

被告人に有利な証拠の開示に関する憲法三一条の要求

——ブレイデイ法理と合衆国の議論に基づく検討——

三 明 翔

一 問題の所在

わが国では、検察官が取調を請求した証拠の開示については、刑事訴訟法（以下、法）二九九条一項が当初から存在したが、それ以外の証拠の開示については、平成一六年改正（平成一六年法律第六二号）による公判前（期日間）整理手続の導入まで明文の規定がなかった。検察官に請求意思のない被告人の防禦上有利に使用しうる証拠の開示は、裁判所の訴訟指揮に基づく個別的開示命令の余地があるのみで⁽³⁾必ずしも法的に十分担保されない状況が長く続いた。⁽⁴⁾

だが、その意義に鑑みるとき、かかる被告人に有利な証拠の開示に関して憲法が直接、何らかの要求をしているとは解されないだろうか。要求しているとすれば、それは具体的にいかなる論理に基づくいかなる内容の要求か。こうした議論はわが国では活発とはいえないが、⁽⁵⁾アメリカ合衆国では一九六三年以来確立した議論として存在している。同年、合衆国最高裁がブレイデイで、「(弁護人から開示) 請求がなされた、被告人に有利な証拠を検察官が開示しないままにおくことは、その証拠が罪責又は量刑に重要(material)である場合は、検察官の善意・悪意に拘らず、デュー・プロセス違反となる」と⁽⁶⁾判示し、被告人に有利な証拠の開示に関してデュー・プロセス条項の要求があることを宣言したからである。⁽⁷⁾ブレイデイ法理とそれを巡る合衆国の議論を基に、⁽⁸⁾わが

国の憲法の要求を検討することが本稿の狙いである。

こうした検討は一六年改正を経た現在も意義があると考ええる。証拠開示は、事件毎に争点と証拠が異なる為、被告人に開示すべき証拠を過不足なく画する一義的な基準を見出し難いという性格、さらに証拠開示により罪証隠滅や証人威迫、抗弁の捏造、関係者のプライバシーの侵害、手続関係者の負担増大、手続の遅滞等の弊害がどれほど生じ、どう対応すべきかも一義的に決まらなという性格を持つ。この為、一六年改正で制度枠組が作られたことは大きな進展といえるが、同時に立法で問題が解消したとはいえないのである。特に現行法の制度は、単純な事前全面開示の制度ではなく、開示が段階的に行われ、検察官請求証拠以外の開示は証拠毎に複数の要件を満たす必要がある精緻な制度である。⁽⁹⁾適切な解釈運用が一層不可欠といえるが、仮にわが国でも証拠開示に関する憲法の要求を想定できれば、その重要な指針となりうる。とりわけブレイディ法理は、わが国の憲法三一条も保障するとされるデュー・プロセスを根拠とし、わが国の現行法上は開示対象とならない証拠についても開示を要求する場合がある。また当事者主義の本場たる合衆国で証拠開示が憲法の要求と解されている論理を分析することは、多義的な当事者主義 (adversary system)⁽¹⁰⁾ の理解にも資する。ブレイディ法理とそれを巡る合衆国の議論は依然、示唆に富むと考える。

以下、ブレイディ法理の展開と現在の解釈を確認した後、合衆国の議論を分析し、日本法での応用を検討する。

二 ブレイディ法理の展開と現在の解釈⁽¹¹⁾

(1) 一九六三年のブレイディは、弁護人の明示的な開示請求にも拘らず、死刑回避を求める被告人の主張と一致する共犯者の供述が開示されなかった事案であった。ブレイディは前記の通り判示しデュー・プロセス違反を認めしたが、根拠としたのは一九三五年のムーニー⁽¹²⁾に始まる、検察官が偽証をそれと知りながら利用した事案でデュー・プロセス違反が認められた一連の先例である。検察官の意図的な偽証利用には、偽証を示す証拠 (情報) の悪意の不開示を伴うところ、ムーニーの原理は検察官の悪行の非難では

なく公正な裁判の保障にあるとし、被告人側の開示請求のある被告人に有利で重要な証拠を開示しないことは、検察官の善意・悪意に拘らず、デュー・プロセス違反になると論じたのである。

一九七六年のエイガーズ⁽¹³⁾では、被告人側の開示請求がない場合も検察官に開示義務が生じうるかが争われた。エイガーズはその余地を肯定したが、その場合はより高度の証拠の重要性が要求されるとした。即ち、証拠の重要性は、回顧的にみた裁判結果に影響を及ぼす可能性の程度を尺度とするところ、明示的な開示請求がある場合や、証拠が検察官の不正な偽証利用を示す場合は、その可能性の程度が低くても認められるのに対し、明示的請求がない場合は、相応の蓋然性がなければ認められないとしたのである。開示請求の意義は検察官への告知にあり証拠自体の価値から必要な告知が生じうることを、国の代理人たる検察官は正義の実現に忠実であるべきこと、明示的請求のない場合の証拠の重要性を緩やかに解せば全面開示の実務を招き相当でないこと等が理由として言及された。

一九八五年のバグリー⁽¹⁴⁾では、検察側証人に対する弾劾証拠の開示が争点となった。バグリーは、弾劾証拠も被告人に有利な証拠として開示対象となりうるとした上で、エイガーズの証拠の重要性の判断枠組を一部修正した。バグリーの事案では明示的な開示請求があったので、被告人に寛大な基準で重要性が判断されるはずのところ、明示的請求の有無に拘らず、証拠の重要性はともに裁判結果に影響を及ぼす「合理的蓋然性 (reasonable probability)」⁽¹⁵⁾を基準に判断すべきとしたのである。開示請求の存在も裁判結果に影響を及ぼす一事情として考慮すれば足り、合理的蓋然性とは裁判結果の信頼性を掘り崩す程の蓋然性だとされた。

一九九五年のカイルズ⁽¹⁶⁾は、被告人に有利な不開示証拠が複数あり、一部は警察のみが保管していた事案であった。カイルズは、合理的蓋然性とは、無罪評決に至る可能性の方がそうでない可能性よりも高いといえる程高い蓋然性を指すものではないとした上⁽¹⁷⁾で、証拠が複数ある場合の証拠の重要性はそれらを総合して判断され、検察官の開示義務は「警察を含む当該事件で政府の側に立つて行動した他者に判明している」⁽¹⁸⁾証拠にも及ぶとした。証拠を知りうるのは検察官のみで証拠を集約する手段もあること、当事者主義が単なる闘争の次元に墮すべきでないこと等がその理由とされた。

- (2) 以上の先例の展開を経て、現在確立している合衆国最高裁のブレイデイ法理の解釈は次の通りである。⁽¹⁹⁾
- ① 検察官は、弾劾証拠を含む、被告人に有利かつ重要な証拠のみデュー・プロセス条項に基づく開示義務を負う
 - ② 証拠の重要性は、回顧的にみて罪責又は量刑に影響を及ぼす「合理的蓋然性」の有無により判断され、⁽²⁰⁾証拠が複数存在する場合は証拠毎ではなく総合的に判断される
 - ③ 検察官の開示義務は、検察官の保管証拠だけでなく、警察を含む当該事件で政府の側に立って行動した他者に判明している証拠にも及ぶ
 - ④ 検察官は、証拠の存在や価値を知らないことや、被告人側の開示請求がないことによって、開示義務を免れない

三 被告人に有利な証拠の開示に関するデュー・プロセス条項の要求

反対意見や学説には、デュー・プロセス条項の下、被告人に有利な全証拠の開示や、検察官保管証拠の全面開示 (open file discovery) が要求されるという主張もある。以下、そうした主張のうち、論拠の異なる二つの見解の検討を通じ、ブレイデイ法理の解釈における合衆国最高裁の論理とその妥当性、証拠開示に関するデュー・プロセス条項の要求の限界を検討する。

1 第一の見解—デュー・プロセス条項の真の要求として広範な証拠開示を主張する見解⁽²¹⁾

- (1) 第一の見解は、合衆国最高裁はデュー・プロセス条項の解釈を誤っており、端的にデュー・プロセス条項はより多くの証拠開示を要求すると主張する。即ち、①裁判結果に影響する合理的蓋然性のある証拠しか開示を要求しないのは、有罪の見込みが強い者には手続的権利を保障しなくてよいというに等しく、結果ではなく手続の公正さを保障するデュー・プロセスの概念と相容れない⁽²²⁾②デュー・プロセスやそこで保障される公正な裁判の概念は、双方当事者から証拠が十分に提出されることや、当事者間の証

