

# 刑事公判における弁護人の在廷

——いわゆる被告人抜き刑事訴訟法改正特例法案について——

馬屋原 成男

## 目次

- 一、緒言——刑事訴訟特例法案の廃案経過と問題の所在
- 二、刑事訴訟手続における弁護権に対する特例措置
- 三、憲法における刑事弁護権
- 四、改正要綱ないし特例法案の問題点

### 一

一 さる第八七通常国会は、昨年六月一四日、混乱のさ中で閉幕したが、前国会からの継続審議となっていたいわゆる「被告人抜き裁判法案」すなわち「刑事事件の公判の開廷についての暫定的特例を定める法律案」は、今回は審議未了となった（法曹三四六号昭五四・八・三四頁）。

この法律案は、最近における一部の刑事事件の審理にみられる異常な状況に対処するための当面の暫定的特例

刑事事件と公判における被告人の在廷（馬屋原成男）

として、刑事訴訟法二八九条一項に規定するいわゆる必要の弁護事件について、裁判所は、一定の条件の下に、弁護人がなくても開廷することができることにするため第八四通常国会（昭五二・一二・一九昭五三・六・六一六）に内閣から提出したものを。爾来一年有半にわたり、今次八七通常国会の衆議院で継続審議中であつた。

しかるに、去る六月十四日の閉会までの会期終了までに継続審議とする旨の議決がなされなかつたため弁護士会側では「自動的に廃案になつた」といつている。

しかし、審議未了は廃案ではないのであつて、廃案とは法案の取下げ撤回を意味する。ただ本件は「会期中に議決に至らなかつた案件は、後会に継続しない」という国会法第六八条所定の同一会期同一議案の不継続の原則により審議打ち切りとなつたにすぎない。だから一旦議決未了に終つたものでも、時をかえて、次国会に新たな案件として審議に上せることは可能である。

したがつて、その間に処した弁護士会等法曹界の努力は大いに卒直に評価されるべきこともちろんであるが、さればとて、これを廃案と目して、手を拱いて「国会に提出された法案が弁護士会の反対により廃案に持ち込まれたというのは、かつて例を見ないことである」などと安心してはおられないのである。

現に法務省は、早速七月五日のNHKのラジオ放送において、次のような報道をしている。

「法務省は、過激派裁判の公判が遅れがちの問題の解決について、日弁連の自主的な努力を見守りながらも、いわゆる特例法案を再び国会に提出する方針をかためています」として、「一旦廃案となつた同法案を再び提出する方針を固めたのは、法案を審議するかにみせて、日弁連の自主的な努力を更にながすねらいがあるものと思う。」というのである。この官房長の発言報道を受けてとつて日弁連は、法務省に質した結果、NHKの報道

は事実<sup>(1)</sup>に反するものと認め、全国弁護士会に通知し会員に周知方を要望した。

二 さわれ、われわれは、もう事が済んだと思つてはならない。ここで、かの有名なキルヒマン Kirchman の言葉を想起しなければならない。いわく、「立法者の三つの訂正の言葉で全文庫が反古になる<sup>(2)</sup>」といつて、彼は法律学の無価値性を極端な実定法主義の立場から喝破したが、はたしてそんなものだろうか。

かりに今次刑事訴訟に関する特例法案が今回いな将来廃案になろうと、形をかえて、再現されるおそれはないか。

はたせるかな、その後の七月二十四日には最高裁第三小法廷では、弁護人不在のままの審理公判を適法合憲なりとした判決を言渡した（憲法三七条三項違反でない。最判昭<sup>(3)</sup>）。事案は一審被告人とのトラブルから国選弁護人が辞任、次の国選弁護人の選任請求権を裁判長が認めないまま判決が言渡された昭和四四年の沖繩デー国鉄駅占拠事件に関する上告審であつた。判旨理由は「被告人が恣意に国選弁護人選任請求権を放棄したもので、その請求権行使が正当と認められない状況を被告人側がつくつたのだから、弁護請求権の濫用であつて、違法無効であるから裁判所はこれに応ずる義務なし」というにあつた。

問題の中心は、それが弁護請求権の濫用なりや否やの判定にある。もしそれ裁判所の一方的理由で、濫用視するなら、すべて弁護人不在の法廷を合憲適法として押し通してしまふ危険をはらむ。もとより、この判決は任意的弁護事件に関するものではあるが、それは私選の場合ではなく、国の附する国選弁護人の場合なのである。しかも任意的弁護事件であればこそ、弁護権濫用論は裁判所に有利に判定され易く、この理論構成は必要的弁護事件にも安易に持ち込まれる将来の危険をはらむ。

