

# 國學院大學學術情報リポジトリ

## 参考人取調べの録音・録画について

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 国学院大学法学会 公開日: 2024-05-11 キーワード (Ja): 参考人, 取調 キーワード (En): 作成者: 高内, 寿夫 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.57529/0002000368">https://doi.org/10.57529/0002000368</a>

# 参考人取調べの録音・録画について

高内 寿夫

- 一 はじめに
- 二 捜査段階における参考人取調べの録音・録画の実施
- 三 公判前整理手続
- 四 証人尋問
- 五 録音・録画記録の証拠能力
- 六 まとめ

## 一 はじめに

法務大臣からの諮問を受け、新たな刑事司法制度の構築に向けて議論を進めてきた法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会は、平成二五年一月に、「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」を公表している（以下、「基本構想」という<sup>(1)</sup>）。「基本構想」では、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・多様化が主要論点のひとつとされ、両論併記という形ながらも被疑者取調べの録音・録画制度の導入が明記された<sup>(2)</sup>。

しかし、「基本構想」では、参考人の取調べの録音・録画については、「被疑者取調べの録音・録画制度についての具体的な検討結果を踏まえつつ、必要に応じて更に当部会で検討を加えることとする。」として、その検討は先送りされている。特別部会設置のきっかけとなつたいわゆる厚労省元局長無罪事件において、大阪地判平成二二年九月一〇日は、障害保健福祉部長など関係者の検察官調書について、客観的証拠や証拠上明らかに認められる事実それぞれ符合しない点があり十分な信用性があると認定することはできないと判示していた。<sup>(3)</sup>この事件では、被疑者取調べのあり方とともに、参考人調書の信用性および参考人取調べのあり方も重要な問題点のひとつだった<sup>(4)</sup>である。

また、「基本構想」では、参考人の取調べ録音・録画を進めるべき意見として、不適正な取調べがなされるおそれがある点および刑事訴訟法三二一条一項二号後段の相対的特信情況の立証の適正な運用を担保する必要がある点が指摘されている。これは被疑者の取調べに関する議論に合わせた論点を指摘したものであるが、参考人取調べの録音・録画が必要である理由としてはむしろ付随的なものであると思われるのである。本稿は、充実した公判審理を実現するために、とりわけ、「被告人側において、必要かつ十分な防衛活動ができる活発で充実した公判審理を実現する」(「基本構想」五頁)のためにこそ参考人取調べの録音・録画が必要であるという立場をとる。

こうした視点から、本稿では、従来あまり焦点の当てられてこなかった参考人取調べの録音・録画について、その有用性を指摘し、併せて各手続段階における録音・録画記録の取扱いについて検討したい。

## 二 捜査段階における参考人取調べの録音・録画の実施

### (1) 参考人取調べの問題点

裁判員裁判を念頭に置いた場合、起訴から判決の宣告までの所要期間は平均で八・八ヶ月にも及ぶ<sup>(5)</sup>。事件発生から起訴までに相当に時間を要する事件もあることから、目撃者などがある場合、事件を目撃した時点から公判で証人として尋問を受けるまでには八ヶ月を相当に超える場合もある。厚生省元局長無罪事件では、事件発生から起訴まで五年以上が経過していた。そこで、事件の目撃者などがある場合は、捜査機関は、犯行直後に目撃者から事情を聞いておく必要がある<sup>(6)</sup>。しかしながら、供述心理学に関する実証研究などから、捜査機関による参考人取調べのあり方には、様々な問題があることが明らかとなっている。

一般的に、目撃供述には誤謬が入りやすく、誤判の原因になりやすい点は従来から指摘されている<sup>(7)</sup>。供述証拠は、知覚（符号化、記録）、記憶（貯蔵、保持）、叙述（検索、想起）の各段階で誤りが入り込む可能性がある<sup>(8)</sup>。そこで、当事者主義の訴訟形態においては、知覚、記憶、叙述の過程において入り込んだ誤りを当事者の反対尋問によつて吟味することが求められる。伝聞法則とは、これができない伝聞証拠を排除する原則にほかならない。そして、参考人の取調べにおいてとくに問題となるのは、取調官の質問などが参考人の記憶および供述に影響を与える点である。

まず、「語法効果」と呼ばれる要因がある。語法効果とは、取調官が質問に使用する微妙な言葉（語法）によつて、参考人の反応、供述に影響があらわれることである<sup>(9)</sup>。たとえば、「彼は、そのバック (the bag) を右腕に抱え

ていましたか？」と質問するのと、「彼は、バック (a bag) を右腕に抱えていましたか？」と質問するのでは質問内容としての相違は小さいが、目撃者にとつては、抱えていたものがバックであったことに對する想起に大きな影響を与えると言われる<sup>10)</sup>。誘導尋問の危険性は公判における証人尋問ではつとに指摘されているところであるが(刑訴規則二一九条の三第三項、同一九九条の四第四項)、誘導質問の可能性は捜査段階でも常に存在する。有名なロフタスとパルマーの実験は、質問の仕方が客観的記憶をも変えてしまう危険性があることをよく示している<sup>11)</sup>。捜査機関が、被疑者の犯行を裏付けたいという目的をもつて参考人に質問するならば、その質問は無意識的に誘導質問、誤導質問的なものとなり、目撃者の供述のニュアンスを変えるばかりではなく、記憶それ自体を変容させる危険性をはらんでいるのである<sup>12)</sup>。

次に、「事後情報効果」と呼ばれる要因がある<sup>13)</sup>。事後情報効果とは、何らかの出来事を経験した後に、その出来事に関連した情報に接すると、最初の出来事の記憶と事後に与えられた情報とを混合した内容を想起する現象をいう<sup>14)</sup>。たとえば、交通事故の現場を目撃した後に、当該事故に関する新聞記事に接し、運転手は酒飲み運転者であったという記事を読んだ場合、目撃者は、当初の記憶にはなかったにもかかわらず、「運転席から出てきた運転者は赤ら顔をしていた。」などと供述することがある。取調べの過程でみると、取調官が、実況見分の際の犯行現場の状況や他の目撃者の供述に関する情報を参考人に伝えれば、参考人は取調官から聞いた事後情報を加味して記憶を整理し直し、供述を行う可能性があるとすることである。事後情報効果は先の語法効果と重なる部分も多いが、出来事に関する新たな情報への接触という観点からみた記憶変容の要因である。

また、取調官が参考人に対して示す態度または期待という要因も重要である。例えば、参考人の供述に對して、取調官が大きくうなずいたり、「他の目撃者も同じことを言っていましたよ。」と言えば、参考人は自分の供述に確

信を持つ。逆に、取調官が、首を傾けたり、「本当にそうでしたか。」と尋ねれば、参考人は自分の供述に自信が持たず、「そうではなかったかもしれません。」などと供述を覆すことがある。とくに面接者が勢力的に上位の者である場合（取調官と参考人とはそうした関係にあるが）、参考人は面接者の期待に応えようとする傾向が生じ、面接者にとって意味のある情報、受け入れやすい情報を提供してしまう傾向が見られる<sup>15)</sup>。

加えて、検察段階の取調べにおいては、「凍結効果」も影響を与える。これは、以前に経験したことを再生するように求められたとき、はじめの想起にあらわれた表現が再びあらわれることである<sup>16)</sup>。参考人が警察段階で取調べを受け、検察官によって同じ内容の取調べを受ければ、参考人はもとの記憶ではなく、警察官にどのように供述したのかを想起して質問に答える傾向が生じる。もし、警察段階で上述したような記憶の変容があれば、参考人は変容したままの内容を検察官に供述することになる。

## (2) 供述録取書の問題点

次に、取調べにおける参考人の供述は、取調官または補助官によって供述調書にまとめられる。供述調書はいわゆる録取書であるから、取調官などが供述調書を作成する過程において、参考人の供述はさらなる変容を受ける可能性がある。

まず、参考人の供述は取調官の質問に対する回答であるはずだが、多くの場合、取調官の質問の方は調書には表れない。先に語法効果について指摘したが、取調官の質問に使用される微妙な表現方法の相違は、参考人の反応、供述に影響を与えているはずである。しかし、供述調書の供述はどのような質問に対して回答されたものなのかが分からない形でまとめられている。また、事後情報が記憶、叙述に影響を与える可能性があるが、取調官から事後

情報が与えられたか否か、与えられたとするどのような事後情報がいつ与えられたかなども明らかではない。<sup>(17)</sup>

関連して、取調官には、犯罪（構成要件）適合的な形でまとめたという意思が働くので、たとえば、「犯人は犯行の直前に『殺してやる』と言っていませんでしたか。」と参考人に確かめ、参考人が「そのような事を言ったかもしれません。」と述べれば、調書には、「犯人は『殺してやる』と言ってナイフで刺しました。」と参考人の供述として記載される場合がありうる。すなわち、当該供述の出所が参考人ではなく尋問している捜査官である場合がある。<sup>(18)</sup> この場合であっても、それが参考人の供述としてまとめられる。<sup>(19)</sup>

