

判例研究

殺人、死体遺棄の公訴事実について被告人が第一審公判の終盤において従前の供述を翻し全面的に否認する供述をするようになったが弁護人が被告人の従前の供述を前提にした有罪を基調とする最終弁論をして裁判所がそのまま審理を終結した第一審の訴訟手続に法令違反は存しないとされた事例

—最三決平成一七年一月二九日刑集五九卷九号六九五頁—

金子 章

【事実の概要】

本件は、被告人が、廃棄物処理業者や暴力団員らと共謀の上、廃棄物処理行政について厳正な職務を行っていた市の職員をら致して、群馬県内の山中まで連行し、同所で、ロープで首を絞め付け、拳銃で撃って殺害した上、死体を断崖から投げ捨てて遺棄したという事案である。本決定の認定によれば、第一審の審理経過等について、次の事実が認められる。

(1) 被告人は、A、Bらと共謀の上、①営利の目的で、帰宅途中の被害者を車両内に無理矢理押し込み、群馬県内の山中まで連行し（営利略取・逮捕・監禁）、②殺意をもって、ロープで被害者の頸部を絞め付け、けん銃で弾丸一発を発射してその身体に命中させ、同人を殺害し（殺人）、③その死体を断がいから投棄して遺棄した（死体遺棄）との事実で起訴された。

(2) 被告人は、第一回公判期日から第五回公判期日までの間、上記公訴事実②に対し、被告人が自ら被害者の頸部に巻かれたロープの一端を引っ張った事実はあるが、その際殺意はなく、共犯者らと殺害について共謀もしていなかった旨の主張、供述をしていたが、論告、弁論が予定されていた第六回公判期日の冒頭において、前記各公訴事実の犯行場所に関する訴因変更手続がなされた際、従前の供述を翻し、同②、③について全面的に否認する旨主張した。そこで、弁護人(国選)は、裁判所に、次回期日に被告人質問を行いたい旨を申し出て、これが入られ、第七回公判期日に被告人質問が実施された。同被告人質問の中で、被告人は、公訴事実②、③について、「共犯者二名と共に現場に赴いたが、自分も共犯者も被害者にロープを使った事実はない。自分は共犯者の一人が被害者にけん銃を向けて撃ち、被害者ががけ下に落ちていったのを見ただけである。」旨供述した。

(3) 第八回公判期日に、論告が行われ、これに引き続き、弁護人による最終弁論が行われた。同弁論は、罪体に関する主張と情状に関する主張から成るが、前者の要旨は次のとおりである。

(ア) 被告人の全面否認について

被告人は、殺人と死体遺棄について、捜査段階において、Aが被害者の頸部に巻いたロープの一端を被告人が力一杯引っ張ったこと、Aに言われて遺体をBと二人でがけ下に落としたことを認める供述をしている。この供述の任意性については、明らかに問題がない。供述内容も、生々しく、かつ、具体的、詳細に供述されており、不自然と思われる事実もなく、十分信用できる。公判においても、被告人は、殺意は否認し、殺害の前に「殺害を薄々察知していた。」旨の検察官の冒頭陳述に強く反発したが、ロープを引っ張った行為自体は否認せず、自らの殺害行為加担について、検察官や裁判長に対して、他に方法があったら教えてもらいたいとまで供述している。そこで、弁護人は、殺人及び死体遺棄について、被告人がAにだまされ、ら致の意思で殺害現場にまで行ったもので、ロープを引っ張る直前まで殺意はなく、かつ、殺害行為はけん銃を所持

殺人、死体遺棄の公訴事実について被告人が第一審公判の控訴において従前の供述を翻し全面的に否認する供述をするようになったが弁護人が被告人の従前の供述を前提にした有罪を基調とする最終弁論をして裁判所がそのまま審理を終結した第一審の訴訟手続に法令違反は存しないとされた事例

しているAに強要されたものであることを強調し、被告人が償いとして犯行全部をありのまま詳述し、自ら供述の場所で遺体発見を切望している事実の強調を弁護方針とした。しかし、被告人は、第六回公判期日において、突然、殺人と死体遺棄を全面否認し、第七回公判期日の被告人質問において、その旨供述した。立場上詳述は避けるが、被告人がBをかばって自らなしていない殺害行為等を認めていたとの被告人の供述には明らかに無理がある。多弁な被告人に、無実を訴える言葉の一つもなかった。殺人、死体遺棄の重大犯罪であるから、弁護人としては、一般的には被告人に同調して全面否認の弁護をすべきである。しかし、公判の最終段階で初めて否認した本件の場合、被告人に同調して上記力説すべき弁護方針を主張せず、撤回することは、弁護人の任務放棄であると思われる。ところで、被告人は、上記最終段階の公判において、殺害現場においてAがけん銃を一発発砲したとの捜査段階からの供述を否定し、発砲したのはBであるかのような供述をしている。B自身は、ロープでの首絞めを多少手伝ったと述べているだけであるが、他方で、犯行後、ノイローゼとなり、警察署に出頭するなどし、公判でも被害者の妻に土下座して謝罪をするなどしており、その落差が不自然であった。Bが発砲者なら、Bの言動は殺人者の苦悩として十分理解でき、不自然なことはない。Aから殺人行為に加担するように陥られたうらみがある被告人が、Aに不満のあったBに持ちかけて、捜査段階では発砲者をAとする虚偽の供述をはかったものと思われる。被告人の第七回公判期日における供述を十分ご検討願いたい。

(イ) 被告人の殺意の有無について

被告人はロープを引っ張ったことは認めつつ、殺意を否認しており、殺意を認める弁護人との主張の違いは確かに大きい。しかし、被告人は、捜査段階ですべてありのままに供述したことを強調しており、被害者殺害時の供述は生々しいものである。以上の被告人が認め、供述しているようなロープを力一杯引っ張った事実について、弁護人が法的評価、裁判所の認定として被告人に殺意なしとは到底言えない。他方、被告人は、上記事実は事実として、ロープを引く

