

# 2015年刑訴改正法案における 協議・合意制度

青山学院大学法務研究科教授 後藤 昭

法務大臣からの諮問によって2011年6月に始まった法制審議会新時代の刑事司法特別部会は、3年間を超える議論の結果、2014年7月に答申の案となる要綱をとりまとめた。同年9月に法制審議会は、その要綱をそのまま法務大臣への答申とすることを決めた。政府は、この答申に基づいて2015年の通常国会に「刑事訴訟法等の一部を改正する法律案」を提出した。この法案は、衆議院で自由民主党、民主党・無所属クラブ、維新の党および公明党の共同提案による若干の修正のうえ、可決された。その後、参議院では可決に至らず、継続審議となったため、改正法案の成否は、2016年の通常国会に持ち越された。

この法案は、刑事訴訟法改正を中心に、多くの重要な改正を含んでいる。特に重要な項目としては、被疑者取調べ録音・録画の制度化、通信傍受の適用範囲の拡大、被疑者国選弁護適用範囲の拡大、証拠開示の拡充、捜査・訴追協力型の協議・合意の導入、刑事免責制度の創設、証人などのプライバシー保護の徹底などがある。

本稿ではその中の、協議・合意について、制度の内容を確認し、そこから生じる問題点を検討する。とくに弁護人の視点から問題点を予測して検討したい。

## I 制度の特徴

改正法案の協議・合意は、法文上「証拠収集等への協力及び訴追に関する合意」と呼ばれている。その実質は、いわゆる捜査・訴追協力型の司法取引である。自己負罪型の答弁取引とは異なるものの、刑事手続において取引による事件処理を公然と認める制度である。その典型的な事例は、共犯者と目される者の1人が、供述拒否権や自己負罪拒否特権を行使せずに「真実」を供述することと引き替えに、検察官が起訴猶予などの有利な扱いを約束することである。これまでの実務でも、暗黙のうちに実質は取引に相当する処理が行われていたであろう<sup>1</sup>。今回の改正案は、そのうちの一部を公然と認め

ることにより、日本の刑事司法に取引はないという建前を明確に変える立法案である。

以下、本稿では、検察官が合意による供述などの証拠によって有罪立証をしようとする事件を標的事件、被疑者・被告人に有利な扱いを約束する事件を合意事件と呼ぶ。

協議・合意が認められる事件は、標的事件、合意事件ともに、同じ罪名列挙によって限定されている。その中で、刑法犯の典型は贈収賄である（改正後の刑訴法350条の2第2項）。被疑者・被告人の側と検察官の側のそれぞれが約束できる行為の内容は、条文に列挙されている（同条1項）。合意には、弁護人の同意が必要であり（350条の3）、そのための協議は、検察官と被疑者・被告人および弁護人との間で行うのが原則である（350条の4）。双方当事者は、一定の場合に合意から離脱することができる（350条の10）。検察官が合意に反する訴訟行為をした場合には、裁判所がその行為の効力を否定することができる（350条の13）。

改正案は、これと並んで刑事免責制度も導入する（157条の2・157条の3）。これについては、罪名による対象事件の限定はない。刑事免責も主として共犯者供述を得るための手段である点で、協議・合意と共通する。この二つを併せて行う事例もあり得る。ただし、刑事免責は、合意を前提としない。また、刑事免責は、裁判所がこれを決定すると、証言およびそこからの派生証拠を証人に対する刑事訴追の証拠にはできない代わりに、証人は自己負罪拒否特権（146条）を失うという制度である。それに対して、法廷で証言するという合意をしても、証人は自己負罪拒否特権を失う訳ではない。

これらの共犯者供述を得るための手段の提案に至った原動力は、捜査機関側とくに検察官からの要求である。検察官からのこのような要求は以前からあった<sup>2</sup>。それが今回特に強くなったきっかけは、被疑者取調べの録音・録画の制度化である。特捜事件などの検察官独自捜査事件では、原則として身体拘束中の被疑者取調べの全過程を録音・録画することになった（301条の2第4項・1項3号）。私自身は、これによって自白や共犯者供述が顕著に減るだ

ろうという予想はしない。しかし、捜査機関には、このようないわゆる取調べの可視化によって、被疑者から供述を得ることが難しくなるという懸念が強い。そのために新たな供述獲得のための手段として、刑事免責や合意の導入を求めた。

これらの供述獲得手段は、たしかに事案解明と立証のために有効な場合があるであろう。しかし、それらを多用すれば、反面で共犯者供述に特有な「引っ張り込みの危険」による誤判のおそれが増大する。そのような誤判の危険に対する立法の手当は十分ではない。標的事件の弁護人としては、このような誤判の危険を意識して対処する必要がある。他方で、合意事件の弁護人としては、依頼者の利益になる事件処理を追求しなければならない。協議・合意制度は、弁護人に新たな課題をもたらす。

