

ケーススタディ 2

公判途中に否認に転じた被告人に対し、有罪を前提とした弁護人の最終弁論

高田 昭正

I 問題の事案と最高裁決定

本稿では、殺人、死体遺棄の公訴事実について、全面的な否認に転じた被告人に対して、否認前の自白を前提として最終弁論を行った弁護人の活動の当否を問題にする。

本件の事実関係はこうであった。逮捕監禁、営利略取、殺人、死体遺棄被告事件の第1審手続において、被告人は第6回公判期日に、殺人、死体遺棄の公訴事実について全面的な否認に転じた。しかし、弁護人（国選）は最終弁論のさいに、この否認供述を前提にせず、第5回公判期日までの被告人の自白（ただし、「殺意」を否定する）に基づき、被告人の有罪を前提として最終意見を陳述した。

ちなみに、本件の逮捕監禁、営利略取、殺人、死体遺棄被告事件は、複数の者による共同正犯のケースとして起訴された。被害者の遺体は発見されておらず、また、兇器とされた絞殺用のロープや拳銃も未発見のままである。被告人の供述（一部自白）が共犯者を有罪と認定する決定的証拠となった。弁護人は、被告人のこの、否認に転ずる前の供述と第6回公判期日以後の否認供述について、それぞれ証明力を評価して、変更前の供述（一部自白）のほうが信用性が高いと判断した。そのため最終弁論では、被告人の有罪を前提として、情状等に関する主張を行ったものである。被告人自身はその最終意見で、弁護人のこの最終弁論に対して不服を述べなかった。

有罪（懲役17年）を言い渡した第1審判決（宇都宮地判平16・3・16刑集59巻9号1855頁）、被告人側の控訴を棄却した控訴審判決（東京高判平16・9・22刑集59巻9号1881頁）を受けて、被告人側が上告を申し立てる。弁護人（第1審、控訴審、上告審とも同じ弁護士）はその上告趣意において、〈全面的に否認に転じた被告人の無罪主張と矛盾する有罪主張を弁護人が最終弁論で123展開しているのに、第1審裁判所は、弁護人にさらに被告人の無罪主張を前提とした弁論を尽くさせることなどをしないまま、結審した。この第1審裁判所の訴訟手続には、被告人の防御権ないし弁護人選任権を侵害した違法がある〉と主張した。

最高裁判所は次のように判示して、この上告を棄却する（最決平17・11・29刑集59巻9号1847頁。評釈として、徳永光・法学セミナー2006年2月号126頁、佐藤博史・ジュリスト1313号〔平成17年度重要判例解説〕204頁、辻本典央・刑事法ジャーナル5号139頁）。

「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に、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。」

この決定には上田豊三裁判官の補足意見が付された。次のとおりである。

「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の主張をしたり、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31条1項）ないし裁判所の許可を受けた者（同条2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ものである。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いうべきである。」

II 問題の所在と最高裁判所決定が定立したルール

1 本件における問題の所在

最終弁論における陳述は弁護人自身の固有権に属する（刑訴293②「〔証拠調べが終った後、〕被告人及び弁護人は、意見を陳述することができる」）。すなわち、弁護人の最終弁論は被告人の意見に拘束されない。ただし、弁護人の最終弁論は、それまでの弁護活動（捜

査弁護、公判弁護の活動)を総括して、事実の認定(証拠の評価)や法律の適用、刑の量定について、意見を陳述するものでなければならないという実質的制約はある。では、公判手続の途中で被告人が自白から否認に転じた場合に、弁護人の最終弁論はどうあるべきか。すなわち、〈前の自白のほうが後の否認供述よりも信用できる〉という弁護人自身の証拠評価を理由に、否認に転ずる前の被告人の自白を前提として、有罪主張を基調とする最終弁論をしてよいのか、場合によってはそうすべきなのかという問題である。被告人の主張・供述と弁護人の主張が矛盾してもよいのか、という問題として一般化することもできる。

