

# シリーズ／ 取調べ「可視化」の「現在」

## 可視化法成立!!

### ～新時代の弁護実践④〈第4項各号の要件の解釈〉～

取調べの可視化大阪本部 事務局次長 栗林 亜紀子

本号では、法301条の2第4項柱書について記載した先号に続いて、同項各号(いわゆる例外事由—このうち1号から3号まで)の解釈を明らかにしていきたい。

#### 1. 物理的支障(1号)

記録に必要な機器の故障その他のやむを得ない事情により、記録をすることができないとき。

機器の故障により記録をすることができない場合の規定である。当該取調室に配備されている機器が故障したとしても、他の機器を用いれば記録できるという場合には、この例外事由には該当しない。通常、捜査機関は複数台の記録機器を有しているので、本号が適用される場面はほとんどないと思われる。

#### 2. 供述拒否言動(2号)

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

##### 1 全体構造

本号の例外要件の骨格は「記録をしたならば被疑者が十分な供述をすることができないと認めるとき」であるが、「により」という文言によって、その判断の契機(前提)となる事由が明示的に定

められていると解される。つまり、「被疑者が記録を拒んだことその他の被疑者の言動」という契機(前提)がなければ、本体の要件の検討に入ることができないと考えられる。その契機(前提)としては、記録拒否言動の他にその他の被疑者の「言動」が挙げられているが、これは後述するとおり、記録拒否言動と比肩するほどの「言動」であることを要すると解すべきである。

記録拒否(すなわち、録音・録画拒否)ないしはそれと同様の言動(ただし、そのような「同様の言動」はなかなか想定できないというべきであろう。このことは後述する)がないにもかかわらず、本号の適用が検討される余地はない。

##### 2 記録を拒んだことその他の被疑者の言動

「その他の…言動」との文言が用いられている以上、形式的には、発語を含まない消極的動作である「黙秘」も概念としては「言動」自体には含まれると解されるであろう。しかし、黙秘それ自体は中立的意味しかもたないものであり、「記録拒否言動」と比肩させることは出来まい。例外事由の限定的解釈の要請から考えても、積極的「言動」ではない黙秘を「拒否言動」と同視すべき余地はない。

また、黙秘のみならず否認供述が即座に記録拒

否言動に該当するものでないことは衆議院法務委員会における議論でも確認されている。

本号では例示的に被疑者の録画拒否言動が挙げられているが、例示例挙である以上、論理的には他の言動の可能性は残されるとみる余地はある。しかし、外部的に表明される発話としての拒否言動が例示されている以上、それと同視しうる、すなわち（記録拒否の）外部への意思表示と同視できるほどの「言動」でなければならないはずである。

義務免除規定（例外規定）であることも、可能な限り限定的に解すべき理由となることは前述のとおりである。

これらからすれば、記録拒否言動（外部的有意思表示としての発話）以外の挙動、特に間接的に意味内容が推測できるにすぎないような挙動がとられた場合は、現に積極的発話として記録拒否言動を確認すべきであり、後の争いを避ける運用がなされるべきである。

より実際的問題としては、捜査官が上記の如く対応すべきことはもちろんのこととして、弁護人としては、接見時において、録音・録画を拒否する言動をとるべきではないことを被疑者に丁寧に説明すべきである。そして、被疑者が拒否していないことを可視化申入書に記載することで、記録拒否言動があったという検察官の主張を封じることができるものだろう。

なお、記録拒否言動の存在を検察官が如何なる証拠で立証すべきかは議論の余地があるが、検察官が例外事由を主張するのであれば、拒否言動を発言した場面の録音・録画は必須であろう。

### ③ 「により」

文言上「により」とされていることから明らかのように、本号では、記録拒否言動があるだけでは足りず、これを契機（前提）として後段要件の吟味に入るべきことが明示的に記載されていると

