

刑訴法三二一条一項二号書面の証拠調請求の時期的限界

村岡啓一

はじめに

本稿は、私自身が関与した事件（カプトデコム手形偽造事件・第一審札幌地裁平成九年六月一三日判決・判時一六二〇号一九頁、控訴審札幌高裁平成一一年八月一二日判決）において激しく論争された珍しい手続的論点につき紹介するとともに、そこに含まれる一般的問題につき理論的な検討を加えるものである。

『原審で刑訴法三二一条一項二号後段書面として取調請求されなかつた検察官面前調書を控訴審になってから、検察官は同条項により取調請求できるか？ また、この場合、裁判所はどう対処すべきか？』これが本稿において取り上げるテーマである。

周知のとおり、伝聞法則の例外として検察官面前調書（以下「検面調書」という。）に証拠能力を付与する刑訴

法三二一条一項二号後段については、違憲論を始め根強い批判がある。弁護士の立場から見た場合、反対尋問の成功がかえって検察官をして同条項を根拠に不同意とした検面調書を法廷へ提出させる結果となるため、同条項を「調書裁判」を支える最大の元凶とみなすこととなる。⁽¹⁾ それゆえ、同条項の要件についてどのように解釈すべきかは実務上極めて重要な論争点であり、数多くの論稿がある。また、その実体的解釈論を基に、いかにして同条項の要件を充足させることなく反対尋問を行うかといった弁護技術論も提示されている。⁽²⁾ こうした要件をめぐる議論の広がりと比較すると、同条項に基づく証拠調の時期についての議論は必ずしも十分に尽くされたとはいえない。議論が十分に展開されないままに、実務の運用だけが先行しているのである。刑訴法が三二一条一項二号後段に基づく検面調書（以下、二号後段書面の意味で単に「二号書面」という。）の証拠調請求の時期的限界につき明示していないため、実務においては、二号書面の証拠調請求が証人尋問が実施された当該公判期日に速やかになされることはほとんどなく、公判期日を改めて取調請求がなされるのが通常である。また、二号書面の採否が問題となる事件は、有罪・無罪が深刻に争われている事件であるから、多くの場合、審理の途中で裁判官の交替があり、弁論の更新を伴う。この場合でも、弁論更新手続をはさんで手続更新後の裁判体が二号書面の採否をしているのが実際である。こうした実務運用の延長線上に登場してきたのが、今回の審級を超えた控訴審における二号書面の証拠調請求である。

以下に実際の訴訟手続の中で当事者間でどのような議論が交わされ、どのような結論が下されたかを示すが、残念ながら裁判所の判断の理由は示されていない。それゆえ、裁判所の決定を素材として判例評的に議論を進めることができない。しかし、このような事態は本件に限らず手続問題一般に共通する裁判所の通常の対応である。多くの事件の場合、証拠採否に関する攻防は当該事件固有の手続的流れの一齣として処理されるため、手続的に重要な一般的論点を含んでいても、その判断の理由を示すことが義務的でない限り、裁判所は証拠採否の結論だけを示

して必ずしも判断の理由を示すとは限らないからである。手続的に重要な論点が必ずしも公刊物に登載されず、その結果、第三者の批判にさらされるといふ機会が少ないのも、こうした裁判所の明示の決定が示されていないという事情に負うところが大きいと思われる。それゆえに、手続的な重要論点について、実際に関与した弁護士なり検察官が事例紹介の形であつても対外的に公表することには意義があると考ええる。そこから間違いなく新たな議論の展開が始まるからである。

渡部保夫先生には、私が司法修習生の時代に札幌地裁の刑事部総括判事として直接の指導を受けた。また、私が弁護士になつてからは札幌高裁の刑事部総括判事として私の担当する事件の審理を主宰して戴き、無罪を含むいくつかの判決を戴いた。さらに、先生が北海道大学法学部の教授となられてからは、さまざまな研究会を通じて薫陶を受けた。そして、先生が弁護士になられてからは、死刑再審事件（晴山事件）の共同弁護を一緒にさせて戴くなど光榮な機会を得ている。私が先生のライフワークである『無罪の発見』を目指す事実認定論から受けた影響は大きく、私の刑事弁護人としての活動のバックボーンとなつている。本稿は、先生の古稀を祝う論文としては、ささやか過ぎるケーススタディではあるが、実務界と学会を架橋し、実務運用と法理論の乖離を埋める努力を身をもつて実践された先生であれば、ささやかな切り口の向こう側に潜んでいる大きな問題点を必ず洞察されると信じているので、謹んで先生に捧げる次第である。

一 審理の経過

1 第一審の審理

事案の刑法上の実体的側面における争点は次のとおりである。⁽³⁾「親会社の社長Sの指示により子会社の代表取締役

役である副社長Kが、もう一人の代表取締役である社長Nの了解を得ずに、振出名義人欄に「子会社代表取締役社長N」と記名押印をなし、額面、満期日、受取人及び振出日を空欄とする約束手形を作成したうえ、これを親会社の社長Sに交付した。その後、親会社の社長Sは空欄を補充して約束手形を流通に置いた。親会社の社長Sに手形偽造罪が成立するか。」