証拠収集能力の較差の是正等をその内容・条件とし、そこからすれば被告人に有利と考えるのが合理的な全証拠、あるいはさらに進んで検察官の保管する全証拠の開示が原則として要求される、③広範な証拠開示に伴う弊害は対処可能であり政策的にも優れる、と論ずるのである。⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾

(2) 三二(3)で検討する通り、確かに憲法は被告人の防禦を重視した刑事裁判の構造を用意しており、当事者主義もかかる文脈で理解すれば、検察官の広範な証拠開示は憲法の予定する公正な裁判に資するといえる。また都市化社会に入り、被告人側は証拠収集が容易でなくなった一方、訴追側は捜査機関の大組織化と捜査手法の高度化により対応した為、訴追側が事件に関する証拠の多くを保管している現状があり、証拠開示は被告人の防禦を充実させる上で有効で効率的な制度である。また全面開示を採用する州も現にあり、それが政策的に合理的な場合もありえよう。⁽²⁶⁾

(3) しかし、次のようなデュー・プロセス条項と証拠開示の性格に照らすと、第一の見解は採りえないと思われる。

デュー・プロセス条項はその開かれた文言ゆえ、憲法の個別の条項に反していなくとも「基本的公正さ」や「正義の観念」に反する手続を違憲と解する柔軟さを有し、⁽²⁷⁾かかる解釈は頻繁な改正を予定しない硬性憲法では合理的である。だが、そこには裁判官の恣意や個人的な政策判断が介在する虞があり、それらがデュー・プロセスの内容として他の統治機関に押し付けられ、権力分立を損なう事態は避ける必要がある。⁽²⁸⁾特に刑事手続に関しては、憲法が個別の条項を既に多く有しており、デュー・プロセス条項固有の保障を及ぼすには謙抑さと強い説得力を要する。⁽²⁹⁾

他方、証拠開示は、例えば対決権のように、⁽³⁰⁾それ自体に伝統的で固有の価値がある訳ではなく、被告人の防禦を充実させる手段としての性格が強い。⁽³¹⁾また手段としても証拠開示は、例えば弁護人の助力のように、⁽³²⁾それを欠けば被告人の防禦が殆ど常に期待できなくなるものとまではいいがたい。さらに前述の通り被告人に開示すべき証拠を妥当な範囲で画する一義的な基準はなく、また弊害を伴う為、安易に広範な開示が政策的に優れるということもできない。

そうするとデュー・プロセスや公正な裁判の概念がいかなるものであれ、そこから直ちに具体的な証拠開示の制度や義務を演繹

することは困難といふべきである。まして全面開示やそれに近い制度が採られなかったことをもってデュー・プロセスや公正な裁判に反すると論ずるのはデュー・プロセス条項の解釈としてあまりに大胆だと思われる。

2 ブレイディ法理の解釈における合衆国最高裁の理論構成

(1) 右にみたデュー・プロセス条項と証拠開示の性格に鑑みると、合衆国最高裁が現在のブレイディ法理の解釈に至った考察と論理を推測できる。即ち、デュー・プロセスや公正な裁判の概念から直ちに具体的に演繹するのが難しいとなると、検察官のデュー・プロセス条項に基づく証拠開示義務は、検察官がいかなる証拠を開示しなかった場合に、裁判官の恣意や個人的な政策判断が介入する余地のない、デュー・プロセスや公正な裁判の否定といふ明白な手続的不合理さを認められるか、という裏側から検討するほかない。かかる明白な手続的不合理は、検察官が意図的に偽証を利用するに伴い証拠を隠匿した場合は認め易いが、⁽³³⁾ 高度の非難に値する不正行為が存在する場合しか開示義務が問題とならないのはあまりに狭く感じられる。⁽³⁴⁾ そこで検察官が国の代理人として手続の公正さに特別な責務、中でも誤判を回避する責務を負うと解されてきたことに着目すると、専ら検察官が証拠を開示しなかった為に、誤判の具体的な虞が残る判決が下された場合も右にいう明白な手続的不合理さを認める余地がある。⁽³⁵⁾ 合衆国最高裁はこうした考察を経て、裁判結果の信頼性を掘り崩す程の蓋然性という意味で裁判結果に影響する合理的蓋然性のある証拠のみ、検察官はデュー・プロセス条項に基づく開示義務を負うとし、同時に検察官が証拠の存在や価値を知らないことや被告人側の開示請求がないことよって開示義務は免れないとする現在の解釈に至ったと推測できるのである。

(2) デュー・プロセスの要求を定立的に示すことが難しい場合に、被告人が被った不利益に対し明白な不合理さを実感させる具体的事情があることをデュー・プロセス違反の決め手とすることは先例上問々みられる。⁽³⁶⁾ これはデュー・プロセス条項の謙抑的解釈の必要、公正さや正義の概念が持つネガティブな性格と整合するアプローチといえる。⁽³⁷⁾ また検察官は通常の訴訟当事者の代理人ではなく国や公の代理人であるから、有罪獲得のみを目指すのではなく、手続の公正さ、特に誤判回避に特別な責務を負うとの理解

は一九世紀からみられ、一九三五年に合衆国最高裁も判示し、現在は倫理規則等に明記され確立している。抽象的な責務とはいえず、⁽⁴¹⁾ 検察官に国や公の代理人として誤判回避の責務があるという確立した理解を前提に、専ら検察官の一定の行為の為に誤判の具体的な虞の残る判決が下された場合のその撞着性と被告人の被る不利益の重大さを捉え、デュー・プロセスや公正な裁判の否定に至る明白な手続的不合理と認めようという理論構成は不可能でないと思われる。⁽⁴⁴⁾ かかる理論構成に由来するとみれば、裁判結果に影響する合理的蓋然性のある証拠しか開示が要求されないと解することはデュー・プロセス条項の解釈として不合理とはいえない。

(3) 尤もこの理論構成から証拠開示の義務を導くことの説得力や、導きうる開示義務の内容は当事者主義の理解に左右されると考えられる。即ち、当事者主義は英米では公正な裁判の基本的内容と解されている。検察官に誤判回避の責務があるといっても当事者主義の本質的要請に従った行為や、その下で検察官に期待されない行為を理由にデュー・プロセス違反に至る明白な手続的不合理が生ずるとするのは容易でない。⁽⁴⁵⁾ 従って仮に当事者が相手方の手を貸りずに証拠を収集することが当事者主義の本質的要請だとすれば、右(2)の理論構成から証拠開示義務を導くのは容易でなく、導けるとしても開示義務の内容は受動的で軽いものとなるはずである。反対に、証拠開示は当事者主義の本質に照らし望ましく、そこで予定される検察官の役割に照らし期待しうる措置だとすれば、右(2)の理論構成から証拠開示義務を導く説得力は強く、開示義務の内容も能動的で重いものになると考えられるのである。

さて前述のカイルズは、検察官は、被告人側の請求がなくとも、当該捜査に関与した警察等の保管する被告人に有利な証拠を集約し、証拠が複数ある場合はそれらを総合して評価し、裁判結果に影響する合理的蓋然性があるか自らの責任で判断し開示を行うという能動的で重い開示義務を負うと解した。⁽⁴⁶⁾ 被告人側の明示的請求がある場合や、証拠が検察官の保管証拠に含まれその価値が一見して明白な場合に限るならば別論、被告人に有利な証拠の開示の為、検察官がここまで能動的に行動しなければデュー・プロセス違反が生ずるという以上、右の検討に従えば、当事者が相手方に手を貸りずに証拠を収集することが当事者主義の本質に照らし殊更強い要請とは解されていないといえる。⁽⁴⁷⁾ カイルズはさらに、検察官が開示の要否に迷うとき開示方向で処理することは「刑事裁判を、検察官の私的審議の場とは異なる、刑事告発の事実を説明する為に選ばれた討議の場として維持することになる」と判

示するなど⁽⁴⁸⁾、証拠開示が当事者主義をあるべき姿に維持するのに資することを示唆しているようにみえるが、右(2)の理論構成からカイルズの判示した検察官の能動的な証拠開示義務を導きうるような当事者主義の理解は可能だろうか。