私が特に強調したいのは、法律の改廃という単なる実定法の問題にあらずして、法思想の問題である。弁護人抜き法律そのものは無くなっても、必要的弁護事件の場合でさえ弁護人抜きでも裁判出来るという思想の根底はなくなっていないからである。

かかる考え方が根底に残っている以上、これが何時如何なる事態にどんな形で再現するかも分らないからである。だから、審議未了ないし廃案になったからとて、決して安心は出来ない。われわれは、今この機会に問題のあり方と同法案発生からの動き経過を反省して対策の研究を怠ってはならない。

三 かえりみれば、今回の特例法案及びそれに続く弁護士自治への攻撃は弁護士会にとり、戦後最大の暗礁であり試練であった。これを取り切るにつき、幾多の難関があり苦難があり、日弁連以下各地の単位弁護士会の活潑な動きは毎号の「自由と正義」の論調や報道によって如何に全力を傾注して来たかがわかる。

はじめ法務省が必要的弁護人制度に例外を設けよとの趣旨の刑事訴訟法の改正法案が準備されつつありとの報道はいちはやく一昨年十月末からであった。

法務省は同法案を世論不評であったハイジャック対策の一環に資せんとするものの如くに見えた。これは当時クアラ Lumpur 事件（一九七五年八月四日、日本赤軍がクアラ Lumpur の米・スウェーデン大使館を占拠）の記憶も新らしく、とかく人質救命の名の下にハイジャック現行犯や拘禁中の囚人釈放国外追放に対する世論不評と犯人の早期処罰の要望をみてとつての思いつきの発想に出たものようであった。<sup>(3)</sup> それは事実法務当局者が、はじめはハイジャック防止のための特例法案というような名称を用い、その後刑法の一部改正という形式を「暫定的特例法」という単独立法に切り替えて後<sup>(4)</sup> もなお「過激派裁判正常化法」というような略称を用いていたことによつてもうなづけるのである。

しかし、その後弁護士会側の反駁があり、国会で質疑的となり、ついに法務大臣もハイジャック事件をきっかけにして公判の異状状態の正常化を期するための立案であって、ハイジャック事件処理のための立法趣旨ではないと答弁した。ハイジャックとは全く無縁のものとはいいい切れなくても、それは決してハイジャック事件だけに止まらず、かえって一般事件に適用される危険を包蔵しており、最高裁事務局当局もこの事に関連して、これを肯認するような記事資料を公表した(昭和五三年二月・法曹時報二九・二号最高裁事務局刑事局)ため弁護不在型審理の危惧が暴露され、益々紛争の度を加えるに至った。

その後の動きとしては

- (1) 日弁連は、同年四月二二日東京九段会館における「弁護士抜き裁判……阻止を訴える東京集会」開催に先立ち、「弁護士抜き裁判はこうなると起る」と題する、重要点六点の結論のみを上げた短い文面のビラを宣伝用に配布した。これに対し

- (2) 法務省は同年四月一日、参事官室の発表として、「日弁連等作成のビラについて」と題し、日弁連の結論的主張を数倍にわたる紙面で論駁し、「日弁連の言い分はすべて全く不当の言いがかりといわざるを得ない」と極言するに至った。これに対し

- (3) 同月十七日日弁連は、「日弁連ビラに関する法務省の見解について」と題しさらに法務省の見解を数千言を費しその上弁護士抜き裁判十問十答と題する自問自答書を添附して、論駁し、最後に

「弁護士抜き裁判」の阻止を国民に訴える集会のために作成されたビラの文言をとらえ、「全く不当の言いがかりといわざるを得ない」として、立法作業に従事する法律家の意見とは到底思われぬ言辭を弄して法案の正

当化を宣伝しなければならぬところに、この法案の異常性がある」と法務当局の論法を逆手にとっているところ(5)は、まさに紙上の当事者口頭弁論であった。かくして

(4) 同年四月十八日には日弁連会長談の形式で談話が発表され、「法曹三者の協議による意見調整を必要とするが、一に国民の理解に訴えて本案成立を阻止する」との建設的意見の発表がなされた。(6)

