

日本の刑事司法： 平成刑事訴訟法の下での 現状評価

目次

1、はじめに	2
2、従来指摘されていた「日本の刑事司法の特色」	2
3、訴訟構造はどのように変わったのか	3
1) 被害者参加制度	3
2) 裁判員制度	4
4、捜査手法はどのように変わったのか	6
1) 日本型司法取引制度	7
2) 取調べの録音・録画制度	7
5、身体拘束はどのように変わったのか	8
6、おわりに	10

(プロフィール)

村岡 啓一

白鷗大学法学部教授。1974年3月一橋大学法学部卒。1976年4月弁護士登録(札幌弁護士会)。2001年7月一橋大学大学院法学研究科博士後期課程修了(博士(法学))。2002年4月一橋大学法学研究科教授。主著に「憲法的刑事訴訟論」『刑事司法改革と刑事訴訟法(上巻)』(2007年、日本評論社)29 - 57頁など。

1、はじめに

わが国の刑事司法には異なった二つのルーツがある。いわゆる大陸法と英米法という二つの法系が第二次世界大戦の前後で「接木」されたかの如き観がある。これは、主権原理を全く異にするにもかかわらず、同じ大戦の前後で、ドイツ法を継受した天皇主権の大日本帝国憲法が、法形式上は「改正」という形で、アメリカ法の影響を強く反映した国民主権の日本国憲法へと衣替えしたことと軌を一にしている。すなわち、現行の日本国憲法は、大戦後の連合軍総司令部民生局が主体となって作成したマッカーサー草案が原型となっており、日本の帝国議会の審議および一部修正を経て制定されたものであるが、刑事訴訟法も、その新憲法の制定を受けて、連合軍総司令部の主導の下、新たに制定されたという経緯がある。現行刑事訴訟法（昭和23年法律第131号）は、1948年7月10日に公布され、1949年1月1日から施行され、大陸法系（ドイツ法）から英米法系（アメリカ法）への転換、言い換えれば、職権主義から当事者主義への転換が標榜された。では、職権主義から当事者主義へと完全に置き換わったかといえ、そうではない。底流には、依然として戦前の職権主義的な思想が伏在しており、刑事訴訟法の条文の解釈や制度の運用のあらゆる局面で、職権主義と当事者主義の理念的対立が表面化し、外形的には当事者主義の形態をとってはいるが、内実は職権主義の伝統を引きずっているという場合が少なくない。日本の刑事司法を「擬似当事者主義」と評するのは、この外装と内実の乖離を指しているのである。

法施行後は、学会を中心に、新しい当事者主義を理解しようとする試みが重ねられ、とりわけ、捜査の段階では、伝統的な糾問的捜査観に対置して英米法的な弾劾的捜査観が主張され、捜査段階での当事者主義化を目指したが、実体的真実主義（必罰主義）に依拠したわが国の伝統的な捜査のあり方を変革するには至らなかった。学会と実務は、モデルとなったアメリカ型の当事者主義を純化して追求する方向ではなく、むしろ、伏在している実体的真実主義を「堅い岩盤」として認め、当事者主義の考え方を反映させて微調整を図る方向へと向かった¹。いわば、理念的に対立する二つの価値観を調和させようとする方向へと舵を切ったのである。

今日、法施行から約70年を経ようとする間に、日本の刑事司法は、刑事訴訟法の解釈および判例の展開、実務運用の変化等を経ながら、2000年代に入ってからの刑事司法改革を受けて、大きな変貌を遂げようとしている。それは、先に述べた職権主義と当事者主義の混交という特殊日本型の刑事司法を是とする考え方の延長線上にある。

本稿では、従来指摘されていた「日本の刑事司法の特色」が、どのような展開をたどり、今日、どのような現状にあるのかを明らかにし、理念的に調和することのない二つの価値観の衝突の結果、むしろ、深刻な問題が浮上していることを報告する。

2、従来指摘されていた「日本の刑事司法の特色」

これまで、「日本の刑事司法の特色」は、総括的な標語として「精密司法」と称され、捜査、公判の各段階における特徴をとらえて、「検察官司法」、「人質司法」、「調書裁判」といったラベリングが行われた。その具体的な内容を要約して示すとおおよ次のようになる。

(1) 検察官司法

- ① 捜査機関による被疑者・参考人の取調べを中心とした綿密な捜査活動（取調中心主義）
- ② 検察官による訴追事件の厳格な選別、及びその結果としての100%に近い驚異的な有罪率（慎重な起訴）
- ③ 検察官の広範な訴追裁量権の行使による、半数を超える不起訴処分（起訴便宜主義）

