

# 部分的証言拒絶と供述不能

山 口 直 也\*

## 目 次

- 1 問題の所在
- 2 伝聞例外の根拠
  - (1) 伝聞例外の理由
  - (2) 321条1項2号前段書面と特信性
- 3 供述不能
  - (1) 供述不能事由
  - (2) 供述不能要件の厳格解釈
- 4 証言拒絶と供述不能
  - (1) 証言拒絶の供述不能該当性に関する最判昭27.4.9
  - (2) 証言拒絶の根拠
  - (3) 証言拒絶の程度
- 5 部分的証言拒絶と供述不能
  - (1) 部分的証言拒絶の定義
  - (2) 部分的証言拒絶に関する下級審判例
  - (3) 学 説
  - (4) 部分的証言拒絶の再定義
- 6 結 論

## 1 問題の所在

原供述者が公判証言で部分的に証言拒絶した場合、321条1項書面はいかなる要件で伝聞例外が認められるか。特に、321条1項2号書面採用の場合、同号前段の供述不能要件によるのか、それとも同号後段の相異相反要件によるのかが問題になる。

実務の運用の中では、最近は、「可分な一部事実について全面的に拒絶」

---

\* やまぐち・なおや 立命館大学大学院法務研究科教授

した場合には、供述不能として、当該部分について伝聞例外で証拠採用（部分採用）する例<sup>1)</sup>があるようであるが、何をもちて「可分な事実」とするのか、また何をもちて「全面的に拒絶」したとするのか、その範囲が明確ではない。そもそも、死亡、所在不明等と同視されうる「証言拒絶」の程度がいかなるものであるのかも判然としない。

そこで本稿では、供述不能要件に該当するとされる全面的証言拒絶と同視し得る「部分的証言拒絶」の範囲および程度を明確にしたうえで、いかなる場合に、裁判実務で認められている部分的証言拒絶の供述不能性が肯認されうるのかを検討してみたい。

以下では、2において伝聞例外の根拠を示して321条1項2号前段書面についても特信性が要件とされるべきことを確認し、3で供述不能要件は厳格に解釈しなければならないことを確認し、4で供述不能要件となりうる証言拒絶は全面的であることが原則でその程度は翻意不能なものでなければならないことを確認し、5でいわゆる部分的証言拒絶の供述不能該当性は当該部分が要証事実との関係で可分化できる場合に限定されることを明らかにしたい。

## 2 伝聞例外の根拠

### (1) 伝聞例外の理由

まず伝聞法則によって321条書面に例外的に証拠能力が認められる理由について確認しておきたい<sup>2)</sup>。

伝聞例外の根拠については2つある。1つは原供述に反対尋問にかわる

---

1) 大阪地裁平成23年9月12日判決（第1審）、大阪高裁平成24年3月27日判決（控訴審）（いずれも判例集未掲載）。

2) 平野龍一『刑事訴訟法』（1953年）207頁、石丸俊彦・仙波厚・川上択一・服部悟・井口修共著『刑事訴訟の実務（下）〔三訂版〕』（2011年）116頁（石丸俊彦・服部悟執筆部分）他。

ほどの信用性の情況的保障があることであり、もう1つは原供述を用いる必要性があることである。一般に、321条1項1号前段書面、同2号前段書面及び同3号書面については、公判廷における供述がない供述不能の状態であるから、原供述を用いる必要性が高く、それゆえに原供述に証拠能力が認められるとされている。これらのうち前2者は、一見すると必要性の要件だけで伝聞例外が認められるかに映る。しかしながら、伝聞例外は、必要性に加えて、信用性の情況的保障がない限り安易に認めるべきではない。現行刑事証拠法の源流であると言ってよい米国連邦証拠規則803条、804条でも要件とされておりとおりである<sup>3)</sup>。

このことに関して321条1項1号は、明示的に信用性の情況的保障を要件とはしていない。もっともこれは、捜査機関ではない公正中立な裁判官の面前での供述を録取した書面であるので、典型的に信用性の情況的保障があるという理由に基づいている<sup>4)</sup>。したがって、1号書面も供述不能の他、反対尋問に代わる信用性の情況的保障があるから証拠能力が例外的に認められていることになる。

## (2) 321条1項2号前段書面と特信性

では2号前段をどう解釈すべきか。2号前段書面についても、検察官が法律の専門家であり、公益の代表者であり、公正な立場で捜査と公訴維持を負う法的責任を負っており、高い識見と洞察力を有するから、一応の信用性の情況的保障があるとされている<sup>5)</sup>。したがって供述不能という必要性の要件だけを満たせば特に信用性の情況的保障が立証されることなく証拠能力が認められるとするのが実務の立場である。しかしながら、裁判官と検察官では立場が違ふことは意識しなければならない。検察官がいかに公益の代表であるとも、こと被疑者・被告人との関係においては、利害が

---

3) Federal Rules of Evidence 2004~2005Edition, 2004, pp. 143~190.

4) 石丸他著・前掲注(2)149頁。

5) 同・156頁~157頁。

対立する当事者であることは否定しようのない事実である。公正中立な第三者である裁判官とは決定的に異なるのである。また、2号書面は検察官による取調べ供述調書の証拠化であり、性質的には3号の警察官面前調書に近似しているし、一定の場合には証人尋問請求も可能であり必要性に乏しいことも指摘されなくてはならない<sup>6)</sup>。321条1項2号前段を違憲<sup>7)</sup>とすかどうかは別にしても、少なくとも、反対尋問に代わる信用性の情況的保障を解釈上の制約と解する制限的合憲説の立場<sup>8)</sup>には一定の説得力がある。

2号前段書面の証拠能力は、供述不能に加えて、信用性の情況的保障が認められる場合にのみ肯定されるべきである。このことは高等裁判所の判例<sup>9)</sup>が認めるところでもある。

### 3 供述不能

#### (1) 供述不能事由

321条1項1号前段、同2号前段及び同3号は、表現に若干の相異はあるが、いずれも、① 死亡、② 精神又は身体の故障、③ 所在不明、④ 国外滞在の4つを供述不能にあたる事由としてあげている<sup>10)</sup>。

第1に、①死亡については、客観的死亡の事実を死亡診断書、戸籍抄本等で証明することは比較的容易であり、死亡していることをもって公判期

---

6) 山本正樹「供述不能の意義」刑事訴訟法判例百選<第8版>(2005年)183頁等。

7) 高田卓爾『刑事訴訟法(二訂版)』(1980年)228頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説Ⅱ』(1980年)86頁等。

8) 平野・前掲注(2)209頁、松浦秀寿「供述を拒否した場合」熊谷弘他編『証拠法体系・第3巻』(1970年)138頁、高田・同226頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法[改訂版]』(1990年)207頁他。

9) 大阪高裁昭和42年9月28日判決・高刑集20巻5号611頁、東京高裁昭和49年7月8日判決・判時766号124頁。

10) ここでの叙述については、石丸他著・前掲注(3)133頁以下参照。

日、公判準備（裁判所外）の各供述を得ることが不可能であることは確実である。

第2に、②精神又は身体の故障については、物理的には2つの局面に分けることが可能である。1つは故障の故に出廷すること自体が不可能な場合である。重度の身体的外傷、精神疾患等で外出ができない場合がこれにあたると考えられる。しかしこの場合でも、裁判所外で公判準備の証人尋問ができないような事例に限定されるから、要は証人に証言応力がない場合に限定されることになる。もう1つは、客観的には公判廷での証言は行っているが、実質的に、証人としての証言能力がない場合である。このことは、必ずしも病気（特に統合失調症等の精神的疾患）とは符合しない。病気以外で精神の故障にあたる例としては、強姦被害者の公判廷での供述不能が考えられるが、公判期日を改めたり、遮蔽措置、ビデオリンク等方法を尽くせば証言を得られる見込みがある場合は、供述不能にはあたらない<sup>11)</sup>。一時的な故障では足りないとするのが判例・実務の立場である<sup>12)</sup>。結局、精神又は身体の故障とは、死亡の場合に準じて、供述を得ることが不可能に近い状況にあることを指していることになる。

