

# 英米刑事手続における弁護人のエラーについて

岡田悦典

## 1 はじめに

わが国の刑事手続における被疑者・被告人の弁護権は、憲法34条および37条で保障されている。現行憲法および現行刑事訴訟法が施行されて以来、その初期の段階でも、弁護権は形式的に弁護人を付ける権利だけでなく「実質的に、その弁護を受ける権利をも含む」と解されていた<sup>1)</sup>。実質的弁護を受ける権利は、「十分な弁護」とか「有効な弁護」とも表現されるが、今や弁護権を「実質的弁護を受ける権利」と理解することに、反論する者はいないであろう<sup>2)</sup>。しかし、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。

一方、イングランドおよびウェールズ（以下、イギリスと称する）では、近年の一連の誤判事件をめぐって、弁護人の弁護の質が問題とされている<sup>3)</sup>。そこで、本稿では、弁護の質との関連で最近イギリスで議論されている弁護人のエラー(defence error)の動向を取り上げ、主に合衆連邦最高裁判所のストリック事件判決と比較しつつ、わが国における弁護の問題について考察を試みたい。

### (注)

- 1) 平野龍一『刑事訴訟法』73頁（有斐閣，1958）。
- 2) 例えば、田宮裕『刑事訴訟法』30頁（有斐閣，1992）、石川才顯『捜査における弁護の機能』43頁（日本評論社，1993）、村井敏邦「刑事弁護の歴史と課題」自由と正義44巻7号 5頁以下（1993）など。
- 3) Joshua Rozenberg, *The Search for Justice: An Anatomy of the Law*, Hodder and Stoughton, 1994, p. 255; Clive Walker and Keir Starmer, *Justice in Error*, Blackstone Press Limited, 1993, p. 56.

## II イングランドおよびウェールズの控訴院判例の展開

### 1 イギリス控訴院について

イギリスでは近年、控訴院刑事部(Court of Appeal Criminal Division) (以下、控訴院と略す)のあり方について、議論が盛んに行われているが、この控訴院の役割の一つは正式起訴事件の第一審の裁判を行う刑事法院(Crown Court)からの上訴を扱うことである。控訴院は、その権限を行使して陪審裁判による有罪判決を破棄することに消極的である。したがって、絶えず改革の対象として控訴院が議論されてきた。

その消極的状況は歴史的沿革から考えると明瞭である。そもそも、控訴院の設立に対しては当初から批判が強かった。従来、正式起訴事件で有罪判決を受けた者は、一般的な上訴の権利を有していなかった(ただし公判裁判官が裁量により法律の論点について留保し、Court of Crown Cases Reserved が検討することが可能ではあった)。控訴院の前身である刑事控訴裁判所(Court of Criminal Appeal)を設立する最初の法案が提出されたのが、1844年であった。その後、1907年刑事上訴法によって初めて上訴制度が確立したが、その間に上訴を行う権利を確立するために31もの法案が提出されたのである<sup>1)</sup>。このように制度設立の過程が長期におよんだのは、刑事控訴裁判所の機能および効果が、たえず疑問視されていたからである。訴訟の遅延を及ぼすことになる、陪審の判断が甘くなり疑わしい証拠のまま有罪判決を下すことになりかねない、利益のない上訴が増加して公共の信頼を損ねることになる、陪審の評決に対する終局性の理念を尊重すべきである、と反論された<sup>2)</sup>。

1907年以後も、刑事控訴裁判所は、前述のような批判に絶えずさらされていた。そこで1965年に、ドノバン委員会によって再検討が行われ、その勧告の結果として刑事控訴裁判所から現在の控訴院に再編成された。

1968年刑事上訴法第2条(1)によれば、裁判所が

- (a) すべての事情において有罪判決が不安全かつ不満足であるために陪審の評決が無効とされるべきであると思料する場合
- (b) 法律問題について誤った判断があるため公判裁判所の判断が無効であると思料する場合
- (c) 公判手続で、重大な違法があったと思料する場合

有罪判決に対する上訴を認容しなければならない。そして、裁判所は有罪判決を破棄しなければならない(第2条(2))。

ただし、裁判所は(b)および(c)が満たされていたとしても、誤判が現実起こっていないと思料される場合には、このかぎりではない(proviso)。

最近の調査によると、理由の一つを明らかにしたものの中では、(a)を理由とするものがほとんどであるとのことである<sup>3)</sup>。しかし控訴院は、1970年代および1980年代に制限的かつ狭い解釈をして批判されている。このことは控訴院が有罪判決を再審査し陪審の判断をくつがえすことに消極的であったことを物語っている。

一方、有罪判決が不安全かつ不満足であるかどうかのテストは、主観的なものと判例上考えている。控訴院は、刑事法院における評決に対して積極的な権限を行使しようと、クーパー判決で「事件の事情によって、正義が達成されたかどうか疑問に思ふような潜在的疑い(Lurking doubt)を残しているか」という質問形式を示し、潜在的な疑いがあれば、有罪判決を破棄できると判示したのである<sup>4)</sup>。ただし、クーパー判決以来、潜在的な疑いを用いた有罪判決の破棄は6件のみであると主張されており<sup>5)</sup>、実際の運用は必ずしも多くない。

## 2 イギリス控訴院による弁護人のエラーを理由とする有罪判決の破棄

このような控訴院の権限において、弁護人のエラーが上訴を認め有罪判決を破棄する理由とできるのか、できるとしたらその基準は何なのかがイギリスでは問題となっている。なぜこのことが問題になるかという点、弁護人の力量が有罪か無罪かに鋭く影響し、誤判の原因の一つとして弁護人の不十分な弁護があるとの認識があるからである。しかしイギリスでは従来から、弁護人のエラーがあった場合にそのエラーが上訴を認める有効な理由となるとの議論を、控訴院は伝統的に受け入れたがらなかった。もっとも、控訴院の消極的機能がその背景にあることも忘れてはならないであろう。1988年の段階で、控訴院は有罪判決を受けた者の弁護人のエラーについて、「もし弁護バリスターが誤っていた、あるいは愚かであったと判断を下したとしても、そのことが、上訴を認める有効な理由にはならない。バリスターが適切に事件について被告人と議論したならば、裁判所は、はじめに議論していたが公判では行わなかった弁護を別の機会に行うよう、被告人に認めないであろう」と判断していた<sup>6)</sup>。

