公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障（３）

――韓国の刑事訴訟法との比較研究――

延　　秀　斌*

目　　次

序章　はじめに
第１章　戦前の刑事訴訟法における公判中心主義
　１．明治刑事訴訟法
　２．明治刑事訴訟法の改正
　３．明治期における韓国
　４．大正刑事訴訟法
　５．韓国における大正刑事訴訟法
　６．特　別　法
　７．ま　と　め　（以上，398号）
第２章　日・韓の公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障
　１．戦後の日本の公判中心主義
　２．近年の法改正
　３．戦後の韓国の公判中心主義
　４．公判中心主義の再確認
　５．ま　と　め　（以上，401号）
第３章　公判中心主義に関する制度の検討
　１．日本と韓国の証人審問権
　　⑴　日本の証人審問権
　　⑵　韓国の証人審問権
　　⑶　小　　括　（以上，本号）
　２．日本と韓国の司法面接
　３．ま　と　め

＊　ヨン・スビン　立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

4．弁護人立会い制度
5．取調べ可視化制度

第 3 章　公判中心主義に関する制度の検討

1．日本と韓国の証人審問権

第 2 章において，取調室の密室性の問題が解決されない限り，捜査段階で行われた供述を書面化せず，直接公判廷において捜査段階で行われた供述を再現できたとしても，実質的な公判中心主義の実現にはなり得ないと指摘した。取調室の密室性の問題が，被疑者・被告人に自己に不利な供述を強い，または虚偽の供述を強いることによって，数多くの冤罪事件を生みだしたことは，周知のとおりである。他方で，参考人にも取調室の密室性が，問題になり得るのかは，検討の必要があるように思われる。参考人は，身体拘束された被疑者とは異なって，何時でも取調べを拒みうる環境にあり，自己に不利な供述を強いられる対象ではない。しかし，参考人の供述は，被告人の証人審問権との関係で問題となる。さらに，明文上，被疑者取調べのように，参考人取調べは録音・録画されるわけではないため，参考人取調べにおける取調室の密室性は，新たな問題を惹起する可能性が残される[1)]。それは，捜査機関の説得または脅迫などによって，参考人が被告人に不利な供述を行い，その供述が書面化または公判廷で供述される場合のような捜査機関の意思が反映された供述の公判顕出である。そして，証拠法の観点からは，日本も韓国も，オリジナルの証拠に基づいた心証形成が求められる共通の認識が見られるなかで，捜査機関の意思が反映された公判供述をオリジナルの証拠として捉えてはいけないことに留意すべきである。

これに対して，証人に対しては，被告人が憲法37条 2 項前段によって，証人審問権を行使できるため，自己に不利な供述をした（捜査機関の意思が

1）　一方で，共犯を参考人として取調べる場合には，被疑者取調べのように，取調べを拒むことができず，何時でも退去できることを期待できないのが現実的である。

反映された供述をした）証人に対して，反対尋問を行い，その供述を弾劾することができるため，公判中心主義に反しないと反論されると考えられる。確かに，被告人の証人審問権の行使が，実質的に保障されるのであれば，公判中心主義が実現された公判審理であると思われる。しかし，問題となるのは，被告人の証人審問権の保障の程度によっては，公判中心主義が実現されたと評価できない場合である。

さらに，近時においては，いわゆる司法面接の手法を用いて行われた被害児童の事情聴取を録音・録画した記録媒体（以下，この章において，記録媒体とする）を，主尋問に代える方法若しくは記録媒体それ自体を実質証拠としての使用する方法に関して議論が行われた。

記録媒体を公判廷で再生することは，被疑者取調べの録音・録画記録媒体を再生することと同様に，それを視聴する者に強力なインパクトを与えると考えられる。それゆえ，被告人に証人審問権を行使する機会が与えられたとしても，被告人による反対尋問が，実質的な効果を果たし得るかは疑問である。さらに，記録媒体のみをもって，被告人の犯罪事実を判断することは，被告人の証人審問権を真正面から制約することになるため，より慎重な検討を要する。以下においては，被告人の証人審問権を検討したうえで，韓国では被告人の証人審問権をどのように保障しているのかを検討する。

(1) 日本の証人審問権

① 学説・判例

憲法37条2項前段は，刑事被告人に，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規定しており，これは，被告人が，証人に対して自己に不利な供述の反対尋問を通じて，当該供述の信用性をテストする権利として解されており，証人の供述に対する信頼性の確保及び事実認定の正確性を担保する役割を果たしているとされる[2)]。

2) 榎本雅記「刑事免責と証人審問権」法律時報92巻3号（2020年）36頁。

この憲法規定が，最初に問題となったのは，「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（刑訴応急法）」12条 1 項の合憲性との関係であった[3]。刑訴応急法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」としていた。

最高裁は，刑訴応急法12条は，「証人その他の者の供述を録取した書類又はこれに代わるべき書類を証拠とするには，被告人の請求があつたときは，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」しており，憲法37条に基づいて，被告人に証人に対して充分に審問する機会を与え，不当に尋問権を制限されないとした。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在しない。憲法の諸規定は……どの程度に具体的に現実化されてゆくかは，社会の実情に即して適当に規制せらるべき立法政策の問題であ（り）……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訊問すべきものであり，公判廷外における聴取書又は供述に代る書面をもつて証人に代えることは絶対に許されないと断定」できないとした[4]。すなわち，憲法37条は，第三者の供述を証拠とするために，原供述者を公判で尋問することを求め，供述を記載した書面を証人に代替することを禁止する趣旨ではないとした[5]。

その後の判例においては，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つて，被告人に反対訊問

3） 江家義男「反対尋問権」ジュリスト131号（1957年）27頁。
4） 最判昭和23年 7 月19日刑集 2 巻 8 号952頁。
5） 榎本・前掲註 2，36頁。

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。従つて，刑訴応急措置法第一二条において，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，憲法第三七条第二項の趣旨に反するものではない」とした。すなわち，憲法37条２項の証人は，公判廷に喚問された証人を意味する。したがって，公判廷に出廷している証人に対する反対尋問を保障するにすぎず，証人となり得る者にまで反対尋問を保障するものではないため，伝聞法則との関連性が否定される[6)]。

他方で，従来の学説は，憲法37条２項が保障する証人審問権を，反対尋問権の保障すなわち，反対尋問の欠如を根拠に証拠排除する伝聞法則と関連付けて説明していた[7)]。この理解からは，憲法上保障される証人審問権は，伝聞法則と同様に，公判廷外の供述の信頼性の確保及び正確性を担保する権利であって，伝聞法則を憲法37条２項から求められる憲法上の要請であると捉えられる[8)]。しかし，伝聞例外の解釈を厳格にすることによって，被告人の権利保障に資するとも言えるが，憲法上の証人審問権を，伝聞法則の趣旨と同一に解することは，信用性の状況的保障及び証拠使用の必要性が認められると，証人審問の機会が与えられないことは，問題とされないことになると指摘される[9)]。これは，実際に，最高裁が，韓国の裁

6） 田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣，1992年）366頁。

7） 平野龍一『訴因と証拠』（有斐閣，1981年）220頁。江家・前掲註３，28頁。

8） 大谷祐毅「証人審問権と伝聞法則」法学教室496号（2022年）36頁。

9） 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（1998年）234頁，伊藤睦「公判外供述の証拠使用の制限と証人審問手続」石田倫識ほか編『刑事法学と刑事弁護の協働と展望：大出良知・高田昭正・川崎英明・白取祐司先生古稀祝賀論文集』（現代人文社，2020年）544頁。江家義男も，同様に指摘し，憲法37条２項は，反対尋問の機会を与えられない供述の証拠能力を否定するものではなく，その例外が認められ得ることを意味するのであって，例外には，相当の合理的根拠がなければならないとする。合理的根拠↗

判所における共犯者の公判調書[10]や中国の捜査機関が作成した共犯者の供述調書[11]の証拠能力を認める形で現れた[12]。

そこで，学会においては，アメリカ法を参考にして証人審問権と伝聞法則の関係性について，更なる検討を要するとの指摘もあり[13]，証人審問権と伝聞法則を区別し，証人審問権それ自体の重要性を検討するに至った[14]。

まず，堀江慎司によって展開された見解は，証人審問権を，被告人が事実認定者の面前において証人に対する尋問を含めた，「証人尋問のプロセスを実行する機会を持つ権利」を含めた権利として捉え，他にもこのプロセスには，事実認定の正確性の確保のみならず，「プロセス『それ自体として』」保障されるべきであるとする[15]。ただし，この場合においても，例外として，「当該公判外供述の提出と同時に原供述者も公判に喚問され且つ当該供述の内容に関して十分な尋問が行われるか，又はそれが不可能であることが証明」される場合には，公判外供述の証拠使用が許容される[16]。また，この見解は，公判外供述の許容のために，政府訴追側の義務として，原供述者の喚問を要件とする[17]。

↘とは，反対尋問に代替し得る信用性がある場合を意味する。そして，伝聞証拠であっても，被告人に不利益なものでなければ，憲法に反するものではないがために，伝聞法則を被告人の反対尋問権との関係で理解してはならず，当事者主義を基礎とする直接審理主義の観点から理解すべきであるとする。江家・前掲註３，27-28頁。

10） 最一小決平成15・11・26刑集57巻10号1057頁。

11） 最一小判平成23・10・20刑集65巻７号999頁。

12） 和田恵「証人審問権の保障と，国外にいる証人の公判外供述の証拠能力」後藤昭編代『裁判員時代の刑事証拠法』（日本評論社，2021年）230頁。

13） 松尾浩也「証拠法の一断面――刑訴三二一条一項を中心に」研修334号（1976年）12-13頁，田宮・前掲註６，366頁。

14） 代表的なものとして，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――（一）～（六）・完」法學論叢141巻１号～142巻２号（1997年）。

15） 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――（六）・完」法學論叢142巻２号（1997年）23-24頁。証人審問権と伝聞法則を切り離し，証人審問権を手続的保障として捉えた試みとして，多田・前掲註９，245頁以下。

16） 堀江・前掲註15，25頁。

17） 堀江・前掲註15，25-26頁。

また，堀江の主張とは別に，山田道郎は，伝聞法則を「『真実発見という訴訟目的に奉仕するための証拠排除法則』」として捉え，証人審問権を「被告人が自己を有罪にする証拠を提供する者と直接『対面し，対決する』権利」として捉える[18)]。この見解によると，証人審問権は，伝聞法則によって保障される被告人の反対尋問権と類似しているが，反対尋問権の目的は，事実認定の正確性にあって，証人審問権は，自己に不利な供述をした者との対面，対決する機会を持つ権利として区別される。そのため，証人審問権から求められる対面，対決は，最小限の機会であっても問題とならず，証人審問が行われる場所も，公判に準じるほどの手続的公正が保障されるのであれば，公判廷に限られない。すなわち，被告人の権利とされるのは，証人審問権のみであって，証人審問権の限界も伝聞法則と区別できるようになる。そして，証人審問権の限界については，当事者主義を前提に，検察官が，被告人に不利な供述をした証人を，被告人が十分に審問できる機会を提供したかによって判断される。つまり，証人審問の機会の提供義務が検察官にあるとして，義務を遂行する可能性の有無が，証人審問権の限界を判断する基準となる。

このように，証人審問権と伝聞法則を区別して，証人審問権を個別的に検討する見解の登場の前後には，平成７年の判決が出された[19)]。平成７年最高裁判決は，強制送還されたタイ国籍女性13名の検面調書の証拠能力について，以下のように判断した[20)]。

刑訴法321条１項２号前段に規定されている検面調書の原供述者が，国外にいるため公判準備または公判期日に供述することができないときには，検面調書の証拠能力が認められるが，被告人の証人審問権の保障の趣旨に鑑みると，原供述者が国外にいることになった事由によっては，検面調書の証拠能力を認めることに疑問の余地があるとしたうえで，原供述者

18） 山田道郎『証拠の森――刑事証拠法研究――』（成文堂，2004年）６頁以下。
19） 大谷・前掲註８，39頁。
20） 最判平成7・6・20刑集49巻６号741頁。

が国外にいることになった事由が退去強制である場合には，「当該外国人の検察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」とした。

平成７年判決の「証人審問権の保障の趣旨」は，明らかにされていないが，検面調書の証拠能力の有無を判断する際に，「手続的正義の観点から公正さ」を基準としていることから，証人審問権を保障する趣旨は，手続的正義に関連するものとして捉えられる[21)]。