第3に、③所在不明については、捜査の通常過程において相当と認められる手段方法を尽くしても、なおその所在が判明しない場合がこれにあたとされている<sup>13)</sup>。そして、捜査の手段を尽くしたと言えるか否かについては社会通念によるとされている<sup>14)</sup>。ここでは、社会通念によって想定される捜査機関による所在不明者の調査、すなわち各所、関係人への電話照会、住居訪問、聞き取り等を行っても、なお所在が判明しない場合がこれにあたと考えられる。したがって、ここでいう所在不明の要件も、死亡の場合に準じて、供述を得ることが不可能に近い状況にあること

---

11) 同・134頁。

12) 同・133頁。なお、札幌高裁昭和26年7月30日判決・高刑集4巻7号936頁参照。

13) 福岡高裁昭和26年2月23日判決・高刑集4巻2号130頁。

14) 東京高裁昭和31年11月13日判決・東京高特3巻22号1085頁。

を指していることになる。

最後に、④国外滞在については、証人として予定されている者が、わが国の裁判権の及ばない場所において、適式の召喚をすることができず、かつ、その状態が公判審理との関係で合理的な期間を超えて継続することが見込まれる場合であるとされている<sup>15)</sup>。可能な手段を尽くしても公判準備又は公判期日に出頭させることができない場合であるから、これも死亡の場合に準じて、供述を得ることが不可能に近い状況にあることを指していることになる<sup>16)</sup>。所在地尋問も証人予定者が国外に滞在している場合には通常行い得ないと考えられる。

結局、各号に掲記されている供述不能の4つの形態は、死亡の場合に代表されるように、原則として、証人予定者が公判準備及び公判期日において「すべての供述」を行うことができない状態を想定しているのである。例外的に②のうち証人として出廷している場合でも、「すべての供述」を行うことが不可能なときに供述不能と認定されていることを銘記すべきである。供述不能による伝聞例外は、このように限定的な場合にのみ認められるのである。

## (2) 供述不能要件の厳格解釈

では、各号の①～④の要件は制限列举か、それとも例示列举か。

上記のように、法が厳格に実質的要件を絞ったと考えれば、本来であれば制限列举と解釈すべきである。しかしながら、米国連邦証拠規則804条も死亡、所在不明等の上記の要件には限定しておらず、本稿で問題にしている証言拒絶の場合も、明文で供述不能にあたと規定している。また実質的にも、①～④以外であっても、これらに匹敵する事情が考えら得るであろう。よって例示列举と解するのが相当であると思われる。

---

15) 石丸他著・前掲注(3)137頁。

16) 東京高裁昭和48年4月26日判決・高刑集26巻2号214頁。

もっとも、供述不能の要件を厳格に解すべきことには変わりはないので、さしあたり、①～④に匹敵する要件は、先の米国連邦証拠規則にも明文で規定されているところの証言拒絶の場合及び記憶喪失の場合を考えるだけで足りるのであろう。

この点、わが国の最高裁判例は、つとに、「証人として喚問されながらその証言を拒絶した場合にあっては、…供述者の死亡した場合と何等選ぶところはない」<sup>17)</sup>として証言拒絶が供述不能に該当することを認め、記憶喪失についても、「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」<sup>18)</sup>と判示して、供述不能に該当することを認めている。なお、証言拒絶、記憶喪失の程度については、実質的に供述の獲得が不可能である程度のものでなければならないことは言うまでもない。この点については後述することにする。

## 4 証言拒絶と供述不能

### (1) 証言拒絶の供述不能該当性に関する最判昭 27.4.9

最判昭 27.4.9 は、「この規定（=321条1項2号・筆者注記）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壁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。されば…証人として喚問されながらその証言を拒絶した場合にあっては、検察官の面前における同人の供述につき被告人に反対尋問の機会を与え得ないことは右規定にいわゆる供述者の死

---

17) 最高裁昭和27年4月9日判決・刑集6巻4号584頁。

18) 最高裁昭和29年7月29日決定・刑集8巻7号1217頁。

亡した場合と何等選ぶところはない<sup>19)</sup>と判示して、証言拒絶が321条1項2号前段の供述不能にあたることを認めている。

本判決では、証言拒絶も供述不能にあたりと明言したのであるから、先にも触れたとおり、321条1項各号の供述不能要件が例示列举であることを認めたことは明らかである。その点に本判決の意義があるのはもちろんである。

しかしながら、本判決の意義はそれだけではない。本判決が、証人尋問の障碍事由としての死亡の場合と「同様又はそれ以上の事由の存する場合」に証拠能力が認められると判示している点に注目すべきである。本判決が、既述3(1)の供述不能事由と同等又はそれ以上の事由として証言拒絶の要件該当性を認めたとすることは、とりもなおさず、公判期日において「すべての供述」を行うことが不可能な場合を指しているとするのが妥当である。このことは、本判決が、「現にその証言を拒絶している限りにおいては被告人に反対尋問の機会を与え得ないことは…供述者の国外にある場合に比すれば一層強き意味において、その供述を得ることができないものといわなければならない」と判示している点からもうかがえる。結局のところ本判決の射程は、あくまでも、全面的な証言拒絶が供述不能事由に該当することを明確にしたところにある。

本稿で問題にしている部分的証言拒絶の供述不能該当性については、最高裁は何ら判示していないことを銘記すべきである。あえて本判決の射程内で部分的証言拒絶の供述不能該当性を正当化するとすれば、部分的証言拒絶が全面的証言拒絶、すなわち死亡、国外滞在等に匹敵するほどの拒絶内容を具備している場合に限られることになる。

## (2) 証言拒絶の根拠

次に証言拒絶の理由について明確にしておかなければならない。すなわ

---

19) 最判昭27・前掲注(17)588頁。



ち、法に基づく証言拒絶に限定されるのか、それとも事実上の証言拒絶も供述不能理由としての証言拒絶に含まれるのかについてである。

これについて刑事訴訟法は、証言拒絶権に基づく証言拒絶を3つ規定している<sup>20)</sup>。① 自己負罪拒否特権を行使する場合（刑訴法146条）、② 近親者訴追回避のための証言拒絶権を行使する場合（刑訴法147条）、そして、③ 業務上の秘密保護のための証言拒絶権を行使する場合（刑訴法149条本文）である。このうち、①は、証人自らが刑事訴追を受け、または有罪判決を受けるおそれがある場合であり、憲法38条1項の要請に基づいていることは明らかである。これは被告人が黙秘権を行使する場合と同趣旨である。そしてこの場合、証言事項自体が刑事訴追の根拠となる場合に限定されていて、証言によって偽証罪に問われるおそれがある場合は含まない<sup>21)</sup>。②は、立法政策的見地からの証言拒絶権の付与であって憲法の要請ではない<sup>22)</sup>。そして、③も、秘密業務・業務者の信頼保護を刑事司法の目的に優先させるための政策的規定であって憲法上の要請ではない。