検察官の主張の骨子は、親子会社間の支配従属関係を根拠に子会社の副社長Kの行為を手形行為（白地手形の作成）ではなく単なる事実行為にすぎないと位置付けたうえ、親会社の社長Sの手形要件を補充した行為が、講学上、偽造の一形態とされる「作成名義人の真正な署名のある約束手形の用紙を預かっていた者が、これを不正に利用して約束手形を完成させた場合」（注釈刑法(4)藤木二〇一頁）に該当するといふものであった。外形的には、代表権のある副社長の行為を手形行為とも単なる事実行為とも決定することができないので、副社長の行為の性格をどう理解するかは、専ら、子会社内部における手形作成権限の帰属主体は誰か、親会社の社長Sが求めた約束手形の使用目的は何か、子会社の副社長Kが手形帳を交付した時の認識はどうだったのか等副社長Kの供述如何に依存することとなった。

検察官は副社長Kの検面調書三通を証拠申請したが、不同意とされた結果、副社長Kの証人尋問を実施した。証人尋問の過程で、右三通の検面調書のほかに副社長Kが検察庁に自ら持参した供述書をそのまま転記した第四の検面調書（検察官の証拠調請求はない）の存在が明らかにされた。第四の検面調書の内容はそれに先だって作成された三通の検面調書の内容を訂正し実質的に前供述を否定するものであった。したがって、既に捜査段階の検面調書において同一人の相反する供述があったことになる。これら四通の記載内容につき、証人自身は、いずれも任意になした自己の供述であることを法廷で認めたいうえで、供述内容を再現した。検察・弁護双方は、こうした自己矛盾供述を内容とする四通の検面調書の存在を前提にしたうえで、合計八回法廷にわたり、証人の供述が変遷した理由及

び相反する供述のうちいずれが証人自身の体験事実であるのかにつき詳細な証人尋問を行なった。その結果、最終的に、検察官が証拠申請した三通の検面調査書の記載内容と公判廷証言との間には次のような供述の変更のことが明らかとなった。

① 検面調査書の供述「手形の振出権限は社長Nにあり、私は中間決裁者であった。」が公判廷証言では「私は工事関係の支払いについて手形振出権限を有していた。」に変わった。

② 検面調査書の供述「親会社の社長Sの指示で、手形帳を預かる目的や意図は告知されなかった。」が公判廷証言では「工事代金九〇億の支払いの目的であることを告げられた。」に変わった。

③ 検面調査書の供述「手形帳は預けただけで、手形の振出目的ではなかった。」が公判廷証言では「九〇億の工事代金の支払いのために流通に置くものと認識していた。」に変わった。

そして、供述の変更の理由については、おおよそ次のように説明した。①自ら別件の業務上横領で起訴されるのではないかという恐れがあり、検察官の面前では真実を語り得なかった。②本件の手形作成に自らが関わっていないことにするため、手形作成行為を単なる事実行為に過ぎないとする検察官の仮説に迎合した。③しかし、公判廷では、既に客観的証拠(約束手形用紙に貼られた印紙二〇万円の上に子会社の銀行印が押捺されていること、親会社の社長Sの指示内容をメモした備忘録の記載など)が判明しているので、真実を述べるしかないと考えた。

第一審検察官は、副社長Kの公判廷証言が検面調査三通に記載された前供述と「相反するか若しくは実質的に異なった」供述であることを認識しながら、右三通の検面調査書を刑訴法三二一条一項二号後段に基づく書面として申請しなかった。その結果、副社長Kの証言のうち捜査段階の検面調査書を再現した供述部分と公判廷証言とが対比されるという形で証言の信用性のみ(異なった事実認定を導くに足る任意の自己矛盾供述があり、その変遷理由が果たして合理的か否か)が裁判所の判断に委ねられた。

第一審裁判所は、客観的証拠との整合性を根拠に副社長Kの供述変更後の公判廷証言の信用性を認め、親会社社長Sに対し無罪の判決を下した。これに対し、検察官は事実誤認を理由に控訴した。

2 控訴審の審理

控訴審の検察官は、第一審判決が副社長Kの公判廷証言から捜査段階の検面調書の内容を再現し公判廷証言との対比において公判廷証言の信用性を肯定し、反面において検面調書に記載のある供述部分を否定した点を事実認定の方法として不当であると批判し、未請求であった前記第四の検面調書を含む四通の検面調書すべてを「副社長Kは、被告人に命じられ同人の手足となって本件手形帳を被告人に渡すなどしたにすぎないこと等々」を立証趣旨として取調請求した。あわせて、第四の検面調書の作成状況につき、「副社長自ら文書を持参して検察官を訪ね、弁護士から言われたと言って同文書どおりの調書を作成するよう執拗に要求」されたことを立証するとして検面調書を作成した取調検事の証人尋問を請求した。