瞬間まで殺意は全くなく、後記のとおりロープを引いたのは極めて不本意なことであって、どうしようもなかったことから、自ら明確な殺意は終始持たなかったことを、心情として「殺意なし」と強調しているものである。被告人が、法的に、裁判所の評価として殺意ありと認定されることを強く否定しているとまで弁護人は思っておらず、殺意について、これを否定する被告人と認める弁護人との間に、乱暴な主張のようであるが、実質的には差異がないと思っている。

(ウ) 被告人の殺意発生時期について

被告人には、ロープを引っ張った瞬間まで全く殺意はなかった。被告人に、ら致当時殺意がなかったことは証拠上明らかである。被告人は、殺害現場に至る車中において、前部座席にいたAとB間のひそひそ話し等でBが殺意を抱くに至ったことについては後部座席にいて全く知らず、かつ、Aがけん銃を準備、持参していたことも全く知らなかった。また、殺害現場においても、被告人の捜査段階の供述から、被告人に殺意がなかったことは明らかである。Bの供述調書には、被告人が事前に殺害を知り、容認していたとみられるような供述があるが、同供述は、被告人の供述と対比すると、一部、不正確ないしいい加減と思われる部分がある。また、検察官の冒頭陳述は、被害者をら致した後、「被告人らはロープ一本を準備した」としているが、被告人がロープの準備に関与した証拠はない。

(エ) 殺人および死体遺棄の場所

訴因変更後の「群馬県高崎市若しくはその周辺の山中又は同県群馬郡榛名町周辺の山中」については、警察が相当徹底的に搜索しても、被害者の遺体はおろか殺人等現場も発見、特定できていないのであるから、上記場所で証明が十分とは到底言えない。

(オ) その他

遺体が発見されておらず、殺害現場も特定されていないが、被害者の死亡について、弁護人には証拠上疑問がない。しかし、死因については、遺体が発見されておらず、被告人も引っ張ったロープにより絞殺されたのか、ロープの引っ

殺人、死体遺棄の公訴事実について被告人が第一審公判の終結において従前の供述を類し全面的に否認する供述をするようになったが弁護人が被告人の従前の供述を前提にした有罪を基礎とする最終弁論をして裁判所がそのまま審理を終結した第一審の訴訟手続に法令違反は存しないとされた事例

張りではいまだ仮死状態ではなかったのかとの疑問はある。さらに、Bが発射したけん銃により白ワイシャツ姿の被害者が血染めになった、出血したとの供述がないことにも、疑問がある。仮に、ロープもけん銃も直接の死因ではなかったとしても、直後に仮死状態の被害者を山中のがけ下に放置したのであるから、被告人らの行為と被害者の死亡には疑問の余地のない因果関係がある。

(4) 上記最終弁論に引き続き、被告人の最終意見陳述がなされたが、その中で、被告人は、殺人、死体遺棄の公訴事実を否認する点については明確には述べず、むしろ、「被害者には、自分でやっちゃったことですから、どんなことをしても一生重荷を背負って墓の中まで持っていかなきゃならないものだというふうに思っています。誠に悪いことをしたと思っております。」などと述べ、弁護人の最終弁論に対する不服は述べていない。

(5) 第一審判決（宇都宮地判平成一六年三月一六日刑集五九卷九号七〇三頁参照）は、最終弁論の内容には、被告人の第六回公判期日以降の供述に関し、裁判所に慎重な検討を求めるとする部分があり、これが第一次的な主張であると解されるとし、また、第七回公判期日の被告人質問で弁護人が被告人の言い分を引き出す質問を粘り強く行っている旨を指摘した上、弁護人の一連の訴訟活動、審理経過、被告人の第六回公判期日以降の供述に信用性がないことなどを総合考慮すれば、本件訴訟手続において、被告人の防御権あるいは弁護人選任権が侵害されたとまで評価できる事情はない旨を判示した。

被告人側は、原審（東京高判平成一六年九月二二日刑集五九卷九号七二九頁参照）では、本件の最終弁論を論難する主張はしていなかったが、（一、二審とは別の国選）弁護人は、上告趣意において、本件最終弁論は、被告人の第六回公判期日以降の供述を前提とせず、第五回公判期日までの供述を前提として有罪の主張をするものであるのに、裁判所は、弁護人に更に弁論を尽くさせるなどせず、この主張を放置して結審しているから、第一審の訴訟手続は、被告人の防御権ないし弁護人選任権を侵害する違法なものであると主張した。

【決定要旨】

最高裁は、弁護人の上告趣意は、実質は単なる法令違反の主張であり、刑訴法四〇五条の上告理由に当たらないとして上告を棄却したが、職権で次のように判示した。

「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六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、第一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七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、第一審の訴訟手続に法令違反があるとは認められない。」

なお、上田豊三裁判官は、法廷意見に賛成しつつ、次の補足意見を付している。

「刑事訴訟法が規定する弁護人の個々の訴訟行為の内容や、そこから導かれる訴訟上の役割、立場等からすれば、弁護人は、被告人の利益のために訴訟活動を行うべき誠実義務を負うと解される。したがって、弁護人が、最終弁論において、被告人が無罪を主張するのに対して有罪を主張したり、被告人の主張に比してその刑事責任を重くする方向の主張をした場合には、前記義務に違反し、被告人の防御権ないし実質的な意味での弁護人選任権を侵害するものとして、それ自体が違法とされ、あるいは、それ自体は違法とされなくともそのよ

殺人、死体遺棄の公訴事実について被告人が第一審公判の終結において従前の供述を翻し全面的に否認する供述をするようになったが弁護人が被告人の従前の供述を前提にした有罪を基礎とする最終弁論をして裁判所がそのまま審理を終結した第一審の訴訟手続に法令違反は存しないとされた事例

うな主張を放置して結審した裁判所の訴訟手続が違法とされることがあり得ることは否定し難いと思われる。

しかし、弁護人は、他方で、法律専門家（刑訴法三一条一項）ないし裁判所の許可を受けた者（同条二項）として、真実発見を使命とする刑事裁判制度の一翼を担う立場をも有しているのである。また、何をもって被告人の利益とみなすかについては微妙な点もあり、この点についての判断は、第一次的に弁護人にゆだねられると解するのが相当である。さらに、最終弁論は、弁護人の意見表明の手続であって、その主張が、実体判断において裁判所を拘束する性質を有するものではない。