以下、協議・合意制度の内容を具体的に確認し、問題点を検討する。

## Ⅱ 協議・合意制度の内容

### 1 対象犯罪

標的事件と合意事件は、いずれも「特定犯罪」と呼ぶ同じ罪名に限定されている。立案者としては、取引的な事件処理になじむ事件を「特定犯罪」として挙げたという意図であろう。標的事件と合意事件とは、実態において同一事件であることが多くなるであろう。つまり、共犯者の1人と合意することによって、他の共犯者の有罪立証を確保するという形である。

元々の法案では、条文上、標的事件と合意事件が関連するものであることは要求されていなかった。したがって、合意に基づく供述は、供述者自身にとって自白ではない場合もある。極端な事例を考えると、標的事件の目撃者あるいは被害者の立場にある場合でも、法文上、合意の可能性は否定されていなかった。このようにもっぱら他人の犯罪について供述することと引き替えに有利な扱いをするのは、供述を反省悔悟の表れとみるからではなく、他の重要事件の犯人摘発に協力した恩賞として有利な扱いをする功利主義的な

情状評価を法が認めることを意味する。

その後、衆議院での修正により、合意に当たって検察官が考慮すべき要素の1つとして、合意事件と標的事件の「関連性の程度」が挿入された（350条の2第1項）。これは、いわゆる監房の密告者（ジェイルの情報提供者）に取引に基づく証言をさせるのを避けることを主な目的とする修正であった<sup>3</sup>。監房の密告者とは、被告人から自白的な供述を聞いたと証言する同房者である。アメリカ合衆国では、このような証言がしばしば誤判の原因になっているという指摘がある<sup>4</sup>。この修正を議論した衆議院法務委員会で、修正案を説明した盛山正仁委員は、この修正によっても、必ずしも合意事件と標的事件の関連性は要求されないという理解を述べた。しかし、もしそのような趣旨であればこの部分は「関連性の有無及び程度」としなければならない。実際の修正文言は、関連性があることを前提にしている。同じ法務委員会の議論で山尾志桜里委員は、「二つの犯罪に何らかの関連性があることを前提に、その程度の濃淡を指すものであると解釈して提案をして（いる）」と述べている。この修正の結果、合意事件と標的事件の間には、何らかの関連性があることが必要となった。しかし、その関連性にはいろいろな形があり得るので、共犯関係には限られない。

標的事件と合意事件とに関連性が小さくてもなおかつ合意によって有利な扱いをすることが訴追裁量の行使として適切であるのは、限られた事例であろう。標的事件について共犯関係にない者は、本来、法律上の証言義務がある。その法律上の義務を果たしたからといって、合意事件について特に有利な扱いをすることは、多くの場合、合理的な検察権の行使ではないであろう。

このように標的事件と合意事件とに共犯の関係を要求しないという前提で、標的事件と合意事件を同じ「特定犯罪」という列挙罪名に限定することが合理的かどうかという問題はある。標的事件は、合意による有罪立証が特に効果的な事件かどうかの観点で選び、他方、合意事件は、捜査・訴追協力による有利な扱いがふさわしい事件かどうかの観点で選ぶべきであるとすれ

ば、それらの範囲は一致しないという考え方もあり得るからである。しかし、法案は、そのような分析的な罪名選択をしなかった。

協議・合意による事件処理の対象にできる特定犯罪は、罪名によって指定されている。手続の途中で罪名が変わる場合には、どちらが基準になるのかという疑問が生じる。合意事件については、合意をする段階での罪名が基準になるべきであろう。たとえば、特定犯罪に当たる恐喝罪として捜査していた事件について、合意の結果、特定犯罪には当たらない脅迫の部分だけを起訴するような場合、合意する段階では「特定犯罪に係る事件の被疑者」なので、合意が可能であろう。逆に、合意の結果初めて特定犯罪に罪名が変わるような合意は許されないであろう。

標的事件の方は、合意の段階と合意に基づく証拠を利用する段階との両方で特定事件に当たることが必要であろう。たとえば、合意の時には恐喝事件として捜査していた標的事件が、後に強盗として起訴された場合には、合意の結果としての供述を利用するのにふさわしくない事件となるので、使えないことになる。しかし、このような事情は、検察官が合意から離脱する理由としては認められていない（350条の10第1項）。このような罪名の変更によって証拠としての利用ができなくなる危険を検察官は負担しなければならない。

## 2 協議と合意の手続

協議は、検察官と弁護人及び被疑者若しくは被告人との間で行うのが原則である。被疑者・被告人に異議がないときは、検察官と弁護人のみとの間で行うこともできる（350条の4）。内閣提出の条文案では、弁護人に異議がなければ、検察官と被疑者・被告人単独の間でも行うことができるとされていた。衆議院での修正により、その可能性は否定された。弁護人の任務から考えて、検察官と依頼者の直接交渉に協議を委ねるべきではないから、この修正は妥当である。この条文により、検察官が、弁護人のいないところで被疑者・被告人と協議することは許されない。

