

| | |
|------------------|---|
| Title | 刑事訴訟法第227条について |
| Sub Title | Reconsider article 227 of the Japanese Criminal Procedure Code |
| Author | 安富, 潔(Yasutomi, Kiyoshi) |
| Publisher | 慶應義塾大学大学院法務研究科 |
| Publication year | 2013 |
| Jtitle | 慶應法学 (Keio law journal). No.27 (2013. 10) ,p.189- 218 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 論説 |
| Genre | Departmental Bulletin Paper |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20131025-0189 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

刑事訴訟法第227条について

安 富 潔

- 1 はじめに
- 2 227条1項について
 - (1) 227条1項の立法趣旨
 - (2) 227条1項の要件
 - (3) 証人尋問請求の手續
- 3 227条1項に基づく尋問における当事者の立会い
 - (1) 憲法37条2項の証人審問権について
 - (2) 第1回公判期日前の証人尋問における被疑者・被告人又は弁護人の立会い
 - ア 判例の動向
 - イ 学説
- 4 法改正後の227条に基づく証人尋問について
 - ア 事案の経過
 - イ 決定要旨
 - ウ 検討
- 5 おわりに

1 はじめに

刑事訴訟法227条1項は、「第223条1項の規定による検察官、検察事務官又は司法警察職員の取調べに際して任意の供述をした者が、公判期日においては前にした供述と異なる供述をするおそれがあり、かつ、その者の供述が犯罪の証明に欠くことができないと認められる場合には、第一回の公判期日前に限り、検察官は、裁判官にその者の証人尋問を請求することができる。」と規定

する¹⁾。同条は、平成16年の「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」（平成16年法律第62号）によって改正されたが、改正前には、「第223条第1項の規定による検察官、検察事務官又は司法警察職員の取調に際して任意の供述をした者が、公判期日においては圧迫を受け前にした供述と異なる供述をする虞があり、且つ、その者の供述が犯罪の証明に欠くことができないと認められる場合には、第一回の公判期日前に限り、検察官は、裁判官にその者の証人尋問を請求することができる。」と規定されていた。すなわち、平成16年の改正により、「圧迫を受け」との要件が削除されたのである²⁾。

この改正の趣旨は、「第227条の規定に基づく証人尋問は裁判官の面前で行われるものであるから、その供述録取書の作成状況が公判で、争われることは、検察官面前調書などに比べれば格段に少ないであろうし、証人としても、中立の立場にある裁判官の面前で、宣誓の上、証言した場合には、検察官などの面前で供述しただけの場合に比べると、公判において異なる証言をする可能性も少なくなると考えられる。そこで、本項による証人尋問を活用することにより、供述録取書の作成状況をめぐる証人尋問等の証拠調べや、検察官面前調書など捜査段階における供述と公判供述とが相反する場合の信用性の比較・判断

1) 227条1項の証人尋問請求は、検察官にのみ認められているので、司法警察員が捜査の過程でその請求を必要と認めた場合は、証人尋問請求方連絡書に、226条又は227条に規定する理由があることを疎明すべき資料を添えて、検察官に連絡しなければならないとされている（犯罪捜査規範176条）。

鎌田隆志「第1回公判期日前の証人尋問」松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法』152頁（青林書院・2012年）は「犯罪の目撃者等が犯人の家族、友人、従業員、暴力団関係者その他犯人と近い関係にある者であることは少なくなく、これらの者は、犯人をかばうため、捜査機関からの出頭要求や供述を拒むことがある。また、犯罪の目撃者等が犯人と関係のない第三者である場合でも、捜査機関に協力し取調べのため出頭・供述することは少なからぬ負担を伴う上、犯罪捜査にかかわることによる後難をおそれて出頭や供述を拒み、又は公判で供述を翻すことも実務上しばしば見られるところである。」として、226条又は227条に基づく証人尋問が実務上しばしば行われる場合があることを指摘している。

2) なお、この改正で、227条1項の文言についても修文され、同条項中「取調」を「取調べ」に改め、「異なる」を「異なる」に、「虞」を「おそれ」に、「且つ」を「かつ」に改められた。

を要する場面を少なくすることができ、刑事裁判の充実・迅速化に資すると考えられる。そのような観点から同条による証人尋問の活用を考えた場合、『公判期日においては前にした供述と異なる供述をするおそれ』があれば足り、その原因として『圧迫を受け』ということまで要件とする必要はないと考えられる。そこで、同条による証人尋問の活用を促進し、刑事裁判の充実・迅速化を図るため、『圧迫を受け』との要件を削除することとされたものである。」と説明されている³⁾。

227条1項に基づく証人尋問がなされた場合、その証人尋問調書は321条1項1号書面として証拠能力が判断されることになる。そこで、検察官面前調書(321条1項2号)や司法警察員面前調書(321条1項3号)よりも、証拠能力が認められる要件が緩やかとなることから、検察官の立証の負担が軽減され、本条の利用を積極的に行うことが意図された立法といえる。

この刑訴法一部改正により、検察官が227条1項により第1回公判期日前の証人尋問請求を実施する事案が多く見受けられるようになった⁴⁾。

ことに裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(平成16年法律第63号)における裁判員対象事件では、被告人と証人との間に、共犯者あるいはそれに準ずる関係がある場合や親族その他特に親密な関係がある場合、また暴力団その他の組織で上下関係にある場合、参考人が外国人で公判期日には退去強制などで国外に在る可能性が考えられる場合などで、証人予定者が公判廷で捜査段階で

3) 落合義和=辻裕教「刑事訴訟法等の一部を改正する法律(平成16年法律第62号)の解説」『刑事訴訟法等の一部を改正する法律(平成16年法律第62号)及び刑事訴訟規則等の一部を改正する規則の解説』18頁(法曹会・2010年)。

最高検察庁『裁判員裁判における検察の基本方針』29頁(2009年)においても、「同条(227条=筆者注)の証人尋問を行っても、そこで証人が真実を証言しない場合があることは否定できないが、公判廷においては真実の証言が得られないおそれがあり、それ以前に裁判官の面前で捜査段階における供述を確認しておく方が適切であると認められる場合には、参考人供述による公判立証を図るための一方策として、供述者の取調べ時の言動、立場、性格等を踏まえ、予想される裁判官の面前での供述内容を把握した上で、尋問範囲をポイントに絞るなどして尋問に要する労力を軽減させつつ、同条の証人尋問を積極的に活用することを考慮すべきであろう。」として、227条の積極的な利用を示唆している。

の供述を翻したり、供述不能が想定される可能性があると思料される場合などに、227条1項による証人尋問請求がなされている。

しかし、227条1項に基づく証人尋問の場合、228条2項により、「裁判官は、捜査に支障を生ずる虞がないと認めるときは、被告人、被疑者又は弁護人を前項の尋問に立ち会わせることができる。」と被告人・被疑者又は弁護人の立会いは裁判官の裁量とされている。しかし、公判前整理手続が開始された後に実施された227条1項に基づく公判前の証人尋問では、被告人の証人審問権（憲法37条2項）が十分に保障されているといえるのかには問題がないわけではない⁵⁾。

本稿では、刑訴法227条1項により証人尋問請求がなされ、起訴後、第1回

-
- 4) 公判期日における証人が予定される参考人に対し、227条1項に基づく公判前の証人尋問を実施しておけば、①当該証人が、裁判官の面前で、宣誓の上、偽証罪の制裁の下に供述するので、心理的に後から公判期日で供述を翻しにくくなることがあるし（供述内容の一貫性担保）、②仮に証人が公判廷で供述を翻した場合には、「前に裁判官の前で供述したときはこう言っていたではないか」などと述べて、公判廷での供述を弾劾するための手掛かりとなる（公判供述の有効な弾劾）からである。

