

弁護人の違法な訴訟行為とその救済

丹 治 初 彦

- I はじめに
- II 本件事件の概要と問題の所在
- III 弁護人依頼権と弁護人の誠実義務
- IV 共犯事件の弁護における「利益相反」と法的救済
- V 被告人と弁護人間の直接の「利益相反」と法的救済
- VI おわりに

I は じ め に

刑事弁護人の、被疑者・被告人に対する根幹的義務が「誠実義務」にあることは異論がないであろう。

しかし、弁護人がその義務に違反して行った活動の訴訟法上の効果をどのように評価するのかという具体的議論はいまだなされていないように思われる。

本稿は、⁽¹⁾神戸地裁平19.3.27判決（平成18年（わ）第455，571，853号事件）およびこれに対する控訴審である大阪高裁平20.3.12（平成19年（う）第644号事件）を素材として（以下「本件事件」と略す）、弁護人の「利益相反」行為とその法的効果についてささやかな問題提起をするものである。

II 本件事件の概要と問題の所在

1. 事件の概要は以下のようなものである。⁽²⁾

- (1) 被告人は、昭和53年4月から平成18年7月まで（本件事件で辞任）神戸市市会議員を8期務めた。その間に実施された、平成14年4月13日の市会議員選挙において、被告人の選挙活動をした運動員7名が公職選挙法違反として逮捕・勾留され、弁護士T（大阪弁護士会所属）が事件を担当し、弁護士報酬として、被告人の後援会の有力メンバーであったO社から法外ともいべき金2000万円を受け取った（7名は、いずれも略式罰金で終了している事案）。

これがのちに登場するO社と弁護士Tを結びつけた契機である。

- (2) 本件事件は、平成14年の神戸市産業廃棄物処理施設設置指導要綱の改正をめぐって、被告人が前記O社らの便宜になる働きかけを請託し、金銭を授受したというものであり、被告人は、神戸地方検察庁（担当は特別部）によって、平成18年4月5日第一次逮捕〔(わ)第455号事件〕、同年4月28日第二次逮捕〔(わ)第571号事件〕、同年6月20日第三次逮捕〔(わ)第853号事件〕され、いずれも起訴されたという事案である。

被告人は、第一次逮捕前である4月1日に、弁護士T・K事務所を訪れ、強制捜査へと発展した場合の対応を相談、弁護士Tは、パートナーである弁護士K（元検察官）と共同して事件を受任し、弁護人に選任されている。

- (3) 〔(わ)第455号事件〕は、あっせん収賄で、金額は金600万円、〔(わ)第571号事件〕は、受託収賄で、金額は金200万円であった。被告人は一貫して金銭の授受を否認していた（記録上、金銭の流れを裏付ける証拠はない）。が、弁護人らの教示によって、途中から「自白」に転じ、執行猶予判決をとる方針がとられたようである。

ところが、問題が生じたのが〔(わ)第853号事件〕であって、この

弁護人の違法な訴訟行為とその救済

第3の被疑事実は前記(1)で弁護人Tが報酬として授受した金2000万円が、O社からの「わいろ」であるとされたことである。

被告人は、予想外の展開に不信を持ち、取調べにおいても検察官と相当対立したようであるし、記録上も「自白調書」と評価しうような供述調書は見出しえない。

しかるに、弁護人Tは被告人との接見において「この事件とあなた（被告人）とは関係ない。あなたは全然関係していない」から心配しなくてよいとする趣旨の助言をしながら、一方で捜査を担当する神戸地検特別刑事部に対して、本件につき「上申書」を提出し、金2000万円の受領の経緯を詳細に報告した。しかもTは当時、上申書の提出にあたって被告人と協議をしていないことはもとより、事前説明すらなされていないことが明らかにされている。

そして、T弁護士は上申書の提出後も、弁護士Kとともに、弁護人の地位に留まったうえ、前記三事件が併合審理された第1回公判（平18.7.18）において、弁護人として全ての公訴事実を認める意見をのべたうえで、上申書を含む検察官提出の証拠を全て「同意」（法326条）している。

この段階で弁護人らは、証拠について「閲覧」も「謄写」もしておらず、被告人はなお勾留中であつた（保釈許可を優先させた弁護方針と思われる）。

また、第1回公判期日になって主任弁護人がTからKへ変更され、Kが証拠に対する「同意」意見をのべたのち、Kは第2回公判前に、一方的に辞任し、Tも第5回公判（平18.10.2）をもって辞任している。

