

弁護人の効果的な援助を受ける権利

一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

田鎖麻衣子

2016年3月

目次

序章 問題の所在と検討の方法	1
第1 日本国憲法の制定と「弁護人の機能」の転換	1
第2 「弁護人の効果的な援助を受ける権利」の保障に対する学説の理解	2
第3 「効果的な援助を受ける権利」の未確立	3
第4 「効果的な援助を受ける権利」の確立を阻む要因	4
第5 検討の方法	5
第1章 アメリカにおける弁護人の援助を受ける権利の拡大と「非効果的援助」主張の登場	7
第1 弁護人による援助を受ける権利の承認とその拡大	7
1 弁護人の援助を受ける権利の承認	7
2 弁護人による援助の拡大	8
第2 弁護人の援助を受ける権利と合衆国憲法及び連邦最高裁の限定的役割	9
1 第6修正による保障の限界	9
2 デュー・プロセス条項と弁護人の援助を受ける権利	10
3 州裁判所における弁護人の援助を受ける権利に関する事例の集積	11
第3 非効果的援助に関する初期の裁判例	11
1 代理人ルールによる救済の否定	11
2 代理人ルールの修正～①デュー・プロセス的アプローチ	13
3 代理人ルールの修正～②弁護人の援助を受ける権利からのアプローチ	14
第4 小括	17
第2章 連邦最高裁判例にみる「弁護人の効果的な援助を受ける権利」の保障と発展	19
第1 第14修正による弁護人の援助を受ける権利の保障～Powell v. Alabama	19
1 事案の概要	19
2 法廷意見	20
3 「非効果的援助」事案としての Powell v. Alabama	22
第2 第6修正による弁護人の「効果的な援助」要請の確立	23
1 裁判所により弁護人の選任を受ける権利の保障～Johnson v. Zerbst	23
2 効果的な援助を受ける権利の保障～Glasser v. United States	24
3 第6修正による弁護人の援助を受ける権利の意義	25
第3 第14修正と「効果的な援助」	26
1 デュー・プロセス条項による弁護人の援助を受ける権利の保障	26
2 「効果的な援助」要請の承認	27
第4 小括	29

第3章 「効果的な援助」の判断基準	31
第1 連邦控訴裁判所による「効果的な援助」の判断基準	31
1 初期の「茶番」基準	31
2 「合理性」基準への転換	32
3 「合理性」基準の下でのばらつき	36
4 判断基準と二つのアプローチ	41
第2 効果的な援助を受ける権利の侵害と国家の関与～Cuyler v. Sullivan	42
1 事案の概要	42
2 効果的な援助を受ける権利と国家の関与	43
3 不利益要件の要否	44
4 弁護人による効果的な援助の否定と国家の責任	45
第3 連邦最高裁による「非効果的援助」の判断基準～Strickland v. Washington	46
1 事案の概要	47
2 法廷意見	48
3 反対意見	52
4 法廷意見の位置付け	53
第4 小括	58
第4章 Strickland 基準の具体的適用～死刑事件にみられる変化	59
第1 Strickland 基準と死刑事件の量刑手続	59
1 量刑手続と効果的な援助を受ける権利	59
2 死刑事件に顕著な Strickland 基準適用の変化	60
第2 死刑事件に特別な手続と弁護活動	62
1 死刑事件に特別な手続の形成	63
2 死刑事件弁護に要求される特別な活動	69
3 死刑事件に特別な手続と不利益要件	77
第3 小括	78
第5章 日本における弁護人の援助を受ける権利	81
第1 日本国憲法 37 条 3 項と弁護人の効果的な援助を受ける権利	81
1 憲法 37 条 3 項による「効果的な援助」を受ける権利の保障	81
2 憲法 37 条 3 項による裁判所の義務	83
3 判例による憲法 37 条 3 項の理解の検討方法	84
第2 国選弁護人の選任の要否と選任時期	85
1 国選弁護人の選任の要否	85
(1) 最高裁昭和 24 年 11 月 2 日大法廷判決	85
(2) 最高裁昭和 24 年 11 月 30 日大法廷判決	86
(3) 判例の立場	87
2 国選弁護人の選任時期	88

(1) 最高裁昭和 24 年 7 月 13 日大法廷判決	88
(2) 最高裁昭和 32 年 6 月 19 日大法廷判決	90
(3) 判例の立場	91
3 実務における変化	92
第 3 国選弁護人による共通弁護と利害相反	93
1 共同被告人の一人の私選弁護人を他方の国選弁護人に選任する場合 (Glasser 型)	93
(1) 最高裁昭和 30 年 12 月 20 日第三小法廷判決	93
(2) 連邦最高裁判例との対比	94
2 複数の被告人に同一の弁護人を国選弁護人として選任する場合 (Holloway 型)	95
(1) 憲法 37 条 3 項と国選弁護人による共通弁護	95
(2) 連邦最高裁判例との対比	96
3 刑訴規則 29 条旧 2 項の解釈とその変化	97
(1) 刑訴規則 29 条旧 2 項の趣旨	97
(2) 共通弁護への慎重化傾向	98
(3) 効果的な援助を受ける権利と利害相反性判断	99
4 小括	100
第 4 弁護人の行為と弁護人の援助を受ける権利の侵害	101
1 私選弁護における利害相反	101
(1) 私選弁護人による共通弁護と利害相反	102
(2) 私選弁護人と被告人との利害相反事案	105
2 利害相反を伴わない弁護人の行為による権利侵害	108
(1) 弁護人による、被告人の意に反して不利益な行為	109
(2) 平成 17 年第三小法廷決定の概要	113
(3) 平成 17 年第三小法廷決定による「弁護人の機能」の捉え方	115
(4) 第 6 修正が前提とする当事者主義及び弁護人の機能との対比	119
3 弁護人の援助を受ける権利に対する判例の理解	123
(1) 弁護人の援助を受ける権利に対する判例の一貫性	123
(2) 最高裁平成 11 年 3 月 24 日大法廷判決との関係	125
終 章 「弁護人の効果的な援助を受ける権利」の確立に向けて	128
第 1 「弁護人依頼権」を「弁護人の援助を受ける権利」として捉えなおす	128
第 2 死刑事件における「弁護人の機能」	129
1 死刑事件における効果的な援助の重要性	129
2 慎重かつ公平な死刑判断の前提としての効果的な援助	129
3 死刑事件から非死刑事件へ	131
第 3 弁護人の効果的な援助を受ける権利の侵害に対する救済の方向性	131
1 訴訟手続の法令違反	132
2 効果的な援助を受ける権利の侵害という法令違反	133
3 「効果的な援助」をどうはかるか	134

序 章 問題の所在と検討の方法

第1 日本国憲法の制定と「弁護人の機能」の転換

戦前の日本における弁護士制度は、1872（明治5）年制定の司法職務定制により、民事訴訟における代理人である「代言人」の制度として始まった¹。1876（明治9）年に制定された代言人規則により、代言人は、原則として司法卿により免許を得たものでなければならないとされ、訴訟における裁判権行使の円滑性を保持するために不可欠の、裁判所の補助機関と位置づけられた²。しかし、刑事訴訟における代言人については規定がなく³、1880（明治13）年の治罪法により、「被告人ハ弁論ノ為メ弁護人ヲ用フルコトヲ得 弁護人ハ裁判所々属ノ代言人中ヨリ之ヲ選任ス可シ但裁判所ノ允許ヲ得タル時ハ代言人ニ非サル者ト雖トモ弁護人ト為スコトヲ得」として初めて弁護人制度が定められた⁴。このような経過を経て制度化された弁護人は、職権主義訴訟構造において、「被告人の弁護を通じて裁判所の真実発見に寄与する」という「消極的補充的な」役割を担うものであり、その意味において、やはり裁判所の補助機関と位置づけられるべきものであった⁶。

日本国憲法の施行は、こうした弁護人の役割を、当事者主義訴訟構造のもとで「刑事訴訟として構築された真実発見のメカニズムの中で被告人・被疑者の正当な権利を擁護する積極的主導的なもの」⁷、「被疑者・被告人の手續上許される正当な諸権利を積極的に行使し、防御権の確保を枢軸とする主導的なもの」⁸へと、質的に大きく転換することを迫るものであった。すなわち日本国憲法37条3項は「刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。」と定めたのであるが、これは周知のとおり、「すべての刑事上の訴追において、罪に問われた者（the accused）は、…自己の防御のために弁護人の援助を受ける（have the Assistance of Counsel for his defence）権利を有する」と定めるアメ

¹ 染野義信「裁判制度」鵜飼信成ほか編『講座日本近代法発達史 第6』67頁

² 染野義信「司法制度」鵜飼信成ほか編『講座日本近代法発達史 第2』127頁

³ ただし、禁じられていたわけでもなく、事案によって司法省の許可を受け「刑事代言人」すなわち弁護人を附することも許された。石井良助『明治文化史 第二巻 法制編』232頁（洋々社、昭29）、染野・前掲注（2）128頁。代言人制度が刑事手続に拡大される具体的な経過については、石川才頭『捜査における弁護の機能』53頁以下（日本評論社、1993）参照。

⁴ 同法266条

⁵ 松尾浩也「弁護人の地位」『総合判例研究叢書 刑事訴訟法（11）』3頁（有斐閣、昭36）

⁶ 江木衷『本邦治罪法』（東京法学院、明24）112頁では、「辯護人ハ被告人ノ利益ヲ保護スヘキモノナレトモ被告人ノ代人ニアラス即チ裁判所ノ一ノ公役」であると述べられている。

⁷ 松尾・前掲注（5）3頁

⁸ 石川・前掲注（3）42頁

リカ合衆国憲法第6修正をモデルとしたものである。そしてこの第6修正の弁護人条項は、弁護人の「効果的な」援助（effective assistance）を受ける権利を保障するものであることが、日本国憲法制定当時、既に連邦最高裁の判例によって確立されていた（第2章参照）。

第2 「弁護人の効果的な援助を受ける権利」の保障に対する学説の理解

わが国の学説においても、日本国憲法37条3項は、当事者主義を実質的に機能させるための要請として「有効な弁護」あるいは「効果的な弁護」を保障したものであるという理解が、刑事訴訟法研究者の間において広く共有されてきた。

平野博士は、当事者主義訴訟構造のもとでは、被告人を補助する機関としての弁護人の制度の必要性は一段と大きくなるため、日本国憲法は基本的人権の一として被告人及び被疑者の「弁護人依頼権」を保障した（37条3項、34条）のであり、この場合の「弁護人依頼権とは、形式上弁護人を持つ権利だけでなく、実質的に、その弁護を受ける権利を含むものと解しなければならない」⁹とされた。

その後、田宮博士は、より詳細に以下のように述べられた。「日本国憲法が公平な裁判の理念を表明することによって当事者（主義）訴訟を前提する以上、たんに有資格の弁護人が選任されているだけでは意味がない。弁護人による効果的な弁護活動がなければ、法律的に無知であり、訴追という十字架をすでに負った劣弱な被告人の正当な権利は、文字通り危殆に瀕せざるをえない。当事者主義のもとでは、形式的に弁護人がついただけでは、そもそも弁護人の援助を受ける権利を保障したことにはならないのである。そこで右の『資格を有する』とは、たんに有資格であるということだけではなく、実質的に『有能な』（デフェンダーとしての機能を果たし得るという意味でコンペtentな）ことを要し、かつそこで保障される弁護権は、その名に値する『有効な』（被告人の防御の実を果たす）ものでなければならない。このことは、わが国では、とくに主張されたことはないが、あまりにも当然のことだと思われる」¹⁰。

また鴨博士も、アメリカにおける「弁護人依頼権」の理解を基礎として、わが国における「弁護人依頼権の本質的な内容は、被告人が訴訟のいかなる段階でも、その必要とするかぎり、弁護人による『十分な弁護』 full defense 『実質的な弁護』 effective defense を請求し得る、被告人の基本的な利益である」¹¹とされた。

そして石川博士は、アメリカにおける弁護人依頼権の実質的保障の現状が、わが国においても等しく妥当する指導理念だとしたうえで、現行の当事者主義的手続構造のもとでは、弁護人制度の機能は、被疑者・被告人の「正当な利益の擁護のためにこそ肯認され、法定手続のもとで無罪推定の法理を享有する者のために実質的に十分で『有効な』弁護活動をなすべきものとして集約され」、こうした弁護人の地位は、「脆弱な被疑者・被告人のために、実質的に十分で『有効な弁護を受ける権利』を確保すべき職責を担う法的保護者とみるべきである」とされた。そのうえで、「このようにみても、憲法34条および37条3項が規定する被疑者・被告人の弁護人依頼権は、刑事手続の技術的・形式的な当事者構成

⁹ 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958）73頁

¹⁰ 田宮裕「弁護権の実質的な保障(1)―『有効な弁護を受ける権利』―」北大法学論集16巻2=3号（1965）292頁

¹¹ 鴨良弼「国選弁護人の法的性格」ジュリスト487号（1971）〔刑事訴訟法の新展開（日本評論社、1973）所収、162頁〕

のための糊塗的手段として、また、そのための妥協的担保手段として確保されたものではなく、わが国においても、アメリカ法制におけると同様に、実質的に十分で『有効な弁護を受ける権利』を保障したものであることが理解されよう」とされた¹²。

その後も、効果的な弁護を受ける権利が日本国憲法 37 条 3 項の要請であることは、多くの研究者によって繰り返し確認され、このような理解に「反論する者はいないであろう」¹³と指摘されて久しい。まさに「あまりにも当然のこと」とされてきたのである。

第3 「効果的な援助を受ける権利」の未確立

にもかかわらず、「わが国では、『有効な弁護』とは何かについて、積極的に論じられてはこなかった」¹⁴。この点に関して田宮博士は、「アメリカなどでは、与えられた権限を基礎にどこまで活動しなければならないか、が問題であるのに対して、日本では、いぜんとして、どの範囲の権限が保障されるべきか、が重要である」、「具体的には、弁護人の準備活動を保障するため、接見交通の保障をすすめる、場合によっては捜査段階における国選弁護の制度の採用を検討し、証拠開示の改善を心がけるなどが急務となるであろう。」¹⁵と指摘されていた。岡田教授の以下の指摘も同様の趣旨といえる。すなわち、わが国において弁護の質ないし内容の問題が議論されてこなかった原因について、控訴段階における事実誤認や審理不盡の主張のなかで「前審の弁護活動を訂正する趣旨の主張がなされていること」（そのような主張は、前審の弁護活動の過誤や不十分さを前提として展開されることとなる）を一因として挙げつつ、「最大の原因は、『有効な弁護』について真正面から問うという意識が欠けていたから、あるいは『有効な弁護』の前提となる制度的な不備」（特に被疑者国選弁護制度の欠如）が依然として問題であるから、と思われる」¹⁶というのである。

たしかに、戦後、長きにわたって、代用監獄問題に象徴される取調べと身体拘束制度のあり方、被疑者国選弁護制度、証拠開示の拡大などは、制度的に改革すべき大きな課題であり続け、これらに弁護士・弁護士会の多大なエネルギーが費やされてきた。その結果、近年は、全面的ではないにせよ被疑者国選弁護制度が導入され、公判前整理手続の導入に伴う形で証拠開示の範囲は大幅に拡大した。弁護士人口の飛躍的増加とともに刑事弁護を担う弁護士層も広がり、裁判員制度の導入を契機に弁護の質を高めるための取り組みが浸透しつつある。いまや、『有効な弁護』の前提となる制度的な不備を解消しようと努力する段階から、「与えられた権限を基礎にどこまで活動しなければならないか」を問う段階へと、漸く移行する時期に差し掛かってきたかのようにもみえる。

しかし、訴訟実務に目を転じてみれば、被告人に「弁護人の効果的な援助を受ける権利」を保障するという憲法の要請が如何にして充たされるのか、逆にいえば、どのような場合に憲法上保障された権利の侵害が認定され救済の対象となるのか、について議論されること自体が、依然として極めて乏しいと言わざるを得ない。より正確には、「効果的な援助」の内実を問う被告人・弁護人の動きは散見されるものの、これを裁判所が、被告人の（憲法上の）権利の問題として取り扱うことは稀有である。よって、「効果的な援助とは何か」

¹² 石川・前掲注 (3) 41 頁以下

¹³ 岡田悦典「英米刑事手続における弁護人のエラーについて」一橋研究第 21 巻第 2 号 (1996) 27 頁

¹⁴ 岡田・前掲注 (13) 27 頁

¹⁵ 田宮裕「弁護の機能」『刑事手続とその運用』353 頁以下 (有斐閣, 2007)

¹⁶ 岡田・前掲注 (13) 47 頁

が判例によって明らかとされることもない。端的に言えば、「効果的な援助を受ける権利」とは、いまだ講学上の概念にとどまり、具体的な権利としては形成されていないのである。これは、名実ともに効果的といえる先進的な弁護活動が繰り広げられる陰で、効果的な援助を受ける権利が侵害されながら何らの救済も得られず、有罪判決に服する被告人が生み出され続けることを意味する。

第4 「効果的な援助を受ける権利」の確立を阻む要因

ところで、わが国における「効果的」な弁護の要請を当然のものと捉える考え方は、先にみたとおり、アメリカの当事者主義において要請される「弁護人の効果的な援助を受ける権利」の実質的な保障が、わが国の当事者主義においても同様に要請されることを、その基盤としてきた。しかしながら、そもそも、アメリカにおける効果的な援助を受ける権利が、はたしていかなる理念に基づき、どのように発生し、確立されてきたのかについて、従来わが国の研究においては、体系的に明らかにされることがなかった¹⁷。第1章において示すように、アメリカにおいては、諸々の制度がおよそ不備であった19世紀において、既に弁護人による援助の「質」が問題とされていた。すなわち、弁護人の活動が「効果的」ではなかったために、弁護人の援助を受ける権利が侵害された、という理由をもって、多くの被告人が救済を求めた。当初、その圧倒的多数は救済を否定されながらも、各法域において徐々に判例は発展し、やがて連邦裁判所の判断するところとなり、1984年には遂に連邦最高裁が、**Strickland v. Washington** 判決において、効果的な援助を受ける権利の侵害の判断基準を定立するに至ったのである。このように、「効果的な援助」の追求とその発展にとって、「制度的な不備」の解消は、必要条件ではない。いつの時代においても、当該時代の状況による制約を受けながらも、「弁護人の援助を受ける権利」の保障がある以上は、権利が侵害された場合の救済をはかることが可能なのである¹⁸。

このようにみえてくると、日本において「効果的な援助を受ける権利」の内実を問う議論が発展してこなかったことには、制度的な不備という問題を超え、主として訴訟実務における「弁護人の援助を受ける権利」そのものに対する理解、ひいては「弁護（ないし弁護人）の機能」の捉え方が原因しているのではないかと、との疑問が生じる。もとより、日本の現行刑事訴訟法のもとにおける当事者主義が、アメリカ型をモデルとする「本来的当事者主義」とは異質なものであるとして形成され、そこにおける「弁護」もまた、特殊日本的な機能を有するものとして発展してきたことについては、既に古くから明らかにされているところである¹⁹。したがって、仮に、いわば日本型の「弁護人の援助を受ける権利」、「弁護

¹⁷ 岡田悦典『被疑者弁護権の研究』（日本評論社、2001）20～28頁は「弁護人の援助を受ける権利の形成」と題して **Powell v. Alabama** 判決以前から **Strickland v. Washington** 判決前夜までを極めて概括的に取り上げている。

¹⁸ 田宮博士も、弁護人依頼権の「実質的な保障」には、「外部的・一般的な制度の問題」という面と、「内容的・個別的な法解釈の問題」という面があり、後者は「一応制度の問題を捨象して（結局は関連してくるが）、現在の訴訟法のもとでは、どういう内容・程度の弁護活動が行われているか、行われるべきかを解釈論として分析・構成することである。それは、弁護権の保障は当然に『有効な』弁護権を保障するものであるから、『有効な』弁護とは何かを解明することになるであろう」（田宮・前掲注（10）289－290頁）と指摘されていた。

¹⁹ 松尾浩也「当事者主義と弁護」鴨良弼先生古稀祝賀論集『刑事裁判の理論』（日本評論

人の機能」の把握が、「効果的な援助を受ける権利」の形成を阻む性質のものであるとすれば、そうした捉え方に変化がない限り、訴訟実務における「効果的な援助を受ける権利」の確立は、今後も見込めないといえる。

第5 検討の方法

そこで本稿では、まず、アメリカにおいて、弁護人の効果的な援助を受ける権利が、歴史的にどのような過程を経て形成され、かつ、どのような理念のもと、如何なる内容として確立への途を辿ったのかを明らかにする。すなわち、弁護人による援助を受ける権利の拡大につれて、弁護人の非効果的な援助が問題とされるようになった初期（19世紀終盤以降）の各州における裁判例とその理論的背景を示し（第1章）、その後、連邦最高裁判所において弁護人の援助を受ける権利が、弁護人の「効果的な援助」を受ける権利として解釈され、それが確立されていく過程を確認する（第2章）。その後、「効果的な援助」の要請が充たされたか否かを判断する基準が、連邦控訴裁判所レベルにおける理論的対立を経て、連邦最高裁の *Strickland v. Washington* 判決へと結実するに至った過程を明らかにし、同判決の基盤を形成する、弁護の機能の捉え方について分析を加える（第3章）。そして、同判決による基準が、具体的に被告人に対する救済機能を示す例として、「効果的な援助を受ける権利」の侵害が、最も鮮明な形で現れる死刑事件を取り上げる（第4章）。

次いで、わが国の裁判例を、最高裁判例を中心として検討し、「弁護人の援助を受ける権利」が、わが国の訴訟実務上、どのような内容のものとして捉えられてきたのか、さらに、その前提として「弁護人の機能」は判例によってどう把握されてきたのかを明らかにする。これを、アメリカにおける「効果的な援助を受ける権利」の内容と、それを要請する基盤となる「弁護人の機能」と対比することにより、わが国の判例によっては、効果的な援助を受ける権利の不可欠の前提となる「弁護人の機能」に対する理解が共有されていないことを確認する。そして、わが国の訴訟において「効果的」な援助を受ける権利が日本国憲法により保障されるものとして認められるためには、「弁護人の機能」に対する理解を改めて捉えなおされる必要があることを示す（第5章）。

なお、本稿では、アメリカとの比較対照の便宜、さらには日本国憲法 37 条 3 項の英文が、「有能な弁護人の援助を受ける (shall have the assistance of *competent counsel*)」(強調引用者)としている点に鑑み、引用等の場合を除き、原則として「弁護人を依頼する権利」「弁護人依頼権」といった語ではなく、「弁護人の援助を受ける権利」という表現を用いる。また、被告人が権利の主体であるという点から、弁護人自身の権能を意味する語との混同をさけるため、「弁護権」という用語は引用等の場合を除いて用いない。

さらに、日本国憲法 34 条は、身体を拘束された被疑者・被告人の弁護人の援助を受ける権利を保障するが、同条は合衆国憲法第 6 修正を基盤とする規定ではなく性質を異にするとの議論もある²⁰。この点に鑑み、混乱を避け議論を明確化する趣旨から、本稿では、

社、1979) [刑事訴訟の理論 (有斐閣、2012 年) 所収、103 頁以下]。吉村弘「刑事『弁護権』の本質と機能—ドイツ理論状況の一断章—」『刑事実体法と裁判手続 法学博士井上正治先生追悼論集』245 頁以下 (九州大学出版会、2003) など。

²⁰ 日本国憲法 34 条は、アメリカ合衆国の予備審問をモデルとし、警察が訴追を受けた者 (the accused) を逮捕した場合、ただちに司法機関の下へ連行し、司法機関によって身体拘束の当否が審査される予備審問制度を想定したものであるとの見解につき、憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』285 頁 [村岡啓一] (日本評論社、1997) 参照。

弁護人による援助を受ける権利を 37 条 3 項による保障の問題として論じることとする。

第1章 アメリカにおける弁護人の援助を受ける権利の拡大と

「非効果的援助」主張の登場

第1 弁護人による援助を受ける権利の承認とその拡大

1 弁護人の援助を受ける権利の承認

合衆国憲法第6修正は、「すべての刑事上の訴追において、罪に問われた者 (the accused) は、…自己の防御のために弁護人の援助を受ける権利を有する」ことを定める。この規定は、イギリス法にその淵源をもつものではなく、アメリカの各植民地において発展した弁護人の援助を受ける権利を、条項化したものと理解されている²¹。

すなわち、イギリスでは、1695年反逆罪法 (Treason Act of 1695) によって反逆罪の被告人に弁護人による防御が認められるまでは、弁護人を雇い (retain) その援助を受ける権利は、文書誹毀、偽証、殴打、共同謀議といった軽罪 (misdemeanors) においてしか認められていなかった²²。謀殺、故殺、窃盗、強盗、強姦、反逆、反逆罪隠匿などの重罪 (felony. そのほとんどは死刑相当犯罪) で訴追された者に対しては、防御のために弁護人を用いることが禁じられていた²³ため、これらの罪に問われた被告人には自己弁護 (self-representation) しか認められなかった。その後、反逆罪以外の重罪事件においても、弁護人を禁じる伝統は裁判所により緩和されていったが、飽くまで裁判所の裁量によるものであり、弁護人を認めるか否かは事件ごとに判断され、認められる場合であってもその役割は限定された。制定法により、すべての重罪事件において弁護人を雇う権利が認められたのは1836年のことであった²⁴。

初期植民地時代のアメリカは、こうしたコモン・ローの伝統を受け継ぎ、被告人に対し、弁護人による援助を受ける権利を認めていなかった。しかし、各植民地は、ほどなく—少なくとも立法という側面においては—本国と異なるアプローチをとるようになる²⁵。1660

²¹ James Tomkovicz, *The Rights to the Assistance of Counsel* (Greenwood Press, 2002), at 9-14

²² William M. Beaney, *The Right to Counsel in American Courts* (University of Michigan Press, 1955), at 8-9.

²³ Tomkovicz, *supra* note 21, at 2-6

²⁴ *Id.* at 8. なお、内藤丈夫「米国における刑事弁護人制度とその運用に関する研究」司法研究報告書10輯1号(1958)1~6頁も参照。

²⁵ Beaney は、植民地時代のアメリカにおける制定法と、その実際の運用とは別の問題であることを強調し、イングランドにおける実務との明確な違いがあったというには植民地時代の実務に関する研究が不足していることを指摘する。そして、植民地時代のニューヨークおよびヴァージニアにおける弁護人の援助を受ける権利の実際は、当時のイングランドと大きくは変わらなかったことを示す J. Goebel 及び T.R. Naughton の研究を紹介している。 Beaney, *supra* note 22, at 14-15, 22

年、ロードアイランドは、罪名に関わりなく、被告人が弁護人によって法律上のいかなる主張をも行う権利を認める法を制定した²⁶。1701年のデラウェア憲章及びペンシルヴェニア憲章は、いずれも、いかなる罪に問われた被告人にも弁護人による援助を認めた²⁷。1731年、サウスカロライナは死刑を科しうるすべての重罪において、弁護人による防御を認めた²⁸。

このように、アメリカにおいて植民地時代から弁護人の援助を受ける権利が認められていった背景事情のひとつとして、検察官（public prosecutor）制度の導入と発展を指摘する見方がある²⁹。本来は大陸法系の制度であった検察官制度が採り入れられ、アメリカ合衆国の独立時点では、すべての植民地において、公費による専門的な訓練を受けた法曹が検察官として訴追を行っていた。実際問題として、高度な専門性を具備した検察官による訴追から被告人の権利を守るには、弁護人による援助が不可欠であったといえよう。当事者主義訴訟における中立的な判断者である裁判所には、弁護人に代わる役割を果たすことはできない³⁰。検察官制度の確立が弁護人の援助を受ける権利の発展を促したのは、必然であったといえる。

2 弁護人による援助の拡大

その後、イギリスからの独立を経て、1791年に第6修正を含む権利章典が採択された時点では、13州のうちジョージアを除く12州が、弁護人による防御の権利を認めるに至っていた³¹。さらにこのうち、ニューハンプシャー、マサチューセッツ、ニューヨーク、ニュージャージー、ペンシルヴェニア、デラウェア、メリーランドの7州は、州憲法において、すべての刑事訴追において弁護人による援助を受ける権利を保障していたのである³²。唯一の例外であったジョージア州も、権利章典採択後の1798年、州憲法により弁護人による援助を受ける権利を定めた³³。

さらに、権利章典採択当時、既にいくつかの州では、死刑相当犯罪の被告人が貧困のため弁護人を雇うことが出来ない場合に、裁判所による弁護人の選任を州の制定法により規

²⁶ Tomkovicz, supra note 21, at 11. もっとも、この点につき Beaney は、イングランドにおける手続を具体化したものにすぎないと評価する。Beaney, supra note 22, at 18

²⁷ Tomkovicz, supra note 21, at 12.

²⁸ Id. at 12.

²⁹ Id. at 9. United States v. Ash 判決における Blackmun 判事による法廷意見も同様の指摘をする。United States v. Ash, 413 U.S. 300, 308 (1973)

³⁰ 例えば Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 61(1932)は「その機能が純粋に司法的なものである裁判所に、どうやって被告人のための弁護人としての義務が果たせようか？」とする。

³¹ コネティカットは制定法によらず、慣習法により弁護人による防御権の行使を認めていた。Tomkovicz, supra note 21, at 13

³² Id. at 11

³³ Id. at 13

定していた³⁴。すなわち、ペンシルヴェニアは1718年、デラウエアは1719年の制定法により死刑事件の被告人について裁判所による弁護人選任を規定した。サウスカロライナは1731年の立法により死刑事件における裁判所の弁護人選任を定めた。マサチューセッツは1777年、反逆罪および反逆罪隠匿の罪について裁判所により弁護人の選任を受ける権利を定め、ニューハンプシャーは1791年にすべての死刑相当犯罪について裁判所による弁護人選任を規定した。当時は、各植民地においても本国と同様に重罪の多くが死刑相当犯罪であり、これには大きな意義があった³⁵。

さらに、立法による弁護人の選任を受ける権利の射程は、非死刑事件にも拡大していった。ニュージャージーは1795年の立法により、正式起訴により公判審理を受けるすべての者に弁護人の選任を求めた。また、コネティカットでは、制定法こそ存在しなかったものの、遅くとも1750年以降、すべての刑事事件において、被告人が希望した場合には裁判所が弁護人を選任する慣例が確立していた³⁶。

第2 弁護人の援助を受ける権利と合衆国憲法及び連邦最高裁の限定的役割

1 第6修正による保障の限界

もつとも、権利章典の採択が、現実に各法域における弁護人の援助を受ける権利に及ぼす影響は、限定的なものにとどまった。第6修正がその制定当時に保障していた弁護人の援助を受ける権利とは、被告人がみずから依頼した弁護人による援助を受ける権利であり、裁判所によって弁護人の選任を受ける権利は含まれていなかったと解されている³⁷。すなわち、第6修正の文言自体が裁判所による選任を示唆するものではなかったことに加え、1790年連邦犯罪法(Federal Crimes Act of 1790)が反逆罪その他の死刑相当犯罪につき、被告人が申請した場合に裁判所が弁護人を選任する旨を規定したことも、裁判所による弁護人の選任が第6修正による保障の内容ではなかったこと的有力な根拠とされている³⁸。

もう一つの、そしてより重要な点は、権利章典の各規定は、明確に州に言及されている場合を除いて、連邦政府に対して向けられたものであり、州を拘束しなかったことである³⁹。刑事事件の圧倒的多数が州の管轄下で裁かれる以上、各地の実務における第6修正の保障の意義は、限定的なものとならざるをえなかった⁴⁰。

³⁴ Id. at 12-13, 20; *see also* *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455, 467 (1942)

³⁵ Tomkovicz, *supra* note 21, at 12

³⁶ Beaney, *supra* note 22, at 16; *see also* *Betts v. Brady*, 316 U.S. at 467.

³⁷ Tomkovicz, *supra* note 21, at 20-21

³⁸ Id. at 20 内藤・前掲注(24) 26頁も参照。

³⁹ *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833)

⁴⁰ Tomkovicz, *supra* note 21, at 21

2 デュー・プロセス条項と弁護人の援助を受ける権利

もつとも、1868年、合衆国憲法第14修正が採択されるに至ると、この規定が、州政府による権利侵害に対するセーフガードとなることが期待された。しかし、「…いかなる州も合衆国市民の特権または免除を制限する法律を制定しまたは執行してはならない。いかなる州も法の適正な手続 (due process of law) によらずに、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない。…」と定める第14修正の規定が、権利章典の他のすべての規定を「組み込んだ (incorporated)」ものであり、権利章典の各規定は第14修正を通じて各州にも全面的に適用されるという見解は、連邦最高裁においては常に少数派にとどまった⁴¹。多数派の理解は、連邦政府の行為に対する保障規定である権利章典の人権条項が、州の行為に対する保障規定ともなり得る場合があるものの、それは「権利の否定が、法の適正な手続 (due process of law) の否定となる⁴²」場合に限られる、というものであった。そのような場合には、州の行為が第14修正のデュー・プロセス条項に違反すると判断されるが、何がデュー・プロセス条項違反となるかは、当該権利が「秩序ある自由という枠組みの本質 (the very essence of a scheme of ordered liberty)」⁴³であるか、「アメリカの司法体系にとって根本的 (fundamental to the American scheme of justice)」⁴⁴であるか、あるいは、権利の否定が「基本的な公正さの否定 (denial of fundamental fairness)」⁴⁵となるか、といった、極めて抽象的な問いに照らして判断された。こうして、第14修正のデュー・プロセス条項は、権利章典の個別的な権利保障規定と比べれば、より緩やかで流動的な規定である上に、主張される権利侵害の有無は、当該事案の事実関係全体によって判断されるものとされた⁴⁶。その結果、デュー・プロセス条項を根拠として弁護人の援助を受ける権利の侵害を認めるためには、多くの場合、被告人が「不利益 (prejudice)」を被ったことが要求された⁴⁷。

このように、州による行為がデュー・プロセス条項違反とされるためのハードルが非常に高く設定された結果、デュー・プロセス条項が刑事手続に影響を与えることは採択から数十年にわたってほとんどなく、それゆえ、刑事司法分野の運営は、各州の自由な裁量に委ねられている状態が継続していた⁴⁸。たとえば、連邦最高裁が刑事事件においてデュー・

⁴¹ Maxwell v. Dow, 176 U.S. 581 (1900) (Harlan, dissenting); Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78 (1908) (Harlan, dissenting); Adamson v. California, 332 U.S. 46 (1947) (Black, dissenting); Betts v. Brady, 316 U.S. 455 (1942) (Black, J., dissenting); Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963) (Douglas, J., concurring)

⁴² Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78, 99 (1908)

⁴³ Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937)

⁴⁴ Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145, 149 (1968)

⁴⁵ Betts v. Brady, 316 U.S. at 462

⁴⁶ Id. at 462

⁴⁷ Estes v. Texas, 381 U.S. 532, 542 (1965)

⁴⁸ Jack R. Bailey, Defense Counsel Incompetence in Criminal Trials Past—Present—

プロセス条項の実効的な適用を初めて行ったケースとされる *Moore v. Dempsey* 判決⁴⁹は、群衆裁判 (mob trial) の事案において、裁判手続全体が第 14 修正の要求するデュー・プロセスに違反する可能性があると判断された事案であったが、権利章典の具体的な条項の州への適用拡大を意図するものではなかった⁵⁰。こうして、第 14 修正採択後も、各州の刑事事件において、合衆国憲法並びに連邦最高裁の果たす役割は、引き続き限定される状態にあった。

3 州裁判所における弁護人の援助を受ける権利に関する事例の集積

その一方、各州の憲法・立法によって、弁護人による援助を受ける事件の範囲は拡大していった。*Powell v. Alabama* 判決⁵¹の前年にあたる 1931 年の時点では、死刑事件に関してはすべての州、重罪 (felonies) については 34 の州、軽罪 (misdemeanors) については 28 の州が、裁判所による弁護人の選任を認める、あるいは求める規定を置くに至っていた⁵²。このように、弁護人による援助を受ける事件が増加するにつれ、公判 (trial) における弁護人の援助が不十分あるいは不適切であったことを理由として、救済⁵³を求める被告人の訴えが、しばしば登場するようになったのである⁵⁴。こうして、弁護人による援助が非効果的 (ineffective) であったがゆえに、「弁護人の援助を受ける権利」が侵害された、という被告人の主張に関する判断は、まず、各州における裁判例によって積み重ねられていった。

第 3 非効果的援助に関する初期の裁判例

1 代理人ルールによる救済の否定

Future, 10 S. Tex. L.J. 121, 123 (1968)

⁴⁹ 261 U.S. 86 (1923)

⁵⁰ Bailey, supra note 48, at 124

⁵¹ 287 U.S. 45 (1932)

⁵² Bute v. Illinois, 333 U.S. 640, 663 (1948).

⁵³ 具体的な救済 (remedy) 手段のあり方は、一様ではない。19 世紀後半から 20 世紀初めにかけての時期には、有罪の評決ないし判決に対する不服申立の制度としての appeal の制度が整備されておらず、また不服申立制度も法域ごとに異なっていた。非効果的援助の主張の多くは再審理 (new trial) の申立、あるいは誤審令状 (writ of error) の請求により、法域によっては appeal による場合もあった。

⁵⁴ Bailey は、*Powell v. Alabama* 判決 (1932) 以前の各州・準州の裁判所の事件で、救済が否定された代表事例を 15 件、認められた事例を 10 件紹介している。Bailey, supra note 48, at 126. 中には代表事例としては不適切ではないかと思われるものも含まれているが、19 世紀中葉以降、非効果的援助の主張が頻繁になされるようになったことを示している。

弁護人の援助が非効果的であった (ineffective assistance of counsel, しばしば IAC と略される) との主張は、初期の段階では被告人に対する救済の根拠とはならないと考えられていた。すなわちコモン・ローにおいては、民事事件であると刑事事件であることを問わず、伝統的に、弁護士の無能 (incompetence) あるいは過失 (negligence) は、評決・判決を覆す理由とはなりえないと解されていた。その理由は、弁護士と依頼者との間の関係は「代理関係」(a relation of agency) であり、依頼者は、自ら選んだ弁護士が彼・彼女を代理して行ったいかなる行為についても、これを承認し、その危険を引き受けるものと推定される、したがって、依頼者が弁護士に対して損害賠償請求を行うことは出来ても、無能な弁護の結果を覆すことはできない、というものであった⁵⁵。

こうした考え方は、被告人が自ら当該弁護士を弁護人として依頼した場合にはあてはまるとしても、裁判所が選任した弁護人に関しては同様とはいえない。しかし、裁判例は、裁判所が弁護人を選任した場合であっても、救済を否定する傾向にあった。その代表例である *Sate v. Dreher* 事件 (1897)⁵⁶において、ミズーリ州最高裁は以下のように述べ、裁判所が選任した弁護人による過誤であっても、被告人に対する救済は認められないとの考え方を示した。

「…仮に【弁護人に】過失や技術不足があった場合には、それが何らかの破棄理由となることに、我々が同意していると理解されてはならない。弁護士の怠慢は、裁判所及び敵対当事者との関係では、依頼者の怠慢である。判決例は引用するにはあまりにも数多くあるが、おしなべてその趣旨は、敵対当事者によって惹き起こされたものではない弁護人の無知、失態、誤解のいずれも、判決を破棄し、あるいは再審理を認める根拠とはならない、ということにある。*Field v. Matson*, 8 Mo. 686; *Gehrke v. Jod*, 59 Mo. 522. このルールは最も賢明な公共政策に基づいている。依頼者が自分自身の弁護士の過失や失態を主張し、もって敵対当事者に不利となる救済を求めることを認めれば、通謀に途を開き、際限のない司法運営の混乱へと至るであろう。裁判所の職務は、当事者が訴訟において、それぞれを代理することを認められた弁護士の行為に拘束され、かつ、依頼者に弁護士の過失に対する救済を与えるという不正が行われないという条件のもとでなければ、行い得ない。……我々は、本件で被告人を弁護する弁護人を選任した裁判所は、弁護人が名声ある弁護士会のメンバーであることを知っており、弁護人の行為に、弁護人を交代させ別の弁護人を選任することを要求するようなことは何も見出さなかったと推定せざるを得ない。本件の主張を支持することは、被告人に対し無報酬で役務を提供した弁護人を、その職業上の評判に決定的な影響を与える問題に関し、審問を与えることなしに非難することになり、弁護人の行動を公判の期間を通じて目の当たりにした裁判所が、間接的に譴責を行うこととなる。」

⁵⁵ Sara Mayeux, *Ineffective Assistance of Counsel Before Powell v. Alabama: Lessons from History for the Future of the Right to Counsel*, 99 Iowa L. Rev. 2161, 2169 (2014).

⁵⁶ 38 S.W. 567

ここでは、形式的には代理人ルールに依拠しつつも、弁護人の活動を理由とした救済を認めない実質的な理由が、法的安定性の確保と弁護活動の尊重——とくに裁判所の選任による弁護人は、無償ないし極めて低い報酬で活動した——にあることが明確に示されている。裁判所のこうした消極姿勢の背後には、被告人はいずれにしても有罪であるとの根強い考え方⁵⁸や、同じ法曹仲間である弁護人を非難することへの躊躇があったとこと⁵⁹が指摘されている。

2 代理人ルールの修正～①デュー・プロセス的アプローチ

もつとも、多くの裁判所は、救済を否定する場合であっても、一般論としてではあるが、被告人を縛る代理人ルールが、刑事事件においては民事事件と比べ、相対的に緩和されて適用されるべきだという考え方を示していた。刑事事件において不当な評決がなされれば、弁護士に対する損害賠償によっても被告人を保護することは不可能だからである⁶⁰。特に、死刑事件については、このような考え方がよく妥当するものと理解された。例えば、*State v. Benge* 判決⁶¹ (1883) においてアイオワ州最高裁は、以下のように述べている。「弁護士の無能 (incompetency) は通常、再審理 (new trial) の理由を構成しない。民事事件においては、このルールはほぼ不変のものとみなされてよい。…刑事事件においては、そして特に被告人の生命が関わる事件においては、おそらく裁判所がこのルールをそれほど厳格に守らなくとも正当化されるであろう⁶²」。

ただし、裁判所が弁護人の行為を理由として救済を与えるのは、被告人が、弁護人の行為によって不利益 (prejudice) を被ったことを証明した場合に限られるものとされた。先の *State v. Benge* 判決は、さらに次のように続ける。「… しかしいずれにせよ、こうした理由による破棄を正当化するためには、無能さと【被告人が蒙った】不利益の双方が強力に示されるべきである」⁶³。

そして 19 世紀終盤以降になると、僅かではあるが、実際に、弁護人の無能など弁護活動自体を理由として、被告人に救済が与えられる事例が登場するようになった。このような裁判例では、代理人ルールを前提とし、原則として、弁護人の行為の結果は被告人に帰

⁵⁷ Id. at 570

⁵⁸ David L. Bazelon, *The Defective Assistance of Counsel*, 42 U. Cin. L. Rev. 1, 26 (1973).

⁵⁹ *Mayeux*, supra note 55, at 2171.

⁶⁰ Charles Snitow, *Attorney and Client: Negligence or misconduct of attorney: New trial*, 14 Cornell L.Q. 469, 470 (1929).

⁶¹ 17 N.W. 100

⁶² Id. at 102

⁶³ Id. at 102

するものとしながら、例外的に救済が与えられるためには、弁護人の行為に明らかな過誤があったことのみならず、結果的に「公正な裁判 (fair trial)」がなされなかったこと、すなわち、弁護人の無能な行為によって被告人が不利益を被ったことが必要である、というアプローチがとられた。これは、権利侵害の認定を、当該権利が否定されることの重大性のみならず、不利益結果の発生にもかからしめる点において、第 14 修正のデュー・プロセス違反の認定手法と共通しており、いわば、デュー・プロセス的アプローチといえるものである⁶⁴。したがって、こうした手法によって救済が与えられた事例は極めて少数であるうえ、救済事例は、おしなべて有罪を支持する証拠自体が弱く、弁護人が適切に活動すれば無罪となった可能性が十分にあり、ゆえに、弁護人の不適切な活動によって被告人が不利益を被ったことも明らかな事案であった⁶⁵。

3 代理人ルールの修正～②弁護人の援助を受ける権利からのアプローチ

弁護人の援助が非効果的であったとの主張に対するデュー・プロセス的アプローチは、明らかに主流的なものであった。しかし、この潮流に対し、少数ではあるが、被告人の弁護人による援助を受ける権利そのものを基盤として、被告人に救済を与える裁判例も存在した。

(1) *People v. Nitti*

その代表例である *People v. Nitti* 判決⁶⁶ (1924) の事案は、イタリアからの移民であった被告人 2 名が、共通の私選弁護人 1 名による弁護のもと、状況証拠しかなく、かつ、他に真犯人がいることを示唆する証拠がありながら、謀殺で死刑を宣告されたというものである。イリノイ州最高裁は、以下のように述べて判決を破棄し、再審理を命じた。

「連邦及び州の憲法はともに、刑事上の告発に対して答弁を求められた被告人が、弁護人によって弁護される権利を有することを規定し、かつ、さらに立法府は、被告人が弁護人を獲得できない場合には、『裁判所が、被告人の防御を行う有能な (competent) 弁護人

⁶⁴ Sanjay K. Chhablani, *Disentangling the Rights to Effective Assistance of Counsel*, 60 *Syracuse L. Rev.* 1, 7-8 (2009)

⁶⁵ こうした事例として、*State v. Jones*, 12 Mo. App. 93 (1882), *People v. Schulman*, 132 N.E. 530 (1921), *People v. Gardiner*, 135 N.E. 422 (1922), *People v. Nitti*, 143 N.E. 448 (1924), *Sanchez v. State*, 157 N.E. 1 (1927) 等がある。なお、有罪証拠が脆弱か否かについて触れない事例として、*State v. Keller*, 223 N.W. 698 (1929) がある。これは、弁護人が酌量し、弁護人がまったくいない状態と等しいと評価された事案である。裁判所は、「被告人は自ら明白な誤りを犯していないのに、明らかに不利益を被った」としており、被告人の不利益を要件としている点において他の裁判例と異なる。

⁶⁶ 143 N.E. 448

を任命するものとする』と規定した。これらは単なる空虚な形式的規定ではない (North v. People, 139 Ill. 81)。その意図は、学識、知的能力そして優れた品性によって資格を与えられた人物だけが、裁判所において罪に問われた人の生命あるいは自由を防御することを認められるということにある。被告人が不十分にしか弁護されなかったという事実は、十分な証拠によって判決が合理的に支持される場合には、破棄を正当化することにはならない (People v. Gardiner, 303 Ill. 204) が、本件のような性格の事案では、被告人が適法に有罪とされたか否かを判断するにあたり、こうした事実を考慮することは適切である。当該弁護士が本件被告人らの弁護人として出廷した時点で、弁護人は当裁判所からの免許を所持しており、その免許は、当該弁護士には、彼を雇うかもしれない如何なる依頼者をも適切に代理する能力があり、かつ、彼を雇ういかなる人物もその資格を信頼する権利があることを、当裁判所が公に証明したものである。被告人らが無知で教養もない外国人であり、わが国あるいはその他のいかなる国の法律にも裁判手続にも不案内であって、英語を話すことも理解することもできなかったという事実は、我々に、被告人らのために出廷した弁護人の著しい無能さと愚かさを考慮することを要求する。

我々は、被告人らの弁護人による証人に対するばかばかしい反対尋問によって記録に取り込まれた、多くの証拠能力のない証言に着目してきた。記録を精査したところ、被告人らの利益は、弁護人がまったくいないほうが、当該弁護人がいた場合より、ずっとよく守られたであろうことは、全く明らかである。^{67]}

判決は、判断の枠組みとしては一般的な代理人ルール⁶⁸の修正であるデュー・プロセス的アプローチによりつつ、弁護人による援助を受ける権利が「空虚な形式的規定」であってはないこと、すなわち実質的な保障を要するものである点について明確に触れ、この点を強調して救済を導いている点に大きな特徴がある。

(2) Roper v. Territory

ニューメキシコ準州最高裁が判断した Roper v. Territory⁶⁸事件 (1893) は、群衆裁判の事案である。すなわち、評決・判決までに至る手続全体が裁判としての体をなしておらず、その一環として当然に、弁護活動もまったく内実を欠き、被告人がまともな弁護を受けられなかったというものであった。

群衆裁判事案に関しては、連邦最高裁が、Frank v. Mangum 判決⁶⁹ (1915) において、群衆の激情に支配された形だけの手続で被告人を有罪とすることは第 14 修正のデュー・プロセス条項に違反するとの一般論を示し、その後、Moore v. Dempsey 判決⁷⁰ (1923) において、合憲性判断のため審理を差し戻すという判断がなされたが、両事件では弁護活

⁶⁷ Id. at 454

⁶⁸ 7 N.M. 255

⁶⁹ 237 U.S. 309 (1915)

⁷⁰ 261 U.S. 86 (1923)

動の問題が独立に論じられたわけではなかった。しかし、Moore v. Dempsey 判決から遡ること 30 年前、ニューメキシコ準州最高裁は、デュー・プロセス的アプローチによらず、弁護人の援助を受ける権利を基礎に、以下のように述べた。

「合衆国憲法第 6 修正は『すべての刑事上の訴追において、罪に問われた者は、…公平な陪審による迅速な公開の裁判を受ける権利を有する…また、自己の防御のために弁護人の援助を受ける権利を有する』と規定する。ミラー判事は、“州の公平な陪審”に関連してこの規定の意味と目的を議論した後、次のように述べた。『本条のその余の条項は、憲法により保障された最も重要な諸権利に属する。』 Miller, Const. 508. 我々の憲法のこの条項は、何らかの意味を持つ実質的な権利を保障するものなのか、あるいは、何らの意味も持たないものなのかのいずれかである、そして我々の最高裁判所によって何度も解釈されてきたとおり、この条項は、無実の人間であれ、もっとも冷淡な犯罪者であれ、制定法あるいは決定により奪うことのできない絶対的な権利を市民に与えている。一方の権利は、他方の権利と同様、絶対的に与えられているのである。暴力以外の何ものも、いずれの権利をも被告人から奪うことは出来ない。そして我々の裁判所は暴力の上に基礎をおいているのではなく、群衆や自警団の脅威による要求に規定され、あるいは畏縮させられるものでもなく、憲法を礎石とし、それにすべての上部構造が依拠するという、法の下で正義を実現する用意を整えている。事実審裁判官によってもほのめかされ、裏付けられている宣誓供述書の作成によって正当化されるとおり、被告人に対するこのような感情のもとにおいて、この被告人の審理は“公正かつ平等な審理”であったであろうか？被告人は逮捕され、審理へと急かされ、その宣誓供述書に示され、かつ、記録上より明確に示されているように、【群衆に】脅された弁護人によって“弁護”され、この記録から、この弁護人はどんな証言がなされても、誤りが犯されようともひとつの異議も出さず、静かに座っていたことをみてとることができる。弁護人の畏縮は、その場にいた人々、被告人、そして裁判所にも明らかであったに違いない。なぜなら、第 2 日目に被告人は裁判所に、弁護人への補助者を求めて懇願しており、裁判官はすぐさま補助を認めたからである。しかし、それは検察官が弁論を終えた後のことであった。… 仮に宣誓供述書が真実であれば、ラスクルーセスの裁判所においてこの被告人を裁いた陪審、高まった興奮、拘束された被告人を武装した男たちが警護し、被告人の弁護人が脅されるという状況では、これは単なる裁判の幻影であり、現実には司法を馬鹿にしたものであって、裁判ではなく、激怒した人々の怒りのはけ口のための手段ではないか？この準州の制定法は、裁判所の裁量によるものではなく、憲法の条項と同様に絶対的な権利としての管轄の変更について規定する。しかし、脅迫のために—これは証明されており否定もされていない—被告人はこの権利を奪われた。…」

71

こうしてニューメキシコ最高裁は、畏縮した弁護人が実質的な弁護活動を何も行わなかったために管轄変更を求める被告人の権利が侵害されたという点のみならず、証拠能力の

⁷¹ Roper v. Territory, 7 N.M. at 263-264.

