

検察官の職務と職権の濫用

— 大阪地検特捜部の犯罪を契機として —

吉 弘 光 男
宗 岡 嗣 郎

1. はじめに

最高検察庁は、平成22年10月21日、大阪地方検察庁に設置された特別捜査部の部長Xおよび副部長Yを犯人隠避罪の共謀共同正犯の容疑で立件し、平成24年3月30日、大阪地裁は両者を有罪とした¹。特別捜査部は、一般に「特捜」と呼ばれ、主として政界・財界・官界にかかわる犯罪に関し、独自に捜査し立件する機関として、東京、大阪、名古屋の地検に置かれている。この犯人隠避事件は、大阪特捜のトップ2名による犯罪であり、検察組織のみならず、司法制度の全体を揺るがす犯罪として、世間の耳目を集めた。

この事件を簡単にみておこう。X・Yは、特捜部所属の検察官Zが障害者団体に認められた郵便割引制度を悪用した郵便法違反事件（以下「郵便不正事件」という）に関連した事件の証拠物であるフロッピーディスク内のデータを改ざんし変造して証拠を隠滅したことを知りながら、共謀して、Zによる証拠の改ざん行為が「過誤」によるものであり「故意」ではなかったと「事実をすり替えて、自ら又は同部（注：特捜部）所属の検察

1 大阪地判平成24・3・30（以下、未公開の判決内容はTKC法律情報データベースより引用し、TKCと略記する）。

官らを指揮して捜査を行わず」、また上司である検事正と次席検事に対しては、証拠物である「フロッピーディスクのデータに工作が加えられていないか検証している際、データが過誤により書き換わった可能性があるが、本件フロッピーディスクは還付されているため、確認できない」という虚偽の報告をして、この件の「捜査は不要と誤信させ」、よって証拠隠滅罪の犯人である検察官Zを隠避させたという事件である。

この簡潔な事実関係のスケッチからあきらかなように、X・Yは証拠隠滅罪の犯人であるZを隠避している。それは紛れもない事実である。しかし、本当の問題は、X・Yの行為が犯人隠避行為に尽きるのかという点にあるだろう。同じ疑問はZに対してもあてはまる。たしかに、Zは、証拠物であるフロッピーディスク内のデータを改ざんし、証拠を隠滅している²。したがってZに証拠隠滅罪が成立することはあきらかなだろう。しかし、X・Yの場合と同じく、Zの行為が証拠隠滅行為に尽きるとは思えない。X・Y・Zの各行為はあきらかに職権濫用罪にも該当する。大阪特捜の犯人隠避事件も証拠隠滅事件も、検察官が職務を遂行する中で、典型的な職務犯罪（das Amtsdelikt）として実行された。後述するとおり、X・Yには、犯人隠避罪（刑法103条）のみならず、公務員職権濫用罪（193条）が成立し、両罪は併合罪もしくは観念的競合になり、Zには、証拠隠滅罪（104条）のみならず、特別公務員職権濫用罪（194条）が成立し、両罪は併合罪もしくは観念的競合になると考えるべきである。

本稿は、このように、違法な捜査が職務犯罪としての職権濫用罪になりうることを論じる。そのために、まず、X・Yによる犯人隠避事件とZによる証拠隠滅事件の共通の前提になった福祉事業支援組織を自称する「R会」による郵便不正事件の捜査内容を概観しよう。その上で、主任検事として捜査を統括し、取り調べの実態を認識していたZによる証拠物（フロッピーディスクのデータ）改ざんの意味を考え直そう。次に、職権濫用

2 大阪地判平成23・4・12（TKC1/4）。

罪の成立要件を検討して、X・Yの行為が公務員職権濫用罪に該当し、Zの行為が特別公務員職権濫用罪に該当することを示す。さらに、わが国の捜査が正当（な職務）行為の範囲を逸脱し、正当化しえない実態になっているにもかかわらず、刑事裁判官は、違法捜査が公務員職権濫用罪や特別公務員職権濫用罪に該当する可能性を意識すらしていないことを考えなければならない。この鈍感さ、検察官と裁判官に共有された「刑罰権力にかかわる不法」への鈍感さ、これこそ、わが刑事司法の病理の根源であることに少しだけでも触れておきたい。

2. 郵便不正事件と主任検事Zによる証拠物の変造

いわゆる「郵便不正事件」は、障害者団体に適用される郵便料金の割引制度を悪用し、正規料金の7パーセントという低料金で大量のダイレクトメール等を郵送して、全体で200億円超の郵便料金の支払いを免れた複数の事件をあらわす総称であり、主として大阪地検特捜部が捜査にあたり、平成21年6月以降、多くの事件が立件された。その1つに「R会」の事件があった。これは、「R会」が、その会報「R」を心身障害者の福祉増進を目的にした定期刊行物だと装って、心身障害者用低料第三種郵便物制度の適用を受け、大手家電量販会社などのダイレクトメールを低価格の割引料金で違法に発送し、通常の第三種郵便物の正規料金との差額を不正に免脱した事件であった。

Zは主任検事として捜査を統括した。この事件では、「R会」に障害者団体としての実体がないにもかかわらず、厚生労働省の発行した障害者団体であることを証明する内容虚偽の証明書が郵便局に提出されていたことから、「R会」による単なる郵便法違反事件ではなく、有印公文書偽造罪・同行使罪の容疑も濃くなった。そこで、特捜は、本件証明書を実際に作成した厚労省の元障害保健福祉部企画課予算（社会参加）係長Aを、本件証

明書の発行にかかる虚偽の稟議書を作成し、それを「R会」にファクシミリ送信したことにつき、同容疑で逮捕し、その後、平成21年6月14日、Aの直属上司であり本件証明書の発行権限をもつ担当課長（逮捕時は局長）Mを逮捕し、容疑を虚偽有印公文書作成罪・同行使罪に切り替え³、同年7月4日、容疑否認のままMを起訴した（以下この事件を「本件」という）。

ところで、特捜は、本件を「政治案件」と捉えており、特捜が時にすることだが、そのことを積極的にマスコミにリークしている⁴。たとえば、Mが逮捕されたとき、Mの上司である障害保健福祉部長Sが、本件証明書の発行につき、「民主党幹部の国会議員から対応を頼まれ、部下らに伝えた」と特捜部に証言しているという捜査情報が報道機関にリークされており（朝日新聞・平成21年6月15日夕刊）、あたかも国会議員の要求に対応した高級官僚Sの意を受けてMが政治案件として組織的に対応したかのようなイメージを社会に与えた。

そこで、まず、Mの逮捕までに、特捜によって作成されていた検察官調書から、本件を「政治案件」あるいは「議員案件」と捉えた特捜の犯罪仮説（ストーリー）を確認しておこう。第1に、民主党の有力国会議員Iの秘書をしていた経歴をもつ「R会」の会長Bから、平成16年2月下旬ころ、「R会」の発起人Cに指示されて、議員会館にIを訪れて面談し、「厚労省への申請に対するサポート」をIに依頼したこと（供述①）、その後、Bは厚労省を訪れ、「Mに案内されて、部長室でSに会い、あいさつをし、

3 虚偽有印公文書作成罪（156条）は、有印公文書偽造罪とは異なり、文書の作成権限を有する公務員が主体だから（真正身分犯）、Aの単独犯は成立しない。したがって、本罪で立件すれば、必然的にMとAらの共同正犯という論理構成になる。

4 捜査機関による報道機関への捜査情報の恣意的なリークはよく指摘されるが、本件でも、容疑者に不利な情報のリークによって、捜査機関に有利なさらなる供述を得ようとする特捜の意図がかなり明確にみられる。この点につき、Mの弁護人を務めた弘中惇一郎の指摘（弘中「M事件の教訓と刑事訴訟法学への課題」法時83巻9・10号12頁以下）を参照されたい。