法務省、最高裁側からの意見の公表はこれ以上なかったようであるが、この時にあたり、二つのセンセイショナルな動きのきっかけができた。その一は、同年五月二日の岡原最高裁長官の本件立法に関する賛成意見的発言であり、その二は、国会内における自民党総務会の弁護士法改正による弁護士自治の強化検討着手であった。(8) この二つの事からは弁護士会側を刺戟して一層の危機感を高めたことを附記せざるを得ない。

- (1) 東弁新聞昭和五四・七・二〇第五〇号一頁
- (2) Kirchner, Julius von (Meyers, Lexikon 11. s. 63) "Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenshoft (1848 Beol.) ラートブルフ法哲学入門・田中耕太郎訳一七六頁
- (3) 伊藤刑事局長・八四国会法務委員会議事録二二号一六頁
- (4) 昭和五三・五自由と正義 No. 5. 29 所載、石島泰・過激派裁判正常化批判六二頁
- (5) 前誌・杉野修平八一頁
- (6) 昭和五三・八同志 No. 8 VOL. 29 所載・川端和治(国会衆議院法務委員会に於ける弁護士抜き裁判特例法案審査の概要) 五二頁
- (7) 昭和五三・六同志 No. 9 VOL. 29 所載・杉野修平(日弁連参考人国会へ)七七頁、「はっきりやればよい」昭五三・五・三朝日
- (8) 五月一二日自民党総務会「弁護士法改正で決議政調審議会で検討開始」昭和五三・八自由と正義 No. 8. Vol. 29・七二頁

四 本稿の目的は、刑事訴訟法における弁護権の使命機能から、旧臘十二月十九日法制審議会刑事法部会で可決、本年一月二十三日法務大臣に答申した刑事訴訟法一部改正要綱（以下要綱と称す）とそれを過激派事件の裁判に限定する「刑事事件の公判の開廷についての特例法」案に対する批判である。

刑事訴訟手続における弁護人の立会権の特別の例外措置を立法化しようとするこの法案に対し、在野法曹の世論は、弁護人抜き裁判という表現をもって喧伝抗争しているが、これでは、当事者の一方たる被告人の代理人たる弁護人のいない、裁判所と原告者たる検察官だけの裁判を意味する世上の誤解を生じ易い。

弁護人が在廷しない裁判所と検察官のみの刑事裁判なるものは、いやしくも必要的弁護制度が単なる従来（旧刑事訴訟法）のような刑事訴訟法上の制度であったことから、憲法上の制度として、憲法第三七条にうたわれるに至った以上、あり得ないのであって、何故この問題が最近提起されるに至ったのか、その動機原由如何。

問題は (1) 必要的弁護制度は刑事公判において被告人の人権を守るための絶対的必要のもので、この原則には絶対に例外を認めてはならないか。(2) 刑事公判において非常止むを得ない場合に弁護人の在廷なくして審理裁判することを許すか、(3) また許すとせば、如何なる場合、如何なる事件に限定するか、またこの場合運用のあり方如何、弊害防止の方策如何であろう。

本来刑事弁護制度ことに必要的弁護制度の目的は、ドイツ、フランス諸国において、誤って有罪とされて刑罰を受けることを防止せんとするにあり、この点確定後の誤判をくつがえし犯人を救わんとする再審制度の立法趣旨とその軌を一にするものである。

すなわち、何れも誤判防止という刑事政策の一環であって、ただ再審が事後の救済であるなら、必要的弁護制

度はその事前の防止であることができよう。

したがって、同じく刑事訴訟法の一部改正として、すでに問題となつてから久しい再審制度の改正と、必要的弁護制度の改革ともいうべき今次改正要綱ないし特例法案は大いに関連性をもつのであつて、両者のこの関連性を抜きにして正しい考察はできない。

また必要的弁護制度の改正は、現在懸案中の刑法改正や、少年法改正、監獄法改正（とくに代用監獄）問題等すべての刑事法制の動向ともつよい関連性をもつ。

けだし、改正刑法草案による各種犯罪の重罰化の結果は公務執行妨害罪、多衆暴行、多衆脅迫、準恐喝等必要的弁護事件を、刑事訴訟法の改正をまたずして当然自動的にふやすことになるからである。（渡辺修・弁護人抜き裁判の危険性と審理の実態・法律時報昭五三・三・三一頁）

