

「証言利用不能」要件の位置づけ (1)

What Does Real “Unavailability of Witness” Mean ? (1)

早 野 暁*

目 次

- 1 はじめに
- 2 証言利用不能の概念
- 3 伝聞法則確立前の供述証拠の証拠能力
- 4 わが国の判例の立場 (以上, 本号)
- 5 米国の権利剥奪法理との関係
- 6 被告人の権利との関係
- 7 特信情況との関連の有無
- 8 おわりに

1 はじめに

刑事裁判では、検察側証人でも被告人側の証人でも、証人は公判に出廷し、宣誓の上（刑訴法154条）、証言をなす（刑訴法143条）。原則として、犯罪に関する事実・現象を直接知覚（実際に体験）した者が供述証拠を提供する供述者・証人となる資格を有し、証人には証言義務が課され、黙秘権あるいは自己負罪拒否特権（刑訴法198条2項、311条1項）のような権利は認められない（ただし、刑訴法156条1項の推測事項の供述、刑訴法146条、147条、149条の証言拒否権、共犯関係の場合は別である）。そして、公判で証言した者は、証人の証拠調べ請求をした当事者の相手方当事

* 嘱託研究所員・愛知大学法科大学院助教

者からの反対尋問を受ける(憲法37条2項, 刑訴規則199条の2第1項2号)。このことは憲法の証人審問権規定の要請であり, 公判廷外供述に原則として証拠能力を認めない伝聞法則の要請にも合致している(刑訴法320条1項)。

しかし, 証人審問権という権利も絶対のものではなく, 法廷外供述や書面が, 伝聞法則の例外として証拠能力を認められるときがある(刑訴法321条以下, 最判昭和24年5月28日刑集3巻6号789頁)。そのいわゆる伝聞例外が許容される根拠は, 一般的に, 一つ目は証拠とする必要性, もう一つは特に信用すべき状況保障(特信状況)の存在といわれる。

証人の死亡, 身体の故障, 所在不明等の事情は, 供述者の出廷不能, すなわち, 証言利用不能の事態の典型例であり(刑訴法321条1項各号参照), 前記の証拠とする必要性の要件を支える事実であることに争いはあるまい。だが, その「証言利用不能(供述不能)」を「供述者が法廷に出廷し証言することができない事情一般」と抽象的に把握してしまうことになると, 伝聞例外をあくまで「例外」として厳格に律するという伝聞法則の趣旨に沿わないことになり, また, 自己に不利な証拠に対して十分に反駁・反証するという, 被告人の憲法上の権利を不当に縮減する原因となりがねない。

近時, わが国の最高裁(最決平成7年6月20日刑集49巻6号741頁)は, 国外退去となった外国人証人の検察官面前調書(刑訴法321条1項2号)の証拠能力の有無に関して, 出入国管理法違反により証人が強制退去させられる事実を検察官が殊更に利用するようなときは, 手続的正義の観点から, その証人の検面調書に証拠能力を認められない場合があるとした。思うに, 証人が遠隔地の国外にいるとき, 国交のある近隣国にいるとき, また, 証人が軽度の疾病であるとき, 重度の危篤状態であるとき, そして, 証人の所在が不明ではあるが手段によっては何とか居所が判明しそうなとき, 証人が死亡しているとき, それぞれの証人の召喚の妨げとなる個別具体的な事態に即応して, 証言利用不能か否かを判断する必要がある, もとより各々の証言利用不能の事態の深刻さ, 証人の出廷困難な事由のレベル

には多様な階層がある。さらに、死亡しておらず、重度の身体的疾病ではないのだが、ある特定の犯罪類型（近親者間暴力や性犯罪）の被害者であることを理由に、政策上、証人となるべき者に対して特別の心理上精神上のケアが必要な場合¹⁾、すなわち、伝聞法則確立時期や近代では問題視されてこなかった証人保護の発想に基づき、現代ならではの配慮が求められるような要保護性の高い証人に関する証言不能の事態に、どう対応すべきかという課題がある²⁾。

伝聞法則が成立する以前は、供述者が死亡している場合（特に殺人の被害者等）、その供述者の死亡事実の立証により当然に証言利用不能が認められ、その供述者の供述を聞いた者が法廷で証言するに際して、その者が証言適格を欠く者でない限り、その供述、例えば、供述録取書面中の死亡者（原供述者）の発言や、直接知覚者でない第三者の供述の中の死亡した被害者（原供述者）の供述に、証拠能力が認められていたものと思われる³⁾。現在でこそ、証言利用不能は、伝聞例外該当性を認定する上での要件の一部となっているが、それは、証拠とする必要性にのみ親しむべき要件なのか、特信情況に親しむ可能性も持つ要件なのか、判断が困難であるというべきであろう。証言利用不能にかかる供述が、他の証人の供述中（経験・記憶）に存在する場合、書面の形式（供述録取書・調書・記録）で存在する場合に分けて、検討する必要があるだろう。一方、証言利用不能をまったく要件とせずに、伝聞例外として証拠能力を認められる証拠が存在

- 1) 二次被害・三次被害の軽減や PTSD（心的外傷後ストレス障害）への対応等は、諸澤英道『新版 被害者学入門』132頁、385頁、406頁参照。
- 2) 証言をなすという行為により、被害犯罪の状況を思い出し、深刻な精神的苦痛を生じてしまう類型の証人は、特別の保護を必要としている。反面、わが国の刑訴法157条の2以下の規定は、被告人の証人審問権（憲法37条2項）との妥協・調和を期して制定されたものであろう。
- 3) 拙稿「陪審機能の変遷と刑事法的作用領域」法経論集196号34頁。T. P. Gallanis, *The Rise of Modern Evidence Law*, 84 Iowa L. Rev. 499 (1999). S. Landsman, *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, 75 Cornell L. Rev. 497 (1990).

することは何を意味しているのかを、あわせて議論する必要がある。よって、本稿は、証言利用不能の要件を、いずれの領域に位置づけることが適切であるかを探求することを目的とする。

2 証言利用不能の概念

刑訴法321条1項1号・2号をみると、証言利用不能(供述不能)の具体的事例として、「その供述者が死亡、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」が挙げられている。これらの場合は、物理的に供述者が法廷に出廷できない場合の典型例である。

一方、「供述者が公判準備若しくは公判期日において前の供述と異なった供述をしたとき」(同条1号)や「公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか若しくは実質的に異なった供述をしたとき。但し、……」(同条2号)の場合は、供述者は実際に出廷して証言しているが、供述者の「前の供述(の内容)」を法廷証言として利用できない事態が発生した場合である。前の供述をした人物、つまり、現在法廷で相反供述をなしている者の身体そのものは、物理上は出廷している状態にある。先行する供述が書面や記録の形で残存していることが前提となり、その先行供述とは一致しない法廷証言の内容に基づき事実認定をしたのでは正義に反する場合が、不一致供述の問題である。

さらに、性犯罪や児童虐待の被害者が法廷に出廷したが、PTSDや情緒障害の影響により証言できなかった場合も証言利用不能の事態と解される⁴⁾。刑訴法157条の2、157条の3、157条の4の証人尋問方式を用いよ

