

被告人の同意の有無を確かめることなく、弁護 人の同意のもとに検察官請求の書証を同意書証 として取り調べたことが違法とされた事例

—広島高判平成15年9月2日高刑速平成15年3号131頁、判時1851号155頁—

金子 章

【事実の概要】

被告人は、平成14年7月30日午後4時20分ころ、広島市西区の株式会社Aにおいて、同店店長B管理に係るたちうお刺身1パックほか3点（販売価格合計2,156円）を窃取し（公訴事実第1）、同年9月10日午前8時30分ころ、同市西区にある広島市中央卸売市場内のC株式会社南側通路において、D所有に係るひらめ1匹ほか2点（仕入価格合計7,700円相当）を窃取し（公訴事実第2）、同日午前8時45分ころ、前記広島市中央卸売市場内のE株式会社果実売場において、同社代表取締役F管理に係るみかん1箱（販売価格3,000円）を窃取しようとしたが、同社従業員に発見されたため、その目的を遂げなかった（公訴事実第3）として、起訴されたが、原審の審理経過は、概ね、次のとおりである。

（1）被告人は、第1回公判期日における被告事件に対する陳述において、「公訴事実第1について、私は財布を忘れていたことにレジのところで気づき、お金を支払わずに商品を持って店を出たところで従業員に捕まりました。私は、

財布を取りに帰ろうとしていたものであり、窃盗をするつもりはありませんでした。」と陳述した。弁護人(国選)は、公訴事実第1については争わず、公訴事実第2及び第3については被告人に窃盗の故意はなく、無罪を主張する旨述べた。

(2) 弁護人は、公訴事実第1に関する検察官請求の書証について全部同意し、公訴事実第2及び第3に関する検察官請求の書証については、写真撮影報告書(原審検29号証)、被告人の警察官に対する供述調書(原審検35号証)及び検察官に対する弁解録取書(原審検38号証)の各1部につき信用性を争う意見を付加した上で、書証全部について同意した。原審裁判所は、検察官請求の書証を全て採用して取り調べた。

(3) 第1回ないし第3回公判期日において、検察官、弁護人及び裁判所から被告人質問が実施され、第3回公判期日では、検察官請求に係る被告人の取調べを担当した警察官2名に対する証人尋問がなされた。

(4) 弁護人は、第2回公判期日以降、検察官から補充立証のために請求された書証についても全部同意し、原審は、これらの書証を全て採用して取り調べた。

(5) 原判決は、これらの証拠に基づき、本件各公訴事実について、いずれも被告人を有罪と認定した。

これに対して、弁護人は、控訴趣意において、窃盗2件及び窃盗未遂1件の事実を認定した原判決には、事実の誤認があり、被告人を懲役1年4月に処した原判決の量刑は重きに失すると主張した。

【判旨】

本判決は、職権で、以下のように判示し、原審における裁判所の措置に判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反があったとして、原判決を破棄・自判した。

被告人の同意の有無を確かめることなく、弁護人の同意のもとに検察官請求の書証を同意書証として取り調べたことが違法とされた事例

「被告人が公訴事実について否認の陳述をしているのに対し、弁護人が公訴事実を争わない旨の意見を陳述し、その主張が相反している場合には、刑訴法326条1項が書証に対する同意権者を被告人と規定していることにかんがみ、検察官請求の書証について、弁護人が全部同意すると述べたとしても、直ちに被告人が書証を証拠とすることについて同意したことになるものではなく、裁判所は、弁護人とは別に被告人に対し、被告人の否認の陳述の趣旨を無意味にするような内容の書証を証拠とすることについて同意の有無を確かめなければならないと解する。なぜならば、弁護人は、被告人の行うことができる訴訟行為のうち性質上代理を許すもの全てについて、包括的な代理権を有しており、争点の内容に応じて、被告人の意思に反しない限り、検察官請求の書証について全部同意した上で、反証を挙げて公訴事実を争うことも許されるところであるが、被告人の明示又は黙示の意思に反する代理行為は無効であると解されるからである。

本件の場合、被告人は、公訴事実第1について、財布を取りに帰ろうとしていたのであり、窃盗の意思はなかったと否認の陳述をしているのに対し、原審弁護人は、事実を争わない旨意見を述べたのであって、その主張が明らかに相反していたものと認められる。したがって、被告人の弁解内容や審理の経過に照らし、被告人の否認の陳述の趣旨を無意味にするような内容の証拠、すなわち、逮捕前後の被告人の言動などが記載されていて、被告人の窃盗の犯意の立証に資する保安員Fを逮捕者とする現行犯人逮捕手続書（原審検1号証）、同人作成の被害届（原審検2号証）、同人の司法警察員に対する供述調書（原審検3号証）に関する原審弁護人の同意は、被告人の意思に反している疑いが濃厚であり、それをもって、被告人の同意があったと理解することはできない。被告人が当審公判廷において、公訴事実第1の犯行状況を現認し、被告人を現行犯逮捕したFについて、証人として呼んで確かめてみたいという気持ちがあったと供述していることも、このことを裏付ける。そうだとすると、原審裁判所としては、原審弁護人とは別に、被告人に対しても、検察官請求の上記証拠に