次に、供述調書の多くは、参考人の供述がそのまま記載されるのではない。取調官などによって一人称（独白型）の文章にまとめ直されている。たとえば、傷害事件の目撃者である参考人に対して、取調官は、犯人の年齢、体格、服装、眼鏡の有無などについて複数回質問し、そのたびに参考人が回答したとしても、供述調書には、「犯人は三〇歳くらいの男で、白っぽいTシャツ、黒のズボンを履いていました。また、黒い縁の眼鏡をかけていました。」などという取調官の文章としてまとめられる。この場合、取調官の頭で再構成がなされているので、そこには取調官の有する偏見などによる変形が入り込む可能性がある。

加えて、書面化されることによって、実際には供述者にとって自信のない曖昧な記憶に基づくものであったものが、参考人の確定的な記憶であるかのような印象を与えるという問題もある。参考人は目撃した犯罪者が誰であったのかはっきりと認識していない場合、取調官には明確に犯人を述べることはできず逡巡していたはずであるが、最終的結論として「犯人は甲であった。」と供述調書に記載されれば、調書にはそうした逡巡はあらわれず、あたかも参考人は自信をもって「犯人は甲である。」と述べたように記載される。そして、そのように記載されると、参考人自身にとっても、確定的な記憶として定着する可能性がある。<sup>(20)</sup>

供述調書は、参考人に閲覧させまたは取調官によって読み聞かせがなされ、誤りがないかどうかを問われる（刑訴法二二三条二項、一九八条四項）。しかし、参考人は若干あいまいな部分があったとしても大筋において記憶と異なっていないければ、署名押印をするであろう（刑訴法二二三条二項、一九八条五項）。

以上のように、供述調書とは、「ある犯罪事実の立証を念頭に供述を録取する側とその立場を理解した上で供述を録取される側の微妙な共同作業の産物」と言ってもよいものである<sup>(21)</sup>。

### (3) 取調べ録音・録画の趣旨について

ア 当事者の活用 以上のように、供述調書は、事実認定の資料として捉えた場合、様々な形で変容している可能性がある。こうした課題に対処する方策には、主として、二つの方向性がある。ひとつは、取調官が、参考人の記憶喚起を促すにあたって、細心の注意をはらって適切に行うための技法に習熟することによって、参考人の記憶、叙述の変容を減じ、事案の真相に迫るといふ方向性である。このところ、適切な取調べ方法、面接技法に関する研究が進んでいる<sup>(22)</sup>。もうひとつは、取調べを可視化することによって、検察官、被告人・弁護人が取調べの状況を、事後的・客観的に把握し、参考人がどのような脈絡で供述を行ったのかを理解し、供述の変容の可能性を認識した上で公判の証人尋問に活用する方向性である。本稿で主張する取調べの録音・録画は主として後者に資するものであるが、取調官の質問、取調べ方法の適切性を事後的に判断できるという利点もあり、取調べ技法の適正化にも資するものである<sup>(23)</sup>。

参考人取調べ録音・録画の趣旨を、刑事手続における事実認定の観点から見ると次のようになる。裁判員裁判の場合、少なくとも犯行から八ヶ月以上経過した段階で参考人は証人として証言台に立つ。証人が証言をする際の証

人の記憶とは、実際のところ、証人が出来事を知覚・記憶し、捜査機関の取調べに対して回答し、検察官による事前面接を受け、また、ことあるごとに記憶の呼び戻しなどをした、証言に至るまでの当該出来事に対する記憶、再生、叙述の総体としてある。証人が出来事の記憶と信じているものであっても、事後情報、取調官の示唆などによって変容している可能性がある。こうした点について、取調べが録音・録画されていれば、両当事者は、取調官のどのような質問に対して参考人がどのように答えたのか、取調官から事後情報は与えられなかったか、供述の出所は取調官ではなかったか、参考人は実際には曖昧な返答をしていなかったかなどを分析し、証人尋問の場において、一層、証人自身の元来の記憶に肉薄することができる。

このように、参考人取調べの録音・録画を必要とする最大の理由は、参考人が証人尋問を受けることを前提として、当事者による充実した証人尋問を行うためである。

**イ 取調べの適正確保** 次に、参考人取調べの録音・録画には、被疑者取調べにおいて問題となっている「取調べの適正確保」という目的もある。厚生省元局長無罪事件において、裁判所が検察官調書の証拠調べ請求を却下した中で、その理由として、参考人に対して検察官が机を叩き怒ったことなどの理由が示されている。<sup>(24)</sup> 参考人の取調べにおいても適正を欠く取調べがなされることは否定できず、この観点からも取調べの録音・録画は有用である。<sup>(25)</sup> とりわけ、参考人が会社関係者、家族など被疑者の関係者である場合、被疑者取調べと同様の強制的取調べ、執拗な取調べがなされる危険性がある。<sup>(26)</sup> また、参考人の中には、その後の捜査の進展により被疑者となる者がおり、黙秘権の告知を免れるために参考人として取り調べられる場合もある。違法な取調べが行われたことを事後的に検証するために、取調べの録音・録画は必要である。

また逆に、公判の証人尋問において、証人が捜査機関から不当な取調べを受けたので捜査段階では虚偽の供述を

したなどと述べた場合、録音・録画記録は取調べが適正であることを明らかとすることができる。<sup>(27)</sup>

**ウ 参考人の負担の軽減** また、取調べの録音・録画は、参考人の負担軽減の方向で活用すべきである。捜査段階における参考人の取調べは、その録音・録画が実施されるならば、原則として一回でよいはずである。<sup>(28)</sup> 現在の実務では、刑法法三二一条一項との関係で検察官調書が重要視されるという事情があり、少なくとも警察段階で一回、検察段階で一回の計二回以上の参考人取調べが実施されている。警察段階で取調べが録音・録画され、検察官がその内容を確認して十分であると考えれば、検察官がさらに同じ内容について参考人の取調べを行う必要性はないものと思われる。とりわけ、性犯罪の被害者などの場合、二次被害の可能性があるので、取調べは少なければ少ないほどよい。<sup>(29)</sup>

なお、参考人が証人として公判に出廷できない事情が捜査段階において明らかであれば、検察官による証人尋問請求（刑法法二二六条以下）および証拠保全手続（同一七九条）を活用すべきである。

**エ 捜査の効率化** 参考人取調べの録音・録画を実施する場合、捜査機関は、原則的に、現在のような供述調書は作成しないという方向性を検討すべきである。現在、参考人の取調べについては、詳細な供述録取書が作成されているが、今後、録音・録画が実施される場合においては、参考人の供述の記録は取調べの録音・録画を主とし、取調官の作成する書面は、参考人に要点を確認し、検察官への連絡用とするための取調べメモ程度にすべきである。<sup>(30)</sup> これを実現するためには、供述録取書に代わり取調べ録音・録画記録自体が公判廷における実質証拠として用いられることが必要となるが、第五節で検討するとおり、伝聞例外としては、取調官の質問と参考人の回答とがそのままに記録されている録音・録画記録の方が証拠としての適格性を有していると思われる。また、供述調書を作成しないことによって、取調官は供述調書の作成にとらわれることがないので、参考人の反応に集中し、より

徹底した取調べを行うことができるという利点もある。<sup>(31)</sup>

取調べメモについては、犯罪捜査規範一三条が、「警察官は、捜査を行うに当り、当該事件の公判の審理に証人として出頭する場合を考慮し、および将来の捜査に資するため、その経過その他参考となるべき事項を明細に記録しておくなければならない。」と規定している点が参考となる。

また、現在、参考人の取調べは、取調官と補助官の二名体制で行われているが、場合によつては、取調べの録音・録画を条件として、取調官一名で行うことも検討してよいと思われる。

なお、ウで述べたように警察段階の取調べにおいて録音・録画が実施され、検察官がそれを確認して適切であると判断すれば、検察段階で改めて取調べは実施しないということが実現すれば、それは捜査の効率化にも資することになろう。

#### (4) 導入への課題と解決の方向性

以上のように、参考人取調べの録音・録画が充実した公判審理に有益であつて、現行法上、実施への障害はないとしても、現在の実務を前提とすれば、導入の可能性は皆無と言つてよいであろう。なぜならば、現在の実務では、検察官面前調書が公判で大きな役割を果たしており、検察官は検察官調書の作成を捜査の核心と位置付けているからである。<sup>(32)</sup> こうした中で、警察段階における参考人の取調べを録音・録画すべきであると主張しても、捜査機関には録音・録画を行うインセンティブはまったく存在しない。また、後述するように、参考人に対して取調べの録音・録画を強制することはできないから、この点からも参考人の取調べ録音・録画を強く要請することは難しい。

そこで、現行法の枠内において可能と思われる一つの方策を示してみたい。検察官が検察官面前調書の作成を重視するのは、検察官調書が、刑訴法三二一条一項二号によって警察官調書に比べて伝聞例外の要件が緩和されており、實際上裁判所は証拠能力を認める傾向にあり、また、事実認定において検察官調書が重要な役割を果たしているからである。検察官調書が公判審理において重視されるならば、検察官が検察官調書の作成にこだわるのは当然である。この点において、取調べの録音・録画は、検察官調書の信用性を揺るがす可能性のあるものであるから、捜査機関が警察段階、検察段階において取調べの録音・録画をすることは何らのメリットも存在しない。