控訴審裁判所は、取調検事の証人尋問を採用したが、二号書面の採否については控訴審における事実審理が終了する最終段階まで判断を留保し、検察・弁護双方の半年に渡る論争を経たうえで、検面調書四通すべてにつき検察官の証拠調請求を却下した。検察官から却下決定に対する異議が出されなかったため、控訴審裁判所としての判断の理由は示されず、その後の下された控訴棄却の判決においてもこの点に関する理由は示されなかった。

二 控訴審における論争

1 弁護人の主張

弁護側の主張は大別して二つに分かれる。一つは本稿のテーマである刑訴法三二一条一項二号後段に基づく証拠調請求の時期的限界を主張するものであり、もう一つは、第一審の審理経過を前提にした場合、同条項後段の要件である供述相反性及び同条項但書の要件である特信性（特信状況の存在）がないことを主張するものであった。後者の主張は、いわば第一審の時点で検察官が本件検面調書三通を二号書面として申請したとしても、要件の充足がないから却下を免れなかったことを主張するのと同義であるから、論理的には、前者の主張、すなわち、控訴審において審級を超えた二号書面としての取調請求が許されるかにつき、控訴審が容認した場合の仮定主張の位置付けになる。（また、本件においては、第一審において検察官から申請のなかった第四の検面調書についても直接刑訴法三二一条一項二号に基づき取調請求がなされたが、これは控訴審において初めて申請され不同意とされたのであるから、原則に戻って控訴審における副社長Kの証人尋問をしない限り、同条項の適用は問題にならないと考えられた。これに対し、検察官は第四の検面調書についても、第一審ではその存在を前提に尋問をしており実質的には十分な反対尋問を経ているから、二号書面の要件を具備していると反論した。）

2 証拠調請求の時期的限界に関する弁護人の主張

二号書面の証拠調請求の時期的限界に関する主張の要旨は次のようなものであった。

- ① 時機に遅れた攻撃方法であり、手続的正義に反する。
- ② 刑訴法三〇〇条の趣旨は、被告人に有利不利を問わず、検察官において二号書面の取調請求を速やかになすべきことを義務づけているから、控訴審になつてからの二号書面の取調請求は右義務に違反し違法である。
- ③ 刑訴法三二一条は、一項と二項とを対比すればわかるように、「公判期日における供述」と「録取した書面」とを明確に区別している。審級を超えて刑訴法三二一条一項二号の適用を認めると、控訴審では、検面調書と対

比すべき「公判期日における供述」が存在しないにもかかわらず、それに代えて第一審の公判調書（尋問調書証言速記録）を対比させることとなり、明らかに条文に反する。したがって、控訴審において審級を超えた二号書面の取調請求を認める余地はない。

3 検察官の反論

これに対し、検察官は次のように反論した。

- ① 刑訴法三二一条一項二号に基づく証拠調請求の時期について法は何も規定していないから、控訴審であっても、二号書面の請求をなし、これを取り調べることは差し支えない。
- ② 刑訴法三〇〇条によっても二号書面の請求時期は導かれず、同条に違反した場合の効果の規定もないから、証拠調請求の時期的限界を根拠づけることはできない。
- ③ 「公判期日における供述」と「録取した書面」との区別は、録取書の再伝聞性に着目してのことである。裁判官面前調書については、録取内容の正確性が保障されていて再伝聞性を問題にしなくて良い扱いになっているから、「公判期日における供述」と同視しうる。
- ④ 弁護人の見解では、公判手続更新後の二号書面の採用の実務を説明できないし、第一審において二号書面の申請を違法に却下した場合に、控訴審がこれを是正して自ら証拠として採用できないなど不当な結果を招く。

4 弁護人の再反論

実務運用を根拠とする検察官の反論に対し弁護人は次のとおり再反論した。

- ① 公判手続の更新の場合は、公判廷における証人尋問調書の内容が再現され、交替後の裁判官についても直接主

義の要請が満たされているのに対し、控訴審の場合には、その直接主義が貫徹しえないから、審級を超えた二号書面の採用は考えられない。

② 二番目の説例は、控訴審が破棄自判する場合を想定しているが、理論的には、訴訟手続の法令違背を認めて検面調書の二号書面としての証拠能力を認めても、控訴審裁判官は対比すべき公判廷言を直に聞いていないのであるから、信用性判断はなしえず、結局、破棄差し戻しになると思われる。

5 却下決定の意義

控訴審裁判所は、判断の理由を示さずに検察官の二号書面の取調請求を却下したので、理論的にいかなる立場を支持したのかは不明である。二号書面の証拠調請求の時期的限界を認めて審級を超えた控訴審における取調請求を不適法として却下したのか、それとも、時期的限界を認めず一般論としては審級を超えた控訴審における検察官の取調請求を肯定したうえで、本件については、二号書面の証拠能力の問題として相反性及び特信性の要件の充足がないとして取調請求を却下したのか分からない。その意味では、判例上、この問題の理論的決着はついていないということも可能である。