この場合には、弁護人のエラーが1968年刑事上訴法第2条(1)(c)の「重大な違法」に当たるか否かが争われ、控訴院は当該条項に該当することに消極的な立場を示したのである。一方、例えば法改革団体ジャスティス(JUSTICE)は、公判前および公判での弁護人のエラーが主な誤判原因の一つであると主張し<sup>7)</sup>、弁護人の戦略が誤っていたと判明した場合には、被告人の有罪判決の安全性について合理的な疑いが残っているわけであるから、控訴院は有罪判決を破棄するか、再審理を命ずるべきであると勧告していた。ジャスティスは第2条(1)(a)の問題として捉えるべきであると主張し、弁護人のエラーが被告人の過失によるものであることは稀である、経験があさく、怠慢であり、不十分な弁護人によって、また当時は合理的であると思われていたが次第に不正義へと導かれていくと認識された戦略によって、被告人が処罰されるのは誤っていると主張したのである。しかし一方でジャスティスは、弁護人のエラーを理由として有罪判決が破棄されることは難しいであろうと悲観的に観測していた<sup>8)</sup>。

1989年にこの問題についてエンサー判決が控訴院から判示された<sup>9)</sup>。この事例は次のような事案によるものであった。上訴申立者である被告人エンサーがもともと異なった二つの強姦事件の訴因によって告発されていて、二つの訴因は起訴状で併合されていたが、被告人は二つの訴因を分離して争うことを要求し、その旨をバリスター、ソリスターに伝えていた。もともと、二つの犯罪には類似性がなかったため、分離の申請がなされていたとすれば、その要求はかなくなっていただけと思われる。しかし、バリスターは、第一の訴因で無罪を獲得する絶好の機会があり、それは第二の訴因についての無罪の可能性を高めることにも影響すると考えて、一緒に審理される方が有利であると判断した。そのため、公判でバリスターは訴因の分離を申請しないこととし、その判断を被告人に知らせなかった。結果として、両訴因について有罪の判決が言渡された。被告人はバリスターの以上の行動が、実質的な違法性を構成するとして上訴した。そこで、次の様に判示された。

「裁判所は、弁護によって目にあまる不十分な弁護(flagrantly incompetent advocacy)の結果、上訴申立者がいくらかの不正義を被ったという潜在的な疑い(lurking doubt)を抱いた場合には、裁判所は有罪判決を破棄する……ことは正しいアプローチであると考え」<sup>10)</sup>。

具体的な判断については、被告人の「バリスターが、訴因の分離を申請しな

い旨判断したが、その判断がたとえ誤りであったとしても、注意深く考慮されたものであり、不十分な、ましてや目にあまる不十分な弁護と言うことはできない<sup>11)</sup>として、控訴院は、バリスターが被告人の意思に反して行動したという理由による有罪判決の破棄を認めなかった。

この判例は、有罪判決に対して「潜在的な疑い」が残るほど目にあまる不十分な弁護の場合には、弁護人のエラーを理由とする上訴が認められ、有罪判決が破棄されることを認めている。エンサー判決によれば、問題の焦点は評決の不安全・不満足に移り、一定の場合には弁護人のエラーを理由に上訴が認められる。

1990年の調査によれば、300件の調査サンプル・329の上訴理由の中の9件、すなわち3%が弁護人のエラーを理由としている。しかし、すべて上訴は認められなかった<sup>12)</sup>。一般に、弁護人のエラーによって上訴が認められることは難しいであろうとの推測がなされていたと思われる。一方、1993年に報告書を出した刑事司法に関する王立委員会 (Royal Commission on Criminal Justice) は、「誤った陪審の有罪評決は……弁護人のエラーの結果であることもあろう。そのエラーは『目にあまる不十分な弁護』に帰することにはならない。弁護人の下した判断が後に誤りであると判明したことで、その他に理由もなく刑事施設に収容されている被告人が存在することは、正しいはずはないであろう。……有罪判決の不安全にとって『目にあまる』の要件は必要ないと思われる」との見解を示した<sup>13)</sup>。王立委員会は弁護人のエラーを理由とする有罪判決破棄を認める要件を緩めるように勧告し、弁護人のエラーを理由とする上訴を第2条(1)(a)によって促進させる見解を示したのである。

さらに、1993年に控訴院はクリントン判決により弁護人のエラーを理由として有罪判決を破棄することになった<sup>14)</sup>。

クリントンは猥褻な暴行等を行った結果、告発された。被害者は、犯行者の容姿について犯行後に説明していた。その14ヵ月後に、被害者がマーケットで働いているときにクリントンを見かけ、即座に犯行者と認識した。クリントンは警察官に呼び止められ、二人の警察官と一緒に警察に向かった。そして、警察に到着し、警察官の一人が中で起ったことを別の警察官に詳しく説明している間に、別の警察官が何で逮捕されたのかわかっているかと確認したところ、クリントンは「暴行についてのことですか」と答えた。取調べ中は、クリント

ンは無実を主張し続けていた。

クリントンの容姿が多くの重要な点で（歯、入れ墨、傷など）被害者の説明と異なっていたが、この点が公判では弁護側から主張されなかった。クリントンは、公判で証人を召喚したり証言をすることがなく、そうするようにバリスターに助言されることもなく、結果としてクリントンの外見と告発者の説明の矛盾が陪審にさらされることがなかった。また、警察署での供述について、クリントンはその日マーケットで盗みを働いて女性店主といざこざがあったことについて逮捕されたと思って警察官に答えたわけであり、「暴行」の語も使用していないと主張したが、そのことも公判では明らかにされず、バリスターは批判しなかった。また不公正な偏見に満ちた取調べがなされたが、この点についてもバリスターは何ら言及しなかった。

結果として有罪判決を受けたため、バリスターの弁護の不十分性を争って上訴した。

判例は、犯行者の容貌に関する説明と上訴申立者との間に違いが存在していることに関連して「クリントンが証言することをいやがっていたが……証言をする状態ではなかったためにバリスターの適切な助言を無視したのであろう。……しかし、バリスターが証言させるために何もしようとしなかったこと、上訴申立者の有利な証拠が欠如していることは重大なエラーである」<sup>10</sup>、と判示し、警察署での供述についても「上訴を認める理由となる」<sup>10</sup>と判断し、取調べ方法について何らバリスターが批判しなかったことに、「裁判所を重大な関心を引き起こさせた」として<sup>10</sup>、次のように判断した。

