

研 究

## 協議・合意関係文書と証拠開示

Disclosure of Handwritten Notes Regarding Proffer Session  
and Witness Preparation

吉 田 有 希\*

### 目 次

1. はじめに
2. 合衆国における合意形成過程の検討
  - (1) 公判前の打ち合わせ
  - (2) 事前協議における虚偽の危険性
  - (3) 証人準備と虚偽証言
  - (4) 事前協議・証人準備に対する手続保障の無効
  - (5) 証拠開示の現状
  - (6) 小 括
3. 協議・合意関係文書の証拠開示
  - (1) 協議・合意関係文書の価値
  - (2) 類型証拠開示との関係
  - (3) 主張関連証拠開示との関係
4. おわりに

### 1. はじめに

刑訴法350条の2以下の協議・合意制度を利用した事件では、協力者の証人尋問請求や供述録取書の証拠調べ請求がなされた場合、法350条の7または8に基づき、合意内容書面が証拠調べ請求される。本条は、公訴取消しや訴因の縮小、求刑の合意など、法350条の2第1項に規定された利

---

\* 中央大学法学部助教・中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

益供与によって信用性に影響が及ぶことを勘案し、標的者弁護人に合意の存在や内容を把握させるために設けられている<sup>1)</sup>。合意内容書面には協力者の協力内容や対価となった利益が記され、これを知った上で弁護人は反対尋問を行うことができる。

以上に対し、東京高裁令和元年12月13日決定は、合意内容書面ではなく、協議・合意関係文書、つまり協力者・弁護人・検察官が協議合意の際に作成した一切の文書の証拠開示を請求した事件である。この事件では、協議・合意関係文書は、合意内容書面の証明力を判断するのに重要な証拠であると弁護人は主張していた。これに対し東京高裁は「合意内容書面は、その内容の信用性判断が当然に予定されている証拠とはいえないから、協議・合意関係文書は、合意内容書面の信用性判断のために重要な証拠とはいえず、刑訴法316条の15第1項柱書の『特定の検察官請求証拠の証明力を判断するために重要な証拠』には該当しない」と判断して申立てを退けた。したがって、協議・合意関係文書は合意内容書面の信用性判断との関係では、類型証拠として証拠開示が求められるものには該当しない。

一方で、同決定は傍論ながら「事案によっては、合意の経緯等が、供述の信用性判断に影響する場合がないとはいえないが、それは被告人の具体的主張等を踏まえて検討されるべき問題である」としている。この判示は主張関連証拠開示を念頭に置いたものと見られるが、いずれにしても、合意の経緯が協力者の信用性評価に重要なし関連するものであり、証拠開示が認められうることを示唆している。

それでは、「供述の信用性判断に影響する場合」とはどのような場合なのか、言い換えれば合意の経緯等は、いかなる点で、どのようなときに信用性に影響が及ぶのか。令和元年決定は具体的には明らかにしていない。従来、合意に基づく供述には引き込みや巻き込みの危険があると指摘されて

---

1) 吉川崇・吉田雅之「刑事訴訟法の一部を改正する法律(平成28年法律第54号)について(3)」法曹時報70巻1号(2018年)133頁。

きた。協議・合意関係文書の証拠価値もまずはこの観点から検討されうる<sup>2)</sup>。確かに、協力者は利益供与によって偏頗 (bias) の動機を持ち、この動機づけの強さに関わるなにかの事情が協議・合意関係文書にあらわれることはありうるかもしれない。しかし、協力者が偏頗に陥りうることは合意の存在や内容によって十分に示されている。偏頗の強度もまた減刑の利益の大きさと最もよく表現される。もし、協議・合意関係文書の証拠価値が引き込みや巻き込みの危険の指摘に尽きるのであれば、そのような危険はすでに合意の存在、つまり合意内容書面で明らかになっており、改めて証拠開示する必要性は乏しい。

けれども、実際のところ、協議・合意関係文書の意義は偏頗立証に限られるだろうか。協議・合意関係文書には、偏頗事実とは質的に異なる別の観点を含んではないだろうか。令和元年決定で弁護人が合意内容書面の開示を受け、すでに合意の内容を把握していたにもかかわらず、なお協議・合意関係文書の開示請求をした事実自体、偏頗に留まらない証拠価値があることを示唆するように思われる。

本稿は、協議の経緯が協力者の信用性評価に関係し、しかも合意内容書面とは性質の違う弾効を可能にしうることを論じる。これらは、協議・合意関係文書の証拠開示の役割を明らかにするのに資するものとなる。ひいては、適切な事実認定のためになされるべき協力者証人の吟味のあり方にもつながる。

捜査公判協力型取引の多用されるアメリカ合衆国においては、近時、検察官と協力者の打ち合わせのあり方に関心が向けられている。以下では合衆国の議論を参照し、合意形成過程や経過等には信用性に影響するどのような事情があり、それはどういった性質のものであるか考察する<sup>3)</sup>。そし

---

2) 朝山芳史「判批」刑事法ジャーナル68号（2021年）197頁参照。

3) 合衆国における事前協議・証人準備について論じる邦語文献に高田浩平「米国における司法取引を巡る公判実務」刑事法ジャーナル63号（2020年）72頁がある。

て、協議・合意関係文書の証拠開示を検討する<sup>4)</sup>。

## 2. 合衆国における合意形成過程の検討

### (1) 公判前の打ち合わせ

合衆国において問題視されている検察官と協力者の打ち合わせは捜査裁判協力型取引の合意締結を境に二つに分けることができる。第一は事前協議 (proffer session) と呼ばれる、取引の成立を目的とした交渉段階のやり取りであり、第二は合意の成立後、公判での証言に向けた証人準備 (witness preparation)<sup>5)</sup>が行われる段階である<sup>6)</sup>。

#### ① 事前協議

事前協議は、協力者に情報を提出させて合意を結ぶかの判断をするための手続である。協力者と検察官以外に捜査官と協力予定者の弁護人が立ち

---

4) なお、本稿の分析は違法性や証拠能力の議論とは関わらない。なにがしかの行為が証人の信用性と関係し、訴訟の帰趨を左右することと、当該処分が違法であって証拠排除されるべきということは次元の違う話である。協議・合意制度自体がそうであるように、たとえ適法な処分であっても信用性に影響が及ぶことはありうる。「問題」や「不適切」という表現も、あくまで信用性の文脈においてのものである。また、証拠能力があると認められる証拠であっても、当然ながら信用性評価の問題は残る。合衆国では証人準備に似た概念として証人指導 (witness coaching) の語が用いられることも多い。証人準備と証人指導は検察官の準備行為が倫理違反に至っているかによって使い分けられる。See, e.g., Felicia Carter, *Court Order Violations, Witness Coaching, and Obstructing Access to Witnesses: An Examination of the Unethical Attorney Conduct that Nearly Derailed the Moussaoui Trial*, 20 GEO. J. LEGAL ETHICS 463 (2007). ただ、証人準備と証人指導の線引きは微妙であり、適法な証人準備も問題がないわけではない。本稿が論じたいのは違法性ではないことを明確にするため、証人準備の語を用いる。

5) 米国の証人準備について論じた邦語文献に笹倉香奈「いわゆる『証人テスト』について」一橋法学15巻2号(2016年)183頁がある。

6) Sam Roberts, *Should Prosecutors Be Required to Record Their Pretrial Interviews with Accomplices and Snitches?*, 74 FORDHAM L. REV. 257, 263 (2005).

会うとされている。協力者は使用免責・派生使用免責のもと、取引材料となる情報を明らかにする。協議は複数回重ねられるのが通常である<sup>7)</sup>。

ここでは、協力者の供述内容の証拠価値と信用性を評価するのが主な目的となる<sup>8)</sup>。情報に新規性がなく、すでに入手した証拠でカバーできているのであれば、合意を結ぶ必要がない。供述内容が重要と判断して初めて検察官は取引を結ぶか検討する。情報が有益であればあるほど提示される利益は大きくなる。

また協力予定者の信用性が疑わしく、虚偽であることが明らかならば協力者を利用すべきではない。信用性評価は検察官の手持ち証拠に照らしてなされるのが理想的である。犯行現場で発見された証拠や写真、通信傍受の記録、他の参考人の供述に照らして、細部においても補強されていることを確認できれば証人の信用性は評価できる<sup>9)</sup>。薬物使用歴や前科など、協力者の弾劾に関わる事実も収集する<sup>10)</sup>。協力合意は、原則として検察官が協力者の信用性を確認した後で結ばれる<sup>11)</sup>。

## ② 証人準備

協力者が協力合意を結んだ後も公判の準備に向けた検察官との打ち合わせが続く。証人準備は、証人の供述内容を精査して事実を確認することに加えて、証人の態度や証言内容を整えるために行われる。たとえば証人の記憶内容に関する打ち合わせをし、他の物的証拠や供述証拠に照らして矛盾点や対立点について検討を行う。記憶があいまいであるならばそれを喚起させるための取調べもなされうる。事件全体の流れを説明して証人の証言が位置づけられる文脈を明らかにすることもある。証人のすべきふるま

7) *Id.*

8) Steven M. Cohen, *What Is True? Perspectives of a Former Prosecutor*, 23 CARDOZO L. REV. 817, 821 (2002).

