



琉球大学

University of the Ryukyus

Title	取調べ可視化論の整理と検討
Author(s)	青木, 孝之; Aoki, Takayuki
Citation	琉大法学(81): 41-93
Issue Date	2009-03
URL	http://ir.lib.u-ryukyu.ac.jp/handle/123456789/10008
Rights	

琉球大学学術リポジトリ
University of the Ryukyus Repository



琉球大学学術リポジトリ
University of the Ryukyus Repository



取調べ可視化論の整理と検討

青木孝之

はじめに

- 一 初期の取調べ可視化論
 - 1 三井誠教授の問題提起
 - 2 テープ録音制度と取調べ経過一覧表
 - 3 検討
- 二 司法改革前夜
 - 1 学説の状況
 - 2 刑事弁護の実践と可視化論
 - 3 検討
- 三 司法改革論議のなかで
 - 1 書面による可視化
 - 2 立法をめぐる動き
 - 3 検討
- 四 可視化論争
 - 1 検察実務からの反対論
 - 2 真実発見論のパラドクス
- 五 録音・録画による全部可視化論
 - 1 吉丸試案
 - 2 本江（元）検事の反論
- 六 学説の動向
 - 1 可視化と適正化
 - 2 渥美教授の刑事司法全体論

3 検討

七 裁判員時代を迎えて

1 取調べの一部録音・録画の試行

2 若干の裁判例

終わりに

はじめに

裁判員制度の施行が目前に迫ってきた。それにつれ今後の立法課題とされた論点についても議論が進んでいる。取調べの可視化はその代表的な論点である。現行刑事司法制度は、取調べという捜査手法により供述を確保すること、確保された供述内容を供述録取書という独特の形態の書証により公判に顕出することを最大の特徴とする。取調べの可視化は、その根幹を揺るがす可能性が高いがゆえに容易に立法的合意が形成できる事項ではなかった。平成13年(2001年)6月の司法制度改革審議会最終意見書においても、「取調べ状況の録音、録画や弁護人の取調べへの立会いが必要だとする意見もあるが、刑事手続全体における取調べの機能、役割との関係で慎重な配慮が必要であること等の理由から、現段階でそのような方策の是非について結論を得るのは困難であり、将来的な検討課題ととらえるべきである」として、「被疑者の取調べ過程・状況について、取調べの都度、書面による記録を義務付ける制度を導入すべきである」と提言されるにとどまった。しかし、その後も取調べで虚偽自白が獲得された冤罪事件が後を絶たない^(注1)。そのこともあって、可視化をめぐる議論は進展し新た

^(注1) 全国レベルで報道されたものに限っても、宇和島事件判決・松山地裁宇和島支判平成12年(2000年)5月26日判例時報1731号153頁、志布志事件(鹿児島選挙違反事件)判決・鹿児島地判平成19年(2007年)2月23日、北方事件高裁判決・福岡高判平成19年(2007年)3月19日、富山事件(氷見事件)再審開始決定・富山地裁高岡支判平

な段階に差しかかっている。本稿は、このような状況をふまえ、取調べ可視化論の生成・発展の経緯を追いつつ若干の整理と検討を試みるものである。

一 初期の取調べ可視化論

1 三井誠教授の問題提起

初めて「取調べ手続の可視化」という言葉を使ったのは三井誠教授と思われる。三井は、昭和59年（1984年）に開催された日本刑法学会第62回大会・分科会の発表内容にもとづく「被疑者の取調べとその規制」（刑法雑誌27巻1号171頁以下）において、解釈論としては身体拘束下の被疑者取調べの受忍義務を原則否定し、弁護人の立会いによる接見交通権の実質的保障を要件として例外的に肯定すべきだとする。そのうえで、取調べ自体の適正化を図る現実的方策として、ビデオテープや録音テープによる取調べ過程の採取のほか、供述調書作成における取調べ者・立会人の官職氏名、取調べ年月日、取調べ場所及び取調べ開始・中断・終了時刻等の記載の義務付け、これらの記載を含む取調べ報告書作成と供述調書取調べの際の同報告書提出の義務付け、取調べの都度の供述調書作成と調書番号の記載、さらに一問一答式の供述録取等を提案した^(注2)。「制度的・組織的に捜査実務でこれらの方針が確立すれば、取調べ手続の可視化 についてはその適正化 のためには一歩も二歩も前進であることは誰しもが認めるところ」だというのである。 は、記録媒体等^(注3)の点を除け

成19年（2007年）4月12日。

^(注2) 三井教授は、本文掲記 ~ の実施につき「現時点でも解釈運用で十分やれることがら」であり、「これらの実施は理論的には問題ないことと考えられ」るが、「事務遂行上の支障があるならばそれが何かを示してほしい」と述べる。このような文脈に照らし、取調べという捜査手法につき、学説のように受忍義務否定説を採るか実務のように肯定説を採るか、理論的にいかなる立場を採ろうとも実施できる運用上の改善であるとの趣旨と思われる。

^(注3) 当時はビデオテープやカセットテープが一般的な記録媒体であったが、いうまでもなく、現在ではより安価で高性能なDVDを前提に議論されている。

ば現在論じられている可視化論そのものである。 は、供述を録取する側が主体となって供述を聴き取りまとめる供述録取書の問題点を端的に突いたものであるが、 が全面的に実現すれば解消される性質のものであるから、本稿の問題意識の下では とまとめて論じることが許されるであろう。 ないし は、取調べ過程の書面化である。これらは以後の可視化論ですべて出てくる論点であり、その意味で三井教授に先見の明があったことに疑いはない。

しかし、くだんの分科会で発表者の一人であった米澤慶治検事は、取調べ受忍義務の有無を論じる実益は実務上少ないことや、捜査手法としての取調べの有用性・不可欠性を一般論として述べた上、会場での質疑応答もまじえて、捜査メモや留置場出入簿等によって取調べ時間等は明らかにできる反面、テープ等の利用は、 財政的に到底実現困難であるだけでなく無駄の多すぎる作業であること、 事後的な編集の危険性があることを指摘した（「取調べの理論と実務 実務家の立場から」刑法雑誌27巻1号181頁以下）。このことが端的に示すとおり、当時は、取調べを根底から見直す言説など現実味に乏しいとの感覚が捜査実務に存在した。ただ今になって振り返ってみれば、 は後で述べる取調べ経過一覧表による任意性・信用性立証の挫折により論拠を失ったことが明らかである。また、 については、いちはやく1970年代からテープ録音制度を試行・導入した英国において、同制度に用いるテープレコーダーに“no play back”機能なるものを装備させ、同時に二個のチャンネルを設けて一個に尋問と応答を、他の一個に時刻の経過をそれぞれ記録させることで簡単に改竄が防止できたとされる^(注4)。現代の技術によればこのような防止措置は一段と容易なはずであり、実際、かかる技術的問題を理由とする可視化反対論は現在では見当たらない。 についても同様である。技術の進歩とコストダウンに

(注4) D. Roberts, Tape Recording the Questioning Suspects, Crim. L. R. 1984 (537-543); Crim. L. R. November 1985 (693-694) ; Crim. L. R. March 1981 (125-126).

よって財政的困難や効率の悪さを正面から理由とする反対論は見当たらなくなった。この時点での可視化反対論は、取調べを捜査手法の中核に位置づける圧倒的な現実に裏付けられたものであり、「取調べなき刑事司法の運営など考えられない」という多分に感覚的なものであったといっていよい。

2 テープ録音制度と取調べ経過一覧表

この時期、裁判官出身の渡部保夫教授からも可視化論が提起されている。渡部は、当時、警察官による被疑者尋問に終始テープレコーダーを付ける制度の実現を目指し大規模な実験調査を行っていた英国の状況^(注5)に啓発され、「被疑者尋問のテープ録音制度」(判例タイムズ608号(1986年9月)5頁以下)において、同国の実情を詳しく紹介した。渡部論文によれば、同国においても警察官の違法な取調べが後を絶たないことからテープ録音制度の試行が議論されはじめたが、当初は警察組織全体が強硬に反対していた。その理由は、後に触れるわが国の検察実務家の立場からする可視化反対論の理由とまったく同じである。すなわち可視化は取調べという供述獲得手段の有効性を著しく害し、犯罪の検挙・処罰を困難にする。これに尽きる。「犯罪者をして発覚と処罰から逃れさせる結果を招くだけである」と極論する警察幹部もいたそうである。ところがあにはからんや、大規模な実験を断行してみると目覚ましい効果が現れ、当初大反対していた警察の態度は180度変わった。取調べに従事する現場の警察官は、メモをとらずに尋問できるので尋問の流れを切ることがなく便宜であること、この制度が被疑者取調べに対するいい加減な苦情申立てから自分たちを守ってくれる機能をもつことに気づき、積極的にテープ付き尋問に取り組むようになり、尋問技術も向上したというのである。渡部は、このような英国の実情を

^(注5) その後、1992年から原則としてすべての被疑者取調べの全過程の録音が義務付けられるなど、本格的に制度が展開したのは周知のとおりである。同国の詳しい事情については、渡辺修ほか監修『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』(2004年)参照。

紹介したうえで、旭川日通営業所長殺し事件^(注6)、勸銀大森支店強盗殺人事件^(注7)等、自白の任意性・信用性が争点となった幾つかの著名無罪事件を素材に、実際の審理経過をふまえ、テープ録音制度が日本にも存在したらどのように審理が迅速に進行し、どのように無理なく正しい結論にたどり着け得たかを実証的に論じている。いかにも実務家出身の研究者らしい思考実験である。そして、「本制度が導入されたならば、苛酷な、または過度に圧迫的な尋問を防止し、かつ否認事件における不当な裁判の遅延を解消させるとともに、一方において冤罪を防止し、他方において真犯人の処罰に役立つことになるであろう」と結論するのである。

ところで、渡部が裁判官出身であるのは決して偶然ではない。従前、自白の任意性・信用性が深刻に争われる事件においては、その点をめぐって多数の証人調べ等が行われ判決の確定までに10年前後を要することも稀ではなかった。しかも任意性・信用性の判断には構造的な困難が伴う。取調べ室が密室であるだけでなく、取調べの結果は供述録取書という独特の形態の書証を通じてしかうかがい知ることができない。その経過の全容が記録化されていないので、公判では、被告人が主張するような違法・不当な事情が存在したか否かをめぐって、いわば取調べの直接の当事者である被告人と取調官たちの水掛け論が延々と続くことになる。これは事実認定者にとって非常に苦痛である。長期化した難事件を裁く難しさだけでなく、客観性の乏しい利害当事者の供述に判断資料が限定されているという意味において。裁判実務家の側から「取調べの経過・内容に関するもっと客観的な判断資料を」という声があがるのは当然だったといえよう。

この点に関連し想起されるべきは、時代が平成に変わったころの一時期、裁判所側から湧き起こり、やがて鎮静化して今ではほとんど顧みられなくなった

(注6) 旭川地判昭和60年3月20日判例時報1171号148頁、判例タイムズ559号105頁。

(注7) 最三小決昭和57年3月16日判例時報1038号34頁、判例タイムズ467号62頁。

取調経過一覧表をめぐる動きである。当時裁判官として裁判所内部にいた梶田英雄（元）判事の描写（「取調経過一覧表による立証の失敗と教訓」季刊刑事弁護14号（1998年）40頁以下）に沿って振り返ってみよう。取調経過一覧表による任意性・信用性立証とは、公判検事が、留置人出入簿・留置人接見簿等の留置関係書類、被告人の供述調書、取調官の捜査メモ・備忘録等の資料にもとづき、留置房への出入りの時刻、取調開始・中断・終了の各時刻、留置場所、取調官・立会人の氏名、供述調書作成の有無、自白・否認の別、弁護人の接見日時等を記載した一覧表をまず作成し、弁護人の同意を得てこれを書証として取調べたうえ、この表にもとづいて取調官の証人尋問や被告人質問を行う審理方式のことをいう。このように客観的な取調経過をいわば動かない事実として確定したうえで人証調べを行えば、有効かつ具体的な事実を引き出すことが可能となり、水掛け論に陥るのを相当程度防げるのは誰が考えても分かることである。「取調経過一覧表の活用は、任意性立証の対象を不任意自白の原因となった個々の不当違法行為の存否に止まらず、自白獲得に至る取調過程へと広げ、任意性立証の資料として留置人出入簿等の帳簿類その他の客観資料の活用度を必然的に高めることによって、任意性審理の現状を確実に前進させる画期的な試みのように思われ」、「閉塞状況にある任意性審理に新たな局面を切り開く方策として」、裁判実務の現場にいわば鳴り物入りで導入された。「この試みは、当時の最高裁判事局が裁判官会同の議題として継続的に取り上げたことによって一挙に全国化し、各地の実践例が最高裁に報告され」、法曹三者による「第一審強化地方協議会でも裁判所側から提案され協議され」たのである^(注8)。しかし、この試みはほどなく失敗に終わった。取調経過一覧表を作成すべき検察官の協

(注8) 当時の裁判実務の問題意識・動向につき、中川武隆「自白の任意性及び信用性の調査方法について 取調経過一覧表を活用した感想等を中心として」判例タイムズ765号（1991年）8頁、井上弘通・小坂敏幸「取調経過一覧表の機能的考察」判例タイムズ同号16頁、鈴木秀夫「自白の任意性に関する証拠調べの運用等について 水戸地裁刑事実務研究会からの報告」判例タイムズ767号（1991年）4頁各参照。