公的証明書の発行について便宜を図ってもらうようお願いした」こと（供述②）を調書にしている。第2に、このBの供述を補強するように⁵、Mの上司である部長Sの供述を調書にしている。すなわち、国会議員Iから執務中に電話があり、「R会」に上記の証明書を発行するよう要請されたこと（供述③）、その後、担当課長である部下のMを部長室に呼び、「便宜を図る」ように指示したこと（供述④）、「2月下旬ころ、Mに案内されてきたBと部長室であいさつした」こと（供述⑤）、「6月上旬ころ、Mから、R会に対して、公的証明書を発行することになった旨の報告を受けた」こと（供述⑥）などを調書にしている。第3に、Mの日常的な業務をよく知る企画課の職員からも、Mが「R会」への証明書作成に関与していた旨の複数の供述を調書にとっている。たとえば、Aの前任係長からは、「企画課課長補佐から呼ばれ、企画課本課に行き、そこでM、企画課課長補佐とともに、Bとあいさつをした」こと（供述⑦）、企画課課長補佐（当時）からは、「I先生の秘書のBさんという人が……来るらしいから担当者を紹介してあげてください」などという指示がMからあったこと（供述⑧）、および「確か6月上旬ころのことだったと思うが、私は、室長補佐から『I代議士から頼まれていたR会の件ですが、A係長がM課長なんかと相談して、うまく処理してくれたようで、公的証明書を発行することになりました』などと報告を受けた」こと（供述⑨）、企画課社会参加推進室長補佐（当時）からは、5月中旬ころ、「R会」について報告したときに、Mが「ちょっと大変な案件だけどもよろしくお願いします」と発言したこと（供述⑩）、および「私は、6月上旬ころ、Aから『R会の調整がついて、終わりましたので』などといった報告を受けた」ということ（供述⑪）などを

5 Sの供述調書はBの供述を「補強するように」録取されている。しかし、本件判決が認定したように、その内容が措信できないとすれば、それは、政治家が関与しているというBの供述を「補強するために」事後的に作り出された疑いが強くなる。

調書にしている。

これらの供述から、特捜は、国会議員Iから電話による要請がSにあり、Sの指示を受けたMが、「R会」に障害者団体としての実体がないことを知りながら、部下の係長A、「R会」の会長B、同会のCらと共謀し、平成16年6月上旬ころ、Aに内容虚偽の本件証明書を作成させ、Mが厚労省内でそれをBに手渡し、同年6月10日ころ、「R会」が同文書を郵便局の郵便窓口課申請事務センターに提出することによって行使したというストーリーを形成した。この特捜ストーリーの骨子になっているのは、本件証明書を作成したAによる「私は、Mの指示で、本件公的証明書を作成し、それを、その後、Mが、『R会』関係者に手渡した」という供述（供述⑫）であるが、特捜は、これもリークしている。また、容疑が虚偽有印公文書作成罪・同行使罪に切り替わった時点で、再逮捕されたAをはじめ、B・Cも、共犯者として容疑を認めていることがリークされ、報道されている（朝日新聞・平成21年6月15日夕刊）。つまり、M逮捕の時点で、特捜は、本件が「政治案件」であるというストーリーをほぼ完全に作り上げていたし、そのことを隠そうともしなかった。

このような状況の中で、Mを起訴した9日後の7月13日、大阪地検が入る合同庁舎内の執務室で、Aが本件証明書を作成した際に使用したフロッピーディスクの検証作業をしているとき、主任検事Zは、「虚偽有印公文書作成等被告事件の証拠であるフロッピーディスクについて、パーソナルコンピューターと高機能ファイル管理ソフトウェア等を使用して、同フロッピーディスク内に記録されていた『コピー～通知案』と題する文書ファイルの更新日時『2004年6月1日、1：20：06』を『2004年6月8日、21：10：56』に改変するなどし、もって他人の刑事被告事件に関する証拠を変造した」のである⁶。

これは、証拠隠滅罪での起訴に対する大阪地裁の判決からの引用であ

6 大阪地判平成23・4・12（TKC1/4）。

り、その認定に疑問はない。しかし、冒頭に述べたとおり、本稿の目的は、Zの行為が証拠隠滅罪に尽きるのではなく、特別公務員職権濫用罪にもなりうることの論証なので、次に職権濫用罪の解釈を略述した上で、Zが主任検事として統括した本件捜査の問題点を考えながら、Zによる証拠物変造行為の意味を捉えなおそう。

3. 職権濫用罪の解釈—市民団体による告発の正しさ

このZの行為は特別公務員職権濫用罪に該当しないのだろうか。私たちがこれを肯定することは冒頭に述べた。しかし、最高検は、Zの改ざん行為に証拠隠滅罪の成立だけを認め、職権濫用罪の可能性を否定した。ある市民団体（「健全な法治国家のために声をあげる市民の会」）が特別公務員職権濫用の容疑でZを告発したが⁷、報道によれば、最高検は、「無実の人を故意に有罪に陥れようという認識があったことを示す証拠は得られず」として、Zに対する特別公務員職権濫用罪での立件は無理だと判断したとのことである（朝日新聞・平成22年12月16日朝刊）⁸。しかし、特別公務

7 この告発については、郷原信郎『検察崩壊—失われた正義』148頁以下参照。

8 Zは、平成21年5月27日ころ、本件捜査の応援にあたった刑事部所属検事から、Aから押収したフロッピーディスクの文書データ「コピー～通知案」の更新日時が6月1日となっていること（いわゆる「プロパティ問題」）の報告を受け、そのことがそれ以前に得ていた供述から構成していたストーリーと整合しないことを認識した。そこで、Zは、応援検事に指示してAを取り調べさせたが、Aからこの問題の解消につながる供述を得ることはできなかった。しかし、AやBの供述によって本件の立証は可能だと考えて、本件を起訴している。大阪地判平成24・3・30（TKC7/99）。客観的な「消極証拠」を供述によって乗り越えようとする供述中心主義のあらわれであろう。しかし、Zはこのように判断したのちに、フロッピーディスクのプロパティを改ざんしたのである。なお、この応援検事は、平成21年7月中旬ころにZから改ざんの告白を受けていたが、本件第1回公判期日（平成22年1月

員職権濫用罪が成立するために、なぜ「無実の人を故意に有罪に陥れようという認識」が必要なのか。本罪の故意の内容をこのように極端に狭く限定する法律上の根拠はまったくない。ここでは、最高検の解釈が誤っており、むしろ市民団体の解釈が正しいことを示すために、特別公務員職権濫用罪の構成要件を概観しておこう。

刑法194条によれば、本罪は、「裁判、検察若しくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者がその職権を濫用して、人を逮捕し、又は監禁したとき」に成立する。Zは検察官だから、当然、本罪の主体である。したがって、問題は、Zが「職権を濫用して、人を逮捕し、又は監禁した」のか否かという点に収斂する。以下、本罪の成立要件を検討する中で、最高検の解釈に法的な根拠がなく、誤解があることを明確にしよう。同時に、XとYに関しては、「公務員がその職権を濫用して、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害した」ときに成立する公務員職権濫用罪（刑法193条）に該当することを示そう。

(1) 職権の濫用

特別公務員職権濫用罪は、逮捕・監禁罪の加重類型であるが、広義の「職権濫用罪」の1つでもあり、職権濫用行為の存在が当然の前提となる。したがって、たとえば警察官や検察官が職務とは無関係に人を逮捕・監禁したとしても、本罪が成立しないことは当然である。本罪は職務犯罪であり、権限ある職務の遂行として、もしくは、職務に仮託して、人を逮捕・監禁した場合にのみ成立する。たとえば、共犯者を使って、警察官が普通

