

# 国選弁護人の法的義務

棚 橋 邦 行

# 国選弁護人の法的義務

棚 橋 邦 行

## 目次

<b>第1章 問題の所在</b> .....	<b>5</b>
1  弁護人依頼権を保障する趣旨 .....	5
2  国選弁護制度拡充の歴史.....	6
3  国選弁護制度拡充後の問題.....	7
4  国選弁護を取り巻く実情.....	8
5  検討する問題.....	11
<b>第2章 公法上の義務</b> .....	<b>14</b>
1  はじめに.....	14
2  誠実義務の法的根拠と法的性質.....	14
3  弁護士法と弁護人の誠実義務の関係 .....	17
4  弁護人の誠実義務が及ぶ範囲 .....	18
I  問題の所在.....	18
II  権限に基づく活動.....	19
III  権限行使に準ずる活動.....	20
IV  密接な関連を有する活動.....	20
V  それ以外の活動 .....	21
VI  国選弁護人の報酬との関係 .....	21
5  誠実義務に違反する場合とその効果 .....	23
I  はじめに .....	23
II  最高裁平成17年決定の概要.....	24
III  最高裁平成17年決定の検討.....	25
IV  最終弁論以外の活動.....	28
V  裁判所による是正措置義務の検討 .....	30
VI  不作為の場合における若干の検討 .....	32
6  まとめ .....	33
<b>第3章 私法上の義務</b> .....	<b>36</b>
1  はじめに.....	36

2	国選弁護人と被疑者・被告人の法律関係 .....	37
	I 事務管理説 .....	37
	II 契約説 .....	38
	III <i>fiduciary relation</i> 説 .....	38
3	各見解に対する検討 .....	39
	I 各見解の相違点 .....	40
	II 各見解の妥当性 .....	40
	III 事務管理説からの検討 .....	45
4	国選弁護人の私法上の義務が及ぶ範囲 .....	48
5	私法上の義務に違反する場合とその効果 .....	51
	I はじめに .....	51
	II 東京地裁昭和38年判決 .....	51
	III 東京地裁平成11年判決 .....	52
	IV 裁判例の検討 .....	53
6	まとめ .....	55
<b>第4章 公法上と私法上の義務の関係 .....</b>		<b>57</b>
1	はじめに .....	57
2	和歌山地裁平成15年判決 .....	57
	I 事案の概要 .....	58
	II 判決の概要 .....	58
	III 判決の検討 .....	59
3	忠実義務と善管注意義務の関係 .....	61
4	誠実義務と善管注意義務が作用する場面の整理 .....	63
<b>第5章 私選との差異が法的義務に及ぼす影響 .....</b>		<b>65</b>
1	はじめに .....	65
2	契約内容を自由に決められないことによる差異 .....	65
	I 具体的な差異 .....	65
	II 法的義務に及ぼす影響 .....	67
3	費用が出ないことによる差異 .....	68
	I 具体的な差異 .....	68
	II 法的義務に及ぼす影響 .....	69
4	辞任の自由がないことによる差異 .....	69
	I 具体的な差異 .....	69
	II 法的義務に及ぼす影響 .....	71
5	余罪事件の弁護人でないことによる差異 .....	73

I	具体的な差異	73
II	法的義務に及ぼす影響	73
6	民事上の代理権があるか判然としないことによる差異	76
I	具体的な差異	76
II	東京地裁平成22年判決	76
III	国選弁護人の示談交渉と誠実義務の関係	77
IV	国選弁護人の民事上の代理権	77
V	国選弁護人が示談交渉しないことで債務不履行責任を負うケース	79
VI	被害弁償金を調達する活動	83
VII	特別定額給付金を申請する活動	84
7	任務が終了することによる差異	86
I	具体的な差異	86
II	札幌地裁平成30年判決	86
III	国選弁護人だった弁護士の法的義務	87
IV	示談交渉が終わらない場合の法的義務	88
	おわりに	90

# 第1章 問題の所在

## 1 弁護人依頼権を保障する趣旨

民事手続は、財産的利益を中心とする紛争解決手続であるのに対して、刑事手続における被疑者・被告人の場合、意思に反して、身体をはじめとする自由を制約されながら手続が進行することもある。また、被告人の中には、刑事手続の帰結として、生命・身体の自由をはく奪・制約される者もいる。このことから、刑事手続では、民事手続とは質が異なる苛烈な帰結をもたらすため、誤認逮捕や誤判などが発生した場合、被疑者・被告人は、取り返しのつかない甚大な不利益を受ける。

しかも、被疑者・被告人の相手方（訴追側）は、強大な捜査権限を背景にした警察や検察である。訴追側と対比すれば、被疑者・被告人は、強制力を伴う防御活動を行うことができない。また、被疑者・被告人は、通常、十分な法律知識を有しないため、劣弱な立場に置かれている。

とりわけ身体を拘束されている被疑者・被告人は、自ら行動して嫌疑を晴らし、あるいは、処分を軽減するための証拠を作成するなどといった防御<sup>1</sup>活動を行うことができない。

こうした被疑者・被告人が受ける不利益や、訴追側と被疑者・被告人の間に不均衡が存在することに鑑み、憲法34条前段は、何人も、弁護人に依頼する権利を与えられなければ、抑留又は拘禁されないことを保障している。

憲法34条前段の弁護人に依頼する権利は、「拘束の原因となっている嫌疑を晴らしたり、人身の自由を回復するための手段を講じたりするなど自己の自由と権利を守るため弁護人から援助を受けられるようにすることを目的とするもの」であり、「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」した権利である<sup>2</sup>。さらに、刑事訴訟法では、被疑者・被告人に対して、何時でも弁護人を選任する権利を認めている（同法30条1項）。

そこで、法が被疑者・被告人に弁護人依頼権を保障するのは、弁護人が、自ら有する法的知識を活かし、刑事手続における不均衡を補うことで、被疑者・被告人に法的根拠のない不利益を負わせないことと、法的に可能な限り、被疑者・被

---

<sup>1</sup> 池田公博＝笹倉宏紀『刑事訴訟法』（有斐閣、2022年）107頁〔池田〕は、「被疑者・被告人が、刑事手続において、不当にその権利が損なわれる事態を避けるには、自らの正当な利益を適切な形で主張する必要がある」ことを、「防御」と定義づけている。

<sup>2</sup> 最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁。

告人の不利益を回避・軽減する趣旨であると解する。

## 2 国選弁護制度拡充の歴史

「刑事訴訟法の歴史は、まさに弁護制度拡充の歴史であった」<sup>3</sup>とわれてきた。

明治初年には被告人無用論すら唱えられていたが、明治15年施行の治罪法で刑事被告人に被告人を附することが認められ、官選弁護制度も設けられた。大正13年施行の旧刑事訴訟法（以下では、単に「旧刑事訴訟法」という。）では、被告人選任権が予審段階まで拡張された。ところが、官選被告人が選任されるのは、公判手続に入ってからだった。すなわち、同法334条1項は、死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役若しくは禁錮にあたる事件（必要的被告人事件）については、被告人なしでは開廷できないとした。そして、同法同条2項は、必要的被告人事件で被告人の出頭又は選任がない場合に、官選被告人が選任されるとし、同法433条は上告審についても同様とした。さらに、同法335条は、必要的被告人事件ではない事件でも、被告人の被告人力が特に不十分と認められる一定の場合に、官選被告人の選任を認めた<sup>4</sup>。

官選被告人は、被告人又は司法官試補の中から裁判長が選任し（旧刑事訴訟法43条1項）、無報酬だった。そして、官選被告人が選任されても、「名義だけに止まる」と言われ、「資力なきが故に刑事手続上資力ある者よりも不利益な地位に置かれるといふことは、正義に反する。資力なき被告人のために公費を以て被告人を附する公設被告人の制度は立法論として甚だ必要であると考へる」と主張されていた<sup>5</sup>。

ところが、アメリカ法の影響のもとで、昭和24年に現行刑事訴訟法が施行されると、被告人にも被告人依頼権が保障されるとともに、被告人については国選被告人依頼権が保障されるようになった<sup>6</sup>。「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の全面改正で、予審を廃止し公判手続における当事者主義を採用したことによって、刑事裁判の構造に著しい変化がもたらされ、」「検事と被告人が法廷において対等の席につく」ことが、「始めて実現した」<sup>7</sup>。

---

<sup>3</sup> 団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔第7版〕』（創文社、1967年）115頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（青林書院、1990年）47頁。

<sup>4</sup> 牧野英一『重訂刑事訴訟法 全』（有斐閣、昭和3年）75頁。

<sup>5</sup> 小野清一郎『刑事訴訟法』（有斐閣、昭和3年）38頁。

<sup>6</sup> 椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』（信山社、1993年）184頁－189頁。

<sup>7</sup> 大野正男『職業史としての被告人および被告人団体の歴史』（日本評論社、2013年）143頁－144頁。

日本弁護士連合会は、平成2年に当番弁護士制度をスタートさせて、平成9年に被疑者国選弁護制度試案を発表した。当番弁護士制度の実績を踏まえて、平成16年5月に刑事訴訟法37条の2が成立し、国選弁護人選任請求権を、死刑または無期懲役若しくは禁錮に当たる事件について勾留状が発せられている事件で認められることになった。一定の重大犯罪に限ってではあるが、初めて被疑者国選弁護制度が導入された。

裁判員裁判制度が導入された平成21年5月21日以降は、被疑者国選対象事件が、刑事訴訟法289条1項所定の必要的弁護対象事件（長期3年を超える懲役または禁固の事件）まで拡大した。

さらに、平成28年5月24日に、刑事訴訟法37条の2と同法37条の4を改正する法律が成立し、平成30年6月1日以降は、勾留状が発せられていて、貧困その他の事由によって弁護人を選任することができない全ての被疑者に、国選弁護人選任請求権が付与されることとなった。

なお、平成16年5月に刑事訴訟法37条の2が成立したのとほぼ時期を同じくして、総合法律支援法が、平成16年6月に成立し、平成18年4月に、日本司法支援センター（以下では、通称名の「法テラス」という。）が設立された。総合法律支援法2条は、「総合法律支援の実施及び体制の整備は、次条から第七条までの規定に定めるところにより、民事、刑事を問わず、あまねく全国において、法による紛争の解決に必要な情報やサービスの提供が受けられる社会を実現することを目指して行われる」ことを基本理念として掲げている。同法5条は、国選弁護人などの選任態勢の確保、同法8条乃至10条は、国、地方公共団体、弁護士会などが、同法2条の基本理念に則って、総合法律支援の実施及び体制の整備のために必要な協力をするよう努める旨規定している<sup>8</sup>。

### 3 国選弁護制度拡充後の問題

このように、幾度にわたる刑事訴訟法などの改正によって、被疑者に国選弁護人選任請求権が付与される対象事件は飛躍的に拡大した。

身体拘束中の被疑者・被告人を対象とする国選弁護制度が拡充したことは、被拘禁者の弁護人に依頼する権利（憲法34条前段）の保障がより強固になったことを意味する。

被拘禁者が、私選弁護人しか選任できないことになれば、資力の有無や、私選で弁護を引き受けてくれる弁護士の伝手があるか否かで、弁護人から援助を受

---

<sup>8</sup> 現行刑事訴訟法の歩みについては、白取祐司『刑事訴訟法 [第10版]』（日本評論社、2021年）27頁－39頁。

ける機会が左右されることになる。そうなれば、憲法34条前段が、拘束の原因となっている嫌疑を晴らし、あるいは、人身の自由を回復する手段を講じるため、弁護人依頼権を付与した意義は希薄化してしまうことになる。

これまでは、国選弁護事件の対象拡大のための法改正に関心が注がれてきた。ところが、ここ20年ほどで、国選弁護対象事件は飛躍的に拡大している。そのため、今後、関心の矛先は、選任された弁護人が、どこまで活動する義務を負うかといった問題に向かっていくのではないだろうか。

かつて田宮裕教授は、「弁護権」（弁護人の援助を受ける権利）の保障という観点から、「法制度が拡充・整備されてくると、つぎには、当然のことながら、人びとの関心は弁護活動の内容、つまり、その実際の機能へと、向かわざるをえない。ここに、今日において、刑事弁護の機能論が触発される契機がある。弁護権という視点は、」「弁護人をつけるかどうかという形式的観察方法に服するのに対して、弁護の機能という視点は、事態を弁護人の側からみて、どのような活動をするか（あるいは、すべきであるか）という実質的観察方法に服するともいえよう」と述べていた<sup>9</sup>。

刑事裁判では、捜査段階で作成された証拠（被疑者の供述調書など）に基づいて、事実認定や量刑が決定されて、刑罰権が発動され、被告人の処遇を決定付けることもある。捜査段階における弁護の重大性を踏まえるなら、被疑者段階の国選弁護が拡充したことに伴い、今後は、被疑者の弁護人に、いかなる機能が期待されるかについての関心が、より高まっていくことになるのではないだろうか。

#### 4 国選弁護を取り巻く実情

近年の刑事訴訟法の改正によって、国選弁護人が被疑者段階で活動する場面は飛躍的に増大した。

また、被告人段階だと、1996年の地方裁判所における弁護人の選任率は、私選弁護人が30.0%で、国選弁護人が68.4%だった。しかし、私選弁護人の選任率は年々低下しており、2021年は、私選弁護人が17.7%で、国選弁護人が84.5%になっており<sup>10</sup>、被告人段階で国選弁護人が選任される割合も上昇傾向にある。

とりわけ高等裁判所がない県（以下では、単に「地方」という。）の場合、地方の弁護士会に所属している弁護士の多くが、法テラスの国選弁護人契約弁護

---

<sup>9</sup> 田宮裕『刑事手続とその運用』（有斐閣、1990年）353頁－354頁。

<sup>10</sup> 日本弁護士連合会編『弁護士白書 2022年版』（日本弁護士連合会、2022年）78頁。

士として登録し、国選弁護制度を支えている。弁護士のうち国選弁護人契約弁護士が占める割合は、2021年12月の時点で、全国だと72.4%にのぼり、最も割合が高いのは鳥取県弁護士会の95.6%で、最も割合が低い東京三会でも64.6%となっている<sup>11</sup>。

今後、国選弁護人の選任方法が大幅に変更し、あるいは、国選弁護報酬が大幅に増額されない限り、国選弁護制度は、民事弁護中心の弁護士による支えが必要である<sup>12</sup>。

21世紀に入って推進された司法制度改革は、裁判員制度や被疑者国選制度の拡充といった刑事司法改革だけでなく、弁護士人口を激増させる改革でもあった。弁護士人口の激増に伴って、弁護士の収入は減少する傾向にある<sup>13</sup>。

弁護士業界が、弁護士業という事業を維持するために、公共的使命を職業上の基礎に置くプロフェッショナルから、利潤を上げることが職業上重視するビジネスローヤーに傾倒していることは否定できない。

刑事司法の担い手としては、警察、裁判所、検察庁、弁護士の存在が挙げられるが、その中で、弁護士だけが民間事業者（ただし、法テラスのスタッフ弁護士などを除く。）である。個々の弁護士業を成り立たせるには、法律事務所の経営を可能にするだけの経済的基盤が必要不可欠である。

法律事務所の経営に要する費用を負担する弁護士にとって、採算がとれる時給水準は1万5000円程度（年間の売上げは、2400万円乃至3000万円）とされる。他方、国選弁護事件に要する時間と報酬から、時給換算すると、約8000円になると算出する分析もある<sup>14</sup>。

---

<sup>11</sup> 日本弁護士連合会編・前掲注（10）77頁。

<sup>12</sup> 通常、私選弁護人の弁護費用は、国選弁護報酬よりも高額である。旧日本弁護士連合会報酬等基準は、平成16年4月に、独占禁止法に抵触することを理由にして廃止されたが、現在も基準として多用されている。この基準によると、起訴前及び起訴後の事案簡明な刑事事件の着手金は、20万円から50万円の範囲内の額、報酬金は、不起訴あるいは刑の執行猶予の場合、20万円から50万円の範囲内の額とされており、国選弁護人の報酬額と比べると、概ね2倍から5倍の差がある。さらには、旧日本弁護士連合会報酬等基準が廃止されたことに伴い、弁護士によっては、国選弁護人の報酬額と比べると、10倍以上の差を設けているケースもある。過去に、私選弁護に注力している法律事務所と被疑者・被告人が交わした委任契約書を見たことがあるが、弁護士が被疑者・被告人の親族から120万円を預かり、その半額を着手金として充当し、再逮捕や被害者が1名増える毎に、追加の着手金として20万円を充当し、報酬金を別途定める内容だった。また、被害者と示談した場合、保釈請求した場合に、追加料金が発生する内容になっていた。

<sup>13</sup> 日本弁護士連合会編『自由と正義 2021年臨時増刊号』（日本弁護士連合会、2021年）100頁によると、確定申告書に基づく弁護士の事業収入と給与収入の合計の平均値が2000年は3793万円だったのに対し、2020年は2558万円に低下した。

<sup>14</sup> 鈴木秀幸＝武本夕香子＝鈴木博之＝打田正俊＝松浦武『司法改革の失敗』（花伝社、2012年）242頁〔鈴木秀幸、武本、鈴木博之〕。

通常、国選弁護人は、選任されるまで全く面識のなかった被疑者・被告人を弁護することになる。被疑者・被告人と良好な関係を構築できず、過大な労力と精神的な負担を抱える事案も少なくない。

国選弁護人の事務に関する契約約款 14 条は、「この約款により国選弁護人に支給する報酬及び費用は、別紙報酬及び費用の算定基準（以下「算定基準」という。）の定めるところにより算定する。」と規定している。以下では、この算定基準のことを「国選弁護人の報酬等の算定基準」というが、同基準によると、前任の国選弁護人が、被告人による暴行、脅迫など（刑事訴訟法 38 条の 3 第 1 項 5 号）によって解任された場合の報酬を、通常の報酬の 5 割増にすると定めている。しかし、同号が適用されない事案であっても、国選弁護人が過大な労力と精神的な負担を抱える事案は少なくない。

公共的使命によって国選弁護制度を支える弁護士の担い手が不足することになれば、国選弁護制度の持続可能性は失われるおそれがある。公共的使命の名の下で、弁護士の善意や良心によって国選弁護制度を支えていかなければならないことになれば、制度の健全性は維持できなくなって、破綻するリスクは増大する。

また、国選弁護人の場合、否認事件や法律学以外の医学や工学などの専門的な知見を要する事件であっても、弁護士としての経験や、法律学以外の専門的な知見の有無に関わりなく、原則として 1 名の弁護人だけが選任される（刑事訴訟法 37 条の 5 本文参照）<sup>15</sup>。私選弁護人であれば、専門的な知見を有する者を、複数選任することが可能であり（同法 30 条 1 項及び 2 項）、さらには、地方裁判所や簡易裁判所の許可が条件となるものの、専門的な知見を有する者を特別弁護人として選任することも可能である（同法 31 条 2 項）。パソコンへの不正アクセス事件で、情報技術の専門家を特別弁護人に選任した例がある<sup>16</sup>。

そのため、専門的な知見を要する事件に選任された国選弁護人は、国家権力を背景にして強大な組織力を有している捜査機関や訴追側と、1 人で対峙しなければならない<sup>17</sup>。このことから、1 人の国選弁護人に事実上重い負担が押し掛か

---

<sup>15</sup> 日本弁護士連合会は、「被疑者国選弁護人の複数選任制度に関する意見書」（2011年2月18日）で、被疑者国選弁護人の複数選任について規定した刑事訴訟法 37 条の 5 を、「裁判官は、第三十七条の二第一項又は前条の規定により弁護人を付する場合又は付した場合において、特に必要があると認めるときは、職権で更に一人又は複数の弁護人を付することができる。ただし、被疑者が釈放された場合は、この限りでない。」に改正すべきであると主張している。

<sup>16</sup> 池田ほか・前掲注（1）166 頁〔池田〕。

<sup>17</sup> 2021年4月26日に、産経新聞は、乳幼児を激しく揺さぶり脳に傷害を負わせたと思われる虐待事件（脳神経外科や小児科といった医学に関する専門的な知見を要する事件である。）について、最高検察庁が 8 つの高検に対して、担当検事を配置して対策の強化に乗り出したと報道した。

ることもある<sup>18</sup>。刑事手続における不均衡を補うという弁護人依頼権を保障した趣旨に立ち返るなら、裁判官は、「特に必要があるとき」（刑事訴訟法37条の5本文）を柔軟に解釈して、可能な限り、国選弁護人の複数選任を認めることで、国選弁護人の事実上の義務の負担軽減をはかるべきである。しかし、現状においては、改善されていない状況が続いている<sup>19</sup>。

以上述べてきた国選弁護を取り巻く実情に配慮しないまま、国選弁護人の法的義務を検討することがないよう留意する必要があると考える。

## 5 検討する問題

国選弁護人は、裁判所・裁判官による選任のみを契機にして弁護活動が開始する点で、私選弁護人と明らかに異なる。また、国選弁護人に辞任の自由はなく、被疑者・被告人も国選弁護人を解任する権利を有していない（刑事訴訟法38条の3第1項、刑事訴訟規則29条の2参照）。

被疑者・被告人と私選弁護人が、（準）委任契約の関係にあることは明らかだが、被疑者・被告人と国選弁護人の私法上の法律関係は判然としない。

その影響で、国選弁護人は、被害者などと示談交渉する義務を負っているかが判然としない。

また、国選弁護人は、追起訴による事件の併合（刑事訴訟法313条の2第1項本文）がない限り、事件単位で選任されるが、選任の理由となっていない余罪（勾留状に記載された被疑事実とは別の犯罪事実）について、弁護する義務を負っているか判然としない。

考えるに、これらの疑問が生ずる根源は、そもそも弁護人が、どこまで弁護活動する法的義務を負っているのかが、明確でないことにある<sup>20</sup>。

ここで著明な例を挙げると、平成30年11月に、金融商品取引法違反で逮捕されたカルロス・ゴーン氏（以下では、「ゴーン氏」という。）には、複数名の

---

<https://www.sankei.com/article/20210426-QUFF44CTUNJK5HDYRBNMREDFVM/>（最終アクセス日2023年12月17日）。

<sup>18</sup> 例えば、公判では複数の検察官が立ち会うこともある。複数で立ち会えば、一人が反対尋問している間に、もう一人が別の質問を検討することが可能である。裁判所に複数選任を求めると、公平公正に被告人を扱いたいといった返答を受けることがあるが、対等性を確立維持するためには、むしろ複数選任の方が適切である。

<sup>19</sup> 国選弁護人の複数選任の要請をすると、裁判所サイドからは、国選弁護人の報酬の財源が国であるという理由で、難色を示されることがある。

<sup>20</sup> 大川一夫「国選弁護と私選弁護に違いはあるか」季刊刑事弁護6号（1996年）55頁は、「基本的な（弁護人として当然行うべき）刑事弁護活動自体に共通の理解があるわけではない」と述べている。

私選弁護人が就いた。

ゴーン氏の私選弁護人の尽力によって、ゴーン氏が保釈されたことは、世間の耳目を集めたところである。

ゴーン氏の私選弁護人は、裁判所に保釈請求した際、「24時間監視するカメラを玄関に付ける、平日9時から17時まで弁護人の法律事務所に滞在する、その間、弁護士の指導監督に全面的に服する、通信機器も原則使わない、弁護人が提供する携帯電話だけを使う、その通話記録を全部毎月報告する、パソコンも弁護人のオフィスでしか使わない、その通信ログも全部裁判所に提供する」といった条件を提示した。裁判所は、これらの条件をほとんど採用したうえで、さらに関係者との接触禁止条項を入れて、裁量保釈を認めた<sup>21</sup>。

ゴーン氏の保釈条件を、報道などで見聞きした被疑者・被告人が、国選弁護人に対して、同様の条件で保釈請求するよう要望した場合、国選弁護人は、要望に応じて活動する義務を負っているだろうか。また、国選弁護人が、被疑者・被告人の要望に応じなかった場合、私法上の責任を問われるだろうか。

繰り返しになるが、そもそもこれらの疑問に直面する原因は、弁護人が、いかなる法的根拠に基づいて、どこまで活動する法的義務を負っているかが判然としないことにある。

そこで、まずは、弁護人が負う法的義務の根拠と性質、法的義務が及ぶ活動範囲について解明したい。解明にあたっては、本章の1で述べた法が被疑者・被告人に弁護人依頼権を保障した趣旨を踏まえた解釈を展開する必要がある。それと同時に、事実上の問題になるが、国選弁護を取り巻く実情に留意する必要もある。

以上を踏まえつつ、国選弁護人と私選弁護人の活動で差異が生じる場面にクローズアップして、国選弁護人の法的義務が私選弁護人と異なることがあるかについて検討する。

なお、国選弁護人は、弁護士のみである（刑事訴訟法38条1項）。これに対して、私選弁護人には、弁護士以外に特別弁護人（同法31条2項）が選任されることもある。特別弁護人が選任された被告人の数については、「従来公表されていた統計が、1998年を以て公表を打ち切られたため、現状では把握が極めて困難である」。ただ、「年間数人程度の利用にまで落ち込んでいた」状況は、「今日でもおそらく」「同程度の利用状況であろうと思われる」<sup>22</sup>。そして、弁護士の弁護人がいない場合の次善の策としての特別弁護人「は、理論的にもそし

---

<sup>21</sup> 高野隆＝大出良知「ゴーンさんの保釈はどのように獲得したのか」

<https://www.keiben-oasis.com/4686/2>（最終アクセス日2023年12月17日）。

<sup>22</sup> 吉井匡「特別弁護人制度の活用に向けての基礎的考察」立命館法学2022年5・6号（405・406号）793頁。

て実務的にも不要であるといつてよいように思われる」<sup>23</sup>。

要するに、特別弁護人が就くケースは珍しく、さらに、特別弁護人が就くケースは、弁護士資格を有する者も弁護人として就いているため、弁護士資格を有さない特別弁護人のみによる弁護活動は想定し難いところである。そこで、これから検討する弁護人は、特に断りのない限り、弁護士資格を有する弁護人であることを前提に検討する。

