

刑事訴訟法 322 条 1 項について

安 富 潔

1 はじめに

刑事訴訟法 322 条 1 項は、「被告人が作成した供述書又は被告人の供述を録取した書面で被告人の署名若しくは押印のあるものは、その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであるとき、又は特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限り、これを証拠とすることができる。」と規定している。

公判前整理手続に付された事件では、被告人の供述書や供述録取書の証拠能力 (322 条 1 項) が争点となり、当該書面が証拠整理の対象となることがある。

公判前整理手続が施行される前は、被告人の自白や不利益な事実の承認の任意性 (319 条 1 項、322 条 1 項前段) に関しては、公判での被告人質問と捜査官の証人尋問とで任意性立証がなされるのが通例であった。しかし、しばしば取調べ段階で任意性を疑わせる事情があったか否かについて被告人と捜査官との水掛け論に終始した。そのため、裁判所として客観的に任意性の有無について判断を下すことが容易ではないこともしばしばあったように思われる。

公判前整理手続が義務的である裁判員が参加する刑事裁判であるか否かを問わず、公判前整理手続に付された事件では、争点と証拠の整理を目的としているので、被告人の供述の任意性・信用性が争点となる場合には、公判前整理手続において、この点に関する具体的な争点と証拠の整理がなされなければならないであろう。

そこで、実務では、公判前整理手続において、任意性判断の基礎となる

客観的証拠や動かし難い事実が重視されるようになってきた。⁽¹⁾これまで試行されてきた取調べ状況を録音・録画したDVDを取り調べることも実務では行われる事例もすくなく⁽²⁾みられる。

ところで、平成26年7月9日、法制審新時代の刑事司法特別部会では「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】」を公表し、新たな刑事司法制度を構築するための法整備のひとつとして取調べの録音・録画の導入を提案している。⁽³⁾

こうした状況にあって、任意性立証の方法は大きく変化するものと思われる。

しかしながら、法制審新時代の刑事司法特別部会の提案では、すべての刑事事件について被疑者・参考人の取調べの全過程を録音・録画するというものではない。また、被疑者による記録の拒否その他の被疑者の言動により、記録をすると被疑者が十分に供述できないと認めるときなど、録音・録画の例外事由がいくつか設けられている。

このような現状を踏まえると、被告人側からは、任意性に疑いのある事情を立証するための証拠として、「被疑者ノート」はなおいっそう活用されるべきと思われる。⁽⁴⁾

本稿は、これまでの自白や不利益な事実の承認の任意性立証で用いられてきた被疑者ノートの⁽⁵⁾意義を検討し、あわせて特信性の認められる被告人の供述書としての被疑者ノートの証拠利用（322条1項後段）について論じることとする。

注

- (1) 杉田宗久「自白の任意性とその立証」刑事訴訟法の争点159頁（有斐閣、2013）参照。
- (2) 平成23年8月に公表された法務省「取調べに関する国内調査結果報告書」17頁（法務省、2011）によると、裁判員制度対象事件で任意性が争いとなった61件のうち、録音・録画を実施していた44件あり、DVDが証拠調べ請求されて公判廷で取り調べられた事件は25件（検察官請求にかかるものが24件、弁護士請求にかかるものが1件）であったが、そのいずれにつ

いても任意性が認められている。なお、大阪弁護士会取調べの可視化実現大阪本部「事例に学ぶ取調べ録画時代の刑事弁護 — 実際の公判で取調べDVDはどのように扱われているのか」月刊大阪弁護士会 2014年2月号 61～62頁 (https://www.osakaben.or.jp/05_menu/01_kashika/files/geppou_25.pdf) (大阪弁護士会、2014) が具体的な事例をあげて問題点を指摘している。

- (3) 法制審新時代の刑事司法特別部会「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】」別添要項(骨子1～2頁) (<http://www.moj.go.jp/content/000125178.pdf>)

1 取調べの録音・録画制度の導入

一 1 次に掲げる事件については、検察官は、刑事訴訟法第322条第1項本文に規定する書面であって被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの(被疑者として逮捕若しくは勾留されている間に当該事件について同法第198条第1項の規定により行われた取調べ又は当該事件について同法第203条第1項、第204条第1項若しくは第205条第1項(これらの規定を同法第211条及び第216条において準用する場合をむ。)の規定により与えられた弁解の機会(以下「取調べ等」という。)に際して作成されたものに限る。)の取調べを請求した場合において、当該書面について同法第326条の同意がされず、かつ、当該書面を同法第322条第1項の規定により証拠とすることができることについて被告人又は弁護人が異議を述べたときは、当該承認が任意にされたものであることを証明するため、当該書面が作成された取調べ等の開始から終了に至るまでの間における被告人の供述及びその状況を5により記録した記録媒体(映像及び音声を同時に記録することができるものに限る。以下同じ。)の取調べを請求しなければならないものとする。

- (一) 死刑又は無期の懲役若しくは禁錮に当たる罪に係る事件
- (二) 裁判所法第26条第2項第2号に掲げる事件であって、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に係るもの(一)に該当するものを除く。
- (三) 司法警察員が送致又は送付した事件以外の事件(一)又は(二)に該当するものを除く。

2 1の場合において、検察官が1の記録媒体の取調べを請求しないときは、裁判所は決定で、1の書面の取調べの請求を却下しなければならないものとする。

3 検察官、検察事務官又は司法警察職員において5(一)から(四)までのいずれかに該当することにより1の書面が作成された取調べ等の開始から終了に至るまでの間における被告人の供述及びその状況を記録媒体に記録した