(2) 人質司法

¹ 松尾浩也「刑事訴訟の日本の特色—いわゆるモデル論とも関連して」法曹時報46巻7号26頁（1994年）。

- ① 令状主義の下にありながら、逮捕状、勾留状の請求が却下されることはほとんどない令状実務
- ② 一旦、逮捕・勾留されれば、最大限 23 日間に及び身体拘束（身体不拘束の原則の不在）
- ③ 起訴前保釈制度はなく、自白しない限り、起訴後であっても保釈されることがない保釈実務（権利保釈制度の形骸化）
- ④ 被疑者段階の国選弁護制度の不存在

(3) 調書裁判

- ① 捜査段階で作成された供述調書の公判における広範な利用（伝聞法則の形骸化）
- ② 裁判官による法廷外での調書に基づく心証形成（公判中心主義の不在）
- ③ 五月雨式の公判開廷による公判審理の長期化
- ④ 国民の司法参加制度の不存在

こうした実務は、一言で言えば、捜査段階で有罪無罪が事実上決定されることを意味しており、「捜査の裁判支配」ということができる。この日本的刑事司法のあり方につき、国民の真相解明への期待と実体的真実主義（わが国では「必罰主義」と同義となる）の要請に適うものとして高く評価する意見がある一方で、本来の当事者主義の理念である適正手続の保障の観点からは、「かなり絶望的」と評価する意見が表明された²。

その後、日本弁護士連合会の「当番弁護士制度」の発足などの運用面での変化、外国人犯罪の増加や犯罪の国際化といった現象面での変化に加え、累次の法制度面での改革が続いた。2001 年司法制度改革審議会意見書³の改革提言に沿った司法改革、2010 年 9 月に発覚した大阪地検特捜部検事による証拠改ざん事件を機に設置された「検察の在り方検討会議」による検察改革の提言⁴、それを受けた法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」の答申⁵に基づく 2016 年刑事訴訟法の一部改正（平成 26 年法律 79 号）による刑事手続改革がそれである。これら平成の時代になされた改正立法を総称して「平成刑事訴訟法」と言うことが許されよう。

現在は、こうした新たな制度、立法、運用をめぐり刑事司法全体が大きく流動しており、従来指摘されていた上記の「日本の刑事司法の特色」にも変化が見られる。以下に、制度の変革に伴いどのような変化が生じたのか、また現状の問題点は何かを概観してみよう。

3、訴訟構造はどのように変わったのか

制定当時の当事者主義の刑事司法制度から大きく変わったのは、2007 年に導入された被害者参加制度と 2009 年 5 月から施行された裁判員制度である。いずれも刑事訴訟の担い手を大きく変えるものであり、当事者主義の訴訟構造そのものに影響を与える大改革と言ってよい。

1) 被害者参加制度

2000 年に「全国犯罪被害者の会」が設立されて以降、急速に犯罪被害者およびその遺族に対する保護の機運が高まり、刑事手続において被害者保護のための措置（証人の遮蔽、ビデオリンク方式による証人尋問、被害者による心情意見陳述など）が講じられるようになっていたが、2005 年に施行された犯罪被害者等基本法に基づき、2007 年、「犯罪被害者等の尊厳に相応しい処遇の一環」として、「被害者参加制度」が創設された。これは、一定の対象犯罪につき、裁判所が、被害者からの刑事裁判への参加の申出を受けて、刑事手続に関与することを相当と認めて「被害者参加人」という訴訟手続上の地位を与えた場合、被害者参加人

² 平野龍一「現行刑事訴訟法の診断」『団藤重光博士古稀祝賀論文第四巻』423頁、（有斐閣、1985年）。

³ 2001年（平成13年）6月21日「司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—」第2刑事司法制度の改革参照。

⁴ 2011年（平成23年）3月31日検察の在り方検討会議提言「検察の再生に向けて」

⁵ 2014年（平成26年）7月9日法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「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】」

は、裁判所の許可の下で検察官とは別に、一定の訴訟行為（情状事実についての証明力を争う証人尋問、被告人質問、事実または法律の適用についての意見陳述等）をなすという制度である（刑訴法 316 条の 33～316 条の 39）。しかも、被害者参加人には国の費用で弁護士（被害者参加弁護士）を付することも認められている（犯罪被害者保護法 11 条）。

