

弁護活動における瑕疵の 被疑者・被告人への帰属

辻 本 典 央*

目 次

- 一 はじめに
- 二 対外的弁護活動における瑕疵
- 三 対内的弁護活動における瑕疵
- 四 おわりに

一 はじめに

弁護人は、「被疑者・被告人の能力を補い、その正当な利益を擁護すること」¹⁾を任務とし、その役割に基づいて刑事手続の進行に関与し、刑訴法に基づいて様々な権限を行使する。その活動は多様であり、右任務の遂行に向けて、弁護人は、多くの事実的・法律的行為を行う。このような弁護人の活動は、対内的なものと、対外的なものに区別することができる²⁾。弁護人は、例えば、対内的には、被疑者・被告人と接見交通権等を通じて十分に相談し、彼らに助言を与え、また、対外的には、裁判所等に向けて一定の訴訟行為等を行う。対外的行為は、代理権と固有権に区別され、前者はさらに包括的代理権と独立代理権とに区別されるのが、一般的である³⁾。

* つじもと・のりお 近畿大学准教授

1) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法・改訂版』47頁(1990年)。

2) 平野龍一『刑事訴訟法』79頁(1958年)。

3) 田宮裕『刑事訴訟法・新版』35頁(1996年)。

このような弁護活動に際し、何らかの瑕疵が生じ、これによって被疑者・被告人に不利な事態が生じた場合、その結果は被疑者・被告人に帰属されるべきか。本稿は、近時の実例を基にこのような問題を検討し、弁護制度の存在意義を探ることを目的とする。

二 対外的弁護活動における瑕疵

(1) 弁護人の対外的活動は、前述のとおり3種類に分けることができる。このうち、包括的代理権は、規定上は被疑者・被告人の権限とされ、ただ弁護人はその地位に基づいて（個別的な委任がなくても）被疑者・被告人を代理してその権限を行使しうるとされるものであるから、被疑者・被告人の意思に反する形で弁護人がこれを行行使することはできない⁴⁾。それゆえ、仮に包括的代理権の行使から被疑者・被告人に不利な結果が生じたとしても、その権限行使において被疑者・被告人の意思に合致している限り、そのリスクは被疑者・被告人自身が負担するべきことに問題は無い。例えば、書証の同意（刑訴法326条1項）が防御戦略上必ずしも適切なものではなく（例えば、具体的訴訟状況において、通常の弁護人ならば同意はしないであろうという場合）、その結果として、被告人に著しく不利な訴訟状況が生じたとしても、それは、被告人自身がそのリスクを前提に、弁護人に代理として自身の権限を行使させたのであるから、不利な訴訟結果を被告人に帰属させることに問題は無い。もっとも、このように被疑者・被告人が弁護人の活動に異を唱えなかったこと（つまり、弁護人の行為を承諾したこと）が、例えば弁護人から誤った情報や助言を与えられたことなどを原因とする、被疑者・被告人の意思決定に何らかの瑕疵が付着していたことの結果であるということが考えられる。被疑者・被告人が弁護人の代理行為の結果を負担するべきであるのは、弁護人の行為に対する同意 /

4) 光藤景皎『刑事訴訟法』270頁（2007年）。

承諾が真摯な意思決定に基づくものであることを前提とするから、その意思決定に際し一定の瑕疵が生じていた場合、何らかの修正が必要となる。この点は、後述の、対内的弁護活動における瑕疵の箇所を検討することになる。

これに対し、独立代理権ないし固有权(あわせて「独立行為権」と表記されることもある⁵⁾)は、その権限行使に際し必ずしもそれが被疑者・被告人の意思に適合している必要はないとされている。また、法定された訴訟行為以外にも、弁護士が行う様々な事実的行為は、やはり、その全てが必ずしも被疑者・被告人の意思に適合しているとは限らない。もちろん、弁護人の活動は、被疑者・被告人の正当な利益の保護をその本質とする以上、ある行為が被疑者・被告人の意思に反しているとしても、その方向性において彼らの利益に適合したものでなければならない⁶⁾。すなわち、弁護人の一定の権限が被疑者・被告人の意思とは独立して行使可能であるとされるのは、「(被疑者・)被告人の訴訟上の『失敗』を弁護士がカバーできないと考えることは、むしろ弁護制度の本旨に反するもの」との理解に基づく帰結である⁷⁾。

もっとも、そのような独立行為権や事実的行為がその本質において被疑者・被告人の利益擁護のために行われるべきものであり、弁護士は彼らの意思に反してその権限を行使することができるという前提から、直ちに、弁護人のそのような行為による結果を全て(有利・不利を問わず)被疑者・被告人に帰属させてよいという結論が導かれるわけではない。弁護人の意思において、被疑者・被告人の利益を擁護するという目的がある場合はともかくとして、もっぱら自己又は第三者の利益を図る(被疑者・被告人の不利益と引換えに)目的があった場合、この問題は特に先鋭化する。

