

自己負罪型司法取引の 量刑格差問題についての研究（2）

清水 拓 磨*

目 次

序 章

- 第1節 問題の背景
- 第2節 本稿の課題
- 第3節 研究方法

第1章 有罪答弁・答弁取引の概観

- 第1節 有罪答弁・答弁取引の概観を論じる意義
- 第2節 答弁と答弁取引の種類
- 第3節 答 弁 交 渉
- 第4節 答弁の受理
- 第5節 事実的基礎の確認
- 第6節 取 引 違 反
- 第7節 交渉中の供述・合意・有罪答弁後の供述の証拠能力
- 第8節 答弁の争い方
- 第9節 答弁取引と弁護士
- 第10節 答弁取引と検察官
- 第11節 答弁取引と裁判官
- 第12節 小 括

第2章 答弁取引の沿革

- 第1節 答弁取引の形成過程を論じる意義
- 第2節 有罪答弁・答弁取引の歴史の概観
- 第3節 有罪答弁の状況（19世紀初頭まで）
- 第4節 答弁取引の登場（特に19世紀初頭から20世紀初頭まで）
- 第5節 答弁取引の認知から批判（1920年代から1940年代まで）

* しみず・たくま 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

- 第6節 答弁取引の適法化へ(1950年代から1970年まで)
- 第7節 小 括 (以上, 385号)
- 第3章 自己負罪型司法取引による有罪答弁・自白の任意性についての検討
 - 第1節 問題の所在
 - 第2節 アメリカにおける議論
 - 第1項 主要判例
 - 第1 United States v. Jackson 判決
 - 第2 Brady v. United States 判決
 - 第3 Bordenkircher v. Hayes 判決
 - 第2項 従来の学説
 - 第1 任意性否定説
 - 第2 基準説 (以上, 本号)
 - 第3項 量刑格差の現状
 - 第4項 小 括
 - 第3節 日本における議論
 - 第4節 検 討
- 第4章 量刑格差の正当化根拠についての検討
- 終 章

第3章 自己負罪型司法取引による有罪答弁・ 自白の任意性についての検討

第1節 問題の所在

アメリカにおいては、既に第1章第4節第2項で確認した通り、答弁取引によるというだけで、有罪答弁の「任意性」は否定されない。このことは、連邦刑事訴訟規則11(b)(2)の規定からも明らかである²³⁴⁾。

しかし、被告人が、答弁取引に応じて、有罪答弁をする場合、公判に進

234) Federal Rules of Criminal Procedure 11(b)(2)は、以下のように規定する。「裁判所は、有罪答弁あるいは不抗争の抗弁を受理する前には、被告人を公開の法廷において直接に尋問し、当該答弁が暴力や脅迫、または(答弁合意の約束以外の)約束に基づくものでないことを確認しなければならない」。

んだ場合よりも、軽い処罰が下されるのが通例である²³⁵⁾。これを逆にいえば、取引に応じなければ、処罰が相対的に重くなる。すなわち、本来被告人の憲法上の権利である自己負罪拒否特権（日本では憲法38条1項、アメリカでは修正5条）や公判を受ける権利（日本では憲法32条、アメリカでは修正6条²³⁶⁾）を行使すれば、処罰が相対的に重くなるのである。これが量刑格差である。このような格差は、自己負罪拒否特権や公判を受ける権利の行使に相当な負担を掛ける。なぜなら、被告人がこれら権利を行使するには、処罰が重くなることを覚悟しなければならないからである。

日本において、自己負罪型司法取引を導入する場合にも、この問題を避けることはできない。なぜなら、当該取引は量刑格差を前提とするからである²³⁷⁾。

このような特徴を有する自己負罪型司法取引によって得られた有罪答弁や自白に、「任意性」を認めることはできるであろうか。仮に任意性を肯定できなければ、自己負罪型司法取引の導入は理論的に否定されることになる²³⁸⁾。

以上の問題意識の下、本章では、アメリカにおける答弁取引をめぐる「任意性」に関する議論を手掛かりに、自己負罪型司法取引によって得られる有罪答弁・自白に「任意性」が認められるのかを検証する。

235) 恩典の内容としては、第1章第2節第2項を参照。

236) ただし、序章で前述した通り、日本において自白を取引材料とする場合には、少なくともアメリカにおけるのと同じ意味での公判を受ける権利の保障の問題は生じない。

237) そもそも、取引に応じた場合に恩典が得られないのであれば、無罪となる可能性をほぼ捨ててまで、取引に応じる意味が、基本的には、被疑者・被告人にはない。このことが、量刑格差を生じさせる。

238) この問題の重要性は、日本においても従来から「約束による自白」の任意性が問題とされてきた事実から窺えよう。最高裁昭和41年7月1日第二小法廷判決刑集20巻6号537頁参照。

第2節 アメリカにおける議論

第1項 主要判例²³⁹⁾

前章でも述べた通り、英米法の歴史を長期的にみれば答弁取引を否定するのが、本流であった²⁴⁰⁾。その背景の1つには、答弁取引を認める必要性が相対的に低かったことがある。すなわち、事件処理に関して裁判所・検察に掛る負担は、答弁取引を認めざるを得ない程は、大きくなかった。しかし、アメリカでは、事件数の増加により、裁判所・検察の負担は増大した。加えて、Warren Court (1953-1969年)の下に、適正手続革命が生じた。これが原因となって、公判審理が長期化・複雑化し、その負担は一層大きいものになった。これを受けて、連邦最高裁の立場に変化が生じたのは、1970年のことである。すなわち、連邦最高裁は、1970年の *Brady v. United States* 判決²⁴¹⁾によって、暗黙裡に行われてきた答弁取引の合憲性を全員一致で肯定したのである。

もっとも、この判決の2年前にあたる1968年において、量刑格差を認めていた当時の連邦拐取法の死刑規定を違憲とする判断が、連邦最高裁 *United States v. Jackson* 判決²⁴²⁾で示されている。*Brady* 判決においても、この *Jackson* 判決との関連性が問題となった。そのため、まずは、この判決から確認する。

239) アメリカにおける答弁取引に関する連邦最高裁判例の詳細な紹介として、小早川義則「デュー・プロセスと司法(答弁)取引——合衆国最高裁判例を中心に——」*桃山法学* 2号61-146頁(2003年)。

240) 詳細は第2章を参照。

241) *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

242) *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570 (1968). 日本における *Jackson* 判決の紹介として、小早川・前掲注 239) 134-138頁。

第1 United States v. Jackson 判決

1 事案の概要

事案の概要は、次の通りである。1966年、被告人 Jackson を含む3名らは、大陪審によって正式起訴された。訴因としては、ある人物を誘拐して、コネティカット州からニュージャージー州へ移送し、身代金目的で拘束して、釈放時に負傷させていたことが挙げられた。

この犯罪につき、当時の連邦拐取法（the Federal Kidnapping Act）の下では、死刑は、陪審がそれを勧告した場合にのみ科される仕組みとなっていた。そのため、被告人が有罪答弁を行えば、必ず死刑を回避することができた。

このような仕組みの下では、被告人が陪審公判を受ける権利や自己負罪拒否特権を行使するのに、相当な負担が掛ってしまう。なぜなら、これらの権利を行使するには、死刑を受ける覚悟を要するからである。本件においては、この連邦拐取法の合憲性が問題となった。

原審は、陪審公判を受ける権利の自由な行使を害することを理由に、連邦拐取法を違憲であると判示した²⁴³⁾。これに対して、検察側は直接、連邦最高裁に上訴をした。

これを受けた連邦最高裁は、当時の連邦拐取法の死刑規定を、違憲であると判示した。その理由としては、当該死刑規定によって、自己負罪拒否特権や陪審公判を受ける権利の行使が抑止されることが挙げられた。もっとも、結論としては、死刑規定が違憲であるとしても、法律自体が違憲となることはないという理由により、破棄差し戻しとされた²⁴⁴⁾。

2 判旨——Stewart 判事執筆

「ここでの問題は、陪審の面前で自己の罪を争う権利を行使する被告人に対してのみ死刑が適用される制度が、憲法上許されるか否かである。そ

243) United States v. Jackson, 262 F. Supp. 716.

244) United States v. Jackson, 390 U.S. at 570-572.

のような規定は、当然に、有罪答弁をしないという修正5条の主張を妨害し、陪審公判を要求する修正6条の権利の行使を抑止する不可避的な効果に伴う²⁴⁵⁾」。

法廷意見は、続けて、その不可避的な効果によって違憲となるのは、以下の場合であるとする。「憲法上の権利を行使する被告人にペナルティを科すことによって権利主張を抑止すること以外に目的や効果を持たないなら、そのような規定は、明らかに憲法に反する。しかし、検察側が指摘する通り、死刑の適用を陪審が死刑を勧告する事件に限定することには、他の目的がある。すなわち、極刑をあらゆる事件に科すという一層ドラステックな選択を避けるという目的を持っている。この意味で、連邦拐取法に規定される選択的な死刑手続は、議会が定めようとした一層極端に厳格な処罰を改善するものと見ることができる²⁴⁶⁾」。

しかし、他の目的がある場合であっても、以下の場合には違憲となるとする。「当該法律は『刑罰の厳格さを軽減するために』運用されているので、全面的に争わないように被告人を誘引するという付随的な効果があり得るとするのは見当違いであると、検察側は提案する。当裁判所はこれに賛同することはできない。……(中略)……。問題は、抑止効果が意図的ではなく『付随的な』ものであるか否かではない。問題は、その効果が、必要であり、それ故、不当であるか否かということにある。この事件において、その答えは明らかである。議会は、当然に、極刑の厳格さを軽減することができる。死刑を科す場合を陪審が勧告する事件に限ることは、まったくもって適法なものである。しかし、当該目的は、有罪答弁をせず陪審公判を要求する被告人にペナルティを科すことなしに、達成し得る。例えば、若干の州においては、無期拘禁刑か極刑かの選択は、被告人の有罪がどのように決定されたかに関わらず、あらゆる事件において、陪審に委ねられている。このような、または他の選択肢等の利用可能性に鑑みると、

245) Id. at 581.

246) Id. at 581-582.

連邦拐取法の選択的死刑規定は、かかる表面上の目的によって、正当化され得ないのは明らかである。連邦拐取法違反に対して、死刑を科す議会の権限がどうであれ、議会は、憲法上の権利主張に不必要にペナルティを与える方法で、そのような刑を科すことはできない²⁴⁷⁾」。

3 判例の理解

Jackson 判決では、「陪審の面前で自己の罪を争う権利を行使する被告人に対してのみ死刑が適用される制度が、憲法上許されるか否かを²⁴⁸⁾」決定する上で、量刑格差が被告人の権利行使に与える実質的效果が考察された。

前述の通り、本件で問題となった連邦拐取法の下では、死刑は、陪審がそれを勧告した場合にのみ、科される仕組みとなっていた。そのため、陪審公判を受ける権利を行使するには、被告人は死刑を受ける覚悟をする必要があった。このような仕組みをもつ死刑規定は、自己負罪拒否特権や陪審公判を受ける権利の行使を抑止する効果を必然的に伴う。Jackson 判決において興味深いのは、連邦最高裁として、この点を明確に確認したことにある²⁴⁹⁾。そしてその上で、一定の場合には、当該規定が無効になることが認められた。もっとも、「妨害」や「抑止」が必然的に有罪答弁を無効にするという論法は採られなかった。では、いかなる場合に規定は無効とされるのか。

Jackson 判決は、権利放棄を促進する規定の合憲性を、以下の基準で判断している。(1)もし当該規定が、憲法上の権利の行使を選択する者を処罰することによって権利主張を抑止すること以外に目的や効果を持たないなら、当該規定は明らかに違憲であり²⁵⁰⁾、(2)もし法の目的が正当な政府利益に資するものであり、かつ諸権利への結果として抑止効果が必要であ

247) Id. at 582-583.

