

## 刑事弁護の変化を見る

後藤昭（一橋大学・青山学院大学名誉教授）

### 近況報告

- I 一橋法科大学院の秘められた構想
- II 刑事弁護の歴史を振り返る
- III 変化の意味
- IV これから何を指すか

### 近況報告

久しぶりに修了生の皆さんとお会いしたので、私の近況を報告します<sup>1</sup>。私は、2014年に一橋大学を定年退職した後、青山学院大学法務研究科に移って法科大学院生を指導しました。2019年3月に青山学院も定年退職しました。現在は、青山学院で非常勤講師のほか、司法通訳養成講座の講師を務めています。この講座は、東京外国語大学と青山学院大学が連携して2019年度から始めた社会人向けの履修証明プログラムです。

### I 一橋法科大学院の秘められた構想

今日は、一橋大学法科大学院の秘められた構想を初めて皆さんに明かそうと思います。一橋大学法科大学院は、①ビジネス法務に精通し、②広い国際的視野をもち、③豊かな人権感覚を有する法律家の育成を目指すという目標を掲げて出発しました。現在でも、この目標を維持していると理解します。このような目標設定は、司法改革の理念と一橋大学の沿革や実績、立地などに照らして適切であったと思います。

しかし、実は法科大学院を創ったとき、私にはそのほかに、もう一つ密かな目標がありました。それは、「刑事弁護を学びたいければ、一橋Lawに行け！」と言われるような法科大学院を創りたいという目標です。その基には、刑事弁護の水準を上げることによって、日本の刑事司法の水準を上げるという大きな目的がありました。

この目標のために、いろいろな工夫をしました。村岡啓一教授を専任教員に迎えたのも、検察官教員の派遣をいち早く法務省にお願いしたのも、裁判員仕様の法廷教室を造ったのも、発展ゼミの中に刑事上訴クリニックを設けたのもそのためでした。有能な弁護士は有能な検察官が何を考えるか想像できなければいけません。そのために優れた検察官を教員に迎えることがだいじでした。私自身の担当科目では、弁護士、検察官という当事者目線の教材を作り、受講者には当事者としての立論の想像力を持たせることを狙いました。

このような目標は、一橋大学法科大学院の広報活動の表には現れていません。しかし、全く私の独断で進めたというわけではありません。『受験新報』誌の依頼に応じて2002年4月号に私が書いた「一橋大学とロー・スクール（法科大学院）構想」で、筆者にはこのような目標もあることを正直に書いています。それをご覧になった当時の山内敏弘法学研究科長は、それで良いと言って下さいました。

現在、「一橋Lawの修了者には、刑事弁護で活躍している人が多い」という、業界内での評判を聞きます。先にお話になった、赤木竜太郎さんも、その代表格の一人です。その意味では、私の密かな構想は成功したといえるでしょう。ただし、現在、法科大学院で何を学びたいのか、そのためにどの法科大学院に入るのが良いかを考えて選ぶ方は少ないでしょう。その意味では、私の目標は達成できていません。もっと各法科大学院の特徴が重視されるようになれば、法曹の多様化にも繋がることでしょう。

## II 刑事弁護の歴史を振り返る

21世紀初頭の司法改革の一環として法科大学院ができてから、15年が経ちました。それ以前も視野に入れながら、現行刑事訴訟法の下で、刑事弁護がどのように変わってきたかを振り返ってみます。

### 1 1990年以前

1949年に、現行刑事訴訟法が施行されてから、1980年代までの状況をまず考えます<sup>2</sup>。当時、松川事件などの労働・公安事件で先鋭な弁護活動がありました。しかし、刑事弁護全体としては、活発ではなかったというべきでしょう。捜査段階で弁護人のつく被疑者は、割合としてはごく少数でした。被告人が否認しているのに弁護人が訴因事実を認めるような低調な国選弁護の例も珍しくありませんでした。総じて、刑事弁護は、弁護士であれば誰でもできる仕事とみられていました。

しかし、そのなかにあっても、刑事弁護を活性化するための弁護士会の努力は続いていました。弁護士会は、接見指定の運用を改善するために国家賠償請求訴訟に組織的に取り組みました。その結果、1978年の杉山判決（最判昭53・7・10民集32巻5号820頁）が「一般的指定」の運用を否定しました。その後、2009年の最大判平11・3・24民集53巻3号514頁が、接見指定に関する判例法理を集大成しました。その結果、接見指定をめぐる紛争は、非常に少なくなり、現在ではむしろ接見時の電子器機の利用や接見の秘密の保護などが、弁護士接見に関する主要な論争点になりました。