「(バリスターの行動については有罪判決が不安全かつ不満足であるか否かを検討するという)アプローチが正しく、そのような事件を重大な違法の観点から主張することは人を誤らせるであろう」<sup>10</sup>。「裁判所はバリスターが激しい議論による適切な考慮の後、そして適切な場合に適正な依頼者との議論の後、正しい信念のもとで判断する場合について、その判断が評決を不安全または不満足にさせたと言えないであろうと、強調することに当然のことながら関心があった。……例外的に、判断が、適切な指示から逸脱して、もしくは何にもなされないまま行われた場合、あるいは思いつく理由と良識すべてから、その他の手段があるのに判断されたときには、上訴裁判所は（刑事上訴）法第2条(1)(a)によって評決を破棄することができる。おそらく、バリスターの申

立られた愚かな行為の質的価値を評価しようとする幾分意味論的態度によって問題に対処することは有益でないであろう。むしろ、……公判と評決における影響を評価することが有益であろう」<sup>19)</sup>。

以上のように判示して、上訴が認められ有罪判決が破棄されたのである。

クリントン判決は、従来まで重大な違法によって争われてきた弁護人エラーの問題を、具体的な「質」を検討することは有益ではないとし、むしろ公判と評決への影響を考えるべきであると表明した。ただし、その判断基準はいささか高く設定されたようである<sup>20)</sup>。

以上のような判例の動向に対して、ジャスティスは控訴院の基準は高すぎるし一貫していない、また控訴院は明らかな基準を示さず、弁護人のエラーの分野では控訴院は困惑し有罪判決の安全性と法律家を非難することを混同していると批判している。そして「有罪判決を受けた被告人の弁護人のエラーが、有罪判決の安全性に通ずることを証明することができれば、上訴を認める有効な理由になるべきである」と勧告している<sup>21)</sup>。ジャスティスの強調する点は弁護人のエラーによって有罪判決の安定性が損なわれていることにある。

控訴院において弁護人のエラーを審理する動向は、当事者主義訴訟構造にあって、弁護人の能力・質が極めて重要な問題であることをあらためて物語っている。当事者主義訴訟を前提とする刑事手続では、片方の当事者が有効にその役割を果たさない限りは、当事者主義はもろくも崩れさるからである。そして、弁護の実質性が、特にイギリスでは、その「質」が意味論的な問題であることから有益ではないとされ、弁護人を非難するために議論されるのではなく、あくまでも判決の妥当性、すなわち誤判の救済のために問題とされている。もちろん、その基準が高すぎるとの批判がある。しかし、その批判は、あまり権限を行使しないイギリス控訴院制度に内在する問題であるともいえるであろう。なお、ここではもっぱらバリスターの活動が議論の対象となっているが、ソリシターの活動のあり方も同じように、議論されているといえる。こうした展開に対して、具体的な「弁護」の質的改善をめざして、法律家によってガイドラインが作り出されており、イギリス国内でも注目されているのである<sup>22)</sup>。

(注)

- 1) Madeleine Colvin, "Miscarriages of Justice: The Appeal Proce-

- ss," in Mike McConville and Lee Bridges (ed.), *Criminal Justice in Crisis*, Edward Elgar, 1993, p. 287.
- 2) Kate Malleson, "Appeals Against Conviction and the Principle of Finality," in Stewart Field and Philip A. Thomas (ed.), *Justice and Efficiency? : The Royal Commission on Criminal Justice*, Blackwell Publishers, 1994, pp. 157-58.
  - 3) John Sprack, *Emmins on Criminal Procedure*, 6th ed., Blackstone Press Limited, 1995, p. 320.
  - 4) R v. Cooper [1969] 1 Q. B. 267.
  - 5) JUSTICE, *Miscarriages of Justice*, London, 1989, para. 4. 19.
  - 6) R. v. Gautam [1988] Crim. L. R. 109. この判決の一ヵ月後に, R. v. Swain [1988] Crim. L. R. 109 では, バリスターの目にあまる不十分な弁護の結果として, 不正義を被告人が受けた場合には, 有罪判決が破棄される場合があると, 判示している。
  - 7) JUSTICE, *supra* note 5, para 1. 7.
  - 8) *Ibid.* , paras. 4. 23-4. 26.
  - 9) R. v. Ensor [1989] 1 W. L. R. 497.
  - 10) *Ibid.* , p. 502.
  - 11) *Ibid.* , p. 502.
  - 12) Kate Malleson, *A Review of the Appeal Process*, Royal Commission on Criminal Justice Research Study No. 17, HMSO, 1993, pp. 8-15.
  - 13) The Royal Commission on Criminal Justice, *Report*, Cm. 2263, HMSO, 1993, ch. 10 para. 59.
  - 14) R. v. Clinton [1993] 1 W. L. R 1181.
  - 15) *Ibid.* , p. 1184.
  - 16) *Ibid.* , p. 1185.
  - 17) *Ibid.* , p. 1186.
  - 18) *Ibid.* , p. 1187.
  - 19) *Ibid.* , pp. 1187-1188.
  - 20) JUSTICE, *Remedying Miscarriages of Justice*, 1994, p. 13.
  - 21) *Ibid.* , p. 13. なお, 弁護人の弁護活動を審査し, 刑事弁護の充実化を図る趣旨から, ジャスティスはパブリック・ディフェンダー制度の導入を提案している。詳しくは, 拙稿「パブリック・ディフェンダー制度研究序説(2・完)」一橋研究20巻4号59頁(1996)を参照されたい。
  - 22) See, Law Society, *Advising a Suspect in the Police Station: Guidelines for Solicitors*, 3rd ed. , London, 1991; Law Society, *The Magistrates' Court: A Guide to Good Practice in the Preparation of Cases*, London, 1993.