他方で，近時においては，大谷祐毅によって，証人審問権を，供述証拠の信頼性を確実に評価できる状態で事実認定者に評価してもらう権利として捉えた見解が展開されている[22)]。この見解も，伝聞法則を事実認定の正確性を担保するための法則として捉え，証人審問権を被告人の権利として捉えることは，他の見解と異ならない。また，その結論として，「証人審問権による規範は，伝聞法則と個別独立に，伝聞例外規定により証拠能力が認められるように思われる公判外供述について，なお証拠能力を否定し得る憲法上の規範として働くものと整理することができ」るとされる[23)]。すなわち，公判外供述に対する証拠能力の判断を，証人審問権及び伝聞法則という別の段階で行うことになる。ただし，証人審問権は，供述証拠の信頼性の有無よりも，供述証拠の信頼性をより確実に評価できるか否かが本質的な関心であるとの理解に基づくものであるため，証人審問によって事実認定者が供述証拠の信頼性を確実に評価することが困難であっても，別の要素によってこれが満たされることが許される[24)]。したがって，公判

21） 大谷・前掲註８，37-38頁，田口守一「証人審問・喚問権と伝聞法則」現代刑事法16号（2000年）５頁。

22） 詳細については，大谷祐毅『公判外供述の証拠使用と証人審問権の役割』（有斐閣，2022年）402-404頁以下を参照。

23） 大谷・前掲註８，40-41頁。

24） 大谷祐毅「司法面接的手法による聴取結果の証拠法上の取扱いの在り方」刑法ジャーナル69号（2021年）164頁，大谷・前掲註22，413頁。

外供述が，刑訴法321条１項２号前段の要件を充足したとしても，当該供述の信頼性について事実認定者が確実に評価できるとは言えないため，事実認定者による供述証拠の信頼性を確実に評価できる要素が認められる必要がある[25)]。

② 検　　討

まず，山田の，証人審問権を自己に不利な供述をする者と直接対面し，対決する権利として捉える見解は，証人審問の機会の保障があれば，証人審問権の侵害とはならず，証人審問が行われる場所も，公判廷に限られないとする。山田は証人審問権を，自己に不利な供述をする者と対面，対決する権利と捉えているが，対面と対決を同一に捉えているように思われ，疑問である。

自己に不利な供述は，被告人にとって自己を防御するために弾劾すべき対象となる。そのため，証人審問権を，被告人に不利な供述をする者と対面し，対決する権利として捉える場合に重要となるのは，対面を前提とした対決が，十分に保障されなければならない。すなわち，被告人の防御の観点から，対面よりも対決の方が強調されるべきであって，保障の程度の問題になると考えられる。

さらに，刑訴法304条１項は，まず裁判官による証人尋問を原則としているが，裁判所は，白紙の状態で公判期日を迎えることになっており，実質的な尋問が困難である。しかし，職権尋問を先行させたのは，当事者に尋問を一任することは，被告人に不利益になるおそれがあるため，職権尋問を先行させ，当事者による交互訊問を補充的にしたこと，また，すべての被告人に必ずしも弁護人がついているわけではなく，弁護人がついている場合であっても，弁護人のすべてが検察官に対抗できるとは限らないことが挙げられた[26)]。したがって，裁判所が積極的に被告人の証人審問権を

25）大谷・前掲註８，41頁。

26）団藤重光「新刑事訴訟法と交互尋問制」法律タイムズ２巻８号（1948年）234頁。

実質的に保障しなければならないとまでは至らなくても，被告人に証人審問権を行使する機会の保障のみでは，対面のみが肯定され，対決には至らなかったと言わざるを得ず，不充分であるように思われる。

次に，証人審問それ自体を保障すべきとする見解に対しては，証人審問の手続に本質的意義を見出すことは，証人審問権の本質が，他の代替手段を許容しないことを意味し，公判外供述を許容する例外は何か，検察側が証人審問の実現に向けた努力によって，公判外供述が許容されるのはなぜかと疑問視する指摘がある[27)]。他方で，堀江の見解を含め，証人審問権の本質を検討し，伝聞法則と異なる価値を有するものとして，その意義を見直す試みに対して，証人審問権の侵害が，部分的な侵害に止まる印象を与え，従来の権利の例外を正当化し，公判前整理手続の導入によって，被告人に新たな防御上の負担を負わせることを正当化する論拠となるとの指摘もある[28)]。

堀江は，証人尋問プロセスは内在的価値をもつため，他の諸価値とは別に，それ自体が実行されることを要するとしながらも，公判外供述について，「原供述者が死亡その他の理由により利用不能である場合など」及び「公判外供述の原供述者に対する公判での事後的な証人尋問プロセスが存する場合」に許容を肯定する。ただし，原供述者を利用できない場合であっても，供述の証拠能力を否定する場合があり得るとされ，また事後的証人尋問は，あくまで事後的であることに留意し，厳格的に行われることを要する[29)]。

堀江に対する評価が，上記のように分かれるのは，証人審問権の趣旨の捉え方によって生じたと思われる。すなわち，証人審問権の趣旨を，「事実認定者が供述証拠の信頼性を十分確実に評価できるようにする」ものであると捉える見解からは，証人審問権の趣旨を実現するために，必ずしも反対尋問

27） 大谷・前掲註 8，39頁。
28） 伊藤睦「対質権と強制手続請求権を貫く基本理念」刑法雑誌48巻 3 号（2009年）350頁。
29） 堀江・前掲註15，25頁，30頁註13。

のみが有効であるわけではなく，代替的手段によって，証人審問権の趣旨が実現されると，証人審問権の制約が正当化されることもあり得るとする[30]。

他方の指摘は，アメリカにおける証人尋問手続に対する変化を基に，公正な公判中心の裁判を実現するために，被告人の権利保障の充実化を求めるなど，新たな証人審問権の保障を提示するものである[31]。

前者は，公判外供述の証拠利用が，証人審問権に反しないとされる具体例として，第一に，公判で相反供述などが行われた場合と，第二に，公判外供述の記録媒体が公判廷に提出され，事実認定者が供述者の供述態度を観察できる場合を挙げられる。第一の場合は，公判廷で供述を要する者が，公判外で供述したときの知覚や記憶などを失われた場合に，証人審問権の制約が正当化され得るとする。その根拠は，刑訴法321条１項２号後段で求められる相対的特信情況の有無であって，相対的特信情況が認められた場合には，事実認定者が，当該供述の信頼性をより確実に評価できるための資料が，一定程度確保されているためであるとする[32]。第二については，後述するが，単なる記録媒体の提出ではなく，事実認定者に与える影響力が考慮されたものでなければならないとされる[33]。

以上の分析を踏まえて改めて検討すると，被告人以外の者の供述が，特に，被告人に不利な内容を含む供述である場合に，被告人にその者を尋問する機会が保障されなければならない。被告人による反対尋問が，当該供述を弾劾する最も効果的な方法であることに疑いはなく，さらに，公判中心主義の観点から，事実認定者の心証形成には，オリジナルの証拠に基づくことが求められ，捜査と公判の分離が目指されている。このような動きは，韓国においても見られており，第２章において，捜査と公判を実質的に切り離すことができない手続であると解する限り，公判中心主義の理念

30） 大谷・前掲註22，415頁。
31） 詳細については，伊藤・前掲註28，350頁以下を参照。
32） 大谷・前掲註22，425-428頁。
33） 大谷・前掲註24，164頁。

は，捜査段階から求められなければならないと指摘した。

しかし，被疑者に，被告人の証人審問権のような権利を与え，参考人に対する尋問を認めることは適切とは言えない。捜査段階では，被疑者に自己を防御するための準備が十分に備わっていないことはもちろんのこと，被疑者に，適切な尋問を期待するのは困難である。また，捜査段階で被疑者による参考人尋問が権利として認められると，参考人供述の弾劾に失敗した場合には，当該供述が公判廷で証拠として使用される可能性が高く，捜査の結果がそのまま公判の結果となり公判を捜査の結果を確認する場になるおそれがある[34)]。

そうすると，被告人の証人審問権は，公判中心主義の観点からどのような役割を果たすだろうか。証人審問権の行使は，捜査の結果がそのまま公判の結果となることを防ぐ手段の一つとして，位置づけることも可能であると考えられる。すなわち，被告人の証人審問権を通じて，被告人以外の者の供述については，書面ではなく，原供述者が公判廷で直接供述するようオリジナルの証拠を公判に集中させ，その供述の信頼性をテストする。捜査機関は，被告人に不利な供述が正しいと思いがちであって，捜査機関がその内容を確認する際に，意図せず不適切な誘導・示唆を与えることも，当然あり得ることである[35)]。そして，その供述内容に，虚偽があるか，捜査機関の意思が反映されたかなど，信頼する価値のある内容であるかは，白紙の状態で公判期日を迎える裁判官よりも，被告人の証人審問によって，効果的に判断できよう。これを実現するためには，証人審問権の保障は，実質的な保障が必要となり，証人審問権を制約し，その代替手段が認められるためには，公判中心主義の実現から理解される捜査と公判の分離を実現できる証人審問権に準じる程度のものでなければならない。

34） この場合に考えられる参考人を尋問することの目的は，参考人の供述を弾劾することであり，刑訴法179条及び226条ないし228条と区別されよう。

35） 伊藤・前掲註 9，560頁。

③ 考　　察

以上を踏まえると，まず，刑訴法227条及び228条の第１回公判期日前の証人尋問に関する規定が問題となる。判例は，憲法37条２項について，昭和23年の判決を前提に，反対尋問の機会を与えない証人の供述を録取した書面も，証拠とすることができるとし，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」として，証人が，刑訴法227条及び228条による裁判官の面前における供述と異なった供述をしたため，検察官の請求によって，「当該証人の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訊問調書を証拠とすることができる」とした[36)]。また，刑訴法227条による証人尋問には，刑訴法157条２項の規定が適用されないため，証人尋問の日時及び場所を弁護人に通知する必要はないとされた[37)]。

一方で，刑訴法228条の合憲性について，最高裁は，憲法37条２項を，捜査手続における保障規定ではなく，刑訴法228条は，前２条の規定とともに，検察官の強制捜査処分請求に関する規定であるため，その供述調書自体では，証拠能力が認められるものではないとし，そうであれば，刑訴法228条２項において，被疑者または弁護人の立会いを任意にしたことが，憲法37条２項に反するものではないとした[38)]。さらに，刑訴法227条の証人尋問には，「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」，前記の判例で，刑訴法228条２項の規定が，憲法違反でないことから，当該証人訊問に，被告人及び弁護人のいずれかを立会わせるか，または何名の弁護人を立会わせるかは，裁判官の裁量に属しているとされ，

36） 最決昭和25年10月４日刑集４巻10号1866頁，最判昭和35年12月16日刑集14巻14号1947頁も，被告人は，公判廷で証人に対する反対尋問を行ったため，刑訴法227条及び228条により作成された尋問調書を証拠としたことは，憲法37条に反するものではないとした。

37） 最決昭和28年３月18日刑集７巻３号568頁。

38） 最判昭和27年６月18日刑集６巻６号800頁。

証人尋問の準備の余裕を与えることも，裁判官の裁量に属するとされた[39]。

以上のような，判例の被疑者・被告人に不利な解釈は，刑訴法321条1項2号の積極的な活用によって顕在化されなかったが，公判廷で，反対尋問に成功した被告人にとっては，刑訴法227条による裁面調書に，証拠能力を認められることとなり，証人審問権を実質的に侵害されるおそれがある[40]。また，捜査と公判の実質的な分離を実現するためには，刑訴法226条ないし228条を，検察官の強制捜査処分請求に関する規定として捉え，被告人側の立会権及び尋問権を裁判官の裁量として解釈する判例の立場は，妥当ではない。さらに，2004年の法改正において，227条の要件とされていた，「圧迫を受け」という文言が削除され，要件が緩和されたことに対しては，検面調書をめぐる争いを回避するために，227条を活用しようとする趣旨の現れであると指摘され，訴追側の被告人側の公判段階における防御活動を無力化するために，227条を活用することは，公判中心主義に反すると批判されている[41]。

次に，刑訴法321条1項2号の検面調書の証拠能力認定要件も問題となる。同条3号の員面調書は，公判準備または公判期日において供述を要する者の死亡などを理由に，供述が不可能であること，かつ，犯罪事実の証明には当該供述が欠かせないときに，特に信用すべき情況の下で供述されたことの証明を条件としている。この規定は，同条1号及び2号よりは比較的に厳格な要件を求めている。しかし，同条2号の検面調書の規定は，前段と後段に区別され，それぞれ別の要件を求めている。すなわち，前段では，原供述者の死亡などの供述不能のみをもって，公判外供述を記載した書面の証拠能力を認め，後段では，公判準備または公判期日の供述が，前の供述と異なるという相反性及び前の供述を信用すべき特別の情況を