こうしてみると、現在の実務を前提として、捜査機関に取調べの録音・録画を促進するためには、検察官調書の証拠能力と警察、検察段階の参考人取調べ録音・録画とを結び付けるということが効果的である。すなわち、証拠調べ請求された検察官調書の「特信性」を判断する際に、裁判所は、警察段階とくに初期段階の参考人の取調べを録音・録画している点を重視する姿勢をとることである。一層具体的に述べれば、裁判所は、刑訴法三二一条一項二号の適用をする場合に、警察段階において取調べの録音・録画がなされており、その取調べが適正で、かつ、参考人の警察段階の供述と検察段階の供述が大きく異ならなければ、特信性を認める方向で判断し、取調べの録音・録画がなされていない場合は、原則的に、検察官調書の特信性を認めないという方向で判断していくことである。これは突飛な考え方ではない。なぜなら、先に「凍結効果」について言及したが、参考人は、警察段階で自分がどのように答えたのかを念頭に置いて検察官の質問に回答し、検察官は警察官調書を前提として参考人の取調べを行うので、検察段階における参考人の供述の特信性は、警察段階における取調べのあり方を加味して検討されなければならないものだからである。裁判所が、警察段階の取調べの録音・録画によって警察段階の参考人の取調べが適正に進められていることを確認し、その内容と検察官調書の内容との間に大きなずれがないことは、裁判所

が検察官調書の特信性を判断する際の重要な要件としてよいものである。このような立場に立つて裁判所が検察官調書の証拠能力の判断をしていくならば、捜査機関による参考人の録音・録画は促進されよう。

なお、本稿は、供述調書に代わって参考人取調べの録音・録画記録自体を実質証拠として用いてよいという立場をとる。この点は第五節で検討する。

#### (5) 録音・録画の手続

録音・録画の手続に関しては、今後立法化が予定されている被疑者取調べの録音・録画の手続に準じる形で考えるべきものと思われる<sup>(33)</sup>。参考人の取調べ録音・録画においてとくに問題となる点を指摘したい<sup>(34)</sup>。

録音・録画の実施は取調べの全過程において行うべきである。参考人の取調べについては、取調官から事後情報を与えられなかったかなどを検証する必要があり、取調べ全過程の録音・録画が不可欠である。参考人の取調べは目的も明確であり、長時間を要する理由も少ないから、被疑者の場合と比べて、全過程の録音・録画は容易なはずである。また、先述のとおり取調官の質問内容も重要であるから、録音・録画を実施するにあたっては、取調官と参考人の両方が録音・録画される形でなされるべきである<sup>(35)</sup>。

取調べの年月日、時間などが重要であるから、録音・録画は、巻き戻しが不可能で、年月日および時刻が自動的に記録されるものであるべきである<sup>(36)</sup>。

機材の関係から録音はできても録画はできないという場合も考えられる。参考人の取調べについては、取調べ内容の確認という観点から、録音だけでも大きな効果が期待できる。設備の問題などで録画が行えない場合であっても、録音だけでも行うべきである。

子どもや知的障害者などの取調べにあたっては特別の配慮が必要である。たとえば、子どもについては、取調べにあたる者の選定、付き添いの者を付すこと、子どもがリラックスできる環境整備、取調べのペース、質問の仕方、取調べ後のアフターケアなどについて配慮しなければならない<sup>(37)</sup>。

録音・録画記録の保管・管理等に関しては、事件関係者の名譽・プライバシーの保護の観点や証拠隠滅、情報流出、不適切な二次利用の防止の観点を踏まえた制度設計が不可欠である<sup>(38)</sup>。取調べ録音・録画記録の作成、録音・録画状況を記載した書面の作成、記録媒体の封印等については、通信傍受法の諸規定（同法一九条、二〇条、二一条、二二条など）が参考となる。

ところで、録音・録画の場合、参考人に閲覧させまたは取調官によって読み聞かせがなされ、誤りがないかどうかを問う手続をどうすべきだろうか（刑法二二三条二項、一九八条四項）。また、参考人が録音・録画記録に署名押印できない点をどう考えるべきだろうか（刑法二二三条二項、一九八条五項）。参考人が勘違いや言い間違いをしていることもあるから、参考人に供述内容を確認させることは必要である。たとえば、刑法一九八条四項の趣旨に従って、取調官は取調べメモなどに基づいて、重要事項を復唱して参考人に確認するなどの措置が必要であり、これも録音・録画されるべきだと思われる。しかし、被疑者の取調べ録音・録画記録については、黙秘権との関係において署名押印が問題となりうるが<sup>(39)</sup>、参考人の場合は、内容の確認がなされていれば、署名押印の欠如を大きな問題とする必要はないと思われる。

## (6) 録音・録画の任意性

参考人の取調べは、刑法二二三条の解釈の枠内で行われるもの、すなわち、あくまで任意捜査の一環として実

施されるものであるから、参考人取調べの録音・録画についてもこれを参考人に強制することはできない。公判段階における証人は一つの証拠方法であるから、証人の出頭（刑訴法一五〇条、一五一条、一六二条）や真実を述べるとの宣誓（刑訴法一五四条、一六〇条、一六一條、刑訴規則一一八条）に一定の義務的資格があり、また、捜査段階であっても、検察官の請求による証人尋問および証拠保全請求に基づく証人尋問の場合も同様の性格を有する（刑訴法一七九条二項、二二八条一項）。しかし、捜査機関による参考人の取調べは任意処分であるから、取調べの録音・録画はあくまで参考人の協力のもとで実施されるものである。

関連して、参考人の側から録音・録画を要求できるか、また、参考人自身がボイスレコーダーなどによって録音・録画することは認められるかという問題がある。これも任意性の意義から、原則的に、肯定されるであろう。任意捜査であるから、「録音を認めない限り、供述しません。」という参考人の対応が否定されることはないであろう。<sup>(40)</sup> 捜査機関がこれを無視して取調べを継続すれば、任意捜査の範囲を逸脱したものととして違法の可能性がある。なお、参考人が自ら録音・録画した場合、記録媒体の保管に関しては、関係者のプライバシーおよび捜査上の必要性の観点から、取調べ録音・録画記録と同じ配慮が必要である。

ところで、参考人の取調べ録音・録画の実施を参考人の任意に委ねると、重要な取調べが録音・録画されないという問題が生じうる。しかしこれは多くの場合、参考人が録音・録画の意義を理解していないこと、刑事訴訟法における証人の地位を理解していないことに起因する問題であると思われる。取調べにあたる捜査機関は、録音・録画記録が適正に管理され目的外の使用はなされないこと、いずれにせよ参考人は公判において証人として召喚されることなどを説明することによって、参考人の納得を得て録音・録画にに応じてもらうことが重要になるであろう。

立法論としては、参考人取調べにおける録音・録画を行うことを明文で規定し、取調べにあたる捜査機関に対し

て、参考人に録音・録画をする趣旨を分かりやすく説明すること、録音・録画記録は適正に管理し目的外の使用はなされないこと、録音・録画は任意であるので拒否することができること、しかし、公判廷に証人として召喚を受けた場合は正当な理由なく出頭を拒否することはできないことなどの告知を義務付けることが考えられる<sup>41</sup>。なお、録音・録画の目的は、取調べの適正化、公判審理の充実（事案の真相の解明）などにあり、捜査機関の捜査の便宜にあるわけではないから、「検察官、司法警察員は、録音・録画をすることができる。」として、捜査機関の裁量に委ねる規定は適切ではない。これを条文化する場合は、「検察官、司法警察員は、参考人の同意が得られれば、録音・録画をするものとする。」などとすべきであろう。

#### (7) 録音・録画の範囲について

録音・録画の対象は広い方がよいとしても、録音・録画機材の関係や捜査機関の負担などから、すべての参考人取調べで実施することは難しい。そこで、原則的に、公訴事実およびそれに密接に関連する事実に関する取調べに限つてよいと思われる。当初は、裁判員裁判対象犯罪に限定してもよいであろう。なお、この範囲については、現在の取調べ実務を前提として考えるべきだと思われる。すなわち、その範囲は、①公訴事実に関する参考人の取調べであり、②警察署および検察庁内において取調べが実施されたもの、すなわちこれまで「供述調書」として調書が作成された場合をその対象とすると考えるのが最も自然である<sup>42</sup>。

#### (8) 被害者等の取調べの録音・録画

なお、「基本構想」において興味深い点は、被害者供述の録音・録画を積極的に提言していることである（二五

頁)。これはイギリス、ドイツ、オランダなどの制度が参照されている。<sup>(43)</sup>「基本構想」では、「性犯罪の被害者等について、一定の要件の下で、捜査段階での供述の録音・録画媒体を公判での主尋問に対する証言に代えて証拠とすることができるようにする制度を設けることについて、指摘される懸念をも踏まえ、その採否も含めた具体的検討を行う。」とされている。

この提案の趣旨について、「基本構想」では、「捜査機関に対し又は公判廷で繰り返し供述を求められ、それによる二次被害が生じることをできる限り回避し、その負担を緩和・軽減するとともに、このような二次被害を恐れ被害者が被害申告を躊躇することのないよう」にすることが挙げられている。

