

公判中心主義と被疑者・被告人の 権利保障（４）

——韓国刑事訴訟法との比較研究——

延 秀 斌*

目 次

序章 はじめに

第1章 戦前の刑事訴訟法における公判中心主義

1. 明治刑事訴訟法
2. 明治刑事訴訟法の改正
3. 明治期における韓国
4. 大正刑事訴訟法
5. 韓国における大正刑事訴訟法
6. 特 別 法
7. ま と め (以上, 398号)

第2章 日・韓の公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障

1. 戦後の日本の公判中心主義
2. 近年の法改正
3. 戦後の韓国の公判中心主義
4. 公判中心主義の再確認
5. ま と め (以上, 401号)

第3章 公判中心主義に関する制度の検討

1. 日本と韓国の証人審問権 (以上, 402号)
2. 日本と韓国の司法面接
 - (1) 日本の司法面接
 - (2) 司法面接の結果を録音・録画した記録媒体の現行法上の取扱い
 - (3) 補助証拠としての記録媒体
 - (4) 記録媒体の実質証拠としての利用に関する議論

* ヨン・スビン 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

- (5) 録音・録画記録媒体の実質証拠としての利用
 - (6) 韓国の司法面接
 - (7) 判 例
 - (8) 判例の検討
 - (9) 韓国の新たな動き
 - (10) 小 括 （以上、本号）
3. ま と め
 4. 弁護士立会い制度
 5. 取調べ可視化制度

第 3 章 公判中心主義に関する制度の検討

2. 日本と韓国の司法面接

通常の刑事裁判の場合、参考人が公判廷で証人としてなした証言に対して、日本も韓国も、その根拠となる条文は異なるが、被告人による証人に対する反対尋問の機会が与えられることは異ならない。捜査段階において被疑者に参考人に対する反対尋問権を保障することは、その現実性も実効性も高くないため、公判廷における証人審問権を保障することは、証人の供述態度を観察でき、捜査機関が作成した参考人供述調書とは異なって、生の供述を聴取することができることなどから、証人審問権を保障する価値は、高いと評価されるべきである。

しかし、近時の日本においては、成人に比べて、記憶力に差があり、供述の誘導・暗示の影響を受けやすい児童を参考人とする場合に、捜査段階における供述を録音・録画し、その記録媒体を公判廷で用いる制度に関心が高まり、韓国においては、すでに制度化されている。そのため、以下においては、日本における議論を概観したうえで、韓国の現状を踏まえて、公判中心主義の観点から司法面接と被告人の証人審問権との関係について、検討を行うことにする。

(1) 日本の司法面接

司法面接とは、「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」と定義される¹⁾。特に、誘導や暗示の影響を受けやすいとされる児童の供述に信用性を確保するためには、児童に誘導、暗示の影響を与えない聴取が必要とされ、時間の経過による記憶の減退をも考慮して、児童に対する聴取は、早期に行われることが要求され、その際にも、児童が供述を繰り返すことによる精神的負担を軽減することが求められる²⁾。

2015年10月28日には、厚生労働省雇用均衡・児童家庭局の「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について」(雇総発1028第1号)が、「子どもの心理的負担の一層の軽減及び子どもから聞き取る話の内容の信用性確保のため、3機関が連携を強化し、個別事例に応じて、協同面接の実施を含め、子どもの特性を踏まえた面接・聴取方法等について3機関で協議・実施する取組を試行的に実施する」とした。これを受けて警察庁と最高検察庁は、同日に、それぞれ、「児童を被害者等とする事案への対応における検察及び児童相談所との更なる連携強化について」(警視庁丁刑企発第69号)と「警察及び児童相談所との更なる連携強化について」(最高検刑第103号)を出した。いずれも、児童の負担軽減、供述の信用性確保を重視しており、警察庁は、聴取状況の録音・録画を行う方針まで検討していた。

厚労省の「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について」によると、児童相談所において、重篤な虐待事例など3機関の協議が必要であると判断した事例と、捜査機関において、要保護児童として児童相談所の関与が必要であると判断した事例

1) 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』(有斐閣、2016年)2頁。

2) 大谷祐毅「司法面接的手法による聴取結果の証拠法上の取扱いの在り方」刑法ジャーナル69号(2021年)147頁。

について、情報提供を行い、情報提供が行われた事例については、子どもの特性を踏まえた面接・聴取方法を３機関で協議するとされる。また、協同面接（児童相談所・警察・検察が協議・実施するものを、協同面接あるいは代表者聴取と表現するが、以下において、これらを司法面接とする）の際に、原則として録音・録画が実施されており、基本的に供述調書は作成されておらず、司法面接の結果を取りまとめた捜査報告書が作成されることがある³⁾。

日本では、司法面接の際に、主に NICHHD プロトコル及び ChildFirst プロトコルが用いられている⁴⁾。そして、現在行われている司法面接の面接者の多くは、検察官となっており⁵⁾、検察官は、任官３年前後にして、一般研修等の研修において、児童の事情聴取方法に関する講義・講演を受講し、また、民間団体による司法面接的手法の研修に参加させるなどの措置をとっている⁶⁾。

しかし、このような司法面接の取組みについては、次のような指摘がなされている⁷⁾。まず、検察官による NICHHD プロトコルによった聴取の際に、NICHHD プロトコルでは禁止されている人形を使用することなど、すべての聴取が適正に行われているかの懸念である。この懸念は、検察官の立場は、中立的な面接者になり得ないことに起因する。次に、司法面接が複数回行われることが懸念される。原則として司法面接は、１回の実施と

3) 法務省「代表者聴取の取組の実情」性犯罪に関する刑事法検討会第7回会議資料53、30頁以下<アクセス日：2022年4月18日 <https://www.moj.go.jp/content/001331469.pdf>>。

4) 本稿は、司法面接の在り方を検討することを目的としていないため、これらのプロトコルの詳細については、笹倉香奈「司法面接の現状と刑事弁護上の注意点」刑事弁護105号（2021年）152頁以下を参照。

5) 仲真紀子「子どもの司法面接・協同面接の現状と課題」社会安全・警察学5号（2018年）39頁。

6) 性犯罪に関する刑事法検討会第7回議事録26頁、神渡参事官発言。検察の司法面接に対する取組みについて、稲川龍也「いわゆる『司法面接』に対する検察の取組」法と心理16巻1号（2016年）33-34頁を参照。

7) 笹倉・前掲註4、155-156頁。

されているにもかかわらず、これが繰り返されると、児童に不正確な供述をさせ、児童の心理的負担を加重させることにもなり得る。最後に、司法面接が実施されるまでに、児童の記憶が汚染される可能性が指摘される。

このような状況の中で、記録媒体が用いられた事例が、複数存在している⁸⁾。しかし、現行法には、記録媒体の証拠使用を直接規定した明文規定がなく、現行法における記録媒体の位置づけが問題となる。さらに、記録媒体に収録された供述内容が、要証事実を立証するものであれば、伝聞供述として伝聞例外条件を満たさない限り、証拠使用が禁じられる。3機関による司法面接が想定される犯罪の多くが、児童の供述以外の証拠を期待し難いことから、この問題については、更なる検討が必要となる。一方で、すでに指摘した通り、被告人の防御権保障の観点からも、記録媒体の実質証拠として用いることが、被告人の証人審問権を制約する問題も重要である。

(2) 司法面接の結果を録音・録画した記録媒体の現行法上の取扱い

平成30年4月から令和元年12月末まで、司法面接の際に録音・録画が実施された件数は、1619件であり、同時期に記録媒体が実質証拠として採用されたのは、20件のみであったが、そのうち17件は、被告人側の同意(刑訴法326条)に基づいたものであった⁹⁾。この数は、最終的に事件として立件されなかったもの、公判請求に至らなかったもの、公判供述のみで立証が足りるなどして、記録媒体の証拠調べるを請求する必要がなかったものも含まれていると説明されるが¹⁰⁾、公訴事実が争われる事件において、記録

8) 法務省・前掲註3、34頁によると、実質証拠として採用された件数は、20件であり、補助証拠として採用された件数は、4件であった。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」刑事弁護105号(2021年)157頁以下、成富守登「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——」同志社法学73巻2号(2021年)181頁。

9) 法務省・前掲註3、32頁、34頁。

10) 前掲註6議事録28-29頁、神渡参事官発言。

媒体の証拠使用が、現行法上では、一定の困難があることを示すとも指摘される¹¹⁾。以下においては、現行法上における記録媒体の取扱いについて検討する。

① 刑訴法321条1項の署名・押印

まず、記録媒体を実質証拠として使用するためには、上述した通り、記録媒体は伝聞証拠となるため、被告人側の同意が得られない以上、刑訴法321条1項で求められる証拠能力認定要件を満たさなければならない。そのため、原供述者の署名若しくは押印が必要であるか否かが問題となる。2016年に新設された刑訴法290条の3は、供述録取書を、「供述書、供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるもの又は映像若しくは音声を記録することができる記録媒体であって供述を記録したもの」と定め、供述を録取した書面には、供述者の署名・押印を求める一方で、映像若しくは音声を記録した記録媒体は書面と区別している。判例も、写真撮影報告書に収録された写真について、「撮影、現像等の記録の過程が機械的操作によってなされ」たことから、原供述者の署名・押印は不要であるとした¹²⁾。この判例は、署名・押印の意義を録取の正確性担保の観点から捉えているようであり¹³⁾、記録媒体に署名・押印が不要であるとする見解は、記録媒体に収録された内容が機械的措置により正確性が担保されることを根拠とする¹⁴⁾。

しかし、被疑者取調べの録音・録画記録媒体に対する署名・押印の必要性を巡る議論を考えると司法面接の結果を録音・録画した記録媒体に署名・押印が不要だと簡単には言えないと考えられる。被疑者取調べの録

11) 大谷・前掲註2，149頁，川出敏裕「司法面接の記録の証拠利用」後藤昭編代『裁判員時代の刑事証拠法』（日本評論社，2021年）265頁。

12) 最決平成17年9月27日刑集59巻7号753頁。

13) 瀧野貴生「録音録画記録媒体の実質証拠化をめぐる問題点」刑事弁護91号（2017年）31頁。

14) 大谷・前掲註2，149頁，註11。

音・録画記録媒体に署名・押印が不要だとする見解は、供述書には署名・押印が求められないことから、「第三者による供述録取過程における再伝聞性を払拭するために」署名・押印が必要であるとし、供述の録取に正確性が担保される記録媒体には、署名・押印が不要であるとする¹⁵⁾。他方で、署名・押印が必要だとする見解は、被疑者供述調書に求められる署名・押印には、供述調書に記載された内容の正確性のみならず、被疑者が自己の供述を証拠とするか否かに対して与えられた選択権としての意味があると¹⁶⁾。

ただし、司法面接の結果を録音・録画した記録媒体の場合には、被疑者取調べと異なって、一般的には自己に不利な供述を録取されるわけではない。そうすると、記録媒体において重要なのは、署名・押印が持つ意味よりも記録の正確性を如何に担保するかの問題であると考えられる。すでに指摘した通り、児童の誘導や暗示に影響を受けやすい特性からも、記録媒体が捜査機関において作成されることから、記録媒体の正確性担保の重要性は否定できないと思われる。

それでは、記録媒体に署名・押印が不要であるとする見解をそのまま受け入れられるだろうか。平成17年判決は、記録媒体の記録過程が機械的操作によってなされたため、収録された内容に正確性が担保されたと理解しているが、そうは言えないと考えられる。なぜなら、記録媒体の正確性が完全な形で担保されるためには、事後的編集可能性を排除しなければならないためである。司法面接の面接者が主に検察官となつて行われる現状においては、記録媒体を証拠として用いられる場合には、記録媒体が被告人に不利に作用することが一般的であり、検察官が被告人と対立する一方当

15) 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——」判例時報2413・2414合併号(2019年)246頁。

16) 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」法律時報84巻9号(2012年)16頁、伊藤睦「取調べ可視化と証拠法」法律時報85巻9号(2013年)73頁。被疑者の防御権の一つとして署名・押印を理解する見解として、瀧野・前掲註13, 31-32頁。

事者である以上、事後的編集可能性の排除は必要であろう。それゆえ、捜査機関に手続的保障を求めることにより、事後的編集可能性を排除する方法が必要である。

韓国の場合、被疑者及び参考人（児童を含む）を対象とした録音・録画が終了した後、直ちに原本を封印し、署名・押印を求めている¹⁷⁾。さらに、大検察庁の例規である映像録画業務処理指針11条3項も検察官に、録音・録画の対象者となった者の署名・押印をさせることを求めている。また、同指針によると、検察官が記録媒体を裁判所に提出する際には、原則として封印されたものを提出しなければならない¹⁸⁾。捜査過程において、被疑者及び参考人または弁護人により記録媒体の編集が主張された場合には、被疑者及び参考人または弁護人の立会いの下で、封印された記録媒体を開封することができ、その場合にも、別途の書面に開封した検察官、開封日時・場所、開封事由、開封前の封印の毀損有無を記載し、開封した封筒に被疑者及び参考人または弁護人の署名・押印をし、記録しなければならない。検察官の開封後の必要な措置が終わったのち、遅滞なく新たな封筒に記録媒体を封印し、再び被疑者及び参考人または弁護人の署名・押印が求められる¹⁹⁾。そもそも、韓国の記録媒体に事後的編集は不可能だと言われている。なぜなら、検察官が録音・録画を終了し、保存するとその内容が大検察庁の中央サーバーに保存された後、その場で2本の記録媒体が作られ、それに事件番号、罪名、被疑者等の氏名を記載したラベルを貼って、被疑者等が署名・押印をした後、被疑者の目の前で1本の記録媒体が封印されるからである²⁰⁾。

