

# 特別弁護士制度の活用に向けての 基礎的考察

吉 井 匡\*

## 目 次

序 章	はじめに
第 1 章	特別弁護士制度
第 2 章	最 3 小決平成 5 年10月19日について
第 3 章	特別弁護人の役割に応じた分類と制度利用の可能性
終 章	制度提案と今後の展望

## 序 章 はじめに

刑事訴訟法31条1項（以下、刑事訴訟法については条項号番号のみ記す）は、「弁護士は、弁護士の中からこれを選任しなければならない。」と規定している。ここにいう弁護士とは、「弁護士になる資格を有し、かつ、現実に弁護士名簿に登録されている者」<sup>1)</sup>を指す。弁護士を弁護士の中から選任しなければならないのは、「刑事訴訟手続において被告人又は被疑者の権利を適切に擁護するためには、裁判官及び検察官と同様に法律実務の専門家である弁護士が弁護人となる必要がある」<sup>2)</sup>からだとされる。一方、同条2項は、「簡易裁判所又は地方裁判所においては、裁判所の許可を得たときは、弁護士でない者を弁護人に選任することができる。ただし、地方

---

\* よしい・たすく 香川大学法学部教授

1) 中山善房ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第1巻』343頁〔永井敏雄〕（青林書院、第3版、2022年）。

2) 中山ほか編・前掲注 1) 343頁〔永井敏雄〕。

裁判所においては、他に弁護士の中から選任された弁護人がある場合に限る。』<sup>3)</sup>とし、弁護士以外の者が弁護人となることを一定の条件の下で許容している。これが「特別弁護人」と呼ばれる制度である。なお、以下本稿では、特別弁護人と区別するため、弁護士資格を有する弁護人のことを、「弁護士弁護人」と呼ぶこととする。

特別弁護人制度は、過去にはいくつかの著名事件において利用されている。例えば、現行法の下では「チャタレー事件」や「悪徳の栄え事件」、「丸正事件名誉毀損事件」で、評論家や作家、文学者らが特別弁護人に選任されている<sup>4)</sup>し、また、珍しい事例として、「徳島ラジオ商殺人事件」の死後再審公判において、元被告人の妹が特別弁護人に選任されたものがある<sup>5)</sup>。しかし、今日において特別弁護人制度が多く活用されているわけでもなく<sup>6)</sup>、学界における関心も極めて低いのが現状である<sup>7)</sup>。

では、「特別弁護人の使命はほぼ終了した」<sup>8)</sup>ののだろうか。今日の刑事弁護において本制度を活かす術はないのだろうか。あるいは、刑事手続が抱える問題の解決に、特別弁護人が資することはないのであるか。このような問題意識の下、本稿の目的は、特別弁護人制度の現状及び、その運用に影響を与えた判例について再度検討を加えつつ、本制度の活用の可能性を探ることである。

---

3) かつては、簡易裁判所と地方裁判所に並んで、家庭裁判所でも特別弁護人の選任が可能であったが、これは、少年法37条が一部の成人の刑事事件の事務管轄を家庭裁判所と定めていたからである。2008年の少年法改正で37条が削除された際、同時に刑事訴訟法31条2項からも、「家庭裁判所」の文言が削除された。

4) 朝日新聞1962年3月6日付夕刊。

5) 読売新聞1985年1月31日付夕刊。同紙によれば、特別弁護人である妹は約2000字の陳述書を5分間にわたって弁護人席で読み上げたという。

6) より正確には、統計がないため不明である。この点は後述する。

7) CiNiiで検索を行った結果、直近10年間に「特別弁護人」を論題に含む論考は存在しない。

8) 石丸俊彦「公訴提起前の被疑者は、刑訴法三一条二項により、特別弁護人を選任することができるか」判評427号72頁（1994年）。

## 第1章 特別弁護人制度

### 第1節 制度の沿革<sup>9)</sup>

弁護士資格を有しない者が弁護人となることを認める規定は、我が国においては治罪法以来、以下の通り一貫して置かれている。

・治罪法266条2項：「弁護人ハ裁判所所属ノ代言人中ヨリ之ヲ選任ス可シ但裁判所ノ允許ヲ得タル時ハ代言人ニ非サル者ト雖モ弁護人ト為スコトヲ得」

・明治刑事訴訟法179条2項：「弁護人ハ裁判所所属ノ弁護士中ヨリ之ヲ選任ス可シ但裁判所ノ允許ヲ得タルトキハ弁護士ニ非サル者ト雖モ弁護人ト為スコトヲ得」

・大正刑事訴訟法40条2項：「裁判所又ハ予審判事ノ許可ヲ得タルトキハ弁護士ニ非サル者ヲ弁護人ニ選任スルコトヲ得」

上記3規定に共通するのは、上告審の弁論を除いて、弁護士弁護人と特別弁護人との間に行使可能な権限の差が見られないことである。また、大正刑事訴訟法の下では、特別弁護人は予審段階まで関与が認められており、「特別弁護人に選任された者の権限は大であった」<sup>10)</sup>といえる。

