九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

ドイツにおける直接主義と取調べの録音・録画記録の証拠使用の条件 ： 最良証拠の原則の研究（一）

田淵, 浩二
九州大学大学院法学研究院 ： 教授

https://doi.org/10.15017/4845502

出版情報：法政研究. 89 (2), pp.1-58, 2022-10-13. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University
バージョン：
権利関係：

論　説

ドイツにおける直接主義と取調べの録音・録画記録の証拠使用の条件
――最良証拠の原則の研究（一）

田　淵　浩　二

1　はじめに
2　国内における議論
　2．1　法制審議会における議論
　2．2　裁判例
　2．3　問題点の整理
3　ドイツにおける録音・録画記録の証拠使用
　3．1　検討の対象
　3．2　証拠調べ対案
　3．3　専門家委員会勧告
　3．4　実効的・実践的刑事手続法案
4　若干の考察

1　はじめに

同一内容の証拠が複数存在するときにいずれの証拠を優先するかは、一般的には証拠調べ請求する者の選択しだいである。しかしながら、証拠の種類によっては証拠使用の優先性に関する証拠法上のルールが存在する場合がある。英米法のベスト・エビデンス・ルールは、原物（または原物の正確な複製）を証拠として優先し、これを使用できないときに原物の内容を証明することができる二次的証拠（例えば書面が証拠の原物であるときは、その書面の作成者や閲読者の尋問）で代替することを許容するルールである。伝聞法則は証拠の許容性に関するルールではあるが、

伝聞例外要件につき必要性の要件が含まれている場合は、伝聞証拠よりも原供述者の証人尋問を優先するルールということにもなる。こうした確立された証拠法則によらない場合であっても、同一内容の証拠が複数存在し、いずれも証拠として使用できないわけではなくても、証拠としての使用の優先関係を決める一般準則があるのではないかというのが、本稿の問題関心である。

証拠の優先的使用というテーマは抽象的・理論的な問題というわけではなく、実務における現実の議論とも関係している。例えば、裁判員制度の導入に伴う直接主義・口頭主義の実質化との関係で、2005年に最高裁事務総局刑事局が作成した「裁判員裁判の下における審理、評議及び判決の在り方に関する試案」[(1)]において、いわゆる「被告人質問先行型審理」が提案された。これに対し、最高検は、2006年３月に公表した「裁判員裁判の下における捜査・公判遂行の在り方に関する試案」の中で、被告人質問先行型審理に慎重な見解を表明したことから、被告人質問を被告人の供述調書の取調べより優先させることの是非が議論となった[(2)]。

また、この間、刑事訴訟において取調べの録音・録画が普及し、その録音・録画記録（なお、録音・録画記録媒体を証拠として使用する際は媒体の再生だけでなく、その反訳書も作成され、両者併せて証拠とされることが多いことから、本稿では両者を含めた意味で「録音・録画記録」と表記する。）の実質証拠としての使用の可否について議論が重ねられてきた。当該論点につき、録音・録画記録の実質証拠としての使用を肯定する立場からも、被疑者取調べの録音・録画記録と供述調書のいずれを優先的に証拠使用するかは、検察官の判断に任せればよいという割り切り方がなされているわけではない。とりわけ裁判官の間では、ニュアンスの差はあれ、録音・録画記録の取調べの必要性が認められるのは例外的であることを唱える意見が目立つ[(3)]。また、弁護士からも同様の前提に立った実践論が見られる[(4)]。これに対し、

（１）　当該試案は判タ1188号12頁以下に掲載されている。

（２）　例えば、被告人質問先行型審理に批判的な論稿として、清野憲一「『被告人質問先行』に関する一考察」判時2252号（2015年）３頁、同「捜査段階の供述立証に関する問題解決に向けた一考察」判時2312号（2016年）14頁、野口元郎「比較法的観点から見た被告人の捜査段階供述の公判での取り扱いについて」判時2320号（2017年）３頁。なお、拙稿「被告人質問先行型審理と検察官の証拠調べ請求権」判時2331号（2017年）134頁においても当該問題を論じた。

（３）　例えば、中里智美「裁判官から見た新たな刑事司法制度」法の支配184号（2017年）66頁、東京高判平28・８・10判時2329号98頁＝判タ1429号132頁、川上拓一「録音・録画記録媒体の取調

検察官からは、一般論としては、①供述調書、②録音・録画記録の反訳書面、③録音・録画記録媒体の順に、よりベスト・エビデンスに近づいていくとみるべきではないか（したがって、むしろ録音・録画記録媒体が証拠として優先されてしかるべき）との反論[5]や、いずれを取り調べるかは第一次的には立証責任を負う検察官の選択・判断の問題であるとの反論[6]がみられる。なお、最初に述べたように、英米法のベスト・エビデンス・ルールのいう「ベスト・エビデンス」は、書面、録音、写真等を証拠物（ないし証拠物たる書面）として使用する際の「原物」（またはその正確な複製）の意味であるから、例えば取調べ時の供述の有無・変遷を、当該取調べの録音・録画記録媒体の再生によって証明する場合であれ、取調べ時に作成した供述録取書によって証明する場合であれ、記録媒体や供述録取書のいずれもベスト・エビデンスの使用に当たる。これに対し、日本国内において「ベスト・エビデンス」という言葉を用いる場合は、より証明力の高い証拠あるいは証拠調べに伴う弊害まで考慮した上での最良の証拠という意味で用いられており、本稿においても、このような意味で「最良証拠」という言葉を使用することにする。

内容を同じくする複数の証拠がある場合に、いずれを最良証拠と理解すべきかは、何を評価の指標とするかで異なってくる。証拠の証明力と証拠調べに伴う弊害を利益衡量した上で証拠の許容性を審査する、いわゆる「法律的関連性」は証拠の許容性に関するルールであるが、より少ない弊害で同じ証明目的を達成できる代替

べについて―東京高裁平成30年８月３日判決を読んで―」研修845号（2018年）15頁、市川太志「裁判員裁判における録音・録画記録媒体の実質証拠としての使用について―その経緯と今後の展望―」判時2413=2414号（2019年）249頁、島田一「取調べの録音・録画記録媒体の証拠使用の在り方――裁判の立場から――」刑ジャ60号（2019年）71頁、稗田雅洋「取調べ録音・録画記録媒体の実質証拠としての利用について」研修867号（2020年）12頁、青木孝之「取調べ録音・録画記録媒体の実質証拠利用・補論」一橋法学19巻２号（2020年）469頁以下、門野博『刑事裁判は生きている：刑事事実認定の現在地』（日本評論社、2021年）126頁。

（４） 岡慎一「取調べの録音・録画記録媒体の証拠利用」季刊刑事弁護91号（2017年）49頁以下、小坂井久「証拠としての可視化録音・録画記録媒体について」石田倫識ほか編『大出良知・高田昭正・川崎英明・白取祐司先生古稀祝賀論文集』（現代人文社、2020年）618頁以下。

（５） 清野憲一「録音・録画下の供述立証に関する一考察」判時2413=2414号（2019年）97頁。宇藤崇「取調べの録音・録画記録媒体の証拠利用について」刑ジャ60号（2019年）47頁も、証拠としての価値は、録音・録画記録媒体の方が供述調書よりも優れているといってよいとの見解をとっている。

（６） 加藤俊治「取調べの録音・録画記録媒体の証拠使用の在り方―裁判の立場から―」刑ジャ60号（2019年）56頁。

証拠があるならば、そちらを優先させる、証拠の優先ルールとしての性質も備えている。例えば、被害者の遺体写真等の刺激証拠とその代替証拠の優先関係をめぐる議論が、その典型である。当該問題につき、最高裁判所事務総局が令和元年５月に公表した「裁判員制度10年の総括報告書」[(7)]によれば、「裁判官の研究会等において、裁判員にとって重い精神的負担となるおそれが類型的に大きい遺体写真等のいわゆる刺激証拠の取扱いについても議論が進み、裁判員の負担への配慮という面のみならず、当該事案におけるベスト・エビデンスという観点からも、そのような証拠については、要証事実は何であり、その要証事実は事案の核心とどのように関係するのか、他の証拠で代替できないかを具体的に検討し、必要性が認められる範囲に限って採用するという意識が高まった。そして、真に必要性が認められる刺激証拠を採用する場合であっても、写真であれば枚数や取調部分を必要最小限のものに限定し、必要に応じて、白黒の写真を使用したり、写真をイラスト風に加工するなど、刺激を弱める工夫をするとともに、選任手続期日においてその旨を事前に説明し、証拠調べの直前にも再度その旨予告するなど、裁判員への衝撃を緩和する措置を講じる運用が行われている。」（10頁）との取りまとめになっている。「裁判員の負担への配慮という面のみならず、当該事案におけるベスト・エビデンスという観点からも」と述べていることから、代替証拠の方が最良証拠または最良証拠に近ければ、原証拠である刺激証拠より代替証拠の使用を優先すべきとの見解と理解することができる[(8)]。陪審制の伝統を持つアメリカにおいては刺激証拠の許容性に関する裁判例は数多く蓄積されており、審査基準について一定の了解が形成されている。ここで詳述はしないが、アメリカでは刺激証拠の許容性審査においては、刺激証拠の証明力がバイアス効果を上回るか否かを判断し、写真を許容する場合は、提示される写真の数、その詳細さや大きさ、白黒かカラーか、拡大の有無、代替証拠の使用可能性、及び個々の事案に固有の状況を考慮することが必要である[(9)]、と説明している法域もみられる。

代替証拠の使用をめぐる議論は、録音・録画のカメラ・パースペクティブ・バイ

（７）　https://www.saibanin.courts.go.jp/vc-files/saibanin/file/r1_hyousi_honbun.pdf（2022年４月11日最終閲覧）

（８）　こうした見解として、椎橋隆幸「裁判員裁判の現状と課題――制度施行10周年を迎えて――」刑ジャ61号（2019年）51頁。

アス（カメラ角度による視聴者の視点の固定により無意識のうちに取り調べる側あるいは取り調べられる側の視点から供述を評価してしまう傾向）との関係でも展開されてきた。すなわち、取調べ状況の撮影方法しだいではカメラ・パースペクティブ・バイアスのような映像バイアスが生じ、供述の信用性評価を誤る危険が高くなることを理由に、法律的関連性を否定すべきとの見解も唱えられている[(10)]。映像バイアスの問題は一律に証拠の許容性を否定する程の理由にはならないとしても[(11)]、音声の再生だけで証拠調べの目的を果たせるときは、そちらを優先すべき理由にはなるだろう。

取調べの録音・録画記録媒体を実質証拠として使用することに対する消極説は、(1)取調べと調書に対する過度な依存からの脱却が制度を導入した中心的目的であるにもかかわらず、実質証拠としての使用を認めれば、取調べ時の映像で評価してしまうことになり、まさしく取調べ依存であって、公判中心主義の後退を招くことになること[(12)]、(2)取調べによって作成された供述調書への被疑者の署名・押印の要求が取調べ時の供述の証拠化を防ぐ手続的保障になっているのに対し、録音・録画記録媒体を実質証拠として使用する場合はこれに代替する手続的保障がなく、供述録取書とは同視できないこと[(13)]、(3)取調べの録音・録画記録媒体の実質証拠としての使用が取調べの「準公判化」をもたらすことから、そのような実際の意義・機能

（９） Long v. State, 823 S.W.2d 259, 272（Tex.Crim.App.1992); Emery v. State, 881 S.W.2d 702, 710（Tex.Crim.App.1994); Sonnier v. State, 913 S.W.2d 511, 518（Tex.Crim.App.1995); Luna v. State, 264 S.W.3d 821, 829（Tex. App. Eastland 2008）.

(10) 参照、指宿信「取調べ録画制度における映像インパクトと手続法的抑制策の検討」判時1995号（2008年）３頁、同『被疑者取調べ録画制度の最前線：可視化をめぐる法と諸科学』（2016 年）290 頁、同「取調べの録音録画記録を公判廷で長時間再生の上、映像記録中の被告人の供述態度や供述変遷から自白供述について十分に信用できるとした事案」速報判例解説vol.21（2017年）206頁、牧野茂=小池振一郎編『取調べのビデオ録画――その撮り方と証拠化――』（成文堂、2018年）35頁〔指宿発言〕、髙倉新喜「被疑者取調べの録音・録画記録媒体の実質証拠化と実質証拠利用について」山形大学法政論叢73号（2020年）81頁。

(11) 同旨、石田倫識「録音・録画記録媒体を実質証拠として用いることの許否とその条件」法セ750号（2017年）29頁、青木・前掲注（３）468頁。

(12) 参照、丸山和大「取調べDVDの実質証拠化」季刊刑事弁護82号（2015年）54頁、座談会「取調べ録音録画媒体の実質証拠化をどう考えるか」季刊刑事弁護91号（2017年）15頁〔渕野発言〕。

(13) 参照、正木祐史「被疑者取調べの「可視化」－録画DVDの証拠利用の是非」法時84巻９号（2012年）16頁、伊藤睦「取調べ可視化と証拠法」法時85巻９号（2013年）73頁、高内寿夫『公判審理から見た捜査』（成文堂、2016年）337頁、渕野貴生「録音・録画記録媒体の実質証拠化をめぐる問題点」季刊刑事弁護91号（2017年）31頁。

に見合ったセーフガードが用意されるべきであること[14]、をその理由とする。これらの理由から、録音・録画記録媒体の実質証拠としての許容性を否定してしまうことは、現行法の解釈の限界を超えているのではないかとの疑問は拭えない[15]。しかしながら、何が取調べ時の供述を証拠顕出するための最良証拠かという視点で問題をとらえ直した時には、公判中心主義の理念や防御権保障の観点を考慮しなくてよいことにはなるまい。

証拠の優先的使用をめぐる議論は、直接主義の下で書証より人証を優先することを原則とした上で、その例外を許容するドイツ国内の議論においても見られる。ドイツでは刑訴法244条２項の定める裁判所の事案解明義務との関係で、裁判所は「原則として、より証拠価値の高い証拠を使用できる限り、信用性がより劣っている危険のある、事実から遠い証拠の取調べにより満足してはならない[16]。」とか、「事実に最も近い証拠を、所与の条件の下で最良の形で使用する義務を負っている[17]。」と解されており、このことを「最良証拠の原則」（Grundsatz des bestmöglichen Beweises）と呼んでいる。ただし、より良い証拠であれば常に優先して取り調べてよいということではなく、例えば直接主義の例外要件を満たす、警察官による証人の取調べ調書と、受託裁判官による証人尋問調書があり、前者が有罪証拠として不十分で、後者の証拠価値がより高い場合であっても、裁判官の尋問調書が、緊急の場合を除き被告人および弁護人に立ち会う機会を与えることを求めている刑訴法の規定の趣旨を考慮せずに実施されたものであり、これを公判において証拠として取り調べることにつき被告人が異議を述べたときは、裁判所は「より正確な証拠」であっても放棄しなければならないと述べている判例もみられる[18]。このように、ドイツでは刑訴法244条２項から導き出される「最良証拠の原則」の下、直接主義の

(14)　石田・前掲注（11）29～30頁。

(15)　参照、大澤裕「「新時代の刑事司法制度」構築に向けた刑訴法等改正――その意義と課題」刑法雑誌56巻３号（2017年）377頁以下、多田辰也「取調べの録音・録画記録媒体の実質証拠利用について」大東法学26巻２号（2017年）52頁以下、川出敏裕『刑事手続法の論点』（立花書房、2019年）204頁以下、小川佳樹「取調べの録音・録画記録媒体の証拠としての使用」論究ジュリスト31号（2019年）96頁以下、成瀬剛「第10講　取調べの録音・録画記録媒体の証拠としての利用」法教486号（2021年）119頁以下。

(16)　Vgl. BVerfGE 57, 250, 277 = NJW 1981, 1719, 1722 = NStZ 1981, 357, 358.

(17)　Vgl. BGH, NJW 1984, 65 [66].

(18)　Vgl. BGHSt 31,148, 152, = NJW 1983, 1005.

