

〈論 説〉

中国刑事訴訟法改正と「取調べの可視化」問題 —— 正義と法的安定性の葛藤 ——

鈴木 敬 夫

The Purpose of this Paper

In East Asia, false charges are frequently raised and the human rights of suspects violated as a result of illegal investigation procedures by the authorities. Behind this lies the inquisitorial structure of criminal investigation by those authorities. And what supports this outmoded judicial system is the conservative notion, held by judges, prosecutors and police officers alike, that “legal certainty takes precedence over justice”. This rigidified legal system is particularly prominent in China.

Gustav Radbruch says the following about this kind of warped legal system: “Wo die Ungerechtigkeit positiven Recht ein solches Maß erreicht, daß die durch das positive Recht verbürgte Rechtssicherheit gegenüber dieser Ungerechtigkeit überhaupt nicht mehr ins Gewicht fällt: in einem solchen Fall hat das ungerechte positive Recht der Gerechtigkeit zu weichen.” (1947)

This paper asserts that a system of recording sound and images using video or other means should be introduced, on the premise that the whole process of a suspect’s investigation by the authorities, which is usually conducted behind closed doors, will be disclosed in a court of law. By instilling proper trial procedures of this kind, it

seeks to achieve justice in courts of law (the judiciary), or in other words, to protect the human rights of suspects.

はじめに

この小論は、中国を代表する刑事法研究者顧永忠教授による「中国刑事訴訟法改正草案に対する10個の修正提案」（2011.8）に触発されて、東アジアにおける捜査過程の透明化問題、とくに中国について韓国、台湾、日本の所謂「被疑者取調べ過程における可視化」問題と対比した小考である。とはいえ、これは2011年秋に中国長沙市で行った講演原稿に註を施すなどして若干補強したにすぎないもので、体裁、内容ともに「研究論文」とはいえない拙論である。現下、中国の刑事訴訟法改正問題については、単に「取調べ可視可化」問題に止まらず、いまや正義の実現を掲げた人権問題を内包した白熱した議論がみられる。本稿末尾に顧永忠教授の上掲「10個の修正提案」（翻訳）を掲記するので、拙稿と併せ参照していただければ幸いである。なお本稿は、東アジアにおける「可視化」問題に関する優れた先行研究、鈴木賢（北海道大学大学院法学研究科教授）「台湾および中国における被疑者取調べ過程の録音・録画制度」、北海道大学《体制転換と法研究会、2011.9.23》報告から、多くの示唆を得てなされたものである。

目次

序. 硬直化した法的安定性と人権

1. 日本の冤罪・弘前大学教授夫人殺人事件（1949）
2. 東アジアの所謂「可視化」法制素描…韓国・台湾・中国・日本…
 - (1) 韓国刑事訴訟法の一部改正（2007）
 - (2) 台湾刑事訴訟法の一部改正（1997）
 - (3) 中国刑事訴訟法の改正草案（2011）
 - (4) 日本刑事訴訟法の一部改正案（民主党案、2009）
3. 「取調べ可視化」三つの観点
 - (1) 被疑者の取調べ受認義務の否定
 - (2) 弁護人の立会権の確保

(3) 録音・録画と被疑者の同意権

結、「居上不寛」と人権保障

資料：顧永忠「中国刑事訴訟法改正草案に対する10個の修正提案」

序．硬直化した法的安定性と人権

今日、東アジアでは刑事司法と人権問題が大きな課題となっている。この間、旧態依然とした違法な捜査手続きによって多くの冤罪が発生している。それを猛省した結果、被疑者や被告人の人権を擁護するため刑事訴訟法の改正が進められている。以下は、ドイツで偉大な思想家といわれたグスタフ・ラートブルッフ（Gustav Radbruch）の価値相対主義法理論を礎に⁽¹⁾、中国刑訴法改正問題について触れ拙考を述べたものである。

法の理念は正義（Gerechtigkeit）であり、正義は平等を実現すること、といわれる。人びとは、いま自由で平等な法主体として政治に参加し、民主的な法治国家の建設に努めている。誰もが平等に選挙権を持ち、自らの法目的観に従って一つの政治体制を選択する。個々人の掲げる合目的性（Zweckmäßigkeit）は相対的である。そして、選挙で多数を得た人々は、法治の主導、換言すれば彼らの法目的観に基づく政体を構築すべく、議会を通じて憲法をはじめ多様な法律を制定し、安定した法治国家を誕生させる。そこでは、直接選挙であれ、間接選挙であれ、真の民意が反映されていなければならない。この法律を制定する民主的な力こそが、法的安定性（Rechtssicherheit）の産みの親であり、社会の秩序を確立する法の効力それ自体である。従って法的安定性もまた法の理念の一つである⁽²⁾。

社会の人々の間には、個性豊かな思想が百花繚乱し、さまざまな法価値観乃至法律観が拮抗している。そのなかで、とにかく何が法律であるかを決めるのが、まさに法的安定性の機能である。ところが、いったん政権を掌握した政党が、少数派の価値観、異なった思想をもった人々の考え方をなんら聴聞することなく、寧ろこれを敵視して、自ずと偏重し

た法政策を推進したとすれば、そのような制定法は、ある特定の価値観に偏向したもので、不平等な法律にほかならず、不正義かつ不寛容な法律であるといえよう⁽³⁾。

それは、特定の法目的観が特権化し、執権の座に安住したことによって生じた不平等以外のなにものでもない。もとより法目的観の特権化は、不健全な選挙制度に起因する⁽⁴⁾。不寛容を助長する特化した合目的性も、また正義と矛盾する。

いま、一党独裁の政治体制があり、その既得権を優遇する法制度もとで、不平等な社会事象が多々発生している。たとえば、官僚や富裕層による贈収賄事件が後を絶たない。農村から都会に働きに出てきたが、雇い主が倒産して労働賃金をもらえない労働者が多数いる。また年金が得られず途方にくれる年老いた農民もいる。都会と農村の貧富の差は多くの社会問題を生み、なかには犯罪も発生し、不幸な冤罪も起きている。もし、為政者が自ら立法した法律に安住して利権を貪り、使い慣れた法制度に固執し、国際化時代の潮流、新しい人権の要請に傾聴せず、その旧体制の改革を遅々として受容しないならば、人々はそのような特定の価値観に膠着した法体制を黙過することはできないであろう。確かに執権は、形式的手続きによる民主の力による装いをしてはいるが、何ら民主的な主権者の意思が反映されておらず、このままでは平等を実現できないことが明らかであるからである。

このように、制定された法律の不正義が極端になって、この制定法によって保障されている法的安定性が、このような不正義に対しては、もはやまったく何の意味もなくなっているような場合には、この不平等な制定法は、正義に道を譲らなければならなくなるといえよう⁽⁵⁾。こうして法的安定性と正義が衝突し、法的安定性に支えられた国権と、日々新たな平等を求める人権は、常に葛藤をくり返している。

中国では、2007年10月、第17回党大会で、政治体制改革の一環として「社会主義民主政治」の発展が掲げられ、「民主四権」が提起された。すなわち、人民の知る権利、参加権、表現権、監督権の保障がそれであ

る⁽⁶⁾。かねてより「和楷社会」や「科学的発展社会」が謳われていただけに、「民主四権」の行方に大きな期待が寄せられていた。実際に、2007年には賀衛方教授らによって「労働矯正制度廃止の建議」が全国人大に提出された⁽⁷⁾。しかし、現実には政治体制改革は寧ろ後退したかにもみえる。それは2011年3月の全国人大において共産党の指導者が、中国の《国情》から出発して、複数政党による政権交代、指導思想の多元化、三権分立、二院制、連邦制、私有化を行わないことを改めて明言したからである⁽⁸⁾。ここに《国情》とは、「我が国の政治方面における最大の国情とは、中国共産党が中国的特色をもつ社会主義建設の指導の核心にあることに他ならない」⁽⁹⁾と説かれるところのものである。今や「民主四権」の新たな展望は期待できないといえよう。現下の中国刑事訴訟法改正の背景には刑事司法に対する不平等が鬱積しているが、改正は、まさにこのような《国情》観の下で行われようとしている。法律の制定や改正が、依然として党の統治を合法化ないし正当化するための用具として行われている今日⁽¹⁰⁾、正義に対する法的安定性の優位が顕在化しており、刑事訴訟法の改正の行方には一定の限界があるといえよう⁽¹¹⁾。

註

- (1) ラートブルフ (Radbruch) の価値相対主義法哲学に関する代表的かつ基本的文献は、Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 5 Aufl. 1955, 田中耕太郎訳『法哲学』（東京大学出版会、1971、第7版）である。中国語訳として、王朴訳『法哲学』（法律出版社、2005）がある。
- (2) 法理念の相互矛盾については、鈴木敬夫「価値理念的順序——關於正義与法的安定性衝突の探求」（中国語論文）『札幌学院法学』第7巻第2号（1991）、1頁以下。なお、ラートブルフの Radbruch, Aphorismen zur Rechtsweisheit, 1963 S. 22-25. この拙訳「ラートブルフ・法思慮への箴言」が『札幌商科大学論集』第15巻（1975）220-223頁；舒国滢訳『法律智慧警句集』（中国法制出版社、2001）15頁-19頁を参照。
- (3) ラートブルフは、その代表的論文「法哲学における相対主義」（Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, 1934）において、ヒットラーの一党独裁下の不寛容な法制を厳しく批判して、以下の通り主張した。「もし、一つの見解が思い上がって自らを絶対的だとみなし、その立場から多数を無視して