1970年代からの監獄法改正の過程で、弁護士会は代用監獄廃止運動を展開しました。この運動は、現在までその目標を達成してはいません。しかし、この運動は、被疑者取調べを中心とする捜査の問題を意識させる効果がありました。再審請求についての弁護士会の支援は、死刑4事件での再審無罪という成果をもたらす

と同時に、自白に依存する事実認定の危うさを明らかにしました。

## 2 1990年代——当番弁護士の時代

1990年代に入ると、刑事弁護を活性化するための弁護士会の活動は、新たな段階に入ります。地方の弁護士会が当番弁護士の派遣を始めて、それが瞬く間に全国に広がりました。これによって、被疑者が弁護人ないし弁護士の援助を受ける機会が大幅に拡大しました。1995年に現代人文社は『季刊刑事弁護』を創刊しました。この雑誌によって、弁護士たちが刑事弁護の経験を広く共有するようになり、それが目に見える形で蓄積されるようになりました。

この時期に、被疑者、被告人の権利を徹底して実現しようとする当事者主義的（adversarial）な弁護の流儀が日本でも始まりました。それを主導したのは、高野隆弁護士であり、黙秘権実現を徹底しようとするミランダの会の活動は、その弁護の流儀を象徴しています。このような弁護の方法が現れたために、検察官側からは、弁護人が被疑者に黙秘を勧めることに対する批判がありました。それをきっかけに、弁護人の役割について新たな議論が起きました<sup>3</sup>。

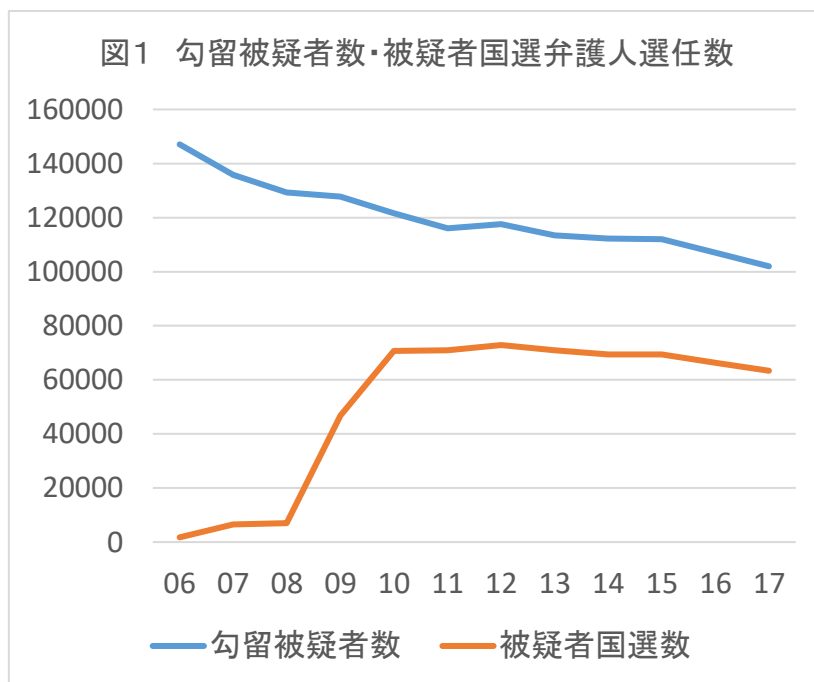
## 3 2000年以後——司法改革の時代

2000年以後は、司法改革の時代に入ります。それによって、刑事司法の様相は一気に流動的となり、刑事弁護の方法も大きく変わり始めました。

2001年の『司法制度改革審議会意見書』が刑事司法について提案した諸制度は、2004年の立法で法律となりました。そのうち、被疑者国選弁護制度は、2006年に施行され、2009年から対象事件が必要的弁護事件の罪名まで拡大しました。

ここで被疑者国選弁護制度の現実性が認められたのは、10年間にわたる当番弁護士派遣の実績があったからです。証拠開示を含む公判前整理手続は2005年から、裁判員裁判は2009年から始まりました。刑事司法の担い手となる法曹を養成する制度も大きく変わりました。法科大学院を中核とする新しい法曹養成制度ができ