協議を提案するのは、どちらの側でもよい。衆議院法務委員会の審議において、林眞琴政府委員は、検察官が弁護人ではなく被疑者・被告人に協議の開始を打診することがありうるかのように述べている<sup>5</sup>。しかし、協議を持ちかけることも協議の一部であるから、弁護人が立ち会わない場面で、検察官が被疑者・被告人に協議を提案することは許されない<sup>6</sup>。弁護人が立ち会わない取調べの際に、被疑者が検察官に協議を提案したとき、検察官がそれに応じてはいけな。まず被疑者が弁護人と相談して、方針が定めれば、弁護人から検察官に申し出るようにさせなければならない。この場合、検察官から弁護人に協議を打診することも可能である。それを受けた弁護人は、検察官との話し合いの前に、弁護人が検察官と直接協議することに依頼者が同意するかどうか確かめなければならない。逆に依頼者から申し出がないのに、弁護人独自の判断で検察官に協議を持ちかけることは、350条の4に反するであろう。

この「協議において」検察官は、被疑者・被告人に「他人の刑事事件」すなわち標的事件について、「供述を求めること」ができる。この場合も、供述拒否権を告げることは必要である（350条の5第1項）。しかし、この供述の求めは、取調べとは区別され、供述調書の作成は想定されていない。したがって、検察官独自捜査事件であっても、この場面は録音・録画義務の対象ではない。ここでの検察官の目的は、証拠としての供述を得ることではなく、被疑者・被告人が合意に値する供述ができるかどうかの見当をつけることである。検察官は、その供述の証拠としての重要性和信用性を値踏みすることになる。この供述の求めも協議の一場面であるから、弁護人が立ち会わなければならない。最終的に合意に至らなかった場合、あるいは検察官が合意に違反したときは、ここで被疑者・被告人がした供述は、検察官による伝聞証言の形式でも、証拠とすることができない（同条2項・350条の14）。これは、被疑者・被告人が協議の過程で自由に語れるようにするためである<sup>7</sup>。ただし、協議において被告人が行った行為が犯人蔵匿、証拠隠滅、虚偽告訴などの罪として起訴された場合には、ここでの供述が証拠となる可能性があ

る（350条の5第3項）。

司法警察員から送致を受けた事件、あるいは司法警察員が現に捜査している事件について、検察官が、その被疑者との間で協議をしようとするときは、あらかじめ司法警察員と協議しなければならない（350条の6第1項）。検察官は、標的事件の捜査のため必要と認めるときは、司法警察員に、協議の過程で被疑者に供述を求める行為その他協議に必要な行為を司法警察員にさせることができる。さらにその場合、司法警察員は、検察官からの個別の授権の範囲内で、合意内容を提案することもできる（同条2項）。しかし、これらの協議にも弁護人が立ち会わなければならない。そのため、弁護人が拒否すれば、司法警察員が協議の主体になることはできない。

衆議院法務委員会での議論において、上川陽子法務大臣と林眞琴政府参考人は、検察官が協議の過程を記録するように検察庁内部の指示文書などで周知徹底する、と答弁している<sup>8</sup>。

合意の成立には、弁護人の同意が必要である（350条の3第1項）。合意の内容は、検察官と被疑者・被告人および弁護人が連署した書面によって明らかにしなければならない（同条2項）。

### 3 合意内容

合意の内容は、「(それによって) 得られる証拠の重要性、関係する犯罪の軽重及び情状、当該関係する犯罪の関連性の程度その他の事情を考慮して、(検察官が) 必要と認める」ものでなければならない（350条の2第1項柱書）。この合意は、訴追裁量の行使の一種であるから、合理性のあるものでなければならない。被疑者・被告人の標的事件摘発への貢献の程度と合意事件における有利な扱いとは、つり合いが取れていなければならない。この貢献の程度の中には、合意当事者が引き受ける負担の大きさと、標的事件の解明のためのその有用性という要素がある。著しくつり合いを欠く内容の合意は、合意に基づく供述の信用性を疑わせるばかりでなく、手続の公正さも損なうので、供述の証拠能力を失わせると考えるべきであろう。



被疑者・被告人が法律上当然の義務を果たすだけでは、合意事件で有利な取り扱いをする理由は乏しい。たとえば、共犯者でない者が標的事件で法律上の証言義務を果たすだけで、合意事件の処理について重要な利益を与えるような合意は、適切ではない。

