

〈論説〉

# 検察官の公訴官的地位と「公正な裁判」を保障する義務

——合衆国とわが国の法廷弁論に関する覚書——

白 井 論

## 目次

- 一 はじめに
- 二 合衆国における検察官の法廷弁論の在り方
- 三 わが国における検察官の論告の在り方
- 四 むすびにかえて

## 一 はじめに

1 わが国の刑事訴訟では、「公訴官」である検察官が被告人の有罪を立証する責務を負い、裁判所は公正かつ中立

な立場から有罪・無罪を認定することが建前とされている。もつとも、実際には、かつてより書証の取調べが裁判の中心を占め、その点に対しては「伝聞法則の形骸化」<sup>(1)</sup>という否定的な評価がなされてきたが、最近では、直接主義・口頭主義という現行刑事訴訟法が元来予定していた理念を実現させる方向で運用がなされつつあるように見受けられる。

運用の変革をもたらした最大の要因として、裁判員制度の導入を挙げることができる。わが国の刑事訴訟は、職業裁判官・検察官・弁護士という法律の専門家のやり取りに終始していることが伝統的な特徴となっており、書証の取調べを中心とする公判審理のやり方もそのような特徴があつてこそ可能とするものであつたと指摘されている。もとよりわが国でも、戦後の刑事司法制度改革で当事者主義的手続構造が公判手続で採用されたことに伴い、英米の「法廷技術」をわが国でも採り入れようとする気運が高まりつつあつたが、それに対しては、「米国等では：どうしても素人の陪審員は法廷でくりひろげられる目前の現象に支配され易い」のに対し「日本の場合には、職業裁判官が事案の真相について客観的に判断していくわけですから、心証を得るのに証人の大げさな表現や身振りとか、相手側の証人に対する糾問的な尋問技術というようなことによつて大きく左右される心配はない」とか、「アメリカなどでは検事、弁護士がお互いに闘争主義に徹してたたかつていくところに真実が発見されるということが考えられると思うのですが、日本のように弁護士証拠蒐集の力が弱いところで検察官がただ勝つことだけをねらつたら、真実の発見は不可能になつてくるという気がする」といつて、事案の真相解明を第一に重要視する風潮の下でもつぱら職業裁判官が事実認定を行うわが国で（陪審制度を採る）英米の「法廷技術」を用いる必要性は低いと考えられてきた。しかし、裁判員裁判では、裁判に従事した経験のない一般国民から選任された裁判員が、裁判官と協働して、裁判官と同等の権限に基づき、公判審理と評議に参加することから、公判廷で有罪を立証するという

「公訴官」としての職責がいつそう重要性を帯びるようになってくる。実際に最高検察庁は『裁判員裁判における検察の基本方針』のなかで「公訴官であり、公判における立証責任を負う立場にある検察官は、これまで以上に当事者追行主義が重視されて当事者の果たす役割が一層重要になることを踏まえ、裁判員が審理の内容を十分に理解し、容易に心証を形成できるような公判活動を行い、裁判員の良識と感覚が裁判の内容に適切に反映されるようにしなければならない」と述べている。<sup>(5)</sup>

2 だがその一方、検察官の主張・立証に対しては、実体的真実の解明と有罪判決の獲得を通じて社会秩序を維持していくことを何よりも重要視する従来の風潮と相俟って、自らの主張を裁判員に「説得」させたいと考えるあまりに、事実認定者の情緒を刺激し過ぎて適正な判断を妨げるおそれも否定することができない。ここでは、直接主義・口頭主義の趣旨をいかながらも判断の適正を確保できる手続の在り方が追求されるべきであるように思われてならない。

もちろん、刑事訴訟における審理や判断の適正を図る方策として、証拠能力が欠如している物件を裁判から排除することが考えられる。とりわけ証拠能力の有無の判断に当たっては、かつてより「証拠の関連性」(自然的関連性及び法律的関連性)という枠組み(フィルター)を用いて、要証事実の存否の推認に無益なものや証明力の評価を誤らせるおそれがあるものを審理・判断から排除することで不当な偏見・混乱や誤導を避けようとしている。<sup>(6)</sup> 裁判員制度の導入に伴い問題となっている事柄のなかでも、例えば殺害された被害者の遺体写真や生前の姿を映した画像・動画のような「感情を揺さぶる証拠(inflammatory evidence)」は、まさに「証拠の関連性」の有無という点で議論の俎上に載せられているところである。<sup>(7)</sup> だが、伝統的な手法による限り、たとえ事実認定者の判断を誤らせ

るおそれがあったとしても、そのことをもって直ちに証拠排除されるわけではなく、被害者の身元や死因、さらには犯行態様や被告人の意図を証明する証拠としての価値のほうに判断を誤らせる危険性よりも大きい場合には証拠として採用される余地が残されている<sup>(8)</sup>。また、「感情を揺さぶる証拠」について、論者のあいだでは「それが裁判員の感情を刺激するものであるとして、そのことが、いかなる意味で、どのような証拠の証明力の判断を誤らせる危険性があるのかは必ずしも明らかではない。その因果関係がはっきりしなければ、その取調べの当否は、結局は、裁判員が受ける精神的な衝撃をいかに和らげるかという証拠調べの方法上の問題にとどまることになる」という見解もみられる<sup>(9)</sup>。しかし、証拠採用されたものであったとしても、その証拠調べの仕方によっては審理・判断の適正を歪めることになりかねない点は決して無視することはできない。そのことから、証拠能力の有無の問題とは別に、検察官の訴訟行為の在り方（証拠調べの方法）がそれ自体として問題となりうるように思われるのである<sup>(10)</sup>。

**3** 本稿は、以上で示した問題関心の下で検察官の法廷弁論の在り方を検討することを目的としている。以下では、アメリカ合衆国「以下、「合衆国」と略す」における検察官の法廷弁論に対する法的・倫理的規律のありようを概観したうえで、わが国における検察官の法廷弁論の在り方を検討していくことにしたい。

- (1) 司法制度改革審議会『司法制度改革審議会意見書——二二世紀の日本を支える司法制度——』四四頁（二〇〇一年）。
- (2) 酒巻匡「裁判員制度と公判手続」ジュリスト一三七〇号一五〇頁（二〇〇九年）参照。
- (3) 横井大三Ⅱ金吉聡Ⅱ石山陽Ⅱ平田胤明Ⅱ藤本一孝Ⅱ吉田淳一「座談会」検察官の法廷技術」法律時報三三卷一二号六



六頁（一九六一年）「石山陽発言」。なお、平野博士も「陪審員が素人であるために、事実の有無の裁判の仕方が、その場合の印象によつて判断するから、このような技巧が有効であり、法廷技術とは眞実を提示する技術であるよりも、素人に自己に有利な印象を与える技術にすぎない面もあるであろう。したがつてこの点は、たといわが国で完全な当事者主義をとつたとしても熟練した裁判官が事実認定を行う場合には必ずしも同日に論ずることはできないのである」と述べている。平野龍一「法廷技術の基礎」判例タイムズ八号一頁（一九五一年）「旧字体は新字体に改めた」。

(4) 横井ほか・前掲注(3)・六七頁「藤本一孝発言」。

(5) 最高検察庁「裁判員裁判における検察の基本方針」二頁（二〇〇九年）。

(6) 「証拠の関連性」概念に関して、さしあたり、光藤景皎「証拠の関連性について——『条件的関連性』概念の提唱——」法学雑誌（大阪市立大学）三八卷三・四号七六二頁以下（一九九二年）、野々村宣博「刑事訴訟における関連性概念について——その序論的考察(1)・(2)——」法と政治四〇巻二号一七三頁以下（一九八九年）、法と政治四〇巻二号三三九頁以下（一九八九年）、同「アメリカ合衆国連邦証拠規則四〇三条の意義に関する一考察」法と政治五三巻一号一五九頁以下（二〇〇二年）、高野隆「ケースブック刑事証拠法」一〇四頁以下（現代人文社、二〇〇八年）、同「感情をかきたてる証拠」法と心理一〇巻一号四二頁以下（二〇一一年）、佐々木一夫「証拠の『関連性』あるいは『許容性』について——裁判員制度の下での証拠調べを念頭に——」原田國男判事退官記念論文集「新しい時代の刑事裁判」一八三頁以下（判例タイムズ社、二〇一〇年）、笹倉宏紀「証拠の関連性」法学教室三六四号二六頁以下（二〇一一年）、加藤克佳「裁判員事件と分かりやすい審理」刑法雑誌五一巻三号五五頁以下（二〇一二年）ほか参照。

(7) 「感情を揺さぶる証拠」について、さしあたり、高野・前掲注(6)・四三頁以下、平山真理「刑事裁判の劇場化と」感情を揺さぶる証拠」齊藤豊治先生古稀祝賀論文集「刑事法理論の探求と発見」三三三頁以下（成文堂、二〇一二年）、川

出敏裕「裁判員裁判と証拠・証明」論究ジュリスト二五七頁(二〇一二年)ほか参照。

(8) 高野・前掲注(6)・四四頁、川出・前掲注(7)・五八頁参照。

(9) 川出・前掲注(7)・五八頁。

(10) 加藤教授も「関連性要件はクリアされた場合であっても、取調べ方法いかんによっては、当該証拠が裁判員の感情を過度に刺激するおそれの残る場合が考えられる。そこで、この点を踏まえた個別具体的な工夫・検討を要するであろう」と主張している。加藤・前掲注(6)・三六九頁。

## 二 合衆国における検察官の法廷弁論の在り方

### 1 刑事訴訟における「対審構造」と「検察官の非行」

(1) 伝統的に合衆国の刑事訴訟は「対審構造(adversary system)」の下で運用されている。「対審構造」は、訴追側(検察官)と弁護側(被告人・弁護人)という両当事者がそれぞれ公法廷で事実や法に関する独自の証拠と主張を偏頗のない・公正な事実認定者(裁判官及び陪審)に提出することによって紛争を解決するものである<sup>(1)</sup>。

「対審構造」の正当化根拠として、まず、両当事者が説得的に主張を突き合わせることによって真実が最もよく解明されるというフィクションを挙げることができる<sup>(2)</sup>。すなわち、事実認定者は、相対立する両当事者が自己に有利な情報を収集・提示することによって、正しく判断を下すために必要な情報にくまなくアクセスすることを可能に

するとともに、<sup>(13)</sup> 実態を完全に把握しないまま親近感の持てる情報に基づいて拙速に判断を下すという人間の生来的な傾向を排除することができると考えられている。<sup>(14)</sup>

また、「対審構造」のいま一つの正当化根拠として、合衆国では、それがそれは自由社会における個人の尊厳を認識したうえでこれを保護する基本権の中核から構成されるものであるということがいわれるようになってきている。<sup>(15)</sup> とりわけ、フリードマン (Monroe H. Freedman) 教授は「対審構造」について、それは最も重要な権利を表明したものであり、(公権力による)官僚的な支配に制約を加えるとともに、個人の自律を保護し、個々人の置かれている立場を尊重する機能を果たしているという点で、個人の尊厳の人道主義的な理念に形式と実質を与えていると指摘している。<sup>(16)</sup>

このように、「対審構造」についてはさまざまな側面から正当化理由が挙げられているが、いずれの機能を重視したとしても、それをよりよく機能させるためには、両当事者がともに法律家の援助を実効的に受けている必要がある。まず、「真実の解明」という側面に関しては、「両当事者を代理する法律家が「代弁者 (advocate)」となって当事者の利益を熱情的に押し出すことは訴訟手続の廉潔性を保つために重要であり、当事者双方から理知的かつ熱情的な弁論の恩恵を享受することによって事実認定者は自分の判断に確認を持つことができるのだといわれている。<sup>(17)</sup>

また、個人の尊厳の保障という側面でも、連邦最高裁は、弁護人の援助が公判における被告人の権利を保障する手段であるという意味で「きわめて重要なもの」であり、弁護人の援助がなければ公判審理を受ける権利は殆ど価値のないものになってしまうということを確認している。<sup>(18)</sup> これらの点に関しては、法律家の職務倫理の領域でも、「法律家は依頼者と法システムの両方に対して、法律の範囲内で依頼者を熱情的に代理する義務を負う」という原則の下、「法律家は反対、妨害又は個人的な不都合にかかわらず、依頼者のために事件を進行すべきであり、依頼者の言

い分や企図を擁護するために必要な、あらゆる適法かつ倫理的な方策を講ずるべきである。法律家は依頼者の利益への傾倒・献身と依頼者のための弁論に関する熱意をもって行動しなければならぬ<sup>(20)</sup>といわれている。

しかし、現実的に、両当事者が法律家によって代理される構造をとったからといって、必ずしも訴訟手続によって紛争が適切に解決されるわけではない。むしろ、「対審構造」の「真相を解明する」機能に対しては、法律家が党派性・当事者性を強く意識した行動をとることから事実認定者の判断が歪められていることが懸念され、実際に合衆国では、被告人を弁護する弁護士の過誤以上に、検察官の非行 (prosecutorial misconduct) がかつてから問題視されてきた<sup>(21)</sup>。つとに、一九三〇年代には、パウンド (N. Roscoe Pound) 教授によって、検察官の重大な非行を理由として再審理を命じられた事件が多数に上っていることが指摘されているが、「検察官の非行」をいかにして予防・抑制していくのかは現在でもなお喫緊の課題とされている。

(2) とところで、公判段階における検察官の職責は陪審の選任から論告・最終弁論に至るまで広範にわたるが、そのなかでも論告・最終弁論 (closing argument/ summation) の在り方が議論の俎上に載せられてきた。もともと、論告・最終弁論は「証拠のみに基づいて公正かつ合理的な結論に達するよう、公判廷で提出された証拠を陪審が適切に分析できるように援助すること」を目的とするが、他方では、「代弁者として……自分の主張が正しいと陪審に確信してもらう機会」<sup>(22)</sup>であることから、検察官の側でも、被害者や一般市民のために有罪判決を獲得することに専心する結果として、検察官自身の感情が入って「何が何でも勝つ」という姿勢で主張をしてしまうことが問題視されてきた<sup>(23)</sup>。本稿では、検察官の論告ないし最終弁論に焦点を絞り、それらの在り方について検討することにした。

## 2 検察官の「正義を追求する」義務と被告人の権利

合衆国の刑事訴訟では伝統的に、検察官は「法律家」である一方で、被告人を弁護する弁護人よりも高次の義務を負うものとされている。連邦最高裁も、バーガー事件 (Berger v. United States) で検察官が陪審や証人に向けて不適切な暗示・ほのめかし・根拠のない個人的知識の披瀝を行ったことに対して事件の再審理を命じたとき、サザーランド判事 (Sutherland, J.) は検察官の役割について次のように述べている。

