

現行法における司法面接の証拠利用に 関する一考察

——大阪高裁令和元年7月25日判決を素材として——

成 富 守 登

はじめに

- I 年少者供述の問題性と司法面接の発展
 - II 公判外供述の規律に関する議論と司法面接の証拠利用
 - III 大阪高裁令和元年7月25日判決について
 - IV 若干の検討
- おわりに一立法論を見据えて

はじめに

近年、日本で特に問題となっている犯罪類型に、児童虐待がある¹⁾。児童虐待は、家庭内や学校、幼稚園、病院などが犯行現場となることが多く、密室性の高い犯罪類型である²⁾。証拠との関係を考えてみると、犯行について証言できる者が加害者と被害者しかいないという状況も珍しくなく、他の事件類型と比べて被害児童からの供述を獲得する必要性が高いといえる。

その一方で、本稿でも整理するとおり、年少者の供述とその獲得について

1) 厚生労働省「令和元年度 児童相談所での児童虐待相談対応件数＜速報値＞」(<https://www.mhlw.go.jp/content/000696156.pdf> 最終アクセス日：2021年6月12日)によれば、児童相談所の対応件数は年々増加傾向にあり、令和元年度の速報値で193,780件を記録している。また、警察庁生活安全局少年課「令和2年における少年非行、児童虐待及び子供の性被害の状況」(2020) (<https://www.npa.go.jp/publications/statistics/safetylife/R2.pdf> 最終アクセス日：2021年6月12日)によれば、児童相談所からの通告児童数も年々増加傾向にあり、令和2年度における通告人員は106,991人を記録している。

2) 高嶋智光ほか編『新時代における刑事実務』48頁〔佐久間佳枝〕(立花書房、2017)。

は様々な問題が指摘されてきた。たとえば、年少者の供述特性として、他者の言動等の影響を受けて暗示にかかりやすいという意味での被暗示性や、供述に際して近親者等の承諾を求めてこれに依拠するという意味での迎合性が強いといった問題である。さらに、被害児童を聴取対象者として想定した場合には、聴取が繰り返されることによる二次被害の問題もある。そのため、被害児童からの供述獲得に際しては、事件発生後早期に、可能な限り少ない尋問者から、1回で聴取を済ませることが望ましいといえよう。捜査実務においても、これらの特性に配慮した形で事情聴取をする必要性についての認識が高まっている³⁾。

このような問題に対応するために、近時、心理学の分野で研究が積み重ねられているのが、いわゆる「司法面接」である。現実の捜査実務でも、同種の方法が用いられており、各地方検察庁で当該面接手法の検討と試行が重ねられてきた⁴⁾。諸外国に目を転じてみても、イギリスやアメリカをはじめとする多くの国で同様の手法が用いられており⁵⁾、このような供述獲得手法の工夫は、いまや刑事手続の国際的潮流のひとつともとれるものである。

しかしながら、司法面接の証拠利用のあり方については、依然として議論が成熟していないのではないだろうか。特に、被告人の防御権保障や公判外供述の規律との関係、より具体的には司法面接の証拠利用に際しての伝聞例外該当性がどのように判断されるか、証人審問権による証拠利用の制約を受けうるかについては必ずしも明らかではない。日本の刑事手続の祖国である英米法圏の中には、被告人の反対尋問の機会を確保しつつ証拠利用するための立法を講じている国も見られるところ⁶⁾、今後、日本でも現行法の解釈を

3) 高嶋ほか・前掲〔佐久間佳枝〕47頁。

4) 高嶋ほか・前掲。

5) 仲真紀子編著『子どもへの司法面接 考え方・進め方とトレーニング』3頁〔仲真紀子〕(有斐閣、2016)。

6) たとえば、イギリス(イングランド=ウェールズ)では、1999年少年司法および刑事証拠法(Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999)により脆弱証人(vulnerable witness)やないし畏怖証人(intimidated witness)に対する包括的な特別措置が設けられている。なお、イギリスの動向につき、葛野尋之「少年の手続参加と刑事裁判—イギリス法の新展開から」小田中聰樹先

超えた形で証拠利用が求められる可能性もあろう。また、法務省において「性犯罪に関する刑事法検討会」が立ち上げられ、そこでも司法面接の刑事手続上の位置づけや証拠利用のあり方が議題に挙がった。さらに、近時、司法面接の結果を実質証拠として許容した下級審裁判例が登場するに至っている。このように、司法面接の証拠利用については、理論的にも実際的にもさらなる議論を積み重ねる必要性が高まっている状況であるといえよう。

そこで、本稿では、今後の日本における司法面接の証拠利用の最良の方法を見出すことを念頭に、その1つの作業として、現行法における証拠利用の可能性とその妥当性について解釈論の観点から考察を加えるものである。この考察にあたっては、大阪高裁令和元年7月25日判決⁷⁾（以下、大阪高裁令和元年判決とする。）を検討の素材とする。本判決は、司法面接の実質証拠としての証拠利用に関して裁判所が具体的な判断を公刊資料に掲載した初めての裁判例であるところ、同判決を素材とすることで、より実態に即した検討が可能となろう。以下、本稿では、Ⅰにおいて、従前より議論が積み重ねられてきた年少者供述の問題、そして、それに対応するための司法面接の概要とその特色について整理することで、証拠利用の際の留意点を明らかにする。次に、Ⅱにおいて、司法面接の証拠利用の際に検討を要する、公判外供述の規律に関する議論動向について概観したうえで、理論的にありうる証拠利用の方向性について整理する。そして、Ⅲにおいて、実際に司法面接の証拠利用が認められた大阪高裁令和元年判決について整理・分析する。最後に、ここまでの整理を踏まえ、Ⅳにおいて、現行法における司法面接の証拠利用の妥当性について、とりわけ公判外供述の規律との関係や大阪高裁令和元年判決の評価を試みる。

なお、内容に入る前に本稿の射程と用語について述べておきたい。第1に、

生古稀記念『民主主義法学・刑事法学の展望 上巻—刑事訴訟法・少年法と刑事政策』（日本評論社、2005）546頁、横山潔『イギリスの少年刑事司法』（成文堂、2006）、成富守登「イギリス刑事手続における脆弱ないし畏怖証人への対応」同志社法学72巻1号（2020）69頁参照。

7) 判タ1475号84頁。

証拠利用の方向性についてである。司法面接の証拠利用については、諸外国の例や近時の議論動向からすると、立法上の手当てによるという方向性もありうるが、本稿ではあくまで立法論について検討する前提として、現行法下での証拠利用の妥当性について検討する。第2に、司法面接の対象者についてである。司法面接自体は、年少者のみならず、知的障害者や高齢者といった供述弱者にも有効であり、刑事手続の場面に置き換えてみても証人のみならず被疑者等に対しても活かしうるものであるとされている⁸⁾。しかしながら、面接対象者の特性や法的地位によっては、証拠利用について検討を要する課題の内容や範囲も変わってくるように思われる⁹⁾。そのため、本稿では、あくまで近時の運用状況や先に述べた特殊な事件類型である児童虐待を念頭に、面接対象者を年少者証人、とりわけ児童虐待の被害児童を想定して議論を進める。第3に、証拠の性質についてである。司法面接の証拠利用といった場合に、実質証拠として利用するということがあれば、補助証拠として利用することもありうる。しかし、司法面接のねらいと児童虐待の事件特性を踏まえて、本稿では実質証拠としての証拠利用を検討の対象とする。また、用語について確認すると、「司法面接」は、法的な判断のために使用することのできる精度の高い情報を、被面接者の心理的負担に配慮しつつ得るための面接法を指す用語として用いられる¹⁰⁾。他方で、実務上は異なる用語が使われており、警察庁・検察庁では「代表者聴取」という用語が¹¹⁾、厚生労働省では「協同面接」という用語が使われている¹²⁾。本稿では、特に区別をせ

8) 仲・前掲注 (5)「はしがき」参照。

9) たとえば、年少者の被告人に対する実施となると、法的性質として被告人の防御権保障の一環として司法面接の手法の活用を検討する余地もあるように思われる。

10) 仲・前掲注 (5) 2頁 [仲真紀子]。

11) 「警察及び児童相談所との情報共有の強化について」(平成30年7月24日付け最高検刑第38号最高検察庁刑事部長、公判部長通知)等参照。なお、本稿Ⅲにおいて扱う、大阪高裁令和元年7月25日判決は、まさに代表者聴取を実施した一事例であったと考えられる。

12) 「児童虐待事案に係る子どもの心理的負担等に配慮した面接の取組に向けた警察・検察との更なる連携強化の推進について」(平成30年7月24日付け子家発0724第1号厚生労働省子ども家庭局家庭福祉課長通知)等参照。

ずに「司法面接」と呼称することにする。

I 年少者供述の問題性と司法面接の発展

ここでは司法面接の証拠利用の方法について検討を加える前提として、まず、年少者供述の問題性について整理することで証拠収集および利用の際の理論的課題について明らかにする。次に、司法面接という面接手法そのものについて簡単に整理し、証拠利用に際して留意すべき面接手法の特性や利点を明らかにする。

1. 年少者供述の問題性

年少者証人は、児童虐待の被害者以外にも、強制わいせつ事件等、性犯罪の被害者、交通事犯における被害者ないし目撃者として、しばしば犯人と被告人の同一性の認定に関して重要な役割を果たすことがある¹³⁾。そのため、年少者供述、特に年少者証人の供述については、従前多くの議論が重ねられてきた。

まず、前提として、日本法における証言制度について簡単に確認する。刑事訴訟法143条が、証人適格、すなわち法律上証人となることのできる資格について規定しているところ¹⁴⁾、日本では年齢を基準として証人適格を否定することはしていない。また、原則として、証人は、宣誓したうえで偽証罪の威嚇の下で証言することになるが¹⁵⁾、宣誓の趣旨を理解できない者、たとえば、10歳未満程度の年少者については、宣誓なく証言することが認められている¹⁶⁾。

証人には、体験した事実等について供述することが求められるが、その前

13) 熊谷弘ほか編『証拠法大系 I 証明』74頁〔平出禾〕(日本評論社、1970)、三井誠『刑事手続法Ⅲ』(有斐閣、2004) 334頁。

14) 熊谷ほか・前掲74頁〔平出禾〕。

15) 刑法169条、刑事訴訟法154条参照。

16) 刑事訴訟法155条参照。

提として、体験事実を認識・記憶してその事実を表現する精神的な力¹⁷⁾ないし、「事理を弁える能力¹⁸⁾」、すなわち証言能力が要求される。証言能力は、法律上の規定である証人適格とは異なる¹⁹⁾。証言能力が否定された場合には当該証言に証拠能力が認められない。現行法において、証言能力については何らの制限も課されておらず、証言能力の有無は、裁判所の自由裁量によって特定の者について個別具体的に判断される²⁰⁾。裁判例によれば、証言能力の有無は年齢のみによって判断されるわけではなく、証人の年齢が証言時に4歳に満たない場合においても証言能力が肯定されている²¹⁾。これまでの裁判例においては、明確な判断基準が示されているわけではないが、供述態度及び内容をも具体的に検討したうえで、経験した過去の出来事が供述者の理解力・判断力等によって弁識しうる範囲内のものかを考慮する旨判示するものの²²⁾や、年齢のほかに知能の程度、観察、記憶、表現の対象となる事実の難易・抽象度等を総合的に判断する姿勢を示すもの²³⁾が見られる。その一方で、従前の裁判例に対しては、当初から証言能力をまったく問題としていないことから、実務はこれを軽視する傾向にあるのではないか、あるいは証言能力の有無の問題を信用性の問題に「先送り」することで年少者の福利を害しているのではないかの疑問や批判も提起されてきた²⁴⁾。

また、証言能力とは別に証言の信用性（ないし信憑性）についても問題と

17) 京都地裁昭和42年9月28日判決下刑9巻9号1214頁参照。

18) 最高裁昭和25年12月12日第三小法廷判決刑集4巻12号2543頁、最高裁昭和26年4月24日第三小法廷判決刑集5巻5号934頁。

19) 日本では、刑訴法143条によって証人適格について規定されているが、年少者であることを理由として証人適格を否定する規定は存在しない。

20) 熊谷ほか・前掲注(13)76頁〔平出禾〕、松岡正章「年少者の証言・供述について」石松竹雄判事退官記念『刑事裁判の復興』（勁草書房、1990）281頁、三井・前掲注(13)333頁参照。

