



Title	弁護権の実質的な保障(1) : 「有効な弁護を受ける権利」
Author(s)	田宮, 裕
Citation	北大法学論集, 16(2-3), 118-136
Issue Date	1965-12
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/27839">http://hdl.handle.net/2115/27839</a>
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	16(2_3)_P118-136.pdf



[Instructions for use](#)

論 說

弁護権の実質的な保障(1)

——「有効な弁護を受ける権利」——

田 宮 裕

- 一、はじめに——問題の所在
- 二、「有効な弁護の意義」(以上本号)
- 三、弁護の内容的不十分
- 四、弁護条件の不備

一、はじめに——問題の所在

刑事訴訟の進化の歴史は、弁護権拡充の歴史であったといわれる。英米法をみても大陸の制度をみても、このことはすぐうなづけるだろう。わが国についても、事情はまったく同じである。ほぼ、八〇年前に、まがりなりにも近代

弁護権の実質的な保障 (1)

的な刑事司法制度ができてから今日までの間に、刑事手続における弁護人の地位は飛躍的な発展を遂げた。そして、現憲法・刑事訴訟法の下では、被告人・被疑者に対する弁護権の保障は、おそらく世界でも最も進んだ周到なものと言えるだろう。憲法は、被告人に弁護人の援助を受ける権利を完全に保障した。しかもそれは国選弁護人の保障であり(憲法三七)、国選弁護人は、アメリカの多くの州がそうであるような無報酬の制度ではなく、後に触れるようにその額に問題はあるにせよ、<sup>(1)</sup>ともかくも報酬が支払われる(刑訴三八)。弁護人依頼権はさらに、公訴提起後の被告人だけでなく、捜査段階の被疑者にもある。そのうち、身体の拘束を受けた被疑者の権利は憲法上のものであり(憲法三四)、その他の場合も法律で保障される(刑訴三〇)。この上もう一つ整備する必要があるとしたら、それは国選弁護の制度を被告人ばかりでなく被疑者にも保障することくらいだろう。

ところが、弁護権が十分保障されているようにみえるのは、実は法の規定上・表面上の現象にすぎないと思われる。<sup>(2)</sup>どんな制度でもそうであるが、法に書いてあるだけでは何の役にも立たない。法がどう動いているかという意味でのいわば「現実の法」こそがほんとうの法であるが、弁護権の場合は、その上にもう一つの問題がある。かりに法の期待通りに現実が動いているとしても、それが形の上で弁護人をつけるというだけではほとんど意味はないからである。そして、そういう意味で、わが国における弁護権の内容・実態は、まだまだ問題があるといつてよい。

わが国では、弁護人は、ともかくもつけておきさえすればよいという観念が残っている。例えば、強制弁護の制度(刑訴三八九)は、もともと大陸の訴訟法に由来するが、それは実質的な弁護活動を期待するというよりは、裁判所の手続のフェアなことを外観上担保するために、ともかくも弁護人が心要だという観念に指導されていた。「被告人がインテリジェントに放棄する場合はよい。しかしそうでない場合は、自分では十分に防禦をつくすことができず、したがってその権利を十分保護することができないのであるから、国選弁護人をつけるのだ」というアメリカ的思考とは違う本

説

論

質をもつ(もつとも、わが法の解釈としても刑訴二八九条を憲法三七条の枠内で位置づけることはできる(後述参照))。また、裁判所や検察官も実質的な弁護の義務を負うとし(そのことじたいはまったく正しい)、これに対して弁護人の弁護を「形式的弁護」とよぶが、ここにも弁護権を形式的に理解しようとする思想が如実にあらわれているといえよう。

これは、訴訟の構造や方式とも密接な関連がある。職権的な手続で、裁判所が良きにつけ悪しきにつけ(じつさいは、上手断にひきずり廻される)面倒をみってくれる場合には、弁護人は「技術的当事者構成」のいわば仕上げをする装飾品でしかない。旧法であればこういう思想も通用したであろう。しかし、今はそうではない。まず、刑事における弁護人は、訴訟代理人というよりは、訴追側に比して極度に劣弱な被告人の正当な利益の保護者 $\parallel$ デフェンダーであり、そうあるべきである。第二に、現行法は明らかに、当事者主義化への巨歩を印した。立法者は、その方が裁判官の予断を排除することによって公正な裁判を担保することが可能であり、また、両当事者が偏見をぶつけ合うという意味でも、一方的にはなく両当事者が双方で(一人よりは二人で)証拠を収集するという意味でも、真実発見により適格な訴訟形態だと考えたのである。こういう形態の下では、弁護人の活動の余地は大きいし、その責任もまた増大したといつてよい。こう考えてみると現行制度では、外面上弁護人がついでにだけは何の役にもたらず、実質的に十分な弁護活動が行なわれることこそ重要なことは明らかであろう。