権力を獲得し、権力を把持しようとするならば、民主主義の国家はその固有の手段によって、観念および論争に依ってだけではなく、国家の実力によってもまたこれと闘わなければならない。相対主義——それは普遍的な寛容である。しかし、不寛容に対してまで寛容であることはできない。」“Relativismus ist die allgemeine Toleranz——nur nicht Toleranz gegenüber der Intoleranz.”『法哲学上の相対主義』『法学訳叢』中国社会科学院法学研究所刊、1991年第1期11頁以下（鈴木敬夫訳）；拉德布魯『法律智慧警句集』舒国錚訳（前掲）21頁。；さらに鈴木敬夫「論価値相対主義法哲学現代意義」『上海大学法学評論』（上海大学出版社、2004）57頁以下参照。このようなラートブルフの立場は、「たたかう民主制」の基本に据えられた。宮沢俊義「たたかう民主制」『法律学における学説』（1968）66頁。なお、渡辺久丸「ワイマール民主主義擁護の思想と行動——グスタフ・ラートブルフ」、天野和夫他還暦記念『現代の法思想』（有斐閣、1985）106頁。

（4）「中国では目下のところ選挙システムが不健全であり、多くの場合、いわゆる選挙は真の意味での選挙とはなっていない」とされる。王周廬主編『公衆参与の理論と実践』（法律出版社、2011）14頁。鈴木賢「中国法の変容と共産党統治のゆくえ」『東亜』no.535、2012、34頁引用。

（5）ラートブルフはいう。「正義に対する実定法の矛盾が余りにも甚だしい場合には、その法律は《悪法》にほかならず、正義に道をゆずらなければならない。」Radbruch, Gesetzliches Unrecht übergesetzlichesrecht, 1946. (Der Mensch im Recht, S.) 小林直樹訳「実定法の不法と実定法を超える法」、ラートブルフ著作集第4巻『実定法と自然法』（東京大学出版会、1961）、260～261頁。小林直樹教授は、その「悪法の理論」のなかで、ラートブルフの理論を引用し、ナチスの法律を「真実と公正の精神 (Wahrheitssinn und Rechtssinn)」をまったく欠如した悪法であるとして否認している。小林直樹著『法・道徳・抵抗権』（日本評論社、1888）、243頁。

（6）胡錦濤『高举中国特色社会主義偉大旗幟為奪取前面建設小康社会新勝利而奮闘』（人民出版社、2007）30頁以下。鈴木賢「中国法の変容と共産党統治のゆくえ」（前掲）34頁参照。

（7）鈴木敬夫「中国の人権・労働矯正制度を問う」、角田猛之編『中国の人権と市場経済をめぐる諸問題』（関西大学出版部、2010）99頁以下。

（8）全国人大常委会法制工委研究室編『中国特色社会主義法律体系読本』（中国法制出版社、2011）3頁。鈴木賢「中国法の変容と共産党統治のゆくえ」（前掲）34頁参照。

（9）この「国情」の意味を、鈴木賢教授は王錫鏞主編『公衆参与和中国新公共運動的興起』（中国法制出版社、2008）53頁から引いている。鈴木賢「中国法の変容と共産党統治のゆくえ」（前掲）40頁註12引用。

- (10) 高見澤磨・鈴木賢著『中国にとって法とは何か』（岩波書店、2010）「党大還是法大」、117頁。
- (11) 中国刑事訴訟法の改正の行方は、一党独裁の下、三権分立が保障されていない法治に身を委ねることになる。まさに「正義は合目的性に先行する。そして法的安定性より優位にある。」法律の「実定性の効力は、通常の場合には、法的安定性によって根拠づけられているが、ある例外的な極めて不正な法律の場合には、その不正の故に、このような法律から効力を奪う可能性は依然として残っている。」Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Göttingen, 2A Aufl. 1959. S.32, S.37. ラートブルフ著作集第4巻(前掲)、67頁、75頁。ラートブルフのいう「極めて不正な法律」`horrend ungerechter Gesetze`を、現下中国の法治に見ることができよう。そこに刑事司法の正義を求めることは至難であろう。

1. 日本の冤罪・弘前大学教授夫人殺人事件（1949）

本稿の主題は、「取調べの可視化」を徹底し、無実の者が処罰されるという冤罪問題を解決することである。換言すれば、不誤謬を誇っている司法官憲の権力行使が、司法手続きにおいて誤判を生んだ原因、つまり、そうした刑事手続きの在り方それ自体を問うものである。この間、間断なく発生する冤罪は、まさに法的安定性に支えられた、職権主義的刑事訴訟法の解釈と適用による過誤以外の何ものでもないといえよう。そこには、「法律は法律だ」とする職権的な保身の立場が存在する。そのような立場を温存させている刑事訴訟法を改正しなければならない。そのためには、法改正の障害になっている刑事司法体制を直視し、問題点を振り出すべきであろう。今日、広く社会から「法的安定性は正義に優越する」と信奉する硬直した法実証主義的立場を変革することが求められているのである。

一つ冤罪の事例をあげよう。日本東北の青森県弘前市で、夏の夜、弘前大学教授夫人が殺害された。まもなく近所の無職の男性が逮捕された。彼が性的欲求を満たすために深夜教授宅に忍び込み、騒がれたので持っていた刃物で刺し殺した、というものである。被疑者は厳しい取調べにも耐えて、終始一貫、無罪を主張したが、終に無期懲役に服することに

なった。ところが、25年の時効が完成したある日、突然、真犯人が名乗り出て来た。受刑者は直ちに再審を請求したが、高等裁判所はこの再審請求を棄却した。判決を積み重ねてきた高裁は、名乗り出た者を頑なに真犯人と認めようとはしなかったのである。だが、2年後に改めて再審が開始され、終に無罪判決が下った。無辜の者が逮捕されてから既に28年間が経過していた⁽¹²⁾。

この悲劇は、捜査機関が取調べ過程において被疑者を人間として扱うことなく無実を叫ぶ被疑者に対して、主観的憶測のもとに執拗に自白を強要し、虚偽の自白調書を捏造し、検察官もまた有罪を推定させる供述調書を作成したことによる。裁判官もまたこれを鵜呑みにしたので、冤罪は起きてしまった。いかに地裁、高裁、最高裁と裁判が重ねられたとしても、無実の者の出現という真実に勝るものはない。

渡部保夫教授（元札幌高等裁判所判事）はいう。法的安定性と真実主義が対立した場合、裁判では「法的安定性を個人の人権より優先させようとする」と。その結果として、「法的安定性を以て真実を捻じ曲げる」ことになる⁽¹³⁾。真実主義に対する法的安定性の優越性こそ、冤罪を生む裁判の原因である。

註

(12) 渡部保夫著『刑事裁判語』（潮出版社、1988）129頁以下参照；さらに伊佐千尋・渡部保夫著『日本の刑事裁判——冤罪・死刑・陪審』（中央公論社、1996）247頁以下。

(13) 渡部保夫著『日本の刑事裁判』（前掲）277頁以下。

2. 東アジアの所謂「可視化」法制素描…韓国・台湾・中国・日本…

所謂「取調べの可視化」とは、まず何よりも捜査機関による違法な取調べと恣意的な証拠収集によって、被疑者から虚偽の自白を引き出す冤罪を防止するために、取調べ過程に録音・録画を導入して、その適正化政策を強化しようというものである。日本では憲法と刑事訴訟法で、被

疑者、被告人の黙秘権を保障し「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」(第38条)と定め、「取調べに際しては、被疑者に対して自己の意思に反した供述をする必要がない」旨と規定し(第198条2項)定めている。だが、密室で行われる取調べでは、およそこの条項が蔑ろにされてきた経緯がある。しかし日本では、頻発する冤罪の下で、今日、刑訴法を改正し、これを根絶しようという機運が盛り上がっているが、未だ立法化されるに至っていない。

以下では、先ず韓国、台湾、中国、日本における「取調べの可視化」に向けた刑事訴訟法の改正状況について、特に①取調べ過程における弁護人の立会権、②取調べ過程への録音・録画の導入、この二点に焦点を絞って概観したい。

(1) 韓国刑事訴訟法の一部改正(2007)

先ず韓国では、改正刑訴法の下で、既に「弁護人の立会権」を認め、「弁護人を被疑者と接見させ、……弁護人を、被疑者に対する取調べに立ち会わせなければならない」(刑訴訟第243条の2)と定め、さらに「被疑者供述の映像録画」について、「調査の開始から終了までの全過程及び客観的状况を映像録画しなければならない」(第244条の2)と規定している。

韓国では過去に、金大中元大統領に対する冤罪事件等が相次ぎ、刑事訴訟法の改正が急務とされていた。そして2003年に大法院で「拘束された被疑者の取調べに弁護人が立ち会うことができる」と決定した⁽⁴⁾。映像録画制度の導入についても、大法院が大きな役割を担った。すなわち2004年に、大法院は、検事が作成した「供述調書に記載された内容が、被告人となった被疑者の供述と同一でなければ証拠能力を認めない」とする立場を決定した。捜査機関もこれを受け入れ、検事作成の「供述調書の実質的真正性」を高める契機が生まれ、映像録画物の使用に向けた刑訴法改正が実現した。韓国では、憲法(第12条2項)と刑訴法(第289条)で、被疑者の黙秘権、沈黙権が保障されている。韓国の特色は、裁

判所が「弁護人の立会権導入」や、捜査機関が「録音・録画の立法化」に終始積極的であったことである⁽¹⁵⁾。

註

(14) このような判例について、在日高麗弁護士協会編『韓国の憲法裁判所——社会を変えた違憲判決・憲法不合法判決』（日本加除出版社、2011）211頁以下参照。

(15) 藤原夏人「韓国における取調べの可視化」『外国の立法』第249号（2001.9）72頁以下；関永盛「韓国における映像録画制度」『法律時報』第83巻4号（2011）124頁以下。韓国における「可視化」、「黙秘権」問題に関して、慶北大学法学専門大学院教授 金昌祿氏からご懇切なご教示を得た。記して感謝の意を表する。