9) *See Id.* at 821-822.

10) Michael A. Simons, *Retribution for Rats: Cooperation, Punishment, and Atonement*, 56 VAND. L. REV. 1, 16 (2003).

11) *See* Ann C. Rowland, *Effective Use of Informants and Accomplice Witnesses*, 50 S.C.L. REV. 679, 682 (1999).

いを説明してロールプレイング等により証言をリハーサルし、主尋問や反対尋問に備えて練習することも行われる<sup>12)</sup>。

### ③ 両手続の危険

事前協議にせよ、証人準備にせよ、協力者証言を吟味し、精査する上で欠かすことができない。しかし、こうした打ち合わせの過程で、協力者の虚偽証言の危険は高められる。それは、もともと協力者が虚偽の動機づけを持っていたところに重なった検察官の行動が逆効果となって負の影響をもたらしうるからである。

## (2) 事前協議における虚偽の危険性

### ① 虚偽供述の動機

協力者の情報が有益であり、信用できると判断されなければ協力合意は結ばれない。そこで、協力者はまず自己の証言が有罪獲得に有益であることを示さなければならない。また、明らかな虚偽であれば取引には至らないから、情報が虚偽ではなく、もっともらしいものとして見せなければならない。特に他人の刑事事件に関する情報は持っていないが、とにかく自分の刑期を短くしたいと思う者は、まずは情報を捏造するところから始める。あるいは、標的者の訴追に有益な事実を掴んで取引に臨んでも検察官が難色を示すことがある。そのような場合、証言の強さや証拠価値を誇張するために嘘を述べることにつながる。協力者が標的者の共犯者であれば、標的者の負罪を導く情報は明らかにしつつ、自己の犯罪事実に関わる不利な情報は隠蔽したいと考えるだろう。

したがって、協力者は適当な機会さえ与えられれば、自己の有用性、信用性、負罪情報のいずれかの情報を偽ってもおかしくない。たとえば、取容中に同房の者が自白するのを聞いたとして標的事件全体を立証する情報を持ち込むことがある<sup>13)</sup>。そこまで大掛かりなものでなくとも標的者の犯

---

12) See Richard C. Wydick, *The Ethics of Witness Coaching*, 17 CARDOZO L. REV. 1, 4-5 (1995).

13) Jessica A. Roth, *Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions*, 53

行の認識や、実行行為者や首謀者が誰かというような共犯内部での責任分担など、細部の事実を偽ることがある<sup>14)</sup>。また、実際には犯行を目撃していないのに標的者が現場から立ち去るのを見たことと供述することもある<sup>15)</sup>。極端な事例だと検察から信用を得るために無実であるにもかかわらず標的者の事件に関与したと嘘の自白をすることもある<sup>16)</sup>。

このように、協力者には有用性、信用性、負罪情報に関する虚偽供述の動機がある。しかし、そのみならず、他者から発覚しにくい嘘を供述できることが多い。協力者は標的事件の共犯者であるなど事件に通じており、証拠と矛盾なく嘘をつくことが容易である<sup>17)</sup>。

## ② 情報の汚染

事前協議で検察官は標的者の負罪に結びつく情報を引き出しながら、それが虚偽でないかを確認しなければならない。もし協力者が嘘をついていると判断したならば、正しい情報を引き出すために虚偽であることを指摘するのも必要になる。このとき、協力者側に検察官の所持している情報が伝わってしまうことがある。最も問題なのは、検察官とのやり取りを通じて情報の汚染が発生し、証拠関係を推測する手がかりを与えてしまうことである。結果として大部分に補強があり、検察側の証拠と抵触しないにもかかわらず、細部で嘘の混じった証言が出来上がる。このような証言を退けるのは難しい。

取引の協議過程について検察経験者や刑事弁護士を対象にインタビューを行った結果をまとめた Yaroshefsky の論文の中で、ある検察経験者は、協力者に事実を突きつけて真実を得ることの危険を語っている。たとえば薬物取引について、協力者が A という説明をし、これが検察官や捜査官の把握している情報とは異なっていたとき、「捜査官は B という説明をし

---

AM. CRIM. L. REV. 737, 766 (2016).

14) Cohen, *supra* note 8, at 825.

15) Spicer v. Roxbury Corr. Inst., 194 F. 3d 547, 551 (4th Cir. 1999).

16) Cohen, *supra* note 8, at 823-824.

17) See Roberts, *supra* note 6, at 271.

ており、Bが実際にあったことである。本当にお前の言うとおりのことが起こったのか」と尋ねると、協力者は我が意を得たりというような反応を示して捜査官の話した通りのことが起こったのだと答える<sup>18)</sup>。

ひとたび汚染が発生すれば、協力者がもともと持っていた情報との境界があいまいになり、事実認定を歪めるものになりかねない。協力者がAを撤回してBと供述しても、実際に本人の知覚と記憶通りのものなのか、それとも捜査機関の明らかにした情報を繰り返しているにすぎないのか、判断できない。Bという事実は協力者が自ら明らかにしたのではなく、本人の体験によるものだという保障はない。もし協力者が実際にはB事実を体験していないとすれば、仮にBの事実が存在したとしても、Bはよくて伝聞にすぎず、事実認定の基礎とすべきではない。にもかかわらず、協力者はあたかも原供述者であるかのように公判で証言することになる。その上、他の証人や証拠によって補強があるかのような外観をとる。つまり、検察官から得た情報を取り込むことによって、協力者は実際以上の信用性を獲得することができる。

事前協議に臨む協力者の心構えによっては上記の危険はさらに増す。協議前の協力者の態度は以下二つに分けることができる。第一は協力者が協力に積極的であり、自ら捜査訴追機関に接触を図ってきた場合である。協力者はあらかじめ自己の提供する情報の内容を十分に検討する機会を与えられており、友人や家族、他の収容者、新聞等を通じて、最初から首尾一貫した虚偽情報を提出する可能性がある<sup>19)</sup>。ときには協力者弁護人が情報の整理に手を貸していることもある。弁護人が開示された証拠に照らして助言することもありうる<sup>20)</sup>。

しかし、より問題なのは第二に協力者が協力に消極的で捜査官や検察官

---

18) Ellen Yaroshesky, *Cooperation with Federal Prosecutors: Experiences of Truth Telling and Embellishment*, 68 *FORDHAM L. REV.* 917, 930 (1999).

19) See Roberts, *supra* note 6, at 272.

20) John G. Douglass, *Confronting the Reluctant Accomplice*, 101 *COLUM. L. REV.* 1797, 1837-1838 (2001).

が説得をしなければならない場合である。協力するつもりがない協力者には、自身の有罪を示す証拠が圧倒的であって、協力が唯一の選択肢であると伝えることが重要になる<sup>21)</sup>。協力者が標的者の共犯者であるとき、必然的に標的事件の証拠の全体像も伝わることとなる。こうした情報の汚染のために客観証拠と矛盾しない虚偽供述の機会を与えることになってしまう。

### ③ 誤導の危険

たとえ協力者に虚偽を述べるつもりが積極的になかったとしても、検察官の尋問や協力者供述への反応次第では虚偽証言に繋がりを。協力者は自身の情報が有用であることを印象づけなければならず、真実を話すことよりも検察官にとって好ましい情報を提供する強いインセンティブを持つ。だから、検察官の誘導や示唆の影響を受けやすい<sup>22)</sup>。

検察官もまた協力者から自己の期待する情報を引き出したいと考える。検察官は事前に収集した証拠から事件の見立てを持っている。協力者がこの見立てと異なる情報を示した場合、自説と矛盾しないように情報を修正させようとする誘惑が働く<sup>23)</sup>。

たとえば、検察官が特定の人物に関する情報を得たいと考えているとき、尋問の仕方によってはそのことが協力者に伝わってしまうことがある。ある薬物の共謀事件で、検察官は謀議にXが関与していると考えていた。にもかかわらず、協力者が関与者として挙げた名前にXが含まれていなかった。他に誰かいたのではないかと尋ねても、協力者はそれで全員だと答えた。そこで検察官が「Xがその場にいたかどうかを教えてください」と質問した。こうして協力者は検察官がXの情報を求めていると察知することができる<sup>24)</sup>。Xの関与を裏づける証言をした方が有用性を印象づけられるから、検察官の意に沿った供述をする動機と機会ができる。

21) Simons, *supra* note 10, at 15.

