

国選弁護士依頼権の周辺

(平成7年11月30日 受理)

人文社会・語学・体育教室 吉利用宣

Circumstances regarding the Right to assigned Counsel

Mochinobu YOSHITOSHI

目 次

- I. はじめに
- II. 人権論展開の視点
 - i) はじめに
 - ii) 人権論に対する幾つかの見解とその検討
 - iii) 人権論についての私の見解
- III. 憲法37条3項後段と必要的弁護との関係
 - i) 両者の関連を軽視する立場
 - ii) 関連性と差異を見据えようとする立場
 - iii) 弁護権の内容をなすとする立場
- IV. 憲法37条3項後段の弁護士依頼権の性質
 - i) 被告人の積極的請求行為が必要か
 - ii) 請求理由は必要か
 - iii) 告知と憲法37条3項後段との関係
- V. 刑訴法37条の国選弁護の法的性格
- VI. むすび

I. はじめに

刑訴法289条1項は、「死刑又は無期若しくは長期3年を超える懲役若しくは禁錮にあたる事件を審理する場合には、弁護人がなければ開廷することはできない」とし、同2項において「弁護人がなければ開廷することができない場合において、弁護人が出頭しないとき、又は弁護人がないときは、裁判長は、職権で弁護人を付しなければならない」と規定して、弁護人の在廷を開廷及び審理の要件としている。このような必要的弁護事件の場合でも、弁護人不在のまま審理を進めうる場合があり得るかをめぐっては、これまで憲法論や刑訴法上の解釈も絡んで、学説上も下級審の判例上も対立がみられた⁽¹⁾。

ところが、昭和44年4月に起訴されて以来、弁護人不出頭のまま審理したことの可否が問われ、26年経った平成7年3月ようやく最高裁決定が示される事案があった⁽²⁾。判旨は「裁判所が弁護人出頭確保のための方策を尽くしたにもかかわらず、被告人が、弁護人の公判期日への出頭を妨げるなど、弁護人が在廷しての公判審理ができない事態を生じさせ、かつ、その事態を解消することが極めて困難な場合には、当該公判期日については、刑訴法289条1項の適用がないものと解するのが相当である。けだし、このような場合、被告人は、もはや必要的弁護制度による保護を受け得ないものというべきであるばかりでなく、実効ある弁護活動も期待できず、このような事態は、被告人の防御の利益の擁護のみならず、適正かつ迅速に公判審理を実現することも目的とする刑訴法の本来想定しないところだからである」と述べ、これまでの論争に対して、最高裁として初めての判断を示したものとして注目される。

必要的弁護制度は、被告人の防御の利益を擁護するとともに、公判審理の適正を期し、ひいては国家刑罰権の公正な行使を確保するための制度であり、被告人の権利という面から規定したものではない、というのが判例の基本的な立場である。それゆえに、被告人が、たとえ弁護人を辞退した場合であっても必ず付きなければならないと解されてきたのであり、その点で、本決定が、これまで有力に主張されていた被告人の権利放棄説ないしはその擬制説を採用しなかったのは、一貫しているのである⁽³⁾。しかし、こうした判例の立場は、必要的弁護制度を憲法の射程外に置き、それをどのように考えるかは訴訟法上の問題であるとするところになるだけに、十分な検討が必要になろう。本決定がそうであるわけではないが、今後、むしろ必要的弁護制度の目的の一つである「被告人の防御の利益」の保護を強調しておき、逆に被告人が自らその権利を濫用したのであるから、必要的弁護制度による保障を受ける資格がないとして容易に弁護人不在の審理を肯定するようなことがないよう注意を要する問題であるし、又被告人の行為に対するペナルティー的要素を全面に出すことも問題があるように思われる⁽⁴⁾。本稿は、こういった点を考慮しながら、必要的弁護事件における弁護人不在廷の問題にまで書き及ぶ予定であったが、今回は、事情により急遽テーマを「国選弁護人依頼権の周辺」と変更することにし、憲法との関連を中心に若干の検討を加えるにとどめた。

(1) 必要的弁護事件における弁護人不在廷のままの審理の可否については、当初は判例も学説も消極

的な考えに立っていたと思われる。消極的な見解を採るものとして、横川敏雄・判タ26・35、松尾浩也・総判研叢刑訴(II)105、高田卓爾・注解刑訴法(中)[全訂新版]474、ポケット注釈刑訴法(下)702、鈴木茂嗣・刑訴法146、熊本典道・田宮編刑訴法I、544、内藤文夫・公判法体系II 329、高窪貞人・刑訴法の争点[旧版]172、久岡康成・判例評論185・143、石川才顕・重要判例解説昭52・193、同・刑事手続と人権45頁以下、同・刑訴法上の争点(新版)160、大阪高判昭50・5・15判例時報791・126、大阪高判昭56・12・15判例時報1037・140、など多数ある。ただ注意しなければならないのは、消極説といっても問題の対象の取り上げ方も絡んで、差異があるということである。例えば、石川・熊本説等は強い消極説であるのに対して、内藤その他にみられるように、法341条の準用によりこれを認めた判例の法解釈の不当性を批判するものもあり、後者は、いわゆる弁護人の専断的忌避に当たるような行動をとった場合どのように考えるかまで射程にいられた見解といえないところがある。ちなみに松尾教授は、その後、被告人の行為自体が自ら権利を捨てたのだと評価できる段階に至れば肯定してよいとされる。ついでに、「荒れる法廷」といった事態が生じるにいたって、支持者が目立って多くなった積極説も掲げておこう。河上和雄・刑罰学論集26・7・17、同法律のひろば30・5・31、船田三雄・法曹時報27・3・258、臼井滋夫・法律のひろば27・1・41、鈴木義男・研修330・6、磯辺衛・公判法体系III 34、青柳文雄通論(上)187・(下)88、長山頼興・警察学論集29・8・164、小林充・法曹時報33・2・345、藤永幸治研修338・120、西村清治・刑事公判の諸問題14、石井吉一・刑訴判例百選(6版)110、香城敏磨・注釈刑訴法第三卷108、(542—柴田孝夫)、田宮裕・演習刑訴304、東京地決昭48・6・6判例時報713・142、東京地決昭51・6・15判例時報824・125、東京地裁見解昭52・1・14刑裁月報9・1=2・131、東京地判昭54・11・12判例時報973・24、大津地判昭54・3・8判例時報948・131、(参)東京高判昭57・4・28判例時報1070・142、大津地判昭59・2・7判例時報1123・149、大阪高判平5・9・7判例時報1479・3などがある。もっとも、その理由付けは341条準用論、弁護権濫用論、弁護権放棄論など一様ではない。なお、これらの問題に関しては、いわゆる「弁護士抜き裁判」特例法案関連の論稿も見逃すことはできない。

(2)最決平7・3・27判例時報1525・51。

(3)これまでは、刑訴286条の2や341条の類推適用や弁護権の放棄という考えが有力であった。しかし、必要的弁護は被告人の意思と無関係であること、また286条の2や341条は弁護人の在廷を前提とし、かつ341条は代替不可能な場合の規定であることなどから、初めから難点をもっていた。

(4)このような視点を提示するものとして、横山晃一郎の憲法と刑事訴訟の交錯116頁。

II. 基本的人権論展開の視点

i) はじめに

これまで人権とは、国家権力による侵害を排除する自由権であれ、国家に対する請求権としての社会権(一部を除いて)であれ、いずれも対国家との関係において捉えられてきた。従って社会における私人間の利益侵害は、身体に対するものであってもすぐさま憲法上の人権侵害とはされず、また民法上の損害も憲法上の財産権の侵害行為とされることなく、刑法における個人法益に対する罪や民法の不法行為などの中で処理されてきた。しかし、他方、フランス憲法が「自由とは他人を害しないすべてをなしうることに存する。その結果、各人の自然権の行使は、社会の他の構成員にこれら同種の共有を確保すること以外の限界を持たない」としていることからもうかがえるように、人権は個々人の間においても問題とされ、そして、公共の福祉とはそのような人権と人権との衝突、矛盾を調整する原理だといわれたりする。内在的制約という以上、人権を制約する根拠となるのは、他人の人権において他にない、という考え方が基本にある⁽¹⁾。

ところで憲法31条以下の適正手続の規定は人身の自由に係わるものだとされるのが一般である。その際、憲法31条以下は13条の公共の福祉に基づく内在的制約を具体化したものであり、改めて公共の福祉による制約は認められないといわれたりもする⁽²⁾。しかしそうであればどのような人権と人権とが調整されているのであろうか。たとえば令状主義をとって見た場合、これは被疑者の人権と他のどのような人権とが調整されたのであろうか。犯罪行為の嫌疑を前提とするものではあれ、もし、国家権力による被疑者の人権の制約を最小限度にとどめるために令状主義があるのだとすれば、それは内在的制約の必然的結果というよりもむしろ外在的政策的制約ではないのか。こういったことについて、やはり一度整理検討しておく必要があるように思われる。

ところで、これまで基本的人権と公共の福祉との関係をどのように捉えるかは、日本国憲法の人権論の中において最も重要な問題の1つとされてきた。この問題をめぐる議論は、初期の一元的外在的制約説から二元的制約説を経て、現在の通説といわれている一元的内在的制約説へと変遷を重ねてきた。もっともこの通説に対しても、公共の福祉を人権相互間の矛盾衝突を調整する実質的公平の原理と解することに対して、何ら具体的基準を示すものではないとか、日本国憲法22条、29条の公共の福祉に盛られている政策的規制も内在的制約ということになり、外在的制約との区別が曖昧であるとの批判もなされてきた。そこから通説の思考を踏襲しつつ、その修正・基準の明確化をはかろうとする試みが検討され続けてきている⁽³⁾。

ところが最近、人権制約のこのような思考に根本的な疑念を示す見解も有力になりつつあり、21世紀を目前にして日本国憲法の人権論はあらたな展開と深まりを見せはじめてるように思われる。特に樋口編・講座憲法学3巻及び4巻に登載されている論文はすべて見逃すことのできない重要なものであるが、今回の私の論文の問題意識とのズレもあるので、必要なもの以外はここで直接とりあげることはしないことをはじめにお断りしておきたい。

ii) 人権論に対する幾つかの見解とその検討

そこで、以下に、通説に対する問題点の指摘をも含めた新たな見解をみた後、卑見を述べてみることにしたい。

先ず、通説には、公共の福祉を人権調整の原理であるとする場合の『調整』の意味が曖昧なところがある、という批判である。井上達夫教授は、「宮沢はすべての個人の人権が公平に尊重される結果、各人が他者の人権によって制約されるという事態をこの言葉によって意味しているが、その際、各人は自己の行為によって他者の権利を侵害することを抑制する義務を相互に負うにとどまるのか、人々の権利実現の全般的実効性を最大化するという政策目的のために自己の権利行使に加えられた制限を受忍する義務を負うのかについては、曖昧にしたままである。……前者は各人が権利をもつことのコロラリーであるが、後者は必ずしもそうではない」。後者は「個人権理論と対立する功利主義の一亜形とみなされ……人権理念の論理必然的帰結と言うだけではすまされず、特別の正当化を必要とする」という指摘である⁽⁴⁾。この指摘を、人身の自由に係わる憲法31条以下の規定に照らしてみると、それが刑罰権の問題を射程に含むものであるだけに、後者の類型に

属する問題を含んでおり、無罪の推定をうけた被疑者・被告人の人権論だけでは済まされない特別の正当化事由として国家刑罰権の具体化の要求、および刑罰の妥当性といったこととの絡みが直接・間接に考慮されることの中に求められよう。ただし、人権論の真髄は、国家が持ち出す全体的利益に基づく犠牲要求に対抗し制限しようとする力がなければならず、その功利主義的観点からの制約の程度は必要最小限のものとして人権の側からの規制を受けることになるだろう。他方、井上教授が、「公共の福祉の理解における宮沢の個人主義は、社会全体の福祉を諸個人の総和ないし平均値（すべての個人の幸福）に還元する功利主義」の立場と親和性を示すように思われるが、「個人の尊厳と全体利益との間には、後者を個人利益の総和に還元しただけでは解消しきれない対立緊張関係が存在するという問題意識」が明確な形では見られないとする指摘も注目に値する⁽⁵⁾。私は、こういった調和できない矛盾対立という緊張関係の中では、個人の尊厳を優越的ないし絶対的権利として貫徹しなければならないとの視点を見失うべきではないと考えている⁽⁶⁾。