ところが、わが国ではこの点の論議はほとんどされていない。それは、弁護権の重要性がまだまだ十分に認識されていない証拠ではないかと思われる。アメリカでは、刑事訴訟上の被告人の権利としては、弁護権ほど重要なものはないとされ、この権利の内容づけが、デュー・プロセス法の展開を常に導いてきた<sup>(3)</sup>。わが国でも事情は同じはずである。いまや刑事弁護の程度と内容の問題は、学問的分析・解明を待っているといつてよい。

実質的な保障という場合、二つの面があることに注意する必要がある。その一つは外部的・一般的な制度の問題で

弁護権の実質的な保障 (1)

あり、もう一つは、内容的・個別的な法解釈の問題である。前者は、さし当たって国選弁護制度の運用の問題であり、この点に関しては、わが国は一応相当に整備されてはいる。しかし、現実にはどう動いているのかということ、比較法的な知識を前提にしながら、<sup>(4)</sup>実態をさぐる必要がある。その結果、おそらくいろいろの改善策が提示されるだろう。後者は、一応制度の問題を捨象して<sup>(結局は関連してくるが)</sup>、現在の訴訟法のもとでは、どういう内容・程度の弁護活動が行なわれているか、行なわれるべきかを解釈論として分析・構成することである。それは、弁護権の保障は当然に「有効な」弁護権を保障するものであるから、「有効な」弁護とは何かを説明することになるであろう。わたくしは、前者の研究も多少手をつけているが、本稿では後者について、それもいわば序論的に原理的な問題を、主としてアメリカ法を参照しながら、ある程度展開してみようと思う。<sup>(5)</sup>

(1) 最高裁の定めた今年度の報酬基準は以下のとおりである(昭四〇・三・三一最高裁判二第 三一号通達裁判所時報四二三号)。

控 訴	一 審			区 分	一件の 一回開廷 回数	一 件 の 報 酬	
	家 庭	地 方	簡 易			従 前	改 訂 後
上 告	三	三	三			七、四〇〇円	八、五〇〇円
二 三	三	三	三			七、九〇〇円	九、一〇〇円
						四、九〇〇円	五、六〇〇円
						六、六〇〇円	七、六〇〇円
						六、八〇〇円	七、八〇〇円

(2) この点を早くから指摘したものととして、平野「弁護人に依頼する権利—アメリカの制度を中心として—」自由と正義八巻四号 一五頁(一九五七年)。

- (3) Powell v. Alabama, 287 U. S. 45 (1932) が口火を切った。一昨年の Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963) はその輝かしい終末であった。田宮「刑事手続とデュー・プロセス」北法論集一四巻三・四号五三九頁(一九六四年)参照。
- (4) この面での最近の研究として、半谷「米国における“Defender System”について」司法研修所創立十五周年記念論文集下巻三二七頁(一九三八年)、小中「アメリカにおける Public Defender 制度について」判タ一六八・一六九号(一九六五年)、田宮「アメリカ各州における貧困者の弁護の実態(1961)」判時四〇二・四〇五四〇六号(一九六五年)。アメリカについては以下参照。SMITH, JUSTICE AND POOR (1921) (安田訳「正義と貧困」司法資料八七・八八号); BROWNELL, LEGAL AID IN THE UNITED STATES (1951); A'SSN OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK, SPECIAL COMM. TO STUDY DEFENDER SYSTEMS, EQUAL JUSTICE FOR THE ACCUSED (1959); REPORT OF THE ATTORNEY GENERAL'S COMMITTEE ON POVERTY AND THE ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE (1963); TREBACH, RATIONING OF JUSTICE (1964); SILVERSTEIN, DEFENSE OF THE POOR (1965) (これは最近アメリカン・バー・フアンデーションが行なった全米各州の実態調査の報告書第一巻である); Willcox & Bloustein, *Account of a Field Study in a Rural Area of the Representation of Indigent of Crime*, 59 COL. L. REV. 551(1959); Kamisar & Choper, *Right to Counsel in Minnesota; Some Field Finding and Legal-Policy Observations*, 48 MINN. L. REV. 1(1963); Note, *Representation of Indigents in California—A Field Study of the Public Defender and Assigned Counsel System*, 13 STAN. L. REV. 522 (1961); Comment, *The Representation of Indigent Defendants in the Federal District Courts*, 76 HARV. L. REV. 579 (1963).
- (5) Cf, *Conviction-Incompetency of Counsel*, 74 A. L. R. 2d 1390 (1960); Note *Incompetence of Counsel as Ground for New Trial in Criminal Cases*, 47 COL. REV. 115 (1947); Note., *Right to Counsel*, 109 U. PA. L. REV. 623 (1961); Note, *Effective Assistance of Counsel*, 49 VA. L. REV. 1531 (1963); Comment, *Federal Habeas Corpus and Incompetence of Counsel in State Prosecutions*, 33 WASH. L. REV. 303 (1958); Comment, *Effective Assistance of counsel for the Indigent Defendant*, HARV. L. REV. 1934 (1965); Note, *Aid in Addition to Counsel for the Indigent Defendant*, 47 MINN. L. REV. 1054 (1963); Downs & Goldman, *The Obligation of Lawyers to Represent Unpopular Defendants*, 9 HOW. L. REV. 49 (1963); Waltz, *Inadequacy of Trial Defense Representation as a Ground for Post-Conviction Relief in Criminal Cases*, 59 NW. U. L. REV. 289 (1964); Cross, *The Assistance of Counsel for His Defense; Is This Becoming a*

*Meaningless Guarantee?* 38 A. B. A. J. 995 (1952); Lumbard, *The Adequacy of Lawyers Now in Criminal Practice*, 47 J. Am. Jud. Soc'y 176 (1964); Bradley, *Representation of the Indigent Accused of Crime from the Viewpoint of Court Appointed Counsel*, 29 Mo. L. Rev. 328 (1964).