(i) 証拠開示が当事者主義に資するといふときになされる説明として、当事者主義は争点と証拠の提出を当事者に委ねること、裁判所の中立性を維持した正確な事実説明を狙いとするところ⁽⁴⁹⁾、証拠開示は双方当事者からの十分な証拠の提出を確保する点で当事者主義による事実説明を促進する、というものがある⁽⁵⁰⁾。確かに当事者主義と証拠開示はかかる効用を持ちうるし、両者が必ずしも矛盾しないことの説明にはなる。だがこのように当事者主義を専ら正確な事実説明の道具と理解することには疑問がある他、この理解によると、被告人側への証拠開示は常に事実説明を促進するとはいえない点で一概に当事者主義に望ましいことにはならず⁽⁵¹⁾、また検察官に証拠開示を期待すべき原理的な理由や検察官固有の役割といったものは生じてこない⁽⁵²⁾。この当事者主義の理解の下では、右(2)の理論構成からカイルズの判示した検察官の能動的な証拠開示義務を導くことは難しいように思われる。

(ii) 求められている当事者主義の理解となりうるのは、次のような憲法に基礎を見出す刑事裁判固有の規範的な当事者主義の理解だと思われる。即ち、刑事裁判では当事者主義の前に弾劾主義 (accusatorial system) が働き⁽⁵³⁾、そこでは訴追者の適式の訴追が初めて刑事裁判は開かれ、訴追者は予め明示した被告人の犯行を一から合理的疑いを容れない程度まで独力で主張・立証することを求められ、失敗した場合は直ちに無罪判決が下される。かかる重い義務を負う訴追者を置くことで刑事訴追が無辜の処罰や圧政に至るのを防ぐのが弾劾主義の狙いであり、第五修正の自己負罪拒否特権の保障にその典型的表現がみられる。この弾劾主義を前提に、第六修正に定められる訴追内容の告知を受ける権利、対決権、喚問権、弁護権等が被告人の基本権として、保障されることで当事者主義の刑事裁判が憲法上成り立つ⁽⁵⁴⁾。こうして成立する当事者主義の狙いは、正確な事実認定や無辜の不処罰だけではなく、被告人の反論・反証を最も先鋭化・徹底した形で聴聞することで、被告人に受容を期待しうる正義に合った有罪判決・科刑を実現することにある⁽⁵⁵⁾、というものである。英米で伝統的に公正な裁判の基本的内容と解されてきた当事者主義の本質は、正確な事実説明の道具としての優位性よりも、こうした規範的側面に見出すべきと考える。個人の尊厳の相互尊重で結びつく社会を維持するに

は、刑罰ほど重大な不利益を個人に課すには、当該個人が理性に照らせば、それをやむをえないものとして受容しうる個別化された理由を要する。さらに刑罰が犯行者を非難し、犯行者を含む社会成員で被害者の尊厳と相互性の価値を確認するものだとすれば、当該犯行者に非難の意味が伝達される必要がある。科刑には被告人が社会と意思疎通を行い科刑の理由を共有できるようにする手続が不可欠なのであり、⁽⁵⁶⁾それを最も徹底した手続が、被告人がその言い分を先鋭化・徹底して展開でき、社会を代理する検察官が十分な応答・対論を求められ、両者の論争の結果に従って裁判所が判決を下す当事者主義の刑事裁判だと解すべきである。⁽⁵⁷⁾

さてこの後者の当事者主義の理解の下では、被告人がその言い分を展開することに規範的意義があり、被告人にその手段を与えることは当事者主義にとって一般的に望ましいといえる。⁽⁵⁸⁾またそこで予定される訴追者たる検察官の役割は、有罪獲得のみを目指すのではなく、訴追が圧政や無辜の処罰に至らないよう慎重な準備と検討を行い、⁽⁵⁹⁾訴追した場合は、社会を代理して被告人の最大限の言い分を十分に克服する対論を展開してみせ、判決・科刑の正当性を基礎付けることにあると解される。⁽⁶⁰⁾そうだとすると、見込み訴追や無辜の処罰を回避し、また判決と科刑の正当性を高める為、検察官が、同じく社会の側に立って当該捜査に関与した、警察等の保管する被告人に有利な証拠を自ら集約し、⁽⁶¹⁾慎重な吟味を加えたり、それらを広く被告人側に開示することも、⁽⁶²⁾訴追者としての役割に相応しく期待しうる措置と解される。⁽⁶³⁾

ここから直ちに広範な証拠開示が被告人の法的権利だとか常に政策的に優れるとはいえないのは三Iで検討した通りだが、右(2)でみた理論構成に基づいてカイルズの判示した検察官の能動的な証拠開示義務をデュー・プロセス条項の解釈として導きうると考えられる。即ち、検察官が、当該捜査に関与した警察等の保管する被告人に有利な証拠を自ら集約し、それらを慎重に吟味したり、被告人側に広く開示することは当事者主義にとつて望ましく、そこで予定されている検察官の訴追者としての役割に照らして期待しうるにも拘らず、国・公の代理人として誤判回避の責務を負うはずの検察官がそれをしなかった為に、誤判の具体的な虞の残る判決が下されることはデュー・プロセス違反に至る明白な手続的不合理だと論じうるからである。また右にみた当事者主義(とその前提となる弾劾主義)の下での訴追者の役割の理解は、検察官は国・公の代理人として手続の公正さや誤判回避に特別な責務を

負うとの伝統的な理解と平仄が合い、また全てではないにせよ、その実質的内容を与えるものと考えられる。二(2)でみた合衆国最高裁の現在のブレイディ法理の解釈は、後者の当事者主義の理解を前提に、右(2)の理論構成に基づくとみれば、デュー・プロセス条項の解釈として十分説得的だと考える。

3 第二の見解―憲法上の予防法理の理論を援用し広範な証拠開示を主張する見解⁽⁶⁴⁾

(1) さて学説には、現在の合衆国最高裁の解釈はデュー・プロセス条項が真に要求する証拠開示の内容としては妥当であるとした上で、憲法上の予防法理 (constitutional prophylactic rule) とよばれる理論を援用し、広範な証拠開示を主張する見解もある。

憲法上の予防法理の理論とは大要、憲法が真に要求する権利だけを保障しようとしてもその保障や救済が実現しない場合、憲法は具体的内容は特定しないが、その権利を実効的に保障する何らかの効果的保護策まで要求するという理解の下、裁判所がかかる憲法の要求に自ら応え、権利侵害を事前に防ぐ方策 (予防法理) を策定することも憲法解釈権に基づき許される場合がある、という理論である。これは元々ミランダ法理の憲法上の特殊な地位を説明する理論として登場したが、合理的な理論だと思われる。殊に刑事手続に関する憲法上の権利が頻繁に侵害され救済も奏功していない虞が強い場合に、当該権利を実効的に保障する方策の策定に政策的衡量を伴うからといって憲法が何も要求しないとは考え難く、内容は特定せず何らかの効果的保護策の実施のみを憲法が要求することも観念しうる。裁判所は一般に立法府に比し政策判断を行う能力と正当性に劣るが、他方で立法府は公衆に敵視されがちな被疑者・被告人の権利を十分保護しない虞がある。⁽⁶⁷⁾ 立法府を始めとする他の統治機関が憲法の要求する効果的保護策の実施を長く怠った場合の最終手段として、憲法の擁護者たる裁判所が自ら憲法の要求に應えることが常に不合理だとはいえないだろう。

この第二の見解は、①ブレイディ法理の下での証拠開示は、ミランダ法理が保護しようとした身柄拘束下の取調べでの黙秘権と同様、その保障だけを求めても保障や救済が実現しないので、デュー・プロセス条項は何らかの効果的保護策まで要求している、⁽⁶⁸⁾ ②そこで裁判所は、検察官保管証拠の全面開示を要求する予防法理を採用すべきだと論ずるのである。⁽⁶⁹⁾

(2) ①の主張は説得力が強いと思われる。ミランダが身柄拘束下の取調べに黙秘権の保護策を設けたのは身柄拘束下の取調べは黙秘権侵害が生じ易く、かつ可視性が低い為、に事情の総合による判断では黙秘権侵害を正しく救済できなかった為と解されるところ、ブレイディ法理の下での証拠開示も類似的の懸念がある。公判の推移が明らかでない段階で、証拠が裁判結果に影響する合理的蓋然性というかなり微妙な蓋然性を検察官が正確に予測するのは本来的に難しい。⁽⁷⁰⁾ 思慮深い検察官ならば判断に迷うとき開示方向で処理するはずと先例は⁽⁷¹⁾が、検察官の開示の要否の判断は通常、その証拠を考慮しても有罪立証が可能との判断の後に行われる為、証拠を過小評価する認知バイアスはおそらく思慮深い検察官も免れない。⁽⁷²⁾ 裁判結果に影響する合理的蓋然性のある証拠が存在する事案自体は多くないとはいえ、存在した場合に検察官が開示していない虞は高い。証拠の不開示は通常被告人側に判明しない為、事後的救済の不確実さは身柄拘束下の黙秘権侵害を上回るとさえいえる。ブレイディ法理違反はその定義上信頼の措けない科刑を意味することも考慮すれば、憲法は同法理を担保する効果的保護策まで要求すると解すべきである。