この制度の導入にあたっては、現行の刑事訴訟が、国家刑罰権をめぐる国家对市民の構図の下、検察官対被告人および弁護人の二当事者対抗主義の構造であるのに、そこに加害者対被害者という次元の異なる対抗軸を持ち込むことは原理的に整合しないという批判が寄せられた。その結果、この原理的批判を避けるために、同制度の「被害者参加人」は飽くまでも刑事訴訟の当事者（第三当事者）ではないと説明されている。⁶

しかし、裁判所が許可した場合には、被害者参加人は検察官とは別に一定の訴訟行為をなすのであるから、事実上、「第三の当事者」であることは紛れもない事実である。無罪推定という刑事訴訟の大原則の下、検察官に一方的かつ全面的な立証責任を負わせている訴訟構造に、最初から、有罪認定を前提とした加害者に対する被害者の参加を認めることは、やはり、無罪推定原則に違反しており刑事訴訟の構造を根底から覆すものといわなければならない。特に、否認事件の場合、わが国の刑事訴訟では、事実認定手続と量刑手続を分けて審理する手続二分の考え方を採っていないので、この矛盾は深刻である。

被害者参加制度の運用状況は、2012 年（平成 24 年）の時点で、通常審理の事件では 5% 程度、裁判員裁判ではその 3 倍の 15% 程度である。⁷ 否認事件を含めて被害者からの申出があれば、裁判所は許可しているのが実情で、許可された被害者参加人の 9 割が全公判期日に出廷しており、被害者参加人に認められた権限のうち、証人尋問については被害者参加弁護士が行うことが多いが、被告人質問、被害者の求刑意見では被害者参加人自らが行う場合が多くなっていると報告されている。⁸

同制度の評価について、検察官は相応の成果を上げており定着したと評価しているが、弁護士は、検察官の他に平均 3 名の被害者参加人とその弁護士が検察官席に列席している異様な法廷の雰囲気をもたらす萎縮的効果を報告しており、特に、被害者参加人の求刑意見が検察官の求刑を超える厳罰の主張であることが裁判員にもたらす量刑誤判の可能性を指摘している。⁹

犯罪被害者等基本法が掲げる「犯罪被害者等の尊厳」を守るために、国家が被害者の救済と支援を行うのは当然のことであるが、そのことと、被害者から切り離された国家刑罰権をめぐる刑事訴訟において、被害者が被告人を加害者であるとして断罪する「被害者の権利」を認めることは全く別のことである。当事者主義の訴訟構造に原理的に反する被害者参加制度は見直されるべきであろう。

2) 裁判員制度

「裁判員制度」とは、2001 年司法制度改革審議会意見書に基づき、「司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上」を目的に、無作為に抽出された一般市民から選任された「裁判員」が裁判官とともに刑事裁判の事実認定と量刑判断に関与するわが国独自の制度である。国民の司法参加の形態には、英米法系の陪審制、大陸法系の参審制などがあるが、裁判員制度は、裁判員の訴訟関与が 1 回限りという点では陪審制に近いが、事実認定と量刑の双方につき裁判官と共に判断をするという点では参審制に近い。ある意味で、英米法と大陸法の事実審判者の折衷を図ったものといえる。

これは、従来、法律家である職業裁判官のみによって構成されていた裁判体に法律家ではない一般市民を加えるという点で刑事司法制度を大きく変える改革であり、裁判員を交えた裁判（以下、「裁判員裁判」という）を円滑に進めるために、付随的な新たな制度を創設した。「公判前整理手続」と「証拠開示制度」

⁶ 2014 年（平成 26 年）7 月「平成 19 年改正刑事訴訟法等に関する意見交換会」とりまとめ

⁷ 奥村回「犯罪被害者と刑事手続-弁護の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開（上）』121 頁以下参照。（成文堂、2017 年）。

⁸ 大谷晃大「犯罪被害者と刑事手続-検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開（上）』110 頁以下参照。（成文堂、2017 年）。

⁹ 奥村・前注 7、127 頁以下参照。

がそれである。公判前整理手続とは、裁判員裁判を集中的かつ連日的に行うためには、事前に争点を明らかにしておき、裁判員の判断の焦点を絞り込んでおく必要があることから、公判審理を担当する裁判所が主導して検察・弁護双方の当事者間で争点を確定し、それに必要な審理計画を予め策定する手続である。その争点形成には、防御側において検察官の証拠を事前に把握しておく必要があるため、争点形成に必要な限度で、段階的に証拠開示を認める制度（段階的証拠開示制度）を創設することとなった。従来、わが国には事前の証拠開示制度が存在せず、公判段階での裁判所の訴訟指揮権に基づく個別の証拠開示しか存在しなかったため、公判前整理手続の一環としての段階的証拠開示という限界はあるものの、制度的には一歩前進と評価された。