力が得られなかったからである。そもそも同表の作成はかなりの手間を要する作業であるから、検察庁が消極的な態度をとることは容易に予想された。それでも審理方式の改善策として公式に提示される以前は、現場の裁判官の熱意にほだされ個別に柔軟に対応した事例もあったと思われる。しかし、最高検察庁が、任意性の有無・程度・立証方法等は「具体的事案に即して対応、検討されるべき事柄であって」、取調経過一覧表の作成・提出の要請に一律に応じるのは相当でない。応じる場合であっても、「記載事項については、当面は、原則として、留置人出入簿等の記載に基づくものに限定し、事案によって、取調開始・終了時刻、取調官の氏名、弁護士等との接見・面会状況等を限度とするのが妥当であり、供述調書作成の有無などは、捜査の秘密の保持、関係者のプライバシー保護等の観点から問題があるから記載事項とはしない」。以上のような方針を検察庁内部で示したことにより、取調経過一覧表による任意性立証の試みは暗礁に乗り上げ、そのまま現在に至っているのである。

3 検討

三井教授の問題提起は、学説の側から出てくる取調べ可視化論が現実変革のためのいわば次善の策として位置づけられるものであることを示唆している。同教授の立論は、解釈論としては取調べ受忍義務を原則否定するが、それは別論としても、取調べの適正化は必要なはずであり、そのひとつの方策が可視化だというものである。つまり、学説の多くは取調べの存在を前提にこれを可視化するのではなく、そもそも取調べという捜査手法それ自体を疑問視しており、できればこれを否定したいというところから出発するのである。これに対し、裁判実務の側からの可視化論は、ほぼ純粹にプラクティスの問題として提起されたものであった。任意性の審理が閉塞状況にあるから、あるいは水掛け論に陥り判断が困難で審理も長期化するから何とかしたいというのが、ほとんど唯一といってもよい現実的契機なのである。ここで期せずして上記2つの流れは

重なり合うことになる。当時は、精密をもって鳴る日本的刑事司法の最盛期であり（もとよりその評価は別論である）、刑事弁護及び学説の側からは「絶望的」と評されるほど実務が硬直化した時代であった。裁判実務も取調べ受忍義務肯定説を暗黙の前提としており、その点ですでに異なる学説の側からの可視化論が顧みられることはなかった。しかし、それを理論的に次善の策とみるか、理論は別にした実践課題とみるかの違いはあっても、「取調べを何とかしたい」、「任意性の審理を何とかしたい」という動機において両者は一致しており、図らずも現実の方策として同じ可視化を主張するに至ったのである。この2つの可視化論の流れは、時には接近し、また時には離れて現在に至るまで繰り返し現れる。われわれは、まずそのことを確認しておく必要がある。

さて、実践としての可視化論からみた場合、現在まで議論されている幾つかの点についてすでにこの時点で結論が示唆されているようで興味深い。ひとつは、任意性の審理に十分かつ必要な判断資料を提供するには、取調べ過程そのものをリアルタイムで記録して媒体に保存し、争いが生じればこれを法廷で取り調べるしかない。これが最も簡明で効果的な立証方法だということである。三井は、前記のとおり、取調べ手続の客観化・可視化の具体策として、ビデオテープや録音テープによる取調べ過程の採取のほか、供述調書作成における取調べ者・立会人の官職氏名、取調べ年月日、取調べ場所及び取調べ開始・中断・終了時刻等の記載の義務付け、これらの記載を含む取調べ報告書作成と供述調書取調べの際の同報告書提出の義務付け、取調べの都度の供述調書作成と調書番号の記載、さらに一問一答式の供述録取等を提案した。改めて

～ の項目を確認してほしい。これらは取調べの過程全体をDVDに記録すれば一挙に解決する問題なのである。その裏返しとして、取調べ経過を伝統的な捜査書類で立証するやり方は実効性が低く、また作成の負担もあって実務に根づかない。取調べ経過一覧表の挫折がそのことを明瞭に示している。留置関係書類等の原資料から取調べ経過一覧表という二次的資料を作成し、それをもとに

直接証拠を得るべく人証を調べるというやり方はひとつのアイデアではあったが、取調べの様子それ自体が記録された媒体を取り調べる方法とは比べものにならないほど迂遠な立証方法である。現代の裁判員裁判においてこのような公判活動が十分通用するという実務家は、もはやいないであろう。再度確認しておこう。任意性立証のための最良証拠は、取調べそれ自体を記録した媒体である。取調べ過程・状況を書面化するやり方は、労多くして功少ないばかりか、書面作成の真正等をめぐって新たな火種を生じ、公判を紛糾させることになりかねない。せいぜい補助的資料にとどめるべきものである。

二 司法改革前夜

1 学説の状況

1980年代半ばに散発的に可視化論が論じられ、1980年代の終わりころに取調べ経過一覧表による任意性立証が取り上げられたものの、大きな動きとはならなかった。個別の問題点はさておき、これらの議論が一般化しなかった最大の原因は、日本的刑事司法の運用に慣れ親しんだ実務の問題意識が希薄だったことだろう。他方、学説は、実務から提唱された実践としての可視化論に対する違和感をめぐえなかったこともあって、理論としての可視化論を追及し、理論に付いてこない実務を手厳しく批判するスタンスを変えなかった。

例えば、井戸田侃編集代表『総合研究 = 被疑者取調べ』（1990年）は、題名のとおり、継続的な研究会の成果にもとづき被疑者取調べをあらゆる観点から分析・検討した共著である。このような書物の存在それ自体が、「取調べという捜査手法を根本から洗い直し、実務変革への突破口を見出そう」という学界の姿勢を表している。川崎英明教授は、同書85頁以下に所収された「違法取調べの抑制方法」の中で、黙秘権保障を理論的根拠に身柄拘束中の被疑者取調べそのものを否定する学説に一定の理解を示しつつ、「同時に、取調べ受忍義務の否定

を中心とした取調べ規制論も成り立ちうる」のであり、「学説の大勢は取調べは承認した上で、黙秘権・弁護権を実質化することの中に捜査実務変革の契機を求めようとしている」と当時の状況を描写する。ここに示されたとおり、学説の大勢は、身柄拘束下で取調べをすることそれ自体が違法とまではいわないが、受忍義務を課した取調べは許されないとする受忍義務否定を前提とする理論的枠組みを採っているのである。そのうえで川崎は、前記三井の問題提起にかかる可視化論に言及し、「自白の適正な信用性判断を確保するという観点からも、そのもつ意義は軽視されてはならないけれども」、「それは被疑者を取調べの客体とし自白獲得を主眼とする現在の捜査実務を前提にした上での是正策であって、かかる実務の構造的変革に向けられたものではないから」、「可視化には限界があることも確か」だとする。そして、「現在の取調べ実務は接見指定の接見禁止の運用や代用監獄の活用など、被疑者の防御権侵害の上にかろうじて成りたっている」から、「この実務の構造的変革は被疑者の防御権保障によって初めて全うされるもの」であり、「取調べに対抗する防御権の存在要式の明確化」が「緊急の課題」だと述べる。そこで具体的に想定され、期待がかけられているのは弁護人立会権である。川崎によると、「取調べ受忍義務の否定を支柱とした被疑者取調べ規制論に立つ場合、取調べ拒否権の内実」、取調べ拒否権と「接見交通権、さらには弁護人立会権との関連を明確化することが不可欠の課題」であり、例えば「黙秘権や弁護人依頼権に基礎づけられる（取調べへの）弁護人立会権」などが「現在の実務の構造的変革をもたらすものであ」って、それゆえ弁護人立会権をめぐる議論は「可視化論の中には位置づけ難い」ことになる。

また、多田辰也教授の認識も基本的に同様である。多田は、『被疑者取調べとその適正化』340頁以下所収の「被疑者取調べの法的規制 アメリカにおける最近の議論を手掛かりに」（1999年）において、「わが国の場合、裁判所が、取調べ受忍義務のある、しかも弁護人の立会いの認められない、長時間・長期間の取調べを容認してきたことが、取調べ中心主義の捜査実務を存続させ、それ

が結果的に刑事手続全体に大きな歪みをもたらしている」と分析する。そのうえで、被疑者取調べの比重を軽減する方策として、第一に取調べ受忍義務の否定、次に弁護権の強化が考えられるとし、後者の具体的方策として被疑者国選弁護制度の実現と取調べの弁護人立会権の保障をあげる。多田の認識によれば、取調べ過程の可視化はこれらの権利の実現の次に位置づけられるもので、その実効化を図るための補助的な手段である。それ自体では有効に機能しない。むしろ弊害すらあるということになる。多田は次のようにいう。「被疑者に取調べ拒否権を認め、弁護人立会権を保障したとしても、それのみでは取調べの法的規制として不十分であることは、アメリカにおける議論をみても明らかである。「それらの権利にプラスすべきものとしてかなり有力に主張されているのが、取調べのビデオ録画（あるいはテープ録音）である」が、「取調べ拒否権も弁護人立会権も認められず、連日長時間の取調べが長期間行われるわが国の現状をそのままにしたうえでテープ録音（あるいはビデオ録画）を導入すれば、『テープによる裁判』の出現を招くことにもなりかねない」。テープに録音された内容が証拠となる場合、法廷でテープを再生するのは当然のことであって、そのことにより直接主義や伝聞主義の要請が充たされる。その意味で、「テープによる裁判」という言葉によって多田が具体的に何を危惧したのか（おそらく口頭主義の後退であろうと推測されるが）今ひとつ明瞭ではないが、それはさておき、多田も川崎と同様、弁護を受ける権利の強化・具体化を優先課題とし、録音・録画による取調べの可視化についてはその実現のための手段としての位置付けを与えていることは間違いない。

2 刑事弁護の実践と可視化論

このような学説の状況を傍目に、この時期、弁護実務において新たな取調べ可視化論が胎動していた。刑事弁護実務は、かつて裁判所主導で提唱された取調べ経過一覧表による任意性の審理に関し、水掛け論から脱却しようとする問題

意識は評価するものの所詮は弥縫策であり、取調官の証人尋問に代えて書証での立証を許す単なる審理促進策であるならば到底容認できないとの態度をとっていた。ところが、取調経過一覧表をめぐる議論が鎮静化した後もそれに代わる突破口は容易に見出せず、刑事弁護にとって冬の時代が続いていた。そのような状況下、粘り強く刑事弁護を実践する運動の中から現在日弁連の主流をなす新たな可視化論の考え方が形成されてきた^(注9)。その代表的な論者が小坂井久弁護士である。小坂井は、大阪弁護士会刑事弁護委員会・刑弁情報11号から17号(1995～1998年)に連載された「『取調べ可視化』論の現在(1)～(6)」において、その可視化論の構想を明らかにした。筆者のみるところ、その特徴は、理念としては可視化論は被疑者の権利だとする(権利構成)一方で、理念的価値からニュートラルな訴訟実務としての実践的価値を強調する点(実践的性格)にある。

前者の権利構成の点からみてみよう。小坂井は、取調べの可視化が日本国憲法上被疑者に認められた権利であるとする。その根拠は、小坂井によると、憲法13条の自己情報支配権にもとづく自らの供述を正確に保持する権利、憲法38条1項の自己負罪拒否特権を手続的に担保するための必要最小限の保護措置、憲法31条、刑事訴訟法1条の適正手続を全うする趣旨、憲法38条2項、刑事訴訟法319条1項、322条1項から導かれる任意性をあらかじめ担保できる被疑者の権利にもとづく措置、憲法34条、37条3項の弁護人の援助を受ける権利の実質化といった諸点に求められる。これら諸権利・諸価値を総合することで被疑者に包括的防御権の存在することが観念でき、その一環として可視化要求に権利性が認められるというのである^(注10)。また小坂井は、この可視化を

(注9) 小坂井によると、可視化の議論が進展するのは、取調べ過程の広範な部分を録音したテープが任意性否定の結論を導いた高野山放火事件証拠排除決定(和歌山地決平成5年5月25日判例タイムズ870号298頁)を契機とする大阪弁護士会刑事弁護委員会の議論からだという。小坂井久「刑事司法改革と可視化」法律時報76巻10号(2004年)54～55頁。

(注10) 「『取調べ可視化』論の現在(3)」大阪弁護士会刑事弁護委員会・刑弁情報13号11頁、

求める権利を指し、「任意性を担保する状況を自ら設定する権利・任意性に関する状況を（予め）的確に証拠保全しておく権利として、憲法38条2項あるいは同13条、同31条から導かれる権利」^(注11)だという言い方もする。従前の学説は、例えば自己負罪拒否特権（憲法38条1項）や弁護人依頼権（憲法34条、37条3項）など異なる内容をもつ憲法的価値の存在を確認したうえ、不利益供述を国家によって強要されないこと、弁護人の援助を受けるべく資格をもつ弁護士にアクセスできることなどその具体的内容から、これと密接に結びつく弁護人の立会を権利として導き出す構成を採っていた。そこでは可視化は権利というより権利を具体化・実質化するための一方策として扱われていた。このような構成に比し、上記小坂井の構成は、これら諸権利を並列した上でそこから「包括的防御権」なるものを構想し、その表れとして可視化をダイレクトに権利として導き出す点に目新しさがある。

次に後者の実践的性格をみる。小坂井は、権利としての可視化を強調する一方で、被疑者の取調べ及びその可視化についていかなる理論的立場を採ろうとも、実践としての可視化を避けてとすることはできないはずだという。たしかにこれは筋の通った主張である。被疑者の取調べそのものを肯定するか否定するか、仮に肯定するとして被疑者の取調べ受忍義務（出頭滞留義務）を肯定するか否定するか。学説はおおむねこのような枠組みに沿って理論を構築してきたが、取調べを適正化することそれ自体には当然のことながら誰からも異論がない。それを小坂井のように権利として捉えるか、あるいは任意性立証の観点からの技術的問題として捉えるかは別にして、適正化の一方策として取調べを客観的に検証できるようにすること（可視化すること）が最有力の手段であることは自明だからである。小坂井は、そのことを次のように分かりやすく説明