39） 最決昭和28年4月25日刑集7巻4号876頁。
40） 大場史朗「刑事訴訟法第227条について」神戸学院法学43巻4号（2014年）239-240頁。
41） 伊藤睦「裁面調書」刑事弁護70号（2012年）34頁。

もって，証拠能力が認められる。

しかし，このような構造には，思想の矛盾があると指摘される。それは，２号の規定は，検察官の反対尋問を経て，信用性を確かめられた供述のみが記載されるという期待に基づいているが，検察官の面前でなされる供述がすべて真実であるという経験則はなく，訴追機関である検察官に，客観的に信用性の確認を期待し難いこと，供述調書に検察官の意思が反映されるおそれがあるとする[42)]。

さらに，従前から司法警察官の不法・不適切な参考人取調べを基に作成された参考人供述調書を，検察官が上塗りして，新たに調書を作成するとの指摘[43)]から，現行実務はそうではないとしても，検察官が員面調書に全く目を通さないとは限らない。そのため，検面調書に信用性の情況的保障があることを否定せざるを得ず，裁判官でさえ公判期日前に予断を抱かせないように工夫されているから，検察官が員面調書を目にすることを禁止することができない以上には，２号前段にも特信情況の要件を加えることも考えられる。ただし，その場合であっても，証人審問権の行使が制約されるため，２号後段但書よりも３号の特信情況を求めることが望ましいと考えられる。

また，２号後段の要件を満たす検面調書については，被告人によって反対尋問にさらされることが予定されているが，証人に対する反対尋問は，事後的な反対尋問であることを念頭におかなければならない。判例は，刑訴法321条１項２号但書の規定は，検面調書を証拠とするために，公判準備または公判期日において，被告人による調書の原供述者を審問する機会を十分に与えたことを前提とするものであり，事後的ではあるが，審問の機会を十分に与えている場合には，憲法37条２項に反しないとした[44)]。しかし，事後的な反対尋問は，法廷で証人の現在の記憶や知覚などに基づい

42） 後藤昭「裁判員時代の刑事証拠法」後藤昭編代『裁判員時代の刑事証拠法』（日本評論社，2021年）４頁。

43） 渡辺修「伝聞法則」法学教室197号（1997年）51頁。

44） 最判昭和26年11月15日刑集５巻12号2393頁，最判昭和30年11月29日刑集９巻12号2524頁。

てなされた供述というよりも，検面調書に記載された内容に対する弾劾に近い[45]。さらに，証人尋問に関する諸規定によって，証人として召喚され，宣誓をさせられ，罰せられるおそれのある証人に対して行われた主尋問及び反対尋問の際に現れた供述は，それ自体高い証拠価値を有するものであって，検面調書を公判供述に代えて証拠とする合理的な理由はない。供述態度を確認することができないような参考人取調室の密室性の問題に加えて，参考人取調べには，被疑者に有罪の嫌疑を抱いた検察官の聴取が主となっており，反対当事者の立会いもなく，公判廷と同様に見なすことができる環境とは言えない。

(2) 韓国の証人審問権

① 韓国の参考人供述調書

韓国の参考人供述調書に関する韓国法規定は，2007年の法改正が行われる以前には，旧韓国法313条 1 項[46]によって証拠能力を認められていた。旧韓国法において，参考人供述調書が認められるためには，参考人が公判準備または公判期日における供述調書の真正成立を認める供述をすることが必要であった。韓国最高裁は，参考人によって，真正成立が否定若しくは認められない場合には，被告人によって，参考人供述調書の真正成立が認められた場合であっても，参考人供述調書の証拠能力を否定した[47]。但し，被告人が，参考人供述調書を証拠とすることに同意がある場合には，証拠能力が認められた。

---

45) 渡辺・前掲註43，51頁は，このような反対尋問は，調書内容を弾劾することが複雑であるゆえに，弾劾する意味が半減すると指摘する。同趣旨として，丹治初彦「検面調書『法321条 1 項 2 号書面』にどう対応するか」刑事弁護 9 号（1997年）87頁。

46) 「前 2 条（裁面調書，捜査機関の被疑者供述調書に関する規定）の規定以外に被告人または被告人でない者が作成した供述書若しくはその供述を記載した書類でその作成者または供述者の自筆若しくは署名または捺印があるものは公判準備または公判期日での作成者または供述者の供述により真正成立が証明される場合には証拠とすることができる。但書省略」

47) 대법원 1967.4.18. 선고 67도241 판결。

そのため，参考人供述調書の真正成立が重要となり，韓国最高裁は，公判廷における証人の証言が，単に捜査機関に対して行った供述が事実であり，供述調書に署名押印した旨の証言のみでは，参考人供述調書の真正成立は認められないとして，当該参考人供述調書に証拠能力を与えることは適法ではないとした[48]。その後には，参考人供述調書の真正成立を認める証人の供述には，調書に記載された内容が事実と異ならないことまで供述することが求められるとした[49]。そして，この判例によって，参考人供述調書の証拠能力が認められるためには，原供述者である参考人が，証人として公判廷に出廷し，供述調書の内容が事実であることを供述しなければならないという実務が定着し，被告人の反対尋問権が実質的に保障されたという評価もある[50]。また，原供述者である参考人が，参考人供述調書の一部に対してのみ，真正成立を認めた場合には，裁判所が，当該調書のどの部分が，原供述者が供述した通りに記載され，どの部分が異なる記載をされたかを具体的に審理した後，供述した通りに記載されたという内容に限って，証拠能力を認め，その他の真正成立が否定される内容に対しては，証拠能力を否定しなければならないとされた[51]。なお，従来の被疑者供述調書は，被疑者の署名押印があれば，当該調書の実質的真正成立が推定され，証拠能力が認められていたが，参考人供述調書は，参考人の署名押印の有無が，調書の実質的真正成立の推定に影響を与えなかった[52]。

被告人の反対尋問権の保障との関係では，証人が法廷で証言した後に，検察官が証人に対して新たに取調べを行い，従前の証言は事実と異なる旨の内容を記載した供述調書を証拠とすることができるか否かの事案において，韓国最高裁は，もともとは次のように判断していた。

48） 대법원 1976.9.28. 선고 76도2118 판결。

49） 대법원 1982.10.12. 선고 82도1865, 82감도383 판결。

50） 이주원「형사소송법상 반대신문권과 증거능력의 관계」형사소송 이론과 실무10巻２号（2018年）163頁。

51） 대법원 2005.3.10. 선고 2004도8489 판결。

52） 대법원 1990.10.16. 선고 90도1474 판결。

証人が証言した後，検察官が当該証人を検察庁において一方的に取調べて作成した供述調書は，被告人または弁護人の反対尋問の機会が確保された公判供述を，検察官の一方的な取調べによって覆すことになるため，証拠とすることはできない。しかし，その後の公判期日において，当該証人に対する被告人側の反対尋問の機会が与えられたのであれば，証人の証言後に作成された参考人供述調書を有罪の証拠とすることができる[53]。これは，証人が，被告人に有利な証言をした後，再び証人に対する検察官の取調べが行われ，公判廷で行われた証言を否定する内容の参考人供述調書が新たに作成されたとしても，これに対する被告人側の反対尋問の機会が与えられれば，反対尋問権の機会が保障されることになり，証人の証言後に作成された参考人供述調書の証拠能力も認められるとしたものである。

しかし，2000年に韓国最高裁は，前記の判例を変更するに至った。多数意見は，公判準備または公判期日に被告人に有利な内容の証言をした証人を検察官が再び取調べ，従前の証言内容を覆すことは，当事者主義，公判中心主義，直接主義に反するのみならず，憲法27条[54]が保障する基本権の侵害となり，証人の証言後に作成された供述調書は，証拠能力がなく，再び公判廷において反対尋問の機会が保障されたとしても，公判供述はともかく，供述調書の証拠能力は認められないとした。そして，補充意見は，韓国法161条の 2 で定められた反対尋問権は，憲法12条 1 項の適法手続の保障及び憲法27条の公正で迅速な公開裁判の保障に基づいたものであるとともに，韓国法310条の 2 が裁判官の面前で供述されず，被告人に反対尋問の機会を与えなかった供述に，原則的に証拠能力を否定するため，直接主義及び反対尋問権の保障の観点から伝聞例外の解釈は厳格でなければならないとした。また，韓国法312条または313条で規定された調書は，捜査

53） 대법원 1992.8.18. 선고 92도1555 판결。

54） 1 項「すべての国民は憲法と法律が定めた法官により法律による裁判を受ける権利を持つ」，2 項「省略」，3 項「すべての国民は迅速な裁判を受ける権利を持つ。刑事被告人は相当な理由がない限り遅滞なく公開裁判を受ける権利を持つ」，4 項「刑事被告人は有罪の判決が確定するまでは無罪と推定される」，5 項「省略」

機関の業務遂行上作成されるものであるが，証人を偽証の嫌疑で捜査することなしに，被告人に有利な従前の証言を覆すために供述調書を作成する行為は，実質的に従前の証言を弾劾する目的で証人を再び取調べ，公判廷ではない自己の執務室において，証人審問手続ではない任意の手段によるものと判断するのが相当であるため，このような検察官の行為は，捜査機関の捜査というよりも公訴維持機関である当事者の再尋問という訴訟行為の延長であって，その結果として作成された供述調書は，韓国法312条または313条が規定する調書に該当しないとした[55]。

さらに2001年に韓国最高裁は，被告人の反対尋問権をより強調した判断を下した。韓国最高裁は，被告人の反対尋問権の保障は，形式的・手続的なものではなく，実質的・効果的なものでなければならないとし，被告人の反対尋問に対して証人が黙秘した場合，参考人供述調書の証拠能力は認められるが，証人の黙秘が被告人側の責に帰すべき事由がない限り，裁判官の心証形成の基礎となる価値はないとした[56]。すなわち，証人に対する反対尋問が，実質的・効果的なものでなければ，参考人供述調書の証拠能力が認められても，証明力は制限されることになる。2006年には，捜査機関が原供述者の供述を記載した調書は，原供述者の供述に比して本質的に低い証明力を持つ限界があるとし，原供述者の法廷出席及び反対尋問が行われなかった場合の供述調書の証拠価値は認められないのが原則であって，これは原供述者の死亡，疾病などにより反対尋問ができなかったもの，被告人の同意があるものも同様であるとした[57]。これも，反対尋問を経てない参考人供述調書は，証拠能力が認められる場合であっても，証明力は制限されるということである。

このような韓国最高裁の判断は，2000年代初頭に韓国の刑事司法におけ

55） この補充意見は，供述調書の作成過程において違法がない限り，韓国法312条１項の規定により証拠能力を認め，証拠価値に関しては，裁判官の自由心証により判断すれば足りるとした反対意見を意識したものと思われる。

56） 대법원 2001.9.14. 선고 2001도1550 판결。

57） 대법원 2006.12.8. 선고 2005도9730 판결。

る調書裁判の克服という課題[58]に対して，裁判所が，被告人の反対尋問権の強調を調書裁判の解決手段の一つとして捉えたと評価することができよう[59]。

そして，2007年の法改正では，参考人供述調書の証拠能力に関して，新たに韓国法312条 4 項を設けた。韓国法312条 4 項は，「検察官または司法警察官が被告人でない者の供述を記載した調書は適法な手続と方式により作成されたものでその調書が検察官または司法警察官の前で供述した内容と同一に記載されたことが原供述者の公判準備または公判期日における供述若しくは映像録画物またはその他の客観的な方法により証明され，被告人または弁護人が公判準備または公判期日にその記載内容に関して原供述者を訊問できる場合に証拠とすることができる。但し，調書に記載された内容が特に信憑できる状態下で行われたことが証明される場合に限る」として，今まで参考人供述調書の証明力の判断にかかわっていた反対尋問を，参考人供述調書の証拠能力認定要件として設けた。また，参考人が作成した供述書に関しては，2016年に新設された韓国法313条 2 項において，被告人の反対尋問権の保障が，証拠能力認定要件として規定された。

韓国法312条 4 項は，捜査機関が適法な手続により参考人の供述を作成した調書を証拠とするためには，適法な手続と方式により調書が作成され，公判準備または公判期日における調書の真正成立（原供述者の供述及び記録媒体その他の客観的な方法による）が認められ，被告人または弁護人が公判準備または公判期日に，供述調書の記載内容に関して「原供述者を訊問できる場合」に限るとし，特信状態も求められる。すなわち，① 適法手続，② 調書の真正成立，③ 被告人による反対尋問，④ 特信状態が，参考