しかし、私はこの控訴審決定はやはり二号書面の証拠調請求の時期的限界を認めた事例であると理解すべきであると考えている。その理由は、次に論ずるとおり、理論的に考察するならば、刑訴法三二一条一項二号が適用される場面には条文の記載から来る一定の制約があり、それが自ずから時期的限界を画していると考ええるからである。そして、その理解は審級を超えた控訴審における二号書面の取調請求を不適法にするのみならず、正に検察官が指摘した弁論更新手続後の二号書面の採否決定という実務について反省を迫ることになるのである。

三 理論的考察

1 従来の学説及び判例の射程距離

刑訴法三二一条一項二号後段書面の証拠調の請求時期について、学説上、議論の対立があったのは、供述者を証人として尋問した公判期日に限られるか否かの点である。憲法上の被告人の反対尋問権を厳格に守ろうとする立場からは当該証人尋問期日に限る見解もあるが、当該証人尋問期日に限られず後の公判期日において証拠調の請求をなしうるとの見解が通説である。旧来の議論の対立は、伝聞法則の例外をなす二号書面の取調に際し、被告人の反対尋問権を保障するか否かのより根源的な対立の反映であったが⁴⁾、今日では、反対尋問権の保障を当然の前提とした上で、二号書面の取調請求時期につき、当該証人の尋問期日に限られるか否かが問われている。したがって、議論の対立点は、取調請求時期の原則と例外の位置付けの違いと証人の再喚問の要否の違いにあり、①証人尋問の途中あるいはその終了後証人が在廷している間に行うことを原則とし、公判期日を改めて行う場合には、当該証人を再喚問すべきであるという見解と②先の証人尋問の際に当該二号書面の反対尋問が行われているのであれば、後の公判期日に二号書面の取調請求がなされても当該証人を再喚問する必要はないとの見解⁵⁾に分かれる。

この点に関する判例としては、最判昭和三〇年一月一日判決・刑集九卷一号一四頁がある。判決要旨は「刑訴法三二一条一項二号後段の調書の証拠調をその証人の尋問期日の後の期日で行ったところで、憲法三七条二項に反しない。」というものであるが、判断の前提となっている事実関係は、争点及び検面調書の任意性につき「先の証人尋問に際し、反対尋問権の行使の機会が与えられているに止まらず、記録に徴すると十分に反対尋問が行われている」という場合である。したがって、「反対尋問権の保障を前提にしたうえで二号書面の証拠調請求の時期を当該証

人尋問期日に限定しない旨を判示したものと理解すべきである。⁽⁷⁾

ちなみに、実務の運用は、検察官において事前に当該検面調書を開示したうえ、主尋問で証人から検面調書の内容にそつた供述が得られず、証人において「相反又は実質的に異なる供述」を維持すれば、検面調書の内容の確認を求め、さらに供述が変更した理由、特信性を明らかにするための供述当時の諸状況を尋問し、調書の真正な成立を明らかにするための署名押印の確認をして証人尋問を終え、次回の公判期日において書面をもって証拠調請求を行うのが通常である。したがって、通常の実務は、通説・判例に従つた運用がなされていると言つてよい。こうした運用の範囲に止まる限り、在野法曹からも、敢えて、証拠調請求を当該証人尋問期日に限るべきであるとする原則論は聞かれない。⁽⁸⁾

しかし、問題はその先にある。学説・判例ともに二号書面の証拠調請求の時期を当該証人尋問期日に限られないとはしたものの、では、いつまでに証拠調請求をしなければならないのか、その時期的限界を全く示していないのである。その結果、実務においては、二号書面の申請を前提とした前記証人尋問がなされた後、次の公判期日において二号書面の証拠調請求がなされるのではなく、その後ほかの証人調べが重ねられた後の公判期日や裁判官の交替に伴う弁論更新後に至つて証拠調請求がなされるという事例が見られるのである。その延長線上に本件の控訴審における二号書面の証拠調請求があるのである。したがって、問題の所在は別なところであり、二号書面の証拠調請求に時期的限界はないのか、あるとすればそれは何時の時点なのか、が問われなければならないのである。

2 弁論更新後の二号書面の証拠調請求は許されるか

丹治初彦弁護士は、次の理由から弁論更新後の二号書面の証拠調請求は許されないと主張する。「特信性の判断が困難となること、とりわけ裁判官交代後については、証言を直接聞いていない裁判官が判断することはいっそう

困難となり判断すべきでないこと、被告人の防御権行使上も著しい不利益を与えることになるから、時期に遅れた請求は手続的正義に反し、いわば権利の濫用といふべきである。⁽⁹⁾この考え方は「特信性」判断の困難性を理由とする却下説といふことができるが、この主張を裏付ける下級審判例として大阪地裁昭和四八年一月二五日判決・判時七四五号一〇頁がある。