例外要件を満たす証拠が複数ある場合に、裁判所はいずれの証拠を取り調べる義務があるかが議論されてきた。

最良証拠の原則との関係で、ドイツが2017年８月17日の「より実効的で実践的な刑事手続を整備するための法律」（以下、「実効的・実践的刑事手続法」と略す。[19]）により、一定の範囲で被疑者・被告人の取調べの録音・録画を義務付ける規定を新設し、合わせて、取調べの録音・録画記録を、裁判官による尋問調書と同一要件の下、実質証拠としての使用を可能にする刑事訴訟法改正を行ったことが、取調べの録音・録画記録の証拠使用にどう影響するかは興味深い点である。当該改正によりドイツは、被疑者・被告人の取調べの録音・録画記録の作成と使用を取調べ調書より優先する方向に踏み出したように受け取ることもできる。しかし実は、実質証拠としての使用を可能にしたからといって、必ずしも取調べの録音・録画記録の証拠使用を、従来の取調べ調書よりも優先するという理解に至っているわけではない。

そこで本稿においては、実効的・実践的刑事手続法による上記の刑訴法改正に至るまでの議論に焦点を当て、なぜ取調べの録音・録画記録と調書との証拠使用を区別するに至ったのか、そしてなぜ取調べ時の被疑者・被告人の供述の証拠顕出方法として、取調べの録音・録画記録の証拠使用を優先すべきとの考えにまでには至っていないのかを考察することにしたい。考察の順序としては、まず日本における録音・録画記録の実質証拠としての使用の優先性をめぐり、どのような議論が行われてきたかを整理した上で、次に、ドイツにおける録音・録画記録の証拠使用をめぐる主な議論を詳しく分析し、最後に、ドイツ法の現状をどのように理解すべきかにつき考察を加えることにする。

２　国内における議論

２．１　法制審議会における議論

録音・録画記録を実質証拠として使用してよいとする理由は、法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会における「大本の供述調書あるいは公判外の供述は全く使わないということを前提にするのならば、その供述の録音・録画についても実質証

(19)　Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens（BGBl. I S. 3202）.

拠として使う余地はないというのが筋でしょうけれども、調書は実質証拠として使えることを認めながら、それよりは正確だと言っておられる録音・録画は使えないというのは理屈にならないでしょう」という井上正仁委員の発言や、「録音・録画の実施目的がどのようなものであったとしても、一たび取調べ状況が録音・録画されれば、その録音・録画記録媒体は、被疑者の供述内容についての正確で客観的な記録でありますし、供述内容に加えて、被疑者の表情や供述態度等も記録されている点で、立証上価値の高い証拠になり得るものだと考えます。」という、大野宗委員の発言に集約されている[20]。これらの発言に見られるように、記録の正確性や情報量は調書を作成するより録音・録画する方が優れているといってよいならば、実質証拠として許容できるというだけでなく、供述調書より録音・録画記録による立証を優先してよいという結論にまで至っても不思議ではないが、しかしこの点は、井上委員も、「録音・録画媒体は、立証のための選択肢の一つであり、それ以上のものではない」との慎重な言い回しにとどめている[21]。

これに対し、元裁判官の小野正典委員は、「いずれにしても捜査官や検察官が供述録取調書をお作りにならないなんてことはないでしょうし、……一体どういう場面で録音・録画媒体を実質証拠として利用することがあるのかを、私は具体的な場面としてイメージしにくいということを申し上げておきたいと思います。」と述べており、供述調書がある場合は、むしろ録音・録画記録よりも供述調書の方が優先されるべきことを前提とした発言を行っている。小野委員の指摘に対しては、警察庁の露木康浩幹事が、「録音・録画をしたときにも供述調書を引き続き作成するのであろうというお話がありました。これは私ども決して与するものではありません」との、当時の警察庁の考え方を説明している。かりに警察が供述調書を作成する代わりに取調べの録音・録画と録音・録画記録媒体の反訳書の作成を進める方針をとったならば、実質証拠としての証拠能力を肯定する以上、公判においても録音・録画記録による立証が一般化することにならざるを得ないが、露木幹事の説明も、取調べの録音・録画だけで済ませることはあるということを述べているに過ぎず、録音・録画による記録を供述調書の作成より優先すべきとの意図までは読み取

(20)　法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会第10回会議議事録（PDF版）11頁、12頁。
(21)　同前13頁。

れない。このように、特別部会における議論は、あくまで録音・録画記録の実質証拠としての使用の是非論にとどまっており、供述調書と録音・録画記録のいずれが証拠として優先されるべきかの問題にまではあまり関心が及んでいなかったと言うことができる。

２．２　裁判例

2016年以降、いくつかの裁判例において、記録媒体の実質証拠としての使用を肯定しつつも、その取調べの必要性を否定し、証拠調べ請求を却下した事例や、あるいは取調べたことを違法とした事例が登場し、実務や学界の注目を集めた。これらの事例においても供述調書と録音・録画記録の優先順位が争点となっていたわけではないが、録音・録画記録の実質証拠としての使用に慎重な立場をとった判例の論理に依拠すれば、供述調書と録音・録画記録による証拠顕出の優先順位の問題をどのように捉えることができるかを、確認しておくことにする。[22]

①東京高判平28・８・10判時2329号98頁＝判タ1429号132頁（千葉柏事件）

本件は、被告人と共犯者が自動車を窃取して逃げようとして所有者に発見され、所有者を車で跳ねて死亡させたことが、強盗殺人事件にあたるとして起訴された事件であり、被害者を跳ねたときに誰が被害車両を運転していたかが争点となった。被告人は本件強盗殺人の被疑事実による勾留中は黙秘を続けたが、起訴から２か月余り経過した平成26年３月18日、被告人自ら申し出て検察官の任意の取調べを受け、殺意を否認しつつ、被告人が本件車両を運転していたことを認める供述を行ったことから、その旨の供述調書が作成された。また、この時の取調べは録音・録画されており、後に「録音・録画等状況報告書」として取りまとめられた。

公判前整理手続において弁護人は当初、本件被害車両を運転していたのは被告人であることを争わない旨の予定主張を行い、検察官は立証趣旨を「犯行状況（一部

(22)　本稿で取り上げた判例以外のものも含めて判例を紹介分析している文献として、参照、堀田周吾「取調べの録音・録画記録の証拠利用―とりわけ実質証拠利用の可能性について－」捜査研究785号（2016年）２頁、上田信太郎「被疑者取調べ録音・録画記録媒体の実質証拠化について」石田倫識ほか編『大出良知・高田昭正・川崎英明・白取祐司先生古稀祝賀論文集』（現代人文社、2020年）579頁。

弁解状況）等」として、上記平成26年３月18日付け供述調書（原審乙18号証）の証拠調べ請求をおこなった。ところが、後から弁護人は当初の予定主張を撤回し、被告人が本件被害車両の運転者でない旨の主張を行い、上記３月18日付け供述調書の任意性及び信用性を争うと主張した。そこで、検察官が立証趣旨を「被告人が犯人であること等」として上記録音・録画状況等報告書謄本（原審乙19号証）を証拠調べ請求した。これに対し、弁護人は任意性を争うとの主張を撤回の上、原審乙19号証の証拠調べにつき不同意、必要性なしとの意見を述べた（取調べの録音・録画記録媒体は任意性立証にしか用いるべきでないという判断が、弁護人の意見の前提になっていたものと思われる）。これに対し、裁判所は、供述調書と録音・録画状況等報告書謄本の証拠採否を留保した上で整理手続を終了させた。

公判における被告人質問の終了後、検察官は、刑訴法322条１項に基づき、立証趣旨を「３月18日に被告人が供述した内容そのものを実質証拠として、かつ、その供述態度をみてもらうことにより、その供述の信用性を判断してもらうため」であると明確にした上で、重ねて原審乙19号証の取調べを請求したが、裁判所は検察官の当該請求を却下した。裁判所が請求を却下した理由は、ア）３月18日の被告人の供述内容は、被告人の公判廷での供述から明らかになっていること、イ）被告人が強盗殺人の犯人であるかどうかは、共犯者あるいは関係者の供述が検察官の立証の大きな柱になっており、自白の信用性が根本的な結論をもたらすのではないこと、そして、ウ）被告人が真実を話したか、虚偽を真実であるかのように話したかを、その供述態度だけを見て判断するのは容易ではないことの、三点である。ア）及びイ）も却下理由に含まれていたためか、当該却下決定を受けて、検察官は原審乙19号証だけでなく、原審乙18号証についても証拠調べ請求を撤回している。

原審裁判所は、検察官の請求した上記証拠を取り調べないまま、被告人が本件車両を運転していたとは認めず、窃盗の共同正犯の範囲で被告人を有罪とした。そこで、検察官は原審乙19号証の取調べ請求を却下したことが訴訟手続の法令違反に当たることと、事実誤認を理由に控訴を行った。これに対し、控訴裁判所は、原審が原審乙 19号証を却下したことについては、裁判所の合理的裁量の逸脱を認めず適法としたが、控訴審において新たに取り調べた証拠に基づき原判決の事実誤認を認め、破棄差戻しを行った。その後、本件は差戻し後の第一審で強盗殺人により有罪

とされ、無期懲役が確定している。

第一審裁判所は、検察官による取調べの録音・録画記録媒体の取調べ請求を却下した第一の理由として、３月18日の被告人の供述内容は被告人の公判供述により顕出済みであることを挙げていることから、本件は、第一審においても被告人質問優先型審理が行われ、被告人質問を通じて取調べ時の供述を証拠顕出できたことから、それで足りるとされた事案でもある。しかしながら、被告人は捜査段階の自白を虚偽であるとの前提で公判において捜査段階でどのような自白を行ったかを供述したに過ぎず、はたしてそれによって捜査段階の自白の信用性評価を正確にできるかは疑問のあるところである。これに対し、控訴審判決は、検察官による訴訟手続の法令違反の主張を退けた理由の中で、録音・録画記録媒体の実質証拠としての使用は慎重であるべき理由を次のように説明している。すなわち、「所論のように、改正法で定められた録音・録画記録媒体の利用方法を超えて、供述内容とともに供述態度を見て信用性の判断ができるというような理由から、取調べ状況の録音・録画記録媒体を実質証拠として一般的に用いた場合には、取調べ中の供述態度を見て信用性評価を行うことの困難性や危険性の問題を別としても、我が国の被疑者の取調べ制度やその運用の実情を前提とする限り、公判審理手続が、捜査機関の管理下において行われた長時間にわたる被疑者の取調べを、録音・録画記録媒体の再生により視聴し、その適否を審査する手続と化すという懸念があり、そのような、直接主義の原則から大きく逸脱し、捜査から独立した手続とはいい難い審理の仕組みを、適正な公判審理手続ということには疑問がある。また、取調べ中の被疑者の供述態度を見て信用性を判断するために、証拠調べ手続において、録音・録画記録媒体の視聴に多大な時間と労力を費やすとすれば、客観的な証拠その他の本来重視されるべき証拠の取調べと対比して、審理の在り方が、量的、質的にバランスを失したものとなる可能性も否定できず、改正法の背景にある社会的な要請、すなわち取調べや供述調書に過度に依存した捜査・公判から脱却すべきであるとの要請にもそぐわないように思われる。したがって、被疑者の取調べ状況に関する録音・録画記録媒体を実質証拠として用いることの許容性や仮にこれを許容するとした場合の条件等については、適正な公判審理手続の在り方を見据えながら、慎重に検討する必要があるものと考えられる。」

要するに、直接主義（ここでは「捜査と公判の分離」の意味で用いられていることから、公判中心主義と言い換えることができるだろう）に基づく適正な公判審理、及び証拠調べに要する時間と労力の二点が、取調べの録音・録画記録の実質証拠としての使用を無条件に容認すべきでない理由とされている。本判決は、これらの理由に基づき、仮にこれを許容するとした場合の条件等については、適正な公判審理手続の在り方を見据えながら、慎重に検討する必要があると述べており、証拠の優先順位が「適正な公判審理の在り方」から決められるべきことを示唆している点が、注目に値する。

②東京高判平30・８・３判時2389号３頁＝判タ1456号75頁（今市事件）

本件は、被告人が７歳の女児の胸をナイフで刺し殺害したこと等を理由とする殺人等被告事件である。本件殺人の取調べは次のような経過をたどった。被告人は、平成26年２月18日に商標法違反（所持）の事実で起訴された。起訴当日の検察官による取調べにおいていったん本件殺人事件の自白を行ったが、起訴後に自白を撤回した。起訴後勾留を利用して同日から本件殺人につき取調べを受けるようになった。殺人の取調べは４月９日までの約50日継続されたが、同月10日以降６月３日に本件殺人の容疑で逮捕されるまでは中断された。その後、殺人容疑で逮捕・勾留され、勾留の途中から再び罪を認めるようになり、勾留中の６月20日から22日までに検察官の取調べにより自白調書が作成された。

検察官は殺人事件の証拠として、情況証拠の他、殺人による勾留中の取調べにより検察官が作成した被告人の自白調書の証拠調べ請求を行ったのに対し、被告人は公判では再び否認し、弁護人は自白調書の証拠能力及び信用性を争った。これに対し、検察官は録音・録画記録媒体（DVD）の証拠調べ請求を行った。録音・録画記録媒体は、起訴後勾留中に行われたＡ検察官による取調べで作成されたものが12枚、起訴後勾留中に行われたＢ検察官による取調べで作成されたものが３枚、本件殺人の容疑で勾留中に行われたＢ検察官による取調べで作成されたものが17枚、本件殺人の容疑で逮捕した際のＣ警察官による弁解録取手続で作成されたものが１枚である。そのうち、被告人が再び本件殺人を認めるようになった平成26年６月11日から23日までの取調べで作成された13枚の立証趣旨は、「犯行状況等、供述の任

意性、信用性」に、当該取調べで作成された「供述調書の作成状況等」が付加されていた。これらの録音・録画記録媒体の証拠調べ請求に対し、第一審裁判所は、自白の任意性及び信用性判断のための補助証拠として使用し、罪体の認定には用いないという約束の下、検察官の請求を認め、証拠として取り調べた。

原判決は結果的に、自白調書の信用性を肯定し、事実認定に用いて有罪とした。これに対し、弁護人は、原判決が（録音・録画記録媒体の証拠採用時の約束に反して）、補助証拠として採用した取調べの録音・録画記録媒体により犯罪事実を直接的に認定したことは訴訟手続の法令違反に当たること、及び殺人の日時、場所を公訴事実どおりに認定したことには事実誤認が認められることを理由に、控訴した。控訴審は、原審が録音・録画記録媒体を犯罪事実の認定に用いたことは違法であること、及び原判決には事実誤認があることを認め、原判決を破棄した上で、改めて事実認定をやり直し、結論としては有罪の自判を行った。控訴審判決は、原審がどのような事柄を本件録音・録画記録媒体で立証しようとするのかを検察官に具体的に主張させることなく、補助証拠の範囲で用いるという約束のもと採用したことや、結局、録音・録画記録媒体を犯人性の認定に用いたことを、刑訴法317条違反と判断したが、その理由の中で、録音・録画記録媒体を信用性の補助証拠または実質証拠として用いることの危険性を次のように説明している。

「我が国における被疑者取調べの制度及び運用の下で、虚偽の自白がされる場合があることは、これまでの経験が示すところであるが、それにもかかわらず、捜査段階の自白供述は、その証明力が実際以上に強いものと評価される危険性があるものである。したがって、その信用性の判断に当たっては、供述が強いられたものでないことは当然の前提として、秘密の暴露の有無、客観的な事実や他の証拠との整合性等、第三者にも検証可能な判断指標を重視した上で、内容の合理性、自然性等と併せ多角的に検討し、自白供述から適切な距離を保って、冷静に熟慮することが肝要と思われる。ところが、被疑者取調べの録音・録画記録媒体を見て行う供述の信用性の評価は、前記のように供述が自発的なものかどうかという観点を出ない判断となる可能性があるし、それ以上の検討が行われるとしても、身柄を拘束された状態での被疑者取調べという特殊な環境下でされる自白供述について、これに過度に密着した形で、映像と音声をもって再現される取調べ中の被告人の様子を視聴す

ることにより、真実を述べているように見えるかどうかなどという、判断者の主観により左右される、印象に基づく直観的な判断となる可能性が否定できず、上記のような熟慮を行うことをむしろ阻害する影響があるのではないかとの懸念が否定できない。」

本判決は、現在の被疑者取調べ制度の下では捜査段階の自白の信用性を多角的観点から検討する必要があるところ、取調べ時の録音・録画記録媒体を視聴することで供述の自発性の観点を偏重してしまう危険や、供述の信用性につき映像及び音声から与えられる印象に基づく直観的判断に陥る危険があることを理由に、録音・録画記録媒体を取調べ時の自白の信用性を判断するための証拠として用いたことを違法とした点が、注目に値する。

