#57 被疑者の弁護③——弁護人は、どこまで本人の意思を超えて動けるか

第2章 捜査 ㉙／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

1 「聞かなくていい」と本人は言っている

導入

本人が「聞かなくていい」と言っても

被疑者Aの言い分

- 勾留の理由なんて聞かなくていい、面倒だから

今日の問い

- それでも弁護人Bは、勾留理由開示を請求できるか

先に答え

- できる——ただし、すべての権限がそうとは限らない

今日は、その先です。呼んだ弁護人は、具体的に何ができるのか、そこに入ります。先に答えを言うと、できます。本人がいらないと言っていても、弁護人は請求できます。代理人なのに、本人の意思を無視していいんですか。そこが今日の核心です。弁護人には、本人の意思に縛られずに動ける権限と、縛られる権限があります。それを見分ける物差しを、今日は手に入れましょう。

2 なぜ弁護人はただの代理人で終わらないのか

短答

なぜ弁護人は「ただの代理人」で終わらないか

	民事の訴訟代理人	刑事の弁護人
動き方	本人の意思どおりにしか動けない （委任契約の枠内）	本人の意思にかかわらず 独立して動く場面がある
理由	——	本人を守る面＋ 手続を健全に保つ面（2本柱）
背景	——	相手は国家権力 本人は身柄拘束・法律知識も乏しい

弁護人は専門職として、本人の「正当な利益」を自分の判断で守る場面を持つ

まず、前提を確認します。民事の訴訟代理人は、基本的に本人の意思どおりにしか動けません。ちなみに、前回、被疑者の国選弁護は、何を根拠に設けられたか、思い出せますか？憲法37条3項は被告人だけで、被疑者国選は刑訴法が法律で設けた制度、でした。話を戻します。刑事の弁護人は、本人の意思どおりに動くだけでは、終わりません。前々回に立てた2本柱を、もう一度思い出せますか。拘束された本人を守る面と、手続そのものを健全に保つ面、でした。相手は国家権力で、本人は身柄を拘束され、法律の知識も十分ではありません。だから弁護人は、専門職として、本人の「正当な利益」を自分の判断で守る場面が出てきます。

被疑者と弁護人の回では、保護者たる地位の中身は予告だけで終わりました。今日は、その保護者たる地位が具体的にどの権限でできているのか、中身に入ります。

3 権限の出発点——41条

短答

権限の出発点——41条

41条の意味

- 弁護人は、この法律に特別の定めがある場合に限り、独立して訴訟行為ができる

「独立して」とは

- 本人の授権・追認を待たずに、弁護人自身の判断でできるという意味

見分け方

- 個別の条文の「主語」を見比べる——弁護人だけか、本人と併記か、何も無いか

3つの型

- 固有権／独立代理権／包括代理権

出発点になる条文があります。

条文 刑事訴訟法第41条

刑事訴訟法第41条

弁護人は、この法律に特別の定のある場合に限り、独立して訴訟行為をすることができる。

前々回は、本人の意思にかかわりなく弁護人を選べる人、つまり選ぶ側の話でした。今日は、選ばれた弁護人自身の権限の話です。「独立して」とは、本人の事前の許しである授権や、後からの承認である追認を待たずに、弁護人自身の判断で、という意味です。ただし、この条文1つで何でもできるわけではありません。41条は、「独立してできる範囲は、個別の条文が決める」という入口なんです。だから、どの条文にどう書かれているかを見比べる作業が必要になります。条文の「主語」です。弁護人だけが主語なのか、本人と弁護人が並んで出てくるのか、それとも何も書かれていないのか。この違いが、そのまま本人の意思にどこまで縛られるかの違いになります。

順番に見ていきましょう。

4 固有権——弁護人だけが主語の条文

短答

固有権——弁護人だけが主語の条文

見分け方

主語が「弁護人は」だけ
本人の権利や意思と無関係に行使できる

閲覧謄写	上訴審の弁論	立会い	接見交通
40条	388条・414条	113条・142条・157条	39条
公訴提起後、書類・証拠物を閲覧・謄写	控訴審・上告審は弁護人でなければできない	捜索差押え・検証・証人尋問への立会い	立会人なしで被疑者と会える