21) たとえば、大阪地裁昭和42年12月26日判決判タ221号234頁、東京地裁昭和48年11月14日判決判裁月報5巻11号1458頁。

22) 京都地裁昭和42年9月28日判決下刑9巻9号1214頁参照。

23) 大阪地裁昭和52年10月14日判決判時896号112頁参照。

24) 松岡・前掲注(20)284頁、299頁参照。浅田和茂「年少者の証言と鑑定」竹澤哲夫先生古稀『誤判の防止と救済』（現代人文社、1998）348頁。

なりうる。証言の信用性は、証言能力が認められることを前提として、獲得された当該証言の証明力を問題とするものである。年少者供述の信用性の問題は、証言能力の問題と異なり、裁判例上も深刻であり、その認定も微妙であると評される²⁵⁾。特に、年少者供述の信用性評価に関しては、①他者からの言動等の影響を受けて暗示にかかりやすいという意味での被暗示性が強く、②その反面で固執性が強く、③幻想や作り話と現実を混同する傾向が否定できない、そして、④近親者等の承諾を求めてこれに依拠するという意味での迎合性などが問題視されてきた²⁶⁾。この他にも、⑤語彙力の低さや表現の稚拙さ、⑥即答傾向もみられるという²⁷⁾。これらの問題点のうち、上記①被暗示性と④迎合性の影響について特に留意すべきとされている²⁸⁾。年少者が認識・記憶した体験事実を語るには対話者の介在が求められるところ、特に性犯罪について被害後の年少者の最初の接触者として、母親が登場することが多いことから、その影響が問題となる旨指摘されてきた²⁹⁾。実務上でも、年少者が母親に被害事実を開示したときに、母親が驚愕のあまり詳しい事情を聞き出そうとして当該年少者を問い詰めるなどして、逆に被害事実の開示をやめてしまうケースもあるという³⁰⁾。裁判例においても、当該対話者として母親が登場した事例³¹⁾や、性犯罪被害児童の同級生が登場した事例³²⁾で暗示・誘導を問題としたものや、事件発生から証言時までの時間的離隔から供述の信用性を否定した事例³³⁾がある。このように少なくない事例において信用性の有無が争われているところ、年少者証言の信用性の有無に関して

25) 三井・前掲注(13) 338頁。

26) 福岡高裁昭和50年10月16日判決判時817号120頁参照。

27) 三井・前掲注(13) 340頁。

28) 浅田・前掲注(24) 350頁、三井・前掲注(13) 340頁。

29) 松岡・前掲注(20) 292頁。

30) 高嶋ほか・前掲注(2) 49頁〔佐久間佳枝〕。

31) 大阪高裁昭和44年1月28日判決刑月1巻1号4頁、福岡地裁小倉支部昭和49年1月30日判決判時748号126頁、大阪地裁昭和52年10月14日判決判時896号112頁。

32) 最高裁平成元年10月26日第一小法廷判決判時1331号145頁。

33) 横浜地裁平成元年12月21日判決判時1356号156頁。

は心理学的手法による供述鑑定を活用を示唆する見解³⁴⁾があり、また、信憑性判断の経験則の整備や尋問の実施場所・方法の再検討が課題であるとの指摘³⁵⁾もなされており、その判断には慎重な姿勢が求められてきた³⁶⁾。

このほかにも、年少者が公判廷で証言するということに関して問題がある。たとえば、公判廷という厳粛な場においては、その場の雰囲気によって過度に緊張を強いられ、また当事者間の激しい攻防のはざまで黙り込む、あるいは泣き出してしまうこともありうる³⁷⁾。

また、年少者供述そのものの問題ではないが、児童虐待の被害児童に着目した場合に二次被害の問題も生じうる。具体的に被害児童が供述する場面を設定してみると、事件発生後の被害申告から捜査段階における聴取、公判段階における証言と、複数回にわたって供述を求められることがわかる。しかし、周知のとおり、このような複数回にわたる聴取は、被害状況のフラッシュバックを引き起こし、被害児童に心理的な負担を負わせうる³⁸⁾。

このように、年少者供述については、刑事手続上もその重要性が高いと認識されてきたが、その一方で、前記①～⑥のような年少者の特性に関する問題点が指摘されてきた。そして、これらの問題点は、証言能力の有無という証拠能力判断の段階ではないものの、少なくとも供述の信用性の有無という形で争点とされてきた。

34) 浅田・前掲注(24) 366頁、三井・前掲注(13) 341頁。ただし、浅田・前掲注(24) 366頁は、心理学鑑定の活用は、それと同時に限界が意識されるべき旨を説く。

35) 三井・前掲。

36) 河村博「判批」別冊判例タイムズ12号(1992) 67頁。また、英米法の状況を詳細に整理したうえで、無宣誓の年少者証言について補強証拠の要求を確立することを主張するものとして、松代剛枝「年少者の証言と宣誓」小田中聰樹先生古稀記念『民主主義法学・刑事法学の展望上巻—刑事訴訟法・少年法と刑事政策』(日本評論社、2005) 286頁。

37) 松岡・前掲注(20) 299頁。もっとも、周知のとおり、遮へい措置(刑訴法157条の5)やビデオリンク方式での証人尋問(同法157条の6)など現行法下では一定程度緩和の措置が設けられている。

38) 被害者一般についての指摘として、川出敏裕＝金光旭『刑事政策』(成文堂、第2版、2018) 317頁。

2. 司法面接の内容とその特性

そのような中、近時、前記1. で整理した年少者供述の問題に対応するために研究が積み重ねられているのが、司法面接である。司法面接の特徴は、①被面接者の心理的負担への配慮と②精度の高い情報の獲得にある。その歴史は、1980年代のアメリカやイギリスで発生した複数のセンセーショナルな児童虐待事件や性虐待事件から始まっている³⁹⁾。これらの事件の調査・捜査の過程においては、大人が質問を繰り返す、誘導的な質問技法を用いるといったことから事実と異なる体験の報告が引き出されるという問題が生じた⁴⁰⁾。また、司法と福祉・医療の対抗関係が見られたことについても批判の声が上がったという⁴¹⁾。

これらの問題や批判に応えるように、編み出された司法面接には以下のような特徴が認められる⁴²⁾。第1に、司法面接が主として被害事実の調査のために開発されているという点である。第2に、事件発覚後に可能な限り早期に面接を実施するという点である。第3に、自由報告の形を基調として誘導や暗示のない方法が採用されているという点である。第4に、面接が構造化されているという点である。第5に、面接が録音録画で正確に記録されているという点である。第6に、多機関連携で実施されるという点である。

司法面接の面接手法には様々なものがあり、現在日本で最も用いられているとされる NICHD プロトコル⁴³⁾のほか、アメリカにおいて用いられてきた RATAC プロトコル（これをもとに日本で実践されているものとして Child

39) 仲・前掲注(5)15頁〔仲真紀子〕、山田不二子「協同面接の現状と課題」子どもの虐待とネットワーク21巻3号(2019)299頁参照。

40) 門本泉編著『司法・犯罪心理学—社会と個人の安全と共生をめざす—』182頁〔田中晶子〕(ミネルヴァ書房、2020)。

41) 仲・前掲注(5)16頁〔仲真紀子〕。

42) 仲真紀子「子どもの話を聴くための手法と実践例—司法面接の技法をいかして 第1回司法面接の基礎と現状」家庭の法と裁判20号(2019)91頁。

43) 田中晶子「家庭裁判所における子どもの心情・意向調査への司法面接の活用」四天王寺大学紀要62号(2016)83頁。

First プロトコル)⁴⁴⁾、イギリスで用いられている ABE⁴⁵⁾ などがある。これらは、プロトコルの利用者や人形等の補助器具の使用の有無などの種々の点で違いがある。たとえば、人形（アナトミカルドール）の使用に関しては、それを用いることで誘導の影響がある、誤情報を引き出すことになるとして利用を控える立場もあれば、年齢が高い場合には言葉で話した場合と比べても出てくる情報が変わらないとする立場もあるなど議論の分かれるところである⁴⁶⁾。その一方で、面接の流れや発問方法の非誘導性などは共通するという⁴⁷⁾。

たとえば、NICHHD プロトコルについて見てみると、大要以下の内容・手順となる⁴⁸⁾。司法面接の面接官は1名であり、面接全体は録音録画され、別室にいるバックスタッフが当該面接を支援する役割を担う。また、面接の時間については、一般に「児童の年齢×5分」というのが目安とされている。面接は、まず、①挨拶・説明の段階で、話を聞く年少者を出迎え、自己紹介、面接目的やバックスタッフの存在等を告知する。次に、②グラウンドルールの説明として、面接室における約束事について説明する。この段階では、本当のことを言うのが重要であるということ、知らないことやわからないことはそのように答えればよいということ、面接官が間違ったことを言っていたら指摘していいということ、どんなことでも当該年少者自身の言葉で全部話

44) チャイルドファーストジャパン HP (<https://cfj.childfirst.or.jp/aboutus/> 最終アクセス日：2021年6月12日) 参照。

45) Ministry of Justice, *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings Guidance on interviewing victims and witnesses, and guidance on using special measures* (2011).

46) 人形の使用について Child First プロトコルが積極に解すのに対し、NICHHD プロトコルはこれを消極に解すようである。なお、この点の議論状況について、山田・前掲注 (38) 302頁、仲・前掲注 (5) 115頁〔上村愛〕、性犯罪に関する刑事法検討会「第2回会議議事録」30頁〔仲真紀子氏発言〕(令和2年6月22日) (<http://www.moj.go.jp/content/001324760.pdf> 最終アクセス日：2021年6月12日) 参照。

47) 田中・前掲注 (43) 83頁、高嶋ほか・前掲 (2) 53頁、性犯罪に関する刑事法検討会・前掲29頁〔仲真紀子氏発言〕。

48) 仲・前掲注 (5) のほか、司法面接支援室の Web サイト (https://forensic-interviews.jp/_obj/_modrewrite/doc/fi-20210612_276_1.pdf 最終アクセス日：2021年6月12日) にアップされている「NICHHD ガイドライン (2007年版)」も参照。

してほしいということが伝えられる。③ラポール形成の段階では、安心して話せるような関係性を築くために、「〇〇さんは、何が好きですか」といった形で他愛もない話をして自身の知識や体験を自分の言葉で説明することの動機づけが行われる。④出来事を思い出して話す練習として、「今日、ここに来るまでにあった出来事を全部思い出して話してください」といった形で、「知識」ではなく、「過去の出来事」を話す練習を行う。ここまでが導入部分であり、およそ7、8分の時間を要する。そして、この後に、事件情報を獲得するための質問が実施される。質問に関しては、⑤自由報告と質問という形で実施されるが、ここでは「いつ、どこで、誰が、何を、どうした」という情報の獲得を目的として、基本的には「何がありましたか」というような形で、まずは年少者本人の言葉で説明してもらう自由報告が基調とされる。そのうえで、児童の自由報告のみで十分な情報が得られない場合には、「それで？それから？」という形でいわゆるオープン質問を用いて情報の獲得が試みられる。途中、⑥ブレイクと質問の段階で、「たくさん話してくれてどうもありがとう。私がちゃんと話を聞いているかどうか、向こうの部屋で待っていてくれる人に確認してきますね」などと述べ、発問者は一時退室し、バックスタッフと相談のうえで、欠けていた情報やさらなる明確化を必要とする情報を整理する等、これ以降の方針を決定する。ただし、年少者をずっと一人にはできないため、数分間でこれを行う。部屋に戻ってからは、「待っていてくれてありがとう」「あといくつか質問しますね」と述べ、必要に応じて「はい」「いいえ」といった択一形式のクローズド質問を行い、必要な情報の獲得が試みられる。そして、最後に、⑦クロージングとして、報告への感謝、逆質問の受け、見送りをして面接が終了される。

このように、司法面接は面接者が行うべきことを一定程度ルール化したうえで聴取すべきことを聴取できるように、いわば「ゆるやかに構造化」された面接方法であるといえる⁴⁹⁾。精巧につくられた司法面接であるが、現在では検察官や警察官、児童相談所の職員がその研修を受講して面接手法を身に

