

# 証人テスト（と参考人取調べ）に対する 録音・録画（2・完）

清水 拓 磨\*

## 目 次

- I 問題意識と課題
- II 日 本 法
  - 1. 刑事手続全体との関係
  - 2. 証人尋問の準備
  - 3. 証人に対するコーチングの禁止
  - 4. 小 括——日本法の到達点と課題（以上、407号）
- III アメリカ法
  - 1. 証人尋問の準備と証人に対するコーチング
  - 2. 証人に対するコーチングの危険性
  - 3. 証人に対するコーチングの規制
  - 4. 証人に対するコーチングを発見・抑制する方法
  - 5. 小 括——アメリカ法からの示唆
- IV 検 討
  - 1. 録音・録画制度の導入
  - 2. 録音・録画制度の問題
  - 3. 録音・録画制度の限界
  - 4. 録音・録画記録媒体の実質証拠としての利用
- V 結びに代えて（以上、本号）

---

\* しみず・たくま 立命館大学法学部准教授

### Ⅲ アメリカ法

#### 1. 証人尋問の準備と証人に対するコーチング

(1) これまでの検討を通して、次の4つのことを明らかにした。第1に、日本では、証人尋問の準備を行うことが許され、その中で証人面接が重視されている。第2に、証人に対するコーチングを実施することは許されない。第3に、証人に対するコーチングの意義は必ずしも明らかではなく、その意義を確定することが課題になる。第4に、コーチングを抑止・発見する手段を明らかにすることも、重要な課題となる。以下では、第3と第4の課題を明らかにするため、アメリカの議論を概観・分析したい。

(2) アメリカにおいても、日本と同様、何らの準備なしに証人尋問が行われることはあまりない<sup>78)</sup>。むしろ、証人尋問の準備が重視されている。これを witness preparation や witness prepping という。証人尋問の準備をしないことは法曹倫理の違反となる<sup>79)</sup>。証人尋問の準備の中で、検察官や弁護人が証人と事前面接を行うのも日常的である<sup>80)</sup>。証人面接の目的は、裁判の前に、証人に状況を思い出させること、法執行機関に提供した情報に関する記憶を喚起すること等である<sup>81)</sup>。また、検察官と証人との間で証人尋問のリハーサルが実施されることもある<sup>82)</sup>。特に、脆弱証人の場

---

78) Roberta K. Flowers, *Witness Preparation: Regulating the Profession's Dirty Little Secret*, 38 HASTINGS CONST. L.Q. 1007, 1007-1008 (2011).

79) Medwed, *supra* note 9, at 379; Brittany R. Cohen, *Whose Line is it Anyway: Reducing Witness Coaching by Prosecutors*, 18 N.Y.U. J. Legis. & PUB. POL'y 985, 989 (2015); Richard. H. Underwood, *Perjury! The Charges and the Defenses*, 36 DUQ. L. REV. 715, 776-777 (1988); *United States v. Rhynes*, 218 F.3d 310, 319 (4th Cir. 2000); *United States v. Tucker*, 716 F.2d 576, 583 (9th Cir. 1983); *McQueen v. Swenson*, 498 F.2d 207, 216-218 (8th Cir. 1974); *In re Wolfram*, 847 P.2d 94, 96 (Ariz. 1993).

80) 笹倉・前掲注1) 700頁。

81) Maia Kvirikashvili, *Witness Coaching by a Prosecutor*, 2016 J. LAW 188, 190 (2016).

82) Medwed, *supra* note 9, at 380; Cohen, *supra* note 79, at 990.

合にはリハーサルが行われることが多いと指摘される<sup>83)</sup>。

他方、証人尋問の準備を超えて、証人に対するコーチングを行うことは許されない<sup>84)</sup>。これを witness coaching という。当該理解も日本と同様といえよう。アメリカにおいて「証人に対するコーチング」という用語が使用される場合、それには既に「不適切な行為」という意味が込められている<sup>85)</sup>。許されるコーチングと許されないコーチングという区別はない。

(3) アメリカでも、証人に対するコーチングの意義は必ずしも確定していない。既に指摘したように、これは問題であろう。というのも、コーチングの意義が不明確であれば、実効的な規制を行うことができないからである。そこでアメリカでは、「証人に対するコーチング」の意義を明らかにしようとする動きがある。

ある論者によれば、「証人に対するコーチング」とは「問題の出来事についての証人の話を変える法曹による行為」を意味する<sup>86)</sup>。この定義から窺うことができる通り、検察官だけでなく、弁護士によってコーチングが行われることもある。これは日本でも問題視されてきたことである<sup>87)</sup>。ただ、「証人に対するコーチング」を「特定の出来事についての証人の説明を変える検察官の行為」と定義する見解もある<sup>88)</sup>。本稿で扱いたいのは、検察官によるコーチングである。また、先の定義には含まれないが、法曹以外の者が証人に対してコーチングを行うこともある<sup>89)</sup>。例えば、警察官によるコーチングである。本稿では、証人に対するコーチングとして、警察官によるものも含めて検討したい。以上をまとめると、本稿が扱う「証

---

83) Medwed, *supra* note 9, at 380.

84) Cohen, *supra* note 79, at 990; 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, 469 (2007).

85) Cohen, *supra* note 79, at 990.

86) Wydick, *supra* note 8, at 18.

87) 岸＝横川・前掲注47)103頁を参照。

88) Cohen, *supra* note 79, at 990.

89) Wydick, *supra* note 8, at 18.

人に対するコーチング」とは、検察官や警察官が証人の話を変える行為一般を意味する。ただし、「証人の話を変える行為一般」と一言でいっても、それには様々な態様が想定できる。実効的な規制を考えるにあたっては、コーチングの意義をより詳しく分析する必要がある。この点については、Richard C. Wydick の整理<sup>90)</sup>とそれを発展させた Brittany R. Cohen の整理<sup>91)</sup>が参考になる。Wydick によれば、法曹が行う証人に対するコーチングには、次の3類型が存在する<sup>92)</sup>。

第1は、法曹が故意にそして公然と（overtly）証人を誘導して、法曹が虚偽であると知っていることを証言させる場合である<sup>93)</sup>。「公然と（overtly）」とは、「隠さずに（openly）」あるいは「あからさまに（on its face）」を意味する<sup>94)</sup>。このタイプのコーチングでは、法曹が証人に対して虚偽の証言をするようあからさまに誘導することになる。無論、法曹がこのようなコーチングを行えば懲戒の対象になり得るし、刑事上、偽証教唆罪で処罰されるおそれもある<sup>95)</sup>。

第2は、法曹が証人をこっそりと（covertly）誘導して、法曹が虚偽であると知っていることを証人に証言させる場合である<sup>96)</sup>。「こっそりと（covertly）」とは、法曹による証言誘導が仮面に覆われて行われることを意味する<sup>97)</sup>。誘導が間接的に行われるといってもよい<sup>98)</sup>。通常、このようなコーチングは暗示によって実行される<sup>99)</sup>。第1類型と第2類型の違いは、誘導方法のみにある。第1類型では、誘導が公然と行われる。これに

---

90) *Id.* at 3-4.

91) Cohen, *supra* note 79, at 990-993.

92) Wydick, *supra* note 8, at 3.

93) *Id.* at 3, 18.

94) *Id.* at 3.

95) *Id.* at 3, 18; Boren v. United States, 144 F. 801 (9th Cir. 1906).

96) Wydick, *supra* note 8, at 3, 25.

97) *Id.* at 3, 25.

98) Cohen, *supra* note 79, at 991.

99) Wydick, *supra* note 8, at 3, 25.

対して、第2類型では誘導がこっそり行われることになる。第1類型より第2類型のコーチングの方が好んで行われる<sup>100)</sup>。その理由の1つは、処罰されるリスクが相対的に低いという点にある<sup>101)</sup>。

第3は、法曹が虚偽であると知っていることを証言するよう証人を故意には誘導しないが、それにもかかわらず、法曹と証人との会話が証人の話を変えてしまう場合である<sup>102)</sup>。記憶の可鍛性(malleable)を踏まえると、第3類型を回避するのは難しい<sup>103)</sup>。そして、第1類型や第2類型と違って、第3類型は懲戒や偽証教唆罪での処罰の根拠にはならない<sup>104)</sup>。第3類型では、虚偽証言が故意に誘導されるわけではないからである<sup>105)</sup>。もっとも、第3類型のコーチングが証人の記憶を変え、裁判所の真実発見機能を侵害することがある<sup>106)</sup>。

以上が Wydick の整理である。このような3類型に加えて、Cohen はさらに第4類型が存在すると指摘する<sup>107)</sup>。第4類型とは、検察官に証人の証言を変える認識があるが、虚偽の証言を誘導する意思がないコーチングである<sup>108)</sup>。検察官が証人になり得る者の元の供述を誤っていると考え、供述を変えるよう誘導する場合である<sup>109)</sup>。以上の Wydick の整理を発展させた Cohen の整理をまとめると、下記の通りとなる。本稿では、この整理を参考に検討を進めていく。ただし、警察官によるコーチングも念頭に置く。

100) *Id.* at 25.

101) *Id.* at 25.

102) *Id.* at 4, 37.

103) *Id.* at 4; Cohen, *supra* note 79, at 992.

104) Wydick, *supra* note 8, at 37.

105) *Id.* at 37.

