

# 琉球大学学術リポジトリ

## 検察官調書の史的考察

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2008-12-19 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 青木, 孝之, Aoki, Takayuki メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/8594">http://hdl.handle.net/20.500.12000/8594</a>

## 検察官調書の史的考察

青 木 孝 之

- 一 分析の視点
- 二 中世から近世
- 三 明治初期 (治罪法の時代)
- 四 明治から大正初期 (明治刑訴の時代)
- 五 大正から昭和初期 (大正刑訴の時代)
- 六 人権蹂躪問題と法改正の底流
- 七 現行法制定
- 八 現代の検察官調書
- 九 裁判員時代を迎えて

### 一 分析の視点

検察官調書とは、いうまでもなく、現行刑事訴訟法典にいう「検察官の面前における供述を録取した書面」(321条1項2号)のことである。同調書は、良くも悪くも「検察官司法」<sup>(注1)</sup>と呼ばれるわが国の刑事司法のあり方を象徴的に示すものとして種々の角度から論じられてきた。その際、議論の中心は、専ら同号後段における相反性の要件(「公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか若しくは実質的に異なった供述をしたとき」)及び相対的特信情報の要件(「公判準備若しくは公判期日における供述よりも前の供述を信

<sup>(注1)</sup> 三井誠博士が最初に使った用語とされる。三井誠「刑事訴訟法施行30年と「検察官司法」」刑事訴訟法の理論と実務(別冊判例タイムズ)40頁。

用すべき特別の情況」)の解釈にあった。英米法的な伝聞法則に忠実たらんとする学説は伝聞例外を広く認めることに批判的であり、これらの要件を厳格に絞り込むことに意を払ってきた<sup>(注2)</sup>。他方、実務は検察官調書の証拠としての採否(その証拠能力の肯否)が訴訟の結論を左右する場面に日常的に直面することから、どのような場合に上記各要件が肯定され、どのような場合に否定されるのか、その点に専ら関心を集中させてきた<sup>(注3)</sup>。

しかし、本稿の関心は、そもそもなぜ検察官調書が証拠能力の上である種の特権的な地位を占めるに至ったかにある。同じ捜査官である警察官作成の調書が321条1項3号の厳しい規律に服するのと対照的に、検察官調書は、公平中立な第三者として手続を主宰する裁判官に対する供述調書(同項1号)に準じた扱いを受ける。この一事をもってしても、検察官が英米法にいう当事者論争主義(adversary system)における純粋な「当事者」でないことは自明の理であるように思われる。しかるに、わが国の実務は、裁判官に準じる客観性の高い地位を与えられた検察官の作成した供述調書についても、例えば従来の訴訟指揮権にもとづく証拠開示をめぐる、「一方当事者が苦勞して収集・作成した証拠を他方当事者に全面的に開示するいわれがどこにあるのか。」という形式論理を完全に克服できないまま、50年以上にわたって解釈・運用を積み重ねてきた。証拠開示をめぐる議論に限定すれば、裁判員法の制定に伴い公判前整理手続と新たな証拠開示制度(316条の2以下)が創設されたことで一応の決着をみたが、裁判員制度の施行まで約7か月となった現在、わが国における検察官調書の歴史的沿革を概観し、問題の所在を改めて確認するとともに、来るべき新たな時代における刑事司法の在り方について考えるよすがとしたい。

このような観点から改めて条文をみると、「検察官の面前における供述を録

<sup>(注2)</sup> 代表的なものとして、平野龍一『刑事訴訟法』214～215頁。

<sup>(注3)</sup> 代表的なものとして、金山薫「刑訴法321条1項2号書面」大阪刑事実務研究会『刑事公判の諸問題』266頁以下、中谷雄二郎「法321条1項2号書面」同研究会『刑事証拠法の諸問題(上)』113頁以下。

取した書面」とは、供述者自身が作成した「供述書」(321条1項柱書)ではなく、「供述を録取した」書面であること、そして、その書面の作成者(供述録取者)が検察官という地位・身分を有する者であること、この2つの要素から成り立っている。前者は、法律要件を心得た供述録取者が物語風書きにまとめる独特の体裁がどのようにして生まれ、現在に至るまで重用されているのかという問題の探究をわれわれに迫ることになる。また、後者は、検察官とはそもそも何者なのか、検察官という特殊な地位をどう理解するかという検察官論に帰着するはずである。本稿においては、このような分析の視点を基軸にすえ、原則としてわが国の近代以後に的を絞って検察官調書の沿革とその問題点の素描を試みる。

## 二 中世から近世

供述者自身が作成した書面ではなく、官吏が供述者の供述を録取した書面を断罪の証拠に用いる慣行の形成は中世にさかのぼる。この慣行は、いうまでもなく国民一般の言語能力、とりわけ読み書きの能力の水準と密接に関連している。だからこそ、近代国民国家の下で普通教育制度が広く普及する以前の時代にこのような慣行が形成されたのであろう。あと、交通手段の未発達等の物理的条件を指摘する論者もいる<sup>(注4)</sup>。われわれは、現代の社会的諸条件を前提に、公判中心主義の理想を実現する上では書面を証拠にすること自体に疑問があり、必要な証人はすべて法廷に呼べばいいと考えがちであるが、近代以前の社会においては、そもそも証人を法廷に召喚すること自体に多大な物理的・経済的制約があったというのである。

いずれにせよ、読み書きの能力に長け、法律的な勘所をふまえた官吏が、時

---

<sup>(注4)</sup> 澤登佳人『刑事陪審と近代証拠法』21頁。

としてたどどしく、時として感情的に語る当事者の話を聴いた上で整理し、読みやすいよう物語風に構成してまとめるという供述録取書のスタイルは近世にはすでに成立していた。わが国でも、例えば江戸時代の刑事裁判においては「口書」と呼ばれる供述録取書が活用されていた<sup>(注5)</sup>。これは、「吟味役人」という下級官吏が糺問の対象となった被疑者や参考人から聴取した内容を書きまとめたものである。「吟味」の結果、有罪を自認する被疑者については、さらに「吟味詰り之口書」が作成された。これは、犯罪を構成する具体的な事実関係を物語形式と問答形式を織り交ぜながらまとめたもので、末尾には、例えば「不埒之旨御吟味受申立様無御座候」などと自らの刑事責任を異議なく認める旨の文言が記載された。その上で書判（武士の場合）あるいは印形（それ以外の場合）による供述者（被糺問者）の押印がされたというから、形式も中身も現代の自白調書とほとんど変わらない。もっとも、捜査と公判が未分化な糺問手続のことであるから、制度としての「検察官」はもとより、現代的な意味における「捜査官」という概念も成立していない。したがって、供述を録取する主体は、職権で捜査を開始し、その結果嫌疑が存在すれば自ら有罪を言い渡す糺問官であることに留意が必要である。

このような律令刑事法下における訴訟構造は、明治になっても基本的に継承され、1882年（明治15年）の治罪法施行まで維持された。その一方で、近代法治国家の体裁を整えることに対する当時の先人達の熱意には凄まじいものがあり、西欧諸国の法制度を模して糺問手続を手直しする作業が急速に進行した。フランス法に起源をもつ検察官制度<sup>(注6)</sup>が採用され、1872年（明治5年）の

---

<sup>(注5)</sup> 平松義郎「近世の刑事裁判における拷問の意義」刑法雑誌8巻1号108頁以下。

<sup>(注6)</sup> 検察官は、もともと中世の国王の代官たる地位を承継し、被害者を代理して公訴を提起する機関として“procuratore”と呼ばれていたもので、14世紀に国の代理人として捜査と公訴維持にあたる“procureur”となり、フランスの中央集権国家形成に一役買ったとされる。青柳文雄『刑事裁判と国民性 [総括篇]』4頁、23頁、兼子一『裁判法』238頁、澤登（前出注4）16頁以下。

「司法職務定制」において、早くも検事局の構成及び検事の職務権限が規定されている<sup>(注7)</sup>。1874年(明治7年)の検事職制章程司法警察規則においては、「検事」と「司法警察官吏」の職制・権限が明らかにされた。すなわち、「検事」は、犯罪の訴えがあって証拠が明白な者及び現行犯罪の犯人<sup>(注8)</sup>を逮捕し、事案の内容を明らかにした上で判事に送致するほか、証拠が明白でない者については司法警察官吏に命じて探索させる。これに対し、司法警察官吏は、現行犯罪は自らの権限で直ちに犯人を逮捕できるが、そうでないものについては検事に報告し、その指令を待って探索逮捕に着手する。ここには、捜査に従事する一般の官吏(「司法警察官吏」)を指揮して捜査を遂げた上、その結果を公判手続に顕出する、検察官の原型(プロトタイプ)が明らかにされている。他方において、1875年(明治8年)の大審院諸裁判所職制章程及び1876年(明治9年)の糺問判事仮規則により、起訴前手続としての予審及びこれを主宰する糺問判事が制度として創設された<sup>(注9)</sup>。この制度下においては、検事は、現行犯以外の事件で複雑あるいは重大な事案につき、糺問権限をもつ糺問判事に取調べを請求する。請求を受けてなされる糺問は、「糺問判事独り属官ヲ引キ之ヲ行ヒ逐節口書ヲ録シ口書成テ之ヲ読聞セ本犯ヲシテ花押若クハ実印若クハ拇印セシム本犯若シ肯セサルトキハ其由ヲ記ス而シテ糺問判事紙尾ニ署名押印スヘシ」という方法でなされる。糺問判事作成の「口書」は、「自分儀云々」という書き出しではじまり、身上関係から犯罪事実に及んで最後に「今般御吟味ヲ受ケ恐入候右之通相違不申上候以上」で結ぶ物語風のものであったというから<sup>(注10)</sup>、江戸時代からの「口書」の伝統を引き継いだものであることは一目瞭然である。

<sup>(注7)</sup> 松尾浩也「司法と検察」小山昇・中島一郎編『裁判所法の諸問題(中)』132頁参照。

<sup>(注8)</sup> 現行法下の現行犯及び準現行犯(212条)とほぼ同じ概念のようである。

<sup>(注9)</sup> 予審制度については、ナポレオン法典下のフランス治罪法(1808年)の影響である。青柳・刑事裁判と国民性【総括篇】(前出注6)10頁及び24頁。