このような点を考慮すると、前記のような違法があるとされるのは、当該主張が、専ら被告人を糾弾する目的でされたとみられるなど、当事者主義の訴訟構造の下において検察官と対峙し被告人を防御すべき弁護人の基本的立場と相いれないような場合に限られると解するのが相当である。

本件最終弁論は、証拠関係、審理経過、弁論内容の全体等からみて、被告人の利益を実質的に図る意図があるものと認められ、弁護人の前記基本的立場と相いれないようなものではなく、前記のような違法がないことは明らかとすべきである。』

【研究】

一 はじめに

本件では、被告人の無罪の主張にもかかわらず、弁護人が有罪を基調とした最終弁論を行うことの適否が問題となっている。本稿は、この問題に焦点を当てて検討を加えようとするものである。

以下では、まず、弁護人の地位・役割ないし行動規範に関する一般的考察を行う（二）。その上で、本決定と同様、刑事弁護活動の適否が問題となった従前の最高裁判例に検討を加える（三）。そして、最後に、本決定に対して検討

を加えることにする(四)。

二 弁護人の地位・役割に関する考察

1 学説の状況

一 田宮博士がかつて、弁護の機能として当事者の機能と司法機関の機能という二つの側面を指摘⁹⁾したことから窺われるように、我が国では、学説上、弁護士が私的な側面だけでなく、公的な側面をも有することは一般に認識されてきたように思われる⁹⁾。しかしながら、その公的な側面が具体的に何を意味するのか、さらには、二つの側面はいかなる関係に立つのかといった点は、必ずしも明確であるとは言えなかった。そのことが、我が国の刑事弁護の本質に関する議論を不分明な状態にし、必ずしも充実した議論を得ることができなかった要因であったように思われる。

二 このような状況の中、近時の刑事司法制度改革に伴う、被疑者に対する公的弁護制度の導入に関する議論を契機として⁹⁾、刑事弁護の本質に関する問題が、刑訴法上の重要な課題として改めて活発に議論されるようになっていく⁹⁾。そして、そこでは、誠実義務(代理人的地位)と真実義務という対立軸を設定した上で、真実義務を否定し、弁護士は被疑者・被告人の主観的利益の追求に徹するべきであるとする、弁護士の公的地位自体を否定した明確かつ実践的な見解(誠実義務純化論)すら有力に主張されている⁹⁾。

しかしながら、このような近時有力に主張されている誠実義務純化論は妥当といえるのであろうか。本稿では、この見解に批判的な立場から、弁護人の地位・役割ないし行動規範について検討を行うことにする。

2 弁護人の地位・役割ないし行動規範に関する問題の二つの側面

弁護人の地位・役割ないし行動規範をめぐる問題には、性質を異にする(ないし、レベルを異にする)二つの側面が含まれており、弁護人の地位・役割に関する考察を行うに際しては、この点を明確に区別して議論を進めていくこと

殺人、死体遺棄の公訴事実について被告人が第一審公判の経緯において従前の供述を種し全面的に否認する供述をするようになったが弁護人が被告人の従前の供述を前提にした有罪を基調とする最終弁論をして裁判所がそのまま審理を終結した第一審の訴訟手続に法令違反は存しないとされた事例

が必要である⁹⁾。

弁護人の地位・役割をめぐる問題には、第一に、弁護人は、代理人として被疑者・被告人（以下、「被告人」ということがある）の主観的利益を実現すべき義務を負うに過ぎないのか、あるいは、公正な裁判の保障を実現すべき義務をも負うのか、という問題と、第二に、弁護人は、代理人として被告人の主観的利益を実現する義務を負うにしても、それを果たすために、刑罰法規に違反しない限り、いかなる活動も許容されるのか、あるいは特に、真実発見を積極的に妨害してはならないという消極的な意味での真実義務を負うのか、という問題が含まれる⁷⁾。もっとも、「被告人の無罪の主張にもかかわらず、弁護人が有罪を基調とした最終弁論を行うことの適否」という、本稿で取り上げられる課題との関係で重要性が認められるのは、前者の問題であって、後者の問題ではない⁸⁾。したがって、弁護人の地位・役割をめぐる問題のうち、後者の問題を論じる必要性はなく⁹⁾、前者の問題の検討で足りることから、前者の問題に焦点を当てて、更に検討を進めていくことにする。

3 刑事弁護の意義・目的の検討

一 弁護人は、代理人として被告人の主観的利益を実現すべき義務を負うにすぎないのか、あるいは、公正な裁判の保障を実現すべき義務をも負うのであろうか。

この点、刑訴法が規定する弁護人の権限は、一般に、従属代理権、独立代理権、固有権に分類されており¹⁰⁾、被疑者・被告人の意思に関係なく行使しうる権限や弁護人のみに与えられた権限が存在すること、および弁護人を被告人に強制的に付与する必要的弁護制度が存在することを指摘し、これらの存在を誠実義務純化論に対する批判の根拠として援用する見解が見られる¹¹⁾。

しかしながら、本稿において検討の対象とされるべき刑事弁護の意義・目的に関する問題は、弁護人が有している法的権限に関する問題とは別個の問題であり、理論的には区別されなければならない。したがって、後者の問題は前者

の問題に対して何らの示唆も与えていないのである。また、必要的弁護制度についても同様である。必要的弁護制度は、被告人に強制的に弁護人を付与すべきことを述べているにすぎないのであって、刑事弁護の意義・目的に関する問題に対しては、何らの示唆も与えていないのである。

このようなことからすると、上記見解による批判の対象と批判の根拠にはズレが認められるのであって、刑訴法の規定に着目する上記見解は、必ずしも妥当なものであるとは言えないように思われる。

二 むしろ、刑事弁護の意義・目的の理解という点からすると、憲法が保障する弁護人依頼権(憲法三四、三七条)、すなわち、弁護人の有効な援助を受ける権利¹²⁾の存在をどのように理解するかという点が重要である。この点で参考になると思われるのが、アメリカにおける議論である¹³⁾。