関する意見を聴取し、当該書証を証拠とすることについて同意の有無を確かめるべきであり、被告人の同意が得られなかった場合には、証拠として調べることができないのに、原審裁判所が、その手続を執ることなく、直ちにこれらの証拠を同意書証として採用して取調べを済ませ、事実認定の資料とした点で、刑法326条1項の適用を誤った違法があるというべきである（もっとも、原審弁護人は、第4回公判期日における最終弁論において、公訴事実第1に関する主張を変更して、被告人には不法領得の意思がなく無罪である旨主張するに至ったが、そのことをもって、上記訴訟手続の違法が治癒されたと考えることはできない。また、被告人は、弁護人が書証の取調べに同意した際、何ら異議を述べていないのであるが、被告人質問においても明確に犯意を否定する供述をしているのであるから、この被告人の対応をもって、被告人が黙示的に書証の取調べに同意したと捉えるのは相当でない。）。

そして、これらの証拠を除くと、原判示第1の事実（公訴事実第1）を認定することができないから、この訴訟手続の法令違反が判決に影響を及ぼすことは明らかである。

次に、公訴事実第2及び第3については、被告人と原審弁護人の主張は一致している上、原審弁護人は、検察官請求の書証について全て同意しているものの、その一部について信用性を争う旨意見を付加し、被告人の弁解の正当性を裏付けるべく、積極的に被告人質問を展開している。被告人は、当審公判廷において、公訴事実第2及び第3に関しては、被害者など卸売市場の関係者を証人と呼んで確かめたいという気持ちはなかった旨述べている。そうすると、検察官請求の書証に対する原審弁護人の同意の意見が、被告人の意思に反していたとは認められないから、原審弁護人の同意により、被告人の同意があったとして書証を採用して取調べを済ませ、事実認定の資料とした原判決の手続に違法はない。」

【研究】

一 はじめに

本件は、被告人が公訴事実を否認しているのに対して、弁護人は公訴事実を認めている場合における、弁護人による検察官請求証拠に対する同意の効力が問題となった事案である。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¹⁾。

以下では、まず、上記問題に関して、従来の判例ならびに広島高裁平成15年9月2日判決がどのような態度を示しているのかを確認する(二)。それに引き続いて、上記問題に対して検討を加える前提として、弁護人の地位・役割ないし行動規範について考察を行い、その理論的枠組みを確認する(三)。そして、最後に、弁護人の地位・役割ないし行動規範に関する考察から得られた成果を踏まえて、上記問題に対して検討を加えることにする(四)。

二 従来の判例の動向と広島高裁平成15年9月2日判決の位置付け

一 被告人が公訴事実を否認しているのに対して、弁護人は公訴事実を認めている場合における、弁護人の検察官請求証拠に対する同意の効力という問題に関するリーディング・ケースとしては、最二判昭和27年12月19日刑集6巻11号1329頁²⁾を指摘することができる。

本件は、A方に進入し、同人所有の郵便貯金通帳を窃取したとして起訴された被告人が公訴事実を全面的に否認していたのに対して、弁護人(国選)は、公訴事実を認めるとともに、検察官による証拠調請求に異議がない旨の答弁を行ったという事案である。この点につき、最高裁は、以下のように判示している。

「本件のごとく被告人において全面的に公訴事実を否認し、弁護人のみがこれを認め、その主張を完全に異にしている場合においては、弁護人の前記答弁のみをもって、被告人が書証を証拠とすることに同意したものとはいえないの

であるから、裁判所は弁護士とは別に被告人に対し、証拠調請求に対する意見及び書類を証拠とすることについての同意の有無を確めなければならないものと解しなければならない。然らば、第一審裁判所が以上の手続を経ず弁護人の証拠調請求に異議がない旨の答弁だけで前記各書証を取り調べた上これを有罪認定の資料としたことは訴訟手続に違法があるものといわざるを得ない」。

二 このように、最高裁は、被告人が公訴事実を否認しているのに対し、弁護士は公訴事実を認めている場合には、たとえ弁護士が検察官請求証拠に同意していたとしても、それだけでは直ちに有効な同意としては認め得ないとの立場を明らかにしているところであるが、これと同様の考え方は、その後の下級審裁判例においても基本的に受け継がれている。

東京高判昭和 48 年 3 月 28 日高刑集 26 巻 1 号 100 頁³⁾は、常習累犯窃盗罪で起訴された被告人が公訴事実を否認しているのに対し、弁護士(国選)は公訴事実を争わない態度を明示するとともに、検察官請求証拠に対して同意する旨を陳述したという事案につき、「被告人が終始窃盗の犯意を否認しておるのに対し、弁護士が被告事件に対する陳述以来審理の全過程を通じて公訴事実を争わない態度を明示している事案においては、被告人の窃盗の犯意の認定の資料となる重要な書証については、裁判所としては、弁護士が証拠とすることに同意する旨陳述しても、これがはたして被告人の意思に添うものであるかどうかについて、さらに慎重に確かめるのが相当であつて、弁護人の右の陳述だけで、ただちに被告人がかかる書証を証拠とすることに同意したものと見ることはできない」との立場を示した上で、「これらの書証については、右弁護人の同意の意思表示によつて、これを証拠とすることに被告人の同意があつたものとするとはできない」との結論を導いているのである。