2 最高裁決定の趣旨

本件を解決するため最高裁判所が定立したルールはどのようなものであったか。最高裁決定の趣旨は、次のように理解できる。

まず、被告人の無罪主張と矛盾する弁護人の有罪主張について、「大きな隔たりがある」という言葉遣いからは、一般的・形式的には不当とするものであろう。そのうえで、そのような最終弁論を行った弁護人の「企図」が何であったのか、を問題にする。この点で本件弁護人は、証拠関係や審理経過(被告人は不利益な事実を承認する具体的で詳細な供述を第1審終盤まで維持したことなど)を踏まえて「被告人に最大限有利な認定がなされることを企図した」と捉えた。加えて、被告人の「態度」も考慮に入れる。すなわち、最終意見陳述の段階で被告人は「殺人、死体遺棄の公訴事実を否認する点について明確に述べない」うえ、弁護人の「最終弁論に対する不服を述べていない」。この点も考慮に入れて最高裁決定は、本件弁護人の最終弁論が実質的には不当ないし違法でないと判断したといえよう。この判断に基づき、弁護人の最終弁論後に直ちに結審した第1審裁判所の訴訟手続にも法令違反(被告人の防御権、弁護人選任権を侵害し、憲法37条3項、刑事訴訟法30条に違反すること)はないと結論したわけである。

このような最高裁決定の判断枠組みからは、被告人の主張・供述と矛盾する弁護人の主張(最終弁論における意見陳述)について、これを訴訟手続の法令違反だと評価するためには、「主張の客観的矛盾」という形式的基準に加え、さらに実質的な判断基準として、「弁護人の企図」「被告人の態度」などの主観的な要素まで考慮に入れるべきものとしたといえよう。

最高裁判所決定によって主観的要素まで考慮に入れる実質的な判断基準が設定されたわけだが、その結果、最高裁判所決定の定立したルールには曖昧なものがまわりつくことになる。そのため、上田補足意見による「補足」を引き出すことにもなったのだと思う。

3 上田補足意見の意義

上田補足意見の枠組みは、次のように解される。

①被告人の主張(無罪主張)と弁護人の主張(有罪主張)に客観的に矛盾がある場合、被告人の利益に反する不誠実な弁護活動であることが一般的、形式的に推認される。②しかし、弁護人も(実体的)真実発見の担い手であり、何が被告人の(最大の)利益かの判

断は弁護人の専門家裁量に委ねられるべき事項であることから、上記の客観的矛盾はそれだけでは——不誠実な弁護活動だと一般的、形式的に推認はできても——、具体的な弁護活動（最終弁論）の違法性を根拠づけるものではない。③また、弁護人の最終弁論は裁判所（の事実認定）を拘束しないために、弁護人の最終弁論の客観的矛盾を裁判所が不問に付す（すなわち、被告人の主張に添う弁論の機会を弁護人に促すことをしない）ことがあったとしても、それだけで直ちに訴訟手続の法令違反があると断定することもできない。④このような観点から、弁護人の（客観的に矛盾して、不誠実というべき）最終弁論や（矛盾する最終弁論を放置して結審した裁判所の）訴訟手続が違法となるのは、「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〔極限的な〕場合に限られると解するのが相当である」。⑤本件について、被告人の主張・供述と矛盾する弁護人の最終弁論も、具体的な証拠関係、審理経過、弁論内容などに鑑みれば、被告人の利益を実質的に図る意図があると認められ、弁護人の基本的立場と相いれないようなものではなく、違法ではない、と。

この上田補足意見では、弁護人の行動規範としては、主張の客観的な矛盾は一般的には避けるべきであり、被告人の主張・供述と矛盾した最終弁論を敢えてするという場合は、弁護人自身の証拠評価や裁判の予測など、専門家裁量に委ねられるべき事項が理由にされなければならない。他方、裁判所の行動規範（裁判規範）としては、弁護人の「基本的立場」に反するような訴訟活動のみを正すべきであり、かつ、それで足りることになる。

このような考え方にたつて上田補足意見は、弁護人の訴訟活動が「専ら被告人を糾弾する目的でされた」という場合を想定し、そのような極限の場合に限って裁判所は容喙して、「弁護人の基本的立場に反する訴訟活動」を排斥でき、かつ、排斥すべきだとしたわけである。それゆえ、結論的には、被告人の主張・供述と客観的に矛盾する弁護人の訴訟活動を広く許容する立場をとったといわなければならないであろう。