106) *Id.* at 37.

107) Cohen, *supra* note 79, at 991.

108) *Id.* at 992.

109) *Id.*

### 証人に対するコーチングの4類型（Cohen の整理）

- 第1類型 検察官等の法曹に証人の証言を変える認識があり、虚偽証言を誘導する意思をもって行われる類型（そして、誘導が公然と行われる）
- 第2類型 検察官等の法曹に証人の証言を変える認識があり、虚偽証言を誘導する意思をもって行われる類型（そして、誘導がこっそりと行われる）
- 第3類型 検察官等の法曹に証人の証言を変える認識はないが、会話が証人の証言を変える類型
- 第4類型 検察官等の法曹に証人の証言を変える認識があるが、虚偽証言を誘導する意思はなく行われる類型

## 2. 証人に対するコーチングの危険性

証人に対するコーチングは許されない。これは、日米共通の理解である。ところで、なぜ証人に対するコーチングは許されないのであろうか。この点については、人間の記憶の性質を踏まえて考える必要がある<sup>110)</sup>。

心理学研究が示す通り、人間の記憶は誤りに陥りやすく、記憶想起過程や記憶再構築過程は非常に脆い<sup>111)</sup>。出来事の認識は、通常、単一の明確なイメージを残さず、記憶想起が求められる方法を含めて様々な要因に強く影響を受ける<sup>112)</sup>。そして多くの研究によって、誘導的質問が記憶を歪める効果を持つことが示されているところ、証人尋問の準備が証人の記憶を歪め、虚偽の記憶を作り出す危険性があると指摘される<sup>113)</sup>。また、人の記憶は複雑な性質を有しているため、証人自身ですら、本当の記憶の想起と質問者の示唆に基づいて作られた記憶の想起を区別することは困難で

---

110) *Id.* at 993.

111) Gershman, *supra* note 9, at 838; Wydick, *supra* note 8, at 37.

112) Gershman, *supra* note 9, at 838-839.

113) *Id.* at 839.

ある<sup>114)</sup>。とりわけ、幼年者や老年者、目撃証人及び協力証人は、暗示的なインタビューに対して脆弱である<sup>115)</sup>。

### 3. 証人に対するコーチングの規制

(1) 以上のように、証人に対するコーチングは許されない。では、証人に対するコーチングとは何を意味するのであろうか。判例上、明確な答えは出ていない。まず、連邦最高裁は、Geders v. United States 判決で、「当事者法曹は証言について相談することと、証言に不適切な影響を与えようとするすることとは、倫理的には重要な違いがあるということを十分認識しておかなければならない」と確認したうえで、法曹倫理違反は「当事者法曹による、裁判所に対する重大な義務違反を構成する」と指摘する<sup>116)</sup>。ただ、いかなる行為が「証言に不適切な影響を与えようとする」行為に当たるのかについては明らかにしなかった<sup>117)</sup>。ニューヨーク州最高裁判所 People v. Pulvino 判決も、証人に対するコーチングを認定するには、「証人に対して及ぼされた不適切な影響についての確実な根拠ある証拠 (nonspeculative evidence)」があれば十分であると示したが<sup>118)</sup>、どのような行為が証人に対して不適切な影響を及ぼすかについては明確に示さなかった<sup>119)</sup>。

まとめると、諸判決はコーチングに否定的な立場を採っている。しかし、どのような行為がコーチングに当たるのかを明確に示していないのである。ところで、前述の連邦最高裁 Geders 判決によれば、何が不適切な

---

114) *Id.* at 839.

115) *Id.* at 844-850; Cohen, *supra* note 79, at 997.

116) Geders v. United States, 425 U.S. 80, 90 n.3 (1976). この点の訳につき、笹倉・前掲注1) 702頁。

117) Geders v. United States, 425 U.S. at 90 n.3; *See* Flowers, *supra* note 78, at 1010; Cohen, *supra* note 79, at 1010.

118) People v. Pulvino, 982 N.Y.S.2d 630, 632 (N.Y. App. Div. 2014) (citing People v. Thompson, 873 N.Y.S.2d 834, 836 (N.Y. App. Div. 2009)); *See also* Cohen, *supra* note 79, at 1011.

119) Cohen, *supra* note 79, at 1011.

コーチングに当たるかは関連する法曹倫理のルールに委ねられることになる<sup>120)</sup>。そこで次に、法曹倫理を確認する必要がある。

(2) この点に関して重要なのは、アメリカ法律家協会（American Bar Association）の法律家職務模範規程（Model Rules of Professional Conduct）<sup>121)</sup>と刑事司法基準（Criminal Justice Standards for the Prosecution）である。あらかじめ指摘しておく、証人に対するコーチングとして、第1類型から第4類型を挙げたが、法律家職務模範規則にも刑事司法基準にも、証言を変える認識のないコーチング（第3類型）や、証言を変える認識があるが、虚偽証言を行わせる意思のないコーチング（第4類型）に対する明確な規制がないことが問題視される<sup>122)</sup>。

法律家職務模範規程は、直接的には、証人に対するコーチングについて規定していない<sup>123)</sup>。それゆえ、コーチングに対する規制を読み解くのは容易ではない。もっとも、関連規定はあるので確認する必要がある。体系的な規制がないことに起因して、読者の混乱を招くかもしれないが、以下では各規程の紹介を行いたい。

(3) まず、証人尋問の準備を包括的にカバーする一般概念として、「適格な代理」がある<sup>124)</sup>。これを *competent representation* という。模範規程1.1は「法曹は、依頼人に対し、適格な代理をしなければならない」と規定する。条文上、「適格な代理」には、「準備」が含まれることも確認されている。この規定から、証人尋問の準備が必要であることが窺える。他

---

120) *Geders v. United States*, 425 U.S. at 90 n.3. See also *Flowers*, *supra* note 78, at 1010.

121) アメリカ法律家協会の法律家模範規程は拘束力を持つものではない。だが、多くの州は当該模範規程を指針として法曹倫理を定めているので、重要である。Cohen, *supra* note 79, at 1004.

122) Cohen, *supra* note 79, at 1005; See also Fred C. Zacharias & Shaun Martin, *Coaching Witnesses*, 87 KY. L. J. 1001, 1004 (1998).

123) *Medwed*, *supra* note 9, at 386; Cohen, *supra* note 79, at 1004; *Flowers*, *supra* note 78, at 1010; Peter J. Henning, *The Pitfalls of Dealing with Witness in Public Corruption Prosecutions*, 23 GEO. J. LEGAL ETHICS 351, 368 (2010).

124) *Medwed*, *supra* note 9, at 386.

方、どのような準備が適切かは定義されていない<sup>125)</sup>。また、証人に対するコーチングの内容も読み取ることができない<sup>126)</sup>。

(4) 証人に対するコーチングの規制として重要なのは、法律家職務模範規程3.3(a)(3)と刑事司法基準3-6.6である<sup>127)</sup>。法律家職務模範規程3.3(a)(3)は、「法曹は、虚偽の証拠と知りながら、それを提出してはならない」と定めている。問題は、「知りながら (know)」の定義である。法律家職務模範規程における用語の定義については同規程1.0にまとめられている。その(f)によると、「知りながら (“Knowingly,” “known,” or “knows”）」とは、「問題となっている事実に関する現実的認識」を意味し、人の認識は諸状況から推認すると定められている。また、刑事司法基準3-6.6は、その(a)で、「検察官は、文書、有形物証拠又は証人の証言のいずれの形によっても、真実であると合理的に信じられない証拠を提出してはならない。検察官が特定の証拠の真実性又は正確性に疑いを持つ理由がある場合、検察官は、証拠が信頼できるかを決定する合理的措置を講じるか又はそのような証拠を提出してはならない」と定める。加えて、当該基準3-6.6(c)は、「公判中に虚偽の証拠又は証言が検察官によって提出されたと発見した場合、検察官は合理的な是正措置を講じなければならない」と定める。以上の規定から、検察官が証言を変える認識をもって、虚偽証言をするようコーチング(第1類型及び第2類型)をすることは許されないことがわかる。他方、これら規定の射程は、証言を変える認識のないコーチング(第3類型)や証言を変える認識はあるが、検察官に虚偽の証言をさせようとする意思がないコーチング(第4類型)には及ばないものと思われる<sup>128)</sup>。

(5) 法律家職務模範規程8.4(c)も重要である。この規定は、法曹が「不正、詐欺、欺罔又は虚偽表示に関与すること」が「職務上の不正行為」を

125) Flowers, *supra* note 78, at1011.

126) *Id.* at 1011.

127) Cohen, *supra* note 79, at 1005.