合衆国の検察官は、論争に関する通常の当事者の代理人ではなく、主権 (sovereignty) の代表者である。中立的に支配する検察官の義務は、あらゆる情況で統治する (govern) 義務と同じ程度の強制力を有している。そのため、刑事訴訟における検察官の利益は、事件に勝つことではなく、正義が実現されることにある。したがって、検察官は、特別に、そして極めて厳格な意味において、法の番人 (servant of law) であり、犯罪者を逃さず、無辜を苦しめないという二重の目的を有しているのである。検察官は、熱心かつ積極的に訴追を行いうるし、事実、熱心かつ積極的に訴追を行うべきである。しかし、検察官は激しく攻撃することができ、一方で、不正な攻撃を行う自由を持たない。あらゆる正統な手段を用いて公正な有罪をもたらすとともに、誤った有罪をもたらすものと思われる不当な方法を差し控えることもまた検察官の義務である。<sup>(27)</sup>

ここで示したように、「通常の当事者の代理人」として権限を行使することに満足することなく、「無辜の者を苦しめない」という「正義」が実現されるように配慮するという検察官独自の義務は、遅くとも一九世紀に合衆国の

いたるところで検察官の役割を果たす法律家に課せられていた。例えば、ミシガン州最高裁判所は一八七二年の判決で「訴追官は公益を代表する。それは無実の者の有罪によって促進し得ないものである。公訴官は、裁判官と同様に、正義のみを目的とすべきである。……彼は、犯罪者の有罪に関する信念がいかに強くとも、そして不正な手段が特定事件において当該犯罪者に対する正義の実現に至ったとしても、そのようにして得られた正義は不正であり、地域社会全体に対する脅威であるということ想起しなければならない」と述べているほか、カリフォルニア州最高裁判所も一九世紀末に陪審における主張・証人尋問をはじめとする公判手続の行動における検察権限の濫用を裁判官がいかに扱うかという問題を扱った際に「検察官は、被告人が公正かつ中立的な審理を受けることと、適格かつ正統な証拠によらない限り有罪判決を受けないことに配慮することが自分たちの職務上の義務であるということをお忘れてるように思われる。裁判所と同様に、検察官は法と正義の代表者として、公正かつ中立的であるべきである。検察官は有罪判決を獲得することだけが唯一の義務ではなく、不正な手段を使って有罪判決を獲得するために自分の公的な地位を利用することによって、検察組織や裁判所に対する不信がもたらされるという点を忘れてはならない」と主張している。

また、検察官が「法律家」として遵守しなければならない職務倫理規程も、一九〇八年にABA (American Bar Association アメリカ法曹協会) が「ABA模範職務倫理規範 (ABA Canons of Professional Ethics)」のなかで、「公訴官たる法律家の第一の責務は、有罪判決を獲得することではなく、正義が実現されるように配慮することである。証拠の隠滅や被疑者・被告人の無実を立証できる犯人の蔵匿は大いに非難されるべきである」と明文で定めて以来、「検察官は、個々の依頼者のための代弁者の基準を行動の指針とみなすことができない。検察官の義務が適切に果たされるのであれば、賢明にも、党派的な弁論に認められるあらゆる自由が大幅に縮減されなければならない」と

いう考えは現在に至るまで脈々と受け継がれている。例えば、ABAが一九六九年に『ABA模範職務倫理規範』に代わるものとして起草した『ABA職務倫理に関するモデル・コード (Model Code of Professional Responsibility)』は、検察官の責務について「検察官の責務は通常の代弁者の責務と異なる。検察官の責務は正義を追求することであり、有罪判決を獲得することではない<sup>(32)</sup>」とし、一九八三年に起草され、現在では殆どの法域の実務で影響力を持つに至っている『ABA職務行為に関するモデル・ルール (ABA Model Rules of Professional Conduct)』も注釈のなかで「検察官は正義の召使 (a minister of justice) の責務を有しており、単なる代理人の責務にとどまっていない。この責務は、結果として被告人に手続的正義が与えられ、かつ十分な証拠に基づいて有罪が判断されるように配慮する特別の責務を伴う<sup>(33)</sup>」としている。

もつとも、検察官には特別の責務があるということを宣言することで検察官の権限濫用を防止しようとすることに対しては、その実効性の点で疑問が呈されている。論者のなかでも、アルシュラー (Albert W. Alschuler) 教授は「サザーランド判事の意見」は雄弁ではあるけれども、このような概括的な陳述が事案を解決してくれるわけではない。むしろ、それは上訴審が検察官の非行に対して、より詳細な根拠に基づいて有罪判決を破棄する際に儀式ばって取り上げられるものである<sup>(34)</sup>と指摘している。

しかし少なくとも、合衆国の刑事実務で「検察官は……不正な攻撃を行う自由を持たない」と考えられていることに対しては疑う余地のないところである。以下で概観するとおり、実際に一連の裁判例は、被告人側に憲法のうえで防禦権を保障していることとの反映として、合衆国憲法で保障されている権利の侵害を検察官に禁止しているのである。

## (1) 検察官の「正義を追求する」義務と被告人の自己負罪拒否権・黙秘権

(一) まず、合衆国憲法第五修正「以下、「第五修正」と略す」が「何人も刑事事件において自己に不利益な証人となることを強制されることはない<sup>(35)</sup>」として、自己負罪拒否権ないし黙秘権を保障していることとの関連で、検察官は被告人が供述しなかったことに対してコメントをすることができないと考えられている。

もとより、この原則は古くから確立されたものであるとはいえず、当初は第五修正違反とまで認識されず、せいぜい制定法のレベルで禁止されるにとどまっていた<sup>(36)</sup>。連邦では一八七八年法で「被告人はもっぱら自己の要求によって適格な証人になるものとする。当人が証人となることを要求しなかったことはいかなる不利益な推認をも形成しないものとする」として、被告人の証人適格を容認するとともに、被告人が証言を拒否したことに対して不利益推認をすることを明文で禁止し<sup>(37)</sup>、その派生的なルールとして、被告人が証言を拒否したことに対して裁判官や検察官がコメントすることも禁止されると解している。その点、連邦最高裁もウィルソン事件 (Wilson v. United States) <sup>(38)</sup>、「不利益な推認が行われることを防止するためには、証人とならなかったことに対するコメント、とりわけ敵対的なコメントが陪審になされてはならない。そのことよって、はじめて陪審員の心証は不利益なコメントの影響を受けないことになる<sup>(39)</sup>」として、被告人が証言しなかったことに対して検察官がコメントしたことが連邦法の違反に当たることを宣言し、さらに「もしも私が犯罪で起訴されることがあれば……私自身が神の御前に手を差し伸べて無実であることを証言するだろう」と述べたうえで被告人が証言しなかったことが本人の無実であるならば証言台に立っていたようにコメントしたことに対しては「検察官が指摘したように、被告人が無実であるならば証言台に立っていたであろうという印象が陪審の内心に残ることになる」として、裁判所がこれを非難することなく、被告人が証言しなかったことについて何ら考慮しないよう陪審に説示することもなかったことが有罪判決を破棄する事由になりう



ることを明言している<sup>(39)</sup>。だが、このように「不利益推認の禁止」を根拠として、連邦事件の公判廷で被告人が供述しなかったことに対して裁判所や検察官はコメントすることができないと認識されるようになったとしても、それは制定法に違反しているからであり、その時点では第五修正から要請されるものとは認識されていなかった。

また他方で、州レベルでも、多くのところでは、連邦と同じく、被告人が証言しなかったことに対して裁判官や検察官がコメントをすることを禁止する規定が置かれている。だが、当該規定がつくられた当初、自己負罪拒否権は「州による侵害に対して第一四修正によって保障されている全米市民の特権」ではなく、それは「合衆国憲法以前にそれとは別途独立して、デュー・プロセスの要求と並んで、証拠法の他の原理が形成されるに伴い長期にわたる裁判所での公判過程で形成されたということは既に明らかであった」と連邦最高裁が宣言していたこともあり、第五修正に違反するものとは理解されていなかった。実際に、連邦最高裁も一九四七年にアダムソン事件(Adamson v. California)の法廷意見で、「自己に不利益な証人となることの強制を禁止して個人を保護する第五修正は、証言の強制からの自由は全米市民の権利であるとか、権利章典のなかで列挙している人間の権利として連邦憲法で保障されている個人の特権であるからといって、それが州の行動に対する防禦手段として第一四修正で効力を有するものとはいえないということとは確立した法である<sup>(40)</sup>」として第五修正の自己負罪拒否権の保障を州の事件に及ぼすことを否定したうえで、「被告人が証言しなかったことに関するコメントは一般的に禁止されている」が、それは「連邦の規定に類似する州の憲法または制定法に由来するもの」であるとして、その当時「被告人に不利益な主張・立証における証拠や事実について被告人が自らの証言によって説明も否定もしない」ことに対して裁判所や検察官がコメントすることを認めていたカリフォルニア州法の規定を憲法違反とすることを否定している。

しかしながら、アダムソン事件の法廷意見で示された判断に対しては、四人の裁判官による反対意見が出されて

いた。例えば、ブラック判事 (Black, J.) が反対意見で、第一四修正の本来的な趣旨に鑑みて「本件について、強制された証言を禁止する第五修正の全面的保護はカリフォルニア州によって提供されなければならない」という旨を述べている (ダグラス判事 (Douglas, J.) も加入<sup>(44)</sup>)。ほか、マフィー判事 (Murphy, J.) は反対意見のなかで「被告人が証言台に立たなければ、彼の黙秘は彼による合理的な説明が期待されうる事柄に関して不利益な推認を引き出す根拠として用いられる」ことになり、また「被告が証言台に立つことによって彼に対する反対尋問への途が開かれると、争われている制定法の規定の現実的な効果を打ち消すべく、彼は自己に不利益な証言を必然的に強要されることになる」という意味で、被告人が証言しなかったことに対してコメントをすることは自己に不利益な証人となることを強制することにつながるという旨を述べている (ルートリッジ判事 (Rutledge, J.) も同調<sup>(45)</sup>)。

そしてその後、第五修正が保障している自己負罪拒否権ないし黙秘権は州の手続でも保障されるという旨を連邦最高裁が一九六四年にマロイ事件 (Malloy v. Hogan) で宣言して<sup>(46)</sup>以来、被告人が供述しなかったことに対する検察官のコメントを禁止するルールは第五修正に由来するものであると理解されるようになっていく。とりわけ、一九六五年に連邦最高裁はグリフィン事件 (Griffin v. California) で、先に言及したカリフォルニア州法の規定との関連で、被告人が供述しなかったことに対して検察官がコメントをすることを許容するルールは「糺問主義的な制度の残滓」であって第五修正の趣旨になじむものではなく、むしろ第五修正で保障されている権利を行使したことに對して制裁を課すものであるとして、被告人が供述しなかったことに対する検察官のコメントを禁止するルールが第五修正によって要請されるものであることを明言し<sup>(47)</sup>、さらには「連邦の手続であれ州の手続であれ、被告人の黙秘が正当とされるか否かは同一の基準で判断されなければならない」というマロイ事件で示されたルールに従い、連邦政府に対する第五修正の直接適用においても第一四修正による州への適用においても、被告人の黙秘に対する検

察官のコメントと「黙秘は有罪の証拠である」という裁判所の説示は禁止されると判示している。<sup>(48)</sup>

また、被告人の黙秘との関連では、逮捕後に被告人が黙秘していたこと (post-arrest silence) を検察官が公判廷で弾劾証拠として利用できるか否かも問題となりうる。これは公判廷で被告人が供述するようになった場合にも問題となるものであるが、手続の早い段階で自己の言い分を説明しなかったことを理由として被告人に不利益な推認をさせようとするために用いられる手法となりうることから、公判廷で黙秘していることに対してコメントをする場合と同等の問題性があるといえる。この問題について、連邦最高裁はドイル事件 (Doyle v. Ohio) で、「第五修正で保障された権利を保護する予防的手段 (a prophylactic means of safeguarding Fifth Amendment rights) としての「ミランダ警告」は、身体を拘束された者に対して、当人には黙秘権があること、当人が話したことは当人に不利益な方向で用いられること及び取調べを受けるに当たって当人には弁護人を選任する権利があることを直ちに告知することを求めて」おり、「そのような警告を受けた被疑者はそこで保障された権利を行使したに過ぎない」のであるから、逮捕後に黙秘したことについては依然として曖昧さが残るとしたうえで、検察官が被告人の供述を弾劾する目的で彼／彼女が逮捕後に黙秘していたことを利用することに対しては「黙秘には何の制裁も伴わないということを明示的に保障するものがミランダ警告にはないといえ、そのような保障は警告を受けたあらゆる者に対して暗示されている。そのような状況で、逮捕された者の公判廷でなされた説明を弾劾する目的で用いることを許容することは根本的に不正であり、かつ適正手続を剥奪するものでもある」という理由で、第一四修正違反に当たるとしている。<sup>(49)</sup>

(二) 被告人が供述しなかったことについてのコメントが禁止される要件として、一般的に、①被告人が供述しなかったことを検察官が「明白な意図 (manifest intent)」をもって用いようとしたこと、及び②陪審が「当然かつ必然

的に (natural and necessary)「被告人が供述しなかったことに対するコメントだと評価しうることの二点が挙げられている。<sup>(82)</sup>

第一に、被告人が供述しなかったことを検察官が「明白な意図」をもって利用しようとしたことについて、実際に連邦第五巡回区控訴裁判所はジョンストン事件 (United States v. Johnston) で、再尋問の際に検察官が「証人の供述を裏づけられる者はいるか」と言いながら腕を振り払うジャスチャーをしたことに対し、検察官は被告人のみが証人の供述を裏づけできることをほめかしており、その意味で検察官には「明白な意図」があると判じている。<sup>(83)</sup> また、たとえ言語のなかに表れていなかったとしても、検察官の身振りや身体の動作によって「明白な意図」が推認されることもあり、例えばテキサス州刑事控訴裁判所はヒックス事件 (Hicks v. State) で、検察官の身体動作より実際の公判における弁論の趣旨を吟味したうえで、被告人が供述しなかったことに言及しようとする明白な意図を推認している。<sup>(84)</sup>

