

---

---

論 説

---

---

# 公判前整理手続における証拠 開示制度の課題と展望

— 公判充実化の要請から権利保障の要請へ —

岡 田 悦 典

- I はじめに
- II 新たな証拠開示制度の到達点
  - (1) 刑事訴訟法改正における証拠開示制度
  - (2) 最高裁判所の証拠開示をめぐる 3 判例について
  - (3) 証拠の不存在・破棄の問題
  - (4) ま と め
- III アメリカ合衆国における証拠開示をめぐる最近の動向
  - (1) Brady v. Maryland 判決の登場
  - (2) United States v. Argus 判決による展開
  - (3) Brady 法理の拡大と批判
  - (4) 証拠破棄・保存の法理
  - (5) 事前全面証拠開示論の展開
  - (6) ま と め
- IV 終わりに

## I はじめに

わが国では、裁判員制度の導入に伴い公判前整理手続の創設と新たな証拠開示の法制度が導入された。また、新たな証拠開示制度の制定に伴う最高裁

判所の判例群の出現もあり，新しい証拠開示の運用の定着が見られようとしている。一方で，公判前整理手続請求権が必要であるという議論の登場により，証拠開示と公判前整理手続との関係性が，一個の問題として議論されるべき状況も登場している。また，証拠開示制度が整備されたとしても，類型証拠開示の対象には，まだ十分に対象が入っていないなどの問題提起もなされている。

そこで本稿は，現行法が新たな証拠開示制度と公判前整理手続を結びつけて法制化しているという前提に対して，そもそも証拠開示制度が公判前整理手続と厳密に結びつけて議論されるべきものなのか，本来の証拠開示の理念からすれば，いかなる課題があるのかを検証し，今後の方向性を展望するものである。そこで，まず，新たな証拠開示制度と公判前整理手続のあり方について，わが国の議論を概観する。次に，最高裁判所の判例群の到達点と課題を，今一度，検証する。これらの分析を基礎に，今後のわが国の証拠開示制度のあり方について，アメリカ法を参照しつつ，その課題を検討することとしたい。

## II 新たな証拠開示制度の到達点

### (1) 刑事訴訟法改正における証拠開示制度

#### 1. 公判前整理手続請求権の議論

2005年刑事訴訟法改正により，新たな証拠開示制度が導入され，従前よりも証拠開示は拡大されたと言われている。実際に，これまであまり十分には開示されてこなかった資料が類型証拠として開示されることとなり，その運用は比較的定着してきたと言われている。もっとも，新たな枠組みは，裁判員制度対象事件を前提とし，公判前整理手続の運用と連結しているという枠組みである。そのため弁護人が，裁判員制度対象事件以外の事件について，公判前整理手続に付するよう求めたとしても，それが裁判所から受け

入れられない場合には、新たな証拠開示制度の恩恵を受けることができないという状況にある。

最近、法制審議会『新時代の刑事司法制度特別部会』では、刑事司法全体の中における「証拠開示」について検討が加えられた。論点は「全面証拠開示・リスト開示の導入」「公判前整理手続請求権の付与」「最新請求審における証拠開示制度の創設」であった。この中で、公判前整理手続請求権の付与が取り上げられた意義について、考察を加えたい<sup>1)</sup>。

そもそも、公判前整理手続の対象事件以外でも、争点・証拠の整理や証拠開示を行う必要があると判断したときには、弁護人の申し出に応じて、裁判官が公判前整理手続に付する場合が少なからず存在している。そのため、新たな刑事司法制度のあり方を考える審議会では、証拠開示のあり方につき、公判前整理手続と連動させた証拠開示制度のあり方が議論されたと言える。

例えば、第15回会議（平成24・11・21）では<sup>2)</sup>、「公判開始前の争点整理と関連付けない証拠開示制度になるような変更を加えると、現在の刑事手続の進行よりもはるかに悪い様相を呈することが想像される」といった意見（議事録26頁）が表明された。また、「公判前整理手続と、その中に埋め込まれた証拠開示システムによって、証拠開示は従前に比べ、かなり進んだ」という評価があるものの（会議録36頁）、「証拠開示制度も審理の充実・迅速化という違う角度から検討する必要がある、議論の到達点もおのずと違ってくるはずだ」といった見解も表明されたりした（会議録36頁）。しかし、「公判前整理手続、かつ、証拠開示請求権を保障した手続とそうでない手続が選択されるということは、裁判官が訴訟法を決めるような構造になって」いて、「手続法の在り方として好ましくない」（議事録39頁）といった批判的意見も出されていた。これらの議論の背景として、公判前整理手続請求権の導入に積極的な論拠としては、捜査側の「見立てに合わない、沿わない証拠は結局、埋もれてしまうのが現状」（議事録31頁）、あるいは、捜査側に「不利な証拠を隠すということが容易な制度になってしまっている」（議事録34頁）という現状認識から、公判前整理手続請求権を付与することによって、証拠開示制度を

充実，拡大させようとの考え方が形成されていると言える。

これらの議論を眺めると，新たな証拠開示制度が公判前整理手続の目的（円滑な訴訟の運用）ないしは争点整理のための一制度と位置づけられていることから<sup>3)</sup>，公判前整理手続請求権を求めることは，証拠開示制度の拡大を求めることにすぎない状況になっていることがわかる。実際に公判前整理手続を申し出るとは，「証拠開示のみが目的だという場合も結構」（議事録42頁）あると発言されているほどで，公判前整理手続請求権とは，実態としては証拠開示請求権であると評価しても言い過ぎではない。しかし後に検討するように，公判前整理手続の手続的性格は，そのためだけにあるのではなく，証拠開示と公判前整理手続との関係が密接に理解されるべきものでは必ずしもない。

実際に，第二作業分科会第4回会議（平成25・6・4）において<sup>4)</sup>，任意開示が促されている現状もあることから，公判前整理手続請求権には否定的な見解が支配し，公判前整理手続請求権の導入には至らなかった。

## 2. 公判前整理手続の性格と証拠開示

もっとも，新たな証拠開示制度と公判前整理手続が連関しているという前提であれば，公判前整理手続請求権を証拠開示請求権のために主張することは，現行法の枠組みからすれば，自然の流れであったとも言える。しかし，翻って考えると，このように両者が密接に結びつけられることによって，結果として，証拠開示の進展をあまり見込むことができない制度構造になっているとも言えるのではないかと考えることもできよう。例えば，現状において，証拠開示を裁判所の職権発動だけに委ねることとなると，おそらく公判前整理手続が重い手続になってしまい，機能不全に陥ることは否定できないであろう。逆に，公判前整理手続請求権を認めると不服申立権を認めることに繋がり，そのことに力点が置かれることになってしまうと，そもそもの公判前整理手続の趣旨と乖離することになりかねないからである。

なお，議論の過程では，試案として「検察官，被告人・弁護人に公判前整

理手続請求権を付与する」「不服申立ては認めない」という案が提案されるに至った<sup>5)</sup>。確かに、請求権を認めるということは、証拠開示について検討を促すという意味では、意味のあることかもしれない。しかし、この規定の仕方では、結局、不服申立てが認められていないのであるから、権利の意味は薄れてしまうことになるであろう。もっとも、そもそも公判前整理手続の性格に馴染まないために不服申立権を認めないという理屈であるとすれば、それは公判前整理手続の本質からすると筋の通った議論であると言えなくもないのである。

このように、公判前整理手続と証拠開示制度が連動している現在においては、証拠開示制度の拡充化を求める声は必然的に起こりうるわけであるが、証拠開示の進展という観点からは、現状には、自ずと限界があると言えそうである。したがって、証拠開示の進展を公判前整理手続と結びつけて考えるとすれば、その結びつきは、証拠開示制度の拡充のための足かせになりうるといっても言い過ぎではないと思われるのである。あくまでも、現在の新たな証拠開示制度は、「公判充実化のための」ものであるからである。そうだとすると、証拠開示制度は、将来的には公判前整理手続とは別個に制度として検討することが望ましく、それは円滑、迅速な公判充実化のためのもの（公判充実化アプローチ）として位置づけるだけでなく、適正手続を実現するための権利を保障していくもの（権利保障アプローチ）として、明確に理解していくべきものと思われる。

