



## 検察官の新たな訴追裁量権

——いわゆる司法取引制度導入の検証と今後の課題——

佐々木 正 輝

はじめに

### I 司法取引導入の意義

- 第1 司法取引導入の必要性について
- 第2 司法取引制度の検証に向けて

### II 司法取引の問題点とこれに対する考察

- 第1 司法取引の理論的正当性の検証(その1—訴追裁量権—)
  - 第2 司法取引の理論的正当性の検証  
(その2—約束による共犯者の自白(1): 証拠能力—)
  - 第3 司法取引の理論的正当性の検証  
(その3—約束による共犯者の自白(2): 証明力—)
  - 第4 司法取引の過程及びその前後の録音録画導入の可否の検証
  - 第5 検察の在り方検討会議提言等にみられる要請の充足の検証
- おわりに

はじめに

平成28年5月24日、刑事訴訟法等の一部を改正する法律(以下「本法律」という。)が成立し、同年6月3日公布された(法律第54号)。その改正点は多岐にわたるが、本稿においては、本法律により新しく導入された「証拠収集等への協力及び訴追に関する協議・合意制度」——いわゆる捜査・公判協力型司法取引制度ないし日本版司法取引制度(国会論議においては「合意制度」というワーディングがなされたが、以下本稿においては、「取引」がこの制度の核心を端的に表現するキーワードであることにかんがみ、正面から率直に「司法取引」という言葉を用いることとする。<sup>(1)</sup>)——について、これまでに公にされた議論のうちの幾つかを踏まえ、気付きの

点を述べることにする。

## I 司法取引導入の意義

### 第1 司法取引導入の必要性について

#### 1 政府法案提出理由

本法律の法律案(以下「本法案」という。)は、政府提出法案として審議されたものであるところ(第189回国会(常会)提出日平成27年3月13日)、その提案の理由は、「刑事手続における証拠の収集方法の適正化及び多様化並びに公判審理の充実化を図るため、取調べの録音・録画制度、証拠収集等への協力及び訴追に関する合意制度、証人等の氏名等の情報を保護するための制度等を創設するとともに、犯罪捜査のための通信傍受の対象事件の範囲の拡大、被疑者国選弁護制度の対象事件の範囲の拡大等の措置を講ずる必要がある」こととされている。(傍点・下線は筆者。以下同じ。)

要するに、司法取引制度の導入は、証拠収集方法の、①適正化の実現及び②多様化の実現のために必要である、というわけである。

このうちの①については、「適正化」というからには、(本法案提出時点において)現行の証拠の収集方法には不適正なところがある、という認識の下に、これを適正化するためには司法取引制度を創設する必要がある、といているものにほかならないはずであるが、それでは、その現状認識に係る「不適正な証拠収集方法」とは、一体何を指しているのでしょうか。

#### 2 法務大臣法案趣旨説明

(1) 他方、本法案の趣旨については、法務大臣が、平成27年5月19日の

---

(1) この点に関し、酒巻匡「刑事訴訟法等の改正——新時代の刑事司法制度(その1)」法教433号4頁は、「『司法』権たる裁判所は合意の手続に直接関与しない」ことを理由に、「司法」取引という俗称は不正確だと指摘する。訴追裁量という、「司法」の在り方、その成り行きを左右する営みにおいて「取引」がなされることこそがこの制度の眼目なのである。あえて指摘を踏まえるならば、「訴追取引」といえばなお直截であろうか。

閣議後の記者会見において、所管の大臣として説明をしている。——「この法律案は、捜査・公判が取調べ及び供述調書に過度に依存している状況を改め、刑事司法制度を時代に即したより適正で機能的なものとし、国民の皆様からの信頼を確保するという目的を持って『証拠収集手続の適正化・多様化』と『公判審理の充実化』を図るものであり、正に新しい時代に即した新たな刑事司法制度の構築を目指すものです」、また、同月26日の法務委員会においては、「刑事手続については、近時、捜査、公判が取調べ及び供述調書に過度に依存している状況にあるとの指摘がなされています。このような状況を改めて、刑事手続を時代に即したより機能的なものとし、国民からの信頼を確保するため、証拠収集手続の適正をより一層担保するとともに、取り調べ以外の証拠収集方法を整備するほか、…(中略)…公判審理をより充実したものとすることが喫緊の課題となっています。…(中略)…そこで、この法律案は、刑事手続における『証拠の収集方法の適正化及び多様化』並びに『公判審理の充実化』を図るため、…(中略)…所要の法整備を行おうとするものであります。」との説明がなされている。——これを「適正化」についてみれば、記者説明と国会説明は、「捜査・公判が取調べ及び供述調書に過度に依存している状況を改めるため」とする点では同じだが、前者においては、そのために「証拠収集手続の適正化」が必要である、としているものに対して、後者においては、そのために「証拠収集手続の適正をより一層担保する」必要がある、とされており、両者に違いがある（「適正をより一層担保する」というのは、「不適正」であるという認識を前提としていない）。もっとも、後者も、最終的には、「適正化」を図るため司法取引制度を導入する、という説明振りに落ち着いているのではあるが。

いずれにしても、適正化すべき「不適正な証拠収集方法」が具体的に何を指しているのかについては、なお不分明である。

(2) この疑問に対する答えを探る上では、本法案立案・提出の背景・経緯をみなければならない。すなわち、かの大阪地検特捜部における、いわゆる厚労省元局長無罪事件、同事件の主任検察官による証拠隠滅事件、更にはその上司による犯人隠避事件という、空前絶後といつてよい検察不祥事を契機として設けられた「検察の在り方検討会議」における

議論がそれである。以下には、その議論が集約された「検察の再生に向けて」と題する提言(以下「提言」という。)を参照しながら逐次考察を進めてゆくこととするが、まずもって、その提言の関係個所(28-29頁)を要約摘記しておこう(ローマ数字は、原文のパラグラフに筆者が付したものである。)

(i)(ii)過度に追及的な取調べなどにより、検察官の心証どおりの内容虚偽の供述調書が作成されるなど不適正な取調べが行われてきた。【本質的・根源的問題】⇒(iii)(iv)しかし、その背景には、我が国の刑事司法制度が抱える構造的な問題(調書裁判主義、主観的刑法、精密司法etc.)があった、との指摘もある。【背景に刑事司法の構造的な問題ありとの指摘の存在】⇒(v)(vi)しかし、従来からの「取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判」はもはや時代遅れの産物であり、弊害も大きいので、これから脱却する必要がある。【時代の流れとのかい離脱却の必要性】⇒(vii)司法取引制度の導入は、そのような新たな時代の刑事司法への移行のために必要である。【時代に即した新たな刑事司法制度の構築】

——この(vii)の原文は、先に引用したとおり、司法取引制度の導入を示唆するにとどまっているが、それは“提言の立場”からすれば当然のことである(もっとも、「利益供与の提示」という「インセンティブ」が、果たして提言のいうように「真実の供述」をさせる方向に作用するのか、それとも「虚偽の供述」をさせる方向に作用するのか、まさにそれが大問題なのであり、法案は、後者に流れることを恐れるが故にその防止策をあれやこれやと立案したのであるが、そのことはここではひとまず措く。)

こうして今改めて同提言を読み返してみると、検察権行使の実態について、これを単に「不適正」であるというには到底とどめ得ない、極めて深刻に憂慮すべきものとする各般の認識が赤裸々に述べられていることに、——いわゆる陸山会事件における東京地検特捜部検事による虚偽捜査報告書作成問題についての平成24年4月26日東京地裁判決(大善文男裁判長)による検察に対する前代未聞の厳しい糾弾及び東京第一検察審査会による同検事に対する不起訴不当決議をも含めて——かつて法務検察に身を置いた一人として今なお

胸塞がる思いを禁じ得ない。この意味において、本法律は、これまで自ら我が国刑事政策の要を以て任じ正義実現の牽引者としての自負を内外に誇示して来た検察が、自らその信頼を根底から失墜させたことに胚胎する誠に重い負の歴史の産物であることを思わずにはいられない。

### 3 「検察の在り方検討会議」提言

#### (1) 提言の指摘

提言は、「検察において、我が国の刑事司法制度特有の構造をも背景として、供述調書による立証・事実認定を重視するあまり、供述の信用性等に関する慎重な検討を軽視したまま、検察官の心証に合致する供述さえ獲得できればよい、さらには、そのような供述調書さえ作成できればよいという、極端な取調べ・供述調書偏重の風潮があったこと」という「本質的・根源的な問題」を指摘したうえ、更に言葉を継いで、「取調べには、取調官が自白を求めるのに熱心なあまり過度に追及的になったり、不当な誘導が行われたりして、事実とは異なる供述調書が作成される結果となる危険性も内在する。特に、社会状況や人々の意識の変化により、取調べによって供述を獲得することが困難化しつつある中において、検察官が証拠獲得へのプレッシャーを感じ、無理な取調べをする危険がより高くなっており、今般の事態は、正にその危うさが露呈したものにほかならない。」と指摘している。

提言は、上記の中で、「検察において、…(中略)…の風潮があった」と述べているが、事は「検察の風潮」という抽象的な次元の問題ではなくして、個々の検察官の日々の取調べの実践における姿勢・態度の問題なのであるから、厳密かつ直截には、「少なからぬ検察官の取調べにおいて、…(中略)…の姿勢・態度があった」とされてやむなきものであろう。そして、「正にその危うさが露呈した」というのであるから、取調べにおいて検察官が「過度に追及的になったり、不当な誘導が行われたりして、事実とは異なる供述調書が作成される結果となった」、そういう「無理な取調べをした」と指摘しているわけである。結局、提言は、「供述の信用性等に関する慎重な検討を軽視したまま、検察官の心証に合致する供述さえ獲得できればよい、さらには、そのような供述調書さ

え作成できればよいという、極端な取調べ・供述調書偏重の姿勢・態度の下に、自白を求めて過度に追及的になったり、不当な誘導等の無理な取調べが行われ、その結果、虚偽の供述調書が作成された」としているのにはほかならない。

## (2) 問題の核心

検察官が、自らの心証に合致する供述調書の作成を至上命題とし、その供述の信用性等に関する慎重な検討もないがしろにしたまま、ひたすらその供述を引き出すことに専心すれば、取調べの在り方が歪んでくるのは必然である。つまるところ、“検察官の思うがままの供述調書の作成をもたらすような強引な取調べの在り方”こそが問題の核心を成しているのである。厚労省元局長無罪事件や再審無罪を含むその他の無罪事件に現れた虚偽自白を導いたのは、多くの場合、その指摘されているような「自白を求めるのに熱心なあまり」の「過度に追及的」な取調べ、「不当な誘導」のような「無理な取調べ」であり<sup>(2)</sup>、このような取調べの在り方が冤罪の温床の少なくとも一つとなって来たことはもはや否定すべくもない。——これについて、提言は次のようにいっている。「検察をめぐっては、近時、いわゆる足利事件を始め、いくつかのえん罪事件が発覚するなど、その捜査等に対する問題が指摘されてきたところであるが、今般の一連の事態によってより一層、内包する問題が明らかになってきた。」<sup>(3)</sup>

まずもって、「過度に追及的な取調べ」等の「違法・不当な取調べ」からの脱却、すなわち「取調べの適正化」が喫緊、至上の命題とされるべき根本的な理由はここに在る。そして、厚労省元局長無罪事件等の一連の事件にみられたこのような違法・不当な取調べの在り方とそれがも

---

(2) 平成27年7月1日衆議院法務委員会における参考人郷原信郎弁護士(元検察官)の発言：「特捜の調べではなかなか自白がとれない。それなのに、周りの検事はどんどん自白をとるんですね。なぜだろうか、私は本当に取調べ能力がないんだろうかと悩んでいたんですが、どうも、いろいろ聞いてみると、相当取調べのやり方に問題があった。中には、物すごい密室で頑丈な造りの取調室の前を通ると、ものすごい声が聞こえてくるということもあったわけです。」

(3) 提言2頁

たらして来た災禍の厳粛な自覚と深い反省悔悟の上に立って、これを二度と繰り返さないことこそが、「検察の再生」にほかならないであろう。

こうして、「提言の上記の指摘に係る取調べの在り方」こそが、「不適正な証拠収集の方法」にほかならないはずのものであろう。政府の法案提出理由中という「証拠の収集方法の適正化」とは、直截にいえば、このような「従来の不適正な取調べの在り方を正す」ことを意味するものにほかならないはずのこととなる。

そして、本来、この適正化されるべき「不適正な証拠収集方法」の具体的に何たるかは、その適正化のためとして本法案成立の「必要」をいう法案提出者、そしてその法案審議の成り行きを注視する国民の双方にとり、真にその「必要」が認められるか否かの議論の出発点を成す最も基本的な問題——その意味で、法案提出に当たり、提出者のこの問題についての認識如何が進んで表明され、国民との間で共有されるはずのもの——なのではないだろうか。

#### 4 取調べ適正化のための司法取引導入

以上の理解に誤りがなければ、政府の法案提出理由や大臣の趣旨説明は、「提言の指摘した上記のような不適正な取調べ(という供述証拠の収集方法)を適正化するためには、司法取引制度を導入する必要がある」、といていることになる。

しかし、このロジックにはにわかに納得し難いものがある。もしも、取調べを適正化するためには真に司法取引制度の導入が「必(ず)要(る)」(prerequisite)なのであれば、同制度が導入されない限り適正化は達し得ない道理となる。だが、もし本当にそうなのであれば、——司法取引の制度がなければ、検察官は、「供述の信用性等に関する慎重な検討を軽視したまま、検察官の心証に合致する供述さえ獲得できればよい、さらには、そのような供述調書さえ作成できればよいという、極端な取調べ・供述調書偏重の姿勢・態度」に訣別することができず、「自白を求めて過度に追及的になったり、不当な誘導等の無理な取調べを行う」ことを止めることができず、「その結果、虚偽の供述調書が作成される」というような事態を二度と出現させないようにすることもできない、のであれば、——もはや検察官にraison d'êtreはない。「取調べの適正化」は、一連の検察不祥事を踏まえ、あ

くまでも検察自身がその責任の真摯な自覚と深い反省の上に立って、その独自の責任において、その名誉をかけて、主体的・自律的に成し遂げなければならない命題なのであり、自らの職責に真面目に真剣に誠実に向き合う検察官である限り、特段難なくそれを達成することができる——否、すでに現行法(法案提出時の刑訴法をいう。)の下で当然のこととして「適正な取調べ」を行ってきた——はずのものであって、「司法取引」をすることができなければ達成できないようなものではまったくない。

もっとも、今回の検察不祥事に照らせば、もはや取調べに当たる検察官個人個人の自戒には安んじて委ねられない、という厳しい視線も注がれていよう。検察が自ら招いた不信であり、厳粛に受け止められるべきものであるが、検察の自律に任せられないとなれば、これを他から律する手段・方法としては、「取調べの可視化」による検察官の取調べの監視こそが何よりも「取調べの適正化」を実現するものとなる。実際、提言において、可視化は、虚偽自白によるえん罪の防止策、被疑者の人権保障策として積極的に拡大すべきものとされているのである<sup>(4)</sup>。そして、法案における可視化対象事件(裁判員制度対象事件及び検察官独自捜査事件)と司法取引対象事件(一定の財政経済事件及び薬物銃器事件)とは、一部において重なり合いもみられる。ところが、本法案は、その重なる部分においても更に、「証拠の収集方法の適正化を図るために司法取引を導入することが必要」とするのである。

法務省を立案当局とする本法案が、検察官の自律再生に対する不信に発するものとも考え難いことからすれば、このあたかも司法取引導入が「取調べ適正化」の必要条件requirementであるかのようにいう点は、

---

(4) 「捜査・公判の在り方については、被疑者の人権を保障し、虚偽の自白によるえん罪を防止する観点から、取調べの可視化を積極的に拡大すべきであることとした。」(提言2頁)、「本検討会議における議論では、虚偽の自白によるえん罪を防止し、被疑者の人権を保障する観点から見ると、被疑者の取調べの録音・録画が有効であり、その範囲を積極的に拡大していくべきであるとの方向性について大方の合意を得た。さらに、今後の方向性として、取調べの全過程についての録音・録画の実施を目指すべきであるとの意見も、多くの委員の支持を得た。」(提言24頁)

措辞において不適切ということなのであろうが、ことはそれだけにはとどまらず、かえって、司法取引制度の不存在が「不適正な取調べ」の存在のexcuseともなりかねない——それによって検察が自身を見る眼をも曇らせるものとなりかねない——危うさが潜んでいるようにも思われる<sup>(5)</sup>。

#### 5 過度の依存脱却のための司法取引導入

法務大臣の上記法案趣旨説明で言及された「捜査・公判の取調べ・供述調書への過度の依存」を改めることの必要性は、大臣の国会答弁においても繰り返し強調されている。——「取調べ及び供述調書への過度の依存から脱却を図るためには、証拠収集方法の適正化、多様化、また公判審理の充実化を図ることが必要である」<sup>(6)</sup>

だが、「証拠収集方法の適正化」を図らなければならないのは、何よりも、「(提言に指摘されたような)不適正な証拠収集方法」を放置・残存させてはおけないからである。

#### (1) 提言にみられる過度の依存脱却論

法務大臣が繰り返し用いたこの「取調べ及び供述調書への過度の依存」というcatchphrase/sloganは、先にみたとおり、提言の(v)と(vi)の中に登場しているが、(vi)で司法取引制度導入を示唆するまでの提言の上記論説を一読して目を引くのは、次の2点である。

- ① 途中から、「不当な誘導」、「無理な取調べ」というタームが姿を消し、「過度に追及的な取調べ」と指摘されていたのが、「過度に」が削られて、「(『密室』における)追及的な取調べ」に姿を変えたこと。そして、その結果、「不適正な」取調べという、取調べそれ自体の適正／不適正に着目した観点が消失したこと——「密室における追及的な取調べ」それ自体が直ちに「不適正な取調べ」とは言えないことはいうまでもない。
- ② それまでの「不適正な取調べ」の個々の在り方そのもの(「過度な追及」、「不当な誘導」など)を問題視する視座から、その背景事情

---

(5) 後に登場するいわゆる「検察焼け太り論」と盾の両面を成す問題ともいえる。注(11)、(12)、(13)、(20)及び(21)並びにこれらに対応する本文の記述参照。  
なお、検察の自律的再生の必要性については、提言34頁参照。

(6) 平成27年6月19日衆議院法務委員会等

としての我が国刑事司法制度特有の構造に由来する問題性(調書重視)への着眼を契機として、「捜査・公判が(『密室』における追及的な)取調べや供述調書に過度に依存している」ことを問題視するという、視座の転換が行われていること。端的にいうならば、改めるべきは、「過度に追及的な取調べ(←不適正な証拠収集方法である。)を行ったこと」ではなく、「追及的な取調べ(←それ自体は不適正な証拠収集方法とはいえない。)に過度に依存していること」である、とされたことである。

これらのことは、一体何を意味するものなのであろうか。

(2) 提言の意味するもの

ア まず、一ついえるのは、先の法務大臣趣旨説明・国会答弁との齟齬である。

大臣説明・答弁においては、本法律は、「捜査・公判が取調べ及び供述調書に過度に依存している状況」を改めるために、「証拠収集手続の適正化」を図るものであるとされていた(ちなみに、法務省作成の法案説明ペーパー「刑事訴訟法等の一部を改正する法律案の概要」と題する一枚紙にも、「時代に即した新たな刑事司法制度の構築」とのテーマの下で、「取調べ及び供述調書への過度の依存からの脱却」⇒「証拠収集手段の適正化・多様化」との図式がみえる。)

これに対して、提言の司法取引導入の示唆に至る論旨の展開においては、上に指摘したとおり、その導入の必要性をいう上で、「証拠収集手続の適正化」には触れるところがない。

要するに、司法取引制度導入を必要とする理由として、前者はあくまでも「証拠収集手続の適正化」を挙示しているのに対して、後者はそうではない。そして、そうなると、政府の法案提出理由もまた、提言の考え方との間に齟齬があることとなる。

一体なぜこのような齟齬が生じたのであろうか。

イ 提言が上記のような論理の下に「司法取引制度」の導入を示唆するに至ったことについては、検察の在り方検討会議が設けられた経緯、その設置の趣意に照らしてみるときは、私なりに考えさせられるところがないでもない。

上記の提言の論旨の進め方から私が受けた印象を率直に申せば、提言は、厚労省元局長無罪事件等々についての検察に対する厳しい世論の動向を踏まえて、従来の検察の「不適正な取調べ」の在り方を峻烈な言葉をもって糾弾したものの、そうなったにはそれなりの「背景」があった「との指摘の存在」への言及をturning pointとして、「不適正な取調べ」の在り方そのものから離れて、その背景事情である「取調べ・供述調書への過度の依存」の持つ問題性へと視座を移動させ、以後、その問題の解決策の在り方をメインテーマとして検討した結果、司法取引制度導入をサジェストするに至ったもののように見える。——このことについて、当の提言自身は、次のように述べている。「検察の在り方を考える過程で、捜査における供述調書を中心としてきたこれまでの刑事司法制度が抱える課題を見直し、制度的にも法律的にも解決するための本格的な検討の場が必要であるとの認識が生まれ、直ちに検討の場を設けて検討を開始するべきである旨提案するに至った。」<sup>(7)</sup>

だが、これでは、厚労省元局長無罪事件等々を受けて本来議論の主題であったはずの「不適正な取調べ」が、いつの間にかその座から降ろされてしまい置き去りにされてしまったかの感がある。

ウ もっとも、すでに述べたとおり、「取調べの適正化」は、検察ともあろうものが今日までそのことについて徹底を欠いていたこと自体、幾重にも強い非難に値するといわざるを得ないものであり、そのことが明らかになった以上は、その改善・立ち直りは、せめて検察自身が自らの手によってその責任の下に成し遂げなければならない課題であって、周囲がお膳立てしないことにはよくこれを果たし得ないなどというのであっては、もはや論外としなければならない。

その意味では、検察のこの自主的な再生のプロセスを手をこまねいて様子見しているわけにもゆかぬ検察の在り方検討会議の立場としては、対処に難しいところがあったやにも想像はできる。だが、その検察の自律に俟つ傍観者には徹し得ないということからするならば、「取調べの適正化」の他律的実現策(いわば外からcompellinglyに検察改革を導く提言)

---

(7) 提言2頁

としてだれもが想到するところは、何と云っても、先にも一言した「取調べの可視化」と、被疑者と取調官との実質的対等性を確保するため多くの国で認められているとされる「取調べへの弁護人の立会権」<sup>(8)</sup>であろう。そして、検察の自力再生には委ねることはできないという検察への不信に発するこの文脈中に在っては、これらの施策が「取調べ適正化」のために必要という位置付けを持って登場することもまたやむを得ないこととしなければなるまいか。

だが、提言の記述にみられるように、これらについては、いずれも検討会議委員の間で意見が分かれ、とりまとめに至らなかった。

エ あるいは、「取調べ及び供述調書への過度の依存」こそが「極端な取調べ・供述調書偏重の風潮」のことを指しているのにはほかならないのであり、提言は前者からの脱却の必要性を明示することによって、後者の内実を成す「不適正な取調べ」の「適正化」のための提言を示しているのではないか、と主張されるのかもしれない。

しかしながら、

(ア) すでにみたとおり、提言の論旨は、「極端な取調べ・供述調書偏重の風潮」の「背景」に、「これまでの捜査・公判は取調べと供述調書に大きく依存するという我が国の刑事司法制度特有の構造」があり、そのまた「背景」に、「従来の実務における調書裁判主義／主観面の立証・精密司法等の要請」があった、とするものであって、「取調べ及び供述調書への過度の依存」イコール「極端な取調べ・供述調書偏重の風潮」としているわけではない。

また、いかに「我が国のこれまでの捜査・公判が取調べと供述調書に大きく依存する構造となっているその背景」が存在しようとも、いかに「我が国において捜査機関が取調べを重視せざるを得なかった背景」が存在しようとも、検察部内に提言の指摘するような「極端な偏重」の風潮(精神性)が出来たことについて、前者と後者の間にcondicio sine qua nonがあるとはとてもいえない。その意味では、提言がこのような「極端な取調べ・供述調書偏重の風潮」が「供述調書による立証・事実

---

(8) 提言32頁

認定を重視するあまり」のことであった、との認識を示していることについて、sympatheticにすぎる趣があるとの批判を蒙る余地があるろう。

これらのことは、検察不祥事の「背景」を逐次さかのぼって探求・分析するその過程の中において、ともすれば無意識のうちにも、「あなたがち、原因・理由のないことでもなかった」というexcuse——(iii)(iv)に、「…との指摘があった」として言及されているところは、いずれも、主として、従来からの検察官の著作・論稿にみられた指摘である。——の中に埋没させてしまいがちな点であるだけに、なお一層自覚的にこの「本質的・根源的な問題」に向き合い、目をそらさないことが必要であるはずのところ、提言がみせた上記の視座の転換においてその移動した視線の先にある「取調べと供述調書への過度の依存」は、(検察ないしは取調べに当たる個々の検察官に起因する問題ではなく)我が国特有のこれまでの刑事司法制度の在り方(「構造」)に起因する問題である、というのである。してみれば、このような提言の問題追求の視座の転換は、「本質的・根源的な問題」、つまりは厚労省元局長無罪事件等にみられた検察の違法・不当な取調べ問責の矛先が、刑事司法制度の在り方(「構造」)論に向けて逸れる結果をもたらしたともいえる面がある。

(イ)「密室における追及的な取調べ」それ自体が直ちに「不適正な取調べ」とはいえないことはいうまでもない。その意味で、“必ずしもそれ自体取り立てて違法不当とも目し得ない取調べ及びその結果として得られた供述調書に依存する度合いが過ぎる”という問題と、“如何なる場合にもそれ自体あり得べからざる取調べの態度、すなわち、供述の信用性等に関する慎重な検討を軽視したまま、検察官の心証に合致する供述さえ獲得できればよい、さらには、そのような供述調書さえ作成できればよいという、極端な取調べ・供述調書偏重の風潮が検察部内に存在していた”という問題とは、異質・異次元のものである。

(ウ) 提言自身、上記引用のとおり、司法取引制度の導入に向けての提言(示唆)は、検察の在り方を考える過程(すなわち、検察の再生に向けての提言を探る過程)で生まれた認識に発するものとしているのである。

その意味で、司法取引制度の導入その他「捜査の『現代化』」の提言は、検察の在り方検討会議における議論の「副産物」ともいうべきもの

であるとの位置付けが、同検討会議自身の認識にも沿うものといえよう。オ　しかるに、提言は、そのまとめにおいて一転して、「このように、今般の事態を踏まえて同様の事態を二度と引き起こさないようにするためには、現在の刑事司法制度が抱える問題点に正面から取り組み、多岐にわたる諸課題を検討して新たな刑事司法制度を構築していく必要があり、直ちに、本格的かつ専門的な検討の場を設けることが必要である。この提言を踏まえ、関係諸機関の協調の下、直ちに、先に述べたような新たな検討の場を設け、本格的な検討を開始して、改革を実現することを強く求めたい。」とするに至った<sup>(9)</sup>。

ここには、検察の在り方検討会議の視座が、「検察における極端な取調べ・供述調書偏重の風潮という本質的・根源的問題」から「現在の刑事司法制度が抱える問題点」へと大きく転換・展開したこと、そしてその上で、厚労省元局長無罪事件等の再発防止のためには新たな刑事司法制度の構築が必要との結論的認識に至ったことが、鮮明に打ち出されており、ここに至って、司法取引制度導入は、あたかも同会議における議論の「主産物」であるとされたかのようにもみえる。

しかし、私自身をも含めて、少なからぬ者が違和感を抱く点は、元来「検察の改革」のはずであったものが、いつの間にか「刑事司法制度の改革」にすり替わってしまったこと<sup>(10)</sup>、「検察の再生のために」として「司法取引の導入」を方向付けるのは筋が違うのではないかということ<sup>(11)</sup>、「今般の事態」を受けての問題について、議論を上記のような形で収束させることは、責任の所在を曖昧にするものではないかということ、にほかならない。——これらの問題は、後にいわゆる「検察焼け太り論」に姿形を変えて再登場する<sup>(12)</sup>。やはり、提言の当初指摘に係るとおり、「本質的・根源的な問題」は「検察」にこそ在ったといわざるを得ないのであって、それが「現在の刑事司法制度」に在る又は起因するとする——それ故に今般の事態の再発防止のためには司法取引制度の導入が必要であるとする——というのは、責任転嫁の趣きを免れないとの批判を封じ得ないであろう。

---

(9) 提言33頁

## (3) 過度の依存脱却論の論拠

ア 翻って考えてみれば、当然・自明の如くにいわれている「取調べ・供述調書への過度の依存」というcatchphrase/sloganが、従来の実務の具体的に如何なる有様を指していつているものなのか、これに対して、「過度の依存」がどこまでの実務を指すことになるのかも含めて、提言上明示の説明もなされておらず、曖昧なまま残されているところがある。——例えば、立証上、ベストエヴィデンスとして非供述証拠によるべきところを、それをおろそかにして供述証拠の獲得に専心するならば、それは「取調べへの過度の依存」であろう。証人尋問をおごなりにして、直ぐに2号書面で立証しようとするならば、それは「供述調書への過度の依存」であろう。しかし、少なくともこの数十年来についていえば、これらが検察の実務の普遍的な営みだとみるのは当たっていないし、この様な立証の姿勢が容れられるほど裁判は甘くない。

論旨の展開にみられる似たような表現をとらえてみても、(i)にいう、「我が国の刑事司法制度特有の構造をも背景として、供述調書による立

(10) 注(9)に引用した提言の記載と、提言が「はじめに」として述べていた検察の在り方検討会議の「設置目的」についての次の記載とを対比のこと。「大阪地検特捜部における、いわゆる厚労省元局長無罪事件、同事件の主任検察官による証拠隠滅事件、さらには、その上司であった元大阪地検特捜部長及び元同部副部長による犯人隠避事件という一連の事態は、国民に大きな衝撃を与えるとともに、巨悪を眠らせず、公正な社会の実現に向けた役割を期待されてきた特捜部に対する信頼を根底から失墜させた。そればかりではなく、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、的確に犯罪を認知・検挙し、公正な手続を通じて事案の真相を明らかにし、適正かつ迅速に刑罰権の実現を図ることにより、社会の秩序を維持し、国民の安全な生活を確保することを目的とする刑事司法の重要な一翼を担う検察の捜査・公判活動全体への不信を招くことにもなった。『検察の在り方検討会議』は、この極めて深刻な事態を受け、失われた検察の信頼の回復を図るべく、幅広い観点から抜本的に検察の在り方について検討し、その改革策を法務大臣に提言し、その施策実施に寄与するとの目的で、当時の柳田稔法務大臣の指示によって設けられた。」(提言1頁)

(11) 注(5)とこれに対応する「検察の自律的再生」に関する本文の記述参照。

(12) 注(13)、(20)及び(21)並びにこれらに対応する本文の記述参照。

証・事実認定を重視する」態度のことかといえ、これが直ちに「過度の依存」ともいえないし、(iii)にいう、「我が国のこれまでの捜査・公判は取調べと供述調書に大きく依存する構造となっている」ことを意味するものかといえ、「大きく」と「過度に」とでは、字義が随分と異なるといわざるを得ないであろう。

結局、提言が、(v)(vi)において「脱却の必要性」をいうに及んで、唐突に「過度の」依存という否定的なニュアンスの評価を持ち出した wording は、「脱却」の必要性を主張・強調せんがための Deus ex machina であったと評される余地を残したものとなっている。——この点で、法務大臣は、先に引用した国会答弁の中で、「現行法のもとにおきましては、そのような供述(組織的犯罪における内部者からの供述)等を得るための主な手法は取調べのみでございまして、他に有効な手法が存在しない。ゆえに、この取調べ及び供述調書に過度に依存をすることになってしまう」、「近時、事案の解明に資する供述を取調べによって得ることがなかなか難しくなっているということございまして、取調べによって供述を得ることが困難な場合において、なお取調べによって供述を得ようとするという余り、過度に依存することになる」と述べている。しかし、これによってもなお「適度」と「過度」の依存振りの具体像の違いがみえないばかりでなく、この論理でゆくならば、司法取引導入前の法制度の下では、すべからく「過度の依存」という脱却すべき悪しき事態が不可避免的に発生することになるが、「適正な取調べ」をもってする真実の追求(不自然不合理な弁解に対する当然の追及)が「過度の依存」の咎めを受ける理由はないであろう。後に再論する。