58） 이주원・前掲註50，163頁。

59） 대법원 2004.12.16. 선고 2002도537 전원합의체 판결において，被疑者供述調書の証拠能力認定要件である調書の真正成立を，形式的真正成立が認められると実質的真正成立が推定されるとした今までの判例を変更し，形式的真正成立のみならず，原供述者の供述により実質的真正成立が認められなければならないと解釈することが，公判中心主義の理念に符合するとしたことも同趣旨であろう。

人供述調書の証拠能力認定要件となる。

② 韓国における反対尋問権の意義

韓国法312条４項がどのようなものであるかを概観する前に，韓国において，反対尋問権の意義がどのように捉えられているかを確認しておくことにする。

まず，韓国憲法は，日本の憲法37条２項のような規定を設けておらず，証人審問権について，韓国の憲法裁判所は，刑事手続において，公正な裁判を受ける権利（韓国憲法27条）の核心的な内容であると強調しながらも，証人審問権は，憲法で保障される基本権として認めておらず，公正な裁判を受ける権利を実現するための方法の一つであるとした[60]。他方で，証人審問権を憲法上の基本権として認める見解もある[61]。

1961年の韓国法改正の際に，証人審問の方式を規定した韓国法161条の２及び伝聞証拠と証拠能力の制限を規定した同法310条の２[62]が新設されたため，反対尋問権の明文規定が設けられた[63]。法改正当時は，交互訊問制度（161条の２）を導入することによって，伝聞証拠の証拠能力を制限することを理由としたとされる[64]。

反対尋問権が行使される証人審問は，韓国法161条の２の規定によって，次の通りに行われる。まず，証人審問を請求した検察官，弁護人または被

60） 헌법재판소 1994.4.28. 선고 93헌바26 전원재판부, 헌법재판소 1998.9.30. 선고 97헌바51 전원재판부, 헌법재판소 2013.12.26. 2011헌바108, 공보 제207호, 86 전원재판부。

61） 홍영기「반대신문권 보장：전문법칙 전문」고려법학75号（2014年）30頁，주승희「전문법칙의 의의 및 변호인의 반대신문이 일부만 이루어진 조서의 증거능력에 관한 소고-서울중앙지법 2016.9.29 선고 2015노3170 판결을 중심으로-」法學論叢24巻３号（2017年）396頁。

62）「311条ないし316条に規定したもの以外に公判準備または公判期日において陳述の代わりに陳述を記載した書類若しくは公判準備または公判期日外の他人の陳述を内容とする陳述は証拠とすることができない」

63） 이주원・前掲註50，160-161頁。

64） 신양균編著『형사소송법 제・개정 자료집（상）』（한국형사정책연구원，2009年）258頁。

告人が，先に証人を審問し，その後，他方の検察官，弁護人または被告人が審問する（1項）。裁判長は，1項の証人審問の終了後に証人を審問できる（2項）。しかし，必要があると認められる場合に，裁判長は，前2項の規定にもかかわらず，いつでも証人を審問することができ，証人審問の順番を変更できる（3項）。職権による証人若しくは犯罪被害者の申請による証人審問の審問方法は，裁判長が定める方法による（4項）。このような証人審問制度は，英米法の影響を受けたものであると説明され[65]，例外的に，当事者に証人審問のすべてを委ねる場合の危険性及び武器平等の原則を実現するために，職権による証人審問が許容される[66]。そのため，原則的には，当事者による証人審問が行われ，裁判長による補充的な証人審問が行われるため，英米法と大陸法を折衷した制度であるとされる[67]。

そして，被告人の反対尋問権の保障は，反対尋問の機会的保障を意味するため，その保障の程度が重要となる[68]。たとえば，原供述者が証人として出廷し，自己の供述調書の真正成立を認めたが，被告人の反対尋問に対しては，黙秘し続ける場合に，被告人の反対尋問権が保障されたと言い得るのかが問題となる。

学説は，反対尋問権の保障の程度に関して，韓国法312条4項は，反対尋問の機会を保障するため，反対尋問の機会が被告人に与えられれば足りるとする機会保障説[69]と反対尋問権が実質的に保障されない場合には，参

65） 신동운『신형사소송법[제5판]』（법문사，2014）910頁。

66） 손호상『新형사소송법2차개정판』（준커뮤니케이션즈，2013年）354頁。そのため，대법원 1991.9.28. 선고 71도1496 판결は，被告人が申請した証人に対して，裁判長が先に審問したとしても韓国法161条の2第3項により問題とならないとする。

67） 배종대・이상돈・정승환・이주원『형사소송법』（홍문사，2015年）495頁。

68） 심희기「피고인의 반대신문권과 관련된 형사판례연구」사법창간호（2007年）229頁。

69） 신동운・前掲註65，1194頁，김인회『형사소송법』（피앤씨미디어，2015年）516頁，권오걸『刑事訴訟法［이론・판례］』（형설출판사，2010年）740頁，배종대・이상돈・정승환・이주원・前掲註67，639頁，임동규『형사소송법［제10판］』（法文社，2014年）521頁，이재상・조균석『형사소송법』（박영사，2015年）615頁。

考人供述調書の証拠能力を否定するのが2007年の法改正の趣旨であるとする実質的保障説[70]がある。

韓国最高裁は，反対尋問権の保障に関して，「刑事裁判において，すべての証拠は裁判官の面前において，供述・審理されなければならないとする直接主義及び被告人に不利な証拠に対しては，反対尋問できる権利が保障されており，反対尋問権の保障は，形式的・手続的ではなく，実質的・効果的なものでなければなら」ないとした[71]。ただし，この判例は，被告人の反対尋問権が，参考人供述調書の証拠能力認定要件とされた2007年の法改正前のものであるため，証人が参考人供述調書の真正成立を認めたが，弁護人の反対尋問に対して証人が黙秘した場合に，参考人供述調書の証拠能力は認められるとした。しかし，「証人が反対尋問に対して黙秘することによって，供述内容の矛盾若しくは不合理を明らかにすることが，事実上不可能であった場合，その事由が，被告人または弁護人の責に帰する事由がない限り，その供述証拠は，裁判官の心証形成の基になる証拠価値を有するとみなすことは困難である」とした。すなわち，この時期の反対尋問権の保障は，参考人供述調書の証拠能力認定要件ではなかったため，参考人供述調書の証拠能力が認められても，実質的・効果的な反対尋問が行われなかった場合には，参考人供述調書の証明力の問題となる。

そうすると，反対尋問権の実質的・効果的な保障の意味とは何かが問題となる。韓国最高裁は，法廷外において，訴訟関係人（検察官，被告人または弁護人）の立会いなしに行われた証人審問を違法であるとしながらも，証人訊問調書の証拠調べに対して，訴訟関係人の異議がない旨の供述があれば，これを責問権の放棄と見なし，手続違反にはならないとした[72]。また，被告人を退廷させて行われた証人審問において，被告人の実質的な反

70） 송광섭『형사소송법』（형설출판사，2012年）626頁，신이철「참고인 진술조서의 증거능력 인정요건-특히 전문법칙과의 관계에서-」東亜法學48号（2010年）383-384頁。同趣旨のものとして，주승희・前掲註61，396頁。

71） 대법원 2001.9.14. 선고 2001도1550 판결。

72） 대법원 1967.7.4. 선고 67도613 판결。

対尋問の機会を与えなかった証人の供述は，違法な証拠として証拠能力がないとする余地を認めつつも，次の公判期日において，被告人に証人審問の結果を知らせ，これに対する異議がなければ，実質的な反対尋問の機会を与えなかった「欠陥が治癒された」として，証人の公判供述の証拠能力が認められた[73]。この判決に対しては，適法手続違反として，違法収集証拠排除法則により証拠能力を否定すべきであると批判される[74]。

これらを踏まえると，反対尋問権の保障は，実質的・効果的なものでなければならないが，その解釈は，絶対的な保障を意味するものではないように思われる。裁判所の違法な手続による反対尋問権の侵害は，被告人の事後的意思表示により解消され，証拠能力が認められる。特に，2010年の判決は，弁護人の付いていない被告人に対して，実質的な反対尋問の機会を与えていないと認めながらも，単なる証人審問の結果の告知とそれに対する被告人の異議のない意思表示を理由に反対尋問権の侵害ではないとしたものである。しかし，第一審裁判所の裁判長は，被告人の退廷を命じる前に，被告人から審問事項を提出され，被告人の代わりに証人審問を行ったが，証人審問終了後に，被告人に証人供述の要旨を告知した後，審問手続を終了したのみであった。被告人が反対尋問権の意味及び効果を十分に理解しているか否かを考慮したことも，明らかにされていないのみならず，被告人の代わりに裁判長が証人を審問することが，被告人が直接証人審問することの代替手段となり得るのか，また，自己の弁護方針に沿った反対尋問が担保できるかは疑問である。

そして，証人が参考人供述調書の真正成立を認めながらも，公判廷において，供述調書とは異なる内容の供述をした事例について，参考人供述調書の証拠能力及び証明力を認めた韓国最高裁の判決が２つある[75]。この２

73） 대법원 2010.1.14. 선고 2009도9344 판결。

74） 배종대・이상돈・정승환・이주원・前掲註67，493頁。

75） 대법원 1985.10.8. 선고 1843，85감도265 판결，대법원 2000.8.18. 선고 2000도2943 판결。

つの判決と前述した2001年の判決の差は，裁判所が証人の供述態度を観察できたか否かであった[76]。前者は，いずれも，参考人供述調書に記載された内容とは異なる供述ではあったが，裁判所は，証人が公判廷において供述する姿を観察することができた。一方で，2001年の判決は，裁判所が証人の供述態度を観察できるはずであったが，証人の黙秘によって，観察することができなかった。裁判所の証人の供述態度の観察可能性が，反対尋問権の実質的・効果的保障を意味するのであれば，これが正当なのか否かは別として，2010年判決の被告人の事後的意思表示による反対尋問権侵害の解消も説明できよう。このような裁判所の判断に対して，捜査過程における違法な証拠収集は，原則的に同意証拠の対象にもならず，例外的に証拠能力を認める一方で，裁判所の違法な手続に，被告人の事後的意思表示を幅広く適用するのは，不適切であるとされており[77]，この批判は正当であると考える。

最近出された韓国最高裁判決は，被害者が，第１審第２回公判期日には証人として検察官の主尋問及び弁護人の反対尋問の一部を受けたが，その後，第６回公判期日までに被害者が出廷しなかったため，それ以降の証人召喚手続を行わなかったことを，被告人または弁護人の反対尋問権が，実質的に保障されなかったとした原審の判断を維持した[78]。原審は，被告人が捜査段階から公判に至るまで，公訴事実を争ったこと，弁護人が事前に裁判所に提出した反対訊問事項のうち，半分程度の訊問事項について被害者の供述を得ることができず，その内容が，暴行の手段や方法，障害の程度など公訴事実と重要な関係性を有していたことなどを，被告人の反対尋問権の保障が実質的に保障されなかった事由とした。

以上，韓国では，被告人の反対尋問権は，憲法で保障される基本権とし

76） 심희기・前掲註68，232頁。

77） 김정한「형사소송에서 책문권의 인정과 한계에 대한 실무적 고찰-민사소송의 경우와 비교하여-」法學論叢19巻３号（2012年）115-116頁。

78） 대법원 2022.3.17. 선고 2016도17054 판결。

ての地位は認められないが，公正な裁判を受ける権利を実現するためのものとされ，韓国法の各規程によって保障されている。また，2007年の法改正前は，反対尋問権の保障は，参考人供述調書の証明力を担保していたが，2007年の法改正後には，韓国法312条 4 項において，参考人供述調書の証拠能力認定要件の一つとなった。韓国最高裁は，被告人の反対尋問権の保障は，実質的・効果的でなければならないとするが，法廷外で被告人の立会いなしに行われた証人審問の結果及び被告人を退廷させて行われた証人審問の結果に対して，被告人に実質的な反対尋問の機会が与えられなかった場合であっても，被告人の事後的意思表示によって，証拠能力が認められるとした。一方で，裁判所の証人の供述態度の観察可能性が，被告人の反対尋問権の実質的・効果的保障に一定の影響を与えているように捉えられる判決も出されている。このような裁判所の姿勢は，被告人の反対尋問権を公正な裁判を受ける権利を実現する方法であるとしながらも，裁判所の違法な手続に対してあまりにも寛大なものであると言わざるを得ない。

