

弁護人の効果的な援助を受ける権利

田鎖麻衣子[※]

はじめに

- I アメリカにおける弁護人の援助を受ける権利と「非効果的援助」主張の登場
- II 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」の保障とその発展
- III 連邦控訴裁判所における「効果的な援助」判断基準の形成
- IV 効果的な援助を受ける権利の侵害と国家の関与～Cuyler v. Sullivan
- V 連邦最高裁による「効果的な援助」の判断基準～Strickland v. Washington
- VI 日本における弁護人の援助を受ける権利
- VII 「弁護人の効果的な援助を受ける権利」の確立に向けて

はじめに

日本国憲法 37 条 3 項は、職権主義のもと裁判所の補助機関であった弁護人の役割を、当事者主義における積極的・主導的な役割へと質的に転換するよう迫った¹⁾。同条項は、弁護人の効果的な援助を受ける権利を保障するアメリカ合衆国憲法第 6 修正を範とすることから、アメリカ型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」の実質的保障が、わが国でも同様に要請されると認識され、同条項は「弁護人の効果的な援助を受ける権利」を保障するとの理解が、特段深く検討されることなく共有されてきた²⁾。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 16 巻第 2 号 2017 年 7 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科非常勤講師・弁護士

- 1) 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、1961）、石川才顕『捜査における弁護の機能』42 頁（日本評論社、1993）。
- 2) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958）73 頁、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、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〕など。

その一方、わが国では「効果的な援助を受ける権利」の内容が具体的に論じられることも、その侵害の有無を裁判所が判断することも殆どなかった。こうした理論・実務両面における議論の欠乏は、効果的な援助の前提となる諸制度の不備にその原因があると指摘されてきた³⁾。この指摘によれば、諸制度の整備により、効果的な援助を受ける権利も確立に向かうことになる。しかし、アメリカでは諸制度がおよそ不備であった時代から弁護人の援助の質が議論され、効果的な援助を受ける権利の確立をみており、制度的な不備の解消は必要条件ではない。むしろ、日本において「効果的な援助を受ける権利」を問う議論が発展してこなかった背後には「弁護人の援助を受ける権利」ひいては「弁護人の機能」の捉え方があるのではないかと、との疑問が生じる。仮に、日本型の「弁護人の援助を受ける権利」及び「弁護人の機能」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ならば、その把握に変化がない限り、「効果的な援助を受ける権利」の確立は見込めない。

そこで本稿では、先行研究では詳細に検討されていない、アメリカにおける弁護人の効果的な援助を受ける権利の形成過程を辿り、その基盤にある弁護人の機能の捉え方を明らかにする。これを、わが国の判例による弁護人の機能の把握と対比して考察し、日本における効果的な援助を受ける権利の確立を阻む弁護人の機能の理解と、将来の権利確立の可能性を論じる。

なお、本稿では、アメリカとの比較対照の便宜、及び「有能な弁護人の援助を受ける (shall have the assistance of competent counsel)」との日本国憲法 37 条 3 項の英文に鑑み、引用等の場合を除き、「弁護人を依頼する権利」「弁護人依頼権」ではなく、「弁護人の援助を受ける権利」との表現を用いる。また、被告人が権利主体である点から、弁護人の権能との混同を避けるため、「弁護権」という語は引用等を除き用いない。さらに、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日本国憲法 34 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⁴⁾に鑑み、本稿では、37 条 3 項の

3) 田宮裕「弁護の機能」『刑事手続とその運用』353頁以下(有斐閣、1990)、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)47頁参照。

もとでの弁護人の援助を受ける権利を論じることとする。

I アメリカにおける弁護人の援助を受ける権利と「非効果的援助」主張の登場

1 弁護人による援助を受ける権利の承認とその拡大

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」と定める。これはイングランドに淵源をもつ規定ではなく、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⁵⁾。イングランドでは、1695年に反逆罪の被告人に弁護人による防御が認められるまで、弁護人を雇いその援助を受ける権利は、軽罪においてのみ認められ⁶⁾、重罪で訴追された者には弁護人による防御が禁じられ⁷⁾、自己弁護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緩和されていったが、飽くまで裁判所が裁量により事件ごとに弁護人を認めるか否かを判断し、認める場合にもその役割は限定された。制定法がすべての重罪事件において弁護人を雇う権利を認めたのは1836年であった⁸⁾。

初期植民地時代のアメリカはこの伝統を受け継ぎ、被告人に弁護人の援助を認めなかった。しかし、ほどなく各植民地は、少なくとも立法面では本国と異なるアプローチをとり始める⁹⁾。1660年の制定法で、ロードアイランドは、罪名に関わらず被告人が弁護人により法律上のいかなる主張をも行う権利を認めた¹⁰⁾。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

4) 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。

5) James J. Tomkovicz, *The Right to the Assistance of Counsel* (Greenwood Press, 2002), at 9-14.

6) *Treason Act of 1695*による。William M. Beaney, *The Right to Counsel in American Courts* (University of Michigan Press, 1955), at 8-9.

7) Tomkovicz, *supra* note 5, at 2-6.

8) *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。

に問われた被告人にも弁護人の援助を認めた¹¹⁾。1731年、サウスカロライナは死刑を科し得るすべての重罪につき、弁護人による防御を認めた¹²⁾。

1791年の権利章典採択時点では、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ていた¹³⁾。さらに、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、デラウエア、メリーランドの7州は、州憲法により、すべての刑事訴追において弁護人の援助を受ける権利を保障した¹⁴⁾。例外であったジョージア州も1798年、州憲法で弁護人の援助を受ける権利を定めた¹⁵⁾。また既にくいつかの州では、死刑相当犯罪の被告人が貧困のため弁護人を雇えない場合に、裁判所による弁護人の選任を制定法で定めていた¹⁶⁾。これは、重罪の多くが死刑相当犯罪であった当時、大きな意義を有した¹⁷⁾。立法による弁護人の選任を受ける権利は非死刑事件にも拡がり、ニュージャージーは1795年の立法で、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。コネティカットでは、遅くとも1750年以降、すべての刑事事件において、被告人の希望により裁判所が弁護人を選任する慣例が確立した¹⁸⁾。

9) Tomkovicz は、アメリカで早くから弁護人の援助を受ける権利が認められた要因の一つとして検察官制度の存在を指摘する。Tomkovicz, *supra* note 5, at 9-10. もっとも Beaney は、植民地時代のアメリカの制定法と、実際の運用とは別問題であると強調し、イングランドの実務との明確な違いを指摘するには植民地時代の実務に関する研究が不足していると指摘する。Beaney, *supra* note 6, at 14-15, 22.

10) Tomkovicz, *supra* note 5, 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 6, at 18.

11) Tomkovicz, *supra* note 5, at 12.

12) *Id.* at 12.

13) コネティカットは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 5, at 13.

14) *Id.* at 11.

15) *Id.* at 13.

16) ペンシルヴェニア (1718年)、デラウエア (1719年)、サウスカロライナ (1731年)、マサチューセッツ (1777年、反逆罪および反逆罪隠匿の罪に対して)、ニューハンプシャー (1791年)。*Id.* at 12-13; *see also* *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455, 467 (1942).

17) Tomkovicz, *supra* note 5, at 12.

18) Beaney, *supra* note 6, at 16; *see also* *Betts v. Brady*, 316 U.S. at 467.

2 弁護人の援助を受ける権利と合衆国憲法・連邦最高裁の限定的役割

もともと、権利章典の採択が現実に各法域の弁護人の援助を受ける権利に及ぼす影響は限られていた。一つには、第6修正が保障したのは被告人が自ら依頼した弁護人の援助を受ける権利であり、裁判所により弁護人の選任を受ける権利は含まないと解されたことによる¹⁹⁾。もう一つの、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き連邦政府に向けられたものであり、州を拘束しなかった点である²⁰⁾。刑事事件の圧倒的多数が州の管轄下にある以上、各地の実務における第6修正の保障の意義は限定されざるを得なかった²¹⁾。

1868年、「……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。……」と定める合衆国憲法第14修正が採択されると、これが州政府による権利侵害へのセーフガードとなることが期待された。しかし、権利章典の各規定が第14修正を通じて各州にも全面的に適用されるとの見解は、連邦最高裁において常に少数にとどまった²²⁾。多数派は、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る場合はあるものの、それは「権利の否定が、法の適正な手続の否定となる」²³⁾場合に限られると理解した。しかも、州の行為が第14修正のデュー・プロセス条項に違反するか否かは、当該権利が「秩序ある自由という枠組みの本質」²⁴⁾であるか、「アメリカの司法体系にとって根本的」²⁵⁾であるか、ある

19) Tomkovicz, *supra* note 5, at 20-21. 第6修正の文言自体に加え、1790年連邦犯罪法 (Federal Crimes Act of 1790) が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選任が第6修正の保障に含まれなかったことの有力な根拠とされる。なお内藤・前掲注8) 26頁も参照。

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

21) Tomkovicz, *supra* note 5, at 21.

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

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

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

いは、権利の否定が「基本的な公正さの否定」²⁶⁾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緩やかで流動的な規定であり、その違反は当該事案の事実関係全体により判断されるものとされ²⁷⁾、かつ、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²⁸⁾。

こうして州の行為がデュー・プロセス条項違反となるハードルが非常に高く設定された結果、同条項が刑事手続に影響を与えることは殆どなく、刑事司法分野の運営は、各州の自由な裁量に委ねられる状態が続いた²⁹⁾。

3 州裁判所における非効果的援助に関する初期の裁判例

一方、各州の憲法・立法により、弁護人の援助を受ける事件の範囲は拡大していった。Powell v. Alabama³⁰⁾判決の前年である1931年時点で、死刑事件に関してはすべての州、重罪については34州、軽罪については28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いていた³¹⁾。弁護人の援助を受ける事件が増加するにつれ、事実審理での弁護人の援助が非効果的であったこと (ineffective assistance of counsel、IACと略される) を理由に救済³²⁾を訴える被告人が登場するようになった。こうして、IACにより弁護人の援助を受け

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

26) Betts v. Brady, 316 U.S. at 462.

27) Id. at 462.

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

29) Jack R. Bailey, Defense Counsel Incompetence in Criminal Trials Past—Present—Future, 10 S. Tex. L. J. 121, 123 (1968). 例えば、連邦最高裁が刑事事件において同条項を初めて実効的に適用したとされる Moore v. Dempsey 判決 (261 U.S. 86 (1923)) では、群衆裁判 (mob trial) の事案において裁判手続全体が第14修正のデュー・プロセスに違反する可能性が判断されたが、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。Bailey, at 124.

30) 287 U.S. 45 (1932).

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

32) 救済を訴える手段は様ではない。19世紀後半から20世紀初めにかけては、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。IAC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 appeal による場合もあった。

る権利が侵害されたという被告人の主張については、まず、各州の裁判所において裁判例が集積されていった。

(1) 代理人ルールによる救済の否定

コモン・ローでは、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らず、IAC の主張は、初期の段階では被告人救済の根拠とはならないと解されていた。弁護士と依頼者との関係は代理関係であり、依頼者は、自ら選んだ弁護士が自分を代理して行ったいかなる行為をも承認し、その危険を引き受けるものと推定され、弁護士に対する損害賠償請求は出来ても、無能な弁護の結果を覆すことはできない、というのがその理由であった³³⁾。こうした考えは、被告人が自ら弁護人を雇った場合とはもかく、裁判所が選任した弁護人にはあてはまらない。しかし裁判例は、裁判所が選任した弁護人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*³⁴⁾ 判決 (1897) において、ミズーリ州最高裁は、以下のように被告人の救済を否定する見解を示した。

「……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士の無知、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。……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。……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の選任を要求するような点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、被告人に無報酬で役務を提供した弁護

33) 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).

34) 38 S. W. 567.

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。]³⁵⁾

ここでは、代理人ルールに依拠しつつ、救済を否定する実質的な理由が、法的安定性の確保と、無償ないし極めて低い報酬で活動した弁護人の活動の尊重にあることが示されている。裁判所の消極姿勢の背景としては、被告人はいずれにせよ有罪であるとの根強い考え³⁶⁾や、法曹仲間である弁護人を非難することへの躊躇³⁷⁾が指摘されている。

(2) 代理人ルールの修正～デュー・プロセス的アプローチ

もっとも、刑事事件で不当な評決がなされれば、損害賠償によっても被告人の保護は不可能である。よって多くの裁判所は、刑事事件においては代理人ルールも相対的に緩和されるべきとの考えを示し³⁸⁾、特に死刑事件についてはこれが妥当すると考えられた³⁹⁾。ただし、裁判所が弁護人の行為を理由に救済を与えるのは、被告人が当該行為による不利益を証明した場合に限られるとされた⁴⁰⁾。

そして19世紀終盤以降、僅かだが弁護活動自体を理由とした被告人の救済事例が登場する。これらの裁判例は、代理人ルールを原則としつつ、例外的に救済を与えるには、弁護人の行為に明らかな過誤があったことに加え、結果的に「公正な裁判 (fair trial)」がなされなかった、すなわち、被告人が不利益を被ったことが必要であるとした。これは、権利の否定それ自体の重大性のみならず不利益の発生をも要求する点で、第14修正のデュー・プロセス違反の認定手法と類似し、「デュー・プロセス的アプローチ」といえる⁴¹⁾。よって、この手法により

35) Id. at 570.

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

37) *Mayeux*, supra note 33, at 2171.

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

39) 例えば *State v. Bengel*, 17 N. W. 100, 102 (1883).

40) Id. at 102.

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

救済が与えられた事例は極めて少数であるうえに、いずれも証拠が脆弱で適切な弁護活動による無罪の可能性が十分にあり、ゆえに被告人の不利益も明らかな事案であった。

(3) 代理人ルールの修正～弁護人の援助を受ける権利からのアプローチ

他方、弁護人の援助を受ける権利そのものを基盤に被告人を救済する裁判例も少数ながら存在した。その代表例である *People v. Nitti*⁴²⁾ 判決 (1924) の事案では、移民であった被告人 2 名が謀殺の罪に問われ、共通の私選弁護人 1 名の弁護を受け、脆弱な状況証拠のもとで死刑を宣告された。イリノイ州最高裁は以下のように述べて再審理を命じた。

「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。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。……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方が、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。」⁴³⁾ (引用省略)

同判決は、弁護人の援助を受ける権利が実質的な保障を要する点を強調し、私選弁護人の事案にもかかわらず救済を導いた点に大きな特徴がある。

また、ニューメキシコ準州最高裁が判断した *Roper v. Territory*⁴⁴⁾ 事件

42) 143 N. E. 448.