小坂井（前掲注9）55頁。

^(注11) 小坂井久・中西祐一「取調べ可視化（録音・録画）制度導入の必要性和構想について」判例時報1996号5頁（2007年）。

する。すなわち、「捜査構造論として、糾問的捜査観、弾劾的捜査観、訴訟的捜査構造論といった見解が唱えられている。しかし、『取調べ可視化』それ自体は、『価値中立的』であって、いずれの見解とも整合しうる。「すなわち、可視化は、被疑者を『主体』足りえる環境を整備すると同時に、被疑者を直ちに『客体』にすることを可能にする」もので、「それ自体は、真実主義に親和し、むしろ『敵に塩を送る』制度だ」といえるくらいである。したがって、「可視化によって、理念としての捜査の構造は、何も変わらない」。「要するに、可視化は『公正・適正・正確』、すなわち、『刑事司法の尊厳』に奉仕するが、それ以上でもそれ以下でもない。可視化は、攻撃と防御の双方にとって等距離・等価値のもので、全体のシステム・機能を 毀損させなどしない」。そしてこのような認識にもとづき、「『理念としての捜査構造』を何ら変えないものは、直ちに実現すべきで、裁判員制度の導入と同時にこれを実現させることに障害があるとは思われない。『取調べ可視化』は、『我が国の刑事司法の使命』、すなわち、刑事訴訟法1条の理念に極めて適合的」だと説くのである^(注12)。

3 検討

小坂井らの主張する包括的防御権にもとづく権利構成がどこまで具体的な説得力を有するかは、いうまでもなく慎重な検討を要する。憲法上被疑者取調べに関連する諸権利を並べただけで、これら諸権利と内容・段階の異なる事実行為（取調べを可視化すること）に直ちに権利性が付与されることにはならないはずだからである。また、列挙された権利から特に留保もなく請求権の内容まで導かれるのかも問題であろう。例えば、伝統的な自由権の文脈で観念される憲法38条2項の自己負罪拒否特権から、自らの不利益供述に関する任意性をあらかじめ担保する措置を国家に求める請求権的な内容が出てくるかについては

^(注12) 小坂井久「取調べ『不可視化』論の現在 取調べ録音・録画制度導入反対論批判」季刊刑事弁護35号（2003年）15～16頁。

議論があるはずである。この点、小坂井らの権利構成を擁護するのは渡辺修教授である。渡辺は、「被疑者取調べの録画 『可視化』原理と『包括的防御権』」(季刊刑事弁護39号(2004年)105頁以下)で次のように説明する。「市民は、公権力によって被疑者・被告人たる地位に強いて追いやられる」のだから、「その地位に置かれるかぎり包括的な防御のための権利を保障すべき」である。したがって、「被疑者・被告人とはわが国憲法上『包括的防御権』と名付けるべき権利を持つ法的地位」と捉えることができる。この包括的防御権は、防御の場面に応じ「時に自由権として現れ時に請求権となる特殊な権利群」であり、「被疑者取調べの場における防御の基本は、取調べで供述する状況の保全」であるから、その保全は「包括的防御権の一部として被疑者が自由にしてよい。そして、捜査機関が被疑者を逮捕勾留し機器の自由な持ち込み等が制約される場合、なお効果的で迅速な取調べを適正に実施するのであれば捜査機関が録画すべき責務を負う」。実務は、権利を訴訟の中で裁判規範性の観点から取り扱うのが通常である。したがって、権利の個別具体性について感覚が鋭敏である。このような実務に対し、幾つかの憲法的価値を並べてそこから「包括的防御権」なるものが認められると説いても、直ちに变革の契機になる可能性は高くないであろう。しかし、プライバシーや肖像権の議論が示すとおり、当初明文になかった権利が複数の憲法的価値に支えられ、ひとつの法的価値を獲得することは十分ありえる。また、そもそも刑事司法は、刑罰権を独占する主権国家に尊厳を有する個人が対峙する深刻な対立構造を基調とするから、このような構造を突き詰めていけば、刑罰権実現の仕組みを独占する国家に嫌疑をかけられ訴追の対象となった場合、個人・市民の側がある種の特殊な法的立場に立たされること、そして、その法的地位から個別具体的な防御策(例えば弁護人の援助を受ける、あるいは不利益供述を強要されない)が出てくることを憲法が予定しているとも理論上可能であろう。その意味で、「権利性に関する議論は未成熟」であることを率直に自認しつつ、「権利論をめぐって、今後、研究者の側からの

議論が展開されることを期待したい。」^(注13)と述べる小坂井の言説に筆者は共感を覚える。学説は、例えば弁護人立会権という個別具体的な権利を梃子とする取調べ実務改革のための理論がうまく機能しなかったことをふまえ、包括的防御権構想の可能性について広範かつ闊達な議論をはじめべきであろう。そこから何かが見えてくるかもしれないのである。

ところで、「包括的防御権」論は、その自由権的側面から被疑者自身による取調べ状況の保全を、その請求権的側面から捜査機関による取調べ状況の保全をそれぞれ導くのであるが、このようにいずれの場面も権利として構成すると、一見被疑者に有利なようにみえて、実は権利だから放棄が可能だというロジックを抱え込むことになる。これでは、仮に捜査機関によって取調べの全過程を録音・録画する制度が実現したとしても、「被疑者が取調官による任意の説得に応じ、あるいは自ら申し出て権利としての録音・録画を放棄した」という理由による事実上のサボタージュを招く危険がある。小坂井らは、用意周到にもそのことを十分意識したうえで議論を詰めており、仮に国家の義務として録音・録画する制度が導入・実現したとしても、それは可視化を被疑者の権利と捉えることと整合しないものではない。なぜなら、「ある側面から被疑者の権利として位置づけられているものが、他の側面から国家の義務として位置づけられることはありうる」からだとする^(注14)。たしかに、小坂井が言及するとおり、例えば憲法37条1項のフェア・トライアルの理念から、憲法は国家に対し公正・透明な制度の構築を義務付けていると構成する方が、捜査・公判という国家権力活動の本質・実態に即し、解釈論として素直に思われる。そして、このように被疑者の権利と国家の義務の両方から可視化原理が出てくるといふ重層的構成を採れば、前記権利構成の弱点を克服することができ、「被疑者の権利」とまでいふかどうかは別にして、「国家の義務」だから直ちに遂行・実現すべきとい

^(注13) 小坂井（前掲注9）55頁。

^(注14) 小坂井（前掲注9）55頁。

う論法で取調べの可視化を刑事弁護におけるムーブメントとして押し出すことが可能になったと思われる。筆者の考えによれば、前述した小坂井らの可視化論の実践性はまさにこの点から出てくるものであって、単なる取調べ実務や公判立証技術の改善提案にとどまるスケールの小さなものではない。小坂井らの可視化論は、伝統的な学説と同じくひとまず被疑者の権利から構成する建前は崩さないものの、仮にその権利性が仮に否定されたとしても、国家の義務としての可視化が残るから、捜査実務も裁判実務をそれを粛々と実行すべしと主張する可能性をはらんでいる。仮にその点をさておいて実務が前提とする解釈の枠組みの中に限定しても、適正手続に配慮しつつ、実体真実を発見するのが刑事司法の目的だというのであれば、取調べが適正にされるよう制度的に担保しつつ（適正手続）、その場であったことをありのまま記録すること（真実発見）が最も簡明かつ効果的である。どこに反対する理由があるうか。そういうことになる。このように理念的価値と具体的実践性を兼ね備えた議論を正面から論破することは、少なくとも筆者には困難に思える。小坂井らの言説がやがて日弁連の主流をなし、現在に至るまで可視化の議論をリードし続けていることには合理的な理由があるというべきである。

三 司法改革論議のなかで

1 書面による可視化

平成11年（1999年）、司法制度改革審議会が設置され司法改革論議が本格化すると、可視化論もあらたな段階を迎えた。しかし取調べの可視化は、理念的にも実践的にも最も尖鋭な対立がみられる論点であり容易に結論は得られなかった。平成13年（2001年）6月12日の同審議会意見書（以下「意見書」）で大きな柱として扱われたのは、法曹人口の増大（法科大学院の創設等）、リーガル・サービスの拡充（法テラスの創設等）、刑事裁判への国民参加（裁判員制度）等であっ

た。被疑者取調べの可視化は、司法制度全体のなかには各論的な論点として結論を半ば先送りされた。同意見書は、一般論として、「被疑者の取調べが適正を欠くことがあってはならず、それを防止するための方策は当然必要となる」とした上、「取調べ状況の録音、録画や弁護人の取調べへの立会いが必要だとする意見もあるが、刑事手続全体における被疑者の取調べの機能、役割との関係で慎重な配慮が必要であること等の理由から、現段階でそのような方策の導入の是非について結論を得るのは困難であり、将来的な検討課題ととらえるべき」だとした。そして意見書の結論としては、「被疑者の取調べ過程・状況について、取調べの都度、書面による記録を義務付ける制度を導入すべき」とするにとどまった。この提言を受け、政府は、平成14年（2002年）3月19日の閣議決定「司法制度改革推進計画」において、「被疑者の取調べの適正を確保するため、その取調べ過程・状況につき、取調べの都度、書面による記録を義務付ける制度を導入することとし、平成15年半ばころまでに、所要の措置を講ずる」とした。しかし、具体的な制度設計にあたる司法改革推進本部の裁判員制度・刑事検討会においては、取調べ適正化の課題は各省庁による「所要の措置」、すなわち上記「取調べ過程・状況」を記録した「書面」案の策定に委ねられ、直接議題にのぼることはなかった。このような流れの中、最高検察庁は、平成15年（2003年）7月15日、「刑事裁判の充実・迅速化に向けた方策に関する提言」を発表した。その中の可視化に言及した部分においては、「近々その具体的内容が明らかにされる見込み」の「取調べ過程・状況の書面による記録制度」の趣旨を十分理解し、「記録の作成、保管、開示等について、適正な運用に努めるべきである」とされている。また、同年10月、警察庁も犯罪捜査規範の一部を改正し、その182条の2において、身柄拘束された被疑者・被告人の取調べを実施した場合、取調べの日時・時間・場所・取調官氏名・供述調書の有無・通数等を主たる記載事項とする取調べ状況報告書の作成を義務付けた^(注15)。

(注15) 棚瀬誠「取調べの書面による記録制度の導入について」捜査研究626号（2003年）4頁。

このような経緯は、当時の実務が、その約10年前に起こり消えていった取調経過一覧表による任意性立証をめぐる議論の段階で足踏みしていたことを物語る。検察庁・警察庁等の行政官庁は、立法があれば、あるいは閣議決定があればそれに沿って動く。したがって、最高検察庁が取調べ過程・状況の書面による記録制度を尊重する姿勢を示し、また警察庁が犯罪捜査規範で取調べ状況報告書の作成を義務付けたのは、意見書を受けた閣議決定の線にしたがって「所要の措置」を講じたにすぎず、表面上は異とするに足りない。しかし、水面下では相当なロビー活動もあったろう。日本の捜査機関による取調べは単なる尋問ではない。被尋問者の生い立ちや感情の動きにまで深く入り込み、全人格的に絡めとるカウンセリング的な取調べである。このような取調べを日本の刑事司法の核心部分に位置づける捜査機関の側からすれば、第三者の検証・介入を許す取調べの可視化は取調べの機能を阻害する以外の何者でもない。裏を返せば、この時点で法曹三者が不満を残しつつぎりぎり合意を形成することが可能なラインは、二次的資料としての書面を作成することによる可視化にすぎなかったであろう。取調べの可視化を最小限にとどめたい警察・検察からすれば、意見書の示したラインは「この程度で済めば」と思えるものであったろうと推測される。ただそれにしても、かたくなに防御的な姿勢であるとの印象はぬぐえない。警察庁の示した「取調べ状況報告書」など、失敗に終わった取調経過一覧表の焼き直しである。しかし、すでに検討したとおり（前記-3）、この点に関する結論は明白である。重複をおそれず繰り返そう。任意性の審理に十分かつ必要な判断資料を提供するには、取調べ過程そのものをリアルタイムで記録して媒体に保存し、争いが生じればこれを法廷で取り調べるしかない。取調べ過程・状況を書面化するやり方は、労多くして功少ないばかりか、書面作成の真正等めぐって新たな火種を生じかねない。問題の抜本的解決からほど遠い弥縫策というほかない。

2 立法をめぐる動き

意見書以後、弁護実務の側は以前に増して活発な動きを見せ始める。書面による可視化は不十分なものであるが、審議会で決着がつかず議論が持ち越されるのはある意味織り込み済みであったのだろう。「本当の勝負はこれからだ」とばかりに、平成15年（2003年）7月に「取調べの可視化についての意見書」を関係各機関に送付し、同年8月には日本弁護士連合会に取調べ可視化実現ワーキンググループ（W.G.）^(注16)を立ち上げる。同年10月の第46回人権擁護大会（於・愛媛県松山市）では「被疑者取調べ全過程の録画・録音による取調べ可視化を求める決議」を採択し、同年12月には取調べ全過程の録画・録音義務付けを内容とする刑事訴訟法改正案を策定し立法への働きかけを開始した。日弁連は、会をあげて可視化に取り組みはじめてしたのである^(注17)。