### III アメリカ連邦裁判所判例の展開

#### 1 連邦裁判所判例の展開

同じ当事者主義訴訟形態をとる合衆国では、イギリスにおける弁護人のエラーの問題は、有効な弁護を受ける権利と関連してより積極的に論じられている。

合衆国憲法修正6条では、「被疑者・被告人は……自己の弁護のために弁護人の援助を受ける権利を有する(the accused shall enjoy the right ……to have the assistance of counsel for his defense)」とある。この規定は「弁護人の『有効な』援助を受ける(to have the *effective* assistance of counsel for his defense)」と判例上解釈されてきた。ここに合衆国では、「有効な弁護を受ける権利(Right to *effective* counsel)」が憲法上保障されている。「有効な弁護」が明確に連邦最高裁判所判例法上意識されたのは1932年のパウエル事件判決である<sup>1)</sup>。

「現在判断することが必要とされていることは……被疑者・被告人が無知、無教養、読み書きができないことなどにより、弁護人を享受することが不可能であり、自己の弁護が適切にできない死刑事件において、要求されようがされまいが、法の適正手続の要請から必要不可欠のものとしてその者に弁護人を選任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、事件の準備と公判で有効な援助 (*effective aid*)を与えることができない時間や状況において選任することによって、その義務が遂行されてはならないのである」<sup>2)</sup>。

その後1970年に、連邦最高裁判所はマックマン事件判決で「重罪の告発に直面している被疑者・被告人は、資格ある弁護人の有効な援助(*the effective assistance of competent counsel*)を受ける」と明確に「有効な弁護」について言及した<sup>3)</sup>。また「有効な弁護」を受ける権利が国選弁護人を付した者に限るとする議論もあったが、連邦最高裁判所は、国選弁護人を付けた者に限られず、すべての被疑者・被告人に等しく「有効な弁護」を受ける権利が保障されると明言した<sup>4)</sup>。合衆国では、このように憲法で保障される「有効な弁護」が有罪および量刑が言い渡されるまでの手続で保障されなかったとなれば、有罪判決が破棄され再審理(*New Trial*)となるか量刑が宣告し直されることとなる。そのため合衆国では「有効な弁護」がなされたか否かが直接の上訴や人身保護令

状による救済といった刑事手続内で激しく争われている。「有効な弁護」を受けなかったと争う申立ては、1960年代以降顕著になった。これには、1960年代の連邦最高裁判所判例によるデュー・プロセス革命が背景にある。すなわち弁護権の適用範囲を拡大する判例により、刑事事件の経験の少ない弁護士が刑事事件に必要とされ、弁護人の「質」が大きな問題として浮上したのである。また、刑事弁護業務が複雑化してきたことも原因として挙げることができる。

したがって、弁護の内容が直接争われるとすれば「有効な弁護」とは一体どのような内容のものなのか、当該弁護人はどの程度までの弁護を最低限行わなければならないのかが問われることになる。この点、前述のように「有効な弁護」を受ける権利を確立してきた連邦最高裁判所は、当初この問いに対して明確な判断を示さないままであった。一方、下級裁判所の判例では「有効な弁護」の問題は着実に判例の中で展開された。当初、一般には、裁判所は「裁判が道化芝居あるいは形ばかり(farce or Mockery)であったとき、あるいは裁判所の良心にショックを与えていたか、あるいは主張された弁護がよい加減な、不誠実な、見せかけの、ごまかしであったとき」が有効ではないとする<sup>5)</sup>、「道化芝居および形ばかり」テストを採用していた<sup>6)</sup>。しかし、基準が曖昧であると批判された。「有効な弁護」を受けなかったと申し立てる事例が増加するにつれて、合衆国では1970年以降に「有効な弁護」の基準をめぐって激しく議論が繰り広げられた。

いわば第二段階とでもいうことができるのであろうか。例えば前述のマクマン事件判決では「刑事事件で弁護人に要求される能力の範囲内」であるか否かが基準とされた<sup>7)</sup>。このような基準をとることによって「道化芝居および形ばかり」テストはその後次第に判例では放棄されることとなった。そして、マクマン事件判決と同じようなアプローチが表現は異なるが採用されるようになった。例えば、「その場所および時代に通常広まっている習慣的な技術と知識を行使することが弁護人には要求される」<sup>8)</sup>、「理性的な有効な援助」<sup>9)</sup>といった基準が提起されたのである。一般的には「合理的な弁護人(Reasonable attorney)」か否か、という基準であったといつてよい。もっとも、「合理的な」とか「習慣的な技術」といった言葉は、依然としてその具体的な内容を明らかにできないままであった。そこで、新しい言葉を捻出するよりもその言葉の意味する明確な内容をより発展させることに主眼が置かれたのである。

そこで、合理的な弁護人をめぐって、大きく二つの立場に別れて論争がなされたのである。一つは、固定した基準を確立するべきであるとの立場、一つは、弁護というものは事件ごとに異なるから事件ごとに主観的に判断するべきであるとの立場である。前者の理由は、明確に内容を設定することを憲法は要請しているし、有効でないとの主張を減少させることになる主張する。基準は弁護人、被疑者・被告人、裁判官のよりどころとなり、被疑者・被告人はどのような弁護が必要なのか知ることができ、弁護人はその質を改善でき、裁判官は効率的に監視できると主張する。一方、後者は事件ごとに弁護のあり方は異なるので、明確な基準を設定することはできないと反論する<sup>10)</sup>。

このような論争を集約した事件が、デコスター事件である。1973年にコロンビア特別区連邦控訴裁判所のデコスター事件判決は<sup>11)</sup>、弁護人は合衆国憲法上要請される最小限レベルを満たすための義務のリストを提示した。

『合理的な有能な援助』は簡略な標語であり、速やかに適用されるものではない。そこで我々は……依頼者に対する弁護人の義務をある程度明らかにすることとする。

一般に一弁護人はアメリカ法律家協会(American Bar Association)の弁護機能に関する基準に従わなければならない。弁護士団体自らが、この基準によって刑事事件の弁護に関するガイドラインを明確に表現している<sup>12)</sup>。

特に(1)弁護人は遅滞なくできるだけ頻繁に、弁護に関する事柄を引きだすため、あるいは可能性のある弁護が利用できないことを確認するために依頼者と協議しなければならない。弁護人は、可能性のある戦略と事実の選択について依頼者と十分に議論しなければならない。

(2)一弁護人は速やかに依頼者にその者の権利を助言し、その権利を守るために必要なあらゆる行動をとらなければならない。多くの権利は迅速な法的措置によってのみ保護される。連邦最高裁判所は、例えば依頼者の自己負罪拒否特権を守るという弁護人の役割を認めている<sup>13)</sup>。弁護人はまた被告人の公判中拘禁から解放される権利に関心がなければならないし、適切な場合には公判前の精神医学上の診断のためにあるいは証拠の弾劾のために行動する用意ができていなければならない。

(3)一弁護人はどのような弁護をすることができるのかを判断するために法的側面あるいは事實的側面の適切な調査を行わなければならない。……調

査では、常に、訴追側及び法執行機関が所有する情報を確保する努力がなされなければならない。そしてもちろん、調査する義務には十分な法律調査を行う義務も含まれる」<sup>14)</sup>。