## 二

### 五 わが憲法中弁護権に関する中心規定は第三七条第三項の

「刑事被告人はいかなる場合で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」というのであつて、これは正に国選弁護制度と共に被告人被疑者の弁護人依頼権は憲法が保障していることを示すものであつて、本条が、必要的弁護制度の基盤をもつ。そしてこの憲法上の要請を基盤として、刑事訴訟法第二八九条は



「①死刑又は無期若しくは長期三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ができない。

②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附さなければならぬ。

と規定している。これを必要的弁護制度といっている。

ところで、この点に関し、法制審議会における刑事局長の説明は、「必要的弁護事件は弁護権について憲法上の保障のなかった旧刑法時代<sup>(1)</sup>にも規定されていたものであり、必要的弁護事件を規定するかどうか、またどのような範囲で規定するかは立法政策の問題として、刑事訴訟法が定める問題であり、憲法の要請そのものではない」と論断している。

しかし、この見解は、沖繩デー事件等における下級審の判例（例えば、昭四七・一・一四東地判・判例時報六五七・二七、熊谷弘・国選弁護人の保障の意味と国選弁護人の辞任問題（法曹時報三・一・八・昭四六・三〇））にあらわれた裁判所の見解に影響されたものの如く、正しい見解ではない。

これでは、弁護権に関する憲法の規定は後から出来たから、すでに出来ていた旧新を通する刑訴法上の弁護権とは関わりがないといっていることになり、刑事弁護権は憲法条規の改正がない限り刑事訴訟法上の原則たる弁護権を奪うことができなくなった基本原理を無視することになる。

一体何がゆえに刑事被告人の人権に関する限り刑事訴訟法の規定事項を重ねて憲法上これをうたわなければならなかったか。

おもうに人権保障に関する刑事手続は、弁護権の規定をふくめ、挙げて憲法自体に規定した所以は、いやしくもこの種人権保障の規定は、単に刑事訴訟法上規定することを以て足らずとし、それは実に刑事訴訟法の改廃を以てしても、許さない趣旨を憲法自体にうたったものである。

六 かく解すると、刑事訴訟法上の基本的要請はすなわち憲法の要請なのであって、憲法上の要請を無視して刑事訴訟法上の要請を云々することはまさに本末顛倒といわざるを得ない。もちろん、刑事局長説明の如く「必要の弁護事件をどのような範囲で規定するか」というような如何なる事件を如何なる条件で、必要的弁護事件とするかどうかの具体的な個々の条件、限界等は技術的な問題として、刑事訴訟法に任かせてよいが、一般的な弁護権依頼権、選任権の帰趨に関する基本的原理はあくまで憲法の原理に沿わざるを得ないのであって、いたずらにこれが例外の名の下に馴馳ことを許さないのである。

かく考え来れば、憲法第三七条第三項の規定は、それに先行する

(1) 公正裁判の保障規定たる同条第一項の「すべて、刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する」という規定と、

(2) 証人尋問権を保障した同条第二項の

「刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ、又、公費で自由のために強到的手続により証人を求める権利を有する」との規定及びそれらすべてに先行する

(3) 適正手続の理念たる第三一条の「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」との規定、更には、

(4) 勾留理由開示請求権を保障した第三四条の

「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ……拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない」との規定の立法趣旨とを総合して考え合すならば、まさに憲法三七条三項の規定は形式的に弁護人依頼権選任権のみならず、実質的な弁護人の弁護を受ける権利と共に弁護活動そのものの実質的具現的保障を意味するものといわざるを得ない。したがって、この意味で、刑事訴訟手続で、当事者主義を貫くためには、<sup>(2)</sup> 必要の弁護制度の必然的要請理由が旧法とは全く違った感覚で、認識されなければならない。

こうなると、もはや、刑法二八九条の必要の弁護制度が憲法三七条三項とは全く無関係のものとして、これを別視する考え方のまちがいであることがわかる。

すなわち、刑法二八条も私選国選を通じ、憲法三七条と同じく同条三号による弁護権の保障を具現した規定としてとられなければならないのであって、(田宮裕編・刑事訴訟法五四四頁、横山晃一郎・必要の弁護事件と被告人の人権・法律時報特集・六〇四号・昭五三・三・二六頁)、実質的に見ても、官僚組織たる検察裁判機構をもつわが司法制度において、当事者主義を実質化するために弁護人の保障は不可欠の基本的人権の一種として取扱われなければならない重大なプリンシプルであって、これを徒らに無視することは違憲のそしりを免れないだろう。