かったことその他やむを得ない事情により、1の記録媒体が存在しないときは、1及び2は、これを適用しないものとする。

4 1から3までは、被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で取調べ等における被告人の供述をその内容とするものについて、これを準用するものとする。

5 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、1(一)から(三)までに掲げる事件について、逮捕若しくは勾留されている被疑者を刑事訴訟法第198条第1項の規定により取り調べるとき又は被疑者に対し同法第203条第1項、第204条第1項若しくは第205条第1項（これらの規定を同法第211条及び第216条において準用する場合を含む。）の規定により弁解の機会を与えるときは、次のいずれかに該当する場合を除き、被疑者の供述及びその状況を記録媒体に記録しておかなければならないものとする。

(一) 記録に必要な機器の故障その他のやむを得ない事情により、記録をすることが困難であると認めるとき。

(二) 被疑者が記録を拒んだことその他の被疑者の言動により、記録をしたならば被疑者が十分な供述をすることができないと認めるとき。

(三) (二)に掲げるもののほか、犯罪の性質、関係者の言動、被疑者がその構成員である団体の性格その他の事情に照らし、被疑者の供述及びその状況が明らかにされた場合には被疑者若しくはその親族の身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させ若しくは困惑させる行為がなされるおそれがあることにより、記録をしたならば被疑者が十分な供述をすることができないと認めるとき。

(四) (二)及び(三)に掲げるもののほか、当該事件が暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律第3条の規定により都道府県公安委員会の指定を受けた暴力団の構成員による犯罪に係るものであると認めるとき。

二 施行後一定期間経過後に基本構想及び本答申を踏まえて、録音・録画の実施状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずる旨の見直し規定を設けるものとする。

なお、長末亮「取調べ可視化の現状と議論」調査と情報825号9頁（国立国会図書館、2014）。

(4) 指宿信「被疑者ノートの理論的検討」自由と正義58巻10号51頁以下（日本弁護士連合会、2007）など。

(5) 被疑者ノートには、①取調べに対する牽制となる。②弁護人が取調べ状況を理解しやすい。③被疑者の自覚と励ましになる。④証拠としての利用という点で有用性があるとする（日本弁護士連合会『被疑者ノート活用マニュアル』（改訂版）2～3頁（日本弁護士連合会、2009）。

2 告白・不利益な事実の承認の任意性立証

(1) 公判前整理手続と任意性立証

公判前整理手続は、刑事裁判における充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うために、第1回公判期日の開始前に事件の争点及び証拠を整理し、明確な審理計画を策定して、公判を連目的に開廷して行おうとする公判準備の手続である（316条の2第1項、規217条の2第1項）。

公判前整理手続は、当事者主義・公判中心主義に基づく公判審理を実現することを目的とする⁽⁶⁾。

公判前整理手続は、受訴裁判所が主宰し、検察官・弁護人が出頭して、①検察官が証明予定事実及びこれを立証する証拠の取調べを請求し、請求証拠を被告人側に開示する、②被告人側は、請求証拠以外の類型証拠の開示を検察官から受けた後、請求証拠に対する意見を述べるとともに予定主張を明示し、被告人側の証拠を請求・開示する、③検察官は、被告人側の証拠に対する意見を述べるとともに、被告人側の請求を受けて、争点に関連する証拠を開示する、という流れで進められる。このように公判前整理手続では、当事者の主張の明示と証拠開示により、争点と証拠を整理し、迅速かつ的確な審理計画を立てることが予定されている。

公判前整理手続では、弁護人は、検察官からの証拠開示（316条の14）をふまえて、類型証拠として、被告人の弁解録取書、勾留質問調書、供述を録音・録画した記録媒体を含む供述録取書等（316条の15第1項7号・316条の14第2号）及び取調べ状況記録書面（同項8号）の開示を求めることができる。検察官に告白等の任意性の立証責任があることをふまえて、被告人が告白等の任意性を争う証拠の入手に配慮したものといえる⁽⁷⁾。

そこで弁護人は、捜査段階で被疑者ノートを書き入れ、取調べやその他の心情等を記載してもらったとともに、接見にあたって、接見メモを作成して（必要に応じて確定日付をとっておくこともある）、被告人の捜査段階での状況を把握しておき、検察官から開示を受けた証拠と被疑者ノートや接見メモ等をふまえて被告人と打ち合わせるにより、供述の変遷経過

や自白等の任意性を疑わせる事情の有無など取調べにおける具体的な問題点を把握することができる。その上で、被告人側は、さらに主張明示（316条の17第1項）のための主張関連証拠の開示も検討することとなる。

被告人又は弁護人は、防御権の保障という観点から、公判期日においてすることを予定している事実上の主張及び法律上の主張（以下「予定主張」ということがある。）があるときは、裁判所及び検察官に対し、これを明らかにしなければならない（316条の17第1項前段⁽⁸⁾）。被告人にとって防御上の権利を行使するために、事件の争点及び証拠の整理に必要な事項を具体的かつ簡潔に明示しなければならない（規217条の19第2項）。したがって、予定主張は、被告人側の防御上の主張としてなされるものであるが、被告人側が自白等の任意性を争う場合には、公訴事実に対して十分な反論・反証ができるようにするために、その根拠となる事実の日時、相手方、態様等を、できる限り特定して主張することが求められよう。