## 二、「有効な」弁護の意義

### (一) 弁護人選任権と「有効な」弁護の保障

憲法三七条三項は、「刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる」と規定した。それがたんに有資格の弁護人、すなわち弁護士たる弁護人をつけておけばよいことを意味するに止まらないことは、憲法が公平な裁判の理念を表明することによって当事者訴訟を推進しようとし、被告人（被疑者）の訴訟上の地位・権能を強く保護しようとしていることから、明らかであろう。実質的な当事者訴訟を前提する以上、たんに有資格の弁護人が選任されているだけでは意味がない。弁護人による効果的な弁護活動がなければ、法律的に無知であり、訴追という十字架をすでに負った劣弱な被告人の正当な権利は、文字通り危殆に瀕せざるをえない。当事者主義のもとでは、形式的に弁護人がついただけでは、そもそも弁護人の援助を受ける権利を保障したことにはならないのである。そこで右の「資格を有する」とは、たんに有資格であるというだけでなく、実質的に「有能な」（デフェンダーとしての機能を果たしうるという意味でコンペtentな）ことを要し、かつそこで保障される弁護権は、その名に値する「有効な」（被告人の防禦の実を果たす）ものでなければならぬ。このことは、わが国では、とくに主張されたことはないが、あまりにも当然のことだと思われる。<sup>1)</sup>問題は、どの程度有能・有効なものであれば足りるかであ

(1) 弁護権の実質的な保障

説

り有能・有効でなかった場合の効果であつて、本稿では、その問題を少しでも解明してみようとするわけである。

論

このように、「有能・有効な弁護」(effective assistance of competent counsel)が「弁護人の援助を受ける権利」(right to counsel)の内容であるといふことは、アメリカでは長い間承認されてきた。そのリーディング・ケースは、弁護権判例のモニュメントたるパウエル事件である。<sup>(2)</sup>パウエルは、教育程度の低い黒人で強姦(死刑罪)として訴追を受けた。走行中の貨物列車で起こった共犯事件で、逮捕地で起訴された。裁判所は、その土地(カウンティ)の全弁護士を官選弁護に選任したが、このうち誰一人として實際上弁護活動をしなかった。最高裁は、有効な弁護権の保障を踏みにじるものとして、フェア・トライアルの違反<sup>(1)</sup>デュー・プロセス違反を認めたのである。

ただ、パウエル事件は、実質的な弁護内容の有効なことまでも憲法上の要求と解したのではなく、弁護人の「有効な官選」(effective appointment)を要求したにすぎないと解するものもある。なるほど、パウエルの出た当時は、修正六条の弁護権は、貧困者の裁判所に対する弁護人選任の要求権を保障したのではなく、被告人の私選した弁護人が、訴訟手続に参与し、法廷で被告人のため弁論することが許されるという趣旨にすぎないと解されていた。<sup>(3)</sup>判例は、それを、死刑事件で、被告人が無知・低能等のため自ら防禦活動ができない場合には、弁護人を官選してやるのが裁判所の義務だと、これを一步も二歩も進展させたのである。それだけでも画期的なことだし、判例の意義は大いにある。

しかし、パウエルの内容をそれだけのものと解するのは正しくないとされている。まず、右判例中でサザランド裁判官は、はっきりと、「有効かつ実質的な援助の拒否」、「事件の準備と公判における有効な援助の排斥」こそが非難さるべきだといっていた。また、その後の判例も、一貫してずっとそういう思想を根底にもっていたといふべきである。例えば、エイバリー事件でブラックは、「資格を有する弁護人選任の憲法上の要求は、たんなる形式上の選任で



弁護権の実質的な保障 (1)

は満足されえない」といった<sup>(4)</sup>。グラッサー事件でも、共同被告人の一人の私選した弁護人を、利益相反する相被告人の弁護人に選任することは(前者の被告人の)有効な弁護権を阻害するものだといっている<sup>(5)</sup>。ホワイト対レイゲンでは、弁護人が公判開始まで被告人とあえて接見しようとしないうことや、報酬を支払わなければ何一つとして弁護活動をしないことや、被告人側の唯一の証人の喚問を怠って有罪の答弁を強要するなどの場合は、弁護人の有効な援助を受ける憲法上の権利のまがいのない侵害といふべきだ、とした<sup>(6)</sup>。また、最近では、弁護権を訴訟のどの段階から保障すべきかが重要問題となっているが、まずアレイメントの段階で認めたハミルトン事件<sup>(7)</sup>、続いて予備審問の段階まで拡張したホワイト事件<sup>(8)</sup>のいずれをみても、被告人の防禦のため「重大な時期」(critical stage)だからだということとを根拠にする。これは、実質的な保障こそが弁護権の内容をなすものと考えなければ、理解しえぬであろう。

