁護士会の「体力」をそぎ落としたうえに成り立っている表層的な「刑事弁護の活発化」を示しているというのはいき過ぎであろうか。弁護士会自治も危機にさらされているが、すでにみたように、当事者たちは危機感に乏しいとの批判も聞かれる。現在の状況が、戦前の「再来」でなければ幸いである。

(1) 刑集六六卷七号六六三頁。

(2) 後藤昭「刑事弁護人の役割と存在意義」季刊刑事弁護二二号(二〇〇〇)二二頁以下参照。なお、後藤によれば、捜査段階における刑事弁護が次のように説かれる。「依頼人の利益に徹した弁護人の関与は、公判段階よりもむしろ捜査の段階において、大きな決定力を持つ。そのような捜査段階に関与する弁護人は、依頼者の利益を誠実に守ろうとする限り、訴追側と対立することを避けられない。捜査段階への関与が広がることによって、弁護の様相がより当事者主義的になるのは自然である」(同一六頁)。

(3) 後藤昭「裁判員制度と弁護人への期待」日本弁護士連合会編『裁判員裁判における弁護活動―その思想と戦略―』(二〇〇九)三頁。

(4) 内藤惣一郎「判批」警論六五卷八号(二〇一二)一五九頁以下、匿名「判批」法時八四卷一三号(二〇一二)三七八頁以下、豊崎七絵「判批」法セミ六九七号(二〇一三)一三四頁、辻本典央「判批」TKCローライブラリー・新判例解

- 説 Watch 刑訴法八七号(二〇一三)、宮村啓太「判批」平成二四年度重判解ジュリ一四五三号(二〇一三)一七七頁以下、吉村真性「判批」法時八六巻五号(二〇一四)一六三頁以下。
- (5) 宮村・前掲「判批」一七八頁。また、豊崎・前掲「判批」一三四頁も参照。
- (6) 匿名・前掲「判批」三七九頁。
- (7) 辻本・前掲「判批」二頁以下。
- (8) 内藤・前掲「判批」一六八頁。
- (9) 吉村・前掲「判批」一六三頁以下。  
辻本・前掲「判批」なども参照。
- (11) 井上正仁ほか「刑事訴訟法制定資料全集」(二〇〇一)以下「制定資料」という(二一六頁以下〔資料五七〕)。そのほか、②公判調書の簡易化(同法二二条の二)、③団体に対して報告を求めうること(同法二三条)、④公判期日の取調準備のための訊問(同法二三条の二)、⑤(旧) 刑訴法三四三条の撤廃(同法二五条)、⑥検事が区裁判管轄の事件を地裁に提起できるとすること(同法二五条の二)、⑦判決書の簡易化(同法二六条)、⑧上告裁判所の書面審理(同法二九条)、⑨検事に略式命令に対する正式裁判請求権を認めること(同法二九条の三)も挙げられている。
- (12) 井上ほか・前掲「制定資料」(二)二四五頁以下〔資料六七〕。なお、これらの点に関し、松尾浩也は「現行法に影響を与えている部分も絶無ではない」とする(松尾浩也「刑事訴訟法の制定過程」(五)法協九一卷二二号(一九七四)六二頁)。
- (13) 「刑事訴訟法改正に付考慮すべき問題」(昭和二十一年七月九日)井上ほか「制定資料」(二)二〇〇六、三三三頁以下〔資料一五〕、「司法法制審議会第三小委員会第一回議事録要録」(同年七月一五日)同九九頁以下〔資料三三〕、「弁護権の拡充に関する規定要綱」(同年七月二二日)同五一頁以下〔資料四三〕、「刑事訴訟法改正方針」(同年七月二七日)同二二六頁以下〔資料六〇〕、「刑事訴訟法改正要綱試案」(同年八月五日)同三〇一頁以下〔資料七七・一〕の該当箇所参照。
- (14) 「司法法制審議会第三委員会第八回議事要録」(昭和二十一年八月六日)井上ほか・前掲「制定資料」(二)三一六頁以下〔資料七九・一〕及び「刑事訴訟法改正要綱(試)案」(昭和二十一年八月八日)同三八四頁以下〔資料九一〕参照。なお、前者については小田中聰樹「刑事訴訟法の制定過程」(九)法協九二巻一〇号(一九七五)一一二頁以下の團藤議事メモも参照。