ない証拠が許容された点をも指摘したうえで、再審理の拒否は裁判所の裁量の濫用であるとして判決を破棄し、再審理を命じた。ここにおいても、議論の出発点として、被告人の弁護人による援助を受ける権利が、実質的な中身を伴ったものでなければならないことが強調されている。もっとも、当時のニューメキシコは準州であったため、第6修正の規定が直接適用されたという点には留意する必要があるが、各州の憲法においても、第6修正類似の保障がなされていた。にもかかわらず、*People v. Nitti* 判決のような判断は稀であった。このように、弁護人の援助を受ける権利の実質的保障という要請から非効果的援助の被害への救済を導くアプローチは、極めて先進的なものであったのである。

第4 小括

アメリカでは、イギリス本国の伝統に則り弁護人の援助を受ける権利が否定されていた初期植民地時代から、弁護人の援助を受ける権利を承認する方向へと動きがみられ、独立を経て第6修正による保障をみた。また、死刑事件を皮切りに、自ら依頼する弁護人の援助を受ける権利のみならず、裁判所により弁護人の選任を受ける権利についても立法による保障が進み、弁護人による援助を受ける事件の範囲は拡大したが、その背後には、検察官制度の導入と発展があった。そして弁護人の援助を受ける被告人の増加に伴い、弁護人の援助が効果的ではなかったことを理由に、有罪判決からの救済を求める被告人が登場するようになる。

もっとも、第6修正による保障は州の被告人には及ばず、連邦最高裁が、第14修正のデュー・プロセス条項を介して州の判断に介入する可能性も、著しく限定されていた。しかも、弁護人の行為を理由とした有罪判決の破棄は、代理人ルールの適用により否定されるのが通例であった。しかし、やがてその適用には緩和がみられるようになり、例外的に救済が認められる事案も登場してくる。その主流は、弁護人の過誤が甚だしく、そのために被告人が不利益を蒙っており、公正な裁判が行われたとは言えない場合には救済を認めるという、デュー・プロセス的アプローチであった。これに対して、弁護人の援助を受ける権利の実質化という要請からのアプローチも存在したが、飽くまで例外的であった。

このような状況において、効果的な援助を受けられなかった州の被告人が、第14修正のデュー・プロセス条項を介して救済されるためには、「弁護人の援助を受ける権利」とは「弁護人の効果的な援助を受ける権利」であって、かつ、当該権利は決定的に重要であり、その否定は「基本的な公正さの否定」にはかならないと評価される必要があった。その出発点となったのが、連邦最高裁による *Powell v. Alabama*⁷²判決（1932）である。

そこで、次章では、連邦最高裁が、弁護人の援助を受ける権利を、第14修正のもとにおいてどのように理解し、それが第6修正の理解にどう引き継がれ、「効果的な援助を受ける権利」が第14修正及び第6修正の要請として確立されていったのか、その道のりを

⁷² 287 U.S. 45

概観する。

第2章 連邦最高裁判例にみる「弁護人の効果的な援助を受ける権利」の保障と発展

第1 第14修正による弁護人の援助を受ける権利の保障～Powell v. Alabama

Moore v. Dempsey 判決の8年後、やはり群衆裁判の事案である Powell v. Alabama⁷³事件が連邦最高裁によって判断された。連邦最高裁は、第14修正のデュー・プロセス条項に基づき、州の死刑事件被告人に対し、自ら雇った弁護人から援助を受ける権利のみならず、裁判所によって弁護人の選任を受ける権利を認めたのであるが、ここにおいて連邦最高裁は、弁護人による援助が「効果的 (effective)」なものである必要性について、初めて述べたのである。

1 事案の概要

1931年3月25日、テネシー州から貨物列車に乗ってきた、Powellら本件の被告人を含む計9人のアフリカ系の青少年⁷⁴は、走行中の無蓋貨車上で2人の白人少女を強姦（法定刑は禁錮10年から死刑まで）したとして列車から降ろされ逮捕され、裁判所のあるアラバマ州スッコツボロへと連行された。3月31日に正式起訴がなされ、即日罪状認否手続が行われ、被告人らは無罪答弁を行った。6日後の4月6日には事実審理の法廷が開かれたが、当日の朝、被告人らを弁護するために出廷した弁護士はいなかった。

アラバマ州憲法は、すべての刑事事件について、被告人が自ら雇った弁護人の援助を受ける権利を保障し、かつ、アラバマ州法は、死刑事件において被告人が弁護人を雇うことが出来ない場合には、裁判所が弁護人を選任することを要求していた。法廷には、テネシー州からやってきた弁護士が1名いたが、被告人らに雇われてはおらず、またアラバマ州の手続にも通じていなかったことから、自分は弁護人として出廷しているわけではないが、法廷にはとどまりたいと述べた。裁判官は、罪状認否手続のために地元弁護士会の全員を被告人らの弁護人に選任したと述べ（しかし、裁判官の当該発言以外に選任の事実を示す記録はない）、その全員がその後も弁護を継続することを期待していたと述べた。結局、裁判官は、その場にいた地元の弁護士が、テネシー州の弁護士の手助けをするであろうと述べ、かつ、その場にいた1名の地元弁護士も「弁護士会の一員としてテネシー州の弁護人を手伝う」と表明した。結局、裁判官と弁護士らとの間の会話からは、はたして地元弁護士会の全員が正式に選任されたのか否かも明らかでないままであったが、裁判所はそのま

⁷³ 287 U.S. 45. 本判決はわが国でも広く紹介されているが、関連判例や冤罪説等も含めて詳細に紹介する邦語文献として、小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅲ—弁護人依頼権、スーパー・デュー・プロセス—』18頁、347頁（成文堂、2013年）がある。

⁷⁴ 記録上、被告人のうち1名が19歳であったこと以外に、彼らの正確な年齢は不詳であるが、常に boys と言及され、若年者であったことは間違いない。287 U.S. at 51-52.

ま審理を開始した。審理は一日で終わり、陪審は被告人らを有罪と認定し、死刑の評決を行った。裁判所は評決どおりに被告人らに死刑の判決を下し、判決は州最高裁によって維持された。被告人らは連邦最高裁に裁量上訴を申し立てた。

2 法廷意見

Sutherland 判事による法廷意見は、被告人らが、罪状認否から審理開始までの間の、弁護人との協議、事実関係の調査、審理の準備といった活動を行う決定的に重要な時期に、いかなる意味においても弁護人の援助を受けることがなかったと認定した。そのうえで、このような弁護人の援助を受ける権利の否定が、第 14 修正のデュー・プロセス条項に反するか否かを検討し、以下のように述べた。

「当裁判所によって、この問題が明確に判断されたことはなかったが、権利の性質を考慮し、また当裁判所その他の法廷が表明してきたところを検討するならば、弁護人の援助を受ける権利が、こうした【それを否定することが「法の適正な手続の否定となる」ような】根本的な性格の権利であることが明らかである。

告知及び審理 (hearing) は、執行可能な判決を下すのに不可欠の前段階であり、当該事件について管轄を有する法律上適格な裁判所とともに、法の適正な手続という憲法上の要請の基本的な要素であるということは、当裁判所においても、そして我々の知る限り他のいかなる裁判所においても、疑われたことがない。…

では、審理には何が含まれるであろうか。歴史的に、そして実務上、少なくともわが国では、弁護人の援助を受ける権利を主張する当事者がそれを望み、用いる場合には、審理とは、常に、弁護人の援助を受ける権利を包含するものであった。審理を受ける権利は、多くの場合、弁護人によって審理を受ける権利を含むものでなかったならば、ほとんど役に立たないものであったであろう。知性があり教育のある通常人ですら、法学の技能は僅かしか、あるいは全く持たない。仮に犯罪で告発されれば、通常、彼は起訴が正しいかそうでないのかを自ら判断することもできない。証拠法則には不案内である。弁護人の援助なしには、適切な説示もないまま裁かれ、証拠能力のない証拠や事件と関連性のない証拠、そのほか許容性のない証拠に基づいて有罪とされるかもしれない。たとえ完璧な防御方法があったとしても、十分にその準備をするための技能も知識もない。自己に対する手続のあらゆる段階において、弁護人による導きの手を必要とするのである。それなしには、たとえ罪を犯していなくとも、被告人は、自らの無実を明らかにする方法がわからないために有罪とされる危険に直面する。仮に知性ある人についてこれがあてはまるとすれば、無知で学問もなく、あるいは知力の弱い人々については、いかほどであろうか。民事事件であれ刑事事件であれ、州あるいは連邦の裁判所が、当事者が雇い、これを代理する弁護士により審理を受けることを恣意的に拒絶するならば、そのような拒絶は審理の否定であり、

したがって、憲法上の意味におけるデュー・プロセスの否定となるということは、合理的に疑いようがない。」⁷⁵

そして、弁護人による援助の不可欠な重要性を示す連邦及び各州の多くの判決によっても、この帰結が支持されることを紹介したうえで、次のように続けた。

「この法廷意見の冒頭で概要を示した事実——被告人らの無知・無学、その若年性、公衆の敵意という環境、軍隊による被告人らの拘禁と徹底的な監視、被告人らの友人や家族は皆、他の州におり必然的にコミュニケーションをとることは困難であったという事実、そのうえ、被告人らは生命の危険にさらされていたこと——に照らせば、我々は、事実審裁判所が被告人らに弁護人を確保するための合理的な時間と機会を与えなかったことは、明白なデュー・プロセスの否定であると考え。

しかし、その点を超えて、被告人らが、現に事実審裁判所が明確に想定したように、たとえ機会を与えられていたとしても弁護人を雇うことはできなかったことを考えれば、ここで述べた状況のもとでは、弁護人の必要性は極めて重要かつ必須であったのであるから、事実審裁判所が弁護人を実効的に選任しなかったことも同様に第 14 修正におけるデュー・プロセスの否定となると考える。他の刑事訴追、あるいは異なる状況の下でもそうなるかどうかについては、判断する必要はない。いま決する必要があることは、現に我々が判断するように、死刑事件において、被告人が弁護人を雇うことができず、無知のために適切に防御を行うことができず、知力も乏しく、無学であるような場合には、請求があるか否かに関わらず、法の適正な手続の必要条件として、被告人に弁護人を任命することが裁判所の義務である、ということである。そしてその義務は、訴訟の審理の準備において効果的な援助 (effective aid) を与えることを妨げるような時間、あるいは状況においては、果たされない。これと異なる判断をすることは、既に述べたように、『この連邦の何人も無視することのできない自由な政府という観念に内在する、変わることもない正義の原理というものがある』(Holden v. Hardy) という基本的な前提を無視することになる。他の事案ではどうであれ、本件のような事案では、必要な場合に弁護人の選任を受ける権利は、弁護人によって審理を受けるという憲法上の権利の論理的な帰結である。」⁷⁶ (下線引用者)

このように法廷意見は、具体的な事案における状況 (死刑事件であり、被告人らは他州から来た貧しい若年者であり、手続にも無知であった) に限定しつつも、裁判所が弁護人を選任することはデュー・プロセスの要請する義務であり、かつ、その義務は、「効果的な援助」の提供が確保されるような形で果たされねばならないことを要求した。Powell 判決が、裁判所により弁護人の選任を受ける権利をはじめ合衆国憲法の要請であるとしたものであると同時に、弁護人による援助が「効果的」なものであることを初めて要求した連

⁷⁵ Powell v. Alabama, 287 U.S. at 68-69

⁷⁶ Id. at 71-72

邦最高裁判例として引用される⁷⁷のは、このためである。

3 「非効果的援助」事案としての Powell v. Alabama

Powell 判決の法廷意見が「効果的な援助」の必要性を述べたのは、被告人らは弁護人の効果的な援助を受ける権利を否定された、との主張を、新たな弁護人が行ったために他ならない。

すなわち、連邦最高裁で被告人らを弁護して弁論を行った Walter Pollak は、事実審裁判所による弁護人選任は違法かつ非効果的なものであったとして、第一に、弁護人を雇うための機会が十分に与えられなかったこと、第二に、弁護人の選任が適切に行われなかったこと、そして第三に、弁護が形式的で実質を伴わなかったことを主張し⁷⁸、People v. Nitti⁷⁹及び Sanchez v. State⁸⁰の各判決を引用した⁸¹。結果として、連邦最高裁がこの主張に直接応えることはなかったが、Powell 判決は、弁護人による援助が実質を伴ったものでなければならないことを説くなかで、以下のように述べた。

「【弁護人による】調査の試みも全く行われず、そのための機会も与えられなかった。被告人らはすぐさま事実審理へと急ぎ立てられた。【アラバマ州最高裁の】アンダーソン主席判事は、事実審理で被告人らを弁護しようとした弁護人を厳しく批判する意図はまったくないと断りながら、次のように述べた：『…記録からは、【弁護人の】出廷は熱心かつ活発というよりは、形式的なものであることが示される…。明らかにされた状況のもとでは、我々は、被告人らがいかなる実質的な意味においても弁護人の援助を受ける権利を与えられていなかったと考える。これと異なる判断は、単純に現実を無視するものであろう。』⁸²

このように、現に事実審における弁護活動が内実を伴っていなかったことを認めただうえで、法廷意見は、「この結論は、以下に引用するような夥しい数の州の判決の理由づけにおいても、十分な支持を見出すのである」として、各州の判決を多数引用した。それらの多くは、そもそも裁判所が被告人に弁護人を選任せず、あるいは弁護人による援助の機会を与えなかった事案であったが、中には、Pollak が弁論において引用した IAC（弁護人による非効果的な援助）事案である Sanchez v. State も含まれていた⁸³。この点を重視して、Powell 判決の法廷意見は、コモン・ローの伝統を否定し、弁護人の無能が甚だしい場合には、判決の破棄が適切な救済であることを、間接的に示したのだと指摘する見解⁸⁴もある。

⁷⁷ McMann v. Richardson, 397 U.S. 759, 771, n. 14 (1970)

⁷⁸ Beaney, supra note 22, at 153

⁷⁹ 143 N.E. 448 (1924)

⁸⁰ 157 N.E. 1 (1927)

⁸¹ Mayeux, supra note 55, at 2181

⁸² Powell v. Alabama, 287 U.S. at 58

⁸³ Id. at 58

⁸⁴ Mayeux, supra note 55, at 2182

いずれにしても、弁護人の援助を受ける権利とは、単に形式的に弁護人が存在すれば充たされるというものではなく、その内容においても「効果的な援助」でなければならないことを確認した本法廷意見が、その後の IAC 主張に基盤を与えたことは間違いなく、その意義は大きい。

第2 第6修正による弁護人の「効果的な援助」要請の確立

Powell 判決は、第6修正の州事件への適用がない状況で、第14修正の要請として弁護人の援助を受ける権利を位置づけるものであった。その後、連邦最高裁は、連邦事件において、第6修正による弁護人の援助を受ける権利の重要性を強調する判例を繰り出し、その中で、弁護人の援助を受ける権利とは「効果的な援助」を受ける権利でなければならないという要請を確立していった。

1 裁判所により弁護人の選任を受ける権利の保障 ～ Johnson v. Zerbst

Johnson v. Zerbst⁸⁵事件の申立人 Johnson は、共同被告人と共に偽造通貨の所持及び行使によりサウスカロライナ州において逮捕された。被告人らは他州の出身者で裁判地には親族や知人もなく、十分な教育を受けていなかったうえに資力もなかった。被告人らは予備審問では弁護人による弁護を受けたが、事実審理では弁護人を雇うことができなかった。罪状認否手続において被告人らは無罪答弁を行い、裁判所からの質問に対し、弁護人はいないと答える一方、事実審理を受ける準備はある、と述べた。その日のうちに、2名は弁護人不在のまま陪審による審理を受け、有罪とされ拘禁刑を受けた。拘禁施設に戻された被告人らは、看守に弁護士を呼んでくれるよう依頼したが、弁護士との接触は許可されなかった。被告人らは、さらに裁判官に連絡を取ろうとまではしなかった。その後、被告人らはジョージア州アトランタにある拘禁施設に移送された。移送後の16日間は隔離状態に置かれ、施設職員以外との接触は認められなかった。被告人らは施設職員とは毎日顔を合わせていたが、弁護士との面会を求めたり、裁判所に再審理や上訴のための手続をとりたいたと依頼することはなかった。判決から約7週間後、上訴を申し立てたが、期限を徒過していたために上訴は認められなかった。その後に申し立てた人身保護令状請求は連邦地裁により棄却され、その判断は控訴裁判所でも維持されたが、連邦最高裁への裁量上訴が認められた。

連邦最高裁は、「審理を受ける権利は、多くの場合、弁護人によって審理を受ける権利を含むものでなかったならば、ほとんど役に立たない。…【罪に問われた者は】被告人は

⁸⁵ 304 U.S. 458 (1938)。本判決を紹介する邦語文献として、渥美東洋「国選弁護権の告知と請求と放棄」比較法雑誌第6巻第1・2号(1968)73頁、小早川・前掲注(73)28頁などがある。

自己に対する手続のあらゆる段階において、弁護人による導きの手を必要とするのである。」という Powell 判決の一節を引用したうえで、「第 6 修正は、すべての刑事手続において、被告人が弁護人の援助を放棄しない限り、被告人の生命ないし自由を奪う権限及び権能を連邦裁判所から留保しているのである」とした⁸⁶。すなわち、第 6 修正が弁護人の援助を受ける権利を保障する以上、この憲法上の要請に従うことが、被告人の生命ないし自由を奪う連邦裁判所の権能にとって不可欠の前提条件である。よって、この権利が適切に放棄されたならば、弁護人の援助は、裁判所の権限行使にとって必要な要素ではない。しかし、仮に被告人が弁護人によって代理されておらず、かつ、弁護人の援助を受けるという自己の憲法上の権利を十分に理解したうえでその権利を放棄したものではない (**has not competently and intelligently waived his constitutional right**) のであれば、裁判により生命ないし自由を剥脱することは許されない⁸⁷。さらに、「弁護を受けるという被告人の憲法上の権利それ自体が、事実審裁判所による保護を要求する」のであり、「この保護義務により、事実審裁判官には、十分に理解をした上での被告人による権利放棄があったか否かを判断するという、重い責任が課されている」とした⁸⁸。そのうえで、本件に関しては、連邦地裁において被告人による権利放棄についての認定が行われていないとして、審理を差し戻した。

これは、「弁護人の援助を受ける権利」とは、「みずから雇った弁護人による援助を受ける権利」であるという、採択以来の第 6 修正の意義を完全に変えるものであった。連邦最高裁は、弁護人の援助を受ける権利の重要性を認識し、その保障を実効的なものとするために、連邦事件においては、被告人による有効な放棄のない限り、事件の性質を問わず、裁判所に弁護人の選任義務を負わせるという、実質的に新たなルールを確立したのである⁸⁹。

2 効果的な援助を受ける権利の保障 ～ Glasser v. United States

Johnson v. Zerbst 判決の 4 年後に出された Glasser v. United States⁹⁰判決の事案は、被告人 Glasser と、その共同被告人である Kretske の利害が相反する場合において、裁判所が、Glasser の私選弁護人 Stewart を Kretske の弁護人として選任した、というものであった。連邦最高裁は以下のように述べ、Glasser は、第 6 修正による弁護人の「効果的な援助」を受ける権利を侵害されたと認定した。

⁸⁶ Johnson v. Zerbst, 304 U.S. at 463

⁸⁷ Id. at 468

⁸⁸ Id. at 465

⁸⁹ Beaney, supra note 22, at 43-44

⁹⁰ 315 U.S. 60 (1942)。同判決を紹介する邦語文献として、小早川・前掲注 (73) 149 頁、塚徹「刑事弁護と『利益相反』(上) —米国の判例等を参考として—」警察学論集第 48 巻第 1 号 (1995) 35 頁などがある。

「権利章典による保障は、恣意的な権力に対する防護壁である。これらの保障のなかに、連邦裁判所の刑事手続における被告人に第 6 修正によって与えられた、“自己の防御のために弁護人の援助を受ける” 権利がある。“これは、生命及び自由という基本的な人権を確保するために必要とみなされるセーフガードのひとつ” であり、連邦裁判所は憲法上、その生命あるいは自由がかかっている被告人から、弁護人の援助を奪うことはできない。Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458, 462,463. 弁護人の援助を受ける権利は非常に基本的なものであり、州の裁判所が、被告人の選ぶ弁護人を選択させるための合理的な時間を与えなかったり、弁護人の効果的な選任を行わなかったりすることは、第 14 修正に違反しデュー・プロセスの否定となるほど、公正な審理の基本的な必要条件という我々の観念に真っ向から反しかねないと、まさに我々が判断してきたように (Powell v. Alabama, 287 U.S. 45), 第 6 修正によって保障される“弁護人の援助”とは、そのような援助が、ひとりの弁護人に相対立する利害を同時に弁護することを求める裁判所の命令によって妨害されず、かつ、損なわれないということを意図していることは、明らかである。仮に、弁護人の援助を受ける権利がこれより乏しい内容であるならば、貴重な憲法上のセーフガードは実質的に損なわれてしまう。」⁹¹

「記録を調査した結果、Stewart による Glasser の弁護は、仮に【裁判所による Kretske の弁護人としての】選任がなされなかったならば行われた可能性のある弁護ほどには、効果的なものではなかった。よって我々は、事実審裁判所は、第 6 修正により保障された、弁護人の効果的な援助を受けるという Glasser の権利を否定した、と認定する。」⁹² (下線引用者)

このように、Glasser 判決は、第 6 修正が、連邦事件の被告人に対し、弁護人の「効果的な援助」を受ける権利を保障するものであることを、揺るぎないものとした。

3 第 6 修正による弁護人の援助を受ける権利の意義

Johnson v. Zerbst 判決は、第 6 修正による弁護人の援助を受ける権利の保障の範囲を、裁判所によって弁護人の選任を受ける権利にまで拡大し、かつ、選任を確実なものとするための裁判所による保護措置も、第 6 修正によって要求されるものとした。さらに Glasser v. Unites States 判決では、弁護人の援助とは、弁護人の「効果的な援助」でなければ意味をなさないということを前提とし、効果的な援助を妨げるような弁護人の選任を裁判所が行ったことにより、第 6 修正により保障された被告人の権利が侵害されたことを認めた。

いずれの判断においても、その基盤には、Powell 判決が示したと同様、審理を受ける被告人にとって、弁護人の援助が決定的に重要であるという認識があった。決定的な重要性ゆえにこそ、被告人はみずからその権利を放棄しない限り援助を受けることが保障され、

⁹¹ 315 U.S. at 69, 70

⁹² Id. at 76

かつ、援助の内容は効果的でなければならないことが、確認されたのである。

第3 第14修正と「効果的な援助」

1 デュー・プロセス条項による弁護人の援助を受ける権利の保障

Powell 判決以降、連邦最高裁は、連邦事案については、第6修正による弁護人の援助を受ける権利の意義を積極的に解し、適用していった。これに対して、第14修正のデュー・プロセス条項の適用が問題とされた州の事案においては、弁護人の援助を受ける権利について積極的な判断がなされる場面は限られていた⁹³。消極・積極を問わず、連邦最高裁による判断がなされた事件のなかには、裁判所が被告人に対し弁護人をみずから雇うための余裕を与えなかった事案⁹⁴、裁判所が弁護人に弁護のための十分な時間や機会を認めなかった事案⁹⁵、被告人に弁護人との協議を認めなかった事案⁹⁶等があったが、多くは、裁判所による弁護人の不選任が問題となった事案⁹⁷であった。

Johnson v. Zerbst 判決の登場により、第6修正による保障と同様に、第14修正によっても、州の貧困な被告人には裁判所により弁護人の選任を受ける権利が保障されるのではないか、という期待が高まった⁹⁸。そうした状況下で、Powell 判決後、州の非死刑事件における弁護人の援助を受ける権利の問題が、連邦最高裁で明確に判断された初めての事案⁹⁹が、Betts v. Brady¹⁰⁰判決である。申立人 Betts は、メリーランド州において強盗の罪で訴追を受け、裁判所に弁護人の選任を求めた。しかし、弁護人選任の対象は死刑事件及び強姦事件のみであるとして、選任を受けることができないまま有罪とされ、拘禁刑を宣告された。Betts は、デュー・プロセス条項に違反して弁護人の援助を受ける権利を侵害されたと主張したものの、これは排斥された。すなわち連邦最高裁は、デュー・プロセス条項違反についての従来の主流的判断手法を踏襲したうえで、権利章典に規定された権利の否定が、一定の状況のもとで、あるいは他の要素とあいまってデュー・プロセス条項違反

⁹³ 詳細については、Beane, *supra* note 22, at 164 以下参照。

⁹⁴ House v. Mayo, 324 U.S. 42 (1945)

⁹⁵ Avery v. Alabama, 308 U.S. 444 (1940)

⁹⁶ Hawk v. Olson, 326 U.S. 271 (1945)

⁹⁷ Williams v. Kaiser, 323 U.S. 471 (1945), Tomkins v. Missouri, 323 U.S. 485 (1945), Marino v. Ragen, 332 U.S. 561 (1947), Townsend v. Burke, 334 U.S. 736 (1948), Rice v. Olson, 324 U.S. 786 (1945), De Meerleer v. Michigan, 329 U.S. 663 (1947), Wade v. Mayo 334 U.S. 672 (1948)など。なお、第14修正のもとにおける裁判所による弁護人選任につき、Powell 判決以降、Betts 判決を経て Gideon 判決に至る連邦最高裁判例を詳細に検討した邦語文献として、渥美・前掲注(85) 73 頁がある。

⁹⁸ Beane, *supra* note 22, at 163

⁹⁹ *Id.* at 160

¹⁰⁰ 316 U.S. 455 (1942)

となることもあり得るが、その判断は緩やかで流動的であり、当該事案における事実関係全体を評価したうえで、基本的な公正さの否定、ないし普遍的な正義の感覚にとって衝撃的といえるか否かによりなされるとした。そして、貧困な被告人が、事案を問わず裁判所によって弁護人の選任を受けることは、公正な裁判にとって不可欠な基本的な権利ではなく、当該事案—Bettsは43歳の男性で通常の知性を有し、刑事手続の経験があった—における弁護人の不選任は、デュー・プロセス条項違反とはならないとした。

その後も、連邦最高裁は、州の死刑事件において弁護人が選任されないことはデュー・プロセス条項違反になるが、非死刑事件においては、弁護人の援助がなければ、デュー・プロセスの基礎をなす公正な告知と十分な審理を受けたとは言えない、「特別な事情」がある場合に限る、という態度をとった¹⁰¹。結局、Betts判決は、その後20年以上を経てGideon v. Wainwright¹⁰²判決によって覆されるまで、判例として生き続けたのである。

2 「効果的な援助」要請の承認

もともと、連邦最高裁は、デュー・プロセス違反の主張に対して各州の裁量を大きく認め、被告人に対する救済の範囲を限定していたにもかかわらず、弁護人の援助を受ける権利とは、第14修正のもとにおいても、単に形式的に弁護人が備わっていれば充たされるというものではなく、実質を伴った効果的な援助でなければならない旨を述べ、Powell判決に示された「効果的な援助」の要請を繰り返し確認していった。

(1) Avery v. Alabama (1940)

Avery v. Alabama¹⁰³は死刑事件であり、2人の弁護人が裁判所によって選任されたのは事実審理の3日前であった。弁護人らは公判において、調査及び防御の準備のための時間と機会が十分に得られなかったことを理由として審理続行を申し立てたが、その日のうちに有罪及び死刑の評決がなされた。連邦最高裁は、事件のあった地域は人口が少なく住民らは互いに知り合い同士で、事件の証人に関する情報も広まっており、弁護人は短い期間でも調査を行うことが可能で、現にそのすべての任務を適切に果たし、裁判所も被告人の権利を保護しつつ公正に審理を行ったとして、被告人は弁護人の援助を受ける権利を否定されていない、と結論づけた。

しかし、その判断の前提として連邦最高裁は、Powell v. Alabama 及び Moore v. Dempsey 判決を引用し、第14修正のデュー・プロセス条項のもとにおいても、弁護人の援助とは実質を伴ったものでなければならないことを以下のように確認した。「選任された弁護人が被告人と相談し、協議し、防御の準備を行う機会を否定することは、弁護人の選

¹⁰¹ Bute v. Illinois, 333 U.S. 640 (1948), at 676, 677

¹⁰² 372 U.S. 335 (1963)

¹⁰³ 308 U.S. 444

任を、まやかして、被告人には弁護人の援助が与えられるべきという憲法上の要請への形式的な合致にしかすぎないものへと変えることである。弁護人の援助という憲法の保障は、単に形式的な選任によっては充たされない」¹⁰⁴。

(2) White v. Ragen (1945)

White v. Ragen¹⁰⁵は非死刑事件である。被告人は、裁判所によって選任された弁護人が、事実審理の前に被告人と一度も面会せず、被告人に金がない限りは何もしないと弁護活動を拒絶し、被告人が自己の利益のために証人1名の召喚を依頼したところ、別の法廷で事件があるので時間がないと拒否し、有罪答弁を行った、と主張した。連邦最高裁は、被告人の主張が事実であればデュー・プロセス条項違反になることを認めつつ¹⁰⁶、実体判断を回避して申立人の裁量上訴の申立を退けた。しかし、次のように述べて、弁護人の「効果的な援助」が第14修正のデュー・プロセス条項の要求であることを確認した。

「我々は、デュー・プロセスによって、重大な刑事訴追を受けた州の裁判所で審理を受ける被告人が、みずから弁護することができない場合には、弁護人の利益を受けることが要求されるということのみならず、…被告人から弁護人の効果的な援助を奪うほどの迅速な審理を被告人に強いることは、公正な審理を受けるという被告人の憲法上の権利の否定であるということを示し、何度も繰り返してきた。」¹⁰⁷

(3) Hawk v. Olson (1945)

Hawk v. Olson¹⁰⁸は死刑事件であり、被告人 Hawk は第一級謀殺で有罪とされた。被告人は、罪状認否の前日に公設弁護人が彼と15分間面会しただけで、かつ、有罪答弁を迫った後に、被告人の公判にはかかわりを持たないと述べて立ち去り、翌日の罪状認否では被告人が弁護人なしに出廷して無罪答弁を行い、自ら裁判所に対して、弁護人と相談し証人の召喚や防御の準備をするために24時間の延期続行を求めたが退けられ、裁判所が陪審員の選定手続に入った段階で、前日の公設弁護人が現れ、被告人と相談もなく、かつ、裁判所による選任もないままに被告人の弁護人として活動したとして、第14修正違反を主張した。連邦最高裁は、Powell 判決を引用し、「弁護人による効果的な援助の否定はデュー・プロセスに違反する」としたうえで、次のように、被告人の効果的な援助を受ける権利が否定されたことを認定した。

「我々は、無罪答弁と陪審員の招集までの間という重要な時期に、弁護人の効果的な援助がまったく提供されなかった、という主張がなされていると考える。延期続行は被告人にとって有益であったかもしれないし、そうではなかったかもしれない。しかし、重大な

¹⁰⁴ Id. at 446

¹⁰⁵ 324 U.S. 760

¹⁰⁶ Id. at 764

¹⁰⁷ Id. at 763, 764

¹⁰⁸ 326 U.S. 271

刑事訴追において、罪状認否後における弁護人の援助の重要性は、その影響を推し測ることができないほど大きなものである。我々は、正式起訴あるいは類似の訴追、そして罪状認否後のいかなる重要な段階においてであれ、弁護人と協議する機会の否定は、第14修正に違反すると判断する。」¹⁰⁹

第4 小括

こうして、Powell 判決以降、連邦最高裁は、第6修正による保障の場合と、第14修正による保障の場合とを問わず、弁護人の援助を受ける権利とは、「効果的な援助」を受ける権利であるという趣旨を繰り返し確認していった。弁護人の「効果的な援助」が憲法上の要請であるということは、少なくとも一般的な命題としては、1940年代半ばには確立されていたものといえる。

もともと、Powell 判決以降、連邦最高裁が弁護人の援助を受ける権利について判断した事案では、連邦・州の別を問わず、裁判所の作為・不作為による弁護人の援助を受ける権利の侵害が判断の対象とされていた。これに対して、弁護人による援助の内容そのものが「効果的な援助」にあたるか否かの判断がなされることはなく、したがって、何が「効果的な援助」といえるのかについて、連邦最高裁から明確な指針が示されることもない状態が続いた。

もともと、これは、Powell 判決以降、連邦最高裁において「弁護人による不適切な行為が効果的な援助を受ける権利の侵害にあたる」との主張がなされなかったことを意味するものではない。先にみたように、Hawk v. Olson 事件において被告人は、弁護人が、第1級謀殺の罪状認否手続の直前に僅か15分の面会をただけで、かつ、有罪答弁を迫り、その後の罪状認否手続には現れず、陪審員招集開始後に法廷に現れ、被告人となんの打ち合わせも準備もなく弁護人として振る舞った——その結果、被告人は有罪となった——ことをも、第14修正違反の内容として主張していた。しかし、連邦最高裁は、Hawk の主張する弁護人の行為については何らの判断も示さず、裁判所が弁護人と協議する機会を認めなかったことをもって第14修正に違反すると述べるにとどまった。また Whitle v. Ragen 判決においても、連邦最高裁は、弁護人の行為についての被告人の主張が事実であればデュー・プロセス条項違反になることを認めつつ、判断を回避した。

連邦最高裁が、弁護人の活動が「効果的な援助」といえるか否かにつき正面から取り扱うことを避け続けるなか、1940年代までには、弁護人によって効果的な援助がなされなかったこと理由とする訴えは、各州の上訴手続ではなく、連邦裁判所に対する人身保護令状請求手続において主張されるようになっていった¹¹⁰。こうして、弁護人の活動がどのような場合に「効果的な援助」といえ、あるいはいえないのか、すなわち、非効果的援助 (IAC)

¹⁰⁹ Id. at 278

¹¹⁰ Mayeux, supra note 55, at 2182

の主張に関する判断基準の形成は、まず、連邦控訴裁判所レベルにおいてなされることとなった。そこで次章では、まず、各連邦控訴裁判所において、IACの判断基準が、いかなる理念に根差し、どのような内容のものとして形成されていったのかを明らかにする。次いで、これら連邦控訴裁判所による判断基準に加え、弁護人の援助を受ける権利に関する連邦最高裁判例の発展が、**Strickland v. Washington** 判決による IAC 判断基準の定立にどのように反映されていったのか、その過程を分析し、**Strickland** 判決が確立した判断基準の意義について考察する。

第3章 「効果的な援助」の判断基準

第1 連邦控訴裁判所による「効果的な援助」の判断基準

1 初期の「茶番」基準

(1) *Diggs v. Welch*

「効果的な援助を受ける権利」が侵害されたか否かを判断する基準を初めて示したのは、コロンビア特別区巡回控訴裁判所による *Diggs v. Welch*¹¹¹判決（1945）であるといわれる¹¹²。これは連邦事案であるが、同裁判所は、事実審裁判所が、弁護士会の信頼できる会員弁護士を弁護人として選任したものと推定され、弁護人の選任それ自体には問題がなかったとしたうえで、「裁判所によって適切に選任された弁護人が、手続において被告人を無能かつ怠慢に (*incompetently and negligently*) 弁護した」ことが人身保護令状の根拠となるか否かを以下のように判断した。

まず、第6修正による弁護人の援助を受ける権利については、「ひとたび有能な弁護人が選任されれば、その後の怠慢は、被告人から第6修正のもとでの権利を奪うことにはならない。第6修正が要求しているのは、被告人が弁護人の援助を受けるということだけである。適切な選任の後の弁護人の過誤によって被告人の憲法上の権利が侵害されるということの意味するものではない。」¹¹³との解釈を示した。そして、弁護人の過誤による権利侵害の主張は、第6修正に依拠するのではなく、公正な裁判を保障する第5修正のデュー・プロセス条項に拠るべきだとした。

そのうえで、第5修正のデュー・プロセス条項違反を理由として救済（本件の場合には人身保護令状の発付）が認められるためには、弁護人の過誤だけでは不十分であり、事実審理全体にデュー・プロセスが欠けていなければならず、それは、「事実審理を取り巻く事情が裁判所の良心に衝撃を与え、手続が茶番であり司法をばかにする (*the proceedings are a farce and a mockery of justice*)」ものである場合に限られる、とした¹¹⁴。その理由は以下のとおりである。すなわち、連邦最高裁は、弁護人の援助を受ける権利は選任という形式的行為によって充たされるものではなく、「効果的な」弁護（*‘effective’ representation*）がなされなければならないとしてきたが、これを広くリベラルな意味で解釈すれば、有罪判決を受け刑務所で暇な時間を持て余している受刑者たちが、ありもしない弁護人の過誤を理由に人身保護令状の発付のための審理を求めるようになってしまう。また、事実審理

¹¹¹ 148 F. 2d 667 (1945)

¹¹² Chhablani, *supra* note 64, at 13; *see also* Jeffrey L. Kirchmeier, Drink, Drugs, and Drowsiness: The Constitutional Right to Effective Assistance of Counsel and the Strickland Prejudice Requirement, 75 Neb. L. Rev. 425, 431(1996)

¹¹³ 148 F. 2d at 668

¹¹⁴ *Id.* at 669

において弁護人の過誤がまったくないということはほとんどあり得ず、そうした過誤が結果にどの程度影響したのかを測ることは不可能である。よって、唯一の実際的な基準は、手続全体において、裁判としての性質 (judicial character) が備わっていたか、欠けていたかである¹¹⁵、というものであった。

(2) デュー・プロセス的アプローチの採用

Diggs v. Welch は連邦事件であるところ、連邦事件については、既に本判決に先立つ *Glasser v. United States* 判決において、弁護人による「効果的な援助」を受ける権利が、第6修正の要請であることが確認されていた。しかし、本判決は、そのことを明確に認識しながら、第6修正の適用問題を避けた。すなわち、裁判所による弁護人の選任行為それ自体に問題がなければ、その後の弁護活動がいかなるものであっても第6修正違反の問題は生じえない、として第6修正の適用を除外し、従来の各州における裁判例とまったく平行に、デュー・プロセス条項 (ただし、連邦事件であるために第14修正ではなく第5修正のデュー・プロセス条項) に照らして違反の有無を判断するという手法を選択した。そのうえで、州事件について第14修正のデュー・プロセス条項違反の有無が判断される場合に、「基本的な公正さ (fundamental fairness) が否定されたと言えるか否か」という、州の裁量を最大限に尊重するアプローチがとられていたのと同様に、第5修正のデュー・プロセス条項違反の判断にあたっては、当該事案の事実関係全体に照らして、「手続全体が裁判としての性質を備えていたか否か」をもって判断の基準としたのである。これは、権利侵害を認定するにはあまりにも高い——そして「効果的な援助」の水準を充たすにはあまりにも低い——ハードルであったが、このコロンビア特別区巡回控訴裁判所による「茶番」基準は、その後、次々とその他の連邦控訴裁判所によって用いられるようになり、州事件の被告人による非効果的援助 (IAC) の主張の判断にも適用されていった¹¹⁶。

「茶番」基準のもとでは、デュー・プロセス条項違反を認定する場合に要求される厳しい要件をクリアしなければ、弁護人の過誤による権利侵害を認定されることはなかった。すなわち、手続は適正であったことが推定され、被告人は権利が侵害されたことの立証に加え、その権利侵害によって不利益 (prejudice) を被ったことを立証する責任を負った¹¹⁷。こうしたアプローチは、各州の裁判所によって採用されてきた、被告人の IAC 主張に対する厳しい態度の反映にほかならなかった¹¹⁸。

2 「合理性」基準への転換

¹¹⁵ *Id.* at 669-670

¹¹⁶ *Bazon, supra note 58, at 28, Chhablani, supra note 64, at 13-14, Kirchmeier, supra note 112, at 431*

¹¹⁷ *Bazon, supra note 58, at 29*

¹¹⁸ *Chhablani, supra note 64, at 13*

「茶番」基準はその後、長期間にわたって、連邦控訴裁判所及び州裁判所における IAC 判断の主流であり続けた。しかし、やがて連邦最高裁により出された重要判例が契機となり、各連邦控訴裁判所は徐々にこの基準を放棄し、「合理的に効果的な援助といえるか否か」へと基準を変化させるようになった。

(1) *Gideon v. Wainwright*

いくつかの連邦控訴裁判所のなかに変化が現れる、最初の大きな契機となったのが、*Gideon v. Wainwright*¹¹⁹判決である。*Gideon* 判決は、以下のように述べて、*Betts v. Brady* 判決を覆し、州の重罪事件の被告人に対しても、第 6 修正と同様に裁判所による弁護人の選任を受ける権利を、第 14 修正のデュー・プロセス条項のもとで認めた。

Betts v. Brady 判決は、“公正な裁判にとって基本的かつ不可欠”な権利章典の規定が連邦政府に課す制約は、第 14 修正によって州に対しても義務として課される、とした点においては正しかったが、「第 6 修正による弁護人の保障は、こうした基本的な権利のひとつではない、と結論付けた点において、誤っていた」¹²⁰。連邦最高裁は、*Betts* 判決の 10 年前、*Powell* 判決において、*Betts* 判決が検討したすべての歴史的なデータを十分考慮したうえで、“弁護人の援助を受ける権利は、こうした基本的な性格のものである”と明確に宣言した。その末尾において *Powell* 判決は、判示を当該事案の事実及び事情に限定したが、弁護人の援助を受けるという権利の根本的な性格に関する結論は、揺るぎないものである。「我々の刑事司法における当事者主義制度では、法廷に引き立てられたいかなる者も、貧困により弁護士を雇うことができない場合には、自己のために弁護人を提供されない限り、公正な裁判を確保され得ないのである。」¹²¹

Gideon 判決は、*Betts* 判決が、デュー・プロセス条項に関する数多くの先例に依拠して、弁護人の援助を受ける権利に対する制約がデュー・プロセス条項の違反となるか否かは「当該事案における事実関係全体を評価することによって判断されるべき」とした点を廃し、弁護人の援助を受ける権利は、公正な裁判にとって根本的かつ不可欠の権利であって、第 14 修正によってその保障が州に義務付けられるものであるとした。これは、裁判所による弁護人の選任という局面に留まらず、被告人の弁護人の援助を受ける権利に対する制約が問題となる場面全般において、州の裁量を大幅に認めるアプローチの見直しを迫るものであり、弁護人による「効果的な援助」の判断にも影響せざるを得ない内容であった。そして実際に、いくつかの連邦控訴裁判所は、弁護人の援助が効果的ではなかったとの訴えを、従来のようにデュー・プロセス的アプローチにより判断するのではなく、第 6 修正の問題

¹¹⁹ 372 U.S. 335 (1963)

¹²⁰ *Id.* at 342

¹²¹ *Id.* at 344. なお、その後の連邦最高裁判例により、重罪事件以外であっても拘禁刑が科される場合について同様の保障が及ぶと判断された。*Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972), *Scott v. Illinois*, 440 U.S. 367 (1979)

として位置付け直すようになった。

コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、*Bruce v. United States*¹²² 判決(1967) 及び *Scott v. United States*¹²³判決 (1970年4月) において、「茶番」基準に替え、「(弁護人の) 甚だしい無能が実質的な防御の本質を消し去ってしまった」ことの証明を被告人に要求するものとした。とくに *Scott* 判決は、「茶番」基準は第5修正のデュー・プロセス条項の内容に関する古い理論から生じたものであるところ、弁護人の非効果的な援助は第6修正の問題であること、第6修正は、第5修正と内容的に重なるものの、より厳格な基準を要求することを明らかにした¹²⁴。

また、第5巡回区連邦控訴裁判所は、*Caraway v. Beto*¹²⁵判決 (1970年1月) において、憲法上の根拠は明らかにしなかったものの、「合理的に効果的な援助」(reasonably effective assistance) を提供する弁護人の義務を確認した。すなわち、弁護人が、被告人と事実審理の3日前にただ1度、15分間の接見しか行わず、弁護方針についての相談もせず、検察側証人はもちろん、被告人のアリバイを証言し得る唯一の人物への接触すら行わず、関連性のない証拠にも異議を述べなかったという事案において、同裁判所による *MacKenna v. Ellis*¹²⁶判決を引用(「我々は、弁護を受ける権利を、効果的な弁護人による弁護を受ける権利と解する。弁護人とは、無謬の弁護人を意味するのではなく、また、事後的にみれば効果的ではなかったと判断される弁護人でもなく、合理的に効果的な援助を提供するような弁護人であると解する。») したうえで、「申立人の弁護人は依頼者の防御のために自ら適切な準備を行わず、そのために申立人は弁護人の適切な援助を受けることがなかった」¹²⁷として、非効果的な弁護を理由として人身保護令状を発した連邦地裁による判断を維持した。

(2) *McMann v. Richardson*

1970年5月、連邦最高裁において *McMann v. Richardson*¹²⁸判決が出されると、下級審における「茶番」基準の放棄の流れは、より一層明確となった。*Richardson* らは、各々別の事件において、弁護人による助言に基づいて有罪答弁を行って有罪とされたが、有罪答弁は、強制により違法に取得された自白の結果であると主張し、人身保護令状を求めた。

¹²² 379 F.2d 113

¹²³ 427 F.2d 609

¹²⁴ *Id.* at 610; *see also* *Bazelon*, *supra* note 58, at 30

¹²⁵ 421 F.2d 636 (1970)