三 さて、広島高裁平成 15 年 9 月 2 日判決は、被告人が公訴事実を否認しているのに対して、弁護士は公訴事実を認めている場合における、弁護士による検察官請求証拠に対する同意の効力という問題について、「被告人が公訴事実について否認の陳述をしているのに対し、弁護士が公訴事実を争わない旨の

被告人の同意の有無を確かめることなく、弁護人の同意のもとに検察官請求の書証を同意書証として取り調べたことが違法とされた事例

意見を陳述し、その主張が相反している場合には、検察官請求の書証について、弁護人が全部同意すると述べたとしても、直ちに被告人が書証を証拠とすることについて同意したことになるものではないとの判断を示しているところである。

先に見たように、従来判例は一貫して、被告人が公訴事実を否認しているにもかかわらず、弁護人は公訴事実を認めている場合には、たとえ弁護人が検察官請求証拠に同意したとしても、それだけでは直ちに有効な同意とは認められないとの立場を採用してきたところであるが、上記のような判断を示した広島高裁平成15年9月2日判決もまた、従来判例の立場を踏襲したものとして位置付けることができよう。

三 弁護人の地位・役割ないし行動規範に関する考察

1 学説における従来の議論状況

一 かつて、田宮博士が、弁護の機能として、「当事者的機能」と「司法機関的機能」という二つの側面を指摘していたところからも窺われるように⁴⁾、学説においては、これまで、弁護士は、私的な側面だけでなく、公的な側面をも併せ持つ存在であると一般に認識されてきたように思われる⁵⁾。

しかしながら、弁護士は、私的な側面だけでなく、公的な側面をも有するとの理解は共有されていたものの、他方で、公的な側面とは具体的に何を意味するものであるのか、あるいは、弁護士が有する私的な側面と公的な側面とはいかなる関係に立つのか、といった点は、学説においても、必ずしも明らかではなく、曖昧模範な状況にあったといえよう。

二 このような学説における状況の中、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⁶⁾、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取り上げられ、活発な議論の対象とされるに至っている⁷⁾。そして、そこでは、従来理解とは異なる見解、すなわち、弁護士は、被疑者・被告人の主観的利益の追求に徹するべ

きであるとして（代理人的地位への特化）、弁護士の公的地位自体の存在を否定する誠実義務純化論が有力に主張されているのである⁸⁾。

確かに、このような有力説は、明確かつ実践的な見解であると評することができよう。しかしながら、そうだとしても、このような見解は理論的正当性を有するものであると評価し得るのかは、無論、別問題である⁹⁾。

2 弁護人の地位・役割をめぐる議論の基本的枠組み

弁護人の地位・役割をめぐる議論には¹⁰⁾、性格を異にした（あるいは、次元を異にした）二つの問題が含まれていることに注意しなければならない¹¹⁾。

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、という問題である。

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は、刑法などの一般的禁止規範に反しない限り¹²⁾、いかなる活動も許容されるのか、殊に、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、という問題である。

したがって、弁護人の地位・役割に関する考察を行うにあたっては、この点を明確に区別して、議論が進められていく必要があると言わなければならない。もともと、本稿との関係において意味を有するのは、第一の問題であると考えられることから、以下では、第一の問題に焦点を当てて検討を進めることにする¹³⁾。

3 刑事弁護の意義・目的に関する検討

一 刑訴法が規定する弁護人の権限は、一般に、包括的代理権（従属代理権）、独立代理権、固有権に分類されているが¹⁴⁾、そこでは、弁護人に対して、被疑者・被告人の意思とは無関係に、独立して行使し得る権限の存在が認められている（刑訴法41条）¹⁵⁾。また、刑訴法は、被告人に対して弁護人を強制的に付与す

被告人の同意の有無を確かめることなく、弁護人の同意のもとに検察官請求の書証を同意書証として取り調べたことが違法とされた事例の必要的弁護制度（刑訴法 289 条）を規定している。そして、これらの規定の存在が、上述した誠実義務純化論に対する批判の根拠として援用されているのである¹⁶⁾。

しかしながら、弁護人はどのような法的権限を付与されているかという問題は、刑事弁護の意義・目的はどのように理解されるべきかという問題とは別個の問題である。したがって、両者は理論的には明確に区別されるべきであり、前者の問題が後者の問題に何らかの示唆を与える関係にはないというべきであろう¹⁷⁾。また、刑訴法が規定する必要的弁護制度の存在に関しても、それは、まさに、強制的に弁護人を被告人に付与すべきことを要求するに過ぎないのであって、刑事弁護の意義・目的はどのように理解されるべきかという問題に対して示唆を与える関係にはないというべきである。