自白等の任意性を疑わせる外部的事情は、被告人自身が捜査段階での取調べにおいて体験したものであるし、また、通常、罪体に直接関係する不利益な事実でもないので、被告人側が任意性を疑わせる外部的事情を主張することは格別の負担となるものではない。したがって、被告人側が、あくまで防御権行使のために、まず自白等の任意性を疑わせる事情を具体的に主張すべきである。

被告人側が、漠然と「暴行があった」、「利益誘導があった」などと主張するだけでは、主張を明示したことにはならない。もっとも、被告人側において、任意性や信用性を争う供述調書を特定し、問題となる取調べ状況をある程度具体的に主張していれば、取調べの日時、やり取りの詳細が明らかにされていなくても、主張明示がなされていると考えてよい⁽⁹⁾。

どの程度の主張をすれば足りるかは、一律には論じられない。被告人側がこの段階で予定主張をするにあたって、検察官手持証拠がどのようなものであるかはわからない（316条の20第1項参照）。また、被疑者ノートや接見メモをもとに予定主張を被告人と打ち合わせるといっても、身柄拘束されている被告人にとって、心情が不安定であったり、記憶があいま

いとなっていることもあり、具体的な内容を引き出すことができない場合もなくはない。しかし、予定主張として自白等の任意性を争う以上は、少なくとも任意性立証の争点明確化や審理予定の策定に必要な限度で、できる限り具体的な主張をする必要がある⁽¹⁰⁾。

任意性のない自白や不利益な事実の承認を証拠とすることができないとする根拠についてはさまざまな立場がある⁽¹¹⁾。どのような立場にたつとしても、当該事案において「任意にされたものでない疑い」を基礎づける事実について、争点を整理するために被告人側が具体的に主張することになる⁽¹²⁾。すなわち、取調べ時間などの客観的状況や、暴行、脅迫、利益誘導や理詰めの取調べや言い分に耳を貸さない態度など取調官の事情のほか、被暗示性や迎合的な性格なども含めた知的な能力、精神的な脆弱さ、健康状態、社会的・経済的事情その他の懸念事項などが考えられる。そして、それらの取調べによってなされた供述の経過、具体的には否認から自白への転換、⁽¹³⁾ 迎合による変遷、「無知の暴露」なども、重要な判断事情といえる。

ところで、被告人側としては、具体的な予定主張を明示することによって、被告人側の主張を検察官が知ることができることになって、検察官に反論の十分な準備の機会を与えることになってしまうという懸念を抱くことがある。しかし、被告人の供述調書の任意性を争うとすれば、一般に、被告人の供述調書を不同意とする意見を述べる（316条の16第1項）ことになるし、そうすれば、検察官は取調官の証人尋問等による任意性の立証予定を明らかにし、被告人側に対し、当該証人が「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」を開示しなければならない（316条の14第2号）から、被告人側にとってもよりいっそう任意性を争う焦点を明確にすることができる。また、公判において、被告人質問で任意性を争う具体的な主張が明らかになったとしても、公判前整理手続終了後は、「やむを得ない」と認められる場合を除いては、被告人側から任意性を争う証拠として、被疑者ノートや接見メモ等の取調べ請求はできない（316条の32第1項）ので、これらを用いての任意性に疑いがあることの立証ができないことにも留意しておく必要がある⁽¹⁴⁾。

被告人側は、自白等の任意性を争う場合には、一般的な防御方針として、公判前整理手続において、被疑者ノートや接見メモ等の証拠調べ請求をすべきである⁽¹⁵⁾。

(2) 公判期日における自白等の任意性の立証方法

公判前整理手続が導入されるまでは、自白または不利益な事実の承認の任意性の立証は、公判前整理手続を経ないことから、公判廷においてはじめて主張され立証がなされてきた⁽¹⁶⁾。すなわち、検察官から被告人の供述調書の取調べ請求がなされると、裁判所は被告人側に証拠意見をもとめ、被告人側が同意との意見を述べると 326 条 1 項により採用し、これを取り調べ、不同意との意見を述べると、立証趣旨等から自白または不利益な事実の承認を内容とするものであると考えられる場合は、弁護人に対して、任意性を争うのかどうか釈明が求められ、弁護人が任意性は争わないが、信用性は争うというときは、322 条 1 項前段⁽¹⁷⁾により証拠として採用され、任意性を争うときは、被告人質問を先行して行い、検察官から取調官の証人尋問によって任意性立証がなされるというのが一般的であった。

このような審理の方式では、具体的な主張を行うことで、かえって検察官に取調官の証人尋問に備える準備をさせることになってしまうという防御上の不利益を考慮して、被告人側は、「任意性を争う」とだけ述べて、裁判所の釈明にも、任意性に疑いがあることを基礎づける事情について具体的に主張することをしないこともあった。また、検察官も、証人として尋問した捜査官から、任意性を疑わせるような取調べをしたことはないし、被告人の言うことは虚偽である旨を述べるにとどまり、取調べの際の捜査官と被告人との具体的なやりとりや調書作成の有無や経過について立証することあまりなかったと思われる。

こうした状況にあって、裁判所の任意性立証に関する審理運営上の方策が提案され、事実上、実践されてきたが、公判前整理手続の施行とともに、規則 198 条の 4 が制定され、裁判員裁判を意識して、任意性立証にかかる時間を短縮するとともに、裁判員が的確に判断することができるように証