4) 裁判所施設内であるが法廷外の別室に証人をおく場合に関しては、最判平成17年4月14日刑集59巻3号259頁参照。渥美東洋・椎橋隆幸編『刑事訴訟法基本判例解説』310・311頁「ビデオリンク」(菊池則明担当)。証人の供述態度を観察することは、証人の「審問」の範囲に含まれるかという論点については、反対尋問の材料として必要であるという方向からのアプローチと、事実認定者

うと試みたが、結果として、被害者が証言しなかった場合も同様である⁵⁾。

それから、刑訴法147条、149条、146条に基づいて、証人が証言を拒否する場合、また、証人が事実上証言を拒否した場合（記憶があるにもかかわらず記憶喪失を装うとき等）も、証言利用不能の場合といてよいであろう⁶⁾。

証言利用不能やいわゆる供述不能の事態というものは、法廷外供述を証拠とする必要性の存在を支える事実であることに間違いはない。だが、わが国の刑訴法においては、その事態・事実の立証を要件とするともに、あわせて、特信情況の存在をも要件として、伝聞例外に証拠能力を認める規定が多い（ただし、323条各号、328条を除く）。証言利用不能の事実の立証により、常に、証拠とする必要性が認められるかは、慎重に考える必要がある。さらに、証拠とする必要性の要件と特信情況の存在の要件、両者の関係を精確に位置づけることこそが、伝聞例外の基本構造を解明する鍵と思われる。両要件は、片方（証拠とする必要性）が認められれば、自動的にもう片方（特信情況の存在）の要件が認められる関係にあるのか、それとも、二つの要件は個別に独立してその有無を吟味するべきものであり、一つが認定されてもそのことは他の一つの認定に影響を与えないとみられるべきなのか、あるいは、一方の要件が認められれば、副次的な効果としてももう一方の要件が認められやすくなるという関係が存在するのか。証言利用不能の要件を厳格に認定することは、被告人の証人審問権を尊重する

の心証形成にとって必要であるという側面からのアプローチが予想しうる。

- 5) 証人への付添い（刑訴法157条の2）、証人尋問時の証人の遮へい措置（157条の3）、ビデオリンク方式による証人尋問（157条の4）。いずれも、裁判所外での証人尋問の制度（刑訴法158条、159条）では対応が困難な場合を想定しているものと思われる。
- 6) 最判昭和27年4月9日刑集6巻4号584頁。最決昭和44年12月4日刑集23巻12号1546頁。最決昭和29年7月29日刑集8巻7号1217頁。東京高判昭和63年11月10日東高判時報39巻9～12号36頁・判例タイムズ693号246頁。

ことであり⁷⁾、一方、供述不能の要件を緩やかに認定することは、事実認定に資する証拠を可能な限り法廷に提出させることを優先する立場ということになる。そこでは、被告人の反対尋問による反論や反証を不当に制限することになる証拠は許容すべきでないという要請と、事実認定に資する証拠は可能な限り多く事実認定者の目に触れさせるべきであるとの要請が、衝突しているといえよう⁸⁾。証拠とする必要性和特信情況の存在は、一般的に伝聞例外の二要件といわれているが、証言利用不能は323号各号の書面等に関しては要件とされていない。では、323条の書面は証言利用不能を要件としないが証拠とする必要性的要件は要求しているのだろうか。先述した伝聞例外の一般要件に照らせば、証言利用不能を要件としない伝聞例外については、証拠とする必要性的要件がさほど不可欠でないようにみえなくもない。メモランダム性格を有する書面に関しては、供述内容(書面記載事項)が機械的記録の性格を有し、供述者(記録作成者)が記述するそばから記述内容を忘れることが多い⁹⁾。そして、供述者に法廷証言を求めても、自己の記憶をたどって証言することは少なく、事実上、書面を参照しながら記載内容通りの証言をすることが多い。そこでは、証言利用不能が問題となるのではなく、証人が出廷しても出廷しなくても証言内容と書面の供述内容とに差を生じにくい状況があるといつてよい。よって、証言利用不能を要件とする伝聞例外供述と、証言利用不能を要件としない伝聞例外とでは、証拠能力を認められる理由付けの理論構造が異なっているものと筆者は主張したい。323条の伝聞例外が証言利用不

7) 最判平成7年6月20日刑集49巻6号741頁。

8) 事実認定者が陪審か職業裁判官かによって、証拠法を厳格に遵守する必要性的程度は異なってくる。英米の法域における証拠法の発達が陪審を母体としていた点と、戦前まで大陸法を基礎としていた旧刑訴法の残影とを、いかに調和させるかは困難な課題である。弾劾主義や当事者論争主義といっても、真実究明(刑訴法1条)をおろそかにする理念ではない。

9) 最決昭和61年3月3日刑集40巻2号175頁。東京地決昭和53年6月29日判例時報893号3頁③事件(刑事訴訟法判例百選第9版184・185頁、辻本典央「特に信用すべき書面」)。

能を要件としないのは、それら書面記載の供述の性質について、法廷証言の代替物としての性格が希薄だからであろう¹⁰⁾。一方、証人が記憶に基づいて過去の経験事象を回想し、その喚起した記憶内容に添った事実認定を求めて（真実性を主張して）、法廷に提出される証拠が供述証拠である。記憶過程の不安定性（不正確性）および他者を告発する性格、それらが法廷証言や法廷証言の代替物たる供述（testimonial statements）には内在する¹¹⁾。321条1項各号書面記載の供述は被告人を告発する性格に富み、供述者も供述録取書面の作成者も、その書面の内容が法廷で証拠となる場合を想定し了解している¹²⁾。被告人の犯罪行為を告発する証拠、犯人と被告人の同一性を主張する証拠に対してこそ、反対尋問や証人審問の機会を認める必要は高い。刑訴法323条の書面記載事項と、同法321条1項各号の記載事項とは、供述内容の真実性が主張されている点においては「供述証拠」として共通するが、告発的性質の有無という点では、両者は性格が異なるのである。それは、被告人の視点からすれば、321条1項の書面に対する有効な反証方法と、323条の書面に対する反証戦略とは、質的に異なってくるということを意味している。供述証拠に対する有効な反証の形と非供述証拠に対する効果的な反証の戦略が、全く同様でない原因はそこに見出せる。

10) 前掲注9の昭和61年3月3日判例の書面などは非供述証拠（物証）の性格に近似する供述証拠といってよいだろう。写真の撮影結果がいわゆる現場写真であり供述写真ではない場合も同様に解される（最決昭和59年12月21日刑集38巻12号3107頁）。しかし、鑑定結果はそのような機械的客観的記録とは同様に扱うべきでない。拙稿「証拠の関連性と証拠能力」法学新報112巻3・4号35頁。中村真利子「鑑定書の証拠能力」比較法雑誌47巻2号215頁。

11) Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004).

