

平成 28 年改正刑訴法等のアセスメント

青 木 孝 之^{*}

はじめに

- I 平成 28 年改正の概要
- II 諮問第 92 号
- III 基本構想
- IV 法案提出の理由
- V 取調べの録音・録画制度について
- VI 新たな証拠収集手段
- VII 被疑者・被告人の防御権の強化
- VIII 公判立証に関わる諸方策
- IX その他の改正事項

終わりに

はじめに

平成 16 年法律第 62 号にもとづく刑事訴訟法等の改正、及び、同年法律第 63 号にもとづく「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（以下、「裁判員法」という）の制定は、被疑者国選弁護制度及び公判前整理手続を創設するなどした上で、裁判員制度という、国民が刑事裁判に参加する画期的な新制度を実現した。これは、刑事手続法における文字どおりの大改正であった（以下、これらの改正・制定を併せて「平成 16 年改正」という）。筆者は、かつて、この平成 16 年改正を、平野龍一の著名な論文（「現行刑事訴訟法の診断」 団藤重光博士古稀祝賀論文集第 4 巻 407 頁）に端を発した約 20 年に及ぶ刑事司法改革議論が結実した成果であり、少なく見積もっても、50～60 年に一度の大改革であると評した

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 16 巻第 3 号 2017 年 11 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

ことがある¹⁾。

しかし、平成16年改正も、遺漏のないものではなかった。いわゆる取調べの可視化²⁾をはじめ、積み残された論点があることは当初から意識されていたが、次なる改革の機運は思ったより早く生じた。この改正の後、社会を震撼させた冤罪事件（志布志事件、氷見事件等）や現役検察官による証拠捏造事件（村木・元厚労省局長の事件）が起こって、これらが契機となり、取調べ及び供述調書に過度に依存した刑事司法のあり方を見直す動きが生じたのである。これを受けて、法制審議会に「新時代の刑事司法制度特別部会」（以下、「特別部会」という）が設置され、その審議の結果にもとづき、平成28年、裁判員裁判対象事件及び検察庁独自捜査事件を対象とする取調べの可視化等、複数の制度の創設・改変を内容とする刑事訴訟法等の改正法案が成立し、公布された（平成28年法律第54号。以下、この改正を「平成28年改正」といい、同法律による改正後の各法を、例えば「改正刑訴法」、「改正通信傍受法」のように表記する）。この平成28年改正は、平成16年改正から10年余を経て、再び、刑事訴訟法、通信傍受法及び刑法等、複数の基本法にまたがる広範な改正をもたらしたものである。

本稿においては、まず、平成16年改正に次ぐ大改正というべき平成28年改正の概要を確認する。その上で、改正の経緯をたどり、その本来の趣旨がどこにあったのかを確認してみたい。そして、さらに、実現した個々の制度の具体的内容に触れ、改革の趣旨は実現できそうなのか、新しい諸制度は現実に機能するのか、若干の見通しを含む概括的評価（アセスメント）を試みる。

I 平成28年改正の概要

平成28年改正は、その主要部分だけでも、3つの基本法（刑事訴訟法、通信傍受法及び刑法）及び11の項目（本稿の数え方による）にわたる広範なものである。

1) 拙著『刑事司法改革と裁判員制度』（2013年）3頁、73頁。

2) 本稿では、DVDやBDといった記録媒体を利用して取調べをリアルタイムで録音・録画する（いわゆるライブ方式）ことを指して、「取調べの可視化」という。

刑事訴訟法の改正としては、①取調べの録音・録画（改正刑訴法 301 条の 2。いわゆる取調べの可視化）が制度として実現した反面、②証拠収集等への協力及び訴追に関する合意（同法 350 条の 2～350 条の 15。司法取引の一類型としての捜査・公判協力型の協議・合意制度である。以下、単に「協議・合意制度」ということがある）、及び、③刑事免責（同法 157 条の 2、同条の 3）の各制度が、新たな証拠収集手段として設けられた。その一方で、被疑者・被告人の防御の充実も図られ、④被疑者国選弁護制度の対象が勾留状が発布された全事件に拡大された（同法 37 条の 2、同条の 4）。また、⑤証拠一覧表の交付手続（いわゆるリスト開示）が導入されるなど、証拠開示制度が拡充された（同法 316 条の 14、同条の 15 等）ほか、⑥裁量保釈に際して考慮される判断事項が明文化された（同法 90 条）。さらに、公判における証拠調べ手続の機能を強化するため、⑦証人の勾引の要件が緩和され（同法 152 条）、出頭義務違反等の罰則の法定刑が引き上げられた（同法 151 条、161 条）。このほか、⑧犯罪被害者等及び証人を保護するための措置が拡充され、いわゆる構外ビデオリンク方式の証人尋問が可能となり（同法 157 条の 6）、一定の要件の下、証人等の氏名・住居の開示に条件を付することが認められ（同法 299 条の 4）、公開法廷において証人等の氏名等を秘匿する措置をとることが可能となった（同法 290 条の 3）。また、⑨自白事件の簡易迅速な処理を促進するため、即決裁判手続の申立てがされた後に被告人が否認に転じるなどして同手続によらないことになった場合に、検察官が補充捜査を行ったうえで再起訴できるよう制度が手直しされた（同法 350 条の 26）。刑事手続の特別法であるところの通信傍受法については、⑩対象犯罪が拡大されるとともに（改正通信傍受法 3 条 1 項、別表第 2）、通信管理者等の立会を確保した上で長時間待機しなければならないという、従来の不都合を解消する技術的措置を講じる内容の改正がされた（同法 20 条、21 条、23 条、26 条等）。また、刑事実体法の基本法である刑法も改正され、刑事手続の真相解明機能を担保する見地から、刑事司法作用を妨害する内容の犯罪構成要件、すなわち、⑪犯人蔵匿罪（改正刑法 103 条）、証拠隠滅罪（同法 104 条）及び証人等威迫罪（同法 105 条の 2）の各法定刑が引き上げられた。

これらの改正事項は、4 段階に分けて施行が予定されており、幾つかは既に施

行されている。すなわち、上記⑥（裁量保釈における考慮要素明確化）及び⑪（犯人蔵匿罪等の法定刑引上げ）は、条文さえ整えば直ちに実施可能な性質のものであるから、公布日から20日以内の政令の定める日である平成28年6月23日に施行されている。また、上記⑤（証拠開示制度の拡充）、⑦（証人の勾引要件の緩和等）、⑧の一部（証人等の氏名及び住居の開示にかかる措置等）、⑨（即決裁判手続の手直し）及び⑩の一部（通信傍受の対象犯罪拡大）についても、既存の制度や条文の手直しを中心とするものであり、施行に大きな困難はないと予想されたことから、公布日から6月以内の政令の定める日である平成28年12月1日に施行されている。これに対して、上記②（協議・合意制度）、③（刑事免責）、④（被疑者国選弁護制度の拡充）及び⑧の一部（構外ビデオリンク方式の証人尋問）については、これまで経験したことがない新しい制度であること（②、③）、あるいは、人的（④）ないし物的（⑧の一部）基盤の整備が必要であることなどから、公布日から2年以内の政令で定める日（平成30年6月2日が期限）に施行が予定されている。また、上記①（取調べの録音・録画）及び⑩の一部（新しい技術的措置を伴う通信傍受手続の整備）については、録音・録画機器等の整備（①）や情報通信・暗号化に関する技術や装置の確立（⑩の一部）といったハード面の整備を必要とするため、公布日から3年以内の政令で定める日（平成31年6月2日が期限）に施行が予定されている。このように、改正事項の内容や人的・物的基盤の整備状況に応じた段階的な施行が予定されていること、それ自体が、今回の改正の規模の大きさを物語るものである。

II 諮問第92号

平成28年改正の内容は、特別部会が取りまとめた「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」³⁾（以下、「答申案」という）に依拠するものであるが、そもそも、同部会が設置されたのは、平成23年5月に法務大臣から法制審議会宛に発せられた諮問第92号⁴⁾（以下、単に「諮問」という）ことがあ

3) <http://www.moj.go.jp/content/000125178.pdf>

4) <http://www.moj.go.jp/content/000076298.pdf>

る)を受けてのことであった。したがって、今回の改正の出発点、すなわち、なぜ、時の法務大臣がその諮問機関である法制審議会に対し、刑事手続の基本部分に関する改正の要否や方向性を問うたのか、その点をオーソライズするものは、この諮問第 92 号であるといえよう。そこで、改めてその内容を確認すると、そこには、「近年の刑事手続をめぐる諸事情に鑑み、時代に即した新たな刑事司法制度を構築するため、取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方の見直しや、被疑者の取調べ状況を録音・録画の方法により記録する制度の導入など、刑事の実体法及び手続法の整備の在り方について、ご意見を承りたい。」とある。もとより筆者の私見に過ぎないが、この数行にわたるセンテンスを解読すると、「近年の刑事手続をめぐる諸事情」とは、含みを持たせた言い方ではあるが、その内実は、前述のとおり、大阪地検特捜部検事(当時)による証拠捏造等の一連の検察不祥事を指す。このような不祥事が生じた原因として指摘されたのは、検察庁の描いた筋書きに合致した供述を録取し、これを決め手の証拠として効率よく刑事処罰を実現する伝統的な手法が制度疲労を起こしたことである。旧来型の刑事司法運営から脱却し、「時代に即した新たな刑事司法制度を構築するため」には、取調べという特定の捜査手法と、その成果物である供述調書という証拠資料に依存しすぎた旧来の弊を改め、捜査段階の供述獲得に傾きすぎた制度運営のバランスを修正する必要がある。そのためには、この際、手続法にとどまらず、実体法の分野にもわたる広範な見直しを行いたい。ただし、そもそもの出発点が、捜査段階における取調べの実態にあったことは否定できない事実であるので、見直しのメニューとして、近時、専ら弁護実務の立場から盛んに提唱される取調べの可視化、すなわち、「被疑者の取調べ状況を録音・録画の方法により記録する制度の導入」を外すことはできない。ざっと、以上のようなことになろうかと思われる。

ここには、ポイントが幾つかある。ひとつは、「取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方の見直し」という表現が用いられ、わが国の刑事司法運営が、取調べ及び供述調書に過度に依存してきた事実が正面から認められ、問題視されていることである。実務的な実感として、わが国の捜査機関は、取調べ及び供述調書が有する真相解明機能と、この点に関する職人芸的な取調べ手法

に強い自負心をもっており、取調べの問題性が公式に語られる時代が来るとは、数年前までは想像できなかった。そのことは改めて確認されてよい。また、上記のとおり、「被疑者の取調べ状況を録音・録画の方法により記録する制度の導入」が、唯一具体的な法制度として言及され、改正の全体像がどのようなものになるうとも、取調べの可視化の実現は不可避であることが事実上宣言されていることにも注目すべきである。上述のとおり、わが国の捜査機関は、取調べ及び供述調書の作成に強いこだわりを持っており、逆に、刑事訴訟法学や弁護実務は、この点を問題視してきたから、温度差が存在するのは、ある意味当然である。取調べの可視化が諮問中に明文化された場合、弁護実務は、留保なしの全面的な可視化を指すものと受け取るであろうし、国家刑罰権を行使する立場にある検察庁や警察庁からすれば、できるだけ限定的なものにとどめたいところであったろう。そのような立場の差異を捨象しても、諮問の当初から、取調室に機器を入れて取調べをリアルタイムで録音・録画する制度の導入が既成事実として書き込まれていたことは、やはり画期的であったと評してもよいと思われるのである。