法文は、被疑者・被告人と検察官のそれぞれが約束できる行為の種類を列挙している（同項1号・2号）。被疑者・被告人の側が約束できるのは次の3つである。①標的事件についての捜査官による「取調べに対して真実の供述をすること」、②標的事件について「証人として尋問を受ける場合において真実の供述をすること」、および③標的事件についての捜査機関の「証拠収集に関し、証拠の提出その他必要な協力をすること」である。①と②で被疑者・被告人が約束できるのは「真実の供述をすること」であり、具体的な内容の供述をする約束はできない。

この中で典型的な約束は、②の証言約束であろう。標的事件の共犯者にとって、この約束は、自己負罪拒否特権を行使しないという約束を意味する。この約束は、たいていは、①の取調べへの供述約束と併せて行われるであろう。しかし、法案では、②の証言約束を伴わずに、①の取調べへの供述約束だけをすることも認めている。この供述を法廷で証拠とすることを予定せずに、標的事件の捜査情報としてだけ用いる場合であれば、それにも合理性がある。それに対して、法廷では証言を拒絶することを前提に、検察官の供述調書作成にだけ応じるような約束は、許されないであろう。証言拒絶が供述不能要件の1つに当たるという現在の判例<sup>9</sup>の下では、このような約束は、事実上被告人側の反対尋問の機会を奪ったまま取引に基づく検察官面前供述調書を刑訴法321条1項2号前段に拠って証拠採用させる効果をもつ。しかし、取引に基づく供述であればこそ、反対尋問の機会を保障する必要性は特に大きい。改正法が、合意の存在と内容を裁判所に対して明らかにすることを要求している（350条の8・350条の9）のも、合意に基づく供述に対して実効的な反対尋問の機会を保障するためである。法廷では証言を拒絶することを想定した合意に基づいて作られた検察官面前供述調書を伝聞例外として

採用することは手続の公正さを害するので、許すべきではない<sup>10</sup>。①の取調べへの供述の約束だけに基づいて検察官面前供述調書が作られたのに、後の公判で検察官が供述者を証人尋問請求し、その証人が証言を拒絶した場合には、このような不当な約束によるものと推定しなければならない<sup>11</sup>。①と②の両方の合意がある場合に、合意をした証人が証言を拒絶した場合、合意に基づいて作られた検察官面前供述調書が321条1項2号前段によって採用できるかどうかという問題が起きる。この情況は、証人がもともと利益供与の約束に基づく検察官への一典型的には共犯者としての一供述について、反対尋問に耐えられないことを自認するのと同じである。したがって検面供述には信用できない特別の情況があるから、2号前段によっても採用できないと考えるべきであろう。証人が調書と相反する供述をした場合にも合意に基づく検面調書に相対的特信情況を認めることはできないので、同号後段による採用もできないであろう。

合意事件の処理について、検察官の側が約束できる行為は、以下のものである。①不起訴処分、②公訴取消し、③特定の訴因及び罰条により起訴し、又はこれを維持すること、④特定の刑を科すべき旨の求刑意見の陳述、⑤即決裁判の申立て、⑥略式命令請求。

③に当たるのは、一罪の一部起訴によって犯情または罪名を軽くするような場合である。合意事件と公訴事実を異にするような訴因で起訴する約束はできない。合意の結果起訴する罪名は、特定犯罪に当たるものでなくても可能であろう。④の「特定の刑」の求刑には、執行猶予相当という意見も含まれるであろう。被疑者が特定犯罪とそれ以外の併合罪となる余罪とについて起訴されるときに、求刑についての合意ができるかどうかは、問題である。言い渡される刑が1つであれば、その合意は、特定犯罪以外の事件についての合意を含むことになるからである。併合罪であっても、量刑はほとんど特定犯罪の犯情によって決まると予測できるような場合でなければ、このような合意は許されないであろう。合意する被疑者が、重大な詐欺事件と軽微な窃盗事件で起訴されるような場合がこれに当たる。

法文では、被疑者・被告人の協力的行為が一定の成果を挙げることを検察官側の義務履行の条件とすることが許されるかどうか、明確ではない。標的事件で有罪判決が出ることを条件とするような合意は、証人に自己の記憶を超えた供述をする動機を与えるから、許されない。それに対して、被疑者が標的事件の犯人逮捕のためにその所在情報を提供する場合に、その情報が犯人逮捕に結びつくことを有利な扱いの条件とするような合意は、許される可能性がある<sup>12</sup>。この場合、合意当事者に虚偽の情報を出す動機はなく、また合意当事者に不当な危険を負わせる結果にはならないからである。

350条の2第3項は、同条1項の合意の内容には、「(合意当事者が行う、上に列挙した) 行為に付随する事項その他の合意の目的を達するため必要な事項」を含めることができると定めている。たとえば、検察官が標的事件において証人となる合意当事者の住居を弁護人に知らせる際に被告人には知らせないことを条件とする(改正後の299条の4第1項)ことを約束するのはこれに含まれるであろう。他方、被疑者・被告人側が、身体拘束を解かれた後も、標的事件での証言が終わるまでは、常に居所を検察官に知らせることを約束することなども含まれるであろう。また、証言が終わるまで犯罪行為を行わないという約束も可能であろう<sup>13</sup>。被疑者・被告人側と検察官側のどちらが先に約束した行為を行うという合意も可能である。その順序も「必要な事項」となるであろう。