裁判員裁判は、2004年5月に制定された裁判員法に基づき、2009年8月から施行された。「法廷で見て聞いて分かる」裁判というスローガンの下、従来の調書裁判を改め、直接主義、口頭主義の訴訟活動が展開されることにより公判が活性化することが目指された。また、「精密司法から核心司法へ」のスローガンの下、裁判員裁判が予想される重大事件の捜査において、従来の詳細を極める供述調書の作成を目的とした取調べが変わるのではないかと期待も寄せられた。

制度施行後3年を経過した時点での検証¹⁰によれば、国民の積極的参加の姿勢がみられ、裁判員経験者の95%が「貴重な体験であった」と肯定的な評価をしていたこともあり、概ね順調に運営されているとの評価が一般的であった。公判においても、裁判所の方針として、書証ではなく人証を中心とした立証を促した結果、自白事件であっても、供述調書ではなく証人尋問によって立証することが一般的となり、被告人質問においても、同様の運用がなされるに至り、直接主義、口頭主義の実現によって公判は活性化したと評価されている。また、裁判員裁判の割合は、全刑事裁判の3%程度にとどまるが、公判前整理手続と証拠開示の運用は裁判官だけによる一般事件の事実審理にも影響を及ぼしているほか、司法研修所の教育も裁判員裁判を前提としたものにシフトしていると報告されている¹¹。

しかし、制度施行後8年を経過した現時点での裁判員制度の現状をみると、様々な問題点が露呈しているといわなければならない。

① 裁判員候補者の辞退率の上昇

裁判員制度が理想的に機能するためには、国民各層の多様な人々が裁判員になることが不可欠であるが、現在の候補者段階での辞退率は実に8割に上っており、国民各層を代表する適切な裁判員構成になっているのかにつき、深刻な疑問が提起されるに至っている¹²。

② 公判準備および公判審理の長期化

裁判員事件において、自白事件か否認事件かを問わずに、公判前整理手続に要した期間と公判審理期間を合わせた全体の期間は、従前の裁判官のみによる裁判に比して、かなり長期化している。平均審理期間は、2015年（平成27年）の統計で、自白事件で7.4ヶ月、否認事件で11.2ヶ月である。そのうち、公判前整理手続に要した期間が、自白事件で5.8ヶ月、否認事件で9.1ヶ月を占めている¹³。身体を拘束された被告人の立場からすれば、保釈されない限り、起訴から判決に至るまでの期間は裁判官のみによる過去の裁判期間よりも長いのであるから、それだけ身体拘束の期間が長びくという不利益をこうむることになる。

③ 公判審理の分かりやすさの低下

裁判員制度の導入後も、取調べを中心とした捜査実務が大きく変わることはなかった。供述調書を作成する捜査実務はそのまま残り、検察官において、書証の抄本化をしやすくように実況見分調書など客観的捜査資料を写真見分方式にしたり、裁判員の判断にとって必要な情報を第一次証拠から抜粋して「統合捜査報告書」という第二次証拠にまとめて、被告人側の同意を得て提出したりするといった工夫が施されるにとど

¹⁰ 最高裁判所事務総局2012年（平成24年）12月「裁判員裁判実施状況の検証報告書」

¹¹ 神田安積「刑事弁護の教育」『実務体系現代の刑事弁護1 弁護人の役割』334頁以下参照、（第一法規、2013年）。

¹² 最高裁判所2017年（平成29年）5月22日「裁判員候補者の辞退率上昇・出席率低下の原因分析業務」結果

¹³ 三井誠・酒巻匡「入門刑事手続法〔第7版〕」237頁（有斐閣、2017年）。

まった。公判においても、人証中心の審理になったとはいえ、依然として、供述証拠の利用がなくなったわけではなく、全文を朗読されても裁判員の心証形成の困難さは残された。検察・弁護双方の工夫にもかかわらず、年々、公判審理が「分かりやすかった」という裁判員経験者の回答は低下している。とりわけ、死刑求刑事件では、その割合が他の事件と比較して10%も低いことは由々しき問題である¹⁴。