いずれにしても、証人がこれらの理由を示して証言拒絶した場合には、正当な権利の行使であるので証言を強制することはできない。

問題は、証言拒絶の理由さえも示さない事実上の証言拒絶の扱いである<sup>23)</sup>。理論的に言えば、上記の証言拒絶権を有しない場合には、証人は証言義務を負うわけであるから、証人は証言を強制されることになる。裁判所としては、理由も示さずに証言拒絶する場合には、上記の証言拒絶権行使による正当な証言拒絶と見なすわけにはいかないので、過料・刑罰による制裁（刑訴法160条、161条）の可能性を告げるとともに、最終的には、証言命令（刑訴規則122条2項）を発することになる。それでも、証人が事実上の証言拒絶をした場合には、まったく証言が得られないという

---

20) 石井一正『刑事証拠法（第5版）』（2011年）331頁～336頁。

21) 最高裁昭和28年9月1日決定・刑集7巻9号1796頁。

22) 最高裁昭和27年8月6日決定・刑集6巻8号974頁。

23) 石井・前掲注(20)162頁～163頁。

点では証言拒絶権を行使した場合と変わりがあるわけではないから、仮に証言拒絶が供述不能に該当すると認める場合には、事実上の証言拒絶も供述不能に該当することを認めてよいことになろう<sup>24)</sup>。

### (3) 証言拒絶の程度

もっとも、上記 4(1)(2)で検討したように、証言拒絶が証言の全過程にわたる拒絶（全面的証言拒絶）を原則的に意味し、それには証言拒絶権行使に基づかない事実上の証言拒絶が含まれるとしても、その証言拒絶自体が、証人の真意に基づく強固なものであるか否か、その拒絶意思の程度が問題とされなければならない。

証言拒絶は証人の意思の表明である。それゆえ、簡単に翻意される可能性もある。もし、そのように簡単に翻意されるような脆弱な意思決定による証言拒絶の表明であるとして、それを安易に供述不能と認定して伝聞例外を認めてしまうと、被告人の反対尋問権を軽視する結果となってしまう。それゆえに、証人の拒絶意思は強固なものであって、翻意の可能性が極めて低く、場所、日時を変更しても証言を得ることが困難であるといった状況を確認する必要がある。その程度の拒絶意思が確認できた場合に、はじめて供述不能にあたると判断すべきである。

この点について、東京高判平 22.5.27 が注目すべき判断を示している。同判決は、証言拒絶が供述不能に該当する場合があるとした先の最高裁判決を引用しつつ、「供述不能の要件は、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根拠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ないと解される。証人が証言を拒絶した場合についてみると、その証言拒絶の意思が固く、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

---

24) 最高裁昭和44年12月4日決定・刑集23巻12号1546頁。

る」<sup>25)</sup>と判示している。これはまさに正鵠を射た判断である。

そして、このように証言拒絶の意思を翻す見通しが得られるか否かは、同判決も指摘しているとおり、入念に確認されなければならない。特に証言を拒む者がこれを拒む事由を示さないときは証人は証言義務を負うと判断でき、先にも触れたとおり、最終的には証言命令を発することができるのであるから、裁判所はその事由が正当なものか否かを判断しなければならない。仮に、証言拒否が正当なものでない事実上の拒否である場合で、拒否の動機・原因となっている事情を探って除去する工夫が必要である<sup>26)</sup>。証言を拒否する原因が、遮蔽やビデオリンクを用いても、なお、被告人が面前にいることによる威圧あるいは遠慮である場合には、証人尋問中被告人を退廷させておくことを考慮すべきであるし（刑訴法304条の2、281条の2）、同様に傍聴人の威圧にあるときは、証人尋問中特定の傍聴人を退廷させることを考慮すべきでなのである（刑訴規則202条<sup>27)</sup>）。

また同判決は、供述不能か否かを判断するためには、事案の内容及び証人の重要性についても併せて考慮すべきであるとし、事案の重大性、被告人の全面否認、証人としての重要性をあげて調書採用を不当と判断している<sup>28)</sup>。ゆえに、否認事件の重要証人の証言拒絶については、被告人の反対尋問権保障の観点からも、安易に供述不能を認めて調書を採用すべきではないということになる<sup>29)</sup>。

---

25) 東京高裁平成22年5月27日判決・高刑集63巻1号8頁。

26) 石井・前掲注(20)334頁。

27) 同。

28) 東京高判平22・前掲注(25)8頁。

29) 堀江慎司「証人の証言拒絶と刑訴法321条1項2号前段の供述不能」TKC ローライブラリー・判例速報解説<刑事訴訟法79>（2011年）3頁。

## 5 部分的証言拒絶と供述不能

### (1) 部分的証言拒絶の定義

ここまで供述不能との関係で論じてきた証言拒絶は、証言の全過程にわたる拒絶、すなわち全面的証言拒絶についてである。そのうえで確認できたことは、全面的証言拒絶は、公判廷で供述を得ることが不可能であり、その意味では、死亡、所在不明、国外滞在等と同視できる程度の伝聞例外該当性が肯定できる場合があるということである。いわば、供述不能との関係で論じる証言拒絶の原則型である。

しかし、本稿で問題にしているのは、いわゆる部分的証言拒絶として範疇化されている類型の証言拒絶である。ところが、何をもって「部分的」あるいは「一部」とするのか必ずしも明確には論じられてきていない。実際の証人尋問の際の証言拒絶が、原則型の全面的証言拒絶であることはむしろ少なく、証言の重要な部分（何をもって重要な部分と定義するかと言うこと自体が問題であるが）について証言を拒絶したり、断片的に証言が拒絶されたりするのが一般的であるから、部分的証言拒絶という概念を殊更積極的に定義することなく、全面的証言拒絶と同様に、供述不能該当性を論じることができるという前提で、事例毎に供述不能にあたるか否かを決してきたように思われる。問題は、その判断を分ける基準が何かである。以下では、全面的証言拒絶ではないとして消極的にしか定義づけてこられなかった部分的証言拒絶について、判例・学説の展開を踏まえて、その内実を明確にしておきたい。

### (2) 部分的証言拒絶に関する下級審判例

#### (i) 供述不能にあたるとした判例

まず、重要な一部分について証言を拒否した場合に321条1項2号前段にあたるとした下級審判例が2つある。

1つは、「公判廷において公訴事実の重要な点について黙秘権を行使して裁判官の質問に答えていないので、…証人が公判期日において証言を拒絶した場合と同様に、第321条第1項に所謂『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期日において供述することができないとき』の一つの場合として取扱うべきものである」<sup>30)</sup>と判示したもので、もう1つは、「供述者が公判期日において刑訴第146条に基づき証言を拒否したためその供述の一部が再現不可能となったような場合も右列挙（321条1項・筆者注）の場合に準じて証拠能力を有するものと解するのを相当とする」<sup>31)</sup>と判示したものである。証言拒絶の対象・範囲について、前者は、「公訴事実の重要な点」と表現し、後者は単に「供述の一部」と表現している。判決文の中からは、それぞれが何を指しているのかは判然としないが、少なくとも、証言の中の重要な一部を取り出して、その部分について証言拒絶があれば供述不能に該当すると言っている点では一致している。すなわち、部分的証言拒絶であっても321条1項2号前段の供述不能に該当することを正面から認めているのである。しかし、これらはいずれも、全面的証言拒絶の供述不能該当性を認めた最判昭 27.4.9 が出される前の判断である。その意味で先例性は有しないと言うべきである。また、何をもち「重要な点」「一部」としたかが不明瞭であり、その意味でも先例としての価値は低いと言わざるを得ない。