43) *Id.* at 454.

44) 7 N. M. 255.

(1893)は、評決・判決までに至る手続全体が裁判としての体をなさず、ゆえに弁護活動もまったく内実を欠いていたという群衆裁判 (mob trial) の事案である⁴⁵⁾。同裁判所も、弁護人の援助を受ける権利とは実質を伴うべきことを議論の出発点として強調し、実質的な弁護活動がなされないことで被告人の管轄変更を求める権利が侵害されたという点のみならず、証拠能力のない証拠が許容された点をも指摘し、再審理を命じた。

(4) 第14修正によるIAC救済の可能性

イリノイ州のみならず各州の憲法は第6修正類似の保障を規定していたが、*People v. Nitti* 判決のような判断は稀であった。また、*Roper* 判決当時のニューメキシコは準州であり、第6修正の規定が直接適用された点で例外的な事案である。こうした状況の下、第6修正の適用がない各州の被告人が救済を得るには、連邦裁判所によって第14修正のデュー・プロセス条項違反を認定される必要があった。すなわち「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」であり、かつ、当該権利の否定は「基本的な公正さの否定」であると評価される必要があり、その出発点が連邦最高裁による *Powell v. Alabama* 判決 (1932) である。

そこで次章では、連邦最高裁による第14修正のもとでの弁護人の援助を受ける権利の理解、それが第6修正の理解に引き継がれ、「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る道のりを概観する。

45) 連邦最高裁は1915年 *Frank v. Mangum* (237 U.S. 309) 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的一般論を示し、1923年、*Moore v. Dempsey* (261 U.S. 86) において合憲性判断のため審理を差し戻す判断がなされたが、弁護活動の問題は独立には論じられなかった。

II 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」の保障とその発展

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

1932年、Powell v. Alabama⁴⁶⁾判決は、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、自ら雇った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を認めた。この判断において連邦最高裁は、弁護人による援助が「効果的 (effective)」である必要性を初めて述べたのである。

(1) 事案の概要

1931年3月、Powellらアフリカ系の青少年9人は、テネシー州から乗ってきた走行中の無蓋貨車上で白人少女2人を強姦（法定刑は禁錮10年から死刑）したとして、アラバマ州で逮捕された。6日後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。さらに6日後に事実審理が開かれたが、当日の朝、弁護人として出廷した者はなかった。

アラバマ州憲法は、すべての刑事事件につき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、同州法は、死刑事件の被告人が弁護人を雇えない場合、裁判所による弁護人選任を求めている。裁判官は、罪状認否手続のために地元弁護士会の全員を弁護人に選任したと述べ、かつ、その全員が引き続き弁護することを期待していたと述べた。結局、裁判官と弁護士らとの会話からは弁護士会の全員が選任されたのか否か不明なまま、審理が開始された。審理は一日で終わり、陪審は被告人らを有罪とし、死刑の評決を行い、裁判所は評決どおり死刑判決を下した。判決は州最高裁により維持され、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

46) 287 U.S. 45.

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、いかなる意味でも弁護人の援助を受けることがなかったと認定したうえで、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につき、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【その否定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、当該事件につき管轄を有する法律上適格な裁判所と共に、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、殆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否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き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。⁴⁷⁾

さらに、この帰結が弁護人の援助の重要性を示す連邦及び州の多くの判決によっても支持されることを示したうえで、こう続けた。

「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修正のデュー・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のは、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。⁴⁸⁾(下線引用者)

こうして法廷意見は、裁判所が弁護人を確保するための合理的な時間と機会を与えないことはデュー・プロセス違反となることに加え、本件事案の具体的状況

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

48) Id. at 71.

に限定しつつも、裁判所による弁護人選任はデュー・プロセスの要請する義務であるとし、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、弁護人の援助が「効果的」であるべきことを初めて要求した連邦最高裁判例として引用される⁴⁹⁾のはこのためである。

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、州事件に第6修正の適用がない状況で、弁護人の援助を受ける権利を第14修正の要請として位置づけた。その後、連邦最高裁は、連邦事件において第6修正の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す中で、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ぬとの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. Zerbst⁵⁰⁾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逮捕された。彼らは他州の出身者で裁判地には親族や知人もなく、十分な教育を受けず資力もなかった。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。2名は罪状認否手続で無罪答弁を行い、裁判所には、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。彼らの人身保護令状請求は下級審で棄却されたが、裁量上訴が認められた。

連邦最高裁は、第6修正が弁護人の援助を受ける権利を保障する以上、この憲法の要請に従うことは、被告人の生命ないし自由を奪うという連邦裁判所の権能にとって不可欠の前提条件であるとした。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もはや必要な要素ではないが、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

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

50) 304 U.S. 458 (1938).

という自己の憲法上の権利を十分に理解して放棄した事実がないのであれば、生命ないし自由の剥脱は許されない⁵¹⁾。そして「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⁵²⁾。そのうえで、本件では被告人の権利放棄につき認定されていないとして、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、自ら雇った弁護人の援助を受ける権利であるという、第6修正の従来⁵³⁾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、その保障を実効化するために、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、裁判所に弁護人の選任義務を負わせるという新たなルールを確立したのである⁵³⁾。

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

その4年後に出された Glasser v. United States⁵⁴⁾判決の事案は、被告人 Glasser と共同被告人 Kretzke の利害が相反する場面で、裁判所が Glasser の私選弁護人 Stewart を Kretzke の弁護人として選任したというものである。連邦最高裁は以下のように、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。

「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いて第6修正により被告人に与えられた“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。弁護人の援助を受ける権利は非常に基

51) Id. at 468.

52) Id. at 465.

53) Beaney, *supra* note 6, at 43-44.

54) 315 U.S. 60 (1942).

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、第6修正により保障される“弁護人の援助”とは、そのような援助が、一人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。……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Kretské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。]⁵⁵⁾
(下線引用者、引用省略)

こうしてGlasser判決は、第6修正が連邦事件の被告人に、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, Glasser v. Unites Statesの両判決の基盤には、Powell判決と同様、審理を受ける被告人にとって弁護人の援助を受ける権利は決定的に重要であるとの認識がある。その認識ゆえに、被告人は自ら権利を放棄しない限り援助を保障され、かつ、その援助は効果的であるべきことが確認されたのである。

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判決後も、デュー・プロセス条項違反が問われた州の事案では、連邦最高裁による積極的な判断は限られていた⁵⁶⁾。ゆえにJohnson v. Zerbst判決の

55) Id. at 69-70, 76.

登場は、州の貧困な被告人にも、第14修正により裁判所から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の期待を高めた⁵⁷⁾。そうした中、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を連邦最高裁が明確に判断した初めての事案⁵⁸⁾が *Betts v. Brady*⁵⁹⁾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に問われ、裁判所に弁護人の選任を求めたが、弁護人選任の対象は死刑事件と強姦事件のみであるとして選任を受けられなかった。有罪とされ拘禁刑を科された *Betts* は、デュー・プロセス条項に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。連邦最高裁は、デュー・プロセス条項違反についての従来⁶⁰⁾の判断手法を踏襲し、貧困な被告人が事案を問わず裁判所により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の基本的権利ではなく、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・プロセス条項に違反しないとした。

その後も連邦最高裁は、州の死刑事件における弁護人の不選任はデュー・プロセス条項違反となるが、非死刑事件では、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」がある場合に限り、との立場をとった⁶⁰⁾。結局、*Betts* 判決は *Gideon v. Wainwright*⁶¹⁾判決により覆されるまで20年以上、判例として生き続けた。

(2) 効果的な援助」要請の承認

こうして連邦最高裁は、デュー・プロセス違反の主張に対して州の裁量を広く認め、被告人の救済範囲を限定したが、一方で、弁護人の援助を受ける権利とは、第14修正のもとでも実質を伴う効果的な援助を受ける権利であるべき旨を述べ、

56) 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である。Beaney, *supra* note 6, at 164-188 参照。

57) Beaney, *supra* note 6, at 163.

58) *Id.* at 160.

59) 316 U.S. 455 (1942).

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

61) 372 U.S. 335 (1963).

Powell 判決が示した「効果的な援助」の要請を繰り返し確認した。

Avery v. Alabama⁶²⁾(1940) は死刑事件であり、裁判所が弁護人2名を選任したのは事実審理の3日前であった。連邦最高裁は、被告人の弁護人の援助を受ける権利は否定されていないと結論付けたが、第14修正のデュー・プロセス条項のもとでも弁護人の援助には実質を伴う必要がある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。」⁶³⁾

White v. Ragen⁶⁴⁾(1945) は非死刑事件である。連邦最高裁は、被告人の裁量上訴の申立ては退けたが、弁護人の「効果的な援助」がデュー・プロセス条項の要求であることを次のように確認した。「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、自ら弁護できない場合には、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、何度も繰り返してきた。」⁶⁵⁾

Hawk v. Olson⁶⁶⁾(1945) は死刑事件である。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、効果的な援助を受ける権利の否定を次のように認定した。「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。……重大な刑事訴追において、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、

62) 308 U.S. 444.

63) Id. at 446.

64) 324 U.S. 760.

65) Id. at 763, 764.

66) 326 U.S. 271.

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。]⁶⁷⁾

4 小括

Powell判決以降、連邦最高裁は、第6修正によると第14修正によるとを問わず、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の趣旨を繰り返し確認した。弁護人の効果的な援助が憲法上の要請であることは、1940年代半ばまでには確立していたといえる。

もっとも、連邦最高裁が弁護人の援助を受ける権利につき判断した事案では、連邦・州を問わず、弁護人選任の有無や時期など裁判所の行為が問題とされ、弁護人の活動そのものが「効果的な援助」か否かは判断されない状態が続いた。これは、Powell判決以降、連邦最高裁においてIACが主張されなかったためではない。Hawk v. Olson事件の被告人は、第14修正違反の内容として弁護人の不適切な行為をも主張したが、連邦最高裁はこの点を判断しなかった。またWhite v. Ragen判決は、弁護人の行為が被告人の主張どおりであればデュー・プロセス条項違反になると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」か否かを正面から扱うことを避けるなか、1940年代までには、IACは各州の上訴手続ではなく連邦裁判所への人身保護令状請求手続において主張されるようになった⁶⁸⁾。その結果、IACの判断基準は連邦控訴裁判所レベルで形成されていったのである。次章ではその過程を明らかにする。

Ⅲ 連邦控訴裁判所における「効果的な援助」判断基準の形成

1 初期の「茶番」基準

IACの判断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のDiggs v. Welch⁶⁹⁾判決(1945)といわれる⁷⁰⁾。これは連邦事案であるが、第6修

67) Id. at 278.

68) Mayeux, *supra* note 33, at 2182.

正による弁護人の援助を受ける権利につき、「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修正が要求するのは、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り被告人の憲法上の権利が侵害されることを意味するものではない。』⁷¹⁾と解釈し、IACの主張は、第6修正ではなく第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、同条項違反を理由に救済が認められる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 were a farce and a mockery of justice)」場合に限られるとした⁷²⁾。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は充たされず「効果的な援助」が必要だとしてきたが、これを広くリベラルに解釈すれば、受刑者たちがありもしない弁護過誤を理由に人身保護令状を請求するようになる、また、事実審判に過誤がまったくないということは殆どあり得ず、そうした過誤が結果に影響した程度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が備わっていたか否かである、というのがその理由であった⁷³⁾。

本判決は、連邦事件では既に Glasser 判決が、弁護人の効果的な援助を受ける権利が第6修正の要請だと確認していたことを明確に認識しながら、裁判所による弁護人の選任行為自体に問題がなければ第6修正違反の問題は生じないとして、従来の各州の裁判例と同様、デュー・プロセス条項（ただし連邦事件であるため第5修正）に照らして判断する手法を選択した。その際、第14修正のデュー・プロセス条項違反の判断では、州の裁量を最大限に尊重するアプローチがとられ

69) 148 F. 2d 667.

70) Chhablani, *supra* note 41, 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).

71) *Diggs v. Welch*, 148 F. 2d at 668.

72) *Id.* at 669.

73) *Id.* at 669-670.

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際しても、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」を基準としたのである。

この「茶番」基準は、次々と他の連邦控訴裁判所に用いられるようになり、州事件でのIAC判断にも適用されていった⁷⁴⁾。「茶番」基準のもとでは、手続の適正が推定され、被告人は、権利侵害の立証に加え、それにより被った不利益を立証する責任を負った⁷⁵⁾。こうしたアプローチは、各州の裁判所が採ってきた、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⁷⁶⁾。

2 「合理性」基準への転換

「茶番」基準は、長期にわたり連邦控訴裁判所及び州裁判所によるIAC判断の主流であり続けた。しかし、連邦最高裁の新たな重要判例を契機とし、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ていった。

その最初の契機がGideon v. Wainwright⁷⁷⁾判決である。Gideon判決は次のようにBetts v. Brady判決を覆し、第14修正のデュー・プロセス条項のもと、州の重罪事件被告人が裁判所から弁護人の選任を受ける権利を認めた。すなわち、Betts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修正により州に対しても課される、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一つではないと結論付けた点において誤っていた。」⁷⁸⁾Powell判決はBetts判決の10年前、同判決が検討したすべての歴史的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。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

74) Bazelon, supra note 36, at 28, Chhablani, supra note 41, at 13-14, Kirchmeier, supra note 70, at 431.

75) Bazelon, supra note 36, at 29.

76) Chhablani, supra note 41, at 13.

77) 372 U.S. 335 (1963).

78) Id. at 342.