抛調べの工夫が積み重ねられた。

すなわち、被告人が被疑者として収容されていた場所で作成した手紙やメモ、被留置者の留置に関する規則5条で備付けが定められている簿冊（被留置者名簿、被留置者出入簿、被留置者診療簿、被留置者面会簿、看守勤務日誌など）や、犯罪捜査規範13条の備忘録、その他の捜査報告書、接見状況報告書、取調べ状況報告書（犯罪捜査規範182条の⁽¹⁸⁾2）をはじめ、いわゆる「取調べ記録」や「取調べ経過一覧表」などの客観的資料の積極的取調べによって、任意性を疑わせる外部的事情の不存在を立証するだけではなく、取調官を証人として請求することで取調べ経過の立証の準備がなされることとなったのである。⁽¹⁹⁾

注

- (6) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法』323頁（有斐閣、第2版、2006）では、「当事者・論争主義に添った公判審理を実現することが目的であるということにつきる（憲37条参照）」と述べられている。
- (7) 渥美・前掲注(6)332頁。
- (8) 渥美・前掲注(6)334頁は、「被告人側から積極的に主張・立証・論証する論争・当事者主義が保障している被告人の権利を行使して、訴追側の予定証明事実が仮に証明・論証されたとしても、なお、被告人が刑事責任を負わないか、免除される事実を提示して、それを立証・論証しようとする機会を、整理手続の段階で保障しておこうというのである」と説明している。
- (9) 齊藤啓昭「自白の任意性の立証」松尾浩也ほか編『実例刑事訴訟法Ⅲ』159頁（青林書院、2012）。
- (10) 自白等の任意性を争う主張は、証拠能力の有無という「補助事実」についての主張であるから、被告人側に主張明示が義務づけられることはないとか、そもそも任意性の立証責任は検察官が負っており、被告人側に主張明示を義務づけられるかのような解釈は不当だという考え方もありうる。しかし、たとえ補助事実としても、罪体に深く関係するものであり、挙証責任が検察官にあるとしても、争点として任意性を争うという法律上の主張をするのであるから、被告人側として予定主張をしなければならないと考える。
- (11) 任意性に疑いがある自白に証拠能力が認められない根拠については、伝統的に、虚偽排除説、人権擁護説、競合説、違法排除説が主張されている。虚偽排除説、人権擁護説、競合説は、任意性の判断に当たって、自白の内容や

被疑者の心理的態度など自白に関する事情を総合的に考慮するという立場に立つものである。これに対して、違法排除説は、捜査機関の自白採取の方法・状況に着目して自白の証拠能力を判断するというものである。自白の証拠能力の制限の根拠には、虚偽排除説的なもの、人権擁護的なもの、違法排除説的なものが「任意性に疑いのある自白」として競合的に作用するが、さらに、その「任意性」の範囲に入らない違法な手段で獲得された自白については、違法の質と量を考慮して、いわゆる違法収集証拠の証拠排除に関する一般的な法理により自白の証拠能力に制限が認められると解することができると思われる。渥美・前掲注(6)471～472頁参照。

青木孝之「自白排除法則の再検証」『刑事司法改革と裁判員制度』80～99頁（日本評論社、2013）は、これまでの自白法則の検討をふまえ、自白の任意性に関する判断の枠組みを示唆する。

- (12) 酒巻匡編著『刑事証拠開示の理論と実務』237～239頁（判例タイムズ社、2009）参照。
- (13) 秋田真志「自白の任意性立証にどう対処するか」『刑事弁護の現代的課題2』414頁（第一法規、2013）。
- (14) 「やむを得ない事由」は、①証拠は存在していたが、これを知らなかったことがやむを得なかった場合、②証人の所在不明等の理由により証拠調請求ができなかったときなど、証拠の存在は知っていたが、物理的にその取調請求が不可能であった場合、③証拠の存在は知っており、証拠調請求も可能であったが、公判前整理手続等における相手方の主張や証拠関係などから、証拠調請求をする必要がないと考え、そのように判断することについて十分な理由があったと考えられる場合等において認められると解される（松尾浩也監『条解刑事訴訟法』788頁（弘文堂、第4版、2009））ことから、被告人質問で任意性を争う具体的な主張が明らかになった場合に、被疑者ノートや接見メモ等の取調べがやむを得ない事由に該当するとして証拠調べがなされることは考えにくい。
- (15) 斎藤・前掲注(9)162頁。

なお、被告人側から、任意性を疑わせる具体的な主張がなく、あるいは抽象的に任意性を争う旨の主張しかされない場合、裁判所は、弁護人に対し、公判前整理手続の趣旨を説明して理解を求め、それでも具体的な主張がされない場合、裁判所は、取調べ状況に関する証拠調べを行うまでもなく、公判前整理手続において、事実の取調べとして、供述調書の署名指印を確認した上、刑訴法322条1項に基づいて自白調書の採用決定をすることも可能であるとの立場（司法研修所編『裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方』67頁（法曹会、2008））が主張されている（斎藤・前掲注(9)160頁）。