(ii) 相異相反供述にあたるとした判例

一方で、犯罪事実に関連ある重要（大）部分について証言を拒絶した場合に321条1項2号後段にあたるとした下級審判例もいくつか存在する。

1つは、「証人として尋問を受け本件各犯罪事実に関連ある重要部分につき刑事訴訟法第146条に基づきその証言を拒否したことが明白であるか

---

30) 札幌高裁昭和25年7月10日判決・高刑集3巻2号303頁。

31) 東京高裁昭和26年7月5日判決・高刑集4巻9号1083頁。

ら既にしかる以上刑事訴訟法第321条第1項第2号本文に所謂実質的に異った供述をしたときとあるに該当するものと解するを相当とする」<sup>32)</sup>と判示したものであるが、本判例では、「犯罪事実に関連ある重要部分」について証言を拒否した場合に相異相反供述に該当するといっている点で、「重要な点」の証言拒絶を供述不能と判断した先の判例とは正反対の判断を示したことになる。本判例も、何をもって「重要部分」とするのは判然としないが、少なくとも何らかの証言があれば、いわゆる証言拒絶による供述不能にはあたらないことを確認していることは確かである。

さらに供述の大部分について供述を拒否したことについて、「黙秘が他の被告人と共同被告人の地位において併合審理を受けている場合たると、或は、共犯たる他の被告人が審理を受けている法廷において証人たる資格において尋問を受けている場合たるとを問わず、その者の検察官に対する犯罪事実を自白する趣旨の供述調書が存する場合において他の被告人に対する関係においては刑事訴訟法第321条第1項第2号本文にいわゆる公判廷において前の供述と相反する供述をしたときに準じこの場合と同様に取り扱うを相当とするのであるから、…被告人等がいずれもその冒頭陳述として本件起訴にかかる犯罪事実の成立を否定する趣旨の供述をなした外何らの資格においてもその供述を拒否している以上、検察官においてその手裡に存する右犯罪事実を肯認する趣旨の被告人等の検察官に対する所論供述調書をそれぞれ他の被告人に対する関係において前記法条項該当の書面として…犯罪事実認定の証拠に供したことは…相当であ(る)」<sup>33)</sup>として、相異相反性を認めた判例もある。本判例では、共同被告人は冒頭陳述以降の供述を拒否しているわけであるから、供述の重要部分だけではなく、ほとんど大部分について供述を拒否していることになる。その場合でも、公判廷で冒頭陳述について認否している以上、まったくの供述不能で

---

32) 東京高裁昭和26年6月18日判決・判特21号114頁。

33) 東京高裁昭和30年10月28日判決・東京高特2巻21号1114頁。

はないと判断したところに意味がある。

この点に関しては、「証人が、公判廷において、公訴にかかる事実に関連ある事項につき尋問を受けるにおいては、さきに検察官によって録取された供述調書の内容と相異なる供述をすることになるかもしれないから偽証罪の疑により刑事訴追を受ける虞があるとの理由により証言を拒否したような場合には、同証人が、右と同一の事項に関して前に検察官に対してした供述と実質的に異った供述をしたものと解するを相当とする」<sup>34)</sup>とした判例も基本的に同様の判断を示したものと思われる。

(iii) 要証事実との関係で可分化を考察すべきとした大阪高判昭 52.3.9  
の意義

しかしながら、321条1項2号前段あるいは後段にあたるとしたいずれの判例も、部分的証言拒絶を論じる際に、何をもって「重要な点（一部あるいは重要部分）」とするのかについては明確ではない。この点については、部分的証言拒絶とのアナロジーで捉えることが可能な「部分的記憶喪失」に関する大阪高判昭 52.3.9<sup>35)</sup>が注目される。

同判決は、「所論は、刑訴法321条1項2号前段はそこに列挙の死亡等の事由のある場合にのみ限って適用すると解すべきではなく、記憶喪失等のため証言できないときの如きも右に準じ、しかも原審決定に示されたような『列挙事由に準ずるに足る全面的供述不能の場合に限られる』と解すべきでなく、凡そ一部分であっても記憶喪失等のため証言できない以上はその部分に限ってでも2号前段が適用されるべきである旨主張するが、同号前段の趣旨にかんがみると、所論の如く要証事実の具体的内容をさらに細分してその一こま宛に区切って証言できなかったかどうかを分別するのは適切でなく、むしろ原審決定のいうように解するのが妥当であって、Nの原審証言に則していえば、被告人Tおよび同Kの各所為による被害の顛末

---

34) 東京高裁昭和31年7月30日判決・東京高特3巻17号824頁。

35) 大阪高裁昭和52年3月9日判決・判時869号111頁。

はともかく証言し得ていることが明らかであって、2号前段列举事由に準じて考えなければならぬ程の証言不能があるとは到底認め難く、所論Nの検察官調書2通は既にこの点において同号前段の要件を欠くものといわざるをえない。もっとも、記憶喪失による部分的な証言不能のため、その証言内容全体を検察官面前供述と対比し、要証事実について異った認定をきたす蓋然性があると考えられるほどの差異を生ずるに至ったときは、同号後段にいう『相反する供述』または『実質的に異った供述』との要件を具備し同後段により証拠能力を付与される」<sup>36)</sup>と判示している。

ここでは、証言内容と要証事実との関係が明確に論じられており、要証事実の具体的内容をさらに細切れにして分別することの不適切性を指摘している。すなわち、仮に、要証事実が主要事実たる被告人による犯行であれば、少なくとも被告人の所為による被害の顛末に関する言及があれば、後は検面供述と比較をして相異相反性を検討すべきであるとしているのである。本判決は記憶喪失による部分的証言不能を要証事実の関係で論じた点で注目し値する。また、何をもって「重要な点」ととらえるかが示されているように思われる。証人尋問における検察官の立証趣旨を前提に、証人の公判証言で証明される事実(=要証事実)こそが「重要な点」であり、主要事実(その犯罪について刑罰権の存否および範囲を定める事実<sup>37)</sup>)、間接事実(主要事実を間接的に推認させる事実<sup>38)</sup>)を問わず、要証事実について一部でも証言がある場合には、供述不能と判断すべきではないことを示唆しているように思われる。

(iv) 重要部分の前後の供述の存在により供述不能とみなさなかつた東京高判平 15.5.20

実際のところ東京高判平 15.5.20 は、「Yの原審証言をみると、本件火

---

36) 同。

37) 田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(1996年)290頁、田口守一『刑事訴訟法(第6版)』(2012年)342頁~343頁。