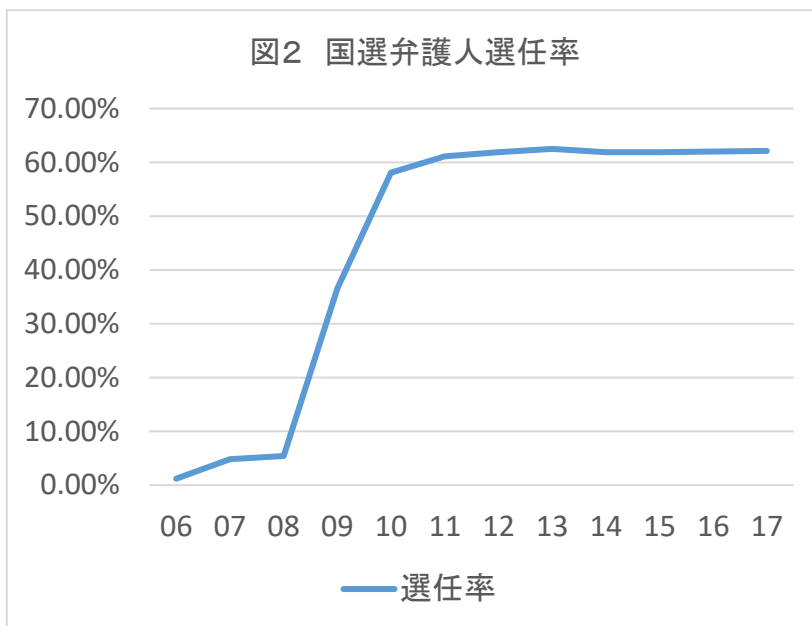
て、弁護士の数も以前に比べて増えました。



その結果、被疑者に国選弁護人が付く割合は、急速に拡大しました。図1は2006年から2017年までの勾留被疑者数と被疑者国選弁護人選任数を表しています。

図2は、同じ時期の勾留された被疑者中の国選弁護人選任の割合を示しています。

このように被疑者弁護が普及したのは、この時期の重要な変化です。起訴後の手続では、証拠開示の可能性が格段に広がりました。裁判員裁判の導入によって、供述調書よりも法廷での供述によって立証する傾向が生じ、公判中心主義が強化されました。弁論も書面の読み上げではなく、裁判員に語りかけるようになり、法廷が活発になりました。このような変化の結果、当事者法曹にとっては、尋問や弁論の法廷技術が重要度を増しました。



これらの立法による新制度のほかに、勾留、保釈の運用にも変化が生じました。裁判所が勾留の必要性についてより慎重に判断し、裁量保釈の相当性をより広く認める傾向が生じました。最高裁の判例としては、勾留に関する最決平26・11・17判時2245号129頁や、裁量保釈に関する最決平26・11・18刑集68巻9号1020頁が代表的なものです。

21世紀の初頭にこのような大きな変化があったものの、この時期の立法は、被疑者国選弁護以外には、捜査のあり方を大きく変えるものではありませんでした。

#### 4 2016年刑訴改正以後

その状況を変えるきっかけとなったのは、2010年にいわゆる郵便不正事件で無罪判決が出て、同時に担当検察官が証拠物を改竄していたことが明るみに出るといった経験でした。この事件で、裁判所は村木被告の共犯者とされた人の検面調書の刑訴法321条1項2号後段に拠る証拠請求を却下しました。担当検事は、検面調書に基づく筋書きに合わせるように証拠物を改竄していました。この事例は、取調べと供述調書に依存する刑事裁判の危うさを象徴していました。

この事件を受けて、法務大臣は「検察の在り方検討会議」を設けました。この会議は、取調べの録音・録画を目指す方向で新たな刑事司法を構想することを提

言しました<sup>4</sup>。それを具体化するために、法務大臣は法制審議会に新たな刑事裁判のあり方を諮問し、法制審議会に「新時代の刑事司法制度特別部会」ができました。そこでの課題は、「取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方」を見直すことでした<sup>5</sup>。私自身も、これらの会議の委員として、議論に参加しました。私がそれらの委員になったのは、郵便不正事件が民主党政権の下で起きたという歴史の偶然が影響したでしょう。

この諮問に対する法制審議会の答申は、2016年の刑訴法改正をもたらしました。その結果まず、被疑者国選弁護の適用範囲がさらに広がり、罪名の限定がなくなりました。最も重要なのは、被疑者取調べの録音・録画制度が入ったことです。法律上の録音・録画義務の範囲は狭いものの、現実の運用はそれを超えて広がっています。証拠開示に関しては、弁護人が検察官に対して証拠一覧表の交付を求めることができるようになりました。当事者には、公判前整理手続の請求権が認められました。さらに、協議合意制度、すなわち捜査・訴追協力型の司法取引が刑訴法に入りました。同時に、主として共犯者証言をえるための刑事免責による証人尋問の制度もできました。通信傍受の範囲も大きく広がりました。