- (16) 公判前整理手続に付された事件で任意性について争点整理されたものにつ

いても、公判廷で証拠調べが行われることにはかわりないが、公判前整理手続で任意性について争点と証拠の整理がされた場合とは、証拠調べの方法が異なることになろう。

- (17) 立法当時の説明では、被告人の自白又は被告人自らが行う不利益な事実の承認は、被告人が真犯人であるならば、事案の真相を発見する上に極めて重要な資料であって、その意味では自白は証拠の王である、という前提にたつて、322条1項前段は、被告人が自ら自己に不利益な事実を述べる場合には、それが任意である限り、その内容は、真実に近いということは経験則であるとして、この規定が設けられたとされる（横井大三『新刑事訴訟法逐條解説Ⅲ』117頁（司法警察研究会公安発行所版、1949）。しかし、問題は、無罪推定が働く被告人にとって「任意である限り」と留保が付されているが、このような経験則から説明することには疑問がある。
- (18) 平成16年4月から、検察官、検察事務官または司法警察職員は、身柄拘束中の被疑者・被告人の取調べを行った場合、その都度、取調べ状況報告書を作ることが義務付けられた（犯罪捜査規範182条の2、平成15年11月5日付け法務大臣訓令『取調べ状況の記録に関する訓令』）。
- (19) 316条の18により、証人が公判期日において供述すると思料する内容を記載した書面の開示が規定されている。この書面は、証言予定内容を具体的に明らかにするものでなければならぬと解される（条解・前掲注(14)745頁）ので、被告人側にとっても、反対尋問の手がかりが与えられることにある。

3 任意性を基礎づける事実の証明

自白や不利益な承認についての任意性の挙証責任は検察官にある⁽²⁰⁾。しかし、被告人側が任意性を疑わせる外部の事情を主張していない場合（例えば、326条で自白調書を同意している場合）にまで、検察官が、「任意にされたものでない疑い」の不存在について立証しなければならないわけではない。被告人側がまず任意性を疑わせる事情を具体的に主張し、被告人側から任意性に疑いがある事情について一応の立証がなされた場合に、検察官がその不存在を立証すればよい⁽²¹⁾。

任意性に関する立証は、自白調書の証拠調べ前に行わなければならない⁽²²⁾。ところで、証明の方法には、厳格な証明と自由な証明とがある。

厳格な証明は、証拠能力のある証拠に基づき法定の証拠調手続を行って

証明する場合をいい、それ以外の証明（証拠能力又は証拠調手続のいずれか又は双方に関して法定の要件を満たさないでもよい場合の証明）を自由な証明というとする。

厳格な証明の対象となる事実は、刑罰権の存否及び範囲を定める事実である。それ以外の事実については、原則として、自由な証明で足りると一般に解されている。

自白等の任意性に関する事実については、訴訟法的事実であるから、理論上は、自白の任意性についての立証、反証も、自由な証明で足りると解される⁽²⁴⁾。しかし、実務上は、むしろ厳格な証明によるのが一般的といえよう。自白の任意性という訴訟法上の事実は刑罰権の実現に密接な関連があるので厳格な証明によるべきであるという理由による。また、任意性を欠く自白を採用してはならないという法則は、憲法 38 条 2 項の要求であり、その意味からも厳格な証明によるのが妥当であるとする考え方もある⁽²⁵⁾。

注

(20) 最大判昭 23・6・23 刑集 2 卷 7 号 715 頁。

(21) 最大判昭 23・7・14 刑集 2 卷 8 号 856 頁など

(22) 325 条の任意性調査は、判例によれば必ずしもその筆面又は供述の証拠調べの前にされなければならないものではなく、裁判所がその証拠の取調べ後に、その証明力を評価するにあたってこれをしてもよい（最決昭和 54 年 10 月 16 日刑集 33 卷 6 号 633 頁）とされている。

(23) 最判昭和 38・10・17 刑集 17 卷 10 号 1795 頁

(24) 後藤昭「厳格な証明と自由な証明」『刑事弁護の現代的課題 2』264 頁（青林書院、2013）は、「最高裁判例には、任意性立証は裁判所が適当と認める方法で行えば足りると述べて、自由な証明で足りるとしたかにみえる判例がある。しかし、そのうち最二小判昭和 28・10・9 刑集 7 卷 10 号 1904 頁は、被告人側が自白の任意性について争点形成責任を果たしていないので、事実判断が不要とされた事例とも理解できる。もう一つの最一小判昭和 28・2・12 刑集 7 卷 2 号 204 頁は、請求された証人採用の必要性についての裁量的な判断を認めたにとどまる。これらの判例から、自由な証明によって任意性を認定できるという趣旨を読み取るのは適切ではない。」という。

なお、自由な証明で足りるとしても、被疑者ノートにより任意性を争うと

いう場合、伝聞例外の要件をみたさなくてもよいとしても、公判廷での取調べがなされるべきである。

(25) 後藤・前掲注(24)264～265頁。

4 322条1項後段の書面

被告人が作成した供述書は、その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限り、これを証拠とすることができる(322条1項後段)。

立法当時の解説では、「被告人の自己に利益な供述については、任意性だけでは問題は解決しない。被告人ばかりでなく、誰でも、自己に利益なことは虚実をとりまぜて述べるものである。そこで、任意性が保証されることを前提とするならば、次に警戒すべきは被告人に利益な供述でなければならない。新法は、被告人の自己に不利益な供述を内容とする書面の証拠能力を認めるに当ってその任意性を問題としつつ、それ以外の書面換言すれば自己に利益な供述を内容とする書面について、その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであることを要求しているのは、かかる理由に基づくのである。」と述べられている⁽²⁶⁾。