③東京地決令１・７・４判時2430号150頁

本件は供述調書が作成されなかった事案であり、殺人事件の公判において検察官は、「介護士としての稼働状況、犯行に至る経緯、犯行状況及び供述状況等」を立証趣旨として、検察官による取調べ録音・録画記録媒体の副本の証拠調べを請求した。これに対し、裁判所は、次の理由から、映像を除く音声のみの証拠調べを認めた。「本件では、被害者の溺死に対する被告人の関与について争いがあり、検察官は、具体的な殺害方法については被告人の捜査段階における自白以外によっては立証が困難であるとして、本件録音・録画記録媒体の取調べを請求している。そして、本件取調べにおいて被告人の供述調書は作成されておらず、当該自白の立証には、その供述状況等を録音・録画した本件録音・録画記録媒体に代わるべき証拠は他に存在しない。他方、本件録音・録画記録媒体には、本件取調べの全過程が録音・録画されており、犯行状況についての自白を超える供述内容を含んでいる。また、当該自白は、その信用性も争われる見込みであり、これを供述状況を録画した映像から認められる供述者である被告人の表情や態度などから判断することは、容易でないばかりか、直感的で主観的な判断に陥る危険性が高い。本件が裁判員裁判対象事件であることも踏まえると、本件録音・録画記録媒体の録画映像部分を公判廷で取り調べることは相当ではない。」すなわち、本決定は、供述調書は作成されておらず、録音・録画記録媒体により取調べ時の被告人供述を証拠顕出する必要性

が高かった事案であるところ、上記②東京高裁判決と同じく、自白時の映像を見ることによる自白の信用性につき直観的判断に陥る危険があるという一般的性格を理由に、原則的に音声の再生のみに留めるのが妥当であるとの判断を示した点が、注目に値する。

２．３　問題点の整理

以上の三つの代表的裁判例からは、①直接主義ないし公判中心主義、②証拠調べに要する時間と労力、及び③供述の信用性判断における供述態度の偏重や印象に基づく直感的判断（以下では「映像バイアス」と呼ぶことにする。）に陥る危険性の三点が、録音・録画記録媒体の実質証拠としての使用に慎重であるべき理由とされていることが分かる。これらのうち、録音・録画記録媒体の再生と供述調書の朗読のいずれによっても同一の目的を果たせるならば、証拠調べに要する時間と労力が証拠使用の優先性を判断する重要な指標になることは、特に論じるまでもなかろう。もっとも、録音・録画記録媒体を証拠として使用する場合であっても、再生部分を必要箇所に限定し、法廷で心証形成が可能になる方法を用いるよう工夫すべきことは当然であり[(23)]、そのための準備に当事者に一定の負担がかかるとしても、公判における録音・録画記録媒体の再生自体が供述調書の朗読に比べて著しい負担になるとは限らない。

次に、映像バイアスの危険性についても、録音・録画記録媒体の再生によらなくても同一目的を果たせるときの証拠使用の優先性を判断する指標になると言ってよかろう。しかし、映像バイアスの危険性に対しては、逆に「取調べの記録方法としての録音・録画は、供述調書よりも格段に情報量が多く、任意性のみならず信用性についても供述調書以上に豊富な資料が得られることが通常である」との反論[(24)]や、録音・録画記録媒体における供述の信用性評価に当たって重要なことは、供述時の表情や言動だけでなく、「むしろ、核心となる供述が取調官と被疑者とのどのようなやりとり、問答の結果なされたものであるかを検討することの方が遥かに重要で

(23)　例えば、野口元郎「比較法的視点から見た被告人の捜査段階供述の公判での取扱いについて」判時2320号（2017年）15頁は、供述態度や供述開始の契機の検証としての意味がある部分のみを再生し、その他は供述調書により立証すること有用との提案を行っている。

(24)　同前15頁。

ある」から、裁判官が裁判員に対して信用性の判断枠組を的確に説明することで、直感的で主観的な判断に陥らないように導くことは可能との指摘[25]も見られる。この点、②判決は、再生により再現される取調べ状況全体の中から、何をもって供述の信用性を判断するかということが、検察官によってコントロールされていなかったという事情も伴っていた事案である。また、③決定は、録音・録画記録媒体の証拠使用の目的の重点は核心となる供述が行われた時の取調官と供述者やり取りの把握にあるとの検察官の指摘を踏まえ、そうであれば音声の再生だけで足りるだろうという判断をしたものである。このように、映像バイアスを理由とする録音・録画記録媒体の証拠調べ請求の却下は、立証趣旨の重要性や立証趣旨との関係で当該証拠を取り調べなければならない必要性の有無・程度を踏まえて相対的に判断すべきことであり、録音・録画記録媒体は供述調書よりも常に事実認定を誤らせる危険が大きいと判断してよい理由にはならないだろう。

最後に、直接主義ないし公判中心主義との関係について、直接主義は公判外供述より公判供述により高い価値を置くルールであるから、少なくとも公判における証人尋問や被告人質問の優先を正当化する理由にはなるだろう。しかし、直接主義の要請が伝聞例外要件を満たす証拠間の優先ルールとしても妥当し得るかは、検討を要するところである。この点、伝聞証拠の証拠能力が制限される理由には、公判外供述の場合、裁判所による供述時の態度や状況の観察ができないことも含まれるとの理解の下、裁判官が供述態度を見ることができることは、一般的には供述の信用性評価にあたってプラスに働く要素であるとの指摘もある[26]。当該指摘が正しいならば、直接主義の要請からは、むしろ録音・録画記録媒体に供述調書よりも高い証拠価値を肯定してよいことになるだろう。これに対し、捜査機関と裁判所との証拠採取過程における手続的公正の違いを含め、直接主義ないし公判中心主義の意義を理解するならば、読聞け・訂正と署名・押印の過程を通じて取調べの際に行った自己の供述のどの部分を証拠化できるかを選択できる供述調書と、それが不可能で、かつ、一部の事件を除けば、どの部分を録音・録画するかも捜査機関の裁量に任され

(25)　清野憲一「捜査段階の供述立証に関する問題解決に向けた一考察」判時2312号（2017年）18頁。同旨、宇藤・前掲注（５）47頁以下、小川・前掲注（15）99頁、川出・前掲注（15）209頁、成瀬・前掲注（15）120頁。

(26)　川出・前掲注（15）209頁。

ている録音・録画記録媒体との間では、いずれを証拠として優先すべきかにつき逆の結論を導き出すことも可能であろう。この点、直接主義を採用するドイツにおいて、取調べの録音・録画記録と供述調書の証拠の優先性につきどのような議論が行われているかを知ることが有益だろう。実際にドイツにおいては当該問題につき一定の議論の蓄積がみられることから、以下、ドイツにおける録音・録画記録の証拠使用ルールをめぐる議論を詳しく見ていくことにする。

３　ドイツにおける録音・録画記録の証拠使用

３．１　検討の対象

最初に述べたように、ドイツは2017年の実効的・実践的刑事手続法により刑事訴訟法を改正し、その際、一定の範囲で被疑者取調べの録音・録画を義務付ける規定を新設すると同時に、被疑者・被告人の取調べの録音・録画記録を裁判官尋問調書と同一要件の下、実質証拠として使用できることを条文に明記する改正を行った。すなわち、前者については、裁判官による被疑者・被告人の尋問を録音・録画できることを定めていた136条４項に、録音・録画義務がある場合に関する文言を追加した上で、検察官及び警察官による被疑者の取調べ手続を定めている163a条３項及び４項が136条４項を準用する形で、取調べ時の録音・録画義務規定を新設した（2020年１月１日施行）。それと同時に、被告人の自白に関する証拠調べを目的とする場合や[27]、あるいは被告人の以前の供述と公判供述との矛盾を立証する必要がある場合に、裁判官尋問調書の朗読を許容していた254条１項を改正し、被疑者・被告人の尋問・取調べ録音・録画記録については、誰による尋問・取調べであるかを問わず、裁判官尋問調書と同一の要件の下、証拠として再生できることが明記された（2017年８月23日施行）。

当該改正との関係で見落としてはならないのは、同時期に被疑者・被告人の防御

(27)　なお、ドイツ刑訴法254条１項のいう「自白」とは、被告人にとって不利益か利益かを問わず、自己が刑事責任を問われている罪責にとって重要な事実を認める被告人の供述の意味に解されている。Vgl. KK-StPO/Diemer, 8. Aufl.(2019), StPO § 254 Rn. 3; MüKoStPO/Kreicker, 1. Aufl. 2016, StPO § 254 Rn. 21.この点は、日本においても、被告人が正当防衛や責任無能力を主張していても、犯罪事実の重要な部分を承認している場合は自白に当たると解する見解が通説であることと、基本的に共通する。

権行使をより実効的なものにするための刑訴法改正も行われた点である。すなわち、2017年８月27日の「刑事手続における被疑者・被告人の手続的権利の強化及び参審員の権利の変更のための第二法律」が制定され、当該法律に基づき刑訴法改正により、既に裁判官（168c条１項）及び検察官（168a条３項２文において準用）による被疑者・被告人の尋問ないし取調べの際は認められていた弁護人の立会権が、警察官による被疑者・被告人の取調べにまで拡大されることとなった。これらの二つの法律は偶然、同じ年に制定されたわけではない。実効的・実践的刑事手続法の制定は、2014／2015年に連邦司法・消費者保護省に設けられた「より実効的で実践的な刑事手続及び少年手続を整備するための専門家委員会」（以下、単に「専門家委員会」と記す。）の勧告を土台として行われた。専門家委員会の勧告は、捜査手続から刑の執行手続を含む刑事手続全般にわたり、現在の仕組みの中でそれらがどの程度、法治国家原則に従いつつ、効率的、実践的及び現代的刑事手続の要請に適合しているかを検討した上で、56の議決事項につき行われた。その中には、捜査手続における被疑者取調べや証人尋問の録音・録画義務の新設、警察による被疑者取調べ段階からの弁護人の立会い・質問権の付与、刑訴法254条１項への裁判官による被疑者・被告人尋問の録音・録画記録の再生の追加が含まれていた。当該専門家委員会勧告を受けて制定されたのが、上記の二つの法律である。

実効的・実践的刑事手続法による被疑者取調べの録音・録画の義務化等に至る経緯や改正の理由については、既に斎藤司による紹介と解説が行われている[(28)]。当該論稿の中で斎藤は、ドイツの近年における支配的見解によれば、254条が被告人の供述調書の実質証拠としての使用を裁判官による尋問調書に限定している理由として、記録の正確性に加え、調書の形式が法定されていることや、尋問手続への弁護人の関与権の強さも挙げられていることを根拠に、「ドイツ刑訴法は、250条の直接主義の例外として、取調べ過程や供述内容の記録の正確性に加え、公判審理における証拠調べと同視できる程度の手続保障の下での採取であることも求めている（正確性と手続保障の観点から公判審理における供述と代替可能なものであれば顕出が

(28)　斎藤司「ドイツにおける被疑者取調べの録音・録画と録音・録画記録媒体の証拠能力」後藤昭編集代表『裁判員裁判時代の刑事証拠法』（日本評論社、2021年）191頁以下。
(29)　同前205頁。

許容される）とも理解できよう。」と指摘している[29]。ドイツ刑事訴訟法が直接主義を採用している目的は事実認定の正確性の確保にあると理解されてきたことからすれば[30]、斎藤の指摘は、直接主義の意義に関する一歩踏み込んだ見方ということができる。もっとも、斎藤はドイツにおいて直接主義の例外が認められるための条件のひとつの理解の仕方を示唆する形にとどめており、確信的に語っているわけではない。

ドイツにおいて、直接主義の例外を正当化するために、「公判審理における証拠調べと同視できる程度の手続保障」という視点を取り入れることは、証人尋問の録音・録画記録の証拠使用の条件として被疑者・被告人又は弁護人への証人尋問の機会の付与を要求する形で実施されてきたことではある。ドイツでは1998年のいわゆる「証人保護法」により、証人が重ねて尋問を受けることの負担を減らすことを目的とする証人尋問の録音・録画（なお、ドイツの法律では「画像及び音声による記録」という表現が用いられている。）義務の導入（58a条１項２文）と、録音・録画記録の証拠使用を可能にするための刑訴法改正（255a条１項）が繰り返されてきた。証人保護法とそれ以降の証人尋問の録音・録画に関する改正法と改正項目は、以下のとおりである（条文番号はドイツ刑事訴訟法）。

①刑事手続における尋問の際の証人の保護及び被害者保護の改善のための法律（証人保護法）（1998年４月30日、BGBl. I S.820）

・証人尋問の録音・録画義務規定の新設（58a条１項）。
　被害者たる証人が17歳未満である場合（１項１号）及び証人を公判において尋問できない可能性があり、真実の究明のために録音・録画が必要である場合（１項２号）に、録音・録画すべき旨を新設。
・立会権者が別室から参加する形での証人尋問（168e条）。
・ビデオリンク方式による証人尋問（247a条）。
・公判における以前の証人等の尋問の録音・録画記録の再生につき、証人等の以前の供述を記録した文書の証拠使用の要件と手続を定めた251条（供述調

(30)　例えば、川出敏裕「刑事裁判における直接主義の意義と機能」『川端博先生古稀記念論文集下巻』（2014年、成文堂）684頁を参照されたい。

書等の朗読による立証)、252条（証言拒絶権を行使した場合の以前の供述調書等の朗読の禁止)、253条（証人等の記憶喚起または自己矛盾供述の事実の立証のための供述調書等の朗読）及び255条（朗読内容及び理由の公判調書への記載）を準用（255a条１項)。特定の犯罪において17歳未満の証人の尋問に代えて、当該証人の以前の裁判官による尋問の録音・録画記録を再生することを、被疑者・被告人又は弁護人が以前の証人尋問に立ち会う機会が与えられていたことを条件に許容した上で、公判における補充的な証人尋問も許容（同条２項)。

②刑事手続における被害者及び証人の権利強化のための法律（第二次被害者権利改革法）（2009年７月29日、BGBl.I S.2280）

・58a条１項２文１号の録音・録画義務規定につき、年齢を17歳未満から18歳未満に引上げ。163条改正により警察官による証人の取調べにも本条が準用されることが明文化されたことに伴い、警察官による証人の取調べは通常の取調べにおいても録音・録画しなければならないわけではないことを明らかにするため、58a条１項２文１号に「証人の利益を保護するために必要であるとき」との文言を追加。

・警察官による証人の取調べにも58a条等を準用（163条３項〔当時〕の追加）

・①法により新設された255a条の定める年齢を17歳未満から18歳未満に引上げ。

③性的虐待被害者の権利強化のための法律（2013年６月26日、BGBl.I S.1805）

・58a条１項２文に「事案毎に主要な諸事情を評価して」という文言を追加。同項１号の対象の拡大。録音・録画義務がある場合の録音・録画は「裁判官による証人尋問」として行われるべきことを記載。

・255a条２項１文に、「犯行時18歳未満であった被害者も同様である。裁判所は決定の際、証人の保護に値する利益を考慮しなければならない。また、再生する理由を明示しなければならない。」という文言を追加。

このようにドイツでは1998年の証人保護法により新設された刑訴法255a条の１項

において、証人尋問の録音・録画記録と供述調書を原則として同様に扱うこととし、証人等の以前の供述を記録した文書の証拠使用の要件と手続を定めた刑訴法251条、252条、253条及び255条を録音・録画記録にも準用することとした。加えて255a条２項において、特定犯罪の被害者保護の観点から、公判における証人尋問に代えて当該証人の以前の尋問の録音・録画記録を証拠使用する場合は、以前の証人尋問に被疑者・被告人又は弁護人が立ち会い、尋問する機会が与えられていたことを条件に、公判における証人尋問を録音・録画記録の再生により代替することを許容することとした。

これに対し、被疑者・被告人の尋問・取調べの録音・録画記録の証拠使用については、実効的・実践的刑事手続法が制定されるまでは、録音・録画を義務付ける規定や録音・録画記録の証拠使用に関する特別の規定はなかった。ドイツにおける証人尋問の録音・録画記録だけでなく、被疑者・被告人の取調べの録音・録画記録の証拠使用との関係も含めた直接主義の緩和の立法的提案として、ドイツ・オーストリア・スイス刑事法学者による共同研究グループが2014年に公表した「証拠調べに関する対案」（以下、「証拠調べ対案」と記す。）が有名である。[(31)] 証拠調べ対案は、証拠調べ手続の在り方全般を見直す中で、証人や被疑者・被告人の尋問・取調べの際の録音・録画の義務付け、公判における証人尋問の原則の見直しと直接主義の例外証拠の優先順位のルール化（録音・録画記録の優先）、被疑者・被告人の防御権に配慮した公判外供述の録音・録画記録の証拠使用の許容に関する提案を行なっている。証拠調べ対案の提案は立法に採用されるには至らなかったが、専門家委員会の勧告の中でも言及がみられる。そこで以下において、まず、2014年の証拠調べ対案の提案理由を詳しく紹介した上で、次に、2015年の専門家委員会勧告をめぐる議論、さらには2017年の実効的・実践的刑事手続法案の提案理由をめぐる議論を詳しく紹介、検討することとしたい。

(31) Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme（AE-Beweiaufnahme）: Entwurf eines Arbeitskreis deutscher, östereichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer（Arbeitskreis AE）, GA 2014, 1.