38) 同。



災の発火原因，その原因を作った者等については，被告人が灯油を入れたポリタンクを持っている場面をおぼろげに見たような記憶もあるが，ポリタンクを持ち出した場面は見えていない，被告人が灯油をまいたか，こぼしたかも覚えておらず，台所の床，和室のじゅうたんに灯油がまかれた記憶もない，被告人がカーテンをガスコンロの上に置いたか，ガスコンロのスイッチを押そうとしたか，自分がそれを止めようとしたかも覚えていない，被告人が故意に放火したとは今でも信じられない，などとしているものの，それ以外の点，すなわち，本件火災当日の状況について，娘を幼稚園に送るに際し，妻である被告人の体調が良くなかったので，Yが自ら弁当を作ったところ，被告人の気分を害し，被告人がこれを作り直したこと，Yが被告人に対し甘えるなど強い口調で言ったこと，Yが娘を幼稚園に連れて行って帰宅したが，被告人が洋平の言ったことを発端として家を出て行き，その後戻ってきたこと，おぼろげながら，被告人が灯油入りポリタンクを持っているのを見たこと，被告人がこれを運んでいたような気がするが，本件火災までYも被告人も自宅一階にいたこと，そのうち，天井などに火がついて，自分の体が真っ赤になっているのに気付いたこと，などを具体的に証言しているのである。この証言状況に照らすと，上記の核心部分については，供述することができなかったものではなく，あいまいな応答をしたにとどまり，公判期日における供述は得られたというべきである<sup>39)</sup>として，妻である被告人の着火という主要事実（＝要証事実）の中核（＝重要）部分についての供述は曖昧でも，その前後の部分について明瞭に証言しているので主要事実全体については証言があったとみなして，全面的な記憶喪失（＝供述不能）にはあたらないと結論づけているのである。

---

39) 東京高裁平成15年5月20日判決・東高時報54巻1～12号・39頁。

### (3) 学 説

では、学説・実務は部分的証言拒絶についてどのようにとらえているであろうか。大きく、(i) 部分的証言拒絶部分を可分化し、供述不能と評価できるとする「二分説」と(ii) 証言が一部でも得られている場合には321条1項2号後段の相異相反供述とする「部分的供述相異相反説」にわたることができる。以下、それぞれについて検討する。

#### (i) 二分説

##### (a) 3つのバリエーション

まず実務の立場は、概ね、部分的証言拒絶については証言拒絶部分を可分化できるという前提で、一定の場合は供述不能にあたり、一定の場合は相異相反にあたるとしている。仮にこの考え方を二分説と呼ぶことにすると、この二分説はさらに3つのバリエーションに分かれる。

第1に、「部分的な証言・供述の拒否があったばあいには、それが可分な事実に関するものであれば、その事実の供述不能とみられるが、不可分な事実に関するものであれば、全体として前の供述と実質的に異なった供述とみることができる」<sup>40)</sup> とする考え方（仮に、「可分事実拒絶説」と呼ぶことにする）である。この考え方は、ともかく一部分の証言拒絶があれば、その事実が可分化できる事実であれば供述不能になるとするものであるが、可分化の対象も範囲も明確にはされていない。

第2に、「証言または供述の拒絶が部分的に行われたときは、それが可分な事実の一部についてであれば、当該事実についての供述不能と考えよいが、不可分な事実に関しいわば虫喰い的に行われたような場合であれば、むしろ前の供述と実質的に喰い違ったと考えるべきである」<sup>41)</sup> とする考え方（仮に、「可分事実一部拒絶説」と呼ぶことにする）である<sup>42)</sup>。

---

40) 藤永幸治他編『大コンメンタール刑事訴訟法・第5巻I』（1999年）251頁〔中山善房執筆部分〕。

41) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第4版〕』（2009年）853頁～854頁。

42) 小山雅亀「伝聞法則の再構築」村井敏邦他編『刑事司法改革と刑事訴訟法・下巻』

この考え方も、可分事実拒絶説同様に、可分化の対象も範囲も明確ではないが、可分化された事実について一部分についてでも証言拒絶があれば、可分化された事実全体についての供述不能と認める点で、供述不能が認められる範囲はより広いと言える。

第3に、「証言又は供述の拒絶が部分的に行われた場合には、①それが可分的な一部の事実について全面的に行われたときは、その事実に関する供述不能として取り扱うことができるが、②それが不可分な事実について断片的に行われたときは、拒絶した事実の内容、前後の供述内容、供述態度に照らし、『答えられません』、『答えたくありません』などという供述が存在するものとして、供述不能ではなく、刑法321条1項1号後段の『前の供述と異なった供述をしたとき』に該当すると解することになる<sup>43)</sup>とする考え方（仮に、「可分事実全面拒絶説」と呼ぶことにする）である。この考え方は現在の裁判実務のとるところであるが、可分化された一部の事実全体について証言を拒絶している場合に供述不能と認めるのであるから、可分事実と証言拒絶の対象が一致している。この点において可分事実一部拒絶説より供述不能の範囲は限定されると言える。しかし、前2説同様に、可分化の対象および範囲（＝可分・不可分のメルクマー）は全く示されていない。

#### (b) 二分説の問題点

以上、これらの二分説は、それぞれ可分化された事実に対する証言拒絶の範囲について異なるものの、いずれも証言事実を小分けに分離することができる点では共通している。しかし、何をもちて可分・不可分の事実と判断するのかについて積極的定義付けが不明のままである。

この点、二分説は、321条1項2号後段の相異相反供述における「公判供述」と「前の供述」との比較の論理を前提にしているように思えてなら

---

↘(2007年)295頁は、「不可分な事実について『虫食いの』に供述の拒否がなされた場合は321条1項2号後段の問題となるとしている。

43) 石丸他著・前掲注(2)144頁

ない。確かに、後段の相異相反供述の場合、前の供述と公判の供述が矛盾若しくは実質的に異なると言えるためには、供述の一部分に着目して比較することになる。その意味で公判供述は全体の中で可分的に観念されていると言える。しかし、これはあくまでも、相異相反となるか否かを検討するために比較対象となる公判供述を切り取って検討する 1 つの手段に過ぎない。要証事実との関係で公判供述の可分化を積極的に許すことを意味するのではない。

これに対して前段の場合には、そもそも比較の対象となる公判での供述部分すらないのである。このことは特に可分事実全面拒絶説についてあてはまる。現状の二分説は、公判での供述が得られない部分的な証言拒絶部分を供述不能と評価するために、要証事実との関係で供述を可分化できるか否かを積極的に説明することなく、安易に可分・不可分という概念を取り入れた曖昧な基準に他ならないのではないだろうか。4(1)でも触れたとおり、前段は、死亡、所在不明等、公判での供述がまったく得られない場合に供述不能として伝聞例外を認める規定であり、そのような限定的な場合には、被告人の反対尋問権も一步後退せざるを得ないことを認めた規定である。この点において二分説は、本来、全面証言拒絶よりもいっそう謙抑的に供述不能該当性を判断しなければならない部分的証言拒絶を、事実を可分化できる基準を何ら示すことなく漫然と可分化できるとして、その可分化された事実についての証言拒絶を全面的証言拒絶の場合と同等に扱って供述不能として認定しているのである。このような運用は、伝聞法則を弛緩させ、被告人の反対尋問権を危殆化させる点で大いに問題があると言わなければならない。

可分化できるか否かは、以下の 5(4)でも検討するように、あくまでも要証事実との関係で観念されるべき問題なのである。

(ii) 部分的供述相異相反説

もっとも、二分説とは異なり、証言が一部でも得られている場合には 321 条 1 項 2 号後段の相異相反供述として、相対的特信性を要件に証拠能

力を判断すべきであるとする見解もある。

第1の見解は、「証人がある程度の供述をした後重要部分について供述を拒否したような場合は、拒否した事実の内容、前後の供述内容、供述態度等から拒否した事実について供述があったものと認められる場合があるであろう。もし供述があったものと認められ、その内容が前の検面調査と重要な部分において異なるときは、後段の『実質的に異なる供述』をした場合に該当することとなる<sup>44)</sup>（仮に「非重要部分一部供述説」と呼んでおくことにする）と説明する。この見解が指摘する「重要な部分」が何を意味するかは判然としないが、非重要部分に関する一部の供述があれば、前後の脈絡、供述態度等から、全体として供述があったと判断できるとするのであるから、少なくとも二分説の考え方とは異なる。