27日)の冒頭陳述において、Mの弁護人が、「プロパティ問題」を指摘し、そのことがマスコミで報道されたとき、XおよびYに対して、6月1日はデータであって、実際の文書作成とは結びつかないと説明している。この点につき、大阪地判平成24・3・30 (TKC8-10/99)。

乗用自動車の助手席側ドアポケット内にビニール袋入りの「覚せい剤」を忍び込ませておき、その後、あたかも職務質問に伴う所持品検査により発見したかのように装って「覚せい剤」を取り出して、「覚せい剤」を所持したという事実を捏造し、現行犯逮捕するとともに、警察署に連行し、身柄を引き渡し、監禁させたというケースで、本罪の成立が認められているのが参考になるだろう⁹。Zにも同様の職権濫用行為がある。Zは、主任検事として、実際の捜査を統括していたのだから、第1に、Mの犯罪容疑を肯定する証拠がすべて調書であり、第2に、すべての検察官調書が録取された経過や状況などを正確に認識しておりながら、第3に、押収されたフロッピーディスクに右の検察官調書の内容と整合しがたいデータが残されていることを認識しつつ、第4に、証拠物の検証という検察官に認められている職務の中で、消極証拠である当該データの「改変に及んだ」のであるから、Zに検察官としての職権濫用行為があったことはあきらかである。

(2) 結果—逮捕・監禁

本罪は結果犯であり、異なった2種類の結果が必要である。すなわち、「裁判、検察若しくは警察の職務」に関する本来の適正な公務を執行しなかったことから生じる結果（国家法益侵害結果）と「人を逮捕し、又は監禁した」という結果（個人法益侵害結果）であり、しかも、これらの結果は職権濫用行為によって惹起されたものでなければならない。Zの場合、証拠物の改変によって、検察の適正な公務執行が侵害されたことはあきらかであるが、個人法益侵害に関しては、改変行為の時点では、すでにMが逮捕され監禁されていたのであるから、行為と結果の因果関係が問題となる可能性はある。しかし、数少ない物証であるフロッピーディスクのデータがMの逮捕をもたらした特捜ストーリーと整合しがたく、そのス

9 東京地判平成9・10・17判タ958号289頁。

トリーを否定する可能性があった以上、改変行為が行われた平成21年7月13日以降も、Mの公訴を維持し監禁を継続させた点に、個人法益侵害を認めることができるだろう¹⁰。

(3) 故意

故意は、犯罪を構成する客観的な事実を認識し、その違法性を意識することである。もっとも、故意に違法性の意識を要求することは、厳格故意説の立場であり、圧倒的な少数説である。現在では、違法性の意識の可能性でよいとする立場（制限故意説）、違法性の意識を故意の要素としない立場（責任説）が有力である。私たちは、厳格故意説が正しいと考えているが、ここでは、自説を論じる必要はない。なぜなら、公務員職権濫用罪（193条）では、「その職権を濫用して、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害した」という諸事実、特別公務員職権濫用罪（194条）では、「その職権を濫用して、人を逮捕し、又は監禁した」という諸事実の認識が必要であり、いかなる故意論に立脚するとしても、事実の認識の中に、職権を濫用しているという「事実の意味」の認識が含まれるからである。単に客観的な裸の事実として、自己の行為を認識しただけではなく、それが職権濫用にあたるという「意味の認識」、つまり、自己の行為が、法規の規定する職権の範囲を逸脱し、具体的な公務を規定する具体的な法規からみて「それは不当である」という認識の存在までが必要であり、その認識の中に、違法性の意識の実質は取り込まれているからである。そして、検察官であるZに、このような事実の認識があったことは当然だから、

10 なお、後に詳述するとおり、証拠物の改変という行為は特捜による違法行為の「ひとこま」であって、本件では、Zが統括していた捜査全体が違法である。つまり、本件では、違法捜査という検察官の職権濫用行為によって、Mは逮捕され、勾留されたのである。

特別公務員職権濫用罪の故意は認定されうる。つまり、自己が職権濫用行為をしており、それによって人が監禁されているという因果関係の認識があれば足りるのであり、市民団体の告発に対して最高検が不起訴理由とした「無実の人を故意に有罪に陥れようという認識」は本罪の故意の内容たりえない。最高検のように解すれば、事実上、捜査の中で特別公務員職権濫用罪が成立する可能性はほとんど無くなる¹¹。

(4) X・Yの行為と公務員職権濫用罪

XとYが証拠隠滅罪の犯人Zを隠避する共謀を遂げたのは、判決によれば、平成22年2月2日であり、Zに対する「捜査を行わない」という不作為形態での犯人隠避を実行したのが同年2月10日である¹²。ところで、Mは、平成21年11月24日に保釈が認められたので、XとYが職権を濫用してZを隠避した時点で、Mは逮捕も監禁もされていない。したがって、XとYの犯人隠避行為は、検察官としての職権濫用行為であるけれども、それによって誰かを逮捕・監禁したわけではないので、特別公務員職権濫用罪の構成要件結果を欠き、同罪に該当する余地はない¹³。しかし、Mの公

11 「覚せい剤」所持犯を捏造した警察官のように（東京地判平成9・10・17判タ958号289頁）、「無実の人を故意に有罪に陥れようという認識」をもった捜査官は皆無でないとしても、常識的にみて、それは稀有な例外であり、警察官であれ検察官であれ、普通、捜査官は取り調べている被疑者が犯人であると信じているが故に、いわば「信念」をもって違法な職権濫用行為をするのである。そこに問題の深刻さがあることを自覚しなければならない。

12 大阪地判平成24・3・30（TKC2-3/99）。

13 ただし、平成22年12月に公表された最高検察庁「いわゆる厚労省元局長無罪事件における捜査・公判活動の問題点について（公表版）」（以下、最高検「問題点」という）63頁によれば、平成21年6月10日ころに、大阪地検検事正室において、検事正、次席検事、XおよびZらによる会議が開かれ、Zがそれまでの捜査の経過及び証拠関係等について報告をなし、今後の方針として、Mを取り調べて、その供述内容を吟味した上で、Mを逮捕するな

判は平成22年1月27日に始まったばかりであり、無罪判決が出された同年9月10日まで、Mは、起訴休職中の刑事被告人としての立場に置かれ、最終弁論に際してMが述べたように「普通の暮らし」ができなかったのであるから、XとYの職権濫用行為がMに対し「義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害」したことはあきらかである。それ故、XとYには、公務員職権濫用罪が成立する。

(5) 公務員職権濫用罪の違法性

公務員職権濫用罪につき、1点だけ補足しておこう。それは、本罪と強要罪の構成要件結果が同じでありながら、法定刑をみれば、本罪の方が軽いことをどう解するかという点である。法定刑の軽重は類型的なものだから、法定刑の差は、個別的な責任評価の差ではなく、両罪における違法性の差という以外にないだろう。ここで、違法性の内容にまで踏み込む余裕はないが、公務員職権濫用罪の場合、強要罪よりも、可罰的な法益侵害の程度がより軽い程度で足りる旨を明示した規定だと解すべきである。つまり、国民の行動の自由という法益に関しては、公務員の職権濫用行為による侵害であれば、強要罪が成立しないほど軽いレベルの法益侵害まで犯罪化することを認めることによって、刑法は、公務員による不当な職権行為から、積極的に国民をまもろうとしているのである。