### 第2節 現 状

現行刑事訴訟法は、先述の通り、31条2項に特別弁護人についての規定を設けている。なお、387条及び414条の規定からも明らかな通り、控訴審及び上告審では特別弁護人の選任は認められていない。また、後述の最3小決平成5年10月19日は、被疑者段階での特別弁護人の選任を認めないことを明らかにした。さらに、大正刑事訴訟法以前は、特別弁護人が単独で弁護人となれたのに対し、現行法では、地方裁判所においては弁護士弁護

---

9) 沿革の詳細については、石丸・前掲注8)70頁～71頁参照。

10) 石丸・前掲注8)70頁。

人がいる場合でないと、特別弁護人を選任できないとした。つまり、「刑事訴訟法の歴史は、まさに弁護制度拡充の歴史であった」<sup>11)</sup>と評される弁護士弁護人による弁護権拡充の流れとは逆に、特別弁護人については、大正刑事訴訟法から現行法へと移行する中で、明らかに権限の縮小が図られたのである。

次に、現在の特別弁護人制度の利用状況についてであるが、従来公表されていた統計が、1998年を以て公表を打ち切られたため、現状では把握が極めて困難である。かつて、司法統計年報では、1952年以降の特別弁護人の選任件数が公表<sup>12)</sup>されていたが、そこからは1980年代初頭までは、毎年100人以上選任されていたことが分かる。もっとも、全体の傾向を見れば、選任件数は漸減傾向であったし、統計の公表が打ち切られる直前の数年間は年間数人程度の利用にまで落ち込んでいた。今日でもおそらくこれと同程度の利用状況であろうと思われる。少なくとも近時、特別弁護人制度が活発に利用されるようになったことを示す論説や報道は管見の限り存在しない<sup>13)</sup>。

---

11) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』（創文社、第7版、1967年）115頁。

12) ただし、これは簡易裁判所及び地方裁判所における統計であり、脚注3)の通り、2008年の少年法改正以前は家庭裁判所においても特別弁護人が選任される可能性があったが、それは本統計には含まれていない。

13) 従って、以下本稿では今日においても統計公表打ち切り直前の状況と同様、特別弁護人制度はほとんど利用されていないことを前提として論を進めることとし、本前提に修正を迫る事実が明らかになった際には、別稿を期したい。

地方裁判所及び簡易裁判所において特別弁護人のついた被告人数<sup>14)</sup>

年	通常第1審事件 の終局総人員	特別弁護人の ついた被告人数			
			1976年	82,992	117
1952年	162,346	562	1977年	83,084	82
1953年	145,787	487	1978年	84,339	94
1954年	141,420	435	1979年	83,059	91
1955年	130,727	567	1980年	82,643	52
1956年	124,179	441	1981年	81,393	36
1957年	111,685	235	1982年	81,848	53
1958年	107,421	174	1983年	81,815	27
1959年	112,001	213	1984年	82,509	19
1960年	106,180	167	1985年	81,093	16
1961年	101,778	213	1986年	78,602	17
1962年	98,652	360	1987年	76,483	16
1963年	95,637	435	1988年	70,441	16
1964年	93,674	271	1989年	64,183	12
1965年	97,486	317	1990年	60,195	4
1966年	96,094	283	1991年	56,922	4
1967年	89,241	236	1992年	56,604	2
1968年	87,127	238	1993年	58,871	4
1969年	76,551	241	1994年	60,286	3
1970年	75,844	401	1995年	61,475	1
1971年	78,932	158	1996年	64,421	2
1972年	84,604	179	1997年	66,905	0
1973年	79,057	194	1998年	68,953	3
1974年	74,856	174			
1975年	77,396	165			

以降、統計公表打ち切り

14) 昭和27年から平成10年までの最高裁判所事務総局編『司法統計年報（刑事編）』を元に筆者が作成。

### 第3節 評 価

横井大三<sup>15)</sup>や熊谷弘<sup>16)</sup>、石丸俊彦<sup>17)</sup>は、「非弁護士の法律事務取扱……を助長する」<sup>18)</sup>、「(法律的知識がないので)訴訟を円滑に行うことができない」<sup>19)</sup>、「証人として、事実を述べる方がはるかに有効」<sup>20)</sup>、「(特別弁護人に処理させるのは)弁護士としての大切な任務の放棄」<sup>21)</sup>、「特別弁護人の使命はほぼ終了した」<sup>22)</sup>などと、特別弁護人制度疑問論や不要論を展開しており、(元職を含む)法務・司法当局者の中には、特別弁護人制度について否定的見解を有する者もいたことが確認できる。なお、最高裁判所事務総局刑事局も「法律に素人である者が特別弁護人となっても、必ずしも法廷での十分な弁護活動がなし得ないこと、むしろ、証人や鑑定人となって、その知識経験等を証拠として生かす方が得策であることなどが特別弁護人のついた被告人数が減少してきた理由であろうか。ただ、現在でも、特別弁護人の選任をめぐる紛議により、審理が長期化する事件があることは問題といえよう。」<sup>23)</sup>と述べている。

一方、佐々木史朗<sup>24)</sup>は、「形式的な弁護士資格を有していない者であっても、実質的な弁護能力を有している者であれば、被告人が欲する場合にはこれらの者を弁護人に選任させても実質的に弁護人を依頼する権利を害することにはならないし、また法律家たる弁護士以外の者の弁護活動が有益であるという特別の事情のある場合にはこれを認めた方がより弁護を受