22) See Brittany R. Cohen, “Whose Line Is It Anyway?”: Reducing Witness Coaching by Prosecutors, 18 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL’Y 985, 1001 (2015).

23) See Yaroshesky, *supra* note 18, at 961.

24) *Id.* at 959.

より顕著な誘導がなされることもある。上の例で「Xがその場にいたことは分かっている」と言って休憩を切り出して立ち去ると検察官の求める情報は強烈に印象づけられる。打ち合わせの再開後、協力者はXがそこにいたと供述するようになる<sup>25)</sup>。

このように検察官の求める事実が明らかになれば、協力者はその事実を裏づける証言をする危険が生まれる。協力者が検察官の望む情報を知り、そのような供述をしようとするきっかけになるのは検察側のストーリーが明らかになった場合に限らない。検察官は、協力者が真実を話していないと感じたとき、「真実を話さなかったら自分に害が及ぶだけであって、嘘がバレたら量刑ガイドライン上の離脱の資格を失うことになる」と伝えて協力者に対して心理的圧力をかけることができる<sup>26)</sup>。合意の成否は検察官の意図にかかるものだから、その意思に沿った証言をするよう協力者が心がけてもおかしくはない<sup>27)</sup>。

検察官が協力者の情報に満足しているかということは言語的なコミュニケーションのみならず、態度や表情など、非言語的なものによっても伝わる。検察官が協力者の情報に対する落胆を表すだけでも、協力者がより有効な情報を提供する動機づけになる<sup>28)</sup>。ある弁護人は、検察官が協力者に対してもっと情報を提出する必要があるというシグナルを発し続けた結

---

25) *Id.* なおこの体験を語ったのは刑事弁護士であるが、検察官の質問に異議を述べることはなかったという。その理由は、実際にXがその場にいたかを弁護人は知らず、Xが謀議に関与している事実の方が真実かもしれない状況であり、もし協力者がその事実を知っているならば、それが有利に働くからだ、としている。また、情報を訂正したり、弁護を降る倫理上の義務を発生させるほどの情報もなかった、とする。*Id.*

26) See Yaroshefsky, *supra* note 18, at 958.

27) このほか、協力者が全事実を供述する前に、標的犯罪の構成要件を伝えるだけでも証言内容の示唆に繋がりをうる。See Liisa Renee Salmi, *Don't Walk the Line: Ethical Considerations in Preparing Witnesses for Deposition and Trial*, 18 REV. LITIG. 135, 154 (1999).

28) Roberts, *supra* note 6, at 273.

果、事件について隔々まで打ち合わせしたはずの協力者が、突然検察官に有利な情報を供述し始めた経験を語っている<sup>29)</sup>。

このような圧迫は、協力者が検察官の聞きたい情報を伝えて自分のことも実際以上によく見せようとふるまうことに繋がりがかねない。協力者は誘導的な尋問や検察官の反応を手がかりに、自己の供述と検察官の望むもののギャップを埋め、他の証拠と整合しない部分を修正し、検察官のストーリーと合わせて有益な情報提供者であることを印象づけようとする<sup>30)</sup>。記憶の曖昧さや薬物使用歴など、自身の弾劾事実を隠蔽することもある。

### (3) 証人準備と虚偽証言

このように事前協議で検察官の意図と情報が開示され、協力者の証言内容に影響が及びうる。しかし協力者と検察官のやり取りは合意によっては終わらない。ひとたび取引が結ばれると、情報の取得に加えて、公判での証言に向けた証人準備のための打ち合わせが続く。

証人準備は合衆国の実務において重要なものと見られている。ここでは証人の証言内容や証言態度を調整し、信用性を整えていくものとなる。反面、信用性を本来以上に高めるものであるために、証人準備にはさまざまな問題のあることが協力者証人のみならず通常の証人との関係でも指摘されている。以下ではまず証人準備一般の問題を取り上げる。その後、協力者証人との関係を検討したい。

#### ① 証人準備の危険性

証人準備それ自体は適正な公判審理に欠かせないものと考えられている<sup>31)</sup>。コモンローの当事者主義において、代理人は事件を調査する倫理的・法的義務を負っており、証人と打ち合わせをして事実関係を確認しな

29) Yaroshefsky, *supra* note 18, at 959.

30) Roberts, *supra* note 6, at 273.

31) Bennett L. Gershan, *Witness Coaching by Prosecutors*, 23 CARDOZO L. REV. 829 (2002).

なければならない<sup>32)</sup>。また、証人の証言内容を整理し、ふるまいや言葉づかいを整えることで効果的に事実を伝えることが可能となる<sup>33)</sup>。伝聞供述等、証拠法に合致しない証言をあらかじめ除去し、不要な混乱を防ぐこともできる<sup>34)</sup>。他人の証言等、証拠関係を検討すれば自身の証言の確からしさを再評価させることもできる<sup>35)</sup>。さらに、証人は証言の際に緊張して言葉につまったり、反対尋問で不当に大きな影響を受けたりしやすい。そのような証人に証人準備を施さなければ陪審が不当に信用性を低く見積もるおそれがある<sup>36)</sup>。

したがって証人準備は円滑な公判審理に資する。しかし、証人準備に問題がないわけではない。たとえば、主尋問や反対尋問での証人の緊張を緩和させるだけでも、証人の信用性に関する事項へ人為的な影響を及ぼしている。このため、一方当事者の有利に誘導している面があるとも評価することができる。より強い証人準備を行えば正確な信用性判断は困難になり、過度の介入には事実認定に不当な影響を及ぼすおそれがある。行き過ぎた証人準備によって事実認定に負の影響が生じる危険性は繰り返し指摘されている<sup>37)</sup>。

ABA Model ルールは、検察官が虚偽証言だと認識しながら証拠を提出することを禁止しており<sup>38)</sup>、また証人の虚偽証言を教唆・幫助することを禁

---

32) Wydick, *supra* note 12, at 1.

33) *Id.* at 1-2.

34) Jason Tortora, *Reconsidering the Standards of Admission for Prior Bad Acts Evidence in Light of Research on False Memories and Witness Preparation*, 40 FORDHAM URB. L.J. 1493, 1518 (2013); Daniel S. Medwed, *Coaxing, Coaching and Coercing: Witness Preparation by Prosecutors Revisited*, 16 OHIO ST. J. CRIM. L. 379 (2019).

35) Tortora, *supra* note 34, at 1518.

36) See Salmi, *supra* note 27, at 165 (1999).

37) See, e.g., Gershman, *supra* note 31, at 855.

38) ABA Model of Professional Conduct Rule 3.3.

止している<sup>39)</sup>。そうであるから、検察官が直接的であれ間接的であれ、知悉して虚偽証言を誘導することは許されない。証人に虚偽証言をするよう勧告し、答えたくない事項について記憶にないという証言をさせ、犯人を処罰することを強調して虚偽証言が許されるかのような印象を与え、あるいは反対尋問を回避するように伝えたりすることは倫理規定に違反する<sup>40)</sup>。

検察官は倫理規範上、証人に虚偽証言をさせようとして誘導することが許されない。しかし、倫理規範は、証人準備の問題を解決するのに十分ではない。虚偽証言を導く証人準備は検察官が故意だとは限らないからである。検察官が意図せず証人を誘導したり、正確な証言に誘導するつもりが実際は虚偽証言に繋がったりすることがありうる<sup>41)</sup>。適法な証人準備と証言の変化をもたらさない証人準備はイコールではない。誤判防止の観点から重要なのは検察官を倫理規定違反として処分することではなく、証人準備で行われた行為一つ一つを吟味することである。

## ② 認識のない誤導

証人の虚偽証言に繋がりがかねず、不当な証人準備になりかねないものとして議論されるのが (i) 証人の記憶喚起、(ii) 単語や言葉づかいの変更、(iii) 証言の際のふるまいの変更、(iv) 繰り返しのリハーサルである<sup>42)</sup>。これらの証人準備は効果的であるが、そうであるからこそ不適切な方法で行えば影響も大きい。

(i) 証人の記憶は時間の経過とともに失われる。事件発生と公判までの間が空けば空くほど事件の認識はあいまいになり、正確に記憶を再現できなくなる。記憶の喚起を試みれば、証人が記憶を取り戻すことができるかもしれない<sup>43)</sup>。しかし、その代わりに、検察官の誘導や示唆を通じて、証人が実際に知覚したものと異なる事実を本当にあったことだと認識してし

39) ABA Model of Professional Conduct Rule 3.4.