248) Id. at 581.

249) Ibid.

250) Ibid.

りかつ過剰でないならば、当該規定は合憲であり²⁵¹⁾、(3)もし当該規定の抑止効果が「不必要であり、それ故、不当である」ならば、違憲となる²⁵²⁾。

本件において、検察側は、陪審の勧告後にのみ死刑を科すことは、全事件において死刑を科すことを避けるという正当な政府利益になると主張した。これに対して、連邦最高裁は、その目的は、陪審公判を選択した被告人を重く処罰しなくても達成できるから、(3)当該死刑規定の抑止効果は不必要であるとして、当該規定を違憲とした。

Jackson 判決は、直接的には、当時の連邦拐取法の死刑規定を違憲と判示したものであるが、この判決から重要な示唆を窺取することができる。それは、自己負罪拒否特権や陪審公判を受ける権利の行使に負担を掛ける制度が正義に反するとされた点である²⁵³⁾。

第 2 Brady v. United States 判決²⁵⁴⁾

以上のように、1968年には、自己負罪拒否特権や陪審公判を受ける権利

251) Id. at 582.

252) Steven S. Nemerson, Coercive Sentencing, 64 Minn. L. Rev. 669, 709 (1980).

253) id. at 710. ところで、Jackson 判決からは、どの程度の権利行使に対する抑止が許されないのかは判然としない。この点につき、連邦最高裁は、Corbitt v. New Jersey, 439 U.S. 212 (1978) 判決で、第 1 級殺人につき陪審による有罪判決が下されれば必要的無期拘禁刑が科されることになっていた一方、不抗争の抗弁を行えば、裁判所は第 1 級、第 2 級を決定することなく、無期または30年以下の拘禁刑が科されることになっていたニュージャージー州の法律につき、以下の判断を示している。Jackson 判決との「主な相違は、公判を断念しこの事件の訴因につき答弁を行うようにする圧力が Jackson 判決のものと異なる。第 1 に、この事件においては『重大かつ修復しえない点に特性をもつ』死刑が下されることはない。……(中略)……。ニュージャージー州法の下では、殺人に対する最高刑が、死刑ではなく無期拘禁刑であるというのは、重大な影響を及ぼす事実である。さらに、Jackson 事件においては、最高刑が科されるリスクは、有罪答弁によって回避し得た。この事件においては、陪審が第 1 級殺人で被告人を有罪と認定すれば処罰は無期拘禁刑であるが、この処罰のリスクは不抗争の抗弁によって完全には回避し得ない。なぜなら、答弁を受理する裁判官が無期期間を科す権限を有するからである」。Id. at 217. そして、結論として当該規定は違憲とされなかった。

254) Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970). 日本における Brady 判決の紹介として、宇川春彦「司法取引を考える(8)」判例時報1596号29-33頁(1997年)、南迫葉月「協

の行使に負担を掛ける当時の連邦拐取法の死刑規定が違憲であると判示されていた。しかし、その2年後に、連邦最高裁は方向性を一転させる。すなわち、連邦最高裁は Brady 判決で答弁取引の合憲性をはじめて肯定したのである。

Brady 判決において驚くべきは、答弁取引に応じなければ死刑を受けるとの危険があったという状況において有罪答弁がなされたとしても、その答弁を無効としなかった点にある。

1 事案の概要

事案の概要は、次の通りである。1959年、被告人 Brady は、陪審が勧告した場合にのみ最高で死刑判決が下される危険があった当時の連邦拐取法の誘拐致死傷罪で有罪答弁を行った（この連邦拐取法の死刑規定は、先の Jackson 判決で違憲とされた）。被告人には弁護人が付されており、当初は無罪答弁をしていた。ところが、共犯者が有罪答弁を行い、被告人に不利な証言をすることが露わになった後、被告人は有罪答弁を行うに至った。その際、事実審裁判官は、有罪答弁を受理する前に、2度、被告人に有罪答弁の任意性について尋問した。被告人が任意性を肯定したことから、裁判官は答弁を受理して、50年の拘禁刑に処した（後に30年とされた）。

1967年、被告人は有罪答弁の任意性が欠けることを理由に、ニューメキシコ地区連邦地方裁判所に対して、非常救済手続を求めた。その理由として、有罪答弁が 18 U.S. C.S. § 1201(a)の死刑規定によって強制されたこと、弁護人が被告人に不当に圧力を加えていたこと、有罪答弁は弁護人に勧められたものであることから有罪答弁の任意性が否定されることが挙げられた。審理の後、同裁判所は、1201(a)は合憲であると判示し、弁護人は被告人に不当な圧力を加えておらず、答弁が任意かつ知悉してなされたものであり、被告人が有罪答弁をしたのは、当該法律によるのではなく、

ㇿ議・合意制度における虚偽供述の防止についての研究（二）」法学論叢181巻1号122-125頁（2017年）、小早川・前掲注239）116-126頁。

共犯者の行動によるものであると判示し、救済を認めなかった。これに対して、被告人は控訴した。

これを受けた第10巡回区連邦控訴裁判所²⁵⁵⁾は、答弁が任意にされたものであることは、実質証拠によって支えられるとした上で、前述の Jackson 判決によっても、結論に変化はないと判示した。これに対して、被告人は、裁量上告の申し立てを行った。

これを受けて、連邦最高裁は、連邦控訴が Jackson 判決に依拠しつつ、Jackson 判決とは反対の結論に達しているという主張を検討するため、裁量上告の申し立てを受理した。

2 判旨——White 判事執筆

(1) Jackson 判決に関して

「Jackson 判決は、死刑の可能性を懸念してなされた全ての有罪答弁が不任意な答弁となると判示していないし、そのようにしてなされた有罪答弁が、不任意であるか否かを問わず、無効であると判示していないのは、明らかであるように思われる。Jackson 判決は、§ 1201(a)の下、死刑を科すことを禁止したが、有罪答弁が『任意』かつ『知悉 (intelligent)』したものであれば有罪答弁は有効であることを繰り返しており、当該判決は、有罪答弁の有効性を判断する基準を形成するものでなければ、それゆえ形成される当該基準の新たな適用を命じるものでもなかった²⁵⁶⁾」。

(2) 有罪答弁の法的性格とそれゆえ要求される条件

「有罪答弁は慎重な態度をもってのみ受理されるべき重大かつ厳粛な行為である、ということは古くから認められてきた。有罪答弁の核心にあり、被告人に不利な判決を下す根拠は、被告人が起訴状で告発される行為を犯したという公開の法廷における被告人の承認である。このように、被

255) United States v. Brady, 404 F2d 601 (1968).

256) Brady v. United States, 397 U.S. at 747.

告人は、自己に対する不利益証人となるのであるから、修正5条によって、有罪答弁を強制されないことを保障されている。それゆえ、有罪答弁が被告人自身の選択という任意の表現であることが、最低限の要件である。しかし、有罪答弁は、単に過去の行為の承認ではない。すなわち、それは、有罪判決が公判を開くことなく下されること——陪審又は裁判官の面前での公判を受ける権利の放棄——に対する被告人の同意なのである。憲法上の権利の放棄は、任意であるだけでなく、関連する諸状況及び生じ得る結果を十分に認識してなされる知悉した行為でなければならない。Bradyの有罪答弁は、いずれの点においても、無効ではなかった²⁵⁷⁾」。

（3）総合考慮

法廷意見は、任意性に関して、以下のように判示する。「Bradyの有罪答弁の任意性は、それを取り巻く全ての関連事情を考慮することによってのみ判断され得る。それらの事情の1つとしては、公判後の有罪評決に従えばより重い処罰がなされるという可能性があった²⁵⁸⁾」。「被告人は、公判及び有罪の評決後に科される処罰よりも、有罪答弁が、軽い処罰という結果に繋がるという可能性ないし確実性がなければ、決して有罪答弁をしないかも知れない。しかし、無罪から有罪、及び、公訴事実の罪に法定されたより重い処罰を受けるといった広範な可能性に直面するよりも〔つまり、陪審公判を選ぶよりも〕、確実な軽い処罰あるいはその可能性を確保したいという願望によって動機付けられる場合でも、そのような有罪答弁は、修正5条の下、それが常に強制されたものであって無効であると判示することはできない²⁵⁹⁾」。

257) Id. at 748. なお知悉性の意味内容に関しては、第1章第4節第1項を参照。

258) Id. at 749.

259) Id. at 751. 括弧内は筆者。

(4) Bram v. United States 判決との異同

そして、「約束による自白」の任意性を否定した1897年の Bram v. United States 判決²⁶⁰⁾と矛盾しない理由として、以下の判示がなされた。「Bram 判決は、拘禁中の被告人が、弁護人の援助もなく単独でなした自白を扱った。そのような状況の下では、わずかな寛大処分の約束でさえ、自白を排除するのに十分であるとみなされた。それは、約束が違法な行為であったという理由ではなく、そのような状況下の被告人はあまりに誘引に敏感であり、被告人に対する影響が無視できない程大きく、その評価も非常に困難だからである²⁶¹⁾」。これに対して、Brady は、「脅迫や約束に服することはなかった。彼には資格ある弁護人が付されており、有罪答弁と公判審理のそれぞれの得損を比較考量する完全な機会が与えられていた。見せかけにすぎない実体を伴わない利益に、衝動的かつ考えなしに飛びつく危険はなかった。Brady の有罪答弁は、公開の法廷において、有罪答弁に関する法律上の要件に明らかに留意している裁判官の面前でなされた。Brady の答弁は、Bram 自白と異なり、任意というべきである」。

(5) 任意性の基準

「有罪答弁の任意性に関する基準は、基本的には、第5巡回区連邦控訴裁判所の Tuttle 裁判官によって定義されたものでなければならない²⁶²⁾」。「裁判所、検察官、または自身の弁護人によって提示された約束の有する実際の価値を含め、直接結果を十分に認識した者によりなされる有罪答弁は、脅迫（違法なハラスメントをやめることの約束）、不実表示（履行されないあるいは履行不可能な約束を含む）、あるいは、検察官の職務と正当な関係を持たないような、その性質上違法な約束（例えば、買収）によって誘引さ

260) Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

261) Brady v. United States, 397 U.S. at 754.

262) Id. at 755.