③　韓国刑事訴訟法312条 4 項

2007年の法改正によって，参考人供述調書の証拠能力認定要件とされたのは，① 適法手続，② 調書の真正成立，③ 被告人による反対尋問，④ 特信状態である。まず，①適法手続に関して，韓国法244条 1 項は，被疑者の供述を調書に記載しなければならないと規定しているが，参考人の供述調書に関する明文規定を設けていない。しかし，判例は，韓国法221条 1 項が，捜査機関は参考人の同意を得て，その供述を録音・録画できると規定しながらも，同法312条 4 項において，記録媒体以外に，捜査機関が参考人の供述を記載した調書が作成されることを前提として，記録媒体の実質的真正成立の代替的立証手段としての地位を認めている[79)]。また，捜査

79)　대법원 2014.7.10. 선고 2012도5041 판결。

機関に対して，被疑者が取調べ場所に到着した時刻，取調べの開始と終了の時刻，その他の取調べ過程の進行経過を確認するために必要な事項を被疑者供述調書に記録する義務を規定した韓国法244条の４第１項が，同条３項によって，参考人にも準用されるため，参考人供述調書の作成も不可欠である。そして，参考人供述調書は，参考人に閲覧させるか読み聞かせ，供述した通りに記載されているか，事実と異なる内容の有無を聞き，参考人の増減変更及び異議申立てがあった場合には，これを調書に記載しなければならず，この場合には，参考人が異議を申立てた内容は，調書に記録を残さなければならない（244条の４第３項及び２項，244条２項）。参考人が調書に対して異議または意見がないと供述した場合には，参考人にその趣旨を自筆で記載させ，署名押印をさせなければならない（244条の４第３項及び２項，244条３項）。

韓国最高裁は，捜査機関に捜査過程を記録させることは，「捜査機関が捜査過程で被調査者から供述証拠を取得する過程を透明にすることによって，その過程における手続的適法性を制度的に保障するためである。したがって，捜査機関が捜査に必要であるため，被疑者でない者を調査する過程において，その供述を聴取し，証拠として残す方法として，供述調書ではない供述書を作成・提出される場合にもその手続は遵守されなければならない」として，参考人の供述書に関する調査過程が記録されなかった場合には，特別な事情がない限り，適法な手続と方式によって作成されたとすることができないため，参考人の供述書の証拠能力を否定した[80]。すなわち，少なくとも参考人の捜査段階における供述を証拠とするためには，捜査機関は参考人供述調書の作成が前提となり，その調書には，参考人が取調べの場所に到着した時刻などが記録されなければならず，その記録が欠けている場合には，原則的に参考人の供述調書または供述書の証拠能力が否定されることになる。

80） 대법원 2015.4.23. 선고 2013도3790 판결。

②調書の真正成立は，原供述者である参考人の公判準備または公判期日における供述により認められなければならないが，代替的手段として，記録媒体の使用が認められている。ただし，参考人が出廷せず，記録媒体による真正成立の立証のみが行われた場合には，③の被告人による反対尋問の要件を満たさないため，参考人供述調書の証拠能力は否定される。

参考人を対象とした記録媒体は，被疑者を対象とした録音・録画の実施を捜査機関の裁量に委ねたのと異なって，参考人の同意を得なければならない（韓国法221条1項）。一方で，韓国法244条の2各項で求められる，被疑者を対象とした録音・録画の範囲，記録媒体原本の封印及び署名押印，録音・録画された内容に対する異議申立ては，参考人取調べには適用されない。その理由は，明らかにされていないが，原則的に記録媒体に独立した証拠能力を否定したため，「被告人の反対尋問権の保障に関する大きな問題がなく，さらに参考人の同意を要件として録音・録画することにしたため，問題を最小化した[81]」と説明されていることから，参考人の同意を要件としたこと，また被告人によって反対尋問を経ることが予想されるため，被疑者取調べの録音・録画に準じるほどの規定を設けなかったと思われる。

そして，参考人を対象とした記録媒体は，原則的に，参考人供述調書の真正の成立を立証する代替的な手段として，または，証人の記憶喚起のために証人に対して再生する場合に限って使用することができる（韓国法318条の2第2項）。すなわち，上述した通り，参考人取調べを録音・録画した記録媒体は，実質証拠として使用が認められておらず，弾劾証拠としての利用も認められていない。韓国最高裁は，2007年の法改正において，参考人取調べの記録媒体を参考人供述調書の真正成立を証明する方法として規定する一方で，「証拠とすることができない書類若しくは供述であっても公判準備または公判期日における被告人または参考人の供述の証明力を争うための証拠として使用することができると定めた韓国法318条の2第1

81） 법무부『개정 형사소송법』（법무부，2007年）107頁。

項とは別に318条の２第２項を設け……参考人の供述に対する記録媒体が証拠として使用される場合を制限している」と明らかにした[82]。さらに，同判決は，「捜査機関が参考人を取調べる過程において，韓国法221条１項により作成した記録媒体は，他の法律で規定しているなどの特別な事情がない限り，公訴事実を直接証明する独立的な証拠として使用できないと解釈するのが妥当」であるとした。

また，記録媒体の他に，「その他の客観的な方法」にどのような方法が該当するかが問題となる。この問題は，2007年の法改正後に検察官が作成した被疑者供述調書に関する明文規定にも記録媒体の他に客観的な方法という文言が書かれているため，検察官作成の被疑者供述調書において，活発な議論が行われていたが，参考人供述調書においても同様の議論が行われている[83]。そして，学説は，記録媒体に準じるほど厳格な制限が求められるとする見解[84]，科学的・機械的方法に限らず，取調べに同席した弁護人の証言も該当するとするが，調査者証言は該当しないとする見解[85]，調書の真正成立の証明は，自由な証明で足りるため，その証明方法に制限はなく，科学的・機械的方法に加え，調査者証言を含む第三者の証言も該当するとする見解[86]の対立が見られる。その他に，刑事司法の理念が実体的真実の発見にあるため，客観的な方法の範囲を制限する必要がなく，参考人供述調書の場合には，「弾力的な解釈」が必要となり，調査者証言を客観的な方法から排除するのは望ましくないとする見解[87]もある。

82） 대법원 2014.7.10. 선고 2012도5041 판결。

83） 신이철・前掲註70，377頁。

84） 이승호「개정 형사소송법상 전문증거의 증거가치에 대한 검토」형사법연구19巻４号（2007年）210頁，신동운・前掲註65，1174頁，신이철・前掲註70，378頁以下。

85） 이재상・조균석・前掲註69，608頁，배종대・이상돈・정승환・이주원・前掲註67，630頁。

86） 백승민「개정 형사소송법상 검사작성 피의자신문조서의 증거능력」法曹613号（2007年）208-209頁。

87） 양동철「개정 형사소송법상의 참고인 진술의 증거능력-참고인진술조서 및 진술서를 중심으로-」法曹629号（2009年）72-73頁。

下級審では，韓国法312条 4 項の記録媒体その他の客観的な方法に調査者の証言が該当するか否かについて，記録媒体またはその他の客観的な方法と規定した韓国法条文の形式及び刑事訴訟法が，被疑者に対する記録媒体の場合には，取調べの開始から終了までの全過程及び客観的状況を録音・録画しなければならず，録音・録画が終了した場合には，被疑者または弁護人の面前において遅滞なくその原本を封印し，被疑者に署名押印させなければならず，被疑者または弁護人の要求がある場合には，記録媒体を視聴させるなど，供述の正確性を担保するために厳格な手続を規定していることに照らすと，その他の客観的な方法に該当するためには，記録媒体に準じる程度の厳格な客観性を備えなければならず，これらを備えていない調査者の証言は，その他の客観的な方法に該当しないとされた[88]。

旧韓国法312条 2 項に関するものではあるが，韓国最高裁も，記録媒体には，録音・録画に対する厳格な規定が設けられており，捜査段階における供述内容及び供述の趣旨を科学的・客観的に再現できるため，客観性が保障されているに等しいが，調査者若しくは取調べに同席した者の証言は，証言する者の主観的記憶能力に頼るのみであるため，客観性が保障されているとするのは困難であり，その他の客観的な方法は，「韓国法及び刑事訴訟規則に規定した方法と手続によって製作された記録媒体またはそれに準じる程度に被告人の供述を科学的・機械的・客観的に再現できる方法のみを意味」するとした[89]。

韓国法312条 4 項の記録媒体その他の客観的な方法は，記録媒体に準じる程度の客観性が担保できるものでなければならないと考えられる。なぜなら，記録媒体が参考人供述調書の真正成立を立証するために使用される場面は，参考人供述調書の原供述者である参考人が，公判準備または公判期日において，自己の供述調書の真正成立を否定した場合である。そして，記録媒体は，優れた客観的記録性が認められるものであって，真正成

88） 부산지법 2008.4.15. 선고 2008노131 판결。

89） 대법원 2016.2.18. 선고 2015도16586 판결。

立（実質的真正成立）が，供述した内容がその通りに記載され，供述しなかった内容が供述したかのように記載されていないことを含む意味である[90]ことを考慮すると，参考人以外の者の記憶に基づいた真正成立の立証は，記憶の減退，表現の誤りなどによって，歪曲される可能性が高いため，望ましい方法とは言えないからである。

次に，③被告人による反対尋問は，被告人または弁護人が公判準備または公判期日において，供述調書の記載内容に関して原供述者を尋問できる場合を意味する。この③が，証拠能力認定要件の一つとなっているため，参考人供述調書を証拠とするためには，被告人側による反対尋問が不可欠となるが，被告人側による反対尋問が行われた場合に，原供述者の公判供述を証拠とすれば良く，捜査機関が作成した参考人供述調書に証拠能力を認める必要があるのかと疑問である。この疑問に関して，韓国法312条４項の規定は，参考人の公判供述が行われ，その供述内容が，捜査段階で行われた供述と相反するか，実質的に異なる場合に，捜査段階で行われた供述である参考人供述調書に証拠能力を与えるか否かに関するものであると説明される[91]。すなわち，刑訴法321条１項２号後段の「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」が，韓国法312条４項においては，文言上，省略されているのである。さらに，韓国法312条４項は，参考人供述調書の作成主体を，検察官または司法警察官としていることが，日本の刑訴法と異なる。また，詳細については，後述するが，日本の刑訴法321条１項２号及び３号で求められる供述不能は，韓国法314条で規定されている。

2007年の法改正の際に，検察側は，改正前の条文からも参考人の法廷出席が前提となり，証人に対する反対尋問は当然に行われるものであるが，改正後の条文を，個別の供述内容に対して，各々の反対尋問が行われた場合であると解釈されると，性犯罪の被疑者，児童など証言を拒否するか，

90） 대법원 2013.3.14. 선고 2011도8325 판결。

91） 신이철・前掲註70，382-383頁。

答えることが困難な場合には，参考人供述調書の証拠能力が認められない可能性を懸念したため反対した[92]。しかし，国会の議論では，参考人供述調書の真正成立を立証する手段が多様化されることによって，原供述者が公判廷に出席せず，原供述者の供述以外の方法によって，参考人供述調書の真正成立が認められると解釈でき得ることから，そのような解釈の下でも，参考人の出廷を原則とするために，被告人の反対尋問を明記した[93]。

最後に，④特信状態について，2007年の法改正前は，特信状態を証拠能力認定要件として設けていなかった。2007年の法改正において，直接審理主義及び口頭弁論主義を強化するために，捜査機関が作成した供述調書に，特信状態の要件を追加した[94]。しかし，法務部は，参考人供述調書の真正成立が証明されると，特別な事情がない限り，特信状態が推定されると説明する[95]。これに対して，明文規定では，特信状態が推定されていないこと，特信状態が推定されると供述調書の証拠能力を判断するに当たって，特信状態の意味及び重要性が低下すること，被告人に不利益な推定を許容することは，特信状態を証拠能力認定に加重要件とした立法者の意図に反すること，捜査実務の現状から，特信状態が保障されると判断し難いと批判される[96]。

学説は，特信状態の意味を，信用性の状況的保障を意味する見解[97]，裁判官の面前で行われた供述のような適法手続が遵守される状況とする見解[98]，信用性の状況的保障及び適正性を意味する折衷的な見解[99]がある。

92） 이완규『형사소송법 연구Ⅰ』（탐구사，2008年）235頁。

93） 이완규・前掲註92，237-238頁。

94） 신이철・前掲註70，388頁。

95） 법무부・前掲註81，238頁。

96） 신이철・前掲註70，389頁。

97） 배종대・이상돈・정승환・이주원・前掲註67，631頁，이재상・조균석・前掲註69，608頁，신이철・前掲註70，389頁，최병각「특신상태의 증명정도」비교형사법연구20巻１号（2018年）150-151頁。