5) 寺崎嘉博『刑事訴訟法・第2版』50頁(2008年)、上口裕『刑事訴訟法』43頁(2009年)、光藤(前掲注4)『刑事訴訟法』271頁も同旨。

6) 最決平成17年11月29日刑集59巻9号1847頁における上田裁判官補足意見参照。本件の評釈として、辻本典央・刑事法ジャーナル5号(2006年)。

7) 松尾浩也『刑事訴訟法・上・新版』232頁(1999年)。

このような弁護人と被疑者・被告人との利益相反というべき問題は、弁護人が被疑者・被告人の利益を図る目的で違法行為を行うという問題⁸⁾に比べて、我が国で議論の俎上に上ることはほとんどなかった。しかし近時、いわゆる「神戸市議汚職事件」において、弁護人が、自身の刑事訴追を免れるべく、捜査段階で被疑者・被告人に不利な事実を記述した上申書を検察庁に提出し、公判で右上申書の証拠請求に同意するという事態が生じた。このような証拠を被疑者・被告人の不利な方向で使用することはできるか、すなわち、弁護人による被疑者・被告人に対する利益相反行為から生じた結果を被疑者・被告人に帰属させることは許されるか。この問題について、すでに本件上告趣意書の執筆に関連して、渡辺修及び丹治初彦による研究が公表されている⁹⁾。本件の訴訟経過と合わせて、両論文における議論を参照のうえ、以下検討する。

(2) (i) 本件の事実経過は、次のとおりである。弁護士Aは、被告人Xのあっせん収賄事件の弁護人であった。このうち1件は、Xが甲社から2000万円を賄賂として収受したというものであるが、この金員は、従前の神戸市議会選挙に際してXの選挙運動員が逮捕された事件に関する弁護費用としてAに支払われたことが認められている。Xは、捜査段階では右金員の授受を否定していたが、捜査の手がAに及ぶや、Aは、賄賂の一部はXも同席の場で交付されたものであることなど、Xの供述とは異なる事実を内容とする上申書を作成し、捜査担当検察官にこれを提出した。その際、Aは、事前にXの同意を得ておらず、それゆえ、もっぱら自身の刑事訴追（右金員の収受につき、Xとの共同正犯を理由とする）を免れるためにか

8) 辻典央「弁護活動と刑事制裁」近法53巻3=4号（2006年）。

9) 渡辺修「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障のために」甲南法務研究5号（2009年）、丹治初彦「弁護人の違法な訴訟行為とその救済」神院38巻3=4号（2009年）。なお、本稿執筆にあたり、丹治氏より参考資料を提供していただいた。

かる上申書を提出したものであった。それゆえ、Aによる上申書の提出は、Xとの関係において利益相反というべき行為(明白な「敵対行為」¹⁰⁾)である¹¹⁾。そして、この上申書は、公判において、検察官から証拠請求され、Aから交代して主任弁護人に就任していたB(Aと同じ法律事務所のパートナー)がこれに同意したため、Xの罪状を立証する有力な証拠として採用された。Xは、一審で有罪判決を受け、上告審まで争ったが、すでに有罪が確定している(最終平成21年9月1日未公開)。

以上から、本件では、弁護人の被疑者・被告人に対する利益相反行為が行われ、それにより生じた結果が被疑者・被告人に不利益な状態で帰属されたことになる。このような対外的弁護活動における瑕疵に対し、被疑者・被告人は何らかの救済を求めることができるか。

この問題について、一審判決後に選任された弁護団は、控訴審において、被告人は効果的な弁護を受ける権利(憲法37条3項)を侵害され、原審裁判所より釈明権等の訴訟指揮権の行使による是正を受けないまま判決に至った点、B弁護人が上申書の証拠調に同意したが、裁判所は本件経過に鑑みて相当性の調査を懈怠しており、証拠能力なき証拠により事実認定がなされた点を主張し、訴訟手続の法令違反(刑訴法379条)による原判決破棄を求めた。これに対して、控訴審判決は、「被告人に対する適切な弁護がなされないおそれが明らかに認められるような場合」には、裁判所は釈明権の行使等による一定の介入・是正を図るべき義務があるとしつつ、本件事実経過からはそのような事情(つまり、被告人と弁護人との利益相反性)があると疑われるべき理由はなく、またそれゆえ、326条の同意に関しても相当性を疑うべき根拠もなかったとして、原審の訴訟手続に違法性はないと判断している。