### 3. アメリカ合衆国における公判前会議の議論

ここで、公判前整理手続の性格を考える上でアメリカ合衆国連邦刑事訴訟規則における公判前会議（Pretrial Conference）の性格を検討することが便宜であろう。その歴史的沿革によれば、公判前会議は、円滑な訴訟運営に資する統一的な刑事訴訟手続の模索と司法の近代化の動きの中から生まれてきたものである。もちろん、公判（Trial）が最重要の刑事訴訟の装置であるのだから、それに資するものでなくてはならない。そこで、公判前会議をめぐつ

て、様々な議論が錯綜したのである<sup>6)</sup>。

その過程で、証拠開示の拡充が重要な論点であったことに疑いはない。現実に、連邦刑事訴訟規則に公判前会議が導入された1960年代においては、円滑な証拠開示の促進が、重要な手続の役割として担われていた。すなわち、連邦制度における司法会議 (Judicial Conference) 報告書 (1960年) において、公判前会議が提案され、アメリカ合衆国司法会議刑事訴訟規則助言委員会のサブ委員会報告書 (1964年) を受けて、1966年の改正連邦刑事訴訟規則が施行され、公判前会議が導入された (連邦刑事手続規則 17・1)。この過程で、サブ委員会報告書には、証拠開示の促進が謳われているのである<sup>7)</sup>。

アメリカ合衆国の公判前会議は、民事訴訟においては重要な機能を有するようになり、1980年以降に大きく発展していった。そして、裁判官は判断者から管理者へと、その主要な役割を変遷させていったのである。しかし刑事訴訟については、1940年代から50年代にかけて、多くの論文が登場したものの<sup>8)</sup>、その後、あまり公判前会議は論じられなくなった。實際上、刑事訴訟ではあまり利用されていないか、実質上、当事者の準備に委ねられている。一方、アメリカ合衆国では、迅速な裁判を受ける権利と同時に弁護人による十分な準備を受ける権利が、公判前の準備段階で保障され、様々な申立て聴聞が行われるようになった。この申立て聴聞の方が、裁判官による監督という意味では、強度があると言えるのかもしれない。

こうしてみると、準備手続と証拠開示との関連性は、少なからずあるものの、必ずしも必要的には連動して議論されてはこなかったと言える。つまり、準備手続はあくまでも準備段階の場として存在価値があるわけであるが、証拠開示はその場に制約されるわけではなく、別の理念によって、本来は生成、発展されるべきものなのである。そして、あくまでも準備が当事者に委ねられているという制度理念の中で、公判の充実化が目指され、そのためには証拠開示がどうあるべきかという議論こそ、求められる方向性と言うべきなのであろう。このように考えると、任意的証拠開示が円滑に行われることは望ましいし、証拠開示裁定の時期についても、柔軟な運用が望ましい

ということになる<sup>9)</sup>。現状の実務の動向は好ましい必然的傾向と言うべきであろうが、その中で裁判所がより充実した証拠開示の進展に、いかなる積極的な役割を果たしうるのかこそ、本来、考えるべきことなのである。

## (2) 最高裁判所の証拠開示をめぐる3判例について

周知の通り、最高裁は3つの判例を出すことによって、新たな証拠開示制度の枠組みから、さらに証拠開示拡充の可能性を認めた。

最高裁平成19年12月25日決定<sup>10)</sup>は、いわゆる捜査メモが、検察官の手持ち証拠の中にある場合に、わざわざ検察官が当該警察に問い合わせ、証拠開示に対応すべき対象かどうか、問題となった事例である。捜査メモは、一般的に言えば、捜査の過程で少なからず生成されるものである。こうしたメモは、そもそも捜査の過程、特に、供述調書を作成していく過程で備忘録として書き留められるものであるから、その他の自分以外の者に見られることを予定して作成しているものでは、必ずしもないであろう。したがって、検察官が保管していない証拠であれば、手元にないと検察官は述べるだけで、開示の対象になるとまでは、積極的に考えられないとする意見も、一見して、説得的であるのかもしれない。

しかし、最高裁はあえてこのような捜査メモであっても証拠開示の対象になることを、次のような論理で明言するに至った。すなわち第一に、公判前整理手続などの証拠開示制度は、「争点整理と証拠調べを有効かつ効率的に行うためのもの」と位置づけた。第二に、刑訴法316条の26第1項の証拠開示命令の対象となる証拠は、「必ずしも検察官が現に保管している証拠に限られない」ことを明らかにした。そして、具体的には「当該事件の捜査の過程で作成され、又は入手した書面等であって、公務員が職務上現に保管し、かつ、検察官において入手が容易なものを含むと解する」とし、重要な指針を提供した。さらに、本事案で問題となった取調べメモ(手控え)、備忘録等が証拠開示の対象となることの根拠として、「犯罪捜査規範13条」を指

摘したのである。

平成19年12月25日決定は、警察手帳が開示の対象として取り上げられたものであった。一方、警察手帳ではなく、あくまでも私費で購入したノートに書き留められたメモの場合を真正面から論じたのが、最高裁平成20年6月25日決定<sup>11)</sup>であった。この決定については、警察官が私費で購入した取調べ以外のメモについても、開示の対象になると宣言したことに大きな意義がある。ただし、それ以外にも、「警察官が捜査の過程で作成し保管するメモが証拠開示命令の対象となるものであるか否かの判断は、裁判所が行う」ことを明らかにし、裁判所に判断権があることを確認したことにも、重要な意義がある。

捜査メモをめぐる問題は、さらに、最高裁平成20年9月30日決定<sup>12)</sup>によって対象を拡大させ、終止符が打たれた。この事案では、同様に大学ノートであるものの、警察官が私費で購入して仕事に利用していたものであった。しかし、警察官が、警察署の自己の机の引き出し内に保管し、別の警察署に転勤した後は自宅に持ち帰っていたが、本件事件に関連して検察官から問い合わせがあったことから、これを勤務している警察署に持ってゆき、自己の机の引き出しの中に入れて保管していたものであった。このように、メモであったとしても、私的なメモであるという色彩、雰囲気の色濃く残るような事案であったのが、本件の特徴である。しかし最高裁は、先の2判例が示した方向性を堅持して、それを開示の対象とした。また本事案では、別の論点として、そもそも被告人のものではなく「証人の検察官に対する供述」の証明力を争うとした主張関連証拠の開示請求について、弁護側のその主張のみで足りるとして、取調べメモの開示が許容されたものであった。決定の中には、甲斐中裁判官の反対意見にあるように、主張関連証拠開示が可能かどうかという論点も含まれている。しかしながら、本決定は、開示対象は検察官の手持ち証拠に限定されるか否かという議論に終止符を打ち、警察官が捜査過程で作成されたメモの範囲については、ほぼ証拠開示の対象になることを明確に打ち出したところに、大きな意義があった。



当初平成 19 年決定では、その根拠として、犯罪捜査規範 13 条を持ち出していた。しかし、最高裁平成 20 年 9 月 30 日決定は、もはや犯罪捜査規範を持ち出すことなく、これらメモを「公的な性質」と位置づけたところも注目すべきである。最高裁のこのような言説の変化を説明するのは、やや難しいところがある。しかし最高裁による新たな流れは、素直に考えればあまりにも当然である。つまり、そもそも供述調書などが作成される過程では、ほぼ必然的に、捜査メモの類が生成されるのが常であろう。供述調書の信用性が論点となるのであれば、このような捜査メモはその評価に当たって、重要な価値を持つものであり、重要なプロセスの過程で生成されるものであるから、「公的な性質」を有するものなのである。こうしたメモを警察手帳に書き留めていた場合、これが証拠開示の対象になるとしたとしても、それ以外の私費のノートは開示の対象とならないとするのであれば、ほとんどの捜査官は、私費のノートを使うはずである。公費、私費にかかわらずメモは証拠開示の対象であるとしなければ、当初の最高裁平成 19 年決定の意義は、ほぼ失われる結果となり、最高裁の当初の判例の意義を、極端に軽視することになってしまふであろう。