どれも本人が「いらない」と言っていても、弁護人は自分の判断で行使できる

1つ目の型は、固有権です。条文の主語が、「弁護人は」だけになっているものです。本人の名前は出てこないんですか。出てきません。例えばこの条文です。

条文 刑事訴訟法第40条

刑事訴訟法第40条

弁護人は、公訴の提起後は、裁判所において、訴訟に関する書類（……）及び証拠物を閲覧し、及び謄写することができる。ただし、証拠物を謄写するについては、裁判長の許可を受けなければならない。

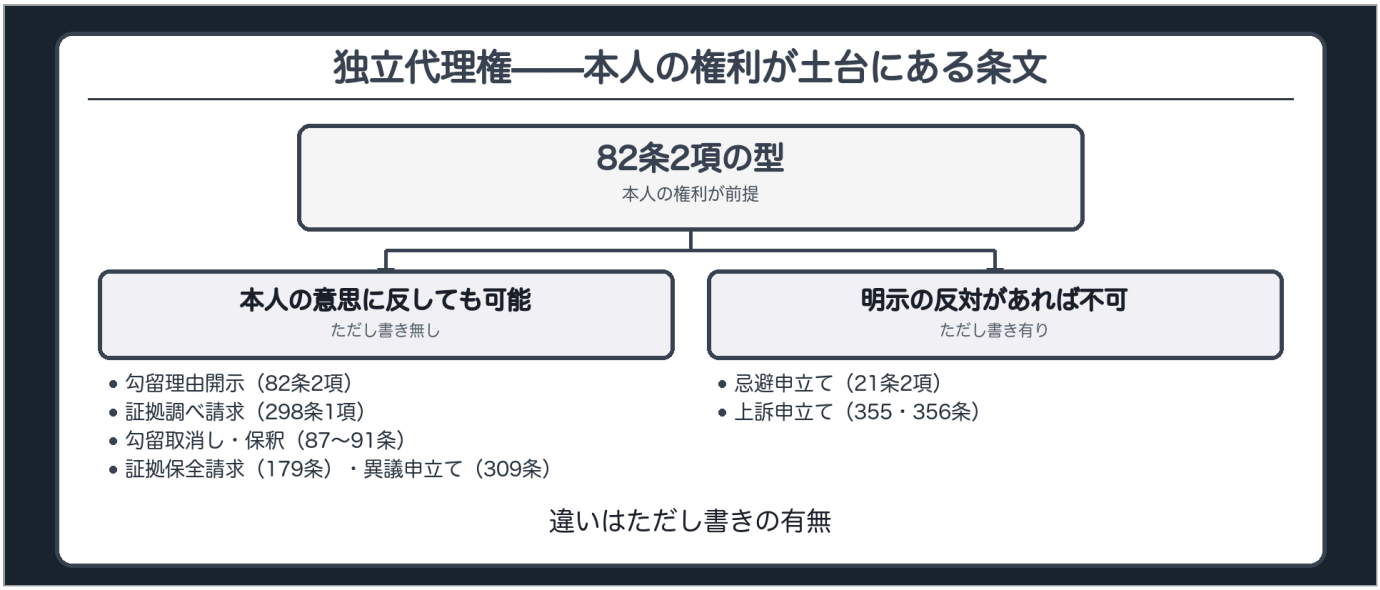
この閲覧謄写権は、弁護人に固有の権利として与えられています。閲覧は見ること、謄写は写しを取ることです。被告人本人には、別の条文で別の範囲の権利しかありません。だから、本人が「見なくていい」と言っていても、弁護人は自分の判断で閲覧謄写できます。同じ型の具体例