49) 仲・前掲6頁参照。

着けているという。たとえば、検察庁では、検事一般研修や各庁における勉強会を開催するほか、大学教授による児童の事情聴取方法に関する講義・演習を、平成30年度は73名、平成31年度は71名の検察官が受講し、また、多機関連携による司法面接の手法を含めた民間団体主催の研修に、平成30年度は29名の検察官が参加したという⁵⁰⁾。検察庁では、司法面接の実施に際し、原則として録音録画を実施することで記録媒体に聴取の結果を記録し、基本的に供述調書を作成せずに聴取結果を取りまとめた捜査報告書を作成するなどしているという⁵¹⁾。

そして、実際に刑事事件に関して司法面接が実施された事例は相当数あり、司法面接の録音録画記録媒体が、実質証拠として判決で証拠採用される事例も登場しつつある⁵²⁾。ただし、そのほとんどが刑訴法326条に基づく被告人の同意による証拠採用であり、その他は刑訴法321条1項2号の検察官面前調書として証拠採用された事例が数件登場している⁵³⁾。

現在のところ、データベース等で公開されている刑事裁判例における司法面接実施例は、次頁の【表】のとおりである⁵⁴⁾。

50) 性犯罪に関する刑事法検討会「配布資料53 代表者聴取の取組の実情」8頁（令和2年10月20日）（<http://www.moj.go.jp/content/001331469.pdf> 最終アクセス日：2021年6月12日）。

51) 性犯罪に関する刑事法検討会「第7回会議議事録」27頁〔神渡史仁参事官発言〕（令和2年10月20日）（<http://www.moj.go.jp/content/001338615.pdf> 最終アクセス日：2021年6月12日）。また、当該捜査報告書の一例を示したものとして、性犯罪に関する刑事法検討会・前掲31頁も参照。

52) 性犯罪に関する刑事法検討会前掲・注（50）によれば、平成30年4月1日から令和元年12月31日までに判決言い渡しがあった刑事裁判において、実質証拠としての採用件数が20件、補助証拠としての採用が4件であったという。

53) 性犯罪に関する刑事法検討会・前掲34頁参照。

54) Westlaw Japan および Lex/DB で「司法面接」と検索してヒットしたものを取り上げている（最終アクセス日：2021年6月12日）。なお、次頁における表のコード表記について、両サイトで重複している事例については Lex/DB のものを記載している。

【表：令和2年（2020年）末までに司法面接が実施された公刊刑事裁判例】

	裁判例	事実概要	判決結果
①	福島地裁郡山支部平成30年9月20日判決 (Lex/DB25561591)	事件当時13歳の養子に対する監護者性交等罪、児童福祉法違反被告人事件	無罪
②	松江地裁令和元年7月17日判決 (2019WLJPCA07176001)	事件当時5歳の養子に対する傷害被告人事件	有罪
③	大阪高裁令和元年7月25日判決 (Lex/DB25566715)	原判示日時当時10歳の児童に対する暴行被告人事件※詳細は本稿Ⅲ参照。	控訴棄却 (有罪)
④	鳥取地裁令和元年9月4日刑事部判決 (Lex/DB25564147)	事件当時11歳の児童に対する強姦被告人事件	有罪
⑤	津地裁令和元年12月17日判決 (Lex/DB25564905)	事件当時14歳の養子に対する監護者性交等被告人事件	有罪
⑥	静岡地裁浜松支部令和2年2月21日判決 (Lex/DB25565260)	事件当時7～8歳の児童に対する強制わいせつ、児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律違反被告人事件	有罪
⑦	前橋地裁高崎支部令和2年2月26日判決 (2020WLJPCA02266002)	事件当時小学生および中学生の児童に対する強制わいせつ、準強制わいせつ、児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律違反被告人事件	有罪
⑧	名古屋地裁令和2年2月27日判決 (2020WLJPCA02276008)	事件当時10歳の児童に対する強制わいせつ被告人事件	一部無罪
⑨	大阪高裁令和2年4月23日判決 (Lex/DB25565819)	事件当時11歳の児童に対する強制性交等被告人事件	破棄自判 (無罪)
⑩	津地裁四日市支部令和2年11月2日判決 (Lex/DB25569425)	事件当時14歳の実子に対する準強制わいせつ事件	有罪
⑪	神戸地裁令和2年11月24日判決 (2020WLJPCA11246005)	事件当時11歳の養子に対する傷害被告人事件	有罪

3. 小括

ここまで、年少者供述の問題性とその対応に関する議論動向を整理してきた。年少者が供述する場面として、とりわけ証人として供述することは多くあるが、被暗示性や迎合性の影響から特に証言の信用性判断の局面で事例・議論が蓄積されてきた。これまでの裁判例からすると、基本的には個別の事情に依拠して年少者の供述特性の問題を検討することになるが、学説上は心理学的手法による供述鑑定や経験則の整備、尋問の環境・方法の再検討を求める声も上がっている。

近年では、心理学分野において司法面接の研究が積み重ねられているが、その面接手法として、遵守すべきプロトコルは様々に存在するものの、面接の流れや発問方法の非誘導性といった基本的趣旨は共通している。現在では、捜査実務においても強い関心が向けられ、年々実施件数も増加しており、このような手法が浸透していくこと自体は非常に重要なことと考えられる。

他方で、司法面接における供述の実質証拠としての証拠利用については、肯定される事例が徐々に認められてはいるものの、刑訴法326条の同意による場合が多い。その他の方向性についてはいずれによるべきかの理解も固まっておらず、いまだ十分な検討がなされている状況にあるとも言えないのが現状であるといえよう。

II 公判外供述の規律に関する議論と司法面接の証拠利用

以上のとおり、実務上も心理学上も司法面接に関する運用・議論動向が活発になっているところ、刑事手続の分野での議論は端緒がひらかれたばかりである。そのため、以下では、数少ない文献において言及されているものや現在の実務動向を参考に、証拠利用の方向性と公判外供述の規律との関係について整理する。

1. 公判外供述の規律に関する議論

先述のとおり、現在の実務動向からすると、司法面接は捜査段階で行われることとなる。そのため、司法面接においてなされた供述は公判外供述に該当するため、憲法および刑訴法における公判外供述の規律との関係が問題となる。そこで、司法面接の証拠利用の方向性について整理する前提作業として、まず公判外供述の規律に関する議論について概観する。

(1) 伝聞法則

公判外供述に対する規律としては、まず、刑訴法320条が挙げられる。刑訴法320条1項は、「第三百二十一条乃至第三百二十八条に規定する場合を除いては、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない」旨規定している。これは、いわゆる伝聞法則を採用したものと解されている⁵⁵⁾。周知のとおり、伝聞法則それ自体は英米法を母法としているが、刑訴法320条の伝聞法則は、①法文上「伝聞」の文言を使用していない点、②書面が同法則の例外規定の直接の対象とされている点、③裁判官面前調書や検察官面前調書等の証拠能力を広く認めている点から、母法とはかなり異なった独自性を有している⁵⁶⁾。また、過去には刑訴法320条を直接主義の原則を規定したものと捉える見解⁵⁷⁾がみられたほか、同法321条以下の例外規定の一部が直接主義（ないし口頭主義）の観点から説明したほうが理論的であることを踏

55) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958）203頁、高田卓爾＝鈴木茂嗣編『新・判例コンメンタル刑事訴訟法 4 第一審(2)』135頁〔上口裕〕（三省堂、1995年）、小田中聰樹ほか編『刑事弁護コンメンタル I 刑事訴訟法』305頁〔川崎英明〕（現代人文社、1998）、河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法 第6巻』463頁〔香城敏廣＝朝山芳史〕（立花書房、第3版、2015）など。

56) 河上和雄ほか編『大コンメンタル刑事訴訟法 第7巻〔第316条の2～第328条〕』570頁、582頁〔中山義房〕（青林書院、第2版、2012）。

57) 小野清一郎『新刑訴における証拠の理論』刑法雑誌4巻3号（1954）320頁。

まえて直接主義の観点をも含みうると理解される点も特徴的である⁵⁸⁾。伝聞法則は、公判期日の証人尋問におけるような供述内容の真実性を吟味・確保する手段がすべて欠落していることから、公判期日外の原供述をその内容の真実性を証明するために証拠利用することを禁じている⁵⁹⁾。

他方で、伝聞法則の趣旨を徹頭徹尾貫徹すると、事実認定の素材が制約されて事案の真相解明という刑訴法の目的が著しく害されるおそれがある⁶⁰⁾。そのため、刑訴法321条以下では、いわゆる伝聞例外として、一定の合理的理由があるときに公判外供述を証拠利用することが認められている。

伝聞例外のうち、本稿との関係で重要なのが、刑訴法321条1項である。同条は、被告人以外の者の供述書・供述録取書に関する規定であるが、これらの書面は、公判廷における反対尋問の機会を与えられずに作成されたものであるため、伝聞例外として証拠利用するには、①公判外供述を証拠とする必要性と②公判外供述の信用性の情況的保障が要求される⁶¹⁾。同条1項は、1号の裁判官面前調書、2号の検察官面前調書、3号の裁判官及び検察官以外の者によって作成された調書についてそれぞれ規律している。各号における具体的な要件については、下記2.において検討に必要な限度で整理するが、同1号から3号の順番で要件が厳格になっていく構造がとられている。これは、各書面自体が有する一般的な信用性の順序によるものである⁶²⁾。

1号の裁判官面前調書については、当該調書における供述が、①宣誓の上で、②公平な第三者たる裁判官の面前でなされていることから、信用性の情況的保障がかなり高度に認められると解されている⁶³⁾。このような理解のほ

58) 井戸田侃『刑事訴訟法要説』(有斐閣、1993) 214頁、河上ほか・前掲注(55) 571頁〔中山義房〕、河上ほか・前掲注(55) 489頁〔香城敏磨＝朝山芳史〕、後藤昭『伝聞法則に強くなる』(日本評論社、2019) 31頁参照。

59) 酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、第2版、2020) 543頁。

60) 酒巻・前掲543頁。

61) 高田＝鈴木・前掲注(55) 149頁〔上口裕〕、河上ほか・前掲注(56) 583頁〔中山義房〕。

62) 河上ほか・前掲584頁〔中山義房〕。

63) 高田卓爾『刑事訴訟法』(青林書院、2訂版、1984) 226頁、高田＝鈴木・前掲注(55) 157頁〔上口裕〕。

か、当該供述について当該供述がなされた公判事件の当事者もしくは公平な裁判官が反対尋問に相当する信用性の吟味をしているという期待に基づいて、信用性の情況的保障が認められるとする見解⁶⁴⁾もある。これに対し、3号の書面については、国家の法律専門機関である裁判官や検察官によって作成されているわけではないことから、1号および2号と比べて相対的に信用性が低いと考えられ、もっとも要件が厳格となっている。実際に、3号書面は刑訴法326条規定の被告人同意によらない限りはほとんど採用されないと評されることもある⁶⁵⁾。

問題は、2号の検察官面前調書についてである。検察官面前調書の場合には、①供述時に宣誓がなく、②被告人の立会いがない状態で書面が作成され、③作成者である検察官が当事者の性格を有することから、違憲説⁶⁶⁾が有力に主張されてきた。とりわけ、同号前段については、1号の裁判官面前調書と同様にいわゆる供述不能要件の充足のみで証拠能力が認められるため、特に違憲の疑いが強いとされており、違憲説のほかにも制限的合憲説⁶⁷⁾も有力に主張されている。司法面接の模様を録音録画したDVD（以下、司法面接DVDとする。）に関しても、各号いずれかの方向性で証拠利用することが想定され、各要件を充足しなければならない。

(2) 証人審問権

次に、公判外供述に対する規律として挙げられるのが、憲法37条2項前段の規定する証人審問権である。憲法37条2項前段は、「刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ」る権利と規定している（傍