これに対して、法が合意対象となりうる双方の行為を限定列挙した趣旨を損なうような合意は、この「合意の目的を達するために必要」という名目でも許されない。たとえば、特定犯罪に当たらない余罪についても同時に不起訴処分をすとか、保釈請求に反対しないなどの約束は、許されない。

ただし、形式的な合意文書の外で、暗黙のうちにこのような法定の事項以外についての合意があったとしても、それを第三者が指摘することは難しい。たとえば、特定犯罪以外の余罪について不起訴にすることについて、検察官は、合意の結果ではなく一般的な訴追裁量の結果であると説明するかもしれない。

このような暗黙の合意の中には、書面には書かないけれど口頭では約束している場合だけではなく、口頭でも明示的な約束はないものの両当事者が阿吽の呼吸で了解し合っている場合も含まれる。これらの隠れた合意を実効的に規制することは、難しいであろうと、私は想像する<sup>14</sup>。

#### 4 合意の効果

合意をした当事者は、約束した行為を履行する義務を負う。ただし、被疑者・被告人は、刑事訴訟法が保障する供述拒否権あるいは自己負罪拒否特権をこの合意によって失うわけではない。これらの権利は実際に供述をする前に放棄することができないからである。そのため、被疑者・被告人にとって、この合意から生じる義務の主な効果は、自分がそれを果たさないときには検察官にも約束を守ってもらえないことである。被疑者・被告人が合意で約束した行為をしないときは、検察官は合意から離脱することができる（350条の10第1号）。被疑者・被告人が協議においてした供述が真実でないことが明らかになった場合や、合意に基づいてした供述が真実でないことが明らかになった場合にも同様に離脱できる（同条3号）。

宣誓した証人として虚偽の供述をすれば、偽証罪に当たることはいうまでもない。被疑者あるいは参考人としての供述でも、合意に違反してあえて虚偽の供述をすると、5年以下の懲役刑のある犯罪となる（350条の15）。これは、合意によって被疑者・被告人側に生じる負担として重要である。

それに対して、合意によって検察官が負う義務は、訴訟法上の重要な効果に直結する。次の場合には、裁判所は判決で公訴を棄却しなければならない（350条の13第1項）。すなわち、検察官が、合意に反して、起訴し、公訴を取り消さず、合意とは異なる訴因及び罰条によって起訴し、合意した訴因若しくは罰条の追加・撤回・変更を請求せず、合意とは異なる訴因若しくは罰条の追加・撤回・変更を請求し、または起訴と同時に即決裁判手続の申立あるいは略式命令請求をしなかった場合、である。特定の訴因及び罰条によって起訴する合意に反して訴因又は罰条の追加・変更を検察官が請求した場合、

裁判所は、その変更を許すことができない（同条2項）。

検察官の合意に従った求刑も、裁判所の量刑判断を拘束しない。もし裁判所がそれより重い刑を言い渡した場合には、後にみるように、被告人は合意から離脱することができる。

検察官が合意に違反したときは、協議においてした被告人の供述や被告人が合意に基づいてした行為により得られた証拠（典型的には供述）は、証拠とすることができない（350条の14第1項）。同条2項との対比から、この証拠禁止は合意事件だけではなく、標的事件にも適用されることが分かる。標的事件の被告人は合意の当事者ではないので、検察官の合意違反を証拠排除の理由として主張する適格があるかどうかという理論的な問題がある。しかし、法案は検察官の合意履行を確保する目的で、標的事件での証拠禁止も定めた。このような立法の目的と条文の文言から、この証拠禁止は派生的証拠にも及ぶと考えるべきであろう。

ただし、合意事件または標的事件における証拠禁止は、各事件の被告人に証拠とすることについての異議がない場合には、解除される（同条2項）。また、検察官が合意に違反したときその証拠に基づく判決がすでに確定している場合には、それを是正する手段はおそらくないであろう。

## 5 合意の終了

一般に相手方が合意に違反する行動をしたとき、当事者は合意から離脱することができる（350条の10第1項1号）。被疑者・被告人が協議においてした供述が真実でないことが明らかになった場合や、合意に基づいてした供述が真実でないことが明らかになった場合には、検察官が合意から離脱できるのも同様である（同項3号）。これの離脱は、契約法になぞらえれば、相手方の債務不履行を理由とする解除に相当する。