(3) だが②の主張は疑問が残る。裁判所が予防法理を定立しようとしても伴うコストが許容範囲内になれば合理的とはいい難く、⁽⁷³⁾ 全事案で全面開示を全法域で強いることが許容範囲内か尚検討を要する。⁽⁷⁴⁾ また全面開示が憲法上原則となれば、いかなる弊害にいかなる対策をいかなる場合に講ずべきか最終的に合衆国最高裁に判断が求められるが、これは全法域に適用可能な一大制度の構築に通じ、その能力を超えないか。何より各法域は一九六〇年代以来、立法や規則、倫理規定、内規など様々なレベルで開示制度の整備を進めてきた。⁽⁷⁵⁾ 裁判所の予防法理定立が最終手段とすれば、未だその時期ではない。ブレイディ法理を担保する効果的保護策を実施せよとの憲法の要求は、各法域の立法府を始めとする各統治機関に向けられている段階といふべきと思われる。

四 憲法三二条の下での検討

1 ブレイディ法理を巡る合衆国の議論を基に行った検討から得られた結論は次の通りである。

被告人に有利な証拠の開示に関する憲法三二条の要求(三明)

① 合衆国憲法第五・第六修正に基礎が見出される、被告人の防禦に規範的意義を認める刑事裁判固有の当事者主義の理解の下では、検察官が、当該捜査に関与した警察等の保管する被告人に有利な証拠を自ら集約し、それらを慎重に吟味したり、被告人側に広く開示することは、当事者主義にとつて望ましく、そこで予定されている訴追者としての役割に照らし期待しうる措置といえる(二三(3)(ii)参照)

② 検察官は国や公の代理人として手続の公正さ、特に誤判回避に特別な責務を負うとの確立した理解を前提とすると、専ら検察官が証拠を開示しなかつた為に誤判の具体的な虞の残る判決が下されることは、その撞着性と被告人が被る不利益の重大さに照らし、デュー・プロセスや公正な裁判の否定といひうる明白な手続的不合理である為、検察官はそれを回避する限度での証拠開示をデュー・プロセス条項により直接要求される(二三(2)参照)

③ 合衆国最高裁の現在のブレイディ法理の解釈は(二(2)参照)、①の理解を前提に、②の理論構成に基づくものとみれば、デュー・プロセス条項が真に、要求する証拠開示の内容としては妥当といえる(二三(3)(ii)参照)

④ 尤もブレイディ法理の下での証拠開示を検察官に要求するのみでは、その保障・救済が実現しない虞が強いので、デュー・プロセス条項は開示の実効性を担保する何らかの効果的保護策の実施まで要求する(二三(1)(2)参照)

2 まず、わが国の憲法の下でも、現在のブレイディ法理の解釈と同様の証拠開示が要求されると解しうるだろうか。

(1) わが国の憲法は、三八条一項で合衆国憲法第五修正と同様に自己負罪拒否特権を、三七条各項で第六修正とほぼ同様の権利を保障する。第六修正の定める告知を受ける権利については三七条に定めがないが、判例に従えば三一条が保障する⁽⁷⁶⁾。従つてわが国の憲法も、被告人の防禦に規範的意義を認める刑事裁判固有の当事者主義を採用していると解することができる。証拠開示についても右1④と同じ位置づけができる。わが国の学説では、三七条との関係は必ずしも強調されないが、当事者主義が正確な事実説明だけでなく被告人の主体性尊重等の規範的狙いを持つとする見解は多い⁽⁷⁷⁾。また論者によりニュアンスは異なるものの、証拠開示が

「当事者主義に望ましい」とみる見解も現在では多数である。⁽⁷⁸⁾

検察官は国や公の代理人として、手続の公正さ、特に誤判回避に特別な責務を負うとの理解は、わが国でも確立していることとができる。検察庁法四条は検察官を「公益の代表者」とし、法四三九条は再審請求権を検察官に与える⁽⁷⁹⁾。判例も検察官の公益の代表性を前提とする判示をしている⁽⁸⁰⁾。最高検も検察官を「国民全体の奉仕者」とし、「有罪そのものを目的とし、より重い処分の実現自体を成果とみなす」のではなく、「刑事手続の適正を確保」し、「無実の者を罰し、あるいは、真犯人を逃して処罰を免れさせ」ないことを指針に掲げる⁽⁸¹⁾。学説上、検察官の客観義務や準司法官性を認めることには慎重論があるが、検察権強化を招く懸念が主な理由で、検察官の特別な責務自体は否定しない⁽⁸²⁾。当事者主義との関係も、三二(3)(ii)で検討した通り、検察官は単に有罪獲得を目指すのではなく、見込み訴追や無辜の処罰の回避、判決と科刑の正当性の向上のため能動的に行動する特別な責務があると解することは何ら矛盾せず、むしろ当事者主義（とそれが前提とする弾劾主義）の構想自体からも導かれると考えられる⁽⁸³⁾。

憲法三一条も現在は、「憲法のどの条文に反すると明らかにはいえないが、憲法の精神に反するといわざるを得ない場合」を救済するデュー・プロセスを保障していると解するのが通説的⁽⁸⁴⁾で、判例も同条に基づき第三者所有物没収規定を違憲とした。学説では、排除法則の文脈で合衆国最高裁のデュー・プロセス条項の判例に着想を得、証拠収集の手続に明白で著しい違法があった場合等は、その結果たる証拠を利用して被告人を処罰することは基本的な「正義の観念」に反することになる為、憲法三一条が直接、当該証拠の排除を要求するという見解も有力である⁽⁸⁶⁾。合衆国憲法のデュー・プロセス条項と同様、憲法三一条も、謙抑的解釈を前提に、裁判官の恣意や個人的な政策判断を容れない明白な手続的不合理が生ずる場合は「憲法の精神」や「正義の観念」に反するとして、その回避を要求すると解すべきである。

(2) 勿論、いかなる手続的不合理があった場合に「憲法の精神」や「正義の観念」に反するといえるかは一義的でなく、わが国の社会一般の価値基準や法意識に照らした検討を要し、合衆国の結論がそのまま妥当するとは限らない。しかし、右でみた法制を背景として検察官に期待される高い廉潔性や、処分公平性への国民の強い関心等に照らすと、専ら検察官が証拠を開示しなかつた⁽⁸⁷⁾

為に誤判の具体的な虞の残る有罪判決が下されることに対する、不公正感は、わが国の価値基準や法意識に照らすときの方がむしろ強いように思われる。そうだとすれば、憲法三一条も、右1①の理解を前提に、右1②の理論構成に基づき、現在のブレイディ法理の解釈と同様の証拠開示を要求すると十分解しうると考える⁽⁸⁸⁾。

3 憲法三一条も証拠開示の実効性を担保する何らかの効果的保護策の実施まで要求すると解されるか。三3(2)でみたブレイディ法理の実効性を担保する保護策が必要と解された事情はわが国にも妥当する上、わが国固有の事情もある。例えば、公訴提起に慎重で公判のほぼ全てが有罪で終わるわが国の実務の傾向からすると、被告人に有利な証拠を過小評価する認知バイアスはより強く検察官に働く虞がある⁽⁸⁹⁾。さらに憲法の要求する証拠開示が行われなかった場合、合衆国ではヘイビアス・コーパス手続等で憲法上の手続的瑕疵を直接の理由に救済を得る途があるのに対し、わが国では法四三五条六号の再審事由に基づく救済しか事実上ない。そして同号の証拠の明白性の要件を満たすには、不開示証拠が裁判結果に影響を及ぼしたと思われることにつき「合理的蓋然性」よりも高い蓋然性が要求される⁽⁹⁰⁾。わが国では判決確定後の救済が得られ難いのであれば、公判段階で憲法の要求する開示を担保する必要は高い。憲法三一条も同条の要求する証拠開示を担保する何らかの効果的保護策の実施まで要求すると解すべきである。