この点で関心をひくのが小林直樹博士の早くからの主張である。博士は、人身の自由（法の適正手続の保障、不当逮捕からの自由、奴隷的拘束および苦役からの自由、拷問残虐刑の禁止…その他）および精神の自由（思想・良心・信仰・学問等の自由）は、原則として公共の福祉の名によって規制されない、いわば絶対的保障を要求するものである、とされ、「これらが『公共の福祉』の名による制限外におかれるべき理由は、……それらが実定法上『自然法』あるいは前国家的な『真正の基本権』として定立されている、というだけの根拠にもとづくものではない。むしろその本質と意味によって、これらの権利は、絶対的保障を要請するというべきものである。a、第1に、人身ならびに精神の自由は、民主的な人間尊重の原理が何よりも優先的に要求する、最もプリミチーフな基本権である。それが公共の福祉の名目で、立法的行政的につねに干渉されているような場所では、デモクラシーは存立しえない。b、第2に、これらの自由は、権力および恐怖からのパッシブな自由であって、それ自体として社会や他者に害悪を及ぼすものではない。身体や内心の自由はもちろん、学問の自由もそれに準じた内的論理をもつものであるから、『公共の福祉』による規制の必要は、原則としてないといってよい。c、第3に『人間の尊厳』と不可分なこれらの権利は、権力的統制に対してきわめてヴァルネラブルな性質をもつ。統制によって権力が得るところはほとんどないのに、その及ぼす禍害は甚大である。それらはむしろ、——内在的な論理に対応した合理的理由による最小限の制限を除けば——不断に積極的な自由の保護を与えることが、民主社会の先決要件であろう。このように、およそ権力的統制になじまない点で、それらは『自然権』の名にもっともふさわしいといえよう」⁽⁷⁾といわれる。基本的人権の種差によって、人権制約のあり方に違いを設け国家によっても絶対に奪うことのできない人権を認めようとする点は評価されなければならない。しかし、先ず第一に、博士がそれ自体としては他者に害悪を及ぼすものではないとされている憲法上の人身の自由の保障規定は、実は自然法的な自由そのものを問題にしているのではなく、侵害を限定づける実体的自由を示しているものであること、第二に、そのような実体的自由に関して人間の尊厳との関係で排他的絶対的に貫徹されるべき奴隷的拘束および苦役からの自由や拷問残虐刑の禁止と法の適正手続の保障や不当な逮捕からの自由と同様に扱っておられるのは疑問である。なぜなら、適正手続とか不当逮捕という「適

正」「不当」も調整を前提とするものだからである。もっとも博士は、合理的必要最小限の内在的制約と公共の福祉とを区別されおられるが、その際必要最小限度の制約には政策的な観点は入らないのかどうかも定かではない。ともあれ、人身の自由として掲げられる、これらの権利は、一括りにできない性質上の差異があるように思われる。

杉原泰雄教授も憲法31条以下の諸規定には、13条の公共の福祉による制約はおよばない、として次のようにいわれる。いわく「31条以下の適正手続条項は、13条の『公共の福祉』にもとづく制約（内在的制約）を具体化したものにほかならない……。憲法31条以下の諸規定は、生命・自由の侵害の実体と手続を規定したものであるが、それは生命・自由についての内在的制約を憲法自体が具体化したものにほかならないからである。それらの諸規定についての内在的制約の名において法律で例外を設けることが認められると解するならば、侵害の実体と手続を31条以下で限定していること自体がほとんど無意味となるだけでなく、そもそも31条以下と生命・自由の保障との関係を合理的に説明することが困難となる。一般に憲法が自由の侵害の方法・手続を特定している場合には、『憲法自身がすでに公共の福祉と個人の自由との衡量を行い、いっさいの事情を考慮した上で禁止を特定しているとみるべきであるから、一般条項の場合と同じように公共の福祉による制限（禁止の緩和）を認めることはできない。』⁽⁸⁾と。

私は、一般条項における公共の福祉は、一般的な制約原理にすぎず、それ自体としては人権制約の正当化事由となるものではないとの見解を支持するので、31条以下の解釈にあたって直接的に公共の福祉を持ち込むことはなく、31条以下の侵害を限定づける実体的自由の規定枠内で解釈を行うことになる点で、結果的には杉原説と共通すると思われるが、しかし、杉原説が31条は内在的制約を具体化したものといわれるとき、その制約も人権に属するということになるが、はたして人権と人権との調整という視点からのみで説明可能なのか、さらに「いっさいの事情」を考慮した上でともいわれているが、それは、解釈上、文理に厳格に拘束されることを意味されるのか、やや不明確なところがあるようにおもわれる⁽⁹⁾。

憲法31条以下は人身の自由という国家からの消極的自由を本質とした権利であるとする通説の考え方にたいして、奥平康弘教授はこれらの権利を手続法的な請求権として捉えられ、次のようにいわれる。「憲法31条以下は、何か実体的な内容のある自由を、それとして保障するのが目的なのではなくて、その意味でいわゆる『自由権』を保障することに眼目があるのではなくて、逆に、人間に自然的に具わっている自由が、国家によって剝奪される場合の条件を示しているのである。『自由権』の実体的保障ではなくて、いたずらに自由を剝奪されないよう、適正な手続を定め、このことによって、一方では国家権力を手続的に拘束し、他方では、市民に対して手続保障の請求権を与えているのである。」「われわれの自由確保にとっては、実体的な権利保障もさることながら、それが侵害されそうな場合の手続的、予防的な権利保障や、権力分立の原則をはじめとした権力の側の整備といった制度的な保障も、同じように重要であり必要なのである」。そして、この「刑事正義の世界における手続的・制度的な権利の場合は、外在的な利益による侵食は、あり得ないとする立場を堅持すべきである。この法の世界では（……）権利があるか、権利がないか、オール・オア・ナッシング、択一の選択がせまられているのであって、権利はあるが

例外的に制限されうるといふ第三の選択肢はない（手続や制度を設定した規範それ自体が、明示的に「例外」を認めようとした例外が手続や制度のなかにはめ込まれている場合は、もちろん格別である）」⁽¹⁰⁾と。

棟居快行教授は、奥平説は「『人間に自然的に備っている自由が、国家によって剝奪される場合の条件』であることから知られるように、同説は何らかの実体的自由権を措定したうえで、手続保障ないし手続的請求権を実体的自由権を保障するための一手段と位置づけている」、「同説が31条以下（おそらく、とりわけ33条以下）の手続保障をリジッドな要請であり、内在的制約説によって切下げることが不可能であると考えるのは、手続保障が〈自然的自由の制約一般の条件〉（……）というよりも〈実体的自由権の内在的制約の付帯条件〉と理解されているためであろう。つまり、そもそも手続保障が出番を与えられるのは、当該実体的自由権を実体的に制約することが許される場合（すなわち内在的制約の場合）に限ってであり、逆に実体面で内在的制約に服している以上、それ以上に当該制約を現実化する手続において要請される付帯条件のなかで、さらに今一度内在的制約論の登場する余地はない、というのであろう」との分析のもとに、3点にわたって問題点を指摘される。第1点は、手続保障は実体的自由権を確保するための制度的保障に過ぎず、目的である当該自由権が確保されるならば、手続保障は限定的に捉えてもよい、という論法には対抗しづらい点、第2点は、手続保障は、ある制約立法が実体的自由権の内在的制約として合憲であるとき初めて登場するのであるから、手続保障は憲法が付加的に設けた二次的条件とみなされるにとどまる。その結果、実体的自由権のように内在的制約によって縮減されることはないが、逆に条文の文理解釈以上の解釈適用を施される可能性も封じられてしまう点、第3点は、憲法解釈上の実体的自由権は、剝出しの理念の謳歌ではなく、理念を護るための道具に他ならない。実体的自由権は、まさに「自由の剝奪」をどのように限定づけるかという、その意味で手続保障と同じく「自由の剝奪条件」についてのものなのである。そうであれば、奥平説のいう「自由の剝奪条件」としての手続保障は、実体的自由権の実体内容そのものと峻別しえないのではないか、といわれる⁽¹¹⁾。

これらの指摘は、いずれも傾聴に値する。奥平教授は、憲法31条以下の権利の本質を、手続法的な請求権と見ることは、当然のことながら、自由のありように考察の重点を置くのではなくて、手続的制度的な保障のありように全注意を集中させることになる。たとえば、憲法33条について言えば、逮捕状の発給主体の確定、令状における記載事項の特定性の二つが、34条で言えば、抑留理由の開示、被疑者の弁護人依頼権、勾留理由開示の裁判請求権の三つが鍵概念になる、といわれる。しかし、手続制度的保障に集中することは、一般には、人権の保障を強化するための補足的な意義を持つものであろうが、直接には形式的要件のチェックを問題にすることになり、人権そのものの保障ではなくなる危険性がある。むしろ、このような手続的要件は、形式的チェック基準と化してしまわないように、人権の側から不断に実質的に検討されるべきであろう。

iii) 人権論についての私の見解

まず、権利とは何かという問題から考えてみよう。宮沢俊義博士は「法学において、権利という概念は、いろいろな意味に使われるが、いちばんひろい意味では、それはある人

のために法的に保障された多かれ少なかれ個別的な利益をいみするであろう。……この意味で、自由権・社会権・受益権・参政権のいづれもが、すべて『権利』の性格を有するといえることができる。かような『権利』が、『人間性』から論理必然的に生ずるものであり、いやしくも『人間』の法においては、……つねに承認されなくてはならないものだと理解されるときに、そこで保障された利益の享受者としての『人間』の主体的立場から見て、これを『人間の権利』または単に『人権』（ないし『基本的人権』）と呼ぶのである………注意すべきことは、ここで『権利』というものは、実定法の各分野で通常使われる『権利』とかならずしも同じ意味ではないことである。たとえば、私法上の『権利』は、裁判によって保護され、実現されるのがふつうである。しかし、ここでいう『人権』は、かならずしもつねに、そういった裁判的救済を伴うとはかぎらない⁽¹²⁾といわれる。

そこで、以下において実定法上の権利と憲法上の「人権」との関係について若干付言してみたい。私たちは社会において、日常生活を送る中でもろもろの事実的利益や法的利益を有している。それらの利益は、生活を営む私人間の中において衝突し侵害される。（もっとも、国家自体は犯罪の主体たり得ないが、民事においては国家も訴訟の一方当事者となりうる。）ともあれ、権利とは一般的な社会生活においてある人のために法的に保障されている利益だということになる。しかし、それは一般的なものであって具体的な場面においても必ずその利益が保障されるということまで含むものではない。こういった紛争を解決するための主要な公的機関として裁判所があるのであるが、民事裁判においては、当事者処分主義が認められているので、当事者が争い続ける限りではあるが、被侵害利益の種類・性質・被害の程度といった被害の態様と、侵害行為の態様との相関関係の中で判断されることになろう⁽¹³⁾。しかし、そのうち刑罰法規による保護に値する生活利益の侵害については罪刑法定主義のもとにそれを明定し、刑罰権を国家に帰属させ、それを行使可能とするためには裁判所の確定判決を要することにしたのである。（もっとも刑罰の歴史は古く国家成立以前の古代社会から存在したのであって、近代国家の成立と共に国家に帰属するようになったものである）。人権を制約できるのは他人の人権をおいてほかにない、という通説に従えば、刑罰は一般的抽象的には人権制約の内容を含むものであるから『刑罰法規による保護に値する生活利益』も人権侵害という憲法的・実質的公益概念でなければならないとされるようになってきた⁽¹⁴⁾。ただ、注意すべきは、ここで問題になっている公益侵害は、あくまで私人間において発生したものであり、そのうちどのような公益侵害を刑罰の対象として取り込むかという判断基準として憲法的視点が取り込まれたのであって、犯罪行為自体が、即憲法上の人権侵害行為になるわけではない。基本的人権とりわけ人身の自由は、国家对個人の間接関係を規律するところに主眼がある⁽¹⁵⁾。そして、国家刑罰権に対しても不当な抑圧と化さないようにそれを実体的に規制することも人権の問題となるのである⁽¹⁶⁾。その意味においても、平川宗信教授が、「刑罰権の存在根拠は社会にあるが、『正当な刑罰権』の根拠は憲法にある」といわれるのは正しいと思われる⁽¹⁷⁾。ところで、犯罪行為の嫌疑がかけられると、国家は刑罰権の実現という大義名分の下に、個人の身体・自由・財産といった権利への介入が開始される。マッカーサー憲法草案の起草に深く関わったラウエルは「日本では、個人の権利の最も重大な侵害は、種々の警察機関、とくに特別高等警察および憲兵隊の何ら制限されない行動、ならびに検察官の行為を