助を受けるといふ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。」⁷⁹⁾

Gideon 判決は、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であり、その保障が第14修正により州に義務付けられるとした。これは、弁護人の選任場面にとどまらず、弁護人の援助を受ける権利の侵害が問われる場面全般において州の裁量を大幅に認める手法の見直しを迫るものであり、「効果的な援助」の判断への影響も必至であった。実際、いくつかの連邦控訴裁判所は、従来のデュー・プロセス的アプローチに替え第6修正の問題としてIACを捉え直すようになった。

コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、Bruce v. United States⁸⁰⁾判決及び Scott v. United States⁸¹⁾判決において、「(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・プロセス条項に関する古い理論から生じたものであるが、IACは第6修正の問題であり、より厳格な基準を要求することを明らかにした⁸²⁾。

また、第5巡回区連邦控訴裁判所は Caraway v. Beto⁸³⁾判決において、「合理的に効果的な援助」を提供する弁護人の義務を確認した。すなわち「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」⁸⁴⁾としたうえで、申立人は弁護人の適切な援助を受けなかったと結論付

79) Id. at 344. その後の連邦最高裁判例により、重罪事件以外で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).

80) 379 F. 2d 113 (1967).

81) 427 F. 2d 609 (1970).

82) Id. at 610; see also Bazelon, supra note 36, at 30.

83) 421 F. 2d 636 (1970).

84) Id. at 637.

けた。

1970年、連邦最高裁で *McMann v. Richardson*⁸⁵⁾ 判決が出されると、「茶番」基準放棄の流れは一層明確となった。Richardsonらは各々別の事件において、弁護人の助言に基づき有罪答弁を行ったが、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。多数意見は、弁護人の助言に関連し、弁護人の援助を受ける権利につき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に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を受ける権利が与えられている。さらに、憲法により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ならば、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、自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。」⁸⁶⁾ さらに、注釈において Powell, Avery, Glasser 等の判例を掲げ、「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」⁸⁷⁾ としたのである。

これは明らかに、「弁護人の効果的な援助」という要請が、弁護活動の有能性につき、より厳格な判断基準を求めることを示唆するものであった。この後、各連邦控訴裁判所は「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にあったか否か」、すなわち合理的にみて効果的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同判決を参照し、「通常の有能さ (normal compe-

85) 397 U.S. 759 (1970).

86) *Id.* at 770-771.

87) *Id.* at 771, n. 14.

tency) という基準は【連邦と州の】いずれの事件にも等しく適用される。】⁸⁸⁾とした。1974年には、第6巡回区連邦控訴裁判所が「茶番」基準を排斥し「合理的に効果的な援助」の基準を採用した⁸⁹⁾。

こうして、連邦最高裁が Strickland v. Washington 判決において基準を示すまでに、すべての連邦控訴裁判所が「合理性」基準を採用するに至った⁹⁰⁾。

3 「合理性」基準の下でのばらつき

もっとも「茶番」基準から「合理性」基準への変化というだけでは、具体的な違いは自明ではない。実際、両者を同じものとして扱う裁判所もあったほど、連邦控訴裁判所の間でも「合理性」基準の根拠や内容には大きなばらつきがあった。その要因は、「合理性」判断の具体的なあり方と、被告人の不利益を要求するの否かを含む立証責任如何の2点に集約される。

(1) 「合理性」判断のあり方

「合理的に効果的な援助」を判断する主流的手法は、弁護活動を一般的・抽象的な「合理性」基準のもと事件ごとに判断しようとするもので、ジャッジメンタル・アプローチと呼ばれた。その代表例はコロンビア特別区連邦控訴裁判所の United States v. Decoster (Decoster III)⁹¹⁾判決で Leventhal 裁判官による法廷意見が採用したものである。

これによれば、弁護活動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・事情と切り離せないため、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を明らかに下回る深刻な無能」でなければならないとされた⁹²⁾。弁護人の行為は極めて広く「効果的」と判断され、実質的にデュー・プロセス的アプローチと大きな差はなかった。

88) Moore v. United States, 432 F. 2d at 737.

89) Beasley v. United States, 491 F. 2d at 687, 696.

90) Chhablani, supra note 41, at 21.

91) 624 F. 2d 196 (1976).

92) Id. at 203, 208.

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、チェックリスト・アプローチとも)と呼ばれる手法は、弁護人に具体的な義務の違反があったか否かを判断し、実質的な違反があれば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。その背景には、ウォーレン・コートにおいて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動きがあった。アメリカ法曹協会(ABA)は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 Justice, ABA 刑事司法基準)プロジェクトを立ち上げ、1971年には「検察及び弁護の機能に関する基準(Standards Relating to the Prosecution Function and Defense Function)」を刊行した。ABA 刑事司法基準は、草案段階から連邦控訴裁判所の法廷意見に引用されるなど実務家の間に急速に広まっていった⁹³⁾。

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*⁹⁴⁾ 判決におい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 *United States v. Decoster* (Decoster I)⁹⁵⁾ 判決において Bazelon 裁判官がより詳細に示した。同裁判官は、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・法律の両面につき適切な調査を行う義務、を特に挙げた。そして、弁護人がいずれかの義務に実質的に違反したことを被告人が立証すれば、被告人に不利益が生じていないことを政府が立証しない限り、効果的な援助を受ける権利の侵害を認めた⁹⁶⁾。よって、IAC が認められる範囲はジャッジメンタル・アプローチと比べ格段に広い。

93) William. J. Jameson, *The Beginning: Background and Development of the ABA Standards for Criminal Justice*, 12 AM. CRIM. L. Rev. 255, 261 (1974).

94) 389 F. 2d 224 (1968).

95) 487 F. 2d 1197 (1973).

96) *Id.* at 1203-1204.

また、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⁹⁷⁾。しかし、実務上、多くの裁判所が採用するところとはならなかった。

(2) 不利益要件の要否

1960年代以前は、一般的に、被告人の憲法上の権利の侵害が認められれば被告人の不利益も推定され、自動的に有罪判決が破棄されると考えられていた⁹⁸⁾。しかし、デュー・プロセス革命により憲法上の権利の保障範囲が拡大すると、連邦最高裁はハームレス・エラー（無害の手続的瑕疵）の理論の適用可能性を明らかにした。すなわち *Chapman v. California*⁹⁹⁾ 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」として、当該憲法違反により利益を受ける者が、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とした¹⁰⁰⁾。以後、弁護人の援助を受ける権利の侵害事案でも、救済が自動的に認められる事案と、ハームレス・エラー・テストに服する事案があることが判例により示されていった¹⁰¹⁾。

では、被告人が IAC を主張し救済を得るには、不利益の発生を要するのか、仮に必要として立証責任はどうあるべきか。この点については判断が分かれ、ハームレス・エラー・テストの適用を明確に否定した裁判所もあれば¹⁰²⁾、同テ

97) 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)

98) Yale Kamisar, *Modern Criminal Procedure*, Thirteenth Edition (West, 2012), at 1558. たとえば *Gideon* 判決も、*Gideon* に不利益の立証を求めなかった。

99) 386 U.S. 18.

100) *Id.* at 22, 24.

101) 後に連邦最高裁は、*Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991) 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、事実審理の枠組みに影響するため自動的な破棄を要求する structural defects と、陪審に主張を示す中で生じた誤りで、その影響を他の証拠との関係で量的に評価し得るためハームレス・エラーのテストを受ける trial errors とに分かれ、多くは後者に分類されたとした。

102) 第6巡回区連邦控訴裁判所による *Beasley v. United States*, 491 F. 2d 687 (1974) が代表例である。

トを採用する裁判所もあった¹⁰³⁾。なかでも被告人に最も厳しい例が、Decoster III の法廷意見である。同法廷意見は、弁護人の援助を受ける権利が国家（州）による作為・不作為により侵害される場合と、もっぱら弁護人の活動が問題となる場合とでは、異なる判断を要すると強調した。そして、被告人に「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」に加え、弁護活動が「事実審理の結果に影響を与えた」可能性の立証を要求し、これらが立証されれば、現実には不利益が生じなかったことを政府が立証しない限り有罪判決は破棄されるとした¹⁰⁴⁾。Bazelon 裁判官は「事実審理の結果に影響を与える」とは無罪となる可能性であり、このような立証を被告人に課せ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、と批判した¹⁰⁵⁾。

また「不利益」とは何かについても判断が分かれた。Decoster III の法廷意見の立場のほか、“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”として、結論が異なっていた可能性の立証は不要とする裁判所もあった¹⁰⁶⁾。

(3) 判断基準と二つのアプローチ

このように「合理的に効果的な援助」の判断基準が分かれたのは、以前から対立する考え方の反映であった。弁護人の援助を受ける権利を重視し被告人の救済に積極的な立場はカテゴリーカル・アプローチに親和的で、不利益立証を不要とする傾向にあった。他方、法的安定性を重視し弁護活動の適切さを推定する立場はデュー・プロセス的アプローチを採り、不利益結果の有無を含めて手続全体が「公正な裁判」といえるか否かを判断する傾向にあった。この対立は Strickland v. Washington 判決まで引き継がれることとなった。

103) Chhablani, *supra* note 41, at 30.

104) 624 F. 2d at 208.

105) *Id.* at 288-289 (Bazelon, J., dissenting).

106) 第9巡回区連邦控訴裁判所による Cooper v. Fitzharris, 586 F. 2d 1325, 1333 (1978); *see also* Chhablani, *supra* note 41, at 32.

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

IACの判断基準が下級審で分かれる中、効果的な援助を受ける権利に関し、連邦最高裁での決着をみない別の論点があった。私選弁護人の行為が非効果的である場合に権利の侵害が認められるか、という問題である。各州の初期の裁判例は、国家の行為ではなく弁護活動自体を理由とするIACの主張に対しては、裁判所が選任した弁護人と私選弁護人とを区別し、前者についてのみ救済可能性を認める傾向にあった¹⁰⁷⁾。その基盤には「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」とする第14修正により、権利の侵害には「州の行為」が要求されるとの理解があった。よってIACが認められるには、結果について責任を負うに足る州(国家)の関与が必要であり、裁判所が弁護人を選任すれば選任行為により州に責任が生じるが、私選弁護人の場合には、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、とされた¹⁰⁸⁾。

この議論に終止符を打ち、効果的な援助を受ける権利の保障は弁護人の選任主体を問わず等しく及ぶことを明確化したのがCuyler v. Sullivan¹⁰⁹⁾判決(1980)である。

1 事案の概要

被告人Sullivanは、他の2名と共に被害者2名に対する謀殺で起訴され、全員が共通の私選弁護人の弁護を受けた。検察官提出証拠はもっぱら状況証拠であり、弁護人は、被告人らは皆犯罪とは無関係だと主張した。3人は各別に事実審理を受けたが、最初に行われたSullivanの事実審理で、弁護人は証拠をまったく提出しなかった。結果としてSullivanは有罪、他の2名は無罪となった。Sullivanは、被告人間の利害が相反する状況での弁護により効果的な援助を受ける権利を奪わ

107) Mayeux, *supra* note 33, at 2173.

108) Kamisar, *supra* note 98, at 131.

109) 446 U.S. 335.

れたと主張した。

2 効果的な援助を受ける権利と国家の関与

私選弁護人の活動は州の行為を伴わず救済対象となり得ない、との州の主張に対し、Powell 判事による法廷意見は次のようにこれを否定した。

「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、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、不十分な援助は第 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。……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】の主張は無力となる。我々は自信を持って、殆どの弁護人は、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殆ど意味をなさない。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。」¹¹⁰⁾(引用省略)

第14修正を通じて適用される第6修正により、州は、被告人が弁護人の十分な援助を受けられるよう確保しなければならない。弁護人が機能せず効果的な援助が提供されない以上、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ことを、Cuyler 判決は明らかにしたのである。これにより、従来の IAC 事案における、裁判所の選任した弁護人が否かを区別する見解、及び、弁護人の行為そのものを理由とした権利侵害全般に否定的な見解は拠り所を失い、これは Strickland 判決にも必然的に影響することとなった。

3 不利益要件の要否

Cuyler 判決は、利害相反のある複数被告人の共通弁護により効果的な援助を受ける権利が侵害された場合、被告人が負う立証責任をも明らかにした。

こうした事案の先例に Glasser 判決がある。だが、同判決の事案では、Glasser の私選弁護人が共通弁護に懸念を表明し、Glasser 自身も異議を述べたにもかかわらず、裁判所が私選弁護人を相被告人の弁護人として選任していた。同判決は、弁護活動が利害相反の影響を受けたことを認定したうえで、Glasser に不利益立証を求めずに救済を与えた¹¹¹⁾。その後、Holloway v. Arkansas¹¹²⁾判決(1978)の事案では、裁判所が3名の被告人に対し1名の弁護人を選任した。弁護人は利害相反の危険を具体的に示して各別の弁護人選任を求めたが、裁判所は拒絶した。連邦最高裁は、弁護人による適時の異議にもかかわらず、利害相反につき何ら調査せず共通弁護を強いた裁判所の誤りにより被告人の効果的な援助を受ける権利が侵害されたとして、有罪判決の自動的な破棄を認めた。

ところが上記両事案と異なり、Cuyler は事実審段階で共通弁護に異議を述べなかった。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

110) Id. at 343-345.

111) 315 U.S. at 75-76.

112) 435 U.S. 475 (1978).

すみやかに裁判所に知らせる倫理的義務がある以上、裁判所は、特別な事情のない限り利害相反がないものとみなすことができ、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、自ら利害相反の有無を調査する義務はない、とした。そして、異議を述べなかった被告人が事後の救済を求める場合には、「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が、「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、弁護人が「対立する利益を積極的に弁護した」ことを立証すれば足り、不利益の立証は不要とした¹¹³⁾。

こうして、IACの重要類型である私選弁護人の利害相反弁護につき、連邦最高裁は被告人による不利益立証を不要とし、ハームレス・エラー・テストをも排除したのである。

V 連邦最高裁による「効果的な援助」の判断基準 ～Strickland v. Washington

1984年、連邦最高裁はStrickland v. Washington¹¹⁴⁾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」の侵害となる基準を示した。同判決は、被告人の救済を極めて困難にしたとして批判されてきたが、以下では同判決につきその当否を論ずるのではなく、IACをめぐる従来の議論との関係を示し、その基盤にある弁護人の援助を受ける権利の捉え方を明らかにする。

1 事案の概要

被告人Washingtonは、フロリダ州で共犯者2名が逮捕された後、警察に出頭し謀殺1件を含む一連の事件の一部を詳細に自白した。被告人は誘拐及び謀殺の罪で起訴され、裁判所は刑事弁護の経験豊富な弁護人を選任した。その後、被告人は弁護人の助言に反して他の2件の謀殺につき自白し、最終的に3件の第1級謀殺を含む多くの罪で起訴された。被告人はさらに弁護人の助言に反し、陪審に

113) 446 U.S. at 349-350.