- (15) 團藤議事メモ「第二回司法法制審議会総会・臨時法制調査会第三部会第一日」(昭和二年八月九日) 小田中・前掲「刑事訴訟法の制定過程(九)」一一八頁以下。
- (16) 小田中「刑事訴訟法の制定過程(二三)」法協九三卷四号(一九七六)一四二頁以下。
- (17) 小田中「刑事訴訟法の制定過程(二五)」法協九五卷八号(一九七八)九八頁以下。
- (18) 小田中「刑事訴訟法の制定過程(二六)」法協九五卷九号(一九七八)一三六頁以下。
- (19) 小田中「刑事訴訟法の制定過程(二二)」法協九三卷三号(一九七六)九四頁以下など参照。
- (20) 捜査について、従来、札問的捜査観と弾劾的捜査観の対立(平野龍一)が大きな学說的地位を得てきた。しかし、現行刑法における被疑者国選弁護制度の不存在は、弾劾的捜査観と鋭く対立するように思われる。この点、三井誠「弁護人選任権―被疑者の防禦権(二)」法教一五三号(一九九三)一〇五頁は、第四次案において被疑者国選弁護が削除された「より根本的」な理由として次のように説く。「刑法の全面改正にあたり、立案者は、現行法の形姿として、『捜査』よりも『公判』に比重をおき、公判で事件の黑白を決する公判中心主義の実施を目指していた。身柄の確保は制約され、供述証拠および物的証拠の収集にも法的規制が加えられたので、おのずと証拠を十分に固めた上での起訴は困難となり、事件の決着は公判段階でこすつけられる、こう考えたのである。したがって、立法者の構図では、起訴前は私選弁護に限定していてもそれほど問題はなく、真の勝負が決せられる公判手続においてこそ国選弁護制度が必要であるとされたのである。」このような解釈は、弾劾的捜査観に整合的な解釈ともいえるが、その具体的な根拠は示されていない。
- (21) 「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律の立案趣旨」大学書房編『増補検察実務例規集成』(一九四八)五〇・五一頁。なお、「最高裁判所臨時刑事委員会決議」同一二八頁によれば、被疑者の弁護人の権限範囲について「詳細は最高裁判所のルールによる決定にまづこととし、本委員会では決議を留保する」とされた。
- (22) 小田中「刑事訴訟法の制定過程(一七)」法協九五卷二二号(一九七八)五〇頁以下。
- (23) 法務府検務局『新刑事訴訟法制定資料(一)』(検察資料二八・一九五二)六頁以下。
- (24) 提出された「刑事訴訟法を改正する法律案」については、第二回国会衆議院議員司法委員会議事録二二号一頁以下参照。弁護人数の制限に関する規定は同法案三五条。

- (25) 第二回国会衆議院議員司法委員会議事録三八号五頁(野木新一政府委員〔檢察官〕の發言)。
- (26) 第二回国会衆議院議員司法委員会議事録三八号六頁(鍛冶良作委員〔弁護士〕の發言)。
- (27) 第二回国会衆議院議員司法委員会議事録四六号五頁。
- (28) 同右六頁(鍛冶良作委員の發言)。
- (29) 同右七頁。
- (30) 三井誠「刑事訴訟法」ジュリ六〇〇号(一九七五)二五七頁。
- (31) たとえば、小野清一郎・團藤重光ほか(座談会)新刑訴における証拠法「法時」三卷一〇号(一九五〇)七・八頁における小野清一郎の發言参照(私が現に弁護士として見聞しているところによると、もちろん弁護士がついていてありますが、初めから檢察官の供述書はもちろん、司法警察官の供述調書までわけなく同意している例が実に多いように見受けるのです。これはどういふものでしょうか。)
- (32) 毛利与一「奇形の定着—新刑訴の四半世紀—」自由と正義二四卷二号(一九七三)八頁。
- (33) 横山晃一郎「憲法と刑事訴訟法の交錯」(一九七七)二二頁以下など参照。
- (34) 宮村・前掲「判批」及び豊崎・前掲「判批」参照。
- (35) 平野龍一「現行刑事訴訟の診断」團藤古稀第四卷(一九八五)四三三頁。
- (36) 内田博文「刑事判例の史的展開」(二〇一三)三五二頁以下(寺田コート以降)など参照。
- (37) この期の弁護士会については、小林正啓「こんな日弁連に誰がした?」(二〇一三)など参照。
- (38) 立松彰(雑感)司法改革通信の執筆を担当して「法と民主主義三九八号(二〇〇五)五二頁。
- (39) 井上正仁「刑事裁判に対する提言」司法研修所論集八五号(一九九一)一一二頁。また、井上によれば、次のようにも説かれる。「刑事司法において弁護士というものが無駄な存在である、あるいはそれ以上に、有害で邪魔な存在であるとお考えになるのなら話は別ですが、裁判官や檢察官とはまた異なった立場から刑事司法に参与し、公正で正しい刑事裁判の実現に重要な働きをする不可欠の存在だとお考えになるなら、やはり、弁護士本来の活動がもう少しやり易くなるような—また弁護士にその気を起こさせるような—取扱いをすべきではないか。そのように思うのです。」(同一一一頁)。