<sup>(注10)</sup> 守屋克彦『自白の信用性と評価——自白調書の信用性の研究——』29頁。なお、この段落の記述全体が、傑出した先行研究である上記文献に依拠したものであることを明記しておく。

ことほどさように、供述録取書面の歴史的由来には強固なものがある。そのことを、われわれは議論の前提としてまず知らなければならない。

### 三 明治初期（治罪法の時代）

1880年（明治13年）に治罪法が制定され、1882年（明治15年）に施行された。同法は、すでに導入されていた予審制度を維持しつつ、その担い手を「予審判事」と改めた。その一方で、検察官については、一定の限度で捜査権限を認めるものの強制処分は予審判事の権限とし、予審判事との対比において公訴官であることを明確にした。すなわち、検事は、犯罪があることを認知し又は犯罪ありと思料したときは証憑及び犯人を捜査して起訴することを職務とするが（同法92条）、例えば重罪（法定刑が6年以上8年以下の軽禁獄以上の刑である罪）については予審判事に予審を求め（同法107条）、証拠や参考になるべき事物等を送致し、且つ臨検すべき場所・逮捕すべき人名及び原告又は被告側の証人となるべき者<sup>(注11)</sup>を指示するものとされた。これを受けた予審判事は証拠の収集を開始するが、被告人又は証人の訊問をする場合は裁判所書記又は立会人の立会を必要とし、調書には予審判事とともに裁判所書記又は立会人の署名捺印が求められた。訊問及び供述は、裁判所書記によって録取され、被告人に読み聞かせられる。そして予審判事が被告人に対し間違いがないことを確認した上、被告人の署名捺印がされる（同法95条）。被告人が供述の増減変更を申し立てた場合はさらに訊問が行われ、その訊問及び供述が録取された上、改めて読み聞け及び署名捺印がされる（同法96条）。

このように、治罪法下における予審判事の訊問と訊問調書作成の手順は、現代における供述調書のそれと驚くほど似かよっている。しかし、その一方で看

---

<sup>(注11)</sup> 「原告」、「被告」の用語例が示すとおり、治罪法においては私人訴追制度が存在した（同法113条）。澤登・刑事陪審と近代証拠法（前出注4）19頁参照。

過できない重大な相違点もある。ひとつは、訊問の場に裁判所書記又は立会人の立会が必要とされていたことである<sup>(注12)</sup>。このことがどこまで糾問の色彩を和らげることに役立ったか、現存する資料も見当たらず、はっきりしたことは分からないが、尋問者以外の第三者の立会が法令上要求されていることの意義を過小評価すべきではないであろう。多くの場合の立会人であった裁判所書記が、公証官としての職責を負った独立した官職であることにも留意すべきである<sup>(注13)</sup>。さらに重要なことには、「訊問及び供述」という用語例が示すとおり、予審の訊問調書においては、質問（訊問）と答え（供述）が明確に区別されていた。訊問調書の作成方式としては一問一答形式が当然とされていたのである。物語風の要約式調書は、読み手が事案の内容を迅速かつ的確に把握できる点で刑事司法のコストダウンに大いに貢献しているが、それは、法律的な勘所に長けた供述録取者が、物語の導入部分や供述者との綱引き・駆け引きの部分を捨象し、順不同でたどたどしく行われた原供述を法律要件に沿う形で整理してまとめるからである。その過程で質問と答えは渾然一体となり、原形をとどめなくなることも少なくない。だからこそ、要件事実を折り込んだ形での文章の圧縮が可能となり、コストダウンにつながる。ところがその反面、ひとたび公判で公訴事実が争われると、上記の利点をもたらしただけの形式上の特徴が諸刃の刃となって重大な欠陥を露呈する。供述者が当該供述をするに至った過程が明らかでなく、また、質問と答えが渾然一体となっているため、「そのような（供述録取者が主張するような）ニュアンスで発言したわけではない」とか、「似た話は出たかも知れないが、そんな受け答えをした覚えはない」などといった弁解が、供述を録取された側から頻発することになる。こうなると、供述の

<sup>(注12)</sup> 立会を欠く訊問手続は無効と解されていた。『治罪法令訓集（自第一編至第三編）』（明治16年）542頁。

<sup>(注13)</sup> 現在の検察官による取調べには、検察事務官が同席しているわけだが、検察事務官の優秀さ・士気の高さは別論として、手続法上独立した職権を与えられている「裁判所書記」の立会とは、やはり同列には論じられないであろう。

経過や具体的な問答が記録に残されていないので、確認しようにも資料がない。供述を録取された者と録取した者の間で水掛け論が続くのみである。繰り返して指摘されてきたとおり、このことが事実認定者の心証形成を困難にし、公判を長期化・複雑化させる<sup>(注14)</sup>。実務が抱えるこのような問題を想起し、併せて、要約調書に基づく心証形成の困難さと、争いのある事件で実施される純粋な交互尋問及びその際作成される逐語調書に基づく心証形成の容易さとを比較し考察してみれば、治罪法の採った問答式を原則とする訊問調書がどれほど大きな意味をもつものか、容易に理解できるというものである。同法の制定にかかわり、後に司法大臣、内閣総理大臣を歴任した清浦奎吾は、制定当時、「裁判官八取調ヲ為スモノナレハ自ラ取調テ自ラ記録スルモノニ非ス若シ自ラ記録スルトキハ取調ニ差支ヲ生シ且処分ノ公平ナルヲ証明スルニ由ナシ」<sup>(注15)</sup>と述べていた。現在の検察官調書が、「自ラ取調テ自ラ記録スルモノ」であるにもかかわらず、おしなべて高い信用性を認められていることと対比し、嘸みしめるべき言葉であるように思う。

もうひとつ注目すべきは、この時代にすでに起訴便宜主義の萌芽がみられることである。わが治罪法は、簡単にいえばフランス治罪法を継受したものであるが、フランス治罪法は急進的な市民革命であるフランス大革命の影響を色濃く残していたから、国王の代官であった検察官の権限をミニマイズすることを基調としており、起訴法定主義を採用していた。したがって、フランス治罪法を継受したわが治罪法も制定当時は当然に起訴法定主義を採るものと理解されていた<sup>(注16)</sup>。ところが、治罪法施行からわずか3年後の1885年（明治18年）、

<sup>(注14)</sup> このようなリスクは、「供述を録取して要約する」という作業に構造的・不可避免的に由来するものであり、コストダウンというメリットの存在と表裏一体のものであることを改めて認識しなければならない。

<sup>(注15)</sup> 清浦奎吾『随聴随筆（自第八号至第一五号）』（明治14年）511頁。

<sup>(注16)</sup> 例えば、堀田忠正『治罪法要論』（明治18年）251頁は、「検事八疑惑ヲ決スルノ任アル者ニアラザル故ニ苟モ疑惑ノ見ルベキモノアルトキハ必ず起訴ノ手續ヲナスベキナリ」とする。

在監受刑者が当時の常備兵員を数のうえで上回ったという極めて現実的な事情に端を発し、当時の司法卿から微罪不検挙方針に関する訓告が発せられた。先行研究<sup>(注17)</sup>によると、これに呼応して、統計上の検事受理件数は、明治18年までの激増傾向から同19年以後の激減傾向へとドラスティックな変化を見せた。すなわち、明治15年から同18年までの間、受理件数が13万5000件弱から23万2300件弱へと増えたのに対し、上記訓告のあった後、明治18年から同22年の間は、23万2300件弱から13万9900件余にまで減少したのである。起訴法定主義の建前を採る治罪法の下、国費節減という現実的理由で運用としてはじまった起訴便宜主義はわが国の実務慣行として定着し、やがて大正刑訴法で明文の根拠を与えられ、現代に至るまで揺るぎない制度として続く。この事実を直視すれば、上記のような統計上の現象を、行政上の訓告を忠実に実行した結果たまたま生じた一時的なものともみるべきではあるまい。わが国の伝統文化・宗教文化にある種の「赦しの哲学」というべき風土が存在すること<sup>(注18)</sup>、明治になって創設された新しい官職である検察官に対し、欧米のように絶対王政の強大な権限をもって国民を圧迫する機関という負のイメージがなく、むしろ近代的法治国家のシンボルとして肯定的なイメージをもって受け入れられたこと<sup>(注19)</sup>など、文化的・歴史的な要因が重なって、起訴便宜主義が当初からわが国の刑事司法に無理なく受け入れられたと考えるべきであろう。そして、起訴便宜主義の受容・定着は、わが国の検察官のあり方に重大な影響を与えていく。起訴便宜主義の適切な運用を心がけるならば、公訴官は捜査の充実に関心を寄せざるを得ない。そのことが、公訴官として生まれたはずの検察官がしだいに捜査官に傾斜していくことを助長し、いわば検察官像の日本の変容をもたらしたのである(詳しくは次項で述べる)。

<sup>(注17)</sup> 出射義夫 『検察・弁護・裁判』 2頁以下。

<sup>(注18)</sup> 青柳(前出注6) 7頁、20頁、白井駿 『白井教授の刑事訴訟法講義』 22頁、274頁以下。

<sup>(注19)</sup> 青柳(前出注6) 6頁。

## 四 明治から大正初年（明治刑訴の時代）

プロイセンの勃興、普仏戦争（1870～1871年）、ドイツ統一帝国の成立（1871年）と続く世界史的背景の中、わが国における大陸法継受の対象はフランス法からドイツ法へとシフトしていく。君主制中央集権国家を旨とするプロイセン憲法の多大な影響の下、明治憲法が1889年（明治22年）に制定され、翌年（明治23年）施行されると、その年には治罪法に代わり明治刑訴法（旧々刑訴法）が制定され、1893年（明治26年）に施行された。

治罪法制定からわずか10年で制定された明治刑訴法は、基本的に治罪法を踏襲したものであるが、その解釈・運用には重大な変更が加えられていく。その最たるものは、起訴便宜主義の定着に伴い、明治30年ころから、建前としては公訴官であるはずの検察官が起訴前に関係者の取調べを励行し、証拠関係を吟味して起訴・不起訴を決する運用が常態化していったことである<sup>(注20)</sup>。これは、起訴便宜主義を前提に刑事司法制度を運営する以上、理論的当否は別にして不可避な現象であったろう。裁量の幅のある起訴権限をもつ公訴官は、その権限を適切に行使するべく証拠関係を吟味し、自ら被疑者等の弁解を聴いた上で起訴するか否かを考える。これが自然な流れであることは否定できない。制度・理論としての起訴法定主義あるいは起訴便宜主義の当否や、わが国における起訴便宜主義の運用実態がはたして健全なものかという問題はあるにせよ、起訴権限をもつ者ができる限りの資料を集めた上、慎重にその権限を行使する、そのこと自体を否定するのは行き過ぎと思われる。大審院判決明治25年6月30日