40) See Salmi, *supra* note 27, at 148–154.

41) See Cohen, *supra* note 22, at 992.

42) See Salmi, *supra* note, 27 at 154.

43) Gershman, *supra* note 31, at 839.

まうことがある<sup>44)</sup>。目撃証人のラインナップ手続での示唆が証人の記憶に取り返しのつかない汚染を発生させるのと同様に、一度本当の記憶だと思い込んだら事後的に修正するのは難しくなる。

(ii) 証人の用いる言葉を修正することによっても証言内容が影響を受ける。証言の変更でも、たとえば「だと思えます」や「おそらく」という言葉を使わないように指示することは問題が少ない<sup>45)</sup>。証言で求められるのは憶測や意見ではなく、証人の知覚した出来事だから、無用の誤解を招かないためにも両者をはっきり区別させるのは好ましい。しかし、単にこれらの単語を使わないように指示するだけではむしろ記憶と憶測が混在し、どこまでが事実か第三者が識別できない証言になりかねないだろう。また、実際に知覚したことは確かだが細部で自信を持っていないためにこのような言葉を添えていることもありうる。こうした言葉づかいを修正させれば信用性を弾劾する手がかりが少なくなる。

さらに微妙なのは事実に関する表現を変えることである。この場合、証言の実質的内容を修正しかねない。被告人が被害者を「叩いた (hit)」に替えて「殴った (beat)」の語を用いるように指導すれば暴行の程度について事実認定者は異なる印象を受けうる<sup>46)</sup>。検察官は実際に現場を目撃したわけではないから、変更した語が証人の目撃した状況にふさわしいかは分からない<sup>47)</sup>。

(iii) 証人のふるまいを洗練させることは倫理規範が最も及びにくい。ふるまいを変えても証言内容を変えることにはならないから、偽証教唆や幫助、証拠偽造には問われない<sup>48)</sup>。にもかかわらず、事実認定に対する影響

---

44) See Wydick, *supra* note 12, at 9–10.

45) See Joseph D. Piorkowski Jr., *Professional Conduct and the Preparation of Witnesses for Trial: Defining the Acceptable Limitations of “Coaching”*, 1 GEO. J. LEGAL ETHICS 389, 399–400 (1987).

46) See *id.* at 402.

47) Salmi, *supra* note 27, at 162.

48) John S. Applegate, *Witness Preparation*, 68 TEX. L. REV. 277, 299 (1989).

力は他の手法にも劣らない。自信なさげに供述する証人にもっと堂々とするように指示すれば、証言内容に確信のあることが伝わり、事実認定者の信用を得やすい<sup>49)</sup>。証人が、自信を持って証言するよう心がけるうちに自己の記憶が確かだと誤信することもある。こうしてふるまいを洗練させると証人の信用性を判断するための手がかりが消えていく。

(iv) リハーサルでは公判における主尋問や反対尋問に備えた練習を行う。証人の緊張をほぐし、反対尋問の侵襲性に備えるためにもリハーサルは必要とされる。その一方で、次第に証言が洗練され、堂々とした証言が可能になる点で、(iii)のふるまいの洗練と同様の効果を持つ。証言を繰り返せばそれだけ証人も自分の記憶が確実なものだと誤信しやすくなる<sup>50)</sup>。

### ③ 証人準備が証言に影響を及ぼしたと解される事例

合衆国最高裁判例の中にも不当な証人準備によって証言に影響が及んでいると思いき事例が存在する。一つは *Kyles v. Whitley* であり<sup>51)</sup>、もう一つは *Strickler v. Green* である<sup>52)</sup>。

謀殺事件である *Kyles* において証人は犯行の具体的な様子を証言した。それによれば被告人は被害者ともみ合いになり、右ポケットから32口径の銃を取り出して頭部を撃ち、現場から被害者の車であるフォード LTD で逃走する様子を目撃したと述べた<sup>53)</sup>。しかし事件直後の供述では、証人は犯行の瞬間や車外にいた犯人を見ていないと認めていた<sup>54)</sup>。逃走車両の車種は公判証言とは異なるものを挙げ、犯人の髭や髪形等容貌に関する供述も他の証人とは一致していなかった。以上の事実から、合衆国最高裁は「検察官が証人の証言内容を指導していた相当程度の可能性が示唆される」

49) Salmi, *supra* note 27, at 163.

50) *See id.* at 165–166.

51) *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419 (1995).

52) *Strickler v. Green*, 527 U.S. 263 (1999).

53) *Kyles*, 514 U.S., at 442.

54) *Id.* at 442–443.

と認定している<sup>55)</sup>。

*Strickler*も同様に、公判前の供述と公判証言の印象が大きく食い違っていた事案である。証人は公判において、犯人と被害者の特徴や誘拐の状況を詳細に証言した<sup>56)</sup>。また逃走車両のナンバープレートも書き留めたとしていた<sup>57)</sup>。反対尋問で、事件の報道が犯人の特定に影響を及ぼしていないか訊かれたとき、証人は「そのおそれは全くない」と答え、「自分は格別に記憶力がいい」のだとした<sup>58)</sup>。しかし、捜査官の取調べメモや証人が捜査官に送った手紙によれば、証人は当初被害者を特定することもできなかった上、事件についてもあいまいな記憶しかないと認めていた。車両のナンバープレートについても言及はなかった。証人は捜査官に対し、「混乱した記憶に辛抱してくれたこと」に感謝の意を伝えている<sup>59)</sup>。

*Strickler*では *Kyles* とは異なり合衆国最高裁は不当な証人準備の有無については何も認定していない。しかし、上記の事実関係に照らせば何かしらの指導があったことが窺える<sup>60)</sup>。捜査官とのやり取りによって当初の記憶にもかかわらず証言が鮮明なものになり、証人が過剰な自信を持つことに繋がったと考えられる。

#### ④ 証人準備と協力者

協力者は通常の証人と同様に証人準備の影響を受ける<sup>61)</sup>。そのため、証人準備に関する議論は協力者証人にも当てはまるが、のみならず協力者には通常の証人よりも検察官の指示に脆弱な理由がある。

---

55) *Id.* at 443.

56) *Strickler*, 514 U.S., at 270-272.

57) *Id.* at 272.

58) *Id.*

59) *Id.* at 272-275.

60) *See Gershman, supra* note 31, at 840.

61) 協力者証人であっても証人準備の影響は免れないと解される。ある検察官は、協力者が標的者は現場にいたか分からないと供述していたにもかかわらず、その後の手続で確信を持って標的者が現場にいたと証言した事例を紹介している。*Yaroshefsky, supra* note 18, at 939.

協力者が検察官の意に沿った証言をする動機は合意の成立以降も残る。協力者の量刑審理は通常、標的者事件の公判が終了した後になされる<sup>62)</sup>。量刑には協力の程度が反映される。特に、量刑ガイドライン5K1.1条は検察官の申立てに基づき、相当程度の協力があったとき、量刑ガイドライン上の絶対的下限刑から離脱することを認めている。本条は強力な減刑規定であり、この利益を得るためには標的者の訴追を成功させなければならない。

また協力合意には真実条項が規定されていることが多い。この条項は、協力者の供述や証言が真実ではないと分かったとき、合意からの離脱を認めるものである。しかし、ここでいう真実とは、客観的真実ではなく、検察官が真実だと考えているものにならざるを得ない。結局は事前協議を経て合意に至った時点での供述を真実として維持するよう命じるものとなる<sup>63)</sup>。協力者は真実条項のためにも、他の証拠との矛盾点を減らして、信用性を高める動機がある。

有罪判決を獲得して協力の価値を印象づけ、虚偽と指摘される契機をできるだけ減らすためには、検察官の指示に従うのが利口といえる。協力者は通常の証人と比べても証人準備に対して従順な反応を示しやすいと考えられる。

このように信用性を得ることを望む積極的な動機づけから証人準備においても協力者に他の証拠を示すことは禁忌となりうる。事前協議における汚染が致命的になるのと同様、開示された情報が組み込まれたため信用性評価を行えなくなる危険は証人準備にも当てはまる。通常の証人であれば自身の説明と相反する証拠について説明を求めても問題は少ないが、協力者との関係では慎重に行わなければならない。

---

62) See R. Michael Cassidy, "Soft Words of Hope." *Giglio, Accomplice Witnesses, and the Problem of Implied Inducements*, 98 *Nw. U. L. Rev.* 1129 (2004).