(1) 旧刑訴三三四条一項

(2) 改正案要綱に対する日弁連意見書(昭五三・一)自由と正義特集(昭五三・二)九二、九三頁庭山英雄・刑事訴訟法

一部改正問題の批判的考察・同誌同号五六、五七頁、竹沢哲夫・弁護人抜き裁判特例法案の問題点・自由と正義（昭五三・三）六一頁、三井誠・弁護人抜き裁判・特例法案の検討・自由と正義特集（昭五三・三）九頁。

けだし、国選弁護は被告人の明示の放棄がない限り、付すのが憲法三七条三項の要請であって、「必要的弁護こそは国選弁護の本質といふべきであるから」刑訴二八九条では死刑、無期その他の重罪事件について、特に重大であるからこそこのことを確認した規定にすぎないとみるのが至当の考え方である。ただその重罪事件の範囲限界を同法がきめるにすぎないのである。

本要綱の内容を仔細に検討すると、その立法目的が何であるかにせよ、右に述べたような憲法保障の弁護人の弁護を受ける自由を奪うことになりはせぬか。

政府側は、憲法は改正しなくてもその下に成立した法は憲法第三条の法律手続の原則には反しないというかも知れない。しかし、憲法三一条はその手続には単に形式的法律主義をうたったものではなく、実質的にその法律の内容が適正のものでなければならぬこと、アメリカ修正憲法デーブルセスの名の如くもはや通説とされている。（団藤刑事訴訟法網要二〇頁T・I・エスマン・現代アメリカ憲法三〇二頁）

はたして然らば、この憲法保障の弁護権が行使出来なくするように法律で改正する場合に、決して、軽々に、国民いかな被告人（被疑者）が弁護権を自ら放棄したとか、放棄に同意したとか放棄したものと推定するなどから推定規定や推定理論をもって国民に誣いてはならない。

いわんや国の過失失策によって、裁判が著しく遅延した、裁判が出来なくなった場合国らの責任を棚に上げて、これを国民に転嫁して迅速裁判のためと称して、弁護権を奪うようなことは断じて許されない。

今次改正要綱案ないし特例法案には左の五点につき問題がある。

第一は、刑事被告人の弁護士依頼権は憲法上保障された絶対的な原則であるか。

第二は右弁護士依頼権は被告人の自由な意思によっても放棄できないか。

第三は特種例外の場合は弁護士放棄を認めてよいか。

第四、右の場合特種例外の場合は法律上明定すべきではないか。

第五、被告人の任意弁護士放棄を認める場合は明示的意思表示に限るべきであって、放棄の推定、擬制をみとめるべきではないではないか。

という諸点である。

はじめ、昭和五二年一月二八日付「刑事訴訟法の一部改正要綱によると、叙上の憲法上の被告人に対する必要的弁護士保障の原則を廃除して一般的な例外を認めようとするものであって、同要綱案は「裁判所は刑事訴訟法第二八九条第一項に規定する事件について」としてすべての必要的弁護士事件に適用されることを前提とした刑事訴訟法本法の一部改正の形式をとり、同法第二八九条の二の新設が、同月二八日開催の第八八回法制審議会総会で議する旨通知を發したこと、まず、日弁連会長の反対声明によりその法改正の中止を強く要請したため、俄然これに呼応して朝野の議論を沸かすに至った（昭五二・一一・九会長宮田光声、同二二申込書、同一二・一九同会長談庄太郎、自由と正義（昭五三・一）五頁・一一七頁一三二頁の各单位弁護士会長声明）

刑事事件と公判における弁護人の在廷（馬屋原成男）

その間本年一月二三日の法制審議会が、同刑事法部会の報告を受けて右の趣旨の刑訴法の一部改正を答申した直後から、法務省は、弁護士会をはじめとする輿論の動向を察知して、右要綱案が一般的例外規定であったのに対し、これを特種のハイジャック事件等の過激派事件だけに特定限定しようとする動きが出たため、本法の一部改正によらずして、これに代えて、その趣旨の単独法案構想のもとに、一月三〇日付で、「刑事事件の公判の開廷についての特例を定める法律案」（以下特例法案と称す）なる名の下に臨時措置的立法案を発表した。

かかる経緯から法務省は始め意図した改正は世論の反撃にあい刑事訴訟法の一部改正の形式を捨て、本法以外の特例法案の形式をとらざるを得なくなったが、その内容そのものは、全く同じであって、僅か三日間の審議のみで十分な審理を尽さず、前記五問題の糾明研究をなおざりにして、左の如き論理構成の骨組で