第2の見解は、より明快に、「証言の一部は得られ、断片的に拒否されるといような場合には、…『前の供述と実質的に異なった供述』（法321条1項2号後段）と解することができる<sup>45)</sup>（仮に「断片的証言拒否説」と呼んでおくことにする）と説明する。証言の一部が得られていれば、相対的に残りの証言は断片的に拒否されているということになるので、証言全体として不能であるわけではなく、相異相反性が問題になるに過ぎないとする考え方である。証言拒絶による供述不能が全面的に供述がとれない死亡、所在不明と同様に認められ得る理由に立ち返れば、妥当な見解であると言えるであろう。

#### (4) 部分的証言拒絶の再定義

##### (i) 証言拒絶の対象と要証事実の関係

既述のとおり、従来の二分説は、公判供述の可分・不可分について何を基準に分離することが可能なのかを明確にしないままの議論に終始してき

---

44) 松浦・前掲注(8)140頁

45) 石井・前掲書注(20)163頁。

たと言える。しかし、そのことはまた、部分的な拒絶が何に対する「部分的」な拒絶であるのか、言い換えれば何をもって「部分的」であると定義するのかさえ明確にしないままの議論であるように思えてならない。

そこで以下では、証言拒絶の対象を明確に要証事実 (= 立証趣旨) との関係で論じることで、部分的証言拒絶自体の再定義を試みたいと考える。このように、要証事実との関係で証言する事実の内容を論じるのは、米国連邦証拠規則804条(a)(2)号が、「供述の主題事項 (subject matter) について、裁判所の証言命令にもかかわらず、証言を拒否する場合は、供述不能とする」と規定していることから合理性がある<sup>46)</sup>。ここでいう主題事項は、まさにわが国で言う要証事実に対応する概念であると考えられるからである。

いずれにしても、用語の定義の問題として、本稿で用いている立証趣旨と要証事実の関係、主要事実と間接事実の関係、そして、主要事項と関連事項との関係について、それぞれ確認しておくことにする。

まず立証趣旨とは、証拠調べ請求をする際に示される「証拠と証明されるべき事実との関係」(刑訴規則189条1項)であり、通常、検察官がその証拠で何を証明しようとするのかを証拠等関係カードの立証趣旨欄に簡潔に明示することで裁判所に明らかにされる<sup>47)</sup>。例えば、違法薬物販売の主犯格とされる被告人甲の共犯者乙ら実行犯への指示による薬事法違反被告事件で、有罪が確定した共犯者(実行犯)の一人乙の証人尋問が行われる場合に、検察官が、「A 犯行経緯、B 犯行状況、C 口裏合わせ等」を立証趣旨として、乙の証人尋問を請求した場合を想定してみる。ここでの立証趣旨は明らかに、A、B、Cおよびそれに準じる事項である。一方で、要証事実とは、そのように証拠請求された証拠によって実際に証明されるであろう事実であり、原則的に立証趣旨と同義であると考えてよ

---

46) FEDERAL RULES OF EVIDENCE ARTICLE (VIII. HEARSAY) Rule 804.(a)(2), 2012, Matthew Bender & Company, Inc. by LexisNexis.

47) 寺崎嘉博『刑事訴訟法(第2版)』(2008年)318頁～319頁。

い<sup>48)</sup>。したがって、ここでいう要証事実とは、いわゆる裁判の最終立証命題である犯罪事実（＝主要事実）としての要証事実だけを指すのではなく、犯罪事実を推認する間接事実自体もまた請求証拠との関係では要証事実となる。少なくとも、本稿ではこのような意味で要証事実という言葉を用いている。

次に主要事実と間接事実の関係についてであるが、先にも触れたとおり、前者は、犯罪について刑罰権の存否および範囲を定める事実であり、後者は主要事実を間接的に推認させる事実である。上記の例に即して言えば、「被告人甲と乙ら共犯者との間の共謀」が主要事実（薬事法違反の共謀共同正犯）であり、乙の証人尋問の立証趣旨として掲げられているA、B、Cの各事項は、それによって共謀を基礎づけることを推認する間接事実と言うことになる（少なくとも、ここでは、A、B、Cをそのように想定することにする）。

さらに本稿では、主要事項と関連事項という概念を用いているが、これは証言の内容を要証事実との関わりの度合いによって区別するものである。すなわち、要証事実、その中核となる主要事項と、主要事項と関連性がある関連事項によって構成されていると考えるのである。こう考えることは公判廷での証言の実体に即しているのではないだろうか。例えば、「被告人甲が証人乙を密売に誘ったこと」が仮に要証事実であると捉えられる場合、肝心の「被告人甲の勧誘」が立証上の中心になるとは思われるが、証人尋問の流れの中で「被告人甲以外の者からの勧誘の有無」等についても尋問するであろう。本稿では後者の尋問事項を関連事項と呼んでいいわけであるが、この関連事項も、ここで問題にしている要証事実の一部と捉えることは証人尋問の実際を考える上で不当ではないと思われる。そ

---

48) 最高裁平成17年9月27日決定・刑集59巻7号753頁。なお、その解説として、芦澤政治「捜査官が被害者や被疑者に被害・犯行状況を再現させた結果を記録した実況見分調書等で実質上の要証事実が再現されたとおりの犯罪事実の存在であると解される書証の証拠能力」最高裁判所判例解説刑事篇平成17年度・346頁参照。

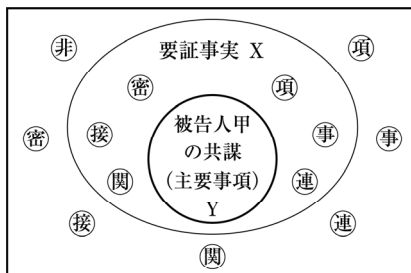
の意味で本稿では、このような関連事項を特に密接関連事項と呼び、主要事項との関連性が薄い非密接関連事項と区別している。

以上を前提に主要事実を要証事実とする公判証言である場合（図 1）と間接事実を要証事実とする公判証言の場合（図 2）に分けて検討する。

(a) 主要事実を要証事実とする場合

先ず、主要事実を要証事実とする場合に事実の可分・不可分の可能性について考えてみる。ここでの要証事実が「被告人甲と乙ら共犯者らとの間の共謀」である場合には、被告人甲と共犯者乙らとの共謀自体が中心的な要証事実、すなわち主要事項 Y であることは疑いが無い。しかしながら、実際の証人尋問の中では Y に密接に関連する事項についての尋問も行われるのであり、その尋問に対する証言内容如何によっては、Y についての証言があったと見なすことができる場合があるはずである。例えば、被告人甲とは特定せずとも、起訴事実となっている犯行当日に、ある人物から犯行内容と同種の指示を受けたということを認める証言をし、他の客観的状況から、そのある人物が被告人甲であると合理的に推認できるような場合が考えられるであろう。また、犯行当日に被告人甲と会ったこと自体は認めており、前後の時間関係その他の客観的状況から、被告人甲との共謀があったと合理的に推測できるような場合も考えられるであろう。いずれの場合も、被告人との共謀それ自体（Y）については証言拒絶したとしても、Y の密接関連事項についての証言はしており、結局 Y についての証言