10) 渡辺(前掲注9)「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』」11頁。

11) 大阪弁護士会は、かかる利益相反性を理由に、2009年8月31日付で、Aに対して懲戒処分(戒告)を科している(2009年9月2日付読売新聞、朝日新聞)。

(ii)このような控訴審判決の判断に対して、渡辺論文は、「弁護人依頼権が侵害された本質的な利益相反状態を前提にした証拠状態で有罪判決が宣告された」点に、規範的客観的にみて裁判所が是正すべき状態を是正していない瑕疵が認められ、「そのような利益相反状態はいったん有罪判決を破棄して解消」されるべきであると主張する。すなわち、「かかる性状の瑕疵の救済には、被告人があらためて『利益相反のない弁護人』を選任」した上で、本件上申書に関する証拠採用の当否について再検討する機会が提供されるべきというわけである¹²⁾。渡辺のこのような見解は、アメリカ法の分析から導かれた「司法の監督権」による、弁護人と被告人との利益相反状態に対する裁判所の介入義務の肯定に基礎をおいている。これによると、弁護人の利益相反行為に対する是正は、基本的には被告人の弁護人選任権を通じた自己決定権にゆだねられるべきであるが、裁判所が具体的に利益相反性を認識し、又は合理的に考えて認識すべき事態が存在しているときには、裁判所に右監督権を通じた調査義務、及びこれに伴う不利益可能性の摘示義務が発生するという。そして、一審でそのような監督権が行使されないまま有罪判決に至った場合、被告人は、上訴審において、弁護人が現に利益相反状態を作出したことで、その現実の利益相反状態が被告人に不利に影響を与えていることを証明した場合、救済を受けることができるとされている。

確かに、このような分析からは、渡辺が主張するとおり、控訴審は原判決を破棄し、利益相反状態の解消に向けた是正を図るべきであったということになる。もっとも、改めての公判において本件上申書が証拠として認められる可能性が残る限り、本件被告人の不利益は、終局的に解消されることにはならない。それゆえ、さらに、弁護人の利益相反行為によってもたらされた証拠の証拠能力如何が、検討されなければならない。本件では、直接には、弁護人Bによる326条の同意の有効性、及び326条の意味での証

12) 渡辺（前掲注9）「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』」23頁。

拠としての相当性が問題となるが、仮に、控訴審の判断とは異なり、弁護団の主張が認められて、326条としては無効であるとしても、なお、321条1項3号により証拠として許容される可能性がある。それゆえ、端的に、弁護人の利益相反性のみを理由とする、証拠排除の根拠が検討されなければならない。

(iii)この点について、丹治論文は、民事事件における訴訟代理人の弁護士法25条違反(利益相反行為)の訴訟行為を原則として無効とする法理(最判昭和38年10月30日民集17巻9号1266頁)を刑事訴訟に転用し、被告人の「弁護士による実質的な援助を受ける権利」の侵害を理由とする原判決破棄、又は少なくともBによる326条の同意を無効として上申書の証拠排除がなされるべきであると主張する。丹治は、その理由として、刑事弁護人は民事の訴訟代理人とは異なり、「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」との前提から、刑事弁護人の訴訟行為における瑕疵は民事裁判より重く規制されるべきことを挙げている。また、刑事手続の「公正」、「適正」を担保するためには、裁判官除斥、忌避、回避の規定を類推し、不適格な弁護人は、刑事手続への関与から排除されるべきことも指摘する¹³⁾。

丹治のこのような見解は、被疑者・被告人と弁護人とは、民事事件の代理委任関係(この要素が弁護関係の本質であることは否定しないとしても)に尽きるものではなく、一定の独立的な関係にある、つまり、弁護人はいわば(独立の)司法機関としての地位にあるとする見解に親和的であるように思われる。ドイツでは、刑事弁護人は被疑者・被告人の代理人ではなく、独立司法機関であるとの見解が通説であり¹⁴⁾、例えば被告事件について共犯として関与したことの疑いがある場合には、事件及び被告人との独立性、つまり機関的地位に基づく活動がなされえないとの趣旨から、

13) 丹治(前掲注9)「弁護人の違法な訴訟行為とその救済」349頁。

14) 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(1)(2・完)」論叢154巻1号, 2号(2003年)。