64) 後藤・前掲注(58)59頁。

65) 河上ほか・前掲注(56)607頁〔中山義房〕。

66) 江家義男『刑事証拠法の基礎理論』（有斐閣、第3版、1965）98頁。田中和夫『新版証拠法』（有斐閣、1971）130頁は、被告人に不利益に適用する限りで違憲とする。また、前段のみ違憲とする見解につき、平場安治『刑事訴訟法講義』（有斐閣、改訂3版、1958）195頁、高田・前掲注(63)228頁、井戸田・前掲注(58)219頁。

67) 平野・前掲注(55)209頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（青林書院、改訂版、1990）207頁、田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂、第7版、2017）431頁。

点は筆者による)。この規定を文言どおり、すなわち「すべての証人」とされていることを素直に理解するならば、証人審問権はあくまで公判廷に出廷した証人に対する十分な尋問を保障するものであり、公判外供述の規律とは直接的には関係しないことになる(このような理解を以下、「形式的証人説」とする)。判例においても、証人審問権は、「裁判所の職権により、又は訴訟当事者の請求により喚問した証人につき、反対訊問の機会を充分に与えなければならない⁶⁸⁾」旨を趣旨としているものと理解されてきた⁶⁹⁾。これに対し、通説は、「すべての証人」とは、公判廷で証言する者のみならず、およそ供述証拠を提供する供述者と理解する(このような理解を以下、「実質的証人説」とする)⁷⁰⁾。この理解によれば、証人審問権による規律は広く公判外供述にも及ぶことになる。もっとも、判例が形式的証人説の立場から証人審問権による公判外供述の規律の可能性を排斥しているのかどうかという点は、必ずしも明らかではない⁷¹⁾。たとえば、検察官面前調書の証拠利用を肯定する文脈において、「被告人のため反対尋問の機会を与えていない証人の供述又はその供述を録取した書類であつても、現にやむことを得ない事由があつて、その供述者を裁判所において尋問することが妨げられ、これがために被告人に反対尋問の機会を与え得ないような場合にあつては、これを裁判上証拠となし得べきものと解したからとて、必ずしも前記憲法の規定に背反するものではない⁷²⁾」という形で説示する判例も見られ、形式的証人説の立場から証人審問権による公判外供述の規律の可能性を排除しているとまでは言い切れ

68) 最高裁昭和24年5月18日大法廷判決刑集3巻6号789頁。

69) 平成以降、証人審問権の保障との関係について論じる文脈において最大判昭和24年5月18日を引用した判例として、最二小決平成30年7月3日刑集72巻3号299頁、最二小法廷平成21年6月5日裁判集刑296号539頁、最一小判平成18年10月12日裁判集刑290号499頁、最一小判平成9年3月6日裁判集刑270号401頁などがある。

70) 平野・前掲注(55) 203頁。

71) 小山雅亀「伝聞法則の再構築」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法 下巻』(日本評論社、2007) 818頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法』376頁〔堀江慎司〕(有斐閣、第2版、2018)、大谷祐毅「刑事裁判における公判外供述の証拠使用と証人を審問する権利の役割(1)」法学協会雑誌136巻2号(2019) 306頁。

72) 最高裁昭和27年4月9日大法廷判決刑集6巻4号584頁。

ない。

通説である実質的証人説を前提とした場合には、伝聞法則に加えて証人審問権も公判外供述の規律として機能しうる。そのため、両者の関係性が問題となる。そもそも、実質的証人説は、その問題意識から、刑訴法上の伝聞法則を憲法レベルで保障される証人審問権の趣旨と結びつけることを企図しているものであり、少なくとも被告人の敵性証人による供述との関係においては、伝聞法則の保障する反対尋問権と憲法の保障する証人審問権とが同一視されがちになる。両者が区別されてこなかったことから、証人審問権の問題は、伝聞例外の要件論に吸収される形で議論が進められ、証人審問権の意義は必ずしも十分に分析されてこなかったといえる⁷³⁾。しかしながら、学説上は証人審問権と伝聞法則とを分離して検討することで、両者の関係性や証人審問権の内実を明らかにする必要性が指摘されていた⁷⁴⁾。

この点に関して、とりわけ1990年代以降、証人審問権に関する議論に大きな変化が訪れた。まず、注目されるのは、最高裁平成7年6月20日第三小法廷判決⁷⁵⁾（以下、平成7年判例とする。）が登場したことである。平成7年判例では、証人出廷が予定されている者が、退去強制手続によって本国に強制送還されたために証言できなくなった場合に、その者の供述調書を刑訴法321条1項2号前段によって証拠利用できるかが争点となった。最高裁は、刑訴法321条1項2号前段が「同法三二〇条の伝聞証拠禁止の例外を定めたものであり、憲法三七条二項が被告人に証人審問権を保障している趣旨にもかんがみると、検察官面前調書が作成され証拠請求されるに至った事情や、供述者が国外にいることになった事由のいかんによっては、その検察官面前調書を常に右規定により証拠能力があるものとして事実認定の証拠とすることができるとすることには疑問の余地がある」としたうえで、「本件の場合、

73) 田口守一「証人審問・喚問権と伝聞法則」現代刑事法16号（2000）4頁。

74) 松尾浩也「証拠法の一断面—刑訴法321条1項を中心に」研修334号（1976）12頁、田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、新版、1996）366頁。

75) 刑集49巻6号741頁。

供述者らが国外にいることになった事由は退去強制によるものであるところ、……検察官において当該外国人がいずれ国外に退去させられ公判準備又は公判期日に供述することができなくなることを認識しながら殊更そのような事態を利用しようとした場合はもちろん、裁判官又は裁判所が当該外国人について証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還が行われた場合など、当該外国人の検察官面前調書を証拠請求することが手続的正義の観点から公正さを欠くと認められるときは、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともあり得る」旨判示した(傍点は筆者による)。この判示に対する理解は必ずしも一致しているとはいえないが⁷⁶⁾、従前の伝聞例外の判例と異なり、証人審問権に言及したうえで伝聞法則とは異なる観点から証拠利用が認められない場合もありうる点が注目される。

次に、これに引き続くように、学説において証人審問権それ自体の意義を問い直す研究が蓄積され始めた⁷⁷⁾。特に、証人審問権の内実について、少なくとも、被告人は供述による情報を提供する証人に、事実認定者の面前で、狭義の尋問のほか、物理的対面をも含めた、通常の証人尋問のプロセスを実行する機会をもつとする見解(以下、「証人尋問プロセス保障説」とする。)⁷⁸⁾が有力である⁷⁹⁾。この見解からは、訴追側が公判外供述をその内容の真実性の証明のために提出する場合などで上記プロセスを経ない場合には、当該公判外供述は事実認定の資料とはできないことになる⁸⁰⁾。他方で、

76) 平成7年判決の理解の仕方に関する整理として、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』(有斐閣、第2版、2018)348頁以下参照。

77) 特に、1990年代のものとして、堀江慎司「証人審問権の本質について—アメリカにおける議論を中心に(一)～(六・完)」法学論叢141巻1号1頁～142巻2号1頁(1997)、伊藤博路「伝聞法則の適用範囲に関する一試論(一)～(五・完)」北大法学論集48巻4号(1997)721頁～49巻3号(1998)537頁、多田辰也「証人審問権についての予備的考察」立教法学49号(1998)233頁、山田道郎「証人審問権と伝聞法則」法律論叢70巻4号(1998)23頁など。

78) 堀江・前掲23頁。

79) 古江・前掲注(76)356頁参照。また、酒巻匡「証人審問権と伝聞例外」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、第3版、2002)181頁も「代表的新学説」とする。

80) 堀江慎司「証人審問権の本質について—アメリカにおける議論を中心に(六・完)」法学論叢142巻2号(1997)25頁。

検察官によって、公判外供述の提出と同時に原供述者も公判に喚問されかつ当該供述の内容に関して十分な尋問が行われるか、それが不可能であることが証明された場合には、例外的に公判外供述の証拠利用が許容される⁸¹⁾。

また、近時、新たな見解として、証人審問権を供述証拠の信頼性の事実認定者によるより確実な評価の可能性を趣旨とする権利と捉える見解（以下、「信頼性評価可能性確保説」とする。）⁸²⁾も登場するに至っている。この見解からは、公判段階での事後的な反対尋問を実施しつつ捜査段階等における公判外供述を証拠利用するという場面を想定して、証人審問権による公判外供述への規律が及びうるかの基準も示されている⁸³⁾。この場面においては、公判段階での反対尋問によって批判的な吟味を行う対象は、それ以前の公判外供述時点での知覚・記憶・叙述の正確性である。当該公判外供述時点から反対尋問実施時点までに記憶の時間的離隔があるため、公判段階での事後的な反対尋問は、通常の証人尋問のプロセスに比べて証人審問権の趣旨の体现のレベルが相対的に劣っている。それゆえ、証人の依拠する知覚・記憶・叙述等が変化していたとしても、当初の供述時点における知覚・記憶・叙述等に立ち返って証人が実質的に応答しうる場合には、証人審問権の制約が正当化され、逆に実質的に応答できない場合には、証人審問権による制約が及ぶことになる⁸⁴⁾。このように信頼性評価可能性確保説からは、より具体的に伝聞例外の適用場面での証人審問権の効果も論証されており、司法面接の証拠利用との関係でも注目される。

以上のとおり、公判外供述の規律については、いまだ議論が成熟しているとははいえないものの、証人審問権それ自体の意義とそこから導かれる公判外供述の規律は、伝聞法則のそれとは別次元で登場することがありうると

81) 堀江・前掲。

82) 大谷祐毅「刑事裁判における公判外供述の証拠使用と証人を審問する権利の役割（五・完）」法学協会雑誌136巻10号（2019）136頁。

83) 大谷祐毅「公判における事後的な反対尋問と証人審問権の保障－アメリカ法を参考に」法学84巻1号（2020）1頁。

84) 大谷・前掲36頁参照。

いう一定の到達点に至っている⁸⁵⁾。

2. 証拠利用の方向性

以上のとおり公判外供述に対する規律が存在する中で、司法面接はどのような形で証拠利用できるであろうか。先述の司法面接の当初の目的や児童虐待の事件特性に照らした場合、司法面接 DVD を実質証拠として用いることが基本的な方向性であろう。その場合、刑訴法326条によって被告人が同意する場合を除けば、以下の(1)から(3)の方向性が考えられよう。以下、個別に整理していく。

なお、(1)から(3)のいずれの場合にも、供述者の署名押印の有無も問題となりうる。しかし、判例は、再現写真の署名押印に関して、機械的操作による記録については、当該操作それ自体によって記録の正確性が担保されているとみて署名押印を不要としている⁸⁶⁾。この考え方からすると、司法面接 DVD についても署名押印は不要ということになろう⁸⁷⁾。

(1) 刑訴法321条1項2号前段の検察官面前調書としての利用

まず、想定されるのが、検察官が司法面接を実施してその模様を録音録画した DVD を刑訴法321条1項2号前段の供述不能によって検察官面前調書として証拠利用する方向性である。この場合には、いわゆる供述不能要件を充足する必要がある。

刑訴法321条1項2号前段の供述不能は、裁判官面前調書に関する同項1

85) 後藤・前掲注(58) 28頁も、「憲法上の証人審問権の保障と伝聞証拠禁止原則とは、別の法原則である」とする。他方で、刑訴法320条の伝聞法則自体に手続的公正さを見出す見解も見られる。そのような見解として、小山・前掲注(71) 824頁、松田岳士『刑事手続の基本問題』(成文堂、2010) 1頁以下、斎藤司『刑事訴訟法の思考プロセス』(日本評論社、2019) 339頁など参照。

86) 最高裁平成17年9月27日第二小法廷決定刑集59巻7号753頁。また学説上の理解として、後藤・前掲注(58) 21頁参照。

87) 緑大輔「司法面接結果の公判廷への顕出の可能性」法と心理16巻1号(2016) 39頁、岡田志乃布「判批」警察学論集73巻4号(2020) 177頁。

号の要件と同様の要件である。まず、条文に掲げられた、「供述者の死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいる」といった事由は限定列举でないとい解されており、これらの例に準ずる事由で供述不能ないし喚問不能の場合も含まれる⁸⁸⁾。たとえば、証言拒絶⁸⁹⁾、記憶喪失⁹⁰⁾や性犯罪被害者が泣き出して証言できない⁹¹⁾といった事情がある場合にも供述不能要件が充足される。司法面接との関係では、児童虐待の被害児童が精神的に強いダメージを受けPTSD等を発症しているような場合に供述不能を認めうるとする見解⁹²⁾や、証人尋問を受けることで児童虐待の被害児童に二次被害が発生し、精神的障害を生じる可能性が認められる場合には、心理的に供述不能となりうるとの見解⁹³⁾も見られる。後者の見解は、刑訴法150条1項の証人としての出頭拒否の「正当な理由」があり、召喚したうえで勾引するという手段をとることができなかったことを1つの考慮事情として供述不能を認めた裁判例⁹⁴⁾を参考に、尋問前の精神状態や尋問による弊害、証言能力への疑義などを理由として供述不能該当性を判断する余地を認めようとするものである⁹⁵⁾。