128) *Id.*

構成すると規定している。ここでは、規則違反の故意が明確に要件になっていない。それゆえ、故意によらない場合にも射程が及ぶかは必ずしも明らかではない<sup>129)</sup>。

(6) 法律家職務模範規程8.4(d)は、法曹が「司法の運営を妨げる行為に従事すること」が「職務上の不正行為」を構成すると規定する。この規定は曖昧で不明確である<sup>130)</sup>。そのため、証人に対するコーチングが当該規程8.4(d)の不正行為を構成するかは明らかではない<sup>131)</sup>。ただ、検察官が証人に対してコーチングを行い、その結果、虚偽の証言がなされ、刑事司法制度の真実追求機能を妨害した場合は、当該規程8.4(d)違反が問題になるであろう<sup>132)</sup>。とはいえ、当該規程は故意を明確な要件としていない。コーチングの全てを禁止しているかは不明である<sup>133)</sup>。

(7) 証人に対するコーチングを比較的直接に規定したものとして、法律家職務模範規程3.4(b)がある。この規程は、「法曹は、証拠を偽造し、証人に虚偽の証言をするよう勧めたり、援助したりしてはならず、証人に対して法で禁止される誘引を提供してはならない」と定める。もっとも、この規定が故意を必要としているかは定かではない<sup>134)</sup>。

(8) これまでに概観した通り、アメリカ法律家協会の法律家職務模範規程や刑事司法基準をみると、コーチングに対する規制を読み取ることはできる。もっとも、全てのコーチングに対する明確で直接的な規制があるわけではない。第3類型や第4類型に対する十分な規制がないとの評価もで

---

129) *Id.* at 1006.

130) Nancy Moore, *Mens Rea Standards in Lawyer Disciplinary Codes*, 23 GEO. J. LEGAL ETHICS 1 (2010); John F. Sutton, *How Vulnerable is the Code of Professional Responsibility?* 57 N.C. L. REV. 497, 502 n. 13 (1979).

131) Cohen, *supra* note 79, at 1006.

132) *Id.*; Felicia Carter, *Court Order Violations, Witness Coaching, and Obstructing Access to Witness: An Examination of the Unethical Attorney Conduct that Nearly Derailed the Moussaoui Trial*, 20 GEO. J. LEGAL ETHICS 463, 469-470 (2007).

133) Cohen, *supra* note 79, at 1006.

134) *Id.* at 1007.

きよう。また、検察官等が懲戒の対象になり得る場合でも、実際に懲戒処分を受けるのは稀である<sup>135)</sup>。

#### 4. 証人に対するコーチングを発見・抑制する方法

(1) アメリカでも、証人尋問の準備は許される。他方、証人に対するコーチングは許されない。次の問題は、単なる証人尋問の準備とコーチングとの区別をいかにして行うかである。アメリカでは一般的に、反対尋問が注目される<sup>136)</sup>。すなわち、当事者による反対尋問を通して、コーチングの存在を明らかにすることができると考えられている。しかし、このような区別には批判もある<sup>137)</sup>。証人に対するコーチングは密室で行われるため<sup>138)</sup>、不正な働き掛けがあったことを示す証拠は通常存在しないという批判である<sup>139)</sup>。そもそも検察官や証人自身がコーチングの発生を認識していない場合がある<sup>140)</sup>。この場合、防御側がコーチングを発見するのは不可能であると指摘される<sup>141)</sup>。

以上を踏まえると、コーチングの存在を明らかにするためには、証人面接に対する録音・録画制度を導入することが有益であるといえよう。現状、録音・録画制度はないが<sup>142)</sup>、近時、証人面接に対する録音・録画を求める主張が積極的になされている<sup>143)</sup>。

例えば、証人テストに対する包括的な研究を行った人物として、Ben-

---

135) *Id.* at 1015.

136) 既に紹介した通り、日本でも類いの理解が政府参考人から示されている。第186回国会衆議院法務委員会第5号(2014年3月19日)議事録〔林真琴政府参考人答弁〕。

137) Gershman, *supra* note 9, at 862; Cohen, *supra* note 79, at 1015; Medwed, *supra* note 9, at 379.

138) Gershman, *supra* note 9, at 851.

139) *Id.* at 862; Cohen, *supra* note 79, at 1015.

140) Cohen, *supra* note 79, at 1015.

141) *Id.*

142) Frohock & Marcus, *supra* note 9, at 763-764; Roberts, *supra* note 9, at 264; Harris, *supra* note 9, at 55.

143) Gershman, *supra* note 9, at 861-862.

nett L. Gershman がいる。Gershman は、検察官としての自らの経験を踏まえ、証人尋問の準備が秘密裏に行われてきた点を批判する。そのうえで、証人面接に対する録音・録画制度を導入すべきであると主張する<sup>144)</sup>。もとより、公判前の証人供述に関する証拠開示は反対尋問による弾劾に機能する<sup>145)</sup>。これは検察官等が証人の矛盾供述等を書面化しそれを保存することを前提とする。しかし、書面化や保存が必ずなされるとは限らない。そこで Gershman は、検察官による証人面接の全てを録音・録画すべきと主張する<sup>146)</sup>。また、George C. Harris も、検察官と協力証人との全てのコミュニケーションを録音・録画、または書面化することを主張する<sup>147)</sup>。そして当該記録を弁護人に開示しなければならず、弁護人には全ての協力証人と面接する機会を与える必要があると主張する。Sam Roberts も協力証人の虚偽証言の危険性を問題視して、検察官が協力証人と面接を行う場合、その面接の全てを記録化しなければならないと指摘する<sup>148)</sup>。加えて、検察官らと協力する政府機関が協力証人と面接を行う場合にも、その記録化がなされるように検察官は可能な限り保障しなければならないと主張する<sup>149)</sup>。このほか、Daniel S. Medwed も公判前の捜査機関による証人面接を記録化するよう提案する<sup>150)</sup>。その記録化にあたっては、ビデオによることが理想であるという<sup>151)</sup>。ボディランゲージのような巧妙な合図も捉えることができるからである<sup>152)</sup>。もっとも、Medwed は実務上の問題を踏まえてビデオによる記録化を一律に求めているわけではない。Medwed によれば、検察官による証人面接は全てビデオによっ

---

144) *Id.* at 851-852, 861-862.

145) Medwed, *supra* note 9, at 392.

146) Gershman, *supra* note 9, at 861-862.

147) Harris, *supra* note 9, at 62.

148) Roberts, *supra* note 9, at 298.

149) *Id.*

150) Medwed, *supra* note 9, at 392.

151) *Id.*

152) *Id.*

て記録化されなければならない。他方、警察官による場合は、書面でメモを取るだけで足りる<sup>153)</sup>。以上のように学説上、証人面接に対する録音・録画制度を導入すべきという提案がなされている<sup>154)</sup>。

(2) アメリカでは、録音・録画の問題も同時に指摘されている。第1に、証人面接の全てを録音・録画するのは現実的でないという批判がある<sup>155)</sup>。既に指摘したように、論者の中には証人面接の全てを録音・録画すべきと主張している者もいる。しかし、この主張を実現しようとする、検察官が事務所外外部の者と面会する場合、その全てを録音・録画しなくてはならなくなる<sup>156)</sup>。というのも、面会する者は刑事公判において証言を求められる可能性があるからである<sup>157)</sup>。これは、検察官業務に負担を掛けるものであり、検察官が義務を果たすのを妨害するおそれがある<sup>158)</sup>。

第2に、証人面接を録音・録画することは、証言抑止の効果をもたらすと指摘される<sup>159)</sup>。証人の中には、録音・録画をプライバシーに対する侵害であると評価する者もいるし、録音・録画されることに不安を覚える者もいる<sup>160)</sup>。さらに、録音・録画の記録が公判前に被告人に開示され、被告人がその面接を閲覧することになると、証人は恐怖から検察官に協力するのを躊躇するようになるおそれもある<sup>161)</sup>。

---

153) *Id.* at 393. ただし、1つの例外があると指摘される。すなわち、被疑者取調べの場合にはビデオによる記録化が必要であるという。*Id.* at 393.

154) なお、録音・録画制度の導入のほかにも、学説上、公判前審理を陪審抜きで開催すべきとする提案がなされている。これは、裁判官に証人面接を評価させ、証言が検察官による不適当な準備テクニックによって「汚染 (tainted)」されていないかを審査させるというものである。Gershman, *supra* note 9, at 859-860; Medwed, *supra* note 9, at 390-391.

155) Cohen, *supra* note 79, at 1018.

156) *Id.* at 1018.

157) *Id.*

158) *Id.*

159) *Id.* at 1020; See also Roberts, *supra* note 9, at 296.

160) Cohen, *supra* note 79, at 1020.

161) *Id.* at 1020.

(3) 現在、アメリカでは、証人面接の録音・録画は義務付けられていない。その背景には、反対尋問によってコーチングを明らかにできるという考えがある。しかし、このような理解には問題がある。証人面接が密室で行われることから、たとえ証人に対するコーチングが行われても、それを事後的に反対尋問で明らかにするのは困難であるからである。こうした問題を受けて、学界では証人面接に対する録音・録画制度の導入が注目を集めている。

もっとも、録音・録画にも限界があるという見方もある<sup>162)</sup>。既に指摘したように、コーチングが無自覚に行われる場合もある。Cohen は、録音・録画をもって、このようなコーチングを防ぐことは難しいと指摘する<sup>163)</sup>。そうした問題を踏まえ、証人に対する無自覚なコーチングの発生を減少させるためには、適切な指針の策定と検察官に対する効果的な教育プログラムの実践が必要であると述べる<sup>164)</sup>。

たしかに、第3類型の場合、コーチングは無自覚に行われることになる。そのため、録音・録画を義務付けたところで、このようなコーチングを「抑止」することは必ずしもできないであろう。その意味では、たしかに限界はある。しかし、録音・録画の機能は、コーチングの「抑止」に尽きるのではない。コーチングの「発見」機能も決定的に重要である。この「発見」機能を踏まえれば、第3類型の場合にも、証人面接を録音・録画をすることには意味があると考えられる<sup>165)</sup>。というのも、防御側が録音・録画記録を確認することによって、コーチングを発見することができる場合があり、それを踏まえて反対尋問等の防御活動を展開できるからである。

---

162) *Id.* at 1017.