丸山哲巳「裁判員裁判において刑事訴訟法321条1項2号後段による検察官面前調書（いわゆる2号書面）の採否が問題となる事案の審理について」『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題』第3巻（公判前整理手続及び裁判員裁判編）389頁（立花書房・2011年）は、「この場合、起訴後、公判期日を間近に控えている段階で公判前の証人尋問を実施しても、証人は、既に検察官調書の内容を翻してしまっていることも多いであろうから、検察官は、捜査段階でも、証人予定者が公判廷で供述を翻す可能性があると思料する場合には、起訴前の段階（可能であれば、検察官調書を作成した直後の段階）で公判前の証人尋問を請求することも検討すべきであろう。」とし、「公判前の証人尋問が行われた場合には、その証人尋問調書は容易に証拠能力が付与されることになるが、そうであるからといって、検察官は、公判廷において証人から真実と考える供述を引き出す尋問をする必要がなくなるものではない。仮にこのような尋問がなされなかった場合、尋問調書が採用されたとしても、裁判員が心証を得ることは困難になり、適切な審理が行われたことにはならないであろう。」と指摘する。

- 5) 丸山・前掲注4) 389頁は、「弁護人を立ち会わせた方が、供述内容の一貫性担保の観点からも公判供述の有効な弾劾の観点からもより効果的であるといえることができる」とするが、本稿は、供述の信用性という視点ではなく、被告人の防御権行使という観点で検討する。

公判期日前に証人尋問が実施されるに際し、被告人又は弁護人の立会いがなく、反対尋問の機会がないままになされた証人尋問について、被告人に保障された憲法37条2項の証人審問権との関係を検討することとしたい⁶⁾。

2 227条1項について

(1) 227条1項の立法趣旨

227条1項は、226条1項とともに、検察官が、捜査の必要上、証人尋問の請求をすることができることを定めた規定である。

223条に基づいて捜査機関の取調べを受けた被疑者以外の第三者の任意の供述であって、犯罪の証明に欠くことができないと認められるものについては、公訴の維持の観点から、証拠保全の必要性がある。そこで、227条1項は、任意供述をした被疑者以外の第三者が、「公判期日においては前にした供述と異なる供述をするおそれがあり、かつ、その者の供述が犯罪の証明に欠くことができないと認められる場合」に、検察官は、裁判官に証人尋問を請求することとしている。

227条1項の立法趣旨については、①被疑者以外の第三者の供述について、裁判官の面前における供述を録取した書面として保全する趣旨と理解する立場⁷⁾、②公訴提起前の捜査それ自体においても、被疑者以外の第三者の供述が公判期日においても証拠となり得ることを前提としてはじめて、事後の捜

6) 証人審問権については、津村政孝「対審権の歴史に関する連邦最高裁の理解について——証拠法研究ノート(2)」学習院法務研究6号19頁以下(2012年)、小早川義則「証人対面権、強制的証人喚問権」『デュー・プロセスと合衆国最高裁』(成文堂・2012年)、同「証人審問権と伝聞法則(1)~(2)」名城ロースクール・レビュー19号1頁以下、22号27頁以下(2011年)、山田道郎「証人審問権と伝聞法則」法律論叢70巻4号23頁以下(1998年)、『証拠の森』4頁~23頁所収(成文堂・2014年)、多田辰也「証人審問権についての予備的考察」立教法学49号233頁以下(1998年)、堀江慎司「証人審問権の本質について——アメリカにおける議論を中心に(1~6)」法学論叢141巻1号~5号1頁以下、142巻2号1頁以下(1997年)など参照。

査を継続することが可能となる場合があるので、証拠保全の趣旨と捜査継続に必要な資料の収集の趣旨とを含んでいるとする立場⁸⁾、さらに③証人尋問を実施した裁判官の得心証を捜査継続の資料とし、さらには公判裁判官の心証の資料にも利用させることにあるとする立場⁹⁾が主張されている。

(2) 227条1項の要件

227条1項は、「前にした供述と異なる供述をするおそれ」を要件としている¹⁰⁾。

「前にした供述」とは、223条により捜査機関の取調べに際して任意になした供述をいう。

7) 平場安治＝高田卓爾＝中武靖夫＝鈴木茂嗣『注解刑事訴訟法』中巻〔全訂新版〕165頁〔高田卓爾〕（青林書院・1982年）、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』〔第4版〕437頁（弘文堂・2009年）、河上和雄＝中山善房＝古田佑紀＝原田國男＝河村博＝渡辺咲子編『大コメンタール刑事訴訟法』〔第2版〕第4巻636頁〔池上政幸＝河村博〕（青林書院・2012年）など。

8) 伊藤栄樹＝亀山継夫＝小林充＝香城敏暦＝佐々木史朗＝増井清彦編『注釈刑事訴訟法』〔新版〕第3巻257頁〔伊藤栄樹＝河上和雄〕（立花書房・1996年）。

9) 青柳文雄『5訂刑事訴訟法通論』上421頁（立花書房・1976年）は、「この場合には検察官の供述録取調書ならば裁判官の調書に準じた証拠能力を認められている（法321条1項2号）が、裁判官の調書の場合には、公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の状況が存する必要がなく、供述の内容が著しく異なる必要がない点において差がある。従って、実務の面では、他に捜査段階における供述を裏付けるに足る証拠がなく、被疑者または被告人が終始自白せず、社会通念によってもその供述のみが信用し得るとも断定し難いような場合には、本条の証人尋問を請求する実益が存するであろう。検察事務官、司法警察職員の供述録取調書については、極めて限られた証拠能力が認められるに過ぎないから（同条1項3号）、常に本条の証人尋問を請求する実益があるが、検察官が自ら調書も作成せずに本条の尋問の請求をするのは少なくとも妥当ではないし、その要件を認め難い場合さえあろう。この証人尋問は、当該裁判官の得心証を捜査継続の資料とし、更には公判裁判官の心証の資料にも利用させるにある。もし裁判官の面前における供述の宣誓を利用し、公判廷でこれと異なる供述をした場合の偽証の制裁の発動を狙うのであれば証拠保全の一種であるが、右に述べたような効果をもつので、運用次第では裁判官が検察官に利用されるようなことになりかねない。」という。

「異なる供述」とは、一般に、捜査機関に対する供述と将来の公判期日における供述との間に、前者を証拠とすれば犯罪事実に関する証明ができるが、後者のみを証拠とすれば、これが不可能になるという程度の差異があるものをいうと解されている¹¹⁾。すなわち、供述相互が些末な部分以外の部分で内容的に異なるような場合のほか、相互の間に裁判官の心証に与える力の差があり、その結果、いずれの供述を信用するかによって犯罪事実の認定が左右されることとなるような場合も、供述が異なっているといえる。また、供述が被告人・被疑者に利益に変更される場合のみならず、被告人・被疑者に不利益に変更される場合も含まれる¹²⁾。

「おそれ」は、緩やかな蓋然性で足りるが、それは、抽象的なものではなく、具体的な情況からして合理的に認められるものであることが必要であると一般にされている。とはいえ、捜査に関与していない裁判官にとって、「おそれ」という蓋然性の判断は、実質的には、抽象的にならざるを得ないであろう。

「犯罪の証明に欠くことができない」とは、その供述が公訴提起前の被疑事実又は公訴提起後の公訴事実（以下「犯罪事実」という。）の存在についての積極的な証明に不可欠であることをいう¹³⁾。犯罪事実の全部の証明に不可欠であると一部の証明に不可欠であるとを問わない。一部の証明に不可欠なものは