もっとも、そこには、幾つかの留保が設けられていることも、同時に見て取れる。諮問中の文言は、取調べという捜査場面だけを取り出して問題視しているわけではなく、「捜査・公判の在り方の見直し」というように、「捜査」と「公判」を並列し、それぞれの在り方を、あるいは、これらを一個の全体として見直すことを前提にしている。言うまでもなく、捜査と公判は密接に関連し連動するものであるから、そのこと自体は異とするに足りない。また、以前から、捜査段階の供述の証拠能力が公判において緩やかに認められがちである点に批判があったことからすると、このような捜査と公判の接合のあり方も含めて、見直しの必要があることを示唆した文言と受け取ることも可能であろう。しかし、「捜査」と「公判」を「・」で並列した処理の仕方からすれば、「捜査」は「捜査」として、改めるべきところがあれば改めるが、特別部会において現実に議論されたように、例えば、包括的な黙秘権が存する一方で偽証罪等の制裁なしに供述できる現行法下の被告人質問の在り方などを念頭に置いて、「公判」の在り方にも検討のメスを入れることを含意していたと見るのは、深読み過ぎるであろうか。さらにいえば、取調べの可視化は、それ自体文言として明記されているものの、「被疑者

の取調べ状況を録音・録画の方法により記録する制度の導入など」として、「など」が付記されている。そこには、取調べの可視化の導入はやむを得ないが、それにとどまっては、取調べという捜査手法に制限が加わっただけの結果に終わるので、それ以外の刑事司法運営手法、できれば取調べの代替機能を営む捜査手法の導入までも睨んで、「実体法及び手続法」の全領域にわたって、オルタナティブ（別の選択肢）を検討したいとの含意があると読み込むことも、また可能に思われる。

いずれにせよ、諮問が発せられた経緯からして、諮問第 92 号は、取調べの可視化の導入だけは既成事実として扱わざるを得ず、それが法改正の根幹部分であることに異論はなかった。ただし、法改正の全体像をどのようなものにするかについては、かなり幅の広い、複数の内容を包摂し得るものであったということができよう。

Ⅲ 基本構想

平成 23 年 6 月、特別部会の議論がスタートし、論点整理が進められたが、半ば予想されたとおり、個々の法制度や運用の是非については、各委員・幹事の立場の相違に起因して、意見に相当な隔たりが見られた。個別の議論については、法務省 HP で公開されている会議の議事録に譲るが、例えば、諮問において唯一具体的な法制度として取り上げられ、半ば既成事実のように考えられていた取調べの可視化についても、第一次捜査機関である警察においては、取調べの真相解明機能を阻害するデメリットを強調し、範囲を極力限定しようと抵抗する姿勢が見られた。これに対し、公訴を提起し遂行する権限を有する検察庁は、ある範囲での取調べ可視化の法制化はやむを得ないとした上で、取調べを抑制するならば、それに代わる武器（他の捜査手段）を与えよ、さもなければ、刑事司法運営のバランスが崩れ、国家刑罰権の実現に支障が生じるぞとの、条件闘争を挑んだ感が強かった。その一方で、警察は、特別部会の設置を制度全般にわたる手直しの好機と捉え、平成 11 年に立法されたものの、余り使われてこなかった通信傍受制度をリニューアルしたいと考え、議論の序盤から期待感をにじませていた。また、

検察は、取調べの比重が相対的に低下する代償として、彼らの権力の源泉である公訴提起権限をフル活用し、同権限の行使に際し手心を加える代わりに、他事件の立件に必要な供述等の提供を求める、いわゆる司法取引の制度化に関心を寄せていた。このように、取調べ及び供述調書の抑制から始まった議論であるにしても、実際に立法作業が始まってみると、同床異夢の状況が現出した。それは、立法のダイナミズムとして、やむを得ないことでもあるのだが、幾つもの思惑が交錯し、議論が中盤に差し掛かるころには、今回の立法作業に許されたタイムスパンやコストを念頭に置いて、重点的にエネルギーを割くべき事項とそうでない事項、今回の立法で実現すべき（あるいは実現可能な）事項とそうでない事項を仕分ける作業が必要となった。そこで、平成 25 年 1 月の第 19 回会議において、爾後の検討事項と検討指針が、「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」⁵⁾（以下、「基本構想」という）として、取りまとめられるに至った。これは、特別部会の進むべき方向を示すいわば中間報告であるが、その内容は、次のようなものである。

基本構想は、まず、目指すべき新時代の刑事司法制度の姿として、「適正手続の下での事案の解明と刑罰法令の適正かつ迅速な適用更にはそれと一体をなすものとしての誤判の防止という役割を十全に果たし、被疑者・被告人、被害者を始めとする事件関係者及び国民一般がそれぞれの立場からも納得し得る、国民の健全な社会常識に立脚したものでなければならない。」とする。ここでは、「適正手続」を守ったうえでの「事案の解明」及び「刑罰法令の適正かつ迅速な適用」という、それ自体は誰も反対しない一般論（刑事訴訟法 1 条参照）が掲げられた上、「それと一体をなすものとしての誤判の防止」が掲げられていることが目を引く。ここでいう「誤判の防止」とは、諮問が発せられる前提となった冤罪事件、すなわち、無罪であるべきものを有罪と認定した事案を指すと受け取るのが、自然に思われる。しかし、国家機関の修文としては、おそらくそうではない。そこには、有罪であるものを無罪であると誤って認定し、結果として罪を免れさせた事例も含まれている。「刑罰法令の適正かつ迅速な適用」という前段部分と併せ読めば、

5) <http://www.moj.go.jp/content/000106628.pdf>

赦すべきものは赦し、罰すべきものは罰するという、国家の側から見た実体真実発見に対する揺るぎない信奉が表現されているようにも読めるのである。また、後段部分においては、諮問の段階では言及のなかった、「被害者を始めとする事件関係者及び国民一般」が刑事司法制度のステークホルダーとして登場し、被疑者・被告人に有利な方向に制度運営の軸足を傾けることに対する歯止めとして扱われていることにも注意しなければならない。国家官僚が事務局機能を担う立法作業全般について言えることであるが、ある不祥事（今般の刑事司法改革でいえば、村木・元厚労省局長の事件における証拠捏造）をきっかけに改革の方向性が打ち出され、現実の立法作業が開始しても、当該不祥事は特異な事案であるとの認識の下、急激な方向転換を嫌う逆向きのベクトルが働き、当初想定された改革を減殺する方向に揺り戻しが生じる。今般の刑事司法改革についても、この定理どおりの動きが生じ、基本構想の段階でその徴候が表れたのである。

さて、このようにあるべき新時代の刑事司法の姿を措定した上で、基本構想は、特別部会が提示する具体的な諸方策を裏付ける理念として、①取調べへの過度の依存からの脱却と証拠収集手段の適正化・多様化、及び、②供述調書への過度の依存からの脱却と公判審理の更なる充実化の 2 点を掲げる。①は、有力な捜査手法である取調べにフォーカスしたものであり、供述獲得手段としての取調べの比重を相対的に減らす代わりに、他の適正な捜査手法を整備して証拠収集手段を多様化するというものであろう。基本構想の文言によると、「取調べ以外の多様な方法を通じてより容易に供述証拠が収集され、公判廷に顕出されるようにするための新たな制度を導入することについて、刑の減免制度、協議・合意制度及び刑事免責制度を具体的な検討対象として、それぞれの採否をも含めた具体的な検討を行う。また、……（中略）……通信傍受の対象犯罪を拡大し、その手続の合理化・効率化を図るほか、一定の場面に限定した会話傍受についても検討を行う。」ということになる。これに対し、②は、公判段階にフォーカスし、事実を認定するための有力な証拠資料である供述調書の比重を相対的に低下させ、その代わりに他の立証方法の充実を指向するものと理解できる。基本構想は、この点につき、「供述調書への過度の依存を改め、被害者及び事件関係者を含む国民への負担にも配慮しつつ、真正な証拠が顕出され、被告人側においても、必要かつ十分な防

御活動ができる活発で充実した公判審理を実現する」ため、ア. 証拠開示制度の更なる整備、イ. 被害者を含む証人を保護・支援する方策（ビデオリンク方式の証人尋問等）の拡充、必要な証人の出頭を確保するとともに、被告人の供述を含めて、公判に真正な証拠が顕出されることを担保する見地から、ウ. 証人の勾引要件の緩和、証拠隠滅等の罪等の法定刑の引き上げ、被告人の虚偽供述に対する制裁の創設、さらには、エ. 争いのない事件の簡易迅速な処理の促進を検討するものとしている。

このように、取調べという捜査手法の問題点と、その成果物である供述調書という証拠資料の使われ方に着目し、分析的・構造的に抽出した点において、基本構想は、当然のことながら、諮問第92号に沿ったものであった。しかし、反面、証拠収集手段の多様化（上記①）や公判審理の充実（同②）を標榜した点において、可視化を通じた取調べの適正化にとどまらない、広範かつ多様な刑事司法制度の手直しを含意していたことになる。その評価は論者によって分かれるところであろうが、筆者は、このような検討作業に入ること自体は不可避であったと考える。なぜなら、刑事司法制度は、個々の条文や制度が断片的に積み重なったものではなく、制度に関わり運用する者の心理学的・社会学的行動性向まで含めて、全体が有機的に連関して一体となって動くものだからである。

IV 法案提出の理由

基本構想発表後も、特別部会は、2つの作業分科会で作成された「たたき台」をもとに議論を続け、発足から3年余を経て、平成26年7月、前記答申案を取りまとめた。同年9月、法制審議会総会において、この案をもって法制審議会の答申とすることが採択され、法務大臣に対する答申が行われた。そして、答申にもとづき、平成27年3月、第189回国会（常会）に刑事訴訟法等の改正法案が提出され、平成28年5月、第190回国会（常会）にて成立に至るわけであるが、この法案提出に際し付された理由⁶⁾（以下、単に「理由」ということがある）は、

6) <http://www.moj.go.jp/content/001139233.pdf>

次のようなものである。

「刑事手続における証拠の収集方法の適正化及び多様化並びに公判審理の充実化を図るため、取調べ録音・録画制度、証拠収集等への協力及び訴追に関する合意制度、証人等の氏名等の情報を保護するための制度等を創設するとともに、犯罪捜査のための通信傍受の対象事件の範囲拡大、被疑者国選弁護制度の対象事件の範囲の拡大等の措置を講ずる必要がある」。

これを諮問と対比してみると、諮問においては、「時代に即した新たな刑事司法制度を構築するため」と、抽象的な立法目的が掲げられていたのに対し、理由においては、「刑事手続における証拠の収集方法の適正化及び多様化並びに公判審理の充実化を図るため」と、それが具体化されている。特別部会の議論を経て明らかにされた「時代に即した新たな刑事司法制度」の姿とは、まずもって、「刑事手続」の整備であり、実体法の整備はそれに資する限度で扱われたということになる。刑事手続の真相説明機能を阻害する内容をもつ刑法（犯人蔵匿罪、証拠隠滅罪及び証人等威迫罪）及び刑事訴訟法（証人の出頭義務違反罪、宣誓証言拒絶罪）上の各犯罪構成要件の法定刑の引上げ（前記①及び⑦）は、証拠が正しい形で収集・保全され、必要な証人は確実に法廷に召喚されて証言するように、罰則強化という形で、側面から刑事手続の機能を担保したものであることができる。