解される。

「被疑者が供述拒否言動をとったこと＝本号要件の充足」ではない。

### ④ 被疑者が十分な供述をすることができないと認めるとき

本号の構造からすれば、例外事由該当性は、①被疑者の記録拒否言動が存在すること、②当該拒否言動を契機として判断すれば、記録がなされている状況下では被疑者が十分な供述ができないと認められること、の両要件が必要となる。

②要件が端的に問題となるのは、記録拒否言動をとりつつ、記録されなければ被疑者が一定程度供述するないしはその可能性が高いといえるかどうかという場面である。

これを、どの程度の供述状況であれば、なお本例外要件が充足されないと判断されるのかという観点からみてみよう。

まず、「十分な供述」ができない場合とは、単に捜査機関側が望むような供述をしないという状態ではない。捜査機関の主觀を問題とすれば、捜査機関の恣意的運用を招来する結果となる。

さらに、①要件たる記録拒否言動があくまで客観的に判断されるのに対して、②要件は十分な供述ができないという供述者の主觀に着目したものである。しかし、判断対象は供述者の主觀であるとしても、判断過程は客観的でなければならない。その意味では、記録拒否言動と供述内容に加え、被疑者が把握している蓋然性が高い事項が如何なる内容であるかを客観的に把握した上で、その内容との比較が必要となろう。客観的に被疑者が把握していることが明らかな事実かどうか、さらに、それについて殊更供述を避けるのはまさに記録下においては「十分な供述をすることができない」からであると認定できるか否かが問われるであろう。

### 3. 暴力団構成員による犯罪に係るもの(3号)

当該事件が暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律（平成3年法律第77号）第3条の規定により都道府県公安委員会の指定を受けた暴力団の構成員による犯罪に係るものであると認めるとき。

#### ① 本号は形式的要件か実質的要件か

本号は、当該事件が、暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律第3条により指定された暴力団の構成員による犯罪に係るものであるとき、録音・録画義務を解除することを認めるものである。一見すると解釈の入りこむ余地のない形式要件のように見えなくもないが、その実質は多分に解釈問題を含んでいる。

たとえば、そもそも指定暴力団構成員か否かはどうのうにして判断するのか。指定暴力団の「構成員」の一人一人に認定手続きがあるわけではないし、当該暴力団の構成員か否かは、多分に当該暴力団の内部的問題（たとえば、破門状が出されれば、その者は構成員ではなくなるのか否か等）であるため、外部から判断するのは容易ではない。他方で、捜査機関においては、当該被疑者が指定暴力団の構成員か否かを判断する名簿（いわゆるG名簿）を保管しているようであるが、当該名簿の存在自体が非公表である。そうすると暴力団構成員に該当するか否かにそもそも争いが生じる可能性がある。

また、暴力団の構成員による犯罪に「係るもの」とはどの範囲を指すのか、共犯者の中にただ一人でも構成員がいれば「係るもの」に該当するのか等についても解釈が必要である。

以上より、本号は単なる形式要件と解すべきではない。

#### ② 暴力団構成員による犯罪

ある犯罪が、暴力団構成員により行われた疑いのあるものであれば、いかなる事件であっても本号に該当するのであろうか。本号は、供述者たる暴力団構成員が、録音・録画の故に、組織ないし上位団体及び組織上上位に位置する者を意識し、十分に供述できないという事態を類型的に定めた上で、未然に防ぐものであると考えられる。そして、他号と異なり、記録拒否言動や供述不十分性が要件とされていないのは、かかる要件を定めれば、その認定のために、供述者がそのような挙動をとったことが外部に伝わることが懸念されたためと考えられる。

とすれば、まず、暴力団の構成員として行った犯罪行為ではない場合（たとえば、暴力団構成員が、暴力団と全く無関係に妻を殴った場合等）は、本号の趣旨からは外れると解すべきである。暴力団の構成員として行った犯罪行為か否かは、当該組織に有形・無形の利益を与えるものであったか否かが一つのメルクマールとなりえよう。