---

15) 当時・法務府検務局調査課長。

16) 当時・東京地方裁判所判事。

17) 当時・早稲田大学教授、元・判事。

18) 横井大三「弁護人に関する二、三の問題」警研22巻10号21頁（1951年）。

19) 横井・前掲注18) 23頁。

20) 熊谷弘「特別弁護人についての考え方——それはどういう場合に有用か? ——」判時430号4頁（1966年）。

21) 熊谷・前掲注20) 4頁。

22) 石丸・前掲注8) 72頁。

23) 最高裁判所事務総局刑事局「昭和四二年における刑事事件の概況（一）」曹時20巻12号117頁（1968年）。

24) 当時・判事、最高裁判所刑事局第一課長。

ける権利を実質的たらしめる<sup>25)</sup>としており、これは、上記3論者とは異なり、積極的な評価とはいかないまでも、現行の特別弁護人規定をそのまま解釈し、利用可能な場合は利用してもよいとする穏当な評価であろう。

なお、研究者が特別弁護人制度に関心を寄せることもあまりなかったようで、言及があったとしても、そのほとんどが体系書や教科書内での簡単な解説であり、特別弁護人制度を扱った論考はそれほど多くない<sup>26)27)</sup>。

## 第2章 最3小決平成5年10月19日について

特別弁護人制度に関する判例(裁判例を含む)は、例えば、特別弁護人を選任するか否かは裁判所の裁量の下で判断しようとする東京高判昭和43年2月15日高刑21巻1号73頁や、特別弁護人の選任を認めなかった理由を詳細に述べた東京地決昭和46年3月8日判タ261号288頁など数える程しかない。そういった中、最3小決平成5年10月19日刑集47巻8号67頁(以下、平成5年決定)は、被疑者段階で特別弁護人を選任することの可否とい

---

25) 佐々木史朗「特別弁護人(刑事実務ノート26)」判タ193号55頁(1966年)。

26) 井上正治「理論と実務の間——特別弁護人の体験から——」ジュリ301号38頁(1964年)は、「刑訴法学者の一人として、かねがねわたくしは実務を経験する機会をもちたいとねがっていた」として、自身が特別弁護人を務めた経験を回顧しているが、これは珍しいケースである。

27) 渥美東洋「特別弁護人制度の検討——その目的と今日における問題点——」法セミ154号49頁(1969年)は、アメリカ合衆国最高裁判所の Amicus Curiae 制度を紹介した上で、「最高裁にも特別弁護人を」と提唱している。ただし、Amicus Curiae が「訴訟当事者ではなく第三者であり、かつ、その主体は多様であること」(中林暁生「合衆国最高裁判所とアマカスキュリイ」北大法学論集70巻5号117頁(2020年))が重要な意味を持ち、それ故に裁判所の判断に影響を与え得るのだとすれば、特別弁護人を Amicus Curiae として利用するとなると、Amicus Curiae で期待される役割と、特別弁護人の弁護人としての責務、特に誠実義務との間で緊張関係が生じることもあるように思われる。特別弁護人は弁護人なのであり、裁判所への貢献は(結果として生じたとしても)主たる役割ではなく、あくまで被告人の利益のために活動すべき責務があるという点を揺るがすことは望ましくないであろう。渥美の見解に対しては、石丸・前掲注8)72頁も「現行刑事訴訟手続の体系の中では位置づけが難しいのではあるまいか。」と指摘している。

う法解釈上争いがあった点について、明確に選任を否定する立場（消極説）を採った。これにより本争点は決着したとされる。しかし、被疑者段階で特別弁護人の選任が認められれば、特別弁護人活用の可能性は拡大する。そこで、平成5年決定について、改めて本章で検討を加えることとする。

## 第1節 事案の概要

本件は、高速道路で速度違反をしたとして、光電式車両速度測定装置を使用して取締り中の警察官に検挙されたが、速度違反の事実はなかったとして嫌疑を否認した甲が、法律知識だけでなく、速度違反取締機器についての知識も有する乙を被疑者段階で特別弁護人に選任することを、検察官の取調前に京都簡易裁判所に申し立てたが、同裁判所はそれを認めなかった。そこで甲は大阪高等裁判所に抗告したが、抗告も棄却されたため、最高裁判所に特別抗告したというものである。

## 第2節 第3小法廷の判断

最高裁判所第3小法廷は、本件抗告の趣意は、433条の抗告理由に当たらないとして特別抗告を棄却した上で、「捜査中の事件については、右いずれの裁判所に公訴が提起されるかはまだ確定しているとはいえないから、簡易裁判所又は家庭裁判所が特別弁護人の選任を許可した後、地方裁判所に公訴が提起された場合を考えると、他に弁護士の中から選任された弁護人がいない限り、同項（31条2項—引用者注）ただし書に抵触する事態を招く結果となることなどにかんがみると、特別弁護人の選任が許可されるのは、右各裁判所に公訴が提起された後に限られるものと解するのが相当である」（下線引用者）と職権判断した。