(2) 台湾刑事訴訟法の一部改正（1997）

台湾では、改正刑訴法の下で、弁護人の立会いについて、既に「被告人ないし犯罪被害者の弁護人は、検察官、検察事務官、司法警察官ないし司法警察が、被告人ないし犯罪被疑者の取調べる際に、その場に付き添い、意見を陳述することができる」と定め（刑訴法第245条2項）、録音・録画について、「被告人に対する取調べは、全過程を連続して録音、録画しなければならない。」「被告人の陳述が、録音又は録画の内容と一致しない場合、その不一致の部分につき証拠とすることができない」と規定した。（第100条1項、2項）

台湾の録音・録画の導入は、早くも1977年の司法行政部訓令に始まる。「検察官は、重大事件について必要と認める場合には、職権で捜査手続きの全部または一部を録音させることができる」という内部訓令がそれである。1990年になると、取調べで録音すべき事件の範囲を「すべての刑事事件」に拡大して、1997年の刑訴法改正の礎を固めた。ついで、1982年には「弁護人の立会権」が挿入され、2000年には、弁護人に意見陳述権が明文化されている⁽¹⁶⁾。台湾では改正刑訴法第95条2項で、被疑者の沈黙権が保障されている⁽¹⁷⁾。驚くべきことは、東アジアにおいて台湾の

「可視化」法整備の先進性である⁽¹⁸⁾。

註

- (16) 「台湾・オーストラリア — 取調べの録画・録音の実情」(日本弁護士連合会、2010) 4～5頁；財前昌和「台湾における可視化の実情」『季刊刑事弁護』第39号(2004)に詳しい。
- (17) 沈黙権に関する台湾の優れた研究としては、つぎの二篇が上げられよう。王兆鵬「刑事訴訟中被遺忘の権利……緘黙権」『月旦法学雑誌』No.145(2007.6)とくに173頁以下；林鈺雄「不自證己罪於非於非刑事程序之前置効力」『日月法学雑誌』No.161(2008.10)、266頁以下。
- (18) 鈴木賢「台湾および中国における被疑者取調べ過程の録音・録画制度」《体制転換と法研究会》報告(前掲)。この先行報告は台湾における実証的調査を踏まえた極めて示唆に富んだものであった。台湾の動向について陳文琪「偵察中録音録影与偵査筆録可信性之關係」『檢察新論』第7期(2011)11頁「台湾経験、外国学習」がみられる。なお、台湾からの資料収集について、国立中正大学法律系教授李仁淼氏から多々御教示を得た。記して感謝の意を表する。

(3) 中国刑事訴訟法の改正草案(2011)

中国は今日、刑事訴訟法の改正が進められ、改正草案が公開されている。その刑訴法改正草案によれば、「弁護士である弁護人の接見。……人民検察院が事件の起訴審査を開始した日から、被疑者、被告人対して、証拠を確かめることができる。」(第37条第3項)、「弁護士である弁護人は被疑者、被告人との接見が通信傍受されることがない。国家安全を害する犯罪事件、テロ犯罪事件、重大な賄賂犯罪の共同犯罪事件について、弁護士である弁護人は、捜査の段階で被疑者と接見する際、捜査機関の許可が必要となる。上記の事件の場合、捜査機関は予め拘禁所に連絡しなければならない」(同4項)と規定した。

また、録音・録画について改正草案第120条1項で「捜査員による犯罪被疑者尋問は、その過程を録音又は録画で記録することができる。被疑者が無期懲役、死刑を科される可能性のある場合、尋問の過程を録音または録画しなければならない。」第2項「録音又は録画は全過程について行い、完全性を保障すべきである」と規定している⁽¹⁹⁾。

さて、中国においては、2005年に「余祥林妻殺し冤罪事件」が発生し、捜査機関の違法な証拠の収集、恣意的な証拠の採用などが指摘され、公正な捜査手続きの確立が急務になっていた⁽²⁰⁾。そうした中で、とくに所謂「可視化」問題を前進させたのは、2006年の最高人民検察院による「人民検察院が職務犯罪の被疑者を取り調べる際に全過程同時録音・録画実施する規定（試行）」である。この時点で、職務犯罪に限って、被疑者取調べにつき全過程の連続録音・録画が義務づけられた。

中国の改正草案では、上述のとおり、弁護士弁護人に被疑者と被告人に「接見する権利」を保障している。しかし、弁護人に所謂「取調べ（尋問）過程における立会権」を認めていない。ただ、国家安全を害する犯罪事件などの重大な犯罪に対しては、弁護士弁護人と被疑者、被告人が接見できる機会を保障したことは注目されてよい。

その一方で、「被疑者は、捜査員の質問にありのまま答えなければならない」（第117条第1項）と規定した。この規定は、広く世界で被疑者、刑事被告人に保障されている黙秘権や供述を拒否する権利を制限する条項と言えよう。したがって、この条項は、草案が別に定める「誰に対しても、自己を有罪とする供述を強要してはならない」（第49条）とまったく矛盾している。まさに顧永忠教授が指摘するように、この規定は、「被疑者が捜査員の質問に強制的に回答させられることを意味する。罪を認めるか否かにかかわらず、被疑者に自身の有罪ないし無罪を立証する責任を負わせることになる。これは、改正草案第48条の検察機関が被告人の有罪を立証しなければならないという規定に反する」ものである。

録音・録画について、草案第120条第1項で「捜査人は……取調べの全過程を録音ないし録画することができる。……」（第120条1項）と規定する。この規定の「～することができる」には、“～しないこともできる”という消極的な含意を読み取ることが可能であり、捜査員に録音・録画を義務づけた条項ではないのではないかと疑う。従って草案趣旨が、取調べ過程で録音・録画をするか否か、どの部分を選択して録音・録画するのか。もし仮に、録音・録画の編集と再生、その取捨選択が、捜査

機関の主観的判断に任せられているとすれば、録音・録画媒体が推定有罪に根拠を与え、恣意的な証拠収集に繋がる危惧がないとは言えない。顧永忠教授は、確かに、この規定によって刑罰による自白の強要を食い止め、不法な証拠認定し排除するのに一定の意義を認めてはいるが、同時に「録音・録画資料の使用問題について何ら規定していないなら、完璧ではない」と指摘している。しかし、新たな刑事訴訟法が、もし「刑事事件における違法収集証拠排除の処理に関する若干問題の規定（違法収集排除規定）」(2010年6月13日公布)、特にその第1条、第2条、第14条等を厳格に適用することになれば、冤罪を無くすことに向けて一定の成果が期待できるであろう。

註

(19) 鈴木賢「台湾および中国における被疑者取調べ過程の録音・録画制度」研究会報告(前掲)・配布資料参照。

(20) 余祥林事件は、政法委員会が「協調」を行った結果、冤罪が発生した事件である。この点について、陳興良教授は以下のように指摘している。「市・県2級政法委が関係担当単位・人員を集めて協調し、かつ明確な処理意見が出た後に2級裁判所がした判決である。こうした“先定後審”に似たやり方は、刑事訴訟法の関係規定に反し、冤罪を発生させる原因である。……党の司法業務に対する指導は、主に刑事政策の確立および政治、思想及び組織上の間接指導に体现されるべきであり、個別的事件の介入は政法委員会の職務に帰属させることはできない。實際上、裁判所が法律に従い、法律により事件を処理することこそが、党の指導に対する服従である。」陳興良「中国刑事司法改革的考察——以劉涌和余祥林案為標本」『浙江社会科学』2006年6月、64頁～65頁。この論文の日本語訳(河村有教・李輝訳)が『神戸法学雑誌』第54巻1号に掲載されている。特に275頁～276頁を参照。また荊門市政法委員会は、冤罪が発生した原因について、反省すべき事項として、次の4点をあげている。①主観的憶測、有罪推定、②監督・制約不足、③法執行主体の資質が低い、④社会の圧力、「民憤」の影響。「荊門首次公開總結余祥林“殺妻”冤案教訓」新華網、2005年7月20日。http://news.xinhuanet.com./report/2005-07/20/content_3239435.htm この事件をめぐる、ごく最近の二つの優れた研究発表があった。坂口一成「中国における刑事裁判の正統性「公正」——「党の指導」により生じた冤罪を切り口にして」、及び河村有教「中国における違法収集証拠排除法則について」、いずれも《アジア法学会》(2011.11.9.日本大学)報告がそれ

である。

（4）日本刑事訴訟法の一部改正案（民主党案、2009）

日本では、現行刑事訴訟法を前提として新たな草案が提起され、「取調べに際しては、被害者の供述及び取調べ状況のすべてについて、その映像及び音声を記録媒体に記録しなければならない」（草案第198条の2）と規定された。但し、この法案は、2008年6月に参議院で可決されたが、政争の具にされ衆議院で廃案になった。しかし、2006年の原案は、①弁護人の立会いがなければ、被疑者は取調べを拒むことができる、②弁護人の立会いのない録音・録画は証拠能力がない、などと、「弁護人の立会権」と「録音・録画の導入」を表裏一体的に把握する考え方が示されていた。したがって、既に廃案になった2008年草案は、この原案からみて、大きく後退した内容となっている。以上のように、いわゆる「可視化」をめぐる刑訴法の改正状況は、東アジアでは日本が最も遅延しているといえよう⁽²¹⁾。

註

(21) 日本の法制審議会は、「可視化」の法制について、2011年6月29日、「新時代の刑事司法制度特別部会」を発足させ、改めて議論を開始した。<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi0350012.html> なお日本の「可視化」問題については、多くの研究が成されているが、代表的な著作として、指宿信『被疑者取調べと録画制度』（商事法務、2010）；優れてまとまった著作として、小坂井久著『取調べ可視化論の現在』（現代人文社、2009）があげられよう。

3. 「取調べ可視化」三つの視点

以下では、今後、刑訴法改正草案の作成に際して、予め配慮されなければならないと思われる三点について考察する。併せて、東アジアにおける刑訴法解釈と適用の参考に資したいからである。すなわち①被疑者の取調べ受忍義務の否定 ②弁護人の立会権の確保 ③録音・録画と被疑者の同意権である。