それから、弁護士職務基本規程の第3章は、依頼者との関係における規律について定めている。同章の解説では、「誰が依頼者であるかは、弁護士と面談したのは誰かとか、弁護士に報酬等を支払ったのは誰かという点からではなく、当該事件の直接の法的効果・経済的効果が誰に及ぶのかという事件の実体から判断するのが原則である。たとえば、刑事事件では、弁護人選任が誰によってなされたかにかかわらず、被疑者ないし被告人本人が依頼者となる」と述べている<sup>24</sup>。以下では、国選弁護人から見た被疑者・被告人も「依頼者」であることを前提に検討する。

---

<sup>23</sup> 吉井・前掲注(22)803頁。

<sup>24</sup> 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編『解説弁護士職務基本規程第3版』(日本弁護士連合会、平成29年)43頁。

## 第2章 公法上の義務

### 1 はじめに

刑事訴訟法で、弁護人の義務について定めた規定は少なく、裁判所の弁護人などに対する出頭在廷命令（刑事訴訟法278条の2第1項）が規定されている程度である。

刑事訴訟法以外の法律に目を向けても、弁護士法23条が秘密保持義務について規定しているが、弁護人というより弁護士に課せられた義務である。

さらに、刑事訴訟規則だと、第一回公判期日前に弁護人が準備しなければならない規定（同規則178条の2、同条の6第2項及び第3項）などがある。しかし、これらの規定は、いずれも訓示規定であって効力規定ではない。「違反しても訴訟上の効果に直接影響を及ぼすものではなく、また、」弁護人に「直接の制裁が伴うものではない」<sup>25</sup>。

このように、刑事手続法では、弁護人の義務について定めた包括的な規定は見当たらない。

そうしたところ、最高裁平成17年決定<sup>26</sup>で上田豊三裁判官（以下では、「上田裁判官」という。）は、「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、立場などからすれば、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」と補足意見を述べた。

最高裁平成17年決定の調査官は、「弁護人が被告人の利益になるような訴訟行為を行うべき義務は、誠実義務と称され、この義務があることについて異論はない」と解説している<sup>27</sup>。

このことから、弁護人であるがゆえに負う公法上の義務としては、誠実義務の存在が考えられるところである。そこで、誠実義務の法的根拠と法的性質から検討する。

### 2 誠実義務の法的根拠と法的性質

---

<sup>25</sup> 法曹会編『刑事訴訟規則逐条説明—第2編第3章—公判』（法曹会、平成15年）9頁。

<sup>26</sup> 最決平成17年11月29日刑集59巻9号1847頁。

<sup>27</sup> 法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、平成17年度）655頁〔芦澤政治〕。

まずは、誠実義務の法的根拠について検討する。

そもそも弁護人が「被疑者・被告人の権利・利益」を「擁護」する「任務は弁護人依頼権（憲法34条前段、同法37条3項前段）の趣旨から導かれるものであると考えられている<sup>28</sup>。

もともと、弁護人依頼権の趣旨に基づいて、弁護人の誠実義務という名の法的義務が当然に導き出されることにはならない。同様に、第4章の2で検討する和歌山地裁平成15年判決の原告は、誠実義務の法的根拠として、被告人の国選弁護人依頼権を保障する憲法37条3項後段を掲げていたが、誠実義務を同条項後段から当然に導き出せるわけではない。

考えるに、誠実義務の法的根拠は、弁護士法1条2項に手がかりを求めるべきである。

なぜなら、弁護士法1条2項の誠実義務（以下では、「弁護士法の誠実義務」という。）は、基本的人権を擁護し、社会正義を実現するという「弁護士の使命を尽くすための行動目標を規定」した義務<sup>29</sup>であり、弁護人依頼権も基本的人権の一つだからである。そして、弁護士法の誠実義務は、行動目標にとどまらず、「弁護士が依頼者の利益のために誠実に職務を行うべきという当然のことを確認する趣旨を含むと解す」<sup>30</sup>べきだからである。

浦功弁護士は、佐藤博史弁護士が、1991年に、「刑事弁護の中心は、被疑者・被告人のために全力を尽くす『誠実義務』」と述べたことが始まりであると分析している<sup>31</sup>。すなわち、佐藤博史弁護士は、同年に、「弁護人の義務を弁護義務と呼ぶことも多いが、同義反復のきらいがある。そこで、弁護士法」に根拠をおく誠実義務という用語がその実体を表して適切である<sup>32</sup>と提唱した<sup>33</sup>。

そうすると、弁護人の誠実義務は、被告人だけでなく、被疑者の利益のため、

---

<sup>28</sup> 岡慎一「弁護人の義務」松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅱ 初版』（青林書院、2012年）215頁。

<sup>29</sup> 日本弁護士連合会調査室編『条解弁護士法〔第5版〕』（弘文堂、2019年）11頁－12頁。

<sup>30</sup> 岡・前掲注（28）212頁。

<sup>31</sup> 浦功「第2章 弁護人の義務論」後藤昭＝高野隆＝岡慎一編『実務体系 現代の刑事弁護 第1巻 弁護人の役割』（第一法規、平成25年）13頁。

<sup>32</sup> 佐藤博史「弁護人の真実義務」『刑事訴訟法の争点〈新版〉』（有斐閣、1991年）32頁。

<sup>33</sup> 1990年キューバ国ハバナ開催の第8回国連犯罪防止刑事司法会議で採択された弁護士に関する国際基準規則では、「義務と責任（第12原則乃至第22原則）」の第15原則で、「Lawyers shall always loyally respect the interests of their clients.」と規定している。この「loyally」を、「誠実に」と訳し（「忠実に」と訳されることもある。）て、誠実義務の根拠として掲げることが可能である。しかし、条約としての法的拘束力を有していないので、「誠実」という用語の由来は、弁護士法1条2項に求めるべきである。

訴訟活動に限らず、刑事弁護全般について活動する義務であると解する。

もつとも、弁護人の誠実義務の法的根拠は、刑事手続法で弁護人の関与が予定されている規定に求めるべきである。

なぜなら、弁護士法の誠実義務が、被告人依頼権を擁護するための義務だとしても、特定の事件において特定の被疑者・被告人の利益のために活動することを指定した義務ではない。また、弁護士法の誠実義務は、弁護士が民事事件の代理人として活動する義務なども包含している。そのため、弁護人の誠実義務の法的根拠は、特定の事件で特定の被疑者・被告人の利益のために被告人が活動することを指定している刑事手続法の規定に求めるべきだからである。

以上をまとめると、弁護人の誠実義務は、弁護士法1条2項に由来するものの、刑事手続法の弁護人の権限や地位、役割に関する規定が法的根拠になると考える。

続いて、誠実義務の法的性質について検討する。

弁護士は、国家機関のいずれからも監督を受けない存在である。また、弁護士は、弁護士会及び日本弁護士連合会への加入が義務づけられている（弁護士法8条）。

このことから、弁護士法は、国家機関に代わって、弁護士会と日本弁護士連合会に、弁護士を監督する権限を付与しているため、公法に分類される。

したがって、弁護士法の誠実義務は、公法上の義務としての性質を有する。

それから、弁護士法3条1項は、「弁護士は、当事者その他関係人の依頼又は官公署の委嘱によって、訴訟事件」「その他一般の法律事務を行うことを職務」にしている。国選弁護人の職務は、「官公署の委嘱」の一つとして位置づけられる。

弁護士法3条1項が「業務」ではなくて、弁護士の「職務」としたのは、弁護士業務の公共性に鑑み、いわば社会公共に対する職務という意味をもたせようとしたと分析されている<sup>34</sup>。

そのため、弁護士法の誠実義務は、社会公共に対する義務としての性質を有していると考えられる。

なお、佐藤博史弁護士は、被告人に対する誠実義務と裁判所に対する誠実義務を分けて論じている<sup>35</sup>。そのため、佐藤博史弁護士が考える被告人に対する誠実義務は、被告人と被告人（私人間）の義務を想定しているようである。

これに対して、本稿における弁護士法の誠実義務は、公法上の義務と捉えるため、被疑者・被告人に対して負う義務ではない。

---

<sup>34</sup> 高中正彦『弁護士法概説〔第3版〕』（三省堂、2006年）35頁。

<sup>35</sup> 佐藤博史『刑事弁護の技術と倫理—刑事弁護の心・技・体』（2007年、有斐閣）24頁、314頁。

同様の規律として、税理士法36条の脱税相談等を禁止する義務や、同法37条の信用失墜行為を禁止する義務がある。これらの義務は、「納税義務の適正な実現を図るという税理士の使命(同法1条)から規定されている公法上の義務であり、依頼者に対する義務として定められたものではない」<sup>36</sup>と考えられている。

### 3 弁護士法と弁護人の誠実義務の関係

弁護士法の誠実義務と弁護人の誠実義務の関係は、どのように理解するべきだろうか。

まず、弁護士法の誠実義務は、弁護士資格を有する者であれば誰もが負う義務である。

これに対して、弁護人の誠実義務は、弁護人という地位に就いた場合に限って負う義務である。すなわち、国選であれば、裁判所・裁判官に選任されること(刑事訴訟法36条、同法37条、同法37条の2)で、弁護人の地位に就く。私選であれば、何時でも連署した書面(弁護人選任届)を捜査機関や裁判所に差し出すことで、弁護人の地位に就く(同法30条1項、刑事訴訟規則17条、同規則18条)。

既に述べた通り、弁護人の誠実義務も、弁護士法1条2項に由来する義務である。そのため、弁護人の誠実義務も、社会公共に対する義務としての性質を有していると考えられる。

このことは、弁護人による被疑者・被告人の刑事手続における権利・利益の追求・実現を相対化させていることを意味する。すなわち、弁護人の誠実義務には、社会公共に対する義務が内在しているため、弁護人は、内在的な制約を受けながら、被疑者・被告人の権利・利益を追求・実現する義務を負っている。

例えば、名古屋高裁金沢支部平成24年判決<sup>37</sup>は、「刑事弁護を依頼された弁護士が、被告人にとって良い情状を得るため、被害者との間の示談の成立を目指すことを禁止する理由はない。しかしながら、一方で、犯罪被害者は犯罪被害を受けたことにより精神的に大きな打撃を受けているのが通常であり、また、犯罪被害者が、犯罪被害を受けた後、加害者側と接触することに恐怖心を感じたり、強い不快感を抱くことは十分理解できるところであり、犯罪被害者のこうした感情に対する配慮は必要であり、被害者の心の平穏は十分に守られる必要がある。犯罪被害者等基本法が制定されたのもこうした犯罪被害者の心の平穏は守

---

<sup>36</sup> 川井健＝塩崎勤編『新・裁判実務体系 専門家責任訴訟法』(2004年、青林書院) 180頁〔須藤英章〕。

<sup>37</sup> 名古屋高金沢支判平成24年7月18日(平成24年(ネ)第20号事件)判例秘書登載。

られるべきであるとの国民の意識を反映したものといえる。そうすると、被害者との示談を目指す刑事弁護人の活動も、被害者が加害者側との接触や示談を明瞭に拒絶しているような場合にあっては、自ずから制約があるというべきで、示談を拒絶する被害者に対して、社会的に許される程度を超えて執拗に示談を持ちかけるなどした場合には、違法の評価を受けることになる」と判示して、弁護人の被害者に対する不法行為責任を認めた。

名古屋高裁金沢支部平成24年判決の解説（LIC提供）は、「弁護人の弁護活動が犯罪被害者の二次被害はもとより、生活の平穏や心の平穏の侵害とならないよう十分に配慮すべきことは、」「一般の国民の責務より以上の、基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする弁護士の社会的責任としての注意義務（誠実義務）として課せられており（弁護士法1条1項、2項参照）、社会的許容性を超える場合には違法な活動として不法行為責任を免れない」と述べている。

以上をまとめると、弁護士法の誠実義務に抵触する活動について、弁護人の誠実義務が及ぶことはない。例えば、犯罪被害者の平穏を害する態様で示談交渉する活動は、仮に、被疑者・被告人の権利・利益の追求・実現に資する活動だったとしても、社会公共に対する義務に反する活動である。弁護人の誠実義務は及ばず、弁護人が活動を強制されることはない<sup>38</sup>。

## 4 弁護人の誠実義務が及ぶ範囲

### I 問題の所在

前章の1で述べた通り、法が被疑者・被告人に弁護人依頼権（憲法34条前段、同法37条3項前段、刑事訴訟法30条1項）を保障するのは、弁護人の援助によって、被疑者・被告人が法的根拠のない不利益を負わないようにすることと、法的に可能な限り、被疑者・被告人が被る不利益を回避・軽減する趣旨であると解する。

このため、弁護人の誠実義務が及ぶ活動として考えられるのは、一つは、被疑

---

<sup>38</sup> 弁護士法1条2項の誠実義務は、社会正義の実現も使命にしている。被疑者・被告人が、黙秘権（憲法38条1項）の行使にとどまらず、弁護人に対して、積極的に虚偽の主張を前提にした弁護活動をするよう求めた場合、事案の真相解明（刑事訴訟法1条）や社会正義の実現に反することになる。このような弁護人が真実義務を負うかどうかという議論は、誠実義務の解釈問題に収斂することが可能である<sup>38</sup>と考える。ただし、適正手続の保障（憲法31条）や黙秘権（同法38条1項）といった基本的人権の擁護と社会正義の実現の関係・調整が必要となる問題のため、誠実義務から一義的に結論を導き出せるわけではない。

者・被告人に法的根拠のない不利益を負わせない活動であり、もう一つは、法的に可能な限り、被疑者・被告人の不利益を回避・軽減する活動である。

例えば、被告人が、違法収集証拠排除法則の適用がある証拠能力のない証拠に基づいて公判請求された場合、弁護人は、少なくとも証拠排除の判断が下されるよう活動する義務を負っている。

また、身代わり犯人であるにも関わらず、被告人は、自分が犯人であると主張している場合、弁護人は、無罪判決に向けて活動する義務を負っていると考える。

ここで、実務上の問題として直面するのは、弁護人は、被疑者・被告人に法的根拠のない不利益を負わせない活動や、法的に可能な限り、被疑者・被告人の不利益を回避・軽減する活動であれば、際限なく誠実義務を負うかである。

## II 権限に基づく活動

弁護人の誠実義務は、公法上の義務である。そのため、弁護人の誠実義務は、刑事手続に関わる裁判所や捜査機関に対する活動を義務付けるものである。

ここで手がかりとなるのは、「弁護人の訴訟法上の権利は、一方においては、当然のこととしてそれを完全に発揮すべき義務性を帯びている」という考えである<sup>39</sup>。

このことから、弁護人は、被疑者・被告人が不利益を負わないようにするため、刑事手続法上付与された権限を行使する義務を、弁護人の誠実義務として負っていると考えられる。

弁護人の権限は、大きく分けると、固有権（具体的には、刑事訴訟法39条1項の接見交通権、同法40条1項本文の刑事記録の閲覧謄写権、同法304条2項の証人尋問権、同法293条2項の第一審の最終弁論権など）と代理権に分類される。

代理権は、独立代理権（具体的には、刑事訴訟法88条の保釈請求権、同法21条2項の忌避申立権、同法356条及び355条の上訴申立権など）と、被疑者・被告人の明示または黙示の意思に反しない限り行使することができる包括代理権（具体的には、同法326条の証拠調べに対する同意権）に分類される。

さらに、独立代理権と固有権は、弁護人が独立して訴訟行為をすることができる独立行為権（刑事訴訟法41条）に分類される<sup>40</sup>。

刑事手続法で弁護人に付与している権限を、弁護人が適切に行使する活動は、

---

<sup>39</sup> 石丸俊彦＝仙波厚＝川上拓一＝服部悟＝井口修『〔三訂版〕刑事訴訟の実務（上）』（新日本法規出版、平成23年）197頁〔石丸〕。

<sup>40</sup> 宇藤崇＝松田岳士＝堀江慎司『刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2018年）24頁〔松田〕、池田ほか・前掲注（1）166頁〔池田〕。

弁護人の誠実義務の根幹をなしていると考えべきである。

### Ⅲ 権限行使に準ずる活動

弁護人の誠実義務が及ぶ活動は、刑事手続法が弁護人に権限として付与している活動に限られるだろうか。

繰り返しになるが、そもそも法が被疑者・被告人に弁護人依頼権を保障するのは、弁護人の援助によって、被疑者・被告人が法的根拠のない不利益を負わないようにすることと、法的に可能な限り、被疑者・被告人が被る不利益を回避・軽減する趣旨である。また、弁護人の誠実義務は公法上の義務である。

このことから、法律上の権限に基づく活動ではないものの、裁判所や捜査機関に対する活動で、法が弁護人依頼権を保障した趣旨に資する活動（以下では、「権限行使に準ずる活動」とする。）についても、弁護人の誠実義務が及ぶと考える。

例えば、被疑者・被告人が入院、出産、身内の葬儀に参列するといった「緊急かつ切実な必要性がある場合」、勾留執行停止（刑事訴訟法95条）の「相当と認めるとき」に該当する<sup>41</sup>。ところが、裁判所が自発的に勾留執行停止をすることは、通常は考えにくい。勾留執行停止の申立てをする権限は弁護人に付与されていないものの、弁護人が、裁判所に勾留執行停止の職権発動を求める活動については、弁護人の誠実義務が及ぶと考える。

また、弁護人が、裁判所に接見禁止の解除（刑事訴訟法81条）の職権発動を求める活動についても同様である。

さらに、弁護人が、捜査機関に対して、違法捜査の中止を申し入れる活動については、刑事手続法に明確な根拠規定があるわけではない。しかし、例えば、捜査官が、被疑者に対して、黙秘権の告知（刑事訴訟法198条2項）をしないまま取調べをし、あるいは、黙秘権を侵害する態様で取調べをしている場合、弁護人は、捜査機関に対して、違法な取調べをしないよう申し入れることがある。

これらの弁護人の権限行使に準ずる活動についても、弁護人の誠実義務が及ぶと考える。

### Ⅳ 密接な関連を有する活動

例えば、弁護人は、証拠調べを請求する権限を有している（刑事訴訟法298条1項）。

ところが、証拠調べを請求すること自体は、内実を伴わない活動である。すな

---

<sup>41</sup> 広島高決昭和60年10月25日高刑速昭和60年326頁参照。

わち、弁護人が証拠調べを請求する前提として、証拠の作成・収集といった活動を行うことが必要不可欠である。

そこで、弁護人依頼権の保障が内実を伴ったものにするため、権限行使や権限行使に準ずる活動のために必要不可欠となる活動（以下では、「密接な関連を有する活動」とする。）に対しても、弁護人の誠実義務を及ぼすべきである。

例えば、自白事件の被疑者・被告人にとって有利な証拠として、被害者との示談書が考えられるところである。

弁護人が、示談書を証拠調べ請求するには、被害者などと示談交渉して示談書を作成するか、被疑者・被告人や親族などから示談書を入手する活動が、密接な関連を有する活動となる。

また、弁護人は保釈請求する権限（刑事訴訟法 88 条 1 項）を有するが、保釈保証金を納付しなければ、被告人は保釈されない。そこで、保釈保証金を親族や保釈支援協会から調達する活動は、密接な関連を有する活動である。

## V それ以外の活動

例えば、身寄りのいない被疑者・被告人が身柄を拘束されているときに、弁護人は、被疑者・被告人の自宅にいるペットの餌やりをしなければならないかといった悩ましいケースに直面することがある。

「ペットを我が子のように可愛がっている方であれば、虚偽自白をしてでも早く身柄拘束から解放されたいと考えることも十分ありうる」から、「依頼者の精神的不安を解消するための外部とのやり取りの取次ぎは、弁護人の責務」であるといった考えもある<sup>42</sup>。

問題は、この「責務」が法的な義務といえるかであるが、これまでに述べたように、弁護人の誠実義務は公法上の義務なので、純粋な私法上の事務や法律行為については、原則として対象にならないと考える。

このようなケースで、弁護人が誠実義務を負うことになる活動は、被疑者・被告人の身柄が解放されるよう勾留の取消請求（刑事訴訟法 87 条 1 項）、準抗告の申立て（同法 429 条 1 項 2 号）や保釈請求（同法 88 条 1 項）をすることである。

## VI 国選弁護人の報酬との関係

弁護人が誠実義務を負う対象と、国選弁護人の報酬等の算定基準で報酬の対

---

<sup>42</sup> 宮村啓太「特集 1 若手弁護士『困った?!』事例 Q&A」季刊刑事弁護 106 号（2021 年）12 頁。なお、私法上の規律については、第 3 章の 4 で検討している。

象となる活動に乖離が発生することは望ましいことではない。なぜなら、国選弁護人に報酬の対象とならない活動が増えれば増えるほど、国選弁護制度は持続可能でなくなり、被疑者・被告人に国選弁護人依頼権を保障したこと（憲法37条3項後段、刑事訴訟法36条、同法37条の2）が画餅になってしまいかねないからである。

ところが、例えば、弁護人が勾留執行停止（刑事訴訟法95条）や接見禁止の解除（同法81条）の職権発動を求める活動について、現行の国選弁護人の報酬等の算定基準は報酬加算の対象にしていない。

また、弁護人が、捜査機関に対して、違法な取調べをしないよう申し入れる活動も、国選弁護人の報酬等の算定基準は、報酬の対象にしていない。

では、現行の国選弁護人の報酬等の算定基準が、これらの活動を報酬の対象にしていないこととの関係は、どのように理解されるべきだろうか。

まず、被疑者国選の場合、国選弁護人の報酬等の算定基準は、接見回数の多寡を、報酬額の算定基礎にしている。

杉山事件の最高裁判決<sup>43</sup>は、「接見交通権は、身体を拘束された被疑者が弁護人の援助を受けることができるための刑事手続上最も重要な基本的権利に属するものであるとともに、弁護人からいえばその固有権の最も重要なものの一つであることはいうまでもない」と判示している。接見交通権は、「弁護人の諸権利の中で最重要な権利であり、一面において、公共的立場にある弁護人として怠慢を許されない公的義務でもある」<sup>44</sup>。

国選弁護人は、接見した被疑者に対して、援助や助言をすることで足りる場合もあるが、実際のところ、それだけで終わらない場合の方が多い。

被疑者国選の場合、接見の前後で想定される活動（例えば、違法捜査中止の申入れ）は、接見したことで発生する報酬に含まれていると考える。

また、被告人国選の場合、国選弁護人の報酬等の算定基準は、公判前整理手続と公判の回数の多寡、時間の長短を、報酬額の算定基礎にしている。

このことから、公判準備のために密接な関連を有する活動（例えば、証人との打合せ）は、公判に出廷したことで発生する報酬に含まれていると考える。

さらに、被害者との間で示談が成立し、検察官に示談書を提出し、あるいは、示談書が公判で取調べられた場合に限り、国選弁護人の報酬等の算定基準は、報酬加算の対象にしている<sup>45</sup>。弁護人が、示談書を証拠として提出する前提として、

<sup>43</sup> 最判昭和53年7月10日民集32巻5号820頁。

<sup>44</sup> 石丸ほか・前掲注（39）191頁〔石丸〕。

<sup>45</sup> 法テラス本部国選弁護課「国選弁護報酬及び費用についての基本的な説明（FAQ）2023年7月版」

<https://www.houterasu.or.jp/housenmonka/kokusen/index.files/20230714-kihonntekinasetumei.pdf>（最終アクセス日2023年12月17日）。

示談交渉することがあるが、先に検討した通り、被害者などとの示談交渉は、弁護人の誠実義務の対象となる活動である。

以上をまとめると、現行の国選弁護人の報酬等の算定基準は、国選弁護人の誠実義務が及ぶ活動を捕捉し切っていないが、少なくとも同基準の対象になっている活動は、国選弁護人の誠実義務が及ぶ一つの指標になると考える。

もちろんであるが、持続可能な国選弁護制度にするため、国選弁護人の報酬等の算定基準が、可能な限り、弁護人として誠実義務を負う活動に対応した基準になるよう改訂されるべきである。

## 5 誠実義務に違反する場合とその効果

### I はじめに

弁護人の活動が刑事手続上で誠実義務に違反していると裁判所が判断するのは、どのような場合だろうか。また、刑事手続法上どのような効果が発生するだろうか。

被告人だった者が原告となり、国選弁護人だった者を被告にして損害賠償請求訴訟を提起したことで著名な裁判例として、東京地裁昭和38年判決<sup>46</sup>がある。控訴審の国選弁護人だった被告は、原告の行為が「戦慄を覚えるもので、原審が刑法第一九九条、第四六条および第一〇条第三項を適用したのは当然と思料される」と記載した控訴趣意書を、東京高裁に提出した事案だった。

東京地裁昭和38年判決の原告（被告人）は、上告趣意で、必要的弁護事件で「弁護をしないと云う弁護人を附せられたと云うことは、事実上弁護人の居ないにも等しく、」「憲法に保障された、公平な裁判ではないとは思いますが」と主張したが、最高裁は上告棄却の判決<sup>47</sup>を下した。

これに対しては、弁護人の最終弁論と異なり、控訴趣意には法的拘束力があるので、前記のような内容の控訴趣意書を提出すること自体が、誠実義務に違反し、弁護人選任権を侵害するものとして違法にされるべきだったとする評価もある<sup>48</sup>。

また、控訴趣意書が提出された段階で、控訴裁判所は、「（控訴趣意書を）そのまま黙過することなく、弁護人に対してその間の事情、特に被告人との協議の

---

<sup>46</sup> 東京地判昭和38年11月28日下民集14巻11号2336頁。

<sup>47</sup> 最判昭和36年3月30日刑集15巻3号688頁。

<sup>48</sup> 佐藤博史「否認事件における有罪を前提とした最終弁論」『平成17年度重要判例解説』（有斐閣、平成18年）206頁。

有無、被告人の意向、態度について釈明を求める措置をとるべきであるとの議論がなされるかもしれない」<sup>49</sup>といった見方もある。

国選弁護人が、弁護人の誠実義務に違反する活動をした場合、裁判所が国選弁護人に釈明を求める措置をとり、あるいは、国選弁護人を解任すれば、被告人の弁護人依頼権が侵害されずに済んだ可能性もあった。