4. 違法捜査と職権濫用行為

刑法は積極的に職権濫用行為から国民の自由をまもろうとしている。し

どの捜査に着手する方針を報告し、その決裁を受けている。これが事実であれば、XとYにも、特別公務員職権濫用罪の成立可能性が生じる。

かし、わが刑事実務では、この刑法の規定を無視するかのようになり、公務員職権濫用罪が起訴されることは皆無に近い。前田雅英は、平成1年の刑法学会共同研究「公務員犯罪」で、職権濫用罪を担当し、その起訴率の低さを「異常」だと指摘している¹⁴。「職権濫用罪」の2つの犯罪類型は、誰がみてもあきらかなことだが、公務員による不当な国家権力の行使から国民をまもろうとする規定である。したがって、この起訴率が現実を反映しているのであれば、わが国には、不当な国家権力の行使が「ほとんどない」ことになるが、これほど非現実的な結論はないだろう。多くの者が不当な権力の行使に泣かされている。しかも、ほとんどのケースが「泣き寝入り」であり、ごく1部だけが告訴・告発される。その「ごく1部」の数字が職権濫用罪の受理件数であるが、その数値は小さくはない。平成19年から平成23年までの5年間につき、法務省の検察統計から、職権濫用罪の処理状況のみをみておこう。公務員職権濫用罪に関しては、受理の総計が2652件あるが、そのうち起訴されたのは1件だけであり、特別公務員職権濫用罪に関しては、受理の総計が526件であり、そのうち起訴された事件はない。皆無である。訴追権を独占する検察が、不当な国家権力の行使に泣く国民の声を完全に無視しているからである。今回も、最高検はZに対する市民の告発を認めなかったが、この事実が示すように、わが国の警察も検察も、主権者である国民の声を聞くことはほとんどない。この数字はそのことを端的に示す¹⁵。

14 前田雅英「職権濫用罪」刑法雑誌31巻1号70頁以下。

15 平成19年から平成23年の職権濫用罪（193条と194条）および公務執行妨害罪（95条）の受理件数と起訴をした件数である（法務省検察統計より作成）。既述のとおり、職権濫用罪は国家法益侵害に純化できないが、国家法益もその保護法益の1つである。その点、公務を保護法益とする公務執行妨害罪と共通するが、受理件数・起訴率ともに、下表のように、比較にならない数値を示す。公務執行妨害罪の場合、犯罪事実を告知する者は公務員（警察官などを含む）であり、被疑者は国民である。反対に、職権濫用罪の場合、犯罪事実を告知する者は国民であり、被疑者は公務員（警察官などを含む）

たとえば大阪特捜の本件捜査はどうであったか。ここに不当な国家権力の行使はなかったか。本件では、Mの容疑を基礎づける物証はなく、特捜ストーリーは専ら共犯者とされたA、B、C及びSら厚労省職員の供述によって支えられており、それらすべての供述が調書に録取されていた。しかも、本件は特捜の事件だから、これらの調書はすべて検察官調書であり、刑訴法上、緩やかな要件で証拠能力が認められる。その理由について、たとえば「検察官は、法律の専門家である上、法の正当な適用を請求するという客観義務を負う立場にあることから、第321条第1項第3号書面より要件が緩和されている」¹⁶との説明が検察サイドからなされている。しかし、この説明が成り立つためには、公益の代表者として真実発見に努める検察官には、「被告人に不利益な点だけを追究するのではない」ということが前提となろう¹⁷。そう解してのみ、それなりの信用性が認められることになる¹⁸。ところが、公判が始まると、MとA・B・Cによる虚偽有印公文書作成罪・同行使罪の共謀共同正犯という特捜ストーリーを支える多くの検察官調書に録取された供述内容が全面的あるいは部分的に否定される事態となり、検察官調書の信用性に対する重大な疑念があきらかになっ

である。わが国の検察は国民の声を聴こうともしない。

	平成19年	平成20年	平成21年	平成22年	平成23年	総計
公務員職権濫用罪	1/495	0/624	0/513	0/580	0/440	1/2652
特別公務員職権濫用罪	0/78	0/70	0/141	0/125	0/112	0/526
公務執行妨害罪	1777/3890	1553/3558	1393/3371	1400/3275	1329/3291	7452/17385

16 井坂博『実務のための刑事訴訟法』343頁。

17 平野龍一『刑事訴訟法』209頁。ただし、平野は、同時に、「他方、常に被告人に代わってその利益を十分に問いただすことは期待できない」として、321条1項2号前段につき「信用すべき情況」の存在を要求している（209頁）。

18 わが国の刑事裁判では検察官調書の証拠能力が否定されることは少ない。だから「目面調書の中身に検面調書の表紙をつけただけ」の調書があらわれるのである。内田博文「自白調書の信用性について（1）」神戸学院法学41巻1号60頁以下参照。

た¹⁹。

公判供述の一端を概観しておく、Aの前任係長は「おそらく、Mは、えん罪ではないかと思う」と述べている²⁰。また、本件証明書を作成したAは、「自分で勝手に決めて作った」と述べ、Mの関与を否定した（朝日新聞・平成22年2月24日夕刊）。Aの供述は、典型的な共犯者の自白であり、供述⑫のように、特捜ストーリーの骨子となった。しかし、Aはその内容を否定し、検察官調書に録取された供述に対し、「検事の作文です。私が単独でやったといっても聞いてくれなかった。Mさんとのやりとりが生々しく再現されているけど、全部でっち上げです。私が単独で事件を起こしたこと以外は嘘です」と言った²¹。Sも自己の供述内容を否定した。Sは、「調書に書かれてあることは事実ではないと思います」と述べ、捜査段階でMへの指示を認めた理由として、聴取を受けた検事から、国会議員のIと「電話交信した記録がある」と言われたからだと説明し、「議員と電話をしたという前提で『つくられた記憶』。今となっては壮大な虚構

19 特捜ストーリーの虚偽有印公文書作成罪・同行使罪の共謀共同正犯に関しては、順に、Bの無罪判決（大阪地判平成22・4・27）、Mの無罪判決（大阪地判平成22・9・10）、Cの無罪判決（大阪高判平成24・3・22）が出る結果となった。Aに関しても、はじめからAが主張していたとおり、有印公文書偽造罪・同行使罪の単独犯に訴因変更され（平成22・10・20）、現在では、MとA・B・Cによる虚偽有印公文書作成罪・同行使罪の共謀共同正犯というストーリーは、完全に特捜が捏造したフィクションだということが判明している。

20 大阪地判平成22・9・10（TKC44/112）。ただし、Aの前任係長は、公判においても、後に見るように、Bが企画室を訪れて挨拶した職員の順序について、客観的事情と相反する供述を維持している。

21 Aは、取調状況や調書の作成過程がわかるように、いわゆる「被疑者ノート」をつけていた。ノートの逮捕直後の部分だけを紹介すれば、「私の供述が浮いている、と言われた」とか、「逮捕された私からMの話が得られれば、パズルが完成か」とか、「えん罪はこうして始まるのかな」などと記されている。朝日新聞取材班『前掲書』49頁以下、魚住『前掲書』169頁以下、最高検「問題点」79頁以下参照。

ではないか」と語った（朝日新聞・平成22年4月14日朝刊）。さらに、Mの部下であった企画課課長補佐や企画課社会参加推進室長補佐らも、公判供述において、そもそも「R会」の案件に関して、当時の記憶はないと述べた²²。Mの弁護人は、これらの公判供述を踏まえて、特捜ストーリーを支える供述調書は検察官の強制や誘導をとまなう作文だと批判した。