アメリカでは、弁護士は、その地位に由来する倫理的義務として、代理人的義務を負うのみならず、公正な裁判を保障する義務をも負う存在であると考えられてきた。例えば、Langen v. Borkowski 判決¹⁴⁾は、「弁護士の義務は、私的な性格だけでなく公的な性格をも有する。すなわち、私的な義務とは、誠実に、かつ忠実に依頼者の利益を代表することであり、他方、公的な義務とは、手続の公正な運用(the proper administration of justice)を促進することである。…それゆえ、弁護士は司法官に準じた機能とも呼び得るものに従事する。弁護士が有するその機能は、アメリカの司法システムに本来的に備わっているもので、州や連邦の憲法の下で生み出されたものではなく、それらが誕生する以前に既に存在していたのである。」¹⁵⁾と述べている。

このように、弁護士は、代理人として被告人の主観的利益を実現する義務だけでなく、公正な裁判の保障を実現する義務をも負うものと言えるのであるが¹⁶⁾、それでは、弁護士は、公正な裁判を確保する倫理的責任だけでなく、法的責任をも負うのであろうか。これは、連邦憲法修正六条の弁護人の有効な援助を受ける権利の意義に関連するものとして議論されているが、刑事弁護過誤に基づく被告人の救済が問題となった近時の連邦最高裁判例において、この点に

殺人、死体遺棄の公訴事実について被告人が第一審公判の控訴において従前の供述を翻し全面的に否認する供述をするようになったが弁護人が被告人の従前の供述を前提にした有罪を基礎とする最終弁論をして裁判所がそのまま審理を終結した第一審の訴訟手続に法令違反は存しないとされた事例

関する言及が見られる。それが、Strickland v. Washington 判決¹⁷⁾である。オコナー判事執筆の法廷意見¹⁸⁾は、概ね次のように述べている。

連邦最高裁は、弁護人依頼権は弁護人の有効な援助を受ける権利であると判示してきたが、この権利を侵害し得るのは国家だけではない。弁護人もまた、十分な法的援助を与えないことで、この有効な援助を受ける権利を侵害し得るのである。もっとも、連邦最高裁はこれまで有効な援助を受ける権利の意義を述べたことがなかったが、これは公正な裁判の保障を目的とする権利なのである。それゆえ、弁護人の援助は有効でなく権利侵害であるというためには、弁護人の活動が、公判は正当な結果をもたらしたとは信頼できないほどに当事者主義手続の適正な機能を損なったといえることが必要である¹⁹⁾。

このように、本判決は、弁護士は公正な裁判を確保する憲法上の義務を負うことを明らかにしている。したがって、弁護士が有する公正な裁判を確保する義務は、倫理的義務にとどまらず、憲法上の義務にまで高められており、弁護士は「公正な裁判を受ける権利を保護する法的倫理的責任を負う」²⁰⁾ということになる。

もっとも、憲法とは、国民と国家との関係を規律する法規範のはずである。そうだとすれば、このように、憲法上の義務を本来負うべき主体ではない私人たる弁護士が憲法上の義務を負うと解することについては、一定の理論的説明が必要とされよう。

この点、アメリカでは、私人であっても、その行為が国家の行為に機能的に準じた「公的機能」を果たすものであると評価される場合には、憲法上の義務を負うことが可能であると解されている²¹⁾。したがって、弁護士が憲法上の義務を負うという帰結が導かれるのは、弁護士は公正な裁判を確保する倫理的義務を負うことを前提にして、それが機能的に国家の公正な裁判を確保する憲法上の義務に準ずるものと評価されたからであると理解できるように思われる。

三 このようなアメリカにおける議論状況を踏まえて、我が国の憲法が保障する弁護人の有効な援助を受ける権利（憲法三四、三七条）の存在をどのよう

に理解するかという点に、改めて検討を加えることにする²⁹⁾。

この点、近時の有力説である誠実義務純化論によれば、弁護士は、被告人に対する誠実義務を尽くす(ないし、被告人自身の自己弁護(決定)権を保障する)憲法上の義務を負うと解することになると思われる³⁰⁾。このような見解は、弁護士は被告人に対する誠実義務を負うことを前提に³¹⁾、この義務が憲法上の義務にまで高められたと理解するものと見ることができよう。

しかしながら、このような憲法解釈には、理論的に問題があると言わざるを得ない。そもそも、弁護士が憲法上の義務を負うことを理論的に基礎付けるには、上述したように、弁護士が果たす機能が国家の機能に準じた「公的機能」と評価されることが必要であると解されるところ、弁護士が有する、被告人に対する誠実義務を「公的機能」と評価することは困難だからである。したがって、有力説によれば、弁護士が被告人に対して有効な援助を与える憲法上の義務を負うことを理論的に説明できないように思われる。

これに対して、むしろ、弁護士は公正な裁判の保障を実現すべき役割をも負うものと理解した上で、この義務が憲法上の義務にまで高められたと見るべきであると思われる。これによって、弁護士が被告人に対して有効な援助を与える憲法上の義務を負うことを理論的に説明することが可能となる。すなわち、弁護士は、その地位に由来するものとして、被告人に対し公正な裁判の保障を実現する倫理的義務を負い、それが国家の機能に準じた「公的機能」と評価されたがために、そのような弁護人の義務は憲法上の義務として位置付けられたと見るのできるのである。

以上からすると、弁護士は、公正な裁判を保障する公正な裁判の保障を実現すべき義務(それは、倫理上の義務にとどまらず、憲法上の義務でもある)をも負うと解するのが理論的に見て妥当である。

このようにして、弁護士は、公正な裁判を保障する憲法上の義務を負い、その限りにおいて、弁護士に対して公的ないし国家機関的性格が付与されていると解することができるのであれば、その反面として、弁護士がその地位に由来するも

ねん。死体遺棄の公務事実について被告人が第一審公判の控訴において従前の供述を翻し全面的に否認する供述をするようになったが弁護人が被告人の従前の供述を前提にした有罪を基礎とする最終弁論をして裁判所がそのまま審理を終結した第一審の訴訟手続に法令違反は存しないとされた事例

のとして有している、被告人の自己決定権を保障する義務(代理人としての義務)もまた、倫理的義務にとどまるものではなく、憲法上の義務(憲法一三条)と理解することが可能であり、また、そのように理解するべきである²⁵⁾ ²⁶⁾。

