

## ケーススタディ 5

### 弁護人による検察側証人への接触と証人威迫

田 淵 浩 二

本テーマについては、実際の懲戒請求事案を参考にして作った次の架空のケースに基づき検討を加える。

#### I ケース

被告人は、中学生のA（12歳）と性交渉を持ったことで、Aの母親に告訴され、強姦罪で起訴された。起訴後の勾留中に接見した弁護人に対し、被告人は、Aとは親しい間柄であったが性交渉の事実はなく、またAの年齢も知らなかったと、容疑を否認した。その後、弁護人は検察官からAの供述調書を開示され、証拠同意の予定を尋ねられたが、否認事件であったことから弁護人は不同意の見込みを伝えた。そこで、検察官は、不同意の場合、ビデオリンク方式によるAの証人尋問請求を行う方針を弁護人に伝えた。これに対して弁護人は、Aの証言意思や証言内容を確認するため、検察官に知らせることなく、Aとの面談を母親に強く申入れ、Aの母親立会いの下これを実施した。弁護人が聞いたAの話は、上記供述調書に記載されている内容とほぼ同じであり、被告人の有罪を裏付けるものであった。この面接の際、弁護人が以下のいずれかの行動に出たとき、どのような問題があるか。

- (1) Aから裁判に出ると被告人に不利になると問われたため、不利になる可能性が高いと答えた。
- (2) Aから聞かれはしなかったが、「あなたが証人として出廷すると被告人が有罪になる可能性が非常に高い」と裁判の行方についての見込みを話した。
- (3) Aに対して、あなたが裁判に出ると被告人が有罪になる可能性が高いので、できれば裁判に証人として出ないで欲しいと依頼した。

#### II 弁護人の事前証人面接権

刑事訴訟法 299 条 1 項は、申請予定証人の氏名及び住所の事前開示義務を定め、また刑事訴訟規則 178 条の 6 第 2 項 1 号は、第一回公判期日前における弁護人の準備内容として、「被告人その他関係者に面接する等の適当な方法によって、事実関係を確かめておくこと」を求めている。法 299 条 1 項が申請予定証人の「氏名及び住所」の開示を義務付けていることは、単なる証拠開示にとどまらず、相手方が開示された証人予定者と面接する機会を与える趣旨である。

アメリカでは、弁護士が訴訟の相手方の証人予定者と事前に面接する機会は、法律家として尊重すべきものとされている。既に 1908 年に策定された ABA 法律家倫理典範 (ABA Canons of Professional Ethics) 39 条<sup>1)</sup>は、「法律家は、いかなる民事及び刑事訴訟にお

いても相手方の法律家又は当事者の同意を得ることなく、相手方の証人又は証人と見込まれる者と面接できる。しかしながら、その場合に法律家は、証人に対して真実を隠蔽又は逸脱させることや、あるいはいかなる程度であっても、証人が公判又は証人席に出席したときの自由かつ無制約な行動に影響を与えることを計算した示唆は、慎重に回避しなければならない。」と定め、刑事訴訟においても、弁護人が検察官の同意を得ることなく、検察側証人又は証人と見込まれる者と面接することを妨げられないことが、法律家倫理であることを明記している。

また、法律家の倫理問題を包括的に見直す目的で作成された、ABA 法律家職務模範規定 (ABA Model Rules of Professional Conduct) (1983 年 ABA 代議員会採択、2003 年改正)<sup>2</sup>は、規則 3.4 [対立当事者とその代理人に対する公正] (a)において、法律家が、相手方が証拠を利用することを違法に妨げ、また他の者がそのような行為をすることについて相談に乗りまたは援助することを禁止し、同(f)において、依頼者以外の個人に対して相手方に関連情報を進んで提供しないように要請することを原則的に禁止している。

さらに、検察官や弁護人の合理的かつ適切な行動ガイドラインとして ABA 刑事司法基準委員会が起草した ABA 刑事司法基準 [第 3 版]、(ABA Standards for Criminal Justice, 3. ed.) (1992 年 ABA 代議員会採択) は、基準 3-3.1 (検察官の捜査機能) の、(d) 項において、①検察官は、証人予定者と弁護人との意思疎通を思いとどまらせ、または妨害すべきではないこと、②検察官は、いかなる人物に対しても、その者が提供する権利を有する被告人側に有利な情報を提供することを拒むように助言し、またはそのように助言されるよう仕向けるべきではないことを求めている。

