

# 戦略的上訴論の背景にあるもの

——刑事司法の「事実上の不平等性」を辿る片旅籠——

八 百 章 嘉

富山大学紀要. 富大経済論集 第63巻第2号抜刷（2017年12月）

富山大学経済学部

# 戦略的上訴論の背景にあるもの

## ——刑事司法の「事実上の不平等性」を辿る片旅籠——

八 百 章 嘉

キーワード：検察官上訴，ケース・コンストラクション論，訴因，検察審査会，  
司法審査

### 目次

- I. はじめに
- II. Resendiz-Ponce 事件判決
- III. 戦略的上訴論
- IV. 巨人（風車）と対峙する者
- V. おわりに

### I. はじめに

「いかなる刑事司法制度においても，常に平等の正義を提供することは不可能である」<sup>1</sup>という極めて現実的な，そして悲壮感も伴うこの言葉は，憲法や刑事訴訟法が謳う法理念とは一定の径庭を保ちながらも，刑事司法に携わる者の間で共有されてきた問題意識を端的に表すフレーズであろう。

法理念の思惑とは別に，現実の刑事司法には，様々な「事実上の不平等性」が存在している。例えば，「一般的な被告人に比べ，より裕福で，教育を受け，

---

1 ロバート・A・ケイガン（北村喜宣ほか訳）『アメリカ社会の法動態——多元社会アメリカと当事者対抗のリーガリズム——』（2007年）140頁。

コネのある被告人は、多くの点で有利である」<sup>2</sup>との指摘は、富める者が被疑者／被告人になる場合と貧しき者がそうなる場合とでは、両者とも法的には同じ「被疑者／被告人」であるにもかかわらず、現実の刑事手続の俎上においては平等性の欠如が起りうることを示している。

また、刑事手続の当事者として活動する被疑者／被告人と検察官との間にも不平等性は認められる。当事者追行主義の下では、被告人は訴訟当事者として主体的に手続に関与することになるが、「法律的権限、物的・人的資源その他において、国家機関である検察官に対して本質的に劣位にあり、検察官の訴追活動に対し十分な防御能力をもたないのが現実」<sup>3</sup>であって、両者の能力に大きな隔たりが存在することは、多言を要しないであろう。学界においても、この当事者間の——法自体がそもそも想定していると思われる——不平等性を解消するために、「実質的当事者主義」や「武器対等の原則」の理論的深化を推し進め、証拠開示をはじめとする様々な対応策が提示・実行されるに至っている<sup>4</sup>。

しかし、法レトリックの次元に見出しうる不平等性ではなく、現にある刑事手続に焦点を当てた両当事者間の「事実上の不平等性」をめぐってはなお論究すべき課題が残っているように思われる。すなわち、警察捜査を経験実証的に分析し、捜査段階における不平等性を暴露した上で、その過程で作成される捜査書類が後続手続の趨勢を決する「巨人」としてたち振る舞う実態を明らかにした研究や、被告人や弁護人とは異なり、政府訴追側をつねに代弁する立場にある検察官は、上訴審を戦略的に利用する機会に恵まれており、自己に有利な法準則の定立に積極的に関与することができるといった上訴段階における不平等性を白日の下に晒した研究などが英米で発表されているが、それらの知見を我が国の刑事手続に輸入する試みはなお達成されていない。

---

2 前掲同所。

3 上口裕『刑事訴訟法〔第4版〕』（2015年）17頁。

4 齋藤司「刑事手続における武器対等原則の意義とその適用可能性」法律時報84巻5号（2012年）46頁以下参照。

これらの実務的現象を分析する海外の研究を参照することで、我が国における被疑者／被告人と検察官との間の「事実上の不平等性」を例証し、またその状態を改善するための処方箋を探し求めることも有益であろう。

そこで、本稿では、戦略的な思考に基づいて検察官がアメリカ連邦最高裁に上告したとみなされている *Resendiz-Ponce* 事件判決<sup>5</sup> を本稿の問題意識の観点から紹介後（Ⅱ）、検察官上訴の戦略性の意義およびその問題点を指摘する *A. Hessick* の主張を取り上げ、その知見が我が国においても適用しうるものであるのか検討を加える（Ⅲ）。そして、戦略的上訴論の核心部分を刑事司法の「事実上の不平等性」に対する警鐘と位置づけた上で、「事実上の不平等性」を生じさせている要因を明らかにし、その是正策を求める短い旅に出る（Ⅳ）。

「もちろん、訴訟理論にはあるべきビジョンを描いてそれへの接近を期待するという方向も必要であるが、場合によっては、現実の地盤のうえに立って着実な改善をはかることが必要なとき」<sup>6</sup> もある。ドン・キホーテは騎士道というビジョン（白日夢）を叶えるための旅に出たが、その今際においてはイダルゴとしての現実の自分を受容する。法理念としての「あるべきビジョン」を意識しつつも、「現実の地盤」を実証的な先行研究を道しるべとして測定し、若干の「着実な改善」策を提示することが本稿の目的である。

## Ⅱ. *Resendiz-Ponce* 事件判決

### 1. 事実の概要

本件は、未遂罪（attempt）の公訴提起にあたって、「外形的行為（overt

---

5 *United States v. Resendiz-Ponce*, 549 U.S. 102 (2007). なお、本事件判決については、すでに別稿にて、検討を加えたことがある（拙稿「瑕疵ある起訴状への法的対応論—*Cotton* 事件判決から *Apprendi* 準則違反の位相を知る——」*富大経済論集* 61 卷 3 号（2016 年）191 頁、200 頁以下参照）。本稿では、戦略的上訴論の観点ならびに日本法との比較の観点から必要とされる範囲で取り扱うこととする。

6 田宮裕『日本の刑事訴追』（1998 年）85-86 頁。

act)」はつねに正式起訴状 (indictment) に記載されていなければならないか否かが問われた事案である。

メキシコ市民である被告人 Resendiz-Ponce は、過去に2度アメリカ合衆国からの強制退去処分 (deportation) を課された経歴を有するが<sup>7</sup>, 2003年6月1日に合衆国への再入国を不法な手段で実行しようとしたとして連邦法違反<sup>8</sup>で逮捕・起訴された<sup>9</sup>。

本件起訴状には、「外国籍の Juan Resendiz-Ponce は、……略……, 2003年6月1日ごろ, アリゾナ州サン・ルイス付近にて, 知悉のかつ故意にアメリカ合衆国に入国を試み未遂に終わった。」として訴因が記載されていた<sup>10</sup>。

第一審において, 被告人は, 本件起訴状は「外形的行為という犯罪構成要素を欠いている, または外形的行為に必要な不可欠な事実を述べていない」として公訴棄却を求めたが, 事実審裁判所はその異議申立てを退け, 陪審は有罪判決を下し, 被告人に禁固63ヶ月の刑を言い渡した<sup>11</sup>。

被告人の控訴を受けた第9巡回区控訴裁判所は, 本来必要とされる犯罪構成要素が本件起訴状に記載されていないことは「致命的な瑕疵であって, ハームレス・エラー (harmless error) の審査で済まされるものではない」と判示し, 判決を破棄した<sup>12</sup>。すなわち, 本件起訴状は, 不法入国の遂行「ににとって実質的な一歩 (substantial step) となる特定の外形的行為を一切述べて」いないため, 起訴状の充足性 (sufficiency of indictment) 要件<sup>13</sup>を満たすものではないとし, 控訴裁判所は被告人の主張を是認したのである<sup>14</sup>。

検察官は, 不法入国未遂罪における外形的行為という犯罪構成要素を本件起

---

7 United States v. Resendiz-Ponce, 425 F.3d 729 (9th Cir. 2005), at 730.

8 8 U.S.C. § 1326 (a) (2000).

9 *Resendiz-Ponce*, 549 U.S., at 104.

10 *Id.*, at 105.

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*

13 起訴状の充足性については, 拙稿・前掲注 (5) 199頁以下参照。

14 *Resendiz-Ponce*, 425 F.3d, at 733.

訴状は述べていないとする控訴裁判所の判断については審査対象から除外し、「連邦の正式起訴状が犯罪構成要素を欠いている場合、それはハームレス・エラーとなりうるかどうか」という上告趣意を掲げ、連邦最高裁にサーシオレイライを申し立てた<sup>15</sup>。しかし、連邦最高裁は、「判決を下すにあたって絶対に必要とされる場合でない限り、憲法の性質に関する問題について当裁判所は判断しない慣習がある」<sup>16</sup>と述べた上で検察官の上告趣意に正面から解答することを避け、未遂罪を構成する外形的行為を明確には述べていない本件起訴状が真に瑕疵あるものであるか否かを判断するために、両当事者に追加書類の提出を指示した<sup>17</sup>。

両当事者ともに、本件連邦法違反の認定にあたって、犯罪の遂行にとって「実質的な一步と評価される外形的行為」を被告人が実行したことは要求されること、および「正式起訴状は訴追されている犯罪の構成要素を各々記載していなければならない」ことに異論は唱えていない<sup>18</sup>。しかし、検察官は、本件起訴状の「被告人はアメリカ合衆国への入国を試み未遂に終わった」という記述によって、不法入国未遂罪で必要とされる外形的行為を被告人は実行したことが暗に示されているとの主張を展開した<sup>19</sup>。

結果、連邦最高裁の法廷意見は、本件起訴状はその充足性を満たすものであると判示し、検察官が提示したエラー論の問題<sup>20</sup>に踏み込むことなく、判決の破棄差戻しを命じた<sup>21</sup>。

---

15 *Resendiz-Ponce*, 549 U.S., at 103-104.