法は、それ以外に、検察官の責めに帰すべき事由ではないものも含めて、被告人側が合意から離脱できる理由を挙げている（350条の10第1項2号）。すなわち、合意に基づく検察官の訴因又は罰条の追加・撤回・変更の請求を裁

判所が許さなかった、検察官が合意に基づいてした求刑よりも重い刑を裁判所が言い渡した、合意に基づいて検察官が即決裁判の申立をして被告人も争わないのに裁判所がこれを認めなかった、合意に基づいて検察官が略式命令の請求をしたのに裁判所が通常の審判をする決定をした、あるいは検察官が略式命令に対して正式裁判の申立をした、場合である。逆に検察官の側は、被告人の責めに帰すべきでない事由によって合意から離脱することができない。たとえば、約束をしていた証言の前に、標的事件の被告人が死亡したため、証言の機会がなくなった場合でも、検察官は合意から離脱することができない。

合意からの離脱はその理由を書いた書面によって、相手方に告知しなければならない（同条2項）。

契約の合意解除のように、双方の合意によって既存の合意を解消することができるかどうか、法文上は明確ではない。合意をすることを当事者の処分権として認める以上、合意による合意の解消も認められるであろう。

離脱によって、合意当事者はそれ以後合意に拘束されなくなる。検察官の合意違反を理由とする場合（350条の14参照）以外、すでに被疑者・被告人側が合意に基づいてした供述などは、離脱によって証拠能力を失うことはない。

当事者による離脱以外にも、合意が効力を失う場合がある。それは、合意に基づいて検察官が不起訴とした事件について、検察審査会が起訴相当、不起訴不当または起訴の議決をした場合である（350条の11）。この場合、合意事件が改めて起訴されても、被告人が協議においてした供述や合意に基づいてした供述など提供した証拠は、証拠とすることが禁止される。ただし、被告人に虚偽供述があった場合、証拠とすることに被告人に異議がない場合などは、証拠とすることができる（350条の12第1項・2項）。

## 6 公判手続の特則

合意のあった事件の公判手続では、検察官に特別な義務が生じる。合意事

件の公判において、検察官は、遅滞なく、合意内容を記載した書面の証拠調べを請求しなければならない。公訴提起後に被告人と合意した場合も同様である（350条の7第1項）。これによって、裁判所は合意の存在と内容を知ることになる。検察官または被告人が当該合意からの離脱を告知しているときは、検察官は、その告知書面の取調べも請求しなければならない（同条2項）。公判の途中で離脱の告知があった場合も、検察官は遅滞なくその告知書の証拠調べを請求しなければならない（同条3項）。

標的事件の公判において、合意に基づく供述の記録が証拠調べ請求され、あるいは裁判所の職権で証拠調べされることになった場合、検察官は遅滞なく、合意内容を記載した書面を証拠調べ請求しなければならない。合意からの離脱を告知する書面があればそれも証拠請求しなければならない（350条の8）。標的事件の公判で、証言について合意した者の証人尋問が行われる場合も同様である（350条の9）<sup>15</sup>。このように、標的事件の公判において、合意に基づく証拠が登場する場合に、検察官は合意の存在を裁判所に対して明らかにしなければならない。ただし、取調べに対する供述だけを合意した者が証人となる場合については、条文上このような要求はない。

### Ⅲ 改正法案の証拠法上の合意

これまで、取引に基づく被告人以外の者の供述の証拠能力の有無は、明確ではなかった。不起訴約束による自白の証拠能力を否定したと考えられる昭和41年判例<sup>16</sup>から類推して、それは共犯者に対する証拠としても禁じられるという説はあり得た<sup>17</sup>。しかし、共犯者にとっては、それは自白ではないから、この類推に対する反対論も可能である<sup>18</sup>。改正法案は、刑訴法に従って行う合意は、合意当事者の合意に基づく供述の標的事件における証拠能力を否定する理由とならないことを明確にする。その反面で、刑訴法が定める条件に反する合意による第三者供述は、その証拠能力が否定されると考えなければならない。また、弁護人を関与させない合意のように、手続法に反する

合意に基づく供述も、証拠能力が否定される。そう考えないと、改正法が条件を限定して協議・合意を認めた意味がなくなる。

改正法案は、合意当事者の合意に基づく供述を供述者自身に対する証拠として用いることも想定している（350条の14第1項反対解釈）。昭和41年判例は、被告人は起訴猶予を期待して自白したのに、実際には起訴されてしまったという事案であった。そのため、検察官が約束を守った場合にも約束自白の証拠能力が否定されるのかどうかは、厳密には明確ではなかった。それでも、約束による自白一般について、任意性を否定するのが、多数説であった<sup>19</sup>。改正法案を自白法則の観点から見れば、少なくとも刑訴法の定めに従って合意をしたのであれば、約束による自白にも証拠能力を認めることを意味する。