- (1) 田宮「国選弁護人の弁護拒否について」ジュリススト二九一号二六頁三〇頁(一九六四年)。
- (2) Powell v. Alabama, 287 U. S. 45 (1932).
- (3) J. の著『BEANEY, The RIGHT TO COUNSEL IN AMERICAN COURTS (1955). 内藤「米国における刑事弁護人制度とその運用に関する研究」として「弁護人選任権」を中心として」司法研究報告書一〇輯一号(一九五八年)。
- (4) Avery v. Alabama, 308 U. S. 444 (1940).
- (5) Glasser v. United States, 315 U. S. 60 (1942).
- (6) White v. Ragen, 324 U. S. 760 (1945).
- (7) Hamilton v. Alabama, 368 U. S. 52 (1961).
- (8) White v. Maryland, 373 U. S. 59 (1963).

(二) 「有効」性の基準と判断

以上みてきたように、弁護権の保障が「有効な」弁護権の保障でなければならぬことは明らかである。ところが、

何が有効な弁護であるかは、きわめて主観的・規範的な価値判断であるから、実際問題としてその判定は難かしい。しかも、概念の内容が概括的であるばかりでなく、おそらく時により所によりきわめて流動的である。それは、前に述べた実質的弁護の保障のもう一つの面、すなわち、制度的にバーがどの程度刑事弁護に寄与するか、寄与する熱意があるかということと密接に関連してくるからである。およそ制度を考える場合には、理想だけを高く掲げて改善の実は少しもあがらないだろう。司法の視座から（あるいは立法府の立場で）この程度の要求をした場合には、多少の努力をすればバーとしてこれに応えうる制度的な可能性を具有しているか（国選制度が整備しているか、パブリック・デフェンダー制度があるか等々）、および現時の法曹倫理の水準からみて、バー全体としてこれを盛り立てていく雰囲気があるか、ということをおまねながら、その都度その都度の基準を設定していくほかはないといった性質のものなのである。

内容がフレキシブルであるということは、判定がきわめて困難であることを意味する。そのため、アメリカでは、実をいうと、パウエルがあのように輝かしい先鞭をつけたにもかかわらず、下級審判例をも含めて法全体の進展は遅々たるものがあつた。問題点を指摘して、結局実質的な基準はこれを裁判所が判例のかたちで設定すべきではないという結論に達した判例も多い。例えば連邦の令名高い裁判官の一人プリティマンは、一九五八年のミチエル事件で、次のような理由をあげて、弁護の有効性すなわち弁護技術の問題は、弁護権の内容を構成しないのだと決断した。<sup>1)</sup>

第一に、それは裁判官に付与された伝統的な機能を破壊する。すなわち、裁判官は、訴訟においてその分を守って、法律点を解明し証拠の内容を判定することにより、手続の公正をいかにして担保するかに腐心すればよいのに、どういふ弁護が有効かなどを評価するようになったのでは、公平な裁判は期待しえない。第二に、それは同時に被告人の弁護人に依頼する利益を害することになる。なぜなら、被告人は、裁判官の監督を受けない弁護人の公判技術に依頼

弁護権の実質的な保障 (1)

して、そもそも弁護人を雇うからである。第三に、弁護技術の事後的な評価は不可能である。一定の訴訟技術が有効だったかいなかは、結果から回帰的に判定できるように思われがちだが、ほんとうは、別の方策がどれだけ有効かはわからない。第四に、それは貧困者の官選弁護の制度を抹殺するだろう。あとから弁護技術をとやかくいわれるのは、官選の任命を受諾するものがいなくなり、したがって、ほかならぬ弁護権を充実させようという目論見は、その意図と正反対の結果をもたらすことになる。

これらは、どれをとっても、一応慎重な検討に値する有力な主張だといえよう。しかし第一の理由については、弁護活動を、弁護人の立場で弁護のタクティックスという観点から評価するのではなく、それが防禦の実をあげないため被告人にフェアな裁判を保障したことになるのではないかとこの視点から、レビューするのであるから、おそらくプリティマンの非難はあたるまい。第二の理由についても、弁護人に依頼しようとする当の被告人が不服を表明している以上、これをとりあげてやることは実体論理的に不可能ではないはずである。第四の理由は、アメリカの多くの州でとっている官選の任意的な選任制度（しかも無報酬の）を前提にした議論であって、問題の重点は、わたしのいう制度面にある。制度的なセッティングが変わってくれば、また違った結論も可能であろう。こう考えてくるとプリティマン判事の提起している論点のうち最も重大なものは三番目のそれだといえることができる。