そして、被告人は弁護人が列挙された義務の一つを遂行することができなかったことを証明することが要求され、弁護義務違反が示されたならば、証明負担は訴追側に移行し、訴追側が弁護義務違反によって被告人は侵害を受けなかったと証明することができない限り「有効な弁護」が欠如していたこととなり、有罪判決は破棄されることになると判示され<sup>15)</sup>、地区裁判所に差し戻された。

これらの要求は確かに基本的な要素を示しただけである。しかし、合理性といった言葉のある程度の内容を明らかにしたともいえるであろう。そして裁判所自身が認識しているように、デコスター事件判決が示した基準は、いわば裁判所や弁護人にとって「有効な弁護」に関する明確なガイドラインの第一歩であるという点は、注目すべきであろう<sup>16)</sup>。

その後、地区裁判所は弁護人の行動に関する審理を行った結果、被告人は適切な弁護を受けたと結論したため、被告人は再び控訴裁判所に上訴した。控訴裁判所は、地区裁判所の判断を棄却し、被告人は有効な弁護を受けていなかったと判断した（デコスターⅡ）。その後、訴追側の全員法廷による審理の申立が認められ、デコスターⅡの判断が退けられたのが1976年のデコスターⅢ事件判決である<sup>17)</sup>。ここでは、事件ごとに判断するアプローチが採用された。

「弁護人の行動は、法律家が誤りやすいと予想される通常の行動をかなり下まわる位に、当該主張の（弁護の）不適切性がかなりのものでなければならない。被告人は弁護人の不適切性が公判の結論に影響を与えたとの可能性をまず証明しなければならない。そして、この証明がなされれば、訴追側に負担が移るものとする。そして訴追側が、欠陥によって弁護は軽蔑されるものではなく、実際に侵害は生じていないと証明できない限り、有罪判決は維持できない」し、「（列挙された）基準は弁護人と依頼者の微妙な関係を切り裂き、当事者主義制度の構造を破壊する」<sup>18)</sup>。

## 2 ストリックランド事件判決の登場

デコスター事件における論争は、その後、連邦最高裁判所の考え方に影響した<sup>19)</sup>。1984年に連邦最高裁判所は、ストリックランド事件判決<sup>20)</sup>によっていわ

ばデコスター的なアプローチを採用した。そして判例は、弁護人が「合理的な有効な援助」を提供することが必要とされると判断し、従来の「道化芝居および形ばかり」テストやアメリカ法律家協会の基準に沿うことが憲法上要求されるといった考え方を否定したのである。

この判決は次のような事例によるものであった。10日間に被告人は殺人、誘拐などが含まれる三つの犯行を実行し、弁護人の助言に反して陪審裁判を受ける権利を放棄し、すべての告発に対して有罪を答弁した。そして、答弁の過程で裁判官に被告人は「重大な前科がなく、犯行時には家族を養っていくことができないことによる極度のストレスのもとにあったが、犯行についての責任をとる」と述べていた。弁護人は量刑手続の準備で、減刑事由を立証するために答弁の対話における被告人の言明に依拠しようとの戦略を立て、犯行を自供した被告人をかなり信用している量刑裁判官の裁判官としての名声を強調するべきであると判断し、弁護人は被告人の性格的・情動的状态について証拠を提出せずまた探すこともせず、量刑前レポート(presentence report)がむしろ「重大な前科がない」との主張を害することになるであろうと考えて、要求しなかった。最終的に、裁判所は刑を重くする事由が刑を軽くする事由を圧倒的に勝っていると判断し、殺人について死刑を宣告した。フロリダ最高裁判所においても、上訴は認められず死刑判決が確定した。そこで、被告人は人身保護令状による救済の申立を行い<sup>20)</sup>、減刑事由について調査しなかった「弁護」が有効でないと主張したが、連邦最高裁判所はその主張を認めず、「有効な弁護」について次のように判示した。

修正6条の弁護人の援助を受ける権利は、弁護人の有効な援助を受ける権利のことである。そして、有効でないという主張を判断する基準は、弁護人の行動が当事者主義の適切なプロセスの機能を侵害し、そのため裁判が、その結果を生み出したときに信頼され得ないかどうかでなければならないとして<sup>21)</sup>、次のような基準を明らかにした。

「① 被告人は、弁護人の行動に欠陥があったことを証明しなければならない。これには、弁護人のなしたエラーが重大であるために、弁護人が修正6条によって被告人に保障されている『弁護人』として機能しなかったことを証明することが要求される。

② 被告人は、欠陥のあった行動が防御を侵害した(prejudice)ことを証

明しなければならない。これには、弁護人のなしたエラーが、公正な裁判を被告人から奪うほど重大であり、公判の結論が信頼できないことを証明することが要求される<sup>26)</sup>。

判例は①について次のように説明している。

修正6条は「弁護人」としているだけで、有効な援助について特に要請していないから、特別なガイドラインを設定することは適切ではない。そしてむしろ、当事者主義訴訟制度における役割を弁護人が十分に果たすことを法は仮定しており、その仮定を妥当なものとするに十分な基準を法律家が維持することを修正6条は当てにしているだけである。そこで、適切な弁護人の行動に関する尺度は一般的な職業規範による「合理性(reasonableness)」にある。被告人は弁護人の弁護が客観的な合理性の基準に達していないことを証明しなければならない<sup>26)</sup>。確かにアメリカ法律家協会の基準は合理的なものを判断するガイドとはなるが、それはガイドというだけで、詳細なルールはかえって弁護人が直面する様々な状況を十分に配慮することはできず、憲法上保障された弁護人の独立性を侵害し、弁護人の幅広い行動範囲を制限してしまう<sup>26)</sup>。修正6条による「有効な弁護」の保障は、弁護の質を改善することではなく、刑事被告人が公正な裁判を受けることを保障することだけにある<sup>26)</sup>。一方、弁護人の行動に関する公平な評価には、あと知恵によるねじ曲がった印象を消去し、弁護人の行動に関する状況を再構築し、その当時の見地から弁護人の行動を評価することが要請される。そこで、裁判所は弁護人の行動が合理的な職務上の援助の範囲内にあると推定しなければならないが、したがって、被告人は問題の行動が健全な公判戦略であるという推定を打ち破らなければならない<sup>27)</sup>。被告人がまず、合理的な職務上の判断の結果ではなかったとの申立てにより、弁護人の懈怠を明らかにしなければならない。次に、裁判所が、すべての事情を基礎として、それが職業上の有能な援助の範囲外であるかどうかを判断しなければならない<sup>28)</sup>。