ただし、先述のとおり、刑訴法321条1項2号前段の供述不能の場合については、検察官が訴訟の当事者であるという点から裁判官面前調書と同様に証拠能力を認めることには強い反対がある。それを踏まえると、司法面接の証拠利用の場面においてこの方向性を検討する際にも供述不能要件に該当するか否かの検討には慎重を要するといえよう。上記見解も、「正当な理由」

88) 河上ほか・前掲注(55)498頁〔香城敏磨＝朝山芳史〕、松尾浩也監修『条解 刑事訴訟法』(弘文堂、第4版増補版、2016)852頁。

89) 最高裁昭和27年4月9日大法廷判決刑集6巻4号584頁。

90) 最高裁昭和29年7月29日第一小法廷決定刑集8巻7号1217頁。

91) 札幌高裁函館支部昭和26年7月30日判決高刑4巻7号936頁。

92) 岡田・前掲注(87)189頁。

93) 緑大輔「刑事手続における司法面接結果の録音録画媒体の使用—いわゆる代表者聴取を中心として」法律時報92巻3号(2020)43頁。

94) 東京高裁平成20年8月20日判決東高(刑事)時報59巻1～12号74頁。

95) 緑・前掲注(87)39頁および緑・前掲注(93)43頁参照。

の有無を通じた供述不能の判断は単に公判時に認められれば足りるものではなく、将来において供述可能となる見込みがないか否かという観点から判断されるべきであり、公判開始前に当該児童が証言できないという事態に陥る可能性が低い時期の有無やそれがいつかを見定めたうえで、審理計画を立てることが重要であると留保する⁹⁶⁾。

また、この方向性では、検察官による司法面接の実施が前提となるが、「検察官」という立場との関係で司法面接のインタビュアーを務めることが妥当であろうか。本来的に司法面接が自由報告を基調として誘導暗示を排除して正確な供述を獲得することを目的とするところ、検察官は捜査を行う立場にあり、刑法上の構成要件該当事実の有無について確認するインセンティブがある⁹⁷⁾。すると、そのようなインセンティブを持つ検察官が聴取しようとすることで、必要以上に質問が増える、あるいは詳細になっていく可能性があるだろう。このほかにも年少者が、インタビュアーである検察官がどういった立場の者かについて認識していた場合には、有罪になるような方向で話をしなければならないといった形での誘導暗示の影響もあり得るのではなかろうか。さらに、本来的な課題として、司法面接インタビュアーについてはその専門性・資格の十分性についても検討を要する課題である⁹⁸⁾。現在でも、たとえば、検察官の NICHHD プロトコルによる面接において、同プロトコルでは使用が認められない人形等を使用するといったことも生じているとされており、司法面接全件において適正な聴取がなされているか疑問も向けられている⁹⁹⁾。このような課題も含め、訴訟の一方当事者である検察官がインタビ

96) 緑・前掲43頁。

97) 緑・前掲注(87) 38頁。笹倉香奈「司法面接の現状と刑事弁護上の注意点」季刊刑事弁護 105号(2021) 155頁も「検察官は事件の捜査・訴追を行う立場にあり、中立的な面接官の立場にあるとはいえない」としている。

98) 上宮愛ほか「録画された子どもへの面接—証拠としての価値と法廷における問題」法と心理 10巻1号103頁〔岡田悦典〕(2011) 参照。

99) 山田・前掲注(39) 306頁、笹倉・前掲注(97) 155頁。ただし、プロトコル自体が発展途上であるところ、これらは、信用性判断の一考慮事情となるプロトコルの遵守度合いを消極方向に解する事情となりうるという限度の指摘であり、人形の使用自体が絶対的に許されないという趣旨ではないと解される。

ユアーとなることが妥当かについては慎重な検討を要するといえよう¹⁰⁰⁾。

(2) 刑訴法321条1項2号後段の検察官面前調書としての利用

検察官面前調書としての証拠利用の方向性は、(1)のほかに刑訴法321条1項2号後段による場合がある。この場合には、「公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか」、「実質的に異なつた」供述をしていること（以下、まとめて「相反性」とする。）と、「公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況」が存在すること（以下、「相対的特信情況」とする。）を充足する必要がある。本号については、公判証言と検察官面前調書における供述とで相反している場合には、①検察官が相反している点について十分質問していずれが真実に近いかを明らかにすべきであって、かつそれが多くの場合に可能であること、②被告人が検察官面前調書の内容について十分に反対尋問をすることができることから、当該調書に関する質問によって反対尋問に代わるような信用性の吟味が行われれば、必要性を考慮したうえで証拠利用が許容される¹⁰¹⁾。

各要件のうち、第1に、相反性については、前の供述との間に実質的な食い違いが存在する場合を指し、多少なりとも事実認定に差異を生ずる可能性があることを要する¹⁰²⁾。これまでには、強姦事件の被害者が検察官面前調書では順序だって詳細な供述をしているのに対して公判証言では断片的で脈絡不明瞭で被害状況が明確でない供述をするに至った場合¹⁰³⁾や、前の供述の方が詳細で後の公判供述の方が断片的であっても、後の供述では前の供述によって認められるような具体的事実の認定が困難な場合¹⁰⁴⁾に、相反性が肯定されている。司法面接の証拠利用との関係では、相反性要件があること

100) 後藤弘子「児童虐待とその刑事的対応」刑法雑誌59巻3号523頁においても、現在実施されている被虐待児からの供述採取が「司法面接『的』手法」である旨指摘されている。

101) 河上ほか・前掲注(55)502頁〔香城敏磨＝朝山芳史〕。

102) 平場安治ほか編『注解 刑事訴訟法(中)』747頁〔鈴木茂嗣〕(青林書院、全訂新版、1982)、松尾・前掲注(88)857頁。

103) 東京高裁昭和31年4月17日判決高刑特3巻8号412頁。

104) 福岡高裁昭和31年2月15日判決高刑特3巻5号161頁。

から、いずれかの段階で被害児童に対する証人尋問を実施することが前提とされている点が重要であろう。先述のとおり¹⁰⁵⁾、年少者供述の問題対応としても極力聴取が複数回にわたらないことが重要と考えられているところ、(2)の方向性による場合、児童は司法面接と証人尋問の少なくとも2回の聴取を受けることが前提となる。

また、相反性要件と関連して、供述の一部が相反している場合に、検察官面前調書の中のどこまでについて証拠利用すべきかという証拠採用の範囲が問題となりうる。学説上、公判供述との相反部分に限定されるとする制限説と、検察官面前調書全体を証拠利用すべきとする無制限説との対立がある。制限説は相反していない部分について伝聞証拠として採用する必要性が欠けることを理由に証拠採用の範囲を相反部分に限定する¹⁰⁶⁾。これに対し、実務上、無制限説による取扱いが多いとされるが、これは①相反部分に限定することが困難であること、②相反しない部分を証拠として採用しても実質的な弊害が生じないことなどを理由としている¹⁰⁷⁾。そのため、相反部分がそれ以外の部分と可分である場合には検察官面前調書中の相反部分に限定し、不可分である場合には検察官面前調書全体を証拠採用すべきであるとの理解がありうる¹⁰⁸⁾。

司法面接の証拠利用の場合には、司法面接DVDの活用が想定されるところ、供述内容それ自体の不可分性もさることながら、仮に可分であるとしても録音録画記録媒体を編集することの当否が問題となると考えられる。また、司法面接は一定程度構造化されたプロトコルを遵守しているかどうかで供述の信用性判断の評価が変わりうるところ、その過程の一部を切り取るのは、

105) 本稿I参照。

106) 小田中ほか・前掲注(55)309頁〔川崎英明〕。裁判例として、大阪高裁平成10年12月9日判決判タ1063号272頁。なお、伊丹俊彦＝合田悦三編『逐条実務刑事訴訟法』(立花書房、2018)883頁〔高橋康明〕は、「相反部分及びこれと密接不可分な部分に限って採用するのが相当」とする。

107) 河上ほか・前掲注(56)599頁〔中山義房〕参照。裁判例として、東京高裁昭和30年8月8日判決高刑8巻5号723頁。

108) 河上ほか・前掲〔中山義房〕参照。

面接手法の特性に馴染むものとは言えないであろう¹⁰⁹⁾。

第2に、相対的特信情況については、検察官面前調書における公判前の供述と公判準備ないし公判期日における供述を比較したときに、前者の方が「信用すべき特別の状況にある」と言える場合にこれが充足されたことになる¹¹⁰⁾。その判断基準について、専ら供述内容の信用性に求める見解¹¹¹⁾や、供述時の外部的付随事情に求める見解¹¹²⁾があるが、判例上は、必ずしも外部的な特別の事情によらず供述内容自体によって特信性を判断することができるとされており、その際には他の証拠と併せて当該検察官面前調書の内容を判断資料とすることもできると解されている¹¹³⁾。相対的特信情況については、先述のとおり、あくまで公判前の供述と公判等における供述との比較によって判断されるところ、実務においては後者の供述が信用できない状況であることから要件充足が認められることが多いとされている¹¹⁴⁾。これまで、日時の経過による著しい記憶の減退が見られる場合¹¹⁵⁾、被告人や利害関係人との関係から供述者が畏怖している場合¹¹⁶⁾などに、要件充足性が認められてきたほか、心身の故障による記憶の減退・変化といった事情がある場合にも要件充足性が認められうる¹¹⁷⁾。これに対して要件充足性が認められなかった場合として、検察官が供述者の真の氏名・住所を知りつつ後難を恐れる供述者の申し出によって虚偽の氏名・住所を調書に表示した場合¹¹⁸⁾、検察官に対する供述が検察官の脅迫と利益約束に基づく疑いのある場合¹¹⁹⁾

109) 緑大輔「司法面接によって得られた供述の証拠能力と信用性 裁判例の状況」季刊刑事弁護 105号(2021) 159頁。

110) 松尾・前掲注(88) 858頁。

111) 名古屋高裁昭和24年10月12日判決判特2号36頁。

112) 河上ほか・前掲注(56) 603頁〔中山義房〕参照。

113) 最高裁昭和30年1月11日第三小法廷判決刑集9巻1号14頁。

114) 伊丹=合田・前掲注(106) 884頁〔高橋康明〕。

115) 札幌高裁昭和25年12月15日判決判特15号188頁参照。

116) 福岡高裁昭和27年9月25日判決判特19号117頁、東京高裁昭和34年2月25日判決東高(刑事)判時10巻2号130頁など。

117) 松尾・前掲注(88) 859頁。

118) 大阪高裁昭和38年1月24日判決高刑16巻1号10頁。

119) 大阪高裁昭和41年11月28日判決下刑8巻11号1418頁。

などがある。

このように、相対的特信情況は、あくまで検察官面前調書中の供述と公判証言との、供述内容や供述時に付随する外部的事情による比較によって判断されるものであることから、基本的には、司法面接の証拠利用の場面においても個別の事情に依拠する部分が多いと考えられる。あえてその際の事情を想定してみるならば、たとえば、事件発生から司法面接実施までの時間的離隔の度合い、司法面接実施時までににおける児童に対する誘導・暗示を排除する措置の有無¹²⁰⁾が挙げられよう。このほか、次の(3)の方向性の場合のように面接手法の妥当性という事情も衡量事情の一つに数えられるものと考えられる。

また、面接官を検察官とすることが妥当かという問題は、前記(1)の方向性と同様に当てはまる。

(2)の方向性については、近時、大阪高裁令和元年判決で裁判所の判断が示されているため、司法面接の証拠利用との関係については、Ⅲにおいて具体的な判断内容について整理する。