被告人の利益供述に関しこのような立法がなされた趣旨については、「利益供述の場合は、何遍でも被告人が同様の供述を繰り返すであろう。」という一般的経験則があることに加え(必要性が比較的乏しい)、「人は、自己に利益なことは虚実をとりまぜて述べるものである。」という一般的経験則を踏まえて(何らかの信用性の情況的保障が求められる)、検察官の反対質問権も考慮し、特信情況という信用性の情況的保障が要求されると説明される⁽²⁷⁾。

322条1項後段の「特に信用すべき状況」とは、被告人が不用意にある刺激を受けて反射的に述べた場合の状況とか、通常誰もが清純な気持ちで真実を述べるような特別の環境の下に供述した場合におけるその状況などが考えられる⁽²⁸⁾。

ところで、332条1項後段の「特に信用すべき状況」については、321
150 (243)

条1項3号の絶対的特信情況と同意義であるとの見解がある。⁽²⁹⁾

しかし、321条1項3号の特信情況は、同条1号及び2号以外の場合であり、供述不能が前提となるが、本条の場合は、裁判官または検察官の面前での供述を録取した書面も含まれるし、被告人の自己にとって利益供述となる場合に、被告人が黙秘権を行使するというは現実的ではない。⁽³⁰⁾また、被告人の公判期日外の供述について、検察官は公判期日においてその内容につき反対質問権を行使することができる。したがって、322条1項後段の特信情況は、321条1項3号の絶対的特信情況とは性質が異なるものと解される。⁽³¹⁾

他方、323条3号は、同条1号、2号に準ずる「特に信用すべき情況の下に作成された書面」について、伝聞証拠の例外として証拠能力を認めている。

323条3号の特信情況が認められれば、322条1項本文後段の特信性が認められるべきであり、323条は、321条以下の諸規定によっては証拠能力が認められない場合に証拠の有用性に着目して証拠能力を付与する規定であり、被告人が作成した供述書については、322条1項本文後段が323条の規定に優先して適用されると解されるからであるとする立場もある。⁽³²⁾しかし、323条3号は、321条1項3号と比べて、323条1号及び2号に準ずるような高度の信用性の情況的保障が認められる場合をいい、個々の具体的事情に基づき信用性の情況的判断を要するものは、原則として323条3号書面には該当せず、322条1項後段により証拠能力を判断すべきと考える。⁽³³⁾

取調べの状況（捜査官の発言や態度）を立証趣旨としての被疑者ノートの利用は、その記載内容は伝聞証拠である。そこで、被疑者ノートを証拠とするには、伝聞証拠の例外に該当するかが問題となる。

これについて、刑法323条3号の伝聞例外に当たるとする見解もある。⁽³⁴⁾しかし、前述したとおり、323条3号の書面における「特に信用すべき情況」は、323条1号または2号に準じるような高度の信用性を保障する類型的な外部的状況をいうと解される。⁽³⁵⁾日記帳や手帳で事件に関係なく作成

されたもので、業務の通常の過程に準ずるような情況で作成されたものでなければ、個々具体的な事情に基づいて判断されるものは、321条1項3号または322条1項により証拠能力を判断することになろう。

被疑者ノートが、323条3号書面に該当するとするのは難しいと考える。

裁判例では、被疑者ノートを刑訴法322条1項後段の被告人作成の特に信用すべき情況が認められる文書として採用した⁽³⁶⁾ものがある。

被告人質問において、被疑者ノートの差し入れの経緯、被疑者ノートを記載したときの状況、被疑者ノートの保管状況、被疑者ノートの宅下げの具体的な経緯などの質問を通じて、「特に信用すべき情況」を立証することによって322条1項後段での証拠採用はあり得よう。

ところで、被告人が、公判期日外の供述と同様の供述を公判廷でも行っている場合には、公判中心主義の観点から証拠調べの必要性が乏しいとされる⁽³⁷⁾。

しかし、被告人が、捜査段階で供述した当時は具体的な記憶に基づき供述を行い、あるいは供述書を作成したが、公判段階では、その記憶が失われ、又は、曖昧になっていると公判段階で供述しているなどの場合には問題となる。

この場合、公判期日外の供述について、証拠調べの必要性がないとはいえない。

実務上は、弁護人が被告人質問において、被疑者ノートを示して質問をし、検察官が、これについて反対質問権を行使したうえで、示された被疑者ノートの部分を調書添付とする扱いがなされているといえよう⁽³⁸⁾。

最終的にその供述が信用できるか否かは別として、検察官の反対質問の結果を踏まえてもなお、被告人が当時の記憶のままに当該公判期日外供述を行い、又は、供述書を作成したと相当程度認め得る場合には、322条1項後段の「特に信用すべき情況」を肯定してもよいと考える。

むしろ、身柄拘束下にある捜査段階での取調べ状況について、公判期日における被告人質問で被疑者ノートを示して記憶喚起を図っても必ずしも明確な供述がえられるとは限らないし、取調べを受けた当日又はこれに近

い日においてその都度取調べ内容を被告人自らが記載した「被疑者ノート」の方が最良証拠といえる。

その意味では、実質証拠として322条1項後段で証拠として取り調べるほうがわかりやすい立証となる⁽³⁹⁾ことがあると考える。

したがって、「被疑者ノート」について、被告人が、取調べの記憶が鮮明なうちになるべく早く、取調べ状況を記入したこと、作画的に書くことなく、取調べの内容をありのままに書いたということが認めうる⁽⁴⁰⁾ことができれば、322条1項後段該当書面として証拠能力を肯定してよい⁽⁴¹⁾と考える。