第1審は、被告人に対して懲役2年6ヶ月の実刑判決が言渡されている（平19.3.27）。

- (4) 被告人からすみやかに控訴手続きがとられ、新たな弁護団が構成され、新しい弁護団は、被告人が無実の者であるとして、詳細な事実誤

認の申立と合わせて、被告人の弁護人依頼権侵害を看過した原審手続きが憲法違反（34条および37条3項違反）であると主張し、証拠調べのやり直しを求めているが、裁判所は被告人本人尋問をしたのみで結審し、控訴を棄却している（平20.3.12）。

2. 問題の所在

- (1) 本事件の問題点は、多岐にわたるが、弁護人Tが捜査弁護活動の中で、被告人である依頼者に対して何らの説明も、同意も得ないまま、被告人に不利益な証拠（有罪証拠）を捜査機関に提出（検甲111号証）し、しかも公判弁護にとどまり、被告人との協議もなく証拠に同意した弁護活動とその評価（弁護人の訴訟行為と法的効果）の問題をとりあげる。

なお、弁護人KはTと同一事務所に所属し、本件事件を共同して担当したうえ、その経緯に照らすと、Kの弁護活動はTを守るためになされたとみてよく、以下T・Kを一体として弁護人の行為とする。

- (2) 弁護人の行為が「弁護人による実質的な援助を受ける権利」の侵害であることは明らかであるが、本稿における主題を弁護人と被告人との間で「利益相反」がある場合の法的救済の法理に限定して検討してみたい。

III 弁護人依頼権と弁護人の誠実義務

1. 弁護人依頼権

- (1) アメリカ合衆国憲法修正6条は、被告人が弁護人の援助を受ける権利があることを明示する。

そして、連邦最高裁は、ストリックランド事件において、憲法修正6条が保障する「自己の弁護のために弁護人の援助を受ける権利」とは、弁護上の「効果的な弁護を受ける権利」の保障が求められることにあるとした（Strickland v. United States 466 U. S. 668-1984）。

弁護人の違法な訴訟行為とその救済

- (2) 「効果的な弁護を受ける権利」については、すでにわが国でも定着⁽³⁾しており最高裁も憲法34条3項の規定の解釈について、「単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないということとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任したうえで、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障している」（最判平11.3.24・民集53-3-514）として、同規定が弁護人の援助を受ける機会を実質的に保障するものと判示した。この理は同じく弁護人依頼権を保障した憲法37条3項にも等しくあてはまる。

裁判所としても「公正な裁判」(fair trial)を実現する為には、被疑者・被告人に対する憲法上の手続保障を受けて、彼らの権利保障に徹すべき弁護人の存在と活動が刑事裁判に不可欠であることを理解しているといえる。

そこで、かかる構造のもとで、弁護人に求められる任務は何かというところが問われる。

2. 弁護人の誠実義務

- (1) 弁護人の役割は、被疑者・被告人の自己弁護権を実効的にすることであり、その任務は被疑者・被告人の「利益」を擁護することにつきるといってよい（弁護士法1条・弁護士職務基本規程（以下「基本規程」と略す）46条）。

この義務を「誠実義務」と呼ぶのが一般的で、且つ適切でもある。⁽⁴⁾

弁護人の誠実義務が問題となった最高裁の代表的判例としては、最決昭36.3.30（刑集15-3-688）や最決平17.11.29（判時1916-158）があるが、後者の平成17年決定の補足意見（上田豊三裁判官）は、「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」として「誠実義務」という用語を用いた。

ただ、何が被告人の「利益」であるかの判断は「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」とした点については異論がある。

しかし、ここでは深入りしない。

- (2) 弁護人のもっとも基本的義務である「誠実義務」を侵害した弁護活動が問題となる類型は様々あろう。が、実務上問題となる第1類型は、弁護人において専門家として期待される知識・技能の不足、職務解怠等によっていわゆる「弁護過誤」が問われるケースである。