12) 供述書と供述録取書を比較した場合、一般的に、後者のほうが告発的な性格、あるいは、後に法廷証拠となることを期して作成される場合が多い。もっとも、裁判官面前調書（刑訴法321条1項1号）については、相手方当事者からの反対尋問の機会が存する場合が多い。緊急通報を受けた警察の質問に対する被害者（通報者）の応答（供述）に関しては、Davis v. Washington, 547 U.S. 813 (2006) 参照。

また、証言利用不能が要件となる伝聞例外(刑訴法321条1項各号)と、証言利用不能が要件とならない伝聞例外(刑訴法323条各号)とについて、何故、両者を区分する立法の形態が採用されているのか、さらに、それぞれの供述類型の間に信用性の差異があるかどうか、証人審問権(憲法37条2項)との関係では扱いに違いを設けるべきか否か、さらに、特信情況がたしかなものであれば証言利用不能を緩やかに認定するという発想を用いてよいのかは、伝聞例外を認める真の理由や反対尋問権の実質を解明する上で大切な論点となろう¹³⁾。地裁の判断ではあるが、東京地決昭和53年6月29日判時893号3頁の事件は、刑訴法323条3号の書面を「伝聞証拋禁止の例外の重層的構造の頂点に位するものとして、反対尋問を経ることなく無条件にその証拋能力が肯認されているのであって、かかる事情に鑑み、同条第3号所定の『前二号に掲げるものの外特に信用すべき情況の下に作成された書面』とは、前二号に掲げる書面と同程度の高度の信用性の情況的保障を有する書面を指称するものと解すべきである。」としている¹⁴⁾。数ある伝聞例外において、構造の異なる伝聞例外(供述)類型があることに争いはなからう。しかし、証言利用不能を要件とする伝聞例外の供述とそれを要件としない伝聞例外の供述とでは、各々の供述の信用性に差異があるとまで一般的に捉えることは適切であろうか。反面、証言利用不能が要件となる伝聞例外は、その供述に特信性が存するかどうかということよりも、その供述の告発的性格ゆえに被告人に反対尋問をさせる必要が高く、そのため、供述不能が要件となっているという見方ができまいか。また、供述の類型ごとに特信性の種別が異なり、さらに、供述類型の

13) 具体的には、刑訴法321条1項各号書面と刑訴法323条2号書面との比較、さらには、同法321条3項・4項書面との比較が必要になってくる。そのことは、前掲注11のクロフォード事件が testimonial な供述と non-testimonial な供述を区別して、合衆国憲法第6修正の対決権の保障範囲に差を設けた意味を分析しなければならぬことにつながる。鑑定証拋に関して、ウィリアムズ対イリノイ事件も参照。

14) 前掲注9東京地裁昭和53年6月29日決定。

分類を超えた個々の具体的な供述において、特信性の程度がそれぞれ量的にはではなく質的に異なるのではないかとみるのが、事実在即した発想であり、そうであれば、「特信性」の内容は一般的・抽象的に画定できない性質を有していることになる。また、特信性要件は証拠の必要性要件とは独立していることが望ましいはずであるのに、時折、証拠の必要性の要件を直接的に支える要件として位置づけられてしまっているようにみえる¹⁵⁾。

3 伝聞法則確立前の供述証拠の証拠能力

戦前の日本国は、大日本帝国憲法の下、職権主義を基調とした旧刑事訴訟法を施行していた。よって、戦前の日本の資料に、英米法に由来する伝聞法則に縁あるものを求めても実りは少ないものとする¹⁶⁾。もっとも、戦前の文献でも英米法に関するものは参考に値する。不思議なことに、現行の日本国憲法及び刑事訴訟法は英米法を継受したものであるはずだが、判例の傾向としては、英米法に由来する当事者論争主義原理を、幾分職権主義的方向に修正したような基調を採用しているようにもみえる。職権主義と当事者主義、双方の理念を比較しそれらの優劣を論じることはナンセンスであろう¹⁷⁾。また、職権主義といっても、ドイツの職権主義やフラ

15) 拙稿「伝聞例外と特信情況」比較法雑誌41巻2号119頁、142頁。証拠とする必要性、特信情況の存在が伝聞例外の要件であることはよいとしても、ある供述を、証拠とする必要性が認められるため特信性があることにするという発想は、特信情況の要件を形骸化する危険を有している。

16) 阪村幸男「伝聞法則と直接証拠主義」大阪学院大学法学研究22巻第1・2号1頁。ドイツ法における直接主義の詳細に関しては同論文に譲りたい。しかし、日本法の解釈において大陸法の直接主義を中心に据えることを許容するかのような論述部分については、賛同できない(同論文1頁、33頁)。

17) 最判昭和23年7月19日刑集2巻8号952頁。Mirjan R. Damaška, THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY, Yale University Press pbk., p. 73, 104, 109, 156, 181, 188. 職権主義が善か悪かが前提となる問題ではなく、当事者論争主義にも長所と短所があり、職権主義にも長所と短所がある。

ンスの職権主義では、発達の過程や現行の制度において決して一様ではないことも忘れてはなるまい¹⁸⁾。また、ローマ法が直接に欧米の近代法に転化しているとみることにも正確でなく、教会法の介在という事実も見逃してはならない¹⁹⁾。さらに、英国コモン・ローの確立時期の政治情勢や、コモン・ローの適用やコモン・ロー裁判所の管轄のなかった事件の処理に関する歴史や実務が、複雑な経緯を経て、現代の英米法を構築するに至っている²⁰⁾。

法廷における証人証言 (live testimony) の方が、伝聞証拠にあたる供述や書面よりも、事実認定者の心証形成に資する証拠として優れていることは、伝聞法則が確立する以前の英国裁判実務でも承認されていたと思われる²¹⁾。法廷で証言をなす者が、要証事実、あるいは、犯罪に関する事実の直接知覚者 (実体験者) であることこそが証人適格 (competency) の大前提であり、体験事実と推測事項との峻別の必要性が求められる理由、そして、法廷において事実認定者の面前で、証言者が反対尋問を受けることが望ましいとされる所以もそこにある。実際に事実を経験した者に対して反対尋問を行うのでなければ、証人の記憶過程の誤りを修正しようにも不可能である。その意味で、書面や伝聞供述 (直接知覚者の体験供述を聞いた第三者の供述) は、要証事実との関係で供述内容どおりの事実認定を求めて提出される証拠である限り、伝聞の扱いとなるのである²²⁾。

ただ、実際、書面の形で存在する証拠については、事実の実験者の記憶

18) John H. Langbein, PROSECUTING CRIME IN THE RENAISSANCE.

19) ハロルド・パーマン / 宮島直機訳『法と革命 (その1)』比較法雑誌41巻2号25頁, 26頁, 95頁。

20) 土井美徳『イギリス立憲政治の源流—前期ステュアート時代の統治と「古来の国政」論—』116頁, 137頁, 154頁, 158頁, 168頁, 189頁, 202頁, 239頁, 416頁。同書は、コモン・ローの形成過程が決して平坦な道のりではなかったことを、そして、立憲君主制の不安定さにどのような工夫が施されてきたかを、教示してくれる。

21) 3 Blackstone, THE COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND, p.373.

22) 2 McCormick, Evidence 7th ed. § 252, § 253, § 302, § 305.