３．２　証拠調べ対案

（１）概要

2014年の証拠調べ対案は、ドイツ、オーストリア及びスイスの著名な16人の刑事法学者からなる共同研究グループにより取りまとめられた[32]。対案は、近年、ドイツ刑事訴訟法の基本原則である実質的直接主義は、そもそもその意義を限定的に理解する解釈が行われてきたこと、訴訟経済の観点や証拠喪失により真実の発見を困難にする危険あるいは犯罪被害者の負担の観点から批判を受けていること、立法者が直接主義の欠点に対応するためにパッチワーク的に例外規定を設けてきたことにより例外規定が複雑になっていること、さらには判決合意制度（257ｃ条）の導入により直接主義との矛盾も生じていること等の問題意識の下、実質的直接主義の問題に範囲を絞り、新たな視点からの証拠調べ手続の立法提案を行っている[33]。

証拠調べ対案における提案の視点はいくつかあり、第一に、一方で厳格でありながら、他方で体系性と一貫性を欠く刑訴法250条以下の直接主義に関する規定を、被疑者・被告人、証人及び鑑定人の供述に関する証拠方法の柔軟な選択が可能にするモデルに置き換えること、第二に、人証によるべき場合を、裁判所の事案解明義務と手続関係者の証拠調べ請求によって決めること、第三に、人証の代替証拠によって立証してよい場合の代替証拠の優先順位を定めること、第四に、証人等の公判外供述を証拠顕出する場合に、ヨーロッパ人権条約６条３項ｄの定める被告人の証人対面権を最大限保障すること、第五に、証人が公判で証言拒絶権を行使した証人の尋問調書の証拠使用につき、以前の証人尋問の際に告知義務を課すことで可能にすること、とされている[34]。これら以外に、被疑者・被告人の公判外供述の証拠顕出との関係では、被疑者・被告人の自己負罪拒否の自由を強化することも提案の視点に盛り込まれている[35]。共同研究グループはこれらの視点から、証拠調べ手続に関するドイツ刑事訴訟法の18か条に及ぶ立法提案を行った。以下では、録音・録画記

(32)　Albin Eser, Helmut Frister, Frank Höpfel, Barbara Huber, Matthias Jahn, Heike Jung, Bernd-Dieter Meier, Henning Radtke, Rudolf Rengier, Peter Rieß, Franz Riklin, Claus Roxin, Heinz Schöch, Torsten Verrel, Thomas Weigend.
(33)　AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 3f.
(34)　AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 25f.
(35)　AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 6.

録と供述調書の証拠使用の優先関係という本稿の関心と直接関連する、①実質的直接主義の見直し（250条）、②人証の代替証拠間の優先順位に関する規定の新設（251条）、③証人尋問の録音・録画規定の改正（58a条）、④被疑者・被告人の尋問・取調べの録音・録画義務規定の新設（136条、163a条）、⑤被告人の公判外供述の証拠顕出に対する防御権の強化（254条）の五点に絞って、対案の内容と提案の理由を紹介する。

（２）実質的直接主義の見直し

ドイツ刑訴法は250条において、人が知覚した事実の証明は当該人物の尋問によって行わなければならず、その者の以前の尋問調書ないし陳述の朗読によって代替することはできないという、実質的直接主義の原則を定めている。これに対し、証拠調べ対案は、証人又は鑑定人の尋問が不可能又は真実の解明のために必要でないときは、当該人物の以前の供述又はその他の書面若しくは口頭による陳述の顕出により代替できることとし、加えて、検察官、被告人及び弁護人は、以前に供述又は陳述された事実を肯定又は否定するために証人又は鑑定人の尋問を請求することができることとする、根本的な見直しの提案を行っている。その際、ヨーロッパ人権条約の６条３項ｄの保障する被告人の証人対面権への配慮から、検察官、被告人及び弁護人による証人又は鑑定人の証拠調べ請求に対する法定の却下理由（なお、ドイツ刑事訴訟法においては法定の却下理由に該当しなければ証拠調べ請求を却下することは許されない）を、一般の証拠調べ請求権の行使の場合より制限する提案も合わせて行っている。対案研究チームが、人証優先の原則を真実解明のための必要性と証拠調べ請求権の保障の問題に転換する大胆な提案を行ったのは、おおよそ次の理由によるものである。

1877年のライヒ刑事訴訟法は、裁判官以外の者による証人尋問調書の証拠使用を認めず、また当事者が裁判官による直接の証人尋問を放棄することを許さない厳格な直接主義の規定を設けたにもかかわらず、判例は早々に、当該規定は書証より人証を優先させる趣旨の規定であって、証人の公判外の尋問・取調べを行った者を証人尋問する形で証拠顕出する場合には適用されず、後者を実施するか否かは事案毎に真実の究明のための必要性の有無と程度により判断してよいとする解釈を行い、

これが判例として確立する[36]。すなわち、実質的直接主義は、公判における裁判所による人証の直接的尋問が供述の信用性評価の最良の基礎を提供し、実体的真実の解明に寄与するとの理由からだけではなく、捜査手続において求められた尋問結果が公判に引き継がれることを防ぐという考え方にも基づき、採用されたはずであったにもかかわらず、ドイツにおいては、後者との関係においては当初より大きな抜け道を容認する解釈が行われてきた。そのため、ドイツにおける直接主義は、裁判官以外の者が作成した公判外の供述書面の証拠使用を厳格な要件の下に制限する一方、公判外供述のあらゆる形での証拠顕出を制限する原理としては機能せず、伝聞証人を通じた証拠顕出の可否はもっぱら裁判所の事案解明義務と当事者の証拠調べ請求を基準に決められてきた。このように、ドイツ刑訴法250条の解釈は実質的直接主義の理念との関係において当初より一貫性を欠いていた上、後の改正を通じて裁判官以外の者が作成した供述書面に関しても例外規定が徐々に増えることで、直接主義からの書証の証拠使用に対する厳格な制限と伝聞証人の容認の非一貫性が相対化されていく。対案研究チームはこうした分析に基づき、公判外供述の書証による顕出と人証（伝聞証人）による顕出でルールが異なるという根本的矛盾を解消し、それを統一的に説明する新たなルールとして、前述の提案を行った[37]。

（３）代替証拠間の優先順位に関する規定の新設

次に、証拠調べ対案は直接主義の例外を定めた251条において、公判における証人等の尋問を以前の供述の証拠顕出によって代替させる場合の優先順位を、①以前の供述の録音・録画記録の再生、②以前の供述の録取書の朗読、③以前の供述の伝聞証人の尋問の順とする、ユニークな提案を行っている。その理由は、原供述をより忠実に再現できる能力の差によるものとされる。供述録取書を伝聞証人よりも優先させている理由は、供述録取書はまさに供述を記録する機能を有しており、記録の正確性は供述者の署名によって確認できることや、尋問裁判官ないし取調官を証人尋問したところで、自発的な記憶の欠如により、典型的な場合はいずれにせよ録取書に依拠することになることが理由とされている。ただし、尋問裁判官や取調官

(36)　参照、RGSt 5, 142ff.; 48, 246f; BGHSt 6, 209ff.
(37)　AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 13ff.

の証人尋問による場合は、供述録取書の朗読とは異なり、供述内容だけでなく、供述状況についても情報を得ることができるため、供述録取書だけでは不足するときは補充的に使用することは可能とする配慮が行われている。また、録音・録画記録の再生に伴う負担が大きい場合を考慮し、手続関係者の同意があれば後順位の証拠を顕出することも可能とする提案が行われている。[38]

（４）証人尋問の録音・録画規定の改正

先に述べたように、ドイツ刑訴法58a条１項は証人尋問の録音・録画義務に関する規定を設けている。証拠調べ対案は58a条につき、録音・録画記録の証拠顕出を可能にする立場から、証人がその後の手続において供述不能となるおそれがある場合については、単なる義務規定（「べきである」）から必要規定（「しなければならない」）にすることや、録音・録画が尋問の完全かつ正確な記録であることを担保するための手続規定を設けること等を提案している。手続規定としては、尋問者が尋問の最後に、録音・録画記録が尋問の完全かつ正確な再現であることの説明、及び録音・録画記録の他に手続において尋問事項に関して証人と行った会話の有無や内容についての説明を行い、証人にこれに対して意見を述べる機会を与えることを求めている。これは、録音・録画記録の真正性を担保するために、尋問者及び被尋問者による口頭による意見を記録することによって、供述調書への署名と類似の機能を果たさせようとするものである。[39]そこには、録音・録画が信頼に値するためには、後で録音・録画されていない尋問の有無が争われることにならないようにしなければならないという問題意識が見られる。なお、公判において被告人が尋問することができなくなることが予想される証人（含む共同被告人）については、ヨーロッパ人権条約６条３項dが保障する被告人の証人対面権への配慮から、適切な事案においては捜査段階において被疑者に当該証人に対し質問する機会を与えるべきこと、その場合は必要的弁護人の選任基準に従い、弁護人が選任されなければならないこと、証人保護（168ｃ条３項）やその他の理由から証人の取調べに被疑者の立会いを認めるべきでないときは、弁護人を選任して立会いを認めるべきこと等の手

(38)　AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 54.
(39)　AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 30.

続的保障についても提案されている。[40]

（５）被疑者・被告人の尋問・取調べの録音・録画義務の新設

証拠調べ対案は、被疑者・被告人の尋問・取調べの際の録音・録画義務と録音・録画記録の作成手続等に関する規定の新設も提案している。ドイツ刑訴法は、裁判官による被疑者・被告人尋問の規定（136条）と捜査段階における被疑者の取調べ規定（163a条）を設けている。163a条には、被疑者に対する公訴提起前の取調べ及び有利な証拠の証拠調べ請求の機会の付与に関する規定（１項及び２項）、被疑者取調べのための検察官の下への出頭義務及び取調べ手続に関する規定（３項）、並びに警察官による被疑者の取調べ手続に関する規定（４項）が含まれている。ドイツでは、2013年４月25日の「裁判所及び検察官による手続におけるビデオ会議技術投入強化法」（BGBl.I S.935）により、163a条が58a条１項１文、同２項及び３項を準用する形で、検察官及び警察官による被疑者取調べを録音・録画できることや、その場合に、証人尋問の録音・録画と同様に人格権保護に関する規定が適用されることが法定化された。しかし、当該刑訴法改正は、取調べの録音・録画を制度化するための改正としては不十分なものであり、いくつかの問題点が指摘されていた。そこで、対案は、被疑者・被告人の尋問・取調べの録音・録画に体系性を持たせることと、録音・録画義務の要件を定めることの二つの視点から立法提案を行っている。具体的には、裁判官による被告人尋問規定（136条）の中に録音・録画義務と録音・録画記録の作成手続に関する規定を設け、さらに、これを163a条にも準用する形で体系性を持たせることや、被疑者・被告人尋問等の録音・録画義務規定を、重罪事件における証拠保全及び被疑者・被告人の権利擁護の二つの目的から設けること等を提案している。なお、証拠保全目的の録音・録画が単なる義務規定であるのに対し、被疑者・被告人の要求による録音・録画は必要規定とする提案を行っている。録音・録画記録の作成手続については、58a条が定める証人尋問の際の録音・録画記録の作成手続を準用するだけでなく、被疑者・被告人尋問の最初に、そこでの発言は公判において証拠として再生できる旨を教示することを義務づけ、当該教

(40)　AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 34f.

示を行ったことを、尋問時の供述を公判において証拠として使用するための条件とする提案が行われている。[41]

（６）被告人の公判外供述の証拠使用に対する防御権の強化

ドイツ刑訴法254条は裁判官尋問調書に限定して、自白の証明又は以前の供述との矛盾の確認または除去のための証拠使用を認めており、捜査機関の作成した被告人の供述調書は、実質証拠とはならない。しかし、この点にはいくつか留意すべき事項がある。まず、被告人の以前の供述記録を提示・朗読しながら被告人に質問することは254条に抵触しない。また、前述のようにドイツの判例は、直接主義を定めた250条を人証に代わる書証の使用制限に関するルールであると限定的に解釈することにより、尋問裁判官や取調官を証人尋問する形で公判外供述を証拠顕出することは250条に抵触しないと解している。したがって、取調官を証人尋問することで被告人の公判外供述を顕出することは、254条に抵触しない。そして、尋問裁判官や取調官を証人尋問する際は、記憶喚起のために供述調書の該当箇所を朗読することができる（253条１項）。記憶喚起のために朗読した録取書自体を証拠に用いることは許されない。また、取調官が具体的には覚えていないが調書は供述を正確に録取したものであると証言するだけでは、録取書の記載内容を証拠に用いることは許されないと解されている。[42] これらの制約はあるとはいえ、254条１項の意義は、記憶喚起のための朗読内容から心象形成を行ってはならないという、実務上の微妙なバランスの下に保たれてきたことになる。

そして、取調官の記憶喚起のための使用との関係でさらに重要であることは、ドイツの判例によれば、取調官の記憶喚起のために録音テープを再生する場合は、取調官が録音テープが真正なものであり、したがって、それが以前に自分の面前で行われた供述の完全で正確な再現であることを証言するだけで、録音内容が証言の一部となると解されていることである。すなわち、連邦通常裁判所1960年６月14日判決は、「録音テープは少なくとも被告人及び証人として尋問されている警察官に対

(41)　AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 32f.

(42)　BGH, Urt. v. 18. 10. 1951, NJW 1952, 556; BGH, Urt. v. 2. 4. 1958, BGHSt 11, 339=NJW 1958, 919; BGH, Urt. v. 31. 5. 1960, BGHSt 14, 310=NJW 1960, 1630.

して提示する目的で、警察官による尋問の録取書と同様に使用することができる（参照、BGHSt.1, 337）。そのような録取書の朗読は、当裁判所が上記判決の中で説明しているように、刑訴法253条において述べている原則を類推適用し、被告人及び証人として尋問されている取調官の記憶を喚起する目的で行われる場合に限り許容される。これと同じ正当化理由は、供述者の同意の下に録音され編集されていない録音テープの場合にも、ほぼ常に妥当する。なぜなら、録音テープは以前の供述の正確な文言を記録しているだけでなく、当該供述が行われたときの態様についても情報を提供するからである。すなわち、取調官がその者の記憶だけから、全ての詳細にわたり等しく信用できる形で以前の供述を再現できることは決してあり得ないことは明らかである。取調官が、録音が真正に行われたこと、及び録音テープが以前に自らの面前で行われた供述の完全かつ正確な再現であることを証言することにより、録音テープの内容は同時に証人の供述内容の構成部分となる。」と述べている。[43] ドイツでは録音・録画記録の再生は「検証」に位置付けられており、当該判決は、録音・録画された供述内容や供述状況も検証の対象になると判示したものと理解されている。[44] そして、取調官の記憶喚起の目的で、取調べ時の被告人の供述内容及び供述状況を検証する手段として録音・録画記録を再生し、それが取調官の面前において行われた被告人の供述の完全かつ正確な再現であることを証言すれば、証人の証言の一部とすることを認めてよいとされている。本判決によれば、調書の朗読による場合は喚起されるべき記録は取調べによって得られた供述内容そのものでなければならないが、録音・録画記録による場合は喚起されるべき記憶は、取調べ時の供述が完全かつ正確に再現されているということだけで足りるということになり、既に当該判例の段階から、録音・録画記録には供述調書より高い価値が肯定されてきたことになる。[45]

そこで、証拠調べ対案は、被告人の以前の供述を証拠使用することに対する、被

(43)　BGH, Urt. v. 14. 6. 1960, BGHSt 14, 339（340f.）= NJW 1960, 1582（1582）.