このような動きに追い風となったのは、2003年3月に発表された元・裁判官の2つの論考、吉丸眞「裁判員制度の下における公判手続の在り方に関する若干の問題」（判例時報1807号3頁以下）と佐藤文哉「裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について」（判例タイムズ1110号4頁以下）である。これらはいずれも申し合わせたかのように、裁判員制度の施行に伴い取調べ全過程の録画・録音制度の導入が必要となる旨を説いた。前者の吉丸論文は、自白の任意性・信用性が深刻に争われる事件で裁判員裁判が機能するには、被疑者の取調べ状況を的確に認定できる証拠調べの方法が必要であり、その方法としては、「被疑者の取調べの全過程を録音又は録画して正確な記録を残すものとし、公判で自白の任意性又は信用性が争いになったときは、この記録によって取調べ状況を検証するという方策が最も有力かつ相当」だとする。そして、取調べ過程・

^(注16) 2004年6月には取調べ可視化実現委員会に、2006年4月には取調べ可視化実現本部に改組される。

^(注17) 小坂井久「取調べ可視化実現に向けての動きと基本的考え方」季刊刑事弁護38号（2004年）14頁、小野正典「捜査の可視化への展望」季刊刑事弁護40号（2004年）78～79頁、秋田真志「取調べの可視化実現に向けての現状と課題」自由と正義56巻12号（2005年）90頁。

状況の書面化を義務付ける意見書の提言は、「被疑者の取調べの適正さを確保する方策としては、有力かつ穩健」であるが、「裁判員制度の下において裁判所が被疑者の取調べ状況についての確に事実を認定するための方策としては、十分な効果を期待することができない。そこで、裁判員制度の導入に当たっては、司法制度改革審議会が『将来的な検討課題』として結論を保留した録音記録制度について速やかに検討を開始し、その採用に踏み切るべき」と提言する。後者の佐藤論文も同旨である。同論文は次のようにいう。意見書は、「被疑者の過程・状況について、取調べの都度書面による記録を義務づける制度を導入すべきであるとの提言を行っているが、是非とも実現してもらいたいと思う。

しかし、取調べ状況の可視化は、何と云っても、取調べ状況をビデオやテープに録取するに優るものはない。我が国においても、被疑者については、テープ録音の義務化が検討されてよい時期にきているように思われる。裁判員制度の導入は、法制化の好個の機会と思われ、その当否について英国などでの経験を検証するなど議論の深まることが期待される」。この時期における裁判実務の側からする可視化論の特徴は、上記に引用した内容から明らかである。書面による可視化に対し一定の評価を与えつつも、直接主義・口頭主義の実質化が不可欠な裁判員裁判では書面による任意性審理には限界があり、取調べを記録した媒体を直接取り調べるに越したことはない。このような認識の産物である。ここに至って、裁判員制度と結びついた新たな可視化論の流れが生まれたのである。

このような追い風を受け、平成16年（2004年）に入っても日弁連は精力的な取り組みを続ける。前記W.Gは、同年1月には台湾、同年3月には韓国、同年9月には香港と、日本に先駆け取調べ可視化を実現したアジア諸国を視察し、さらにオーストラリア、イタリア、モンゴル、米国イリノイ州等の海外視察を行いその成果を発表した^(注18)。その傍ら数次にわたって取調べの可視化に関する

(注18) 諸国視察の成果をまとめたものとして、日弁連取調べの可視化実現委員会編『世界

るシンポジウムも開催している。このような活動が可視化論推進の原動力となった。平成16年（2004年）1月には、裁判員制度の導入等に関する与党合意において取調べの可視化が検討課題として取り上げられ、同年3月には、民主党が前記日弁連の刑事訴訟法改正案に弁護士立会を加えた内容の法案を国会に提出した^(注19)。その一方で、同年5月に刑事司法改革の根幹をなす刑事訴訟法改正法や裁判員法等の重要法案が通常国会に提出され可決されて現在の基本法が成立するに至った。ただ、ここでも取調べ可視化の問題は積み残されることが確実となったため、裁判員裁判の運用を含む実務上の重要課題を議論するため、同年3月に法曹三者（日弁連、最高裁、法務省・最高検）の協議の場として「刑事手続の在り方等に関する協議会」が設置された。そこでは、裁判所側から、「裁判員制度施行までに、自白の信用性について立証責任を負う検察において、より客観的な資料に基づく分かりやすい立証を行うための方策を検討し、実現していただく必要がある」との見解が表明された^(注20)。このような裁判所の援護射撃(?)も得て日弁連は可視化論を推進させていった。そのダイナミズムが基本法成立の際の附帯決議にも結実した。すなわち、衆議院法務委員会は、同年4月23日、「政府は、最高裁判所、法務省及び日本弁護士連合会による刑事手続の在り方等に関する協議会における協議を踏まえ、例えば、録画ないし録音による取調べ状況の可視化、新たな捜査手法の導入を含め、捜査又は公判の手続に関し更に講ずべき措置の有無及びその内容について、刑事手続全体の在り方との関連にも十分留意しつつ検討を行うこととし、本委員会は、裁判員の

の潮流になった取調べ可視化』。また各国の実情を紹介したものとして、松田岳士「イタリア被疑者取調べと弁護士立会い」カウサ5号74頁（2003年）、指宿信「カナダにおける取調べ可視化と目撃証言問題 ソノフォー事件調査委員会報告によせて」季刊刑事弁護38号（2004年）144頁、財前正和「台湾における可視化の実情」季刊刑事弁護39号（2004年）87頁、山下幸夫「韓国視察から学ぶべきこと」季刊刑事弁護39号（2004年）93頁等。

(注19) 結論は否決に終わっている。

(注20) 岡慎一「『取調べ状況に関する立証』についての刑事訴訟規則制定の経緯」自由と正義56巻10号（2005年）116～117頁。

参加する刑事裁判に関する法律施行までに実質的な議論が進展することを期待する」との附帯決議をした。また、同年5月30日、参議院法務委員会は、これに加え、上記課題（取調べの可視化をもちろん含む）の裁判員制度施行までの「実現を視野に入れ 実質的検討を行うこと」を政府に求める旨の附帯決議をしたのである^(注21)。

3 検討

2003年から2004年にかけての可視化論に特徴的なのは、裁判員制度の導入が現実のものとなったことによって裁判実務サイドからの問題提起がされ、従前から可視化を主張してきた日弁連サイドの主張と事実上合流したこと、その流れの中で取調べ全過程の状況・経過の録音・録画による可視化論が書面による可視化論を凌駕する勢いで広がりはじめたことである。

裁判実務は裁判員に審理を実質的に理解し評議してもらう責務があるから、任意性審理を分かりやすいものにするに切実な危機感をもっている。したがって、それが伝聞法則との関係で供述証拠か非供述証拠かとか、実質証拠として用いることができるかというテクニカルな議論は別にして、取調べの過程・状況を書面化した書証を取り調べるよりも取調べ全過程を録画・録音した媒体を取り調べることを望むのは自然の理というべきであろう。多田の所説（前記二1）が示すとおり、従前の学説及び弁護実務は、取調べ中心主義の捜査実務を存続させ、刑事手続全体に大きな歪みをもたらしている原因は、裁判実務が取調べ受忍義務を前提にした代用監獄における長時間・長期間の取調べを事実上容認し続けたことにあるとしてきた。その意味で、弁護実務と裁判実務は取調べの評価をめぐる交わらない平行線のようにも思えたのだが、裁判員制度の導入という大変革が平行線の角度を変え接点をつくったのである。角

^(注21) 小坂井久「現実的な立法課題となった『取調べの可視化』」季刊刑事弁護39号（2004年）80頁。

度の変化は裁判実務ばかりではなく弁護実務の方にもあった。前記のとおり、日弁連の主流を形成した可視化論は、理念としてその権利性を強調するだけでなく、実践として当然あるべきことであり、かつそのことが捜査実務を含むすべての利害関係者にメリットをもたらすことを強調する現実的な側面をもっていった。日弁連が必要以上に理念論に拘泥せず現実論に比重を傾けたことにより、保守的・現実的な裁判実務と交わる余地が生じたのである。その交わった部分が、録音・録画による取調べ全過程の可視化であった。DVDによる一部録音・録画をめぐって現在議論されているところであるが、録音・録画による可視化を考える場合、一部では実益が乏しく全部の可視化が望ましいことはいうまでもない。例えば、自白に転じて供述調書が作成された後、その供述調書を読み聞けする部分だけが録音・録画された媒体が再生されても、事実認定者は自白に転じた理由・経緯を検証することができない。任意性立証について決定的なのは自白した事実そのものではなく自白が採取される過程である。小坂井らが正当に指摘するとおり、自白に転じた後の取調べの録画は、「自白調書に被告人の署名押印がある」、「自白上申書が存在する」、「自白を録音したテープが存在する」といった従来の主張・立証方法と本質的に変わりなく、したがって従来どおりの水掛け論が繰り返される危険が大きいのである^(注22)。そうだとすると、簡明で効果的な審理方法を求める裁判実務と、ブラックボックス化された取調べの実態に悩まされ続けてきた弁護実務が、取調べのすべての過程を再現することが必要だという同じ結論に至ったのも、自然なことといわなければならない。こうしてみると、取調べの全過程を録音・録画することで議論の大勢は定まったようにもみえるが、ことはそう簡単ではない。捜査実務からの反対論も根強く、激しい論争が現在に至るまで続いている。その内容を次項以下で検討しよう。

^(注22) 小坂井久・中西祐一「取調べの可視化制度と検察庁による取調べの録画試行」自由と正義58巻10号(2007年)49頁。

四 可視化論争

1 検察実務からの反対論

可視化を阻止したい検察実務もこの間手をこまねいていたわけではない。留保なしの全面可視化に反対する立場から反論が試みられている。平成15年(2003年)6月に発表された本江威憲(元)検事の「取調べの録音・録画記録制度について」判例タイムズ1116号4頁以下が、その代表的な論考である。

本江論文は、真実を知る被疑者・関係者から供述を得ることでしか解明・検挙できない事件があること(真相解明における取調べの重要性)、わが国の実体法・手続法の体系を前提にすると主観的要素をも供述証拠で立証せざるを得ない事情があること(刑事実体法・手続法の在り方からの要請)、犯人が罪を認めて反省悔悟の意を表すことは単に真相解明にとって必要であるのみならず被疑者の改善更生にとって重要な意味があること(取調べの刑事政策的機能)をあげて、刑事司法における取調べの意義・機能を強調する。そのうえで、生の人間同士がぶつかり合いながら信頼関係を構築していく取調べの実情からすれば、「そのやりとりがすべて録音され、将来の公判で明らかにされるとしたら、被疑者も取調官も、取調べにおける一言一句が将来公判で再生されることを意識せざるを得ないことになる。そのような状況においては、被疑者が真実を述べることを期待することはもはやできない」とし、取調べの真相解明機能が著しく阻害されると指摘する。そしてその結果、「必ずしも、真相が十分に解明されたとはいえないまま、起訴がなされ、裁判が行われるという事態が」予想されるから、可視化を論じるにあたっては、「捜査の在り方、さらには訴追及び公判審理の在り方、刑罰法令適用の在り方、これらを包含する刑事司法の構造全体を抜本的に見直すか否かを問題としなければならず」、「具体的には、訴追に必要とされる証拠の基準その他の捜査・訴追の在り方、黙秘権の在り方を含めた被疑者・被告人の供述の取扱いの在り方、取調べを行わないで真相に迫るこ

とを可能とする捜査手法（おとり捜査の一般化、刑事免責制度の導入、通信傍受の拡大等）の許容、情況証拠による事実認定を適切に行うための方策、犯罪事実の認定と量刑の関連についての実体法、手続法の在り方など、様々な角度からの検討が必要」だとする。

かかる立論は、要約すれば、可視化は取調べの真実発見機能を阻害するから、代替立証手段の確保などを含めた刑事司法全体の再構築なしに安易に可視化を実現するのは危険である、これに尽きると思われる。裏返せば、代替会立証手段を確保するなどすれば取調べという捜査手法の比重は相対的に低下する、このようにして刑事司法全体のバランスをとったうえでなら取調べの可視化も全くあり得ないではないことを含意していることにもなる。このような考え方は、捜査・公判から刑の執行・矯正にまでかわり刑事司法全体をひとつの有機的システムとして把握する傾向の強い検察官に特徴的なものである^(注23)。秋田真志弁護士は、このような考え方を「刑事手続全体論」と呼び、「法務省・検察側は、刑事手続全体を問題にすることもないまま、ひたすら『刑事手続全体論』のシェルターに逃げ込み、取調べ可視化の議論を避けようとしているかのようである」が、「重要なのは『刑事手続全体論』により海外との違いを強調することではない。取調べ可視化こそが、制度を超えた世界の潮流であること、すなわちグローバル・スタンダードであることを認識すべきである」と手厳しく批判する^(注24)。秋田の指摘は正論であるが、筆者自身は、刑事手続全体論そのものは別に間違いではないと思っている。国家対個人という対立図式構

^(注23) 本江論文と全く同時期に発表された山上圭子検事の「英国における取調べの録音制度について」法律のひろば56巻6号71頁以下は、このような考え方を比較制度論の方法により具体的に表現したものである。すなわち、同論文は、当時取調べ可視化の先進国であった英国の制度が可視化論者によって引用されることが多いことを意識し、実体刑罰法規、訴追に要する嫌疑の程度、有罪答弁制度の存在、陪審制の存在等、彼我の制度の相違点を指摘したうえで、「諸外国の各制度は他の関連する制度全体の中で機能しているものである以上、刑事司法全体や運用の実情を十分に踏まえて検討することが必要で」あり、「ある制度の導入の可否を考えるに当たっては、我が国の刑事司法全体に与える影響を考慮しながら検討されなければならない」とする。