以下では、弁護人の誠実義務違反が問題になった最高裁平成17年決定の検討を通して、裁判所は、どのような場合に弁護人の誠実義務違反を認めているかと、刑事手続法上どのような効果が生ずるかについて検討する。

## II 最高裁平成17年決定の概要

最高裁平成17年決定の被告人は、一審の終盤となる被告人質問の段階になって、従前の供述を翻して、全面否認に転じた。これに対して、国選弁護人は、被告人の従前の供述に沿った最終弁論をした。しかし、被告人は、最終弁論に対して不服を述べなかったという事案だった。

まず、一審判決<sup>50</sup>は、弁護人の一連の訴訟活動、審理経過、被告人の第6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と判断した。

次に、控訴審判決<sup>51</sup>は、被告人の控訴を棄却した。控訴審の国選弁護人は、控訴趣意で、事実誤認と量刑不当の主張はしたが、原審の最終弁論で被告人の防御権あるいは弁護人選任権が侵害されたことについては主張しなかった。

上告審の国選弁護人は、一審の国選弁護人が、否認している被告人の主張と異なる内容の最終弁論を述べたことを、一審の裁判所がそのまま放置したのは違法（＝訴訟指揮の違法）であると主張した。違法とする法律上の根拠は、被告人の防御権または弁護人選任権を保障する憲法37条3項（及び刑事訴訟法30条）であると主張した。

最高裁平成17年決定は、被告人の上告が不適法であると棄却しつつ、仮に、一審の訴訟手続に判決に影響を及ぼす法令違反があるなら、二審判決は職権調査義務違反の違法があることになり得ることを理由にして、職権による判断をした。

すなわち、最高裁平成17年決定は、「公訴事実について全面的に否認する被

---

<sup>49</sup> 中村治朗「弁護士倫理あれこれ（上）－アメリカの論議を中心として－」判時1149号（1985年）7頁。

<sup>50</sup> 宇都宮地判平成16年3月16日刑集59巻9号1855頁参照。

<sup>51</sup> 東京高判平成16年9月22日刑集59巻9号1881頁参照。

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、「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」「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、「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、「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。」「第1審の訴訟手続に法令違反があるとは認められない」と判示した。

そして、上田裁判官は、「本件が、弁護人の訴訟活動の在り方という刑事訴訟の根幹に関わる問題を含むものであることなどにかんがみ、次のとおり意見を付加しておきたい。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、立場などからすれば、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り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、弁論内容の全体などからみて、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」（傍線引用者）と補足意見を述べた。

### Ⅲ 最高裁平成17年決定の検討

刑事訴訟法 293 条 2 項は、「被告人及び弁護人は、意見を陳述することができる」と規定している。弁護人の弁論は、固有権の一つとされており、被告人の意思に拘束されないで述べることができる。また、弁論を行うことは、弁護人の権利であって義務ではない<sup>52</sup>。さらに、刑事訴訟規則 211 条の 2 は、「弁護人は、証拠調べの後に意見を陳述するに当たっては、証拠調べ後できる限り速やかに、これを行わなければならない」と規定している。しかし、この規定は、迅速な裁判を実現するための訓示的な義務にとどまる。

もっとも、弁護人の弁論が、被告人の意思に拘束されないで述べるができるのは、被告人が反対した場合でも行うことができるという意味であり、最終弁論でいかなる意見を述べるべきかについては別次元の問題である<sup>53</sup>。刑事手続法上、弁護人が誠実義務に違反するか否かを、裁判所が審査する規定は存在しないが、最終弁論の内容如何によっては、弁護人が誠実義務違反に問われる可能性がある。

上田裁判官の誠実義務の定義（弁護人は、被告人の利益のために訴訟活動を行うべき義務）を前提にする限り、弁護人が、被告人の不利益となる訴訟活動をすれば、誠実義務違反となる。

佐藤博史弁護士は、最高裁平成 17 年決定の評釈で、「本件は『明らかに無益な否認』の場合で、弁護人に誠実義務違反はないというべき」<sup>54</sup>と評している。

被告人が「明らかに無益な否認」をしている場合、裁判所は、被告人に反省の態度がみられないことなどを理由にして、自白している被告人よりも不利な判決を言い渡すことがある。

上田裁判官は、「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る」と述べているが、一審の国選弁護人は、自白している被告人よりも、量刑上不利な判決になることを回避する狙いがあったのかも知れない。

また、上田裁判官は、「何をもって被告人の利益とみなすかについて」「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」と述べている。

秋田真志弁護士は、最高裁平成 17 年決定の評釈で、「いかなる措置にせよ、裁判所が被告人・弁護人が議論すべき弁護方針そのものに容喙するものであることに留意すべきである」と述べている。そして、「弁護人と被告人との間でのような議論がなされたのかは、秘密交通権で保障され、外部から容喙すべきものではない。そうである以上、弁護人に何らかの義務違反がありうるとしても、それが弁護倫理上の当不当や弁護戦略上の巧拙の問題として批判されうること

---

<sup>52</sup> 河上和雄＝中山善房＝古田佑紀＝原田國男＝河村博＝渡辺咲子編『大コンメンタール刑事訴訟法 第二版 第6巻』（青林書院、2011年）153頁〔高橋省吾〕。

<sup>53</sup> 岡慎一＝神山啓史『刑事弁護の基礎知識 第2版』（有斐閣、2018年）14頁。

<sup>54</sup> 佐藤・前掲注（48）206頁。

は格別、訴訟手続上違法として裁判所に是正の余地を認めることには慎重でなければならない」と述べている<sup>55</sup>。

それと同時に、刑事手続で裁かれて不利益を被るのは、弁護人ではなくて、被告人である。

刑事手続においては、被告人の防御権（実質的な意味での弁護人選任権）（以下では、特に断りのない限り、端的に「弁護人依頼権」という。）が保障されなければならない。弁護人の活動によって、被告人の弁護人依頼権の保障が蔑ろになる場合は、弁護人の誠実義務違反による訴訟手続の違法を検討すべきである。また、「弁護活動を、弁護人の立場で弁護のタクティクスという観点から評価するのではなく、それが防禦の実をあげないため被告人にフェアな裁判所を保障したことにならないのではないかという視点から、レビューするのであるから、」「非難はあたるまい」といえる<sup>56</sup>。

そこで、弁護人の誠実義務違反を論じる上では、まずは、被疑者・被告人の弁護人依頼権が侵害されたかどうか問われなければならない。

他方で、何が被告人の利益となるか否かの判断は、第一次的には専門家である弁護人の判断を尊重すべきである。のみならず、弁護人の秘密交通権や弁護活動に伴う守秘義務も保護されなければならない。

このことから、刑事手続上、裁判所が、弁護人の活動に誠実義務違反があったと判断できるのは、外形的にうかがわれる事情に基づいて、被疑者・被告人の弁護人依頼権を侵害していることが、弁護人の専門的な知見を尊重してもなお明らかでない場合に限られると考える。上田裁判官の「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」という補足意見も、同様の主旨であると理解することが可能である。

ただし、最高裁平成17年決定において上田裁判官は、反対意見（違法の結論）を述べたわけではない。そのため、誠実義務に違反するという評価が、法律上のどの規定に違反したことによる違法を意味するのかが問題として残されている。

最高裁平成17年決定の調査官は、当事者主義の「訴訟構造の下での被告人の防御権・『弁護人の援助を受ける権利』をも侵害する」場合、そのような最終弁論を述べる「こと自体、違法（刑訴法30条違反）と評価せざるを得ないのではないかと思われる（この違法は、有罪判決の場合には、判決への影響を及ぼす違法〔控訴理由〕といわざるを得ないのではないかと思われる。）」と解説してい

---

<sup>55</sup> 秋田真志「弁護人の義務」井上正仁＝大澤裕＝川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』（有斐閣、2017年）123頁。

<sup>56</sup> 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合併号（1965年）294頁－296頁。

る<sup>57</sup>。

のみならず、弁護人の活動が、弁護人依頼権を侵害する場合、憲法37条3項に違反し、違憲となる可能性もあるため、上告理由（刑事訴訟法405条1号）になると考える。

それから、最高裁平成17年決定の調査官は、「最終弁論がなされた場合」「結審せず、当該弁護人に再考を促したり、新たな弁護人による弁護活動を促す措置（私選弁護人であれば、通常は被告人が解任するであろうが、解任しない場合には、国選を付けるなどし、国選弁護人であれば、解任して、別の国選弁護人を選任するなどすることになる。）を採るなどして、その後で、相応の弁護活動・弁論を行わせることによって、違法の瑕疵を治癒することが可能であると思われる。そうであれば、前記のような最終弁論について裁判所が何らの是正措置もとらず、そのまま結審した場合には、この裁判所の訴訟指揮も違法とされることになると思われる。このように考えると、最終弁論の適法・違法の問題は、結局は、この訴訟指揮の適法・違法の問題に収斂され、この観点でのみ判断すれば足りるという考えもなり立ち得るかと思われる」と解説している<sup>58</sup>。

結論的には、最高裁平成17年決定の調査官の解説の通りである。刑事手続上で、国選弁護人が誠実義務に違反しても、国選弁護人が解任される場合は別にして、弁護人の誠実義務に違反すること自体が刑事手続で問題になるわけではなく、訴訟指揮の適法・違法の問題に収斂されることになる。

#### IV 最終弁論以外の活動

最高裁平成17年決定の上田裁判官は、「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」と述べている。

そうすると、裁判所の実体判断を拘束する弁護人の活動については、弁護人の誠実義務に違反する場面が、最終弁論を述べる場面よりも拡大する可能性がある。そこで、最終弁論以外の活動で、外形上、被疑者・被告人の弁護人依頼権を侵害していることが明らかな場合について、確認しておきたい。

例えば、検察官が請求する書証に対して、弁護人が同意した行為（刑事訴訟法

---

<sup>57</sup> 法曹会編・前掲注（27）661頁〔芦澤〕。

<sup>58</sup> 法曹会編・前掲注（27）661頁〔芦澤〕。

326条1項)が問題となった最高裁昭和27年判決<sup>59</sup>がある。

事案の概要は、被告人が、昭和24年10月中旬頃から下旬頃迄の間に、和歌山県新宮市内の住居に侵入して、郵便貯金通帳を窃取したというものである。

和歌山地裁田辺支部昭和25年3月18日判決は、被告人に懲役1年の実刑判決を下し、大阪高裁昭和25年7月20日判決は、控訴棄却の判決を下した。ところが、最高裁昭和27年判決は、原判決及び一審判決を破棄して、本件を和歌山地裁に差戻した。

最高裁昭和27年判決は、「被告人は公訴事実を全面的に否認していることが認められる。然るに第一審裁判所は公訴事実を全部認めている弁護人(国選)に対してのみ、検察官申請の」「各書証の証拠調べ請求について意見を求め、その請求に異議がない旨の答弁を得た上直ちに右各書証の取り調べをしている」。

「ところで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つて、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、裁判所は弁護人とは別に被告人に対し、証拠調べ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か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べ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。「しかもこれらの書面は第一審判決があげる有罪認定の資料としては極めて重要なものであるから、右の違法は同411条1号に該当するものというべくこの点において原判決及び第一審判決はどうてい破棄を免れない」と判示した。

また、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、検察官が請求する書証について、全部同意すると述べた事案で、広島高裁平成15年判決<sup>60</sup>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

<sup>59</sup> 最判昭和27年12月19日刑集6巻11号1329頁。

<sup>60</sup> 広島高判平成15年9月2日高刑速平成15年131頁。

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」と判示している。

弁護人が、被告人の意思に反して同意権を行使すれば、供述者に対する反対尋問権を放棄し、検察官が請求する書証に証拠能力を付与する効果を生じさせることになる。最終弁論のように、弁護人の意見表明にとどまらない訴訟上の効果が付与されることを意味する。

もっとも、このような同意権の行使が、被告人の弁護人依頼権（刑事訴訟法30条）を侵害して、弁護人の誠実義務に違反するか否かについては、さらなる検討を要する。

なぜなら、弁護人の戦略として、検察官が請求する書証に対しては全て同意しつつ、書証の信用性を争っていた可能性もあるためである。また、窃盗の否認事件の場合、外形的な事実については争わないものの、不法領得の意思の有無を争う場合も考えられる。その場合、検察官が請求する書証に対しては全て同意することもありうる。

そうすると、弁護人が、検察官請求の書証に対して全て同意したことのみをもって、弁護人の誠実義務に違反するか否かを判断することは難しい。

最高裁昭和27年判決も広島高裁平成15年判決も、冒頭手続以降の経過を踏まえて、弁護人が、検察官請求の書証に対して全て同意する行為が訴訟行為として無効か否か、あるいは、訴訟手続が違法か否かを判断している。

弁護人の誠実義務に違反するか否かも、冒頭手続における弁護人の意見や弁護人の立証活動、被告人質問の内容など、弁護人の一連の活動を総合的に見て、被疑者・被告人の弁護人依頼権を侵害しているか否かを判断する必要があると考える。

## V 裁判所による是正措置義務の検討

さらに進んで、誠実義務違反の疑いがある弁護人に対して、裁判所が是正する措置を採る義務を負うかという問題もある。

弁護人の誠実義務違反の疑いが生じるケースというのは、例えば、冒頭手続の罪状認否の段階で、被告人が公訴事実を否認したにも関わらず、弁護人が公訴事実を認める旨の意見を述べ、さらに、証拠調べ手続で、弁護人が、検察官請求証拠に全て同意する場合である。

これに対して、弁護人も、公訴事実の客観的外形的事実については争わず、主観面については否認しつつ、検察官請求証拠に全て同意する行為は、弁護人の誠実義務に違反する訴訟行為であるとは言い切れない。

実務上、被告人が検察官請求証拠に対して同意、不同意の意見を述べることは

殆どない。実際のところ、裁判所は、冒頭手続で、被告人の罪状認否と弁護人の意見（このこと自体は外形上明らかである。）を踏まえて、検察官請求証拠に対する被告人の黙示の意思を推認している。

池田修元裁判官は、弁護人の同意の効力について、「理念的には、私選弁護人であるか国選弁護人であるかによって、違いはない」としつつも、「私選弁護人は、被告人又はその家族によって選任され、いつでも解任され得るため、被告人との意思疎通の機会が多く、実際上は、私選弁護人の方がより被告人の意思に即した訴訟活動を行っているものと考えられる。したがって、私選弁護人であれば、まずは被告人の意思に反しないものと推認してよい」と述べている<sup>61</sup>。

裁判所サイドとしても、被告人の黙示の意思に反する書証に、弁護人が同意することで、書証が取調べられる事態は回避したいところである。

それと同時に、同意書証を証拠調べの対象から外すなどして、被告人の意思に反しない形を採ることが可能であり、弁護人の他の訴訟活動については、誠実義務に違反するような活動が見当たらないのであれば、裁判所が是正する措置を採る義務（具体的には、国選弁護人に対する求釈明、被告人に対する真意の確認、国選弁護人の解任など）を負わないという結論も考えられるところである。

弁護人が、検察官の請求する書証に同意する以外の場面だと、どうだろうか。

最高裁平成17年決定の上田裁判官の補足意見をベースにしながら、裁判所が是正する措置を採る義務を認めた裁判例として、東京高裁平成23年判決<sup>62</sup>がある。

事案の概要は、原審の国選弁護人が、証人に対する反対尋問で被告人の希望する事項を尋問しないなど、被告人との間で防御方針について意思の統一がされておらず、最終弁論は、被告人に著しく不利益な内容の違法、不当なものだった。それにも関わらず、原裁判所が、その違法を是正することなく結審したので、被告人の防御権ないし弁護人選任権を著しく侵害したもので、原審の訴訟手続に判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反があるかが争われた。

東京高裁平成23年判決は、「原審弁護人は、その最終弁論に現れているように、被告人の有罪を確信するとともに、被告人の弁解は不合理・不自然であると断じ、差戻し前控訴審判決による『破棄・差戻し』は無意味であると批判する姿勢を堅持している。」「原審弁護人は、被告人の利益のために訴訟活動を行うべき誠実義務に違反し、被告人の防御権及び実質的な意味での弁護人選任権を侵害している。」「原裁判所は、少なくとも、原審弁護人の違法な訴訟活動が明ら

---

<sup>61</sup> 池田修「弁護人の同意の効力」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集下巻』（判例タイムズ社、2006年）317頁。

<sup>62</sup> 東京高判平成23年4月12日東京高裁判決時報刑事62巻33頁。

かになった最終弁論の時点で、国選弁護人である原審弁護人を交替させるなどして、不適切に行われた証人に対する反対尋問の部分及び被告人質問並びに最終弁論をそれぞれ補完する必要があった。「原判決は破棄を免れないので、刑法397条1項、379条により原判決を破棄する」と判示した<sup>63</sup>。

東京高裁平成23年判決は、最終弁論の段階で、弁護人の考えが明確になったとして、最終弁論だけの問題にとどめず、原裁判所が、証人尋問、被告人質問もやり直す訴訟指揮をすべきであると判断した。証人尋問の証言と被告人質問の供述は、裁判所による事実認定のための証拠となるが、尋問内容から直ちに、被告人の弁護人依頼権を侵害していることが明らかになるとはいえないことも多い。そこで、東京高裁平成23年判決は、最終弁論までの弁護人の訴訟活動を踏まえて、弁護人の公判廷での一連の活動を総合的に評価検討したうえで、誠実義務に違反しているかどうかを判断したと理解することができる。

また、裁判所は、訴訟指揮が違法にならないようにするため、弁護人が誠実義務に違反しているのを看過することなく、適切に訴訟指揮する義務を負っていると考える。そのため、裁判所は、弁護人に対して釈明を求める義務だけでなく、国選弁護人を解任する義務を負うと考える。

裁判所が、弁護人に釈明を求めず、あるいは、国選弁護人を解任しなかったことで、被疑者・被告人が損害を被った場合には、国家賠償責任が発生する余地もあると考える。

## VI 不作為の場合における若干の検討

弁護人が、被疑者・被告人に不利益となる活動をした場合、弁護人の誠実義務に違反する可能性があることは明らかになった。

他方で、弁護人が、被疑者・被告人にとって利益となる活動をしなかった場合、弁護人の誠実義務違反に問われることはあるだろうか。

かつて団藤重光教授は、「わたくし自身、第一審の公判廷で国選弁護人がたったひとつ、『何分寛大な裁判をお願いします』とだけ述べた事例を現にみたことがある。これは大分以前のことだから、現在はこのような国選弁護人はいないことを信じたい。もしこういう弁護人がいたら、わが国でも、」「アメリカの判例」「(殺人事件の国選弁護人がまったく無関心で記録も読まなかったという事案について、控訴裁判所が、弁護人が実質的な弁護をすることが本質的だとして原判決を破った例＝*Johnson v. U. S.*, 110F. 2d 562 [1940] —W. M. Beaney, *The*

---

<sup>63</sup> 村岡啓一「第21章 弁護の質の保証」・前掲注(31)377頁は、東京高裁平成23年判決を、「我が国で初めて、弁護人の過誤(誠実義務違反)を理由に裁判所の訴訟手続違反帰結し、刑事手続の中で被告人の救済を図った判決であると思われる」と評している。

Right to Counsel in American Courts, 1955, p. 53)と同様に扱うべきであろう」と述べている<sup>64</sup>。

団藤重光教授が紹介するアメリカの上記判例は、被告人に弁護人がいないのと等しい状況であり、被告人の弁護人依頼権が保障されていないのと等しい事案である。

他方で、一審の最終弁論は、弁護人の意見表明の手續であり、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わけではない。そのため、最終弁論で述べた内容のみで、被告人の弁護人依頼権が保障されていなかったと言いつけることができるケースは少ない。

もっとも、団藤重光教授が紹介する殺人事件の事案を、現代の日本の刑事訴訟に置き換えた場合、原則として裁判員裁判対象事件となる（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律2条1項1号、刑法199条）。それにも関わらず、国選弁護人が、記録も読まず、しかも、最終弁論を一行で済ませた場合、裁判員が職責を十分に果たせなくなり（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律51条参照）、弁護人依頼権が保障されていないのと等しくなる場合もある。

そのため、弁護人が、被疑者・被告人の不利益になる活動まではしていないものの、弁護人依頼権の保障を無意味にするような対応（不熱心な弁護）をしたことが明らかな場合には、弁護人の誠実義務違反となる余地があると考えられる。

ただし、ここで注意しなければならないのは、前章の5で紹介したゴーン氏の私選弁護人と同様の活動（最先端の弁護技術でもって、相応の労力を投じる保釈請求）をしないと、弁護人の誠実義務違反に問われるかといえ、そうではないということである。

なぜなら、裁判所が弁護人の活動を誠実義務違反とすることに対しては、弁護方針に対する容喙となるおそれがあり、慎重でなければならないからである。弁護技術の巧拙は、弁護人の誠実義務違反の対象にはならないと考える。

つまるところ、ゴーン氏の弁護に限っていえば、一連の弁護活動も総合して、保釈請求しないことが、被告人の弁護人依頼権を保障していないのと等しい場合に限り、弁護人の誠実義務違反が問題になると考える。

## 6 まとめ

弁護士は、基本的人権を擁護し、社会正義の実現を使命とし、その使命に基づき、誠実に職務を行う義務を負っている（弁護士法1条2項）。弁護士法の誠実

---

<sup>64</sup> 団藤重光「死刑事件と国選弁護人」ジュリスト213号（1960年）8頁。

義務は、弁護人依頼権を含む基本的人権の擁護を使命とする義務で、依頼者の利益のために職務を行うことを確認する趣旨を含むと解する。弁護士法の誠実義務は、公法上の義務であり、社会公共に対する義務としての性質を有する。

そして、弁護人は、刑事訴訟法の選任（同法30条1項、同法36条、同法37条など）を嚆矢として、弁護人の誠実義務を負う。

弁護人の誠実義務は、弁護士法の誠実義務に由来するが、刑事手続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、立場などに法的根拠がある。

また、弁護人の誠実義務は、弁護士法の誠実義務に由来するので、社会公共に対する義務を内在しており、弁護人による被疑者・被告人の刑事手続における権利・利益の追求・実現は、無限定なものではなく、内在的な制約によって限界づけられる。

さらに、弁護人の誠実義務は、弁護士法の誠実義務に由来するので、弁護人依頼権を保障するための活動に及ぶと考える。すなわち、弁護人は、刑事手続法上、付与されている権限を適切に行使する義務を負うが、法律上の権限に基づく活動ではないものの、裁判所や捜査機関に対する活動で、法が弁護人依頼権を保障した趣旨に資する活動についても、弁護人の誠実義務が及ぶと考える。

加えて、弁護人の権限に基づく活動や権限行使に準ずる活動と密接な関連を有する活動にも、弁護人の誠実義務が及ぶと考える。例えば、弁護人が、示談書を証拠調べ請求するため、被害者などと示談交渉して示談書を作成する活動がある。

他方で、弁護人の誠実義務は公法上の義務なので、純粋な私法上の事務や法律行為については、弁護人の誠実義務は及ばないと考える。

そして、刑事手続上、裁判所が、弁護人の活動に誠実義務違反があったと判断できるのは、外形的にうかがわれる事情に基づいて、被疑者・被告人の弁護人依頼権を侵害していることが、弁護人の専門的な知見を尊重してもなお明らかな場合に限られる。被疑者・被告人の弁護人依頼権を侵害しているか否かについては、冒頭手続における弁護人の意見や弁護人の立証活動、被告人質問の内容など、弁護人の一連の活動を総合的に見て判断する必要がある。

弁護人が、刑事手続で誠実義務に違反している場合、国選弁護人であれば、裁判所に解任される可能性がある。ただし、国選弁護人を解任される場合を除けば、誠実義務に違反すること自体が刑事手続で問題になるのではなく、訴訟指揮の適法・違法の問題に収斂される。

裁判所は、訴訟指揮が違法にならないようにするため、弁護人の誠実義務に違反する国選弁護人を関与させたまま、刑事手続を進行させない義務を負っていると解する。そのため、裁判所は、国選弁護人に釈明を求める義務や、国選弁護

人を解任する義務を負っていると解する。

## 第3章 私法上の義務

### 1 はじめに

私選弁護人が、被疑者・被告人に対して、私法上の義務を負う法的根拠は、委任契約（あるいは準委任契約）（以下では、民法656条で準委任契約は委任契約の規定を準用しているのので、特に断りのない限り、準委任契約についても委任契約として、まとめて論ずる。）に求められる。

委任契約に基づく私法上の義務としては、善良な管理者の注意をもって委任事務を処理する義務（民法644条）（以下では、特に断りが無い限り、「善管注意義務」という。）や報告義務（同法645条）などがある。

これに対して、国選弁護人は、被疑者・被告人と委任契約を締結しない。依頼者が弁護士に対して民事責任を問う形式は、委任ないし準委任契約の債務不履行構成だけで十分であるという主張も存在する<sup>65</sup>。しかし、国選弁護人は、被疑者・被告人に対して、私選弁護人のように当然に、委任契約に基づいて法的義務を負う関係ではない。

委任契約のなかで、受任者が負う中心的な義務となるのが、善管注意義務（民法644条）である。

ここで結論を先回りして述べると、国選弁護人が、被疑者・被告人に対して、私法上の義務を負うことを否定する見解は見当たらない。加藤新太郎元裁判官は、国選弁護人の法的地位は困難な問題を含んでいるとしつつ、いずれの説においても国選弁護人に善管注意義務が課せられている旨の結論部分を同じくしていると分析している<sup>66</sup>。もっとも、いかなる内容の義務を負うかについては見解が分かれている。すなわち、本章の2Ⅲで紹介する fiduciary relation 説のように、善管注意義務という義務を認めるか否か判然としない考えもある。また、次章の3で紹介するが、事務管理の管理者に、善管注意義務とは異なる義務を負わせる考えもある。

このように、国選弁護人が何らかの私法上の義務を負う点で争いはないものの、その法的根拠は判然としない<sup>67</sup>。民事訴訟で、法律上の根拠が判然としないまま請求することはありえないことである。

