

刑事判例研究(2)

中央大学刑事判例研究会

建造物侵入、窃盗被告事件について、原審で証言を拒絶した証人の証言を得るための手が尽くされているとはいえないから、同証人の検察官調書を刑法三二一条一項二号前段に基づき証拠採用した原審の訴訟手続には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反があると、第一審判決を破棄して差し戻した事例

中村 真利子

〔平成二六年(う)第一二三号、建造物侵入、窃盗被告事件、平成二七年三月一八日広島高等裁判所岡山支部判決、裁判所ウエブサイト〕

【事実の概要】

第一の事実…平成二五年七月二二日、普通貨物自動車一台を窃取

第二の事実…同日、別の場所で、フォークリフト一台を窃取

刑事判例研究(2)(中村)

第三の事実…同年八月一日―九日、会社敷地内に侵入して普通貨物自動車四台等を窃取

ア Aは、原判示第三の事実の被疑者として勾留中あるいは同事実により起訴された後である平成二五年二月二日から平成二六年一月二三日までの間に、捜査担当検察官の取調べを受け、要旨「平成二五年六月頃、被告人から『トラックを盗んできたら一台二〇万から三〇万円で買い取る』旨言われ、トラックを盗むようになった。原判示第一及び第二の事実については、犯行に及ぶ数日前、被告人から『原判示第二のフォークリフトが欲しい』旨言われ、フォークリフトを運ぶためのトラックも合わせて買い取ってもらう旨の話をした上で、犯行に及び、盗んだトラック及びフォークリフトを合計六〇万円で買い取ってもらった。原判示第三の事実については、犯行現場である被害会社の敷地内に侵入した後、被告人が買い取ってくれるトラックがどれかを確認するために被告人に電話をかけ、被告人が買い取ることを約束したトラック等を盗み、被告人の指示に従って解体した上、合計六〇万円で被告人に買い取ってもらった」旨の本件検察官調書一（原審甲一五―一八、三七―四〇）に署名指印した。

なお、Aの平成二五年二月一九日付け検察官調書（原審甲一七）には、「自分が話したことは全て事実であり、もし被告人の前でこれらのことを話すようにと言われても、話すことができると思う。今後そのような要請があれば協力する」旨の記載がある。

イ 被告人は、平成二五年二月四日、原判示第三の事実により逮捕され、引き続き勾留されて同月二五日に同事実により起訴され、さらに平成二六年一月一〇日、原判示第一及び第二の事実により逮捕され、引き続き勾留されて同月三〇日に起訴された。

平成二六年二月四日に原審第一回公判期日が、同年三月四日に原審第二回公判期日がそれぞれ開かれ、被告人及び弁護人は原判示の各事実についていずれも否認し、公判担当検察官（以下、単に「検察官」という。）から証拠請求された本件検察官調書一について不同意の意見を述べた。

平成二六年四月一日に裁判官、検察官、弁護人の三者で打合せを行い、検察官がAの証人尋問を請求し、同年五月二日に行

う原審第三回公判期日において、同証人尋問を実施することなどが確認された。

検察官は、平成二六年四月一五日、Aの証人尋問を請求し（立証趣旨は「共謀状況、共同犯行状況、被告人に対する盗品の売却状況等」）、裁判所は、同日、同証人尋問を第三回公判期日に実施する旨の決定をした。

ウ 検察官は、平成二六年五月一日、Aが収容されていたB刑務所に行き、Aに対し、被告人の公判での証言を依頼した。

Aはこれに対し、要旨「取調べを担当した検事が自分の話にすっかり耳を傾けてくれたので、本当のことを全て話した。各事件についてちゃんと記憶に残っており、裁判で証言することは不可能ではない。しかし、被告人のことが怖い。被告人は（地元）の重要人物で、敵に回したらどんな仕打ちをされるかわからない。もし自分が被告人の裁判で、自分のトラック盗に被告人が関与していることを供述してしまうと、被告人から間違いなく恨みを買うと思う。自分がどのように証言して被告人が有罪になっても、おそらく自分が出所する前に被告人が出所し、自分に恨みを持っている被告人が、自分の妻子に危害を加える可能性が否定できない。取調べの際には、被告人がいなかったので、気兼ねなく事件のことをありのままに話すことができた。しかし、被告人の裁判では、自分が証言するすぐ隣に被告人が座って自分を見ているという状態で、そのようなプレッシャーをかけられ続ける状態では、被告人のことが怖くて、本当のことを証言する勇気がない」旨供述した。

検察官は、Aの上記供述を録取した本件検察官調査書二を作成し、Aにこれを読み聞かせた上、署名指印を得た。

エ 平成二六年五月一二日の原審第三回公判期日において、Aが出廷して、証人尋問が実施された。

検察官から、Aの証人尋問開始時までに、証人尋問の際の証人と被告人、傍聴人との間の遮蔽措置の申出（刑訴法一五七条の三）や、ビデオリンク方式による証人尋問の申出（同条の四）等はなされなかった。