---

<sup>(注20)</sup> 出射（前出注17）7～8頁は、明治30年代以前は、「検事はほとんど書面上の審理により起訴不起訴を決していた」が、やがて「無辜を起訴すべからず、巨悪を逸すべからず」という公益的見地に立って、検事の起訴前の取調べが次第に丁重になり詳細になって」としたとする。また同52頁は、「わが国の検察官が起訴前の取調べを励行する慣行が出来たのは、おおむね明治30年頃から大正5年頃までの15年か20年の間である」とした。

法律新聞1875号4頁は、「司法警察官ハ検事ノ指揮ヲ受ケ犯罪ヲ捜査スルニ止リ被告人ヲ訊問シ調書ヲ作ルノ権ナキ」ものであるから、「捜査ノ為メナリトスルモ被告人ヲ訊問シ其調書ヲ作リタルハ越権ノ処分ニシテ其調書ハ無効ニ属スルモノナリ」として、司法警察官作成にかかる「被告人訊問調書」の証拠能力を否定した。また、大審院判決明治26年4月10日判決録刑事1輯19頁は、強制処分としての訊問実施権限は検察官ではなく予審判事に属するものだという当時の確立した理解にもとづき、「非現行犯ノ場合ニ於テ司法警察官ヨリ重軽罪ノ告訴状ノ送致ヲ受ケタル検事ハ犯罪ヲ捜査シ刑事訴訟法第六二条ニ從ヒ予審ヲ求メ又ハ直チニ起訴ヲ為スヘキモノニシテ、被告人ヲ訊問シ調書ヲ作ルハ一ニ判事ノ職権ニ属シ、犯罪捜査ノ目的ニ出ルモ検事ニ於テ之ヲ為スコトヲ得サルモノトス」として、検察官作成にかかる「被告人訊問調書」の証拠能力を否定した。「検事」が「訊問」したのが悪いというのである。かかる判例を受けて、見出しだけを従前の「訊問調書」から「聴取書」に改め、内容は従前どおりの問答形式で記載し、供述者と供述録取者の署名捺印がなされたものを公判に提出する姑息な(?) 試みがされるが、大審院判決明治28年10月25日判決録刑事1輯3巻169頁は、このような「聴取書」についても、その問答形式等からみて実質は訊問調書であるから無効である旨の判断をする。そこでさらに形式が改められ、問答式ではなく物語式となり、供述者の署名捺印もなくなって完全に「聴取」の体裁が採られることになった<sup>(注21)</sup>。このようなやり方はいうまでもなく邪道であり、現代の証拠法からすれば許すべからざるものである。ところが、興味深いことに、判例理論のいわば裏返しとして、学説の側においても、被告人等が任意に応じるならば事実上の「訊問」(つまり取調べ)を実施することに問題はなく、むしろ起訴権限を適正に行行使する上で望ましいことであるとの理解が定着していった。検察官が録取した「聴取書」は、任意に尋

(注21) 小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』141頁。

問に応じた体裁・内容のものである限り公判でも証拠能力を認められるようになったのである<sup>(注22)</sup>。かくて、公判前の供述証拠獲得・保全という刑事司法に不可欠な作業において、強制処分である「訊問」を経た予審判事作成にかかる「訊問調書」と、任意処分である起訴前取調べを経た検察官及び司法警察員作成にかかる「聴取書」という二本立ての体勢が現出した。

このような現象は、供述録取書の作成主体である検察官に対する基本的信頼と、証拠方法である供述録取書（書証）に対する信頼が合わさって生じたものであるように思われる。まず検察官に対する信頼からみていこう。前記のとおり、近代法治国家の象徴というポジティブ・イメージがあったことに加え、そもそもわが国が継受したのは準司法官的色彩の強いドイツ流の検察官制度であったが、フランス治罪法がドイツ帝国刑事訴訟法（1877年）に継受された際、国王の代官というフランス流の検察官像が客観義務をもつ準司法官という国家法学色の強い検察官像に修正・変容された。1890年（明治23年）に制定されたわが裁判所構成法は、ドイツ裁判所構成法を通じ、このようなドイツ流の検察官像を継受したのである<sup>(注23)</sup>。したがって、わが国における検察官制度は、司法官である裁判官とともに司法省管轄下にある官として創設され、検事局は各裁判所に附属する機関とされた。このような事情が重なって、検察官の公益性・

---

<sup>(注22)</sup> 松室致『改正刑事訴訟法論』（明治34年）198～199頁は、「検事ノ犯罪捜査ニ於ケル職権力予審判事ト異ナル点ハ」強制処分権限の有無であって、「其他八如何ナル処分ヲモ為ス得ヘシ」とした上、「犯罪捜査処分ニ依リテ作りタル調書等ハ強制ヲ以テセシモノニ非ラサル以上公判ノ証拠ト為ス得ヘシ」とする。井上操『刑事訴訟法述義』（明治26年）259頁も同旨である。

判例としては、司法警察官が強制力をもって供述を徴するのは違法であるが、任意の供述を録取した聴取書は、「司法警察官力其犯罪捜査ノ職務執行上ニ於テ適法ニ作成シタル書類ヲ失ハサルヲ以テ 証憑タルノ効力ヲ有スル」とした大審院連合部判決明治36年10月22日判決録刑事9輯1721頁等により、このような流れが定着する。

<sup>(注23)</sup> 青柳（前出注6）7頁、23～24頁、松尾浩也「西ドイツ刑事司法における検察官の地位」法学協会雑誌84巻10号1頁以下。

客観性に対する基本的信頼感が高く、検察官が捜査に関与することが比較的抵抗なくわが国の社会に受け入れられていったと思われる。また、明治期は、検察が捜査官としての地位を確立しただけでなく、同じ捜査官である警察との関係で優位を確立した時期でもあった。明治憲法の定める統治機構を具現化する裁判所構成法が制定されると司法部職員の意気は大いに上がり、1891年には有名な大津事件が起こって司法権の独立が裁判部により高らかに謳われた。同法の制定等によって検事の地位も大いに向上したというのが時代の雰囲気であった。また、起訴便宜主義の運用が本格化し、そのことによって検察官が捜査の実力を蓄えると、日比谷焼打事件（明治38年）を契機に強引な警察捜査に対する批判が強まったことも追い風となり、検事こそが捜査の主体であって、司法警察はその補助者にすぎないとする見解すら示された<sup>(注24)</sup>。この時点では、検事取調べに対する批判はまだ存在しなかったから、検察は捜査の主宰者・主導者としての地位をも獲得する勢いをみせたのである。

次に供述録取書に対する信頼についてであるが、少なくともこれまでのわが国の社会の中に、この種の公式文書に対する潜在的な信頼感が存在したのとは否定できない事実と思われる。安易な国民性論・文化論でものごとを解釈するのはもとより危険であるが、一神教的な論理性・体系性を前提にした説得の技術が発達しておらず、また、面と向かって他者（日本社会の場合、その多くは凝集性の高いモノトーンの共同体の構成員である）を批判することに免疫のない国民性もあいまって、口頭による供述よりも吟味を経た供述書を重くみる傾向があるのかもしれない。ちなみに、母法フランス治罪法は検察官をして公訴官に徹底せしめ、証拠収集の一切を予審判事に委ねたが、予審調書とて公判で当然のように証拠能力が認められるわけではない。公判では被告人尋問と証人尋問が行われ、予審での供述内容と異なる場合には、予審調書をもとに厳しい糾

---

<sup>(注24)</sup> 松尾（前出注7）134頁。

問が行われる。ただし、予審調書自体を書証として採用するという感覚はなく、その限度で公判中心主義・直接主義は守られていた。ところが、わが制度においては、既に治罪法の段階でこの重大な原則が変容していた。草案の段階から予審調書を朗読という形で公判で取り調べることを前提に議論がされており、治罪法283条以下にそのとおりの内容が規定されたのである。そして実務がはじまると、公判は予審調書取調べの場と化し、証人が改めて呼び出されることは滅多になかった。そのため裁判は予審でほとんどその運命を決し、公判はその確認であるかの観を呈したと伝えられる<sup>(注25)</sup>。このようなことは本来あってはならないことである。しかし、かかる現象が、「直接主義が形骸化し、公判は検察官調書をはじめとする捜査書類の取調べの場と化している」、「公判は捜査結果を確認・追認する場にすぎない」などと刑事訴訟法学から批判される、わが国の現在の刑事司法の姿と生き写しであることを見過ごしてはならない。公判中心主義・直接主義が大事な理念であることは誰も否定しない。ただ、その大事な理念が近代西洋法継受の直後から変容を迫られていたとしたら、それは何を意味するのか。矛盾した現実をただ矛盾していると批判するだけでなく、矛盾をもたらす構造的要因は何かを冷静に分析しなければならない。そうでないと、どのように制度を手直したところで、またぞろ変容への力学がはたらき、なし崩し的に同じ現実を目にすることになりかねないからである<sup>(注26)</sup>。

上述のとおり、明治期には、検察官制度に対する基本的信頼を背景に起訴便宜主義と検事による起訴前取調べという実務慣行が根づいた。この間、1905年（明治38年）には刑の執行猶予制度が採用され、1909年（明治42年）には司法統計上はじめて「起訴猶予」の項目が登場する。ただ、このような検察官権限

---

<sup>(注25)</sup> 青柳（前出注6）10～11頁。

<sup>(注26)</sup> 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見た『新刑訴』の回顧と展望——」松尾浩也博士古稀祝賀論文集12頁、24頁。松尾浩也「刑事訴訟の日本的特色——いわゆるモデル論とも関連して——」法曹時報46巻7号1273～1274頁。