ただし、韓国における署名・押印の意味については、署名・押印の有無

17) 韓国法244条の2、性暴力犯罪の処罰等に関する特例法30条、児童・青少年の性保護に関する法律18条。

18) 映像録画業務処理指針15条3項。

19) 映像録画業務処理指針17条。

20) 차정인, 민영성 「영상녹화물 증거사용의 조건과 이론」 法曹58卷11号（2009年）167頁。

が直ちに記録媒体の正確性を担保すると解されているわけではない。すなわち、韓国で記録媒体に被疑者の署名・押印をさせることを求めているのは、適正手続に含まれる要件の一つとして理解されており、これに関する見解の対立は見られない。しかし、上述したとおり、記録媒体の事後的編集が不可能だと説明される一連の動作に署名・押印が含まれていることから、署名・押印に事後的編集可能性を排除する機能が否定されるとは思われない。そのため、司法面接で得られた記録媒体については、記録媒体の正確性を担保するために、署名・押印を用いることもあり得ると考えられる。

② 刑訴法321条1項2号及び3号の供述不能

記録媒体を実質証拠として使用するために求められる次の要件は、児童が刑訴法321条1項2号及び3号が定める、供述不能でなければならない。司法面接の面接者が、検察官である場合には、321条1項2号前段、その他の主体である場合には、3号により証拠能力認定要件が求められる。すなわち、司法面接の対象となった児童が、「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ため公判準備若しくは公判期日において供述することができない」ことが求められる。

精神若しくは身体の故障による供述不能は、死亡に準じるほどの極めて厳しい状況が求められるという見解も見られる²¹⁾。一方、最高裁は、「証人として召喚されながらその証言を拒絶した場合にあっては、……いわゆる供述者の死亡した場合と何等選ぶところはない」²²⁾として、証言拒絶も供述不能に該当するとし、「証人が、記憶喪失を理由として証言を拒む場合が、刑訴法321条1項3号の場合に該当することは、当裁判所の判例の趣旨とするところである」²³⁾として、記憶喪失による証言拒絶も供述不能

21) 山口直也「部分的証言拒絶と供述不能」立命館法学341号(2012年)329頁。

22) 最判昭和27年4月9日刑集6巻4号584頁。

23) 最決昭和29年7月29日刑集8巻7号1217頁。

に該当するとした。しかし、そうであっても、証人となる児童に、現に公判廷に出廷できないほどの重度な故障がない限り、または、公判廷で証人として反対尋問を受け、個々の質問に対して証言を拒絶しない限り、供述不能とは認められないことになる。実際に、検察官が証人を供述不能と判断し、証人の供述調書を証拠請求したが、裁判所から、証人が出廷できない事実を厳しく求められた例もあるとされる²⁴⁾。そのため、児童が証人として反対尋問にさらされることによって、2次被害を受ける可能性の懸念から、児童に対する証人審問による2次被害の弊害を供述不能に該当させ、供述不能を拡大する見解もある²⁵⁾。しかし、現に発生していない弊害の可能性を供述不能とするのは、現行法の解釈として無理があると指摘されており²⁶⁾、被告人の証人審問権を制約することを正当化させるための根拠としては、適切ではないと思われる。

③ 刑訴法321条1項2号の特信情況

最後に、記録媒体を実質証拠として使用するために求められる要件として、刑訴法321条1項2号後段で求められる公判準備または公判期日における供述よりも前に行われた供述を信用すべき特別の状況、いわゆる特信情況がある。特信情況は、3号においても求められる証拠能力認定要件であるが、3号においては、供述不能状態のほか、供述の不可欠性及び絶対的特信情況が求められる。そのため、実務においても司法面接の主たる面接者が検察官となり、証拠能力認定要件のハードルが比較的到低い刑訴法321条1項2号に基づく証拠請求が行われており、本稿もこのような事情に従って検討する。

児童に対する司法面接的手法を用いた司法面接が検察官により行われた

24) 前掲註6 議事録35頁、渡邊委員発言。

25) 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年）43頁、酒井邦彦「子ども虐待防止を巡る司法の試練と挑戦」子どもの虐待とネグレクト21巻3号（2019年）294頁。

26) 川出・前掲註11, 266頁, 註7。

場合、公判廷において児童に対する証人審問が行われ、司法面接の際になされた児童の供述と公判廷における供述が相反する場合、刑訴法321条1項2号後段に基づく記録媒体の実質証拠としての利用が認められ得るとする見解がある²⁷⁾。とりわけ、司法面接が行われる意味を持ちうるのは、刑訴法321条1項2号後段の特信情況が求められる場合であるとされる²⁸⁾。

この刑訴法321条1項2号後段の特信情況に関する裁判所の判断を示したものとして、大阪高裁令和元年7月25日判決²⁹⁾がある。被害児童が犯行の直前に会った人物(被告人)と被害児童に危害を加えた人物が同一人物であるか否かが争点となり、同一人物であることを証明するために、検察官が記録媒体を添付した捜査報告書(司法面接報告書)の証拠調べを請求した。被害児童の公判廷における供述は、被告人及び危害を加えた人物が、「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」ものであり、司法面接報告書は、「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」ものであった。大阪高裁は、「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らずかな特徴を挙げることしかできないものであれば、被害女子の供述以外に有意な証拠が存在しない構造の本案において、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」とした。

27) 大谷・前掲註2, 151頁。

28) 川出・前掲註11, 266頁。

29) 大阪高判令和元年7月25日LED/DB 文献番号25566715。

また、大阪高裁は、特信情報の有無について、司法面接報告書の供述は、特信情報を「十分に満たすものと認められる」とした。大阪高裁の検討は、次の通りである。まず、記録媒体に収録された児童の供述は、事件発生の３日後に行われた司法面接においてなされたものであり、個室において女性検察官と二人きりで行われたこと、児童の集中力が保たれる時間内に供述が得られたことが指摘される。

次に、検察官の対応について、児童の緊張を解く工夫をしながら、要点となる事柄については話題にする事柄が視覚においても立体的、構造的に認識できるようにしていたこと、事件に関する聴取は、児童の自発的な供述を得られるように努めていること、そして、児童の供述が具体的になされない場合にも、それ以上に供述を求めていることから、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た。また、司法面接に先立ち初動捜査の担当警察官らは、検察官との事前の協議に基づいて、児童に対する聴取を控え、司法面接が実施されるまで、児童に供述を誘導する若しくは暗示するおそれを排除し、児童の家族にも誘導や暗示を避けるようにしたことは、司法面接報告書の供述に特信情報が認められるとした。

他方で、大阪高裁は、事件発生から約半年後に行われた児童の原審における証言は、犯人の特徴について覚えていないまたは忘れてしまったなどと答えており、これは、被害児童の年齢、事件発生からの時の経過、捜査機関及び家族などの児童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に由来して、児童の記憶が薄れていったことを反映していると指摘する。

また、東京高裁の令和２年12月21日の判決³⁰⁾も刑訴法321条1項2号後段の特信情報に関する判断を示した。東京高裁は、被害児童が最後に被害を被った時期について、被害児童の公判廷における供述では、「児童相談

30) 東京高判令和２年12月21日 LED/DB 文献番号25569647。

所へ行くちょっと前であったが、日にちや曜日は忘れた旨供述し、司法面接においては、児童相談所に来た日の前の金曜日であった」と供述しており、相反性が認められるとした。

記録媒体によると、司法面接は犯行日から約1か月後に、児童相談所の面接室において、女性の検察官が単独で聴取したものであり、検察官による答弁の誘導がなく、被害児童の言葉で語らせており、その答えに要領を得ない箇所があっても、それを検察官の言葉でまとめたり、誘導して聞き返したりすることなく、被害児童は、犯行日時を問う検察官の質問に、ためらわず即答したことが認められる。一方で、証人審問は、犯行日から約1年3か月後に行われ、犯行日時を問う質問に対して、分からないと答え、司法面接の際には、最後は金曜日だったとってくれたことを覚えていたかの質問に対して、覚えていないと答えた。

これらを踏まえて、東京高裁は、「司法面接と原審証人尋問が実施された時期の違い及び司法面接時の質問の仕方や被害者の答え方と原審証人尋問の際の質問の仕方や被害者の答え方の違い、加えて、被害者の年齢や障害による特性等に鑑みれば、最後に被告人から姦淫された日にちに関する被害者証言は、時間の経過等によって記憶が減退したことによるものと認められ、相対的に見て、司法面接における供述の方が、その信用性を確保するに足る状況的保障がある」とした。

これらの判決は、いずれも司法面接を受けた児童が、公判廷で証人として証人審問を受けた結果、司法面接における供述と公判廷における供述の相反性が認められ、司法面接が実施されるまでの期間や令和元年の大阪高判の場合には、司法面接が行われるまでの捜査機関の対応、実施態様などを含め、記録媒体の特信状況を肯定したものである。ただし、特信状況の判断には、司法面接の際に、児童に対して暗示及び誘導をしていないことは具体的に検討されたものの、どのような司法面接が行われたかという点、すなわち、司法面接の際に用いられたプロトコルや面接者となった検察官が司法面接についてどの程度熟知していたかは明らかにされていない。

（３）補助証拠としての記録媒体

記録媒体の実質証拠としての利用の他に、記録媒体を補助証拠として使用することもあり得る。これは、児童の公判廷における供述のように、実質証拠として使用される供述の補助証拠として記録媒体を利用することが考えられる³¹⁾。

名古屋高裁は、原審において司法面接が適切に行われたかは明らかではないものの、児童の初期供述を確保する目的で行われたことは、顕著な事実であるため、「この司法面接時における被害者の供述状況を録音録画した記録は、相応に高い証拠価値を有する可能性がある上、少なくとも、……被害者の供述の変遷について検討する前提として被害者の初期供述の内容及び状況を確認するための有力な手掛かりとなる証拠であることが明白である」とした。その上で、原審裁判所としては、「被害者が本件司法面接時に本件被害状況について語った際の供述内容、その際の聴取者と被害者の関係性、発問の仕方、応答の仕方、その際の被害者の様子等の供述状況を明らかにして被害者の原審公判証言の信用性を判断するための補助証拠」として証拠調べすべきであるとした³²⁾。

大阪高裁は、記録媒体が被害児童の「原審証言の信用性を判断するために供述経過として採用したのである」ため、司法面接の内容が現に存在したことを前提とすることは、誤りであるとする³³⁾。その他に、福岡地裁は、被害児童の供述経過について判断する際に、司法面接の供述状況を参考にし³⁴⁾、津地裁は、被害児童の証言の信用性の検討の際に、司法面接の際に現れた被害児童の供述態度や供述内容を参考に、公判廷における供述の信用性を肯定した³⁵⁾。これらの判例において共通して明らかとなったのは、記録媒体が実質証拠として若しくは補助証拠として使用される場合の

31) 大谷・前掲註2, 154頁。

32) 名古屋高判令和3年3月25日 LDX/DB 文献番号25569424。

33) 大阪高判令和2年4月23日 LDX/DB 文献番号25565819。

34) 福岡地判令和3年6月9日 LDX/DB 文献番号25590603。

35) 津地判令和元年12月17日 LDX/DB 文献番号25564905。

いずれにおいても、被害児童が公判廷において証言することが前提となっていることである。

しかし、このような現行法上の運用に対しては、被害児童に被害状況に関する供述を繰り返し求めることを回避する司法面接の目的を達成することはできないと指摘される³⁶⁾。それゆえ、記録媒体に関して、立法によって現行法上の問題を回避することも考えられるとされる³⁷⁾。法務省で開催された性犯罪に関する刑事法検討会では、記録媒体に関する新たな規定の創設について議論が行われた。以下においては、「『性犯罪に関する刑事法検討会』取りまとめ報告書」に基づき、同検討会で議論された記録媒体に関する新たな規定について検討する。

(4) 記録媒体の実質証拠としての利用に関する議論

① 性犯罪に関する刑事法検討会の「性犯罪に関する刑事法検討会」取りまとめ報告書³⁸⁾

性犯罪に関する刑事法検討会においては、児童の高い被暗示性及び被誘導性に着目し、児童の保護、供述の正確性担保の観点から司法面接が用いられているが、司法面接の結果を録音・録画した記録媒体は、現行法上求められる要件を満たさない限り、証拠能力が認められず、そのため児童の証人尋問が必要であるが、これは極めて困難であることを前提に、新たな規定について議論が行われた³⁹⁾。

まず、新たな規定の創設の要否に関しては、現在行われている司法面接は、児童に対する暗示・誘導を払拭できず、記録媒体の信用性が当然に認

36) 川出・前掲註11, 271頁, 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年)38頁。

37) 成富・前掲註8, 212頁。

38) 以下の内容は、「『性犯罪に関する刑事法検討会』取りまとめ報告書」に依拠したものである。

39) 性犯罪に関する刑事法検討会「『性犯罪に関する刑事法検討会』取りまとめ報告書」56頁。

められないこと、現行法上認められるビデオリンク方式による証人尋問や期日外尋問を超えて、被告人に反対尋問の機会が与えられないから、記録媒体の証拠能力を認めてはならないこと、憲法37条2項が保障する証人審問権は刑事弁護において重要な権利であることなどが述べられた。一方で、児童の特性を考慮すると繰り返し供述することによるストレスは、児童の記憶想起を妨げ、真実発見にも影響を与えること、児童の記憶汚染や司法面接の質を考慮しても、証人尋問を含む他の手段よりも司法面接が最も適切であること、ビデオリンク方式による証人尋問などは、児童が繰り返し供述することから保護できないこと、記憶変容の恐れのため、初期の供述確保が必要であり、司法面接により得られた供述の方が、信用性が高い場合があるため、伝聞例外を認める必要性があることなどが述べられた。