(1) 被疑者の取調べ受忍義務の否定

先ず、「被疑者の取調べ受忍義務の否定」とは何か。簡潔に言えば、被疑者が取調べを受けることを拒否できるか、あるいは捜査官の質問を拒絶できるか、という問題である。従来は、何の疑問もなく、犯罪の嫌疑を掛けられた者は、とにかく取調べを受けるべきだ、とする捜査機関の推定有罪の論理が罷り通っていた。省みてこの「被疑者が取調べを受忍する義務」こそが、憲法や刑訴法で保障されている黙秘権や供述拒否権と抵触するのではないか、という問題である⁽²²⁾。

日本刑訴法は、公判廷において、「裁判長は、被告人に対し、終始沈黙し、又は個々の質問に対し陳述を拒むことができる」と告げなければならず(第291条3項)、さらに「被告人は、終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる」(同第311条1項)と定めている。

ここで裁判所の公判廷と、捜査機関の取り調べ過程とを比較してみよう。公判廷で許されている黙秘権・供述拒否権の行使が、取調べ段階では受忍するよう制限され、寧ろ反対に自白や供述が強いられる惧れがあるという相違がある。公判廷での被告人に対する対応と、取調べ段階での被疑者との間に、何故に人権保障にこれほど大きな不平等があるのか。被疑者を逮捕・勾留によってその身体を拘束し、さらに取調べからも逃れられない状況を作り出せば、そのこと自体が被疑者に心理的圧迫を加え、黙秘権を危殆化するものである⁽²³⁾。黙秘権保障の見地からみて、取調べ受忍義務は論理的に当然否定されるべきものである。まさに取調べ受忍義務否定の訴えは、黙秘権や供述拒否権に裏打ちされた人権の主張であって、正義の要請に適うものであるといえよう。取調べ受忍義務は、被疑者に対する真摯な説明と被疑者の同意が要請されよう。

(2) 弁護人の立会権の確保

つぎの論点は、「弁護人の立会権」をいかに確立するかである。これは、被疑者防御権の実効性を高めることによって、司法官憲による不当な取調べを監視することを目的とする。日本憲法は「刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる」(第37条3

項）と保障している。だが、ここで取り上げる「弁護人の立会権」は、従来の「弁護人による接見交通権」をさらに前進させ、取調べの現場に弁護人が立ち会うことによって、被疑者の取調べ受忍義務を拒否する権利を実効的に保障しようとするものである。したがって、従来の黙秘権に加え、取り調べ過程に弁護人の同席を求める権利、弁護人と相談する権利、弁護人による取調べの中止を求める権利、弁護人の意見を陳述する権利などを確保することを目標とする⁽²⁴⁾。

このような考え方は、およそ45年前にアメリカは最高裁判所ミランダ（Miranda）判決が発端である⁽²⁵⁾。判決は、合衆国憲法が保障する「自己負罪拒否権」（Wikipedia）を根拠に、取調べ時における弁護人の立会権を認めた。それ以来、これは被疑者の人権尊重を現実化するものとして世界的に受け入れられるようになった。今では日本の被疑者の人権擁護にも大きな影響を与えている⁽²⁶⁾。

（3）録音・録画と被疑者の同意権

いわゆる「可視化」問題の到達点は、刑事手続きの過程に録音・録画を媒体とした証拠を導入することによって、市民が閉鎖されていた密室での被疑者取調べ記録を、録音・録画媒体を通じて、事後的に検証することができ、自白の任意性の判断が容易になり、裁判員裁判の公正さを実現できるというものである。それは、また取調べ過程における被疑者像を、市民参加を通じて可視化、透明化にしようとする試みである⁽²⁷⁾。

今日、日本法務省は2009年9月に、「録音・録画の方法による被疑者取調べの可視化を実現するための勉強会」を設け、次いで2011年6月には「中間とりまとめ」が公開された。そこには「可視化」を実現する上での実務上の課題が残されている。

捜査機関内には「可視化」に消極的な主張もみられる。その一つに、捜査に当たる警察官の間に、もし録音・録画が取り入れられたならば、取調べの際に捜査官と被疑者との人間関係が構築できなくなり、真相究明機能が害される、という主張のあることが指摘されている⁽²⁸⁾。思うに、この「取調べ官と被疑者との間の人間関係の構築に依拠した真相究明」と

いう旧来の捜査構造こそ、「可視化」されるべき対象ではあるまいか。密室の閉鎖的空間でなければ構築できない「人間関係」とは、いったい如何なる実態であろうか。それは捜査官の優越的地位の下に、被疑者を客体として取り扱う糾問関係にほかならず、被疑者に受忍を強いる温床であろう。渡部保夫教授は、「冤罪が生まれる原因は、捜査構造の糾問主義にあり、その欠陥は、裁判官が有罪の予断を抱きやすいことにある」と指摘している⁽²⁹⁾。日本の刑事手続からこのような糾問的捜査慣行を払拭することこそが、可視化を図る原点であるといえよう。この改善には、一刻も早くイギリス等、この問題の先進国の実証的研究成果を吸収すべきであろう⁽³⁰⁾。

録音・録画媒体を証拠として使用する前提として、被疑者の同意権が保障されなければならない。もし、取調べに従来の糾問的捜査慣習の残滓がみられるのであれば、直ちに取調べの拒否、録音・録画の停止が許されなければならない。被疑者の意に反して収録された録音・録画媒体は、供述の自由が保障されておらず、それを証拠として使用することはできないからである。

また、次に指摘されるべき問題は、長時間にわたる録音・録画情報のなかから、捜査官がポイントとなる箇所だけを取捨選択して編集し、再生する場合に生ずる問題、換言すれば有罪推定の証拠として利用される危惧が生ずるという問題である⁽³¹⁾。証拠開示の範囲、再生箇所等の特定について、仮に捜査機関の主観的憶測のみが反映するのであれば、それは真の「可視化」に値しない。取調べ過程における録音・録画の導入は、被疑者の同意を前提として進められるべきであって、被疑者の受忍義務拒否権と被疑者の録音・録画同意権は表裏一体的なものといえよう。

註

(22) 瀧野貴生「被疑者取調べの課題」『法律時報』第27巻12号(2007)43頁。

(23) 水谷規男「被疑者の取調べ」『法学セミナー』第620号(2006)99頁。この立場を支持して、瀧野貴生「代用監獄の存続と取調べの「適正化」」『季刊刑事

弁護』第47号（2006）48頁以下。

- (24) 白取裕司教授が精緻に論じているように、「接見交通権は被疑者の権利であるとともに、弁護人にとっても重要な固有な権利である」ことに留意すべきである。とくに、わが刑法第39条「捜査のため必要があるとき」が、「被疑者を極力弁護人から遠ざけたい」と解釈されるおそれがあるとすれば、それは違憲・違法の疑いもたれよう。白鳥裕司著『刑事訴訟法』（日本評論社、2002）176-184頁。さらに、白取裕司「問われる接見『指定』制度——安藤・斉藤国賠最高裁大法廷回付によせて」『季刊刑事弁護』第18号、13頁参照。1995年には日弁連理事会において、当面の課題として、「接見交通権の確立」、「取調立会権の確立」など11個の緊要な課題が承認された。上田國廣「被疑者弁護を通じた取調の適正化」『法律時報』第83巻2号（2011）16頁以下に詳しい。
- (25) 1966年のミランダ判決は、憲法にその根拠を有する憲法判例（a constitutional decision）である。Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436 (1966) ミランダ判決で明らかにされたのは、警察は被疑者に対して黙秘権を告知し、弁護人依頼権を告知し、供述が不利に取り扱われることを告知し、そして弁護人を依頼することができない場合には、無料で提供されることを告知しなければならない、ということである。小早川義則「取調べ受認義務——アメリカ法との比較」『法律時報』第83巻2号（2011）10頁以下；精緻な研究として、小早川義則著『ミランダと被疑者取調べ』（成文堂、1995）があげられる。
- (26) コロラド大学法学部のR. レオ教授は、ミランダ判決の意義を以下4点あげている。これが広く世界に広まった理由であろう。①ミランダは警察官の取調べに当たる態度を洗練したものにする（civilize）ことに役だった。②ミランダは警察の活動の文化や言説を変化させた。③ミランダは憲法上の権利に関する人々の関心を高めた。④ミランダは警察のより訓練され、専門化され、功利的な尋問技術の向上を促した。Richard Leo, The Impact of Miranda Revisited, Journal of Criminal Law & Criminology 621, 668 (1996). 詳しくは註（25）参照。
- (27) 日本では、「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（2009.5）が成立するのに先駆け、2006年8月から、検察は裁判員裁判対象事件の中から、任意性の効果的、効率的な立証のために必要性が認められる事件について録音録画の試行を始め、2008年9月からは、その危険性を指摘している。；指宿信著『被疑者取調べと録画制度』（前掲）345頁。わが警察においても「試行」が開始されている。報道によれば、最高検は、2011年4月から、取調べの録音・録画（可視化）について、東京、大阪、名古屋の地検特捜部と、10地検の特別刑事部では、計59の独自捜査事件で計979回にわたって実施した、と発表した。このうち取調べの「全過程」が録音・録画されたのは24事件。知的障害によりコミュニケーションに問題がある容疑者については、全国の263事件で763回、

録音・録画され、「全過程」は74事件であった。裁判員裁判の対象事件では、2011年9月～同年末に819事件で4007回実施され、「全過程」は101事件にのぼった。（『朝日新聞』2012年2月2日）警察庁「警察における取調べの録音・録画の試行の検証について」（2009.3）（<http://www.npa.go.jp/keiji/keiki/rokuun/kensho.pdf>）特に、小坂井久教授は、可視化と裁判員裁判、刑事司法過程への市民関与の意義について述べ、旧来の所謂「警察司法」、「検察司法」なるものが、今や終焉に向かっていることを示唆している。小坂井久著『取調べ可視化論の現在』（前掲）338頁以下。