裁判官と同様に、手続への関与から除外する規定が置かれている（ドイツ刑訴法138a条1項1号，3号）。

確かに、このような見解からは、弁護士A及びこれと同一視しうるBは、収賄事件への共犯的関与を疑われることから、その独立司法機関性を疑われる状況にあり、それゆえ、本件における被告人としての関与を排除されるべきことが導かれる。そして、本来関与を許されなかった弁護人の訴訟行為は、これを無効とし、例えば弁護人の同意に基づく上申書の証拠能力を否定することも可能であったと思われる。もっとも、この見解からも、やはり上申書が刑訴法321条1項3号により証拠として採用される可能性は、依然として排除されない。また、弁護人を独立司法機関と位置付ける前提からは、むしろ、上申書の提出自体は真実解明に寄与する行為として、正当化される可能性すら生じる。すなわち、本件上申書は、一審が被告人の収賄の事実認定を支える本質的な証拠と位置付けているように、被告人の本件に関する賄賂收受についての重要な事実を暴露する内容のものであり、弁護士が被疑者・被告人の同意を得ることなくこれを捜査機関に提供する行為は、弁護士法23条及び弁護士職務基本規程23条に違反するだけでなく、秘密漏罪（刑法134条1項）にも該当しうるものである。しかし、弁護人を純粋に司法機関であると位置づけるならば、裁判所や検察官と同様、弁護人も全面的に（被疑者・被告人に不利な方向においても）刑事手続における真実解明を義務付けられるものとなり、それゆえ、本件上申書の提出行為もその義務の履行として違法性を否定するべき「正当な理由」があると認められることにもなりうる。もちろん、丹治の見解は、そのような帰結を認めるものではなく、被疑者・被告人の法的救済を目指すものであるが、弁護人の独立司法機関性を認めつつ、そのような救済が可能であるかの論証が、さらに必要であると思われる。

(iv)この点について、弁護人は被疑者・被告人の純粋代理人であるとの見解からは、かかる利益相反的な行為は正当な弁護活動とはいえない。他方、独立司法機関説を前提にしても、憲法及び刑訴法が予定する弁護人の役割

如何の理解により、同様の結論を導くことは可能である。すなわち、弁護士は、被疑者・被告人とは独立の司法機関であるが、それは、他の司法機関との関係においても独立の関係にあり、その任務の本質は、被疑者・被告人の保護にある。現在では、ドイツの通説も、弁護士の機関的地位をこのように理解し、弁護士において真実義務が認められるとしても、それは被疑者・被告人に有利な方向に限られると理解している。そして、そのような被疑者・被告人の保護に向けた機関的地位を明確にしたのが、Beulke W. が主張する「限定的機関説」である。すなわち、弁護士の真実義務は、基本的に、被疑者・被告人の保護の方向に限定され、例外的にその逆方向の真実義務が認められるとしても、それは司法の核心を侵害するような積極的な妨害行為（例えば偽造証拠の提出等）が禁止されるにとどまるというわけである¹⁵⁾。それゆえ、弁護士には、被疑者・被告人に不利な方向で積極的に真実を解明するという意味での真実義務は課されず¹⁶⁾、本件の上申書提出といった行為が弁護士の責務から正当化されることはない。

その上で、弁護士の機関的地位の承認は、その者の瑕疵ある行為の帰結は被疑者・被告人ではなく、国家が負担するべきという意味で、重要である。すなわち、弁護士は単なる訴訟代理人ではなく国家の司法の一翼を担う機関であるという前提からは、被疑者・被告人の憲法上の権利である弁護権の保障を行うべき義務は、弁護士が、公的機関として、その限りで国家の側を代表して保障するべき立場にある。それゆえ、被疑者・被告人の弁護権が弁護士自身により侵害された場合には、国家機関が違法行為を行ったものと評価され、その不利益は国家に帰属されるべきことになる。つまり、捜査機関が違法な捜査活動により証拠を不当に獲得したことと、法的評価において異ならないのである。本件弁護士の申書提出は、被疑者・被告人ともはや敵対的な関係に立つともいうべき重度の利益相反行為であり、被疑者・被告人の憲法上の権利は著しく侵害されている。それゆ

15) 辻本（前掲注8）「弁護活動と刑事制裁」369頁。

16) 辻本典央「刑事弁護人の真実義務序論」立命310号（2007年）。

え、違法収集証拠排除法則に関する最高裁判例¹⁷⁾の基準を前提にしても、本件上申書の証拠能力は、伝聞例外規定の適用如何にかかわらず、否定されるべきであった。

三 対内的弁護活動における瑕疵

(1) 次に、弁護人の対内的活動における瑕疵による帰結の、被疑者・被告人への帰属の問題について検討する。すなわち、弁護人が被疑者・被告人に対して、事実認識やその判断の誤りから誤った又は不適切な助言を与え、被疑者・被告人がそれに基づいて一定の訴訟行為を行った場合、被疑者・被告人は自身のそのような過程で行われた訴訟行為による不利な帰結を帰属されるべきであるか、又は、何らかの法的構成により、その帰結の除去を求めることができるか。この場合、被疑者・被告人が自身の訴訟行為による不利益を排除するためには、それが一定の意思的瑕疵に基づくものであるとして、無効又は取消を主張し、その訴訟行為がなかった状態、すなわち原状への回復（刑訴法362条以下参照）を求めることが考えられる。