このように考えると、従来から援用されてきた刑訴法上の規定は、誠実義務純化論に対する批判の根拠としては、必ずしも適切なものではなかったように思われる。

二 むしろ、刑事弁護の意義・目的を解明するに当たって着目すべきは、憲法が保障する弁護人依頼権（憲法 34 条、37 条）、すなわち、弁護人の有効な援助を受ける権利¹⁸⁾に関する理解である。この点について、アメリカにおける議論状況は有益な示唆を与えてくれるように思われる。

アメリカでは、従来から、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いる。

例えば、Langen v. Borkowski 判決¹⁹⁾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。」²⁰⁾と指摘している²¹⁾。

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っているのであるが、それでは、弁護士は、公正な裁判を確保する義務を倫理的義務としてにとどまらず、法的義務としても負うのであろうか。

この点は、連邦憲法修正 6 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論じられているが、刑事弁護過誤に基づく被告人の救済が問題となった Strickland v. Washington 判決²²⁾において、オコナー判事執筆の法廷意見²³⁾は、概ね以下のように述べている。

連邦最高裁は、弁護士依頼権は、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²⁴⁾。

このように、Strickland 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指摘しているものであり、これによって、弁護士は、公正な裁判を確保する義務を、倫理的義務にとどまらず、法的義務としても負うことが明らかにされたのである²⁵⁾。

しかしながら、翻って考えてみると、憲法とは、国民と国家の関係を規律する法規範のはずである。そうだとすると、憲法上の義務を負う主体ではないはずの私人たる弁護士が、何故に憲法上の義務を負うことになるのか、疑問が生じ得るところであろう。それでは、この点は、どのように理論的に説明付けることができるのであろうか。

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限りにおいて、憲法上の義務を負うことも可能であると理解されている²⁶⁾。したがって、そのような理解を踏まえると、弁護士が憲法上の義務を負うとの結論が得られるのは、弁護士は公正な裁判を確保する倫理的義務を負うことが異論なく認められていることを前提

被告人の同意の有無を確かめることなく、弁護人の同意のもとに検察官請求の書証を同意書証として取り調べたことが違法とされた事例

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であると評価されたからである、と理論的に説明付けることが可能であるように思われる。

三 以上のようなアメリカにおける議論状況を踏まえて、我が国の弁護人依頼権（憲法 34 条、37 条）、すなわち、弁護人の有効な援助を受ける権利の存在をどのように理解すべきか、という点に、検討を加えることにしよう。

弁護人が被疑者・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は、一般に認められているところであるが²⁷⁾、誠実義務純化論の立場からすると、弁護人は、被告人に対する誠実義務を尽くす（あるいは、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ことになる²⁸⁾。これは、弁護士が負うべき倫理的義務を前提として²⁹⁾、それが憲法上の義務にまで高められたものと理解することができよう。

しかしながら、このような理解に対しては、理論的な観点から疑問を提起することが可能である。すなわち、先に述べたように、弁護人は憲法上の義務を負うとの命題を理論的に基礎付けるに際しては、前提として、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となるころ、被告人に対する弁護人の誠実義務を「公的機能」と評価することは、およそ不可能なのである。

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倫理的義務をも負うと理解した上で³⁰⁾、それが憲法上の義務にまで高められたものと見るべきである。これによって、弁護人は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基礎付け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うが、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、憲法上の義務としても位置付けられたと見ることができるのである。

このような検討からすると、弁護人は、公正な裁判の保障を実現すべき義務

を、倫理的義務としてだけではなく、法的義務としても負うと解するのが、理論的に見て妥当であると言うべきであろう。そして、弁護人は、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、弁護人に対して公的ないし国家機関の性格が付与されているとすれば、その反面として、弁護人の地位に由来するものとして存在している、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らず、憲法上の義務(憲法13条)として理解することが可能であり、また、そのように理解すべきである³¹⁾。

四 弁護人が有する義務については、先に見たように、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³²⁾を実現する義務)という公的側面が存在する。そして、このような二つの義務の存在を前提にすれば、二つの義務が対立・矛盾する場合において、その間の調整はどのように図られるべきか、という点が、次に問題として生じ得ることになる。

この点、被告人の自己決定権を保障する義務と公正な裁判を保障する義務とが対立・矛盾する限りにおいては、原則として、後者の義務の前者の義務に対する優越性が認められるべきである³³⁾。

もっとも、他方で、前者の義務の後者の義務に対する優越性もまた、一定の範囲において、例外的に認められるべきであろう。

例えば、弁護方針という基本的事項を決する場面において、検察側の証拠を検討した結果、有罪の可能性が高く、量刑上、罪を認めるべきであると弁護人が考えた場合が挙げられよう。この場合は、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ことはもちろんであるが、しかしながら、最終的には、被告人の自己決定に委ねられるべきである。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なければならず、被告人の意思に沿った弁護活動を展開すべきであろう^{34) 35)}。

四 検討

1 分析視角

上述したような弁護人の地位・役割に関する理論的考察を踏まえた上で、本稿が検討の対象とする、「被告人が公訴事実を否認しているのに対して、弁護人が公訴事実を認めている場合における、弁護人による検察官請求証拠に対する同意の効力」という問題に目を向けると、それは、次のように、三つの問題から成り立っているものと見るができるように思われる。