(44)　Karlsruher Kommentar-StPO, 8.Aufl., §244 Rn.22（Krehl）.

(45)　これに対し、学説においては、取調官に取調べ時の被疑者の供述内容を証言させることに代えて、録音・録画記録媒体を使用することを許すべきでないとする見解も有力である。Vgl., Löwe/Rosenberg-StPO, §244 Rn.19（Becker）; Münchener Kommentar-StPO, §244 Rn.39（Trüg/Habetha）, Radtke-StPO, §244 Rn.14（Hohmann/Kelnhofer）.

告人の防御権を強化するために、254条１項に、被告人の以前の供述は被告人の同意がなければ実質証拠として使用できないことを原則とする規定を設けることを提案している。その上で、被告人の同意がなくても証拠使用が許される例外的場合として、①裁判官により尋問が行われた場合、②弁護人が捜査機関による取調べに立ち会った場合、又は③被疑者・被告人が取調べを受ける前に弁護人の援助を放棄し、かつ取調べが録音・録画された場合には、被告人の同意がなくても証拠顕出を許容する提案を行っている。①の例外については、裁判官による尋問は尋問者の専門性、中立性及び客観性を期待できるほか、手続要件としての定めに従った調書作成義務（168条）や弁護人の立会権が保障されていること（168ｃ条）から、そこに記載されている被告人の供述は自由な意思に基づいて行われたものであり、かつ供述は適切に再現されていると考えてよいことが、例外を認めてよい理由とされている。これに対し、検察官や警察官による取調べの際はこれらの条件を全くあるいは十分に満たすことができないことから、弁護人が取調べの全過程に実際に立ち会った場合、あるいは被疑者・被告人が弁護人の援助を受ける権利を放棄したときは、取調べを完全に録音・録画した場合に限り、例外を許容することとした。最後の例外は、取調べの全過程が録音・録画されたときは、公判において裁判所と手続関係者が映像によって取調べがどのように行われたかを視聴できることから、①や②の例外と価値は等しいと考えたことによるものとされる。(46)

証拠調べ対案は、被告人の公判外供述の例外的使用要件の他に、被告人の供述にも証人の公判外供述の例外的使用が認められる場合の証拠方法の優先順位に関する251条の改正提案を準用することを提案している。したがって、対案によれば、上記の③の例外に当たる場合は当然、①や②の例外にあたる場合も、録取書より録音・録画記録の証拠使用が優先されることになる。

その他、254条３項として、(1) 被告人が公判において事件につき何か供述したときは（なお、完全黙秘の場合は除かれている）、254条１項にかかわらず、被告人の公判供述の弾劾目的のために以前の供述を提示することができること（この点は従来の運用と異ならない）、(2) この場合は提示される以前の供述を事実認定に用

(46) AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 66ff.

いることはできないため、証拠の裁判官への暗示効果を防ぐために、以前の供述の提示を録音・録画記録媒体の再生の形で行うことを許さないこと、(3) 被告人以外の者の公判供述が信頼性に問題のある被告人の以前の供述の影響を受け、誤った供述が引き出されることを防ぐため、被告人以外の者の尋問の際に、それが254条１項により証拠使用が許容される場合を除き、被告人の公判外供述を提示することを許さないことが提案されている[(47)]。これらの提案は、弾劾や記憶喚起目的で安易に取調べ調書の朗読や録音・録画記録媒体の再生を認めてきた実務に変更を求める内容となっている。

（７）小括

以上、分析してきたように、証拠調べ対案は、ドイツ刑事訴訟法の直接主義に関する諸規定の解釈が実質的直接主義の理念を実現する上で一貫性を欠いてきたという背景の下、人証によるか否かは真実解明にとっての必要性と証拠調べ請求権の保障のルールに基づき決定してよいことにする提案を行う一方、以前の証人尋問や被疑者・被告人の取調べ結果が証拠として使用できる場合が広がることに対応し、供述証拠の採取時の防御権保障を強化することを提案している。具体的には、(1) 公判における人証による立証が不可能な場合だけでなく、人証によることが真実究明のために必要でない場合もまた、公判外供述の証拠使用を可能とすること、(2) 公判外供述の証拠使用が許される場合の優先順位を、①以前の供述の録音・録画記録の再生、②以前の供述書面の朗読、③以前の供述の伝聞証人の尋問の順とすること、(3) 既存の公判外の証人尋問の際の被疑者・被告人又は弁護人の立会い・尋問権の保障だけではなく、捜査機関が公判において被告人側による尋問ができなくなることが予想される証人を取り調べる際にも、適切な事件において証人対面権への配慮から弁護人の立会いを保障すること、(4) 被疑者・被告人の尋問・取調べの録音・録画を義務付ける際は、録音・録画が尋問・取調べの完全な記録であることにつき、被疑者・被告人に口頭で意見を述べる機会を与え、意見の有無を記録することを求めていること、(5) 被告人の以前の供述の実質証拠としての使用については、原則

(47)　AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 70.

として被告人の同意によることとした上で、記録の正確性と黙秘権行使の自由の実質的保障の観点から支障がない場合に例外を許容することが提案されている。このように証拠調べ対案は、ドイツ刑事訴訟法における直接主義規定の抜本的見直しを図るべきという問題意識の下、人証による必要がない場合の録音・録画記録の優先的な使用を肯定すると同時に、被告人の公判外供述の証拠使用の条件として、被告人の同意の下、あるいは取調べ時の供述の記録の正確性と弁護人依頼権の実質的保障の観点を取り入れつつ、取調べの録音・録画記録の証拠使用の拡大の提案を行っている。

３．３　専門家委員会勧告

（１）概要

ドイツ政府は、2014年７月、第18会期CDU、CSU及びSPDの連立与党間合意に基づき、連邦司法・消費者保護省の下に「より実効的で実践的な刑事手続及び少年手続を整備するための専門家委員会」を設置した。同専門家委員会は研究者、実務家並びに州司法行政機関、連邦内務省及び連邦司法・消費者保護省の専門家によって構成され、捜査手続から刑の執行手続を含む刑事手続全般にわたり、それらがどの程度、法治国家原則に従いつつ、現在の仕組みの中で、効率的、実践的及び現代的刑事手続の要請に適合しているかの検討が行われた。会議は同省司法局長が議長となって、2014年７月から2015年９月にかけて８回にわたり開催された。会議では、委員からの鑑定意見に基づき論点を整理し、各論点につき各委員から意見を提出してもらった上で、審議が行われた。前節で紹介した証拠調べ対案も鑑定意見として提出されている。審議の結果、2015年10月に、議決権を持つ21人の委員（なお、連邦内務省及び連邦司法・消費者保護省に所属する委員は議決権を持たない）の過半数の賛同が得られた56の議決事項につき、勧告と勧告理由が公表された[48]。専門家委員会勧告は勧告事に賛否の票数と主な賛成、反対の理由を説明しており、ドイツにおける専門家の意見分布を把握するのに有益である。

(48)　Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Oktober 2015. 専門家委員会の勧告、委員会に提出された鑑定意見及び議事録は、ドイツ連邦司法・消費者保護省のホームページ（https://www.bmjv.de）においてすべて公表されている。

勧告の基本的考え方は、迅速化、簡略化による刑事手続の効率化と実践性の向上は、常に、すべての手続関与者の権利を擁護しつつ行われなければならないこと、刑事手続の目的は最善の真実発見でなければならないこと、これらの二つの前提の下、①最新技術を補助に用いた真実発見過程の最適化並びに審理における透明性及び意思疎通の向上、②被疑者・被告人の権利の強化、及び③手続進行の迅速化を果たすことにあったとされる。具体的には、それぞれの目標について、以下の事項に関する勧告が行われた。

①録音・録画による真実発見の最適化並びに審理における透明性及び意思疎通の向上

・捜査手続への最新の録音・録画技術の投入の強化による真実発見過程の効率化。

・地裁及び高裁の第一審公判の録音・録画による記録化の導入。

・公判準備のための非公開の協議期日の導入。

・起訴状朗読後の被告人又は弁護人による意見表明機会の付与。

・刑訴法265条による裁判所の見解の明示義務の拡大。

・公判における裁判所と手続関係者との約束に至らない範囲での協議の充実、公判開始時に実体に関する裁判所の見解の表明、証拠調べの結果についての暫定的心証の表明、法的協議を行う義務の否定。

②被疑者・被告人の権利の強化

・被疑者の弁護人に警察における被疑者取調べ、犯行現場の再現及び被疑者面通しの対面の際の立会い・質問権を付与。

・原則として鑑定人の選択に関して被疑者・被告人が意見を述べる機会の付与。

・被疑者への国選弁護人の選任請求権。

・148条における被疑者・被告人と弁護人との接見交通権の保障を弁護人となろうとする弁護士との接見交通にまで拡大。

・情報源・通信の監視に対して対象者の基本権保護のための法的根拠規定を創設

・捜査協力者（V-Personen）投入のための法的根拠付け、捜査機関による犯罪誘発型おとり捜査の禁止。

③手続の迅速化

・検察官の嘱託に基づき警察が召喚した証人の警察への出頭義務の導入。

・交通事犯における血液採取権限の検察官への付与（裁判官による審査の廃止）。

・公訴提起の前提となる民事法または行政法上の問題を民事または行政法的手段により明らかにする機会の拡大。

・中間手続の充実（すべての手続関係者間の意思疎通の充実と事件の選別機能の強化）。

・公判開始までの手続遅延の防止策。

・捜査手続において得た証拠の公判顕出の拡大。

・職権により予定した証拠調べ終了後の証拠調べ請求期間の決定権限を裁判長に付与。

・訴訟参加人が多数に及ぶ場合の手続の効率化。

・一定の場合に上訴手続における検察官の意見提出の義務化。

・賦課及び指示による上告手続の打切り制度の導入。

・刑の執行手続における裁判管轄の集中。

その他にも勧告に至らなかったが、禁止証拠の使用の際の被告人の同意原則の導入、証人尋問の原則の緩和、罪責に関する中間判決の導入の是非が検討された。以下では特に、尋問・取調べの録音・録画の義務付けと録音・録画記録の証拠使用、及びこれらと関連する被疑者・被告人の権利強化に関する項目に限定し、勧告の項目順に従い、勧告の内容と議決の内訳及び勧告理由の概略を紹介する。（なお、以下の本文中の頁数は報告書の頁数である。）

（２）勧告内容及び理由

勧告1.1 警察官による被疑者・被告人の取調べの際の弁護人の立会い・質問権

弁護人に警察官による被疑者・被告人の取調べの際の立会いを認めるべきである。その際、弁護人に質問権も与えられるべきである。（賛成17、反対４、棄権０）

＜勧告理由＞

ドイツでは2017年８月27日の「刑事手続における被疑者・被告人の手続的権利の

強化及び参審員の権利の変更のための第二法律」によって、弁護人の立会権が警察官による被疑者取調べにまで拡大されたが、それ以前は刑訴法163a条３項２文において裁判官による被疑者・被告人尋問の際の弁護人立会権を定めた168c条１項を、検察官による取調べにも準用する規定しかなかった。そのため、警察官による取調べの際の弁護人立会権は、被疑者・被告人の弁護人選任権を定めた刑訴法137条１項１文を、ヨーロッパ人権条約６条１項及び３項に適合的に解釈することによって、間接的に導き出せたに過ぎなかった。そこで、専門家委員会は、警察官による被疑者・被告人の取調べの際の弁護人立会権を法律に明記するよう、例えば刑訴法163a条及び168c条１項を補充する形で具体化することを勧告した（27頁）。

当該勧告には４票の反対があった。反対の理由としては、(1) 現行法は、裁判官による尋問や検察官による取調べとは異なり、警察官による取調べには被疑者・被告人の出頭を義務付けていないことと整合的であること、(2) とりわけ日常的犯罪に対する比較的小規模な捜査の場合、被疑者の取調べは犯行現場において行われたり、犯行直後に警察署で行われたりすることが珍しくないため、弁護人立会権を認めると手続が著しく遅延すること、(3) 警察官に対する弁護人の法律家としての優越性や警察官が弁護人とやり取りすることの経験不足を補うために、検察官が警察官による被疑者・被告人の取調べに参加する必要が生じるケースが増加し、警察及び検察にとって連絡や調整の負担が増大することが指摘されたという（27-28頁）。

こうした反対意見も出されたが、圧倒的多数の賛成により勧告に至ったのは、ヨーロッパ人権裁判所によるヨーロッパ人権条約６条３項cの解釈や、2013年10月22日EU指令「刑事手続及び欧州逮捕手続における弁護士へのアクセス権並びに自由の剥奪を第三者に知らせてもらう権利及び、自由を剥奪されている間、領事館と連絡をとる権利について」によって、ドイツ法に警察官による取調べの際の弁護人立会権の明文規定を設けることが必要となったことによる。すなわち、2013年10月22日EU指令は第３条において刑事手続における弁護人を依頼する権利に関する規定を設け、締約国に履行を義務付けた[(49)]。同条１項は、被疑者・被告人が弁護人を

(49)　Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013. 本EU指令については、久岡康成「EU指令2013年48号における弁護人に対するアクセス権と第三者及び領事との連絡権」香川法学 34巻３・４号（2015年）121頁を参照されたい。

依頼する権利を「適時かつ関係者が防御権を真に実践的かつ有効に行使できるやり方で」保障するよう義務づけ、また同条２項は、被疑者・被告人の弁護人依頼権が保障されるべき時期には、「警察若しくはその他の刑事訴追機関又は司法機関による質問が行われる前」が含まれるべきことを定め、さらに同条３項は、弁護人依頼権の内容について、質問が行われる際に弁護人が立会いかつそれに有効に関与する権利が含まれるべきことを定めている。また、ヨーロッパ人権裁判所の判例によれば、被告人の弁護人依頼権を定めたヨーロッパ人権条約６条３項cは、「有効な弁護」の一般的制度であり、警察による全ての取調べに、最初から、弁護人が立ち会うことができる場合にのみ、「有効に」保障されることになるとの解釈が行われている。そこで、ドイツの刑事訴訟法が保障する被疑者・被告人の弁護人依頼権に、最初の取調べ時からの弁護人の立会権が含まれることを明確にするための改正が勧告されることとなった。なお、ドイツ刑訴法168c条が弁護人に立会権だけでなく質問権も認めているのは、弁護人の有効な関与は弁護人がそこに影響を及ぼすことが可能であることが前提となるとの理解によるものである。そしてこのことは、弁護人の立会権を警察による被疑者・被告人の取調べにまで拡大する場合も変わらないことから、弁護人の立会いの際は質問権も与えられるべきことを勧告に含めたとされる（28-29頁）。

勧告1.6 捜査手続における被疑者の国選弁護人請求権

1.6.1　捜査手続において被疑者に国選弁護人の選任を請求する権利が与えられるべきである。（賛成19、反対２、棄権０）

1.6.2　国選弁護人の選任に関する裁判管轄を捜査担当裁判官に与えるべきである。（賛成21、反対０、棄権０）

＜勧告理由＞

当時のドイツ刑訴法141条は、捜査段階では国選弁護人の選任の請求権は検察官にしか認めず、その他に勾留や心身喪失・耗弱者の仮収容の際は執行後に遅滞なく国選弁護人を選任することを義務付けているのみであった。しかし、専門家委員会はこれを改め、捜査手続においても被疑者に国選弁護人の請求権を与えるよう勧告を行った。その理由は以下のとおりである。