(28) 警察庁「警察における取調べの録音・録画の試行の検証について」（前掲）8頁以下。田淵浩二教授は、『糾問的捜査慣行』を払拭することが、「調書裁判」からの脱却や、公判審理の活性化を果たす道である、と主張している。田淵浩二「取調べの可視化と捜査構造の転換」『法律時報』第82巻2号（2011）8頁。

(29) 渡部保夫著『無罪の発見——証拠の分析と判断基準』（勁草書房、1992）272頁～275頁；伊佐千尋・渡部保夫著『日本の刑事裁判』（前掲）46頁以下。中国における「厳打」と「糾問主義」裁判方式の実態について触れて、坂口一成著『現代中国刑事裁判論・裁判をめぐる政治と法』（北海道大学出版社、2009）、348-354頁。高超はいう。厳打は、警察、検察、裁判所に相互協力を求めるため、「裁判所はその有すべき中立性、独立性を放棄し、起訴ひいては捜査段階に事前介入し、警察や検察院と共同で犯罪訴追の機能をにやう。裁判官はもはや公正な裁判官ではなく、法廷上の第二の検察官であり、しかるべき対抗・制約を失った法廷は、中世の『糾問主義』裁判方式へと墮落する」と。高超「『厳打』的過去、現在与未来」梁根林・張立宇主編『刑事一体的本体展開』（法律出版社、2003）、326-327頁。坂口一成（前掲書）35頁引用。

(30) まさに被疑者の取調べの可視化は、適正な手続きを実現し、被疑者、被告人の防御権を確保する試金石であるといえよう。優れた実証研究として、渡辺修・山田直子監修『取調べ可視化——密室への挑戦——イギリスの取調べ録音・録画に学ぶ』（成文堂、2004）、とくに「取調べ可視化と捜査実務」47頁以下、「取調べ可視化と裁判実務」126頁以下を参照。

(31) 「推定有罪」という観念ほど危険なものはない。中国においてこれをどう克服するか、この観点をめぐる先行研究として、鈴木賢「中国で近代法はなぜ拒絶されるか——無罪推定の原則をめぐって」、小川浩三編『複数の近代』（北海道大学図書刊行会、2000）があげられる。なお、この原則を論証して、白取裕司著『刑事訴訟法』（日本評論社、2002）31頁、230頁、240頁等参照。

なお、以上の拙考では、録音・録画した物の証拠能力について触れていない。取調べの録音・録画には、単に捜査過程の事後監視を可能にするという意味だけではなく、録音録画媒体が証拠化する意味を伴う。即ち、証拠開示の範囲、再生箇所の特典、再生の方法等について十分な検討がなされていない。現下、

鋭意検討されるべき課題である。五十嵐二葉教授は、「『ビデオ時代』の刑事裁判と自白」『法律時報』第57巻3号（1985）77頁～79頁において、ビデオの使用は「客観的に事実を写し取っているものだという強い信仰が、見る者を支配してしまう」という指摘は傾聴に値する。「被疑者取調録画の“5W1H”（Why, When, Who, What, Where, How）」を参照。

結。「居上不寛」と人権保障

いま、顧永忠教授は、「対《刑事訴訟法修正案（草案）》十個建議」（添付資料）を公開している。先ず顧永忠教授は、草案第1条に触れ、「犯罪処罰」だけではなく「人権保護」も重視すべきことを説き、むしろ政治的概念である「人民保護」の観点から、「人権保護」へと改めるよう主張している。さらに「無罪推定」の原則を明確化すべきことも訴えている。こうした考え方は、刑訴法が人権保障に特化すべきことを明白にしたもので、高く評価されよう。草案をめぐる他にも多数の論考が交差している。しかし、上述した刑訴法改正が目途とすべき三点①被疑者の取調受認義務の否定、②弁護人の立合権の確保、③録音・録画に対する被疑者の同意権について、究明し尽くされていない。要するに、冤罪を発生させた捜査機関の「法律は法律だ」とする、法的安定性に依存した職権主義的立場乃至法実証主義的立場について検討が深められていない。

現在、中国憲法は、「国家は、人権を尊重し、及び保障する」（第33条3項）を掲げ、この人権精神を継承して刑事訴訟法改正草案には「拷問による供述の強要の禁止、自己を有罪とする供述の強要の禁止」（草案第49条）を明文化している。ところが、すでに指摘したように、改正草案で「捜査員の尋問に対して、被疑者はありのまま答えなければならない」（第117条）も掲げている。この草案第117条は、解釈と適用次第では、第49条とに抵触するばかりか、人が普遍的にもっている「沈黙する自由」や「黙秘する権利」を脅かし、人の精神的自由を侵害するものといえよう。

さらに加えて、「ありのまま回答したならば、寛大な処分を受けられる」

ことを被疑者に知らせなければならない、と規定して、回答次第で被疑者への生殺与奪権が、捜査機関にあることを示している。およそ、一個の独立した法律の中に、このような相互に矛盾する条項を内在させることによって、時には人権を与え、時には人権を制限したりできる法解釈ほど危険なものはない。法的安定性が見せる最も忌避すべき一面である。起草案にみられるこのような立場は、中国憲法が誇るべき第33条3項人権擁護の精神と背理する不寛容な立場にほかならない。むしろ、刑訴法改正では、そのような立場を廃棄して、より積極的に被疑者・被告人に「黙秘権」を与えるよう条項を創設し、寛容な法治国家へ進展する途を拓くべきであろう⁽³²⁾。

法的安定性と正義の葛藤を克服して、主権者の人権と自由を守護することこそ、刑事訴訟法改正が目途とすべきものである。『中国の人権状況』（1991）以前、中国には人権を口にする自由はなかった。だが、いま人々は第17回党大会（2007年10月）で掲げられた「民主四権」（知る権利、参加権、表現権、監督権）に支えられて、刑訴法改正草案をめぐって積極的に議論に参加している。顧永忠教授の人権論「刑訴法改正草案に対する10個の修正提案」はその代表的なものであろう。

刑訴法の「改正」は、果たしてどちらに向かうのか、寛容な法治国家なのか、それとも不寛容な法治国家なのか、もっと人権と自由について議論しよう。近代中国における偉大な思想家梁啓超が、「自由を放棄する罪」を説いたことを忘れてはならない⁽³³⁾。被疑者の人権を議論することは、まさに人間の自由について訴えることである。国権を司る者が、実定法の改正に際して、従来の実証主義的な法制の下で頑なに糾問主義的な捜査手続きを固持しようとするれば、人々はそのような不寛容な法治を黙過することはないであろう。既に掲げたように「相対主義は、普遍的な寛容である。しかし、不寛容に対してまで寛容であることはできない」（前掲）からである⁽³⁴⁾。この立場こそ、被疑者の人権をめぐって述べてきた拙論の結論である。

人権思想家 杜鋼建教授は、論文「寛容原則与法治政府建設」（2011）

を著し、法における寛容とは、自由や人権を擁護することであり、その実践は自己の信念を貫いて、国家に対して公正かつ正義が実現できるような立法、司法、行政を求めることだとして、次のように述べている。これは「居上不寛」から人権を守護しようとする訴えである。

「寛容は人と文化の多様性を尊重することである。寛容とは、中国の儒教が唱える“和而不同”のことである。文化や人としての方式が異なるからこそ、寛容が必要である。寛容は平和を可能にする美德であり、異なる特徴を有する人々が平和に暮らしていくための唯一の手段である。寛容は道徳的義務であるだけでなく、政治と法律上の要求でもある。……寛容は、普遍的な人権と他人の基本的自由の承認によって築かれた積極的な態度であって、消極的な態度ではない。それは決して普遍的な人権と基本的な自由を侵害するのを認める行為に利用されてはならない。寛容は、唯々諾々、人の意見をオウム返しにすることではない。寛容はまた、自由や人権侵害が起きているのを座視し、傍観することでもない。寛容は自由や人権の護衛兵であって、それに対立するものではない。……総じていえば、寛容は人権を尊重することを目的とする。寛容の実践は、社会の不公正への黙認を意味するものではなく、自分の信念を放棄し、弱化することを意味するものではない。寛容は、自己の信念を貫くだけではなく、同時に、他人が自分の信念を堅持することに対しても、これを是認することを意味する。……寛容は、国家に対して公正かつ正義を実現する立法、司法、行政手続をするよう要求する。……寛容な社会を実現するには、国際人権条約を批准し、新しい立法を起草することによって、社会のあらゆる個人と組織の均等な待遇および機会を確保すべきである。……寛容なくして平和は語れない。平和なくして民主の発展と社会の進歩はありえない。」⁽³⁵⁾

この言説は、今日の中国刑訴法改正の在るべき方向をはっきりと示したものである。杜鋼建教授が主張する「寛和容衆」の法治論⁽³⁶⁾や仁学憲政論⁽³⁷⁾は、現代中国の法改正議論の中核に据えられるべき法理論であるといえよう。