^(注24) 秋田真志（前掲注17）91～92頁。

造の中で国家権力に対し闘争的にならざるを得ない弁護実務が、可視化論そのものの是非を見据えよ、刑事手続全体論に逃げ込むなど批判するのは立場上当然のこととして理解できる。その反面、挙証責任を負う検察実務が、代替措置なしに取調べという捜査手段を手放せといわれても容易に応じられないことも、少なくとも事実行為のレベルではよく理解できる。筆者は、そのことに何度か触れてきた^(注25)。したがって刑事手続全体論そのものがいけないという気はないが、問題は、可視化論議をめぐる刑事手続全体論に説得力があるかないかである。この刑事手続全体論は2つの要素からなりたっている。ひとつは取調べに代替困難な真実発見機能があるという命題であり、もうひとつは可視化によってその機能は必ずや害されるに違いないという命題である。後者は前者を論理的な前提にしているので、さしあたり、本江(元)検事の可視化反対論を検討するにあたっては、取調の真実発見機能は事実存在するのか、存在するならば具体的にいかなる内容のものなのか、それが捜査機関が主張するようなアンタッチャブルなものなのかなどを検討すればよいであろう。

2 真実発見論のパラドクス

贈収賄や組織的犯罪等、関係者の供述がなければ真実の発見・刑罰権の適正な実現が困難な事件類型があるのはそのとおりである。このような類型の一定のものにつき自白をはじめとする供述証拠がなければ検挙・処罰が不可能だというテーゼは、捜査官の主観的体験に裏付けられ、確信の域に達した強固なものといっている。しかしである。よく考えてみるとこの論法は、供述した内容が結果的に有罪と認定され、それが確定して国家権力により社会的な真実であるとオーソライズされたものについて初めて成立するはずのものである。であるのに、捜査段階ですでに「真実」が措定されているかのような倒錯した論理

^(注25) 拙稿「刑事司法改革の展望と課題 20年改革の軌跡に寄せて」琉大法学第75号(2006年3月)、120~121頁、134~135頁、136~137頁。

をどう評せばいいのであろう。もちろん捜査段階で捜査官が真実と思った内容が最終的に真実であることも多い。その場合は例えば自白を得たことが結果的に真実発見に大きく寄与する。しかしそうでない場合、捜査官が確信した真実が実は真実ではなく、被疑者の弁解ないし黙秘するところがより真実に近かった、あるいは真実そのものであった場合はどうなるのであろう。多くを説明するまでもない。いったんは任意の名の下、捜査段階で自白の得られた悲惨かつ深刻な日本型冤罪事件の存在が、そのような場合に何が被疑者の運命に待ち受けているかを示している。そのような現実を目の前にしても、なお可視化論（それ自体は取調べという捜査手法の存在を前提にした主張である）を拒否するというのは、取調べが解明する（と論者がいう）目的であるはずの真実ではなく、その手段たる取調べという捜査手法それ自体を守れという論法だといわれても仕方ないように思える。またそもそも取調室の中で語られる真実とは、自分の置かれた地位・社会的状況や前科関係まで含め、訴追側が厳しく追及する犯罪事実を認めることが端的に損か得か、そのような打算を含む判断にもとづき語られる「真実」であることも少なくない。そのことに触れず、すべての自白が被疑者の真摯な悔悟・反省を経てなされる実体真実に完全に合致したものであるかのように立論するならば、それは誇張というほかないであろう。もちろん、被疑者の反省や更生を願って誠実な態度で取調べに望む捜査官もいるであろう。取調官一般をそして取調べ一般を否定しているのではない。密室の中で行われる取調べという捜査手段には、主観と客観が混同されがちな危険が常につきまとうのであり、そのような捜査手段にこれからも重きを置いていくのがはたして妥当なのかという、まさしく刑事司法全体論の立場から疑問を表明しているのである。忌まわしい冤罪事件が起こるたびに、捜査機関側は取調べを適正化するべく取調官の自覚や綱紀の肅正を説き^(注26)、また近時の志布志

(注26) 例えば国家公安委員会「警察捜査における取調べ適正化について」（平成19年（2007年）11月）、「警察捜査における取調べ適正化指針」（平成20年（2008年）1月）。

事件や富山事件では内部調査を行ってその結果を公表した^(注27)。他方、事実認定にあたる裁判所は供述の任意性・信用性が争われた事件を網羅して詳細な実務的研究を行い、任意性・信用性評価の注意則を精緻化してきた^(注28)。しかしこのような努力にもかかわらず日本の冤罪事件が後を絶たない。これはもはや実務家個々の資質・能力・心がけの問題にとどまるものではなく、現行刑事司法システムそれ自体に構造的欠陥があって、それゆえときどきシステム上のブレイクダウンが起こると考える方が自然であろう。小坂井が明快に指摘しており、「これはたまたま、鹿児島と富山に心得違いの捜査官がいたといった話ではない」。「制度そのものの問題」であって、現行法を前提に直ちにとれる解決策としては、「取調べの過程・状況を、たとえ事後的にでもあっても、客観的、かつ、ダイレクトに検証できるシステムにすること」^(注29) しかないように思われるのだ。

もう一度冷静に考えてみよう。捜査官が「真実」というとき、そこに表現されているのは、自分が「真実」と信じる事実関係が被疑者の口から語られたことを指しているのであって、それがはたして「真実」であるか否かは神ならぬ人間の身には検証できない。換言すれば、捜査・訴追機関が「真実」というとき、それは自分たちが目の前の被疑者を真犯人と確信したという主観的真実のことを指す。しかし、その主観的真実が制度的に昇華され曲がりなりにも客観的真実といえるようになるのは裁判確定の段階のことである。取調べに限らず捜査機関による真実発見論は、自分たちが真実と思う事実を支える捜査手段は真実発見に資するが、そうでないものは真実発見を阻害する。その論理にとら

^(注27) 最高検察庁報告書「いわゆる氷見事件及び志布志事件における捜査・公判活動の問題点等について」(平成19年(2007年)8月)、警察庁報告書「富山事件及び志布志事件における警察捜査の問題点等について」(平成20年(2008年)1月)

^(注28) 代表的なものとして、司法研修所編『自白の信用性 被告人と犯行の結び付きが争われた事例を中心として』(1991年)

^(注29) 小坂井久「取調べ可視化論の現在・2008 裁判員裁判まであと1年の攻防」季刊刑事弁護54号(2008年)9頁。

われている気がする。そしてこの論理は、真実を発見する以前に真実がすでに指定されてしまっている点において典型的なパラドクスである。小坂井はこのことを次のように分かりやすく説明している。「なるほど、それぞれの取調官がその情理を尽くした取調べの結果、ようやく『真相』が語られたと確信されるという体験自体は、貴重であろう。しかし、その情理を尽くした取調べによる供述の出方は、事後的にでさえ検証不能なままである。あるのは取調官の確信のみで、誰も検証できない。これは、検証できないようにしなければ、真実が語られないという論法でしかない。その『真実』がどのように『真実』のものとして語られたかを検証してはならないというのであって、どこまでいっても不可知論にすぎない。私たちは、この論法を『悪質なパラドクス』と呼んでいる」。^(注30)

被疑者・被告人も捜査機関も裁判機関もそして国民一般も、最終的に「真実」と受け入れざるを得ない事実関係を確定するのが手続の目的である。にもかかわらず、その比較的初期の段階で「実体真実」なるものが捜査機関によって主観的に指定され、それに合致するもの（例えば自白）は反省悔悟に基づく好ましいもので、合致しないもの（例えば取調べの録音・録画）は真犯人の更生の機会を奪いかねない夾雑物であると捜査機関が選別する。これは考えてみればおそろしいことである。捜査機関がよく治安維持重視型の刑事司法運営の前提としてもちだす「善良なる国民」は、自分が被疑者の立場に立たされた場合、もし真実が「無罪」であったとするならば、神様のような偏りのない目で証拠を多角的に検討し、コストを度外視し組織内の圧力をはねのけて「真実」を貫く捜査官が事件を担当する僥倖を望むほかなくなる。国家権力を行使する側が常に水戸黄門や大岡越前のように立派であればそれに越したことはない。しかし、残念ながらそうでない場合も少なくない。そうでない場合を想定して手続を進めないと生身の人間の人生を根底から破壊する。時には死刑執行という形

^(注30) 小坂井（前掲注12）14頁。

で生命すら奪ってしまう。そのような認識のうえに近代刑事司法は成立したのではなかったか。富山事件や志布志事件の担当検事が、警察段階から維持された自白を真犯人による真摯な反省悔悟の表れとみたのか、「警察段階の自白には一抹の疑念があるが、あえて県警とことを構えることもあるまい。」と思って起訴したのか、それは第三者には知るよしもない。しかし、21世紀の現代にもこのような事例が後を絶たない以上、単なる刑事手続全体論はもはや説得力をもちえない。「刑事司法は有機的に関連して機能する一個のシステムであり、ある制度だけにフォーカスしてその是非を論じるのではなく、全体のバランスを図る見地から論じなくてはならない。」との一般論ではもはや国民は安心して暮らせない。痴漢冤罪事件などを想起すれば分かるとおり、いつ自分が青天の霹靂のように「被疑者」と呼ばれる立場に立たされ、とんでもない災難が降りかかるか分からないからである。刑事手続全体論をいうならば、論者は、「録音・録画による全面可視化を実施した場合には、これまで供述証拠が得られて結果的に首尾よく犯罪を処罰できた事例のうち、これこれの検挙・立件にこのような形で困難を来すことが予想される。その反面、捜査段階で自白し、公判で激しく争われて『冤罪』といわれても仕方のない結果に終わった事件のうち、これこれはこの段階で虚偽自白を見抜けたものと思われる。その最終的な利害得失は国民の判断に委ねる。」という形で議論を提起すべきであろう。しかるに現在までそのような姿勢はみられない。そうである以上、録音・録画による全面可視化が次なる立法課題として論じられるのはやむを得ないというべきであろう。

五 録音・録画による全部可視化論

1 吉丸試案

現在最も具体性があり、議論の中心となっているのは、録音・録画の方法により取調べの全過程を記録すべしとの全部可視化論である。以前から弁護実務

サイドは可視化するなら全過程でないと意味がないとの立場を採っていたが^(注31)、具体的な制度論をはじめて試論として公表し、議論の土台を形作ったのは吉丸眞（元）判事による「録音・録画記録制度について（上）」判時1913号16頁以下（2006年2月）及び「同（下）」判時1914号（前同）19頁以下である（以下、便宜上「吉丸試案」という。）。

吉丸試案の特徴は、原則として取調べ全過程の録音・録画を必要とする一方で、可視化反対論にも配慮してか、被疑者の意思による録音の中止・停止を認め、また事件類型によって録音・録画を必要としない場合を認めるなど一定の限度で例外を認めることにある。まず吉丸試案は、被疑者に対し録音・録画する旨を告知したうえ、被疑者が取調室に入ったときに開始し、退出したときに終了する録音・録画制度を実施すべきだとする^(注32)。これは正論であろう。録音・録画するならば、基本的に全過程を記録するのでなければ意味がない。一部であれば、それがいかなる意味で一部であるのか、なにゆえ一部で足りるのかをめぐってまた争いが生じる可能性がある。そのような事態が現実のものとなれば、手間暇かけて録音・録画した意味が失われる。全体を記録しておいてどちらの立場から異議が出ようと当該記録を調べれば決着がつくという形にしておかないと、そもそも録音・録画しておく意味がない。ところがその一方で、吉丸提案は、まず被疑者の意思による録音の中止・停止をひとつの例外として認める。その理由を同提案は次のように説明する。「法律上、録音・録画について被疑者の同意を要件とする必要はないと思われる。しかし、被疑者が録音・録画記録制度の趣旨を承知の上、録音・録画することに異議を述べたときは、その意向は考慮すべきであろう。また、被疑者が異議を述べているのに、敢て録音・録画をしようとするれば、被疑者が供述を拒むなど、取調べに著しい困難

^(注31) 小坂井（前掲注12）16頁は、「全過程が不可欠」だと明言する。

^(注32) それぞれの時刻が記録上に表示されることが前提である。本文掲記の吉丸眞「録音・録画記録制度について（上）」判時1913号21頁。

をきたすおそれがある」。^(注33) 一見もっともな提案に見えるが、実は重大な疑問がある。それは、被疑者が任意に異議を述べたことをどうやって検証するのだろうかということである。任意の名の下、事実上取調官の主導で中止・停止の措置がとられることは十分ありえる。それが杞憂でないことは自白の任意性が深刻な争点となった事件の中身を検討すれば明らかなことだ。任意性の前提となる事実の任意性をどうやって担保するのか。この問題はどこまでいっても密室的状況をめぐる水掛け論につきまとわれるのである。このような原理的問題もあるが、現実の問題としても、これまで自白の一部のみを録音したテープが自白の任意性・信用性を裏付ける証拠として提出されたが、結論として任意性・信用性が否定され無罪となった事件が存在する^(注34)。この事実が一部録音・録画の限界ないし弊害を示唆しているように思われる。したがって、筆者には思いつかない何かこれ以上の工夫があれば格別、現時点では一部可視化論に組することに躊躇を覚える。捜査機関側にも飲み下しやすくした現実的・折衷的な制度設計の巧みさは認めつつ、本稿では吉丸試案に対し疑問を留保しておく。