Aは、宣誓した上で、検察官からの主尋問に対し、自分も原判示第一ないし第三の事実で起訴されていること、これらの事件は

全て自分が実行犯として実際に窃盗行為を行ったことについては認めたが、被告人の名前は知っているかという質問に対して「黙秘権を行使したい」旨述べ、裁判官から、自分の事件に関わるということであれば証言拒絶ということもある旨の説明があると、それ以降は、検察官の原指示第一ないし第三の事実に関する尋問、本件検察官調書一における供述内容との相反性に関する尋問、本件検察官調書一の署名指印を確認する尋問の全てに対し、「答えたくありません」とのみ供述した。

また、Aは、検察官から、法廷で答えたくないと言っている理由について尋問されたが、これに対しても「答えたくありません」と供述し、本件検察官調書二に関する尋問に対しても、全て「答えたくありません」とのみ供述した。

その後、検察官は、それまで証拠請求も弁護人に対する開示もしていなかった本件検察官調書二をAに示そうとし、弁護人から「開示を受けていないので異議がある」旨の意見を受けると、その場で弁護人に開示した上で、同調書をAに示し、署名指印がAのものに間違いはないかなどについて尋問したが、Aはいずれの尋問に対しても「答えたくありません」とのみ供述した。

Aは、弁護人の反対尋問においても、答えたくない理由についての尋問に対し「答えたくありません」と供述したが、他方、「被告人の関係者が面会して特定の供述をするよう求められたことはない」「本件検察官調書二に記載された『自分の家族に被告人の関係者から害があるのではないかなどのプレッシャーがある』ということについては、自分が勝手に思っただけである」とも供述した。また、Aは、裁判官の補充尋問に対して、「被告人の事件で証人として法廷に行きたくなかった、今日法廷で証言するつもりはなかった」と供述し、最後に再度答えられない理由について尋問されたのに対し、「被告人は関係ない。自分の裁判だけを考えたい」旨供述した。

オ 検察官は、Aの証人尋問終了後、同じ原審第三回公判期日において、本件検察官調書一及び二(二)の立証趣旨は「Aが公判廷において証言を拒絶した理由等」。原審甲五三(三)を、刑法法三三二一条二号後段の書面として請求し、その後、本件検察官調書一のみを同号前段あるいは後段の書面として請求する旨請求を変更した。

検察官は、平成二六年七月一日の原審第五回公判期日において、原審甲五三として請求していた本件検察官調書一を撤回した上で、改めて、同調書を、「本件検察官調書一に刑法法三二二条一項二号に基づく証拠能力が認められること」という立証趣旨で原審甲五六として請求し、同請求について「実質証拠ではなく、訴訟法的事実を立証するため、自由な証明として取り調べられたい」旨の意見を付した。

弁護士は、原審甲五六について不同意の意見を述べたが、原審は、同証拠を「自由な証明として」との理由で採用し、取り調べた上で、本件検察官調書一を刑法法三二二条一項二号前段の書面として採用し、取り調べた。

カ Aは、平成二六年九月八日、原判示第一ないし第三の事実を含む建造物侵入、窃盗等の罪により有罪判決を受けたが、同判決に対して控訴せず、同判決は確定した。

被告人の原審公判は、前記原審第五回公判期日（内容は前記証拠調べのほか、罪体に関する被告人質問等が実施された）の後、平成二六年八月七日に原審第六回公判期日（内容は情状に関する被告人質問、証拠整理等）、同年九月二九日に原審第七回公判期日（内容は共犯者の判決や被害弁償に関する書証等の証拠調べ、論告、弁論、最終陳述）がそれぞれ開かれ、同年一月五日の原審第八回公判期日で原判決が宣告された。

これに対して、被告人は、主として、原審が、検察官調書一について、刑法法三二二条一項二号前段の要件を満たしていないのに、これを満たすとして、証拠として採用し、判決の基礎としたことは、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反に当たるとして控訴した。

【判決要旨】

破棄・差戻し。

「証人が証言を拒絶した場合にも、刑訴法三三二条一項二号前段の供述不能の要件を満たすものとして、その検察官調書を採用することができる（最高裁昭和二七年四月九日大法廷判決・刑集六卷四号五八四頁参照）が、供述不能の要件は、証人尋問が不可能又は困難なため、被告人の反対尋問権不行使という犠牲において、例外的に伝聞証拠を用いる必要性を基礎付けるものであるから、単に証人が証言を拒絶したというのでは足りず、証人の供述態度や証言拒絶の理由等に照らして証言拒絶の決意が固く、期日を改めたり、尋問場所や方法に配慮したりするなど、証人の証言を得るための手を尽くしても、翻意して証言する見通しが低いと認められるときに、同要件を満たすものと解される。

本件についてみると、Aの原審公判廷における供述態度、特に検察官に対する供述態度は、証言拒絶の理由も含めて答ええないという頑ななものであるが、証言拒絶の理由については、本件検察官調書二（原審甲五六）では、被告人に不利な証言をすることにより被告人の恨みを買ひ、自分の妻子に危害を加えられる可能性等を危惧するものとなっているのに対し、弁護士あるいは裁判官からの尋問に対する答えでは、これを否定し、自分の裁判への影響を危惧するかなのような供述をしており、証言拒絶の理由が明確になっているとはいえない。