れたのでない限り、維持されなければならない²⁶³⁾。そして、「この基準の下では、有罪答弁は、単に、死刑が下される可能性を避けるために提出されたというだけでは、無効とならない²⁶⁴⁾」と判示した。

3 判例の理解

(1) 従来の判例における Brady 判決の位置づけ

有罪答弁や自白等の自己負罪供述を獲得する方法の1つとして、「取引」や「約束」が考えられる。しかし、Brady 判決まで、そのような手法を利用することは許されないと考えられていた。なぜなら、「約束」はそれだけで任意性を否定する理由となるからである²⁶⁵⁾。これに対して、Brady 判決は、取引的性質を任意性の判断要素の1つとして位置付け、本件においては、主として弁護人の存在²⁶⁶⁾を理由に、任意性を肯定した。この点に、Brady 判決の意義がある。

当該判決は、「約束による自白」の任意性を否定した Bram 判決との相違について検討している。Bram 判決においては、自白の「証拠能力が認められるためには、自白は、自由かつ任意でなければならない。すなわち自白は、何らかの種類の脅迫や暴行によって引き出されてはならず、わずかなものであっても、直接または黙示の約束によって、あるいは不当な影響の行使として獲得されてはならない」と判示されていた²⁶⁷⁾。

Bram 判決の意義は、当該判決まで必ずしも明らかでなかった、修正5条の保障が身体拘束中の取調べにも及ぶのかという問題につき、これを肯定し、「約束による自白」が修正5条に反すると判示した点にある²⁶⁸⁾。し

263) Id. at 755.

264) Id. at 755.

265) 自白については、Bram v. United States, 168 U.S. at 543-544 を参照。

266) アメリカにおいて答弁交渉を行うのは、基本的には、弁護人である。第1章第3節及び同章第9節を参照。

267) Bram v. United States, 168 U.S. at 543-544.

268) その後、Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) 判決も、修正5条の保障が身体拘束

かし、「約束による自白」を排除する点については、判例法理の歴史はさらに深い。Brady 判決は、過去約200年間の任意性に関する判例の立場を変更するものであった²⁶⁹⁾。

例えば、1896年には、連邦最高裁 Wilson v. United States 判決²⁷⁰⁾で、自白は「それが、いかなる脅迫、約束、あるいは希望又は利益の促進の下でなされるなら、証拠能力が否定される²⁷¹⁾」と判示されていた。その上で、「証拠能力の真なるテストは、自白が自由かつ任意に、そしていかなる種類の強制または誘引もなくなされたか否かである²⁷²⁾」とされた。もっとも、Wilson 判決は、不任意自白排除の根拠の理解につき、前述の Bram 判決とは一線を画している。この判決は虚偽証拠であることを理由に、不任意自白を排除する。この点で、不任意自白排除の根拠を修正5条の自己負罪拒否特権に求める Bram 判決とは異なる。ただ、結論としては、約束による自白の任意性が否定されている。

さらに遡れば、18世紀末にイギリスで成立した自白法則をアメリカにおいて連邦最高裁が初めて採用した1884年の Hopt v. Utah 判決²⁷³⁾がある。この判決では、自白に任意性が認められるためには、「自白が報酬の希望 (hope of reward) あるいは処罰の恐怖によって影響されてはならない²⁷⁴⁾」と判示された。ここでも、不任意自白排除の根拠は、自白の虚偽性に求め

ㄨ中の取調べに及ぶのかという点につき、Bram 判決で「既に解決済みとみることも可能である」として、改めてこの点を確認した。Id. at 461.

269) Albert W. Alshuler, The Supreme Court, the Defense Attorney, and the Guilty Plea, 47 U. Colo. L. Rev. 1, 51 (1975) [hereinafter Alshuler Supreme Court]. なお、Arizona v. Fulminante, 499 U.S. 279, 285 (1991) で、法廷外の自白についても、Bram 判決は変更された。日本における Fulminante 判決の紹介として、加藤克佳「強制された自白の許容とハームレス・エラー理論の適用 Arizona v. Fulminante, 499 U.S.—, 111 S.Ct. 1246 (1991)」愛知大学法学部法経論集133号27-37頁 (1993年)。

270) Wilson v. United States, 162 U.S. 613 (1896).

271) Id. at 622.

272) Id. at 623.

273) Hopt v. Utah, 110 U.S. 574 (1884).

274) Id. at 584.

られた。

しかも、イギリスにまで目を向ければ、少なくとも1783年には、「約束による自白」の任意性を否定する判例法理が確立されていた²⁷⁵⁾。すなわち、イギリスの判例である *Rex v. Warickshall* 判決において、「甘言で生じた期待や拷問への恐怖によって強制された自白は、それが有罪認定の証拠として考慮される場合には、それに対していかなる信用性も与えられるべきでないほど疑わしいものとなるので、排除されなければならない²⁷⁶⁾」とされた。ここでも、不任意自白を排除する根拠は、自白の信用性の低さという虚偽の危険性に求められたが、結論としては、利益誘導による自白の任意性が否定されている。

したがって、*Brady* 判決が、取引（約束）による有罪答弁（自白）の任意性を、結論として肯定した点は、過去約200年間の判例の立場を変更するものであった。

（2）任意性の判断基準

Brady 判決は、有罪答弁の任意性の要求根拠を、修正5条の自己負罪拒否特権に求めている²⁷⁷⁾。

その上で、直接結果を十分に認識した上でなされる有罪答弁は、「脅迫（違法なハラスメントをやめることの約束）、不実表示（履行されないあるいは履行不可能な約束を含む）、あるいは、検察官の職務と正当な関係を持たないような、その性質上違法な約束（例えば、買収）によって誘引されたのではない限り²⁷⁸⁾」その任意性が認められるとする。すなわち、脅迫等の例外的な事由がない限り、「知悉性」さえ満たせば、「任意性」を肯定する論理を採用している。

275) *Alschuler* Supreme Court, *supra* note 269, at 52.

276) *Rex v. Warickshall*, 168 Eng. Rep. 234 (Cr. Cas. 1783).

277) この点の指摘として、宇川・前掲注254) 31頁。

278) *Brady v. United States*, 397 U.S. at 755.

前述の公判廷外の自白を評価する上で歴史的に適用されてきた「約束による自白」の任意性を否定するルールを、有罪答弁にまで適用すると、全答弁取引による有罪答弁の任意性が否定されることになる。この結果は、第2章でも確認した通り、実務の崩壊を招きかねないと危惧された。ここで、連邦最高裁は、難問に逢着したわけである。すなわち、実務上は答弁取引を認めざるを得ないという認識が既に醸成されていたが、連邦最高裁自身が、「約束による自白」の任意性を、既に Bram 判決で否定していたため、それとの整合性をいかに取るかが問われたわけである。

そこで、例えば、「有罪答弁」と「自白」の性質上の違いに着目して、従来の判例との整合性を説明することも考えられた。すなわち、約束による「自白」は許されないが、取引による「有罪答弁」は許されるという説明である。例えば、「反対者は、……(中略)、有罪答弁が法廷外の罪の自白と同じであり、自白を規律するルールに従って考慮され扱われなければならないと判断している点で、致命的で基本的な誤りを犯している。……答弁は、自白ではない。それは、有罪評決(conviction)なのである²⁷⁹⁾」と説明されることがある。

しかし、この見解に対しては、「自白が自己に罪を帰せる単なる証拠であるのに対して、有罪答弁が『有罪評決』であるという事実は、有罪答弁が自白よりも寛大な基準によって規律されるべきことを示すものではない²⁸⁰⁾」という反論がある。「有罪答弁が殺害(kills)であるのに対して、自白が傷害(wounds)に過ぎない²⁸¹⁾」ということは、有罪答弁の任意性が一層強く保障されなければならない理由になるのである²⁸²⁾。

Brady 判決も、Bram 判決との整合性を説明する際、かかる「有罪答

279) Shelton v. United States, 246 F.2d 571, 576 (5th Cir. 1957) (Hutcheson, C.J., (concurring), rev'd per curiam on confession of error, 356 U.S. 26 (1958)).

280) Alschuler Supreme Court, supra note 269, at 52.

281) Amsterdam, Address to the National Legal Aid and Defender Association (1967) (unpublished) reprinted from Alschuler Supreme Court, id, at 52.

282) Alshculer Supreme Court, id, at 52.

弁」の任意性と「自白」の任意性は異なるという単純な考えには依らなかつた。Brady 判決は、有罪答弁の任意性を肯定する事情として、弁護人の存在に言及した。

（3） 批 判

これに対して、Albert W. Alschuler は、Brady 判決が弁護人の有無により Bram 判決と区別したことは妥当でないと批判する。Alschuler の主張によれば、弁護人の存在は、答弁の「知悉性」を担保するものであって「任意性」には関係がない²⁸³⁾。その例として、ガンマン事例を挙げる。銃を突きつけられてする有罪答弁は、弁護人がどのように銃が発射されるかを説明したところで、不任意であるのと同じく、Brady 事件においても、公判を選択すれば死刑になる可能性があることを弁護人が説明したところで、利益約束の強制的性質を排除するものではないと説く²⁸⁴⁾。

第3 Bordenkircher v. Hayes 判決²⁸⁵⁾

以上のように、連邦最高裁は、Brady 判決で、アメリカの歴史上はじめて答弁取引の合憲性を肯定した。ここから、答弁「取引」自体を行うことは許容された。もっとも、その取引の交渉過程において、検察側が「取引に応じなければ、より重い犯罪事実で起訴するぞ」といういわば脅迫行為をすることまで許容されるかは判然としなかつた。この点につき答えたのが、1978年の Bordenkircher v. Hayes 判決である。連邦最高裁は、この判決で、量刑格差による脅迫行為すら許容した。

283) Id. at 55.

284) Id. at 47.

285) Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978). 日本における Hayes 判決の紹介として、南迫・前掲注 254) 125-130頁、小早川・前掲注 239) 83-90頁。

1 事案の概要

事案の概要は、次の通りである。被告人は、総額88ドル30セントの偽造小切手行使の罪で、大陪審によって正式起訴された。弁護人の立会いの下、答弁交渉が行われた。そこで検察官は、起訴事実につき有罪答弁をすれば5年の刑を求刑すると、取引を持ち掛けた。その際に、取引に応じなければ、過去に言い渡された2件の重罪判決を理由として(累犯加重)、ケンタッキー州の常習犯罪者法の基での正式起訴を陪審に求めるという脅迫行為を行っていた。前者の刑期が2年から10年であったのに対して²⁸⁶⁾、後者は必要的無期刑であった²⁸⁷⁾。結局、被告人は取引に応じなかった。そのため、検察官は常習犯罪者法の下での正式起訴状を獲得して、被告人には、無期拘禁刑が言い渡された。州での上訴が尽き、被告人は、連邦地裁に人身保護令状の発付を申し立てた。しかし、量刑及び起訴手続に憲法違反はないとして、令状発付は否定された。

第6巡回区連邦控訴裁判所は、「答弁取引が今日刑事訴訟制度において主要な役割を担っている²⁸⁸⁾」ことを認めた。しかし、答弁交渉における検察官の行為が、Blackledge v. Perry 判決²⁸⁹⁾の原理に反する²⁹⁰⁾と判示し(裁量権の報復的行使)、「偽造小切手行使罪でのみ適法に科される刑による拘禁を除き」、被告人の刑の取消しを命じた²⁹¹⁾。

Perry 判決では、被告人は、当初、軽罪である暴行罪で起訴されて、有罪判決を受けた。これに対して、被告人が上訴をしたことから、検察官が重罪である殺意ある暴行 (assault with intent to kill) で再度起訴した。この事案につき、連邦最高裁は、被告人が上訴権を行使したことに対して処罰

286) Ky. Rev. Stat. § 434.130 (1973) (repealed 1975).