このように、アメリカでは、弁護人が検察側証人と面接することを妨害してはならないことが、検察官倫理ないしスタンダードとされてきた。加えて、法域によってその法的根拠は統一していないものの、弁護人に検察側証人との事前面接の機会を保障することは、単なる倫理の問題ではなく、侵害に対して法的救済を受けることのできる訴訟上の権利として扱われてきた。例えば、連邦法域においては、合衆国法律集 18 編 3432 章の定める検察官の証人一覧表の開示義務やデュープロセス条項を根拠に、弁護人は事前準備のために検察側証人と面接する機会を付与される権利を有しており、検察官等による当該権利の侵害は違法であるとの判例ルールが形成されている。

そのリーディングケースとなった、Gregory v. U.S.<sup>3</sup>では、検察官が召喚予定証人として証人一覧表に記載していた複数の証人(最終的に公判には召喚する予定はないとされた)に対し、検察官が同席するのではない限り弁護人と面会しないよう助言した結果、弁護人が当該証人と面接できなかったことが、公正な裁判 (fair trial) を受ける権利の侵害にあたるかがひとつの争点となった。この点につき、コロンビア巡回区連邦控訴裁判所は、合衆国法律集 18 編 3432 章の目的は、「弁護人が証人と面接することにより防御の準備を行なうことを援助すること」にあり、「両当事者は平等な権利を有しており、証人に面接する平等な機会が保障されなければならない」と述べた上で、検察官が証人に対して検察官の同

席がない限り誰とも会話しないよう助言した本件においては、「制定法のみならず、基本的公正及びデュープロセスからも要求される機会」が奪われたと判示した<sup>4</sup>。グレゴリー判決に示された弁護人の事前証人面接権の考え方、その後連邦法域においては *Coppolino v. Helpern*<sup>5</sup>に受け継がれ、さらに、両判決は連邦最高裁判例ではないにもかかわらず、いくつかの州法域の判例にも影響を及ぼした。

### III 訴訟構造と検察官倫理

上記グレゴリー決定は、弁護人の事前証人面接権を保障すべき理由として、次のようにも述べている。

「刑事裁判とは、民事裁判と同様、真実の探求である。この探求は両当事者に、その者から真実を判断することができる人物と面接する平等な機会が付与されるとき、よりよく成功する。刑事法の今日的傾向は、公判前の事実の開示であり、公判における不意打ちの排除の方向にある。刑事法における関連する発展は、検察官はその事件の準備において被告人側を妨害しない、被告人に有利な情報は被告人に利用可能でなければならない、という要請である。(Brady v. State of Maryland, 373 U.S. 83, 83 S.Ct. 1194, 10 L.Ed.2d 215 (1963).) そのような証拠の隠匿、あるいは単なる不開示を理由とする有罪判決の破棄は普通になった。本件において証拠の直接的隠匿があったことを示唆しているのではない。しかし、それによって被告人側が証拠を獲得しうる手段を隠匿したことは疑う余地がない。被告人側は、弁護人に訴訟事件の目撃証人と面接する公正な機会が与えられない限り、その者らが何を供述でき、あるいはその供述においてどの程度確実であるのかを知ることはできない。」

ここで述べられていることは、当事者主義と証人面接権の関係を理解する上で示唆に富む。というのも、真実の探究は、両当事者に、その者から真実を引き出すことができる人物と面接する機会が平等に付与されるとき、よりよく成功するとの考え方は、職権主義のそれとはちょうど反対だからである。職権主義の下では、当事者が、事件について有用な知識を持っている証人を知っているときは、裁判官に尋問を請求することが望ましく、事件に対して利害関係を持つ当事者が直接証人に接触することはむしろ控えるべきと考えられてきた<sup>6</sup>。