第一に、被告人が公訴事実を否認している場合に、弁護人は公訴事実を認めることが許されるのか、すなわち、被告人が無罪を主張している場合に、弁護人は有罪の主張を行うことが許されるのか、その許否という問題である。この点は、弁護人が負うべき、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の調整の問題として捉えることができよう。

第二に、弁護人は検察官請求証拠に同意することが許容されているのか、その許否という問題である。この点もまた、弁護人が負うべき、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の調整の問題に関係するものといえよう。

第三に、弁護人は検察官請求証拠に同意することが許容されているとして、弁護人はそのような権限を有しているのか、すなわち、弁護人は検察官請求証拠に同意することが可能であるのか、その可否という問題である。この点は、刑訴法 326 条の解釈の問題として理解することができよう。

以下では、このような分析を前提にして、広島高裁平成 15 年 9 月 2 日判決の評価に触れつつ、それぞれの問題に対して検討を加えていくことにする。

(1) 第一の問題

一 被告人が公訴事実を否認している場合に、弁護人は公訴事実を認めることが許されるのであろうか、すなわち、被告人が無罪を主張していても、弁護人としては有罪の主張をすべきと考えた場合には、有罪の主張を行うことが許されるのであろうか。

広島高裁平成15年9月2日判決は、「被告人が公訴事実について否認の陳述をしているのに対し、弁護人が公訴事実を争わない旨の意見を陳述し、その主張が相反している場合には・・・と解する」と判示しているところからすると、本判決は、被告人の客観的利益を実現する義務の優越性を基礎に、被告人が無罪を主張している場合でも、弁護人は有罪の主張を行うことが許されるとの理解を当然に採用しているものと見ることができよう³⁶⁾。

しかしながら、本判決が採用する理解に関しては疑問が残る。先に述べたように、弁護人としては、専門的見地から、有罪を主張すべきであると考えたとしても、無罪を主張するか否かの判断は、被告人自身に留保されるべきであり、被告人が無罪を主張する以上、弁護人はそれに沿った主張を展開すべきであると思われるからである。

このように考えると、被告人が無罪を主張している場合には、弁護人が有罪の主張を展開することは許されないというべきである。

二 なお、その後、被告人が無罪を主張している場合に、弁護人は有罪の主張を行うことが許されるのか、という問題を正面から取り上げ、明確な判断を初めて示した最高裁判例が現れている。それが、最三決平成17年11月29日刑集59巻9号695頁³⁷⁾である。

本決定は、否認事件における有罪を基調とした弁護人の最終弁論の当否が問題となった事案につき、「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みることができる」と述べ、被告人の客観的利益を実現する義務の優越性を根拠として³⁸⁾、有罪を基調とした弁護人の最終弁論は適法であるとの結論を導いている³⁹⁾。

このように、最高裁は、被告人の客観的利益を実現する義務の優越性を根拠にして、被告人が無罪を主張している場合でも、弁護人は有罪の主張を行うことが許されるとの立場を明確に示すとともに、広島高裁平成15年9月2日判決が当然に採用している理解に対しても明確な支持を与えているのである。

被告人の同意の有無を確かめることなく、弁護人の同意のもとに検察官請求の書証を同意書証として取り調べたことが違法とされた事例

(2) 第二の問題

一 被告人が無罪を主張している場合でも、弁護人は有罪の主張を行うことが許されるとの判例の立場を前提にすると、次に、弁護人は検察官請求証拠に同意することが許容されているのか、という問題が検討されなければならない。

もっとも、広島高裁平成15年9月2日判決は、この問題については、まったく触れていない。むしろ、本判決は、被告人が無罪を主張しているのに対し、弁護人は有罪の主張を行っているということから、直接的に、検察官請求の書証に対する弁護人の同意は直ちに有効とは認められないとの結論を導き出しているのである。

しかしながら、被告人が無罪を主張しているのに対し、弁護人は有罪の主張を行っているとの事実が認められたとしても、そのことと、検察官請求の書証に対する弁護人の同意の効果の問題とは、まったくの無関係というべきであろう。すなわち、そのような事実が認められたとしても、そのことから、直接的に、弁護人の同意の効果に関して、一定の結論を導き出すことはできないのである。

このように考えると、弁護人の同意の効果論を論ずるにあたって本判決が採用している論理については、問題を抱えていたものと評価せざるを得ないように思われる⁴⁰⁾。

二 さて、弁護人は検察官請求証拠に同意することが許容されているのか、という問題を検討するにあたっては、前提として、その判断基準が明らかにされていなければならないといえよう。

まず、被告人が検察官請求証拠に同意することに賛成し、弁護人もまた検察官請求証拠に同意すべきと考えた場合には、いうまでもなく、弁護人は検察官請求証拠に同意することが許されよう。それでは、被告人が検察官請求証拠に同意することに反対しているのに対し、弁護人としては検察官請求証拠に同意すべきと考えた場合には、果たして、弁護人は検察官請求証拠に同意することが許されるのであろうか。