これは、検察にとって予期せぬ展開であり、特捜部長Xの言葉を借りれば、本件公判は、厚労省サイドの証人が「次々に捜査段階での供述を覆し、坂を転げるように暗転して」いった²³。しかし、特捜の本件捜査を振り返れば、公判での「暗転」も、無罪判決という結論も、当然の展開であったと断言できる。捜査はそれほど杜撰であった。とても「捜査」といえるものではなかった。Mが逮捕された直後、「カギ括弧」付で、「議員絡み」「政治絡み」「議員案件」「政治案件」という言葉が複数の新聞紙上でみられ、その種の言葉をリークした特捜の自信が感じられたが、おどろくべきことに、この時点で、特捜は国会議員Iから事情聴取をしていない。「政治案件」の裏付をとっていないことになる。Mの逮捕は平成21年6月14日であり、主任検事ZがIから事情を聴取したのは9月11日である²⁴。つまり、

22 大阪地判平成22・9・10（TKC82/112）。

23 大坪弘道『勾留百二十日－特捜部長はなぜ逮捕されたか』70頁。

24 大阪地判平成22・9・10（TKC23-28/112）。このあたりの事情について、最高検「問題点」12頁および68頁によれば、BやSらの供述が相互に符合しており、Bの手帳にIとの面会の予定とみられる記載が存在していること、Iが報道機関に対してS部長への働きかけを否定していることから、Iを取り調べても「積極的な供述」が得られるとは考えられないこと、総選挙を控えたIの立場に配慮することなどの理由から、処分（起訴）後、しかも総選挙後に取調を行うことが、特捜部内で検討され、判断された。「政治案件」「議員案件」であれば、何よりも、BがIに依頼したのか否かという点こそが確認すべき最重要事項であった。また、ここでの「積極的な供述」が「依頼を受け、S部長に働きかけたことの承認」ということであれば、これを得る見込みが低い場合には取調をしないということを意味する。事実を解明するという職務を放棄した判断だと言わざるを得ない。

特捜は、ただBの供述にのみ依拠して、本件に「政治案件」というラベルを貼りつけただけで、ラベリングの裏付は取られていない。これは捜査といえるものではない。

判決から、簡単に、捜査の経過を書き出そう。Bが郵便不正事件との関連で逮捕されたのは4月16日である。この時点で、特捜は、Bが本件証明書を偽造したという疑いをもっていた。この頃、BがIの「秘書を務めていたことを言ったり、企画課長に働きかけ、正規の申請手続を経ずして、公的証明書を発行してもらった」と供述している（4月21日付検察官調書）。5月26日、Aが逮捕され、本件フロッピーディスクが自宅から押収されるが、同日の検察官調書には、「内容虚偽の公的証明書を、私がねつ造した」との記載がある。単独犯の自白であった。次いで、5月28日、Sの自宅および勤務先（独立行政法人）が搜索され、29日から被疑者としての取調が始まり、供述⑤⑥などが30日付の検察官調書に録取されている。そして、31日、Aが単独犯の供述を翻し、同日付の検察官調書の中に、供述⑫が録取されている²⁵。以後、Mの逮捕（6月14日）の後まで、厚労省職員らの聴取が継続され、膨大な調書が作成される。その間に、「政治案件」に関するSの供述③が録取されるが²⁶、「政治案件」を裏づける事実関

25 Aは、逮捕された当初、独断で本件証明書を作成したと供述していた。しかし、本件証明書の受け渡しに関して、Aの供述はB、Cの供述と相違していた。ところが、B・C供述に基づいて、特捜が作ったストーリー、すなわち「Mの指示で本件公的証明書を作成し、それをMに渡した」というストーリーの観点からAを取り調べた結果、Aは、そのストーリーに即した供述へと変えたのである。なお、最高検「問題点」によれば、それに先立つ5月29日ころには、Zが関係者の供述状況を取りまとめた書面を作成し、Xや地検・高検の幹部に対して個別の報告をなした際に、検事長をはじめ多くの幹部から、一様に、Aが独断で本件証明書を作成することは考えられない旨の指摘がなされていた（最高検「問題点」62頁）。つまり、本件の特捜ストーリーは、大阪地検全体で作出されていたのである。

26 供述③は、6月14日のMの逮捕の前の5月29日および30日に録取されている（最高検「問題点」53頁以下）。

係について捜査をした形跡はない。ただ、調書の中に、たとえば「I先生の秘書のBさん」（供述⑧）とか、「I代議士から頼まれていたR会の件」（供述⑨）とか、供述者自身の記憶にないことを含み、「検事さんの作文」として作成される作業が続けられただけである。

特捜ストーリーの核心であった「議員案件」はラベルにすぎず、公判でも、その事実関係は何ひとつ証明されなかった。そもそも、出発点となった供述①につき、公判で手帳を参照しつつ、Bは、議員Iと面談したのが「平成16年2月25日午後1時」と述べていたが、その時、Iは議員会館にいなかった。千葉県ゴルフ場にIがいたことは、Iの手帳に記載があり、ゴルフ場への照会結果から、その記載の正しさは証明されている。検察は別の日時にIと面談した可能性まで否定しえないと主張したが、大阪地裁は、その可能性を否定できないとしても、そうだとすれば、Bがその旨を手帳に記載するのが自然なのに、Bの手帳に、そのような記載はなく、「Bの手帳という客観的証拠上は、Bが、Iと面談した事実は存在しなかった疑いがある」とした²⁷。地裁は、この供述①に関する認定と、国会議員Iからの電話を受けたというSの供述③につき、その信用性を否定したこととを関連づけている²⁸。

このように、特捜ストーリーを支えたBの供述①自体、裏付としてIから聴取していれば、それが措信しえない供述であることは直ちに判明しただろう。しかし特捜はそれをしなかった。何もせずに、Mを逮捕し、「政治案件」であることをマスコミにリークした。これは捜査といえるもので

27 大阪地判平成22・9・10（TKC33-38/112）。

28 もちろん、判決では、より実質的に、調書に録取されたIとSの電話による会話内容にまで踏み込み、国会でSが政府参考人として初答弁することになっていたことなど、質問者でもないIが知るはずのないことが話題になっている点、不自然だとし、SからIに電話があったこと自体を措信しえないと評価している。

はない²⁹。捜査でなければ、一体これは何か、何と呼ぶべきなのか。私たちの語彙力では、適切な言葉はない。しかし、平成21年4月26日にAが逮捕されて以来、Zを含む6名の特捜検事が行った行為について、それが刑法上の職権濫用行為に該当することは断言できる。すなわち、Zは、検事としての捜査権限を濫用し、ありもしない容疑を捏造して、Mを逮捕し監禁したのであり、証拠物の改ざんは、容疑を捏造した職権濫用行為の中の「ひとこま」にすぎない。

5. 違法捜査に対する司法チェック

本件公判では、検察官調書に録取された供述と「相反するか若しくは実質的に異なった供述」（刑訴法321条1項2号）が連続し、証拠決定において、Aの被疑者ノートは採用されたが、AおよびBの検察官調書の証拠請求は、「特信性」を欠くという理由で、すべて却下された。川崎英明は、検察が証拠請求していた43通の検察官調書のうち34通が却下された時点で、Mの無罪判決は予測されたと書いたが³⁰、その旨を伝えた報道をみるかぎり、多くの刑事法研究者も同じ感想をもっただろう。Mの容疑を立証する証拠は、Bの公判供述とC及び厚労省職員の見解に限定され、

29 特捜部長であったXは、Mの逮捕起訴につき、「慎重かつ厳密に捜査をおこない、有罪判決を得られる確信をもって公判請求した」と書き、また「上級庁である大阪高検次席検事・検事長さらに最高検次長検事・検事総長に対して、同じ証拠説明をして了承を得ている」と書いている（大坪『前掲書』200頁）。また、最高検次長検事は、Zが証拠隠滅容疑で逮捕されたとき、Zが統括した本件捜査を「基本的に忠実な捜査が不徹底であった」と自己批判した（朝日新聞・平成22年9月22日朝刊）。いかにも法務官僚らしい評価である。この論理では、本件捜査の問題点は、犯罪であるか否かという問題から、基本的に忠実であったか否かという問題にすりかえられている。