前掲最高裁の各判例も一応、この分類にはいる。

第2の類型は、弁護人の技量の問題ではなく、被告人との「利益相反」によって侵害が生じるケースである。

このケースをさらに分けると、その一つは共犯関係に立つ共同事件において同一弁護人が複数の被告人から受任し、訴訟活動をするこの問題、その二は、被告人と弁護人との間に、直接利益相反が生じるにもかかわらず、訴訟活動をすることであって、本件事件は後者の範疇にはいる。

以下、第2類型について順次考えてゆく。

IV 共犯事件の弁護における「利益相反」と法的救済

1. 共犯弁護と被告人間の利害対立

- (1) 本稿の主題ではないので簡単に触れておくが、まず問題は、共犯事件において一人の弁護士が、複数の被告人の弁護人となって弁護活動をすることが許されるかである。

被疑者・被告人間に明らかに利害対立が生じない場合には、その是非論は別として原則許容されると解さざるをえない。

法は国選弁護人の選任につき、「被告人の利害が相反しないときは、同一の弁護人に数人の弁護をさせることができる」（刑訴法規則29条5項）としていることから、私選・国選弁護を問わず、当該弁護活動が違法とされることはない。

弁護人の違法な訴訟行為とその救済

ただ、共犯関係にある事件は、どの事件においても潜在的に利害が対立する可能性をもつから、原則として同時受任が許されない（同時受任原則禁止説⁽⁵⁾）という考え方がある。

この考え方に立つと、例えば贈収賄という対向犯の関係にある場合、構造的にみてすでに潜在的な利害相反があるのだから同時受任はできないという帰結になる。

しかしながら、仮に贈賄側と収賄側の双方が事実を否認し、同一弁護人を選任した方が互いの「利益」となり、同時受任をすることに真摯な同意がある限り同時受任原則禁止説に立っても例外をして許容される場合があるのではない⁽⁶⁾（かかる例外は少ないし、そうであるとしても複数の弁護人が共同して弁護活動をする方が望ましいであろう）。

重要なことは、弁護人の誠実義務との関係において求められている被疑者・被告人の「利益」の擁護という場合の、被告人の「利益」とは何かという点について掘り下げた議論が必要となるということである。

- (2) 本件事件との関係で問題となるのは、被疑者・被告人間に「利害対立」が生じている場合である。

この場合は、弁護士法25条、基本規程28条（職務を行ない得ない事件）違反であって、同時受任は禁止される。

そこで、弁護士法違反をもってなされた弁護人の訴訟行為をどう評価するかである。

もっとも「利害対立」といっても一律ではなく、共犯者の一方が公訴事実を否認し、一方が公訴事実を争っていない場合や、公訴事実には双方争いがないか情状に関する事実をめぐる争いがある場合もある。

また、いずれかの場合にも弁護士法25条違反を解除する各依頼者（被告人）の真摯な「同意」の有無をどのように吟味するかということもあって難しい問題が残る。

そこで、判例をみると、極めて雑駁な分析ではあるが、共犯者の一方が公訴事実を全面的に認め、他方が公訴事実を全面的に否定している場合には、被告人の「同意」があっても類型的にみて「被告人の利害が相反」する傾向にあるとみられる。肯定したものとしては福岡高判昭25.11.21（高刑集3-4-579）、仙台高判昭43.5.20（仙台高検速報10号）などがある。

公訴事実そのものは争っていないが、情状立証に絡んで共犯者たる各被告人の犯行に至る経緯、犯行の態様、結果などが量刑を決定する重要な要素となる場合には、「利害相反」するとした名古屋高判平9.9.29（判時1619-41）があるものの、量刑全体の中でさほど重要でない場合には「利益相反」がないとする傾向にある。

例えば、判例として東京高判昭61.8.18（東京高検速報280号）や大阪高判平6.4.21（判時1513-1731）⁽⁷⁾がある。これらの判例はいずれも国選弁護人の場合であって、刑訴法規則29条5項の解釈にかかる。

では、私選弁護人であった場合はどうか、刑訴法規則29条5項のような規定がなく、直接の根拠規程は弁護士法25条ということになる。

そして私選の場合には、弁護人と被告ら間の私的契約によって選任されたことにかんがみて、裁判所が「利益対立」という事実を判断するうえでの一つの事情となるとしても、被告人の救済とあるいは、真実発見といういずれの視点からも結論を異にすることにはならないであろう。