このように 3 判例の意義は大きく、わが国の証拠開示拡充に重要な足跡を残したと評価することができる。もっとも、残された課題は少なくない。例えば、最高裁のこれらの判例は、アメリカ法にあるような、ワーク・プロダクト法理の採用の是非について明言しているわけではない<sup>13)</sup>。ただし、より本質的な課題としては、メモなどの証拠保管の問題が残されている。そもそも判例上、3 判例による「公的な性質」を持つメモなどの証拠は、保管・保存システムを前提にしているかのようにも見えなくもない。しかし、判例は必ずしもそのことを明確に述べているわけではない。犯罪捜査規範 13 条はその一つの現れであるが、あくまでも規範レベルにとどまるものである。一方、開示の対象を拡充し、進めれば進めるほど、作成者がどのような行動を次にとりうるのか想像に難くない。すなわちメモをとらない、あるいはメモを破棄するといった行動をとることは、容易に想定できるのである。

### (3) 証拠の不存在・破棄の問題

わが国では、証拠隠滅罪が刑法で規定されているものの、証拠保存・破棄といった、証拠開示に対する制度要請に反する行為について、サンクション(制裁)は制度的には存在していない。しかし、現実には、上記3判例の展開後に、メモを破棄していたという事件も発生し、注目されたことがある<sup>14)</sup>。

3つの最高裁決定から、証拠保存の義務を捜査側に課しているとは言いそうにない。しかしその必要性を投げかけているとは、少なくとも言えそうである。実際に、わが国の下級審判例でも、証拠開示における証拠破棄あるいは証拠不存在にどのように対応すべきか、言説するものがいくつかある。これらの判例のうち、検察官による「現存しない」「存在しない」などとする回答に対して、趣旨として、存在しない以上はいたしかたないと述べる程度にとどまるものも、少なくない<sup>15)</sup>。ただし、少なくとも存在しないとすれば、「一般的に、公判前整理手続における証拠開示の趣旨からすれば、警察官等が捜査の過程で作成した供述調書、取調べメモ等について、証拠開示命令の請求を受けた裁判所は、検察官に対し、これら証拠の存否に関して釈明を求めることになろうが、検察官が『そのような証拠は存在しない。』と回答した場合であっても、請求に係る証拠が存在しておかしくない証拠であれば、その存在しない理由(事情)等につき必要とする範囲で更に説明を求めるのが相当と思われる」と述べるものがある<sup>16)</sup>。また、デジタルカメラで写した記録については、大阪高裁平成20年12月3日決定<sup>17)</sup>は取り上げる価値があろう。すなわち、検察官から存在しない旨の言及がある場合に、本決定は次のように述べる。

「事件が現に係属中であるのに、捜査機関が…… [デジタルカメラの記録] [注記：筆者挿入。以下同じ。] を消去するなどというのは通常考え難いことであって、裁判所としては、検察官の上記のような不合理な主張を容易に受

け入れるべきではなく、検察官に対し、消去の経緯や時期、その理由等について具体的な説明を求め、場合によっては担当者の証人尋問などの事実取調べを行うなどして事の真偽を確かめる必要があるというべきであり、それによって納得のいく説明等がなされなければ、それらの証拠は捜査機関が保管しており、検察官において入手が容易なものとみなすべきであると解される」。

また、鳥取地裁平成 21 年 4 月 10 日決定<sup>18)</sup>は、さらに進んで次のような積極的な言説をしている。

「当初存在したメモは、ノートやルーズリーフ等に被告人の供述内容の一部等が記載され、公判請求後までは保管されていたというものであることなどに照らすと、開示の対象となると判断され得たものが警察官により廃棄されてしまった可能性も否定し得ず、そのこと自体の問題のほか、事案によっては、かかる事情が、問題となる供述調書等の信用性判断においてより慎重な姿勢を示すべき要因の一つとなり得ることもある旨を付言する」。

最高裁平成 20 年 6 月 25 日決定は、犯罪捜査規範 13 条の備忘録が存在するか否かについて、判断を裁判所が行うことを明言している。そして、これを前提として、ある種の制裁的対応を示唆する下級審の決定がある。しかし、制度上、問題対応が十分に確立しているとは言い難い<sup>19)</sup>。

#### (4) ま と め

わが国の新たな証拠開示制度の枠組みは、類型証拠開示に見るように、基本的には証拠書類の範囲の拡大とその枠づけの中での議論にとどまっていると分析することが可能であろう。しかし上述した最高裁の 3 決定は、検察官

手持証拠にはない捜査メモについても、開示の対象としたことに大きな意義があり、この展開は「証拠開示請求権」的な性格の権利を、明確ではないものの、指向していると見ることも可能かもしれない。もっとも最高裁の3決定は、もちろんこのことを明確に述べているわけではない。

一方、学説では、証拠開示を被告人の権利として位置づける流れがあり<sup>20)</sup>、近年でも、証拠開示請求権として明確に意識する研究が現れている<sup>21)</sup>。この見解によると、証拠開示請求権を、「被告人の観点から防御の重要性を判断するために、自身の事件に関する捜査過程や結果を示す記録や証拠への〔憲法13条などを根拠とする〕アクセスする権利としても構成することも可能であろう……憲法上の被告人の権利と関連付けて、具体的な全面証拠開示を構想することは十分可能」としている<sup>22)</sup>。

公判前整理手続の枠組みの中で証拠開示が位置づけられるという、現行法の枠組みでは、「公判前整理手続請求権」という請求権が概念づけられて主張されることは、必然の流れである。しかし、証拠開示請求権が公判前整理手続という準備手続から必ずしも論理必然的に導き出されるものでは、本来は、ないものと思われる。もっともこのような主張は、証拠開示の限界を枠づけるという意図で述べているわけではない。すなわち、証拠開示の本質に沿って、議論を進めていくべきものであるという主張なのである。

では、証拠開示の本質に沿った議論とはいかなるものなのであろうか。その解答として、本論稿は、証拠開示請求権としてのいわゆる非典型的な権利保障アプローチを検証するべきではないだろうか、と考えるのである。このことは、証拠開示のあり方を、本来的には公判前整理手続とは結びつけずに、理解すべきなのではないかという主張に繋がるものである。

### III アメリカ合衆国における証拠 開示をめぐる最近の動向

#### (1) Brady v. Maryland 判決の登場

それでは、証拠開示を被告人の権利として位置づける場合には、どのような課題があるのであろうか。被告人に適正手続保障の一環として証拠開示請求権を検証する場合に、比較法的に最重要な判例として、アメリカ合衆国における1963年Brady v. Maryland判決が注目される。そこで次に、その法理と限界および最近の動向について検討してみよう。

アメリカ合衆国では、検察官が被告人に何らかの事実を報告すべき義務があるのか、という観点から古くから議論があった。その始まりは、検察官の偽証の利用についての判例法理により、1930年代に遡る。先駆けとなったMooney v. Holohan判決は、まさにBrady判決によってその趣旨が拡張されたものであった。ここで連邦最高裁は、偽証による証言を利用して、検察官が有罪を獲得することを適正手続違反であるとし、「基本的な正義の要請とは一致しない」とした<sup>23)</sup>。その後、Kansas v. Pyle判決は、「偽証による証言が州側によって知りながら利用された結果、そしてまた同じ州機関によって、被告人に有利な証拠を揉み消した結果から拘禁されることとなった」という被告人側の主張を認め、被告人は釈放されるとした<sup>24)</sup>。この判決によって、被告人の保護に対する拡大の予兆が見られたこととなる。さらに、Napue v. Illinois判決では、訴追側証人が宣誓のもと偽証しているときには、裁判所ないしは被告人に検察官は報告することが義務づけられ、「嘘はその主題が何であれ嘘なのであって、事案にそれがいかなる形であれ関連しているのであれば、検察官は間違っていると知っていることを直し、真実を引き出す責任と義務がある」としたのである<sup>25)</sup>。

このような判例展開がその基礎にあつて、その後、アメリカ合衆国の証拠

開示をめぐる最も注目すべき判決である Brady v. Maryland 判決が登場したのである<sup>26)</sup>。同判決は、被告人に有利な証拠の開示を被告人の要求によって認めていこうとした判例として著名である。事案は次の通りであった。