判例は②について、さらに次のように説明している。

弁護人のエラーは、たとえ職業上合理的でなかったとしても、エラーが刑事裁判の判断に影響しなかったならば、その判断を覆すことは正当ではない。修正6条の目的は、手続結果への信頼を妥当なものとするために必要な援助を被告人が受けることを保障することにある。したがって、憲法上有効ではない援助を構成するためには、弁護人の行動における欠陥が弁護を害するものでなけ

ればならない<sup>30)</sup>。弁護人のエラーは無限なほど多様であり、特定の事件には無害の場合もある。それゆえ、被告人は弁護人のエラーが合理的でないと証明したとしても、次に、現実エラーが防御にとって逆効果であったことを証明しなければならない。そこで、被告人は、弁護人の非職業的なエラーが存在しなかったならば、手続の結果も異なっていたであろうという合理的な可能性があることを証明しなければならない。合理的な可能性とは、結果に対する信頼を害するに十分な可能性である<sup>30)</sup>。

このように、二つの基準を設定したわけであるが、判例はさらに付け加えている。すなわち、この基準は機械的なルールではなく、問題は手続の基本的な公正性にある。したがって、裁判所は第二、すなわち被告人が受けた侵害について検討する前に、第一、すなわち弁護人の行動に欠陥があったかどうかを判断する必要はなく、仮に十分な侵害が欠如しているという理由で有効ではないとの主張を処理することが容易であれば、そのようなコースがとられるべきであるとする<sup>31)</sup>。

一般にストリックランド事件判決は「有効な弁護」を受けることへの救済に逆行する判例であると批判されている<sup>32)</sup>。例えば、マーシャル判事はこの判決の反対意見において、ここで採用された基準は柔軟であるためにかなり曖昧なものであると批判し、さらに次のように続けている。

「法律家または下級裁判所に対して、刑事被告人のために弁護人は『合理的に』行動しなければならない、そして『合理的で有能な弁護人』のように行動しなければならないと述べることは、ほとんど何も述べていないことと同じである。本質的には、多数意見は、弁護人の有効でない援助の主張を評価することを求められた裁判官に、『専門的な』弁護を構成するものとする考える裁判官自身の直感に言及するよう、指示したのである。そして、多数意見は裁判官が弁護人の行動に関するより詳細な基準を発展させようとする試みを妨げてしまった。それゆえ私は、裁判所が憲法を解釈する自己の責任を放棄しただけでなく、下級裁判所がその責任を行使する能力を傷つけた、と思うのである」<sup>33)</sup>。

マーシャル判事はこのように批判し、詳細に列挙された基準を発展させるべきであったと主張する。そして、表明された二つの基準によって有罪判決を受けた被告人がもし弁護人が有能であったならばよりうまくいっていたであろう

と説明することはなかなか難しい<sup>34)</sup>、第二の基準は無実の者が有罪判決を受けるという可能性をなくすことが「有効な弁護」なる憲法上の保障の目的であると仮定して、明らかに有罪であるとわかっている者が、有効ではない弁護を受け、有罪判決を受けた場合には修正6条に違反していないとの趣旨が伺える。しかし、すべての者が有能な法律家によって弁護される権利を与えられているのであり、明らかな侵害を被ったかどうかにかかわらず、憲法上要求された基準を弁護人の行動が逸脱していると被告人が証明できれば再審理を要請すべきである、と批判しているのである<sup>35)</sup>。

確かにストリックランド事件判決は、「有効な弁護」の申立てを抑制する意図があったと思われる。しかし、次のように述べられている「有効な弁護」の基本理念は、我々にとって参考になるのではなからうか。

修正6条の弁護人の援助を受ける権利は、公正な裁判を受けるという基本的な権利を保障するために必要である。そしてそのような公正は裁判は当事者主義によって達成されるのであるが、当事者主義訴訟制度が適切な結論に到達できるためには、弁護人が決定的な役割を担う。そこで、被疑者・被告人には、公判が公正であることを確保するために必要な役割を演じる弁護人によって、国選・私選を問わず、援助される権利が与えられている。したがって、そのために裁判所は『弁護人の援助を受ける権利とは有効な弁護人の援助を受ける権利』であると認めてきたのである<sup>36)</sup>。

合衆国の「有効な弁護」は、あくまでも被疑者・被告人の「有効な弁護」を受ける権利としてその内容が検討されてきたわけであり、そこには、弁護人が被疑者・被告人の代弁・防御者として、つまり当事者主義訴訟制度における当事者としての役割を担わなければ、被疑者・被告人の基本的権利が保障され得ないとの理念のもとに、議論されてきたといえる。刑事手続においては「有効な弁護」は当事者主義の不可欠の要素であると考えられているのである。そして、判例は明確なガイドラインの設定を退けたが、修正6条の「有効な弁護」の具体的なガイドとして、アメリカ法律家協会の基準の存在が認められ、憲法に合致した自律的な質的向上を期待しているのである。

### 3 具体的な状況

以上のように「有効な弁護」に関する判例法は、合衆国で着実に積み重ねら

れてきたわけであり、「有効な弁護」を受けていないとの申立ては、公判前の調査から、公判中の行動、量刑手続における行動、上訴における行動など、刑事手続の様々な段階における弁護人の行動に対してなされている。そして、ストリックランド事件判決以降多くの判例が蓄積されている。ここでは、特に具体的状況について概観することとしたい。

一般的に、原審で被告人を弁護した弁護人が同じ被告人を弁護しているときに「有効な弁護」を受けなかったと申し立てる可能性はほとんどない<sup>37)</sup>。したがって「有効な弁護」を争うことは、弁護人の能力を個人的に攻撃するものであると批判することも可能であろう。しかし、修正6条が基本的かつ絶対的な権利であるとの認識と、有効でないということは弁護人の能力・怠慢を判断することに主眼があるわけではなく、議論の関心は、当事者主義制度が適切に機能しているかどうかにあることに注意しなければならないであろう。

また、「有効な弁護」が問題となる場合は、多くは、弁護人が合理的な程度に有効な弁護人の技術を行使することができなかったと判断して被告人が申し立てる場合である。比較的最近の研究によれば、具体的に有罪判決が破棄されることは少ない。しかも、ストリックランド事件判決以降、破棄率はさらに少なくなっているようである。ストリックランド事件判決後に、連邦巡回区では、1988年5月までに702件のうち「有効な弁護ではない」と認められたのは4.27%であった<sup>38)</sup>。