2. 法的救済

- (1) 被疑者段階において一人の弁護士が、共同事件における複数の被疑者（依頼人）の事件を同時受任する場合、弁護人の「接見交通権」（法39条）の保障の裏返しとして、「利益相反」があるとしても規制することはできず、原則的に当事者の責任に委ねるしかない。

しかしながら、第一審公判段階になると、裁判の進行とともに「利

益相反」の有無が次第に明らかになってこよう。

ただこの場合においても、例えば、先にあげた贈収賄という対向犯の関係にあるという表面的理由のみで「利益相反」があるとは必ずしもいえないケースもあるが、例えば、共同実行正犯として起訴された公訴事実について、共犯者とされる一方が否認し、一方が争わない場合は、弁護人の弁護活動自体が自己矛盾をきたし、相当な制約を受けることになるから、まずもって「利益相反」があるとみるべきで、要するに、同一弁護人が事件を担当することが、それぞれの被告人の「利益」擁護となっているか、ひいては「弁護人による実質的な援助を受ける権利」の侵害が生じていないか個別・具体的に検討され判断されるべきことにならざるを得ない。

そして、被告人の「利益」とは何かという判断基準は「第一次的に弁護人に委ねられている」のではなく、あくまで被告人の合理的判断でなくてはならない。

しかし、そうはいつても、被告人は一般的に法律に素人であり、しかも被告人の社会的・経済的要因によって自らの弁護人を最良のものとして選任しているわけではない現実があって、利害が相反し、そのことによってどのような不利益を受けるかについて知らないし、教えられることもないから、自らで判断することが困難である。

そこで、裁判所（第一審受訴裁判所）が、被告人の「利益」擁護という視点から後見的役割を果たさなければ「公正な裁判」は実現しない。

従って、ある時点で利益相反によって不利益が生じる可能性がある
と認識される事態が判明した場合、裁判所としてはまず、訴訟指揮権
による釈明権を行使し被告人に対して、利益相反の事実を確認すると
ともに、利益相反のない弁護人による弁護が保障される措置をとらね
ばならない。⁽⁸⁾

さらに、それ以前にとられ訴訟手続が有効であるか否かについて改

めて調査して、例えば弁護人が検察官証拠に同意し、すでに取調べ済となっていて、同意の撤回を許すが、証拠能力が認められない場合には、証拠排除決定（刑訴法規則207条）しなければならない。

第一審裁判所が、かかる措置をとらず有罪判決を言い渡した場合、その上級審は、被告人の「弁護人による実質的な弁護を受ける権利」が侵害されたものとして、原判決を破棄することによって救済すべきであろう。

この法理については、アメリカ連邦法とカリフォルニア州法を分析した渡辺修教授の論文【前掲注1】が極めて示唆に富み、ここで紹介されているウッド事件（Wood v. Georgia 450 U.S. 261 (1981)）やドナヒュー事件（United States v. Donahue 560 F.2d 1039, 1045 (1st Cir, 1977)）などの判例が示した枠組みは、我が国における救済にも取り込める。

- (2) ところで、本件事件において、控訴審における弁護団は、原審において被告人は憲法の保障した「効果的弁護」を受ける権利が侵害されたとして、裁判所が控訴指揮権または釈明権を行使しなかった違法があること、「同意」された証拠は全て証拠排除されるべきであると主張したうえで、全面的な証拠調べのやり直しを求めているが、控訴審は「例えば弁護人が利益相反する共同被告人の弁護を担当していたり、被告人の陳述と弁護人の意見とが敵離していたり、弁護人の訴訟活動が被告人の意に反したりするなどの、被告人に対する適切な弁護がなされていない恐れが明らかに認められる場合には、新たな弁護人の選任を促したり、被告人に検察官請求証拠に対する意見を確認したりなどすべきであるものの、そのような事情が認められないのであれば、当事者である被告人・弁護人側の訴訟活動を尊重して審理すべきものである」として、本件では「そのような事情が認められない」として控訴を棄却した。⁽⁹⁾

しかし、本件弁護人であったTおよびKは明らかに被告人を有罪と

弁護人の違法な訴訟行為とその救済

する「証拠」（検甲Ⅲ号証）を提出し、しかも被告人との一切の打ち合わせもせず、全証拠を同意して辞任した。

そして、新たに選任された弁護士が行った被告人尋問で、2000万円の授受を知らなかったとし、何がしかの授受があったことは知っていたが授受の趣旨は異なるとして争っていたのであるから、弁護人の「利益相反」による訴訟行為であったことを知る事情になかったというのは到底理由となっていない。