実体的真実主義が職権主義と結びつくのは、裁判所（裁判官）こそが真実を究明できる地位にあると考えるからである。「実体的真実」とは、「ありのままの事実」、「当事者によって再構成されていない事実」と言い換えることができるだろう。当事者の究明した真実は、当事者がいかに客観的であろうと努めても、多少なりとも当事者による再構成の段階で変容することは避けられない。これを「当事者的真実」と呼ぶとすれば、実体的真実主義とは「実体的真実」から「当事者的真実」への変容をなるべく回避しようとする考え方である。それゆえ、原則として裁判官以外の者が作成した供述録取書に証拠能力を認めない実質的直接主義の考え方は、実体的真実主義・職権主義と結びつく。

これに対し当事者主義の下では、「実体的真実」という概念は登場しない。当事者には真実を探究する地位・責任が認められるが故に、相手当事者に対し自己の主張を裏付ける証拠の価値を批判的に吟味検討する機会を与える義務も生じる。自分側の証人に「私の質問だけに答えなさい」と指示できる立場にありながら、相手側による反対尋問の準備を妨害する行為はアン・フェアだからである。

それでは、日本の現行刑訴法は当事者主義を採用したと言われながら、なぜ弁護人の証人面接権が大きな争点とならなかったのだろうか。かつて、弁護人は検察側証人と事前に面接することは避けるべきだという慎重論が強かった理由として、「そもそも面接しようにも、警察や検察と違って関係者がこれに応じてくれないことも多く、また、重要な関係人であれば、無理に面談を求めたことによって無用な反感を招くこともある」<sup>7</sup>、「検察側から申請された証人のなかには、極度に検察側と同調する傾向のある者がいる。このような人は接触を求めようとしただけで過剰に反応し、反対尋問が順調にできなくなるおそれもあるので注意する必要がある」<sup>8</sup>という指摘がある。確かに、検察側証人は弁護人に警戒心を持つということがあるかもしれない。しかしアメリカでは、それゆえに検察官自らが証人予定者に対し、証人が弁護人と事前面接することが司法の利益に適うことを教示すべきであるということまでが、検察官倫理として議論されてきた。

自己の証人に弁護人と面接することの意義を説くことこそ検察官倫理であるという考え方は、少なくとも、上記の ABA 刑事司法基準 3-3.1（検察官の捜査機能）第 2 版の解説において明確に採用されていた。同条項(c)は第 2 版において、「検察官にとって、いかなる人物に対しても、その者が提供する権利を有する被告人側に有利な情報を提供することを拒むように助言し、またはそのように助言されるよう仕向けることは、非法律家的行為である。」という文言を採用していた。そして、その解説は同条の趣旨につき、「証人が、検察官、弁護人又はその者らの職員に、相手方の弁護人による面接を受けることが適切かどうか、あるいはそれは義務的かどうかを質問した場合、証人には面接に応じる義務はないけれども、弁護人及び検察官にとって証人になる可能性のあるあらゆる人物と面接することが適切であり、また義務の場合もあること、及び弁護人や検察官が証人を面接のために利用できることは司法の利益に適うことを、証人に教示すべきである。」と説明していた。

もっとも、同基準の第 3 版においては、第 2 版の解説に盛り込まれていた、「弁護士や検察官が証人を面接のために利用できることは司法の利益に適う」という教示義務は削除されてしまった。この改訂に対しては、「犯罪被害者の権利運動の中でこそ、憲法上認められる被告人の権利に配慮すべき検察官の職業倫理を強化すべき」という批判がみられる<sup>9</sup>。こうした後退は見られるものの、検察官が証人に対して弁護人と面会しない方がいいと助言することは明らかな職業倫理違反と考えられている。この点を確認した上で証人面接の際の行為準則を考えてみたい。

#### IV 証人面接の際の行為準則

弁護人は証人と面接する際、違法行為を行い、あるいは証人による違法行為を助長・利用してはならない（参照、弁護士職務基本規程 14 条、75 条）。上記 ABA 法律家職務模範規則 3.4(b)は、法律家が、証拠を偽造し、証人が偽証する相談に乗りもしくはその援助をし、または証人に対し法が禁じている働きかけを行うことを禁止している。問題は、「違法行為」あるいは「法が禁じている働きかけ」と「正当な弁護活動」との境界である。