四 次に問題となるのは、弁護人が有する義務内容のうち、被告人の自己決定権を保障する憲法上の義務(被告人の主観的利益を実現する義務)という私的側面と公正な裁判を保障する憲法上の義務(被告人の客観的利益²⁷⁾を実現する義務)という公的側面が対立・矛盾する場合、二つの義務のバランスをどのように図るべきか、その調整の問題である(被告人の権利という観点から捉えれば、弁護人に対して自己決定権の保障を求める被告人の権利と弁護人に対して公正な裁判の保障を求める被告人の権利の調整という問題である)²⁸⁾。

この点、原則として、前者の義務が後者の義務と衝突する限りにおいて、前者は後者に譲歩すると解するべきである²⁹⁾。例えば、弁護人が身代わり犯人の疑いを抱く場合、無罪主張を説得すべきだが、翻意がなければ、被告人の意思に反してでも無罪の弁論を行うべきである。弁護人は責任能力を争う意思を有し、精神鑑定を請求をしたいが、被告人が反対する場合、その場合でも説得を経た上で、最終的には精神鑑定を請求すべきである。執行猶予が期待できるが、被告人は事件を清算したいとして実刑を望む場合でも、説得を経た上で、最終的には弁護人は執行猶予を求める弁護活動を行うべきである。

他方で、後者の義務の前者の義務に対する優越性を原則としつつも、事柄の性質によっては、前者の義務が後者の義務に優位する余地を一定の範囲で認めるべきであると思われる。例えば、防御活動を遂行する上での基本的事項に関する場合として、検察側の証拠を検討した結果、有罪の可能性が高く(例えば死刑が予測される場合)、量刑上罪を認めるべきと弁護人が考えた場合が挙げられる。この場合においては、無罪を主張するか否かの判断は被告人に留保されるべきであり、弁護人は被告人に対して説得を行うべきではあるが、最終的には被告人の自己決定に委ねられるべきであると考えられる。したがって、最終的に被告人が無罪を主張するのであれば、弁護人としてはそれを尊重し、被

告人の意思に沿った弁護活動を展開すべきであろう³⁰⁾。

三 刑事弁護活動の適否をめぐる従前の最高裁判例

一 刑事弁護活動の適否が問題となった従前の最高裁判例としては、第一判昭和三六年三月三〇日刑集一五巻三号六八八頁が挙げられる。ここでは、この最高裁昭和三六年判決を検討してみることにしたい。

二 最高裁昭和三六年判決の概要は以下のとおりである。

第一審で死刑が言い渡された事件の控訴審において、被告人が量刑不当の控訴趣意を主張していたのに、国選弁護人は控訴理由がない旨の控訴趣意書を提出し、控訴審がそのまま結審したという事案について、最高裁は、「原審弁護人は、量刑の不当、法令適用の正誤、事実誤認の有無、訴訟手続違反の有無、刑訴三七七条、三八三条関係等の各事項にわたり詳細に取り調べた上控訴の理由なしとしたものであり、また、被告人の控訴趣意は、量刑不当の主張のみであって、原判決はこれにつき詳細に説示していることを認めることができるから、原審の訴訟手続には所論の違法は認められない。」と判示した³¹⁾。

三 本判決は、弁護人による上記弁護活動については適法であると判断している。しかしながら、このような本判決の判断には疑問がある。

本件弁護人は、控訴理由の有無を詳細に調査した上で、「控訴の理由なし」としたとの最高裁の認定を前提にすると、本件では、被告人には客観的利益は見出せず、したがって、弁護人は、被告人の客観的利益を実現する義務を具体的に負っていなかったと見るのが可能である。そうだとすれば、結局のところ、弁護人としては、被告人の自己決定を尊重し、被告人の主観的利益を実現する義務のみを負うことになるのであるから、本件では、弁護人は、被告人の意思を尊重し、量刑不当の控訴趣意を主張すべきであったといえよう。

したがって、弁護人は、本来果たすべき義務を怠り、その義務に違反している以上、弁護人の上記弁護活動は違法であったというべきであるように思われ

殺人、死体遺棄の公訴事実について被告人が第一審公判の終盤において従前の供述を翻し全面的に否認する供述をするようになったが弁護人が被告人の従前の供述を前提にした有罪を提議とする最終弁論をして裁判所がそのまま審理を終結した第一審の訴訟手続に法令違反は存しなかつた事例
る 32) 33)。

四 このように、本判決は必ずしも妥当なものとは思われないが、そのような本判決に対する評価はさておくとして、最高裁平成一七年決定と本判決は、刑事弁護活動の適否が問題となったという意味では共通しているが、厳密に見れば、各々の問題の性格という点では、相違があったことに注意しておくべきである³⁴⁾。

すなわち、最高裁平成一七年決定では、後述するように、「弁護人の二つの義務が対立・矛盾する場合に、それらをどのように調整すべきか」という点が問題になったのに対し、本判決では、それ以前の問題、つまり、そもそも、「弁護人は、被告人の客観的利益を実現する義務を具体的に負っていたのか」という点が問題になっていたにすぎないのである。

四 最高裁平成一七年決定に対する検討

1 最高裁平成一七年決定に対する分析

一 本決定は、①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、第一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こと、②弁護人は、被告人が供述を翻した後の第七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していること、③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はいないことの三つの要素を指摘した上で、弁護人による本件最終弁論については適法であると判断している。

本決定は、確かに、形式的には、上記三つの要素を根拠として、本件最終弁論は適法であるとの結論を導いているように見える³⁵⁾。しかしながら、問題は、本件最終弁論は適法であるとの本決定の結論との関係において、上記①～③の要素に対して、どのような実質的な位置づけを与えるべきかという点にある³⁶⁾。

二 弁護人は、被告人の主観的利益を実現する義務と被告人の客観的利益を実現する義務という、二つの憲法上の義務を有すると解されるが、それらが対立・矛盾する限りにおいては、それらの義務の間の調整という問題が生じ得ることは、既に述べたとおりである。