さらに、問題となっている主張が陪審をして「当然かつ必然的に」被告人が供述しなかったことについてのコメントと理解されるものであるときにも第五修正に抵触するおそれが生じうる。この点について、例えばアリゾナ州控訴裁判所はブラックマン事件 (State v. Blackman) で、事件当時現場にいて、かつ証人として召喚できた他者に検察官が言及し、それゆえに被告人が証拠に対して反論できる唯一の者ではないときに「被告人は証拠に対して反駁できる唯一の者である」という旨の主張を許容しているが、連邦第七巡回区控訴裁判所はコトナム事件 (United States v. Connam) で、検察官が論告の際に「被告人が証拠を説明したり、それに反論したりできる唯一の者であるか」と述べたことに対し、「問題となっている会話の幾つかがもっぱら被告人の存在によって裏づけられていると訴追側証人が供述したときに、主張されたコメントが被告人によって反論されていないものと理解するのが陪審に

とって自然である」として当該コメントを不当と判断している<sup>(56)</sup>。その他、裁判例は「被告人側の主張を裏づけられる目撃者を他に見つけることができるのか。……自分自身に尋ねてみなさい。他に誰が本件について証言できるのか」というように、証拠を提出する責任を被告人に転換するようなコメントも不当となりうるとしている<sup>(57)</sup>。

(三) ただし、被告人が供述しなかったことについてのコメントを禁止するルールには幾つか例外がある。例えば、連邦最高裁はロケット事件 (Lockett v. Ohio) で検察官が訴追側主張を「反駁されておらず (undisputed)」か「矛盾していない (uncontradicted)」ものとして繰り返し言及したことに対し、弁護人は冒頭陳述で熟慮のうえででの弁護の概要を示し、そのうえで被告人が「次の証人」となるであろうと結審問近に述べたことよって陪審の注意を被告人の黙秘に向けさせていることは明らかであるとして、当該コメントは第五修正に違反したものであるとはいえないと判断している<sup>(58)</sup>。また、ロビンソン事件 (United States v. Robinson) では、検察官は被告人の行動を説明する機会を被告人に認めないという旨を弁護人が述べたことに対抗して検察官が「被告人は証言台に立つて説明することができた」と主張したことに對して、検察官のコメントは被告人の黙秘を「有罪の実質的な証拠」として扱っているのではなく、弁護人の主張への「適切な対応」であるとしているのである<sup>(59)</sup>。

## (2) 検察官の「正義を追求する」義務と被告人の「弁護人の援助を受ける権利」

また、検察官は、被告人に保障されている「弁護人の援助を受ける権利」を侵害するような言動を法廷のなかで行うことを禁止されている。合衆国憲法第六修正「以下、「第六修正」と略す」が「すべての刑事訴訟において、被告人は……自己の防禦のために弁護人の援助を受ける権利を有する<sup>(60)</sup>」として、起訴後の段階や対審構造をとる手続で弁護人の援助を受ける権利を保障し<sup>(61)</sup>、また身体を拘束されている被疑者・被告人についても第五修正の趣旨に鑑

みて弁護人の援助を受ける権利が与えられることとなっていることから、被告人が弁護人の援助を受けようとしたことに対してコメントをしたり、弁護人を蔑視・侮辱したりすることに対して、第五修正や第六修正で保障されている弁護人の援助を受ける権利の侵害に当たると認定されるおそれが生じうる。

#### (一) 被告人が弁護人の援助を受けようとしたことに対してコメントをすること

まず、被告人が弁護人の援助を受けようとしたことに対してコメントをすることについて、連邦最高裁が「弁護人の援助を受ける権利」の侵害を認定したケースは管見のところ未だ存在しないが、下級審の裁判例のなかには、弁護人の援助を受けようとしたことに検察官がことさら言及したことが適正手続条項の違反に当たると認定されたものが散見される。例えば、連邦第三巡回控訴裁判所はイエーガー事件 (United States ex rel. Macon v. Yeager) で、グリフィン事件における連邦最高裁判所の考えを引き合いに出しつつ、被告人が弁護人の援助を受けようとしたことに対して検察官がコメントをすることは自己負罪拒否権を行使したことに対してコメントをした場合と有意な差が殆どなく、「憲法上保障された権利を被告人が行使したことから有罪を推論するよう陪審員の内心に訴えかける検察官のコメントは憲法で保障された権利の自由な行使に対する『ペナルティ』を構成するものだ」と述べている。

もつとも、被告人が弁護人の援助を受けようとしたことに対して検察官がコメントをしたことを根拠として有罪判決が破棄されるに至るためには、当該コメントによって有罪判決が誤って下されたといえるほど重大なエラーと認定されなければならない。事実、イエーガー事件判決の後に出された裁判例では、被告人が弁護人の援助を受けようとしたことに対して検察官がコメントをしたことはエラーを構成するものであるとしながらも、当該エラーは

「害悪のない (harmless)」ものであるとして有罪判決を破棄しなければならぬほど重大なものではないという結論に至っている。<sup>(64)</sup>しかしそのなかでも、連邦第五巡回区控訴裁判所はマクドナルド事件 (United States v. McDonald) で被告人が弁護人の援助を受けようとしたことに対して検察官がコメントをしたことは「弁護人の援助を受ける権利」を保障した第六修正のみならず、「公正な裁判」の保障にも違反しているとして有罪判決を破棄している。連邦第五巡回区控訴裁判所はその理由として、次のように述べている。

弁護人の援助を受ける権利の行使に対して被告人に罰を与え、かつ防禦の中核を非難するコメントを害悪のないエラーと捉えることはできない。弁護人の援助を受ける権利は他のあらゆる権利にとって必要不可欠なものであり、きわめて慎重に扱われなければならない。この憲法上の権利に対する明白かつ陰險な非難は公正な裁判という概念に反するものであり、有罪破棄の破棄に値するほど重大なエラーである。<sup>(65)</sup>

また、裁判例のなかには——マクドナルド事件と同様に——被告人が弁護人の援助を受けようとしたことに對して検察官がコメントをすることは「公正な裁判」を保障した合衆国憲法第一四修正「以下、「第一四修正」と略す」<sup>(66)</sup>に違反していると判じたものもある。とりわけコネティカット州最高裁判所はエンジェル事件 (State v. Angel) で、被告人が逮捕前に弁護人と接触していたことを示す証拠を検察官が引き出し、公判廷でそのことに言及したことを第一四修正に違反していると判じたときに、「殆どの陪審員は法律について教育を受けていない」ので、「被告人は、自分を防禦するために弁護人を必要とするようなことをやっているから弁護人の援助を受けようという考えを思いつくのだ……という推論を陪審はいとも容易に導き出すかもしれない」<sup>(67)</sup>と、「弁護人と協議をしたことを

示す証拠は、被告人は実際に有責であるか、少なくとも有責であることを白覚しているという不適切な推論をもたらすゆえに、著しく偏向的である」ことを確認しているのである。

## (二) 弁護人を侮辱すること

さらに、被告人に保障された「弁護人の援助を受ける権利」は、検察官が弁護人を侮辱するコメントをすることによっても侵害されうる。具体的に、実際の裁判例では、(a)検察官が提出した証拠や訴追側証言に対して弁護人が異議を申し立てたことについてコメントをすること、(b)被告人は有責だと弁護人が考えていることをほめかすと、(c)弁護人の「法律家」としての倫理や品位を攻撃することがとくに問題となつてい

### (a) 弁護人からの異議申立に対してコメントをすること

まず、訴訟で当事者を代理する法律家は自己の側に不利益な証拠の採用を阻止するだけにとどまらず、証拠能力のない証拠の採用を阻止することで、事実認定者が証拠能力のある証拠のみに精通している司法手続を確保することができることから、訴追側証拠や検察官の主張・立証に対して弁護人が適切な時機に異議を申し立てることは裁判の公正を保つためにも被告人の防禦のためにも必要不可欠である。一連の裁判例も、論告のなかで弁護人からの異議申立に対して侮辱的なコメントをすることや弁護人が冒頭陳述を放棄した理由について思索的に述べることは不適切であると考えられている。

弁護人からの異議申立に対して検察官がコメントすることが禁止される理由として、第一に、当該コメントによって被告人の「弁護人の援助を受ける権利」の根底が覆ってしまい、ひいては裁判の公正が危殆化されることになるといふことが挙げられる。実際に、連邦第五巡回区控訴裁判所が「弁護側の異議や誤判に対する申立は、いまや



真実を覆い隠す試みや陪審での非難になってしまっている。こうした状況での不適切な主張は弁護人を『勝ち目のない』状況に追いやっている」と指摘していたところで、連邦第六巡回区控訴裁判所はベイツ対ベル事件 (Bates v. Bell) で、弁護人が検察官の不適切な発言に異議を申し立てようとしたことに対して「弁護人は偏執症者だ」といって弁護人を個人的に攻撃したり、被告人からの異議申立は陪審の注意を不当にそらすものであると主張したりしたことに対して、「検察官が被告人からの異議について警告を発することによって、弁護人は、受動的に検察官の不適切な主張を認めるか、あるいは陪審の反感や怒りを買うことになるという見込みのない立場に追いやられてしまう」こと<sup>(23)</sup>から、異議申立を通じて被告人を保護することに対して弁護人を批判することは「被告人の異議を申し立てる権利を侵害することに向けられたものであるゆえに不適切である」と<sup>(24)</sup>したうえ、「仮にそのような威圧的戦略を許してしまうと、被告人の弁護の質を損ねる方向で作用し、公判審理の公正を疑わせることになる」とも述べている。

また、第二の理由として、被告人からの異議申立に対する検察官のコメントがそれ自体証拠としての関連性を持たないものであることも指摘されている。論者のなかでも、ガーシユマン (Bennett L. Gershman) 教授は「弁護人からの異議申立に対するコメントは関連性がなく、混乱のもとになる。なぜなら、弁護人からの異議申立やその理由は陪審の関心事となるべきではないからである」と指摘しているのである。

(b) 被告人は有責だと弁護人が考えていることをほのめかすこと

一般的に、法律家が代理人としての職務を全うするためには扱う事件にかかわるあらゆる事実を十分に知っておく必要があるところで、法律家が情報の秘密を守ってくれると依頼者が確信しなければ、自己に不利となりうる事実や当惑につながりうる事実を依頼者が伝えてくれることはあり得ないということから、依頼者と代理人の信頼関

係は「対審制度と代理人の実効的な援助の礎石」といわれるほどまで重要なものと捉えられている<sup>(27)</sup>。職務倫理の領域でも、依頼者と代理人の関係は「法律家が依頼者や彼／彼女の利益に対して全面的な忠誠心を実際に持っていることに基づいている」という考えの下、依頼者を代理する法律家に対して、依頼者の代理に関する情報を漏洩したり、利益相反のおそれが生じうる場合に依頼者の代理を引き受けたりすることを禁止している。また、検察官の側でも、弁護人は被告人の供述を信用していないとか、被告人を信頼していないという旨を事実認定者にほめかすことは不適切であると考えられており、実際に裁判例では、「弁護人は被告人が『罪業 (sin)』として有責」だと認識している<sup>(28)</sup>」などと主張することは許されないと考えられている。

被告人と弁護人との信頼関係を危殆化させるコメントを禁止する理由として、まず、当該コメントによって被告人に防禦権を保障した法の趣旨が覆ってしまいかねないことが挙げられる。例えば、連邦第二巡回控訴裁判所はジョン事件 (People v. John) で「軽率にも弁護人は被告人の供述がいくら正確とは言えないものだということを認めている」という検察官の主張を「大いに偏向的」とする理由として、「弁護人が被告人の供述を信用できないものだと認識している」というコメントを検察官がすることによって、弁護の根底が覆ることになる<sup>(29)</sup>」と説明している。

また、その他の理由として、当該コメントには陪審の有罪・無罪の判断を歪めてしまうおそれが含まれているという点も指摘されている。例えば、オハイオ州最高裁判所はキーン事件 (State v. Keenan) で、弁護人は被告人が有責だと考えているという旨を検察官がほめかしたことを不適切とする理由を次のように説明している。

被告人の有罪・無罪についての弁護人の考えは検察官の意見ほど重要なものではないが、弁護人は被告人が有責だと

思っていると陪審が考えてしまったとき、その考えは必然的に討議のなかで多大なウェイトを占めるようになる。また、陪審は弁護人の不誠実さに怒りを覚える傾向にある。<sup>(8)</sup>

このような考えは他の法域でも共有されているところであり、実際に連邦コロンビア特別区控訴裁判所はベイツ対合衆国事件 (Bates v. United States) で、検察官が「なぜ弁護人は被告人の供述に言及しないのか、不思議に思っているに違いない」と主張することは許されないと判断したとき、その理由として「弁護人は被告人のいうことを信用してはいないと検察官が主張することにより、事件に対して関連性のないものが入り込み、陪審の注意が証拠からそれてしまうおそれが生じてしまう」と説明しているのである。

(c) 弁護人の「法律家」としての倫理や品位を攻撃すること

最後に、検察官と弁護人はともに「法律家」として、訴訟の相手方当事者を代理する法律家に対して敬意をもって接することが求められている。実際に、職務倫理の領域では、「法律家は、司法制度に対し、また裁判官、他の法律家及び公務員を含めた司法制度に奉仕する人々に敬意を示さなければならぬ。必要な場合には、公務の公正さを問うことが法律家の責務であるが、それとともに、司法手続を維持することも法律家の責務である」と考えられている。<sup>(9)</sup> また、連邦最高裁もヤング事件 (United States v. Young) で、弁護人が「相手方代理人に対して根拠なく扇動的な攻撃をすることは許されるべきではない」としているが、検察官の場合とはくに相手方代理人である弁護人に対する個人攻撃を厳しく戒められている。

そもそも、検察官の独特の責務に関するリーディングケースであるバーガー事件判決は、まさしく検察官が「弁護人は自分の事務所できり上がりて贖金を流通させる方策をうみ出すことができる」と主張することで弁護人の「法

「律家」としての品位を危殆化させたケースであった。そこでは、検察官が「有責の者を有罪にし、無辜の者を苦しめない」という「正義を追求する」独自の責務を負っていることを宣言する一方で、「程度の差こそあれ、平均的な陪審員は検察官が「正義を追及する義務」を誠実に遵守していると信頼しているといえる」ことから「不適切な主張やほのめかし、とりわけ個人的な知識の披瀝は、何ら裏づけるものがなかったとしても被告人に不利益な方向の影響力を持つ傾向にある」として、最終的には、<sup>(87)</sup>①被告人に不利益な証拠が脆弱であるのに対して、検察官の主張が被告人の訴訟に与えた偏見は、それをなかつたことにすることを正当化できないほど甚大であることと、②検察官の非行は明白かつ永続的で、決定的でないものと切り捨てることができなほほどの影響力を陪審に対して累積的に与えるものであることを理由として当該事件の有罪判決を破棄するに至っているのである。<sup>(88)</sup>