の実質的拡大が危険な側面をもつことも事実である。公訴提起権限の裁量の幅の広さは、その行使者を独善・傲慢に陥らせる構造的な危険を伴っている。また、起訴それ自体にときとして恣意性・政治性を付与する。大正期から昭和前期にかけての検察は、独自捜査を遂げる実力をつけたこともあって、政治家・高級官僚を対象とする贈収賄・選挙違反等の事件をさかんに検挙・立件するようになる。その中で、1914年(大正3年)、大浦事件<sup>(注27)</sup>が起こる。これは、選挙違反の事案に関し、買収者が訴追を免れた一方で、被買収者らが訴追されたことが不公平ではないか、起訴便宜主義が政治的に運用された結果ではないかが社会的問題となった事件である。また、1918年(大正7年)には京都豚箱事件<sup>(注28)</sup>が起こる。これは、被告人の多くが無罪判決を受けたことがきっかけとなって検事取調べによる人権蹂躪が問題となり、関係検事4名が懲戒処分を受けたという事件である。これらの事件の背景に、検察官が自ら取調べを行い、録取した供述内容を要約してまとめた書面が原則として公判で証拠能力を認められるという事実があったことは間違いない。明治30年ころから本格化した起訴便宜主義と検事による起訴前取調べは、当初は刑事司法の運営を円滑ならしめることに貢献していたが、大正期に入ると早くも大浦事件や京都豚箱事件のような事件が起きた。この事実は、「取調べ」というものの本質が糺問であること、そこから強制の色彩をぬぐい去るのは困難であること、裁量の幅の大きい起訴権限をもつ者が取調べを実施するときは強引・独善に陥る危険がつきまとうことなど、われわれにさまざまなことを教えてくれているように思う。

<sup>(注27)</sup> 第2次大隈内閣に入閣した大浦兼武は、1914年の第35帝国議会に際し反対派議員10数名を買収した旨の嫌疑を受けたが、自身は政界から引退することで訴追を免れた。ところが、被買収者等は起訴されたので不公平であるとの声が高まり、とりわけ司法大臣尾崎行雄が強く批判された。

<sup>(注28)</sup> 京都府知事・木内重四郎らが、大正5年の府会に際し、ある議案の通過のために府会議員らに贈賄した嫌疑を受け、大正7年に検挙された。大正8年に開始した公判では捜査段階の自白が強迫威嚇等によるものだと主張され、大正9年に木内らに対する無罪判決が確定した。

## 五 大正から昭和初期（大正刑訴の時代）

前記のとおり、明治期は、起訴便宜主義と検事による起訴前取調べの励行という実務慣行が定着した時期であった。興味深いことに、1922年（大正11年）に制定された大正刑訴法（旧刑訴法）は、前者については肯定的評価を与え、後者に対しては否定的評価を与えた。

まず起訴便宜主義については、同法279条が起訴猶予制度に明文の根拠を与えた。これは明らかに実務の運用を追認したものであった。実際、起訴便宜主義の効用にはめざましいものがあり、1891年（明治24年）に4万7181人であった刑法犯の予審終結人員が、明治29年には3万8131人、明治34年には2万6051人、明治39年には1万4759人と劇的に減っていく。明治44年には1万9210人と漸増するものの、その後、大正5年から昭和11年の間は少ないときで5773人、多いときでも1万246人といったレベルで推移する。それとともに免訴人員も右肩下がりで減少し、明治24年に1万8685人あったものが昭和11年には117人と100分の1近くになっている。予審終結人員と免訴人員の全体に対する百分率も当然のことながら激減し、明治24年には39%あったものが明治44年には10%、そして昭和11年には僅か1%となる。予審を申し立てられる人員が大幅に減り、それにともない訴訟要件等に問題があって免訴となる人員も減ったのである。公判における無罪及び公訴棄却についても同様の傾向が顕著である。明治24年から同34年までの10年間は、無罪及び公訴棄却となった人員の終局人員に対する百分率は8～10%で推移していたが、明治39年に5%となり、明治44年に2%にまで落ち込んだ後はもはや3%を越えることもなく、昭和11年まで0.8～2.5%の間の数値で推移するのである<sup>(注29)</sup>。

次に検事取調べについてである。大正刑訴法343条1項、2項によれば、「被

---

(注29) 出射（前出注17）4頁以下。

告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類ニシテ法令ニヨリ作成シタル訊問調書ニ非サルモノハ、区裁判所以外の裁判所においては、「供述者死亡シタルトキ」(同項1号)、「疾病其ノ他ノ事由ニ因リ供述者ヲ召喚シ難キトキ」(同項2号)、「訴訟関係人異議ナキトキ」(同項3号)に限って証拠能力が認められる。検事が「聴取書」を作成するのは単なる実務慣行にすぎないから、「法令ニヨリ作成シタル訊問調書」にはあらず、したがって、大正刑法は、検察官作成にかかる供述録取書(聴取書)の証拠能力を地方裁判所の事件に関する限り否定する立法をし、検事による起訴前取調べを抑制するかのような態度を示したのである<sup>(注30)</sup>。これをどうみるべきか。抽象的には、大正デモクラシーの世相の下、自由主義的思潮が高まり、これが手続法の世界においても当事者論争主義・弁論主義的なものとして一部結実したという言い方ができよう<sup>(注31)</sup>。直接には、京都豚箱事件等、検事の取調べと検事調書のあり方が問題になった大正初期の一連の事件が立法過程に影響を及ぼしたものと推測される。事実、小田中聡樹『刑事訴訟法の歴史的分析』405頁は、この「聴取書排除は、人権蹂躪問題を追及してきた在野法曹を中心とする勢力の立法的要求を遂に容れたもの」だと明言する。ただ、このような立法が検察官が捜査に傾斜することへの十分な歯止めとなった形跡はない。例えば1936年(昭和10年)には、日本弁護士協会(当時)が全国の事例を集めて捜査官による人権蹂躪問題を調査したが、そこでは警察のみならず検察の取調べも同様に問題視された<sup>(注32)</sup>。また、結果として全員無罪となり、その強引な捜査・起訴が「検察ファッショ」と批判された有名な帝人事件(昭和11年)においても、担当検事の強引な取調べが問題にされた<sup>(注33)</sup>。このような史実からすると、大正刑法が検察官調書の証拠能力を原則

(注30) 小野清一郎『刑事訴訟法講義・全』(昭和5年合冊第10刷版)275~276頁。平井彦三郎『刑事訴訟法要論・全』(昭和9年第3版)681~686頁。

(注31) 小野清一郎『法学評論(上)』289頁以下。

(注32) 日本弁護士連合会編『日本弁護士沿革史』(1959年)235頁。

(注33) 森長英三郎『史談裁判』(1966年)261頁。

として否定したにもかかわらず、検事による強引な取調べは後を絶たなかったものと思われる。その梃子となったのが、「検事捜査ヲ為スニ付強制ノ処分ヲ必要トスルトキハ公訴ノ提起前ト雖押収、搜索、検証及被疑者ノ勾留、被疑者若ハ証人ノ訊問又ハ鑑定ノ処分ヲ其ノ所属地方裁判所ノ予審判事又ハ所属区裁判所ノ判事ニ請求スルコトヲ得」とする同法255条1項ではなかったか。検察官から請求を受けた判事が請求を拒めるかどうかについては学説上争いがあったようであるが、事件の内容をもっともよく知る検事の請求を予審判事が拒むことは事実上考え難く、予審判事はあたかも検事捜査の補助機関であるかのような運用実態だったふしがあるのである<sup>(注34)</sup>。

検察官の仕事は、社会悪の排除を目指す尊いものである反面、権限行使のしかたをひとつ誤ると自分自身が社会悪となりかねない、きわどい仕事である。大浦事件、京都豚箱事件、帝人事件と検察官に対する厳しい批判が巻き起こった事件を取り上げたが、その反面、巨悪に一撃を加えたとして世間の喝采を浴びた事件もあったに相違なく<sup>(注35)</sup>、毀誉褒貶が激しいのはある意味当然といえる。しかし、それを割り引いても、検察官が自ら供述を録取し、調書を作成することについてはある種の構造的欠陥があると考えざるを得ない。公訴提起の場面における起訴便宜主義と公判立証の場面における証拠能力の肯定に支えられた検察官調書の作成は、争いのない事件について適正かつ効率的な処理をもたらす反面、争いのある事件、すなわち刑事司法が最大限に神経をとがらせるべき事件については真実の発見を遅らせ、あるいは誤らせる要因ともなる。その利害得失を冷静に考えてみると、検察官が供述を録取した調書は喧伝されるほど優秀な証拠資料であるとは思えない。そしてこのような欠陥は、昭和10年代へと時代が進み、治安維持を前面に出した警察国家色が強まるにつれ、ますます明らかになっていく。違警罪即決例による即決処分や行政執行法による行

<sup>(注34)</sup> 小野（前出注31）293～294頁。

<sup>(注35)</sup> 日糖事件（明治41年）などはその例だったと思われる。

政検束を刑事手続に利用した本来許されないはずの身柄拘束や、その拘束期間を利用した取調べ・供述録取と結びついていったからである<sup>(注36)</sup>。

## 六 人権蹂躪問題と法改正の底流

これまでの考察からわかるとおり、予審という制度と検察官による捜査・証拠吟味の過程は事実上重なっている。予審は、強制処分権限を背景に公判前に裁判に必要な証拠を収集・保全し、併せて事件を公判に付す理由があるかどうかを審査する手続であるが、「裁判に必要な証拠を収集・保全し、併せて事件を公判に付す理由があるかどうかを吟味する」という内容は、現在の検察官が任務とするところと全く同じである。違いは「強制処分権限を前提に」という部分であるが、それとていわば建前の問題であり、明治・大正の昔から現在に至るまで、形式的には任意であるものの、事実上の強制の契機にもとづき捜査が進められることが少なくないことも周知の事実である。そうすると、予審の機能と検察官の機能は実質的にほとんど変わらないことになるから、これらが併存する大正刑法下のような制度においては、重複の弊害は、訴訟関係人の負担加重、審理の長期化といった形で顕在化する。このような事態を解消するには、論理的にはふたつの方向性が考えられる。ひとつは、建前どおり、予審に証拠収集・吟味の機能を集中させて検察官を公訴官に専念させることである。もうひとつは、現実を現実として認め、検察官に強制処分権限を付与した上でその行使を手続法の枠内にとどまらせるよう監視しつつ、証拠収集・吟味の機能を検察官に譲った予審を縮小・廃止の方向に向かわせることである。昭和10年代における小野清一郎博士の議論は、典型的な後者の立場に立つものであった。