¹²⁶ 280 F.2d 592 (1960) .なお *MacKenna* 判決の事案は、弁護人の非効果的な援助だけではなく、裁判所が事実審理の準備の余裕を与えなかった点や事前告知なく事実審理の日程を前倒しした点、弁護人による利益相反など様々な問題点があり、裁判所はこれらの事情を総合し、被告人は公正な裁判を否定されたと判断した。

¹²⁷ *Caraway v. Beto*, 421 F.2d at 638

¹²⁸ 397 U.S. 759 (1970)

連邦地裁は審理を開くことなく各請求を棄却したが、第2巡回区連邦控訴裁判所はこれらを覆し審理を命じた。連邦最高裁の多数意見は、控訴裁判所の判断を覆したが、弁護人の助言という点に関して、弁護人の援助を受ける権利について以下のように述べた。

「有罪答弁が、証拠として許容されると誤って考えられた自白によって動機づけられたものである場合に、答弁が無知になされそれゆえに脆弱であるかどうかは、第一に、裁判所が弁護人の助言が正しかったか、あるいは誤りであったかを事後的に考慮することによるのではなく、当該助言が刑事事件の弁護士に要求される能力の範囲内であったか否かによる。裁判所の決定を予測するには不確実性がつきまとうが、その一方で、重罪の告発に直面する被告人には、有能な弁護人の効果的な援助（*effective assistance of competent counsel*）を受ける権利が与えられている。さらに、憲法によって保障された弁護人の援助を受ける権利が、その目的に資するものであろうとするのであれば、被告人は無能な弁護人の活動に任せきりにされてはならず、裁判官は、みずからの法廷で刑事事件の被告人を弁護する弁護士の活動について適切な水準を維持する努力をすべきだ、という警告と共に、問題の大部分は、事実審裁判所の優れた感覚と裁量に委ねられるべきである、と我々は考える」¹²⁹（下線引用者）。そして、その注釈において、*Powell v. Alabama*, *Avery v. Alabama*, *Glasser v. United States*, *Reece v. Georgia*¹³⁰といった連邦最高裁判例を掲げて「弁護人の援助を受ける権利とは、弁護人の効果的な援助を受ける権利であるということは、長きにわたり認識されてきた」¹³¹としたのである。

これは明らかに、「弁護人の効果的な援助を受ける権利」という要請からは、弁護活動の有能性について、「茶番」基準ではなく、より厳格な判断基準が求められることを示唆するものであった。そして *McMann* 判決後、各連邦控訴裁判所は、明確に「茶番」基準を棄て、弁護人の援助が「刑事事件の弁護士に要求される能力の範囲内であったといえるか否か」、換言すれば、合理的にみて有能といえる範囲内であったか否か、という「合理性」基準へとシフトしていく。

McMann 判決の4か月後、第3巡回区連邦控訴裁判所は、*McMann* 判決を参照しつつ、「申立人が受けた弁護の適切さは、…彼のためになされたサービスの評価によってのみ判断され得る」としたうえで、「法的サービスの適切さの基準は、他の専門職におけるのと同様、その当時、その地域で通常普及している通例の技術及び知識が用いられた」か否かであると¹³²とした。そのうえで、「弁護人の援助を受ける憲法上の権利についての認識の高まりによって、第6修正のもとで連邦事件において普及しているものと同じ基準が、*Gideon v. Wainwright* 判決のもと、第14修正により、第6修正と同様の保障が及ぶ州の有罪判決に対しても、等しく適用されるべきである。通常の有能さ（*normal competency*）という

¹²⁹ *Id.* at 770-771

¹³⁰ 350 U.S. 85 (1955)

¹³¹ 397 U.S. at 771, n. 14

¹³² *Moore v. United States*, 432 F.2d 730, 735-736

基準は、【連邦と州の】いずれの事件にも等しく適用される。」¹³³とした。

1974年には第6巡回区連邦控訴裁判所が、連邦最高裁による Powell 判決以降の弁護人による「効果的な援助」要請の確立と、Diggs v. Welch 判決に始まる「茶番」基準の積み重ねの歴史とを振り返ったうえで「茶番」基準を排斥し、「合理的に効果的な援助 (reasonably effective assistance of counsel) ¹³⁴」の基準を採用した。

こうして、連邦最高裁において Strickland v. Washington 判決が出されるまでに、すべての連邦控訴裁判所が、「茶番」基準を——少なくとも文言上は——棄て、「合理性」基準を採用するに至った¹³⁵。

3 「合理性」基準の下でのばらつき

もともと、デュー・プロセス条項を基盤とする「手続が茶番であり司法をばかにするものか否か」という基準から、第6修正を基盤とする「合理的に効果的な援助」へと基準が変わったといっても、それだけでは、具体的な違いは必ずしも明らかとはならない。実際、連邦控訴裁判所の中には、両者を同じものとして取扱うものもあったほど¹³⁶、文言上は「合理性」基準を採用した連邦控訴裁判所の間でも、その根拠や「茶番」基準との差異の度合いについては、大きなばらつきがあった。違いを生み出した要因は、第一に、「合理性」を具体的にどのように判断するのか、第二に、被告人が不利益 (prejudice) を蒙ったことを要件とするのか否かを含む立証責任の負担如何、という2点に集約される。そして、その背後には、弁護人の援助を受ける権利に対する重点の度合い、換言すれば、デュー・プロセス的アプローチとの距離の置き方の違いがあった。

(1) 「合理性」判断のあり方

～ジャッジメンタル・アプローチとカテゴリーカル・アプローチ

弁護人の活動が「合理的に効果的な援助」といえるか否かの判断手法として主流となっていたのは、弁護活動を、一般的・抽象的な「合理性」基準のもとケース・バイ・ケースで判断するもので、ジャッジメンタル・アプローチ (judgmental approach) と呼ばれた。その代表例が、コロンビア特別区連邦控訴裁判所の United States v. Decoster (Decoster III)¹³⁷判決において、Leventhal 裁判官による法廷意見で採用されたものである。

これによれば、弁護人の作為・不作為が非効果的となるか否かは、弁護人の判断に影響を与える個々の事案に特有の事実関係・事情と切り離すことができないため、弁護人の過誤とは、事案の事実と事情とに照らして、「誤りを免れない弁護人に、通常期待される活動

¹³³ Id. at 737

¹³⁴ Beasley v. United States, 491 F.2d 687, 696

¹³⁵ Chhablani, supra note 64, at 21

¹³⁶ United States v. Easter, 539 F.2d 663, 666

¹³⁷ 624 F.2d 196 (1976)

を明らかに下回る、深刻な無能 (a serious incompetency)」でなければならない、とされた¹³⁸。こうした基準によれば、弁護人の行為は極めて広く「効果的」と判断されることとなり、実質において、デュー・プロセス的アプローチとほとんど差がないともいえるものであった。

これに対して、「カテゴリーカル・アプローチ」(「ガイドライン・アプローチ」あるいは「チェックリスト・アプローチ」とも)と呼ばれる手法は、弁護人に課された具体的な義務の違反があったか否かを判断し、その違反が実質的 (substantial) なものである場合には、弁護人の援助を受ける権利の侵害を認める、というものである。その背景にあったのは、ウォーレン・コートにおいて刑事被告人の権利に関する積極的な判断が次々と示され、実務での対応が迫られる状況において、適切な刑事司法運営のための基準を確立しようとする取組みであった。アメリカ法曹協会 (ABA) が 1964 年、刑事司法運営のための基準 (the American Bar Association's Standards for the Administration of Criminal Justice¹³⁹, ABA 刑事司法基準) プロジェクトを立ち上げると、Warren E. Burger が委員長に就任し、1969 年に連邦最高裁首席裁判官となるまでその職務にあたった。ABA 刑事司法基準は、草案の公表を経て 1968 年に初版 17 巻のうちの 10 巻が完成し、1971 年には「検察及び弁護の機能に関する基準 (Standards Relating to the Prosecution and Defense Functions)」が刊行され、検察官、弁護人が、それぞれの役割と機能から果たすべき義務が、具体的に示された。ABA 刑事司法基準は、草案公表段階から既に、連邦控訴裁判所の法廷意見において引用される¹⁴⁰などして、州及び連邦の裁判官、弁護士、ロースクールの間に急速に広まっていった¹⁴¹。

カテゴリーカル・アプローチは、第 4 巡回区連邦控訴裁判所の *Coles v. Payton*¹⁴² 判決によって先駆的に用いられ、その後、コロンビア特別区連邦控訴裁判所の *Bazelon* 裁判官が、*United States v. Decoster (Decoster I)*¹⁴³ 判決において、より詳細な形で提示した。*Bazelon* 裁判官は、まず、一般論として、弁護人は、ABA 刑事司法基準の「弁護の機能 (The Defense Function)」に従うべきであるとした。ついで、「弁護の機能」及び数多くの先例に依拠し、弁護人が具体的に負う義務として、(1) 依頼者と遅滞なく必要な限り頻繁に協議する義務、(2) 依頼者に対し、迅速に、その権利につき助言し、権利保護に必要なあらゆる行動をと

¹³⁸ 624 F.2d at 203, 208

¹³⁹ 当初の名称では *Minimum Standards* の語を用いていたが、より広く受け入れられるようにとの意図から *Minimum* は外された。William. J. Jameson, *The Beginning: Background and Development of the ABA Standards for Criminal Justice*, 12 AM. CRIM. L. Rev. 255, 258 (1974)

¹⁴⁰ 例えば *Bruce v. United States*, 379 F.2d 113 (D.C. Cir. 1967) は、*Standards Relating to Pleas of Guilty (Tentative Draft Feb. 1967)* を引用している。 *Bruce v. United States*, F.2d at 120, n.19

¹⁴¹ Jameson, *supra* note 139, at 261

¹⁴² 389 F.2d 224 (1968)

¹⁴³ 487 F.2d 1197 (1973)

る義務、及び依頼者の身体拘束からの解放に留意する義務、(3) 弁護方針を判断するため事実・法律の両面について適切な調査を行う義務、を特に挙げた¹⁴⁴。そして、弁護人が、要求されるこれらの義務のいずれかに実質的に違反¹⁴⁵したことを、被告人が立証すれば、政府が被告人に不利益が生じていないことを立証しない限り、効果的な援助を受ける権利の侵害があるものとした¹⁴⁶。このアプローチによれば、弁護人の援助が非効果的であるとみなされる範囲は、ジャッジメンタル・アプローチに比べて格段に広がる。同時にカテゴリーカル・アプローチによれば、弁護人の活動を実効的に評価し得るとして、法律家の間で広く支持された¹⁴⁷。しかし、実務において多くの裁判所が採用するところとはならず、後述のとおり、*Strickland v. Washington* 判決においても採用されることはなかった。

(2) 不利益要件の要否

① 憲法上の権利侵害と不利益要件

前述のとおり、各州における初期の非効果的援助の事例は、デュー・プロセス的アプローチによって判断されるのが通例であったため、救済を与えるには被告人に不利益が生じたことが要求された。他方、1960年代以前は、一般的に、憲法違反が認められれば、それによって被告人の不利益が推定され、自動的に有罪判決が破棄されるものと考えられていた¹⁴⁸。それゆえ、例えば州の重罪事件被告人に第6修正による弁護人の援助を受ける権利の保障を及ぼした *Gideon* 判決も、*Gideon* に不利益の立証を求めなかった¹⁴⁹。

しかし、デュー・プロセス革命によって憲法上の権利の保障範囲が拡大すると、連邦最

¹⁴⁴ *Decoster I*, at 1203-04

¹⁴⁵ 後に *Decoster III* において *Bazelon* 裁判官は、実質的な (substantial) 違反の意味について、弁護人の義務違反が当該特定の事案において許される、ないし正当化されるものであるか否かによって判断するとした。 *Decoster III*, at 282 (*Bazelon, dissenting*)

¹⁴⁶ *Decoster I*, at 1204。なおこの部分は、*Coles v. Payton* の法廷意見からそのまま引用されているところ、被告人に不利益が生じたことが第6修正違反の要件であるかのように読める。しかしその後、*Decoster III* の反対意見において *Bazelon* 裁判官は、基準の実質的な違反が立証されれば弁護人の援助を受ける憲法上の権利の否定となり、政府が、弁護人の非効果援助が無害であったことを合理的な疑いを超えて立証しない限り、有罪判決が破棄されるべきだとしており、不利益の存在を第6修正違反の要素とはしていない。 *Decoster III*, at 300 (*Bazelon, dissenting*)

¹⁴⁷ John H. Blume and Stacey D. Neumann, *It's Like Déjà vu All Over Again*": *Williams v. Taylor*, *Wiggins v. Smith*, *Rompilla v. Beard* and a (Partial) Return to the Guidelines Approach to the Effective Assistance of Counsel, 34 *Am. J. Crim. L.* 127, 133 (2007)

¹⁴⁸ *Yale Kamisar, Modern Criminal Procedure, Thirteenth Edition* (West, 2012), at 1558

¹⁴⁹ なお、*Gideon* はその後の再審理で弁護人の援助を受け無罪となっており (*Anthony Lewis, Gideon's Trumpet* (Random House, 1964), at 249), 結果的には弁護人の不選任により現実の不利益をこうむっていたことが明らかになった。

高裁は、憲法上の権利の侵害に対しても、ハームレス・エラー (harmless error, 無害の手続的瑕疵) の理論が適用され得ることを明らかにした。すなわち *Chapman v. California*¹⁵⁰判決 (1967) は、「特定の事案の状況においては、憲法違反ではあるが非常に重要性が低く些細であるために、憲法と矛盾なく、無害であるとみなされ、有罪判決の自動的な破棄を要求しないものがあり得る」¹⁵¹として、当該憲法違反によって利益を受ける者が、違反が結果に影響を与えず無害であることを、合理的な疑いを超えて立証すべきであるとした¹⁵²。こうして、弁護人の援助を受ける権利の侵害が認められる場合でありながら、権利侵害から不利益が推定されて自動的に救済が認められるケースと、ハームレス・エラー・テストにより判断されるケースの双方があることが、連邦最高裁の判例によって示されていった¹⁵³。

自動的な救済が認められた例としては、被告人が弁護人による援助を受ける権利を放棄していないにもかかわらず、弁護人が全く選任されなかった場合¹⁵⁴が含まれるは勿論のこと、手続の重要な段階で弁護人が不在であった場合¹⁵⁵や、弁護人が存在したにもかかわらず、その援助が部分的に否定された場合¹⁵⁶があった。また、弁護人が適時に異議を述べたにもかかわらず、裁判所が同一弁護人をして現実に利益の相反する複数の被告人を弁護さ

¹⁵⁰ 386 U.S. 18

¹⁵¹ *Id.* at 22

¹⁵² *Id.* at 24

¹⁵³ 後に連邦最高裁は、*Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991)の多数意見及び *United States v. Gonzalez-Lopez*, 548 U.S. 140 (2006)の多数意見において、憲法上の権利の侵害は、「事実審理が行われる枠組みに影響する」がゆえに *Chapman v. California* によるハームレス・エラーのテストを不要とし自動的な破棄を要求する「構造的欠陥 (structural defects)」と、陪審に主張を示すなかで生じた誤りであり、その影響を他の証拠との関係で量的に評価することが可能であるために、ハームレス・エラーのテストを受ける「トライアル・エラー」とに分けられること、多くの誤りは後者に分類されるとした。これらの適用例の詳細については、*Tomkovicz*, *supra* note 21, 183-191 を参照。もつとも *Tomkovicz* は、判例によるハームレス・エラーのテストに服するか否かの区別は明確ではないと指摘する。*Tomkovicz*, *supra* note 21, at 186

¹⁵⁴ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963)

¹⁵⁵ いずれも *Chapman v. California* 判決以前の事案であるが、死刑事件の罪状認否手続において弁護人不在の状態が無罪答弁がなされた場合 (*Hamilton v. Alabama*, 368 U.S. 52 (1961))、死刑事件の予備審問において弁護人が選任されないまま有罪答弁を行い、その後、罪状認否において弁護人が選任されて無罪答弁を行ったが、当初の有罪答弁が事実審理において証拠とされた場合 (*White v. Maryland*, 373 U.S. 59 (1963)) がこれにあたる。

¹⁵⁶ たとえば、非陪審審理において弁護人による最終弁論が認められなかった場合

(*Herring v. New York*, 422 U.S. 853 (1975))、事実審理において、被告人が弁護人との協議を行いうる時間帯にもかかわらずそれが禁止された場合 (*Geders v. United States*, 425 U.S. 80 (1976)) など。

せた場合¹⁵⁷においても、破棄は自動的であった。

これらに対して、ハームレス・エラーのテストが適用されるケースとしては、たとえば、予備審問において弁護人が選任されていなかったが、その手続の結果が事実審理の証拠とはされなかった場合¹⁵⁸、あるいは、弁護人による援助を受ける権利を侵害して得られた証拠が事実審理の証拠とされた場合¹⁵⁹などがあった。

② 非効果的援助の判断と不利益要件

このような状況を背景として、弁護人の効果的な援助を受ける権利が、デュー・プロセス条項ではなく第6修正によって保障されることが明らかとされたのである。では、弁護人の効果的な援助を受ける権利の侵害が主張される場合には、被告人に何らかの不利益が生じたことが救済の要件とされるのか、仮に不利益の存在が要求されるとして、その場合の立証責任は誰にどのように求めるのか。この点については、控訴裁判所ごとに判断が分かれた。

最も立場を明確にしたのは第6巡回区連邦控訴裁判所である。*Beasley v. United States*¹⁶⁰判決は、*Glasser* 判決及び *Chapman* 判決を引用したうえで、「弁護人の効果的な援助というあまりにも基本的な手続き上の権利の剥脱に関しては、ハームレス・エラーのテストは適用されない」¹⁶¹として、被告人に対する救済の要件として、被告人に不利益の発生を要求することを、明確に否定した。

第4巡回区連邦控訴裁判所は、ハームレス・エラーのテストを採用し、被告人が第6修正違反を立証した後、政府（州）に違反が無害であることの立証を課した¹⁶²。

上記以外の連邦控訴裁判所は、被告人に不利益の立証責任を課した。すなわち、被告人に対し、第6修正違反に加えて不利益の立証を求めるものとし、あるいは、被告人は第6修正違反及び不利益をともに立証しなければならないが、政府が無害性を立証すれば救済は与えられないものとした¹⁶³。被告人に最も厳しい後者の例が、*Decoster III* の *Leventhal* 裁判官による法廷意見である。

同法廷意見は、弁護人の援助を受ける権利が、裁判所による弁護人の不選任や弁護活動

¹⁵⁷ *Holloway v. Arkansas*, 435 U.S. 475 (1978)

¹⁵⁸ *Coleman v. Alabama*, 399 U.S. 1 (1970)

¹⁵⁹ *Milton v. Wainwright*, 407 U.S. 371 (1972), *Moore v. Illinois*, 434 U.S. 220 (1977)

¹⁶⁰ 491 F.2d 687 (1974)

¹⁶¹ *Id.* at 696

¹⁶² *Chhablani*, *supra* note 64, at 30。ただし *Chhablani* も的確に指摘するように、初期の *Coles v. Payton* 判決では、被告人による不利益の存在を第6修正違反の要素としていえるようにも読める。*Coles v. Payton*, 389 F.2d at 226。そして、これを引用したコロンビア特別区連邦控訴裁判所の *Decoster I* 判決も同様であることについては前記注（146）を参照。

¹⁶³ *Chhablani*, *supra* note 64, at 29-32

に対する妨害など、国家（州）による作為ないし不作為によって侵害される場合と、国家の関与はなく、もっぱら弁護人の活動が問題となる場合とでは、異なる判断が必要となると強調した。そして、被告人は「誤りを免れない弁護人に通常期待される活動を、明らかに下回る深刻な無能」の立証に加えて、このような弁護活動が「事実審理の結果に影響を与えた (affected the outcome of the trial)」可能性の立証を要求し、被告人がこれらの立証に成功した後は、政府が現実には不利益が生じなかったことを立証しない限り、有罪判決は破棄されるとした¹⁶⁴。この点は Bazon 裁判官の反対意見において、「事実審理の結果に影響を与える」とは、すなわち無罪となる可能性を意味すると理解され、このような立証を被告人に課すこととすれば、現実に無実の者しか弁護人の援助を受ける権利は守られないことになる、と批判された¹⁶⁵。もっとも、不利益の立証はあくまで被告人に救済を与えるための要件であって、第 6 修正違反を認定するための要件とは区別して理解されるのが一般的であったが¹⁶⁶、裁判官の中には、権利侵害の範囲自体を極めて限定的に捉え、不利益の立証を第 6 修正違反の要素として取り込むべきであるとする見解もみられた¹⁶⁷。

さらに、何を以て被告人の「不利益」とするかについても、判断が分かれた。第 9 巡回区連邦控訴裁判所は、「不利益の発生という要件は、弁護人の重大な誤りがなければ被告人は無罪となったであろうという場合にだけ救済されることを意味するものではない。罪を犯した者にも、無実の者と同様に公正な裁判を受ける権利が与えられており、“弁護人の援助は多くの場合、公正な裁判の存在そのものにとって必須である”」¹⁶⁸として、結論が異なっていた可能性を被告人において立証する必要はないとした。

4 判断基準と二つのアプローチ

このように、弁護人の援助が「合理的に効果的な援助」といえるか否かに関しても、各連邦控訴裁判所の判断基準は多岐に分かれたが、それらの違いは、程度の差こそあれ、それ以前の各州における裁判例のなかでも常に対立してきた、二つの考え方の違いを反映した結果であった。

すなわち、弁護人の援助を受ける権利を重視して被告人の救済を積極的にはかろうとす

¹⁶⁴ Decoster III, at 208

¹⁶⁵ Decoster III, at 288-289 (Bazon, dissenting)

¹⁶⁶ Chhablani, supra note 64, at 35

¹⁶⁷ Decoster III における MacKinnon 裁判官の同調意見は、物理的には弁護人が存在しながら、その活動が効果的ではない場合には、「弁護人の活動が被告人の憲法上の権利の否定と等しいほどに欠陥のあるものであったか」が問題なのであり、実質的に不公正な不利益を被ったことの証明がない限り、弁護人の非効果的な活動が第 6 修正違反となることはない、とした。Decoster III, at 232 (MacKinnon, concurring)

¹⁶⁸ Cooper v. Fitzharris, 586 F.2d 1325, 1333 (1978); see also Chhablani, supra note 64, at 32.

る立場は、カテゴリーカル・アプローチに親和的であり、また、不利益要件を必要としない傾向にあった。他方で、法的安定性を重視し弁護活動の適切さを推定しようとする立場は、いわばデュー・プロセス的アプローチを採り、不利益結果の存在を含め、手続全体を総合的にみて「公正な裁判」がなされたか否かを判断する傾向にあった。

そして、この二つの異なるアプローチの対立は、1984年の連邦最高裁による *Strickland v. Washington* 判決による判断の場に至り、引き継がれることになった。

第2 効果的な援助を受ける権利の侵害と国家の関与 ～*Cuyler v. Sullivan*

弁護人による効果的な援助を受ける権利の侵害を判断する基準が、下級審の間で種々に分かれる一方で、もうひとつ、効果的な援助を受ける権利に関して連邦最高裁による決着をみていない論点があった。それは、私選弁護人の場合にも、弁護人の行為が非効果的であることを理由とした権利の侵害が認められるか、という問題であった。すなわち、各州における初期の裁判例においては、国家の作為・不作為ではなく、弁護活動自体によって効果的な援助を否定されたという主張に対しては、弁護人が裁判所により選任された場合と、私選弁護人であった場合とを区別し、前者については救済可能性を認めるという傾向がみられた¹⁶⁹。同様の傾向は *Powell v. Alabama* 判決後も続いたが、その基盤にあったのは、「いかなる州も法の適正な手続によらずに、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない」と規定する第14修正によって、権利の侵害には「州（国家）の行為（state action）」が要求されるという理解であった。したがって、弁護人による効果的な援助が否定される場合にも、不十分な弁護の結果について責任を負うに足る「国家の関与」が必要であり、裁判所が弁護人を選任した場合には、その選任行為によって国家に責任が生じるが、私選弁護人の場合には、その過誤が甚だしく裁判所にも明白であった場合に限られる、というものであった¹⁷⁰。

この点に関する争いに終止符を打ち、弁護人による効果的な援助を受ける権利の保障は、裁判所により選任された弁護人であるか否かを問わずに及ぶことを明確化したのが、*Cuyler v. Sullivan*¹⁷¹判決（1980）である。

1 事案の概要

被告人 *Sullivan* は、2名の被害者に対する謀殺につき、他の2名の被告人とともに起訴

¹⁶⁹ *Mayeux*, supra note 55, at 2173

¹⁷⁰ *Kamisar*, supra note 148, at 131.

¹⁷¹ 446 U.S. 335. 本判決を紹介する邦語文献として、宮島里史「弁護人における利益相反」渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅲ』114頁（中央大学出版部、1989）、堺・前掲注（90）43頁、小早川・前掲注（73）176頁などがある。

され、他の被告人らと共通の2名の弁護人による弁護を受けた。弁護人は私選であったが、Sullivan 自身には資力がなかったため、他の被告人らと同じ弁護人による弁護を受けることとなった。検察官の提出した証拠はもっぱら状況証拠であり、弁護人は、Sullivan を含む3名の被告人はいずれも犯罪とは無関係であると主張した。3名の被告人は各別に事実審理を受けたが、最初に行われた Sullivan に対する事実審理において、弁護人は、証拠をまったく提出しなかった。結果として、Sullivan だけが有罪とされ、他の2名は無罪となった。Sullivan は州の post-conviction 手続において、他の主張とともに、弁護人が被告人間の利害の相反する状況で弁護を行ったために効果的な援助を受ける権利を奪われた、と主張した。州の手続においてはこの主張は認められなかったため、Sullivan は連邦地方裁判所に人身保護令状請求を行った。連邦地裁は主張を認めなかったが、連邦控訴裁判所は、複数弁護の場合には、被告人が利害相反ないし不利益の可能性を立証すれば有罪判決の破棄が認められるとし、Sullivan の弁護人が弁護側立証をまったく行わなかった点をもって利害相反の可能性を認めた。これに対して州側が裁量上訴を求め、これが認められた。

連邦最高裁は、第一に、国家による作為・不作為の介在しない私選弁護人による弁護活動についても、不十分な弁護活動によって効果的な援助を受ける権利が侵害され得ること、第二に、被告人が、被告人間の利害相反のために弁護人が効果的な援助を提供せず、第6修正の権利が侵害されたと主張する際、事実審段階において被告人が何ら異議を述べていなかった場合には、現実に利害相反があり、それが弁護人の活動に有害に作用したことを立証しなければならないこと、を明らかにした。

2 効果的な援助を受ける権利と国家の関与

州側が、私選弁護人の活動は、州による行為を伴わないため救済の対象とはなりえない、と主張したのに対し、Powell 判事による法廷意見は、以下のように述べてこれを否定した。

「州による刑事裁判、すなわち州そのものにより開始され、行われる手続とは、第14修正が意味するところの州の行為である。当裁判所は、Gideon v. Wainwright 判決においては、第6修正により保障された弁護人の援助がないまま重罪の訴追に直面させられている州の被告人は、法の適正な手続を否定されていると判断し、同様の認識を示した。重大な罪に問われている被告人に、我々の司法制度の本質的特徴である手続的及び実体的なセーフガードを発動させることのできる弁護人がいなければ、不正義の深刻な危険が、裁判そのものを蝕んでしまう。州がこのような裁判によって刑事事件の有罪を獲得するのであれば、州は憲法に違反して被告人からその自由を奪うことになる。我々の判決によって、不十分な弁護は第6修正の弁護を受ける権利を充たさないということは、第14修正を通じて州にも適用されることが明らかとなっている。有罪答弁は、弁護人が被告人に“合理的に有能な助言”をしなかったという理由で攻撃される。さらに、被告人を証言台に立たせるという弁護士の戦略的判断を制限する裁判所の手続は、弁護を受ける権利の侵害となる。このように、第6修正は、州に対し、貧しい被告人への弁護人の選任以上のものを要

求しているのである。弁護を受ける権利は、投獄に直面する人々が、十分な法的援助を受けることなく、自ら防御を行わなければならないような裁判を州が行うことを、妨げているのである。

第6修正を適切に顧慮すれば、自ら弁護人を雇った被告人は、州に弁護人を選任された被告人に比べ、より僅かな保護しか与えられない、という申立人【州側】の主張は、無力となる。我々は自信を持って、ほとんどの弁護人は、私選であれ裁判所による選任であれ、被告人の権利を守るであろうと推測する。しかし、事案によっては、私選弁護人が十分な弁護を提供しないということを、経験が教えている。仮に、十分に情報がないまま特定の弁護士を雇うという判断を行うことによって、被告人に与えられた憲法上の保護が弱まり、あるいは失われかねないのであれば、第6修正による極めて重要な保障は、ほとんど意味をなさない。刑事裁判という州による行為それ自体によって、州は被告人の有罪に関与しているのであり、私選弁護人と裁判所に選任された弁護人とを区別することにはまったく根拠を見いだせず、それは自ら弁護人を選ばなければならない被告人に対して平等な正義を否定することになる。」¹⁷² (引用省略)

このように *Cuyler* 判決は、弁護人による援助を受ける権利の侵害について、国家（州）による具体的な作為・不作為は必要ではないということを明らかにした点において、大きな意義を持つ。国家（州）自身が被告人に対して強制的に刑事訴追を開始し、裁判を行う以上、それ以上の国家行為は必要ないというのがその理由である。第14修正を通じて適用される第6修正によって、国家（州）は、刑事裁判において被告人が弁護人による十分な援助を受けられるということを確保しなければならない。弁護人がその機能を果たさず、したがって、被告人に効果的な援助を提供するという要請が刑事裁判において充たされない以上、国家（州）は、被告人に対し法の適正な手続を否定したものとして、責任を負うのである。

3 不利益要件の要否

続いて *Cuyler* 判決は、国家による具体的な行為ではなく、利害相反のある複数被告人に対する共通弁護によって、被告人の効果的な援助を受ける権利が侵害された場合、被告人が救済を得るためには、どのような立証責任が課されるのかについて判断を示した。

弁護人が利害の相反する複数の被告人を同時に弁護することによって、被告人の効果的な援助を受ける権利が侵害されることについては、古く *Glasser v. United States* 判決において明らかにされていた。しかし、同判決の事案では、*Glasser* の私選弁護人 *Stewart* が裁判所による選任に懸念を表明し、*Glasser* 自身も異議を述べたにもかかわらず、裁判所が *Stewart* を他の被告人 *Kretske* の弁護人として選任したのであり、裁判所が利害相反状態の作出に責任を負っていた。*Glasser* 判決は、*Stewart* による弁護活動が利害相反の

¹⁷² 446 U.S. at 343-345

影響を受けていたことを認定したうえで、以下のように述べて、被告人 Glasser に不利益の立証を要求することなく、救済を与えた。「裁判所が Stewart を Kretske の弁護人として選任した結果、Glasser が正確にどの程度の不利益を被ったかについて判断することは困難であり、また、その必要もない。弁護人の援助を受ける権利は非常に基本的かつ絶対的なものであるから、権利の否定によって生じる不利益の量は裁判所の適切な推定に委ねられる。」¹⁷³

また、Holloway v. Arkansas¹⁷⁴判決（1978）においては、3名の被告人に対して裁判所が1名の弁護人を選任し、弁護人が具体的に利害相反の危険を示したうえで各別の弁護人を選任するよう求めたのに対し、裁判所はこれを拒絶した。この場合も、弁護人から適時の異議がなされたにもかかわらず、利害相反について何ら調査することなく複数の弁護を強いた裁判所の行為の誤りにより、効果的な援助を受ける被告人の権利が侵害されたとして、連邦最高裁は有罪判決の自動的な破棄を認めた。

ところが Glasser, Holloway 両判決の事案と異なって Cuyler 判決は私選弁護の事案であり、かつ、被告人は、事実審段階で共通弁護についてまったく異議を唱えていなかった。

Cuyler 判決は、弁護人には、利害相反を避け、利害相反が生じればすみやかに裁判所に知らせる倫理的義務があるのであるから、特別な事情のない限り、裁判所は利害相反がないものとみなすことができ、裁判所が利害相反について知り、あるいは合理的にみて知るべきであった場合を除き、裁判所がみずから利害相反の有無について調査する義務はない、とした。そして、本件のように、被告人が事実審段階で異議を述べなかった場合、事後的に救済を求める被告人は、「利害相反の可能性」ではなく、「現実の利害相反が、弁護人の活動に有害に作用した」ことを立証しなければならない、とした。ただし、「利害相反それ自体が効果的な援助の否定を示している」のであるから、弁護人が「対立する利益を積極的に弁護した」ことを立証すれば、不利益が生じたことの立証までは必要ないとした¹⁷⁵。

こうして、効果的な援助を受ける権利が侵害された場合の一類型である、私選弁護人による利害相反弁護について、連邦最高裁は、被告人に不利益立証を要求せず、かつ、ハームレス・エラーの適用をも排除したのであった。

4 弁護人による効果的な援助の否定と国家の責任

Cuyler 判決は、直接的には、弁護人の援助を受ける権利は、当該弁護人が裁判所により選任されたか私選弁護人であるかを問わず、等しく保障されるべきものであることを明らかにしたものである。しかし、その根底にあって大きな意義を有するのは、刑事裁判を行

¹⁷³ Glasser v. United States, 315 U.S. at 75-76

¹⁷⁴ 435 U.S. 475 (1978)。本判決を紹介する邦語文献として、宮島・前掲注 (171) 108 頁、塚・前掲注 (90) 39 頁、小早川・前掲注 (73) 170 頁などがある。

¹⁷⁵ 446 U.S. at 349-350

うということ自体が、第14修正により要求される「州の行為」そのものである、とした点であった。第6修正が保障する弁護人の援助は、法の適正な手続にとって不可欠であり、そのため国家には、被告人が弁護人の十分な援助を得た上で刑事裁判を受けられるようにする義務が課せられている。したがって、弁護人による援助が不十分であったことに対しても、国家が自ら責任を負う、とするのである。さらに、効果的な援助を受ける権利の重要性から、「利害相反それ自体が効果的な援助の否定」であると捉え、これを被告人の立証責任にも反映させた。

Cuyler 判決が、弁護人の援助を受ける権利の侵害に対する国家による責任の根拠を明確化したことによって、従来の、私選弁護人と裁判所の選任した弁護人とを区別する見解、さらには、裁判所の行為ではなく弁護人の行為そのものを理由とした権利侵害全般に対する否定的な見解¹⁷⁶は、その大きな拠り所を失うこととなった。こうして Cuyler 判決は、その4年後に判断される Strickland 判決に対し、必然的に影響を与えるところとなったのである。

第3 連邦最高裁による「非効果的援助」の判断基準～Strickland v. Washington

1984年、連邦最高裁は、Strickland v. Washington¹⁷⁷判決において、弁護人の活動が、「効果的な援助を受ける権利」の侵害と判断されるための基準をついに示した。すなわち、効果的な援助を受ける権利の侵害を主張する被告人は、①弁護活動が、客観的な合理性の基準 (an objective standard of reasonableness) を下回っていることを示さなければならず、さらに、②当該弁護過誤がなければ、手続きの結果が異なっていたであろうという合理的な蓋然性 (reasonable probability) を示さなければならない、というものである。

この基準は、被告人に対する救済を極めて困難にしたものとして、今日まで様々な批判を浴びてきた。しかし、以下で論ずるのは、その基準の当否ではない。同判決を子細に分析することによって、同判決が、それに先立つ約1世紀にわたる非効果的援助をめぐる議論から、何をどのように引き継ぎ、どの点で異なっているのか、その基盤として、弁護人の援助を受ける権利の本質をどのように捉えているのか、を明らかにする。

¹⁷⁶ Decoster III における法廷意見や同調意見は、国家(州)による作為ないし不作為によって弁護人の援助を受ける権利が侵害される場合と、国家の関与はなく弁護人の活動がもたらした問題とされる場合とは異なることを強調していた (Decoster III, at 214)。なお、Decoster 事件の被告人ウィリー・デコスターの事実審理における弁護人は、裁判所によって選任されていた (Decoster I, at 1200)。

¹⁷⁷ 466 U.S. 668. なお、本判決を紹介した邦語文献として、宮城啓子「効果的な弁護を受ける権利-Strickland v. Washington, 104 S.Ct.2052(1984)」憲法訴訟研究会、芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣、1998年)342頁、小早川・前掲注(73)189頁、岡田・前掲注(17)32頁などがある。

1 事案の概要

被告人 Washington は、フロリダ州において 2 名の共犯者が逮捕された後、警察に出頭して一連の事件の一部（1 件の謀殺を含む）につき詳細に自白した。被告人は、誘拐及び謀殺の罪で起訴され、裁判所によって刑事弁護の経験が豊富な弁護人が選任された。その後、被告人は、弁護人の助言に反して他の 2 件の謀殺について自白し、最終的に 3 件の第 1 級謀殺、複数の強盗、身代金目的誘拐、不法侵入及び暴行、謀殺未遂、強盗の共謀で起訴された。さらに被告人は、弁護人の助言に反して、陪審による事実審理を受ける権利も放棄し、3 件の謀殺を含むすべての罪について有罪答弁を行った。罪状認否手続において被告人は、事実審裁判官に対し、自分には大きな前科はなく、事件当時は家族を養うことができないことから過度のストレスを抱えていたこと、しかしながら、罪に対する責任を引き受けることを述べた。これに対して裁判官は、「自ら歩み出て自分の責任を認めようとする人々に大いに敬意」を払うと述べた。弁護人は、陪審による量刑審理を受ける権利¹⁷⁸の行使を勧めたが、被告人はこれも拒否して権利を放棄し、裁判官による量刑審理を受けた。

弁護人は量刑審理の準備において、被告人の経歴について被告人と話をし、また被告人の妻及び母と電話で話をしたが、面談はしなかった。性格証人を探すこともなく、被告人との会話からは精神的な問題がみられなかったことから精神鑑定も求めなかった。結局、弁護人は、被告人の人格及び心理状態について、なんら証拠を提出しないと決断した。他方で弁護人は、被告人の前科記録を証拠から排除することには成功した。また、判決前調査報告書の作成は、むしろ被告人の前科に関する情報を含み有害となると判断し、要求しなかった。

量刑審理における弁護人の戦略は、主として、罪状認否手続における裁判官の発言と、有罪とされた被告人が罪を認めることを重要視するという当該裁判官の評判とに依拠した。弁護人は、被告人が悔悟し、罪を認めていることから死刑を免れることも正当化されるとし、前科がないこと、極度の精神的ないし情緒的混乱のもとでの犯行であることは、減輕事由にあたりと主張した。そのほか、自首、自白、共犯者に対して証言をしたこと、基本的には良い人物であるが、極度にストレスを受けた状況で一時的に悪事に走ってしまった旨を主張した。検察官は犯罪の詳細を明らかにするための証拠・証人を提出したが、被害者らの殺害方法について証言した専門家に対して、弁護人は反対尋問を行わなかった。

裁判官は、3 件の謀殺それぞれについて多くの加重事由を認定した一方で、減輕事由は否定し、3 件の謀殺についてそれぞれ死刑を科し、その他の罪について禁錮刑を科した。被告人に対する刑は州最高裁で維持され、その後、州の手続も失敗に終わったため、被告人は、連邦地裁に対し、弁護活動の過誤を含む様々な理由に基づき人身保護令状を求めた。連邦地裁は証拠調べを行い、弁護人が法定外の減輕事由についてほとんど調査を行わなかった点について過誤があったものの、それによる不利益は生じていないと結論付け、被告

¹⁷⁸ ただしフロリダ州の場合は陪審が量刑の勧告権限のみを有していた。

人のその他の主張も退けた。連邦控訴裁判所は、最終的に全員法廷において、弁護人による調査義務の違反があったか否か、及び、弁護人の過誤がもたらした不利益について判断する基準を新たに定立し、その基準の適用を求めて事件を連邦地裁に差し戻した。この決定に対する州側から連邦最高裁への裁量上訴が認められた。

2 法廷意見

(1) 弁護人の援助を受ける権利の位置付け

O'Connor 判事による法廷意見は、まず、弁護人の援助を受ける権利の憲法上の位置付けについて、大要以下のように述べた。

Powell v. Alabama, Johnson v. Zerbst, Gideon v. Wainwright 判決を含む一連の先例において、当裁判所は、第6修正の弁護人の援助を受ける権利が、「公正な事実審理 (fair trial) を受けるという基本的な権利を守るために存在し、かつ、必要とされる」ものであると認識してきた。すなわち、合衆国憲法はデュー・プロセス条項を通じて公正な事実審理を保障しつつ、公正な事実審理の基本的な要素を、主として第6修正の条項を通じて明らかにしたのであり、そのひとつが弁護人条項である¹⁷⁹。

そして、被告人に、検察官の主張と対抗する十分な機会が与えられるためには、弁護人の技術と知識へのアクセスが必要であるため、第6修正に包含された、当事者主義制度において弁護人の援助を受けるという権利は、決定的な役割を果たす。弁護人の援助の決定的な重要性ゆえに、当裁判所は、被告人が弁護人を雇えない場合には、裁判所により選任を受ける権利があるとした。しかしながら、公判で被告人の隣にいる人物がたまたま弁護士であったというだけでは、憲法の要請を充たすことにはならない。被告人には、私選であると裁判所による選任であるとを問わず、事実審理を公正なものとするために必要な役割を果たす弁護人の援助を受ける権利が与えられているのである¹⁸⁰。

このような理由から、連邦最高裁は、「弁護人の援助を受ける権利は、弁護人の効果的な援助を受ける権利である」と認識してきた。政府が効果的な援助を受ける権利の侵害を行うだけではなく、弁護人もまた、適切な法的援助を行わないことによって、被告人から効果的な弁護を受ける権利を奪い得る。このように、弁護人の援助が「現実に非効果的であった」(actual ineffectiveness)¹⁸¹場合については、Cuyler

¹⁷⁹ 466 U.S. at 684-685

¹⁸⁰ Id. at 685

¹⁸¹ 政府による妨害等の場合を含む、広義の ineffective assistance に対し、actual ineffective assistance は弁護人の行為そのものである狭義の非効果的援助の意味で用いられる。単に ineffective assistance of counsel という場合は、通常、狭義の意味を指す。

v. *Sullivan* の事案（現実の利害相反により弁護活動が非効果的なものとなる場合）を除き、連邦最高裁はその意味を詳しく述べたことはなかった。弁護人の援助が非効果的であったか否かを判断する指標は、公正な事実審理を確保するという目的から、「弁護人の行為が当事者主義手続の適切な機能を著しく損ない、そのために事実審理によって正当な結果が生じたとは信頼できないか否か」でなければならない¹⁸²。

同じ原理は、死刑相当事件の量刑審理にも当てはまる¹⁸³。死刑相当事件の量刑審理は、当事者主義構造及び決定を行うための基準の存在という点で事実審理と同様であるため、弁護人の役割も事実審理における弁護人の役割と同様だからである¹⁸⁴。

以上を前提としたうえで、法廷意見は、弁護人の援助があまりにも不十分であるために有罪ないし死刑が覆される必要があると主張する者は、①弁護活動が客観的な合理性の基準を下回っていたこと（弁護活動の過誤）、及び、②当該弁護過誤がなければ、手続きの結果が異なっていたであろうという合理的な蓋然性（不利益の蓋然性）、の二点をともに立証しなければならないとした。その理由づけは詳細にわたるが、要旨は順次以下のとおりである。

（2）弁護活動の過誤

今日すべての連邦控訴裁判所が述べるように、弁護人の活動をはかるための適切な基準は「合理的に効果的な援助」(reasonably effective assistance)である。当裁判所も *McMann v. Richardson* 判決において間接的に同様の認識を示していた。弁護人の援助が効果的ではなかったと主張する者は、弁護活動が、客観的な合理性の基準 (an objective standard of reasonableness) を下回っていることを示さなければならない¹⁸⁵。

これ以上の、具体的なガイドラインは適切ではない。第6修正は単に「弁護人」と規定しており、効果的な援助という要請について特に具体的には述べてはいない。むしろ第6修正が依拠しているのは、第6修正が包含する当事者主義手続において弁護人はその役割を果たすであろうという法の推定を正当化するだけの十分な水準を、法律専門職は保持している、ということである。適切な基準は、弁護人の活動が「普及している職業上の規範のもとで、合理的なもの (reasonableness under prevailing professional norms)」といえ

¹⁸² 466 U.S. at 686

¹⁸³ 非死刑相当事件の場合には、現在でも一般的に、陪審による事実審理 (trial) によって有罪とされた後は、裁判官による刑の量定手続へと移る。しかしながら第4章に詳述するとおり、1976年の *Gregg v. Georgia* 判決以降、全米の死刑存置州は、死刑相当犯罪の審理については、罪責認定と刑の量定の手続を分け、後者についても陪審による審理を認めるようになった。

¹⁸⁴ 466 U.S. at 686-687

¹⁸⁵ *Id.* at 687-688

るかである¹⁸⁶。

弁護活動は、一定の基本的な義務（duties）を必然的に伴う。依頼者を援助するという弁護人の機能から、忠実義務（a duty of loyalty）、利益の衝突を避ける義務を負う。またその機能から、最も重要な、被告人の主張を擁護する義務、さらに具体的に、被告人と重要な決定について協議する義務、被告人に訴追手続の重要な進展について知らせる義務が生じる。また、事実審理が信頼のおける当事者主義的テストの場となるように、技術と知識を注ぐ義務を有する¹⁸⁷。

こうした基本的な義務は、弁護人の義務を網羅的に定義するものではなく、弁護人の活動を司法が評価するためのチェックリストを構成するものでもない。弁護が非効果的であったことが争われる場合には、弁護人による援助が「すべての事情を勘案して合理的といえるか否か」によって判断されなければならない。ABA 刑事司法基準の「弁護の機能」のような、普及している実務の規範は、何が合理的かを判断する指針とはなる（guides）が、あくまで指針にとどまる。弁護人の行動を詳細に規定したルールは、いかなるものであれ、弁護人が直面する状況の多様性や、どうすれば最善の弁護ができるかについての正当な決定の幅を、十分に斟酌することはできない。こうしたルールは、憲法上守られた弁護人の独立性を妨げ、弁護人が戦略的判断を行う際に持つべき広い裁量を制約するものとなる。第6修正が効果的な援助を保障する目的は、弁護の質を高めることではなく、被告人が公正な裁判を受けるのを確実にするということである¹⁸⁸。

弁護活動に対する司法審査は、非常に謙抑的なものでなければならない。弁護活動の公正な評価には、あと知恵による歪みを排除し、弁護人の行為がなされた状況を再現し、その行為を、その当時の弁護人の視点から評価するためのあらゆる努力が必要である。評価に内在する困難ゆえに、裁判所は、弁護人の行為が、合理的な専門家による援助の広い枠内にあるという、強い推定を与えなければならない。すなわち被告人は、当該事情のもとで、弁護人の行為が「健全な法廷戦略とみなされ得る」という推定を打ち破らねばならない¹⁸⁹。

有罪判決後に弁護活動について深く調査することや、あるいは弁護活動を評価するための詳細なガイドラインの利用が可能となれば、弁護人の活動が非効果的であったことを理由とする申立てが激増するであろう。被告人に不利な結果となった事実審理は、次々と再審理が行われるようになる。弁護人の活動、そして弁護人となろうとする意欲にも悪影響が出るであろう。弁護人に対する徹底した調査と、許容される援助に対する厳格な要求は、熱意を挫き弁護人の独立性を損ない、弁護人として選任を受ける意思を失わせ、弁護人と依頼者との間の信頼関係を傷つける可能性がある。

¹⁸⁶ Id. at 688

¹⁸⁷ Id. at 688

¹⁸⁸ Id. at 688-689

¹⁸⁹ Id. at 689

したがって、弁護が非効果的であったとの主張について判断する裁判所は、当該事件の事実に基づいて、行為当時の視点から、弁護人の行為の合理性を判断しなければならない。被告人は、合理的な専門的判断の結果ではないという、作為ないし不作為を特定しなければならない。次いで裁判所は、すべての事情に照らし、特定された行為が、専門家としての有能な援助という広い枠の外にあったか否かを判断しなければならない。その際、裁判所は、弁護人の機能とは、特定の事案において当事者主義によるテストを働かせることであるという点を銘記しなければならない。同時に裁判所は、弁護人には、十分な援助を行い、合理的な専門家としての判断を行うにあたって意義ある決定を行った、という強い推定が働くことをも認識しなければならない¹⁹⁰。