### III 変化の意味

このように、最近30年間で、刑事弁護の環境は大きく変わりました。まず捜査弁護が日常的な仕事となりました。起訴後に弁護人が検察官から証拠開示を受ける機会は拡大しました。これらの変化の結果、以前に比べれば、ずっと捜査の過程が外から見えるようになりました。裁判員裁判によって、公判中心主義が建前だけでなく、現実的な意味をもつようになりました。

このような変化をもたらした大きな要因の1つは、弁護士たちのたゆみない実践と運動です。最近弁護士になる方たちは、被疑者でも勾留されれば国選弁護人が付くこと、取調べの録音・録画を弁護人が観られること、弁護人が検察官手持ち証拠の開示を受けられることなどを当たり前のように感じるかもしれません。しかし、日本の刑事訴訟法の歴史の中で見れば、これらはごく最近実現したことであり、いずれも30年前には夢のような話でした。いま当たり前のように見えるものでも、それは先人たちの努力が蓄積した結果であることを意識してほしいと思います。

このような環境の変化に応じて、刑事弁護の方法も変わりました。まず、弁護の手段が豊富になりました。とくに証拠開示によって多くの情報を得ることができるようになったのが重要です。それによって、弁護人は明確な弁護方針を立てたうえで、公判審理に臨むようになりました。裁判員裁判は、法廷技術の見せ場です。司法取引も、取引当事者の弁護人にとっては、新たな弁護の手段となります。

刑事弁護人の役割意識も変わりました。かつては、精密司法の下で真実を明ら

かにすることを弁護の役割とする意識がありました。しかし、今は依頼者の権利と利益を実現することを弁護人の役割とする意識が強くなりました。最近私たちが目にしたカルロス・ゴーン被疑者の弁護人交代劇は、このような弁護の流儀の変化を象徴しているように思えます。弁護士の数が増えて、弁護の手段が豊富になった結果、自覚的に刑事弁護を専門とする弁護士層が生まれました。弁護士の仕事の中で、刑事は1つの専門分野として成立しました。今や本格的な刑事弁護は、「刑事に強い弁護士がすべき仕事」と思われるようになりました。

ただし、この30年間に弁護人だけが手段を拡大して、その分検察官が領土を失った訳ではありません。この間、検察官も、通信傍受、司法取引、刑事免責などの多くの新しい手段を得ました。取調べの録音・録画は、捜査官にとっても有用であることは、良く理解されています。証拠開示にしても取調べの録音・録画にしても、導入する前には抵抗感があっても、実際にやってみれば、すぐにそれが自然だと感じるようになります。もともと、日本の刑事司法は「検察官司法」と呼ばれるほどに、検察官が大きな権限と責任を独占する傾向がありました。それがだんだんと、検察官と弁護人が事件解決の責任を分担するようになってきたと見るべきでしょう。協議合意制度は、その象徴です。

#### IV これから何を指すか

そこで私たちは、これから先、何を指すべきかを考えます。

日本の刑事司法の最大の問題は、透明度が低いことだと私は考えます。「取調べと供述調書に依存する刑事裁判」という表現はそれを象徴します。この30年間の変化によって、たしかに透明度は上がってきました。しかし、まだ十分ではありません。さらに透明度を上げることを目指すべきです。

捜査については、まず被疑者取調べへの弁護人立会を実現することが重要です。取調べの弁護人立会は、現代の刑事司法の国際標準なので、日本の司法もそれを実現しないと国際的な信用を得ることはできません。取調べ録音・録画義務の範囲を拡大することも、捜査の透明度を上げるために必要です。また、取調べを接見指定の理由とすることを認める現在の判例は、克服すべきものです<sup>6</sup>。

被疑者取調べへの依存を克服し、弁護人立会を現実的にするために、取調べにかかる時間を短縮することも必要です。法制審議会特別部会の配布資料の中に、法務省『取調べに関する国内調査結果報告書』（2011年）があります。これは、2010年9月に全国の地検が処理した全事件について、在宅調べを含めて被疑者取調べにどれくらいの時間をかけたかを調査した報告であり、とても貴重な情報源です。たとえば、次のような数値が分かります。

図3は、全事件と裁判員制度対象事件についての取調べ時間の平均を示しています。裁判員対象事件では、平均43時間程度の被疑者取調べをしていることが分かります。

図 3

	全事件	裁判員制度対象事件
警察平均	1 8 時間 5 2 分	3 4 時間 1 3 分
検察平均	2 時間 4 7 分	9 時間 0 1 分
合計平均	2 1 時間 3 5 分	4 3 時間 1 4 分