通じて行われた。あらゆる態様の侵害が、警察および検事により、一般の法律の実施に際し、主としては、思想統制法規の実施に際して行われた。訴追される罪科なくして、何ヵ月も何年間も監禁されることは、国民にとって異例のことではなく、しかもその間の全部にわたって、刑事被告人から自白を強要する企てがなされている⁽¹⁸⁾と、当時の事情を見事に喝破している。ここに再び国家の侵害から個人の利益をまもるといふ、国家対個人の関係を規制する実体的人権の問題が生ずる。このようなことを前提としながら、自由権についての私見を整理しておきたい。日常生活を営む上で、人の有する利益の一つに広い意味での自由がある。この自由は、積極的自由と消極的自由とに分けられるように思われる。さしあたり積極的自由に属する経済活動の自由を別にすれば、それぞれに、身体的なものと精神的なものがある。とりあえず消極的身体的自由とは肉体的・身体的なものを中心とした人間の尊厳に直結するようなもの、消極的精神的自由とは思想良心の自由といったようなもの、積極的身体的自由とはその行使が他人の利益を侵害する可能性があるもので活動の自由一般がこれに属し、積極的精神的自由とは精神活動の外部的表現とみられるものを念頭に置いている。積極的自由は他人の利益を侵害すれば民事上および刑事などの責任問題に発展することにもなる。ところで積極的身体活動の自由が国家権力からの制約・侵害の危険性にさらされる場合を予定して、憲法で侵害に対する限定づけをこうじるとき、これが人権の問題となる。その意味で、棟居教授がいわれるように、「実体的自由権は剥出しの理念の謳歌ではなく、理念を護るための道具」といった性格を有しているのである。ともあれ、消極的自由は積極的自由の基底を構成しているのであるから、いずれにしる国家の制約・侵害が『人間の尊厳』に直結する消極的本質的なものに及ぶ場合は、たとえ国家といえどいかなる理由をもってしても正当化することは許されず、保障形態としては絶対的保障を要求する人権となる。積極的精神活動の自由もそれが内心の自由および民主政治と不可欠な自由であるので、国家の制約・侵害から強く保障を要する人権として構成されることはいうまでもない。絶対的自由が保障されなければならない人権は、憲法上は13条前段の規範に基づくものであるが、この点については以前に拙稿において基本的な考えを述べたことがあるのでここでは省略する⁽¹⁹⁾。さらに憲法は、幸福追求権という包括的権利を通して自由権をも保障しているが、問題は、身体活動一般の自由のうち、どのような自由を国家の侵害から保護する必要があるかという点である。憲法13条は幸福追求権を権利として保障しているが、例えば、「服装・身なり、喫煙・飲酒、登山・ヨット・ドライブ・散歩、趣味・読書等」の自由を人権として保護すべきか、それともそれを禁止する規則の合理性の判断の問題とすべきか、といった問題である。この点については、見解が厳しく対立している点でもあるが⁽²⁰⁾、私はさしあたり個人の人格の生存に不可欠な利益を自由権として、国家の侵害から保護すべきだという見解を支持したい⁽²¹⁾。

ところで、積極的自由は他人の人権と衝突する場合には、人権の対抗的性格に考慮しつつも、憲法13条の「公共の福祉」という一般的制約原理のもとに、ある限度で国家による制約に服さなければならない場合がある。その場合、「公共の福祉」が人権制約の具体的な正当化事由となるのではなく、具体的な制約が内在的・外在的制約として正当化されるか否かは、前述したように、各個の権利・自由の性質なり規制の目的・態様の相違を考慮して具体的に引き出されなければならない、とする芦部・佐藤（幸）説を妥当な見解だと考

えている⁽²²⁾。このように考えると、31条以下の人権が公共の福祉によって具体的に制約される場合を肯定すべきか否かといったことは問題になりようがない。なお、どのような訴訟手続違反の問題が憲法上の適正手続違反を構成することになるか、といった刑事手続と憲法との問題に対しても、訴訟法違反を可能な限り憲法違反として構成すべきだという見解もあるけれども、同様のアプローチが必要だと思われる。井戸田教授が、かねて主張されるように、まず訴訟法上どのような問題があるかを分析する必要があるのであって、いきなり憲法論に転化してしまうことは問題の在りかを見失わせる危険性があり⁽²³⁾、また、鈴木茂嗣教授が「問題を憲法のレベルに引きあげることは、強力な論拠を提供することにはなるが、他方、その守備範囲はどうしても限定されざるをえないことを忘れてはならない。刑事訴訟法における人権保障を真に充実させるためには、憲法論としての『適正手続』論が不可欠であることはいうまでもない。しかし、そのみに頼っているのでは、不十分である」⁽²⁴⁾とされている点が注目されてよい。

実際に憲法問題の解釈もそのような視角から行われているとってよい。緊急逮捕を例にとれば、憲法の規定を欠くか否かという一事でもって判断するのではなく、33条の令状主義が、戦前の要急事件や違警罪即決処分等に基づく逮捕権の濫用によって生じている目に余る人権侵害を防止することを目的とするものであり、いわば公権力の行使に規制を加えるという態様において身体的自由を保障しようとするものであること。(このような態様においては、被疑者の同意があれば令状なしに逮捕できるといったことは、そもそも問題にならない)⁽²⁵⁾、他方、憲法は令状主義の例外として現行犯の場合を認め、犯罪の明白性・緊急逮捕の必要性を要件に、令状なしに、一般人にも逮捕を認めた。このような状況の中で、犯罪の重大性・嫌疑の充分性・緊急性を要件に令状なしの緊急逮捕の合憲性が具体的に検討されなければならないということになる。

また、弁護人依頼権は、被告人側の権利保障を十全たらしめようとするものであり、弁護人は、法律的な知識をもたないまま訴追を受けるという劣弱な状況におかれている被告人の権利の擁護者である。このような弁護人依頼権は、被告人がたとえ不必要だと言っても、被告人の意思と無関係に保護しなければならない権利、つまり放棄することの許されない権利なのかどうか、といったことも同様の思考を必要としよう。形式的には、放棄に絶対的に馴染まない権利だとはいえない性質をもっているように思われる。しかし、弁護人依頼権は「弁護人の実質的な援助を受ける権利」でなければ、保障の目的は画餅に帰してしまう。従って、放棄を認めるとしてもそれは弁護権の実質的な内容を知ってのうえでのものでなければ、有効な放棄とは認められないということになる。さらに、憲法37条3項の規定の態様は、「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」となっており、この規定のあり方からしても弁護権の内容からしても、最初から包括的な放棄を認めるのが合理的といえるかどうかは、検討を要する。同時に、放棄を認めるとしても、その場合、被告人の不利益を最小限にとどめる制度が備っている必要があるように思われる。私は、後述するように職権弁護の制度をそのような観点から理解しようとするものである。さらに、被告人がこの権利を利用して訴訟の妨害をはかった場合、その具体的な状況との関係においてこの権利の保障をどう考えるのが妥当か検討される必要があろう。

ときとして、一般的に、権利である以上放棄することができるか、同意があれば権利侵害が治癒されると考えているのではないかと思われるような文脈に出会うことがあるけれども、前述したように個別的な権利の性格や規制の態様など多角的に検討して、同意の法的効力やその射程範囲が検討されなければならないと思われる。

- (1)宮沢俊義・憲法Ⅱ〔新版〕282頁以下。
- (2)代表的な論者として、杉原泰雄・基本的人権と刑事手続53頁。
- (3)これらの点について、今村成和「公共の福祉」日本国憲法—30年の軌跡と展望（ジュリスト638号）142頁以下、同「基本的人権と公共の福祉」憲法の争点（増補）54頁、奥平康弘「基本的人権と『公共の福祉』」奥平・杉原編憲法学1、56頁、芦部信喜・憲法学Ⅱ186頁以下。
- (4)井上達夫・共生の作法145頁以下。
- (5)同・前掲所146頁。
- (6)この点で、井上教授の次のような記述にも注目したい。曰く「前提された集目的目標、例えば、全体効用の最大化や平均効用の最大化の達成に、いかに微妙であっても阻害的影響を与える場合は権利の行使が許されないとする正義観は、もはや個人の権利を制限しているのではなく否定しているのである。かかる正義観の下で権利を付与されているものをしてあげれば、それは「全体社会」や「平均人」のごとき抽象的人格であって、現実存在する具体的な個人ではない。個人が権利をもつと言えるためには、集目的目標の名における犠牲要求にたいして、最小限の「拒否権（veto）」がその個人に与えられていなければならない。これは個人権概念からの論理的帰結である」と。前掲書35頁。
- (7)小林直樹・憲法の構成原理167頁以下。
- (8)杉原泰雄・基本的人権と刑事手続101頁以下。
- (9)杉原教授の内在的制約説にたいする批判として、市川正人「刑事手続と31条」講座憲法学4、198頁以下。
- (10)奥平康弘・憲法Ⅲ298・299・313頁参照。
- (11)棟居快行「適正手続と憲法」講座憲法学4、233頁以下。
- (12)宮沢俊義・憲法Ⅱ〔新版〕97頁。
- (13)民法上の不法行為について、わかりやすく説明したものとして明石・田中他共著：民法の基礎185頁以下。そこでは、不法行為の違法性判断について、「(1)人の生命・身体・健康・自由への侵害は、最も重大な法益侵害であり、損害のある限り、違法となる。その程度にいたらない生活妨害・公害、名誉・プライバシー・肖像・精神的自由、親族権等への侵害は、被告の程度と侵害行為の態様の総合判断となる。(2)所有権はじめ物権への有形的侵害は同じく重大な権利侵害であり、損害のあるかぎり違法となる。生活妨害等が所有権侵害を根拠として差し止め（場合によって賠償）が請求されるときは、被害の程度と侵害行為の態様の総合判断となる。(3)著作権・特許権等特別法によって排他的支配権としての性格を与えられたものについては、物権と同様に考えられる。(4)債権のように、排他性がなく自由競争の原理に従うものについては、侵害行為の態様の悪質さが要件となる。(5)侵害行為の悪質さから、不法行為が認められる場合としては、刑罰法規・保護法規（行政的取締法規で私人を保護する目的をもつもの）の違反、あるいは法規違反ではないが社会的規範に違反する行為（公序良俗または社会生活上の義務に違反）がある。」という5つの具体的判断方法を示されている。
- (14)わが国において、はじめに刑法の憲法との関わりを強く意識されたのは平野竜一博士であった。その後、芝原邦爾・刑法の社会的機能。
- (15)もっとも、この規律を国家ではなく個人が破る場合もある。これが人権の第三者効力の問題である。
- (16)この点に関して、憲法は一定の場合には刑罰を科すべしという要請を含んでいるかをめぐって、一定の場合には刑罰権の発動を憲法が要請しているとする積極説と消極説とが対立しているが、刑罰権も人権との対応関係におかれている以上、積極説を認めることができない。内野正幸教授が「制限規範的憲法観に立脚する以上、憲法は、国家権力はしかじかの場合に刑罰権を発動すべ

からず、という要請を含むが一定の場合に刑罰権を發動すべしという要請は含まない」といわれる点が注目されてよい。憲法解釈論の理論と体系（第5章1節・憲法と刑法）309頁。

(17)平川宗信「刑法の憲法的基礎について」平野竜一古希祝賀論集75頁。

平川教授が、実体的刑罰権のあり方は権力正当化原理たる憲法上の原理・原則とそれを具体化した憲法法規によって基本的に規制される、とされつつも「とはいえ、実体的刑罰権に関する問題のすべてが、かような憲法上の原理・原則によって完全に決定され尽くすというものではないであろう。また、憲法の原理・原則はかなり抽象的であって、それを刑法がどのように具体化していくかは、その時々日本社会の歴史的・社会的状況に応じて、主体的に決断されなければならない問題である。その限りでは、憲法理念を踏まえた社会内部の営為に依拠した刑法独自の見地がなお残ることになる。」とされる点も基本的に妥当だと思われる。