2 本江（元）検事の反論

吉丸試案に対しいち早く反応したのは、一貫して捜査実務の立場から可視化論に反対する本江威熹（元）検事である。本江は、「取調べの録音・録画記録制度と我が国の刑事司法」判例時報1922号11頁以下（2006年）において、(1) わが国の刑事司法において取調べという捜査手段のもつ意義・機能を強調し（同論文11～12頁）、(2) 吉丸試案に対しいくつかの技術的な疑問点を表明したうえ（同12～15頁）、(3) 比較制度的な見地から取調べのもつ比重が相対的に低い諸外国の制度に言及した（同16～20頁）。

^(注33) 吉丸眞（前出注32）22頁。

^(注34) 松山事件再審事件判決（仙台地判昭和59年7月11日判例時報1127号77頁）、高野山連続放火事件判決（和歌山地判平成6年3月15日判例時報1525号158頁）、北方事件証拠排除決定（佐賀地決平成16年9月16日判例時報1947号3頁）。

上記(1)は、前記四1の本江論文の再論であり、捜査実務一般が共有する取調べ観にもとづく可視化反対論の前提部分である。再度確認しておく、真相解明における取調べの重要性、刑事実体法・手続法の在り方からの要請、

取調べの刑事政策的機能を根拠に、このような意義・機能を阻害する可視化論には反対だとするものである。しかし、その根底にある真実発見機能を中核とする取調べ観については、すでに批判したとおり、真実を発見する以前に捜査官の主観が「真実」と指定されかねない構造的危険をはらんでおり、結果的に明々白白虚偽であった自白が問題になった冤罪事件が現在も存在する以上、可視化を阻む論拠として十分な説得力に欠ける。したがって、ここではこれ以上詳論しない。

また上記(2)で提示された具体的内容は、吉丸試案は、被告人が同意しない部分の録音・録画記録が公判で取調べられることは考え難いから、録音・録画しても供述の獲得が困難になることはないとするが、例えば被害者や第三者のプライバシーに関する事項を含む部分についてはそもそも被告人の同意で解決する問題ではない。また、取調べにおいては様々な話題が取り上げられ、行きつ戻りつしつつ、前の対話をふまえて後の対話が成りたつものであるから、その一部分だけを取り上げて被告人の同意を云々するのは不可能に近い。取調べ官の特定の言動が任意性に与えた影響が問題となるとき、その言動のもつ意味や被疑者に与えた精神的圧力は、プライバシー等に関わる赤裸々な供述部分を含む取調べ状況全体の中でしか正当に評価し得ない。したがって、検察官及び弁護人の良識ある訴訟活動と裁判所の適切な訴訟指揮によって、関係者のプライバシー等は保護できるとする吉丸試案は現実的でない。吉丸試案は、公判で証拠調べを行う立場の視点であって捜査官の視点とは異なる。いくら公判で取り調べられることは想定されないとか、関係者の適切な運用が期待されるとかいても、取調べをうける被疑者や取調べを行う取調べ官にとっては、取調べにおける一言一句が将来公判で再生されることを意識せざるを得ない。新

たな証拠開示制度（刑訴法316条の14以下）においては、録音・録画記録が証拠開示の対象となる点も決して無視できない。以上のようなものである。これまでの取調べを前提とした捜査官側の実情を述べるものとして理解できないわけではないが、裁判員時代における任意性立証という技術的な観点にとどまらず、取調べそれ自体の適正化を図る大きな視点から事後的かつ直接的な検証の可能性を問題にする現在の議論の到達点からすれば、いずれも本質的な事柄とはいえないように思える。上記、で指摘されたところは、むしろ全過程の録音・録画によって解決すべきものであり、はからずも一部可視化論のもつ技術的弱点を示したといえるであろう^(注35)。、で指摘された公開法廷での取調べや証拠開示による弊害については、弁護人に全面開示したうえ、問題となる部分を何らかの処理を施して再生するなど現代の技術を前提とすればいくらかでも工夫の余地はある。民事訴訟におけるイン・カメラの制度等をも参考にしつつ、場合によっては証拠調べの当該部分を非公開とすることなども考えられる。したがって、これらの点も反対論の決定的な論拠になり得るとは思えない。

上記(3)は、代替立証手段の確保などを含めた刑事司法全体の再構築なしに可視化のみを主張するのは非現実的であるとの見地から、起訴基準（英国）、出頭・証言義務（米国、ドイツ、フランス）、刑事免責及び司法取引（米国）、黙秘権の在り方（米・英）、通信・会話の傍受（米国）、覆面捜査・潜入捜査（米・英、フランス、ドイツ）、監視カメラ（英国）、DNAデータベース（英国）、長期間の被疑者勾留（フランス、ドイツ）といった諸論点を検討するものである。刑事司法制度論として非常に興味深く示唆にも富むが、現時点で捜査実務の立場から唱えられる刑事手続全体論については、すでに前記四2で検討し批判を加えた。その要点は、上記(1)に対する批判とまったく同じである。刑事手続

^(注35) 小坂井も、前記四1の本江論文に反論する中で、「本江論文が『全過程』でなければ争いが生じてしまうことを認めているのは示唆的である。」と指摘している。小坂井（前掲注12）16頁・注12。

全体論なるものも、結局は取調べの真実発見機能をその論拠とするからである。

以上検討したとおり、本江の反論も従前からの反対論に新たな根拠を付け加えるものではない。本江は、吉丸試案で「前提とされている取調べは、取調官が被疑者を厳しく追及するというイメージに余りにも凝り固められているように思われる。」としたうえ、このような「『厳しい取調べ』が行われる場合がないとはいえないが、我が国の現在の一般的な取調べの姿は、大変な困難を乗り越えながら、穏やかな説得的なものになってきているのも事実である。例外的な事例を念頭において、それが一般的な取調べの実態であるという誤解に基づき、現在の取調べの果たしている重要な機能を消滅ないし過少化してしまうような大転換を図ることは、将来に禍根を残すことになりかねない」という。本江のいう「厳しい取調べ」が例外的なものなのか、「穏やかな説得的な」取調べがむしろ例外的なものなのか。実証的な議論を可能にする材料が乏しく、水掛け論になりかねないので、本稿では取調べの実態をめぐる議論に立ち入ることはしない。しかし、可視化論者は（少なくとも筆者は）、「厳しい取調べ」を「念頭において、それが一般的な取調べの実態であるという誤解に基づき」可視化論を主張しているのではない。仮にそれが例外的な事態だとしても、「厳しい取調べ」にもとづき虚偽自白が得られた場合は、富山事件や志布志事件のような悲惨で重大な結果をもたらすことになる。そのことを刑事司法全体の中でどう評価し、位置づけるのか。このような実例を前にしてもなお、取調べの過程全体を事後的・客観的に検証できるシステムをなぜ本気になって検討しないのか。それを問うているのである。小坂井久と中西祐一は、「取調べ可視化（録音・録画）制度導入の必要性と構想について」判時1966号（2007年）3頁以下において、吉丸試案と本江の反論を比較対照して論じ、吉丸試案につき、「細部においては異論があるものの、基本的なところでは、極めて適切に可視化の必要性及び許容性を論証」し「制度構想に踏み込」んだものと評価したうえ、「可視化否定論者が主張されるような懸念には理由がなく、仮に全く理由がないとまで

はいえないにしても、現在の密室取調べを温存することは、『取調べの真相究明機能』なるものを保全する以上に、『密室取調べの冤罪生産機能』を温存させる結果となる」と総括した。本稿の問題意識もほぼ同様である。

六 学説の動向

1 可視化と適正化

前述のとおり（二1）、伝統的に学説は、弁護側から起こってきた可視化論には実務を追認・固定化する危険があり、弁護人立会等によって取調べを適正化するのが正しい方向性であるとの立場を採ってきた。刑事司法改革論議が進み裁判員制度の導入が現実のものとなっても、学説の主流は変わらなかった。

白取裕司教授の「捜査の可視化と適正化」自由と正義54巻10号（2003年10月）79頁以下は、その代表的な論考である。白取は、弾劾的捜査観の提唱、取調べ受忍義務否定論など理論的アプローチというべき学説の側からの取調べ適正化論は、精密司法と呼ばれる日本型捜査実務に対し変革の力とならなかったことを冷静に自認する。他方で、弁護実務からの可視化論を「捜査の適正化を制度的に担保することを企図する点で現実的」なものとして「実践的ないし制度的アプローチ」と呼ぶ。この状況把握は適切なものであるが、白取は、現行法上も弁護人立会権が認められるとする学説^(注36)が有力化しつつあることを指摘したうえ、「取調べの可視化を図るとともに、捜査の適正化を徹底するためには、

取調べへの弁護人の立会が最も有効であろう」という^(注37)。そして、弁護人立会まで進まない改革では取調べの適正化は難しく、「取調の不十分な『可視

(注36) 渡辺修『捜査と防御』（1995年）238頁以下、後藤昭『捜査法の論理』（2001年）158頁、高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』（2003年）100頁等。

(注37) 小坂井は、白取論文の論旨は理解できるが、「可視化の意義をいささか矮小化しすぎており、他方、弁護人立会を理念はともあれ、実務上の課題として過大に評価されすぎていているように思われる」とする。刑事弁護を实践する弁護士自身が弁護人立会を過大に評価しすぎだとする点が興味深い。小坂井（前掲注9）56頁・注10。

化』が実現しても、それが取調べの『適正化』に結びつくとは、必ずしもいえない」と結論する。題名が示すとおり、白取の主張は、取調べの「可視化」と「適正化」は異なるというものなのである。

前記吉丸試案を経て可視化の具体的制度設計が論じられるようになり、捜査側が取調べ状況の書面化や一部録音・録画等の措置をとらざるを得なくなっただけでなく、学説は懐疑的であった。例えば、中川孝博「取調べの可視化は進展したか・改善されたのか」法学セミナー630号（2007年6月）24頁以下は、「司法制度改革審議会以後の可視化の動きは、弁護士たちの動きは別として、『取調べ』の適正化の担保から、裁判の迅速化、裁判員裁判の施行を理由とした、『任意性・信用性立証の効率化』に重点をシフトさせつつある」と現状への危惧を表明する。そして、「日本における『自白に頼る捜査』は、密室、代用監獄（刑事施設）、取調べ受忍義務の三点セットにより維持されてきた。取調べの適正化を図ろうとするならば、これら三点の全てに対し、同時に、メスを入れる必要がある。」と指摘する。また、淵野貴生「被疑者取調べの課題」法律時報79巻12号（2007年11月）43頁以下は、「現在の可視化論の主流は、任意性立証の効率化・精緻化にあるように見える。」と中川と同様の認識を示す。そして弁護実務の可視化実践に対し「強く共感する」と心情的な理解を示しつつも、「取調べ受忍義務肯定の現状を前提にしたその主張は、戦略であって、権利ではない。取調べ受忍義務否定および代用監獄などの身体拘束のあり方とセットで論じなければ、可視化論は、現在の取調べ、身体拘束のあり方を微調整はするが、基本的枠組みは変えないという結論にお墨付きを与えかねない」とする。さらに、豊崎七絵准教授は、座談会「刑事訴訟法の現在と課題」法律時報79巻12号（2007年11月）6頁以下において、「取調べの可視化、あるいは取調べの適正化ということが裁判員裁判との関係でも盛んに言われているわけですが、その裏で代用監獄については、かつての廃止論の盛況はなく新しい法律で存続するという事になってしまったわけですし、あるいは取調べ受忍義務否定論も、取調べの可視化

論や適正化論に代わられるようなかたちでなかなか議論が盛り上がりません。」「そういう状況において、可視化や適正化自体を否定するつもりはないのですが、他方で権力に対する批判的分析が『可視化』や『適正化』のもとで相対化される傾向にあると感じています。」「一例を挙げれば、取調べが『適正化・可視化』されれば、代用監獄の廃止に至らなくても、諸問題は解決されるといった議論です。はたして本当にそうなのかという問題です。」と発言している（同29～30頁）。これらの論考から分かるとおり、学説の問題意識は、今もなお弁護人立会、取調べ受忍義務、代用監獄に集中しているのである。

2 渥美教授の刑事司法全体論

一方、捜査実務からの刑事手続全体論とはまた別に、犯罪者の再社会化まで含め刑事司法全体を一個の機能的なシステムと把握する立場から、可視化に疑問を呈する見解も表れた。渥美東洋教授は、「取調べの可視化；とりわけ電子録音・録画＝いわゆる可視化について」判例タイムズ1262号（2008年5月）40頁以下において、次のようにいう。「取調べ全過程の録画・録音を求める『可視化』提案は、科刑、犯行の予防・減少の全システム、つまり刑訴法だけでなく、執行猶予、仮釈放、保護観察法、児童福祉法、一連の被疑者保護法などを含む犯罪の全システムを視野に入れていない。」「日本には保護観察（官）制度が欠けているため、「起訴猶予と刑の執行猶予とりわけ保護観察付刑の執行猶予という処分を下す対象者の犯行・非行の背景事情が、捜査機関の取調べの内容となる」。したがって、取調べ全過程の録画・録音を制度として導入すると、この事情がすべて法廷で明らかになり、「その結果、犯行・非行の予防・減少、犯行者の社会復帰・再社会化を大幅に害することになる」。日本の伝統的な被疑者取調べにおいては、「再社会化・社会復帰に役立つように、取調官と被疑者の意思の交流による一種のカウンセリング・セラピーに近い、双方の信頼関係を築く技能こそが取調官に求められるものであった」。であるのに、「最近の、無罪者を