弁護人が検察側証人と面接するに際は、特に刑法 105 条の 2 の証人威迫罪の成否が問題になる。証人威迫罪は「正当な理由がないのに面会を強請し、又は強談威迫」を行うことにより成立するため、弁護人による面会要請等の場合、どの範囲で「正当な理由」が認められるかが大切になる。例えば、弁護人と面会することに消極的な証人に対し面会を強く迫ったとしても、弁護人が反対尋問の準備のために面会を求めることは正当な理由に当たるので、およそ証人威迫罪の構成要件には該当しないと看做なければならない。弁護人が証人との面談の際に、威圧的な態度で相手の供述の信用性を追及する行為も同様に考えることができる。また、刑法 222 条の「脅迫罪」や同 223 条の「強要罪」との関係でも、正当な弁護活動の目的に適う限り「加害告知」の構成要件に該当しないというべきだろう。いずれにせよ、一般に、弁護人が検察側証人との面接の際、問(1)の相手からの質問に答える行為に問題はない。問(2)の裁判の行方についての見込みを伝える行為も、たとえその内容が相手に威圧的に受け止められる可能性があっても、弁護活動の範囲として正当化されると解すべきだろう。

他方、問(3)の不出頭要請については議論の余地がある。この点、証人が出頭しないことが刑訴法 150 条、151 条の出頭義務違反になるかどうかを基準に、不出頭要請が許されるか否か判断すべきという見解がある<sup>10</sup>。しかし、不出頭要請は、単に「召喚されない限り出頭は任意であるから、出頭を拒否できる」と説明するのとは異なり、無条件に「出頭しないで欲しい」と要請する場合の問題だから、それが召喚された証人に対して行われたか否かを基準に判断する理由はないだろう。逆に、召喚された証人に不出頭を要請しても、実際に証人が出頭義務を果たせば、不出頭罪の教唆は問題にならない（未だ違法性は生じていない）。

証人に不出頭を求める行為は、それを威圧的に迫るならば、むしろ証人威迫罪との関係で問題になることが多いだろう。この場合、証人予定者の出頭義務の有無は重要ではなく、不出頭要請に「正当な理由」が見出せるかどうかを論じる必要がある。そして、弁護人が証人に不出頭を求める行為は、それは弁護人が証人に対し面会を要請する行為や、あるいは面会の際に供述の信用性を追求する行為とは異なる意味を持つと言わなければならない。というのも、事前証人面接権が反対尋問の準備のために保障されるべき権利であるならば、後二者はその保護の射程に入るが、不出頭要請はこれに含まれないからである。検察官が検察側証人と弁護人の接触を妨げてはならないと同様、弁護人も検察官による証人の利用を妨害してはならないと解すべきであり、検察側証人への不出頭要請には「正当な理由」を見出すことは困難であろう。したがって、決して不出頭要請の一事をもって違法という

ことではないが、不出頭要請に「正当な理由」は見出し難い以上、設例のように、証人と被告人が親密な関係にあり、なおも証人が被告人を慕っている可能性がある時に、あなたの証言で被告人は有罪になってしまうという趣旨の発言をして不出頭を要請することは、強談行為として証人威迫罪に該当する可能性があるといわなければならない。

## V おわりに一理論的課題

弁護活動の限界は、最終的に弁護人の地位ないし役割論に帰着する。弁護人の役割については、①被疑者・被告人に対する誠実義務に純化する見解と、②これに加えて、公益的地位に基づく義務を認める見解との対立があることは既に顕著な事実であろう<sup>11</sup>。前者の代表として、村岡啓一の“hired gun”論<sup>12</sup>が著名である。これに対し、通説的地位にある「消極的真実義務」<sup>13</sup>、上田国廣の「司法過程の監視を担う憲法上の責務」、森下弘の「司法制度の健全な発展のために積極的に努力する責務（健全運営義務）」等は後者に分類できる<sup>14</sup>。