捜査手続において被疑者に国選弁護人の請求権を認めた場合、裁判に対する不服申立により、迅速性が要求される捜査手続に遅延が生じる可能性がある。他方で、検察官にのみ捜査段階の国選弁護人の請求権を認めることについては、「捜査の主」としての検察官の地位からの帰結として構成できる。しかしながら、ヨーロッパ人権条約６条３項cは、被疑者・被告人に自らを防御し、自らが選任する弁護人に防御させ、または資力に乏しいときは、それが司法の利益にとって必要である場合、無償で弁護人の選任を受けられる権利を保障しており、当該権利の実践的かつ実効的な保障は被疑者に請求権を付与することで強化できる。また、捜査がしばしば手続全体の基本的方向性を決めることも、そうした請求権の付与を支持する理由となる。それゆえ、必要的弁護事件には原則として捜査手続まで含まれるべきである。また、検察官が裁判所の手続に弁護人の関与が必要であると考えるときに、捜査手続の段階から国選弁護人の請求権を与えているのも、こうした考え方が反映されている。捜査手続の段階から弁護人を付す権利の高い意義に鑑み、被疑者自らが捜査手続という早期の段階で弁護人を付す必要があるか否かの問題につき、裁判所の裁判を求めることを可能にすべきであるという理由から、勧告1.6において、捜査段階における被疑者の国選弁護人請求権の付与とその裁判管轄を捜査担当裁判官に与えるべきことが勧告された。(44-45頁)

勧告４．捜査手続の記録

被疑者及び証人の取調べは重大犯罪の嫌疑の場合又は事実若しくは法律関係が複雑である場合、原則として録音・録画されるべきである。取調べはそれに適用される規定に従って補助的に調書化されるべきである。(賛成12、反対９、棄権０)

＜勧告理由＞

証人尋問については、当時の刑訴法58a条１項１文の「できる規定」によって原則として録音・録画することが可能であり、また同項２文は、被害者たる証人が18歳未満である場合（１号)、及び、証人を公判において尋問できない虞があり、かつ録画が真実の解明のために必要である場合（２号）に、録音・録画を義務付けていた。これらの規定は1998年の証人保護法の制定の際に、とりわけ少年である被害者証人を保護すると同時に証拠の喪失を防ぐため、録音・録画の形で最良の証拠

を記録化することによって対処しようとしたものである。次に、2013年４月25日の「裁判所及び検察官の手続におけるビデオ会議技術の導入の充実のための法律」によって、当時の刑訴法163a条１項２文に、刑訴法58a条１項１文の「できる規定」を準用する形で、録画権限が被疑者の取調べにまで拡大された。しかし、これまでの実務において取調べの録画は積極的には利用されてこなかった。

録音・録画による取調べの記録化は、捜査手続における真実発見の最適化のために大いに役立ちうる。既に、刑訴法163a条及び58a条により被疑者の取調べも録音・録画による記録が可能になっているにもかかわらず、広く実務においてそれが実施されてこなかったことは、もはや時代に適うものではない。こうした理由から、専門家委員会は、将来、被疑者及び証人の取調べの録音・録画による記録化が活発になるよう、捜査手続における刑事訴追機関の録音・録画権限を、裁判官による尋問の場合と同様に法律に明記すると共に、重い犯罪の嫌疑の場合又は事実若しくは法律関係が複雑である場合は、証人及び被疑者取調べを原則として録音・録画すべきことを勧告した。(67-68頁)

当該勧告は、捜査手続における取調べのビデオ録画のテーマに関するボッフム大学のザビィーネ・スヴォボダ（Sabine Swoboda）教授の鑑定意見を下に行われた審議の結果、取りまとめられたものである。[(50)] スヴォボダ教授は鑑定意見の中で、EU法の動向に照らし、比較的重い犯罪や複雑な事件、取調べによって得た供述を証拠として国外に送付することになる事件の被疑者取調べの録音・録画を原則化すべきことや、証人の取調べの録音・録画義務規定と被疑者取調べ義務付けのために考慮すべき事情が異なることから別の規定とすべきこと、記録の完全性と正確性を担保する手続を盛り込むべきこと等の意見を述べている。被疑者や証人の取調べへの全面的録音・録画義務の導入の勧告には、９人の委員が反対を投じている。具体的には以下のような意見が出された。(1) 迅速裁判の観点からも、勾留裁判官の下への引致までの手続に遅延を招きかねない。(2) 質問は書面や電話によって行われる場合や現場においておこなわれる場合もあり、一般的な形の録音・録画義務付

(50) Sabine Swoboda, (Video-) Dokumentationen von Vernehmungen im Vorverfahren. in: Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Anlagenband I – Gutachten, 217-258.

けは硬直的で実務的必要に対する配慮を欠いている。(3) 録音・録画が濫用される危険も過小評価できない。(4) 録音・録画によって必ず真実の発見が改善されるともいえない（なぜなら、録音・録画によって取調官の予断に基づく取調べまで防げるわけではない。録音・録画によって、取調べ前や取調べの中断中に被疑者・被告人に何らかの働きかけがあったかどうかまでは明らかにならない。逆に、被疑者・被告人や証人が録音・録画を気にして自由に供述できなくなったり、後の公開をおそれて、供述の内容や態度に影響が及ぶ場合も考えられる)。(4) 取調べ調書の内容と後の公判供述が、録音・録画された取調べ内容や状況を正確に再現することが必要になる形で、食い違うケースは限られている。(5) 取調べ時の録音・録画記録を公判に顕出するという方法をとらなくても、いずれにせよ公判で改めて被告人や証人の尋問が行われる。とりわけ、被害者証人は録画記録があっても公判で証言する義務は原則的になくならない。それにもかかわらず、録音・録画記録の証拠使用は手続関係者にとって公判準備により手間となる。(6) 刑事訴追機関の録音・録画義務を特定の犯罪に限定することは、実務にとって、手続の早期の段階で、警察が録音・録画義務の対象となる犯罪か否かの難しい判断の責任を負うことになる。(7) 録音・録画義務に違反したときと、技術的問題から録音・録画できなかったときの結果をどう考えるかも検討を要する。(8) 上告審手続への影響も検討を要する。要するに、(9) 全面的録音・録画義務規定の導入の提案は、刑事手続の実効性・実践性を低下させることになる。(68-69頁)

しかしながら、以下の理由から被疑者や証人の取調べの録音・録画に賛成する意見の方が有力であった。すなわち、(1) 確実な録音・録画が従来の調書よりも記録の正確性や完全性において優れていることは疑いなく、捜査手続において得られた知見を公判に顕出するための証拠として、調書の朗読や取調官の尋問に比べて、録音・録画記録の再生の方が質的により価値が高い。また、(2) 取調べの録音・録画は手続をより可視化するものであり、取調べ形式の瑕疵の立証をより容易にすることを通じて、とりわけ被疑者・被告人の権利を強化し、捜査官に対しても適正な形の取調べを遵守させる効果があり、他方で、取調べが適正に行われなかったとする不当な被疑者・被告人らの主張から取調官を保護することができる。(69頁)

なお、犯罪の重さに関係なく全面的録音・録画義務を導入することに賛成する意

見もあったが、勧告は原則として録音・録画すべき対象を一定の重い犯罪の取調べに限定した。その理由は、公判に至らず手続が打ち切られる事件の手続が肥大化しないことへの配慮や、当時は実務において録音・録画を原則とするための準備ができていなかったことから、真相究明の利益が特に高く、また既に警察において予防的危険防除の領域においてビデオ技術の投入を強化していたことから録音・録画コストの増加が過度にならない、重大事件に限定された。さらに、証人の取調べの録音・録画については証人の人格権に対する侵害にも配慮しなければならないことも、録音・録画義務を重い犯罪のような事案解明の利益が高度な場合にのみ、録音・録画による人格権侵害を正当化する理由とされた。(70-71頁)

その他、録音・録画記録につき反訳書を作成することは、真実発見や発言内容の立証に役立つ一方、捜査機関の負担になるため、結論部分の調書や内容をまとめた調書を作成するにとどめることも支持されている。(72頁)

勧告14　捜査手続において獲得した証拠の公判顕出

勧告14.1　裁判官以外の者による取調べ調書の朗読可能性の拡大

裁判官以外の者による証人、鑑定人又は共同被告人の取調べに関する記録文書の朗読は、弁護人のいない被告人が説明を受けた後で同意し、かつ朗読がもっぱらその者の自白の評価のために行われるときにも許容されるべきである。(賛成15、反対６、棄権０)

＜勧告理由＞

当該勧告は、直接主義の例外として、捜査機関による証人、鑑定人又は共同被告人の取調べ調書を証拠として使用できる場合を増やす内容となっている。すなわち、当時のドイツ刑事訴訟法は、裁判官以外の者による証人、鑑定人又は共同被告人の取調べ調書については、被告人に弁護人が付されていないときは、証人、鑑定人等の死亡又はその他の理由から裁判所において尋問する見通しが立たない場合、または記録書面が財産的被害の発生及び金額のみに関する場合に限り、例外を認めていた（251条１項２号、３号)。また、被告人に弁護人が付されているときは、加えて検察官、弁護人及び被告人が書証の朗読に同意したときも例外が許されていた（同項１号)。そこで、弁護人が付されていない被告人に対する公判においても、

被告人が説明を受けた後に同意し、かつ朗読がもっぱら被告人の自白の評価のために行われるときにも例外を認めることを勧告した。ドイツでは、裁判所が事案解明義務を負うことを理由に、被告人が公判で自白してもそれだけでは有罪とすることはできず、裁判所が自白が捜査結果と合致しているかを検討する必要があり[51]、かつその検討は、一般的な証拠調べのルールに従って行う必要があると解されている[52]。そこで、被告人の同意を条件に、捜査機関による証人や鑑定人等の取調べ調書を証拠として用い、被告人の自白が捜査結果と合致するか否かの検討を行うことを可能にすることにより、手続の効率化を図ることが提案された。当該例外要件を満たす場合に、記録文書の朗読で済ませるか公判で証人尋問を行うかは、裁判所が刑訴法244条２項の定める事案解明義務に照らして判断することになる。さらに、裁判官以外の者による取調べに関する記録文書を朗読するための例外要件を、自白の評価以外の目的にまで拡大することは勧告しなかった。(135-136頁)

勧告14.2　裁判官による証人尋問の録音・録画記録媒体の再生

以前に裁判官が尋問した証人が公判において証言拒絶権を行使したときは、裁判官による当該証人の尋問の録音・録画記録媒体を公判で再生できるようにすべきである。そのための要件として、以前の尋問の際に被疑者・被告人に対面権が保障されていなければならない。(賛成19、反対２、棄権０)

＜勧告理由＞

ドイツ刑訴法252条は、公判前に尋問された証人が公判においてはじめて証言拒絶権を行使した場合の供述調書の朗読を禁止している。しかし、判例は当該規定を書証の朗読を禁止したものと限定的に解釈し、以前の裁判官による尋問の内容を、証人尋問を実施した裁判官を証人尋問することにより公判に顕出することを肯定してきた[53]。これに対し、裁判官による証人の尋問調書の他に、供述の録音・録画記録媒体があっても、当該録音・録画記録媒体を公判に証拠顕出することはできなかった（刑訴法255a条１項及び252条)。そこで、専門家委員会は、以下の理由から、公

(51)　Vgl. BGH, Beschl. v. 15. 4. 2013, NStZ 2014, 53.
(52)　Vgl. BVerfG, Urt. v. 19. 3. 2013, BVerfGE 133, 168, 209.
(53)　Vgl. BGH, Urt. v. 21.3. 2012, NStZ 2012, 521.

判前に尋問された証人が公判においてはじめて証言拒絶権を行使した場合に、以前の裁判官による証人尋問の録音・録画記録媒体の証拠顕出も許容すべきことを勧告した。

裁判官による証人尋問の録音・録画記録媒体は、一般的に証人尋問を行った裁判官を証人として尋問するより高い証拠価値が認められる。したがって、刑訴法252条の枠内で、裁判官による証人尋問の録音・録画記録媒体の使用を可能にすべきである。これを可能にすることは最善の事案解明に資するだけでなく、捜査担当裁判官の職務の相当な負担軽減にもなるだろう。なぜならその場合、裁判官に尋問者として知覚したことについて供述させるために公判に召喚する必要が生じることは、明らかに稀になるだろうからである。(137-138頁)

しかしながら、証人尋問の録音・録画の公判への証拠顕出は、以前の証人尋問の際に被疑者・被告人に対面権が保障されていた場合に限り、可能とされるべきである。ヨーロッパ人権条約６条３項dは公判及び少なくとも捜査手続における被疑者・被告人の不利益証人との対面権を保障している。これに応じて、ドイツ刑訴法168c条２項は捜査手続における裁判官による証人尋問の際の被疑者及び弁護人の立会権を保障している。また、その例外として、刑訴法168c条３項により弁護人のない被疑者が証人尋問の際に退席させられた場合、それが重要な不利益証人であるときは、捜査担当裁判官は被疑者のために国選弁護人を選任し、立ち合せることで、被疑者の対面権を保障しなければならないとするのが、判例の立場である[(54)]。しかし、同時に当該判例は、証人対面権を侵害して行われた証人尋問によって得られた証拠が必然的に使用できなくなるわけではなく、重要であるのは、全体として公正な手続とみることができるか、とりわけ証拠評価のレベルにおいて何を考慮するかという点にあるとも述べている。当該勧告の内容は、被告人の証人対面権を強化するために判例の原則を上回るものである。捜査手続において証人対面権が侵害された場合は、そうした情況の下で作成された証人尋問の録音・録画記録媒体を刑訴法252条により公判に証拠顕出することは不可能とされるべきである。このことは、証人対面権の侵害があっても刑事手続が全体として公正であることを証明できる場合にも、妥当すべきである。(138頁)

(54)　Vgl. BGH, Urt. v. 25. 7. 2000, BGHSt 46, 93.

勧告14.3　裁判官による被疑者・被告人尋問の録音・録画記録の再生

自白についての証拠調べのために、裁判官による尋問調書の朗読の他に、以前の裁判官による被疑者・被告人尋問の録音・録画記録の再生も可能にすべきである。（賛成21、反対０、棄権０）

＜勧告理由＞

当時のドイツ刑訴法254条によれば、裁判官による被疑者・被告人の尋問調書に限り、自白に関する証拠調べのため（１項）、又は、被告人尋問の中で明らかになった以前の供述との矛盾を、他の方法によっては公判を中断することなく認定又は解消するため（２項）に、証拠として朗読することが認められていた。これに対し、専門家委員会は、当該規定を裁判官による被疑者・被告人尋問の録音・録画記録にも拡大することを勧告した。勧告理由の中では、裁判官の面前における被告人の以前の供述の録音・録画記録の再生は、尋問調書の朗読よりも証拠価値が高いことがしばしばあるとの認識が示されている。（139頁）

（３）勧告に至らなかった検討事項

専門家委員会は上記項目以外にも、証拠使用禁止の手続、証拠調べ手続（公判における証人尋問の原則を緩和し、以前の録音・録画記録の再生の可能性を拡大することの是非）、及び罪責問題に関する中間判決制度を論点として取り上げたが、勧告には至らず、引き続き検討すべきとされた。これらのうち、公判における証人尋問の原則を緩和し、以前の録音・録画記録の再生の可能性を拡大することの是非につき、専門家委員会は、前述の証拠調べ対案の細部にわたる検討は行わなかったものの、その基本的特徴についての検討を行ったという。そして、証拠調べ対案に依拠するならば、不要な二重の取調べ、例えば捜査手続と公判において証人の取調べを繰り返すことを避けることができ、その場合に形式的にその質を定めることのできない二つの異なる証拠方法が選択対象とされることになるが、裁判官が、証人からの直接の心証の獲得と出来事から証言までの時間的近接性のいずれを重視するかは、事案毎の状況によること、公判における録音・録画記録の使用の拡大は捜査手続において録音・録画の方法による記録化を促進することにもなることを理由に、賛同意見があったという。反対に、証拠調べ対案が事実上、捜査と公判の二重の取

調べを現行法の欠点として位置付けている点につき、むしろ二重の取調べの点にこそ公判の意味があり、捜査手続の結果は批判的に吟味されなければならず、真実の発見は確実に行わなければならないこと、公判が捜査結果の再現に過ぎないものとなれば公判において批判的な検討を行う機会はもはや失われてしまい、公判は明らかに意味を失うことになりかねないこと等、証拠調べ対案が提案する構造転換に対する基本的な懸念も表明されたとのことである。また、証拠調べ対案が提案する新しい考え方がどの程度刑事手続の迅速化及び効率化に貢献しうるかは疑問としている。こうした理由から専門家委員会は、証拠調べ対案を全体として推奨することはせず、裁判官以外の者による取調べ調書の証拠使用に関する部分的な変更についてのみ勧告（勧告14.1参照）を行ったとされる。(8-9頁)