163) *Id.*

164) *Id.* at 1017, 1022-1031.

165) Cohen 自身も、録音・録画が証人に対するコーチングの発見に資することは認めている。*Id.* at 1022.

## 5. 小 括——アメリカ法からの示唆

(1) さて、以上の議論をまとめたうえで、アメリカ法からの示唆を確認したい。アメリカでは、日本と同様、証人尋問の準備が重要であるとされる。その中で、検察官が証人面接を行うのも日常的である。また、証人尋問のリハーサルが行われることもある。他方、証人に対するコーチングは許されないと理解されている。

まず問題となるのは、証人に対するコーチングの意義である。判例上、この点は確定していない。他方、学説による整理は進んでいる。4つに分類する見解が注目に値しよう。

コーチングに対する規制に関して、アメリカ法律家協会の法律家職務模範規程や刑事司法基準を読む限り、不十分である。また、より重要なのは、単なる証人尋問の準備と証人に対するコーチングとの区別をいかに実現するかである。多数説の理解によると、反対尋問によってその区別が実現できる。他方、このような理解には批判がある。証人に対するコーチングが密室で行われることを踏まえると、コーチングが行われたとしても、事後的にそれを明らかにする手段が十分でない。抑止の手段も十分でない。こうした問題を受けて、証人に対するコーチングをいかに「発見」するか、そしてそれをいかにして「抑止」するかが検討されてきた。多くの論者によって注目されるのが、証人面接に対する録音・録画である。

他方、証人面接を録音・録画することの問題も指摘されている。第1に、全ての証人面接を録音・録画することは現実的ではないという批判がある。第2に、録音・録画が証言を躊躇させるという批判がある。

録音・録画には限界があることも重要である。録音・録画の機能はコーチングの発見・抑止にある。そして、検察官が無自覚にコーチングを行うこともある。録音・録画をもって、このようなコーチングを抑止することはできないであろう。

(2) これまでの議論で明らかのように、アメリカでも整理が十分に進んでいるとはいえない。もっとも、次の4つの重要な示唆を読み取ることが

できる。

第1に、日本でも証人に対するコーチングが許されないことを明確に確認する必要がある。証人に対するコーチングとは、検察官や警察官が証人の証言を変える行為一般を意味する<sup>166)</sup>。具体的には、Wydick の議論を発展させた Cohen の整理が参考になろう。Cohen によると、次の4類型がある。第1類型は、検察官等の法曹に証人の証言を変える認識があり、虚偽証言を誘導する意思をもって行われる類型である（そして、誘導が公然と行われる）。第2類型は、検察官等の法曹に証人の証言を変える認識があり、虚偽証言を誘導する意思をもって行われる類型である（そして、誘導がこっそりと行われる）。第1類型と第2類型との違いは、誘導方法のみにある。第3類型は、検察官等の法曹に証人の証言を変える認識がないが、会話が証人の証言を変える類型である。第4類型は、検察官等の法曹に証人の証言を変える認識があるが、虚偽証言を誘導する意思はなく行われる類型である。そして、上記のコーチングが検察官だけでなく、警察官によって行われることも踏まえれば、警察官によるコーチングも規制する必要があるだろう。

我が国では、偽証罪（刑法169条）の教唆が処罰対象になり得ること（また、弁護士の場合は弁護士職務基本規定75条が偽証のそそのかしを禁止していること）から、第1類型及び第2類型に対する規制は存在すると評価することもできる。他方、コーチングを行う者に証人の証言を変える認識がない第3類型に対する規制は存在しないように思われる。まずは、第3類型を明確に禁止する必要があるだろう。第4類型が現在の日本で禁じられているかの評価は難しい。偽証罪を定めた刑法169条の「虚偽の陳述」とは、証人の記憶に反する内容の供述であるとするのが判例である<sup>167)</sup>。ここでいう

---

166) 既に示した通り、本稿が焦点を当てているのは検察官による証人テストである。弁護士や被告人による証人テストを念頭に置いていない。ただ、これらの者によって証人テストが実施されることがないと主張しているわけでもない。これら防側によるコーチングも規制されるべきである。

167) 大判大正3年4月29日刑録20輯654頁。

「記憶」を公判廷段階の記憶とみると、証人は少なくとも公判廷では記憶に基づいた証言を行うことになるから、偽証罪は成立しない。そして共犯の従属性から、証言を誘導した検察官等にも偽証罪の教唆犯は成立しないことになろう。他方、これとは異なる評価が可能かもしれない。いずれにせよ、犯罪にするかは別として、刑訴法では元の記憶に基づいた証言を引き出すことが重要となる。このように理解すれば、第4類型も禁じる必要がある。

第2に、証人に対するコーチングを発見・抑止することが重要である。その手段としては、録音・録画制度の導入が有益であろう。この点は、後に検討する。

第3に、その検討にあたっては、アメリカで指摘されたように、録音・録画することの問題も踏まえる必要がある。具体的には、全てを録音・録画することは非現実的ではないか、証言を躊躇させる結果にならないかという問題を考える必要があるだろう。

第4に、録音・録画にも法的規制としての限界がある。録音・録画の機能は、次の2つである。第1に、証人に対するコーチングを「抑止」することである。第2に、証人に対してコーチングが行われた場合に、それを事後的に「発見」することである。そして、前者の「抑止」機能には限界がある。例えば、検察官が無自覚にコーチングを行う場合もあるが(第3類型)、録音・録画をもって、そのようなコーチングを抑止することは必ずしもできないであろう。

## IV 検 討

### 1. 録音・録画制度の導入

(1) まず、証人テストに対する録音・録画制度の導入が求められるかを検討したい。日本国憲法37条2項は被告人の証人審問権を保障している。被告人に証人に対する審問の機会を十分に保障し、その実施を通して、証

人の証言を弾劾し、ひいては正確な事実認定の担保を図ろうとしているのである。既に論じた通り、証人審問権に関して、手続的価値をどこまで読み込むかについては学説上対立がある<sup>168)</sup>。もっとも、証人審問権の行使が供述証拠の信頼性の確保や事実認定の正確性の担保に機能することに大きな争いはない<sup>169)</sup>。しかし、事後的に証人審問の機会を単に保障したところで、証人審問の前に、密室の徹底した証人テストの中で、検察官によって証人に対するコーチングが行われた場合、その後の証人審問によって元の記憶に基づいた証言を引き出すのは極めて困難ではないか。実際、元検察官によって、次の問題が指摘されている。

「従来から、検察官が行ってきた証人テストの多くは、そのような範囲を大きく逸脱したもので、検察官請求の重要な証人については、多数回、長時間にわたる証人テストを行って、証言内容を入念に打ち合わせ、場合によっては証人尋問のリハーサルまで行って、証言内容を徹底的に覚え込ませるといことが行われてきました。……美濃加茂市長事件では、検察官と贈賄供述者との間で、一カ月以上にもわたって、連日朝から晩まで休みもなく証人テストが行われたことを本人も認めております。…中略…。まさに、このような証人テストを経た検察官の主尋問は、さながら芝居の台本に基づくせりふ合わせに近いものでありました。このような証人テストは、やはり厳に抑制されるべきではないか。…中略…。記憶喚起の必要があるといっても、それは公判廷で記憶喚起をしてもらって、その経過を確かめることこそが、本当に信用できるかどうかということを含味することにつながるんじゃないかと思います」<sup>170)</sup>。

以上のように証人テストは、事件によっては、長期間・長時間徹底して行われている。その中で、コーチングが行われるおそれは完全には否定さ

---

168) この点については、前掲注 26) の記述を参照。

169) 大谷・前掲注 26) 402頁、堀江・前掲注 26) 24頁、伊藤博路・前掲注 29) 76頁を参照。

170) 第189回国会衆議院法務委員会第27号（2015年7月1日）議事録〔郷原信郎参考人意見陳述〕。

れていない。より重要なのは、アメリカでも指摘される通り、証人に対するコーチングが故意によらずに行われる場合もある点である(第3類型)。この場合、捜査機関の自主規制に任せるのが特に難しい。このような運用に規制を入れなければ、たとえ公判廷において証人審問の機会を被告人に保障したところで、審問を通して元の記憶に基づく証言を引き出すことができなくなるおそれがある。

こうした問題があるにもかかわらず、現在、証人テストは密室で行われることがある。録音・録画は必要とされていない<sup>171)</sup>。そのため、証人テストにおいて検察官によってコーチングがなされても、それを事後的に明らかにするのは困難な場合がある。また、抑止の手段も十分でない。そうすると、証人テストに対する録音・録画制度を導入することにより、上の問題を解決することが考えられてよいであろう。

(2) ところで、本稿では証人テストの定義として、「検察官(又は弁護士)が、証人尋問に先立って事前に自己の側の証人となる者に面接を行い、主尋問の準備を行うこと」という定義を用いてきた<sup>172)</sup>。この定義の中には、相手側の証人となる者に対する面接が含まれていない。しかし、上記のことは相手側の証人となる者に対する面接にも妥当するであろう。