10) 法改正前の「圧迫を受け」とは、捜査機関に対して任意の供述をした者の供述を変更させる蓋然性のある事情をいい、証人が圧迫を感じる情況があれば足りるとされてきた（藤永幸治＝河上和雄＝中山善房編『大コンメンタール刑事訴訟法』第3巻〔池上政幸〕616頁（青林書院・1996年）など参照）。

11) 池上政幸＝河村博・前掲注7) 637頁、条解・前掲注7)・438頁など。

12) 伊藤栄樹＝河上和雄・前掲注8) 257頁参照。鎌田隆志・前掲注1) 153頁は、第1回公判期日前の証人尋問は、捜査段階における捜査機関の取調べに代わるものとして規定されたものであり、捜査において被疑者以外の者を取り調べその供述録取書を作成するのは、犯罪事実を裏付ける供述を証拠化するのみならず、将来、捜査の結果が覆ることのないように、犯人の弁解や関係者の証拠隠滅を防ぐという意義もあるからとされる。

13) 犯罪の捜査上欠くことができない知識を有する者には、例えば、被疑者の行方を知っている者などが該当しよう。

含まないと解することには理由がないわけではないが、一部についてでも証明が欠ければ、およそ全体の証明ができなくなるわけであるから、犯罪事実の全部の証明に不可欠であると一部の証明に不可欠であると問わないと解するのが相当であろう。また、数個の犯罪事実のうちの一つについて証明を欠くこととなる場合は、それらの数個の事実が科刑上一罪の関係にあるとしても、本条の要件を満たすし、本来証明すべき犯罪事実以外の犯罪しか証明できないこととなる場合も、本条の要件を満たすものと解される¹⁴⁾。もっとも、単に刑の加重減免の事由となる事実や情状に関する事実の証明に欠くことができないものにとどまる場合は、「犯罪の証明に欠くことができない」との要件には当てはまらないと解されている¹⁵⁾。

なお、犯罪の証明に欠くことができないというためには、それが唯一の証拠であることを要せず、また、直接証拠であると間接証拠であることを問わない。その欠如、変更により、犯罪事実の存在についての裁判官の正当な心証形成が妨げられることとなる供述であればよい。

「第一回の公判期日前に限り」とあるので、起訴前に限らず、公訴提起後第1回公判期日前に請求することも差し支えない¹⁶⁾が、起訴前の捜査段階での証人尋問請求の必要性和起訴後第1回公判前の段階におけるそれとは同様に考えることはできない。ことに、裁判員対象事件で公判前整理手続が実施され、争点が具体的になってきた段階で、当該証人の捜査段階での供述調書が被告人側によって不同意にされ、検察官面前調書を請求する必要が生じたときなど、321条1項2号の要件を検察官が立証する負担を軽減するために、227条を理由とした証人尋問請求がなされることがある。

14) 条解・前掲注7)・438頁は、処罰条件の存在、処罰阻却事由の不存在の証明も同様とする。

15) 池上政幸＝河村博・前掲注7) 638頁など。

16) 札幌高判昭和27年2月11日高刑集5巻1号101頁。

(3) 証人尋問請求の手続

227条1項による第1回公判期日前の証人尋問の請求権者は、検察官に限られる¹⁷⁾。

検察官は、①証人の氏名、年齢、職業及び住居、②被疑者又は被告人の氏名、③罪名及び犯罪事実の要旨、④証明すべき事実、⑤尋問事項又は証人が証言すべき事項、⑥227条1項に規定する事由及び⑦被疑者に弁護人があるときは、その氏名を記載した証人尋問請求書を提出して第1回公判期日前の証人尋問を請求しなければならない(刑訴規160条1項)。

検察官は、証人尋問を必要とする理由及びそれが犯罪の証明に欠くことができないものであることを裁判官に疎明しなければならない(227条2項)¹⁸⁾。

請求を受けた裁判官は、その請求が適法かどうか、及び要件を充足しているかどうかを審査し、要件を充足していると認めるときは、証人尋問を行わなければならない¹⁹⁾。

裁判官は、証人尋問を実施する場合、弁護人に対し、尋問の日時及び場所を通知する必要はないとされている²⁰⁾。227条1項に基づく第1回公判期日前の証人尋問は、捜査における強制処分と理解されていることから、検察官に請求権が認められているので、弁護人に対する通知義務はない。しかしながら、公判前整理手続が導入され、争点整理の過程で検察官が起訴後に227条1項により第1回公判期日前の証人尋問請求をした場合には、裁判官は、弁護人に対し、尋問の日時及び場所を通知し、被告人の防御への配慮を図るべきである。

17) 司法警察員が証人尋問の必要性があると思料したときは、「証人尋問請求方連絡書」(捜査書類基本書式例様式第10号)により、又は口頭で検察官に対して、裁判官による証人尋問を求めることになる。

18) 東京高判昭和30年8月30日高刑特2巻16・17号881頁。

19) 請求が不適法であるか、又は要件を充足していないと認めるときは請求を却下すべきである(条解・前掲注7)439頁)。裁判官は、捜査機関ではないので、証拠収集の要否を判断する立場にないから、例えば、既に検面調書が作成済みであることなどを理由に証人尋問の必要性がないとして、請求を却下することはできない。鎌田・前掲注1)154頁

20) 最決昭和28年3月18日刑集7巻3号568頁。

証人尋問の実施については、請求を受けた裁判官は、「裁判所又は裁判長と同一の権限を有する」（228条1項）ので、裁判所又は裁判長のする証人尋問に関する刑訴法及び刑訴規則の総則の規定が第1回公判期日前の証人尋問に準用される。

裁判官は、第1回公判期日前の証人尋問に際しては、検察官から提供された証人の供述録取書等を参考資料として、尋問事項書に沿って尋問することが想定される。しかし、検察官も証人尋問をすることができるので、事案の内容や証人の立場、尋問事項等に応じて、捜査状況を踏まえて、証人尋問請求をした意図に沿うような尋問を自ら行うのが一般的であるように思われる²¹⁾。

裁判官は、第1回公判期日前の証人尋問をしたときは、速やかにこれに関する書類を検察官に送付しなければならない（刑訴規163条）。

公判前整理手続に付されている事件では、検察官は、証人尋問調書を類型開示手続（316条の15第5号）において、被告人側に開示することになる。しかし、被告人側に反対尋問の機会が保障されているわけではないので、被告人の防御の観点から疑問がないとはいえない。

3 227条1項に基づく尋問における当事者の立会い

(1) 憲法37条2項の証人審問権について

日本国憲法の施行に伴い刑事訴訟法について応急的措置を講じることを目的として、昭和22年5月3日から「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律」（昭和22年法律第76号、以下「刑訴応急措置法」という。）が施行された。同法11条2項は、「被告人は、公判期日において、裁判長に告げ、共同被告人、証人、鑑定人、通事又は翻訳人を訊問することができる。」と規定し、憲法37条2項に基づいて、被告人に対し、従来認められていなかった

21) 裁判官は、捜査に直接関与しているわけではないので、検察官が尋問事項書を提出しているとはいえ、実際には、検察官が証人に対して尋問することになる。

た直接証人を尋問する権利を与えた。また、同法12条1項は、「証人その他の者（被告人を除く。）の供述を録取した書類又はこれに代わるべき書類は、被告人の請求があるときは、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なければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難な場合には²²⁾、裁判所は、これらの書類についての制限及び被告人の憲法上の権利を適当に考慮して、これを証拠とすることができる。」と規定した。これによると、司法警察員又は検察官の作成した供述録取書類は、被告人の請求があるときは、必ずその供述者を公判廷において取り調べなければ証拠とすることができないことになる。この意味において、被告人の証人審問権が保障されているのであるが、他方で被告人に反対尋問の機会が与えられている限りは、その証人の公判廷外における供述調書を証拠とすることができる。