図 1 主要事実に関する証言





があったと合理的に推認できると考えられる。

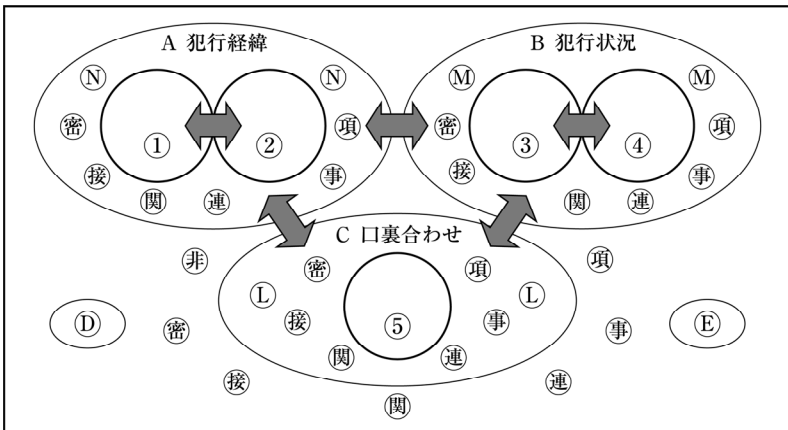
このような意味において、要証事實はYよりも幅のあるXとして想定することが妥当である。そしてこの場合に部分的証言拒絶との関係で仮に可分化できる対象事實を考えると、Yでは不十分であり、Xと考えざるを得ないように思われる。そしてX外の非密接関連事項にのみしか証言がない場合、言い換えれば、要証事實Xについて全面的に証言がない場合には、いわゆる部分的証言拒絶として、供述不能の該当性を認めることが可能になるであろう。もちろん、このような場合でも、証言拒絶の程度、特信性の要件を満たさなければならないとするのが本稿の立場である。

(b) 間接事實を要証事實とする場合

次に、主要事實より問題が大きい、間接事實に関する証言の扱いについて考えてみる。

以下の図2では上記の例に即して事実関係を整理してみたい。先にも触れたとおり、上記の例における共犯者乙の証人尋問の場合、検察官の立証趣旨は、「A 犯行経緯、B 犯行状況、C 口裏合わせ等」であり、要証事實も、そのように証拠請求された証拠によって実際に証明されるであろう

図2 間接事實に関する証言



事実であると考えられる。

このことを前提に、裁判実務でとられる可分事実全面拒絶説によって、仮に事実関係を可分化してみると以下のような場合が考えられるであろう。

例えば、共犯者である証人乙が、違法薬物の密売について、被告人甲との関係についてのみ証言を拒絶している場合である。より具体的に言うならば、乙自身を含む他の共犯者（実行犯）との役割分担等については証言しているものの、① 被告人甲が乙を密売に誘ったこと、② 被告人甲が他の共犯者丙を密売に誘ったこと、③ 被告人甲が丙の役割について指示したこと、④ 乙が売上金を被告人甲に渡していたこと、⑤ 被告人甲が乙に口止めを指示していたことなど、「違法薬物密売への被告人甲の関与」の部分について証言を拒絶している場合である。この場合、二分説によれば、このように「被告人甲が関わる事実」については、独立の他と区別できる事実関係であって可分化できるという判断になるものと思われる。そして、この①～⑤の部分について、証人乙が「言いたくありません」と証言を全面的に拒絶する場合、可分事実全面拒絶説の立場からは、当該部分について供述不能であると解するのが相当という結論になると思われる。

しかし、このような可分事実全面拒絶説の考え方は、先にも指摘したとおり、何を基準に可分化できるとしているのか明瞭ではない。例示事実①～⑤に即して言えば、それぞれが、事実関係として被告人甲と他の共犯者のやりとりとしてまとまりのある 1 個の事実であること、被告人の犯行に関連する重要な事実であることといった程度の基準しか見いだせないであろう。仮にこのような可分化を認めてしまうことになると、まとまりのある事実関係であれば、便宜的に供述不能で証拠採用されてしまうことになりかねない。だが、そのような運用は認めるべきではない。

そこで本稿では、要証事実との関係で以下のように考えることで、間接事実認定における部分的証言拒絶の範囲を確定したい。

まず、主要事項については、要証事実との関係で、最広義、広義、狭義

の主要事項に分類することが可能であるように思われる。

このうち、最広義の主要事項は、要証事実A、B、Cのすべてを合わせたもので、検察官は証人の証言で立証しようとしている間接事実のすべてということになる。

もっとも、立証趣旨が概ね3つに区切られているので、広義の主要事項として、要証事実A（① 被告人甲が共犯者乙を密売に誘ったこと、② 被告人甲が共犯者丙を密売に誘ったこと、①②に密接な関連事項、その他の犯行の経緯⑩等）、要証事実B（③ 被告人甲が共犯者丙の役割について指示したこと、④ 共犯者乙が売上金を被告人甲に渡していたこと、③④に密接な関連事項、その他の犯行状況⑩等）、要証事実C（⑤ 被告人甲が共犯者乙に口止めを指示していたこと、⑤に密接な関連事項、その他の口裏合わせ①等）が考えられる。

そして、狭義の主要事項が、①、②、③、④、⑤の各事実である。

このように整理したうえで、証言拒絶の対象となりうる事実を要証事実との関係で分類してみると、(i) 主要事項（最広義、広義、狭義）に対して証言を拒む場合、(ii) 関連事項（密接、非密接）に対して証言を拒む場合、(iii) 両事項（狭義の主要事項＋密接関連事項、最広義・広義の主要事項＋非密接関連事項）に対して証言を拒む場合に対象を分けることができる。

以下では、特に間接事実における証言拒絶のこれらの対象について、(a) 全面的に証言を拒む場合と (b) 一部分について拒む場合に拒絶の範囲を分けて、供述不能にあたり得るか否かを検討する。

(ii) 拒絶範囲の問題

(a) 対象となる事実について全面的に証言を拒む場合

(i) 対象となる事実が主要事項である場合

第1に最広義の主要事項（例えば、図2のA+B+C）について全面的に証言を拒絶する場合には、要証事実との関係でまったく証言が得られないことになるから、いわゆる全面的証言拒絶と同視でき、供述不能にあた

ると考えてよい。もっとも、この場合でも、証言拒絶の程度、特信性の要件を具備する必要がある。

第 2 に広義の主要事項（例えば、図 2 の A）について全面的に証言を拒絶する場合には、少なくとも A についての供述不能と認められるようにも見える。しかしながら、本証人尋問では、A、B、C の間接事実が相互に密接に関連したうえで推認力を高めて被告人の共謀の存在を証明しようとしているのであるから、広義の主要事項 B、C との関連性（⇔部分）を無視して安易に供述不能を認めるべきではない。すなわち、広義の主要事項 B あるいは C についての証言があるとされる場合には、最広義の主要事項についてはまだらに証言があったと評価でき、要証事実との関係で供述不能ではなく、相異相反供述として扱うのが適切であると思われる。

第 3 に狭義の主要事項（例えば、図 2 の①）について全面的に証言拒絶する場合でも、①の密接関連事項に関する供述がある場合あるいは②についての供述がある場合（ない場合は上記第 2 の判断による）には、広義の主要事項 A（ひいては最広義の主要事項）についての供述があったと評価できる。したがってその場合は、要証事実との関係で供述不能ではなく、相異相反供述として扱うのが適切であると思われる。