287) Ky. Rev. Stat. § 431.190 (1973) (repealed 1975) は、重罪で3度有罪とされた者には、必要的無期拘禁刑を科すことを規定していた。

288) Hayes v. Cowan, 547 F.2d 42, 43 (6th Cir. 1976).

289) Blackledge v. Perry, 417 U.S. 21 (1974).

290) Hayes v. Cowan, 547 F.2d at 45.

291) Id. at 44.

を重くすることは、「報復」の現実的可能性があるとして、適正手続に反すると判示した²⁹²⁾。

これに基づいて、Hayes 連邦控裁は、「検察官は、答弁交渉の過程において、被告人に対して起訴事実につき譲歩を申し出ることができるが、被告人が公判へ進むことを望めばより重い犯罪事実で訴追するという結果をもって、被告人を脅迫することは許されない²⁹³⁾」と判示した。そして、「もし答弁交渉が失敗に終わった場合に、検察官がより重い犯罪で訴追すれば、より重い犯罪で訴追する唯一の理由が報復であると強く推定されるので、検察官は自己の行動を正当化することを要請されるべきである²⁹⁴⁾」と判示した。

2 判旨——Stewart 判事執筆（5対4で控訴審判決を棄却）

(1) Perry 判決との異同

法廷意見は、Perry 判決との異同につき、以下のように判示する。Perry 判決は、「ももとの有罪判決を攻撃する法律上の権利を行使することを選択した被告人に対して、訴追側が一方向的に処罰を科すことを扱った。しかし、その状況は、『ほぼ間違いなく比較的に同等の交渉権限を有する、検察官と被告人との間の答弁取引に通常みられる互譲（give-and-take）の交渉とは全く異なる²⁹⁵⁾』²⁹⁶⁾」とする。

(2) 取引に応じなければ、より重い処罰の危険に直面させることができる理由

その上で、「法が明らかに認めている行為をしたことを理由に処罰することは、最も基本的な種類の適正手続違反である。自己の法律上の権利に依拠した人にペナルティを科すことを目的とする一連の行為を訴追側が追

292) Blackledge v. Perry, 417 U.S. at 27-29.

293) Hayes v. Cowan, 547 F.2d at 44.

294) Id. at 45.

295) Parker v. North Carolina, 397 U.S. 790 (1970).

296) Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. at 362-363.

求することは、『明らかに憲法に反する』。しかし、『互譲 (give-and-take)』の答弁取引においては、被告人が検察官の提案を受け入れるか拒否するかを自由に選べる限りにおいて、そのような処罰ないしは報復の要素はない²⁹⁷⁾』とする。

また、「被告人をより重い処罰の危険に直面させることは、『被告人の公判を受ける権利の主張を委縮させる効果をもたらし得ることは明らかであるが、これらの困難な選択を課すことは、不可避的な』——かつ許容し得る——『答弁交渉を許容して奨励する正当な制度の属性』である。その結果、答弁交渉を許容し奨励することによって、当裁判所は、取引における検察官の利益が被告人に対し無罪答弁をする権利を放棄するよう説得することにあるという単純な事実を、憲法上正当なものとして受け入れてきた²⁹⁸⁾』と判示する。

3 反対意見

Hayes 判決には、2つの反対意見が付されている。Blackmun 判事は、その反対意見²⁹⁹⁾の中で、常習犯罪者法に基づく起訴には報復があったとして、連邦控裁の判決を是認している³⁰⁰⁾。「この事件において、Pearce 判決³⁰¹⁾や Perry 判決で考えられたのと同程度の報復があった。検察官が新たに起訴をする唯一の理由は、被上訴人(被告人)が公判を受ける権利を行使することを抑止すること」であったとして、最初の起訴に関する答弁交渉が失敗に終わる場合、「第2の起訴によって、同一の行為につき、より重い犯罪で訴追することは、報復であることの『強力な推定』を生じさせる³⁰²⁾』とする。そして、最初の起訴事実より重い犯罪事実で起訴す

297) Id. at 363.

298) Id. at 364.

299) この反対意見には、Brennan 判事と Marshall 判事が同意している。

300) Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. at 366-368.

301) North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711 (1969).

302) Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. at 367. 括弧内は筆者。

るには、公判を受ける権利の行使を抑止すること以外の何らかの根拠に基づいて自己の行為を正当化しなければならないとした³⁰³⁾。

これに対して、これとは異なる視点から、連邦控裁の判決を是認する反対意見が Powell 判事から示された。彼の主張は、2件の前科と88ドル30セントの偽造小切手行使罪を合わせても無期拘禁刑は重きに失するというものであり、検察官が本件において常習犯罪者法で起訴したのは、「憲法上の権利行使を被上訴人が主張した」からであったとする³⁰⁴⁾。この事件において、「検察官の目的が、憲法上の権利行使を抑止し、特別重く処罰することにあつたので、検察官の行動によって、被上訴人の適正手続は侵害された。専ら憲法上の権利行使の抑止をねらった戦略を実行することは、憲法上許容し得る裁量権の行使ではない³⁰⁵⁾」とする。

4 判例の理解

この事件において、検察官は、もし被告人が取引に応じなければ重い犯罪事実で再起訴するという脅迫行為を行っていた。これに対して、連邦最高裁は、かかる検察官の行為が「報復」にあたるとする被告人の主張を退け、取引に応じなければ重い犯罪事実で再起訴するという検察官の脅迫行為を是認した。その論法は、平たくいえば、答弁取引が認められる以上、それに不可避的に伴う、より重い犯罪事実で脅迫することも許容されるというものであった。

第2項 従来の学説

以上のように、連邦最高裁は、比較的緩やかな基準で、答弁取引による有罪答弁の任意性を肯定している。しかし、第2章でみた通り、英米法の歴史的には、答弁取引を否定するのが本流であった。そのため、この

303) Id. at 367.

304) Id. at 370-372.

305) Id. at 372-373.

Brady 判決に対しては、学説からの徹底的な批判がなされた。

連邦最高裁が上記の立場を採ったのは、実務に対する配慮に外ならない。つまり、答弁取引を否定すれば、実務が崩壊すると危惧したためであろう。しかし、理論的な問題は残る。そのため、日本において検討するにあたっては、アメリカにおける学説上の議論を分析することにも意味があると考えられる。よって、次に学説上の議論を整理、分析する。

答弁取引によって得られる有罪答弁の任意性に関して、大別すると3つの見解を対比することができる。

第1の見解は、Brady 判決の立場である。この立場は、①客観的に、取引に応じて有罪答弁をするという選択肢と、取引に応じず、公判を選択するという選択肢が存在し、②被告人が、それらの選択肢の内容を十分に理解する場合には、有罪答弁の任意性を肯定する見解である（以下、任意性肯定説と称する）³⁰⁶⁾。ただし注意を要するのは、この見解は、あくまで答弁取引が直ちに有罪答弁の任意性を否定しないということにとどまるものである、という点である。そのため、Brady 判決が示した通り、有罪答弁が「脅迫」や「不実表示」又は「検察官の職務と正当な関係を持たないような、その性質上違法な約束（例えば、買収）」によって引き出された場合には、その任意性が否定される。

第2の見解は、答弁取引の「量刑格差」に着目し、被告人は、この量刑格差によって、取引に応じて有罪答弁をする以外の合理的な選択肢を奪われているのであるから、任意性を欠くとする見解である（以下、任意性否定

306) なお、この立場とは違った観点から、任意性を肯定する見解も存在する。Frank H. Easterbrook は、量刑格差の存在に依拠する任意性否定説に対して、量刑格差が「取引過程の論理的な結果」でない場合に限り「強制」であると考えべきとする。Frank H. Easterbrook, *Criminal Procedure as a Market System*, 121 *Legal Stud* 289, 312 (1983). これによれば、被告人が公判で有罪とされる可能性を捨てたことを考慮して寛大処分を与えても、それにより「任意性」が否定されることにはならない。この Easterbrook 論文に対する反論として、Stephen J. Schulhofer, *Criminal Justice Discretion as a Regulatory System*, 17 *J. Legal Stud.* 43 (1988) がある。

説と称する）。

第3の見解は、量刑格差それ自体が有罪答弁の任意性を否定するものではないが、検察官による答弁の提案が「基準（baseline）」を下回る場合は、当該提案を「強制」と捉え、この強制的な提案によって答弁がなされた場合に、その任意性を否定する見解である（以下、基準説と称する）。

任意性肯定説については、本章第2節第1項で紹介した。そのため、次には、任意性否定説と基準説を確認していく。

第1 任意性否定説

1 任意性否定説の立論

任意性否定説は、各論者の主張に若干の差異はあるが、答弁取引が生む「量刑格差」に着目する点に、最大の特徴がある。そして、この量刑格差によって、被疑者・被告人は取引に応じる以外の合理的な選択肢を奪われていることから、すなわち、合理的に考えて黙秘権を行使できないことを理由に、答弁取引によって得られる有罪答弁の任意性は否定されるとする。以下、各論者の主張を見ていく。

(1) 端的に量刑格差を問題とする見解

まず、量刑格差を端的に指摘する見解としては、Ronald F. Wright の見解を挙げることができる。Wright は、公判の場合と有罪答弁の場合の間の量刑格差の大きさが、有罪答弁を強いる状況を創出しているとして、アメリカにおける現行の任意性に関する立場を批判した³⁰⁷⁾。

(2) 契約法を手掛かりに任意性を否定する見解

以上のように端的に量刑格差を問題とする見解の他に、契約法上の契約の効力を否定する法理に着目して、論理を構成する見解が散見され

307) Ronald F. Wright, Trial Distortion and the End of Innocence in federal Criminal Justice, 154 U. Pa. L. Rev. 79, 93 (2005).

る³⁰⁸⁾。これらの見解で着目されるのが、「強迫 (duress)」と「非良心性 (unconscionability)」の概念である。

まず、「強迫」概念を用いる見解は、次のように展開される。答弁取引は量刑格差を前提とする。この状況では、被告人は取引に応じて有罪答弁をする以外に合理的な選択肢を持っていない。この見解は、かかる状況を「強迫」と捉え、そのような場合には、契約法では契約の効力が認められないことから、答弁合意の効力も否定されるとする。

この見解を代表するのが、Kenneth Kipnis である。Kipnis は、確実な軽い処罰 (答弁取引による処罰) と不確実な重い処罰 (陪審公判による処罰) を選択させる状況に被告人を置くことは、けん銃を持った者が被害者を、金を払わなければ命を奪うという状況 (以下、ガンマン状況) に置くのと同じであり、「強迫」があるといえるから、かかる状況で得られた有罪答弁の任意性は否定されると説いた³⁰⁹⁾。

そして、Kipnis の見解において興味深いのは、弁護人の存在についての分析である。Kipnis は、「弁護人を被告人に付しても、かかる強迫は否定されない」と主張するのである³¹⁰⁾。すなわち、「優れた弁護人は、より良い譲歩を引き出し、選択肢を評価する手助けとなるかもしれない。しかし、最終的には依然として、被告人は、軽い処罰で手を打つか、あるいは一層重い処罰を受ける危険を冒すか否か決定しなければならないだろう。ガンマン状況における正義についての問題は、より良い助言を被害者に提供することによって、解消されないのである³¹¹⁾」と。

308) See Albert W. Alschuler, *The Changing Plea Bargaining Debate*, 69 *Carliif. L. Rev.* 652, 695-703 (1981); Kenneth Kipnis, *Criminal Justice and the Negotiated Plea*, 86 *Ethics* 93, 97-101 (1976); Donald G. Gifford, *Meaningful Reform of Plea Bargaining: The Control of Prosecutorial Discretion*, 1983 *U. Ill. L. Rev.* 37, 55-58 (1983); David A. Jones, *Negotiation, Ratification, and Rescission of the Guilty Plea Agreement: A Contractual Analysis and Typology*, 17 *Duq. L. Rev.* 591, 622-629 (1978).