今日、上記の諸問題につき、それぞれ原因の究明と解決のための方策が模索されている。公判前整理手続期間が長期化する原因の一つには、検察・弁護双方の主張の交換を前提とした段階的証拠開示制度があるため、弁護側からの証拠開示請求が予想される一定の証拠については、弁護側の主張を待つまでもなく、検察官において任意に開示する運用が見られる。また、争点形成を容易にするために、検察官手持ち証拠の一覧表が開示されることとなった。しかし、依然として、捜査機関の側に「公共財としての証拠」という意識は低く、証拠の事前全面開示が実現される見通しはない。また、公判審理の迅速化は、専ら、裁判員の負担軽減の観点から要請されてきたが、絞り込まれた争点と証拠によって適切な判断がなしえたかについては、裁判員経験者からも懸念の声があがっている。「証拠が質的・量的に少ない」、「評議にかかる時間ももっと多くてもよい」といった声である¹⁵。迅速化の要請の陰で適正な事実認定がおろそかになっていないかという懸念が最も大きいのは、死刑求刑事件である。

わが国の刑事裁判では死刑求刑事件は特別なものとはみなされていない。そのために、一般の刑事事件と同じ量刑の判断枠組みに服する扱いになっており、犯情によって大枠を決定し、その大枠の中で一般情状事実を考慮して宣告刑を決定するとされている。しかし、死刑求刑事件では、量刑誤判を避けるために、その人を「死刑にすべきか」に重点が置かれるべきではなく、「死刑を回避する余地はないか」にこそ重点が置かれるべきであるから、行為責任主義の客観的側面（犯情）よりも当該個人に着目した主観的側面（一般情状）の方が重視される必要がある¹⁶。裁判員が適切な量刑判断をするためには、被告人の成育歴、家族関係、環境、人格などの減輕事由を知ったうえで、被告人に更正可能性があるか否かを評価しなければならないが、現行の裁判員制度の下では、死刑回避のための十分な資料が法廷に顕出されているとは言い難い。アメリカ合衆国の死刑ガイドラインが求める Mitigation Specialist による報告書のような量刑資料は提供されていないのである。裁判員裁判の下で、死刑が言い渡された事件の割合（約71%）は、従来の裁判官のみによる裁判の割合（約56%）と比較して有意に高い¹⁷。この背景には、死刑基準が明確ではないうえに、十分な判断資料を提供されていない裁判員による量刑誤判の可能性がある¹⁸。

こうしてみると、裁判員制度はわが国刑事司法の一大改革であったがゆえに、その波及効果は様々な分野でいまだに続いており、制度導入の意義を適切に評価するにはもうしばらく事態の推移を見守る必要がある。

4、捜査手法はどのように変わったのか

2001年司法制度改革審議会意見書は、供述証拠に過度に依存するわが国の捜査と公判のあり方の変革を求めた¹⁹。同意見書は、供述証拠の利用を前提に、飽くまでも「過度の」依存を改める必要を説いたものであったから、その依存体質からの脱却には二つの方向があった。一つは、供述証拠に依存しない新たな捜査手法の導入の方向であり、もう一つは、良質な任意の供述証拠を確保するための方策、いわゆる「取調べの

¹⁴ 四宮啓「裁判員裁判-弁護の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開（上）』82頁、（成文堂、2017年）。前注10「検証報告書」107頁・図表71参照。

¹⁵ 大野勝則「裁判員裁判-裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開（上）』95頁、（成文堂、2017年）。

¹⁶ 四宮・前注14、80頁以下参照。

¹⁷ 田鎖麻衣子「日本の死刑—その運用の一端を契機として」法学館憲法研究所報16号36頁（2017年）。

¹⁸ 最高裁において裁判員裁判の死刑判決を破棄して無期懲役に減刑した控訴審判決を維持した判例として、最二決平成27・2・3刑集69巻1号1頁、同刑集69巻1号99頁、最三決平成27・2・9がある。

¹⁹ 前注3、第2刑事司法制度改革4「新たな時代における捜査・公判手続の在り方」（2）イ「被疑者の取調べの適正さを確保するための措置について」参照。

可視化) (取調べの録音・録画制度) の導入の方向であった。ここでは、前者の「新たな捜査手法」のうち、最も大きな制度的変革である、「捜査・公判協力型協議・合意制度」および「刑事免責制度」(両者を指して「日本型司法取引制度」と称する。)を取り上げる。

1) 日本型司法取引制度

法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」の答申を受けて、2016年5月の刑事訴訟法の一部改正法により、従来、わが国では認められていなかった司法取引制度が創設された(刑法350条の2～350条の15)。司法取引の型には、大別して、被疑者が有罪であることを自認する見返りに利益を供与する自己負罪型と、第三者の処罰のために捜査機関へ情報提供等の協力をする見返りに利益を供与する捜査協力型とがある。今回の改正法が導入したのは、後者の捜査協力型である。同時に導入された刑事免責制度(刑法157条の2～157条の3)も、共犯関係にある者に刑事免責を与えて自己負罪拒否特権を失わせて供述を強制することにより、他の共犯者の有罪立証を可能にしようとするものであるから、捜査協力型の司法取引の一形態といえることができる。