(18)佐藤達夫・日本国憲法成立史第2巻835頁、杉原泰雄・基本的人権と刑事手続6頁以下をも参照。

(19)拙稿「日本国憲法と個人主義」九州工業大学研究報告第40号116頁以下。

(20)憲法13条の幸福追求権によって保障される自由の対象範囲については、大別して、これを限定しようとする限定説と、あらゆる自由を一応その対象範囲に含めておこうとする一般的自由説（無限定説）とがある。無限定説を批判するという方法で限定説の考え方を浮き彫りにされたのは樋口陽一教授である。教授は「まず最初に、『すべてをなしうる』ということ、『生命・自由及び幸福追求に対する権利』として措定しておいて、『すべてのことを欲するまゝになしうるわけではない』という、それ自体として当然のことを引き出すために、『権利』一般に対する『公共の福祉』による制約という構成をとる」ことになるが、そこでは「『権利』の内容がまずおよそ無内容なまでにいったんふくらまされ——脅威や殺人までの『自由』——、それを制約するために合理化された『公共の福祉』が人権の制約一般のための錦のみ旗としての役割を引き受けること」となり、制約原理としての「公共の福祉」もまた没歴史的にふくらませられることになる、と批判される。もっともこの考え方には、近代立憲主義の核心におかれてきたはずの権利についてのパーゲニングを拒否して、それを擁護するのに適しているが、他方、新しい社会的要求を背景にした主張を、「そもそも権利でない」として切り落とすおそれもあることを認められる。有倉・小林編・基本法コンメンタール憲法〔第3版〕59頁、近代憲法学にとっての論理と価値136頁、憲法189～192、講座憲法学3解題3頁を参照。これに対して、無限定説を強く主張されるのは内野正幸教授である。

教授は無限定説の長所として、(1)限定説においては「一応の自由」にも属さない領域の行為（例えばヌードショー）につき、それがいかなる対抗利益の存在のゆえに憲法上の保障を受けないのか、という点の説明が回避されてしまう。(2)自由の制約を正当化する事由（対抗利益）のすべて（全体）を示す作業は、無限定説の立場に立ってはじめて、有効に行いうる（殺人や傷害致死行為の自由を「一応の自由」から除外することは自由制約正当化事由のカタログの中から、他人の生命の保護を除くことになる）、(3)殺人やポルノ等をはじめから除外する限定説の場合、「一応の自由」に属する行為とそれ以外の行為とをどのようにして区別するのははっきりしない、(4)二段階確定論は煩瑣な方法であり、思考経済の要請に反する、という4点を挙げられる。憲法解釈の理論と体系・325頁。私も、かつて無限定説に従ったことがあるが、全くの無限定というわけにもいかないように思われる。実体的自由権は国家からの侵害を防止するという関係において人権たりうるのであって、生身の自由そのものではなく、その意味でも一応の自由とするわけにもいかない。従ってこの場合、どのような規制が憲法問題に発展するかを慎重に吟味するためには、むしろ二段階確定の方がふさわしいのではなかろうか。なお、「一般的自由は法的人権の資格をもたなくとも、それを憲法典の解釈論上の主張として擁護する道があるように思われる」という見解もある。遠藤比呂通・自由とはなにか101頁以下。

(21)芦部信喜・憲法学Ⅱ人権総論347頁、佐藤幸治・憲法（新版）404・413頁。

(22)芦部信喜・前掲書198頁、佐藤幸治・前掲書368頁。

(23)井戸田侃・刑事手続の構造序説はしがき参照。

(24)鈴木茂嗣「憲法と刑事訴訟法との関係」刑事訴訟法の争点7頁、なお高橋和之「憲法学からみた刑事訴訟法」刑事訴訟法の争点（新版）10頁以下をも参照。

(25)昭和23年3月下旬から開始された総司令部側と日本政府関係者との刑事訴訟法改正小審議会にお

ける審議において、占領軍は、令状の権利は放棄できないとせよ、そうでなければ令状主義の精神が失われる、としたが、日本側は本当の自由意思に基づく承諾がえられるなら令状がなくてもよい筈だと反論した、という経緯もあった。小田中・現代刑事訴訟法論106頁参照。

Ⅲ. 憲法37条3項と必要的弁護との関係

必要的弁護制度は、すでに明治13年に制定された治罪法の中に規定されていたのであり⁽¹⁾、それが修正を施されて現行刑訴法にまで導入された経緯がある。そこで新憲法のもとで規定された弁護人依頼権との関係はどうなっているのかという問題が生じたのである。これまで、この問題については大別して3つの考え方があるように思われる。以下にそれらの見解をみていくことにしよう。

i) 両者の関連を否定ないし軽視する立場

一つは、必要的弁護制度は憲法の関知するところではないとして無関係を装うもので、判例は基本的にはこの立場をとってきた。

先ず、最判昭和23年10月30日は⁽²⁾、旧法下における必要的弁護事件の目的をそのまま踏襲し「刑事訴訟法が、重罪事件について弁護人の立会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、ひいては国家刑罰権の公正なる行使を確保せんがためでもある」とした。そのうえで、最大判昭和28年4月1日⁽³⁾は、「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訴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、刑訴法上の問題で、憲法37条3項の関知するところでないことは、当裁判所の判例の示すとおりである(……)。従って、必要的弁護事件において、裁判所が、被告人の意思の如何にかかわらず、強制的に職権で弁護人を選任することは、刑訴法上の問題で、憲法問題ではないのである」という。しかし、人権を尊重する憲法のなかで必要的弁護事件は「死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役若しくは禁錮」にあたる事件から「死刑又は無期若しくは長期3年を超える懲役若しくは禁錮」に、適用範囲が拡大されたのであり、また現行刑訴法289条の成立過程において、アメリカ側から、憲法の趣旨を援用して、被告人の弁護人依頼権は強く保護する必要があるという意見が出され、被告人の意思に反しても弁護人を選任しなければならぬ場合もあることを認めよという勧告もなされた⁽⁴⁾、ことなどを考慮にいれると、憲法との係わりをまったく無視する見解は支持できないように思われる。

ii) 関連性と差異を見据えようとする立場

両者に一定の相互関連を認めつつも、その異質の点をも見据えようとする見解が、現在のところ多数説だといってよい。しかし、この見解の中にもニュアンスを異にする幾つかの見解がある。

(a). 松尾教授は「現行法のもつ必要的弁護の制度が、日本国憲法のもとにおける刑事弁

護制度の一環としての意義を有し、これにふさわしく充実した内容を与えられるべきことは論をまたない(……)。しかし、もともと大陸法の流れを汲む必要的弁護の構想と、英米法に由来する『弁護人の援助を受ける権利』の概念とは、弁護権の中核的な理念において一致するものをもつとはいえず、相互に異質の存在であることは否定できない⁽⁵⁾といわれる。歴史的な経緯を尊重する見解の背景には、必要的弁護の理念のなかに英米法の理念ないしは訴訟観には馴染みにくい部分があり、その点こそが、まさに被告人の意思と無関係に弁護人の在廷を必要不可欠のものとして構成することを可能にしているとの考えがあったといえよう。そして、このような視点は、近年まで判例・学説を指導する重要な役割を演じてきたのである。しかし、改めて考えてみると、判例が用いる「公判審理の適正」・「国家刑罰権の公正なる行使の確保」といった必要的弁護の理由は、通常、弁護人の在廷を要求する方へ機能するけれども、一旦弁護人がその適正・公正を害するような行為に及ぶならば、同一理由が弁護人の排除の方へも機能する危険性があるのであって、大陸的な理由自体が弁護人を必要不可欠とする点で限界を含むものでなかったか検討を要しよう。その意味でも、必要的弁護事件において被告人の「意思」に係わりなく弁護人の保障を確保しようとする点で、なお「弁護人の援助をうける権利」と直結するものではないとしても、訴訟法上の必要的弁護制度は、憲法の趣旨を一步推し進めたものだとの視点にたつて、必要的弁護制度の目的を洗い直して見ることも可能だろう。消極的実体的真実主義からの制度的保障なり、次に触れる適正手続の客観的側面としての制度的保障なども考えられよう。ただ、必要的弁護にあっては被告人の意思とは無関係だとしても、今回の最高裁判決も認めたように、いかなる事由による制約をも認めない絶対的なものであるとするかかっての通説を維持するような状況ではなくなってきたのではなからうか。

(b). 次に高田卓爾博士の見解を見てみよう。博士は、必要的弁護に関する刑訴289条の規定について、「弁護権の強化ひいては当事者主義の実質化に奉仕する趣旨で設けられたものである。一般に弁護権の強化を刑事手続の主要原理としている憲法のもとでは、必要的弁護事件の範囲を拡張することは望ましいことというべきであり、本条が旧法と比較にならないほど事件の範囲を拡大したことは、右の意味で憲法の弁護人に関する諸規定とくに37条3項後段とまったく関係がないとはいえない。しかし、必要的弁護の制度はもともと大陸法刑事手続の伝統であって、憲法の底に流れる英米法上の『弁護人の援助を受ける権利』の概念とは、その出発点において異質なものであることを認識する必要がある(……ただ、適正手続の要請の公益的意味を強調するときは、両制度の指向目標の接近を認めることはできよう)。したがって、後者から前者を論理的に引き出すことはできない」⁽⁶⁾といわれる。しかし、博士は、必要的弁護制度の目的・理念を旧法下における、被告人の利益・公判審理の適正・国家刑罰権の確保(刑罰権の実行・実体的真実の発見)といった国家的利益から切り離して、弁護権の強化、当事者主義の実質化に求めておられるが、それは憲法の保障する弁護人依頼権の目的・理念と軌をいつにすることになる。そうであれば、むしろ必要的弁護事件は弁護人依頼権の一環として理解すれば足りるともいえ、両者を区別するのであれば新たな理由が必要であるように思われる。博士は、両制度が法体系を異にする点に求めておられるように思われるけれども、そうであれば、必要的弁護事件は上記の英米法的な「訴訟理念」からはみ出る部分があることを肯定しなければ一貫しな

いのではなからうか。

それよりも、むしろ注目すべきは、適正手続の要請の公益的意味を強調することを通して、両制度の目的指向の接近の可能性を示唆されている点である。適正手続そのものは多義的な概念であるが、その中核をなすのは、人権の保障と適正な手続の確保であるとすれば、必要的弁護の制度を人権論のなかにおいて適正な手続の確保の方にシフトさせて理解するならば、被告人の意思とは無関係な構成が可能となるように思われる点である。

(c). 次に佐伯博士は「現行憲法は、国民主権の立場に立ち、それ以前の法制に比し個人の自由と人権の保障を拡大しようとして制定せられたものであって、刑事被告人の弁護についても、まさにそのような立場から、従来の刑法における必要的弁護の制度はこれを維持——新刑法により一段と拡大しながら——するとともに、さらにそれ以上に、刑事被告人の弁護に遺漏がないようにと、37条3項において、すべての被告人に対して弁護士依頼権を保障したものと解されるのであります。したがって、憲法37条3項は、刑法の必要的弁護の存続を当然の前提とし、さらにそれを補充するための規定であって、両者は不可分一体のわが法制度となっているのであります。憲法37条3項ができたから、刑法の必要的弁護は捨て去ってもよいというものではありません。憲法上の弁護士依頼権は、被告人の弁護人を依頼したいという意思にかかっているといえるかも知れませんが、刑法の絶対的必要的弁護は、被告人が弁護人はいらぬといっても、そんなことをいう被告人ほど一層弁護人の援助が必要だという考えに立つ制度ですから、前者で後者をカバーすることはできません。前者があるから後者はやめてよいというものではないのです。」⁽⁷⁾といわれる。博士の見解によると、旧来の必要的弁護の規定が人権の洗礼を受けつつ現行法下においても維持されるに至ったこと、従って弁護士依頼権は意思にかかわるかも知れないが必要的弁護は意思と無関係であり前者で後者をカバーできない点があること、憲法37条3項は必要的弁護事件と一体となって「すべての被告人」に弁護士依頼権を保障したものであること、が主張の中核をなしていると思われる。この説の注目すべき点は、憲法37条3項の弁護士依頼権は、必要的弁護を前提として「すべての被告人に保障したものと」している点である。したがって、請求がある限り必要的弁護・職権による弁護以外のすべての被告人の弁護権を憲法37条3項はカバーし尽くし、弁護人を付すことに遺漏があってはならないということになり、(被告人が放棄しない限り) 弁護士依頼権の保障はあらゆる制約から解き放たれたものとして位置づけられているのであって、制限的な発想はどこにもみられない。また、すべての被告人に弁護人の保障を考慮してもらえることから判るように、積極的な請求がなければ付けてやる必要はないといったようなものとはなりにくいであろうが、しかし、この立場を徹底させるためには、刑訴36条の放棄をカバーするためにも、職権弁護の規定の解釈が重要な意味をもつように思われる。