さらに、大野正男裁判官は補足意見で、「捜査段階においては、国選弁護人制度が設けられていないことは誠に不合理であって、所論のいうように次善の策として特別弁護人を認めることによってその欠陥を補充しようとする考えも、無下にはこれを否定し難いところである。



……しかし、刑事事件の弁護、中でも身柄拘束中の被疑者に対する弁護人の職責——被疑者との接見交通、証拠収集、事件の見通しの判断、検察官との折衝——は極めて重大、困難であり、かつ、清廉性を求められるものであって、まさしく専門的知識と経験を有し、職業倫理の下にある弁護士によって遂行されるにふさわしい弁護士固有の職務である。これが無資格者によって補充、代替されるべきものではない。

また、弁護士法72条が、非弁護士活動を原則として禁止している趣旨からみても、特別弁護人選任の範囲を、法律の明文なしに拡張的解釈によって拡大適用することは妥当でないのみならず、被疑者の権利を擁護するに似てかえってこれを害する結果ともなりかねないのである。『弁護士による弁護』が捜査段階においても刑事弁護の正道であり、刑事裁判の適正を確保する上においてもこの原則を尊重すべきである。」(下線引用者)と述べている。

### 第3節 かつての学説——消極説と積極説——

先述のように、被疑者段階での特別弁護人の選任については、これを否定する消極説と肯定する積極説が存在していた。多数説は消極説であった<sup>28)</sup>ようで、「法文の解釈上被疑者には特別弁護人の選任は許されない<sup>29)</sup>」、「『裁判所においては』とは、事件が裁判所に係属していること、即ち公訴提起があったことを前提とする趣旨であろう。」<sup>30)</sup>といったものが理由として挙げられていた。

一方、積極説では「高等裁判所、最高裁判所で特別弁護人が許されないのは、これらの裁判所の審判は、法律審的な色彩が濃厚で高度の法的知識を必要とするからであるが、捜査の段階の弁護人には、このような必要

---

28) 小倉正三「判解」(法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇(平成5年度)』(法曹会、1995年))65頁。

29) 日沖憲郎「第5章 弁護人及び補佐人」団藤重光ほか編『法律実務講座 刑事編 第1巻』(有斐閣、1953年)129頁。

30) 高田卓爾『刑事訴訟法』(青林書院、2訂版、1984年)84頁。

性はない。むしろ、不起訴処分を勝ち取るための証拠の収集等については、被疑者本人に身近な特別弁護人の方がより有利なのではないか。<sup>31)</sup>、「現行法上は控訴審・上告審は最高裁判所または高等裁判所であるから、同法三一条においてすでに特別弁護人を簡易裁判所、家庭裁判所または地方裁判所の被告事件のみに制限しているとするなら、三八七条・四一四条の規定は不要であるはずである。」<sup>32)</sup>（傍点原文）といったものが理由として挙げられていた。

#### 第4節 検 討

では、平成5年決定は、その理由付けにおいて十分説得的であろうか。

そもそも、法廷意見は、「簡易裁判所又は家庭裁判所が特別弁護人の選任を許可した後、地方裁判所に公訴が提起された場合を考えると、他に弁護士の中から選任された弁護人がいない限り、同項ただし書に抵触する事態を招く結果となる」から、被疑者段階での特別弁護人の選任を認めないとするが、この点、結果として簡易裁判所に起訴されれば、規定に抵触する状態にはならない<sup>33)</sup>、地方裁判所に起訴された場合であっても、既に被疑者段階で弁護士弁護人が付いており、それに加える形で特別弁護人の選任請求があった場合、上記理由付けは説得的とはいえないであろう。結局のところ、法廷意見の示す懸念が実現するとすれば、「地方裁判所に起訴されたが、弁護士弁護人がおらず特別弁護人のみがいる」場合に限られる。では、この「抵触」は、治癒不可能な程度に深刻なものであろうか。この点、札幌高判昭和27年2月6日高刑特報18号73頁は、地方裁判所が被告人に弁護士弁護人がないまま特別弁護人の選任許可をするという瑕疵が

---

31) 平場安治ほか編『注釈刑事訴訟法 上巻』95頁〔中武靖夫〕（青林書院、全訂新版、1987年）。

32) 今井功「特別弁護人」熊谷弘ほか編『公判法大系Ⅱ 第2編 公判・裁判(1)』（日本評論社、1975年）229頁。

33) ただし、私見は後述の通り、簡易裁判所において弁護士弁護人なく特別弁護人のみで弁護活動を行うことを積極的に評価するものではない。

生じた事案について、第1回公判期日の2日前に弁護士(国選弁護士)が選任されたことで、瑕疵は治癒されるとしているのであり、仮に被疑者段階で特別弁護士を選任した結果、後に「抵触」が生じたとしても、それを治癒可能な程度の瑕疵とみることは、現行規定の解釈としても決して不合理なことではないと思われる。そして、「起訴後に『31条2項ただし書に抵触する事態を招く』可能性があるので、捜査(=起訴前)弁護士に特別弁護士を関与させない」というのは、捜査弁護の重要性がたびたび指摘される今日において、十分な説得力を有しているのか、疑問なしとしないのである。