その他、裁判例のなかには、検察官が弁護人とは異なる独自の責務を負っていることに鑑みながら弁護人に対する個人攻撃を戒めたものがある。例えば、フロリダ州控訴裁判所はブリッグス事件 (Briggs v. State) で次のように述べたうえで「陪審の面前で証言の信用性や証拠から導き出される推論について適切にコメントをすることではなく、相手方代理人の個人的な品位をことばで攻撃することは検察官の役割とはまったく相容れないものである」としている。<sup>(89)</sup>

本件で問題となっている行動は、あらゆる犠牲を払ってでも有罪判決を獲得するということにあまりにも執着しすぎていることを示すものである。そのような執着は正義の実現を保障するというフロリダ州の人民を代表する際に検察官が負っている責務を無視している。公正な裁判を犠牲にして有罪判決を獲得することは正義に適っていないからである。そのような執着はたいがい対審的な環境で代理人に求められている客観性と個人的中立をもって事件の審理を進められ

なくなる程度まで個人的に傾注しやすいものである。<sup>(8)</sup>

また、検察官の言動が陪審に計り知れない影響力を与えうることに鑑みながら弁護人に対する個人攻撃を非難した裁判例もある。例えば、連邦第九巡回区控訴裁判所はロドリゲス事件 (United States v. Rodrigues) で、弁護人が虚偽や詐術を用いて被告人の有罪判決を免れようとしているという旨を検察官が主張したことに対して不正を認定する際に、次のように述べている。

検察官は単なる党派的な存在として話をしているわけではない。彼は政府の利益のために話をしているのである。もしも弁護人には虚偽や詐術の責任があると「検察官」が語ったならば、その非難が陪審の内心に刻印されないままでいることはありえない。また、そのような虚偽の非難に対して裁判所が反駁せず、中傷された弁護人に何のリアクションも許さず、治癒的な説示すら与えなかったら、実際には虚偽であったとしても、その非難には根拠があるのだと陪審は必然的に考えるに違いない。<sup>(9)</sup>

そして、フロリダ州最高裁判所もアダムズ事件 (Adams v. State) で、検察官が「法律家は自分が望むときに、いかに邪道でゆがんだことをするのか、お見せしようではないか」とか「マイヤーさんが唯一の証人であるならば、弁護人は法律家の職務や弁護人、そして人としての責務に反している」という発言をしたことに対して、これらの発言は「被告人に不利益な方向に陪審の態度を決定づけている」という意味で「あまりにも度が過ぎており、かつ被告人の訴訟にとって偏向的な性質を持っている」と評価しているのである。<sup>(10)</sup>

### 3 検察官の訴訟代理人としての役割と「公正な裁判」を保障する義務

#### (1) 検察官が事実認定や証拠について個人的な意見を述べること

- (一) 一般的に、法律家は訴訟代理人としての役割を担うとき、事件の事実認定や証拠について個人的な意見を述べることを禁止されている。職務倫理規程のなかでも、「ABA職務行為に関するモデル・ルール」の Rule 3.4(e) は、法律家は「公判廷で、法律家自身が関連性ありと合理的に思料しえない事柄もしくは許容性ある証拠によって裏付けられていない事柄についてほめかすこと、証人として証言する場合を除き、争点に関する事実について個人的な知識を述べること、又は訴えの正当性、証人の信用性<sup>(91)</sup>、もしくは刑事被告人の有罪・無罪について個人的な意見を述べること<sup>(92)</sup>」をしないものとするとし、「ABA刑事司法基準」も検察官と弁護人の双方に対して「個人的な意見というかたちで主張すべきでなく、かつ事案の真相や証人の信用性について特別な知識や秘密の知識を暗示すべきでない<sup>(93)</sup>」としている。これらの規定の下で検察官は——例えば「誠実さと真摯さをもって被告人は有罪と考える」とか「十分に価値があると自分で考えたり地域社会にとって必要だと考えたりしなければ、誰も終身刑に処すことを求めない」、「無実の者の有罪判決を求めることではないどのような利益を私が得るといえるのか」というように——証拠に基づかないで被告人の有罪意見を述べたり——例えば「訴追側証人が真実を語っている」とか「弁護側証人が嘘を述べている」といった——証人の信用性に関して個人的な意見を述べたりすることができないと考えられている。
- (二) 法律家が事実認定や証拠について個人的な意見を述べることを禁止する理由として、まず、法律家の意見は事実認定にとって関連性のないものであり、それを公判廷で明らかにすることによって、事実認定が歪められてしまう

おそれがあるという旨が挙げられている。実際に、連邦第六巡回区控訴裁判所はベス事件 (United States v. Bess) で、法律家が個人的な意見や考えを述べることを禁止される理由を次のように述べている。

法律家の個人的な考えは争点と実際上の関係を持たない。たとえ宣誓に基づき、反対尋問に服するといっても、証人は個人的な考えを述べることが許されない。いわんや、そのいずれにも服しない法律家はおおざらのことである。また、個人的な意見の表明が許されたならば、経験や知識を積んだ法律家が不当に利益を受け、たとえ軽率なものであっても、少なくとも陪審はその意見を重視するであろう。さらに、それが許されてしまうと、法律家がそのような主張を積極的にしないことが自分の主張を自分で信用していないことを認めているものと受け取られるかもしれない。<sup>(8)</sup>

このなかで述べられているように、陪審の判断が法律家の個人的な意見に影響されやすくなることは、とりわけ検察官の場合に顕著である。事実、連邦第二巡回区控訴裁判所はモディカ事件 (United States v. Modica) で次のように述べて、とくに検察官の独特な責務と権限を陪審が信頼していることから、検察官の個人的な意見によって陪審の判断が歪められてしまうことを懸念している。

検察官は連邦政府の権限を身にまとい持っている。検察官は地域社会の代表として陪審の面前に立っている。彼の主張は単なる代弁者のものでなく、正義の実現を保障する義務を負う連邦の官憲としてのものである。陪審は、検察官が準備のうえで主張を提示していることや捜査過程で発見した事実十分にアクセスしていることを知っている。そのため、検察官が証人は真実を語っているという個人的な見解を陪審に伝えたとき、たとえそれが偏見にみちた・根拠のないも

のであったとしても、陪審が彼の見解を無視することは困難である。<sup>(96)</sup>

このように、モディカ事件では、検察官が単なる代弁者ではなく、「正義の実現を保障する義務を負う連邦の官憲」として出廷し、その準備段階で捜査権限を用いて証拠や情報を陪審以上に収集していることから、検察官の意見が陪審に及ぼすインパクトは強いと考えている。このような考慮は連邦第八巡回区控訴裁判所でもみうるものであり、そこでは「わたしは検事の職務に一〇年間就いている。……このたびはセントルイス・カウンティの最高法執行官である検事として、あなた方に話をしてるので<sup>(97)</sup>」とか「わたしはこのカウンティの最高法執行官として、死刑を求めるか否かを判断している」<sup>(98)</sup>と、陪審に自分の立場を誇示したことを、検察官の主張が「明らかに不当かつ偏向的」であるという結論を導く一要素として考慮しているのである。<sup>(99)</sup>

(三) もっとも、裁判例のなかには、検察官が個人的な考えや意見を述べることが一定の範囲内で許容している判断も見受けられる。

まず、検察官の個人的な考えや意見に対して弁護側から異議申立てがなく、むしろ弁護側の弁論に反論するかたちで意見を述べたものであれば許容されると判じたケースがある。連邦最高裁もローン事件 (Lawn v. United States) で、検察官が「私たちは本人が真実を語っていると自分のなかで考えているからこそ訴追側証人の信用性を保証するのだ」という意見を述べたことに対して、当該意見は「訴追側の重要証人は偽証をしている」という弁護側の主張に対応するかたちで出されたものであり、したがって弁護人の主張が検察官の対応を招来している<sup>(100)</sup>という理由として、検察官の意見を正当なものと判断している。ただし、そうであるからといって、弁護人の主張に対応するものであればつねに許容されるというわけではなく、実際にヤング事件では、「検察官の主張が(弁護側より)



『招来されたもの』であり、かつ実質的に『秤を正しい位置に戻す (right the scale)』ための対応に過ぎないと考え、当該主張は有罪判決を破棄する根拠となりえない<sup>(10)</sup>としつつも、「裁判所は決して弁護側が熱情的に『逸脱』をすることや検察官が『招待』に対応することを促進しているわけではない<sup>(10)</sup>」として、結果的に、弁護側の主張への対応というかたちで検察官が訴追側証人の信用性に関する意見を述べたことを不当と判断している。

また、一般的に、例えば「私は…と考える (I think…)」というような、個人的な意見を述べていることが客観的にわかる表現を用いたならば、検察官が個人的な意見や考えを述べることは差し支えないと考える傾向も見受けられる。実際に裁判例でも、ワイオミング州最高裁判所が「私は…と確信する (I believe…)」とか「私は…と考える (I think…)」という表現について、それらが一般的に使用されている慣用語であることを認めたくえで、検察官がこれらのフレーズをついっかり使ってしまったことが偏向的となるわけではないとしているほか、連邦第四巡回控訴裁判所も「私は…と考える」というフレーズを最終弁論で使うことが必然的に「証拠を検察官の個人的な判断に置き換えようとする試みを示している」わけではないと理解している<sup>(10)</sup>。ただし、陪審の側で容易に識別できるからといって、そのような表現がまったく問題なく受け入れられているわけではなく、とりわけ検察官が頻繁に当該フレーズを使用した場合には弊害が生じうる。その点、例えば連邦第二巡回控訴裁判所はモディカ事件で「私はあなた方に伝えてくる (I'm telling you…)」とか「私はあなた方に提案する (I suggest to you…)」といった表現を恒常的に用いることによって、証拠が信用できるものであるか否かではなく、検察官が真実を語っているか否かが問題であると陪審が考えてしまうおそれが生じうる<sup>(10)</sup>ということから、「検察官は自分の主張の精力性や実効性を妨げることなく、制約のない個人的な言及を避けるように抑制力を発揮すべきである」と主張している<sup>(10)</sup>のである。

## (2) 扇動的な主張をしたり、地域社会に対して「メッセージ」を伝えたりすること

(一) 個人的な意見と並んで、法律家は事実認定者の情緒や偏見に訴えかけるような主張を公判廷で行うことを禁止されている。職務倫理規程のなかでも、『ABA刑事司法基準』は「検察官は事実認定者の不当な偏見に訴えかけるものと思料される主張を展開すべきでない。検察官は証拠に基づいて事件の判断を下す認定者の責務に合致した主張のみを行い、その責務から逸脱させようとすべきではない」(Standard 3-6.8<sup>(b)</sup>)とか「弁護人は事実認定者の不当な偏見に訴えかけるものと思料される主張を行うべきでない」(Standard 4-7.8(c))<sup>(b)</sup>、「弁護人は陪審に対して、陪審は証拠を吟味して法に従う責務を履行すべきでない」と主張すべきでない<sup>(c)</sup> (Standard 4.7.8(d))<sup>(b)</sup>として、事実認定者(とりわけ陪審)が法と証拠に基づいて公正な判断を下せるように配慮することを検察官と弁護人の双方に求めている。また、連邦最高裁も、第二次世界大戦のさなかに外国の特定機関に登録を求めた法律に違反した嫌疑で被告人が起訴されたというヴァーレック事件 (Viereck v. United States) <sup>(d)</sup>で、検察官が「これは死闘だ。まさにバターン半島などで砲にっている人たちの保護にゆだねているのと同じように、アメリカ国民はこの種の犯罪からの保護をあなた方にゆだねている。彼/彼女らは自分たちの保護をあなた方にゆだねている。われわれは戦地にいる。あなた方にはここで行動する義務がある」と陪審に述べたことに対し、バーガー事件判決で宣言された検察官の独特の責務を確認しながら「われわれが大戦に参加することによって呼び覚まされた感情によって熱情や偏見が高まっているとき、このような発言はかなり有害なところで陪審に向けてなされており、かつ裁判所におけるすべての手続で保たれるべき威厳と善良な秩序を攻撃しているという点に疑いはない。われわれは、相手方当事者の異議を俟つことなく裁判官が検察官の話を止めなければならぬと考える」と述べて有罪判決を破棄している<sup>(e)</sup>。その他、検察官は人種や民族、信仰宗教、ジェンダーに基づく偏見に訴えかけることを厳しく禁じられており、連邦最

高裁も近年、とりわけ特定人種に対する偏見に訴えかける主張に対して、「そのような発言は憲法の平等保護条項に反するものである」とともに「陪審のなかで偏見を増殖させるおそれをもたらすことよって、被告人の中立的な裁判を受ける権利を侵害するもの」であり、ひいては「刑事司法システムの威厳を貶め、法の支配に対する敬意を覆すものである」ということを確認しているのである。

(二) もつとも、検察官が「法執行に関する公益の代弁者」として「有責の者を逃さない」という責務を負うだけにとどまらず、本人らも「法の『誠実な執行』を保証する義務を合衆国憲法の下で負う行政府のメンバー」であるという点からは、検察官はどこまで法執行の利益に適う主張を展開することができかが問題となりうる。とりわけ合衆国では、地域社会に対して「メッセージを送る」ことを目的として有罪判決を陪審に強く求める検察実務が折に触れて問題視され、とくに近年では薬物犯罪が蔓延するに伴い、薬物事犯の公判で検察官が政府の大規模な薬物政策に言及しながら有罪判決を求めたケースもみられている。

もちろん、検察官は有罪の立証を責務とする「公訴官」として、公訴事実の重大性を陪審に示すことは一定程度まで許容されなければならない。この点について、検察官の「正義を求める訴え (plea for justice)」が他の法域と比べて広く許されているテキサス州では、争点を明確化したり証拠が十分に備わっている場合に有罪判決を下すことよって法に従って行動するよう陪審に呼びかけたりするために感情的な主張を用いることが認められているといわれるが、その他の法域でも——程度の差こそあれ——公訴事実の重大性を陪審に示すために事実認定者の情緒に訴えかけうる表現を用いることは一定程度まで許容されている。例えば、連邦コロンビア特別区巡回控訴裁判所は、検察官が被告人を「嘘つき」呼ばわりしたことに対して、それが被告人の詐欺行為を正確に叙述したものであるならば有罪判決を破棄する根拠にはなりえないとし、ジョージア州最高裁判所も、ひとりの非武装者を射殺し