このような、弁護人と被疑者・被告人との対内的関係における弁護活動の瑕疵を問題としうる事件が、近時、最高裁で裁判された（最判平成21年7月14日刑集63巻6号623頁¹⁸⁾）。本件は、直接には、即決裁判による一審判決に対して事実誤認を理由とする上訴を制限した規定（刑訴法403条の2）の合憲性が争点となった事件であるが、最高裁判決においてその補足意見で、一審弁護人の不適切・不十分な弁護に対する指摘がなされているところからも、即決裁判に対する被疑者・被告人の同意の有効性を問うことも可能であったと思われる事案である。それゆえ、本テーマの素材とすることが許されよう。

17) 最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。

18) 辻本典央「判例研究」近法57巻3号（2009年）。

(2) 本件の事実経過は、次のとおりである。被告人X(当時自衛隊職員)は、勤務先からパソコン1台を自宅に持ち帰ったとの被疑事実(業務上横領罪)で逮捕された。検察官は、X及び弁護士Aの同意を得て、即決裁判手続を申し立てた。第1回公判期日において、Xは、公訴事実を認め、有罪である旨を陳述し、AもXと同様であるとの意見を述べたため、裁判所は、即決裁判手続による審判を行う旨を決定し、審理の結果、Xを懲役1年(執行猶予3年)に処した(千葉地木更津支判平成20年3月12日未公判)。その後、Bが弁護士に選任され、被告人側が控訴したが、二審(東京高判平成20年7月10日判タ1292号315頁)は、Bの事実誤認を理由とする控訴は刑訴法403条の2第1項により不適法であるとして控訴を棄却した。被告人側が上告したが、最高裁は、右条項は手続の合理化、効率化を図るために適したものであり、弁護人の選任が必要的であるなど被告人の防御保障にも欠けるところはないとして、上告を棄却した。なお、田原裁判官より、次のような弁護活動の不適切さを問う補足意見が付されている。

「本件で、控訴、上告までなされているということは、被疑者段階並びに一審公判手続の過程において、被告人が即決裁判手続の制度について十分な理解をしていなかったことを示すものであって、一審弁護士と被告人間の意思疎通が十分でなかったことを窺わせるものであ[る。……]言うまでもないことであるが、弁護士が被疑者(被告人)との意思疎通に十全を期し、本件の如き上訴が提起されることがないことを願うものである。」

上述のとおり、本件では、一審判決後に選任された弁護士が即決裁判に対する上訴制限を定めた刑訴法403条の2の合憲性を争点としたことから、裁判所の判断もその点の検討が中心となっている。もっとも、田原補足意見が指摘するとおり、一審弁護士が被疑者・被告人との間で十分な意思疎通を図ることができず、その結果、被疑者・被告人自身が、即決裁判手続に対する同意を意思的瑕疵(特に動機の錯誤)に基づいて表明した可能性

がある。仮にそうであったとすると、被告人は、自身の同意は無効であり、その有効を前提とする即決裁判手続の開始決定は違法であるとの理由で、訴訟手続の法令違反を主張して一審手続のやり直しを求めることも考えられる事案であった。もっとも、このような主張が認められるためには、被告人に生じた、自身の弁護人による不適切な弁護に基づく意思的瑕疵について、その帰結が被告人自身に帰属されないための根拠が必要となる。すなわち、ここで検討する、弁護人と被疑者・被告人との対内的関係における弁護活動の瑕疵は、被疑者・被告人が負担すべきか、又は国家の側が負担すべきかという点が、正面から問題とされるべきことになるのである。

(3) (i)そもそも、被疑者・被告人の訴訟行為に意思的瑕疵が付着しているとき、その無効を考えることは可能であるか。この点について、大判昭和7年11月22日大刑集11巻1664頁は、民法95条の援用による被告人の上訴放棄は錯誤により無効であるとの主張に対し¹⁹⁾、民法95条の援用による訴訟行為の無効を明確に否定している²⁰⁾。しかしその後、最判昭和24年6月16日刑集3巻7号1082頁が、被告人の上訴取下について錯誤（被告人の心神耗弱状態を原因とする）による訴訟行為の無効を認める旨を判示し²¹⁾、学説上も、意思的瑕疵に基づく訴訟行為の無効を認める見解が支配的となっている²²⁾。ドイツでも、RG 刑事第四部1922年10月20日決定（RGSt

19) 本件被告人は、第一審判決後に上訴を放棄したが、それは判決が被告人を実刑に処するものであったにもかかわらず、未決勾留中の被告人に対し看守（判決期日に被告人を法廷に連行した者）が執行猶予とされたのであるから早く釈放されるためには上訴を放棄せよと申し述べたため、被告人はその言を信じて（判決は大量の被告人に矢継ぎ早に宣告されたため、看守も被告人も実刑判決であることを十分認識していなかったため）放棄を表明したものと認定されている。