控訴審判決の思考は、被告人の「利益」が何であるかの判断は、弁護人の裁量に委ねられ、被告人自身が争っていない限り、裁判所は救済すべき責を負わないということに尽きるとみてよい。

確かに、共犯事件で複数の被告人を受任した事案における弁護人の訴訟活動の実態は多様であって、被告人の了解を前提として戦略的に同時受任をすることもあれば、情状につき重大な利害対立がなく被告人らの経済的事情から同時受任されることもあるから各弁護士それぞれの訴訟行為の有効性は個別的に検討されることにならざるを得ないことを否定し得ない。

しかし、本件事件のように弁護人と被告人の利害が対立し、敵対的關係に立つことが明らかであるにも拘わらず、なお審理の内容を個別的に検討したうえで判断されるべきであるということになるであろうか。

弁護人が明らかに「利益相反」する弁護活動をした場合の当該訴訟行為は無効であって、判決それ自体の無効をもたらすというべきではないか。

以下項を改めて検討する。

Ⅴ 被告人と弁護人間の直接の「利益相反」と法的救済

1. 被告人と弁護人の利害対立（本件事件の分析）

(1) 本件事件は、被告人と弁護人の利害対立が生じた類例をみない事案

であり、基本規程28条が予定していない更に劣悪な利害相反が存在する。

もっとも基本規程28条4号には、「依頼者の利益と弁護士の経済的利益が相反する事件」について、職務を行ってはならないとした一般規程がある。が、これはもっぱら民事事件を念頭に置いたために、本件のあてはめへの直接的根拠規程とは言い難い。しかし本件は、「経済的利益対立」を越えた「基本的人権の対立」であって、一層深刻であるとの評価が問題となる。

民法108条には、自己契約禁止の規定があるが、刑事訴訟法上にはかかる規定がない。

そのことは、刑事弁護人が被疑者・被告人の代理人の地位に留まらず、国家権力との対向において、極めて弱い立場にある彼らの利益を擁護するための保護者という役割を背負わせなければならない地位に立つとき、あまりにも当然のことであり、本来、弁護人としての「適格性」(資格)を持たないからであった。その意味で、弁護人の行為は、もはや規範以前の問題であったといつてよい。

本件事件の刑事記録を読むと弁護人Tは、被告人に対して前述したとおり「この事件とあなた(被告人)とは関係ない。あなたは全然関係していない」(被告人尋問の結果)などとして、被告人をいわば懐柔しながら、自らは検察官の取調べに代えて「上申書」(検甲111号証)を提出したことが分かる。

しかもその上申書は、選挙違反事件の弁護の依頼者が被告人であること、弁護費用を被告人に請求したこと、被告人から着手金を4回に渡って受領したこと(但し、うち1000万円については被告人の長男を介して受領したとしている)、などが詳細に供述されており、被告人が弁護士費用を賄賂側とされるO社に替わって支払わせたこと、従っていろいろ性の認識をもっていたことを示す明らかに被告人に不利益な証拠資料を提供するものであった(なお、検甲111号証は、第一審判

決判示において、有罪を認定する証拠に加えられている)。

- (2) ABA 法律家職務模範規則は、依頼者と法律家との関係・規則 1, 7において、法律家は、「自己の個人的な利害関係により、重大な制約を受ける相当な危惧があるとき」依頼者を代理してはならないとした。

そして、厳格な条件のもとに、それが解除されたとしても、「法律家個人の利益が、依頼者の代理に対して、対立的効果を持つことは許されない」とする。

わが国の基本規程には、このような直接的定めはないが、あまりにも当然のことであり、法律家として守るべきルール以前の非違行為であるから、あえて条文化するまでもなかったからであろう。

本件の弁護人らの所為は、「利益相反行為」というより、更に劣悪な「敵対的行為」による弁護活動であると表現する方が問題の本質をより鮮明にする。

もはや弁護人TおよびKが、被告人の弁護人としての適格性を喪失したことは明らかであろう。それにもかかわらず、弁護人らは第1回公判期日において、検察官請求証拠につき何らの吟味もしないまま全てを刑訴法326条によって同意するという暴走を犯している。