刑訴法の定めに従わない合意による自白の証拠能力がどうなるかは、困難な問題である。捜査・訴追協力型の協議・合意が訴訟法の定める手続に反して行われた場合、たとえば弁護人の関与なしに行われた場合は、その合意に基づく供述は合意事件についての自白としても、証拠能力がないと考えなければならない。それは、供述者の黙秘権を守るためである。それに対して、特定犯罪ではない窃盗事件について、罰金刑で済ますことを条件に、自白と略式手続への同意および共犯者証言の約束をさせたような場合に、自白の証拠能力が否定されるかどうかは、自明ではない。また、自己負罪型の取引に基づく自白で、検察官が約束を守っている場合の扱いも、改正法案からは明確ではない。これらの問題は、この改正による直接の影響は受けず、依然として約束自白に関する一般的な解釈論に委ねられると考えるべきであろう。

上では、刑訴法の定めに従わない合意に基づく供述の証拠能力について、標的事件において証言的に用いる場合と、合意事件において自白として用いる場合とで、異なる理解を述べた。その理由は、今回の改正が主として共犯者供述の利用を目的としているからである。そのため、標的事件で証言的に供述を用いる場合には、改正法案が定める条件を厳格に遵守することを立法者は要求すると考えるべきである。それに対して、約束自白一般の扱いにつ



いて改正法案は明確な立場選択を示していない。

先に見たとおり、改正法案は、検察官が合意に違反した場合に、合意事件でも標的事件でも合意に基づく証拠は証拠禁止されることを明文で示す(350条の14)。

合意に基づいて検察官面前供述調書に署名した者が、標的事件の法廷で証言を拒絶した、あるいは相反供述をした場合の刑訴法321条1項2号の適用については、II3に述べた。

#### IV 弁護人にとっての協議・合意

協議・合意制度の導入は、弁護人にも新たな課題をもたらす。その中には、標的事件の弁護人としての課題と合意事件の弁護人としての課題とがある。この2つの立場は、依頼者の利益が相反する。そのため、とりわけ特定犯罪に当たる事件では、共犯者と疑われる複数の者を同時に弁護することは避けなければならない。

標的事件の弁護人にとっては、虚偽の取引供述による誤判を防止することが最大の課題である。基本的に、取引に基づく供述は、その信頼性を疑わなければならない。取引の条件が供述者にとって有利であるほど、その信頼性は下がる。協議の開始から合意に至る経過も供述の信頼性を評価するために意味がある。前述のとおり、検察官は協議の経過を記録に残しているはずである。この記録は、弁護人が合意をした者の供述の信用性を争う場合には、主張関連証拠開示請求の対象となるであろう。

私自身は、共犯者供述に被告人の犯人性を示す補強証拠を要求するべきであると考えた。しかし、改正法案は、そのような規定を設けなかった。それでも、取引に基づく供述とりわけ共犯者供述のみで被告人の関与を認定することは、原則として経験則に反する認定であろう<sup>20</sup>。弁護人としては、被告人の関与を示す他の証拠の有無を確認するべきである。

合意事件の弁護人は、依頼者の最大の利益を実現することを目指さなければ

ばならない。今回の改正をめぐる議論の中で、合意事件における弁護人の必要関与が、誤判を防止するしくみの1つだという説明がある<sup>21</sup>。しかし、合意事件の弁護人にとって、依頼者の供述が真実かどうかを確認する手段は乏しい。かつ、弁護人は依頼者の利益実現を目指さなければならない立場にあるから、依頼者の供述の信頼性について責任を負うことはできない。弁護人の関与に、取引による誤判を防止する効果を期待することはできない<sup>22</sup>。

ただし、これは、合意事件の弁護人は、依頼者が標的事件の立証のために提供する供述の信頼性について無関心であってよいという意味ではない。依頼者が虚偽の供述をした場合には、それは偽証罪あるいは新たに設けられる合意当事者の虚偽供述罪（刑訴350条の15）に当たる。それは結果として依頼者の利益にならないので、弁護人は依頼者にその警告を与えるべきである。また、弁護人が、依頼者の違法行為を助けることはできない。弁護人が依頼者の提供する供述が虚偽であると知りながら合意をした場合には、弁護人自身もこれらの罪の共犯となる。ただし、依頼者の供述の真偽を確かめる手段が乏しい中で、依頼者の最大の利益を追求しなければならない弁護人の役割を前提にすると、弁護人にこのような刑事責任が生じるのは、供述の虚偽性を確定的に認識していた場合に限るべきであろう。

法が認めた以外の取引に応じることが弁護士倫理に反するかどうかは、難しい問題となる。たとえば、特定犯罪の事件での合意の中に検察官が保釈に反対しないことを含めるとか、特定事件以外の罪名の事件で取引をすることが問題になる。とりわけ依頼者からこのような取引交渉を求められた場合に、弁護人の対応は難しい。