また、Aは、本件検察官調書一（原審甲一七）の時点では、被告人の公判で証言できるとしており、本件検察官調書二においても、被告人の公判で証言できないとまではしておらず、むしろ「被告人の裁判では、自分が証言するすぐ隣に被告人が座って自分を見ているという状態で、そのようなプレッシャーをかけられ続ける状態では、被告人のことが怖くて、本当のことを証言する勇氣がない」旨供述しているのであるから、被告人等との間の遮蔽措置やビデオリンク方式による尋問等の方法により、Aが証言する可能性があることを否定できないところ、検察官は、証人尋問の一〇日以上前にAの上記意向を把握したにもかかわらず、尋問実施までに上記遮蔽措置等の申出をしなかったばかりか、本件検察官調書二を事前に証拠請求するなどして証言拒絶の可能性を弁護士

や裁判所に認識させることもしておらず、およそAから公判廷で証言を得るための努力をしたとはいえない。

原審としても、証人尋問の重要性を意識して、公判廷で証人から証言を得られるように手を尽くすべきであるところ、Aは、証言拒絶の理由を明らかにしていないのであるから、過料その他の制裁を受けることがある旨を告げて証言を命じなければならない（刑訴規則一二二条二項）のに、原審において同手続は全くとられていないし、上記のとおり、証言拒絶の理由が明確になつていないのに、立証責任を負う検察官に立証を促すこともされていない。また、Aの証言拒絶の理由が、自分の裁判への影響（刑訴法一四六条）にあつたとしても、本件におけるAの証言あるいは本件検察官調書一の重要性や原審公判の審理経過等に鑑みると、本件検察官調書一を採用する前にAを再尋問することも検討してしかるべきところ、原審においてそのような検討がなされた形跡はみられない。

以上によれば、Aの証言拒絶の理由が明確でなく、証言拒絶の決意が翻意されることが期待できないほど固いとまではいい切れないし、尋問方法や時期等を配慮することにより、証言が得られる可能性があることも否定できないところ、これらの配慮をするなど証言を得るための手が尽くされているとはいえないから、Aが原審第三回公判期日で証言を拒絶したことをもって、刑訴法三二一条一項二号前段の供述拒否^{（ツマ）}の要件を満たすものとは認められない。

そうすると、本件検察官調書一について刑訴法三二一条一項二号前段の要件を満たすとして証拠として採用した原審の訴訟手続には法令違反があるといわざるを得ない。そして、原審は、本件検察官調書一を原判決の（証拠の標目）の項に掲記し、有罪認定の用に供しているから、上記訴訟手続の法令違反が判決に影響を及ぼすことは明らかである。」

「よって、……刑訴法三九七条一項、三七九条により原判決を破棄し、同法四〇〇条本文に則り、前記のとおりAの証人尋問を実施し、それを踏まえて更に証拠調べが必要ならばその審理を尽くさせるため、本件を原裁判所である岡山地方裁判所に差し戻す……。」

【研究】

一 本件の争点

本件は、証人が証言を拒絶した場合に、刑訴法三二一条一項（以下、同項については単に号数のみを示す。）二号前段の供述不能に当たるかどうかが主な争点となった事案である。⁽¹⁾

なお、本件では、検察官調書一について、二号前段の供述不能に当たるかどうかが判断するにあたって、検察官調書二が自由な証明として採用されたことについても争われているが、本稿では、証言拒絶と供述不能の点に限定して検討を行うこととする。

二号前段は、「供述者が死亡、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とき」に、検察官の面前における供述を録取した書面（以下、「検面調書」という。）を伝聞法則の例外として証拠とすることができる旨規定している。ここにいう「死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいる」という供述不能の事由については、おおむね例示的列挙であると解されているが、証言拒絶の場合が供述不能に当たるとか、当たり得るとしても、いかなる事情が認められれば供述不能といえるのかについては争いがある。

この供述不能の事由は、一号前段及び三号にも共通するものであるが、特に二号前段については、一号前段との関係では、裁判官ではなく検察官の面前における供述を録取した書面である点、三号との関係では、明文上、「その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであるとき」という要件が課されていない点で問題となり得る。

二 証言拒絶の供述不能該当性

(1) 判例・裁判例

証言拒絶と供述不能に関するリーディング・ケースは、最高裁昭和二十七年四月九日大法院判決（刑集六卷四号五八四頁。以下、「昭和二十七年判決」という。）⁽²⁾である。昭和二十七年判決は、証人が刑法一四七条に基づいて証言を拒絶したために、同人の検面調書が二号前段書面として採用されたことについて、被告人の証人審問権を保障する憲法三七条二項前段に反しないかが争われた事案である。