#### 〔事案〕

Brady 被告人は共犯者とともに、第一級殺人により有罪となり、死刑を宣告された。公判で Brady は犯罪には参加したものの、実行行為は共犯者がやったことを主張し、弁護士も死刑を免れるようにと譲歩していた。公判前に、弁護士は、検察官に対して共犯者の法廷外供述書面を検討することを認めるように要求した。しかし、共犯者が実際の殺人を犯したと認めている 1958 年 7 月 9 日付の書面を、検察官は開示せず、有罪判決後になるまで被告人に知らされなかったというものである。

#### 〔判旨〕

連邦最高裁は、検察側による共犯者の自白による供述を隠蔽 (suppression) したことは、修正 14 条の適正手続条項違反である、とした。すなわち、「被疑者・被告人の要求に基づく有利 (favorable) 証拠を訴追側が隠蔽したことは、証拠が有罪にとって実質的 (material) であるか、あるいは刑罰にとって実質的である (material) 場合には、訴追側の善意、悪意に関わりなく、適正手続に違反する」<sup>27)</sup>とした。そして、「被疑者・被告人の要求に基づき、利用可能であるのならば、被疑者・被告人を罪から免れさせる (exculpate)、あるいは刑罰を軽減させる (reduce the penalty) ことになるであろう証拠を引っ込めてしまう訴追側は、被告人に加重に負担をかける裁判を形成させることを助長させるものとなる」<sup>28)</sup>。そしてそれは、「……検察官の行為が悪巧みの結果でないとしても、検察官に、正義の基準に従わない手続を建築する者としての役割を割り当てることになってしまう……」<sup>29)</sup>としたのである。

このようにして、Brady 判決により、被疑者・被告人に有利な証拠に対する証拠開示を求める法理が、連邦最高裁の判例によって登場することとなった。その枠組みの柱は、① 被告人に有利である (favorable) 証拠を開示する

ことであるが、② 開示に当たっては、隠された証拠が、公判の結果 (the outcome of the trial) に影響を与えるような実質的であること (materiality) が求められる。また、③ 陪審の前には、証拠の許容性 (admissibility) を事実審裁判所は通さなければならないことから、開示証拠も許容性のあるものであることが求められるとされる<sup>30)</sup>。もっとも、同判決は「明確な権利」としてこれらを明示したわけではなく、後にこのことを連邦最高裁は「刑事事件では一般的な憲法上の開示権なるものは存在せず、Brady [判決] もこれを創出させたわけではない」と確認している<sup>31)</sup>。

## (2) United States v. Argus 判決による展開

いわゆる Brady 法理を拡大させる判例も、その後、登場していく。注目すべき判例として、1976年 United States v. Argus 判決を挙げることができる<sup>32)</sup>。事案は次の通りである。

### 〔事案〕

ある者が、被告人（女性）は被害者（男性）と揉み合いになり、叫び声をあげているのを聞いて駆けつけたところ、被害者が被告人の上に乗って、被害者所有のナイフをめぐる2人が格闘しているところであった。その者が2人をひきはがし、被害者は病院に運ばれてそこで亡くなった<sup>33)</sup>。公判では、被告人は正当防衛を主張した。正当防衛を基礎づける事実は、被告人が助けを求めて悲鳴をあげていたという事実と、被害者が2つのナイフを所持していることが、被害者が暴力傾向にある人物であることを示しているというものであった。結果として被告人は、被害者のナイフで被害者を殺害したとして有罪判決となった<sup>34)</sup>。第一審では、弁護人は検察官に特に証拠開示を請求していなかった。しかし、上訴において、検察官は被害者の過去の犯罪歴、その中に、死に至らせる武器を所持し、暴行を行ったという犯罪事実が含まれていなかったとして、開示義務を怠っていると主張した<sup>35)</sup>。

## 〔判旨〕

法廷意見は、Brady判決を引用しながら、次のように説く。すなわち「検察官は、特別な、そして関連性のある〔開示〕請求を受けたとき、その応答をしないことは、めったに許されることではない。しかしながら、多くの事案では、検察官の所有している被告人に有利な情報が、弁護人には知られていない。そのような状況で、弁護人はまったく請求しないであろうし、あるいは『Bradyに関する実質的なもの、すべてを』、『とにかく無罪に向けられたもの』を請求することしか、あり得ないであろう」<sup>36)</sup>。このように指摘して、次のように述べた。すなわち「そのような請求が検察官に与えられたとしても、それは何ら請求しないことと同様の通知にしかすぎない。その種の一般的な請求に応答する義務があるのならば、検察官の手持ちにある明らかに無罪方向の性格を持つ一定の証拠から派生しなければならない。しかし、証拠が明らかに無罪主張を支持するものであるがために、訴追側に開示する義務の通知を与えるということであるとすれば、その義務は、〔開示の〕請求がないときでも平等に発生する」<sup>37)</sup>とした。このように、弁護側からの請求がある場合に限らず、そのような請求がない場合にも、Brady法理は妥当するとしたのである。

次に、判旨は具体的な基準について言及する。すなわち、検察官が判断しなければならない場合と、上訴において、裁判官が被告人のデュープロセスの権利を非開示によって侵害されたかどうかという場合の2つの局面があるとし、「論理的には同じ基準がそれぞれの時期において適用されねばならない」とする<sup>38)</sup>。このように、裁判官と検察官に対して同様の基準が妥当するとして、さらに次のように説明する。すなわち『『訴追側に、事案に関する捜査に警察捜査すべての所産を完全かつ詳細に、弁護人に開示させることまで、憲法上は要求していない』……。非開示情報の項目が弁護側にとって助けになるであろう、あるいは裁判の結果に影響を与えるであろうという、単なる可能性 (mere possibility) は、憲法的意味における『実質性 (materiality)』ということにはならない』とした<sup>39)</sup>。このように、日常的な実務として手持ち



証拠の全面開示までは、同判決は許容せず、実質性の意味づけを行い、かつ開示証拠の範囲については、実質性基準を維持したことになる。ただし、「憲法上の義務とは、検察官の道義的怠慢 (culpability), あるいは意図 (willfulness) によって測定されるべきとは、我々は思わない。もし、高度に無罪方向に証明力がある証拠が、検察官のファイルの中にあるとすれば、検察官が証拠を現実に見過ごしたとしても、検察官はその重要性を認識していたと推定されるべきである」<sup>40)</sup>とした。すなわち、より検察官の憲法上の開示義務を強化したのである。

Argus 判決の法廷意見は、Brady 判決を引用しながら、証拠開示を拡大させる判旨を言い渡した。Brady 判決では、弁護人が特定の証拠を公判前に請求したというものであった。しかも、その証拠は裁判の結果に重大な影響を与えうるものであった。一方、今回の事案は、そのような請求はなかったのである。しかし、その場合でも救済の可能性があることを Argus 判決は示したことになる。もっとも、通常の公判前証拠開示と異なり、請求がなかったような場合であるので、本事案のように判決後の救済の場面をもっぱら想定することとなるのであろう。しかし、事実上、検察官の義務についても意味のある見解を示し、開示義務を拡大させたと言えるのである。

### (3) Brady 法理の拡大と批判

#### 1. Brady 法理の拡大と限界

連邦最高裁は、さらに、弁護側の弾劾証拠 (Impeachment evidence) となりうる証拠を検察官が開示しなかった事案について、Brady 判決の趣旨とする無罪方向の証拠 (exculpatory evidence) に弾劾証拠も含まれるとした<sup>41)</sup>。こうして、弾劾証拠と無罪方向の証拠との区別を連邦最高裁は否定し、Brady 判決の法理を拡大させた。また、1995年 Kyles v. Whitley 判決において<sup>42)</sup>、捜査官のもとにある証拠に対する検察官の責任に言及した。すなわち、検察官

には「警察を含む、事件について政府のために行動するその他の機関に知られている、被告人に有利な証拠について、知る義務がある」<sup>43)</sup>と指摘した。さらに、「手続と規則によって、すべての関連情報について、それを取り扱うその他の法律家すべてに対して、事件ごとに、負担を負わせて伝達を受け持たせることを確立させることについて、深刻な疑念はどこにも存在しない」とし、警察と検察との連携について期待する説示を行っている<sup>44)</sup>。