一 刑事被告人は、いかなる場合にも憲法上の弁護権を有するが、右弁護依頼権はどんな事件でも被告人の自由意思によりこれを放棄することができる。

二 しかし、たとえ被告人が明示の放棄意思を示さなくても、法案規定の四つの例外の場合は、どんな事件でも、右放棄の意思が明示されない場合に弁護人依頼権の放棄があったものと推定する」として特例法案を立案してしまったのである（大坪憲三・弁護人依頼権は放棄できるか・自由と正義特集（昭五三・三）七六頁）

(1) 昭五二・一一・二八法制審議会総会、同一二・一五、同一九、同刑事法部会審議初めから二回と予定され八時間足らずに結論を出し、改正の必要性、緊急性については当然の前提としているかのようで、この改正のもたらす諸種の影響については関心を示さず、結論を急いだとの日弁連側の印象であったという（昭五三・二・「自由と正義」特集刑訴法一部改正(2)五〇頁——や五四号中村茂八郎・法制審議会の経過と日弁連の取り組み方参照）

#### 四

以下各論的に検討すれば、

(一) 憲法の要請を基盤とする刑訴法上の必要的弁護権は絶対的のものか、現行刑訴法上の解釈として例外を認める余地ありや。この点に関し、現行刑訴法第二八九条第一項は

「死刑又は無期若しくは長期三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ができない」とあるから、一応絶対的のものにみえるが、このいわゆる「審理する場合には」とは、実体的審理を行う場合と解するから、それは当事者が実質的な攻撃防禦戦の口頭弁論の場合を意味し、例えばすでに弁論を終結した後の判決言渡期日における立会権などは含まないとして、弁護人の立会を不要とする説がある。すなわち従来の判例通説のところである。<sup>(2)</sup>

しかし、かかる言渡期日の弁護人の立会権は、被告人の利益に重大な関係のある弁護権の一部である。けだし判決言渡期日であっても弁護人が立会っておれば、言渡期日の変更申立(二七六条)や弁論再開申請(三二二条)や、さらには証拠調の請求(二九八条)も許される弁護活動のチャンスがあるのであるからであって、もし弁護人が、その公判期日を過ぎて出廷しなかった場合、当然これらの弁護権発動の機会を奪われるなら、不法な弁護権侵害といわざるを得ない。

また第二項の「弁護人が出頭しないとき」とは、文理解釈上弁護人がただ在廷しないときというのではない。したがって、それは始めから弁護人の故過又は過失にせよ、始めから出頭しないときを意味し、始め出頭してい

たが途中から許可なくして退廷していなくなった場合とか、裁判長から法廷秩序維持のため退廷を命ぜられて退任して不在廷となった場合を含まないとするのが当然の解釈であろう。

けだし、これらの場合は始めから弁護人は出頭していたが、公判途中からの事情で、退廷しまたは退廷を余儀なくされたにすぎないからである。この場合の弁護士に対する制裁ないし懲戒如何は別個の問題であって、だからとて、かかる場合弁護人不在廷のまま審理してよいかどうかは現行法上何等の規定がないのである。

しかるに被告人本人には、まずその在廷義務（二八六条）を前提としてかかる場合、刑訴法三四一条に明文がある。いわく、

「被告人が陳述せず、許可を受けなくて退廷し又は秩序維持のために裁判所から退廷を命ぜられたときは、その陳述を聴かないで判決をすることができ」というのである。

そこで、これを弁護人の場合に準用し、「弁護人が許可を受けなくて退廷し、又は秩序維持のために裁判長から退廷を命ぜられたときは、その弁護人の陳述を聴かないで判決をすることができ」とするものである。

これは、初め、チッソ水俣病事件で下田裁判所の示した見解であって（東京地裁決定昭四八・六・六判例時報七一三・一四三頁）、被告人のみに関する刑訴法三四一条を何等の明文なくして、訴訟法上の地位の異なる弁護人に類推したことはまさに違法といわざるを得ない。<sup>(3)</sup>

けだし、弁護人は一般的には被告人の代理権者であるが、同時に訴訟法上被告人の持っていない職務上の権限をもつ独立機関だからである（例えば、身柄拘束中の被告人（被疑者）との接見交通権（三九条）、訴訟書類証拠物の閲覧謄写（四〇）、証拠保全の処分に関する書類、証拠物の閲覧晴写（二八〇I）、控室の立会権（一七〇）、