この制度の趣旨と本稿の録音・録画の趣旨とは重なりあう部分があるが、主たる趣旨が異なるので、本稿の提言とは一応分けて考えた方がよいであろう。

この制度の焦点は、被害者の録音・録画記録を公判での証言に代替させる点にあると思われる。公判での証言に代替させるのであれば、原則的には、検察官の証人尋問請求（刑訴法二二六条以下）、証拠保全手続（同一七九条）が活用されるべきであろう。「基本構想」でも主尋問に代えて用いることが想定されているようであるが、弁護人も立会う形での証人尋問が実施されるならば、主尋問に代替することは可能と思われる。<sup>(44)</sup>しかし、被告人・弁護人が公判廷において反対尋問権を行使する権利は保障されるべきであり、裁判員の尋問も認められるべきであるから、ビデオリング方式によるにせよ、公判において尋問ができる状況は確保されていなければならない。

### 三 公判前整理手続

#### (1) 証拠開示

参考人の取調べ録音・録画記録は、適正かつ充実した公判審理を実現するために活用されるべきものである。両当事者は、公判前整理手続などにおいて、公判審理に向けて、どのような証人を申請するか、また、実施する場合、どのように主尋問、反対尋問を行うかなどを検討することになるが、その前提として、参考人の取調べ録音・録画記録は両当事者に証拠開示されていなければならない（なお、本稿では、参考人取調べの映像若しくは音声を記録した記録媒体であつてその供述を記録したものを「取調べ録音・録画記録」という）。以下、公判前整理手続における取調べ録音・録画記録の証拠開示について検討する。

公判前整理手続では、まず、検察官が当該参考人の証人尋問を請求する場合は、刑訴法三一六条の一四第二号に基づいて、参考人取調べ録音・録画記録は、被告人に対しては閲覧する機会が与えられ、弁護人に対しては、閲覧しかつ謄写をする機会が与えられる。同条第二項では、供述録取書等について、「映像若しくは音声を記録することができると記録媒体であつて供述を記録したもの」を含むことが明示されている。なお、同号では、「その者が公判期日において供述すると思料する内容が明らかになるもの」という限定があり、証人の供述録取書が開示されるれば、取調べ録音・録画記録まで開示する必要はないという解釈がありうる。しかし、本稿で主張するように、録音・録画記録は取調べ状況を客観的に記録し、証人が供述すると思料する内容に関し一層踏み込んだ分析を可能とするものであるから、同号に含まれると解するべきである。

次に、証人尋問が請求されない場合または請求されても刑訴法三一六条の一四第二号には該当しないとされた場合は、刑訴法三一六条の一五によって、参考人取調べ録音・録画記録は開示される。まず、検察官が当該参考人の証人尋問を請求した場合は、第一項第五号イに基づいて、参考人取調べ録音・録画記録は開示されなければならない。検察官が証人尋問を請求しない場合であっても、「検察官が特定の検察官証拠により直接証明しようとする事実の有無に関する供述を内容とするもの」については、参考人取調べ録音・録画記録は開示される（刑訴法三一六条の一五第一項第六号）。

なお、同条第一項柱書では、開示の要件として、①被告人または弁護人からの開示請求が必要であること、②特定の検察官請求証拠の証明力を判断するために重要であると認められるもの、③その重要性の程度その他の被告人の防御の準備のために当該開示をすることの必要性の程度並びに当該開示によって生じるおそれのある弊害の内容及び程度を考慮し、相当と認めるときという要件が示されている。要件については、③が問題となるが、それが公訴犯罪事実に関連する供述の録音・録画である限り防御の準備のために開示する必要性は高く、上記の要件は満たしているものと思われる。

また、上記いずれにも該当しない場合であっても、被告人・弁護人は、刑訴法三一六条の二〇に基づいて、その開示を請求することができる。この場合の要件として、同条は、①第三一六条の一七第一項の主張に関連すると認められるもの、②被告人または弁護人から開示の請求があること、③その関連性の程度その他の被告人の防御の準備のために当該開示をすることの必要性の程度並びに当該開示によって生じるおそれのある弊害の内容及び程度を考慮し、相当と認めるときを挙げている。被告人・弁護人の主張としては、当該参考人の検察官調書の信用性あるいは証人となった際の予定証言の信用性などが考えられるが、公訴事実を争うのであれば、公訴事実の存否に関連

する限りにおいて、主張関連証拠と認められるであろう。ちなみに、最決小一平成二〇年九月三〇日（刑集六二巻八号二七五三頁）は、参考人の検察官調書あるいは予定証言の信用性を争う旨の弁護人の主張と警察段階における警察官の取調べメモの記載との間には一定の関連性を認めることができるとしており参考となる。

参考人取調べ録音・録画記録はすべて検察官に送致されるべきであるが、万が一警察にとどまっても、最決小三平成一九年二月二五日（刑集六一巻九号八九五頁）および上記平成二〇年判例により、警察官手持証拠の開示が認められる。また、参考人の取調べ録音・録画が実現した場合、取調官の取調べメモは、参考人取調べの内容を簡便に理解しうる貴重な資料であるから、これは弁護士人に開示されるべきである。

また、「基本構想」では、被告人側の請求に応じて検察官が保管する証拠の標目等を記載した一覧表を交付する仕組みを設けることが提案されている（二三頁、刑法法三二六条の二七第二項）。一覧表交付は、被告人・弁護人が参考人の取調べ録音・録画記録の開示を請求する上で有効であると思われる。

なお、公判前整理手続に付されない場合の取調べ録音・録画記録の開示についても、公判前整理手続に準じて取り扱われるべきであろう（刑訴規則一七八条の六第一項一号）。

## (2) 関係者のプライバシーへの配慮

関係者の名誉・プライバシーの保護の観点から、取調べ録音・録画記録の公判前整理手続における開示のあり方については、一定の配慮が必要である。被告人に対しては、検察官請求証拠の開示に関する刑法法三二六条の二四第二号で規定されているように、複写を認めず、閲覧（視聴）のみを認めるといふ取扱いも必要となろう。また、刑法法三一六条の二三で規定された、証人等の安全が脅かされないように配慮する義務（刑法法二九九条の二）お

よび被害者特定事項の秘匿要請（刑訴法二九九条の三）に配慮した取扱いは、当然、取調べ録音・録画記録にも妥当するものである。

#### 四 証人尋問

##### (1) 証人尋問における活用

参考人の取調べ録音・録画記録は、基本的には、証人尋問をどのように進めるかを検討するために、公判審理の準備資料として活用されるべきものである。刑訴規則一九一条の三は、「証人の尋問を請求した検察官又は弁護人は、証人その他の関係者に事実を確かめる等の方法によって、適切な尋問をすることができるよう準備しなければならぬ。」と規定する。<sup>(45)</sup> この準備のために、また、反対尋問の準備のために、参考人取調べ録音・録画記録は極めて有用である。

刑訴規則一九九条の三第二項は、主尋問について、「証人の供述の証明力を争うために必要な事項についても尋問することができる」と規定し、同一九九条の四第一項は、反対尋問について、同様の規定を置いている。そして、「証人の供述の証明力を争うために必要な事項の尋問は、証人の観察、記憶又は表現の正確性等証言の信用性に関する事項及び証人の利害関係、偏見、予断等証人の信用性に関する事項について行う。」とされている（刑訴規則一九九条の六）<sup>(46)</sup>。このうち、参考人の取調べ録音・録画記録は、証人の記憶または表現の正確性等証言の信用性に関する事項を検討する際の重要な資料となりうる。検察官、被告人・弁護人は、取調べ録音・録画記録を分析することによって、証人の元来の記憶がどのようなものであったか、取調べ過程で記憶の変容、叙述の変容が生じ

ている可能性はないかなどを検討し、それを基にして、証人尋問のなかで、証人の観察、記憶又は表現の正確性を確認することができる。

ただし、録音・録画記録の場合、検察官、被告人・弁護人は、供述録取書のようにそれを手元に置いて確認しながら尋問することはできない。参考人調書の方が、当事者にとっても扱いやすいのは事実である。当事者は、争点に關係する部分については、録音記録の反訳を作成しておく必要がある。

他方、反対尋問の方法として、従来、証言と捜査段階の供述調書との矛盾を突く方法が効果的とされているが、取調べ録音・録画記録であれば、取調官の質問などを含め取調べ状況を把握した上での尋問が可能であるから、証人の証言が捜査段階と同一であったとしても、捜査官の質問、証人の供述の様子などを示唆しながら、証人の元来の記憶を想起させるための尋問を実施することができる。

## (2) 取調官の質問の提示

証人尋問の中で具体的に問題となるのは、法廷における証言と取調べ段階の供述とが異なる場合に、検察官、弁護人は、証人尋問において、捜査段階の取調べのやりとりの中身をどの程度明らかとすることができるかという点である。この点、従来の実務では、参考人調書に関して、かなり広範囲に捜査段階の供述内容の紹介を認めている。たとえば、検察官、弁護人は、証人に対して、「あなたは、検察官に対して……の趣旨のことを述べていますが、そうではないですか。」と尋問したり、「あなたは、前に検察官に対して……と説明しませんでしたか。」と尋問することが許されるとされている。<sup>(48)</sup>この点は取調べ録音・録画記録についても同様である。