一方で、弁護側への証拠不開示を争う場合に、いわゆる不適切弁護の抗弁と同様に、実質性の内容を連邦最高裁は検証しようとした。連邦最高裁は、1985年 *United States v. Bagley* 判決で、次のように判示した。「私たちは、実質性についての *Argus* 判決の審査について、*Strickland* 判決<sup>45)</sup>の定式が、十分に、被告人に有利な証拠を訴追側が開示できなかったことについての、『請求なし』、『一般的な請求』、『具体的な請求』の事案を柔軟に対応できるものとする。すなわち、証拠が実質的なものは、その証拠が弁護側に開示されていたとすれば、手続の結果が異なっていたであろうという合理的可能性 (reasonable probability) の場合であるとする。『合理的可能性』は、結果についての信頼を害するに十分な可能性である」<sup>46)</sup>と。以上の枠組みのため、当然のことながら、実際の検察官が実質性を判断することは難しく、十分ではない枠組みを形成させているといった批判が生じる温床となった。

*Brady* 法理に基づく証拠開示について、弁護側が放棄するというのも、アメリカ法ではありうる。連邦最高裁は、2002年 *United States v. Ruiz* 判決において、有罪答弁に入る前に、*Brady* 法理に関する証拠を受ける権利を被告人が有効に放棄することができるとした<sup>47)</sup>。しかし、そもそも *Brady* 判決は有罪答弁については何ら述べているわけではないものの、放棄が可能なことについて「問題である」と指摘され、弁護人も検察官も過度の事件負担からこのような動機づけに走るとして、警鐘が鳴らされている<sup>48)</sup>。

なお、有罪判決前に *Brady* 法理への違反が判明した場合には、審理無効 (mistrial) を宣言することがあり、また有罪判決後であれば、再審理を命じることがありうることとなる<sup>49)</sup>。

## 2. Brady 法理に対する批判

Brady 判決以後の展開に対しては、様々な議論が引き起こされている。その背景としては、そもそも Brady 法理は不十分であり、有利な証拠が開示されなかったことが誤判の原因になっているというものである<sup>50)</sup>。

また次に見るように、Brady 法理の趣旨が十分に生かされていない、というものも多い。例えば、ある論者は、「Brady は弱い仕事割当人 (taskmaster) である。Brady は、訴訟に関連すると思われる情報を、被告人に対して、生み出させる裁量を何ら与えていない。事実、Brady は被告人に公判前証拠開示権を何ら提供していないのである。Brady は、間違いなく、公判前に訴訟を解決する 90% の被告人を除く、公判に進もうとする被告人だけに利用可能である」<sup>51)</sup>と指摘する。そして、実質性 (materiality) などを審査するために、検察官に裁量が委ねられ、しかも過小に評価する傾向にあり、さらには警察捜査記録ファイルまでには、その対象は及びようがないと主張されるのである<sup>52)</sup>。実際に、ある調査によると、警察の所有する証拠が十分に検察官に送致されていないと指摘されているところである<sup>53)</sup>。また、検察官に実質性を判断させるため、「このモデルには固有の問題がある」<sup>54)</sup>とまで評されている。その他、検察官が実質性を判断するがゆえに、証拠開示を遅滞させる要因になっているとも指摘されている<sup>55)</sup>。

また、そもそも Brady 法理においては、検察官には訴追するための役割と被告人の権利を保障するための役割という、相反する 2 つの役割を課すこととなる。さらに、公判審理後の見地から、手続結果を変えうる証拠について、Brady 法理は適用されることになるため、そのような判断を正確に行うことは難しいという。すなわち、検察官は、検察官の役ばかりではなく、裁判官と弁護士という 3 つの役割を演じなければならない、とその限界を指摘する論者もいる<sup>56)</sup>。

その他、Brady 法理は、公判前に適用されるものの、大部分の事案は有罪答弁によって解決される。しかし連邦最高裁によって、有罪答弁前に、検察官は弾劾証拠を明らかにするまでの必要はないとされていて<sup>57)</sup>、このことは

事実上、無罪方向へと導く証拠にも、有罪答弁の場合には適用されているのではないかと指摘されている<sup>58)</sup>。そしてその結果として、Brady法理が生かされていない事案も、圧倒的に多いということになる。

#### (4) 証拠破棄・保存の法理

Brady判決によって、被告人に有利な証拠の開示に向けた展開は拡大が図られたものの、Argus判決によると、いわゆる検察官手持ちファイルの事前全面開示という主張を採用することはなかった。しかし、自発的な検察官の開示義務が憲法上求められることは、少なからず確立していったということもできる。確かに、明確な憲法上の権利とされたわけでは必ずしもないが、被告人に有利な証拠の開示を検察官に義務づけたことは、被告人の権利論的要請であると性格づけることは十分に可能であろう。その範囲は、救済場面によって、若干の広狭が思索されることになったものの、次なる課題は、証拠保存に関する検察官の義務づけがなされるべきかどうか、また証拠の破棄・滅失に関する制裁がありうるのか、といった議論に繋がることとなる<sup>59)</sup>。この観点から注目すべき取り上げる判決として、1984年 California v. Trombetta 判決がある<sup>60)</sup>。事案は次の通りである。

##### 〔事案〕

Omicron intoxilyzer は、カリフォルニア州で使用されている、自動車運転手の血中アルコール濃度を測定する装置であり、ドライバーの呼気を分析する。カリフォルニアでは、血中アルコール濃度が0.10%以上であれば酩酊とされ、カリフォルニア州法違反となる。申立人（複数）は、この検査に引っかかった。そして、警察が、申立人の呼気サンプルの保存をしていないことを理由にこのテスト結果を争った。呼気の保存自体は可能であるが、カリフォルニア州ではこれを保存するという実務はなかった。申立人は、呼気サンプルが保存されていれば、負罪の証拠となるテスト結果を弾効できたはずである、と主張した<sup>61)</sup>。

連邦最高裁が、この証拠保存の問題を取り上げたが、この事案では、申立人の主張は否定された。ただしその判旨は、証拠保存の法理について次のように指摘した。

〔判旨〕

一般論として次のように指摘された。すなわち、「刑事被告人は、完全な弁護を提出する意味のある機会を与えられる」<sup>62)</sup>とし、「憲法は州に、証拠保存のいかなる義務を課したとしても、その義務は被疑者の弁護に重要な役割を果たすものと期待される証拠に限定されなければならない」。このように指摘し、「この憲法上の実質性 (materiality) の基準を満たすためには、証拠は被告人に有利な価値を保持していなければならない、その価値は証拠が破壊される前に明白でなければならない。またその証拠は、被告人が、その他の合理的に利用できる手段によって相応の証拠を獲得することができないであろう性質のものでなければならない」と、重要な法理を示した<sup>63)</sup>。

一般的には、この判決は証拠保存について、否定的な結論を下したことになるが、証拠開示の問題を、さらに証拠保存・破棄の問題へと拡大させた指摘されている<sup>64)</sup>。事例判断として、カリフォルニア州では通常の手続のままなされ、故意に証拠滅失させた事案ではなかったことも、大きかった<sup>65)</sup>。もちろん、Trombetta 判決は、証拠破棄の事案ではなく、保存が問題となった事案である。一方で、証拠保存の法理を形成することの難しさも、判決は次のように指摘する。

「この問題の法理の発展の欠如は、一つには訴追側の怠慢ないしは見過ごしによって破棄された証拠を扱うためのルールを発展させることの難しさを、反映している。潜在的に被告人に有利な証拠が、いつ、永久的に失われたとしても、裁判所は、内容が知られず、しばしば異論が唱えられる物の重要性を探索する危険な作業に直面する。そのうえ、違法な証拠破棄の救済措置を作り上げることは、やっかいな選択を引き起こす。すなわち、

非開示の事案において、裁判所は、以前に開示されなかった (suppressed) 証拠が提出されるように、再審理を被告人に許可することができる。しかし、証拠が憲法違反によって、破棄されてしまった場合には、裁判所はさらなる訴追を禁止するか、あるいは、州によるほとんどの証明力ある証拠……を排除 (suppress) しなければならない」<sup>66)</sup>。