114) 466 U.S. 668.

よる事実審理を受ける権利を放棄し、すべての罪につき有罪答弁を行った。罪状認否手続において被告人は、事実審裁判官に、自分には大きな前科はなく、事件当時は家族を養えないことで過度のストレスを抱えていた、しかし、罪に対する責任を引き受けると述べた。これに対し裁判官は、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¹¹⁵⁾の行使を勧めたが、被告人はこれも放棄し、裁判官による量刑審理を受けた。

量刑審理の準備において弁護人は、被告人とその経歴につき話をし、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を認めないとして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き何も証拠を提出しないと決めた。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成功した。また、判決前調査報告書の作成は被告人の前科情報を含み有害と判断し、要求しなかった。

弁護人の戦略は、主に、罪状認否手続での裁判官の発言と、当該裁判官は有罪とされた被告人が罪を認めることを重視する、との評判に依拠した。弁護人は、被告人は悔悟し罪を認めているので死刑の回避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、減軽事由にあたりと主張した。そのほか、自首、自白、共犯者の法廷で証言したこと、基本的には良い人物だが極度のストレスのもと一時的に悪事に走った旨を主張した。検察側証人として被害者らの殺害方法につき証言した専門家に対しては反対尋問を行わなかった。

裁判官は、3件の謀殺各々に多くの加重事由を認定した一方で減軽事由は否定し、そのいずれにも死刑を、その他の罪に禁錮刑を科した。これは州最高裁で維持され、その後の手続も失敗に終わったため、被告人は、弁護活動の過誤を含む様々な理由に基づき連邦地裁に人身保護令状を求めた。

115) 後述のとおり、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き罪責認定と刑の量定の手続を分け、後者にも陪審による審理を認めるようになった。

2 法廷意見

O'Connor 判事による法廷意見は大意以下のとおりである。

(1) 弁護人の援助を受ける権利の位置付け

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、必要とされるものだとして認識してきた。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、その一つが弁護人条項である。

検察官の主張と対抗する十分な機会が被告人に与えられるには、弁護人の技術と知識へのアクセスが必要であるため、当事者主義制度において第6修正が包含する弁護人の援助を受ける権利は決定的な役割を果たす。弁護人の援助の決定的重要性ゆえ、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、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は充たされない。被告人には、私選であると裁判所の選任であるとを問わず、公正な事実審理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。

こうした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を侵害するのみならず、弁護人も適切な援助を行わないことで被告人の権利を奪い得る。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)」¹¹⁶⁾ 場合について、Cuyler v. Sullivan の事案を除き連邦最高裁がその意味を詳述したことはなかった。公正な事実審理の確保という目的からは、IAC 判断の指標は「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」

116) 政府による妨害等を含む広義の非効果的援助に対し弁護人の行為による狭義の非効果的援助を指し、単に ineffective assistance という場合は通常狭義を意味する。

でなければならない。同じ原理は、死刑事件の量刑審理¹¹⁷⁾にも当てはまる。死刑事件の量刑審理は、構造その他の点も弁護人の役割も事実審理と同様だからである¹¹⁸⁾。

以上を前提に法廷意見は、IACを理由に有罪ないし死刑の破棄を主張する者は、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合理的な蓋然性(reasonable probability)があること(不利益の蓋然性)を立証しなければならないとした。理由は要旨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、弁護活動をはかる適切な基準は「合理的に効果的な援助」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た。IACを主張する者は、弁護活動が客観的な合理性の基準を下回ることを示さねばならない。

これ以上の具体的なガイドラインは適切ではない。第6修正が依拠するのは、法律専門職は、第6修正が包含する当事者主義手続において弁護人としての役割を果たすであろうという法の推定を正当化するに足る十分な水準を保持する、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(prevaling professional norms)の下で合理的といえるかである。

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、被告人の主張を擁護する義務、さらに具体的には被告人と重要な決定につき協議する義務、被告人に訴追手続の重要な進展を知らせる義務が生じる。事実審理が信頼に足る当事者主義的テストの場となるよう技術と知識を注ぐ義務も負

117) 弁護人の援助を受ける権利は沿革的には事実審理のために認められるものであった(*United States v. Ash*, 413 U.S. 300, 309)が、*Mempa v. Rhay* 判決(389 U.S. 128 (1967))が量刑手続における弁護人の援助を受ける権利を一般的に認めたと理解されるようになった。*Tomkovicz*, supra note 5, at 111.

118) 466 U.S. at 684-687.

う。これらの基本的義務は、弁護人の義務を網羅的に定義するものでも、弁護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。IAC主張は、弁護人の援助が「すべての事情を勘案して合理的といえるか否か」により判断されねばならない。ABA 刑事司法基準の「弁護の機能」のような実務で普及する規範は、何が合理的かを判断する指針（guides）ではあるが、指針にすぎない。弁護人の行動を詳細に規定したルールにより、弁護人が直面する状況の多様性や、最善の弁護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広い裁量を制約する。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、被告人に公正な裁判を確保することである。

弁護活動に対する司法審査は非常に謙抑的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し、行為がなされた状況を再現し、当時の弁護人の視点から評価する努力を要する。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の強い推定を与えねばならない。被告人は、当該事情の下で弁護人の行為が「健全な法廷戦略とみなされ得る」との推定を打ち破らねばならない。

有罪判決後に弁護活動につき深く調査することや、弁護活動を評価する詳細なガイドラインの利用が可能となれば、IACを理由とする申立てが激増するであろう。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、弁護人の熱意を挫き独立性を損ない、選任を受ける意思を失わせ、弁護人と依頼者の信頼関係を傷つける可能性がある。

したがって裁判所は、当該事件の事実に基づき、行為当時の視点から、弁護活動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とはいえない作為ないし不作為を特定する必要がある。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する。その際、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だという点が銘記されねばならない。同時に裁判所は、弁護人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際し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

い¹¹⁹⁾。

(3) 不利益の蓋然性

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のに必要な援助を得られるようにすることである。よって、弁護活動の欠陥が憲法に照らし非効果的な援助となるには、被告人に不利益をもたらすものでなければならない。

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、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。また、Cuyler v. Sullivan 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 IAC を主張する被告人は、積極的に不利益を立証する必要がある。政府は、弁護人の過誤に責任がなく、これを防ぐこともできない。弁護人の過誤は、全く無害なものから不利益結果を生じるものまで多様で、不利益の可能性に応じた分類はできない。また、避けるべき行為を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行為が、別の事案では健全であり、卓越していることすらあり得る。

よって被告人は、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は、過誤がなければ事実認定者が有罪につき合理的な疑いを抱いた合理的な蓋然性、死刑判決の破棄を求める場合は、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問題となる。なお、弁護活動の評価に関する判断を先行させる必要はなく、不利益の不存在の判断が容易であれば、それにより結論を判断すれば足りる¹²⁰⁾。

(4) 結論

以上の基準を定立したうえで法廷意見は、本件事案が、弁護活動の過誤、不利

119) Id. at 687-690.

120) Id. at 691-697.

益の蓋然性のいずれの要件をも充たさないとした。すなわち、弁護人は、被告人の極度の心理的な苦境を減輕事由とし、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、これは弁護人としての合理的な判断の範囲内にあり、性格証拠及び心理に関する証拠を追求しなかった点も合理的であるとした。また、被告人の性格に関する証言を罪状認否での陳述に現れたものに留めたことで、これに反する性格や心理状態に関する証拠、被告人の犯罪歴の証拠化を食い止めたのであり、これは合理的な専門的判断の結果であるとした。他方、圧倒的な加重事由のある本件では、被告人の普段の良い人格や、被告人が相当なストレスを抱えていたという事実審理では提出されなかった専門家による証拠によっても、加重事由は減輕事由を上回り、死刑判断は覆らないとした。

なお、法廷意見に対しては Marshall 判事がカテゴリカル・アプローチから反対意見を述べた¹²¹⁾。

3 法廷意見の位置付け

では、法廷意見は、従来の下級審における議論及び弁護人の援助を受ける権利に関する連邦最高裁の先例と、どう関連し、いかなる意義が認められるのであろうか。

判断の前提として、法廷意見は、弁護人の援助を受ける権利の侵害場面を原因と態様ごとに整理した。従来、連邦最高裁が判断してきたのは、国家が弁護人の援助を受ける権利を侵害する場面であり、これらの類型では被告人が不利益を受け、可能性が高く、不利益が推定される。これに対して、弁護人の活動が「現実には非効果的であった」か否かを連邦最高裁が明確に判断した唯一の事案が *Cuyler v. Sullivan* の利害相反事例であった。法廷意見は、弁護活動を理由とする IAC 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類型とに分け、後者に対しては、客観的な合理性の基準を下回り、かつ、不利益結果の合理的蓋然性があることを要求した。

121) Id. at 706-719 (Marshall, J., dissenting). また Brennan 判事による、死刑は第 8 修正により禁じられるという立場からの一部反対意見がある。Id. at 701-706 (Brennan, J., concurring in part and dissenting in part).

そして法廷意見は、IACの判断指標は、公正な裁判の確保という目的から、“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”であるとした。これは、「公正な裁判の確保」という指標を据えることで、第6修正違反の判断にデュー・プロセス違反の判断手法を取り込んだものといえ、以下のとおり、不利益の蓋然性立証を要求した点と、弁護活動の「合理性」判断の双方に現れている。

(1) 不利益の蓋然性

法廷意見は、不利益の蓋然性という、弁護人の援助を受ける権利の侵害が問われる場面としては重い立証責任¹²²⁾を被告人に課した理由として、利害相反とその他の弁護過誤との違いを強調した。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という「最も基本的な義務の違反」であること、及び、弁護活動への正確な影響をはかることは困難なことを挙げ、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状況下では裁判所による早期の調査も可能であるから、不利益推定は合理的である。これに対し、弁護活動の過誤には無数のパターンがあり、不利益の可能性による分類はできず、何を避けるべきかを弁護人に十分正確に知らせることもできないので、不利益を推定できない、とした。

しかし、Cuyler判決自身は、不利益の立証を要求しない理由を「利害相反それ自体が効果的な援助の否定を示」すからだとする。同様に弁護活動による効果的な援助の否定が問われる場面で、一方では不利益を推定し、他方ではハームレス・エラーのテストすら排して不利益立証を課す、という差の説明としては、法廷意見は薄弱と言わざるを得ない。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「公正な裁判の確保」という目的の手段と位置付けることで、不利益結果の存在を含め手続全体を総合的にみて公正さを判断する手法を、第6修正の判断に取り込んだ結果なのである¹²³⁾。

122) Tomkovicz, *supra* note 5, at 189; *see also* Michael M. O'Hear, *Bypassing Habeas: The Right to Effective Assistance Requires Earlier Supreme Court Intervention in Cases of Attorney Incompetence*, 25 Fed. Sent'g Rep. 110 (2012).

(2) 「公正な裁判の確保」と合理性判断の基準

法廷意見も述べるとおり、そもそも弁護人の援助が必要とされる理由は、アメリカ型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」を被告人に与えるには弁護人の援助が不可欠なためである¹²⁴⁾。「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」¹²⁵⁾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」¹²⁶⁾であり、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こそ「公正な裁判」による「正当な結果」となる。

こうした連邦最高裁の理解を基に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」に値するか否かが問われるべきである。しかし、法廷意見は、弁護活動に対する司法審査は「非常に謙抑的」でなければならず、弁護人の行為が専門家による合理的な援助の広い枠内にあることを「強く推定」するとした。この点でも法廷意見は、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らない¹²⁷⁾。

しかし、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する実務規範は、何が合理的を判断する指針となるとした点で、デュー・プロセス的アプローチと明確に異なっていた。「指針にすぎない」と強調し、実務規範の役割を限定する意図はみられるが、法廷意見も触れるとおり、既に McMann 判決は、弁護人の行為の客観的な合理性を求めている。ゆえに法廷意

123) 後に *United States v. Gonzalez-Lopez* 548 U.S. 140 (2006) の法廷意見で 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として不利益要件を正当化した。

124) 466 U.S. at 685.

125) *Herring v. New York*, 422 U.S. 853, 862 (1975).

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

127) *Chhablani*, *supra* note 41, 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。

見は、カテゴリカル・アプローチの採用こそ拒絶したものの、客観的な合理性を求める以上、その指針として実務規範を参照する意義を認めざるを得なかったのである。

(3) 小括

Strickland 判決の法廷意見は、歴史的に対立してきた「弁護人の援助を受ける権利」を重視するアプローチと、被告人に生じた不利益結果を含めて「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、基本的に後者に依拠することを示した。こうして、弁護人の援助を受ける権利に冷淡な態度を示したかにみえる法廷意見は、他方で、弁護人の援助を受ける権利を強化する先例を受け、弁護活動に「客観的な合理性」を求め、実務上の規範がその判断の指針となることを承認した。「憲法により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ならば、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」¹²⁸⁾ないためである。その基盤には、「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」¹²⁹⁾との理解がある。公正な裁判に弁護人の援助が不可欠であることは連邦最高裁にとって一貫した揺るぎない前提であり、法廷意見も当然にこれに依拠したのである。

4 Strickland 基準の具体的適用～死刑事件にみられる変化

Strickland 判決の後、死刑事件を含めて多くの被告人が IAC を主張したが、IAC が正面から問われた事案で、連邦最高裁が Strickland 基準を適用して権利侵害を認めることはない状態が続いた¹³⁰⁾。こうした状況は、Strickland 基準が被告人に対してあまりに厳しく、要件の充足が困難であることの現れと広く理解

128) 397 U.S. at 771.

129) 466 U.S. at 685.

130) Kimmelman v. Morrison, 477 U.S. 365 (1986) では、弁護活動の第6修正違反は正面から問われておらず、非効果弁護の認定事案には通常数えられない。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.