以上のやりとりに加えて、録音・録画記録を事前に分析していれば、検察官、弁護人は、「警察官からどのよう

に質問されたのですか。」「警察官は……と質問したのではないですか。」「……と言ったのは取調官ではありませんでしたか。」「取調べを記録したDVDをみますと、取調官は、……と質問しています。あなたは、これにどのように答えたのですか。」などの尋問が可能となろう。

しかし、取調官の質問を摘示することは適正な尋問の範囲を逸脱することにはならないだろうか。この尋問は誘導尋問にあたるものである。裁判長は、誘導尋問を相当でないと思えるときは、これを制限することができる（刑訴規則一九九条の三第五項、同一九九条の四第四項）。主尋問において、原則として誘導尋問が許されないのは、誘導尋問は証人を暗示にかけ虚偽の供述に導く危険性があるからである。<sup>49</sup> 誘導尋問は証人自身の記憶を喚起させる範囲で認められるものであり、記憶の喚起をあきらめさせる方法では許されない。記憶喚起のために書面の提示が認められているが、そこから供述録取書が除かれている（刑訴規則一九九条の一一第一項）のは、証人が供述録取書の記載に頼り、本来の記憶の喚起をしなくなる危険性があるからである。

この点、供述録取書における参考人の供述を示すのではなく、取調官の質問を示すことは、参考人の記憶を呼び覚ますために有効であり、証人を誤導する危険性は低いと言えよう。捜査段階の取調べ段階では、なぜ証言と異なった供述をしたのかを証人自身に想起してもらうために、その呼び水として、取調官の質問を示すことは効果的である。これはまさに証人の記憶を喚起しようとするものであるから、誘導尋問の範囲を逸脱することにはならないと思われる。むしろ、こうした尋問によって、捜査段階における供述と公判段階の証言とが異なる理由などが証人尋問の中で生き生きと明らかとされていくであろう。

なお、捜査段階における取調官の質問および証人（参考人）の供述が、公判廷において検察官、弁護人が指摘したとおりの内容ではないこともありうる。その場合は、反対当事者は異議申立てを行うべきである（刑訴法三〇九

条一項）。裁判長は当該尋問を相当でないと認めるときは、これを制限することができる（刑訴規則一九九条の三第五項、一九九条の四第四項）。また、裁判所は、検察官、被告人・弁護人に対して、証拠の証明力を争うために必要とする適当な機会を与えなければならぬが（刑訴法三〇八条）、証明力を争う方法として、刑訴規則では、「反証の取調の請求」などを行わせると規定している（二〇四條）。裁判所は、当事者から録音・録画記録の再生の請求がある場合は、証拠決定のために、当該録音・録画記録の提示を求め、その内容を確認することができる（刑訴規則一九二条）。そして、裁判所は、必要があれば、公判廷において、録音・録画記録の当該質問および回答部分を再生することを決定することができると考えられる。ただし、その場合は、刑訴法三二八条に基づいて、「証人その他の者の供述の証明力を争う」限りにおいて再生されなければならない。この点については次節で検討する。

## 五 録音・録画記録の証拠能力

### (1) 録音・録画記録の再生

現在の実務を前提とすれば、参考人の取調べ録音・録画記録は、参考人調書とりわけ検察官面前調書などの特信性を判断する資料として用いられることになる。しかし、本稿の立場からすれば、伝聞例外の要件を具備する限りにおいて、録音・録画記録それ自体を実質証拠として用いてよいと思われる。第二節で指摘したように、参考人調書の記述は参考人の元来の記憶から変容している可能性があり、また、調書では供述の微妙なニュアンスが伝わらないことを考慮すると、真相の解明という観点からは、参考人調書を証拠として用いるよりも、取調官の質問と参

考人の回答とをありのままに記録している取調べ録音・録画記録を用いる方が適切である。<sup>(50)</sup>

取調べ方法は録音・録画記録媒体の再生である。刑訴法三〇五条一項は取調べの録音・録画記録について直接規定していないが、実務上、供述を録音したテープは供述録取書と同様に考えられ、<sup>(51)</sup>その取調べ方法は録音機による再生とされている（仙台高判昭和二七年二月一三日高集五卷二号二二六頁）<sup>(52)</sup>。原則的には、裁判長が、取調べを請求した者などに相反部分など該当部分を再生させることになろう（刑訴法三〇五条一項）。反対当事者は、再生部分が適切ではないと考えた場合、異議申立てをして（同三〇九条一項）、裁判所が異議申立てに理由があると認められた場合、適切な再生部分を再生する旨の決定をする（刑訴規則二〇五条の六第一項）。なお、反対当事者に異議がなければ、一層簡便に、取調べを請求した者などが、録音・録画記録の該当部分を反訳したものを朗読するという方法も可能と思われる（規則二〇三条の二）。

また、取調べ録音・録画記録を公判廷で再生する際に、参考人などのプライバシーの問題がある場合には、傍聴席から視聴が可能な大型モニターには映像を出さずに、裁判官、裁判員の手もとのモニターにだけ映像を出し、イヤホンで視聴したり、非公開の別室で視聴するなどの配慮が必要であろう。裁判長は、被害者等については被害者特定事項の秘匿の規定に従い（刑訴法三〇五条三項）、これに該当しない場合であっても、訴訟指揮権に基づいて、関係者に配慮する措置をとるべきである（刑訴法二九四条）。

それでは、いかなる場合に再生すべきなのか。一般的には次のように区分されるのではないだろうか。

まず、裁判員裁判の場合は、自白事件であるか否認事件であるかを問わず、原則として、録音・録画記録や供述調書ではなく、証人尋問によるべきである。裁判員に対しては直接主義、口頭主義が貫徹されるべきであり、伝聞証拠である参考人取調べ録音・録画記録は用いられるべきではない。供述調書に関する議論であるが、証拠の請求

については原則的に当事者に委ねられるべきであるから、両当事者が書証の取調べを選択した場合は、書証によるべきだとする見解がある<sup>(53)</sup>。しかし、たとえ犯罪の成立に関しては争いが無い場合でも、犯情については裁判員・裁判官の意見が分かれる場合があるから、裁判員・裁判官が疑問点について証人に質問しながら事案について納得して判断を行うことが望ましいといえよう<sup>(54)</sup>。録音・録画記録については、裁判員裁判を念頭に置くと、証人尋問以上に録音・録画記録の再生が裁判員に分かりやすいということは想定し難いので、なおさら証人尋問によるべきである。

裁判官のみによる公判審理の場合は、検察官、被告人が同意する限りにおいて、録音・録画記録の証拠能力を認めてもよいであろう<sup>(55)</sup>。当事者の同意がない場合は、原則として、証人尋問によるべきである。

それゆえ問題となるのは、検察官、被告人・弁護人が、供述不能や相反供述を理由として、伝聞例外として、取調べ録音・録画記録を証拠調べ請求した場合である。

## (2) 伝聞例外の要件について

**ア 現行法の解釈** 参考人調書の特信性を判断する資料として録音・録画記録を用いる場合、要証事実は「取調べ状況」などであり、知覚、記憶、叙述の過程は存在しないので非伝聞と考える立場もありうる<sup>(56)</sup>。しかし、本稿は録音・録画記録それ自体を実質証拠として用いるという立場であるから、当然に伝聞証拠である。被告人の同意がなければ、警察官段階の取調べ録音・録画記録であれば刑法三二一条一項三号所定の要件を、検察官による参考人取調べの録音・録画記録であれば同条一項二号所定の要件を具備しなければならない。署名・押印については、録音・録画は機械的操作によってなされるものであるから、前記各要件のうち参考人の署名押印は不要と解する立

場もありうるが、署名、押印には供述に誤りがないことを確認する意味合いがあるから、それに代替する方策が考えられるべきであろう。第二節で指摘したように、重要点について、取調官が、取調べメモに基づいて、再度確認するなどの措置が録音・録画されるべきである。

刑訴法三二一条一項の要件のうちとくに問題となるのは特信性の要件である。検察官面前調書については、その特信性は相対的特信性であるので、これまで主として、被告人に対する畏怖など公判廷における証言の信用性が低い点を取り上げられ、相対的に、検察官の面前における供述の信用性が認められる傾向にあった。しかし、特信性は、それが相対的特信性であったとしても、元来は、検察官の面前における供述が積極的に信用できる状況が必要なはずである。参考人取調べの録音・録画記録であれば、取調官から事後情報が与えられていない事情、取調官による圧力などはなかった事情、参考人が自発的に供述している事情、参考人の供述が正確に録取されている事情などについて、録音・録画記録から判断することが可能である。特信性は主として外部的事情から判断されるべきであるが、取調べが録音・録画されていれば、そのうちのいくつかの事情を確認することができるのである。なお、これは取調べの全過程が録音・録画されているから可能であり、一部の録音・録画である場合は逆に特信性の判断を誤らせる危険性がある。<sup>58)</sup>

**イ 立法の方向性** 次に、法改正の方向性について簡単に述べる。本稿は、取調べ録音・録画記録を供述調書と同様に実質証拠として用いることを認める立場をとるので、伝聞例外の要件についても供述調書と同様に考えることになる。供述調書と同様の取扱いであっても、取調べ録音・録画記録の場合、取調べ状況そのものを把握することができるのであるから、その取調べ状況を見て、誤導などの疑いが認められない場合は、供述調書と比較してその特信性は高いものと思われる。