---

<sup>(注36)</sup> 「座談会・刑事訴訟法の制定過程」(ジュリスト551号) 32頁。

小野博士は、昭和10年の「予審制度の根本的改革に付て」（法学協会雑誌53巻4号）において、当時の刑事手続の実態を次のように評する。「最も迅速を要する刑事手続に於て、捜査、予審、公判と幾度か取調が繰返される。しかも検事と予審判事と公判裁判所は相互独立に其の取調を行ふのであって、其の間をつなぐものは唯訴訟書類のみである。「捜査は検事が其の欲するままに之を行ふことを得るが、一旦公訴を提起した後は被告事件は予審判事の手握られ、検事は充分其の手続に参加することが出来ない。予審が終結して被告事件が公判に付せられると、公判裁判所は、再び検事の関与の下に、新なる審理及び弁論を行ふ。此のとき予審判事の作成した調書は証拠書類として用ひられるが、今まで被告事件を親しく取調べて其の内容を熟知してゐる予審判事は最早一指をも染めることが出来ぬ。これでは手続が長引くのも当然である。複雑なる事件になれば一年乃至二年を要することも稀ではない。此の間に於て関係者は検事局で聴取られ、予審で証人として訊問され、更に公判に於て同一の証言を繰返さなければならぬ。」「被告人にとつても、屢々弁解の機会が與へられることはさること乍ら、手続が遅延することは決して利益ではない。殊に、未決勾留を受けてゐる場合に於て、其の期間が延長することは大なる不利益である」<sup>(注37)</sup>。そして同博士は、このような矛盾を解消するため、予審を廃止して検事に強制処分権限を与えることを主張する。公判は自由主義的な当事者論争主義が原理として妥当する場であるにしても、捜査が積極的実体真実発見を基調とした糾問的色彩を帯びたものであることは否定できないし、否定すべきでもない。そうであるならば、検事と予審判事で重複する証拠収集・吟味の機能を検事に一本化した上、その濫用を防止する法律的手立てを講じるのがすぐれた制度設計だといつのである。同博士自身の言葉を借りれば、「予審制度は何といつても糾問制度的なものである。如何に之を弁論主義化しようと

---

<sup>(注37)</sup> 小野（前出注31）296～297頁。

して見たところで、其の本来の性格は如何ともすることが出来ない。其は根本的に反自由主義的なものである。しかも其を強ひて自由主義化し、弁論主義化せんとするに従って、刑事訴追の目的を確保せんとする其の本来的機能が著しく減殺されて来るのである。しかるに其の同じ自由主義的観念は、検事を被告人と対等のものであるとする当事者対等主義と爲って、検事に十分な捜査の手段を與へない。しかし、何等の強制処分を用ひずして犯罪を捜査せよといふが如きは始めから出来ない相談である。」<sup>(注38)</sup>、「従来予審判事が刑事訴追の方面に於て営んでいた役割、即ち其の証拠集取の機能は之を検事に委ねなければならぬ。」「斯くいへば人は必ずや其の検事の専横と人権蹂躪とを結果すべきことを惧れるであらう。しかし、謂ゆる人権蹂躪を生ずるは寧ろ検事に強制の機能を拒み、正々堂々たる捜査を爲すことを得しめざる結果ではないか。私は寧ろ検事に法律上制限されたる強制の権能を認むることに因り検事をして其の責任を意識せしめ、其の濫用を戒むることを得るであらうと信ずる。法律上の救済としては強制処分に對する異議の申立を許し、裁判所をして其の當否を判断せしむる途を開くべきである。同時に捜査の段階に於て弁護人の使用を許すことも考へられる。」<sup>(注39)</sup> ということになる。当事者主義の理想よりも刑事訴訟の公益的目的を重くみて、積極的実体眞実発見を譲るべからざるものとするその訴訟観は、現代の学説の目から見れば異論のあり得るところであらう。しかし、戦後わが国が予審を廃止し、検察官に一定の限度で強制処分権限を付与して証拠の収集・吟味に専心せしめたこと、大正刑訴法の母法であるドイツ刑事訴訟法においても1975年に至って予審が廃止されたことなど、その後の歴史的経過をたどってみれば、予審制度と検察官制度の重複をこの時代に鋭く指摘した小野博士の論考は、慧眼であったというべきであらう。

さらに小野博士は、昭和12年の「司法制度革新論」(中央公論昭和12年5月

<sup>(注38)</sup> 小野 (前出注31) 294～295頁。

<sup>(注39)</sup> 小野 (前出注31) 300～301頁。

号)においても持論の予審廃止論を主張する。このころには治安警察的な捜査のあり方にもとづく人権蹂躪が誰にも目にも明らかになっており、法学界にとっても一大問題になっていた。その実態は、例えば警察が違警罪即決処分・行政検束などの名目で勾引状も勾留状もなしに被疑者を引致し、長期間身柄拘束して刑事手続上根拠のない不法拘禁をする。その上で苛烈な取調べをする。法制上強制処分権限がないはずの検事が、予審判事の取調べが進行中であるにもかかわらず、予審に任せておけないということで自ら関係者を検事局に呼び出して取調べを行うというものであった。同博士によると、大正刑訴法の建前が崩れてこのような現象が起こるのは、「検事は刑事の捜査を託された公の機関で」あり、「刑事の捜査は其の性質上何等の強制をも行ふことなくして到底之を遂行すること能わざるものである」にもかかわらず、大正刑訴法では、「検事に強制権を認めず、捜査上どうしても強制処分を必要とするときは之を予審判事に請求して予審判事の手でやって貰ふ外に途がないことになっている」からである。このような制度は、「如何にも自由主義を徹底せしめたもののやうであるが、それは単に形式だけ、體裁だけのことで」、「それがために却て検事をして無理な捜査を取てせしめることになる。」したがって、いっそのこと「捜査機関たる検事に合法的な強制の権能を與へると共に其の限界を劃し、其の責任を明かにすることが捜査を公明正大ならしむる所以」だというのである<sup>(注40)</sup>。ここまでは、前記「予審制度の根本的改革に付て」の再論であるが、本稿のテーマとの関係で興味深いのは、同博士が予審を廃止した後の具体的制度設計を論じる中で、検察官調書の扱いをどうすべきかに言及していることである。同博士によれば、検事に従来の予審判事と同じ強制権を与え、検事が作成した書類に予審調書と同じ証拠能力を認めるのであれば話は簡単であるが、これは公判で一方当事者となるべき検察官に非常な優位を与えるもので、極端な権力主義

---

(注40) 小野（前出注31）266～267頁。

的制度設計として採るを得ない。さればとって、当時の一部在野法曹が主張したような、検事に強制権を与えることなく、しかも検事作成書類の証拠能力を否定してすべてを公判審理に委ねるが如きやり方は、真実発見を通じ社会倫理秩序を維持する刑事司法の目的に重大な支障を生じさせるから、これも採り得ない。その折衷的な行き方として、公判手続では出来る限り直接主義の原則を徹底させるべきであるが、反面、証拠書類を一切排斥するのは不可能であるから、最も問題となる検事の作成した訊問調書（聴取書）については、当時の陪審法73条の規定にならぬ、供述者が死亡し又はこれを召喚しがたい事情のあるとき、供述者が公判において供述の重要な部分を変更したときなどに証拠能力を認めるのが妥当だといっているのである<sup>(注41)</sup>。

現行法321条1項2号書面の原型が、この段階で構想されていることは注目に値する。戦後まもないころの議論は、突如継受された英米法における伝聞法則とは何ぞやということに集中したが、直接主義の例外として書証の証拠能力をどこまで認めるかという議論は、このような形で戦前からされていたのである。われわれは、伝聞法則と直接主義、さらには伝聞供述と伝聞書面の関係を今一度洗い直さなくては行けないのかもしれない。それはともかくとして、小野博士の論考は、戦後慌ただしく進められた現行法制定過程における議論が戦前に底流をもつものであることを教えてくれる。再度確認しておく、大正刑訴法下においては予審と検事の機能が重複していること、重複の解消のためには予審を廃止して検事に捜査機能を集約した上、司法的抑制の方法を整備するのが現実的であること、その際、捜査段階で作成された書類、とりわけ検察官調書を公判でどう扱うかが大きな問題となるが、実体真実発見という刑事司法の目的からすると、その証拠能力を一切否定するのは現実的ではなく、一定の限度で公判に引き継がれる（つまり証拠能力が肯定される）場合を認めるべき

---

<sup>(注41)</sup> 小野（前出注31）271～272頁、275頁。

であることが、すでに議論されていた。これらはすべて敗戦とともに天から降ってきたのではなく、戦前から意識されていた論点なのである<sup>(注42)</sup>。

## 七 現行法制定

昭和20年から昭和23年にかけての現行法制定過程において、検察官調書に関する法321条1項2号がどのような経緯で現在の姿となったのかは、実はそれほど明確ではない。資料は豊富に残され、まとまった先行研究も存在するが<sup>(注43)</sup>、「このような理由で検察官調書が現在の要件の下、伝聞例外として規定された」と一義的に明確にすることは（少なくとも筆者の力では）難しい。その最大の理由は、英米法に対する理解も不十分なまま、限られた時間と陣容で、現行憲法に沿うように大正刑訴を全面改正しなければならなかった現実そのものにあるように思われる。先人たちは、敗戦後の混乱の中、与えられた諸条件の下でベストを尽くしてわれわれに現行法を残してくれたものの、そのプロダクト（産物）たる現行法は、平和で豊かな時代に生きるわれわれが想定する法律的・論理的・体系的な議論の結果生まれたものでは必ずしもない。立法当時には、人権蹂躪が常態化したアンシャン・レジームを一新すべしとの時代の熱気・要請がある一方で、わが国の刑事司法の円滑・適正な運用のためには文化的・歴史的背景があって積み重ねられてきた固有のプラクティスはなお残すべしとの気分も存在した。また、それまで英米法の伝聞法則に関する知見が非常に乏しかったにもかかわらず<sup>(注44)</sup>、反対尋問権を保障する現行憲法37条2