20) 当時の学説も、無効否定説が通説的見解であった（牧野英一『刑事訴訟法・増補版』167頁（1932年））。

21) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要・7訂版』188頁注2（1967年）。

22) 小野清一郎『刑事訴訟法講義・全訂第3版』211頁（1933年）、団藤重光『訴訟状態と

57,83)が、「刑事手続の適切な運営に向けた公的利益の観点」から、錯誤に基づく上訴放棄は無効であるとする被告人の主張を退けているように、かつては、訴訟行為に際しての意思的瑕疵は当該訴訟行為の有効性を害さない、とする見解が一般的であった。しかし、現在では、例えばBGH刑事第二部1961年12月6日判決(BGHSt 17,14)が、強迫に基づく上訴放棄及び取下は無効なものとなりうると判示するように、意思的瑕疵が訴訟行為の有効性に影響を与えうることが承認されている。ドイツの学説上も、現在では、意思的瑕疵が訴訟行為の有効性に影響を与えうることが、一般的に承認されている²³⁾。

(ii)そこで次に、このような意思的瑕疵に基づく訴訟行為の無効を如何なる理論構成により導き出すかという点が問題となる。この点について、単純に、民法の意思表示規定(民法90条以下)・理論の援用が想起される。しかし、これに対しては、「私的自治・契約自由の原則のもとに個人の意思を中心として構成された法律行為の概念を、刑事訴訟に持ち込むことは妥当では[なく、……]訴訟行為の要件及び訴訟行為の評価についても訴訟法独自の立場から、考えてゆかねばな[らない]」として、民法規定・理論の援用を否定するのが、現在の一般的な理解である²⁴⁾。ドイツの学説でも、意思的瑕疵が全て訴訟行為を無効とさせるものと理解する見解は見られず、意思的瑕疵が訴訟行為を無効とさせる場合を如何なる基準に基づいて判断するべきかが問題とされている。

この問題について、我が国では、これまで詳細な考察はなされてはいない。これに対し、ドイツの通説は、瑕疵が重大である場合に訴訟行為が無効になるとする²⁵⁾。しかし、瑕疵の重大性に関する具体的基準が定立され

訴訟行為』183頁(1949年)、光藤景皎『口述刑事訴訟法・中・補訂版』14頁(2005年)。

23) Werner Beulke, Strafprozessrecht 10Auf., S. 184 ff., 2008; Claus Roxin, Strafverfahrensrecht 25Auf., S. 426 f., 1998.

24) 光藤(前掲注22)『口述刑事訴訟法・中』14頁。

25) BGHSt 45,51.

るわけではなく、個別事例ごとの判断にゆだねられるにとどまっている。すなわち、刑事手続における法的安定性の要請から、訴訟行為に際しての意思的瑕疵は原則として考慮されず、当該訴訟行為は有効であるのが原則であるが、実体的正義の観点から、一定の修正が必要であるとして、具体的事例における事情を総合的に衡量して、両要請の調整を図るというわけである。

通説的見解は、理論的基礎づけとしては妥当であるが、個別事例における判断の明確性という点に問題を残す。それゆえ、学説上、これまでも、具体的基準に関する提案がなされてきた。例えば、Joachim H. は、禁止されるべき尋問方法を規定した StPO136a 条の類推適用を提案する。すなわち、国家の側に欺罔や強制等の被疑者・被告人の具体的訴訟行為に向けた意思決定を侵害する行為が存する場合に、同様の行為により引き出された自白の証拠としての使用が禁止されるのと同じく、同様の手段で誘引された被疑者・被告人の訴訟行為は無効であると理解するわけである²⁶⁾。これに対し、Schulze B. は、行為期間が定められた訴訟行為において、期間不遵守に帰責性がない場合に原状回復を認める StPO44条の類推適用を主張する²⁷⁾。両者の見解は、Joachim が国家機関の行為という客観的事情に着目するのに対して、Schulze が被疑者・被告人の主観的事情を重視する点に違いがある。もっとも、このような見解によっては、訴訟行為における意思的瑕疵の全てを説明できるものではなく、また、結論において明確であるともいいがたい。

これに対し、近時、(特に被疑者・被告人の) 訴訟行為における意思的瑕疵がもたらす帰結は、刑事訴追機関(裁判所を含む)と被疑者・被告人のいずれが負担するべきかという観点から、いわば責任配分という基準で

26) Heinrich Joachim, Die Berücksichtigung von Willensmängeln bei nichtrichterlichen Prozeßhandlungen im Strafprozeß, S. 140 f., 1970.

27) Burkhard Schulze, Der Einfluß von Willensmängeln auf den Bestand des Rechtsmittelverzichts des Beschuldigten, S. 163 ff., 1973.