昭和二十七年判決は、まず、憲法三七条二項前段、及び二号前段の法意について、「被告人のため反対尋問の機会を与えていない証人の供述又はその供述を録取した書類であつても、現にやむことを得ない事由があつて、その供述者を裁判所において尋問することが妨げられ、これがために被告人に反対尋問の機会を与え得ないような場合」は、これを証拠とすることができるとしても、その規定に反するものではないとした上で、二号前段の供述不能の事由については、「その供述者を裁判所において証人として尋問すること」を妨げる障害事由を示したものであつて、「これと同様又はそれ以上の事由の存する場合において」「三二二」条所定の書面に証拠能力を認めること」は妨げられないとして、例示的列挙であることを明らかにした。

そして、証言拒絶の場合について、「その決意を翻して任意証言をする場合が絶無とはいひ得ない」ものの、「被告人に反対尋問の機会を与え得ないこと」は、死亡の場合と同じであり、むしろ国外にいる場合に比べると「一層強き意味において、その供述を得ることができない」として、供述不能に当たり得ることを認め、当該事案において、証人がその後証言拒絶の意思を翻したという主張も証拠もないとして、憲法違反の主張を退けた。

さらに、最高裁昭和二九年七月二九日第一小法廷決定（刑集八巻七号二二七頁⁽³⁾）は、証人が記憶喪失を理由として証言を拒絶したために、同人の麻薬取締官に対する供述調書が三号書面として採用されたこと、最高裁昭和四四年二月四日第一小法廷決定（刑集三巻二二号一五四頁⁽⁴⁾）は、証人が刑法一四六条に基づいて証言を拒絶したために、同人の裁判官に対する供述調書が一号前段書面として採用されたことについて、それぞれ昭和二七年判決に依拠して、憲法三七条二項前段に反しないと判示した。これら一連の判断によって、一号及び二号前段、並びに三号に挙げられている供述不能の事由は、いずれも例示的列举であつて、証言拒絶の場合も、証言拒絶権の行使によるものであつたと、事実上の証言拒絶であらうと、供述不能に当たり得ることが示された。

次に、下級裁判所における証言拒絶に関する事案をみると、なかには、一号後段にいう「前の供述と異つた供述」、あるいは二号後段にいう「前の供述と相反するか若しくは実質的に異つた供述」として証拠能力を認めたものもある⁽⁵⁾が、その多くが、一号ないし二号前段及び三号の供述不能の問題として扱っている。さらに、二号前段書面については、証言拒絶の場合も供述不能に当たり得ることを前提として、信用性の情况的保障を求めるものもある⁽⁶⁾が、東京高裁昭和六三年一月一〇日判決（東高刑時報三九巻九—二号三六頁⁽⁷⁾）は、「その供述を信用すべき特別の情況が存することがこれを証拠とするための積極的な要件とされていないことは条文上明らかである」として、信用性の情况的保障は不要である旨指摘した。

なお、先行する東京高裁昭和四九年九月九日判決（東高刑時報二五巻九号七五頁）では、同様に、信用性の情况的保障が二号前段の積極的な要件でないことが確認されているものの、証言拒絶の場合、二号前段に列举されている供述不能の事由とは異なり、供述者の主観的な意思にかかっていることから、特に「供述の信用性を妨げる情況がある場

合を除き」証拠能力が認められるとして、信用性の情況的保障が消極的な要件となり得ることが示唆されている。

(2) 学説の動向

学説においては、証言拒絶の場合が供述不能に含まれることに批判的な見解が有力に主張されている。例えば、証言拒絶は、列挙事由とは異なり、供述者の意思によるものであって、事前に予測できないことなく、かつ、作為が入り込む余地も大きいというもの⁽⁸⁾、証人が何かしら法廷で証言すれば、一号ないし二号後段の要件が課され、前の供述を証拠とすることができない場合があるのに、証言拒絶の場合は直ちに証拠能力が認められるというの⁽⁹⁾はおかしいというもの⁽⁹⁾、証言拒絶の場合も供述不能に当たるとすれば、三号についても同様に解されることになるが、聞例外としては広すぎるとい⁽¹⁰⁾もの、法廷外で任意に供述した者が公判で態度を翻して証言を拒絶する場合、少なくとも前の供述の信用性は低いと考えられるとい⁽¹¹⁾ものなどがある。

もっとも、これらの見解に対しては、列挙事由についても供述者の意思により発生することがあり、また、作為が入り込む余地もあること⁽¹³⁾、証人が何かしら法廷で証言すれば、一号ないし二号後段によって前の供述が証拠とされる可能性があり、ここでの必要性が前の供述の再現不能であるとすれば、証言拒絶の場合にはこの必要性が一層強く認められること⁽¹⁴⁾、証言拒絶の場合が供述不能に含まれないとすれば、特に三号書面について、およそ証拠能力が認められなくなることを考慮に入れるべきであること⁽¹⁵⁾、法廷外では任意に供述したものの、公判では被告人や傍聴人の存在によって心理的圧迫を受けたり、体裁をつくらしたりして、証言を拒絶する場合も否定できないこと⁽¹⁶⁾なども指摘されている。