---

<sup>(注42)</sup> 松尾（前出注7）140頁、142頁。座談会（前出注36）31～32頁。

<sup>(注43)</sup> 資料集の代表的なものとして、井上正仁・渡辺咲子・田中開編著『刑事訴訟法制定資料全集・昭和刑事訴訟法編(1)』、『同(2)』。また先行研究の代表的なものとして、法学協会雑誌に連載された現行刑事訴訟法過程研究会「刑事訴訟法の制定過程」シリーズがある。

<sup>(注44)</sup> 立法に深く関わった団藤重光博士は、「当時は、いまからは想像のつかないくらい英米刑事手続についての知識は乏し」かったと率直に述べている。同「刑事裁判と人

項との関係で、憲法の要請をみたくつつ書証の利用を合理的範囲で認めるにはどのような立法技術が必要かという難問も先人たちを悩ませた。さらには、必ずしも成熟した法律的知見をもっていたとはいえない連合軍司令部（GHQ）との折衝を通じ、調整と妥協を繰り返しながら、時間に追われ突貫作業で成案を作らざるを得なかった現実面での制約も大きかったろう。これらのものがないまぜになって321条1項2号が規定されたというのが真相に一番近いように思われる。松尾浩也博士は、同号が現在の姿として規定されたのは、立案担当者が捜査書類を一切排除するのは現実的でないと考え、危機感すら抱いたこと、在野法曹が警察よりは検察に多くの信頼を寄せたこと、予審が廃止され、その強制権限の多くを検察官が実質的に引き継いだことが複合的に重なった結果だという（注45）。まさにそのとおりだと思う。現行法制定過程は、敗戦にともない統治機構の根本的改編を余儀なくされ、政府内に司法制度改革審議会が設置される一方で、司法省刑事局内に実働部隊として通称「別室」が設けられ、新たな刑事司法制度の設計がはじまった昭和20年秋から同21年1月末ころまでの時期（第一期）、憲法草案からほどなく確定した憲法成案に即して精力的に立法作業が進められ、憲法に合わせた最低限度の処置を施した応急措置法の制定・施行をはさんで、部局内で第1次案から第9次案までの刑事訴訟法草案を得た昭和21年2月ころから同22年10月ころまでの時期（第二期）、応急措置法の効力を延長する一方で、第9次刑事訴訟法草案に対しGHQから示された論点ペーパー（通称「プロブレム・シート」）にもとづき、いよいよ刑事訴訟法改正の成案を得るべく日本側とGHQとの間で協議が重ねられていく昭和22年11月ころから同23年5月ころまでの期間（第三期）に分けて考えるのが便宜だとされる<sup>(注46)</sup>。本稿もこの区分にしたがい、必要な限度で立法過

---

権」公法研究35号109頁。

<sup>(注45)</sup> 松尾浩也『刑事訴訟法（下）[新版]』59頁。

<sup>(注46)</sup> 座談会（前出注36）30～31頁。

程を概観してみたい。

上記第一期は、まだ新憲法の骨格が明らかになる前で、日本側の立法担当者が戦前からの経緯・理解にもとづき比較的自由に制度設計を議論した時期である。したがって、人権蹂躪問題に対する意識は尖鋭であったものの、伝聞法則に代表される英米法流の証拠法に関する議論はほとんどされていなかった。敗戦の約3か月後である昭和20年11月、司法省に設けられた司法制度改正審議会においては、小野清一郎委員から英国法のような証拠法規定を設けるべきである旨の発言があったものの、諮問事項が「犯罪捜査に関する人権擁護の具体的方策」だったこともあり、証拠法の議論には至らず、「検事又は司法警察官の不法なる行為に因りて得たる証拠書類は之を証拠と為すことを得ざるものとすること」を答申するにとどまった<sup>(注47)</sup>。そして「人権擁護の具体的方策」としては、戦前に極端に糾問化した予審の廃止が半ば既定路線のように語られ、検察権の強化もそれとセットにして論じられていた。秘密審問と批判され、また勾留の繰り返しに制限もない予審は、新法では到底維持できないという認識の一方で、刑事司法の現実を考えた場合、強制権限を検察官に全く与えないでは立ちゆかないという実務的な考えが根強く、予審の廃止と検察官の強化を強力に主張する前記小野博士の考え方は、同博士自身が審議会の委員だったこともあって立法担当者間で広く共有された<sup>(注48)</sup>。この時期、予審が廃止されてその代替機能を検察官が果たすことになるのであろうとの漠然とした雰囲気は存在したが、そもそも捜査段階の書証の引き継ぎに関する問題意識が希薄だったこともあって、検察官調書を証拠として認める要件は何かといった具体的な議論がされた形跡はない。無理もないことであるが、議論はむしろ裁判所と検察庁の分離という制度面に集中していた。そこでは人事面・予算面で裁判所から

---

<sup>(注47)</sup> 渡辺咲子「現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈——伝聞法則を中心として——」『河上和雄先生古稀祝賀論文集』295～296頁。

<sup>(注48)</sup> 座談会（前出注36）31～33頁。

の独立を潜在的に望んできた検察庁、裁判所と検察庁の密接な関係を好ましく思わない弁護士会、英米法流の行政から独立した司法権を指向する裁判所というように三者三様の思惑が一致したこともあって、検察官の裁判所からの独立、検察庁法の制定が比較的スムーズに具体化していったのである<sup>(注49)</sup>。

第二期は、草案が形を成していく時期である。しかし、昭和21年4月、GHQから英米法的な伝聞法則 (hearsay rule) を含む証拠法案が提示され、さらに同時期、被告人の反対尋問権を保障した憲法草案が明らかになっても、なお日本側の問題意識は鈍かった。同年5月に司法省刑事局がとりまとめた「新憲法に伴い司法に関し本省として態度を決すべき事項」の「刑事訴訟法の改正に関し決定して置く必要のある主な点」においても、証拠法に関しては、「証拠法制定の要否、制定の方法、その内容等を検討すること」とあるだけで、証拠法の具体的内容は最高裁判所 (ないし大審院) の規則に譲るべき技術的問題というのが当時の一般的な理解であった。同年8月の司法法制審議会第三小委員会において、団藤重光幹事は、委員の提案に対し、「伝聞証拠を証拠としないといふ御提案は尤もですが、かかる問題は証拠能力の制限一般に関係あるもので訴訟法に一々入れては窮屈でありますから、そのごく重要なもののみをここにあげ他はルールにゆづりたい。証拠能力の制限は被告人に有利なものであるからルールにゆづることは差支へないと考えます。」と発言している<sup>(注50)</sup>。

しかるに、第三期のそれも差し迫った時期になって、伝聞書面の規定が半ば唐突に具体化する。昭和23年4月にはじまった刑事訴訟法改正協議会において、GHQから示されたプロブレム・シート当初案においては、それまでの日本側の議論とさほどの脈絡もなく、「長い研究の結果」、「検察官及び司法警察職員の行う訊問及び取調並に彼等が録取した証言を公判において使用することに關して」、「検察官、司法警察職員の作成した訊問調書は如何なるものであっても

<sup>(注49)</sup> 座談会 (前出注36) 35頁。

<sup>(注50)</sup> 渡辺 (前出注47) 297～299頁。

証人の供述を録取した証拠として法廷に提出し得ない。又これを起訴状に関連して提出することもできない。但し、その証言をなした証人が出頭し得ない場合にのみ、これを証拠の目的に提出することができる。」との原則を採ることが提言された。警察官調書及び検察官調書の証拠能力は同列に原則否定であり、供述不能を要件にして例外的に採証できるとの見解が示されたのである<sup>(注51)</sup>。これに対し、日本側立法担当者の基本的認識は、現行法320条のような伝聞法則の規定だけでは困る、柔軟に伝聞例外を認めて欲しいというものであったが、検察官調書は別として警察官調書の信用性は大いに問題であるとの弁護士委員の発言がきっかけとなり、裁判官、検察官及びその他の者と供述録取者を区別する現行法321条1項の原型が構想された。プロブレム・シート第一次修正案においては、「被告人が同意する場合には、検察官又は司法警察職員の作成した起訴前の訊問調書を証拠として提出できる」とされ、同意書面（現行法326条）の原則が示される一方で、「証人が公判において、前に検察官の訊問調書中になしたと伝えられる供述と反対の、若しくは重大な点で異った証言をした場合には、検察官の訊問調書は必ず証拠として提出されなければならない。裁判官は特別な状況が存在するがためにかかる以前の供述が公判においてなされた証言よりもより信用ができると認める場合には、かかる証拠を事実認定の基礎として使用することができる。」と、いわゆる相反供述（現行法321条1項2号後段）の原型がはじめて示された<sup>(注52)</sup>。その後、自白の証拠能力に関する現行法322条に双方の関心が移ったこともあって、321条1項については特に異論もなく立法に至った。経緯だけ確認しておく、昭和23年5月、公判手続の規定から証拠法を分離して「第二節 証拠」が設けられ、同月17日付けの証拠法案においては、ほぼ現行法317条から328条の各規定のとおり文案が立案さ

<sup>(注51)</sup> 渡辺（前出注47）311頁。なお、プロブレム・シートの全文については、横井大三「刑訴改正資料」刑法雑誌3巻3号付録を参照。

<sup>(注52)</sup> 座談会（前出注36）50～51頁、渡辺（前出注47）312～313頁。

れた<sup>(注53)</sup>。これがそのまま刑事訴訟法改正案に採り入れられ、同年7月の法案可決、改正法公布、そして翌昭和24年1月1日の改正法施行へとつながっていくのである。

## 八 現代の検察官調書

このようにして、裁判官調書に準じる証拠法上の特権的地位を得た検察官調書は、戦後の刑事司法においてフル活用された。何しろ捜査段階でしっかりした供述を録取しておけば、公判段階で供述を翻されても「相反性」及び「相対的特信情況」の各要件の緩やかな運用の下<sup>(注54)</sup>、決め手に等しい供述証拠を公判に顕出できるのであるから、検察官が捜査段階での供述確保・録取にエネルギーを割くのは自然の理である。このような現象は、純粋な訴訟法理論からすれば「病理現象」かも知れないが、制度に内在されたダイナミズムにもとづき動く実務からすれば「生理現象」というべきものである<sup>(注55)</sup>。このような趨勢の中で、検察官は捜査官としての自負を高め、被疑者や参考人から事件の核心に関わる供述を得る実務技術を磨いていった。例えば清水勇男（元・浦和検察庁検事正）は、江戸町奉行与力が今に残した「吟味の口伝」<sup>(注56)</sup>を引きつ次のようにいう。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、