そして、新たな規定の在り方に関しては、記録媒体を実質証拠として使用するためには、記録媒体を証拠とする必要性と信用性の状況的保障の強弱の兼ね合いによって要件を定めていることを前提に二つの規定案を中心に議論が行われた。① 刑訴法321条1項3号のように反対尋問の機会を与えず記録媒体に証拠能力を認める案（以下において、第一案とする）と、② 刑訴法321条の2のように反対尋問の機会を保障し、記録媒体を主尋問に代えて証拠能力を認める案（以下において、第二案とする）である。

まず、第一案について、児童が犯罪に関する供述を繰り返すことが、児童に悪影響を与えるという理由が、刑訴法321条1項3号に求められる供述不能を代替できるかの問題があり、代替可能であれば、対象となる犯罪の種類や児童の年齢などの要件設定が問題になると指摘された。逆に、第一案によれば、憲法37条2項の証人審問権が侵害されるので、一方当事者である検察官が作成した記録媒体に反対尋問の機会を与えないままに、証拠能力を認めてはならないとの意見があった。さらに、特信性と供述の信用性は別の問題であり、記録媒体のみでは信用性の判断が困難であること、伝聞例外と証人審問権との関係をどのように整理するかという問題が

あると指摘された。これに対しては、児童に対する証人尋問による弊害が大きいこと及び供述の信用性が担保された状況を前提に証拠能力を与えているため、児童に対する証人尋問の必要性はないと述べられた。

次に、第二案については、刑訴法321条の2によるためには、児童の供述が裁判官の面前でなされていないことを補う新たな伝聞例外規定を創設することが考えられるかが課題となるとされ、児童の年齢によって証言能力に差があるため、年齢要件を検討すべきであり、司法面接の面接者を、専門的知識を有する第三者とし、刑訴法321条1項2号に準じて伝聞例外を認める方法若しくは同項1号に準じる方法が考えられるとされた。これに対しては、主尋問を記録媒体に代替することが必ずしも被害者の負担軽減になるとは限らず、児童の記憶を混同させる恐れがあること、刑訴法321条の2は、裁判官と弁護人の面前で行われる供述であるのに対して、司法面接の場合には、捜査官の面前で行われる供述であることを踏まえて検討すべきであるとされた。

これらの他に、司法面接の在り方については、基本的な司法面接のルールを定める必要性が主張される他、捜査機関による暗示・誘導の恐れ、被害を受けた児童を対象とした聴取は、高度の技術を要するため、児童の発達や心理に精通して訓練を受けた者を面接者とすべきであるとの意見がある一方、司法面接の様子が録音・録画されるのであれば、裁判官が記録媒体を見て面接者による暗示・誘導の有無を確認できるから、捜査機関や児童相談所の職員を面接者から除外する必要性はないとの意見があった。他方で、司法面接における供述が常に正しいわけではないため、記録媒体の証拠能力を認めるために児童の供述を裏付ける独立した証拠を要することについての必要性や司法面接の実施前に児童の記憶が汚染される可能性などが指摘された。

以上を踏まえて、性犯罪に関する刑事法検討会は、今後新たに記録媒体に特別な証拠能力を認める規定を設ける場合には、被暗示性・被誘導性の高い供述者の特性を配慮しながら、証人審問権の保障、供述の信用性判断

の在り方に留意しつつ、記録媒体を証拠とする必要性及び信用性の状況的保障に関する具体的な規定について、更なる検討が必要であるとされた。

② 学界における立法論

学界においても、記録媒体を主尋問に代替する制度及び記録媒体を証人尋問全体に代替する制度に関する見解が出されている。

性犯罪に関する刑事法検討会の委員を務めた川出敏裕は、記録媒体を主尋問に代替する制度について、刑訴法157条の6第3項及び刑訴法321条の2第1項の要件の下で録音・録画された記録媒体は、証拠能力が認められることを前提に、司法面接によって得られる供述は、一般的に信用性が高いこと、司法面接の対象者が児童であるため、供述の信用性の担保は、裁判官の面前でなされる供述以上の意味を持つとする。また、証人審問権が主尋問の直後に反対尋問の機会を保障するものではないという認識のうえで、仮に、記録媒体を主尋問に代替する制度が導入されなかった場合であっても、検察官による司法面接が実施されたのであれば、記録媒体は、刑訴法321条1項2号前段または後段により証拠採用されることもあり得るので、主尋問で児童に証言させることを予定する検察官は、記録媒体を予め児童に視聴させ、児童の証言は、記録媒体の視聴に基づいた証言となるが、この場合の証言は、実質的には、被害事実ではなく、記録媒体に基づいたものであるため、記録媒体の供述内容と異ならないとする。次に、記録媒体を証人尋問全体に代替する制度については、証人審問権の保障の趣旨が、供述証拠の信用性の担保及び事実認定の正確性の担保を意味すると解される場合にのみ憲法37条2項に反しないとするが、司法面接の対象となる年齢のほかに、司法面接の主体を誰にするか、司法面接で用いられるプロトコルの定型化が困難であるといった問題から具体的な制度設計が必要であるとする⁴⁰⁾。

40) 川出・前掲註11, 270頁以下。

緑大輔は、司法面接が児童の心理的負担を配慮することを目的としたものであり、時間的に早期に行われ、司法面接の実施時間も短いなどの理由から、公判廷で用いられる許容性が高いとする。記録媒体を主尋問に代替する制度は、児童が公判廷で尋問を受ける負担を軽減する選択肢となり得るとし、現行法との関係で弁護人が記録媒体を主尋問に代替することに同意し反対尋問を実施することが、実質的な効果を得られることもあり、弾効の効果を増すこともあるため、事案によっては、このような選択も考えられるとする⁴¹⁾。

大谷祐毅は、児童の供述を繰り返すことを回避する必要性は、刑訴法321条の2の場合と同様であり、一般的に記録媒体の方が公判供述より信用性が高いことが、記録媒体を主尋問に代替する必要性の一つの要素となるが、この場合であっても司法面接が適切に行われることが前提となるとする。証人審問権の保障に関しては、記録媒体を主尋問に代替する制度は、証人審問権に一定の制約を生じさせ得るとするが、川出と同様の結論を出している。ただし、証人審問権の制約の正当化若しくは信頼性評価対処の観点から、記録媒体に収録された供述の信頼性を評価するために、尋問以外の要素からも信頼性評価ができる制度設計が必要であるとする。

また、記録媒体を証人尋問全体に代替する制度に関して、証人審問権の保障を、「事実認定者による供述証拠の信頼性の十分確実な評価の可能性を担保する」趣旨の権利として捉え、事実認定者が供述証拠の信頼性を確実に評価できるのは、公判廷における証人尋問が行われた場合であって、証人尋問が可能であるにもかかわらず、実現されないことは許されないとする。ただし、このような解釈の場合においても、児童に対する証人尋問の実施が著しく不相当であると評価される場合には、証人審問権の制約が許され得るとする⁴²⁾。

これらの他にも、司法面接の手法を用いるとして、刑訴法227条ないし

41) 緑・前掲註25, 41頁以下。

42) 大谷・前掲註2, 157頁以下。

228条により第1回公判期日前に証人尋問を実施する方法及び刑訴法157条の4によりビデオリンク方式による証人尋問を実施する方法、さらには、これらの場面において、司法面接の面接者を専門家とする方法は、現行法の解釈としては無理があるとするが、立法論としては肯定する見解もある⁴³⁾。

③ 若干の検討

すでに指摘したとおり、児童は、誘導や暗示に影響を受けやすく、供述を繰り返すことによるストレス、それに伴う記憶想起の妨げによる真実発見への影響、記憶汚染などの特性を有している。そのため、児童の精神的負担を配慮し、供述の信用性を確保するために司法面接が用いられているが、児童の精神的負担というものが、児童にとってどの程度まで耐えられるものであるかを明らかにすることは困難であろう。また、一般的に成人であっても自己の被害を思い出すこと自体が精神的負担となり、児童の場合には、より大きなストレスを受けることになろう。そうであれば、児童の精神的負担を最も軽減できる方法としては、児童に対して、自己の被った被害について供述を求める行為は、最小限の範囲内で行わなければならない。しかし、司法面接さえ行えば、最小限の要求を満たすと解釈することには、困難があるように思われる。なぜなら、児童の被害が発見されるケースとしては、児童が被害を親若しくは、周りの大人に知らせるケースが多いため、児童から被害を聞いた者が、児童に対して、被害の詳細について聞くことは自然な反応だからである。そうであれば、司法面接以外の場面で、被害の詳細を聞かれた児童に、司法面接が用いられるとしても、司法面接が児童の精神的負担になり得ることも否定できず、最小限の範囲を超えてしまう結果となり得る。そのため、このような現状において、司法面接を用いることが、必ずしも児童の精神的負担を最小限に抑えられる

43) 成富・前掲註8, 198-199頁, 213頁。

とは限らず、望ましくないのではないかと思われる。このような解釈に対しては、極端なものであり、被害児童の保護の観点から望ましくないとの批判が考えられる。しかし、児童の特性に配慮した本来の司法面接の特徴としては、児童に対して、できるだけオープン質問を用いること、面接を構造化することによって児童に正確にストレスなく供述を得られるようになっている⁴⁴⁾とされるが、現実の司法面接は被害の聴取のために開発されている⁴⁵⁾ことから、その実施が、必ずしも児童の精神的負担を軽減するとは限らないのではないかという疑問は依然として残る。

そもそも、記録媒体を公判廷で用いるための制度を設けるためには、現在行われている司法面接の方法が、適切であるという前提が不可欠である。仮に、児童が親若しくは周りの大人に被害を知らせることは別として、本来、司法面接は、児童の専門家によって行われるべきであるにもかかわらず⁴⁶⁾、現在行われている司法面接は、捜査官が聴取者となっているため、適切とは言えない。また、事案によっては、2回目の司法面接が行われることや⁴⁷⁾、1回目の司法面接後に児童自ら再び司法面接を希望したこともあり⁴⁸⁾、児童相談所職員を面接者とする司法面接が行われ、これとは別に検察官の取調べを受けることも実際にあった⁴⁹⁾。

このように、司法面接の聴取者を専門家に限定せず、複数回の司法面接が否定されない現状において、司法面接が児童への配慮に工夫したプロト

44) 仲真紀子「司法面接の現状と留意点」捜査研究845号(2021年)11-12頁。

45) 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年)91頁。

46) 2022年5月22日に開催された日本刑法学会第100回大会で行われたワークショップ「司法面接の現状と課題」における仲真紀子の発言によると、司法面接の特徴とされる1回限りの司法面接は、専門家が聴取者となることを意味する。

47) 2回目の司法面接が行われた理由は明らかにされていないが、被害児童の一人に対して司法面接が2度行われた事例として、静岡地判令和2年2月21日LDX/DB文献番号25565260。

48) 鳥取地判令和元年9月4日LDX/DB文献番号25564147。

49) 大阪高判令和2年4月23日LDX/DB文献番号25565819。

コルによって行われるので、証人尋問に比べて児童の精神的負担が比較的に低いとは、必ずしも言えないのではないか。司法面接が児童のケアよりも事情聴取の性質、すなわち、少なくとも捜査機関による参考人取調べの機能を果たしている以上、上記の記録媒体を公判廷で用いるための制度に必要な前提を満たしているとは思えない。さらに、このような状況では、1回目の司法面接では現れなかった新たな情報について供述を求めることの有効性が肯定される場合もあるという見解⁵⁰⁾も妥当ではなく、他方で、司法面接で行われた供述であっても、供述である以上は、知覚の誤り、表現の誤りなどが介入する可能性を排除できない⁵¹⁾という危険性は、1回目の司法面接で現れなかった新たな情報について供述を求めると、さらに高くなると思われる。

以上を踏まえると、現在行われている司法面接に、実質的な児童の精神的負担の軽減が期待できるのかについては、疑問であるのみならず、司法面接の供述獲得の手段としての性格が強調されているように思われる。そうすると、憲法37条2項によって保障される証人審問権の行使を制約し、被告人に証人に対する反対尋問の機会を与えないまま、検察官が作成した記録媒体を有罪の証拠として用いる第一案は、前記のような児童の精神的負担の軽減が期待し得ない現状を前提とすればなおさら、記録媒体を証拠として用いることが相応しいとは到底思えない。

これに対して、第二案は、被告人に反対尋問の機会を保障することに加えて、主尋問を記録媒体に代替することによって、児童が被った被害を思い出すことの精神的負担をある程度軽減するとされる。しかし、被告人に

50) 仲・前掲註44, 16-17頁。

51) 緑・前掲註25, 42頁, 小坂井久「証拠としての可視化記録媒体について」石田倫識ほか編『刑事法学と刑事弁護の協働と展望：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）608頁。清水晴生「不同意性交等罪について——付・司法面接結果の証拠利用」白鷗法学28巻1号（2021年）80頁も、司法面接により得られた児童の曖昧な供述をはっきりさせるために、司法面接を繰り返すことが、児童に対する暗示になり得る危険性の懸念を示している。