その後、1988年 Arizona v. Youngblood 判決において<sup>67)</sup>、Brady 判決、Argus 判決を引用しながら、生物学的サンプル (事案においては精液サンプル) を州側が保存しなかったことにつき、悪意が立証されないことから適正手続違反とはならないとする判断が、連邦最高裁においてなされている。一般論として、あらゆる事柄が、証拠となりうる可能性を持っているのであるから、それをすべて保存すべしという制度的枠組みを構築することは、制度上、難しいのかもしれない。すなわち、類型的な範囲で、証拠を保存する制度的構築は可能かもしれないが、おそらくそれは根本的な問題解決策ではないであろう。一方で、証拠破棄行為が行われたことを探索し、かつその制裁をどのように科すのかも、検討されなければならない。そこでアメリカ法では、公訴棄却、訴追側に不利益な推論<sup>68)</sup>の他に、刑事罰、刑の削減 (sentence reduction)、再審理 (new trial)、判決の無効化 (dismissal) などが考えられている<sup>69)</sup>。アメリカ合衆国の中でも、DNA 証拠の保存義務化を州に課しているところもあるが<sup>70)</sup>、証拠全体の保存義務化の確立は途上にある。ただし少なくとも、被告人に有利な証拠の開示という方向性から、証拠を保存すべしとする議論が登場したことを、アメリカ法は示唆している<sup>71)</sup>。

## (5) 事前全面証拠開示論の展開

Brady 法理の限界が叫ばれ、その反射としての改革案として近年にわかに主張されるのが、オープン・ファイル・ディスカバリー (Open File Discovery, 以下 OFD とする) の提唱である。アメリカ合衆国では、いくつかの州がこの

モデルを使い始めている<sup>72)</sup>。

OPD とは、「検察側が知るすべてが、被告人側に明らかにされるべきである。何も秘匿されず、検察が一連の証拠を所有する場合、その同じ一連の証拠を弁護側もアクセスできる」<sup>73)</sup>ということを意味する。いわゆるわが国で言う検察官手持ち証拠の事前全面証拠開示論である。この事前全面証拠開示論については、わが国とほぼ同様の議論が繰り返されている。すなわち、これを進めていこうとする議論については、真相解明に資する<sup>74)</sup>、ないしは、弁護側の情報取得の充実はより刑事司法にとって効果的であるといった議論がある<sup>75)</sup>。また、「公正かつ正確な評決および量刑に必要不可欠である」<sup>76)</sup>とされるのである。事前全面証拠開示の議論は、それをより早く実現するという要請とも繋がる。実際に、より早期化していると指摘されているところである<sup>77)</sup>。

しかし、これに懐疑的な議論もある。最も強力な論調は、証人威迫 (witness intimidation) を持ち出すものである<sup>78)</sup>。あるいは、刑事訴訟における当事者主義において被告人はすでに十分な便宜を持っている<sup>79)</sup>、というものもある。さらには、検察官にとって「厄介もの」<sup>80)</sup>にすぎない、といった指摘もあるほどである。

もつとも、このような事前全面証拠開示の動向を阻むものとして、アメリカ刑事司法の抱える一般的な問題も関連する。すなわち、貧困者に対する刑事弁護を引き受けるパブリック・ディフェンダーが、多数の事件を負担しているといった事実や、検察官が有罪答弁へと被告人を導いていきたがるという事実である。結果として、事前全面証拠開示となれば、パブリック・ディフェンダーは、事前全面証拠開示に対応することは難しいし、有罪答弁も減少し、数多くの公判が行われる結果、裁判所の運営を圧迫すると想定されることとなる<sup>81)</sup>。しかし、そのような環境においても、「幅広い証拠開示の進展は、部分的には、やはり限定的な活動に制限されている弁護人にとっても埋め合わせになる」<sup>82)</sup>と指摘される。

仮に、事前全面証拠開示を実現するといかなる効果があるのかも、議論さ



れている。必ずしもわが国の状況と同じではないので、あくまでも参考として、見るのがよいであろう。すなわち、事前全面証拠開示が実現することによって、証拠開示に関する公判前申立て、そしてその争いがなくなり、逆に、いわゆる「不十分弁護の抗弁」<sup>83)</sup>による上訴申立てが増加するのではないか、という指摘がある<sup>84)</sup>。確かに、あらゆる検察官手持ち証拠が開示されることによって、弁護人の業務は増え、逆に弁護過誤となるような懈怠、見過ごしによるミスが増えることは、大いに予想されるであろう。特に、事件負担を過重に抱えているアメリカ合衆国のパブリック・ディフェンダーの実情と併せ考えると、このような事態は十分に予想できる。

事前全面証拠開示の動向は、むしろ、州の立法からアメリカ合衆国全体の改革基準になりうることを示唆するものもある<sup>85)</sup>。ターナーおよびレドリッチ (Jenia I. Turner & Allison D. Redlich) の論文によると、すでに17州が、いわゆる事前全面証拠開示を実現した州であるという<sup>86)</sup>。すなわち、証人の名前、証人の供述書、警察の報告書などの証拠を開示することが規定化され、実際の規定の仕方は様々であるが、証拠開示の広範囲化および早期化を果たしていると評価されている<sup>87)</sup>。

事前全面証拠開示の実現に当たって、最も関心の高い論点が、証人威迫の問題を解決することである。前述のターナーおよびレドリッチの論文は、いわゆる全面開示 (open-file discovery) を行っている州としてノースカロライナ州と制限的開示 (closed file discovery) を行っている州としてバージニア州を選択し、それぞれ検察官と弁護人にアンケート調査を行った研究である。この論文によると、バージニア州検察官は7.3%しか全面開示に肯定的意見を表明せず、ノースカロライナ州検察官よりも、全面開示に否定的見解を明らかにしたという<sup>88)</sup>。その共通する短所は、「証人威迫あるいは証人操作 (manipulation) への危険」であり、バージニア州検察官の約47%がこの意見を持っていた。しかし対照的に、ノースカロライナ州検察官が、これを全面開示の短所であると認識したのは、10.3%のみであった<sup>89)</sup>。この調査から、「全面開示は証人威迫の危険性を増大させるわけではない」と指摘し<sup>90)</sup>、ノース



カロライナ州検察官が短所と認識しているのは、大量の情報処理の負担であり、煩わしさであるという<sup>91)</sup>。同論文は結論として次のように述べる。

「私たちの調査はまた、全面開示が証人の安全性に対して危険を増大させることを示す証拠を何ら確認しなかった。多数のバージニア州検察官が、全面開示の結果を恐れ、それを経験したわけではあるが、ノースカロライナ州検察官と刑事弁護人は、重要な関心事として証人の安全性を認識しなかった。わずかなノースカロライナ州の回答者のみ、証人への危険に言及したが、これらの危険は、利用可能な保護的措置によって軽減できたと述べている。……我々の調査における一つの可能性ある解釈は、制限的開示のみ経験している検察官は全面開示の危険性についてのおそれを誇張する、ということである。類似の力学はその他の刑事司法改革についても報告されている。……ノースカロライナ州の回答から、同様に、いったんある法域で全面開示が導入されると、検察官は証人の安全性に関する危険が十二分に保護的措置によって対処されうることを直に観察しているので、制度をより受け入れるようになる、ということを示しているように読める。しかし、調査は現実の全面開示の効果ではなくて、あくまでも検察官の認識を測定しているにすぎないことを強調しておくことも重要である……」<sup>92)</sup>。

以上のように、OFD、すなわち事前全面証拠開示論は、最近のアメリカ合衆国の論稿の中で、かなり積極的に主張され始めている。そして、その立法は州レベルで盛んに行われつつある。また、そのために、裁判所による積極的関与を求める論稿も登場している。その際には、裁判官が公判前会議を開催するなどして、積極的に証拠開示に対して役割を果たすべきであるとする提案もなされている<sup>93)</sup>。

## (6) ま と め

以上のようにアメリカ法を、主に、Brady 判決の内容および法理の展開と限界、さらにそこから浮上している OFD、すなわち事前全面証拠開示論の動向を概観してきた。Brady 法理は、確かに被告人の権利論として証拠開示を位置づけており、わが国にとっても示唆的な判決である。権利保障アプローチをまさに実践していると言っても過言ではない。