されていた。

ところが2000年以降、基準には変更がないにもかかわらず、連邦最高裁での基準の適用に大きな変化がみられるようになった。同年、Williams v. Taylor¹³¹⁾において効果的な援助を受ける権利の侵害が認められると、その後も、Wiggins v. Smith¹³²⁾ (2003)、Rompilla v. Beard¹³³⁾ (2005)、Porter v. McCollum¹³⁴⁾ (2009)、Sears v. Upton¹³⁵⁾ (2010) 等、いずれも死刑量刑手続での弁護人の援助をめぐり、Strickland 基準によって権利侵害を認める連邦最高裁判決が続いた。以下では、こうした変化を生んだダイナミズムを概観する。

(1) 死刑事件に特別な手続の発展

Furman v. Georgia¹³⁶⁾ (1972)、Gregg v. Georgia¹³⁷⁾ (1976) の両判決を契機に、合衆国憲法第8修正により、死刑事件には非死刑事件と異なる特別な手続が要請されるとの連邦最高裁判決が集積されていった¹³⁸⁾。すなわち、量刑審理では、判断者に適切な指針が与えられ恣意性が排除されると同時に、被告人個人に着目し、その性格及び経歴、当該犯罪の事情¹³⁹⁾を考慮することが要求される。そのため、これら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¹⁴⁰⁾、かつ、その考慮を妨げられない¹⁴¹⁾。一連の判決により、被告人は犯行後の事情も含め¹⁴²⁾、ほぼ無制限に¹⁴³⁾減軽証拠を提出できることが明らかにされた¹⁴⁴⁾。

131) 529 U.S. 362.

132) 539 U.S. 510.

133) 545 U.S. 374.

134) 558 U.S. 30.

135) 561 U.S. 945.

136) 408 U.S. 238.

137) 428 U.S. 153.

138) 詳細につき拙稿「死刑事件における適正手続」季刊刑事弁護 83号 (2015) 120頁参照。

139) Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280, 304-305 (1976).

140) Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586 (1978).

141) Eddings v. Oklahoma, 455 U.S. 104 (1982).

142) Skipper v. South Carolina, 476 U.S. 1 (1986).

143) 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。

(2) 弁護活動に求められる客観的な合理性

死刑事件に特殊な手続、とりわけ、広汎な減軽証拠を提出する被告人の権利に対応し、死刑事件の弁護人は、減軽事由を徹底的に調査し、被告人に有利な減軽証拠を提出するよう求められるようになった。だが、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」は刑事事件一般に関するものであり、死刑事件弁護に焦点を当てた実務規範の必要性が高まっていった。

こうした中、死刑事件弁護に特化した初の全米基準を策定したのは、民間非営利組織の全米司法支援・弁護人協会 (National Legal Aid and Defender Association) である。1985年に公表された「死刑事件における弁護人選任のための基準」は、その後、ABAの「司法支援及び貧困な被告人に関する委員会 (SCLAID)」へと取り扱いが委ねられ、これにABAの刑事司法部門の意見を反映させ策定されたのが、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 (以下「ABAガイドライン (1989年版)」)¹⁴⁵⁾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と共に、死刑事件弁護人の最低限の義務の内容を明らかにしたものであった。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)にも、死刑事件の弁護人はABAガイドラインを遵守すべきことが盛り込まれた¹⁴⁶⁾。

ABAガイドラインは、その後、実務の進展を反映して全面改訂され(「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」(以下「ABAガイドライン (2003年版)」)¹⁴⁷⁾、2008年には、減軽活動に特化した「死刑事件弁護チームが果たす減軽機能のための補足的ガイドライン」¹⁴⁸⁾も策定され

144) もっとも、減軽証拠を最大限考慮して死刑の適用を限定する方向性に対しては、その後、死刑事件の量刑審理における被害者影響供述 (Victim Impact Statement、VIS) の許容という角度から一定の歯止めがかけられた (Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808 (1991))。

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

146) Standard 4-1.2(c). 同旨は第4版のStandard 4-1.2(g)にも規定されている。

147) 全文は以下に掲載されている。http://www.americanbar.org/content/dam/aba/un categorized/Death_Penalty_Representation/Standards/National/2003Guidelines.authcheckdam.pdf

た。

(3) 合理性判断の変化

実務規範の発展と普及を受け、連邦最高裁が量刑段階での弁護人の調査義務違反を初めて認めたのが *Williams v. Taylor* 事件である。

申立人 *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) により有罪とされ死刑を科された。その後の人身保護令状請求手続で、事実審段階では提出されなかった申立人の「悪夢のような」子ども時代を語る多くの証拠が出された。すなわち、申立人の両親が申立人ら子どもたちに対する保護責任者遺棄罪により拘禁刑を科されたこと、申立人は父親から頻繁に激しい暴力を受けていたこと、両親の服役中は社会福祉施設に収容されたこと、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、州法の下ではこうした記録へのアクセスが禁止されると誤解したにすぎなかった。また弁護人は、申立人の知能が「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せず、申立人の刑務所生活での善行に関する証拠や、看守が申立人を「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」と評した証言も提出しなかった。また、収容中の申立人を訪問していたボランティアが証言を申し出る電話をかけても、これに応答しなかった。以上をふまえて連邦最高裁は、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¹⁴⁹⁾を参照し、弁護人が被告人の経歴につき徹底的に調査を行う義務を怠ったことは明らかとした。さらに、これらの減輕証拠が提出されていれば陪審による量刑審理の結果が異なっていた合理的な蓋然性があると判断した¹⁵⁰⁾。

次いで、*Wiggins v. Smith* 事件は、初めて ABA ガイドラインを参照し、弁護

148) Supplementary Guidelines for the Mitigation Function of Defense Teams in Death Penalty Cases. 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_CCI_Guidelines.authcheckdam.pdf

149) Standard 4-4.1.

150) 529 U.S. at 395-399.

人の調査義務違反を認定した。その法廷意見は Strickland 判決と同じく O'Connor 判事による点で特に重要である。

申立人 Wiggins の事実審理が行われた 1989 年当時のメリーランド州では、死刑事件の弁護人は生活史調査報告書を準備するのが標準的実務であり、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」¹⁵¹⁾と定められ、ABA 刑事司法基準の「弁護の機能」(第2版)は注釈で、「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」¹⁵²⁾としていた。こうした明確な規範にも拘わらず、弁護人はごく限定的な情報源からの初歩的知識のみで申立人の経歴調査を放棄した。しかも、弁護人が現に入手していた社会福祉局の記録には、申立人の母親が慢性的なアルコール中毒であったこと、申立人が養育家庭を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頻繁にあったこと、少なくとも一度は、母親が申立人ら子どもたちに食べ物を与えず遺棄したこと等の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にさらに調査することが戦略的決定に必要なだと認識したはずである。とくに、申立人には Strickland 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、さらなる調査が却って本人に不利となる事情もなく、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判断ではなく怠慢にすぎない、としたのである。

次いで法廷意見は、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の関連証拠として許容され、かつ、内容的にも強力であった(実の母親や里親たちから受けた深刻な身体的・性的虐待)のに対し、現実に陪審員が接した唯一の減軽要素は前科の不存在のみであったと指摘した。そして、当時のメリーランド州では死刑評決には陪審員全員の一致を要したところ、加重証拠は減軽証拠に比べてはるかに脆弱で、死刑が回避された合理的な蓋然性がある、とした

151) Guideline 11.4.1(C).

152) Standard 4-4.1, commentary.

のである。

弁護活動に求められる「客観的な合理性」の水準が、実務の進展により上昇することを示したのが *Rompilla v. Beard* 判決である。本件の特徴は、2名の公設弁護人が一定の減軽調査（申立人 *Rompilla* からの事情聴取、申立人の親族ら5名からの事情聴取、申立人の犯行時の精神状態及び訴訟能力についての精神科医2名と心理学者1名による調査）を行った点にある。だが、これらの調査から弁護人が有用な情報を得ることはなかった。陪審は、検察の主張する加重事由（謀殺が他の重罪犯罪の過程で行われたこと、殺害行為が拷問的に行われたこと、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、更生が可能なこと）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に申立人の前科記録を用いることを知っており、かつ、当該記録は容易に入手可能であったが入手せず、記録に関する調査を全く行わなかった。だがこの調査は、検察の主張に反駁するためのみならず、弁護人の方針（申立人の有罪にはなお疑問が残るため、死刑にすべきではない）にも不可欠であった。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おり、既に提出済みの強力な状況証拠と相俟って、「なお残る有罪への疑問」という弁護人の主張を陪審が拒絶する可能性が高かったからである。以上から法廷意見は、前科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、前科記録には、様々な減軽事由の手がかりとなる情報が含まれ、現に当該記録に基づく新弁護人の調査では、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示されていれば死刑と異なる結論になった蓋然性があると認定した。

(4) 小括

死刑事件に特別な手続的要請は、弁護のための実務規範の発展と普及を促進し、弁護活動の「客観的な合理性」の水準を上昇させた。加えて、量刑判断者の裁量行使に指針を与える特別な手続は、異なる結論となった蓋然性を相対的に高め、

IAC主張が認められる基盤を提供した。こうした変化を可能とする要素はStrickland判決自身に内包されていた。同判決は、弁護活動は、当時の実務指針に照らし客観的に合理的といえる有能性を備えるべきだとしたが、客観的な合理性とは、時代による実務水準の向上を必然的に反映するものだからである。

VI 日本における弁護人の援助を受ける権利

アメリカにおいて「弁護人の効果的な援助を受ける権利」の確立と発展の基盤となったのは、アメリカ型当事者主義において、公正な裁判の実現には弁護人の援助が不可欠であるという弁護人の機能に対する理解であったが、同様の基盤がわが国にも存在するのであろうか。本章では、まず、日本国憲法37条3項が合衆国憲法第6修正と同様、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したものであることを確認する。そのうえで、わが国の司法による弁護人の援助を受ける権利及び弁護人の機能に対する理解を判例の検討を通じて明らかにし、憲法37条3項が求める弁護人の機能との乖離、すなわち効果的な援助を受ける権利の形成基盤の欠如を指摘する。

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項は、第6修正と同様に弁護人の「効果的」な援助を保障した規定であると広く理解されてきたことは既に確認したが、この理は同条項の「文言」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）と日本政府担当者との折衝し、合意に達した英文案を邦訳した「憲法改正草案要綱」を条文化したものが議会で審議され、成立したものであり¹⁵³⁾、英文憲法の文言からこそ条文本来の意義を知り得る。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

153) 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4）65-73頁〔五十嵐二葉〕、110-161頁〔高野隆〕参照。

shall, if the accused is unable to secure the same by his own effort, be assigned to his use by the State. (罪に問われた者は、いかなるときでも、有能な弁護人の援助を受けるものとする。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、「弁護人を依頼する」権利が、合衆国憲法第6修正と同様、弁護人の「援助 (assistance)」を受ける権利であること、及び、弁護人は「有能 (competent)」であるべきことが明確にされている。

「援助」という文言が、弁護人が実質的に活動することを意味することについては、連邦最高裁において常に「援助」が「効果的」か否かが問われてきた経緯からも明らかである。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。」¹⁵⁴⁾

また、37条3項は「有能な弁護人」という文言により「効果的」な援助の要請を明確化する。第6修正では単に「援助」と表現される規定が、「効果的な援助」と解釈されてきたことは既に詳述した。Powell v. Alabama¹⁵⁵⁾判決 (1932)以降、連邦最高裁判例が繰り返し確認した「効果的な援助」の要請は、日本国憲法の起草作業がなされた1946年当時には確立され、弁護人の「有能 (competency)」は、援助が「効果的であること (effectiveness)」を示す語として用いられた。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するため「有能な」弁護人による援助を規定したのであり、「資格を有する (licensed)」弁護人であれば足りるとの趣旨でないことは明白である。

さらにこの点は、37条3項が後段で国選弁護人制度を要請し「アメリカ憲法に一步を進めたもの」¹⁵⁶⁾とした点からも理解できる。1938年、連邦最高裁は

154) United States v. Cronin, 466 U.S. at 654.

155) 287 U.S. 45.

156) 兼子・前掲注153) 653頁。

Johnson v. Zerbst¹⁵⁷⁾判決により、第6修正のもと連邦事件の被告人に裁判所から弁護人を選任される権利を認めたとが、日本国憲法はこれを予め明文で規定した。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当時の連邦最高裁判例の到達点を反映した規定といえるのである。

(2) 憲法37条3項による裁判所の義務

憲法が弁護人の「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項後段の国選弁護人の選任義務はその具体的な現れだが、国家の義務はこれにとどまらない。連邦最高裁がCuyler v. Sullivan判決において述べたように、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」¹⁵⁸⁾。こうした国家の義務の主な担い手は裁判所である。よって、裁判所は、被告人が効果的な援助を受けるよう確保する義務を負う一方、仮に、被告人が効果的な援助を受ける権利を侵害された場合には、救済を与えねばならない。ここで重要なのは、憲法が国家に対し、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、効果的な援助の否定に対しては、国（裁判所）による義務の違反に関わらず救済が与えられるべきだという点である。弁護人の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であり、その権利の侵害そのものが公正な裁判を阻む以上、たとえ裁判所には落ち度がなくとも、裁判の結果は公正と認められないからである。

(3) 判例による憲法37条3項の理解の検討方法

では、わが国の司法は37条3項の保障の意義をどう理解してきたのか。同条項をめぐる訴えは主に昭和20～30年代に審理され判例が集積され、その相当数は国選弁護人の選任が問題となった事案である。これらの判例は多くの先行研究により分析されてきたが¹⁵⁹⁾、本稿が試みるのは判例の論理や結論の当否を超え、

157) 304 U.S. 458.

158) 446 U.S. 335, 344.