この刑訴応急措置法12条1項の規定について、検察官面前調書の証拠能力が争われた事件で、最大判昭和24年5月18日刑集3巻6号789頁は「憲法第37条第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、反対訊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、被告人に反対訊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

22) 司法省刑事局刑事課『刑訴應急措置法質疑解答集』119頁（近代書房・1947年）は、但書にある「著しく困難な場合」とは、例えば、(1)外国に滞在する場合、(2)遠洋に出漁中、(3)冬期交通の途絶する深山、(4)病氣重篤で近い将来に出廷できない場合、(5)その他、としており、現行法321条1項1号前段に該当する供述不能に該当する趣旨の解釈がなされている。また、「被告人の憲法上の権利を適当に考慮」ということについて、例えば、「(1)証人を公判廷外で臨床尋問し、これに被告人或いはその辯護人を立合わせ、反対尋問の機会を興えた場合、(2)検察官司法警察官等が、その証人、共同被疑者等の取調に、当該被告人（又はその辯護人）を立合わせ、反問の機会を興えていた場合、(3)従前の手続で、当該被告人と証人その他の者が対質訊問せられていた場合などには、被告人の憲法上の権利が適当に考慮せられて居るものと言える。」としている（同121頁）。

のではない。従って、刑訴応急措置法第12条において、証人其他の者（被告人を除く）の供述を録取した書類は、被告人の請求があるときは、その供述者を公判期日において訊問する機会を被告人に与えれば、これを証拠とすることができる旨を規定し、検事聴取書の如き書類は、右制限内において、これを証拠とすることができるものとしても、憲法第37条第2項の趣旨に反するものではない。」とした。

この戦後の応急的臨時立法であった刑訴応急措置法に関する最高裁の見解は、現行刑事訴訟法の解釈として引き継がれることになり、判例理論として確立する。

最大決昭和25年10月4日刑集4巻10号1866頁は、証人が、公判廷において、第1回公判期日前の裁判官の面前においてした供述と異った供述をしたため、検察官から裁判官面前調書の証拠調請求がなされた場合に、その書面が、被疑者、弁護人等に反対尋問の機会を与えないで作成されたものであったことから、憲法37条2項に違反するとして争われたものであるが、「憲法37条2項は、刑事被告人は、すべての証人に対して審問する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いうのであって、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いう意味をふくむものでないことは当裁判所の判例とするところである（昭和23年（れ）第833号同24年5月18日大法廷判決）。」とした²³⁾。

23) この決定では、証人は、検察官の請求により、原審公判廷において尋問され、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点において、憲法37条2項の要請は満たされたものと認めることができるとする。

(2) 第1回公判期日前の証人尋問における被疑者・被告人又は弁護人の立会い

検察官から227条1項による証人尋問の請求がなされ、第1回公判期日前の証人尋問が実施された場合、228条1項は、「前2条の請求を受けた裁判官は、証人の尋問に関し、裁判所又は裁判長と同一の権限を有する。」と規定し、同条2項は、「裁判官は、捜査に支障を生ずる虞がないと認めるときは、被告人、被疑者又は弁護人を前項の尋問に立ち合わせることができる。」と規定する。したがって、228条2項は、裁判官の裁量によって被告人側の反対尋問の機会を与えることなく証人尋問がなされることを想定している。しかし、被告人の立会いを裁判官の裁量に委ねている228条2項は、憲法37条2項に違背するのではないかが問題とされる²⁴⁾。なお、検察官については、本条2項が言及していないことから、立会権があると解されている²⁵⁾。

ア 判例の動向

最大判昭和27年6月18日刑集6巻6号800頁は、228条2項の合憲性について、「憲法37条2項の規定は、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な手続により証人を求める権利を保障した規定であって、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。そして、刑訴228条の規定は、前2条の規定とともに、同197条1項に基き規定された検察官の強制捜査処分請求に関する法律規定であって、受訴裁判所の訴訟手続に関する規定ではなくて、その供述調書はそれ自体では証拠能力を持つものではない。されば、刑訴法が同228条2項において、『裁判官は、捜査に支障を生ずる虞がない

24) 157条ないし159条の規定は適用されないが、立会いが認められた被疑者、被告人又は弁護人については、157条3項、158条2項及び3項の適用が認められる。

157条2項の適用については、学説では肯定説（注解刑訴中・前掲注6）170頁）があるが、判例（最決昭和28年3月18日刑集7巻3号568頁、同昭和28年4月25日刑集7巻4号876頁）は消極説といってよい。159条についても同様である。

25) 反対、佐伯千仞『刑事裁判と人権』14頁（法律文化社・1957年）。

と認めるときは、被告人、被疑者又は弁護人を前項の尋問に立ち合わせることが出来る。』と規定して、同条の証人尋問に被告人、被疑者又は弁護人の立会を任意にしたからといって、前記憲法の条項に反するものではない。刑訴法は、受訴裁判所の訴訟手続に関する規定として右228条等の規定にかかわらず更に刑訴320条の規定を設け前記憲法の条項に基く刑事被告人の権利を充分に尊重しているのである。」とする²⁶⁾。

この判決の事案は、被告人及び弁護人が第1回公判期日前の証人尋問調書を証拠とすることに同意していたもので、判決においても「刑事被告人の前記憲法上の権利を尊重した右刑訴320条所定の同326条に規定する場合であるというべく、従って、第一審の採証手続に何等の違憲違法をも認めることができない。」と述べており、228条2項の解釈について、証人尋問調書を不同意とした場合について、その合憲性が争われたものではない²⁷⁾。

そして、この最高裁大法廷判決を踏まえて、228条2項に関して、227条1項に基づく証人尋問における立会いを被疑者・被告人又は弁護人に認めるかは、裁判官の裁量によるとする裁判例が下された。

最決昭和28年3月18日刑集7巻3号568頁は、「227条にもとづく裁判官の証人尋問に際しては、同228条2項は『裁判官は捜査に支障を生ずる虞がないと認めるときは、……弁護人を……尋問に立ち合わせることが出来る。』と定

26) 東京高判昭25年1月21日高刑特10号6頁、最大決昭25年10月4日刑集4巻10号1866頁、広島高判昭和26年4月28日高検速報（昭和26年その1）75頁、東京高判昭和27年2月27日高刑集5巻3号375頁、高松高判昭和27年6月14日高刑集5巻8号1209頁。この判例後も同旨のものとして、最判昭和35年12月16日刑集14巻14号1947頁、最判昭和36年2月24日裁判集刑137号243頁、最判昭和38年12月12日裁判集刑149号291頁、最判昭和45年3月26日裁判集刑175号551頁、最判昭和49年3月5日裁判集刑191号249頁、最判昭和50年3月25日裁判集刑195号643頁など。

27) 東京高判昭和27年2月27日高刑集5巻3号375頁は、「憲法第37条第2項にいわれる証人の審問とは当該事件の公判準備又は公判の手続に於ける証人取調を意味し、捜査方法としての証人の尋問については当該事件の被告人や弁護人すら立会及び尋問の機会を与えられるや否やは受任裁判官の裁量に委ねられている」とする。

め、この場合の証人尋問には弁護人の立合を任意にしているのである（かかる立合の任意であることについては昭和25年(あ)797号、同27年6月18日大法廷判決。判例集6巻6号800頁参照）。従って右の証人尋問の場合、刑訴157条2項の適用はないものというべきである」として、227条に基づく裁判官の証人尋問の場合、弁護人に対する尋問の日時及び場所を通知する必要はないとした。