註

- (32) このことは、『国際人権規約』において明白である。即ち「市民的及び政治的権利に関する国際規約」(B規約)第10条「自由を奪われた者は、人道的にかつ人間の固有の尊厳を尊重して取り扱われる」、そして第14条3. g「自己に不利益な供述又は有罪の自白を強要されないこと。」と規定している。この条項は、世界のいかなる国家の刑事司法であろうと、遵守されるべき原則である。
- (33) 杜鋼建「梁啓超の人権思想」、同著『中国近百年人権思想』(汕頭大学出版、2004)、83頁以下；この論文の拙訳が、角田猛之編『中国の人権と市場経済をめぐる諸問題』(関西大学出版部、2010)43頁以下に収められている。
- (34) 拉德布鲁「法哲学上の相対主義」前掲註(3)。いうまでもなく、これはラートブルフのナチへの法哲学的抵抗の姿勢を示したもので、「たたかう民主制」論の礎になった。これが優れて抵抗権の法理であることについて、小林直樹著『法・道徳・抵抗権』(日本評論社、1988)349頁。さらに、渡辺久丸「ワイマール民主主義の擁護の思想と行動…グスタフ・ラートブルフ」、深田三徳他編『現代の法思想』天野・矢崎・八木還暦記念(有斐閣、1985)、とくに107頁以下。；Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, München 1997. この書の中国語訳、劉幸義他共訳『法哲学』(五南図書出版、台湾、2000)334頁。カウフマンもラートブルフの考え方に立脚している。これを支持する李振山著『多元、寛容与人権保障』(元照出版、台湾、2007)71頁を参照；また、この意味における法哲学上の寛容原則を明らかにした論文、陳根発「法律における寛容とは如何なるものか」『法下の人権与国権・鈴木敬夫教授古希記念文集』(法律出版、2009)180頁以下、及び「寛容与和諧社会」の未来を究明して、陳根発著『寛容的法理』(知識産権出版、2008)222頁以下参照。
- (35) 杜鋼建「国際法的引入与法治政府建設」『法治湖南与区域治理研究』2011年第3巻、239頁以下。特に、3.〈寛容原則与法治政府建設〉、271頁-279頁を参照。
- (36) 杜鋼建「寛容的思想与思想的寛容」『新仁学——儒学思想与人権憲政』(京獅企画、香港、2000)114頁以下。160頁。この論文の日本語訳として、鈴木敬夫編訳『中国の人権論と相対主義』(成文堂、1997)237頁以下。杜鋼建教授の説く寛容論の根底には「容分恕導」、「寛和容衆」、「居上不寛」、「和而不同」、「放言議政」、「不欲勿施」、「操守良心」、「抵抗不義」の八本柱が据えられている；なお鈴木敬夫「儒学における寛容と抵抗・杜鋼建教授の人権論を中心として」『専修大学総合科学研究』第4号(1996)1頁以下に詳しい。
- (37) 杜鋼建「《論語》四道与新仁学四主義」『新仁学——儒家思想与人権憲政』(前掲)2頁以下。この論文の日本語訳として、鈴木敬夫編訳『中国の人権論と相対主義』(前掲)215頁以下。杜鋼建教授は、とくに「論語」における「恕道」を寛容主義の礎石にしている。

資料：顧永忠「中国刑事訴訟法改正草案に対する 10 個の修正提案」 (2011.8)

2011年8月、中国全国人民代表大会常務委員会が開催され、中国刑事訴訟法の改正案に対する審議が開始された。1979年に制定された中国刑事訴訟法にとっては、このたびの改正は1996年に続く15年ぶりの改正である。自白の強要などによる冤罪が多数発生し大きな社会問題化している中国において、「取調べの可視化」や「弁護士の立合権」など捜査過程の透明化をどのように保証するか、刑事被告人や被疑者の合法的権利をいかに尊重するか、これは刑訴法改正にとって緊要な課題である。そうした中で、中国政法大学訴訟法学院副院長 顧永忠教授は、「中国刑事訴訟法改正草案に対する 10 個の修正提案」を提起した。以下にその全文を紹介しよう。

一、「犯罪処罰」だけではなく、「人権保護」も重視すべきである

改正草案第1条：刑法を正しく適用することを保証し、犯罪を処罰し、人民を保護し、国家の安全および社会公共の安全を保障し、社会主義社会秩序を維持するために、憲法に基づいて本法を制定する。

修正提案：「刑法を正しく適用することを保証し、犯罪を処罰し、人権を保障し、刑事訴訟における実体的公正と手続上の公正を実現し、訴訟効率を向上させるために、憲法に基づいて本法を制定する」と修正すべきである。

修正理由は以下の通りである。その一、「刑法を正しく適用することを保障し、犯罪を処罰する」との規定は、刑事訴訟法が刑法の手段としての価値を表すために、留保すべきである。その後の「人民を保護し、国家の安全および社会公共の安全を保障し、社会主義社会秩序を維持する」という条文は、刑事訴訟法が手続の正義を擁護するという独特な価値を

示していない。また、その内容は、すでに「刑法を正しく適用することを保障する」という文言に含まれているため、規定する必要がない。

その二、「人民を保護し」を「人権を保障し」と改めるべきである。まず、「人民を保護する」というのは刑法の立法目的として、すでに『刑法』第1条に規定されている。つぎに、「人民」というのは政治的概念であり、現段階ではその選別が難しい。たとえば、「人民」の中に犯罪容疑者、被告人が含まれるかどうかは意見が分かれている。さらに、憲法は「国家は人権を尊重し保障をする」と規定している。だが刑事訴訟活動およびその結果は、直接に公民の人身権、財産権およびその他の合法的権益を制限し、剝奪することになる。憲法を法源とする刑事訴訟法は、明確に「人権を保障する」ということを立法目的とすべきである。

その三、「刑事訴訟における実体的公正と手続上の公正を実現し、訴訟効率を向上させる」という条文を追加すべきである。刑事訴訟法は刑法と違った、独特な性質を反映し、実体的公正だけでなく、手続の適正さおよび訴訟の効率も考量すべきである。司法実務では、依然として実体に偏向し、手続を軽視することがある。実体的要請は、手続の要求を圧倒してしまう現象を克服するために、この条文は重要な役割を果たすであろう。

二、「無罪推定」の原則を明確化すべきである

改正草案第12条：「人民法院の法による判決を経ない限り、何人に対しても有罪を確定することはない。」

修正提案：「人民法院の法による判決を経て有罪を確定するまでは、何人に対しても推定無罪とする」と修正すべきである。

修正理由は以下の通りである。わが国の刑事訴訟法上、無罪推定の原

則が確立されたか否か、確立すべきかどうかについては、学界で意見がまとまらず見解の相違があり、海外からも注目されている。1979年の刑訴法では、犯罪被疑者、被告人が「犯人」とされ、法院の開廷に際しては、すでに被告人は有罪が決定づけられていた。1996年の刑訴法は、人民法院によって罪責認定を行う原則を確立し、検察院の起訴免除権を改廃した。さらに、疑わしい者は無罪とみなすという原則が樹立され、「犯人」という呼び方も「犯罪被疑者」と改められた。そのために、一部の学者からは、わが国はすでに無罪推定の原則が確立されたと思われた。しかし、1996年の刑訴法は、無罪推定の精神を取り入れたにとどまり、無罪推定原則そのものはまだ確立されていない。現在の改正草案の条文は、実質的に無罪推定原則を確立したといっても過言ではない。

無罪推定原則は近代刑事訴訟の基軸であり、国際社会で広く認められているもっとも重要な刑事訴訟原則である。『市民的および政治的権利に関する国際規約』の責務機関としての人権事務委員会は2007年7月の「第32号一般意見書」において、無罪推定原則の基本的要請を以下のように解釈した。すなわち、「公訴機関は証拠を提出し、すべての合理的疑いを排除され、有罪と証明されるまでは、無罪と推定する。被告人に対する無罪推定の適用を確保し、この原則に従って刑事訴追者を取り扱うべきである。」

「改正草案」の関連規定は、上記の要求を完全に満たしている。一は、第48条：「公訴事件において被告人有罪の挙証責任は公訴機関にあり、自訴事件において被告人有罪の挙証責任は自訴人にある。法律に特別の規定がある場合は除く」。二は、第52条：「被告人の供述がなくても、確実な、十分な証拠があれば、被告人の有罪を認定し、刑罰を処することができる。確実な、十分な証拠とは、以下の条件を満たす必要がある。

(一)……(二)……(三)「事件のすべての証拠を総合的にみて、認定される事実は合理的疑いをすでに排除している」。三は、第49条：「拷問による自白強要又はその他の違法な方法による証拠収集を厳禁し、何人に対しても強制的に自己の有罪を認めさせてはならない」。四は、第140条第

3項：「補足捜査の事件に対して、人民検察院が証拠不足と判断し、起訴条件に達していないものは、不起訴の決定に処することができる。」第162条：「証拠が不十分で、被告人の有罪を認定できない場合、証拠不十分、控訴するだけの犯罪は成立しないとして、無罪の宣告をしなければならない」。その五、第12条：「人民法院の法による判決を経ない限り、何人に対しても有罪を確定することはできない。」

上記の規定は無罪推定原則の要求を実質的に満たしていることが明らかである。しかし、法律には直接に「無罪推定」という言葉が使われておらず、「名実が伴わない」という現象が生じている。そうであるならば、名実を伴わせて、はっきりと「無罪推定の原則」を確立すべきではないか。

三、被疑者が弁護を受ける権利を保障すべきである

改正草案第11条：「人民法院は、事件を裁判するに当たって、本法に特別の定めのある場合を除き、すべて公開で行う。被告人は、弁護を受ける権利を有し、人民法院は被告人の弁護権を保証する義務を負う。」

修正提案：「被告人は、弁護を受ける権利を有し、人民法院は被告人の弁護権を保証する義務を負う」という条文を、「犯罪被疑者、被告人は弁護を受ける権利を有し、人民法院、人民検察院および公安機関は、犯罪被疑者、被告人の弁護権を保証する義務を負う」を改め、第14条に入れ、その第1項にすべきである。

修正理由は以下の通りである。第11条は1996年刑訴法第11条および1979年刑訴法第11条に由来し、その内容は32年間変更されておらず、1996年刑訴法および1979年刑訴法における関連規定とも対応している。一方、「改正草案」は指定弁護の範囲を拡大し、無期懲役を科せられる可能性のある者をその範囲に入れた。より重要なことは、捜査の段階

から、被疑者は弁護士を依頼することができることを明確に規定した。指定弁護は裁判段階から捜査および起訴審査の段階へと時期を早めた。法律援助の条件に合う被疑者、被告人が、弁護人を選任していない場合には、人民法院、人民検察院および公安機関は法律援助機構に連絡し、指定弁護士を派遣させねばならない。このように、第 11 条の規定は時代遅れとなり、時代の精神を反映しておらず、法律改正後の規定とも合致しない。そのため、上記の修正を行うべきである。また、条項が修正される場合、第 11 条の内容と整合性が悪いので、第 14 条の下に移すべきである。