(3) 不利益の蓋然性

弁護人の過誤がたとえ合理的ではなかったとしても、判決に何ら影響を与えなかったのであれば、破棄を正当化するものとはならない。第6修正の弁護人条項の目的は、被告人が、手続の結果に依拠することを正当化するために必要な援助を得られるようにすることである。したがって、弁護活動の欠陥が、憲法に照らし非効果的な援助となるためには、被告人側に不利益をもたらすものでなければならない¹⁹¹。

現実には、あるいは構造的に弁護人の援助が否定された場合には、法的に不利益が推定される。これらの類型では、弁護人の援助を受ける権利の侵害によって被告人が不利益を受ける可能性が高く、事案ごとに不利益発生の有無を判断することが訴訟経済に反するため、不利益が推定される。また、効果的な援助が行われなかった一定のタイプの事例においても、より限定的ではあるが、不利益の推定がある。すなわち *Cuyler v. Sullivan* では、弁護人が現実に利害相反状況にあった場合には、不利益が推定されるとした。しかし、利害相反の場合を除き、弁護活動の欠陥ゆえに弁護が効果的ではなかったと主張する被告人は、積極的に不利益を立証する必要がある。政府は、弁護人の過誤について責任がなく、これを防ぐこともできない。弁護人の過誤は非常に多様で、全く無害なものもあれば、不利益結果をもたらすものもあり、不利益の生じる可能性に応じて分類することはできない。また、どのような行為を避けるべきか、正確に明確化することもできない。弁護とは技術であり、ある事案では専門家にあるまじき作為・不作為が、別の事案では健全であり、さらには卓越しているということもあり得る。よって、たとえ被告人が、特定の過誤が合理的ではないことを立証したとしても、被告人は、その過誤が現実に悪影響を与えたことを立証しなければならない¹⁹²。

その場合、過誤が手続の結果に影響を与えたと考え得ることを示すだけでは、不十分である。事実上、どのような作為・不作為であってもこのテストを充たすであろうし、結果

¹⁹⁰ *Id.* at 690

¹⁹¹ *Id.* at 691-692

¹⁹² *Id.* at 692-693

に影響を与えた可能性が考えられる過誤が、すべて、結果の信頼性を損なうわけでもない。他方、弁護人の過誤がおそらくは事件の結果を変えたであろうという証明までは必要ない¹⁹³。

被告人は、弁護人の専門家にあるまじき過誤がなければ、手続の結果が異なるものとなった、合理的な蓋然性を立証しなければならない。有罪判決の破棄を求める場合であれば、過誤がなければ、事実認定者が有罪について合理的な疑いを抱いた合理的な蓋然性があつたか否か、あるいは死刑判決の破棄を求める場合であれば、過誤がなければ、量刑判断者が加重事由と減軽事由のバランスが死刑を正当化しないと結論づけた合理的な蓋然性があつたか否か、が問題となる¹⁹⁴。

なお、弁護活動の評価に関する判断を、不利益の蓋然性に関する判断に先立って行う必要はない。不利益要件の不存在の判断が容易であれば、それにより判断すればよい¹⁹⁵。

(4) 結論

以上の基準を定立したうえで、法廷意見は、本件事案は、弁護活動の過誤、不利益の蓋然性という、いずれの要件をも満たさないとした。

すなわち、当該弁護人は、被告人の極度の心理的な苦境を減軽事由とし、被告人自身が罪の責任を受け入れるという点に全面的に依拠する戦略をとったのであり、この判断は、弁護人としての合理的な判断の範囲内にあり、それ以上に性格証拠及び心理に関する証拠を追求しなかったことも合理的であったとした。また、被告人の性格に関する証言を罪状認否における陳述に現れたものに留めたことによって、これに反する性格や心理状態に関する証拠、並びに被告人の犯罪歴が証拠とされることを食い止めたのであり、弁護人の活動は合理的な専門的判断の結果であるとした。他方で、圧倒的な加重事由のある本件では、被告人のふだんの良い人格や、事実審理では提出されなかった、被告人が相当なストレスを抱えていたという精神科医や心理学者による証拠によっても、加重事由が減軽事由を上回るという結論は変わらず、よって死刑の判断も変わらないとした。

3 反対意見

上記のような法廷意見に対しては、Marshall 判事が反対意見を述べた¹⁹⁶。

Marshall 判事は、弁護活動をはかる「合理的に有能」という基準は、個々の裁判所によっていかようにも解釈・適用が可能なものであり、実務上、何らの基準としても機能し得

¹⁹³ Id. at 693

¹⁹⁴ Id. at 694-695

¹⁹⁵ Id. at 697

¹⁹⁶ Id. at 706-719 (Marshall, J., dissenting). なお、Brennan 判事は死刑が第 8 修正により禁じられるという立場から一部反対意見を述べた。Id. at 701-706 (Brennan, concurring in part and dissenting in part)

ないとした。そして、法廷意見がカテゴリーカル・アプローチを明確に排斥した点に対しては、弁護活動の多くの側面は裁判所による監督になじむものであり、統一的な基準の対象となる、とした。

また、不利益要件については、①事後的に異なる結果となった可能性を判断することは——ひとつには、まさに弁護人が有能ではなかったがために、それを示す証拠が記録上存在しないという理由により——困難であること、②不利益要件を課すことによって、効果的な援助の保障を受けられるのは無実の被告人に限られてしまうことを挙げ、効果的な弁護を受ける権利の剥脱は、弁護を受ける権利そのものを奪うことに等しいのであるから、弁護活動が憲法上求められる水準を下回っていたことを立証すれば、再審理が認められるべきである、とした。

そのうえで、仮に法廷意見の定立した基準を認めるとしても、「普及している職業上の規範」によって許容される行動の範囲は、弁護活動に必要な柔軟性を認めるのに十分広いものであるから、法廷意見における、「弁護人の行為が合理的な専門家による援助という広い枠の中にあるという、強い推定を与えなければならない」、あるいは、「弁護活動に対する司法審査は、非常に謙抑的なものでなければならない」という強調表現が、被告人に対して異常に重い立証責任を課すものであるように理解されてはならない、とした。

さらに、Woodson v. North Carolina¹⁹⁷判決を引用して、本件のような死刑事件では、死刑という刑罰の質的な特殊性ゆえに特別な手続が要求されること¹⁹⁸を挙げて、「効果的な援助」の基準は特に厳格に適用されるべきであるとした。また、弁護人の過誤がなければ終身刑となった「合理的な蓋然性」の立証までを要求すべきではなく、「有意な可能性」(a significant chance)で足りるとした。

そして、本件の弁護人は実質的にまったく調査活動を行わず、減軽証拠を追求する努力を行わなかったのであるから、被告人による罪の引受けに賭けるという判断は「合理的」とはいえないこと、減軽証拠により被告人の人格や生活についての別の側面を量刑判断者に示すことによって、死刑が回避され得る有意な可能性はあったことから、再審理が与えられるべきであると述べた。

4 法廷意見の位置付け

では、法廷意見は、従来の連邦控訴裁判所さらには州裁判所における議論、及び、連邦最高裁自身がそれまでに示してきた弁護人の援助を受ける権利に関する判断に照らして、どのように位置づけられ、また、その意義はいかなる点に求められるのであろうか。

(1) 前提としての議論の整理

¹⁹⁷ 428 U.S. 280 (1976)

¹⁹⁸ 死刑事件が特別な手続を要求するという憲法上の要請については第4章を参照。

法廷意見は、判断の前提として、弁護人の援助を受ける権利が侵害され得る場面について、侵害の原因と態様ごとに分け、整理して提示した。

従来、連邦最高裁が判断してきたのは、国家（裁判所）が、弁護人の援助を現実に、あるいは構造的に否定する場合（例：弁護人の不選任、弁護人による最終弁論の禁止）や、弁護人による効果的な援助の提供の妨害をする場合（例：公判開始直前の弁護人選任）など、国家がみずから効果的な援助を受ける権利を侵害する場合であった。これらの類型では、被告人が不利益を受ける可能性が高く、不利益が推定される。

これに対して、国家ではなく、当該事案における弁護人の活動が「現実に非効果的であった」か否かが、連邦最高裁によって明確に判断された唯一の事案が、*Cuyler v. Sullivan* における利害相反事例であった。そして、連邦最高裁は、もっぱら弁護人の活動に起因する非効果的援助を、利害相反の類型と、能力不足や怠慢その他利害相反以外の理由による類型とに区別し、後者の類型に対する判断基準として、客観的な合理性の基準を下回り、かつ、不利益発生蓋然性があるという *Strickland* 基準を定立した¹⁹⁹。

¹⁹⁹ なお、私人である弁護人の行為によって生じた権利侵害の責任を国家が負う根拠を、弁護人の「公的機能」に求める見解がある。すなわち、アメリカでは、弁護士は、その地位に由来する倫理的義務として、代理人的義務を負うのみならず、公正な裁判を保障する義務をも負う存在であると考えられてきた、という前提を立てたうえで、*Strickland* 判決について、「弁護士は公正な裁判を確保する憲法上の義務を負うことを明らかにし」たものとし、「アメリカでは、私人であっても、その行為が国家の行為に機能的に準じた『公的機能』を果たすものであると評価される場合には、憲法上の義務を負うことが可能であると解されている。したがって、弁護士が憲法上の義務を負うという帰結が導かれるのは、弁護士は公正な裁判を確保する倫理的義務を負うことを前提にして、それが機能的に国家の公正な裁判を確保する憲法上の義務に準ずるものと評価されたからであると理解できるように思われる。」とする見解である（金子章「殺人、死体遺棄の公訴事実について被告人が第一審公判の終盤において従前の供述を翻し全面的に否認するようになったが弁護人が被告人の従前の供述を前提にした有罪を基調とする最終弁論をして裁判所がそのまま審理を終結した第一審の訴訟手続に法令違反は存しないとされた事例——最三決平成一七年一月二九日刑集五九卷九号六九五頁——」*横浜国際経済法学第17巻第1号*（2008）211頁、なお、金子章「刑事手続における公正な裁判の保障について——アメリカにおける議論を中心に（二）」*法学論叢* 163巻5号（2008）128頁も同旨）。しかし、*Strickland* 判決は、弁護人に「公的機能」を認め、そこから弁護人の効果的な援助を行う義務を導いているのでもなければ、「公正な裁判を確保（あるいは保障）する義務」という独立の義務を弁護人に課しているのでもない。既にみたとおり *Strickland* 判決は *Cuyler* 判決の論理、すなわち、公正な裁判を確保する憲法上の義務を負うのは国家であり、その義務を果たすために国家は、被告人が弁護人の効果的な援助を受ける権利を受けるよう保障しなければならないという論理を前提としている。*Strickland* 判決は、弁護人による効果的な援助が公正な裁判を確保するために不可欠であるがゆえに憲法上保障されることを明らかにしているが、弁護人が被告人に対して負う忠実義務その他の義務は、被告人を援助するという弁護人の機能から導かれるとしており（*Strickland v. Washington*, 466 U.S. at 688）、まさに弁護人が代理人として依頼人に負う義務からストレートに導かれるのである。なお、*Strickland*

(2) 「弁護人の援助」と「公正な裁判の確保」という指標

また、法廷意見は、第6修正の弁護人の援助を受ける権利は、公正な事実審理を確保するために保障されているものだとして、「弁護人の援助が効果的ではなかったか否かを判断する指標は、公正な裁判を確保するという目的から、“弁護人の行為が当事者主義手続の適切な機能を著しく損ない、そのために事実審理によって正当な結果が生じたとは信頼できないか否か”でなければならない」とした。これに対しては、第6修正によって明示的に保障された「弁護人の援助を受ける権利」を、公正な事実審理のための「手段」として位置付け、かつ、手続の結果として「正当な結果」が生じたか否かを指標とすることによって、弁護人の効果的な援助を、第6修正の内容ではなくデュー・プロセスの一要素として取り扱っている、との批判がなされている²⁰⁰。換言すれば、法廷意見は、「公正な裁判の確保」という「指標」を据えることによって、第6修正違反の判断という形をとりながら、実質的にはデュー・プロセス違反の判断手法を取り込んだものといえる。実際、以下にみるように、不利益の蓋然性立証の要求にはその点が顕著に現れており、また、弁護活動の「合理性」判断のあり方にも強く反映されているのである。

①不利益の蓋然性

法廷意見は、弁護人の過誤がなければ、手続の結果が異なるものとなったという合理的な蓋然性、すなわち不利益の蓋然性の立証を被告人に求めた。これは、政府側に無害の立証責任を課すというハームレス・エラーのテストに服する事案と比較しても、より重い立証責任を被告人に課し、弁護人の援助を受ける権利の侵害が問題となる場面としては、極めて高いハードルを設定したものであった²⁰¹。

このように高いハードルを設けた理由として、法廷意見は、利害相反の場合と、その他の弁護過誤による場合の違いを強調した。すなわち、利害相反の場合は、弁護人の依頼者に対する忠実義務（*duty of loyalty*）という、弁護人にとって「もっとも基本的な義務の違反」であること、及び、利害相反による弁護活動への正確な影響をはかることは困難で

判決後に連邦最高裁で弁護人の効果的な援助を受ける権利の侵害が否定された事案の一つである *Nix v. Whiteside*, 475 U.S. 157(1986) では、*officer of the court* という語が用いられているが、この事案は、被告人による偽証を、偽証であることを知っている弁護人が止めるために、偽証をするのであれば弁護人を辞任し、裁判所に報告すると被告人に迫った行為が「客観的に合理的な弁護」を下回るか否かが争われた事案である。したがって、弁護人が *officer of the court* であることを根拠に、弁護人に「公正な裁判を確保する義務」を負わせたものではない。

²⁰⁰ *Kamisar*, *supra* note 148, at 149.

²⁰¹ *Tomkovicz*, *supra* note 21, at 189; *see also* Michael M. O'Hear, *Bypassing Habeas: The Right to Effective Assistance Requires Earlier Supreme Court Intervention of Attorney Incompetence*, 25 *Fed. Sent'g Rep.* 110 (2012)

あることを挙げ、弁護人には利害相反を避ける義務があるうえ、(複数弁護という)利害相反が生じそうな一定の状況下では裁判所が早期に調査を行うことも可能であることから、不利益を推定することは合理的である、とした。これに対し、弁護活動の過誤には無数のパターンがあり、不利益の生じ得る可能性によって分類することはできず、弁護人に対し何を避けるべきかを十分正確に知らせることも、(カテゴリーカル・アプローチを排斥する法廷意見の立場からは)不可能であり、よって、不利益を推定することはできない、としたのである。

しかし、Cuyler 判決は、「(現実の)利害相反それ自体が効果的な援助の否定を示している」ことを根拠として、不利益の立証を要求しなかったのである。同様に弁護活動に起因する効果的な援助を受ける権利の侵害が問題となる場面において、一方では、一定の立証を条件に不利益を推定するものとし、他方では、ハームレス・エラーのテストすら排斥して積極的に不利益を立証するよう被告人に求めるという対応の隔たりを正当化するには、法廷意見による説明は薄弱と言わざるを得ない。この点に関連し、Strickland 判決から 20 年余り後に判断された *United States v. Gonzalez-Lopez*²⁰² の法廷意見において、Scalia 判事は、効果的な援助を受ける権利は、第 6 修正ではなくデュー・プロセス条項から導かれるものとして不利益要件を正当化した²⁰³。その当否はさておくとしても、Strickland 判決の法廷意見が不利益要件を要求したのは、効果的な援助を受ける権利を「公正な裁判を確保する」という目的の手段として位置付けることにより、それ以前の下級審において広く行われていたデュー・プロセス的アプローチ——すなわち、不利益結果の存在を含め、手続全体を総合的にみて「公正な裁判」がなされたか否かを判断する手法——を、第 6 修正の判断に取り込んだ結果であることに相違ない。

② 「公正な裁判の確保」と合理性判断の基準

²⁰² 548 U.S. 140 (2006)

²⁰³ 同判事は、「“弁護人の援助を受ける権利とは、弁護人の効果的な援助を受ける権利である”という命題のために一般的に引用される最も初期のケースは、第 6 修正ではなくむしろデュー・プロセス条項に依拠していた」として、McMann 判決において引用された Powell 判決を挙げ、次いで、Strickland 判決を引用しつつ、「効果的な援助を受ける権利が公正な裁判を確保するという目的から導かれるものであるために、その権利の限界もまた、論理必然的に同様の目的から導かれる。効果的な援助が問題となる事案で被告人に不利益の立証を求めることは、そこで問題となる弁護人の援助を受ける権利の具体的な要素の性質——効果的な(無謬の、ではない)弁護——そのものから生じる。弁護人は、その過誤が防御を害することがない限り(あるいは、少なくとも害したという合理的な蓋然性がない限り)、“非効果的”ではあり得ない。ゆえに第 6 修正の効果的な弁護を受ける権利の侵害は、被告人が不利益を蒙らない限り“完成”しないのである。」(*United States v. Gonzalez-Lopez*, 548 U.S. at 147)とした(強調原文)。

そもそも、刑事裁判において弁護人の援助が必要とされる理由は、Strickland 判決の法廷意見が述べるとおり、その援助を受ける権利が、アメリカの当事者主義において「検察官の主張に対抗するために十分な機会」を被告人に与えるために必要だからである²⁰⁴。第6修正は、当事者主義の採用を前提としており、その「当事者主義制度がまさに前提とするのは、事件の当事者双方が党派的な弁護（partisan advocacy）を行うことによって、罪のある者は有罪とされ、無実の者は解放されるという究極目的を、最もよく促進するであろうということ」²⁰⁵である。したがって、「弁護人の効果的な援助を受ける権利とは、検察の主張に対し、一方当事者による意義のあるテストという厳しい試練に耐えることを要求する、被告人の権利なのである」²⁰⁶。そして、反対当事者による意義のあるテストを経て得られた結論は——実体的真実と合致するか否かにかかわらず——まさに「公正な裁判」によってもたらされた「正当な結果」なのである。

このような連邦最高裁による理解を前提として弁護活動の合理性を考えると、「公正な裁判の確保」という指標からは、むしろ、弁護人の行為が「一方当事者による意義のあるテストという厳しい試練」と呼ぶに値するものであったか否かが、冷徹に問われるべきであるように思われる。しかし、法廷意見は、弁護活動の「合理性」を判断する基準として、大枠としてはカテゴリーカル・アプローチを排してジャッジメンタル・アプローチを採用し、「弁護活動に対する司法審査は、非常に謙抑的なものでなければなら」ず、「弁護人の行為が、合理的な専門家による援助の広い枠内にあることを強く推定」するものとした。したがって、この点においても、法廷意見は、従来の下級審におけるデュー・プロセス的アプローチと実質的に変わるところがない²⁰⁷。

しかしながら極めて重要なことに、法廷意見は、「ABA 刑事司法基準の弁護の機能のような、普及している実務の規範は、何が合理的を判断する指針とはなる」とした点において、デュー・プロセス的アプローチとは明らかに異なっていた。もっとも、法廷意見は、「あくまで指針にとどまる」と強調しており、実務規範の果たす役割を限定的なものに留めようとしたことは間違いない。しかし、法廷意見も触れるように、連邦最高裁は、当時既に McMann 判決において、弁護人の行為が「刑事事件の弁護士に要求される能力の範囲内にあった」こと、すなわち、客観的に合理的といえることを要求していた。したがって法廷意見は、カテゴリーカル・アプローチの採用こそ拒絶したものの、客観的な合理性を判断する以上、その「指針」として実務規範を参照する意義については、認めざるを得なかったのである。その意味では、実務規範を参照しつつ、客観的に合理的といえる水準を弁護活動に求めることにより、「検察の主張に対する意義のあるテスト」を担うという弁護

²⁰⁴ Strickland v. Washington, 466 U.S. at 685

²⁰⁵ Herring v. New York, 422 U.S. at 862

²⁰⁶ United States v. Cronin, 466 U.S. 648, 656 (1984)

²⁰⁷ Chhablani, supra note 64, at 35 も、法廷意見がデュー・プロセス的アプローチを採用したという評価において同旨である。

人の機能との深刻な齟齬を、かろうじて回避しているともいえる。そしてこの点こそが、後述するように、その後の実務規範の発展・普及と相俟って、裁判所の判断にも変化をもたらす基盤となったのである（第4章参照）。

第4 小括

以上から明らかなように、**Strickland** 判決の法廷意見は、歴史的に州及び連邦控訴裁判所による裁判例のなかで常に対立してきた、「弁護人の援助を受ける権利」に軸足を置くアプローチと、被告人に生じた不利益な結果を含めて「公正な裁判」がなされたか否かを重視するデュー・プロセス的アプローチのうち、基本的には後者に依拠することを示したものである。その基礎には、出来る限り弁護活動の判断に立ち入らず、弁護活動が違憲とされる範囲を極力限定しようとする政策的配慮があり、そうした意図は、弁護活動に対する司法審査は非常に謙抑的なものでなければならない、とした点のみならず、弁護活動の「合理性」について判断を行うことなく、「不利益」立証の不成功のみをもって、権利侵害の主張を退けることを可能とした点にも、端的に現れている。

他方で、弁護人の援助を受ける権利の保障を強化する連邦最高裁の先例を受けて、ほぼ無限定に弁護活動の適法性を認める伝統的なデュー・プロセス的アプローチに対しては、一定の修正が施された。すなわち、弁護活動に「客観的な合理性」を求め、その判断に際しては実務上の規範が指針となることを承認した。これはまさに「仮に憲法によって保障された弁護人の援助を受ける権利が、その目的に資するものであろうとするのであれば、被告人は無能な弁護人の活動に任せきりにされてはなら」²⁰⁸ないためである。

その基盤にあるのは、「被告人に、検察官の主張と対抗する十分な機会が与えられるためには、弁護人の技術と知識へのアクセスが必要であるため、第6修正に包含された当事者主義制度において、弁護人の援助を受ける権利は決定的な役割を果たす」²⁰⁹という、弁護人の機能に対する原理的な理解である。弁護人の援助を受ける権利が、公正な裁判にとって基本的かつ不可欠なものであるという認識は、植民地時代から一貫して、立場の違いを超えてあらゆる議論の揺るぎない前提であり、法廷意見もまた当然に、これに依拠したのである。

²⁰⁸ *McMann v. Richardson*, 397 U.S. at 771

²⁰⁹ *Strickland v. Washington*, 466 U.S. at 685

第4章 Strickland 基準の具体的適用～死刑事件にみられる変化

Strickland 事件で救済を否定された Washington は、2 か月後に死刑を執行された²¹⁰。その後 10 数年間にわたり、死刑事件を含めて多くの被告人が、弁護人の援助が非効果的であったと主張して救済を求めたが、連邦最高裁においてはことごとく否定されていた²¹¹。こうした状況は、Strickland 判決による基準が被告人に対してあまりに厳しく、實際上、その基準を充たすことが困難であることの現れであると、広く理解されていた。ところが、2000 年以降、Strickland 判決による基準自体には変更がないにもかかわらず、死刑量刑手続における効果的な援助をめぐり、連邦最高裁における基準の適用のあり方に大きな変化がみられるようになった。

以下では、連邦最高裁における Strickland 基準の具体的な適用のあり方における変化と、そのような変化を生み出したダイナミズムについて考察し、変化を生み出した要因は、「弁護人の機能」に対する理解を基礎に、弁護活動に客観的な合理性を求める Strickland 判決自体にあることを確認する。

第1 Strickland 基準と死刑事件の量刑手続

1 量刑手続と効果的な援助を受ける権利

弁護人の援助を受ける権利とは、歴史的・沿革的には、事実審理 (trial) における援助のために認められるものであった²¹²。連邦最高裁判例の積み重ねにより、第6修正による弁護人の援助を受ける権利の保障は、事実審理に先立ち、当事者主義司法手続が開始されたとき以降 (at or after the time that adversary judicial proceedings have been initiated)²¹³であり、かつ、訴追の「決定的」段階 (“critical” stages of the proceedings)²¹⁴に及ぶものとされてきた。

他方、事実審理終了後の量刑手続 (sentencing proceedings) に関しては、連邦最高裁は Strickland 判決に先立つ2件の非死刑事件について判断を示していた。Townsend v. Burke²¹⁵ (1948) は、有罪答弁と量刑の手続が同時に行われた際、被告人に弁護人が選任されず、弁護人の援助を受ける権利についての助言もなく、かつ、裁判官が検察から提出された被告人の犯罪歴に関する誤った証拠に基づいて量刑を行ったという事案について、

²¹⁰ 1984年7月13日。以下のフロリダ州矯正局による死刑執行リスト

(<http://www.dc.state.fl.us/oth/deathrow/execlist.html>) において確認することができる。

²¹¹ 小早川・前掲注(73)201頁以下に、こうした事例のいくつかが紹介されている。

²¹² United States v. Ash, 413 U.S. at 309

²¹³ Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682, 688(1972)

²¹⁴ United States v. Wade, 388 U.S. 218, 224 (1967)

²¹⁵ 334 U.S. 736

デュー・プロセス違反と判断した。そして、*Gideon* 判決後に判断された *Mempa v. Rhay*²¹⁶ (1967) は、ワシントン州において有罪答弁を行い、刑の宣告猶予を受け保護観察中であつた被告人について、裁判官が弁護人不在の手續において保護観察を取り消し拘禁刑を科したという事案であつたが、連邦最高裁は弁護人の援助が必要であつたとして審理を差し戻した²¹⁷。いずれの判決も、当該事案の事実関係のもとでの判断ではあるが、とくに *Mempa* 判決はその文言から、量刑手續において弁護人の援助を受ける権利を一般的に認めたものと広く理解されてきた²¹⁸。

そして、*Strickland* 判決も、量刑手續に弁護人の援助を受ける権利の保障が及ぶことを前提として、当該事案のような死刑事件の量刑手續には、事実審理における弁護人の援助の効果性をはかるものと同じ基準が当てはまる、とした。すなわち、非死刑事件の量刑手續は、手續が略式である、あるいは、量刑判断者の裁量に基準がない²¹⁹などの性質から、憲法上効果的な援助といえるか否かについて事実審理とは異なるアプローチを要請し得るが、死刑事件の量刑手續は、その当事者主義的構造や量定のための基準の存在などにより、事実審理と類似しているため、死刑量刑手續における弁護人の役割は、事実審理における弁護人の役割に匹敵する、としたのである²²⁰。

なお、*post-conviction* 手續については、連邦最高裁は、法律上権利として認められる上訴であつて、かつ初めて行う上訴について、第 6 修正ではなく第 14 修正による保障として、弁護人の援助を受ける権利を認めている²²¹。この場合にも、被告人には弁護人の「効果的な援助」を受ける権利があり²²²、弁護人の活動が問題となる場合には、*Strickland v. Washington* の基準により判断されることが判例により明らかにされている²²³。

2 死刑事件に顕著な *Strickland* 基準適用の変化

²¹⁶ 389 U.S. 128

²¹⁷ ワシントン州では、裁判官は拘禁刑を宣告する際、法定刑の上限を言渡し、実際に服役する期間については刑期及び仮釈放委員会が設定することになっていた。しかし、量刑を行った裁判官は委員会に対し、服役期間について勧告を行い、犯罪の状況及び被告人の性格に関する情報を提供することとなっており、委員会は裁判官の勧告を重視していた。そのため、取消手續において事実関係を整理し、減輕証拠を提出し、刑に対する被告人の主張を示すためには、弁護人の援助が必要であつたことは明らかであつたとした。

²¹⁸ *Tomkovicz*, *supra* note 21, at 111

²¹⁹ 量刑ガイドラインが用いられるようになったのはフロリダ州では 1983 年、連邦では 1987 年である。

²²⁰ もっとも、その後の下級審においては、*Strickland* 判決の基準が、死刑事件以外の量刑手續一般に適用されるものと解されるようになった。*Kamisar*, *supra* note 148, at 148

²²¹ *Evitts v. Lucey*, 469 U.S. 387 (1985)

²²² *Id.* at 397

²²³ *Roe v. Flores-Ortega*, 528 U.S. 470 (2000), *Smith v. Robbins*, 528 U.S. 259 (2000)

Strickland 判決の法廷意見が、弁護人の援助が効果的か否かをはかる基準として、死刑事件と非死刑事件とを区別しない共通の基準を設定したのに対し、Marshall 判事が、死刑事件の量刑手続においては、効果的な援助か否かの判断基準はより厳格であるべき、と批判した²²⁴ことは、第3章において確認したとおりである。そして死刑事件の場合、人身保護令状請求において最も多くなされる主張が、効果的な援助を受ける権利の侵害である²²⁵。しかし2000年に至るまで、死刑事件はもとより、非死刑事件においても、効果的な援助の否定が正面から問われた事件において、連邦最高裁が Strickland 基準を適用して権利侵害を認めた事例は、1件もなかった²²⁶。Strickland 判決の3年後、Marshall 判事は、「Strickland が判断されて以降、当裁判所は Strickland の厳しい基準を充たす弁護人の義務違反の事例を1件たりとも認定していない。…下級審が、第6修正は単に“事実審理において被告人と一緒にいた人がたまたま弁護士である”ことを保障しているのだと結論付けることのないよう、当裁判所は今こそ Strickland 基準に生命を与えるべきである」²²⁷と述べたが、その後も連邦最高裁による救済事例はなかなか現れなかった。

しかし、2000年に Williams v. Taylor²²⁸において効果的な援助を受ける権利の侵害が認

²²⁴ 466 U.S. at 715-716 (Marshall, J., dissenting)

²²⁵ 2000~2002年に開始された事件の81%において弁護人の非効果的援助が主張されている。Nancy J. King et al, Final Technical Report: Habeas Litigation in U.S. District Courts: An Empirical Study of Habeas Corpus Cases Filed by State Prisoners Under the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, 64 (2007), available at <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/219559.pdf>.

²²⁶ Kimmelman v. Morrison, 477 U.S. 365 (1986) において連邦最高裁は、被告人の事実審段階の弁護人による援助が憲法の要求する水準を充たさなかったとした連邦控訴裁判所の判断を維持したが、本件で問われたのは、「申立人の主要な主張が、弁護人の不十分な活動とは、第4修正に違反して得られたとの理由による証拠排除の申立を適時に行わなかったという弁護人の過誤であるというものであった場合に、Stone v. Powell, 428 U.S. 465 (1976)において宣言された人身保護令状請求における第4修正違反の主張の制限が、弁護人の非効果的な援助という第6修正違反の主張にも及ぼされるべきか」であり、弁護人の活動が第6修正違反か否かが正面から問われたものではない。したがって、連邦例高裁が弁護人の活動を非効果的であったと認定した事案には通常数えられていない。See Martin C. Calhoun, How to Thread the Needle: Toward A Checklist-Based Standard for Evaluating Ineffective Assistance of Counsel Claims, 77 Geo. L.J. 413, text accompanying note 10.

²²⁷ Mitchell v. Kemp, 483 U.S. 1026 (Marshall, J., dissenting) .なお、本件の判断は Kimmelman 判決 (1986) よりも後 (1987) である。

²²⁸ 529 U.S. 362

められると、その後も、*Wiggins v. Smith*²²⁹ (2003) , *Rompilla v. Beard*²³⁰ (2005) , *Porter v. McCollum*²³¹ (2009) , *Sears v. Upton*²³² (2010) と、*Strickland* 基準を適用しつつも権利侵害を認める連邦最高裁判決が続いた。しかも、これらはいずれも *Strickland v. Washington* と同様に、死刑事件であった。

このような変化が生じた最大の要因は、死刑を科す手続の特殊性にあった。すなわち、第一に、死刑を科すための手続が特殊であるがゆえに、死刑事件における「客観的に合理的な弁護」もまた、通常事件とは異なるものとならざるを得ず、かつ、第二に、手続の結果が異なるものとなる蓋然性も相対的に認められやすいものとなったことである。

第2 死刑事件に特別な手続と弁護活動

第1章において概観したように、アメリカにおける「弁護人の援助を受ける権利」の歴史において、死刑事件は常に、特殊な地位を占めてきた。「弁護人の援助」が、一般的には権利として承認されていなかった初期植民地時代においても、いくつかの植民地は、死刑事件において弁護人の援助を受ける権利を制定法によって認めていた。また、権利章典採択当時、既に、死刑事件については、貧しい被告人が裁判所によって弁護人の選任を受ける権利を認める州が存在した。州の被告人に第6修正に基づく弁護人の援助を受ける権利の保障が及ばず、デュー・プロセス条項による狭い保障にとどまっていた時代には、「死刑事件か否か」が、基本的な公正さの否定の有無を判断するために重要なメルクマールのひとつとなっていた。

死刑の特殊性は、*Gideon v. Wainwright* によって第6修正による保障が州の被告人に及ぶようになった後も、意識され続けた。そして、*Furman v. Georgia*²³³ (1972) と *Gregg v. Georgia*²³⁴ (1976) の両判決を契機として、死刑事件については、合衆国憲法上の問題として、通常事件とは異なる特別な手続を要請するという連邦最高裁の判決が積み重ねられていったのである。

さらに、死刑事件に特別な手続は、死刑事件の弁護のあり方にも必然的に影響を及ぼした。つまり、死刑事件においては、明らかに通常事件とは異なる弁護活動が求められるようになり、死刑事件と非死刑事件とでは、「客観的に合理的な弁護」として求められる水準自体が、異なるようになったのである。

²²⁹ 539 U.S. 510

²³⁰ 545 U.S. 374

²³¹ 558 U.S. 30

²³² 561 U.S. 945

²³³ 408 U.S. 238

²³⁴ 428 U.S. 153

1 死刑事件に特別な手続の形成²³⁵

(1) 死刑の適用と残虐で異常な刑罰の禁止—*Furman v. Georgia, Gregg v. Georgia*

1970年代初頭、アメリカの死刑存置州においては、①死刑の対象となる犯罪が非常に広く、法域によっては強姦など殺害を伴わない犯罪に対しても死刑が可能であり²³⁶、②有罪・無罪の認定手続と量刑手続とが分離せず、一体化しており、③陪審に対しては、死刑か拘禁刑のどちらかを選択するにあたっての指針がほとんど、あるいは全くない、といった制度が一般的であった²³⁷。もっとも、1950年代以降、死刑判決と執行の件数はともに激減し、とくに1968年以降は全米で死刑執行が全く行われない状態が出現していた²³⁸。

1971年、連邦最高裁は、*McGautha v. California*²³⁹判決において、死刑を科すか否かを陪審の自由な裁量に委ねるカリフォルニア州及びオハイオ州の量刑手続、及び、罪責認定と量刑の手続きを二分しないオハイオ州の手続が、第14修正のデュー・プロセス条項に違反するとの訴えを、6対3で退けた。多数意見は、死刑に値するような犯罪や犯人の特徴を、量刑判断者により公正に理解され、かつ、適用されるような文言で予め明文化することは「人知を超える」ものであるとし、また、陪審の裁量行使への指針が与えられ、罪責認定と量刑が二分化された手続のほうが優れていることを認めつつも、全米のほとんどの存置州で陪審の自由裁量を認める一体的な手続が行われてきたことを重視して、合憲とした。

ところが、翌1972年、連邦最高裁は、*Furman v. Georgia* 判決において、正反対の結論を下した。いずれもアフリカ系アメリカ人であった3名の申立人は、それぞれジョージア州ないしテキサス州で死刑判決を受けていた。うち *Furman* を除く2名は、第一級謀殺ではなく強姦で死刑宣告を受けていたが、強姦罪に対する死刑は、当時、これを適法としている法域においてすら、ほとんど適用されていなかった。連邦最高裁は、このような制

²³⁵ この項に記載した内容は、田鎖麻衣子「死刑事件における適正手続」季刊刑事弁護 83号(2015)120頁を基礎として、これに修正を加えたものである。なお、死刑事件について連邦憲法上要請される手続を基盤とし、さらに法律レベルによる特別な保護もあわせて、「スーパー・デュー・プロセス」と呼ばれることがある。

²³⁶ 連邦最高裁において、成人女性を被害者とする強姦に対する死刑が違憲とされたのは1977年 (*Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584)、子どもを被害者とする強姦に対する死刑が違憲とされたのは2008年 (*Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407) である。

²³⁷ Barry Latzer and David MaCord, *Death Penalty Cases Third Edition* (Butterworth-Heinemann, 2011), at 37

²³⁸ U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, *Capital Punishment*, 2013. 全米で執行のない状態は1976年まで続いた。その背景としては、ウォーレン・コートにおける被告人の諸権利とくに弁護人の援助を受ける権利の拡大、公民権運動の高まりと運動の一環としての差別的な死刑制度の運用を標的とした取組み、世論の死刑支持率の低下(1966年のギャラップ調査では死刑の不支持47%が支持42%を上回った)が挙げられる。

²³⁹ 402 U.S. 183

度のもとで科される死刑は、あまりに恣意的なものであり、残虐で異常な刑罰を禁止する合衆国憲法第8修正に違反するとしたのである。

しかし、Furman 判決が要求した恣意性の排除をどのように達成するかについては、州により対応が分かれた。中には死刑制度自体を廃止した州もあった²⁴⁰。死刑の存置を目指す州の約半数は、1963年にアメリカ法律協会（American Law Institute, ALI）が採択した模範刑法典（Model Penal Code）²⁴¹を範として、有罪・無罪の認定と科刑の手続を分けたうえで、法定された加重事由が認定された場合でなければ死刑を科すことができない制度を採用するようになった。Furman 判決によって手続を違憲とされたジョージア州もそのひとつであり、罪責認定と量刑の手続を分離し、加重事由と減輕事由を法定し、加重事由のうち少なくとも一つが合理的な疑いを超えて認定されなければ死刑を科すことができないように制度を変えた。また、死刑判決は州最高裁へ自動的に上訴され、感情や偏見の影響を受けていないか、認定された加重事由が証拠により支持されるか、類似事案で科された刑と比較して均衡を欠いていないか、について州最高裁が審査する制度も定めた²⁴²。その結果、1976年、Gregg v. Georgia 判決において、連邦最高裁（Stewart 判事による法廷意見）は、Furman で示された懸念は、一般的には、「二分化された手続において、量刑判断者に科刑に関する情報が告知され、かつ、情報の使用を導く基準を提供される制度によって、最もよく対処できる」²⁴³として、ジョージア州の新制度を合憲としたのである。このように、適切に指針を与えられた裁量の行使によって、量刑判断が恣意に流れることなく機能し得るという考え方は、その後、死刑存置州のモデルとなっていった。

他方で、ジョージア州とは全く異なる対応をした州もあった。すなわち、恣意性を排除するためには、陪審から裁量を奪えばよい、という考え方に基づいて、一定の範疇の謀殺で有罪となれば自動的に死刑になるという、義務的ないし自動的な死刑制度を導入したの

²⁴⁰ ノースダコタ州は、既に1915年に反逆罪と終身刑受刑中の謀殺に限定され、かつ、1905年を最後に執行も行われていなかった死刑を完全に廃止した。ワシントンD.C.は1981年、立法により死刑を廃止した。なおマサチューセッツ州とロードアイランド州は、Furman 判決を受けて修正された法が州最高裁により違憲とされ、死刑廃止に至った。

²⁴¹ Section 210.6 Sentence of Death for Murder; Further Proceedings to Determine Sentence. その起草者であった Herbert Wechler は、既に1937年時点において、死刑の対象となる謀殺類型を限定することを提案していた。Herbert Wechler & Jerome Michael, A Rational of the Law of Homicide II, 37 Colum. L. Rev. 1261 (1937); see also Latzer et al, supra note 237, at 427-428. このセクション 210.6 は、量刑判断に必要な幅広い証拠の許容性を認める点を含め、その後の連邦最高裁判決の判断にも大きな影響を及ぼし続けた。しかし ALI は2009年、「死刑の実施に最小限度の必要性を充たす制度を確保するには、現状の制度的及び構造的な障害が制御困難であることに照らし、模範刑法典の210.6を撤回する」ことを決定した。The American Law Institute, Report of the Council to the Membership of The American Law Institute On the Matter of the Death Penalty (April 15, 2009)

²⁴² Gregg v. Georgia, 428 U.S. at 162-166

²⁴³ Id. at 195

である。しかし、Gregg 判決と同日に下された Woodson v. North Carolina²⁴⁴及び Roberts v. Louisiana²⁴⁵判決によって、このような制度は違憲とされた。

(2) 「個人」に着目した量刑の要請

① Woodson v. North Carolina

Woodson 判決及び Roberts 判決が義務的死刑制度を違憲とした理由は、死刑事件においては、憲法上、被告人個人に着目した量刑 (individualized sentencing) が要求される、という点にあった。Woodson 判決は、義務的死刑制度は、ひとりひとりの被告人を個性ある人間として取り扱うのではなく、顔のない、画一的な集団として取扱い、機械的に死刑の対象とするものだとしたうえで、次のように述べた。

「死刑事件においては、第 8 修正の根底にある人間性に対する基本的な敬意によって... 死刑を科す過程における憲法上不可欠の部分として、個々の犯罪者の性格及び経歴 (the character and record of the individual offender)、そして当該犯罪の事情 (the circumstances of the particular offense) を考慮することが要求される。この結論はまさに、死刑は、たとえどれほど長期であっても拘禁刑とは質的に異なるということに基づいている」²⁴⁶ (下線引用者)。

すなわち、Furman 判決によって、死刑の判断から恣意性を排除し一貫性を持たせることが要請されたが、その一方で、恣意性の排除を追求するがゆえに個々の事案の特殊性を見失うことがあってはならない、とされたのである。ここに、死刑の量刑は、恣意性を排除して一貫性を確保する要請と、個々の事案・被告人の特殊性を踏まえた妥当な結論を導くという、二つの両立困難な課題を抱えることになる。そして、Woodson 判決が求める「個人に着目した量刑」の内容は、その後、以下の諸判例によって随時明らかにされていった。

② Lockett v. Ohio

Lockett v. Ohio²⁴⁷判決 (1978) の事案において、被告人 Lockett は、共犯事件においてごく従属的な役割しか果たしていなかった。しかし、オハイオ州の制定法では、減軽要素を精神障がいや被害者による犯罪の誘発など 3 点に限定していたため、Lockett は、自己に有利な事情を減軽要素として考慮されることなく、死刑を宣告された。連邦最高裁は Woodson 判決を引用した上、第 8 修正は、死刑事件の量刑判断者に対し、「被告人が死刑よりも軽い刑の基礎として提出する、被告人の性格あるいは経歴についてのいかなる側面

²⁴⁴ 428 U.S. 280

²⁴⁵ 428 U.S. 325

²⁴⁶ 428 U.S. at 304-305

²⁴⁷ 438 U.S. 586。なお、Lockett 判決をはじめとして、連邦最高裁による死刑事件の減軽事由の考慮に対する判断についての邦文の論考として、岡上雅美「死刑事件における軽減的量刑事情の考慮—アメリカ合衆国連邦最高裁判所判例を下にして—」早稲田法学 7 1 巻 2 号 (1996) 1 頁。

も、そして犯罪に関するいかなる事情も、減軽要素として、考慮することを妨げられてはならないことを要求している」²⁴⁸（下線引用者）とした。そして、「公権力による死刑の科刑が、他のすべての刑罰とはあまりにも大きく異なるがゆえに、死刑事件においては、個人の事情に配慮した判断（individualized decision）が不可欠であるとの結論が不可避である。死刑事件における個々の被告人を、個々人の特殊性を十分に尊重して取扱う必要性は、非死刑事件におけるよりもはるかに重要である」²⁴⁹として、当該犯罪の状況や犯罪者の性格、経歴を減軽事由として考慮する裁量を著しく制限していたオハイオ州法を違憲とした。以後、Lockett 判決は、Woodson において示された要素（個々の犯罪者の性格及び経歴、当該犯罪の事情）に関連して被告人から提出される減軽証拠は、いかなるものであれ、証拠として認められるべきであるという趣旨として理解されるようになった。

③ Eddings v. Oklahoma

Lockett 判決の帰結を確認し、さらに一步進めたのが Eddings v. Oklahoma²⁵⁰判決（1982年）である。被告人 Eddings は犯行時 16 歳の少年であったが、当時のオクラホマ州では死刑の科刑が可能であった²⁵¹。Eddings には、情緒面での障がいや虐待を含む悲惨な成育歴等の事情があり、これらを減軽証拠として提出した。しかし裁判所は、年齢以外の要素については「法律上考慮することができない」として、Eddings を死刑とした。連邦最高裁は、次のように述べて、第 8 修正違反により死刑の判断を破棄した。「州が、法律によって、量刑判断者においていかなる減軽要素を考慮することをも妨げてはならないのと同様に、量刑判断者は、法律上の問題として、いかなる関連する減軽証拠を考慮することを拒絶してはならない。量刑判断者及び上訴裁判所は、関連する減軽証拠の重要性を判断することは許されるが、考慮の対象から除外することによって、まったく重要性を判断しないことは、許されない」²⁵²（下線引用者）。

こうして、死刑事件の被告人は、Woodson 判決が示した被告人の性格、経歴、当該犯罪の事情に関連する減軽証拠を提出し、かつ、それを考慮されるという憲法上の権利が確立した。

④ Skipper v. South Carolina

Lockett 判決及び Eddings 判決から、減軽要素が法定のものに限られないことは既に明

²⁴⁸ 438 U.S. at 604

²⁴⁹ Id. at 605

²⁵⁰ 455 U.S. 104

²⁵¹ 連邦最高裁が犯行時 16 歳未満の少年に対する死刑を違憲としたのは 1988 年

(Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815), 18 歳未満の少年について違憲としたのは 2005 年 (Roper v. Simmons, 543 U.S. 551) である。

²⁵² 455 U.S. at 113-114

らかであったが、この点は後に連邦最高裁判例によって確認された²⁵³。

むしろ問題は、憲法上、被告人に提出する権利のある、性格、経歴、当該犯罪の事情に「関連する証拠」とは、どこまでの広がりを持つのかであった。Skipper v. South Carolina²⁵⁴判決の事案では、逮捕直後には不安定であった被告人が、その後、公判までの間に拘禁生活に適応し落ち着きを見せた事情を、拘禁施設の看守や面会者という証人によって明らかにしようとしたところ、裁判所はこれを認めなかった。

White 判事による法廷意見は、被告人が、逮捕後、公判までの間の拘禁生活に適応したという事情は、犯した罪に対する有責性 (culpability) には特に関連のない事情であるが、「死刑より軽い刑の基礎」となるという意味において「減軽」要素となるとして、制限を違憲とした²⁵⁵。これによって、被告人は、犯行後の事情も含め、ほぼ無制限に、いかなる事情をも減軽証拠として提出できることが明らかにされた²⁵⁶。

(3) 「個人」への着目と被害者影響供述

「個人」に着目した量刑の要請は、死刑事件の量刑審理における被害者影響供述 (Victim Impact Statement, VIS) の許容性をめぐっても、議論の分岐点となった。Booth v. Maryland²⁵⁷判決では、1) 殺害された被害者の性格のプラス面、2) 殺害が被害者の親族や友人に与えた負の影響、3) 被告人の犯した罪の悪質さ、4) 適切な刑に関する勧告意見、

²⁵³ Hitchcock v. Dugger, 481 U.S. 393 (1987)

²⁵⁴ 476 U.S. 1(1986)

²⁵⁵ Id. at 4-5. もっとも、この法廷意見に対しては、死刑判決の破棄という結論には同調しつつ、理由において反対する意見が出された。Powell 判事は、「Lockett, Eddings のもとで考慮が要求される証拠は、犯罪前の行為及び事情に関連し、被告人の犯罪への関与の性質と程度に関連する証拠であり、犯罪後の事情は含まない」として、本件での拘禁生活への適応という事情は、憲法上要請される減軽要素の範疇には入らないと主張した。476 U.S. at 11-12 (Powell, concurring in the judgment). しかし同時に Powell 判事は、被告人の犯罪への関与の程度、あるいは被告人の年齢および情緒面に関する履歴 (emotional history) は死刑の科刑における根本的な正義に直接に関連する、とした。476 U.S. at 13-14 (Powell, concurring in the judgment). すなわち、行為に至るまでの被告人がどのような生活をたどり人格を形成してきたか、といった事情は、まさに考慮されるべき減軽証拠の中核的要素であることを確認したのである。したがって、仮に Powell 判事の考え方に立っても、憲法上の問題として考慮が要求される減軽証拠の範囲は、極めて広汎である。

²⁵⁶ Green v. Georgia, 442 U.S. 95 (1979) は、伝聞法則により減軽証拠を排除したジョージア州の手続がデュー・プロセス条項に違反するとした。なお The Federal Death Penalty Act of 1994 は、死刑事件の量刑審理においては、事実審理を支配する証拠法則にかかわらず、原則としていかなる減軽情報 (および加重情報) の提出も制限されないと規定する (18 U.S.C. 3592)。