また、大野補足意見は、捜査弁護の重要性を認めつつ、捜査弁護は「弁護士固有の職務」であり、それこそが「刑事弁護の正道」であると述べる<sup>34)</sup>が、これが、平成5年決定を導いた「より実質的な理由」であるとする指摘<sup>35)</sup>がある。しかし大野補足意見のような見解は、弁護士に過重な期待と責務を担わせることにもつながりかねないとも思われる。換言すれば、次章で述べる「次善の策型特別弁護士」が特別弁護士の中で大きな割合を占めるような時代状況ではない今日において、特別弁護人の存在意義は、「弁護士以外の専門家との協働」にこそあると考えるべきなのである。そして、その協働の意味や重要性は、起訴の前後において違いがあるわけではない(大野補足意見ですら、その末尾で「被疑者弁護士制度の充実が刑事司法全体としていかに重要であるかを痛感する」と述べている)のだから、起訴前の、つまり捜査弁護に特別弁護士が関与することの必要性や重要性は、少なくとも、起訴後の特別弁護人の弁護活動と同程度には(そして実際にはそれ以上に)あるとみるべきであり、そして、起訴前に特別弁護

---

34) この指摘は、「普通事件では、弁護士の知識、経験を以てして処理できないような背後の事情などはある筈がない」(熊谷・前掲注20)4頁)という特別弁護士制度疑問論・不要論と通底するものがあるようにも思われる。そして、この考え方は、敷衍すれば起訴後の特別弁護士による弁護活動も、「弁護士固有の職務」を棄損し、「刑事弁護の正道」を歪める活動ともいいかねないものであり、これもまた、法廷意見同様、疑問なしとしない。

35) 白取祐司「判批」平成5年度重判解194頁。

人を選任することは、先述の積極説が述べるように、現行規定の解釈としても、およそ取りえないような突飛なものではないのである<sup>36)</sup>。

さらに、大野補足意見は「捜査段階においては、国選弁護人制度が設けられていないことは誠に不合理であって、所論のいうように次善の策として特別弁護人を認めることによってその欠陥を補充しようとする考えも、無下にはこれを否定し難い」とする<sup>37)</sup>。この点につき、「被疑者国選弁護人制度」の発足によって、捜査段階での特別弁護人の必要性が一層低減したとする見解もあり得よう。しかし、被疑者国選弁護人制度は、捜査弁護の拡充という観点から、(国選を含む) 弁護士弁護人が、専門知識を有する特別弁護人と協働体制を構築することが容易となるとともに、弁護士弁護人の担う「刑事弁護の正道」が、より充実する契機となったと理解すべきように思われる。

このように、私見は被疑者段階での特別弁護人選任を認めるべき、とするものであるが、では、今日の刑事手続の現状を踏まえたとき、被疑者段階での選任がどの程度有用であるかについては、次章の中で検討したい。

### 第3章 特別弁護人の役割に応じた分類と 制度利用の可能性

先述のように、特別弁護人は現状において活用されておらず、法曹実務や学界でも活発な議論がされているわけではない。そこで、本章ではまず、特別弁護人はどのような役割を担いうるのか（あるいは担うことが適当

---

36) 被疑者段階での特別弁護人の選任が認められるとした場合、どの裁判所が許可するのかという問題が生じるが、これは「当該被疑事件を取り扱う検察官または司法警察員の所属の官公署の所在地を管轄する地方裁判所または簡易裁判所がする」(今井・前掲注32) 229頁)と解釈することで事足りよう。

37) なお、小倉・前掲注28) 67頁は、「被疑者が身柄を拘束されている場合は、特別弁護人の選任を認める必要性がないとはいえないが、弁護人として特別弁護人がふさわしいかどうかは疑問であろう。」とする。

なのか)、期待される役割に応じて分類し、その分類ごとに今日の刑事手続の現状に即して、特別弁護人制度の利用が実際に有用であるのかどうか、検討する。

### 第1節 弁護士弁護人がいない場合：「次善の策型特別弁護人」

これは、弁護士弁護人がいない、あるいは資力がないなどの理由で弁護士弁護人に弁護を依頼することが困難な場合に、次善の策として特別弁護人に弁護活動を担わせる類型である。これは、結局のところ、本来有資格者がなすべき活動を、無資格者に代替させていることになるが、だとすると「次善の策型特別弁護人」が今日において適切に弁護活動を成し得るだろうか。

弁護士登録者数の推移を見ると、1950年に5,827人だったものが、2022年には44,101人となり<sup>38)</sup>、今後も増加が見込まれる。また、地方裁判所の支部の管轄を1つの地域として、弁護士の登録がない(=ゼロ)、あるいは1人(=ワン)の地域を総称して「弁護士ゼロワン地域」と呼ぶが、1993年に74箇所あったゼロワン地域は、2022年10月1日現在でワン地域が2箇所のみとなっている<sup>39)</sup>。さらに、資力がない場合であっても、起訴後は国選弁護人を付することができる(加えて、被疑者段階においても、少なくとも勾留状が発せられていれば、被疑者国選弁護人を付することができる)のであるから、本類型の特別弁護人を殊更利用する必要性に乏しい。それこそ、「非弁護士の法律事務取扱……を助長する」<sup>40)</sup>ことになりかねず、また、高度に専門化・技術化した今日の刑事手続について、無資格者が有資格者相当の弁護活動を「単独で」行うことは無理があるように思われる。