博士は、職権による弁護について立ち入って言及されてはいない。しかし、一般に、職権弁護は裁量的なものとされているので、これまでの理解に従う限り、刑法36条の請求がない以上刑法37条の解釈次第では弁護人の保障に遺漏が生ずることはないであろうか。もしそうだとすれば、職権弁護の運用(特に刑法37条5号)を必要的弁護に近づけて解釈するほうがよいのではなからうか気になるところである。

ともあれ、これまでの通説がともすると、必要的弁護の差異を強調しがちであったのに

対し、この説は、差異よりも弁護人依頼権の目的・役割を浮き彫りにしようとした基本姿勢に違いがみられるように思われる。

iii) 弁護権の内容をなすとする立場

第三の考え方は必要的弁護制度を憲法の保障する弁護人依頼権の一環として理解する立場である。この中にも異なる三つの見解がある。

(a). 憲法学者杉原泰雄教授は憲法37条3項と必要的弁護の関係について次のようにいわれる。必要的弁護が、「旧刑訴法上の制度でもあったということは、ただちに、憲法37条3項と無関係であることを意味しない。適法手続主義の原理になじむものであれば、旧刑訴法上の制度であっても、それを日本国憲法下の制度とすることは一向に否定されないはずだからである。職権で強制的に弁護人を選任する制度であるから憲法37条3項の関知するところではないとすることも、……批判されなければならない。……憲法37条3項自体が被告人の請求のいかんにかかわらず、被告人みずからが弁護人を依頼できない場合には、国選弁護人を付すべきことを要求しているのである。また、必要的弁護規定と憲法37条3項の沿革の差異を強調することにも問題がある。歴史的経験が異なれば、同一の原理を採用しつつもその具体的表明が異なってくることは当然のことであり、適正手続主義もつねに不変の具体的表現形態をもっているわけではない……。要するに旧刑訴法でも採用されていた必要的弁護規定は、日本国憲法下では適正手続主義に仕えるものとして新しい意義づけを与えられ、憲法37条3項の一種の確認規定としての性格をもつに至っている。……しかも、憲法37条3項は、被告人が『いかなる場合にも』弁護人を依頼することができることによって『いかなる場合にも』それが被告人に必要であることを認め、かつ被告人の請求を要件とすることなく、しかも例外や裁量権を留保せずに『自らこれを依頼することができない』被告人に『国でこれを附する』としている。この規定は……最終的にはこの権利の保障を被告人の意思にかからしめてはおらず、その『放棄』を許容する形式をとっていない」、「『放棄』が可能であるとすれば、したがって弁護人なしでの審理が可能であるとすれば、被告人の不利益を必要最小限にいとめることは不可能となり、当事者主義の実質的な保障もさらには公正な裁判を確保することも不可能となり、日本国憲法の刑事手続を支える適法手続主義の要請に反することとならざるをえない」、「したがって、……『放棄』を許さない絶対権としての性格をもつことになる」⁽⁸⁾と主張される。

しかし、この見解に従うと必要的弁護の規定は確認ないし注意規定以上に意味を持たなくなり、なければなくてもよい規定だということになってしまう。さらに、杉原教授自ら指摘されるとおり、刑訴法には非必要的弁護事件が認められているが、このことを憲法解釈論上どのように位置づけるのかという問題がある。杉原教授は、刑訴法が任意的弁護事件を認めていることの合憲性が問題とされなければならないといわれる⁽⁹⁾。しかし、憲法解釈上不都合な規定だからというだけで、すぐさま合憲性の問題とする前に、何らかの例外的な理由付けが可能かどうか検討の必要があるだろう。この点について、注目すべきは小田中教授の見解である。教授は、「憲法37条3項は、事件が軽微で、被告人に弁護人の援助を受ける意思がなく、しかも被告人の知識や能力からみて弁護人の援助を受けないことが被告人に不利益を及ぼさないと認められる場合には弁護権の絶対性につき例外を認めて

いる、と解することもできるであろう。そしてこのように解する場合、現行刑訴法が非必要的弁護事件の範囲をもっぱら事件の程度でのみ画していること合憲性が問題とされなければならない。」⁽¹⁰⁾といわれる。内容そのものは極めて妥当なものだと考える。しかし、憲法の解釈を全面に押し出したために、逆に刑訴36、37条の合憲性を問題にせざるを得なくなる点で、解釈論としては検討の余地があろう。ただ、教授は弁護権の放棄という問題については極めて消極的な姿勢をとられるので、この問題を例外として構成されたのであろう。しかし、教授の見解の中にも「被告人に弁護の援助を受ける意思がなく」という要件が見られることからわかるように、意思があるときははじめから問題にならないのであって、その意味では事件の軽重にかかわらず、憲法解釈上意思の有無は重要な要件なのである。私はこれを有効放棄説の観点から認めようとするものではあるが、事件の性質や自己弁護の点から見て弁護人の必要性が認められるにも拘わらず有効放棄が認められるものについては、別途、視点をかえて、むしろ、刑訴36、37、289条の規定全体を通して弁護人に遺漏がないような解釈ができないかという視点から、後述するように刑訴法37条を必要的弁護の規定の一種と考え、同条5号により弁護人を付けなければならないと考えるのである。つまり、杉原教授のように非必要的弁護事件の違憲性を問うのではなく、刑訴37条5号の必要的適用を通して、国選弁護を必要的弁護に近づけようと試みようとするものである。

(b) 鴨博士も、憲法の保障する「弁護人依頼権の本質的な内容は、被告人が訴訟のいかなる段階でも、その必要とするかぎり、弁護人による「充分な弁護」「実質的な弁護」を請求しうる、被告人の基本的な利益である。ここでいう被告人の基本的な利益とは、それなくしては、法の意図する、訴追側との利益のバランスは保たれないし、また、公平な裁判・適正手続の保障もありえないということの意味している。……無罪の推定の地位、黙秘権、公判での弁論の機能など…の権利は、弁護人による「実質的な弁護」の保障が充分に与えられてこそ、その本来の機能を発揮することができる。弁護人による「充分な弁護」がなければ、被告人に与えられた諸権利の実行性が期待されないという意味で、弁護人依頼権は被告人に与えられたもっとも基本的な権利である」とされ、その弁護人依頼権を構成している利益の中に必要的弁護（公判における弁護人との同時出頭の利益）をとり込まれている⁽¹¹⁾。しかし、同時に、弁護人依頼権の基本にあるものは、充分な弁護を期待しうる弁護人の選任、弁護人との自由な交通、秘密の自由な告知、自由な弁護の援助、人的信頼関係など、個人の自由権でなければならぬとされ、国選弁護の場合といえども、みだりに内部的な自由へ干渉することは許されるべきでないといわれる。そのような考慮のうえで、「被告人には、弁護人によらない、みずからの力による防禦の自由がある。そうだとすれば、弁護人依頼権の放棄の自由も認められる筋合いである。しかし、弁護人依頼権の性質上、全面的な放棄、一度放棄すれば再び依頼権を持ちえないという意味での放棄は認められるべきでない」⁽¹²⁾と主張される。必要的弁護の場合は、本来、被告人の権利放棄に親しまないものであり、289条2項は裁判所の訴訟管理権を規定したものだと言われる⁽¹³⁾。他方、こういった弁護人依頼権も放棄の意思がない場合でも、被告人に著しい訴訟妨害の態度がみられ、ために弁護人の誠実な弁論活動が妨げられ出廷できない場合は、被告人の権利濫用が認められ弁護人依頼権の保障をする必要はなく、それゆえ絶対的なも

のではないといわれる。はたして必要的弁護の場合でもそうか。この点については、必要的弁護規定違反は、弁護人依頼権の侵害に当たるとの一般論を示されつつも、具体的な問題の解決を先送りされておられる⁽¹⁴⁾。

(c)田宮教授も憲法上の弁護人依頼権を「実質的な当事者訴訟を前提とする以上、単に有資格の弁護人が選任されているだけでは意味がない。弁護人による効果的な弁護活動がなければ、法律的に無知であり、訴訟という十字架をすでに負った劣弱な被告人の正当な権利は、文字どおり危殆に瀕せざるをえない。当事者主義のもとでは、形式的に弁護人がついただけでは、そもそも弁護人の援助を受ける権利を保障したことにはならない⁽¹⁵⁾、国選弁護は強制弁護と違って絶対に必要なものではないという思想を抜き難いものにし、かえって国選弁護人の新展開を阻害している面があるとされ、国選弁護一般を必要弁護的に解し、289条は一種の確認規定と考えるのが妥当であるといわれる⁽¹⁶⁾。さらに、弁護人依頼権は被告人の人権である以上絶対に放棄を許さないものではなく、また被告人の自己弁護権との関係などを考慮するなら、必要的弁護制度もこの枠の中にはいるよう修正されるべきだとしているように思われ、解釈論としては、任意的弁護・必要的弁護を通して真摯な放棄を認められつつ、立法論としては必要的弁護の規定のありかたを問題にされる⁽¹⁷⁾。

田宮教授の見解は首尾一貫した魅力ある見解ではあり、憲法学者からの有力な支持もあるが⁽¹⁸⁾、必要的弁護の保障に関してはこれまでよりも後退するものになっている点で問題が残る。弁護人依頼権は有効放棄が認められるものだとしても、その放棄を拒絶する所に必要的弁護制度の意義を認めないわけにはいかない。そうであれば、弁護人依頼権によって今にも飲み尽くされそうでありながら有効放棄が認められないという1点において飲み込まれない必要的弁護制度をどのように理論構成するかということこそが重要であるように思われる。(もっとも、この制度を濫用することにより裁判制度そのものが維持できなくなる場合には、必要的弁護制度の例外を認めることとは区別して考えたいと思う)。

(1)治罪法では重罪事件に限っており、それはそのまま明治刑訴に引き継がれたが明治40年の刑法改正により犯罪を3種に区別することが廃止されるに伴って、刑法施行法29条は「死刑・無期又は短期1年以上」を旧刑法の重罪とみなすと規定し必要的弁護事件の範囲も同様に扱われることになった。その後大正13年に制定された大正刑訴はこれを明文化するとともに、明治刑訴が「検事の申立てにより」としていたのを「検事の意見を聴き」にあらためた。なお、大正刑訴法下においても、殺人事件と偽証事件の併合審理中、甲被告人担当弁護人は第1回公判で弁論をすべて終了したため、第二回公判には乙被告人の弁護人のみが出廷し弁論を終了後、両被告人に最終陳述を促して最終弁論を終結したという事案をめぐり、議論がなされている。大審院は、甲については必要的弁護事件を理由に原審を破棄した。この判決をめぐって、反対の立場からは、もはや弁護を「なすべきものなき時期」に達すれば、重罪であると否とに拘わらず弁護人の在任を必要としないのは法廷慣習にさえなっており、また諸々の理由を挙げて弁護人がその担当重罪事件の弁論を終えた後は、その事件と弁護人との関係は全く判決宣告期日と同一状態にあるものと解すべきだとの批判がなされた。これに対し、判例を支持する立場からは、必要的弁護事件は公益的なものであって弁護人の付添を処分・放棄することは許されず、公判訴訟行為の絶対的条件なのである。弁護人が終局陳述をなすのは弁護の一部であって弁護の全体は口頭弁論の終結(審理終結)の時期まで被告人の傍らに立ちその利益の機会を監視することまでを含む、との擁護論が展開されていた。溝淵孝雄「必要的弁護の性質効果を論ず」(1)(2完)法曹界雑誌第6巻3・4号参照。

- (2)最高裁判所刑事判例集 2 卷11号143頁。
- (3)最高裁判所刑事判例集 7 卷 4 号713頁。
- (4)松尾発言「座談会：刑事事件公判開廷暫定的特例法案」ジュリスト664号122頁参照。
- (5)松尾浩也・総合判例研究叢書刑事訴訟法(1)95頁。
- (6)高田卓爾・注解刑事訴訟法中巻〔全訂新版〕471頁，刑事訴訟法〔2訂版〕432頁。
- (7)佐伯千仞・刑事訴訟の理論と現実266頁以下。
- (8)杉原泰雄・基本的人権と刑事手続257頁以下。
- (9)杉原泰雄・前掲書257頁。
- (10)小田中聡樹「刑事被告人の『弁護人を依頼する権利』」清宮四郎ほか編新版憲法演習 2・174頁。
- (11)鴨良弼・刑事訴訟法の新展開163頁以下。
- (12)鴨良弼・前掲書165頁以下。
- (13)鴨良弼・前掲書129頁以下。
- (14)鴨良弼・刑事訴訟法の基本理念236頁以下。
- (15)田宮裕「弁護権の実質的な保障(1)―『有効な弁護を受ける権利』―」北大法学論集16巻 2 = 3 号 292頁。
- (16)田宮裕・刑事訴訟とデュエプロセス152, 153, 157注(8)。
- (17)田宮裕・刑事訴訟33頁。
- (18)佐藤幸治・註釈日本国憲法上巻781頁以下。