先に述べたように、弁護人が負うべき二つの義務が対立・矛盾する場合における、二つの義務の調整のあり方としては、被告人の客観的利益を実現する義務の優越性が原則とされるべきである。そして、上記の問題についても、この原則が妥当するものと解されるべきである。したがって、被告人が検察官請求証拠に同意することに反対しているのに対し、弁護人としては検察官請求証拠に同意すべきと考えた場合には、弁護人は検察官請求証拠に同意することが許容されることになるのである。

このように、弁護人は検察官請求証拠に同意することが許容される事例に鑑みると、弁護人は検察官請求証拠に同意することが許容されているといえるのは、結局のところ、弁護人による検察官請求証拠への同意が「被告人の客観的利益を実現する義務の具体化」⁴¹⁾と評価される場合であると見ることができると。すなわち、弁護人は検察官請求証拠に同意することが許容されているか否かは、弁護人による検察官請求証拠への同意が「被告人の客観的利益を実現する義務の具体化」と評価されるか否かによって規定されるのである。したがって、弁護人は検察官請求証拠に同意することが許容されているのかを判断するにあたっては、「被告人の客観的利益を実現する義務の具体化」という基準が用いられるべきであり、これに該当すると評価される限りにおいて、弁護人は検察官請求証拠に同意することが許容されているとの結論が導かれることになるのである。

(3) 第三の問題

一 上述の基準に照らして、弁護人は検察官請求証拠に同意することが許容されているものと判断されると、次に、弁護人は検察官請求証拠に同意する権限を有しているのか、すなわち、弁護人は検察官請求証拠に同意することが可能であるのか、という問題が検討されなければならない。

この点、刑訴法 326 条 1 項は、同意することができる者を、検察官および被告人に限定している。もっとも、弁護人もまた、被告人が代理行使を認容している限りにおいて（被告人が代理権を与えている限りにおいて）、同意するこ

被告人の同意の有無を確かめることなく、弁護人の同意のもとに検察官請求の書証を同意書証として取り調べたことが違法とされた事例
とが可能になるものと解されるべきである⁴²⁾。

二 さて、このような理解を前提にすると、被告人が代理行使を認容しているか否か（代理権を与えているか否か）の判断はどのようにしてなされるべきか、という点が、さらに問題として生じ得ることになる。

この点、弁護人が検察官請求証拠に同意している以上は、原則として、被告人は代理行使を認容しているものと解されるべきことになろう。そして、被告人が、それに対する異議を明確に示した場合において初めて、被告人は代理行使を認容していないものと解されるべきなのである。

2 まとめ

以上のように、「被告人が公訴事実を否認しているのに対して、弁護人が公訴事実を認めている場合における、弁護人による検察官請求証拠に対する同意の効力」という問題に対して検討を加えてきたが、そこでの検討を踏まえると、広島高裁平成15年9月2日判決に関しては、被告人が公訴事実を否認している場合に、弁護人は公訴事実を認めることが許されるとの立場を当然に採用している点は措くとしても、上述した第二の問題および第三の問題について、自覚的かつ十分な検討がなされていないという点で、根本的な問題を抱えていたものと評価せざるを得ないように思われるのである^{43) 44)}。

本判決の評釈として、小川賢一「判批」研修667号（2004年）121頁、大野正博「判批」現代刑事法69号（2005年）109頁がある。

（2009年3月脱稿）

- 1) なお、同意の本質をめぐる議論は本稿の射程外であるが、この点については、大澤裕「刑法326条の同意について」法曹時報56巻11号（2004年）1頁以下、大野市太郎「326条の意義と機能」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点（第3版）』（2002年）190-191頁、田口守一『刑事訴訟の目的』（2007年）267-285頁など参照。
- 2) 本判決の評釈として、山崎恵美子「判批」研修367号（1979年）127頁、西村法「判批」

熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅲ』(1970年)356頁がある。なお、高田卓爾『刑事訴訟法(二訂版)』(1984年)244頁は、本判決につき、「判旨は正当である」と評価している。