たしかに、公判の弁護の技術としては、臨機応変に機敏に反応する必要があるし、時にはかりに一步をしりぞくといった微妙なかけひきの必要なこともある。また、時としては深謀遠慮将来を予測した遠大な高度なテクニックを駆使する必要もある。したがって、単純で画一的な事後的評価に親しまぬものをもつ。例えば、有罪の答弁をさせるかいなかは、熟練を要する複雑な決断であろう。また、異議や動議を多用する弁護士が必ずしも有能であるとは限らない。わが国でも大多数の場合に書面に同意するように、アメリカでも伝聞に異議を申し立てないで黙過することが多い。

それは弁護人の怠慢や無知に由来するよりは、一つ次元の高い公判技術だということはよく知られている。<sup>3)</sup> 被告人を証人台につけるかどうかと同じように難しい戦術であろう。

これらの技術は、事後的な評価に親しまぬだけではなく、かりに評価を受容するにしても、きわめて判定の困難なものである。その困難性は、判定者の個人的な判断に依存する強度に主観的なものだという実体的な意味にとどまらず、判定の手続の上からも問題が多い。つまり、上訴で弁護権が問題となった場合には、記録の査閲が原則であるが、記録上からは何もでてこない場合が多いに違いない。<sup>4)</sup> 被告人が有罪になったことだけでは、弁護が不十分だといえないことは、まったく異論がない。訴訟上の異議の数が重要性をもたないことも前述のとおりである。そこで、これを徹底的に究明するためには、その点の新たな事実審理が必要になる。しかし、それは弁護人を俎上にのせて評定すること、もっといえば、いわば被告人の座におくことを意味するわけであるから、一方では裁判所は、かしゃくのない追及ができにくいし、他方でかりにかしゃくのない追及があれば、弁護人を委縮させ将来にわたって自由かつ達な弁護の進歩・発展はのぞめなくなる。そこで、判定の困難は、いきおい裁判所の謙抑を誘い、弁護を懈怠したために訴訟が訴訟として体をなさずまったく「茶番」と化したために、被告人のためにどうみてもフェアな手続を保障してないとみられる場合にだけ、「有効」でないと決断させる傾向をうむのである。<sup>5)</sup> そして、その反面として、内容の主観性が不服を容易にし、濫上訴をきたす結果ともなる。<sup>6)</sup>

しかし、こういう困難にもかかわらず、それは不可能を意味しない。アメリカでも実質的な弁護活動の必要性は十分認識されているので、近時問題の事件も多くなり、判例はその基準を設定する努力をはじめているといつてよい。<sup>6)</sup> その基準は、デュー・プロセスの内容と同じように、究極的・一般的な定義づけは不可能であろう。そこで、結局は各説的に事例ごとの具体的妥当性こそが探求されるべきだと思われる(本稿でも問題の解決は、後述の各説的説明に

ゆだねられる)。

- (1) *Prettyman, in Mitchell v. United States*, 259 F. 2d. 787 (1958), *cert. denied*, 358 U. S. 850 (1958). 被告人の不服の理由は、トライアルの弁護人が、無罪判決請求の動議の提出を怠り、反対尋問をしないで伝聞証拠をあえて許容させ、陪審への明らかに不法な説示に異議を申し立てなかった、というものである。
- (2) 田宮「国選弁護人の弁護拒否について」ジュリスト二九一号二六頁、二九頁(一九六四年)。
- (3) これらの一般的問題については、ストライカー(古賀正義訳)・弁護の技術(一九六二年)、ウェルマン(三宅正太郎、伊能幹一共訳)・反対尋問の技術(一九五〇年)など参照。
- (4) *See, e.g. United States v. Lett*, 143 F. Supp. 594 (S. D. Ohio 1955), *aff'd* 236 F. 2d. 417 (6th Cir. 1956).
- (5) *E.g. State v. Keller*, 57 N. D. 645, 648, 223 N. W. 698, 700 (1929) (“travesty”); *Hendrickson v. Overlade*, 131 F. Supp. 561, 563 (N. D. Ind. 1955) (“sham”); *Frاند v. United States*, 301 F. 2d 102, 103 (10th Cir. 1962) (“farce”).
- (6) *Brubaker v. Dickson*, 310 F. 2d. 30, 39 (9th Cir.) (dictum), *cert denied*, 372 U. S. 978 (1962); *Johns v. Smythe*, 176 F. Supp. 949 (E. D. Va 1959).
- (7) *Waltz, Inadequacy of Trial Defense Representation as a Ground for Post-Conviction Relief in Criminal Cases*, 59 *Nw U. L. Rev.* 289, 303 (1964).