反対尋問の機会を保障する以上は、児童の精神的負担が実質的に軽減できるかという疑問は残る。

刑事手続においては、より根本的な問題として、記録媒体を主尋問に代替する方法が、許容される証人審問権の制約であるか否かが重要であろう。第二案に対しては、司法面接と公判廷における反対尋問の間に一定の期間が介入することによって、児童の記憶の減退、変化が生じてしまい、実効的な反対尋問を困難にし、事実認定者の記録媒体の信頼性評価を困難にし得ることになることを認めつつ、一定の要件を課すことを条件に第二案に肯定する見解がある⁵²⁾。

この見解は、川出の主張のように、主尋問で児童に実質的な証言をさせようとする場合に、検察官は児童に司法面接時の記憶を喚起させるために事前に記録媒体を児童に視聴させることになり、児童の公判供述があっても、実質的には、記録媒体の供述内容が証拠とされることになるという理解につながるという⁵³⁾。この見解の趣旨は、必ずしも明らかではないが、記録媒体の証拠使用に肯定的な見解だと思われる。

しかし、刑事訴訟規則191条の3の証人尋問の準備の際に、児童に記録媒体を視聴させることが適切であるかは検討の余地があると考えられる。記憶が薄れてしまった若しくは失われてしまった児童に対して、記録媒体を視聴させることが、徹底した証人テストに等しく、供述内容を覚えさせることと評価できるからである。被告人による反対尋問の前に記録媒体を視聴することは、記憶喚起の効果よりも、むしろ記録媒体に収録された内容とおりに証言しなければならないという一種の誘導になるおそれは否定できない。それゆえ、このような弊害がある以上、記録媒体を主尋問に代替する制度の導入が肯定されるべきではない。

52) 大谷祐毅『公判外供述の証拠使用と証人審問権の役割』(有斐閣, 2022年) 438-439頁。
その要件とは、記録媒体に聴取の状況を十全に記録すること、ほかの証拠との照合が可能な情報を聴取すること、司法面接に至るまでの経緯を調査すること、聴取者に対する尋問を行うこと、専門家による司法面接の手段及び供述の分析をすることなどである。

53) 大谷・前掲註52, 438頁, 註113。

さらに、記録媒体の供述内容は、捜査機関が確保した供述に過ぎないことに留意しなければならない。ただし、司法面接の手段及び記録過程の客観性を理由に、記録媒体を捜査機関が作成した供述調書と異なる類型であると考えられるかもしれない。しかし、司法面接の児童を配慮した事情聴取的性格を強調するあまりに、司法面接の証拠収集の性格が軽視されてはならない。司法面接の証拠収集の性格に注意し、「捜査機関によって」記録媒体が作成されることを意識すべきである。

以下においては、性犯罪に関する刑事法検討会の第一案のように、記録媒体に独自の証拠能力を認める特別法が、韓国では設けられていたため、当該特別法の内容及びこれに関する韓国の裁判所の判断を概観する。

（５）録音・録画記録媒体の実質証拠としての利用

韓国法221条1項は、捜査に必要な場合に、捜査機関は参考人に供述を求めることができ、参考人の同意を得られた場合には、録音・録画できると規定されている。そして、前述した通り、記録媒体の利用は、原則として参考人供述調書の真正成立を認めるために用いるか若しくは原供述者である参考人の記録喚起のために用いることに限られる。そのため、判例にも参考人を対象とした記録媒体は、実質証拠または弾劾証拠としての利用を禁止されている⁵⁴⁾。ただし、特別法で定められた一定の犯罪被害者を対象とした記録媒体に収録された被害者の供述には、独立した証拠能力を認めている。

この点に関して、韓国では、特別法によって、捜査段階において一定の犯罪被害者を対象とした記録媒体に収録された供述に独立した証拠能力を認めることは、被告人の反対尋問権の侵害であるとして議論されてきた。さらに、記録媒体の実質証拠としての利用を認め、独立した証拠能力を与えることは、2007年の法改正を起点として、直接審理主義及び公判中心主

54) 대법원 2014.7.10. 선고 2012도5041 판결.

義の実現を目指し、被告人の反対尋問権を強化してきたとの評価と矛盾するのではないかと思われる。以下においては、特別法の内容を確認し、裁判所の判断を概観する。

(6) 韓国の司法面接

1994年に施行された「性暴力犯罪の処罰及び被害者保護等に関する法律」は、性犯罪の集団化・犯行対象の低年齢化のみならず、電話及びコンピューターを用いた新たな類型の性犯罪に対応するために、性犯罪に対する処罰規定を新設または強化し、司法手続における特例を認め、性犯罪被害の相談及び被害者保護施設を設置・運営することにより、特に女性と未成年者を性犯罪から保護し、健全な社会秩序を確立するために制定された⁵⁵⁾。

2003年の改正では、同法21条の2において、記録媒体を実質証拠として使用し、収録された供述内容に証拠能力を認める規定が設けられ、性犯罪の被害者を対象とした取調べの記録媒体が実質証拠として利用できるようになった。

まず、上記の21条の2第1項は、検察官及び司法警察官は、性犯罪被害者の年齢、心理状態若しくは後遺障害の有無などを考慮し、被害者の人格若しくは名誉が損なわれたり、プライバシーが侵害されないように注意しなければならないと、取調べの回数は最小限にしなければならないとする。2項は、1項の被害者が13歳未満の者若しくは身体及び精神の障害により意思決定能力が微弱な場合には、被害者の供述内容と取調べ過程を撮影・保存しなければならないと規定する。但し、被害者または法定代理人がこれを望まない意思表示をした場合には撮影してはならない。3項において、2項の規定により撮影した記録媒体に収録された被害者の供述は、公判準備または公判期日に被害者または取調べ過程に同席した信頼関係にある者⁵⁶⁾

55) 国家法令情報センターウェブサイト<アクセス日：2022年4月11日 <https://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do?lsId=001675&chrClsCd=010202&lsRvsGubun=all>>。

56) 検察事件事務規則12条の3第1項には、被害者と信頼関係にある者を、被害者の直系ノ

の供述により、その真正成立が認められるときに証拠とすることができ
る。すなわち、記録媒体の真正成立を公判準備または公判期日において、
供述により認めることが証拠能力認定要件として定められたが、真正成立
を認める主体を被害者のみならず、取調べに同席した信頼関係人の供述に
まで拡大したものであった。

同規定は、2006年の改正によって、21条の2から、21条の3となり、取
調べ回数の最小限は、21条の3第2項に独立して規定された。また、録
音・録画の対象年齢が、13歳未満から16歳未満と引き上げられた。

2010年の「性暴力犯罪の処罰等に関する特例法」（韓国では、この特例法
を性暴法と称するため、以下において性暴法とする）の施行、2011年の「性暴
力防止及び被害者保護等に関する法律」の施行によって、上記の「性暴力
犯罪の処罰及び被害者保護等に関する法律」は廃止された⁵⁷⁾。そして、性
暴法30条において、記録媒体の証拠能力を認める規定が設けられた。その
内容は、性暴力犯罪の処罰及び被害者保護等に関する法律21条の3より詳
細化された。まず、録音・録画の対象年齢が、16歳未満から19歳未満に引
き上げられ、障害により物事を分別するか意思決定能力が微弱な場合に
は、録音・録画をし、保存しなければならないとされる（性暴法30条1
項）。この場合であっても、被害者または法定代理人が録音・録画を望ま
ない場合には、撮影は禁止されるが、加害者が親権者の場合には録音・録
画しなければならない。録音・録画は、取調べの開始から終了までの全過程
及び客観的状況が記録されることを求め、録音・録画を終了したとき
には、遅滞なく原本を被害者または弁護人の前で封印し、被害者に記名捺印
または署名させなければならない（2項及び3項）。そして、捜査機関は、
被害者が録音・録画が行われる場所に到着した時刻、録音・録画の開始及
び終了の時刻、その他に録音・録画の進行経過を確認するために必要な事

↘親族、兄弟姉妹、配偶者、家族、同居人、保護施設または教育施設の保護または教育担当
者など被害者の心理的安定と円滑な意思疎通を援助できる者と規定されている。

57) 性暴力防止及び被害者保護等に関する法律附則2条（法律第10261号）

項を調査または別途の書面に記録しなければならず、被害者または法定代理人の申し出がある場合には、録音・録画過程で作成した調書の写しを発給するか、記録媒体を視聴させなければならない(4項及び5項)。記録媒体に収録された被害者の供述に証拠能力が認められる条件は、公判準備または公判期日において、被害者または取調べに同席した信頼関係人若しくは陳述助力人の供述により、その真正成立が認められると証拠とすることができる(6項)。最後に、何人も記録媒体を捜査及び裁判以外の目的で使用してはならない(7項)。

そして、2010年4月に改正された「児童・青少年の性保護に関する法律」(韓国では、この法律を児青法と称するため、以下において児青法とする)18条の2にも、性暴法30条と同様な規定が設けられた。その後、児青法18条の2は、同法26条となった。

性暴法30条と児青法26条の差は、児青法26条は、児童・青少年を対象とした性犯罪の被害者のみを録音・録画の対象としており、記録媒体の真正成立を認める供述を、被害者または取調べに同席した信頼関係人に限定したことである。他方で、性暴法30条6項は、19歳未満の被害者の他に、身体若しくは精神の障害により意思決定能力が微弱な被害者を録音・録画の対象とし、被害者及び信頼関係人の他に、陳述助力人も、記録媒体の真正成立を認める主体としている。陳述助力人とは、性犯罪及び児童虐待の被害者の意思疎通を助ける者とされ、被害者のみならず、参考人及び証人が13歳未満の児童若しくは障害によって意思疎通に問題がある場合に、捜査機関の取調べ及び法廷における証言を援助する専門家であると説明される⁵⁸⁾。そのため、被害者弁護士制度⁵⁹⁾と共に、被害者を援助する役割は共

58) 法務部ウェブサイト<アクセス日:2022年4月11日 <http://www.moj.go.kr/cvs/2718/subview.do>>。

59) 性犯罪・児童虐待・障害者虐待・売春被害児童・青少年のために、国選弁護人を選任し、捜査から公判の過程において被害者に弁護人の援助を受ける権利を実質的に保障する制度。法務部ウェブサイト<アクセス日:2021年9月15日 <http://www.moj.go.kr/cvs/2717/subview.do>>。

通するが、被害者の利益のために法律的援助をすることが、被害者弁護士の役割であるとされる一方で、陳述助力人の役割は、実体的真実発見のために被害者の意思疎通を援助することであるため⁶⁰⁾、両者は、活動の目的が異なる。

性暴法36条1項は、捜査機関の円滑な取調べのために、職権または被害者、法定代理人または弁護人の申請による陳述助力人の取調べ参加を規定しており、37条1項は、円滑な証人審問のために、裁判所の職権または検察官及び被害者、法定代理人または弁護人の申請による陳述助力人の証人審問参加を規定している。すなわち、陳述助力人の活動は、捜査段階のみならず、必要である場合には、公判にも参加することができ、主として被害者の意思疎通に焦点が合わせられている⁶¹⁾。そして、38条1項は、陳述助力人に、中立的な地位で相互の供述が歪曲されないように努力すべきであるとの中立義務を負わせている。

陳述助力人になるためには、法務部（日本の法務省に当たる）の募集に応募する必要があり、法務部長官に、性暴法35条及び「児童虐待犯罪の処罰等に関する特例法」17条によって、陳述助力人を育成する義務を負わせている。応募条件は、精神健康医学、心理学、社会福祉学、教育学、児童学、特殊教育学、言語学、言語病理学、児童・障害者心理・意思疎通に関する学士以上の学位が必要であり、さらに学士号取得後にこれらに関する分野に2年以上の実務経験が必要である⁶²⁾。しかし、陳述助力人制度の活用率が低いとの批判もある。その理由として、予算の不足、制度活性化のために必要な陳述助力人の数の不足、陳述助力人制度が必須ではない任意の制度であることが挙げられる⁶³⁾。

60) 김원아·한영수 「진술조력인 제도에 관한 소고 피해자변호사 제도와의 비교분석을 중심으로」 형사정책연구28권2호 (2017年) 98頁。

61) 김원아·한영수·前掲註60, 103頁。

62) 2021年度陳述助力人選抜及び養成教育対象者募集を参照。

63) 김창근·김유정 「진술조력인의 역할 제고방안」 법과 政策24卷2号 (2018年) 102頁。

(7) 判 例

① 韓国最高裁の判断⁶⁴⁾

韓国最高裁は、旧性暴法26条3項及び4項が憲法違反であるか否かについて、以下のように判断した。

まず、旧性暴法26条3項は、16歳未満の被害者及び障害により意思決定能力が微弱な者の供述内容と供述過程を録音・録画しなければならないとしており、同条4項は、録音・録画された被害者の供述は、公判準備または公判期日に被害者若しくは取調べに同席した信頼関係人の供述により真正成立が認められる場合には、証拠とすることができる」と規定されている。

これらの各規定は、性犯罪の被害者に対する捜査及び公判過程において、被害者の人権侵害を抑止するために設けられたものであるため、立法の必要性及び正当性が認められる。また、記録媒体に収録された被害者の供述に証拠能力が認められるためには、少なくとも取調べに同席した信頼関係人の真正成立を認める供述が必要である。

そして、被告人は、信頼関係人に対して、記録媒体に収録された被害者の供述が、実際に被害者が供述した内容と同一であるか否か、被害者の供述態度、供述の経緯と内容など被害者供述の証拠能力及び証明力の判断に必要な事情を尋問し、弾劾できる。ただし、被害者供述に証拠能力が認められても、裁判官は、これらの事情を含め、経験則により供述の証明力を判断しなければならない。また、裁判所が必要であると判断した場合には、韓国法294条及び295条により、当事者の申し出若しくは職権で、被害者を証人として証人審問することができる。この場合には、被告人及び弁護人の証人審問参与権及び反対尋問権が保障できたことになるため、旧性暴法26条3項及び4項の規定が、被告人の反対尋問権など刑事手続上の権利を侵害するものではない。

64) 대법원 2012.6.14. 선고 2012도3894, 2012감도14, 2012전도83 판결.