16 *Id.*, at 104 (quoting *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288 (1936), at 347 (Brandeis J., concurring)).

17 *Ibid.*

18 *Id.*, at 107 (quoting *Almendarez-Torres v. United States*, 523 U.S. 224 (1998), at 228).

19 *Ibid.*

20 エラー論については、拙稿・前掲注(5)220頁以下参照。

21 *Resendiz-Ponce*, 549 U.S., at 104, 111.

## 2. 法廷意見

Stevens 判事執筆の法廷意見には、Roberts 首席判事、Kennedy 判事、Souter 判事、Thomas 判事、Ginsburg 判事、Breyer 判事、および Alito 判事が加わっている。

法廷意見は、第一に、日常用語で使用される「未遂」という語句は単なる意図ではなく行為を意味するものであること、第二に、より重要な理由として、法の世界において当該語句は外形的行為と故意の両犯罪構成要素を包含するものとして何世紀にもわたり使用されてきたことを挙げ、検察官の主張を肯定し、本件連邦法違反事件における正式起訴状は、特定の外形的行為を記述する必要はないと結論づける<sup>22</sup>。

また、法廷意見は、本件起訴状において使用された「未遂」という表現は、被告人の犯行に関する時間や場所といった詳細な情報を併せて読めば、起訴状の充足性に関して憲法上の2つの要求を提示した Hamling 事件判決<sup>23</sup>に反するものではないとしている<sup>24</sup>。

さらに、起訴状の充足性について、ある一定の犯罪については、ただ条文の文言を記載するだけでは足りず、より詳細に起訴状に記載しなければならないと判示した Russell 事件判決<sup>25</sup>との関係については、2つの理由から本件と区別することが可能であると述べる。第一に、Russell 事件判決で問われた連邦法と異なり、本件連邦法における罪責認定は「事実の詳細な特定にそま

---

22 *Id.*, at 107.

23 *Hamling v. United States*, 418 U.S. 87 (1974). 2つの憲法上の要求とは、①起訴状は「起訴されている犯罪の構成要素を含んでいなければならない、かつ被告人に対し自己が防御しなければならない訴追事実を公正に知らせるものでなければならない」こと、および②起訴状は「同一犯罪で将来訴追されないために、被告人が無罪／有罪の答弁をすることを可能にするものでなければならない」というものである (*id.*, at 117)。本事件判決の詳細については、拙稿・前掲注 (5) 199-200頁参照。

24 *Resendiz-Ponce*, 549 U.S., at 108.

25 *Russell v. United States*, 369 U.S. 749 (1962), at 752-755. 本事件判決の詳細については、拙稿「英米法における訴因の性質について」法学研究論集33号(2010年)107頁、119頁以下参照。

で依存するものではない」ことを理由とする<sup>26</sup>。第二の理由として、連邦刑事訴訟規則<sup>27</sup>が意図するところは、「刑事訴追における法技術的な問題を除去し、……略……、手続における簡潔さを確保する」点に求められ、コモン・ローの時代に要求されたような詳細な起訴状はもはや必要とされていないことを挙げている<sup>28</sup>。

以上のことから、法廷意見は、本件起訴状は連邦刑事訴訟規則に違反するものではなく、また合衆国憲法修正5条の大陪審条項による保護<sup>29</sup>を侵害するものでもないとし、本件起訴状の充足性を肯定した。

### 3. 反対意見

Scalia 判事は、未遂罪における「実質的な一歩」要件が「未遂」という用語に潜在的に含まれているとする法廷意見の見解に対し根本的な疑問を投げかけ、反対意見を執筆している<sup>30</sup>。その結論として、検察官は、本件起訴状に、被告人は「知悉的かつ意図的にアメリカ合衆国に入国を試み未遂に終わった」という記載のみならず、その犯行完遂に向けて「実質的な一歩を踏み出した」とも記述すべきであったことを Scalia 判事は主張するのである<sup>31</sup>。

法廷意見が挙げる2つの理由についても Scalia 判事は批判を展開する。第一の理由——「未遂」という語句の日常用語法——については、犯罪の名称から想起されようがされなからうが、正式起訴状には当該犯罪の構成要素を明確に記載しなければならないことを連邦最高裁は要求してきたと述べた上で、「イ

---

26 *Resendiz-Ponce*, 549 U.S., at 110 (quoting *Russell*, 369 U.S., at 764).

27 Fed. R. Crim. P. 7(c)(1). 本条の意義については、拙稿・前掲注(25)113頁参照。

28 *Resendiz-Ponce*, 549 U.S., at 110 (quoting *United States v. Debrow*, 346 U.S. 374 (1953), at 376).

29 大陪審条項と正式起訴状の関係については、拙稿・前掲注(5)214頁以下参照。

30 *Resendiz-Ponce*, 549 U.S., at 111 (Scalia J., dissenting).

31 *Id.*, at 116. この主張に対し、法廷意見は、正式起訴状にそのような簡潔な文言を付加したところで、被告人に対し「より告知を与えることにもならず、また将来の訴追から身を守るものにもならない」として反対する (*id.*, at 108 n.4).



レレヴァントで、誤っている可能性が高い」ものと難詰する<sup>32</sup>。すなわち、連邦最高裁の先例に従えば、正式起訴状には、「処罰しようとする犯罪を構成するに必要な要素を全て、漏らすことなく、直接的かつ明示的に、一切の不確実性や曖昧さを伴わない形で」記載されていなければならないのであると<sup>33</sup>。また、「未遂」という語句の法学的意味に関する法廷意見の見解に対しては、当該語句の定義は法廷意見が考えるほど過去一貫してきたものではないと批判している<sup>34</sup>。

#### 4. 本事件判決の意義

Resendiz-Ponce 事件判決の意義は、未遂罪の公訴提起にあたって、少なくとも本件で問われた連邦法違反事件においては、「未遂」という語句のみが正式起訴状に記載されたとしても起訴状の充足性は肯定されると判示した点に認められる<sup>35</sup>。

他方で、検察官による戦略的上訴の観点から本事件判決を分析する論評もある。すなわち、検察官が敢えて本件を連邦最高裁に上告した理由を、多数ある類似事件とは異なり、本件では政府訴追側に有利な判断を連邦最高裁が下す見込みがあったことに求め、検察官上訴の戦略性を指摘するものである<sup>36</sup>。章を改め、戦略的上訴論の検討に移ろう。

---

32 *Id.*, at 112. その例として、「侵入盗 (burglary)」という語句は、日常用語法では重罪を犯す故意を持って建物に侵入することを包含するが、正式起訴状には各々が犯罪構成要素として記載されなければならないことを挙げている (*ibid.*)。

33 *Ibid* (quoting *United States v. Carll*, 105 U.S. 611 (1882), at 612).

34 *Id.*, at 112-113.

35 この点については、拙稿・前掲注 (5) 202頁参照。

36 Andrew Hessick, *Institutional Roles: The Impact of Government Appellate Strategies on the Development of Criminal Law*, 93 Marq. L. Rev. 477 (2009), at 487-488.

### Ⅲ. 戦略的上訴論

#### 1. 上訴審における当事者の目的

まず、上訴審における被告人の第一義的な目的と政府訴追側の代表者たる検察官のそれとの相違を確認しなければならない。

被告人にとって最も重要な目的は、第一審と同様、上訴審においても、有罪判決を避けることにある。被告人は、自己が無罪となった理由については通常関心を抱かず、また、他の被告人の利益を擁護するための組織体でもないため、「明日の被告人を保護することに資する法準則の定立を求める理由は一切ない」と考えられている<sup>37</sup>。

他方、政府訴追側の代表者たる検察官にとって、上訴審においては、被告人と同様に面前の事件に勝利することも重要な目的ではあるが、法準則の定立についてもまた強い関心を抱くことが指摘されている。いわく、政府訴追側は、公共の福祉の維持といった目的を達成するために必要な法準則の発展に関心を抱き、ときにその関心は、個々の事件における勝敗よりも強いものになりうると<sup>38</sup>。

また、上訴審における政府訴追側の特徴として、被告人とは異なり、上訴審に繰り返し関与するプレーヤー（repeat player）であることが挙げられ、この属性によって、政府訴追側は「刑事法の発展に影響を及ぼす多くの機会を得ることのみならず、刑事法の発展に影響を与える方法について柔軟な対応を取ることにもまた可能となる」<sup>39</sup>。すなわち、政府訴追側は、例えば自己に有利な法準則を採用させるのに都合の良い事件を選択し上訴するといった、手続法上の

---

37 *Id.*, at 478.