弁護権の実質的な保障 (1)

(三) 私選弁護人と国選弁護人

(1) 国選弁護人の場合に、実質的に効果的な弁護の活動を懈怠すれば、それが違法であって一定の救済が認められることは異論がないだろう。それは、法が貧困者(その他の者)に国選弁護人選任権を保障したそもそもの趣旨から当然に結論づけられる。

はじめに刑事訴訟の進化は弁護権拡充の過程に象徴されるといったが、その進化は、最近では何よりも国選弁護制

度の強化・拡充に具現されているといつてよい。わが国でもすべての刑事被告人に国選弁護人の選任権が保障された。ところが、問題は、その保障ということの具体的な意味内容である。それは、国選弁護によって保障される弁護内容と選任が保障されるということの（主として手統的な）意義との二つの面を包含している。前者はわれわれの究極の論点であるわけだが、ここでは後者を考えてみよう。

アメリカでは、前述したように、弁護権法の發展は、一九三二年のパウエル事件が先鞭をつけた。<sup>(1)</sup>そこでは、死刑事件に限ってではあるが、有効な弁護が保障されるということと同時に、無知・無教育などの理由で弁護を必要とする事情がある以上、裁判所が積極的に官選弁護人を付けてやらなければならない旨を明らかにした。一九三八年のジョンソン対ザープスト事件になると、これは連邦の事件だが、インテリジェントの放棄がない以上、官選を選任するのが裁判所の義務だと宣言した。<sup>(2)</sup>州の法則としては、一九四二年のベッツ対ブラディ事件が、死刑事件以外では、弁護を必要とする具体的事情があるかいなかという個別的な判断を要求したので、被告人の少なくとも黙示の要請を要すると解釈できないことはなかった。しかし、一九六三年のギディオオン対ウエインライト事件は、すべての重罪事件に連邦の法則を及ぼしたのである。いまや連邦でも州でも、被告人の熟慮の結果の真しな放棄がないかぎり、裁判所の官選選任は当然の義務となった。これは、被告人は誰でも訴追されたという事実によって、実質的に弁護人が必要とするきわめてヘルプレスな立場におかれるものだという観念を根底にもっている。

しかし、わが国ではこの辺のところはよく理解されていないように見受けられる。それは直接には、憲法三七条三項の「被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。」という文言の解釈問題であるが、判例は、「請求」<sup>(3)</sup>によって弁護人をつければ十分だとした。例えば、昭和二十四年一月二日の最高裁の大法廷判決は次のようにいう。「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って、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。従って、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付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って弁護人を付することが相当である。」

なるほど法は明文で被告人の請求を要求した(刑訴三六)。そして、わたくしもそれを憲法違反だとは思わない。しかし、法が他に何ら手を打たず、慢然拱手して被告人の請求を待つのみだとすると、被告人が国選を必要とする実質的な根拠に余りにも無理解だといわなければならない。わたくしは右の国選弁護人請求権の告知を義務的とし(刑訴七六・七)、さらには選任請求をどうかを周到な手続で照会する(刑訴規則一七八)ことにより、請求権の行使がきわめて容易であつて、真しな放棄の場合以外は必ず請求したものとみなされようような状況になつていけば合憲だと思ふ。その際、真しな放棄を肯認できる例外的な場合を除いて、国選請求権の告知は、憲法の内容になると解するのがおそらく正しいであろう。判例はこの点も反対であるが、右判例中の小林裁判官の補足意見は核心を衝いた鋭いものである。次のようにいう。「裁判所は被告人に弁護人の私選又は国選を請求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足りるとしても、選任照会の手続を行うことがすなわち機会を与えることに外ならないばかりでなく、すべての被告人が自ら進んで怠りなくこの権利を行使する知識と意力とをもっているとは、現実を離れた皮相な観察であり、或は公式にならず民法の真に意図する精神に考慮を払わない説である。被告人の多くはいわば社会的敗者であつて、事物に対する正常の判断力と注意力に不足するところのあるのを通例とし、従つてこれらの被告人に刑事手続上の知識を当然に期待するときは矛盾も甚しく、その上になおその知識に基いて自から進んで弁護人選任の手続をする意力

を期待するに至っては、むしろ被告人等の多くが社会の一員として欠陥を有する者であることを忘れた考えであるといわなければならない。」

ところで、このように国選弁護を、それを要請する実質面から解釈・構成していくと、他方において、いわゆる必要弁護(判訴二八九)の方もその本質を再考する必要があるであろう。しかし、この点はまったく反省されていない。従来の判例は一貫して刑訴二八九条は、国選を定めた憲法三七条とは関係がないとい切つてきた。それは、重罪について弁護人の立会を必要とする理由は、一面において、被告人の利益を擁護するためであることは勿論であるが、また一面においては、公判実施の適正さを所期し、ひいては国家刑罰権の公正なる行使を確保せんがためでもある。という理解を有しているからであろう。