を挙げます。控訴審や上告審での弁論は、弁護人でなければできません。388条と414条に定めがあります。捜索差押えや検証への立会いも、弁護人固有の権利です。113条と142条にあります。証人尋問への立会いも同じ型です。157条に定めがあります。逮捕・勾留された被疑者と立会人なしで会える接見交通権も、固有権の代表例です。39条にあります。

今日は、固有権の一例として名前だけ押さえてください。ここで、一度立ち止まって考えてみてほしい条文があります。証人尋問への立会い、157条は、被告人・被疑者も立ち会える場合がある条文です。本人も出てくるのに、これは固有権でしょうか、それとも次に見る独立代理権でしょうか。答えは次の型を見たあとで確かめましょう。

5 独立代理権——本人の権利が土台にある条文

短答・論文共通



2つ目の型は、独立代理権です。前々回の独立代理人とは別物で、弁護人の権限の型の名前です。こちらは、本人と弁護人が併記されている条文です。本人にもその権利があることが前提で、その権利を弁護人にも分け与えている、という意味です。冒頭の勾留理由開示の条文を見てみましょう。

条文 刑事訴訟法第82条第2項

刑事訴訟法第82条第2項

勾留されている被告人の弁護人、法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族、兄弟姉妹その他利害関係人も、前項の請求をすることができる。

1項で本人の請求権が定められていて、2項が、弁護人にも同じ請求権を認めています。条文の主語は「被告人」ですが、勾留の回で見た207条1項で、被疑者の勾留にも準用されます。だから被疑者Aにもそのまま当てはまります。本人の権利が土台にあって、その上に弁護人の権利が乗っている、というイメージです。そしてこの条文には、「被告人の明示の反対があればできない」というただし書きがありません。冒頭の問いの答えは、ここにあります。独立代理権には、2つのグループがあります。1つ目は、今見た82条2項のように、本人の意思に反しても行使できるグループです。勾留理由開示請求に加えて、証拠調べ請求、298条1項も、このグループに入ります。ほかにも、勾留取消しと保釈の請求、87条・88条・91条、証拠保全請求、179条、異議申立て、309条が、同じグループです。

どれも、本人の判断ミスや、面倒だからと放置する態度から、本人自身を守るための権利です。2つ目のグループは、本人が「明示に反対」すればできなくなるグループです。条文で確かめましょう。