38 *Id.*, at 479. 個々の事件の勝敗は結局のところ本件被告人にのみ影響を与えるものであるが、法準則は広く社会一般の行動規範となりうるものであるため、ときに検察官は後者を優先させる。

39 *Ibid.*

戦略を採用することができるのである<sup>40</sup>。

## 2. 検察官上訴の戦略性

上訴審において政府訴追側の代表者である検察官が戦略的に援用することができる手法は、弁論の選別（argument selection）および事件の選別（case selection）の2つに大別される<sup>41</sup>。これらの戦略について、連邦最高裁判例を用いながら確認する。

### (1) 弁論の選別

弁論の選別とは、例えば控訴趣意／上告趣意の内容を構想するにあたって、当事者は上訴審で勝利するための弁論を通例選択するが、政府訴追側は、そのような弁論に代わって、政策的観点から中長期的な幅で自己に利すると思われる弁論を控訴趣意／上告趣意として選択することをいう<sup>42</sup>。

弁論の選別という戦略が用いられた例として、違法収集証拠排除法則について「善意の例外（good-faith exception）」を正面から認めたことで有名なLeon事件判決<sup>43</sup>を挙げることができる。本件は、一見適法な令状に基づく捜索が実施され証拠が押収された後に、当該令状発付の基礎となった宣誓供述書

---

40 被告人は通常1回限りの関与者であるため、このような戦略を用いることはできない。一方、法専門職として繰り返し刑事手続に関与する弁護士ならば可能ではないかとも考えられるが、第一に、政府訴追側と異なり全ての刑事事件に関与することは不可能である、第二に、弁護人の第一義的な仕事は依頼人の利益確保であり、将来の被告人にとって有利な法準則を定立させることよりも依頼人の勝利（無罪）を得ることのほうが重要であるといった理由から、否定的にみなされている（*id.*, at 479-480）。「弁護士たちが見返りに受ける評価は、ただ単に、（他の国々のように、）被告人が確実に公正な裁判を受けられることを確かにすることだけでなく、「勝つ」ことにかかっているのである」（ケイガン・前掲注（1）142頁）。

41 Hessick, *supra* note 36 at 480.

42 *Ibid.*

43 United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984). 本事件判決ならびに善意の例外法理については、洲見光男「修正4条の保障範囲と排除法則——合衆国最高裁の最近の2判決から——」同志社法学69巻2号（2017年）139頁、142頁参照。

が相当な理由（probable cause）を担保するほど十分なものではなかったことが判明した場合、証拠排除はなされるべきであるか否かが争われた事例であるが、本事件判決の裁判経緯を観察するに、政府訴追側の戦略が功を奏したことが見出される<sup>44</sup>。

事実審裁判所が本件令状は相当な理由を欠くものであることから証拠排除に踏み切り、また第9巡回区控訴裁判所もその判断を支持した<sup>45</sup>。ところが、控訴審判決が言い渡された後に、連邦最高裁はGates事件判決<sup>46</sup>において相当な理由に関する新たな基準を宣言し<sup>47</sup>、その基準の下では、Leon事件判決にて問われた搜索令状は適法なものとして判断される可能性が高かった<sup>48</sup>。しかしながら、政府訴追側は、サーシオレイライを申し立てる際に、本件令状は相当な理由を欠くとした下級審の判断については上告趣意とせず、「事後的に瑕疵ある搜索令状と判断されたとしても、当該令状を合理的かつ善意に信頼して押収された証拠」に対して排除法則は適用されるべきではないという弁論のみを上告趣意として掲げたのであった<sup>49</sup>。そして、政府訴追側のこの戦略は成功し、連邦最高裁に善意の例外を正面から宣言させることとなった<sup>50</sup>。

また、被告弁護側が上訴する場合においても、政府訴追側は自己にとって不利益な法準則の影響を可能な限り抑える目的で、上訴審での弁論を戦略的に

---

44 See, Hessick *supra* note 36 at 480-481.

45 Leon, 468 U.S., at 902-903, 905.

46 Illinois v. Gates, 462 U.S. 213 (1983).

47 *Id.*, at 238.

48 現に、Leon事件判決にて一部同調意見および一部反対意見を執筆したStevens判事は、「控訴審裁判所が、Gates事件判決の観点から改めて本件を検討する機会を与えられれば、本件で問われている令状は修正4条の要求を満たすものであると判示するであろうことは、確実とまでは言えずとも可能性が高いことと言えよう」と述べている（Leon, 468 U.S., at 961 (Stevens, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part)）。

49 See, *id.*, at 905.

50 *Id.*, at 913.

選別することもあるという<sup>51</sup>。その例として *Miranda* 事件判決<sup>52</sup>が挙げられる。本件での政府訴追側の戦略は、*Miranda* 準則の憲法上の根拠を修正 6 条の弁護人の助力を受ける権利ではなく、修正 5 条の自己負罪拒否特権に置くよう主張することであった<sup>53</sup>。すなわち、万一その根拠が前者に置かれた場合、警察は *Miranda* 権利を被疑者に告知しなければならないことのみならず、弁護人の立会いがなければ取調べを続行できなくなる可能性もあったことから、政府訴追側は *Miranda* 準則の影響を可能な限り最小限にとどめるために、その根拠を後者に置くべきことを弁論として掲げたのである。

以上のように、政府訴追側はいかなる争点を上訴審にて展開するかにつき、控訴趣意／上告趣意といった弁論の選別を戦略的に行うことで、自己に有利な法準則の定立を推進することができるのである。

## (2) 事件の選別

上訴審における弁論を戦略的に選別することができる政府訴追側の能力を補うものとして、いかなる事件において新たな弁論を展開するかを選別する能力もまた政府訴追側にはある。すなわち、政府訴追側は「全ての刑事事件に関与するため、ある弁論を展開するに先立ち、自らにとって好ましい事実を備えた事件を待つことができる」<sup>54</sup> のである<sup>55</sup>。

かの「重大事件は難事件と同様に悪法を作り出す (great cases like hard cases make bad law)」<sup>56</sup> という法格言が示すように、事件の事実面は上訴審に

---

51 Hessick, *supra* note 36 at 482.

52 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

53 *See, id.*, at 439; compare with *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), at 491.

54 Hessick, *supra* note 36 at 486.

55 無論、政府訴追側が被上訴人である場合など、事件の選別という戦略には限界も存在する。しかし、その場合であっても、被上訴人として弁論を選別することができるという意味において、なお一定の支配力を有している (*id.*, at 488)。

56 *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904), at 400 (Holmes, J., dissenting).

とって非常に重要な意義を有するものであり、上訴審のケース・バイ・ケースという性質からは、個別具体的な事件の事実に即して裁判所は法準則を発展させるということが導出されると考えられる<sup>57</sup>。上訴審裁判所が法準則を発展させる場面においては、事件の事実面が不可避免的に強い影響をもたらすのである<sup>58</sup>。

そして、この事件の選別という戦略が使用されたのが、前章にて紹介した **Resendiz-Ponce** 事件判決である。本件において、政府訴追側は、「連邦の正式起訴状が犯罪構成要素を欠いている場合、それはハームレス・エラーとなりうるかどうか」という問いを争点として掲げたが<sup>59</sup>、同様の争点は本件以前の事件でも展開可能であったにも関わらず、戦略として本件に至るまで上告しなかったと言われている<sup>60</sup>。

例えば、死刑求刑事件であった **Allen** 事件判決<sup>61</sup> では、**Ring** 事件判決<sup>62</sup> にて死刑を科すためには起訴状に記載されなければならないと宣言された刑罰加重事由を欠く起訴状が問題となったが、手続上の瑕疵が明白であるにも関わらず死刑を科すべきであると裁判所に要求する——有罪判決の獲得に拘泥する——ことは政府訴追側にとって好ましくない主張をすることになるため、上告しなかったと考えられている<sup>63</sup>。

対して、**Resendiz-Ponce** 事件判決は死刑求刑事件ではなく、また本件で問題とされた不法入国未遂罪の外形的行為については、多数の連邦下級審の裁判例から政府訴追側に有利な判断が出される期待も強かった<sup>64</sup>。政府訴追側が本

---

57 Hessick, *supra* note 36 at 486.

58 Frederick Schauer, *Do Cases Make Bad Law?*, 73 U. Chi. L. Rev. 883 (2006), at 885.

59 前掲注 (15) およびその本文参照。

60 Hessick, *supra* note 36 at 487.

61 *United States v. Allen*, 406 F.3d 940 (8th Cir. 2005).

62 *Ring v. Arizona*, 536 U.S. 584 (2002). 本事件判決については、岩田太・アメリカ法2003年210頁以下参照。

63 *See, Allen*, 406 F.3d, at 943.

64 *See, e.g., United States v. Rodriguez*, 416 F.3d 123 (2nd Cir. 2005), at 128; *United States v. Cardenas-Alvarez*, 987 F.2d 1129 (5th Cir. 1993), at 1131-1132.