309) Kipnis, *id.* at 98-99.

310) *Id.* at 99.

311) *Id.* at 99-100.

つまり、Kipnis の主張は、弁護人は被告人に対して選択肢の内容を理解させることには機能するが（知悉性の担保）、結局、被告人は量刑格差によって公判（黙秘権の行使）を選択できないのであるから、任意性は否定されるということであろう。

次に、「非良心性」概念を用いて説明を行ったのが、Donald G. Gifford である。Gifford は、契約法上の「非良心性」の概念を持ち出し、答弁取引によって得られた有罪答弁の効力が否定されると説いた³¹²⁾。この説では、量刑格差が問題とされるわけではないが、契約法上の理論を手掛かりに、答弁取引の否定を導く。この点で、上記の見解と共通するため、ここで一瞥しておこう。

この見解は、次のように展開される。契約法では、契約が「非良心的」とされれば、効力が否定される。契約が非良心的であるか否かを判断する上では、当該契約の交渉及び締結（execution）を取り巻く全ての状況が考慮される³¹³⁾。中でも、「最も重要な考慮事項は、取引権限に著しい格差があったか否か、及び、当事者が契約の条項を理解したか否か」である。答弁取引において、検察官と防御側との間には取引権限に差がある。また、特に量刑に関して、被告人は取引条項を理解していないことが多い³¹⁴⁾。そのため、「非良心的」とあるといえるから、答弁合意の効力は否定される。また、「有罪答弁をするか否か決断する際、しばしば被告人は身体拘束され、家族や友人から隔離され、恐怖を感じ、困惑し、そして当惑している。答弁取引における同意の概念は、非常に弱いものである³¹⁵⁾」とし、答弁取引が非良心的であるとも論じる。

さらに Gifford は、強迫ドクトリンとの関係について、一方契約当事者の不正行為（the wrongful acts）が他方当事者の自由意思を圧倒する場合、

312) Gifford, *supra* note 308, at 55-58.

313) See *Gildermen & Co. v. Lane Processing, Inc.*, 527 F.2d 571, 575 (8th Cir. 1975).

314) Gifford, *supra* note 308, at 55-56.

315) *Id.* at 56.

強迫ドクトリンにより、民事上の契約は無効になるとした上で、「身体拘束あるいは刑事訴追による脅迫行為は、裁判所が強迫を構成すると認定するのに十分な行為の1つである³¹⁶⁾」と説いた。

以上のように、強迫概念を用いる見解では、答弁取引には量刑格差があることを理由に、答弁取引が「強迫」に該当し、答弁取引によって得られた有罪答弁の任意性は否定されると展開された。このことは、弁護人を付しても、異ならない。なぜなら、ガンマン状況において、いかにけん銃が発射されるかが説明されたところで、強迫が否定されないのと同じく、なんら任意性を肯定する事情にならないからである。この点において、連邦最高裁の判例ではみられなかった、「知悉性」の要求と「任意性」の要求を明確に区別する姿勢がみられる。つまり、弁護人は、「知悉性」の担保には機能するが、「任意性」を肯定する決定的要因とはならない。なぜなら、量刑格差によって、被告人は公判（黙秘権の行使）を合理的に考えて選択できないのであるから、弁護人が選択肢の内容をいくら説明して、被告人に理解させても、公判（黙秘権の行使）を選べないという被告人の状況は改善されないからである。

この契約法上の理論を手掛かりに答弁取引の廃止を訴える見解に対して、批判を行ったのが、Robert E. Scott と William J. Stuntz である。Scott と Stuntz は、「強迫」について、強制があるというだけで、全ての契約の効力が否定されないと批判する。その具体例として、貧しい消費者が金を持っていれば合意しなかった「任意の」合意を受け入れたという理由だけで、契約上の義務を免れることができないことを挙げる³¹⁷⁾。他にも、例えば、「経済的強迫」の例として、砂漠にある唯一のガソリンスタンドにおいて、ガソリンが1ガロン³¹⁸⁾あたり100ドルもする場合であって

316) Id. at 58.

317) Robert E. Scott; William J. Stuntz, Plea Bargaining as Contract, 101 Yale L. J. 1909, 1919 (1992).

318) ガロンとは液量の単位で、アメリカにおける1ガロンとは、約3.785リットルのことである。

も、売主の強迫により、契約が無効という主張は認められないことを挙げ
る³¹⁹⁾。この場合に契約が無効とならないのは、買主は申し出がない場合
よりもある場合の方が得であるからであるとされる³²⁰⁾。Scott と Stuntz
は、契約法上は上記のようになることを確認した上で、答弁取引について
は、以下のように言及する。

「答弁取引に関する強迫の議論は、公判後と答弁後との著しい量刑格差
によって、刑事被告人が有罪答弁をする以外に現実的な選択肢を持たない
という強制的な環境が作られているというものである。この種の圧力によ
ってなされた答弁を任意と見做すことはできない³²¹⁾」とされる。しかし、
「この主張に対しては、いくつかの反論が可能である。第１に、量刑格差
の大きさについての議論は、有罪答弁をするという選択が被告人にとって
あまりに寛大であるという主張、つまりは、当該制度が被告人を不公平に
扱っているという漠然とした主張をするのと類似の奇妙な主張にすぎない。
たしかに、公判後の量刑があまりに厳しいという理由だけで、被告人
は有罪答弁を望む。しかしこれは、答弁取引ではなく、量刑のバックグラ
ウンドについての批判である。答弁取引が検察官による戦略的な操作を示
す限りで、量刑のバックグラウンドの問題は、答弁取引と関係する³²²⁾」。

さらに、Scott と Stuntz は、「強迫」を手掛かりにする任意性否定説
は、経済的強迫を誤解していると批判する³²³⁾。先の通り、契約法上は、
現実的に一方の選択肢しか選びようがないという理由だけで、必ずしも選
択の任意性が否定されるわけではない。そのため、「公判後の量刑が検察
官によって操作されない限り、答弁取引状況の強制的要素によって、答弁
合意の任意性は否定されない」と説く³²⁴⁾。

319) Scott & Stuntz, *supra* note 317, at 1920.

320) *Ibid.* この理由付けは、後述の基準説と類似する。

321) *Ibid.*

322) *Ibid.*

323) *Id.* at 1920.

324) *Id.* at 1920-1921. さらに非良心性につき、Scott と Stuntz は、典型的に非良心性が

たしかに、Scott と Stuntz が指摘する通り、契約法上、現実的に考えて一方の選択肢しか選びようがないという一事によって、必ずしも、その選択の任意性が否定されるわけではない。この意味において、契約法上の「強迫」の理論を手掛かりに任意性を否定する見解は誤っている。しかし、有罪答弁の「任意性」の要求根拠が、自己負罪拒否特権にあるとすれば(前述の通り、Brady 判決では「任意性」の要求根拠は、修正5条の自己負罪拒否特権に求められた)、両者の批判は意味をなさない。なぜなら、被告人が現実的に考えて自己負罪拒否特権を行使できる状況が保障されていないれば、修正5条の保障は著しく減退してしまうからである。つまり、取引に応じないという選択が実質的に保障されている点に、意味があるのである。任意性否定説の本質は、この点にあるであろう。そのため、両者の批判は、契約法上の強迫理論には妥当するとしても、答弁取引に妥当しない。

(3) 中世ヨーロッパの拷問との類似性を強調する見解

上記の契約法上の理論を手掛かりにする見解の他に、拷問との共通性を指摘して、任意性を否定する見解がある。John H. Langbein は、中世ヨーロッパで行われていた拷問と答弁取引の類似性を強調し、量刑格差のある状況下で得られた答弁取引による有罪答弁は、その任意性が否定されると主張した³²⁵⁾。

Langbein によれば、両者とも、公判の問題に対応する形で発生した。

↘認められる事例として、「情報不足の場合」と「取引権限に格差のある場合」を挙げる。その上で、前者については、典型的に契約書に契約当事者に不利益な条項が細かな字で印刷されているような場合に認められるところ、被告人には弁護士が付されており、わかりやすい取引であることから、これには該当しないとする。Id. at 1921-1922. 後者の取引権限の格差については、「答弁取引がしばしば、個々の交渉を通して、両当事者によって変更される取引であり、個別的に売買の駆け引きがなされる」ものであるから、これも契約を否定するものではないとされる。Id. at 1923.

325) John H. Langbein, Torture and Plea Bargainig, 46 U. Chi. L. Rev. 3, 12-14 (1978).

それに加えて、被告人が憲法上の公判を受ける権利を主張することに、相当の負担を掛けている点で、類似するという³²⁶⁾。「もし被告人が自己の権利を行使し、その後、有罪となれば、我々は、被告人を過度に重く処罰することによって、被告人を脅迫している。かかる量刑格差は、答弁取引を強制的なものにする³²⁷⁾」。そして、「もし自白を拒否すれば、手足が破壊されることと、もし自白を拒否すれば、拘禁刑の期間がより長くなることの間には、当然差異があるが、当該差異は、種類ではなく程度の問題である」。「答弁取引は、拷問と同様に、強制的なものである³²⁸⁾」と展開した。

２ 任意性否定説の小括

以上のように、任意性否定説は、契約法上の「強迫」や「非良心性」の概念を持ち出したり、中世ヨーロッパの拷問との共通性を指摘したりする等、各説に差異がある。しかし、そのほとんどが「量刑格差」に着目する。その上で、かかる格差が、取引に応じて有罪答弁をする以外の合理的な選択肢を被告人から奪っていることを理由に、有罪答弁の任意性を否定する。この点に、１つの共通する特徴がみられた³²⁹⁾。そして、弁護人の存在も、ガンマン事例において、けん銃がいかにかに発射されるかが説明されたところで、金を払うという選択が任意性を欠くのと同じく、答弁取引の場面においても、量刑格差がある限り、任意性を肯定する事情にならないと分析的に理解された。この点に、Brady 判決ではみられなかった、「知悉性」の要求と「任意性」の要求を明確に区別する姿勢がみられる。

326) Id. at 12.

327) Ibid.

328) Id. at 12-13.