(3) 刑訴法321条1項3号の書面としての利用

さらに想定されるのが、心理学者等の専門家が司法面接を実施してその模様を録音録画したDVDを刑訴法321条1項3号の書面（以下、「3号書面」とする。）として証拠利用する方向性である¹²¹⁾。同号は、供述不能要件と「犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」と認められること（以下、「不可欠性要件」とする）、当該供述が「特に信用すべき状況の下にされたもの」

120) 例えば、緑・前掲注(109)158頁は、「事件発生時から時間的間隔が長いにもかかわらず、司法面接において年齢不相応に詳細な供述を行っている場合には、その事実自体が相対的特信情況を疑わせることもあるのではないか」と指摘している。また、事件発生後できる限り早期の段階で検察官が面接を実施するためには、大阪高裁令和元年7月25日判決の事実において見られるような警察官との事前の連携が重要になると思われる（本稿Ⅲ参照）。

121) この方向性による場合には、警察官が司法面接を実施することも想定されうるが、検察官がインタビュアーを務めることと同様の問題が生じうると考えられるため、本稿ではひとまず心理学者等の専門家がインタビュアーを務めることを念頭に置く。

であること（以下、「絶対的特信情況」とする。）を要件とする。

供述不能要件については、同項1号および2号による場合とその内容は同一であり¹²²⁾、前記(1)で言及したとおりである。

不可欠性要件は、当該書面記載の供述を証拠とするか否かにより事実認定に著しい差異・影響を生じさせる可能性があると外形的に認められることを要するものである¹²³⁾。これは、それによって有罪か無罪かが決まるといえるほど狭くはなく、犯行の誘因、犯行後の情況などに関する場合でも、事実認定に著しい差異をもたらす、ひいては量刑に大きな差を生じさせるようなときは、要件充足が認められる¹²⁴⁾。不可欠性要件は実際にどのような供述が獲得されているかに依拠して判断される。児童虐待事例において司法面接を証拠利用する場合には、目撃者がいない中で被害児童から被害状況についての具体的な供述が得られる場合などには、要件充足が認められよう¹²⁵⁾。

絶対的特信情況は、同項2号と同様に供述時の特信情況を求めるものであるが、同項2号とは異なる内容のものである。すなわち、同項2号のように比較すべき前の供述が存在しないため、絶対的な事情でなければならず、供述内容の信用性を担保する、供述時に付随する外部的事情の存否が問題となる¹²⁶⁾。供述の動機・態様がごく自然な場合や、臨場の発言、事件直後における衝動的発言など逆に異常な事態の場合に要件充足が認められうる¹²⁷⁾。このほか、国際捜査共助の場面で外国において黙秘権告知や偽証の制裁、公証人の面前等の一定の条件下で作成された供述書面に証拠能力が認められうる¹²⁸⁾。

122) 河上ほか・前掲注(56) 608頁〔中山義房〕、松尾・前掲注(88) 856頁、861頁など。

123) 松尾・前掲861頁、伊丹＝合田・前掲注(106) 884頁〔高橋康明〕、酒巻・前掲注(59) 557頁。

124) 松尾・前掲。

125) 緑・前掲注(87) 39頁。

126) 松尾・前掲注(88) 861頁。

127) 江家・前掲注(66) 74頁以下、酒巻・前掲注(58) 558頁。

128) 最高裁平成12年10月31日第二小法廷決定刑集54巻8号735頁、最高裁平成23年10月20日第一小法廷判決刑集65巻7号999頁。

司法面接の証拠利用との関係では、ラポール形成後に自由報告を求めるという手法を用いた実験例の蓄積があることから、そのようにルール化された手続には実証的に特信情況があると認定する基礎が存在するとも評されている¹²⁹⁾。実際に要件充足について判断する際には、司法面接の準備および実施状況それ自体に対する評価が問題になるものと思われる。たとえば、司法面接が実施されるまでの間に児童虐待の被害児童に対して暗示や誘導を行わないような適切な指示がなされているか、面接実施に際してプロトコルの遵守がなされているかなどが考慮事情となりうるといえよう。

(4) その他の方向性

ここまで刑法321条1項2号および3号に基づく証拠利用の可能性とその課題について整理してきたが、他の発想も一応ありうる。たとえば、前記1. のとおり、公判外供述の証拠利用に関して、当該供述が公平な第三者たる裁判官の面前でなされていることに信用性の情況的保障が相当程度認められることも踏まえると¹³⁰⁾、本来的には証拠保全の発想から裁判官の面前で司法面接を実施するという方向性もありうるように思われる。具体的には、刑法227条ないし228条による第1回公判期日前の証人尋問請求をしたうえで、①証人尋問を実施して刑法321条1項1号の裁判官面前調書として証拠利用する方向性、あるいは②刑法157条の4に基づくビデオリンク方式による証人尋問を実施して刑法321条の2によって証拠利用する方向性が想定される。これらの場合には、証人尋問の場において司法面接の手法を活用することが目指されよう。

ただし、これらの方向性をとる場合、そもそも司法面接の手法によって尋問を行うことが規則上あるいは実際上可能かという疑問がある¹³¹⁾。また、

129) 緑・前掲注(87)39頁。

130) 本稿Ⅱの1.(1)参照参照。

131) 緑・前掲注(93)45頁以下では、司法面接DVDを主尋問代替で用いなかった場合を念頭に、子どもへの証人尋問のあり方について検討されている。

刑訴法227条が「第二百二十三条第一項の規定による検察官、検察事務官又は司法警察職員の取調べに際して任意の供述」をしていることを前提としていることからすると、可能な限り誘導を排除して少ない回数の聴取で済ませようとする司法面接の手法との関係で妥当なものとは言えない可能性がある。

さらに、司法面接を実施するのが心理学者等の専門家の方が望ましいと考えた場合には、証人尋問の場で当該専門家が司法面接を実施するという方向性も想定される。しかしながら、現行法において裁判官や当事者、証人のほかに証人尋問の際に公判廷に登場しうるのは、刑訴法157条の4の付添人か、刑訴法175条以下の通訳人である。付添人については、裁判官若しくは訴訟関係人の尋問若しくは証人の供述を妨げたり、その供述の内容に不当な影響を与えたりするような言動をしてはならず、供述することを促すことも原則的には許されない¹³²⁾。また、通訳人については、裁判所、訴訟関係者と被告人間のコミュニケーションの媒介者としての役割を有しており、実質的には裁判所の補助機関的な役割を担うものと捉えられているが、現行法下ではあくまで「国語に通じない者」もしくは「耳の聞えない者又は口のきけない者」に限定された制度である。そうすると立法論としては格別、解釈論としてはこのような方向性をとることもできない。

3. 小 括

ここまで、公判外供述の規律に関する議論を整理し、司法面接の証拠利用の方向性について整理してきた。司法面接の証拠利用との関係で重要なのは、特に刑訴法321条1項2号から3号の伝聞例外に該当するかである。先に整理した一定の場合においては、伝聞例外に該当しうるといえよう。伝聞例外規定に基づいて司法面接を証拠利用する方法については、現実的な可能性からすると、検察官が司法面接を実施する場合と心理学者等の専門家が司法面接を実施する場合とが考えられる。前者に関しては検察官がインタビュアー

132) 松尾・前掲注(88)325頁。

を務めること自体について検討を要する。また、いずれの場合においても特信情況の要件充足性を検討するにあたって、講じられる司法面接の手法自体の妥当性が正面から問題とされうる。

また、伝聞例外要件の充足とは別に理論的にはさらに検討を要する。伝聞法則とは別個に、証人審問権も公判外供述の規律として機能しうるからである。証人審問権の射程について、通説は、実質的証人説に立って証人審問権による規律を広く公判外供述にも及ぶものと理解することで、伝聞法則と証人審問権を結び付けてきた。これに対して、平成7年判例の登場や、学説において証人審問権それ自体の意義を問い直す研究が蓄積され始めたことなどの議論動向を見ても、伝聞例外として公判外供述の証拠利用が認められる場面において、それとは別に証人審問権によって証拠利用が認められないことがあり得よう。そのため、被告人の防御権保障の観点からは、司法面接の証拠利用の場面においても、①伝聞例外の要件を充足するかを検討したうえで、②証人審問権の保障との関係について検討するという思考過程が必要となろう。

Ⅲ 大阪高裁令和元年7月25日判決について

ここでは、刑事訴訟法321条1項2号後段によって司法面接DVDが証拠採用された初めての事例と思われる、大阪高裁令和元年判決について整理する¹³³⁾。本件は被害児童と面識のない者による暴行事件であり、児童虐待事件ではない。しかし、被害児童からの供述獲得という共通点に照らして、児童虐待事件においても参考になろう。

1. 事実概要

平成30年4月某日、被害女児（事件当時10歳）が、学校から自宅マンショ

133) 本判決を紹介する論稿・評釈として、岡田・前掲注(87)169頁、黒澤睦「判批」法学教室485号(2021)162頁、緑・前掲注(109)157頁。

ンに帰り、1階エントランスでエレベーターを待っていたところ、知らない男が急いで階段を上がるのを目撃した。被害女兒はエレベーターに乗り、10階と11階の間のエレベーターホールで降りたところ、そのまま階段を降りて10階にある自宅に向かう途中、被告人から本件暴行を受けた。被害女兒は、帰宅直後、母親に泣きながら、被害を申告し、母親が110番通報した。通報後に臨場した者らを含め初動捜査の担当警察官らは、検察官と事前協議を実施し、ここでの協議に基づいて聴取を差し控えた。事件の3日後に、司法面接の手法によって検察官による被害女兒の事情聴取が行われた。その際に、被害女兒からは、「20歳から30歳くらいの人、身長は分からない、やせている、たぶんグレーのパーカーを着ていた、黒っぽいズボンを履いていた、髪の毛は黒色で短髪、マスクはしていなかった、黒色っぽい眼鏡を掛けていた、帽子はしていなかった気がする、かばんは分からない」との供述が得られた。

その後、被告人は、暴行罪により起訴された。公判においては、事件から6か月後に、被害女兒の証人尋問を実施したところ、「学校から帰り、マンション1階エントランスでエレベーターを待っていた。知らない男の人が急いで階段を上がっていった。エレベーターを降りて、10階玄関前まで階段を下りると、1階のところで見た男の人が急いでやってきた。男の人が自分の後方に来て、上半身付近の前側を手の平で触られた。びっくりして『やめて』と言ったら、急いで階段を下りていった」との証言が得られた。他方で、犯人の特徴については、その一部以外について覚えていない旨繰り返した。そこで、検察官は、前記聴取を行った際の録音録画DVD（以下、「司法面接DVD」とする。）添付の捜査報告書を刑事訴訟法321条1項2号後段に基づいて証拠調べ請求し、第一審裁判所はこれを証拠として採用した。

第一審判決¹³⁴⁾は、被告人を有罪と認定したが、その認定に際して司法面接DVDの証拠採用を認めた。当該証拠の採否に関して、犯人の特徴に関する被害女兒の公判供述が曖昧に変容している点、司法面接DVDにおける犯

134) 大阪地裁平成31年3月7日判決公刊物未登載。なお、第一審の判決原文が未公開であることもあり、捜査の具体的な経緯は、不明である。

人の特徴に関する供述部分と実質的に異なる点から相反性を認め、また、時間経過による記憶減退、被害者にとっては通常忘れてしまいたい出来事であるといった事情に加え、公判供述と比べ、司法面接 DVD における供述が、事件発生から3日後に暗示を与えない方式での聴取で獲得されている点を指摘し、「本件の司法面接 DVD は〔刑事訴訟法〕321条1項2号後段の要件に該当する」とした。