以上のとおり、本号の趣旨は明確なのであるから、本号の解釈においては、形式的文言のみにとらわれずに、実質的解釈を施すべきである。具体的には、仮に暴力団構成員が行った犯罪であることに疑義はないとしても、暴力団構成員という主体のみで検討を終えるのではなく、事件の内容との関係も慎重に吟味すべきである。

また、そもそも、暴力団構成員たる被疑者が可視化申入れを行った場合に、それを無視して本号を適用し、例外事由要件を充たしたといえるか否かは、やはり大きな検討課題たりうると思われる。

#### ③ 係るもの

実質的解釈にあたっては、「係る」との文言が重要である。本号は、単に「構成員による犯罪であると認めるとき」とせず「構成員による犯罪『に

係るもの』であると認めるとき」との文言を採用している。一見すると、「係るもの」との文言が用いられることにより、構成員による犯罪という範囲が広げられ、構成員と共に犯関係にある場合はすべて本号に該当するかのようにも思われる。

しかし、ここでもより実質的に解釈するべきであろう。この観点から、次のような考えもありうると思われる所以提示しておきたい。

すなわち、ここで「係るもの」があえて記載された趣旨は、組織における上位者ないし組織の人間との関係で自由な供述ができない状況となる蓋然性が高い者を、その者が暴力團構成員でなかったとしても、例外対象に含めるためであると考えられる。例えば、共犯者の中に暴力團構成員が含まれており、別の被疑者が指定暴力團構成員ではなかったとしても、当該被疑者が事実上準構成員的な位置づけで、構成員が犯した犯罪に関与したのであれば、組織の上位者との関係で供述の自由が損なわれている可能性はありえよう。他方で、指定暴力團の構成員でも準構成員でもない被疑者の場合に、仮に共犯者の中に構成員ないし準構成員がいるとしても、必ずしも常に自由な供述意思が阻害されるとは限らない。

その意味では、本号が適用されるのは、暴力團構成員が暴力團の活動の一環として行った犯罪行為で（前記②参照）、暴力團の上位者ないし他の構成員の意向を忖度し、供述の自由が制約される立場の人間のみに適用されるものと考えるべきではないだろうか。

#### 4 憲法14条違反の可能性

本号は、暴力團構成員という被疑者の社会的身分ないし信条によって、そうではない被疑者と異なる取扱いを定めているように読み、憲法14条1項に反しないか問題となる（以下につき、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第6版）』127頁以下・

岩波書店参照）。

暴力團構成員が、「人が社会において一時的ではなくして占める地位」と定義される憲法14条1項後段の社会的身分に該当するか、「広く思想上・政治上の主義を含む」同後段の信条に該当するかはさておき、その合憲性判断においては、慎重な姿勢で臨むべきである。

具体的には、立法目的と手段との間の関連性を検討しつつ、立法目的には「やむにやまれぬ」必要不可欠なものを求める「厳格審査基準」か、もしくは立法目的に重要なものを求める「厳格な合理性の基準」を用いた合憲性判断が必要となろう。

本項は、暴力團構成員を十把ひとからげに、「上位者の意向を汲んで自由に供述しない者」と評価した上で、他と異なる取扱いを設けている（ように読める。）上記③の最後に言及したような実質的解釈が許されないとすれば、そう解さざるを得まい。しかし、もし、そうだとすれば、1人1人の被疑者について、当該評価があてはまるか否かを判断するという本来的にはより制限的でない他の手法がありうることからすれば、暴力團員か否かのみを基準にする本項に立法目的との合理的関連性はないと考えられる。また、その暴力團構成員という基準自体も上記①のとおり、曖昧不明確なものなのであり、重ねて問題は大きいといえる。

さらに、そもそも、捜査機関による暴力團構成員に対する取調べにおいては、供述の強要や侮辱的な発言等がしばしば見られてきたのであり、弊害も大きい。

結局のところ、本号の存在を維持できる憲法解釈が存在しうるのかについては強い疑問がある。

以上が、301条の2第4項1号から3号までの解釈である。次号では、例外事由の4号の解釈並びに例外事由の立証方法及び時期について述べることしたい。