(3) また、参考人取調べに対する録音・録画も必要である。参考人取調べとは、捜査機関による被疑者以外の第三者に対する取調べを意味する。仮に証人テストのみを録音・録画の対象にして、参考人取調べを録音・録画の対象から外すとすると、捜査機関は参考人取調べの段階でコーチングを行ってにおいて、証人尋問請求を行い、その後証人テストを行うという抜け道を利用し得ることになる。これを許せば、コーチングの抑止・発見という録音・録画の機能は著しく損なわれることになる。実効的な規制を考えるのであれば、参考人取調べに対する録音・録画も求められると理解

---

171) ただし、実務上、参考人取調べが録音・録画されることはあるようである。山田昌広『録音録画時代の取調べの技術』202頁、210頁(東京法令出版、2021年)を参照。

172) 笹倉・前掲注1)693頁。

すべきであろう。もちろん、検察官が行う参考人取調べだけでなく、検察事務官や司法警察職員が行う参考人取調べについても録音・録画は必要になる。以下では、証人テストと参考人取調べの双方を表す場合、「証人テスト等」と呼ぶ。

(4) このような理解に対しては、次の批判が想定される。録音・録画を義務付けなくても、被告人には反対尋問の機会が保障されるのであるから、被告人や弁護人による反対尋問によって、検察官によるコーチングを明らかにすることができるのではないか。既に確認した2014年の法務委員会における政府参考人の主張は、まさにこのような考えに根ざしていたものと思われる<sup>173)</sup>。また、現在のアメリカでも類似の理解がある。すなわち、証人尋問の準備は許されるが、証人に対するコーチングは許されないと理解されており、一般的に、そのような線引きを可能にするのは被告人による反対尋問であると整理されている。しかし、このような理解には問題があるように思われる。証人テスト等が密室で行われる場合、たとえ事後的に反対尋問の機会を保障したところで、証人に対するコーチングが行われたことを明らかにするのが著しく困難な場合であろう。こうした問題を受けて、アメリカでは、証人面接に対する録音・録画制度を導入すべきという見解が有力に主張されるに至った。このような考えは、日本でも示唆に富むものと思われる。

以上の議論を前提にすると、供述証拠の信頼性の確保や事実認定の正確性の担保という証人審問権の行使によって達成しようとする価値を実現するため<sup>174)</sup>、証人テスト等に対する録音・録画が必要になると思われる。

(5) ところで、ここまで考えてくると、従来の議論には反対尋問の実効

---

173) 第186回国会衆議院法務委員会第5号（2014年3月19日）議事録〔林真琴政府参考人答弁〕。

174) なお、既に指摘したように、憲法37条2項の目的が供述証拠の信頼性の確保や事実認定の正確性の担保に尽きると主張しているわけではない。学説上、証人審問権に独自の積極的意義を見出す理解が示されており、「手続的保障」として証人審問権を理解する考えが主張されているが、本稿も同様の理解を採る。この点については前掲注26)を参照。

性の確保に関して1つの誤解があったことが明らかとなる。その誤解とは、反対尋問の機会さえ保障すれば、その実効性を確保できると考えられてきたことである。伝聞法則についての通説的な理解を素材にこの点を鮮明にしたい。

伝聞法則が前提とするのは、供述証拠の性質である。すなわち、供述証拠には、第1に、知覚・記憶・叙述という各過程で誤りが混入するという意味で、その信用性に疑うべき要素が存在し、第2に、それにもかかわらず、事実認定者による証拠評価は、物証等と比べて、典型的に困難であるという性質がある<sup>175)</sup>。そして従来の通説的な理解によれば、供述証拠が公判供述という形で検出されるのであれば、事実認定者による供述態度の観察や偽証罪の制裁による威嚇、そして最も重要とされる反対尋問の行使によって、その問題を解消できる。他方、公判外供述の場合にはそのような対処の方策が存在しない。そこで刑訴法320条1項は伝聞証拠の証拠能力を原則として否定した。

ここで注目したいのは、伝聞法則が注目する公判外供述ではない。むしろ公判供述の方である。従来の通説的理解は、反対尋問についていえば、その「機会」を保障すればよいと考えてきた面があるのではなかろうか。しかし、反対尋問を実効的に機能させようと志向するのであれば、単に反対尋問の機会を与えればよいことにはならない。というのも、単に反対尋問の機会を保障したとしても、その前に密室の証人テスト等の中でコーチングが行われ、それによって記憶固めがなされ、録音・録画がないことにより、記憶変容を明らかにする証拠が十分に存在しない場合には、反対尋問が供述証拠の信頼性の確保や事実認定の正確性の担保に効果的に機能するかは疑わしいからである。このように考えれば、供述証拠の信頼性の確保・事実認定の正確性の担保を実現するという視角からは、証人テスト等を録音・録画し、その心理的圧力によってコーチングを「抑止」し、仮に

---

175) 大谷・前掲注26) 402頁を参照。

コーチングが行われたとしても、録音・録画によってそれを「発見」し得る制度を構築することが求められるといえるだろう。

(6) 次に、証人テスト等の記録化が求められるとしても、なぜ録音・録画までしなければならないであろうか、という問題を考えたい。録音・録画までしなくても、証人テスト等を行った検察官等がその過程を書面化するという方法も考えられるからである。この問題を考えるにあたっては、既に紹介した Medwed 等の議論が示唆に富む<sup>176)</sup>。書面では、たとえそれが逐語的な記録であっても、どうしてもボディランゲージのような巧妙な合図を捉えることができない。これに対して、録音・録画では、直接の言語によらない合図も記録することができる。ボディランゲージ等、直接の言語によらない方法によっても元の記憶が歪められるおそれがあると考えるのであれば、書面による記録ではなく、録音・録画による記録が必要であるといえよう。

(7) そして、録音・録画は「全過程」を対象としたものでなければならないであろう。一部の録音・録画では意味がない。というのも、一部の過程を録音・録画の対象としても、それ以外のところで証人に対するコーチングが行われれば、そのことを明らかにすることができなくなる場合があるからである<sup>177)</sup>。また、「抑止」機能との関係でも全過程の録音・録画が求められよう。なぜなら、全過程の録音・録画ではなく、一部の過程の録音・録画では、録音・録画がなされていないところでのコーチングを十分に抑止することができないからである。

(8) ところで、証人テスト等に対する録音・録画制度が要請されるとして、それは憲法37条2項の直接的な要請といえるだろうか。それとも、政策的な制度なのであろうか。証人テスト等に対する録音・録画制度の法的性格が問題になる。

---

176) Medwed, *supra* note 9, at 392.

177) この点については、取調べの録音・録画についての文脈で指摘されたものであるが、小坂井久『取調べ可視化論の展開』73頁（現代人文社、2013年）を参照。

法的性格を論ずる実践的意義は、仮に憲法37条2項の直接的な要請と理解せず、政策的な制度と位置付ければ、具体的な内容は、録音・録画の実施を必要とする程度やそれによって生じる弊害等を考慮して決定されることになるという点に求められる。

このような法的性格の問題は、被疑者取調べの録音・録画に関しても議論されたことがある。参考のため、以下、憲法38条1項との関係に絞ってではあるが<sup>178)</sup>、振り返りたい。1つの見解は、被疑者取調べの録音・録画によって、黙秘権を侵害するような違法・不当な取調べが抑止できることから、それ自体を黙秘権に内在するものとして憲法38条によって直接保障される権利だとする<sup>179)</sup>。もう1つの見解は、「取調べの録音・録画が黙秘権の保障に事実上役立つことから、直ちにその手段の採用が憲法上要請されるということとはできない。そのためには、それが黙秘権保障のために

---

178) 被疑者取調べの可視化の根拠条文として、これまで憲法38条1項のみが挙げられてきたわけではない。この点については、小坂井・前掲注177)2頁以下を参照。本来であれば、それぞれの根拠条文との関係で従来の議論を振り返るべきかもしれないが、そうすると議論の錯綜を招くおそれがある。そこで以下では、代表的な論拠とされる憲法38条1項に関する議論に絞って紹介を行う。

179) 小坂井・同上12頁以下。このほか、小坂井久『取調べ可視化論の現在』（現代人文社、2009年）、渡辺修＝山田直子監修・小坂井久＝秋田真志編『取調べ可視化——密室への挑戦——イギリスの取調べ録音・録画に学ぶ』（成文堂、2004年）、瀧野貴生「取調べ可視化の権利性と可視化論の現段階」法律時報85巻9号58頁（2013年）も参照。

無論、こうした論者も黙秘権保障のためには可視化のみで足りるとしているわけではない。例えば、小坂井・前掲注177)55頁は、取調べの可視化が「万能薬」ではないことを端的に認めている。瀧野貴生「供述の自由保障としての黙秘権と立会権」川崎英明＝小坂井久編『弁護人立会権 取調べの可視化から立会いへ』103頁（日本評論社、2022年）も「取調べの録音・録画制度単独では、黙秘権の実効的保障のための担保措置として十分とは言えない。というのは、録音・録画では、弁護人立会いと異なり、被疑者がその場で即時の援助を求めることができないから、取調べの雰囲気によって、もうこれ以上の取調べは拒絶したいと思ったにもかかわらず拒絶できないおそれ残るからである。」としつつも、「ただし、弁護人の立会いと録音・録画とを組み合わせることで、一層、黙秘権の実効的な行使を万全にするという意義があることは強調しておきたい」と指摘する。ほかにも、瀧野貴生「刑事訴訟法学から見る可視化の意義と課題—取調べの可視化<I>」村井敏邦＝海渡雄一編『可視化・盗聴・司法取引を問う』30頁以下（日本評論社、2017年）を参照。