（４）小括

以上において分析してきたように、専門家委員会が、勧告５において、費用対効果の観点から対象事件を限定しつつも被疑者取調べ等の録音・録画義務の導入に賛成した理由は、第一に、確実な録音・録画が従来の書面調書よりも記録の正確性や完全性において優れていることは疑いなく、捜査手続において得られた知見を公判に顕出するための証拠として、調書の朗読や取調官の尋問に比べて、録音・録画記録の再生の方が質的により価値が高いこと、第二に、取調べの録音・録画は手続をより可視化するものであり、取調べ形式の瑕疵の立証をより容易にすることを通じて、とりわけ被疑者・被告人の権利を強化し、捜査官に対しても適正な形の取調べを遵守させる効果があり、他方で、取調べが適正に行われなかったとする被疑者・被告人の不当な主張から取調官を保護することができることの、二点であったことが分かる。第一の理由は、取調べの録音・録画記録を取調べにより得られた知見に関する証拠として公判に顕出できることが前提にある。しかし、同時に、最初の取調べ時からの被疑者の防御権保障を実効的なものとするために、勧告1.1において、被疑者・被告人の取調べの際の弁護人の立会い・質問権の警察官による取調べへの拡大が、また、勧告1.6において被疑者への国選弁護人請求権の付与が提言されていることが重要である。

録音・録画記録を証拠使用する前提として証拠採取時の防御権保障に配慮が行わ

れていることは、勧告14.2の「裁判官による証人尋問の録音・録画記録の再生」の中でも見られる。同勧告は、裁判官が以前に尋問した証人が公判において証言拒絶権を行使したときは、裁判官による当該証人の尋問の録音・録画記録を公判で再生できるようにすべきとの内容であるが、そのための条件として、以前の証人尋問の際に被疑者・被告人に対面権が保障されていることを条件とすることを要求している。このように捜査あるいは公判準備のための証人尋問や被疑者取調べ時の供述を録音・録画し、録音・録画記録の実質証拠としての使用を可能にすることと、当該手続において公判に準じた防御権の保障を与えることをセットで提案している点が、専門家委員会の勧告の特徴である。

ところで、専門家委員会は勧告４において重大事件の被疑者取調べにつき録音・録画義務規定の新設を提案しているのに、勧告14.3においては、被告人の裁判官尋問調書の証拠使用の条件を定めた254条を裁判官による被疑者・被告人尋問の録音・録画記録にまで拡大するよう勧告するのみで、捜査機関による被疑者取調べの録音・録画記録には言及していない。専門家委員会の多数意見が、捜査手続において得られた知見を公判に顕出するための証拠として、調書の朗読や取調官の尋問よりも録音・録画記録の再生の方が質的に価値が高いと理解していたことは、勧告４の提案理由から明らかである。それにもかかわらず、勧告14.3において、捜査機関による取調べの録音・録画記録の証拠使用を除いた理由は定かではない。これに対し、実効的・実践的刑事手続法においては、254条をあらゆる取調べの録音・録画記録にまで拡大する改正が行われた。

３．４　実効的・実践的刑事手続法案

（１）概要

実効的・実践的刑事手続法は、2016年５月27日に連邦司法・消費者保護省の草案が発表され[55]、各界からの意見を募集した上で、2016年12月14日に法案として取りまとめられた。法案は連邦参議院を経て連邦議会に送付された後、連邦議会の司法・消費者保護委員会における修正を得て、2017年８月17日に成立し、同月23日に公布

(55)　草案は、ドイツ連邦司法・消費者保護省のホームページ（www.bmjv.de.）から入手できる。

された（BGBl.I S.3202）。政府提出法案の主な改正項目は以下のとおりである。

①手続の簡略・迅速化

・証人の警察への出頭義務の導入

・捜査段階の国選弁護人の選任権限を捜査担当裁判官に集中

・私訴犯罪の追加（強要罪）による検察官の負担軽減

・裁判官の忌避申立手続の改正

・証拠調べ請求期限の設定と期限後の請求却下手続の簡素化

・裁判官以外の者による供述調書を朗読できる場合の拡大（争いのない事件の自白調書、身体的症状だけを証明する目的での医師の診断書の使用）

・上告手続の簡略・迅速化（賦課・指示付手続打切り規定の上告審への適用拡大）

・刑の執行手続の簡略化

②捜査手続の記録の改善

・被疑者取調べの録音・録画の拡大

・取調べの録音・録画記録につき裁判官尋問調書と同一条件の下で証拠顕出可能であることを明記

③刑事手続における透明性と意思疎通の促進

・公判の審理計画の事前合意

・被告人尋問の前に被告人が公訴事実に対して意見を述べる機会の付与

・裁判所の法律構成及び事実評価に関する見解明示義務（265条）の強化

④被疑者・被告人の権利強化

・裁判官による不利益証人の尋問の際の被疑者・被告人のための弁護人の選任

⑤捜査手続における刑事訴追機関の権限の明確化及び具体化

・DNAマス・スクリーニングのための試料提供者に将来、近接の親族関係が被疑者になる可能性もあることの教示を義務付け

以下、録音・録画義務の新設と録音・録画記録の証拠使用に関する直接主義の例外規定への明記の二点にしぼり、提案理由を詳しく紹介しておく。

（２）録音・録画義務の新設に関する提案

法案は、裁判官による被疑者・被告人の尋問を映像及び音声によって記録することができることを定めていた136条４項に、次のような録音・録画義務規定を追加した上で、当該規定を、捜査手続における被疑者の取調べを定めた163a条３項及び４項において準用することで、被疑者の取調べにも録音・録画義務を及ぼす立法方式をとった。136条４項の改正案は次のとおりである。

第136条

第４項　被告人・被疑者の尋問は映像及び音声により記録することができる。次のいずれかの場合は、映像及び音声により記録しなければならない。

一　故意に人を死亡させた犯罪を理由とする手続であって、映像及び音声による記録の妨げとなる客観的事情も尋問の特別の緊急性もない場合

二　映像及び音声による記録によって被疑者又は被告人、とりわけ

ａ）18歳未満の者又は

ｂ）限定的な知的能力若しくは重度の精神障害を有すると認められる者

の利益をよりよく保護することができるとき。この場合は58a条２項を準用する。

提案理由によれば、136条４項の改正の目的は、真実発見の向上と違法・不当な取調べからの被疑者・被告人の保護にあるとされる。具体的な提案理由は次のとおりである[56]。（項目及び段落番号は筆者が便宜上付した。）

（ア）録音・録画の意義について

（１）尋問・取調べの録音・録画の第一の目的は真実発見の向上にある。ビデオ録画は、それにより尋問・取調べの過程をありのまま再生することができるため、従来の書面による調書化よりも優れている。意思疎通の過程で自然に起きる知覚の瑕疵は、再生することによって、書面による調書化の過程で生じる瑕疵よりも簡単に発見、追体験できる。調書の内容は筆記した取調官の知覚のフィルターがかかっており、したがって基本的に誤りが生じやすい上、筆記には余分な負担が加わる。

(56)　Vgl., BT-Drucksache 18/11277, 24-27.

比較的長時間の継続的な取調べの場合、録音・録画記録をじっくり見ることで、書面による調書化よりも、過去の取調べの経過と被疑者の供述の内容をより良くはっきりさせることができる。最初はさほど重要でない供述と考えられ調書には記載されなかったが、捜査の経過の中で新たな知見が得られた結果、重要性を持つに至った箇所が、記録に残り再生可能になる。同じことは供述時の動作についても言うことができ、その解釈が捜査手続の経過の中で初めて重要性を持つことがある。したがって、捜査手続の録音・録画は事実関係の解明の改善に重要な貢献をもたらす。

（２）後の公判においても、録音録画の聴取により、いったい、いつ、どのような供述が行われたかをめぐる時間を要する争いが生じる根底がなくなることで、利益がもたらされる。これまでの不完全でフィルターのかかることが不可避であった供述調書のかわりに、被告人に録音・録画記録を用いて自らの供述を提示することも可能である。その結果、事案によっては、以前に取調べを行った者を召喚することが不要になり、手続が迅速化され、とりわけ取調官の負担を軽減できる。

（３）これに加えて、取調べ経過の記録化は、不当で違法な取調べ方法を用いて獲得した被疑者・被告人の供述の証拠使用禁止を定めた刑訴法136a条の意味における違法な取調べ方法から、被疑者・被告人を保護することにもなる。取調べ形式の立証を容易にすることは、取り調べられた者の権利だけでなく、虚偽の非難から取調官を守ることにもなる。したがって、136条４項はいずれの方向にも保護作用を及ぼす。誠実な取調官と不当な取調べを受けた被疑者・被告人のいずれも守れる。

（４）条文は、捜査手続における記録手段を現在の技術水準に適合させ、国際的及び全欧的な発展を見据えて刑事訴訟を現代化することにもなる。刑事事件欧州捜査指令に関するＥＵ指針（2014/41/EU）および欧州検察の設置に関する指令のための委員会提言第30条は、越境的な証拠の移動の権限を定めており、証拠調べと記録化の統一的規制のためには証拠をより上手に交換する能力が欠かせない。

（イ）被疑者・被告人の人格権及び記録情報の保護について

（５）取調べの録音・録画記録の作成は、原則的に基本法１条１項及び２条１項が保障する対象者の一般的人格権の侵害に当たるところ、136条４項は163a条と共に法律の留保の観点からの授権規定となるものである。もっとも、被疑者・被告人は自己負罪拒否権に基づき供述を拒否できる。したがって、被疑者・被告人は黙秘

することで録音・録画させないこともできる。こうした前提の下、136条４項は被疑者・被告人が取調べにおいて受忍すべき取調べの外的事情を定めたものである。さらに、録音・録画は取調官にとって職務遂行のための条件でもある。

（６）刑事訴追という国家的利益による人格権の侵害は正当化される。録画が取調べを真実どおり再生するための技術的に最適な手段であることには争いはない。それゆえ取調べの録画は刑事手続において訴訟上の真実の発見を促進することができる。録音・録画は対象者の発言、顔の表情、声の調子及び反応を最も正確に記録できるため、通常は録音より優れている。取調べの適正な記録の利益は、比較的軽微な被疑者・被告人の人格権の侵害の不利益を上回る。被疑者・被告人は供述を拒否することで供述の記録化を避けることが常に可能である。加えて、録音・録画は（違法・不当な取調べを抑止し）まさに被疑者・被告人の保護にもつながる。

（７）136条による録音・録画にも、証人尋問の際の録音・録画情報の保護規定である58a条２項が準用されており、録音・録画記録は、原則として刑事訴追目的で、かつ真実の解明のために必要であるときのみ利用できること、録音・録画記録が必要でなくなった場合の遅滞のない消去義務、記録閲覧権者への複製物の提供ルール、閲覧権限者による複製物の複製・第三者提供の禁止、不要になった複製物の検察官への返却に関する規定が準用されている。その他の場所への記録の提供・複製物の返却には、証人の承諾が必要である。証人が記録の複製物の提供に異議を申し立てたときそれに代えて反訳書を提供することを定めた58a条３項は、証人とは異なり被疑者・被告人には供述義務がないため準用していない。

（ウ）録音・録画の実施方法について

（８）録音・録画の範囲は原則として尋問・取調べの全過程を含むものでなければならない。尋問・取調べと密接に関連し又はそこから展開したすべての手続過程が対象である。尋問・取調べの内容や状況または取調官の具体的な態度について後に争いが生じないよう、尋問・取調官は尋問・取調べの最後に、録音・録画が尋問・取調べを完全かつ正確に記録していることを明言することを提案する。また、録音・録画される前に行われた会話が結果的に重要な意味を持つときは、関係者がこの点につき意見を述べる機会を与えるために、当該会話にも言及すべきだろう。

（９）録音・録画は従来の調書作成に加えて実施すべきであり、調書の作成自体

は反訳より俯瞰性があり合目的なものであることは明らかで、実務の要求によりよく配慮できる。したがって、記録手段の拡大は録画の逐語的反訳書の作成義務とは結び付けていない。それゆえ、従来の取調官による調書作成は原則として維持されるべきである。しかしながら、今後は録音・録画記録を補助に用いて書面化することができ、それはとりわけ勾留事件のような迅速な処理を要する手続においては望ましい。

（エ）録音・録画記録の証拠使用について

（10）被疑者取調べの録音・録画記録が存在することで、後の公判において被告人の直接の尋問が録画の再生によって代替されるということには、原則的にならない。捜査段階の全証拠を公判に顕出することは、とりわけ次の理由から拒否されなければならない。というのも、裁判所は自ら、また検察官も必要に応じて、以前の尋問者とは別に、事案解明のために必要な質問を被告人に行うことを望むからである。ドイツの刑事訴訟の考え方によれば、公判は証拠を取調べ、評価し、裁判所の心証を形成するための決定的な役割を担っている。

（11）録音・録画記録は公判の目的にとって、真正性の点で、むしろより上質の尋問調書である。それゆえ、既に現行法の下でも、例えば被告人の尋問の代わりに被告人の尋問調書の朗読を許容することにより、直接主義の例外が定められている範囲において、尋問調書の朗読に代えて録音・録画記録の再生を行うことはできる。刑訴法254条の改正においては、このことを裁判官の面前における被告人の自白調書の朗読を許容する文言に合わせる形で明確にした。

（オ）録音・録画記録がない場合の立証方法について

（12）136条４項は真実による判決及び被疑者・被告人の保護に役立つ義務規定である。また、故意に人を死亡させた犯罪の分野や、被疑者・被告人の保護のための特別の必要性がある場合の取調べの記録化を改善するものである。録音・録画記録が存在すれば、適正な取調べ手続の遵守の立証は基本的により容易になる。録音・録画記録がない場合は、適正な取調べ手続の遵守は自由な証明形式によって認定することができ、したがって「疑わしきは被告人の利益に」の法理は原則的に妥当しないという、従来の原則が妥当することになる。録音・録画記録がないことから、適正な取調べ手続が遵守されなかった、あるいはもはや遵守したとは認定できない

という結論を導き出すことはできない。録音・録画記録がないことを理由にそれ以降の手続において供述の証拠使用が原則的に禁止されることにはならない。このことは、録音・録画のための要件が存在していたことが事後的に明らかになったとしても同様である。

以上のとおり、136条４項及び163a条の改正案の提案理由からは、(1) 録音・録画義務規定の新設の主要目的には、正確な記録による真実発見の向上と違法な取調べ・尋問からの被疑者・被告人の保護の両方が含まれていること、(2) 被疑者・被告人は供述を拒否することで録音させないことができるとの理解に基づいていること、(3) 録音・録画記録は原則として尋問・取調べの全過程の完全かつ正確な記録でなければならないとの理解に基づいていること、(4) 録音・録画記録は公判の被告人の尋問に代替するものではないとの理解に基づいていること、(5) 録音・録画記録は記録の真正性の点において上質の尋問調書に相当するとの理解に基づいていること、(6) 録音・録画義務違反の問題と、録音・録画が行われなかった間に違法な取調べが行われたか否かの立証の問題は、区別されていることなどが分かる。

（３）録音・録画記録の証拠使用に関する提案

法案には、裁判官による被疑者・被告人の尋問調書を証拠として朗読するための要件を定めた刑訴法254条１項に、被疑者の取調べの録音・録画記録の再生の文言を書き加える改正案が含まれている。

第254条

第１項　裁判官尋問調書又は取調べの画像及び音声記録に含まれる被告人の発言は自白についての証拠調べを行う目的で朗読又は再生できる。

第２項　尋問の際に生じた以前の供述との矛盾を他の方法によっては公判を中断することなく確認又は解消できないときも同様である。

254条改正の提案理由は136条４項の提案理由の中でも言及されているが、あらためてより詳細な理由を紹介しておく。提案理由によれば、254条１項への録音・録画記録の文言の追加は、捜査手続における被疑者取調べを136条４項の定める要件

の下で録音・録画義務を課す提案と連動している。そうした録音・録画記録が存在する場合、それは原則として調書よりも高い証拠価値を持つ。そこで、録音・録画記録を254条の枠組みの中で、裁判官尋問調書と同一の要件の下、公判に証拠として顕出できることを明記することとしたとされる。また、当該追加は、現行法の254条は裁判官以外の者による被疑者・被告人の取調べ調書を書証として取調べることを禁じたものに過ぎず、裁判官による尋問であれ捜査機関による取調べであれ、そこでの被疑者・被告人の供述の録音・録画記録の検証や取調官の証人尋問の形で証拠調べすることは254条には抵触しないとする、通説的見解に依拠したとのことである[57]。

ここでいう通説的見解とは、ミュンヘナー・コンメンタールにおける、クライカーによる刑訴法254条についての次の解説を指している[58]。「254条は書証を制限しているだけであり、被告人の以前の供述の音声又は画像・音声記録の検証による証拠調べは否定していない[59]。このことは、裁判官による以前の尋問の記録にのみ妥当するのではなく（この場合、公判においてそれを検証することは、記録の再生は調書の朗読よりも常により高い証拠価値を有するがゆえに許容される）、裁判官によらない以前の取調べの記録に対しても妥当する。……裁判官によらない被告人の取調べ調書の朗読の禁止は、254条を拡大解釈し、その文言を超えて、取調べの音声又は画像・音声記録の検証による尋問内容の顕出の禁止にまでは及ばない。このことと、255a条１項からの必然的帰結として、以前の証人や鑑定人の取調べの音声又は画像・音声記録の検証が、証人尋問に代わる以前の取調べ調書の朗読を原則として禁止している250条２文と抵触することとは[60]無関係である。なぜなら、250条は裁判所が公判において自ら人証を尋問することを放棄し、以前の取調べをこれに関して作成された調書の朗読または以前の尋問の記録の検証によってなぞることを禁

(57) Vgl. BT-Drucksache 18/11277, 35f.