条文 刑事訴訟法第21条第2項

刑事訴訟法第21条第2項

弁護人は、被告人のため忌避の申立をすることができる。但し、被告人の明示した意思に反することはできない。

忌避は、第1章で見た、不公平な裁判をするおそれのある裁判官を外してもらう申立てでした。上訴の申立ても同じ型です。

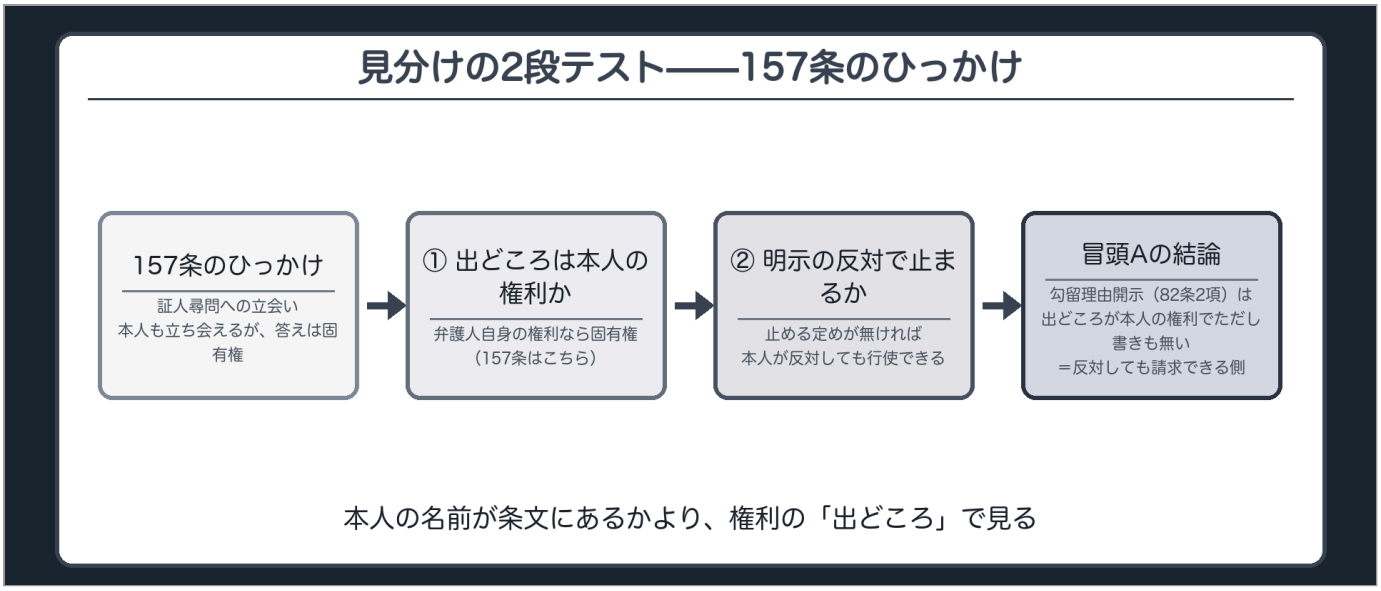
条文 刑事訴訟法第355条・第356条

刑事訴訟法第355条・第356条

355条 **原審における代理人又は弁護人は、被告人のため上訴をすることができる。**

356条 **前三条の上訴は、被告人の明示した意思に反してこれをすることができない。**

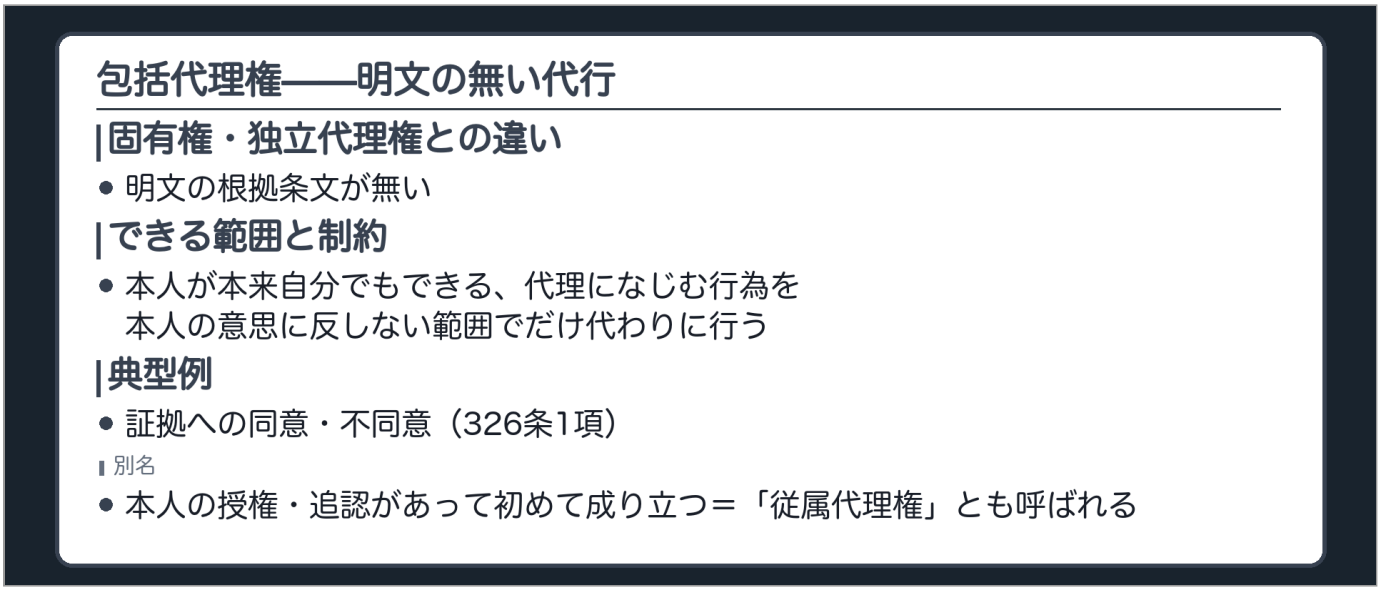
82条2項のグループとの違いは、ただし書きがあるかないか、この一点です。同じAで比べてみます。Aが起訴されて有罪判決を受け、「控訴はしない」とはっきり言ったとします。第1審の弁護人Bは、356条があるので、Aのために控訴することはできません。勾留理由開示とは、ちょうど逆の結論です。