が正確に機械的に記録されている場合（記憶過程の不安定性の影響をほとんど受けない供述を記載した書面の場合）もあれば、実質的に反対尋問を経ている供述や証人尋問の結果を記載した公判準備書面や公判調書もあれば、一般的な供述と同等の信用性をもつにすぎない、すなわち、これから反対尋問にさらされるべき供述の記載された書面もある。さらには、機械的客観的記録の範疇にある書面でも、捜査機関作成の検証調書・実況見分調書・嘱託鑑定人の鑑定書のように、記録書面の正確性が記録作成者の所属する機関の告発的性格に包摂されてしまうとみることのできる書面と、捜査機関の影響下でない行政機関の公文書、民間組織の業務関連文書とがある。すなわち、機械的記録、客観性の担保された記録であっても、その記録の作成者の地位、記録作成動機の影響を強く受けるものは、告発的な供述録取書のような性格を持ち始めてしまう可能性があるということである。

また、公判調書の範囲は、外国裁判所の公判調書も含むかという議論、そして、日本国内の裁判所においては、同一事件に関する公判調書に限定されるかという論点、および、別事件の公判調書も伝聞例外の裁判官面前調書たりうるかという争点がある。当該事件の被告人と他事件の被告人とでは人格が異なるため、反対尋問の主体が異なれば反対尋問を経ていることの意味が異なってきてしまう（後述⑩判例）ことにも注意しなければならない。本来ならば原則として、現に争われている事件の当事者である被告人が、当該訴訟の証人に対して、反対尋問をなしうることが保障される必要がある。A事件の公判調書や裁判官面前調書に関してAが反対尋問権を行使していることが明らかであっても、B事件でそのA事件の調書を証拠利用するにあたっては、B事件の被告人が反対尋問権を保障されていることにはならない点を、忘れてはなるまい²³⁾。A事件の公判調書等は被告人Aの反対尋問を経ている点のみにおいて信用性が高まっているに

23) 反対尋問の主体は当該事件の被告人とみるのが本筋である。ただし、同一共犯犯罪の共同被告人については、拙稿「共犯者の供述と共犯者の自白」法学新報113巻1・2号439頁参照。

すぎず、Aの反対尋問の存在は他事件の被告人Bが反対尋問の機会を欠いてよいことの直接根拠とはなりにくい。もっとも、およそ反対尋問の機会を欠いた証人供述よりはA事件の被告人の反対尋問を経た証人供述は、信用性が高いことは事実である。

4 わが国の判例の立場

日本の最高裁のリーディン・ケースと思われる①最判昭和24年5月28日刑集3巻6号789頁は、「憲法37条2項に、刑事被告人はすべての証人に対し審問の機会を充分に与えられると規定しているのは、裁判所の職権により、又は訴訟当事者の請求により喚問した証人につき、反対尋問の機会を充分に与えなければならないと言うのであって、被告人に反対尋問の機会を与えない証人其他の者（被告人を除く。）の供述を録取した書類は、絶対に証拠とすることは許されないと言う意味をふくむものではない。」と判示している²⁴⁾。

現行刑事訴訟法の施行前の判例となるが、②最判昭和23年7月19日刑集2巻8号952頁も「刑訴応急措置法第12条は、証人その他の者の供述を録取した書面又はこれに代わるべき書類を証拠とするには、被告人の請求があったときは、その供述者又は作成者を公判期日において訊問する機会を被告人に与えることを必要とし、憲法37条に基づき被告人は、公費で自己のために強制手続によりかかる証人の訊問を請求することができるし、不当に訊問権の行使を制限されることがないわけである。しかし裁判所は、被告人側からかかる証人の訊問請求がない場合においても、義務として現実に訊問の機会を被告人に与えなければ、これらの書類を証拠とすることができないものと解すべき理由はどこにも存しない。」との判断を示していた²⁵⁾。

24) 最判昭和27年4月9日刑集6巻4号584頁および最判昭和30年11月29日刑集9巻12号2524頁も同判例を引用している。

25) この時代の判例は、英米法の伝聞法則と大陸法の直接証拠主義を同視してい

前記①, ②の判例は, 被告人の憲法上の権利(証人審問権)とて, 例外を許さない絶対のものではないという点を示す限度では, 妥当といえよう。しかし, 米国憲法, 米国刑訴法の影響を受けた戦後の日本の法体系に関して, 大陸法に由来する直接証拠主義との関係で憲法37条2項の権利を把握しようとしているかにみえる点に問題があるのではないか²⁶⁾。直接証拠主義に反していることと, 伝聞法則に反していること(あるいは, 証人審問権の保障に沿わないこと)とを, 二元的に把握すべきかについては, 筆者は消極に解釈している²⁷⁾。反対尋問の機会の保障(原則)と伝聞例外(例外)の関係は, まずは, 一元的に捉えるべきである。独法の直接主義は, 原則的には, 英米法の伝聞法則を融合したような理論はとらない。ただし, イタリアの職権主義刑事裁判のような構造と対比するのであれば, 日本において直接主義と伝聞法則を二元的に捉えることは可能となるかもしれない²⁸⁾。②判例の基本的な理論構成は, ③最判昭和30年11月29日刑集9巻12号2524頁を経て, 平成の最判平成7年6月20日刑集49巻6号741頁(後記④判例)に至るまで維持されているといつてよいだろう²⁹⁾。

全体として, わが国の証人審問権, 伝聞法則(刑訴法320条1項)に関する判例は, 被告人の証人審問権とて絶対の権利ではないということ, そして, 伝聞法則にも例外が認められるということ承認する段階にとどま

るか, あるいは, 一国の刑事手続制度の中に, 両法則が矛盾なく当然に両立するものと解してしまっているようにみえる。

26) 憲法判例百選1第2版228-229頁109事件・光堂景皎。

27) 前掲注16 阪村論文中の小野教授の見解や鈴木教授の見解を支持できないというのが私見である。

28) 前掲注16 阪村。前掲注18 ラングバイン152頁・162頁。小島武司編『ヨーロッパ裁判制度の源流』65頁/ニコロ・トロッカー「イタリア裁判制度の史的展開と現在」133頁/ジェフリー・ウィルソン「イギリスの裁判制度と法創造」。

29) 証人審問権(憲法37条2項)に例外は認められる, つまり, 反対尋問の機会のない書面に証拠能力が認められる場合があるということは, 確立された判例といつてよいだろう。

っている。

④最判昭和23年6月23日³⁰⁾

「事案に関係のないと認められる証人を調べる必要であることは勿論、事案に関係あるとしても其間おのずから軽重、親疎、濃淡、遠近、直接間接の差は存するのであるから、健全な合理性に反しない限り、裁判所は一般に自由裁量の範囲で適当に証人申請の取捨選択をすることができると言わねばならぬ。」

⑤最判昭和23年7月29日³¹⁾

「刑事裁判における証人の喚問は、被告人にとりても又検察官にとりても重要な関心事であることは言うを待たないが、さればといって被告人又は弁護士からした証人申請に基きすべての証人を喚問し不必要と思われる証人までをも悉く訊問しなければならぬという譯のものではなく、裁判所は当該事件の裁判をなすに必要適切な証人を喚問すればそれでよいものと言うべきである。」