さて、立法化を考える場合、検察官面前調書との関係を考慮せざるを得ないであろう。検察官面前調書は、公判審理において実務上重要な役割を与えられ、それゆえに、検察官は、取調べと供述録取書の作成を捜査の核心部分と位置付けている。<sup>59)</sup> 一方、本稿で主張する取調べの録音・録画は、主として、警察段階でなされることを想定している。現行法のように、取調べ録音・録画記録が検察官調書と比較して証拠法上の要件が厳格であれば、實際上、検察官調書に代えて録音・録画記録が証拠調べ請求されることはないであろうし、また、捜査機関が取調べ録音・録画を行う呼び水ともならないであろう。そこで、警察段階の供述調書および取調べ録音・録画記録と検察段階の供述調書および取調べ録音・録画記録との伝聞例外の要件とに差を設けないことが必要である。

實際上、取調べ録音・録画記録について、警察段階と検察段階とでその要件に差を設ける必要性は低いように思われる。供述調書の場合はそこから取調べ状況を把握することはできないので、取調官に対する信頼性（検察官は法律の専門家であり、法の適正な適用を請求するという客観的な立場にあることなど）に応じて伝聞例外の要件を変えることに合理性があった。<sup>60)</sup> しかし、取調べ録音・録画記録では取調べ自体が客観化されるので、取調官の信用性および取調べ手続の適切性については録音・録画記録によって確認することができる。

そこで、立法論としては、警察官調書および警察段階の取調べ録音・録画記録と検察官調書および検察段階の取調べ録音・録画記録との伝聞例外の要件を同一とすべきである。特別部会では、二号書面を廃止し、三号に統合されるべきであるとする意見が出されているが（たとえば、平成二四年一月五日の特別部会第一六回会議）、これは方向性として適切であると思われる。なぜなら、警察官調書（取調べ録音・録画記録）と検察官調書（取調べ録音・録画記録）との伝聞例外の要件を統一しようとする場合、その要件は厳格な方に統一することが伝聞法則の趣旨には合致しているからである。第二節で述べたように、検察段階の供述調書は、實際上、警察段階の取調べの影

響を受けており、警察段階の誤りは容易には檢察段階で修正されえないということを想起すべきである。

しかし、伝聞例外の要件を厳格にすると、公判廷における証言と参考人調書および取調べ録音・録画記録の供述とが異なる場合に、参考人調書および取調べ録音・録画記録を用いることができなくなり、真相の解明という観点から不都合が生じるという反論がありうる。しかし、公判廷における証言の信用性を争う趣旨であるならば、私見としては、むしろ次に検討する刑訴法三二八条を活用すべきであると考ええる。

### (3) 証明力を争うための証拠

先述したとおり、証人が捜査段階の供述と異なった証言を行った場合、検察官、被告人・弁護人は、原則的には、証人尋問の中で捜査段階の供述を示唆しながら反対尋問を行うことによって証人の証言の証明力を吟味していくべきである。また、本稿では主として警察段階の参考人録音・録画記録を念頭に置いているので、録音・録画記録が、伝聞例外として、刑訴法三二二条一項三号の要件を具備する場合は相当に限定される。それでは、刑訴法三二八条によって、証人の捜査段階の録音・録画記録を、公判における証人の証言などの証明力を争うための証拠として再生しうる場合はあるか。この問題は、参考人の供述調書の場合とその構造はまったく同一であるが、私見を含めて整理しておきたい。<sup>61)</sup>

刑訴法三二八条は、「第三二二条乃至第三二四条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であつても、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うためには、これを証拠とすることができる。」と規定する。この趣旨は、判例によれば、「公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことによ

り、公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する」ことにある。<sup>(62)</sup> そして、上記判例は、「刑訴法三二八条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑訴法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分」に限られるとしている。

判例の立場を前提とすれば、参考人の取調べ録音・録画記録についても、自己矛盾供述であり、公判廷における証言などの信用性の減殺を図る限りにおいて、再生することが認められる。なお、判例に従えば、刑訴法三二八条により録音・録画記録の再生が許されるのは証人の証言と矛盾する内容の供述が現れている部分に限られる。

学説上、刑訴法三二八条の証拠は伝聞証拠か非伝聞かが争われているが、この点は要証事実との関係から考えるべきである。本条の趣旨から、要証事実は「証人の捜査段階における自己矛盾供述の存在」などと考えられ、これを公判期日における証人の証言の証明力を争うために用いるのであるから、当該証拠の存在が問題となり、本条の証拠は非伝聞と解するのが妥当であろう。<sup>(63)</sup> ここで重要なのは、捜査段階の供述をいわゆる実質証拠として公訴犯罪事実の認定に用いるのではなく、自己矛盾供述の存在を公判証言の証明力を争うために用いる点である。それゆえ、取調べ録音・録画記録が刑訴法三二八条の供述に該当するかどうかは、實際上、実質証拠として用いることになるのか、公判の証言の証明力を争う限りにおいて用いられるのかによって判断されるべきである。

この点からみれば、公判廷における証人のあいまいな証言、たとえば、「犯行現場にいた人物が被告人かどうかは分かりません。」という証言に対して、捜査段階における「犯人は甲（被告人）です。」という断定的な供述を用いることはできない。この事例において、証言の要証事実が「犯行現場にいた人物が被告人であること」などであった場合、公判証言は被告人が犯行現場にいたとは述べていないのだから、結局のところ、「犯人は甲（被告人）」

です。」という供述は、犯行現場にいた人物が被告人であることを立証する実質証拠として用いられることになる。つまり、この場合、判例のいう「供述の信用性の減殺を図る」場合には該当しない。<sup>(64)</sup>

それでは、「犯人は被告人ではない。」という証言の証明力を争うために、捜査段階における「犯人は甲（被告人）です。」という供述を用いることは可能か。この場合は、自己矛盾供述であることは間違いないところなので、判例、通説は、三三八条の供述に該当すると解している。しかし、この場合も、上と同じように、結局、「犯人は甲（被告人）です。」という供述は、犯行現場にいた人物が被告人であることについて実質証拠として用いられる。なぜなら、「犯人は被告人ではない。」という断定的な供述の信用性を減殺するのは、「犯人が被告人かどうかは分かりません。」といった類の供述であり、「犯人は甲（被告人）です。」という供述で証言の信用性を減殺することはできないからである。

もつとも、「犯人は被告人です。」という公判証言の証明力を争うために、「犯人は甲（被告人）ではありません。」という捜査段階の供述を用いることはできる。<sup>(65)</sup> この場合は、公判供述の証明力の減殺を図ることが可能であり、また、犯人は被告人ではない旨の供述は実質証拠にはなりえないからである。<sup>(66)</sup>

## 六 まとめ

参考人取調べの録音・録画はなぜ必要なのか。最後に、補足の説明を交えながら私見を改めてまとめておきたい。裁判員裁判を念頭に置いて公判中心主義を実現すべきであるという視点から見ると、参考人取調べの録音・録画を実現することよりも、伝聞証拠である参考人の供述調書をできるだけ排除し、証人尋問を中心に証拠調べを行

つていくという方向性が公判中心主義に合致し、裁判員裁判でも有効なものではないかという意見もあるだろう。私も、公判中心主義が一層実現されるべきである点についてはまったく同感である。本稿の主張は、両当事者の交互尋問による充実した証人尋問を実現するためにこそ参考人取調べの録音・録画が有用であるということである。

まず、わが国の冤罪事件において、証人の証言、参考人の供述調書が誤った判断に何らかの影響を与えたと思われる事案を想起すべきである。徳島ラジオ商殺し事件における住み込み店員の供述、甲山事件における園児の証言、布川事件の目撃供述、そして今回の厚労省局長無罪事件における関係者の供述など枚挙にいとまがない。<sup>(67)</sup>また、誤判原因として目撃者の証言の影響が最も大きいとするアメリカ、イギリスにおける諸研究にも注目すべきである。<sup>(68)</sup>証人の証言はそれ自体としても誤りを含む可能性がある。それに加えて、公判で証人として証言する場合、そこに至るまでには警察段階で取り調べられ、検察段階で取り調べられ、検察官による事前面接を受け、また、メディア情報などにも接している。その間に、証人の記憶は事件直後の記憶から変容している可能性がある。また、取調官によって不適切な取調べがなされた可能性もある。供述証拠は常に、知覚、記憶、叙述の過程において誤りが混入する可能性があり、そのために、証拠調べにおける反対尋問が重要である。そして、この反対尋問を有効に行使するためには、両当事者が公判審理に向けて周到な準備をする必要があるが、両当事者にとって、比較的事件との時間的間隔がない警察の取調べ段階において証人がどのような取調べを受け、どのような供述しているのかを分析することはこのほか有用である。

また、刑事司法制度論の観点からは次の点を指摘することができる。わが国の刑事司法の特色のひとつは、当事者主義をとりながらも訴追機関が国家機関であり、捜査・訴追機関に法律上大きな権限が与えられている点である。欧米諸国に比べわが国の有罪率が高いことはこの特色の反映である。こうした制度である場合、捜査活動自体