(ロ) 対象となる事実が関連事項である場合

第 1 に密接関連事項のみを全面的に証言拒絶したとしても、①～⑤のいずれかについてが供述がある場合には、最広義の主要事項についてはまだらに供述があったと評価できるので、要証事実との関係で供述不能ではなく、相異相反供述として扱うことになる。

第 2 に非密接関連事項のみを全面的に証言拒絶したとしても、①～⑤のいずれか、あるいはそれらの密接関連事項について供述がある場合には、最広義の主要事項についてはまだらに供述があったと評価できるので、要証事実との関係で供述不能ではなく、相異相反供述として扱うことになる。

(ハ) 対象となる事項が両事項にまたがる場合

この場合は、証人が証言の全過程を通じてまったく証言をしない場合であるので、全面的証言拒絶となり、供述不能として扱うことが可能であろう。もっとも、この場合でも、証言拒絶の程度、特信性の要件を具備する必要がある。

(b) 対象となる事実の一部分について証言を拒む場合

(イ) 対象となる事実が主要事項である場合

第1に最広義の主要事項（例えば、図2のA+B+C）の一部分について証言拒絶する場合でも、一部分の証言拒絶にとどまり、要証事実との関係での証言はあるわけなので、供述不能ではなく、相異相反供述として扱うことになる。

第2に広義の主要事項（例えば、図2のA）の一部分について証言拒絶する場合でも、一部分の証言拒絶にとどまり、要証事実との関係での証言はあるわけなので、供述不能ではなく、相異相反供述として扱うことになる。このことは、仮に、広義の主要事項BおよびCについて全面的に証言拒絶した場合であっても変わらない（その場合でも、最広義の主要事項についてはまだらに供述があったと評価できる）。

第3に狭義の主要事項（例えば、図2の①）の一部分について証言拒絶する場合でも、一部分の証言拒絶にとどまり、要証事実との関係での証言はあるわけなので、供述不能ではなく、相異相反供述として扱うことになる。このことは、仮に、①の密接関連事項および②（密接関連事項含む）についての供述がない場合であっても変わらない（その場合でも、広義の主要事項A（ひいては最広義主要事項）についての供述があったと評価できる）。

(ロ) 対象となる事項が関連事項である場合

第1に密接関連事項の一部にのみ証言拒絶があった場合で、①～⑤のいずれについても供述がないときであっても、最広義の主要事項についてはまだらに供述があったと評価することは可能である。やはりこの場合も、

要証事実との関係で供述不能ではなく、相異相反供述として扱うことになる。

第 2 に非密接関連事項の一部にのみ証言拒絶があった場合で、①～⑤(密接関連事項含む)のいずれにも供述がないときは、最広義の主要事項について供述があったとはいえないので、いわゆる全面的証言拒絶があった場合と同視でき、要証事実との関係で供述不能となる。

(ハ) 対象となる事項が両事項にまたがる場合

主要事項及び関連事項のそれぞれの一部について証言拒絶がある場合であっても、最広義の主要事項について何らかの供述はあったと言えるわけであるから、要証事実との関係で供述不能ではなく、相異相反供述として扱うことになる。

(iii) 証言拒絶の程度

仮に、上記(ii)(a)(イ)の第 1 及び(ii)(b)(ロ)の第 2 の場合のようにいわゆる全面的証言拒絶と同視できる場合であっても、事案の内容、証人の重要性、証言拒絶の理由・態度等との関係で総合勘案して、供述不能にあたるか否か、逆に言えば、公判供述が必要であるか否かを検討すべきとするのが判例の立場である<sup>49)</sup>。

第 1 に事案の内容については、重大事犯であるか否か、被告人が公判廷で否認しているか否かが問題なることが同判例で示唆されている。特に、被告人が否認している場合に、安易に供述不能を認めて調書採用してしまうと、被告人の反対尋問権が保障されない結果になってしまいかねない。したがって、そのような場合は、あくまでも公判廷での証人尋問の可能性を探らなければならないのである。その意味で、証言拒絶の理由・態度を見極めることは重要である。

第 2 に証人の重要性については、当該証人が被告人の有罪立証に不可欠な証人であるか否かが問題になることが同判例で示唆されている。すなわ

---

49) 東京高判平22・前掲注(25)。

ち、当該証人が被告人の有罪立証について不可欠あるいは唯一の証拠である場合には、その必要性が高いわけではあるが、安易に供述不能を認めて証書採用するのではなく、あくまでも公判廷で被告人の反対尋問にさらす可能性を探求すべきである。

第3に上記2点を踏まえたうえで、当該証人の証言拒絶の理由・態度を入念に探り、その証言拒絶が真意に基づくものであり、翻意を期待することが困難である状況が確認できることが重要になる。証言拒絶の理由が証言拒絶権に基づかない事実上のものであっても実質的には変わらないことは先に確認したとおり（前述4(2)参照）であるが、問題は、証人の証言拒絶の態度において、その証言拒絶の意思が固く、尋問期日、場所を改めたり、遮蔽措置・ビデオリンクを用いて方法を改めたり、被告人、傍聴人を退廷させたりしても、なお、翻意して証言する見通しが少ないか否かである。このような裁判所の義務が果たされてもなお証言拒絶する場合には、特信性を要件として供述不能にあたりと判断できることになろう。

## 6 結 論

以上、いわゆる部分的証言拒絶が供述不能にあたるか否かを検討してきたが、「部分的」と言えるか否か、すなわち裁判実務がいうところの「可分化」できるか否かは、要証事実との関係で捉えるべきことを明確に主張してきた。すなわち、基本的には、証人尋問における検察官の立証趣旨によって、可分化の範囲は規制されるのである。

そして、要証事実が主要（＝犯罪）事実そのものであるときには、主要事項について証言を拒絶したとしても、主要事項の密接関連事項について証言があるときは、当該証言は要証事実との関係では証言拒絶にならないと考えるべきである。逆に言うと、このような場合に部分的証言拒絶と定義できるのは、非密接関連事項についてのみ証言を拒絶した場合についてであるということになる。しかし、そのような場合は、そもそも要証事実

との関係では問題なく証言されているので、部分的証言拒絶を論じる意味はないと言える。また、全面的証言拒絶にあたると言えるのは、主要事項のみならず、密接関連事項についても証言を拒絶した場合であるということになる。もっとも、これによって供述不能として証拠能力を認めるためには、証言拒絶の程度、特信性の要件を満たさなければならないとするのが本稿の立場である。

さらに要証事実が間接事実であるときには以下のように考えるべきである。すなわち、特に相互に関連する複数の間接事実の立証のための証言がなされる場合には、各要証事実の中核となる主要事項のみならず、それぞれの密接関連事項についても証言が拒絶されたときにのみ、証言拒絶として、その程度、特信性の要件を満たすかぎりで供述不能に該当することになる。しかし、実際には、一人の証人によって立証されようとしている複数の間接事実（＝要証事実）の各事実が全く独立したものであることは想定しにくいであろうから、何らかの密接関連事項について証言がなされる場合には、全体の要証事実（＝最広義の主要事項）との関係で証言拒絶にはならないと評価することになる。結局のところ、いわゆる部分的証言拒絶が生じうる局面は、個別化させること（＝他の間接事実との関連性が密接でないことと評価すること）が可能な間接事実（＝要証事実）について、その密接関連事項も含めて全面的に証言を拒絶する場合に限定されることになる。もっとも、この場合でも、上記同様、証言拒絶の程度、特信性の要件を満たさない限り、供述不能にはあたらないことは言うまでもない。

以上が本稿のとする結論である。