有罪判決に不当に導いた取調べの事例は、日本伝統の、かつて、我々が検察官実務修習で訓練され教育されたものとは大きく異なっている。捜査も公判も、『人間力の勝負』であった時代は、すでに過去のものになってしまったのだろうか。そうだとすれば、実務は猛反省すべきである。」「取調べの録音・録画を採用できる諸外国」においては、「ダイバージョンによる、いわゆる修復正義又は、リアル・ジャスティス又はバランスのとれた修復正義（BARJ）による有罪を自認した被告人」のための、公判手続とは異なる手続が存在する。このような「手続きの開発を全く予定しない日本で、取調べの録音・録画だけを立法化することが、犯行・非行の予防・減少を図る『全犯罪』システムの目的に適するだろうか。科刑のみを考える正式の公判システムと刑の執行システムだけを取り出して、公判手続きでの科刑根拠の認定だけを重視し、犯行・非行の予防を図る刑法のもう一つの目標のシステムの改善や開発にも有効でなく、そもそも犯行・非行の予防と目標を害するような結果を受け入れることができるだろうか。」

3 検討

まず取調べ全過程の録画・録音に対し、任意性立証効率化の道具に使われるのではないかとの危惧を示し、むしろ弁護士立会、取調べ受忍義務の否定、代用監獄の否定が正しい処方箋ではないかとの所説について。筆者は、率直に言って、今なおこれらの学説が弁護実務からの取調べ可視化論に懐疑的な態度をとる理由がよくわからない。たしかに理論的に突き詰めていけば、あるいはこれらの学説が正しいのかもしれない。しかし、すでにみたとおり（前記二）、その内容は基本的に何十年も前から主張されてきたことである。それが何かの変革の契機になったかということ、現実には周知のとおりである。検察実務・裁判実務が硬直化し、学説が日本の刑事司法を「絶望的」と評したころ、学説と弁護実務は概ね共同歩調をとって冬の時代を闘っていた。1980年代半ばころから

「刑事弁護のルネッサンス」というべき捜査弁護強化の動きがはじまり、司法改革論議を経て現代にいたるわけだが^(注38)、その中で現実に被疑者・被告人の権利保障強化に貢献したのは、取調べ受忍義務否定論のような理論ではなく、当番弁護士制度に代表される実践であり、現実に弁護士たちが流した汗であった。このような経緯に照らし（それは学説が同時代的に体験した紛れもない事実であり、ひとつの「学説史」である）、どちらが変革をもたらす可能性が大きいかは明らかと思われるのに、どうして例えば小坂井久や渡辺修が主張する「包括的防御権」をめぐる議論に参加しないのか、それが筆者にはよく分からないのである。おそらくこのような言説に対し、論者は「その主張は、戦略であって、権利ではない。」というのであろう。しかし、小坂井や渡辺が主張するのは、弁護人依頼権や自己負罪拒否特権から、あるいは被疑者・被告人という地位そのものから導き出される（と彼らが主張する）「包括的防御権」という「権利」そのものである。彼らは「権利」を前提に可視化論を主張しているのであって、法解釈・法制度が動かないことを前提に「可視化論」を主張しているのではない。またそもそも「権利」の主張が「戦略」の選択より価値的にまさるといふのなら、刑事訴訟法という法のあり方の本質が、法実践の中で浮かび上がったダイナミックな姿ではなく、「権利」という価値から演繹的に導き出されたステティックな姿にあることを論証すべきであろう。そうでない限り、少しでも現実を動かす可能性の高い理論、目の前の被疑者・被告人を救い冤罪を阻止できる可能性のある理論を求めて時代が動くのはほとんど歴史的必然と思われる。弁護実務が伝統的な学説と袂を分かち、裁判実務から起こってきた吉丸試案のような議論と合体して新たな可視化論の流れを作りはじめたのがその証左である^(注39)。筆者は、この点に関しては、小坂井の「明日直ちに、理想的な刑事司

^(注38) 拙稿（前掲注25）157～163頁。

^(注39) 本文前掲の小坂井久・中西祐一「取調べ可視化（録音・録画）制度導入の必要性と構想について」判時1966号（2007年）3頁以下、小坂井・中西（前掲注22）41頁以下。さらに小坂井（前掲注29）12頁の記述をも参照。

法制度ができ上がるというのでない限り、現実の改革課題は、必ず優先順位をもつ。まさに実現するというリアルな場面においては、その道筋・方途を誤ることは許されない。」^(注40)という言葉に共感する。

次に、渥美教授の刑事司法全体論について。渥美の立論は、刑事司法が一個の有機的システムであるとの認識にもとづき、被疑者の取調べに刑事政策的な機能があることを前提にして、取調べの可視化はこの機能を害するおそれがあるから、刑事司法の別のパートに代替機能が確保されない限り、軽々に可視化を導入すべきではない。以上のようなものと理解される。まず刑事司法は個々のパートが有機的に関連してはじめて機能する一個のシステムだという認識については筆者も同意見である。それは刑事司法を論じる際の筆者の基本的スタンスといってもよい^(注41)。しかし、渥美の議論はあまりに制度論・政策論に傾きすぎる印象を受ける。諸外国のダイバージョン制度までもちだし、刑事司法のどの段階で犯罪者の再社会化に必要なカウンセリング機能を果たすかを議論しはじめれば、ほとんどすべての段階の制度・運用に異を唱えることが可能となる。なぜなら情状立証のためかけずり回る弁護活動も、被告人を尊厳をもったひとりの人間として扱う裁判所の訴訟指揮や判決宣告の際の説示も、刑の執行等に携わる刑務官・法務教官をはじめとする矯正機関職員の日々の仕事も、保護更生にボランティアで携わる市民の善意も、すべて犯罪や非行を犯した者の再社会化・社会復帰に影響を与える因子だからである。現行制度を前提にしても、矯正、保護及び更生にあたる各機関の機能を再評価・強化するなど、いくらでも現実的な措置はとりえるように思われる。それには触れず、諸外国のようなダイバージョン手続がないから取調べの可視化は危険だというのは、いささか飛躍した議論ではなからうか。渥美は、「法の犯行・非行予防、再犯防止・減少のシステムのあり方、身柄拘束のシステム、被疑者、参考人の取調べ時の

^(注40) 小坂井（前掲注29）12頁。

^(注41) 拙稿（前掲注25）122頁、130～131頁、134頁、136頁、152頁等参照。

意思の自由の保障のシステム、それに行政過程、政府活動でのアクセス度（可視度）の向上による権力の濫用防止の民主主義の関心」等を列挙し、これら「システム間の複数の目的」を「熟慮し、立法化と運用のうち、最も中庸の途を探求しなくてはならない」^(注42)という。しかし、「最も中庸の途を探求」しようとこれらシステム間の均衡・調整につき「熟慮」している間にも、富山事件や志布志事件のような、システム間の均衡・調整といったレベルでは到底論じられない事件が現実にかかる。そのことをどう受け止めればいいのかであろう。その危機感の薄さが気になるところである。相変わらず定期的にトラブルが起こること、そしていったん起こった場合の結果が甚大なことからして、システムはすでにブレイクダウンしているとみるべきではないか。また、渥美の立論の前提をなす取調べの刑事政策的機能についても少なからず疑問がある。これは被疑者や参考人と全人格的に向かい合い、人間どうしの生のぶつかり合い・葛藤の中で供述を得ることに成功してきた捜査官がひとしく強調する機能であり^(注43)、前記四1の本江論文も可視化反対論の根拠のひとつにあげていた。筆者も、犯人の更生を願い真摯に取調べにあたる取調官の存在を認めるのにやぶさかではない。また、苦勞のすえ説得に成功し良質な供述を獲得した成功経験が捜査官の自負心の源であり、いわば捜査官の醍醐味として強いこだわりをもつ部分であろうことも心情的には理解できる。しかし、このような議論に対しては、前述した「真実発見論のパラドクス」を再掲すれば、原理的な批判として十分であろう。捜査官が真実を供述させることに刑事政策的意義があるというとき、そこでいう「真実」とは目の前の被疑者が真犯人であるという主観的

(注42) 本文前掲の渥美論文46頁。

(注43) 例えば清水勇男（元）検事は、「取調べの要諦は、つまるところ対人コミュニケーション能力であり、相手のことを尊重し十分調べ上げた上で、相手の人生を惜しむ気持ちをもって明鏡止水の心境で臨むことが大切である。粗暴・下品な言辞を弄したり、押し問答・水掛け論に陥るのは論外で、生まれつきの悪人・悪党などおらず、いつの間にか心に巣くった魔物を追い払い、真人間に戻るための手助けをするのが取調べの本質と心得るべきである」という。『捜査官 回想の中できらめく事件たち』329頁以下。

真実を指す。それが本当に客観的真実なのかどうかは、その時点では検証するべきがない。そうであるからこそ、真実犯人でない者がかたくなに犯行を否定するとき、犯人であることが「真実」だと考える取調官によって度を過ぎた取調べが行われる。そしてその結果、抜きがたいトラウマを生じさせ捜査機関のみならず司法制度全体に回復しがたい不信の念を植えつける。そのことはいわゆる冤罪被害者が書きたいいくつかのもの^(注44)を読めば明らかである。これは渥美の強調する刑事政策的観点からも最悪の事態であろう。取調べがカウンセリング・セラピー的な機能を果たす場合があることは筆者も否定しない。しかし、であるからこそ、諸刃の刃として、取調べには刑事政策が拠って立つ根本である国民の信頼を根底から破壊する危険も内包されている。そのことに無自覚な議論は、もはや説得力をもちえないように思われる。

七 裁判員時代を迎えて

1 取調べの一部録音・録画の試行

従来の法廷における取調べ状況をめぐる水掛け論と公判の長期化は、挙証責任を負担する検察官にとっても頭の痛い問題であったろう。検察庁は本来現実対応能力にすぐれた組織であるから、裁判員制度施行を控え、裁判員裁判の審理に耐えうる任意性・信用性立証のあり方について当然問題意識をもっていたはずである。しかし取調べ可視化による任意性立証は、いわば捜査の聖域に踏み込む議論であるから、容易に結論は出せない^(注45)。その一方で施行が近づく

^(注44) 石原悟・松井清隆『酩酊えん罪 裁かれるべきは誰か』、『同 Part 2 (完結編)』(2003年)、鈴木健夫『ぼくは痴漢じゃない! 冤罪事件643日の記録』(2004年)、矢田部孝司+あつ子『お父さんはやってない』(2006年)、上野勝・山田悦子『甲山事件 えん罪のつくられ方』(2008年)等。

^(注45) 長谷川充弘「裁判員裁判の下における捜査・公判遂行の在り方に関する検察試案について」ジュリスト1310号(2006年4月)115頁は、この時点でもなお、最高検は、「新たに設けられた刑訴規則198条の4の規定も踏まえ」、「効果的・効率的で、裁判員にも分かりやすい立証を行」うための「具体的な方策の検討を急ぐ」と述べるにとど

につれ、弁護サイドからの全面可視化論が勢いを増してくる。そのような流れの中、最高検察庁は、平成18年（2006年）5月9日、裁判員裁判における被告人の自白の任意性の立証方策の検討の一環として、裁判員裁判対象事件に関し、立証責任を有する検察官の責任と判断において、任意性の効果的・効率的な立証のため必要性が認められる事件について、取調べの機能を損なわない範囲内で、検察官による被疑者の取調べのうち相当と認められる部分の録音・録画の試行を行うことを発表した^(注46)。対象を裁判員裁判対象事件に限定し、誰にいわれたからというわけではなく、ましてや国家の義務としてではなく、検察官の責任と判断において、つまりその権限の行使の一態様として、あくまで任意性立証の効率化のため（裁判員裁判という現実に対応するため）、捜査官が刑事司法の核心と心得る取調べの真実解明機能や刑事政策的機能を害さない限度で、取調の全部ではなく検察官自身が相当と判断した一部だけを試行的に録音・録画する。翻訳すればこういうことになろう。用心深く何重にも張り巡らされた堀のかなたに鎮座する城の本丸のような、取調べの一部録音・録画試行のあり方が、検察庁の取調べという捜査手段に対する執着の強さをよく表している。そうであるにしても、DVDを記録媒体とするこの試行が非常に興味深い実験であることに変わりはない。この試行は、同年8月から東京地検ではじまり、翌平成19年（2007年）3月からは比較的規模の大きい13の地検を加えて続けられ、同年12月末までに全国で合計170件の事例がえられたとされる^(注47)。最高検察庁は、これらの事例で作成された録音・録画等状況報告書やDVDの各写しを取り寄せ、その内容を見分するとともに、必要に応じ捜査・公判記録や判決書入手し、担当検察官から聴き取り調査を行うなどして実態調査を行った。その結果は、最高検察庁「取調べの録音・録画の試行の検証について」（平成20

まっている。

(注46) 本文後掲の最高検察庁「取調べの録音・録画の試行の検証について」（平成20年（2008年）3月）1頁。

(注47) 最高検報告書（前掲注46）1頁。

年（2008年）3月）と題する報告書にまとめられ、公表されている。本稿ではその仔細な分析まで行うことはできないが、第一級の資料であることは間違いない。

ところで、この報告書によると、現場の検事の判断により実際に行われた録音・録画にはふたつのタイプがあったという。ひとつは、「既に作成し、証拠調べ請求を予定している自白調書を被疑者に示すなどして特定した上で、自白の動機・経過、取調べの状況、当該自白調書の作成過程、同調書に録取されている自白内容等について質問し、被疑者が応答する場面を録音・録画する」レビュー方式と呼ばれるもの。もうひとつは、「被疑者の供述を録取した検察官調書について、被疑者が読み聞かせを受け、閲読する場面及びこれらにより内容を確認して署名する場面を録音・録画し、引き続き、同調書を中心として、自白の動機・経過、取調べの状況、自白内容等について質問し、被疑者が応答する場面を録音・録画する」読み聞かせ・レビュー組合せ方式と呼ばれるものである。いずれにせよ、自白が得られた後に、そのことを前提に自白したことを確認する場面だけを検察官が任意に選び取り、あるいは場面設定して録音・録画する点において所詮は弥縫策であるとの感は免れない。まず原理的な問題として、前述したとおり、録画・録音するならば基本的に全過程でなければ意味がない。一部であれば、それがいかなる意味で一部であるのか、なにゆえ一部で足りるのかをめぐって新たな争いが生じる可能性がある。また、自白が得られた後の一部を録音・録画する点も大いに問題である。小坂井と中西が指摘するとおり、「被疑者が自白に転じた後に記録される供述の録画によって、任意性立証の根幹をなす自白の採取過程を復元することなどできない」。したがって、従来どおり証人尋問中心の長く迂遠な証拠調べが繰り返されるおそれがある。前記（三三）のとおり、「自白に転じた後の『取調べ』の録画は、『自白調書に署名指印した』、『自白上申書を作成した』、『自白を録音したテープが存在する』などといった従来の主張・立証方法と本質的には同じ」であり、取調べの適正化どころか、検