Ⅳ. 憲法37条 3 項後段の弁護人依頼権の性質

憲法37条 3 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、これを受けて刑事訴訟法は36条に「被告人が貧困その他の事由により弁護人を選任することができないときは、裁判所は、その請求により、被告人のため弁護人を附しなければならない。但し、被告人以外の者が選任した弁護人がある場合は、この限りでない」との規定を設けている。

い) 被告人の積極的請求行為が必要か

そこで、まず問題になるのは、被告人の請求があることが要件なのか、つまり文字通りの請求権なのかということが問題になる。

最大判昭和24年11月 2 日⁽¹⁾は、「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わらず、弁護人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人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人を依頼できないときでも、国に対して弁護人の選任を請求する者に対して弁護人を附すれば足るのであるのみならず、被告人が自ら弁護人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人を附することにするのが相当である。然らば前示刑訴応急措置法第 4 条（但書を除いて現行刑訴36条と同じ一筆者注）の規定は、何等憲法の規定に違反したものであるということとはできない」と判示した。学説のなかにも「弁護人を選任できない事由は裁判所の知り得ないところでもあり、憲法で定める弁護権の保障としてはそれで十分である

う」としてこれを支持する見解もある⁽²⁾。

こういった判例の態度に潜む問題点を鋭く指摘されたのは田宮教授である。教授は「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から、この請求によるという結論じたいは承認してよいが、その根底にある思想はきわめて問題だと思われる。それは、私選弁護を主役と考え国選弁護は補充的なものにすぎないとしているばかりか、弁護人はかならずしも必要ではないのだという思想に立脚している。これは刑事被告人の大部分が貧困者であるという事実の認識を欠くだけでなく、現行法体系における弁護人の機能を正当に評価していないもので正しくない」と批判された⁽³⁾。

この点について、すでに見たように杉原教授は、憲法37条3項の規定の文理と「被疑者・被告人の不利益を必要最小限にいくとめることを求める」適法手続主義に基づいて、「請求法理」を否定され、被告人の意思のいかんにかかわらず、弁護人の援助を受ける権利を保障することこそが刑事手続の要諦であると主張される⁽⁴⁾。

判例によれば、積極的に請求しないことは即弁護人依頼権の放棄を意味することになる。しかし、「請求しない」ことをただちに「放棄したもの」と看做すことは問題である。「弁護人依頼権とは、形式上弁護人を持つ権利だけでなく、その弁護を受ける権利をも含むものと解しなければならない⁽⁵⁾」として、実質説に立つのが多数説である。この立場からは、「放棄」の意味も実質的に判断しなければならないことはいうまでもない。選任請求手続について、最大判昭和28年4月1日⁽⁶⁾の多数意見は「弁護人を依頼する権利は被告人が自ら行使すべきもので、裁判所は被告人に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足る」としたが、補足意見を書いた小林裁判官の「すべての被告人が自ら進んで怠りなくこの権利を行使する知識と意力とをもっていると見るのは、現実を離れた皮相な観察であり、或は公式になずみ法の真に意図する精神に考慮を払わない説である。被告人の多くはいわば社会的敗者であって、事物に対する正常の判断力と意思力に不足するところのあるのを通例とし、従ってこれらの被告人に刑事手続上の知識を当然に期待するときは矛盾も甚だしく、その上になおその知識に基づいて自ら進んで弁護人選任の手続をする意力を期待するに至っては、むしろ被告人等の多くが社会の一員として欠陥を有するものであることを忘れた考えであるといわなければならない」とする指摘は、放棄の意味を実質的に理解する上での重要な視点を提供するものであった。

そこで、平野博士は「憲法の趣旨からいえば、被告人が十分に選任請求権を知り、かつ請求の機会を持ちながら、請求しなかった場合に、はじめて選任を必要としなくなる⁽⁷⁾」とされ、渥美東洋教授も「弁護権は、積極的な内容を知悉した有効な被告人による放棄が認められない以上、保障されるべきである⁽⁸⁾」として、有効放棄説を主張されている。また熊本典道弁護士も「一般に、憲法上の権利について、『有効な放棄』がなされたと認められるためには、権利者が、権利の存在と内容を理解し、かつ権利行使の機会を有しながら、その不行使の意思を確定的、明示的に示すことが必要だと解されている。とくに、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限り有効に放棄したと認めるべきではない。したがって、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。またいったん『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⁽⁹⁾といわれ、「有効放棄説」は多数説だといってよく、私もこの見解を支持したい。「請求」という語に係わらしめたければ、「有効放棄」があったと認められないという逆説的な形で「請求」を表現しているのである。

ii) 請求理由は必要か

次に憲法37条3項後段を受けた刑訴法36条は、「貧困その他の事由により」として私選弁護によりえなかった事由が掲げられており刑訴規則28条は「法36条の規定による弁護人の選任の請求をするには、その理由を示さなければならぬ」としている。

最大判昭和24年11月2日⁽¹⁰⁾は、「憲法には『被告人が自らこれを依頼することができないとき』と規定し弁護人を依頼することができない事由を明記していないけれども、被告人が自ら弁護人を依頼できないことについては必ず依頼できないといえるだけの相当の事由がなければならぬ訳である。そしてその事由は貧困その他の事由という広い表現によって十分に網羅することができるのであるから、前示刑訴応急措置法第4条に『貧困その他の事由』と規定したのは単に憲法の規定の趣旨を明らかにしたに過ぎないものであって、別に憲法の規定に反して新たな条件をつけたものということとはできない」とした。

国選弁護人の保障が、被告人の「請求」を選任の要件としている判例の立場からすれば、厳格に解せば当然請求「理由」が問題となるだろう。つまり、それは、なぜ私選弁護人が付けられないのか理由を示せということにはかならない。しかし、理由を求めるとなると請求理由の審査と切り離すことはできなくなる。また、国が理由を要求しなければならない必要性も弁護費用の負担以外にほとんど考えられない。この弁護費用問題にこだわると被告人の多くが貧困者でもあるという実体との間に制度上・運用上のずれを生じかねない。いかなる被告人に対しても国選弁護の保障に遺漏があってはならない。私は「有効放棄」がなされていない以上、弁護人を付けなければならぬとの立場に組するので、本来積極的な請求理由は必要でないといわなければならない。学説の中には、理由を示すことと請求が明示的であることを要するかどうかとは別問題である、とするものもある⁽¹¹⁾。この見解は、選任照会手続において、請求意思が明示的でなかった事案に対してなお請求の意思有りとして解する余地があり得るという視点からなされたものであることにも注意しなければならない。

必要的弁護や職権弁護事由も当然36条の請求として認められる。この点は最大判昭和28年4月1日⁽¹²⁾も「必要的弁護事件において、裁判所が、被告人の意思の如何にかかわりなく、強制的に職権で弁護人を選任することは、刑訴法上の問題で、憲法問題ではないのである。しかし、憲法は、すべての事件について、前記の如く弁護権を保障しているのであるから、必要的弁護事件についても、憲法上の保障があるのであって、被告人が貧困その他の事由で弁護人を依頼できないときは、国にたいして弁護人の選任を請求できるのであり、国はこれに対して弁護人を選任する義務を負うのである。従って、この場合における弁護人の選任は、憲法問題である。それゆえに、必要的弁護人事件については、弁護人の国選に、刑訴289条によるものと、憲法37条3項後段刑訴36条によるものとの二つの場合があるのであって、前者は純然たる刑訴法上の問題であり、後者は憲法問題となるのである」として、これを認めている。もっとも、刑訴36条による必要的弁護の場合は、「貧

困その他の事由」を別途満たしておかなければならないようにもみえるけれども、国選請求がなされている以上、黙っていれば国が選任義務を負う事件において理由不備を問題にすることの意味はほとんどない。学説上も「貧困その他の事由」について、疎明する必要はないとするのが一般であり⁽¹³⁾、常に職権による事実の取り調べが行われるわけではないと考えられている⁽¹⁴⁾。国選弁護人の費用の点についても、有罪の場合には被告人の訴訟費用として負担させることができるのであるから、選任にあたって特に理由の有無を慎重に判断する必要はない、との指摘もある⁽¹⁵⁾。「その他の理由」についても、弾力的に考えられており、弁護人を知らないということでもよいとする見解もある⁽¹⁶⁾。

なお、被告人の不当な行為により裁判所が国選弁護人の解任のやむなきに至った場合、被告人の再度の国選弁護人請求を認めるべきかという問題がある。代替弁護人を付けうる限り、「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」⁽¹⁷⁾とする見解が妥当ではないかと考えているが、代替弁護人の選任が困難ないし不可能になってきた場合をも含めて今後の検討に委ねたい。

請求を却下した決定に対しては特別抗告をすることができ、請求を放置したまま何の決定もせず公判審理をする場合は379条違反となるとするのが通説だといってよい⁽¹⁸⁾。東京高判昭35年6月29日⁽¹⁹⁾も、請求を放置したまま開廷審理することは379条違反となるとしている。ただ、東京高判昭和32年3月2日は⁽²⁰⁾、無罪判決の場合はその法令違反は、判決に影響を及ぼすことが明らかとはいえないとしているが両判決は矛盾しない。

iii) 告知と憲法37条3項後段との関係

刑訴応急措置法は「引致された被告人又は被疑者」にたいしては、「弁護人を選任することができる旨」を告知せよと定めていたが（応措6条）、被告人の「国選弁護人請求権」の告知に関する規定は設けていなかった。これに対し現行刑訴法は、選任権の保障を一層実質的なものにするために捜査機関（203、204条）または司法官憲（76、77、272条）に、被疑者・被告人に対して「弁護人を選任することができる旨」の告知義務を法定し、また刑訴規則178条は受訴裁判所は弁護人のない事件について、弁護人選任について一定の照会手続をとることを規定している。そこで、国選弁護人請求権について告知を受けることも憲法上の権利の内容をなすものかどうか問題となる。

最大判昭和28年4月1日⁽²¹⁾は、憲法37条3項は「被告人に対し弁護人の選任を請求しうる旨を告知すべき義務を裁判所に負わせているものではないことは、既に当裁判所の判例としているところであり、今これを変更する必要はない」としている。しかし、判例の引用する先例（最大判昭和24年11月30日）⁽²²⁾は、告知規定のない応急措置法下のものであったこともあり、憲法解釈論としても何ら説得的な根拠を示すものではなく、先例としては問題を含むものであった⁽²³⁾。学説の中にも「規則178条は、被告人において弁護人を選任するかどうかを確かむべき義務を裁判所に課しているが、これは被告人が憲法上の権利を遺憾なく行使し得るよう手続上の配慮をしたものであって、それゆえに告知義務自体が憲法上保障されたものとはなし得ない」、「権利を与えることから当然にそのことを告知すべき義務が流出するものとは考え得られないのみならず、告知を受ける権利自体が本来の権利の内容をなすとは、たやすく肯認し難いものがある」⁽²⁴⁾とか「告知制度は憲法の趣

旨を活かすために定められたものではあっても、憲法の直接保障するところではないから、告知を怠っても、単に刑事訴訟法に反するだけであって違憲となるものではない⁽²⁵⁾として、判例の立場を支持するものもある。