この事案は、第1審において被告人側が227条の証人尋問調書に同意したものであるが、弁護人が、上告趣意において、弁護人が選任されていたのであるから、227条の証人尋問にあたっては、157条2項により、尋問の日時、場所を弁護人に通知しなければならないのに通知しなかったのは違法であり、同意したとしても瑕疵は治癒されないと争ったものである。

さらに、最決昭和28年4月25日刑集7巻4号876頁は、227条の証人尋問における立会人の範囲について、「刑訴227条の証人尋問の場合には、必ずしも被告人及び弁護人の立会を要するものとはされておらず、かかる刑訴228条2項の規定が憲法37条2項に違反しないことは、当裁判所大法廷の判例（判例集6巻6号800頁）であるから、右証人尋問に当って被告人、弁護人の何れか又はその双方或は弁護人中の何名に立会を許すかということも右証人尋問をする裁判官の裁量に属することであり、（しかも本件において被告人及び全弁護人が右各証人尋問に立ち会い反対尋問権を行使する機会を与えられている。）またその通知に当りどの程度の準備の余裕を与えるかということも同様裁判官の裁量に属するものと解すべきであり、このような措置が何ら憲法37条2項に反しないことは前記判例の趣旨に徴し明らかなるところである。」とした。

この事案では、227条1項に基づく証人尋問がなされた際に、被告人及び弁護人に期日の通知がなされず、弁護人のうち2名に対して期日の当日の朝に電話での通知がなされたことから、弁護人が、上告趣意において、「被告人並に弁護人に対する通知は憲法第37条第2項によって絶対に必要である。憲法37条2項によって刑事被告人はすべての証人に対して審問する機会を充分に与えられる権利を有するのであってその権利の行使のためには通知は当然の要件である。そもそも被告人及弁護人が証人尋問に立会うことを制限した刑訴法228条

2項は憲法37条2項に違反する無効のものとする。かりに刑訴228条2項が違憲でないとしても当該裁判官が捜査に支障を生ずるおそれがないと認めて被告人及び弁護人の立会を許容せんとする限りは当然その通知をなすべきであって之れをなさず之れについて被告人及び弁護人の異議があるにもかかわらずあえて尋問を強行するは憲法37条2項に違反するものと云わねばならぬ。」として争ったのに対して、上記のとおり、227条1項に基づく証人尋問に際して被告人若しくは弁護人のいずれか又は双方、あるいは弁護人中の何名に立会いを許すかは、裁判官の裁量に属するとしたのである²⁸⁾。

さらに、最判昭和35年12月16日刑集14巻14号1947頁は、弁護人の上告趣意において、227条、228条により被告人及び弁護人に審問の機会を与えずに作成さ

28) 大阪高判昭和32年12月18日高刑特4巻23号637頁は、227条の請求に基づく証人尋問に関して、「刑事訴訟法227条による裁判官の証人尋問の場合においては、同法228条第2項及び刑事訴訟規則第162条の規定によって、被告人、被疑者及び弁護人には原則として立会権はないが、検察官にはこのような特則がないから、一般原則である同法第157条第1項等の規定によって、立会権があるものと解すべきである。」とする。そして、この検察官の立会権を前提として、最判昭和36年2月24日裁集刑137号247頁は、「刑訴227条、228条の証人尋問に立会う検察官には同157条3項の準用により証人尋問権があると解される」とする。

実務的には、228条に基づく証人尋問が、捜査権限を有する検察官が、捜査の必要性から前2条に基づいて証人尋問を請求し、捜査の一環として行われるものであることから、検察官には当然立会権が認められるものと考えられるというのが一般的な理解といえよう。

しかしながら、被告人、被疑者又は弁護人の証人尋問立会権、反対尋問権を認めないのは、憲法37条2項の被告人の権利保障の観点から、はたして妥当といえるのか。解釈論としてはありうるとしても、捜査に支障のない限り立会いを認める方向に運用するのが、憲法に忠実な考え方といえよう。

なお、弁護人が立ち会い、証人に対して反対尋問を実施した場合の方が、そうでない場合に比較して、公判廷で取り調べた証人尋問調書の信用性の判断は容易になるということはあるが、228条2項が「弁護人を（中略）立ち合わせるができる」と規定していることや、公判前の証人尋問が捜査の一環として規定されていることからすると、常に弁護人（又は被疑者、被告人）を立ち合わせる必要があるとする解釈は採り得ないとの見解がある（丸山・前掲注4）389頁）。

れた証人尋問調書は、憲法37条2項に違反し、無効であり、これを証拠とした原判決は憲法37条2項に違反すると主張したのに対して、「憲法37条2項の規定が反対尋問の機会を与えない証人その他の者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いう意味を含むものでないことおよび刑訴228条2項において、同条の証人尋問に被告人、被疑者又は弁護人の立会を任意にしたことが右憲法の条項に反するものでないことは、当裁判所判例（昭和23年（れ）第833号同24年5月18日大法廷判決、集3巻6号789頁²⁹）および昭和25年（あ）第797号同27年6月18日大法廷判決、集6巻6号800頁）の示すところである。そして記録によれば、証人Kは第一審第5回、第14回および第15回公判廷において、又原審第14回公判廷において尋問され、被告人側の反対尋問にさらされ、しかも原審においては所論の尋問調書につき尋問を受けているのであって、これを証拠とした原判決が憲法37条2項に違反するものでないことは当裁判所判例（昭和25年（し）第16号同年10月4日大法廷決定、集4巻10号1866頁）により明らかである。」と判示した。

この判断は、従前の最高裁の判断を踏まえて、227条1項に基づく証人尋問において、228条2項により被告人及び弁護人に審問の機会を与えずに作成された証人尋問調書の証拠能力が争われた事例におけるものである。

29) 検察官面前調書について、被告人に反対尋問の機会を与えて作成したことにはならないから、これを証拠とすることはできないと弁護人が上告趣意書で主張したのに対して、前掲の最大判昭和24年5月18日刑集3巻6号789頁は、前記のように判示したうえで、「検事聴取書は、いわば、原告官たる検事が作成したものであるが、他の書類と同様一の訴訟資料として、公判において被告人に読聞けられるものであり、もし被告人に不審不満の点があれば、憲法上の権利として、公費でしかも強制手続によって其供述者の喚問を請求し、充分反対訊問をなし、其内容を明らかにすることができるのであるから、裁判官の自由なる心証により、これを証拠となし得るものとするも、被告人の保護に欠くところはない、唯無制限にこれを証拠となし得るものとするれば、憲法第37条第2項の趣旨に反する結果を生ずる恐れがあるから、刑訴応急措置法第12条により、被告人の權益確保につとめているのであって、右措置法の規定は憲法第37条第2項の旨を承けたものであり、たがいに枉格するものではなく、これを無効とすべき理由はない。」と結論した。

なお、この判決には、奥野健一裁判官の補足意見があり、「憲法37条2項の『刑事被告人はすべて証人に対して審問する機会を十分に与へられ』るとは、反面において被告人に審問する機会を十分与えられない証人の証言及びその供述調書によって有罪とされないということを保障したものと解する。そして『審問する機会を十分に与へる』ためには、原則として証人の供述の際に、被告人を立ち合わせ、反対尋問の機会を与えることを要するものと解するのが当然である。しかし、証人尋問の際に被告人に反対尋問の機会を与えなかった場合でも、後の公判期日において、その証人が再び尋問され、その際にXにした証言部分について、被告人側に反対尋問の機会が十分与えられているならば、結局反対尋問の機会が与えられたことになるから、Xの証人の証言又はその供述調書を証拠とすることは必ずしも違憲であるということとはできないと考える。本件において証人Wは第一審第5、第14及び第15回公判廷において、また原審第14回公判廷において尋問され、被告人側の反対尋問にさらされ、しかも原審において所論の尋問調書につき尋問を受けていることは記録上明白であるから、この意味において憲法37条2項違反の所論は採るを得ない。」と述べている。奥野裁判官の意見では、憲法37条2項の証人を審問する機会を十分に与えるためには、「原則として証人の供述の際に、被告人を立ち合わせ、反対尋問の機会を与えることを要する」ものと解するのが当然であることが前提とされ、証人が原審公判廷で所論の尋問調書につき尋問を受けたことが、その要件に代わる効力を有して、憲法37条2項違反の所論は理由がないという結論に至ることになる³⁰⁾。