63) *Id.* at 1147; Roth, *supra* note 13, at 775.

(4) 事前協議・証人準備に対する手続保障の無効

以上のとおり、事前協議と証人準備の影響を受けて、協力者の証言は変形する可能性がある。他方、このような虚偽の危険も訴訟当事者の自己判断や公判における手続保障で除去できるのであれば、深刻な問題には繋がらない。検察官が協力者の嘘に気づいて合意を結ばず、あるいは合意から離脱すれば協力者が公判で証言することはない。また、仮に公判で虚偽証言がなされても、反対尋問を通じて虚偽を指摘できるのであれば、事実認定機能が害されることもない。

もし、検察官の吟味や反対尋問によって協力者の嘘を見分けられるのだとすれば、事前協議や証人準備に問題があったとしても、既存の手続保障によって回復可能といえるかもしれない。しかし、実際に事前協議や証人準備で生じた問題に対処するには、少なくとも合衆国の現行制度上はかなりの困難が伴っている。検察官のチェックは有効な安全弁とはならないし、反対尋問も機能しているとはいえない。

① 検察官による吟味

検察官は協力者供述の虚偽や信用性を入手した証拠や情報に照らして判断している。補強のある範囲では供述の脚色の有無は分かりやすい。検察官が協力者の嘘を発見する一番の手がかりになるのは物証や他の供述証拠である。しかし、証拠に基づく信用性判断にも限界があり、検察官は自ら証拠を明かして事実を歪める原因を作ってしまう<sup>64)</sup>。

たとえ捜査が十分になされ、客観的な証拠があったとしても、あらゆる事実を補強できるとは限らない。通信傍受記録により、標的者たちの会話が動かしがたく存在していたとしても、仲間内で使われている隠語の解釈を通じて協力者が真実を歪める余地は残る<sup>65)</sup>。協力者が標的者と電話で会話をしたときのように、通話の存在それ自体は記録から裏づけられるとしても、会話の内容は他に確かめる術がない<sup>66)</sup>。このように補強が不可能な情

---

64) See Cohen, *supra* note 8, at 825.

65) See Yaroshefsky, *supra* note 18, at 935.

66) *Id.*

報もある。

また、補強といえるか微妙な事件もある。薬物事件において、協力者が標的者の扱った薬物量は年間6キロだったと供述したとする。検察官の手元には単に6キロと書かれた書面があったとする。6キロの記載は協力者の供述の裏づけになるだろうか。全期間を通じて取引の総量が6キロだったとも解釈することができる<sup>67)</sup>。あるいは、殺人事件で、協力者が「被害者は木のそばで殺された」と供述し、現場には実際に木があった場合にはどうか。確かに木の存在も補強にはなるものの、協力者の供述で重要なのは被害者の殺害に関わる部分であり、本当の意味での補強があるとは評価できないだろう<sup>68)</sup>。

そもそも協力者の協力を要するような事件では、通常の事件と比べて証拠が有効に機能しにくい。事件の証拠が十分であれば証人の信用性判断は確かなものとなる一方で、協力者証言の証拠価値は証拠を集めるのが難しい事件であればあるほど高まっていく。証拠が足りないからこそ検察官は協力者を頼って取引を結ぶのであって、取引が必要な事件ほど情報は少ない<sup>69)</sup>。特に共犯者証人は検察官よりも事件に精通していることがある。取引事件では信用性判断が難しくなる構造的な問題がある。

信用性を吟味するための十分な情報がない場合、検察官は協力者のふるまいや言動に基づいて直感的な判断をすることにならざるを得ない<sup>70)</sup>、検察官が嘘を見抜く力に優れているということはできない<sup>71)</sup>。ある研究によれば、捜査官らの虚偽発見能力は通常人をわずかに上回るにすぎない<sup>72)</sup>。そして、そもそも人間の直感による虚偽判断はほとんど当てずっぱ

67) *Id.* at 936.

68) *See id.*

69) *See* Cohen, *supra* note 8, at 822.

70) *Id.*

71) Roth, *supra* note 13, at 774.

72) Paul Ekman & Maureen O'Sullivan, *Who Can Catch a Liar?*, 46 AM. PSYCHOLOGIST 913 (1991); *See also* Saul M. Kassin, *Human Judges of Truth, Deception, and Credibility: Confident but Erroneous*, 23 CARDOZO L. REV. 809 (2002).

うと変わらず，正答率は約50パーセントほどである<sup>73)</sup>。したがって，補強のない部分について検察官が嘘を見抜くのは困難であり，嘘の余地を残さないためにも不用意に情報を開示して証拠の乏しい部分をはっきりさせないことが重要である。

にもかかわらず，他にもない検察官が協力者の証言を汚染させてしまう。協力者への誘導や説得，信用性の吟味，供述に対する落胆等によって，協力者は証拠関係を推測する手がかりを得て虚偽供述の機会を与えられる。このような行動は無自覚に行われる。たとえ善意の検察官であっても協力者への情報提供をゼロにすることは難しく汚染は避けられない<sup>74)</sup>。そして，ひとたび汚染が起きれば，どの供述が汚染に基づくものかを明らかにしない限り，正しく信用性評価を行うことはできなくなる。

事前協議と証人準備の全体を通じて，検察官の誤導的手法は，一度発生したらその影響を取り除くのが難しい。検察官はほとんど無意識に協力者へシグナルを送っており，客観的な記録がなければ自身の行った示唆や誘導を自覚することができない。また，協力者の虚偽を発見する積極的な動機づけも乏しい<sup>75)</sup>。協力者に一応の信用性があると判断して合意に至った以上，虚偽を発見することは公判の見通しや証拠構造を変えることになってコストがかかる。有罪判決によって得られる報酬は大きいのに，誤りを認めても利益は小さい。明らかな嘘は放置しないとしても，嘘か本つか判断がつかない部分のために積極的な捜査は行われない。検察官は確証バイアスの影響を受けうる。協力者の説明する事実が自己の見立てと一致していたとき，その説明の正しさに確信を持つ一方で，情報を疑わない傾向にある<sup>76)</sup>。

---

73) See Max Minzer, *Detecting Lies Using Demeanor, Bias, and Context*, 29 CARDOZO L. REV. 2557, 2566 (2008).

74) See Roberts, *supra* note 6, at 273-274.

75) Roth, *supra* note 13, at 776.

76) *Id.* at 775.

## ② 反対尋問

反対尋問は公判審理における適正な事実認定を確保する上で欠かすことのできない中心的な役割を期待されている。しかし、弁護人は証人準備が徹底された事件では有効に信用性を弾劾することができない<sup>77)</sup>。証言の不審な点を不意打ち的に指摘しようとしても反対尋問のリハーサルを経ているために驚きや動揺を引き出せない。協力者の自己矛盾は解消され、他の証拠との関係で不利な部分は整合的に説明できる理由をあらかじめ考える時間がある。こうして証人準備を経なければ弾劾できるはずの弾劾が無効化される<sup>78)</sup>。

再び弾劾を有効にするためには、協力者の証言やふるまいが検察官によって洗練されている事実を明らかにして陪審にその影響を考慮させる必要がある。そこで、反対尋問で証人準備に関する事実を引き出すことが重要となるが<sup>79)</sup>、協力者に証人準備の事実を語らせるのは難しい。

第一に協力者が証人準備のあったことを認識しているとは限らない。協力者が無意識のうちに証言への影響を受けていることもある。検察官の意図は瑣末な言動や表情によって伝わり、そのような場合には特に証人の口から有効な証言を引き出すことは難しい<sup>80)</sup>。

第二に、そもそも不適切な証人準備があったと信じるに足る事実的基礎を欠いているとき、その事実によって弾劾するという弁護方針を効果的に準備することはできない<sup>81)</sup>。弁護人が詳細を知らない事項について探索的な反対尋問を成功させるのは困難である。抽象的な危険を過度に責めれば陪審にマイナスの印象を与え、裁判所によって反対尋問が制限されることも起こりうる<sup>82)</sup>。反対尋問するよりもしない方が有利ということになり

77) Roberts, *supra* note 6, at 284.