韓国最高裁は、旧性暴法26条（現行30条）に規定された、性犯罪被害者を対象とする記録媒体の実質証拠としての利用について、2次被害からの被害者保護を理由に、立法の必要性和正当性が認められると判断した。被告人の反対尋問権との関係は、記録媒体に収録された被害者供述の証拠能力認定要件に、被害者のみならず、少なくとも信頼関係人の真正成立を認める供述が必要となること、また訴訟当事者の申し出若しくは職権による被害者に対する証人審問の可能性が保障されていることを理由に、同規定による被告人の反対尋問権の侵害を認めていない。裁判所は、このような反対尋問権の保障のあり方も、反対尋問の機会的保障の範囲に含まれると判断したのである。

② 2013年の憲法裁判所の判断

2013年の憲法裁判所の判断⁶⁵⁾は、二つに分かれていた。まず、多数意見は、旧児青法18条の2第5項の「第1項から第3項の手続によって撮影した記録媒体に収録された被害者の供述は公判準備または公判期日に被害者または取調べ過程に同席した信頼関係人の供述によりその真正成立が認められる場合には証拠とすることができる」（憲法裁判所は、当規定を証拠能力特例条項と称したため、以下において憲法裁判所に従う）との規定について、以下のように判断した。

性犯罪の被害児童が法廷で証言する際に発生し得る心理的衝撃から2次被害を最小化することが、証拠能力特例条項の立法目的である。韓国法310条の2は、原則として伝聞証拠の証拠能力を否定しているが、証拠能力特例条項は、被害児童のみならず、取調べに同席した信頼関係人による供述のみで、証拠能力が認められる伝聞例外を規定し、これは、原供述者の法廷出席を前提とした被告人の反対尋問権の行使を実質的に制限することを意味する。さらに、韓国法は、公務上または業務上、機械的・反復的

65) 헌재 2013.12.26. 2011헌바108, 공보 제207호, 86 [전원재판부].

に作成され、若しくは高い信用性の保障があるため、反対尋問を必要としない伝聞証拠(315条)と証人の法廷出席が現実的に不可能であるか著しく困難なため、反対尋問ができない場合(314条)に伝聞例外を認めているが、証拠能力特例条項は、これらに当てはまらないため、憲法問題を惹起する。

また、韓国法161条の2が、証人審問の交互訊問制度を規定し、312条4項及び5項が反対尋問を証拠能力認定要件としたことは、被告人の反対尋問権を規定して、公正な裁判を受ける権利を刑事訴訟手続で実現しようとしたものであって、反対尋問権を実質的・積極的に保障するために、伝聞証拠の証拠能力を制限している。しかし、証拠能力特例条項は、被告人の反対尋問権の行使を制限するものであるとして、公正な裁判を受ける権利を制限するものであるため、この制限が、憲法的限界を超えたか否かが問題となる。

以上のような問題意識を前提に、憲法裁判所は、証拠能力特例条項の立法目的が、被害児童の保護であるため、正当性が認められ、信頼関係人の真正成立を認める供述のみで証拠能力を与えたことは、被害児童に対する審問を最小限でできることから、目的達成のための手段として適切であるとしました。

次に、証拠能力特例条項が、基本権を制限する法律が備えるべき被害最小性及び法益均衡性に反しないか、また被告人の防御権を本質的に侵害しているかについて、証拠能力特例条項は、被告人の権利保障と性犯罪被害児童の保護との間に調和を図った規定であるにすぎず、被告人の被害児童に対する反対尋問を禁止する規定ではないとした。

さらに、裁判所は、記録媒体に収録された供述の信憑性若しくは具体性、事件の内容、被害児童の年齢と出席意志、被告人主張の合理性などを考慮した上で、職権若しくは申し出によって被害児童を証人として審問できるため、証拠能力特例条項が、被告人の反対尋問権を制限しておらず、被告人は、信頼関係人に対する証人審問ができ、これによって、記録媒体

に収録された供述を弾劾できる代替手段が存在すること、事件直後の記憶に基づいた供述を録音・録画し、専門家はその信憑性を検証することが、被告人に有利に作用することもあるため、記録媒体を通じて供述の信憑性を弾劾できるとした。

また、証拠能力特例条項によって、伝聞例外が認められるのは、記録媒体に限られ、記録媒体によって、供述取得過程における供述態度が明らかになるため、通常の伝聞証拠に比して、反対尋問による検証の必要性が相対的に低いとし、証拠能力特例条項以外の手段で被害児童の２次被害を防ぐ方法がないと判断した。なお、録音・録画の対象年齢を、従来の13歳未満から19歳未満に拡大したのは、これまで保護されなかった年齢の青少年に対する保護の必要性が高くなったためであって、これらを踏まえて、憲法裁判所は、被告人の反対尋問権を制限することに合理的な事由があると認め、裁判所の判断によって反対尋問権を行使できる機会があり、被告人の防御権を本質的に侵害しているとは言えないとした。

これに対して反対意見は、反対尋問の機会を与えるという手続的権利の保障は、公正な裁判を受ける権利の核心的な内容であり、反対尋問の機会を与えず、被害者の一方的な供述のみを根拠として有罪の判決を下すことは、公正な裁判を受ける権利及び適正手続の原則に反するため、原則として許容されないとした。そのため、反対尋問を経ない証拠は、実体的真実発見に重大な支障をきたすのみならず、被告人を単なる刑事手続の客体にするのではなく、被告人に当事者としての地位を保障することが、自己に不利な証言を基礎とした刑事処罰を受け入れられる手続的正当性の確保であるとした。さらに、反対尋問権の保障の意味が、価値のある証拠の獲得及び裁判結果を納得するための手続的正当性の確保であるなら、被害児童のみを保護することは、実体的真実発見のためにも、被害者のためにも、被告人の納得も得られないとした。また、審理の非公開や被害児童に対する不適切な審問事項の制限など記録媒体によらず、被告人の反対尋問権の保障と被害児童の２次被害を防止できる手段が設けられていることも

一つの理由であった。

職権及び申し出による被害児童に対する証人審問については、この方法による証人審問は、必ず保障される証人審問ではなく、すでに自己の供述に証拠能力を認められた被害児童が、法廷に出席するという保障がないため、被告人には被害児童の供述を弾劾できる機会が保障されているわけではないとし、裁判所の裁量によって与えられる権利は、保障されていることにはならないとした。さらに、信頼関係人に対する証人審問について、信頼関係人が、弾劾または検証の対象となる供述の原供述者でないこと、信頼関係人が、直接経験若しくは目撃した者ではないことから、被害児童に対する証人審問の代替手段にはなり得ないとした。そして、記録媒体の機械的・視覚的再現といった特殊性が、被害児童の供述過程における歪曲の可能性を隠蔽する役割となるおそれがあるから、反対尋問による検証と弾劾の必要性が相対的に低いというのは疑問であるため、証拠能力特例条項を、憲法に違反するとすべきであるとした。

③ 2021年の憲法裁判所の判断

憲法裁判所は、2021年に、従来とは異なる判断を下した。性犯罪の被害者となった未成年者の供述を録音・録画した記録媒体の証拠能力を認める規定に対して、違憲決定をしたのである⁶⁶⁾。ただし、従来の憲法裁判所は、児青法26条4項を審判対象としたが、今回の違憲決定の対象となったのは、性暴法30条6項である。しかし、上述した通り、二つの条文に大きな差はなく、被害児童に対する証人審問が行われなくても、記録媒体の証拠能力を認める内容は同様である。

憲法裁判所は、記録媒体に収録された19歳未満の性犯罪被害者（以下、憲法裁判所にしたがって、未成年被害者とする）の供述に関して、取調べに出席した信頼関係人ないし陳述助力人の公判供述によって、記録媒体の真正

66) 헌재 2021.12.23. 2018헌바524, 판례집 33-2, 760 [전원재판부].

成立が認められる場合にも、記録媒体の証拠能力を認めるとした性暴法30条6項を、審判対象条項とした。

事件の概要は、次の通りである。第1審公判において、未成年被害者の取調べ過程に同席した信頼関係人の公判供述によって、真正成立が認められた記録媒体が、公訴事実に関する証拠として採択された。そして記録媒体は、元被告人の有罪判決の証拠として使用された。ただし、記録媒体の原供述者である被害者に対する証人審問は行われなかった。請求人である元被告人は、第1審において、懲役6年及び性暴力治療プログラム履修命令40時間を言渡された。控訴審においても、上記の記録媒体が有罪の証拠となり、証人審問も行われなかった。韓国最高裁からは、請求人の上告が棄却されたため、被告人は、憲法訴願審判を請求するに至った。

そのため、憲法裁判所は、第一に、審判対象条項の意義、第二に、制限される基本権、第三に、過剰禁止原則違反の有無について、判断した。

まず、第一、審判対象条項の意義について、韓国法310条の2は、同法311条ないし316条に規定されたもの以外には、公判準備または公判期日における供述に代わって、供述を記載した書類若しくは公判準備または公判期日外の他人の供述を内容とする供述は、これを証拠とすることができないと規定し、伝聞証拠の証拠能力を原則として否認することで、被告人の反対尋問権を保障し、直接審理主義及び公判中心主義を徹底することによって、被告人の公正な裁判を受ける権利を保障するためのものであるとした。

しかし、性暴法30条1項は、未成年被害者の供述内容と取調べ過程を撮影・保存するよう定めており、審判対象条項はこれを、取調べ過程に同席した信頼関係人などの供述により真正成立が認められた場合にも証拠能力を認め、実質証拠として使用できると定めている。この規定は、未成年である性犯罪の被害者が法廷で証言することにより被る2次被害を防止するためであるが、原供述者の法廷出席を前提として保障される被告人の反対尋問権の行使を実質的に制限する意味を持つとした。

一方で、韓国法315条⁶⁷⁾及び314条⁶⁸⁾は、原供述者に対する反対尋問の機会なしに伝聞証拠の証拠能力を規定している。前者は、公務上または業務上の機械的・反復的に作成されるか、高い信用性の状況的保障があるため、反対尋問をする必要がないことに、後者は、反対尋問のための証人の召喚が現実的に不可能若しくは著しく困難であるため、反対尋問ができない場合であることに、伝聞法則の例外を認めている。しかし、審判対象条項は、記録媒体に収録された供述が、上記の要件に該当しない場合であっても、2次被害の防止という積極的な目的のために、被告人の反対尋問権を制限していることに、固有の憲法問題を惹起するとした。

次に、第二、制限される基本権について、韓国憲法27条1項及び3項が、刑事被告人に公正で迅速な公開裁判を受ける権利を保障しており、公正な裁判を受ける権利には、迅速で公開された法廷の裁判官の面前において、すべての証拠資料が調べられ且つ供述され、これに対して被告人が攻撃・防御できる機会が保障された裁判、すなわち、当事者主義と口頭弁論主義が保障され、公訴事実に関する攻撃・防御が十分に保障される裁判を受ける権利が含まれるとした。さらに、無罪推定原則を規定している韓国憲法27条4項を考慮すると、刑事被告人は、単なる処罰の対象ではなく、手続を形成・維持する当事者として、武器対等の原則が保障される手続を『味わう』憲法的権利を持つとした。

また、韓国憲法は、被告人の反対尋問権を憲法上の基本権として規定し

67) 315条(当然証拠能力がある書類)次に掲げる書類は証拠とすることができる。①家族関係記録事項に関する証明書、公正証書謄本その他公務員または外国公務員の職務上証明できる事項に関して作成した文書、②商業帳簿、航海日誌その他業務上の必要により作成した通常文書、③その他特に信用できる状況により作成した文書。

68) 314条(証拠能力に対する例外)312条または313条の場合に公判準備または公判期日に供述を要する者が死亡・疾病・外国居住・所在不明その他これらに準じる理由により供述できない場合にはその調書及びその他の書類(被告人または被告人でない者が作成若しくは供述した内容が含まれた文字・写真・映像などの情報でフロッピーディスク、その他これに類似した情報保存媒体に保存されたものを含む)を証拠とすることができる。ただし、供述または作成が特に信憑できる状態下で行われたことが証明された場合に限る。

ていないが、韓国法161条の2が、相手方当事者の反対尋問を前提とした交互尋問制度を規定しており、同法310条の2が、裁判官の面前で供述されず被告人に反対尋問の機会が与えられない供述に、原則として証拠能力を認めないと規定しており、同法312条4項、5項が、被告人または弁護人が公判準備または公判期日に、原供述者を尋問できる場合に限り、被告人でない者の供述を記載した証拠または供述書の証拠能力を認めると規定して、被告人に不利な証拠に対して反対尋問ができる権利を認めていることは、公正な裁判を受ける権利を刑事訴訟手続で実現しようとしたものであるとした。したがって、審判対象条項は、被告人の反対尋問権の行使を制限しており、韓国憲法27条が保障する公正な裁判を受ける権利を制限するものであるため、このような制限が憲法的限界を超えたものであるか否かが問題となるとした。