この判決は、二号後段書面の証拠能力の要件である特信性に着目して次のように判示した。「特信状況を明らかにするには、同人らが被告人らの面前で遠慮、はばかりなどなく証言できたかどうかが問題となるころ、このような事情の認定は速記録によっても不可能ではないものの、証人の証言態度ひいては出廷態度もまた判定の要素の一つとなりうるのであるから、証言に直接関与した裁判官がもつともよくなしうるところといえる。」「右各証言終了時には、検察官において各証人の検察官面前調書をいわゆる二号書面として請求する必要性の生じていたことが明らかであるから、この請求は、右各証言の証言直後か、遅くとも、その証人尋問に直接関与した裁判官の交替前(の)……時点でなされるべき」であった。

この判決の根底には、特信性とは反対尋問に代わる信用性の情況的保障を意味する証拠能力の要件であるから、その判断基準は「供述した際の外部的な附随事情」でなければならぬとする考え方が⁽¹⁰⁾ある。それゆえに、外部的な特別事情を知り得ない弁論更新後の裁判官は特信性の正確な判断をなしえないので、二号書面の取調請求時期は、遅くとも、「証人尋問に直接関与した裁判官の交替前」でなければならぬとして、ここに時期的限界を求めらるゝのである。

私も、結論として、二号書面の取調請求の時期的限界を「証人尋問に直接関与した裁判官の交替前」に置くことに賛成であるが、その理論付けは特信性という要件判断のための直接主義の要請に基づくという理念的説明ではなく、もっと直裁に刑法三二一条一項二号の条文の規定それ自体から帰結できると考えている。

3 私見

刑訴法三二一条は、被告人以外の者の伝聞証拠たる書面（伝聞書面）に関する例外規定を列挙した規定である。同条一項の各号は、裁判官の面前調書（一号）、検察官の面前調書（二号）及び一号、二号以外の書面（三号）それぞれにつき、「公判準備及び公判期日における供述」とを対比し、裁判官面前調書と検察官面前調書については、供述不能のほかに自己矛盾供述を理由に証拠能力を認めている。ここで留意すべきは、「公判準備及び公判期日における供述」とは、事実審たる裁判所が主宰した公判準備ないし公判期日において、同裁判所が直接見聞した「被告人以外の者の供述」、すなわち、証人の場合は、公判廷における証言を意味していることである。このことは、刑訴法三二一条二項が「被告人以外の者の公判準備及び公判期日における供述を録取した書面」につき、無条件の証拠能力を認め、明確に、「公判準備及び公判期日における供述」と（それを）録取した書面」とを区別していることから明らかである。つまり、刑訴法三二一条一項二号後段について言えば、直接主義の例外として、自己矛盾供述の存在を理由として伝聞書面にも証拠能力を認め、公判廷の証言と検面調書記載の供述とをともに実質証拠として、その証拠価値の評価を裁判官の裁量に委ねたものであるから、飽くまでも、検面調書の記載と対比されているのは、直接主義に基づく公判廷での証言なのである。こうした理解に立つて二号書面の証拠調請求の時期的限界を画そうとすれば、判断権者である裁判所からみて、二号書面として申請された検面調書の記載と対比すべき「公判準備及び公判期日における供述」すなわち「証言」が存在している間に限定されることになる。このあてはめの結果、裁判所の構成が単独裁判官の場合には、二号書面の取調請求の時期は、当該証人尋問を直接聞いた裁判官が存在する間に限られることになる。逆に言えば、裁判官の交替による弁論更新後の二号書面の取調請求はもはや許されなくなるのである。この理は、裁判所の構成が合議体であっても、構成裁判官の全員が交替して弁論の更新が行われた場合にも適用される。誰も当該証人尋問を直接聞いていない以上、結局、単独裁判官の場合と同様に

裁判所からみて検面調書と対比すべき「証言」がもはや存在していないからである。

議論の余地があるのは、合議体の一部の裁判官に交替があり弁論の更新がなされた場合に同じように考えてよいからである。考え方としては、二つあり得る。一つは裁判所の構成が合議体であつても、その構成裁判官の一人が受命裁判官として合議体を代表して訴訟行為や手続の主宰をなしうるように常に構成裁判官全員の行動が予定されているわけではないから、少なくとも、構成裁判官の一人が当該証人尋問を直接聞いていたのであれば、たとえ、弁論の更新があつたとしても「公判期日における供述」と同視して差し支えないとする考え方である。弁論更新後の二号書面の取調請求を認めている実務も、この考え方に立っているのではないかと思われる。また、前記丹治説のように特信性判断のための直接主義の要請を時期的限界の基準とする考え方によつても、一人でも「供述した際の外部的な附随事情」を判断できる裁判官がいれば最低限の直接主義の要請は満たすともいえるので、第一の考え方に親和性があるように思われる。もう一つの考え方は、たとえ一部の構成裁判官の交替であつても、従前の合議体としての同一性は失われ判断主体（裁判所）としての変更があつたのであるから、弁論の更新後に存在するのは「公判期日における供述」ではなく、「録取した書面」である。「公判期日調書（尋問調書速記録）」に他ならないとする考え方である。⁽¹¹⁾