しかし、例えば法理に内在する限界、証拠破棄・保存の問題について限界が等しく存在している。その不十分さが誤判原因にもなり、かつ OFD、すなわち事前全面証拠開示論の登場に繋がっていることも、見過ごせないであろう。証拠破棄・保存については、考えられる方策として、開示資料の破棄、紛失については、まず捜査側に一定類型のものについては保存義務を課し<sup>94)</sup>、重要なものについては、何らかの制裁を検討するという方策が、考えられてしかるべきことになる。また、このような保存制度の構築は重要であるものの、どの範囲まで資料を保存すべきなのか、期間はどのくらいか、といった制度枠組みも整える必要があるであろう。さらに、裁判所が資料の破棄・紛失の事態に対応するために、当事者の訴えに基づきいかなる裁定をしていくべきなのか、その法理の発展も望まれると言えるのであろう。ただし、これらを制度化するに当たっては、抜け落ちた資料について十分な対応ができないという難しい問題が残されている。

もつとも、アメリカ法の動向と比較すると、わが国の公判前整理手続と結びつけた証拠開示のあり方および議論が、依然として、証拠開示に消極的なアプローチの中にあるものと理解することができる。また、証拠開示の問題を発展的に展望するには、より広く権利保障の中で位置づけることが可能であることを、アメリカ法の動向は示唆していると言えよう。

## IV おわりに

わが国の証拠開示法制のあり方は、公判充実化のために公判前整理手続と連結させ、かつ類型的に開示対象を認めるという制度枠組みを採用していると言ってよい（公判充実化アプローチ）。しかしそのあり方では、証拠開示の進展は、公判前整理手続請求権といった形で表れ、証拠開示論の本質からはずれ、証拠開示の進展を阻害するおそれもあるものと考えられる。最近の改正で証拠リストの開示が実現したものの、それは公判前整理手続が開催されるものに限定され、広く証拠開示のあり方を進めるものでは必ずしもない。そして、証拠開示のあり方は権利保障のアプローチから展望するとすれば、自ずと証拠開示制度は公判前整理手続の性格とは合致しなくなるであろう。もっとも、権利保障アプローチによれば、それだけでは十分な権利保障とはならないであろう。すなわち、事前全面証拠開示論へと展開することは、アメリカ合衆国の動向を参考にすれば、一つの帰結であるように思われる。わが国の証拠開示制度をこのように展望するとすれば、証拠開示と公判前整理手続との連結も必要的ではなくなるであろう。

しかし、事前全面証拠開示といっても、検察官にそれを委ねているだけであるとすれば、意味が薄れることも、アメリカ法の議論は物語っている。その場合には、裁判所による積極的な関与が求められる。すなわち、権利保障を実現するために、裁判所が関与し、これをチェックしていくのである。証拠破棄・保存への対応も検討しなければならないが、制裁のあり方を裁判所が積極的に検討するのも、その一環である。そして、現在の公判前整理手続ではなく、新たな証拠開示のための公判前手続のあり方は、その局面では、益々必要とされるものとする。

## 注

- 1) 田淵浩二「公判前整理手続請求権付与の意義」季刊刑事弁護 80号 134頁以下(2014年)は、被告人側・検察官側の整理手続におけるメリットを検証した上で、単に請求に応じるか否かを決定するだけではなく、「請求に応じた後、当事者がケース・セオリーを固めていくことを援助できるような訴訟指揮」(138頁)が伴うべきであるとする。
- 2) 法制審議会『新時代の刑事司法制度特別部会』議事録については、法務省ホームページ：<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi03500012.html> 参照〔参照日 2019年12月28日〕。以下、第15回会議の資料頁数を記す。
- 3) この観点からの証拠開示制度について、今後の展望を議論する最近の論稿として、宇藤崇「争点整理と証拠開示」論究ジュリスト 31号 100頁以下(2019年)参照。
- 4) 法制審議会・前掲注2、ホームページを参照。
- 5) 例えば、法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会・第2作業分科会第6回会議資料参照。法制審議会・前掲注2、ホームページを参照。
- 6) 連邦刑事訴訟規則制定過程における公判前会議をめぐる議論については、岡田悦典「刑事訴訟における準備手続の役割と構造(1)——当事者主義訴訟における公判前整理手続に関する比較研究——」南山法学 30巻3・4号 149-52頁(2007年)参照。
- 7) 岡田悦典「刑事訴訟における準備手続の役割と構造(2)——当事者主義訴訟における公判前整理手続に関する比較研究——」南山法学 31巻1・2号 245-48頁(2007年)
- 8) その議論については、岡田・前掲注7、242-45頁参照。
- 9) 任意開示の運用についての注意を促す論稿として、斎藤司「証拠開示の運用と課題」季刊刑事弁護 80号 147-49頁(2014年)。
- 10) 最決平成 19・12・25 刑集 61・9・895。
- 11) 最決平成 20・6・25 刑集 62・6・1886。
- 12) 最決平成 20・9・30 刑集 62・8・2753。
- 13) 松尾浩也・岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅱ——公訴の提起・公判——』125頁〔大善文男〕は「これまでの裁判例では、ワークプロダクトの法理を明確に表したものは見受けられない」とする。
- 14) いわゆる郵政不正事件において、大阪地検特捜部の複数の検事が、供述調書の信用性などが争いになると予想される場合に取調べメモを破棄していたと報道された(朝日新聞 2010年9月8日朝刊 33頁〔朝日新聞記事データベース聞蔵Ⅱ ビジュアル参照〕)。なお、その後、最高検察庁「いわゆる厚労省元局長無罪事件における捜査・公判活動の問題点等について(公表版)」34-35頁(平成22年12月)(法務省

ホームページ：<http://www.kensatsu.go.jp/content/000153508.pdf>〔参照日 2019 年 12 月 29 日〕は、この問題につき、平成 20 年 7 月 9 日付および同年 10 月 21 日付最高検刑事部長通知によって、主任検察官が取調べメモの保管の要否を判断することが相当であるものとして発せられたものであり、本件関係者を取り調べた検察官が、その後取調べメモを破棄したことは、「通知に特に反するものとは認められない」としている。また、同 45 頁は、取調べメモの適切な保管につき「引き続き検討する」とした。わが国の証拠破棄の問題を扱う論稿として、徳永光「証拠の保存と適正管理」季刊刑事弁護 75 号 55 頁以下（2013 年）がある。

- 15) 例えば、鳥取地決平成 21・6・19 (LEX/DB25441874)、富山地決平成 21・7・14 (LEX/DB25441829)、広島高松江支決平成 21・7・16 (LEX/DB25441863) がある。なお、検察官の不存在回答について、名古屋高金沢支決平成 21・4・14 (LEX/DB 25441862) は、「格別不自然、不合理でないとした」原決定に誤りは認められないとする。
- 16) 東京高決平成 21・5・14 判タ 1342・63。また、鳥取地決平成 21・7・6 (LEX/DB25441875) は、「取調べ状況等報告書に供述調書が作成された旨が記載されているにもかかわらず、検察官においてその不存在を主張するのであれば、その理由について具体的に明らかにする必要がある」とする。ただし、同決定は「本件証拠は存在しないものと判断するのが相当である」と結論づけている。
- 17) 大阪高決平成 20・12・3 判タ 1292・150。
- 18) 鳥取地決平成 21・4・10 (LEX/DB25441872)。
- 19) そればかりか、名古屋高判平成 25・10・28 (LEX/DB25506006) のように、検察官による不存在対応を救済するような事案まである。すなわち、公判前整理手続における証拠開示のやり取りの際に、捜査報告書に添付されているメモについて、検察官が存在を十分に確認しないまま不存在との回答をしていた。しかし、その後検察官がこのメモを証拠請求し、原審が職権で採用したことにつき、316 条の 32 第 1 項による「やむを得ない事由」には認められないものの、同条 2 項の職権による採用は違法とは言えないとする。
- 20) 例えば、松代剛枝『刑事証拠開示の分析』（日本評論社、2004 年）参照。
- 21) 斎藤司『公正な刑事手続と証拠開示請求権』（法律文化社、2015 年）。また最近では、判例においても、いわゆる布川事件の国賠訴訟において、検察官の手持ち証拠については被告人の有利不利な証拠を問わずに法廷に提出すべき義務があると論じる判断も登場している（東京地判令和 1・5・27 [LEX/DB25563059]）。指宿信「検察官手持ち証拠の不開示につき国賠法上の違法が認められた事例」新・判例解説 Watch・No. 126, 1 頁 (<https://www.tkc.jp/law/lawlibrary/commentary/>より参照可能〔参照日 2020 年 3 月 8 日〕) は、同判決を「画期的な判断」と評する。
- 22) 斎藤・前掲注 21, 377 頁。なお、同書は、証拠概念について、「行為者と行為に関連する捜査や訴追の経過・結果たる記録、そして証拠は、原則として『重要かつ防