さて、今回の改正が刑事手続中心のものであることを確認した上で、理由は、さらにその具体的中身を明らかにする。諮問が、「被疑者の取調べ状況を録音・録画の方法により記録する制度の導入」に言及するにとどまり、その余の諸制度は「など」という言葉に含ませていたのに対し、理由は、半ば既成事実であった「取調べの録音・録画制度」はもちろんのこと、「証拠収集等への協力及び訴追に関する合意制度」や「証人等の氏名等の情報を保護するための制度等」を新たに創設することを明らかにした。前者の協議・合意制度が、録音・録画制度により制限を受けることになった取調べの機能を一部代替する供述獲得手段であることは、これまで述べてきたことに照らし明らかであろう。これに対し、後者の「証人等の氏名等の情報を保護するための制度」は、諮問に掲げられた「取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方の見直し」という改革の趣旨と直

接の関係はない。基本構想の箇所ですべてとおり、議論の過程で新たに登場した、犯罪被害者や事件関係者（証人を含む）の負担や、名誉・プライバシーに対する配慮といった別の要請から加わった項目である。これらの項目が、同列に並べられたこと自体が、特別部会における議論が、諮問の文言から出発しつつ、ともすれば拡散しがちなものであったこと、幾つかの立法力学が交錯した一筋縄ではないものがあったことを表している。

さらに、理由は、「刑事手続における証拠の収集方法の適正化及び多様化並びに公判審理の充実化を図る」という立法目的の達成のため、「通信傍受の対象事件の範囲拡大」及び「被疑者国選弁護制度の対象事件の範囲の拡大等」が必要だとする。これらは、いずれも既存の制度の手直しであり、その拡充である。前者の「通信傍受の対象事件の範囲拡大」は、前述のとおり、取調べに代わる供述獲得手段として、専ら警察が期待をかけていたものである。通信傍受の範囲を拡大することで、「取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方」が是正されることになるのか、いささか疑問も残るが、情報通信技術・暗号技術の活用により、通信管理者等の立会や長時間にわたる捜査官の待機を回避できるとされる点については、科学技術が目覚ましく発達し日常化した、「新時代の刑事司法」の在り方にふさわしいものといえなくもない。解釈論上の当否は別としても、捜査の手法や公判における事実認定が現代の科学技術に裏付けられたものでなければ、事実を解明し、その法的評価を定めて刑罰権を発動する、刑事司法制度の機能は十分果たされないことになろう。今回の改正の目玉である取調べの録音・録画制度にしても、DVDやBDといった記録媒体の普及というハード面の条件整備が前提になっていることは否定しがたい。そのような意味において、新しい技術を利用した手続の整備を議論すること、それ自体は不可避に思われるのである。また、後者の「被疑者国選弁護制度の対象事件の範囲の拡大等」は、長期3年以上の自由刑という基準で法定されていた被疑者国選弁護を、勾留状の発布された全事件に拡大するものである。弁護実務の実感として、捜査機関の取調べに対応するための鍵は、弁護人が接見等を通じてする有形・無形の援助である。その意味で、被疑者国選弁護制度の拡充は、喫緊の課題であり、当然立法されるべき事項でもあった。ましてや、取調べに代替する供述獲得手段が必要であるとい

う理由で、司法取引が創設され、通信傍受が拡大される時代となれば、なおさらのことであろう。多くの被疑者・被告人は、これらの捜査手段を用いた訴追に対し、いかに防禦すべきか、その術を知らないからである。こう考えていくと、GPS 端末を用いて位置情報を取得する捜査手法（警察は任意捜査と理解して実施していた）につき、現行法下では適切な令状手続の見当たらない強制処分にあたり、違法である旨判断した、最高裁判所大法廷判決平成 29 年 3 月 15 日⁷⁾は、示唆的であるように思われる。この事案においては、たまたま、当該事件の被告人が、自己の使用する車両に GPS 端末が装着されていたことを知り、接見時にそのことを弁護人に訴えたことから装着の事実が発覚し、法律的な争点として議論されるに至った。そして、憲法論を含む掘り下げた議論を展開することによって、上記大法廷判決の判断を引き出したのである。このような経緯は、取調べという伝統的な（アナログな）捜査手法に対応するにとどまらず、新たな（デジタルな）捜査手法に適切に対応するためにも、弁護人による有効な援助を受ける機会の保障が重要であることを示している。そうだとすれば、捜査弁護の重要性は益々高まるというべきであろう。被疑者国選弁護制度の拡充こそは、捜査から公判にわたる種々雑多な制度が盛り込まれたように見える今回の改正において、その基底を貫く一本の太い線であるということもできる⁸⁾。

V 取調べの録音・録画制度について

今回の改正の目玉は、言うまでもなく、取調べの録音・録画が制度化されたことである（前記 I ①）。その具体的中身は、取調官が対象事件の取調べ及び弁解録取手続の全過程についてリアルタイムで録音・録画する義務を負うこと（取調べ等の録音・録画義務）、及び、対象事件の取調べ等にかかる供述調書の任意性が公判で争われた場合には、検察官は当該取調べ等を録音・録画した記録媒体の

7) LEX/DB【文献番号】25448527

8) 酒巻匡教授は、法の支配 184 号 6 頁以下の座談会「新たな刑事司法制度の展望と課題」において、「今回の改正の中で、日本の刑事司法にとって一番良い影響があり、すばらしいのは、被疑者国選弁護制度を全勾留事件にまで拡張したことだ」と述べている（同号 35 頁）。

証拠調べを請求する義務を負うこと（記録媒体の証拠調べ請求義務）からなる。すなわち、検察官、検察事務官及び司法警察職員は、裁判員裁判対象事件及び検察官独自捜査事件について、逮捕・勾留中の被疑者の取調べ等を行う場合は、機器の故障や被疑者の拒絶等、法定の例外事由にあたる場合を除いては、取調べ等の全過程を録音・録画しなければならない（改正刑訴法301条の2第4項）。また、検察官は、対象事件の公判において、不利益事実の承認を内容とする捜査段階の供述調書等を証拠請求した場合、その任意性が争われたならば、上記例外事由にあたる場合等を除き、当該取調べを録音・録画した記録媒体の証拠調べを請求しなければならない（同条第1項）。この義務が履行されない場合には、当該供述調書等の証拠調べ請求は却下される（同条第2項）⁹⁾。

現実に立法された上記制度に対して、ミクロ的には、まずもって、制度化が織り込まれた条文の位置や立てつけが、いささか不自然であることが指摘できるように思われる。すなわち、改正法は、供述調書等の任意性が争われた場合、取調べ等を録音・録画した記録媒体を任意性立証に必要な証拠としたうえで（同法301条の2第1項）、その担保のために対象事件の取調べ等の全過程の録音・録画を義務付けるという、一見して分かりにくい、回りくどい条文構造を採用している。捜査機関に対し取調べの録音・録画を義務付けるならば、取調べという捜査手段の一般的な授權規定である刑訴法198条1項の直後に、例えば、「同条項にもとづき、（対象事件の）取調べを行う場合には、原則として、その全過程を記録媒体に録音・録画しなければならない」旨の規定を置き、併せて、法廷外の不利益供述の証拠能力を規定した同法322条の直後に、「検察官は、当該供述が任意にされたものであることを立証するに際しては、原則として、同供述の録取にかかる取調べの全過程を録音・録画した記録媒体の取調べを請求しなければならない」旨の規定を置くことが、直截にして簡明であったように思われる。しかし、改正法は、そのような構成を採らなかった。自白については、犯罪事実に関する他の証拠が取調べられた後でなければ証拠調べを請求できないとする301条の直後に、枝番号を付けて改正法301条の2を挿入したのである。しかし、301

9) 吉田雅之「『刑事訴訟法等の一部を改正する法律』の概要」法の支配184号41～43頁。

条は、自白という事実認定を誤らせる類型的危険性をもつ証拠の請求時期に関する規定であり、捜査段階の取調べそのものを制限する場面とは関係がない。不利益供述（自白等）を証拠請求する場面を規律する点においては共通性が認められるものの、証拠能力の立証に関する改正法 301 条の 2 を、証明力について注意を喚起した 301 条の直後に置くというのは、どうみても、洗練された立法技術とは思えない。改正法がこのような条文構造を採用したのは、なぜなのか。憶測と言えればそれまでであるが、立法担当者は、身柄拘束下の被疑者取調べの受忍義務という深刻な対立点を含む刑訴法 198 条 1 項に手をつけることは、極力避けられたものではあるまいか。それゆえ、自白という特殊な証拠にまつわる立証の規定であることに共通性を見出し、301 条の直後に、301 条の 2 という新しい条文を置いたのではないかと考えてしまうのである。特別部会の委員でもあった後藤昭は、取調べの録音・録画を義務付ける条文を「刑訴法 198 条の付近に定め」、「その規範の実効性を担保するために、義務懈怠があった場合の効果を被告人供述記録の証拠能力に関する規定である 322 条の付近に置く構成が分かりやすい」とした上、改正法の「条文の構成は、録音・録画義務が被疑者取調べの方法についての規範であることを見えにくくしている。また、それは録音・録画義務が一般的な要求ではなく、限定的な事件についての特則であるという印象を強くさせる。」と指摘している¹⁰⁾。全く同感である。

さて、立法技術においては、いささか疑問の残る取調べの録音・録画制度であるが、刑事司法全体を一個の有機的なシステムと見る観点からは、マクロ面でのメリットがそれを上回るならば、ミクロ面でのデメリットをあげつらう必要はない。そのような観点から、この制度を考えた場合、よく指摘されるのが、対象事件（裁判員裁判事件及び検察官独自捜査事件）が限定的であり、事件の総数・割合が少なすぎて、取調べ適正化の実効性に欠けるということである¹¹⁾。たしかに、統計だけを見れば、対象事件の割合は全事件の 3% 程度に過ぎず、録音・録画制度が取調べの適正化にもたらす影響は微々たるものであるようにも思われる。しかし、このような見方は、いささか皮相的ではあるまいか。まず、現実の問題

10) 後藤昭「刑訴法改正と取調べの録音・録画制度」法律時報 88 巻 1 号（2016 年）12 頁。

11) 白取裕司「法制審特別部会は課題に答えたか？」法律時報 86 号 10 号（2014 年）5 頁。

として、取調べの録音・録画は、法律的な義務付けの範囲とは別に、近年、捜査実務の運用として拡大の一途をたどっていることを確認しなければならない。検察庁においては、平成18年に裁判員裁判対象事件の取調べの録音・録画の試行を開始して以来、数次にわたって試行範囲を拡大してきた。平成26年10月からは、それまでの試行対象であった4類型の事件¹²⁾について、原則として全ての身柄事件の被疑者取調べの録音・録画が実施されるとともに、それ以外の事件についても、「公判請求が見込まれる身柄事件であって、事案の内容や証拠関係等に照らし被疑者の供述が立証上重要であるもの、証拠関係や供述状況等に照らし被疑者の取調べ状況をめぐって争いが生じる可能性があるものなど、被疑者の取調べを録音・録画することが必要であると考えられる事件」、及び、「公判請求が見込まれる事件であって、被害者・参考人の供述が立証の中核となることが見込まれるなどの個々の事情により、被害者・参考人の取調べを録音・録画することが必要であると考えられる事件¹³⁾」という基準に従い、参考人の取調べも含む事件が試行の対象に加えられた。その結果、平成27年4月から9月までの半年間の試行対象数は、2万4705件と、前年同時期に比べて5倍以上に増加し、さらに、平成28年4月から9月までの試行対象数は、3万7688件にのぼっている¹⁴⁾。また、今回の義務付けの対象である裁判員裁判事件及び検察官独自捜査事件については、現在、ほぼ100%録音・録画が実施され、そのうち9割以上のものについては全過程での録音・録画が実現したとされる。他方、警察庁も、平成21年4月から裁判員裁判対象事件にかかる取調べの録音・録画の試行を開始し、非対象事件についても試行範囲を拡大してきた。平成27年度においては、裁判員裁判対象事件の90%以上で録音・録画が実施され、その結果、総取調べ時間の約79%に及ぶ取調べで録音・録画を実施したとされる¹⁵⁾。このような現実とは、平成16年改正が実現した直後には、想像すらできないことであった。同改正は、裁判員制度の創設に象徴されるように、公判の構造改革を中心とするも