解決を図る見解が主張されている。例えば、Kleinbauer K. は、被疑者・被告人の意思的瑕疵に基づく訴訟行為が裁判所や検察官等の司法機関による「配慮義務違反」(Fürsorgepflichtverletzung)に基づくものであるか否かという点に、その基準を求めている²⁸⁾。すなわち、司法機関の配慮義務は、フェアトライアルの観点における法治国家原理に加えて、弱者保護という社会国家的原理をも基礎とし、前者の観点からの、被告人の防御への妨害禁止という消極的保護だけでなく、後者の観点からの、より実効的な手続的権利の行使を保護することをも要請する、それゆえ、裁判所は、例えば、被告人に対して欺罔や威迫により意思的瑕疵を生じさせてはならないだけでなく、被告人の意思的瑕疵が少なくとも外部的に認識可能であるような場合には、それを是正すべき方向においても配慮義務を負うというわけである²⁹⁾。

また、Meyer F. も、Kleinbauer と同様の結論にいたる³⁰⁾。Meyer は、刑事訴訟における訴訟主体間の責任配分という観点から³¹⁾、被疑者・被告人は、基本的に、自己の訴訟行為による帰結について責任を負担しなければならず、それゆえ、例えば彼が表明した上訴放棄は原則として有効とされなければならないとした上で³²⁾、そのような訴訟行為に意思的瑕疵が付着している場合、その発生原因及び被疑者・被告人のそれに対する対抗策の有無から、彼に自身の訴訟行為の責任を帰属させるべきではない場合があるとして³³⁾、意思的瑕疵の例外的考慮(つまり、訴訟行為の無効性)を導き出している。例えば、裁判長又は検察官が強迫、欺罔、故意ではない

28) Klaus Kleinbauer, Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelzurücknahme des Beschuldigten im Strafprozeß, S.193 ff., 2006.

29) Kleinbauer (Anm. 28) S. 232 ff.

30) Frank Meyer, Willensmängel beim Rechtsmittelverzicht des Angeklagten im Strafverfahren, 2003.

31) Meyer (Anm. 30) S. 29 ff.

32) Meyer (Anm. 30) S. 68 ff.

33) Meyer (Anm. 30) S. 87 ff.

虚偽事情の提示（客観的誤導）などにより被疑者・被告人に意思的瑕疵を生じさせた場合、訴訟主体である被疑者・被告人は、自身の責任において証拠使用禁止、固有の不服申立権などの法定された救済手段を行使しなければならないが（そのような手段が存するときには、被疑者・被告人にはその手段を行使することが要請される）、一定事情においてそのような救済手段を行使することができない又は彼にその行使を期待することができないことを条件に、訴訟行為における意思的瑕疵が当該訴訟行為を無効にするという形で考慮されるというわけである。また、被疑者・被告人自身が国家機関より右のような作為を受けずに訴訟状況を誤解し、それによって意思的瑕疵が生じた場合には、彼は、基本的に、その帰結について責任を負担しなければならないが、そのような瑕疵が存することが外部的に明白である場合には、裁判所は、その配慮義務に基づいて適切な教示を行うなどにより被疑者・被告人における意思的瑕疵を是正すべき義務を負い、裁判所がそれを果たすことなく漫然と被疑者・被告人に意思的瑕疵に基づく訴訟行為を行わせた場合、その帰結は、もはや被疑者・被告人ではなく、裁判所の責任領域に帰属されるべきという形で修正される³⁴⁾。そして、このような配慮義務による是正要請は、第三者による強迫、欺罔、客観的誤導がなされた場合にも妥当し、それは、本来、被疑者・被告人の側で援助すべき立場にある弁護士から行われた場合にも同様であるとされている³⁵⁾。すなわち、弁護士が訴訟状況の誤った認識、又はその誤った評価により、被疑者・被告人に対して不適切な助言を与えた場合、それにより生じた意思的瑕疵が裁判所において明白である場合に限り、裁判所は、これを是正する義務を負い、その義務を懈怠した場合には、被疑者・被告人の訴訟行為に基づく帰結を負担しなければならない。それゆえ、例えば、被告人が弁護人の不適切な助言（例えば、如何にしても認められないはず釈放が、上訴放棄をすれば認められるなど）により被告人が上訴放棄を表明

34) Meyer (Anm. 30) S. 214 ff.

35) Meyer (Anm. 30) S. 280.