<sup>(注53)</sup> 渡辺（前出注47）321～325頁。

<sup>(注54)</sup> もとよりその是非は別論である。検察官の立場からすれば、米国法におけるアラインメントのような制度もない、被告人が法廷で虚偽供述をしても偽証罪の制裁もない、微妙な立場にある証人に対し刑事免責した上で証言強制する制度もない、そのような刑事司法制度においては、公判でほぼ確実に証拠能力の認められる供述証拠を捜査段階で確保する手立てがなければ、訴追・有罪立証など困難だとい言い分になるかも知れないから。

<sup>(注55)</sup> 亀山（前出注26）12頁。

<sup>(注56)</sup> 法務総合研修所「研修」551号所収。

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<sup>(注57)</sup>。このような価値観は、捜査官としての検事の仕事を天職として愛し、検察官による取調べ・供述録取の過程を日本的刑事司法の根幹をなすよき伝統と信じてやまないメンタリティから生まれたものである。筆者も、このような考えにもとづき誠心誠意職務を全うした立派な検事が存在すること、また、ある種の職人芸というべき取調べ技術が存在し、それが刑事司法の円滑な運用に貢献してきたことを否定するつもりはない。

しかし、その一方で、このような自負心に裏付けられた検察官による供述録取が何十年にもわたって蓄積し、肥大化していくと、これも自然の理として、本来は検察官による編集・脚色を避けられない過程であるにもかかわらず、検察官によって録取されたことがそのまま訴訟法的真実として受け入れられるべきであるかのような錯覚が生まれてくる。検察官調書の内容がある種のパーチャル・リアリティと化する危険が存するのである。かつて大阪地検及び東京地検の各特捜部で敏腕検事として鳴らし、弁護士に転じてからは闇社会の守護神と呼ばれた田中森一<sup>(注58)</sup>によると、東京地検特捜部では、事件の立件に際し、任意の事情聴取の結果に基づき特捜部長ら幹部がまず事件の筋書きを作る。「筋書き」というと聞こえはよくないが、捜査経験にもとづいて事件の全体像を描き、強制捜査に着手した場合に得られる証拠関係を想定したり、また立件が社会に対して与える政治的・経済的影響を考慮したり、さまざまな要因を総合考慮して、どの範囲でどの程度の犯罪事実を立証することが可能か、また適当かを考えて検察庁としての方針を立てるわけである<sup>(注59)</sup>。東京地検特捜部の場合

---

<sup>(注57)</sup> 清水勇男『捜査官——回想の中できらめく事件たち——』329頁以下。

<sup>(注58)</sup> 石橋産業をめぐる巨額手形詐欺事件において額面179億円に及ぶ約束手形を騙し取ったとされ、公判中であつたが、平成20年2月17日、最高裁は田中森一の上告を棄却し、懲役3年の実刑有罪判決が確定した。

<sup>(注59)</sup> このような作業を通じ、事件の全体像を描く能力が、検察官の世界でいう「筋読み」

に特徴的なのは、扱う事件が国会の質問事項になることが少なくないため、この筋書き作りが法務省本省・検察庁首脳との意思疎通を経てなされることだ。そのため、実際に捜査をはじめて想定外の事実が出てきても、予め決められた筋書きに沿って捜査を進めることが求められ、被疑者・関係者ごとに割り当てられた個々の担当検事が筋書きと大きく異なる内容の調書を取ることは事実上許されない。上司の意に沿わない調書を作成してもボツになる。まず筋書きありきであり、したがって個々の検事も筋書きどおりの供述を引き出すことに腐心する<sup>(注60)</sup>。外交官活動にまつわる公金支出に関し、背任の容疑で訴追された起訴休職中外務事務官・佐藤優<sup>(注61)</sup>の体験も興味深い。彼は、元検事である弁護士から、接見時に、「自分が絶対にやっていない事実については認めないでください。検面調書、特に特捜の調書を裁判所は合意文書と見なします。やってないことでも調書に書けば事実として取り扱われます。」「検察官の話に乗ったらだめですよ。西村検事（筆者注：佐藤優の取調べ担当検事である西村尚芳検事）はいい人なのだけれど、検察組織として佐藤さんへの位置付けは既に決められているので、取り引きの余地はありませんよ。」とアドバイスを受ける<sup>(注62)</sup>。これまた、究極の検察官調書である特捜検事による供述録取書が本来の素朴な意味での供述録取書ではなく、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協働作業による産物であることを端的に示すエピソードである。その背景には、いうまでもなく検察官調書の証拠能力及び証明力が実務上高い評価を受けている事実がある。訴追側にとって伝家の宝刀というべき検察官調書の存在あればこそ、検事取調べとその供述録取書が捜査の核心部分として高い位置付けを与えられる。

---

の能力である。

(注60) 田中森一『反転——闇社会の守護神と呼ばれて——』178～179頁。

(注61) 北方領土問題関連の学界開催やロシア支援事業に関し、背任及び偽計業務妨害の罪に問われ、懲役2年6月（執行猶予4年）の有罪判決を受けて、現在上告中。

(注62) 佐藤優『国家の罨——外務省のラスプーチンと呼ばれて——』242頁、234頁。

321条1項2号のような規定があれば、どの国のどの時代の検察官であっても、自ら取調べをして法律要件を巧妙に散りばめた供述を録取し、それを自然で具体的な体裁に整えることに意を払い、その作業こそが捜査官としての職人芸だと自負心を抱くことであろう。警察官調書が同項3号の厳しい規律に服する以上、有罪立証の決め手となるような検察官調書がとれているかどうか、訴追側の運命を決するからである。

このような運用を数十年の単位で重ねていると、良くも悪くもぎりぎりのテクニックが発達する。例えば田中森一は次のようにいう。検察官調書に署名させるのが検事捜査の要諦であり、とりわけ物証の乏しい経済事犯ではそうである。逆に被疑者にとっては、供述調書をとられたらアウトである。検事の側からすれば、公判段階で供述を翻されることを前提に、最後の頼みの綱となる検察官調書をいかに信憑性を伴うものにするかが腕の見せ所である。そのために例えば調書の中に訂正した跡を意図的に幾つか作っておく。例えば前日の調書では「朝、Tから挨拶されました。」となっているのを、翌日「あれはSの間違いでした。」と訂正する。これを読んだ裁判官は、「どうでもいいこんな事柄まで読み聞けし、きちんと訂正したのか。」と、供述が正確に録取されたことを信用するという寸法である。また調書には被疑者作成にかかる図面を頻繁に添付するが、その際、あまりに正確すぎるとおかしいので、花瓶の位置とか花の種類とか、記憶が正確でなくても当然の些末な事柄につき、わざと間違っただけのまま示唆して図面を書かせる。その方がリアルだからである。さらに、贈収賄事件において、「X先生に料亭で1000万円渡しました。」と素の事実を録取するだけでは信憑性に欠けるから、「X先生、お気に入りだったあの彼女とはどうなってますか。」「あの娘には振られたよ。」などとその場の会話をさりげなく入れて臨場感を増す。そうやって調書全体の信用性を高めた上で、本来評価の問題であり、どちらともとれる賄賂性の認識等の主観的要件をさりげなく紛れ込ませる。また驚くべきことに、捜査日誌を使い分ける検事もいた。ひとつは

調書に合わせ創作した捜査日誌で、もうひとつは事実をありのままに書いたもの。いわば検事の二重帳簿である。政界を揺るがせた贈収賄事件の主犯につき、裏帳簿ならぬ裏日誌のほうには「5時間も正座させられ、ついしゃべってしまいました。」と書いてある。だが表日誌のほうには「正座させられた」、「ついしゃべった」などの表現はない。もちろんそちらの方を調書に取るのだが、その際、例えば金の授受のあった場所の図面を被疑者に書かせる。紛れもなく被疑者本人が書いた正確なものだ。そこまで供述している人間が、公判でいくらがんばって否認しても、検察官に強要されて自白したとは判断されない。裁判とはそういうものだというのである<sup>(注63)</sup>。また、佐藤優は、自分の取調べ担当である西村尚芳検事と敵対しつつもお互い認め合って信頼関係を構築し、ある種の戦友意識さえもつに至るのだが<sup>(注64)</sup>、その中で、検察官の高等テクニックを身をもって知ることになる。例えば、検察官が被疑者の言い分をそのまま素直に調書に取るときには畏が仕掛けられており、当該被疑者以外の共犯者・関係者の供述は検察側のストーリーに沿ってがちがちに固められている。公判になって、裁判官は、「こいつだけ違うことを言っている。嘘をついているに違いない。」と心証を取り、有罪判決を下すとともに、「反省の色がない」ということで量刑も重くなるのである<sup>(注65)</sup>。また、供述録取の基本形であるべき問答形式も要約・物語形式が当たり前となった現代においては別の使われ方をする。検察庁と被疑者の「合意」が成立しなかった部分を浮き彫りにし、検察庁の立場からすれば、被疑者が頑として口を割らず、お上に恐れ入らない「半割れ」の状態であることをアピールする機能を果たすのである。佐藤と西村検事の間

<sup>(注63)</sup> 田中（前出注58）148～151頁。

<sup>(注64)</sup> 佐藤は、長期間にわたる西村検事との対峙を、「私は西村氏と一度も握手をしなかった。なぜならば国策捜査というこのゲームで、西村氏はあくまでも私の敵で、敵と和解する余地が私にはなかったからである。しかし、西村尚芳検事は、誠実で優れた、実に尊敬に値する敵であった。」と回顧している。佐藤（前出注62）353頁。