12) 裁判員裁判対象事件、検察官独自捜査事件、知的障害者に係る事件、及び、精神障害者に係る事件。

13) <http://www.moj.go.jp/content/000124480.pdf>

14) [http://www.moj.go.jp/content/0001215538\(1\).pdf](http://www.moj.go.jp/content/0001215538(1).pdf)

15) 前掲注8)の座談会・10～13頁における大場亮太郎及び高木勇人委員の各発言。

のであり、被疑者国選弁護制度の創設を除けば、捜査法分野に大きな変化をもたらすものではなかったからである¹⁶⁾。しかし、上述のとおり、運用としての取調べの録音・録画が拡大し定着したことにより、取調べの現場は様変わりを見せた。このことを、取調べ可視化論の主張者であり、特別部会幹事でもある小坂井久は、「取調べの現場から、殴る・蹴るがなくなった」と、生な言葉づかいで表現する¹⁷⁾。刑事訴訟法学からすれば、「そんなことは当たり前で、問題設定のレベルが低すぎる」となるのだろうが、平野龍一がわが国の刑事司法を「絶望的」と評した¹⁸⁾時代から刑事弁護の実践を積み重ね、取調べの現実をよく知る論者によってもたらされた肯定的評価を、「理論的に最善の姿ではない」という理由で過小評価すべきではないであろう。

あと、余り論じられないことであるが、取調べの録音・録画制度が、取調官のメンタリティに与える影響について言及しておきたい。取調官からすれば、自らの取調べがリアルタイムで録音・録画されるということは、自分の仕事場で、真剣勝負の仕事をしている様子が記録媒体に残され、公開法廷において事後的に検証される可能性があることを意味する。そのことの重みを今一度よく考えて欲しい。もちろん、録音・録画制度が全てを解決する万能の特効薬というわけではない。いわゆる映像バイアスの問題¹⁹⁾もあるだろうし、記録媒体の実質証拠利用の問題²⁰⁾も残されている。しかし、それ以前に、これまで決して開かなかった取調室というパンドラの箱が開いたこと、及び、それが取調官のメンタリティに

16) 後藤昭は、「刑法等改正案の全体像」法律時報 88 巻 1 号 (2016 年) 7 頁において、平成 16 年改正の方向性を一言で表現すれば、「捜査中心の刑事司法から公判中心の刑事司法への変化」であり、同改正は、「被疑者国選弁護制度を除けば、捜査のあり方には直接には手を付けなかった。家の壁と屋根は改装したけれど、土台の改修は先送りしたともいえる」と述べている。

17) 前掲注 8) の座談会・14 頁における小坂井発言。

18) 平野龍一「現行刑事訴訟の診断」団藤重光博士古稀祝賀論文集第 4 巻 407 頁以下。

19) 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』、若林宏輔「心理学における取調べ録音・録画の利用の今後」季刊刑事弁護第 89 号 (2017 年) 138 頁等。

20) 拙稿「取調べを録音・録画した記録媒体の実質証拠利用」慶應法学 31 号 (2015 年) 61 頁以下のほか、その後に公刊されたものとして、白取裕司「取調べの録音・録画と実質証拠化問題」井田良ほか編「浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔下巻〕」(2016 年) 145 頁、岡田悦典「被疑者取調べの録音・録画記録の取扱いについて」季刊刑事弁護 89 号 (2017 年) 132 頁等。

影響を与え、半ば無意識的なものであった国家権力の行使が、事後的にチェックを受ける性質のものであることが刷り込まれたことを考えるべきである。筆者自身、弁護士としての活動を通じ、そのことを実感する機会がある。取調べの録音・録画制度が運用として普及した時代に職務に就いた現代の検察官は、かつての先輩たちのように、弁護士からの取調べ可視化の申入れをけんもほろろに拒絶することは少なくなった。彼ら・彼女らは、自分の担当する事件が、そして自分が行う取調べが、事後的に検証されるべき性質のものであることを半ば当然の前提にしている。このような心理面の変化は、刑事司法の運営全体を透明化することに間違いなく益するのである。

以上のとおり、今回立法された取調べの録音・録画制度は、全体に占める事件総数・割合こそ低く、一見して効果が不十分に思われるものの、裁判員裁判対象事件や検察官独自捜査事件等、社会の耳目を引く事件を中心に録音・録画が義務付けられたことの波及効果は大きい。既に運用により実施されている義務付け範囲外の事件についての録音・録画も相まって、とりわけ捜査機関のマインドに変革をもたらすことが予想される。楽観的と批判されることを覚悟の上で、筆者はこのように考えている。

ただし、取調べの録音・録画については、別の批判もされている。それは、今回の改正において、録音・録画の義務付けや任意性立証の制限によって、取調べと供述調書は一定の制限を受けることになったものの、その代替となる供述獲得手段が必要だという名目で、協議・合意制度（前記Ⅰ②）や刑事免責制度（同③）が創設され、通信傍受制度も拡大されることになった（同⑩）ではないかというものである。この批判は、取調べの録音・録画制度自体の不十分さもさることながら、取調べと供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方を改めるところから始まった議論が、いつしか代替捜査手段の創設・拡充にすり替わり、結果として、捜査機関が新たな捜査手段を手に入れたことに対する不満や疑問に根差している。いわば「焼け太り批判」とでもいうべきものである²¹⁾。これについては、結局のところ、録音・録画制度ができたことによるメリット・デメリット

21) 前掲注11)の白取論文等。

と、協議・合意制度等の新たな捜査手法ができたことによるメリット・デメリットを、比較衡量して評価を決するほかないであろう。このような観点から、項目を改めて論じることにする。

VI 新たな証拠収集手段

1 協議・合意制度

録音・録画等により取調べを抑制する見返りの供述獲得手段として、分かり易いのは、改正刑訴法に「第四章 証拠収集等への協力及び訴追に関する合意」として挿入された、協議・合意制度（前記第1②）である（同法 350 条の2～350 条の15）。この制度は、章名が端的に示すとおり、被疑者・被告人が「証拠収集等への協力」をする代わりに、検察官が何らかの寛大処分を提供することによって、当事者が「訴追に関する合意」に至るものであり、いわゆる捜査・訴追協力型の司法取引として位置付けられる²²⁾。この型の司法取引においては、被疑者・被告人が、訴追機関が立件を狙う別事件に関する供述や物証等を提供する代わりに、検察官が被疑事実よりも法定刑の低い別の犯罪事実で起訴したり、軽い求刑をしたりすることで、両者の間に取引（合意）が成立する。今回立法された制度の具体的な中身は、検察官と被疑者・被告人が、一定の財政経済事犯及び薬物銃器犯罪について、弁護人の同意がある場合に、被疑者・被告人が共犯者等の他人の刑事事件の解明に資する協力的行為を行い、検察官がこれを被疑者・被告人に有利に考慮して、当該被疑事件ないし被告事件につき、不起訴処分や一定の軽い求刑等をする内容を内容とする合意ができるというものである（改正法 350 条の2等）。事件の知識を有する者から供述等の証拠を獲得するための手段であり、とりわけ、合意にもとづき恩典を提供する権限を有する検察官からは、相対的に比重を低下させるであろう取調べに代わって、供述獲得の代替機能を営むのではないかと期待されている。

しかし、この協議・合意制度が額面どおり機能するかについては、未知数とい

22) 司法取引の意義及び諸類型については、拙稿「米国の司法取引と日本の協議・合意制度」法律時報 88 巻 4 号（2016 年）54 頁参照。

うほかないように感じられる。その最大の理由は、捜査・公判協力型の協議・合意制度が定着している米国の刑事司法と異なり、わが国の刑事司法には、事実上の処分権主義や当事者主義に裏付けられた実務的慣行や基盤が乏しいことである。今回の立法が、米国の制度²³⁾を比較法の対象のひとつとして設計されたことは間違いない。同国の制度においては、捜査・公判協力型のみならず、答弁取引と組み合わせた自己負罪型の協議・合意制度（いわゆるアレインメント）も含めて、司法取引が広範に活用されている。このような刑事司法制度運営の根底には、自己責任を旨とする当事者主義的な発想と、結論の妥当性を重視する合理的思考がある。米国法における被疑者・被告人は、手続の早期段階から法律専門家である弁護人の効果的な援助を保障され、手続の節目ごとに告知・聴聞の機会を与えられた主体的な存在である。そのように主体性を尊重された訴訟当事者が、自らに課せられた嫌疑や負荷を合理的に処理するため、メリット・デメリットを十分勘案した上、訴追機関との合意に至ったのであるから、その決断は尊重すべきであるし、別の国家機関（裁判所）が介入するのは基本的に好ましくない。筆者のみるところ、それが司法取引の根底にある彼らの法文化であり、このような基盤があるからこそ、米国法における司法取引は、事実上民事訴訟に近いレベルの処分権を機能させ、同国の刑事司法運営を支えてきたのである。そのことは、かの国の判例法理や法制度の形成過程にも表れている。1970年、連邦最高裁は、実務上の慣行として発達してきた有罪答弁（自己負罪型の司法取引）の合憲性・合法性が問題となったブレイディ事件の判決（*Brady v. United State*, 397 U.S. 755 (1970)）において、「有罪答弁は、裁判所、検察官あるいは弁護人から提示された約束の現実的価値を含め、その直接の結果を十分に認識した上でなされていれば、脅迫（又は有罪答弁をすれば嫌がらせを止める旨の約束）、欺罔（約束の不履行又は履行不能の約束を含む）、あるいは検察官の職務から見てそれ自体不当なものである約束（買収等）によるものでない限り、有効と解すべきである」と判示した。1975年に制定された連邦刑事手続規則 § 11(c)(1)は、「検察官と弁護人又は自ら訴訟活動を行う被告人は、答弁について協議し、合意することができ

23) その概要については、拙稿「米国の司法取引」名城法学65号4巻（2016年）36頁。

る」というものであるが、この条文は、上記ブレイディ事件判決を受け、いわば実務上の慣行を追認する形で立法されたと考えられる²⁴⁾。しかるに、わが国の刑事司法には、ここまでの法的文化ないし基盤は存在しない。そのようなところに、取調べに代わる供述獲得手段が必要だからという理由で、半ば取ってつけたように、捜査・訴追協力型の司法取引制度を導入しても、本当にうまくいくのだろうか。筆者は、このような素朴な疑問を禁じ得ないのである。