329) ただし、前述の通り、任意性否定説の中にも「非良心性」を手掛かりに任意性を否定する説が存在する等、任意性否定説の全てが「量刑格差」のみに着目しているわけではない。

第2 基準説

1 基準説の立論

先に述べた任意性肯定説は、分析すると、①客観的に選択肢が存在することと、②被告人による選択肢の理解によって、「任意性」が充足されるとする見解である。これに対して、任意性否定説は、量刑格差によって、黙秘するという選択肢は合理的に選べないから、「任意性」は充足されないと反論するものであった。ここで翻って考えて、「任意性」とは何か。

従来、「任意」とは、「自由意思による (free will)」という意味で理解されてきた。しかし、自由意思という内面的態様を判断するのは困難である。ここから「任意性」の有無を、「意思」に対する外部的な影響から判断するという発想が生じる。そして、従来からアメリカにおいては、任意性を否定する外部的な影響としては、「強制 (coercion)」が考えられてきた。そのため、「強制」概念の把握が、難解な「任意性」概念を紐解く鍵であり、第1の課題とされた。基準説もこの発想を基にする。

つまり、基準説は、行為者による「提案」に着目して、その提案が「強制」であるといえれば、それによる対象者（以下、「対象者」とは提案を受ける者を意味する）の行為の任意性を否定する見解である³³⁰⁾。では、「強制」にあたるか否かの判断は、いかに行うべきか。ここで登場するのが、「基準 (baseline)」概念である。

「基準」とは、基準説の提唱者である Robert Nozick によれば、「通常の及び期待される出来事の過程 (the normal and expected course of events)³³¹⁾」における状態を意味する。つまり、提案がなければ対象者が置かれていたであろう状態ないしは道徳上期待される状態を意味する。これと比較し

330) Robert Nozick, Coercion, in *Philosophy, Science, and Method: Essay in Honor of Ernest Nagel* 440, 447 (Sidney Morgenbesser et al. eds., 1969) [hereinafter Nozick Coercion]; Robert Nozick, *SOCRATIC PUZZLES*, 23-31 (1997); Alan Wertheimer, Coercion, 136 (1987) [hereinafter Wertheimer Coercion].

331) Nozick Coercion, id, at 447.

て、問題となる提案が、かかる「基準」よりも対象者を良い状態にするものであれば、その提案は「申し出 (offer)」と理解され、「強制」にはあたらない³³²⁾。これに対して、当該提案が「基準」よりも対象者を悪い状態にするものであれば、その提案は「脅迫 (threat)」と理解され、「強制」にあたる。この枠組みを理解するため、Nozick の挙げる次の2つの薬物事例を確認する³³³⁾。

事例①

行為者は、対象者に、通常は20ドルで薬物を提供していた。ところがある日、行為者は対象者に対して、対象者がある者に暴行を加えなければ、薬物を売らないと提案した。この行為者の提案は「強制」にあたるか。

事例②

行為者は、対象者と全く取引関係にない無関係の者であった。しかし、対象者が薬物常用者であることを知っていた。ある日、対象者に薬物を提供していた別の者が逮捕された（この逮捕に行為者は関与していないものとする）。そこで、行為者は対象者に、対象者がある者に暴行を加えれば、薬物を売ると提案した。この行為者の提案は「強制」にあたるか。

上記の基準説に照らせば、事例①の提案は「強制」にあたる。これに対して、事例②の提案は「強制」にあたらない。事例①では、「通常の出発点」は、行為者が対象者に薬物を金と引き換えに売るということで

332) Ibid は、「もし (提案) が、(対象者の) 行為の結果を、状況において通常ないし期待される過程におけるよりも悪化させるのなら、それは脅迫であるが、もしそれが結果を良くしたのなら、それは申し出である」とする。他にも、Wertheimer Coercion, supra note 330, at 136 は、「我々は通常、人を悪い状態にする脅迫を強制というが、人を良い状態にする申し出を強制とはいわない」として、申し出と脅迫を区別するには、それを判断する「基準」が必要であるとする。

333) Nozick Coercion, id, at 447-448.

ある。それゆえ、行為者がある者に暴行を加えなければ薬物を売らないと提案することは、その基準（金を払えば薬物を得られるという基準）よりも、対象者にとって悪いものである。よって、「脅迫」にあたるから「強制」にあたる。これに対して、事例②では、「通常の出発事の過程」は、行為者が対象者に金で薬物を売っていないということである。つまり、対象者は金を払っても薬物を得られないというのが基準となる。それゆえ、行為者の提案は、基準よりも対象者にとって悪いものとはいえず、「申し出」にあたるから、「強制」にあたらぬ。

このように基準説は、一定の「基準」を設定し、提案が「基準」よりも悪い場合に、当該提案を「強制」と捉える。

ところで、基準説は、答弁取引のみを射程とした学説ではない。Nozick が提唱したこの理論は、「強制」概念の把握を目指すものであり、哲学上の議論としてなされている³³⁴⁾。そして、この理論を答弁取引にも適用するのが、以下にいう基準説である。つまり、答弁取引にいう基準説とは、検察官による「強制」的な提案によって有罪答弁がなされた場合に、当該答弁の任意性を否定する見解である³³⁵⁾。逆に、検察官による提案が「基準」を下回らなければ、たとえ量刑格差によって有罪答弁がなされたとしても、当該提案は「強制」にあたらぬ、答弁も任意ということなる。この点に、任意性否定説との差異がある。

334) 他にも「強制」概念につき基準説のような理解を採るものとして（答弁取引以外の領域も含む）、Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, 122 (1969); Alan Gewirth, *Reason and Morality*, 256-258 (1978); E Allan Farnsworth, *Coercion in Contract Law*, 5 U. Ark. Little Rock L.J. 329, 336 (1982); Seth F. Kreimer, *Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State*, 132 U. Pa. L. Rev. 1293, 1351-1378 (1984); Perter Westen, "Freedom" and "Coercion" - Virtue Words and Vice Words, 1985 Duke L.J. 541, 569-589 (1985); Wertheimer *Coercion*, supra note 330, at: 204-211; Maximo Langer, *Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure*, 33, Am. J. Crim. L. 223, 229-247 (2006).

335) Langer, id. at 229-247.

2 任意性肯定説と否定説の問題

基準説は、先に述べた任意性肯定説と任意性否定説に対して、次の批判を行う。任意性肯定説は、②被告人による選択肢の理解を「知悉性」の要求と捉えた場合、「任意性」は①選択肢の存在だけで充足されるとすることになる。これに対して、基準説は、選択肢の存在だけによって、任意性は充足されないと批判する。「例えば、古典的なガンマン事例によれば、ガンマンであるAがBに対して、『金か命か選べ』と迫った場合、Bは選択肢を持っている。しかし、仮に、BがAに対して金を払っても、我々は、Bの決定が任意であるとは考えない³³⁶⁾」とする。この、選択肢の存在だけで、任意性は肯定されないという理解は、任意性否定説と共通するといえよう。

もっとも、この任意性否定説にも問題があると、基準説は批判をする。任意性否定説は、前述の通り、量刑格差によって、被疑者・被告人は黙秘するという合理的な選択肢を奪われていることを理由に、任意性を否定する見解である。これに対して、基準説は、「合理的な選択肢がないことと不任意であることは、同じ事柄ではない³³⁷⁾」と批判する。

その例として挙げられるのが、ドクター事例である。例えば、医者であるAが、命に関わる病を煩っている患者Bに対して、治療費は公平であるが生涯の蓄え（life-savings）と同じ金額の料金で治療を提案する場合を考えてみる（以下、ドクター事例）。この場合、Bは、「死を選ぶ」か「全ての蓄えを失う」という選択肢を、一応は持っている³³⁸⁾。そして、Aの提案は、BをAの提案を受け入れる以外に合理的な選択肢がない状況に置くものといえる。しかし、通常この場合、Bの行動を不任意であるとは考えないと主張する³³⁹⁾。すなわち、ある者が1つの選択を選ぶ以外に合理的

336) Id. at 231.

337) Id. at 231-232.

338) Id. at 232.

339) Ibid.

な選択肢のない状況に置かれ、その1つの選択肢を選択したとしても、その選択が必ずしも任意性を欠く決定とはいえないとして、任意性否定説を批判する。

たしかに、ガンマン状況とドクター状況には、「①もしXをすれば、Zをする。②もしXをしなければ、Zをしない」という形での類似点が存在する³⁴⁰⁾。いいかえれば、ガンマンが被害者が金を払えば命を助けるという状況と、医者が患者が医療費を払えば命を助けるという状況は、類似するということである。

そこで、基準説は、これらの事例を区別する方法として、提案が「強制」にあたるか否かによって、「任意性」の有無を決することを提案する。つまり、ガンマン事例では、ガンマンの提案が「強制」にあたるので、Bの決定は不任意であるが、ドクター事例では、ドクターの提案が「強制」ではないので、Bの決定を任意であるとする³⁴¹⁾。基準説を主張する論者は、任意性の判断において、提案が「強制」にあたるか否かに着目して、任意性を判断するという方法を提案する³⁴²⁾。

340) Ibid.

341) Id. at 232-233.

342) なお、基準説とは異なる立場から、自白の任意性を否定する見解も存在する。Harry Frankfurt は、「人が欲する意思に反して行為をする」場合には、その人は自由ではないとする。Harry G. Frankfurt, *The Importance of What We Care About*, 47-57 (1988). 彼の主張によれば、人は自己の精神状態に対する精神状態を有しており、人が「第1次要求 (first-order desire)」には従うが、「第1次要求」を持たないという「第2次要求」に反する場合、その人は自由でないとする。Ibid. この理論は以下の例を考えると理解できる。例えば、麻薬常用者が麻薬を欲するのを欲することを後悔している場合である。この場合の麻薬常用者の判断は、麻薬を欲するのを欲しないという第2次要求に反するので、自由でないということになる。George C. Thomas と Marshall D. Bilder は、これを用いて、被疑者が自白することを欲するのを欲しないのに自白を欲する場合、自白は任意性を欠くとする。George C. Thomas III & Marshall D. Bilder, *Criminal Law: Aristotle's Paradox and the Self-Incrimination Puzzle*, 82 *J. Crim. L. & Criminology* 243, 270-271 (1991). これは、自白することを欲するのを欲しないという「第2次要求」があるという理由により、その任意性を否定するものである。

しかし、これに対しては、たとえ被疑者が自白することを欲するのを欲しないとしま

3 「基準」の意義

では、「強制」にあたるか否かは、いかに判断されるか。基準説を採る論者は、「基準」概念を用い説明を試みる³⁴³⁾。「基準」概念は、日本においてはなじみがないので、「基準」概念の議論を本格的に始める前に、基準説が先の例をいかに処理するのかをみていく。

例えば、「基準」とは、ある状況において予測され道徳的に期待されるものと定義される³⁴⁴⁾。ガンマン状況では、被害者Bは「金か命か」のいずれか一方を選択させられる状況に置かれられないという道徳上の権利を有している(これが基準となる)。そのため、ガンマンの提案は、Bに道徳上与えられる基準よりも悪いといえるので、当該提案は「強制」にあたり、Bの決定を不任意であると考えられる³⁴⁵⁾。これに対して、ドクター状況では、患者Bは、無料で医者Aの治療を受けられるという道徳上の権利を持っていない(これが基準となる)。それゆえ、医者Aの提案は、Bに与えられていた基準よりも良いということになり(すなわち、死を避けられる)、

でも、彼は自白をすることを欲するのを欲しないことを欲しないかもしれないと批判される。この点については、Albert W. Alschuler, *Constraint and Confession*, 74 *Denv. U. L. Rev.* 957, 963 (1997) [hereinafter *Alschuler Confession*].