イ 「取調べや供述調書への過度の依存」からの脱却が必要であることの根拠として象徴的な表現でいわれているのが、(v)に登場する「時代の流れとかい離」である。

しかし、これもまた、その具体的に想定されている事象が何を指してのものなのか、提言には明示されていない。

(ア) 提言の論旨の運びからみえるのは、「検察・刑事司法を取り巻く環境が変化した」にもかかわらず「『密室』における)追及的な取調べと供述調書に過度に依存する捜査・公判」を続けることは、「時代の流れとかい離」したものであり、それは、①事実の解明を一層困難化させる、

②えん罪を生む(危険を有する)、とする分析・評価・認識である。

仮に、「時代の流れとのかい離」が、供述獲得が困難化している現代においてなおこれを追求する捜査の在り方を指しているとするならば、それは捜査・公判への「過度の」依存とは次元を異にする問題である。なぜならば、①の事実解明の困難化は、「取調べ」全般において真実の供述を獲得することが困難化していることによるものなのであって、取調べへの依存度とは関係しないし、②のえん罪のおそれは、これまでにみてきたような「不適正な取調べ」がもたらすものであって、取調べに「過度に」依存していることの帰結ではない。——無限定で「取調べ」という以上、当然それには「適正な取調べ」も含まれている。否、提言自身、これまで検察が「不適正な取調べに過度に依存してきた」という認識は一度も示していない。

(イ) 平成27年7月1日の法務委員会における議論の中で、司法取引の実効性を問われた与党推薦の参考人川出敏裕教授は、それに対する回答として、極めて率直な発言をされている。曰く、「(司法取引制度の導入は、)基本的には、なかなか供述が得られなくなっているという中で、一つの武器がある意味では捜査機関側に与える、そういう意味合いである)。」

これは、「『時代の流れとのかい離』の意義についての先の仮定が正鵠を射ていたこと、そしておのずと、提言のいう「時代の流れとのかい離」とは、現代の取調べ全般について妥当する事象なのであって、捜査・公判が取調べや供述調書に「過度に依存している」ことにspecificな事象なのではないことを物語るものといえよう。

(ウ) 何より重要なことは、この発言により、司法取引制度導入の目的は、“取調べという証拠収集手段によってはもはや供述獲得が困難になっているところがあるために、供述獲得を容易にする他の手段をオプションとして捜査機関に与える”ことにある、ということが明言されたという点である。

これは、川出發言のとおり、「一つの(新たな)武器」を検察に与えるということであり、司法取引の導入が、「不適正な捜査の適正化」とは別の企図によるものであることが、司法取引の実効性のいかにめぐる

文脈の中で期せずして明らかにされたのにほかならない<sup>(13)</sup>。司法取引制度導入の必要性に関する本議論のまとめにおいて、再度言及する。

ウ 提言は、(vi)において、「今後、国民の安全・安心を守りつつ、えん罪を生まない捜査・公判を行っていくためには、抜本的・構造的な改革として、追及的な取調べによらずに供述や客観的証拠を収集できる仕組みを早急に整備し取調べや供述調書に過度に依存した捜査・公判から脱却するよう、その在り方を改めていかなければならない」と主張している。

提言の上記の主張は、読みようによっては、「(「密室」における)追及的な取調べ」そのものを好ましからざるものとする——だから「抜本的・構造的な改革として」これを排斥する方向をとろうとしている——かの如く受け止められもする。

しかし、「(「密室」における)追及的な取調べ」が、提言のいうように「時代の流れとのかい離」を来している面があるというところまではいえるとしても、節度をわきまえつつも供述の自己矛盾や客観証拠との不整合を突く「(「密室」における)追及的な取調べ」はむしろあるべき取調べの姿にほかならない。提言自身が言及しているように、「取調べは、それが適正に行われる限りは、真実の発見に寄与するものである。」<sup>(14)</sup>。法令に基づき適法・正当に行われる「追及的な取調べによって供述を収集すること」は、まさに捜査官のなすべき任務にほかならない。取調べは、あくまでも法律に根拠を有する証拠収集方法なのであり、それそのものをa prioriに軽視するような態度は正しいものとはいえない。供述の獲得がいかに困難化しようとも、「適正な取調べ」という法によって付与された証拠収集方法を最大限活用して成果を得ることを目指す(その意味において「取調べに依存する」)のは、むしろ当然のこととしなければ

---

(13) 野党推薦の参考人笹倉香奈准教授の法務委員会における次の発言とも実によく符合する。——「確かに特別部会の議論過程でも、その問題(えん罪事件の根絶、違法な取調べの廃絶)とは切り離されてこの司法取引というのは議論されておりまして、供述を獲得する新たな手法だというふうにして採用されたものでございます。しかし、その実は何かと申しますと、供述を得るための新たな武器を検察に与えるというものであります。」

(14) 提言28頁

ばならない。そして、そのような適法・正当な取調べにより獲得された供述証拠を立証上法令の範囲内で最大限駆使して成果を得ることを目指す(その意味において「供述調書に依存する」)のもまた当然のことである。

このように、「追及的な取調べにより供述を収集する」ことと「取調べや供述調書に過度に依存する」こととは、異次元の問題である。仮にも、提言が、「追及的な取調べ」によらないことを奨励する趣意なのだとなれば、それが角を矯めて牛を殺すものとなりかねないことは、もはや多言を要しないであろう。

エ 以上にみてきたとおり、「取調べと供述調書への過度の依存」、そしてその「時代の流れとのかい離」の正体については、実は、提言を読む側があればこれ付度する以外には、その具体的な像はみえていない(後者についてはあらかた見当はついたといえるが。)。このため、その生(ナマ)の姿の見えない(得体の知れない)モノ——観念的・感覚的な存在——からの「脱却」の必要性として論じられているところは、つまるところ法案を理由付ける説明のためのrhetoricの域を出ていないように思われなくてもいい。

もっとも、提言が提起したような「抜本的・構造的改革論」は、これまで主として学界側から我が国刑事実務に対して加えられてきた分析的評価、制度論議に通底する面があるようにも見える。

しかし、それらの意見は、マクロの視座からする一種の理念型の提示として理解されるべきものであって、そのような観念的なレベルでの刑事司法に係る構造論・制度論が、実際に生起した違法・不当な社会事象についてその再発防止のための個々具体的な現実の刑事司法制度の構築・導入の政策的必要性を直ちに基礎付けると考えるのは、いささか飛躍があるように思われる。まして、学界は、おしなべて司法取引の導入には消極的な姿勢を示していたとみられることも忘れられてはならない。

立法事実の存在をあくまでも実証的に確認するという立場からするならば、まずもって改めるべきものは、現実の事象としてその存在が確認された「不適正な取調べ」そのものであり、これを断つためには、端的にこれを改めること——すなわち、「不適正な取調べの適正化」——が、最も直截で何よりも有効な対策であることに、異論の余地はないはずで

あろう。

具体的な像がよくみえていない所にメスを入れようとしても、その切り込む先の箇所を誤るおそれなしとしない。患部を的確に切除摘出するには、視界の内にその実像が捉えられていなければならない。その意味で、結局、「改めるべきもの」としての問題の真の所在は、やはり、「不適正な取調べ」に在ったというべきであろう。提言が、「検察改革」をめぐる議論の途中からこの本筋を離れて、「刑事司法制度改革」に舵を切ったことは、この意味においても問題を残したもののように思われる。オ 他方で、法務大臣の趣旨説明・国会答弁においては、先にみたとおり、「証拠収集方法を適正化する」ことによって「取調べ・供述調書への過度の依存から脱却する」ことができる旨主張されている。しかし、この因果関係の論証はみられない。

むしろ、先に引用した大臣答弁をみても、もはや取調べを続けるべきでないのにそれを続行する「無理な取調べ」をもって「過度の依存」と評しているやにもみえる。——このことは、「過度の依存がいけない理由」についての次の大臣答弁において、より明らかに看取される。「取り調べ及び供述調書に依存した状況について、これが過度であるということでもあります。取り調べの過程の中で、事案を追求していこう、そのことを第一の目的とする余りに、そのことを追求する余りに、取り調べにおきまして手続の適正確保が不十分となるということ、そしてまた、問題が発生してきた事例の中でもそうした現象が起きてきたということ。また、公判立証におきまして、供述調書の信用性に関する検討ということにつきましても、これに過度に依存するということになりますと、その信用性に関しての立証そのものを公判の場で行うということについて不十分になってしまうというような状況が起き、その結果として、公判での事実認定を誤らせるおそれがある、こうした認識に立っているというふうに考えております。」<sup>(15)</sup>

しかし、もしそうなのであれば、「不適正な取調べ」を「取調べ・供述調書への過度の依存」と言い換えているのにすぎないことになる。だが、わざわざそのような言い換えをする理由も、その必要性も見当たら

---

(15) 平成27年6月5日衆議院法務委員会

ないばかりか、これでは、——前述したとおり——提言のいう「取調べ・供述調書への過度の依存」とは異なる意義をもつものとなる。

#### (4) 司法取引制度導入の論拠たり得るもの

ア 取調べに従事する立場からすれば、“過度の追及”と“真相解明のための粘り強い説得”——検察において伝統的に取調べのあるべき姿として掲げられてきたsloganである。——との境界域は際どいところがあるのは事実である。

だが、そのことを理由として「追及的な取調べ」を控えるべしということになれば、その論理には飛躍がある。基本規程「検察の理念」前文においても、捜査全般にわたる基本姿勢について次の理想が堅持されている。——「刑罰権の適正な行使を実現するためには、事案の真相解明が不可欠であるが、これには様々な困難が伴う。その困難に直面して、安易に妥協したり屈したりすることのないよう、あくまで真実を希求し、知力を尽くして真相解明に当たらなければならない。」、そして、もとよりこれが「取調べ」を除外する趣旨でないことは、その第5項に次のとおり明記されている。——「取調べにおいては、供述の任意性の確保その他必要な配慮をして、真実の供述が得られるよう努める。」

もっとも、「論理」の問題としてではなく、「政策」の問題として、“供述獲得が困難になっている現代の取調べにおいては、ややもすれば、過度の追及、不当な誘引などの違法・不当な取調べとなりがちであるから、もう今後は、そのような危険性を内包する取調べはしない、できるだけしない”という思い切った施策はあり得るかもしれない。先の法務大臣答弁中に、「結果として、証拠収集に占める取調べの比重そのものを低下させる方法としても(司法取引を)導入する」という発言部分があるが、ここにはそのような政策的意図が感じられなくもない。——その意味で、これは重大な発言といえる。——そして、もしもこのような施策(刑訴法198条の消極的運用——脱取調べへの志向——)を採用するというのであれば、「適正な取調べ」のalternativeとしての供述獲得手段、——例えば、司法取引制度——が必要とされるのは、けだし当然のこととなる。しかし、これは、「取調べの抑制」(取調べをできるだけしないこと)なのであって、「取調べの適正化」(取調べを適正に行うこと)ではない。

それに、そもそもその様に“なりがち”なのをそうはさせないところに検察官の真価があるのではなかったか。“それはSollenの検察官であってSeinの検察官ではない、そのことは既に実証されている”と見限って上記のような政策を志向する立場はあり得ようが、法務省を立案当局とする政府提出法案がその趣旨のものとも考え難い。——仮に、(先に引用した法務大臣の発言の文字どおり)その趣旨の法案なのだとすれば、「取調べ」というものの捜査における位置付け、その果たすべき役割に対するこれまでの法務・検察自身の評価に比してあまりにも極端な豹変振りとなることに、私個人としては少なからずとまどいを禁じ得ないが、それは措くとしても、少なくとも、法が明定する証拠収集方法をあえてとらない(できるだけ回避する)とする以上は、そのことについて国民の理解と支持のあることが不可欠であると思うが、「取調べによる真相解明」がもはや大多数の国民の希求するところではなくなっているとはいえないのではなからうか。問題の核心は、あくまでも、「取調べの抑制」ではなく、「取調べの適正化」に在るはずである。イ だがここで、これまでの前提を覆す根本的な疑問を提起せざるを得ない。それは、「司法取引」は、「取調べ」も「供述調書作成」も減少させるものではなく、したがってこれらへの「過度の依存脱却」にはつながらないのではないかと、という問題である。これは、法務委員会において笹倉参考人ほか一部の議員から指摘されたことでもある<sup>(16)</sup>。

検察官としてみれば、協議において得た供述内容に応じて合意に向かうスタンスが定まるのであるから、この供述を求めざるを得ないし、合意後は、その供述内容の真偽の心証を形成するためには、裏付け捜査を並行しつつ、おのずから相当程度子細にわたる供述を求める(ときには追求的な)取調べをせざるを得ない、さらに、この取調べにより得られた供述を調書化して公判での二号書面としての取調べに備えておかなければ、公判廷での供述不能や相反証言に対処できず、みすみす無罪に甘んじなければならないこととなる。そして、このような実務の在り方が法的には何ら否定されていない以上、結局のところ、実際上は、これが

---

(16) 平成27年7月1日衆議院法務委員会(笹倉参考人)及び同年6月5日衆議院法務委員会(山尾委員)、同年6月30日衆議院法務委員会(黒岩委員)

司法取引の実務の常態とならざるを得ないのではないか。——国会では、協議での供述聴取や合意後の取調べが法的に可能であるのにとどまること、立証方法として証言が優先することが強調されたが<sup>(17)</sup>、取調べ実施が法的義務ではないこと、公判供述による立証が原則とされていることは、これまでの取調べ・公判立証に関する法制の下においても全く同じことである。

法案提出者が、国会の内外で繰り返し強調した、「取調べと供述調書への過度の依存から脱却するために、取調べ以外の新たな供述証拠獲得手段を導入する」という立法趣旨を貫徹しようとするならば、司法取引の枠組みの中での「取調べの実施」及び「供述調書の作成」を禁止せざるを得なかったはずであろうが、現実構築された仕組みはそのようなものとはならなかった。せめて、そうして作成された「供述調書の証拠としての利用」を禁止すれば、その反射効として、實際上、取調べはともかくとして供述調書の作成が減じられ、立法趣旨を損なうような事態が生じることはほぼ防止できよう。

だが、このような立法政策ないし実務の運用を採用することは、——言い古されたことであると同時に永遠の課題でもあるところの——実体的真実を犠牲にすることを覚悟することになる。これは国民の許容するところとはならないだろう。

こうして、司法取引を導入してみても、結局、元の木阿弥に帰するのではないか、という深刻な問題が将来に残されている。——もっとも、(内容の真偽は措いて)供述を得やすくなること自体は間違いないといえようが。ウ ならば、司法取引の導入の論拠となり得るものとしては、どのようなものが考えられようか。

(ア) まず考えられるのは、事案の真相を解明するためにはやはりどうしても自白や共犯者の関与を認める供述(以下「不利益供述」ということがある。なお、本法律による改正後の刑訴法350条の2第1項1号イロにいう「供述」はもっと広い範囲のものだが、議論を簡明にするために、以下においては、共犯という典型的な場合に的を絞って論じることとする。)が必要だ

(17) 平成27年6月5日衆議院法務委員会における山尾委員の質問に対する林政府参考人説明等。

から、それについて従前——あってはならないことではあったが——獲得手段とされてきた「過度に追及的な取調べ」等を失わしめることの穴埋めとして手当てする、というものである。

しかしながら、虚偽供述を導く危険のある「不適正な取調べ」という手法が廃棄され、今後はそれによる虚偽供述がなくなるだけのことなのだから、その穴埋めなど本来必要ないはずである。今後は肅々と、「取調べにおいては、供述の任意性の確保その他必要な配慮をして、真実の供述が得られるよう努める」ことに尽きよう。

これに対して、「過度に追及的な取調べ」等とはいうが、虚偽供述ばかりでなく真実の供述が得られていたこともあったのだから、それが得られなくなることについてのカバーが必要なのだとはいえないか。だが、これは「過度に追及的な取調べ」等という行為自体の無価値性の自覚が未だになお不十分な考え方だといわれてしまってもやむを得ないであろう。「司法取引」は、「過度に追及的な取調べ」等の「不適正な取調べ」からバトンを受け継ぐものであってはならないはずである。

(イ) それでは、司法取引導入の必要性を基礎付ける考え方となり得るのは、一体どのようなものなのであろうか。

もしもそのようなものがあるのだとすれば、私には、以下のように考えるほかはないように思われる(ただし、以下の論述は、もっぱら、これまでになかった新たな供述証拠収集手段を導入することの必要性を探るものであって、当該手段の価値的・倫理的な正当性、そして法的実現可能性は、それとは別に検討を要する重要な問題である。この稿のⅡにおいて論じる)。

共犯事件において、事案の真相を解明するためには、上記のような不利益供述が必要ないし有用であることにだれも異論がない。そして、その獲得手段が複数あれば、臨機に最適のものを選択使用して効率的に目的の達成を図ることができるから、その方がよいに決まっている。ただしも、現在その獲得の手段とされているもの、すなわち(適正な)取調べがその目的を十全に達しているのであればそれでも足りるが、提言も指摘するとおり、今日その効用に陰りを生じている面のあることは否定できない。そこで、これを補うためのauxiliary toolが必要である。

こうして、司法取引導入は、「取調べ(もとより、追及的なものを含む

『適正な取調べ』をいう。)による不利益供述獲得の困難を補うための、取調べ以外の——上述した根本的な疑問を踏まえ厳密にいうならば、“制度設計上は必ずしも取調べをメインとしない”——新たな不利益供述獲得手段(という武器)の追加付与」という位置付けをもち得るものであり、したがって、「司法取引」は、「過度に追及的な取調べ」等の「不適正な取調べ」のalternativeないしbarterなのではなくて、真相解明のための(もとより正当な)不利益供述獲得手段のメニューを拡充するもの——捜査のvertical expansion——として、はじめて理解が届くものとなる

このような理解によるならば、司法取引制度を導入することの真の必要性は、政府法案提出理由及び法務大臣説明・答弁にみられる、証拠収集方法の①適正化及び②多様化の2つのうちの、②「証拠収集手段の多様化」にこそ求められるべきものである、ということになる。この意味において、法務大臣の国会答弁中、「真相の解明のため証拠の収集方法を多様化する」との位置付けこそが正当とされよう<sup>(18)</sup>。

なお、検察官の手持ちの「武器」が増えれば、検察官による供述獲得手段の適時適宜の合理的選択の結果として、「不適正な取調べ」出現の契機が失われるという副次的な効用も随伴しよう。この意味において、司法取引の導入は、「不適正な取調べの不発生」に役立つといえるが、あくまでも、そのことに「有用(useful)」というにとどまり、「取調べの適正化」に「必要(necessary/indispensable)」ということとは異なる。実は、大臣答弁の中にも、この有用性の観点らしきものが垣間見えているところがある。「(合意制度は、)証拠収集手段の適正化、多様化に資するものということで位置づけられているところでございます。」<sup>(19)</sup>しかし、法務大臣自ら「司法取引」を「取調べ以外の

(18) 平成27年7月3日同委員会における答弁。——「大きな組織型の犯罪の中で、末端の実行者のところのみならず、全体の真相の解明のためには、さまざまな形での証拠の収集方法を多様化していくということの一つとしてこの制度に取り組むということでございます。そういう意味で、全体の真相の解明に資することができるような手段の一つということで、大変重要な新しい制度であるということで、御審議に付しているところでございます。」

証拠収集方法」と位置付ける以上は、「取調べの適正(実施)化」ならぬ「取調べの不実施化」に資するもの、とするのが筋であろう。なお、提言は、前述のとおり、「司法取引」を——「取調べの適正化」に言及せぬままに——「追及的な取調べによらずに供述を収集できる仕組み」と位置付けていると解される。「追及的な取調べ」それ自体を疎んじることの不当性に加えて指摘すべきは、それが「利益供与の提示により供述を収集できる仕組み」であるところ、に核心的な問題が存する、ということであろう。

もっとも、検察官の自浄能力を疑う冷ややかな見方をするならば、選択肢として登場したこのような補充の手段に検察官の過度な供述追求に向かうincentiveを削ぐ働きをさせることによって、他律的に検察官を「不適正な取調べの不発生」に向かわせる「必要」がある、ということになるのであろうが、少なくとも、立案当局たる法務省そして政府がこの様な検察官の自律能力の欠如を自認するのに等しい立場から検察官に対するcontrolを企図して法案を作成し提出したとは考えられないし、司法取引導入の眼目が、その様な発想とは逆に、検察官への武器補充／検察官の武装強化という検察のenrichmentにあったことは、既述のとおり、国会の場において明らかにされているところである。

そして、そこに明言されてこそいないが、「取引」などせず済むものであればその方がよいに決まっているのだから、——よもや異論のないところと思う。「それが適正に行われる限りは、真実の発見に寄与するものであ(る)」取調べを「適正に行う」ことが在るべき本来の姿なのであるから。それを等閑視して本来問われて然るべき罪責を減免する司法取引に安易に依拠するようなことがあれば、それは不正義をなすものとのそしりを免れないであろう。本稿終盤に再度言及する。——「司法取引」は、本来あるべき「適正な取調べ」によって不利益供述が得られないときに限ってようやく依拠することのできる供述獲得手段という意味で、「取調べ」を補完する第二次的な供述獲得手段と位置付けられるべきものである。

このことは、とりもなおさず、“まず「(適正な)取調べ」在りき”をい

---

(19) 平成27年6月5日衆議院法務委員会等

うものにほかならない。したがって、今後の実務において、証拠収集手段として「取調べ」の比重が当然に低下すると観念することは、必ずしも正鵠を射たものではないであろう。

(ウ) しかし、そうはいつても、「司法取引」が「不適正な取調べ」廃絶のbarterだとする見方は依然根強い。——例えば、次のような意見がみられる。——①「全体的にみて、今回の改正法案というのは、結局、検察官の権限を増強させているだけだ、もちろん取調べの可視化とか一部分では導入されますけれども、そのバーターとして司法取引という大きな武器も与えられるということになりますから、本来の改正の当初の目的と全く乖離したものになっているのではないかなと思います。」<sup>(20)</sup>、②「これらの共犯者供述を得るための手段の提案に至った原動力は、捜査機関側とくに検察官からの要求である。検察官からのこのような要求は以前からあった。」「捜査機関には、…(中略)…取調べの可視化によって、被疑者から供述を得ることが難しくなるという懸念が強い。そのために新たな供述獲得のための手段として、刑事免責や合意の導入を求めた。」<sup>(21)</sup>

何しろ、先にみたとおり、政府法案提出理由が、「証拠収集方法の適正化を図るため、司法取引制度を創設する必要がある」といっているのだから、そのような見方がされるのもやむを得ないところがある。

そしてここから「検察焼け太り」論が出て来る。“今般の一連の大不祥事の後始末において、したたかに名を捨てて実を取った”との見方である。私自身は、「司法取引」というものが、これを用いる検察官にとって、相当にリスクである反面、コストパフォーマンスが相当に低いものとならざるを得ないこと、早い話が今後の実務で大いに活用できる強力な供述獲得の武器というような代物では決してないこと——いずれについても後述する。——に照らすと、「焼け太った」というのは必ずしも的を射た評価とはいえないと思われるし、また、立案当局の司法取引制度導入の企図もよもやそのようなところにあったとは思えないが、そう

(20) 法務委員会における笹倉参考人の発言。なお、注(5)参照。

(21) 後藤昭「2016年刑訴改正法案における協議・合意制度」総合法律支援論叢第8号3-4頁。

はいっても、今後、司法取引の運用に当たる検察官は、この様な辛辣な見方がある(付いて回る)ということを十分に弁えておく必要がある。

(エ) なお、先にみたとおり、法務大臣答弁は、この「多様化」を遂げることによって、「取調べと供述調書に過度に依存した捜査・公判からの脱却」、すなわち「時代に即した新たな刑事司法制度の構築」を果たすことができる、この「多様化」の一環として「司法取引制度導入」が必要である、とするものであった。提言の論旨の中にも、同様の趣旨をみてとることができる。そこで、この意味においていのであれば、「取調べと供述調書に過度に依存した捜査・公判からの脱却」もまた、司法取引制度導入を根拠付けるものといってもよいであろうか。

しかし、「多様化」とは選択肢を追加することにほかならず、その選択肢は既存のものからしてすべて適法・適正・妥当・相当なものであることが当然の前提であるから、それが「過度の依存から脱却する」corrective actionだとすることは元来できないはずである。事柄の核心は、不利益供述を獲得するための捜査手段をこれまでよりも増やしてこのような供述を獲得し易いようにする、というだけの単純なことなのであり、あえてこれを、「過度に依存した」捜査・公判から「脱却」するために必要、とまでいってその立法化を訴える<sup>(22)</sup>のは、too muchな感じがしないでもない。——取調べと供述調書に「適度に」依存した捜査・公判については現代における取調べの困難化への対抗策の補強を無用とする、というわけにもいかないであろう。

以上の理解に立てば、「検察の再生に向けて」と題する「検察の在り方の改革策」の法務大臣への提言中に盛り込まれた、検察ならぬ刑事司法制度の改革策としての司法取引制度導入の提言は、やはり、検察の在り方検討会議における議論がspin-offしたもの(unexpected by-product)とみるのが相当と思われる。そして日本版「司法取引」がこの出自をもってしか誕生し得ない運命

---

(22) 平成27年7月3日衆議院法務委員会における法務大臣答弁——「合意制度そのものは、取調べ及び供述調書に過度に依存しているという状況から脱却するための大変大事な手段の一つ」

にあった——そして、その結果として「検察焼け太り論」を招き、転んでもただは起きない法務検察という誤ったイメージを形成した——とするならば、その皮肉な巡り合わせに嘆息を禁じ得ないものがある。

## 第2 司法取引制度の検証に向けて

以上の素描から、今次の司法取引導入の意義は明らかといえよう。取調べの「適正化」は、「司法取引」を頼みの綱とするようなものでは決してなく、それとは別途、「司法取引」はそれ自身として、新たな時代にふさわしい真に必要な不可欠で合理的な供述獲得手法であることが綿密に論証されていなければならない。

しかしまた、その一方で、忘れてはならない重要な点がある。それは、今般の司法取引の導入は「検察の在り方の適正化」が“契機”となったもの——先に述べた「副産物」——であることは間違いない、ということである。既に述べたことなので詳細に繰り返すことはしないが、我々は、「時代に即した新たな刑事司法制度」という夢のある“キャッチコピー”の裏側に潜む我が国における司法取引制度のこの不幸な生い立ちから目をそむけず、その記憶を時代の流れの中に風化させてはならないと思う。——「司法取引導入が取調べ適正化のために必要だ」とする立場にとっては、なお更に忘れ得ないことのはずである。

上記の意義を踏まえ、本法律により創設された司法取引の制度をみてゆく。検証されるべき事項は多岐にわたるが、目の届いた範囲内の問題をできるだけ多角的に採り上げてゆくこととしたい。

## Ⅱ 司法取引の問題点とこれに対する考察

以下においては、主として平成27年7月1日第189回国会衆議院法務委員会(以下「法務委員会」というときは、特に断らない限り、この委員会を指す。)における本法律の法案審議にみられた議論(会議録第27号)を参考として、司法取引をめぐる諸問題について考察を加える。

## 第1 司法取引の理論的正当性の検証(その1—訴追裁量権—)

### 1 司法取引の法的根拠

本法律により導入された司法取引の法理上の根拠としては、①検察官の訴追裁量権、すなわち刑訴法248条の規定による、②本法律により誕生した法350条の2以下の規定による、という2つの考え方があろう。

①の立場からすれば、本法律の司法取引に関する各規定は、刑訴法248条の内容を念のため具現化・明確化したもの、②の立場からは、検察官に対して同条の訴追裁量権(の射程外なのでそれ)とは別異の新たな裁量権を創設的に付与したものと、それぞれ理解することになる。

そのいずれであるにせよ、本法律が成立した以上はその施行により適法に司法取引が行われ得るのだから、今更論点とするほどのことでもないかもしれないが、「これまでもやろうと思えば法律上問題なくやれたが、あえて謙抑的にやらずに来た」というのと、「これまでは法律上許されなかったが、今回法律を改正して適法に実施できるようにする」というのとでは、本法案審議の上での出発点がまったく異なったものとなる。

本法律の定める司法取引は一般的には前者すなわち①の立場から理解されているようであり、平成27年7月3日衆議院法務委員会における法務大臣答弁もこの立場からのものである。また、参考人である川出敏裕教授も同様の見解を示されている。

そこで、これらの点を踏まえて、この機会に、“訴追裁量権の意義ないしその外延”を確認しておくことも、あながち意味のないことではないであろう。

問題のポイントは、検察官が訴追裁量を施すに当たって考慮することのできる要素は、訴追の必要性の有無と合理的な関連性を有するものでなければならないはずであるところ——その限りで訴追裁量には限界が存する。このこと自体は争いないといつてよいと思われるが、「検察官は広汎な訴追裁量権を有する。」という物言いが往々にして検察官の完全な自由裁量を意味するニュアンスを持ちかねないことに注意が必要だろう。何より当の検察官自身が自戒すべきことではある。——、その“合理的関連性”とはどの様なものなのか、である。

## 2 訴追裁量権の意義

訴追裁量権とは、「起訴便宜主義」によって検察官にもたらされる訴追の必要性という評価に基づく起訴猶予の裁量権をいう<sup>(23)</sup>(以下では、刑訴法248条の規定に基づく訴追裁量を単に「訴追裁量」ということがある。)

この定義による限り、その行使の場面としては、事件の終局処分とのときが想定されている。これに対して、司法取引は、捜査の過程における証拠収集手続であり、この段階での検察官の不起訴等の利益処分を与える旨の約束が直ちに訴追裁量権によって根拠付けられる、というのは論理に飛躍がある。

もっとも、他人の刑事事件の真相解明への協力をした供述者を、その協力をも踏まえて最終的に起訴猶予とすることが法的に許されるのであれば、それを前倒しして決する——合意成立を実質的な乃至事実上の起訴猶予処分とみる——ことが許されないとする理由はないであろう。

## 3 刑訴法248条の解釈——訴追の必要性との合理的関連性——

そこで、1に戻って、刑訴法248条の解釈を確認しなければならない。

同条に列挙されている事項のうち、他人の刑事事件の真相解明への協力(以下「協力」とだけいうことがある。)が当てはまりそうなものは、「(犯罪の)情状」と「犯罪後の情況」であろう。前記法務大臣答弁は、後者だとしている。

### (1) 「犯罪の情状」

旧来この条項に掲げられている考慮要素については、①犯人に関する事項(「性格、年齢、境遇」)、②犯罪事実(犯罪自体)に関する事項(「犯罪の軽重及び情状」)、③「犯罪後の情況」に関する事項の3つに分類されて説明されるのが一般的であるところ、まず、本条にいう「情状」とは、量刑の基礎となる事実を広く指称する広義のものではなく、上記②の狭義のもの、具体的には、犯行の動機・原因、方法、手口、利得の有無・大小、共犯の有無、被害者との関係、犯行の社会的影響等をいうものとされている<sup>(24)</sup>。そうすると、“他人の刑事事件の真相解明への協力”をこ

<sup>(23)</sup> 田宮 裕「刑事訴訟法」[新版] 171頁

<sup>(24)</sup> 田宮173頁

れに含ましめるのは無理があろう(証拠により認定された事実である「共犯の有無」に対する評価と、その証拠を提供する行為の評価とは、次元を異にしよう)。

(2) 「犯罪後の情況」

次に、上記③「犯罪後の情況」に関する事項の例として通常挙げられているのは、(i)行為者の事情として、改悛の情の有無、逃亡・証拠隠滅の有無、(ii)被害者に関して、被害弁償・謝罪・示談の有無・努力、被害者の処罰感情、(iii)その他として、社会情勢の変化、犯行後の時間的経過、法令の改廃等である<sup>(25)</sup>。この個別列挙された中には、“他人の刑事事件の真相解明への協力”にぴったり当てはまるものは見当たらないようである。——その協力が反省悔悟に出たものである場合には(i)「改悛の情有り」に該当するであろうが。