- 3) 本判決の評釈として、西本晃章「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選(第3版)』(1976年)184頁がある。
- 4) 田宮裕「弁護の機能」『刑事手続とその運用』(1990年)354-370頁〔初出・石原一彦ほか編『現代刑罰法大系5 刑事手続1』(1983年)〕。
- 5) 大野正男「楯円の論理-弁護士と依頼者の間-」判タ528号(1984年)9-10頁など参照。
- 6) 佐藤幸治=竹下守夫=井上正仁『司法制度改革』(2002年)173-174頁(井上発言)など参照。
- 7) 「特集・刑事弁護の論理と倫理」季刊刑事弁護22号(2000年)16頁以下、「特集・刑事弁護の現代的在り方」現代刑事法37号(2002年)5頁以下、「特集・刑事弁護人の役割」季刊刑事弁護58号(2004年)4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64号(2004年)41頁以下、上田信太郎「刑事弁護の課題」法律時報79巻12号(2007年)55頁以下、佐藤博史『刑事弁護の技術と倫理-刑事弁護の心・技・体』(2007年)19頁以下など。
- 8) 村岡啓一「被疑者・被告人と弁護人の関係①」季刊刑事弁護22号(2000年)23頁以下、後藤昭「刑事弁護人の役割と存在意義」季刊刑事弁護22号(2000年)16頁以下、庭山英雄=山口治夫編『刑事弁護の手続と技法(改訂版)』(2006年)20頁〔藤田充宏〕、上田・前掲注7)58頁など。
- 9) 誠実義務純化論に対し批判的なものとして、上田國廣「被疑者・被告人と弁護人の関係②」季刊刑事弁護22号(2000年)31頁以下、森下弘「刑事弁護ガイドラインへの一私案」季刊刑事弁護22号(2000年)39頁以下、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3版)』(2002年)28頁以下、辻本典史「ドイツにおける刑事弁護人の法的地位論について(2・完)」法学論叢154巻2号(2003年)134-135頁、田口・前掲注7)45頁など。
- 10) 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(2)(3・完)-アメリカにおける議論を中心に-」法学論叢163巻5号、6号(2008年)掲載予定、拙稿「判批」横浜国際経済法学17巻1号(2008年)211頁以下も参照。
- 11) 従来の学説においては、この点を明確に意識した議論は必ずしも行われてこなかったように思われる。鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(1990年)49頁、田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(1996年)36頁、松尾浩也『刑事訴訟法(上)(新版)』(1999年)234頁、光藤景皎『刑事訴訟法I』(2007年)262頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(1993年)71頁、白取祐司『刑事訴訟法(第5版)』(2008年)41-42頁、福井厚『刑事訴訟法講義(第3版)』(2007年)56-57頁、池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義(第2版)』(2006年)166頁など。
- 12) 村岡・前掲注8)26頁、「〈座談会〉弁護人の真実義務と誠実義務をめぐって」現代刑事

被告人の同意の有無を確かめることなく、弁護人の同意のもとに検察官請求の書証を同意書証として取り調べたことが違法とされた事例

法 58 号 (2004 年) 8 頁 [村岡啓一発言]、村岡啓一「弁護人の役割」法学セミナー 563 号 (2001 年) 89 頁。

- 13) なお、付言すると、第二の問題に関しては、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されるべきであろう。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)』(1994年)15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)』(1991年)33頁参照。
- 14) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要(7訂版)』(1967年)126-128頁、平野龍一『刑事訴訟法』(1958年)80-81頁、高田・前掲注2)90-91頁、鈴木・前掲注11)53頁、田宮・前掲注11)35-36頁、田口守一『刑事訴訟法(第4版補正版)』(2006年)240-241頁、白取・前掲注11)39-40頁、福井・前掲注11)55-56頁、三井誠『刑事手続法Ⅱ』(2003年)397-398頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法(第2版)』(2008年)50頁、光藤・前掲注11)270-271頁、井戸田・前掲注11)72頁、長井圓『LSノート刑事訴訟法』(2008年)74頁、田中開ほか『刑事訴訟法(第3版)』(2008年)36-37頁〔長沼範良〕、石川才顯『通説刑事訴訟法』(1992年)87-88頁、小林充『刑事訴訟法(第3版)』(2006年)43-44頁、安富潔『刑事訴訟法講義』(2007年)27-28頁、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法(第3版増補版)』(2006年)62-63頁、伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法(新版)(第1巻)』(1996年)286頁〔植村立郎〕、藤永幸治ほか編『大コメンタール刑事訴訟法(第1巻)』(1995年)429頁〔河上和雄〕、平場安治ほか『注解刑事訴訟法(上巻)(全訂新版)』(1987年)127頁〔中武靖夫〕、高田卓爾＝鈴木茂嗣編『新判例コメンタール刑事訴訟法1』(1995年)217頁〔山本正樹〕など。
- 15) 団藤・前掲注14)127頁、高田・前掲注2)90頁、田宮・前掲注11)35頁、光藤・前掲注11)270頁、福井・前掲注11)56頁、三井・前掲注14)397-398頁など。
- 16) 森下・前掲注9)40頁、辻本・前掲注9)135-136頁、田口・前掲注14)239頁、松尾・前掲注11)231頁、光藤・前掲注11)270頁、福井・前掲注11)55-56頁、寺崎・前掲注14)50頁など。後藤・前掲注8)19頁参照。
- 17) 従来の議論において、この点は、必ずしも明確に意識されてこなかったようにも思われる。
- 18) 平野・前掲注14)73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16巻2＝3号(1965年)123頁、岡部泰昌「弁護権の保障」我妻栄編『続判例展望－判例理論の再検討(別冊ジュリスト39号)』(1973年)271頁、田宮・前掲注11)31頁、田口・前掲注14)136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)』(1996年)42頁、福井厚「刑事弁護と弁護士倫理」現代刑事法23号(2001年)4頁、伊藤ほか・前掲注14)185頁〔植村立郎〕など。最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁も参照。
- 19) *Langen v. Borkowski*, 206 N.W. 181 (Wis. 1925).
- 20) *Id.* at 190-1.
- 21) 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).
- 22) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).
 - 23) バーガー長官、ホワイト、ブラックマン、パウエル、レンキスト、スティーヴンズの各判事同調。
 - 24) Strickland, 466 U.S., at 686.
 - 25) See also In re Halkin, 598 F.2d 176 (D.C.Cir. 1979).
 - 26) 松井茂記『アメリカ憲法入門(第6版)』(2008年)138-139頁など参照。
 - 27) 岡田悦典『被疑者弁護権の研究』(2001年)328-329頁など。
 - 28) 後藤・前掲注8)19頁、小坂井久「弁護人の誠実義務」季刊刑事弁護22号(2000年)44頁など。
 - 29) 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-21世紀への展望(大塚喜一弁護士在職30周年祝賀記念論文集)』(1999年)134頁参照。
 - 30) なお、弁護士職務基本規程74条参照。弁護士法1条も参照。
 - 31) このような帰結は、無論、私選弁護人か国選弁護人かで異なるものではない。
 - 32) 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18)78頁参照。
 - 33) 石井・前掲注9)29頁、上田・前掲注9)36頁、井戸田・前掲注11)70頁など参照。なお、アメリカの裁判例においても、同様の指摘がなされている。See Langen, 206 N.W., at 190-1.
 - 34) 山中孝茂『刑事弁護実務提要』(1995年)2頁、後藤・前掲注29)119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)』(1994年)5頁、石井・前掲注9)30頁、武井康年=森下弘編『ハンドブック刑事弁護』(2005年)24頁など。
 - 35) なお、最決平成17年11月29日刑集59巻9号695頁参照。
 - 36) このような見方は、最高裁昭和27年判決を始めとする従来の判例に対しても妥当しよう。
 - 37) 本決定の解説として、芦澤政治「判解」ジュリスト1338号(2007年)196頁、芦澤政治「判解」法曹時報59巻8号(2007年)308頁、評釈として、徳永光「判批」法学セミナー614号(2006年)126頁、上田信太郎「判批」受験新報662号(2006年)20頁、佐藤博史「判批」ジュリスト1313号(2006年)204頁、辻本典央「判批」刑事法ジャーナル5号(2006年)139頁、岡本章「判批」研修701号(2006年)25頁、高田昭正「判批」法律時報79巻7号(2007年)128頁【以下、「高田①」として引用】、高田昭正「判批」季刊刑事弁護50号(2007年)62頁【以下、「高田②」として引用】、田中優企「判批」法学新報114巻1=2号(2007年)319頁、堀田周吾「判批」駿河台法学21巻2号(2008年)105頁、拙稿「判批」横浜国際経済法学17巻1号(2008年)211頁がある。
 - 38) 拙稿・前掲注37)226頁参照。
 - 39) 本決定に批判的なものとして、徳永・前掲注37)126頁、高田①・前掲注37)133頁、