多くの学説が、証言拒絶の場合も供述不能に当たり得ると解しているが、特に、二号前段については、明文上、検面調書が信用性の情況的保障を要件とせず証拠とされることを考慮して、制限的に運用すべきであるとする意見も見受けられ、大きく分けて、必要性の要件を厳格に解する説と、信用性の情況的保障を要求する説がある。

必要性の要件を厳格に解する説は、証言拒絶の場合には作為が入り込む余地があることや、この場合において前の供述に安易に証拠能力を認めては被告人の証人審問権が不当に害される危険性があることなどから、単に供述不能であるというだけではなく、他の資料からは前の供述と同価値の証拠を得ることが期待できないこと、⁽¹⁸⁾尋問自体が著しく困難又は不可能であること⁽¹⁹⁾といった必要性の要件を付加すべきであるとする。より具体的に、検察官に対して、あらかじめ供述不能となるような事情が予想されなかったことや、事前に証人尋問を請求できなかったことについての立証を求める見解もある。⁽²⁰⁾

信用性の情況的保障を要求する説は、必要性が高度に認められるからといって、事実認定を誤らせる危険性がないとはいえないこと、⁽²¹⁾二号前段書面について一号前段書面と同じ要件の下で証言拒絶の場合を供述不能に含めてしまうと、被告人の地位を著しく危うくするおそれがあること⁽²²⁾などから、二号前段について信用性の情況的保障のあることを前提として、証言拒絶の場合に前の供述を証拠とすることを認める。⁽²³⁾また、証言拒絶の場合、作為の危険性が認められることや、証言を拒絶する証人は、往々にして被告人との間に深刻な利害関係がある者であることから、証言拒絶の場合を二号後段として扱い、明文上、信用性の情況的保障を求める見解もある。⁽²⁴⁾

三 供述不能該当性の判断基準

以上みてきたように、求められる要件の違いこそあれ、証言拒絶の場合が供述不能に当たり得るとというのが判例及び学説の大勢であるが、いかなる事情が認められれば供述不能といえるのかについては、画一的な基準が存在するわけではない。そこで、証言拒絶と供述不能について詳細に検討を行っている近年の下級裁判所の判断について概観した上で、本判決について若干考察する。

(1) 裁判例

一件目の東京高裁平成二二年五月二七日判決（高刑集六三卷一号八頁⁽²⁵⁾）は、共犯者とされる証人が、自己の刑事裁判で不利益に用いられることなどを懸念して証言を拒絶したが、二号前段にいう供述不能に当たると争うかが争われた事案である。同判決は、供述不能の要件について、「証人尋問が不可能又は困難なため例外的に伝聞証拠を用いる必要性を基礎付けるものであるから、一時的な供述不能では足りず、その状態が相当程度継続して存続しなければならぬと解される。証人が証言を拒絶した場合についてみると、その証言拒絶の決意が固く、期日を改めたり、尋問場所や方法を配慮したりしても、翻意して証言する見通しが少ないときに、供述不能の要件を満たすといえる。もちろん、期日を改め、期間を置けば証言が得られる見込みがあるとしても、他方で迅速な裁判の要請も考慮する必要がある、事案の内容、証人の重要性、審理計画に与える影響、証言拒絶の理由及び態度等を総合考慮して、供述不能といえるかを判断すべきである。」と判示した。

その上で、当該証人は、自己の刑事裁判の審理が進み、弁護人の了解が得られれば、合理的な期間内に証言拒絶の

理由は解消し、証言する見込みが高かったと認められる上、裁判所において、公判前整理手続の段階で証言拒絶を想定できたのであるから、検察官に対して証言拒絶の理由を求釈明し、当該証人が証言を拒絶する可能性が低い時期を見極めて柔軟な審理予定を定めるべきであったのに、そのような措置を講じなかったこと、加えて、事案の重大性、被告人による犯行の全面的否認、当該証人の重要性といった事情も考え併せると、供述不能には当たらないとした。

二件目の東京高裁判平成二三年九月二八日判決（高刑速平成二三年一三七頁（三四四七号））は、共犯者とされる証人が証言を拒絶し、その理由についても詳細な説明をしなかったことが、二号前段にいう供述不能に当たるかどうかが争われた事案である。なお、当該証人は当初、公判廷への出頭も拒絶する姿勢を示していたが、検察官の説得により出頭に応じたものであり、証人尋問にあたっては、当該証人の意向を受けた検察官の申出により、刑法一五七条の三に基づいて、被告人との間に遮へい措置がとられていた。これに対して、同判決は、当該証人の証言拒絶は、自身や家族に危害が加えられることを危惧してのことであると推認でき、証言拒絶の態度が極めて強固であって、日を置くことやビデオリンク方式等の尋問方法を考慮することにより、翻意する見込みはなかったと認められるなどとして、供述不能に当たると判断した。