ア この点に関連して、法務委員会において、川出参考人は、地下鉄サリン事件の被告人であるオウム真理教林郁夫に対して無期懲役を宣告した判決(東地判平10・5・26)を典型例として引きながら、「量刑実務においては捜査への協力を量刑上有利に扱うことは否定されていない」と説明している。同判決の判示は、次のようなものである。

「(被告人は)この取り返しのつかない大きな過ちは、自分の生命を懸けても償えるものではないと胸が張り裂けるような思いがし、せめて自分にできることは、教団の犯罪行為がすべて明らかになるように、何よりも麻原をはじめ逃走している信徒らが早く逮捕されるように、また、教団による悲惨な事件がこれ以上発生しないように、自分の知る限りを明確に述べることであると考えて、自首することとしたと供述している。供述状況をみると、その言葉どおり、地下鉄サリン事件について自首したのを皮切りに、その後も、捜査、公判を通じ、一貫して、被告人の関与した犯罪のみならず、教団の行った他の犯罪、教団の組織形態、活動内容等に関し、自己の知る限りを詳細に供述し、教団の行った犯罪の解明に多大な貢献をしている。加えて、被告人の供述が突破口となって、麻原をはじめ教団上層部の検挙につながったことがうかがわれ、このことは、教団の組織解体と教団による将来の凶悪犯罪の

---

(25) 田宮173頁

未然防止に貢献したと評価することができる。殊に、教団の武装化が相当程度進展していた当時の状況に照らせば、その意義は決して小さくない。」

この説示の文脈からは、被告人の捜査協力が心底からの反省悔悟に基づくものであることにこそ情状酌量の契機を見出していると解される。したがって、川出参考人の上記説明は誤りとはいえないが、この裁判例を、“改悛の情を伴わない(利己主義の発現としての)捜査「協力」を被告人の責任を軽減する要素とすることが現在の量刑原則上許されている”ことを示すものとして位置付けるのは正当でないと思われる。そして、司法取引における供述人に有利な訴追裁量を施すことが許されるのか否かという問題の焦点は、正にこの場合——改悛の情を伴わない場合——にこそ存在しているのである。

イ 後述するように、上記裁判例同様、起訴便宜主義の運用においても、また、例えば自首裁量減輕においても、これまでの実務においては、“功利的な動機による申告・供述の態度は、被疑者に有利には斟酌しない”とするのが、基本的な評価態度・姿勢とされて来たものではなかったかと思う。

### (3) 「諸般の事情」

もとより、以上はいずれも例示列挙であるから、それ以外にも訴追の必要性判断に当たり考慮し得る「諸般の事情」はあり得よう。

ア 刑法248条が掲げている上記①②③の各項目については、②は主として一般予防的な標準、③は主として特別予防的な標準、①は両様の意味をもつといわれているところからすれば<sup>(26)</sup>、列挙されたもの以外でも、一般予防ないし特別予防の観点から有意なものは(「犯罪後の情況」の中の)「諸般の事情」として当然考慮されてよい。

イ そこで、“他人の刑事事件の真相解明への協力”を考慮して起訴猶予とすることが一般予防又は特別予防に資するかと考えたとき、このような処分の在り方が、規範意識の覚醒・強化を通じて、一般人の犯罪抑制に、又犯人自身の改善更正に役立つようには思えないのである。

このことは、その協力が専ら損得づくでなされた場合を考えてみると

---

(26) 平野龍一「刑事訴訟法」125頁、光藤景皎「口述刑事訴訟法上」〔2版〕200頁

分かり易い。取引をもちかけられても、損をと思ったなら取引はしない。そこには虚々実々の駆け引きがあっただし当然であろう。「協力」といえば聞こえはいいが、その実は自己の供述を商品とした「商売」にもたとえられよう。よって手に入れるのは本来の罪責の減免であり、これが供述者に立ち直りへの感銘力を与えるはずもない。

一般予防という観点からすれば、むしろ、“悪いことをしても、もっと悪い共犯者のことを話せば罪に問われなくて済む。”のだから、“いざとなったらそれで助かるようにすればいい。”という思慮浅薄をも生みかねない、とすら言い得よう。

#### (4) 応報刑(責任刑)論の観点

上記の目的刑論的な視点を変えて、応報刑(責任刑)論的観点からみると——むしろ量刑上の基本的な視座はこちらに存する<sup>(27)</sup>。——、「犯罪についての非難を、もはや行為者の現在の人格に帰することができなくなったときは、これに刑罰を科する根拠を失う。現行法は酌量減刑を認めるだけであるが、立法論としては、酌量による刑の免除をも認めるべきである。現行法上は、さしあたり、検察官による起訴猶予(中略)などの運用にまつほかない。」とする見解もあるが<sup>(28)</sup>、これを訴追裁量の場面に引き移してみたとして、犯罪を犯した者が他人の刑事事件の真相解明に協力することにより、その者の犯罪についての非難をもはや同人の「人格」に帰することができなくなると考えるのは、どうにも無理があるであろう。このことも、上述したところと同様に、「協力」がもっぱら利己的動機に基づいてなされる場合を考えれば分かりやすい。

#### 4 捜査経済・訴訟経済

訴追裁量権が認められる理由として、捜査経済・訴訟経済が挙げられることもある<sup>(29)</sup>。検察官・裁判官の負担が軽減された分だけ重要事件にその力を集中できるようになることをいうものであり、司法取引の思想

(27) 改正刑法草案48条、法制審議会刑事法特別部会「改正刑法草案 附 同説明書」128頁以下参照。

(28) 団藤重光「刑法綱要」総論増補425頁

(29) 「便宜主義は、…(中略)…検察官、裁判所をして重要事件にその力を集中することを可能ならしめるもの」とする(条解刑事4版増補版494頁)。

に相通じるところがある。

しかし、私は、これは、訴追裁量権行使の結果、事実上生じる副産物にすぎないと思う。検察官において、訴追裁量を施すに当たり、上記の意味での経済的効果が伴うことを予測できるということはあろうが、しかし、かりそめにも、肝心かなめの責任主義、一般予防・特別予防という刑事政策上の基本的配慮を等閑視しておいてその経済効果を得るために起訴・不起訴を選別するということがあるとするならば、いかにも本末転倒の感を免れないことになるであろう。

## 5 理論的小括

以上にみてきたところによれば、結論としては、司法取引の理論的根拠に刑訴法248条が規定する検察官の訴追裁量権を充てるのは難しいのではないかと思われる。

司法取引は、ざっくりいうなら、被疑者・被告人の立場からすれば、捜査機関が欲する他人の刑事事件に関する情報を提供することとの引き換えに自己の不起訴等の利益を獲得することで満足を得るものであるが(私的な損得の合理的計算)、国家の立場からすれば、大事の前の小事(small loss before a big success)という意味における)として、より重大な犯罪の摘発・処罰という公益実現のために、その動機はどうあれ必要な証拠を提供して「貢献」する者に対して、その見返りとして、同人の犯した本来処罰可能な、否、処罰すべき——そうでなければ供述を“詐取”することになる。——罪を取えて不問に付するという功労賞を授けるものである(恩賞の付与)。

公益の擁護に任ずる国としてのこの様な振舞いは一面理解できるころではあるけれども、それが実定法の認めるところかどうかは別の問題である。上記の意味における恩典の授与という、犯した罪に対する責任への応報そして将来の犯罪の抑止という刑事政策的配慮とは異質な観点を訴追の要否の判断に持ち込むことは、従来の検察官による訴追裁量の枠組みをはみ出ることになると私には思われる。

この点につき、田宮教授は、起訴猶予というものについて、「『取引』とは対極的ともいうべき『酌量』のアプローチに根ざすもの」であることをその本質として捉えている<sup>(30)</sup>。上述したところを端的に言い表した

ものといえる。このような考え方によれば、交換物として起訴猶予を差し出すこと自体、起訴猶予制度の本質に背くことになるであろう。私は、この田宮教授の説くところに、深い共感を覚える。

## 6 最大判平成7年2月22日

ここで一つの判例を参照しておく必要がある。それは、検察官が刑事免責(訴追免除(訴追免責)transactional immunityとしてのそれ)を付与して獲得された供述の証拠能力について、我が国の刑事訴訟法が刑事免責の制度を採用していないことを理由として、これを否定した最大判平成7年2月22日(刑集49巻2号1頁)である。その判示は、以下のようなものであった。

「この制度は、前記のような合目的な制度として機能する反面、犯罪に関係のある者の利害に直接関係し、刑事手続上重要な事項に影響を及ぼす制度であるところからすれば、これを採用するかどうかは、これを必要とする事情の有無、公正な刑事手続の観点からの当否、国民の法感情からみて公正感に合致するかどうかなどの事情を慎重に考慮して決定されるべきものであり、これを採用するのであれば、その対象範囲、手続要件、効果等を明文をもって規定すべきものと解される。」

この説示を裏返してみれば、最高裁は、検察官の訴追裁量権の行使として、刑事免責(訴追免除=公訴権の放棄による公訴権の消滅)を付与して供述を獲得することは許されないとしていることになる<sup>(31)</sup>。

そして、もとより刑事免責と司法取引とは別異の制度ではあるが、利益処分を与えることに対応して——刑事免責においては強制的に、司法取引においては任意に——不利益供述を獲得する手法である点では通底するから、両者はその制度設計の基本思想(small sacrifice in a great cause/trifle before an achievement)において等しいものというべく、したがって上記引用に係る判示部分の論旨は、ほぼそのまま司法取引にも当てはまるものといってよいであろう。

---

(30) 田宮338頁

(31) 「最高裁は、起訴裁量(便宜)主義は刑事免責の根拠とはなりえないことを示したのである。」(寺崎嘉博「刑事訴訟法〔第3版〕」231頁)

そうであるならば、最高裁の考え方からいっても、検察官の刑訴法248条に基づく旧来の訴追裁量権を司法取引の法的根拠とすることはできず、本法律が制定され、刑事免責とともに司法取引が、その対象範囲、手続要件、効果等を明文をもって規定されたことによってはじめて、その明文規定(法350条の2以下)を根拠として実施できることとなった、と解すべきものと思われるのである。

## 7 司法取引に対する国民感情

従来我が国においては、研究者も実務家も——ごく一部の例外を除いては——司法取引には消極的であった。

### (1) 公正感

その理由としては様々なものがあるが、とりわけ、上記の判旨も指摘しているところの、(i)「公正な刑事手続の観点からの当否」、(ii)「国民の法感情からみて公正感に合致するかどうか」の点が問題とされて来たといえる。

以下は、いずれも刑事免責についての論説ではあるが、適宜司法取引にスライドさせて読むことができよう。

- ① 「『供述』を『免責』というえさで釣るような、犯人との取引のにおいがするので、我が国では不適當とする意見が強い」<sup>(32)</sup>——司法取引では「においがする」ところではない。
- ② 「行為免責の付与の場合は、供述者の訴追・処罰という国民一般に関係する利益の放棄の問題も関わってくる」<sup>(33)</sup>、
- ③ 「共犯等の関係にある者のうちの一部の者について訴追・処罰を放棄することは、それ自体『公正感』に反するものとなるおそれがある」<sup>(34)</sup>、
- ④ 「国民の感情は、おそらく、このような制度(刑事免責)を受け容れないであろう。」<sup>(35)</sup>
- ⑤ 「そもそも、共犯等の関係にある者のうちの特定の者についての

---

(32) 田宮338頁

(33) 田口守一・寺崎嘉博編「判例演習刑事訴訟法」(小川佳樹執筆)239頁

(34) 小川・前掲241頁

(35) 平野236頁。

み刑事免責を付与して他の者にとって不利益な供述を得て、これを他の者の有罪の証拠とすることは、著しく公正感を害し、司法に対する信頼を損なうおそれが強い」<sup>(36)</sup>

そして、司法取引そのものについても、松尾浩也教授は、「日本では抵抗が強く、おそらく未来においても実現していないだろう」と予測していたほどであった<sup>(37)</sup>。

このように、司法取引の導入の可否・当否は、刑事司法手続における正義の実現に直結する課題であり、その意味で、国民の法意識・倫理観・道徳観に深く根差した問題とならざるを得ないものであるところ、大方のみるところは、「司法取引は、我が国民の法意識・感情にはそぐわない」とするものであったのである。

さらに、上記の視座の外にも、学説の中には、現行法上、司法取引は認められていない、との理解を前提とした上で、そのことは、「当事者処分主義が採られていないことを示しているともいえよう。」との見解を示すものもあった。同説は、「刑事訴訟の客体は刑罰権であるから、当事者の処分には親しまない。」としていたのである<sup>(38)</sup>。

## (2) 立法による対応の必要性

このようなことから、学説においても、制度を「採用するとしても、個々の事件で行うのは取引臭が目立つので妥当でなく、少なくとも、立法により制度としての創始を検討すべきであろう。」<sup>(39)</sup>、「(上記のパラグラフに記述したような諸々の問題性にかんがみ)許容すべきか、許容すべきとすれば対象者の選別基準はどのようなものであるべきかといった点について、立法府による政策決定がなされていなければならないと考えられる」<sup>(40)</sup>などと、司法取引の導入には、その制度導入の要否の判断をも

---

(36) 本文に引用した平成7年大法廷判決の担当調査官らによるコメントである(龍岡資晃=小川正持=青柳勤・最判解刑 平成7年度60頁)。

(37) 松尾浩也「日本における刑事手続の過去、現在そして未来」刑雑49巻2=3号286頁

(38) 池田 修=前田雅英「刑事訴訟法講義」第2版25頁

(39) 田宮338頁

(40) 小川・前掲241頁

含めた国会による個別の判断が介在することが必要とされて来た。

それらの議論の過程では、刑訴法248条に基づく検察官の訴追裁量によって司法取引を実施することは許されない、との認識・理解が、いわずもがなのこととして共有されていたと思われる(なお、田宮教授は、先の最大判平成7年2月22日につき、「“巨悪”への反感という——当時としては無理もないといえる——ある種異常な熱気のもとで進められた手続きと法律判断が、20年後の最高裁の冷静な対応により従前からの支配的な考え方の線に戻ったことを意味し、大方の同意のえられる方向性が示されたといえよう」と評している<sup>(41)</sup>。深く考えさせられるところのある寸評である。)

## 8 立法による取引制度の裏付けの実質的必要性

今、成立した本法律を眺めて、改めて、この仕組みを刑訴法248条に基づく訴追裁量つまり検察官独自の決定権の下で構築し運用するのは確かに無理があったという感を強くする。

なるほど、法務検察において、刑訴法248条を根拠にできるとの前提の下で、本法律に定められたのと同様の実施条件を盛り込んだ内規を定めてそれを実施するなどすることは、虚偽供述処罰等の点を除けば、可能なことであったかもしれない。しかし、そこには、どうしても検察の独善の要素が紛れ込んでくることを避けられない。裏を返せば、その検察権の行使に透明性を欠くということである。

しかも、本法律に定められたのと同様の実施条件を盛り込んだ内規を定めて、とはいったものの、次に述べるような国会における法案修正に照らしてみるときは、実際上はそれはなし得ないことであったといわざるをえないであろう。

そして、その様な対外的な問題に加えて、検察官個々人の内心においても、これほどの重大事について民意を正しく反映しているといえるのか、検察の独断専行に当たるのではないかといった恐れや不安、国家刑罰権を“取引”の材料に用いるという後ろめたさ、無反省の者であっても放免する不正義、つまりは犯人にとっても国家にとっても利害打算の経済活動であるという露骨な現実主義——司法、とりわけ刑事司法は、ある

(41) 田宮339頁

意味で経済合理主義(功利主義)とは対極の位置にあるはずのものであった。——等々、要するところ、“司法取引とは目的のためには手段を選ばない汚いやり方ではないのか”といった葛藤を払拭し去るのは容易なことではないはずである。

このような意味において、立法という形での国民からの容認の意思が示されることは、司法取引を実現する上でやはり必要不可欠なものであったと思われる。刑訴法の研究者及び実務家の大方が等しく感得していた国民感情にみられる旧来の伝統的な価値観を、根こそぎひっくり返すようなことをするについて、旧来既存の法条を根拠にできる(やろうと思えばできた)というのは、国民感情からかい離する法の存在を容認するのにも等しく、法の在り方として背理の憾みがあるばかりでなく、国家の姿勢として、いささかdefiantな印象をもって受け止められもするであろう(なお、刑訴法248条の下においても司法取引が可能であるとする理解については、過去において特定の検察官が専ら個人的な意見としてそれを公にしたことはあったものの、法務検察が旧来その解釈を採っていたわけではないことはもちろんである。)

## 9 国会における法案修正の成果

以上に指摘してきたところに加えて、国会での審議を通じて、法案について幾つかの修正が施され、司法取引を行うための要件が厳格化されたことを忘れてはならないであろう。国会審議があったればこそその成果といえる。

### (1) ジェイルの情報提供者の除外

まず、法350条の2第1項に、検察官が合意に当たって考慮すべき事情として「当該犯罪の関係する関連性の程度」が挿入され、実証的に虚偽供述をする危険が高いいわゆる「ジェイルの情報提供者」を取引対象者から除外するという縛りが施された。

この点について、法務委員会においては、「今回の協議・合意制度というのは、全く無関係の他人が供述をした、その供述だけで有罪にする、そんなことは想定していない」、「無関係の他人、ましてや拘置所とか留置場で隣にいる人と協議・合意をして、その供述をもって有罪にする、そういうことは、少なくとも部会で議論している段階では想定して

おりません。」との説明がなされた(川出参考人による。)が、現実に提出された法案はこのようなケースを排除していなかった。

そのようなこととなった理由、法案提出当局の意中については、これを知るべくもないが、後述するとおり、このような者から得た供述は虚偽の危険性が特に高いとして問題視されているものであることを考えると、法令立案の在り方としていかにも奇異で不可解な印象は否めない。

## (2) 合意協議への弁護人の必要的参加

また、法350条の4ただし書きにおいて、法案には、「被疑者又は被告人及び弁護人に異議がないときは、協議の一部を被疑者若しくは被告人又は弁護人のいずれか一方のみとの間で行うことができる」とされていたのが、「…(前略)…ときは、協議の一部を弁護人のみとの間で行うことができる」と修正され、いかなる場合においても、合意をするため必要な協議には、弁護人がコミットすることが不可欠とされた。

弁護人関与を必要的とする規定を置くからには、「取引」の核心場面にこそ関与必須とするのでなければ、仏作って魂入れずの例えを免れ得ないであろう。

## 10 最大判平成7年2月22日の要請の充足

最後に、本法律により導入された司法取引が、上記大法廷判決が考慮を要するとしている点をクリアしたものとなっていると言い得るか否かは、別途検証されなければならない極めて重要な問題である。これについては、本稿終盤に述べる。

## 11 総括

以上述べてきたとおり、刑訴法248条の解釈論として、同条により司法取引が根拠付けられると考えるには無理があり、また、実際上も、同条に基づいて司法取引を実施するのは、国民感情にそぐわない態度である、といわざるを得ないと思われる。

## 第2 司法取引の理論的正当性の検証

(その2—約束による共犯者の自白(1): 証拠能力—)

司法取引に基づく供述は、いわゆる「共犯者の自白」が「約束」という利益誘導——「供述との引き換えを条件とする利益供与の提示」をいう。

以下同じ。——によって引き出されたもの——いわば「約束による共犯者の自白」——である。

そこで、以下には、「司法取引による供述」を構成するこれら二つの要素について、まず、供述の内容面を成す「共犯者の自白」を取り上げ、続いて、供述採取の手続面を成す「約束による自白」を取り上げ、その上で、本法律が、「司法取引による供述」は、従来の「約束による共犯者の供述」とは異なって、証拠能力が認められるとするその論理をみてゆくこととする。

## 1 「共犯者の自白」としての側面

まず第一に、その供述内容にかかわる「共犯者の自白」としての面に着目すると、経験的にいわれているように、共犯者の自白には、無関係の他人を犯人として巻き込んだり、共犯としての他人の役割を誇張するという虚偽供述をするおそれ、いわゆる“引っ張り込み(責任転嫁)の危険”が存する。

実務においても、つとにこの危険が指摘され、共犯者の自白の信用性に関する裁判例の分析等の実証的な研究も行われるなど、共犯者の自白の信用性の判断を誤りその供述の中で犯人とされた第三者(他人)の罪責・情状を誤認することのないよう、格段の注意が払われてきた<sup>(42)</sup>。

このように、「共犯者の自白」は、それが他人の刑事事件の証拠として用いられる場合の弊害がつとに恐れられて来たのであるが、その場合、被疑者・被告人となっている他人にとっては、その証拠は「『本人の自白』と同一視し又はこれに準ずるものとすることはできない」つまり「第三者の供述」であるとするのが判例であり、証拠法上、補強法則の適用はないとされてきた(練馬事件大法廷判決)<sup>(43)</sup>。

## 2 「共犯者の自白」を他人に用いる場合の証拠能力

それでは、そのような——「本人の自白」ではなく「第三者の供述」であると——「共犯者の自白」の位置付けは、これを他人に用いる場

---

(42) 最(三小)判昭和59・4・24・刑集38巻6号2196頁、最(一小)判平成元・6・22刑集43巻6号427頁、最(二小)判平成21・9・25刑集297号301頁等々。なお、注(60)、(65)、(77)、(87)、(97)、(98)及び<sup>(108)</sup>参照。

合におけるその証拠能力を考える上でも同じであろうか。

(1) 判例の考え方の理解

この問題について、答えを直截に明言した(裁)判例は見当たらないが、上記練馬事件大法廷判決は、「かかる共犯者又は共同被告人の犯罪事実に関する供述は、憲法38条2項のごとき証拠能力を有しないものでない限り、自由心証に委かざるべき独立、完全な証明力を有するものといわざるを得ない。」と述べている。

そのいわんとするところは、「共犯者の自白」は、それが憲法38条2項に規定する強制、拷問等による「自白」のような採取のされ方をされたものである場合(任意になされた供述でない疑いがある場合)には、証拠能力を有しない、したがってもちろんこれに証明力を認めて有罪の証拠とすることも得ない」との趣旨であると解される。

そうすると、このいわんとするところは、要するに、「共犯者の自白」に証拠能力を認めるためには自白法則(狭義のそれ。以下、特に断らないときは、「自白法則」とは「狭義の自白法則」をいう。)をクリアすることを要求しているのに等しい。この理解に立てば、判例は、こと証拠能力に関しては、証明力を論じるときとは異なって、「共犯者の自白」を『『本人の自白』と同一視又はこれに準ずるもの』と位置付けている、ということになる。

---

(43) 最大判昭33・5・28刑集12巻8号1718頁「憲法38条3項の規定は、被告人本人の自白の証拠能力を否定又は制限したものではなく、また、その証明力が犯罪事実全部を肯認できない場合の規定でもなく、かえって、証拠能力ある被告人本人の供述であって、しかも、本来犯罪事実全部を肯認することのできる証明力を有するもの、換言すれば、いわゆる完全な自白のあることを前提とする規定と解するを相当とし、従って、わが刑訴318条(旧刑訴337条)で採用している証拠の証明力に対する自由心証主義に対する例外規定としてこれを厳格に解釈すべきであって、共犯者の自白をいわゆる『本人の自白』と同一視し又はこれに準ずるものとすることはできない。けだし共同審理を受けていない単なる共犯者は勿論、共同審理を受けている共犯者(共同被告人)であっても、被告人本人との関係においては、被告人以外の者であって、被害者その他の純然たる証人とその本質を異にするものではないからである。」

学説の中にも、上記判例について、同様に理解するものが存在している。すなわち、共犯者も第三者であるとする前出最大判昭33(練馬事件判決)を引用しつつ、「もっとも、練馬事件によれば、自白としての証拠能力は共犯の場合にも必要である。」とするのである<sup>(44)</sup>。

## (2) 学説の立場

「共犯者の自白」について、判例がこのように憲法38条2項(証拠能力)と3項(証明力)を使い分けしていると解するのは、自白法則(広義のそれ)適用の整合性に欠ける憾みはあるが、このような解釈態度は、決して判例だけに特有のものではない。

すなわち、学説においても、従来から、「共犯者の自白(供述)」をその他人に対して使う場合にも刑法319条1項(狭義の自白法則)を適用又は類推するのが相当であるとする考え方が有力に主張されてきたのである<sup>(45)</sup>。この説によれば、「共犯者の自白(供述)」が「約束による自白(供述)」である場合には、証拠能力が認められないこととなる。——なお、これらの学説は、「共犯者の自白(供述)」が公判廷外の供述である場合についてのものであるが、それは、これまで「任意性」が裁判外の「自白」に妥当する原則であると考えられてきた<sup>(46)</sup>ことの当然の帰結である。しかし、「自白」に「任意性」が要求される理由(後述する。)に照らせば、公判廷の「自白」については、ア prioriにそれが妥当しない、とすべき道理は何もないから(刑法319条1項)、事実上そのようなことが想定され得なかった従前とは異なって、公判廷の「自白」、したがって公判廷の「共犯者の自白(供述)」について任意性が問題となる現実の事態の下では、従来の考え方とパラレルに、それらについて自白法則が適用されるのは当然のことといえよう。この問題は、後にもう一度触れる。

## (3) 法務委員会における説明

この「共犯者の自白」に対する自白法則の(類推)適用の問題について、法務委員会においては、川出参考人によって、「共犯者の自白」におけ

---

(44) 田宮359頁

(45) 松尾浩也「刑事訴訟法」新版補正第2版(下)82頁、田宮389頁等。

(46) 田宮344頁

る自己と他人のそれぞれの犯罪に関する供述内容の不可分一体性にスポットライトを当てた説明がなされることにより、上記同様の方向性(319条1項の準用)が示された。——「いわゆる共犯者の供述の場合、自らの犯罪への関与の部分の供述と、他人の犯罪への関与の部分の供述は切り離して評価することが困難なことも多いでしょうから、後者についても自白法則を準用すべきではないかということが問題となり得るわけです。」

しかしながら、このような理由付けの当否については、議論の余地がある。その指摘のとおり、「共犯者の自白」においては、多くの場合、当該供述中には、供述者本人と共犯者たる他人の各々の犯行への関与の状況が混然一体として語られるのであり、その点で不可分一体の関係にあるが、しかし、これを、「本人の自白」と「第三者の供述」の各別に評価する立場にしてみたところで、「自らの犯罪への関与の部分の供述と、他人の犯罪への関与の部分の供述とを、切り離して評価」しようとしている、すなわち、この不可分一体の一つの供述の全体をこの二つの部分に切り離して、その切り分けた部分ごとに評価しようとしている、というものでは元々ないように思われる。

あくまでも、「共犯者の自白」の供述の全体について、一面、本人に用いる関係では「本人による自白」であり、他面、他人に用いる関係では「第三者による供述」である、というように、2つの視点から二面的かつ相互に排他的にみて、それぞれについて供述全体を不可分一体のものとして評価していると解されるものであって、この二面的観察に基づく各別の択一的評価の立場——供述者本人に対する関係では任意性の有無に着眼し(刑訴法319条1項、311条2項、刑訴規則197条)、他人に対する関係では反対尋問の有無に着眼する(刑訴法320条1項)。——は、自然的物理的な観察態度のしからしむところそのものであり、したがって形式論理の面ではむしろ筋は通っているといえる。

なお、そうであっても、結局、本法案が自白法則準用説の立場を採用していると理解されることについては、後述する。

#### (4) 私見

「共犯者の自白」が他人について用いられる場合に自白法則の適用を受けるか、という問題は、その供述が強制、拷問等の不当な誘引により

導き出されたものである場合においてもなお——反対尋問にさらしさえすればそれでよしとして——排除されないのか、という問題に置き換えられる。我々の議論に即していえば、「約束による(共犯者の)自白」の排除の当否の問題にほかならない。私は、結論において積極説を相当とするが、次項の末尾において、そのいわんとするところを述べることにしたい。

### 3 「約束による自白」としての側面

続いて第二に、上記のような「共犯者の自白」を引き出した方法である利益処分付与の「約束」を採り上げる。

まず、前提として確認しておく必要があるのは、——「共犯者の自白」について先に触れたところでもあるが——、以下に論じる中で従来の判例・学説の考え方として示すところは、いずれも、公判廷外での供述に関して述べられてきたものである、という点である。これまでは、公判廷において「約束による自白(供述)」がなされるという異常な事態はおよそ想定できないことであったから、そのような自白の任意性が問題とされてこなかったのも、けだし当然のことといわなければならない<sup>(47)</sup>。

しかしながら、「司法取引」の制度導入は、公判廷において「約束による自白(供述)」がなされるようになることを意味するから、それについて刑法319条1項の適用が考えられなければならないのは当然であり、したがって、「司法取引による供述」に、「約束による自白」に関する従来の判例・学説の射程が及ぶことになるのも当然と考えられよう。法務委員会における法案審議においても、このことを当然の前提として議論がなされている。

さて、寛大処分付与の約束という利益誘導の結果得られた自白は、「約束による自白」として、判例上、「任意性」に疑いのあることを理由に証拠能力が否定されてきた(最(二小)判昭和41・7・1刑集20巻6号537頁)<sup>(48)</sup>。

---

(47) 田宮344頁

これについて、川出参考人は法務委員会において次のように説明している。——「約束ないし利益誘導による自白の証拠能力が否定される根拠については争いがありますけれども、それが利益誘導の下になされるものであるために、被疑者に心理的な圧迫を与えて、虚偽であるおそれが典型的に高いという点がその主たる理由であるところは、ほぼ異論のないところです。」

また、上記最高裁判決の担当調査官からも、同様の理解が示されている。——「問題は、どのような自白が約束による自白として任意性を欠くものというべきかということである。学説は、おおむね、いわゆる虚偽排除説に立って、一般に虚偽の自白を誘引するおそれがあるような内容の約束にもとづいてなされた自白は、任意性がないものとしている。そして、具体的には、約束の内容が刑事責任に関係のある不起訴、減軽、免除等であること、約束の主体がこれらの事項について処分の権限をもつものであること、約束と自白との間に因果関係があることの3つの要件を備えたものであることを要するものとしているようである。思うに、この3つの要件を備えた自白は、表面的には任意になされたもののように見えても、その実は、自白への強い心理強制によるものであって、虚偽である蓋然性がきわめて高いものであるうえに、このような自白が証拠として採用されることになれば、捜査の公正、ひいては裁判の公正に対する信頼を失わせることになるので、任意性を欠くものとして証拠能力を否定するのが至当である。」「自白が一見任意になされたものように見えるのは、自白をしても起訴猶予にしてもらえるという保障があるから、あえて自白をしる必要がないことによるものである。その底に働いている、強い自白への誘引力を看過することは許されない。」<sup>(49)</sup>

学説からの端的な指摘をみよう。——「任意性とは、自発的という意味ではなく、嘘を言うおそれのある状況がないということである。嘘を言うような状況があったかどうかは、被告人の心理に及ぼしたであろう影響を考えて判断しなければならない。勿論、現実<sup>(48)</sup>に与えた影響ではなく、そのような状況では、一般的に言って嘘をいうおそれがあるという、多かれ少なかれ類

(48) 「被疑者が、起訴不起訴の決定権をもつ検察官の、自白をすれば起訴猶予にする旨のことばを信じ、起訴猶予になることを期待してした自白は、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠くものと解するのが相当である。」

(49) 坂本武志「最判解刑昭和41年度」103頁・104頁

型化された状況で足りる」<sup>(50)</sup>

#### 4 「約束による自白」を他人に用いる場合の証拠能力

そこで問題は、「約束による自白」を他人の刑事事件の証拠として用いる場合には、証拠能力は認められるのか、である。

これには、これまで様々な理由付けとともに積極・消極の両説があり、必ずしも明確にはされて来なかった。しかし、基本的に、「共犯者の自白」のところでも述べたのと同様の議論の構造がここでもみられる。