- (40) 松尾浩也「刑事裁判と国民参加―裁判員法施行半歳を顧みて」法律のひろば六三卷一号(二〇一〇)四頁以下など参照。松尾によれば、「ガラパゴス型の日本の当事者主義」から「眞の日本型当事者主義」への移行が説かれる(同九頁)。
- (41) 松本芳希「裁判員裁判と保釈の運用について」ジュリ一三二二号(二〇〇六)など参照。
- (42) なお、この接見交通の緩和は、自白の信用性(任意性)判断にも跳ね返ってくることに注意しなければならない。たとえば、札幌高判平成一七年七月一四日高検速報(平一七)三五九頁は、被告人らが逮捕されてから起訴後約一か月経過するまでの間にそれぞれ合計一五回弁護士と接見し、弁護士から意に沿わない供述調書には署名しないように助言されていたという事案において、供述経過、弁護士との接見状況、弁護人の助言内容に照らすと、被告人らの自白は信用できるとした。
- (43) なお、松尾浩也「当事者主義と弁護」鴨古稀(一九七九)六一頁によれば、日本における法曹三者間の対立は、弁護側から見た場合に「一方において『弁護』そのものの弱体化を防ぎながら、他方において半ば法的、半ば倫理的な改善を求めることになろう」とされていた。近年も、法曹倫理(とくに弁護士倫理)についての論稿が散見される。たとえば「特集・刑事弁護の論理と倫理」季刊刑事弁護二卷(二〇〇〇)など参照(後藤・前掲註(二)論文も所収)。
- (44) 内田・前掲『刑事判例の史的展開』(二〇一三)、とりわけ五五六頁以下(山口コート以降)、内田博文「刑事裁判のバラタイム転換」同編『歴史に学ぶ刑事訴訟法』(二〇一三)二六五頁以下など参照。
- (45) 遠藤直也「当事者主義の危機」季刊刑事弁護七八号(二〇一四)四七頁以下など参照。
- (46) 辻本・前掲「判批」及び内藤・前掲「判批」など参照。
- (47) 捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会「最終報告書」(二〇一二年二月)、法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果(案)」(二〇一四年七月九日)など参照。
- (48) 春日勉「弁護過誤を構造的に生み出す刑事弁護の世界」内田博文・佐々木光明編『市民』と刑事法第三版』(二〇一二)二〇三頁以下参照。
- (49) この点、大野正男『職業史としての弁護士および弁護士団体の歴史』(二〇一三・復刻版)八七頁以下参照。同書八七頁によれば「弁護士団体の司法官僚に対する痛烈な批判も、自らの団体運営に目を向けるとき、その鋭さを著しく減殺するのであった」と説かれる。また、経済的不況と反比例して弁護士が急増したことで、「弁護士の非行」も増加し社会的



非難を浴びるような事件も起こってきたとされる(同書二二〇頁以下)。

執筆者紹介

澤野 義一 大阪経済法科大学法学部 教授 (憲法)

田中 嗣久 同 教授 (民法)

藤島 光雄 同 教授 (行政法)

金 泰明 同 教授 (法哲学)

大場 史朗 同 助教 (刑事法)

(執筆順)