その後、最判昭和50年3月25日裁判集刑195号643頁は、「憲法37条2項、3項違反をいう点は、刑訴法228条2項が同条の証人尋問にあたり弁護人の立会を任意にしているからといって憲法の所論条項に違反するものでないことは、最高裁判所昭和25年(あ)第797号同27年6月18日大法廷判決・刑集6巻6号800頁及びその趣旨によって明らかである。また、記録によれば、所論の証人A

30) 三井明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和35年度』450頁参照。

は、刑訴法227条、228条に基づく所論証人尋問調書が作成されたのち死亡したため、第一審が、検察官の請求により、同法321条1項1号により右証人尋問調書を証拠として採用したのであって、結局、被告人には証人尋問調書について証人を反対尋問する機会を与えられずに終わっているけれども、憲法37条2項は反対尋問の機会を与えない証人の供述を録取した書面は絶対に証拠とすることを許さない旨を規定したのではなく、公判廷外の供述を録取した書面を証拠とすることとしても、供述者の死亡その他供述者を裁判所において尋問することを妨げるやむを得ない事由があって、そのため被告人に反対尋問の機会を与え得ないような場合には、右条項に違反するものでなく、したがってまた同条3項に違反するものでないことは、最高裁判所の判例（昭和23年（れ）第833号同24年5月18日大法廷判決・刑集3巻6号789頁、昭和25年（し）第15号同年10月4日大法廷決定・刑集4巻10号1866頁、昭和26年（あ）第2357号同27年4月9日大法廷判決・刑集6巻4号584頁）の趣旨に照らし明らかであるから、この点に関する原判断は結局正当である」とした。227条及び228条に基づき、被告人及び弁護人に立会いの機会を与えることなく証人尋問調書が作成されたのち、当該証人が死亡したため、第一審において、検察官の請求により、321条1項1号により証人尋問調書を証拠として採用したことから、被告人には証人尋問調書について証人を反対尋問する機会をまったく与えられずに終わったのであるが、この裁判例は、この場合においても、憲法37条2項、3項に違反するものでないとする³¹⁾。

たしかに、227条に基づき裁判官による証人尋問調書が作成され、その後公判期日において、証人が死亡した場合には、検察官として証人の死亡を予想し、公判期日における供述不能に備えるということは考えにくい。さらに、証人が死亡した場合には、証人に対する反対尋問権を行使することができないので、321条1項1号前段で証拠能力を肯定するということは解釈上あり得よう。しかし、そのような場合に228条2項の「捜査に支障を生ずる虞」があるとして、被告人の弁護人の立会いを拒むことは、被告人の反対尋問権保障に鑑みれば疑問なしとはいえない。

イ 学説

現行法施行後間がない時期、学説の多数説³²⁾は、228条2項を合憲と解していた。憲法37条2項にいう「刑事被告人」とは、公訴の提起を受けた被告人を意味するものと解するとの前提で、栗本一夫元判事が「本項（憲法37条2項＝筆者注）は被疑者のことに触れているものではないと解する。このことは、米連邦憲法修正第6条に規定する対審の権利なるものが、単に公判に出席して証人を尋問する権利を有することを規定したに止まるものであり、決して大陪審の前で証言する証人についてまでこの権利を認めているものではないとされていることに鑑みても、しかく結論できるものと思うのである。この意味において証拠保全（法179条）及び起訴の特例手続（法262条以下）における証人尋問が、総則の証人尋問の規定が準用される結果（法179条2項、265条2項）、当事者に立会権及び尋問権が認められているのは、必ずしも憲法の要請ではなく、法が、これを賦与したに過ぎないこととなるのである。況んや、法第228条第2項による被告人、被疑者又は弁護人の立会に至っては、全く法が独自の見解から規定したものに過ぎないのであって、憲法の何ら関知するところではない。殊に、この法第228条第2項は、被疑者、被告人側に立会権と尋問権を認

31) 最判昭和38年12月12日裁判集刑149号291頁も、憲法37条「2項の規定が、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る権利を保障したものであって、捜査手続における保障規定ではないこと、刑訴228条は前2条の規定とともに、同197条1項に基づき規定された検察官の強制捜査処分請求に関する規定であって、受訴裁判所の訴訟手続に関する規定ではないこと、および刑訴228条2項の規定が同条の証人尋問につき、被告人、被疑者、弁護人の立会を任意にしたからといって、憲法37条2項に反するものではないことは、原判決引用の当裁判所の昭和27年6月18日大法廷判決の示すとおりであり、また、検察官から刑訴227条に基づき証人尋問請求がなされ、裁判官から尋問を受けた本件の所論各証人は、原判示のとおり、第一審の公判準備期日において、それぞれ尋問され、被告人側の反対尋問にさらされ、所論各尋問調書の内容について尋問を受けているのであるから、所論各尋問調書を刑訴321条1項1号により証拠としても、その措置が憲法37条2項に違反するものでない」としている。

32) 浦辺衛「被告人の証人審問権の範囲」『総合判例研究叢書・刑事訴訟法(5)』53頁（有斐閣・1958年）参照。

めず、その立会を裁判所の裁量に委ねているから違憲の規定であるとする議論は正当でない。若し問題となし得るならば、それは、被疑者、被告人側にかかる立会権又は尋問権を認めないで尋問された証人の緒言を一定の要件の下においてではあるが、証拠となし得ることとしている法第321第1項第1号が憲法第37条第2項前段に違反するかどうかを問題となし得るに過ぎないのであって、捜査の段階における証人尋問に被疑者、被告人の立会権及び尋問権を認むべしとするのは、少くとも憲法論としては正当な議論とはいえないと思う。」と論じている。

この立場は、憲法37条2項は、「公判期日」において「刑事被告人」に「審問する機会」を十分に与えることを規定したものとするが、227条1項に基づく証人尋問がなされ作成された証人尋問調書について不一致供述の場合だけに用いることができるとする立場³³⁾をとらない限り、被告人に不利益な供述について、その時点での被告人側の反対尋問権の保障がないのは疑問である。また、227条1項による証人尋問で作成された調書は、321条1項1号前段の場合においても、証拠とすることができるが、この場合には、およそ被告人に反対尋問の機会が保障されない。また、同号後段の場合に、公判期日において、被告人にその証人に対する反対尋問の機会が与えられても、主尋問での尋問において不一致供述をした場合に、被告人側に反対尋問の機会が与えられても、十分な審問ができるとは限らない。

227条1項に基づく証人尋問が321条1項1号の書面として証拠能力が認められるのは、裁判官の面前での尋問であることから、信用性の情動的保障があるため、被告人の反対尋問が行われたことを要件とするものではないとする裁判例がある³⁴⁾が、1号書面としての必要性の要件に該当するとはいえるが、裁判官の面前での証言とはいえ、反対尋問のなされない尋問に、信用性の情動的保障を認めてよいのかは、疑問である。