##### (1) 伝聞法則の適用

まず、被疑者・被告人となっている他人にとっては、その証拠はあくまでも「第三者の供述」であって「本人の自白」とは言いえないとするならば、「任意性」は問題とならないこととなる。そして、これについて、反対尋問を経た場合には、証拠能力は否定されないことになる。裁判実務家の中にみられる説である<sup>(51)</sup>。

もっとも、この説は、「約束による自白」が「共犯者の自白」である場合には、「供述の自由を侵害する違法」があるときは、虚偽排除の観点からではなく、人権擁護の観点から、証拠能力を否定すべきであるとする<sup>(52)</sup>。「約束」による利益誘導は、それだけでは直ちには「供述の自由を侵害する違法」とはならないとする趣旨であろうか。「約束による共犯者の自白」についてこのような特別な扱いをする理由も必ずしも明瞭でない。

##### (2) 自白法則の適用

###### ア 学説

考えてみれば、「約束による自白」が「共犯者の自白」である場合こそが、これを他人の刑事事件の証拠として用いることが想定される典型的なケースである。

---

(50) 平野227頁

(51) 石井一正・刑事実務証拠法121頁。なお、同説は、「反対尋問権が保障されている限り、虚偽排除の観点からする任意性の有無は、その供述の信用性の問題にすぎない。」とするが、「保障されている」だけで「実現」されないままに終わってしまっは意味がない。注(69)、(70)参照。

(52) 石井122頁

そして、その場合の当該「約束による自白」の証拠能力について、先述した「共犯者の自白(供述)」をその他人に対して使う場合にも刑訴法319条1項(自白法則)を適用又は類推するのが相当である”とする学説は、その具体的な適用の一場面として、当然のことながら、ここでも、その「約束による自白」に刑訴法319条1項を適用又は類推するのが相当であるとする<sup>(53)</sup>。すなわち、「本人の自白」と同様の位置付けを与えるのである。

上記の学説が、そのような取扱いを主張する理由は何であろうか。その論拠として挙げられているのは、「虚偽のおそれがあるとして排除されるべき証拠を、他の被告人に対して許容するのは当を得ないからである。」ということである<sup>(54)</sup>。

この学説は、強いていうならば、「約束」による利益誘導を、直ちに、「供述の自由を侵害する違法」——「(自白に向けての)心理的な圧迫」、「自白への強い心理強制」、「強い自白への誘引力」等の、供述についての自由な意思決定(任意性)を妨げる事情<sup>(55)</sup>——として捉え、虚偽供述を導くものとして問題視する点で、上記裁判実務家の説と異なっている、といえようか。

#### イ 法務委員会における参考人説明

川出参考人は、「司法取引による供述」に関する理論上の問題点について、次のように述べている。——「恩典と引き換えに他人の犯罪事実に関する供述を得て、それにより立証を行うことを想定したものであるわけですが、こうした供述には、従来、約束ないし利益誘導による自白の証拠能力が否定されるとされてきたこととの関係で、そもそも証拠能力が認められないのではないかという点です。」「もっとも、厳密に言いますと、協議・合意の下で得られる供述というのは、他人の犯罪事実を立証する関係では自白ではありませんが、そこで想定されているのは多くの場合共犯事件ですので、他人の犯罪事実を明らかにするための供述は、いわゆる共犯者の供述ということになります。そして、その場合、みずからの犯罪事実への関与の部分の

<sup>(53)</sup> 松尾82頁、田宮389頁

<sup>(54)</sup> 松尾82頁

<sup>(55)</sup> 松尾42頁

供述と他人の犯罪への関与の部分の供述は切り離して評価することが困難なことも多いでしょうから、後者についても自白法則を準用すべきではないかということが問題となり得るわけです。」

ここで、「準用すべきではないかということが問題となり得る」とだけいってその結論については明言していないが、その直後から、「約束ないし利益誘導による自白」の証拠能力が否定される根拠から説き起こして、「司法取引による供述」に証拠能力を認めることができる理由がるる展開されているところをみれば、法案が「約束による共犯者の自白」への自白法則準用説をとっている（議論の前提としている。）ことがおのずと知れるところとなっている（後に別の視点から再論する。）。

#### ウ 私見

(ア) 「約束による自白」が供述者本人にとって証拠能力を欠く理由は、「任意性に疑いがある」ことである。その意味するところを改めて考えてみると、まず、「約束による自白」とは、「利益供与の提示により、自白するように強烈に仕向けられた結果、引き出された自白」である。そのような自白に向けての強い誘引力が加えられれば、供述についての自由な意思決定が妨げられ、虚偽の自白をもしかねない心理状態に誘導されてしまうのが、通常一般の人間の心情というものであろう。当然に、そのような状態の下でなされた自白には虚偽が入ってくる可能性が高い、すなわち、「虚偽であるおそれが典型的に高い」（先にみた調査官解説によれば、「虚偽である蓋然性がきわめて高い」）。これが「約束による自白」の証拠能力が否定される実質的な理由とされるものである<sup>(56)</sup>。

そして、「約束による自白」がこのような高度に危険な性質を帯びていることは、当該供述を他人（共犯者）の罪責立証の用に供しようとする場合であってもまったく同じことである。そのような「虚偽であるおそれが典型的に高い」供述は、証明力の評価を誤るおそれがあるために、証明政策上、排除すべきものとされるのが「証拠能力がない」ということなのにほかならない<sup>(57)</sup>。そうであるならば、この場合においても、そ

---

<sup>(56)</sup> 「不当な誘引があると虚偽の自白を誘発するおそれがあり、事実を明らかにするという使命をもつ裁判の役には立たない。」（田宮346頁）

のまったく同じ理由に基づいて証拠能力を欠くとするのでなければ、道理が通らず首尾が一貫しない。

学説が、「虚偽のおそれがあるとして排除されるべき証拠を、他の被告人に対して許容するのは当を得ない」としているのも、この意味においてであろうと解することができる。

(イ) そして、「共犯者の自白」についても、「約束による自白」についても、以上に述べてきたような考え方をとるということは、これらの供述を他人について用いる場合においても、供述者自身について用いる場合と同じく、供述の全体を、刑訴法319条1項の任意性の観点から観察評価することを意味するのにはかならない。つまり、この用途の下における「共犯者の自白」、「約束による自白」は、「本人の自白」に準じたもの、ないしはそれと同一視できるもの、として位置付けられることになる。

こうして、証拠能力獲得のために「任意性」を必要とするとしたからには、その任意性に疑いがあるとなった以上は、証拠能力を認めるわけにはいかないのは当然である。すなわち、他人の罪責立証に供しようとしてされている「約束による自白」はもちろん、「約束による自白」である「共犯者の自白」——つまり、「約束による共犯者の自白」——もまた証拠能力は認められない。

そして、——訴訟上、「約束による(共犯者の)自白」であることが判明した時点で証拠排除されるから、爾後、反対尋問はあり得ないところとなるが——、この供述に対して、仮に反対尋問が完遂されたとしても、証拠能力は回復し得ない。伝聞証拠でなくなるだけで、不任意証拠であることに変わりはないからである。

ましていわんや、他の証拠によって供述内容が真実であることを立証して証拠能力を回復させることはできない<sup>(57)</sup>。

(57) 田宮286頁

(58) 「約束、偽計、圧迫、誘導、疲労、病気など、被疑者の自由な意思決定を妨げる事情があり、その結果、虚偽の自白を誘発するおそれがあったと疑われるときは、その自白は証拠能力を失うことになる(不任意自白一般の排除)。この場合、自白の真実性を別途立証して、証拠能力を回復させることはむろん許されない。」(松尾42頁)

## 5 本法律の「司法取引による供述」への証拠能力付与の論理

それでは、本法案(今や「法律」であるが、法務委員会での法案審議の場面を振り返っての論述であるので、ときにこの呼称を使わせていただく。)は、「司法取引による供述」を他人の罪責立証の用に供しようとする場合に、それに刑法319条1項が適用されるのか否かの問題については、一体どのように考えているのであろうか。

以下、法務委員会における川出参考人の説明によってみてゆくこととする。

### (1) 証拠能力付与の論理

ア まず、「司法取引による供述」には証拠能力を認めることができるとする本法案が、それを理由付ける論理をどのように組み立てているのか、それについて次のように説明されている。

「刑事手続の場面を離れて一般論として考えてみますと、供述を得るために、供述を行った場合には一定の利益を付与する旨の申し出を行うということは、その相手方にとって、真実の供述をすることと虚偽の供述をすること双方の誘因として働き得るものです。それにもかかわらず、従来、自白について、それが一定の利益と引き換えになされた場合には典型的に虚偽であるおそれが高いとされてきたのはなぜかといいますと、それは、身体を拘束されて、弁護人も自由に会えないような状態で捜査機関による取調べを受ける中で、自己の刑事責任ですとか刑事手続上の処分にかかわるような利益供与の提示がなされれば、被疑者はその状況から免れたいがためにそれに応じてしまうという認識があったためだと思われま。そうだとしますと、それとは異なる状況がある場合には、利益供与と引き換えになされた供述の任意性について別の評価をすることは可能であるはずで。」

イ そして、本法案は、上記の考え方に基づいて、「司法取引による供述」に証拠能力を認めることができるようにするための仕組みを構築したとされている。

すなわち、それは、

(i) そもそも虚偽供述をさせないための仕組みと、

(ii) 仮に虚偽供述をしたとしてもそれに基づく誤った事実認定がなされないようにするための仕組み

の2段階構えとされ、

(i)を構成するための措置として、

- ① 虚偽供述に対する処罰、
- ② 弁護人の必要的関与(虚偽供述をしないよう説得する義務／真実を供述するよう説得するとの期待)、

(ii)を構成するための措置として、

- ③ 司法取引に基づく供述が証言としてなされる場合の司法取引の事実の開示、
- ④ これを踏まえた弁護人の反対尋問及び裁判官の信用性判断

であるという。

そして、上記(i)(ii)の仕組みが設けられているので、「司法取引に基づく供述」は、「従来の利益供与と引き換えになされた自白とは異なり、それが典型的に虚偽のおそれが高いとは言えない。したがって証拠能力を認めることはできる」と結論付けられているのである。

(2) その理論的前提

上記説明の中で、「従来の利益供与と引き換えになされた自白とは異なり」といっているのは、従来の「約束による自白」は典型的に虚偽のおそれが高い、したがって証拠能力を認めることができないとされてきたことを指しているわけであるが、ここでは、「約束による自白」が他人に対して用いられる場合についていっていることである(そうでなければ意味をなさない)。

すなわち、本法案は、「約束による自白」は、これを他人に対して用いる場合においても自白法則に服する、と解することを前提に置いていることになる。

それと同時に、上記の立論は、「司法取引による供述」が「約束による自白」の範疇に属するものであるとの理解を当然の前提としているから、結局、本法案は、「司法取引による供述」を、当該供述において共犯者と名指しされた者の有罪立証の用に供しようとするときには、それには刑法319条1項の準用ないし類推適用がある、という解釈論を採

用していることが知れるのである。

そして、その同じ刑訴法319条1項の下で、「約束による自白」の証拠能力が否定される理由を上記のとおりに分析・把握し、その観点に立って、「司法取引による供述」の証拠能力が認められる理由を、上記のとおりに説明付けているのである。

なお、本稿の論述においては、「司法取引による供述」が証言として公判廷においてなされる場合を想定している。「司法取引による供述」が供述調書化されている場合に、果たしてこれが証拠として許容されるのか否か——法文上は否定されていない。——は極めて重大な問題点であるが、これについては、何といても、司法取引制度は、その立案提出者が「供述調書への過度の依存からの脱却」を標榜して法制化に至ったものであることが議論の出発点であり、かつ終着点となるべきものであろう。このことについては先にも一言したが、いかなる理由付けをもってするにせよ、事の成り行き次第では、法案提出者が掲げ国会が認知した本法律の上記の立法趣旨が貫徹されない事態が出来しかねない深刻な問題である。本法律施行後の最重要論点の一つとなろう。

## 6 その論理に対する疑問点

しかしながら、本法案の上記の考え方——「司法取引による供述」に証拠能力が認められる根拠の説明(論理の組立て方)——に対しては、以下のような疑問がある。

### (1) 証拠能力付与のための基本設計についての疑問

ア 「約束による自白」が虚偽供述であるおそれが典型的に高いとされてきた理由

ア) 川出参考人が、「従来『約束による自白』が虚偽供述であるおそれが典型的に高いとされてきた」理由について述べる中に登場する「その状況」とは、文脈上、「身体を拘束され弁護人とも自由に会えないような状態で捜査機関により取調べを受ける中」に在るという「状況」を指しているものと解される(これを、「身体を拘束され弁護人とも自由に会えないような状態で捜査機関により取調べを受ける中で自己の刑事責任や手続

上の処分にかかわるような利益供与の提示がなされ」ている「状況」を指していっているものと解すると、例えば、不起訴を提示されている「状況」から免れたいがために自白の引換提供に応じてしまう、という奇妙な文意となってしまう。「約束」も「強制」、「拷問」等と並ぶ「自白に向けての不当な誘引(心理的圧迫)」の一つであり、これが供述者の自由意思を侵犯することが「不任意」の意味するところであるが、「強制」、「拷問」等の自由意思侵犯がこれらから免れたい心理状態を指すのに対して、「約束」の自由意思侵犯は、「約束」された利益を求めずにはいられない心理状態を指す点で、同じ自由意思侵犯でも心情の赴く方向は真逆である。)

しかしながら、従来「約束による自白」が虚偽供述であるおそれが典型的に高いとされてきたことの理由が、果たして上に指摘されているような「認識があったため」であるかについては、少なからぬ疑問が存する。

(イ) まず、「刑事手続の場面を離れて一般論として考えてみますと、供述を得るために、供述を行った場合には一定の利益を付与する旨の申し出を行うということは、その相手方にとって、真実の供述をすることと虚偽の供述をすること双方の誘因として働き得るものです。」とされているのだが、このような申し出をすることが相手方にとって真実の供述をすることと虚偽の供述をすること双方の誘因として働き得るものであることは、「刑事手続の場面」においてもまったく同様であろう。捜査機関の不起訴の約束によって導き出されるのは常に必ず虚偽の自白である、とはもちろんいえない。不起訴の確約に安心して自らの犯行の真実を告白することがあるのも想定するのに難くない。

したがって、「約束による自白」は「虚偽供述であるおそれが典型的に高い」とされてきた理由を考えるに当たって、「身体を拘束されて、弁護人も自由に会えないような状態で捜査機関による取調べを受ける中で、自己の刑事責任であるとか刑事手続上の処分にかかわるような利益供与の提示がなされ(る)」という「刑事手続の場面」にフォーカスすることは、必ずしも当を得たものとはいえないと思われる。

また、「一般論」においても、「刑事手続の場面」においても、等しくみられるところのものはそのほかにもある。それは、供与を提示されたその利益が重大なものであればあるほど、それを手にしたいがあまり、

その提示者のいいなりになる、引き換えに差し出すように求められたものは何でも差し出してその歡心を買おうとするという、人情の赴く様である。

そして、「約束による自白」の場合には、これがどのような形で現れるか。捜査機関から「自白」と引き換えに供与を提示されたのは、「自己の刑事責任であるとか刑事手続上の処分にかかわるような利益」という重大な利益である。被疑者は、何としてもこの利益を手に入れたいが、引き換えに「自白」を差し出さなければ、利益は受けられない。だから、虚構してでも「自白」を差し出す。こうして被疑者は捜査機関のいいなりになる。それも人情のしからしむるところ、生身の人間のやむを得ない弱さの現れである。——「約束による自白」が「虚偽供述であるおそれが典型的に高い」とされてきた理由は、だれしものがこのような認識を共有していた(いる)点に求められるのではないだろうか。後に改めて詳論する。

(ウ) さらに、より端的な疑問は、従来「約束による自白」が「虚偽供述であるおそれが典型的に高い」とされてきた理由が川出参考人指摘のとおりなのだとすれば、従来から在宅の被疑者の「約束による自白」の証拠能力が否定されてきたことの説明がつかない、ということである。

身柄が拘束されていない被疑者であっても、その「約束による自白」の任意性には疑いがあり、すなわち、それは虚偽であるおそれが典型的に高い自白であり、したがって証拠能力が否定される。この考え方に争いはなかったのではないだろうか。

(エ) さらに、「司法取引による供述」に証拠能力が認められることの根拠付けとされている上記の論理展開の中には、その一部に事実の誤認があることを指摘しなければならない。

すなわち、「身体を拘束されて、弁護人も自由に会えないような状態で捜査機関による取調べを受ける中で」といわれているが、今日——本法案立法化前の法案段階をいっている。——においては、このような「身体を拘束されて、弁護人も自由に会えないような状態」は、もはや実務上ほぼ存在していない、ということである。接見交通をめぐる今日の状況は、往時とは比べものにならないほど一変している。法務委員

会においても、郷原参考人によりそのことが明らかにされている。——「検察官の取調べに関しては、昔とは全く環境が違っています。我々弁護人が行けば、無制限に接見も可能ですし、そういう形で被疑者を励ますこともできます。」——してみれば、身体を拘束されて「弁護人とも自由に会えないような状態」を(本法案段階における)現状とみる認識は、すでに誤っているといわざるを得ないであろう。

そして、本法案は、川出参考人が示した上記の考え方を、「司法取引による供述」が証拠能力を認められるための論理を構築する上での基本的立脚点としているのであるから、身体を拘束されて「弁護人とも自由に会えないような状態」がすでに存在していないということは、その基本的立脚点(少なくともその重要な一部)を失っていることを意味することになるであろう。

(オ) 証拠能力が否定される根拠である「虚偽のおそれが典型的に高い」供述とは、誰しもが取調官の意を迎える内容の虚偽を供述してしまっても少しもおかしくない、むしろそうなる方が自然ではないか、とさえ思えるような状態の中から生まれて来た供述をいうのではなかっただろうか(刑訴法319条1項に掲げられている自白——「強制」、「拷問」又は「脅迫」による自白、「不当に長く抑留又は拘禁」された後の自白——はすべてそうである。)

上記にいう「とさえ思えるような状態」とは何か。それは、「『利益供与の提示』すなわち『利益誘導』を受けているという状態」にほかならない。これを、諸家の論説にいう、「(自白に向けての)心理的な圧迫」、「自白への強い心理強制」、「強い自白への誘引力」等を受けたことによって、供述についての自由な意思決定(任意性)を妨げられている状態(いずれも前出)、といってもよいであろう。被疑者がそのような状態に置かれている以上は、そのときに、被疑者が、「身体を拘束されて」いる否か、「弁護人とも自由に会えない状態」か否かは、結論に影響しない。

そうであるからこそ、身柄拘束下にある被疑者のみならず、在宅の被疑者の「約束による自白」についても、等しく証拠能力が否定されてきたのだと解される。

(カ) 確かに、被疑者は、「身体を拘束されて弁護人とも自由に会えない

ような状態で捜査機関により取調べを受けているという状況から免れた  
い」と思うであろう。——ただし、上述したように、弁護人とは自由に会  
える状態なのであるから、ここは、正しくは、「身体を拘束されている状況か  
ら」ということになるが。

ここで一言しておく、もちろん、「自由に会える」とはいつでも、それ  
は、法案審議時における実務において、「約束による自白」が採取される場  
に弁護人の同席を必要的とする運用が行われていることを意味するもので  
はないことは当然である。

というより何より、元来、捜査実務において、「約束」をすることはタ  
ブであった。それと引き換えに自白を得ることなど、あり得べからざるこ  
ととされていた。たとえその「約束」の場に被疑者の弁護人が存在しよ  
うとも、である。いかなる条件の下でも、「約束による自白」を採取するとい  
うことは、そもそも理念的にはあり得ないことであった。

このことは、これまでの実務において、仮に、弁護人同席の下であって  
も、「約束による自白」の不任意性の瑕疵、すなわち「虚偽の類型的に高い  
おそれ」は解消できないと考えられていたこと、それが実務上当然のこと  
として前提に置かれていたことを物語っている。このことは、「司法取引に  
よる供述」の証拠能力が認められる根拠付けの一つとして挙げられている  
弁護人の同席(上記(i)② 弁護人の必要的関与)が、果たして本当に根拠た  
り得るのか、という重要な疑問に通じることとなる。後に再論する。

しかし他方で、仮にも、被疑者が、取調官から「約束」をもちかけられ  
たならば、弁護人に相談することなくこれに応じるという事態は、実際上  
はまず考えられないことであろう。そしてその相談の機会を得ること——  
接見——は、事実上「無制限に可能」というのである。つまり、つまるところ、「約  
束による自白」をめぐる取調官とのやり取りのその場に弁護人が不在であ  
ることは、実際上は、被疑者に何か決定的に重大なマイナスをもたらすよ  
うなものではない、ということもできるわけである。このことからしても、  
弁護人の同席(上記(i)② 弁護人の必要的関与)が、果たして本当に「司法  
取引による供述」に証拠能力が認められる根拠たり得るのか、という重要  
な疑問が導かれることとなる。

そして、被疑者にとって、釈放されることが大きな利益であることは間違いない。それ故、釈放と引き換えになされた自白の証拠能力が認められることはない。

しかしながら、そのことは、「約束による自白」が「典型的に虚偽であるおそれが高い」とされてきた理由が、「身柄拘束から免れたいがために自白してしまうという認識があったためだ」ということを論証することにはならない。「自白してしまう」のは、何も「身柄拘束から免れたいがため」だけには限らない。被疑者にしてみれば、身柄拘束状態から解放されたところで、起訴されてしまえば、そして容赦なく処罰されてしまえば、元も子もない。被疑者にとって何よりも大きな利益は、いうまでもなく、起訴されずに済むこと、それがかなわないまでもせめて軽微な処罰を受けるだけで済むこと、である。この最重要の利益供与の提示は、釈放の利益供与の提示をはるかに上回る「自白に向けての心理的圧迫」を与えるものとなる。その場合には、身柄拘束の有無は関係のないことである。

つまりは、「自白」すれば供与するとして提示されたその利益の重大さが一番の問題なのである。その魅力には誰も抗し難いところがあるほどの利益の供与が約束されれば、通常の間人であれば、虚偽の「自白」をしてでも相手の要求に応じてその利益を手に入れようとするであろう。——この「認識」が国民の間に共有されてきたことが、「約束による自白」は「典型的に虚偽供述であるおそれが高いとされてきた」ことの真の理由なのではないだろうか。

(キ) 「約束ないし利益誘導による自白の証拠能力が否定される根拠」については、すでに諸家の論説をみたところであるが、改めて確認すれば、①川出参考人の法務委員会における説明は、「利益誘導」が行われること、そしてそれが被疑者の心理に圧迫を与えることを指摘するものであったし、また、②約束による自白の証拠能力を否定した最高裁昭和41年判例の解説において担当調査官が強調しているのも、同様に、不起訴等の利益が持つ自白への強い誘引力であった<sup>(59)</sup>。

(59) 注(49)参照。

これらのいずれにも、「約束による自白」が「虚偽であるおそれが典型的に高い」とされてきたその理由について、「身柄を拘束され弁護人と自由に会えない状況から免れたいがために利益供与の提示に応じてしまうという認識があったため」という認識・分析・理解は示されていない。

(ク) 翻ってみれば、「司法取引」の制度を導入するに当たっての最大の難所は、従来の法律理論によっては証拠能力が認められないとされてきた「約束による自白」について、如何にしてこれに証拠能力を認めることができるようにするか、であったに違いない。何しろ、これまでの考え方を完全にひっくり返そうというのであるから、これがただならぬ難事であることは分かり切ったことである。

立法化を推進する立場としては、「虚偽供述出現の典型的に高いおそれ」を生み出す源を、「約束」すなわち「利益誘導」が行われることそのものに求めることができないのは、「司法取引」が「約束」すなわち「利益誘導」そのものであることからして、理の当然である。それでは、どのようにすれば、「司法取引による供述」に「虚偽供述出現の典型的に高いおそれ」がないことを説明することができるか（「説明」できたからといって、「論証」できたことにならないのはいうまでもない。しかし、「説明」すらできなければ、「論証」など論外である。）。

a) この難問に臨み、本法案は、従来「約束による自白」が「虚偽供述であるおそれが典型的に高い」とされてきた理由を、「利益誘導」そのものではなく、その誘導を受ける被疑者の置かれた「状況」に求めることによって、その状況を変更することで、「虚偽供述であるおそれが典型的に高い」という評価を消すことができる、という理屈の組立てを行ったものであるかのようにも見える。

しかし、もしもそうだとするならば、既に述べたとおり、その「状況」についての事実認識それ自体に見誤りがあり、論理構築の出発点となる足場が失われている上に、この理屈の組立ては、問題の核心を外したものとといわなければならない。

すなわち、考えておかなければならないのは、まず第一に、自白全般について、自白した際に被疑者が身柄拘束下に在ったか否か、弁護人との自由な接見交通が制限されていたか否かによって、自白についての

「虚偽の高い類型のおそれ」の有無が決められるものではない、という当然の事理である。第二に、「約束による自白」について「虚偽の高い類型のおそれ」があるとされている理由は、それが「約束による自白」だからである。取調官による抗し難い誘惑的な利益供与の提示という、外部からの被疑者の供述心理への働き掛けの在り方自体が問題視されているのであって、被疑者の置かれた「状況」が問題とされているわけではない。その点において刑法319条1項が掲げる「強制」、「拷問」又は「脅迫」による自白、「不当に長く抑留又は拘禁」された後の自白と同列に並ぶものであるからこそ、「約束」による自白は、「その他任意にされたものでない疑いのある自白」に該当する、とされてきたのにはかならないと解される。

b) あるいは、法案は、「約束」のうちの「身柄を拘束され弁護人と自由に会えない状況」に在る者に対する「約束」に限定して、それを「虚偽供述出現の典型的に高いおそれ」を生み出す源として位置付けることにより、そうでない(それ以外の)「約束」であれば、そのようなおそれを生むことはないという論理の筋道を立てたものようにもみえる。

しかしながら、肝心要の、「虚偽供述出現の典型的に高いおそれ」を生むものが「約束」のうちの「身柄を拘束され弁護人と自由に会えない状況」に在る者に対する「約束」に限定されることの正当性の論証が果たされていない(「(前略)…、被疑者はその状況から免れたいがためにそれに応じてしまうという認識があったためだと思われます。」と述べるにとどまっている。)

そればかりか、先ほど来繰り返し仔細にみたとおり、「約束」のうちの「身柄を拘束され弁護人と自由に会えない状況」に在る者に対する「約束」に限定することは、正当とはいえない。「虚偽である高い類型なおそれ」を生ぜしめるのは、不起訴処分を代表とする軽微な刑事処分をしてやる旨の「約束」であり、その「約束」そのものが持つ通常一般の人間にとっては到底抗うことの困難な強烈な魅惑、「自白」への不当な誘引力である。その「約束」がなされた際の被疑者の身柄拘束の有無、弁護人との接見の可否は、それとはまた別の問題である。

(ケ) 以上の考察の結果として論理的に導かれる結論は、単純明快であ

る。すなわち、上記のような強烈に魅力的な、「自白」への強い誘引力をもった「約束」すなわち「利益誘導」が行われ、その「約束」によって自白がもたらされた以上は、もはやそれだけで——身柄拘束の有無、弁護人との接見可否の如何を問うことなく——、その自白に任意性すなわち証拠能力を認めることはできない。——これは従来あまねく承認されて来た考え方そのものである。

もちろん、最高裁調査官の先の指摘を俟つまでもなく、その「約束(利益誘導)」と「自白」との間に因果関係がなければ、——他に任意性を疑わせる事情が存在しない限りは——その「自白」に証拠能力を認めることができることとなる。しかしそれは、もはや「約束による自白」ではないからである。

そこで、この際、立法に当たり、もしもこの因果関係を断ち切る仕組みを設けることができるのであれば、それはもはや「約束による自白」に非ざる「自白」としての証拠能力を認めることができることとなりそうである。

だが、実際にこのルートをとろうとしても、以下のような問題が生ずることを避けられない。

①個々の刑事事件において、上記の因果関係の不存在——「任意にされたものでない疑い」(刑訴法319条1項)がないこと——の立証責任が、検察官に属することは申すまでもないところ、そもそも論として、「存在しない」ことの証明が困難であるのに加えて、上に述べたような自白への強烈な誘引力をもった「約束」がなされた以上は、被疑者に対してその誘引力——被疑者の心理を自白に向けて強く圧迫する力——が作用したために自白が導かれた、とみるのが経験則・論理則からして当然であるから、検察官がその立証によりこの因果関係存在の強い推認を破ることは、極めて困難となる。

そして、②上に言及した「仕組み」とは、当然のことながら、本来の検察官による個別具体的な「因果関係不存在」の立証に代替し得るものでなければならぬのだから、その仕組みの何たるかを抽象化して一般的な形で法文に定めようとしても、それ自体そもそも極めて困難な面があることを否認しない。

③仮に上記の意図の下に何らかの仕組みを構築したとしても、それが上記の代替機能を果たし得る——その仕組みが存在していることによって、「任意にされたものでない疑い」が「ない」と証明されたに等しいといえる——ことを論証（「説明」ではないことに注意せよ。）することは、誠に困難を極めるであろう。その「疑い」が「弱まる」というところまでは論証可能としても、未だそれでは証拠能力は認められないのである。

ましてや、後に詳論するように、④「司法取引による供述」の採取の過程においては、単なる「約束による自白」よりも、はるかに強度の「自白」への誘引力が働く。それが「自己の犯罪についての自白」なのではなく、「他人の犯罪についての供述」すなわち「共犯者の自白」だからである。前者は、自らが罪責を負っていることの告白であるのに対し、後者は、自分は罪責を負わない(負っても軽微にすぎない)こと、(より重大な)罪責を負うべきは他人であることを訴えるものであり、被疑者の利己的心情に作用する虚偽供述の誘惑の度合いにおいて、後者は前者の比ではない。

以上の諸々のことを勘案すると、「司法取引による供述」の「取引」と「供述」の因果関係を遮断すること、そしてそのために設けた仕組みによってその遮断が果たされることを論証することは、単なる「約束による自白」についてそれを試みる場合におけるよりも、困難の上にも困難を極めることとならざるを得ない。

こうして、立案当局が描いた道筋とは異なるアプローチによって、「司法取引による供述」に証拠能力を獲得させるという同じ目的を達成しようとしても、単にその道筋を歩んだというところまでは「説明」できたとしても、そのゴールに到達したことを「論証」することは、至難の業となるであろう。

イ 被疑者が利益供与に応じてしまう原因となっている状況とは異なる状況の作出

(ア)「それとは異なる状況がある場合には、利益供与と引き換えになされた供述の任意性について別の評価をすることは可能」にいう「それ」とは、文脈上、「その状況」が指し示しているところの、「身体を拘束され弁護士とも自由に会えないような状態で捜査機関により取調べを受け

中」に在るという状況を指すものと解される。

しかしながら、昨今の捜査実務においては、かような事態そのものが存在していないこと、したがって、その後の論理展開の出発点において既に事実誤認が生じており、「司法取引による供述」に証拠能力を付与するための理屈を支える土台のうちの重要な一部が掘り崩されてしまっていることは、先に述べたとおりである。

(イ) 上記の点は措くとするならば、「それと異なる状況」とは、「身体を拘束されず、弁護人とも自由に会える状態で捜査機関により取調べを受ける中」に在ること、すなわち、在宅の被疑者であることをいうことになる。

しかしながら、本法律は、司法取引の手続要件として、弁護人の必要の関与を設けたにとどまっておらず、供述者が在宅被疑者であることは要件とされていない(刑訴法350条の2)。これでは、「身体を拘束され弁護人とも自由に会えないような状態で捜査機関により取調べを受けている状況」とは「異なる状況を作り出す」ことによって、「典型的に虚偽であるおそれが高い」とはいえないようにするという、立案当局の今次の司法取引に基づく供述に証拠能力を得させるための制度設計に当たっての出発点にある考え方に沿った、その「異なる状況」が要件化されたとはとても言えないであろう。すなわち、制度設計の基本思想と法案の内容とのミスマッチが生じていることになる。