後述のように私見は、今日の特別弁護人は、弁護士弁護人との協働においてその効果を発揮するとするものである。その観点からしても、本類型

---

38) 日本弁護士連合会編『弁護士白書2022年版』(日本弁護士連合会、2022年)24頁。

39) 日本弁護士連合会編・前掲注38)191頁。

40) 横井・前掲注18)21頁。

の特別弁護人は、弁護士（代言人）の数が少なかった明治・大正期はともかくとして、今日においてはその役割を完全に終えたと評価するべきである。この評価を前提とすると、現行法が、地方裁判所では認められない特別弁護人単独での弁護活動を、簡易裁判所において許容しているのは適切ではないと思われる。おそらく、このような立法に至った背景は結局のところ、「事件が軽微だから、素人弁護人による弁護でも認めよう」<sup>41)</sup>との考えがあったように思われるが、犯罪の軽重を問わず、すべての被疑者・被告人に同等の手續保障を行うのは当然のことであり、それゆえ必然的に弁護士弁護人とともに特別弁護人は弁護活動を行うべき、ということになる。そうすることで、「裁判所が一々法律的な点を指導しなければ、手續の進行ははかれないのでは、訴訟を円滑に行うことができない。」<sup>42)</sup>という特別弁護人制度に対する懸念の払拭にも役立つであろう。さらに、簡易裁判所での必要的弁護事件（289条1項）において、特別弁護人のみが弁護活動を行うことにも問題があると指摘しなければならない<sup>43)</sup>。

結局のところ、現状は、地方裁判所・簡易裁判所における被告人の弁護士弁護人選任率はいずれも100%近いのであり<sup>44)</sup>、本類型の特別弁護人は理論的にもそして実務的にも不要であるといつてよいように思われる<sup>45)</sup>。

---

41) 渥美・前掲注27) 49頁。

42) 横井・前掲注18) 23頁。

43) 1952年の法曹会決議は、特別弁護人さえいれば必要的弁護事件についても「開廷して審理することができることは疑のないところと思われる。」（法務省刑事局編『刑事手續法規に関する通達・質疑回答集（追補Ⅱ）』（檢察資料106）（1960年）5頁）とするが、必要的弁護制度が「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、……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」（最2小判昭和23年10月30日刑集2巻11号1435頁）とすれば、少なくとも「公判審理の適正」を担保するには、弁護士弁護人が必要であろう。この点、高田・前掲注30) 432頁は、必要的弁護事件における弁護人について、特別弁護人は除外されるとする。

44) 日本弁護士連合会編・前掲注38) 78頁。

45) 今井・前掲注32) 229頁注4は、「弁護士である弁護人に代わるものとしての特別弁護人は、将来の方向としてはなるべく認めないように……するのが相当」とする。

## 第2節 弁護士弁護人との協働を前提とする場合：「専門家型特別弁護人」と「支援者型特別弁護人」

これは、「次善の策型特別弁護人」とは違い、弁護士弁護人がいることが前提であり、弁護士弁護人が、法律以外の専門家である特別弁護人と協働して弁護活動を行う類型である。今日、主に想定される特別弁護人はこの類型であろうし、刑事弁護を充実させる方策として、活用の余地もありそうである。

さらに、この類型は、期待される役割に応じて、「専門家型特別弁護人」と、「支援者型特別弁護人」に区別可能である。以下順番に検討する。

### (1) 専門家型特別弁護人

専門家型特別弁護人は、弁護士弁護人では対応が困難な、特殊専門的な知識が必要となる事件において、その分野の専門家が特別弁護人となり、弁護士弁護人と協働して弁護に当たるようなケースが想定される。この類型の特別弁護人としては、近時では「福島県立大野病院事件」<sup>46)</sup>や「パソコン遠隔操作事件」<sup>47)</sup>において、それぞれ産婦人科医やIT技術者が特別弁護人として選任された例がある。

この類型での特別弁護人の活動として検討を要するのは、先述の、特別弁護人制度疑問論・不要論にも出てきた「特別弁護人として活動するより、証人として出廷して反対尋問を経たほうが、効果的である」との主張の当否である。なるほど、特別弁護人の法廷活動が弁論にとどまるなら、

---

46) 福島県立大野病院で帝王切開手術を受けた産婦が死亡したことにつき、執刀医である同院産婦人科の医師が、業務上過失致死罪と医師法違反の疑いで、逮捕、起訴された事件。一審福島地方裁判所は被告人を無罪とし（福島地判平成20年8月20日判時2295号3頁）、控訴なく一審で確定した。

47) インターネット上の掲示板を介して複数人のパソコンが遠隔操作され、これを踏み台として犯罪予告が行われた結果、複数人が誤認逮捕されるなどしたが、後に遠隔操作した人物として男性が逮捕・起訴され、否認を経て自白に転じた事件。一審東京地方裁判所は被告人を有罪とし（東京地判平成27年2月4日LEX/DB 25505940）、控訴なく一審で確定した。