もっとも、今回の法改正においては、協議・合意制度の成功の鍵になり得る法制度の整備もされている。それは、被疑者国選弁護制度及び証拠開示制度の拡充である。筆者は、先ほど、「米国法における被疑者・被告人は、手続の早期段階から法律専門家である弁護人の効果的な援助を保障され、手続の節目ごとに告知・聴聞の機会を与えられた主体的な存在である」と述べた。このような前提があるからこそ、功利主義的な制度である司法取引が運営できるわけであるが、上記前提を形成しているのが、手続の早期段階からの弁護人による効果的な援助である。そして、効果的な援助の前提となるのが、防御権を全うしつつ、訴追権力の行使にどう対応するのか、その判断材料を提供する証拠開示制度ということになる。このいずれもが今回の改正で拡充されたので（詳しくは後に触れる）、マクロ的には、正しい方向性を示していると言えなくもない。ただ、今回立法された協議・合意制度においては、取引の主体となる被疑者・被告人の弁護人の同意が必要的とされているものの、当該弁護人にしてみれば、誠実義務との関係で、被疑者・被告人が「捜査官から持ちかけられた取引に応じたい」と言い出した時に、依頼者が有する（と称する）別事件に関する知識の真偽をあげつらうことは難しい。また、当該弁護人は、訴追機関が立件を狙う事件の弁護人ではないし、そもそも、証拠開示自体が公判手続開始後に発動する制度である。したがって、当該弁護人が具体的な証拠を通じて別事件の内容を吟味する術はなく、そのような立場にもない。筆者は、比較法の対象として、米国の刑事手続法に関心を寄せる者であるから、協議・合意制度自体に悪い印象は持っていない。しかし、具体的に設計された制度の内容に照らし分析してみると、制度としては、なかなか前

24) 前掲注 22) の拙稿・56 頁。

途多難に思えるのである。

2 通信傍受制度の拡充

検察庁が期待をかけた証拠収集手段が協議・合意制度ならば、第一次捜査機関である警察庁が肝煎りで議論の俎上に載せたのが通信傍受制度の拡充（前記第1⑩）である。立法された内容は、2つの要素からなる。1つは、通信傍受制度の対象となる犯罪を大幅に拡大したことである。すなわち、改正法は、薬物犯罪、銃器犯罪、集団密航及び組織的殺人という従来の4類型に加え、「当該罪に当たる行為が、あらかじめ定められた役割の分担に従って行動する人の結合体により行われるもの」であると疑うに足る状況を要件として加重した上（改正通信傍受法3条1項各号）、①殺傷犯関係（現住建造物等放火、殺人、傷害、傷害致死の刑法犯、及び、爆発物取締罰則第1条の爆発物使用罪）、②逮捕・監禁、略取・誘拐罪関係、③窃盗・強盗等、及び、詐欺・恐喝等の財産犯、④児童ポルノ罪関係（児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律7条6項、7項）をも対象犯罪とした（改正通信傍受法3条1項各号、別表第2）。その立法事実は、近時、暴力団組員が意に沿わない一般市民を標的に組織的に行ったとみられる殺傷事件や、振り込め詐欺を始めとする特殊詐欺事件が起り、一般市民の生活を脅かす組織的な犯罪が相次いだことにあるとされる²⁵⁾。もう1つは、通信傍受制度の手続の合理化・効率化と称されるものである。これは、ア、一時的保存を命じて行う通信傍受の実施手続、及び、イ、特定電子計算機を用いる通信傍受の実施手続という2つの内容からなる。前者（上記ア）は、裁判官の許可を受け、通信管理者等（改正通信傍受法5条4項）に命じて、傍受の対象となった通信を暗号化した上で保存しておき、後に、通信管理者等に命じてこれを復号させ、その立会いの下で再生し、内容を聴取等するというものである（同法20条、21条等）。事後的な聴取等が可能となることにより、従来の制度において大きな負担とされた、傍受のための長時間の待機を回避できる効果があるとされる。また、後者（上記イ）は、裁判官の許可を受け、

25) 安村勉「通信傍受法改正と捜査」法律時報88巻1号（2016年）28頁。

通信管理者等に命じて、傍受した通信を暗号化した上で、捜査機関の施設等に設置された特定電子計算機に伝送し、受信と同時に復号するか、あるいは、一旦保存し、後に復号・再生して、それぞれ通信内容の聴取等をするというものである(同法 23 条等)。従来必要とされてきた通信管理者等による立会い及び記録媒体の封印が不要となるので(同法 23 条 1 項後段、4 項後段、26 条 1 項、4 項)、通信事業者の負担や捜査上の支障を回避し得るほか、事後的な聴取の活用により、長時間の待機も必要なくなるものとされている²⁶⁾。

さて、このように手直しされた新しい通信傍受制度が額面どおり機能するかどうかであるが、率直に言って、見通しがつかない。是非は別にして、通信傍受制度自体が極めて限定的に立法され、実施数も限られていたので、実務上の経験の蓄積がなく、誰も正確な見通しをもてないのである。しかし、現時点で確実に言えることが 2 つある。1 つは、そもそも、通信傍受制度の拡充が、今回の改正の趣旨である取調べ及び供述調書に過度に依存した刑事司法の運営を改めることに結びつくのか、いささか疑問だということである。限られた管見であるが、1997 年から 1998 年にかけて米国ミシガン州の刑事実務を見聞した経験²⁷⁾からすると、通信傍受に属する捜査手法は、供述証拠の獲得そのものよりも、むしろ、事案の全体像を解明し、どのような供述が獲得できれば、誰をどのような犯罪事実で検挙・立件できるか、訴追方針の樹立に多大な貢献をし得るものとして扱われていた。これは、わが国の実務実感に引き直しても、そうだと思う。警察官が通信を傍受する際、そこで傍受できた通信内容が、例えば犯罪の共謀を立証する直接の証拠になり得ることもあろう。しかし、そのような直截な内容をもつ会話が交わされ、しかも、捜査官がそれを傍受できることは、それほど多くない。傍受できた内容の多くは、必ずしも推認力の強くない間接事実であることが大半である。通信傍受は、いわば膨大な無駄をはらむ捜査手法なのであって、だからこそ、今回の改正において「合理化・効率化」が叫ばれたのであった。通信傍受は、本格的な捜査の突破口を開く手段としては有効であるが、供述そのものを獲得する手

26) 前掲注 9) の吉田論文・48～49 頁。

27) その全体像は、前掲注 1) の拙著・422 頁以下の「第 4 編 アメリカの刑事手続——ミシガン州の実務に沿って」において叙述した。

段としては、必ずしも効率的な方法とはいえないのではないか。仮に通信傍受が実施される事案があったとしても、傍受された内容をきっかけに重要参考人を任意で取調べ、傍受した内容を動かぬ証拠として突きつけ、言い逃れはできぬと観念させる、そのような使われ方が少なくないのではないかと推測される。通信傍受は、その外形だけを見れば供述獲得手段に思われても、内実はその前段階の捜査手法であり、取調べを直接代替する機能を営むものであるかについては、疑問が残るのである²⁸⁾。あと、もう1つ言えるのは、現代社会において、通信傍受制度という高度な通信技術を活用した捜査手法をどのように扱うかは、高度に政策的な判断の一面を有するということである。GPS捜査の適法性について判断した前記最高裁判所大法廷判決平成29年3月15日は、同捜査につき、「刑訴法197条1項ただし書の『この法律に特別の定のある場合』に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある」としたうえ、「GPS捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい」と判示した。GPS捜査は、物理的強制力を伴わず秘密裡に行われるものであると同時に、それゆえ重大な権利侵害の可能性を内包するという意味で、ソフトな強制手段とでもいべきものである。通信傍受についても同様の理が指摘できよう。そうだとすると、通信傍受法の制定、そして今回の同法改正と、それなりの議論を経て「立法的な措置が講じられ」ている以上、それを粛々と受け入れて、弊害を最小限化する運用の知恵を絞るのが、法律学及び法律実務の責務であるようにも思えてくる。その意味において、今回の通信傍受法改正は、ぎりぎり許容範囲であったというのが、筆者の暫定的な結論である²⁹⁾。

28) 前掲注11)の白取論文・6頁は、特別部会第11回会議における坂口拓也幹事の発言を引用して、「現在の実務でも、傍受され記録された会話は、証拠として公判に提出される例は多くなく、傍受した事実を被疑者に告げて全部自白に至るケースが多い」と指摘する。

29) 笹倉宏紀は、「通信・会話傍受」法律時報86巻10号(2014年)36頁において、「通信傍受が大いに活用される社会を望ましいものとは思わない」が、「情報通信技術が犯罪遂行のために用いられる以上、それに対抗する手段を捜査機関に与えなければ、良好な治安を維持し得ず、現在享受している『幸福』を維持することが難しくなるかもしれない」と述べている。通信傍受の制度設計の在り方は、憲法が許容する範囲での、高度に政策的な立法判断であることを含意しているといべきであろう。

Ⅶ 被疑者・被告人の防御権の強化

協議・合意制度の箇所でも触れたとおり、今回の法改正において、取調べに代替する供述獲得手段が整備されたことに対する直接のカウンターパートとなったのは、被疑者段階からの国選弁護制度の拡充、及び、公訴提起後の段階における証拠開示制度の拡充であった。このような観点から、本項においては、被疑者・被告人の防御権の強化に関する、これらの改正事項について検討する。

1 被疑者国選弁護制度の拡大

従来は、長期3年以上の自由刑という基準を前提に、被疑者国選弁護制度が適用されていたが、平成28年改正により、法定刑を基準とする基準が撤廃され、勾留状が発布される全事件につき同制度が適用されることとなった(改正刑法37条の2、37条の4等。前記Ⅰ④)。このような、被疑者国選弁護の量的拡大については、とくに異論はなく、立法が実現した。刑事司法の運営を当事者主義的な観点から合理化するためには、手続のあらゆる場面で弁護機能が実質化されていることが必要であり、その意味で、今回の立法が大きな前進であることは間違いない。ただし、課題も幾つか残されている。その1つは、逮捕から勾留までの身柄拘束初期段階の手当てである。米国法においては、訴追機関が、逮捕後48時間以内に、告知・聴聞の機会の確保のため、被疑者を裁判所に出頭させることが義務付けられている。この最初の出頭の機会は、“initial appearance”と呼ばれて、この段階で既に、弁護権の実質的保障が必要な“critical stage”(重要な局面)であると一般に理解されている。このことが示唆するとおり、逮捕直後の身柄拘束期間は、被疑者にとっては物理的にも心理的にも防御の準備が整わない時期であり、反面、訴追機関からすれば一気呵成に供述を獲得する好機でもあることから、捜査上ひとつの山場といえることができる。米国法の場合には、逮捕時にいわゆるミランダ・ルールの告知が行われ、例えば、被疑者が「弁護人が立ち会わなければ取調べには応じない」という方針で対応することにより、防御がなされる。しかし、取調べ抑制の法理が発達していないわが国の場合、この段階をカバーしているのは、弁護士会の自助努力で賄われる当番弁護士制度に過ぎない。