このような問題枠組みを前提にすれば、本件では、弁護人の二つの義務が対立している状況の下で、それらをどのように調整すべきかが問題となっていると見ることができる。それでは、本件において、最高裁は、被告人の主観的利益を実現すべき義務の優越性（これによれば、弁護人は、被告人の意思を尊重し、被告人の全面的否認に基づく無罪の主張に沿った最終弁論を行うべきであるとの帰結が得られる）を認めていたのであろうか、あるいは、被告人の客観的利益を実現すべき義務の優越性（これによれば、弁護人は、被告人の意思に反して、被告人の有罪を基調とした最終弁論を行うべきであるとの帰結が得られる）を認めていたのであろうか。

この点、本決定は、「弁護人は・・・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見ることができる」（上記①の要素）と指摘していることからすれば、弁護人の二つの義務の対立状況において、被告人の客観的利益を実現すべき義務の優越性を認めたものと解される。そしてまた、弁護人による本件最終弁論は適法であるとの結論を本決定が採用するにあたっては、上記①の要素の存在が実質的かつ決定的な役割を果たしていたと理解することができる³⁷⁾。そうだとすれば、結局、本決定が指摘している、残る上記②および③の要素については、本決定の結論に影響を及ぼすものではなく、本件において認められる事情とし

殺人、死体遺棄の公訴事実について被告人が第一審公判の控訴において従前の供述を詳しく全面的に否認する供述をするようになったが弁護人が被告人の従前の供述を前提にした有罪を基礎とする最終弁論をして裁判所がそのまま審理を終結した第一審の訴訟手続に法全違反は有しないとされた事例

て客観的に述べられているにとどまると理解しておくのが妥当であるように思われる^{38) 39)}。

以上のように、本決定については、弁護人が被告人の客観的利益を実現すべき義務を果たしたこと、すなわち、本決定における表現を用いれば、「弁護人は・・・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こと」を実質的な根拠として、弁護人による本件最終弁論は適法であるとの結論を導いたと理解できるのである⁴⁰⁾ ⁴¹⁾。

2 最高裁平成一七年決定に対する評価

一 それでは、このような分析を前提にした場合、本決定はどのように評価されるべきであろうか。次に、この点に検討を加えることにする。

二 弁護人は、被告人の主観的利益を実現する義務を負っているが、他方で、被告人の客観的利益を実現する義務をも負っている。それらが対立・矛盾する限りにおいては、それらの義務の間の調整が要請されることになるが、この点、原則として、後者の義務の優越性が認められる。しかしながら、一定の場合には、その例外として、前者の義務の優越性が認められるべきである。そして、本件のように、弁護人が、訴訟戦術上、有罪を認める主張をすべきであると考えたにもかかわらず、被告人が無罪を主張する場合は、正にその例外に当たるものとして、弁護人は、被告人の意思決定を尊重し、被告人の無罪の主張に沿った最終弁論を行うべきであったように思われる⁴²⁾。

このように考えると、本件最終弁論は違法であるとの結論に至り得るようにも思われる⁴³⁾。しかしながら、本件事案においては、被告人本人は、「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」ことからすると、被告人は、弁護人による本件最終弁論の内容について事後的に是認しているものと見る余地があり、その限りにおいては、必ずしも弁護人

はその義務に違反しているものとは評価し得ないのであって、したがって、本件最終弁論は適法であるとする見方も可能であるように思われる。

以上の検討からすると、弁護人による本件最終弁論は適法であるとの本決定の結論自体は妥当であったと思われるものの、他方で、その理由付けに関しては、なお疑問が残るのである。

いずれにせよ、本決定は、被告人が無罪を主張している場合に、弁護人は有罪を基調とする最終弁論を行うことが許されるのかという点について、最高裁として初めて判断を下したものであり、大きな意義を有するものであると思われる。

本決定の調査官解説として、芦澤政治「判解」ジュリスト一三三八号(二〇〇七年)一九六頁、芦澤政治「判解」法曹時報五九巻八号(二〇〇七年)三〇八頁、評釈として、徳永光「判批」法学セミナー六一四号(二〇〇六年)一二六頁、上田信太郎「判批」受験新報六六二号(二〇〇六年)二〇頁、佐藤博史「判批」ジュリスト一三一三号(二〇〇六年)二〇四頁、辻本典典「判批」刑事法ジャーナル五号(二〇〇六年)一三九頁、岡本章「判批」研修七〇一号(二〇〇六年)二五頁、高田昭正「判批」法律時報七九巻七号(二〇〇七年)一二八頁、高田昭正「判批」季刊刑事弁護五〇号(二〇〇七年)六二頁、田中優企「判批」法学新報一一四巻一=二号(二〇〇七年)三一九頁、堀田周吾「判批」駿河台法学二一巻二号(二〇〇八年)一〇五頁がある。

(二〇〇八年六月脱稿)

- 1) 田宮裕「弁護の機能」『刑事手続とその運用』(一九九〇年)三六五-七〇頁〔初出・石原一彦ほか編『現代刑罰法大系5 刑事手続1』(一九八三年)〕。
- 2) 大野正男「楯内の論理—弁護士と依頼者の間—」判タ五二八号(一九八四年)九-一〇頁など参照。
- 3) 佐藤幸治=竹下守夫=井上正仁「司法制度改革」(二〇〇二年)一七三-四頁など参照。

殺人、死体遺棄の公訴事実について被告人が第一審公判の終結において従前の供述を翻し全面的に否認する供述をするようになったが弁護人が被告人の従前の供述を前提にした有罪を基礎とする最終弁論をして裁判所がそのまま審理を終結した第一審の訴訟手続に法令違反は存しないとされた事例