これに対し、被告人側は、捜査報告書の証拠採用に係る法令違反、被害女児の証言・報告書供述の信用性が無いなどとして、控訴した。

2. 判 旨

控訴審・大阪高裁は、被告人側の主張をいずれも退け、控訴棄却した（確定）。以下では、特に司法面接の面接結果の証拠採否に関わる箇所を中心として判決理由を整理する。

(1) 相反性について

大阪高裁は、被害女児の本件原審における証言について、「〔当該〕犯人および人物がいずれも黒い髪の男性であったと述べる以外に特徴を挙げられず、覚えていないとの答えを繰り返すもの」とした。これに対し、司法面接報告書の供述については、「年齢層、体格、服装等の全般にわたり、より具体的な特徴を挙げるもの」とした。そのうえで、「双方の供述は、共通して、1階で見た人物と犯人が同一である旨述べるものではあるが、その供述内容が、原審証言のとおりになぜか特徴を挙げることしかできないものであれば、被害女児の供述以外に有意な証拠が存在しない構造の本件において、1階で遭遇した人物、すなわち、被告人と犯人が同一であるのかどうかの判断は相当曖昧にならざるを得ない。他方、人物の特徴をより具体的に挙げる司法面接報告書の供述に依拠できる場合には、被告人との同一性の有無の認定が、相当に進展するものと考えられる。そうすると、双方の供述は、実質的に異なる認定を導く関係性にあるといえるのであって、時系列上、先に現れ

た司法面接報告書の供述は、刑訴法321条1項2号後段所定の実質的な相違の要件を満たす供述であると認められる」として、相反性を肯定した。

(2) 相対的特信情況について

大阪高裁は、相反性要件を充足しない以上相対的特信情況の有無も判断できないはずであるとの被告人側の主張を退けたうえで、司法面接報告書の供述が相対的特信情況の要件を「十分に満たすものと認められる」とした。

まず、大阪高裁は、当該司法面接報告書の供述について、本件発生後の3日後に女性検察官が被害女兒と二人きりで応対していることや、集中力が保たれる限度内と考えられる約1時間20分の時間枠での供述であること、録音録画により記録化されていること、担当検察官の応対の仕方や要点となる事柄をすぐ近くのボードに貼り付けた白紙に平仮名で書き込んでいたことなどの本件面接の模様について分析する。そのうえで、「このようにして被害の模様等に係る核心部分の、供述がはばかれる事柄について能動的な説明を得ているが、他方で、女兒の上半身を触ったという犯人の手の動きについて、身振り手振りによる説明のほか、人形を用いた説明を交えてみても、女兒の供述が細部において具体的なものにならないでいると、時間枠の終盤に差し掛かっていた折柄、担当検察官はそれ以上に供述の具体化を迫るやり取りを試みないで聴取を終えている。この点は、犯人の行為が強制わいせつ罪に該当するか、あるいは暴行罪にとどまるかの分岐点に関わる重要な事柄であったが、担当検察官は、より重い罪名に見合う供述に発展させようと固執することのないやり取りにとどめたと認められる」とする。これに加え、司法面接の実施に至るまでの誘導や暗示の排除の徹底具合を指摘し、「このような条件整備を経て得られた司法面接報告書の供述は、被害女兒の記憶が鮮明に残る中、信用性の情況的保障を備えつつ得られたものと認められる」とした。

次に、大阪高裁は、被害女兒の原審証言について、共同住宅に設置の防犯カメラ映像を被害女兒に見せるなどの情報開示はなく、母親らの家族も捜査機関の助言に従って被害模様等を尋ねることはしないよう努めたことを踏ま

えたものであることを指摘する。そのうえで、原審証言の内容が、前記(1)にあるように、犯人性に関する一部情報を除いて記憶がない旨を繰り返しており、このことは検察官による再主尋問において司法面接報告書の供述内容の要点を提示しながら尋問をしても変わらなかったことを指摘する。これらを踏まえ、「このような原審証言における供述内容は、被害女児の年齢、事件発生からの時の経過、そして捜査機関及び家族ら周囲の者が被害女児に対する事件関連の接触ないし情報の伝達を極力避けるように努めたことなどに由来して、被害女児の記憶が刺激を受けることなく薄れていったことを反映しており、まさに記憶の減退を示すものといえる」とする。

そのうえで、「司法面接報告書の供述と原審証言とを比較すると、相対的にみて、前者の供述が得られた状況の方が、その供述の信用性をよく確保するに足る情況的保障があると認められ、すなわち、刑訴法321条1項2号後段にいう特別の状況があると認められるのであり、同旨をいう原判決の説示は正当である」と判示した。

(3) 証拠採用の範囲について

また、弁護人からの「刑訴法321条1項2号後段に基づき、司法面接報告書を証拠採用する場合も、同条項を含めて規定されている伝聞法則の本来の趣旨に照らせば、原審証言との相反部分に限定して採用すべきである」旨の主張に対して、大阪高裁は、「当該人物の行動状況及び被害女児自身の行動状況について、司法面接報告書の供述は、複数の場面にまたがって説明が並んでいる」と指摘したうえで、「司法面接報告書のその余の供述部分は、人物の特徴を述べる供述部分の信用性評価のために一体として判断に用いられる構造のものであり、不可分の証拠といえるのであるから、全体を証拠採用すべき必要性が認められ、また、そのような措置が伝聞法則の潜脱につながるともいえない以上、証拠採用の許容性が認められる」とし、「司法面接報告書の全体を証拠採用した原審の措置は、上記の証拠採用の必要性及び許容性を反映した正当なものと認められる」と判示した。

3. 本判決の分析

本件では、捜査段階で検察官が司法面接を実施した上で、公判段階で証人尋問を実施し、刑訴法321条1項2号後段を根拠として（本稿Ⅱの2.における(2)の方向性で）、司法面接報告書の供述、実質的には当該司法面接DVDを実質証拠として利用することの可否が問題となった。

まず、本判決は、公判証言と司法面接報告書の供述とを比較して後者が前者に比べ具体的であることから、「被告人との同一性の有無の認定が、相当に進展するものと考えられる」とし、相反性を肯定している。本件では、事件発生から6か月後の公判での供述において、一部の事実を除いて「覚えていない」と繰り返されており、特に被害者供述以外の有意な証拠がないこともあり、公判供述のみでは被告人の同一性に関する判断が相当曖昧になる状況にあった。これまでも性犯罪の被害者が公判廷では十分に供述できなかった場合¹³⁵⁾に相反性要件の充足が肯定されており、本件における判断の仕方や結論自体は、従前の要件充足性の判断とかけ離れたものではないといえよう。また、証拠採用の範囲については、司法面接報告書における供述が不可分であるとの理由から、検察官面前調書全体を証拠採用した原審判断が是認されている。前記Ⅰの2.のとおり、司法面接は、その聴取法においてゆるやかに構造化されたプロトコルが用いられるものであり、聴取者がプロトコルを遵守しているという事情は供述の信用性を担保する一事情となる。このような司法面接における供述の信用性担保の特性を踏まえ、司法面接における供述を相反部分に限定せずに採用することとしたのであろう。

次に、相対的特信状況についてである。本判決は、司法面接の実施時期や環境等の条件、暗示や誘導なく正確な情報を聴取するために面接の各過程で行われたこと、司法面接の準備段階からとられた誘導暗示の排除策について指摘して「司法面接報告書の供述は、被害女兒の記憶が鮮明に残る中、信用

135) 本稿Ⅱの2. (2)参照。

性の情況的保障を備えつつ得られた」と評価した。より具体的には、事件発生から3日後に司法面接が実施されていることから被害記憶の鮮明な時期の供述であると評価している。他方で、公判での証言については、「記憶の減退を示すものといえる」と評価し、両者を比較して相対的特信状況を肯定した。本件では、事件発生から司法面接の実施までに3日という時間的離隔があるものの、これは決して長いものではなからう¹³⁶⁾。

本判決は、司法面接の特徴（ラポール形成や自由報告）が堅持されているという積極的な姿勢の評価に加え、被害の核心部分について能動的な供述が得られた後において、被害児童の供述が細部において具体的にないとしても検察官がそれ以上に供述の具体化を迫っていないという消極的な姿勢も踏まえて、誘導しようとしなかったと評価している。他方で、本件では、どのようなプロトコルが用いられたかは不明であり、また被害供述を引き出すには至らなかったものの、一部で人形が用いられているという事情、一般的に「年齢×5分」とされている面接時間の目安を超過した約1時間20分におよぶ面接時間だったという事情も見られ、これらの事実に対する評価については、司法面接の手法に照らして異論もありえよう¹³⁷⁾。また、判決文において、司法面接のプロトコルで必要とされる全事項に言及したわけでもないことには注意を要する¹³⁸⁾。

このほか、本件では、検察官との事前協議に基づいて初動捜査の担当警察官らが被害女児に対する聴取を差し控え、被害女児の母親にも当該児童に被害に関して尋ねることを差し控えるよう伝達される等、司法面接外での暗示や誘導排除方策を徹底していたことが特信状況判断の事情とされている。司法面接の実施に当たって懸念される事項の1つが、面接の実施に至るまでの誘導暗示の影響であるところ¹³⁹⁾、当該事項への配慮徹底が特信状況判断の

136) 緑・前掲注(109)158頁も参照。

137) 本稿Ⅰの2. 参照。

138) 岡田・前掲注(87)188頁。

139) 性犯罪に関する刑事法検討会「第3回会議事録」〔後藤貞人弁護士発言〕26頁以下（令和2年7月9日）(<http://www.moj.go.jp/content/001325865.pdf> 最終アクセス日：2021年6月

基礎事情とされていることは実務上も重要とされている¹⁴⁰⁾。

Ⅳ 若干の検討

ここまで、年少者供述の問題とそれに対応する司法面接の特徴を分析し、現行法における証拠利用の方向性や現在に至るまでの実務動向などを整理してきた。以下では、これらの整理を簡単に振り返りつつ、現在の実務動向や現行法における証拠利用の妥当性について若干の検討を試みる。

1. 司法面接の特徴と証拠利用の課題

本稿Ⅰの1.において整理したとおり、年少者供述の問題は多岐にわたるが、特に供述特性として迎合性や被暗示性が高いことから供述が変容するという問題が指摘されてきた。とりわけ、本稿の射程とする児童虐待の被害児童を念頭に置いた場合には、事件の認知から公判での証人尋問に至るまで繰り返し事件について聴取を受けることで、事件のフラッシュバックやトラウマが生じ、二次被害が発生してしまう危険性も認められる。このような問題に対応できるように、司法面接は、自由報告を基調として構造化された面接手法を用い、また早期に1度だけ面接を実施してこれを録音録画することで、これらの問題や危険性を回避できるような聴取法になっている。司法面接は、①供述者の保護（児童虐待の被害児童を想定する場合には被害者保護）と②正確な情報獲得の機能を兼ね備えた面接手法であるとえいよう。

他方で、司法面接については、刑事手続での証拠利用を想定した場合には留意すべき点もあると思われる。まず、正確な事実認定という観点からは、司法面接の限界が挙げられよう。司法面接は、種々の工夫を凝らすことで、できるだけ暗示・誘導の影響を受けていない状態での供述を獲得することを企図した方法である。それゆえ、司法面接のプロトコルを遵守して供述を獲

12日) 参照。

140) 岡田・前掲注(87)188頁。

得したからといって供述者の言ったことがすべて正しいというわけではないのである。また、司法面接はあくまで自由報告を基調としており、抽象的なレベルとしては虚偽供述の場合に対応するのが困難といえるのではないだろうか¹⁴¹⁾。たとえば、通常であれば客観証拠と供述内容をすり合わせていくことである程度その真偽を確かめることが可能と思われるものの、とりわけ児童虐待事例においてはそのようなことが困難な場合もあるのではなかろうか。少なくともそのような限界は意識したうえで証拠利用がされるべきであろう。

現在では検察官が司法面接のインタビュアーを務めることが多いが、先述のとおり、検察官はあくまで捜査を行う立場にあり、訴訟の当事者でもある。また、研修を受けた者が実施しているとはいえども、心理学の専門家とは言えない。そうすると、現実の問題が生じているか否かに関わらず、司法面接の証拠利用にあたっては、検察官がインタビュアーを務めるよりも、訴訟上中立的な立場でもある心理学の専門家がインタビュアーを務めるほうがより望ましいと言うことができよう。