理論的には、わが国の検察官には、いかに訴因を構成しいかなる罪名で起訴するかにつき広範な訴追裁量権が認められているので、当事者主義の枠の中で、被疑者および弁護人との間で捜査協力の協議と合意をして、その見返りに当該被疑者に利益(起訴猶予、軽い処罰など)を供与することも許されると考えられている。日本型司法取引制度は、検察官の立場からみれば、供述調書に過度に依存した捜査・公判からの脱却の方策として、真に処罰すべき対象者(「ターゲット」という。)の犯罪立証のために、証人による公判廷証言を有罪立証の柱に据えようとするものであるから、「事案の真相解明」に寄与し、有責者の処罰を求める一般国民の期待に沿うものと位置づけられている。

しかし、自分自身ではない第三者「ターゲット」の刑事責任が自らの利益との交換条件になる場合には、自己の刑事責任を軽くするために他人を巻き込む虚偽供述を誘発する危険が必然的に伴う。「事案の真相解明」の行き過ぎで冤罪が起きる可能性が増大するのである。

この弊害を除去するために、日本型司法取引制度では、協議と合意の過程に司法取引をする被疑者の弁護人が関与することになっている。いわば、弁護人が検察官の仮説である「事案の真相」を担保する形になっているのである。しかし、この制度設計では、冤罪の可能性を払拭することはできない。なぜなら、捜査機関の仮説に迎合した虚偽供述から冤罪が起るのを防ぐには、司法取引に応じた被疑者の弁護人のチェックが重要なだけでなく、「ターゲット」とされた第三者の弁護人のチェックこそが必要であるからである。要は、司法取引の全過程が審査の対象となりうる制度的保障がなければならないのであり、そのためには司法取引に関する全証拠の事前証拠開示と裁判所の関与が不可欠である。しかし、日本型司法取引制度では、この制度的保障が決定的に欠落している。

さらに、この制度の導入は、当事者主義における弁護人の役割につき、深刻なジレンマをもたらす。司法取引を希望する被疑者の弁護人は、依頼者本人の利益の最大化を図るという大義名分の下に、司法取引の正当性を担保するという、捜査機関に協力する補助機関の役割を負わされるのであり、ここには、もはや当事者主義の原型である「国家の宿敵」としての役割はない。司法取引の合意が成立した場合には、当該被疑者は撤回するのが困難な状況に置かれるうえ、裁判所が常に利益供与を認めるとは限らないことを考慮すれば、むしろ、被疑者の弁護人としては、司法取引を勧めるのではなく、断念させることを考えるべきであろう。司法取引協議に関与する弁護人にとっても、取引の前提となる事前の全証拠開示がなされない以上は、なおさらである。

2) 取調べの録音・録画制度

2016年改正の刑事訴訟法は、新たな捜査手法を認めるのと引換えに、取調べの録音・録画制度(いわゆる「取調べの可視化」)を導入した。これは、裁判員制度創設後の現行法制度の下でも、供述証拠の重要性が失われることはなかったので、任意の良質な供述を得るための方策として導入されるに至った。対象とな

る事件は、裁判員裁判事件と検察官直告事件とされ全事件の3%程度に過ぎないが、取調べの全過程の録音・録画を義務づけることによって、従来の密室取調べを可視化し、捜査官の違法行為を抑止するとともに被疑者および参考人の供述の任意性を確保しようとするものである。検察庁および警察庁の試行を経て今回の制度化に至ったものであり、今後、対象事件が拡大していくことが想定されている。

取調べの可視化が捜査官による違法不当な取調べを防止するのに有効な手段であることは疑いない。その結果、従来、取調室という密室で捜査官の不当な圧力の下で被疑者が虚偽自白に追い込まれ、内容虚偽の自白調書が作成されてきた冤罪の元凶がなくなることが期待されている。改正刑事訴訟法は、録音・録画された記録媒体を任意性立証のために使用することを想定しており、弁護側から供述調書の任意性に疑義が出された場合、検察官において、録音・録画された記録媒体を提出しない限り、任意性の証拠能力を否定し、裁判所は供述調書の証拠申請を却下することとしている（刑訴法301条の2）。