---

<sup>65</sup> 鈴木重勝「弁護士の民事責任」篠原弘志編『判例研究 取引と損害賠償』（商事法務研究会、1989年）260頁。

<sup>66</sup> 加藤新太郎『弁護士役割論〔新版〕』（弘文堂、2014年）70頁。

<sup>67</sup> 裁判所が選任する破産管財人（破産法74条1項）の場合、破産管財人が善管注意義務を

また、後述するように、私選か国選かで、弁護士と被疑者・被告人の関係性は、実情として異なっている。さらに、弁護士からすると、被疑者・被告人の性格や属性によって、私選弁護士として受任することはない被疑者・被告人であっても、国選弁護士として活動することは往々にしてある。被疑者・被告人としても、選任前までは、全く関係のなかった弁護士が国選弁護士に選任されることが通常であるため、私選弁護士に依頼する場合と差異があることを承知している者も多い。

以下では、このような実情や当事者の意思も踏まえて、これまでにあまり議論されなかった国選弁護士が負う私法上の義務の法的根拠について検討する。

## 2 国選弁護士と被疑者・被告人の法律関係

### I 事務管理説

被告人だった者が原告となり、国選弁護士だった者を被告にして、損害賠償請求訴訟を提起したことで著名な事件として、前掲東京地裁昭和38年判決がある。

東京地裁昭和38年判決は、「国選弁護士は、憲法37条3項後段、刑事訴訟法36条以下の規定により、貧困その他の事由により弁護士を選任することのできない被告人のために国が付する弁護士であって、」「私選弁護人のように被告人と直接の委任契約関係には立たないけれども、あたかも後者と同様善良な管理者の注意義務をもって弁護活動を行なうべき法律上の義務を被告人に対する関係において負担するものであり、その弁護士として尽すべき義務の内容および範囲は国選であると私選であることによってなんら異なるものではない。国選弁護士に選任せられることが比較的低廉な報酬を受けるだけで高度の弁護活動を要求せられることとなる点において弁護士にとってひとつの強制的な負担であるとしても、これは弁護士の公共的職業者たる性格に随伴する専務〔ママ〕として甘受さるべきもので、これがため上記義務内容に相違を生ぜしめるわけのものではない」と判示している。

東京地裁昭和38年判決の裁判体は民事第30部の合議体で、裁判長は中村治朗裁判官（元最高裁判事）だった。東京地裁昭和38年判決について、のちに中村治朗元裁判官は、「国選弁護人の被告人に対する関係は、委任契約関係では

---

負うことは明文化（同法85条1項）されている。成年後見人も裁判所が選任する（民法843条1項）が、成年後見人が善管注意義務を負うことは明文化（同法869条、同法644条）されている。

ないが、被告人のためにする一種の公法上の事務管理としての性質をもち、かかるものとしてその任務遂行につき被告人に対して善良な管理者の注意義務を負うとの見解の下」で判断したと述懐している<sup>68</sup>。

このことから、東京地裁昭和38年判決は、国選弁護人が被疑者・被告人に対して負う善管注意義務の法的根拠を、事務管理に求めていたことになる。なお、事務管理に関する民法の規定で、事務管理者が善管注意義務を負うことを明確に定めた規定は存在しないものの、通説は、民法698条を反対解釈することで善管注意義務を導き出している。

## II 契約説

小林秀之教授は、国選弁護人の訴訟上の地位は、私選弁護人の場合と変わらないことや、国選弁護人は当該被告人を依頼者と考えるべきであって、たまたま被告人の貧困ゆえに、国が報酬や費用を被告人に代わって払っているにすぎないことからすると、通常の場合と同様に、被告人との間に契約（刑事事件であるので通常は準委任<sup>69</sup>）があると考えてよいのではないだろうか述べている。

また、小林秀之教授は、第三者のためにする契約として、国との間の契約として国（要約者）にも国選弁護人（諾約者）に対して誠実な弁護活動を請求できる権利を認め、被告人（受益者）が受益の意思表示をしたときから国選弁護人との間で準委任契約関係が生じるという解釈も考えられるであろうと述べている<sup>70</sup>。

## III fiduciary relation 説

齋藤秀夫教授らは、前掲東京地裁昭和38年判決を批評するにあたり、私選弁護人と被告人の関係が委任であることから類推して、国選弁護人と被告人との法律関係は、これに準ずる委任関係であると述べていた<sup>71</sup>。ところが、その後、齋藤秀夫教授らは、次に述べる見解に改説した。

---

<sup>68</sup> 中村・前掲注（49）5頁。

<sup>69</sup> 委任契約は、私的自治の原則が技術的な形をとった「法律行為」の事務の委託を要素とする契約である。これに対して、刑事弁護は、私的自治の原則が支配しない領域の活動となるため、法律行為でない事務の委託となり、通常、準委任契約となる。ただし、示談交渉のように私的自治が支配する領域内の刑事弁護活動もあるため、委任契約としての側面があることも否定できない。

<sup>70</sup> 小林秀之「弁護士の専門家責任」専門家責任研究会編『別冊NBL28巻 専門家の民事責任』（商事法務研究会、1994年）78頁。

<sup>71</sup> 齋藤秀夫＝櫻田勝義「国選弁護人の私法上の義務」法律のひろば17巻2号（昭和39年）4頁－9頁。

すなわち、齋藤秀夫教授らは、アメリカでは、弁護士と依頼人の関係について、契約説（弁護士と依頼人との関係は、合理的な技術と誠実さをもって訴訟を遂行する暗黙の契約とする。）、職務説（弁護士の職務の法律上の義務の重要性を強調して、この義務に違反した場合、法律上関係（privity）のあるものに対して、不法行為責任を生ずるとする。）、特殊信託関係説（弁護士はその受託について代理人、あるいは受託人として普通法上の義務を負うが、通常他の特殊信託関係（fiduciary relation）において要求される以上の高い責任＝特別責任＝契約責任と不法行為責任の中間責任を負うとする。）の三つの理論が唱えられていると分析した。特殊信託関係は、イギリスの衡平法上の理論としても唱えられており、イギリスでは、衡平法上、ソリシターはその依頼人に対して特殊信託関係の地位に立つと考えられている。

そのうえで、国選弁護士についても、私選弁護士と同様、わが民法上の委任（準委任）でその法律関係の全てを律しうるかについては疑問があるとして、弁護士独自の社会的責任もあるとした<sup>72</sup>。そして、齋藤秀夫教授らは、国選弁護士についても、特殊信託関係説によって説明しうると主張した。また、アメリカでは、弁護士料が支払われる額の多少、あるいはその支払を誰がするかにより、弁護士の責任が軽減されるものではないことが参考になると述べている<sup>73</sup>。

近年では、樋口範雄教授が、弁護士と依頼者の関係を委任契約ではなく、弁護士倫理と法律専門家としての責任を基礎として、信託モデルに基づいて考えるべきだと主張している。特徴的なのは、弁護士職務基本規程が弁護士の義務を基礎づける明確な基盤となっているとする<sup>74</sup>。

樋口範雄教授は、明確に言及しているわけではないが、国選弁護士と被疑者・被告人の関係についても、信託モデルに基づくという見解であると思われる。

樋口範雄教授の主張は、アメリカ法の信託関係、信託モデル（fiduciary relation）に依拠しており、齋藤秀夫教授らと同じ見解であると位置づけることが可能である。

### 3 各見解に対する検討

---

<sup>72</sup> 齋藤秀夫＝櫻田勝義「弁護士の職務執行に伴う私法上の責任—アメリカにおける Malpractice の法理—」『民事訴訟の法理』（敬文堂、昭和40年）719頁。

<sup>73</sup> 齋藤ほか・前掲注（72）716頁。

<sup>74</sup> 樋口範雄「依頼者と弁護士」小島武司＝柏木俊彦＝小山稔編『テキストブック 現代の法曹倫理』（法律文化社、2009年）50頁－58頁。

## I 各見解の相違点

まず、いずれの見解に依拠したとしても、国選弁護人が被疑者・被告人に対して私法上の義務を負うことを否定する結論にはならない。

また、仮に善管注意義務の法的根拠を事務管理に求めたとしても、国選弁護人は、専門的な知識や経験をもとにして職務に携わる点で、委任契約における善管注意義務と大きく異なるわけではない。すなわち、善管注意義務の程度は、当該事務についての周到な専門家を標準とする高い程度となる。

ただし、事務管理説に立つと、緊急事務管理の場合、事務管理者に軽過失があっても免責される（民法698条）点で、委任契約と異なる。

なるほど、被疑者・被告人の急迫の危害を免れさせるために、国選弁護人が事務管理（弁護活動）する場面が想定できないわけではない。

例えば、国選弁護人が警察署内の接見室で接見している最中に、被疑者・被告人が自殺を図ろうとする場面を想定することができる。その場合、国選弁護人は、接見を直ちに中止して、被疑者・被告人の自殺を止めるよう留置施設の職員を呼ぶこととなる。

もともと、このような場合における国選弁護人の対応が、軽過失で免責されるか、重過失で免責されないかが争点となることは殆ど考えられない。また、私選弁護人が、被疑者・被告人の自殺を止めようとする行為も、緊急事務管理と位置づけることも可能であり、国選弁護人との差異は生じないといえる。

## II 各見解の妥当性

### (1) 契約説

契約説に対しては、以下に述べる疑問がある。

まず、国選弁護人は、被疑者・被告人と契約を締結する意思も事実もないのではないかという疑問である。大半の被疑者・被告人も、特定の弁護士を指名して、指名された弁護士が国選弁護人として選任されていないことを承知している。また、国選弁護人は、被疑者・被告人が未成年者などの制限行為能力者の場合であっても、法定代理人の意思とは無関係に選任される。

日本の刑事訴訟法は、被疑者・被告人が、国選弁護人として選任される者を指名できる制度を採用していない<sup>75</sup>。被告人は、誰を主任弁護人にするか指定でき

---

<sup>75</sup> ドイツの刑事訴訟法は、国選弁護人（Pflichtverteidigers）が選任される前に、被告人（Beschuldigten）に、一定の期限内に弁護人を指名する機会を付与しており、裁判所は、重要な反対理由（wichtiger Grund entgegensteht）がない限り、指名された者を選任しな

るのみである（刑事訴訟規則19条）。

他方で、被疑者・被告人と私選弁護人の法律関係は、委任契約（民法643条）の規律に服する。そのため、被疑者・被告人は、誰を私選弁護人として依頼するか選択する自由がある。また、契約内容自由の原則（同法521条2項）の適用がある。もちろん私選弁護人も、報酬の設定<sup>76</sup>をはじめ、委任契約の内容を全く自由に決められるわけではない<sup>77</sup>が、国選弁護人の場合、個別の活動内容に応じて報酬を決める自由は全くない。

そもそも委任契約は、信頼関係を基礎にしている。ところが、国選弁護人の場合、被疑者・被告人との信頼関係が存在しない状態で選任される。しかも、選任された後に、国選弁護人と被疑者・被告人の関係に亀裂が生じて、関係の修復が困難な状況に陥っても、国選弁護人は辞任する自由がない（民法651条1項参照）。被疑者・被告人も、国選弁護人を解任する権限を有していない（刑事訴訟

---

なければならない。重要な反対理由としては、指名された弁護人が対応できないか、適時に受任できない場合としている（同法142条5項）。指名していない者が国選弁護人に選任された場合、被告人は、ドイツ連邦弁護士会（Bundesrechtsanwaltskammer）の名簿から、刑事法専門の弁護士（Fachanwalt für Strafrecht）か、弁護の受任に適した弁護士を選ぶことができる（同法同条6項）。さらに、裁判所の国選弁護人選任の裁判に対して、即時抗告（sofortigen Beschwerde）をすることができる（同法同条7条）。要するに、被告人と国選弁護人の信頼関係（Vertrauensverhältnis）を形成し易くする配慮がなされている。仮にも、日本の刑事手続で、被疑者・被告人が、特定の弁護士を国選弁護人として指名できる法制度が導入されることがあれば、一部分ではあるが、国選弁護人の選任過程に、被疑者・被告人の意思が反映されることになり、契約締結自由の原則が適用される結果となる。しかし、近い将来において、日本でそのような法制度を導入することが具体策として検討されているわけではない。

<sup>76</sup> 日本弁護士会連合会『自由と正義 2010年6月号』176頁は、弁護士と被疑者（あるいは被告人）の親が、「刑事事件第1審における弁護費用を1時間当たり5万円とする時間報酬制とする旨」「合意し」、弁護士が、「受任当初」、「事件終了までの見込み時間について100時間以内に終了する見込みであると理解されるような説明をし」たものの、「要した時間が100時間を経過する前においてその後の事件処理時間の見込み等を十分に説明して理解を得るべき」だったにも関わらず、「その説明をすることなく、当初の見込み時間が大幅に超過した後になって」「事件処理時間が195.5時間に達しているとして当初の合意に基づく報酬の支払いを求め」、「3回に渡り同様の計算で算定した報酬を請求し続け」、「刑事事件の報酬として合計1892万5000円もの過大な支払いを受けた」という事案で、弁護士法56条1項で定める弁護士としての品位を失うべき非行に該当するとして、私選弁護人だった弁護士を懲戒処分にする公告をした。

<sup>77</sup> 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）199頁は、「国家は、個人の基本権を他人による侵害から保護するために、積極的な措置をとらなければならない」義務（国家の基本権保護義務）を認める。私選弁護人の委任契約が、被疑者・被告人の弁護人依頼権（憲法34条前段、同法37条3項前段）を侵害する内容であってはならないことは当然である。仮にも私選弁護人が、弁護人依頼権を蔑ろにする内容の委任契約（例えば、勾留場所がことさらに遠方の留置施設でないにも関わらず、接見は一切しない契約）を締結した場合、司法秩序に違反し、公序良俗により無効（民法90条）となろう。

法38条の3参照)。このように、国選弁護人は、被疑者・被告人と信頼関係を構築できないまま弁護活動が続けなければならないことが想定されている。

加えて、契約説は、以下に述べるように、反社会的勢力の排除という現代的な潮流に整合しないのではないかという疑問もある。

国選弁護人は、被疑者・被告人の属性とは無関係に選任される。被疑者・被告人が反社会的勢力に属し、あるいは、反社会的勢力の共生者であることは往々にしてある。暴力団排除条例が日本全国で浸透し、みかじめ料などによる収入が得られず、資金を枯渇させている反社会的勢力が増加している。個人的な経験でも、暴力団の組長経験者が、当番弁護士との接見を要望し、その後、国選弁護人が選任されている場面に遭遇したこともある。

近年の不動産売買契約書や賃貸借契約書などの契約書のひな型には、反社会的勢力排除条項（暴排条項）<sup>78</sup>を盛り込むことが一般化している。

反社会的勢力排除の流れは、弁護士業界の中でも強まっている。日本弁護士連合会と弁護士会には、警察や暴力追放推進センターなどと連携して、民事介入暴力事件の被害者を救済する委員会（いわゆる民暴委員会）が設置されている。年2回のペースで、弁護士会の持ち回りで、全国で民暴大会が開催されている。

弁護士と依頼者の間で交わす委任契約書にも、暴排条項を設けている弁護士や、委任契約書とは別個に、反社会的勢力でないことを表明・確約してもらう書面を依頼者から取り付ける弁護士が増加している。

それと同時に、特に地方の弁護士会では、多くの弁護士が国選弁護契約弁護士にならないと、国選弁護制度は立ち行かない状況である。委任契約書で暴排条項を設けている弁護士も、国選弁護人として反社会的勢力に属する被疑者・被告人のために弁護活動することがある。

反社会的勢力に属する被疑者・被告人と委任契約を締結し、私選弁護人として活動する意思は全くないものの、国選弁護契約弁護士として活動している弁護士は、多数存在する。このように、国選弁護人として委任契約を締結する意思が全くないにも関わらず、暗黙裡に委任契約があると擬制する解釈は、実情と乖離している。

---

<sup>78</sup> 東京弁護士会民事介入暴力対策特別委員会編『民事介入暴力対策マニュアル第4版』（ぎょうせい、2009年）85頁は、暴排条項を、①ある取引の当事者間の法律関係を規定する契約書、規約、取引約款などに設けられる条項であって、暴力団などの反社会的勢力が当該取引の相手方となることを拒絶する旨を規定し、②取引が開始された後に、相手方に暴力団などの反社会的勢力であることを認知したような場合には、契約解除によって、相手方を当該取引より排除できる旨を規定し、③暴力団などの反社会的勢力が契約の履行過程などでしばしば行う違法・不当行為を禁止規定として列挙し、相手方が当該禁止規定に違反した場合に、契約解除によって取引から排除しうる旨を定めた条項の総称をいうと定義している。

なお、契約説には、第三者のためにする契約と法律構成する説がある。確かに、この説は、国選弁護人と被疑者・被告人との間で契約締結の事実がないなかで、契約上の権利義務を発生させようとする考えであり、契約説の問題点を克服している。しかし、この説も、国選弁護人と被疑者・被告人との間で契約関係を生じさせる点で契約説と同様の疑問が生ずる。また、この説は、そもそも訴訟の主宰者である裁判所の代表機関である裁判長が、被告人のために契約することは相当でない点で疑問がある<sup>79</sup>。

## (2) 事務管理説

事務管理説は、契約説が抱える疑問点を回避しつつ、国選弁護人の私法上の義務を法律的に根拠づけられる点で優れている。

すなわち、事務管理者と被管理者は契約関係に立たない。また、被疑者・被告人が意思無能力者や制限行為能力者である場合も想定できるが、意思無能力者のために相続税の申告書を提出した事案で、事務管理に基づく費用償還請求を直ちに否定することはできないと判断した最高裁平成18年判決<sup>80</sup>とも整合する。

事務管理説に対しては、事務管理者が、法律の規定、または契約によって、本人に対してその事務を管理すべき義務を負うときは、管理人と本人との法律関係は、その義務発生の基本たる法律関係によって決せられるべきであるから、事務管理は成立しないのではないかという批判がある<sup>81</sup>。

しかし、公法上の義務があることは事務管理の成立を妨げない<sup>82</sup>と考えるべきである。なぜなら、事務管理者が第三者に対して義務を負う場合に、事務管理が成立することについて争いはない。そのことと同様に、公法上の義務は、管理者が被管理者本人に対して負う義務ではないからである。

これまでに検討したように、国選弁護人は、被疑者・被告人のために弁護活動する公法上の義務（弁護人の誠実義務）を負っている。

国選弁護人は、被疑者・被告人との間（私人間）で、契約を介して活動しているわけではなく、事務管理であると法律構成するのが相当である。公法上の事務管理は、強制された事務管理と言い換えられることもある<sup>83</sup>。

---

<sup>79</sup> 小林充「国選弁護人に関する諸問題—特に、選任および解任（辞任）を中心として—」法曹時報25巻5号（1973年）42頁参照。

<sup>80</sup> 最判平成18年7月14日判タ1245号58頁。

<sup>81</sup> 齋藤ほか・前掲注（71）4頁。

<sup>82</sup> 我妻栄『債権各論 下巻一〔第29刷〕』（岩波書店、2004年）909頁、四宮和夫『事務管理・不当利得』（青林書院、昭和56年）21頁。

<sup>83</sup> 加藤・前掲注（66）70頁。

類似の法的規律としては、船長の救助義務に関する規定がある。船員法14条本文は、「船長は、他の船舶又は航空機の遭難を知つたときは、人命の救助に必要な手段を尽さなければならない」と規定している。この規定は、「法律により、私人に対し救助義務が課されている場合」である。船員法は公法のため、「この種の救助義務は、国との関係で私人に課された行為義務（公法上の義務）であり、救助行為者が被救助者に対して負う義務ではない。そして、「行為義務を課された者が実際に救助活動をしたときには、被救助者との関係で事務管理が成立」と考えられている<sup>84</sup>。

以上から、国選弁護士と被疑者・被告人の関係は事務管理であると解するべきなので、事務管理説が妥当である。

### （3）fiduciary relation 説

fiduciary relation 説は、弁護士が、依頼者と契約関係に立たないときでも法的責任を負うケースを想定しており、国選弁護士と被疑者・被告人の法律関係も難なく説明することが可能である。

もともと、この説は、弁護士が依頼者と「特殊信頼関係＝fiduciary relation＝信認モデル」（以下では、まとめて「信認関係」とする。）に立つとして、それが、どのような私法上の効果を発生させるのかが明らかにならない点で難点がある。

それゆえ、善管注意義務を基礎づける法律上の要件と効果も判然としない。

国選弁護士と被疑者・被告人の法律関係を考慮に入れているかは不明だが、円谷峻教授は、「たとえ契約関係が存在しなくても、一定の関係から専門家に高度の信頼を寄せることが正当だと評価される者との関係においては一種の信認関係が専門家との間に存在すると考えるのが素直であろう。なお、いかなる場合にこのような関係を認めることができるかについては、安全配慮義務に関する諸議論が有用である」と述べている<sup>85</sup>。

安全配慮義務については、最高裁昭和50年判決<sup>86</sup>が、「ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務」と定義し、安全配慮義務の法的根拠を民法1条2項に求めた。

---

<sup>84</sup> 潮見佳男『基本講義 債権各論 I 契約法・事務管理・不当利得 第2版』（新世社、2009年）285頁－286頁。

<sup>85</sup> 円谷峻「日本法における専門家の不法行為責任」川井健編『専門家の責任』（日本評論社、1993年）69頁。

<sup>86</sup> 最判昭和50年2月25日民集29巻2号143頁。

なるほど、信認関係も、最高裁昭和50年判決の「特別な社会的接触の関係」と同様に捉えることが可能なのかもしれない。なぜなら、信認関係を巡る法的規律は、「合意」規範というより「関係」規範と捉える方が適切だからである。そのことを踏まえると、円谷峻教授の見解は、時代を先取りした卓見である。

ただ、少なくとも現段階において、信認関係について、安全配慮義務の理論を活用できるレベルまで議論が成熟しているかと言われれば、疑問が残る。使用者の安全配慮義務は、最高裁昭和50年判決以降、幾多の議論を経て、平成20年3月1日に施行された労働契約法5条で成文化した。

また、国選弁護人と被疑者・被告人が信認関係 (fiduciary relation) にあり、それが信義則上負う義務 (民法1条2項) であるとしても、そのことから直ちに善管注意義務をはじめとする具体的な義務を導き出せるわけではない。

日本は成文法国家である。可能な限り、個別の条項に法的根拠を求めるべきである。fiduciary relation 説は、英米法の議論を援用するが、そもそも英米法では、委任という観念自体が存在せず、わが国とは法体系を異にしている。契約関係に立たない当事者の債権債務については、まずは、事務管理、不当利得、不法行為などの法定債権に依拠すべきであり、国選弁護人が善管注意義務を負う法的根拠は、事務管理に求めるべきである。

### III 事務管理説からの検討

以下では、事務管理に関する各規定と国選弁護人の関係を、事務管理の規定に沿って整理する。

まず、事務管理者は、本人が知っている場合を除き、通知義務を負っている (民法699条)。他方、刑事手続においては、裁判長又は裁判官が国選弁護人を選任すると、直ちに被疑者・被告人に対して、国選弁護人が選任されたことを通知することになっている (刑事訴訟規則29条の3第1項)。このことから、国選弁護人は通知義務を負わない。

事務管理者は、管理を始めたときから義務を負う (民法697条1項)。通常、国選弁護人の場合、選任された時点から管理を開始し、事務管理者としての義務を負うことになる。

実務上、裁判所は、国選弁護人が所属する法律事務所に対して、国選弁護人選任書をファクシミリで送信する。ファクシミリを受信した国選弁護人は、選任書の受領書を、速やかに裁判所に返信しなければならない。また、選任された国選弁護人は、被疑者・被告人の氏名、住所、罪名などから、氏名と住所をインターネットで検索し、あるいは、構成要件や量刑集を確認することもある。さらに、接見前に、勾留場所に被疑者・被告人が在監しているかを電話で確認する事務な

どが発生する。当番弁護で弁護人になろうとする者として接見した後、国選弁護人に選任された場合、接見する前に、勾留決定に対する準抗告の申立書を起案して、裁判所に提出する事務から始まることもある。

事務管理者は、一旦、管理を始めると、管理継続義務を負う（民法700条本文）。このことから、事務管理者は、管理を自由に中止することができない。国選弁護人に辞任する自由（同法651条1項参照）がないことと整合する。

事務管理であっても、「管理者が事務処理を始め、それを続けていることについては、本人との間において適切な連絡調整がされなければならない」<sup>87</sup>。すなわち、事務管理者である国選弁護人は、被疑者・被告人（本人）から請求があるときは、いつでも事務管理に係る処理の状況を報告する義務を負っている（民法701条、同法645条）。

「事務管理制度を性格づけるための概念としての『準契約』の観念は、現行法のもとにおいても維持されるべきである」と考えられており<sup>88</sup>、民法701条は、委任契約の受任者が負う義務に関する規定を準用している。その関係で、国選弁護人は、受取物・果実の引渡義務（同法646条1項）、取得した権利の移転義務（同法646条2項）、金銭消費の責任（同法647条）を負っている。

ただし、委任契約の受任者と異なり、事務管理者は、本人に対して報酬請求権を有していない（民法648条参照）。このことは、弁護士職務基本規程49条1項が、「弁護士は、国選弁護人に選任された事件について、名目のいかんを問わず、被告人その他の関係者から報酬その他の対価を受領してはならない」と規定していることと整合する。

しかし、旧刑事訴訟法時代の官選弁護人のように国選弁護人の活動も無報酬とした場合、国選弁護制度はたちまち持続可能でなくなる。

しかも、「医師・弁護士などがその営業上の行為として事務管理を行った場合は、報酬請求を認めることに異論は見られない」<sup>89</sup>と考えられている。

そこで、国選弁護人の報酬等の算定基準によって、無報酬にはならない手当てがなされていると考える。国選弁護人の報酬等の算定基準は、国選弁護人の事務に関する契約約款14条に基づいているが、同約款の改定は、法務大臣の認可を経る必要がある（総合法律支援法36条1項、同条5項）。国選弁護人の報酬等の算定基準は、「弁護の実情に報酬基準が即応し切れない事例も生じ、より適切な基準への改定が必要となっている」状況であり<sup>90</sup>、国選弁護をより持続可能な