78) See Douglass, *supra* note 20, at 1842.

79) See Cohen, *supra* note 22, at 1013.

80) *Id.* at 1015.

81) Gershman, *supra* note 31, at 854-855.

82) See, e.g., United States v. Scotti, 47 F. 3d 1237, 1248 (2d Cir. 1995).

かねない。

第三に、たとえ証人から証人準備があったという証言を得られたとしても、証人準備の実態をありのままに証言しているとはいえない。証人が「検察官から今日尋問を受けた事項について質問され、真実を話すように指導を受けた」と証言したとして、これでは証人準備の持つニュアンスはほとんど伝わらないだろう<sup>83)</sup>。

### (5) 証拠開示の現状

このような事前協議や証人準備で生じる虚偽証言の危険を解決するために検察官と協力者の打ち合わせの内容を記した記録を作るべきだといわれている<sup>84)</sup>。検察官の質問と協力者の応答を照らし合わせれば情報の汚染や示唆誘導がいつ・どのように発生したか明らかになる。弁護側に開示されれば証人準備等の影響を具体的に指摘して事実認定の正確性を高められる。実際には、これらの記録の作成が義務づけられておらず、あるいは断片的なメモが残されていても証拠開示の対象とはなりにくいため、協力者の打ち合わせの実態が公判で明らかにならないことに問題の一端がある。

#### ① Jencks 法による規律

合衆国法典第18編3500条はいわゆる Jencks 法を定めるものであり、検察側証人の供述の証拠開示を規定している<sup>85)</sup>。本条は、検察側証人が公判前にしていた、証言と関連する供述の証拠開示の権利を被告人に認めるものである。この証拠開示により弁護人は自己矛盾供述等による弾劾の手がかりを得て有効な反対尋問をすることが期待される。証人の供述に当たれ

---

83) See Roberts, *supra* note 6, at 285.

84) See *id.* at 280. このとき、検察官の質問内容も併せて記載するのが重要である。See Rowland, *supra* note 11, at 682.

85) Jencks 法について論じた邦語文献に三明翔「憲法上要求される証拠開示の限界(4) — Brady 法理に対する批判と新たな解釈の可否 —」比較法雑誌46巻3号(2012年)279頁、酒巻匡『刑事証拠開示の研究』(弘文堂、1988年)119頁以下がある。

ば無条件で開示の権利が認められ、検察官がこの義務に従わなければ証人の証言は排除されるから、弁護側に強力な証拠開示の権利を保障しているかに見える。

しかし、Jencks法で開示が義務づけられるのはあくまで記録された供述に限られる。証人が供述していても書面化されていなければ開示対象となることはない。記録を残さなければ少なくとも同法によって口頭供述の内容が被告人側に伝わる可能性はない。検察官は警察官同様に証人の取調べに際してメモを作成する法的義務を負わない<sup>86)</sup>。そのため、特に自己矛盾供述が発覚しないように敢えてメモを残さない検察官も少なくない<sup>87)</sup>。

また、仮に検察官が証人準備等でメモを作るとしてもJencks法による証拠開示は簡単に回避することができる<sup>88)</sup>。同法により開示の義務づけられる供述の範囲は狭く、特に事前協議や証人準備で作成されたメモが以下の要件を満たすとは考えられない。Jencks法にいう供述とは、3500条(e)の定義規定のいずれかに該当するものに限られる。すなわち、(1) 証人のした、録取された供述で、署名その他証人の採択や承認のあるもの、(2) 速記、機械的、電磁的な記録または複写で、証人のした口頭供述を実質的に逐語的に叙述したものであって、かつ当該口頭供述の際に同時的に記録したもの、(3) 大陪審の面前でした供述である。したがって取調官のメモが開示されるのは、(1) 証人が自己の供述であるとして記載内容を承認した場合か、(2) 実質的に証人の言葉が逐語的に記録されている場合のいずれかである<sup>89)</sup>。

---

86) Gershman, *supra* note 31, at 852. ただし、近時は、合意形成過程の記録に関するガイドラインの作成が進んできている。Roth, *supra* note 13, at 774. もっとも、Rothは、「情報提供者に関する記録義務は伝統的にとても緩やかであったから、多くの検察官は情報が開示されてしまった事実注意到注意を払っていないだろう」という現状認識を示している。Id. at 775; See also Medwed, *supra* note 34, at 392.

87) Gershman, *supra* note 31, at 853.

88) See Roberts, *supra* note 6, at 265–266.

89) Scotti, 47 F. 3d, at 1249.

証人の取調べにおいて取調官がメモを取るの正式の報告書を作成する補助としてである<sup>90)</sup>。正式の報告書は Jencks 法の要件を満たして被告人側に開示されるが<sup>91)</sup>、改めて整えられた報告書に証人準備の手がかりとなる事実が記載されているとはいえない。被告人側にとって反対尋問に有利な証拠となりうるのはメモの方である。しかし、そのようなメモに協力者の承認があることは稀であり、(1)の要件は満たさない。(2)についても、逐語的記録といえるためには証人の言ったことを完全に、間違いなく反映している場合である。検察官の加筆や解釈と証人の証言が混在していたり、あるいは要約が行われていたら、それだけで Jencks 法にいう供述には該当しなくなる<sup>92)</sup>。

## ② Brady 法理との関係

証人準備等のメモが Jencks 法により開示対象とならなくとも、Brady 法理によって開示が義務づけられる余地はある<sup>93)</sup>。Brady 法理の開示対象

---

90) See Note, *Interview Notes of Government Agents under the Jencks Act*, 80 MICH. L. REV. 1695, 1697 (1982).

91) *Id.*

92) *United States v. Spencer*, 618 F. 2d 605, 606 (9th Cir. 1980). さらに、Jencks 法は証人が主尋問で証言する前に事前供述を開示することを禁止している。18 U.S.C. § 3500 (a)。Brady 法理が適時の開示を命じ、場合によっては公判前の証拠開示も義務づけられるのと比べると、Jencks 法は一律に遅い開示時期を定めている。その趣旨は脅迫や証人威迫から保護を図るためだと説明されている。このように Jencks 法は例外なく主尋問後の証拠開示を指定しているが、通常の証人に証人威迫の危険が大きいとはいえないため、実際は運用によって早期の開示がなされているようである。See Ellen Podgor, *Criminal Discovery of Jencks Witness Statements: Timing Makes a Difference*, 15 GA. ST. U.L. Rev. 651 (1999)。しかし、少なくとも協力者証人との関係では事前供述の開示時期は直前にせざるを得ないし、またそのような運用が適切だろう。証人の供述を吟味する時間が必要な場合、弁護側の請求に基づき、裁判所の裁量によって相当の休廷が認められる。18 U.S.C. § 3500 (c)。

93) Brady 法理については三朋翔「憲法上要求される証拠開示の限界 (1)-(5) — Brady 法理に対する批判と新たな解釈の当否 —」比較法雑誌44巻2号(2010) 301頁, 同45巻2号(2011) 187頁, 同45巻4号(2012) 231頁, 同46巻3号(2012)

は証人の供述に限定されない。書面に記録されなかった口頭供述であっても開示が必要とされることもありうる。

ただし、*Brady* 法理は *Jencks* 法とは異なり、無条件の証拠開示を認めるものではない。同法理に基づいて開示されるのは「当該証拠が罪責、刑罰に関して重要であるとき」である。重要と評価できるのは「証拠が開示されていれば結果が異なっていた合理的蓋然性がある」場合に限られる。公判前の供述と公判での証言が大きく異なり、取調官による示唆が疑われる *Strickler* 事件は、まさに取調官のメモに対する *Brady* 法理の適用が争われていた。しかし、他の証拠によって被告人の有罪は基礎づけられるため合理的蓋然性はなく、メモの不開示にデュープロセス違反はないと判断された。*Brady* 法理によってメモの開示が絶対に保障されるとはいえない。

*Brady* 法理に基づき取調べメモが開示されたとしても証人準備の実態を反映しているとは限らない。取調段階での証人の供述の開示義務を認めた *Kyle* では検察官の不適切な証人指導を示唆したが、あくまで証拠それ自体は公判供述と大きく食い違っており、自己矛盾があることを示すにすぎなかった。自己矛盾供述が存在するというだけでは、単なる記憶違いや言い間違いがあり、公判に至って正しい記憶を取り戻したのか、情報の汚染や積極的な証人準備があつて公判証言に不当な影響が及んでいるのか分からない。どちらであるかによって、証人の信用性の減殺の程度は大きく異なるだろう。結局、不適切な誘導や証人準備の事実の有無を確実に公判で審理するためには正確な記録が必要になる<sup>94)</sup>。

## (6) 小 括

事前協議や証人準備での検察官の意図や目論見によって協力者の虚偽の動機づけが強まり、整合性のある嘘をつく能力が高められる。したがって、合意の経緯等の事情は、協力者が検察官から迎合に向けた圧迫を受け

279頁、同46巻4号(2013)189頁、酒巻・前掲注85)190頁以下を参照。

94) See Gershman, *supra* note 31, at 851-852.