が公平性、客観性を持たなければならぬ。たとえば、フランスにおいて予審制度が導入されたのは、検察官制度の創設に伴って訴追者に強力な権限が与えられたことによって、強制的な捜査権限（予審権限）をも訴追当事者である検察官に委ねるのは適切ではないという思想に立脚していた。予審制度における証人尋問の場合、証人尋問には必ず裁判所書記官が立会い（フランス刑事訴訟法一〇二条一項）、予審判事の質問および証人の答弁はそのまま裁判所書記官によって調書（procès-verbaux）に記載される（同一〇三条）。調書には、一葉ごとに、予審判事、書記官、証人が署名をする（同一〇六条）。書記官は、予審判事が、いつ、どこで、いかなる質問を行い、それに対して証人がいかなる回答をしたのか、また弁護士・検察官は立ち会ったのか等を記録する。つまり、書記官は、予審判事による尋問活動の全体を記録するものであり、書記官は、予審判事によって遂行される活動の適法性を担保する必要な証人なのである。<sup>70</sup>予審制度を持たないわが国において、参考人の取調べを録音・録画することには、予審制度における書記官による予審調書の作成と同じ意味合いがある。すなわち、参考人の取調べ録音・録画記録は、捜査がどのように進められたのかを明らかとするとともに、両当事者がそれを利用して充実した公判審理を実現するために必要なものである。

## 付記

横山實先生には、大学院時代に少年法研究会でお世話になって以来三〇年近くにわたり様々なご指導をいただいた。先生は、刑事政策の課題について、法律学と社会学との学際的な視点から、また、国際的動向を踏まえた研究を続けられている。この小論は先生の姿勢にならない、刑事訴訟法の問題について供述心理学の知見を踏まえてまとめたものである。先生のご研究のさらなる発展を祈念して、拙稿を先生にささげたい。

- (1) 法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」については、法務省ウェブサイト (<http://www.moj.go.jp/shingji1/shingj10350012.html>) を参照。
- (2) 被疑者取調べの可視化の経緯については、正木祐史「被疑者取調べの『可視化』―録画DVDの証拠利用の是非―」法律時報八四巻九号（二〇一二年）一〇頁以下、小特集「被疑者取調べの適正化の現在」法律時報八五巻九号（二〇一三年）五六頁以下掲載の諸論文、小坂井久「取調べ可視化論の展開」（現代人文社、二〇一三年）四八頁以下などを参照。
- (3) また、厚労省元局長無罪事件において、大阪地裁は、八名の関係者の検察官面前調書のうち三名の検察官面前調書についての証拠能力を否定している。この点は、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）」（二〇一〇年一月）一四頁以下（本報告書については、法務省ウェブサイト <http://www.moj.go.jp/content/000061293.pdf>）参照。
- (4) 松田岳士「参考人取調べの録画・録音、二号書面制度の在り方」季刊刑事弁護七五号（二〇一三年）四四頁。
- (5) 「裁判員裁判の実施状況について（制度施行く平成二五年八月末・速報）」は、最高裁判所・裁判員制度のウェブサイト (<http://www.sahbanin.courts.go.jp/index.html>) 参照。
- (6) 法と心理学会・目撃ガイドライン作成委員会編『目撃供述・識別手続に関するガイドライン』現代人文社（二〇〇五年）七九頁、司法研修所編『犯人識別供述の信用性』（法曹会、一九九九年）九二頁。
- (7) 司法研修所編『供述心理』（法曹会、一九九九年）三三頁以下、渡部保夫『無罪の発見―証拠の分析と判断基準―』（勁草書房、一九九二年）八二頁以下、高木光太郎『証言の心理学』（中央公論新社、二〇〇六年）一七頁以下など。
- (8) 犯人識別供述の場合は、さらに、犯人像の記憶を再生し、実物ないし写真と比較対象の上、目撃者自身が目撃した犯人と被疑者・被告人とを同定するという過程が加わり、そこに誤りが介在する可能性がある（木山暢郎「犯人識別供述の信用性と裁判員裁判におけるその審理―危険な証拠」と裁判員制度―」木谷明編『刑事事実認定の基本問題』成文堂、二〇〇八年）二一三頁。
- (9) エリザベスF・ロフタス（西本武彦訳）『目撃者の証言』（誠信書房、一九八七年）九六頁、敵島行雄⇨仲真知子⇨原聡『目撃証言の心理学』（北大路書房、二〇〇三年）四七頁。

- (10) ロナルド・フィッシャー||エドワード・ガイゼルマン (宮田洋監訳) 『認知面接 目撃者の記憶想起を促す心理学的テクニック』(関西学院大学出版会、二〇一二年) 八〇頁。
- (11) ロフトス (西本訳)・前掲注(9)七九頁以下、九六頁以下。
- (12) 渡部保夫監修『目撃証言の研究―法と心理学の架け橋をもとめて―』(北大路書房、二〇〇一年) 一八五頁以下、敵島||仲||原・前掲注(9)一頁以下。この問題を供述者の側から眺めれば、「被暗示性」の問題となる。被暗示性からの分析については、ギスリー・グッドジョンソン (庭山英雄ほか訳) 『取調べ・自白・証言の心理学』(酒井書店、一九九四年) 一八一頁以下参照。
- (13) 語法効果と事後情報効果との誤誘導の側面を捉えて、誤情報効果とも言われる (渡部・前掲注(12)一八六頁)。
- (14) 敵島||仲||原・前掲注(9)五四頁、ロフトス (西本訳)・前掲注(9)一一六頁。
- (15) ロフトス (西本訳)・前掲注(9)一〇〇頁以下、敵島||仲||原・前掲注(9)六八頁、グッドジョンソン (庭山ほか訳)・前掲注(12)一六〇頁以下。
- (16) ロフトス (西本訳)・前掲注(9)八六頁。
- (17) 渡部・前掲注(12)二三八頁。
- (18) 大橋靖史「供述調書の法と心理」法と心理八号(二〇〇九年) 八〇頁「奥田雄一郎担当」、高木・前掲注(7)二二六頁。
- (19) 厚労省元局長無罪事件において、裁判所からその証拠能力を否定された参考人調書の中には、「検察官から、『Cさんの記憶があやふやであるなら、関係者の意見を総合するのが一番合理的じゃないか。言わば、多数決のようなものだから、私に任せてくれ。』と言われた。」とする参考人の公判供述を否定できず、検察官が想定していた内容の検察官調書を作成した疑いを排斥できないという理由から証拠能力を否定されたものがある (最高検察庁・前掲注(9)一四頁)。
- (20) 一般に証人の確信的態度は証言の信用性を高める効果を持つが、証人の確信度と証言の正確性との間の相関は強くはなく、また、確信度はたいへん変わりやすいという点が指摘されている (ステイブソン・D・ペンロッド||黒沢香「目撃証言のエラー―問題の深刻さ、原因、そして対策を探る」法と心理七巻一号「二〇〇八年」五三頁)。
- (21) 青木孝之『刑事司法改革と裁判員制度』(日本評論社、二〇一三年) 一一八頁。
- (22) フィッシャー||ガイゼルマン (宮田訳)・前掲注(10)七九頁以下、S・L・Spoter ほか編 (箱田裕司||伊東裕司監訳) 『目撃者の心理学』(ブレーン出版、二〇〇三年) 二七一頁以下、グッドジョンソン (庭山ほか訳)・前掲注(12)二二五頁以下、仲真紀

子Ⅱ安原浩Ⅱ高木光太郎Ⅱ指宿信「特集・エビデンスにもとづく取調べの科学化」法と心理二巻一号(二〇一二年)一〇頁以下、田崎仁一「心理学的知見に基づく取調べ技術」警察学論集六六巻四号(二〇一三年)三七頁、嶋島Ⅱ仲Ⅱ原・前掲注(9)一〇六頁、日本学術会議・心理学・教育学委員会・法と心理学分科会「科学的根拠にもとづく事情聴取・取調べの高度化」(二〇一一年)六頁以下(本報告書については、日本学術会議のウェブページ <http://www.sci.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-21-t133-9.pdf> を参照)、「捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会最終報告」(二〇一二年二月)二五頁以下(本報告書については、警察庁のウェブサイト <http://www.npa.go.jp/shinkyaku/keiki/saisyuu.pdf> を参照)、『警察庁刑事局刑事企画課「取調べ(基礎編)」(二〇一二年一月)(本書については、警察庁ウェブサイト <http://www.npa.go.jp/sousa/kikaku/20121213/shiryou.pdf> を参照)など。

(23) 取調べ録音・録画の意義について、岡慎一は、①正確な記録作成により検証が可能になること、②不当な取調べの抑制に有効であること、③検察官調書に関し特信情報が争点になった場合に客観的記録による判断が可能となること、④参考人の記憶喚起や取調官の働きかけ等のプロセスが記録されることが当該参考人の公判供述の信用性吟味のための重要な資料となる点を挙げている(岡慎一「取調べ(被疑者・参考人)の在り方」刑法雑誌五二巻三号「二〇一三年」三九二頁)。