件を上告した理由を、当該犯罪構成要素が起訴状に記載されるべきものでないならば、連邦最高裁は本件起訴状の瑕疵をハームレス・エラーと評価する見込みが他の事件と比して高いという点に、部分的であれ認めることができるであろう<sup>65</sup>。

また、この事件の選別という戦略は、弁論の選別と結びついた形での採用のみならず、別の側面でも効果を発揮する。すなわち、「事件を重ねることで法を漸次動かせ、当初は極端すぎると採用を躊躇した準則であっても、中長期的な幅で上訴審に採用を決断させる」<sup>66</sup>という効果である。再び、違法収集証拠排除法則において善意の例外法理を宣言した Leon 事件判決<sup>67</sup>とその系譜に目を向けてみよう<sup>68</sup>。

政府訴追側は 1984 年の Leon 事件判決にて連邦最高裁に善意の例外法理を認めさせたが、1970 年代初頭においては、「連邦最高裁の法廷意見や個々の最高裁判事の言質から、排除法則は修正 4 条から直接導かれる当然の帰結であることが時折示されている」<sup>69</sup>との文言からも推測できるように、善意の例外法理は認められない可能性が高かった。しかし、70 年代から 80 年代にかけて、排除法則の目的は権利侵害を被った個人の救済にあるのではなく、修正 4 条に対する将来の侵害を抑止することであり、したがって抑止効の観点から一定の例外法理は認められて然るべきという見解<sup>70</sup>に依拠し、連邦最高裁は排除法則

---

65 Hessick, *supra* note 36 at 487-488.

66 *Id.*, at 489.

67 *Leon*, 468 U.S., at 913.

68 *See*, Hessick, *supra* note 36 at 489-490.

69 *Leon*, 468 U.S., at 905.

70 例えば、Janis 事件判決では、「排除法則の『第一義的な目的』は、唯一のものではないとしても、警察の将来の違法行為を抑止することにある」と述べられている (*United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976), at 446)。また、本事件判決において、善意の例外法理を、一定の範囲内ではあるが、承認していることは銘記されなければならない (*id.*, at 454)。

に対する例外法理を次々と認めるに至った<sup>71</sup>。例外法理の承認という一連の下地が形成されていったことで、連邦最高裁は、将来の違法捜査の抑止という観点に立つならば、善意の例外法理もまた認められるであろうとの結論に、漸次動かされていったのである<sup>72</sup>。

以上のように、政府訴追側の代表者である検察官は、事件を上訴——とりわけ上告——するにあたり、弁論の選別および事件の選別という戦略を効果的に用いることによって、自己に有利な法準則の定立に積極的に関与することができるのである。

### 3. 戦略的上訴の問題点とその是正策

しかし、このような戦略的上訴は、法準則の発展において、また刑事司法の健全な運営において、そもそも望ましいものといえるのであろうか。

三権分立の観点から疑義が生じうるであろう<sup>73</sup>。三権分立を形式的に説明すれば、立法権は立法府に、行政権は行政府に、司法権は司法府に与えられなければならないはず、行政府は立法府や司法府の機能を代行することは許されないことになろう<sup>74</sup>。そして、このような権限を適切に分配することの目的を、政府の圧政から個人の自由を保護することに求めた上で、刑罰は個人の自由に対する最も大きな脅威の1つとみなすならば、とりわけ刑事司法における三権分立は

---

71 See, e.g., *United States v. Havens*, 446 U.S. 620 (1980), at 627-628; *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978), at 279; *Janis*, 428 U.S., at 454; *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975), at 603-605.

72 Hessick, *supra* note 36 at 490.

73 *Id.*, at 491.

74 See, Rachel E. Barkow, *Separation of Powers and the Criminal Law*, 58 *Stan. L. Rev.* 989 (2006), at 997.



重要なものといえる<sup>75</sup>。刑事訴追を担当する行政府に刑事法の形成に関与することを認めれば、被告人の諸権利を弱める方向に法が発展する危険性が生じると言えよう<sup>76</sup>。

ところで、政府訴追側が刑事法の発展に影響を与える際に利用できるツールは戦略的上訴のみに限られないことは、銘記されなければならない<sup>77</sup>。例えば、政府訴追側は立法府を通して法改正を積極的に促すことができる。政府訴追側のみが刑事立法に係わる利益集団ではないが、他の利益集団の利益は、被告人側の利益よりも、政府訴追側のそれと一致する傾向が強いため、立法によってもまた政府訴追側は自己に有利な形で法の発展を達成することができるのである<sup>78</sup>。

また、政府訴追側が有するその他のツールとして、検察官に付与されている広汎な訴追裁量権が挙げられよう<sup>79</sup>。検察官は答弁取引を開始する権限も認められており、答弁取引の実態を前提とすれば<sup>80</sup>、これらの権限によって、検察官は、刑事手続と被告人が科される刑罰に関して実質的な支配力を得ているの

---

75 *Id.*, at 1012. 刑事司法領域において、とくに三権分立の堅持が重要な機能を果たす場面は答弁取引であって、司法府の監視が正常に働いていなければ、行政府——検察官——が被告人に持ちかける取引は「刑事司法システムの正統性や正確性に危険をもたらす」であろうことが指摘されている (*id.*, at 1034)。この指摘は、取引的刑事司法の諸装置を新たに導入する我が国にとっても重要な意義を有するものと思われる。

76 被告人は自己に有利な形で法を発展させる機会も動機もないことから、戦略的上訴を使用しない (本章第1節参照)。したがって、政府訴追側にとって有利な法準則のみが形成され、片面的かつ不平等な状態を生み出すことになる (*see*, Hessick, *supra* note 36 at 491)。

77 *Ibid.*

78 「大半の刑事法に対する私的利益集団の影響は限られており、最も重要な利益集団は通例、他の政府機関の諸アクター、とりわけ警察と検察である」 (William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 Mich. L. Rev. 505 (2001), at 529)。

79 Hessick, *supra* note 36 at 492. *See also*, Albert W. Alschuler, *The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea for Less Aggregation*, 58 U. Chi. L. Rev. 901 (1991), at 903.

80 なお、2009年～2010年の連邦地裁においては、公訴提起された者のうち87.7%が有罪の答弁をし、全有罪判決のうち96.7%が有罪答弁によるものであったことが明らかにされている (*see*, Darryl, K. Brown, *Judicial Power to Regulate Plea Bargaining*, 57 Wm. & Mary L. Rev. 1225 (2016), at 1267)。

である<sup>81</sup>。

そして、このような政府訴追側の「刑事法の発展における部分的な支配力と、答弁取引という途で司法府を回避する能力が組み合わさることによって、刑事司法の文脈におけるあまりにも強大すぎる政府訴追側」という存在を生み出しており、刑事司法におけるアンバランスを正すためにも、「戦略的上訴で法の発展に影響を与える政府訴追側の能力が減じられること」が期待されるのである<sup>82</sup>。

戦略的上訴は政府訴追側が利用できるツールの中でさほど強い武器ではないが、戦略的上訴の影響力を制限することは、例えば答弁取引に関する権限や立法に関するロビー活動を制限することよりも、容易く達成できる目標だと考えられる<sup>83</sup>。そして、戦略的上訴の影響力をとどめるよう期待されるのが、上訴審裁判所なのである。

例えば、政府訴追側が、通常であれば好ましいと思われる主張をせずに、自己に有利な法準則の獲得を目指し斬新な——それは不確実なものでもあるが——主張を展開する場合、裁判所は、自己の裁量権を行使し、すでに確立している根拠に基づき事件を判断することができる<sup>84</sup>。その例証となるものが、冒頭で詳細に紹介した *Resendiz-Ponce* 事件判決である。

本件において、検察官は、不法入国未遂罪における外形的行為は犯罪構成要素であるとした控訴審の判断は争点とせず、仮に外形的行為を正式起訴状に記載しなければならないとしても、それを欠く本件起訴状の瑕疵はハームレス・エラーとなりうるかどうかといった争点を上告趣意として掲げたが、連邦最高

---

81 Rachel E. Barkow, *Institutional Design and the Policing of Prosecutors: Lessons from Administrative Law*, 61 *Stan. L. Rev.* 869 (2009), at 871.

82 Hessick, *supra* note 36 at 492.

83 *Ibid.* その理由として、検察官の権限を制限することは「ソフト・オン・クライム」とみなされ、市民の理解が得がたいことや、答弁取引やロビー活動に関する権限を制限できるのは政治部門であり、当部門は市民の理解が得られない手法は明らかに避けることなどが挙げられている。

84 *Id.*, at 493.