98） 신동운・前掲註65，1176-1179頁，김인회・前掲註69，508頁。

99） 권오걸・前掲註69，731頁。

判例は，特信状態の意味を，「供述内容若しくは調書または書類の作成に虚偽が介入する余地がほとんどなくその供述内容の信用性若しくは任意性を担保する具体的で外部的な状況」を意味するとしている[100]。そのため，韓国では，判例は，信用性の状況的保障説に立っていると理解されている[101]。また，特信状態の証明は，証拠能力認定要件に該当するため，検察官に立証責任があるが，これは訴訟上の事実に関するものであるため厳格な証明を要せず，自由な証明で足りるとした[102]。韓国の憲法裁判所も，判例のいう信用性の状況的保障とは，「真実性若しくは信用性において反対尋問に代替できるほどの外部的状況」であるとした[103]。

そして，判例・通説は，特信状態の有無及び程度については，具体的な事案によって判断しなければならないとする[104]。通説は，特信状態の判断を，供述当時の外部的付随事情によって判断されるとする[105]。しかし，外部的付随事情の他にも，供述内容そのものも参考にすることができるとする[106]。これに対しては，証明力で証拠能力を判断してはならないとしながらも，供述内容が特信状態を排除するほど信じがたいものである場合には，供述当時の状況を判断する程度で，用いることができるとする見解もある[107]。

韓国法の条文上，特信状態が求められる伝聞例外は，312条ないし316条[108]で規定されている。これらの条文で求められる特信状態の意味は，同

100） 대법원 1987.3.24. 선고 87도81 판결，대법원 1990.4.10. 선고 90도246 판결，대법원 2006.9.28. 선고 2006도3922 판결，대법원 2012.7.26. 선고 2012도2937 판결。

101） 배종대・이상돈・정승환・이주원・前掲註67，631頁。

102） 대법원 2012.7.26. 선고 2012도2937 판결。

103） 헌법재판소 1994.4.28. 선고 93헌바26 전원재판부。

104） 이재상・조균석・前掲註69，608頁，대법원 1983.3.8. 선고 82도3248 판결。

105） 이재상・조균석・前掲註69，608頁。

106） 이재상・조균석・前掲註69，608-609頁。

107） 김인회・前掲註69，509頁。

108） 312条４項「検察官または司法警察官が被告人でない者の供述を記載した調書は……その調書に記載された供述が特に信憑できる状態下で行われたことが証明された場合に限る」，313条１項「前２条の規定以外に被告人または被告人でない者が作成した供述書若しくはその供述を記載した書類……その調書に記載された供述が特に信憑できる状態下で↗

一のものであるか，それとも各々の条文によって異なる意味を有するのかは，明らかにされていない[109]。韓国最高裁は，韓国法314条で求められる特信状態は，316条２項にも同様に適用されるとするのが相当であるとした[110]。また，2020年の一部法改正によって修正された検察官作成の被疑者供述調書（旧韓国法312条１項）に求められていた特信状態が，参考人供述調書に求められる特信状態と同様であるとする見解もあった[111]。検察官作成の被疑者供述調書に求められた特信状態は，実務において，実質的真正成立が認められると推定される傾向であったとされるが，このような実務に対しては，被疑者供述調書の証拠能力を容易に認め，証明力を判断すれば良いというものであって，裁判官の判断力に対する過度な信頼であると批判されていた[112]。上述した法務部の，参考人供述調書の真正成立が証明されると，特別な事情がない限り，特信状態が推定されるとする説明から，法務部は，従前の検察官作成の被疑者供述調書に求められる特信状態と，参考人供述調書に求められる特信状態を同様のものと理解しているように思われる。その他に，特信状態を，捜査機関の支配下で行われた供述に対しては，適法手続が遵守された状況であるとし，捜査機関の介入がない書

↘行われたことが証明された場合に限り被告人の公判準備または公判期日における供述にもかかわらず証拠とすることができる」，314条「312条または313条の場合に公判準備または公判期日に供述を要する者が死亡，疾病，外国居住，所在不明その他にこれに準じる事由により供述できない場合……その調書に記載された供述が特に信憑できる状態下で行われたことが証明された場合に限る」，315条１項３号は，刑訴法323条１項３号に該当する。316条，「１項，被告人でない者の公判準備または公判期日における供述が被告人の供述を内容とする場合にはその供述が特に信憑できる状態下で行われたことが証明された場合に限り証拠とすることができる，２項，被告人でない者の公判準備または公判期日における供述が被告人でない他人の供述を内容とする場合には原供述者が死亡，疾病，外国居住，所在不明その他にこれに準じる事由により供述できず，その供述が特に信憑できる状態下で行われたことが証明された場合に限りこれを証拠とすることができる」

109） 최병천「특신상태에 대한 비판적 고찰」법학논고66集（2019年）277頁。

110） 대법원 2014.4.30. 선고 2012도725 판결。

111） 이재상・조균석・前掲註69，615頁。

112） 유해용「공판중심주의와 전문법칙」저스티스通巻98号（2007年）209頁。

面に対しては，信用性の状況的保障であるとする見解がある[113]。

信用性の状況的保障説に対しては，捜査機関によって供述調書が作成される場合は，捜査機関の取調室において，規則的，定型的に取調べが行われるため，取調室で行われた供述が，通常の供述よりも特に信用性が担保される状態で行われる場合を想定できないとして，捜査機関が作成した供述調書に対して特信状態が適用される余地はないと指摘される[114]。また，適法手続説及び折衷説に対しては，韓国の場合，適法手続の遵守は，供述調書及び供述書の証拠能力認定要件として求められるため，特信状態を別の証拠能力認定要件として要求していることから，適法手続の遵守が特信状態の内容にはなり得ないと指摘される[115]。

④　韓国刑事訴訟法314条

上述したように，日本の刑訴法321条１項２号及び３号に規定された供述不能は，韓国法314条において，規定されている。韓国最高裁は，韓国法が，参考人が裁判官の面前において，供述調書の真正成立を認め，被告人による反対尋問の機会が与えられるなど厳格な要件を必要とする伝聞例外を認め，さらに，参考人の供述不能を理由に，裁判官の面前に出席せず，直接供述しなくても供述調書の証拠能力を認めたのは，「直接審理主義などの基本原則に対する例外を認めることに対して，さらに重大な例外を認め」ているため，314条に該当する供述調書の証拠能力判断は，慎重に行わなければならないとする[116]。

韓国では，捜査機関が作成した供述調書及び被告人または被告人でない者の供述書を証拠とするためには，公判廷において，被告人の場合には，被疑者供述調書の内容を認める供述及び供述書の真正成立を認める供述が

113）김인회・前掲註69，509-536頁。

114）최병천・前掲註109，292頁。

115）최병천・前掲註109，293頁，이재상・조균석・前掲註69，609頁，배종대・이상돈・정승환・이주원・前掲註67，631頁。

116）대법원 2014.2.21. 선고 2013도12652 판결。

必要となり，参考人の場合には，供述調書の真正成立を認める供述及び反対尋問を受ける必要がある。これらの内容は，韓国法312条及び313条に規定され，韓国法314条は，312条及び313条によって，公判期日に供述を要する者が死亡・疾病・外国居住・所在不明その他これに準じる事由により供述できない場合と特信状態が認められる場合には，供述調書及びその他の書類を証拠とすることができるとしている。

被告人が原供述者である場合には，原則的に被告人が出廷するため，韓国法314条は適用されない一方で，韓国法318条2項は，被告人の出廷なしに証拠調べができる場合に，被告人が出廷しない場合には，証拠の同意があると見なされるため，韓国法314条は，主に被告人でない者が原供述者である書面を対象とする[117)]。

2007年の法改正前は，供述不能に関する文言が，「死亡・疾病・外国居住その他の事由」とされており，法改正の論議において，その他の事由が幅広く解釈され，被告人の反対尋問権が十分に保障されないおそれがあるため，「行方不明その他これに準じる事由」として，厳格に規定することにしたが，国会において，所在不明と文言の修正が行われた[118)]。

そして，被告人の反対尋問権を侵害するおそれは，供述不能をどのように理解するかによって，異なるため，調書裁判の弊害は，韓国法312条4項よりも314条によって発生すると指摘される[119)]。

そのため，以下においては，韓国最高裁が供述不能に関してどのような判断をしたかを検討する。まず，314条によって証拠能力が認められるためには，供述不能が認められ，すなわち，可能且つ相当な手段を講じたとしても法廷において，供述を要する者を法廷に出廷させられない事情がある場合でなければならないとする[120)]。

117） 신동운『간추린 신형사소송법[제12판]』（법문사，2020年）555-556頁。

118） 법무부・前掲註81，239頁。

119） 최병천「미국의 전문법칙과 대면권에 비추어본 참고인진술조서의 증거능력」저스티스通巻131号（2012年）267-268頁。

120） 대법원 2016.2.18. 선고 2015도17115 판결。

イ．疾　　病

韓国最高裁は，疾病の程度を，「供述を要する者が……臨場訊問または出張訊問も不可能な程度の重病であることを要する」とした[121]。当該判決において，５歳の時に受けた被害によって，外傷後ストレス障害などを理由に公判廷に出廷しなかった10歳の被害者の供述調書について，314条の要件を満たしていないとした。出産の間際であるため，出廷しなかった場合にも同様に，314条の要件を満たさないとしている[122]。疾病の要件が満たされたケースとしては，第１審において証人として召喚された当時から，老人性痴呆症による記憶力障害，分別力の喪失などにより供述できない状態が，疾病の要件を満たすとされた[123]。

ロ．外国居住

外国居住は，供述を要する者が，単に海外にいるだけでは足りず，相当な手段によっても法廷に出廷させられない事情が必要となり[124]，その要件は，供述を要する者の所在の確認，召喚状の発送のような手続を経て確定されるが，常にこのような手続が必要となるわけではなく，場合によっては，裁判所が公判廷で供述を要する者を尋問することを期待できない事情があると認めれば，外国居住の要件が満たされる[125]。また，捜査機関には，捜査過程において，供述を聴取する際に，供述者が海外に居住しているかどうか，将来，出国する可能性があるかを確認し，供述者の居住地が海外であるか，若しくは長期間の海外滞在する予定であるため，公判廷で供述できない蓋然性があれば，供述者の海外の連絡先，一時帰国予定があれば，帰国の時期及びその際の滞在場所と連絡方法を事前に確認し，出国を後回しにするか，公判の進行過程によって一時帰国してもらうなどの

121）대법원 2006.5.25. 선고 2004도3619 판결。
122）대법원 1999.4.23. 선고 99도915 판결。
123）대법원 1992.3.13. 선고 91도2281 판결。
124）대법원 2008.2.28. 선고 2007도10004 판결，대법원 2011.7.14. 선고 2011도1013 판결。
125）대법원 2002.3.26. 선고 2001도5666 판결。

方法を確保し，供述者が公判廷に出席して供述する機会を充分に提供しなければならず，その他に公判廷で供述させるすべての手段を講じるなどの事情がなければ，外国居住の要件は満たされないとした[126]。

ハ．所在不明

所在不明には，「召喚状が住所不明などによって，送達不能となり，所在探知嘱託までして所在捜査をしたにもかかわらず，所在を確認できない場合も含まれる」とする[127]。そのため，証人に数回の召喚状を送達したが，不能になった場合に，所在捜査をしなかったことを理由に，所在不明の要件を否定した[128]。また，検察官が提出した書類には，証人の携帯電話の番号が記載されており，司法警察官が作成した供述調書には，家の電話番号が記載されていたが，検察官が作成した供述調書には，これらと別の携帯電話の番号が記載されているにもかかわらず，検察官が直接または警察を通じて，上記の電話番号に電話をかけ，参考人に出廷の意思があるか確認するなど，参考人の出廷のために相当な努力をしたと認められる事情がない限り，「所在不明その他これに準じる事由により供述できない場合に該当」しないとした[129]。

ニ．その他これに準じる事由

その他の事由は，供述不能の包括的な規定であって，従来，その他の事由に該当していた，外国居住及び所在不明が，2007年の法改正によって，供述不能を構成する個別的な事由となり，その他の事由の適用範囲が，縮小された[130]。

126） 대법원 2016.2.18. 선고 2015도17115 판결。
127） 대법원 2004.3.11. 선고 2003도171 판결。
128） 대법원 2010.9.9. 선고 2010도2602 판결。
129） 대법원 2013.4.11. 선고 2013도1435 판결。
130） 최상옥「진술거부권행사와 형사소송법 제314조 소정의 진술불능사유」法學論叢32巻4号（2015年）240頁。