最後に、第三、過剰禁止原則違反の有無について、審判対象条項の立法目的は、刑事手続における保護の必要性が高い未成年被害者の2次被害を防止するものとして、その正当性が認められ、取調べに同席した信頼関係人によって、記録媒体の真正の成立が認められると、記録媒体の証拠能力が認められるとし、未成年被害者の公判廷における審問を最小限にしたことは、2次被害の防止として、その手段の適合性も認められるとした。

他方で、憲法裁判所は、被害の最小性の判断に関しては、審判対象条項が、未成年被害者に対する反対尋問の必要性及び可能性を問わずに、一律的に伝聞法則の例外を規定していることは、被告人を反対尋問の機会を与えられない供述によって有罪の判決を言い渡される危険にさらすことになるとした。未成年被害者の2次被害の防止は、性犯罪に関する刑事手続を形成する際に、重要な価値とされるが、刑事手続の形成過程において、被告人の公正な裁判を受ける権利も保障されなければならない、未成年被害者の保護と被告人の権利保障は相互矛盾するものではなく両立不可能な関係でもない。そのため、刑事手続に未成年被害者保護のための規定を設けるには、被告人に攻撃・防御の手段を適切に保障しながら、未成年被害者の

2次被害を防止する調和的な方法を工夫してこそ、基本権を制限する立法に要求される被害最小性の要件に符合するとした。

また、自己に不利な供述をした証人に対して、反対尋問の機会を与えなければならない手続的権利の保障は、公正な裁判を受ける権利の核心であって、反対尋問権の保障が強調されるのは、伝聞証拠が不完全な記憶と知覚に基づいたものであるのみならず、表現若しくは伝達の誤り、聴取者の聴取方法によっても、供述者の意思または記憶と異なる内容が伝わる可能性が高いため、本質的に誤りの介入する可能性が高く、実体的真実の発見に重大な支障をもたらすおそれがあり、事件の実体的真実は、証拠を排除するよりも質問を排除する場合に、より損なわれやすくなる。さらに、被告人を、単なる刑事手続の客体にするのではなく、被告人に対して裁判の形成と参加を保障することによって、被告人に不利な供述を基にした刑事処罰を受け入れさせる手続的正当性が確保される。

そして、性犯罪の特性上、被害者の供述が唯一の証拠若しくは、有力な証拠である場合が多く、これを弾劾できる別個の独立的証拠が存在しない場合が多いため、記録媒体に収録された供述に対する被告人の反対尋問権の行使を、代替若しくは補完する方法が保障されないと、被告人は、核心的な供述証拠を実質的に弾劾する機会を与えられないことになる。

憲法裁判所によると審判対象条項の内容は、被告人の反対尋問の必要性を考慮すると、反対尋問権に代替して被告人の防御権を適切に保障する手段としては、明確な限界があるとされる。ここで限界が認められる理由とされたのは、以下の通りである。

第一に、例外が認められる証拠方法を記録媒体に限定したことであって、記録媒体に収録された供述は、犯行過程がそのまま撮影されたものではなく、事後的な取調べ過程において、被疑者、被告人または弁護人の立会いなく、捜査機関などの質問に未成年被害者が、自己の記憶に基づいて答弁する内容を録画した供述証拠である。そのため、記録媒体の形成過程の限界、供述証拠が持つ誤りの可能性、機械的・視覚的再現の歪曲可能性

などを考慮すると、記録媒体が反対尋問による検証と弾劾の必要性が相対的に低い証拠方法であるとするのは、疑問であり、上述した危険性から、韓国法は記録媒体を実質証拠として使用することを禁じている。記録媒体が、収録された被害者の供述内容と供述態度を再現する効率的な手段として機能する余地はある。しかし、その取調べ過程は、捜査機関が望む答弁を誘導する場合が多く、被告人の観点からは、事件を構成できる質問または答弁が収録されたものではない。また、供述の信憑性を判断するために、被害者の認識の不明確性、記憶の誤り若しくは歪曲を指摘する弾劾的質問とこれに対する答弁過程に現れる態度証拠は、一定の意味を持つが、審判対象条項の記録媒体は、その形成過程を考慮すると、上述した内容を十分に収録し難い。したがって、このような記録媒体の内容について、児童供述専門家若しくは心理学者などによって、科学的技法による分析をしたとしても、分析対象は記録媒体が提供する制限的な証拠であるため、反対尋問を代替できる方法としては、一定の限界があるとした。

第二に、信頼関係人などに対する反対尋問権の保障は、反対尋問の機会を保障してはいるが、信頼関係人などは、弾劾または検証の対象となる供述の原供述者ではないのみならず、直接経験または目撃した者ではないことから、原供述者に対する反対尋問を代替する手段として機能し得ないとした。一方で、被告人が未成年被害者を証人として申請でき、裁判所は、職権で未成年被害者を証人とすることができるため、常に被告人の反対尋問ができないものではない。しかし、被告人の証人申請が必ず受け入れられるとは限らず、すでに自己の供述に証拠能力が認められた未成年被害者が、必ず法廷に出席するという保障がないため、被告人は、弾劾の機会を与えられず、未成年被害者の供述により有罪を言い渡されるおそれがある。公正な裁判を受ける権利の核心的な内容としての反対尋問権の保障は、反対尋問を期待する単なる可能性の保障ではなく、反対尋問のための、十分に適切な機会の保障を意味し、裁判所の裁量による保障は、保障されているとは言えないとした。

さらに、審判対象条項によって記録媒体に証拠能力が認められたとしても、裁判官は、論理と経験則によって記録媒体に収録された供述の証明力を判断しなければならず、犯罪事実を合理的な疑いがない程度に証明する責任は、検察官にあるため、記録媒体の証拠能力が認められたため、直ちに有罪の証拠として使用されるわけではないのは当然である。しかし、刑事裁判において、証拠とすることができるか否かは、被告人に証拠の信憑性を弾劾する機会が与えられたか否か、または証拠の証明力が認められ、有罪の根拠として使用される結果に至ったか否かと、全く別の問題であって、後者の機会が残されていることが、前者において保障されるべき被告人の反対尋問権を一時的に制限することを正当化することはできないとした。

したがって、未成年被害者の供述が事件の核心的な証拠である場合が多く、審判対象条項は、記録媒体の歪曲または誤りを弾劾する効果的な方法である被告人の反対尋問権を保障しておらず、これを代替できる手段も設けられていないとして、審判対象条項による被告人の防御権の制限の程度は重大であるとした。

第三に、未成年被害者の保護との調和的な対案の存在として、捜査初期における証拠保全手続の積極的な活用によって、被告人に反対尋問の機会を与えながらも、未成年被害者の反復的な供述による2次被害を防止できるとした。反復的な供述以外の2次被害としては、公開された裁判所で証言するため、被害者の私生活に関する事項が露出されるおそれ、権威的に設計された裁判所の環境が与えるストレス及び被告人との対面することによる衝撃、防御力が微弱な未成年被害者が、反対尋問の際に受ける心理的、情緒的苦痛などがあり得るが、以下の制度が、立法者により被告人の反対尋問権の保障と2次被害を防止のために設けられたとされる。

憲法裁判所が言及した2次被害防止策とは、性暴法31条1項、2項が、性犯罪の審理を決定によって非公開にすることができ、証人として証言する被害者及びその家族は、証人審問の非公開を申請できること、また、同

法24条及び38条2項は、裁判に関与する公務員または陳述助力人などに、被害者に関する情報を公開するか他人に漏洩してはならず、その他に、何人も被害者の身分に関する事項、写真などを被害者の同意を得ず、新聞などに載せたり、放送法2条1号によって、放送または情報通信を通じて公開できないようにしていること、そして、性暴法50条2項は、これらを違反した場合に、刑事処罰を受けると規定していることである。

次に、性暴法23条及び特定犯罪申告者等保護法11条5項、6項は、性犯罪の被害者を証人として尋問する場合、裁判所の職権または被害者の申請によって、被告人を退廷させて証言できると規定されている。さらに、性暴法32条、性暴力犯罪等事件の審理・裁判及び被害者保護に関する規則15条1項は、証人として裁判所に出席する被害者が、裁判の前後に被告人またはその家族と遭遇しないようにし、保護と支援を受けられる証人支援施設を裁判所内に設置しなければならない、証人支援官⁶⁹⁾をして、証人審問前後における証人の心理的安静のための相談を実施している。

さらに、ビデオリンク方式による証人審問を性暴法40条及び韓国法165条の2に設け、刑事訴訟規則84条の9第2項などは、ビデオリンク方式によって、証人が被告人に対面するか、被告人が証人に対面することが、証人の保護のために相当ではないと認められる場合に、裁判長は、検察官及び弁護人の意見を聞き、証人または被告人が相手方を映像で認識できる措置の作動を中止させることができるとしている。

最後に、性暴法34条1項、児青法28条1項、韓国法163条の2は、証言の際に信頼関係者の同席を認め、性暴法37条によって、被害者が13歳未満

69) 刑事事件の被害者若しくは第三者が証人として、証言する場合に、証人支援官が、事前に証人と証人支援室まで同行した後、同室において、刑事裁判手続及び証人審問の趣旨などについて、説明することによって、証人が心理的に安定した状態で証言することができるようにする制度である。証言後には、専門の相談機関などを案内し、裁判所の出入口まで同行するなど証人の保護も任されている。詳細については、ソウル中央地方裁判所のウェブサイト<アクセス日：2022年4月1日 https://seoul.scourt.go.kr/seoul/join/join_04/index.html>を参照。

の場合には、陳述助力人による意思疎通の援助を受けられる。被害者が刑事手続上における被害を防御し、法律的に援助を受けるために弁護士を選任でき、弁護士がない場合には、性暴法27条6項によって、検察官が国選弁護人を選定し、被害者を保護しようとしている。さらに、反対尋問の際に、正当な防御権の行使を超える尋問は、刑事訴訟規則74条2項1号、77条2項但書によって許容されず、このような制限にも拘わらず、適切でない反対尋問が行われる可能性がある場合には、反対尋問の前に、尋問事項を提出させ、検察官、弁護士、陳述助力人の意見を聞き、未成年被害者の2次被害を惹起する質問に対して、これを制限するか、修正させるなど、裁判長の訴訟指揮権の行使を通じて、証人を保護することができるとした。

憲法裁判所は、被告人の反対尋問権の排除という問題が指摘される審判対象条項に頼るよりも、可能な限り、捜査の初期段階に、被告人側の参加が保障された証拠保全手続による供述証拠の確保と2次被害を防止する諸制度の活用が、被告人及び未成年被害者の保護として適切であると判断した。

3名の裁判官による反対意見は、次のような認識を基にしている。まず、韓国法に伝聞法則が規定されたのは、被告人の公正な裁判を受ける権利を保障するためではあるが、例外なく、伝聞法則を貫徹する場合、迅速な裁判が阻害され、また証明力のある証拠を利用できないことによって、実体的真実の発見が阻害され、公正な裁判と司法正義の実現に支障をきたすという認識である。すなわち、韓国法において、伝聞証拠であっても、信用性が保障され、または必要性が認められる場合には、訴訟経済と実体的真実の発見の観点から、伝聞法則の例外を認めており、審判対象条項もこれらと同様である。

被告人の反対尋問権については、適法手続、裁判請求権及び迅速な公開裁判を受ける権利、無罪推定原則を根拠にし、刑事訴訟手続における公正な裁判を受ける権利を実現したものであって、反対尋問権が伝聞法則の主

な根拠ではなく、また被告人の反対尋問権それ自身が制限不可能な絶対的基本権として認められるものではないとした。

最後に、刑事被告人には、当事者としての地位が認められ、それに相応する憲法的権利を有するが、憲法が保障する公正な裁判をどのように具体化するかの問題は、立法者の課題であるため、被告人に有利なすべての手続的権利に対する修正が不可能というわけではない。立法者が、被告人である国民を、単なる処罰の対象として陥れる結果をもたらすなど、憲法的に放棄できない要素を無視するか、韓国憲法37条2項⁷⁰⁾に反する内容の手続を設けない限り、立法者は、裁判手続を合理的に形成できる立法形成権を持つ。したがって、審判対象条項は、被告人の公正な裁判を受ける権利を実現する伝聞法則に対する例外事項を設けたものとして、公正な裁判を受ける権利を制限するものであるため、その制限が憲法的限界を超えたか否かが問題となる。

また、反対意見は、被害者保護について、従来の刑事手続においては被害者の地位が、単なる訴訟の客体として取扱われていたが、韓国憲法27条5項が被害者の供述権を保障し、同法30条が他人の犯罪行為による生命及び身体による被害に対する国家の救助を認めていることを根拠に、被害者保護の重要性を強調した。

そして、審判対象条項の立法目的の正当性と適切な手段としての判断は、反対意見も多数意見と同様であり、性犯罪の発生率の増加、13歳未満を対象とした性犯罪の増加が見られ、被害者の回復が著しく困難であることを指摘する。ただし、多数意見が言及した2次被害防止策は、反対尋問の制限に関する実務例が十分に蓄積されておらず、未成年被害者が、誘導・暗示による記憶及び供述の歪曲可能性が高いことに加えて、児童の特性に関して非専門家である被告人または弁護人によって、未成

70) 国民のすべての自由と権利は、国家安全保障・秩序維持または公共福利のために必要な場合に限り法律で制限することができ、制限する場合にも自由と権利の本質的な内容を侵害することはできない。