四、刑事限定責任能力者も、法律援助が必要である

改正草案第 34 条および第 264 条 第 34 条：「犯罪被疑者、被告人が盲、聾、啞又は無期懲役、死刑を科せられる可能性のある者で、弁護人を依頼していない場合には、人民法院、人民検察院および公安機関は法律援助機構に連絡し、指定弁護士を派遣させなければならない。第 264 条：「未成年の犯罪被疑者、被告人が、弁護人を依頼していない場合には、人民法院、人民検察院および公安機関は法律援助機構に連絡し、指定弁護士を派遣させなければならない。」

修正提案：「鑑定によって刑事限定責任能力者と認定される者、第二審手続中の上訴人および検察機関によって控訴を提起された被告人」を第 34 条の法律援助の対象者に入れ、彼らが弁護人を依頼していない場合には、事件処理に当たる機関が、法律援助機構に連絡し、指定弁護士を派遣させなければならない。

修正の理由は以下の通りである。「改正草案」は、法律援助制度の改善を図り大幅改正を行っている。現在の三種類の対象者に加えて、「無期懲役を科せられるおそれのある被告人」も援助の対象となった。さらに、法律援助の時期は現在の裁判段階から捜査および起訴審査の段階にと時

期を早めた。もっとも、刑事限定責任能力者、第二審手続中の上訴人および検察機関によって控訴を提起された被告人も、法律援助を必要とする人々であり、対象者に加えるべきである。

まず、「限定責任者」の認識能力、制御能力および自己弁護能力は一般人と大きく異なる。盲、聾、啞の者又は未成年者に比べ、訴訟能力が弱く、平等に法律援助を与えるべきである。しかも、「限定責任者」の鑑定が誤って刑事責任を問うべきでない人を「限定責任者」とした場合、大変な誤判となり、恐ろしい結果が生じる。端的な例として、最近メディアの報道によれば、河南省某地では、ある知的障害者に三年の懲役が言い渡され、世論から注目されている。

つぎに、第一審の被告人よりも、第二審手続中の上訴人および検察機関によって控訴を提起された被告人の方が、法律援助を必要としている。司法実務では、第一審手続の被告人のうち、約80%が罪を認めているため、法律援助を求めることが少ない。それに対して、第二審手続の上訴人は一審判決に対して不服を訴えている人々である。彼らは二審裁判所による審判で誤りを正すことを求めて、公正な審判を要求している。そのため、法律援助に対する期待も高い。一方、検察機関によって控訴を提起された被告人は、訴訟において、検察機関との力の差は大きいのであるから、法律援助を受ける必要がある。

最後に、上記の二種類の者を法律援助の対象とすることは、国の司法資源への支出を増加させるであろう。しかし、実務の重要性とわが国の経済発展の水準からみて、国がその分の支出を負担することは可能である。まず、実務上の「限定責任者」の人数がかなり限られている。さらに統計によると、わが国の上訴および控訴率は約15%であり、そのうち半数の当事者は自ら弁護士を選任している。そのため、国が提供している法律援助に対する需要も限定的なものになると思われる。

五、「重大な賄賂事件」でも、弁護士の接見は自由にさせるべきである

改正草案第 37 条第 3 項：「弁護士である弁護人の接見。……人民検察院が事件の起訴審査を開始した日から、犯罪被疑者、被告人に対して、証拠を確かめることができる」。**第 37 条第 4 項：**「弁護士である弁護人は、犯罪被疑者、被告人との接見を通信傍受されることがない。国家安全を害する犯罪事件、テロ犯罪事件、重大な賄賂犯罪の共同犯罪事件について、弁護士である弁護人は、捜査の段階で犯罪被疑者と接見するには、捜査機関の許可が必要である。上記の事件の場合、捜査機関はあらかじめ拘禁所に連絡しなければならない」。

修正提案：第 3 項を「弁護士である弁護人の接見……人民検察院が事件の起訴審査を開始した日から、証拠を識別、確認するために、被疑者、被告人に事件の証拠を告知し、見せることができる」。第 4 項「国家安全を害する犯罪事件、テロ犯罪事件について、弁護士である弁護人は捜査段階で被疑者と接見するには、捜査機関の許可が必要である。」

修正理由は以下の通りである。まず、改正草案第 37 条第 3 項は「弁護士である弁護人の接見……人民検察院が事件の起訴審査を開始した日から、被疑者、被告人に証拠を確かめることができる」という規定は、弁護士が犯罪被疑者、被告人と接見することによって、事件の内容や証拠材料について十分な意思疎通を行い、弁護の準備を開始することができる。それは、公正な司法にとって大変重要な意味をもっている。しかし、弁護士が「被疑者、被告人に証拠を確かめることができる」と規定するだけでは、誤って理解されることがや濫用される恐れがある。そのため、明確に「証拠を識別、確認するために、被疑者、被告人に事件の証拠を告知し、見せることができる」と規定すべきである。このように規定する方が、誤読や誤解の発生をなくし、歪められ濫用されるなども免れることができる。

つぎに、国家安全および公共安全に関する犯罪は、深刻な危害をもたらす。捜査段階において、国家安全犯罪事件、テロ犯罪事件の犯罪被疑者、被告人との弁護士の接見には、捜査機関の許可が必要とする制度は、その必要性が理解できる。海外でも、このような立法例がある。しかし、「重大な賄賂犯罪の共同犯罪事件」を許可接見の範囲に入れることは、明らかに妥当性が欠ける。第一、賄賂事件は重大であっても、国家安全や公共安全に被害を与えることがない。第二、「重大賄賂事件」の意味が不明確である。わが国の検察機関は、階級ごとに賄賂事件の捜査権限をもっている。その検察機関からみれば、自己の管轄事件はいずれも重大な事件であるといえよう。そうであれば、法律の誤用や濫用は避けられない。第三、わが国の司法実務では、重大な賄賂事件に対して、紀律検査機関又は監察機関が事件の捜査を行った後、検察機関に移す慣行がある。その際、すでにかかなりの証拠を獲得し、多くの被疑者は自らの犯罪を認めている。このような場合には、弁護士と被疑者の接見を制限する必要性があまりないように思われる。

六、「ありのまま答えなければならない」という規定を削除すべきである

改正草案第117条第1項：「捜査員は犯罪被疑者を尋問するに当たって…、犯罪被疑者は捜査員の質問に対して、ありのまま答えなければならない。但し、当該事件と関係のない質問に対しては、回答を拒否する権利を有する」とし、同第2項は：「捜査員は、犯罪被疑者の取調べに当たって、被疑者が自分の罪をありのままに供述すれば、法によって寛大な処分を受けられるという法規があることを知らせなければならない。」

修正提案：「被疑者は、捜査員の質問に対して、ありのまま答えなければならない。但し、当該事件と関係のない質問に対して、回答を拒否する権利を有する」という規定を削除し、その他の規定を保留すべきである。

修訂理由は以下の通りである。その一、「ありのまま答えなければならない」という条文は、**改正草案第 49 条**：「拷問による自白の強要ならびにその他の違法な方法による証拠収集を厳禁する。何人も自身の有罪を供述することを強要されない」という規定と相容れない。理論的にも実務的にも、自由を失い、身体拘束を受ける被疑者に「ありのまま答えなければならない」と要求することは、人身的強制と精神的強制の両方から圧力をかけて、有罪自白を含む質問に強制的に答えさせることになる。

その二、「ありのまま答えなければならない」というのは、犯罪被疑者に対して捜査員の質問に強制的に回答させることを意味する。罪を認めるか否かにかかわらず、被疑者に自身の有罪ないし無罪を立証する責任を負わせることになる。これは、改正草案第 48 条の検察機関が被告人の有罪を立証しなければならないという規定に反する。

その三、「ありのまま答えなければならない」の条文を削除するというのは、犯罪被疑者の取調べまで否定することではない。我われは自白の強要を反対するが、被疑者の任意による供述および自白を期待し、その権利を保障すべきである。刑法改正案第 8 条はすでにこの精神を表している。そのために、第 117 条第 2 項の規定を保留すべきである。

その四、実務の状況から、捜査段階において犯罪被疑者が自発的に罪を認める場合と、一定の説得によって罪を認める場合が約 70% である。したがって、「ありのまま答えなければならない」の条文を削除することによって、被疑者が捜査員の質問に対して回答を拒否するとか、罪を認めないことを心配する必要はない。法律で黙秘権を確立した国々においても、被疑者が完全に黙秘を行うことはそれほど高くはない。依然として 70% の被疑者は捜査員の質問に回答し、自発的に罪を認めている。

その五、「ありのまま答えなければならない」という条文は、捜査員に

心理的作用をもたらし、自白獲得の意欲を強化させることになる。それは、自白を重視するあまりに、その他の証拠を軽視してしまう傾向を助長し、違法な方法や拷問による自白を求めることになる。この条文を削除することによって、捜査員の捜査能力を向上させ、その他の証拠に捜査の重点を置くことになる。そうすれば、事件処理のマナーを高く守り、捜査と検挙の能力を一段と上げて、犯罪の抑制、処罰を迅速に行うことができる。今年発生した故宮重大窃盗事件を例に上げれば、公安機関は容疑者を検挙する以前に、すでに多数の証拠を入手していた。これは、今後、わが国における刑事捜査のモデルと目標になるべきものである。

七、家族への通知制限範囲を随意に拡大すべきでない

改正草案第 84 条および第 92 条：「公安機関は犯罪被疑者を勾留、逮捕後、直ちに勾留、逮捕した者を留置所に送らなければならない。その期限は 24 時間以内とする。」「通知する方法がないか、あるいは国家安全犯罪、テロ犯罪など重大な犯罪の容疑で、捜査に支障がある場合を除き、勾留、逮捕の理由および留置の場所を 24 時間以内に被勾留者、被逮捕者の家族に通知しなければならない。」