²⁵⁷ 482 U.S. 496(1987)

に関する VIS の許容性が争われた結果、5 対 4 で第 8 修正に反し違憲と判断された。Powell 判事による法廷意見は、その理由を次のように述べた。「死刑判断において陪審は、“被告人個人の性格と当該犯罪の事情”に基づき、“個人の事情に配慮した量定”を行わなければならない。……当裁判所は、被告人の経歴、性格及び事件の事情だけが【死刑の】量刑上認められる考慮要素だと述べたことはないが、その他の要素の考慮を要求する州法は、証拠が、被告人“個人の責任と道徳的な罪” (personal responsibility and moral guilt) に何らかの関係をもつことを確保するべく、吟味されなければならない。さもなければ、死刑が“量刑過程において憲法上許容されない、あるいは全く無関係”な考慮要素に基づくことになる。……他の刑事事件あるいは民事事件の文脈では、被告人の行為の予見可能な結果の全範囲が関連性を持ちうるかもしれないが、死刑の量刑審理という特有の状況のもとでは、関連性を持つということに同意はできない。このような事件では、生か死かという究極の問題に、コミュニティの良心を表明することが陪審の機能である。この任務を果たす際に、陪審は、“唯一無二のひとりの人間として”被告人に焦点を当てることを要求される。しかし VIS は、被告人ではなく被害者及びその遺族の性格や評判に焦点を当てる。これらの要素は、特定の被告人の非難可能性 (blameworthiness) とは全く関連がない可能性がある……陪審が VIS に依拠することを認めれば、被告人が知らなかった要素であって、殺害の決意とは無関係な要素のために死刑が科される結果となりうる。こうして VIS は、被告人の背景や経歴、犯罪の事情から、陪審の注意をそらしてしまう」²⁵⁸ (強調原文)。

しかし、その 4 年後、Booth 判決が判断した 1) 被害者の性格、及び 2) 殺害が親族等に与えた影響の 2 点については、Payne v. Tennessee²⁵⁹判決において覆された。Rehnquist 首席判事による法廷意見は、Booth 判決における反対意見を引用しつつ、加害者が量刑において個人として考慮されねばならないように、被害者もまた、その死が社会、とりわけ被害者の家族に喪失をもたらしたかけがえのない個人であって、被告人により惹き起こされた特定の害悪に関する証拠を量刑段階で考慮することにより、被告人の道徳的な有責性と非難可能性が適切に評価されるとした。

このように、VIS に関する連邦最高裁の判断は、減輕証拠を最大限に考慮して死刑の適用を限定しようとする方向性に一定の歯止めをかけるものとなった。もともと、Payne 判決によっても、VIS は憲法上、許容性が認められたにとどまり、各州は死刑量刑審理において VIS を認めるか否かについてなお裁量を持ち、なかには VIS を禁止する州もある²⁶⁰。また、VIS を許容する州においても、VIS を認めるのか否か、また、どの程度認めるのかに関する事実審裁判官の裁量の幅は異なるうえ、その裁量行使にあたっては、被告人に不

²⁵⁸ Id. at 502-505

²⁵⁹ 501 U.S. 808 (1991). なお Payne 事件では、Booth 判決が違憲とした 3),4)は争点とならず判断されていない。

²⁶⁰ Latzer et al, supra note 237, at 275

公正な偏見がもたらされる危険性を避けるよう求められる²⁶¹。さらに、死刑事件弁護にとっては大きな壁として登場した VIS の存在は、DIVO (Defense Initiated Victim Outreach=弁護側から開始される被害者への働きかけ) と呼ばれる、まったく新しい領域を減軽活動において生み出す契機となった²⁶²。死刑事件における量刑判断のあり方は、今なお変化し続けているのである。

2 死刑事件弁護に要求される特別な活動

こうした死刑事件に特殊な手続の発展は、必然的に、その特殊性に応じた弁護活動を要求することとなった。

とりわけ、広汎な減軽証拠を提出する権利が被告人に認められるようになったことにより、死刑事件の弁護人には、これに対応した活動が要求されるようになった。すなわち、減軽事由の有無についての徹底的な調査を行い、被告人に有利な減軽証拠を提出するという義務である。現に 2000 年以降、連邦最高裁により死刑事件において弁護人の援助を受ける権利の侵害が認定された事件は、いずれも量刑審理における弁護人の調査義務違反を理由としたものであった²⁶³。死刑事件弁護に特別の要請は、以下に述べる ABA の取組みを中心とした実務規範の発展及びその普及とも相まって、死刑事件の弁護活動の質をはかる「客観的な合理性の基準」の変化をもたらしたのである。

(1) 実務規範の発展と普及

Strickland 判決が「指針」として挙げた ABA 刑事司法基準の「弁護の機能」は、刑事事件一般における弁護人の機能と役割、そこから生じる弁護人の義務を明らかにしたもの

²⁶¹ Id. at 275

²⁶² 現在では、弁護側から開始される場合に限らず行われるようになり、単にVictim Outreachと呼ばれる。Victim Outreach実践の第一人者による文献としてBranham, Mickell and Burr, Richard (2008) "Understanding Defense-Initiated Victim Outreach and Why It Is Essential in Defending a Capital Client," Hofstra Law Review: Vol. 36: Iss. 3, Article 14. Available at: <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol36/iss3/14>

またDIVOについて紹介する邦語文献として、平山真理「刑事弁護人と被害者の間に橋渡しを置くことの意義—米国のDIVOの実践に学ぶ」季刊刑事弁護56号(2008)127頁、同「アメリカのDefense Initiated Victim Outreach(DIVO)の意義 被害者と刑事弁護人—『敵の味方』は敵でなくともよい」自由と正義Vol.61 No.9(2010)39頁参照。

²⁶³ Williams v. Taylor, 529 U.S. 362, Wiggins v. Smith, 539 U.S. 510, Rompilla v. Beard, 545 U.S. 374, Porter v. McCollum, 558 U.S. 30, Sears v. Upton, 561 U.S. 945

であり、1971年の初版刊行以来、時代の変化に合わせて改訂を重ねてきた²⁶⁴。しかし、死刑事件の弁護に必要とされる活動が、明らかに非死刑事件と異なっていく状況においては、死刑事件弁護に特に焦点を当てた実務規範が必要であった。1970年代には既に、死刑事件に携わる弁護人ら—その多くは貧しい被告人のために弁護を提供する民間非営利団体の弁護士や公設弁護人など—は、死刑事件弁護の特殊性を踏まえ、効果的な援助を実現するための努力を重ね、研修や法律雑誌への論文掲載、弁護マニュアルの作成などに取り組み、また、死刑事件において弁護人が行うべき義務について明らかにする文献も出版されていた²⁶⁵。

こうした中、死刑事件弁護に特化した初めての全米基準を策定し公表したのは、民間の非営利組織である全米法律扶助・弁護人協会 (the National Legal Aid and Defender Association, NLADA) であった。NLADA は、数年にわたる起草作業を経て、1985年に「死刑事件における弁護人選任のための基準」を公表し、その後、「死刑事件における弁護人の活動のための基準」へと名称を変更したうえで、同基準の取扱いを1988年、全米最大の法律家団体であるABAの「法律扶助及び貧困な被告人に関する委員会(SCLAID)」へと委ねた²⁶⁶。これにABAの刑事司法部門で出された意見を反映させ、かつ、「基準」を「ガイドライン」へと変更して策定されたのが、ABAの「死刑事件における弁護人の選任及び活動のためのガイドライン」(ABA Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases, 以下「ABAガイドライン(1989年版)」)²⁶⁷である。これは、政府(州)が死刑事件弁護の質を確保するために負うべき責任の内容とともに、死刑事件の弁護人が最低限行うべき義務の内容を明らかにしたものであった²⁶⁸。また、これを受けてABA刑事司法基準の「弁護の機能」(第3版, 1991)

²⁶⁴ 1980年には第2版(1986年補訂)、1991年には第3版、そして2015年には第4版が定められるに至っている。

²⁶⁵ たとえば Strickland 判決の反対意見において Marshall 判事が引用する Gary Goodpaster, *The Trial for Life: Effective Assistance of Counsel in Death Penalty Cases*, 58 N.Y.U.L. Rev. 299 (1983) などがある。なお、1989年のガイドライン策定に先立つABAによる取組みの概要については以下を参照。

Stetler, Russell and Tabuteau, Aurelie, *The ABA Guidelines: A Historical Perspective* (2015). Hofstra LawReview, Vol. 43, No. 731, 2015. Available at SSRN:

<http://ssrn.com/abstract=2603487> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2603487>

²⁶⁶ 作業は当初から、SCLAIDのサポートを得て開始された。American Bar Association Guidelines for the Appointment and Performance of Counsel In Death Penalty Cases 1989, Introduction.

²⁶⁷ American Bar Association, Guidelines for the Appointment and Performance of Counsel In Death Penalty Cases 1989.

²⁶⁸ ガイドラインは Introduction において、“should”と表記されている部分は、最低限要

にも、死刑事件においては、弁護人は ABA ガイドラインを遵守すべきことが盛り込まれた²⁶⁹。

なお、ABAガイドラインは、その後、1980年代後半から1990年代にかけて更に発展を遂げた死刑事件弁護実務の成果を反映させ、全面的に改訂された。これが「死刑事件における弁護人の選任及び活動のためのガイドライン 2003年改訂版」(ABA Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases, Revised Edition 2003。以下「ABAガイドライン(2003年版)」)である。ABAが、弁護人や弁護士組織のみならず裁判所に対する啓発活動を含め、ガイドライン普及のための取り組みに力を入れた結果、様々な形態でABAガイドラインを採用する法域や法曹団体が増加するようになった²⁷⁰。さらに2008年には減輕活動に特化した「死刑事件弁護チームが果たす減輕機能のための補足的ガイドライン」(Supplementary Guidelines for the Mitigation Function of Defense Teams in Death Penalty Cases²⁷¹)が策定された。

(2) ABA 刑事司法基準を指針とした判例—Williams v. Taylor

実務規範の発展に伴い、1989年以降に事実審理が行われた死刑事件については、ABA 刑事司法基準に加え、ABA ガイドライン(1989年版)をも重要な指針として、弁護活動の合理性を判断し、量刑の再審理を認める事例が登場するようになった。そして、連邦最高裁が、量刑段階における弁護人の調査義務違反を認めた最初の事件が、Williams v. Taylor である。

被告人 Williams は、1986年、ヴァージニア州において強盗及び死刑相当謀殺(capital murder)により有罪とされた。量刑手続において Williams の弁護人が申請した証拠は、3人の証人(被告人の母親と2名の近隣住人)と精神科医の供述録音であった。住人のうち1名は、審理を傍聴していたところ弁護人から証言するよう依頼された人物であり、3人の証人は、Williams が暴力的な人物ではないという短い証言をただけであった。精神科医の供述内容は、Williams が診察中に述べた、本件以前の強盗の最中に、人を傷つけない

求される義務内容であることを明らかにしている。

²⁶⁹ Standard 4-1.2 (The Function of Defense Counsel)の section (c) は「死刑は他の刑罰とその終局性において異なるため、死刑事件の弁護人はこの違いに対し、被告人のため並々ならぬ努力をもって応じなければならない。弁護人はABAの死刑事件における弁護人の選任及び活動のためのガイドラインを遵守すべきである」と定めた。同旨は第4版の Standard 4-4.1(g)にも規定されている。

²⁷⁰ 全米の様々な法域におけるガイドラインの実施や採用の実情については、以下のサイトに紹介されている。

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/Death_Penalty_Representation/Implementation%20Fact%20Sheet%20March%202014.authcheckdam.pdf

²⁷¹ 全文は以下に掲載されている。

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/Death_Penalty_Representation/Standards/National/2008_July_CC1_Guidelines.authcheckdam.pdf

いように銃から弾を抜いた、というものにすぎなかった。検察側証人に対する反対尋問では、弁護人は、Williams がみずから警察に罪を告白する匿名の手紙を出したことにより本件謀殺を含む事件が発覚したこと（被害者の死因は当初アルコール中毒として処理されていた）を繰り返し強調した。最終弁論は、Williams が自ら警察に罪を申し出た点に触れつつも、陪審が Williams の命を救う理由を見つけるのは難しい、という説明に重点がおかれた。陪審は全員一致で死刑を選択し、裁判官も死刑が適切かつ正当であるとして、Williams に死刑を科した。

その後の人身保護令状請求手続において、事実審段階では提出されなかった多くの証拠が出されたが、それらの証拠は Williams の「悪夢のような」子ども時代を物語っていた²⁷²。Williams の両親は、Williams とそのきょうだいに対する保護責任者遺棄罪により拘禁刑を科されていたこと、Williams は父親から頻繁に激しい暴力を受けていたこと、2年間にわたる両親の服役中は社会福祉施設に収容され、両親の釈放後に親元に戻されたこと、等である。弁護人は、これらの証拠を戦略的に提出しなかったのではなく、州法のもとではこうした記録へのアクセスが禁止されていると誤解していたにすぎなかった。

また弁護人は、Williams の知能が「境界域」にあり、小学校は6年生までしか進まなかったという証拠も提出しなかったほか、Williams が刑務所内の薬物流通網の摘発に協力したり、看守がなくなった財布を届けたり、あるいは看守が Williams のことを、「暴力的な、危険な、あるいは興奮した行動をとる可能性が最も低い被収容者」と表現した証言も提出しなかった。また、収容中の Williams をボランティアとして何度も訪問したことのある公認会計士が、証言を申し出る電話をかけてきたにもかかわらず、それに応答しなかった。以上をふまえて連邦最高裁（Stevens 判事による法廷意見）は、弁護活動の合理性について ABA 刑事司法基準の「弁護の機能」（第2版，1980年）に定められた調査義務²⁷³を参照したうえで、弁護人が、被告人の経歴について徹底的に調査を行う義務を怠ったことは明らかであるとした。さらに、陪審が、これらの提出されなかった減軽証拠について知っ

²⁷² 法廷意見の脚注には、Williams が少年時代に起こした事件の記録から、以下のような記述が抜粋のうえ掲載されている。「家庭は完全に崩壊していた…床には、ところどころ誰かが排便した場所があった。寝室には何箇所か尿がたまっていた。台所には汚れた皿が散乱し、ゴミがなく足を踏み入れられるような場所はなかった…子どもたちはみな汚れていて一人として下着のパンツを身に着けていない。ノアとルーラはひどく酔っていて、子どもたちの服を見つけることもできなければ、子どもたちに服を着せることもできなかった…子どもたちはウィンズロウ病院に入れねばならなかった。子どもたちのうち4人が、その時点で明らかにウイスキーの影響下にあったからである。」Williams v. Taylor, 529 U.S. at 395 n.19

²⁷³ 「事件の事情に関してすみやかに調査を行い、事件の実体および有罪とされた場合の刑に関連する事実につがなる、あらゆる手がかりを探究することは、弁護士の義務である。調査には、検察及び法執行機関が保有する情報を確保する努力が、常に含まれるものとする。被告人が弁護士に対して有罪を構成する事実を承認し、あるいは供述しようとも、あるいは有罪答弁の希望を述べようとも、調査義務は存在する」 Standard 4-4.1.

ていたならば、量刑審理の結果が異なるものとなっていた合理的な蓋然性があると判断した²⁷⁴。

(3) ABA ガイドラインを指針とした判例—Wiggins v. Smith

その後、連邦最高裁は、ABA ガイドラインをも指針として参照し、弁護人の調査義務違反を認定するようになった。その最初の例が Wiggins v. Smith 事件である。Wiggins 判決の法廷意見は、Strickland 判決の法廷意見を書いた O'Connor 判事によるものであり、しかも、弁護人が減軽事由に関して調査（具体的には生活史調査）を行わなかったことが弁護人による「戦略的判断」であったという主張（この点において Strickland 判決の事案とまったく共通していた）を排斥し、弁護人の調査義務違反を明確に認定した点において、特に重要である。

①事案の概要

1989年8月、被告人 Wiggins はメリーランド州において第一級謀殺、強盗、及び2件の窃盗について裁判官による事実審理を受け有罪とされた。その後、Wiggins は陪審による量刑審理を選択した。2名の弁護人は量刑審理を二分するよう裁判所に申し立てた。すなわち、まず Wiggins が直接被害者を殺害したわけではないこと²⁷⁵を立証し、その後、必要があれば、減軽のための主張を行いたいと申し立てたのであった。裁判所はこの申立を棄却し、陪審による量刑審理を行った。

弁護人は量刑審理の冒頭、陪審員に向かって、「皆さんは、実際に被害者を殺害したのは Wiggins 以外の第三者であることを示唆する証拠に接するでしょう」と述べたが、結論においては、「(陪審員は) Wiggins が困難な人生を送ってきたことについて聞くことになるでしょう」と結んだ。しかし、結局、弁護人は Wiggins の生活史に関する証拠を一切提出しなかった。弁護人が減軽事由に関して行った調査としては、心理学者に依頼して実施した Wiggins の心理テストがあった。その結果、Wiggins の知能指数が 79 であること、負荷のかかる状況に対処するのが困難であること、及び、パーソナリティ障害の特徴を示しているとの結論が得られたが、Wiggins の生活史に関する情報は何も含まれていなかった。生活史に関連して、弁護人が入手した判決前調査報告書の中には、被告人の悲惨な子ども時代について記した記述が1頁含まれていた。また弁護人は、Wiggins が様々な場所に里子に出されていたことを示すバルティモア市の社会福祉局の保管記録を入手していた。しかし、弁護人はそれらの記録を手掛かりに、さらに調査を行おうとはしなかった。弁護人らが所属する公設弁護人事務所では、生活史調査のために司法ソーシャル・ワーカーに依頼する予算があったにもかかわらず、弁護人はそのような選択をしなかった。量刑審理

²⁷⁴ 529 U.S. at 395-399

²⁷⁵ 州法により死刑を科すためには被害者の死に対し直接責任があることが必要とされていた。Wiggins v. Smith, 539 U.S. at 515

の結果、Wiggins は死刑を宣告された。

その後、Wiggins は新たな弁護人のもと、事実審段階の弁護活動が非効果的であったと主張して死刑判決の破棄を求めた。Post-conviction 手続において新弁護人は、司法ソーシャル・ワーカーによる調査結果、すなわち Wiggins が子ども時代に、実の母親や、里子に出された先の里親たちから受けた、深刻な身体的・性的虐待の経験²⁷⁶を明らかにした。これに対し、元弁護人は、弁護団は事実審理が始まるずっと以前から、量刑段階において罪責問題（Wiggins の直接的な責任の有無）について再度審理が行われるように力を集中しようとしていた、と証言した。州の事実審裁判所、控訴裁判所とともに、弁護人が調査を行わなかったのは、Wiggins が殺害について直接の責任を負わないという問題に焦点を絞るといふ弁護人の戦略的判断の結果であって、非効果的な援助にはあたらないと結論付け、Wiggins の訴えを退けた。そこで Wiggins は連邦地裁に人身保護令状請求を行った。連邦地裁は、弁護人による戦略的判断という州側の主張を排斥し、救済を認めた。すなわち、罪責問題の再審理を狙うという弁護人の戦略的判断が合理的といえるためには、その判断が、弁護人が合理的な調査を行った結果に基づいたものでなければならないが、弁護人が Wiggins の経歴に関して有していたいくばくかの知識は、減輕主張を行うか否かについて「十分な情報に基づき熟慮のうえ決定を行う」といふ弁護人の義務を免除するものではなく、むしろ、さらなる調査を行う義務を弁護人に課すものであった、としたのである。この判断を連邦控訴裁判所が覆したため、Wiggins が連邦最高裁に裁量上訴を申立て、これが認められた。

②法廷意見

O'Connor 判事による法廷意見は、まず、事実審弁護人が必要な調査を行わなかったこと、及び、調査を行わないという判断が合理的なものではなかったことを認定し、弁護活動が客観的に合理的といえる水準を下回っていたと判断した。すなわち、Wiggins の事実審理が行われた 1989 年当時のメリーランド州においては、死刑事件の弁護人は生活史調

²⁷⁶ その調査報告書によれば、母親は慢性的なアルコール中毒で、しばしば Wiggins ときょうだいを置いたまま何日も家を不在にした。子どもたちは食べ物がないために物乞いをしたり、剥げた塗料や生ゴミを食べるなどした。母親は子どもたちが台所に入れないよう鍵をかけることが多く、子どもたちが台所に入ると叩くなどして虐待した。あるとき Wiggins は母親によってストーブの火口に手を当てさせられ、入院する事態となった。州の措置により、Wiggins は 6 歳から里親のもとで養育されるようになったが、最初と二番目の養育家庭では母親から身体的な虐待を受けた。また Wiggins は調査者に対し、二番目の養育家庭では父親から繰り返しわいせつ行為およびレイプをされたと説明した。16 歳のとき、Wiggins は養育家庭から逃げ出し路上生活を始めた。その後、断続的に他の複数の養育家庭に送られたが、Wiggins は、そのうちの一つの家庭で、その家の息子たちに複数回にわたりレイプされたと訴えた。養育家庭を離れた後は職業訓練プログラムに参加したが、Wiggins は、そこでも上司から性的虐待を受けたと訴えた。Wiggins v. Smith, 539 U.S. at 516-517.

査報告書を準備するのが標準的な実務であり（それゆえに、弁護人の所属する公設事務所は生活史調査をソーシャル・ワーカーに依頼するための予算を確保していた）、ABA ガイドライン（1989年版）においても、減軽証拠の調査には“あらゆる合理的に入手可能な減軽証拠、及び、検察官による請求可能性のある加重証拠に反駁する証拠を発見する努力が含まれなければならない”²⁷⁷と定められ、ABA 刑事司法基準の「弁護の機能」（第2版）は、その注釈において、“弁護士は、当初は検察官に対して、そして量刑段階では裁判所に対して、減軽要素を提示するという重要な役割を有している……こうした機能を遂行するためには調査が不可欠である”²⁷⁸としていた。こうした明確な規範にもかかわらず、弁護人はごく限定的な情報源から得た初歩的な知識のみで、Wiggins の経歴についての調査を放棄した。しかも、弁護人が実際に入手していた社会福祉局の記録には、Wiggins の母親が慢性的なアルコール中毒の状態にあったこと、Wiggins が養育家庭を次々と渡り歩き情緒的な問題を示していたこと、長期間学校に行かないことがしばしばあったこと、少なくとも一度は、母親が Wiggins ら子どもたちに食べ物を与えないまま置き去りにしたことがあったこと、といった事実が示されていた。よって、合理的な弁護人であれば、これらを手掛かりとしてさらに調査をすることが、戦略を決するうえで必要であると認識したはずである。とくに、Wiggins の場合は、Strickland 判決等の事案とは異なり前科もなく、明白な加重事由がなかったため、さらに調査をすることが却って本人に不利になるというような事情もなく、減軽証拠の調査範囲を限定する合理的理由はなかった。したがって、弁護人が調査をしなかったのは戦略的な判断ではなく、怠慢にすぎない、としたのである²⁷⁹。

次いで法廷意見は、こうした弁護人の過誤がなければ、Wiggins に対する量刑が死刑とはならなかったという合理的蓋然性を認めた。すなわち、新弁護人が提出した生活史調査報告書は、被告人の性格ないし経歴に関連する証拠として許容されるものであり、また内容においても強力なものであったのに対して、現実に陪審員が接した唯一の減軽要素は、Wiggins に前科がないということのみであった。メリーランド州においては、死刑評決は陪審員の全員一致でなされる必要があったため²⁸⁰、少なくとも1名の陪審員が、減軽証拠が加重証拠を上回ると判断すれば、死刑評決はあり得なかった。そして、Wiggins には、

²⁷⁷ Guideline 11.4.1(C)

²⁷⁸ Standard 4-4.1, commentary

²⁷⁹ 法廷意見は、弁護人が実際には「罪責問題の再審理」に焦点を絞っていたわけではなかったこと（量刑審理の冒頭では陪審員に「Wiggins が困難な人生を送ってきたことについて聞くことになるだろう」と述べながらまったくそのような証拠を提示せず、その一方で犯罪学者を証人として申請し、終身刑受刑者は拘禁生活への適応性があり、刑務所内での暴力を控える傾向にあるという証言を引き出すなどしていた）をも指摘し、行き当たりばったりの弁護であったことを指摘し、これをもって弁護人の戦略的判断であると主張するのは、事後的な合理化にすぎないと指弾した。Wiggins v. Smith, 539 U.S. at 526-527.

²⁸⁰ なお、メリーランド州は2013年に死刑を廃止したが、その際、既に宣告された死刑判決には影響がないものとされた。

前科はもとより暴力的な行動をとったことを示す記録もなく、加重証拠は減軽証拠に比べてはるかに脆弱であったのであるから、死刑が回避された合理的な蓋然性がある、としたのである。

このように法廷意見は、救済が否定された連邦最高裁の先例、とくに **Strickland** との類似性と相違点の双方を指摘しつつ、**Strickland** とは正反対の結論を導いた。**Strickland** との決定的な違いは、事実関係における相違点ではなく、連邦最高裁が、確立した実務規範とそれに基づいて普及している実務とに照らして、合理的な弁護人であれば当該行動をとるか否かを厳しく判断した点にあった。

(4) 合理性基準の変化

裁判所が **ABA** 刑事司法基準やガイドラインを指針とすることにより、弁護活動に求められる「客観的な合理性」の水準自体が徐々に引き上げられることを顕著に示したのが、**Wiggins** 判決の2年後に判断された **Rompilla v. Beard** 判決である。この事案の事実審が行われたのは **ABA** ガイドライン (1989年版) が刊行される直前であった。そのため、法廷意見が直接的に参照したのは **ABA** 刑事司法基準が要求する調査義務²⁸¹であったが、脚注においては **ABA** ガイドラインによっても同様の調査義務が明確かつ強く求められることを指摘²⁸²、弁護人による調査義務違反と、その結果、被告人が蒙った不利益の双方を認定した。

Rompilla の事案の特徴は、2名の公設弁護人が一定程度の減軽調査を行っていた点である。すなわち、①**Rompilla** 本人からの事情聴取 (ただし、本人は極めて非協力的であり、情報源として乏しかった)、②被告人の親族ら5名 (元妻、兄弟2名、義妹、息子) からの事情聴取 (もともと、親族らによれば、**Rompilla** は子ども時代も含めて収容されていた期間が長かったため、実際のところ **Rompilla** についてよくは知らないということであり、また **Rompilla** は無実であろうと信じていたために、犯行に至った理由について考えようとはしなかった)、③**Rompilla** の犯行時の精神状態及び訴訟能力について依頼した3名の専門家 (精神科医2名、心理学者1名) による調査、である。しかし、弁護人は、これらのいずれからも、減軽事由として有用な情報を得ることはなかった。弁護側証人として証言した5人の親族らは、自分たちは **Rompilla** の無実を信じており、彼は良い人間だと述べて陪審に慈悲を求め、14歳になる **Rompilla** の息子は、自分は父親を愛しており、これからは刑務所に父を訪ねると証言した。しかし、陪審は、検察の主張する加重事由 (①謀

²⁸¹ 「弁護の機能」(第2版) **Standard 4-4.1** は、「事件の事情に関してすみやかに調査を行い、事件の実体および有罪とされた場合の刑に関連する事実につがなる、あらゆる手がかりを探究することは、弁護士の義務である。調査には、検察及び法執行機関が保有する情報を確保する努力が、常に含まれるものとする。被告人が弁護士に対して有罪を構成する事実を承認し、あるいは供述しようとも、あるいは有罪答弁の希望を述べようとも、調査義務は存在する」と規定していた。

²⁸² 545 U.S. at 387

殺が他の重罪犯罪の過程で行われたこと、②殺害行為が拷問的に行われたこと、③脅迫ないし暴力を用いた顕著な重罪前科があること）が減軽事由（息子が父のために証言し、更生が可能であること）を上回ると判断し、死刑の評決を行った。

ところで、弁護人らは、検察官が加重事由の立証のために、Rompilla の前科に関する記録—検察官は加重事由として、暴力犯罪の前科があることに加えて、前科と本件との類似性を示すことにより、Rompilla が危険な人物であって死刑に値することを示そうとしていた—を用いることを知り、かつ、当該記録の入手は容易であったにもかかわらず入手せず、その調査を全く行わなかった。この調査は、検察の主張に反駁するためのみならず、弁護人がとろうとしていた方針—すなわち、Rompilla の有罪には、なお疑問が残るため、死刑にすべきではない、という主張—にとっても、不可欠なものであった。何故なら、検察官は、過去の暴力犯罪との類似性を強調しようとしていたのであり、既に提出されている強力な状況証拠と相俟って、陪審が「なお残る有罪への疑問」という弁護人の主張を拒絶する可能性が大いに考えられたからである。以上から、法廷意見は、前科に関する記録を全く調査しないという弁護人の判断には、合理性がないとした。

さらに、前科に関する記録には、様々な減軽事由の手がかりとなる情報が盛り込まれていた。すなわち、Rompilla がスラムで育ち精神的な問題を抱え、少年時代から問題行動を示し、16歳で学校をやめた後は刑事施設への出入りを繰り返していたこと、いずれの犯罪も暴力的でアルコールの過剰摂取と関連性があったこと、仮に精神保健の専門家がみたならば統合失調症その他の障がいを示すものと評価したであろう諸検査記録、小学3年生程度の認知水準を示す検査結果、などであった。そして、当該記録をもとに実際に新弁護人が行った調査では、両親のアルコール依存と不和、父親による激しい暴力と虐待、極貧と劣悪な居住環境、脳の器質的損傷に起因する認知機能の深刻な障がいなど、事実審段階ではまったく現れなかった事実が次々と明らかになった。法廷意見は、これらの減軽証拠が陪審に提示されていたならば、死刑とは異なった結論となった蓋然性があると認定した。

3 死刑事件に特別な手続と不利益要件

以上の判例の検討から既に明らかなおお、死刑事件に特別な「個人」に着目した量刑を求める手続的要請は、Strickland 判決が要求した要件のうち、弁護活動の合理性判断のみならず、手続の結果が異なるものとなった合理的な蓋然性の判断にも影響せざるを得なかった。

Furman 判決後、死刑を存置する法域では、死刑相当犯罪とそれ以外の犯罪とを明確に区別するのみならず²⁸³、死刑判決を科すための必要条件である加重事由（aggravating factors）も法律上定められるようになった。多くの州では減軽事由（mitigating factors）

²⁸³ 州により分類は異なるが、謀殺に程度を設け、最も重い謀殺のみが死刑となり得る点は共通である。

も法定されているが、Woodson 判決以降の判例により、法定されていない減軽事由も考慮され、かつ、減軽証拠はほぼ無制限に提出することができる。すべての法域において、死刑を判断するために必要な加重事由は、陪審員の全員一致により、合理的な疑いを超えて認定される必要があるとされている²⁸⁴のに対して、減軽事由の認定に全員一致を求めることは許されない²⁸⁵。そして、最終的に加重事由と減軽事由とを比較して死刑の判断を行う場合²⁸⁶、陪審が量刑の判断権を有する法域では、やはり全員一致が求められる²⁸⁷。

Strickland 基準のもとで、効果的な援助によれば死刑判断が回避されたという合理的な蓋然性があるか否かを判断する際には、現に事実審段階で提出され考慮された減軽証拠と、その後の（新たな弁護人による）手続の過程で提出された減軽証拠とをあわせた減軽証拠の全体を、既存の加重証拠に照らして評価するものとされている²⁸⁸。こうした仕組みのもとでは、仮に、効果的な援助によれば強力な減軽証拠が提出されていたことが合理的に想定される場合、減軽事由と加重事由のバランスが崩れる可能性は、十分にあり得るのである。

第3 小括

Williams 判決以降の 3 つの判決、とくに Wiggins 判決そして Rompilla 判決は、Strickland 判決と同時代に判断されていたならば、合理的な弁護の範囲内にあるとされた可能性も十分にあり得た弁護活動について、当該事案の弁護活動が行われた当時の実務規範を指針とし、その合理性を否定したものであった。このような態度に対して、例えば Rompilla 判決の反対意見は、「…我々は、ABA 刑事司法基準を参照するに有用なものとして言及してきたが、こうした基準は“指針にすぎない”と注意深く述べてきたのであり、また、弁護人の効果的な援助に対する憲法上の基準を設けてはいない。多数意見は、こうした警告を、ガイドラインがあたかも拘束力のある法文であるかのように述べることによって、無視している」²⁸⁹と批判した。また、連邦最高裁の変化を歓迎する立場からも、その変化を、Strickland 判決が明確に否定したカテゴリーカル（ガイドライン）・アプローチへの接近と評価する見方がある²⁹⁰。Williams 判決以下の各事例が、各州による死刑判断の

²⁸⁴ Latzer et al, supra note 237, at 438

²⁸⁵ McKoy v. North Carolina, 494 U.S. 433 (1990)

²⁸⁶ 加重事由が減軽事由を上回る必要があるのか否か、その立証責任の所在、死刑の科刑を可能とする事由が認められてもなお死刑を回避する裁量が認められるか、等については、法域により異なる。Latzer et al, supra note 237, at 438

²⁸⁷ American Bar Association, Resolution 108A, 108B 参照。

²⁸⁸ Williams v. Taylor, 529 U.S. at 397-398

²⁸⁹ Rompilla v. Beard, 545 U.S. at 400 (Kennedy, J., dissenting)

²⁹⁰ 例えば、Blume et al, supra note 147.

早期確定を目指し、連邦裁判所への人身保護令状請求を制限する、反テロ効果的の死刑法（AEDPA）²⁹¹の適用を受ける事件でありながら、結論として救済が認められた点も、連邦最高裁の変化を示す徴候としてしばしば指摘される²⁹²。

2000年以降にみられるこうした連邦最高裁の変化の要因は、今後の方向性と共に、様々に論じられている²⁹³。1990年代以降、死刑事件における誤判が加速的に明らかにされた²⁹⁴ことも相俟って、特に死刑事件において、第6修正が想定する「と批判した弁護の機能」と現実との落差に直面せざるを得なくなったことも、一因として挙げられるであろう。2001年4月、連邦最高裁のGinsburg判事は、講演のなかで「死刑執行直前に最高裁にくる何十もの死刑事件のなかで、被告人が事実審でまともに弁護された例を1件も見ることがない」²⁹⁵と述べたが、その3か月後、O'Connor判事は、「この国で死刑が公正に行われているかについて、深刻な疑問が生じている…おそらく、死刑事件において選任される弁護士の最低基準、そして裁判所により選任された弁護人が用いられた場合の適切な報酬について検討する時期にきているであろう」²⁹⁶と発言した。

しかし、本来的に、Williams判決以降にみられるような適用上の変化を可能とする要素を、Strickland判決自身が内包していたことは間違いない。すなわち、同判決は、弁護人が当事者主義において決定的に重要な機能を果たすという認識のもと、弁護活動はその時代の実務における指針に照らし、客観的に合理的といえる有能性を備えなければならないと判断したが、それは、時代とともに変化する実務水準の向上を、必然的に反映せざるを得ないものであった。そして現に1980年代後半以降、死刑事件弁護のあり方は、劇的に変化した。それを直接的に促したのは、死刑事件弁護に向けられた実務規範自体の発展と普及であったが、さらにその背後にあったのは、先人の努力により判例として勝ち取られた、死刑事件に特別な手続的要請であった。

その意味において、Marshall判事と同じくStrickland判決の結論に反対しつつ、法廷

²⁹¹ The Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA) .その骨子は、①出訴期間の制限、②裁判所は申立人が州の手続においてなさなかった主張についての判断を拒絶できる、③申立人が州の手続で主張しなかった事実に関する証拠調べ手続の原則的禁止、④連続的な申立の原則的禁止、⑤州裁判所による事実認定および憲法の適用の評価のあり方に対する新たな基準の設定、である。See King et al, supra note 225, at 8-9.

²⁹² 例えば、Blume et al, supra note 147, at 151

²⁹³ AEDPAの成立後、効果的な援助を受ける権利が人身保護令状請求以外の手続において判断される意義を説くものとして、O'Hear, supra note 201.

²⁹⁴ Death Penalty Information Centerによれば1973年以降2015年までの間に釈放された死刑囚は156人に上る。

<http://www.deathpenaltyinfo.org/innocence-list-those-freed-death-row> (2015年12月24日閲覧)

²⁹⁵ In Pursuit of the Public Good: Lawyers Who Care (April 9, 2001) in 7 Wash. U. J.L. Pol'y 1, 10 (2001)

²⁹⁶ “Justice O'Connor on Execution”, The New York Times, July 5, 2001

意見の定立した基準自体には賛成した Brennan 判事の以下の意見は、将来の Strickland 基準の適用のあり方を、的確に予言するものであったといえる。「あらゆる減軽証拠を提出し、量刑判断者に考慮させることができるという権利は、もしも弁護人が減軽証拠を探さず、あるいは死刑の量刑審理で減軽の主張を展開しなければ、ほとんど意味をなさない”。…したがって、弁護人による一般的な調査義務は、死刑を考慮する裁判官ないし陪審に対して提示する減軽証拠を用意するという文脈において、被告人にとって最も重要なものである。したがって、この義務の遂行における非効果的援助の主張は、相応の注意をもって考慮されねばならない。当裁判所が本件において非効果的援助の主張を拒絶したということは、むしろ、“死刑事件においては、第 8 修正の根底にある人間性に対する基本的な敬意によって…死刑を科す過程における憲法上不可欠の部分として、個々の犯罪者の性格及び経歴、そして当該犯罪の事情を考慮することが要求される”という原則の堅持がいささかでも弱められることを表すものと理解されてはならない。私は、本日明らかにされた基準は、連邦の下級審裁判所及び州の裁判所が、すべての刑事被告人が第 6 修正により保障された弁護人の効果的な援助を受けられるよう確保するという憲法上の義務を果たす際に、その援助として大いに役立つであろうと信じている。」²⁹⁷

むしろ、死刑事件に特別な手続的要請の発展と、それに伴う効果的な援助を受ける権利の実効化に至る経過は平たんなものではなく、1990 年代には VIS の合憲性承認や AEDPA の成立といった大きな揺り戻しもあった。VIS の登場は被告人による減軽証拠提出の権利の前に大きく立ちはだかり、また AEDPA の成立によって、連邦裁判所への人身保護令状請求手続での救済は、現に認められにくくなっていることが報告されている²⁹⁸。しかし、まさに新たな困難を強いられる局面において、実務家団体は弁護活動のガイドラインを策定し、その普及に努め、さらなる改訂や補足的ガイドラインの策定へと動き、州の post-conviction 段階においては弁護水準の引き上げと、弁護態勢の強化が取り組まれた。やがて、そうした取り組みの成果は—他の様々な要因をも背景としつつも—、事実審段階における死刑判決数の減少や、死刑判断の破棄事例として現れるようになり、現在に至っている²⁹⁹。

死刑事件における合理的に有能な弁護活動のあり方は、「弁護の機能」の不可欠性に発する効果的な援助の必要性と、死刑という特別な刑罰を科す手続の特殊性という、ふたつの要請の働きを柱として発展し、現在もなお変化を続けているといえる。

²⁹⁷ Strickland v. Washington, 466 U.S. at 706 (Brennan, J., concurring in part and dissenting in part)

²⁹⁸ King et al, supra note 225, at 61

²⁹⁹ 弁護活動の向上とそれを可能とする人的・物的資源の充実が、死刑判決数を減少させるひとつの要因となっていることを示す最近の論考として、Brandon L. Garrett, The Decline of the Virginia (and American) Death Penalty (October 19, 2015), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2674604> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2674604>

第5章 日本における弁護人の援助を受ける権利

前章までは、日本において「弁護人の効果的な援助を受ける権利」が保障されることの根拠として常に挙げられてきた、アメリカ型当事者主義における「弁護人の効果的な援助を受ける権利」につき、その確立と発展の経過を辿り、Strickland 基準の根底にある「弁護の機能」に対する理解を明らかにした。すなわち、弁護人の援助を受ける権利とは、公正な裁判の実現に不可欠なものであり、その権利の保障によって、被告人が弁護人の十分な援助を受けられないような裁判を、国家（州）が行うことは許されない³⁰⁰。憲法によって保障された弁護人の援助を受ける権利が、その目的に資するものであるためには、被告人は「無能な弁護人の活動に任せきり」にされてはならず、裁判所は、弁護人の活動につき適切な水準を維持する努力をしなければならない³⁰¹。よって、仮に、被告人が受けた援助が、客観的に合理的といえる弁護水準を下回り、被告人に不利益をもたらしたのであれば、被告人には、効果的な援助を受ける権利の侵害に対して救済が与えられなければならないのである。

では、上記のように「弁護人の効果的な援助を受ける権利」の確立と発展を生み出したものと同様の基盤が、はたして日本においては存在するのであろうか。本章においては、まず、弁護人の効果的な援助を受ける権利の基礎となるべき日本国憲法 37 条 3 項の規定の意義を明確化し、同条項は、合衆国憲法第 6 修正と同様に、被告人に対して、弁護人の効果的な援助を受ける権利を保障したものであることを確認する。そのうえで、わが国の裁判所、とりわけ最高裁判所による、弁護人の援助を受ける権利及び弁護の機能に対する理解を、弁護人の援助を受ける権利に関する判例の検討を通じて明らかにし、憲法 37 条 3 項が求める弁護の機能との乖離、すなわち効果的な援助を受ける権利の形成基盤の欠落を指摘する。

第1 日本国憲法 37 条 3 項と弁護人の効果的な援助を受ける権利

1 憲法 37 条 3 項による「効果的な援助」を受ける権利の保障

日本国憲法 37 条 3 項が、第 6 修正と同様に、弁護人による「効果的」な援助を保障した規定であることが、わが国においても研究者の間で異論なく共有されてきたことについては、既に序章において確認したとおりである。そしてこの理は、37 条 3 項の「文言」そのものからも、明らかである。

日本国憲法は、連合国軍最高司令部（GHQ）によって英文で作成された案をもとに、GHQ と日本政府担当者との間で折衝がなされ、合意に達した英文の案を日本語に翻訳した

³⁰⁰ Cuyler v. Sullivan, 446 U.S. at 344

³⁰¹ McMann v. Richardson, 397 U.S. at 771

「憲法改正草案要綱」を条文化したものが議会において審議され、成立したものである³⁰²。したがって、英文の文言からこそ、条文本来の意味を読み取ることができる。37条3項の英文は以下のように定められている。

All the times the accused shall have the assistance of competent counsel who shall, if the accused is unable to secure the same by his own effort, be assigned to his use by the State

(罪に問われた者 (the accused) は、いかなるときでも、有能な弁護人の援助を受けけるものとする。仮に、罪に問われた者が自らの努力では有能な弁護人を確保できない場合には、国家により、自らの利用のため弁護人の選任を受けるものとする)

ここでは、第一に、「弁護人を依頼する」権利が、合衆国憲法第6修正と同様に、弁護人の「援助 (assistance)」を受ける権利であること、第二に、弁護人は「有能 (competent)」であるべきことが明らかにされている。

第一の点、すなわち弁護人の「援助」という文言が、弁護人が単に形式的に存在することを指すのではなく、弁護人が実質的に活動することを意味していることについては、連邦最高裁において常に「援助」の内容が効果的 (effective) であったか否かが問われてきた経緯からも明らかである。この点、連邦最高裁は以下のように、「援助」という文言の重要性を詳らかにしている。「【第6修正は】単に被告人に対して弁護人を提供することを要求しているのではなく、“援助”，しかも“被告人の防御のため”の援助を要請しているのである。…仮に被告人の“防御”のための現実の“援助”がなんら提供されなければ、憲法上の保障が侵害されたことになるのである。」³⁰³

また、「有能 (competent) な弁護人」という文言を採用することによって、「効果的」な援助の必要性が明確化されている。アメリカでは、単に「援助 (assistance)」としか規定しない第6修正について、「援助」とは「効果的な援助」であると解釈されてきたことは、第2章において明らかにしたとおりである。すなわち、1932年の *Powell v. Alabama* 判決以降、*Avery v. Alabama* (1940)、*Glasser v. United States* (1942)、*Hawk v. Olson* (1945) といった判例によって、繰り返し確認された「効果的な援助」という憲法上の要請は、既に日本国憲法の起草作業がなされていた1946年当時には、確立されたものとなっていた。また、この過程において、弁護人の「有能さ (competency)」は、援助が「効果的であること (effectiveness)」と同義に用いられてきたことも既に明らかである。たとえば第3章において確認したように、*McMann v. Richardson* 判決においては、「有能な弁護人の効果的な援助 (effective assistance of competent counsel)」³⁰⁴との表現がなされていた。日本国憲法は、「弁護人の効果的な援助を受ける権利の保障」という趣旨を明らかに

³⁰² 兼子一編『註解日本国憲法上巻』10-11頁 (有斐閣, 1953), 憲法的刑事手続研究会・前掲注 (20) 65-73頁 [五十嵐二葉], 110-161頁 [高野隆] 参照。

³⁰³ *United States v. Cronin*, 466 U.S. at 654

³⁰⁴ *McMann v. Richardson*, 397 U.S. at 770-771

するために、「有能な」弁護人による援助であることを規定したのであって、単に「資格を有する弁護人」であれば足りるという趣旨でないことは明白である。

さらに、この点は、37条3項がその後段において国選弁護人制度を憲法上の要請とし、「アメリカ憲法に一步を進めたもの」³⁰⁵としたことから理解できる。1938年、連邦最高裁は *Johnson v. Zerbst* 判決によって、連邦事件の被告人については裁判所による弁護人の選任を第6修正の要請であることを確立していたところ、日本国憲法においては、この点を予め明文化したといえるのである。その意味において、日本国憲法37条3項は、弁護人の援助を受ける権利の意義という点において、連邦最高裁判例による当時の到達点を反映した規定であるといえる。

2 憲法37条3項による裁判所の義務

このように、憲法が被告人に「効果的な援助」を受ける権利を保障したということは、国は、被告人が効果的な援助を受ける権利を実際に受けられるよう、確保する義務を負うということにほかならない。37条3項後段による国選弁護人の選任義務は、その具体的な現れであるが、国家の義務はこの点にとどまらない。連邦最高裁が *Cuyler* 判決において述べたように、第6修正と同様、憲法37条3項の弁護人の効果的な援助を受ける権利は、訴追を受けた人々が「十分な法的援助を受けることなく、自ら防御を行わなければならないような裁判を国家が行うことを、妨げているのである」³⁰⁶。国家が負うこのような義務の多くは、ほとんどの場合において、具体的には裁判所が負うことになる。したがって、裁判所は、被告人が効果的な援助を受けられるよう確保する義務を負うと同時に、仮に、被告人が効果的な援助を受けられず、その権利を侵害された場合には、これに対して救済を与えなければならないのである。

ここにおいて重要な点は、憲法による弁護人の効果的な援助を受ける権利の保障が、国家に対し、被告人が効果的な援助を受けられないような裁判を行うことを妨げている以上、実際に権利の侵害が生じた場合（むろん、この点は被告人が立証しなければならない）には、国（裁判所）による義務違反の有無とは関わりなく、救済が与えられなければならない、ということである。異なる角度からいえば、弁護人による効果的な援助を受ける権利は、公正な裁判の実現に不可欠なものであり、その権利の侵害そのものが、公正な裁判を阻むものであるからである。たとえ、弁護人により効果的な援助が提供されなかった点について裁判所に落ち度を認めることができないとしても、現に効果的な援助が否定されたのであれば、その裁判の結果は、公正なものとしては認められないのである³⁰⁷。

³⁰⁵ 兼子・前掲注(302) 653頁。

³⁰⁶ *Cuyler v. Sullivan*, 446 U.S. at 344

³⁰⁷ このように、国家による救済の責任が国家に課せられた義務自体から生じるものであり、弁護人の公的地位ないし司法機関的性格によるものでないことについては前掲注(199)

3 判例による憲法 37 条 3 項の理解の検討方法

では、このような憲法 37 条 3 項の保障の意義を、日本の裁判所はどのように理解してきたのであろうか。

同条項の弁護人の援助を受ける権利をめぐる訴えは、主として日本国憲法制定から間もない昭和 20 年代から 30 年代にかけての時期において審理され、最高裁判所判例が集積されたが、それらのうち相当数は、37 条 3 項後段の裁判所による国選弁護人の選任が問題となった事案であった。これらの判例は、既に多くのすぐれた先行研究において、詳細な分析の対象とされてきたところである。とくに、37 条 3 項が問題となった判例については、下級審判例も含めて網羅的な検討がなされた松尾教授の研究がある³⁰⁸。また、特に国選弁護人の選任請求権と当該権利の告知、被告人による選任請求をめぐる問題に関しては、アメリカ連邦最高裁の判例の発展を踏まえた渥美博士による研究成果がある³⁰⁹。本稿で試みるのは、こうした先行研究とは異なり、判例における結論の当否、あるいは、国選弁護人の選任のあり方といった問題を超えて、判例の基礎にある、憲法上の「弁護人の援助を受ける権利」の捉え方そのものを明らかにすることである³¹⁰。