不可欠な手段といえる必要があるが、そのような評価まではできないであろう」と整理して、「取調べの録音・録画は、取調べの適正を確保し、取調べ状況をめぐる事実認定を客観化・的確化するという目的で認められる政策的な制度である」と捉える<sup>180)</sup>。

以上の議論を踏まえて、証人テスト等に対する録音・録画の法的性格を考えてみたい。憲法37条2項が証人審問権を保障した理由の1つは、証人審問権の行使が供述証拠の信頼性の確保・事実認定の正確性の担保になるという点に求められる。既に確認したように、従来の通説的理解はまさにこのことを証人審問権の趣旨と捉えることになる。また、手続的価値を重視する近年の学説に立っても、理論的にいえば、証人審問権がこうした実体的価値を有することを否定する必要はないであろう。手続的価値を認めた判例として有名なアメリカの Crawford 判決<sup>181)</sup>も、対質権の究極目標を証拠の信頼性を確保することに置いている（ただし、実体的ではなく手続的な保障を意味すると捉えたことが、Crawford 判決の重要なところである<sup>182)</sup>）。問題は、供述証拠の信頼性の確保・事実認定の正確性の担保を実現するためには、単に証人審問の機会を保障すればよいのかである。この点も既に論じた通り、人間の記憶が示唆や誘導等の外部的な影響によって変容し得ることを踏まえれば、単に証人審問の機会を保障するだけでは、供述証拠の信頼性の確保・事実認定の正確性の担保を実現することは著しく困難であるように思われる。意識的にせよ無意識的にせよ検察官等によって示唆や誘導が行われ得る証人テスト等を録音・録画しなければ、そのような示唆や誘導が実施されるのを十分に「抑止」することはできない。また、示唆や誘導が実施された場合にそのことを事後的に「発見」することも極めて困難である。そうだとすれば、証人テスト等に対する録音・録画は、供

---

180) 川出敏裕「取調べの『可視化』」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』31頁（有斐閣、2013年）。

181) Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004).

182) 伊藤・前掲注27) 法学644頁。

述証拠の信頼性の確保・事実認定の正確性の担保の実現に不可欠であると  
考えられる。このような整理に基づけば、証人テスト等に対する録音・録  
画は、憲法37条2項に基礎付けられた被告人の権利であって、単に政策的  
な制度と理解すべきではない<sup>183)</sup>。

(9) 以上のように理解することの帰結として、録音・録画の例外は認め  
られない。被疑者取調べの録音・録画制度では、録音・録画の例外が認め  
られている。例えば、刑訴法301条の2第4項は、「記録に必要な機器の故  
障その他のやむを得ない事情により、記録をすることができないとき」  
(1号)を録音・録画の例外としている。しかし、このような例外を認め  
ることは許されないであろう。また、対象犯罪の限定も許されない。取調  
べの録音・録画制度については、刑訴法301条の2第1項で対象犯罪が限  
定されている。しかし、犯罪によって録音・録画の必要性が変化するわけ  
ではない。証人テスト等に対する録音・録画が憲法37条2項の直接的な要  
求と理解するならば、対象犯罪を限定することは許されないであろう。加  
えて、証人テスト等に対する録音・録画を被告人の憲法上の権利であると  
理解することの帰結として、証人になり得る者が録音・録画を拒んだとし

---

183) 日本においても既に、「弁護側には到底不可能な、強制力を用いた取り調べや『証人テ  
スト』によって、自由に証言することを妨げられている証人ではなく、何ものにも干渉さ  
れない自由な意思で証言できる証人を求める権利」が憲法37条2項の証人審問請求権ない  
し適正手続を受ける権利のもと保障されなければならないという見解が示されている。五  
十嵐二葉『刑事訴訟法を实践する』226頁(日本評論社、1996年)、伊藤・前掲注5)138  
頁。ところで、こうした権利性を肯定することは何を意味するのだろうか。以下、考えて  
みたい。第1にあり得るのは、捜査機関による証人テスト等を一切禁じることであろう。  
このように理解すると、検察官が証人テスト等を通してどのような証人を公判廷に呼ぶか  
を選定できなくなるおそれがある。その結果、検察官は模索的に複数の証人を公判廷に呼  
ぶことになり得るから、集中審理に重大な支障をきたすおそれが出てくる。長澤範幸「実  
況見分調書の作成者である警察官の証人尋問を実施するにあたり、事故発生現場で証人テ  
ストを実施した一事例」捜査研究631号44頁(2004年)。こうした問題が生じるおそれがあ  
るが、理論的にはあり得る選択であろう。第2にあり得るのは、「何ものにも干渉されな  
い自由な意思で証言できる証人を求める」権利から、証人に対するコーティングの禁止を導  
出したうえで、その実現のため証人テスト等に対する録音・録画を導入することである。  
本稿は後者の立場に近い理解をしている。

ても、録音・録画が義務付けられることになる。

## 2. 録音・録画制度の問題

(1) 以上、証人テスト等に対する録音・録画制度の導入説を提唱した。これには、次の2つの批判が想定される。第1に、全ての証人テスト等を録音・録画することは非現実的ではないか。第2に、全ての証人テスト等を録音・録画することは、証言を躊躇させる結果にならないか。この2つの問題に対する答えは、録音・録画の法的性格を踏まえると明らかであるように思われるが、一応、検討しておく。

(2) まず、1つ目の問題を考えてみよう。たしかに、録音・録画を義務付けることは、検察官や警察官の負担になるかもしれない。しかし、検察官や警察官に負担が生じることが直ちに録音・録画制度の導入を否定するものではないであろう。そもそも、検察官等が証人となり得る者と面接する場合、意図的にしろそうでないにしろ、その過程で証人に対するコーチングが行われる危険が抜き難く存在している。たしかに、その運用に目をつぶると、偽証罪の教唆犯がある以上、検察官等が意図的に証人に対するコーチングを行うことは稀かもしれない。しかし、アメリカでも指摘される通り、証人に対するコーチングが検察官等の意図によらずになされる場合もある（第3類型）。このことを踏まえると、証人に対するコーチングを完全に防止するのは極めて困難であるように思われる。そうしたコーチングが行われた場合、その際の証人テスト等を録音・録画しておかなければ、事後的な反対尋問によってコーチングの存在を明らかにするのは極めて困難であろう。反対尋問が実効的に機能しなければ、裁判所による正確な事実認定も期待できない。ひいては誤判に繋がるおそれもある。また、録音・録画が捜査機関の負担になるというのであれば、捜査機関の判断で、そもそも証人テスト等を実施しなければよい。それでも証人テスト等を実施したいのであれば、既に論じた憲法37条2項の制約を受けると理解せざるを得ないであろう。

(3) 次に、2つ目の問題を考えてみよう。すなわち、全ての証人テスト等を録音・録画することは、証言を躊躇させないか。たしかに、証人の中には、証人テスト等を録音・録画されることに不安を感じる者がいるかもしれない。その結果、証言を躊躇する者が現れるかもしれない。また、録音・録画の記録が証拠開示によって被告人側に開示されるとすると、被告人による報復をおそれて、証言を躊躇する者が現れるかもしれない。しかし改めて考えてみると、結局、公判廷では証言が求められる。そうすると、そのような躊躇は元々存在しているとみることもできる。録音・録画によって証言への躊躇が増すと断定するのは難しい。また仮に証言への躊躇が生じるとしても、それは憲法37条2項による制約の帰結とみなしなければならないであろう。人間の記憶は脆弱で可鍛性がある。にもかかわらず、そのような記憶に基づく供述はいきなり公判廷で獲得されるのではない。通常、証人テスト等を経て獲得されるのが一般的となっている。その過程で、捜査機関が意図的に(第1類型・第2類型)、あるいは意図的ではなく(第3類型)コーチングを行う危険性は抜き難く存在している。そうだとすると、証人テスト等を認め、その後の証言を証拠として利用するという制度を採用した以上、録音・録画により証言への躊躇が生じることも認めなければならない。

### 3. 録音・録画制度の限界

(1) 以上のように、憲法37条2項の証人審問権を実効的に保障するために、証人テスト等に対する録音・録画が義務付けられる。録音・録画の機能は次の2つである。第1に、証人に対するコーチングを「抑止」することである。第2に、証人に対するコーチングが行われた場合に、それを事後的に「発見」<sup>184)</sup>することである<sup>185)</sup>。

---

184) 「発見」ではなく「検証可能性」と呼んだ方が正確かもしれない。

185) 取調べの可視化の機能としても同様のことが指摘されてきた。例えば、小坂井久は、取調べの可視化の意義として、①抑止効と②検証可能性を挙げている。小坂井・前掲注177)37頁。

この2つの機能が供述証拠の信頼性の確保・事実認定の正確性の担保という点で重要であることは多言を要しない。敢えて比較すれば、前者の抑止機能の方が後者の発見機能よりも重要であると思われる。というのも、本来、目指すべきなのは、証人に対するコーチングを抑止し、公判廷において証人から元の記憶に基づいた証言を引き出すことだからである。