裁は、本件起訴状はその充足性を満たすものであると判示し、検察官が掲げたハームレス・エラーの問題については判断を示さなかった<sup>85</sup>。連邦最高裁は、検察官の思惑、すなわち本件起訴状の瑕疵をハームレス・エラーと位置づけたという思惑が成就することを阻止したのである。

また、上訴審の裁判官は、戦略的上訴の影響を抑えるために、新たな準則の適用範囲を本件の事実に限定する、傍論を執筆する、または、新たな準則が適用されない例を記した個別意見を付すといったことによっても、政府訴追側の代表者たる検察官の戦略的上訴の影響を抑えることができると考えられる<sup>86</sup>。

#### 4. 日本法の若干の分析

ここまで、アメリカにおける戦略的上訴論について若干の検討を加えながら紹介してきたが、戦略的上訴論という知見は我が国の検察官上告においても妥当するものであろうか。

##### (1) 上告審の現状

まず、我が国の上告審における検察官申立ての現状について確認すると、データとして古いものではあるが、2010年は、上告審終局人員は2,148人、うち、被告人側申立ては2,143人、検察官申立ては3人、双方申立ては2人である<sup>87</sup>。検察官申立ては異様といってもよいほど、極めて低いものとなっている<sup>88</sup>。この数字のみを見れば、我が国においては、そもそも検察官はほとんど上告をし

---

85 前掲注(21)およびその本文参照。

86 Hessick, *supra* note 36 at 493. このような手法はすでに裁判所によって採用されており、その結果、戦略的上訴の影響を抑え、司法手続の空中分解は阻止されているだろうと指摘されている。

87 最高裁判所『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書〔第4回〕』（2011年）239頁。

88 なお、平均審理期間（上告審記録受理から上告審終局まで）は、被告人側申立ての場合は3.1月、対して検察官申立ての場合は16.2月、双方申立ての場合は15.3月となっており、検察官申立ての場合は被告人側申立ての場合と比して長期に及んでいる（前掲同所）。ただし、検察官申立てがわずか3人に過ぎないことには留意すべきである。

ておらず、上告審を自己に有利な法準則定立の場として利用しているとの断言は難しい<sup>89</sup>。

しかし、成文法主義を採用する我が国においても、判例による一定の法準則形成——判例の事実上の拘束性——は刑事法領域であっても認められていると評価できること<sup>90</sup>、立法による法制定と異なり、検察官や被告人・弁護人といった訴訟関係人の「働きかけが判例による法の形成の大きな要因になる」<sup>91</sup> ことなどから、上告審を法準則定立の場として検察官が利用する下地は整っていると述べてもよいであろう。

また、我が国の検察制度が全国的かつ階層的に組織化され、個々の事件を上告するにあたっては上級官庁と相談した上でその可否を判断していることを踏まえれば、検察官が戦略的に上告を行う可能性を排斥することはできないであろう<sup>92</sup>。

## (2) 戦略的上訴の事例

上述のように、我が国では検察官申立てによる上告が極めて少ないのであるが、限られた事例の中においては、戦略的上訴の例として最高裁昭和53年判決<sup>93</sup>を挙げることができるように思われる。本件は、我が国の最高裁が初めて違法収集証拠排除法則の採用を宣言した判例として著名であり、一見すると検察官にとって不利な法準則の定立とも言えるが、検察官の戦略的上訴が功を奏

---

89 検察官上告が極めて少ない理由は多岐に渡ろうが、第一義的には我が国の異常に高い有罪率が起因していると思われる。また、そのような有罪率を実現するものとして、起訴便宜主義（起訴猶予）の採用が果たしている役割は無視することができない。

90 この点については、松尾浩也「刑事法における判例法とは何か」同『刑事訴訟法講演集』（2004年）311頁以下参照。

91 松尾・前掲注（90）328頁。

92 無論、このことは、我が国の検察官が実体的真実の追究、すなわち有罪判決の獲得に熱心であり、第一審または控訴審の無罪判決を是正する目的で上告する可能性を否定するものではない。

93 最判昭和53・9・7刑集32巻6号1672頁。なお、正確に言えば、本件上告は双方申立てである。

した事例と評しうる余地がある。

本件は職務質問に伴う所持品検査の適法性が争われた事案であるが、違法収集証拠排除法則について最高裁は以下のように判示した。すなわち、「①違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当である」とした上で、「②事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法 35 条が、憲法 33 条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、捜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が捜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また憲法 31 条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、③証拠物の押収等の手続に、憲法 35 条及びこれを受けた刑訴法 218 条 1 項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、④これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない」と認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである（丸括弧数字——執筆者挿入）」とし、一般論として、違法に収集された証拠物の証拠能力を否定する可能性を示した。

排除法則の採用という政府訴追側に不利な法準則を定立した本件が、なぜ戦略的上訴の事例と位置づけられるのであろうか。

第一に、判示①および②につき、排除法則は憲法 31 条・35 条に内在する証拠法則ではなく「刑訴法の解釈」の問題であるとし、憲法 35 条の解釈として排除法則を導出することはできないとしている。判示④も加味すれば、排除法則は憲法および刑訴法の関連条項を勘案して認められるべき「政策的法則」に過ぎないとの見解を最高裁は採用したといえよう<sup>94</sup>。

排除法則の根拠に関する最高裁のこの立場については、検察官の上告趣意書

---

94 法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和53年度〕』（1982年）400頁〔岡次郎〕。また、上口・前掲注（3）517頁も参照。

がその結論に影響を与えたものと思われる。検察官はその上告趣意書において「憲法 35 条に反して違法に収集された証拠の証拠能力についてなんら定めをしていないのは、これを立法政策ないしは憲法の解釈に委ねたものと解するのが相当であって、現在、刑事法上、この点につきなんらの規定がないことにかんがみると、その解決は、もつばら判例によるのほかはないことになる〔原文ママ〕」と主張し、「アメリカにおいても、連邦の証拠排除法則は、修正 4 条に含まれる法則であるとは考えられて（いない）」とアメリカ連邦最高裁判例も参照した上で、排除法則を「憲法 35 条の解釈としてにわかに採用し難いことは明らか」なものと位置づけることによって、「憲法上の根拠を有する排除法則」という理想的な姿での排除法則の定立を阻止したのである<sup>95</sup>。戦略的上訴でいうところの「弁論の選別」が効果を発揮したものと言えよう。

第二に、判示③および④の排除基準について、検察官は、「憲法 35 条に違反して収集された証拠はすべて証拠能力を失うと解すべきではなく、その違反（憲法違反）の程度がすべての人の正義感覚、人道感覚を害する程度に達した、いかにえれば、デュー・プロセスに反すると認められる程度に達した場合に、はじめて憲法 31 条の趣旨をも考慮して証拠から排除せられるべきものと解するのが相当である」と上告趣意書で述べている。最高裁は、これを受け、判示③では、「令状主義の精神に反する」という文言ではなく「令状主義の精神を没却する」という文言を使用し、「重大な違法」とはかなり程度の高いものであることを示唆して、厳格な排除基準を設定したように思われる<sup>96</sup>。この点においても、検察官の上告趣旨が判決内容に対し大きな影響を及ぼしたものとみなすことができよう。

さらに、本件所持品検査は、相手方の承諾がないにも関わらず、相手方の着

---

95 なお、排除法則の法的根拠は憲法 31 条に求められるべきであると主張するものとして、守田智保子「適正手続条項による証拠排除——Richard Re の『The Due Process Exclusionary Rule』を手がかりとして——」筑波法政 66 号（2016 年）89 頁、115-116 頁参照。  
96 岡・前掲注（94）401 頁参照。

用する上衣内ポケットに手を差し入れて本件証拠物を取り出し検査するという態様で行われた違法な所持品検査であると最高裁は断じたが、結論として証拠排除はしなかった。この結論には本件の事実関係が影響を与えているものと思われる。すなわち、本件は「相手方の承諾があった場合と『紙一重』の差の事案」であって、警察官の説得行為が継続していれば被処分者の承諾が得られたであろう状況の下に行われ、「許容限度逸脱の程度が小さいこと、ポケットから在中品を取り出したことのほかには有形力を行使しておらず、令状主義を潜脱する意図があってなされたものではないことなどの事情が考慮された」故に証拠排除には踏み切らなかった<sup>97</sup>。検察官に有利な判断が示されるであろう事実関係を有する事件を上告するという、「事件の選別」とも思われる戦略が、ここに看取することができるのである。

以上のように、最高裁昭和53年判決は、「弁論の選別」ならびに「事件の選別」という戦略的上訴が用いられた事例と位置づけることができ、違法収集証拠排除法則の採用という一見して被告人にとって有利な判例と言えるものの、その内実においては、不安定な根拠しか有さず、また実際の証拠排除は極めて限られた場合のみという、政府訴追側にとって有利とも評価しうる形での法準則を定立した判例とも評価できよう。

---

97 岡・前掲注(94)403頁。詳らかに言えば、本件所持品検査は、「深夜、覚せい剤事犯の多発地帯で、同事犯の容疑がかなり濃厚に認められる者に対して行われたものであること、被告人に3、4人の遊び人風の仲間がいて職務質問に妨害が入りかねない状況があったこと、被告人が一部の所持品の提示要求に応じており、本件証拠物の提示を拒否する明確な態度を示していないことなど」の状況の下で実施された。

## IV. 巨人（風車）と対峙する者

### 1. 巨人（風車）の正体

前章までは戦略的上訴論の輪郭を明らかにし、また我が国へのその適用可能性を確認してきたが、戦略的上訴論の核心部分はどこに認めることができ、またその背景に見え隠れする警鐘はいかなるものなのか。

まずもって確認すべきことは、戦略的上訴論の意義は過大に評価されるべきではないことである。論者自身も認めているように、上訴における戦略性は例えば事件の実体面に関わる論拠に勝るものではなく、政府訴追側もそこに力点を置くことが常であるため、戦略は有効と思われる範囲でのみ成果を得るに過ぎない<sup>98</sup>。また、上訴段階において、政府訴追側が完全な戦略上の支配力を有しているわけでもない。

しかしながら、「政府訴追側による戦略的上訴が、刑事法の発展に幾分であれ影響を与えうるという事実は何ら疑いはない」<sup>99</sup>。そして上述のように、戦略的上訴は、中長期的に見れば、原理原則に基づいたものではなく戦略性の所産として法発展を促す影響力があるため、被告人に保障された憲法上の諸権利を弱体化する危険性を孕むものと言えよう<sup>100</sup>。

このような視点に立つならば、戦略的上訴論の核心部分は、検察官をはじめとする政府訴追側が有する刑事司法における「事実上の優位性」（の強化）に対して警鐘を鳴らすという点にこそ認められるべきであるように思われる。

刑事司法における「事実上の不平等性」は、アメリカのみならず、「検察官が圧倒的に優位な状況下で刑事裁判が進行している」<sup>101</sup> 我が国においても同様に問われるべき事柄であろう。我が国の現状をここでつぶさに述べることは差

---

98 Hessick, *supra* note 36 at 493-494.

99 *Id.*, at 494.