そこで本章では、弁護人の援助を受ける権利が問題となる他の場面—具体的には、利害相反が生じる場面（とくに利害相反のある複数被告人に対する共通弁護の場合）、及び弁護人の弁護活動自体が問題となる場面—における判例をもあわせて検討することで、弁護人の援助を受ける権利に対する判例の基本的な考え方を明らかにする。

なお、検討に際しては、判例による考え方を理解するための補助として、適宜、アメリカ連邦最高裁の判断を参照していく。もっとも、制度上の違いがあるため単純な比較は不

を参照。

³⁰⁸ 松尾・前掲注（5）

³⁰⁹ 渥美・前掲注（85）

³¹⁰ 渥美博士は「当事者主義公判においては、被告人に助言を与えるための法律専門家たる弁護人の存在が必須条件であり、奢侈品ではない」としたうえで、「国選弁護権も含めて弁護権を必須要件と理解する立場は、弁護権保障について有効放棄説に立つ。」「これに対して弁護権を奢侈品とみる見解は積極行使・請求法理と呼ばれるもので、わが判例の立場である。」と指摘された（渥美東洋『刑事訴訟法』244—245 頁（有斐閣，新版補訂，2001））。これは、Gideon 判決の一節になぞらえたものであろうが（That government hires lawyers to prosecute and defendants who have the money hire lawyers to defend are the strongest indications of the widespread belief that lawyers in criminal courts are necessities, not luxuries. (Gideon v. Wainwright, 372 U.S. at 344)）、弁護人による援助を受ける権利そのものに対する判例の理解の本質を、端的に表現したものともしえよう。しかしながら、国選弁護人の選任を受ける権利以外に弁護人の援助が問題となる場面においても、同様に、「弁護権を奢侈品とみる見解」から判例の立場がおのずと明らかにされるわけではなく、別途検討の必要がある。

可能である。たとえば、日本の判例において憲法 37 条 3 項が問題となった事例の多くは、控訴審における国選弁護人の選任をめぐる問題であるが、第 4 章で述べたとおり、アメリカ連邦最高裁は、上訴段階における弁護人の援助を受ける権利を、第 6 修正ではなく第 14 修正による保障として認めている³¹¹。しかし、こうした制度上の違いを前提としても、日米双方の最高裁判所の「考え方」を対比させて理解することは十分可能であり、それによって、日本の最高裁による弁護人の援助を受ける権利の捉え方を、より明確に理解することができるのである。

第 2 国選弁護人の選任の要否と選任時期

1 国選弁護人の選任の要否

憲法 37 条 3 項後段は、被告人が自ら弁護人を選任することができない場合、国（裁判所）が弁護人を選任することを定め、これを受けて刑事訴訟法 36 条（及び同条本文と同文の日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律（応急措置法）4 条）は、被告人の「請求」により弁護人を選任する義務を裁判所に課した。このため、被告人の「請求」をめぐる、裁判所が国選弁護人を選任しなかった行為の憲法適合性が、しばしば争われた。

(1) 最高裁昭和 24 年 11 月 2 日大法院判決³¹²

被告人は、公判請求直後、裁判官による勾留訊問の際、弁護人を選任することができる旨、及び、応急措置法 4 条の規定に基づく国選弁護人の請求権を告知された。被告人は、弁護人を自ら弁護人を選任する旨を述べたものの、貧困のため自ら弁護人を選任することができず、かつ、裁判所に弁護人の選任を請求することもないまま、第一、二審の判決を受けたという事案である。上告審の弁護人は、憲法 37 条 3 項後段は、被告人が自ら弁護人を依頼することができないときは、国が無条件で必ず弁護人を附さなければならないことを要求しているにもかかわらず、応急措置法 4 条が「貧困その他の事由」と「被告人の請求」という条件を要求している点は憲法違反であり、かつ、原審及び第一審が弁護人を附さないで審判を行ったことは違憲であると主張した。

最高裁は、応急措置法 4 条が「貧困その他の事由」と規定したのは、単に憲法の規定の趣旨を明かにしたに過ぎず、憲法の規定に反して新たな条件をつけたものではないとしたうえで、被告人の「請求」を条件としている点については以下のように判断した。

「弁護人を選任することは原則として被告人の自由意思に委せられているのであつて、被告人が貧困その他の事由の有無に拘らず弁護人を選任する意思のない場合には、刑事訴訟法

³¹¹ *Evitts v. Lucey*, 469 U.S. 387 (1985)

³¹² 刑集 3 卷 11 号 1737 頁

上いわゆる強制弁護の場合を除いては、国が積極的に被告人のために弁護人を選任する必要はないのである。従つて被告人が貧困その他の事由で弁護人を依頼できないときでも国に対して弁護人の選任を請求する者に対して弁護人を附すれば足りるのであるのみならず、被告人が自ら弁護人を依頼できない事由があるかどうかは、被告人側に存する事由で国には判らないのであるから、被告人の請求によつて弁護人を附することにすることが相当である。然らば前示刑訴応急措置法第四条の規定は何等憲法の規定に違反したものといふことはできない」。

この判断について松尾教授は、「問題は、『請求』しないことをただちに『選任する意思』のないことと同視してよいかにある」と指摘したうえで、本件では、被告人が裁判官から弁護人依頼権及び国選弁護人選任請求権について告知を受け、自己の権利を知りながら行使しなかったのであるから、選任する意思がなかったものと認められ、「その限りで」判示は正当であった、とされる³¹³。たしかに、この事案では、被告人が弁護人の援助を受ける権利について理解したうえで、これを放棄したと認める余地がある。

ところが、本判決の直後、最高裁は次項のとおり、被告人が国選弁護人請求権について告知を受けることは、憲法 37 条 3 項の要請ではないとした。

(2) 最高裁昭和 24 年 11 月 30 日大法廷判決³¹⁴

被告人は、捜査段階において警察官及び検察官から弁護人を選任する権利について告知を受け、その後、裁判官による勾留訊問の際にも弁護人を選任することができることが告知されていたが、先の事案と異なり、国選弁護人の請求権については、応急措置法がこれを告知することを求めていなかったため、告知されなかった。判決は、「(憲法 34 条前段及び 37 条 3 項前段所定の弁護人に依頼する) 憲法上の権利は被告人が自ら行使すべきもので裁判所、検察官等は被告人がこの権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければいいのである。」としたうえで、「法は所論のようなこと【被告人が自ら弁護人を依頼することができないときには国が弁護人を附する】を特に被告人に告げる義務を裁判所に負わせたものではない」とした。

国選弁護人の選任請求権について告知がなければ、これを理解して放棄することはできない。権利の告知は、権利を行使するための不可欠の前提であり、憲法が、弁護人の援助を受ける権利を実質的に保障すべく、国に対して自ら弁護人を選任することのできない被告人への国選弁護人の選任を義務付けている以上、国選弁護人選任請求権の告知は、憲法の要請と言わねばならず、判例の立場は厳しく批判されてきた³¹⁵。

³¹³ 松尾・前掲注 (5) 84 頁

³¹⁴ 刑集 3 卷 11 号 1857 頁

³¹⁵ 例えば渥美博士は「当事者主義公判においては、被告人に助言を与えるための法律専門家たる弁護人の存在が必須であるがゆえに、弁護人は「不要であるという意思が明確に表明され、不要なことが合理的だと思える場合にのみ」提供をしなくてもよいのであつ

ここで注目すべきは、判例が、憲法上、国家（裁判所）は被告人に対し、弁護人に依頼する「権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければいい」と断じた点である。判例は、権利を告知する義務を否定しているため、「権利を行使する機会を与え」という前段部分には、物理的・時間的に権利行使の可能性があったという以上の意味はない。結局のところ、その趣旨は後段、すなわち権利の「行使を妨げなければいい」、すなわち、権利の行使を積極的に妨害しなければいい、という点に尽きる。ここには、「国家は、弁護人の援助を受ける権利を実質的に保障する義務を負う」という観念が入り込む余地はない。

そしてさらに重要なことに、本判例の「権利の行使を妨げなければいい」との理解は、その後の最高裁判例において踏襲され、繰り返し引用されることとなった³¹⁶。

(3) 判例の立場

これらの判例から明らかなことは、「弁護人による援助を受けるという憲法上の権利が実質的なものとなるよう、国選弁護人の選任を行う義務」を裁判所が負うことはない、という考え方である。

連邦最高裁は、*Johnson v. Zerbst* 判決において、弁護人の援助を受けるという憲法上の権利それ自体が、事実審裁判所による権利の保護を要求するのであり、この保護義務によって、事実審裁判官には、被告人が十分に理解をした上で権利を放棄したか否かを判断する重い責任が課されているとした³¹⁷。これに対してわが国の最高裁は、「被告人が自ら弁護人を依頼できない事由があるかどうかは、被告人側に存する事由で国には判らないので

て、いわば「弁護権を奢侈品とみる見解」である判例は、変更が強く望まれるとする（渥美・前掲注（310）244-245頁）。また松尾教授は、「憲法上の権利である国選請求権を実質的に補完するものとして、その告知が重要な意味をもつことは軽視するべきではない。…判示は、どこから見ても不十分である。【判例】のいう「法」が法律であるとすれば、たしかに当時の法律は国選請求権に関する告知を義務付けていなかったが、ここでは法のそのような態度がまさに問題なのである。また憲法も含めて「法」と呼んだのだとすれば、判例は何らの理由も述べないで憲法解釈の結論だけを示したことになる。先例としての価値に乏しいものと評すべきであろう。」（松尾・前掲注（5）78頁）としている。

³¹⁶ 例えば、最高裁昭和26年12月21日第二小法廷判決（刑集5巻13号2604頁）は、控訴審の公判開廷直前に私選弁護人が辞任したが、弁護人不在のまま開廷し結審した事案において、「被告人は…第一回公判期日は勿論その後においても弁護人選任のため公判期日の延期、変更の申請をしたことはなく、しかも又原審が被告人の弁護人選任を妨げた事跡は毫も認められないのである。そして所論憲法上の権利は被告人が自ら行使すべきもので裁判所は被告人がこの権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければよいのであるから、論旨の理由のないことは明らかである」とした。また、弁護人による利害相反が問題となった事例において、最高裁昭和43年4月18日第一小法廷判決（刑集22巻4号290頁）が本判例を引用していることについては本章第4を参照。

³¹⁷ *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. at 465

あるから、被告人の請求によつて弁護人を附することにすることが相当であ」り³¹⁸、「(弁護人に依頼する) 憲法上の権利は被告人が自ら行使すべきもので裁判所、検察官等は被告人がこの権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければいいのであ」って、国選弁護人の選任請求権を「特に被告人に告げる義務を裁判所に負わせたものではない」³¹⁹とした。

連邦最高裁が「権利それ自体が裁判所による保護を要求する」とするのは、その権利が現実に行使され、被告人が十分な援助を受けることがなければ、公正な裁判手続は実現し得ないと考えるからである。これに対して、日本の判例は、憲法上の権利が行使され、現実には弁護人の援助が被告人に提供されることは、公正な裁判の実現にとって必須の要素ではない、と考える立場であるといえる。

2 国選弁護人の選任時期

被告人が、国選弁護人による効果的な援助を受けるためには、選任が、効果的な援助が現実的に可能となるような状況において、十分な時間的余裕をもってなされることが、不可欠の要求となる。すなわち、*Powell v. Alabama* 判決が述べたように、法の適正な手続の必要条件としての、被告人に弁護人を任命するという裁判所の義務は、「訴訟の審理の準備において効果的な援助を与えることを妨げるような時間、あるいは状況においては、果たされない」のである。

しかし、以下にみる判例からは、最高裁が「権利の行使を妨げなければいい」という場合の「権利」とは、飽くまで、被告人が弁護人を自ら選任し、あるいは裁判所により選任を受ける権利にとどまり、「効果的な援助を可能とする状況及び時期における選任を受ける権利」は含まれないと解していることがわかる。

(1) 最高裁昭和 24 年 7 月 13 日大法廷判決³²⁰

被告人は、共犯のある強盗殺人・強盗・住居侵入被告事件で起訴され、第一審で有罪(死刑)とされた。控訴審において、被告人が自ら弁護人を選任することができない旨を申し出たところ、裁判所は第 1 回公判前日に国選弁護人を選任し、翌日の公判で証拠調べを行い弁護人の弁論を経て結審した。これに対して被告人は、旧刑事訴訟法 410 条 11 号(「不法二辯護權ノ行使ヲ制限シタルトキ」)に該当する法令違反があるとして上告した。

大法廷判決は、「裁判所が、法律の規定に基づいて、辯護人を選任するにあたっては、辯護人が公判期日前に、辯護の準備をするに必要な時日の余裕において、選任すべきであって、公判期日の前日に辯護人を選任するがごときは、辯護権を尊重すべき裁判所の措置として、

³¹⁸ 最大判昭和 24 年 11 月 2 日刑集 3 卷 11 号 1737 頁

³¹⁹ 最大判昭和 24 年 11 月 30 日刑集 3 卷 11 号 1857 頁

³²⁰ 刑集 3 卷 8 号 1304 頁

當を得たものでないことは勿論であるといわなければならない。」としつつ、「原審公判調書によれば、當日の公判には終始、右辯護人は立會ったのであるが、辯護人から辯論準備のため期日の延期若しくは審理の續行を申出でた形跡もなく、その開廷並びに審理の進行について、被告人からも、辯護人からも別段の異議もなく、辯護人の辯論を経て結審となっているのである。おもうに、本件は、その内容がさして複雑というでもなく公判における事件の審理も相當詳密に行われたので、辯護人としては、特に期日の延期續行等を申請するまでもなく、公判審理に立會うことによって、十分に事件の全貌を把握し得て被告人の辯護に缺くところのないものと信じ直ちに辯論をして、その日の結審に別段の異議を述べなかつたものと推斷するのが相當である。若し辯護人において辯論準備のために、なを時間的餘裕が必要と思えば期日の延期、續行を申請すべきであつて、裁判所がかかる申請をも容れず徒らに結審を急いだという場合ならば、まさに不法に辯護權を制限したというべきであるけれども、本件において、かかる形跡のないことは前述のとおりであつて、かくのごとき場合においても、裁判所が職權をもって、辯論を續行しない限り、不法に、辯護權を制限した違法あるものとするには到底首肯し難いところである。」（下線引用者）とした。

この大法廷判決に対して、「判旨は、当否はなほだ疑問である。…昭和二四年頃の混乱期の所産であつて、今日判例としての意味に乏しいものとみるべきであらう」³²¹との厳しい批判がなされたのは、当然といえる。しかしながら本判決は、以下に述べるとおり、判例としての機能を明確に果たすことになった。本件の上告審弁護人は、裁判所による直前選任が旧刑訴法 410 条 11 号に該当するとして法令違反の主張を行ったため、そのような選任が憲法 37 条 3 項違反となるか否かは判断されなかつた。しかし、その後、最高裁は、昭和 26 年 11 月 20 日第三小法廷判決³²²において、麻薬取締法違反事件の控訴審において公判 2 日前になされた国選弁護人の選任は「その一事によつて・・・憲法 37 条 3 項に反するものでないことは前記大法廷判決の趣旨に徴し明らかである」としたのである。こうして、憲法上も、裁判所が弁護のための準備の餘裕を与えない時期に選任を行つても、弁護人の援助を受ける権利の侵害とはならないことが示された。

さらに注目されるのは、裁判所がみづから公判前日の選任という行為をしておきながら、弁護人が期日の延期続行等の申請を行わなかつた以上、裁判所が弁護人の申請をも容れず徒らに結審を急いだという事情がない本件では、裁判所の行為に違法はない、とする点である。このように、裁判所による作為・不作為に原因がある場合でも、弁護人による義務の懈怠を責め、それにより裁判所の責任を否定するという立論は、裁判所が、弁護人の効果的な援助を受けるという被告人の権利を実質的に保障する義務を負わない旨を、宣言したものと見える。この立場は、次にみる大法廷判決においても重ねて表明された。

³²¹ 松尾・前掲注 (5) 86 頁

³²² 刑集 5 卷 12 号 2408 頁

(2) 最高裁昭和 32 年 6 月 19 日大法廷判決³²³

本件の被告人は、控訴審において、貧困を理由とした国選弁護人の選任請求をすみやかにいった。しかし、弁護士会で弁護人の選定に難航し、控訴趣意書提出期間経過後によりやく国選弁護人が選任され、その 2 週間後の第 1 回公判期日では、当該国選弁護人が被告人提出の控訴趣意書に基づき弁論し、結審した。被告人は刑訴法 36 条及び憲法 37 条 3 項後段違反を主張し上告したが、大法廷は以下のようにいずれの違反もないと判示した。

「およそ、裁判所が特段の理由なくして控訴趣意書（以下単に趣意書という）提出最終日に接着し、またはこれを経過して国選弁護人を選任する場合は、裁判所は、刑訴規則 236 条に準じ、右最終日を変更し改めて弁護人に趣意書提出の機会を与えるか、あるいは弁護人の必要とする相当の期間内に被告人から趣意書を提出するよう促し、刑訴規則 238 条に従ってこれを受理するか、いずれかの方法をとらなければならないと解すべきであるとともに、弁護人においても、趣意書提出のため必要と認めるときは、裁判所に右最終日の変更を請求し、または前記規則により趣意書の受理を請求することができるかと解するを相当とする。・・・

以上のような【国選弁護人選任の】経緯にかんがみるときは、本件の場合、原審が弁護士会の右選定通知を待つことなく自から進んで適当な弁護士を選任せず、または選任被告人に対し右最終日を変更し趣意書の提出を促さなかったからといって、本件における原審の手續をもって、直ちに裁判所が刑訴 36 条に違反し、憲法 37 条 3 項後段により保障された被告人の権利の行使を妨げたというのは当らない。」

この法廷意見に対しては垂水克己裁判官の補足意見があるほか、小谷勝重裁判官ら 5 名の裁判官の少数意見があるが、法廷意見の言わんとする趣旨は、補足意見によって以下のとおり明らかにされている。

「・・・弁護士が控訴審における国選弁護人として選任を受けたときは、遅滞なく被告人が利益（権利を含む）を害された若くは害される虞ある状態におかれていないかどうかを先ず記録閲覧、被告人に対する控訴申立理由の問合せ等により検討すべきものであり、若しこれが救済のため被告人自身の手で格段の手段を講ずる必要があると認めるときはその手段を講ずべきであるが、若し格段の手段を講じなくても他の一般防御方法により被告人の利益を防御伸長することができるかと認めるときは必しもこれをするを要しない。そしてかような利益侵害の有無、格段の救済手段の要否の判断を裁判所や被告人本人とは異なる被告人独自の立場からすることこそ国選弁護制の本旨であって、この判断は被告人に一任せられた任務であり、弁護人の良識と能力に頼るしかないのである。弁護人が有力な控訴理由を見落とし或は権利の上に眠ったため被告人が実質的に不利益を蒙っても、一般に、訴訟法上は防御権の侵害とはならないとするのが当事者訴訟の建て前であろう。」（下線引用者）

³²³ 刑集 11 卷 6 号 1673 頁

すなわち、裁判所による選任に遅滞はあっても、現に弁護人が選任された以上、被告人こそが被告人の利益のために行動すべきであり、裁判所には何ら責任はないというのである。最高裁はこの判決に先立ち、昭和28年4月1日大法廷判決³²⁴において、「被告人が控訴趣意書提出期間内に国選弁護人をして控訴趣意書を作成提出させることができるような適当な時期に弁護人の選任を請求したにもかかわらず、裁判所が故なくその選任を遅滞し、控訴趣意書提出期間経過後にこれを選任し、為に弁護人をして控訴趣意書を提出せしめる機会を失わしめたような場合は、被告人の憲法37条3項によって保障された権利の行使を妨げたものとして憲法違反の問題を生ずるのであるが、被告人がその責に帰すべき事由により控訴趣意書提出期間内に控訴趣意書を提出できるような適当な時期に弁護人選任の請求をしなかったような場合は裁判所が控訴趣意書提出期間経過後に弁護人を選任しても、毫も被告人の憲法上の権利の行使を妨げたものではないから憲法違反ということはできないのであって、右のような場合に裁判所は控訴趣意書提出最終日の指定替をして、弁護人に改めて控訴趣意書提出の機会を与えなければならない憲法上の義務を負うものではない。」と判断していた。この先例に照らせば、被告人に責のない本件では、「正に憲法37条3項刑法36条に違反する違憲違法の措置」（小谷勝重裁判官の少数意見）との結論が導かれるはずであった。

しかし、多数意見は、ここにおいても、松尾教授が指摘されるように「力点を弁護人（ないし弁護士会）の責任に置きかえ」³²⁵て、裁判所の義務を否定している。すなわち、前記昭和24年7月13日大法廷判決と同様に、裁判所による行為（作為・不作為）に原因がある場合であっても、弁護人による義務の懈怠を責め、それにより裁判所の責任を否定するという立論により、裁判所は、弁護人の効果的な援助を受けるといふ被告人の権利を実質的に保障する義務を、憲法上はもちろん訴訟法上も負わないことを明言しているのである。

(3) 判例の立場

Powell v. Alabama 判決の事案において、公判当日に選任された弁護人は、裁判所による選任に何ら異議を述べなかった。にもかかわらず、連邦最高裁は、「【法の適正な手続の必要条件として被告人に弁護人を任命するという裁判所の】義務は、訴訟の審理の準備において効果的な援助を与えることを妨げるような時間、あるいは状況においては、果たされない」³²⁶とした。これに対し、前記2つの最高裁大法廷判決の趣旨は、たとえ遅滞したものであっても、ひとたび国選弁護人の選任がなされた以上、被告人に対する権利保障という点において裁判所の法的義務は尽くされており、それ以上の義務は負わない、という点にある。

³²⁴ 刑集7巻4号713頁

³²⁵ 松尾浩也「控訴審における国選弁護人の選任は控訴趣意書差出最終日経過後であってもよいか」警察研究47巻6号59頁（1976）

³²⁶ Powell v. Alabama, 287 U.S. at 71

この差は、弁護人による援助を受けるという憲法上の権利が、名目的にでも存在すれば足りるのか、あるいは実質的に機能しなければ公正な裁判は実現しないと考えるのか、という基本的な立場の違いによるものといえる。

3 実務における変化

もつとも、前記昭和 32 年 6 月 19 日大法廷判決の少数意見、及び多数意見が訓示的に述べた一般論（裁判所が趣意書提出最終日に接近し、あるいはこれを経過して国選弁護人を選任する場合には、裁判所において刑訴規則 236 条に準じ、あるいは同 238 条に従う等して趣意書提出の機会を確保すべきである）は、その後の控訴審実務に影響を与え、国選弁護人による控訴趣意書提出の機会を確保する方向へと変化した³²⁷。さらに、前記大法廷判決の翌年に出された最高裁昭和 33 年 5 月 9 日第二小法廷決定³²⁸（小谷勝重裁判長）は、刑事訴訟規則 178 条 1 項前段（必要的弁護事件において弁護人がないときに弁護人を選任するかどうかを照会しなければならない）、同条 3 項（照会に対する回答がなく、又は弁護人の選任がないときは、直ちに弁護人を選任しなければならない）は、同規則 250 条により控訴審にも準用されると解すべきであるとし、控訴審の動向を「側面から支持した」³²⁹。この第二小法廷決定を引いた最高裁昭和 47 年 9 月 26 日第三小法廷決定³³⁰は、裁判所からの弁護人選任照会に対して回答がなく、弁護人選任届の提出もなかったにもかかわらず、国選弁護人を選任しないまま、控訴趣意書が提出最終日まで提出されなかったことに基づき決定で控訴を棄却することは、刑訴法 404 条により控訴審に準用される同法 289 条 1 項に反し違法であり、これを取り消さなければ著しく正義に反するとして、控訴棄却決定を取り消した。

実務における変化によって、被告人に国選弁護人が選任されず、また、国選弁護人の援助がないまま控訴趣意書の提出を強いられる事態は消滅していった。こうした状況について松尾教授は、「被告人の立場からみると、控訴趣意書の作成について国選弁護人の援助を受ける権利が、運用の上ではほぼ完全に認められたことを意味しよう。ただ、最高裁判例に現れた論点は、本件【昭和 32 年 6 月 19 日大法廷判決】当時の憲法論から離れて、もっぱら法律ないし規則の解釈運用へ動いている。いいかえれば、請求による国選弁護、すなわち直接的な権利保障の問題から、制度としての必要的弁護、すなわち間接的な利益保護の問題に移行している。被告人は、名を奪われて実を与えられたことになるのであろうか。」³³¹と指摘されていた。選任の要否ないし時期に関する刑訴法・規則の解釈及び運用に変化

³²⁷ 松尾・前掲注（325）62 頁

³²⁸ 刑集 12 卷 7 号 1359 頁

³²⁹ 松尾・前掲注（325）62 頁

³³⁰ 刑集 26 卷 7 号 431 頁

³³¹ 松尾・前掲注（325）63 頁

がみられても、はたしてそれが、被告人の憲法上の権利と、その保障のために裁判所が負う義務についての裁判所の理解の変化を背後に伴っているのか否かは、明らかではない。そこで、次項ではさらに、弁護人による援助を受ける権利が、裁判所による選任行為そのものによって侵害され得る他の場面、すなわち、被告人間の利害相反が問題となる事案における共通の国選弁護人の選任という問題を通じて、判例が、弁護人による援助を受ける権利をどのように理解してきたかを検討する。

第3 国選弁護人による共通弁護と利害相反

裁判所が、利害相反のために効果的な援助を提供することができない弁護士を国選弁護人として選任すれば、被告人の効果的な援助を受ける権利は侵害される。理論上、利害相反が存在する場合としては、弁護人と被告人との間に利害相反がある場合、及び、弁護人が被告人と利害の相反する第三者（他の被告人を含む）の利益のために活動する場合がある。刑訴法38条の3は、前者すなわち国選弁護人と被告人の間に利害相反が生じる場合を予定しているが（2号）、同号による国選弁護人の解任が争われた事例は現時点においては見当たらない（私選弁護人と被告人との利害相反については後に検討する）。そして後者の類型の中でも、これまでの裁判例で主に問題となってきたのは、利害相反が問題となる複数の被告人を同時に弁護するため、国選弁護人が選任される場合である。この点、連邦最高裁の *Glasser v. United States* 判決及び *Holloway v. Arkansas* 判決も、こうした共通弁護における利害相反事例である。すなわち、*Glasser v. United States* は利害相反のある共同被告人の一方の私選弁護人を、他方の国選弁護人として選任した事案、*Holloway v. Arkansas* は利害相反のある複数の被告人に対し、共通の弁護人を裁判所が選任した事案であった。そして、以下のとおり、わが国の判例においても同様に、これら双方の類型が問題となってきた。

1 共同被告人の一人の私選弁護人を他方の国選弁護人に選任する場合（*Glasser* 型）

(1) 最高裁昭和30年12月20日第三小法廷判決³³²

本判決の事案は、共犯関係にあるとして起訴された共同被告人の一方の私選弁護人を、裁判所が他方の国選弁護人として選任した、というものである。弁護人を私選した被告人が、弁護権の公正な行使を妨げられたとして憲法37条3項違反を主張したのに対し、最高裁は、当該主張が控訴審の判断を経たおらず適法な上告理由ではないとしつつ、なお書きとして、以下のように述べた。

「・・・本件第一審公判の進行に伴い、両被告人の間に主張の相違が現われたことは、所論の指摘するとおりであつて、弁護人提出の書面のその記載だけをとらえていけば、利

³³² 裁判集刑 111 号 555 頁

害相反する関係を生じたと見られないことはない。しかし被告人は、事後に至りこのような状況となつた場合、自己の弁護権の行使に支障を生ずると認めるときは、裁判所に対し国選弁護人の選任に異議を述べ、或はその弁護人に注意し考慮を求め、さらにやむを得なければその弁護人を解任する等の手段をとることもなんら禁じられているわけではなく、また弁護人としても弁護士法に基きその良識に従つて適正な進退をすることはむしろその責務というべきである。しかるに被告人は第一審公判の終結するまで前記弁護人の弁護権の行使に対しなんら異議不服を述べた形跡なく、また前記のどの特段の処置をとつた事実も認められない」（下線引用者）。

本判決は、利害相反が「生じたと見られないことはない」として、事実上は利害相反を認めつつも、「しかし」として、被告人及び弁護人に対し、利害相反状態を解消するべく行動することを求めている。本件の場合、選任当時には利害相反が明らかでなかった事案と理解することもできるが、選任行為を行ったのは紛れもなく裁判所である。そして、被告人は、裁判所による国選弁護人選任に対して異議を述べる等の行動はとっていないが、その一方で、利害相反のない弁護人による援助を受ける権利を積極的に放棄した形跡も認められない。にもかかわらず、選任後に利害相反が生じたとしても、その解消に向けて責任を負うのは、もっぱら被告人ないし弁護人であるというのである。これは、すなわち、裁判所の行為によって弁護人の援助を受ける権利が侵害され得る場合でも、権利侵害を防ぐために第一次的に責任を負うのは被告人・弁護人であり、裁判所には法的責任はないということの意味する。

(2) 連邦最高裁判例との対比

このような本判決の趣旨は、Glasser 判決と比較することによって、より明確に理解することができる。被告人 Glasser は、当初、裁判所による選任に対して異議を述べたものの、その異議を押し通すことはなかった。また Glasser は連邦検事補であり法律の専門家であった。しかし、連邦最高裁は、以下のように述べて、裁判所は Glasser が効果的な援助を受ける権利を否定したと結論付けた。

「苦境に陥った被告人に権利章典による保護を保つため、我々は、基本的な権利の放棄と相反する、あらゆる合理的な推定を与える。Glasser は、事実審裁判所が【自己の私選弁護人である】Stewart の選任を示唆したときに当初述べた異議を、積極的に放棄することは決してなかった。Glasser は経験を積んだ法曹であり、選任が行われたとき直ちに積極的に改めて異議を述べはしなかったのであるから、黙示的に Stewart の選任を認めたのだという主張がなされている。Glasser が法曹であるという事実は、もちろん、第 6 修正による彼の権利の保護を考慮することにとって、重要ではない。Glasser の職業上の経験は、彼が現実に弁護人の援助を受ける権利を放棄したか否かを判断する際の一要素とはなり得るが、決して決定的なものではない。

事実審理が被告人の基本的な権利に対する配慮をもって行われるようにする義務が、事実審裁判官にはある。・・・被告人は弁護人の援助を受ける権利を放棄し得るが、適切な放

棄があるか否かは事実審裁判所によって明確に判断されるべきであり、そのような判断は記録上に現れることが適合的であり適切であろう。・・・裁判所は、Glasser の態度や希望を再確認するための何らの努力も行わなかった。このような事情のもとでは、Glasser が、たとえ黙示的にであっても Stewart の選任に進んで同意したと判断することは、事実を歪曲することであり、かつ、事実審裁判所が被告人の基本的な権利を保護する義務を遂行するにあたって危険な放縦さを許すことになる。」³³³

そして、このように被告人による弁護人の援助を受ける権利の放棄を厳格に捉えると、仮に選任当時には利害相反の可能性について当事者及び裁判所が認識しなかった場合であっても、その後の訴訟の進展に伴い利害相反が生じれば、裁判所は、みずから利害相反を認識し、あるいは合理的に認識すべき時点で、利害相反の有無と被告人の意思につき確認する義務を負うことになる³³⁴。

これに対して前記第三小法廷判決は、利害相反による権利侵害を防ぐのは、まずもって被告人・弁護人の責任であるとするのであるから、利害相反のない弁護人による援助を受ける権利の放棄について明確に判断すべきであるという裁判所の義務は、いずれの段階においても否定されることになる。すなわち、「利害相反のない弁護人による効果的な援助を被告人に確保する義務」を裁判所が負うとは、理解されていないことが明らかである。

2 複数の被告人に同一の弁護人を国選弁護人として選任する場合（Holloway 型）

(1) 憲法 37 条 3 項と国選弁護人による共通弁護

従来、複数の被告人に対して 1 名の国選弁護人が選任された事例については、その多くが、刑訴規則 29 条旧 2 項（現 5 項）の「被告人の利害が相反しないときは、同一の弁護人に数人の弁護をさせることができる」との規定に違反するか否かの問題として扱われてきた。しかし、僅かではあるが、憲法 37 条 3 項違反の主張が、最高裁で判断された事例が存在する。

最高裁昭和 30 年 6 月 7 日第三小法廷判決³³⁵は、収賄被告事件において 3 名の被告人（贈賄側 1 名、収賄側 2 名）に共通の 1 名の国選弁護人を選任した事案において、被告人らはまったく同一の弁解をし、利害相反がないので、憲法 37 条違反の主張はその前提を欠くとした。

これに対して最高裁昭和 30 年 5 月 20 日第二小法廷判決³³⁶は、「起訴状にあらわれている被告人兩名の年令、職務関係、起訴事実の具体的態様等から見て、裁判所が被告人等の利害が相反するものでないと判断したことは、必ずしも不当とはいえない」として、利害

³³³ Glasser v. United States, 315 U.S. at 70-72

³³⁴ Cuyler v. Sullivan, 446 U.S. at 347

³³⁵ 裁判集刑 106 号 43 頁

³³⁶ 裁判集刑 105 号 807 頁

相反の可能性に含みを残したうえで、以下のように判示した。「その後における審理の経過、被告人等の陳述または弁護人の弁論等に徴しても、被告人等が右のような弁護人選任について異議を述べた形跡もなく、また被告人等の間に利害相反すると認められる事情は少しもあらわれていないのであるから、被告人等に各別異の弁護人を附さなかつたことを不当とすべき理由は認められないのである（刑訴規則第 29 条第 2 項参照）。」

ここにおいても、被告人らが異議を述べなかつた点が重視されている。その基礎にあるのは、憲法 37 条 3 項に保障された権利とは「被告人が自ら行使すべきもので裁判所、検察官等は被告人がこの権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければいい」ものであり、いったん適切な権利行使がなされなかつた以上は、その後権利を主張しても救済の必要はない、という考え方であろう。

(2) 連邦最高裁判例との対比

同じく裁判所の選任による共通弁護事例である *Holloway v. Arkansas* の事案では、選任された弁護人が適時に異議を述べていたので、前記第二小法廷判決とは前提となる事実関係が異なっている。第二小法廷判決が「裁判所が被告人等の利害が相反するものでないと判断したことは、必ずしも不当とはいえず、かつ、「その後における審理の経過、被告人等の陳述または弁護人の弁論等に徴しても・・・被告人等の間に利害相反すると認められる事情は少しもあらわれていない」として、裁判所による利害相反の不知を強調している点からは、むしろ、私選弁護人による利害相反が問題となった事案ではあるが、*Cuyler v. Sullivan* 判決との対比が有用である。

Cuyler 判決は、弁護人には利害相反を避け、利害相反が生じればすみやかに裁判所に知らせる倫理的義務があるのであるから、特別な事情（たとえば弁護人による異議）のない限り、裁判所は利害相反がないとみなすことができ、裁判所が利害相反について知っており、あるいは合理的にみて知るべきであった場合を除き、裁判所がみずから利害相反の有無について調べる義務はないとした³³⁷。しかし、被告人が事実審段階では異議を述べなかつた場合であっても、上訴審において「現実の利害相反が、弁護人の活動に有害に作用した」ことを被告人が立証すれば、救済が与えられるとした³³⁸。すなわち、仮に事実審において被告人も弁護人もなんら異議を述べず、「被告人等に各別異の弁護人を附さなかつたことを不当とすべき理由は認められな」かつたとしても、それをもって被告人への救済の途が閉ざされることはない。

このような考え方の違いは、「弁護人の効果的な援助を受ける」という被告人の利益を、どの程度重視するかにある。弁護人の効果的な援助を不可欠のものとする立場からは、効果的な援助が現に損なわれた以上、一定の条件が付されるものの上訴審における救済の途は残される。これに対し、効果的な援助が不可欠ではないとする立場からは、第一審

³³⁷ *Cuyler v. Sullivan*, 446 U.S. at 346-347

³³⁸ *Cuyler v. Sullivan*, 446 U.S. at 348-350

において、被告人・弁護人が、効果的な援助を受ける権利を守るために適切な行動をとらなかった以上、事後の救済がなされなくともなんら不当ではない、ということになる。

3 刑訴規則 29 条旧 2 項の解釈とその変化

もつとも、前記のとおり、国選弁護人による共通弁護の問題は、主として、憲法 37 条 3 項の問題としてではなく、刑訴規則 29 条旧 2 項（現 5 項）の解釈問題とされてきた。そして、憲法上の問題はさておき、昭和 30 年に出された前記二つの小法廷判決の後、実務における同項の運用には、明らかに変化がみられるようになった。

(1) 刑訴規則 29 条旧 2 項の趣旨

刑訴規則 29 条旧 2 項は、旧刑事訴訟法 43 条 2 項の「被告人ノ利害相反セサルトキハ同一ノ弁護人ヲシテ数人ノ弁護ヲ為サシムルコトヲ得」という規定を引き継いだものである³³⁹。これは、文言のみならず趣旨においても旧刑訴法と同一の規定であると理解され³⁴⁰、「被告人の利害が相反しないときは、証拠も共通となり、迅速な公判期日の確保も容易になるところから、複数の被告人に対して、同一の弁護人を選任することが便宜なこと」³⁴¹による規定と解されてきた。そして、同項の該当性の有無は、「事件の内容その他一切の事情を考慮して実質的に判断すべき」ものとされ³⁴²、公訴事実の存否と直接的に関わらない部分についての被告人間の主張の相違は、利害相反にあたらないとされる傾向にあった³⁴³。その例として、大阪高裁平成 6 年 4 月 21 日判決³⁴⁴が挙げられる。

同判決は、自動車を運転し走行しながら、通行中の女性のショルダーバッグをひったくり、その際に女性をひきずって傷害を負わせたという強盗致傷事件において、実質的な利害相反がないと判断したものである。第一審において 2 名の被告人に共通の国選弁護人が選任され、2 名とも有罪とされ控訴したが、被告人のうちの 1 名が、刑訴規則 29 条 2 項違反を主張した。その根拠は、第一審の第 6 回公判において、被告人 A は、ひったくりの際に被害者を引きずった理由につき、被告人 B からひったくりのやり方を教えられた際に「鞆をつかんだら手を離すな」と指示されていたためであると供述したのに対し、被告人 B は第 7 回公判でこれを否定する供述をし、利害相反が生じていた、というものである。

³³⁹ 福井厚「共同被告人の利害相反と刑事弁護」庭山英雄先生古稀祝賀記念論文集『民衆司法と刑事法学』102 頁（現代人文社、1999）

³⁴⁰ 福井・前掲注（339）103 頁

³⁴¹ 伊藤栄樹ほか『新版注釈刑事訴訟法第 1 卷』259 頁〔植村立郎〕（立花書房、1996）

³⁴² 河上和雄ほか『注釈刑事訴訟法第 1 卷』414 頁〔植村立郎〕（立花書房、第 3 版、2011）

³⁴³ 稲田伸夫「国選弁護人の選任が刑訴規則 29 条 2 項に違反するとして、死刑判決が破棄された事例」研修 594 号（1997）27 頁

³⁴⁴ 判時1513号172頁

しかし、控訴審判決は、被告人間の供述の食い違いは、罪責にそれほど影響のある争点とはいえないとして利害相反を否定した。

(2) 共通弁護への慎重化傾向

前記大阪高裁判決に対しては、検察官からも批判的な考察がある³⁴⁵。すなわち、判決に影響を及ぼすことが明らかな違法とまでは言えないとして結論は支持しつつも、裁判所が、被告人兩名の供述の食い違いは、情状に関する重要な争点とはなりえないとの認定に至ったのは、被告人A・Bの弁護人が同一人であったことによって、A・Bの主張が矛盾する点については敢えて触れないという消極的な弁護活動をせざるを得なかったため、矛盾点が重要な争点として公判の場に現れなかったためである可能性を指摘する³⁴⁶。そのうえで論者は、「刑訴規則 29 条 2 項により複数の被告人に同一の弁護士を付するのは、明らかに被告人同士の利害が相反しない場合に限るべき」³⁴⁷であるとする。

さらに、同判決の3年後には、情状面での食い違いをもって利害相反性を認めた名古屋高裁平成9年9月29日判決³⁴⁸が出され、注目された。本件は、強盗殺人及び殺人の各公訴事実について共同正犯として起訴された共同被告人2名に同一の国選弁護人を選任し、これを維持することは、刑訴規則 29 条 2 項に違反し、この違法が判決に影響を及ぼすことが明らかであるとして、第一審の死刑判決を破棄した事案であるが、被告人兩名は第一審公判を通じて一貫して公訴事実を認め、共通弁護にも異議の申し立て等を行わなかった。判決は、まず、本件のような重大事件の弁護人としては、各犯行の動機、犯行に至る経緯、犯行態様、結果等について、被告人の言い分を十分聴取した上で、少しでも被告人に有利となりうる事情は公判廷において主張・立証することが特に必要であること、そして共同正犯の場合においては、犯行において果たした役割の程度が宣告刑を決定する上で重要な要素となることを指摘した。そのうえで、供述調書から、被告人兩名の言い分には、公訴事実中最も重要な犯行について、犯情に影響すると思われる部分についての食い違いが少なからずあること、これらの点について一方の被告人に有利な事情を主張・立証しようとすると、他方の被告人にとっては不利な事情となり、現に、原審弁護人は、これらの点にまったく触れず、そのため第一審判決もこれらの点について判断を示すことのないまま、被告人兩名に死刑を言い渡す結果となったとして、刑訴規則 29 条旧 2 項の「被告人の利害が相反しないとき」には該たらないと結論付けた。

この名古屋高裁判決に対しては、犯情に食い違いがあるにすぎない場合には利害相反が

³⁴⁵ 津田賛平「利害の相反する複数の被告人に対する同一の国選弁護人の選任」研修 563 号 (1995) 13 頁以下

³⁴⁶ 津田・前掲注 (345) 19 頁。なお、このような理解は、利害相反のある共通弁護の問題点は、弁護人が「弁護活動を差し控えることを余儀なくされる点にある」とする *Holloway v. Arkansas* と共通するといえよう。 *Holloway v. Arkansas*, 435 U.S. at 490

³⁴⁷ 津田・前掲注 (345) 21 頁

³⁴⁸ 判時 1619 号 41 頁

ないという理解に立ちつつ、「このような判断をしたのは、本件が死刑も予想される事件であったことが大きな要素であったのであろう」³⁴⁹と、事案の重大性ゆえに従来とは異質な判断がなされたとみる見解も示された³⁵⁰。しかし、本判決以降、共通弁護をめぐる同項違反の主張は影をひそめており、実務上、裁判所による運用がより慎重になされるようになったことが窺われる³⁵¹。同時に、学説上も、現行の刑訴規則 29 条 5 項の解釈については、より厳格に、利害相反が積極的でない認められる場合に限って同一の弁護人に数人の弁護をさせることができると解するのが自然であり³⁵²、また、利害相反性については、情状面に属しているなどといった画一的な基準で否定すべきではない³⁵³、との主張が有力になされている。

(3) 効果的な援助を受ける権利と利害相反性判断

こうした主張は、被告人に利益な方向での解釈には違いないが、少なくとも形式的には、憲法 37 条 3 項からは離れた、旧刑訴法 43 条 2 項を継承する刑訴規則 29 条旧 2 項（現 5 項）の解釈論として展開されている。

これに対して福井教授は、弁護人の援助を受ける権利という視点から、刑訴規則旧 2 項を捉えなおすことを提起される³⁵⁴。すなわち、刑訴規則 29 条旧 2 項を旧刑訴法 43 条 2 項と同趣旨の規定とする通説的理解に対しては、旧刑訴法 43 条 2 項が、被告人の意思如何を問わず弁護人が官選される「絶対的必要弁護」の場合（旧刑訴法 334 条）にも関わる規定であるところ、「絶対的必要弁護」は、被告人の私的な利益ではなく社会的利益のための制度と理解され、そのような理解を前提に「被告人ノ利害相反セサルトキ」を解釈すれば、被告人の利益は共通弁護の許否の判断を導くにあたっての一つの判断要素に過ぎなくなる、と指摘される³⁵⁵。そして、こうした被告人の利益を一判断要素にとどめる解釈が、刑訴規則 29 条旧 2 項の「利害が相反しないとき」の該当性判断、すなわち「事件の内容その他一切の事情を考慮して実質的に判断すべき」とする通説的解釈にも引き継がれているとして、「弁護人の援助を受ける権利」が被告人・被疑者に憲法上保障される現行法下

³⁴⁹ 稲田・前掲注 (343) 30 頁

³⁵⁰ 河上・前掲注 (342) 417 頁〔植村立郎〕も、本判決が「利害相反」性を厳格に解していることを指摘しつつ、「もっとも、この事件は強盗殺人罪等の法定刑の極めて重い事件が含まれていて、両被告人に死刑が言い渡された事案であったことに留意する必要がある。」とする。そして本判決自体、犯情に関する食い違いの重要性について、死刑も予想される重大事案であるという「本件の特質にかんがみれば、量刑に当ってこれらの点をないがしろにすることはできない」と述べている。

³⁵¹ その背景には、裁判所の運用の変化を支えるだけの弁護士数の増加があったこともあるとみられる。

³⁵² 河上・前掲注 (342) 419 頁〔植村立郎〕

³⁵³ 河上・前掲注 (342) 419 頁〔植村立郎〕

³⁵⁴ 福井・前掲注 (339) 103 頁

³⁵⁵ 福井・前掲注 (339) 103-104 頁

では、刑訴規則 29 条 2 項の法意についても「弁護人の援助を受ける権利」という観点から、反省してみる必要がある、とされるのである³⁵⁶。

「弁護人の『効果的』な援助を受ける権利」を端的に議論の出発点とすれば、利害相反の有無とは、弁護人の活動に悪影響を与え、効果的な援助の提供を阻害するような事情の有無として把握される。よって利害相反性は、「公訴事実の存否と直接的に関わる部分について被告人間の主張に相違がある場合」に限られない。また、犯情に関する食い違いは、たとえ死刑求刑が予想され得るような重大事案ではなくとも、利害相反を示す要素となる。Holloway v. Arkansas 判決は、利害相反のある共通弁護の問題点は、弁護人が、公判段階のみならず、公判前の答弁取引、あるいは量刑審理において、弁護活動を「差し控える」ことを余儀なくされる点にある、とする³⁵⁷。そして、相反する利害の存在ゆえに、弁護人は、「量刑審理において、一方の被告人の有責性を強調することによって他方の被告人の有責性を最小化すべく、関与や有責性の度合いについて議論することを妨げられかねない。より多くの実例も、容易に挙げることができる。弁護人が、相反する義務のために重要な問題について口を閉ざす場合、弁護人が、単に物理的に存在するということによって、第 6 修正の保障は充たされない」³⁵⁸とした。

日本国憲法 37 条 3 項により、弁護人の効果的な援助を受ける権利が保障されていると解する以上、共同被告人間における犯情面の食い違いは、事案の軽重を問わず、まさに、弁護人が有責性に関する有効な議論を行うことを妨げる、重要な利害相反にほかならない。このような場合における共通弁護の強制は、弁護人の効果的な援助を受ける権利の侵害となるのである。

4 小括

裁判所が、共同被告人の一方の私選弁護人を他方の国選弁護人に選任する場合、及び、複数の被告人に共通の国選弁護人を選任する場合に関する判例の検討から、憲法 37 条 3 項の弁護人の援助を受ける権利との関係においては、裁判所が、国選弁護人による共通弁護と利害相反の問題を、以下のように理解していることが明らかとなった。

すなわち、利害相反を回避・解消する義務を負うのは被告人・弁護人であって、裁判所には、被告人のため、利害相反のない弁護人の効果的な援助を確保する義務はない。したがって、被告人・弁護人が利害相反状態の回避・解消に向けて適切な行動をとらない以上、利害相反により現実に効果的な援助が受けられなかったとしても、権利侵害の問題は生じない。この点に、国選弁護人の選任の要否及び選任時期の問題もあわせて、判例の立場を捉えるならば、国選弁護人の選任にあたる裁判所は、①国選弁護人を選任する義務、②十

³⁵⁶ 福井・前掲注 (339) 104 頁

³⁵⁷ Holloway v. Arkansas, 435 U.S. at 490

³⁵⁸ Id. at 490

分な弁護を可能とする時期に選任する義務、③利害相反のない弁護人を選任する義務、のいずれについても、憲法上そのような義務を負うことはない、ということになる。換言すれば、弁護人の援助を受ける権利を実質的に保障する義務の否定である。