その基礎にある「弁護人の援助を受ける権利」の捉え方を明らかにすることである。本章では、国選弁護人の選任をめぐる、①裁判所による選任の要否・時期が問題となる場面、②利害の相反する複数被告人の共通弁護が問題となる場面、及び、被告人自身の行為に関して、③私選弁護人の利害相反弁護が問題となる場面、④被告人の意に反して不利益な行為が問題となる場面に関する判例を順次検討し、判例による弁護人の援助を受ける権利の理解を明らかにする。なお、検討に際しては適宜、アメリカ連邦最高裁の判例を参照する。制度上の相違のため単純な比較は不可能だが¹⁶⁰⁾、日米の最高裁判所の「考え方」を対比させ理解することは可能であり、それにより、日本の司法による弁護人の援助を受ける権利の捉え方が明確化するのである。

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依頼することができない場合、国が弁護人を附すると定め、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「請求」をめぐる、裁判所による国選弁護人不選任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 日大法廷判決¹⁶¹⁾

被告人は、公判請求直後、裁判官による勾留訊問の際、弁護人を選任できる旨、

159) 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（松尾・前掲注 1）が、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（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）がある。

160) たとえば、37 条 3 項が問題となった事例の多くは控訴審での国選弁護人選任に関するものだが、アメリカ連邦最高裁は、上訴段階で弁護人の効果的な援助を受ける権利を、第 14 修正の問題とする（*Evitts v. Lucey*, 469 U.S. 387 (1985)）。

161) 刑集 3 卷 11 号 1737 頁。

及び、応急措置法4条に基づく国選弁護人の請求権を告知された。被告人は、自ら弁護人を選任する旨述べたものの、貧困のため選任することができず、かつ、裁判所に選任を請求することもなく第一、二審の判決を受けた。上告審弁護人は、憲法37条3項後段は、被告人が自ら弁護人を依頼できないときは、国が無条件に弁護人を附すことを要求しているにもかかわらず、「貧困その他の事由」と「被告人の請求」を要求する応急措置法4条は違憲であり、かつ、原審及び第一審が弁護人を附さず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付したのではないとしたうえで、被告人の「請求」を要する点につき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、刑訴法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のが相当である。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である」といふことはできない」

この判断につき松尾教授は、「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を告知され、自己の権利を知りながら行使しなかったので、選任の意思がなかったものと認められ、「その限りで」判示は正当とされる¹⁶²⁾。たしかに本件被告人は権利の告知を受けていた。ところが本判決の直後、最高裁は次のとおり、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。

162) 松尾・前掲注1) 84頁。

② 最高裁昭和24年11月30日大法廷判決¹⁶³⁾

被告人は、捜査段階で警察官及び検察官から弁護人選任権の告知を受け、その後、裁判官による勾留訊問の際にも弁護人選任権が告知されたが、国選弁護人の請求権の告知は応急措置法が求めているなかったため、なされなかった。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。

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、自ら弁護人を依頼できない被告人への国選弁護人の選任を国に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いえ、判例の立場は厳しく批判されてきた¹⁶⁴⁾。だが注目すべきは、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。判例は権利告知の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、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、その趣旨は後段、すなわち権利行使を妨害しなければよい、という点にある。ここに「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」との観念が入り込む余地はない。さらに重要なことに、「権利の行使を妨げなければいい」との理解は、後の判例が踏襲し、繰り返し引用するところとなった¹⁶⁵⁾。

③ 判例の立場

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あるから、被告人の請求により弁護人を附

163) 刑集3巻11号1857頁。

164) 渥美東洋『刑事訴訟法』244-245頁(有斐閣、新版補訂、2001)、松尾・前掲注1)78頁)など。

165) 例として、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)、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)。

することが相当であり、また、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よく、裁判所には、被告人に国選弁護人の選任請求権を告げる義務はないとした。これは、裁判所が弁護人の援助を受ける権利を実質的に保障すべく、国選弁護人の選任を行う義務を負うことはない、との考え方である。

一方、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、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るとした¹⁶⁶⁾。これは、被告人が権利を現実に行使し十分な援助を受けることがなければ、公正な裁判は実現し得ないと考えるからである。対して日本の判例は、被告人が憲法上の権利を行使し現実に弁護人の援助を受けることは、公正な裁判に必須ではないと考える立場といえる。

(2) 国選弁護人の選任時期

被告人が国選弁護人の効果的な援助を受けるには、援助が実質的に可能となるような状況で、十分な時間的余裕をもって弁護人が選任される必要がある。*Powell v. Alabama* 判決が述べたように、裁判所による弁護人の選任義務は、「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、以下の判例からは、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、飽くまで被告人が自ら弁護人を選任し、あるいは裁判所から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いて選任を受ける権利」ではないことがわかる。

① 最高裁昭和24年7月13日大法廷判決¹⁶⁷⁾

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、第一審で死刑とされた。控訴審で被告人が自ら弁護人を選任できない旨を申し出たところ

166) 304 U.S. at 465.

167) 刑集3巻8号1304頁。

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。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、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、当日の公判には終始、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っ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、なを時間的余裕が必要と思えば期日の延期、續行を申請すべきであって、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、まさに不法に辯護権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って、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、辯護権を制限した違法あるものとするは到底首肯し難いところである。」とした。

この大法廷判決に対し、「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って、今日判例としての意味に乏しいものとみるべきであろう」¹⁶⁸⁾と厳しい批判がなされたのは当然である。しかし本判決は、判例として明確に機能することになった。本件の上告審弁護人は、法令違反を主張したため、憲法37条3項違反の問題は判断されなかった。しかし、その後、最高裁は、昭

168) 松尾・前掲注1) 86頁。

和26年11月20日第三小法廷判決¹⁶⁹⁾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「その一事によって……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、裁判所が弁護の準備の余裕を与えない時期に選任を行っても、弁護人の援助を受ける権利を侵害しないとの理解が示された。

さらに注目されるのは、裁判所自ら公判前日の選任をしておきながら、弁護人が期日の延期続行等の申請を行わなかった以上、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、もって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。

② 最高裁昭和32年6月19日大法廷判決¹⁷⁰⁾

被告人は、控訴審において貧困を理由に国選弁護人の選任請求をすみやかに行った。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う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、大法廷は次のとおり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弁護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

169) 刑集5巻12号2408頁。

170) 刑集11巻6号1673頁。

規則により趣意書の受理を請求することができる」と解するを相当とする。……以上のような【国選弁護人選任】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、または選任弁護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たらない。」

この法廷意見に対しては、垂水克己裁判官の補足意見及び5名の裁判官の少数意見があるが、法廷意見の趣旨は以下の補足意見によって明確化されている。

「……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弁護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」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弁護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、この判断は弁護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らう。」

すなわち、裁判所の弁護人選任が遅滞しても、選任された以上は弁護人こそが被告人の利益のために行動すべきで裁判所に責任はないというのである。最高裁は本判決に先立つ昭和28年4月1日大法廷判決¹⁷¹⁾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

171) 刑集7巻4号713頁。

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」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憲法37条3項違反との結論が導かれるはずであった。しかし多数意見は「力点を弁護人(ないし弁護士会)の責任に置きかえ」¹⁷²⁾、裁判所の義務を否定した。前記昭和24年7月13日大法廷判決と同様、たとえ裁判所の行為に原因があっても弁護人による義務の懈怠を責め、もって裁判所の責任を否定する立論により、裁判所は、弁護人の効果的な援助を受ける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たのである。

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選任行為に何ら異議を述べなかったが、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」¹⁷³⁾とした。これに対し、前記2つの大法廷判決は、たとえ遅滞しても国選弁護人が選任された以上、被告人の権利保障という点で裁判所の義務は尽くされている、とする。この差は、弁護人の援助を受ける権利とは形式的に与えられれば足りるのか、それとも実質的に機能しなければ公正な裁判は実現し得ないのか、という基本的な考え方の違いといえる。

172) 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つてもよいか」警察研究47巻6号59頁(1976)。

173) 287 U.S. at 71.

(3) 実務における変化

もともと、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は、その後の実務に影響を与え、国選弁護人による控訴趣意書提出の機会が確保される方向へ変化した¹⁷⁴⁾。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¹⁷⁵⁾は、刑事訴訟規則178条1項前段、同条3項は、同規則250条により控訴審にも準用されると解すべきとし、控訴審の動向を「側面から支持した」¹⁷⁶⁾。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¹⁷⁷⁾は、裁判所からの弁護人選任照会に対し回答がなく、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。

実務の変化により、被告人に国選弁護人が選任されず、また、国選弁護人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。しかし、選任の要否ないし時期に関する刑訴法・規則の解釈と運用に変化があっても、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が変化したか否かは明らかでない。そこで次項では、裁判所の選任行為により弁護人の援助を受ける権利が侵害され得る別の場面である、被告人間の利害が相反する事案での共通の国選弁護人選任という問題を通じ、判例の理解を検討する。

3 国選弁護人による共通弁護と利害相反

国選弁護における利害相反事案には、弁護人と被告人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ります。刑訴法38条の3は、前者の場合を予定して

174) 松尾・前掲注172) 62頁。

175) 刑集12巻7号1359頁。

176) 松尾・前掲注172) 62頁。

177) 刑集26巻7号431頁。

いるが¹⁷⁸⁾(1項2号)、同号による国選弁護人の解任が争われた事例は現在まで見当たらない(私選弁護人については後述)。そして後者の類型の中でも、裁判例で主に問題となったのは、利害相反が問題となる複数の被告人を同時に弁護すべく国選弁護人が選任された場合であり、具体的には、①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場合、及び、②利害相反のある複数の被告人に共通の国選弁護人を選任した場合、である。

(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

最高裁昭和30年12月20日第三小法廷判決¹⁷⁸⁾の事案では、共犯として起訴された共同被告人の一方の私選弁護人を、第一審裁判所が他方の国選弁護人として選任した。弁護人を私選した被告人は憲法37条3項違反を主張した。最高裁は、当該主張が控訴審の判断を経て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えば、利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」

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、被告人及び弁護人に対して利害相反状態を解消する行動を求めている。選任時には利害相反が明らかでなかった可能性もあるが、選任したのは

178) 裁判集刑111号555頁。

紛れもなく裁判所である。そして、被告人は裁判所による選任に対し異議を述べる等の行動には出ていないが、その一方で、利害相反のない弁護人の援助を受ける権利を積極的に放棄した形跡もない。にもかかわらず、選任後に利害相反が明らかとなっても、その解消に責任を負うのは被告人ないし弁護人であるというのである。これは、裁判所の行為により弁護人の援助を受ける権利が侵害される場合でも、権利侵害を防ぐ第一次的な責任は被告人・弁護人にあり、裁判所にはないことを意味する。

この趣旨は、連邦最高裁の *Glasser v. United States* 判決との比較によって、より明確となる。被告人 *Glasser* は、当初、裁判所の選任行為に異議を述べたが、その異議を押し通すことはなかった。しかし、連邦最高裁は、以下のように、裁判所が *Glasser* の効果的な援助を受ける権利を否定したと結論付けた。

「事実審裁判官には、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格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。」¹⁷⁹⁾

このように弁護人の援助を受ける権利の放棄を厳格に捉えると、仮に選任時には利害相反の可能性を当事者及び裁判所が認識しなかった場合であっても、訴訟の進展に伴い利害相反が生じれば、裁判所は、自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を確認する義務を負うことになる¹⁸⁰⁾。これに対して、前記第三小法廷判決によれば、利害相反による権利侵害を防ぐのは被告人・弁護人の責任である以上、利害相反のない弁護人の援助を受ける権利の放棄につき明確に判断するという裁判所の義務は否定され

179) 315 U.S. at 70-72.

180) *Cuyler v. Sullivan*, 446 U.S. at 347 参照。

る。裁判所が「利害相反のない弁護人の効果的な援助を被告人に確保する義務」を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

複数の被告人に1名の国選弁護人が選任された事例は、その多くが「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」とする刑訴規則29条旧2項（現5項）の問題として扱われてきた。しかし、憲法37条3項違反の主張が最高裁で判断された事例も僅かに存在する。

最高裁昭和30年6月7日第三小法廷判決¹⁸¹⁾は、収賄事件の被告人3名（贈賄側1名、収賄側2名）に1名の国選弁護人を選任した事案につき、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¹⁸²⁾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」と利害相反の可能性に含みを残したうえでこう判示した。「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）。」ここでも、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項が保障する権利とは「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」との考え方である。

連邦最高裁の *Holloway v. Arkansas* 判決の事案でも、利害相反のある複数の被告人に裁判所が共通の弁護人を選任したが、弁護人が適時に異議を述べた点で前記第二小法廷判決の事案とは異なっていた。第二小法廷判決が裁判所による利

181) 裁判集刑106号43頁。

182) 裁判集刑105号807頁。

害相反の不知を強調する点からは、私選弁護人の事案ではあるが *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以上、裁判所は、弁護人の異議など特別な事情のない限り利害相反がないとみなすことができ、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、自ら利害相反の有無を調べる義務はないとした¹⁸³⁾。ただし、被告人が事実審段階で異議を述べなかった場合でも、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」ことを立証すれば救済を与えるとした¹⁸⁴⁾。仮に、誰も異議を述べず裁判所の対応に問題がない場合でも、救済の途が完全に閉ざされることはない。

こうした考え方の違いは、弁護人の効果的な援助を受ける利益を重視する度合いにある。弁護人の効果的な援助を不可欠と捉えれば、現にそれが損なわれた以上、一定の条件は付されても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考えれば、被告人・弁護人が効果的な援助を受ける権利を守るべく適切に行動しなかった以上、事後の救済がなくとも不当ではないことになる。

(3) 刑訴規則 29 条旧 2 項の解釈とその変化

もっとも、前記のとおり国選弁護人による共通弁護は主に刑訴規則 29 条旧 2 項（現 5 項）の問題とされていたところ、その後の実務における同項の運用は明らかに変化した。

① 刑訴規則 29 条旧 2 項の趣旨

刑訴規則 29 条旧 2 項は、「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」という旧刑事訴訟法 43 条 2 項を引き継いだものである¹⁸⁵⁾。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

183) 446 U.S. at 346-347.

184) 446 U.S. at 348-350.