尚、わが国の立法府は平成一六年改正に加え、二八年にも刑事訴訟法を改正し（平成二八年法律第五四号）、証拠開示制度の拡充に積極的に取り組んでいることからすれば、合衆国と同様、裁判所が予防法理を定立する時期にないのとはもとより、憲法の保護策実施の要求は当面、訴訟関係者による現行制度の解釈運用に向けられていると考えられる。

4 以上の憲法の要求を前提とすると、現行の公判前整理手続の証拠開示の解釈運用上いかなる指針が得られるか。

(1) 現行の制度からみて注目すべき第一は、検察官に能動的な開示義務が憲法上生じうることである（二②④参照）。現行法上、裁判結果に影響する合理的蓋然性がありうる証拠が存在した場合、被告人側がその存在と概要を察知し開示を請求する限り、開示は

担保される仕組みとなっているが、検察官の能動的な開示義務は定められていない⁽⁹¹⁾。従って公判前整理手続の結果、かかる合理的蓋然性のある証拠が被告人側の開示請求に漏れて残った場合⁽⁹²⁾、検察官は憲法三二条により直接その開示を要求されることになる⁽⁹³⁾。同条が開示の実効性を担保する効果的保護策の実施まで要求するとすれば、認知バイアスの影響を考慮し、検察官が合理的蓋然性の有無の判断を直に行う場面をできるだけ避ける解釈運用が強く求められる。現行法を前提とするとき、それは何より被告人側の開示請求に漏れが生じない解釈運用であり、具体的には、類型証拠と主張関連証拠の開示を柔軟に行って被告人側の確な主張形成と開示請求を可能すること⁽⁹⁴⁾、二八年改正で新設された検察官保管証拠の一覧表の交付制度を効果的に運用することが強く求められよう⁽⁹⁵⁾。これらが十分奏功すれば例外的にならうが、公判前整理手続の証拠開示が一通り終わった時点で、被告人側がその存在と概要を知れば明らかに開示を請求したと思われる証拠であつて、検察官請求証拠の証明力を大きく減殺することが明らかなもの、又は、被告人側の明示した主張を支える方向に働くものが検察官の保管証拠に残っていた場合は、裁判結果に影響する合理的蓋然性を問わず、検察官が被告人側に開示請求を打診する運用等も検討されてよいと思われる⁽⁹⁶⁾。

(2) 第二は、検察官の憲法上の開示義務が、警察を含む当該事件で政府の側に立つて行動した他者に判明している証拠にも及びることである^{(二)(2)(3)}参照。現行法上検察官の開示義務が及ぶ範囲の外延を明文で定めた規定はない。最高裁は平成一九年、「争点整理と証拠調べを有効かつ効率的に行う」という現行法の制度趣旨を挙げ、当該事件の捜査過程で警察官が作成し保管するメモにも検察官の開示義務が及びうることを明らかにしたが⁽⁹⁷⁾、これに対しては開示範囲を巡る周辺的な紛争を激化させ現行法の制度趣旨に逆行するとして、現行法に基づく検察官の開示義務はその保管証拠に形式的に限定されると解すべきだとする批判も有力である⁽⁹⁸⁾。抽象的な制度趣旨の観点からだけではいずれが説得的か微妙であるが、憲法が検察官の開示義務をその保管証拠に限定せず、また開示の実効性を担保する保護策の実施まで要求するとの観点を入れれば、衡量の天秤は最高裁の解釈の方に傾くと思われる⁽⁹⁹⁾。また警察官保管の捜査メモの開示に関し、当事者主義の下では「検察官の手にない証拠については、本来は、被告人側が自らそれを入手すべきものであり、……開示のために検察官に証拠を入手する義務まで負わせるのは、例外的な事態⁽¹⁰⁰⁾」とする指摘もある。

確かに検察官は被告人側の請求に応え新たに私人の保管する証拠を収集してきて開示すべきだとはいえないが、三二(3)(ii)で検討した通り、少なくとも当該捜査に関与した警察等の保管する被告人に有利な証拠を集約し、開示することはむしろ、当事者主義の下、訴追者たる検察官に期待すべき措置と解すべきである。検察官に憲法上能動的な開示義務が生じうることも考えれば、捜査機関の保管する被告人に有利な証拠が検察官に漏れなく送致される手続が確保されているか検証すべきであろう。⁽¹⁰⁾

5 プレイデイ法理はこれまで必ずしも十分に参考にされてこなかったように思われる。その理由は、わが国にヘイビマス・コーパス手続のような憲法上の手続違反を理由とする非常救済手続がなく、検察官の証拠開示義務違反が手続上直接の争点となる手続が乏しかったこと、そして検察官を公益の代表者と位置づけるわが国では、被告人に有利で重要な証拠を開示しない法廷に顕出すべきことは理念的にはいうまでもないと受け取られたことにあると思われる。⁽¹⁰⁾しかし、単に理念の問題と捉えたと、それをどう実現するかは訴訟関係者の裁量や立法政策の問題と捉えられがちである。それに対し、一定の証拠開示が憲法の直接的な要求となりうると考えると、合衆国の議論にみられる通り、それは具体的にいかなる論理に基づくいかなる内容のもので、それを現実にかに担保するかをより真剣に検討せざるをえず、かかる検討は制度の解釈運用や立法に影響を及ぼしうる。⁽¹⁰⁾政策的衡量を多く要する証拠開示の問題がこれで一刀両断的に解決されることには決してならないが、政策的衡量を多く要するからこそ重要な指針は一つでも多く持つべきと考える。

(1) 現行刑法法の制定過程における証拠開示規定の変遷は、斎藤司『公正な刑事手続と証拠開示請求権』(法律文化社、二〇一五年)一六三頁以下参照。

(2) 法三二六条の一五(類型証拠の開示)、同条の二〇(主張関連証拠の開示)。

(3) 最決昭和四四年四月二五日刑集二三巻四号二四八頁等。但し、法三〇〇条参照。

(4) 平成一六年改正以前のわが国の証拠開示を巡る状況は、酒巻匡『刑事証拠開示の研究』(弘文堂、一九八八年)五頁以下参照。

(5) 合衆国の判例法を参考とするものに渥美東洋『全訂刑事訴訟法(第二版)』(有斐閣、二〇〇九年)二二〇頁以下、全資料開示を導くものに

渡辺修「証拠開示の問題状況」同編『刑事手続の最前線』(三省堂、一九九六年)二三四頁以下等参照。

- (6) *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 87 (1963).
- (7) 合衆国憲法には「デュー・プロセス」条項が第五と第一四修正に定められているが、ブレイディ法理の適用は同様である。
- (8) 拙稿「憲法上要求される証拠開示の限界(1)―(5)―比較法雑誌四四卷二号(二〇一〇年)三〇一頁、四五卷二号(二〇一一年)一八七頁、四五卷四号(二〇一二年)三三二頁、四六卷三号(二〇一二年)二七九頁、四六卷四号(二〇一三年)一八九頁参照。本稿ではその分析を総括・深化すると共に、新たに日本法の下での検討を行う。
- (9) その構造と機能は、酒巻匡「証拠開示制度の構造と機能」同編『刑事証拠開示の理論と実務』(判例タイムズ社、二〇〇九年)一頁参照。
- (10) 三(3)で検討する通り、刑事裁判の *adversary system* は、被告人と検察官の科刑の理由を巡る論争・意思疎通にその本質をみるべきであり、「当事者・論争主義」と訳すのが最適だと思われる。渥美東洋「罪と罰を考える」(有斐閣、一九九三年)三六三頁以下参照。尤もかかる検討を行う都合上、本稿では一般的な訳語である「当事者主義」を用いる。
- (11) ブレイディ法理の展開は、渥美東洋「捜査の原理」(有斐閣、一九七九年)二八二頁以下、酒巻・前掲注(4)・一九〇頁以下、同「アメリカ証拠開示法の新動向」『鈴木義男先生古稀祝賀』(成文堂、一九九六年)四二頁以下、小早川義則「デュー・プロセスと合衆国最高裁V」(成文堂、二〇一五年)一〇五頁以下、伊藤睦「証拠開示の運用と全面開示の展望」法律時報八五卷七号(二〇一三年)九七頁以下、拙稿・前掲注(8)四四卷二号三〇六頁以下、拙稿「憲法上要求される証拠開示」中央大学大学院研究年報三九号(二〇一〇年)二二九頁等参照。
- (12) *Mooney v. Holohan*, 294 U.S. 103 (1935).
- (13) *United States v. Agurs*, 427 U.S. 97 (1976).
- (14) *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667 (1985).
- (15) *Id.* at 682 (opinion of Blackmun, J.); *id.* at 685 (White, J., concurring in part and concurring in judgment).
- (16) *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419 (1995).
- (17) *Id.* at 434. 他方で、裁判結果に影響を及ぼす単なる可能性では足りない(ことはもとより、陪審の評決に「相当かつ不利益な (substantial and injurious)」影響があったといえるだけでも足りないとする。See, *id.* at 436.
- (18) *Id.* at 437.
- (19) その後もブレイディ法理を扱った合衆国最高裁判例はあるが、いずれも法理の内容を変更するものではない。
- (20) 但し、証拠が検察官の不正な偽証利用(検察官が偽証を知っていたか、知るべきであった場合)を示す場合は、エイガーズの通り、被告人に寛大な重要性の認定基準 (reasonable likelihood 基準) が適用されるとみられる。See, *Kyles*, 514 U.S. at 433; *Agurs*, 427 U.S. at 103-04.
- (21) 第一の見解のさらに詳細な内容と検討は、拙稿・前掲注(8)四五卷二号一八九頁以下参照。