法は、合意による処理が許される罪種と合意内容として許される事項を限定列挙したと考えれば、それに収まらない合意は違法であるから、弁護士倫理上もしてはいけないという帰結になる。しかし、明示的な合意ではなく、暗黙の合意であれば、その適否は明確ではない。そうすると、改正法案が定める協議・合意のしくみは、弁護人に本音と建て前の使い分けを要求するものになるかもしれない。

取引は、経済学的な法則に従って、自然に発生するものであって、法律が認めたから生じるものではない。司法取引も、それは同じである。それでも、これまでは、検察官は取引をしないという建前が、一定の歯止めになっていた。改正法によって、その歯止めはなくなる。改正法の運用は、司法過程での取引を法律によって一定の枠内に限定することの難しさを示す結果になるであろう。

[注]

- 1 季刊刑事弁護39号（2004年）の特集「刑事弁護の中の取引」参照。
- 2 宇川春彦「司法取引を考える（15）」判例時報1615号（1997年）28頁以下は、現行刑事訴訟法の下でも、この種の取引が可能であると主張していた。
- 3 第189回国会衆議院法務委員会会議録35号中、盛山正仁議員の発言。
- 4 ブランドン・L・ギャレット／笹倉香奈ほか訳『冤罪を生む構造－アメリカ雪冤事件の実証研究』（日本評論社、2014年）135-167頁。
- 5 第189回国会衆議院法務委員会会議録26号中、鈴木貴子委員に対する答弁。
- 6 この限りで、検察官にも弁護士職務基本規程52条に相当するノー・コンタクト・ルールが課されることになる。
- 7 この証拠禁止は、派生的証拠には及ばないであろう。
- 8 前掲注3、衆議院法務委員会会議録。
- 9 最大判昭27・4・9刑集6巻4号584頁。
- 10 最判平7・6・8刑集49巻6号742頁参照。
- 11 ただし、合意の書面上は②の証言約束を伴っている場合に、実は法廷では証言を拒絶することが当事者間の暗黙の前提になっていたとしても、それを証明するのは難しいという問題はあ
- 12 宇川春彦「司法取引を考える（13）」判例時報1604号（1997年）30-31頁参照。
- 13 アメリカでこの種の約束がしばしば行われることにつき、宇川春彦「司法取引を考える（12）」判例時報1602号（1997年）32頁参照。
- 14 ドイツの判決合意制度においても法の定めに従わない隠れた非公式合意が大きな問題となっている。辻本典央「ドイツの判決合意制度に対する外在的評価」近畿大学法学60巻3・4号（2013年）64頁、アルント・ジン＝滝沢誠訳「ドイツの刑事手続における合意（刑事訴訟法257条c）」専修ロージャーナル10号（2014年）327頁参照。このような非公式な合意を違法とした2013年の憲法裁判所判例について、ヴェルナー・ポイルケ＝ハナ・シュトッファー／加藤克佳＝辻本典央訳「司法取引は確認されたか」名城法学64巻4号（2015年）131頁参照。

- 15 350条の9は、350条の8と異なり、350条の7第2項を準用していない。しかし、この場合も合意内容書面の取調べ請求以前に離脱告知書面がある場合はありうる。その場合、検察官はそれを証拠請求するべきである。
- 16 最判昭41・7・1刑集20巻6号537頁。
- 17 後藤昭・平川宗信編『刑事法演習』（2版、2008年）114-115頁〔白取祐司〕。松尾浩也『刑事訴訟法 下』（新版補正版、1997年、弘文堂）82頁のように、共犯者供述にも刑法319条1項の任意性が必要であるという理解からも同じ結果が生じるはずである。
- 18 宇川春彦「司法取引を考える（11）」判例時報1601号（1997年）44-46頁は、現行刑法の下で、取引的な共犯者供述にも証拠能力が認められるという理解を述べていた。宇川「同（15）」判例時報1615号（1997年）29-31頁は、刑事免責による証言の証拠能力を否定した最大判平7・2・22刑集49巻2号1頁が、取引的証言の証拠能力を否定する理由にもならないという理解も述べていた。石井一正『実務刑事証拠法』（5版、2011年、判例タイムズ社）も、約束による自白は第三者に対しては証拠能力があると述べている。
- 19 上口裕『刑事訴訟法』（4版、2015年、成文堂）500-501頁、池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義』（5版、2014年、東京大学出版会）411頁、松尾浩也『刑事訴訟法 下』（新版補正版、1997年、弘文堂）42頁など。
- 20 平野龍一『刑事訴訟法』（1958年、有斐閣）236頁参照。
- 21 川出敏裕「協議・合意制度および刑事免責制度」論究ジュリスト12号（2015年）68頁。
- 22 三島聡「歪んでいく刑事司法と研究者の役割」法律時報87巻10号3頁。