185) 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）。

と理解され¹⁸⁶⁾、「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」¹⁸⁷⁾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」¹⁸⁸⁾であり、公訴事実の存否と直接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ぬとされる傾向にあった¹⁸⁹⁾。その例として、大阪高裁平成6年4月21日判決¹⁹⁰⁾が挙げられる。

同判決の事案は、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り傷害を負わせたという強盗致傷事件であり、第一審で2名の被告人A・Bに共通の国選弁護人が選任された。両名とも有罪とされ控訴したが、公判において、Aは、被害者を引きずった理由につき、Bからやり方を教えられた際に「鞆をつかんだら手を放すな」と指示されたためであると供述したのに対し、Bはこれを否定し、利害相反が生じていたとして、Aが刑訴規則29条2項違反を主張した。しかし、控訴審判決は、AB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では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考察がある。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、裁判所が、A・Bの供述の食い違いは情状に関する重要な争点とならないとの認定に至ったのは、弁護人が同一人であったため、両者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ず、矛盾点が重要な争

186) 福井・前掲注185) 103頁。

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

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

189) 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。

190) 判時1513号172頁。

点として現れなかったことによる可能性を指摘する¹⁹¹⁾。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」¹⁹²⁾とする。

また、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¹⁹³⁾が登場し注目された。本件は、強盗殺人及び殺人の各公訴事実につき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は明らかだとして第一審の死刑判決を破棄した事案であるが、被告人両名は第一審公判を通じて公訴事実を認め、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、結果等につき、被告人の言い分を十分聴取し、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、共同正犯の場合には犯行に果たした役割の程度が宣告刑を決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、被告人両名の言い分には、公訴事実中最も重要な犯行につき犯情に影響すると思われる部分での食い違いが少なからずあること、これらの点につき一方の被告人に有利な事情を主張・立証しようとする、他方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を判断しないまま被告人両名に死刑を言い渡したとして、「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、犯情面の食い違いは利害相反とならないとの理解に立ちつつ、事案の重大性ゆえに従来と異なる判断がなされたとみる見解もある¹⁹⁴⁾。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、裁判所の運用が慎重化したことが窺われる。同時に学説上も、現行の刑訴規則 29 条 5 項の解釈として、利害相反が積極的でない認められる場合に限り同一

191) 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) 19 頁。

192) 津田・前掲注 191) 21 頁。

193) 判時 1619 号 41 頁。

の弁護人に複数弁護をさせ得ると解するのが自然であり、また、情状面に属するなどという画一的な基準で利害相反性を否定すべきではない、との主張が有力になされている¹⁹⁵⁾。

③ 効果的な援助を受ける権利と利害相反性判断

こうした主張が、憲法37条3項から離れ旧刑訴法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たのに対し、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項の捉えなおしを提起される¹⁹⁶⁾。

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(同法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際の一判断要素に過ぎなくなると指摘される¹⁹⁷⁾。そして、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項の該当性を「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、同項の法意については、憲法上保障される「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¹⁹⁸⁾。

弁護人の「効果的」な援助を受ける権利の観点からは、利害相反の有無は、弁

194) 稲田・前掲注189) 30頁。河上・前掲注188) 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。

195) 河上・前掲注188) 419頁〔植村立郎〕。

196) 福井・前掲注185) 103頁。

197) 福井・前掲注185) 103-104頁。

198) 福井・前掲注185) 104頁。

護人の活動に悪影響を与え、効果的な援助の提供を妨げる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の主張に相違がある場合」に限られず、犯情に関する食い違いは、たとえ重大事案で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。そして、利害相反ゆえに弁護人は「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。……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」¹⁹⁹⁾とした。

日本国憲法37条3項が、弁護人の効果的な援助を受ける権利を保障すると解すれば、共同被告人間における犯情面の食い違いは、有責性に関し弁護人の有効な議論を妨げる重要な利害相反であり、共通弁護の強制は効果的な援助を受ける権利の侵害にはかならない。

(4) 小括

判例の検討から、国選弁護人による共通弁護と利害相反の問題を、憲法37条3項との関係で裁判所が次のように理解していることが明らかとなる。すなわち、利害相反の回避・解消は被告人・弁護人の義務であり、裁判所には、被告人のため利害相反のない弁護人の援助を確保する義務はない。よって、被告人・弁護人が利害相反状態の回避・解消に向けて適切に行動しない以上、現実に効果的な援助の提供がなくと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時期の問題もあわせて判例の立場を捉えるならば、裁判所は国選弁護人の選任にあたり、①選任の義務、②十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、のいずれも負わないということになる。

199) 435 U.S. at 490.

これは、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、実際上の不都合は刑訴法ないし規則の解釈により、あるいは訴訟実務の変化により、克服されてきた。では、法と規則の解釈・運用の変化をもって、「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ようになったといえるのであろうか。実務の変化が「弁護人の援助を受ける権利」に対する考え方の変化に根差したものか否かは、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での裁判所の態度から読み取ることができる。こうした場面では、直接的、具体的に手がかりとなる刑訴法ないし規則の規定が存在せず、裁判所による憲法37条3項の理解そのものが問われるからである。

最高裁が、弁護人の活動が現実には非効果的であったかという問題を正面から判断した事案は今日に至るまでない。しかし、被告人が、弁護人の行為による「弁護人依頼権」の侵害を主張した事案はある。これらの事案はさらに、私選弁護における利害相反の場合と、利害相反以外の弁護人の行為が問題となった場合とに分けられる。そこで、次項以下では、弁護人の行為自体が問題となった判例のうち、まず、私選弁護における利害相反が問題となった場面を、次いで、利害相反以外の弁護人の行為が問題となった場面を検討し、「弁護人の行為による弁護人の援助を受ける権利の侵害」に対する最高裁の考え方を分析する。

4 弁護人の行為と弁護人の援助を受ける権利の侵害

～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には、大きく分けて、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、弁護人と被告人の利害が相反する場合とがある。しかし現在までのところ、わが国の最高裁が、弁護人の援助を受ける権利との関係で明確に判断したのは前者のみである²⁰⁰⁾。そこで、以下では、私選弁護人による共通弁護事案である最高裁昭和43年4月18日第一小法廷判決²⁰¹⁾を取り上げる。

200) 私選弁護人と被告人の利害相反による弁護人の援助を受ける権利の侵害の主張につき、最高裁平成21年9月1日第一小法廷決定（公刊物未登載）は、単なる法令違反の主張にすぎないとして退けた。

この事案では、被告人がAと共に起訴され、Bを共通の私選弁護人として第一審の手続を経た。被告人は、自身とAとの利害は相反し、Bは被告人に対し自由な発言を禁じ、また被告人はAからの仕返しを恐れ公判廷で自由に発言ができず、このような状態での公判手続は憲法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。

本判決の調査官解説は、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、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。』²⁰¹⁾

201) 刑集22巻4号290頁。

上記判例の立場に同調する見解は研究者からも示され²⁰³⁾、また、平野博士は「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」²⁰⁴⁾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、倫理の問題は生じても、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²⁰⁵⁾。

被告人が適切に弁護人の選任権・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、利害相反を合理的に判断する能力が必要である。しかし、現実の被告人はそうした能力において十分ではない²⁰⁶⁾。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、技術いづれにおいても圧倒的に劣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、法律専門家の援助が不可欠なためである。このように脆弱な被告人が利害相反を的確に判断し、それに基づき自由に解任権を行使し得るとの想定自体に無理がある。

しかし、判例は、被告人の能力如何とは関係なく「【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」とする。利害相反から権利を守ることは被告人自身の義務であり裁判所の義務ではない。よって、たとえ裁判所が被告人間の利害相反を認識し得る状況にあっても、共通弁護を維持するか否かを確認する義務は存在しないか、少なくとも極めて限定される²⁰⁷⁾。

202) 坂本武志・最高裁判所判例解説刑事篇（昭和43年度）114頁。

203) 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。

204) 平野・前掲注2) 77頁。

205) 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185）100頁）。

206) 検察官の間からも利害相反の問題は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ものではないと指摘される。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。

207) 現に青柳ほか・前掲注203) 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。

すなわち、裁判所には、利害相反がないという意味で「効果的」な援助を受けるという被告人の権利が、実質的に保障されるよう配慮する義務はない。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」であるから上訴審での救済の途もない。

他方、Cuyler 判決は「仮に、十分に情報がなく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、殆ど意味をなさない」²⁰⁸⁾として、私選弁護人であるとの理由で被告人の救済を否定する考え方を退けた。そして、利害相反の有無の調査を行わなかった点につき裁判所の義務違反が認められない場合でも、「利害相反それ自体が効果的な援助の否定を示している」²⁰⁹⁾と捉え、たとえ被告人が共通弁護に異議を述べなかったとしても、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すれば救済を認める。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、ゆえに国家は被告人に効果的な援助を保障する義務を負うと考えるのに対し、前記判例は、効果的な援助とは被告人が自ら努力して確保すべきものであり、国は何ら義務を負わないと考えるのである。

5 弁護人の行為と弁護人の援助を受ける権利の侵害

～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、弁護人の活動が不十分なため効果的な援助を得られなかったとして、被告人が権利侵害を主張することは稀ではない。とくに上告審では、下級審での弁護活動を理由に憲法 37 条 3 項違反の主張がしばしばなされてきたが、こうした主張は「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²¹⁰⁾。もっとも棄却決定の文言からは、弁護活動が現に不十分で「被告人の権利保護に

208) 446 U.S. at 344.

209) Id. at 349.

210) 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。

欠ける」ものであれば、憲法37条3項違反が認められるかのようにも理解できる。

他方、こうした典型的な「非効果的援助」の主張ではないが、被告人の意思に反し、かつ被告人に不利益な弁護人の行為を、最高裁が判断した事案は存在する。そこで以下ではこうした事案の分析を通じ「弁護人の行為による弁護人の援助を受ける権利の侵害」に対する判例の態度を明らかにする。

(1) 弁護人による、被告人の意に反した不利益な行為

被告人の意思に反する弁護人の行為は、わが国では従来、固有権ないし独立代理権といった弁護人の権限の問題として扱われてきた。これに加えて現行刑訴法のもとでは、弁護人が負う「誠実義務」の問題としても論じられる。今日の実務において誠実義務の存在を完全に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場合であっても、弁護人が被告人の意思を無視して何事も自由になしうるとは考えられていない²¹¹⁾。まして、弁護人が被告人の意思に反しその不利益となる活動を行うことは、当然に許されないとの考えが有力に主張され、かつ、受け入れられてきたといえる²¹²⁾。しかし、以下の2件の最高裁の裁判例では、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、決して自明とはされていない。1件目は、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)²¹³⁾であり、もう1件は、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)²¹⁴⁾である。

211) 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。

212) 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、1990)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)。

213) 刑集15巻3号688頁(大西克己事件)。

214) 刑集59巻9号1847頁。

昭和36年第一小法廷判決の事案は、死刑事件の上訴審での国選弁護人の行為が「弁護拒否」として議論を呼んだ二事件のうちの一つである²¹⁵⁾。第一審で死刑判決を受けた被告人が量刑不当を理由に控訴したが、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百九十九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を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²¹⁶⁾。被告人は上告し、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、弁護の余地がない旨の控訴趣意書を提出したのは、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いたことは弁護人を付さずに開廷したに等しく、原審の訴訟手続は憲法違反、法令違反であると主張した²¹⁷⁾。

第一小法廷は、この主張を実質は単なる法令違反の主張としたうえで、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、量刑の当不当、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。

本事案は多くの論者に検討されたが²¹⁸⁾、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²¹⁹⁾、議論はもっぱ

215) もう1件は最高裁昭和35年12月16日第二小法廷判決(判時245号7頁)(三枝賢事事件)。

216) 東京高裁昭和35年6月13日判決(刑集15巻3号705頁)。

217) 栗田正・最高裁判所判例解説刑事篇(昭和36年度)97頁。

218) 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212)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巻11号(1960)20頁など。

219) 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212)が詳細に分析する。

ら、上訴審の国選弁護人は、上訴理由を見出すためどこまでの調査義務を負うのか、仮に義務を果たしても適切な上訴理由を発見できない場合はいかにすべきか、という点に集中した。これに対し、弁護人が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の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²²⁰⁾。

しかし、本判決のごく短い判示は、極めて重要な内容を含んでいる。第一に、記録を検討して控訴理由なしとした弁護人の行為には問題がないとする点は、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されることを意味する。第二に、被告人の主張は量刑不当のみであり、この点は原判決が詳細に検討しており問題がないとする点は、弁護人が活動せずとも裁判所による「実質弁護」があればよいことを意味する。いずれも、弁護人の機能に対する裁判所の根本的な理解を示す内容といってよい。

こうした本判決の趣旨を正確に理解し、より明確に示したのが、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。これは事例判断に際しての補足意見でありながら、弁護人の機能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違反の最終弁論が違法となる限定的な場面を提示し、その後の下級審裁判例において、弁護人の誠実義務違反行為を判断する基準として引用されるに至っている²²¹⁾。

そこで以下では、上記補足意見を対象に、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であることを示す。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、本章で検討し

220) 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212) 31頁。

221) 東京高裁平成23年4月12日判決（東高刑時報62巻33頁）。本判決につき、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。

た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

被告人は、殺人・死体遺棄事件の第一審の審理の途中、従前の供述を翻して否認に転じた。しかし、最終弁論で弁護人は「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」等、被告人の有罪を前提とする弁論を行い、裁判所もこれを放置したまま結審した。上告趣意において新弁護人は、第一審の訴訟手続は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、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、憲法違反の主張の実質は単なる法令違反にすぎず、その余の主張も上告理由にあたらなうとしたうえで、職権により要旨以下のとおりの判断を示した。

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主張・供述と、最終弁論における主張には大きな隔たりがあるが、弁護人は、被告人が捜査段階から殺害行為について具体的、詳細に述べ、第一審公判の終盤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、被告人の否認後の供述も信用性の高い部分を含むものであって十分検討してもらいたい旨を述べ、事実認定上の問題点を指摘するなどしていること、被告人本人も、最終意見陳述の段階では公訴事実を否認する点について明確に述べず、本件最終弁論に対する不服を述べていないことによれば、第一審の訴訟手続に法令違反は認められない。

さらに、上田豊三裁判官は要旨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訴訟行為の内容、そこから導かれる訴訟上の役割、立場等から、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。したがって弁護人が、最終弁論において、被告人の無罪主張に対して有罪の主張や、その刑事責任を重くする方向の主張をした場合には、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

てそれ自身が違法とされ、あるいは、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得る。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する。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、その判断は第一次的に弁護人にゆだねられる。さらに、最終弁論は、弁護人の意見表明の手続であり、実体判断において裁判所を拘束するものではない。このような点を考慮すると、前記の違法があるのは、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。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認められ、弁護人の基本的立場と相いれないようなものではなく、前記のような違法がないことは明らかである。

(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、上記補足意見は弁護人の機能をどう捉えているのか。この点を、同意見による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