被告人に有利な証拠の開示に関する憲法三二条の要求(三明)

- (21) See e.g., Christopher Deal, *Brady Materiality Before Trial: The Scope of the Duty to Disclose and the Right to a Trial by Jury*, 82 N.Y.U. L. REV. 1780, 1784 (2007).
- (22) See e.g., *Bagley*, 473 U.S. at 696 (Marshall J., dissenting).
- (23) See e.g., Victor Bass, Comment, *Brady v. Maryland and the Prosecutor's Duty to Disclose*, 40 U. CHI. L. REV. 112, 135-36, 140 (1972).
- (24) See e.g., *Bagley*, 473 U.S. at 698-99 (Marshall J., dissenting); Bass, *supra* note (24), at 136-40.
- (25) See e.g., *Bagley*, 473 U.S. at 698-99 (Marshall J., dissenting); Bass, *supra* note (24), at 136-40.
- (26) 指宿信「キーンン事件とテキサス州全面証拠開示法」刑弁入〇号(二〇一四年)一六五頁、ブルース・タリーンと「講演アメリカ合衆国に於ける検察官の証拠開示義務」一橋法學(二〇一四年)八六六頁以下参照。
- (27) See, generally, Jerold H. Israel, *Free-standing Due Process and Criminal Procedure: The Supreme Court's Search for Interpretive Guidelines*, 45 ST. LOUIS U. L.J. 303 (2001).
- (28) See, *United States v. Lovasco*, 431 U.S. 783, 790 (1977); *Medina v. California*, 505 U.S. 437, 451 (1992).
- (29) See, *Medina*, 505 U.S. at 443-44; *Dowling v. United States*, 493 U.S. 342, 352 (1990).
- (30) See, *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36, 61 (2004); *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308, 318 (1974).
- (31) 他ごの防衛準備目的の証言録取や文書提出命令の制度、公設弁護人事務所を設けるなどの方法が考えられることはなご。
- (32) See e.g., *United States v. Cronin*, 466 U.S. 648, 653-54 (1984). 惟橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』(信山社、一九九三年)一八九頁は「平事本論争主義の刑事裁判になごつた……弁護は必須不可欠」よつた。
- (33) See, *Mooney*, 294 U.S. at 112. See, Bass, *supra* note (24), at 133.
- (34) See, *Brady*, 373 U.S. at 87; *Agurs*, 427 U.S. at 110.
- (35) See, *Agurs*, 427 U.S. at 110-11; *Bagley*, 473 U.S. at 675 n.6; *Kyles*, 514 U.S. at 439; *Strickler v. Greene*, 527 U.S. 263, 281 (1999); *Banks v. Dretke*, 540 U.S. 668, 694, 696 (2004); *Cone v. Bell*, 129 S.Ct. 1769, 1772, 1782 (2009).
- (36) See, *Agurs*, 427 U.S. at 103, 111.
- (37) See, *Agurs*, 427 U.S. at 112-13; *Bagley*, 473 U.S. at 678; *Kyles*, 514 U.S. at 434-35.
- (38) Cf. Stephanos Bibas, *Brady v. Maryland: From Adversarial Gamesmanship Toward the Search for Innocence?*, in CRIMINAL PROCEDURE STORIES 129, 151-55 (Carol S. Steiker ed., 2006).
- (39) See, e.g., *Mooney*, 294 U.S. at 112; *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 172 (1952); *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711, 723-25 (1969); *United States v. Russell*, 411 U.S. 423, 431-32 (1973); *Arizona v. Youngblood*, 488 U.S. 51, 57-8 (1988).
- (40) 士米への正義と公正やだ、不正義と不正を通過して證據やだをさるなご。 See, John R. Lucas, ON JUSTICE (Oxford, 1980) 4-5.

- (41) See, Bruce A. Green, *Why Should Prosecutors 'Seek Justice'?*, 26 FORDHAM URB. L.J. 607, 612-14 (1999).
- (42) 「検察官は、通常の訴訟当事者の代理人ではなく、国 (sovereignty) の代理人である。……刑事訴追は、国の利益は、有罪を勝ち取るのではなく、正義に従った処遇がなされることである。……検察官は、……犯人が罪を免れず、無辜が処罰されないことを目指す法への奉仕者である。……誤った有罪判決を生じさせることを企図した不正な手段を差し控えることは、正当な有罪判決をもたらす為のあらゆる適法な手段を用いることに劣らず、検察官の義務である。」Barger v. United States, 295 U.S. 78, 88 (1935)。ブレイナイ法理を扱った主要な合衆国最高裁の判断は、「バーガーを直接又は間接的に使用してゐる。前掲注(35)参照。
- (43) See, e.g., A.B.A. MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT RULE 3.8 cmt. [hereinafter MODEL RULES]; A.B.A., CRIMINAL JUSTICE STANDARDS, PROSECUTOR FUNCTION, Std. 3-1.2, 3-1.3 (4th ed.) [hereinafter STANDARDS].
- (44) 尚、誤判による結論のみをもちて手続をマナー・プロセスに反して行ったことは必ずしも必ずしも見なされず。See, Bibas, *supra* note (38), at 153.
- (45) 例えば、証拠を基に主張・立証を組立てる責任を当事者が負うことは当事者主義の本質的要請と考えられる。検察官は信用性を欠くほどの真摯な心証を抱くものの、被告人に有利な供述をした者がいたので、その調書を開示したが、被告人側が同人を証人請求しなかったという場合に、検察官の側で証人請求をしなかったことがマナー・プロセス違反に至るとは通常考えられなく。See also, Bruce A. Green, *The Ethical Prosecutor and the Adversary System*, 24 CRIM. L. BULL. 126, 129-30 (1988).
- (46) See, Kytes, 514 U.S. 436-440.
- (47) 合衆国最高裁は当初からかかる理解をしていた訳ではない。エイガーズは本文で述べた限定を示唆し、またバグリーはブレイデイと当事者主義を対置する判示をよびなす。See, *Agurs*, 427 U.S. at 106-107; *Bagley*, 473 U.S. at 675.
- (48) See, *Kyles*, 514 U.S. at 440. 他、*Id.*「刑事訴追における当事者主義が……単なる闘争の次元 (gladiatorial level) に墮するべきでなく、かつ」という判示がみられる。*Id.* at 439. See also, *Strycker*, 527 U.S. at 281.
- (49) 合衆国最高裁も当事者主義をかかる効用から説明する判決が多く。See, e.g., *Herring v. New York*, 422 U.S. 853, 862 (1975).
- (50) See, e.g., *Roger J. Traynor, Ground Lost and Found in Criminal Discovery*, 39 N.Y.U. L. REV. 228, 228 (1964).
- (51) 被告人側への証拠開示は、抗弁の捏造や独自の証拠収集の懈怠を招き当事者主義による事実解明を妨げる慮もある。
- (52) 勿論、現代の訴追側の圧倒的優位さや開示の弊害への対処可能性等を挙げ、当事者主義による事実解明には検察官の能動的証拠開示を期待すべきだと論ずることは可能であるが、それには刑事手続の現状の幅広い実証的分析と政策的の衡量を要し、デュー・プロセス条項の解釈においてかかる検討に依拠しうるか疑問が残る。前掲注(28)を参照。
- (53) See, Abraham S. Goldstein, *Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure*, 26 STAN. L. REV. 1009, 1017 (1974); 1. Wayne R. LaFare, et al. CRIMINAL PROCEDURE § 1.5 (d) (4th ed. 2015). See, *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49, 54-55 (1949). 渥美東洋「刑