て他の者にも拳銃を向けたとされる被告人を「テロリスト」呼ばわりしたことに對して、「被告人に暴力犯罪を實行するおそれがある限り、彼はテロ的な脅迫をしているのであり、それゆえ検察官が被告人をテロリスト呼ばわりしたことは外的外れではない」ので許されないとはいえないとしている<sup>(9)</sup>。また、薬物事犯における弁論でも、違法薬物の運搬の好ましくない性質に注意を向けさせるために事案の重大性を強調したり、「国内における薬物問題の重大性」についてコメントをしたりすることが——少なくとも合理的制約のなかで——許されている。

また、陪審の本来的な責務が実現されるべく、検察官が陪審の責務について説示することも許容される。実際に、裁判例では、「あなた方は地域社会の良心である。どのような行動が警察によって受け入れられ、どのような行動が法に違反しているかをあなた方が決めるのだ」などと述べることで陪審が持っている「地域社会の良心」に訴えかけることが「陪審を扇動させることをとくに意図する」ものではない限り、許されないものとはいえないとされていることはもちろん、「法執行における公益に公正たれ。すなわち、あなた方自身に公正たれということだ」と陪審に述べて法執行の利益を考慮するよう求めることも、「このような訴えはそれ自体として、主に陪審員の一般大衆の代表としての役割に向けられたものであり、被告人に不利益な偏見を与える目的でなされたものではない」ゆえに、不当なものとはいえないとしている<sup>(10)</sup>。

さらに、検察官は「法執行に関する公益の代弁者」あるいは「法執行官」として、有罪判決を下すことを通じて法を執行する必要性を主張することが一定程度まで許されている。この点については、他者が同種犯罪を實行しないようにすべく、法執行の一環として被告人を厳罰に処す必要性を強調することを適切なものと捉える傾向がかつから指摘されているなか、ミズーリ州最高裁判所はエルバート事件 (State v. Elbert) で、検察官が論告のなかで「最近、犯罪率が上昇していることをひじょうによく見聞きしている」と発言したことに対し、「一般的に検察官

は、法執行の必要性や陪審の責務について主張する余地を多分に与えられている。検察官は地域社会で犯罪が蔓延していること（犯罪率）に注意を向け、陪審が自分の責務を遂行して法を遵守することを促し、そして法を遵守しないことからたらされた状況から推論を引き出す権利を有している」と述べて、これを許容している。このようななか、検察官が死刑相当でない事件で「メッセージを送る」ことはそれ自体として不当ではないと考えられており、薬物事犯でも、社会における薬物問題やそこでの被告人の役割に言及することは「不当な偏見を与える」ものでも「過度に扇動的な」ものでもないと考えられている。

しかし、その一方では、検察官が「陪審を扇動させ」たり「被告人にとって不利益に偏向させ」たりする意図を持っている場合に当該発言が有罪判決を破棄する根拠となりうることはもちろんのこと、たとえ検察官に悪意はなかったとしても、陪審からみて「扇動的と史料される」場合であるならば当該発言は許されないと考えられている。例えば、地域社会の気運に照らして有罪判決が「期待されている」とか「求められている」と主張したり、被告人が実行したとされる犯罪が地域社会で蔓延していることを挙げながら、その見せしめとして被告人を厳罰に処す必要性があることを強調するなどして、特定の結果が得られるように検察官が圧力をかけたりすることは、有罪判決を破棄する根拠となりうる。実際に、無罪判決によって陪審員やその家族・知人が犯罪に巻き込まれるかもしれないことをほのめかすことはもちろん、「この男を有罪にすることで、この地域の他の住民が守られようとしている」とか「われわれは街頭から犯罪を除去する新しい試みをしなければならず、われわれを英雄にするような判断を下さなければならぬ」と主張して有罪判決を求めたり、死刑相当事件の量刑審理で「終身刑の評決をすることは将来の被害者のために死刑の評決をすること同等である」とか「死刑相当事件で量刑を行う陪審は死刑の評決をすることで地域社会にメッセージを送らなければならない」と主張して陪審に死刑評決を求めたりすることは

有罪判決を破棄する根拠となっている。

とりわけ、陪審の評決と犯罪の抑止効果の結びつきを主張することに対して、そのような発言は、①他者による犯罪の責任を被告人に転嫁することになるといふ点で、有罪判決に必要な証明の量を減少させることになり、ひいては無罪推定の原則（ないし举证責任の原則）に反すること、②合理的疑いを超える嫌疑以外の理由で有罪判決を下すよう陪審に促すという点で、被告人に保障された防禦手段を犠牲にして法の抑止効果を増大させようとする点によって陪審が立法院の役割を奪うことになること、そして③証拠に裏づけられないことから、証拠のなかに含まれず反対尋問にも服さない事実を検察官が決めてかかった場合と同様の不適切さを含んでいるということが指摘されている。<sup>(15)</sup>

また、有罪判決を下して「メッセージを送る」よう陪審に要請することについても、死刑相当事件では、陪審が量刑段階でも関与することが必要となっており、<sup>(16)</sup>それゆえに陪審は死刑事件に特有の加重・減軽要因を考慮する必要があるということに鑑み、感情的な訴えによって加重・減軽要因を考慮するという陪審の任務が混乱し、ひいては不当な考慮に基づいて評決が下されることを防ぐべく、「量刑段階で有罪評決をもって地域社会にメッセージを送るよう陪審に要求することはそれ自体として偏見をもたらすものである」という伝統的なルールが維持されているのである。

#### 4 知見と検討

(1) 「対審構造」における検察官の言動については、かつてより、多くの検察官が「ひとたび公判段階に達しているのであれば、被告人の有罪は警察や検察の飾い分けによって決定されていると考え」、なかには「有責の者が有罪となり、しかるべき刑を受けること」を主たる関心事として行動する検察官もいると指摘され、論者のあいだでは、検察官が有罪判決の獲得に向けて党派的に行動しても倫理的に問題はないとする見解もみられている。<sup>(46)</sup>

例えば、セイモア (Whitney N. Seymour, Jr.) 検事は、検察官が公判段階でとるべき行動について次のように述べている。

「訴追決定を下したとするならば、それは訴追決定によって正義が実現されると判断したからである。この判断は、被告人は実際には有罪であると確信した場合にはじめて到達するものである。被告人は公判に付託されるべきであるという大陪審の判断によって被告人の嫌疑についての確信が補強されたとき、われわれは一人前の代弁者 (Fidgling advocates) となり、事実認定者の役割は、事件の様々な段階を審理する裁判官にゆだねられる。そして、公判が開始され、証拠が次々に排除されるにつれて勝ち目がなくなる状態で戦うことを正義とみなしたとき、われわれは積極的に自分が正当と思料した主張を保護するようになる。最後に、公判段階では、虚偽の争点が提示され、証人に対して不当な攻撃がなされ、あるいは正当な有罪判決を切り抜けようとする被告人によって偽証がなされたとき、検察官は……最も熱情的に正義を擁護する。彼は一人前に戦う代弁者 (full-fledged fighting advocate) であり、またそうであるべきである。彼は誠実かつ公正に行動しなければならぬが、自分の主張のためにも戦わなければならない。さもないならば、最も現実的な

意味における自己の責務に反することになる。もはや彼の職務は、真実と正義が確実に勝利を収めることに全力を挙げ、公正かつ毅然と戦うことである。<sup>(14)</sup>

また、フィッシャー (Stanley Z. Fisher) 教授も——例えば公判前の段階であったり、答弁取引の場で弁護人が訴追側主張の信用性について準備不足や適格の欠如のゆえに証拠排除を申し立てなかつたりしたケースのように——「対審的公判という防禦手段が被告人に存在しないときに「検察官は中立的な正義の追求者として行動する義務を負っている」<sup>(15)</sup>が、逆に、公衆の傍聴人、熱情的な弁護人、中立的な裁定者 (裁判官) などといった「合理的に実効性を持つ対審構造の防禦手段によって特徴づけられた状況では、熱情的な代理人の役割が最も適切である」と考えている。<sup>(16)</sup>これに類似する考えはザカライアス (Fred C. Zacharias) 教授によっても共有されているところであり、ザカライアス教授も、重要な点において当事者制度が破綻している (つまり、被告人が対審制度の基本的・構造的要素に則つて審理を受けていない) ときには、有罪判決の獲得よりも、当事者間のバランスの修復を優先しなければならないとする一方で、「合衆国のすべての法域は、職務倫理規程の基本的根拠として、対審構造を採用している。……たいていの場合には、もっぱら依頼者の利益によって方向付けられた攻撃的・競合的なローヤリングが適切な結果をもたらすと考えられている」ということから「あるレベルにおいて検察官は、単に代弁者として行動するだけで、適切な制度的結果——対審的正義——の実現を援助している。……通常において法律家は自己に不利益な行動を求められていない。公判において検察官は有罪判決に関する地位社会の利益を代表する。無辜の者を保護するためには、おそらく裁判官による憲法的保護で十分であろう」と考えている。<sup>(17)</sup>

だが、これまで概観してきたように、合衆国の実務では、たとえ「対審構造」がとられる公判段階であつたとし



ても、検察官はもっぱら有罪判決の獲得を目指して党派的かつ熱情的に自己の主張・立証を展開してよいとまで考  
えられているわけではない。ここでは、被疑者・被告人に対して防禦権——「自己負罪拒否権」及び「弁護人の援  
助を受ける権利」——が保障されていることとの反映として、検察官は、被告人の防禦権の行使を妨げるような言  
動を公判廷で展開することが禁止され、裁判所との関係でも、検察官は自分の権限を濫用して「過度に扇動的」あ  
るいは「被告人に不利益な偏見を与える」言動を慎むという意味で「公正な裁判」を保障する義務を負っているの  
である。

想えば、検察官が有罪判決の獲得に向けて党派的に行動しても倫理的に問題はないとする見解は、たとえ検察官  
が有罪判決の獲得を目指して党派的かつ熱情的に行動したとしても、偏頗のない・公正な裁判所（陪審又は裁判官）  
が被告人や弁護人の防禦をも考慮に入れたうえで判断を下しているということを前提とするものであった。また実  
際にも、「検察官の非行」が問題となった裁判例では、有罪・無罪を認定したり証拠の信用性の有無を判断したりす  
ることは裁判所の職責であり、そこでは偏頗のない・公正な立場で法と証拠に基づいて判断を下すことが期待され  
ていることを前提としたうえで、検察官が裁判所の職責を取り上げたり、裁判所の判断の中立性を歪めたりしな  
いよう厳格な規律を定めているのである。

(2) ただし、このような状況に対しては、いかなる場合に「検察官の非行」を根拠として有罪判決を破棄すべきか  
という問題が折に触れて提起されている。これまで概観してきたように、検察官は「公正な裁判」を被告人に保障  
する責務を負う一方で、訴追側当事者として、公判廷で熱情的に有罪を立証することをも期待されているが、検察  
官の言動に対する制約があまりにも峻厳なものになってしまうと、熱情的に有罪を立証するという訴追側当事者の

役割を実効的に果たすことができなくなってしまうかという懸念が生じうる。つとに、連邦最高裁のブラウン判事 (Brown, J.) は、ダンロップ事件の法廷意見で次のように述べている。

主張を展開しているさなかに、代理人がたびたび証言によって裏付けられない発言や被告人にとって偏向的であるか、またはそのおそれがある発言をすることは疑いのないところである。……証言に含まれていない代理人の発言すべてが破棄の根拠となってしまうと、有罪判決を維持できるケースが比較的少なくなってしまうであろう。なぜなら、弁論の情熱や公判審理の興奮により、最も熟練した代理人でさえも、このような誘惑にたびたび心を奪われてしまうからである。<sup>(11)</sup>

その点、合衆国では現在に至るまで、有罪判決を破棄する基準を厳格に設定している。そこでは当初「実質的な権利に影響しないエラー、欠陥及び不正 (irregularity) は無視しなければならない」という連邦刑事規則 Rule 52(a) を適用する際に、「当該供述が判決に悪影響を与えるほど偏っている」場合にはじめて有罪判決の破棄に至りうると考えられてきた。<sup>(12)</sup> もとより、その後の判例で「結果的に得られた有罪判決が適正手続を否定するほど、当該主張が不正をもって公判審理に影響している」<sup>(13)</sup> あるいは「当該コメントが被告人の公正な裁判を受ける権利を剥奪した」といえるほどのインパクトを持っている場合にも有罪判決が破棄されうると考えられている。また、一連の判例は、「実質的な権利に影響する明白なエラー (Plain error) は、裁判所の注意をひかなかつたとしても考慮されうる」という連邦刑事手続規則 Rule 52(d) <sup>(14)</sup> のとおり、たとえ当該供述が偏向的な影響を持っていなかつたとしても「実質的な権利に影響する明白なエラー」があり、かつ「司法手続の公正、廉潔性及びそれに対する公衆の評判に重大

な影響をもたらす場合」には有罪判決を破棄することがありうると考えている。<sup>(10)</sup> だが、このようにして「裁判の公正」を侵害するか否かによって有罪判決を破棄するか否かを検討するようになったとしても、依然として、当該エラーが存在することによって事実認定が歪められているといえることが有罪判決の破棄に至る重要なファクターとなっており、たとえ裁判所が検察官の言動を不当なものと考えたとしても——例えば被告人の有罪を認定するための有力な証拠がほかにある場合のように——その言動によって裁判の公正が歪められたといえない場合には「害悪のないエラー (harmless error)」であるとして何ら法的措置を講じないケースが問題視されているのである。

しかしそれでも、検察官は公判段階であっても、党派のかつ熱情的に主張を展開してよいというわけではなく、「公正な裁判」を維持するよう抑制力を発揮することが弁護人以上に求められているという点に疑いはない。しかも、その違反に対しては——単なる職務倫理違反にとどまることなく——「有罪判決の破棄」という厳しい制裁が課せられるのである。この点は、これまで「米国等では陪審員の事実認定について……検察官は犯行が行われた経緯を立証するにあたって言葉や身振り等によって、いかに強烈に被告人が有罪であることを印象づけるかということに主たる努力が注がれている<sup>(11)</sup>」というイメージが先行しがちであったわが国では、とくに注目に値しよう。

(11) See, e.g., JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL PROCEDURE 32 (3<sup>rd</sup> ed. 2002); MONROE H. FREEDMAN & ABBE SMITH, UNDERSTANDING LAWYERS' ETHICS 13 (3<sup>rd</sup> ed. 2004); Ellen E. Sward, *Value, Ideology and the Evolution of the Adversary System*, INDIANA L. J. 301 (1989).