100 前掲注(76)およびその本文参照。

101 荒木伸怡「検察官による証拠の取捨選択に関する一考察」浅田和茂ほか編『転換期の刑事法学——井戸田侃先生古稀祝賀論文集——』（1999年）379頁、391頁。



し控えるが、警察・検察を念頭に置いた政府訴追側の「事実上の優位性」について、若干の補論を加えておく。

ここではケース・コンストラクション論（以下、CC論とする）を参照することが有益であろう<sup>102</sup>。本稿の問題意識の下で要約するならば、CC論とは、①刑事司法は静的なシステムではなく動的・継続的なシステムであり、②政府訴追側の主張（または事件）は、被疑者が警察の嫌疑の対象とされた瞬間から構築が開始され、プロセスを経ながら、断続的な選別や解釈にさらされ変化するものであって、③政府訴追側の主張（または政府訴追側によって構築された事件）は——捜査記録をはじめとする公的記録の操作を通じて——もっとも「リアリティのある」事実の説明として受け入れられるという主張を指す<sup>103</sup>。

CC論は、当時新たに創設されたイギリス検察庁（Crown Prosecution Service, 以下CPSとする）が、その創設理念とは異なり、なお警察に依存する組織であることを暴露する点に焦点が当てられたイギリスにおける実証的研究であるが<sup>104</sup>、上述①～③の知見は我が国においても妥当するものと評してもよいであろう<sup>105</sup>。

---

102 CC論については、訴因論の観点からすでに検討を加えたことがある。拙稿「ケース・コンストラクション論と訴因論の接点——McConvilleらの研究を手がかりに——」法学研究論集37号（2012年）67頁以下参照。

103 See, Mike McConville, Andrew Sanders & Roger Leng, *The Case for the Prosecution: Police Suspects and the Construction of Criminality* (1991), at 1-13. また、拙稿・前掲注（102）74-76頁も参照。

104 McConvilleらはCPSを警察に依存・従属した組織であると結論づけている（*id.*, at 141, 147）。様々な重圧がある中での妥協の産物として創設されたことから、CPSが当初極めて弱い組織であったことは事実であるが、21世紀に入ったところから状況は好転し、むしろ現在では、影響力の強い組織と評価されている（Chris Lewis, *The Evolving Role of the English Crown Prosecution Service*, in Erik Luna & Marianne L. Wade (eds.), *The Prosecutor in Transnational Perspective* (2012), at 214, 233）。様々な重圧に関しては、とりわけ、警察が刑事事件に関する自己の権限を手放すことに躊躇したこと、また当時報酬を得て刑事公判を担当していたバリストの反対が根強かったことが挙げられている（*id.*, at 215-216）。

105 拙稿・前掲注（102）82頁参照。

政府訴追側の主張が「事件」として構築されていく過程は、政府訴追側の「事実上の優位性」が確立されていく過程と言い換えることができる。その過程を概観しておこう<sup>106</sup>。

まず、ある人物を被疑者と位置づけるにあたっては、警察にもたらされた情報よりもむしろ警察のルールとその原理の複雑な相互作用によって犯人性が構築され<sup>107</sup>、警察は不偏的な立場で真実を熱心に追究する中立的な捜査官であるというレトリックとは対照的に、被疑者にとって不利な／警察にとって有利な環境に被疑者を置くことによって、警察は事件を構築するための足場を設定する<sup>108</sup>。そして、警察は事実を選別・拒絶・評価・創出する能力を駆使し<sup>109</sup>、取調べにおいては、情報を被疑者から引き出すのではなく、取調官と被疑者の相互行為という複雑なプロセスを経て、取調べの様式と方法に直接的に由来する事実を創出する<sup>110</sup>。さらに、被疑者取調べのみならず、他の捜査書類一般を作成する際も、警察は事件を偏頗的に構築する方向で進める。すなわち、「警察の説明やその記録は、生じた社会的関係を反映するものではなく、他のありうる説明を抑圧し、当該状況に決着をつける〔傍点部分は原文イタリック〕」<sup>111</sup>ものと

---

106 その詳細については、拙稿・前掲注(102)76-79頁を参照されたい。

107 McConville et al., *supra* note 103 at 15, 35.

108 *Id.*, at 55.

109 なお、ここでいう「事実」とは、社会的行為者から独立して客観的に実在するものではなく、社会的行為者によって創り出されるものをいう(*id.*, at 56)。McConvilleらの事実観については、拙稿・前掲注(102)81頁参照。

110 McConville et al., *supra* note 103 at 56, 67.

111 *Id.*, at 80. その例として、成人事件全体の40%以上を占める警告(caution)や不処分(no further action)といった訴追に至らない処分が挙げられ、これらの処分は本質的に糺問的であり、警察による片面的なケース・コンストラクションを可能とする典型例と位置づけられている(see, *id.*, at 81-83)。これは、我が国における微罪処分や起訴猶予処分といった公訴提起に至らない処分にも当てはまる指摘であろう。また、第一次捜査機関である警察がそもそも「犯罪」を「事件化」しないという非公式処理の存在もすでに我が国で指摘されており(村山真維・濱野亮『法社会学〔第2版〕』(2012年)129-131頁参照)、その場合、公的統計にも表れず事後的検証が事実上不可能となることから、上記の指摘は一層意味を持つことになろう。

して機能し、「警察が選択し記録したことが、現実そのものとなる」<sup>112</sup>のである。

捜査が終結した後、警察による事件の「ふるい分け (sorting)」が不可欠となるが、この過程においても、警察が有罪／無罪を決定する形でケース・コンストラクションは継続されることになり<sup>113</sup>、訴追の選択それ自体が構築過程の一部として評価される<sup>114</sup>。また、訴追判断の是非について、法レトリックとしては CPS が客観的かつ不偏的に個々の事件を審査することになるが、証拠の選別・創造・提出は、警察が達成しようとする論目的に向けて行われ<sup>115</sup>、また警察の判断は適切であり覆すべきものではないという想定にも後押しされることで、CPS の審査はルーティンなものとなり、警察が訴追判断を下した事件の圧倒的多数が起訴に至っている<sup>116</sup>。

政府訴追側に有利な形で構築された事件（または政府訴追側の主張）は、公判の結果にも強い影響を及ぼし、警察によるケース・コンストラクションは有罪判決の方向に通常は進められる<sup>117</sup>。仮に無罪判決となる場合であっても、それは警察の不適切な捜査に由来することが多いことから、「有罪判決および無罪判決ともに警察の産物である [傍点部分は原文イタリック]」<sup>118</sup>と評価することが可能となる。

以上のような CC 論が描き出した事件が構築される過程は、まさに政府訴追

---

112 McConville et al., *supra* note 103 at 97.

113 *Id.*, at 105.

114 *Id.*, at 116.

115 例えば、犯罪の重大性 (seriousness) について、書類に「悪意のある (vicious)」などの記述を施し操作することによって、後の CPS による審査に影響力を及ぼすことが挙げられている (*id.*, at 126)。

116 *Ibid.*

117 *Id.*, at 148.