(2) もっとも、この抑止機能とかかわって、録音・録画制度にも法的規制としての限界があることは認めなければならない。すなわち、録音・録画を義務付けたとしても、検察官等によって証人に対するコーチングが実施された場合、それをその時点で防止することはできない。要するに、「リアルタイムの規制」<sup>186)</sup>としては限界がある。アメリカでも指摘される通り、検察官等によるコーチングが意図的でなく行われることがある（第3類型）。録音・録画をもって、このようなコーチングを実効的に抑止するのは困難である。そして、証人に対するコーチングが行われた場合、場合によっては証人の記憶が変容し、公判廷で元の記憶に基づいた供述を引き出すことが難しくなる。この意味で、録音・録画制度にも限界があることは認めなければならない。万能ではないのである。しかし、この場合にも、録音・録画の記録によってコーチングの過程を事後的に検証することは可能であるから、2つ目の「発見」機能は効果を発揮し得る。供述証拠の信頼性の確保・事実認定の正確性の担保という観点からは、この「発見」機能も決定的に重要である。

(3) そもそも改めて考えてみると、録音・録画の限界を乗り越える形

---

186) この「リアルタイムの規制」という用語は、小坂井・前掲注177) 18頁に做ったものである。小坂井久は、取調べの可視化を論ずる文脈で、「国家による違法・不当な取調べを防止する……のであれば、それは、事後的規制だけでは足りず、リアルタイムの規制であって、然るべきである。むしろ、そうでなければならず、これによって、はじめて供述の自由というものが観念される」としたうえで「そのリアルタイムの規制には、後述するように、確かに、弁護人立会は有効であろう。可視化はこれに比すると、事後的検証可能性を全うさせるという機能により重点があり、そのことを通して、リアルタイムでの適正化にも大きく寄与する面がある」と指摘している。小坂井・同上。

で、証人に対するコーチングを絶対的に抑止することを目指すのであれば、捜査機関による証人テスト等自体を禁止する必要がある。というのも、第3類型の存在が示唆するように、証人テスト等自体に記憶を変容させる潜在的な危険が存在していると思われるからである。このような絶対禁止まで憲法37条2項の直接的な要請といえるかという問題につき、本稿では切り込むことができなかった。この点は今後の課題としたい。

#### 4. 録音・録画記録媒体の実質証拠としての利用

(1) 最後に、録音・録画記録媒体を実質証拠として利用できるかという問題について検討したい。ここでは、参考人取調べの場合を除き、証人テストの場合に絞って分析を行う。

周知の通り、2016年に「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成28年法律第54号）」が可決・成立した。これにより、限定的ではあるが<sup>187)</sup>、被疑者取調べに対する録音・録画制度が導入された（刑訴法301条の2）。これを受けて、近時、録音・録画記録媒体を実質証拠として利用し得るかが問題になっている<sup>188)</sup>。

まずは条文から出発しよう。取調べの録音・録画について規定したのは、刑訴法301条の2である。これをみても、録音・録画記録媒体を実質証拠として利用することができるかは明らかではない。何ら規定していないからである<sup>189)</sup>。こうしたこともあって、学説上、利用を認める説<sup>190)</sup>と

---

187) 「限定的」と指摘するのは、任意取調べが録音・録画の対象から外されている等、不十分な点があるからである。実際、「録音・録画媒体が存在しない事件が非常に多く存在する」ことが指摘されている。三島聡「被疑者取調べへの弁護人立会い問題の現在」季刊刑事弁護113号85頁（2023年）。

188) 後藤昭＝白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法〔第3版〕』745頁（日本評論社、2018年）〔後藤昭〕。

189) 白取祐司「取調べの可視化と刑事司法制度——何のための刑訴法改正だったのか」法学セミナー62巻7号15頁（2017年）。

190) 川出敏裕『刑事手続法の論点』192頁以下（立花書房、2019年）、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第5版〕』708頁（弘文堂、2022年）。法制審議会・新時代の刑事司法制度

利用を否定する説<sup>191)</sup>が真っ向から対立している<sup>192)</sup>。

被疑者取調べの録音・録画制度について、以上のような問題が顕在化している。このことを踏まえれば、証人テストに対する録音・録画制度についても、同様に、その録音・録画記録媒体を実質証拠として利用し得るかが問題になるように思われる<sup>193)</sup>。そして、これは公判中心主義の理解にもかかわる重要な問題である<sup>194)</sup>。証人テストに対する録音・録画を論ずる際にも、必ず検討されなければならない課題といえよう。

---

ㄨ特別部会においても、録音・録画記録媒体について自白の信用性を判断するための実質証拠として利用することは妨げられないという考え方が示されていた。法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会議事録第10回8頁〔井上正仁委員発言〕。また、最高検依命通知（平成27年2月12日付次長検事名発出）は、事案により、実質証拠としての証拠調べ請求を目的とする録音・録画を行っても問題ないとする。

191) 正木祐史「被疑者取調べの『可視化』——録画DVDの証拠利用の是非」法律時報84巻9号10頁以下（2012年）、伊藤陸「取調べ可視化と証拠法」法律時報85巻9号69頁以下（2013年）、小坂井久「取調べ可視化条項・刑訴法301条の2をめぐって」川崎英明ほか編『刑事弁護の原理と実践 美奈川成章先生・上田國廣先生古稀祝賀論文集』373頁（現代人文社、2016年）、淵野貴生「録音録画記録媒体の実質証拠化をめぐる問題点」季刊刑事弁護91号26頁以下（2017年）、指宿信「取調べの録音・録画記録を公判廷で長時間再生の上、映像記録中の被告人の供述態度や供述変遷から自白供述について十分に信用できるとした事案」速報判例解説21号203頁以下（2017年）、小坂井久「証拠としての可視化記録媒体について 実質証拠問題を軸として」石田倫識ほか編『大出良和・高田昭正・川崎英明・白取祐司先生古稀祝賀論文集 刑事法学と刑事弁護の協働と展望』601頁以下（現代人文社、2020年）。このほか、牧野茂＝小池振一郎編『取調べのビデオ録画——その撮り方と証拠化——』30頁以下（成文堂、2018年）を参照。

192) 記録媒体を実質証拠として用いる際の条件を詰める必要があるとする見解もある。上田信太郎「被疑者取調べ録音録画記録媒体の実質証拠化について」石田倫識ほか編『大出良和・高田昭正・川崎英明・白取祐司先生古稀祝賀論文集 刑事法学と刑事弁護の協働と展望』600頁（現代人文社、2020年）。

193) ほかに、性犯罪に関する刑事法検討会では、司法面接の録音・録画記録媒体に証拠能力を認める特別の規定を新たに設ける案が検討の対象となっている。性犯罪関する刑事法検討部会『「性犯罪に関する刑事法検討会」取りまとめ報告書』56頁以下（2021年5月）。

194) 後藤昭「刑訴法改正と公判中心主義」葛野尋之＝王雲海編『刑事訴訟における公判中心主義 日本と中国』19頁（成文堂、2022年）は、取調べの録音・録画記録媒体を実質証拠として利用できないとする人々は、象徴的に「法廷をビデオ上映会にはいけない」と主張すると整理している。後藤によれば、「韓国の裁判所は、公判中心主義を根拠として、取調べビデオを実質証拠として使うことを認めていない」。後藤・同上19頁。

(2) ただし、まず考えなくてはならないのは、そもそも実質証拠化の問題を論ずる実益が果たして存在するかである。というのも、被疑者取調べの場合と証人テストの場合とは大きく異なるからである。まず、検察官が被疑者取調べに対する録音・録画記録媒体につき実質証拠として利用を試みる場合を考えてみる。それは典型的には、次のような場合であろう。被疑者は取調べ段階では自白をした。その録音・録画がなされていた。ところが、公判段階では否認に転じた。あるいは黙秘に転じた。それゆえ、録音・録画記録媒体を実質証拠として利用する必要が生じた<sup>195)</sup>。他方、証人テストの場合、証人は検察官によって検察側証人として呼ばれ、公判廷において通常は検察側のストーリーを基礎付ける、少なくともストーリーと矛盾しない被告人に不利な供述をすることになる。というのも、そもそも検察側に不利な証言をする証人を検察官が敢えて呼ぶとは考え難いからである。そうだとすると、証人から公判廷で被告人の不利な証言を引き出せるわけであるから、録音・録画記録媒体を取り調べる必要性は乏しい。そもそも、検察官は証拠調べ請求すらしめないように思われる。以上の理解が正しいとすれば、検察官が証人テストの録音・録画記録媒体を実質証拠として証拠調べ請求することは通常考えられず、また仮に証拠調べ請求がなされても、裁判所が証拠調べの必要性を否定する可能性が高いように思われる。このように理解すると、実質証拠化の問題を論ずる実益は必ずしも高くないのかもしれない。

もっとも、現状ではあまり考えられないが、証人テストに対して規制を入れることで、録音・録画記録媒体を実質証拠として利用する必要性が生じることも完全には否定できない。例えば、検察官の期待に反して、検察側証人が公判廷において証人テストにおける供述とは相反するもしくは実質的に異なる供述をする場合である。この場合、検察官は公判廷において

---

195) 伊藤・前掲注 5) 74頁。瀧野貴生「被疑者取調べの録音・録画記録媒体の利用と公判中心主義」葛野尋之＝王雲海編『刑事訴訟における公判中心主義 日本と中国』67-68頁(成文堂、2022年)。