私は、飽くまでも条文に忠実に解釈すべきと考えるので、厳格に「公判期日における供述」と「録取した書面」との区別を維持し、実質的に両者を同視する見解に依拠すべきではないと考える。したがつて、私見によれば、二号書面の取調請求の時期的限界は、合議体の構成裁判官の全員が当該証人尋問を直接聞いており、その裁判官全員が審理を担当している間に限定されることになる。たとえ一部の裁判官の交替であつても、弁論更新後の二号書面の取調請求は不適法として許されない。

4 本件テーマへのあてはめ

控訴審において審級を超えた二号書面の証拠調請求が許されるかは、審級が変わったことにより、検面調査と対比すべき「公判期日における供述」すなわち公判廷証言が最初から存在しないのであるから、当然に、不適法として却下されることになる。この結論は先のいずれの見解に立ったとしても同じである。

実際の訴訟においては、先に紹介したとおり、弁論更新後の二号書面の取調請求を認めている実務を説明できないではないかという検察官の反論に対し、右の実務運用を前提としたうえで、弁論更新手続により理念的には直接主義が貫徹されているから「公判準備及び公判期日における供述」が存在したと同視し得ると再反論した。しかし、理論的には、私見のように解するべきであり、現時点では、不当に拡大された実務の運用の方を批判するのが正しかったと考えている。

実務の考え方は、おそらく検察官が指摘するように「裁判官面前調査については、その録取内容の正確性が制度的に保障されていて再伝聞性を問題にする必要はなく、また、特にそれが当該事件の審理におけるものであれば、反対尋問の機会も与えられていることから、証言と異なる評価をする必要はない。」との実質論に依拠していると思われる。しかし、裁判官面前調査（公判調書）の供述部分を「公判準備及び公判期日における供述」すなわち証言と同視することはできない。何故ならば、文理的には、刑訴法三二一条一項の「供述」と同条二項の「供述を録取した書面」との区別を無視する結果になるし、実質的には、伝聞証拠の例外を直接主義の公判廷供述との対比において認めるのではなく、伝聞証拠同士の比較において認めるという例外の例外を認めることになり、直接主義の貫徹がもはや不可能になるからである。¹²⁾

5 二号書面の証拠調請求の時期的限界を支持するその他の根拠

刑法には明文の規定がないにもかかわらず、解釈上、訴訟行為につき時期的限界が肯定されている例に「訴因変更の時期的限界」がある⁽¹³⁾。

訴因変更の場合には、それが無い場合の通常の手続に比較して被告人に新たな負担（実質的反証の必要性）を課するうえ、必然的に審理の長期化をもたらすので、被告人の防御権保障の観点及び迅速な裁判の要請から一定の制約が認められる。公訴事実の同一性という制約原理の他に時期的限界が解釈上認められるのも、訴因変更の持つこうした一方的に課される新たな負担という特殊性に由来している。それゆえに、反対尋問終了後に既存の検面調査に新たな証拠能力を賦与する申請行為が許されるか否かを問題にしている二号書面の証拠調請求の時期的限界とは問題状況を異にしている。しかし、審理経過の諸事情を総合的に判断するにあたって、検察官の信義則違反ないし権利濫用の観点からアプローチする考え方は参考に値する。すなわち、「審理の経過に照らし、訴因の変更請求をなしうる機会があつたにも拘らずこれをせず、手続きが相当程度進んでから訴因変更を請求するのは信義則上許さない」とする考え方である⁽¹⁴⁾。

本件において、第一審の検察官は、証人副社長Kの尋問中に、検面調査に記載された供述と公判廷証言が相反するかあるいは実質的に異なつたことを認識したのであるから、同証人の証人尋問を終了した時点で、刑法法三二一条一項二号後段に基づき、不同意とされた検面調査三通については二号書面として取調請求をなしうる状態にあることが明らかである。そして、現実に、第一審検察官は、先の公判期日における取調請求を想定して同条項の供述相反性及び特信性の要件に関わる尋問をし、かつ、検面調査の署名押印が証人自身の手になるものであることを確認していたのであるから、少なくとも、第一審検察官において二号書面としての請求を考慮していたことは疑いない。しかし、実際には、第一審の事実審理が終結するまで二号書面の証拠調請求はなされなかつたのである。第

一審検察官は不注意によって二号書面の証拠調請求を失念したのではなく、敢えて行わなかったのである。その理由は検察・弁護双方の証人尋問の結果、捜査段階における副社長Kの供述内容をほぼ検面調書の記載のとおり再現できたことにある。実際に、第一審裁判所は副社長Kの公判証言のみから同人の捜査段階の供述内容を復元しており、これとの対比で公判証言で新たに証言した内容と変遷の理由を吟味しているのである。したがって、第一審検察官の判断は、原供述の再現性に着目して供述相反性の要件がないと判断した点では伝聞法則の例外の法理に極めて忠実であったと評価することができる。⁽¹⁵⁾