注

- (26) 横井・前掲注(17)117～118頁（なお、本文は新字体にしている）
- (27) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法』666頁〔杉田宗久〕（青林書院、第2版、2012）。渥美・前掲注(6)455頁は、被告人の自己に有利な供述を証拠にするについては、検察官は、反対質問はできても、反対尋問はできないので、刑訴訟法は反対尋問に代わる特信性の情況保障を求めたとする。
- (28) 横井・前掲注(17)118頁。
- (29) 条解・前掲注(14)877頁、なお、森直也「被疑者ノートを利用した弁護実践」自由と正義58巻10号61頁以下（日本弁護士連合会、2007）参照。
- (30) 杉田・前掲注(27)667頁は、当該公判期日外供述について被告人が黙秘権を行使した場合にのみ、321条1項3号と同様の絶対的特信情況を要求すれば足りるとする。
- (31) 321条1項の場合と同様、被告人が供述する際の相手方や状況によって、供述の信用性に関する情況も大きく異なってくること（条解・前掲注(17)877頁）を考慮する必要がある。

杉田・前掲注(27)668頁は、「①裁判官の面前における利益供述（なお、当該事件の公判における供述は、322条2項によって証拠能力が認められる）は、それが公判の場におけると否とを問わず、特信情況を肯定してよい（322条1項の場合、321条1項1号の場合と異なり、相反性は問題とならない）、②検察官、司法警察職員等の捜査官に対する供述は、捜査官が利益供述と知りつつあえて録取している点を考慮すると、被告人が当時記憶のままに供述していたことを相当程度認め得るときは、特信情況を認めることができよう、③被告人の作成した供述書や捜査官以外の者に対する供述録取書については、被告人質問その他の証拠調べの結果、それが訴訟を意識しないで作成されたとか、日々起こった出来事⁽⁴²⁾がその都度忠実に記載されていると

かいう事情があつて、被告人の記憶のままに供述し作成された事情が、その書面の性質から相当程度認め得る場合には、特信状況を認めてよいであろう」とする。

- (32) 安永健次「伝聞証拠の意義」松尾浩也ほか編『実例刑事訴訟法Ⅲ』18頁（青林書院、2012）。
- (33) 条解・前掲注(14)884頁。なお、書面自体から高度の信用性の情況的保障が認められるかという基準ではなく、個々の書面の作成経緯なども含めて具体的に信用性の情況的保障を判断して323条3号に該当するか否かを決めて差し支えないという立場もある（石井・219頁など）。
- (34) 指宿・前掲注(4)54～55頁。
- (35) 条解・前掲注(14)883頁。
- (36) 後藤・前掲注(24)265頁。森・前掲注(29)87頁参照。

大阪地判平成25年3月21日（平成22年（わ）第3260号）〔LLI：06850165〕では、被告人の供述調書の任意性・特信性についてという項目で、被疑者ノートの記載内容を検討して、被告人の背任事件に関する供述調書には任意性が認められ、公判供述と比較しても特信性が認められると、被告人側の主張を斥けている。

横浜地裁平成23年8月29日（平成22年（わ）第1577号）〔LLI：06650485〕は、被告人の自白調書の信用性について、証人の証言の根拠を、被告人の性格等を理由に挙げて合理的かつ説得的に説明しており、また、証人の証言内容は、被告会社の状況とも合致するとしうえで、証言は信用性が認められるところ、自白調書の内容は、証人の証言の内容と整合しないと、自白調書の記載内容自体を見ても、全体的に曖昧な内容となっていること、さらに、被疑者ノートには、被告人の上記弁解に沿う内容も記載されていることなどを併せ考慮すると、自白調書の作成経緯に関する被告人の弁解供述を排斥することはできず、自白調書に信用性を認めることはできない、としている。

なお、公判供述の信用性を判断するにあたって、被疑者ノートを考慮した事案として、大阪地判平成20年3月24日（平成17年（わ）第3529号）〔LLI：06350057〕がある。

- (37) 杉田・前掲注(27)667頁は、実務上しばしば証拠請求される起訴後に作成された被告人の反省文などは、検察官がその取調べに同意し、必要性に関しても異議を述べていない場合を除いては、特段の事情のない限り、特信情況の存否の検討に踏み込むまでもなく、証拠調べの必要性が否定されようとする。
- (38) 後藤・前掲注(24)265頁は、「法廷での被告人の供述に対する補助証拠として扱う方法であり、その実質は、刑訴法328条による増強証拠としての利用である。この場合、取調べを受けていた当時から、被告人は取調べの状況について同じことを訴えていたという事実が、被告人の法廷での供述の信用

性を高める非供述証拠となる」とする。

- (39) 杉田宗久「裁判員裁判における伝聞法則の運用」『裁判員裁判の理論と実践』401頁（成文堂、2012）参照。

なお、杉田・前掲注(27)668頁は、「証拠物として取り調べる運用についても、同ノートに関しては、その記載内容（「今日、取調官から『本当のことを言わないと、お前の妻も逮捕してやる。』と恫喝された。」など）の真实性を抜きにしてその利用価値を想定できないのに、あえて証拠物扱いするのは当該書面の性質に反する取扱いであるというべきである」との指摘は正鵠を射たものである。