もっとも、被告人が蒙る可能性のある実際上の不都合は、刑訴法ないし規則の解釈により（国選弁護人の選任の要否及び選任時期）、あるいは訴訟実務の変化により（共通弁護事例の減少）、克服されてきた。では、このような法と規則の解釈・運用の変化という現象をもって、憲法上の「弁護人の援助を受ける権利」の保障が、実質的にはかられる状態が実現した、とみることはできるのだろうか。

実務における変化が、果たして「弁護人の援助を受ける権利」を保障するという考え方への変化に根差したものと見えるか否かは、裁判所ではなく、弁護人の行為そのものによる被告人の権利侵害が問題となる場面において、裁判所がどのような態度をとるかにより、読み取ることができよう。弁護人の援助を受ける権利が、ほかならぬ弁護人の行為によって侵害され得る場面においては、直接的、具体的に判断の手がかりとなる刑訴法ないし規則の規定が存在しないため、まさに裁判所による憲法 37 条 3 項の理解が問われるからである。

そこで、次項以下では、裁判所（国）による行為ではなく、弁護人の行為そのものが、被告人の弁護人の援助を受ける権利との関係で問題となった判例を通じ、この点を検討する。

第4 弁護人の行為と弁護人の援助を受ける権利の侵害

今日までのところ、わが国の最高裁が、弁護人の活動が現実には非効果的であったか（actual ineffectiveness）という問題について、これを正面から取り上げて判断した事案はない。しかし、被告人が、弁護人による行為そのものによって、弁護人依頼権を侵害された旨を主張した事案は存在する。これらの事案はさらに、①私選弁護において利害相反が生じた場合と、②利害相反以外の場面で弁護人の行為が問題となった場合とに分けられる。連邦最高裁であれば、①はCuyler v. Sullivanの基準が適用され、②はStrickland v. Washingtonの基準が適用される場面である。以下では、これらの2つの種類の事案について順次検討することを通じ、「弁護人の行為による弁護人の援助を受ける権利の侵害」という問題に対する最高裁の考え方を分析する。

1 私選弁護における利害相反

私選弁護における利害相反の問題には、大別して、利害相反のある複数の被告人に対して共通の私選弁護人が活動する場合と、私選弁護人と被告人の利害が相反する場合がある。しかし、少なくとも現在までのところ、わが国の最高裁判所が、弁護人の援助を受ける権利との関係で明確に判断を示したのは、前者の類型のみである。後者の類型、すなわち、

私選弁護人と被告人との利害相反によって弁護人の援助を受ける権利が侵害されたとの主張がなされた事案において、最高裁平成21年9月1日第一小法廷決定³⁵⁹は、実質は単なる法令違反の主張にすぎないとするのみで、被告人の主張を退けた。

そこで以下では、まず、私選弁護人による共通弁護が被告人間の利害相反により問題となった場面をとりあげて検討し、私選弁護による利害相反共通弁護に対する判例の姿勢を明らかにする。その後、私選弁護人と被告人との利害相反の問題に対する下級審裁判例を概観し、その判断が私選弁護人による共通弁護に対する前記判例と同様の理解に立つものとして把握されることを確認する。

(1) 私選弁護人による共通弁護と利害相反

①最高裁昭和43年4月18日第一小法廷判決³⁶⁰

わが国の判例上、複数の被告人が同一の私選弁護人による弁護を受ける場合には、たとえ被告人相互の間に利害相反があっても、違法性の問題はなんら生じないものとされてきた³⁶¹。

標記の第一小法廷判決の事案では、被告人がAとともに起訴され、同一の弁護人Bを私選弁護人として選任し、第一審の経手を経た。被告人は、被告人とAとの利害は相反しており、Bは被告人に対して自由な発言を禁じ、また被告人はAからの仕返しを恐れて公判廷で自由な発言ができなかったため、このような状態における公判手続は、憲法31条、37条3項に違反する旨主張した。これに対し第一小法廷判決は以下のように判示した。

「【憲法37条3項】前段所定の弁護人を依頼する権利は、被告人がみずから行使すべきもので、裁判所は被告人にこの権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければよいものである（昭和24年11月30日大法廷判決・刑集3巻11号1857頁）ところ、記録によると、被告人は、本件について公訴を提起される以前の昭和41年3月27日に、みずから弁護士中村嘉七を弁護人に選任し、第一審公判の終結するまで同弁護人の弁護を受け、その間なんら異議不服を述べた形跡もないのであるから、所論は採ることができない。」そのうえで、なお書きとして「刑訴規則29条2項は、国選弁護人についての規定であって、私選弁護人について規定するものではなく、利害の相反する被告人らが選任した同一の弁護人の出頭のもとで、審判がなされたとしても、訴訟法上、これを違法とすべき理由はない。」とした。

本件の調査官解説は、弁護士倫理の面からは、弁護人は「国選であると私選であるとを

³⁵⁹ 平成20年（あ）第674号、公刊物未登載。なお本決定及び本件の下級審判決につき、上告審で本件の弁護人を務められた喜田村洋一弁護士より提供を受けた。

³⁶⁰ 刑集22巻4号290頁

³⁶¹ 被告人の利害相反と私選弁護の関係について判示した裁判例については、福井・前掲注(339)98頁以下に紹介されている。

問わず、被告人のために誠実に弁護活動をしなければならない」が、訴訟手続の適法性の面からは、以下のように述べて国選と私選とを区別し、私選弁護の場合には違法の問題が生じないとする。すなわち、「国選弁護の場合には、被告人らは、裁判長のした選任に対する異議が認められて、各被告人に別々の弁護人が選任されたときのほかは、その選任された弁護人の弁護を受けざるを得ないことになって、弁護を受ける権利が裁判長の処分によって実質的に制限される」のに対し、「私選弁護の場合には、被告人らが任意に、しかも自己の欲する弁護士を選任するものであり、解任も自由なものであるから、それが弁護を受ける権利の実質的な制限となったとしても、それはみずから求めてえた結果であるというのほかはなく、その弁護人の出頭のもとでなされた訴訟手続を違法とすべき理由はない。」³⁶²。

研究者による評釈にもこれに同調する見解がみられ³⁶³、また、平野博士は、本判例を引いて、「私選の場合、利害の相反する数人の被告人の弁護をすることは、弁護士の倫理には反するが、その選任は無効ではない」³⁶⁴とされる。こうした状況から、判例のみならず、学説においても一般に、私選弁護人が利害の相反する被告人の共通弁護を行う場合には、弁護士倫理違反の問題は生じるものの、訴訟手続の法令違反は生じない、と理解されてきたといつてよい³⁶⁵。

②利害相反のない弁護人の援助を受ける権利に対する判例の理解

前記第一小法廷判決には、弁護人の援助を受ける権利に対する考え方が端的に示されている。

被告人が、自ら適切に弁護人の選任権及び解任権を行使し、利害相反のある共通弁護から自らを守るためには、被告人に、利害相反の有無を合理的に判断する能力が備わっていないなければならない。しかし、現実の被告人は、そのような能力において十分とはいえない。この点、検察官の間からも、「利益相反の問題が法律専門家以外の者にとっては必ずしも容易に理解できるというものではない」ことが指摘されている³⁶⁶。また、共犯関係の背後に組織が存在する事案であれば、当該組織に雇われた弁護士が、被告人らをして利害の相反がないと誤信させたうえですべての被告人の弁護人となり、被告人らの供述や応訴態度を

³⁶² 坂本武志・最高裁判所判例解説刑事篇（昭和43年度）114頁

³⁶³ 青柳文雄＝藤井一道「利害の相反する被告人らが選任した同一弁護人の出頭のもとでなされた審判の適法性」法学研究43巻12号（1970年）81頁

³⁶⁴ 平野・前掲注（9）77頁

³⁶⁵ もっとも福井教授は、本判例を『共通弁護』による利益を『利害相反』を避けるという利益よりも優先させるという、被告人の意思を尊重したものと理解することが妥当ではないかと指摘される（福井・前掲注（339）100頁）。

³⁶⁶ 堺徹「刑事弁護と『利益相反』（下の二・完）—米国の判例等を参考として—」警察学論集第48巻第4号（1995）126頁

組織に有利な方向にコントロールしようとするような事態も、十分に想定し得る³⁶⁷。

そもそも、刑事手続において弁護人が必要とされるのは、国家（検察官）と比較して訴訟手続に必要な知識、理解力、技術いずれにおいても圧倒的に劣る脆弱な立場にある被告人が、手続の主体として意義ある攻撃と防御を行うには、法律専門家による援助が不可欠なためである。そのように脆弱な被告人に、常に利害相反についての的確な判断能力があり、その的確な判断に基づき自由に解任権を行使し得ると想定すること自体に、無理がある。

しかし、判例は、現実には被告人にそのような能力が備わっているか否かとは関係なく、「【憲法 37 条 3 項の】 弁護人を依頼する権利は、被告人がみずから行使すべきもので、裁判所は被告人にこの権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければよい」と考える。利害相反から権利を守ることは、被告人自身の義務であって裁判所の義務ではない。よって、たとえ、被告人間の利害相反が、裁判所にも認識し得る状況であっても、裁判所が被告人・弁護人に対して、同一弁護人による共通弁護を維持するか否かについて確認する義務は存在しないか、あるいは極めて限定されることになる³⁶⁸。すなわち、裁判所には、利害相反のない弁護人の援助（利害相反がないという意味において効果的な援助）を受けるといふ被告人の権利が実質的に保障されるよう、配慮する義務はない、ということである。

さらに、利害相反のために「弁護を受ける権利の実質的な制限」が生じたとしても、それは「みずから求めて得た結果」であって権利の侵害とはならないため、上訴審における事後の救済の途もなくなる。これは、利害相反のない弁護人の援助を受けるといふ権利が実質的に保障される必要はないという立場の当然の帰結であろう。

③Cuyler 判決との対比

こうした判例の見解は、Cuyler 判決に示された考え方と対比することにより、より明確に理解することが可能となる。

Cuyler 判決は、「事案によっては私選弁護人が十分な弁護を提供しないということ、経験が教えている。仮に、十分に情報がないまま特定の弁護士を雇うという判断を行うこ

³⁶⁷ 堺・前掲注（366）125 頁においては「WOOD v. GEORGIA のケースにおける連邦最高裁判決や前掲の re ABRAMS のケースにおけるニュージャージー州最高裁判決が指摘しているように、被告人が犯罪組織を動かしている人物によって雇われた弁護人による弁護を受けている場合には、当該人物が、被告人の利益を犠牲にしてでも、自己に利益となるような活動をするを弁護人に要求することが十分考えられるところ、この点については、米国においても、わが国においても、特段の差異はないものと思われる。」と指摘されているが、このような事態が生じる可能性は、「犯罪組織」に限られるものではなく、一定の組織であれば被告人を犠牲にして組織の利益が追求される危険性は常に存在すると考えられる。

³⁶⁸ 現に青柳ほか・前掲注（363）82 頁は「裁判所の後見的任務もそこまで及ぶとは考えられない」とする。

とによって被告人に与えられた憲法上の保護が弱まり、あるいは失われかねないのであれば、第6修正による極めて重要な保障は、ほとんど意味をなさない³⁶⁹として、私選弁護人であるという理由で、裁判所が選任した弁護人による場合と区別し、被告人の救済を否定する考え方を退けた。そして、利害相反の可能性が事実審裁判所には明らかでなく、利害相反の有無につき調査義務を行わなかったことについて裁判所の義務違反が認められない場合であっても、「利害相反それ自体が効果的な援助の否定を示している」³⁷⁰と捉える。したがって、たとえ被告人が事実審段階ではなんら異議を述べなかった場合であっても、効果的な援助が現に否定された以上、被告人の救済の可能性が完全に閉ざされることはなく、「現実の利害相反が、弁護人の活動に有害に作用した」ことが立証されれば、弁護人の援助を受ける権利の侵害として救済が認められるとした。その根底にあるのは、「弁護を受ける権利は、投獄に直面する人々が、十分な法的援助を受けることなく、自ら防御を行わなければならないような裁判を国家が行うことを、妨げている」のであり、「刑事裁判という国家による行為それ自体によって、国家は被告人の有罪に関与しているのであり、私選弁護人と裁判所に選任された弁護人とを区別することにはまったく根拠を見いだせず、それは自ら弁護人を選ばなければならない被告人に対して平等な正義を否定することになる」³⁷¹という思想である。

Cuyler判決が、弁護人の効果的な援助は公正な裁判の実現に不可欠であり、ゆえに国は、すべての被告人に対して効果的な援助が保障されるよう確保する義務を負う、と考えるのに対し、前記判例によれば、効果的な援助とは、被告人が自らその確保に努力すべきものであって、国が何らかの義務を負うことはないのである。

(2) 私選弁護人と被告人との利害相反事案

先に述べたとおり、私選弁護人と被告人との利害相反によって、弁護人の援助を受ける権利が侵害されたという憲法違反の主張に対して、最高裁は、「単なる法令違反の主張」であるとする以上の判断を示していない（前記最高裁平成21年9月1日第一小法廷決定）。しかし、本件の控訴審判決は、弁護人の援助を受ける権利の侵害に対して前記昭和43年第一小法廷判決と同様の理解を示しており、事案の概要とともにその問題点をごく簡潔に指摘する³⁷²。

³⁶⁹ Cuyler v. Sullivan, 446 U.S. at 344

³⁷⁰ Id. at 349

³⁷¹ Id. at 344-345

³⁷² なお、本件第一審および控訴審判決に関する論考として、渡辺修「弁護人の『有罪証拠』提出行為と弁護人による実質的な援助を受ける権利—被告人の包括的防御権の保障のために—」甲南法務研究No.5（2009年3月）9頁、辻本典央「弁護活動における瑕疵の被疑者・被告人への帰属」立命館法学327・328号（2009）550頁、同「弁護人による誠実義務違反・弁護権侵害と、刑事訴訟内におけるその是正」新・判例解説 Watch 刑事訴訟法No.97（2014年）、丹治初彦「弁護人の違法な訴訟行為とその救済」神戸学院法学第38巻

①事案の概要

平成18年、神戸市議会議員であった本件の被告人は、甲からあっせんに対する報酬として現金2000万円の供与を受けたとして、あっせん収賄等の罪により逮捕された。現金2000万円は、その全額が、平成15年に実施された市議会議員選挙に関して公職選挙法違反被疑事件で逮捕された被告人の選挙運動員らの弁護士費用に充てられ、弁護士Aがこれを受領していた。

Aは、本件捜査段階から被告人の私選弁護人となっていたところ、検察官から、「2000万円の弁護士報酬につき事情が分かる上申書を書いてほしい、上申書が提出されないならAを取調べて調書を作成する」旨の連絡を受け、2000万円を受領した経緯を上申書にして検察官に提出した。上申書には、Aへの弁護士費用を甲に支払わせることについて、被告人が賄賂性を認識していたことを示す間接事実が記載されていた一方で、A自身の収賄の共犯性については否定する内容が含まれていた。その後、被告人は起訴されたが、上申書は第1回公判期日において検察官により証拠請求され、Aと同じ事務所に所属する主任弁護人Bが、上申書を含む検察官請求証拠のすべてにつき、証拠とすることに同意した。

その後、Bは辞任してCが主任弁護人となり、さらにAが辞任し新たにDが弁護人に就任した。A辞任後の第6回公判期日における被告人質問において、被告人は、上申書に記載された内容が自らの認識とは異なる旨を述べ、また、上申書についてAから説明を受けたり内容を確認されたりしたことはない旨も供述した。

第一審裁判所は被告人に懲役2年6月を宣告し³⁷³、被告人が控訴した。被告人は、Bによる同意が無効ないしは刑訴法326条の相当性を欠いていたこと、及び、第3回公判期日までには裁判所においてA及びBと被告人との利益相反の状況が明らかとなっていたにも関わらず、被告人に対し公訴事実や証拠請求に対する意見を問い直すべく釈明権を行使しないまま審理を継続したことは、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であると主張した。

②控訴審判決³⁷⁴

これに対して控訴審裁判所は、「当事者主義の訴訟構造の下においては、被告人・弁護人側が公訴事実を認めるのか争うのか、検察官請求証拠に刑訴法326条の同意をするのかしないのかは、被告人と弁護人とが事実関係や証拠関係を検討した上で決めるべきものであり、特に私選弁護人については、被告人が自らの意見に沿った訴訟活動を行う弁護人を選任することができるのであるから、裁判所としては、例えば弁護人が利益の相反する共同被告人の弁護をも担当していたり、被告人の陳述と弁護人の意見とが齟齬していたり、

第3・4号(2009年)335頁がある。

³⁷³ 神戸地裁平成19年3月27日判決、公刊物未登載

³⁷⁴ 大阪高裁平成20年3月12日判決、公刊物未登載

弁護人の訴訟活動が被告人の意に反したりするなどの、被告人に対する適切な弁護がなされないおそれが明らかに認められるような場合には、新たな弁護人の選任を促したり、被告人に検察官請求証拠に対する意見を確認したりなどすべきではあるものの、そのような事情が認められないのであれば、当事者である被告人・弁護人側の訴訟活動を尊重して審理をすべきもの」との一般的な基準を示した。

そのうえで、本件第一審の第6回公判期日の被告人質問において、被告人の主張がA作成の上申書の内容と「重要な部分でかなり相反することになった」ことを認めつつ、「原審第3回公判期日の段階では、被告人とA及びB両弁護人との間に利益相反の関係があると疑うべき理由はなかった」として、上申書を証拠として取調べた点にも、被告人に対する釈明権を行使しなかった点にも、法令違反はないとした。

③利害相反のない弁護人の援助を受ける権利に対する判決の理解

本件は、弁護人・被告人間の利害相反による効果的な援助を受ける権利の侵害の典型事例であり、前記のとおりアメリカであれば、Cuyler判決の基準が妥当する事案である³⁷⁵。

本件控訴審判決は、一般論として、私選弁護の場合には被告人が自らの意見に沿った活動を行う弁護人を選任できることを強調し、「被告人に対する適切な弁護がなされないおそれが明らかに認められるような場合」を除き、裁判所は訴訟指揮権を行使する必要はないとした。国選弁護人と私選弁護人との区別を強調する点、及び利害相反の有無につき訴訟指揮権を行使する義務が生じる場面を、利害相反による弁護活動への悪影響が「明らかに認められるような場合」に限定する点において、Cuyler判決との間にはかなりの相違がある。ただし、Cuyler判決も、弁護人には利害相反を避け、利害相反が生じればすみやかに裁判所に知らせる倫理的義務があるのであるから、裁判所は、特別な事情（たとえば弁護人による異議）のない限り、利害相反がないとみなすことができ、裁判所が利害相反の「存在を知り、あるいは合理的にみて知るべきであった」場合を除き、裁判所がみずから利害相反の有無について調査する義務はないとしており³⁷⁶、裁判所に対し常に調査義務が課されるわけではない、という点では共通している。

ところで控訴審判決は、第一審の第6回公判期日において被告人の主張がAによる上申書の内容と「重要な部分でかなり相反することになった」事実を認定した。よって、控訴審判決による限定的な基準によっても、この時点において第一審裁判所は、A及びBにより適切な弁護がなされていなかったおそれを明確に認識したのであり、釈明権を行使すべきであった、と評価することは可能であった。にもかかわらず訴訟手続の法令違反はないとした理由を、控訴審判決は直接的には述べていないが、おそらくは、その時点において既に利害相反のない新弁護人D（控訴審で主任弁護人を務めた）が活動しており、第一審

³⁷⁵ なお、実際に本件の上告審弁護人も、Cuyler基準に則り、現実の利害相反により弁護人の活動に不利な影響が生じたとして被告人の弁護人依頼権の侵害を主張した。

³⁷⁶ Cuyler v. Sullivan, 446 U.S. at 346-347

の第8回公判期日においてDがCと共同で提出した弁論要旨においても、訴訟手続の法令違反が主張されなかった点を重視したものと解される。

しかし、審理の途中で利害相反のある弁護人らが辞任しても、当該弁護人らにより被告人が効果的な援助を受ける利益を侵害された事実、およびその影響は厳然として存する。訴訟指揮について異議がなかった点をもって訴訟手続の違法性をすべて否定するのであれば、被告人ないし弁護人による異議にもかかわらず裁判所が審理を継続した場合を除き、被告人に対する救済はあり得ないことになる。これは、判例による、「弁護人を依頼する権利は、被告人がみずから行使すべきもので、裁判所は被告人にこの権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければよいもの」³⁷⁷であり、弁護人が「権利の上に眠ったため被告人が実質的に不利益を蒙っても、一般に、訴訟法上は防御権の侵害とはならない」³⁷⁸という考え方と軌を一にするものである。

Cuyler判決は、仮に被告人が事実審段階で異議を述べず、事実審裁判所に調査義務違反の責任を負わせることのできない場合であっても、「現実の利害相反が、弁護人の活動に有害に作用した」³⁷⁹ことを立証すれば救済が与えられるとした。ここにおいても、Cuyler判決と本件控訴審判決との決定的な違いは、利害相反のない弁護人による効果的な援助を受けるといふ被告人の利益は、公正な裁判に不可欠であり実質的に保護されるべき重要な権利と捉えるか否か、したがってその侵害に対しては国家が救済を与える責任を負うか否か、という点にある。

2 利害相反を伴わない弁護人の行為による権利侵害

わが国においても、Strickland判決の事案のように、被告人が、弁護人の活動が不十分であったために効果的な援助を受けることができず、権利を侵害されたと主張することは、決して稀有ではない。とくに上告審においては、第一審ないし控訴審における弁護人の活動が不十分であったとして、憲法37条3項違反の主張がしばしばなされてきた。しかし、このような主張は、「弁護人の弁護活動が被告人の権利保護に欠ける点があったものとは認められないから、所論は前提を欠く」として、悉く退けられてきた³⁸⁰。もともと、こうした棄却決定の文言だけをみれば、実際に弁護人による活動が不十分であり「被告人の権利保護に欠ける」ものであった場合には、37条3項違反と判断される余地がある、すなわち、弁護人の効果的な援助を受けるといふ憲法上の権利の侵害が認められる場合があり得るか

³⁷⁷ 最高裁昭和43年4月18日第一小法廷判決（刑集22巻4号290頁）

³⁷⁸ 最高裁昭和32年6月19日大法廷判決（刑集11巻6号1673頁）

³⁷⁹ Cuyler v. Sullivan, 446 U.S. at 348

³⁸⁰ 例として、最高裁昭和51年7月6日第一小法廷決定（裁判集刑201号111頁）、最高裁昭和57年9月17日第三小法廷決定（裁判集刑228号425頁）、最高裁昭和58年7月8日第三小法廷決定（裁判集刑231号759頁）など。

のようにも読める。

他方、こうした、いわば典型的な「非効果的援助」の主張ではないが、弁護人の行為が、被告人の意思に反し、しかも被告人に不利益な内容であった場合に、当該行為が弁護人の援助を受ける権利との関係で最高裁により判断された事例は存在する。そこで以下では、利害相反を伴わない場面での、弁護人の行為による「弁護人の援助を受ける権利」の侵害に対する判例の態度を分析する。さらに、その分析から、「弁護人の援助が非効果的であったために権利を侵害された」旨の被告人の主張が、はたして認容される可能性があるのか否かも明らかにする。

(1) 弁護人による、被告人の意に反して不利益な行為

被告人の意思に反する弁護人の行為は、わが国では古く戦前から、固有権あるいは独立代理権といった弁護人の「権限」の問題として取り扱われてきた。これに加えて現行刑訴法のもとでは、弁護人が負うとされる「誠実義務」の問題としても、しばしば論じられるようになってきている。今日、わが国の訴訟実務においても、誠実義務の存在をまったく無視することはできず、弁護人の行為が講学上の固有権に分類されるものであっても、少なくとも、弁護人が被告人の意思を無視していかなる行為をも自由になしうるとは考えられていない³⁸¹。まして、弁護人が、被告人の意思に反して、被告人に不利益となる活動を行うことについては、当然に許されないという考え方が有力に主張され、かつ、異論なく受け入れられてきたといえる³⁸²。しかし、以下にみる2件の最高裁の裁判例においては、弁護人による、被告人の意思に反し、かつ不利益な活動の禁止は、決して自明のものとはされていない。1件は、①いわゆる「国選弁護人の弁護拒否」事案（最高裁昭和36年3月30日第一小法廷判決³⁸³）であり、もう1件は、②第一審の公判途中で被告人が否認に転じたにもかかわらず、弁護人が有罪を前提とする最終弁論を行った事案（最高裁平成17年11月29日第三小法廷決定³⁸⁴）である。

①は、昭和30年代半ば、死刑事件における上訴審での国選弁護人の行為が「弁護拒否」

³⁸¹ 例えば、芦澤政治・最高裁判所判例解説刑事篇（平成17年度）655頁は「誠実義務の点を考慮すると、（弁護人の最終弁論は弁護人の固有権として被告人の意見に拘束されるものではないとする）前記通説も、弁護人が、被告人にとっていかに不利益な内容の弁論であってもこれを自由になし得るという趣旨ではないと思われる」とする。

³⁸² 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）31頁〔刑事手続とその運用（有斐閣，2007）所収，384頁以下〕，佐藤博史「弁護人の任務とは何か」竹澤哲夫ほか編『刑事弁護の技術（上）』5頁（第一法規，1994），後藤昭「刑事弁護における依頼者と弁護士」庭山英雄ほか編『日本の刑事裁判 21世紀への展望 大塚喜一弁護士在職30周年祝賀記念論文集』119頁（現代人文社，1998年）

³⁸³ 刑集15巻3号688頁（大西克己事件）

³⁸⁴ 刑集59巻9号1847頁

として大きな議論を呼んだ二つの事件のうちの1件であり³⁸⁵、第一審で死刑判決を受けた被告人が量刑不当を理由として控訴したものの、控訴審の国選弁護人は、被告人の「行為は実に戦慄を覚ゆるものであり故に刑法第九十九条及び同第四十六条同第十条三項を適用したのは当然と思料せらる」等として「控訴の理由はない」との控訴趣意書を提出した。控訴裁判所は、弁護人の行為については「弁護人作成の控訴趣意書には控訴の理由を示されて【い】ないのでこれに対する判断を与えるに由ない」としたのみで何ら問題とすることなく、原判決の量刑が重すぎることはないとして控訴を棄却した³⁸⁶。被告人はさらに上告したが、上告審の弁護人は控訴審弁護人の行為については何ら主張することがなかった。そして被告人本人のみが、控訴審の国選弁護人が、必要的弁護事件であるのに一度も被告人に面接せず、再三の来所面接願にもかかわらず、訴訟記録のみを閲覧して、弁護の余地がない旨の控訴趣意書を裁判所に提出したのは、事実上弁護をしないということであり、原審がかかる弁護人を付して公判を開廷したことは、事実上弁護人を付さないで開廷したに等しく、原審の訴訟手続は憲法に違反し、訴訟手続の法令違反でもあると主張したのである³⁸⁷。

最高裁第一小法廷は、この被告人の主張を、実質は単なる法令違反の主張であるとしたうえで、控訴審弁護人の行為については、「記録を調べると、原審弁護人は、量刑の不当、法令適用の正誤、事実誤認の有無、訴訟手続違反の有無、刑訴377条、383条関係等の各事項にわたり詳細に取り調べた上控訴の理由なしとしたものであり、また、被告人の控訴趣意は、量刑不当の主張のみであって、原判決はこれにつき詳細に説示していることを認めることができるから、原審の訴訟手続には所論の違法は認められない。」とした。

³⁸⁵ もう1件は、強盗殺人被告事件において第一審で死刑判決を受けた被告人が、強盗の犯意を否認し、また殺害された被害者2名のうち1名の殺害を否認して控訴したが棄却され、さらに上告した事案である。上告審における国選弁護人は、「記録を精査しましたが遺憾乍ら上告の理由となるべきもの一つも発見することはできません」とする上告趣意書を提出したうえ、同趣意書に基づいて「一・二審の判決は当然で、犯人の人違いの事実もなく、最高裁判所で審理を仰ぐこともない」、「被告人は事実誤認、量刑不当などを理由に上告しているが、この主張は控訴審までの段階で述べるべきもので上告の理由にはならないと云えます」との弁論を行った。弁論終結後、被告人が別の弁護士に弁護を依頼し、同弁護人の申立により弁論が再開され、新弁護人は、被告人本人の上告趣意を補充する主張を行った。もっとも、前記国選弁護人の弁護活動に対する主張はなされなかったため、この点についての最高裁の判断は示されないまま、上告は棄却された（最高裁昭和35年12月16日第二小法廷判決（判時245号7頁）、三枝賢事件）。

³⁸⁶ 東京高裁昭和35年6月13日判決（刑集15巻3号705頁）

³⁸⁷ 栗田正・最高裁判所判例解説刑事篇（昭和36年度）97頁

本件の事案は、これまでに多くの論者によって検討されてきた³⁸⁸が、その議論の対象は、当時、類似事案としてともに注目された三枝事件に関するものもあわせ、「上訴審における国選弁護人の義務」であった。とくに、本件の被告人が死刑判決確定後に控訴審弁護人に対する損害賠償請求訴訟を提起したこともあいまって³⁸⁹、議論はもっぱら、上訴審で選任された国選弁護人は、上訴理由を見出すためにどこまでの調査を尽くす義務を負うのか、仮に義務を果たしても適切な上訴理由を発見することができない場合にはいかにすべきか（具体的には辞任の可否ないし当否）、という点に集中していたのである。これに対して、弁護人が、量刑不当を主張する被告人の意思に反し、量刑不当も含めて控訴の理由はないという不利益な主張を行ったことの問題性に及ぶ議論は、極めて乏しかった³⁹⁰。

そして何より重要なことに、いずれにせよ議論の対象とされたのは控訴審弁護人の行為であって、被告人の憲法違反の主張に対する裁判所の判断（及び弁護人の行為をなんら問題とせず控訴を棄却した控訴審の判断）そのものではなかった。前記のとおり本件では、上告審弁護人が控訴審弁護人の行為につき上告趣意としてなんら主張をせず、被告人のみ

³⁸⁸ 団藤重光「死刑事件と国選弁護人」ジュリスト 213 号（1960）6 頁、田宮・前掲注（382）26 頁、千種達夫「弁護人の弁護の限界」判時 236 号（1960）2 頁、平場安治「国選弁護人の弁護拒否」判時 362 号（1964）29 頁、小野清一郎ほか「国選弁護制度の実情」自由と正義 11 卷 11 号（1960）20 頁など。

³⁸⁹ 大西克己・元被告人は、控訴審弁護人を被告とし、その義務違反により精神的苦痛を被ったとして損害賠償請求訴訟を東京地裁に提起した。裁判所は、国選弁護人も、私選弁護人と同様に善良な管理者の注意義務をもって弁護活動を行う法律上の義務を負うとして、弁護人が訴訟記録について控訴理由の有無を調査する義務は弁護人としての調査義務の最小限であり、訴訟記録の綿密な調査によっても控訴理由を発見できなかった場合には、少なくとも被告人自身と面接し調査をすることが要求されている、とした。にもかかわらず、本件弁護人は訴訟記録の閲覧のみで被告人との面会による調査はもちろん他の調査も行わず、原判決は相当でこれを不当とする理由がないとの控訴趣意書を提出し、かつ、提出の前後を通じて被告人にはその事実を知らせず、被告人が手紙で控訴趣意書の書き方の教示を求めたのに対しては、控訴趣意書は自分が提出するので手紙は書かないで良い旨の返事を出しただけであった。このため、被告人は自己に利益となるような趣意書が提出されると信じ自ら控訴趣意書を提出することは断念し、その結果、自己の不服について上級審の判断を受ける機会を奪われたと認定し、弁護人は一種の債務不履行または不法行為による損害賠償責任を免れないとした（東京地裁昭和38年11月28日判決、判時354号（1963）11頁）。この判決については田宮・前掲注（382）が詳細に分析する。

³⁹⁰ ただし、田宮博士は『上訴理由なし』という趣意を作成することは被告人に明らかに不利益であると指摘し、「弁護人は、被告人の訴訟代理人であり、その利益の正当な保護者であるから、被告人の意に反した不利益な行為は、当然に許されないとしなければならぬ」と指摘されていた。田宮・前掲注（382）31頁。

が違憲及び違法の主張（前記のとおり、弁護をしない弁護人を付して公判を開廷したことは、事実上弁護人を付さないで開廷したに等しい、という主張であり、弁護人の効果的な援助あるいは援助それ自体を受ける権利が侵害されたという主張ではない）³⁹¹を行ったこともあり、判決理由中に示された判断は極めて短い。しかし、その短い判示には、極めて重要な内容が含まれている。すなわち、第一に、控訴審弁護人は記録を検討して控訴の理由なしとしたものでその行為には問題がないとするが、これは、弁護人が負う調査義務の範囲という問題にとどまらず、弁護人が、「控訴理由なし」という、被告人の意思に反して不利益な主張を行うことも許容されるという内容を含んでいる。第二に、被告人の主張は

³⁹¹ もっとも、本判決の調査官解説は「本判決の趣旨」を以下のように述べ「弁護人の援助を受ける権利」に触れる。「原審弁護人の控訴趣意書自体により同弁護人が真摯且つ良心的に弁護の職責を果していることが窺われるのみならず、何よりも先ず事件の本人たる被告人自身が控訴趣意としては量刑不当のみを主張し事実そのものについては全然これを争わなかったのであるから、今更上告審に至って原審弁護人の弁護活動の不活潑を言い立てて原審の訴訟手続の違法を主張するのは当たらない、被告人が弁護人の援助を受ける権利は形式的にも実質的にも十分に保護されているというに帰する。」（栗田・前掲注（387）98頁）。さらに続けて解説は「追記」として、「アメリカ合衆国においては、連邦憲法修正6条及び14条との関係において、弁護人の弁護活動の不活潑が原判決破棄の理由となるかどうかを論じた裁判例が多数あり」として、その中から2つの下級審判例を「参考資料」として紹介するとし、これらの判決は、「被告人が弁護人の援助を受ける憲法上の権利は形式的なものではなく実質的なものであること並びにその権利が守られたか否かは事件毎に具体的且つ実質的に考察するべきものであることを明白に判示しており、本判決もまたこれら合衆国判例の見解と軌を一にするものである」とする。紹介された米国下級審判例は、いずれも1940年代初めのものであって、1件目（*Johnson v. United States*, 110 F.2d 562 (1940)）は、事実関係（正当防衛的状況があったか）を争った事件であって、新弁護人が発見した新証拠による再審理が認められたもの（新証拠は事実審段階で提出可能であったとの州の主張に対して、控訴裁判所は、死刑か否かが問題となる事案において事実審の弁護活動の怠慢が被告人に不利益に考慮されるべきではないとした）、もう1件（*Ex parte Kramer*, 61 Nev. 174 (1942)）は殺害事実にもその態様にも争いがなく、被告人自身も事実審の過程で裁判所により選任された弁護人の活動になんら不服を述べていなかったが、有罪および死刑判決後に、弁護が非効果的であったことを理由のひとつとして人身保護令状請求を行ったが、主張は認められなかったという事件である。調査官解説が、いかなる点で本判決を「合衆国判例の見解と軌を一にするもの」と理解するのかは必ずしも明らかではないが（おそらく、控訴審国選弁護人が記録を検討したこと自体をもって、弁護人の援助として十分であるとしているものと考えられる）、少なくとも、被告人による主張を、弁護人による援助を受ける権利の実質的侵害の主張と捉えている点は、興味深い。

量刑不当のみであって、この点は原判決が詳細に検討しているので問題がない、とするが、これは、弁護人が活動しなくとも裁判所による「実質弁護」がなされていけば問題はない、ということの意味する。いずれも、刑事裁判における弁護人の機能・役割という、根本的な問題に対する裁判所の理解を示唆する内容といてよい。

こうした本判決の趣旨を「正確」に理解し、これを踏襲して、より明確な形で示したのが、前記最高裁平成17年11月29日第三小法廷決定の上田豊三裁判官による補足意見である。同意見は、事例判断に際しての補足意見でありながら、わが国の刑事裁判における弁護人の役割に対する裁判所の基本的な理解を示したうえで、弁護人による誠実義務に違反する最終弁論が違法となる場合の基準を示した。そしてこの基準は、その後の下級審裁判例³⁹²において、弁護人の誠実義務違反行為に対する判断基準として引用されるに至っている³⁹³。

そこで、以下においては、前記最高裁平成17年第三小法廷決定の補足意見を対象として、とくに同意見による「弁護人の機能」の捉え方を考察し、それがアメリカ合衆国において「効果的な援助」を要請する基盤となる「弁護人の機能」とは、まったく異質のものであることを示す³⁹⁴。さらに、こうした「弁護人の機能」に対する理解は、前記昭和36年第一小法廷判決はもとより、本章において検討してきた、弁護人の援助を受ける権利に関する一連の最高裁判例を貫くものであることを確認する。

(2) 平成17年第三小法廷決定の概要

本決定の対象となった事案は概要以下のとおりである。被告人は、殺人・死体遺棄事件の第一審における第6回公判において、従前の供述を翻して否認へと転じた。しかし、弁護人は最終弁論において「立场上詳述は避けるが、被告人がB【共犯者】をかばって自らなしていない殺害行為等を認めていたとの被告人の供述には明らかに無理がある。多弁な被告人に、無実を訴える言葉の一つもなかった。殺人、死体遺棄の重大犯罪であるから、弁護人としては、一般的には被告人に同調して全面否認の弁護をすべきである。しかし、公判の最終段階で初めて否認した本件の場合、被告人に同調して上記力説すべき【従前の】弁護方針を主張せず、撤回することは、弁護人の任務放棄であると思われる。」などと、

³⁹² 東京高裁平成23年4月12日判決（東高刑時報62巻33頁）

³⁹³ 村岡啓一「原審弁護人の行った最終弁論及び証人に対する反対尋問が、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おり、それを放置した原審の訴訟手続には法令違反があるとされ、原判決が破棄された事例」刑事法ジャーナルNo.35（2013）154頁参照。

³⁹⁴ 本決定に対しては、金子・前掲注（199）、堀田周吾「否認事件における有罪を前提とした最終弁論の当否」駿河台法学21巻2号（2008）105頁、辻本典央「弁護人が被告人の主張と異なる弁論を行うことの当否」刑事法ジャーナル5号（2006）139頁ほか多数の評釈がある。

被告人の有罪を前提とする弁論を行った。裁判所もこれを放置したまま結審に至った。上告趣意において新弁護人は、第一審の訴訟手続が被告人の防御権ないし弁護人選任権（憲法34条、刑訴法30条）を侵害しているのに、これを看過した控訴審判決には憲法違反、法令違反があると主張した。第三小法廷は、弁護人の憲法違反の主張は、実質は単なる法令違反にすぎず、その余の主張も刑訴法405条の上告理由にあたらぬとしたうえで、職権により以下の判断を示した。

「なるほど、殺人、死体遺棄の公訴事実について全面的に否認する被告人の第6回公判期日以降の主張、供述と本件最終弁論の基調となる主張には大きな隔たりがみられる。しかし、弁護人は、被告人が捜査段階から被害者の頸部に巻かれたロープの一端を引っ張った旨を具体的、詳細に述べ、第一審公判の終盤に至るまでその供述を維持していたことなどの証拠関係、審理経過を踏まえた上で、その中で被告人に最大限有利な認定がなされることを企図した主張をしたものとみることができる。また、弁護人は、被告人が供述を翻した後の第7回公判期日の供述も信用性の高い部分を含むものであって、十分検討してもらいたい旨を述べたり、被害者の死体が発見されていないという本件の証拠関係に由来する事実認定上の問題点を指摘するなどもしている。なお、被告人本人も、最終意見陳述の段階では、殺人、死体遺棄の公訴事実を否認する点について明確に述べないという態度を取っている上、本件最終弁論に対する不服を述べていない。

以上によれば、第一審の訴訟手続に法令違反があるとは認められない。」

さらに、上田豊三裁判官は以下の補足意見を述べた。

「刑事訴訟法が規定する弁護人の個々の訴訟行為の内容や、そこから導かれる訴訟上の役割、立場等からすれば、弁護人は、被告人の利益のために訴訟活動を行うべき誠実義務を負うと解される。したがって、弁護人が、最終弁論において、被告人が無罪を主張するのに対して有罪の主張をしたり、被告人の主張に比してその刑事責任を重くする方向の主張をした場合には、前記義務に違反し、被告人の防御権ないし実質的な意味での弁護人選任権を侵害するものとして、それ自体が違法とされ、あるいは、それ自体は違法とされなくともそのような主張を放置して結審した裁判所の訴訟手続が違法とされることがあり得ることは否定し難いと思われる。

しかし、弁護人は、他方で、法律専門家（刑訴法31条1項）ないし裁判所の許可を受けた者（同条2項）として、真実発見を使命とする刑事裁判制度の一翼を担う立場をも有しているものである。また、何をもって被告人の利益とみなすかについては微妙な点もあり、この点についての判断は、第一次的に弁護人にゆだねられると解するのが相当である。さらに、最終弁論は、弁護人の意見表明の手続であって、その主張が、実体判断において裁判所を拘束する性質を有するものではない。

このような点を考慮すると、前記のような違法があるとされるのは、当該主張が、専ら被告人を糾弾する目的でされたとみられるなど、当事者主義の訴訟構造の下において検察官と対峙し被告人を防御すべき弁護人の基本的立場と相いれないような場合に限られると解するのが相当である。

本件最終弁論は、証拠関係、審理経過、弁論内容の全体等からみて、被告人の利益を実質的に図る意図があるものと認められ、弁護人の前記基本的立場と相いれないようなものではなく、前記のような違法がないことは明らかというべきである。」

(3) 平成17年第三小法廷決定による「弁護人の機能」の捉え方

では、上記補足意見には、「弁護人の機能」に対する捉え方がどのように示されているのであろうか。同意見における①「誠実義務」、②弁護人の「真実発見を使命とする刑事裁判制度の一翼を担う立場」、③弁護人による被告人に不利な主張の許容性、④「当事者主義の訴訟構造」における「弁護人の基本的立場」という理解の分析から、明らかにする。

①「誠実義務」の捉え方

補足意見は、「弁護人は、被告人の利益のために訴訟活動を行うべき誠実義務を負う」ことから、弁護人が、最終弁論において、被告人の主張に反して有罪を主張したり、刑事責任を重くする方向の主張をした場合には、この誠実義務に違反し、「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」とする。もっとも、ここにおいて、何が「被告人の利益」かについての判断は「第一次的に」弁護人にゆだねられる、とする。

被告人の主観的な利益（ないし希望）と、弁護人の立場からみた利益とが異なる場合に、何をもって被告人の「利益」とするかをめぐっては、見解が分かれている。最終的に結果の帰属する当事者である依頼者（被告人）が決めるべきであるとする見解³⁹⁵、弁護人の「憲法的あるいは人権保障的な機能を発揮できるように司法過程の監視を担う憲法上の責務」という観点から、依頼者（被告人）の決定と異なる弁護活動を行う場合もありうるとする見解³⁹⁶、弁護人が負う誠実義務の根源を、被告人の「主観的利益」のみではなく「客観的利益」にも求め、「限定的ではあるが、弁護人は客観的利益に従う場合がある」とする見解³⁹⁷、あるいは、弁護人は被告人の客観的利益を探究するものであるとする見解³⁹⁸など様々である。もっとも、最終的な決定に至る前に、まずは弁護人が被告人と十分に協議すべきである、とする点においては共通の理解がなされている³⁹⁹が、協議や説得を経ても、なお一致を見ない場合の最終的な判断権者は誰か、という点に関しては、弁護人の判断をもって利益とすべきという考え方が主流であるといえよう。弁護人は被告人の代理人ではなく

³⁹⁵ 後藤・前掲注（382）130頁

³⁹⁶ 上田國廣「被疑者・被告人と弁護人の関係」季刊刑事弁護 22号（2000）35頁

³⁹⁷ 森下弘「刑事弁護ガイドラインへの一私案」季刊刑事弁護 22号（2000）40頁

³⁹⁸ 岡慎一「『刑事弁護のあり方』をめぐる議論の到達点と課題」季刊刑事弁護 21号（2000）48頁

³⁹⁹ 後藤・前掲注（382）131頁、田口守一「刑事弁護の現代的課題」現代刑事法1巻1号（1999）48頁、辻本・前掲注（394）145頁など。

「保護者」であって、「被告人の私利の追求を助ける者ではなく、社会正義の立場から正当な被告人の利益を護るもの」とする捉え方⁴⁰⁰も、弁護人は、被告人から独立した立場で、何が「利益」かを判断し、被告人のあらゆる「適法」な利益ではなく、弁護人からみて「正当」な利益を擁護することを前提としている。

この点、補足意見は、何が被告人の「利益」かについての判断が、「第一次的に」弁護人に委ねられるべきとする点で、前記の主流的理解よりもさらに、被告人に対する弁護人の独自性及び優越性を強調している。別の見方をすれば、弁護人が負う「誠実義務」自体の内容を限定的に捉えたものといえる。

②「真実発見を使命とする刑事裁判制度の一翼を担う立場」

このような「誠実義務」自体の限定的な捉え方に加え、補足意見では、さらに誠実義務の制約を要請するものとして、「真実発見を使命とする刑事裁判制度の一翼を担う立場」が挙げられている。これは、弁護人が被告人の利益の擁護者にとどまらない公的地位、換言すれば司法機関性をも有している旨の表現に他ならない。

弁護人の公的地位については、これを、単に弁護人が「当事者的闘争を通じて被告人の権利・利益を擁護し、刑事司法の目的である適正手続の実現に協力すべき任務があるという、当然の事理を意味するにすぎない」と把握する見解⁴⁰¹もある。しかし、補足意見では、弁護人の誠実義務に反する行為の許容性を導く根拠として「真実発見を使命とする刑事裁判制度の一翼を担う立場」が述べられている。したがって、補足意見が「当然の事理」以上の意義を弁護人の公的地位に付与していることは明らかであり、かつ、この立場から導かれる要請とは、「裁判所の真実発見に協力する義務」ということになる。ここにおいて、「真実発見」とは、調査官解説も明らかにしておおり「実体的真実の発見」であり⁴⁰²、弁護人とは、その公的地位ないし司法機関性から裁判所の実体的真実発見に協力する義務を負うものであって、その意味において裁判所の補助機関としての性格を有する、ということになる。本事案の場合、弁護人は、客観的な真実として被告人による否認の虚偽性を「知って」いたわけではないが、訴訟経過及び証拠関係等から、被告人による否認が虚偽であろうと「信じて」いた。そこで、被告人の主張を排斥して自らが実体的真実であると信じることにしたが、被告人の有罪を前提とした弁論を行ったわけであるが、これは「裁判所の実体的真実発見に協力する義務」に合致する行動として捉えられるのである。

こうして、弁護人の司法機関性ないし補助機関性を承認するがゆえにこそ、弁護人は、その有する公的地位から、被告人の意思を離れて、何が被告人の「利益」かを独自に判断できる、ということにもなる。したがって、本件の事案のように、弁護人が「実体的真実

⁴⁰⁰ 平野・前掲注(9) 79頁

⁴⁰¹ 浦功「弁護人に真実義務はあるか」竹澤哲夫ほか編『刑事弁護の技術(上)』15頁(第一法規, 1994)

⁴⁰² 芦澤・前掲注(381) 662頁

発見に寄与する行為こそが被告人の利益となる」との判断を行う場合には、「裁判所の実体的真実発見に協力する義務」と「被告人の利益のために訴訟活動を行うべき誠実義務」とは、衝突するどころか完全に一致し得ることになる。

③被告人に不利な主張の許容性

弁護人の義務をこのように理解する以上、本決定のように、最終弁論の内容が、被告人の意思に反して被告人に不利な方向の主張であっても、それが裁判所の実体的真実発見に協力する義務に合致するゆえに、訴訟手続に違法があるとはいえない場合があると捉えるのは、必然である。調査官解説も、「誠実義務を徹底して、被告人に不利益な主張・・・は一切行ってはならないとする説も、弁護人が、法律専門家として（あるいは刑訴法 31 条 2 項の裁判所の許可を受けた者として）、真実発見を使命とする刑事裁判制度（実体的真実発見を目的とする。刑訴法 1 条）の一翼を担っている点を考慮すれば、相当とはいえないように思われる。」⁴⁰³とする。