<sup>87</sup> 山野目章夫『民法概論4 債権各論』（有斐閣、2020年）345頁。

<sup>88</sup> 加藤雅信『新民法体系V 事務管理・不当利得・不法行為（第2版）』（有斐閣、平成17年）6-7頁。

<sup>89</sup> 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』（有斐閣、2001年）18頁。

<sup>90</sup> 廣瀬健二「特集『新たな刑事司法制度』の構築 法テラスの観点より」論究ジュリスト1

制度にするには課題も多い。

それから、事務管理者は、有益費償還請求権（民法702条1項）と代弁済請求権（同法同条2項、同法650条2項）を有する。そのため、法律上、国選弁護人もそれらの請求権を有する。

もともと、先に紹介した通り、弁護士職務基本規程49条1項は、「弁護士は、国選弁護人に選任された事件について、名目のいかんを問わず、被告人その他の関係者から報酬その他の対価を受領してはならない」と規定している。その関係で、弁護士倫理上、国選弁護人は請求を控えるべきではないかといった問題も生ずる。

あくまでも弁護士倫理上の問題であるため、法律上の請求権の有無とは次元を異にする問題となるが、「被告人に調書を差し入れる場合のコピー代や当事者鑑定の費用は、国選弁護報酬に含まれておらず、現段階では、国費からの補償が受けられない制度となっている。したがって、それらの補償を受けられない実費については対価性は認められず、関係者から妥当な実費額について補償を受けても、報酬その他の対価の受領にはあたらないと解される余地はあろう」といった考えもある<sup>91</sup>。この考えにしたがえば、国選弁護人は、被疑者・被告人に対して、有益費償還請求権や代弁済請求権を行使しても、弁護士倫理にも抵触しないことになる。

なお、委任の規定を準用している民法702条は、同法650条3項の規定（受任者が、委任事務を処理するため自己に過失なく損害を受けたときは、委任者に対し、損害賠償請求することができる。）を準用していない。そのため、国選弁護人が、被害者と示談交渉中に、被害者から殴られて負傷した場合、国選弁護人は、被疑者・被告人に対して治療費などを損害賠償請求できない結論になる。しかし、請求できないという結論の方が、実態と合致している。

ところで、私選弁護人は、委任契約における受任者として、委任の本旨に従って、委任事務を処理する義務を負っている（民法644条）。委任の本旨は、委任契約の目的とその事務の性質に応じて最も合理的に処理することをいう<sup>92</sup>。

これに対して、事務管理者である国選弁護人は、事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によって、その事務の管理をしなければならない（民法697条1項）。ここでいう最も本人の利益に適合する方法と、委任契約でいう最も合理的に処理することは、一契約内容によって委任の本旨が変容するのを度外視すれば一刑事事件における弁護活動を対象にした場合、実体としては近似している。

---

2号（2015年）108頁。

<sup>91</sup> 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会・前掲注（24）144頁。

<sup>92</sup> 我妻栄『債権各論 中巻二〔第一刷〕』（岩波書店、昭和37年）670頁。

また、先に述べたように、委任契約と事務管理の場合、報告義務（民法701条、同法645条）、受領物などの引渡義務と権利移転義務（同法701条、同法646条）、金銭消費の責任（同法701条、同法647条）について、受任者と事務管理者は同一の義務や責任を負う法的規律となっている。

さらに、私選弁護人・国選弁護人いずれの場合も、善管注意義務に違反するか否かは、関連する法源（憲法、弁護士法、刑事手続法など）の趣旨、目的、内容を踏まえた解釈が必要となる。個別の条項を解釈する際には、憲法、弁護士法、刑事手続法などの趣旨、目的、内容などを充填すべきであるのは当然である。

それゆえに、事務管理者である国選弁護人は、受任者「的」な立場であると理解することも可能である。

ただし、委任契約は、事務管理と異なり、契約内容自由の原則（民法521条2項）をはじめとする契約法の規律に服するため、「委任の本旨」（同法644条）の内実が、国選弁護人の事務内容と大幅に異なることも想定される。

このように、私選弁護人と国選弁護人で差異を設けている法源を除けば、両弁護人の負う義務は、基本的には共通する。

東京地裁平成16年判決<sup>93</sup>は、「国選弁護人は、私選弁護人のように被告人と直接の私法上の委任契約関係に立つものではないが、憲法及び刑事訴訟法が保障する被告人の審判を受ける権利の重要性、同権利の実現における国選弁護人の役割の重要性、弁護士法1条2項が弁護士に誠実に職務を行うべき義務を課していることなどにかんがみれば、被告人に対する関係において委任契約と同様の善良な管理者の注意義務をもって弁護活動を行うべき法律上の義務を負うと解する」と判示しているが、これまでに検討した内容をまとめたものと評価することができる。

#### 4 国選弁護人の私法上の義務が及ぶ範囲

まず、国選弁護人は、弁護人の誠実義務（公法上の義務）が及ぶ活動について、事務管理する義務（私法上の義務）を負っている。

のみならず、国選弁護人は、被疑者・被告人と事務管理という法律関係に立つ以上、被疑者・被告人に対する報告義務（民法701条、同法645条）のように、弁護人の誠実義務が及ぶ活動ではないものの、事務管理者として負う義務も負っている。

以下では、被疑者の国選弁護人として想定される活動を、加藤新太郎元裁判官

---

<sup>93</sup> 東京地判平成16年10月20日（平成15年（ワ）1359号 損害賠償請求事件）ウェストロージャパン所収。

による分析を参考にして、具体的に検討する。

加藤新太郎元裁判官は、弁護士の執務を六段階に分類し、第一段階は、事情聴取、資料収集ないし事実調査をする段階、第二段階は、依頼者の抱える問題を法的に吟味、検討する段階、第三段階は、自らの専門的知見に照らして、裁量性をもってどのような活動をしていくかについて具体的な措置を選択する段階、第四段階は、決定した措置を依頼者に対して説明して承諾を得る段階、第五段階は、依頼者とのコンセンサスに基づいて職務を遂行し、報告する段階、第六段階は、事務が終了した段階に分類した<sup>94</sup>。

第一段階から第六段階の全段階で、弁護士が依頼者のために執務していることを踏まえると、国選弁護人も同様の段階を経ながら職務を行うことが考えられる。もちろんであるが、国選弁護人の活動が、各段階を順々に進むとは限らず、第五段階まで進んだ後に、第一段階に戻ることもあるし、依頼者とのコンセンサスを経ないで職務が遂行されることもある。

以上を前提にするが、例えば、弁護士が被疑者に接見する活動は、第一段階（事情聴取、資料収集ないし事実調査をする段階）に該当する。

また、被疑者との接見を通して、第二段階（依頼者の抱える問題を法的に吟味、検討する段階で、例えば、捜査が違法でないかを確認、検討する活動）、第三段階（自らの専門的知見に照らして、裁量性をもってどのような活動をしていくかについて具体的な措置を選択する段階で、例えば、違法捜査中止の申入書を起案し、提出する活動）、第四段階（決定した措置を依頼者に対して説明して承諾を得る段階で、例えば、違法捜査中止の申入書を提出するにあたり、補足した方がよい事実などがないか確認する活動を想定することができるが、この段階を踏んでいると、再度接見するのに時間を要し、あるいは、違法捜査が続行してしまう場合は、省略することになる）、第五段階（依頼者とのコンセンサスに基づいて職務を遂行し、報告する段階で、例えば、違法捜査中止の申入書を捜査機関に提出した後、捜査機関から来た回答内容を報告する活動）、第六段階（事務が終了した段階で、例えば、被疑者が釈放されて、国選弁護人でなくなることに該当する活動を想定することが可能である。

第一段階から第四段階までは、弁護人の誠実義務が及ぶ活動に含めることが可能である。

他方で、第五段階（報告）と第六段階（終了時の対応）の活動は、弁護人の誠実義務（公法上の義務）に基づく活動というよりは、事務管理者である国選弁護人が、被疑者に対して、私法上負う報告義務（民法701条、同法645条）に基づく活動である。

---

<sup>94</sup> 加藤・前掲注（66）149頁－161頁。

このように、国選弁護士は、弁護人の誠実義務を負うことで、事務管理を強制されるが、それにとどまらず、事務管理に基づいて報告義務（民法701条、同法645条）などを負っている。

のみならず、事務管理者の事務は、「生活に必要な一切の仕事であって、法律的な行為であると事実的な行為であるとを問わず、継続的であると一時的であるとを問わず、精神的であると物質的・財産的であるとを問わず、行動に技術的であると機械的であるとを問わない」<sup>95</sup>ため、幅広い事務が対象となる。

例えば、国選弁護人の判断で、被疑者・被告人が借りているアパートの賃料を滞納しないようにするため、大家に支払う活動は、事務管理（強制されない事務管理）として位置づけることが可能である。

本来であれば、「医師・弁護士などがその営業上の行為として事務管理を行った場合は、報酬請求を認めることに異論は見られない」<sup>96</sup>以上、事務管理をした国選弁護人は、法的には報酬請求できるはずである<sup>97</sup>。しかし、弁護士職務基本規程49条1項は、「弁護士は、国選弁護人に選任された事件について、名目のいかんを問わず、被告人その他の関係者から報酬その他の対価を受領してはならない」と規定しているため、法的には報酬請求できても、弁護士倫理上は報酬請求できない。

しかも、国選弁護人の報酬等の算定基準は、弁護活動の独立性の保障の観点から、基準化されていない事件ごとの事情や労力を実質的に考慮して、弁護人の活動を裁量的に評価して報酬を算定するような方式を採っていない<sup>98</sup>。さらに加えると、弁護人の誠実義務の対象外となる活動について<sup>99</sup>、国選弁護人が、被疑者・被告人の心情に配慮して、自ら進んで管理を開始した場合、管理継続義務（民法700条本文）を負うので、自由に中止することもできない。

---

<sup>95</sup> 我妻・前掲注（82）900頁。

<sup>96</sup> 澤井・前掲注（89）18頁。

<sup>97</sup> 広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』（有斐閣、1994年）371頁－372頁は、事務管理者の報酬は、契約によって媒介されていないことを踏まえ、「管理者の行為が対価の支払を受けることを常とする同人の職業上ないし営業上の行為である場合（たとえば大工の修理行為や医師の治療行為の場合）に料金表による（または通例の）報酬に相当する金額を管理者が請求しようとされる際にも、その金額は費用という性格をもつものであること」に注意すべきであろう」と述べている。

<sup>98</sup> 寺井一弘『法テラスの誕生と未来』（日本評論社、2011年）269頁－270頁。

<sup>99</sup> 次章で検討するが、国選弁護人として、誠実さを欠く言動（例えば、被疑者宅内のペットが動物保護団体に保護されていないのに、保護されたなどと虚偽の事実を被疑者に伝えるような場合や、警察に捕まるような悪いことをしたのだから、ペットが死ぬのは当然の報いであるといった配慮に欠ける発言をした場合）があれば、弁護士法の誠実義務違反に問われて、不法行為責任を負うことはありうると考える。

## 5 私法上の義務に違反する場合とその効果

### I はじめに

国選弁護人が、事務管理者の負う義務に違反する活動をした場合、国選弁護人だった者は、元被疑者・被告人に対して、損害賠償責任を負う。

問題は、国選弁護人の活動に対して、どのような場合に、裁判所が民事上違法とする判断を下すかである。

かねてから田宮裕教授は、何が有効な弁護であるかは、きわめて主観的・規範的な価値判断であるから、実際問題としてその判定は難しいと指摘していた<sup>100</sup>。

さらに、田宮裕教授は、「弁護の要請は、弁護人にとっては一定の義務の負担たる側面があり、しかも、司法審査というかたちで、いわば弁護内容が裁判所の監督下におかれるような観を呈する」と述べている<sup>101</sup>。

他方、弁護人によって、被疑者・被告人の権利・利益を侵害する活動がなされた場合、民事上違法となる余地を残すべきである。

以下では、裁判所が、どのような場合に、弁護人の活動を民事上違法と判断しているかについて、前掲東京地裁昭和38年判決と東京地裁平成11年判決<sup>102</sup>の分析を通して、検討する。

### II 東京地裁昭和38年判決

前掲東京地裁昭和38年判決の被告（控訴審で選任された国選弁護人）は、原告と面会せず、閲覧以外に調査することもなく、原告の行為は「戦慄を覚えるもので、原審が刑法第一九九条、第四六条および第一〇条第三項を適用したのは当然と思料される」と記載した控訴趣意書を東京高裁に提出した。

東京地裁昭和38年判決は、控訴審の国選弁護人の義務として、「第一次的には訴訟記録について法定の控訴理由の有無を調査すべく、かかる調査が控訴審における弁護人の弁護活動」「の義務の中核をな」し、「この義務はいわば弁護人としての調査義務の最小限をなすものであり、「適当な控訴理由を発見することができなかつた場合」、「少なくとも被告人自身につきこれらの点の調査を実施することが弁護人の義務」であるとして、「以上のような調査を尽してもなお適当な控訴理由を発見することができなかつた場合」、「弁護人としては、被

<sup>100</sup> 田宮・前掲注（56）295頁。

<sup>101</sup> 田宮・前掲注（9）358頁。

<sup>102</sup> 東京地判平成11年1月26日判タ1041号220頁。

告人に対し卒直にその旨を告げ、被告人の言い分を十分に聴取し、その不服とするところがいかに被告人に有利に解しても全くなんらの控訴理由をも構成しえざるものである場合には、その旨を指摘し、被告人がなお不服を維持するというのであれば、弁護人としては、被告人の名においてする控訴趣意書の作成について必要な技術的援助を惜しまないが、それ以上被告人の期待するとき協力をすることができないことを告げて被告人の善処を求むべき義務あるものと解する」と判示した。

そのうえで、「被告は国選弁護人としてなすべき」「義務を尽さなかったものというのほかなく、しかも右は被告の過失に基づくものというべきであるから、被告は原告に対し、これがためそのこうむった損害の賠償をなすべき一種の債務不履行または不法行為による責任をまぬかれない」と判示した。

### Ⅲ 東京地裁平成11年判決

東京地裁平成11年判決は、「弁護人は、まず、被告人の言い分を十分に聴取し、その意図するところを十分に汲みとらなくてはならない」としつつ、「他方、弁護人も刑事訴訟に関与する者として刑訴法一条所定の目的達成に協力すべき公共的立場をも兼有することは否定できないから、弁護士としての良心及び右公共的責務の観点からみて、被告人の意にただ従わなければならない法的義務はない」としたうえで、「これらの義務をどのように調和させて具体的弁護活動をすべきかについては、弁護人の活動が高度に技術的かつ複雑であることも考慮すると、当該弁護人に幅広い裁量が認められているというべきであって、当該活動が著しく右裁量権を逸脱したと認められる場合に限って、違法と評価される」と判示した。

そのうえで、東京地裁平成11年判決は、弁護人が、①被告人に被害弁償を勧めた行為について、弁護人として当然の助言であると判断し、②記録の差入れを拒否したことについて、弁護人がある場合、刑事訴訟法40条は、弁護人にのみ刑事記録の閲覧謄写権（固有権）を与えており、弁護人が固有権を行使するか否かは、被告人の利益を擁護するという窮極の目的に反しない限り、弁護人に広範な裁量権が認められ、本件では裁量の範囲を逸脱していないと判断した。③精神鑑定の申入れをしなかったことについては、弁護人は刑事記録を詳細に検討し、接見で被告人は精神鑑定申出の意思を表明しなかったこと、第一審で申出が取り下げられていたことなどから、申入れをしなかった措置は合理的な根拠に基づいており、注意義務に違反しておらず、弁護人として有する裁量の範囲を逸脱していないと判断した。④不利な控訴趣意書を作成したことについては、被告人の控訴趣意書とは異なる内容が記載されているものの、全体を通覧すれば、原告

に有利な情状を中心として記載されており、裁量権の逸脱はないと判断した。⑤公判廷で十分な弁護をしなかったことについては、弁護人は期日で控訴趣意書に基づいて陳述しており、控訴裁判所の訴訟指揮で一回の期日で終結したことは格別異例ではなく、裁量を逸脱したことを認めるに足りる証拠はないと判断し、いずれの弁護活動についても、損害賠償責任を否定した。

#### IV 裁判例の検討

まず、裁判所は、国選弁護人だった者の私法上の義務違反については、個々の弁護活動に着目して判断している。

東京地裁平成11年判決は、固有権の行使については弁護人に広汎な裁量権が認められるとしながら、「被告人の利益に反しない限り」という条件を付けており、完全な自由裁量を認めているわけではない。すなわち、弁護人の裁量的判断を尊重しつつ、被告人の利益に反する裁量までは認めず、善管注意義務違反になる余地を残している。

別の見方をするなら、東京地裁平成11年判決の被告（元国選弁護人）は、民法697条1項の「最も本人の利益に適合する方法によって、」事務を管理しなければならない立場にあった（あるいは、本人の利益に配慮すべき義務を負っていた。）ことから導き出すことも可能である。

なお、弁護人は、固有権と、独立代理権の中でも保釈請求権（刑事訴訟法88条1項）については、被疑者・被告人の意思に基づかないで行使することができる。他方、民法697条2項は、「本人の意思を知っているとき、又はこれを推知することができるときは、その意思に従って事務管理をしなければならない」と規定していることとの関係が問題になる。

考えるに、「本人の意思」するところが違法である場合、本人の意思に反する活動をして、事務管理の成立は妨げられない<sup>103</sup>。そうである以上、刑事手続法（特別法）の規定を尊重して、事務管理の成立を認めるべきである。

これに対して、検察官請求証拠に対する弁護人の同意（刑事訴訟法326条1項）は、包括代理権に分類される。弁護人が、被告人の明示又は黙示の意思に反して同意した場合、同意は無効となる。弁護人の裁量的判断を尊重するとしても、国選弁護人が無効な訴訟行為をした場合にまで、その行為が善管注意義務に違反しないと結論付けることは困難である。

ただし、代理権には、弁護人が、被告人の明示の意思に反して行使することができない忌避申立権（刑事訴訟法21条2項）や上訴申立権（同法356条、3

---

<sup>103</sup> 四宮・前掲注（82）23頁。

55条)もある。国選弁護人が、被告人の明示の意思に反して行使した場合、刑事手続上無効となる。しかし、国選弁護人が、被告人の利益になると判断して行使した場合には、その行為が善管注意義務に違反すると結論付けることはケースバイケースになるだろう。私選弁護人であれば、締結した契約内容次第で、債務不履行責任に問われる可能性がある。

さらに、弁護人に付与された権限(固有権や代理権)以外の活動について、東京地裁平成11年判決は、合理的根拠に基づくかを踏まえて、裁量権の逸脱の有無について判断している。

このように、東京地裁平成11年判決は、弁護人に幅広い裁量権を認めているので、刑事手続における被疑者・被告人の弁護人依頼権の保障を後退させる判決のようにも読める。

それと同時に、東京地裁平成11年判決は、弁護人の活動として最も回避されなければならない「被疑者・被告人の利益を害する活動」があれば、裁量権を逸脱して違法となる余地を残している。

東京地裁平成11年判決の基準をもってしても、東京地裁昭和38年判決の被告の弁護活動は違法になったと思われる。

田宮裕教授は、東京地裁昭和38年判決に対する論評で、民事手続における弁護人の義務違反に対する司法審査について、控訴理由、上告理由は法定されているので、弁護人の義務違背を証明することは容易であると述べたうえで、以下のように述べている。

事実審では何が義務か画一的に決め難く、具体的な場合に特定の義務違背を確定することは非常に難しく、「弁護の活動は具体的な局面で臨機応変に展開されるのであるから、その実質的な評価は事後的・客観的には容易にしえないのではなかろうか。また、弁護士の義務ということをあまり厳格に考えると、自由闊達な活動をセイブさせて、かえって刑事被告人に不利益になりかねない。こういうことを考えると、弁護士の義務違背を裁判所が問題にするのは相当慎重を要するのではないかといえる。したがって、裁判所が民事の制裁を活用できるのは、相当重大な義務違背が確認され、被告人の権利の侵害が明白な場合に限るべきで、本来的には、弁護士が高尚な社会目的に奉仕するきびしいプロフェッションであることから、その法曹倫理的自律にまかせ、あるいは内部的な懲戒の規律にゆだねるのが筋であろう」と述べている<sup>104</sup>。

東京地裁平成11年判決と田宮裕教授の見解(裁判所が民事の制裁を活用できるのは、相当重大な義務違背が確認され、被告人の権利の侵害が明白な場合に限るべき)が辿り着く結論は近似していると考ええる。

---

<sup>104</sup> 田宮裕「国選弁護人の弁護拒否について」ジュリスト291号(1964年)29頁。

## 6 まとめ

国選弁護人と被疑者・被告人の法律関係は、事務管理である。

弁護人が誠実義務（公法上の義務）を負う活動について、国選弁護人は、事務管理をしなければならない。そのため、国選弁護人が、弁護人の誠実義務が及ぶ事務を管理しない場合、善管注意義務に違反し、債務不履行責任に問われる可能性がある。他方、弁護人が誠実義務を負わない活動について、国選弁護人は事務管理する義務を負わない。

また、弁護人の誠実義務は及ばないものの、国選弁護人が事務管理者として負う債務（報告義務など）に違反していれば、債務不履行責任に問われる可能性がある。

さらに、国選弁護人が、弁護人の誠実義務が及ばない事務を管理することは自由である。国選弁護人が、弁護人の誠実義務が及ばない事務を管理するか否かは、個々の国選弁護人の意思と責任に基づいて判断される。そして、国選弁護人が、一旦、管理を開始すれば、被疑者・被告人に対して、事務管理者の債務を負うことになる。しかも、国選弁護人の選任の効力が失われて、弁護人の誠実義務を負わなくなった後も、国選弁護人だった者は、被疑者・被告人に対して管理継続義務（民法700条本文）を負う。

続いて、裁判所が国選弁護人だった者に対して、損害賠償責任を負わせることができるのは、相当重大な義務違背が確認され、被疑者・被告人の権利の侵害が明白な場合に限るべきである。このような場合には、弁護人の裁量権の逸脱があったと同視することが可能である。

問題は、どうなると被疑者・被告人の権利侵害が明白な場合に該当するかである。

考えるに、国選弁護人が就いていない場合よりも、選任された国選弁護人が活動したことで、被疑者・被告人が不利益を受けたことが明らかであれば、被疑者・被告人の弁護人依頼権を侵害していることが明白な場合といえる。このような場合、国選弁護人だった者は、その活動について損害賠償責任に問われると考える。

また、国選弁護人の不作為（あるいは、濫用的な活動）については、弁護人が誠実義務を負う活動であれば、被疑者・被告人の弁護人依頼権を無意味にしたことが明らかな場合であれば、国選弁護人だった者は、損害賠償責任に問われると考える。

最後に、国選弁護人が、接見や法廷などで、不誠実な弁護活動をした場合、弁護士法の誠実義務に違反し、不法行為責任を負う余地があると考えられる。この点に

については、次章で検討する。

## 第4章 公法上と私法上の義務の関係

### 1 はじめに

加藤新太郎元裁判官は、誠実義務と善管注意義務といかなる関係に立つかについて見解の対立があるとし、その対立を誠実義務論争と呼んでいる<sup>105</sup>。

誠実義務論争は、民事裁判官や民事法の研究者を中心に議論が進められてきた<sup>106</sup>。

誠実義務論争では、弁護士法の誠実義務が、弁護士の忠実義務の実定法上の根拠になると理解されている。すなわち、加藤新太郎元裁判官は、「弁護士法は、いわば公法であるから、民事実体法の法源として機能することを可能な限り抑制していこうとする立場があり得る」としながら、「弁護士法の定めと民法上の規範とを整合的に構成していくことが解釈論としての役割であると考えたい」と述べている<sup>107</sup>。

これまでに検討したように、弁護人の誠実義務は、弁護士法の誠実義務に由来し、刑事訴訟法が規定する弁護人の役割、立場などから導かれる義務であり、公法上の義務である。そのため、民事裁判官や民事法の研究者が議論してきた誠実義務論争と、これから検討する公法上の義務と私法上の義務の関係は、次元が異なる議論であることを断っておきたい。

以上を前提にしつつ、国選弁護人の誠実義務と善管注意義務の双方について判断した裁判例として、和歌山地裁平成15年判決<sup>108</sup>がある。同判決の分析を通して、国選弁護人の誠実義務と善管注意義務の関係について検討する。

### 2 和歌山地裁平成15年判決

---

<sup>105</sup> 加藤・前掲注(66)353頁。

<sup>106</sup> 佐藤・前掲注(35)23頁は、弁護士法1条2項の義務について、「依頼者に対し『誠実にその職務を行[う]』べき義務、すなわち誠実義務を負っているが、『弁護士の誠実義務』は、かつては主に民事で論じられ、刑事では問題とされてこなかった」と分析している。

<sup>107</sup> 加藤・前掲注(66)364頁-365頁。

<sup>108</sup> 和歌山地判平成15年6月24日(平成14年(ワ)第305号 慰謝料請求事件) [https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/412/007412\\_hanrei.pdf](https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/412/007412_hanrei.pdf) (最終アクセス日2023年12月17日)。

## I 事案の概要

被告人だった者が原告で、国選弁護士だった者を被告にした訴訟である。国選弁護士に選任された被告は、うつ状態及び飲酒酩酊した状態で、被告人だった原告の弁護活動をした。これに対して、原告は、被告の弁護活動が誠実義務（憲法37条3項後段）に違反しており、不法行為があったとして、慰謝料請求した。