上訴審における弁論（三八八・四一四）等）。

この判例は、必要的弁護事件である傷害事件の公判で、弁護人及被告人が裁判長の在廷命令に反して退廷したため、被告人ことに弁護人の在廷しない法廷で手続を進めることの適法性につき判旨は「被告人の在廷義務を国法上の義務となし、それを受けて刑訴法二八八条は被告人の在廷義務裁判長の在廷命令権を規定し、刑訴法三四一条は、その被告人の在廷義務違反の訴訟法上の効果を定めているが、弁護人にはこの規定はないが、かりになくても当然刑訴法二八条二項により検察官が公判期日において出席義務を負うと同様裁判人も二八九条一項により常に出頭を要するものであって、すなわち、必要的弁護事件では弁護人立会が公判開廷の要件たるのみならず、審理継続の要件でもあるから、弁護人の在廷義務及その強制に関する訴訟上の効果に関する規定をおかなかつたのは検察官同様当然の義務である」とする（判例時報七一三号一四二・一四三頁）。

そして同決定自身「明文がないのは当然の条理として措かなかつたにすぎず、毫もこれを否定する趣旨ではない」としている（一四三頁）かく解するならば、だからこそ、私は、現行刑訴法上の解釈としては、弁護人は不可欠の在廷条件であつて、たとえ裁判所が適法に弁護人に退廷命令を発した場合であつてもこれを排除したまま審理を強行することは——その在廷命令に従わなかつたことに対する制裁は別にし——刑事訴訟の目的に反するものといわざるを得ない（同旨田宮裕・刑事訴訟法五四四項）。

現にこの趣旨を肯定し、前記東京地裁の決定の趣旨に反する判例としては昭和五〇年五月一五日の大阪高裁の判例がある。いわく

「必要的弁護事件であつても、弁護人が在廷命令に従わず出廷の勧告に応じないような場合でも弁護人なしに審

理を進めることは許されない」とする（判例時報七九一号一二六―一二七頁）。

けだし、かかる場合は、二八九条二項後段の「弁護人がないとき」にあたるから、裁判長は職権で（他の）弁護人を附しなければならぬからである。

しかし、憲法三七条三項にいわゆる弁護人を依頼する権利はあくまで国民の権利であるから、これを個々の場合に放棄するかどうかは別個の問題であって、もし弁護人を排除したまま審理を進めるためには、弁護権放棄の問題をふくめ特別の立法を要するものと解せざるを得ない（田宮、同説）。

今次要綱案ないし特例法案の三号、四号は、その特別立法で解決しようとしたものの如くである。かりに弁護人不在を適法化する立法が例外的に憲法の趣旨に反しないにしても、事の性質上それは極限されたものでなければならぬこと当然である。要綱がすべての事件に特別措置が行われることになっていたのに対し、特例法では、その第一条で適用の範囲を「いわゆる過激派事件」に関してのみを極限するようであるが、問題は適用範囲如何である。一部改正案を特例法案第一条のように表現を多少限定したとしても「最近における一部の刑事事件の審理に見られるような異常な状況に対処するため」とあり、その立案の動機が要綱の説明の如くハイジャック等の過激派事件を一つの楔機に処理上の当面の措置として考えられたまでであって、その適用される対象事件の限界を指示するものではなく、如何なる事件に適用するのか、その範囲限界は依然として不明である。例えば、ハイジャック事件等は最近の一部の異状状況の例示であって強いていえば、本法発動の主な楔機を示唆するものであって、決して適用範囲限定の規定ではない。

また「異常の状況の発生した」との状況判断は裁判所の一方的見解に任かすのか、それとも裁判、検察、弁護

三機関の協議によって決めるのか、毫も明らかでない。

また要綱ないし特例法案の一号、二号の場合において、

(1) 弁護士を解任又は辞任させたことが、被告人が訴訟を遅延させる目的であったときとか

(2) 弁護士自らが訴訟遅延の目的で辞任したとかの事実の判定を裁判所の恣意で判断させることは、訴訟遅延を防ぐためと称し、訴訟進行に名を藉る弁護士不在の審理公判の弊害を助長することになるだろう。