弁護人の暴走の要因には、それが全てでないとしても、T弁護士への保身があったことは記録から読み取れる。そうであればこそ、弁護人Kは第2回期日以前に辞任し、やがてTも辞任したとみてよい。

これまでの事案は、一律に、被告人と弁護人との間において「利益相反」がなく、曲がりなりにも弁護人となる「適格性」(資格)をもった者の訴訟行為であった。

本件はこれとは異なり、弁護人らの当該訴訟行為は弁護士法25条に違反する重大な非違行為であって、弁護人としての「資格」を欠くものがなした訴訟行為と等しいと評価することが可能というべきである。

かかる弁護人らのとった訴訟行為は、それを個別的に検討するまで

もなく無効であるとして、被告人は救済されてしかるべきであるが、その道すじを考えてみたい。

2. 法的救済

- (1) 共犯事件において、複数の被告人の弁護活動をし、そこに利益相反があるとされる場合、弁護人に弁護士法違反が問われることがあるとしても、その違反は実体に応じて判断されることになる。また裁判所からみても当該弁護人の訴訟行為によって、各被告人の防御権がどの程度侵害されたかを測ることに困難な事情があるから、審理内容に対応して個別的に判断されることについては前項でのべたとおりである（相対的無効）。

前掲渡辺論文で紹介されている各アメリカ連邦判例も、弁護人の効果的援助を受ける権利が侵害されたことを理由に救済を求めるためには、①弁護人の活動が不十分であったこと、②不十分な弁護活動によって弁護に悪影響を生じたことの2つの要件を被告人側が証明しなければならぬとしているのも同じ思考に立つと思われる。

しかし、本件事案のように、被告人と弁護人との利益相反が直接的且つ尖鋭であった場合には、構造的に「弁護人による実質的な援助を受ける権利」が保障されるはずもないのであるから、直裁に弁護人の訴訟行為の全てを無効とするべきではないか（絶対的無効）。

被告人と弁護人間で直接利害対立が生じた事案につきゼップ事件判決がある（*Government of Virgin Island v Zepp* 748 F.2d 125 (3d cir. 1984)⁽¹⁰⁾）。

この事件は、規制薬物所持と証拠隠滅に問われた被告人（ゼップ）の弁護人が、検察官側の証人となることに代えて、証人として証言したとすれば供述することになる被告人に不利益な内容を記載した合意書面（わが国の刑訴法327条書面といえる）を作成し証拠採用されたという事案で、本件事案と極めて類似しているが、控訴審判決は、弁

弁護人の違法な訴訟行為とその救済

護人が現実の利益相反を負っているときには、権利の侵害を立証するために必要な悪影響の存在は明白に推認しえるとして、有罪判決を破棄し、差し戻しを命じており、被告人救済の手法を異にしているとみてよい。

さらに、わが国の民事事件の判例に学びつつ、これと対比して検討してみたい。

- (2) 民事事件においては、弁護士法25条違反による代理人の訴訟行為は、原則「無効」であるという法理が確立されている。

最高裁昭38.10.30（民集17-9-1266）は、貸金返金請求訴訟事件において、原告の代理人をなつた弁護士が、それ以前に被告の代理人になることを承諾しておきながら、原告代理人として事件を受任し訴訟活動をなした。被告は、第1審、第2審で敗訴したことから、原告代理人弁護士は弁護士法25条に違反するから当該代理人になした訴訟行為全て無効であるとして上告した事案につき、「弁護士が弁護士法25条の禁止規定に違反し職務を行ったときは、懲戒に服すべきは勿論であるが——同条違反の訴訟行為については、相手方当事者は、これに異議を述べ、裁判所に対してその行為の排除を求めることができる」とした（排除効説）。

なお本判決には多くの意見が付されており、例えば、奥野健一・山田作之助裁判官は絶対無効説をとる。特に山田裁判官は、実務家出身者として、弁護士の背信行為が弁護士によってなされること自体が、一般弁護士全体に対する世人の信頼、信用を失わせ、ひいては、司法が公正に運営されることを阻害する旨厳しく糾弾している。