- 事手続の全体像」同編『刑事訴訟法』（青林書院、一九九六年）三頁以下参照。
- (54) 合衆国最高裁は当事者主義の刑事裁判が第六修正によって憲法上基礎づけられており、憲法の保障する公正な裁判の基本的内容をなすと解してゐる。See e.g., *Fareta v. California*, 422 U.S. 806, 818 (1975); *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 684–85 (1984).
- (55) 当事者主義の本質を被告人の尊厳や自律の尊重、被告人による手続の信頼と結論の受容、被告人への公正な等に見出す見解は少なからず。See, I LaFare, et al., *supra* note (53), § 1.5 (c) ¶ 152–64. 合衆国最高裁もこの判示している。「デモクラシーは人の初歩的な権利の尊重を含意する。従つて……政府は公正な実践しなければならぬ。……ある結論がある者の良心に照らし満足が得られるものだったとしても、それは結論の信頼性を証しない。……結論の妥当性と道徳的権威性は、結論に到達した方式に大きく左右される。……重大な不利益を被る危険に晒された者に対し、自己に不利な主張・立証について告知と反論の機会を与えることはど真実に到達する上で優れた手段は未だ考案されていなく。また……正義に従つた処遇がなされているとの実感を生じさせる上でこれほど優れた方法も未だ発見されていない」。See, *Lankford v. Idaho*, 500 U.S. 110, 121–22 (1991). この判示は、adversary systemの語は用いないが、第六修正が「告知と反論の機会」を被告人に保障する刑事裁判の当事者主義に最も強く妥当するはずである。また同判示は前述のケイルズの判示とも近似する。前掲注(48)の本文参照。
- (56) 以上に引くのは、渥美・前掲注(10)六一―三三章、高橋直哉「刑罰論と公判の構造」駿河台法学二二巻一号(二〇〇八年)七頁以下参照。See, Lucas, *supra* note (40) ch 1–2, 4, 6; Antony Duff, et al. *THE TRIAL ON TRIAL: VOLUME 3: TOWARDS A NORMATIVE THEORY OF THE CRIMINAL TRIAL* (Hart Publishing, 2007) 130–42.
- (57) 渥美・前掲注(10)三三章、堤和通「公判」渥美編・前掲注(53)一九五頁以下参照。
- (58) 当事者主義の本質は政府の主張への被告人の「挑戦」にあり、その手段を提供すべきことを強調したものであり、Francis Allen, et al. *REPORT OF THE ATTORNEY GENERAL'S COMMITTEE ON POVERTY AND THE ADMINISTRATION OF FEDERAL CRIMINAL JUSTICE* 10–11, 12, 26–29 (1963). 尚、抗弁の捏造を含め開示の弊害への対処が必要ならぬは別論として当然である。
- (59) See e.g., MODEL RULES, Rule 38 (a); STANDARDS, Prosecution Function, Std. 3–42.3–43.3–44.3–45.3.
- (60) See, *Borger*, 295 U.S. at 88. 裁判所による真相解明を補助するにのみならず職権主義の下での検察官の点で対照的である。
- (61) See e.g., STANDARDS, Prosecution Function, Std. 3–54.3–55. See also, LaFare, et al., *supra* note (53), § 20.3 (a).
- (62) See, MODEL RULES, Rule 38 (d); STANDARDS, Prosecution Function, Std. 3–54 (a) (c).
- (63) 横井大三他「特別座談会 刑事訴訟法五〇年の歩みと今後の課題」現代刑事法一号(一九九九年)二〇頁(渥美東洋教授の発言)・堤・前掲注(57)二〇三頁以下参照。尚、本文の当事者主義の理解の下でも、職権主義における客観義務の如く、検察官は被告人に有利・不利を問わず客観的に事件に関連する全て証拠の収集しておくべきだとまでは当然にはいえない。理想的な検察実務を示したとするABAスタンダードの検察官の証拠収集に関しては、被告人を利用すると思われれることを理由に証拠の収集を避けるべきでないこと定めるにとどまる。See, STANDARDS,

- Prosecution Function, Std. 3-54 (g). See also, Green, *supra* note (45), at 129.
- (64) 第二の見解のゆゑに詳細な内容や検討は拙稿・前掲注(50)四五巻四号一四〇頁以下参照。
- (65) See, Susan R. Klein, *Miranda Deconstitutionalized: When the Self-Incrimination Clause and the Civil Rights Act Collide*, 143 U. PA. L. REV. 417, 481-83 (1994); Klein, *Identifying and (Re)Formulating Prophylactic Rules, Safe Harbors, and Incidental Rights in Constitutional Criminal Procedure*, 99 MICH. L. REV. 1030, 1032 (2001) [hereinafter *Identifying*].
- (66) “ミランダ法理は第五修正の自己負罪拒否特権条項に基づき、身柄拘束下の取調べに黙秘権等の事前告知等を要求し、それらを欠いた場合には得られた供述を排除する原則である”。See, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). その特殊性は、合衆国最高裁が黙秘権の保護に十分効果的ならば州や連邦議会が代替策を採用し得ると明言し、また同法理が黙秘権侵害の予防策にすぎないとして細かな政策的衡量に基づき例外法理を柔軟に創出した点にある。See, *id.*, at 467; *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 444 (1974). 法原理的というより法政策的観点からその内容が決まる憲法原則を説明する理論として登場したのが憲法上の予防法理である。ミランダ法理と予防法理の様々な理解については、柳川重規「ミランダ法理の憲法上の意義について」法學新報一〇巻七八号(二〇〇三年)二七一頁参照。
- (67) See, David A. Strauss, *Miranda, the Constitution, and Congress*, 99 MICH. L. REV. 958, 972-74 (2001).
- (68) See, Klein, *Identifying, supra* note (65), at 1068.
- (69) See, Alafair S. Burke, *Revisiting Prosecutorial Disclosure*, 84 IND. L.J. 481, 509-19 (2009).
- (70) 合理的蓋然性の可能性の程度について、前掲注(17)と本文を参照。
- (71) See, *Agurs*, 427 U.S., at 108; *Kyles*, 514 U.S., at 439.
- (72) See, Burke, *supra* note (69), at 494-96.
- (73) See, Klein, *Identifying, supra* note (65), at 1061. 例えば、黙秘権の保護策として身柄拘束下の取調べを全面禁止することは明らかに不合理だと。
- (74) 黙秘権侵害の虞は身柄拘束下の取調べでは一般的に高いといえるのに対し、ブレイディ法理違反の虞は開示の要求される証拠が存在する事案では高いものの、全事案で一般的に高いとはいえない。
- (75) 渥美・前掲注(11)二二六頁以下、酒巻・前掲注(4)一〇七頁以下、同・前掲注(11)三九九頁以下、鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造(下)』(成文堂、一九九七年)四〇六頁以下参照。近年の動向は前掲注(26)と後掲注(104)参照。
- (76) 最判昭和三十七年二月二八日刑集一六巻二号一五九三頁。尚、憲法三七条一項のGHQ第一試案は、「逮捕の直後又は逮捕の後二四時間以内」に告知を受ける権利を定めていた。憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』(日本評論社、一九九七年)三五八頁。当局者が三七条全体をもって第六修正の予定する刑事裁判の構造を取り込もうとしていたのは明白であり、同規定の削除も告知自体を不要とした為とは考え難いことか