したとき、被告人のそのような動機の錯誤が裁判所に明白であり、裁判所は、これを適切な教示等により是正するべきであったにもかかわらず放置したまま被告人が上訴放棄を表明した場合には、被告人は、動機の錯誤に基づく上訴放棄の無効を主張し、改めて上訴を提起することができることになる。

(iii) Kleinbauer と Meyer の見解は、以上のとおり、訴訟主体間の答責領域の分割という観点からアプローチし、刑事訴追機関の積極的な作為により被疑者・被告人に意思的瑕疵を生じさせた場合だけでなく、配慮義務という観点から、その他の理由により被疑者・被告人に生じた意思的瑕疵の除去も、一定事情において要請するものである。いずれも、従来の通説的見解が基礎とする法的安定性と実体的正義の衡量という観点と矛盾するものではなく、その実質的・理論的考察において優れているだけでなく、責任領域の分割・配分という抽象的命題から演繹した具体的場面における基準も明確なものであり、実践的要請にも十分耐えうるものである。ただ、被疑者・被告人の訴訟主体性を強調し、彼らに意思的瑕疵の発生に対する一定の除去義務を肯定する点で、Meyer の見解の方が、当事者主義を標榜する我が国の刑事訴訟理論により親密的であるように思われる。

(4) そこで、Meyer の理論・基準を参考に、本件を検討してみよう。Meyer は、自身の理論はドイツで近時盛んに議論され、立法に結実した合意手続 (Absprache ; Verständigung) にも、そのまま適用されるという³⁶⁾。例えば、被告人が事前の合意 (本来不許容である上訴放棄を内容とする) に基づき判決宣告直後に上訴を放棄したとき、法的に存在しないはずの義務が存在しているとの錯誤が認められるが、それが裁判所に明白である場合には、裁判所は事前にそれを是正するべき義務を負う。しかし、そのような義務に基づく適切な教示等が行われたにもかかわらず、被告人

36) Meyer (Anm. 30) S. 380.

が上訴を放棄した場合には、被告人の答責的行為として、上訴は有効とされるべきというわけである。この結論は、ドイツの判例で要求され、立法にも結実した「加重的教示」の要請³⁷⁾に適合するものであり、従って、Meyer の見解から、その制度趣旨を合理的に理解することができる。我が国の即決裁判手続は、従来から指摘され、筆者も言及したように、ドイツの判決合意手続と同じく取引的要素を持つことは否定できない³⁸⁾。ここでは、様々な利害が交錯し、弁護人からも被疑者・被告人に（必ずしも有利とはいえないものも含めて）様々な助言が与えられる。その結果、訴訟の相手側（検察官だけでなく、裁判官も含めて）のみならず、場合によっては、味方であるはずの弁護人からの不当な作用によっても、被疑者・被告人の意思決定における自由が害され、彼らに不利な帰結がもたらされることが考えられる。その際には、被疑者・被告人の訴訟行為における意思的瑕疵を一定の事情において考慮し、これを無効とする構成が考えられなければならない。その意味において、Meyer の基準を援用して考察することは、適切な解決をもたらすように思われる。

Meyer の答責性分配論を前提にすると、即決裁判手続に同意することについて、被疑者・被告人に一定の意思的瑕疵が生じていた場合、基本的に、そのリスクは彼自身が負担するべきであり、同意表明は原則として有効と評価される。もっとも、被疑者・被告人が意思表示するにあたり、例えば弁護人から不適切な助言が与えられ、そのことが裁判所にとっても明白である場合には、裁判所は、被疑者・被告人の真意を確認し、錯誤等が認められるときには（例えば、被告人が公判の途中で意を転じて無罪であるとの主張を行うなどした場合）、同意に基づく即決裁判手続の申立を却下し、改めての再考を促すなど、是正措置を採るべきである。これがなされず、漫然と判決したような場合、被告人は、同意の無効を主張し、上級

37) 辻本典央「刑事手続における取引（１） ドイツにおける判決合意手続」近法57巻2号（2009年）。

38) 辻本（前掲注18）「判例研究」。

審でその是正を求めることができることになる。

四 おわりに

以上、本稿では、弁護活動に瑕疵がある場合、その帰結を被疑者・被告人に帰属させることの問題性を指摘し、その是正を図るべき理論構成を探求した。もちろん、我が国のほとんどの刑事弁護人は、真摯な態度で被疑者・被告人と向き合い、彼らの正当な利益の擁護に向けて努力していることは言うに及ばない。しかし、ごく稀にはあるが、意図的であるにせよないにせよ、被疑者・被告人にとって十分かつ適切とは言えない弁護活動が行われていることも、本稿で言及した事例が示すとおり、現実のことである。その際、単純に、弁護人のしたことの責任は、全てその依頼者である被疑者・被告人が負うべきであるとは言えない。そのあたりに、刑事手続の民事手続との本質的な違い、またそこで活動する刑事弁護人の特殊性が認められる。

筆者は、これまでも、刑事弁護に関する問題を探求してきた。本稿もその一つである。もっとも、本稿で検討した問題点は、我が国ではこれまであまり議論されることのなかったものであり、検討に不十分な点があることは否めない。これまでの研究と合わせて、いずれ入念な再検討の必要があると感じている。この作業は、他日を期すこととしたい。

本稿を閉じるにあたり、生田先生、大河先生のご学恩に対し、感謝の意を表する次第である。