警察の狙いとする任意性立証の効率化すら実現が疑問視されるのである。

2 若干の裁判例

取調べの一部を録音・録画したDVDについては既に裁判例がいくつか出始めている^(注48)。公刊物を通じある程度の検証が可能なものについて検討を加えておこう。

東京地判平成19年10月10日判例タイムズ1255号(2008年2月)134頁以下は、自白の任意性が争われ、結論は任意性を肯定したものの、判文において、被告人の検察官による取調べ状況を撮影したDVDは、任意性を肯定する取調べ警察官の証言を肯定する補強する資料にはなるが、任意性を立証する有用な証拠として過大視することはできない旨の判断が示された事例である。被告人は、捜査段階の初期、平成18年5月10日ころは、身柄拘束下の取調べにおいて取調官K警部補に対し犯行への関与を強く否定していた。しかし、同年10月14日のN検事の取調べにおいて初めて関与を認め、引き続きK警部補にも自白して、翌15日午前零時過ぎにかけて自白を内容とする上申書及び警察官調書が作成された。その後、同月28日から同年12月10日にかけて、自白の検察官調書合計4通が作成され、被告人は起訴されたが、公判で否認に転じたため、これら検察官調書4通の任意性及び信用性が争点となった。任意性を争う弁護人の主張は、K警部補による平成18年5月段階の取調べ、さらに否認から自白に転じる際の同10月14～15日にかけての取調べはいずれも問題があるもので、これが上記4通の検察官調書の任意性を失わせるというものである。これに対し裁判所は、K警部補の証言内容は、平成18年10月18日付け検察官調書及び同年11月21日の

^(注48) 最高検報告書(前掲注46)によると、この報告書作成の時点でDVDが任意性あるいは321条1項2号の特任性立証のために取り調べられ、その点に関する判断が示された裁判例は4例ある。そのうちの2件は関連事件で、ある事件で任意性立証のため取り調べられたDVDが別事件では特任性立証のため取り調べられたので、現実に取り調べられたDVDは3本である。同報告書27頁以下及び別添1参照。

N検事による取調べ状況を撮影したDVDにおいて、被告人が自白の経緯・自白した理由について供述するところと概ね一致し信用性が高いとした。ところがその一方で、このDVDは、被告人が平成18年10月14日から15日にかけて自白に転じた時点から約1か月後の時期に、しかも全体で10分余りの間、自白した理由・心境等を簡潔に述べたものを撮影したにすぎず、弁護士が問題視する10月14、15日のまさに自白に転じるまでの経緯を撮影したのではない。したがって、本件DVDの証拠価値を当該検察官調書の任意性についての有用な証拠として過大視することはできず、K警部補の証言の信用性を支える資料に止まると判断したのである（判例タイムズ同号141頁）。この判示部分が、平成18年11月21日に撮影された本件DVDが4通の検察官調書の任意性立証にとって直接有用であるとの検察官の主張に対し、裁判所によってわざわざ留保された疑問であることは前後の文脈から明らかである。検察官は、約1か月半の幅のある時期に作成された検察官調書の任意性立証にとって、その幅の中のワンポイント（平成18年11月21日）に撮影された10分余りのDVDが有用であると主張したが、裁判所はこれに組せず、せいぜい証人として取り調べられたK警部補の証言の信用性判断の材料にとどまるとした。被疑者が自白に転じた後に記録された供述の録画によっては、任意性立証の根幹をなす自白の採取過程を復元することはできず、従来どおりの証人尋問を中心とした証拠調べが繰り返される危険性がある旨の前記小坂井と中西の指摘は的中したというべきである。もちろん当該事案を前提にした事例判断ではあるが、取調べ一部録音・録画の「一部」であるゆえの構造的弱点が早くも顔をのぞかせたといっても過言ではないであろう。論者は、「検察官とて別に当該DVDだけで任意性を立証しようとしたわけではない。いろいろな立証手段を捜査段階から想定し組み合わせて立証するのが常道である。」と反論するのかもしれない。しかし、このような複合的な立証方法で本当に裁判員裁判を乗り切れるのであろうか。集中審理を前提に裁判員が的確に心証形成できるのであろうか。もしこのようなやり方で乗り

切れると検察庁が考えているならば、いささか楽観的にすぎよう。

大阪地決平成19年12月27日^(注49)は、検察官が任意性立証のため証拠調べ請求し、採用されて法廷で再生されたDVDにつき、その内容に照らし任意性に疑いがあることは明らかであるとして、2通の検察官調書の証拠調べ請求を却下した決定である。この事件では、被告人に、相当高齢で耳が聞こえにくく目も悪いうえに漢字を十分理解することができず、言葉に対する理解能力も低いという特性があった。島田事件や甲山事件を想起すればわかるとおり、供述の任意性・信用性を判断するうえで非常に危険な類型である。それにもかかわらず、前記レビュー方式で行われたと思われる検察官取調べの一部録音・録画は杜撰なものだったようである。本件の罪名は殺人未遂で、殺意の有無及び過剰防衛の成否が点となった事件である。問題のDVDは、勾留延長満期(10日目)の起訴当日における検察庁での取調べ状況を約35分間録画したものであり、勾留6日目に作成された1通目の検察官調書及び勾留延長6日目に作成された2通目の検察官調書の各任意性の立証のため、双方申請の証拠として採用され、公判で再生された。裁判所は、当該DVDからダイレクトに、検察官は、被告人が明らかに殺意を否認する供述をしたのに対し、調書の訂正を求める意思があるのか確認することもなく、「先に殺そうと思ったことは間違いないね」などと誤導し、被告人が「ええ、ええ」と答えるとそれ以上質問しなかった、被告人が「やられると思ったから刺しました」などと供述したのに対し、「殺さなやられると思ったんで、殺そうと思って刺したということで間違いないですか」と誘導し、被告人が「間違いない」と答えるとそれ以上質問しなかった、被告人が「1回くらいだと軽いから襲ってくると思ったから、2、3回刺したと思います」と説明したのに対し、「1回だけだと死なないと思って、何回も刺し

^(注49) 公開物未搭載であるが、<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080222112947.pdf> にて参照できる。また実際に弁護人を担当した弁護士が事案を要約しつつ紹介したものとして、岸上英二「取調べ過程の一部を録画したDVD再生と任意性立証」季刑刑事弁護54号(2008年)42頁以下も有用である。

たんだね」などと、特段の事情もなく被告人の供述に殺意の裏づけとなるような供述を付加した、被告人は、検察官に対し、被害者から手を掴まれたなどと説明しようとしたところ、検察官は「それは後で聞くから」と遮ってしまった、被告人は被害者の手を振り払って突いた旨供述したにもかかわらず、検察官は「手を掴まれたのは刺した後か刺す前か」と何度も質問し、検察官調書のうち刺した後に被害者が手を掴んだ旨の記載のある部分を朗読したうえ、「どうやったかな」と記憶を喚起しようとする被告人に対しさらに誘導を行い、結果的に被告人も「刺した後に握られた」と供述するに至った、検察官は、被告人が検察官調書作成当時の読み聞かせで内容を正確に理解したか否か疑問を呈したのに、「たいがいはわかったね」と取り合わなかった、調書の閲読状況についても、被告人が「漢字わからんからね」と供述するのに対し、「読んでいった内容は理解できたね」と話をすり替えてしまった、被告人が曖昧な供述をしたのに対し、「違うところ言わなかったね、合うてたいうことね、たいがい」と事実上結論を押しつけてしまった、以上の各事実を認定した。そして、「本件DVDで撮影された取調べ状況を前提とする限り、上記検察官調書の作成段階においても、検察官は、被告人が、調書の読み聞かせ及び閲読によってもその内容を正しく理解することが困難な状況にあり、被暗示性が高いか、又は迎合的になりがちであることを認識しながら、被告人に対し、自己の意に沿うような供述を誘導ないし誤導し、被告人に不利な内容の供述を押し付けるという取調べをしたのではないかとの疑いは払拭できない」と判示し、上記2通の検察官調書の任意性を否定したのである。認定にかかる各事実を長く引用したが、それは、上記の各事実が供述録取書という証拠資料の本質をよく表しているからである。このような問答が法廷で一問一答でなされる限り、そこにさしたる証拠価値が認められないのは明らかであろう。また「誘導」や「誤導」を理由とする異議が頻発し、法廷は混乱に陥るに違いない。その意味で、任意性を否定したこの決定の結論はごく常識的なものである。であるにもかかわらず、少

なくとも本件の公判立会検事は、このような35分の過程を法廷で顕出することで任意性を立証できるという感覚であるらしい（決定も指摘するとおり、他にこの点に関する立証はされていない）。検察官は、立証責任を負担するその責任と権限において任意性立証の手段を選択するというが、これでは裁判員裁判をみだりに紛糾させるだけではないか。

終わりに

以上、1980年代半ばに提起された初期の取調べ可視化論から、裁判員制度施行を直前に控えた現在のDVD録音・録画をめぐる全部可視化論と一部可視化論による論争まで、取調べの可視化をめぐる問題をある程度網羅的に検討してきた。本稿の結論は、何度か繰り返したとおり、弁護実務が主張する取調べ全過程の録音・録画を実施するしかないし、実施すべきである。そういうことになる。もとより大変困難な問題であることは承知しているし、捜査機関の主張にも心情的に理解できる点がないではない。しかし、2000年以後に限っても宇和島事件、富山事件、志布志事件と日本型冤罪事件と呼ぶしかない種類の事件が現実に起こり、われわれが暮らす現代の社会に衝撃を与えている。ことここに至っては全面可視化を実行する以外に方法はないのではないか。少なくとも理論的には可視化反対論に確たる根拠のないことが明らかになりつつあるように思える^(注50)。今回、取調べの可視化に関する主な論考をレビューしてその感を深めた。それが現在の筆者の偽らざる感想である。

今後の方向性の鍵を握るのは、裁判実務の動向であろう。守屋克彦「取調べの録音・録画と裁判員裁判」法律時報80巻2号（2008年2月）1頁以下は、次のようにいう。「取調官側の取調べ態度や、事件に対する先入観の程度、供述者

^(注50) 日弁連取調べの可視化実現委員会編ブックレット『可視化でなくそう！違法な取調べ』（2005年）34頁以下の木谷明教授（元判事）の発言参照。

側の健康状態、心理状態など、供述の信用性判断に必要な不可欠な事情が、取調官が作成する物語形式の流麗な文章に要約されてしまっている」供述録取書の特殊性ゆえ、このような様式に慣れていない裁判員が的確に心証形成することは困難である。だとすると、評議において職業裁判官がその点につき補足して説明しなければならない事態も想定されるが、「裁判官が何らかの説明を加えて初めて裁判員が理解するというような立証は裁判員制度の下では相当とはいえない」。こうしてみると、「裁判員裁判における任意性の立証は、否認から自白に移行した時点の録音・録画の裏づけ によって行うことを徹底すべき」である。そのためには、裁判所が「取調べの録音・録画を伴わない供述調書の証拠能力を否定する厳格な態度を貫くことが望まれるというべき」であり、そのようにして、「捜査機関を動かし、取調べの録音・録画に向けて重い腰を上げる契機を作るのでなければ、裁判員裁判は、膨大な供述調書の渦に再び呑み込まれて、従来以上の機能不全におちいるかもしれない」。一言一句そのとおりだと思ふ^(注51)。従前のように任意性を事実上信用性と連動させて緩やかに判断し、取調べ状況の一部を録画したDVDにもとづき安易に任意性を肯定するならば、裁判員裁判は、取調べ状況に関する間接事実を積み上げていく重負担型の公判立証に埋没するであろう。裁判所が適切・果断に判断して、取調べ状況の一部の立証では実益がなく任意性立証の効率化にはつながらないことを検察官に感得させれば、機を見るに敏で合理主義的な検察庁のこゝろ、それなりの対応を模索し、その結果全面可視化への展望が開けるに違いない。以前にも増して裁判所の責任と役割は重大である。

^(注51) なお、守屋は、「裁判員裁判においては、任意性を争う供述調書については、録音・録画の裏付けがない限り、証拠として許容性がない（類型的に証明力の判断が難しく、事実認定者の判断を誤らせるおそれのある証拠として法的関連性が否定される）として、証拠の取調べ請求を却下するという結論を導き出すべきではないか」とする。本文掲記の守屋論文3頁。川崎英明「裁判員制度と任意性立証・特信性立証」季刊刑事弁護54号（2008年4月）48頁、小坂井（前掲注29）12頁も同旨。そこまでいえるのかについては筆者は態度を保留しておきたい。