(12) See, e.g., Lord Eldon in Kaufman, *Does the Judge Have a Right to Qualified Counsel?*, 61 A. B. A. J. 569, 569 (1975);

- United States v. Cronin, 466 U. S. 648, 655 (1984); DRESSLER, *supra* note 11, at 33; FRANK SCHMALLEGER, CRIMINAL JUSTICE TODAY: AN INTRODUCTORY TEXT FOR THE 21ST CENTURY 381 (2007).
- (13) See Rosemary Nidiry, *Restraining Adversarial Excess in Closing Argument*, 96 COLUM. L. REV. 1299, 1301 n. 16 (1996); Sward, *supra* note 11, at 316-17.
- (14) See Lon Fuller & John D. Randall, *Professional Responsibility: Report of Joint Conference*, 44 A. B. A. J. 1158, 1159 (1958); FREEDMAN & SMITH, *supra* note 11, at 31.
- (15) See FREEDMAN & SMITH, *supra* note 11, at 13. なお、フリードマン教授は「対審構造」を構成する基本権の例として、①個人の自律、②弁護人の実効的な援助、③法の下の平等、④陪審による審理、⑤対質・証人喚問、⑥拳証責任、⑦自己負罪拒否を挙げていす。 *Id.* at 13.
- (16) *Id.* at 43.
- (17) See Fuller & Randall, *supra* note 14, at 1160-1161; Nidiry, *supra* note 13, at 1302.
- (18) See United States v. Cronin, 466 U. S. at 653-54.
- (19) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL CODE OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY, EC7-1 (1969). See also, e.g., ABA MODEL CODE OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY, DR7-101 (A); AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Preamble [2].
- (20) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 1.3, comment [1].
- (21) 例えば、カッセル教授は「われわれが対審モデルの極端な形を主張することにより、陪審裁判における裁判所の受動性と法律家の支配、結果よりも競争を重視すること、素人である陪審への過度の依存、そして形式的かつ抑制的な証拠上・

手続上のルールがもたらされる」と指摘している。 Gordon Van Kassel, *Adversary Excesses in the American Criminal Trial*, 67 NOTRE DAME L. REV. 403, 407 (1992). なお、この「攻撃構想」の「真実を解明する」機能を重視するフラー教授も、代弁者の「勝ちたがる」という願望が判断を汚すおそれがあるからか抑制策が必要であるとコメントを認識している。 Fuller & Randall, *supra* note 14, at 1161. See also Nidiry, *supra* note 13, at 1302.

- (22) 「検察官の非行」を扱った判例・文献は夥しい数に上るが、論旨ならし最終弁論におけるものを扱った文献として、see generally, BENNETT L. GERSHMAN, PROSECUTORIAL MISCONDUCT 485-547 (2<sup>nd</sup> ed. 2013); H. Michael Cassidy, PROSECUTORIAL ETHICS (2<sup>nd</sup> ed. 2013); A. Arthur Davis, *Limitation upon the Prosecutor's Summation to the Jury*, 42 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 73 (1951); Note, *The Nature and Consequences of Forensic Misconduct in the Prosecution of a Criminal Case*, 54 COLUM. L. REV. 946 (1954); Richard G. Singer, *Forensic Misconduct by Federal Prosecutors — and How It Grew*, 20 ALA. L. REV. 227 (1968); Albert W. Alschuler, *Courtroom Misconduct by Prosecutors and Trial Judges*, 50 TEX. L. REV. 629 (1972); Henry Vess, *Walking a Tightrope: A Survey of Limitations on the Prosecutor's Closing Argument*, 64 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 22 (1973); David Crump, *The Function and Limits of Prosecution Jury Argument*, 38 SW. L. J. 505 (1974); Nidiry, *supra* note; Candice D. Tobin, *Prosecutorial Misconduct during Closing Argument: Florida Case Law*, 22 NOVA L. REV. 485 (1997); Craig L. Montz, *Why Lawyers Continue to Cross the Line in Closing Argument: An Examination of Federal and State Cases*, 28 OHIO N. U. L. REV. 67 (2001); Charles L. Cantrell, *Prosecutorial misconduct: Recognized Errors in Closing Argument*, 26 AM. J. TRIAL ADVOC. 535 (2003).
- (23) ROSCOE POUND, CRIMINAL JUSTICE IN AMERICA 187 (1930).
- (24) See Montz, *supra* note 22, at 73.

(25) *Id.* at 73. なお、最終弁論が「証拠に含まれている事実やそこから導き出される合理的な推論を主張する」最後の機会」として重要であることは、弁護人についても当てはまる。連邦最高裁は最終弁論について「まさしく対審構造の前提は、事件の両当事者による党派的な弁論が有責の者を有罪にし、無辜の者を無罪とするという究極の目標を促進するということにある。すなわち基本的に、事実認定手続である刑事公判では、事件の判断に供する前に両当事者の証拠を最終的に整理する機会ほど弁論の重要な側面はない」と述べたうえで、弁護人に最終弁論の機会を与えなかったことは合衆国憲法第六修正違反であると判断している。<sup>9</sup> *Hening v. New York*, 422 U. S. 853, 862 (1975).

ちなみに、わが国における論告・最終弁論が「訴追側の論告・求刑↓弁護側の最終弁論↓被告人の最終陳述」という流れで進むのに対して、合衆国の刑事訴訟では、訴追側の論告と弁護側の最終弁論を終えた後に再び訴追側が弁論を行うことになっている点が特異的である。この点につき、さしあたり、ローク・リード・井上正仁「山室恵」『アメリカの刑事手続』二八七頁（有斐閣、一九八七年）、青木孝之『刑事司法改革と裁判員制度』五三九頁（日本評論社、二〇一三年）ほか参照。合衆国の方式について、青木教授は次のように評価している。「実際に、検察官の举证責任は非常に重いものであるし、かの地の刑事手続においては、取調べという捜査手法にあまり重きを置けないことに始まって、緩やかな保釈の運用、証拠の事前包括全面開示など、被疑者・被告人の防御を活発ならしめる制度的担保がある。このように構築された刑事手続のもとでは、検察官が弁論に対して反論する機会を与えられていても、全く奇異には感じられない。訴訟における力関係がそれだけ拮抗していることの証左であろう。また、このような再反論の機会を確保されていることによって、自分が準備してきた主張を一方的に高唱する弁論手続に終始するのではなく、議論が実質的にかみ合う効果もある。これは、事実認定者にとって、これから望む評議・評決に先立ち頭の中を整理するため大いに役立つはずである」と。  
青木・前掲書・五三九頁。ただし、このような方式について、現地では、あまりにも検察側の主張・立証に重点が偏っ

による構造にならざることを疑義が持たれらる。この問題については see John B. Mitchell, *Why Should The Prosecutor Get The Last Word?*, 27 AM. J. CRIM. L. 139 (2000).

(26) See Tobin, *supra* note, at 488 (citing *Wills v. State*, 669 So. 2d 1090, 1094 (Fla. 1996)).

(27) *Berger v. United States*, 295 U. S. 78, 88 (1935).

(28) *Hurd v. People*, 25 Mich. 404, 415-16 (1872). この *Meister v. People*, 31 Mich. 99, 101-06 (1875) は「検察官の地位は、また裁判官の義務と同様の中立義務を伴ふものである」とし、*Waller v. People*, 30 Mich. 16, 22-23 (1874) は「検察官は原告側の代理人ではなく、有責の者を追及するのみならず、無辜の者を保護する義務を負う正義の召使 (minister of justice) である」としている。

(29) See, e.g., *People v. Lee Chuck*, 20 P. 719, 723 (Cal. 1889). また、*People v. Tufts*, 139 P. 78, 81 (Cal. 1914) は「検察官の職務がおおむね司法的であり、検察官は被告人にならざる公正義務を負うところと全く同じに言及している。

(30) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA CANONS OF PROFESSIONAL ETHICS, Canon 5.

(31) *Fuller & Randall, supra* note 14, at 1218.

(32) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL CODE OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY, EC7-13 (1969).

(33) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 3.8, comment [1] (1983).

(34) *Alschuler, supra* note 22, at 635.

(35) U. S. CONSTITUTION, AMEND. V.

(36) See *Davis, supra* note 22, at 74-75. なお、この問題にかかわる一連の判例について、W. アラン・ウィルバー「内田一郎 (編訳)」「アメリカ合衆国の連邦最高裁判所とデュー・プロセス・オブ・ロー (Due Process of Law) の保障」一六七

頁以下（早稲田大学比較法研究所、一九八六年）及び小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅳ 自己負罪拒否特権』（付）セントラルパーク暴行事件』二二頁以下（成文堂、二〇一四年）参照。

(37) THE ACT OF MARCH 16, 1878, 20 STAT. 30, c. 37.

“That in the trial of all indictments, informations, complaints, and other proceedings against persons charged with the commission of crimes, offenses, and misdemeanors in the United States courts, territorial courts, and courts-martial, and courts of inquiry, in any state or territory, including the District of Columbia, the person so charged shall at his own request, but not otherwise, be a competent witness, and his failure to make such request shall not create any presumption against him.”

(38) *Wilson v. United States*, 149 U. S. 60, 65 (1893).

(39) *Id.* at 66-68.

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

(41) *Id.* at 106.

(42) *Adams v. California*, 322 U. S. 46, 50-51 (1947).

(43) *Id.* at 56.

(44) *Id.* at 90 (Black, J., dissenting).

(45) *Id.* at 124 (Murphy, J., dissenting; with whom Mr. Justice Rutledge, J., concurs).

(46) *Malloy v. Hogan*, 378 U. S. 1 (1964).

(47) *Griffin v. California*, 380 U. S. 609, 613-14 (1965).



- (87) *Id.* at 615.
- (88) See Cantrell, *supra* note 22, at 540.
- (89) Doyle v. Ohio, 426 U. S. 610, 617 (1976).
- (90) *Id.* at 618.
- (91) See, e.g., WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H. ISRAEL, NANCY J. KING & ORIN S. KERR, CRIMINAL PROCEDURE 1164 (5<sup>th</sup> ed. 2013); Cantrell, *supra* note 22, at 537-39.
- (92) United States v. Johnston, 127 F. 3d 380, 397 (5<sup>th</sup> Cir. 1997).
- (93) Hicks v. State, 525 S. W. 2d 177, 182 (Tex. 1975).
- (94) State v. Blackman, 38 P. 3d 1192, 1210 (Ariz. 2002).
- (95) United States v. Cotnam, 88 F. 3d 487, 500 (7<sup>th</sup> Cir. 1996).
- (96) See Eberhardt v. Bordenkircher, 605 F. 2d 275, 278 (6<sup>th</sup> Cir. 1979).
- (97) Lockett v. Ohio, 438 U. S. 586, 595 (1978).
- (98) United States v. Robinson, 485 U. S. 25, 34 (1988).
- (99) U. S. CONSTITUTION, AMEND. VI.
- (100) 一連の判例によると、第六修正の「弁護人の援助を受ける権利」は、公判手続が開始された後に限らず、(例えば予備審問やアレイメンメントのちゆうな) 刑事訴追の「決定的な段階 (critical stage)」に入った後であれば起訴前でも被疑者・被告人に保障される。 See, e.g., Powell v. Alabama, 287 U. S. 45, 57 (1932); Hamilton v. Alabama, 368 U. S. 52 (1961); White v. Maryland, 373 U. S. 59 (1963); Coleman v. Alabama, 399 U. S. 1 (1970). なお、白井論「弁護人の援助を受けて

いない者に対する検察官の取調へ——合衆国の検察官に対する規律の在り方より——」岡山商科大学法学論叢二五号一六頁以下（二〇一七年）参照。

- (62) 実のところ、身体を拘束されている被疑者・被告人の「弁護人の援助を受ける権利」は第五修正のなかに明文の根拠があるわけではない。だが、一連の判例は、第五修正で保障されている自己負罪拒否特権の行使を実質化するためには弁護人の援助が必要であるという考えより、身体を拘束されている被疑者・被告人の「弁護人の援助を受ける権利」を第五修正上のものと理解している。*See, e.g., Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1964). なお、白井・前掲注(61)・一九頁以下参照。
- (63) *United States ex rel. Macon v. Yeager*, 476 F.2d 613, 615 (3<sup>rd</sup> Cir. 1973).
- (64) *E.g., United States v. Liddy*, 509 F.2d 428 (D. C. Cir. 1974); *United States v. Williams*, 556 F.2d 65 (D. C. Cir. 1977).
- (65) *United States v. McDonald*, 620 F.2d 559, 564 (5<sup>th</sup> Cir. 1980).
- (66) U. S. CONSTITUTION, AMEND. XIV.
- (67) *State v. Angel*, 972 A.2d 1207, 1221 (Conn. 2009). *See also Henderson v. United States*, 632 A.2d 419, 433-34 (D. C. 1993).
- (68) *State v. Angel*, 972 A.2d at 1221. *See also Martin v. State*, 775 A.2d 385 (Md. 2005).
- (69) *See generally*, Craig L. Montz, *Trial Objections from Beginning to End: The Handbook for Civil and Criminal Trials*, 29 PEPP. L. REV. 243, 246 (2002).
- (70) *See People v. Wilson*, 253 N. E. 2d 472 (1<sup>st</sup> Dist. 1969).
- (71) *See Wyatt v. State*, 491 P.2d 1098 (Okla. 1971); *People v. Matthews*, 375 N. Y. S. 2d 919 (1<sup>st</sup> Dept 1969).
- (72) *Houston v. Estelle*, 569 F.2d 372, 377-78 (5<sup>th</sup> Cir. 1978).

- (73) *Bates v. Bell*, 402 F. 3d 635, 646 (6<sup>th</sup> Cir. 2005).
- (74) *Id.* at 647.
- (75) *Id.* at 647.
- (76) *GERSHMAN, supra* note 22, at 519.
- (77) *See generally*, *FREEDMAN & SMITH, supra* note 11, at 260.
- (78) *See generally, Id.* at 260; *CHARLES W. WOLFRAM, MODERN LEGAL ETHICS* 146 (1986).
- (79) *See generally*, *AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT*, Rule 1.6(a).
- (80) *See generally*, *AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT*, Rule 1.7(a).
- (81) *United States v. Kirkland*, 637 F. 2d 654, 656 (9<sup>th</sup> Cir. 1980).
- (82) *People v. John*, 74 A. D. 2d 854, 857 (2<sup>nd</sup> Dept. 1980).
- (83) *State v. Keenan*, 613 N. E. 2d 203, 207 (Oh. 1993).
- (84) *Bates v. United States*, 403 A. 2d 1159, 1163 (D. C. 1979). もっとも、スイツ対合衆国事件では、①証拠に関する適切な説明のなかで単発的に問題となった主張がなされたにすぎないこと、②それ以上に、被告人が犯人であることを示す揺るぎない証拠があること、そして③そもそも有罪・無罪の判断は陪審の専権であり、事実認定に先立って、弁護人の主張は証拠にならない旨の説明が裁判所からなされていることを理由として、有罪判決を破棄するに至っていない。 *Id.* at 1163.
- (85) *See generally*, *AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT*, Preamble [5].
- (86) *United States v. Young*, 470 U. S. 1, 9 (1970).
- (87) *Berger v. United States*, 285 U. S. at 88.