- 4) 「特集・刑事弁護の論理と倫理」季刊刑事弁護二二号（二〇〇〇年）一六頁以下、「特集・刑事弁護の現代的在り方」現代刑事法三七号（二〇〇二年）五頁以下、「特集・刑事弁護人の役割」五八号（二〇〇四年）四頁以下、田口守一「公的弁護の意義とあるべき弁護活動」現代刑事法六四号（二〇〇四年）四一頁、上田信太郎「刑事弁護の課題」法律時報七九卷一二期（二〇〇七年）五五頁、佐藤博史「刑事弁護の技術と倫理—刑事弁護の心・技・体」（二〇〇七年）など。
- 5) 村岡啓一「被疑者・被告人と弁護人の関係①」季刊刑事弁護二二号（二〇〇〇年）二三頁、後藤昭「刑事弁護人の役割と存在意義」季刊刑事弁護二二号（二〇〇〇年）一六頁、庭山英雄＝山口治夫編「刑事弁護の手続と技法（改訂版）」（二〇〇六年）二〇頁（藤田充宏）、上田・前掲注4五八頁など。誠実義務以外の義務を認める見解として、上田國廣「被疑者・被告人と弁護人の関係②」季刊刑事弁護二二号（二〇〇〇年）三一頁、森下弘「刑事弁護ガイドラインへの一私案」季刊刑事弁護二二号（二〇〇〇年）三九頁、石井吉一「弁護人の責務」松尾浩也＝井上正仁編「刑事訴訟法の争点（第三版）」（二〇〇二年）二八頁など。
- 6) 弁護人の地位・役割ないし行動規範については、拙稿「刑事手続における公正な裁判の保障について—アメリカにおける議論を中心に—」法学論叢一六三巻三号、五号、六号（二〇〇八年）掲載予定参照。
- 7) 従来の学説においては、この点は、必ずしも明確に認識されてこなかったといえよう。鈴木茂嗣「刑事訴訟法（改訂版）」（一九九〇年）四九頁、田宮裕「刑事訴訟法（新版）」（一九九六年）三六頁、松尾浩也「刑事訴訟法上（新版）」（一九九九年）二三四頁、光藤景岐「刑事訴訟法Ⅰ」（二〇〇七年）二六二頁、井戸田侃「刑事訴訟法要説」（一九九三年）七一頁、白取祐司「刑事訴訟法（第五版）」（二〇〇八年）四一—二頁、福井厚「刑事訴訟法講義（第三版）」（二〇〇七年）五六—七頁、池田修＝前田雅英「刑事訴訟法講義（第二版）」（二〇〇六年）一六六頁など。
- 8) 佐藤博史「判批」ジュリスト一三一三三号（二〇〇六年）二〇六頁。これに対して、後者の側面、すなわち、真実義務との関係で問題を捉えているように思われるものとして、コメント・判例時報一九一六号一五九—六〇頁、コメント・判例タイムズ一九七号一五四—一五五頁、芦澤政治「判解」ジュリスト一三三八号（二〇〇七年）一九七—八頁【以下、「芦澤①」として引用】、芦澤政治「判解」法曹時報五九卷八号（二〇〇七年）三二四—八頁【以下、「芦澤②」として引用】、徳永光「判批」法学セミナー六一四号（二〇〇六年）一—二六頁、上田信太郎「判批」受験新報六六二二号（二〇〇六年）二一頁など。
- 9) なお、後者の問題については、弁護人は、当事者主義の内在的制約として、消極的な真実義務を負うものと解するべきである。拙稿・前掲注6参照。浦功「弁護人に真実義務はあるか」竹澤哲夫ほか編「刑事弁護の技術（上）」（一九九四年）一五頁、佐藤博史「弁護人の真実義務」松尾浩也＝井上正仁編「刑事訴訟法の争点（新版）」（一九九一年）三三頁も参照。
- 10) 田宮・前掲注7三五—六頁、田口守一「刑事訴訟法（第四版補正版）」（二〇〇六年）二四〇—一頁、白取・前掲注7三九—四〇頁、福井・前掲注7五五—六頁、三井誠「刑事手続法Ⅱ」（二〇〇三年）三九七—八頁など。
- 11) 辻本典央「ドイツにおける刑事弁護人の法的地位論について（二）」法学論叢一五四巻二二（二〇〇三年）一三五—六頁、森下・前掲注5四〇頁など。後藤・前掲注5—九頁参照。
- 12) 平野龍一「刑事訴訟法」（一九五八年）七三頁、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」-」北大法学論集一六巻二=三号(一九六五年)一二三頁、岡部泰昌「弁護権の保障」我妻榮編『統判例展望—判例理論の再検討(別冊ジュリスト三九号)』(一九七三年)二七一頁、田宮・前掲注7三—頁、田口・前掲注10一—三六頁、日本弁護士連合会弁護士倫理に関する委員会編『注釈弁護士倫理(補訂版)』(一九九六年)四二頁、福井厚「刑事弁護と弁護士倫理」現代刑事法二=三号(二〇〇一年)四頁、伊藤榮樹ほか『注釈刑事訴訟法(新版)第一巻』(一九九六年)一八五頁〔植村立郎〕など。また、最大判平成一一一年三月二四日民集五三巻三=号五一—四頁参照。

- 13) アメリカにおける議論状況については、拙稿・前掲注6参照。
- 14) *Langen v. Borkowski*, 206 N.W. 181 (Wis.1925) .
- 15) *Id.* at 190-1.
- 16) See also *People ex rel Karlin v. Culkun*, 162 N.E. 487 (N.Y.1928) ; *In re Integration of Nebraska State Bar Association*, 275 N.W. 265 (Neb.1937) .
- 17) *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984) .
- 18) バーガー長官、ホワイ、ブラックマン、パウエル、レンキスト、スティューヴンズの各判事同調。
- 19) *Strickland*, 466 U.S., at 686.
- 20) *In re Halkin*, 598 F.2d 176, 186 (D.C.Cir.1979) .
- 21) 松井茂記「アメリカ憲法入門(第五版)」(二〇〇四年)一三三頁など参照。
- 22) 被疑者・被告人に対して弁護人が有効な援助を与える憲法上の義務を負うことについては、一般に認められているところである。岡田悦典「被疑者弁護権の研究」(二〇〇一年)三二八—九頁など。
- 23) 後藤・前掲注5一九頁、小坂井久「弁護人の誠実義務」季刊刑事弁護二=二号(二〇〇〇年)四四頁など。
- 24) 後藤昭「刑事弁護における依頼者と弁護士」庭山英雄ほか編『日本の刑事裁判—二一世紀への展望(大塚喜一弁護士在職三〇周年祝賀記念論文集)』(一九九九年)一三四頁参照。
- 25) このように、弁護人は二つの憲法上の義務を負うと解するべきであるが、それは、私選弁護人であるか、国選弁護人であるかで結論を異にするものではない。
- 26) 有力説たる誠実義務純化論とは、被告人の自己決定権を保障する弁護人の義務が憲法上の義務であるという点では一致するが、その法的根拠という点では異なることになる。
- 27) 弁護士の独立かつ専門的な裁量判断による法的利益を意味する。日本弁護士連合会弁護士倫理に関する委員会編・前掲注12七八頁参照。
- 28) この点については、具体的事例に基づいた更なる検討が必要となろう。
- 29) 石井・前掲注5二九頁参照。反対、後藤・前掲注24一一九頁、佐藤博史「弁護人の誠実義務と真実義務」法学教室二九七号(二〇〇五年)九八頁、佐藤・前掲注4二一一二頁、上田・前掲注4五八頁など。なお、弁護士職務基本規程四六条は、弁護士は被疑者および被告人の「利益」を擁護する義務を負うと規定しているが、そこにいう「利益」とは、原則として客観的利益を意味すると解するべきである。
- 30) 山中孝茂「刑事弁護実務提要」(一九九五年)二頁、後藤・前掲注24一一九頁、佐藤博史「弁護人の任務とは何か」竹澤哲夫ほか編『刑事弁護の技術(上)』(一九九四年)五頁、石井・