三件目の名古屋高裁判平成二六年三月四日判決（名古屋高等裁判所刑事裁判速報²⁶）は、被告人の公判審理と分離される前の相被告人が、証人として宣誓書へ署名することを拒絶したことが、二号前段にいう供述不能に当たるかどうかが争われた事案である。なお、当該証人は、二回の公判期日にわたって公判廷への出頭を拒絶し、あるいは勾引状の執行に激しく抵抗し、所在尋問が試みられるも、そこでも宣誓書への署名を拒絶していた。その際、当該証人が、次回の公判期日に出頭する旨明言したため、公判期日における証人尋問が試みられ、当該証人が外国人であったことから、

母国語の記載のみの宣誓書用紙を用意するなどの配慮がなされたものの、当該証人は、この宣誓書への署名も拒絶した。これに対して、同判決は、宣誓をさせるべき証人に宣誓をさせないでした尋問により得られた供述は無効である上、証人尋問までの経緯からすると、当該証人が宣誓書へ署名した上での適式な尋問を拒絶する意思は固く、翻意して尋問に応じることはなかったと認められるとして、供述不能に当たると判断した。

(2) 本判決の判断

本判決についてみると、昭和二七年判決を前提としつつ、一件目の東京高裁平成二二年五月二七日判決と同様の根拠に基づいて、「証人の証言を得るための手を尽くしても、翻意して証言する見通しが低いと認められるとき」に、供述不能の要件を満たすと判示した。そして、本件について、まず、証人の供述態度は、証言拒絶の理由も含めて答ええないという頑ななものであるとしつつも、一方で、被告人からの報復を懸念する検察官調書二の内容を否定し、自己の刑事裁判への影響を危惧するような供述をしていることから、証言拒絶の理由が明確になっているとはいえないとしている。

被告人からの報復をおそれて証言拒絶の意向を示していた証人が、結果として被告人の面前で証言することになった場合、被告人からの報復をおそれているという事実も含めて否定することは大いに考え得ることであるが、おそらく、証言拒絶の理由は、証人による開示義務がある（刑訴規則二二二条一項）というだけではなく、証言拒絶の意思がどの程度強固なものであつて、翻意して証言する可能性があるかどうかをはかる一要素でもあったと考えられているものと思われる。特に、現在では、遮へい措置やビデオリンク方式といった、証人尋問における証人の精神的負担を軽

減する方法もあることから、これらの方法によって証言できるといっているのであれば、安易に供述不能とすべきではない。

本判決においても、検察官調書一（原審甲一七）や検察官調書二の内容からは、遮へい措置やビデオリンク方式による証人尋問によって証言する可能性があることが否定できないにもかかわらず、検察官は、これらの申出を行った、証言拒絶を示唆する検察官調書二を事前に証拠請求したりするなど、公判廷で証言を得るための努力をしたとはいえないとされている。また、裁判所としても、証人が証言拒絶の理由を示さないときは、裁判所は、過料その他の制裁を受けることがある旨を告げて、証言を命じなければならぬところ（刑訴規則一二二条二項）、原審がこの手続をとらず、証言拒絶の理由について検察官に立証を促すこともされていないこと、あるいは、刑訴法一四六条に基づく証言拒絶であったとしても、当該証人の重要性等に鑑みて再尋問も検討してしかるべきところ、そのような検討がなされていないことも指摘されている。

供述不能に当たるとされた二件目及び三件目の事案においては、同じく証言拒絶の意向を示していた証人について、証人尋問の際に遮へい措置が講じられ、あるいは勾引状の執行、所在尋問の実施、特別な宣誓書用紙の手配等の措置がとられており、それでもなお、証人が証言又は宣誓書への署名を拒絶したため、供述不能の要件を満たすとされた。証人が証言を拒絶した場合において、検察官及び裁判所が、証人の証言を得るために考え得るあらゆる手段を講じることは不可能であり、これは法が求めるところではないといえるから、明示的に述べられてはいないものの、これらの措置によって、証人の証言を得るための手が尽くされたと評価されたものと思われる。これに対して、一件目及び本件では、証人の証言拒絶の意思や理由が明確で、その意思が固いとまでは必ずしも認められない状況において、改めてその意思を確認したり、遮へい措置やビデオリンク方式といった証言拒絶の理由を解消するための措置を講じた

りすることなく、供述不能に当たるとして検面調書が証拠とされたため、この程度の努力さえなされていないと考えられたものと思われる。

このように、合理的な期間内に証言拒絶の理由が解消せず、翻意して証言する見込みがないと認められる場合に限って、供述不能といえることができるという姿勢は、「死亡」以外の列挙事由、つまり、「精神若しくは身体の故障」、「所在不明」、「国外にいる」といった事由について従来とられてきた立場と共通するよう見受けられる。これらの事由についても、一般的に、一時的なものでは足りず、その状態が相当程度継続している必要があつて、前述の遮へい措置やビデオリンク方式のほか、被告人の退廷（刑訴法三〇四条の二）、傍聴人の退廷（刑訴規則二〇二条）、付添人の付与（刑訴法一五七条の二）、所在尋問（刑訴法一五八条）、さらには、期日を改めるなどして、証人の証言を得ることができるのであれば、供述不能には当たらないとされている。⁽²⁷⁾ 証言拒絶の場合も供述不能に当たり得ることを前提とすると、一般的に供述不能といえるためには、証人の証言を得る手が尽くされていなければならぬ以上、証言拒絶の場合においても、同程度の合理的な努力が必要であるといえるから、このような姿勢は妥当なものと思われる。