## II 判決の概要

和歌山地裁平成15年判決は、「弁護士は、依頼人に対し、委任契約ないし準委任契約（民法644条、656条）に基づき、法律専門家として善良な管理者としての注意をもって依頼された事務を処理すべき善管注意義務を負担するだけでなく、弁護士と依頼人との関係が、専門的知識を有する者とそのような知識を有しない素人との間の関係であり、依頼人が全面的に弁護士を信頼せざるを得ないという関係であることに照らすと、弁護士は、依頼人の利益を図るために誠実にその職務を行うべき義務であるいわゆる誠実義務があると解される（弁護士法1条2項参照）。そして、この誠実義務は、前記説示のとおり、依頼人が弁護士を全面的に信頼せざるを得ない関係にあることにかんがみると、単なる倫理的な義務にとどまらず、一般的な善管注意義務と並ぶ法的な義務であると解すべきである。ところで、刑事被告事件における国選弁護士は、」「私選弁護人のように被告人と直接の委任契約関係には立たないが、私選弁護士と同様に、弁護活動を行うべき義務を被告人に対する関係で負担することに照らすと、その弁護士として尽くすべき義務の内容及び範囲は、国選弁護士と私選弁護士との間において差異はないものと解される。したがって、国選弁護士は、被告人に対し、私選弁護士と同様、善管注意義務のみならず誠実義務をも負担し、国選弁護士がこれらの義務に違反したことにより被告人において権利侵害及び損害が発生した場合には、不法行為に基づく損害賠償義務を負うと解される。」

そのうえで、「弁護人が、酒気を帯びたり酒臭を発しつつ弁護活動を行ったとしても、当該弁護活動において平均的な弁護士が有すべき注意義務に違反していない限りは、善管注意義務違反があったということはできない。しかし」「国選弁護士は、被告人に対し、善管注意義務のみならず、被告人の利益を図るために誠実にその職務を行うべき誠実義務をも負担すべきところ、国選弁護士が、酒気を帯び、酒臭を発した状態で、被告人との接見に臨み又は公判廷に出頭することは、国選弁護士制度に対する一般的な信頼を失わせる行為であり、被告人との関係において、その職務に対する誠実さを欠く行為と評価されるといえるから、酒気を帯び酒臭を発しつつ被告人との接見に臨んだり公判廷に出頭して弁護活動

を行った国選弁護人は、誠実義務に違反するものというほかない」。

「以上のとおり、」「原告が、被告の前記誠実義務違反により、被告人の国選弁護人による弁護を受ける憲法37条3項後段所定の権利に由来する国選弁護人の誠実な弁護活動を受ける期待権を侵害され、精神的苦痛を被ったことが認められる。これに対し、被告は、原告には何らの損害も生じていないと主張するが、同被告が想定する損害は、善管注意義務違反に基づく具体的な事件への影響のみであり、上記期待権の侵害を看過するものであり、採用することができない。したがって、被告が、酒気を帯びかつ酒臭を発した状態で、原告との接見に臨み、」「公判廷に出頭したことは、原告に対する誠実義務違反による不法行為を構成する。」

「以上のとおり、被告が、酒気を帯び酒臭を発しつつ、少なくとも5度にわたり原告と接見したり、少なくとも5度にわたり」「公判廷に出頭したことは、原告に対する誠実義務違反であり、これにより、原告の国選弁護人の誠実な弁護活動を受ける期待権を侵害し、精神的な損害を与える不法行為を構成する」。

「そして、」「被告の不法行為の態様に加え、」「被告が上記の点を除いては原告に対し善管注意義務などに違反する行動をしたとは認められないこと、被告が」「酒気を帯びていない状態で弁護活動をしていた」期間があったこと、「被告が国選弁護人から解任されるまでの間は、原告が、直接被告に対し、不満を述べていたとは認められないことといった諸事情、その他本件に顕れた一切の事情を考慮すると、被告の誠実義務違反の不法行為による原告の精神的損害の慰謝料としては、15万円が相当である」と判示した（以上、傍線引用者）。

### III 判決の検討

まず、和歌山地裁平成15年判決は、誠実義務を「単なる倫理的な義務にとどまらず、一般的な善管注意義務と並ぶ法的な義務であると解すべき」と判示しており、誠実義務を倫理規範と捉える見解には立っていない。

また、誠実義務論争では、誠実義務が、善管注意義務を加重するか、善管注意義務の範囲を拡大する存在であるかが議論されている<sup>109</sup>。

ところが、和歌山地裁平成15年判決は、誠実義務を、善管注意義務と並ぶ別の法的義務として存在することを認めている。そして、誠実義務違反は不法行為責任を構成すると考えている。

もともと、和歌山地裁平成15年判決は、誠実義務の法的根拠を、「弁護士法1条2項参照」としている。「参照」ととどめたのは、弁護士法が公法であるた

---

<sup>109</sup> 加藤・前掲注(66)353頁-368頁。

め、私法上の義務（善管注意義務）と誠実義務を同列に並べることに對して、躊躇いがあったのかも知れない。あるいは、私法上の義務として誠実義務を扱うため、弁護士法の「参照」にとどめたのかも知れない。

確かに、明治憲法のもとでは、民事事件と刑事事件を扱う司法裁判所と、行政事件を扱う行政裁判所に分かれていて、裁判所の管轄が問題になっていた。

しかし、現行憲法のもとでは、裁判制度が最高裁判所を頂点とする「司法権」に統一され、公法・私法二元論は排されている<sup>110</sup>。

仮に、誠実義務を公法上の義務であるとしたうえで、誠実義務に違反した場合に、私法上の責任を発生させ得る<sup>111</sup>という結論は、公法・私法二元論が排された現行憲法下の法解釈としては、法理論上許容される。

例えば、応召義務（医師法19条）をはじめとする「医師法の義務は公法上の義務であり、直ちに民刑事法上の効果を伴うものではない」。そのため、「民事上の業務に類似する義務規定が医師法に存在しても、当該規定に当然に私法的効果を読み込みうるわけではない」<sup>112</sup>。このことから、応召義務違反が債務不履行責任の問題として検討されることはなかった。

ただし、医師の応召義務違反が、不法行為責任の一要件（過失）を推定すると判断した神戸地裁平成4年判決<sup>113</sup>がある。そのため、応召義務（公法上の義務）違反は、私法上の責任の発生原因となりうる。

問題なのは、どのような場合に、誠実義務違反が私法上の責任（不法行為責任）を発生させるかである。

当然ながら、倫理上あるいは道義的に誠実さを欠く行為にとどまるか、法的な責任を問えるかの分水嶺は、違法性が認められるか否かによるが、その線引きは、ケースバイケースで判断せざるを得ない微妙な問題である。

和歌山地裁平成15年判決の事案のように、「酒気を帯び酒臭を発しつつ被告人との接見に臨んだり公判廷に出頭して弁護活動」した場合、善管注意義務違反を成立させることは困難だとしても、国選弁護制度に対する信頼を失わせる行為であることは否定し難いところである。それにも関わらず、法的に無答責とする結論には疑問が残る。

そこで、和歌山地裁平成15年判決は、「酒気を帯び酒臭を発しつつ被告人との接見に臨んだり公判廷に出頭して弁護活動」したことが、「国選弁護制度に対する一般的な信頼を失わせる行為」であるとした。すなわち、被告は、社会公共

---

<sup>110</sup> 稲葉馨＝人見剛＝村上裕章＝前田雅子『行政法〔第2版〕』（有斐閣、2012年）4頁〔稲葉〕。

<sup>111</sup> 日本弁護士連合会調査室編・前掲注（29）12頁。

<sup>112</sup> 米村滋人『医事法講義』（日本評論社、2016年）46頁。

<sup>113</sup> 神戸地判平成4年6月30日判タ802号196頁。

に対する責任を果たしておらず、そのことが被告人の期待権を侵害するという理屈で、不法行為責任を導いている。

和歌山地裁平成15年判決の「誠実な弁護活動」は、最高裁平成17年決定の上田裁判官が述べる「被告人の利益のため」の弁護活動という意味と、弁護人であること以前に、「弁護士としての公共的使命に照らした日常の職務遂行における態度を弁護士に対して求めることを内実」<sup>114</sup>とする活動という二つの意味を内包していると考ええる。

というのも、和歌山地裁平成15年判決は、「誠実義務」を、「弁護士は、依頼人の利益を図るために誠実にその職務を行うべき義務」と定義している。「依頼人の利益を図る」に続けて、「誠実に」という言葉を使用しているのは、同義反復というより、「依頼人の利益」と「誠実さ」の双方の要素を取り込もうとしたと読めるからである。

このように考えると、和歌山地裁平成15年判決の事案は、「誠実さ」に関わる方の誠実義務違反が問題になっていた。すなわち、弁護士法の誠実義務違反が問題になっていた事案である。もしも「依頼人の利益」を害していたのであれば、善管注意義務違反の問題だったはずである。

以上をまとめると、和歌山地裁平成15年判決は、私法上の義務（善管注意義務）とは別に、公法上の義務（弁護士法の誠実義務）の存在を示唆したうえで、公法上の義務違反があった場合には、不法行為責任が発生する余地を認めた判決だったと整理するべきである。

### 3 忠実義務と善管注意義務の関係

弁護人に対する誠実義務（公法上の義務）が作用する場面と、善管注意義務を中心とする私法上の義務が作用する場面について、どのように整理するべきだろうか。

そもそも弁護人の誠実義務は、被疑者・被告人の利益のために活動する義務であり、これを私法上の義務に引き直した場合、忠実義務の様相を呈している。民事法の研究者が対象にしている弁護士法の誠実義務は、専門家責任の領域における忠実義務に関する議論で登場する<sup>115</sup>。

---

<sup>114</sup> 岡伸浩「弁護士の誠実義務に関する考察：信認関係法理からみた職業的存在規範」慶應法学No.42（2019年）53頁。

<sup>115</sup> 潮見佳男『新契約各論Ⅱ』（信山社、2021年）299頁は、委任契約における忠実義務の意義について述べた節で、弁護士法の誠実義務や、専門家責任について検討を加えている。

ここで、忠実義務と善管注意義務の関係についての議論に深く立ち入ることは避けるが、結論を先回りして述べると、善管注意義務の内容を弾力的に解釈することで、弁護人が、被疑者・被告人の利益のために行動する私法上の義務（忠実義務）を読み込むことは可能である<sup>116</sup>。

会社法は、受任者である取締役が忠実義務を負う規定（同法355条）を設けているが、会社法の通説をもってしても、善管注意義務と忠実義務を同一の義務と捉えている<sup>117</sup>。また、民法644条の「委任の本旨に従い」には、「受任者は、委任者の信頼に依りて、誠心誠意、忠実に、委任者のために委任事務を処理すべきであつて、委任の目的に反する行動をしてはならない」という意味を含めることができる<sup>118</sup>。

もともと、国選弁護人は事務管理者なので、事務管理者の善管注意義務に、忠実義務を読み込めるか問題となる。

民法697条1項は、「最も本人の利益に適合する方法によって」事務を管理しなければならないと規定している。同条項は、事務管理の成立要件と位置づけられる（当然の前提であると理解しているのであろう。）が、「本人の利益に配慮すべき義務」を観念する説もある<sup>119</sup>。また、「事務管理については、697条および698条が管理者の注意義務の内容を具体的に定めており、これと別に、管理者は善管注意義務を負うとすることに意味があるとはいえない」という考え<sup>120</sup>もある。事務管理は、受任者の善管注意義務に関する規定（民法644条）を準用していない（民法698条、同法701条参照）ので、傾聴すべき考えである。

この「本人の利益に配慮すべき義務」があることによって、誠実義務を負っている国選弁護人（事務管理者）が、被疑者・被告人の利益のために行動する義務を負う結論に至ることについて、異論はないだろう<sup>121</sup>。仮に、民法697条1項の「本人の利益に配慮すべき義務」を観念すべきではないとしても、国選弁護人が負う善管注意義務（民法698条反対解釈）に、忠実義務（＝最も本人の利益

---

<sup>116</sup> 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁は、会社法で規定されている忠実義務の規定は、「善管義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまるものであつて、」「通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の高度の義務を規定したものと解することはできない」と判示している。

<sup>117</sup> 龍田節＝前田雅弘『会社法大要〔第3版〕』（有斐閣、2022年）101頁。

<sup>118</sup> 潮見・前掲注（115）301頁。

<sup>119</sup> 平野裕之『債権各論Ⅱ 事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、2019年）17頁。

<sup>120</sup> 大塚直＝前田陽一＝佐久間毅『民法6 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、2023年）13頁〔佐久間毅〕。

<sup>121</sup> 四宮・前掲注（82）26頁は、事務処理者が管理義務の遂行に際して守るべき基本的義務として、善管注意義務と自己執行義務以外に、忠実義務を挙げる。

に適合する行動をする義務)を読み込むことは可能である。

#### 4 誠実義務と善管注意義務が作用する場面の整理

このように、国選弁護人の善管注意義務の中に、忠実義務を読み込めるとして、誠実義務と善管注意義務の両者の義務が作用する場面については、どのように整理すべきだろうか。

そもそも弁護人の誠実義務は、被疑者・被告人の弁護人依頼権を保障するための、弁護人の活動全般にわたるものである。

これに対して、国選弁護人が事務管理者として被疑者・被告人に対して負う義務(具体的には、善管注意義務、報告義務、受取物などの引渡義務、金銭消費の責任、管理継続義務)は、個々の活動を義務付ける存在である。

このことから、国選弁護人の誠実義務(公法上の義務)は、一連の弁護活動を義務付ける存在であるのに対し、私法上の義務は、個々の活動を被疑者・被告人に対する関係で義務付ける存在であり、前者の義務が活動全般にわたる義務であるのに対して、後者の義務は個別具体的な義務である。

そのため、一連の弁護活動を踏まえて、弁護人の誠実義務には違反しないと総合評価される場合でも、個々の活動については善管注意義務違反に問われる場合があることになる。

それから、これまでに述べたように、弁護人の誠実義務は、国選弁護人の公法上の活動を義務付けている。弁護人の誠実義務が及ぶ活動について、国選弁護人が事務管理をしなかった場合、被疑者・被告人に対して、債務不履行責任を負う可能性がある。

また、事務管理者が負う報告義務や受取物の引渡義務は、弁護人の誠実義務(公法上の義務)の範囲外の活動である。かかる活動も含め、国選弁護人が、事務管理者として負う義務に違反した場合、被疑者・被告人に対して債務不履行責任を負う可能性がある。

のみならず、国選弁護人が、弁護人の誠実義務が及ばない活動であるにも関わらず、自主的に事務管理したことで、善管注意義務に違反した場合、債務不履行責任に問われる可能性がある。

ところで、国選弁護人だった者に対して、事後的に民事の制裁を課す場面と、誠実義務に違反する弁護活動に直面した裁判所が、刑事手続上で国選弁護人に釈明を求める措置を採り、あるいは、国選弁護人を解任する場面は、時期を異にしている。そのため、弁護人の誠実義務に違反すると判断した裁判所が、国選弁護人に釈明を求め、あるいは、解任する措置を採ったことで、国選弁護人だった

者が民事の制裁を課されずに済むことがありうる。

なお、「私選弁護の場合にも弁護依頼の契約によって、」「被告人を援助する義務が生じるのではなくて、弁護人としての地位につくことの効果として、このような義務が生じるものと考えられる」<sup>122</sup>。すなわち、私選弁護人についても、弁護人の誠実義務（公法上の義務）と私法上の義務は別々の存在である。

ただし、国選弁護人と異なり、私選弁護人の場合、個々の契約内容に応じて、受任者としての義務を負っている。そのため、私選弁護人が負う善管注意義務の範囲は、弁護人の誠実義務が及ぶ活動範囲に限られない。

したがって、弁護人の誠実義務が及ぶ活動範囲は、国選弁護人が善管注意義務を負う範囲を画すると同時に、私選弁護人が負う善管注意義務を負う範囲（民法644条）の最低限度を画する関係にある。

---

<sup>122</sup> 平場安治「国選弁護人の弁護拒否」判時362号（昭和39年）30頁。

## 第5章 私選との差異が法的義務に及ぼす影響

### 1 はじめに

「私選弁護か国選弁護かの別は、誰が被告人のために選任したか、誰が弁護に要する費用を負担するかに関係するだけであって、依頼者たる被告人の利益を守る立場に弁護人があることを変えるものではない」とされてきた<sup>123</sup>。

このことから、国選弁護人も私選弁護人と同じ活動をすべきであると理解されてきた。

ところが、現実を目を移すと、国選弁護人は、報酬・費用、任務の開始・終了、活動可能な範囲などで、私選弁護人よりも制約されていることがある。

被疑者・被告人の権利・利益を実現するために、どのような活動をすればベストプラクティスになるかに関する議論は活発である。この議論は、私選弁護人の活動に限った議論ではない。

それと同時に、国選弁護制度をより持続可能なものにするため、私選弁護人と国選弁護人の活動には差異が存在することや、限界が存在することを直視した議論も重要である。

これまでの検討を通して、国選弁護人と私選弁護人は、被疑者・被告人との私法上の法律関係が、事務管理か委任契約かで異なっていることを明らかにした。また、刑事手続法上、国選弁護人と私選弁護人では、選任方法や地位の得喪について異なる規律が存在している。

以下では、これらの異なる法律関係や規律が存在することを踏まえつつ、国選弁護人と私選弁護人で、具体的にいかなる差異が生ずるかを明らかにし、その差異が国選弁護人の法的義務に影響を及ぼすか否かについて検討する。

### 2 契約内容を自由に決められないことによる差異

#### I 具体的な差異

被疑者・被告人と私選弁護人の法律関係は、委任契約（民法643条）の規律に服することから、契約内容自由の原則（同法521条2項）の適用がある。

---

<sup>123</sup> 渥美東洋『全訂刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2009年）299頁。

私選弁護人も、国選弁護人と同じ誠実義務を負っているが、契約の内容次第で、弁護人の誠実義務が及ばない活動についても、私法上の義務（受任者としての善管注意義務）を負うことがある。このことから、私選弁護人が受任者として負う義務の内容は、締結した契約内容毎に異なることになる。

以上を前提に、具体的にどのような差異が生ずるかである。以下では、弁護人が保釈請求する活動を例にして、具体的に検討する。

保釈は、弁護人以外に、勾留されている被告人本人、配偶者、直系親族、兄弟姉妹も請求することが可能である（刑事訴訟法 88 条 1 項）。もっとも、保釈請求をすることは、以下に述べるように、数多くの過程を経る必要があるだけでなく、権利保釈（同法 89 条）や裁量保釈（同法 90 条）の規定を踏まえた法律知識や経験がないと困難である。そのため、実務上は、弁護人が保釈請求している。

まず、弁護人が保釈請求することは、保釈請求権が独立代理権の一つとして弁護人に付与されているため、権限に基づく活動であり、弁護人の誠実義務が及ぶ活動である。

そして、国選弁護人が保釈請求するには、被疑者・被告人からの聴き取りをもとにして、まずは、保釈請求書を起案する。多くの場合、国選弁護人は、被疑者・被告人に、公判には必ず出廷する旨を誓うなどと書いた誓約書を作成してもらう。また、身元引受人になる者と面談して、身元引受書を作成する。保釈請求書を裁判所に提出する際、裁判所書記官に対して、保釈保証金をいくらまで出せるかを伝え、その後、裁判官と面談・交渉することもある。さらに、保釈保証金を調達するための作業（身元引受人、あるいは保釈保証金を支援する団体などとの間で連絡をとりあい、書面などを作成する。）を進めて、保釈保証金に相当する現金を預かり、保釈許可決定が出たら、預かった現金を裁判所に納付する。

以上述べた活動が、保釈請求をするため必要となる基本的な活動である。現行の国選弁護人の報酬等の算定基準では、被告人の身柄が解放された場合に限り、1 万円の報酬が付与されることになっている。

これに対して、第 1 章の 5 で紹介したゴーン氏の私選弁護人は、「24 時間監視するカメラを玄関に付ける、平日 9 時から 17 時まで弁護人の法律事務所に滞在する、その間、弁護士の指導監督に全面的に服する、通信機器も原則使わない、弁護人が提供する携帯電話だけを使う、その通話記録を全部毎月報告する、パソコンも弁護人のオフィスでしか使わない、その通信ログも全部裁判所に提供する」という条件を裁判所に提示した。裁判所は、これらの条件をほとんど採用したうえで、さらに関係者との接触禁止条項を入れて、裁量保釈を認めている

<sup>124</sup>。

---

<sup>124</sup> 高野ほか・前掲注（21）。

ゴーン氏の身柄が保釈によって解放される可能性は低い状況だったにも関わらず、ゴーン氏の私選弁護人は、国選弁護人が活動するレベルを明らかに超える内容の保釈請求に果敢に挑戦したことで、保釈許可決定を勝ち取っている。

## II 法的義務に及ぼす影響

私選弁護人の場合、国選弁護人の報酬等の算定基準のような縛りはないため、国選弁護人と比べると、活動内容を契約で自由に合意することが可能である。そして、私選弁護人は、契約に基づく義務を負うことになる。

問題は、国選弁護人も、ゴーン氏のような保釈請求をする法的義務を負うかである。

そもそも弁護人の誠実義務は、被疑者・被告人の利益になる活動全般を義務付ける存在である。このことから、弁護人の誠実義務は、個別具体的な活動を弁護人に義務付けるわけではない。

そのため、国選弁護人は、巧拙はともかくとして、被告人の利益となる活動（保釈請求）をすれば、弁護人の誠実義務違反に問われることはなく、ゴーン氏の私選弁護人と同じ内容の保釈請求をする法的義務までは負わないと考える。

続いて、私法上の義務（特に善管注意義務）に違反するかである。特に、被疑者・被告人が、国選弁護人に対して、「ゴーン氏のように自分も保釈請求して欲しい」と切望した場合に、それに応じないことが違法になるだろうか。

弁護人の保釈請求権は代理権の一つであるが、必ず被告人の意思に沿って保釈請求しなければならないわけではない。第3章の6で検討したように、国選弁護人の活動の不作为（あるいは、濫用的な活動）が違法になるか否かは、被疑者・被告人の弁護人依頼権を無意味にしたことが明らかな場合か否かで判断するべきである。

そもそもゴーン氏のように、否認している被告人の身柄が保釈によって解放される可能性は低い<sup>125</sup>。ゴーン氏の私選弁護人と同様の保釈請求をしなかったからといって、弁護人依頼権を無意味にしたことが明らかな場合とまではいえず、善管注意義務に違反して、違法になることはないと考えられる。

当然ながら、ここで不熱心な弁護を推奨するつもりは全くなく、個々の国選弁護人の判断で、ゴーン氏の私選弁護人と同じ内容で保釈請求することは妨げられるものではない。

---

<sup>125</sup> 2023年11月20日に、共同通信は、「初公判前の保釈、否認だと1割『人質司法』改善されず」と題して、「最高裁の内部資料で、2021年のもの。それによると、罪状を認めていれば約26・3%が初公判前に保釈されたのに対し、否認の場合は約12・2%にとどまった」と報じている。

それと同時に、弁護人の誠実義務に基づいて、国選弁護人が、被告人の利益になる事務管理（通常の保釈請求）をしている限り、善管注意義務違反に問われることはないとする。国選弁護人と被疑者・被告人の間には、契約内容自由の原則の適用はなく、しかも、「国選弁護人に対する報酬の算定は客観的基準に従って行うこととされ、基準化されていない事件ごとの事情や労力を実質的に考慮し弁護人の活動を裁量的に評価して報酬を算定するような方式は採られていない」<sup>126</sup>。仮にも、国選弁護人が、ゴーン氏の私選弁護人と同様の内容で保釈請求しないと、善管注意義務違反に問われることとなれば、国選弁護制度は持続可能でなくなるだろう。

### 3 費用が出ないことによる差異

#### I 具体的な差異

委任契約を締結した後、受任者である私選弁護人が、弁護活動を行う上で必要と認められる費用を支出したときは、委任者に対して、その費用などを請求することができる（民法650条1項）。具体的には、旅費、記録謄写費用、鑑定費用、通訳人費用などがある。

とりわけ鑑定費用は、専門家に依頼する費用（例えば、精神鑑定、工学鑑定、DNA鑑定、筆跡鑑定など）の場合、数十万円から数百万円と高額になることが多い。

国選弁護人が、被告人と接見するために要した交通費を、国を被告にして費用償還請求した事案で、最高裁昭和29年判決<sup>127</sup>は、「国選弁護人の選任に基づく法律関係については、民法委任の規定を適用すべきものではない」と判断している。

また、刑事訴訟法38条2項は、「国選弁護人は、旅費、日当、宿泊料及び報酬を請求することができる」と規定しているものの、国選弁護について規定している総合法律支援法39条1項は、刑事訴訟法38条2項の適用を排除している。

これまでに述べたように、国選弁護人の報酬は、国選弁護人の報酬等の算定基準によって画一化されている。同基準の9条二は、国選弁護人の費用として、ア記録謄写費用、イ 遠距離接見など交通費及び遠距離接見など宿泊料、ウ 手続期日への出頭のための旅費、日当及び宿泊料、エ 通訳人費用、オ 訴訟準備費用を

<sup>126</sup> 寺井・前掲注（98）269頁－270頁。

<sup>127</sup> 最判昭和29年8月24日民集8巻8号1549頁。

列挙しているが、鑑定費用を列挙していない。

日本弁護士連合会は、2010年12月17日付けで、法務大臣と法テラスの理事長に対して、「当事者鑑定について費用が支出されないということは、被疑者及び被告人の権利を擁護し正義を実現するために国選弁護制度を規定している憲法の趣旨に即し」ないとして、当事者による鑑定費用に関する要望書を提出している。

## II 法的義務に及ぼす影響

弁護士職務基本規程46条は、「弁護士は、被疑者・被告人の防御権や利益を擁護するため、最善の弁護活動に努めなければならない」と規定している。

しかし、国選弁護人に、高額な実費を負担して活動する法的義務を負わせることはできないと考える。

仮にも、国選弁護人に、高額な実費の負担を伴う弁護活動を義務付けることになれば、国選弁護制度はたちまち持続可能でなくなる。

そのため、現状では、高額な実費を負担できる被疑者・被告人を依頼者とする私選弁護人と、そうではない国選弁護人では、異なる法的義務に服することを認めざるを得ない。

もっとも、2022年8月9日に設立された一般財団法人プロジェクト大谷司法支援基金は、冤罪の可能性のある事件に対して、先端的な刑事弁護活動を行っていることで著明なアドバイザー弁護士の協力を得て、弁護活動の後方支援あるいは共同弁護態勢を作り、また、それに伴う資金を提供するプロジェクトを立ち上げており、国選弁護と私選弁護の間隙を埋める試みが始動している<sup>128</sup>。