これに対し、弁護人依頼権という重要な権利も知らなければ行使できないのであるから、告知や照会手続も権利の内容をなすのではないかという疑問がでてくる。そこから、憲法37条3項が「現実的・具体的な保障を刑事被告人に与えたものであるとすれば、刑訴規則178条は、それによって憲法上の保障が具体化され、現実化されるための欠くべからざる通路であると解すべきであって、同規則の定める裁判所の釈明義務は、かかる規定の存すると否とを問わず、それは憲法37条3項から当然演繹されるところのものというべきではなかろうか⁽²⁶⁾」との見解が早くから存在したのであり、最近では、弁護人の援助を受ける権利の保障をより確実なものとするこの制度の趣旨および現行憲法下における弁護人依頼権の解釈などを理由に刑訴272条の裁判所の告知義務・刑訴規則178条の裁判所の照会義務は国選弁護人依頼権の内容をなすか⁽²⁷⁾、弁護人依頼権が、「『請求』を要件とする以上は、告知は、弁護権の意味・内容・効果を理解させ、その行使の機会を与えるために不可欠な憲法上の手続だといわなければならない⁽²⁸⁾」とする見解が有力である。渥美東洋教授も、先の最大判昭和24・11・30などを分析されながら「ここには、憲法の弁護権の保障と、刑事訴訟法による告知義務の負課とは、論理上別の次元の問題であるとの思考がある。憲法は積極的な弁護権の行使を妨げることを阻止せんとするに止まり、法は、さらに、その権利の行使を援助しているのであり、したがって、援助の欠除は、妨害にはならない、というのであろう⁽²⁹⁾」が、権利についての有効放棄説にたつ以上、知らない権利の行使などを想定すること自体が問題であり、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ろうとされつつ、尤も判例は「告知の欠除のみによっては、権利侵害とは言えず、他の事実と事情とを全て勘案したうえで、権利侵害の有無を決するものだというように読むこともでき、そのような処理は妥当だと思われるけれども、しかし「告知の欠除は、被疑者・被告人が権利を知らなかったことをかなり強く示す推定根拠となりうるのである。そこで、検察官側において、告知が欠除していたとしても、被疑者・被告人が弁護権の存在と内容を理解し、知悉していた事実の証明をなさないかぎり、憲法上の保障された侵害があったものとの結論に至るのが妥当である⁽²⁹⁾」といわれる。私も前述したように、弁護権の意味・内容を理解した上での積極的な放棄がない以上、請求ありとの見解にたつので、弁護権の意味内容を十分に理解するうえで、権利の告知・照会は弁護権の内容をなすと考ええる。しかし、不告知が憲法違反になるかどうかの判断は、告知の欠除という形式的な判断ではなく、その後の訴訟の進展や弁護人の選任状況なども含めて実質的に権利侵害を考慮する余地を残しておく必要があるように思われる。なお、松尾教授が指摘されるように「被告人にすでに弁護人があるときは、以上の告知もしなくてよい。ちなみに、被疑者段階で提出されていた弁護人選任書（弁護人選任届ともいう）は、検察官から、原則として公訴の提起と同時に、裁判所に差し出されることになっている（規165条2項）」ので、原則的には問題は生じない。⁽³⁰⁾

ところで、刑訴規則178条の照会手続に対する回答の解釈が問題になったケースがある。最判昭和25年6月23日⁽³¹⁾は、被告人が「貧困により弁護人の私選をしない旨の回答をし

たに止まり、何等積極的に弁護人選任の請求」をしていないまま審理を受けている場合を「国選請求をしない」意味に扱ったものであったが、最大決昭和32年7月17日⁽³²⁾も「単に『弁護人を私選しない』旨の被告人の前記意思表示は、国選弁護人選任請求の意思も表示されておらず、又何ら理由も付されていないのであるから、これを以て直ちに憲法の要請するところの国選弁護人選任とみることは到底できないものと断ぜざるを得ない」との判断を示している。この事例は、第一審裁判所が『私選弁護人は頼まない。私選弁護人は月 日（弁護人 〇）を選任した』との二項目を印刷した回答用紙を用いて照会手続を行ったところ、被告人は第一項に〇印を付し提出したというものであった（必要的弁護事件であり控訴審第一回公判期日前日にやっと弁護人が付いた）。この決定に対する小林裁判官の反対意見は、憲法37条3項後段の国選弁護人の制度は「被告人には常に弁護人が附いているのが本来であり、また被告人は常に弁護人の附くことを欲しているという、基本的な考え方に立っているのである。……次に本件の回答書の解釈についてであるが、……勾留中の被告人が出した回答書は、……国選弁護人の選任を欲するかどうかを答える文言は刷ってない。だから被告人はおそらく費用などの理由から、指示のとおり『私選弁護人は頼まない』方に〇印を附して答えたにすぎないにである。しかし上訴をしている以上、再び二審の公正な審判を受けたい意思であることは明らかであり、従って、そのために弁護人の選任を欲する意思のあることも当然推認し得るところでもある。……このような用紙の送付は、裁判所の好意にすぎないとし、被告人の権利は被告人自ら正規の形式を履んで行使すべきであるというような公式論を貫くならば、折角の国選弁護人制度も、結局意義のとぼしい形式的なものになってしまうであろう」というものであり、傾聴に値する。私も、照会手続きの不十分さを理由に弁護人依頼権が奪われるといった構成はとられるべきでないと考える。弁護人の照会手続は弁護権の内容の一部をなすものではあるが、それに基づく回答が権利判断の十分条件となるわけではない。したがって、私選弁護人がいないにもかかわらず、「国選弁護人は不要」といった趣旨の回答や期間内に回答してこなかった場合を直ちに有効放棄と看做すわけにはゆかず、裁判所がその点の確認ができない以上、出廷してきた被告人に弁護人を付けなければならないと考える。⁽³³⁾渥美教授が「被告人の真意を確かめ、請求に係わらしむる方法は、憲法の要請を事務的に処理する方法にすぎない。だが弁護権は、積極的な内容を知悉した有効な被告人による放棄が認められない以上、保障されるべきである。そこで、右のような内容の放棄の認められないかぎり、弁護人なしに公判廷に出頭した被告人全員に弁護人を選任すべきである。ただ、私選弁護権の侵害にならない点にだけは、十分に慎重な配慮がされるべきである」といわれるのは妥当な見解だと思われる。有効放棄がなされていない以上弁護人の保障に遺漏があってはならない。

- (1)最高裁判所刑事判例集3巻11号1737条3項頁。
- (2)柏木千秋・注解刑事訴訟法第1巻140頁。
- (3)田宮裕・刑事訴訟とデュープロセス154頁。
- (4)杉原泰雄・基本的人権と刑事手続254頁以下。
- (5)平野竜一・刑事訴訟法73頁。
- (6)最高裁判所刑事判例集7巻4号713頁。

- (7)平野竜一・刑事訴訟法74頁。
- (8)渥美東洋「国選弁護の告知と請求と放棄」比較法雑誌6巻1＝2号125頁。
- (9)熊本典道・田宮裕編刑事訴訟法Ⅰ, 556頁。
- (10)最高裁判所刑事判例集3巻11号1737条3項。
- (11)柏木千秋・註釈刑事訴訟法第1巻(増補版)142頁。
- (12)最高裁判所刑事判例集7巻4号713頁。
- (13)小野他・ポケット註釈刑事訴訟法(上)79頁, 柏木・前掲書142頁, 田宮裕・註釈刑事訴訟法44, 中武靖夫・注解刑事訴訟法上巻〔全訂版〕108。
- (14)小野他・ポケット註釈刑事訴訟法(上)78頁。
- (15)小野他・ポケット註釈刑事訴訟法(上)79頁。
- (16)田宮・註釈刑事訴訟法44。
- (17)横山晃一郎・憲法と刑事訴訟法との交錯116頁以下, 熊本典道・田宮編刑事訴訟法Ⅰ・558頁。
- (18)柏木・前掲書142頁以下, 田宮・前掲書44頁, 熊本・前掲書545頁, 永井敏夫・大コンメンタール刑事訴訟法第1巻374頁, なお中武・前掲書請求却下の決定に対して抗告が許されるとしているが, 刑訴420条1項との関係で問題がある。
- (19)高等裁判所刑事判例集13巻5号416頁。
- (20)高等裁判所刑事判例集10巻2号123頁。
- (21)最高裁判所刑事判例集7巻2号713頁。
- (22)最高裁判所刑事判例集3巻11号1857(応急措置法)。
- (23)松尾浩也・総合判例研究叢書刑事訴訟法(1)78頁。
- (24)日沖憲郎「弁護人及び補佐人」法律実務講座刑事編第一巻123頁。
- (25)植松正刑事訴訟法教室(上)310頁。天野「判例に現れた国選弁護の問題」(その一)。
- (26)判例タイムズ19号42頁。
- (27)杉原泰雄・芦部信喜編憲法Ⅲ人権(2)205頁。
- (28)熊本典道・田宮裕編刑事訴訟法Ⅰ, 545頁。田宮裕・刑事訴訟とデュープロセス154。
- (29)渥美東洋「国選弁護の告知と請求と放棄」比較法雑誌6巻1＝2号117頁以下。
- (30)松尾浩也・刑事訴訟法上補正第2版181頁。
- (31)最高裁判所刑事判例集4巻6号1061頁。
- (32)最高裁判所刑事判例集11巻7号1843頁。
- (33)回答書の欄に何らの記載もない場合および回答書が返送されない場合にも国選弁護人を附する運用がなされているとの指摘もある。熊本典道・刑事訴訟法Ⅰ(田宮編)545頁。
- (34)渥美東洋・前掲論文125頁。

V. 刑訴法37条の国選弁護の法的性格⁽¹⁾

刑訴37条は職権による国選弁護の規定を置き「裁判所は、職権で弁護人を附することができる」と規定し、刑訴規則279条は「少年の被告人に弁護人がないときは、裁判所は、なるべく、職権で弁護人を附さなければならない」と規定する。

札幌高判昭和25年3月14日⁽²⁾は「刑事訴訟法第37条は、被告人が未成年者である場合に弁護人がないときは裁判所は、職権で弁護人を附することができる」と定めているが、右は、行文上明らかであるように、必ず弁護人を附さなければならないというのではない」と判示し、東京高判昭和25年5月23日⁽³⁾も「刑事訴訟法第37条は、事件の難易、被告人の精神状態等を考慮して、被告人に弁護人を附するか否かを裁判所の裁量に委ねたものであるから、原審が、未成年の被告人に弁護人を附しなかったとしても、これを以て違法の措置だということはできない」としている。学説の中にも「弁護人を附するかどうかは、

事件の難易、被告人の精神状態などを考慮してこれをきめることを裁判所の裁量に任せた趣旨である」とか、「これは憲法を根拠とするものではない。いわば好意的に裁判所の判断で付けてやろうというのである。したがって、それを付するか付しないかは裁判所の自由裁量で決まる」として、判例の立場を支持する見解もある⁽⁴⁾。しかし、このような見解は、本条が憲法上の弁護権の保障とは無関係だという考えに基づいており、問題を含んでいるように思われる。この規定は現行法下に導入されるにあたって、「検察官の意見を聴き」という文言を削除し被告人側の事情のみに純化しており、必ずしも訴訟の具体的複雑性を要件とするものではなく⁽⁵⁾被告人の弁護権の保障の必要性の問題へ変化していることも見逃せない。その点からみて、まず、同条5号は、「『その他』必要と認めるとき」となっているのであって、被告人のために弁護人が必要だと認めておきながら付けなくてもよいと解釈するのは無理であり、1号から4号は当然必要性が前提となっている趣旨ではないかと思われ、したがってまた、裁量的に解釈する余地はないのではないかとも思われると同時に、5号該当事由も再検討の必要性があろう。

後者の問題は、これまで、ともすると同条1号から4号事由と5号との関係をどうみるかということと関係ずけて問題にされがちであった。例えば、両者の関係について、上記の判例以外にも、東京高判昭和42年11月13日⁽⁶⁾は、本条5号は「被告人が公判廷において、事実上又は法律上の争点に関し、正当に自己の権利を主張し又は防御をなし得る能力に欠ける場合をいい、その必要の有無は、被告人の年齢、事件の内容・争点に応じ、事前にあるいは審理の経過に応じて客観的に判断すべきである」とする。判例は、具体的な事件との関連において『防禦能力』を判断しているようにみえるが必ずそう解釈しなければならないかは問題である。防禦能力に問題があるということと、必要性の観点からする裁量権行使の判断基準の問題とは必ず一致しているわけではなく、むしろ必要性の判断は、事実的なものから法律的なものまで多様である。それゆえ、広島高判昭和25年2月8日⁽⁷⁾は、必要的弁護事件にあたる場合には、「37条を適用すること自体が間違っているものであって、この場合には同法第289条を適用すべきものなのである。…右適用を誤ったことは勿論違法であるけれども、……法律の解釈を誤ったに過ぎないのであって、……結局弁護人を……附しているのであるから、その違法は判決に影響を及ぼすものではない」として、必要的弁護事件の場合を刑訴法37条の対象から外しているのは問題である。