しかし現行刑訴が名実ともに当事者主義化し、被告人の人権の保障を第一義的に考慮しようとしていることと併せて、憲法が国選の制度を整備した実質的理由を考えると、いまや必要弁護も右の意味での国選弁護制度の一環として理解すべきだと思われる。すなわち、この場合ももっぱら被告人の実質的な防禦のための制度であって、したがって法の規定は、一見被告人の意思いかんにかかわらずともかくも弁護人を付するように読めるが、それはおよそ二八九条のような重罪の場合には、通常被告人の真しな放棄はありえないと法が考えたからだけのことなのである(したがって、具体的事情いかんでは放棄もありうる)。こうして、一方で、国選弁護については一般的に請求||放棄を厳密に考慮しなければならないが、他方で、必要弁護の場合もその意味での放棄のない場合にすぎないと考えるべきことになる。こういうように国選弁護の制度を被告人の利益のためのいわば必要的な防禦の制度だと捉えようと、国選の場合に実質上の有効な弁護(活動)が要請されることは、疑いの余地がないといえよう。



- (1) Powell v. Alabama, 287 U. S. 45 (1932).
- (2) Johnson v. Zerbst, 304 U. S. 458 (1938).
- (3) 刑集三・一一・一七三七。
- (4) 最判(大)昭二八・四・一刑集七・四・七二三。
- (5) 例えば、最判(大)昭二五・二・一刑集四・二・一一四、同昭二六・一一・二〇刑集五・二・二四〇八、同(大)昭二八・四・一刑集七・四・七二三。
- (6) 最判昭三三・一〇・三〇刑集二・一一・一四三五〇。
- (7) なお、国選の制度にこのような実質上の根拠づけを与えると、これを付すべき時期の点で、新しい展開が不可欠になるであろう。アメリカでは「重大な時期」(critical stage)はいつか、ということ、右の時点がアレイメントから予備審問へと前進してきている(Hamilton v. Alabama, 368 U. S. 52 (1961); White v. Maryland, 373 U. S. 59 (1963))。おそらくこの考えを素直に徹底すれば、弁護権は捜査の段階にまで延びてこざるをえないであろう。なぜなら、刑事事件では捜査で証拠が固まるのであるから、捜査こそ防禦の機能すべき重大時期だといえるからである。Cf., Allison, *He Needs a Lawyer Now*, 42 J. AM. JUD. Soc'y 113 (1958)。そこまで踏み切るためには、おそらく機敏に弁護人を派遣できるパブリック・デフエンダーの制度が必要であろう。しかし、被疑者の弁護人接見要求権を認めたエスコベド事件は、それが遠い将来の問題ではない、と示唆していると思われる(Escobedo v. Illinois, 378 U. S. 478 (1964)。Cf., Enker & Elsen, *Counsel for the Suspect*; *Massiah v. United States and Escobedo v. Illinois*, 49 MINN. REV. 47 (1964); Rothblatt & Rothblatt, *Police Interrogation, the Right to Counsel and to Prompt Arraignment*, 27 BROOK. L. REV. 24 (1960); Vorenberg, *Police Detention and Interrogation of Uncounselled Suspects*; *The Supreme Court and the States*, 44 BOS. U. L. REV. 423 (1964); Beaney, *Right to Counsel Before Arraignment*, 45 MINN. L. REV. 771 (1961); Dowling, *Escobedo and Beyond; the Need for a Fourteenth Amendment Code of Criminal Procedure*, 56 J. CRIM. L. C. & P. S. 143 (1965); Comment, *The Curious Confusion Surrounding Escobedo v. Illinois*, 32 U. CHI. L. REV. 560 (1965); Comment, *An Historical Argument for the Right to Counsel During Police Investigation*, 73 YALE. L. J. 1000 (1964); Note, *Escobedo in the Courts; May Anything You Say be Held Against You?*, 19 RUT. L. REV. 111 (1964)。

説

(2) 上述のように、国選の場合は文句なく実質弁護が要請されるが、同時に、実質弁護が現実に問題となるのも国選が大部分であろう。<sup>(1)</sup> それでは、私選の場合はどうだろうか。

論

アメリカでは、これまで私選弁護人については、有効な弁護の欠如を理由とする不服申立を許さないという判例が多かった。それは、二つの理由による。第一は、私選弁護人は被告人の「代理人」であるから、自己が選任し雇傭した代理人の行為に拘束されるというのであり、第二には、私選弁護の活動は「州の行為」(state action)ではないから、デュー・プロセス違反を主張しえないというのである。この理屈を使って例えば、キャリフォニアのステイブンス事件は、「どこかに違法があるとしても、それは自己を代理するために弁護人を選任した被告人の責任だ」という。<sup>(2)</sup> ジョージアの最高裁も、「不幸なことだが、それは被告人が責を負うべきことだ」といった。<sup>(3)</sup> ほかに同旨のたくさんの判例がある。<sup>(4)</sup>

これについては、濫訴に対する強い警戒がこういう形であらわれたとみることもできるが、<sup>(5)</sup> 最近は理論的にも実際的にも不当だとされるようになった。まず、代理人説はもともと民事的な取引上の観念であって、刑事事件における被告人と弁護人関係に適用するのは、ことの性質上妥当でないだろう。その上、実質的にも代理説は正しくない。すなわち、代理説では本人は代理人を指示・監督しうることを前提にするが、刑事事件の被告人は、刑事訴訟については素人であり、かつ訴追されているという十字架を負って物理的・心理的に劣弱な立場にある。まさにそういう劣者の地位にあるからこそ、弁護人を選任したのである。<sup>(6)</sup> その意味からすれば、刑事弁護人は、訴訟代理人ではなくて、いわば、保護者でなければならない。