被告人の同意の有無を確かめることなく、弁護人の同意のもとに検察官請求の書証を同意書証として取り調べたことが違法とされた事例

高田②・前掲注 37) 65 頁、上田・前掲注 37) 21 頁。

- 40) このような評価は、最高裁昭和 27 年判決を始めとする従来判例に対しても妥当しよう。
- 41) 最三決平成 17 年 11 月 29 日刑集 59 卷 9 号 695 頁参照。
- 42) なお、先に述べたように、弁護人の権限に関しては、包括的代理権（従属代理権）、独立代理権、固有権に分類して理解されるのが一般的である（これに対し、平野・前掲注 14) 81 頁、光藤・前掲注 11) 271 頁、松尾・前掲注 11) 232 頁、鈴木・前掲注 11) 53 頁、井戸田・前掲注 11) 72-73 頁）。しかしながら、弁護人の権限の分類としては、基本的に、①代理権および②独立行為権と二分して理解されるべきであるように思われる。すなわち、弁護人は、①刑訴法上、被告人の権限として規定されているものについては、被告人の代理権授与により、権限を行使することができるのに対し、他方で、②刑訴法上、弁護人の権限として規定されているものについては、被告人の代理権授与がなくとも、独立して権限を行使することができるのである（刑訴法 41 条）。
- 43) このような評価は、最高裁昭和 27 年判決を始めとする従来判例に対しても妥当するものといえよう。
- 44) 本稿では、広島高判平成 15 年 9 月 2 日高刑速平成 15 年 3 号 131 頁を素材に、「被告人が公訴事実を否認しているのに対して、弁護人が公訴事実を認めている場合における、弁護人による検察官請求証拠に対する同意の効力」という問題を取り上げた。もっとも、これに対して、「被告人、弁護人とも公訴事実を否認している場合における、弁護人による検察官請求証拠に対する同意の効力」が問題となることもある（仙台高判平成 5 年 4 月 26 日判タ 828 号 284 頁、大阪高判平成 8 年 11 月 27 日判時 1603 号 151 頁、福岡高判平成 10 年 2 月 5 日判時 1642 号 157 頁、前掲広島高裁平成 15 年 9 月 2 日判決、東京高判平成 18 年 4 月 13 日東高時報 57 卷 1-12 号 16 頁）が、この場合においても、上述した第二の問題および第三の問題について検討する必要があるといえよう。