修正提案：上記の「国家安全犯罪、テロ犯罪など重大な犯罪の容疑で」の条文から、「など重大な犯罪」という文言を削除し、「国家安全犯罪、テロ犯罪の容疑で」だけを保留すべきである。

修正理由は以下の通りである。その一、公民の人身自由は、憲法に定める重大な公民の権利である。法に依って公民を勾留、逮捕する場合には、直ちにその家族に通知すべきである。これは法治国家、法治社会の基本的要求と標識である。家族に通知しなければ、公民の人身の安全が保障されず、甚だしい場合には悪者がそれを利用して公民の人身上の権利を侵害する違法な犯罪活動を行うことにも繋がる。その二、国家安全と公共安全に被害を与える重大犯罪について、捜査に支障がある場合に、

勾留と逮捕後にしばらく家族に通知しないことについては、必要性は認められるものの、その範囲を随意に拡大すべきではない。現在の規定では、「国家安全犯罪、テロ犯罪」と並んで、「など重大な犯罪」も範囲に入り、その含意はあいまいで、理解と実施において違いが生じ、濫用される恐れもある。その結果、公民の人身上の権利が侵害されるという重大なことが起きる。その三、改正草案第73条居住監視後の通知事項は「国家安全犯罪、テロ犯罪」としか規定しておらず「など重大な犯罪」はない。勾留、逮捕は、居住監視とは異なる強制措置であるが、家族に通知するか否かに関しては、訴訟原理および行為性質は完全に同じものである。それゆえ、勾留、逮捕の通知事項は居住監視の規定と一致させるべきである。

八、偽証罪を問うのは、本件の罪を確定した後にすべきである

改正草案第187条：「人民法院の通知に従って、証人は法廷に出席し、立証しなければならない。証人は正当な理由がないのに、人民法院の出廷、立証要求に従わない場合、人民法院はその者を強制的に出席させることができる。但し、証人が被告人の配偶者、父母および子女である場合を除く。鑑定人の出廷と立証は、前二項の規定を準用する。」

修正提案：第187条に第4項を増設し、「証人、鑑定人の出廷に際して、公訴する者と弁護する者の双方がその証言の内容に疑義がある場合、尋問と質疑をすることができ、十分に意見を表明することができる、但し、法廷以外の場所では、証人、鑑定人と単独で接触することを禁ずる。証人、鑑定人および他の関係者に偽証の疑いがある場合は、本件の罪が確定された後に、法院によって本件の処理に関係のない公安機関に送致し、立件の審査をおこなう」と付け加えるべきである。

修正理由は以下の通りである。改正草案は証人の法廷出席および証人保護の面において進展したが、また十分なものではない。司法実務では、

証人の出廷は相当に困難である。その主な原因は、出廷して立証をする勇気がないことによる。出廷への脅威は、当事者だけから来るものではなく、第三者からも、事件担当機関からも感じられる。証人が出廷して立証を行った後で、その証言が公訴側に不利であれば、捜査機関ないし検察機関は、法廷後に証人を探し出して、証拠確認の名目で脅し、または恐喝行為を行い、さらに偽証罪の疑いで証人を立件したことがある。第187条に第4項を増設することは、このような異常な状況を変えるためであり、証人の出廷を励まして、保護を行い、公正な司法を守るためである。そのほか、以下の利点も考えられる。

第一、法廷審理において、公訴する者と弁護する者の双方は、出廷した証人、鑑定人の証言を含むあらゆる証拠に対して、法律によって検証を行う権利を有する。しかし、法廷以外の場所で、単独に陰で相手側の証人と接触することはできない。そのような行為は、証人、鑑定人にプレッシャーをかけることになり、少なくとも、証人を威嚇、脅迫または誘導する疑いのあることは濃厚である。

第二、公訴する者と弁護する者の双方は、出廷した証人、鑑定人の証言に異議を申し立てることができる。証人、鑑定人の証言を採用するか否かは裁判機関の権限である。合議廷において、証人、鑑定人の証言に疑義が指摘された場合、改正草案第190条の規定により、「休廷を宣して、証拠取調と確認を行うことができる。」この規定から明らかなように、法廷審理において、公訴する者と弁護する者の双方は、立証、検証および弁論などの訴訟上の権利を有するが、証拠に関する取調べ・確認の権利は裁判機関に与えられている。公訴する者と弁護する者の双方が、法廷後において、証拠確認という名目で、単独に陰で相手側の証人と接触することは法廷権限を越える行為であり、法的な根拠はない。

第三、証人、鑑定人および他の関係者に偽証の疑いがある場合、法に

よって処置すべきである。ただ、この処置の時期は、彼らが立証する事件が確定される以前ではなく、確定した後にすべきである。偽証の問題は、本件の審理中に発生したのであって、本件が確定される前には、偽証行為の認定はできない。処置手続に関しては、法院が本件の処理に関係のない公安機関に送致すべきであり、本件を担当する公安機関や検察機関によって直接に、立件・審査をさせるべきではない。なぜなら、本件を担当する公安機関や検察機関は、控訴する側に属し、事件そのもの、弁護側およびその他の訴訟参加者と対立的ないし利害関係があるからである。彼らに本件関係者の偽証容疑を立件・審査させることは、被疑者の身分と捜査方法にかかわらず、不適切と思われる。

九、必要があれば、法廷において尋問の録音・録画を再生すべきである

改正草案第 120 条第 1 項：「捜査員による犯罪被疑者への尋問は、その過程を録音又は録画で記録することができる。容疑者が無期懲役、死刑を科せられる可能性のある場合、尋問の過程を録音又は録画措置をとらなければならない。」第 2 項「録音又は録画は全過程を通じて行い、完全性を保障すべきである。」

修正提案：第 2 項の後に、つぎの通り付け加えるべきである。「事件を審理する際、被告人およびその弁護人は捜査員が作成した尋問調書の客観性ないし尋問の合法性に疑義があれば、捜査員は法に依って尋問録音又は録画を行っている場合には、公訴する者は法廷に尋問過程を記録した録音又は録画を提供し、再生すべきである。」

修正理由は以下の通りである。改正草案第 120 条は、尋問に対する録音・録画措置を二つの状況に分けて定めている。これは被疑者の訴訟上の権利およびその他の権益を保障し、拷問による自白の強要を抑制し、尋問の合法性や規範性を証明し、違法証拠の取調べと認定に重要な意義を有する。但し、条文の内容は限定的なものにとどまり、録音・録画の

資料の使用に関する規定はない。

近年の実務で、ある事件は法廷審理において被告人およびその弁護人は供述に疑問を抱き、公訴する者に尋問当時の録音・録画を法廷に提出し、その再生を求めたが、ほとんどの場合は公訴する者はその要求を拒否した。国は大量な人力、物力および金銭を費やして録音・録画制度を構築したが、肝心な時にそれを使用しないとすれば、何の意味があるだろうか。

以上の修正提案の要旨は、尋問時に録音又は録画が行われた場合には、必要な時に法廷で再生をし、尋問調書の真実性、完全性および尋問過程の合法性を証明しなければならない。これこそが、この制度を作った眼目である。

十、被告人の近親者は証人となる義務の免除を受けるべきである

改正草案第 59 条：「事件に関する状況を知る者は、証人になる義務を有する。生理的、精神的な欠陥を持っているか、または年少であるために、是非の分別ができず、正しく意思表示ができない者は、証人になることができない。」

修正提案：「事件に関する状況を知る者は、証人になる義務を有する。但し、被疑者、被告人の配偶者、父母、子女を除く。生理的、精神的な欠陥を持っているか、または年少であるために、是非の分別ができず、正しく意思表示ができない者は、証人になることができない。」

修訂理由は以下の通りである。その一、改正草案第 187 条は証人の強制出廷を定めると同時に、「被告人の配偶者、父母、子女を除く」と規定したことは、人間性と家庭倫理に合致し、家庭と社会の安定に有益であるからである。しかし、この規定は裁判過程に限定され、捜査と審査・起訴の段階には適用されないので、この規定の意義がかなり失われてい

る。なぜなら、第59条の「事件に関する状況を知る者は、証人になる義務を有する」に基づいて、捜査機関と検察機関は、犯罪被疑者の近親者を強制出廷させることなく、審判前において強制的に被疑者の親近者に証言させ、その書面、証言材料を集めて法廷で立証することができるからである。だが、本来、彼らの証言を強制して法廷に出す必要はないものである。

その二、修正提言は強制的に犯罪被疑者、被告人の近親者の証言義務、とりわけ出廷を証言することを禁じているが、犯罪被疑者、被告人の近親者が自ら進んで立証する「大義滅親」を禁じてはいない。この外、犯罪被疑者、被告人の近親者が「証人」の立場で証言をすることを禁じているが、もしその近親者が「証人」ではなく、犯罪の共犯者である場合は、この規定は適用されない。

その三、事件を処理し、罪を確定し、科刑するには多くの証拠が必要となる。犯罪被疑者、被告人の近親者の証言を強制することを禁止することは、事件の処理、罪を確定し、科刑することへの影響は限定的なものであり、それほど心配することはない。それに反して、犯罪被疑者・被告人の近親者の証言を強制すれば、親族間に不和を起こさせ、さまざまな社会問題が生じ、得るものよりも損をする方が大きいと思われる*。

* 出典：2011年9月28日《新京報》、顧永忠「对中国刑事訴訟法改修(草案)十個建議」<http://legal.people.com.cn/cn/GB/15772357.html>

上記の翻訳に際し、難解な中国語文の解釈について、深圳大学法学院副教授 彭勃氏、兵庫教育大学副教授 坂口一成氏および北海道大学大学院法学研究科研究生 邱昌茂氏にご懇切なご教示をいただいた。記して感謝の意を表す。