118 *Id.*, at 161. 換言すれば、事件 (の争点) はほとんど警察署で解決されており、有罪／無罪の争いが裁判所で行われることは減多にない。この事実は当事者対抗的なデュー・プロセスの理念に真っ向から反するものと指摘されている (*see, id.*, at 171)。

側の「事実上の優位性」が確立される過程と重なるものと言えるであろう<sup>119</sup>。

そして、第一審手続を終えた後であっても、戦略的上訴論が描き出したように、政府訴追側の「事実上の優位性」はなお維持され、将来志向的な法準則の定立でさえ、政府訴追側に有利な方向で進められることになる。

CC論が鳴らす1つの警鐘として、「ケース・コンストラクションはあらゆる刑事司法システムに存在する特徴であるが、当事者主義によって、ケース・コンストラクションはとりわけ片面的で党派的な過程となる〔傍点部分は原文イタリック〕」<sup>120</sup>という点がある。イギリスと同じく当事者主義を標榜する我が国にとっても、そのような「片面的で党派的な過程」を是正することが求められているように思われる。

巨人であれ風車であれ、騎士（になりきったイダルゴ）が一人で戦いを挑むには相応の装備が必要である。

## 2. イダルゴは騎士になれるか

それでは、政府訴追側が有する「事実上の優位性」——被告人側が負う「事実上の劣位性」または刑事司法の「事実上の不平等性」——はいかにして是正することができるのであろうか。これまで述べてきたように、「事実上の不平等性」が生ずる原因は刑事司法制度の構造それ自体に内在するものともいえ、そう容易く是正することができるものではなかろう。さしあたっては、以下のような是正策を挙げるにとどめ、本稿を閉じることとしたい。

---

119 なお、このような警察実務を経験的に検証し、警察官の行動が法レトリックに違反していると判断することは早計である。なぜならば、法レトリックはデュー・プロセス的価値とクライム・コントロール的価値の双方を事実上孕んでいるものであり、このような警察実務は、クライム・コントロール的価値に依拠する法レトリックそのもの——それは警察官の行動に対し手続的正統性を付与するものとなる——によって支持されているからである（*see, id.*, at 189-190.）。

120 McConville et al., *supra* note 103 at 11. CC論の評価については議論が分かれるところもあるが（拙稿・前掲注（102）79-81頁参照）、当事者主義に内在している新たな問題点を言説化した点において、「論争アントレプレナー」としての高い評価はできよう。

(1) 剣を携えて

刑事司法における政府訴追側の実質的支配力という偏在にバランスをもたらす1つの方策として、訴因形成過程の適正化が重要であるように思われる。

試論の域を超えるものではないが、訴因形成過程に被疑者または弁護人がコミットする機会（反論する機会）を付与することも、適正化に役立つものとして考えられよう。換言すれば、憲法31条が保障し、かつ訴因の機能として期待されている「告知」の意義<sup>121</sup>を、公判手続に至る前の段階——捜査段階における訴因形成過程——にまで、実効的に及ぼすことが求められているように思われる。例えば、検察官取調べを経て、検察官が起訴状を起草し終えた時点において、訴因の内容に関して被疑者または弁護人に異議を申し立てる機会を設ける（権利を付与する）ことが考えられる。

公判中心主義の下では、起訴状記載の訴因にしたがって訴訟は進行することになり、公判手続においてその訴因の内容に対し被告人・弁護人は応訴すべきであることは当然であろう。しかし、CC論が指摘するように、捜査段階で作成された記録——我が国でいえばそれは訴因として結実する——は当該事件の終局的な説明となりうるものであり、公判段階で検察官の主張に淀みを生じさせることは極めて困難な試みとも言える<sup>122</sup>。そのため、検察官が起訴状を裁判所に提出するに先立って、訴因の内容につき、被疑者・弁護人から意見を聴取することで訴因形成過程の適正化を図り、結果として、被告弁護側が負う「事実上の劣位性」を幾分改善することも必要であるように思われる<sup>123</sup>。

また、現在では検察官の不起訴判断のみに限定されている検察審査会の役

---

121 最高裁は、憲法31条の内容に告知・弁解・防御の機会の保障を読み込んでいるように思われる（最判昭37・11・28刑集16巻11号1577頁）。

122 拙稿・前掲注（102）83-84頁参照。

123 公判に先立って訴因の内容に意見を述べるためには、被疑者弁護の更なる充実化が求められる。また、原理的問題として、当事者對抗的な手続を一定程度減退させ、いわば当事者共同的な手続を構築する必要性／可能性もあろうが、具体的な検討は今後の課題としたい。

割<sup>124</sup>を、検察官の起訴処分の是非にまで拡大することも検討されてよからう。例えば、公判に先立ち検察官の起訴処分を争いたい場合、検察審査会に審査申立てをする権利を被告人に与えることも考えられよう。

戦後の司法民主化議論において、「起訴するかどうかを民衆で決定するということは、なかなか日本の民衆ではそれほど思いきったことはやれない」とその導入を「強く反対」された大陪審制度<sup>125</sup>であるが<sup>126</sup>、検察審査会法施行70年目となる今、改めて検察審査会の意義・役割を問い直すことも求められてよいであろう<sup>127</sup>。

2009年に導入された強制起訴制度によって、検察審査会の存在は従前と比して高まっており、その民主的正統性に疑義が向けられていることも事実では

---

124 嫌疑不十分等を理由とする狭義の不起訴と起訴猶予処分としての不起訴のいずれの不起訴判断が検察審査会の本来的な審査対象であるかという論点については、寺崎嘉博「検察審査会の議決への法的拘束力」現代刑事法43号（2002年）42頁参照。「検察ひいては司法に対する国民の信頼を確保するのが検察審査会制度の目的だということに思いを致すなら、議決の対象が嫌疑不十分なのか起訴猶予なのかという区別は、さして意味を持たない」（前掲同所）との主張は妥当であろう。

125 佐藤藤佐・松尾浩也・利谷信義「座談会 検察審査会法制定の頃——佐藤藤佐氏に聞く——」法律時報50巻9号（1978年）33-34頁〔佐藤発言〕。

126 当時、小陪審の導入を示唆した総司令部側に対して日本側は、「お国のように日本の民度はまだ進んでないから」として反対を表明したが（前掲31頁〔佐藤発言〕）、現在、我が国では裁判員制度が導入・運用されている。なお、裁判員制度の制度的基盤をアメリカ陪審制のそれと比較することで、裁判員制度から陪審制への移行を提唱するものとして、丸田隆「裁判員制度を問い直す——米国陪審制度の視点から——」上石圭一ほか編『現代日本の法過程——宮澤節生先生古稀記念——〔下巻〕』（2017年）279頁、287-288頁参照。

127 刑事訴追に民意を反映させる直接的な方法としては、アメリカの大陪審に類似した制度がまずもって想定されるが、現時点ではなお実現困難なように思われる。そこで、代替策として、「地域志向型検察官（community prosecutor）」の観念を取り入れることが考えられよう。この観念は、検察官が「判断をなす際は、当該地域が抱える懸念を念頭に置き、地域と共同する」姿勢を持つよう検察官に対し要求するものである（*see, Lewis, supra note 104 at 219-220 (citing Crown Prosecution Service, Core Quality Standards (2010))*）。これは法的素人と法的専門家の協働が期待される制度であって、我が国においてもその是非は検討されてもよいように思われる。

あるが<sup>128</sup>、「現にある検察実務」に一定の変化をもたらしていることは看過されるべきではない<sup>129</sup>。

とはいえ、仮に検察審査会の審査事項をさらに拡大する方向で制度設計をするとしても<sup>130</sup>、検察官の不起訴処分を起訴処分に転換することのできる現行の検察審査会は、被疑者との関係において、「その本質的な対抗軸は被疑者たる市民（訴追される市民）と検察審査員（公衆）たる市民（訴追する市民）との対抗関係、すなわち市民の防御権と市民の訴追権との対抗関係」<sup>131</sup>を産み出すことになったとも言え、国家訴追主義・起訴独占主義の修正を図った2009年法改正を肯定的に理解するのみでは不十分な考察であろうことを指摘した上で、「民意を反映させることを制度趣旨とする検察審査会が公訴権の実行に関して実質的な決定権を有することになった今日、被疑者の権利・自由の確保をいかにして図るかが課題」であり、「公訴の提起の段階において、民意に抗してでも法的専門合理性を確保しようとする法律専門家の役割が一層重要となり、また、その専門性を尊重しつつも民主的正統性を調和的に追求するために、

---

128 今関源成「検察審査会による強制起訴——『統治主体』としての『国民』——」法律時報83巻4号（2011年）2頁。また、「検察審査会の起訴相当の議決が間違っていたとき、被告人として多大の負担を強いられても、『検察審査員の過ち』を認容・甘受しようという共通認識が我々にあるのか」という指摘（寺崎・前掲注（124）43頁）は、現在の強制起訴事件の顛末を考えるならば、改めて検討されなければならない根本的問題だと思われる。

129 福井厚「刑事司法への市民参加の意義」京女法学4号（2013年）1頁，18頁参照。

130 検察官の起訴処分についてもまた検察審査会の審査対象としうる改正方向のみならず、検察審査会の調査権限を強化するという方向も検討することができよう。CC論が指摘するように、警察捜査は偏頗的でありながら終局的なものとなりうるので、警察が不起訴に向けて（不起訴を見込んで）捜査をした場合、たとえ申立人の提出資料等があったとしても、検察審査会がそのような捜査の下で収集された証拠に基づき、起訴相当議決を（少なくとも法的観点から）下すことは極めて困難であろう。もしかすると、今求められているのは、検察官の訴追判断を審査する制度の充実化ではなく、公判に先立ち警察捜査を審査する市民参加型装置の開発であるのかもしれない。

131 川崎英明「検察審査会の審査対象と若干の論点」浅田和茂ほか編『人権の刑事法学——村井敏邦先生古稀記念論文集——』（2011年）431頁，443頁。

一般の国民と法律専門家との協働の討議が要請される」<sup>132</sup>との主張は、つねに心に留めておく必要がある。

アメリカの大陪審は、国家と被告人との間の堡壘として、刑事訴追の法的十分性のみを判断するのではなく、エクイティの観点から、コミュニティの利益や規範を踏まえて当該訴追の公正性を判断するという点にその意義が認められている<sup>133</sup>。換言すれば、大陪審は「本来的に一般民衆が備え持っている善悪の観念に照らして不当と判断される訴追を抑止する可能性」<sup>134</sup>を有しているのである。この点において、法的専門家である検察官が刑事訴追の法的十分性を判断し、法的素人である大陪審は刑事事件の規範的側面について検討を加えるといった、両者の協同的作業が営まれることが期待されていると言えよう<sup>135</sup>。