(58) MüKo-StPO, § 254 Rn. 32（Kreicker）.

(59) Vgl. BGH, Urt. v. 14. 6. 1960, BGHSt 14, 339（340f.）= NJW 1960, 1582（1582）（録音事例）; Meyer-Goßner/Schmitt-StPO, 64. Aufl., §254 Rn. 1; Löwe-Rosenberg-StPO, 26. Aufl., §254 Rn.10（Mosbacher）.

(60) Vgl. BGH, Urt. v. 3. 3. 1977, BGHSt 27, 135（137）= NJW 1977, 1545（録音事例）; BGH Beschl. v. 12. 2. 2004, BGHSt 49, 68（70f.）= NJW 2004, 1468; BGH Beschl. v. 29. 1. 2008, BGHSt 52, 148（150）= NJW 2008, 1010.

止する趣旨だからである。しかしながら、被告人の以前の取調べの際の供述を証拠使用する場合はそのような状況は生じない。というのも、被告人は常に公判において聴取され、その場で聞かれたことにつき発言する機会を有しているからである。254条による調書朗読の禁止は、裁判官によらない被告人の取調べ調書は、直ちには、その内容を完全かつ正確に再現していることを前提にすることができないという認識に基づいているに過ぎない。」

要するに、ドイツ刑訴法250条が書証の朗読に対する証人尋問の原則を定めているのは、裁判所による人証の直接的尋問により上質の証拠調べの結果を得るためであるから、公判外の証人尋問の録音・録画記録は原則的には書証と同じ制限に服すべきことになる。これに対し、254条が、被告人が公判において以前の自白を否定あるいは黙秘した場合や被告人の公判供述が以前の供述と異なる場合に、被告人の以前の供述の顕出手段を裁判官尋問調書の朗読に制限している理由は、調書の完全性と正確性の優劣によるものである。したがって、254条による捜査機関の取調べ調書の排除は、完全かつ正確に行われた取調べの録音・録画記録には当てはまらないとするのが、ドイツの「通説的見解」というわけである。

こうした「通説的見解」に対して、取調べ時の被告人供述の顕出手段として録音・録画記録と供述調書を区別することへの反対説もなくはない。反対説は、(1) 録音・録画記録が正確な記録であったとしても、それを理由に法が取調べ調書に対して否定してきた証拠の質が取調べの録音・録画記録には約束されることにはならないこと[(61)]、(2) 250条の定める直接主義からは被告人も公判で質問することが原則とされるべきであり、録音・録画記録が尋問・取調べを記録したものであるときは、録音・録画記録の検証の形であれ、刑事訴訟法が250条第２文及び251条以下において定める基準に従ってのみ例外的使用を許容すべきであること[(62)]、を理由とするものである。これらの反対説からは、録音・録画記録に供述調書以上の特別の例外を認めるかどうかは立法者の判断によるべきことになるから[(63)]、まさに実効的・実践的刑事手続法案はこの観点から必要な改正であったといえる。さらに、より実質的な理

(61)　Eb. Schmidt, JZ 1964, 537 (541).
(62)　Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 7.Aufl., Rn. 409, 453, 497 (Dallmeyer).
(63)　Hanack, JZ 1972, 274 (275).

由からの反対として、(3) 取調べの録音・録画記録と裁判官尋問調書を等置してよいのは、取調べがその手続的要求を満たし、かつ取調べ時の供述の再現の完全性と分かり易さに問題がない場合でなければならないとする見解も唱えられている。[(64)] この点、実効的・実践的刑事手続法案も、刑訴法136条の改正理由の中で、録音・録画が被疑者・被告人の尋問・取調べを完全かつ正確に記録したものであることを記録から分かるような工夫として、取調官は尋問・取調べの最後に録音・録画が尋問を完全かつ正確に記録していることを明言するよう提案している。また、録音・録画される前に行われた会話が結果的に重要な意味を持つときは、関係者がこの点につき意見を述べる機会を与えるために当該会話にも言及すべきだろうとも述べている。しかし、法改正に当たってはいずれも運用上の問題として言及されるに留まった。

（4）小括

以上に分析してきたように、実効的・実践的刑事手続法案が、254条１項の適用範囲を裁判官尋問調書から、誰による尋問・取調べであるかを問わず録音・録画記録全体に拡大した主な理由は、(1) 完全かつ正確な録音・録画記録が存在する場合、原則として供述調書よりも高い証拠価値を持つと考えられていること、及び (2) 改正前の254条は書証の取り調べに関するルールであり、被疑者・被告人の供述を録音・録画記録の検証の形で証拠顕出することは当該規定には抵触しないと解するのが通説的見解とされてきたことの二点である。これらの改正は、取調べの録音・録画が完全かつ正確に行われることを前提としており、政府の提案理由の中では、完全かつ正確な録音・録画を担保するための方策について言及があるものの、運用論に止まっており、条文化されているわけではない。刑訴法254条１項に取調べの録音・録画記録を加えたものの、136条の提案理由の中では、録音・録画は従来の調書作成に加えて実施すべきであり、調書の作成は記録の反訳より俯瞰性があり合目的なものであることは明らかで、実務の要求によりよく配慮できることを理由に、従来の取調官による調書作成は原則として維持されるべきであるとも述べて

(64) Satzger/Schluckebier/Widmaier-StPO, 4. Aufl., §254 Rn. 2（Kudlich/Schuhr）.

おり、被告人の取調べ時の供述の顕出手段として、被告人尋問や取調官の証人尋問時の調書の提示と録音・録画記録の実質証拠としての使用のいずれを優先すべきかは、一応ニュートラルな立場が維持されている。

4　若干の考察

以上、ドイツが2017年の実効的・実践的刑事手続法により、被疑者取調べの録音・録画の義務付けと取調べの録音・録画記録の証拠使用明文化するに至るまでの過程に焦点を当て、直接主義と取調べの録音・録画記録の証拠使用の関係をめぐる議論を詳しく分析してきた。

ドイツ刑訴法は、実質的直接主義を採用しており、書証より人証を優先している(250条)。その上で、関係者の同意がある場合、書証による必要性が高い場合、あるいは手続の効率を優先し書証による立証を許しても不当でない場合に、一定の例外を設けている。まず、証人、鑑定人又は共同被告人の供述書面の証拠使用については、書証一般と裁判官調書を区別してそれぞれ例外を設けている（251条１項及び２項)。これに対し、被告人の供述書面については、現行法の下でも裁判官尋問調書でなければ実質証拠として使用できない（254条１項)。もっとも、254条１項の改正以前から、取調べ時の被告人供述を公判に顕出することは行われてきた。というのも、ドイツの通説的理解によれば、刑訴法250条は人証であれば伝聞証人であっても排除するものではないと解されており、かつ、公判供述を弾劾するための供述調書や録音・録画記録の提示、あるいは証人の記憶喚起のための供述調書の朗読や録音・録画記録の再生が許容されてきたからである。また、ドイツの判例によれば、記憶喚起のために調書を朗読する場合であっても、証人は実際に再生した記憶に基づき証言しなければならないと解されている一方、記憶喚起のために録音・録画記録媒体を再生する場合、取調官が取調べの際の供述を正確に記録したことを証言することで、録音・録画記録の内容が証言の一部となることを肯定している。こうした取調官の証人尋問を介した公判外供述の顕出と比較したとき、完全かつ正確な録音・録画記録であれば端的にこれを証拠として使用することを認める方が、事案の解明と手続の効率化の点において優れている側面はあるだろう。

たとえそうだとしても、ドイツ刑事訴訟法が被疑者・被告人の取調べの録音・録

画義務の規定を設けた際、合わせて、裁判官尋問調書と同一要件の下、実質証拠としての使用を可能にした理由を、録音・録画記録の完全・正確性の意味での証拠の上質性だけで説明することは妥当でないだろう。第一に、捜査機関による証人等の取調べの録音・録画記録は、現行法の下でも、原則として取調べ調書と同一要件の下でしか、直接主義の例外は認められておらず（刑訴法255a条１項）、したがって裁判官尋問調書に準じたものとして扱われているわけではない。その理由は、裁判所が公判における証人等の尋問を行うのが原則であることは、調書との関係であれ録音・録画記録との関係であれ変わらないからとされる。ここで見落としてならないことは、証人等の公判外供述との関係では、捜査機関による証人等の取調べの録音・録画記録は、直接主義の例外要件について裁判官尋問調書と同等の扱いを受けているわけではないという点である。すなわち、証人等の尋問に代えて尋問調書やその他の書証を朗読するための要件を定めたドイツ刑訴法251条は、まず１項において書証一般につきその朗読により代替できる場合の規定を設けた上で、さらに２項において、裁判官尋問調書に限定した例外規定を設けており、裁判官尋問調書に書証一般よりも広い例外の余地を認めている。その理由については、裁判官による尋問は宣誓が行われ偽証罪による制裁の対象となるだけでなく、手続関係者の立会権が保障されているため、立会権が保障されない非裁判官による取調べよりも高い証明力が肯定されているからと説明されている。したがって、規定に反して被告人に尋問期日を伝えないまま裁判官による証人等の尋問を行い作成された調書は、251条２項ではなく、１項の要件の下でのみ朗読可能と解するのが判例の立場である。[(65)] このように、証人等の公判外供述との関係では、宣誓手続や手続関係者の立会権の保障という尋問手続のあり方が、裁判官尋問調書に対する高い証拠価値の肯定と不可分の関係にあるものと理解されている。それゆえ、捜査機関による証人等の取調べの録音・録画記録が完全かつ正確に行われたからと言って、裁判官尋問調書と同等に扱われることはない。

第二に、単に記録の完全性と正確性という、視点だけでは取調べ調書と取調べの録音・録画記録との質的優劣はあいまいなものとならざるを得ない。そもそも、取調べ調書であっても被疑者の供述を正確に調書化したものがないわけではない。ま

(65)　vgl. BGHSt 34, 231, 234; BGH NStZ 1998, 312, 313.

た、記録の完全性との関係では、取調べ状況の検証のためには取調べ時のやり取りをすべて記録に残しておくことが重要であるとしても、取調時のやり取りのすべてが証拠として重要であるわけではないから、完全な記録でないことが常に証拠としての価値に影響するわけではない。この点、136条の改正理由の中でも、調書の作成自体は録音・録画記録の反訳より俯瞰性があり合目的なものであることは明らかで、実務の要求によりよく配慮できること、記録手段の拡大は録画の逐語的反訳書の作成義務とは結び付いておらず、それゆえ、従来の取調官による調書作成は原則として維持されるべきであるとの説明がみられる。さらに、証拠としての関連性の薄い供述まで記録に残っており、また、映像バイアスにも気を付けなければならない録音・録画記録には、逆に証拠として使用する上で不都合な面もある。加えて、そもそも録音・録画による取調べの完全かつ正確な記録が可能であるとしても、記録の完全・正確性の確保は運用の工夫に委ねられている以上、実際に作成された取調べの録音・録画記録が完全かつ正確なものか否かは事案に即して判断する必要がある。このように捜査機関の取調べ調書と録音・録画記録との質的優劣は相対的なものに過ぎないから、被疑者・被告人の取調べの録音・録画記録と取調べ調書との法的取扱いの区別を、単に証拠の質的優劣の説明だけで済ませることはできないはずである。

当該問題を考えるにあたり、証拠調べ対案が、254条の改正案として、被告人の以前の供述は被告人の同意がなければ実質証拠として使用できないことを原則とした上で、被告人の同意がなくても証拠使用が許される例外的な場合として、①裁判官により尋問が行われた場合、②弁護人が捜査機関による取調べに立会っていた場合、又は③被疑者・被告人が取調べを受ける前に弁護人の援助を放棄し、かつ取調べが録音・録画された場合は、被告人の同意がなくても証拠顕出を許容する提案を行っている意味を、あらためて考えてみたい。①の例外は、裁判官の尋問調書の完全・正確性のみが理由とされているのではなく、裁判官の中立性や弁護人立会権の保障が理由に上げられている。②の例外は、弁護人が取調べの全過程に実際に立ち会った場合が前提とされている。当該前提の下に、③被疑者・被告人が弁護人の援助を受ける権利を放棄したときに、正確な事後検証が可能になるよう取調べの全過程を録音・録画した場合に限り、例外を許容している。証拠調べ対案においては、

②と③の例外は、防御権保障の点で、①の例外に準じるものとして位置づけられており、③の例外における全過程の録音・録画は、事後検証を可能にするという防御権保障との関係で、むしろ意味を与えられている。全過程の録音・録画は防御権保障との関係において重視されており、そしてそれより優先すべきものとして弁護人立会権が位置付けられている。そうであるがゆえに、取調べの全過程の録音・録画が、被疑者・被告人の弁護人立会権の任意の放棄を含め、一層重要な意味を持つのである。したがって、ドイツにおいて2017年に実効的・実践的刑事手続法を制定する際は、警察による取調べ段階からの弁護人立会権を保障する法改正を行うことが決まっていたことは、取調べの完全かつ正確な録音・録画記録の証拠上の地位の評価において切り離せない関係にあったとみるべきだろう。

最後に付言すれば、実効的・実践的刑事手続法による刑訴法254条１項の改正の合理性はなおも説明しつくせない部分がある。当該改正により、ドイツにおいて、被告人の取調べ時の供述を公判に顕出する方法としては、①公判において取調べ調書を朗読したり、録音・録画記録を再生しながら被告人尋問を行い、被告人に以前の供述を認めさせる方法、②尋問裁判官や取調官を証人尋問し、その際に記憶喚起のために調書朗読や録音・録画記録の再生を行い、記憶に基づく証言の一部とする方法、そして③254条１項の定める要件を満たす場合に、裁判官尋問調書または取調べ時の録音・録画記録を実質証拠として使用する方法の三通りがあることになる。前二者の場合は、調書や録音・録画記録自体を犯罪事実の認定のための証拠として用いることはできない。ところが、刑訴法254条の改正理由の中では、通説により現行法の下で認められてきたことを、裁判官の面前における被告人の自白調書の朗読を許容する文言に合わせる形で明確にしただけであるとの説明が行われている。しかし、この点については、専門家委員会勧告は、裁判官調書に代えて裁判官による被疑者・被告人尋問の録音・録画記録も証拠使用できることを明記する提案にとどめ、取調べ時の録音・録画記録は従来の方法による証拠としてでない形の提示しか認めていなかった。そうであるにもかかわらず、実効的・実践的刑事手続法による刑訴法254条１項の改正が、なぜ、これまで認められてきたことを明文化しただけであるという説明で済ませることができるのか、筆者にはよく理解できなかった。この点、法案を提出した政府としては、捜査と公判の分離という意味では

不徹底であり、かつ録音・録画記録の弾劾的使用や記憶喚起のための使用を通じて形骸化もみられた直接主義を、被疑者・被告人の防御権強化とバランスを図りつつも、刑事訴訟の効率性を一層高める方向で整理する意図が強かったのかもしれない。

（本稿はJSPS科研費JP20K01350の助成を受けたものである。）