学説のなかにも、5号は「1号から4号に準じ、被告人が公判廷で法律上・事実上の争点に関して、正当に自己の権利を主張し、防禦する意思能力に欠ける疑いがある場合などをいう。その必要性は事件の複雑難易の程度に応じて異なる」とか⁽⁸⁾、「本条5号の『その他必要と認めるとき』というのは、1号ないし4号との関係上、被告人の当事者としての防禦能力についていうものと解しなければならぬ。憲法37条3項後段に保障された被告人の権利は、……被告人みずから行使すべきものであるから、被告人から請求のない限り、裁判所を義務づけることはできない。もっとも、『弁護人を依頼することのできない相当な理由』が、被告人の防禦能力の弱さに基因するときは、弁護人選任の請求をする能力もないことになるであろうから、前(36)条によって、裁判所が弁護人を付する決定をすることはできない。そこで、結果としては本条によることになるが、それはあくまで被告人の防禦無能力が理由である」⁽⁹⁾として、あくまで憲法との脈絡を絶ったうえで、1な

いし4号との関係に準じて防禦「能力」に絞って5号を考えようとする立場がある。

しかし、最近では、このような見解をとらない判例が増えている。たとえば、福岡高判平成5年4月15日⁽¹⁰⁾は「被告人は、本件速度違反の事実につき、……検挙の当初から争っているのであるから、原裁判所としては事実の内容にかんがみ被告人に訴訟上の防禦を十分行わせるため、国選弁護人の選任を考慮するのが相当であったということが出来る」として、「必要性の判断」を防禦能力の問題から防禦権の保障の問題へ移しているといつてよい。松尾教授は「刑訴37条による選任は、一般には裁判所の裁量に委ねられた任意的なものであるが、被告人が弁護人を選任することができず、さらに心身の欠陥その他の事由で選任の請求もなし得ないという事情が判明したときは、請求がなくても本条で弁護人を選任しなければならず、このばあいは、選任が義務的なものとなる(……)。憲法37条後段との関係で、刑訴37条が同36条を補充する役割を果たすわけである」とされており、⁽¹¹⁾「心身の欠陥その他の事由」とされているところからもわかるように、5号を弁護能力の問題に限定されておられるわけではなく、本号によって必要的弁護事件の弁護人を選任することも認められている⁽¹¹⁾。ただ、「その他の事由」として選任が義務的になるのはどのような場合を考えておられるのか気になるところである。たとえば、弁護人を依頼する意思をもちながら、何らかの事情で照会手続による回答を怠ってしまった場合に、請求の意思があったということでもって5号を適用することは不可能なのであろうか⁽¹²⁾。

もっとも、東京高判昭和53年11月30日⁽¹³⁾は、駅助役の顔面を1回強打して公務の執行を妨害したという単純な事案に対し、本人が強く固辞し(国選弁護権の有効放棄がなされ)ているような場合、否認事件だからといって刑訴法37条5号により弁護人を付しなかったとしても、その措置を違法とすべきいわれはない、としたが、被告人がマル青同なる政治組織の一員として、これまでに法廷で審理を受けた経験もあることなどを考慮すると自己弁護活動(自己弁護権)に委ねてもさほど不利益をこうむらない状況に限ってなら、「例外的」な場合として判例の立場を不当まではいえないように思われる。これに対し、東京高判昭和61年1月20日⁽¹⁴⁾は、スピード違反の否認事件において、被告人が国選弁護人の選任を固辞していたにもかかわらず、第一審が必要と認めて国選弁護人を付した以上、違法不当だとはいえないとした。私は、必要性の判断基準について、弁護権の放棄との関係は、法36条で有効放棄説を支持するけれども、そのことによって自己弁護活動ではまかないきれない現実的な不利益が被告人に及ぶ場合とか、請求との関係では、弁護人請求の意思がありながら何らかの理由で請求できなかったような場合とか、必要的弁護事件にあたる弁護人の選任などをも5号の必要性に基づき行うこともできると考えている。判例のなかには、私選弁護人が正当な理由なく出頭しないときは、国選弁護人を付して審理をすることができる⁽¹⁵⁾、としたものがあるがそのままでは弁護人なしの審理が避けられない状況ならば、これを肯定してよいと考える。

柏木博士は、「本条による選任は、前条とは異なり、裁判所の裁量による任意的なものであるとされている。しかし、それは、1号から4号までの事由があるだけで当然に弁護人を附する必要はない、というだけのことであって、これらの事由がありしかも被告人の防禦権を保障するため必要である以上は、弁護人を附しなければならない。したがって、また、5号については裁量的ということはあるが、前条の事由がありながら本

人等が請求せずしかも客観的にみて必要と認められる場合は本条5号が適用されることはいうまでもない⁽¹⁶⁾といわれる。

しかし、1号から4号の事由の存在と被告人の防禦権の必要性とを区別される理由は何なのであろうか。防禦権の保障をする必要があれば1号から4号の理由の如何に係わらず5号によっても義務的となるのであるから1号から4号の規定は不要だということにもなる。このような疑問を取り除こうと考えるなら、1号から4号までの事由は一般に防禦権を保障するため弁護人の必要性が認められるものを類型化したものだと考えざるを得ず、すくなくとも、原則的には弁護人を付すのが義務的になると考えるべきではなからうか。これに対しては、事件の軽微性及び被告人の年齢状況や・被告人が耳が聞こえないもの又は口のきけない者あるいは心身喪失者又は心神耗弱者の場合も通訳や補佐人が付くことにより防禦に支障をきたさない場合があるのではないかという疑問もあろう。しかし、一般人でさえ専門的な知識の点で弁護人の援助が必要不可欠なのであって（ただ5号の解釈にあたって、例外的に、放棄の意思があり事件の軽微性の故に自己弁護に委ねても大して不利益にならない場合があることを認めようとするにすぎないので）、一般人以上にこのようなハンディーを持つ者の不利益は避けられないだろう。また、不利益性の判断を純粹に裁判官の裁量に委ねてしまうと、被告人に対する弁護人の保障が不安定になる側面もあるのではなからうか。とはいえ、1号と2号は限界を形式的に年齢で区切っているの、これに限って、被告人の自己防禦権に委ねても不利益とならないことが明らかな場合に限って、例外を認めてもよいだろう。少年に対する刑訴規則279条にも若干こういった視点が入っているのではなからうか。

田宮教授は、「本条は、被告人の弁護能力が極度に劣っている場合に、裁判所が裁量で弁護人を付するものである。これは、憲法が国選弁護人を要求する場合に典型的に該当するものと法が予定する場合であって、一般に考えられているように、憲法と無関係な規定ではなく、国選弁護人の重要性に鑑み、その趣旨を体現したものである。本条各号の事由があり、弁護人を付する必要性がみとめられれば、裁判所は、国選弁護人を選任しなければならないであろう（通説）。その意味で本条は被告人の特性による必要的弁護の規定とすることができる⁽¹⁷⁾」といわれ、1号から4号を国選弁護人を必要とする類型として捉えられるのであるが、やはり「弁護人を付する必要性」を別個に問題にされておられる点で前述のように納得のいかないところがある。もともと、本条の構成は、弁護人が付いていない場合に、1号から4号までは弁護人を必要とする類型を、5号はそれ以外の事由で弁護人を必要と認める場合を掲げているのであって、裁量事項であるとする事との間に必然的な連関や意味的整合性があるわけではないことを認識する必要があるように思われる。その点、熊本典道弁護士が、裁量の問題を取り外して「本条は、被告人の自己防禦能力が著しく劣るために、必ず国選弁護人を附すべき場合だと解するのが妥当である。すなわち、刑訴法289条が『重罪事件に対する』必要的国選弁護人の規定であるのに対し、本条は『一定の被告人に対する』必要的国選弁護人の規定だということができる⁽¹⁸⁾」といわれるのは、論理一貫しているともいえる。したがって、刑訴法290条も裁量的な規定になっているが、義務的に解さなければならないだろう。

- (1)通常本条は職権による国選弁護と呼ばれることが多いが、宮本英脩博士は、刑訴法289条を絶対的の必要的弁護事件、本条を相対的の必要的弁護事件と呼んでおられた。刑事訴訟法大綱132頁以下。
- (2)高等裁判所刑事判決特報6号183頁。
- (3)高等裁判所刑事判決特報9号11頁。
- (4)日沖憲郎「弁護士及び補佐人」法律実務講座刑事編第一巻139頁、植松正・刑事訴訟法教室（上）313頁。
- (5)事件の複雑を問題にするのであれば、公訴の提起をしている検察官が一番良く知っているともいえよう。
- (6)判例タイムズ218号249頁。
- (7)高等裁判所刑事判決特報6号20頁。
- (8)小野清一郎他著・ポケット註釈全書刑事訴訟法（上）〔新版〕81頁。
- (9)中武靖夫・平場他著注解刑事訴訟法上巻〔全訂新版〕112頁。
- (10)判例時報1461号159頁。
- (11)松尾浩也・総合判例研究叢書刑事訴訟法(1)92頁以下。
- (12)教授は国選弁護の選任について、裁判所の側で弁護人選任手続をとらなければならないので「被告人の意思を確認する必要がある、そのために裁判所は、期間を定めて被告人の回答を求めることができる（…）。期間内に回答がなく、また弁護人の選任もなかったときは、必要的弁護事件であれば直ちに国選弁護人を選任し、その他の事件であれば放置する」、もっとも『防御能力』に懸念があれば職権で付すことができる、ともいわれる。刑事訴訟法上補正第二版181頁。
- (13)東京高等裁判所（刑事）判決時報29巻11号202頁。
- (14)判例時報1212号157頁。
- (15)東京高裁昭和30年5月14日判決・東京高等裁判所（刑事）判決時報6巻6号165頁。
- (16)柏木千秋・註釈刑事訴訟法第一巻（増補版）145頁。
- (17)田宮裕・註釈刑事訴訟法45頁。
- (18)熊本典道・高田卓爾編別冊法セミ基本コンメンタール刑事訴訟法53頁、しかし、田宮裕編著・刑事訴訟法I、543頁では「被告人に明らかに防御能力があると認められる場合のほかは、選任が義務的だと解するのが、憲法に忠実な解釈だというべきである」とされている。

VI. むすび

本稿は、先ず、人権論の最近の考え方を幾つか取り上げて検討を加え、その上で人権論についての私の考えを述べその立場を明らかにした。特に憲法の定める人身の自由は、自然的自由に対する国家権力からの侵害を最小限に食い止めるため、様々の場面に依拠してその侵害を限定付けた実体的自由を示すものであり、具体的にいかなる制約が正当化されるかは、規定の枠内で各個の権利・自由の性質なり規定の目的・態様の相違を考慮して具体的に引き出されなければならないとする見解に依拠することになった。そのような観点に立って弁護人依頼権を考えた場合、放棄を認めない性質のものと理解するのは無理であるが、他方憲法の規定の仕方及び弁護権の保障という権利の実質を考えて有効放棄説に立ち、請求の意味をその反面として捉えた。その結果、弁護人依頼権の実体を——解釈論としては特に職権弁護に関する規定の5号を——必要的弁護事件に近づけて構成する事を試みた。それは旧来から存在してきた必要的弁護・職権による弁護と憲法37条3項とにより、すべての被告人に弁護人の保障に遺漏がないようにしようというグランドデザインとも調和することになる。

ところで、裁判官の裁量に委ねられているとされる職権弁護については、これを必要的

弁護の一つの類型として理解する立場を採ったのであるが、その際、5号の必要性の判断は本来、被告人には弁護人が不可欠なのだということを前提にした。その意味では弁護人の保障に遺漏なきよう落ち穂拾いのな役割を持たせることになった。しかし、英米法的な弁護人依頼権が有効放棄を認めるものであるのに対し、これら必要的弁護は被告人の意思に係わらせない点で、両者は完全に一致するものではない。そこで、両者の関係については、必要的弁護制度は、憲法上の弁護人依頼権の趣旨を訴訟法上一步前進させたものだと理解にたった。それは、必然的に、必要的弁護制度の目的を憲法適合的なものに近づけつつ、しかも意思に左右されない性質を持ちうるものを採り込まなければならない。この点については、実質的当事者主義の訴訟制度的保障、適正手続的手続的保障、誤判防止の側面からする真実発見のための制度的保障等々いろいろ考えられるが、裁判闘争的な不在廷問題との関係等も考慮してどのように捉えたらよいか今後の課題としたい。

はじめに触れたように、本稿は必要的弁護事件における弁護人不在廷の問題にまで書き及ぶ予定であったが今回は断念せざるを得なくなった。又、弁護人制度をめぐる問題としては、弁護人の選任・辞任・解任の問題や被疑者の国選弁護の問題など残された課題は多い。それについても、今後の研究の課題としたい。