30 川崎英明「検察官の役割と倫理」法律時報83巻9・10号25頁。

それらの供述を補強する物証は皆無であった。しかも、「R会」に関する事務をAに引き継いだ前任係長を除けば、すべての厚労省職員は、「R会」に関して業務をした当時の記憶はないと公判供述しているからである。しかし、裁判官であった石塚章夫によれば、判決の時点でも、証拠採用された調書だけでも、「有罪方向での証拠構造は相当程度維持されていた」という³¹。この指摘はきわめて重要である。そこで、次に本件判決の証拠評価を簡単にトレースし、審判に、証拠を収集した捜査官の不法をチェックする機能がありうるか否かをみておこう。

特捜ストーリーでは、「6月上旬ころ」（供述⑥⑨⑩）に、Mの指示を受けてAが本件証明書を作成し、厚労省で、MがそれをBに手渡したことになる（供述⑫）。このストーリーが揺らぎだすのは、公判において、⑥⑨⑩を供述した厚労省の職員たちが各々の供述内容を否定したことに始まる。とりわけ、Aが供述⑫を否定し、「6月1日」に本件証明書を作成しただけでなく、「作成したその日に連絡して、Cと待ち合わせ、Cに渡した」と公判で供述しており、この供述がMの無罪判決に決定的なインパクトを与えた。

ただし、公判でも、Bは特捜ストーリーに即した供述をした。Bはいう。「6月上旬の朝」、当時Bが勤務していた会社に「R会」から電話があり、「証明書ができたので、厚労省に至急取りに行って欲しい」と言われ、「私は、その日の午前中に、厚労省に向向いた。……課長席にMがおり、私は『R会ですが、ご連絡をいただきましたので、認可の証明をいただきに参りま

31 石塚章夫「厚労省元局長無罪事件を元裁判官の立場から考える」自由と正義62巻10号19頁以下参照。石塚によれば、Bの公判供述、Sの供述④⑥、社会参加推進室長の供述⑩に対する証拠評価次第では、有罪判決の可能性があったという。もっとも、石塚は証拠能力の判断をより厳格にすべきだという立場だから（23頁）、これは石塚自身の結論ではない。従来裁判例を基準にすれば、有罪になりえたという指摘であり、そうであれば、私たちも同感である。

した』と言った。そうしたところ、Mは『ご苦勞様です』と言って、企画課長のデスク越に厚労省の封筒の上に、公的証明書を乗せる形で私に手渡した³²、と。こうして、Aの公判供述とBの公判供述が真向から対立し、供述の信用性が問題となったが、大阪地裁は、本件証明書を6月1日に作成し「R会」に渡したというAの公判供述は、フロッピーディスクのデータという客観的な証拠と整合するのみならず、その供述に動揺がなく、本件証明書の発行日付が「5月28日」になっていたことを考えれば、「6月1日に交付すれば、5月中に作成されたとの説明がつく」ことから、本件証明書の交付は「6月1日であると強く推認される」とした。また、Mの手帳とBの手帳には、「6月上旬」にMとBが厚労省で会ったことを窺わせる記載はなく、とりわけBの手帳の検証から、本件証明書が作成された6月1日から郵便局に提出された6月10日までの間（つまりBおよび特捜ストーリーのいう「6月上旬ころ」）に、Bの公判供述に即した形態で、会社に出勤し、会社から厚労省に本件証明書を受け取りに行くことのできる日はないことを認定して、「6月上旬ころ」に、「Mの指示を受けてAが本件証明書を作成し、厚労省で、MがそれをBに手渡した」という特捜ストーリーに対して、それは「B、Mの手帳という客観的証拠と符合しない」点で「不合理」だと認定した³³。

特捜ストーリーを支えた残余の供述に対する本件判決の判断も概観しておこう。まず、Bの供述①について、その信用性が否定されたことはすで

32 大阪地判平成22・9・10（TKC80/112）。

33 大阪地判平成22・9・10（TKC82-89/112）。なお、判決では、Bが「検察官とは打ち合わせの上で証言している事実を隠そうと故意に虚偽の供述をしたものとみられ、その供述態度には、問題がないとはいえない」との指摘があり、「B自身および被告人にとり不利益な内容を供述しているとみられることは、Bの公判供述の信用性を相当高めるものではあるが、これのみから、完全な信用性を認めるとまでは断じることにはできない」とした（TKC91/112）。

に述べた。次に、Bが厚労省の庁舎内でSやMらと、会ったり、あいさつをしたり、お願いしたりしたこと等を内容とするBの供述②、Sの供述⑤、Aの前任係長の供述⑦について、Bが名刺を大切に保管していたにもかかわらず、B宅から押収された大量の名刺の中に、Aの前任係長の名刺はあったが、Sの名刺もMの名刺もなかったことを指摘し³⁴、供述②⑤⑦も不自然であり措信しえないとした。さらに、供述④⑧の指示、供述⑥⑨⑩の報告、供述⑩の依頼など、厚労省職員とMとの間で、「R会」に関連して発言された断片的な会話を含む供述について、地裁は、基本的に、単体では証拠上認定しえないものと位置づけている。客観的裏付を欠く以上、当然のことだろう。ただし、たとえば供述⑩の「大変な案件」という発言など、Aの前任係長が供述した別の調書にも含まれるものは、相互の関連性などを比較できるので、より踏み込んだ検討をしている。ただし、この「大変な案件」発言についても、結論的に、「検察官調書の内容は、疑いを否定できない」として、信用性は肯定されなかった³⁵。

以上、本件判決は、厚労省関係者らの公判供述における検察官調書の否定、Mの弁護人の取り調べ批判を受けて、特捜ストーリーを支えた供述の信用性の検討を中心に据えることになったが、数少ない物証との関連や供述相互間の関連性を中心に、かなり丁寧に信用性を評価し、結果として、特捜ストーリーを否定し、無罪判決を導いた。信用性の検討に際し、本件判決は、事件が5年以上も前のことであり、それが記憶に与える影響を配慮して、「時の流れによって変化しないとみられる証拠物など客観的な証拠、証拠上明らかに認められる事実との符合性、合理性」が基準になると述べる³⁶。妥当な基準の設定であろう。1つ1つの評価も十分に説得的で

34 大阪地判平成22・9・10（TKC43-44/112）。

35 大阪地判平成22・9・10（TKC59-63/112）。

36 大阪地判平成22・9・10（TKC31/112）。すなわち「それぞれ立場が異なる者が、それぞれ異なった場面に関して、相互に符合する供述をすることは、それ自体、信用性を高め合うものであるといえる。そして、それが、そ

あった。また、検察が重視する供述の「具体性・迫真性」に対して、それは「事後的に作り出すことができる」と述べ、それほど重視しなかったことも評価しうる。調書には、調書の作成者によって「事後的に作り出す」ことのできる部分が必然的に含まれるという根本的問題点があり、そのことも意識されている。それらを含めて、検察官調書を綿密にチェックしたという点で、本判決はすぐれた判決である。