しかし、理論的には、録音・録画された記録媒体が伝聞例外の要件を充たす限り、記録内容の真实性を立証するための実質証拠となりうることは否定しがたく、任意性立証にのみ留めるか否かは政策的な判断による。検察庁は、当初は任意性立証のための録音・録画に消極的であったが、現在は、任意性立証を超えて、実質証拠としての利用をも想定した録音・録画を積極的に推進している。²⁰また、裁判実務においても、録音・録画された記録媒体を実質証拠として採用する例も現れている²¹

こうした運用は、事実上、取調べの段階で有罪・無罪が確定してしまうという意味で「捜査の第一審化」を招きかねず、とりわけ、裁判員裁判においては、任意性と信用性の区別が分からない裁判員が映像の持つインパクトに引きずられて、有罪の心証を記録媒体から得てしまう弊害が指摘されている²²

今日の議論状況は、録音・録画された記録媒体が実質証拠としても利用可能であることを前提に、政策的に任意性立証に留めるべきだという主張がある一方で、実質証拠化を阻止するために取調べに弁護人が立ち会うべきだという主張が展開されるに至っている。わが国の場合、実務において取調べの弁護人立会権が認められてこなかったから、その代替策として、取調べの可視化が主張されてきた経過に鑑みれば、主眼は供述の任意性確保にあったはずである。取調べの場への弁護人立会権が認められても、その取調べ過程の録音・録画記録が実質証拠として利用されるならば、結局は、「捜査の第一審化」に弁護人が手を貸すことになり、公判廷における直接主義、口頭主義に基づく事実審理は形骸化するのではないかと危惧される。

5、身体拘束はどのように変わったのか

最後に、「被疑者段階の国選弁護制度」の導入によって、「人質司法」がどのように変化したのかを見てみよう。

わが国では令状主義が採用されており、犯罪を端緒として逮捕・勾留される割合（身柄率）は2割程度であるが、一旦、身体を拘束された場合、逮捕・勾留期間として最大23日間の身体拘束を余儀なくされる。ここでは、国際人権法の理念である「身体不拘束の原則」²³は存在せず、長期間にわたる身体拘束がいわば常態化していた。検察官による勾留請求率は9割を越えているのに対し、裁判官による勾留却下率は、1%未満にとどまっていたからである。²⁴しかも、わが国では、起訴前には国選弁護制度も保釈制度も存在しないという法制度の不備があった。この間、身体を拘束された被疑者は、弁護人の援助を受けることもなく、黙

²⁰ 2015年(平成27年)2月12日最高検察庁依命通達「取調べの録音・録画を行った場合の供述証拠による立証の在り方等について」

²¹ さいたま地判平24・7・17(裁判所ウェブサイト)、長野地判平25・3・4判時2226号113頁など。丸山和大「取調べDVDの実質証拠化」季刊刑事弁護82号50頁(2015年)。

²² 五十嵐二葉「今市判決で見た新たな冤罪原因―「取調べの可視化」とどう闘うか」季刊刑事弁護87号159頁(2016年)。

²³ 国際人権規約9条3項

²⁴ 内藤惣一郎「被疑者の身体拘束-検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開(上)』360頁、(成文堂、2017年)。

秘権を行使しえず、密室での取調べの圧力の結果、不本意に供述せざるを得ない環境に置かれていた。冤罪の源となった虚偽自白は長期間の身体拘束が可能であったからに他ならない。身体と自由と自白とが対置させられて、身体を拘束された被疑者が自由を得ようとするれば虚偽であっても自白するしかないという関係が「人質司法」の本質である。

1992年に、日本弁護士連合会が、身体を拘束された被疑者のためにボランティアで弁護士を派遣する「当番弁護士制度」を実施して、捜査段階からの弁護活動の重要性を喚起したのを皮切りに、2001年司法制度改革審議会意見書の提言を受けて、2004年法改正により、短期1年以上の事件を対象に「被疑者段階の国選弁護制度」が創設された。その後、被疑者段階の国選弁護制度は、次第に対象事件を拡大し、2016年の刑事訴訟法の一部改正により、法定刑の長短に関係なく勾留された全被疑者にまで国選弁護人の請求権を与えるに至った（刑訴法37条の2）。その結果、被疑者段階で国選弁護人の援助が制度的に認められていないのは逮捕段階の被疑者のみとなった。