“hired gun”論の基準は明快であり、被疑者・被告人が行っても違法でない（＝一般禁止規範に触れない）範囲ならば、最終的に被疑者・被告人の意思に従った弁護を行うことは禁止されないという。しかし、弁護人には、その地位を信頼して被疑者・被告人より多くの自由が認められている場合がある。例えば、被疑者・被告人が接見禁止（刑訴法 81 条）中であっても、弁護人を通じて第三者と連絡をとることは禁止できない。検察官は証拠開示の際、開示相手として弁護人を選択でき、弁護人から他の者への伝達については、一定の配慮を求められることができる（刑訴法 299 条、299 条の 2）。検察側証人との面接も、その実現には証人の任意の協力が不可欠であるところ、被疑者・被告人ではなく弁護人だからこそ面接の承諾が得られることが多いだろう。少なくとも、こうした領域における行為準則を考える上で、「一般禁止規範に触れない範囲ならば最終的に被疑者・被告人の意思に従うことが許される」と言う公式をそのまま当てはめることができるのか、さらに検討が必要である。本稿において当該テーマを探究する余裕はないが、いずれの立場をとるにせよ、「弁護人の地位ゆえに有する権利を行使する際、その地位と矛盾する行為は禁止される」という大枠は妥当するだろう。

<sup>1</sup> ABA 法律家倫理典範は 1908 年 8 月 27 日に 32 カ条が策定され、その後の改正により 47 カ条まで追加され現在に至っている。第 39 条は 1928 年に追加され、1937 年 9 月 30 日に修正された。

<sup>2</sup> 同規定の翻訳として、藤倉皓一郎監修・日本弁護士連合会訳『【完全対訳】ABA 法律家職務模範規則』（第一法規、2006 年）

<sup>3</sup> Gregory v. U.S., 369 F.2d 185, (D.C.Cir. Jul 28, 1966).

<sup>4</sup> Gregory v. U.S., 369 F.2d 187f.

<sup>5</sup> Coppolino v. Helpen, 266 F.Supp. 930 (S.D.N.Y. Feb 24, 1967)

<sup>6</sup> 訴訟構造と証人面接との関係については、松尾浩也『刑事訴訟の原理』（東京大学出版会、1974 年）17 頁以下を参照されたい。

<sup>7</sup> 北山六郎監修／丹治初彦・浦功・渡辺修編『実務刑事弁護』（三省堂、1991 年）15 頁〔浦功〕。

- 
- 8 竹澤哲夫・渡部保夫・村井敏邦編『刑事弁護の技術（上）』（第一法規出版、1994年）348頁〔喜田村洋一〕。
- 9 拙著「アメリカにおける弁護人の事前証人面接権」広渡清吾・大出良知・川崎英明・福島至編『小田中聡樹先生古稀祝賀論文集・民主主義法学・刑事法学の展望・上巻』（日本評論社、2005年）257頁以下。
- 10 武井康年・森下弘編『ハンドブック刑事弁護』（現代人文社、2005年）296頁以下は、捜査段階で捜査機関から呼び出された参考人に関してであるが、出頭拒否の助言をすることは、「刑事訴訟法196条に抵触するおそれが生じる」と指摘しつつも、「何ら違法な行為をさせようとするものでなく、適法な弁護活動と言える」との立場をとる。
- 11 季刊刑事弁護22号（2000年）特集「刑事弁護の論理と倫理」における後藤昭「刑事弁護人の役割と存在意義」の整理を参照されたい。
- 12 村岡啓一「被疑者・被告人と弁護人の関係①」本誌22号（2000年）23頁、同「刑事弁護人の誠実義務と真実義務」日弁連研修叢書平成8年版『現代法律実務の諸問題』713頁。
- 13 解説「弁護士職務基本規程」自由と正義56巻6号（2005年）7頁の解説によれば、弁護士職務基本規程5条が消極的真実義務論に依拠していることは明らかである。その他、消極的真実義務を支持する見解として、石井吉一「弁護人の責務」刑事訴訟法の争点〔第3版〕（有斐閣、2002年）30頁、佐藤博史「弁護人の誠実義務と真実義務」法学教室297号（2005年）102頁。
- 14 詳しくは、注（11）特集に掲載の上田、森下論文を参照されたい。