さらに、より基本的な問題として、繰り返し指摘していることではあるが、仮に、司法取引の対象となる者を在宅の被疑者に限定したとしても、そのことをもって「司法取引による供述」が証拠能力を獲得することの根拠とするのは、従来、在宅の被疑者の「約束による自白」の証拠能力が否定されてきたこととの間で説明がつかない。

ウ 「虚偽供述に基づく誤った事実認定がなされないようにするため」の仕組みと「虚偽供述の典型的に高いおそれを解消するため」の仕組み  
(ア) 法務委員会における川出参考人の説明によれば、本法案が「司法取引制度」を導入すべきものとする論拠の全体像は次のようなものとされている(各段落末尾の要約は筆者。)

「…(前略)…このように、法案では、(i)そもそも虚偽供述をさせないための、また、(ii)仮に虚偽供述をしたとしてもそれに基づく誤った事実認定がなされないようにするための仕組みが設けられておりますので、従来の利益供与と引き換えになされた自白とは異なり、それが典型的に虚偽であるおそれが高いとは言えない、したがって証拠能力をみとめることはできるんだというのが法案の考え方でして、私もそのように考えております。【証拠能力の肯認】

続いて、このことと関係しますが、捜査・公判協力型の協議・合意制度に対しては、これは、他人の犯罪事実を明らかにするための供述などをすることと引きかえに一定の恩典を受けるものであるので、それを受けたいがために、他人を犯罪に巻き込んだり、あるいは役割を過大にしたりするなどの虚偽の供述をする危険があるという指摘がなされております。確かに、共犯者の供述には、一般に引っ張り込みの危険があるとされておりまして、恩典の付与と引きかえに供述を行うとなると、その危険が高まるようにも思えます。【共犯者の自白の危険性】

そして先ほど申し上げましたように、その供述が典型的に虚偽であるおそれが高いとまでは言うことはできないとしても、個々の事案で虚偽の供述がなされる可能性があるということは否定できないと思います。【虚偽供述出現の危険性】

問題は、その可能性があるから、およそこうした制度を導入すべきではないと考えるかどうかです。この点について、法案は、(ii)仮に虚偽の供述がなされたとしても、それに基づいた誤った事実認定をしないための措置を設けております。加えて、最も重要なことは、運用上、捜査機関によって、協議・合意に基づく供述については十分な裏付け捜査がなされるということです。…(中略)…。

以上のとおり、虚偽の供述に基づく誤った有罪判決を防ぐ仕組みは整えられていると思います。【誤判防止の仕組み整備】

この論理の展開をみてまず目にとまるのは、(ii)の「仮に虚偽供述をしたとしてもそれに基づく誤った事実認定がなされないようにするための仕組み」が、「司法取引による供述」に証拠能力が認められることの根

拠、及び「司法取引による供述」の信用性の判断を誤らないことの根拠として、二重に援用されていることである。

司法取引に基づく供述が虚偽であるおそれが典型的に高いとまではいえない(そのようなレベルの虚偽性を有する供述にはならない)理由として上に掲げられているもののうち、(i)は虚偽供述をさせないための事前予防の仕組みだからまあよいとしても——ただし、その実効性について楽観視できないことは後に論じるとおりである。——、既に虚偽供述がされてしまった後に訴訟関係者がその中に含まれている虚偽性に惑わされないようにするためのいわば事後救済の仕組みである(ii)の方は、果たして理由たり得るのだろうか。

(ii)は、「仮に虚偽供述をしたとしてもそれに基づく誤った事実認定がなされないようにするための仕組み」であるというのであるから、それは、当該供述に証拠能力が存在することを前提とする仕組みである。その(ii)が、その前提の欠如(証拠能力の不存在)を補う働きをする、というのは、論理が倒錯してはいしないか。ある供述の信用性判断を誤らないための仕組みの存在——出現した虚偽への備えあり。——が、その供述に証拠能力をもたらす——虚偽出現の典型的危険を解消する。——、という論理に、果たして飛躍はないものか。

早い話が、“**自白の補強法則**の存在は、「**約束による虚偽自白**」出現の抑止に一役買っている。よって、**補強法則**は、「**約束による自白**」に任意性をもたらすものである。”との立論は、寡聞にして知らないが、それと同じことではないのか。「**司法取引による供述**」が証拠能力を有することの根拠に(ii)を挙げることは、いささか牽強附会の立論の感を禁じ得ないものがある。

(i) それでも、立案当局は、おそらくは、“供述時点で将来(ii)③や④が控えているという認識があれば、軽々しく嘘はいえなくなるだろう、その点では(i)①と同じことだ。”という発想なのだろう。

だが、後述するように、そもそも本来最も強力なものであるはずの①の抑止力それ自体にも安心できない点があるのに加えて、はるかに遠隔的で間接的な作用にとどまる③取引の事実の開示や④反対尋問に恐れをなして取引における虚偽供述を思いとどまる者が果たしてどれだけいる

だろうかは、相当に疑問の余地があるといわざるを得ない(その気になれば、ボロを出さない引っ張り込みの作り話自体さして難しくはない。それを自分の記憶どおりに証言している旨装っての証言に対して、反対尋問を実効的に行うことも必ずしも容易ではない<sup>(60)</sup>)。

そして、そもそも論として、④の弁護人の反対尋問が可能であること、裁判官の信用性判断が慎重に行われること、それらの前提として裏付け捜査が徹底して行われることを、「約束」の不当な誘引力の抑止効として過大評価することはできない道理が存する。これについては、後述する。

結局、(ii)が供述者に実際上本当に抑止力を及ぼすものなのか、及ぼすとしてもその抑止力は如何ほどのものなのか、そう大きな期待を寄せることはできないのではなからうか。

## (2) 「司法取引による供述」の類型的虚偽性

本法律(法案)が「司法取引による供述」の類型的虚偽性を消滅させてこれに証拠能力を獲得させる論理を構築する上での出発点としているのは、上述したように、「従来『約束による自白』が虚偽供述であるおそれが典型的に高いとされてきたのは、『身体を拘束され弁護人も自由に会えないような状態で捜査機関により取調べを受ける中で自己の刑事責任や手続上の処分にかかわるような利益供与の提示がなされれば、被疑者はその状況から免れたいがためにそれに応じてしまうという認識があったため』である」とする認識・分析である。(川出参考人)

その認識・分析に肯じ得ない点のあること、及びその認識・分析と本法律により手当てされた仕組みとの間に不整合があることは、既に指摘した(この後者については、後に、見る角度を改めて再び論じることになる)。

ここからは、“「司法取引による供述」の類型的虚偽性”というものについて、もう少し掘り下げて考えてみたい。

(60) 「(共犯者の供述の)危険は、自白に伴うもののほか、①引っばりこみ、ないし責任転嫁の危険、②共犯者は事情に通じているばかりに『九の真実に一つの虚偽を混ぜ』て供述することができ、切りくずすのがとくに困難、などの事情で倍加する」(田宮360頁)、その他、注42参照。

ア 「約束による自白」としての「司法取引による供述」

(ア) 先にも一言したが、法務委員会で行われた、「司法取引による供述」についての証拠法の観点からする説明においては、①まず「約束による自白」の証拠能力の問題が採り上げられ、司法取引に基づく供述が証拠能力を有するものであることの根拠が上述したとおりに示されたしかる後に、②「共犯者の自白」が有する引っ張り込みの危険性が採り上げられ、それにも対処できる誤判等の防止の仕組みが整えられていることが示され、③その仕組みの補充の要否という観点から補強法則、司法取引の過程の録音録画が採り上げられる、という流れで議論が展開された。

このように、本法案の組立てにおいては、「司法取引による供述」の証拠能力を論じるに当たっては、上記のとおり、もっぱら「約束による自白」の面にスポットライトを当てて、それが帯有する「虚偽の高い類型のおそれ」に着眼し、これを解消する方途を探る、というアプローチがとられた。

そして、上記(i)及び(ii)の仕組みを講じたことにより、上記の「虚偽の高い類型のおそれ」が解消されたとして、「司法取引による供述」には証拠能力が認められると結論付けた上で、しかる後に、「共犯者の自白」の面にスポットライトを移し当て、それが帯有する「引っ張り込みの危険」が、証拠能力のセイフティネットをすり抜けて公判廷に登場した場合を想定し、これに対しては(ii)の仕組みという備えがあるので、その危険が判決に現実化することはない、と結論付けている。

このように、「司法取引による供述」の証拠能力如何の議論の局面においては、「共犯者の自白」の証拠能力との関係性には何ら言及されることなく、「共犯者の自白」のclose-upは、「司法取引による供述」の信用性(証明力)の領域に入った段階で初めてみられるところとなっているのであり、その証拠調べにおける反対尋問権の行使により信用性(証拠価値)判断に誤りなきを期し得るものとされているのである。

これは、「司法取引による供述」の証拠能力を論じる上での問題点は、何といても、従来証拠能力が否定されてきた「約束による自白」に、それが「司法取引による供述」であるという限度において、いかにして証拠能力を得させしめるか、であり、立法関係者の視線の焦点がひとえ

にこの一点に集中していたことを物語っている。

そのこと自体は、誠に当然至極のことではあるが、そうはいつでも、「共犯者の自白」という面における証拠能力の問題は、本当に、このようにthrough passを許して、もっぱら信用性判断の対象にとどめることでよいのだろうか。

(イ) 「司法取引による供述」とは、「共犯者の自白」が「約束(利益誘導)」によって導き出されたものであり、この2つの性質を有する供述の不可分一体と化したsynthesisである。本稿ではそれを「約束による共犯者の自白」と呼んでいる。

そして、「司法取引による供述」の類型的虚偽性として感得できるものには、「共犯者の自白」によるものと、「約束による自白」によるものとがあり、その両者が相乗効果としてのより高度の「約束による共犯者の自白」ならではの類型的危険を醸成しているとみられる。

したがって、その証拠能力——証明力の評価を誤るおそれがあるため証明政策上排除すべきものと考えられる虚偽の類型的危険性——を論じるに当たっては、単に「約束による自白」の観点によるのではなくして、「約束による共犯者の自白」という複合的な観点によるのでなければならぬ道理なのではなからうか。

イ 「約束による共犯者の自白」としての「司法取引による供述」

上記の点をもう少し敷衍して述べると、次のようになる。

(ア) 「約束による共犯者の自白」は、もともと“引っ張り込み”という虚偽の類型的危険を帯びた「共犯者の自白」が、「約束」すなわち利益誘導というそれ自体虚偽の類型的危険を誘発する手法により採取されたものである点において、単なる「約束による自白」、単なる「共犯者の自白」にはみられない、二重の虚偽の類型的危険を帯びているといえる。

「司法取引」とは、被疑者・被告人と検察官のそれぞれの内心における利益衡量の結果が折り合えば成立し、そうでなければ御破算になるというビジネスライクな利害得失計算、まさしく“取引(bargain, deal)”という制度設計である。そうとなれば、被疑者・被告人の内心におけるこの損得計算次第では虚偽の供述が出現する危険のあること、すなわち、この制度が虚偽供述の誘因となりかねない危険性をはらむものであるこ

とは何人も否定できないところである<sup>(61)</sup>。そして、その利害得失の計算において、「自分が助かる」とことと「他人を陥れる」とことは表裏一体・不可分一体を成すところに<sup>(62)</sup>、「約束による自白」ならぬ「約束による共犯者の自白」の真の怖さがある。「虚偽であるおそれが典型的に高い」というときの「虚偽」性をみるに当たっては、この図利の面においてのみならず、他害の面においてもみられる、二重の危険にフォーカスすることが不可欠である。

すなわち、「司法取引による供述」における虚偽供述の典型的危険は、元来それ自体で他者への責任転嫁の危険性を帯びた「共犯者の自白」が見返りとしての利益処分の提示を受けることによって一層出現し易くなるのみならず——供述者にとってはまさしく「渡りに舟」となろう。しかも、国家のお墨付きの利益供与の確約である。——、供述者がその提示されたあまりの利益に目が眩んで取調官の意を迎えんがため、あるいはより大きな譲歩を引き出すべく取調官の歡心を買うために、供述の虚偽性を一層膨らませてゆく（捜査機関が目をつけている者を超大物の黒幕に仕立て上げるなど）こともしかねないところに存する。供述者がこのような態度に出ることなどは、むしろ人情のしからしむる当然のこと、というくらいに考えておいた方がよいであろう。

(イ) そして、さらに、「司法取引による供述」においては、取調官が利益供与の提示をしたそのとき以降、取調官と供述者とは、すでに両者にとっての共通の前提として、より重大な罪責を負うべき者としての他の何者かの存在というものを観念しており、暗黙裡にその観念を共有している状況の下で、当該他人についての情報、すなわち「共犯者の自白」をめぐって、両者の間で虚々実々の駆け引き、つまり「取引」を繰り広

---

(61) 法務委員会において、アメリカでは、捜査・公判協力型司法取引に基づく供述によって数多くの冤罪が生じており、誤判原因のうちの大きな割合を占めている（20%から50%近い）ことが紹介された（笹倉参考人）。

(62) 「共犯者の自白」における引っ張り込みの虚偽供述の具体的な動機としては、単なる責任転嫁のほかにも、かねて快く思っていなかった他人への意趣返し、真犯人を隠蔽する、余罪発覚を免れるなど、様々なものが想定できる。

げるのである。

よって得られた「共犯者の自白」は、そのような取調官と供述者との間でのsystematicな作用・反作用——働き掛けと切り返し——が生み出した両者の共(協)同作業の成果物といって過言でない面さえをも有することになる<sup>(63)</sup>。

このことは、「司法取引による供述」は、従来の「約束による自白」のような、単なる「心理的圧迫」、「心理強制」の産物という見方からだけでは到底説明・理解できないもの、捜査機関からの利益供与の提示に触発された被疑者の、私利私欲に基づく能動的な取組みの産物でもあるという性格をも帯有するものであることを示している。

しかしそれでも、この供述する側のcommitmentは、(i)決して自然発生的なものではなく、あくまでも捜査機関側による利益供与の提示(利益誘導)という外部からの働き掛け——それも法的に裏付けのあるこれ以上ないくらいの強烈な誘引力——との相関関係の下で惹起されたものである点、(ii)「司法取引」を成立させるためにあらかじめその制度の構造の中に組み込まれた予定調和的な存在である点——「司法取引」制度の構成要素の一つであるといってもよい。法律は、これを「協議」と呼んでいる(刑訴法350条の4、350条の5)。——の2点において、虚偽供述を生み出すことの、「個別・具体的」でない「一般的・類型的」なおそれをもたらすものと位置付けられて然るべきものである。

以上のことに照らせば、「司法取引による供述」は、単なる「約束による共犯者の自白」よりもなお一層拡大した虚偽の類型的危険性をはらむおそれを感じさせるものといわなければならない。「司法取引による供述」の類型的虚偽性とそのおそれの高さをみるうえでは、このことを看過してはならないであろう。

(ウ) 以上のとおり、司法取引に基づく供述たる「約束による共犯者の自白」には、類型的にみて、単なる「共犯者の自白」に比べてはるかに重大な虚偽供述出現の契機が存し、そのことにより虚偽供述に向かう動機に拍車がかかり、よって最終的に利益提示を受ける前に内心に秘められ

(63) 注(66)、(80)、(88)及び<sup>(118)</sup>並びに各注に対応する本文参照。

ていたものよりも増幅された虚偽を内容とする供述がもたらされかねないという、いってみれば、「共犯者の自白」が有する引っ張り込みの本来的危険と「約束による自白」が有する捜査官への迎合の誘惑的危険の2つの類型的危険の相乗効果——より厳密に言えば、前段に示したとおり、「司法取引による供述」であるが故にもたらされる、「約束による共犯者の自白」にみられる相乗効果を上回る更にプラス $\alpha$ の危険——が帯有されていることを十分に踏まえておく必要がある<sup>(64)</sup>。

(エ) そして、さらに、忘れてはならないのは、「共犯者の自白」は、虚偽であることを看破することが極めて困難だという点である<sup>(65)</sup>。供述者は、自らの実体験の主体を他者にすり替えて供述するだけでいかにももっともらしい供述ができあがる。

しかも、先に一言したように、「司法取引による供述」が出現するプロセスとしてあらかじめ想定されている、取調官と供述者との間でのsystematicな作用・反作用が生み出した両者の共(協)同作業の成果物といて過言でない面がここに現れたときは、あたかも検察官による反対尋問のpretestを経た供述が完成することにもなる<sup>(66)</sup>。

以上のことは、「司法取引による供述」における虚偽の増幅した極めて高度の危険が、そのまま現実のものとなる重大なおそれをはらんでいることを意味している。そして、この危険もまた、「共犯者の自白」ないしは「司法取引による供述」であることそれ自体に由来する、という意味で「類型的」な危険である。

---

(64) この点について、本文引用のとおり、川出参考人は、法務委員会において「確かに、共犯者の供述には、一般に引っ張り込みの危険があるとされておきまして、恩典の付与と引き換えに供述を行うとなると、その危険が高まるようにも思えます。」と述べて、「共犯者の自白」と「約束による自白」の類型的危険の相乗効果を認めるかにもみえる発言をされている。

(65) 注(42)参照。

(66) 注(88)に係る本文記載の、検察官による公判準備としてのいわゆる証人テストの実情についての問題点を指摘する郷原参考人の意見参照。その他、注(63)参照。

ウ 「共犯者の自白」の虚偽の類型的危険性

(ア) ここで改めて確認しておく、上記の「共犯者の自白」が有する引っぱり込みの本来的危険とは、それが「共犯者の自白」であることの故をもってそれに一般的に付帯する危険、通常伴う危険である。その意味において、「定型的」ないし「類型的」な危険だといえる。

このような認識・理解は、法務委員会における川出参考人の次の発言の中においても表明されている。——「確かに、共犯者の供述には、一般に引っぱり込みの危険があるとされておりまして……(以下省略)」

さらに、平成27年6月30日衆議院法務委員会における平木正洋最高裁判所長官代理者の次の発言の中にも、これをみることができる。——「供述が信用できるか、虚偽ではないかということにつきましては、証人尋問を実施した裁判体におきまして、個別具体的な事情を踏まえて判断するものでございます。もっとも、現行制度のもとでの一般論でございますけれども、裁判官の間では、第三者に罪を負わせる内容の供述につきましては類型的に警戒すべきものであるという議論がなされてきたものと承知しております。」

(イ) このような意味における「共犯者の自白」がもつ「虚偽の類型的危険性」は、従来の議論の中では、「共犯者の自白」の「証拠能力」の問題とは捉えられてこなかった。

他人の罪責立証の用に供せられる「共犯者の自白」プロパーの証拠能力については、もっぱらその「伝聞性」の観点から——すなわち、公判廷で法の予定する確認手段、とりわけ反対尋問により、供述の真偽を確認できないものであるか否か、という伝聞法則適用の観点に基づき<sup>(67)</sup>——、反対尋問を経ることにより証拠能力が認められることとされてきたのである(ここでは、もとより、共同被告人をめぐる旧来の論議は除外している)。

ここで、今後の議論の前提として、「伝聞証拠」の意義について確認しよう。「伝聞証拠」の定義については、形式的定義と実質的定義がある。前者は、「公判廷外の供述を内容とする証拠で、供述内容の真实性を立証するため

---

(67) 田宮368頁

のもの」<sup>(68)</sup>、後者は、「反対尋問のテストを経ない供述証拠」とする<sup>(69)</sup>。伝聞証拠が許容されない理由・根拠にまで遡って考えるときは、実質的定義の方に軍配が上がらう。その場合、往々にして、「伝聞証拠が排斥されるのは、反対尋問のテストが保障されていないからである。」と説明されることがあるが<sup>(70)</sup>、仮に「保証」されていたところで、それだけでは意味がない。伝聞証拠について証拠能力が認められない理由として反対尋問によるテストの必要性をいながら、それが実施されなかった場合にもなお証拠能力を認めるとするのは背理であろうから、「未だ反対尋問に対する証言未了の供述証拠」とするのが最も正確であろう。

このような実質的な定義付けによって、形式的定義では除かれてしまう「主尋問だけで反対尋問のできなかつた公判証言」や、「反対尋問の奏功し得ない被告人の公判供述」なども「伝聞証拠」の射程に収まってくる<sup>(71)</sup>。

(ウ) もっとも、法務委員会における法案説明にみたとおり、立案当局の論理の組立ての中には、「司法取引による供述」の伝聞証拠性という視座はとりたてて登場してこない。

そこでは、「反対尋問」は、供述の伝聞性を解除し証拠能力を取得させるための供述過程のチェック手段であるという伝統的な位置付けのものとしては論及されておらず、「司法取引による供述」の証拠能力に関して、従来の「約束による自白」が帯びる「虚偽の高い類型的危険」を解消するために設置される仕組みの中の一つとして、また、それらの仕組みにより「その供述(司法取引による供述)が類型的に虚偽であるおそ

---

(68) 田宮363頁、松尾44頁

(69) 平野203頁

(70) 注51参照。

(71) 田宮364頁。なお、形式的定義を採用する松尾52頁は、「証人が、主尋問に応じたのに反対尋問に応じようとしない場合は、裁判所は、——証言を促す努力をするとともに——主尋問に対する供述の採用が不当に被告人の利益を害すると判断したときは、職権で、又は申立によって、その供述を証拠から排除する決定をしなければならない。」として、反対尋問を経ない供述であっても証拠能力が認められる場合のあることを承認している。

れが高いとまではいうことはできないとしても」、つまり「証拠能力は認められる」のだけれども、「個々の事案で虚偽の供述がなされる可能性があるということは否定できない」とされるそのとおりに虚偽の「司法取引による供述」がなされた場合に、それに基づく誤判（「証拠能力」ではなくて「証明力」の判断の誤りを指していつている。）を防止するための仕組みの一つとしての位置付けの下に登場しているのである。

(エ) 「約束による自白」の不任意性もたらす「虚偽の類型的な高いおそれ」も、「共犯者の自白」が帶有する「類型的に警戒すべき引っぱり込みのおそれ」も、ともに「類型的なおそれ」であるにもかかわらず、後者については、前者と異なり、そのままそれが証拠能力の問題とされることなく(本法案においても同様である。「共犯者の自白」に言及する前に、すでに証拠能力論に決着がつけられている。)、もっぱら「伝聞証拠」という観点からのみ証拠能力の有無が決められてきた(本法案は、この観点については沈黙している。)のは、一体なぜなのか。

それは、等しく「類型的」な虚偽性とはいっても、後者のそれは、「他人への責任転嫁」という供述の内容それ自体から定型的・類型的に感知される虚偽のおそれであり、前者のそれのように、供述者に対する外部からの働き掛けの在り方から定型的・類型的に感知される虚偽のおそれとは異なる、という整理によるものであったろう。

しかし、そうはいつても、伝聞法則なるものの考え方は、本来、供述がうそか本当か、その確認手段として公判廷で用意されているものが使えないために、その確認ができないという状況に在ること——供述の真偽不明というおそれ——を前提としているものである<sup>(72)</sup>。これに対して、「共犯者の自白」が帯びる上記の引き込みの危険は、その供述がすでにして虚偽であるおそれが類型的に高いという認識を前提としている

(72) 田宮368頁は、伝聞排除の思想の核心を巧みに説いている。「伝聞証拠の場合には、…(中略)…右のような手段(①宣誓、②反対尋問、③裁判所による供述態度等の観察)で真偽を確認することができないことを意味し、そうであれば、『君子あやうきに近寄らず』のたとえのとおり、正しい事実認定のためには、そのような証拠は使わないでおいた方が安全だ、といわざるをえないであろう。」

ものである。

したがって、この後者の「おそれ」というものは、伝聞法則が本来機能する(対抗して排除する)ことが予定されている領域——伝聞法則の適用対象——の外に在るもの、むしろ、「約束による自白」が帯びる「おそれ」と等質のもの——「虚偽であるおそれが典型的に高い」といっているそれ——であるというべきである。

(オ) さらには、「司法取引による供述」の場合には、単なる「共犯者の自白」とは、事情が異なる面がある。すなわち、「約束による共犯者の自白」としての、「約束による自白」とのunificationである。

この「一体化」は、a) 物理的存在の面におけるそれと、b) 各々の「自白」が帯有する虚偽の類型的危険の面におけるそれとの、2つの面に現れる。そして、この両面における一体化は、「司法取引による供述」の証拠能力を論じる上で、一般の「共犯者の自白」の証拠能力とは異なる考察の必要性をもたらす。

a) そもそもからして、証拠能力論とは、裁判所が心証を形成する——裁判所の自由な証明力判断に委ねられる——対象となる証拠の範囲を制約するものである<sup>(73)</sup>ところ、その心証形成の対象とされる証拠とは、(一通の供述調書中に、まったく別個独立の複数の主題について截然と区分けされて供述されているなどの特殊例外的な場合を除いては、)通常は物理的一体性を基準に個別化されるほかはない——物理的存在として単一の証拠を分解して、そのそれぞれについて心証を形成するなどということは基本的に不可能である。「司法取引に基づく供述」についてみれば、これを「約束による自白」と「共犯者による自白」に分別して、それぞれの「自白(供述)」について心証形成することなど、なすべくもない。——から、裁判所の心証形成の対象たる証拠(証拠能力を認める証拠)の範囲を定めるに当たっても、そこにおいて捨捨選択の対象とされる証拠の単位は、当然に、証拠としての物理的な単一性である。

つまるところ、「司法取引に基づく供述」の証拠能力の有無の判断は、おのずから、物理的存在としての供述証拠1個の全体について一体的に

---

(73) 田宮296頁

行われざるを得ないということである。

そして、その判断に混乱を来たすことを避けるためには、その1回の判断において用いる証拠能力有無の判断基準・指標は、一つだけとするのでなければならない。——このことは、1個の証拠について2回の証拠能力判断が行われることを否定するものではない。例えば、法廷外の自白について、自白法則の適用と伝聞法則の適用が各別に行われるが如くに<sup>(74)</sup>。

b)「共犯者の自白」も、「約束による自白」も、それぞれの供述内容の真实性を個々具体的に審査するまでもなく、ある客観的な事実の存在それ自体(前者においては、「第三者に罪を負わせる内容の供述」が存在するという点、後者においては、「利益誘導」によってもたらされたということ)からa prioriに認識・感得される危険であるという点において、それぞれが帯有している虚偽供述のおそれは、ともに、「定型的・類型的危険」としての性質を共通にしている。

それゆえに、「共犯者の自白」が「約束」に導かれて出来たならば、その一体化によって構成される「司法取引による供述」が帯有する「虚偽であるおそれが類型的に高い」ことにおけるその「高さ」は、「約束による」自白単体、「共犯者の自白」単体の場合に比してはるかに高度であることは、すでに詳論したとおりである。

そして、このような関係性——「類型的危険性」という同じ位相をもつ周波が干渉し合い振幅を2倍にすることにも例えられるような——をみれば、司法取引による「共犯者の自白」の類型的虚偽性は、「約束による自白」のそれと一体化することによって、もはや「類型的虚偽性」の観点からの証拠能力の問題の中に取り込まれている、と解することが、より実態に見合うもののようにも思われるのである<sup>(75)</sup>。

そのいわんとするところをまとめれば、(i)「司法取引による供述」としての「約束による共犯者の自白」の類型的虚偽性は、「共犯者の自白」に由来するそれと「約束による自白」に由来するそれとが重なり合うことにより危険の度合いを大きく増したものとして、不可分一体的に感得されるものとなる。(ii)したがって、その証拠能力を論じるに当たって

(74) 田宮344頁

は、「司法取引による供述」の全体を、「約束による共犯者の自白」として——「約束による共犯者の自白」という複合的な観点で——、「任意性」の基準に則って一体的に評価するものでなければならないのであって、これを、立案当局の先の整理のように、「約束による自白」としての証拠能力を論じることのみをもって足れりとするのでは、事柄の実体を的確に捉えたものとはいえないことになるのではないかと、ということである。

そして、このような「約束による共犯者の自白」としての「虚偽の極めて高度の類型的危険性」にかんがみ、それを証拠として許容するならば証明力の評価を誤るおそれが大であるために、証明政策上これを排除すべきものとするのは、まさしく「証拠能力」の理論そのものといえる。

確認を要する問題は、このような「約束による共犯者の自白」としての「司法取引による供述」が带有する「増幅した虚偽の類型的危険」を排除する実定法上の根拠である。この点については、すでに、「共犯者の自白」、「約束による自白」を他人について用いる場合の自白法則(刑訴法319条1項)の適用の有無を論じた箇所<sup>175)</sup>に示したところを援用すれば足りるのである。結論部分だけを摘記すれば、次のとおりである。——「共犯者の自白」、「約束による自白」のそれぞれを他人について用いる場合にあって、供述者自身について用いる場合と同じく、刑訴法319条1項が適用(準用)されるので、任意性に疑いがあるか否かの観点から証拠能力の有無が観察評価される。したがって、「約束による共犯者の自白」を他人について用いる場合には、供述全体が任意性を欠き、証拠能力が認められない。「約束による共犯者の自白」である「司法取引による供述」についても、同じ道理となる。

(カ) 従来、「約束による共犯者の自白」を他人に対して用いる場合にお

---

(75) もっとも、田宮352頁が指摘するように、刑訴法319条1項の解釈論として虚偽排除説を採った場合には、「証拠能力」の有無の判断と「信用性(証拠価値)」の有無の判断とは、「紙一重」の関係である。——「虚偽を誘発する恐れを強調するため、この判断は真实性評価と紙一重となり、かくて、むしろ証明力の判断で問題を処理する事例が増える傾向さえある。」——このこと自体は、「(証拠能力の有無という)証拠の取舍選択も心証形成作用の一部といえる」(田宮296頁)以上は、むしろ当然の帰結ともいえよう。

いて、それが「約束による自白」であることが判明したならば、その時点でそれは証拠排除されてしまっていた。したがって、その場合に、「共犯者の自白」としての証拠能力を問題とする余地は生じなかったといえる。

しかし、今後は一転して、そのような証拠、すなわち「約束による共犯者の自白」を、——「司法取引による供述」という限りにおいて——、許容しようとするからには、その証拠が帶有する「虚偽の高い類型的危険」の内実を捉えた上でなければ、これを解消するための具体的方策が立たないはずのものである。

そして、上記にいう「内実を捉える」その過程においては、これまで縷々検討してきたように、「共犯者の自白」、「約束による自白」そして「約束による共犯者の自白」の相互の関係性をどう処理するか、さらには、それを踏まえてなお、それらと「司法取引による供述」との関係性をどう整理するかが、必然的に問題として顕在化することになる。

その問題への私の答えは、既に論じたとおり、“新しい酒は新しい革袋に盛れ”ということなのである<sup>(76)</sup>。

(3) 「司法取引による供述」に証拠能力を付与するための仕組みの在り方  
本法律は、幾つかの仕組みを設けることによって、「約束による共犯者の自白」としての性質をもつ「司法取引による供述」に、証拠能力を付与せんとするものである。その仕組みの骨格については先にみたとおりである。

そこで問題は、果たして、本当にそれらによって証拠能力が付与されるといえるのか否か、である。

まず、前提として確認しておかなければならないのは、「司法取引に

(76) 誤解のないように一言しておく、私が本文において主張しているのは、「司法取引による供述」は「伝聞法則」に服しない、ということではない。「司法取引による供述」が「約束による自白」と「共犯者の自白」の結合体として帶有する「増幅された虚偽の高度の類型的危険」に対処するのは「自白法則」であるが、任意性が認められてそれがクリアされた場合においても、その「伝聞証拠としての危険」に対処するには、公判廷における「反対尋問」にさらされることが不可欠である。

基づく供述」の証拠能力を認めることとするためには、それが帶有する「虚偽のおそれが典型的に高い」という属性を取り除かねばならないが、この危険除去の手段を勘案するに当たっては、その危険性の程度に配慮することがどうしても必要になるということである。その危険性の程度に応じて、これを除去する手段の強弱の度合いが変わってこようから、このことは当然の事理といえよう。