ここで、さっきの157条に戻りましょう。証人尋問への立会いです。実は、157条は固有権として扱われます。本人が立ち会えるというのは、本人にも別の立会いの機会が用意されている、というだけです。弁護人の立会いの権利自体は、本人の権利を分けてもらったものではなく、弁護人自身に与えられた権利、と理解されています。単純に本人の名前の有無だけでは判定を誤ることがあります。出どころを意識してください。物差しをまとめます。まず、弁護人の権利の出どころが本人の権利かどうか。次に、本人の明示の反対で止まる定めがあるかどうか。この2段で見ると、冒頭のAの勾留理由開示は、本人がいらないと言っても請求できる側に入ります。

6 包括代理権——明文の無い代行

短答



3つ目の型が、包括代理権です。固有権にも独立代理権にも、明文の根拠条文がありました。包括代理権には、明文の根拠がありません。本人が本来自分でもできる、代理になじむ行為に限って、本人の意思に反しない範囲で代わりに行います。典型例が、証拠への同意・不同意です。326条1項に定めがあります。中身は、また別の機会に見ます。独立代理権は条文があるので、本人の授権や追認を待たずに行使できます。包括代理権は明文がないので、本人の授権や追認があって初めて成り立つ性質を持ちます。この性質から、「従属代理権」と呼ばれることもあります。

7 固有権と独立代理権の違いが効く場面

短答・論文共通

固有権と独立代理権の違いが効く場面

独立代理権は土台の上に乗っている

- 本人の権利が消えたら、弁護人の権利も一緒に消える

具体例

- 本人Aの上訴権が期間経過で消滅すれば
  355条に基づく弁護人の上訴権も消える（Aのうっかりでも同じ）

問題点

- 弁護人は本人の落ち度を取り戻す手段を持たない

批判的見解

- 独立代理権もすべて固有権として扱うべき
  （権限が本人の落ち度と運命を共にしてよいか、は別問題）

ここまでの3つの型は、普段は見分けがつけばそれで済みます。でも、1つだけ、違いが深刻に効く場面があります。独立代理権は、本人の権利があることが土台でした。その土台が消えたら、どうなると思いますか。例えば、判決の上訴期間が過ぎて、本人Aの上訴権が消滅したとします。このとき、355条に基づく弁護人の上訴権も、一緒に消えます。弁護人は、本人のこの落ち度を取り戻す手段を持ちません。それは、弁護人が本人を守る役目とぶつかりませんか。そこが問題視されています。だから、「独立代理権もすべて固有権として扱うべきだ」という見解があります。

本人の意思をどこまで尊重するかは、条文ごとに違ってかまいません。しかし、権限そのものが本人の落ち度と運命を共にして消えてよいか、というのは別の問題だ、という理由づけです。この対立があることを、まず押さえてください。

8 私選と国選で、権限は変わらない

短答

私選と国選で、権限は変わらない

	私選弁護人	国選弁護人
権限の範囲	固有権・独立代理権・包括代理権 （変わらない）	固有権・独立代理権・包括代理権 （変わらない）
根拠条文の主語	「弁護人は」としか書かれていない 私選・国選を区別する文言が無い	同左
違うのはどこか	始まりと終わりの違い （前回見た選任経路）	同左