当事者主義的な刑事手続の運営を機能させるために必要不可欠な、制度的・体系的な防御権の構築としては、いまだ不十分といわざるを得ない。捜査弁護をどのように構築するか、新制度の下でも引き続き改善の方向性を探る必要がある。それと同時に、刑事弁護が量的にだけでなく質的にも充実するよう留意する必要がある。被疑者国選弁護制度を全勾留事件に拡大するに際し、当然、統計上のシミュレーションも行われたと承知しているが、そこで前提とされたのは、公費で賄われる同制度を量的に拡大しても、質的な劣化は生じないという命題であった。もちろん、実務の現場では、依然として経験やスキルの凹凸があることは否定できない。しかし、近時の刑事弁護に対する意識の高まり及び弁護士会の研修制度の充実が目覚ましい。実務的な実感として、刑事弁護全般がスキルアップし、かつ、専門性も深化していることは間違いない。おそらく、わが国の刑事司法の歴史上初めて、「刑事弁護人 (defence lawyers)」と称される職能集団が形成されつつあるといってもよいのではないか。今回の改正と相まって、弁護強化の相乗効果の生じることが期待されるところである。

2 証拠開示制度の拡充

防御権行使の前提となるのが、広い意味での情報開示、刑事手続における被疑者・被告人の立場からすれば、国家機関がどのような材料を組み立てて訴追を進めようとしているのか、その点に関する公正かつ適切な証拠開示である。平成28年改正においては、現行法下で証拠開示制度の前提となっている公判前整理手続に付することの請求権が認められた上、証拠の一覧表の交付手続が創設されるとともに、類型証拠開示制度の対象が拡大された(前記Ⅰ⑤)。すなわち、現行法に組み込まれた証拠開示制度は、当該被告事件が公判前整理手続に付されたことが前提になっているところ、改正前においては、この付決定がされるか否かは裁判所の職権に委ねられていた。その一方で、平成16年改正で公判前整理手続が創設され、運用が開始して数年を経ると、弁護実務の実感として、証拠開示がどこまで活用できるかが、防御権の十全な行使に決定的な意味をもつことが認識されるに至った。そこで、今般、上記付決定に関する請求権が設けられることになった(改正法316条の2第1項、316条の28第1項)。この請求が容れられ

なかった場合、即時抗告ができる旨の規定は設けられておらず、請求権の実効性を危ぶむ意見もあるが、法文上、職権で付決定が可能であるに過ぎないことと、当事者の請求により付決定がされることの違いは大きい。運用の問題として、当事者の請求をおいそれと斥けることは難しくなる。決して効果の薄い改正ではないと考える。さて、このような付決定に関する手当がされた上で、証拠開示制度の本体部分については、これまでの類型証拠開示及び主張関連証拠開示がより円滑に実施されるべく、証拠の一覧表の交付手続（いわゆるリスト開示）が設けられることになった。すなわち、検察官は、検察官請求証拠の開示をした後、被告人又は弁護人から請求があったときは、速やかに、検察官が保管する証拠の一覧表を交付しなければならない（改正刑訴法 316 条の 14 第 2 項）。一覧表には、ア. 証拠物については、品数及び数量（同条 3 項 1 号）、イ. 供述者の署名・押印のある供述録取書面については、当該書面の標目、作成年月日及び供述者の氏名（同項 2 号）、ウ. その他の証拠書類については、当該書類の標目、作成年月日及び作成者の氏名（同項 3 号）が、それぞれ記載される。文字どおり、その時点で検察官が保管する証拠のリストというわけである。従来の類型証拠開示や主張関連証拠開示においては、検察官が保管する証拠の全容が分からないことが原因で、弁護人が半ば疑心暗鬼にとらわれ、請求漏れがないようにとの心理も働いて、投網を掛けるような証拠開示をしたり、「このような証拠があるはずだ」、「いや、そのような証拠は保管していない」という不毛なやり取りを繰り返すことが、少なからず見受けられた。とりわけ制度施行初期段階の弁護実感としては、この点に関する検察官とのやり取りに多大な労力を要し、公判前整理手続を長期化させる主要因になっていた。そのことからすると、今回の改正により、少なくともその時点での検察官手持ち証拠の全体像が把握できるようになったことの意義は大きい。付決定がされた事件のすべてにつき漏れなく請求権を行使して、運用上、リスト開示を必要的なものとして定着させる努力が必要である。あと、類型証拠開示制度の拡大は、改正前の 316 条の 15 第 1 項各号に加え、被疑者・被告人の防御にとって典型的に重要な共犯者の取調べ状況記録書面（改正刑訴法同項 8 号）、及び、証拠物の押収手続記録書面（前同項第 9 号）を対象に加えたものである。合理的な内容の改正であり、どの立場からも大きな異論はないところ

であろう。

3 裁量保釈における考慮要素の明確化

被疑者・被告人及び弁護人にとって、身柄拘束の有無は、非常に切実な問題である。当の被疑者・被告人にとっては、身柄拘束されていること自体が、捜査機関の望む筋書きの供述をして早く楽になりたいと思わせるくらいの、大きな肉体的・精神的負担となる。弁護人にとっても、依頼者が身柄拘束されていることの負荷は非常に大きい。防御方針のいかに関わらず、身柄が拘束されているといわないのでは、準備の効率が比べ物にならないくらいに違ってくる。他の業務を抱えつつ、身柄拘束先（代用刑事施設や拘置所）で接見時間を気にしながら打合せするのと、自分のオフィスや依頼者の自宅で打ち合わせするのでは、準備のはかどり方が全く違う。身柄拘束されている場合には、書証ひとつやり取りするだけでも、差し入れや宅下げといった手続を経なければならず、その分、意思疎通に時間と労力を要することになる。誠実義務を尽くさなければならない刑事弁護人にとって、証拠の内容の隅々まで含めて依頼者と意思疎通できているか否かは、職務遂行の生命線である。その意味で、裁量保釈に関する今回の改正は、小さなものに見えるが、長いスパンで見ると、実務の運用に少なからぬ影響を与える可能性のある重要なものである。

改正の内容を確認しておこう。改正前の刑訴法90条は、「裁判所は、適当と認めるときは、職権で保釈を許すことができる。」と定めるのみで、いかなる場合が「適当と認めるとき」に当たるのかは、少なくとも条文上、まさしく裁判所の「職権」に委ねられていた。これに対し、改正刑訴法90条は、「裁判所は、保釈された場合に被告人が逃亡し又は罪証を隠滅するおそれの程度のほか、身体の拘束の継続により被告人が受ける健康上、経済上、社会生活上又は防御の準備上の不利益の程度その他の事情を考慮し、適当と認めるときは、職権で保釈を許すことができる。」と規定を改め、裁量保釈の判断に際して考慮すべき要素を明確にした（前記Ⅰ⑥）。立法担当者によれば、その趣旨は、「裁量保釈の判断に当たって考慮すべき事情として、実務上確立している解釈を明確化し、国民に分かりやすいものとする」ことにあり、「従来の保釈の運用に関する特定の事実認識を前

提として、その運用を変更しようとする趣旨ではない」という³⁰⁾。「人質司法」という標語を掲げ、身柄拘束に関する運用を批判してきた弁護実務からすれば異論もあり得るところであるが、ここでは、「従来の保釈の運用に関する特定の事実認識」を云々することは避ける。それより大切なのは、今日現実に身柄拘束されている被疑者・被告人が明日どうなるかであり、これからの保釈の運用がどのような方向に向かうかである。その意味で、改正された条文において、「逃亡し又は罪証を隠滅するおそれ」と対置し、「被告人が受ける健康上、経済上、社会生活上又は防御の準備上の不利益の程度」が要件として列挙されたことの意義は、決して小さなものではない。とりわけ、依頼者と弁護人の意思疎通の重要性を強調する立場からは、「防御の準備上の不利益」が明記されたことは、評価に値しよう。原決定が、保釈を許可した原々決定を取り消して保釈請求を却下したところ、即時抗告を受けて、原決定を取り消した近時の 2 つの最高裁判例（最決平成 26 年 11 月 18 日・判例時報 2245 号 124 頁、最決平成 27 年 4 月 15 日・判例時報 2260 号 129 頁）も、このような流れに位置づけられるもののように思える。併せて確認しておきたい。

Ⅷ 公判立証に関わる諸方策

ここまで概観してきたとおり、今回の改正は、捜査法の分野が中心である。そもそも、取調べ及び供述調書への過度の依存を改めるところから始まった改正論議であり、諮問の段階から既定路線であった取調べの録音・録画制度は、捜査の中核をなす取調べという手法を直接制限しようというものであった。これに対するリアクションとして、代替捜査手段と位置づけられる協議・合意制度や通信傍受制度が取り上げられ、さらにそのカウンターパートという意味も含めて、被疑者国選弁護制度が拡充された。平成 28 年改正の骨格部分は、以上のようなものであった。しかし、当然のことながら、捜査法の分野に手をつけただけでは、刑事司法全体の運営の改善には直結しない。公判への目配りが必要である。改めて

30) 前掲注 9) の吉田論文・49 頁。裁判実務を代表する論者も、全く同じ認識を示している。中里智美「裁判官から見た新たな刑事司法制度」法の支配 184 号 65 頁。

考えてみると、そもそも、刑事司法の運営が捜査に傾斜した理由の一つに、公判における真実発見の機能が必ずしも十分でないことが挙げられた。もちろん異論もあり得るところであるが、例えば、検察実務からすれば、被告人は、包括的黙秘権をもちながら、偽証罪の制裁の可能性もなく、法廷で自由に供述できる特権的な立場にあり、したがって、被告人質問は真実の解明に適した証拠調べ手続ではないということになる³¹⁾。だからこそ、今回の改正では取り上げられなかったが、特別部会においても、ある段階まで、被告人の証人適格の問題が議論されたのである³²⁾。このように考えると、刑事司法運営における捜査の比重を相対的に下げるためには、捜査に代わって公判に事実を解明する機能をもたせる必要があることになる。以上の文脈に沿って、本章では、今回の改正で実現した、公判立証の真実性の担保に関する幾つかの制度について検討する。

1 刑事免責

今回立法された刑事免責（前記Ⅰ③）は、証人が自己負罪拒否特権（憲法38条1項）に由来する証言拒絶権（146条）を行使し、事案の解明に必要な証言が得られなくなる事態を回避するため、裁判所が、証人に対し、当該証言等を証人自身を訴追するための証拠としては使わない旨の法的な特権（免責決定）を与え、その代わりに証言拒絶権を剥奪して、偽証罪（刑法169条）や証言拒絶罪（刑訴法161条）の制裁の下、証言を強制する制度である。条文によると、その具体的な制度設計は、次のようなものである。すなわち、裁判所は、検察官の請求にもとづいて、ア．尋問に応じてした供述及びこれに基づいて得られた証拠は、証人の刑事事件において、これらを証人に不利益な証拠とすることができず（派生使用免責）、その一方で、イ．証人は、刑訴法146条の規定にかかわらず、自己が刑事訴追を受け又は有罪判決を受けるおそれのある証言を拒むことができないとの条件により、証人尋問を行う旨の決定（免責決定）をする（改正刑訴法157条の2、157条の3）。検察官としては、当該証人の供述が他事件の立件に必要と判