図 4 は、被疑罪名別に警察と検察庁での合計被疑者取調べ時間の平均と最長事例での時間を示したものです。殺人だと平均で51時間以上になっています。収賄だと平均で130時間以上、最長では250時間に近い取調べの例があることが分かります。もし、アメリカ合衆国やドイツの捜査官がこれを見たら、おそらくその長さに驚くでしょう。本当にこれほどの取調べをする必要があるかどうか考えなければなりません。

図 4

被疑罪名	平均時間	最長事例
殺人	5 1 時間 1 2 分	1 4 0 時間 1 0 分
現住建造物等放火	4 2 時間 2 3 分	1 7 3 時間 5 2 分
収賄	1 3 0 時間 2 8 分	2 4 9 時間 0 0 分
詐欺	2 9 時間 4 7 分	1 0 2 時間 1 4 分

未決の身体拘束については、韓国に現れているような身体不拘束原則を実現したいです。現在の判例は、勾留を慎重よりも、裁量保釈をより緩やかにという傾向を見せています。それらの判例は、刑訴法60条1項2号、89条4号に定める

「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」があるという判断を前提にして、「罪証隠滅の現実的可能性の程度」を勾留の必要性（すなわち相当性）や、裁量保釈の相当性の主要な要素として考慮しています。しかし、証拠隠滅の現実的可能性が低いのであれば、そもそも条文の要件に当たらないとすべきです。立法論としては、起訴前保釈制度を採り入れることによって、取調べと自白獲得のための勾留という実態から脱却するべきです。

公判手続については、証拠開示請求権を公判前整理手続から切り離して、一般的な制度とするべきです。現在でも、弁護人が公判前整理手続を求める主要な目的は証拠開示請求権を得ることでしょう。そのために、必ず公判前整理手続をしなければならない必然性はありません。

刑事司法の透明度を高めるためには、公判中心主義すなわち捜査と公判の分離を徹底するべきです。そのために、被告人の公判外供述を使わない立証が必要で

す。否認事件で捜査段階での自白を証拠にする場合でも、基本的には被告人自身が法廷で以前の自白について説明することによって、証拠化するという運用ができます<sup>7</sup>。検察官面前供述調書の証拠能力に関する刑訴法321条1項2号は、訴追官が公判外でまとめた「証言的」な供述<sup>8</sup>を伝聞例外として特別に優遇しています。これは、公判中心主義に反します。

このような刑事司法のさらなる変化を実現するために、弁護士たちには、大きな役割があります。まずは、日常的な個別事件の弁護活動の中で、現行制度の下での運用の可能性を拡大していくことがだいじです。また、接見交通権について弁護士会がしたように、判例を獲得することによって法の運用を改善するという方法もあります。裁判官は、弁護士たちの問題提起に応じて、刑事手続の現実に着目する判例を出してほしいです。日本の判例には、憲法や法律に権利があると書いてあれば、権利は保障されているのだという観念的な法の捉え方がありません。そうではなく、憲法や法律がどれくらい実効的な権利保障を要求しているかを考えるべきです。これらに加えて、立法のための運動も、弁護士たちの役割です。

弁護士たちがこのような役割を持続するためには、たえず新人が加わる状況が必要です。法科大学院が刑事弁護に熱意を持つ弁護士たちを供給しなければ、それは実現できません。現在の法科大学院制度の方向は、司法試験に早く合格させることに向いています。法科大学院を設置した本来の目的に立ち戻って、多様な法律家をじっくり育てることを目指すべきです。入学者が、刑事弁護人を目指して法科大学院を選ぶような状態を作り出すことができれば、日本の刑事司法はさらに大きな進化を遂げることができるでしょう。私の一橋大学法科大学院にかけた目標は、そのとき初めて完全に実現することでしょう。

---

<sup>1</sup> 本稿は、2019年6月8日の一橋大学法科大学院同窓会での講演内容をまとめたものである。

<sup>2</sup> 現行刑事訴訟法の下での刑事弁護の歴史については、大出良知『刑事弁護の展開と刑事訴訟法』（現代人文社、2019年）が詳しい。

<sup>3</sup> 当時の議論状況は、季刊刑事弁護22号（2000年）の特集「刑事弁護の論理と倫理」にある。

<sup>4</sup> 『検察の再生に向けて－検察の在り方検討会議提言』（2011年）。

<sup>5</sup> 法務大臣諮問第92号。

<sup>6</sup> 後藤昭「接見指定権の原理的問題」福井厚先生古稀祝賀論文集『改革期の刑事法理論』（法律文化社、2013年）138頁。

<sup>7</sup> 後藤昭『伝聞法則に強くなる』（日本評論社、2019年）117-118頁。

<sup>8</sup> 後藤・前注7）29頁。