33) 瀧川幸辰=平場安治=中武靖夫『法律学体系コンメンタール篇 刑事訴訟法』305頁(日本評論社・1950年)。

江家義男博士は、裁判官が公判外で証人を尋問する場合には、原則として、当事者を尋問に立ち合わせ（157条、158条、170条）、証人尋問においては当事者に反対尋問の機会を与えなければならない（157条3項、158条3項）として、当事者に反対尋問の機会を与えた供述は、もともと伝聞証拠ではないとしたうえで、228条2項を適用した証人尋問については、「検察官の請求により裁判官が証人を尋問する場合において、もし捜査に支障が生ずる虞があると認めるときは、被告人、被疑者又は辯護人を立ち合わせないで尋問することができる。そして、この反対尋問の機会を與えない供述の録取書も、本號（321条1項1号＝筆者注）によって證據能力を與えられているのであるが、本號は必要性に關する規定を設けているだけで、信用性の情況的保障に關しては何ら規定するところがない。それで、第228條2項により反対尋問の機会を與えない供述の録取書を證據とすることは、傳聞法則に反するものであり、もしその供述が被告人に不利益な證據であるときは、憲法第37條2項に違反する、ということになるのである。」³⁵⁾とされる。そして、また、裁判官の面前における供述であるから信用性があるとして、反対尋問の機会を与えなくても証拠になり得るといふのであれば、公判における裁判所の面前での供述は、反対尋問の機会を与えなければこれを証拠とすることができないのか、その理由を説明しがたいとも述べておられる。

この見解は、321条1項1号書面の証拠能力の問題として論じられたものであるが、被告人、被疑者又は弁護人の反対尋問の機会のない供述調書については、同号によって証拠とすることができないという考え方は、228条2項の解釈運用において、反対尋問の機会を保障すべきことを示唆するものである。

34) 福岡高判昭和31年6月14日高刑特3卷12号620頁。

35) 江家義男『刑事証拠法の基礎理論』（訂正版）92頁（有斐閣・1952年）。

4 法改正後の227条に基づく証人尋問について

東京高判平成21年12月1日判タ1324号277頁は、退去強制により出国した者の刑訴法227条1項に基づく裁判官の証人尋問調書及び検察官作成の検察官面前調書の証拠能力を肯定した³⁶⁾。

ア 事案の経過

事案は、被告人が、共犯者らと共に謀の上、営利の目的で、マレーシアから覚せい剤約3kgを密輸入したというもので、覚せい剤取締法違反及び関税法違反で外国人である被告人及び「運び屋」とその同行者が起訴された。

事件の経緯は、共犯者とされた外国人の「運び屋」（以下「X」ということがある。）とその妻と称する友人の同行者（以下「Y」ということがある。）は、被告人とともに逮捕・勾留され、被告人は本件への関与を否定していたが、「運び屋」は密輸入の事実を認め、その同行者は密輸入の事実を知らなかったと供述していた。起訴前に勾留延長された段階で、検察官から「運び屋」及び同行者について、227条に基づく証人尋問請求がなされ、両名に対する裁判官による証人尋問が実施された。他方、検察官は、証人尋問請求後、裁判官による証人尋問が実施されるまでの間に両名を取り調べてそれぞれ検察官面前調書を作成し、入国管理局に両名を釈放する予定であることを連絡した。ところで、両名に対する証人尋問期日には被告人の弁護人が出頭したものの、検察官が弁護

36) 従前、退去強制によって出国した者の検察官に対する供述調書の証拠能力が争われた事案で、最決平成7年6月20日刑集49巻6号741頁（以下「最高裁平成7年決定」という。）が、「検察官において供述者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や、裁判官又は裁判所がその供述者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、その供述調書を刑訴法321条1項2号前段書面として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る」との判断を示しており、本件では、裁判官による227条の証人尋問による321条1項1号の証人尋問調書の証拠能力が争点となったことから、上記最高裁決定との関係が問題となった。

人の立会いに異議を申し立て、裁判官が弁護人の立会いは認めるが反対尋問は行わせないという訴訟指揮をしたことから、反対尋問は行われなかった。そして、被告人が起訴された日に両名は処分保留のまま釈放され、身柄を入国管理局に拘束されて、間もなく退去強制により出国した（後日、不起訴処分とされた。）が、退去強制の手續が進められていたことは被告人の弁護人には通知されなかった。

第1審において検察官が上記各調書の取調べを請求し、弁護人が一部不同意としたことから、刑訴法321条1項1号及び2号各前段の適用が問題となった。第1審判決は、証人尋問調書及び検察官面前調書についていずれも証拠能力を肯定し、被告人に対する公訴事実を認定し、有罪とした。

これに対して、被告人は、証拠能力に対する訴訟手續の法令違反、事実誤認等を理由として控訴した。

イ 決定要旨

控訴審判決は、まず最高裁平成7年決定との関係について、同決定の趣旨を「検察官において供述者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や、裁判官又は裁判所がその供述者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、その供述調書を刑訴法321条1項2号前段書面として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る」としたうえで、「同法227条1項に基づく検察官からの請求により証人尋問が行われ、その証人尋問調書が同法321条1項1号前段書面として証拠請求されたときにも当てはまるものと解される」として、本件で「P検事は、遅くとも平成18年11月29日（同検事が東京入国管理局にXらを釈放する予定であると連絡した日）にはXらが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可能性があることを認識しており、同年12月1日には両名を釈放し、その身柄が入国管理当局によって収容されたことにより、上記可能性が濃厚になったと認識していたものと認められる（原審第1回公判

前整理手続期日における同検事の陳述から明らかである。)ので、さらに、同検事が殊更そのような事態を利用しようとしたといえるか否かについて判断する」として、弁護人の主張に即して、検察官が、①供述者の証人尋問の際に弁護人の立会いに異議を申し立てたこと、②供述者を起訴せずに釈放したこと、③供述者の釈放を弁護人に通知しなかったことについて検討し、「Yの身柄の釈放及び国外退去については特段の問題はないものの、Xの身柄の釈放については、P検事らの説明内容に問題がなくはないが、これが不当な措置であるとはいえないのであって、P検事らにおいて、その結果Xが国外退去させられ、被告人の公判手続において供述することができなくなるという事態を不当に利用しようとしたものとはいえないし、他にそうした不当な意図があったことをうかがわせるような事情も認められない。したがって、Y及びXの本件各調書について、刑訴法321条1項1号前段又は2号前段によって証拠採用した原審の判断は相当」とであると結論した。

ウ 検討

最高裁平成7年決定は、管理売春事件の参考人である外国人が出入国管理及び難民認定法に基づく退去強制手続により、身柄を入国管理局に収容されているときに検察官から取調べを受け、検察官面前調書が作成された後、被告人が起訴される前の時点で強制送還され出国したという事実経過をたどった事案である。これに対して、本件は、共犯者として被告人とともに勾留中の者について、検察官が227条による証人尋問請求をし、裁判官による証人尋問が行われて証人尋問調書が作成される一方で、検察官が取り調べて検察官面前調書を作成したというもので、いまだそれぞれが起訴前の段階にあった者であり、入国管理局に収容される以前の段階での事案である。したがって、最高裁平成7年決定とは、この点において、事案を異にするものである。

本件で、検察官は入国管理局にはX及びYの釈放ないしその予定を事前に告知・通知し、裁判官による証人尋問終了後に、被告人が起訴された日に処分保留のまま身柄を引き渡している。この点は、最高裁平成7年決定と事情が異なる。入国管理局に事前に告知して釈放するということは、現実的には、そこか

ら退去強制手続が進められるのであり、その意味では、退去強制が行われるかどうかは、本件では、事実上検察官の判断に委ねられていたといえる³⁷⁾。たしかに、最高裁平成7年決定が指摘した「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」には直ちには該当しないということはいえるかもしれない。そうだとすると、検察官は、処分保留で釈放すれば、入国管理局による退去強制手続が進められることは知っていたのであるから、憲法37条2項が保障する証人審問権を考慮すれば、227条1項による証人尋問請求がなされた場合、裁判官は、弁護人に反対尋問の機会を与える方策をとるべきであったのではないかと考える。