- (88) *Id.* at 88.
- (89) *Briggs v. State*, 455 So. 2d 519, 521 (Fla. 1984).
- (90) *Id.* at 521.
- (61) *United States v. Rodrigues*, 159 F. 3d 439 (9<sup>th</sup> Cir. 1998).
- (92) *Adams v. State*, 192 So. 2d 762, 764 (Fla. 1966).
- (63) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 3.4(e) (1983).
- (94) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE: PROSECUTION FUNCTION, Standard 3-6.8 (b) (5<sup>th</sup> ed. 2015); AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE: DEFENSE FUNCTION, Standard 4-7.8 (b) (5<sup>th</sup> ed. 2015). なお、『ABA検察と弁護人の役割に関する刑事司法基準(第三版)』も「検察官は供述や証拠の真偽又は被告人の有罪について個人的な考えや意見を述べざるべきではなから」とか「弁護人は被告人の無実又は供述や証拠の真偽について個人的な考えや意見を述べざるべきではなから」とか「AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE: PROSECUTION FUNCTION, Standard 3-5.8 (b) (3<sup>rd</sup> ed. 1991); AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE: DEFENSE FUNCTION, Standard 4-7.7 (b) (3<sup>rd</sup> ed. 1991).
- (65) *United States v. Bess*, 593 F. 2d 749, 755 (6<sup>th</sup> Cir. 1979).
- (96) *United State v. Modica*, 663 F. 2d 1173, 1178 (2<sup>nd</sup> Cir. 1981).
- (67) *Newlon v. Armontrout*, 885 F. 2d 1328, 1342 (8<sup>th</sup> Cir. 1989).
- (98) *Shurn v. Delo*, 177 F. 3d 662, 666 (8<sup>th</sup> Cir. 1999).
- (99) なお、ニューロン事件の主張は、そのほかに①死刑が適切であることについて個人的な意見を述べ、記録に記

- 載されていない特別な知識を持っていることをほのめかしていること、②被告人を著名な殺人者と結び付けて主張していること、③陪審の恐怖心と感情に訴えかけていること、④陪審に「今すぐ彼を殺す」ことを求めていることが考慮される。Newton v. Armontrout, 885 F. 2d at 1335. また、シューン事件では、①被告人を著名な殺人者と結び付けて主張していること、②陪審の恐怖心と感情に訴えかけようとすることが考慮されている。Shurn v. Delo, 177 F. 3d at 667.
- (100) *Lawn v. United States*, 355 U. S. 339, 359-60 n. 15 (1958).
- (101) *United States v. Young*, 470 U. S. at 12-13.
- (102) *Id.* at 13.
- (103) *Mintun v. State*, 966 P. 2d 954, 960 (Wyo. 1998).
- (104) *United States v. Adam*, 70 F. 3d 776, 780 (4<sup>th</sup> Cir. 1995).
- (105) *United State v. Modica*, 663 F. 2d at 1180.
- (106) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE: PROSECUTION FUNCTION, Standard 3-6.8 (c) (5<sup>th</sup> ed. 2015).
- (107) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE: DEFENSE FUNCTION, Standard 4-7.8 (c) (5<sup>th</sup> ed. 2015).
- (108) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE: DEFENSE FUNCTION, Standard 4-7.8 (d) (5<sup>th</sup> ed. 2015).
- (109) *Viereck v. United States*, 318 U. S. 236, 248 (1943).
- (110) *Calhoun v. United States*, 568 U. S. 1136, 1137 (2013).
- (111) *Id.* at 1138.
- (112) *See Stanley Z. Fisher, In Search of the Virtuous Prosecutor: A Conceptual Framework*, 15 AM. J. CRIM. L. 197, 231-32

- (1988).
- (11) Berger v. United States, 285 U. S. at 88.
- (14) See U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, UNITED STATES ATTORNEYS' MANUAL, USAM9-27, 110 (B).
- (15) See, e.g., James J. Duane, *What Message are We Sending to Criminal Jurors When We Ask Them to "Send a Message" with Their Verdict?*, 22 AM. CRIM. L. REV. 565 (1995).
- (16) See Mark S. Davies, *Enlisting the Jury in the "War on Drugs": A Proposed Ban on Prosecutors' Use of "War on Drugs" Rhetoric During Opening and Closing Argument of a Narcotics Trial*, [1994] U. CHI. LEGAL FORUM 395, 395 (1994).
- (11) Crump, *supra* note 22, at 524.
- (11) United Stated v. Donato, 99 F. 3d 426, 432 (D. C. Cir. 1996); United States v. Gartmon, 146 F. 3d 1015, 1024 (D. C. Cir. 1998). なお、偽証の嫌疑にかかるといふ被告人を「嘘つき」呼ばせられたケースを許容した連邦ロンドン特別区巡回控訴裁判所の判断を「*see* United States v. Dean, 55 F. 3d 640, 665-66 (D. C. Cir. 1995).
- (11) Nash v. State, 683 E. 2d 591, 592 (Ga. 2009).
- (10) See United States v. Ramos, 268 F. 2d 878, 880 (2<sup>nd</sup> Cir. 1959).
- (12) See United States v. Ferguson, 935 F. 2d 1518, 1530-31 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).
- (12) United States v. Koon, 34 F. 3d 1416, 1444 n. 24 (9<sup>th</sup> Cir. 1994).
- (13) *Id.* at 1444. See also United States v. Williams, 989 F. 2d 1061, 1072 (9<sup>th</sup> Cir. 1993); United States v. Lester, 749 F. 2d 1288, 1301 (9<sup>th</sup> Cir. 1984); United States v. Smith, 918 F. 2d 1551 (11<sup>th</sup> Cir. 1990).
- (12) United States v. Miller, 478 F. 2d 1315, 1317 (2<sup>nd</sup> Cir. 1973).

- (127) See Note[Nature & Consequences], *supra* note 22, at 958.
- (128) State v. Elbert, 438 S. W. 2d 164, 166 (Mo. 1966). See also State v. King, 334 S. W. 2d 34, 40 (Mo. 1960); State v. Marshall, 297 S. W. 2d 63, 69 (Mo. 1927); State v. Arrington, 375 S. W. 2d 186, 194 (Mo. 1964).
- (129) See Commonwealth v. Patton, 985 P. 2d 1283, 1288 (Pa. 2009).
- (130) See, e.g., United States v. Metz, 608 F. 2d 147, 158 (5<sup>th</sup> Cir.1979); United States v. Zielke, 734 F. 2d 1447, 1460-61 (11<sup>th</sup> Cir. 1984); United States v. Delgado, 56 F. 3d 1357 (11<sup>th</sup> Cir.1995).
- (131) See Note[Nature & Consequences], *supra* note 22, at 958; Crump, *supra* note 22, at 526-27.
- (132) See GERSHMAN, *supra* note 22, at 496.
- (133) United States v. Weatherspoon, 410 F. 3d 1142 (5<sup>th</sup> Cir. 2005).
- (134) Brown v. State, 986 So. 2d 270 (Mass. 2008).
- (135) Bates v. Bell, 402 F. 3d 635 (6<sup>th</sup> Cir. 2005).
- (136) Commonwealth v. DeJesus, 860 A. 2d 102 (Pa. 2004).
- (137) Note[Nature & Consequences], *supra* note 22, at 958.
- (138) See, e.g., Ring v. Arizona, 536 U. S. 584 (2002).
- (139) See Commonwealth v. Patton, 985 P. 2d at 1288.
- (140) Commonwealth v. DeJesus, 860 A. 2d at 119.
- (141) George T. Felkenes, *The Prosecutor: A Look at Reality*, 7 SW L. REV. 98, 112 (1975).
- (142) *Id.* at 110.

- (11) Whitney N. Seymour, Jr., *Why Prosecutors Act Like Prosecutors*, 11 REC. A. B. CITY N. Y. 302, 312-13 (1956).
- (12) Fisher, *supra* note 112, at 225.
- (13) *Id.* at 225.
- (14) Fred C. Zacharias, *Structuring the Ethics of Prosecutorial Trial Practice: Can Prosecutors Do Justice?*, 44 VANDERBILT L. REV. 45, 60 (1991).
- (15) *Id.* at 53-54.
- (16) *Id.* at 57.
- (17) Dunlop v. United States, 162 U. S. at 498.
- (18) FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE, Rule 52(a).
- (19) See, e.g., James W. Rawlings, *Prosecutors Forensic Misconduct: "Harmless Error"?*, 6 TRAN L. REV. 108, 115 (1958).
- (20) Donnelly v. DeChristoforo, 416 U. S. 637, 643 (1974).
- (21) See Darden v. Wainwright, 477 U. S. 168, 181 (1983).
- (22) FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE, Rule 52(b).
- (23) See United States v. Olano, 507 U. S. 725, 732 (1993); Johnson v. United States, 520 U. S. 461, 466-67 (1997).
- (24) 横井 淳・前澤 坦(共)・大木 誠 [「不正懲罰部」]



### 三 わが国における検察官の論告の在り方

1 (1) わが国でも検察官の主張・立証については、公判廷で適式に取り調べられた（又は取り調べられようとしていた）証拠に基づいて行われなければならない、その反面で、証拠能力のないものや主観的な憶測・見込み等に基づいて主張・立証を展開することは禁止されている。とりわけ、論告については、「証拠調が終了した後、検察官は、事実及び法律の適用について意見を陳述しなければならない」（刑訴法二九三条一項）として、結審に先立って事実及び法の適用についての「意見」を述べるよう検察官は求められている。それは「これらの事実がいかなる証拠によつて認定されるかについての意見」と「証拠によつて認定されるこれらの事実に対する実体法及び訴訟法の具体的な解釈、運用に関する意見」を述べるものであり、とりわけ争いのある事実については、当該意見と証拠との関係を具体的に明示して行わなければならないことになっている（刑事訴訟規則二二一条の三）。そこでは、「公知の事実とは別として、公判廷によつて適法に取り調べられた証拠によつて明らかにされた事実に基づく陳述でなければならず、これらの証拠に基づかない事実や主観的推測、見込み等に基づく陳述は許されない」とされているのである。<sup>⑭</sup>

(2) だが、証拠能力を与えられ、かつ公判廷で適式に取り調べられた証拠であったとしても、それを根拠とする主張・立証がすべて許されるわけではなからう。もともと、論告は——被告人側の弁論と併せて——それぞれの立場から当該事件についての包括的な意見を述べて裁判所の判断形成に寄与させるという重要な意義を持つものであり、有罪の主張を行うのであれば多少なりとも有罪判決の獲得に向けたものにならざるを得ない。しかしながら、

有罪判決の獲得を重視しすぎるあまり不当に偏向的な主張を行うことによって、本来であれば偏頗のない・公正な立場を維持することが期待されている事実認定者（職業裁判官及び裁判員）の判断を歪めさせるおそれが生じないか、懸念される。

その点、前章で概観したように、合衆国の刑事訴訟では、訴追側当事者である検察官が有罪判決の獲得に向けて主張・立証を展開することが期待される一方で、検察官には「公正な裁判」を被告人に保障する責務をも課せられていた。そこでは、誤った有罪をもたらすものと思われる不当な方法を差し控えることも検察官の義務とされ、具体的には、検察官が悪意をもって被告人側の適正手続上の権利を侵害した場合はもちろん、その性質上「過度に扇動的」あるいは「被告人に不利益な偏見を与える」言動をしたとみなされる場合にも有罪判決が破棄される可能性が生じるとされているのである。

わが国でも一般的に、論告は検察官の権利であるとともに義務であると考えられているところ、<sup>(9)</sup> 検察官は国家機関として論告を行う義務を国法上負うとともに「公益の代表者」(検察庁法四条参照) という立場で論告を行うものであるから、当事者の立場にとらわれず公正な立場で行うべきものだと考えられている。<sup>(10)</sup> その点に関しては、必ずしもその結論は有罪を主張するものには限られず、事案によっては、無罪・免訴・公訴棄却等の意見を陳述すべき場合もあると一般的に考えられているが、たとえ有罪を主張する場合であっても、検察官が被告人側の適正手続上の権利を剥奪したとみうるような主張をしたり、「過度に扇動的」あるいは「被告人に不利益な偏見を与える」性質を持つたりする主張をすることは許されないことになろう。

2 (1) 翻って、わが国における従来の論告は事実経過を時系列で述べ、証人や被告人の供述要旨をまとめたいえ

で、当事者がそれぞれ争点であると主張する事実等について、関連性が「ないとはいえない」程度の事情も網羅的に取り上げ、量刑事情については悪い事情と良い事情を総花的に列挙する傾向にあつたとされる<sup>(10)</sup>。そのことについては、「裁判所においても、当事者の納得なども念頭に、判断にほとんど影響しなかつた多数の些末な主張にまで逐一言及した詳細な判決を作成するというように、精密司法と呼ばれる従前の刑事裁判の中で前後の手續と相乗して形成されてきた<sup>(11)</sup>」と指摘されているが、その一方では、裁判所の側では、論告や弁論を参考程度にとどまるものとして、論告にも提示されていない観点まで広げて証拠を検討したうえで、そのように認定した事実をも加えて組み上げるなどして有罪判断をすることも少なくないといわれている<sup>(12)</sup>。しかし、裁判員制度の施行によって法律の素人である一般市民が「裁判員」として事実認定及び量刑に関与することになると、従来のような書証の取調べや専門知識の応酬によつて的確に事実を認定することは困難であることから、「見て・聞いて・わかりやすい裁判」が志向されるようになっていく。検察實務でも、犯罪事実と科刑に必要な情状事実を明らかにしたうえで「裁判員に分かりやすい迅速、的確な立証」を展開する必要性が認識され<sup>(13)</sup>、実際にも、証拠と認定される事実との関係や量刑上重要なポイントをまとめた論告メモを配布のうえで口頭の陳述を行う方法が一般化しているほか、必要に応じて、ビジュアル化（プレゼンテーション・ソフト、ボードなど）をはかりながらわかりやすい説明が展開されるようになっていく<sup>(14)</sup>。また、論告の性格の面でも、裁判員裁判では、書面を自室に持ち帰ってじっくり検討することが不可能になったことから、「弁論をふまえ論告を検討・評価する<sup>(15)</sup>」というように、いわば「評議の土俵<sup>(16)</sup>」として重要な位置づけを与えられるようになっていく。