そうすると、すでに述べたとおり、「司法取引による供述」の真の危険性は、「約束による自白」がもつ内容虚偽の高い典型的危険性と、「共犯者の自白」がもつ内容虚偽の高い典型的危険性の相乗作用にこそ見出されるのであるから、なおこれに対して証拠能力を付与するためには、この相乗作用によってもたらされる“内容虚偽のなおさらに一層高い典型的危険性”、“内容虚偽の極めて高い一般的蓋然性”を打ち消す措置を講じることが求められるはずのものである。つまりは、この危険除去の手段は、極めて嚴重なものであることが必要とされることになる。

この基本的観点に立って、本法律が設けた証拠能力付与のための各々の手段について、逐次検証してゆくこととする。

#### (4) 証拠能力付与のための個々の仕組みについての疑問

まず、総論的に述べておきたいのは、(i)①及び(ii)③④の出自が不明だということである。

すでにみたとおり、本法案が、「司法取引による供述」が「虚偽の典型的に高いおそれ」を帶有しないこととするための制度を設計するに当たり、その基本とした理論の組立ては、「状況論」であった。

しかるに、かろうじて上記(i)②の弁護人の必要的関与の仕組みについては、「弁護人も自由に会えないような状態」とは「異なる状況」をもたらそうとするものとしての位置付けがあり得ようが(ただし、これについては問題があることは先述した。後に、②の仕組みについてのコメントにおいて再度言及する。)、(i)①及び(ii)③④については、「身体を拘束され弁護人も自由に会えないような状態で捜査機関により取調べを受ける中」に在るという被疑者の「その状況」を何ら変更するものではなく、その意味で、「それ(『その状況』)とは異なる状況」をもたらしものとはいえない。制度の設計において論理の構築の基礎として設定した問題に

ついで、その問題性が解消されないまま残存することになる(制度設計の思想と実際の施策との不整合)。

こうして、(i)①及び(ii)③④の仕組みによりもたらされるのは、「それとは異なる状況」＝「それを解消した別の状況」ではなく、強いていうならば、「その状況」はそのままだに、それに「従来みられなかった新たな状況」(ただし、実は、④は「新たな状況」とはいえまい。理由は後述する。)を加えたもの、とでもいうべきものである。

ア 虚偽供述をさせないための仕組み

(ア) 虚偽供述に対する処罰の実効性

a) 刑罰が常に抑止力たり得るものでないことは歴史の教えるところといわねばならない。(i)①虚偽供述に対する罰則(法350条の16第1項)が用意されていても、不起訴(身柄の解放——そのタイミングをいつにするかも取引の主題になるであろう。——)の魅力に眩惑されるがあまり、たとえ嘘が発覚するまでの刹那であってもこれを手に入れるためには他人を冤罪に陥れることを意に介さない、そのまま嘘が発覚しなければ儲けもの、という思慮浅薄な“犯罪者”が出て来たとしても少しも不思議はない。本法律は合理的な損得計算を前提に置いているが、人間の脆弱さは時として不合理をもたらしすことも決して少なくない。

b) このことに加えて、古来、共犯者の自白に他人を巻き込む虚偽が含まれていることを見破るのは容易なことではないとされている。共犯者として真実を実体験している被疑者が、行為主体を他人にすり替えて供述するだけで、具体的・詳細で迫真性に富んだ描写をたやすく顕出させることができる——いかにももっともらしい作り話が簡単にできる——からである<sup>(77)</sup>。被疑者が検察官や裁判官の足元を見て、この見破りの容易ならざるところにつけこんでくることも、当然想定しておかねばならないだろう。そして、このような虚偽の発覚困難を織り込んだ被疑者の計

(77) 「まことに共犯者の供述が真実に副うかどうかを見究めることは、証拠の証明力を検討する中でも、なかなか困難な部類に属する。」(荒川正三郎「無罪と有罪との限界」137頁)、「共犯者自身は犯行体験を有し犯行を認めていることが多いから、真実と虚偽をまぜて供述することは比較的容易である」(石井・刑事実務証拠法319頁)など。注(42)参照。

算は、むしろ被疑者なりに合理的なものとさえいえよう。

c) この問題に関しては、法務委員会においては更に厳しい見方も示された。

その一つ目は、この処罰規定の存在が、供述者がかえって処罰をおそれて虚偽供述したことを隠し通す原因となるかもしれない旨の指摘である<sup>(78)</sup>。法律がねらっているところとは真逆の方向に作用しかねない問題であるが、法316条の16第2項の刑の減免規定がどう働くかであろう。実務の工夫を要するところである。

その二つ目は、上記においては、まがりなりにも、虚偽供述をした者は処罰されることを前提としたが、そのこと自体を疑う指摘——実際上はこの罰則はほとんど機能しないのではないか。——もなされた。検察官請求証人に対する偽証罪での起訴について検察の姿勢は従来から消極的であるとして、そのことを例証とするものである<sup>(79)</sup>。そこで指摘されたのは、司法取引をした検察官が虚偽を見抜けなかった自己の不明を恥じてその恥の上塗りを避けたい心境に置かれるであろうという心理観察である。そして、さらにいえば、そのような心理が、遑って検察官の証拠評価の目を曇らせ、供述が真実であることに固執する姿勢を招くことになりはしないかという懸念——あたかも、検察官と司法取引による供述者の利害が一致する関係性が生ずるが如くに。——すら持たれかねないであろう<sup>(80)</sup>。

確かに担当の検察官にとっては供述者に愚弄されたに等しい不名誉であり、自己の面子・体面・体身にこだわったそのような消極的処理が行われないという保証があるわけではないが、もしそれをすれば、検察官による犯罪の隠蔽に等しい。このような時にこそ、まさしくあの忌まわしい過去の反省の上に立って制定された基本規程「検察の理念」前文にいうとおり、「自己の名誉や評価を目的として行動することを潔しとせず、時としてこれが傷つくことをもおそれない胆力が必要である。」(つ

---

(78) 笹倉参考人及び参考人今村核弁護士の発言である。

(79) 郷原参考人及び今村参考人の発言である。

(80) 注63参照。

いでにいえば、「組織のために」とは、「自己のために」を糊塗するための常套句である。)。検察官が一人でもこの誓いを破ってこの上更に国民を裏切るようなことをしたならば、今度こそ検察は国民から完全に愛想を尽かされることであろう。

今後司法取引の運用に当たる検察官は、このような厳しい視線が絶えず向けられていることを肝に銘じておく必要がある。そして何よりも、この①が司法取引に基づく供述が証拠能力を獲得するための重要な、そして後述するように全体の中で唯一の新規性をもった装置として設けられたものであることを知悉している検察にしてみれば、虚偽供述罪の果敢な適用は、司法取引の実効性を確保する上で一般予防の見地からも欠かせないものとなるはずである。

d) 問題はむしろ、その犯罪の立証の点である。自己の記憶のとおり供述したか否か——正確にいうなら、自らの記憶に反する事実を供述したこと——を立証することはしかく容易ではない。供述内容が客観的真相に合致しないから記憶を偽ったともいえないのはもちろん、たまたま客観的事実に合致していても記憶に反する供述だったこともあり得る(この場合、犯罪が成立する<sup>(81)</sup>)。当然ながら、裁判所の「信用できない」供述だという評価に単純に依拠することもできない。これらのことは、偽証罪の適用において実務が既に経験済みのことである。この立証の困難さに起因して虚偽供述罪による処罰が停滞することにより、その存在の抑止効が発揮されない事態——悪循環——に陥ることが最も憂慮されるべきであろう。

むろんこの場合は、いってみれば、国側は“丸損”、供述者は“逃げ得”である。国民は、“司法取引の制度に織り込み済みの不可避的不正義・不公正”としてこれを甘受しなければならないものなのであろうか。このことは、後に視点を変えて再び登場することになる。

#### (イ) 弁護人の必要的関与の実効性

a) 先に述べたとおり、本法案立法化以前の実務において、すでに、被疑者と弁護人との接見交通は実際上無制限とされていることを踏まえ

(81) 団藤重光「刑法綱要各論」増補89頁参照。

ば、向後、「司法取引」に臨むについて、被疑者が、その欲するときに、弁護人にもろもろの相談をし、弁護士のアドバイスを得ることは、本法律に依るまでもなく、すでにして格別困難なことともいえない。

このことは、本法律による「司法取引」についての(i)②弁護士の必要の関与の仕組みの導入は、いかにもこれまでにない画期的な大変革をもたらすもののようにみえるが、実は、これがなければ被疑者は弁護士のサポートを得られないというようなものなのではないこと、換言すれば、その仕組みを設けたことの持つ意義は、本当のところ、さほど重大なものとはいえないのではないかということの意味している。

b) より根本的な問題として、先にも一言したように、これまでの実務においては、仮に弁護人同席（「同意」を含む。以下同じ。）の下であっても、「約束による自白」を取得するようなことがあったならば、それは証拠として許容されない、という認識・理解が、日々の実務遂行の中において、いわば当然の前提として共有されていた、といってよいと思われることを挙げなければならない。それは、一面、検察官の訴追裁量権は、「司法取引」の法的根拠とはなし得ないとする理解、他面、弁護人の同席によっては、「約束」の誘引力による供述の自由意思侵犯——したがってその下に供述される内容が虚偽である類型のおそれが高いものとなること——をブロックできない、という認識が実務にゆき渡っていたことを物語っている。

しかるに、本法律においては、この弁護人の同席が、「司法取引による供述」が「約束による自白」の虚偽の高い類型的危険を消滅させる効果を有する仕組みの一つとして挙示されているのである。

「弁護人の同席」それ自体に着眼すれば、このような真逆の評価をすることの正当性の論証が不可欠であろうし、本法律が設けた他の仕組みと相まって「司法取引による供述」の虚偽の高い類型的危険を消滅させるというのであれば、その相乗効果の論証が不可欠であろうが、これらについて、「説明」・「論証」が果たされているかとなると、これは疑問とせざるを得ないように思われる。後にさらに再論する。

c) 弁護人の同意(法350条の3第1項)については、(α)当該弁護人が被疑者・被告人の供述が真実である(法350条の2第1項1号イ、ロ)と認識

している場合、(β)認識していない場合、(γ)真偽不明の認識にとどまる場合等様々であろうが、仮に、(α)の場合が同意の前提とされているとしても、捜査権限ないし十分な調査権限を持たない弁護人がその認識に到達するのは困難な場合が多いであろうし<sup>(82)</sup>、また、現実の問題として、(β)、(γ)に該当する場合を確実に排除できるのかについても、弁護人の真実義務、誠実義務という弁護士倫理上の困難な問題がある。

要するに、協議の場に同席する弁護人は、真実義務に由来して虚偽供述をしないよう説得する義務を有し、また弁護人には依頼者の処罰を回避するために真実を供述するよう説得することを期待できるというのは、理念的にはそのとおりであるとしても、現実には、弁護人の事実調査権限の制約、真実義務・誠実義務の解釈等をめぐって機微な問題がいくらかあろう。法務委員会においても、参考人である現職弁護士から、「真実義務」はないという議論が最近では多数説であり、むしろ、弁護人には「誠実義務」があって被告人の利益に奉仕しなければならないから、結局、弁護人の同意は虚偽供述の抑止にはならない、との指摘がなされた<sup>(83)</sup>。

法務委員会では、さらに、そもそも関与するのはあくまでも「引き込む側」の弁護人であり、「ターゲットとなる被疑者・被告人」にしてみれば、当該弁護人の上記一般論どおりの働きを必ずしも頼みにできない、との趣旨の批判もみられたところである<sup>(84)</sup>。もっともな指摘といわざるを得ないだろう。

(82) 法務委員会における今村参考人の発言中にも同旨の指摘がみられる。

(83) 今村参考人の発言である。また、郷原参考人も次のように発言した。  
——「そうではない(真実義務があるという考え方ではない)弁護士さんも最近では数が増えて、決して少なくないんじゃないかと感じております。」「とりわけ、事実上の司法取引を担って来た極めて検察に協力的な一部のヤメ検弁護士の方々というのは、大変便利に検察のために働いてくれます。そういう方々がどういう役割を担われるかというのは、全く私はわかりません。」——これは痛烈なcynicismである。

(84) 今村参考人の指摘である。現職の弁護士からの指摘でもあるところに特段の重みがある。笹倉参考人も同じ問題点を指摘した。

d)最後に指摘すべきは、先にも一言したが、「供述内容の真偽」と、「虚偽陳述罪の成否」とは必ずしも一致しないことに由来する問題が生じ得るということである。弁護人において、被疑者・被告人は、自己の記憶に忠実に、しかし客観的には虚偽の事実を供述していると判断した場合、逆に、自己の記憶を偽って、しかし客観的には真実の事実を供述していると判断した場合、弁護人としては、一体どのようにすべきなのであろうか。

イ 虚偽供述に基づく誤った事実認定を防止するための仕組み

次は、(ii)の「仮に虚偽供述をしたとしてもそれに基づく誤った事実認定がなされないようにするための仕組み」についてである。

この仕組みが、文字どおり、「司法取引による供述」の「信用性」を見誤らないためのものというばかりでなく、「証拠能力」を付与するためのものでもあるとされていることについては、そのような論理の組立て方それ自体を疑問とする見解をすでに述べた。——一言でいうならば、「証拠の許容性」を認められて証拠調べのステージに上ってきた供述証拠の証拠価値の判断を正しくする(させる)ための仕組みが、その「証拠の許容性」を導く(証拠調べのステージに上らせる働きをする)というのは背理の憾みがある、ということである。

以下には、各々の仕組みについてみてゆくこととする。

(ア) 司法取引の事実の開示(「合意内容書面」の取調べ)の実効性

(ii)③「司法取引に基づく供述が証言としてなされる場合の司法取引の事実の開示」(「合意内容書面」の取調べ)については、確かに、これにより被告人(他人)及びその弁護人並びに裁判所は、司法取引により得られた供述であることを明確に知ることができるから、弁護人は、証人に対して、その取引によって被告人に罪をなすりつけたのではないかというように的を絞って反対尋問する機会を確保できるし、裁判所はその成否に注目することで判断的を外さないようにすることができよう。これまではそういうわけにはいかなかった——「闇」取引の存在自体をめぐって争いが繰り返された——のだから、虚偽看破に向けてまずはしっかりスターティングブロックを置いたという意義がある<sup>(85)</sup>。

しかしそれでも、③は、あくまでも、関係者に対して上記のような問

題意識を喚起する(させる)手掛かりを与えるもの、被告人に対して、上記のような争点の存在することを明示し、防御の機会を確保させるものにとどまる<sup>(86)</sup>。

より重要なことは、「司法取引」に臨んだ供述者が、この仕組みの存在することを将来に見据えて、「取引したことがバレるから嘘はいわない」という気持ちになることが、果たしてどれだけあろうか、ということである。率直に自答するならば、なることもあれば、ならないこともあろう、としかいいようはない。

だが、この仕組みが、「虚偽であることの高い類型的危険性」を消す作用をする、というからには、“取引した事実が開示されるのである以上、大方の場合(通常は)、誰も虚偽供述を思いとどまる方向に向かうであろう”というところまでは最低限いえることが必要なはずである。私には、にわかにはこれを肯じ得ない。

(イ) 事実開示を踏まえた弁護人の反対尋問及び裁判官の信用性判断の実効性《その1》

本法律は、上記の「事実の開示」を踏まえて、(ii)④弁護人の反対尋問や裁判官の信用性判断が行われることは、「司法取引による供述」が元来保有する「虚偽の高い類型的危険」をなくす働きをもする、という考え方に立脚している。

a) これについて考えるとき、まず見落としてはならないのは、次の点

(85) 法務委員会では、司法取引の導入は「不透明な事実上の司法取引の排除」をもたらす効用がある、との手厳しい積極評価も述べられた。「さまざまな形で、検察に極めて協力的な一部のいわゆるヤメ検弁護士などとの間で不透明な形の実事実上の司法取引(闇司法取引)のようなことが行われてきた実情があった」との認識を基礎にしている。(郷原参考人)

(86) 法務委員会において、今村参考人は、司法取引の事実の開示は、“有効な”反対尋問には役に立たないとされた。そこに示された事実だけでは、虚偽供述であることを疑うことはできても、その弾劾のための具体的な手掛かりは得られないという趣旨であろう。この点については、合意内容に合理性が認められるかどうか——被疑者と検察官が取引によって獲得した各々の利益が均衡しているかなど——の観点が一つの手掛かりにはなろうが、その衡量判断自体簡単ではない。

である。

従来、単なる「共犯者の自白」についても刑訴法319条1項の自白法則が準用されるとするのが判例・有力説の立場とみられたところであり、立案当局もこの考え方に立っている。この立場からは、その自白が「約束による自白」なのであれば、それは共犯者とされる他人に対する関係でも、証拠能力は認められないとされてきた。

この場合において重要なのは、この「約束による共犯者の自白」に対して、被告人となったその者やその弁護人が反対尋問できるものであるにもかかわらず、証拠能力は認められないとされて来た、ということである。

この法律論については、既に論じたところであるが、再確認しておく、④の「弁護人の反対尋問」が可能である、すなわち要証事実の知覚・認識—記憶—表現・叙述がそれぞれ正確であるか否かのテストができるからといって、それが、「約束による自白」が利益誘導に起因するものであるために本来的に帶有する類型的に高い虚偽のおそれを消滅させることにはならない、つまり、伝聞性(刑訴法320条1項)を解除することができたところで、それは、任意性の疑い(刑訴法319条1項)が存在しないことを意味しない——「伝聞性」を解消するための装置を「任意性」を確保するための装置として使うことはできない。——、ということである。

この意味において、“本法律は「司法取引による供述」の任意性を確保し証拠能力を獲得させるための装置として④の「反対尋問」を設けた”とはいっても、それは、伝聞法則における「反対尋問」とは異なり、その存在(実施)が論理必然的に証拠能力をもたらすような性質のものではまったくない。

このような基本的な視座の下にみるならば、残るところとして考えられるのは、“(ii)④の「反対尋問」という仕組みは、これが司法取引において、「約束」に誘導されて虚偽供述が出現することを事実上抑止する働きをしてくれることを期待して、装置されたものだ”、という理解である。果たしてこの期待は頼みとすることができるのであろうか。以下に考えてゆくこととする。

b) 「事実の開示」を踏まえた反対尋問や裁判官の信用性判断が行われ

ることが「司法取引による供述」に証拠能力を付与する——「虚偽の高い類型的危険」をなくす——という遡及的な作用を有する、というからには、次のことが当然の前提を成している。——①この反対尋問及び裁判官の信用性判断が的確に実効的に行われることによって、通常は、虚偽は看破されることになるであろうとの認識が広く共有されること（これが「類型的な」危険の解消である。）、そして、②供述者は、通常は、そのような反対尋問や信用性判断が待ち受けているのであれば、虚偽を述べても発覚してしまうであろう（そして、処罰されてしまうであろう——この処罰の実現性に問題なしとされていないことを先述した。——）からうそをいうのは止めておこうと気持ちになるものであるとの認識が広く共有されること（同じく、「類型的な」危険の解消である。）。

そこで、次には、この命題の成否をみななければならないが、「反対尋問及び裁判官の信用性判断が的確に実効的に行われることによる虚偽の看破」は、証拠法上のその本来の位置付けに照らしてみれば、むしろ、「司法取引による供述」の証明力について論じる中でとりあげることがふさわしいものであろう。したがって、次に続く論述は、その本来のフィールドでの議論を一部先取りするものとならざるを得ないことをお断りしておかねばならない。

(ウ) 事実開示を踏まえた弁護人の反対尋問及び裁判官の信用性判断の実効性《その2》

a) 上記「事実の開示」により、確かに、弁護人としては、反対尋問の的を“司法取引に基づく”供述の信用性に絞ることはできたが、その効果を上げることが出来るか否かは、結局のところ弁護人の技量にかかっていることであるし、このことに関しては、何よりも、先述した「共犯者の自白」の虚偽を見抜くことの困難さは反対尋問の困難さとして端的に具現されるものであることを銘記しておかなければならない<sup>(87)</sup>。

また、確かに、裁判所としては判断の的を明確に視野の内に捉えることができるようになったが、当該供述の信用性判断の当否はあくまでも個々の裁判官(裁判体。以下この意味で用いることがある。)の力量次第とい

(87) 注(42)参照。

うほかないし、先述した「共犯者の自白」の虚偽を見抜くことの困難さは、最終的には裁判官を苦しめることになる。

この点に関し、法務委員会において、郷原参考人は、裁判官が司法取引に基づく供述の信用性判断を誤り冤罪につながるおそれを否定できないとして、以下の点を理由に挙げている。——①いわゆる証人テストにおいて、証人尋問のリハーサル(反対尋問対策)として、検察官が供述調書の内容を徹底的に覚え込ませることが行われて来た、それはさながら芝居の台本に基づくせりふ合わせに近いものであった、②検察官と司法取引における供述者(証人)とは完全に利害関係が一致する(裁判所によって証言の信用性が否定されれば、検察官は大きな打撃を受ける、証人は虚偽供述の制裁を受けるおそれが出てくる。)から、なお一層徹底したりハーサルが行われることが予想され、そうなれば裁判官が虚偽を見破るのはますます容易ではなくなる。——ここから同参考人は、司法取引に基づく証言については証人テストを禁止すべきと主張する。この②の利害関係の一致の点については、笹倉参考人からもそれが指摘された<sup>(88)</sup>。

訴訟当事者と自己側証人との友好的関係という視点が働くのは、何も司法取引における供述者(証人)の場合に限らないが、この場合に特にそれが強調されるのは、“検察官が、取引が成立した相手の犯罪者とタグを組む”というイメージ、一種のcoalitionを感じさせるところがあるということからなのかもしれない。“追及的な取調べという向かい合った対立・緊張の関係ではなく、ともに同じ方向を向いた協力・協調の関係であるところに司法取引導入の意義がある”とアピールされることがある。旧来の「追及的な取調べ及び供述調書への過度の依存からの脱却」、これによる「時代に即した新たな刑事司法制度の構築」を標ぼうする立場に、一脈通じるところもあるやに思われるが、この場合の“協力・協調”と“馴れ合い”とは紙一重の際どさがあることが看過されてはならない。上記参考人の指摘は、司法取引における検察官と供述者の馴れ合いの弊害の大なることを警告するものとして、今後、これを充分に踏まえた実務が運営されてゆかねばならないであろう<sup>(89)</sup>。

---

<sup>(88)</sup> 注63参照。

b) ところで、「司法取引による供述」に対する裁判官の信用性判断について、法制審議会特別部会場で、当時同部会で議論されていた司法取引に関し、裁判所側から、「合意に基づく証言は警戒の目を持ってみるんだ、いわば信用性の評価はマイナスから始まるんだ」ということが明言されたとのことである(法務委員会における川出参考人の以下の発言)<sup>(90)</sup>。

「法案は、虚偽の供述がなされる可能性があるということを前提に、それを防止すること、あるいは、仮に虚偽の供述がなされたとしても、それに基づいた誤った事実認定をしないための措置を設けております。加えて、最も重要なことは、運用上、捜査機関によって、協議・合意に基づく供述については十分な裏付け捜査がなされるということです。この点については、本当にそのような裏付け捜査がなされるのか疑問だという意見もありますけれども、ここでは、その前提として、裁判所の姿勢というものが意味を持ってくると思います。この点につきまして、特別部会では、この協議・合意制度につきまして、裁判所側から、合意に基づく証言は警戒の目を持って見るんだ、いわば信用性の評価はマイナスから始まるんだということが明言されておりました。裁判所がこのような姿勢で協議・合意に基づく証言に対応するというのであれば、十分な裏付けがとれないままに証言をしたとしても裁判所に信用してもらえないでしょうから、検察官としても、尋問を請求するからには必然的に十分な裏付け捜査をするということになると思います。」

(89) この視点は、「司法取引」ないし「司法取引による供述」をめぐる様々な場面に登場してくる。——注(63)参照。

(90) このことに関連して、「法務委員会においては司法取引に基づく供述は証拠価値が非常に低く説明されているが、それ自体でほとんど証拠にならないのであれば合意する意味はない。」とのcynicalな指摘もなされている(郷原参考人)。確かに、“これだけの手を打って典型的に虚偽のおそれが高いとはいえないものにした。”とアクセルが踏み込まれた直後に“信用性判断はマイナスから。”と急ブレーキをかけられると、前のめりに体勢がくずれる感はある。

そして、法務委員会における法案審議の場においても、平木最高裁判所長官代理者から、裁判官における「共犯者の自白」の信用性判断の在り方として、同趣旨の発言がなされた（「裁判官の間では、第三者に罪を負わせる内容の供述につきましては類型的に警戒すべきものであるという議論がなされてきた」）ことは、すでにみたとおりである。ただし、さすがに、国会においては、「司法取引による供述」についての裁判所の信用性判断の在り方としてではなく、あくまでも、「共犯者の自白」についての「現行制度のもとでの一般論」として述べられている。

これに対して、法制審議会特別部会での裁判所側の発言がもしも上記のとおりのものであったとしたならば、法務省の審議会の部会という場で、未だ立案過程に在る制定前の制度下における新たな証拠に対する裁判官の心証形成の在り方について、「裁判所側」がこのような一律断定的な見解を公にするとするのは、裁判官の独立、自由心証主義、裁判所の政治的中立性等々の観点から議論のあり得るところではないだろうか（もとより、その発言内容の真偽・当否の問題ではない）。——現に、「裁判所側」のこの発言（「司法取引による供述」の信用性評価についての、いわば裁判所による“マイナス出発宣言”）は、その後の国会審議の場において、法案成立を推進する側によって、その法案の合理性を根拠付ける上でのキーワードとして、頻繁に援用されることとなる。その論理の運びは、①裁判所側は、司法取引に基づく証言は警戒の目を持って見る、いわば信用性の評価はマイナスから始まる。⇒②司法取引に基づく証言を裁判所に信用してもらうために、検察官は、必然的に十分な裏付け捜査をする。⇒③この十分な裏付け捜査がなされることが、「司法取引による供述」による誤判を防止するために、実務上、最も重要である、とするものであって、いってみれば、裏付け捜査の徹底を欠くのではないかという検察への不信に発する「司法取引による供述」に基づく誤判の懸念は、裁判所側のマイナス出発宣言によって払拭されるという結果がもたらされることが繰り返し強くアピールされたのであり、その意味で、このマイナス出発宣言は、この法律による「司法取引」の制度を成立させる上での“切り札”的存在であった、言い方を変えれば、本法案の立法化を強力に後押しする結果となった、といえるのである。

c) しかし、他方において、この裁判所側のマイナス出発宣言は、これを裏からみれば、本法律が「司法取引による供述」に証拠能力を認めることができることの根拠としている先の(i)①②、それに加えて(ii)③④の仕組みによっては、「司法取引による供述」が基本的に信用できない性質のものであることを解消できていない、という裁判所側の認識を示すものとなっている。

これは、「信用性の評価はマイナスから始まるんだ」といっているのだから、証拠能力は認めた上での立論とみるのが素直な見方となる。上記のとおり、法務委員会においても、そのような理解の下に議論がなされている。

しかしながら、「類型的に高いとみられる虚偽のおそれ」は消えてもう存在しない、だから証拠能力は獲得したけれども、なおも、「そもそも基本的に信用できないほどの高い虚偽のおそれ」は残っている、というのは、なかなか難解な論理の組立てである。後者の「おそれ」の正体は何なのであろうか。

「マイナス出発宣言」を理由付けている「合意に基づく証言は警戒の目を持って見る」との裁判所側の特別部会での発言は、法務委員会における平木最高裁判所長官代理者のいうところの「第三者に罪を負わせる内容の供述は類型的に警戒すべきものである」との認識を、「司法取引による供述」に当てはめたものにほかならないであろう。

先にも述べたとおり、「約束による自白」と「共犯者の自白」の各々が帶有するのは、いずれも、内容が虚偽であることの「類型的」な「おそれ」であるところ、それは、いちいちその供述の具体的な内容にまで踏み込んでその真偽をあれやこれやと吟味・詮索する、すなわち証拠調べするまでもなく、その外側からの観察によってすでにパターン認識として感得される、内容虚偽の「外形的」・「定型的」な「おそれ」である。このような「おそれ」は、判断者にとっては、「そもそも基本的・一般的・類型的に——a prioriに——信用できない」という警戒感を当然に生じさせるものとなる。

d) 他方、証拠能力というものは、“そのままでは、証拠の証明力評価、ひいては事実認定を誤らせるおそれを、あらかじめ排除しておくという

証明政策<sup>(91)</sup>を担う法理であると考えれば<sup>(92)</sup>、上記の「虚偽の類型的なおそれ」は、“そのままでは事実認定を誤らせるおそれ”に当たると考えることもできるであろう。そして、これらの「類型的なおそれ」について、実際どこまでを“あらかじめ排除しておく”べき“おそれ”とするかは、当然ながら、証明政策の如何によって左右される事柄であって、理論上の必然として定まるものではない。万に一つの誤判防止を強調すればするほど、“おそれをあらかじめ排除しておく”ことを重視する姿勢が強められて、“そのままでは事実認定を誤らせるおそれ”は広く措定される方向へと向かうであろう。

以上のことは、実定法の解釈論にも、新法の立法論にも通じることであるが、とりわけ、司法取引制度の導入、そして、「司法取引によって得られた供述」の証拠としての許容という、従来の価値観からすれば革命的な大逆転を生み出すに当たって、それは新たな冤罪の源をもたらすこととなりかねないという懸念が少なからず寄せられていることにもかんがみれば、上記の証明政策において安全第一の慎重な手堅い施策が望ましい、と考えることにも相当の理由があるように思う。

その立場からするならば、すでにこれまでに詳論してきたように、「約束による自白」と「共犯者の自白」の各々が帯有する内容が虚偽であることの「類型的」な「おそれ」——いずれも「利己的動機に発して他者に責任転嫁するおそれ」が類型的に認識されている点で相等しい。——の融合一体化によってもたらされた更なる相乗的類型的「おそれ」に着眼し、これを一挙に消去する手立てが講じられない限り、「司法取引による供述」に証拠能力を認めるのは早計に過ぎる、と考える<sup>(93)</sup>ことは、上記証明政策の趣旨・目的にかなったものといえるのではなからうか。

そして、以上の視座をもってするならば、単に「約束による自白」の観点のみからその類型的危険の解消のための仕組みとして構築されたにとどまる、先の(i)①②、(ii)③④の仕組みは、「司法取引による供述」に

(91) 田宮286頁参照。

(92) 「証拠能力」とは、「法律的関連性(事実認定を誤らせるなど訴訟法上不都合があるか)」であり、それが無い証拠は、訴訟上有害なので許容されない。(田宮323頁)

証拠能力を付与するに足りる仕組みとしては、未だ十分なものとはなっていない、少なくとも、なお不十分であるおそれが極めて高い、という論理的帰結が導かれることとなる。

e) とにもかかわらず、裁判所側が公に言明した「マイナス出発宣言」のとおり姿勢——採証法則——ですべての裁判官が法廷に臨むとして、具体的には「司法取引に基づく供述」をどう扱ってゆくことになるのだろうか。

“信用性の評価はマイナスから始まる”というのは、——そこから出発しはするが、当該供述の内容を子細にかつ慎重に検討してみた結果それが具体的詳細、自然で合理的であることなどからその供述自体でその信用性が認められるに至ることもあり得る、とする趣旨ではないであろうから(そうであっては殊更にマイナスからの出発を表明した意味の大半が失われる。)、そうだとすれば——司法取引に基づく供述の信用性を認めるには裏付け証拠を伴うことが必須である、としているのにはほかならないことになる。先に一瞥したとおり、法務委員会においても、同様の認識の下に議論がなされている。後に詳論する<sup>(94)</sup>。

しかし、翻って考えてみると、それは「共犯者の自白」をその中で犯人と名指しされた被告人(他人)の裁判において証拠として用いる場合における従来の裁判実務の当該供述証拠の取扱いの姿勢とは何らか異なるものなのであろうか。事の実態をみたときに、私にはどうしてもそうは思えないのである。この点については後に再述するが、もしも私のこの認識・理解に誤りがなければ、裁判所は「司法取引に基づく供述」の信用性判断について、従前の「共犯者の自白」に対するそれに比して、格別慎重な取扱いをするわけでもないことになる。