<sup>(注65)</sup> 佐藤（前出注62）325～326頁。

で次のようなやり取りが残されている。

「否認調書を準備してきたよ。ただし、問答式になるよ。」

「問答式にするというのは、検察庁がこの内容については同意していません  
ということを経験所に伝える意味があるんだ」

「要するに『嘘をついています』というニュアンスを伝えるということだね」

「そんな下品な言い方をしないでよ。あくまでも検察庁はそのような供述には同意できないということだ」<sup>(注66)</sup>

ちなみに筆者は、このような実務技術の発達を決して好ましいこととは思わない。このような技術を駆使して詳細な検察官調書を取る検事を尊敬できる法律家だとも思わない。しかしその反面、現行刑事訴訟法において訴追側に許された立証手段を考えてみれば、このような捜査技術は、ある意味自然の理として発達してきた面があると考えている<sup>(注67)</sup>。321条1項2号は、検察官調書の多用を書証裁判の元凶とみる理念法学の立場からみれば諸悪の根源であるかもしれないが、それと同時に、真実発見・巨悪剔抉の原動力とみる検察実務の立場からみれば敗戦にともなう現行法制定によってもたらされた福音である。同号の存在を前提に捜査・訴追にあたるべき検察としては、公判で有罪立証の決め手となる検察官調書の録取に実務技術を特化するのとは不可避であったろう。ただそれにしても、その結果、現在の実務が行き着いたところは、本来の法が予定していたところからあまりにかけ離れていないか。そもそも同号の立法は、比較法的知識や大陸法・英米法の正しい理解にもとづく論理的なものであったか。これらを問い直す時期に来ているように思う。

---

<sup>(注66)</sup> 佐藤（前出注62）333～334頁。

<sup>(注67)</sup> 拙稿「刑事司法改革の展望と課題——二〇年改革の軌跡に寄せて——」琉大法学第75号（2006年3月）115～118頁、134～137頁。

## 九 裁判員時代を迎えて

「検察官司法」と呼ばれる現行法の運用実態の下、究極の進化を遂げた検察官調書が裁判員制度を迎えてどこに向かうのか。誰にも正確な予測は不可能であるが、裁判法施行まで残すところ約7か月となった今、最後にその大筋だけでも確認しておきたい。

まず、検察官調書がこれまでのようなオールマイティの存在でなくなることにについては共通認識があるように思われる。事実認定者に裁判員という名の一般市民が加わる以上、捜査段階の供述録取書と公判段階の供述（実態に即し正確に言えば公判調書と一体となる尋問調書）とを字面で逐一对比し、心証形成するというテクニカルな作業は望むべくもない。いやそれ以前に、相反性及び特信性に関する緩やかな実務の解釈・運用がはじめて条文の文言に接する裁判員に受け入れられない可能性も高い。例えば証人が検事調べの際に不当な誘導・押しつけがあったと主張した場合に、裁判員がその不自然・不合理さから同供述を全面的には信用できないと考える一方で、かといって証人が主張するような事情が存在しないと断言できないとの心証に至った場合、捜査段階の供述と公判供述のどちらを採ることになるのか、予測は困難であろう。裁判員が捜査・裁判の仕事に平素なじみのない一般市民である以上、このような混乱も無理からぬことだと指摘は早い段階からされていた<sup>(注68)</sup>。かかる問題意識は、現在の証拠調べの在り方全体に及び、「裁判員にも、訴訟記録を読む権限は認められるが、読む義務があるとすることはできず」、「裁判員制度の成功は『目で読んで理解する裁判』から『耳で聴いて理解する裁判』への転換が果たせるかどうかにかかっている」との認識が示された<sup>(注69)</sup>。そして当の検察サイ

<sup>(注68)</sup> 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9頁。

<sup>(注69)</sup> 松本芳希「裁判員制度の下における審理・判決の在り方」ジュリスト1268号82頁。

ドからも、重要証人が公判で供述を翻した場合、検察官は安易に2号書面に頼るのではなく、「徹底した捜査を通じて収集した証拠に基づいて弾劾し、虚偽の証言が通用しないことを感得させ、あるいは真実の証言ができない理由がどこにあるのかを尋問を通じて探り出し、その理由に応じて、臨機応変に問いを発するなどして、先ず真実の証言を引き出すよう努力を傾けるべきで」あり、「やむを得ず2号書面の取調べを請求する場合も、犯罪の証明に不可欠なものだけを請求す」べきで、「他の証人の証言や客観証拠等から、必要な立証がなされ得るのであれば、2号書面としての取調べの必要はないと考えるべき」と提言されるに至った<sup>(注70)</sup>。検察サイドの危機感が本物であることは、あくまで自白の任意性立証の観点からする部分的・試行的なものではあるが、取調べの過程をDVDに録音・録画する取調べ可視化の試みが現実のものとなったことに照らしても明らかであろう<sup>(注71)</sup>。

さて、制度施行が近づき、具体的運用に関する試行・検討が重なるにつれ、裁判実務サイドから、今までのような審理では、裁判員に審理の内容をほとんど分かってもらえないまま評議に入ることになりかねないという危惧が表明されるようになる。模擬裁判の経験に照らせば、「証拠資料、特に供述録取書や鑑定書の内容を審理後評議の場でもう1回見返してもらうというのは、非常に現実感のない話」だというのである<sup>(注72)</sup>。ここで表明された裁判所の基本認識は、捜査初期段階における事態の流動性は承知しているが、「最終段階における検察官の取調べは、公判での分かりやすい立証を意識したもの」であるべきで、「調書もポイントを押さえた簡潔なものにして」欲しいということであ

---

<sup>(注70)</sup> 本田守弘「裁判員制度と検察官から見た訴訟追行の在り方」ジュリスト1268号100頁。

<sup>(注71)</sup> 最高検察庁が主宰して、平成18年8月から平成19年12月にかけて殺人、強盗殺人、強姦致傷等170件の重大事件において試行され、その検証結果が平成20年3月に「取調べの録音・録画の試行の検証について」と題する文書にまとめられ、公表されている。詳細は検察庁HP（<http://www.kensatsu.go.jp/>）を参照されたい。

<sup>(注72)</sup> 座談会「裁判員制度における審理等の在り方」（共同研究第1回）ジュリスト1320号162～163頁。

る<sup>(注73)</sup>。端的にいえば検察官調書のスリム化であり、法律要件をわきまえ、かつ多量の文字情報を処理する能力のある職業法曹の間だけで通じる従来型の調書作成を見直して欲しいということにほかならない。もちろん、捜査の現場にいる検察官からの留保はある。彼らは、「調書というものの性格上、ある程度長くなる場合や分かりやすさという観点から不十分な」場合があるのはやむを得ないことであり、「分かりやすくまとめて調書化しては、供述の迫真性が失われてしまう」という<sup>(注74)</sup>。一般論としてはもっともな面があるが、これまでの供述録取書の在り方を根本的に見直す時期に来た現在、どこまで説得的な論理であるかは疑問である。形式面に限っても、問答式ではなく物語式の要約調書が全面的に許容されてきたことにつけが一挙にまわってきたといえなくもない。2号後段書面固有の要件である特信性の判断についてはさらに深刻である。検察サイド自ら、従前は提示命令（刑事訴訟規則208条）を受けて供述内容まで含めて判断される事例があったが、「少なくとも裁判員の方に、証拠能力の有無を判断するために見ることと見た内容を有罪認定の証拠とするために採用することは違うのだと言っても分からないのは明らか」で、「例えば、客観的証拠との矛盾点を指摘するなどの尋問をして、法廷における証言内容の信用性が相対的に低いことを明らかに」したり、「外部的な事情、すなわち、捜査のときに供述した状況と、法廷に来て供述している状況の違いがどういうものなのか、法廷では真実を述べるできないような外部的な事情があることを尋問で明らかにしていくしかない」と認識しているのである<sup>(注75)</sup>。これを受けた裁判サイドの認識も割り切ったものである。「2号書面に対する姿勢は、公判中心主義がどれだけ実質化されたものになっているかのバロメーター的役割を果たす」との基本認識の下、「特信性という証拠能力の判断基準と供述の

<sup>(注73)</sup> 座談会（前出注72）（共同研究第2回）ジュリスト1323号108頁。

<sup>(注74)</sup> 座談会（前出注72）（共同研究第2回）ジュリスト1323号109頁。

<sup>(注75)</sup> 座談会（前出注72）（共同研究第4回）ジュリスト1328号100頁。

信用性の判断基準が実質的に重なっているのでは、裁判員は混乱してしま」うから、「『検察官の前で話をした当時の状況と、今日の状況を比べると、証人にとってどちらが本当のことを言いやすい状況だと思いますか』という簡素明快な質問」をし、「『どっちもどっち』ということであれば特信性なし」でいいのではないかとされる。また、裁判員裁判においては、特信情況の判断は外部的・付随的状況を中心にせざるを得ないとの認識（そのこと自体は裁判員制度と関係なく当たり前すぎるくらい当たり前のことであり、これをきっかけにいわば議論が正常化されるにすぎないのであるが）を前提に、例えば、従前、「検面調書の記載が理路整然としていて公判廷で不明瞭な証言となった場合、検面調書の内容をも資料として特信性を判断するという議論がされてき」たが、「検察官の面前で理路整然とした供述をしているのであれば、通常は公判廷においても理路整然とした説明ができるはず」であり、「それが変わるというのであれば、通常は、その合理的理由を説明できてしかるべき」である。しかるに、公判において、この点に関する合理的説明をできないのであれば、そのこと自体が「特信性に関する何らかの外部的事情の有無を推測させる関係にある」とされるのである<sup>(注76)</sup>。

以上から分かるとおり、裁判員制度の下における検察官調書の在り方については、制度上根本的な変革までは立法されていないものの、運用上一般に想像されている以上の地殻変動をもたらす可能性が大きい。振り返ってみれば、わが国の検察官制度は、近代から現代にかけて時代の荒波をくぐり抜け、結果的にそのプレゼンスを拡大し続けてきた。その大きな流れが維持されるのか、それとも流れが変わるのか。検察審査会による再度の起訴不相当議決に対し起訴強制力が付与されること<sup>(注77)</sup>、起訴前証人尋問制度（刑訴法226条）の要件が緩和されることなど、目立たないが、「検察官司法」と称される現在の刑事司

<sup>(注76)</sup> 座談会（前出注72）（共同研究第4回）ジュリスト1328号106～107頁。

<sup>(注77)</sup> 裁判員制度施行と同時に施行される改正検察審査会法第7章。

法のあり方に一石を投じる可能性のある制度も立法されている。この国の刑事司法はどこへ向かうのか。目を離せない状況が当分続く。質量ともにはなはだ不十分な検討であるが、本稿によって、検察官とその作成する供述録取書のあり方がわが国の刑事司法をいわば姿見のように映し出すものであることは示し得たと思う。激動の時代を目撃・体験できることを幸運ととらえ、検察官調書という姿見に映るその姿を引き続き注視していきたい。