しかし、本判決が示した供述証拠の信用性評価に関する慎重な姿勢を評価すればするほど、本件検察官調書に録取された供述①ないし⑫の供述内容に、客観的な事実の裏付を欠きながら、これほど濃密に類似した関連性をもちえたのは「何故か」という決定的な疑問が残る。そして、これに対しては、単に供述の「具体性・迫真性」のみならず、供述内容そのものも、複数の供述にみられる相互の関連も「事後的に作り出すことができる」からだと答える以外に論理的な回答はない。すでにみたとおり、平成21年5月26日にAが逮捕されて以来、Mが逮捕された6月14日まで、特捜検事が没頭したことは、Bの供述①から導かれた「議員案件」というストーリーの客観的な裏付をとることではなく、「議員案件」を様々な形で補強する供述を、Mの周囲に張り巡らせることであった。とりわけ、5月28日にSの自宅を捜索し、厚労省職員に対して緊迫した状況を作り出しておいで、逮捕をおそれたSをはじめとして、厚労省職員から、本件証明書作成にMがかかわっていたことを窺わせる調書を思いどおりに作成した。特

それぞれの者にとって有利とはいえない事実であり、かつ、それぞれの供述内容が具体的で、迫真性がある場合は、信用性を高め合う度合はより大きなものであるといい得る。……しかし、……供述内容の具体性、迫真性というものは、後で作り出すことも可能である以上、客観的な証拠による裏付のない供述については、供述自体の信用性判断は慎重になされるべきであり、……客観的証拠、あるいは証拠上明らかに認められる事実と照らして不合理な点がある場合には、いかに供述内容に具体性、迫真性があるようにみえ、各々の供述が符合していても、その信用性は大きく低下する……」、と。大阪地判平成22・9・10（TKC109/112）。

捜ストーリーを支える①ないし⑫の供述がそのようなものである以上、そもそも、このような供述を録取した調書に証拠能力は認めるべきではなかっただろう。

本判決は、検察官による検察官調書の証拠請求書において、検察官が「供述内容自体も信用できることも特信性主張の柱として主張していたが、当裁判所は、刑事訴訟法321条1項2号の特信性は、供述がなされた外部的な事情を基準として判断すべきものであり、供述内容は、基本的には、外部的事情を推認させる資料としての範囲で考察することとして、特信性を判断した」³⁷と述べており、現在の実務を支配する判断のあり方に従っている。この点につき、「実務上検察官の面前における供述の際の状況が一般の場合と異なった特別な信用性の状況を備えていることは稀であり、むしろ公判準備もしくは公判期日における供述の際の状況に信用性が欠けているため、相対的に検察官の面前における供述の際の状況に信用性があるとされる場合が多い」との指摘がなされている。そして、「時の経過により供述者の記憶が低下、変化あるいは喪失したため検面調書の供述と相反するに至ったが、検察官の面前においては新鮮な記憶に基づいてありのままに述べたと認められたとき」がその一つの場面として挙げられている³⁸。法廷で記憶がないと供述した場合、検察官の面前でありのままの供述がなされたか否かが判断基準となる。本件でもそうであった。Sや厚労省職員は、公判廷で、それぞれ問題となった事実について記憶がないと供述しつつ、検察官の面前ではありのままの事実を述べ、あるいは、自分が思い出せるままに供述調書を作成してもらったと述べた³⁹。そうであれば、従来の実務を基準とすれば、「特信性」が肯定されることになるだろう。

37 大阪地判平成22・9・10（TKC70/112）。

38 石井一正『刑事実務証拠法 第四版』149頁以下。

39 最高検「問題点」74頁に証人の公判供述の要旨がまとめられているが、厚労省の職員の供述は一様にこの形になっている。

また、本件では、取調検事の威圧や誘導の存在も問題となった。この点につき、大阪地裁は、たとえば、Sの供述③に関して、「取調べの初日である5月29日に、自分が逮捕されるかもしれないという危険性を感じた」旨の公判供述や、同日に、公務員であった当時に業者等から商品券などを受け取っていたことを内容とする調書が作成されており、「それが精神的な負担になっていたことは否定できない」旨の公判供述が不自然・不合理とは言えないと認定しつつ、「精神的な負担になったことは否定できませんが、それとさっき言った記憶をよみがえらせる作業とは論理的に別の話ですから、そちらはそちらで、論理的に、自分がという話なんで」と述べていることを根拠に、商品券受取りなどに関する問題が、Sの検察官面前の供述に「大きな影響を与えたと言えない」と認定し、取調検事による決めつけるような誘導の存在や検察官による作文の可能性を否定している⁴⁰。これは供述③の信用性判断の一環としてなされた認定であるが、特信性判断においても同様の思考が働いていたと思われる⁴¹。他方、Aの検察官調書の特信性が否定されたのは、Aが被疑者ノートを作成していたことが大きな要因となっている。被疑者ノートによって担当検事による取調の実態が明らかにされ、「検事が基本的に想定していた内容の検察官調書を作成した疑いは排斥できない」⁴²とされたからである。また、Bの検察官調書については、取調にあたった副検事が厚労省関係者の供述内容を伝えるなどした誘導やCの供述調書の記載を踏まえた誘導があったと認定し、副検事の取調に「他者との供述や検察官の意図に合わせて供述調書を作成しようとする姿勢がうかがわれる」として特信性を否定した⁴³。

40 大阪地判平成22・9・10（TKC50/112）。

41 特信性判断については、最高検「問題点」86頁以下に、平成22年5月26日証拠決定の理由の要旨が記載されている。その決定は、Sや厚労省職員の公判供述の信用性についての疑問を提起している。

42 最高検「問題点」87頁。

43 最高検「問題点」88頁。

そうであるならば、そして、前述のように、本判決が、証拠採用された各供述調書の「信用性」について、あれほど丁寧に認定するのであれば、それぞれ立場の異なる者が、それぞれ立場の違う場面に関して、相互に符合して、検察官の面前で客観的な事情と合致しない供述を行ったという事実の「特信性」における意味があまりにも軽視されているのではないかとの疑問が生じるだろう。供述者について、他の供述者から切り離して、個別的に、公判期日での供述の際の状況と検察官の面前での供述の際の状況とを比較して「特信性」を判断する方法では、本件のような1つの「見立て」に固執して、関係者の供述を作り出す捜査をチェックすることはできない。本来、基本法である憲法を基準として刑事訴訟法を解釈する限り、本件のような違法捜査に対する司法的チェックは、供述調書の信用性のレベルではなく、証拠能力のレベルですべきであろう⁴⁴。さもなければ、広く捜査官に共有されている「真相を聞き出す」必要が強調され、そのもとに違法捜査は絶えることなく続く。この点、本判決にも、検察官調書の証拠能力を広く認めたことによって、違法捜査に対する司法チェック機能を無力化させているという批判が可能であろう。

6. 結びにかえて

捜査官に与えられた権限は、法によって付与された権限であり、その行使は、憲法38条をはじめとした法の下でのみ、正当化されうる。これは「あたりまえ」のことだが、わが国の捜査官はそれを理解していない。

まだ重大事件の再審無罪というケースがなかった頃、昭和32年に、総

44 この問題に関しては、古くから論じられているが、最近の業績として、内田「前掲論文」神戸学院法学41巻1号1頁以下参照。

合判例研究叢書に収録された論稿の中で⁴⁵、出射義夫は「捜査において、想定犯人（容疑者又は被疑者）から真相を聞き出すことは最も必要なことである」と書いた。取り調べの目的は自白の追求だという検事の信念を率直に文章にしたのだろう。出射は帝銀事件の被告人Hを取り調べて自白調書を作成した検事であり、昭和30年4月の大法廷判決によりHの死刑が確定した後、ちょうどその頃に執筆されたのであるが、自白追求の絶対的必要性を説く出射の論調に迷いはない。しかし、昭和34年には、Hの自白調書は出射の偽造による旨の無効確認訴訟が提訴され、その後も、出射による調書偽造の疑惑は何度も問題になった⁴⁶。帝銀事件の捜査が違法であり、その裁判に関しても、誤判の可能性がきわめて高いことは今更いうまでもない。そのことは、出射が検察官として抱いていた信念とは逆に、自白を求める取り調べによって「真相を聞き出すこと」が不当であるのみならず、不可能であることを示す。出射の発言から現在まで、この55年の間に、日本の刑事訴訟実務が経験した重大事件の再審無罪の1つ1つのケースを振り返ってみれば、自白を追求する捜査の不当性は誰の目にもあきらかである。