(93) 裁判所側のマイナス出発宣言を、「司法取引による供述(利益供与に誘引された他人に責任を転嫁する供述)」は、手続的にも、内容的にも、「類型的に感知される信用性(証明力)」を欠いているものであることを指摘する趣旨のものと解し、他方で、「証拠能力」とは「類型化された証明力」、すなわち「パターン認識、定型的認識としての証明力」をいうものと解すれば、本文のような考え方に到達し得る。

(94) 注<sup>(109)</sup>、<sup>(110)</sup>及び<sup>(111)</sup>参照。

そして、今次法改正までの間、そのような信用性についての裁判所の厳格な判断姿勢が、「共犯者の自白」の引っぱり込みの危険や、「約束による自白」の不当な誘引力のそれぞれを抑制する働きをする、などといった考え方は、学界においても実務界においても、ついで唱えられたことはなかった——そのような抑止効は認知されて来なかった——といてよいのではなかろうか。このことは、本法律によって虚偽の供述に基づく誤った有罪判決を防ぐ仕組みを整えるに至った、そしてそれが証拠能力をもたらす働きをする、とする論理の中にとりわけてこの裁判所側の発言（“マイナス出発宣言”）を数え上げることは、実は、必ずしも当を得ないということに連なるであろう。

そして、もしもそれが当たっているとすれば、「裁判所側のマイナス出発宣言」に大きく依拠して司法取引制度導入の正当性を訴えた立案当局のその論理の運びに、ほころびを来たすことともなろう。

#### (5) 「司法取引による供述」の「約束による自白」との差別化

ア 今次の司法取引の導入に当たっては、従来判例によれば証拠能力を否定されてきた供述にどの様にすれば証拠能力を付与することができるかの問題こそが最大のボトルネックであったのではないかと思われることは前述した。これがクリアできなければ制度導入は御破算だが、ここを何とか通過して信用性の段階にまで歩みを進めることができさえすれば、後は十分慎重にそれを吟味して誤判をしないようにする、という“落とし所”が存する。だがそれだけに、この証拠能力という全か無かに帰結せざるを得ない問題には慎重のうえにも慎重に、厳密のうえにも厳密に対処する必要があるといえる。

しかしながら、そうはいつでも、「司法取引に基づく供述」は、本法律に盛り込まれた(i)①②、(ii)③④の仕組みによって、「虚偽であるおそれそれ自体」を消すことはできないけれども、「虚偽であるおそれが典型的に高い」とまではいえないものとするのができた」と説明されてみても、この2つのおそれの境界線が目に見えているわけではないから、せいぜいにして、その説明の筋書き（論理の組み立て方）は“一応は（形式的な論理の限りでは）”分かった、という限度の話とならざるを得ないところに根源的な難しさ——論証の限界——がある（しかも、その「説

明」自体に少なからぬ疑問があることを論じてきた。)

早い話が、上記(i)①②、(ii)③④の中で、新規性があるといえば①だけである。それ以外は、従来の実務においても、運用上実施しようと思えば可能であったり(②③)、また現に行われたりしていた(④)。だが、②③を実施するならば「約束による自白」、「共犯者の自白」における虚偽出現を抑止することに連なるとか、現に④を実施していることが虚偽供述の抑止効を發揮している、とはついぞされて来なかったし、他方、本法律により①がそれらに加えられたことによってその抑止効が生じるに至ったとする論理の正当性も、繰り返し「主張」はされはしたが、「証明」されたとまではいえない。

イ すでにみたとおり、「約束による」自白が「虚偽であるおそれが典型的に高い」とされる理由は、大方の者にとって抗し難い利益への誘導にあるというのがこれまでの一般的な理解である。そして、それは、自己の犯罪が重ければ重いほど、提示された利益が大きければ大きいほど、虚偽をも意に介さないという人情に付け込む——心理的な圧迫、心理的強制を加えて任意性を失わせる——汚い捜査手法、というマイナスの評価を伴っていた。確かに、このような利益誘導ほど人間の利己心をくすぐるものもそうざらにはないのではないか。

そうとすれば、その「典型的に高い虚偽のおそれ」を解消するには、本来であるならば、そのような利益誘導をやめるしかないはずである——だからこそ、“違法な”取調べとして禁止されて来たのである。それをやめずにおいて、人情として無理からぬところのある虚偽が誘発されようとするのを封じようというのだから、並大抵ではない難事に決まっている。

本法律によって、(i)①②、(ii)③④の仕組みが設けられたことにより——とはいっても、真に本法律により生み出されたものは①だけである。——、従前よりも虚偽のおそれが何がしか減じられるところまでは間違いないといつてよいのだろうが、果たしてそれがどこまで減じられるかを測定する術はない。これらの仕組みの下では、「司法取引に基づく供述」は、「虚偽であるおそれが典型的に高い」ことにはならない、という「論証」が真に果たされたといえるものなのかどうか、人によって受

け止め方が異なるのはやむを得ない、というよりもむしろ当然というべきかもしれない。

ただ、少なくとも何人にも異論がないであろうところは、これまで、何しろ、仮に真実であると判明したとしても証拠として許容されないほどに危険なものとされて来た供述を、向後一転して証拠として使えるようにするのである以上は、余程万全な安全策を講じることが不可欠なはずである、ということである<sup>(95)</sup>。本法案が立法化されたことの一事をもって、この重大な問題を決着済みとたやすく片付けるには、本法律の合理性にはあまりにも問題とすべきところが在るように思えてならない、というのが率直な感想である。

ここまで、私としては、法案審議における議論の検証という形で気付きの点を指摘してきたが、これにより、本法律によってもなお司法取引に基づく供述は「虚偽であるおそれが典型的に高い」ことが「論証」されたわけでもないことは申すまでもないし、また私の論述の意図がそこにあったわけでもない。ただ、今後、本法律が施行され、「司法取引に基づく供述」は当然の如く証拠能力が認められてゆくであろうにつけ、そもそも論としてはかなり際どい問題を抱えたままの船出であったことが忘れられないようにと念じている。とりわけ、その運用に当たる実務家において。

### 第3 司法取引の理論的正当性の検証

(その3—約束による共犯者の自白(2): 証明力—)

#### 1 「十分な裏付け捜査」の新規性

上述したように、法務委員会での議論においては、「司法取引に基づく供述」に「証拠能力」を付与するための仕組みとされるもののうち(ii)の「虚偽供述に基づく誤った事実認定がなされないようにするための仕

---

<sup>(95)</sup> 供述証拠が伴う“虚偽”の危険には、①出現頻度、②真実との乖離の度合い、③看破の困難度、の3つの局面がある。司法取引に基づく供述は、そのすべてについて極めて高度と評価されよう。

組み」が含ましめられて考えられていることから、議論の筋道が行きつ戻りつする感はあるが、この(ii)、とりわけ④「これ(司法取引の事実の開示)を踏まえた弁護人の反対尋問及び裁判官の信用性判断」が、主としては司法取引に基づく供述の“信用性”の局面における議論であるとされていることは間違いない<sup>(96)</sup>。

#### (1) 法務委員会における位置付け

法務委員会の議論(川出参考人の発言を指す。)においては、まず「約束による自白」にみられる虚偽供述の抑止策として、上述した(i)①②、(ii)③④の仕組み・措置が、次いで「共犯者の自白」にみられる虚偽供述の暴露策として、上述した(ii)③④の仕組み・措置が示され、なお「最も重要なこと」として捜査機関によって十分な裏付け捜査がなされること、その担保としての裁判所側のマイナス出発宣言が挙げられ、これらにより虚偽供述に基づいた誤判防止の仕組みは整えられている旨説明された。

上記(i)①②、(ii)③④のそれぞれについては、既にコメントした。

そこで、最重要の誤判防止策として位置付けられている「十分な裏付け捜査の実行」についてであるが、これは決して「司法取引」のためだけの専売特許なのではなく、捜査機関にとっては、既に「共犯者の自白」について長きにわたり戒められ続けて来た主題であり、その新規性のない点で、新規導入に係る「司法取引に基づく虚偽供述による誤判防止の仕組みの整備」をとりわけて根拠付けるものたり得るかについては、問題なしとしない。

これを敷衍するならば、いわゆる「共犯者の自白」については、繰り返し述べて来たとおり、つとに「引っ張り込みの危険」が指摘され、捜査実務においても裁判実務においても、供述者本人に対する関係では「自白」ではないから補強法則の適用はないという法解釈論に立ちながらも、供述者である共犯者が被告人本人(ややこしいが、法350条の2第1項に

(96) 「その(司法取引に基づく)供述が、典型的に虚偽であるおそれが高いとまでいうことはできないとしても、個々の事案で虚偽の供述がなされる可能性があるということは否定できないと思います。」「法案は、…(中略)…仮に虚偽の供述がなされたとしても、それに基づいた誤った事実認定をしないための措置を設けております。」(川出参考人)

う「他人」に責任転嫁する危険を十二分に意識した取り組みがなされてきたことは間違いのないところといえる。これを捜査についていえば、その供述内容の真偽を見究めるために徹底した裏付け証拠の収集に努めてきたということであり<sup>(97)</sup>、裁判についていえば、その供述内容が他の証拠によって裏付けられて信用できるものとなっているか否かの入念・細心な心証形成が行われてきたということである<sup>(98)</sup>。

したがって、この点については、今後「司法取引により得られる供述」と従前の取調べにより得られた「共犯者の自白」との間に、本来は、径庭はないはずである。

---

(97) 法務委員会における参考人高井康行弁護士(元検察官)の発言：「これまで捜査においては、ある被疑者が共犯者の存在を自白した場合、その自白が真実の自白なのか、自分の罪を軽くするための任意の虚偽自白なのかを見分けることは、非常に重要な課題でありました。私も、検事時代には、被疑者が共犯者の存在を自白したときには、常に眉に唾で聴いておりました。徹底的な裏付け捜査をしなければその供述は採用しないという姿勢で捜査に当たってまいりました。決裁官になってからも、後輩の検事にはそのことを口を酸っぱくして申し上げて来ました。」「徹底した裏付け捜査をすれば、その供述が虚偽かどうかは通常明らかになるわけであります。」その他、注(42)参照。

(98) 例えば、①「共犯者の自白」に関する昭和33年5月28日の最高裁大法廷判決の調査官解説に、「専門家の裁判官がことに当たるのであるから、事実審裁判官は、この共犯者の証言の危険性について充分注意し、慎重に事実認定をすれば、その危険は防止できる」との注意喚起がみられる。②共犯者が虚偽供述をする動機の有無、供述内容、被告人と共犯者の供述の対比、供述者の属性、捜査・公判手続きの状況の影響などをきめこまかに検討すべきとするものとして、福島裕「共犯者の供述(共犯者の自白)の証明力」判タ733号21頁、③さらにまた、司法研修所編「共犯者の供述の信用性」は、この分野における詳細な判例研究を通じて、引き込みの危険に対する裁判実務の取組みの姿を論じており、そこから抽出され示された「共犯者の自白」に向き合う上での注意則は委曲を尽くしたものとなっている。これは実に平成2年度の司法研究の報告書であるが、その後今日まで、同様の趣旨を述べる裁判例、学説は枚挙にいとまがない。注(42)参照。

## (2) 本来的位置付け

もっとも、司法取引により得られた供述にみられる「共犯者の自白」の危険と「約束による自白」の危険との相乗効果——増幅された危険——に照らし、“徹底の上にも徹底した”裏付け捜査の遂行による一層慎重な信用性判断が要請される、とする考え方もあり得るところではある。

しかしながら、その“より一層”慎重を期するとは、つまるところ裏付け証拠確保の徹底を図るというにほかならない。そうとすれば、心構えを示すためのrhetoricとして“より一層慎重に”、“徹底の上にも徹底を”とはいえても、——これまでの捜査・公判が真面目に誠実に行われて来たものである限り——その裏付け捜査と裏付け証拠の吟味・評価の程度において、従前と格段異なるところが出て来ることは、これを具体的現実的にイメージすることは困難というほかはない。——捜査官・裁判官としては、従前であればせずに済ませて来た「何」を今後は新たにすることになるというのであろうか。

むしろ、弁護人の同意の要件や刑罰による担保が設けられていることに気を許して虚偽供述の危険への備え——裏付け捜査・信用性吟味の徹底——がこれまでよりも甘くなるようなことに万が一にもならぬよう、自戒することを怠らない気構えでいることの方が大切だというのは言い過ぎであらうか。

こうして、「司法取引に基づく供述」が虚偽のものであった場合における誤判防止のために「最も重要なこと」として位置付けられている「十分な裏付け捜査の実行」とは、実務の現場においては、すでに従前から、「共犯者の自白」が虚偽のものであった場合における誤判防止のために「最も重要なこと」として周知徹底の図られて来たもの(ordinary preventive action)なのであり、今次「司法取引制度」導入に当たって、「司法取引に基づく供述」の含有する高いリスクに対処するため特に新規に処方された特効薬のごときもの(particular preventive action)では決してないこと——換言するならば、「司法取引による供述」に基づく誤判防止策として格別の決定打的な位置付けを与えるのはtoo muchであること——を確認しておく必要があろう。

なお、法務委員会における上記の説明振りの中で、裁判所側のマイナ

ス出発宣言が検察の裏付け捜査の徹底を必然ならしめるとの趣旨が述べられたが、——この論理を逆からいえば、裁判所側の“マイナス出発宣言”は、検察不信に対するカヴァー、検察捜査徹底の担保として表明されることが不可欠なものであった、ということにもなる。——、これこそ検察にとって——自業自得だといわれてしまえばそれまでだが——不名誉なこと限りなしといわねばならない<sup>(99)</sup>。

## 2 犯人性についての補強証拠

法務委員会においては、上記のとおり、(i)①②、(ii)③④によって誤判防止の仕組みは整ったとする立場に対して、なお不十分とする立場から、虚偽供述に基づく誤った事実認定を防ぐ措置として、

(iii) ⑤犯人性についての補強法則の適用、

⑥取引過程の録音録画

が求められた。ここでは、まず、⑤の問題を採り上げる。

既述のとおり、判例(最大判昭33・5・28)は、「共犯者の自白」は「本人の自白」ではなく、したがって補強法則の適用を受けないとしている。しかも、補強法則一般の適用下における議論としても、被告人と犯人の同一性については補強証拠は必ずしも必要ないとしている<sup>(100)</sup>。

### (1) 補強法則の意義

そもそも、判例は、「補強法則」の趣旨・意義について、「実体的真実でない架空な犯罪事実が時として被告人本人の自白のみによって認定される危険と弊害とを防止するため<sup>(101)</sup>、特に、憲法38条3項は、……被告人本人の自白だけを唯一の証拠として犯罪事実全部を肯認することができる場合であっても、それだけで有罪とされ又は刑罰を科せられないものとし、かかる自白の証明力(すなわち証拠価値)に対する自由心証を

<sup>(99)</sup> この点について、法務委員会で参考人から述べられた検察不信をいう痛烈な発言につき、注<sup>(116)</sup>参照。

<sup>(100)</sup> 最大判昭24・11・2刑集3巻11号1691頁、最大判昭30・6・22刑集9巻8号1189頁等

<sup>(101)</sup> 最(一小)判昭和24・4・7刑集3巻4号489頁は、「客観的には架空な、空中楼阁的な事実が犯罪としてでっち上げられる危険を防止する(ため)」と表現する。

制限し……ている」、「憲法38条3項の規定は、被告人本人の自白の……  
 証明力が犯罪事実全部を肯認できない場合の規定でもなく、かえって、  
証拠能力ある被告人本人の供述であって、しかも、本来犯罪事実全部を  
肯認することのできる証明力を有するもの、換言すれば、いわゆる完全  
な自白のあることを前提とする規定と解するを相当とし、従って、わが  
 刑訴318条(旧刑訴337条)で採用している証拠の証明力に対する自由心証  
 主義に対する例外規定(である)」と解している。

このように、「補強法則」というものが、本来は自白だけで有罪として  
 よいはずなのに「念には念を入れるという意味で、つまり確認の意味  
 で」、「万に一つの間違いを避けるために」という、自白偏重(証拠価値  
 の過大評価)の歴史に対する自戒を込めた特別の立法政策に基づいて、  
 自白単体での有罪判決を許さない——「別種の上乗せ証拠を要求する」——  
 趣旨のものである以上は<sup>(102)</sup>、“自分に不利なことを認めているのだから  
 まさか嘘ではないだろう”との過信が安易に生じがちな「自白」と、こ  
 れとはむしろ正反対に、“取引によりもたらされた他者に責任があるとの  
 自己に有利になる話は眉唾物だ”としてその真実性が典型的に警戒す  
 べきものとされている「司法取引による供述」すなわち「約束による共  
 犯者の自白」とを同一視し又はこれに準ずるものとすることは到底でき  
 ない道理であり、おのずから「補強法則」というものは、その適用対象  
 として後者を念頭には置いていないことになる。

後者、すなわち「司法取引による供述」に基づく誤判を防ぐ働きをす  
 るのは「補強証拠」ではなくて、「裏付け証拠」の存在である。こうし  
 て、(iii)⑤の補強法則適用の要請は、そもそもにして的外れといわなけれ

(102) 田宮355頁。同説は、これを「本来の補強法則(自由心証主義の例外とし  
 ての補強法則)」と呼ぶ。

しかし、それ(に基づく補強証拠の要求)は、「有罪判決言渡しの要件」  
 ——裁判官が自白単体により自由に形成した合理的疑いを容れない心証だ  
 けでは有罪にさせない——ではあるけれども、「自由心証主義の例外(制  
 限)」という位置付け——裁判官が自白単体により合理的疑いを容れない心  
 証を形成することそれ自体を許さない——ではないであろう(平野・前掲  
 195頁参照)。同じ意味において、判例もまた自己矛盾を呈している。

ばならない。

(2) 補強証拠と裏付け証拠

また、上記の判例理論によれば、「補強証拠」とは、自白の証明力の不足を補ってこれと相俟って合理的疑いを越える確信に到達させるもの、すなわち、「裏付け証拠」(既に本稿においては、「裏付け証拠」というタームを、この意義——有罪のための自由心証主義の内在的・実質的要求——において記述してきた。以下同じである。)なのではなくて、自白単体によって既に心証形成された合理的疑いを越える「確信をいっそう強めるもの」——有罪のための自由心証主義の外在的・形式的要求——である<sup>(103)(104)</sup>。「補強証拠」は「補充証拠」ではないのである<sup>(105)</sup>。

裁判所は、「自白」だけで完全な有罪の心証——犯人性をも含めて——を得たとしても、法の命じるところによって特別に自己の有罪心証を超

---

<sup>(103)</sup> 「(補強法則は、自白の証拠価値を一律に低くみるものではなく、)自白の場合には他の証拠をつけて100パーセントプラス $\alpha$ にするという考え方だともいえる」(田宮355頁)。これに対し、松尾36頁は、補強証拠は、「憲法(および刑事訴訟法)が、明文で自白の証明力を制限し」たものであるとする。

<sup>(104)</sup> この点で、最大判昭33が「その自白の証明力を補充し又は強化すべき他の証拠(いわゆる補強証拠)」としているのは「補充」を挙げている点で不正確であり、当の判例自身の論理と矛盾している。

<sup>(105)</sup> 「自白の過大評価の危険を避けるという意味からは、補強証拠が、自白と相まって合理的な疑いを越える確信に到達させるものであることが肝要である」という考え方(松尾38頁)は、「補強証拠」と「裏付け証拠」とを混同しているものといわざるを得ない。このような考え方は、補強法則の独自の存在意義——100パーセントの完全証拠である以上本来それだけで有罪としてよいはずのところを、特別の法政策上の要請によってあえて「上乘せ証拠」を要請する——を失わせるものである(田宮356頁参照)。

もっとも、学界が「補強法則(補強証拠)」という概念を多義的に用いることを許している——本文の意味での「補強法則(補強証拠)」のほかに「見せかけの(疑似)補強法則(自由心証主義の一部としての補強法則)」があるとし、その両者を「広義の補強法則」と称する。(田宮・355頁)——ことにも、概念の混乱を招いている原因(責任)の一端があろう。本稿では、後者「自由心証主義の一部としての補強法則」による証拠を「裏付け証拠」と呼んで「補強証拠」とは区別して用いている。

えるダメ押しの証拠(補強証拠)を取調べしなければならぬからそうするが、そのダメ押しというのはせいぜい自白とあいまって犯罪性を再度確認するという程度のもので十分とするのでなければ、補強法則は角を矯めて牛を殺す悪法になってしまう。

このようなことからすると、犯人性について補強証拠を必ずしも要しないとする判例の結論は、論理としては筋の通ったものである(ただし、これは「本人の自白」としての位置付けの下における議論である。)<sup>(106)</sup>。

### 3 判例による補強法則の理解とは異なる特別な補強法則

そうはいつても、判例によれば従来証拠能力が否定されてきた「約束による自白」について証拠能力を肯認する立法をするくらいなのであるから、この際、同じく立法によって判例に背き、「司法取引による供述」をその供述中において犯人と名指しされた他人の罪責立証の用に供する場合に、これを「本人の自白」と同一視し又はそれに準ずるものとし、補強法則を適用することとして、かつ、被告人の犯人性について補強証拠を必要とすることとしてもよい、とは考えられないか。

司法取引という従来の方の価値観をひっくり返すほどの新制度を導入するのに際して、その副作用として、いくら証拠能力のセーフティネットを張ってもそれをすり抜けて自分の罪を他人になすりつける虚偽供述が登場することを避けられない以上、それくらいの手当てをするのは当然である、とすることも一理あるかにみえる<sup>(107)</sup>。

(106) この点についての平野教授の次の指摘は示唆に極めて富む。「自白で最も危険なのは、被告人がはたして犯人であるか…(中略)…否かにある。この部分に補強証拠を要しないとすると補強証拠を要求する意味の大半は失われてしまう。しかし他方、これらの点にまで、形式的に補強証拠を要求すると、あまりに有罪判決を困難にし、有罪・無罪が偶然によって左右される弊害を生ずる。したがって、これらの点については、常に形式的に補強証拠を必要とするものではないと解する外あるまい。すなわち、被告人が犯人であること…(中略)…について形式的に補強証拠がなくとも、そのような証拠のないのが通常である以上、自白にかかる事実の真实性が担保されていないとはいえないのである。犯罪の客観的側面については、他の証拠の存在するのが通常であるから、補強証拠を必要とする。」(平野・前掲234頁)。

そこで、法務委員会においては、「司法取引に基づく供述」に適用される「判例による補強法則の理解とは異なる特別な補強法則」(以下「特別補強法則」という。)を導入することはできないか、が議論された(以下、川出参考人の発言による。)。その結果、「司法取引に基づく供述」の方が裁判所がその信用性をより慎重に判断する(例のマイナス出発宣言)ことによって誤った証拠評価をする危険が一般の「共犯者の自白」より低いのもにかかわらず、前者に補強証拠(特別補強法則によるそれをいうことになる。)が求められ、後者に補強証拠が求められないのは不均衡だとされた。

しかし、この前提とするところ——「司法取引に基づく供述」の方が、裁判所がその信用性をより慎重に判断することによって、誤った証拠評価をする危険が、一般の「共犯者の自白」より低い。——には異議がある。それは、すでに述べたとおり、一般の「共犯者の自白」に比して「司法取引による供述」の信用性はより慎重に判断する、とする点にいかにも無理がある(これまで一般の「共犯者の自白」の信用性判断を慎重の上にも慎重に行ってきた捜査・公判の実務としては、そのいわれているようなこれまで以上に「より慎重に判断をする」ことは、もはやそうしようにもとてできない)からである。

法務委員会における川出参考人の説明によれば、特別部会での議論は、上述の不均衡論から端を発して因果の流れをたどってゆき、最終的には、「補強法則全体について見直しをする、そういう法改正をすることになる」けれども、「合意・協議に基づく供述については、十分な裏付け捜査がなされることが前提で、補強証拠に当たるものがないままに公判で証言がなされるということは事実上考えられないわけですから、そうであれば、あえて補強法則全体を見直すような法改正をする必要はない」と結論付けられたとされる。

しかし、すでにみたとおり、上記議論の出発点を成した「不均衡論」

---

(107) 法務委員会において、今村参考人・笹倉参考人は、被告人の犯人性を裏付けるような補強法則を必要とすべきことを強く主張された。しかし、本文中で述べたとおり、「裏付ける」というのは、「補強法則」の問題とは局面を異にする。

が不当とされれば、「補強法則全体について見直しをする、そういう法改正をする」までのことは無用となる道理である。その場合、果たして立案当局としては、「司法取引による供述」に限定した特別補強法則の立法化で済むのであれば、それを選択するのにやぶさかではなかったであろうか。

#### 4 特別な補強法則の立法化

もしそうであるならば、この特別補強法則を立法化すればよさそうなものだが、それは「犯人性」についての「補強証拠」を要することを内容とするものでなければ目的を達しないところ、その場合の問題は、「犯人性についての補強証拠」なるものの内実である。

そもそも、「補強証拠」が必要とされるのはどういう場合かという、先の分析・検討の結果をみれば明らかなおり、「(「司法取引に基づく供述」)だけを唯一の証拠として犯罪事実全部を肯認することができる場合」である。そして、この点は、特別補強法則においても同じはずである。そうでなければ、「裏付け証拠」が必要とされる場合と異なることになってしまう。これを裏からいえば、「司法取引に基づく供述」はそれ単体でそれだけの完全な証明力を有することができるものであることを肯認することになる。そしてこのことから、「犯人性についての補強証拠」とは——犯人性に関する「司法取引による供述」の100%の証明力にプラス $\alpha$ を添えるという位置付けのものとして——せいぜい犯人性を再確認する程度のものであれば十分足りる、とするのが論理的帰結となろう。

しかし、このようなことでは、補強法則適用を求める意見がもともと意図していたところとは、むしろ逆の結果がもたらされてしまうであろう。

#### 5 犯人性についての裏付け証拠

##### (1) 犯人性についての裏付け証拠の必要性

翻って考えてみると、(特別)補強法則が前提に置いているところの、「司法取引による供述」だけで有罪の心証を形成し得るなどという事実は、実務の上ではまず考え難いことといわなければならない。既述のとおり、そもそもこれは、「共犯者の自白(供述)」自体についていえることであって、不文の事実認定法則として定着しているといってよい実務感覚である<sup>(108)</sup>。

この観点からしても、「司法取引による供述」に(特別)補強法則の適用を求めるのは、見当違いといわなければならない。

してみると、特別補強法則なるものがその実質においていわんとしているところは、“引っ張り込みの危険”に対処するため、その危険の現実化としてのえん罪の発生を阻止するため、「司法取引に基づく供述」には、特別に“犯人性についての「裏付け証拠」”を必須とする、ということ——すなわち、補強法則以前の問題である。——にほかならないのではないかと思われる。

このような考え方は、「通常は、被告人が犯人であることについて共犯者の自白を裏づける他の証拠がない限り、その認定は、自由心証主義に反する不合理なものといわなければならない。」<sup>(109)</sup>とされているところに相通じるものがみられるが、「通常は」という留保がなく「常に必ず」とするところに差異が存する。そして、この差異は、「司法取引に基づく供述」がもともと「約束による供述」でもあること——それが、「虚偽供述であるおそれが典型的に高い」とまではいえないとされて証拠能力の閾門をすり抜けて来たにせよ、なおも個別具体的には利益誘導に触発された引っ張り込みの虚偽供述である危険を残しているものであること——によって説明が可能ではあろう。

## (2) 法務委員会における議論

一方、法務委員会において、法案を推進する側も当然上述した実務感覚の下で、「司法取引に基づく供述は裏付けが伴わなければ証拠として使えない」、「その供述だけで有罪とされることはない」旨を力説している<sup>(110)</sup>。それは、自由心証主義の内部での自律規範として存在する先の不文の事実認定法則を、とり分けて「司法取引に基づく供述」について

---

<sup>(108)</sup> 注(42)参照。

<sup>(109)</sup> 平野236頁。なお、「犯人性の補強証拠」に関する平野説を引用した注<sup>(100)</sup>参照。

<sup>(110)</sup> 「(司法取引に基づく)供述だけで他人の犯罪事実について有罪と認定するというようなことはこの協議・合意制度は想定していない」から、「裏付けがとれなければそれ(司法取引に基づく供述)は使えない」(川出参考人)。その他、注<sup>(111)</sup>に引用した各参考人の発言参照。

顕在化させたものにほかならない。

そして、そのいう「十分な裏付け証拠」について——ひとくちに「裏付け」といってもその程度には高低様々なレベルがあるところ——「虚偽とはいえないことを示す程度のもの」ではだめで、「積極的にこれは本当だという裏」、「強い信用性を裏付けるような証拠」がないと司法取引に基づく供述は使えない(使いにくい)」とされ(高井参考人)、いわゆる「秘密の暴露」ないしは「司法取引に基づく供述」によって得られた「客観的証拠」などをその例として示しているのである(高井参考人・川出参考人)<sup>(111)</sup>。

ここで明白となったが、「補強証拠」の要求の当否のテーマの下に論じられているのは、実は、「裏付け証拠」のことなのであって、「補強証

---

(111) 司法取引に基づく供述は、「単に嘘とはいえない程度では使えない。」、「積極的にこれは本当だという裏が取れなければ使えない。」、「当然裏付けはしっかりとる。しかし、それも、先ほど来いわれているように、内容が詳細であるとか、一貫しているとか、具体的であるとか、そういうレベルの問題ではなくて、いわゆる秘密の暴露があるかどうかということまでぎりぎり調べるといのが本来の在り方である。」、「その信用性を担保するのは裏付け捜査、しかも、秘密の暴露だとか、その供述によってもっと新たな別個の確実な証拠が出て来るとか、そういうような強い信用性を裏付けるような証拠が出て来る、そういうようなところまで行かないと、なかなかこの制度は使いにくい(高井参考人)、「裏付けができないというような場合があるとすれば、今回の協議・合意制度の下ではそういう証言はやはり使えないということにならざるを得ないだろうと思います。そういうものとしてこの制度はできていますから、先ほどの話でアメリカの例が出ていましたけれども、要するに、供述だけで他人の犯罪事実について有罪と認定するというようなことはこの協議・合意制度は想定していないことですから、そこは、やむを得ないといえますか、裏付けがとれなければそれは使えないということになるだろうと思います。」、「裏付け捜査として考えているのはそういうもの(ターゲットとされた第三者の取調べによる自白の獲得)ではおそらくなくて、それは例えば供述から客観的な証拠を探すとか、そういうものを想定しているんだと思います。ですから、第三者を取り調べて自白を得る、それが裏付け捜査だという形ではおそらく考えていないんだと思います。」(川出参考人)

拠」のことなのではない。「司法取引による供述」に適用されるべき「(特別)補強法則」の立法化をうんぬんするのは、やはり、筋を違えていることになる。

### (3) 裏付けの程度

実務において従来から「共犯者の自白」についても裏付け捜査の徹底と慎重な証拠評価が行われ来たことを繰り返し指摘してきたが、そこでは、最終的に「共犯者の自白」と「裏付け証拠」とを総合評価して合理的な疑いを越える確信が形成できるか否かが問題とされて来たのにとどまり、その「裏付け証拠」が如何なるものであるべきかについて、上述のような特段の限定的な理解は意識されて来なかったことに比べれば、法務委員会における高井参考人・川出参考人の上記発言は、相当に思い切って踏み込んだ発言だといえることができる。

そして、もしもこの発言のとおり実務が動いたならば、「司法取引に基づく供述」が有罪の証拠となるのは、かなり限定されたケースとならざるを得ないであろう。法務委員会においても、本法律により導入される司法取引が奏功する事例が数多く出現することには懐疑的な見方が示された<sup>(112)</sup>。この意味において率直に申せば、司法取引制度導入は、その実効性の点において相当にコストパフォーマンスが悪い施策なのである。