最高裁平成7年決定においても、「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。」と述べて、被告人の証人審問権ないし反対尋問権に配慮している。しかし、本件控訴審判決は、「P検事において、Xらを釈放し入国管理当局に引き渡したこと（又はその予定があること）を同弁護士（被告人の弁護士＝筆者注）に対して積極的に通知しなければならないと解する根拠はないのであって、その通知をしなかったことが不当な措置であるともいえない。」とする。この点は、最高裁平成7年決定の上記にのべた趣旨に照らせば疑問である。たしかに、弁護人に対して検察官が「積極的に通知しなければならない」根拠規定はないかもしれないが、検察官にとって、本件でのX及びYについて処分保留で釈放した時点で、本件への関与を否定している被告人に、公判期日において、両者に対する反対尋問の機会があると考えていたとは到底思えない。控訴審判決においても、弁護人

37) 山田道郎「退去強制により出国した者の刑訴法227条1項に基づく証人尋問調書等の証拠能力」平成22年度重要判例解説（ジュリスト1420号）238頁（2011年）。

が「Xについては、同人が起訴されて引き続き本邦に在留し、被告人の公判手続においてXに対する尋問の機会が得られると考えたのは無理からぬところである。」と述べていることから窺える。

ところで、本件控訴審判決は、起訴前の段階での227条による裁判官の証人尋問調書の証拠能力について、その証人尋問調書が同法321条1項1号前段書面として証拠請求されたときにも当てはまるとしている。

しかし、起訴前に作成された223条による検察官面前調書とは異なり、227条による裁判官の証人尋問は、223条により取調べに際して任意の供述をした者が、公判期日においては「前にした供述と異なる供述をするおそれ」がある場合を要件としている。そして、作成された証人尋問調書の証拠能力も、検察官面前調書の場合（321条1項2号）とは異なり、321条1項1号において証拠とすることができるための要件が異なっている。その意味で、「227条による裁判官の証人尋問調書の証拠能力について、その証人尋問調書が同法321条1項1号前段書面として証拠請求されたときにも当てはまる」といえるかは検討の余地がある。

平成16年の刑訴法一部改正で刑訴法227条1項が改正されたことにより、公判期日における証言確保のために同条項が利用されるようになった。

227条1項に基づき裁判官による証人尋問調書が作成され、その後公判期日において、証人が死亡した場合には、検察官として証人の死亡を予想し、公判期日における供述不能に備えるということは考えにくい。さらに、証人が死亡した場合には、証人に対する反対尋問権を行使することができないので、321条1項1号前段で証拠能力を肯定するということはある得よう。しかし、本件では、検察官は、共犯者が退去強制になることは想定できたのであり、それに備えて227条による裁判官の証人尋問調書請求をしたと思われるので、そのような場合に228条2項の「捜査に支障を生ずるおそれ」があるとして、被告人の弁護人の立会いを拒むことは、被告人の反対尋問権の保障を奪うものといえよう。

例えば、複数の外国人による強盗致傷被告事件で、否認している被告人が起

訴された後、自白している相共犯者の審理が先行し、その共犯者に執行猶予判決が下され、強制退去処分となってしまう可能性が考えられるとき、起訴後数ヶ月たって、公判前整理手続が進められている途中で、検察官から227条1項により証人尋問請求がなされ、裁判官による尋問がなされたとした場合、すでに捜査は終了し、いずれの者も起訴されているので、特別の事情がない限り、「捜査に支障を生ずるおそれ」があるとはいえないであろう。しかし、否認している被告人の審理において、執行猶予となり強制退去した共犯者を公判期日において尋問することができないので、227条に基づく証人尋問調書が321条1項1号によって請求がなされ、これが採用された場合、被告人側に相共犯者の尋問期日における立会いが認められなければ、まったく被告人側に反対尋問の機会が保障されないことになる。

5 おわりに

227条1項による検察官の証人尋問請求は、起訴前の段階でなされることもあるし、また起訴後第1回公判期日前になされることもある。

起訴後、公判期日を間近に控えている段階で公判前の証人尋問を実施しても、証人は、既に検察官調書の内容を翻してしまっていることも多いであろうから、検察官は、捜査段階でも、証人予定者が公判廷で供述を翻す可能性があると思料する場合には、起訴前の段階（可能であれば、検察官調書を作成した直後の段階）で公判前の証人尋問を請求することも検討すべきであろうとの指摘がある³⁸⁾。公判前整理手続において、争点が整理されつつあり、被告人側が不同意とした証拠について、検察官にとって公判期日における証人尋問ができないか、捜査段階での供述と証言との間において不一致供述をするおそれが高いことが想定され、その供述が要証事実を立証するうえで重要であると思われる場合、検察官面前調書が作成されていても、321条1項1号書面としての利

38) 丸山・前掲注4) 389頁。

用を考慮して、227条1項による証人尋問請求がなされることがあり得よう。ここでの検察官からの証人尋問請求の目的は、捜査段階とは異なり、公判前整理手続で明らかになった争点の立証を補充する趣旨での証人尋問請求といえよう。

起訴前の捜査段階での「捜査に支障を生ずるおそれ」は検察官にとって起訴・不起訴を判断するための事情として考慮されるものであろう³⁹⁾が、起訴後の第1回公判前の段階での、「捜査に支障を生ずるおそれ」とはどのような事情をいうのであろうか。起訴後、捜査が許されないということはないが、起訴後第1回公判期日前の期間は、当事者としての被告人にとって、公判準備のために極めて重要である。その間に、227条による証人尋問請求が検察官からなされたときに、被告人に証人尋問に立ち会う機会が保障されないというのは、被告人における手続の公正さが保障されているといえるのであろうか。また、227条1項に基づく証人尋問において、被告人又は弁護人に証人尋問を実施する通知がなく、被告人又は弁護人が立ち会うことができず、被告人の反対尋問の機会が与えられないことは、適正手続の保障の観点から疑問である。ことに、321条1項1号前段の供述不能により、第1回公判期日前行われた証人尋問調書に証拠能力が認められる場合には、およそ反対尋問の機会がない。これは、公判期日において反対尋問の機会を保障すれば憲法37条2項の趣旨に違背しないとする立場とも整合しない。

裁判員裁判においては、公判前整理手続で、検察官から227条1項に基づく証人尋問調書が証拠請求され、弁護人がはじめてその証拠の存在を知ることもある。そして、被告人側がその証人尋問調書を不同意としても、321条1項1号書面として採用された証人尋問調書は、公判において全文朗読され、

39) 鎌田・前掲注1) 161頁は、被疑者段階であるという事実は、捜査機関がまだ証拠を収集中であり、公訴提起後と比べれば捜査の密行性がより求められるということであって、「捜査に支障を生ずるおそれ」があることを推認させる一事情として考慮されるべきであろうとするが、そうだとすれば起訴後においては、228条2項における「捜査に支障を生ずるおそれ」とは具体的にどのような場合を想定しうるのであろうか。

被告人や弁護人に反対尋問の機会が与えられなかった調書の内容が法廷に顕出され、裁判官の面前で作成された調書であるということから、裁判員の心証形成に大きな影響を与えることが考えられる。

平成16年の刑事訴訟法一部改正により、227条1項から「圧迫を受け」という要件が削除されたことは、検察官の立証の負担を軽減することには資するかもしれないが、被告人側の証人審問権の保障にとって決して充分とはいえない。刑訴応急措置法当時の判例理論は再検討されるべきと考える。