ただ、注意しなければならないのは、ストリックランド事件判決でも認めていることとして<sup>39)</sup>、例外的に被告人が侵害を証明することなく「有効な弁護」がなされなかったと推定される類型があるということである。すなわち、州が「有効な弁護」を受けることを妨害した場合と弁護人の利益相反にあたる場合である。この場合には、侵害の生じる可能性が高いために事件ごとに審理する必要があるからである。弁護人の利益相反について、連邦最高裁判所は、被告人は弁護人が利益相反したまま積極的に代理していることを証明し、利益相反が弁護人の特別な行動の場合に逆の効果を与えていたと証明しなければならないと判示している<sup>40)</sup>。そこで、被告人がこのテストを満たした場合には、ストリックランド・テストの第一段階を満たすだけで、第二の侵害は推定されるのである。

合衆国でこのような被疑者・被告人のための「有効な弁護」は、刑事裁判内

で問題とされるだけでなく、その他にも、不法行為（マルプラクティス）による訴訟、懲戒処分で議論される。不法行為による訴訟は近年特に頻繁に主張されるようになってきたが刑事事件に関するものは少ない。アメリカ法律家協会の1983～1985年のデータによると、約30000件の約3%が刑事事件に関するものであったという<sup>41)</sup>。一方懲戒処分については、実際には刑事被告人は「有効ではない」との主張によって有罪判決の破棄をめざしたり、不法行為によって損害賠償をねらうことが多い<sup>42)</sup>。

こうして、「有効な弁護」を判断する手段が複数あるわけであるが、各手段の基準が同程度なのか、格差があるのかは定かではない。ただし、ストリックランド事件判決によって、アメリカ法律家協会の基準はあくまでもガイドにすぎないと判示したことから、弁護人が従わなければならない有罪判決を維持するうえで憲法上必要とされる最低基準は、他よりも低い基準であることが明らかにされたということが出来る<sup>43)</sup>。一方、前述したように、「有効でない」との主張には、被疑者・被告人への侵害を示すことが必要とされており、これは不法行為による訴訟の場合も同じである。ただ、刑事手続内でその弁護が有効でないことを証明するために必要とされる侵害のレベルは、不法行為の訴訟で医師、会計士、設計士の行為の不十分性を証明するために必要とされる侵害のレベルよりも高いとされている<sup>44)</sup>。確かに、刑事弁護人の懈怠は自由の喪失へ導くことになることが多いであろうから、そのように言うことも可能であろう。また、刑事裁判内で争う場合には、弁護人の非職業的なエラーが侵害を引き起こした「合理的な可能性(reasonable probability)」を示さなければならないのに対して、不法行為による訴訟の場合には、証拠の優越性(a preponderance of the evidence)を示さなければならないという点でも、相違がある。懲戒処分の場合には証明負担は州側にあり、法域によっては証拠の優越性以上のものを要求しているところもある<sup>45)</sup>。

これらの3手段について具体的な「有効な弁護」の主張がどれくらい重複しているのか確固とした実証的研究はいまのところ存在しないようであり、関係は明らかではない。ただし、刑事裁判内で争うことはその他の場合よりも多いというのが合衆国の共通認識となっている。これは、刑事裁判内で争えば刑事被告人にとって有罪判決を破棄することができるという大きな利益があるからである<sup>46)</sup>。

(注)

- 1) Powell v. Alabama, 287 U. S. 45 (1932).
- 2) *Ibid.*, p. 53.
- 3) McMann v. Richardson, 397 U. S. 759, 771 (1970).
- 4) Cuyley v. Sullivan, 446 U. S. 335, 344-45 (1980).
- 5) Williams v. Beto, 345 F. 2d 698, 704 (5th Cir. 1965).
- 6) 「道化芝居および形ばかり」テストは、一般にはディグgs事件判決にさかのぼることができる。Diggs v. Welch, 148 F. 2d 667, 669 (D. C. Cir.), *cert. denied*, 325 U. S. 889 (1945).
- 7) *McMann*, 397 U. S. at 771.
- 8) Moore v. United States, 432 F. 2d. 730, 736 (3rd Cir. 1970).
- 9) Beasley v. United States, 491 F. 2d 687, 696 (6th Cir. 1974).
- 10) Martin C. Calhoun, "How to Thread the Needle: Toward A Checklist-Based Standard for Evaluating Ineffective Assistance of Counsel Claims," *The Georgetown Law Journal*, vol. 77, no. 2 1988, p. 419.
- 11) United States v. Decoster, 487 F. 2d 1197 (D. C. Cir. 1973).
- 12) この基準とは、アメリカ法律家協会の"ABA Standards for Criminal Justice"の弁護機能の箇所を指している。現在第3版まで改訂されている。See, *American Bar Association on Standards for Criminal Justice, The Prosecution Function and the Defense Function*, 3rd ed., 1993, pp. 117-248.
- 13) See, *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436 (1966); *United States v. Wade*, 388 U. S. 218, 227 (1967).
- 14) *Decoster*, 487 F. 2d at 1203-4.
- 15) *Ibid.*, p. 1204.
- 16) *Ibid.*, p. 1203 n. 23.
- 17) *United States v. Decoster*, 624 F. 2d 196 (D. C. Cir. 1976) (en banc).
- 18) *Ibid.*, p. 208.
- 19) Calhoun, *supra* note 10, p. 422.
- 20) *Strickland v. Washington*, 466 U. S. 668 (1984).
- 21) なお、被告人は、その前に事後的攻撃(collateral attack)による救済で、精神医学上のレポートを要求することも、性格証拠人を調査することも、量刑前レポートを探すこともしなかった弁護人の行動を争っている。
- 22) *Strickland*, 466 U. S. at 686.
- 23) *Ibid.*, p. 687.
- 24) *Ibid.*, p. 688.

- 25) *Ibid.*, pp. 688-89.
- 26) *Ibid.*, p. 689.
- 27) *Ibid.*, p. 689.
- 28) *Ibid.*, p. 690.
- 29) *Ibid.*, p. 691.
- 30) *Ibid.*, pp. 693-94.
- 31) *Ibid.*, pp. 696-97.
- 32) Richard Klein, "The Emperor Gideon Has No Clothes: The Empty Promise of the Constitutional Right to Effective Assistance of Counsel," *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 13, no. 4 1986, p. 640.
- 33) *Strickland*, 466 U. S. at 708.
- 34) *Ibid.*, p. 710.
- 35) *Ibid.*, pp. 710-12.
- 36) *Ibid.*, pp. 684-86. 以上の理念は要約である。
- 37) Klein, *supra* note 32, pp. 630-31, pp. 636-37.
- 38) Calhoun, *supra* note 10, p. 458.
- 39) *Strickland*, 466 U. S. at 692.
- 40) *Cuyler v. Sullivan*, 446 U. S. 335, 350, 348 (1980).
- 41) Floyd Feeney and Patrick G. Jackson, "Public Defenders, Assigned Counsel, Retained Counsel: Does the type of Criminal Defense Counsel Matter?," *Rutgers Law Journal*, vol. 22, no. 2, 1991, p. 391.
- 42) *Ibid.*, p. 395.
- 43) *Strickland*, 466 U. S. at 688. 基準はあくまでもガイドであると明言した。
- 44) Klein, *supra* note 32, pp. 640-41.
- 45) Feeney and Jackson, *supra* note 42, pp. 398-99.
- 46) *Ibid.*, p. 400.