しかし、捜査官のみならず、裁判官もまた、このことを理解していない。接見交通権侵害の国賠訴訟において、最判平成11・3・24（民集53巻3号514頁）は、接見指定の合憲性に関連して、次のように判示した。「憲法は、刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものであるから、被疑者と弁護人等との接見交通権が憲法の保障に由来するからといって、これが刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものということはできない。そして、捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取り調べる必要が生ずるこ

45 出射義夫「任意捜査の限界」（総合判例研究叢書・刑事訴訟法2巻収）13頁。

46 検察官調書の無効確認を求めた訴訟については、東京地判昭和34・9・23判時209号6頁。

ともあるが、憲法はこのような取調べを否定するものではないから、接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない。憲法34条は、身体の拘束を受けている被疑者に対して弁護人から援助を受ける機会を持つことを保障するという趣旨が実質的に損なわれない限りにおいて、法律に右の調整の規定を設けることを否定するものではない」と。捜査権は、憲法の人権保障とは無関係に、それ自体で正当化されうるという論理である。この前提から、傍論ながら、「身体の拘束を受けている被疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものでないことは明らかである」と論じた。ここには、ただ法的な形式論理だけがあり、捜査を受ける国民の権利と捜査をする国家の権利にかかわる現実に対する視線はない⁴⁷。およそ、捜査機関が自白追求のために逮捕・勾留を利用し、こうして収集された一切の証拠を独占したまま、検察官が公訴提起の有無を決定することは当然のこととされるのである⁴⁸。人権の意味をまったく理解していない。

冤罪事件に共通する最大の要因は自白を追求する捜査のあり方である。そして、代用監獄を利用し、完全に警察署内に隔離して行われる取り調べ

47 これは、かつて横山晃一郎が指摘したことである（横山「被疑者の取調べ—接見交通と関連させながら—」法政研究49巻4号26頁以下）。横山によれば、被疑者を「出頭させ滞留させるのはあくまで取調べのためである。被疑者から供述を引き出すためである。出頭義務・滞留義務は、被疑者の口から供述を引き出すための手段にすぎない。気に染まなくても出頭し、捜査機関がよしとするまでその場にとどまれというのは、大きな苦痛、不利益である。そのような苦痛、不利益を被疑者の口から供述を引き出す手段として用いることは、供述を少なくとも『事実上』強要すること」である。

48 鯉越滋弘がいうように、主権が国民にある以上、国民の権利と無関係に国家権力（たとえば、捜査権や公訴権など）を正当化することはできない。本文に挙げた最判平成11・3・24（民集53巻3号514頁）には、このような法あるいは権利の基本にかかわる視点が完全に欠落している。鯉越『刑事訴訟追理念の研究』を参照されたい。

の中で、大部分の容疑者は容疑を自白する。比較的最近の再審無罪事件では、足利事件が典型だが、犯人でもない者が犯行を自白し、知るはずのない犯行現場や実行行為を詳細に供述しているのである⁴⁹。最新の例では、本年（平成24年）9月頃、メールで都内の幼稚園の襲撃を予告したとして、警視庁は福岡市内の男性を逮捕したが、「真犯人」を名乗る者の犯行声明があり、逮捕された男性のパソコンは遠隔操作された「なりすまし」であることが判明した。警察庁長官は「真犯人でない方を逮捕した可能性は高い」として謝罪したが、報道によれば、この男性は自白しており、動機

49 わが国の刑事訴訟法学において「身柄拘束中の被疑者の取調」をいかに適正化するのか、あるいは、いかに高度化するのか、それが重要課題であることは否定できない。取調の可視化の問題もこれを中心に論じられている。しかし、足利事件の場合、身柄不拘束の状態で虚偽自白がなされたということ、を、忘れてはならない。本件においても、Sや厚労省職員は在宅被疑者として取調を受けた。その結果、見事なまで検察官の「見立て」にあった供述が引き出されている。身柄不拘束の被疑者の取調もまた、重大な課題を抱えている。この点につき、横山は、身柄拘束中の被疑者取調を、弁護人の立会なしの密室の尋問であることを根拠に、出頭拒否権・自由退去権の認められた強制処分だとする田宮裕の見解に対して、「一体、身柄不拘束の取調べと拘束中の取調べとの間に相違があるのかないのか。拘束中の被疑者の取調べにも不出頭退去権があるとすれば（なければ従来強制処分説と変わらない）、不拘束の場合のそれと変わるところはない。又、不拘束の取調べの場合も、『黙秘権は保障されるが密室で尋問されるのであって、その担保は告知（自白法則を別にすれば）以外にない』という状況、『弁護人の立会が許されるわけではない』という状況—取調べを新しい意味での強制捜査とする状況—そのものは、拘束中の取調べの場合と同様存在するのである」という疑問を提起し（「前掲論文」32頁以下）、身柄不拘束の取調べこそが「厳しい要件（不出頭、退去の自由）のもとに、法によってはじめて認められた強制処分」（「前掲論文」38頁）だという結論を導いている。このような取調要求に対して身柄不拘束の被疑者は、「出頭するか、出頭拒否するか、あるいは、弁護人同道・弁護人立会いを求めて交渉するかを選択を行うことができる」のである（「前掲論文」37頁）。この前提に立って、従来いわゆる追及型取調を否定することに、横山の身柄拘束被疑者取調否定論の出発点がある。この点についての検討は他日を期したい。

まで具体的に語ったという（朝日新聞・平成24年10月19日朝刊）。つまり、出射の時代ではなく、現在でも、捜査官が「無辜の人間に犯罪事実を告白させること」は依然としてある。自白は作られるし、供述調書の内容も作られる。少なくとも「作られることがある」ということまでは確実にいえる⁵⁰。

わが国における誤判の歴史を振り返るとき、捜査官によって供述調書が「作られることはある」という命題はすでに「経験則」になっているといってもよい。本稿では、検察官の職務行為が職権濫用行為になりうることをだけを考察したが、裁判官による証拠評価などの職務行為にも、同じことはいえる。裁判官として徳島ラジオ商殺人事件の再審決定に関与した秋山賢三は、いくつかの実例を挙げて、裁判官が誤るポイントを指摘している⁵¹。その中にも問題のある判例が挙げられているし、私たち刑事法の研究者も、「これは犯罪だ」と断言しうる判例を知っているはずである。本稿は捜査官および公訴官の犯罪だけに限定したが、同じことは裁判官にもいえるだろう。

50 この点、出射は「供述調書に書かれるのは供述者の言葉である。しかし、実を言うとその言葉（供述）は供述者が実際に語った言葉そのままではないのである。こういって、そんな頼りないものかと考えられるかもしれないが、取調べの際に録音機を使って、後で比較してみればすぐ判るように供述調書そのものは、検事の創作した文書なのである。創作でありながら、供述者の述べたところと違わない表現をするのが、調書を作る技術なのである」（出射『検察・裁判・弁護』171頁以下）と書き、フィクションは許されないとしながらも、「供述調書は裁判の証拠資料にするわけであるから、裁判官に読んで貰って、あたかも供述した者が裁判官の前で話しているような心証を得させるように出来ていなければならないのである」（出射『前掲書』170頁）と書いている。このような供述調書の作成方法に問題があることはいうまでもない。

51 秋山賢三『裁判官はなぜ誤るのか』94頁以下参照。