たり、協力者自身は体験していない事情を証言に組み込ませて信用性を必要以上に高める危険を内在し、協力者証言の評価に影響を及ぼす。これらは、利益供与による偏頗、すなわち、単に取引を結んだという事実によって協力者を弾劾するのとは質的に異なる。情報の汚染や誘導は、取引とは別の検察官の行動を根拠として信用性の減殺をしようとするものであり、直接的に証言内容を左右することに特徴があるからである。

ひとたび協力者が検察官の証拠関係を把握し、信用性あるふるまいを洗練させれば、標的者被告人の反対尋問によっても、検察官自身によっても、不当な影響を事後的にチェックするのは難しい。解決策となるのはその影響を生じる原因となった情報の汚染や示唆、誘導等の事実を公判に提出して、事実認定者に考慮させることである。

合意の経緯等に関する情報には信用性判断の正確性に資する価値があるにもかかわらず、合衆国では公判において十分な検討が尽くされていないのは、捜査官や検察官がメモを作成せず、仮に作成したとしても開示がなされないためにその実態を知る手がかりが被告人の側に与えられないからに他ならない。つまり、合意の経緯やその後の経過は証人の信用性を大きく減殺しうる性質のものであることは認められているものの、手続的な障害のために事実認定の基礎とされない。合衆国の問題点は取調べの記録義務が弱く、またメモが作られても開示の要件を満たしにくいために、証拠開示が機能しないことにある。

### 3. 協議・合意関係文書の証拠開示

#### (1) 協議・合意関係文書の価値

合衆国においては、事前協議や証人準備では情報の汚染や誘導、不適切な示唆の危険があることが認識されている。これらは証人の信用性を左右するため、公判で攻撃防御が尽くされるべきである。適正な事実認定のためには、協力者との打ち合わせで記録を作成し、証拠開示することが望ましい。以上の理屈は日本法にも妥当すると考えられる。

日本においては、合衆国と比較して、協議・合意関係文書の開示を妨げる手続上の障壁があるわけではない。協議・合意制度が制定される際の附帯決議は、「検察官は、合意をするため必要な協議に際しては、自由な意見交換などの協議の機能を阻害しないとの観点をも踏まえつつ、日時、場所、協議の相手方及び協議の概要に係る記録を作成するとともに、当該合意に係る他人の刑事事件及び当該合意の当事者である被告人の事件の公判が終わるまでの間は、作成した記録を保管すること」としている。このため、合意にかかる記録の作成と保管は一定程度担保されている。また、Jencks法とは異なり、協議合意の打ち合わせで作成したメモが証拠開示の要件を満たす可能性が全くないとはいえない<sup>95)</sup>。

現行刑事訴訟法に法定された証拠開示制度のうち、協議・合意関係文書が開示されるのは、法316条の15の類型証拠開示か、316条の20の主張関連証拠開示である。類型証拠開示では、同条1項各号いずれかの類型該当性のほか、「特定の検察官請求証拠の証明力を判断するのに重要と認められる証拠」でなければならない。主張関連証拠開示では、あらかじめ法316条の17の主張明示義務によって弁護人の明示した主張に関連すると認められなければならない。こうした重要性や主張関連性の要件に照らして、証拠開示を受けるためには、開示請求証拠が事実認定に寄与する一定の質を伴っていることが前提になる。

合意の過程で作成されたメモは、取調べメモと同様に、協力者の供述内容や供述態度のほか、当該供述内容に関する検察官の感想、当該供述等の関係において検討すべき別途収集された証拠内容、今後必要と思わせる捜査の内容等が記載されていると考えられる<sup>96)</sup>。これらの記載は打ち合わせ状況を推認させ、検察官の不適切な行為の有無についての手がかりにな

---

95) 検察官の取調べメモを証拠開示の対象から除外する理由は乏しいことについて、角田正紀「取調べメモ等の証拠開示請求に関する最高裁決定を巡って」酒巻匡編『刑事証拠開示の理論と実務』（判例タイムズ社、2009年）329-330頁参照。

96) 取調べメモの意義について、大阪地裁平成20年4月9日決定参照。

る。検察官が次に尋問すべき事項を書き残していたとすれば、情報の汚染や誘導の程度を検討するのに決定的なものとなりうる。協議・合意関係文書は証人の信用性を正当に評価することに関わるものであり、類型証拠開示や主張関連証拠開示の重要性や主張関連性が認められるだろう<sup>97)</sup>。ただし、それ以外の要件を満たすかは別途問題がある。

## (2) 類型証拠開示との関係

類型証拠開示が認められるためには、重要性、必要性、開示の相当性のみならず、法316条の15第1項各号のタイプのいずれかに該当しなければならない。協議・合意関係文書が該当しうるのは5号類型か6号タイプのいずれかである。

---

97) 類型証拠開示の要件である重要性の理解は分かれる。重要性とは、検察官が証明しようとする事実と齟齬、矛盾あるいは両立しない証拠でありうる場合に認められることに異論はない。落合義和ほか『刑事訴訟法等の一部を改正する法律および刑事訴訟規則の一部を改正する規則の解説』(法曹会, 2010年) 134頁。議論があるのがこれ以外の事実で証明力に関するもの、特に補助事実の位置づけである。供述証拠との関係では、齟齬、矛盾、非両立とは、自己矛盾供述か、供述内容と両立しない事実をいうと考えられる。自己矛盾供述は、証人がある事実について、あるときはA、あるときはBと供述しており、その事実それ自体から信用できる語り手ではないという推認を働かされるものである。供述内容と両立しない事実は、証人がAと供述しているのに対して、Bと証言する証人を召喚するなどAでないことを立証してAという証言の誤りを指摘するものである。以下これを相反事実と呼んでおく。いずれも証人の信用性を弾劾するものであるから、「特定の検察官請求証拠の証明力を判断するのに重要」といえる。しかし、証人の信用性評価に影響するのは上記の事実に限られず、「重要」な証拠を以上の二つに限定する理由はない。重要性を満たす証拠は自己矛盾供述と相反事実に限られず、信用性に影響する補助事実も当然含まれると解するべきである。酒巻匡「証拠開示制度の構造と機能」前掲注95) 27頁。以上のように理解すれば、協議・合意関係文書のうち協力者の供述録取部分のみならず、検察官の供述部分についても、少なくとも「証明力を判断するのに重要」といえる。

## ① 5号該当性

5号類型に該当するためには、検察官によって証人尋問請求され、あるいは供述録取書を請求された者の供述録取書等に該当しなければならない。合意事件で証人尋問請求されるのは通常は協力者であるため、協議・合意関係文書が供述録取書といえなければならない。しかし、本条にいう供述録取書とは、供述を録取した書面で供述者の署名押印のあるものを指す。協議・合意関係文書の大半はこの署名押印を欠くだろう。したがって、協議・合意関係文書が協力者の供述録取書として開示されるとは考えられない。

一方、協議・合意関係文書は、検察官作成の供述書と理解することができる。そこで、検察官が証人尋問請求された場合には、同号の要件を満たしうる<sup>98)</sup>。ただ、当該検察官が検察側証人として証言しなければならないのは、協議過程に違法があり、協力者供述・証言の証拠能力が深刻に争われるような事件に限られる。そうした事態は稀であろう。