他方で、このような場合——裏付けが得られず起訴できなかった／有罪にできなかった場合——には、供述者は逃げ得、他人も罰せないこととなり、それではなんのための司法取引導入だったかという問題にもなりかねない。

冤罪の防止との兼ね合いで如何にも難しいところであるが、「司法取引制度」は、このような進退両難に陥るおそれを不可避的に内包しているものであることを承知しておく必要がある。

---

(112) 「確かに、これ(司法取引)がどんどん使われて犯罪の解明に役立つというところになるかといわれると、それはなかなか難しいだろうと思います。」(川出参考人)、「この制度は、合意による供述というのは信用性の程度が非常に低いところから出発するというふう聞いておりますので、その供述に基づいて、これで有罪の確証があるということで起訴できる事例というのはそうそう多くはないんじゃないか」(郷原参考人)

## (4) 「犯人性」の裏付け

このように、双方ともに、「司法取引による供述」に信用性が認められるためには、「裏付け証拠」の存在が不可欠とする点では一致している。

しかしながらそれでも、法案推進側は、補強証拠(実質は裏付け証拠)必要説が“犯人性について”の裏付けとなる証拠を熱心に要求しているのに対し、そこまで歩を進めることはしなかった(法務委員会での発言をみるとそうみえる。少なくとも、そのいっている「裏付け」が、「犯人性」について必要なものとは明言されていない)。ここで踏みとどまったその態度は、もちろん犯人性について直接的にこれを裏付ける証拠が得られればベストに違いないが、従来の実務では、そこまでの証拠が収集できなかったならばおよそ有罪にはできないとまでは考えられて来なかった——「共犯者の自白」と裏付け証拠として収集されたものとを総合評価して当該供述全体の信用性が認められれば、犯人性そのものを裏付ける証拠がなくても有罪としてよい。——こととのバランスへの配慮ともみられる。端的にいうならば、「犯人性」そのものについての「裏付け証拠」は「ないのが通常である」ということであろう<sup>(113)</sup>。

「裏付け証拠」適格を犯人性を裏付けるものに限定するとすると、そうでなくともたやすくは用いることのできない「司法取引による供述」を使える機会もますます一層限定され、その分、制度のロスがかなりの程度大きくなりかねない。「時代に即した新たな刑事司法制度の構築」を標榜してこの制度を導入する側としては、いかにも苦しいところだろう。そうだとすると、やはり「十分な裏付け証拠」を収集するという限度にとどめて、後は個別の事案において収集した裏付け証拠の質及び量と「司法取引による供述」の内容との総合評価に委ねる余地を残しておく——これでも犯人性について合理的な疑いを越える確信というゴールは等しい。——こととするのにも無理からぬところがあるようにも思われる。

しかし、その反面、それでもやはり、「司法取引に基づく供述」が「約

(113) これをいう平野教授の論説を引用した注(106)参照。注(114)に引用した郷原参考人の発言に照らしてみても、ましていわんや犯人性の裏付けにおいてをや、ということであろうか。

東による供述」でもあることを考えると、一般の「共犯者の自白」に比してその虚偽の危険性がなお格段に高いことにかんがみ、「司法取引による供述」の限りでは、犯人性に関する裏付け証拠の存在を必須とすることが、この供述がえん罪を招くことを危惧する国民を安心させるための問題解決の在り方としては、優れていたのではないかとも思われる。

## 6 裏付け証拠の存在を必須とする立法化

それではせめて、立案当局にも異論のない——むしろ法案の正当性の論拠として自ら積極的に援用している——「司法取引に基づく供述」には（犯人性の裏付けに限らない）「十分な裏付け証拠」がなければ有罪とされない旨の立法手当を施すことはできなかったものだろうか。

「司法取引による供述」に関する裏付け捜査の徹底による裏付け証拠の確保が、この制度の最終的なセイフティネットであることは誰しもが等しく共有する認識である。それにもかかわらず、(特別)補強証拠(実体は裏付け証拠)必要説が強い主張となって現れていることの大きな要因の一つは、不要説、すなわち立案当局が言っている上述の裏付け証拠収集の必須化を信用しないがためである。既にもたとおり、裁判所側のマイナス出発宣言がある以上検察官は必然的に十分な裏付け証拠を収集することになる——いわばこのマイナス出発宣言が“担保”になる——旨の説明もなされているが、そう単純に言えるものではない旨の反論もなされている<sup>(114)</sup>。

私などからすると、そのような検察権行使の在り方がむしろ行き過ぎであるとの批判にさらされながらも、一貫して公訴提起に当たり判例の要求水準<sup>(115)</sup>よりもはるかに高い水準の嫌疑(合理的疑いを越える確信)の存在を自らに課し続けて来た検察実務が、よもや「司法取引による供述」についてそれを怠るなどとは、——裁判所側のマイナス出発宣言などを俟つまでもなく——到底考え難いことではあるが、しかしながら、この点についての不信は誠に根深いものがあり、本法律誕生の契機・背景を思えば、遺憾極まりないことではあるが、それにはあながち理由のないことでもないといわざるを得ない<sup>(116)</sup>。「司法取引に基づく供述には十分な裏付け捜査がなされることが前提である」とするその「前提」自体が信頼されていないのであるから、歩み出しの第一歩からすでに立ち往生な

のである。「信用しろ」、「信用できない」の水掛け論では埒が明かないに決まっている。

本法律が、元来、「失われた検察の信頼の回復を図るべく、幅広い観点から抜本的に検察の在り方について検討し、その改革策を法務大臣に提言し、その施策実施に寄与するとの目的」の下に設置された「検察の在り方検討会議」による提言にその基礎を置くものである以上——既に申し述べたとおり、私自身は、本法案が「検察の改革策」の一環であるとは考えていないが。——、本法律にこの目的とされたところの視点が反映されているべきことは当然としなければならないであろう。

その観点から考えると、先述した検察に対する抜き難い不信に対しては、立法においてできる限り誠実かつ懇切に対応することが望ましいといえよう。先にみたとおり、仮に、犯人性そのものについての裏付け証

---

(114) 「結局、いろいろなケースの中では、この合意に基づく供述が重要な証拠として使われる場合もある。そして、その場合も、検察官の対応そして裁判所のそのときの考え方によっては、それが決定的な証拠となり、冤罪につながるというおそれも私は否定できないと思います。そういう面で、検察の組織の現状、対応の現状を考えますと、私は、協議・合意制度は、方向としては決して間違っていないと思いますが、いろいろな制度面の改善を併せて行わなければ、運用面できちんとやればよいというような問題ではないと考えております。」、「実際のところ、この制度が導入されることによって非常にメリットがあるのは、今委員おっしゃたように、供述に依存せざるを得ない事件になることは間違いないと思います。その供述に依存せざるを得ない事件こそ、簡単に裏付けといいますけれども、そんなに簡単に裏付けなんて得られるものじゃありません。ですから、ある程度こういう制度が機能するとすれば、やはり、結局、ぎりぎり合意供述が使えるかどうかというところの判断をせざるを得ない。」(郷原参考人)

(115) 最(二小)判昭和53・10・20民集32卷7号1367頁「起訴時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があればそれで足りる」、最(一小)判平成元・6・29民集43卷6号664頁「公訴の提起時において、検察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば、公訴の提起は違法ではない」

拠の存在を必須化することが何としても難しいのであれば、次善の策として、法案推進派と慎重派との間に実質においては争いがないといえる、十分な裏付け証拠の存在の必須化についてこれを明文化する——先述した不文の事実認定法則の顕在化を明文化にまで昇華させる——余地はなかったものか。

## 7 立法化の隘路

「司法取引に基づく供述」には十分な裏付け証拠が伴うことが必要である、とのルールは、不文のうちはまだしも自由心証主義の内部での自律規範——心証形成上の自己規制——としての存在であり得た。

だが、これを明文化するとなれば、一種の消極的法定証拠主義の如きもの——“十分な裏付け証拠”がなければ犯人性を認定することができないという他律規制——とならざるを得ないであろうところ、その内実となる“「司法取引に基づく供述」により事実を認定するときは、それと相まって被告人が有罪であることの合理的な疑いを超える確信に到達させるに足りる「十分な裏付け証拠」を伴わなければならない”との当為(Sollen)は、結局のところは、合理的心証主義たる自由心証主義(刑訴法318条)そのものというほかはないものである<sup>(117)</sup>。

結局、これを既存の法条にさらに重ねて明文化する意義が失われよう。

---

(116) 法務委員会での辛辣な発言：「補強法則の点につきましては、運用上確保されるんだからそれを信用せよというのは、今回の改革自体がそもそも検察官の不祥事から始まったのに、それで検察官を信用せよというのはあまりにちょっと虫が良すぎないかというふうに思います。」「ちゃんと裏付けをできているのかということは可視化ではわからないわけですよ。それは、別に法律に書かれるわけでもなく、検察内でそれが徹底して実現されるという担保も全くないわけですから、もちろん、当然、補強法則は必要だと思います。」(笹倉参考人)、「裏付け捜査を十分にやるんだということが強調されていますが、そんなことは立法化されていませんよ。裏付け捜査を十分にやるんだというふうに、それを当然の前提のように語るんだしたら、なぜ補強法則を設けないのか。そこが理解できない。要するに、俺たちを、捜査官を信用しろといっているわけですよ、おっしゃるところは。私は、それは立法府の議論ではないというふうに思います。」(今村参考人)

(117) 注<sup>(109)</sup>参照(平野236頁)。

こうして、補強証拠必要説の懸念とするところに何らかの立法化をもって応えるという選択肢は採り得ないものとなるが、既にみてきたように、根本的な問題意識は双方共有しているものであり、国会というこの上ない公の場で明言された「裏付け証拠」のレベルに関する立法者意思は誠実に実現されなければならないのは当然のことである。とりわけ検察は、司法取引に基づく供述についてたとえ一件たりとも国会で挙示された様なハイレベルの裏付け証拠の収集の徹底を欠くようなことがあれば、国民に対する背信行為とのそしりを甘受しなければならないであろう。

#### 第4 司法取引の過程及びその前後の録音録画導入の可否の検証

##### 1 録音録画導入が不必要とされた理由

国会審議の場においては、司法取引に基づく供述に虚偽が入り込んでくることを防ぐための措置の一環として、上述の(iii)⑥、すなわち、その前後の過程も含めて録音録画をするべきではないかが問題とされたが、①取引者が自発的に行う虚偽供述は防げない、②検察官による協議・合意の誘導ないし押し付けがあり得るかについては、協議・合意の過程においては弁護人が関与するから考えにくい、③協議・合意の前後の取調べの過程においては、一定の供述を得たいがための検察官による誘導ないし押し付けは観念的にはあり得るが、仮にそれをしたとしても裏付けが得られなければその供述を使うことはできないので、そのような無意味なことを検察官が行うことはないだろう、④合意後の取調べの段階では弁護人が必ずついているので、検察官がそのような取調べをすれば当然弁護人に伝わるはずだから、検察官がそのようなことをするとは考えられないとして、部会として消極の結論に至ったことが紹介された(川出参考人の発言による)。

しかし、これらについては、検察に対する不信を基礎に置く立場からすれば、様々な反論があり得よう。例えば、以下の如くに。

①については、外観上取引者が自発的に行っているようにみえるその供述は、元来、検察官からの利益誘導という「心理的圧迫」、「心理的強制」を受けてなされたもの、すなわちこれまでならば不任意の供述とさ

れたものであったことを想起しなければならない。この問題は証拠能力論においてクリア済みということなのであろうが、確かに利益誘導が存在することは公言されるものの、それが供述者の心理にどの程度の「圧迫」ないし「強制」を加えたかは依然不明のままである。証拠能力のチェックポイントをすり抜けてきた利益誘導による虚偽供述のおそれの残存が現実のものとなった場合に、それはもはや「取引者が自発的に行う虚偽供述」である、と一刀両断の下に切り捨ててしまうのは、早計に過ぎる。録音録画に映し出された取引者に対する検察官の言動、取引者の検察官とのやりとり、供述態度、その表情・口振り等は、当該利益誘導から取引者が受けた供述に向けての「心理的圧迫」、「心理的強制」の程度を測る上での重要な一資料となり得る。

②については、取引者サイドの弁護士の同席等の関与が「検察官による協議・合意の誘導ないし押し付け」を抑止すると一応はいえるとしても、問題は、個々の司法取引において、実際に本当に抑止された、といえるのか否かなのである。

供述の中で名指しされた他人(被告人)やその弁護人にとっては、録音録画は、司法取引に関与する弁護人がその果たすべき役割をどこまで果たしたかをチェックする上での一つの重要な資料となり得る。そして、何よりも、裁判官にとって、露骨な取引の生々しい様子を見分することは、その供述の信用性判断に少なからず影響することは間違いない。

③については、検察官が「裏付けのとれない役に立たない供述」を採りにいくような無意味なことはしないのは、検察官において、得られる供述は所詮裏付けのとれない役立たずのものに終わる、と見通している場合のことである。

そもそも、この「誘導ないし押し付けをしたとしても、裏付けが得られなければその供述を使うことはできない」という発想では、「誘導ないし押し付けをして、その結果裏付けが得られたならばその供述を使うことができる」というmentalityを容れることになりかねない。

④については、検察官が、後刻「弁護人に伝わるとマズイこと」をしたりはしないのは、検察官において、「マズイことが伝わる」と認識している場合のことである。

## 2 検察官と取引者との馴れ合いの危険

以上のような検察不信を拭えない立場が最も危ぐするのは、——法務委員会においても指摘されたように——供述者と検察官は取引を通じてある種の利益共同体を構成する関係になりかねない、すなわち、馴れ合いの危険が生じかねない、という点であろう。その目でみれば、<sup>(118)</sup>司法取引に基づく供述については、“押し付け”よりむしろ“誘導”によって虚偽供述が誘発されるおそれの方を重視しておかねばならない。供述者にとっては“誘導”は“助け舟”なのである。その被暗示性は高度に昂進しているとみてよい。録音録画により、供述者と検察官との間にその馴れ合い(迎合)の様子が見られないかどうか、そのチェックはしておくに越したことはない。結果からみて裏付けが得られたなら——つまり、その供述が真実のものであると分かったなら——その供述過程は不問に付するというわけにはゆかないのであるから。

法務委員会においては、司法取引に基づく供述の中に「秘密の暴露」と思しきものが含まれていたとしてもその情報が捜査官から教えられたものでないかどうかを検証できる証拠(本人の供述経過とそれ以外の証拠収集経過の対照を可能とする客観的な時系列的記録)が残されていないとの意見が示された<sup>(119)</sup>。

これは司法取引に限らず、あらゆる事件における証拠価値の判断の場面で、「秘密の暴露」であるとされるものが真にその名に値するかは必ず検証されなければならない、という意味において正当である。とりわけ、司法取引においては、取引者同士の馴れ合いが「秘密の暴露」の偽装に至る懸念さえ指摘されている。このような観点からしても、司法取引にあっては、供述過程の録音録画に現れた検察官と取引者のやりとりの内容、その双方の態度等に不審な点がないかどうかをチェックする必要があるとの意見にも十分に理がある。

## 3 私見

私は、検察に信をおきつつも、録音録画をすることとしておいた方が

<sup>(118)</sup> 注63参照。

<sup>(119)</sup> 今村参考人・郷原参考人の発言である。

よかったように思う。

法務委員会において不採用の理由として挙げられたところは、要するに不必要ということであって、特段の弊害の存在が指摘されたわけではない——“取引”という“駆け引き”の様子が公にされるとなると何かとやりにくい、という声があるが、それを弊害というべきものか問題である上に、何よりも、公明正大な振舞いである以上、どこに出しても恥ずかしくないはずのものである。

してみれば、——検察不信に応える意味で——わずかにさえ必要性を認める余地があるのであれば、録音録画を頑なに拒み続けるまでの理由はないはずであろう。まして、上に検討したように、司法取引過程及びその前後の録音録画には少なからぬ有用性が認められるのである。

司法取引という我が国においてこれまで存在しなかった新たな制度を導入するに当たって、何やら胡散臭いものが始まるという国民の漠然とした不安を和らげるため、そして誰しもの懸念の的である引っ張り込みの虚偽の供述がなされる危険性を払拭できないのである以上、それを防圧するための安全装置はできる限り手厚くこれを講じておくことが、未知の世界に恐る恐る第一歩を踏み出してゆくその背中を押してくれることであろう。千に一つ、万に一つであっても役に立つことがあれば、それを以て瞑すべし。——元来、担保というものはそういうものである。

## 第5 検察の在り方検討会議提言等にみられる要請の充足の検証

### 1 今次司法取引制度の出自

本法律による司法取引制度は「検察の在り方検討会議提言」に胚胎するものであるところ、同提言においては、「『密室』における追及的な取調べと供述調書に過度に依存した捜査・公判を続けること」は「人権意識や手続の透明性の要請が高まり、グローバル化、高度情報化や情報公開等が進む21世紀において、もはや、時代の流れとかい離れたもの」として排斥された上、司法取引は、「追及的な取調べによらずに供述や客観的証拠を収集できる仕組み」<sup>(120)</sup>として整備されたものである。もちろ

---

(120) 提言29頁

んそれは、「人権意識や手続の透明性の要請が高まり、グローバル化、高度情報化や情報公開等が進む21世紀」にふさわしいものでなくてはならない。

さて、この観点からみたときに、今次司法取引は果たして今世紀にふさわしいものとなっているだろうか。

#### (1) 人権意識の高まり——人権擁護説の視座

約束による自白の証拠能力が否定される理由として人権擁護説が唱えられている。表面的には任意になされた自白のようにみえても、自白への誘惑行為によって自由な意思決定を妨げられたと解して、それを供述の自由という人権の侵害とみる考え方である。

「司法取引」が自白への誘惑行為であること、それもかつてない露骨な利益誘導の面を有することは否定できない。それによって相手方が自由な意思決定が妨げられることは将来にわたって本当でないのだろうか。この人権擁護の立場からみたときに——すなわち提言自身が指摘する「現代における人権意識の高まり」に即してみたときに——司法取引に何の問題もないとまで本当にいい切れるのか、なお課題が残されているように思われる。

#### (2) 手続の透明性の要請の高まり、情報公開の進展

「手続の透明性」の要請や「情報公開」の進展という観点からは、何よりも、取引とその前後の供述過程の「可視化」が思い浮かぶ。この重要な問題については、すでに述べた。

#### 2 平成7年大法廷判決にみる宿題

また、既にみたとおり、刑事免責を付与して得られた供述の証拠能力を否定した判例(平成7年大法廷判決)が残した宿題は、「これを採用するかどうかは、これを必要とする事情の有無、公正な刑事手続の観点からの当否、国民の法感情からみて公正感に合致するかどうかなどの事情を慎重に考慮して決定されるべきもの」ということであった。

これを司法取引に引き移してみたときに、今次司法取引は果たしてこれらの論点をクリアしているのだろうか(「司法取引制度を必要とする事情の有無」については、Iにおいて検証した。)

(1) 公正な刑事手続と国民の法感情

上記の観点からみたときの司法取引の当否はどうだろう。「約束による自白」に関する最高裁昭和41年判例についての調査官解説は、「このような自白が証拠として採用されることになれば、捜査の公正、ひいては裁判の公正に対する信頼性を失わせることになる」と述べている<sup>(121)</sup>ほか、「刑事免責」に関する平成7年大法廷判決についての調査官解説においても、「そもそも共犯等の関係にある者のうち特定の者についてのみ刑事免責を付与して他の者にとって不利益な供述を得て、これを他の者の有罪の証拠とすることは、著しく公正感を害し、司法に対する信頼を損なうおそれが強い」とされており<sup>(122)</sup>、これらの指摘が「司法取引に基づく供述」には当てはまらないということはできないであろう。これら以外に、学者サイドからも同様の意見が述べられて来た。——検察官の訴追裁量権の問題と関連して先述した。

今次司法取引は、このような旧来の法律実務家及び法学研究者らの大方の一致した価値観からの対極への大転換となるわけであるが、この「公正」ないし「司法の公正への信頼」というものは、司法取引制度の存在を正当化する上での根源を成す最重要の視座といって過言でない。本法律(法案)は、この点をどのように考えているのであろうか。

(2) 所管大臣等の答弁

上記の点について、国会における所管大臣等の答弁は次のようなものであった。

①平成27年7月3日衆議院法務委員会における法務大臣答弁：「判例(平成7年大法廷判決)の判示するところが合意制度にどの程度及ぶかということにつきましては、必ずしもその内容から明らかではないわけですが、組織的な犯罪等につきましては、その全容を解明して、そして刑事責任が重い者を適切に処罰するために必要な場合におきましては、合意制度により、比較的責任が軽い者について、刑事手続上一定の有利な取り扱いをすることと引きかえに捜査への協力を得ることにつきましては、事案の真相を明らかに

---

(121) 最判解刑昭和41年度103頁

(122) 最判解刑平成7年度60頁

して適正な処罰を実現するという刑事司法の目的からも、真に処罰すべき者を処罰するという公平の観点からも、合理性を有するものというふうを考えております。したがって、今回、合意制度の創設につきましては、国民の法感情から見た公正感、公平感に対して反するものではないというふうにごえるところでございます。】

②同委員会における国家公安委員会委員長答弁：「我が国の治安に責任を持つ国家公安委員会委員長といたしまして、安全、安心を求める国民の声や、事案の真相解明、真に悪質な犯罪者の摘発を願う被害者等の思いに接しているところであります。安全、安心は暮らしの基盤であります。合意制度は、組織的な犯罪等において、他の捜査手法によっては困難な事案の真相解明や、より処罰の必要性が高い上位者等の検挙に資するものでありまして、安全、安心や事案の真相解明を願う国民の思いに応え得るものと考えております。」

### (3) 責任ないし処罰の必要性の比較衡量

ア 上記の2つの答弁に見られる、“責任ないし処罰の必要性の比較衡量”という視座は、過去においては等閑視されていた、というようなものでは決してない。

この観点をも当然に踏まえたその上でなお、旧来大方の法律関係者はこの“相対評価”の考え方を採らずに口を揃えて消極論を唱えていたのである。それが何故だったのか、そして、今次の司法取引の導入に当たって、なぜ相対評価を重んじる視点を採用するに至ったのか。それこそが問題とされなければならない。上記の答弁は、この問いに何ら答えるものとはなっていない。

旧来のその論説を再読してみれば、相対評価論を採らないその根底に「正義・公正・廉潔」の思想・観念が置かれていることは疑うべくもない。行政の責任者としてこのことにどう向き合い、今後如何なる理由の下にその旧説を斥けたのであったか、それを真正面から国民に示す義務があったはずだと思う。

イ 上記答弁の中で下線を施した部分を読むときに忘れられてはならないのは、「責任が比較的軽い者」も本来であれば処罰すべき者——その意味で「真に処罰すべき者」——である、ということである。どのみち不起訴となる案件について、検察官がそれを取引材料とすることなど許

されるはずもなからう。——このような案件の下で取引を成立させて供述を得た場合には、それは供述の詐取であり、「偽計による」自白に新たな一種を加えることになるであろう。

その本来の処罰を免れ、本来受けるべき刑を減じられる者が出ることは、それ自体、不正義であり不公正であるというほかはないであろう。「刑事責任が重い者」も「刑事責任が比較的軽い者」も、重かるべきには重く、軽かるべきには軽く、処罰すべきは処罰することこそが、「事案の真相を明らかにして適正な処罰を実現するという刑事司法の目的からも、公平の観点からも、合理性を有するもの」のはずである。大臣答弁においては、この根本のところ、何故か素通りされている。

ウ この根本を真正面から見据えたその上で、もしもいえることがあるとすれば、それは、“司法取引導入は、いかに相対的には犯情の軽い者とはいえ、本来その罪責に応じて処罰すべき者を免れさせるという不正義・不公正をもたらすものであることは否定できない、しかしそれは、より犯情の悪質な者を確実に処罰するために避けることのできない真にやむを得ない犠牲、必要悪である”ということなのではないだろうか。

また、この正直さと覚悟がないと、司法取引の運用に甘さが出て、結果、取引者を本来処罰すべき罪から免れさせた上に、巨悪をも逸するという、国民にしてみればまさに踏んだり蹴つたりの惨憺たる事態が出現しかねない。検察官にとって、司法取引は失敗の許されない綱渡りである。取調べの代替手段として安易に寄りかけられるような代物ではない。

#### (4) 単純素朴な正義感——自首減免の根拠——

それにしても拭い切れないのは、検察官側、被疑者・被告人側の双方に向けられた非難として、“やり方が汚い、フェアでないではないか！”という単純素朴な正義感のように思われる。前者に対しては、目的のためには手段を選ばない露骨な功利主義に堕したと、そして後者に対しては、およそ反省悔悟とは無縁の狡猾な利己主義であると。

前者の問題については、既に述べたので繰り返さない。

後者の問題について、法務委員会での法律論を背景とした説明は次のようなものであった(川出参考人の発言)。——「自首をすると減免の規定がありますが、あの趣旨というのは、やはり捜査機関に発覚していない段階

で自首をすることで事実が解明される、だから捜査に協力する、そこが主たる理由だといわれていますので、それがそうであるとすれば、他人の犯罪事実に関しては、自首減免のその部分が、他人の犯罪事実についての解明への協力という形で考慮される。そういう意味では、政策的な根拠によるものであって、反省ということが必ずしも介在する必要はないだろうということが今回の協議・合意制度の基本になっている。」

しかし、これについては少なからず異論の余地がある。一言にしていこうならば、“協力と言えは聞こえはいいが、さんざん駆け引きした挙句に損すると思ったら取引はしない、喉から手が出る程情報を欲しがっている相手の足元に付け込むえげつない腹の探り合いであって、捜査の役に立とうなどという公德心はさらさらな利己主義そのものである。”——すべてがそうだというわけではない。そういう場合が排除されていないことが問題である。——ということであろうが、以下に法律論の観点からの私見を述べる。

ア 自首減免制度の趣旨については、「(自首減免は)捜査および処罰を容易ならしめるための政策的な理由のほか、改悛による非難の減少もその根拠となっているとおもう」<sup>(123)</sup>、「42条は、責任そのものに関するものではないが、犯行後の犯人の改悛に基づく事後的な責任の軽減をも考慮しているとみられることにおいては、広い意味では、やはり、責任に関する規定と解することができる」<sup>(124)</sup>、「自首減輕の制度は、犯人も悪に徹することができず、容易に自首・自白して自己の刑責を認め、被害者側もしばしばそれを評価して宥恕しがちなわが国民性を反映したものとして合理的であるというべきであ(る)」<sup>(125)</sup>とされており、いずれもこれらは——むろん自首の要件としてではなく減免の裁量事由として——「反省ということが必ずしも介在する必要はない」とまでドライに割り切っていない。

イ そもそも、自首とは、「犯人が捜査機関に対して自発的に自己の犯

(123) 団藤408頁

(124) 大コンメ刑法 [3版] (3)4頁(大塚仁執筆分)

(125) 前掲大コンメ555頁(増井清彦執筆分)

罪事実を申告し、その訴追を含む処分を認めること」<sup>(126)</sup>、「犯人が捜査機関に対して自発的に自己の犯罪事実を申告して、訴追を求めること」<sup>(127)</sup>、「犯罪事実を申告しかつ訴追を求める、捜査機関の処分に委ねる意思表示をすること」<sup>(128)</sup>をいうものであり、これらによれば、“捜査機関に訴追を求める、ないしはその処分に委ねる”という点でまだしも潔さのニュアンスを残すものである自首と、“取引を通じて最大限自己に有利な処分を引き出す(不満足であれば供述しない)”という点で露骨な利己主義を容れるものである司法取引とは、到底同列には論じ得ない、むしろ異質のものというべきである。

ウ さらに立法論として「(自首に基づく)刑の減輕は必要的であるべきか、任意的で足りるかについては、自首による減輕を期待して犯行に及ぶ者や被害者らからの仕返しを恐れ保護を求めて自首するような者等も少なからず見られるのであって、これらの者に対しては必ずしも刑の減輕の恩典を与える必要はないと考えられるから、刑の任意的減輕理由とするのが相当である」<sup>(129)</sup>とされているところ、この“功利的な動機による行為は被疑者に有利に斟酌しない”という評価態度は、実のところ、これまでは起訴便宜主義の運用においても同様であったのではないだろうか。

エ 己一身の利益のためだけの自首・自白をもって刑を減じ又は放免するのは社会にとって不正義である。私には、以上のような考えの方が我が国民にとっては受け入れ易いものであるように思われる。

しかしもちろんだからと言って、司法取引における供述動機として反省・悔悟・改悛の情を要件とすることなどできるわけがない。その証明のしようがないからである。司法取引を認める以上は、供述動機においていかにそれが不純であろうともこれを受け容れざるを得ない。問題は

---

(126) 前掲大コンメ521頁(増井執筆分)

(127) 団藤408頁

(128) 団藤重光「条解刑事訴訟法(上)472頁、小野清一郎＝栗本一夫＝横川敏雄＝横井大三「ポケット注釈全書(8)刑事訴訟法(上)(新版)566頁、平場安治＝高田卓爾＝中武靖夫＝鈴木茂嗣「注解刑事訴訟法(全訂新版)(中)」222頁など。

(129) 前掲大コンメ555頁(増井執筆分)

国民がそれに耐えられるかどうかである。それは、本法案が法律となり施行された今、今後の司法取引の実践の中で、その都度試されてゆくことになる。

## おわりに

法務委員会における答弁・発言は、制限時間の内に凝縮され又は簡略化されたものであって、必ずしも意が尽くされたものでないことは承知している。したがって、本稿で述べた私見も、議事録に残されている限りでのものに対する散漫なコメントにすぎない。論者の趣旨を正解していないところのあることを恐れるとともに、その至らぬ点の御寛恕を乞う次第である。

今次司法取引の導入は、おおげさでなく、「コペルニクスの転回」であったとの感を禁じ得ない。平たくいうなら「遂に一線を越えた」という思いである。

それだけに、司法取引は劇薬である<sup>(130)</sup>。先にみたように、法務大臣と国家公安委員長が、国会において司法取引導入の目的を、「組織的な犯罪等につきまして、その全容を解明して、そして刑事責任が重い者を

---

(130) 法務委員会における高井参考人の発言：「内部的には、これはまことに残念なんです、若い検察官の取調べ能力というものがやはり落ちていていると思わざるを得ません、もと若い検察官の方もおられますけれども。」「本来取調べというのは、検察官が全人格的にぶつかって、それで真摯に反省をさせて真実の供述を得る、これが日本検察の花だというふうに思っています。しかし、先ほど来申し上げたような経緯によって、今、なかなかその花が咲かないという状態になりつつあるわけですね。そういう状況の中であくまでも…(中略)…以前からのやり方に固執していたのでは、本来の目的である国民の安全であるとか秩序の維持であるとか、そういうことができないう状態になりつつあるということ踏まえて、今回の法案で導入するような合意制度はやむを得ない、残念ながらやむを得ないという立場であります。」——検察を憂え、検察を思う痛切な真情の吐露というべきものである。

適切に処罰するため」、「事案の真相を明らかにして適正な処罰を実現する」、「真に処罰すべき者を処罰する」、「組織的な犯罪等において、他の捜査手法によっては困難な事案の真相解明や、より処罰の必要性が高い上位者等の検挙に資するものでありまして、安全、安心や事案の真相解明を願う国民の思いに応え得る」と説明した以上は、真にそれを実現できなければ、この制度は存在理由を失うどころか、取引者に逃げ得を許した不正義・不公正・不公平だけが残ることとなる。いざそうなれば、「正義・公正・廉潔」を旨としてきた我が国刑事司法の大本が掘り崩されてゆきかねない。

さらにまた、万が一にも、この司法取引に安易に頼って巧言令色の者を厚遇し本来あるべき取調べをおろそかにするようなことのないよう、「大行は細謹を顧みず」の独善を排し、正々堂々の取調べを尽くしつつ真相の解明を追求する、「新たな時代の再生した検察」に心から期待したい。

本年6月1日の法施行を迎えて、国民の多くがそれを望んでいることであろう。

以上