その指摘が妥当する場面もあろう<sup>48)</sup>。しかし、弁護士は法廷で弁論のみするのではなく、例えば、検察側請求の専門家証人に対する反対尋問も重要な活動の1つである。通常、司法解剖をした医師、DNA型鑑定を行った科学捜査研究所の技官などは、検察側請求証人として出廷する。そういった専門家証人に反対尋問を行うのは、弁護士弁護士よりも、その分野の専門家たる特別弁護士の方が望ましいことは少なくないであろう。そしてそれは、弁護士弁護士の「大切な任務の放棄」<sup>49)</sup>などではなく、特別弁護士と弁護士弁護士の適切な協働体制の結果として評価されるべきものである。現実には特別弁護士自身が反対尋問を行わずとも、弁護士弁護士による反対尋問中に、その場で特別弁護士が「今の証言はおかしい」などと弁護士弁護士に指摘や助言ができるのは意味あることであるし、それは、証人という立場ではなし得ないのである。従って、裁判官の心証形成に与えるインパクトとして、特別弁護士より証人の方が効果的な場面があることは否定しないが、それは特別弁護士制度を否定する理由にならない。

さらに、被疑者段階での特別弁護士選任が可能となれば、例えば、専門家が弁護士として被疑者に接見して話を聞いたり、証拠を吟味した結果、専門的見地から検察側の描く事件の構図には無理があることが分かれば、それを弁護士弁護士を通じて検察官に伝え、検察官の事件処理に影響を与えるようなことも可能になるであろう。これは検察側にもメリットがあるように思われる。

## (2) 支援者型特別弁護士

支援者型特別弁護士は、今後より一層の利用が期待される類型である。これは、先述の専門家型特別弁護士と違い、専門家ではあるが、弁護士弁

---

48) もっとも、そこには証人請求が裁判所に認められる必要があるという点も看過できない。また、証人は尋問事項に対する応答が原則であり、常に言いたいことが言えるわけではない。

49) 熊谷・前掲注20) 4頁。



護人とともに専門知識を駆使して弁護活動を行うというより、例えば精神障害、知的障害、発達障害といったようなものを被告人が有している場合、その問題性に寄り添うことが期待される特別弁護人であり、典型的には社会福祉士などが想定される。支援者型特別弁護人はこれまでも想定されており、例として被告人との意思疎通のために「被告人が聾啞者の場合、その特別弁護人として聾啞学校の先生を選任する場合」<sup>50)</sup>が挙げられているが、今日では単なる意思疎通を担うだけでなく、被告人の適切な社会復帰を支援することが期待される類型でもある。

支援者型特別弁護人の活動が奏功した例として、山口簡易裁判所での事例<sup>51)</sup>がある。この事例は住居侵入罪に問われた、中等度の知的障害を有する被告人に、弁護士弁護人とともに社会福祉士である特別弁護人が付き、特別弁護人が更生支援計画を作成した結果、裁判所がこれを評価し、「更生支援計画が実行されれば、被告人の経済的自立が可能となり、ひいては被告人の再犯のおそれも相当程度低下することが期待できる。」と述べて、懲役10月の求刑に対し、罰金20万円の判決とし、さらにいわゆる「満つるまで算入」も付けられた、というものである。このような活動は弁護士弁護人単独では非常に困難と思われる。勿論、弁護士弁護人が社会福祉士に依頼すれば、特別弁護人という立場でなくとも更生支援計画の作成は可能であろう。しかし、特別弁護人であれば、単なる「支援者」という立場と比べ、はるかに容易に、かつ充実した接見が可能である。その結果、説得力のある更生支援計画の作成が可能となる。これが、特別弁護人として活動できる大きなメリットの1つである。

もっとも、このタイプの特別弁護人は、法廷ではそれほど目立った活動はないかもしれないが、それは、弁護士弁護人との協働が円滑に実施できている証であり、むしろ、初公判前までの活動が最も期待されているともいえる。従って、このタイプの特別弁護人の活動の必要性は、被疑者段階に

---

50) 法曹会編『例題解説 刑事訴訟法(1)』(法曹会, 3訂版, 1998年) 54頁。

51) 山口簡判平成23年8月9日 LEX/DB 25480465。

において一層増すこととなる。そもそも、今日では検察においてもいわゆる「入口支援」の重要さが指摘され<sup>52)</sup>、2021年度からは、地域生活定着支援センターで被疑者等支援業務が事業化される<sup>53)</sup>などしており、検察官が社会福祉士に被疑者の入口支援について相談することもある。そうであるならば、被疑者の側に特別弁護人として社会福祉士に代表されるような支援者が付くことは何ら不自然ではなく、むしろ、入口支援のさらなる充実のために、被疑者段階での特別弁護人の選任を認めるべきであろう。

## 終章 制度提案と今後の展望

以上見てきたように、特別弁護人制度は、「使命はほぼ終了した」<sup>54)</sup>のではなく、むしろ今日の刑事弁護実践においても活用可能性を有しており、また、特別弁護人が新たな役割を担うことのできる存在であることも分かった。そういった中で、実際に特別弁護人を活用するために、いかなる制度構築が必要であるか、これまでの検討を振り返りつつ明らかにする。