だが、本来的に論告は検察官の発言のなかでも「説得的発言」として位置づけられ<sup>(17)</sup>、とくに裁判員裁判では、裁判員及び裁判官に自らの意見を「理解」し、かつ「納得」させることが求められているといつても、検察官があまり

にも有罪判決の獲得を望むあまり、事実認定者の感情や情緒に訴えて有罪判決を求める主張に対しては注意が必要である。裁判員制度の施行に先立って、「独立の説得の場であることが強調されるあまり、公判審理(証拠調べ)の内容から逸脱した説得行為がそこで行われることがあつてはならない」と警告されているところではあるが、「……論告は証拠ではなく、「陪審」が証拠や法律を理解するために行われるに過ぎない」といわれる合衆国の陪審裁判に対し、わが国の裁判員裁判では論告を評議の基盤として活用することが期待されているということを考えるならば、不当な論告がもたらす弊害は合衆国の場合よりも大きいように思われてならないのである。

(2) もっとも、わが国の検察官は——合衆国の検察官とほぼ同様に——社会秩序の維持を使命とする行政官という立場も併せ持つており、論告についても、それは「公益の代表者としての検察官がその事件に対し公益的見地からの評価を下すものであるから、この意味において、被告人及び一般社会に対する意見であるということもできる」といわれている。その点に関しては、「社会秩序の維持」という観点をいかほどまで論告に盛り込むことができるかが問題となる。

検察官が治安維持の責任者という自覚に貫かれながら、一貫してその行政目的を追求する姿勢をとっていることに対しては、高能率の検察の実現という長所が評価される反面で「現在のわが検察には、合目的性の考慮が優位に立ちすぎてはいないか」という疑問が呈されてきた<sup>(10)</sup>。実際の裁判員裁判でも、「寛大な刑で済まされれば、社会に誤ったメッセージを伝えることになる」という表現で犯罪抑止につながる刑事裁判の役割を強調したうえで「このような被告人が死刑にならないのであれば、今後、わが国に死刑判決はあるのだろうか」と裁判員に問いかけて死刑判決を求めたケースもみられている<sup>(11)</sup>。この事件の論告は、従来の量刑基準に従ったとしても死刑判決が相当であると検察側が思料したうえで行ったものであるが、もしも「社会に対して正しいメッセージを伝える」という裁判員の

使命を檢察側が強調する結果として死刑判決の方向に評決が傾いたとするならば、事実認定と量刑の公正を期した法の趣旨の根底が覆つてしまふことになりかねない。檢察官には「公益の代表者」として「刑事について……裁判所に法の正当な運用を請求」する権限を有し（檢察庁法四条）、その権限を適正に行使することによつて社会秩序の維持に貢献することが期待されていることは確かであるが、論告に関しては、やはり裁判所が証拠に基づいて適正かつ理性的に判断を下すようにすることが第一のねらいとされなければならないであらう。<sup>(16)</sup>

3 (1) なお、冒頭で言及したように、主張・立証の在り方をめぐる議論に対しては、合衆国における一連の議論が——法律の素人である——陪審員が事実を認定することを前提として展開してきたことから、近年までもつぱら職業裁判官が事実認定を行つてきたわが国の実務との親和性が疑問視されていた。しかしそもそも、職業裁判官が法律の専門知識を備えている「専門家」であるとしても、ひとりの人間である以上、一切の予断や偏見から自由になりうるか、疑問を禁じえない。やはり、裁判員裁判対象事件に限らず、職業裁判官がもつぱら事実認定に当たる事件でも主張・立証の在り方について引き続き議論していく必要があるように思われるのである。

(2) また、合衆国の刑事訴訟では——死刑相当事件を除いて——陪審はもつぱら事実認定に関与するのに対し、わが国の裁判員裁判では事実認定に加えて量刑にも裁判員が関与しているという差異をいかに考慮するかということも問題となりうる。犯罪事実の認定では証拠能力があり、かつ適式な証拠調べを経た証拠による証明（いわゆる「厳格な証明」）が必要であるのに対し、一般情状を考慮するに当たっては、例えば被告人の年齢・性格・生育環境や犯行後の態度などについて証拠や情報をできる限り幅広く収集・吟味する必要があることも否定できない。<sup>(17)</sup> だが、たとえ情状証拠に関して自由な証明で足りるといふ見解を採つたとしても、犯罪行為に釣り合った刑を犯

罪者に科すことが要請されている以上、荒唐無稽な考慮で被告人の刑を量定することまで許されるわけではない。<sup>(16)</sup>このように考えるならば、情状面でもやはり明確な根拠に基づいて適性かつ理性的な判断を裁判所が下せるように配慮することが検察官には求められているのであり、裁判官や裁判員の感情や情緒に訴えかけて厳罰を求める態度はできる限り慎まなければならないといえよう。<sup>(17)</sup>

(155) 松尾浩也(監修)『条解刑事訴訟法〔第四版〕』六一五頁(弘文堂、二〇〇九年)。

(156) 松尾(監修)・前掲注(155)・六一六頁ほか参照。

(157) 三井誠Ⅱ河原俊也Ⅱ上野友慈Ⅱ岡慎一(編)『新基本法コンメンタール刑事訴訟法〔第二版〕』三六二頁(日本評論社、二〇一四年)「高橋康明」参照。

(158) 三井ほか(編)・前掲注(157)・三六三頁「高橋康明」、松尾(監修)・前掲注(155)・六一六頁ほか参照。

(159) 最高裁昭和二年六月二四日決定・刑集八卷六号九七七頁参照。なお、この決定は、論告を行う「義務」は国家机关の国法上の義務を訓示的に規定したものにすぎない(すなわち、訴訟法上の義務ではない)のであるから、実際に論告を聴かないで弁論を終結しても訴訟手続に何らの違法はないと考えているが、その一方では、検察官の「権利」である以上はこの機会を与えない場合は判決に影響を及ぼすべき訴訟手続の法令違反になるとされている(東京高裁昭和三年二月一八日判決・高等裁判所刑事裁判特報五卷二号四五頁参照)。

(160) 松尾(監修)・前掲注(155)・六一五頁以下ほか参照。

(161) 橋本一Ⅱ坂本好司「冒頭陳述と論告・弁論」判例タイムズ一四〇二号三三頁(二〇一四年)「坂本好司」参照。

- (162) 橋本⇨坂本・前掲注(161)・二三頁。
- (163) 村瀬均⇨河本雅也「裁判員裁判の審理等について——模擬裁判をふりかえって——」ジュリスト一三五八号八九頁(二〇〇八年)。
- (164) 井上正仁⇨酒巻匡⇨大澤裕⇨池田修⇨三浦守⇨岩村智文(「座談会 総括と展望——刑事訴訟法六〇年・裁判員法元年——」ジュリスト一三七〇号二〇二頁以下(二〇〇九年)「三浦守発言」ほか参照)。
- (165) 酒巻匡⇨大澤裕⇨菊池浩⇨後藤昭⇨栃木力⇨前田裕司(「座談会」裁判員裁判の現状と課題)論究ジュリスト二号一九頁(二〇一二年)「菊池浩発言」、橋本⇨坂本・前掲注(161)・二三頁以下ほか参照。
- (166) 村瀬⇨河本・前掲注(163)・九二頁。
- (167) 村瀬⇨河本・前掲注(163)・九三頁、橋本⇨坂本・前掲注(161)・二四頁。
- (168) 荻野錐一郎「法廷技術——検察官の立場から——」團藤重光(責任編集)『法律実務講座刑事編 第五卷 第一審公判(1)』一一三三頁(有斐閣、一九五四年)参照。
- (169) 中山博之「わかりやすい弁論とは」季刊刑事弁護四六号三一頁(二〇〇六年)、橋本⇨坂本・前掲注(161)・二四頁参照。
- (170) 堀江慎司「刑事裁判の充実・迅速化」ジュリスト一三七〇号一三四頁(二〇〇九年)。
- (171) Lottett v. Union Pac. R. R. Co. 201 F. 3 1074, 1083 (8<sup>th</sup> Cir. 2000). See also Montz, *supra* note 69, at 102.
- (172) 司法研修所検察教官室(編)『検察講義案(平成二七年版)』一五〇頁(法曹会、二〇一六年)。
- (173) 松尾浩也「西ドイツ刑事司法における検察官の地位」法学協会雑誌八四卷一〇号二二九九頁以下(一九六七年)。
- (174) 毎日新聞二〇一〇年一月一日付朝刊参照。
- (175) 前掲注(174)・参照。ちなみに、この事件(船橋ホテル監禁殺人事件⇨横浜沖バラバラ遺体事件)で第一審は、行為の

態様・動機・計画性と被害感情に着目して、求刑どおり死刑判決を下している。横浜地裁平成二二年一月一六日判決 [LEX/DB5470446] (その後、弁護側の控訴取下げにより確定)。

(176) 検察内部でも「論告は、検察官が冒頭陳述で示した事実が、実際に取り調べられた証拠によって裏付けられることについて裁判所の納得を得るためのものであるから、何よりも、取り調べられた証拠の具体的内容を改めて想起させることにより、証拠に基づく適正な事実認定をできるようにすることが重要である」という点は認識されているところである。司法研修所検察教官室(編)・前掲注(172)・一五〇頁参照。

(177) さしあたり、白取祐司「刑事訴訟法(第九版)」三四一頁(日本評論社、二〇一七年)ほか参照。

(178) 例えば、最高裁昭和二四年二月二二日判決・刑集三卷二号二二二頁は「情状に属する事項の判断については、犯罪を構成する事実に関する判断と異り、必ずしも刑事訴訟法に定められた一定の法式に従い証拠調を経た証拠にのみによる必要はない」とするが、その前提として「刑の執行を猶予すべき情状の有無と雖も、必ず適法なる証拠にもとずいて、判断しなければならぬこと」を認めているのである。

(179) 陪審の関与が必要とされている合衆国の死刑相当事件の審理で検察官が陪審員の感情や情緒に訴えかけて死刑判決を強く求めることが許されていないことは、本文で言及したとおりである。

#### 四 むすびにかえて

1 わが国ではこれまで、合衆国の「法廷技術」に対しては、「闘争の技巧であり、かけひきであり、戦略であり、



はなはだしきは一種の欺罔の技術のように見受けられ、実体的真実の解明を追求するわが国の刑事訴訟で直ちに採り入れるわけにはいかないと考えられてきた。<sup>(9)</sup>そこでは、「検察官の法廷技術の目的は、単に相手方の打倒や我田引水のものでは決してな「く」……速やかに、裁判官に真実を把握せしめるよう正しい技術を形成せしめるにある」と理解されていたが、他方では、裁判員制度の導入を契機として、「検察官が当事者として……裁判官をして自己の意見と全く同一にしようとする説得の機会」という論告の性格が色濃く現れてきているようにも見受けられる。そのようななか、本稿では、①とかく「闘争」的な要素が強調されがちな合衆国の刑事訴訟でも、とりわけ検察官に対しては裁判の公正を維持するように配慮する義務を負っていること、及び②わが国の刑事訴訟でも、検察官が被告人側の適正手統上の権利を剥奪したとみうるような主張をしたり、「過度に扇動的」あるいは「被告人に不利益な偏見を与える」性質を持ったりする主張をすることは許されないことを確認した。

2 もつとも、裁判員裁判では「証拠に基づいた実証的な議論を展開する」必要があると主張され、<sup>(10)</sup>検察内部でも「分かりやすく迅速で、しかも重要な点を漏らさない的確な主張立証活動」の重要性が認識されている。<sup>(11)</sup>しかし今後、有罪判決の獲得や厳正な処罰に対する熱意が高じて不当な「説得」をしてしまうおそれがまったくないとはいえない。得てして、裁判員裁判では、一般市民である裁判員にとつてもわかりやすい主張・立証に努めることが意識される傾向にあるが、そもそも「わかりやすさ」は裁判員がその職責を十分に果たすことができるようにするために意識されるものであるという点を忘れるべきではなからう（裁判員法五一一条参照）。その点、擱筆するに当たり、見た目の「わかりやすさ」や有罪判決の獲得・社会秩序の維持を追求するあまりに裁判の公正を歪めるような主張・立証を展開することは、偏頗のない・公正な立場で判断を下すという裁判所の本来の職責を全うさせるとい

う法の趣旨に反するものであるという点を指摘しておきたい。<sup>(86)</sup>

- (180) 荻野・前掲注(168)・一〇七〇頁。
  - (181) 荻野・前掲注(168)・一〇六七頁。
  - (182) 荻野・前掲注(168)・一一三七頁。
  - (183) 東京地方裁判所公判審理手続検討委員会「同裁判員模擬裁判企画委員会「裁判員が関与する公判審理の在り方」判例タイムズ二二七八号二二頁(二〇〇八年) 参照。
  - (184) 「裁判員制度に関する検討会」第四回議事録一五頁「白木功報告」(二〇一〇年一月一六日) <<http://www.moj.go.jp/content/000060278.pdf>>参照。なお、「裁判員制度に関する検討会」第一〇回議事録一〇頁「菊池浩報告」(二〇一二年六月一日) <<http://www.moj.go.jp/content/000099391.pdf>>も同旨。
- (185) もっとも、目先の「わかりやすさ」を追求するあまりに裁判の公正を歪めるような主張・立証を展開することは、(真の意味における)「わかりやすさ」の面でも問題があるという指摘がある。加藤教授は「一見分かりやすいようであっても、裁判員の証拠評価や判断に過度の悪影響を与え、結果的に誤りや歪みを生じさせるような主張・立証は、十分な心理・評議や正しい事実認定等を阻害するおそれがあり、真に「分かりやすい」ものとはいえない。たしかに、「分かりやすさ」それ自体が最終の目的となるものではないが、ここでは、見せかけだけの分かりやすさはかえって有害である、ということとがより一層重要である」と指摘し、杉田元判事も「裁判にも人間味が必要であるが、それゆえに冷静かつ公平な判断が動揺をきたすようでは元も子もない。一見わかりやすく見えても、総体として人の認知に歪みをきたすようなものは、

真の意味で『分かりやすい証拠』とは言い難いであろう」と述べている。加藤・前掲注(6)・三七七頁、杉田宗久「裁判員事件の審理方法に関する実務上の諸問題」刑法雑誌五一巻三号三二九頁(二〇二二年)、同「裁判員裁判の理論と実践」四一四頁以下(成文堂、二〇二二年)。