もっとも補足意見は、被告人に不利な主張を許容する結論を補強するために、弁護人による最終弁論の法的性格に触れる。すなわち、最終弁論は弁護人の意見表明であって、裁判所の実体判断を拘束するものではない、というのであるが、この立論の正当化根拠となるのが、前記昭和 36 年第一小法廷判決（大西事件判決）である。調査官解説は、「昭和 36 年最判は、控訴趣意書に関するものであるが、被告人本人は、控訴趣意として量刑不当を主張しているのに、弁護人が、量刑不当も含めて控訴理由はない旨の主張をしても手続に違法がないとしているのであり、これも、その限りでは、被告人に不利益な主張をすることを許容したということが出来るものである。」⁴⁰⁴と指摘する。そのうえで、「大きな法的効果を伴う控訴趣意であっても、最高裁判例（前記昭和 36 年最判）は、被告人に不利益な主張をすることを直ちに違法としていないことは前記のとおりである。このようなことからすると、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ことなどによって、前記のような手続上の違法評価がなされるのは、当事者主義の訴訟構造の下における弁護人の立場と全く相いれないような場合（例えば、当該主張が、専ら被告人を糾弾する目的でなされたとみられる場合など）に限られると解する考えも十分になり立つのではないかと思われる。上田裁判官の補足意見は、正に上記のような考えに立つものと理解される。」⁴⁰⁵とするのである。

調査官解説が正しく指摘するように、前記昭和 36 年第一小法廷判決は、大きな法的効果を伴う場面であっても、弁護人が被告人に不利な主張を行うことを許容した。では何故、控訴趣意という重要な局面にもかかわらず被告人に不利な主張を許容したかといえ、弁護人とは、単に被告人の利益を擁護しこれを代弁する者ではなく、裁判所の補助機関でも

⁴⁰³ 芦澤・前掲注（381）662 頁

⁴⁰⁴ 芦澤・前掲注（381）662 頁

⁴⁰⁵ 芦澤・前掲注（381）663—664 頁

ある、と考えるからにはほかならない。裁判所の実体的真実の発見に協力するという弁護人の補助機関性からは、「控訴理由がない」という被告人に不利な主張も、それが裁判所の実体的真実発見を助ける以上は、許容されるのである。弁護人の行為が控訴趣意書における主張であるか、あるいは最終弁論であるか、その他の行為であるかといった違いは、本質的ではない。

現に、補足意見の結論は、弁護人の主張が誠実義務に違反し違法とされるのは、「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」というのであるから、被告人に不利な弁護人の行為は、その性質如何にかかわらず、ほぼ無限定に許容されることになる（なお、前記のとおり、本決定補足意見を引用したうえで、弁護人の行為が「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」と認定した事例（東京高裁平成23年4月12日判決⁴⁰⁶）が出現しており、違法とされる場合が皆無とは言えないが、こうした場合が極めて稀であることは間違いない。）。

⁴⁰⁶ 東高刑時報 62 巻 33 頁。同判決は以下のように判示して破棄自判した。

「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。原審の証人尋問において、原審弁護人が、当初こそ被告人の意向を酌んだ反対尋問を行っていたものの、その後は、被告人の意向に沿った反対尋問を行わず、さらには、被告人質問において、被告人から回答を拒絶されるに至ったのは、上記のような姿勢に由来するものと看取することができる。殊に、原審弁護人は、差戻し前控訴審判決により原審で行うべきであるとされていた、被告人の現行犯逮捕手続及びそれに引き続いて行われた被告人から口腔内細胞を採取した手続の適法性に関し十分な証拠調べを行うことについて、全く意義を見出さなかったため、被告人の主張に即した弁護活動を行う意欲を欠いていたとみざるを得ない。

そうすると、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というほかなく、それを放置して結審した原審の訴訟手続には法令違反がある（最高裁平成 17 年 11 月 29 日第三小法廷決定・刑集 59 巻 9 号 1847 頁参照）。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るというべきである。原裁判所は、上記の違法がある状態をそのままにして、有罪の判断をすることは許されなかったのであるから、原審の訴訟手続の法令違反が判決に影響を及ぼすことは明らかである。」

④「当事者主義の訴訟構造」における「弁護人の基本的立場」の捉え方

もつとも、補足意見は、「当事者主義の訴訟構造」の下における「弁護人の基本的立場と相いれない」か否かを、誠実義務違反が違法とされるか否かの指標としている。ここで想定されている「当事者主義の訴訟構造」における「弁護人の基本的立場」とは、弁護人の誠実義務違反行為を限定する機能を発揮し得る内実を有するのであろうか。

ここで、「弁護人の基本的立場と相いれないような場合」として例示されているのは、「【弁護人の最終弁論における】主張が専ら被告人を糾弾する目的でされたとみられる」場合である。では、当事者主義ではなく職権主義の下でならば、弁護人による被告人の糾弾行為が認められるか、というと、むしろそのようなことはない。わが国においても、既に治罪法の下、弁護人は職権主義における裁判所の補助機関でありつつ、被告人を「保護」する者であり、「満腔ノ熱血ヲ以テ之カ保護ヲ為スヘキナリ」⁴⁰⁷とされた。ゆえに、弁護人が被告人の凶悪さを保護するに忍びず、憤然求刑を行ったという事例については、「當サニ曠職ノ刺ヲ免レサルヘシ」⁴⁰⁸とされた。まさしく、弁護人が被告人を糾弾する目的で憤然として求刑を行うような行為は、治罪法のもとですら、弁護人の職務に悖るものと解されたのである。そうすると、補足意見が述べる「当事者主義」の語には、形式的当事者主義ないし弾劾主義を超える積極的な意味はなく⁴⁰⁹、「弁護人の基本的立場と相いれないような場合」とは、訴訟構造を問わず、およそ「弁護人」としての行為としては許容し得ないもの、換言すれば、弁護人の不存在と同視できる場合をさらに超えて、もはや弁護人が被告人の敵と化した極限的な場合に限られることになる⁴¹⁰。

(4) 第6修正が前提とする当事者主義及び弁護人の機能との対比

以上から、補足意見が、弁護人の機能を大要以下のように捉えていることがわかる。

すなわち弁護人とは、みずから被告人の利益であると判断したところにしたがってその利益を保護する者であり、もっぱら被告人の主張を代弁し、その主観的な利益を擁護する者ではない。また実体的真実発見の主体たる裁判所の真実発見に協力するために、たとえ被告人の意思に反して不利な訴訟活動を行うことがあっても、被告人と敵対し弁護人とし

⁴⁰⁷江木・前掲注(6) 111頁。また弁護人の性質については、「判事検事ハ各々其特固ノ職務ヲ盡シ只辯護人ノミ形式上ニ於テモ亦タ被告人ノ利益ヲ計ルヘキモノタランノミ只純粹ナル弾劾主義ニ出タル治罪法ニ於テハ必ラス被告人ヲ保護スル所ノ辯護人アルヘクシテ其者ノミ辯護ノ職ヲ盡スヘキナリ」(江木・前掲注(6) 109頁)と解説された。

⁴⁰⁸ 江木・前掲注(6) 111頁

⁴⁰⁹ その意味において「日本では、当事者主義が強調されながら、依然として少なくとも刑事訴訟は、当事者同士の闘いの場であるよりも、実体的真実を明らかにする場として意識されている」(後藤・前掲注(382) 129頁)との指摘がまさにあてはまる。

⁴¹⁰ 実際、本決定を引用した前記東京高裁平成23年4月12日判決の事案における弁護人の行為(前掲注(406)参照)は、被告人への敵対行為というべきものである。

ての役割から逸脱する場合でない限り許容される。

ここで、合衆国憲法第 6 修正によって把握され、かつ、「弁護人の効果的な援助を受ける権利」を生み出す基盤となった「弁護人の機能」とは何かを、いま一度確認する。その理解のもとでは本件のように被告人の意思に反して不利益な訴訟活動はどのように評価されるのかを検討を通じて、弁護人の機能に対する理解の本質的な違いが明らかになる。

①第 6 修正のもとでの弁護人の機能

既に繰り返してきたとおり、アメリカ型当事者主義のもとでの刑事訴訟は、中立的な判断者の前で当事者双方が各々の主張を提出する全面的かつ公正な機会を持ち、対立当事者の主張を厳しくテストする過程であり、そのような方法こそが真実に到達する最善の方法と考えられている⁴¹¹。すなわち、「当事者主義制度がまさに前提とするのは、事件の当事者双方が党派的な弁護を行うことによって、罪のある者は有罪とされ、無実の者は解放されるという究極目的を、最もよく促進するであろうということ」⁴¹²であり、「弁護人の効果的な援助を受ける権利とは、検察の主張に対し、一方当事者による意義のあるテストという厳しい試練に耐えることを要求する被告人の権利」⁴¹³であるとされる。換言すれば、弁護人の効果的な援助を受ける権利が保障される理由は、当事者主義を採用した刑事訴訟構造において、弁護人の援助が「効果的」でなければ、検察（国家）の主張が真に試され、信頼し得る結果をもたらすという意味での「公正な裁判」は実現されないという点にある。弁護人による効果的な援助は「公正な裁判」の実現に不可欠なものであるがゆえにこそ、刑事裁判を主宰する国家（裁判所）には、「弁護人の効果的な援助を受ける権利」を確保する義務が生じるのである。

基本的に同様の理解は、わが国の学説においても広くなされてきた。すなわち、「当事者主義の下では、裁判所は基本的に中立的なレフェリーの立場にあり、検察官は対立する相手方当事者である。被告人の利益に検察官の利益は基本的に対立するものと想定し、双方の利益対立を前提にする攻防の中ではじめてバランスのとれた公共の利益が発見され、合理的権威が発見できるというのが当事者主義の立場」⁴¹⁴とするのは、まさしく同趣旨を述べたものといえる。また団藤博士は、「弁護権は検察権という国家権力と対決してこれを抑制するものであるが、それによって正しい刑事司法の実現に積極的に奉仕するものである。検察官も弁護人も正しい刑事司法を実現するように裁判所に協力する任務をもつ。しかし、ここで協力というのは妥協や協調を意味するのではない。被告人の正当な利益を主張してゆずらないことによって、正しい裁判の実現に協力するのである。協力といっても、

⁴¹¹ Tomkovicz, *supra* note 21, at 47

⁴¹² *Herring v. New York*, 422 U.S. at 862

⁴¹³ *United States v. Cronin*, 466 U.S. at 656

⁴¹⁴ 渥美・前掲注（310）244 頁

それは闘争による協力である。」⁴¹⁵とされた。さらに松尾教授は「弁護人の本来の面目は、被告人の正当な利益の保護者たる点に存する。刑事司法への協力という役割は、あくまで当事者的な闘争を通じて遂行されなければならない。その意味では、『弁護人は、真実の発見にとらわれて、被告人の保護をゆるがせにしてはならない』という逆説的な表現も成り立つのである」、『ゆるがせにしてはならない』のは訴訟法的な『真実』であり、『とらわれ』る必要がないのは実体法的な『真実』である」⁴¹⁶とされた。「正当な利益」という表現が用いられてはいるものの、ここで共通に示されているのは、徹底した党派的弁護を通じて、訴訟法的な「真実」に到達するために、不可欠の役割を果たすものこそが弁護人であるという考え方であり、このようなプロセスによってこそ「公正な裁判」が実現されるという理解である。

②被告人の意思に反して不利益な訴訟活動の評価

上記のような理解を前提とした場合、弁護人は、当事者主義における不可欠の役割を果たすため、様々な義務を負う。Strickland v. Washington 判決の法廷意見は、被告人を援助するという弁護人の機能から、弁護人が負うべきいくつかの基本的義務を（網羅的なものではないとしつつ）列挙したが、第一に挙げたのは、被告人に対する忠実義務（duty of loyalty）であり、そこから導かれる利害相反を回避する義務、被告人の申立を擁護する（advocate）義務であった⁴¹⁷。

ここにおいて最も基本的な義務とされた「忠実義務」とは、弁護活動が、被告人に対し「ひたすら忠誠を尽くし誠実かつ献身的なサービス」を行うことを意味し⁴¹⁸、この義務違反が問題となる典型的な場面が、利害相反が生じる場合である。また同判決は、被告人の申立を擁護する義務が忠実義務から導かれるとしたが、被告人の申立を擁護して熱心かつ党派的弁護を行う義務⁴¹⁹は、まさに第6修正が前提とする当事者主義の基本的要請である。わが国においては、誠実義務＝忠実義務と捉える向きもあるが⁴²⁰、「忠実義務」は、わが国で一般的に理解されている「誠実義務」と一致するものではなく、より明確で具体的な

⁴¹⁵ 団藤・前掲注（388）7頁

⁴¹⁶ 松尾・前掲注（5）25, 26頁

⁴¹⁷ Strickland v. Washington, 466 U.S. at 691。同判決はさらに具体的に、重要な決定事項について被告人と協議し、訴追手続上の重要な進展につき知らせる義務、公判において当事者主義による信頼し得るテストを実現するために技術や知識を備える義務も挙げた。そして、Strickland 事件において問題となった弁護人による調査義務については、「合理的な調査を行う義務、ないしは特定の調査を不必要とする合理的な判断を行う義務」があったとした。

⁴¹⁸ Von Moltke v. Gillies, 332 U.S. 708, 725 (1948)。なお弁護人の行為が適法なものでなければならないことは勿論である。この点につき Nix v. Whiteside, 475 U.S. 157 (前掲注(199)) 参照。

⁴¹⁹ Herring v. New York, 422 U.S. 853 (1975)

⁴²⁰ 森下弘「捜査弁護はどこまで可能か」季刊刑事弁護 15号（1998）54頁など。

内容を持つ。

もつとも、忠実義務ゆえに、弁護人は訴訟活動の細部にわたるまで被告人の意思に完全に支配される、と考えられているわけではない。第6修正により保障される弁護人の援助を受ける権利は、飽くまで被告人自身の防御のための権利であり、したがって被告人は、弁護人による援助を受けるか、あるいは自ら自己の弁護を行うかを、事件の軽重を問わず選択することができる⁴²¹。そのうえで、被告人が、弁護人の援助を用いるという選択をした場合、有罪答弁を行うかどうか、陪審による審理を受ける権利を放棄するか、自ら証言台に立つか否か、上訴を行うかどうか、といった訴訟の基本的な事項については被告人に最終的な決定権限が残るが、その他については弁護人に委ねられるとされる⁴²²。ただし、基本的な事項については被告人に決定権が留保されているため、仮に弁護人がこれらの重要な事項について被告人の意思を無視した活動を行ったならば、憲法違反の問題となり得る⁴²³。

では、最終弁論についてはどうか。アメリカの場合、そもそも無罪答弁をした被告人が事実審理を受け、しかも、有罪の答弁を行うか否かは被告人自身の決定事項である。よって、事実審理において、弁護人が被告人の意思に反して有罪を主張するということは、許されないのは勿論、制度上想定することもできない。しかし、そのような制度の下においても、弁護人が被告人の有罪を示唆する弁論を行ったという問題事例は存在する。すなわち、裁判所によって選任された弁護人が、自分は、たまたま本件の弁護人になったのだと前置きしたうえで、検察側証人の証言は信用でき、他方で被告人によるアリバイ証言には信用性がないことを示唆し、陪審を有罪評決へと誘導するような最終弁論を行った事案について、コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、弁護人の効果的な援助を受ける権利の侵害を認め、有罪判決を破棄した。法廷意見は、弁護人は「本件での擁護者としての機能 (function as an advocate) を誤って認識した」ものであり、その誤りは憲法違反であるとした⁴²⁴。弁護人が行った、被告人の意思に反し不利益な最終弁論は、被告人の申立を擁

⁴²¹ *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1977)。ただし自己弁護による危険や不利な点を知り、理解した上で、弁護人の援助を受ける権利を放棄する必要がある、被告人にはそのための能力が必要である。

⁴²² *Jones v. Barnes*, 463 U.S. 745 (1983)。もちろんそこには、被告人の決定に基づく弁護活動が適法なものでなければならないという制約があるが (*Nix v. Whiteside*, 475 U.S. 157), 法に反した行為を行えないのは被告人による自己弁護の場合も同様である。

⁴²³ *Jones v. Barnes*, 463 U.S. at 754-755 (Blackmun, J., concurring)

⁴²⁴ *Matthews v. United States*, 449 F.2d 985 (1971)。なお、裁判所はこの誤りをハームレス・エラーと認定しつつも、過去の類似判例との均衡から有罪判決を破棄した。また *Leventhal* 裁判官は、同調意見において、弁護人が無罪推定を強調し、被告人のアリバイ証言は合理的疑いを生じさせるのに十分であると述べるべきところ、被告人の唯一の防御方法を損なったもので、被告人にとって明確に有害なものであるとした。

護し、熱心かつ党派的弁護を行うという、憲法の想定する「弁護人の機能」からは完全に逸脱するものとして、到底許されないものとされたのである。

③「弁護人の機能」に対する理解の相違

以上から、アメリカにおいて弁護人の効果的な援助を受ける権利の前提とされる弁護人の機能と、補足意見に示された弁護人の機能に対する理解とが、本質的に異なるものであることが明らかである。

すなわち、アメリカにおいて弁護人の「効果的」な援助が要請されるのは、同国の当事者主義における弁護人の機能の不可欠性ゆえである。弁護人が、被告人のための徹底した党派的弁護を行い、国家（検察官）の主張を厳しくテストしてこそ、信頼すべき結果（換言すれば訴訟法的真実）が得られ、もって公正な裁判が実現される。仮に弁護人の援助が「効果的」なものでなければ、国家の主張が意味のある試練に晒されることもなく、「公正な裁判」がなされたと評価することはできない。

ところが、補足意見の理解によれば、弁護人は、被告人自身の防御のためにのみ存在するものではない。日本国憲法制定以前から一貫して、弁護人は、被告人からは独立した立場で「何が被告人の利益か」を判断し、実体的真実発見の主体たる裁判所の真実発見に協力する義務を負う、補助機関としての性格を有する。被告人のための党派的弁護（誠実義務の遂行といってもよい）は、実体的真実発見協力義務に抵触しない範囲でのみ認められ、党派性（誠実義務）の徹底は、ときに実体的真実の発見を困難にし、あるいは被告人の「客観的な利益」を損なうものとして排斥される。したがって、「効果的な援助を提供する徹底した党派的弁護こそが、公正な裁判の実現にとって不可欠である」という考えが介在する余地はない。

3 弁護人の援助を受ける権利に対する判例の理解

(1) 弁護人の援助を受ける権利に対する判例の一貫性

前記補足意見に示された「弁護人の機能」に対する理解に照らして、本章で検討した弁護人の援助を受ける権利に関するわが国の一連の判例を眺めたとき、判例は、弁護人の機能に対する共通の理解の上に立ち、常に一貫した態度を保っていることが理解できる。

弁護人は、実体的真実発見の主体である裁判所を補助する機関であり、刑事裁判において弁護人の果たす機能は、公正な裁判の実現すなわち実体的真実の発見にとって不可欠なものではなく、飽くまで補助的なものとどまる。そのため、裁判所は、被告人が弁護人の援助を得る「機会を与え、その行使を妨げなければいい」のであって、弁護人の援助を受ける権利を実質的に保障する義務を負う必要はないということになる⁴²⁵。

すなわち、国選弁護人の選任という場面においては、弁護人による援助を受けるという

⁴²⁵ 最高裁昭和24年11月30日大法廷判決参照

被告人の権利は公正な裁判にとって不可欠であるとは考えられていないため、選任を受ける権利が実質的なものとなるように確保する義務を負うことはない⁴²⁶。また、裁判所は、被告人にとって、効果的な援助を受けることが可能となるような状況及び時期において国選弁護人を選任する義務も負わない⁴²⁷。利害相反のない国選弁護人を選任することによって弁護人の効果的な援助を実質的に確保するという義務も存在しない。よって、共同被告人のうち一方の私選弁護人を他方の国選弁護人として選任する場合であれ、あるいは複数の被告人に共通の弁護士を国選弁護人として選任する場合であれ、利害相反による権利侵害を防ぐために行動する義務を負うのは被告人・弁護人であり、裁判所に責任はない⁴²⁸。

他方、裁判所ではなく弁護人の行為が問題となる場面においても、弁護人は公正な裁判の実現に不可欠な存在ではない以上、同様に、裁判所が弁護人の援助を受ける権利を実質的に保障する義務を負うことはないと理解される。私選弁護人による利害相反のある複数被告人の共通弁護が、被告人の「弁護を受ける権利の実質的な制限」となっても、訴訟手続は違法とならない⁴²⁹。そして、弁護人が、被告人の意思に反して被告人に不利益な主張を行うことも、およそ弁護人としての役割から逸脱した被告人に敵対的な行為でない限り、違憲はもちろん違法の問題すら生じる余地がない⁴³⁰。

さらに、真実発見の主体である裁判所が自ら「実質弁護」の機能も果たすため、たとえ弁護人が控訴理由を何ら主張しなくとも、裁判所が詳細に検討をすれば、弁護人の援助を受ける権利の侵害は生じない⁴³¹。田宮博士は「職権主義のもとでは、弁護の機能を裁判所が吸収してしまうのであって（実質的弁護）、弁護が有効かどうかは問題になる余地がないのであるから、有効性を問題にするというのは、当事者主義の帰結だともいえる」⁴³²と指摘された。むろん、ここにいう「職権主義」とは、日本国憲法下における刑事訴訟を指すものとは意図されていない。しかし、判決の示す態度は、まさに、弁護の機能を裁判所が吸収する職権主義的なものにほかならず、そこに弁護人が効果的か否かを問題にする余地はないのである。

これら判例の態度に一貫していることは、わが国において、弁護人による援助を受ける権利とは、公正な裁判の実現に不可欠なものではなく、よって、弁護人の援助が実質を有した「効果的」なものであるよう求める権利は被告人に存せず、かつ、それに対応して国家（裁判所）にも、被告人が効果的な援助を受けられるように確保する義務は存在しない、ということである。これは、アメリカにおいて「弁護人の効果的な援助を受ける権利」が

⁴²⁶ 最高裁昭和 24 年 11 月 2 日大法廷判決，同昭和 24 年 11 月 30 日大法廷判決参照

⁴²⁷ 最高裁昭和 24 年 7 月 13 日大法廷判決，同昭和 32 年 6 月 19 日大法廷判決参照

⁴²⁸ 最高裁昭和 30 年 12 月 20 日第三小法廷判決，最高裁昭和 30 年 6 月 7 日第二小法廷判決参照

⁴²⁹ 最高裁昭和 43 年 4 月 18 日第一小法廷判決参照

⁴³⁰ 最高裁平成 17 年 11 月 29 日第三小法廷決定参照

⁴³¹ 最高裁昭和 36 年第一小法廷判決参照

⁴³² 田宮・前掲注（15）358 頁

形成される基盤となり、かつ、日本においても同様の権利の保障が及ぶ前提として学説により理解されていた「弁護人の機能」—すなわち、徹底した党派的弁護を通じて公正な裁判の実現に不可欠な機能を果たす—に対する認識が、欠けているということにほかならない。

(2) 最高裁平成11年3月24日大法廷判決⁴³³との関係

なお、判例による憲法37条3項の「弁護人の援助を受ける権利」の理解を上記のように把握するにあたっては、刑訴法39条3項本文の合憲性につき判断した最高裁平成11年3月24日大法廷判決との関係について、検討しておく必要がある。同大法廷判決は、憲法34条に関する判断ではあるが、同条前段が、弁護人の援助を受ける権利を実質的に保障したものであることを示した点で重要な意義があるとの理解⁴³⁴が、広くなされているためである。

同大法廷判決は、以下のように述べる。

「憲法三四条前段は、『何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。』と定める。この弁護人に依頼する権利は、身体の拘束を受けている被疑者が、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る。したがって、右規定は、単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないというにとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべきである。

刑訴法三九条一項が、『身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（弁護士でない者にあつては、第三十一条第二項の許可があつた後に限る。）と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる。』として、被疑者と弁護人等との接見交通権を規定しているのは、憲法三四条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、刑訴法の右規定は、憲法の保障に由来するものであるということが出来る」。

このように本大法廷判決は、憲法34条前段が、「弁護人から援助を受ける権利」ではなく、「弁護人から援助を受ける機会」を実質的に保障しているとした。身体を拘束された被疑者・被告人が、弁護人との接見交通という「機会」を奪われれば、弁護人の「援助」を受けることは物理的にまったく不可能となる。その意味においてまさに、接見交通に対する制限は弁護人の援助を受ける「機会」そのものの制限であり、弁護人の援助を受ける

⁴³³ 民集53巻3号514頁

⁴³⁴ 田口守一「公的刑事弁護の理念と展開」現代刑事法No.37（2002）6頁、椎橋隆幸「刑事弁護の在り方—効果的弁護・不適切弁護」現代刑事法No.37（2002）57頁など。

ための当然の必要条件である「機会」、すなわち接見交通権を実質的に保障しなければならない、というのが本判決の直接的に示すところである⁴³⁵。そのうえで、接見交通権といえども刑罰権ないし捜査権に優先するものではなく、「接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない」として、「弁護人の援助を受ける機会」の保障自体を、合理的調整論のもとに後退させた。すなわち、弁護人の援助を受ける機会が「実質的に保障」されるということは、弁護人の援助を受けるための必要条件としての機会が、必ずしも全面的に保障されるものではないことを別の形で表現したものともいえる。

仮に、本判決が、憲法34条は、身体を拘束された被告人のみならず被疑者に対して「弁護人の援助を受ける権利」それ自体の実質的な保障を要求したものと理解するのであれば、被疑者に対する国選弁護人の選任制度もその射程内であると解さなければ、「実質的な保障」の意義は乏しいことになる。しかし、本判決に先立ち、憲法34条が、弁護を受ける権利を「実質的に」保障したものであると説いた学説も、被疑者国選制度については憲法34条の直接の要請ではなく立法の問題であるという点で一致しており⁴³⁶、また、本判決自体、憲法37条3項の保障が被疑者には及ばないことを明示した。

このようにみたととき、接見交通権、すなわち弁護人の援助を受ける「機会」の確保以外にも憲法34条による「実質的保障」が及ぶという趣旨を、本判決から導くことはできない。そして、弁護人から援助を受ける「機会」の実質的な保障を説く本判決は、これまでに検討した憲法37条3項の弁護人の援助を受ける権利に対する判例の一貫した態度—すなわち、「弁護人を依頼する権利は、被告人がみずから行使すべきもので、裁判所は被告人にこの権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければよい」と、「機会」の保障という点において合致し、何ら矛盾するところがない。よって、本判決は、「憲法37条3項は、弁護人の援助を受ける権利の実質的な保障を要請するものではない」という判例の一貫し

⁴³⁵ 福井教授も、「本件大法廷判決の最も重要な意義は、接見交通権が憲法34条前段の保障する『弁護人依頼権』の内容として憲法上の権利であることを承認した点にある」とされる(福井厚「接見交通権に関する最高裁大法廷判決を読んで」季刊刑事弁護20号(1999年)17頁)。

⁴³⁶ 例えば、兼子・前掲注(302)616頁は、本条について「辯護人に依頼することができる、というのは、ただ形式的に依頼する権利を持つというだけでなく、実質的に依頼してその辯護を受ける権利を妨げてはならず、さらにその権利を充分に行使できるように、機会と方法とを與えなければならないことを意味する」としつつ、「國家が選任してやる義務までも規定したものではない」とする。また平野博士も、憲法37条3項及び34条による弁護人依頼権の保障について、「形式上弁護人を持つ権利だけでなく、実質的に、その弁護を受ける権利をも含むものと解しなければならない」としながら、被疑者には国選弁護人選任請求権はないとし、立法論としては大いに考慮の余地があるとするにとどまる(平野・前掲注(9)73~74頁)。なお、田口教授は、本判決に関連し「これ(注:本判決)は接見交通権との関係での判示であるが、弁護権の『実質的保障』の視点からは、被疑者の公的弁護制度の導入も当然積極的に評価されることとなろう」(田口・前掲注(434)6頁)と指摘される。

た理解に、影響を及ぼすものではない。

終章 「弁護人の効果的な援助を受ける権利」の確立に向けて

第1 「弁護人依頼権」を「弁護人の援助を受ける権利」として捉えなおす

日本国憲法 37 条 3 項は、第 6 修正と同様、被告人に対し、弁護人による実質的で「効果的」な援助を保障した規定であるということは、わが国の研究者の間で異論なく共有されてきた。しかし、これまでの検討から、判例は、憲法 37 条 3 項を、国家による弁護人の援助を受ける権利の実質的保障、そして効果的な援助を受ける権利の保障を要請するものとは理解していないことが明らかとなった。効果的な援助を要請するはずの「弁護人の機能」—すなわち、当事者主義において公正な裁判を実現するために不可欠な役割を果たすという機能—に対する理解が、最高裁によっては共有されていなかったのである。

弁護人による効果的な援助を受けることが、被告人の「権利」となり、それを保障する義務を国家（裁判所）が負うためには、裁判所自身による、弁護人の効果的な援助を要請する基盤としての「当事者主義」のあり方と、そこにおける「弁護人の機能」に対する理解が、根本的に変わる必要がある。そのような過程なくして、憲法 37 条 3 項の「弁護人に依頼する権利」が、単に字義の解釈の問題ではなく、同条項本来の内容である「弁護人による効果的な援助を受ける権利」として捉えなおされることはない。これは、明治以来、その核心部分においては変化することなく引き継がれてきたとあってよい「弁護人の機能」の位置付けに根本的な変更を迫ることにほかならず、その実現は極めて困難と言わざるを得ない⁴³⁷。

ただし、日本においても、弁護人の機能の不可欠性が正しく認識され、効果的な援助を受ける権利が憲法上の要請として確立されるために、ひとつの突破口となり得る契機を内

⁴³⁷ 同時にそれは、弁護人の側においても大きく考え方の転換を迫るものである。松尾教授は、『英米式の』当事者主義（本来的当事者主義）に対して「疑似当事者主義」ということばをもって新刑訴法下の刑事訴訟を表現したうえで、「弁護士層からも支持される疑似当事者主義の実質」とは、「きめ細やかな真実の発見」であり「精密司法の実現」であるとされた。そして、「これを検察側から見れば検察権の強化（その目標は実体的真実の追求と適切な刑事政策の実行）となり、弁護側から見れば弁護権の強化（その目標は、納得のゆく裁判と被告人の権利の擁護）となる。両者は『精密司法』という一つのものをめぐって、具体的には対立することもあれば（たとえば、被疑者との接見交通）、合致することもあるが（たとえば、控訴審の続審化）、根源においては相互補完的であり、共同して本来的当事者主義と対立する。」とされた（松尾浩也「当事者主義と弁護」『刑事訴訟の理論』113 頁（有斐閣、2012）。初出：鴨良弼先生古稀祝賀論集『刑事裁判の理論』（1979））。弁護人自身が、精密司法を支える存在からの脱却をはかることなしに、弁護人の援助を受ける権利の確立はあり得ない。

在するものとして、死刑事件を挙げることができる。

第2 死刑事件における「弁護人の機能」

1 死刑事件における効果的な援助の重要性

わが国の場合、検察官による論告・求刑がなされるまで、死刑が求刑されるか否かが明らかにされないため、第一審段階では、アメリカのように明確な「死刑事件(capital case)」という範疇が存在するわけではない。しかし、実質的には死刑求刑が見込まれる一定の重大事件が存在し、多くの弁護人は、死刑判決を回避すべく弁護活動にあたる。ここでは、このような事件を「死刑事件」と呼ぶこととする。

非死刑事件と同様、死刑事件においても、弁護人が提供する援助の質によって、判決は分かち得る。ここで非死刑事件と決定的に異なる点は、援助の質の差が文字どおり生死を分ける結果になる、ということであり、弁護人による援助は決定的に重要なものとなる。

ところが、判例の立場に照らせば、弁護活動の質がいかに低いものであっても、それが違法性の問題となることはない。例外的に弁護人の行為が違法となり得るのは、弁護人の行為が「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、ということになる。すなわち、弁護人が被告人を糾弾し、検察官とともに死刑を求めるような場合でない限り、違法の問題は生じないということになる。しかし、このような結論を支持する意見は、まずないと思われる。

2 慎重かつ公平な死刑判断の前提としての効果的な援助

弁護人が被告人を糾弾するような極端な事例はさておくとして、次に、死刑事件において、「判断の基礎となる事実関係とそれに対する評価の両面において、検察の主張が、弁護人の効果的な援助による意味のあるテストを経ないまま認定され、死刑という究極の判断が正当化される」ことを認めてもよいであろうか。

この点に関しては、最高裁自身が、死刑の量刑判断の特殊性を認めていることが重要である。

すなわち、死刑制度を存置する現行法制の下では、「各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が誠に重大であつて、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむをえないと認められる場合には、死刑の選択も許される」（最高裁昭和58年7月8日第二小法廷判決）⁴³⁸として、死刑事件に特別な「慎重さ」を求めた。さらに、最高裁は、平成27

⁴³⁸ 刑集 37 卷 6 号 609 頁

年2月3日第二小法廷決定⁴³⁹において、「死刑は、懲役、禁錮、罰金等の他の刑罰とは異なり被告人の生命そのものを永遠に奪い去るという点で、あらゆる刑罰のうちで最も冷厳で誠にやむを得ない場合に行われる究極の刑罰であるから、昭和58年判決で判示され、その後も当裁判所の同種の判示が重ねられているとおり、その適用は慎重に行われなければならない。また、元来、裁判の結果が何人にも公平であるべきであるということは、裁判の営みそのものに内在する本質的な要請であるところ、前記のように他の刑罰とは異なる究極の刑罰である死刑の適用に当たっては、公平性の確保にも十分に意を払わなければならない」として、慎重さに加えて公平性にも十分な注意を要することを明らかにした。

もつとも、最高裁が示しているのは、裁判体が判断を行うにあたっての「慎重さ」であり「公平性」の確保である。判断の基礎となる様々な要素を捕捉し、証拠として裁判所の判断に供するまでのプロセスの慎重さには、触れられていない。よって、ここに弁護人による効果的な援助の必要性が介在する余地はないかのようにもみえる。

しかし、死刑判断に慎重さを要求するにもかかわらず、判断の基礎となる事実関係が、もっぱら検察の主張に即した方向のものに偏したものとなることを許容するのでは、「慎重さ」を求める意義は失われる。弁護人が徹底した調査活動により、捜査機関によっては明らかにされなかった事実を明らかにし、あるいは事実別の角度から光を当てることにより異なる評価を導くことによって、初めて、最終的な「判断における慎重さ」「公平性」が活かされることになる。この最終判断に至る過程において、裁判所あるいは検察官が、弁護人の役割を果たすことは不可能である。職権主義のもとにおいては、判検事といえども被告人の利益を図る「実質上の弁護人」としての役割をも担う者とされつつ、こうした「実質弁護」によっても被告人の利益を十分に保護することはできないため、純粹に被告人の利益を図る弁護人の存在が必要であることが認識されていた⁴⁴⁰。しかし、現行刑事訴訟法の手続のもとで、なおかつ検察官が死刑を求刑するような場合には、裁判所による「実質弁護」によって弁護人の援助の不十分さを補うことなど到底できない⁴⁴¹。弁護人による「効果的な援助」がなければ、いかに裁判所が意を用いようとも、その判断の「慎重さ」も「公平性」も、その真価を発揮することはないのである。

このような理解に立てば、弁護人が徹底的した党派的弁護によって検察官の主張を厳しくテストするプロセスを経てはじめて、被告人の生命を絶つべしという検察官の主張が、やむを得ないものとして許容され得る、ということになる。換言すれば、現行法制が死刑

⁴³⁹ 裁時1621号4頁

⁴⁴⁰ 江木・前掲注(6) 109頁

⁴⁴¹ 渥美博士は、わが国の最高裁が、当事者主義公判においても「弁護権を奢侈品とみる見解」に立ち、「裁判所や検察官による実質弁護で十分ではないか」という立場であると指摘したうえで、「当事者主義公判では、被告人のインシヤティブが必要であり、そのための弁護人の助力は必須要件であるから、判例の変更が強く望まれる」とされた(渥美・前掲注(310) 245頁)。

制度を存置する以上、死刑事件において、弁護人が効果的な援助を提供することは不可欠の前提であり、この前提なくして、裁判の結果（死刑判決）が信頼するに足るものであるという意味における「公正な裁判」の実現はない、ということになる⁴⁴²。

3 死刑事件から非死刑事件へ

かつて、アメリカにおける弁護人の援助を受ける権利の発展の途上においては、「死刑事件か否か」が大きな意味を持った。すなわち、弁護人による援助を受ける権利自体が認められていなかった植民地時代から、死刑事件については弁護人による防御を認める法域があり、また、弁護人による援助が私選弁護人による援助を受ける権利に限られていた時代においても、死刑事件については裁判所により弁護人の選任を受ける権利が広く認められた。さらに、弁護人の援助の質が問題となると、代理人ルールによって弁護人の援助が効果的ではなかったことを理由とする救済が一般的に否定されるなかにあつて、被告人の生死がかかる死刑事件については特別な考慮をする動きがあつた。また、第14修正のデュー・プロセス条項により弁護人の援助を受ける権利が否定されたか否かを判断する際の、重要な指標のひとつも、死刑事件か否かであつた。

しかし、死刑事件か非死刑事件かを区別して、前者における弁護人の援助を受ける権利の保障を追求していくにつれ、非死刑事件における弁護人の援助の必要性との質的な差異についての疑問が生じてきた。公正な裁判に不可欠な弁護人の機能からすれば、死刑事件と非死刑事件とを区別することに合理性はないのである。この差異化をついに解消したのがGideon v. Wainwright判決であり、これを契機に弁護人の効果的な援助を受ける権利は、めざましく進展することになった。

わが国においても、法律実務家らは、死刑事件における弁護人の援助のあり方についての議論と実践とを通じて、そもそも「弁護人の機能」とはどうあるべきか、という根源的な問題に向き合う契機をもつことになるであろう。そして、弁護人の機能に対する理解の深まりこそが、死刑事件か否かを問わず「効果的な援助を受ける権利」の保障を要請する萌芽となる可能性を持つのである。

第3 弁護人の効果的な援助を受ける権利の侵害に対する救済の方向性

⁴⁴² 効果的な援助を確保する義務を負う国家は、弁護人に対し、効果的な援助の実現に必要な費用（国選の場合）や便益を提供する義務を負う。アメリカにおいて死刑制度の維持に係る膨大な費用の問題については、Death Penalty Informatin Centerによる以下の報告書が要領よくかつ説得的に紹介している。Smart on Crime: Reconsidering the Death Penalty in a Time of Economic Crisis (available at <http://www.deathpenaltyinfo.org/documents/CostsRptFinal.pdf>)

「弁護人の効果的な援助を受ける権利」が権利として保障されるということは、その権利を確保する義務が裁判所に課されると同時に、権利の侵害に対しては事後的に救済がなされるということの意味する。そこで最後に、効果的な援助を受ける権利の侵害に対する救済のあり方の方向性につき、若干述べることにする。

1 訴訟手続の法令違反

現行刑事訴訟法上、弁護人の効果的な援助を受ける権利が侵害されたことを主張する被告人に対する具体的な救済は、判決に影響を及ぼす訴訟手続の法令違反（刑訴法 379 条、411 条 1 号）による原判決の破棄となる。

最高裁平成 17 年 11 月 29 日第三小法廷決定の補足意見は、弁護人が誠実義務に違反する最終弁論を行った場合に、「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」とした。

この点について調査官解説は、弁護人が、検察官の論告に等しいような主張をすることは、当事者主義の訴訟構造における弁護人制度と全く相いれないものであるから、当該主張をすること自体が刑訴法 30 条に違反し、違法と評価せざるを得ないと指摘しつつ、裁判所の訴訟指揮により違法の瑕疵を治癒することが可能であるとして、「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成り立ち得るかと思われる」とする⁴⁴³。そして、誠実義務違反の最終弁論が違法とされる場合の考えられる法律構成としては、①最終弁論自体が直ちに違法の評価を受け、裁判所がこれを放置して結審すると、その裁判所の訴訟指揮・訴訟行為も違法の評価を受けるという考え方、②最終弁論自体は常に不当の評価を受けるにとどまり、不当な最終弁論を放置したまま結審した裁判所の訴訟指揮権のみが違法の評価を受けることになるという考え方、③最終弁論の内容によって、①のような評価になる場合と②のような評価になる場合に分かれるという考え方、を挙げている⁴⁴⁴。そして、「【補足意見は】上記のような法律構成のいずれを採るかはペンディングにしつつ、いずれかの構成で違法とされることがあることは否定できないとの趣旨を述べたものと解される。」⁴⁴⁵としている。

本件で問題となったのは弁護人の最終弁論であり、弁護人の行為が、被告人の意思に反して不利益な内容であることが裁判所にその場で明らかとなる場面であるため、裁判所の訴訟指揮が問題となるわけであるが、そのような場面であっても補足意見は、弁護人の行為「それ自体が違法とされ」る場合があり得ることを認めた。また、その後、実際に本決

⁴⁴³ 芦澤・前掲注（381）661 頁

⁴⁴⁴ 芦澤・前掲注（381）661－662 頁

⁴⁴⁵ 芦澤・前掲注（381）662 頁

定を引いて弁護人による誠実義務違反の行為（反対尋問及び最終弁論）を違法とした東京高裁平成23年4月12日判決は、弁護人の行為の違法性と訴訟指揮の違法性を、ともに認定した⁴⁴⁶。

2 効果的な援助を受ける権利の侵害という法令違反

他方で、弁護人の活動の有効性が「効果的な援助」か否かが問われる場面では、事情は大きく異なる。こうした場面では、明らかに効果的な援助の否定があったにもかかわらず、裁判所による訴訟指揮は必ずしも違法と評価できない場合が多々ある。そのような場合には、弁護人の非効果的な援助「それ自体が違法」とされること、被告人の側からみれば、効果的な援助を受ける権利を侵害されたこと「それ自体が違法」とされることによってこそ、救済の可能性が生じるのである⁴⁴⁷。

裁判所による訴訟指揮は違法と評価できなくとも、弁護人による効果的な援助を受ける権利は現実に侵害される場面があることを端的に示すのが、利害相反事例である。利害相反の存在は、被告人においてすらの確に判断することが困難なものであるうえ、弁護人は、まさに利害相反があるがゆえに、その存在が明らかとなるような訴訟活動を避ける傾向にあるため、裁判所にも認識が難しい⁴⁴⁸。こうして、裁判所はおろか、被告人においてすら利害相反の存在を認識し得ず、したがって裁判所の訴訟指揮自体には何ら問題がない場合であっても、事後的に、深刻な利害相反の存在と、それによる効果的な援助を受ける権利の侵害が明らかになる場合は、十分にあり得るのである。

⁴⁴⁶ 前掲注（406）参照。同判決は、「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というほかなく、それを放置して結審した訴訟手続には法令違反がある……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というべきである。原裁判所は、上記の違法がある状態をそのままにして、有罪の判断をすることは許されなかったのであるから、原審の訴訟手続の法令違反が判決に影響を及ぼすことは明らかである。」とした。

⁴⁴⁷ 前記調査官解説は、弁護人が検察官の論告に等しいような弁論を行うことを刑訴法30条違反と捉え、また、村岡・前掲注（393）156頁は、「法的には、弁護人の誠実義務違反は、憲法37条3項及び刑訴法30条違反を構成する」とするが、国家には被告人が効果的な援助を受ける権利を確保されるように裁判を行う義務があることからすれば、被告人の権利が侵害されたことをもって訴訟手続の法令違反と捉えることができる。

⁴⁴⁸ 名古屋高裁平成9年9月29日判決（判時1619号41頁）の事例は国選弁護の事例であったが、弁護人は、被告人双方の主張が食い違う部分についてはまったく触れることがなかった。

利害相反はないが、弁護人の行為が非効果的で被告人にとって援助とならない場合には、裁判所による認識は、なおのこと困難といえる。弁護人の行為が、果たして、何らの調査活動も行わずただ怠慢であるがゆえなのか、被告人と十分な協議を経たうえでその意思を尊重した結果であるのか、あるいは周到な準備に基づく弁護戦略によるものなのか、裁判所には明らかではない。

このような場合に、裁判所による訴訟指揮の違法性を観念し得ない以上、訴訟手続の法令違反はないものとして上訴理由を否定すれば、被告人の救済可能性はなくなる。しかし、憲法 37 条 3 項は、被告人の効果的な援助を受ける権利を確保する義務を、国（裁判所）に課しているのであり、被告人が効果的な援助を受けることができなかつた場合に、これに対して救済を与えなければ、権利を保障したことにはならない。憲法 37 条 3 項は、被告人が「十分な法的援助を受けることなく、自ら防御を行わなければならないような裁判を国家が行うことを、妨げている」のである。したがって、被告人が効果的な援助を受ける権利を否定された場合は、権利侵害それ自体が違憲（憲法 37 条 3 項違反）かつ違法（刑訴法 30 条違反）なのであるから、これをもって端的に訴訟手続の法令違反を認めるべきである。

3 「効果的な援助」をどうはかるか

なお、Strickland 判決は、弁護活動が、①客観的な合理性の基準を下回ることのほか、②手続の結果が異なる結果となった合理的な蓋然性（不利益）という 2 点の立証を、救済を求める被告人に課した。わが国においても、刑事訴訟法は、訴訟手続の法令違反が「判決に影響を及ぼす」ものであることを要求しており、これは Strickland 判決の不利益要件とほぼ重なるものである。効果的な援助の否定を端的に法令違反と捉えることにより、わが国においても、Strickland 基準と同様の判断が、可能となるのである。

もっとも、その先にはなお、効果的な援助が否定されたか否かをいかにしてはかるか、という「難問」が待っている。Strickland 判決の 20 年前、田宮博士は、国選弁護人の弁護拒否に対する損害賠償請求問題に寄せて、事実審段階における弁護人の民事上の義務違反について、次のように指摘されていた。すなわち、事実審においては、何が義務かということを一面的には決め得ず、たとえそれができても、具体的な場合に特定の義務違反を確定することも困難である。臨機応変に展開される弁護活動を事後的・客観的に評価することは容易ではなく、また義務を厳格に考えると、自由闊達な活動を抑制し、かえって被告人に不利益になりかねない。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委ねるのが筋である、と⁴⁴⁹。

⁴⁴⁹ 田宮・前掲注（382）29 頁。なお、大西事件と同様に死刑判決を受けた被告人が控訴審の国選弁護人に対して行った損害賠償請求について、東京地裁平成 11 年 1 月 26 日判決（判タ 1041 号 220 頁）は、「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

こうした議論は、まさに Strickland 判決が示した懸念を共有するものであり、民事上の義務違反のみならず、「効果的な援助」の評価にもあてはまるものである。しかし、法曹倫理的自律あるいは弁護士会による懲戒の規律に委ねるのみでは、効果的な援助を受ける権利を侵害されて有罪判決を受けた被告人に対する救済とはならないことも、また、明らかである。

Strickland 判決が示したように、弁護活動の評価には、「あと知恵による歪みを排除し、弁護人の行為がなされた状況を再現し、その行為を、その当時の弁護人の視点から評価する」努力が必要となる。事後的な判断に内在する困難と制約、また弁護活動に対する萎縮的效果を防ぐ必要性に鑑みれば、わが国においても、弁護人の活動が、客観的に合理的といえる水準を下回っていたか否かによってはかることが、おそらくは適切であろう。

もっとも、現在のところわが国では、日本弁護士連合会が定める弁護士職務基本規程は刑事弁護に特化した規定を僅か4箇条しか持たず⁴⁵⁰、アメリカにおける ABA の刑事司法基準やガイドラインのような、「指針」となるべき歴史と権威を兼ね備えた実務規範は存在しない。しかし、アメリカにおける実践の歴史が示すように、弁護士みずからが「効果的な援助」そして「弁護人の機能」のあり方を真摯に追究する長い過程において、指針となるべき実務上の規範は、おのずと形成されていくであろう⁴⁵¹。そしてまた、そのような取り組みは、「弁護人の機能」に対する裁判所の認識にも、変化をもたらしていく可能性を持つのである。

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ものというべきことは当然であって、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、違法と評価されるものと解するのが相当である。」として原告の請求を棄却した。平成 17 年第三小法廷決定と同様に、弁護人の補助機関性と、それに基づく実体的真実発見協力義務から、誠実義務の範囲を非常に狭く捉えている。

⁴⁵⁰ 第 4 章「刑事弁護における規律」（第 46 条「刑事弁護の心構え」、第 47 条「接見の確保と身体拘束からの解放」、第 48 条「防御権の説明等」、第 49 条「国選弁護における対価受領等」

⁴⁵¹ 例えば、日弁連刑事弁護センター死刑弁護プロジェクトチームが会内資料として作成した「手引き『死刑事件の弁護のために』」（2015 年 10 月発行）は、将来における実務指針の形成を期待させるものである。