## 4 辞任の自由がないことによる差異

### I 具体的な差異

私選弁護人は、被疑者・被告人と委任契約を締結する。そもそも委任契約は、委任者と受任者の信頼関係を本質的要素にしている。

通常、弁護活動が一回で終了する事件は殆どなく、一定期間にわたって、継続的に活動することが予定されている。活動期間中、被疑者・被告人と弁護人の中で信頼関係を構築できるかは、充実した弁護活動を遂行できるか否かに関わる

---

<sup>128</sup> <https://sentan-bengo.jp/>（最終アクセス日2023年12月17日）。

重大な事柄である。

ところが、精神障害や意思疎通が困難であり、あるいは、法外な要求を繰り返す被疑者・被告人の国選弁護人に選任されると、国選弁護人は、被疑者・被告人との間で信頼関係を構築できないことがある。なかには、殆ど信頼関係を構築できずに任務が終了する事案もある。ところが、国選弁護人は容易に辞任することができない。また、信頼関係を構築することができないからこそ、私選弁護人ではなくて、国選弁護人が選任されていることもある。

田宮裕教授は、「私選弁護人と国選弁護人とで弁護人としての倫理・職務に基本的な相違はないが、後者は『正当な理由』がなければ辞任できないとされる限度で(弁護士法24条)、義務の内容に若干の違いが生じうることに注意すべき」とし、「例えば、私選弁護は個人的な信頼関係が前提とされるが、国選弁護の場合は、ある程度類型化された公的な信頼関係が基準となろう」と述べている<sup>129</sup>。

このように、私選弁護(個人的な信頼関係)と国選弁護(ある程度類型化された公的な信頼関係)で区別しようとする試みはあったが、いずれにしても信頼関係に基礎を置こうする傾向があった<sup>130</sup>。

再度確認すると、まず、弁護人の誠実義務は、公法上の義務であるため、弁護人が被疑者・被告人に対して負う義務ではない。また、国選弁護人と被疑者・被告人の私法上の法律関係は、事務管理(民法697条)である。通常、事務管理者と被管理者は、信頼関係を基礎とする法律関係ではない。

東京高裁昭和54年判決<sup>131</sup>は、国選弁護人は、私選弁護人のように被告人との信頼関係を地位存続の本質的要素とするものではなく、裁判所によって選任され、法律専門家としての立場から被告人の正当な利益を擁護することにより刑事司法に協力するという公的性格を持つものであるから被告人が国選弁護人の弁護を受けることを拒否し、国選弁護人も被告人の意を体して辞任の意向を表明したからといって直ちに国選弁護人を解任しなければならないものではないと判断している。

また、最高裁昭和54年判決<sup>132</sup>は、国選弁護人は、辞任の申出をした場合であっても、裁判所が辞任の申出について正当な理由があると認めて解任しない限

---

<sup>129</sup> 田宮裕『刑事訴訟法』(有斐閣、1995年)36頁。

<sup>130</sup> 宇藤ほか・前掲注(40)24頁〔松田〕は、誠実義務に、信頼関係の構築に努めることを要素として盛り込んでいる。弁護士法の誠実義務は、「日常の職務遂行における態度を弁護士に対して求めることを内実」としており、端的に言い換えるなら、「誠実さ」が内包されている。そのため、弁護士法の誠実義務に基づいて、弁護士は不誠実な言動(ことさらに関係を悪化させるような言動)をしない義務を負っていると考えることができないだろうか。

<sup>131</sup> 東京高判昭和54年1月24日判タ382号135頁。

<sup>132</sup> 最判昭和54年7月24日刑集33巻5号416頁。

り、その地位を失うものではないと判断している。

以上をまとめると、私選弁護人と異なり、国選弁護人は、被疑者・被告人との信頼関係が喪失しても、辞任する自由がない。

## II 法的義務に及ぼす影響

通常であれば、弁護人が誠実義務を果たすことと、被疑者・被告人との信頼関係を構築することは、方向として一致することが多い。

ところが、被疑者・被告人が適正手続の保障を受ける権利を自ら放棄しようとするなど、不可解・不合理な言動を繰り返し、あるいは、被疑者・被告人の要望と社会公共に対する責任が衝突するなど、弁護人として負っている誠実義務を果たせなくなる場合、私選弁護人であれば、個人的な信頼関係が喪失したことを理由にして、辞任する選択肢もある。

これに対して、国選弁護人には辞任の自由がなく、被疑者・被告人の意思と、弁護士法の誠実義務や弁護人の誠実義務と衝突することもある。

弁護人が、被疑者・被告人の意思に反する活動をしなければならない場合、弁護人は、被疑者・被告人との信頼関係に違背する活動をする義務を負うだろうか。

この疑問に対しては、被疑者・被告人の自己防衛権の尊重や、当事者主義における主体的地位の保障の観点から、弁護方針などの重要事項について、被疑者・被告人が意思を明示している（＝自己決定権を行使した）場合に、弁護人は、被疑者・被告人の意思に拘束されるべきであり、技術的な事項については専門家裁量が許容されるという考えがある<sup>133</sup>。

なるほど、私選弁護人の場合、委任契約である以上、被疑者・被告人の意思は重要である。また、国選弁護人の場合も、本来であれば、被管理者である被疑者・被告人の意思に反する事務管理（民法697条2項）をすることはできず、被疑者・被告人の意思は重要である。

それと同時に、弁護人は、被疑者・被告人の意思に反してでも、あるいは、被疑者・被告人の意思に基づかなくても行使することが認められる権限（固有権と独立代理権の一部）を有している。また、刑事手続という適正手続の保障の場面で、被疑者・被告人が、その保障を危うくするような言動を繰り返した場合、弁護人がその意思に従わなければならないのは疑問である。

例えば、被告人が、弁護人に対して、敵性証人に反対尋問しないよう要求してきた場合、弁護人は、被告人の要求に拘束されるだろうか。

証人尋問権（刑事訴訟法304条2項）は、弁護人に固有権として付与されて

---

<sup>133</sup> 笠井治「第3章 依頼者の意思と専門家裁量」・前掲注（31）53頁。

いる。弁護人が証人尋問権を行使することは、弁護人の誠実義務の対象となる活動である。

弁護人が固有権を行使するかどうかも、被疑者・被告人の意思に拘束されることは相当でない。

一審の公判で、犯罪立証の枢要をなす敵性証人に対して、被告人側から適切な反対尋問をすることは、適正手続の保障のため必要不可欠であり、かかる尋問をしないことは、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に該当し、控訴理由（刑事訴訟法379条）になる<sup>134</sup>。そうである以上、国選弁護人が被告人の意思に従属して、反対尋問権を意図的に行使しないことが明らかであり、その状況が改善されない場合、裁判所は、国選弁護人を解任することも検討すべきである。逆に、弁護人が私選弁護人であれば、裁判所は、国選弁護人を職権で選任すべきである。

これに対して、弁護人が、検察官請求証拠に同意するなど代理権を行使する場合、被疑者・被告人の意思に拘束されると考える。被告人が、公訴事実を否認しているにも関わらず、（公判を早期に終結させるため）検察官請求証拠に同意する意思を示している場合、私選弁護人であれば辞任する選択肢もあるが、国選弁護人であれば、被告人本人に同意させることで対応するしかない。

このように、私選弁護人であれば、解任や辞任が可能な場面でも、国選弁護人は、誠実義務を負い続けることになるため、被疑者・被告人との信頼関係に関わりなく、弁護活動を継続しなければならない。

他にも問題が生ずるケースとして想定できるのは、裁判所が、弁護人などに対して出頭在廷命令（刑事訴訟法278条の2第1項）を出す場合である。この場合、弁護人は、出頭在廷義務を負っている。必要的弁護事件であるにも関わらず、弁護人なしで開廷した場合、同法289条1項に違反することになり、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に該当し、控訴理由（同法379条）になる。

最高裁平成7年決定<sup>135</sup>（以下では、「最高裁平成7年決定」という。）は、裁判所が公判期日への弁護人出頭確保のための方策を尽くしたにもかかわらず、被告人が、弁護人の公判期日への出頭を妨げるなど、弁護人が在廷しての公判審理ができない状態を生じさせ、かつ、その事態を解消することが極めて困難な場合には、当該公判期日については、刑事訴訟法289条1項の適用がなく、弁護人の立会いのないまま公判審理を行なうことができると判断している。

通常、弁護人の公判期日への出頭を、被告人が妨げる事態が発生した場合、私選弁護人であれば、個人的な信頼関係が喪失したことを理由に辞任することが

---

<sup>134</sup> 福岡高判平成5年4月15日判時1461号159頁参照。

<sup>135</sup> 最決平成7年3月27日刑集49巻3号525頁。

可能である。最高裁平成7年決定は、国選弁護人が出頭在廷義務を免除されるケースを想定していると理解することができる<sup>136</sup>。

以上をまとめると、被疑者・被告人が、法的に不可解・不合理な言動をすることで、弁護人の誠実義務を果たせなくなる場合、私選弁護人であれば、被疑者・被告人との個人的な信頼関係は喪失したことを理由に、辞任することが可能である。

ところが、国選弁護人には、辞任する自由がない。そのため、国選弁護人は、被疑者・被告人の意思に反してでも、弁護人の誠実義務を果たさなければならぬことになる。そして、国選弁護人が、弁護人の誠実義務を果たした場合、事務管理者として負う善管注意義務にも違反しないので、私法上の責任に問われることもないと考える。

## 5 余罪事件の弁護人でないことによる差異

### I 具体的な差異

国選弁護人は、勾留された被疑事実や、起訴された公訴事実毎に選任される。国選弁護人は、あくまでも勾留された被疑事件(事件単位)の被疑者の弁護人(国選弁護人選任書では、裁判官の氏名でもって、〇〇弁護士会所属の□□弁護士を被疑者××に対する窃盗被疑事件の国選弁護人に選任すると記載されている。)であり、勾留されていない被疑事件の弁護人ではない。

私選弁護人であれば、余罪についても弁護する依頼を受ければ、弁護人選任届を提出することで、余罪の弁護人として誠実義務を負うことになる。

ところが、国選弁護人は、余罪について弁護人として選任されるわけではない。

### II 法的義務に及ぼす影響

余罪について示談が成立すれば、不起訴処分や起訴猶予が見込める事案で、国選弁護人は、示談交渉する義務を負うだろうか。

また、捜査機関は、被疑者を再逮捕することなく、起訴後勾留を利用して、余

---

<sup>136</sup> 榎本雅記「必要的弁護」・前掲注(55)121頁は、裁判所が公判期日への弁護人出頭確保のための方策を尽くしたといえるためには、「私選弁護人が出頭しないだけでは足りないのは言うまでもなく、さらに裁判所が職権により弁護人を付したというだけにとどまらず、弁護士会の協力を得て出頭することが問題なく予想される国選弁護人を確保することが要求され」と述べている。

罪の取調べをすることが往々にしてある。そのことを、国選弁護人は、被告人との接見を介して知ることが多いが、余罪について、違法な取調べ（例えば、余罪の取調べの際、被疑者が黙秘権を行使すると、取調官から再逮捕することを伝えられ、報道などで再逮捕されたことを知られたくない被疑者が、黙秘権の行使を控える場合）をしていることが露見した場合、捜査機関に対して、取調べの中止を申し入れる義務を負わないのだろうか。

まず、国選弁護人は、余罪について弁護人に選任されていない。そうである以上、弁護人の誠実義務を負わないと考える。

もつとも、被疑者からすれば、余罪について、被害者などとの間で示談をしてもらうことで不起訴処分になるのであれば、目の前にいる国選弁護人に示談交渉してもらいたいと期待するのは当然である。

そこで、「被告人が無資力のために別件についての弁護士費用を支払う能力がない場合には、被疑者弁護援助制度（法律扶助）の利用も検討す」ることが考えられる<sup>137</sup>。

もつとも、被疑者弁護援助制度を利用することを、国選弁護人に義務付けることはできないし、必ずしも同制度を利用できる被疑者とは限らない。

とはいえ、目の前で余罪について違法捜査が行われており、弁護している被疑者の人権が侵害されている場合、国選弁護人が、そのことを見て見ぬふりをすることは、法的に許されるだろうか。

まず、余罪について、国選弁護人という立場で違法捜査の中止を申し入れることはできない。

それでは、弁護士法の誠実義務に基づいて、弁護活動（事務管理）を開始する義務を負うことはありうるだろうか。

結論から述べると、弁護士法の誠実義務に基づいて、事務管理者として管理開始義務を負わせることは難しいと考える。

なぜなら、弁護士法の誠実義務は、特定の事件について特定の被疑者・被告人のために活動することを措定した義務ではないからである。

広中俊雄教授は、軽犯罪法1条18号（自己の占有する場所内に、老幼、不具若しくは傷病のため扶助を必要とする者又は人の死体若しくは死胎のあることを知りながら、速やかにこれを公務員に申し出なかつた者を処罰する規定）などを例に挙げながら、「立法の必要性はむろん認められる」としつつも、「それらは『社会』に対する義務を定めたものであり、「そのような義務は、直接的に民法上の義務というべきものではなく」「民法外の一直接（あるいは第一次的）には『社会』対個人の間接関係を規律する一立法によって導入されたものであるとい

---

<sup>137</sup> 武井康年＝森下弘編『ハンドブック刑事弁護』（現代人文社、2005年）404頁－406頁〔執筆者不明〕。

うことを、見のがしてはならない」<sup>138</sup>と述べている。

ただ、余罪について、目の前で違法捜査が行われている疑いがあるのに、弁護士としてその中止を求めないことは、弁護士が基本的人権の擁護を使命としていることに悖ることにもなりかねない。

余罪も捜査段階で作成された証拠（被疑者の供述調書など）に基づいて、追起訴がなされれば、それらの証拠に基づいて、事実認定や量刑が決定されて、刑罰権が発動され、被告人の処遇を決定付けることになる。捜査段階における弁護活動の重要性を踏まえるなら、国選弁護人が、余罪について違法捜査の疑いがあると感知した場合、捜査機関に対して何もしなくても無答責であるとするのには、いささかの躊躇を覚える。

そこで、余罪について弁護士として何もしないことは、不作為の不法行為になる余地があると考えられる<sup>139</sup>。

問題は、どのような場合に、作為義務が発生するかであるが、弁護活動の重要性（特に、本罪に与える影響）、容易性、弁護活動しなかった事情などを踏まえ、被疑者の期待権を侵害するか否かを個別具体的に判断するしかない。

例えば、本罪について否認している被告人がいたとして、本罪と手口が類似しているものの、余罪については自白し、示談の成立が容易かつ確実な状況であり、検察官から、示談が成立したら不起訴処分にする約束されていた場合はどうだろうか。

国選弁護人が、余罪については本罪についても罰を受けるべきであるといった（極めて独善的な）考えのもと、家族や知人による示談交渉が可能だったにも関わらず、何もしなかったとする。このようなときに、余罪について起訴された場合、不法行為責任に問われる余地があると考えられる。

また、余罪に関して、違法捜査中止の申入れをすることは、電話かファクシミリで済ませることが可能であり、活動としては容易である。特に、追起訴される可能性が高い余罪については、将来的に、余罪についても国選弁護人として活動しなければならなくなる可能性が高い。

このような場合に、余罪について弁護しないと、不法行為責任を発生させる余地があると考えられる。

なお、国選弁護人と私選弁護人で異なることがあるかについては、私選弁護人の方が、被疑者の期待権を強く保護すべき事情があるのであれば、作為義務を負うハードルは低くなると考える。そして、期待権を強く保護すべき事情には、被疑者が、私選弁護人に対して、余罪に関する弁護費用を支払うことが可能か否か

---

<sup>138</sup> 広中・前掲注（97）371頁。

<sup>139</sup> 広中・前掲注（97）371頁も、社会に対する義務が、民法上「不作為による不法行為」の成立を導く可能性があると指摘する。

といった金銭的な事情も含まれると考える。

## 6 民事上の代理権があるか判然としないことによる差異

### I 具体的な差異

国選弁護人には、被害者との間で示談交渉する権限がないという考えがある一方、国選弁護人が示談交渉しない場合に、任務懈怠としての責任を問われることもあり得るという考えもある<sup>140</sup>。国選弁護人の示談交渉する義務を正面から認めた裁判例は、現在のところ見当たらない。

これに対して、私選弁護人については、東京地裁平成22年判決<sup>141</sup>（以下では、「東京地裁平成22年判決」という。）が、示談交渉する義務を認めている。

そこで、東京地裁平成22年判決がどのような理由で、私選弁護人に示談交渉する義務を負わせているかについて確認する。

### II 東京地裁平成22年判決

被疑者だった原告が、弁護士である被告に対して、私選弁護を委任したが、被告は、被害者三名のうち二名との間で示談交渉を行わず、また、示談交渉の経過を原告及び担当検察官に報告しなかった。これを受けて、原告は、被告に対して、債務不履行に基づく損害賠償を請求したという事案だった。

東京地裁平成22年判決は、「弁護士は、基本的人権を擁護し、社会正義を実現するとの使命に基づき、誠実にその職務を行わなければならない（弁護士法一条二項）、殊に、刑事弁護においては、被疑者の防御権が保障されていることにかんがみ、その権利及び利益を擁護するため、最善の弁護活動に努めるべきである（弁護士職務基本規程四六条）ところ、被害者のある事件で被疑事実には争いがない場合は、被害者との間で示談交渉を行い、この結果を担当検察官に報告することは、担当検察官が、被疑者の起訴、不起訴の処分を決定する際、示談交渉の事実を、被疑者に反省の意思がある、あるいは、被害者に宥恕の意思があることを示す被疑者に有利な情状の一つとして考慮することにつながるから、被疑者が示談をする意思を示す場合には、刑事弁護人としては、刑事弁護の委任契約に基づき、被害者との間で示談交渉を行い、この結果を担当検察官に報告すべき義務（以下「示談交渉・報告義務」という。）があるものというべきである」として、

<sup>140</sup> 小川育央「刑事手続における和解に関する諸問題」判タ1199号（2006年）9頁。

<sup>141</sup> 東京地判平成22年12月17日判タ1355号169頁。

「示談交渉・報告義務に違反し、原告に対する債務不履行を構成する」と判示した。

### Ⅲ 国選弁護人の示談交渉と誠実義務の関係

そもそも刑事事件の大半は、自白事件である。2021年の地方裁判所における自白事件と否認事件の件数は、前者は4万1068件だったのに対して、後者は4335件にとどまった<sup>142</sup>。

自白事件の場合、弁護人は、通常、情状弁護活動をすることになる。薬物事犯のような被害者がいない犯罪を除けば、刑事事件の場合、基本的に、被害者がいる犯罪となる。被害者などと示談が成立したという情状は、被疑者・被告人にとって有利な情状として考慮される。被告人に言い渡される懲役刑の期間が短縮されることがあるし、実刑判決を回避して、執行猶予判決を獲得する根拠となることもある。また、被疑者勾留中に示談が成立することで、釈放されることもあるし、正式裁判として起訴されるか、略式起訴にとどまるか、起訴猶予や不起訴にとどまるかを左右することもある。さらに、保釈許可の可否に影響することもある（刑事訴訟法89条5号参照）。

特に、財産に対する犯罪では、被害者などとの間で示談が成立し、あるいは、被害者などに対して被害弁償できた場合、他の情状との兼ね合いもあるが、ほぼ間違いなく、被疑者に対する処分や、被告人に科せられる刑罰を軽減する要素として考慮される。

このように、刑事事件の大半は自白事件であり、また、基本的には被害者がいる。そのため、多くの刑事事件で、弁護人が関心を抱くのは、被害者などとの間で示談が成立するか否かであり、そのことは私選弁護人か国選弁護人であるかを問わない。

第2章の4で検討した通り、弁護人が、示談書を証拠調べ請求するのに密接な関連を有する活動（被害者などと示談交渉して示談書を作成する活動）は、弁護人の誠実義務の対象である。

### Ⅳ 国選弁護人の民事上の代理権

東京地裁平成22年判決は、国選弁護人と私選弁護人を区別して論じているわけではない。

また、東京地裁平成22年判決は、弁護士法の誠実義務と、弁護人の最善弁護

---

<sup>142</sup> 日本弁護士連合会編・前掲注（10）80頁。

活動義務（弁護士職務基本規程46条）に言及しているが、このことは、国選弁護人の場合にも当てはまることである。

もっとも、東京地裁平成22年判決は、民事上の示談交渉義務の直接的な根拠を委任契約に求めているが、国選弁護人は、被疑者・被告人と委任契約を締結していない。

通常、国選弁護人は、被疑者・被告人の意向を踏まえて、示談交渉に着手する。そこで、国選弁護人は、被疑者・被告人との間で、示談交渉について委任契約を締結したと法律構成する考えもあるだろう<sup>143</sup>。

このような考えに基づいて、被疑者・被告人から委任状の交付などを受けてから示談交渉に着手する国選弁護人もいる。ただし、実務上、委任契約の締結を条件にして、示談交渉している国選弁護人は少数と思われる（そもそも意識すらしていない。）。

また、そのように法律構成すると、委任契約書に反社会的勢力を排除する条項を設けている弁護士の意思に反するのではないかという疑問も生ずる。

さらに、国選弁護人の示談交渉が、委任契約の規律に服することとなれば、委任契約の規定（民法650条3項）の適用があることになる。そうなると、国選弁護人が、被害者と示談交渉中に、被害者から殴られた場合、国選弁護人は、被疑者・被告人に対して損害賠償請求できることになる。

しかし、国選弁護人の選任に基づく法律関係について、最高裁は、委任の規定を適用すべきでない結論付けている<sup>144</sup>。

国選弁護人と被疑者・被告人の法律関係は、事務管理である。

ところが、事務管理に関する通説は、事務管理者が被管理者の代理人であることに対して否定的である<sup>145</sup>。通説を徹底するなら、国選弁護人は、被疑者・被告人の代理人として示談交渉する権限はないことになる。

しかし、国選弁護人が示談交渉する活動については、弁護人の誠実義務が及ぶ以上、当然の前提として、示談交渉する権限（民事上の代理権）が付与されていると考えるべきである。

国選弁護人の場合、「被害弁償などの弁護活動に含まれる活動を行うことにつ

---

<sup>143</sup> 国選弁護人が示談交渉する活動には誠実義務は及ばないという考えに立ちつつ、さらに、国選弁護人が示談交渉する法的根拠を委任契約に求めた場合、国選弁護人と被疑者・被告人との間に、契約締結自由の原則（民法521条1項）が適用されることになり、国選弁護人は契約を締結しない限り、示談交渉する義務を負わないことになる。そうなると、示談交渉するかどうかは、個々の国選弁護人の自由意思に委ねられることになる。

<sup>144</sup> 最判昭和29年8月24日民集8巻8号1549頁参照。

<sup>145</sup> 谷口知平＝甲斐道太郎編『新版注釈民法（18）債権（9）－事務管理・不当利得§697～708』（有斐閣、1991年）309頁〔三宅正男〕、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』（有斐閣、昭和61年）817頁。

いて、弁護人は包括的な代理権を与えられていると言うべきであって、被害者側との交渉の際にも、とくに委任状を必要としない」という考え<sup>146</sup>もある。

DCFR（ヨーロッパ共通参照枠草案）V. - 3 : 106条は、本人のためになることが合理的に期待される場合に限り、事務管理者に代理権を認めている<sup>147</sup>。

考えるに、被疑者・被告人が、国選弁護人に対して、被害者などと示談してもらうよう要望した場合、示談交渉について、明示あるいは黙示の代理権授与行為<sup>148</sup>があったと法律構成することが可能ではないだろうか。

事務管理法において、通説が、管理者の代理権・授権といった権能を認めない理由は、私的自治の原則のもとでは、利他的行為よりも個人の自由を尊重すべきだからである。ところが、身柄を拘束されている被疑者・被告人が、自らの刑事処分を軽減してもらうために、法律の専門家である国選弁護人に示談交渉してもらうことは、私的自治の原則に反しない。なるほど、一般的に、代理権授与行為は、委任・雇用・組合などの事務処理「契約」の存在を前提とするが、「準契約」に位置づけられる事務管理の場合も、私的自治の原則に反しない限りにおいて、管理者に代理権を認めることは可能であると考ええる。

これに対しては、示談交渉については、端的に、被疑者・被告人と国選弁護人の間で、委任契約が締結されたと理解すべきかも知れない。

しかし、日本の事務管理法において、事務管理者は、被管理者（本人）の意思を知ったときは、その意思に従って管理する義務を負っている（民法697条2項）が、本人の「意思を知ってその意思に適する方法で管理をしても、当該事務管理の性質が委任その他の契約にかわるわけではない」と考えられている<sup>149</sup>。そのため、あくまでも事務管理者である国選弁護人が、被害者などと示談交渉していると考えべきである。

## V 国選弁護人が示談交渉しないことで債務不履行責任を負うケース

---

<sup>146</sup> 武井ほか・前掲注（137）394頁〔執筆者不明〕。

<sup>147</sup> 平野・前掲注（119）19頁。

<sup>148</sup> 代理権授与行為の法的性質については、契約説か単独行為説かなどの対立があるが、以下のように整理することが可能である。すなわち、国選弁護人と被疑者・被告人は契約関係に立たない。また、被疑者・被告人が、国選弁護人に対して、示談交渉を希望しても、被害弁償金が調達できないなどの事情により、示談の成立が見込めない事案であれば、国選弁護人は、示談交渉する義務（私法上の義務）を負わない。このことから、被疑者・被告人の国選弁護人に対する代理権授与行為は、単独行為説と親和性がある。