31) 亀山継夫「刑事司法システムの再構築に向けて——主として検察の立場からみた『新刑訴』の回顧と展望——」松尾浩也先生古稀祝賀論文集（下巻）9頁。

32) 堀江慎司「被告人の証人適格論」法律時報86巻10号（2014年）53頁。

断したからこそ、同人の処罰を事実上断念することの見返りに、証言強制をかけるわけであるが、このような場面に至るまでには、検察官が、まず前記の協議・合意制度（前記 I ②）を持ちかけることもあろう。結果として協議が整わず合意が成立しなかった（取引が不調に終わった）場合に、免責決定という抜き差しならない場面が現れる。このような展開をたどった場合は、刑事免責は捜査・公判協力型の司法取引の延長線上にあることになる。また、この両制度は、いずれも、訴追機関が検挙・立件を狙う事件について重要な知識をもつ者から、その知識を供述として獲得する手段であり、その点において外形的な共通点がある。しかし、刑事免責の法的スキームは、使用免責を付与し自己負罪拒否特権を消滅させることによって一方的に証言義務を課するものである。交渉と合意によって機能することを予定する司法取引とは根本的に異なる。以上からすれば、刑事免責は、司法取引とは別個の供述獲得手段と位置付けるべきものであろう³³⁾。本稿が、刑事免責を司法取引（協議・合意制度）と並列せず、公判立証の真実性を担保する諸施策のひとつとして扱ったのも、そういう理由からである。

さて、このような刑事免責が機能するかどうかであるが、上記で触れたとおり、刑事免責は、供述獲得のいわば最終手段としてその適用が問題になるものである。例えば、犯罪組織に属する者が、組織的犯罪の首謀者や背景について供述することはやぶさかでないが、自分だけが罪を免れると、自分や家族に対する報復が予想されるので、供述をためらっている場面が、ひとつの典型例であろう。この場合、免責決定を得る代わりに証言強制がかけられ、証言を拒絶したり偽証したりすれば自らが刑事処罰を受ける、そのような立場に立たされたことが、ためらいを断ち切り、組織を裏切って証言することの誘因となる。しかし、このような誘因があっても、組織による報復のおそれがある以上、証言を拒絶して口を閉ざし、自らが証言拒絶罪等による処罰を甘んじて受ける、そのような選択も当然あり得る³⁴⁾。このような極限状況に対応するために、米国法で制度化されているのが、証人保護プログラムである。これは、上記の事例に即していえば、証言予定者及

33) 前掲注 22) の拙稿・54～55 頁。

34) 筆者自身も、米国ミシガン州の実務を見聞する機会を得た際に、そのような実例を見たことがある。指宿信編『取調べの可視化へ!』(2011 年) 51 頁。

びその家族に、国家が別のアイデンティティ（米国ならば、出生証明書や社会保険番号等）及び最低限の生活保障を与え、別の場所で、全く別人として生活を営ませることにより、安全を確保するというものである。少なくとも米国の場合、刑事免責と証人保護プログラムは一体になって機能するものというイメージが強い。わが国の場合、今回の改正においては、他の法大系（民事法、行政法）にも与える影響が大きく、特別部会の議論のみで左右しがたいという理由で証人保護プログラムの具体的検討は見送られ、刑事免責だけが見切り発車で立法された。このままでどこまで機能するのか、未知数というほかない。今後の運用実態を分析した上で、証人保護プログラムの実現を含めた制度の手直しを検討する必要がある³⁵⁾。

2 勾引要件緩和・出頭義務違反の罰則強化及び犯人蔵匿罪等の法定刑引上げ等

刑事司法運営の重点を公判に移すためには、捜査段階の取調べではなく、公判段階の証人尋問で事実を解明するに足りる内容の供述を得なければならない。証人尋問でこのような供述を得るためには、証人には、真实性の担保のため、宣誓して偽証罪の制裁の下で証言してもらわなければならない。その前提として、召喚された証人は確実に法廷に来てもらう必要がある。その一方で、証人に対する違法な働きかけにより、証言の内容が影響を受けることがあると、事実の解明は困難になるから、証人に対する威迫等を禁止する行為規範を確立しなければならない。また、証人尋問に限らず、公判での証拠調べは、捜査段階での確に証拠が収集されていることが大前提であり、そうでないと、不正確な前提をもとに尋問や質問が行われることになる。したがって、証拠が隠滅されたり、犯人の嫌疑を受けた者が蔵匿されたりするのは、司法作用にとってゆゆしきことであり、論外である。これらの事態は、極力防止しなければならない。このように考えていくと、今回、証人を勾引する要件が緩和され、公判における証人尋問手続に関する幾つかの罰則が強化される（前記Ⅰ⑦）とともに、司法作用を妨害する刑法犯の法定

35) 川出敏裕「協議・合意制度および刑事免責制度」論究ジュリスト 2015年冬号71頁は、証人保護プログラムの「必要性は明らかであるから、速やかに検討を開始するべきであろう」とする。

刑が引き上げられた(同⑩)のも、一貫した論理にもとづくものであることが理解できる。

改正の内容を確認しておこう。改正前の刑訴法 152 条によると、証人が召喚に応じないことが明らかであっても、召喚の手段を実施して不出頭の事実を確認しなければ勾引することができず、それゆえ公判期日が空転することがあったが、改正刑訴法の同条においては、証人が正当な理由なく召喚に応じないおそれがあるときは、上記の手段を経ることなく勾引できることとなった。また、証人として召喚を受けたにもかかわらず、正当な理由なく出頭しない出頭義務違反罪の罰則も、10 万円以下の罰金又は拘留(改正前刑訴法 151 条)という軽微なものから、1 年以下の懲役又は 30 万円以下の罰金へと引き上げられた(改正刑訴法 151 条)。このように出頭を確保した上での証人尋問手続に関しては、正当な理由なく宣誓又は証言を拒んだ場合の罰則が、同様に、10 万円以下の罰金又は拘留(改正前刑訴法 161 条)から、1 年以下の懲役又は 30 万円以下の罰金へ引き上げられた(改正刑訴法 161 条)。その一方で、記憶のまま自由に証言できる環境を守るため、証人等威迫罪の法定刑が、1 年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金から、2 年以下の懲役又は 30 万円の罰金へと引き上げられた(改正刑法 105 条の 2)。また、証拠の適切な収集や犯人(嫌疑者)の確保を円滑ならしめるため、証拠隠滅罪(改正刑法 104 条)及び犯人蔵匿罪(同法 103 条)の法定刑が、いずれも、2 年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金から、3 年以下の懲役又は 30 万円以下の罰金へと引き上げられた。なお、これら一般刑法犯の法定刑引上げに平仄を合わせて、組織的な犯罪にかかる犯罪蔵匿等、証拠隠滅罪及び証人等威迫罪の法定刑も、3 年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金から、5 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金へと引き上げられている(組織的犯罪処罰法 7 条 1 項 1 号~3 号、同条 2 項)。

さて、これらの改正が機能するかどうかであるが、勾引の要件の緩和については、地味ではあるものの実務上意味のある改正であり、たしかに公判期日の空転を一定程度回避する効果はあるように思われる。ただし、証人を勾引しなければならぬ事態は、それ自体望ましくないし、日常的に起こり得ることもない。従来の実務の運用においては、検察官は、極力証人の協力を取りつける努力をし

て公判を維持してきたと思われるし、それは当然のことでもあった。そのような運用でまかない切れなくなる事案、前述の例に即していえば、組織的犯罪の首謀者や背景についての供述を語る証人を法廷に召喚する場面などが典型的には想定されるが、そこまでいなくても、法廷に呼ばれたら最終的には観念して供述はするものの、出廷には抵抗するリラクタントな（嫌々出廷する）証人も少なくない。その一方で、出廷自体に最も強硬に抵抗する証人については、召喚した上で証言強制をかけるという形で、前記刑事免責と組み合わせて使うことも考えられる。このように検討していくと、どの程度の幅をもって運用され、どのような事案についてどの程度機能するのか、制度を実施してみないと分からない面がある。ひとつずつ実施例を積み重ねて、あるべき運用を見出していくほかないであろう。その他の罰則強化や法定刑の引き上げはどうか。率直に言って、自由刑の上限が1年引き上げられ、罰金刑の上限が10万円や20万円引き上げられたからといって、それで、司法作用の妨害行為を減じる効果があるとは思えない。立法者も、そのような効果が実際にあると思って立法しているのか、疑問に思われる。この点の改正は、実体法及び手続法を併せた刑事法の体系的整合性を守るためのものであり、大義名分の意味合いが強いといってよいであろう。

IX その他の改正事項

1 犯罪被害者等及び証人を保護するための措置の拡充

前章で検討したとおり、今回の改正においては、公判の証拠調べで適切に供述証拠が得られることを可能にする観点から、とりわけ証人尋問手続の充実が図られた。反面、このことは、犯罪被害者を含む証人（重要参考人）の負担が増大することを意味する。また、前々章では、被疑者・被告人の防御権の強化に関する改正事項を取り上げた。しかし、被疑者・被告人の防御権を十分に行使させることは、被害者主張にかかる経緯で公訴事実記載の犯罪被害が発生したことを否定する応訴態度を誘発しかねない。被疑者・被告人の防御権の強化は、被害事実の存在を前提とする「犯罪被害者」の地位と、あらゆる場面で緊張関係に立つ可能性がある。今回の改正においては、そのような観点から、公判に出廷する証人の

負担を極力減らし、また、犯罪被害者の名誉・プライバシーを最大限保護するべく、幾つかの技術的色彩の強い制度が採用された。

この点に関する改正は、3つの内容からなる。ア. 従来から存在したビデオリンク方式の証人尋問を拡充し、構外ビデオリンク方式と呼ばれる方式の証人尋問を可能にしたこと（改正刑訴法 157 条の 6）、イ. 一定の要件を充たせば、検察官が、証拠請求に伴い弁護人に開示することになる証人等の氏名・住居について、開示の条件を付することが可能になったこと（同法 299 条の 4）、及び、ウ. やはり一定の要件の下に、公開法廷において証人等の氏名等を秘匿する措置をとることが可能となったこと（同法 290 条の 3）、以上の 3つである（前記第 1 ㉔）。制度の具体的内容を確認しておこう。まず上記アであるが、従来のビデオリンク方式の証人尋問においては、証人が裁判官等の在席する同一構内に出庭し、法廷と証人の待機する別室をビデオリンクで結んで証人尋問を実施することが前提であった。今回の改正においては、証人が同一構内に出頭すると精神の平穏を著しく害されるおそれがあるとき（改正刑訴法 157 条の 6 第 2 項 1 号）や、証人が遠隔地に居住し同一構内への出頭が著しく困難であるとき（同項 4 号）など、一定の要件を充たした場合には、同一構内以外の場所（別の裁判所施設等）に証人を出頭させて、同所と裁判官等の在席する場所をビデオリンクでつなぐ方式により証人尋問を実施できることになった（同条項）。次に上記イについて、改正前の刑訴法においては、証拠請求に際し、検察官は、弁護人に対し、証人に関する情報が被告人等に知られないようにするなどの配慮を求めることができるにとどまっていたが（同法 299 条の 2、同条の 3）、改正法においては、弁護人に対し、証人等の氏名・住居を被告人に知らせてはならない旨の条件を付し、又は、被告人に知らせる時期・方法を指定することができることになった（改正刑訴法 299 条の 4 第 1 項、同条第 3 項）。また、被告人及び弁護人に対し、証人等の氏名・住居を開示しないこととしたうえ、これらに代わる呼称や連絡先を知る機会を与えることも可能となった。さらに上記ウであるが、改正前の刑訴法においても、性犯罪等の被害者については、その氏名等の被害者特定事項を公開の法廷で明らかにしないで手続を進められることになっていたが（同法 290 条の 2）、今回の改正により、それ以外の証人等についても、同様の制度的手当てがされることとな