⑥最大判昭和23年11月17日³²⁾

「本事案においては、第二審判決は証拠としてU並びにMに対する検事聴取書の記載等を挙げ、さらに被告人の公判廷における供述及び被告人に対する検事聴取書の記載とを総合して犯行を認定する旨を判示している。そして原上告審は、第二審判決が被告人の自白だけで事実を認定しているのではなく、これと他の諸種の証拠とを総合して事実を認定したものであるとして右判決を是認したものである。それ故、第二審判決及び原上告判決には所論の違法は存在しない。

更に論旨は、前記UとMとに対する検事の聴取書中で、同人等が供述した事実については被告人が否認しているのであるから、同人等の供述を証拠とするためには、公判廷に前記兩人を證人として喚問すべきであると云うのであるが、本件に対し仮りに所論のごとく刑訴訟

30) 刑集2巻7号734頁。

31) 刑集2巻9号1045頁。

32) 刑集2巻12号1565頁。

「証言利用不能」要件の位置づけ(1)

急措置法第一二条の規定の適用があるものとして、それに照して第二審判決を判断するとしても裁判所には証人尋問をすべき職務はなく、被告人から証人尋問の請求がなければ、その供述を録取した書類を証拠にとっても差支ないことは、既に当裁判所の判例とするところである。(昭和二三年(ワ)第一六七号、同年七月一九日宣告大法廷判決参照)そして本件においては、かかる証人尋問の請求はなかつたのであるから、論旨は理由がない。

次に検事の關係人に対する聴取書における事実を被告人が否認していても、裁判所は被告人の右供述を採用しないで、他の証拠を総合して事実を認定できることは、寧ろ採証法上の原則であつて、弾劾主義に反するものでないことは固より憲法第三七条の趣旨並びに刑訴急措置法第一二条の規定に毫も抵触するものではない。」

⑦最判昭和24年7月26日³³⁾

公判裁判所が証人として尋問した者の供述を記載した公判調書を控訴裁判所が証拠とすることの是非が争われた事例である。

「所論のK(証人)は、第一審裁判所の公判廷において証人として訊問されたのであるから、被告人及び弁護人は右の証拠調に立会つて証人に対して審問する機会を十分に与えられたのである。……されば、原審が所論の証人訊問の請求を却下して第一審裁判所における同証人の供述を記載した公判調書を証拠に採用したことは憲法に違反するものではない。」

⑧最判昭和25年6月13日³⁴⁾

「記録を調べてみると、第一審裁判所は、昭和22年9月26日の公判において、所論H口S太郎を証人として訊問していることが明らかである。それゆゑ、被告人に対しては、すでに右証人を公判期日において、訊問する機会が与えられているのであるから、原審が右証人訊

33) 刑集3巻8号1402頁。

34) 刑集4巻6号984頁。

問申請を却下しながら同証人に対する検察事務官の聴取書を証拠に採用しても刑訴応急措置法第12条に違反するものではない。また、第三者の供述を証拠とするにはその者を公判において証人として必ず訊問しなければならないものではなく、公判廷外における聴取書をもって、証人に代えることを憲法第37条は許さないものではないことについても、当裁判所の判例とするところである(昭和23年(ワ)第167号同年7月19日大法廷判決)。」

⑨最判昭和25年9月27日³⁵⁾

「原判決は、判示事実を認定する証拠として各被告人の原審公判廷における判示同趣旨の供述を引用したものであって、書証としての原審公判調書における供述記載を採ったものではない。……原判決は所論始末書の記載のみを採って判示事実を認定したものではなく、被告人並びに原審相被告人Sの原審公判廷における判示同趣旨の供述と所論始末書中の判示に照応する被告事実の記載部分とを総合して認定したものであるから、原判決には所論の違法は存しない。……本件では所論始末書又は被害届について原審公判廷でその作成者を訊問することを得る旨告げられたにもかかわらず被告人並びに弁護人はこれが請求をしなかったこと記録上明らかであるから、原審がこれを証拠としたからといって、違法であるということができない。」

⑩最判昭和25年10月4日³⁶⁾

刑訴法228条2項に基づき作成された証人尋問調書に関して

「記録によれば本件においては、所論の証人Aは、検察官の請求により、原審公判廷において尋問せられ、被告人側の反対尋問にも充分にさらされたことが明白である。従ってこの点において、憲法37条2項の要請は充たされたものと認めることができる。原審は唯、右証人がその公判廷において所論裁判官の面前における同証人の供述と異なった供述を為した為に、検察官の請求により、刑訴321条1項1号に

35) 刑集4巻9号1774頁。

36) 刑集4巻10号1866頁。

よって右裁判官の面前における供述を録取した書面即ち所論証人尋問調書を証拠とすることができるものとして、これを証拠調する旨の決定をした迄のことであって、原審のかかる措置には何等違法の廉はない。」

⑪最判昭和27年4月9日³⁷⁾

「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面であっても、現にやむ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にあっては、これを裁判上証拠となし得べきものと解したからとて、必ずしも前記憲法の規定(37条2項)に背反するものではない。刑訴法321条1項2号が、……旨規定し、その供述について既に被告人のため反対尋問の機会を与えたか否かを問わないのも、全く右と同一見地に出た立法といふことができる。そしてこの規定にいわゆる『供述者が……供述することができないとき』としてその事由を掲記しているのは、もとより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ぐべき障碍事由を示したものに外ならないのであるから、これと同様又はそれ以上の事由の存する場合において同条所定の書面に証拠能力を認めることを妨ぐるものではない。」

⑫最判昭和27年6月18日³⁸⁾

「憲法37条2項は、刑事被告人に対し、受訴裁判所の訴訟手続において、すべての証人に対して審問する機会を充分に与えられ、又、公費で自己のために強制的手続により証人を求める権利を保障した規定であつて、捜査手続における保障規定ではないと解するのが相当である。」

37) 刑集6巻4号584頁。

38) 刑集6巻6号800頁。

⑬最判昭和29年7月29日³⁹⁾

「弁護士Tの上告趣意は、違憲を言うが、その実質は単なる訴訟法違反の主張であり(原審判示のように、証人が、記憶喪失を理由として証言を拒む場合が、刑訴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一昭和26年(あ)2357号、同27年4月9日大法廷判決、刑集6巻4号584頁参照。しかして、記録によれば、所論証人Hに対しては、一、二審とも、被告人に対し審問の機会を与えたものであること及び一、二審裁判所の審判が公開されたものであることは明瞭であり……)刑訴405条の上告理由に当たらない。」

⑭福岡高判昭和29年10月30日⁴⁰⁾

大分電報局への建造物侵入被告事件

「ところで、本件記録を調べると原審における昭和26年7月31日分離第一、三、四併合第19回公判期日において、弁護士は証拠申請として、証人Kの取調請求をなし、同弁護士及び被告人から同証人を公判廷に喚問して尋問されたいと申し出たのに対し、原審はその証拠申請を採用し、受命裁判官をして同証人を同年8月23日熊本地方裁判所で尋問させる旨の決定を宣し、受命裁判官が同日熊本地方裁判所において、被告人及び弁護人の立会なく証人Kを尋問していることは、所論のとおりであるけれども、原審は同証人の重要性、職業、その他諸般の事情から必要と認めて同証人を裁判所外に召喚する旨決定したものと推認されるし、受命裁判官による裁判所外の右証人尋問の期日及び場所等はその公判廷で指定告知されているので被告人及び弁護士等は証人尋問に立ち会う機会を充分に与えられているのかかわらず、熊本までの旅費がない等と主張して正当の理由なく右証人尋問に立ち会わなかったものであるから、自己の恣意により自ら証人審問権