## VI おわりに

わが国でも、「有効な弁護」を受ける権利は憲法上保障される。かりにこの権利が侵害されたとすればそれは憲法違反になり得るし<sup>1)</sup>、また法令違反になり、「有効な弁護」が欠けると公判の基本的な公正さが害され、公判手続は無効となり、結果としての裁判は破棄されなければならないであろう<sup>2)</sup>。こうして、裁判の正当性、国の責任が問われることになる。かつて、控訴審の国選弁護人が、記録を閲覧しただけで「戦慄をおぼえる行為で、控訴理由はない」と

いう控訴趣意書を提出したことが問題とされた。弁護義務違反の訴えに対して、弁護人は損害賠償の責めを負うと判決されたが<sup>3)</sup>、これは極端な場合であって、わが国では弁護の質についてはあまり議論されてこなかった。刑事被告人を体験した者が各々の弁護人の弁護活動にどれほど満足していたのか、具体的な調査がなされたこともないと思われるので、その実態を知ることはできない。しかし以上のような見解が実務ではなぜポピュラーでないのか。例えば控訴の段階で事実誤認や審理不盡で個別具体的な問題の中に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が、直接に弁護の内容が問題とされてこなかった一因であると思われるが、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。

弁護のあり方を問題にするときに、被疑者・被告人の利益を代弁・擁護する機能と、司法における公的立場から司法の運用のために役割を果たす機能の二つに分けることができる、と分析される<sup>4)</sup>。わが国の場合には、刑事手続が当事者主義訴訟を前提とする限り、少なくとも被疑者・被告人を代弁・防御する意味での「有効な弁護」のあり方を積極的に検討する必要がある<sup>5)</sup>。その意味で、弁護活動のあり方が近年盛んに議論されていることは注目される<sup>6)</sup>。

その場合、「有効な弁護」とは何かの問いに対して、英米の判例では具体的な内容を示すことに裁判所は一定の限界を示している。英米の弁護人エラーの判例を比較すると、少なくとも弁護のあり方が裁判の結果に影響を与えたか否かが問題とされている点では共通している。これには、上訴における政策的な限界がその背景として考慮されなければならないし、あくまでも有罪判決を覆すような弁護懈怠が問題となっていることに注意しなければならないであろう。ただ、ストリックランド事件判決でも表明されているように、あるいはイギリスにおいても同様であると思われるが、弁護人のエラーの判例展開の前提として、弁護人は一定水準の弁護を行うことが当事者主義を堅持するうえでも期待されている。そして、それはわが国でも、同じように期待されてしかるべきである。したがって、「有効な弁護」を実現するために、英米のような弁護人のエラーに関する司法上の救済の前提段階として、被疑者・被告人の権利を保障するためのガイドラインの存在がいずれにせよ必要となるであろう<sup>7)</sup>。また、

英米の展開に追いつく前段階として、まず制度的な不備と「有効な弁護」の関係が議論されなければならないのはもちろんであり、今後の検討課題としたい。

(注)

- 1) 平野龍一『刑事訴訟法』73頁(有斐閣, 1958)。
- 2) わが国でも、以上の見解にはあまり異解がないように見受けられる。例えば、渥美東洋『レッスン刑事訴訟法〔中〕』89-90頁(中央大学出版部, 1986)、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304頁(1965)、大出良知ほか「当番弁護士制度の5年―その成果と展望」季刊刑事弁護5巻52頁以下〔渡辺・後藤発言〕(1996)参照。
- 3) 東京地判昭和38・11・28下民14・11・2336。なお、刑事事件では、憲法違反ではなく(刑訴第405条)、法令手続の違法も認められない(刑訴第411条1項)として、上告は棄却された。最判昭和36・3・30刑集15・3・668。
- 4) 例えば、北山六郎監修・丹治初彦ほか編『実務刑事弁護』(三省堂, 1991)大出良知ほか編『刑事弁護』(日本評論社, 1993)、『刑事弁護の技術』編集代表・竹澤哲夫ほか(第一法規, 1994)等。
- 5) 「弁護の内容」の問題は英米法においてだけでなく、大陸法においても同様に議論されている。わが国では弁護の内容を問題とするときは、被疑者・被告人の利益を代弁・擁護する機能と、司法における公的立場から司法の運用のために役割を果たす機能の二つに分けることができる、と分析される。前者はアメリカ的、後者はドイツ的な考え方であるとする(田宮裕『刑事手続とその運用』354頁, 366-367頁〔有斐閣, 1990〕参照)。大陸法的な視点は今後検討される必要があるが、わが国の刑事手続が当事者主義をとっていることを前提とすれば、ひとまず、英米を参考とすることが有益ではなかろうか。
- 6) 捜査段階と公判段階における弁護人の具体的な役割は異なってくるであろうが、捜査段階では特に有効な弁護は要請されるべきである。
- 7) なお、裁判官と弁護の問題に関して、従来裁判官に被告人の正当な利益を考慮する任務があり、これを弁護人の弁護である「形式的弁護」と対比させて「実質的弁護」と呼ばれた(例えば、光藤景皎『口述・刑事訴訟法・上』231頁(成文堂, 1987)参照)。最近の学説には、弁護人が漫然と弁護活動している場合に、裁判官が積極的に訴訟指揮を行うべきであるとする見解が有力である。渥美・前掲注2, 101頁、野間禮二「刑訴法411条3号による控訴審判決の破棄」判例タイムズ726号4頁(1996)、同「刑事訴訟における当事者主義と審理不尽」法曹時報44巻9号 36-37頁(1992)参照。本稿では有効な弁護に関する裁判官の役割については触れることができなかったが、アメリカ法、ドイツ法などを対象に今後一層検討しなければならない問題である。