我が国の検察審査会——さらには検察制度そのもの——を再考するにあたって、その精神は参照されてもよいように思われる。

以上の是正策は、「中央集権、起訴独占、訴追裁量の三つが三点セットとなつて」<sup>136</sup>いる戦前から戦後を通じて変化がない我が国の検察制度と対峙する者に、公訴提起に抗う権利という「剣」を与えるものと言えようか。

---

132 柳瀬昇「討議民主主義理論に基づく検察審査会制度の意義の再構成 試論」上石圭一ほか編『現代日本の法過程——宮澤節生先生古稀記念——〔下巻〕』（2017年）75頁、85頁。なお、検察審査会制度を、「公訴権の実行という公共的な事項について、国民（から選任された検察審査員）が、討議（審査）し、決定（議決）する公共的な討議の場を構築する試み」（前掲92頁）として捉え、改正検察審査会制度も「裁判過程全体を通じて、法的専門合理性と民主的正統性とを調和しうる国民の司法参加の制度の1つ」（前掲94頁）と位置づける主張は、「地域志向型検察官」の観念を考察する際に必要不可欠な見識と思われる。

133 拙稿・前掲注（5）231-233頁参照。

134 白井論「刑事訴追における市民参加の現代的意義と問題点——大陪審制度・検察審査会制度の再検討——」法学73巻2号（2009年）130頁、147頁。

135 See, Josh Bowers, *The Normative Case for Normative Grand Juries*, 47 Wake Forest L. Rev. 319 (2012), at 329.

136 田宮・前掲注（6）39頁。



## (2) 盾を構えて

さらに、刑事司法過程の「事実上の不平等性」を是正するためには、戦略的上訴への対応策として挙げられていた最高裁を頂点とする司法府の介入も求められよう。

政府訴追側が自己に有利な法準則の定立を目指して、斬新で不確実な論拠に基づいて戦略的に上訴する場合、裁判所はより確固たるものとして存在する論拠に基づき事件を処理する裁量を有していることは先に述べた通りである<sup>137</sup>。また、新たな法準則を定立する場合であってもその適用範囲を限定するといった、政府訴追側の戦略的上訴の影響力を限定する様々な手法を裁判所は援用することもできる<sup>138</sup>。アメリカにおけるこの指摘は、我が国の上訴審への提言としても理解可能であり、また、その根底にある思想は上訴審に限定されるものではなく、広く司法府への期待とみなすこともできよう。

検察官の訴追裁量権に対する裁判所の在り方についても今一度再考されてもよかろう。公訴提起をスクリーニングするという点では上述の大陪審制度と重なるものではあるが、司法府がその機能を担うという制度も当然にありうる。

戦前の旧刑事訴訟法には予審制度があり、公判に付するに足りる嫌疑のない事件を予審免訴で退けることができ（旧刑訴法 313 条）、検察官の公訴提起に対する一定の司法的制約が存在していた<sup>139</sup>。ところが、現行法は予審制度を廃止し、公判に先立って、裁判所が公訴提起に係る訴追裁量権行使——厳密には

---

137 前掲注 (84) およびその本文参照。

138 前掲注 (86) およびその本文参照。

139 ただ実際のところ、1936年～1940年の平均として、予審免訴とされた事件は予審事件終局処理総数（5,208件）のうちわずか1.1%（48件）に過ぎず（団藤重光『刑事訴訟法綱要』（1943年）539頁）、予審がそのスクリーニング機能を果たしていたとは言いがたいのも事実である。

公訴提起の嫌疑の有無・程度——の審査を行う仕組みをなくした<sup>140</sup>。無論、旧法時代の予審制度は糾問化と形骸化という問題点を孕んでいたため、そのまま復活させるということは現実的でないし、また「予審を換骨奪胎して、審査機能だけを付与するという構想」も「公訴権濫用論とあまり距離はない」ものとなり、期待できないであろう<sup>141</sup>。

この点、「起訴された当該事件の受訴裁判所が、事件の実体審理とは別に、起訴の適否を審査するという方法」を立法によって創設すべきとする主張<sup>142</sup>には、一理あるように思われる。

また、CC論から示唆される訴因の性質——それは党派的な説明でしかないが、終局的な説明になりうるという点——を鑑みれば、一方当事者の「主張」に過ぎない訴因の適法性について、公判審理に先立ち、司法審査に服す途を設ける必要性／可能性は否定まではされないであろう。上述の訴因形成過程の適正化として挙げた、起訴状を裁判所に提出するに先立って被疑者・弁護人に訴因の内容につき聴聞の機会を保障する制度が構築されるならば、その聴聞の機会（権利）が実効的に保障されたか否かは裁判所が事後的に審査することになろうし、仮に当該訴因の内容につき異議を被疑者・弁護人が申し立てた場合は、その適否を裁判所が公判に先行し審査するという制度も想定できよう<sup>143</sup>。

---

140 現在の検察実務は、「的確な証拠に基づき有罪判決が得られる高度の見込みがある場合に限って」公訴を提起している（司法研修所検察教官室編『検察講義案〔平成21年度版〕』（2009年）63頁）。この姿勢はある意味で、警察捜査によって構築された「事件」を公判手続に移すべきか否かの観点からスクリーニングするという機能を果たしていると言え、戦前の予審判事の役割を部分的に継承しているかのようにも思える。検察官の準司法官的性格／客観義務については、川崎英明『現代検察官論』（1997年）195頁以下、加藤康榮『新生検察官論——国民の司法参加と検察官の役割——』（2017年）310頁以下参照。

141 田宮・前掲注（6）108頁。

142 田宮・前掲注（6）121頁。

143 なお、我が国にドイツのような性犯罪における条件付親告罪規定を導入するにあたっては、例外的な職権訴追の基準が適正に運用されるために司法審査が必要であると主張するものとして、黒澤睦「ドイツの性犯罪における条件付親告罪規定」法律論叢88巻6号（2016年）51頁、97頁参照。

このような司法府の介入は、いわば裁判所に「盾」として機能することを求めるものであって、一定程度ではあるが「事実上の不平等性」を是正することに役立つであろう。

しかしながら、最後に付言するならば、我が国の最高裁が、「全体的には、全員一致で、捜査機関の行為の適法性を認定したり、捜査機関の権限拡大的実務運用を是認する方向での判断が多数であり、刑事訴訟法に関する最高裁判所の判断を鳥瞰したときに、中立・公正性に些かの疑いも生じさせないと断言することには躊躇が残らざるを得ない」<sup>144</sup>と評されていることに、一抹の不安がなお残るところではある。

## V. おわりに

記憶に新しい東京地検立川支部の誤起訴事件は、2011年に最高検察庁が発表した「検察の理念」がなお現場に浸透していない現状を浮き彫りにした。しかし、本件の原因を検察に帰するばかりでは不十分であって、当然に警察捜査の在り方も検証されなければならないであろう。さらには、CC論や戦略的上訴論が提示する刑事司法の「事実上の不平等性」を解消するために必要な具体的施策を実行すること、また、より根源的には、そのような不平等性を排除できない刑事司法制度そのものを原理原則の観点から再考しななければならないことを、我々は求められているように思われる。

最後に改めて検討されるべき事柄は、「裁判に関わるアクター自身がコミットしている司法政策に対して提起された問題点を中立公正に解決するために、どのような仕組みが望まし(い)」<sup>145</sup>かである。理念にとどまらない、事実上の

---

144 渕野貴生「刑事訴訟法分野における最高裁判官の属性と判決行動」市川正人ほか編『日本の最高裁判所——判決と人・制度の考察——』（2015年）144頁。

145 渕野・前掲注（144）145頁。

作用としても中立公正である機関を構築することが重要であろう。そして、刑事司法の各アクターが有するそれぞれの権限または裁量が事実上適正に行使されているのが、つねに監視されていなければならない。

風車を巨人と盲信し、独り闘いに挑み敗れたドン・キホーテは、自分を妬む魔法使いが巨人を風車に変えてしまったのだと言い張った。風車であろうが巨人であろうが、独り闘いに挑む彼の姿は、時代を超え、途方もない敵に立ち向かう際のメタファーとして今なお人々に用いられている。

一方で、騎士道小説の読み過ぎで自らを騎士と思い込んだドン・キホーテは、世の不正を正すために、騎士道の旅に出るという勇敢（荒唐無稽）な選択をしたが、その旅路においては風車に関する誤謬を認めなかったり、相手にされなかった獣に対し不戦勝を宣言したりと、自由（滑稽）な姿を読む者に与えている。「ライオンの騎士」は実際のところただのイダルゴであって、それ以上でも以下でもない。

さて、ミゲル・デ・セルバンテスが刑事手続をモチーフに、新たな冒険譚を執筆するとなれば、いずれのアクターをドン・キホーテとして筆を進めるのであろうか。

提出年月日：2017年10月2日