次に、「州の行為」理論もたびたび主張された。比較的最近にも、第三巡回区の高名なマリス裁判官は、この立場を高唱している。<sup>(7)</sup> 第一巡回区、第九巡回区、さらにはニュー・ヨークの上訴裁判所もこれに左袒した。<sup>(8)</sup> しかし、第一

に、弁護人も刑事手続を構成する一員であり、伝統的にいわば「裁判所の役人」(officer of the court) だと考えられてきたこと、第二に、不隠当な弁護活動を黙認してきた限度で裁判所もまったく無責任・無関係ではないこと、第三に、——これが最も重要な理由だが——こういう不当な弁護活動に基づく事件の被告人を、裁判所がまさに有罪としていることを考えると、その不法を看過しえないところの裁判所<sup>10)</sup>州の公的な処分だといえるだろう。

こうして、近時は、アメリカでは、むしろ私選弁護も国選弁護とまったく同じ基準で実質弁護の要請が妥当すべきだという判例が多くなっている。<sup>10)</sup> わたくしはこの論議は、そのままわが国にも妥当するだろうと思う。弁護権を制約されたまま有罪を宣せられた被告人を刑事手続内で救済するには、憲法三一条違反を主張しなければならぬが、その場合には、国家<sup>11)</sup>裁判所の判決が糾弾されるわけである。そして私選弁護人の弁護活動の懈怠も、右の意味の裁判の不法になるものと思われるからである。

- (1) わが国で表面化された唯一の事例といつてよい大西克巳被告の事件も、国選弁護人のそれであった。東京地判昭和三八・一一・二八判時三五四・一一。この事件をめぐる以下参照。金末「国選弁護人問題の経緯」ジュリスツト二二二九頁(一九六〇年)、団藤「死刑事件と国選弁護人」ジュリスツト二二二九頁(一九六〇年)、千種「弁護人の弁護の限界」判時二二二九頁(一九六〇年)、小野等「国選弁護制度の実状」(座談会)自由と正義二巻一〇一頁(一九六〇年)、平場「国選弁護人の弁護拒否」判時六六号二九頁(一九六四年)、田宮「国選弁護人の弁護拒否について」ジュリスツト二二九一頁(一九六四年)。

- (2) *People v. Stevens*, 5 Cal. 2d 92, 53 P. 2d 133 (1935).
- (3) *Darby v. State*, 79 Ga. 63, 3 S. E. 663 (1887). *Cf.*, *Tompsett v. Ohio*, 146 F. 2d 95 (6th Cir. 1944), *cert. denied*, 324 U. S. 869 (1945); *State v. Dangelo*, 182 Iowa 1253, 116 N. W. 587 (1918); *People v. Barnes*, 270 Ill. 574, 110 N. E. 881 (1915).

- (4) *F. g., United States ex rel. Darby v. Handy*, 203 F. 2d 407 (3d Cir., *cert. denied*, 346 U. S. 865 (1953)); *People v. Tomaseili*, 7 N. Y. 2d 350, 165 N. E. 2d 551 (1960); *State v. Lindstrom*, 180 Minn 435, 231 N. W. 12 (1930).

- (5) Waltz, *Inadequacy of Trial Defense Representation as a Ground for Post-Conviction Relief in Criminal Cases*, 59 NW U. L. REV. 289 (1965).
- (6) See, e.g. Williams v. Kaiser, 323 U. S. 471, 476 (1945).
- (7) A. B. Maris, J in United States *ex rel* Darcy v. Handy, *supra*. note (4).
- (8) Farrell v. Lanagan, 166 F. 2d 845 (1st Cir), *cert. denied*, 334 U. S. 853 (1948); Dusseldorf v. Teets, 29 F. 2d 754 (9th Cir), *cert. denied*, 347 U. S. 969 (1954); People v. Hernandez, 8 N. Y. 2d 345, 170 N. E. 2d 673 (1960).
- (9) Waltz, *supra* note (5) at 299. 最近「州の行差」は非常にゆるやかに解されるものになりだ。もしトライアルは処分その施行に公権力が加担してれば、まづ文句なく「州の行差」になると思われる。Cf., Shelly v. Kraemer, 334 U. S. 1 (1948); Barrow v. Jackson, 346 U. S. 249 (1953).
- (10) E.g. Porter v. United States, 298 F. 2d 461 (5th Cir. 1962); Craig v. United States, 217 F. 2d 355 (6th Cir. 1954); United States *ex rel*. Hall v. Ragen, 60 F. Supp. 820 (N. D. Ill, 1945); People v. Lathron, 192 Cal. App. 2d 216, 13 Cal Rptr 325 (1961); Blincoe v. State, 185 N. E. 2d 729 (Ind. App. 1962).