これに対し、控訴審検察官は事実審が統審として継続しているとの理解に立って、審級を超えた二号書面の証拠調請求をしたわけであるが、たとえ、事実審理の継続を承認したとしても第一審の審理経過を前提にする限り、やはりこの証拠調請求は不適法とされざるをえなかったと考えられる。何故ならば、第一審の段階で検察官は既に二号書面としての証拠調請求をしないとの「処分」⁽¹⁶⁾を下しており、それを前提に第一審の事実審理における手続が進められ結審に至った以上、検察官の「処分」後の手続に対して寄せられた防御側の信頼は法的に保護されるべきであるからである。控訴審において審級を超えた二号書面の証拠調請求を認めることは、第一審手続の過程で形成された信頼を裏切ることを容認することになるばかりか、実質的にも、被告人側に新たな防御の負担を課する結果になるからである。したがって、審級を超えた二号書面の証拠調請求は、信義則ないし禁反言の法理からも許されないというべきであろう。⁽¹⁷⁾

6 結論

以上の検討から明らかとなっており、冒頭の一般的命題『原審で刑訴法三二一条一項二号後段書面として取調請求されなかった検察官面前調書を控訴審になつてから、検察官は同条項により取調請求できるか？』また、この場合、

裁判所はどう対処すべきか?」に対する解答は、次のようになる。検察官の取調請求は二号書面の証拠調請求の時期の限界を超えており不適法であるから、控訴審裁判所は請求を却下すべきである。

おわりに

本件は、控訴審における審級を超えた二号書面の証拠調請求の可否という極めて珍しいテーマを巡って議論がなされた事案であるが、ここから実務の供述調書に対する考え方が浮かび上がってくる。すなわち、控訴審を担当した検察官は、検面調書に記載された供述者の原供述が原審の公判廷証言によって再現されているとしても、検面調書そのものが公判廷証言と同格の独立した実質証拠として裁判所に提出されることを望むのである。あたかも検察官の面前で作成されたことが公正証書の認証であるかのように、飽くまでも、公判廷証言とは別の証拠として存在することに意義を見出し出しているのである。その実質的な理由はどこにあるのであろうか?

検察官の控訴趣意を基礎づけるためには、原審の副社長Kの公判廷証言の中に、検面調書の記載内容が再現されているのであるから、検察官としては、供述の変遷の出発点になった検面調書記載の供述内容の方が後に変更されることになった公判廷供述よりも信用できると主張すれば足りる。また、控訴審裁判所も原審の公判廷証言のうち、原審が信用性を認めた変遷後の供述ではなく変遷前の検面調書記載の供述の方が信用できるとして原判決を破棄することに何の支障もないはずである。それにもかかわらず、何故、検面調書そのものにこだわるのであろうか?

おそらく、実務に携わる者の中に『供述者は検察官との密室における取調においてこそ真実を語る』という抜きがたい信仰があり、密室で展開され完結した検面調書のストーリー性に強く執着していることの反映であろうと推測する。こうした調書信仰が我が国に特徴的な「調書裁判」の現実を下支えしているのである。⁽¹⁸⁾

現在、司法制度改革審議会において「新たな時代に対応し得る捜査・公判手続」の議論がなされているが、残念ながら「調書裁判」の根底にある調書信仰ともいふべき考え方を批判的に検証する作業は行われていない。⁽¹⁹⁾しかし、新たな世紀を展望するのであれば、私を含め無意識のうちに容認している供述調書に対する依存体質からいかに脱却するか？ 実務に携わる者すべての意識改革こそが出発点にならなければならないのではなからうか。

- (1) 座談会「刑事訴訟法の現実とその問題点」ジュリスト一一四八号一五四頁以下参照。
- (2) 丹治初彦「第一九講 検察官調書」丹治初彦Ⅱ浦功Ⅱ渡辺修編『実務刑事弁護』（三省堂）二二六頁以下。
- (3) 拙稿「ある手形偽造事件の教訓」季刊刑事弁護一六号五四頁。
- (4) 本田正義Ⅱ桂正昭「第五章 伝聞法則の例外」団藤重光編『法律実務講座 刑事編 第八巻 証拠法(1)』（有斐閣）一九一―二頁は、伝聞法則の例外が合憲である以上、被告人の反対尋問権を保障する必要はないとして、後の公判期日における反対尋問を経ない二号書面の取調請求権を認める。これに対し、注(5)の各論者は、反対尋問権を重視する立場から、証人在廷中の反対尋問の必要性を説き、後の公判期日における二号書面の取調請求に反対する。
- (5) 江家義男『刑事証拠法の基礎理論』（有斐閣）一〇二頁、小野清一郎ほか『ポケット註釈全書』（有斐閣）六九九頁、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣）二二四頁、浦辺衛「問題五四 検察官面前調書の取調請求の時期」平野龍一Ⅱ松尾浩也編『実例法學全集刑事訴訟法（新版）』（青林書院）三五六頁など。もともと、これらの議論は旧来の議論の対立軸でなされているので、現行の実務運用の下でも証人の再喚問を求める趣旨かは必ずしも明らかではない。
- (6) 中山善房「第三二一条」〔被告人以外の者の供述書・供述録取書の証拠能力〕藤永幸治Ⅱ河上和雄Ⅱ中山義房編『大コンメンタル刑事訴訟法第五巻Ⅰ』（青林書院）二二八頁など。
- (7) 最高裁判例解説・刑事編・昭和三〇年度・六頁。
- (8) 丹治・前掲書二二二頁。
- (9) 丹治「検面調書（法三二一条一項二号書面）にどう対応するか」季刊刑事弁護九号九三頁。