さて、これを刑事手続の場合において、どう考えるべきであろうか。

結論から言えば、「絶対的無効」として、審理のやり直しが求められるべきである。

その理由を、およそ次のように考える。

第1は、民事事件の紛争解決とは異なる刑事手続の特性が存在する。

憲法上の権利として保障される弁護人依頼権は、経済取引の拡大という近代思想に根ざした民事上の代理人契約とは異なる。

刑事弁護人は、被告人の利益・権利の擁護をもっぱらとしつつ、検察官との関係に立って、正しい裁判の実現（誤判防止）に寄与すべき、いわば公的性格を有する任務を負い、単なる訴訟代理人ではなく、被告人の保護者の地位に立つ。一方、依頼者が守られるべきものは、財産的利益より重い、人間としての尊厳に関わる場面での問題となる。

このことは、例えば民事事件の代理人の委任方法と異なって、被告人・弁護人両名の連署による書面を裁判所に提出しなければならないという、一定方式による訴訟行為が求められていることから理解できる（刑訴法規則18条）。

従って、刑事弁護人の訴訟行為の瑕疵（弁護士法違反行為）は、本人訴訟が許されている民事裁判手続以上に、重く規制されるべきだと考えねばならない。すなわち、被告人救済の道が広く開かれねばならないことが要請されることによる。

被告人に敵対した弁護人のなした訴訟行為に証拠能力を付与することになれば、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにすべきことを定めている、刑事訴訟法1条の精神に反するといわねばならない。

第2は、刑事裁判が、国家の刑罰権の発動の場であるから、その手続には公正さと適正さが、より強く保障されねばならない。

訴訟の当事者である検察官・弁護人は、法律の専門家としての所定の資格を有するものでなければならず、これを裁く裁判官についても、もとより厳格な任命資格と任命手続を定めると共に、法において「除斥」「忌避」「回避」の制度を設け、公正で適正な手続を保障し、除斥要因がある裁判官（刑訴法20条）や、忌避または回避の申立理由ありとされた裁判官（同23条）が、判決の内部的成立に関与した場合には、絶対的控訴理由とした（同377条）のである。

弁護人の違法な訴訟行為とその救済

かかる刑事手続の「公正」と「適正」を担保した、制度的保障に鑑みると、「適格性」を有しない弁護人の関与につき、裁判官が関与した場合のような絶対的控訴理由とする明文はないとしても、当該訴訟行為の効力を無効としない限り、手続の公正さは保たれず、適切な手続による正義の実現をみないからである。

このように考えてくると、本件事案は、弁護人に弁護士法25条等の明白且つ重大な違反があり、被告人の「弁護士による実質的な援助を受ける権利」が侵害されたこと明らかであったから、控訴審としてはこれを有罪判決破棄事由として認めるべきであった。⁽¹¹⁾

少なくとも、弁護人が法326条の同意によって、証拠能力を付した全ての証拠を「手続的正義の観点から公平を欠く」ものとして証拠排除すべきであったといわねばならない。いずれにしても原審へ差し戻し、⁽¹²⁾ 審理のやり直しを命じることになる。

VI おわりに

所属弁護士会において長い間、紛議調停委員会・綱紀委員会での仕事をしてきたが、この経験を通して本件事件は類をみない事案であったし、法科大学院において「法曹倫理」の講座を担当する立場からも強い関心をもった。また、民事裁判において弁護士法25条違反の訴訟行為の法的評価については最高裁38年決定以降相当議論がなされているが、刑事裁判において、とりわけ本件事案のような被告人・被告人の直接的利益相反が生じた場合の訴訟行為の法的評価について論じた文献を見出しえなかった。

そんなこともあって、本稿はあくまで問題提起をしたものにすぎず、本格的検討は他日を期したい。

最後に、法科大学院において、何かとお世話になった馬渡淳一郎・加藤亮太郎両先生に心からお礼を申し上げたい。

注

- (1) 本稿は、大阪高判平20.3.12を素材として、平成21年2月21日に開催された「刑事訴訟法研究会」(主催 佐伯・井戸田法律事務所)での報告の要旨である。

同じ事件を取り扱った甲南大学法科大学院、渡辺顕修教授の「弁護人の『有罪証拠』提出行為と『弁護人による実質的な援助を受ける権利』——被告人の包括的防御権の保証のために」と題する論文が、甲南法務研究 No.5 (2009年3月)に発表されている。同教授と共同して本事件記録を読み若干の意見交換をした。