一度弁護人として就いたあとの立場——2本柱も権限も、私選と国選で同じ

図：権限の範囲は私選か国選かという選任経路では変わらないという確認の板

ここで1つ、確認しておきたいことがあります。前回、私選弁護人と国選弁護人の違いを、始まり、続くあいだ、終わりの3つの軸で整理しました。今日見てきた固有権、独立代理権、包括代理権、この権限の範囲そのものは、私選でも国選でも変わりません。41条も、今日見てきた個別の条文も、どれも主語は「弁護人は」としか書いていません。私選か国選かを区別する文言はどこにもありません。前回見た違いは、始まりと終わり、つまり誰がどう弁護人を付けるか、どう終わるかの違いでした。一度弁護人として就いたあとの立場は、私選でも国選でも同じです。

本人を守る面と、手続を健全に保つ面、今日見てきた2本柱は、私選でも国選でも、同じように当てはまります。例えば、冒頭の被疑者Aに国選弁護人が付いていたとします。Aが「勾留の理由なんて聞かなくていい」と言っていても、国選弁護人は82条2項の独立代理権として、勾留理由開示を請求できます。国選だと権限が弱くなる、なんてことはありません。違うのは始まりと終わり、同じなのは中身、と覚えてください。

誠実義務と真実義務——ぶつかる場面

	誠実義務（規程21条・46条）	真実義務
性質	積極的な義務 依頼者の権利・正当な利益を最善に守る	消極的な歯止め 虚偽を述べない・証拠を隠さない
求める行動	「最善を尽くせ」	「してはいけない」にとどまる （積極的に真相を明かす義務ではない）
ぶつかる場面	本人に有利な偽証への気づき 本人が身代わり犯だと分かったとき	同左（気づいた瞬間に対立が顕在化）

依頼者の利益を最優先すべきか、司法の公正さをどこまで優先すべきか——結論は1つに決めない

ここまでは、「どこまで動けるか」という権限の話でした。最後に、「その動き方にどんな縛りがあるか」という義務の話に移ります。弁護士には、まずこういう大原則があります。