次に、被告人の防御権保障との関係である。司法面接は多機関連携で実施されているところ、そこに弁護人が参加することは想定されていない。また、証拠利用の方向性はいくつかあるものの、それらはいずれも被告人側の反対尋問を実施しない、あるいは実施するとしても公判段階で実施することが想定されている。しかしながら、年少者の供述については、周囲からの影響を受けることを避けるために事件発生後早期に獲得されるべきとされている。それにもかかわらず、反対尋問のみ数か月以上後の公判で実施される状況は、正確な事実認定を行うという見地からも、被告人の防御権保障の見地からも問題がありうるのではないだろうか。

他方で、公判外供述に対する規律に関する議論は、証人審問権と伝聞法則との関係もさることながら証人審問権の保障内容それ自体についてもいまだ

141) 性犯罪事例において被害者が虚偽の供述をした事例として、性犯罪に関する刑事法検討会・前掲注(139)24頁以下〔後藤貞人弁護士発言〕参照。

議論の決着がついていない。しかしながら、先述のとおり、証人審問権の保障内容については、伝聞法則によって保障される反対尋問権と同視する発想が見られたところ、証人尋問プロセス保障説や信頼性評価可能性確保説が登場するに至っている。平成7年判例の登場をも踏まえるならば、証人審問権は、単なる反対尋問権の保障にとどまらないものであるとの理解が判例においても学説においても有力であるといつてよいであろう。具体的な保障内容については近時の見解の中でも理解のわかれるところではあるが、正確な事実認定の要素に加えて手続的な公正さの要素を兼ね備えているという思考自体はいずれの理解においても共通しているといえよう。すると、司法面接の証拠利用との関係では、被告人の反対尋問が実施されないまま利用されること、あるいは反対尋問だけ事件発生から相当程度時間が経過した時点で実施されることについて、手続的な公正さに資するかという観点から検討することが重要であると思われる。すなわち、司法面接が証拠利用される際には、伝聞例外該当性に加え、憲法37条2項前段に反しないか、証人審問権の保障を切り崩していないかが問題とされるべきであると思われる。

近時有力とされている証人尋問プロセス保障説も、信頼性評価可能性確保説をはじめとするその他の見解も、すべての場合に証人審問権による規律を及ぼすわけではないが、多くは例外的に規律が及ばない場合には、供述不能の場合は別として、通常の証人尋問に準じるプロセスの保障を要求する。そのため、より具体的に司法面接の証拠利用との関係を想定するならば、面接に至るまでの時間的離隔を最小限にとどめることや、両親等の児童の周囲の者に対して児童への事件に関する聴取を避けるよう指示する等、①面接実施時までの児童に対する誘導・暗示の影響を排除しようとしているか、②定評のあるプロトコルを遵守して適切な面接を実施しているかが問われることとなろう。①および②については、そのことが事後的に判断可能とならなければならないため、具体的にどのような措置がとられているか、どのプロトコルに依拠した面接だったのか等が記録されておくべきであろう¹⁴²⁾。こま

142) 緑・前掲注(109)158頁も、「……捜査機関から被害者家族への指示ないし被害者家族から

での事情は、刑訴法321条1項2号後段および3号における特信情況の考慮事情でもある。しかし、証人審問権の保障の見地からは、さらに、③上記①および②の評価を専門家が行う機会が求められるべきと考える¹⁴³⁾。

2. 現行法下における証拠利用の妥当性—大阪高裁令和元年判決の評価

以上の問題意識のもと、大阪高裁令和元年判決の妥当性について検討してみる。

本稿のⅢで整理したとおり、大阪高裁判決の事例では、検察官が司法面接を実施して、その模様を録音録画した司法面接DVDが添付された報告書が証拠採用された。本件の事情として特徴的なのは、司法面接プロトコルが一定程度遵守されていることに加え、司法面接の実施前後で、初動捜査を担当する警察官や被害児童の母親に事件のことを聴取しないよう誘導暗示防止策の徹底が図られていることである。このような姿勢は、被害児童からの正確な情報を獲得するという観点からも妥当であると思われる。刑訴法321条1項2号後段の要件解釈や判断基準も、基本的には、司法面接報告書以外の供述録取書等が証拠採用される場合から大きくずれるものとは思われない。他方で、本件では、司法面接のプロトコルから逸れる事情として人形を用いている、実施時間が目安時間を超過しているといった事情があり、それに対する評価は異論もありうると思われる。

また、本件では司法面接の証拠利用に関する本質的な問題が顕在化していると思われる。それは、反対尋問のタイミングである。本件では、検察官による司法面接が事件発生から3日後に実施されているのに対して、反対尋問は事件発生から約半年後の第1審において実施されている。司法面接それ自体が事件から早期の実施を特徴とするところ、刑訴法321条1項2号後段に

の事情聴取内容は、本来は逐語的に詳細に記録されていることが望ましいだろう」とする。

143) 司法面接の記録媒体を主尋問に代替して取り調べる制度を念頭に置いたものであるが、大谷・前掲注(83)41頁参照。

に基づき司法面接 DVD が証拠利用される場合、反対尋問については、およそ本件と同様のタイムラグが生じるものと思われる。このような事後的な反対尋問を実施することをもって、「すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ」ていると評価できるだろうか。

事後的な反対尋問については、司法面接の証拠利用の場合と否とに関係なく、一般的なレベルでタイムラグが生じる。これにより、記憶の減退をはじめとする供述の正確性への影響が想定される。反対尋問の目的は主尋問において述べられた相手方証人の供述の証明力・信用性を減殺し、可能であれば自己の側に有利な供述を引き出すことであるところ¹⁴⁴⁾、そのような供述の正確性への影響に起因して当該目的が達成できないことも考えられよう。たしかに、従来、刑訴法321条1項2号後段に基づく証拠利用と証人審問権との関係に関して、学説上も事後的な反対尋問の実施は、伝聞例外を許容するために積極方向に考慮されるように理解されることが多かったように思われる。しかしながら、近時の学説が示すように証人審問権は正確な事実認定のためだけではなく、手続的な公正さの要素をも含意するものである。そのような規範的評価の観点からも再検討してみると、証人審問権の内実が何かという点を置くとしても、単に事後的な反対尋問の機会が保障されるからといって当然に「すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ」ているとは言うべきではないだろう。

無論、タイムラグに起因する記憶の減退があるからといってすべての場合に、反対尋問の目的が達成できないわけではない。しかしながら、司法面接との関係では、供述者が児童虐待の被害児童であることから、タイムラグに起因する記憶の減退や記憶の汚染可能性というのは、証拠取調べ請求の段階で相当程度予測可能な状態にあると言えるのではなかろうか。そのような状況で、訴訟当事者である検察官が面接者となった司法面接を、刑訴法321条1項2号後段に基づいて証拠利用することは、証人審問権の保障と相当な緊

144) 酒巻・前掲注(59)424頁。

張関係にあるといえよう。

このような関係を考慮すると、本件では、当該司法面接が適切に実施されているかという点について、少なくとも心理学者等の専門家によって司法面接の実施の適切性について評価することが必要だったのではないだろうか。上述のとおり、本件では、人形の利用や実施時間の目安超過という事情も見られ、このような点についての専門家の評価も特に重要であったと思われる¹⁴⁵⁾。

おわりに—立法論を見据えて

本稿では、現行法下での司法面接の証拠利用の妥当性について、大阪高裁令和元年判決を素材に検討した。これまでのところ、実務上は警察、検察、児童相談所による多機関連携が進められており、司法面接の実施件数も飛躍的に増加している現状が伺われる。実際の裁判例を見てみても、一定程度司法面接 DVD が証拠利用されはじめている。しかしながら、以上のとおり、現行法下での証拠利用には、その多くの方向性に被告人の防御権保障の観点から課題がありうる。他方で、証拠利用の必要性の高さから証拠利用が許容されると思われる供述不能の場合に限定して司法面接の証拠利用を認めるというのでは、あまりに証拠採用される事例が少なくなってしまう、真実追求の観点からも妥当ではないと思われる。すると、今後は立法による手当をも想定した議論が必要ではないだろうか。

実際に、法務省において立法の可能性も模索され始めているが、そこで挙げられている方向性は、反対尋問の機会なしに司法面接 DVD に証拠能力を認める、もしくは、反対尋問の機会を保障したうえで司法面接 DVD を主尋

145) なお、本件のような事例においては、刑訴法321条1項2号後段の要件のうち、相対的特信状況の検討として、専門家による評価の有無という事情を考慮することも想定される。しかし、相対的特信状況があくまで検察官面前調書における供述と公判供述、それぞれの外部的事情の比較によって検討されることからすると、同要件の考慮事情として必要とするよりも、証人審問権保障の見地から要求されるものとした方がより理論的であるように思われる。

問に代替して証拠とすることを認めるというものである¹⁴⁶⁾。しかしながら、これらの措置によって、本稿で指摘した問題が十分な形で解決されるかは不明である。また、これらの方向性による場合には、新たな伝聞例外を創出するということになるが、現在の形での司法面接の実施に、現行法規定にあるのと同等のレベルで典型的な特信情況の保障があるかは不明である¹⁴⁷⁾。本稿でも述べたとおり、現行の321条1項は、各書面自体が有する一般的な信用性の低さに比例して要件が厳格となっている。すると、司法面接の実施に際しても、公平中立な立場にいる裁判官の面前で実施することが1つの選択肢として考えられてもよいように思われる。本稿では、裁判官の面前であるいは知覚している状況で専門家が司法面接を実施し、その結果を証拠利用するという方向性について、現行法の解釈論としてはその妥当性を否定したが¹⁴⁸⁾、立法論の方向性としてはありうるのではなかろうか。

諸外国では、司法面接を事件発生後早期に実施し、その模様を録音録画した記録媒体の取調べを主尋問と代替する措置に加え、反対尋問も早期に実施してその模様も録音録画した記録媒体の取調べと証人尋問自体を代替する措置などが見られる¹⁴⁹⁾。このほかにも、たとえば、イギリス（イングランド＝ウェールズ）では、裁判官や訴訟当事者と証人との間に入ってコミュニケーションの支援を行う「仲介人（intermediary）¹⁵⁰⁾」の制度や、供述弱者の

146) 性犯罪に関する刑事法検討会「第7回会議事録」〔川出敏裕委員発言〕35頁（令和2年10月20日）（<http://www.moj.go.jp/content/001338615.pdf> 最終アクセス日：2021年6月12日）。

なお、本稿脱稿後に、同検討会の取りまとめ内容が公表されている（<http://www.moj.go.jp/content/001348762.pdf> 最終アクセス日：2021年6月12日）。

147) 性犯罪に関する刑事法検討会・前掲〔川出敏裕委員発言〕36頁でも、「司法面接の手法による聴取における供述には、信用性の情況的保障に関して、裁判官の面前で、かつ、宣誓をした上でなされたものであるという要素が欠けてい」ることが指摘されたうえで、特に「問題は、供述が裁判官の面前でなされていないという点であり、この点を別の要件を立てることによって補うことができるのかどうかのポイント」であると述べられている。

148) 本稿Ⅱの2. (4)参照。

149) See, Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 s. 28.

150) See, Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 s. 29. なお、後藤・前掲注（100）526頁においても、子供の最善の利益を確保しながらベストエビデンスを獲得するためのマドボケーター（代弁者）の選任を制度化する必要性について指摘されている。

性質を有する被告人と捜査機関の間に入ってコミュニケーションの支援を行う「適切な大人制度 (appropriate adult)¹⁵¹⁾」が設けられている。今後の日本では、このような諸外国に見られる様々な制度を精査したうえで、被告人の防御権保障とより調和のとれた制度設計が模索されるべきではなかろうか。

また、司法面接それ自体も、有用とされるのは、児童虐待の被害児童に対してだけではない。年少者のほか、精神障害者や学習障害者、高齢者に対しても利用可能とされており¹⁵²⁾、今後は、被疑者・被告人の場合も含め、これらの「供述弱者」一般に対する刑事手続上の支援手段として様々な方策を検討していくことも必要であると思われる。いずれも今後の検討課題としたい。

151) See, Police and Criminal Evidence Act 1984 s. 63B (10), Crime and Disorder Act 1998 s. 38 (4) a
日本において同制度を包括的に紹介しているものとして京明『要支援被疑者の供述の自由』(関西学院大学出版会、2013)。

152) 伸・前掲注(5)「はしがき」、門本・前掲注(40)189頁〔田中晶子〕参照。