(24) 最高検察庁・前掲注(3)八六頁。

(25) 松田・前掲注(4)四四頁。

(26) 岡・前掲注(23)三九一頁。岡は、参考人取調べを、被告人の防御の観点から、追及的な取調べが行われる可能性のある被疑者の関係者に対する取調べと、暗示や誘導によって供述が影響を受ける可能性のある目撃者や被害者等に対する取調べとに分類している。この区分は、参考人取調べの問題点を把握するのに有用と思われる。

(27) 吉丸真「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」判例時報一八〇七号(二〇〇三年)一〇頁。

(28) もっとも、新たな情報が得られる可能性があれば、さらなるフォロー・アップのための取調べを行わなければならない(フィッシャーⅡガイゼルマン「宮田訳」・前掲注(10)七一頁)。捜査活動は「生もの」であるから、本稿でも、必要な場合における複数回の取調べを否定するわけではない。

(29) なお、事件直後、目撃者が強い不安状態にある場合があり、こうした場合は、落ち着いて思い出すまで一定の時間がかかる場合もある(フィッシャーⅡガイゼルマン「宮田訳」・前掲注(10)七〇頁)。

- (30) 被疑者取調べについてであるが、アメリカ諸州では、取調べの録音・録画を実施した場合、供述調書は作成されない。その理由は、調書の内容と録音・録画記録とが相違する場合があり、これが公判で紛糾の元になりかねないためだとされる（金山泰介「米国における取調べの録画録音について(下)」警察論集六〇巻二号「二〇〇七年」一三四頁）。
- (31) フィッシャー||ガイゼルマン（宮田訳）・前掲注(10)九九頁。
- (32) 青木・前掲注(21)一二八頁。
- (33) 被疑者取調べの録音・録画手続については、吉丸真「録音・録画記録制度について(上)」判例時報一九一三号（二〇〇六年）二二頁参照。
- (34) 供述聴取全体に関する留意点については、法と心理学会・目撃ガイドライン作成委員会・前掲注(6)二二頁以下を参照。
- (35) なお、撮影方法の差異が当該供述の任意性判断や信用性判断に影響を与える点について、指宿信「被疑者取調べと録画制度―取調べの録画が日本の刑事司法を変える―(商事法務、二〇一〇年)二四一頁以下参照。
- (36) 同二九頁、九五頁。
- (37) 子どもの取調べについての全体的留意点について、英国内務省・英国保健省編（仲真紀子||田中周子訳）『子どもの司法面接―ビデオ録画面接のためのガイドライン』（誠信書房、二〇〇七年）参照。
- (38) 「捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会最終報告・前掲注(22)二二頁、指宿・前掲注(35)二六五頁以下参照。
- (39) 伊藤睦「取調べ可視化と証拠法」法律時報八五巻九号（二〇一三年）七三頁、正木・前掲注(2)一六頁。
- (40) 松田・前掲注(4)四六頁。
- (41) 録音・録画の告知については、吉丸・前掲注(33)二二頁参照。
- (42) 岡・前掲注(23)三九二頁。なお、犯罪現場での取調べはコントロール不能な妨害にさらされるため適切ではない点が指摘されている（フィッシャー||ガイゼルマン「宮田訳」・前掲注(10)六四頁）。
- (43) イギリスでは、一九九九年の少年司法及び刑事証拠法二七条により、ぜい弱な証人（一七歳未満の者のほか、一定の精神障害、知的・社会的機能が著しく損なわれるなどを考慮して認定される。）について、取調べ録画記録を、当該証人に対する主尋問に代わる証拠として用いることができる（法務省「取調べの録音・録画制度等に関する国外調査結果報告書」〔二〇一一年八月〕三八頁。本報告書については、法務省のウェブサイト（<http://www.moj.go.jp/content/00007969.pdf>）を参照。ドイツでは、

参考人の取調べは、画像・音声を記録する媒体に記録することができることとされ、①犯罪による被害を受けた一八歳未満の者の利益の保護に必要であるとき、②証人を公判において尋問することができず、画像・音声の記録が真相究明のために不可欠となるおそれのあるときは、記録媒体に記録すべきとされている（ドイツ刑事訴訟法五八条a第一項）（同八〇頁）。オランダでは、一定の犯罪について、取調べを受ける者がぜい弱である場合などに、被疑者・参考人の取調べを録音・録画することが義務付けられている（同一〇四頁）。

(44) 現行法上、検察官による証人尋問請求の場合、被告人、弁護人の立会いは権利としては認められていないが（刑事訴訟法二二八条二項）、被告人または弁護人が立ち会わなければ、主尋問に代えることは許されないであろう。

(45) 事前準備の重要性については、山室恵編『改訂版 刑事尋問技術』（ぎょうせい、二〇〇六年）五九頁以下。

(46) 河上和雄ほか編『大コンメンタル刑事訴訟法』第二版第六卷（青林書院、二〇一一年）二九五頁「高橋省吾担当」。

(47) B・L・カトラー（浅井千絵・菅原郁夫訳）『目撃証人への反対尋問 犯罪心理学からのアプローチ』（北大路書房、二〇〇七年）六五頁。

(48) 拙稿「裁判員裁判における検察官面前調書の取扱い」國學院法学四六巻四号（二〇〇九年）六頁、山室・前掲注(45)一三四頁、二七〇頁、伊藤栄樹ほか代表『新版注釈刑事訴訟法』第四巻（立花書房、一九九七年）二八一頁「小林充担当」。

(49) 河上ほか・前掲注(46)二九六頁。

(50) 吉丸・前掲注(33)一七頁。

(51) 河上ほか・前掲注(46)三二一頁。

(52) なお、刑事訴訟法三〇五条四項は、ビデオリング方式による証人尋問等を記録した記録媒体について、当該記録媒体を再生するものとする規定している。

(53) 川出敏裕「裁判員裁判と証拠・証明」論究ジュリスト二〇一二年夏号（二号）五四頁。

(54) 稗田雅洋「裁判員が参加する裁判の実情と課題―日本の刑事裁判がどう変わったか―」刑事法ジャーナル三二号（二〇一二年）五三、五四頁。

(55) 元来は合意書面を作成すべき点について、杉田宗久「合意書面を活用した『動かし難い事実』の形成―裁判員制度の導入を見据えて―」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生 佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 下巻』

- (判例タイムズ、二〇〇六年) 六六一頁。
- (56) 伊藤・前掲注(39)七〇頁。
- (57) 判例は、被害再現実況見分調書におけるいわゆる供述写真について、撮影、映像等の記録の過程が機械的操作によってなされることから署名、押印は不要としている(最小二決平成一七年九月二七日刑集五九卷七号七五三頁)。
- (58) 伊藤・前掲注(39)七一頁。
- (59) 青木・前掲注(21)一二八頁。
- (60) 田口守一『刑事訴訟法「第五版」』(弘文堂、二〇〇九年)三八八頁。
- (61) 小倉哲浩『弾劾証拠』松尾浩也『岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅲ』(青林書院、二〇一二年)六六頁以下。
- (62) 最判第三小平成一八年一月七日刑集六〇卷九号五六六一頁。
- (63) 後藤昭「供述の証明力を争うための証拠」井上正仁『酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、二〇一二年)六六六頁、上口裕『刑事訴訟法「第三版」』(成文堂、二〇一二年)四一七頁脚注、松本時夫「証明力を争うための証拠」刑事法ジャーナル三二号(二〇一二年)六一頁参照。
- (64) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法「第二版」第七卷』(青林書院、二〇一二年)七六六頁「大野市太郎担当」。
- (65) また、要証事実は公訴事実に限られるわけではなくアリバイ事実も含むから、要証事実が「犯行当日の被告人の行動」である場合に、「被告人は、犯行が行われたとされる二〇月二五日の午後二二時には、犯行現場ではなく私の家にいました。」という公判証言の証明力を争うために、同人の、「二〇月二五日には被告人は私の家には来ていません。」という捜査段階の録音・録画記録を、証明力を争うための証拠とすることは可能である。
- (66) 通説は、相手方の弾劾証拠の提出により供述の証明力が減殺されたときは、元の供述の証明力を回復するための証拠(回復証拠)の提出を認める(河上・前掲注(64)七六八頁)。裁判例の中にもこれを認めるものがある(東京高判昭和四四年二月七日東京高等裁判所刑事判決時報三〇卷二号一三頁)。しかし、証明力を争うための証拠は、あくまでも公判での証言との関係で問題とされるべきであり、公判証言の信用性の減殺を図るものでなければ認められないと解するべきである。
- (67) 主要な裁判例については渡部・前掲注(7)九二頁以下参照。
- (68) ロフタス(西本訳)・前掲注(9)八頁以下、ペンロッド『黒沢・前掲注(20)三七頁、Sporer ほか(箱田『伊東訳)・前掲注

- (22) 四頁、高木・前掲注(7)一五九頁。
- (69) 拙稿「予審的視点の再評価―公判審理から見た捜査―」刑法雑誌三五卷三号（一九九六年）三四頁。
- (70) F. HÉLIE, *Traité d'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, T.4, 2<sup>ed.</sup>, 1866, n° 1794, P. CHAM-BON, *Le juge d'instruction théorie et pratique de la procédure*, 3<sup>ed.</sup>, 1985, n° 300, R. MERLE et A. VITTI, *Traité de droit criminel*, T.2, procédure pénal, 4<sup>ed.</sup>, 1989, n° 348.