- (40) 日本弁護士連合会「被疑者ノート」12～13頁には、「第5『被疑者ノート』の書き方」として、「アンケートに答えるような気持ちで、ありのままを記入してください。（中略）項目にこだわる必要はありませんので、空いているところに日々の取調べの状況を記入してください。（中略）『被疑者ノート』には、あなたが受けた取調べの内容をありのままに書いてください。決して大げさには書かないようにしてください。（中略）取調べの後はとても疲れていると思いますが、記憶が鮮明なうちになるべく早く記入してください。その日に書けなくてもできれば翌日には書くようにしてください。（中略）『1日分の取調べ』のことを書き終えたら、右下欄外の日付に、実際に「記入した日」（取調べの日付と同じとは限りません。）を正しく記入してください。一度「記入した日」を書いた後は、そのページには何も書き加えないようにしましょう。もし、後から「思い出したこと」があった場合には、思い出した日に記入するページに、例えば「○月○日の取調べで××ということがあったのを思い出した。」と書くようにしてください。」という注意書きがある。

- (41) 福岡高那覇支判平成22年8月17日判タ1339号217頁は、被告人の被疑者ノートについて、「被疑者ノートには、その心情に関する記載がある。その記載は、真実と親子の情との間における葛藤が表れた迫真的なものである。これについて、原判決は、被疑者ノートは後からさかのぼって作成したものである上、被告人が同月○日の取調べから犯行を否認するようになったことなどからすると、直ちに信用することはできない、と説示する。その趣旨は、（中略）真実の自白供述があたかも虚偽の供述であったものと見せ掛けるため、虚偽の記載をした可能性がある、というものであると解される。しかし、その可能性がないとはいえないものの、初めて逮捕・勾留される被告人が、被疑者ノートに、過去の真実の自白供述があたかも虚偽の供述であるかのような記載をし、これに架空の迫真性を持たせるようなことをし得るのか、疑問である。むしろ、被疑者ノートには、被告人の率直な心情が記載されているとみる方が自然である。」と判示して、被疑者ノートの信用性を肯定し、

自動車運転過失致死の事件において、被告人を犯人と認めるには合理的な疑いが残るとして、1審判決を破棄したうえ無罪を言い渡している。

5 おわりに

証拠法における被告人の捜査段階での供述をめぐることは、取調べ可視化論と深く関係する。

法制審新時代の刑事司法特別部会による新たな刑事司法制度を構築するための法整備のひとつとして提案された取調べの録音・録画の導入は、必ずしもこれまでの取調べ可視化論を実現するものではない。

裁判員裁判が施行されて5年あまり、わかりやすい主張・立証という視点でのさまざまな実務運用が工夫されてきている。

一部とはいえ、取調べの録音・録画の導入によって、捜査段階での被告人の供述過程の立証に用いられる事案も増えるであろう。しかし、限られた範囲での取調べの録音・録画であり、なお被告人の供述過程が争点となる場合には、被疑者ノート⁽⁴²⁾の利用が積極的に検討されてよいと考える。

最後に、故渥美東洋博士は、刑事司法が一個の有機的なシステムであるとの前提で、「複雑に多くのシステムが絡み合う犯罪の全システムの下で、公判に被疑者取調の過程をどこまで、どのような方法で外部がアクセスできるものにするかを熟慮することが求められる」との問題意識から、「法の犯行・非行予防、再犯防止・減少のシステムのあり方、身柄拘束のシステム、被疑者、参考人の取調べ時の意思の自由の保障のシステム、弁護権保障のサブ・システム、それに行政過程、政府活動でのアクセス度（可視度）の向上による権力の濫用阻止の民主主義の関心といった、システム間の複数の目的の熟慮（実践理性）による複雑な実際・実践の中での最も適切な解決の発見にかかわっている」として、「日本の現行の犯罪についての法システムにあっては、取調べ過程の録画・録音だけを立法化したり、それを裁量的に用いることは、適切な法の運用や立法のあり方ではない。」

とされる。そして、「有罪者の再社会化、又は社会復帰と暴力のサイクルを断つ新たな犯罪に対する手続きの開発を全く予定しない日本で、取調べの録音・録画だけを立法化することが、はたして、現在、多くの国々とともにわが国でも関心が寄せられている犯行・非行の予防・減少を図る『全犯罪』システムの目的に適するだろうか。科刑のみを考える正式の公判システムと刑の執行のシステムだけを取り出して、公判手続きでの科刑根拠の認定だけを重視し、犯行・非行の予防を図る刑法のもう一つの目標のシステムの改善や開発にも有効でなく、そもそも犯行・非行の予防と目標を害するような結果を受け入れることができるだろうか。」と結ばれている⁽⁴³⁾。

刑事司法の全体システムを視野にいたした知見であり、激動する刑事法のダイナミズムに配慮したわが国の刑事司法の構築を考えるとときに忘れてはならない視点といえよう。

注

(42) 取調べの可視化が義務化された場合であっても、被疑者ノートには弁護人の状況把握や被疑者の自覚と励ましといった固有の効果があることから、不要になるとは言えない（小坂井久『取調べ可視化論の展開』72頁（現代人文社、2013））。

また、被疑者ノートは、勾留期間中の生活全体の「可視化」と「適正化」のために有効な手段となるし（指宿・前掲注(2)）、取調べの有無にかかわらず、日々の被疑者の心情が記載されていることで、被告人の防御ための利用も可能である。

(43) 渥美東洋「取調べの適正化；とりわけ電子録音・録画＝いわゆる可視化について」判タ 1262号 40頁以下（2008）。もっとも、被疑者の取調べには伝統的に刑事政策的機能があるとして、取調べの可視化は、この機能を害するおそれがあるとして、消極的である。