被疑者段階の弁護活動が活性化したのに伴い、裁判官による勾留請求却下率が以前よりも上昇する傾向が見られるほか、公判前整理手続の導入により、被疑者段階からの弁護人の活動が争点整理および証拠開示に重要な意味を持つようになったといえる。その結果、裁判員裁判の導入後、一時期13%にまで低下した保釈率も次第に上昇している。これらは、「人質司法」の観点からみれば、明るい変化のように見える。しかし、上昇傾向とはいっても、最近の勾留請求却下率はわずか1.2%であり、保釈率も21%に止まる。他方で、統計数値上4割を超えている勾留失効率（勾留されたまま判決を迎えたが、無罪、刑の執行猶予、罰金等の判決のために判決時点で釈放された者の割合）をみると、少なくとも本来執行猶予事案でありながら、判決に至るまで勾留を継続されていた被告人が約3割に及んでおり、この実態は、裁判員裁判の導入後にも変化はないと指摘されている。²⁵こうした実態をみると、若干の改善はみられるとはいえ、「人質司法」の本質が大きく変わったとは到底いえないことが分かる。

「人質司法」を支えているのは、実は、身体拘束からの解放のための救済制度が機能不全に陥っていることにある。勾留の要件である勾留理由（刑訴法60条1項）の解釈において、条文が「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」、「逃亡すると疑うに足りる相当な理由」という厳格な客観的要件を定めているにもかかわらず、実務では、「罪証隠滅のおそれ」および「逃亡のおそれ」という抽象的な危険性で足りるとして身体拘束を広く正当化しており、勾留の裁判の原則と例外が逆転しているからである。また、勾留の裁判それ自体は検察官の請求に対する裁判官の要件審査のみであり、被疑者に対する勾留質問はあるものの、弁護側の反証の機会是与えられていない。身体拘束をめぐる裁判でありながら「対審」は保障されていないのである。勾留決定に対し不服申立としての準抗告が制度として存在するが、捜査機関の提出した一件記録にアクセスすることは認められておらず、検察官の意見書すら閲覧することができない。ここでも、職権主義の運用が支配しており、当事者主義の本質である「武器対等の原則」と「対審裁判の保障」は最初から存在しないのである。同様に、起訴後に認められる保釈制度についても、条文上は、保釈除外事由がない限り、保釈されることが「権利」として保障されているにも関わらず、保釈除外事由の「罪証隠滅のおそれ」および「証人威迫のおそれ」が抽象的な危険性で足りると解釈されている関係上、ここでも、原則と例外が逆転した運用がなされているのである。2016年改正刑事訴訟法は、権利保釈が認められない場合の裁判所の職権による裁量保釈について、考慮すべき事項を明記するに至ったが、これにより既に現実としてある「権利保釈の裁量保釈化」の拡大には寄与しても、根本的な問題の解消にはならないと思われる。「人質司法」を解消するためには、身体不拘束の原則に基づいた、原則どおりの権利保釈が実現するしか方法はないからである。

²⁵ 竹之内明「被告人の身体拘束-弁護の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開（下）』192頁以下参照、（成文堂、2017年）。

6、おわりに

冒頭に述べた職権主義と当事者主義の混交である日本の刑事司法は、平成の時代に入って創設された様々な制度改革によって、ますます複雑な様相を呈するに至っている。わが国独自の刑事司法が「一つの型」として形成されつつあるという好意的な見方もあるが、理念を異にする職権主義と当事者主義を止揚して理想の刑事司法を作り上げることは至難の業である。表面的には微妙なバランスを保っているように見えても、制度の全体が確たる理念に貫かれていないだけに、被害者参加制度にしても裁判員制度にしても奇怪な妥協の産物として崩壊の運命をたどっても不思議ではない。日本の刑事司法の将来は、弁護人が鍵を握っているといわれる。²⁶ その弁護人に着目すると、従来も「擬似当事者主義」ではあったが、少なくとも弁護人は国家機関である検察官及び裁判官との対抗関係を維持していた。しかし、平成刑事訴訟法の下での弁護人は、明らかに必罰主義に傾斜している「日本独自の刑事司法」の枠組みの中に取り込まれつつあるように私には見える。平野龍一博士が「かなり絶望的」と診断した際には、「参審か陪審制でも採用しない限り」という留保があり、まだ「国民の司法参加」の処方箋が用意されていた。しかし、現在の裁判員制度を前提とするならば、もはやその処方箋はない。平成刑事訴訟法の下での「日本の刑事司法」に対する私の現状評価は、留保なしに「かなり絶望的」である。

²⁶ 三井誠「解説」『新刑事手続Ⅲ』531頁以下、(悠々社、2002年)