そこで，原供述者が証人として出廷し，参考人供述調書の証拠能力認定要件の一つである真正成立を認めたが，被告人の反対尋問には黙秘や供述を拒否するなど，実質的に反対尋問権が制限された場合に，314条のその他の事由に該当するか否かが問題となる。韓国最高裁は，原供述者の証人審問の際に，一定の事項に関して，記憶にない旨の供述をしたため，供述の一部を再現することができない場合も，供述不能に該当するとした[131]。しかし，近時においては，証人が証言を拒み，被告人による反対尋問ができなかった場合に，正当な証言拒否権の行使でない場合には，韓国法314条のその他の事由に該当しないと見なすべきであるとした。ただし，被告人が証人の証言拒否を招いたなどの事情がある場合には，314条が適用される[132]。当該判決は，2007年の法改正によって，参考人供述調書の証拠能力認定要件に反対尋問権の保障を定めたこと，314条の文言が，2007年の法改正によって証拠能力の制限をより厳格にしたこと，314条の諸要件の判断が，より厳格に判断されていることから，証人の出廷が物理的に不可能であるか，出廷しても供述できないことが，客観的に明らかな場合に限られるとした。これは，証言拒否権と関係性を持たない被告人の反対尋問権を保障することによって，公判中心主義を強化する解釈をしたと評価される[133]。

証人の正当な証言拒否権とは，韓国法148条[134]及び149条[135]により一定の場合において，証人に証言を拒否することができると規定されている。そのため，証人の権利に基づいた正当な証言拒否が，供述不能に該当するか否かも問題となる。

131） 대법원 2006.4.14. 선고 2005도9561 판결。

132） 대법원 2019.11.21. 선고 2018도13945전원합의체 판결。

133） 홍영기「형법・형사소송법 2019년 대법원 주요판례와 평석」안암법학60号（2020年）148頁。

134） 親族または親族関係であった者及び法定代理人，後見監督人が公訴提起若しくは有罪判決を受ける恐れがある証言を拒否できる。

135） 弁護士，弁理士，公証人，公認会計士，医師，看護師などの専門職の者が，業務上委託の関係で，知り得た他人の秘密に関する証言は拒否できる。

積極説は，314条を，書証の証拠能力の過度な制限によって確実な犯人の処罰ができない場合を考慮した規定であることを理由に，証人の正当な証言拒否を，その他の事由に該当すると主張する[136]。他方で，消極説は，証人の供述拒否に制裁規定が設けられており，伝聞例外は，できる限り限定的に解釈しなければならないため，否定する[137]。また，韓国法314条の対象には，被告人も含まれており，被告人の黙秘権の行使を，その他の事由に該当させることは，被告人の供述拒否権を侵害するとの指摘もなされている[138]。

従来の韓国最高裁は，証人が証言拒否権を行使し，証言を拒否した場合にも，314条のその他の事由に含まれるとしていた[139]。しかし，2012年には，2007年の法改正によって，314条の供述不能が改正前より厳格に制限されたことを，直接審理主義及び公判中心主義を強化する趣旨の反映として捉え，証人に保障される証言拒否権と考慮すると，証人が正当に証言拒否権を行使した場合には，314条のその他の事由に該当しないとして，消極説に転じた[140]。

さらに，韓国憲法12条 2 項が，すべての国民に自己に不利な供述を強いられないと規定し，韓国法283条の 2 第 1 項が，被告人に一切の供述を拒むか，個々の質問に対して供述を拒否できると規定することで，黙秘権を被告人の権利として保障しているため，韓国法314条の文言及び改正の趣旨，黙秘権に関する規定の内容から，被告人が証拠書類の真正成立を問う検察官の質問に対して，黙秘権を行使した場合には，韓国法314条の，その他の事由に該当しないとした[141]。ただし，被疑者供述調書の真正成立を規定した，旧韓国法312条 1 項が修正されたため，この判例は，現行韓

136） 김희옥「証言拒否와 刑訴法제314조의 其他 事由로 인하여 陳述할 수 없는 때」고시연구20卷 6 号（1993年）141頁。
137） 신동운・前掲註65，1231頁，이재상・조균석・前掲註69，617頁。
138） 배종대・이상돈・정승환・이주원・前掲註67，650頁，김인회・前掲註69，529頁。
139） 대법원 1992.8.14. 선고 92도1211 판결，대법원 1992.8.18. 선고 92도1244 판결。
140） 대법원 2012.5.17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결。
141） 대법원 2013.6.13. 선고 2012도16001 판결。

国法312条1項及び3項によって，求められる被疑者供述調書の内容認定を問われる場合に準用されると思われる。

⑤　韓国刑事訴訟法221条の2

被告人の証人審問権に関して，日本の刑訴法227条及び228条が問題となることを指摘した。韓国法221条の2は，日本の刑訴法226条ないし228条に該当する規定ではあるものの，日本とは異なった条文構成になっており，証人審問権との関係においても差が見られる。

イ．条文の改正

1973年の韓国法一部改正によって韓国法221条の2が新たに規定された。当時の条文構成は，日本の刑訴法226条ないし228条とほぼ同一であった。当時の韓国法221条の2第1項は，「犯罪の捜査に欠くことのできない事実を知ると明らかに認められる者が前条の規定による出席または供述を拒否した場合には検察官は第1回公判期日前に限り裁判官にその者に対する証人尋問を請求できる」として，日本の刑訴法226条に該当する内容となっている[142)]。

同条第2項は，「前条の規定により検察官または司法警察官に任意の規定をした者が公判期日に前の供述と異なる供述をするおそれがあり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検察官は第1回公判期日前に限り裁判官にその者に対する証人尋問を請求することができる」とされ，第3項は，前2項の証人尋問を請求する際に，書面で第2項の事由を疎明することを求めている。しかし，2007年の改正によって，第2項の規定が削除された。

韓国法221条の2第4項は，日本の刑訴法228条1項と同様に，公判期日前の証人尋問の請求を受けた裁判官に，裁判所または裁判長と同一の権限を認めている。そして，裁判官の裁量とされた日本の刑訴法228条2項の

142）　韓国法221条は，被告人でない者に対して捜査機関が出席を要求し，供述を聴取できる参考人取調べを規定している。

「被告人，被疑者又は弁護人」の立会権に関する規定は，同条 5 項において日本と同様に，「捜査の支障がないと認める場合には被告人，被疑者または弁護人を第 1 項または第 2 項の請求による証人尋問に参与させることができる[143]」と規定されていた。そして，第 6 項は，「裁判官は第 1 項または第 2 項の請求による証人尋問をした場合には遅滞なくこれに関する書類を検察官に送付しなければならない」とされ，裁判官に書類送付の義務を負わせている。

第 5 項は，1995年の韓国法一部改正において，「立会わせることができる」とした文言を，「立会わせなければならない」と修正された。その後，2007年の法改正において同項は，「裁判官は第 1 項の請求により証人尋問期日を決めた場合には被告人・被疑者または弁護人にこれを知らせて証人尋問に参加させなければならない」と修正された。すなわち，1995年までは，捜査の支障がないことを要件とし，その要件を裁判官に判断させ，その結果として立会い機会の可否が決まる仕組みだったが，この文言が削除され，被告人側の立会いが前提となった。

ロ．判　　例

韓国法221条の 2 第 2 項について，初めて判断を下した韓国最高裁の判決は，同項による証人尋問の際に，被告人及び弁護人の立会いが必要的条件でないため，立会いの機会が与えられなかったとしても，違法ではないことを明らかにした[144]。また，証拠保全手続によらず，韓国法221条の 2 第 2 項による証人尋問は，前記の判例を受けて，同条 5 項の規定が，被告人及び弁護人の立会いを必要的要件としていないことも明らかにされた[145]。すなわち，証拠保全手続と公判期日前の証人尋問手続を区別し，

143）条文の文言を直訳すると「参与させることができる」となっているが，その意味は，「立会わせることができる」となる。

144）대법원 1981.9.22. 선고 81도1944 판결。

145）대법원 1991.12.27. 선고 91도2527 판결。

前者の場合にのみ被告人及び弁護人の立会いが必要となる余地があると読み取れる判断をしたのである。

そして，1992年の韓国最高裁[146]は，韓国法184条の証拠保全手続では，被疑者及び弁護人に証人尋問の日時と場所を予め知らせず，立会いの機会を与えなかった場合には，証拠能力が否定され，公判期日前の証人尋問は，第１回公判期日の前に行われる証人尋問であって，裁面調書と同様に証拠能力が認められるとした。そして，捜査に支障がないと認められる場合には，被告人・被疑者または弁護人に立会いの機会を与えることが望ましいが，機会を与えなかったことが違法とはならないとした。すなわち，韓国法221条の２第２項によって作成された尋問調書を，裁面調書と同様に証拠能力を認め，証拠保全手続とは異なる手続であると判断していた。日本のように公判期日前の証人尋問に関する規定を，検察官の強制捜査処分請求に関する規定であるとは明らかにしていないが，判決文の文脈上，日本と異なる判断をしていたとは思われない。また，被告人の証人審問権が憲法上の権利として規定されていないため，判例では，上記の条文らが具体的にどのような法規に反すると疑われたかは明らかになっていない。

ハ．違憲決定

しかし，韓国の憲法裁判所の判断は，韓国法221条の２第２項の違憲性について，以下のように判示した。

まず，憲法裁判所[147]は，① 適法手続が憲法の原理とされおり，その実質的意味を刑事訴訟手続と関連させる場合には，刑事訴訟手続の全般を基本権保障の側面から規律しなければならないと理解すべきであって，② 公正で迅速な公開裁判を受ける権利は，裁判手続を規律する法律と裁判で適用される実体的法律のすべてが合憲的なものでなければならないという意味の法律によって裁判を受ける権利のみならず，一般国民の監視の下で

146） 대법원 1992.9.22. 선고 92도1751 판결。
147） 헌법재판소 1996.12.26. 전원재판부 94헌바1。

審理と判決が行われることによる公正な裁判を受ける権利が含まれており，公正な裁判を受ける権利は，原則的に当事者主義と口頭弁論主義の保障と当事者の攻撃・防御権が，十分に保障される裁判を受ける権利が含まれていることから，刑事裁判の証拠法則については，刑事被告人は，刑事訴訟手続において単なる処罰の対象ではなく，当事者としての地位を持ち，検察官に対する武器対等の原則が保障される手続が，憲法的価値として認められるとした。

しかし，憲法は公正な裁判を受ける権利を具体的に規定しておらず，また，公正な裁判を受ける権利内容を具体化することは，立法者の課題であるが，立法者には，憲法的に放棄できない要素を考慮しなかった裁判手続を形成できない限界があるうえで，刑事訴訟手続を規律しなければならないため，刑事訴訟に関する手続法において，消極的真実主義の要求を考慮せず，犯人の必罰のみをもって，合理性と正当性を欠いた方法または手続による証拠収集及び証拠調べを許容することは，適法手続の原則及び公正な裁判を受ける権利に反するため，憲法上容認できないとした。

そして，現行韓国法が，任意捜査を原則としており，221条の 2 は，例外的に第三者の供述を捜査上，欠くことができないが，第三者の協力を得られず，または公判廷で捜査段階とは異なる供述をするおそれがある場合に，強制的に第三者の供述を確保するか（221条の 2 第 1 項），捜査機関に対してなされた供述の証明力若しくは証拠能力を予め確保する必要がある場合に（同条 2 項），その必要性に応じて設けられた制度であるとする。しかし，上記第 1 項は，捜査に協力しない第三者を尋問することによって，捜査の進展を促すものであるが，2 項は，証拠を保全するためのものとして区別される。証拠保全手続は，韓国法184条で独立に規定されており，被告人などの請求権も認められ，請求事由も幅広く規定されている。他方で，公判期日前の証人尋問制度は，被告人などの立会権が，部分的・制限的に保障されること，それに加えて，尋問調書の証拠能力が当然に認められる特徴を有するとした。

憲法裁判所は，韓国法221条の２第２項の違憲性を判断する前に，同条５項の違憲性について判断した。同条５項が，裁判官が捜査に支障がないと認める場合に，被告人側の立会権を認めると定めたのは，被告人側の立会権を裁判官の裁量としたものであって，通常の証人尋問手続では，包括的に保障される当事者の立会・尋問権に比して，その権利内容を制限的に規定したものである。しかし，韓国法311条後段[148]は，上記の証人尋問手続で作成された調書に，当然のように証拠能力を与えているため，当該調書が証拠として公判に提出された場合には，証人尋問手続に立会えなかった被告人が，当該調書の原供述者に証人尋問を請求したとしても，証人尋問が必ず行われる保障はないから，結果的に証人に対する反対尋問の機会を剥奪する意味を持つとする。

また，憲法裁判所は，韓国最高裁が，証拠保全手続と公判期日前の証人尋問手続で作成された調書が，韓国法311条によって証拠能力が認められることは異ならないとし，韓国法221条の２第５項の立会権を幅広く許容する解釈をしていること[149]に対して，被告人などの手続参加が排除される可能性が存在し，反対尋問権が剥奪されるおそれは変わらないと指摘した。