この弊害は要綱特例法案三号、四号の各後段すなわち、(3)三号後段では弁護士が裁判長の許可を受けずに退廷したとき

(4) 四号後段の弁護士が法廷における秩序を維持するため命じられて退廷したときにこれを適用する場合益々著しくなるであろう。

例えば三号後段の場合、弁護士の退廷を裁判長が不当に許さなかった場合とか、四号で裁判長が違法又は不当な退廷命令を強行して弁護士を退廷させた場合等である。

これらの場合当然にその弁護士を無視して公判を進行させてよいだろうか。なるほど法廷警察権、訴訟指揮権は裁判長の独占的職権であるが、しかも、その行使はやはり当事者主義的訴訟法の枠内における訴訟行為であり、事実行為でなければならぬのである（団藤・刑訴法綱要四六六頁）。

被告人の意思に反しないことの推定擬制が許されるか。要綱ないし、特例法案は、右の場合の救済措置として、但書（特例法二条但書）に

刑事事件と公判における弁護人の在廷（馬屋原成男）

「ただし、第二号若しくは第三号に規定する弁護人の行為又は第四号に規定する退廷を命じられる理由となった弁護人の行為が被告人の意思に反すると認めるときはこの限りでない」

として、かかる場合は本人の意思を尊重して弁護人不在のまま公判を進めることができないことにしている。

政府の刑事局説明によれば、

「弁護人の行為がいずれも被告人の意思に反すると認められるとき」とは、「被告人が弁護人の弁護を受けるといふ憲法上の権利を放棄したと評価することのできない場合である」といつているが、一体憲法七三条に保障する国民の弁護人依頼権を放棄するというようなことがいえるかどうか、政府は憲法保障の国民としての被告人の弁護人依頼権と個々の被告事件の弁護行為とを混同した過りを犯しているのではないか。被告人の具体的事件における自己の弁護人の弁護行為の依頼放棄とは別個のものなのである。仮りに憲法上の弁護人依頼権は放棄の觀念になじまないが、当該事件における個々の弁護の弁護活動を放棄するや否やは各被告人の自由であるとしても、特例法の如き立言法では、「弁護人の行為が被告人の意思に反すると認めるときはこの限りでない」とは

- (1) 被告人の意思に明示的にせよ黙示的にでも反する場合はもちろん、
- (2) 明示黙示の意思はなくても、本人の意思を推測して四囲の事情から、本人の意思に反するものと認められる場合も含むということになる。

かくの如きは、一種の放棄の擬制であって、しかも、実は弁護人依頼権の剝奪ではないかという重大な疑問を抱く。<sup>(4)</sup>

法務省側は、「弁護人依頼権の放棄は許される」と題する論作を判例タイムズ第三五九号の巻頭言で藤永参事

官名で発表したが、その論駁は古賀正義氏により自由と正義（昭五三年五月号）誌上になされている。<sup>(5)</sup> その結論として古賀氏いわく、

「私は弁護士依頼権のような基本的人権を放棄することができるか否かについて疑問をもつが、仮りに放棄し得るとしても、そのためには、明示の意思表示のみならず、連邦最高裁で五〇年来確立しているようなきびしい制限を附すべきである。まして被告人の行動その他から放棄を擬制するようなことは到底違憲のそしりを免れないと思う」と。<sup>(6)</sup>

ベンサムいわく、法的擬制は「最も邪悪で下劣な部類のうちだ」といった（the most pernicious and basest sort of lying）「擬制は虚偽であり、そして擬制の多いイギリス法を非難してイギリス法においては擬制はすべての血管の中を流れる梅毒であり、組織のすべての部分に腐敗の原理を運びこむ」といっており、擬制の使用は裁判官と法自体に対する尊敬の念を減少させる。今日法における擬制は完全に放棄されるべきである<sup>(7)</sup>との言は、いま被告人に対し弁護士権放棄の擬制を法的に認めようとしていた本法案の根本思想にかんがみ大いに聞くべきものがある。

- (2) その後の同旨のものとして昭五一・六・一五東京地裁・判例時報八二四号・石川顕・ジュリストNo.六六六・一九五頁
- (3) 昭三〇・一・一一最高判・刑集九・同年三・一七最高判刑集九・昭和四〇・九・二七名高裁判集六
- (4) 古賀正義（昭和五三・五）No. 5. Vol 29<sup>7</sup> 七七頁
- (5) アメリカ修正憲法六条、アメリカ連邦最高裁判判例同誌七三頁以下に紹介
- (6) 同誌七七頁。
- (7) シェローム・フランク法の現代精神八四頁―八五頁