39) 刑集8巻7号1217頁。

40) 判例時報44号27頁。

を放棄したものというの外ないばかりでなく、原審は……証人尋問に立ち会わなかった被告人に、同証人の供述の内容を知る機会を与えて、審問権不行使による不測の不利益を被らしめないよう被告人を保護する措置を講じており……」

⑮最判昭和32年1月29日⁴¹⁾

「……記録を調べてみると、第一審は、所論第一点のNの検察官面前における供述調書を証拠とするに先立ち、右Nを被告人在廷の第3回公判期日において証人として尋問し、被告人及び弁護人に同証人を審問する機会を充分に与えていることが認められ、……。次に所論第二点の所在不明者であるY作成の答申書を証拠に採用したことが、憲法37条2項に違反しないことは、……当裁判所大法廷判例（昭和23年(わ)第167号同23年7月19日判決刑集2巻8号952頁。同年(わ)第833号同24年5月18日判決刑集3巻6号789頁）の趣旨に徴し明らかである。」

⑯東京高判昭和35年7月21日⁴²⁾

「原判決は、原判示各事実認定の根拠として、Fの検察官に対する供述調書を採用しているが、その供述者であるFは、原審第3回乃至第6回、第8回及び第9回公判期日にそれぞれ証人として召喚状又は勾引状を発せられながら、何ら特別の理由がないのに、召喚に応じないか又は勾引状の執行を不能ならしめて出頭しないまま、昭和34年1月2日頃渡米し、よって被告人の反対尋問権の行使を不可能ならしめた……。刑事訴訟法321条第1項第2号の規定が、供述者が裁判所に喚問されながら証言を拒絶した場合を含むものとすれば、供述者が国外にいる場合における右規定の適用に当たっては、……特別の事情がない限り、供述者が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事実があれば充分であり、その供述者が

41) 刑集11巻1号337頁。

42) 判例タイムズ108号51頁・判例時報246号51頁。

『国外にいる』ようになった事情の如何を問題にする余地はないものと解すべきであるから……」

⑰最判昭和36年3月9日⁴³⁾

「証人が外国旅行中であって、これに対する反対尋問の機会が被告人に与えることができない場合であっても、その証人の供述録取書を証拠として採用することが憲法37条2項の規定に違反するものでないことは当裁判所昭和24年5月18日、……の各大法廷判決の趣旨に徴し明らかであるから所論違憲の主張は採用し難い。」

⑱最判昭和38年12月24日⁴⁴⁾

「所論は被告人の捜査官に対する各供述調書は任意性を欠くと前提して違憲違法をいうけれども、その任意性を疑うべき点は認められないとした原审の判断は相当であるから（なお憲法37条2項は、裁判所は被告人又は弁護人から申請した証人は不必要と思われる者まで悉く尋問しなければならないという趣旨ではないこと既に当裁判所の判例（昭和22年（刑）第230号同23年7月29日大法廷判決刑集2巻9号1045頁）とするところである。従って第一審裁判所が被告人の右各供述調書の任意性を争うため、被告人が再度申請した所論Sを喚問しなかったからといって同裁判所の措置を目して右憲法の条項に違反するものということはできない。）……記録によれば、所論証人Sは、被告人の捜査官に対する供述調書の任意性を争うため弁護人から申請された証人であって第一審裁判所はこれを採用して取調を了したところ被告人から公判期日外において同一立証趣旨で同証人の再喚問の申請があったこと、同裁判所はこれが採否の決定を記録上明確にしていなが同証人に対して再び召喚状を發していること、その召喚状は同証人の所在不明のため送達不能に帰したものであること、その後弁論終結に当り、同裁判所において右証人の採用を取り消す旨の明示的な決定もな

43) 刑集15巻3号500頁。

44) 刑集17巻12号2526頁。

く、弁護人からも被告人からも何らの異議申立もなく、そのまま結審されていることは明らかである。以上のような手続の経過よりみれば……第一審裁判所の訴訟手続には法令違反がないといわなければならない……」

①9 最決平成15年11月26日⁴⁵⁾

覚せい剤密輸入事件について、被告人の共犯者である A の韓国の裁判所での証言を録取した公判調書は、日本の法廷で証拠能力が認められるかが争われた事件である。最高裁は、「本件公判調書は、日本国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができない A の供述を録取したものであり、かつ、本件覚せい剤の密輸入の謀議の内容等を証明するのに不可欠な証拠であるところ、同人の上記供述は、自らの意思で任意に供述できるよう手続的保障がされている大韓民国の法令にのっとり、同国の裁判官、検察官弁護人が在廷する公開の法廷において、質問に対し陳述を拒否することができる旨告げられた上でされたというものである。このようにして作成された公判調書は、特に信用すべき状況の下にされた供述を録取したものであることが優に認められるから、刑訴法321条1項3号により本件公判調書の証拠能力を認めた原判決の判断は正当として是認することができる。」と判示した。この事件の韓国裁判所の公判調書及びその翻訳文は、公開の法廷で A が陳述拒否権を告知された上でなした供述を記録したものであり、その韓国の公判には別の否認をしている共犯者2名の弁護人が在廷していて、A はその共犯者の弁護人から反対尋問を受けている。

②0 最大判平成7年2月22日⁴⁶⁾

いわゆるロッキード事件丸紅ルートの贈収賄被告事件の最高裁判決である。刑事免責を付与して得られた、米国法廷での証人（贈収賄の

45) 刑集57巻10号1057頁。

46) 刑集49巻2号1頁。刑事訴訟法判例百選第9版150・151頁・多田辰也「刑事免責による証言強制」。

共犯者)の尋問調書の証拠能力が問われた。最高裁は、刑事免責という制度自体の妥当性に疑問を呈し、日本国での明文規定の不存在を理由に、米国法廷での証人尋問調書の証拠能力を否定した。本事件は刑訴法321条1項3号書面該当性の要件及び証人が「国外にいるとき」の要件に関連することになろうが、その両要件の問題よりも、免責の結果得られた証言、供述に対して一律に証拠能力を認めることへの憂慮のほうが重要視された判断といえよう。

②最判平成7年6月20日⁴⁷⁾

不法入国していたため本国に強制退去となったタイ人の検察官面前調書(刑訴法321条1項2号)の証拠能力が争われた事例である。「しかし、右規定が同法320条の伝聞証拠禁止の例外を定めたものであり、憲法37条2項が被告人に証人審問権を保障している趣旨にもかんがみると、検察官面前調書が作成され証拠請求されるに至った事情や、供述者が国外にいることになった事由のいかんによっては、その検察官面前調書を常に右規定により証拠能力があるものとして事実認定の証拠とすることができることに疑問の余地がある。……退去強制は、出入国の公正な管理という行政目的を達成するために、入国管理当局が出入国管理及び難民認定法に基づき一定の要件の下に外国人を強制的に退去させる行政処分であるが、……検察官において当該外国人がいずれ国外に退去させられ公判準備又は公判期日に供述することができなくなることを認識しながら殊更そのような事態を利用しようとした場合はもちろん、裁判官又は裁判所が当該外国人について証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還が行われた場合など、当該外国人の検察官面前調書を証拠請求することが手続的正義の観点から公正さを欠くと認められるときは、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともあり得るといわなければならない。」