なすべき制度設計は端的に、簡易裁判所でも（つまり、審級を問わず）特別弁護人は、弁護士弁護人との協働弁護に特化し、選任にあたっては、既に弁護士弁護人が付いていることを原則とすることである<sup>55)</sup>。これには31条2項の改正が必要であるが、これが実現すると、現状の特別弁護人制度が抱える問題や懸念の多くも解消できる。

まず、平成5年決定の指摘する「抵触」の事態は起こり得ず、大野補足意見の指摘する「弁護士固有の職務」「刑事弁護の正道」も弁護士弁護人によって担保されるので、（補足意見を含む）同決定の示した懸念は解消さ

---

52) 例えば、川原隆司「検察における入口支援について」罪と罰58巻4号2頁（2021年）。

53) 川原・前掲注52) 4頁。

54) 石丸・前掲注8) 72頁。

55) 結果として、「弁護人一般に必要とされる最小限の法律実務の能力」（中山ほか編・前掲注1) 348頁〔永井敏雄〕の有無が、必ずしも特別弁護人選任の際の考慮要素とはならなくなるだろう。

れる。これを被疑者国選弁護人制度と併せて検討すれば、少なくとも勾留状の発せられている被疑者については、特別弁護人と弁護士弁護人の協働弁護の途が無理なく拓かれる。ただし、被疑者に特別弁護人の選任が認められるようになったとしても、被疑者国選弁護人制度の対象とならない在宅被疑者が特別弁護人を選任する際にも弁護士弁護人を必須とすることは、協働弁護を前提としない場合に比べ特別弁護人選任の条件が厳しくなることを意味する。しかし、この問題は本来的には在宅被疑者にも被疑者国選弁護人制度を保障することによって解決すべきであろう。

次に、(現状のまま被疑者段階での特別弁護人選任が認められなくても)簡易裁判所での特別弁護人だけでの弁護活動が認められなくなり、被告人に弁護士弁護人による法的側面からの手続保障が可能になる。実際に、先述の通り、簡易裁判所での弁護士弁護人選任率も100%に近いのであるから、そこに特別弁護人を追加で選任することは、現状の刑事手続実務からも受け入れられやすいと思われる。

さらに、地方裁判所や簡易裁判所での協働弁護に効果があることが分かれば、「主に、その弁護活動が法律専門家である弁護士が行うのが相当」<sup>56)</sup>という理由で今日認められていない、上級審(少なくとも事実審である高等裁判所)での協働弁護の許容(=特別弁護人の選任)について、再度検討する機会を提供することになろう。

加えて、「次善の策型特別弁護人」はその役割を終えたものとし、「専門家型特別弁護人」や「支援者型特別弁護人」こそが、これからの特別弁護人の在り方であることは先述の通りであるが、この方向性も、上記のなすべき制度設計と整合的である。特に、被疑者・被告人・弁護人側に対する、検察側の人的・物的・資金的資源の優位性は、科学捜査の進展・高度化に伴ってより強調される可能性を有するが、このような状況下にあつては、専門家型特別弁護人の活用は、当事者主義の実質化という観点からも

---

56) 河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法 第1巻』259頁(植村立郎)(立花書房, 第3版, 2011年)。

重要である。支援者型特別弁護人についても、いわゆる司法福祉や治療的司法の実践と親和性を有しているように思われる。

一方で、例えば、裁判所はどのような基準で特別弁護人の選任を認めるか否かを判断すればよいのか、さらには、そもそも、選任を認めるか否かを裁判所の裁量に任せてよいのか、といった点や<sup>57)</sup>、特別弁護人に相応しい人材をどのように確保するのかといった点は、依然として検討すべき問題である。さらに、現状では特別弁護人は全て私選なので、特別弁護人の報酬が確保できる人でなければ、特別弁護人制度を利用できないが、国選の弁護士弁護人を利用している場合に、特別弁護人の報酬について国費負担の可能性はないのかも検討が必要であろう。このように、実際の運用においては、解決すべき実務的問題は存在している。しかしながら、特別弁護人制度は、現状の刑事弁護活動を充実させ、さらに使い次第で刑事手続が抱えるいくつかの問題の解決の一助となる可能性を有していることは、本稿においてその一端を示すことができたのではないと思われる。

**【献辞】** 松宮孝明先生には長年ご指導を賜ってきた。そのあまりに深い学恩に対し甚だ不十分ではあるが、謹んで拙稿を捧げたい。

\* 本稿は、「公益財団法人 日弁連法務研究財団」の助成による研究成果の一部である（研究番号159番）。また、助成によって、本稿で紹介した「福島県立大野病院事件」や「パソコン遠隔操作事件」、「山口簡判平成23年8月9日」を含むいくつかの事件についても、各事件を担当した特別弁護人や弁護士弁護人などにインタビューを実施することができた。本稿では紙幅の都合上、その内容を紹介する余裕はないが、近日中にインタビューを文字起こししたものを順次公表予定である。

---

57) 先述の東京地決昭和46年3月8日の評釈において、福井厚は、「特別弁護人の選任を許可するかどうかは裁判所の自由裁量であるという見解には、種々の疑問がある。」（福井厚「判批」判タ269号90頁（1972年））とする。