343) 「強制」とは、「あらゆる抵抗し得ないあるいは不可抗力の誘引」と定義付ける見解もある。連邦最高裁も「意思が圧倒された」か否かで強制による自白かを判断していると指摘される。See *Alschuler Confession*, id. at 962. See, e.g., *Arizona v. Fulminate*, 499 U.S. at 288; *Mincey v. Arizona*, 437 U.S. 385, 401-401 (1978); *Lynnum v. Illinois*, 372 U.S. 528, 534 (1963); *Culombe v. Connecticut*, 367 U.S. 568, 576 (1961); *Hopt v. Utah*, 110 U.S. 574, 585 (1884). See also, *Josef D. Grano, Voluntariness, Free Will, and the Law of Confessions*, 65 *Va. L. Rev.* 859, 885-886 (1979); *Welsh S. White, Confessions Induced by Broken Government Promises*, 43 *Duke L.J.* 947, 951 (1994). しかしこの定義は、相手方が自己の家を時価の100倍の価格で買いたいという事例(See, *Conrad G. Brunk, The Problem of Voluntariness and Coercion in the Negotiated Plea*, 13 *Law & Soc'y Rev.* 527, 533 (1979)) を考えると、瓦解すると批判される。通常この場合、抵抗できないほど相手方の提案が寛大であるという理由によって「強制」があるとはいわない。すなわち、「強制」概念において、対象者の抵抗力は関係がないと批判される。

344) *Langer*, supra note 334, at 223.

345) *Id.* at 233.

その結果、当該提案は「強制」にあらず、Bの決定を任意と考えることができる³⁴⁶⁾。

このように1つの基準概念によれば、先の2つの例は、上記のように処理される。もっとも、論者によって「基準」の捉え方は異なる。そのため「基準」の内容次第で、提案が「強制」にあたるか否かの結論も異なる。そこで、次に、各論者の「基準」の意義が問題となる。

この基準概念につき、大別して、予測的基準 (predictive baseline) と規範的基準 (normative baseline) を対比することができる³⁴⁷⁾。単純化すれば、予測的基準とは、「人が通常の過程において生じると経験則上期待するであろうもの³⁴⁸⁾」と定義される。これに対して、規範的基準とは、「人が通常の過程において法律上、道徳上、または慎重に考えた結果 (prudentially)、期待する権利があるもの³⁴⁹⁾」と定義される。両基準は、必ずしも排斥し合うものではなく、両基準をともに用いる見解も多い。

では、これらの基準概念を理解するため、両基準が結果にいかん影響を及ぼすかをみていく。例えば、前記のガンマン事例を考える場合、いずれの基準を用いようとも、結果は異ならない。

予測的基準によれば、人は、通常の過程において、経験則上、金も命も

346) Id. at 233-234.

347) See, Jose Bowers, Plea Bargaining's Baselines, 57 Wm. & Mary L. Rev. 1083, 1088 (2016). Bowers は、答弁取引の廃止ではなく、検察官が答弁取引に応じさせるためだけに意図的に重く起訴した場合にのみ、検察官の提案を「強制」とすべきとする。

348) Id. at 1088.

349) Ibid; See also, Robert Nozick, Anarchy, State, And Utopia 262 (1974); Wertheimer Coercion, supra note 330, at 217, 251 も、「Bの道徳上の基準を設定するためには、AがBに対して道徳上どんなことをすること(又はしないこと)を要求する権利があるかを知る必要がある」と指摘する。他にも、E. Allan Farnsworth, Coercion in Contract Law. 5 U. Ark. Little Rock L.J. 329, 336 (1982) も、Nozickの基準を用い、「もし、提案されるものが、被害者の観点から、状況において『通常ないし期待される』過程より悪いなら、……すなわち状況において『道徳上期待される』過程より悪いなら、提案は強制となる」と指摘する。

失わないということを期待できる。そのため、ガンマンの提案は、予測的基準よりも対象者を悪い状態にするものであるから、「強制」と考えられる³⁵⁰⁾。同様に、規範的基準を用いても、被害者には、道徳上も法律上も、金も命も失わないという権利があるから、提案は、規範的基準よりも悪いものといえ、「強制」と考えられる³⁵¹⁾。結論に違いが生じるのは、例えば Nozick の挙げた奴隷事例³⁵²⁾のような場合である。

奴隷の所有者が、奴隷に対して、もし奴隷が通常は休みの日に働くことに同意すれば、殴らないと提案をする場合を考えてみる。この提案を「強制」といえるだろうか。予測的基準の観点から考えると、奴隷は歴史的に長い間所有者から暴行を受けており、提案がなくても奴隷は殴られるかもしれない。そのため、提案は、予測的基準よりも悪いものといえず、「強制」にあたらぬ³⁵³⁾。これに対して、規範的基準ではどうか。

規範的基準では、その1つである道徳的規準 (moral baseline) によれば、「強制」とされる一方、法的基準 (legalistic baseline) によれば、「強制」と考えられない可能性がある。前者につき、奴隷は、いかなる状況においても、暴行を受けぬという道徳上の権利を有している。それゆえ、所有者の提案は「強制」にあたる³⁵⁴⁾と理解できる。これに対して、実体

350) See, Bowers, *supra* note 347, at 1092-1093.

351) *Id.* at 1093.

352) Nozick Coercion, *supra* note 330, at 450-451.

353) See, Peter Westen, *supra* note 334, at 583 (1985).

354) *Ibid.* ところで、前述の通り、Nozick は、基準を「通常の及び期待される出来事の過程」における状態と捉える。そのため、予測的基準と道徳的基準を併用しているといえる。そこで、この奴隷事例のような、いずれの基準を用いるかによって「強制」にあたるか否かの結論が分かれる場合に、いかに処理されるべきかが問題となる。この点につき、Nozick は、対象者がいずれの基準を望むかにより判断されるとする。Nozick Coercion, *supra* note 330, at 451. つまり、対象者が予測的基準を望む場合は予測的基準で判断し、反対に、道徳的基準を望む場合は道徳的基準で判断する。そして奴隷事例では、対象者たる奴隷は道徳的基準を望むから、この場合の奴隷所有者の提案は「強制」であると理解する。*Id.* at 450. Nozick が画一的に道徳的基準を優先して適用しないのは、先に挙げた薬物事例①を想定してのことである。例えば、薬物の売人が通常は対象者に金と引き換え

法 (positive law) によって画される法的基準によれば、奴隷所有者には当時、奴隷に暴行を振るう法的権利があったかもしれない。仮にそのような権利があったとすれば、当該提案は、法的基準よりも悪いものといえないから、「強制」にあたらぬ³⁵⁵⁾。

4 答弁取引における「基準」

以上が、基準説の基本的な枠組みである。それでは、答弁取引における「基準」とは何か。いいかえれば、検察官の提案時における被疑者・被告人の状態を、いかに理解すべきか。前述の予測的基準、規範的基準の観点からみていく。

(1) 予測的基準

従来、裁判所は、陪審公判が通常の過程、すなわち陪審公判の場合の処罰が期待される結果であると考えていたとされる³⁵⁶⁾。答弁取引肯定論者も、一般に、「権利を行使したことを理由に、重く処罰することは許されない」が、「有罪答弁を理由に、寛大処分を与えることは許される」と捉えており³⁵⁷⁾、この見解の背後には、公判後の量刑が基準になっていると

ㇿに薬物を売っていたが、途端に、金では薬物を売らず、対象者がある者に暴行を加えれば売ろうと提案した場合はどうか。Id. at 447. この場合、道徳的に期待されるのは薬物を売らないことであるから、提案は「強制」にあたらぬことになる。しかし、通常我々は、この場合、予測的基準で判断して、この提案を「強制」と理解していると指摘される。なぜなら、対象者たる薬物常用者は、道徳的基準ではなく予測的基準（行為者が金と引き換えに薬物を売るということ）で判断されることを望むからである。

355) Id. at 586.

356) See, Bowers, *supra* note 347, at 1094.

357) ABA STANDARDS RELATING TO PLEAS OF GUILTY § 1.8 (b) and commentary (app. Draft, 1968); ABA STANDARDS RELATING TO THE ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE, Pleas of Guilty § 14.1.8 (b) (2d ed. 1979); ALI MODEL CODE OF PRE-ARRAIGNMENT PROCEDURE § 350.3 (3), at 244-45, 609-17 (1975); Thomas W. Church Jr, In Defense of "Bargain Justice, 13 Law & Soc'Y Rev. 509, 519-520 (1979); John H. King, Criminal Procedure from the Viewpoint of the Trial Judge, 25 Conn. B.J. 8

いう認識がある³⁵⁸⁾。すなわち、公判後の量刑を基準にするからこそ、有罪答弁に寛大処分を与えることを、それとの比較で、恩典と評価できる。逆にいえば、取引に応じなかった場合に相対的に重い処罰を科しても、基準となる量刑を下しているにすぎないから、黙秘権や陪審公判を受ける権利の行使を処罰するという結果にはならないと考えられる。しかし近年、この点については、見直されたという意見も存在する。

連邦最高裁は、2012年の *Lafler v. Cooper* 判決³⁵⁹⁾で、公判後の量刑が適切な基準とはならないとしたのである。法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、Stephanos Bibas の記述を引用する。「公判後の予想される量刑は、たった数パーセントについて科されるものである。それは、車のステッカー価格のようなものである。もとの価格を標準として、あるいは取引がなされる前の価格より低いものとして見るのは、無知で、あさはかな消費者だけであろう³⁶⁰⁾」。また、Kennedy 裁判官は、同年の *Missouri v. Frye* 判決で、Rachel E. Barkow の記述を引用する。「事件を公判に進ませ敗訴する（被告人は）、議会ないし検察官が適切と考えたであろうものよりも重い処罰を受ける。なぜなら、主として取引目的で、より重い処罰が法律には記載されているからである³⁶¹⁾」。その上で、法廷意見は、連邦の有罪判決の97%、州の有罪判決の94%が有罪答弁によるものであるという事実を指摘して、「今日の刑事訴訟制度において、答弁取引という交渉は、公判段階よりも、被告人にとってたいい重大なポイントであ

↘202, 210 (1951); Nemerson, *supra* note 252, at 698-699 (1980).

358) Albert W. Alshuler, "Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound," 51 *Duq Law Rev* 673, 685 (2013).

359) *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012). *Lafler* 判決の詳細については、第1章第9節第2項を参照。

360) *Id.* at 1387 (quoting Stephanos Bibas, *Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection*, 99 *Calif. L. Rev.* 1117, 1138 (2011)).