47) 刑集49巻6号741頁。椎橋隆幸・平成7年度重判解164頁。清水真・法学新報103巻6号233頁。加藤克佳・法教183号88頁。上富敏伸・刑事訴訟法判例百選第9版178・179頁。

こうして、わが国の判例を俯瞰してみると、先述したとおり、憲法37条2項の証人審問権、あるいは、伝聞法則とて絶対の法原則ではなく、例外が認められないわけではないという点については、おおかた一致がみられよう。しかし、被告人の権利を、訴訟法上の権利に止まるものと把握するのではなく憲法上の権利として捉え、その立場を基礎に判断基準を模索するような議論は、いまだに展開されていないのが現状である⁴⁸⁾そして、②①の最高裁判例は、憲法原則としての証人審問権と訴訟法上の伝聞法則との関係を区別しているようにもみえるものの、その平成7年6月20日の判例でさえ、両者の相関関係をめぐり明確な方向性を示しているとは解しがたい。

④⑤の判例は、喚問すべき証人の選択に関して、裁判所は裁量を有することを認めた判断であり、事実認定を行う上で重要でない証人までもすべて喚問する必要はないことを判示したにすぎず、訴訟経済という視点からも、妥当な結論といえよう。反対尋問権云々よりも、両当事者が喚問し主尋問を行うべき証人の範囲の問題とってよいかと思う。

⑦⑧の事例は、第一審で証人尋問した証人を、控訴裁判所で再度尋問する必要はない旨を判断したものであり、控訴審において同一証人を再度尋問する特段の事情や必要がなければ、原審裁判所である公判裁判所の調書・記録を証拠としてよいと認めたことは支持できよう。控訴裁判所において再度の証人尋問を行っても、第一審での証人尋問と同様の結果が見込まれる場合なのであるから、そのような場合は、公判（第一審）段階での証言利用不能の問題ではないといえよう。そして、公判段階で被告人側に十分な反対尋問の機会、反証の機会があったことは強調されて然るべきである。もっとも、同一事件の控訴審、上告審における公判調書の扱いと、別事件の公判調書の証拠能力の有無の問題とは、別個に検討しうる余地も

48) たとえば、前掲注11のクロフォード事件のような理論構成。あるいは、Richard D. Friedman, *Confrontation: The Search for Basic Principles*, 86 Geo. L. J. 1011 (1997) の論文のような立論。

あるが、前記事例は前者に属している。ちなみに⑨の事例はその反対尋問の機会を被告人側が自ら放棄した場合である。別事件の公判調書に321条2項を適用できるのか、別事件の裁面調書に同条321条1項1号を適用しうるかに関しては、321条1項1号が証言利用不能を要件としている趣旨にかんがみれば、原則として、証人を喚問するのが筋とみるべきである(『大コンメンタール刑事訴訟法第2版7巻』589頁・613頁)。また、同一犯罪の共犯者の審理が分離して行われているときには、やはり、相共犯者に自己負罪拒否特権(憲法38条1項)・黙秘権(刑訴法311条1項)や証言拒否権(刑訴法146条)を保障した上での話であるが、相共犯者を召喚するべきであろう⁴⁹⁾。

⑩の判例は、第一回公判期日前の証拠保全手続での証人尋問調書の証拠能力が争われた。①の判例が検察官面前調書の証拠能力が問題となった事例であるのに対し、この判例では裁判官面前調書が問題とされた。裁判官面前調書に関しては、公判段階の証人尋問調書と公判前の証拠保全手続の結果を記載した書面とがあるが、おそらく、法は両書面への適用を可能とする前提をとっているであろう⁵⁰⁾。

⑪の判例は、刑訴法321条1項各号の定める証言利用不能の事由が例示列举であることを判示している。私見としては、限定列举と解するのは柔軟性を欠く解釈となるとしても、法の許容する、証人の法廷証言を確保できない事情の範囲に関しては、それなりの厳格さをもって臨むべきかと考える。

⑫の判例は、証人審問権(憲法37条2項)が、公判における原則であ

49) 前掲注23拙稿「共犯者の供述と共犯者の自白」法学新報113巻1・2号439頁、444頁。相共犯者が共犯者の罪責立証の証人となる場合は、ウォルター・ローリー裁判における宣誓供述書の弊害を端的に想起する必要がある。COBETT'S COMPLETE COLLECTION OF STATE TRIALS Vol.2 p.1.

50) 大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕第7巻589-590頁によれば、他事件の裁面調書ですら同様の扱いで問題なしとされている。厳密には、公判での反対尋問の効果と、公判準備手続での反対尋問の効果とでは、実質的に差があるものとみる必要がある。

り、捜査手続を直接規律するものではないことを確認した事例である。相手方当事者からすれば、自己に不利な供述をなす者に対する反対尋問は、事実認定者の面前、すなわち、公判廷で行うことが一番望ましいことになる点、捜査段階においては、まだ弾劾主義が発動していない時期である点からして、原則として憲法37条2項の保障は捜査活動が行われている起訴前の時点には直接適用がないとみるのが理屈であろう⁵¹⁾。公判前に採証された証人の供述録取書は、公判段階で証拠請求される時点において、はじめて、証人審問権や伝聞法則の問題となってくる。ただし、公判前の証拠保全としての証人尋問手続（刑訴法226条、227条、228条）に関しては、公判で証拠請求することを前提とする手続であるから、弁護人の立会いや反対尋問の機会の付与が、むしろ要件とされるべきであろう（ただし同法228条2項）。当該判例は、捜査段階において供述者が捜査官や検察官に対して供述している場面では、被疑者側に、公判において認められるような反対尋問等を認める必要はないことを判示したにすぎないのだと思う。その時点で配慮されるべきは、弁護人との接見（刑訴法30条1項、37条の2、39条）や黙秘権（同法198条2項）の保障であろう。

⑬のものは、証人の記憶喪失が証言利用不能の一場合であることを認めた事例である。記憶喪失といっても、本当の記憶喪失の場合と実質的な証言拒否の場合があり、両者を区別することは困難であることに注意が必要である。ちなみに、証言拒否の場合は証人の拒否の決意が固く翻意が考えられない事情があり、検察側が証言不能状態を作為的に創出していないことが、証言利用不能の要件とされるべきであろう（東京高判昭和63年11月10日判タ693号246頁）。

⑭の福岡高裁の事例は、受訴裁判所以外の裁判所で受命裁判官が証人尋問をしたというものである。被告人側に不当な不利益を生じていないのであれば、結論を支持しうるが、受訴裁判所外で証人尋問を行わざるをえない正当な理由に関して、もう少し充分な理由付けや説明が欲しいところで

51) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法第2版』48・49頁。

ある⁵²⁾。

⑯の東京高裁の事例は、⑳の最高裁判例を解釈する上で参考となる。少なくとも、平成の判例基準においては、証人が国外にいる状況に至った事情や経緯を考慮する姿勢をみせている。当該事件の事実の経緯をみるに、証人が寝返った場合や、公判での証言を約しながら公判廷で意図的に記憶喪失を主張しはじめたような場合に準じて、証人自ら出廷拒否を企図し国外退去した場合を処理することになろう。

㉑の判例は、かつては、証言利用不能の要件がさほど厳格に解されているなかったことを示すものといえ、⑳の事例は、第一審においては証人尋問がなされていた事例である。昭和期の裁判所の判断からすると(前記⑯㉑事例)証言利用不能の要件が、単なる証人の出廷を妨げる事情、例えば、国外にいる事実のみで、容易に充たされるとみているように思える。ただ、近時の事例(㉒判例)から推測すると、⑯㉑の判断がなされた時期より、現在は厳格な基準を用いるようになってきていると思われる⁵³⁾。

㉓の判例は、外国裁判所における証人尋問調査の証拠能力が争われたものである。国際間の常習的な薬物取引においては、よく生じる問題であるから、外国法廷の公判調査に関して明確な基準を示した点で、有用な判例と位置づけうる。細かい論点に立入れば、外国の裁判官面前調査に対して、刑訴法321条1項3号を適用すべきか、同条同項1号を準用すべきかが検討対象となるが、最高裁は前者の規定の適用を是とした⁵⁴⁾。本件は、国内犯罪の証人が偶然国外に出かけてしまっている場合ではなく、国際犯罪に該当するために共犯者の片方が外国に存し、その共犯者が証人の地位

52) 刑訴法158条の立法目的からすれば、受訴裁判所の法廷で証人尋問をなしえない正当な理由が必要である。ただ、被告人側に対して尋問に立会う機会はたしかに提供されていた事例である。

53) もっとも、平成7年6月20日判例は、証人が出入国管理法違反により国外退去となる場合の事例判断であり、その規律対象は限定されているとの反論も可能かと考える。

54) 拙稿判例評釈(最決平成15年11月26日刑集57巻10号1057頁)法学新報112巻9・10号475頁。

も有している場合に関する事件である⁵⁵⁾。また、この事例は、別事件の公判調書の証拠能力(伝聞例外該当性)に関する判断にみえるが、他国の裁判所の公判記録ではありながら、覚せい剤の輸出・輸入という共犯の事実から、同一事件の訴訟記録の信用性が問題とされる場合に近い判断であり、むしろ、共犯者証言の信用性こそ議論となる事例であることに注意しなければならない。

⑳の判例は、外国の裁判所で証人に刑事免責を与えた結果得られた嘱託尋問調書の証拠能力が問題とされた。最高裁はそのような書面に証拠能力を認めなかった。しかし、この事例については、そのような嘱託尋問調書が刑法321条1項3号書面に該当するか否かを中心に争うものとはみえず、刑事免責制度自体の許容性が中心争点となり、その争点に対し、免責付与制度の現行法制下での承認が困難であること、そして、時期尚早であることが、判示された事例と位置づけるべきかと思う。つまり、嘱託尋問調書の刑法321条1項3号書面該当性を形式的に解決することを企図した判示ではなく、免責付与の結果得られた証言の信用性よりも、むしろ、免責制度導入の妥当性につき最高裁の立場を明確にするための判示であったと解する⁵⁶⁾。よって、伝聞例外の要件、伝聞例外にあたる書面の信用性が議論の中心におかれた判例とは位置づけられないほうがよいものと考え

55) 前掲注4 渥美・椎橋『刑事訴訟法基本判例解説』320・321頁「外国の裁判所における公判調書」(倉持俊宏担当)。

56) ロッキード丸紅ルート東京高判昭和62年7月29日高刑集40巻2号77頁と比較。最高裁は、刑事免責に内在する取引的性格、免責後証言の信用性の不確かさ、免責制度の具体的な内容を定める刑法明文規定の不存在等を理由に、当該嘱託尋問調書の証拠能力を否定したが、その意図は政策的な配慮にみちていると思われる。ちなみに、明文規定がなくとも、おとり捜査に関しては条件付きで認めていること(最決平成16年7月12日刑集58巻5号333頁)とのバランスも考える必要があろう。前掲注4 渥美・椎橋『刑事訴訟法基本判例解説』322・323頁「嘱託尋問調書の証拠能力—ロッキード事件丸紅ルート—」(中野目善則担当)、同書140・141頁「刑事免責—ロッキード事件丸紅ルート—」(中野目善則担当)、同書22・23頁「おとり捜査(1)—大阪大麻所持おとり捜査事件—」(宮木康博担当)。

る。

②の判例については、検察官の権限濫用にかかる証言利用不能の場合を、憲法37条2項の証人審問権侵害の側面から論ずべきか、憲法31条の適正手続違反の観点から議論すべきかが問われてくる。ちなみに、刑訴規則1条2項は、「訴訟上の権利は、誠実にこれを行使し、濫用してはならない。」と規定しており、検察官、被告人の両当事者は当然そのルールに服することになる。②の判例は、国外退去となった外国人の「検察官面前調書を証拠請求することが手続的正義の観点から公正さを欠くと認められるとき」の例として、証人が国外退去となる事態を検察官が「殊更」に「利用」する場合や、「裁判官又は裁判所が当該外国人に対して証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還が行われた場合」を示している。前者の例は、手続的正義に反すると言うためには検察官の積極的な権限濫用意図が要件となることを示唆している。また、後者の例も、司法部の証人尋問決定に出入国管理法違反の国外退去という行政処分の執行を停止する効力はないため、喚問が不可欠な証人が公判廷に不在となりおよそ合理的な事実認定ができない虞のある場合に限定して、手続的正義に反することになる旨を示唆する趣旨と考えられる。最高裁が手続的正義の要請(憲法31条)を中心に判示を構成したのか、あくまで証人審問権(憲法37条2項)や伝聞法則(刑訴法320条1項)の例外要件である証拠の必要性・証言利用不能を念頭において判断しているのかは、本件判例のみによつては判断が難しいように思う。それは、あたかも、後述のジャイルズ事件が、対決権の問題であるのか、それとも、権利濫用の制裁として被告人に適正手続の主張を認めないという場合の問題であるのかを、決することを求めることに似ている。証人の国外退去に乗じる形での検察官の検問調書の証拠請求が証人審問権の問題であることは、それが同時に適正手続の問題であることを当然に排斥するものではなく、同様に、被告人の積極的な司法妨害活動が権利(対決権)剝奪の問題であることは、それが同時に適正手続を要請する被告人の資格の問題であることを否定するものではない。少なくとも、日本においては、包括的性格をもつ憲法規定(31

「証言利用不能」要件の位置づけ(1)

条)は証人審問権(37条2項)や弁護権(37条3項)を補足する関係にあると解釈しておくことにしたい。もっとも、事案の内容によっては、⑳判例のように、刑訴法の伝聞例外要件(刑訴法321条1項3号)への該当性よりも、刑訴法全体の精神(刑訴法1条)や適正手続(憲法31条)が主たる理由におかれて裁判所の判断が構成される場合もある。