- らすると、告知の権利は三七条全体の目的に照らし保障されると解するほうが妥当だと思われる。渥美・前掲注(5)一〇頁参照。
- (77) 例えば、平野龍一『刑事訴訟法概説』(東京大学出版会、一九六八年)一一頁参照。尤もわが国では、憲法三七条との関係があまり意識されないが、当事者主義が捜査段階の被疑者の権利保障にも及び、適正手続と同義だと説明されることもある。松尾造也『刑事訴訟の原理』(東京大学出版会、一九七四年)三三七頁等参照。これを批判し、適正手続とは区別されるべきだとして、当事者主義を専ら当事者追行の訴訟形式を指すモデル論と位置づける見解もあるが、(鈴木茂嗣『適正手続』および『当事者主義』の観念について)『法学論叢』一〇二巻五・六号(一九七八年)六八頁、当事者主義を被告人が社会と科刑の理由を共有できるようにする手続として憲法が刑事裁判に採用したものとみる本稿の立場からは、当事者主義は単なる訴訟形式やモデル論にとどまらず、他方で捜査段階に直接及ばない点で適正手続とも区別されることになる。渥美・前掲注(5)一〇頁以下参照。
- (78) 例えば、酒巻・前掲注(4)二九〇頁、田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』(有斐閣、一九七二年)二四八頁以下、井戸田侃『刑事訴訟理論と実務の交錯』(有斐閣、二〇〇四年)一三九頁以下等参照。
- (79) 法三〇〇条も参照。現行法の国会審議の政府委員答弁でも、検察官が「純然たる攻撃機関」ではなく「多分に公益の代表者」の性格を有することを強調している。昭和三三年六月四日第二回国会衆議院司法委員会第二四号参照。
- (80) 最決昭和三四年二月二六日刑集一三卷一三三三三三三二頁、最決昭和五年二月一七日刑集三四卷七号六七二頁。
- (81) 「基本規程〔検察の理念〕最高検察庁平成三年九月制定。検察庁ウェブサイトを参照。
- (82) 小田中聰樹『現代刑事訴訟法論』(勁草書房、一九七七年)三二四頁、田宮・前掲注(78)二四五頁参照。
- (83) 勿論それは、職権主義の下で検察官が負う客観義務とは理論的根拠も内容も異なる。前掲注(45)、(60)、(63)を参照。
- (84) 法学協会編『註解日本国憲法(上巻)(改訂版)』(有斐閣、一九五三年)五八八頁。学説の状況に関しては、杉原泰雄「適法手続」芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(二)』(有斐閣、一九八二年)九一頁以下参照。
- (85) 最判昭和三七年一月二八日刑集一六卷一五九三三頁。但し、前掲注(76)参照。
- (86) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(弘文堂、一九八五年)三七二頁以下、四〇三頁、五四六頁以下参照。同見解は一九五二年のローチンの論理を基にしている。前掲注(39)参照。
- (87) 鈴木義男『刑事手続における平等志向』判タ四四四号(一九八一年)三八頁以下参照。佐藤欣子『取引の社会』(中央公論社、一九七四年)六五頁以下も参照。
- (88) 渥美・前掲注(5)二二〇頁以下、酒巻・前掲注(4)三三三三四頁も参照。
- (89) 布川事件や東電OL事件等の再審事案は、公訴提起に慎重で検察官の公益の代表性が強調されるわが国にも、裁判結果に影響する合理的蓋然性のある証拠が存在する事案があり、またそれらが必ずしも常に開示されている訳ではないことを疑わせる一資料であろう。

(90) 最決昭和五〇年五月二〇日刑集二九卷五号一七七頁は「確定判決における事実認定につき合理的な疑いをいだかせ、その認定を覆すに足りる蓋然性」としたが、これは「少なくとも五〇％以上の確度で誤判の疑いが生ずる」場合と解されている。田崎文夫「判解」『最高裁判所判例解説（刑事編・昭和五〇年度）』（法曹会、一九七九年）九〇頁等参照。前述の通りカイルズは、合理的蓋然性はそこまで高い蓋然性でないと言明している。前掲注(17)と本文を参照。

(91) 類型証拠・主張関連証拠の開示においては、証拠自体の証拠能力や信用性・証明力は基本的に考慮されず（酒巻・前掲注(9)一九頁以下参照）、被告人側への有利・不利も問われない。主張関連証拠の開示には証拠類型の限定もない。要件を満たす証拠の開示を担保する開示命令制度も整備されている（法三二六条の二六）。他方で検察官請求証拠以外の開示については常に、証拠を識別するに足りる事項と開示が必要な理由等を明示した開示請求が要件とされている（同条の一五第三項、同条の二〇第二項）。

(92) 岡慎一「段階的証拠開示制度の意義と課題」刑法雑誌五三卷三号（二〇一四年）三五二頁等参照。

(93) 尚、四一②でみた論理に照らせば、テュー・プロセス条項の要求する証拠開示は、公判での効果の利用が可能な時期までに行なわれれば足りると解されるので、憲法上の開示を公判前整理手続の開示に先行して行う必要はないと解される。

(94) 尚、裁判所が起訴後早期に当事者と打ち合わせを行い、その際、検察官に対し、典型的な類型証拠に当たる証拠を任意に開示するよう依頼する公判前整理手続の運用について、吉村典見「証拠開示に関する実務上の運用と課題」刑法雑誌五三卷三号（二〇一四年）三七六頁参照。

(95) 尤も一覽表の記載は簡略で一義的な事項に限られている（法三二六条の一四第二項―五項）。これは記載の正確性を巡る紛争や検察官の過度な作業負担の回避のためとされるが、開示請求漏れを防ぐことが現行法を前提としたときに憲法の要求する証拠開示の効果的保護策を実施する要だとすれば、一覽表の内容に関する求釈明や照会を許すなどの弾力的な運用は積極的に考えるべきだと思われる。大澤裕「証拠開示制度」法律時報八六卷一〇号（二〇一四年）五二頁等参照。

(96) 被告人側が検察官の打診を期して主張の具体化や開示請求を怠る虞があるが、主張と開示請求を具体的にした方が打診も得られやすい点でインセンティブは残っており、また被告人側が明らかにそうした戦術にでる場合は、検察官は警告の上、合理的蓋然性のある証拠の開示以外の能動的な措置は差し控えてよいだろう。

(97) 最決平成一九九年二月二五日刑集六一卷九号八九五頁。一連の判例については、安井哲章「公判前整理手続における証拠開示」法学新報一一七卷九・一〇号（二〇一一年）一〇三頁等参照。

(98) 酒巻・前掲注(9)二四頁以下。また川出敏裕「公判前整理手続における証拠開示の動向」刑ジャ二二号（二〇一〇年）四四頁以下も参照。

(99) 限定説に立てば、警察官の保管する証拠に憲法が開示を要求するものが存在した場合、開示の担保手段は裁判所の訴訟指揮権に基づく個別の開示命令のみとなる。酒巻・前掲注(9)二六頁参照。その場合、現行法の提示命令や即時抗告の規定の直接適用はなく、また憲法は複数の証拠を総合して評価したときに合理的蓋然性がある場合も開示を要求することからすれば（二(2)②参照）、憲法の要求する開示の実効性の担保

という観点からは心もとなない。

(100) 川出・前掲注(98)四五頁。また酒巻・前掲注(9)二二五も参照。

(101) 尚、検察官が現に保管・利用する証拠の範囲で開示すれば当事者の武器対等・実質的対等は実現し、それ以上の開示は当事者主義からは積極的に要請されないと解する向きもあるかもしれない。だが検察官と被告人が対等なのは確かにせよ、三二(3)(ii)で検討した通り、訴追者たる検察官と被告人とは予定されている役割が異なり、それを捨象し抽象的な当事者の対等性と証拠開示の範囲を直に結びつける論法には無理があるように思われる。渥美・前掲注(5)一一頁参照。武器対等や実質的対等は、広範な証拠開示を支える根拠として肯定的に認められることもあるが、当事者主義の下で検察官に期待すべきと考えられる証拠開示を制限する論拠にもなりうる点でミスリーディングな概念だと思われる。田宮・前掲注(78)二四八頁参照。

(102) その責任は捜査機関ではなく訴追者たる検察官にあると解すべきである。See *Kyles*, 514 U.S. at 437-40.

(103) 酒巻・前掲注(4)三一四頁もブレイディ法理について、「訴訟の過程におけるその実際上の意義は、検察官の訴訟活動が信義に則り公正に行われるべきであるという法曹倫理を、憲法に由来するより高次の義務もあると声明しただけにとどまっているようにも思われる」と評する。

(104) 合衆国でもブレイディ法理の実効性を担保する方策を必ずしも十分に開発できていないのは確かだが、二〇〇〇年代に入り、証拠開示に慎重な連邦においてもかかる観点から刑事訴訟規則改正の検討、司法省の開示方針の策定、法律案の提出等の真剣な取り組みがなされている。拙稿・前掲注(8)四六卷四号二〇八頁以下、グリーンら・前掲注(26)八六七頁以下参照。指宿信『証拠開示と公正な裁判(増補版)』(現代人文社、二〇一四年)一四〇頁以下、一七六頁以下参照。

[付記]

今日に至るまで椎橋隆幸先生に賜った温かいご指導とご厚恩には御礼の申し上げようもございません。先生のご学恩に僅かでも報いることができるよう、一層研究に精進いたします。

(日本大学法学部助教)