(10) 前掲最高裁判決は反対。必ずしも外部的な特別事情によらなくても、その供述の内容自体によって判断することができる旨を判示する。

(11) 司法研修所の刑事裁判修習において、刑事判決書を起案する際の注意事項として、証人尋問の結果を証拠として引用する場合、弁論更新前の裁判官の立場であれば、ストレートに「証人何某の第○回公判における証言」という引用でよいが、更新手続後では、直接証言を聞いていないので「第○回公判調書尋問調書速記録の証人何某の供述部分」という伝聞書面の引用なることを繰り返し教えられる。これも、直接主義の観点から眺めた場合、弁論更新の前後で、同じ証人の公判廷証言が「公判準備及び公判期日における供述」から「録取した書面」に性質を変えることを教えているのである。司法研修所の教育は、条文に忠実に両者を厳密に区分しているのである。

(12) 供述録取書面を公判期日の供述と同視する考え方は、実務において、余り抵抗なく受け入れられている観がある。たとえば、共同被告人の一部不出頭の場合に、出頭した被告人の關係で証人尋問を行い、その後、欠席した被告人が出頭した公判期日で、公判調書中の同証人の供述記載部分につき、被告人側が証拠とすることに同意し、かつ、同供述部分を当該被告人の事件の關係で「公判期日の供述」と同視して検面調書の相反性・特信性を判断することに異議がなければ、裁判所として当該被告人の關係で改めて証人尋問をする必要はないとした運用などである。(中山・前掲書二五九頁・刑資一七〇号一九二頁)ここでは、不出頭被告人の關係で「公判準備・公判期日における供述」すなわち証言が存在しないのに、相被告人の關係での公判調書中の証人尋問調書を不出頭被告人の關係での「公判期日における供述」と同視しようという二重のフィクションが用いられている。なお、今日の実務では、不出頭被告人の關係では公判期日外の証人尋問を併行して実施しているので、自らの事件との關係では「公判準備における供述」が存在することになった。

(13) 訴因変更の時期的限界は判例上確立されている。具体的には、変更請求の時期、審理期間の長さ、被告人側の防御活動とその効果、訴因に対する檢察官側の事情などが考慮されている。これらの諸事情の総合判断の結果、変更請求が檢察官の訴因変更請求権の濫用と評価される場合、被告人側の防御に著しい不利益をもたらす場合、迅速な裁判の保障に反する場合に、訴因変更が不適法とされている。判例及び学説の分類と到達点につき、上口裕「訴因変更の時期的限界」福田平・大塚仁博士古稀祝賀『刑事法学の総合的検討(上)』一六五七頁が詳しい。

- (14) 香城敏磨「訴因制度の構造(下)」判時一二四〇号七頁は、「裁判所に訴因変更命令を発すべき義務がない場合においては、検察官が一审で訴因変更請求をしなかったときは、一般に控訴審においても訴因変更が許されない」とする。
- (15) 公判廷証言において、検面調書の供述の再現はなされているのであるから、前の供述の非再現性を欠いている。したがって、伝聞証拠の例外を認める必要性がないのである。
- (16) 香城「訴因制度の構造(上)」判時一二三六号一頁は「検察官処分主義」という。
- (17) 前記丹治説が、弁論更新後の二号書面の取調請求を却下すべき理由として、特信性判断の困難性のほかに「時期に遅れた請求」が手続的正義に反することを挙げているのも同じ趣旨と考えられる。丹治・前掲書二一五頁。
- (18) 前掲ジュリスットの座談会において、山室恵裁判官は二号後段書面につき「法廷で嘘をついていることがはっきり分かるからこそ、供述調書の方に特信性が認められる」「却下することはほとんどないと言っている」と述べている。前掲ジュリスト一五五頁以下。
- (19) もっとも、国民の司法参加の観点から陪審制の導入が検討されているので、陪審制が実現すれば、直接主義・口頭主義の要請が貫徹される結果、自ずから「調書裁判」の弊害が是正されるという関係にはある。