四 本判決の意義

本判決は、証言を拒絶した証人について、その証言を得るための手が尽くされているとはいえないとして、二号前段にいう供述不能には当たらないと判断した。前出の昭和二七年判決や東京高裁昭和六三年一月一〇日判決においても、証言を拒絶した証人が翻意した事実、あるいは翻意して証言する可能性の有無への言及がなされていたが、本

判決は、基本的には、その可能性の有無について判断するにあたって、期日を改めたり、尋問場所・方法を配慮したりするといった措置をとるべきであることを示した東京高裁平成二二年五月二七日判決の流れを汲むものといえる。

証言拒絶の場合に検面調書が二号前段書面として採用されたことについて、訴訟手続の法令違反を認めた事例の少ないなか、このように検面調書の採用に慎重であろうとする傾向は、裁判員裁判における直接主義・口頭主義に基づく公判審理を念頭に置いたものとも推察される⁽²⁸⁾。本件では、証人の証言拒絶の態度は頑なであるようにも見受けられ、それゆえ、原審において、さらに証言を得るための措置がとられなかったとも考えられるが、このような場合であってもなお、証人が翻意して証言する可能性が否定できない以上、遮へい措置やビデオリンク方式といった、その証言を得るための手を尽くすべきであるということを明示した点に本判決の意義があらうかと思われる。

- (1) 本判決の紹介・解説として、水庫一浩「判批」研修八一〇号八五頁(二〇一五年)がある。
- (2) 昭和二七年判決に関する紹介・解説として、椎橋隆幸「判批」別冊ジュリスト七四号(刑事訴訟法判例百選(第四版))一六六頁(一九八一年)、森井暉「判批」別冊ジュリスト五一号(刑事訴訟法判例百選(第三版))一六六頁(一九七六年)、同「判批」別冊ジュリスト三三二号(刑事訴訟法判例百選(新版))一五四頁(一九七一年)、同「判批」別冊ジュリスト一号(刑事訴訟法判例百選(第一版))一〇六頁(一九六五年)、小黒和明「判批」研修六〇五号五九頁(一九九八年)、山崎恵美子「判批」研修三六二号九九頁(一九七八年)、平野龍一「判批」警察研究二六卷五号七三頁(一九五五年)がある。ほかに、二号前段の供述不能について、昭和二七年判決に従ったものとして、最高裁昭和二八年四月一六日第一小法廷判決(刑集七卷四号八六五頁)がある(この判決に関する紹介・解説として、荒川省三「判批」警察研究二六卷三号八五頁(一九五五年)がある)。

- (3) この決定に関する紹介・解説として、高橋幹男「判解」最高裁判所判例解説：刑事篇(昭和二九年度)二〇七頁、同「判解」法曹時報六卷九号一五〇頁(一九五四年)、金吉聡「判批」別冊ジュリスト一号(刑事訴訟法判例百選(第一版))一〇八頁

(一九六五年)がある。

- (4) この決定に関する紹介・解説として、鬼塚賢太郎「判解」最高裁判所判例解説・刑事篇(昭和四四年度)四四九頁、同「判解」法曹時報二二卷三三〇四七頁(一九七〇年)、山崎清「判批」警察研究四三卷一三三頁(一九七二年)、青柳文雄「判批」法学研究(慶應義塾大学)四六卷一四九六頁(一九七三年)がある。

- (5) 例えば、一号後段書面として証拠能力を認めたものとして、東京地判昭和三五年四月三〇日(下刑集二卷三・四号六二二頁)、検面調査について、前の供述と相反する供述として証拠能力を認めたものとして、東京高判昭和三〇年一〇月二八日(高判特二卷二一四頁)、前の供述と実質的に異なった供述として証拠能力を認めたものとして、東京高判昭和二六年六月一八日(判特二一四頁)、東京高判昭和三年七月三〇日(高判特三卷一七号八二四頁)がある。なお、後段説をとると、三号書面については証拠能力を認める余地がなくなる(東京地判昭和五三年六月二九日(判時八九三三三頁)参照)。

- (6) 例えば、大阪高判昭和四二年九月二八日(高刑集二〇卷五号六一頁)、東京高判昭和四九年七月八日(判時七六六号一四四頁)、東京高判昭和五〇年三月六日(東高刑時報二六卷三三九頁)がある。