Ⅲ 最高裁判所決定の検討

最高裁決定が定立したルールは、被告人の主張・供述と矛盾する弁護人の主張と訴訟活動について、形式的には問題があると捉えながらも、「弁護人の企図」「被告人の態度」まで考慮に入れて、実質的にはこれを広く正当化しようとするものであった。また上田補足意見も、〈実体的真実の発見〉や〈弁護人の専門家裁量〉を正当化事由として肯定し、矛盾する弁護活動について、極めて狭い範囲でしかこれを排斥しようとはしない。このようなルールの内容については、なお与することができないもの（実質化・主観化による判断基準の「恣意性」、専門家裁量という「ブラックボックス」の強調など）がある。

刑事弁護のあり方をめぐっては、被告人の主体性（独立した訴訟主体として、防禦活動を積極的に担う）と弁護人の独立性（法律専門家として、被告人からも独立して弁護活動を行う）のどちらの側面をより重要と考えるのか、また、刑事弁護の普遍性（被疑者・被

告人の市民的な権利を擁護する刑事弁護活動の普遍的性格）と個別性（被疑者・被告人の特殊な利益・権利を擁護する刑事弁護活動がもつ個別性）のどちらの側面をより重要と考えるのかという違いに基づいて、具体的な考え方や結論が別れることになる。

刑事弁護の本質的特徴は〈被告人の主体性〉と〈刑事弁護の個別性〉にあるということができ、そこから、被告人を「刑事弁護の客体」にせず、「刑事弁護の主体」とすることに弁護人も寄与すべきだという行為規範も出てくる。この脈絡で、被告人が弁護人から十分な情報の提供を受けたか、的確に理解できる説明を受けたか、弁護の具体的方針について自己決定する機会を与えられたかという「被告人からみた弁護の内在的過程」が重要視されなければならない。

本件のように、被告人の主張・供述と弁護人の主張が矛盾する場合、すなわち、弁護人が行為規範に違反して「被告人の弁護主体化」を阻害したと疑うべき相当な理由がある場合には、この「被告人からみた弁護の内在的過程」における不備や過誤が推認されることになる。その不備や過誤は、それ自体が被告人の〈主体的な防御権〉や〈弁護人の実効的援助を受ける権利〉を侵害するものとなる。それゆえ、その不備や過誤が上訴の理由として（外部からも見えるかたちで）構成されたときは、具体的な司法審査や救済（憲法違反や訴訟手続の法令違反を認めて破棄事由とすること）の対象にすることが裁判所の行為規範（裁判規範）にもなるというべきであろう。裁判所は「弁護の内在的過程」に踏み込んで、被告人の主張・供述と矛盾する弁護人の主張や訴訟活動を〈正当化する特別な事由〉があるのか、具体的には、〈主張の擦り合わせや双方向的検討を尽くしたのち、被告人自身が、矛盾する弁護人の主張や訴訟活動を「予備的な弁護活動」として認容する主体的決断をしたのかどうか〉を判断することになる。弁護人の一方的な証拠評価（裁判所の事実認定に対する予測）は、それだけでは、この〈特別な正当化事由〉に当たらない。

本件についていえば、弁護人の「悩み」だけが強調される最終弁論になっており、しかも、〈被告人自身の否認供述は証拠によって根拠づけられない〉という弁護人自身の「評価」まで（外部的に）述べたものとなっている。客観的にみる限り、「被告人の弁護主体化」に寄与するような主張の擦り合わせや双方向的な検討が行われ、その結果としての〈被告人自身の主体的決断〉を踏まえて行われたものとは認められない。そのような弁護人の一方的な訴訟活動については（弁護人の証拠評価の当否にかかわらず）、被告人の無罪主張と矛盾するという客観的な「隔たりの大きさ」そのものから、被告人の防御権、弁護人依頼権（憲法 37③、刑訴 30）を侵害して違憲、違法であり、上告理由になると認めるべきものであろう。被告人こそが「刑事弁護の主体」であるという視点を踏まえる限り、〈被告人の防御権行使を妨害し、無罪主張を否定するような弁護人の訴訟活動は違憲、違法となる〉といわなければならないからである（参照、徳永・前掲評釈 126 頁）。本件はやはり、判決に影響を及ぼすべき訴訟手続の法令違反があったという理由による救済が必要な事案であったと思う。