殺人、死体遺棄の公訴事実について被告人が第一審公判の終結において従前の供述を翻し全面的に否認する供述をするようになったが弁護人が被告人の従前の供述を前提にした有罪を基調とする最終弁論をして裁判所がそのまま審理を終結した第一審の訴訟手続に法令違反は存在しないとされた事例

前掲注 5 三〇頁。

- 31) 本判決について、真実義務との関係で理解しているように思われるものとして、田宮裕「刑事弁護人の訴訟上の義務」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選（第三版）』（一九七六年）二七頁【以下、「田宮①」として引用】、田宮裕「国選弁護人の弁護拒否について」ジュリスト二九一九号（一九六四年）三〇頁、徳永・前掲注 8 一二六頁、コメント・判例時報一九一六号一六〇頁、コメント・判例タイムズ一九七号一五五頁、芦澤①・前掲注 8 一九八頁、芦澤②・前掲注 8 三二六頁、白取・前掲注 7 四二頁など。しかしながら、本判決を真実義務との関係において理解することは妥当でないといふべきである。
- 32) なお、民事事件では、東京地判昭和三八年一月二八日下民集一四卷一一号二二三六頁が、被告人の弁護人に対する損害賠償請求を認容している。
- 33) 本判決に批判的なものとして、山崎清「判批」警察研究三四卷一一号（一九六三年）一〇五頁、田宮①・前掲注 31 二七頁、松本一郎「弁護人の地位」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』（一九七九年）三七頁、白取・前掲注 7 四三頁、佐藤・前掲注 8 二〇六頁など。佐藤・前掲注 8 二〇六頁は、本件につき、「弁護人の誠実義務違反とその違法性は明白で」と述べている。それに対し、本判決に好意的なものとして、団藤重光「死刑事件と国選弁護」ジュリスト二一三号（一九六〇年）六頁など。
- 34) なお、岡本章「判批」研修七〇一号（二〇〇六年）三二頁、芦澤①・前掲注 8 一九八頁など参照。
- 35) 芦澤①・前掲注 8 一九九頁、芦澤②・前掲注 8 三三三頁、堀田周吾「判批」駿河台法学二一卷二号（二〇〇八年）一一八頁、徳永・前掲注 8 一二六頁、コメント・判例時報一九一六号一六〇頁、コメント・判例タイムズ一九七号一五五頁など。
- 36) 芦澤①・前掲注 8 一九九頁、芦澤②・前掲注 8 三三三頁参照。
- 37) 岡本・前掲注 34 三三三頁参照。なお、高田昭正「判批」法律時報七九卷七号（二〇〇七年）一三〇頁【以下、「高田①」として引用】は、「実質的な判断基準として、「弁護人の企図」「被告人の態度」を挙げている。高田昭正「判批」季刑刑事弁護五〇号（二〇〇七年）六四頁【以下、「高田②」として引用】も参照。しかしながら、本文で述べたように、本決定の実質的な基準としては、「弁護人の企図」のみに限られるといふべきである。
- 38) なお、岡本・前掲注 34 三三—四頁参照。
- 39) とりわけ③の要素に関しては、なお書きで摘示されているが、この点は、本文のような理解の妥当性を示唆するものと見ることができよう。
- 40) なお、弁護人の最終弁論の適否と、それを放置して結審した裁判所の訴訟手続の適否の関係について付言しておく、両者は互いに不即不離の関係にあるといふべきであり（佐藤・前掲注 8 二〇六頁、岡本・前掲注 34 三八頁など）、両者は常に運動する。すなわち、弁護人の最終弁論が適法であれば、それを放置して結審した裁判所の訴訟手続も常に適法であり、弁護人の最終弁論が違法であれば、それを放置して結審した裁判所の訴訟手続も常に違法である。これに対して、弁護人の最終弁論が適法であっても、それを放置して結審した裁判所の訴訟手続が違法とされ得ることを示唆する見解もある（芦澤②・前掲注 8 三三七頁、上田補足意見も同旨）が、妥当なものであるとは思われない（なお、芦澤②・前掲注 8 三三七頁は、「裁判所の訴訟指揮等が違法とされるような場合には、最終弁論自体も違法である場合がほとん

どであろう」と述べている)。

- 41) 上田補足意見もまた、「何をもって被告人の利益とみなすかについては微妙な点もあり、この点についての判断は、第一次的に弁護人にゆだねられると解するのが相当である」と述べた上で、「本件最終弁論は、証拠関係、審理経過、弁論内容の全体等からみて、被告人の利益を実質的に図る意図があるものと認められ」ることを理由として、本件最終弁論は適法であるとしている。
- 42) 後藤・前掲注24一一九頁、山中・前掲注30二頁、佐藤・前掲注30五頁。
- 43) 本件最終弁論は違法であるとするものとして、徳永・前掲注8一二六頁、高田①・前掲注37一三三頁、高田②・前掲注37六五頁、上田・前掲注8二二頁。