条文 弁護士職務基本規程第5条

弁護士職務基本規程第5条

弁護士は、真実を尊重し、信義に従い、誠実かつ公正に職務を行うものとする。

この2つが、具体的な条文に分かれています。まず、誠実義務です。

条文 弁護士職務基本規程第21条

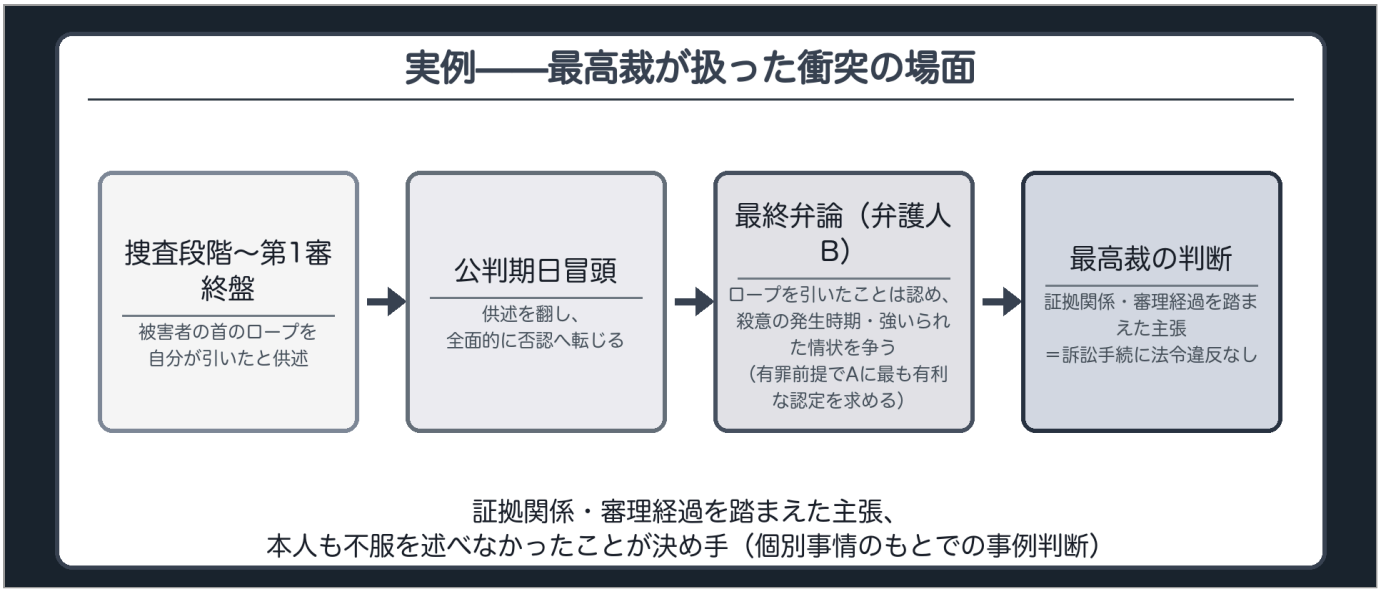
弁護士職務基本規程第21条

弁護士は、良心に従い、依頼者の権利及び正当な利益を実現するように努める。

【条文】弁護士職務基本規程第46条 弁護士職務基本規程第46条 **弁護士は、被疑者及び被告人の防御権が保障されていることに鑑み、その権利及び利益を擁護するため、最善の弁護活動に努める。**

誠実義務は、依頼者の利益を最善に守る、積極的な義務です。「真実を尊重」する真実義務はどうなんですか。弁護人にも、真相を明らかにする義務があるんですか。そこが誤解されやすい点です。真実義務は、積極的に真相を明らかにする義務ではありません。虚偽を述べない、証拠を隠さない、という消極的な歯止めにとどまる、と理解されています。「これをしてはいけない」という禁止にとどまり、「これをしなければならない」という行動までは求めない、という意味です。有罪を証明する責任は検察官にあり、本人には黙秘権もあります。もし弁護人が真相を明らかにする義務まで負えば、本人を守るはずの人が、本人に不利な事実を明かす役に回ってしまいます。だから真実義務は、嘘や証拠隠しをしない、という歯止めにとどまるんです。

問題は、この2つが正面からぶつかって見える場面です。例えば、本人に有利な偽証に弁護人が気づいたとき。あるいは、本人が実は身代わり犯だと分かったときです。この対立を、今日は結論を1つに決めつけません。依頼者の利益を最優先すべきか、司法制度の担い手としての公正さをどこまで優先すべきか、この対立の軸を持ち帰ってください。



この対立が、実際に裁判で争われた事件があります。殺人と死体遺棄の罪に問われた被告人Aです。Aは捜査段階から、「被害者の首に巻かれたロープを自分が引っ張った」という具体的な供述を、第1審の終盤まで続けていました。ところが、論告と弁論が予定されていた公判期日の冒頭で、この供述を突然翻し、全面的に否認へ転じました。国選弁護人Bは、被告人質問で、この新しい否認の言い分も法廷に出しました。ところが最終弁論では、ロープを引いたこと自体は認めたうえで、殺意が生じたのは引く直前で、強いられた面があったという、有罪を前提にAに最も有利な事実認定を求める主張を主軸にしました。

そしてAは、最終意見陳述でも、この弁論に対する不服を述べませんでした。弁護人のこの訴訟活動が、弁護人選任権や防御権の侵害に当たり、違法ではないか、と争われました。最高裁の判断を見てみましょう。