361) *Missouri v. Frye*, 566 U.S. 134 (2012) (quoting Rachel E. Barkow, *Separation of Powers and the Criminal Law*, 58 *Stan. L. Rev.* 989, 1034 (2006)). *Frye* 判決の詳細については、第1章第9節第2項を参照。

る³⁶²⁾」とする³⁶³⁾。

以上のことからすると、基準となるべきは、答弁取引に応じた場合の量刑である。そのため、答弁取引肯定論者がいう「権利を行使したことを理由に、重く処罰することは許されない」が、「有罪答弁を理由に、寛大処分を与えることは許される」という主張は成り立たない。すなわち、この立論が正しいとすれば、取引に応じる場合の処罰が予測的基準となるのだから、公判後の処罰は例外的な脅迫として理解されるかもしれないと指摘される³⁶⁴⁾。

(2) 規範的基準

規範的基準を論じる場合、法的基準³⁶⁵⁾と道徳的基準をわけて論じるのが有益であろう。なぜなら、先の奴隷事例をとっても、いずれの基準によるかで「強制」にあたるか否かの結論が分かれるおそれがあるからである。

(a) 「法的基準」

裁判所は、規範的基準を、法的基準として考えているという指摘がある³⁶⁶⁾。法的基準は、実定的な法典 (positive code law) に依拠して設定される。この基準によれば、法律上起訴が可能であれば、強制ではないと考えることになる³⁶⁷⁾。

法的基準を採用する Alan Wertheimer は、「我々は通常、人を悪い状

362) Id. at 1407.

363) これらの判決を受けて、少なくとも概念上は、裁判所が「予測的基準」をリセットしたと指摘される。「すなわち、当裁判所は、公判後の量刑が期待される処罰であるという考えを否定し」、「当裁判所は、答弁取引を予測的基準として認識した」とされる。Bowers, supra note 347, at 1102-1104.

364) Id. at 1103.

365) Wertheimer がいう「権利に基づく基準 right-based baseline」と同義。Wertheimer Coercion, supra note 330, at 137.

366) Bowers, supra note 347, at 1095.

367) Ibid.

態にする脅迫を強制というが、人を良い状態にする申し出を強制とはいわない。ある提案を、申し出として性格付けるか脅迫として性格付けるかには、当該提案を評価する『基準』——当該人間の現在の状態に対する評価、すなわち、その者の現状に対する評価を必要とする。もし被告人の基準が起訴前のものとして理解されるなら、当該検察官の提案は、脅迫である。もし被告人の基準が起訴後のものとして理解されるなら、当該検察官の提案は、申し出であり、申し出は強制ではないとする³⁶⁸⁾。その上で、「基準は何らの評価を伴わずして (prelabeled) 現れない」から、我々は被告人側の基準を決定しなければならないが、それは困難であるとする³⁶⁹⁾。そこで、「被告人の基準は、検察側が行使することができる諸選択によって決定付けられ得る」とする。「この見解によれば、検察側が、提案する権利があった処罰よりも軽い処罰を科す提案をするならば、検察側は申し出をしていることになり、申し出は強制ではない」ということになる³⁷⁰⁾。そして、Weltheimer は、アメリカの諸判例が任意性を肯定した結論を支持する。

つまり、この見解は、検察官による提案が違法でなければ（誤っていないければ）、被告人の有罪答弁の任意性も肯定する見解である。ここで、先に述べたガンマン状況でガンマンによる提案が「強制」となり、検察官による答弁の提案が「強制」とならないのは、ガンマンは被害者を殺害する権利を持たないから、提案が「誤っている wrong」といえるのに対して、検察官は「一方的に宣言したプラン」を実行する権利を持つから、提案が誤っているといえないためである³⁷¹⁾。

同じように、Josh Bowers によれば、法的基準は、以下のように説明される。「検察官が特定の公判での犯罪事実を推し進めることを提案する場

368) Wertheimer Coercion, supra note 330, at 136.

369) Id. at 136-137.

370) Id. at 136-137.

371) Id. at 127. See, also Alan Wertheimer, Morality, Plea Bargaining, and the Supreme Court, 8 Philosophy and Public Affairs 203, 214-215 (1979).

合、検察官には宣言した一方的なプランを実行する権利があるから、当該提案は脅迫にはならない³⁷²⁾」と。このように考える場合、ガンマンの行為は違法であるが、検察官は、法の範囲で行動しているにすぎないので、強制とならないという帰結になる³⁷³⁾。法的基準によれば、検察官の起訴は、罪を犯したと疑うに足りる相当の理由がある場合、許容されないことはないということになる³⁷⁴⁾。したがって、当該基準は、相当な理由があるか否かのみを審査する客観的なものになると指摘される³⁷⁵⁾。

しかし、前述の Lafler 判決と Frye 判決を受けて、裁判所の「法的基準」に関する立場は変化したとする指摘がある³⁷⁶⁾。従前は、法典 (code law) が、裁判所の法的基準にとっての唯一の基礎として機能していたが、Lafler 判決と Frye 判決以後は、法典は、単なる「出発点」あるいは「ステッカー価格」にすぎないと理解される³⁷⁷⁾。法典は答弁取引を行うという目的のために条文に記載され、プラクティス・ロー（通常の過程における法律）に対する補助的なもの——あるいは少なくとも二次的なものであると考えられる³⁷⁸⁾。いったん、答弁取引を1つの権利として概念化すれば、取引による処罰を利益として考えるのは一層難しくなると指摘される³⁷⁹⁾。

(b) 道徳的基準

基準説の中には、道徳的基準を設定する見解も存在する。例えば、Maximo Langer は、検察官が正義を求める義務を負う政府オフィサーであり、被告人は刑事訴訟制度に対する一定の権利を有することから、少な

372) Bowers, *supra* note 347, at 1095.

373) *Ibid.*

374) *Id.* at 1096.

375) *Id.* at 1097.

376) *Id.* at 1105.

377) *Ibid.*

378) *Id.* at 1105.

379) *Id.* at 1106.

くとも３つの道徳的要請として基準が存在すると説いた³⁸⁰⁾。

第１に、それは、「合理的な陪審が被告人には合理的な疑いを超える罪があると認定し得ない事件において、検察官は答弁の申し出をしてはならない³⁸¹⁾」という要請である。この基準は、被告人が修正６条の陪審公判を受ける権利を有することから導かれる³⁸²⁾。この要件について、Langerは、公判で事件を証明するのに十分な要素がないのに、答弁の申し出をする場合に問題となるとする³⁸³⁾。

第２に、「被告人には、もし公判で有罪とされても、刑事訴訟制度が犯罪と犯罪者の性質に合致する公平な処罰をするという予想が与えられる³⁸⁴⁾」要請があるとする。この要請は、修正８条が、残酷で異常な刑罰を禁じていることを根拠とする³⁸⁵⁾。

第３に、検察官は、社会的に無害な行為について起訴することはできないとされる³⁸⁶⁾。過剰起訴が許されないのは、重すぎる量刑になり得るからであることに加えて、訴因をコントロールすることによって、検察官が被告人を公判での処罰により脅迫し得るからである³⁸⁷⁾。

そして、検察官の提案が、これら３つの検察官の義務に反するなら、いかにせよ、提案が被告人に与えられる道徳的要請（基準）を下回るなら、当該提案は「強制」にあたり、有罪答弁の任意性も否定される³⁸⁸⁾。逆に、「もし検察官の提案が、これら３つの検察官の義務に違反しないのであれば、当該提案は、たとえ量刑格差があるとしても、強制的なもので

380) Langer, *supra* note 334, at 236.

381) *Ibid.*

382) *Id.* at 236-237.

383) *Id.* at 238.

384) *Id.* at 239.

385) *Ibid.*

386) *Id.* at 240.

387) *Ibid.*

388) *Id.* at 242. もっとも、検察官の強制的提案が被告人の有罪答弁をするという決定に影響を与えない場合には、申し出は「強制」にあたるが、答弁は任意とされる。*Id.* at 242.

はなく、被告人の有罪答弁も任意ということになる³⁸⁹⁾」とされる。

5 基準説の問題

以上のように、基準説は、難解な任意性概念の把握を一定の基準設定を行うことにより試みてきた。しかし、妥当な基準設定をできないという点に、この見解の最大の欠陥がある。

第1に、予測的基準に対しては、以下の反論が可能であろう。予測的基準によれば、事件処理に対する公判と有罪答弁の比率の大小から、基準を設定することになる。しかし、その結果はあまり奇妙である。現行のアメリカの実務を前提とすると、ほとんどの事件処理が答弁取引に委ねられていることから、答弁取引による量刑が予測的基準となろう。そのため、検察官による答弁の提案は、「強制」にあたり、有罪答弁の任意性も否定される。しかし、実務の慣行が変化し、例えば公判による処理の方が主流になった場合に、答弁取引による有罪答弁の任意性が認められるという結果に変化するというのは、あまりに奇妙である。

第2に、規範的基準に対しては、この基準のみで、我々が通常「強制」であるとする事例を全て説明することはできないという批判が与えられる³⁹⁰⁾。規範的基準によれば、対象者が当該状況において置かれるべき(ought to)状態よりも悪い状態に置かれたのであれば、その提案は「強制」となる。しかし、この基準では、「刑罰」が「強制」であることを説明できないと批判される。例えば、殺人罪に関する刑罰法規は、「刑罰」によって、対象者を脅迫することで、対象者が殺人を犯さないように「強制」していると、我々は通常考える³⁹¹⁾。しかし、殺人罪に関する刑罰法規が、対象者をその者が置かれるべき状態よりも悪い状態に置いている

389) Id. at 242-243.

390) Westen, supra note 334, at 577. ただし、Westen は規範的基準を否定するわけではない。これのみで、「強制」概念を把握できないとするにとどまる。

391) Ibid.

と、我々は通常考えない³⁹²⁾。つまり、この基準によれば、刑罰が「強制」ではないことになってしまう。

第３に、規範的基準のうち法的基準に対しては、検察官の動機等といった事情を問題にできないことに加え、量刑格差に内在する圧力を問題にできないという批判がなされている³⁹³⁾。この基準の下では、Brady 判決におけるような「死の不安でさえ、検察官が法的にリスクを課すことが許されている限り、強制としない」のである³⁹⁴⁾。

第４に、規範的基準のうち道徳的基準に対しては、その設定が極めて困難であるという批判が可能であろう、なぜなら、基準の設定に道徳的評価を要することになるからである。このことは、次の例を考えると鮮明となる。例えば、砂漠において、水分不足で瀕死の者がいたとする。この者に対して、独占者（monopolist）が、水筒一杯を、1000ドルで売ると提案する場合³⁹⁵⁾を想定してみよう。この提案は、「強制」にあたるといえるだろうか。仮に、独占者が瀕死の者に水筒を公正な価格で売るといふ道徳上の義務があるなら、不相当に高額な価格の代金を受け取るまで水筒を与えないという提案は、「強制」となる。これに対して、公正な価格というのは、買主が払いたいと望む価格であるとするならば、独占者の提案は「強制」とはならない。このように、道徳的基準は、必ずしも、画一的に決定されるわけではなく、その設定が極めて困難であるという問題を抱える。

392) Ibid.

393) Id. at 1097-1098.

394) Id. at 1098.

395) See, Alschuler Confession, supra note 342, at 963.