った。すなわち、証人等特定事項が公開法廷で明らかになれば、証人等に危害が加えられるおそれがあるときなど、一定の要件を充たす場合は、裁判所は、同事項の秘匿決定をすることができ(改正刑訴法290条の3)、この決定がされた場合は、起訴状及び証拠書類の朗読は同事項を明らかにしない方法で行うほか(同法291条の3、305条の4)、訴訟関係人による尋問又は陳述が同事項にわたるときは、裁判長により制限され得ることになる(同法295条4項)。

以上から分かるとおり、これらの改正は、従来の制度を手直しして適用対象を拡大するものである。条文は複雑であるものの、実務はこれまでの蓄積を活かして大きな混乱なく対応するであろう。その中で適切な運用の基準が見出されていくはずである。その意味で心配はないように思われるが、そもそも、ビデオリンク方式の証人尋問については、尋問の実効性等がどこまで担保された制度なのかという疑問が呈示されている³⁶⁾。また、証人の氏名・住居の開示制限や証人等特定事項の秘匿決定については、犯罪被害者の場合と同様、被疑者・被告人の防御権との関係で理論的に微妙な問題が生じ得る³⁷⁾。注意が必要であろう。翻ってみると、前述のとおり、犯罪被害者を始めとする証人等の保護の方策は、今回の改正の趣旨とは別のところから生じ、特別部会における議論に合流したものであった。刑事関係の立法には、犯罪被害者等の事件関係者がステークホルダーとして関与することを念頭に置かなければならない時代になったことを、象徴的に示すものだということもできる。しかるに、実現した制度の幾つかは、必ずしも十分とはいえない議論にもとづいて立法されたように思える。刑事手続の現場で生じる問題点については、その多くが未解決のままであり、理論も実務も、取り組む課題は増える一方である。

2 自白事件の簡易迅速な処理のための措置

平成16年改正により創設された即決裁判制度(改正刑訴法350条の16以下)は、公訴提起と同時に検察官から申立てのあった一定の軽微な事件につき、速や

36) 特別部会第16回会議議事録22～23頁の神洋明幹事の発言。

37) 論究ジュリスト12号(2015年)の座談会「『新たな刑事司法制度』の構築」39頁の小野正典弁護士の発言。

かに即決裁判手続に付するかどうかを決める公判期日を開き、そこで有罪の答弁がされた場合には、裁判所は同手続によって審判する旨の決定をし、簡略化された証拠調べ手続を経て、できる限り即日判決の言渡しをするというものである。自由刑の言渡しについて執行猶予が必要的とされる点（同法 350 条の 29）で被告人に、また、事実誤認を理由とする上訴を認めないなどの点（同法 403 条の 2）で検察官に、それぞれメリットがあるとされ、単純な覚せい剤自己使用の初犯など、執行猶予付きの判決がある程度定式化されている事案を中心に、相当数の自白事件をこの手続に誘導し、刑事司法運営を合理化できるものと期待されて、この制度は創設された³⁸⁾。しかし、即決裁判手続が用いられた事件の数は低水準で推移し、制度が成功したとはいえない状況が続いた。その原因はいろいろあるが、検察実務の立場からは、即決裁判制度で処理するのが適当と判断した事件においても、公判で否認された場合のことを考えて、いわば念のため捜査を尽くし、取調べをして供述調書を作成しておくことにならざるを得ず、結局、手続の合理化・省力化にはつながらないことが指摘された。制度上、判決を言い渡すまでの間に、被告人が有罪である旨の答弁を撤回するなどして、簡易迅速な手続を実施する前提が崩れたときは、裁判所は即決裁判手続により審判する旨の決定を取り消さなければならない（同法 350 条の 25）。その場合、再起訴制限（同法 340 条）との関係で、いったん公訴取消し・公訴棄却決定（同法 339 条 1 項 3 号）を経て終局した事件を再起訴し、有罪判決を獲得することには困難が伴う。そのため、即決裁判手続を申し立てる以前の段階で、正式公判請求事件と変わらない精度の捜査を遂げておかざるを得ない。それが原因で、検察官が同手続を活用するインセンティブが働かないというのである。そこで、今回の改正においては、再起訴制限の例外を明文で設け（同法 350 条の 26）、検察官がいったん公訴を取り消し、公訴棄却の決定が確定した後でも、補充捜査を遂げた上で再起訴する道を開いたのである。

このように、立法技術を凝らした即決裁判手続に、さらに技巧的な手直しを施した今回の改正であるが、筆者は、率直に言って、その効果は疑問であると考え

38) 前掲注 1) の拙著・63 頁。

ている。筆者は、即決裁判手続が立法された直後、当該手続に証拠調べを省略する劇的な効果がない以上、伝統的な捜査実務がそうであったように、全ての事件について有罪立証に耐え得る内容の供述調書を作成しておくことにならざるを得ず、調書依存の解消にはつながらないのではないかと述べたことがある³⁹⁾。果たして、即決裁判手続は、現在のところ、失敗に近い結果に終わっている。さらに手直しして微調整を施しても、手続の機能に宿る本質的な問題を解決するには至らず、五十歩百歩の結果に終わるのではないか。かつて、亀山継夫は、平成16年改正以前の刑事訴訟法につき、制定当初から同法の指導理念とされた直接主義・口頭主義が必ずしも実務に定着しなかった原因として、争いのある事件とない事件の手続峻別が不徹底であったことを挙げ、根本的な解決としては、アレイメントの採用を検討すべきである旨を示唆した⁴⁰⁾。簡易公判手続(同法291条の2)、そして即決裁判手続と、実務の大勢を占める自白事件を簡易迅速に処理するとの触れ込みで、これまで作られてきた制度がたどった経過を見れば、まさしく慧眼であったというべきであろう。筆者も、実務家として、新しい即決裁判手続の適用場面に臨むことがあれば、同手続が正しく活用されるよう全力を尽くすが、制度論としては、良い加減に弥縫策を捨てて、アレイメントの採用に関する本格的な議論を始めるべきであると思う⁴¹⁾。

終わりに

平成28年改正の内容は多岐にわたり、とってつけたような改正点も散見される。一貫した論理に貫かれているとは言い難い。本稿では、取調べという捜査手段の抑制を出発点とし、それに代わる証拠収集手段、さらにそれに対抗するための防御権の強化、総体としての公判審理手続の充実という順序で論を進めた。しかし、これとて、半ば牽強付会に見出した筋道に過ぎず、改正法のすべてを正し

39) 前掲注1)の拙著・64頁。

40) 前掲注31)の亀山論文・7~8頁。

41) 小坂井久は、前掲注8)の座談会・37頁において、簡易公判手続が失敗し、即決裁判手続もまた失敗したので、有罪答弁の議論を開始するのが本筋ではないかと述べている。全く同感である。

く映し出すものではないかもしれない。今回立法された制度は、いずれも複数の手続的原理に関わるものであり、これらが積み重なった改正法の姿も、複雑なものである。全体としては、「緩やかな米国法化」というキーワードで括ることができるように思うが、その一方では、戦前から続く大陸法的な基盤が存在し、また、米国法的なもの大陸法的なもの根底には、わが国が培ってきた刑事司法文化が横たわっているため、手続法としては、いわく言い難いものになっている。その大きな理由のひとつが、これまでも触れたとおり、取調べ及び供述調書への過度の依存の是正というシンプルな命題から始まったはずの改正論議が、訴追機関のみならず犯罪被害者まで含めた複数のステークホルダーの思惑に振り回され、迷走したことにある。このことに失望や怒りを表明する意見も少なからず存在し⁴²⁾、平成 28 年改正は必ずしも好意的に受け取られているとはいえない。

しかし、筆者は、今回の改正をぎりぎり合格点であると、肯定的に受け取っている。理由は 2 つある。1 つは理論的なもので、今回の改正は、個々の事項を検討すると、中途半端であったり、制度としての立てつけが首を捻るようなものであったり、それぞれに難点も存在するが、項目の頭出しをしてみれば、上記のとおり「緩やかな米国法化」というべき方向性が見て取れ、それはそれで合理性が認められるのではないかということである。筆者は、かつて、平成 16 年改正以前のわが国刑事司法の歪みは、戦前から存在する大陸法的基盤に、英米法的な原理・制度を接ぎ木したことから生じているとの認識を前提に、この歪みを正すには、論理的に、ア. 陪審の採用（徹底した米国法化）、イ. 旧刑訴への回帰（徹底した大陸法化）、ウ. 現行制度を基礎とした手直し（米国法、大陸法そしてわが国の法文化のバランス）の 3 つが考えられると論じたことがある⁴³⁾。裁判員制度を採用した平成 16 年改正は、上記ウに属するものと思われるが、それでも、準備手続（公判前整理手続）を前置した上での集中的な証拠調べ（集中審理）がイメージされ、その前提となる証拠開示や主張の明示等が制度として設け

42) 川崎英明・三島聡『刑事司法改革とは何か——法制審議会特別部会「要項」の批判的検討』（2014 年）、法律時報 86 卷 10 号 4 頁以下の「特集・法制審議会特別部会は課題に答えたか——「新たな刑事司法制度の構築」を読む」等。

43) 前掲注 1) の拙著・30 頁以下。

られた点において、米国流の刑事司法の組み立てが参考にされていた。今回の平成28年改正は、取調べの比重を相対的に抑制する一方で、司法取引や刑事免責を創設し、通信傍受を拡大したなどの点において、より明確に米国法に接近したといえることができる。上記の整理で言えば、ウを基調としつつ、アの潮流を採り入れたものと評することができようか。それは、わが国の法制史に照らし、それなりに論理一貫した流れであるように思われるのである。もう1つの理由は、立法の現実にも照らした実際的な理由である。今回、不十分とはいえ、取調べの録音・録画制度が一定の範囲で制度化され、原則として義務付けられた。検察庁だけでなく、警察庁という強大な行政官庁をも構成員に加えた法制審議会という場において、取調室に録音・録画機器を入れることを内容とする法案が採択されるなど、そう滅多に実現する話ではない。純粋な法律論からすると、そんなことは当然だということになるのだろうが、立法の力学が働く現場で、このようなことが成就した重みは相当なものである。そのことは素直に評価すべきであるように思われる。特別部会の委員でもあった後藤昭は、今回の法案が提出された段階で、「法案の内容は、刑事司法の透明化という観点からみれば、徹底していない」、「検事による証拠改ざん事件から始まった改革の帰結が通信傍受の活用と司法取引であることに納得できない人々がいるのは自然である」としつつ、「私自身は、この法案を廃案にすればよいとは考えない。その理由は、この法案を活かす以外に、取調べの録音・録画を法制化する機会はないからである。現在の日本では、単純に捜査過程の透明度を高める、あるいは被疑者・被告人の権利保障を厚くするような立法はできないという現実がある。警察捜査を規制するための立法が、警察組織の反対を乗り越えてはできない。その現実の下では、限定的でありかつ新たな危険を伴う立法であっても、身体拘束中の取調べの全過程の録音・録画を義務化する法改正を実現することに重要な意味がある」と述べている⁴⁴⁾。今重要なことは、改正にかかる諸制度の難点を必要以上に強調することではなく、解釈・運用の工夫により、難点をミニマイズしつつ、それで賄い切れない場合は堂々と見直しの議論を提起すること、その一方で、改革の成果として

44) 後藤昭「刑訴法等改正案の全体像」法律時報88巻1号7頁。

苦勞の末に手に入れた、方向性としては正しい諸制度（取調べの録音・録画、被疑者国選弁護制度の拡充等）を、大切に守り育てることであるように思われる。