- (2) 本件第一審・第二審の記録を、被告人の了解のもとで通読し、その中で不明な点については、被告人の同意をとったうえで、原審弁護人から事実のみ確認をした。

- (3) 岡田悦典「被疑者弁護権の研究」(日本評論社・2001)

- (4) 佐藤博史「刑事弁護の技術と倫理」(有斐閣・2007)23頁

- (5) 武井康斗ら編「ハンドブック刑事弁護」(現代人文社・2005)163頁

- (6) 前掲(4), 98頁

- (7) 福井厚「被告人の利害相反と同一弁護人による国選弁護」(判例評論475号・判時1655-246)に詳しい解説がある。

- (8) 国選弁護人の場合には、弁護人の解任と新しい弁護人を選任することになるが、私選弁護人の場合には、被告人に「利害対立」の事実を認識しているか否かを確認し、利害相反がない弁護人を依頼する機会を与えるべきである。

- (9) 同意の効力をめぐって、最判昭27.12.19以降、下級審が形成してきた判例に照らすと、安易にかかる結論が導かれることになるのかもしれない。

[参考文献 池田修「同意の効力」(佐藤文哉・小林充先生古稀刑事記念論文集)]

しかし本件事件は、これまでの議論・判例の射程において、律することができない事案である。

- (10) ゼップ事件については、本件事件の上告審の弁護人となった東京第二弁護士会所属、喜田村洋一弁護士の教示による(上告理由書で詳細に紹介されている)。

- (11) 本件事件は必要弁護事件であるが、必要的弁護事件の公判審理が被告人なしに行われた場合には刑法31条、298条に違反し判決自体無効とするべきであるが、弁護士の資格を喪失した弁護人が審理による関与した場合にも、その裁判は弁護人がないものとして同じく判決は無効となる。

[参考判例 東京高判平3.12.10(判タ780-268)]

被告人の利害と対立した弁護人の訴訟行為が、弁護士法25条に明白に違

弁護人の違法な訴訟行為とその救済

反するとしたらその場合も実質的な援助を受ける権利を喪失していること
に変わりはなくパラレルに思考されてもよいのではないか。

ちなみに、大阪弁護士会綱紀委員会は、本件事件における弁護士T, K
の行為について、「刑事弁護人としての資格すら有しない恥ずべきものと
言わねばならない」とまで断じたうえで、懲戒委員会に審査を求めること
を相当とした（大阪弁護士会平成19年（綱）第502, 503号事件決定）。

- (12) 最高裁は、証拠に関する刑事手続きの公正さに疑問のあることを理由
として、有罪証拠とすることを許容しない場合があることを認める、「新
しい証拠排除の法理」を形成しているとみてよい。

例えばその1は、いわゆるロッキード判決において、わが国の検察官が、
アメリカの証人に対して、その証言事項に関して、刑事上の免責を付与し
て得た証人尋問調書につき、最高裁平 7.2.22判決（刑集49-2-1）が、「公
正な手続的正義の観点から」証拠としての許容性を否定した。

その2つは、出入国管理当局によって、退去強制された外国人女性が収
容されていたときに作成された、検察官面前調書の証拠能力をめぐる事案
である。

最高裁昭36.3.9 判決（刑集15-3-300）は、刑訴法321条1項2号前段の
「国外にいる」の解釈につき、原供述者が国外にいるようになった事情を
問わないとした。

しかし、最高裁平 7.6.2 判決（刑集49-6-741）は、明らかに前掲昭和36
年判決を変更し、「手続的正義の観点から公正さを欠くと認められるとき
は、これを事実認定の証拠とすることが許容されない事もあり得る」とし
た。

この2つの判決のいずれの根拠も、刑事訴訟法上の原則——デュー・プ
ロセスの原則から導かれた「証拠禁止」の法理であると解される。

そしてこのことは、最高裁が、従来の違法収集証拠排除法則とは、別な
枠組による証拠排除の法理を用いたことを意味する。

本件のように、被告人と敵対する弁護人のなした訴訟行為の違法につき、
これを救済する立法上の明文がないとすれば、この新しい証拠排除の法理
において、証拠を許容しないとする解釈がとられるべきであると考えたい。

〔参考文献 中谷雄二郎「手続きの公正と証拠の許容性」（中山善房判
事退官記念論文（成文堂・1998））〕