<sup>149</sup> 遠藤浩編『基本法コンメンタール〔第四版〕債権各論Ⅱ』（日本評論社、1996年）4頁〔徳本鎮〕。

東京地裁平成22年判決は、示談交渉する義務の直接的な法的根拠を、刑事弁護の委任契約に求めている。しかし、国選弁護人と被疑者・被告人の法律関係は、委任契約ではない。そのため、東京地裁平成22年判決の射程は、国選弁護人が示談交渉する義務には及ばないという考えも成り立つ。

国選弁護人が示談交渉する義務を負うとして、その義務を履行しないことで、私選弁護人と同様に違法になるだろうか。

前掲東京地裁昭和38年判決は、「国選弁護人に選任せられることが比較的低廉な報酬を受けるだけで高度の弁護活動を要求せられることとなる点において弁護士にとってひとつの強制的な負担であるとしても、これは弁護士の公共的職業者たる性格に随伴する専務〔ママ〕として甘受さるべきもので、これがため上記義務内容に相違を生ぜしめるわけのものでない」と判示している。

当然、現在も、弁護士が公共的職業者であることに変わりはない。また、弁護人が、被害者などと示談することや被害弁償することは、被疑者・被告人の人権擁護に資するだけでなく、被害者救済や社会秩序を回復させる意義も有している。

それと同時に、現行の国選弁護人の報酬等の算定基準だと、例えば、被害者が1名で、その1名から減刑嘆願書を取得した場合、報酬額は7000円である。労力に見合う報酬になっていないことは明らかである。

他にも、例えば、3名の被害者がいる場合に、判決言渡し時点で示談（和解契約）が成立したのが2件だった場合、特別加算報酬額（4万2000円）を3で除した金額を2倍した金額（2万8000円）が報酬額である。ところが、被害者が1名で、その1名と示談（和解契約）が成立した場合、報酬額は3万円である。2名と示談する方が明らかに労力を要するが、報酬額は低くなる。

旧日本弁護士連合会報酬等基準では、示談交渉事件の着手金の最低額は10万円とされていた。とりわけ刑事事件の被害者などとの示談交渉は、強固な被害感情を抱いている被害者を相手にしなければならないことも多く、国選弁護人としても、慎重な対応を求められる。それと同時に、被疑者・被告人が、被害者などに対して攻撃的な感情を抱いていることも往々にしてあるため、国選弁護人は、被疑者・被告人の心情に配慮する必要がある。

そもそも国選弁護人は、被疑者・被告人の利益のために示談交渉しているので、被害者などの要求を受諾できないことも多く、その場合、被害者などとの間でハレーションが生じることもある。

しかも、着手金方式やタイムチャージ方式で、示談交渉している私選弁護人と異なり、国選弁護人の場合、特別加算報酬が発生するのは、示談などが成立して、示談書を検察官に提出し、あるいは、公判で取調べられた場合に限定されている。国選弁護人が、被害者などと示談交渉したものの、示談を成立させられないで終

わることは往々にしてあるが、その場合は無報酬である。実際には、無報酬どころか、示談交渉のために、国選弁護人は、交通費、郵便代、電話代、人件費などの経費を負担することになるが、それらの経費は原則として自己負担である。現行の国選弁護人の報酬等の算定基準は、示談成立に至るまでの労力などに報いる基準となっていない。

例えば、示談が成立しなかった場合でも、被告人が被害者に対する示談に前向きであるという立証趣旨で、「示談交渉に関する経過報告書」を証拠調べ請求して、公判で取調べてもらう場合がある。そのような場合も踏まえ、示談のために要した時間（労力）に応じて報酬請求できる制度（タイムチャージなど）の導入を検討すべきである。

議論は多少横に逸れるが、否認事件の弁護活動を続ける場合、自白事件の何倍、何十倍の労力を投ずることが多い。現行の国選弁護人の報酬等の算定基準は、公判廷の開廷時間の長短によって報酬が増減することを基本に据えており、公判廷外の活動や労力を十分反映した基準になっていない。自白事件に比べて、否認事件の場合、公判準備のために投ずる時間は必然的に長くなる。そのため、否認事件の国選弁護人は、自白事件の国選弁護人に比べ、時間給当たりの報酬額が低いことになる。このことは、否認事件の弁護活動は報われないことを意味する。弁護士の公共的使命を度外視した意見になるが、このことは、冤罪を生み出す土壌を形成する危険すらあると言っても過言ではない。

議論を戻すと、国選弁護人といえども、示談交渉しないことが違法になる余地を残しておくべきである。ただし、現行の国選弁護人の報酬等の算定基準は、示談が成立した場合に限定して、「特別」に報酬を加算している。国選弁護人が示談交渉しないことで債務不履行責任に問われるケースは、相当限られていると考えるべきである。

また、契約自由の原則や信頼関係を基礎とする委任契約の規律に服する私選弁護人と、事務管理の規律に服する国選弁護人が、ともに示談交渉する義務を負うとしても、その義務の内容は、前者が個別の合意内容や信頼関係によって左右されるのに対して、後者は定型的なものとなる。すなわち、私選弁護人の場合、契約による拘束力が作用するため、契約に違反することになれば、債務不履行責任が認められやすい。

示談交渉には、簡易なものから難航するものまで千差万別である。ところが、現行の国選弁護人の報酬等の算定基準は、示談交渉という活動そのものに対して報酬を支払うことにはなっていない。通常、示談が成立する場合、その前提として交渉の過程を経る。その過程に対して報酬が出ないということは、示談交渉しないことをもって、国選弁護人が債務不履行責任に問われる場面は限定されると考えるべきである。

さらに、国選弁護人が誠実義務に基づいて、示談交渉する義務を負っているとしても、東京地裁平成11年判決が示したように、弁護人の活動は、高度に技術的かつ複雑であることから、幅広い裁量が認められる。

そして、現行の国選弁護人の報酬等の算定基準が、示談が成立した場合に限って、特別加算報酬を出すことにしている以上、被疑者・被告人が、国選弁護人に対して、示談交渉してもらおう意思を有していることを、国選弁護人が知ったときであっても、示談成立の見込みが乏しいと国選弁護人が判断した場合（例えば、被害弁償するだけの資力が無く<sup>150</sup>、あるいは、被害感情が強固で、交渉しても示談の成立が見込めない場合）に示談交渉しなかったとしても、裁量の範囲内であると考えられる。

また、被疑者・被告人、その親族らが、被害者などと連絡を取り合っても支障が生じない場合（例えば、家庭内暴力などの事案で、被疑者と被害者が同居しており、勾留場所でも面会している場合や、弁護人が選任される前に、被疑者やその親族らが被害者と既に示談交渉している場合）であれば、国選弁護人の方で示談交渉しないという判断も裁量の範囲内であると考えられる。

「被害者との連絡」を「間違っても被疑者、被告人本人、あるいはその親族などにさせることは絶対にしてはいけない」<sup>151</sup>という意見があるが、その一方で、「できるかぎり被告人の家族に直接被害者に謝罪にってもらい、被害弁償してもらおうかたちをと」るべきであるとし、その理由として、「親ができることを弁護人が代わってやることはむしろ被告人の将来にとって有害と考えている」という意見もあり<sup>152</sup>、どのような活動をすべきかについて意見は分かれており、裁量の範囲内の問題である。

さらに、どの程度の労力を投じて、示談交渉するかについても、国選弁護人の裁量を尊重するべきである。例えば、示談交渉を郵送でやり取りする方法で進めるか、被害者宅や近所の喫茶店まで赴いて交渉するかは、国選弁護人が自らの経験や被害者の居住場所や態度などを踏まえて判断するべきである。

その意味では、現行の国選弁護人の報酬等の算定基準を前提とする限り、国選弁護人と私選弁護人で、示談交渉する義務に違反して、実際に私法上違法となる場面が異なってくることは否定できない。

弁護人が国選弁護人だった事案で、東京地裁平成22年判決に相当する判決が見当たらないのは、このような事情も反映しているのではないだろうか。

---

<sup>150</sup> 私選事件よりも国選事件の方が、被害弁償する資力のない被疑者・被告人が多く、また、被害弁償に協力的な親族などのいないケースが多い。

<sup>151</sup> 村木一郎「被害者との対応」・前掲注（31）260頁。

<sup>152</sup> 藤澤和裕「担当事件数が多いゆえの苦勞 弁護士過疎地での国選弁護」・前掲注（20）53頁。

もつとも、被疑者・被告人に示談金を支払う意思も能力もあり、国選弁護人以外に示談交渉する者がおらず、国選弁護人が、さしたる理由もないのに示談交渉しなかったときは、被疑者・被告人の弁護人依頼権を無意味にしたことが明らかな場合に該当しうるので、債務不履行責任を負う余地があると考ええる。

## VI 被害弁償金を調達する活動

被害者などと示談を成立させ、あるいは、被害弁償を行うためには、相応の資金が必要であることは論を待たない。

被疑者・被告人が被害弁償金を所持していない場合、国選弁護人が、親族に対して、被害弁償金を工面してもらえないか打診することは往々にしてある。被害弁償金の額は、100円の商品の万引きから、5000万円の横領に至るなど千差万別だが、資金調達できるか否かは、被害弁償を進めるうえで、避けては通れない関門となる。

例えば、多数の消費者金融から借り入れをしていた被疑者が、金策に困って、窃盗を繰り返す事件があったとする。被疑者は多重債務者で、窃盗の被害弁償に充てられる現預金を持ち合わせていなかった。ところが、国選弁護人が、被疑者と接見して聴き取りを行うと、消費者金融に対して過払金返還請求権を有していることが判明した。この場合、国選弁護人が、被疑者の代理人となって、消費者金融に受任通知を郵送して、消費者金融から取引履歴を取り寄せ、利息制限法に基づく引き直し計算を行い、過払金の返還請求をする義務まで負うだろうか。

他には、被疑者が500万円を横領し、逮捕された事件があったとする。横領した現金は、遊興費で費消してしまっており、被害弁償に充てられる現預金はなかった。ところが、被疑者は、交通事故の被害者で、交通事故の損害賠償請求額を算出すると600万円ほどあり、それを被害弁償に充てることが可能だったとする。

このような場合に、被害弁償できるか否かが、執行猶予にとどまるか、実刑判決になるかの分水嶺になることもある。

示談金や被害弁償金を、交渉によって調達することが可能な場合、国選弁護人は交渉する義務まで負うだろうか。

この疑問については、第2章の4で検討した通り、弁護人の権限行使と密接な関連を有する活動ではないので、弁護人の誠実義務の対象外であると考ええる。

なお、弁護士職務基本規程49条1項は、「弁護士は、国選弁護人に選任された事件について、名目のいかに問わず、被告人その他の関係者から報酬その他の対価を受領してはならない」と規定している。この規程の解釈にあたって、日本弁護士連合会弁護士倫理委員会は、「示談金を捻出するために、所有家屋を売

却したり、過払金返還請求訴訟を提起するなど、刑事事件とは別個の民事事件として相当程度の時間、費用および労力を要する場合には、本条に定める『事件』にはあたらないものとして、当該手続に関して適切な額の報酬を受領することは、本条によって禁止されているものではない。ただし、本条の潜脱とみられることのないように、適切な報酬額となるよう慎重に対応しなければならない。なお、国選弁護事件の場合には被疑者・被告人の資力が不十分な場合が多いので、民事法律扶助制度を活用すべきである。同制度を利用する場合には、報酬額は法テラスとの契約で定まることから疑義が生じることはない<sup>153</sup>と解説している。

また、弁護士職務基本規程49条2項は、原則として、国選弁護人に選任された事件について、被告人その他の関係者に対して、その事件の私選弁護人に選任するよう働きかけてはならないと規定している。

これは、「国選弁護人が、報酬が低額であること等を理由に十分な弁護活動ができないなどとして、被告人その他の関係者に対し私選弁護人に選任するよう働きかけるようなことは、国選弁護人全体の職務の公正さを疑わせ、ついには国選弁護制度の公正さを害する」からであると考えられている<sup>154</sup>。

そのため、国選弁護人が、私選弁護人として受任すれば問題をクリアーできるというわけでもない。

繰り返しになるが、国選弁護人は、弁護人の誠実義務の一つとして、示談交渉する義務を負う。しかし、示談金や被害弁償金を、交渉によって調達することが可能であるとしても、国選弁護人がその交渉をする義務までは負わないと考える。

## VII 特別定額給付金を申請する活動

新型コロナウイルスの緊急経済対策のため、政府は、令和2年4月20日の閣議で、一人あたり10万円を特別定額給付金として支給することを決定した。特別定額給付金を申請して、受給するには、自治体の首長宛の申請書を作成、提出する必要があったものの、身寄りのない未決拘禁者の場合、上記申請書を作成して、提出することが不可能だった。

総務省は、令和2年4月30日に、各都道府県及び各指定都市の特別定額給付金担当部長に対して、特別定額給付金給付事業実施要領により実施することを通知した。そして、申請・受給権者本人による申請・受給が困難な場合で、かつ、代理が当該支給対象者のためであると認められる場合として、留置施設・刑事施

<sup>153</sup> 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会・前掲注(24)144頁-145頁。

<sup>154</sup> 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〕』(有斐閣、1996年)162頁-163頁。

設に留置・収容されている未決拘禁者を挙げ、当該未決拘禁者は、弁護士による代理が可能であるとした。

ちょうどこの時期に、未決拘禁が長期化していた被告人の国選弁護人だったため、被告人の代理人として、特別定額給付金の申請・受給を行った。被告人からは、「自宅の鍵を宅下げするので、（一人暮らしの）自宅に入ってもらって、財布に入っている1万円を抜き取って、そのお金を拘置所に差し入れて欲しい」といった要望を従前から受けていたが、拒否していた。

そうしたところ、特別定額給付金の制度が開始したため、被告人の代理人として、市役所に対して、特別定額給付金を申請した。代理人名義の預金口座も可とされたことから、同口座を振込先として指定し、振り込まれた特別定額給付金（現金10万円）を、預金口座から引き出して、その現金を被告人に差し入れた。

私選弁護人であれば、被疑者・被告人から申請の委任を受ければ、特別定額給付金を申請する義務を負うし、報酬を請求する権利も認められる。他方、国選弁護人の活動と特別定額給付金の申請は直接の関係はないので、申請する義務はないと結論付けることも可能である。

もっとも、被疑者・被告人から、「特別定額給付金を代理で申請してもらい、その10万円を被害弁償金に充ててほしい」といった要望を受けるケースを想定することもできる。実際、特殊詐欺の被害に遭った破産者の破産管財人をしていた際、被告人（加害者）の国選弁護人から、被害弁償金の一部を特別定額給付金から捻出して支払うという通知を受け取ったので、支払われた現金を破産財団に組み入れたことがあった。

被害弁償という弁護活動と関わりがある場合に、国選弁護人が、特別定額給付金の申請をしないことが、弁護人の誠実義務に違反するかについては、悩ましい問題である。

悩ましい問題であると考えられる理由は、特別定額給付金の申請をすることは、さほどの労力や交渉を要する活動ではなく、また、身寄りがない被疑者・被告人の場合、国選弁護人しか申請を頼れない状況だからである。しかも、政府は、期限までに申請しなければ、特別定額給付金を支給しない扱いにしていた。国選弁護人が特別定額給付金を期限までに申請すれば、現金10万円が必ずもらえたので、被疑者・被告人の利益になることは明白だった。

そのため、特別定額給付金を申請する活動を、一律に国選弁護人の誠実義務の対象外にすべきではなく、特別定額給付金の申請をすることで、被害弁償金を賄うことが可能であり、かつ、そのことで、被害弁償あるいは示談の成立が見込まれる場合は、示談書を証拠として提出することと密接な関連を有する活動になると考える。すなわち、弁護人の誠実義務の対象となり、国選弁護人は善管注意

義務を負うことになる<sup>155</sup>。

## 7 任務が終了することによる差異

### I 具体的な差異

国選弁護人の任務は、被疑者が釈放された段階で終了となる（刑事訴訟法 38 条の 2 本文）。すなわち、国選弁護人の任務終了時は法定されており、終了時を被疑者・被告人と国選弁護人の合意によって動かすことはできない。これに対して、私選弁護人であれば、釈放された段階で当然に任務が終了するわけではない。

国選弁護人は、任務終了後に活動しても無報酬である<sup>156</sup>。しかも、国選弁護人の場合、弁護士職務基本規程 49 条 1 項で、「国選弁護人に選任された事件について、名目のいかに問わず、被告人その他の関係者から報酬その他の対価を受領してはならない」ことになっているので、報酬を受領することもできない。

そのため、委任契約に基づいて報酬を受けられる可能性がある私選弁護人と、報酬の面で異なる結果を招くことになる。

以下では、国選弁護人だった者が、任務終了後も活動したものの、その活動のために負担した費用（交通費）が国から支給されなかった事案として、札幌地裁平成 30 年判決（以下では、「札幌地裁平成 30 年判決」という。）<sup>157</sup>があるので、同判決の検討を通して、国選弁護人が任務終了後も法的義務を負うかについて検討する。

### II 札幌地裁平成 30 年判決

---

<sup>155</sup> 令和 4 年 9 月 26 日に、内閣府政策統括官は、電力・ガス・食料品などの価格高騰による負担増を踏まえ、特に家計への影響が大きい低所得世帯（住民税非課税世帯など）に対する給付金（電力・ガス・食料品等価格高騰緊急支援給付金）として一世帯当たり 5 万円を支給する通知を各都道府県知事に発出し、申請書の提出期限を原則として令和 5 年 1 月 31 日までとしたため、特別定額給付金の申請と同様の問題が発生した。

<sup>156</sup> 法テラス本部国選弁護課に対して、無報酬であることに対して不服の申立てをすると、「報酬は、憲法などに基づく国民の権利を保障するための義務的経費となり、国は予算不足を理由に支給を拒むことができないため、財政規律維持の観点から、算定基準に厳格に従った運用が求められている（総合法律支援法第 36 条 5 項など参照）」と回答してくることがある。

<sup>157</sup> 札幌地判平成 30 年 8 月 17 日（平成 29 年（ワ）1534 号 国選弁護費用請求事件）  
[https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/056/088056\\_hanrei.pdf](https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/056/088056_hanrei.pdf)（最終アクセス日 2023 年 12 月 17 日）。

まず、札幌地裁平成30年判決の事案の概要は、以下の通りである。

傷害事件の被疑者の国選弁護人に選任された原告が、担当検察官から、勾留満期日に、被疑者の留置施設に原告が迎えに行き、自宅以外の受入先の施設まで原告が同行するのを約束すれば、被疑者を釈放する旨告げられた。原告は、担当検察官との約束を履行したので、被告（法テラス札幌地方事務所）に対して、留置施設から受入先の施設までの交通費を請求したが、被告は交通費の支給を認めなかったという事案である。

札幌地裁平成30年判決は、「刑事訴訟法上、被疑者の国選弁護人の選任の効力は被疑者の釈放によって失われるものとされており、被疑者の国選弁護人の選任の効力が失われた後の国選弁護人による弁護活動に関して特段の規定が設けられていないことからすると、被疑者が釈放された後に被疑者の国選弁護人であった者によってされた行為は、『国選弁護人に選任された事件』に関連したものではないというほかない」と判示して、原告の請求を棄却した。

もともと、札幌地裁平成30年判決は、「事案に鑑み、付言する」として、原告が留置施設から受入先の施設まで同行したことは、「被疑者の釈放により国選弁護人の選任の効力が失われるにもかかわらず、実質的には国選弁護人として活動することを義務づけられているものと評価することができる。また、こうした意向が検察官から示されたのは、原告が被疑者の国選弁護人として選任され、弁護活動を行った成果とみることもできる」。国選弁護人の事務に関する契約約款と国選弁護人の報酬等の算定基準「を変更することにより、こうした活動を評価することが望ましい」と判示した。

### Ⅲ 国選弁護人だった弁護士の法的義務

そもそも国選弁護人の場合、被疑者が釈放されることによって選任の効力を失う（刑事訴訟法38条の2本文）以上、被疑者が釈放された後は、弁護人の誠実義務も消滅すると考える。

もともと、事務管理者の私法上の義務という次元で、札幌地裁平成30年判決の事案について考えると、国選弁護人だった者が、留置施設から受入先の施設まで送迎する事務は、被疑者だった者との関係では、管理継続義務（民法700条本文）を履行したと評価することが可能である。札幌地裁平成30年判決は、「実質的には国選弁護人として活動することを義務づけられている」と判示しているが、ここでいう義務は、管理継続義務を指していると理解することもできる。

ただし、持続可能な国選弁護制度を維持する観点から、札幌地裁平成30年判決が判示するように、国選弁護人の報酬等の算定基準は改正されるべきである。

#### IV 示談交渉が終わらない場合の法的義務

国選弁護人としての任務が終了した後にも問題になるのは、被害者などとの間で示談交渉が続く場合である。この場合、国選弁護人だった者は示談交渉する義務を負い続けるだろうか。

日本弁護士連合会は、法テラスに対して、平成22年6月18日付けで、被疑者国選弁護人の選任の効力が失われた後の事実上の弁護活動に対する報酬に関する要望書を提出している<sup>158</sup>。

この要望書を要約すると、被疑者国選弁護人の選任の効力は、勾留の執行停止による時を除いて、被疑者が釈放されたときに失われる（刑事訴訟法38条の2）。そのため、被疑者国選弁護人が釈放後の示談活動を行う必要はなく、釈放後の示談活動を検察官に約束して釈放を得る弁護活動をする必要はない。その結果、被疑者が起訴されたとしても、それは国選弁護人の責任ではない。これを私選弁護人に置き換えた場合、そのような方針の下で弁護活動を行えば、不十分な弁護活動と評価される。国選弁護は、私選弁護と比較して十分な弁護活動を受けられないという結論を認めなければならない。憲法が国費による弁護人の弁護を受ける権利を保障した趣旨に反する結果を招く。国選弁護人の地位に付随し、かつ、必要な活動であるならば、報酬面に反映しなければならない。報酬を払わないということは、①その活動に価値を認めていないということであり、②その活動を行わないことを是認することであり、③国選弁護と私選弁護の質的な相違を肯定することに他ならない。被疑者国選弁護活動の報告書提出期間の14日では短すぎるであろう。なぜならば、勾留期限までに示談が成立しなかった、いわば困難案件だからである。釈放後に示談などをするには、一定期間が必要であり、3ヶ月程度の期間の猶予を設定するのが妥当であると述べている。

ただ、3ヶ月程度の期間で足りるといえるかについては、疑問なしとしない。なぜなら、被害者との示談が成立したのが、刑事事件の判決言渡しから1年以上の歳月を要したことがあったからである。示談交渉の途中で、被害者側に犯罪被害者保護精通弁護士が代理人として就いた案件だった。

この案件は、私選弁護人として活動していたので、国選弁護人の任務終了後の問題は発生しなかった。しかし、国選弁護人であっても、同様の事態が生じることは十分考えられる。

まず、国選弁護人の任務が終了している以上、弁護人の誠実義務は消滅してい

---

<sup>158</sup> 日本弁護士連合会「被疑者国選弁護人の選任の効力が失われた後の事実上の弁護活動に対する報酬に関する要望書 2010年（平成22年）6月18日」  
<https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/100618.pdf>（最終アクセス日2023年12月17日）。

る。

他方で、私法上の義務について考えると、国選弁護人だった弁護士は、示談交渉について、管理継続義務（民法700条本文）を負っている。被疑者・被告人が起訴猶予処分などで釈放された場合、示談交渉を被疑者・被告人本人に委ねることも可能である。その場合、本人に引き継ぐことで、管理継続義務を終了させることが可能である。そのため、管理継続義務は、国選弁護人の任務終了後に、示談書が国選弁護人だった弁護士の手元に届いた場合に、国選弁護人だった者が、被疑者・被告人に示談書を渡す程度の活動（負担）にとどめるべきである。

また、国選弁護人を介さずに示談することが困難な事情が被害者側にあった（例えば、住所や連絡先を知られたくない場合）としても、国選弁護人だった弁護士に対して、「被害者のために」示談交渉する義務を負わせることはできない。そのため、実務上はこのことを見越して、国選弁護人は、任務が終了したら、被疑者・被告人と直接交渉してもらう必要があることを被害者に伝えて、示談の成立を促すことも多い。

## おわりに

国選弁護人は、私選弁護人と異なり、辞任の自由がなく、被疑者・被告人は国選弁護人を解任する権利もない。また、国選弁護人は、刑事手続法上、選任の効力が生じている場合に限り、弁護人の誠実義務（公法上の義務）を負っている。

また、国選弁護人は、私選弁護人と異なり、被疑者・被告人と契約関係がなく、私法上の法律関係は、事務管理であると考えられる。このことから、国選弁護人は、弁護人の誠実義務の対象外となる活動については、事務管理する義務を負わない。

他方、私選弁護人の場合、弁護人の誠実義務の対象となる活動は、最低限の活動ラインを意味することになる。すなわち、私選弁護人の場合、契約の内容次第では、活動しなければならない範囲が拡大することもある。

そのため、国選弁護人と私選弁護人の法的義務は、完全には一致せず、間隙が発生することになる。

しかし、そもそも国選弁護制度は、貧困などの事情によって、私選弁護人に委任できない被疑者・被告人の弁護人依頼権（憲法34条前段、同法37条3項）を保障するための制度である。

被疑者・被告人の弁護人依頼権の保障をより強固なものにするには、国選弁護人と私選弁護人の法的義務の間隙を埋める方向（国選の私選化）に進むべきである。ただし、その方向に進む際、国選弁護をより持続可能な制度にすることを忘れてはいけない。

具体的には、国選弁護対象事件を在宅事件や余罪事件などにも拡充する法改正や、被疑者・被告人が国選弁護人を指名・交代できるようにする法改正が検討されるべきである。また、国選弁護人の報酬等の算定基準については、鑑定費用についても実費を支給することや、示談交渉などについて労力に応じた報酬を支給する基準に変更すべきである。そして、これらの法改正や基準の変更を検討する過程で生ずる法的な問題については、今後の研究に委ねることとしたい。

以上