## ② 6号該当性

6号書面として開示されるためには、「被告人以外の者の供述録取書等」であって、「検察官が特定の検察官請求証拠により直接照明しようとする事実の有無に関する供述を内容とするもの」でなければならない。5号類型で検討したのと同様に、協議・合意関係文書は署名押印を欠くため、協力者の供述録取書ということはできないが、検察官作成の供述書と解することはできる。そのため、「被告人以外の者の供述録取書等」には該当する。

「直接証明しようとする事実」とは、検察官が証拠によって直接立証する事実を指し、その事実の存否を左右しうる供述であれば要件を満たす。検察官の供述部分は、通常は打ち合わせや協議の様子を示すものであり、証明対象事実には含まれない。これに対し、協力者の供述録取部分は、検

98) 検察官が証人尋問請求されている事件で不起訴裁定書が供述録取書に当たり、5号類型の要件を満たすと判断したものとして、東京地裁平成26年1月29日決定がある。

察側の直接立証しようとする事実を左右するものでありうるため、「事実の有無に関する供述」に当たる可能性がある。

ただし、この「事実の有無に関する供述」には伝聞供述は含まれないというのが裁判例の立場である<sup>99)</sup>。これを前提にすると、事実の有無に関する供述の判断対象は作成者である検察官の供述に限定されるため、それ以外のものを根拠にして6号該当性を認めることはできない。他方、少なくとも6号類型の開示では原供述性を厳密に要求する必要はないという立場も有力である<sup>100)</sup>。本条は、「直接証明しようとする事実の有無」という要件が示すように、たとえばアリバイ供述など、立証事項と両立しない相反事実を示す供述を開示させる趣旨と考えられる<sup>101)</sup>。本条の要件を満たす証拠は書面であって伝聞証拠として証拠能力がないにもかかわらず、なお類型証拠開示の対象とされているのは、公判で証拠利用するというよりは弁護側の防御の端初として用いることを意図して設けられたものだろう。そうすると原供述であることにこだわる理由はないことになる。そうであるとすれば、協力者の供述部分は本条の要件を満たしうる。しかし、供述を録取された者が、証人と呼ばれ、あるいは供述録取書が請求されるなど、すでに5号類型の要件を満たしているとき、当該供述部分は、相反事実ではなく自己矛盾供述としての利用にしかならないようにも思われる。5号類型が署名押印のある供述録取書のみを証拠開示の対象としている以上、自己矛盾供述の証拠開示は、新たな事実を立証する端初となればよいというものではなく、その証拠自体を弾劾証拠として利用できるかが大事だとするものと考えられる<sup>102)</sup>。そうすると、署名・押印のない供述

---

99) 東京地裁平成20年8月6日決定等参照。

100) 前田巖「類型証拠6号要件の該当性について」酒巻編・前掲注95) 201頁、朝山・前掲注2) 199頁等。

101) 落合ほか・前掲注97) 135頁。

102) もちろん、自己矛盾供述の事実は、まさに *Kyles* で合衆国最高裁が示唆したように、汚染や証人準備の有無を検討する端初となりうる。したがって、自己矛盾供述の証拠価値は弾劾証拠としての利用に限られない。しかし、自己矛盾

録取部分は自己矛盾供述として用いることができないから、開示証拠としての価値は限定的になる。5号に該当する証人や供述者であるにもかかわらず6号該当性を認めることには疑問がある。

### (3) 主張関連証拠開示との関係

類型証拠開示では、検察官が協議・合意担当検察官を証人として請求している場合には5号該当性が認められ、6号の要件は原供述に限らないと解釈すれば協力者の供述録取部分には同号該当性がある。しかし、協力者証人の証言・供述の信用性を超えて証拠能力が深刻な争点となる事件は限定的である。また、6号に基づく類型証拠開示によって開示が正当化されるのはあくまで協力者の事実関係に関する供述に限られる。協議・合意の経緯は、基本的には検察官の供述によって明らかにされるものであるから、類型証拠開示の要件を満たさない。

協議・合意関係文書が類型証拠開示されなくても、法316条の20の主張関連証拠として開示される可能性は残る。令和元年決定が示唆するように、むしろ協議・合意関係文書は主張関連証拠開示によって開示をカバーすればいいと解釈されているように思われる<sup>103)</sup>。

しかし、主張関連証拠開示が認められるためには前提として弁護側が主張を明らかにしなければならない。この主張はある程度具体的なものが求められる。公判前整理手続の目的である争点整理と審理計画の策定のため、検察官が新たな主張や証拠請求をするかを決め、裁判所が証拠調べの範囲を判断できる程度に詳細なものでなければならない。たとえば、「被告人の捜査官に対する自白調書は捜査官の偽計および脅迫によるものであ

---

供述の開示が立法趣旨と解される5号類型が署名押印の有無に拘っているのであれば、現行刑事訴訟法上、開示の分水嶺となるのは証拠能力ということにならざるを得ないと考えられる。6号類型で伝聞性を緩やかにすることは法律の構造に照らして難しいだろう。

103) 朝山・前掲注2) 198頁、田中優企「判批」法学教室486号(2021年)147頁参照。

るから、任意性を争う」とか「被告人は犯行時刻には犯行現場にいなかったの、アリバイを主張する」というような主張では抽象的内容に留まり、主張明示の要件を満たさない<sup>104)</sup>。

協議・合意関係文書の証拠開示請求でも、信用性を失わせる事情は具体的に主張しなければならないことになる。にもかかわらず、弁護人が主張明示を行う段階で協議合意における検察官の行動を示す証拠はほとんど全く開示されない<sup>105)</sup>。開示されるのは協力者の供述録取部分であり、検察官の言動やふるまいを明らかにするものではない。協議・合意担当検察官が証人請求されることはあっても、まず、そのためには合意形成過程の違法が深刻な争点となると理解されていなければならないのであって、弁護側の主張明示に先んじて行われるとは考えられない。検察側開示証拠に頼らず弁護人自ら事情を明らかにすることにも限界がある。協力者や協力者弁護人、検察官のいずれも標的者にとっては敵対的であり、協力が得られるとはいいがたい。汚染や誘導、示唆が行われれば、協力者の信用性に相当の疑義が生じ、また協議・合意関係文書は、その事実の有無と合理的に関連しうるにもかかわらず、主張を具体的に行おうとしても事実の手がかりとなるものさえもない。

そのため、協議合意過程のように、全く弁護側に手がかりのない情報については、ある程度抽象的な主張にならざるを得ない。最高裁平成20年9月30日決定が、参考人の供述の信用性を争うという主張に留まり、供述の信用性を否定する具体的事情を明らかにしなかったにもかかわらず、主張関連証拠開示を認めているのと同様の理由づけが協議・合意関係文書にも当てはまるべきだろう。宮川補足意見が述べるように、「被告人の取調べ状況を争点とする場合とは異なって、H警察官によるAの取調べ状況とその際のAの供述を裏づける根拠は、Aの協力が得られない以上、具体的に明らかにしようがない本件では、関連性についての主張は上記の程度

104) 松尾浩也編『条解刑事訴訟法〔第4版増補版〕』(弘文堂、2016年)766頁。

105) 類型証拠開示がなければ主張の明示も困難になることにつき、齊藤司『公正な刑事手続と証拠開示請求権』(法律文化社、2015年)408頁参照。

でもやむを得ない」とすべきである<sup>106)</sup>。

#### 4. おわりに

合衆国の研究が示すように、合意形成過程では情報の汚染や誘導が行われやすく、その後の証人準備でも信用性に影響が及びやすい。これらは、協力者の虚偽供述・証言の動機づけを強化し、その余地を高めるものである。結果として標的者の公判審理では反対尋問が無効となりかねない。それゆえ、協議の経緯を記録し、必要に応じて証拠開示を行わせることが適正な事実認定のための大前提となる。

協議過程の記録義務が伝統的に弱く、取調べメモもまた証拠開示の要件を満たしにくい合衆国とは異なり、日本法では合意過程の記録がある程度要請されている。また、検察官の取調べメモだからといって証拠開示の対象から除外されるわけではない。しかし、協議・合意関係文書が法316条の15の類型証拠開示の要件を満たすのはまれであり、法316条の20の主張関連証拠開示を請求しようとしても、主張を明示するための証拠がその段階では得られていない。日本法ではこれらの点に固有の問題がある。

[付記] 本研究は JSPS 科研費21K20095の助成を受けたものです。

---

106) 関連性とは「被告人側の主張する具体的事実の存否の証明や主張内容の検討にとって実質的意味を有しうる」こととすべきとするものとして、齊藤・前掲注105) 402頁。