期待する証言を得られない。それゆえ、録音・録画記録媒体の取調べ請求をすることになろう。

(3) そこで問題となるのが、録音・録画記録媒体を実質証拠として利用してよいかである。検討にあたっては、被疑者取調べの録音・録画に関する議論を参照するのが有益であろう。

既に指摘したように、現状、証拠能力肯定説と否定説が対立している。証拠能力否定説の論拠は一様ではない<sup>196)</sup>。1つの見解は刑訴法198条の構造に着目し論理を構成する。その論理は次の通りである。刑訴法198条3項は供述の録取を規定している。同条4項は録取した調書についての閲覧・読み聞かせ・訂正の手続を定める。さらに同条5項は「被疑者が、調書に誤のないことを申し立てたときは、これに署名押印することを求めることができる。但し、これを拒絶した場合は、この限りでない」と規定している。これらを手がかりに、この見解は、刑訴法198条5項における供述録取書への供述者の署名・押印の要求を、自己の供述の証拠化についての同意権を認めたものと理解したうえで、署名・押印あるいはそれに代わる手続保障を欠く録音・録画記録媒体の証拠能力を否定する<sup>197)</sup>。この理

---

196) 以下で紹介する2つの立場以外にも、政策的な見地から実質証拠としての利用に消極的な姿勢を示す見解がある。岩瀬徹は、「刑事訴訟法の解釈としては、これ（筆者注：実質証拠としての利用）を理論的に否定することができないであろう」としたうえで、他方、実質証拠としての利用を許せば、「調書からの脱却」にはなっても、本来目指すべき「取調べからの脱却」にはならないと指摘して、実質証拠としての利用につき「消極ということにならざるを得ない」とする。岩瀬徹『刑事訴訟法の基本問題』54頁（成文堂、2021年）。

このほか石田倫識も異なる見地から実質証拠化に反対する意見を述べている。石田によれば、録音・録画記録媒体の実質証拠化が許容されることになれば、「取調べにおける被疑者の供述は直ちに全てが証拠化されることになり」、「それは『取調べでの被疑者供述』に『公判廷での被告人供述』とほぼ同等の証拠法上の地位を与えることを意味する」ことになる。だが、そうすると、取調べが「公判の一部」を前倒した「準公判」とでも称すべきものになってしまい、その結果、公判に準じた手続保障が必要になるが、「被疑者取調べ」を「被告人質問」と同程度の権利保障の下に構成することには生来的に限界がある。石田倫識「録音・録画記録媒体を実質証拠として用いることの許否とその条件」法学セミナー62巻7号29-30頁（2017年）。

197) 正木・前掲注191)16頁、伊藤・前掲注5)73頁、瀧野・前掲注191)31頁。

屈を証人テストに対する録音・録画の場合にスライドできるかを考えてみよう。先の見解によると、刑訴法198条5項の趣旨は、被疑者に黙秘権が保障されることを前提に、自己の供述の証拠化についての同意権を認めることにある。この趣旨を踏まえて証人テストの場合を考えると、証人テストは証人自身に対する不利益供述を引き出すことを目的としているわけではないから、先の論理を直ちにスライドできるかは必ずしも明らかではない<sup>198)</sup>。

実質証拠としての利用を否定する2つ目の見解は、法律的関連性に結び付けて説明する。すなわち、録音・録画記録媒体は事実認定者に過度のインパクトを与える危険があり、事実認定を定型的に誤らせる危険があるので、法律的関連性を欠くとする<sup>199)</sup>。このような見解に対しては、次の批判がある。「録音・録画記録媒体には、供述をした時点での被疑者の様子だけが記録されているわけではなく、供述に至るまでの取調べの状況、被疑者の対応なども記録されている。それを踏まえて、供述時の供述態度などを考慮することになるから、録画記録媒体を視聴することが事実認定を定型的に誤らせる危険があるとまでいうことはできないと思われる」<sup>200)</sup>。どちらの主張が正しいかの評価は難しい。いずれにせよ、被疑者の場合と異なって証人による供述の場合は、被疑者自身によって語られる不利益供述ではないから、事実認定を定型的に誤らせる危険があると直ちに断言できるかは慎重な考察を要するであろう。少なくとも被疑者取調べの録音・録画記録媒体に関して指摘されたことが直ちに妥当するかは必ずしも明らかではない。

---

198) もっとも、仮に援用できると解しても、検察官が録音・録画記録媒体を証人になり得る者に「全て」閲覧させたうえで、その記録媒体を証拠とすることへの同意を求め、その者が同意した場合には、署名・押印に代わる手続保障があると評価し得るから、実質証拠としての利用は完全には否定されないであろう。

199) 指宿・前掲注191) 206頁。ほかにも、指宿信『被疑者取調べ録画制度の最前線——可視化をめぐる法と諸科学』366-367頁(法律文化社、2016年)を参照。

200) 川出・前掲注190) 205頁。

(4) 以上の議論が正しいとすれば、証人テストに対する録音・録画記録媒体を実質証拠として一概に利用できないと理解することは、少なくとも現行刑訴法の解釈論としては難しい可能性がある<sup>201)</sup>。しかし、実質証拠化の問題を以上のような表面的な議論で処理することはあまりに危険である。というのも、既に指摘した通り、実質証拠として利用できるかは公判中心主義と密接にかかわる問題だからである。

そこで根本に戻って考えてみよう。ほとんどの論者が否定しないように、現行法は「徹底した公判中心主義」を採用した<sup>202)</sup>。問題はその公判中心主義の理解である。その意味は多義的であると指摘される<sup>203)</sup>。この点、後藤昭によると、「公判手続の中で公判中心主義を理解するなら、それは判決の基礎となる証拠と主張は、公判期日に法廷で調べなければならぬ、という原則を意味する」が、「より大きな視野で、公判中心主義を刑事手続全体の中で理解するなら、それは捜査（ないし公判前の証拠収集手続）と公判手続とが切断されるべきだという思想を意味する」<sup>204)</sup>。そして、証人テストの録音・録画記録媒体を実質証拠として用いることは、まさに公判前の証拠収集手続の結果をそのまま公判廷に持ち込むことを意味する。その点で捜査と公判手続との切断が失われ、公判中心主義に反することになる。

ただ、このような説明では抽象的に過ぎるので、もう少し具体的に考えてみたい。そうすると、反対尋問に関して問題が生じることを確認できる。録音・録画記録媒体が実質証拠として利用される典型的な場合を思い出してみよう。それは検察側証人が公判廷では検察官の期待に反して被告

---

201) ただし、このように理解した場合であっても、録音・録画記録媒体における供述の信用性は相当限られたものになろう。というのも、捜査段階における検察官の面前では検察側のストーリーに合致する供述を行っていたが、公判廷の段階では一転して、検察側証人であるにもかかわらず、検察側のストーリーに合致しない証言を行っているからである。

202) 最高裁判所事務局刑事部・前掲注42) 7頁。

203) 後藤・前掲注194) 15頁。

204) 後藤・同上15頁。

人に不利な証言をしなかった場合であった。こういう場合だからこそ、検察官は録音・録画記録媒体を利用したいと思う。検察官からすると当然の考えである。ところが、被告人には困ったことになる。記録媒体が実質証拠になるとすると、被告人はどのように反対尋問を行使すればよいのであろうか。既に証人は公判廷では供述を覆している。だから、その証人を相手取り尋問をしてもあまり意味がない。もちろん、録音・録画記録媒体はある。だが、それに対して反対尋問ができるわけでもない。要するに、実効的な反対尋問ができないのである。

以上の理解が正しいとすれば、証人テストに対する録音・録画を義務付ける立法<sup>205)</sup>をする際には、録音・録画記録媒体の実質証拠としての利用を禁止する規定を設ける必要がある。

## V 結びに代えて

現在の日本では、証人テストに対する規制はほとんど存在しない。その結果、事件によっては、検察官が「多数回、長時間にわたる証人テストを行って、証言内容を入念に打ち合わせ、場合によっては証人尋問のリハーサルまで行って、証言内容を徹底的に覚え込ませるといことが行われてき」という<sup>206)</sup>。しかし、人間の記憶の脆弱性や可鍛性に鑑みると、このような状態を事実上無制約に放置することには疑問がある。こうした問題を踏まえて、本稿では、証人テストと参考人取調べに対する録音・録画制度を導入すべきかを検討した。そして、供述証拠の信頼性の確保・事実認定の正確性の担保という憲法37条2項が達成しようとする1つの価値を実現するため、証人テストと参考人取調べに対する録音・録画が要求され

---

205) 誤解がないように指摘しておく、本稿は証人テスト等に対する録音・録画を憲法37条2項の要請とみているので、立法がなくても、録音・録画は要求されることになる。

206) 第189回国会衆議院法務委員会第27号(2015年7月1日)議事録〔郷原信郎参考人意見陳述〕。

ることを主張した。

以上のように、本稿では録音・録画に絞って議論を進めてきた。しかし、証人テスト等に対する規制のあり方は録音・録画に限られるわけではない。今後の課題は、比較法的知見を踏まえつつ、録音・録画に限られない規制を検討することにある。

\* 本研究はJSPS 科研費 JP22K20103、JP23K12388、JP22H00793 の助成を受けたものである。