年被害者の心理的・精神的衝撃を与える可能性が高いことをも指摘される。

未成年被害者を司法手続の濫用から特に保護する必要性があること、それに伴う措置をとる政策的必要性が認められることについては、ビデオリンク方式による証人審問や審理の非公開、信頼関係人の同席などでは、未成年被害者の過去の経験に関する反復的な回想の強要を防ぐことができず、2次被害の防止には、限界があるため、司法手続きの濫用から、より強い措置が必要であると指摘された。

その他に、記録媒体は、取調べの開始から終了までの全過程及び客観的状况を記録しなければならず、被害者が録音・録画場所に到着した時刻、開始と終了の時刻、その他の進行経過を確認するために必要な事項を調書または別途の書面に記録しなければならないと規定していること、さらに、伝聞法則の例外が認められるのは、一般的な供述調書及び供述書と異なり、供述の全過程がそのまま収録された記録媒体に限られ、これを通じて、裁判所及び被告人などは、不適切な暗示または誤った情報の提供、供述の誘導、強要の有無を具体的に確認できること、これらに加えて、性暴法33条1項は、裁判所が、精神健康医学科医者、心理学者、社会福祉学者、その他の関連専門家から被害者の精神・心理状態に関する所見及び被害者の供述に関する意見を聞くことができるとされており、これは、反対尋問と類似した効果を得ることができるとし、通常の伝聞証拠に比して記録媒体は、検証の必要性が相対的に低いだけでなく、それ自体が被害者の供述の信憑性判断に必要な要素を備えているとみなすことができるとした。

被告人は、信頼関係人に対する証人審問によって、1次的な被害者の供述に対する弾効ができ、裁判所の職権による証人審問の機会が残されていることも反対意見の根拠となっている。反対意見は、記録媒体の証拠能力が認められても、証明力が否定される可能性があること、裁判所の判断によって未成年被害者に対する反対尋問の機会が保障されること、審判対象

条項が保護する公益の重大性に鑑みると、審判対象条項が伝聞法則の例外を定めていることのみでは、被告人の防御権を侵害していると言えないため、審判対象条項は、被害最小性及び法益均衡の要件を備えていると判断した。

（８）判例の検討

① 従来の判断

児青法及び性暴法に基づいて、被害者の供述が収録された記録媒体を実質証拠として利用するためには、参考人供述調書のように原供述者の供述による真正成立が認められる必要がある。ただし、真正成立を認める供述をする主体を、原供述者のみならず、第三者にまで認めている。真正成立が求められることは、参考人の供述録取した書面と同様であるが、参考人供述調書が証拠となるために求められる被告人の反対尋問の保障が、記録媒体には必ずしも求められるわけではない。

韓国最高裁は、被告人の反対尋問権の保障より、被害者の保護の方が優位であるような判断をした。それは、記録媒体の証拠能力を認めるためには、少なくとも信頼関係人の供述が必要となるため、信頼関係人に対して反対尋問権の行使ができるとしたものであった。また、裁判所の裁量による記録媒体の原供述者に対する反対尋問権の行使の可能性も残されていることも、反対尋問権の保障の範囲内であると判断したと思われる。

しかし、被害者の保護という目的は、被告人の権利を侵害若しくは制限することを正当化するものではなく、著しい侵害には至らない範囲で、一定の制限が許容されるとしても、その制限の程度は検討されるべきである。また、性犯罪の被害を受けた未成年者の保護という目的を達成する手段として、記録媒体の実質証拠としての利用を定めた規定が妥当であるかも疑問である。

すでに概観した通り、韓国における被告人の証人審問権は、憲法で保障される基本権としての地位を持っておらず、公正な裁判を受ける権利を実

現する手段とされている⁷¹⁾。また、反対尋問権の保障は、絶対的な保障ではなく、機会の保障であれば足りる。ただし、機会の保障であっても、実質的・効果的なものでなければならない。実質的・効果的な保障の意味は明らかにされていないが、これが保障されなかった場合には、参考人供述調書の証拠能力が否定される⁷²⁾。

ところが、性暴法及び児童虐待法においては、反対尋問権の行使が、記録媒体の証拠能力認定要件として定められていないため、参考人供述調書より容易に証拠能力が認められる。しかし、記録媒体の証拠能力認定要件である真正成立が、供述した内容がその通りに記載され、供述しなかった内容が供述したかのように記載されていないことを含む意味である⁷³⁾以上、真正成立が、記録媒体に収録された供述内容の信用性まで担保するわけではない。そのため、2013年の憲法裁判所の反対意見及び2021年の多数意見も、信頼関係人が原供述者でないことを問題視している。

信頼関係人に対する反対尋問権の行使に関して、韓国で話題となった冤罪事件がある。被告人は、知的障害を持つ未成年者の被害者を2015年春から同年冬まで、5回姦淫したとして、起訴された。被害者の供述を録取した記録媒体が、有力な証拠となり、捜査段階から無罪を主張していた被告人は、第一審で有罪とされた。しかし、捜査段階において、被害者は、捜査機関の質問に対して、「とても消極的で、単なる答えしかしないか、全く答えない態度を見せた」と判断された。被害者の供述態度について、証人(被害者の叔母)は、法廷で、被害者は、会話が成り立たない、意思疎通がうまくできない、何かを話すが、口数は少ないと供述した。裁判所は、このような被害者の供述態度に信憑性を認めたのである。裁判所は、

71) 헌재 1994.4.28. 선고 93헌마26 전원재판부, 헌재 1998.9.30. 선고 97헌마51 전원재판부, 헌재 2013.12.26. 2011헌마108, 공보 제207호, 86 전원재판부.

72) 2007年法改正前には、参考人供述調書の証拠能力は認められたが、証明力が認められなかった。2007年の法改正は、反対尋問の保障を証明力の問題から、証拠能力の問題に引き上げたと評価される。

73) 대법원 2013.3.14. 선고 2011도8325 판결.

被害者供述の信憑性を被害者の知的水準及び供述態度，供述の内容及び捜査機関の捜査方法に基づいて判断したとされる⁷⁴⁾。

この事例において，被告人が信頼関係人に対して，被害者の供述態度，供述の経緯と内容など被害者供述の証拠能力及び証明力の判断に必要な事項を，弾劾できたと言えるだろうか。この事件から，信頼関係人に対する証人審問は，その役割を果たせないのが明らかになったと考えられる。

また，被害者は，捜査過程において被害を被った場所を，6回も変更したが，暗示による供述であるか否かは確認されず，裁判所は，被害者の経験による供述であるとして信憑性を認めた。そのため，被害者の供述態度が消極的であり，供述に一貫性がないにもかかわらず，裁判所は被害者を証人として法廷に呼び出すことはなかった。

控訴審では，被害者が証人として，被告人に姦淫されたことはなく，警察の取調べの前に叔母から，被告人に姦淫されたと供述するように言われたと明確に供述した⁷⁵⁾。しかし，被害者の証言は，裁判所の裁量によって行われたわけではなく，被告人の娘が，被害者に法廷で証言するよう説得したため行われたものであった⁷⁶⁾。この事例は，記録媒体に記録された被害者の消極的な供述態度及び叔母の証言が，被害者に十分な供述能力がないという予断を抱かせた結果ではないかと思われる。韓国最高裁及び2013年の憲法裁判所の多数意見が言及した，第三者に対する反対尋問は，実質的な効果を果たせなかった。また，裁判所は，記録媒体及び原供述者でない者の証言から，原供述者に対する証人審問の必要性を認めず，原供述者の消極的な態度，犯行現場を何度も変更するなど，信用性の低い供述から，当該供述の信用性を認めたことになる。

74) 광주지방법원 2017.3.31. 선고 2016고합498.

75) 광주고등법원 2019.1.13. 선고2017노194.

76) 「[[탐정 손수호] 곡성 성폭행 누명 사건의 전말」『노컷뉴스』 <アクセス日：2021年11月29日 <https://www.nocutnews.co.kr/news/5466713>>.

さらに、記録媒体が持つ強いインパクトの問題との関係では、裁判所の裁量による被告人の反対尋問権の保障も期待し難いことを示唆する。2013年の憲法裁判所は、記録媒体を、事件直後の記憶を記録でき、録音・録画の状況を通じて供述の信憑性を弾劾でき、供述態度が明らかになるとしたが、録音・録画を視聴することについては、2007年の韓国法312条の改正過程を考慮しなければならない。

2007年の法改正は、被疑者を対象とした記録媒体を、被疑者供述調書の真正成立を認める手段及び原供述者の記憶喚起のためにのみ利用することができるとした。そのため、弾劾証拠としての利用も禁止されているが、その理由は、立法過程において、記録媒体には、書面よりも強力な証明力があり、事実上の実質証拠として利用されることが懸念されたからである⁷⁷⁾。2013年の憲法裁判所は、記録媒体が事実認定者に予断を与える危険性は考慮せず、被告人に有利に作用する可能性と弾劾可能性を肯定し、供述態度を確認できることから、反対尋問の必要性は低いとした。しかし、この判断は、2007年の法改正の過程を考慮したものとは思えず、記録媒体のインパクトに対する懸念からも適切な判断ではないと思われる。また、2021年の憲法裁判所の判断でも指摘されたように、専門家さえ限定的な記録媒体の内容では、十分な分析が期待できないことから、2013年の憲法裁判所の判断には肯定できない。

② 2021年の判断

他方で、2021年の憲法裁判所は、被告人の反対尋問権の行使を実質的に制限する審判対象条項は、直接審理主義及び公判中心主義を徹底することによって保障される被告人の公正な裁判を受ける権利との関係において、固有の憲法問題を惹起すると判断した。学界においても、従来から、性暴法及び児青法の規定は、被告人の反対尋問権を著しく侵害すると批判さ

77) 법원행정처 『새로운 형사재판의 이해』(법원행정처, 2007年) 120頁。

れていた⁷⁸⁾。韓国の裁判所に設置されたすべての性犯罪専担裁判部を対象としたアンケート調査からも、被告人の反対尋問権の侵害であるという結果が出されている⁷⁹⁾。

2021年の憲法裁判所の判断は、従来と同様に、被告人の反対尋問権に、憲法が保障する基本権としての地位を認めているとは言えないが、被告人の反対尋問権の制限は、被告人の公正な裁判を受ける権利の制限するものであるとした。それゆえ、審判対象条項の立法目的の正当性及び適合性を認めつつ、それと同時に被告人の権利保障と調和させることが求められるとした。そして、伝聞証拠の歪曲可能性から、実体的真実の発見のためには、証拠を排除することよりも、質問を排除してはならず、審判対象条項にも限界があることを示した。

まず、憲法裁判所は、記録媒体の形成過程にも限界が存在するとして、被害者を対象とした取調べは、捜査機関の支配の下にあること、捜査機関の支配下で作成された記録媒体には、十分な供述態度が収録され難いことを挙げた。この限界は、専門家の検証を経たとしても、被告人の反対尋問に代替できる方法にはなり得ない。

次に、原供述者に対する反対尋問ではなく、第三者に対する反対尋問は、適切な反対尋問の機会を保障しているとは言えないため、2013年の憲法裁判所の反対意見と同様に、反対尋問権の保障として適切ではないと判断したのである。さらに、記録媒体の証拠能力が認められること、すなわち、被告人に記録媒体の信憑性を弾劾する機会が与えられたか否かということ、記録媒体の証明力が認められて有罪の根拠となることは、別個の

78) 이성기 「당사자주의의 원칙에 입각한 피의자 대면권의 헌법적 권리와 조서의 증거능력에 관한 논의」 성신법학12호 (2013年) 22頁, 김용재 「원진술자의 증언거부와 형사소송법 제314조의 전문법칙의 예외-대법원 2019.11.21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결-」 저스티스 通卷182-1号 (2021年) 475頁, 이주원 「형사소송법상 반대신문권과 증거능력의 관계」 형사소송 이론과 실무10卷2号 (2018年) 173頁。

79) 홍진영·범선윤 「성범죄사건의 실무적 쟁점 - 영상녹화물 증거 제도과 전문심리위원 제도를 중심으로」 사법通卷31号 (2015年) 83頁以下。

問題であるとし、被告人に記録媒体の証明力を弾劾できる機会が与えられている若しくは残されていることが、記録媒体の証拠能力を認める際に保障されるべき被告人の反対尋問権の保障を制限する根拠にはなり得ないとした。

憲法裁判所の判断は、2000年代から公判中心主義の強化を目指してきた裁判所の動きと同一線上であると思われる。調書裁判のビデオ裁判化に対する懸念は、被疑者の供述のみならず、被害者の供述にも当てはまるものであって、性犯罪の特性上、被害者の供述に頼らざるを得ない事件は、被告人の反対尋問権が、被告人の唯一の防御手段である。この防御手段を実質的に制限することだけでも、被告人は、当事者ではなく、単なる客体になってしまうが、記録媒体に証拠能力まで認められると、より深刻な問題となりかねない。そのため、憲法裁判所も、記録媒体に対して、科学的・客観的な記録手段であると評価せず、記録媒体の作成過程に着目して、記録媒体の不完全さを強調したように思われる。

(9) 韓国の新たな動き

韓国の法務部は、2022年4月14日に、上記の憲法裁判所による違憲決定を受け、違憲決定の趣旨を反映して被告人の反対尋問権を保障しつつ司法手続における19歳未満の性犯罪被害者を保護する制度を設ける必要があるとし、「性暴力犯罪の処罰等に関する特例法一部改正法律(案)」の立法を予告した⁸⁰⁾。主な内容は、以下の通りである。