- (7) この判決に関する紹介・解説として、渥美東洋「椎橋隆幸編『刑事訴訟法基本判例解説』(信山社、二〇一二年)三一二頁(菊池則明)、今井俊介「判批」判例タイムズ八〇八号一七頁(一九九三年)、岡部泰昌「判批」判例評論三七六号五三頁(一九九〇年)、岩瀬徹「判批」別冊ジュリスト二〇三三三(刑事訴訟法判例百選(第九版))一七六頁(二〇一二年)、山本正樹「判批」別冊ジュリスト一七四号(刑事訴訟法判例百選(第八版))一八二頁(二〇〇五年)、吉弘光男「判批」別冊ジュリスト一四八号(刑事訴訟法判例百選(第七版))一八二頁(一九九八年)、山室恵「判批」別冊ジュリスト一九九号(刑事訴訟法判例百選(第六版))一七〇頁(一九九二年)がある。

- (8) 平野・前掲註(2)七五頁、同『刑事訴訟法』(有斐閣、一九五八年)二二〇頁。

- (9) 横井大三『証拠―刑訴裁判例ノート(2)―』(有斐閣、一九七一年)四一頁。

- (10) 同右。

- (11) 団藤重光編『刑事訴訟法』(青林書院新社、一九六二年)二六一頁〔平場安治〕。

- (12) 渥美「椎橋編・前掲註(7)三三三頁(菊池)。

- (13) 岩瀬・前掲註(7)一七七頁、法曹二二九号六八頁(一九六九年)。

- (14) 熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅲ』（日本評論社、一九七〇年）一三八頁〔松浦秀寿〕。
- (15) 岩瀬・前掲註(7)一七七頁。
- (16) 椎橋・前掲註(2)一六七頁。
- (17) 例えば、栗本一夫『新刑事証拠法（改訂版）』（立花書房、一九五〇年）九二頁、江家義男『刑事証拠法の基礎理論（訂正版）』（有斐閣、一九五二年）九四頁、井上正治『判例学説刑事訴訟法』（酒井書店、一九五八年）一八一―一八二頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要（七訂版）』（創文社、一九六七年）二六二頁（註六）、田中和夫『新版証拠法（第三版）』（有斐閣、一九七一年）一四八頁、青柳文雄『刑事訴訟法通論（下巻）（五訂版）』（立花書房、一九七六年）、小野清一郎ほか『ボケット註釈全書刑事訴訟法（下）（新版）』（有斐閣、一九八六年）八八三―八八四頁がある。
- (18) 鴨良弼『刑事証拠法』（日本評論社、一九六二年）一四二頁、一五〇頁。
- (19) 高田卓爾『刑事訴訟法（二訂版）』（青林書院、一九八四年）二二六頁。
- (20) 高田卓爾・田宮裕編『演習刑事訴訟法』（青林書院新社、一九七二年）三五〇頁〔時武英男〕。
- (21) 椎橋・前掲註(2)一六七頁。
- (22) 平場安治ほか『注解刑事訴訟法（中巻）（全訂新版）』（青林書院新社、一九八二年）七四一―七四二頁〔鈴木茂嗣〕。
- (23) ほかに、渥美東洋『刑事訴訟法要諦』（中央大学出版部、一九七四年）三九九頁、熊谷ほか編・前掲註(14)一三八頁〔松浦〕、河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法（第六巻）（第三版）』（立花書房、二〇一五年）四九八頁〔香城敏磨・朝山芳史〕などがあ
- (24) 日本刑法学会編『刑事訴訟法演習』（有斐閣、一九六二年）八〇頁〔松尾浩也〕。なお、この見解に対しては、二号後段にいう「相反する」とか「実質的に異つた」というのは、二つの供述を比較して初めていい得ることであつて、証言拒絶の場合には比較対象を欠くという指摘もある（桂正昭・武田昌造『総合判例研究叢書刑事訴訟法（9）』（有斐閣、一九六一年）七六頁）。
- (25) この判決の紹介・解説として、松田岳士「判批」刑事法ジャーナル三七号八八頁（二〇一三年）、渡辺直行「判批」ジュリスト一四四〇号（平成二三年度重要判例解説）一八八頁（二〇一二年）、堀江慎司「判批」法学セミナー増刊（新判例解説 Watch）一〇号一七一頁（二〇一二年）、玉本将之「判批」研修七五三号一三頁（二〇一一年）、前田雅英「判批」警察学論集六四巻一一号一三八頁（二〇一一年）、笹倉香奈「判批」法学セミナー一六七七号一二六頁（二〇一一年）がある。

- (26) この判決の紹介・解説として、織田良平「判批」研修七九五号一三三頁(二〇一四年)がある。なお、宣誓の拒絶が二号前段にいう供述不能に当たるとしたものとして、仙台高判昭和三三年六月一九日(高刑集一〇卷六号五〇八頁)がある。
- (27) 例えば、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第五卷I)』(青林書院、一九九九年)二四九頁(中山善房)、松本時夫ほか『条解刑事訴訟法(第四版)』(弘文堂、二〇〇九年)八五二頁、石井一正『刑事実務証拠法(第五版)』(判例タイムズ社、二〇一二年)一五八頁などがある。
- (28) 渡辺・前掲註(25)一八九頁、堀江・前掲註(25)一七四頁、笹倉・前掲註(25)一二六頁参照。

(大東文化大学法学部非常勤講師)