判例 最高裁第三小法廷決定（刑集59巻9号1847頁）

弁護人の弁論と誠実義務が争われた事件 **そこで検討すると，なるほど，殺人，死体遺棄の公訴事実について全面的に否認する被告人の第６回公判期日以降の主張，供述と本件最終弁論の基調となる主張には大きな隔たりがみられる。しかし，弁護人は，被告人が捜査段階から被害者の頸部に巻かれたロープの一端を引っ張った旨を具体的，詳細に述べ，第１審公判の終盤に至るまでその供述を維持していたことなどの証拠関係，審理経過を踏まえた上で，その中で被告人に最大限有利な認定がなされることを企図した主張をしたものとみることができる。また，弁護人は，被告人が供述を翻した後の第７回公判期日の供述も信用性の高い部分を含むものであって，十分検討してもらいたい旨を述べたり，被害者の死体が発見されていないという本件の証拠関係に由来する事実認定上の問題点を指摘するなどもしている。なお，被告人本人も，最終意見陳述の段階では，殺人，死体遺棄の公訴事実を否認する点について明確に述べないという態度を取っている上，本件最終弁論に対する不服を述べていない。以上によれば，第１審の訴訟手続に法令違反があるとは認められない。**

決め手は3つです。弁護人が、証拠関係と審理経過を踏まえたうえで、Aに最大限有利な認定を企図していたこと。否認後の供述にも触れて、検討を求めていたこと。そして、A自身が最終意見陳述で不服を述べなかったことです。この決定には、補足意見もあります。補足意見は、弁護人は依頼者の利益のために動く誠実義務を負う一方、法律専門家として真実発見にも関わる立場を持つこと、何が被告人の利益かの判断はまず弁護人にゆだねられること、最終弁論は意見の表明であって裁判所を拘束しないこと、これらを理由に、弁護人の主張が「専ら被告人を糾弾する目的」などでない限り、違法にはならない、という限定の基準を示しました。

これで、誠実義務と真実義務の対立に決着がついた、ということですか。そこは言い過ぎないほうがいいです。この判例は、「弁護人が本人の直近の言い分と違う主張をすること自体が常に許される」という一般論を立てたものではありません。この事案の証拠関係、審理経過、そして本人が不服を述べなかったという個別の事情のもとで、「違法ではなかった」という事例の判断です。さっき見た対立の軸に、実際に問題になった一例が重なった、という位置づけで受け止めてください。

今日のまとめ——弁護人は、どこまで動けるか

2本柱
- 本人を守る面と手続を健全に保つ面から
  本人の意思を超えて動く場面がある

3つの型（41条が入口）
- 固有権・独立代理権・包括代理権を
  条文の主語で見分ける

固有権と独立代理権の違い
- 本人の権利が消えれば独立代理権も消える
  （すべて固有権とすべきという見解もある）

私選と国選
- 権限の範囲は変わらない
  違うのは始まりと終わりだけ

誠実義務と真実義務
- 積極的に守る義務と消極的な歯止め
  ぶつかる場面では結論を1つに決めない

実例
- 証拠関係・審理経過と本人の不服なしという
  個別事情のもとで弁論を違法としなかった事
  例判断

今日の内容を振り返ります。1つ目。弁護人は、本人を守る面と手続を健全に保つ面という2本柱から、本人の意思から独立して動く場面があります。2つ目。41条を入口に、個別の条文の主語で、固有権、独立代理権、包括代理権の3つを見分けます。3つ目。固有権は弁護人だけが主語で、本人の意思や権利と無関係に行使できます。4つ目。独立代理権は本人の権利が土台で、本人の意思に反しても行使できるグループと、本人の明示の反対があれば止まるグループに分かれます。5つ目。包括代理権は明文の根拠がなく、本人の意思に反しない範囲で代わりに行います。6つ目。独立代理権は本人の権利が消えれば一緒に消えるため、すべて固有権として扱うべきだという見解があります。7つ目。権限の範囲は私選でも国選でも変わりません。違うのは始まりと終わり、同じなのは中身です。8つ目。誠実義務は依頼者の利益を最善に守る積極的な義務、真実義務は虚偽を述べないという消極的な歯止めです。この2つがぶつかる場面を、最高裁が個別事情のもとで扱った一例も見ました。

Aが「聞かなくていい」と言っていても、弁護人は82条2項の独立代理権として、勾留理由開示を請求できます。本人の落ち度を取り戻すための権限が、ここには働いています。