まず、性暴力犯罪の処罰等に関する特例法(以下、特例法とする)に、26条の2を新設し、19歳未満の被害者の取調べ及び公判廷における証人審問は、訓練を受けた児童専門調査官が担当することになり、証人審問の際には、交互尋問制度を定めた韓国法161条の2の適用が排除される。ここで言う児童専門調査官とは、特例法26条の2第4項以下において、檢察総

80) 법무부공고 제2022-105호의提案理由。

長、警察庁長、法院行政処長が大統領令で定めた教育・訓練を受けた、検察庁の職員、司法警察官、裁判所の調査官⁸¹⁾が、児童専門調査官として指定される。

次に、特例法30条の2を新設し、第1項において、捜査機関が、19歳未満の性犯罪被害者及び障害による分別力、意思決定能力が微弱な被害者に対して行った取調べを録音・録画した記録媒体は、被害者の供述を証拠とする必要がある場合に加えて、被害者が公判準備または公判期日に証言することが困難であるか適切でない場合⁸²⁾には、記録媒体を証拠として使用できること、証拠保全手続において、被害者を証人として尋問する機会があることを被疑者、被告人または弁護人に書面で通知しなければならないと規定した。ただし、被害者に対する危害のおそれ、証拠隠滅のおそれまたは捜査の支障のおそれがある場合には、その事由が解消するまで通知をしなくても良い。第3項は、捜査機関の通知を受けた被疑者、被告人または弁護人は、20日以内に被害者を証人として尋問する意思を書面で知らせなければならないとされている。また、新設される30条の3は、被疑者、被告人または弁護人に記録媒体の音声に関する閲覧および記録媒体の録取書、記録媒体の作成過程で作成された調書の閲覧・謄写を申込むことができる。

記録媒体の証拠使用に関しては、証拠保全期日、公判準備または公判期日において、被害者を尋問できた場合に記録媒体を証拠とすることができるとされるが（30条の4第1項）、被害者が、死亡・疾病・トラウマ・恐怖・記憶喪失・外国居住・所在不明、その他これに準じる事由によって供述できない場合には、信憑性を要件に記録媒体を証拠とすることができる（第2項）、参考人供述調書より広範な例外事由が設けられている。

81) 法院組織法54条の3に基づいて、裁判官の指示によって、事件に関する審判に必要な資料の収集・調査、その他に必要な業務を担当する。

82) この場合、16歳未満の被害者及び障害による分別力、意思決定能力が微弱な者は、一律に証言が困難若しくは適切ではないと見なされる。

裁判所は、第2項を適用する場合に、被害者の年齢、状態、記録媒体に収録された被害者の供述内容及び供述態度を考慮しなければならないとされているが(第3項)、2021年の憲法裁判所は、記録媒体の形成過程に限界があることを指摘し、記録媒体に十分な供述態度が収録され難いことを言及したにもかかわらず、記録媒体の実質証拠としての使用を許容する内容となっている。しかし、仮に、証拠保全期日、公判準備または公判期日において、被害者を審問でき、事実認定者が供述態度などを確認できたとしても、それは、あくまでも当該審問時の供述態度であって、憲法裁判所が指摘した記録媒体の限界は解消されていない。

記録媒体の証拠使用の条件の一つである証拠保全手続は、以下のように定められている。まず、被疑者、被告人または弁護人から被害者を尋問することを望む旨の通知を受けた司法警察官は、例外事由がある場合を除いては、検察官に対して速やかに、韓国法184条1項による証拠保全手続の請求を要請しなければならない。ただし、この請求も上記の告知の場合と同様に、被害者に対する危害のおそれなどを理由に、その事由が解消されるまで請求しなくても良いとされている(41条の2第1項ないし第3項)。検察官から証拠保全手続の請求を受けた裁判官は、被疑者または被告人に弁護人が選任されていない場合には、職権で弁護人を附しなければならない(第4項)。

最後に、19歳未満の被害者に対する証人審問のために、裁判長は、事件を公判準備手続に付しなければならない。検察官、被告人または弁護人は、事前に裁判所に尋問事項を記載した書面を提出しなければならない(40条の2第1項、第5項)。そして、裁判所は、被害者の意思及び利益に反しない限り、証人審問はビデオリンク方式によって行くとされ、特別な事情がない限り、記録媒体が作成された場所を中継し、児童専門調査官に証人審問を仲介させ、信頼関係人または陳述助力人を被害者と同席させることができる(40条の3第1項ないし第3項)。検察官及び被告人側は、証人審問に

参加することができる。

そして、証人審問では、裁判長は児童専門調査官を通じて尋問することが原則となっており（40条の4第1項）、また、証人である被害者に尋問する事項とその方法を裁判所が定める際に、検察官、被告人または弁護人、児童専門調査官、被害者の弁護士、陳述助力人は、尋問事項と尋問方法に関する意見を提示できるとした特例法40条の2第6項によって定まった尋問事項と尋問方法によって被害者を尋問するとなっている（第2項）。検察官及び被告人または弁護人は、証人審問の過程で、必要な尋問事項の追加を要請でき、裁判長は、被害者の弁護士の意見を聞いてその許容要否を判断して尋問しなければならない（第4項）。

以上が、法務部が予告した未成年の性犯罪被害者の保護と被告人の証人審問権の保護に関する改正案の内容である。この内容は、まだ実施されておらず、これから修正される可能性も残されているため、具体的な内容に関する検討は省略するが、裁判所を通じた被害児童に対する証人審問を通じて、被告人の証人審問権を保護する方向性を有していると思われる。それゆえ、従来は、裁判所の裁量による反対尋問の機会が保障されるだけであったが、法務部の改正案によると原則として被疑者、被告人側の参加が認められ、尋問事項を事前に用意したり、尋問事項を追加することも認められている。しかし、証拠保全手続および公判準備または公判期日における証人審問が、記録媒体を証拠として使用するための条件となっているが、参考人取調べよりも広範な例外事由が設けられていること、児童の特性とされる記憶の変化、喪失を配慮せず、被告人に対して証人審問ができることの告知を遅らせても良く、検察官による裁判所に対する証拠保全手続の請求も遅らせても良いとすることには、問題があるように思われる。すなわち、記憶喪失とこれに準じる事由という参考人の供述調書よりも広範な例外事由が設けられ、これらの例外事由に該当する場合には、証人審問を経ずに記録媒体を証拠として使用できることになり、さらには、例外事由に該当しない場合であっても捜査機関の判断、とりわけ捜査の支障の

おそれという抽象的な基準に該当することで、捜査機関の被疑者・被告人側に対する証人審問ができる旨の告知や裁判所に対する請求の遅延が許容されるとすることは、児童の記憶が変化または喪失されることに対する配慮がみられないのみならず、一定の期間が介入することによって記憶に変化が生じた児童を対象とする証人審問は、実質的な意味を持たないにもかかわらず、記録媒体を証拠として使用する条件だけは満たされることになり、被疑者・被告人にとって不当であると言わざるを得ない。

裁判所によって、当事者の代わりに証人審問が行われることの当否は別として、上述したように、証人審問が記録媒体を証拠とするための要件とされていることから、証人審問における被害者の供述があっても、記録媒体が証拠とされることもあり得ると予想できる。確かに、2021年の憲法裁判所は、被告人の反対尋問権を制約する従来の方法では、記録媒体の限界をも重ね合わせて違憲であるとした。しかし、憲法裁判所は、これらが解消された場合に、記録媒体を実質証拠として用いても良いという判断をしたわけではなく、反対尋問の保障は、実質的な保障を要することから、反対尋問の機会を与えたことのみをもって、記録媒体を実質証拠として用いることは、問題があると言わざるを得ない。なぜなら、裁判官の面前で行われた供述が、反対尋問によって信用性が否定された場合に、記録媒体の信用性が公判供述の信用性より乏しいことは当然であり、公判供述の信用性が認められた場合には、記録媒体より高い信用性が認められるのが当然であるにもかかわらず、このような判断基準が示されず、単に記録媒体を実質証拠として用いるための条件として、反対尋問が位置づけられたことは、捜査機関が獲得した、いわゆる法廷外供述の執着にしか思えないからである。

最後に、新たに導入される児童専門調査官の介入によって記録媒体が裁判官の面前で行われた供述より優先される根拠にはなり得えない。また、児童専門調査官というのも正確には、児童の専門家ではなく、捜査機関または裁判所で選ばれた者に過ぎないため、児童専門調査官による証人

審問の仲介に、実質的な意味があるかは疑問である。むしろ、捜査機関の取調べ及び法廷における証言を援助する専門家とされ、中立義務を負っている陳述助力人の方が、証人審問の仲介に適していると言わざるを得ない。

（10）小 括

以上、日本と韓国における司法面接の過程を録音・録画した記録媒体について概観した。韓国の場合、日本より早期に、公判廷において、記録媒体を実質証拠として用いることを許容した特別法によって、記録媒体が実質証拠として用いられていた。さらに、特別法の内容は、日本の性犯罪に関する刑事法検討会で議論された、第一案のような被告人に、被害者に対する反対尋問の機会を与えず、記録媒体を証拠とする内容のものであった。

そして、特別法の内容が、被告人の反対尋問権の制約を正当化するのは、記録媒体の証拠能力認定要件に原供述者のみではなく、信頼関係人による真正成立が許容されること、裁判所の裁量によって原供述者に対する反対尋問の機会が与えられることによって支えられていた。しかし、これらに対しては、信頼関係人に対する反対尋問に実質的な意味がないことや裁判所の裁量による反対尋問の保障は、適切な保障とは言えないなどの指摘があった。ここで、注目すべきなのは、韓国では、記録媒体に証拠としての地位を与えるために、特別法の全体的な評価は別として、一定の条件を設けていたことであると思われる。特別法における記録媒体の実質証拠としての利用に関する議論過程は明らかではないが、2013年の憲法裁判所の判断によれば、特別法の立法目的が、児童の精神的負担の軽減であるとされ、被告人の反対尋問権との関係においては、信頼関係人に対する反対尋問及び被害児童に対する反対尋問の可能性が残されているため、反対尋問権を不当に制約するものではないと判断されていたと推測できる。そうすると、韓国では、少なくとも児童の精神的負担の軽減という目的をもつ

て、被告人の反対尋問権を無条件に制約することは適切ではないと意識があったと言えなくもない。思うに、韓国の憲法には、被告人の証人審問権を基本権として認められていないにもかかわらず、記録媒体の証拠能力認定要件に反対尋問権の侵害を不十分ながらも賄うような制度設計が行われていたことは、被告人による反対尋問の重要性に鑑みた結果であったと思われる。

また、2021年の憲法裁判所は、記録媒体の限界を指摘した。その内容は、捜査機関の支配の下で作成される記録媒体には、一定の限界があることを指摘しており、反対尋問の重要性を強調した判断であったと考えられる。ただし、日本の性犯罪に関する刑事法検討会で議論された第二案のような、被告人の反対尋問の機会を与える方法では、被告人に反対尋問の機会が保障されるため、主尋問の代わりに記録媒体を視聴することと反対尋問権の制約との間に問題はないと考えられるかもしれない。しかし、記録媒体が捜査機関によって作成されるものである以上、記録媒体の視聴が、被告人の実質的な反対尋問権行使に制約を与えるという問題があると言わざるを得ない。記録媒体が持つ強いインパクトまたは臨場感は、供述調書に比べて、供述内容の信用性の弾劾をより困難にするおそれがあり、事実認定者も児童に直接話しかけられているような錯覚を誘発する危険さえ生じる。すなわち、記録媒体を視聴することによって記録媒体の内容が正しい若しくは正しいように思われるような一種の予断を抱いてしまった者に対して、被告人の効果的な反対尋問を期待することは、通常の証人尋問よりもハードルが高く、無理を強いるに等しい弊害がある。

公判中心主義の実現からすると、記録媒体の使用と上述したような限定的な反対尋問の機会の保障は、捜査と公判の分離を阻害することになる。司法面接の目的は児童の精神的負担を軽減することであり、一般的に信用性が高いと評価されるが、これらを根拠に、安易に記録媒体の証拠としての価値を高く評価することは、捜査機関の捜査結果である記録媒体の内容が裁判所にそのまま受け継がれる危険を生じさせる。すでに指摘した通

り、司法面接が必ずしも児童の精神的負担になるとは限らず、捜査機関の他に別の要因からも児童が、供述の誘導や暗示を受ける可能性が存在し、司法面接で行われる児童の供述が、誘導や暗示によるものであることを記録媒体の内容または司法面接が行われるまでの捜査機関の措置から、すべて排除することは困難であり、さらに、捜査機関と関係性を有しない誘導や暗示の可能性を被告人が立証することは、不可能である。

したがって、記録媒体を公判廷で用いることは、被告人の証人審問権を実質的に制約する結果を生じさせ、さらに、捜査の結果がそのまま公判の結果となるおそれがあるため、捜査と公判の分離という理念から妥当ではない。

最後に、記録媒体を公判廷で用いることには、実体的真実の発見及び被告人の権利保障の他に、児童の保護という新たな目的が介入されることであって、児童の保護という目的も重要な課題であることには間違いない。ただし、司法面接が児童の精神的ケアを最優先にする制度ではなく、児童を配慮しながら情報を収集し、捜査機関に供述を確保させる機能を果たしている以上は、被告人の権利を制約するために許容できる相当な根拠が必要となる。しかし、司法面接の特徴とされる児童の精神的負担の軽減も信用性が高いと評価される供述内容も、それを一律的に肯定できるものではなく、一般的に可能性が高いと評価できる場合があるというだけであって、被告人の権利制約を正当化する根拠としては乏しい側面があることを指摘しておきたい。