被告人の主観的な利益と弁護人からみた利益とが異なる場合、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るが、協議や説得を経てもなお一致を見ない場合、最終的には弁護人の判断によるべきとの考え方が、わが国では主流といえよう。弁護人は被告人の代理人ではなく保護者であって、「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」²²²⁾とする捉え方も、弁護人は、被告人から独立した立場で何が利益かを

222) 平野・前掲注2) 79頁。

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する。

この点、補足意見は、被告人の「利益」についての判断を「第一次的に」弁護人に委ねる点で、被告人に対する弁護人の独自性、優越性を強調しており、弁護人が負う誠実義務の内容を、より限定的に捉えているといえる。

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」

補足意見は、弁護人の誠実義務をさらに限定する要素として「真実発見を使命とする刑事裁判制度の一翼を担う立場」を挙げる。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、すなわち司法機関性を有する旨の表現に他ならない²²³⁾。この「真実発見を使命とする刑事裁判制度の一翼を担う立場」からは、「裁判所の真実発見に協力する義務」が導かれる。この場合の「真実発見」とは、本決定の調査官解説も明らかにするとおり「実体的真実の発見」であり²²⁴⁾、弁護人は、その公的地位から裁判所の実体的真実発見に協力する義務を負い、その意味で裁判所の補助機関としての性格を持つことになる。

③ 被告人に不利な主張の許容性

弁護人は、その公的地位ゆえに、何が被告人の利益かを独立して判断できると解すると、たとえ被告人の意思に反して被告人に不利な最終弁論であっても、それが裁判所の実体的真実発見への協力義務に合致するため、違法となら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

223) なお大西事件と同様、死刑判決を受けた被告人による控訴審の国選弁護人に対する損害賠償請求につき、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」として原告の請求を棄却した。

224) 芦澤・前掲注 211) 662 頁。

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。」²²⁵⁾とする。

もっとも補足意見は、被告人に不利な主張の許容性を補強すべく、最終弁論は弁護人の意見表明であり裁判所の実体判断を拘束するものではないとするが、この立論を支えるのが前記昭和36年第一小法廷判決である。調査官解説は、昭和36年最判の事例では、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おり、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える、と指摘する²²⁶⁾。そのうえで、前記最判が、大きな法的効果を伴う控訴趣意であっても、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からすると、弁護人が、最終弁論において、被告人の無罪主張に対して有罪の主張をしたことなどによって手続上の違法評価がなされるのは、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、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に限られるとする考えも十分に立ち、補足意見もそのような考えに立つと理解される、とする²²⁷⁾。

昭和36年第一小法廷判決が、弁護人による被告人に不利な主張を許容したのは、弁護人が被告人の利益を擁護し代弁する者にとどまらず、裁判所の補助機関でもあると捉えるからにはほかならない。弁護人の補助機関性からは、「控訴理由なし」という弁護人の主張も、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り、控訴趣意書における主張か、最終弁論かという違いは、本質的ではない。現に、補足意見によれば、弁護人の主張が違法とされるのは、専ら被告人を糾弾する目的でされたとみられるなど、当事者主義訴訟構造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主張は非常に広く許容されることになる。

225) 芦澤・前掲注 211) 662頁。

226) 芦澤・前掲注 211) 662頁。

227) 芦澤・前掲注 211) 663-664頁。

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

もっとも補足意見は、「当事者主義の訴訟構造」における「弁護人の基本的立場」と相いれないか否かを違法判断の指標としているが、これは、弁護人の誠実義務違反行為を制約する機能を発揮し得るのであろうか。

「当事者主義の訴訟構造」における「弁護人の基本的立場」と相いれない場合として例示されるのは、「【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あれ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こと、否である。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、被告人の保護者であり、「満腔ノ熱血ヲ以テ之カ保護ヲ為スヘキナリ」²²⁸⁾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」²²⁹⁾とされた。弁護人が被告人を糾弾する行為は、治罪法のもとですら弁護人の職務に悖る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」には形式的当事者主義ないし弾劾主義以上の意味はなく、「弁護人の基本的立場」と相いれない場合とは、訴訟構造を問わずおよそ「弁護人」の行為として許容し得ないもの、すなわち、弁護人の不存在と同視できる場合を超え、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²³⁰⁾。

(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

このように理解される弁護人の機能が、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なる弁護人の機能と、本質的に異なることは明らかである。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、弁護人が、被告人のため徹底した党派的弁護を行い国家（検察官）の主張を厳し

228) 江木衷『本邦治罪法』（東京法学院、1891）111頁。なお同書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ノ公役」であると述べられている。

229) 江木・前掲注228) 111頁。

230) 本決定を引用した前記東京高裁平成23年4月12日判決（前掲注221）事案の弁護人の行為は被告人への敵対行為といえる。

くテストしてこそ、信頼すべき結果（訴訟法的真実）が得られ公正な裁判が実現されるという、弁護人の機能の不可欠性にある。しかし補足意見の理解によれば、弁護人は、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く、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への協力義務を負う。また、この協力義務のため、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ての役割から逸脱しない限り許容される。ここに「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不可欠である」との考えが介在する余地はない。

6 弁護人の援助を受ける権利に対する判例の理解

本章で検討してきたわが国の一連の判例を、平成17年第三小法廷決定の補足意見に表れた弁護人の機能の理解に照らして眺めたとき、判例は、弁護人の機能に対し一貫して共通の理解に立つことがわかる。すなわち、弁護人の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ではなく、真実発見の主体たる裁判所を補助するものにとどまる。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²³¹⁾。

具体的には、国選弁護人の選任場面では、弁護人の援助を受ける権利が公正な裁判に不可欠とは考えられないため、裁判所は、弁護人の選任を受ける権利が実質的となるよう確保する義務を負うことはない²³²⁾。また、裁判所は、被告人にとって効果的な援助が得られ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を負うこともない²³³⁾。利害相反のない国選弁護人を選任して、効果的な援助を実質的に確保する義務も存在しない²³⁴⁾。

他方、もっぱら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

231) 最高裁昭和24年11月30日大法廷判決参照。

232) 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。

233) 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。

234) 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日第三小法廷判決参照。

判の実現に不可欠ではないため、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²³⁵⁾。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、弁護人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ない²³⁶⁾。

さらに、裁判所自ら「実質弁護」の機能を果たすため、たとえ弁護人が控訴理由を主張しなくとも、裁判所が詳細に検討すれば、弁護人の援助を受ける権利の侵害は生じない²³⁷⁾。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」²³⁸⁾と指摘されたが、判例が示すのは弁護の機能を裁判所が吸収する職権主義的態度にほかならず、そこに、弁護人の援助の効果性を問う余地はないのである。

判例の態度に一貫するのは、弁護人の援助を受ける権利は公正な裁判の実現に不可欠ではなく、よって、実質のある「効果的」な弁護人の援助を求めるという被告人の権利も、被告人が効果的な援助を得られるよう確保する国家（裁判所）の義務も存在しない、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」を形成する基盤となり、かつ、わが国においても同様の権利の保障が及ぶ前提として学説に理解されていた「弁護人の機能」に対する認識が、裁判所には欠けているということにほかならない²³⁹⁾。

235) 最高裁昭和 43 年 4 月 18 日第一小法廷判決参照。

236) 最高裁平成 17 年 11 月 29 日第三小法廷決定参照。

237) 最高裁昭和 36 年 3 月 30 日第一小法廷判決参照。

238) 田宮・前掲注 3) 358 頁。

239) 刑訴法 39 条 3 項本文の合憲性を判断した最高裁平成 11 年 3 月 24 日大法廷判決（民集 53 卷 3 号 514 頁）は、接見交通の制限は弁護人の援助を受けるための必要条件たる「機会」そのものの制限であるから、接見交通権の実質的な保障を要することを示したにとどまり、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」が及ぶとの趣旨を導くことはできず、憲法 37 条 3 項に関する判例の理解に影響を及ぼすものではない。

Ⅶ 「弁護人の効果的な援助を受ける権利」の確立に向けて

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

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、及び「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、当事者主義における公正な裁判の実現に不可欠な役割を果たす弁護人の機能への理解が、最高裁によっては共有されていないのである。

弁護人の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、「当事者主義」のあり方とそこにおける「弁護人の機能」に対する裁判所の理解が根本的に変わる必要がある。その過程なしに、憲法37条3項の「弁護人に依頼する権利」が、本来の「弁護人の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、明治以来その核心において変化することなく引き継がれてきた弁護人の機能の位置付けに変更を迫ることであり、実現は極めて困難と言わざるを得ない。

ただし、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の契機を内在するものとして、死刑事件を挙げるができる。

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

いかなる事件であれ、弁護人が提供する援助の質によって判決は分かれ得るが、死刑事件が非死刑事件と明らかに異なるのは、援助の質の差が文字どおり生死を分ける点にあり、弁護人の援助は決定的に重要なものとなる。

ところが、わが国の裁判所の立場からは、弁護活動の質がいかにも低くとも違法性の問題は生じない。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。死刑事件であれば、弁護人が被告人を糾弾し、検察官と共

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であろう。

(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

上記のような極端な事例はさておくとしても、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は許容されるであろうか。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点が重要である。

すなわち死刑制度を存置する現行法制下では、「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)²⁴⁰⁾として、死刑判断に特別な「慎重さ」を求めた。さらに最高裁は、平成27年2月3日第二小法廷決定²⁴¹⁾において、「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、慎重さに加え公平性にも十分な注意を要することを明らかにした。

もっとも、最高裁が示すのは、裁判体が判断する際の「慎重さ」「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過程には触れておらず、弁護人の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見える。

しかし、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ものに偏することを許容しては、「慎重さ」「公平性」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が明らかにしなかった事実を掘り起こし、あるいは別の角度から事実之光を当てることによって初めて、最終的な判断における

240) 刑集37巻6号609頁。

241) 裁時1621号4頁。

「慎重さ」「公平性」が活かされる。この過程で、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。かつて職権主義のもと、判検事にも被告人の利益を図る「実質上の弁護人」としての役割が期待されつつ、これによって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が必要とされた²⁴²⁾。現行刑事訴訟法のもと、しかも検察官が死刑を求刑するような場合には、裁判所の「実質弁護」によって弁護人の援助の不十分さを補うことは到底できない。弁護人の「効果的な援助」なしには、いかに裁判所が意を用いようと判断の「慎重さ」「公平性」が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、現行法が死刑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被告人に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で「公正な裁判」の実現はない、といえる。

(3) 死刑事件から非死刑事件へ

第Ⅱ章で概観したように、アメリカで弁護人の援助を受ける権利が発展する途上では「死刑事件か否か」が大きな意味を持ったが、やがて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は疑問が生じた。弁護人の機能が公正な裁判に不可欠だという点で、死刑事件と非死刑事件の区別に合理性はない。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した。

わが国においても、法律実務家は、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、弁護人の機能の在り方についての根源的な問題に向き合うことになる。そして、弁護人の機能に対する理解の深まりは、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り得るのである。

242) 江木・前掲注228) 109頁。

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

「弁護人の効果的な援助を受ける権利」が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、権利の侵害に対し救済が可能なことを意味する。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方向性につき述べる。

(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を侵害された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、「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。この点につき調査官解説は、弁護人が、検察官の論告にも等しい主張をすることは、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の治癒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、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、とする²⁴³⁾。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、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、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、③最終弁論の内容によって①のようになる場合と②のようになる場合に分かれる、という三つを挙げて²⁴⁴⁾、補足意見は、これらのいずれを採用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場合があ

243) 芦澤・前掲注 211) 661 頁。

244) 芦澤・前掲注 211) 661-662 頁。

り得る趣旨を述べたもの²⁴⁵⁾、とする。

(2) 効果的な援助を受ける権利の侵害という法令違反

弁護人が被告人に敵対的な最終弁論を行う場合には、その行為の問題性がただちに裁判所に明らかとなるため、裁判所の訴訟指揮の違法性が常に問題となる。これに対して、弁護活動が「効果的な援助」か否かが問われる場面では、現実に効果的な援助の侵害があっても裁判所による訴訟指揮を違法と評価できない場合が多々ある。そのような場合、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」とされてこそ、救済が可能となる。

その端的な例が利害相反事案である。利害相反の存在は、被告人においてすら判断が困難であるうえ、弁護人は利害相反の存在が明らかとなるような訴訟活動を避けるため、裁判所も認識し難い。よって裁判所の訴訟指揮には何ら問題がなくとも、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顕在化することは十分にあり得る。

弁護活動が非効果的で被告人への援助とならない場合、裁判所による認識はさらに困難である。弁護人の行為が、何らの調査活動も行わず怠慢であるだけなのか、被告人と十分な協議を経てその意思を尊重した結果なのか、あるいは周到な準備に基づく弁護戦略によるのか、裁判所には明らかではない。

こうした場合、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とすれば、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。現に効果的な援助を得られなかった被告人に救済を与えなければ、権利を保障したことにはならない。被告人が効果的な援助を受ける権利を否定された場合、権利の否定それ自体が違憲（憲法37条3項違反）かつ違法（刑訴法30条違反）であり、端的に訴訟手続の法令違反を認めるべきである。

245) 芦澤・前掲注211) 662頁。

3 「効果的な援助」をどうはかるか

わが国の刑事訴訟法は、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。効果的な援助の否定を端的に法令違反と捉えることで、わが国においても、Strickland 基準と同様の判断が可能となる。

もっともその先には、効果的な援助の否定をいかに測るかという難問がある。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、事実審弁護人の民事上の義務違反につきこう指摘された。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、具体的な場合に特定の義務違反を確定することは困難である。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となりかねない。したがって、裁判所が民事の制裁を活用できるのは、相当重大な義務違反が確認され、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²⁴⁶⁾。これはまさに 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。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た被告人は救済されない。

Strickland 判決が示したように、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るか否かによって測ることが、おそらく適切であろう。もっとも、現在のわが国には、ABA 刑事司法基準やガイドラインのように指針となるべき実務規範は存在しない²⁴⁷⁾。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れば、その過程で、指針となる実務上の規範はおのずと

246) 田宮・前掲注 212) 29 頁。

247) 日本弁護士連合会が定める弁護士職務基本規程のうち刑事弁護に特化した規定は 4 箇条である。

形成されていくであろう²⁴⁸⁾。また、そうした取り組みは、弁護人の機能に対する裁判所の理解にも変化をもたらす可能性を持つのである。

248) 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。