御のために必要がある』(刑訴法 316 条の 15 第 1 項) と解釈されるべきである」とし (376 頁), 捜査主催者の記録作成義務について論ずる。

- 23) *Mooney v. Holohan*, 249 U.S. 103, 112 (1935).
- 24) *Pyle v. Kansas*, 317 U.S. 213, 215–16 (1942).
- 25) *Napue v. Illinois*, 360 U.S. 264, 269–70 (1957).
- 26) *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).
- 27) *Id.* at 87.
- 28) *Id.* at 87–88.
- 29) *Id.* at 88.
- 30) Ion Meyn, *Discovery and Darkness: The Information Deficit in Criminal Disputes*, 79 BROOKLYN L. REV. 1091, 1102 (2014).
- 31) *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 559 (1977).
- 32) *United States v. Argus*, 427 U.S. 97 (1976).
- 33) *Id.* at 98–99.
- 34) *Id.* at 100.
- 35) *Id.* at 101.
- 36) *Id.* at 106.
- 37) *Id.* at 106–07.
- 38) *Id.* at 107–08.
- 39) *Id.* at 109–10.
- 40) *Id.* at 110.
- 41) *Giglio v. United States*, 405 U.S. 150, 154–55 (1972).
- 42) *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419 (1995).
- 43) *Id.* at 437.
- 44) *Id.* at 438.
- 45) See *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984). 邦文の紹介として, 岡田悦典「効果的な弁護の保障」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』118–19 頁 (2012 年) 参照。
- 46) *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667, 682 (1985).
- 47) *United States v. Ruiz*, 536 U.S. 622, 633 (2002).
- 48) Darryl K. Brown, *The Decline of Defense Counsel and the Rise of Accuracy in Criminal Adjudication*, 93 CALIF. L. REV. 1585, 1625–26 (2005).
- 49) Miriam H. Baer, *Timing Brady*, 115 COLUM. L. REV. 1, 14 (2015).
- 50) Jenia I. Turner & Allison D. Redlich, *Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: A Empirical Comparison*, 73 WASH. & LEE L. REV. 285, 289 (2016).
- 51) Meyn, *supra* note 30, at 1102.

- 52) *Id.* at 1102-03.
- 53) Turner & Redlich, *supra* note 50, at 296.
- 54) Note, *An Argument Against Open-File Discovery in Criminal Cases*, 89 NOTRE DAME L. REV. 425, 433 (2013) (Brian P. Fox) .
- 55) Baer, *supra* note 49, at 12.
- 56) Daniel S. McConkie, *Criminal Law: Structuring Pre-Plea Criminal Discovery*, 107 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1, 28-29 (2017).
- 57) *Ruiz*, 536 U.S., at 628-32.
- 58) Turner & Redlich, *supra* note 50, at 301.
- 59) アメリカ法における証拠の破棄・保存の問題については、一連の研究業績として、光藤景皎「刑事手続における証拠の喪失と破棄 (1)～(6)」名城ロースクール・レビュー 35号 47頁以下 (2016年), 36号 75頁以下 (2016年), 37号 33頁以下 (2016年), 38号 17頁以下 (2017年), 39号 51頁以下 (2017年), 42号 65頁以下 (2018年), 徳永光「鑑定資料の保存に関する一考察」甲南法学 45巻 1・2号 229頁以下 (2004年) がある。
- 60) *California v. Trombetta*, 467 U.S. 479 (1984).
- 61) *Id.* at 481-83.
- 62) *Id.* at 485.
- 63) *Id.* at 488-89.
- 64) JAMIE S. GORELICK, STEPHEN MARZEN & LAWRENCE SOLUM, *DISTRACTION OF EVIDENCE* 214 (Walters Kluwer, 1989).
- 65) *Trombetta*, 467 U.S. at 488.
- 66) *Id.* at 486-87.
- 67) *Arizona v. Youngblood*, 488 U.S. 51 (1988).
- 68) 光藤・前掲注 59 論文(2), 76-77 頁。
- 69) 光藤・前掲注 59 論文(5), 52-55 頁。
- 70) 光藤・前掲注 59 論文(3), 35-36 頁。
- 71) 証拠開示と保管義務についての研究として、指宿信『証拠開示と公正な裁判』299 頁以下 (現代人文社, 増補版, 2017 年) 参照。
- 72) Turner & Redlich, *supra* note 50, at 288 n. 5.
- 73) Note, *supra* note 54, at 429.
- 74) *Id.* at 430. 同様に指摘するものとして Brown, *supra* note 48, at 1637.
- 75) *Ibid.* at 430. 経済的 (economical) であると指摘するものとして Turner & Redlich, *supra* note 50 at 290.
- 76) Turner & Redlich, *supra* note 50, at 290.
- 77) *Id.* at 289.

- 78) Note, *supra* note 54, at 430–31.
- 79) *Id.* at 431.
- 80) Turner & Redlich, *supra* note 50, at 292.
- 81) Note, *supra* note 54, at 434–40.
- 82) Brown, *supra* note 48, at 1624.
- 83) このような主張を決定づけたリーディング・ケースとして, See Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).
- 84) See Note, *supra* note 54, at 440–41.
- 85) Daniel S. McConkie, *The Local Rules Revolution in Criminal Discovery*, 39 CARDOZO L. REV. 59, 114 (2017).
- 86) Turner & Redlich, *supra* note 50, at 400–08, Appendix B によると, 17 州とは, アリゾナ州 (アリゾナ州刑事手続規則 15.1 条), コロラド州 (コロラド州刑事手続規則 16 条), コネチカット州 (一般規定 54-86a 条, コネチカット州実務ブック 40-11, 40-13, 40-13A), フロリダ州 (フロリダ州刑事手続規則 3.220 条), アイダホ州 (アイダホ州刑事規則 16 条), メイン州 (メイン州統一刑事手続規則 16 条), メリーランド州 (メリーランド州手続規則 4-262 条, 4-263 条), マサチューセッツ州 (マサチューセッツ州刑事手続 14 条), ミシガン州 (ミシガン州裁判所規則 6.201 条), ミネソタ州 (ミネソタ州裁判所規則・刑事手続規則 9 条, ミネソタ州刑事手続規則 9.01 条), ニューハンプシャー州 (ニューハンプシャー州上位裁判所規則 98 条), ニュージャージー州 (ニュージャージー州裁判所支配規則 3 章 13-3 条), ニューメキシコ州 (ニューメキシコ州地方裁判所刑事手続規則 5-501, 5-502 条), ノースカロライナ州 (ノースカロライナ州一般法規 15A-903), オハイオ州 (オハイオ州刑事手続規則 16 条), オクラホマ州 (オクラホマ州第 22 オクラホマ法規 22-2002 条), テキサス州 (テキサス州刑事手続規則 39 章) である。
- 87) *Id.* at 304.
- 88) *Id.* at 358–59.
- 89) *Id.* at 359.
- 90) *Id.* at 360.
- 91) *Id.* at 361.
- 92) *Id.* at 383–84.
- 93) McConkie, *supra* note 85, at 95–103 は, 裁判官による積極方策を論じている。一つは, 公判前証拠開示会議 (Pretrial Discovery Conference) の開催である。これによって, 証拠開示に対する裁判官の監督を強めようとする。もう一つは, 証拠開示申立て (Discovery Motion) を裁判官が運用することである。これによって, 裁判官は証拠開示を規律することができるほか, 申立て前に当事者が会合することを要求する。また, 監督する裁判官としてマジストレート裁判官を制度化して組み込む



ことも検討する。

94) 緑大輔「証拠開示制度」季刊刑事弁護 82 号 96 頁 (2015 年)。

[付 記] 本研究は、2018 年度 パッセ研究奨励金 I-A-2 [特定研究助成・一般]  
「刑事証拠開示の非類型的アプローチとその制裁に関する研究」の研究成果で  
ある。