そのうえで，被告人などの手続参加を制限すると，証人が自己の知っている事実を供述でき，証拠能力が認められることによって，積極的真実究明の役に立つかも知れないが，このような立法目的が，被告人などの手続参加及び反対尋問の機会を制約する可能性を規定している韓国法221条の２第５項を正当化・合理化することはできない。相手当事者の反対尋問権は，供述証拠が持つ誤りの可能性から正しい判断を促し，反対尋問権を実質的・積極的に保障するために，反対尋問権の明文化のみならず，韓国法310条の２以下において伝聞法則を規定している。そのため，被告人の責

148）「公判準備または公判期日に被告人若しくは被告人でない者の供述を記載した調書と裁判所または裁判官の検証の結果を記載した調書は証拠とすることができる。第184条及び第221条の２の規定により作成された調書も同様である」

149） 대법원 1992.9.22. 선고 92도1751 판결。

に帰する事由があって捜査段階における供述が公判廷で変更される可能性があったとしても，基本権の制約が低い制度を設けることが，適法手続の原則を守る合理的な措置であるため，韓国法221条の 2 第 5 項は，被告人の攻撃・防御を過度に制限するものとして，立法目的を達成する手段としての合理性ないし正当性が認められないため，憲法上の適法手続の原則及び公正な裁判を受ける権利を侵害しているとした。

さらに，供述証拠に対する反対尋問権は，刑事訴訟手続における公正な裁判を受ける権利の核心的内容であり，221条の 2 第 2 項の証人尋問手続が，供述証拠を強制的に収集する手続を設けているため，当該証人尋問手続の立会権及び反対尋問権を規定している同条 5 項は，2 項の核心をなす部分であると見なすべきである。5 項の違憲性が認められる場合には，2 項の証人尋問手続全体の均衡性が崩れることになり，立法者の意図も歪曲されるため，5 項及び 2 項を違憲とすることが妥当であるとした。次に，221条の 2 第 2 項それ自体の違憲性については，同条 1 項とは異なって，裁判官には捜査活動に関与する必要性及び不可避性が認められるわけではなく，2 項の目的は，捜査段階の供述証拠を確保することであるが，請求権者が検察官に限られ，証拠保全手続のように緊急性が要件とされていないため，捜査機関の捜査活動に強制力を与えて捜査活動を円滑にする広範の証拠保全を意味する。また，2 項の証人尋問を行った裁判官ではない裁判官が，公判を担当する場合には，証人の供述態度による心証形成を期待できず，捜査に関与しない裁判官は，2 項の証人尋問を請求した検察官の意見を事実上無視することが困難であるため，広範な証拠保全が濫用されるおそれがあると指摘した。最後に，被告人の反対尋問権は，実質的・効果的なものでなければならないが，弁護人などに反対尋問に必要な十分な情報提供が行われていない状態で，反対尋問が行われると効果的な反対尋問を期待できず，裁判官の心証形成に影響を与える。これは，公判中心主義ないし自由心証主義の基本的な内容を顕著に毀損し，裁判官の自由心証を形成するにあたって，公正性と合理性を著しく制約し，憲法上保障され

る裁判官の独立性に抵触すると言わざる得ず，適法手続の原則及び公正な裁判を受ける権利に反するとして，221条の2第2項についても，違憲であるとした。

憲法裁判所から出された反対意見の中には，221条の2第2項を，近時の犯罪が従前よりも組織化，知能化され，被害者及び証人を保護する必要性が認められること，中立的な裁判官が主宰すること，公判手続ではない捜査手続であること，要件を厳格化することを挙げ，証人尋問手続それ自体が適法手続及び裁判請求権を侵害するために違憲とするよりも，2項によって作成された証人訊問調書に何ら制限なく証拠能力を認める韓国法311条後段の違憲性を先に判断すべきであるとの指摘もあった。

⑶ 小　　括

以上，日本と韓国の証人審問権に関して若干の検討を行った。両国とも，第1回公判期日前の証人尋問制度が設けられており，条文構成から解釈まで，両国で非常に類似したものであった。これは，韓国法も大正刑訴法を基に制定されたものであるため，刑事訴訟法全般にわたって見られるものである。しかし，韓国では，公判期日前の証人尋問制度のうち，参考人が公判廷で捜査機関に対して行った供述を公判廷で変更する可能性がある場合に行われた証人尋問制度を違憲であると判断されたため，当該条文が削除された。また，その前には，被告人側の立会権を保障するために，裁判官の裁量で認められていた被告人側の立会いが，裁判官の義務として変更された。すでに述べた通り，韓国憲法には，被告人の証人審問権規定が設けられていない。しかし，韓国の憲法裁判所は，上記の廃止または変更される前の規定を，適正手続及び公平な裁判を受ける権利を侵害すると判断した。韓国の例を参考にすると，日本の被告人の証人審問権が憲法上の基本権として規定されている以上，韓国より厳格な解釈ができないはずはない。

また，日本の刑訴法227条1項の条文は，公判外供述の重要性が強調された規定である印象が強い。下級審においては，227条1項に基づいた証

人尋問で作成された供述調書を同法321条１項１号または２号書面として請求され，弁護人の在廷は認められたが，反対尋問の機会は与えられなかった事案で（弁護人は被告人の公判手続の中で証人らに対する反対尋問の機会があると考えていた），作成された供述調書の証拠能力が認められた[150]。ただし，証拠能力は認められても，反対尋問を経ていないことなどを理由に，供述内容の信用性については十分に検討すべきであるとされた。また，刑訴法227条１項を，「捜査機関によって得られた被害者以外の者の供述を，裁判官面前調書として保全しておくための規定」であると明らかにしたうえで，捜査の一環として行われるため，「被疑者又は弁護人の立会いは，裁判官の判断により，捜査に支障が生ずるおそれがないと認められたときに許されるにとどまり，被疑者又は弁護人に立会権及びそれを前提とする反対尋問権があるわけではない」とし，さらに，検察官が弁護人の立会に異議を申し立てることも不当ではないとした。

しかし，そもそも被告人側の立会権が，裁判官の裁量によって保障されるとするなら，それ自体，証人審問権の制限となり得ることに加えて，公判廷で証人に対して実質的な尋問ができるか否かも確実に保障されるわけではなく，事後的な反対尋問が行われたとしても，証人の公判供述に相反性が認められた場合には，公判期日前の証人尋問制度で作成された調書が証拠とされる可能性が排除されるわけでもない。これは，被疑者・被告人の当事者としての地位からも，また捜査と公判の分離という観点の公判中心主義の実現からも，到底望ましいと言えないものである。

他方で，裁判官による尋問を経たため，直接審理主義に反しないことを理由に，公判期日前の証人尋問制度を肯定するかも知れない。しかし，すでに指摘した通り，被告人側の立会いが確実に保障されるわけではないため，相手当事者の反対尋問にさらされることなく供述の証明力を確保する手段として用いられる場合の弊害と，立会いが認められたとしても，韓国憲法裁判

150） 東京高裁平21・12・1 LEX/DB 文献番号25463685。

所が指摘した，相手当事者の反対尋問に必要な十分な情報提供が前提とされない限り，反対尋問が行われても効果的な反対尋問を期待できず，その結果が裁判官の心証形成に影響を与えることも考慮されなければならない。

次に，日本の刑訴法321条１項２号前段の供述不能の解釈について，証人が現実的に公判廷で供述できない事由の他に，出廷はしたが，証言を拒否する場合も供述不能に該当するか否かが問題となる。判例[151]は，刑訴法321条１項２号に「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ものではない……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つては，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亡した場合と何等選ぶところはない」として，供述不能に該当すると認めた。また，判例では明らかにされていないが，事実上の証言拒否についても，証言拒否によって被る過料や刑罰など刑訴法及び刑訴規則の諸規定からの不利益にもかかわらず，証言を拒否する場合には，証言拒否権を行使する場合と同様に供述が得られないため，証言拒否権を行使する場合が供述不能に該当すると認められる場合には，事実上の証言拒否も供述不能に該当することをになるだろうという指摘もある[152]。

他方で，下級審においては，上記の判例を引用しつつ，「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例外を用いる必要性を基礎づ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。もちろん，期日を改め，期間を置けば証言が得られる見込みがあるとしても，他方で迅速な裁判の要請も考慮する必要があり，事案の内容，証人の重要性，審理計画

151） 最判昭和27年４月９日刑集６巻４号584頁。

152） 山口直也「部分的証言拒絶と供述不能」立命館法学341号（2012年）333-334頁。

に与える影響，証言拒絶の理由及び態度等を総合考慮して，供述不能といえるかを判断すべきである」として，証人の証言拒否の程度によっては，証言拒否が供述不能に該当されない場合があることを示した[153]。これは，証言拒否の程度が，供述不能に該当されるためには，具体的にどの程度まで求められるかを判断した事例として，重要な意味を持つとされる[154]。

韓国最高裁は，正当な証言拒否権に基づいた証言拒否及び事実上の証言拒否のいずれに対しても供述不能には該当しないとした。しかし，韓国最高裁の判断に批判がなされていないわけではない。それは，韓国法314条及び316条 2 項[155]の規定が，原供述者の公判供述を確保できない場合に，信憑性が担保される以上は，伝聞供述でも証拠として用いた方が望ましいことを明示しているとしたうえで，韓国法314条が，原供述者に対する反対尋問が不可能な場合であっても伝聞証拠の証拠能力を認めることを前提としているため，被告人の反対尋問権の保障が，参考人の証言拒否を同条の供述不能から除外する根拠にはならないとする[156]。

また，正当な証言拒否権の行使は，刑事訴訟法が実体的真実発見を犠牲にしても保護する価値のある利益のために証言拒否権を定めているため，供述不能に該当させることができるが，一方で，捜査機関に対して行われた参考人の供述は，信憑性が低いとした韓国最高裁に賛成しながらも，供述の信憑性は，供述不能の要件ではなく特信状態の要件として対応するの

153） 東京高裁平成22・5・27 LEX/DB 文献番号25442861。本件は，被告人が犯行を全面的に否定していること，重要な証人が，自己の刑事裁判の審理が進み，弁護人の了解を得れば，証言する見込みが高かったことが認められたため，証人の一時的な証言拒否をもって，供述調書を有罪認定に用いた原審及び原判決には訴訟手続の法令違反があるとした。

154） 前田雅英「刑事訴訟法321条 1 項の『供述不能』の解釈」警察学論集64巻11号（2011年）149-150頁。なお，山口・前掲註152，334-335頁も同趣旨の評価をしている。

155） 「被告人でない者の公判準備または公判期日での供述が被告人でない他人の供述を内容とする場合には原供述者が死亡，疾病，外国居住，所在不明その他これに準じる事由により供述できず，その供述が特に信憑できる状態下で行われたことが証明された場合に限りこれを証拠とすることができる」

156） 김웅재「원진술자의 증언거부와 형사소송법 제314조의 전문법칙의 예외-대법원 2019. 11.21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결-」저스티스 통권182-1号（2021年）487頁。

が望ましく，当該判決によって，原供述者が証言を拒否すれば，信憑性が十分に担保された伝聞供述であってもこれを証拠とする方法がなくなり，「参考人の供述以外に，他の証拠を確保できない事件について，正義観念に反する結果をもたらし得るため不当である」とする意見もある[157]。

しかし，韓国法314条は，被疑者・参考人の供述調書及び供述書の証拠能力に関する韓国法312条及び313条を対象として，原供述者の供述不能を要件としている。原供述者である参考人が証人として在廷している限り，基本的には，韓国法314条よりも312条及び313条が適用される。そこで，証人が証言を拒否したからと言って，直ちに韓国法314条が適用され，書面の証拠能力が認められることは，被告人の責に帰する事由によってなされた証言拒否でない限り，被告人にとって不利益を強いることとなり，また，捜査機関が，反対尋問によって原供述の信用性が弾劾されることをおそれて，参考人に対して証言拒否を強いるなど，適切でない手段として用いられる危険性がある。すなわち，参考人供述調書の証拠能力認定要件である反対尋問をう回して，容易に証拠能力を与えてはならない。そして，被告人の反対尋問による信頼性のテストを経ていない供述の内容を，特信状態判断の素材とすることは，事実認定者を過度に信じることと言わざるを得ず[158]，上記の批判は，犯人必罰に偏った批判であると考えられる。

他方で，2012年に韓国最高裁が，正当な証言拒否権の行使であっても韓国法314条の供述不能に該当しないとした判断と，2019年に韓国最高裁が，事実上の証言拒否も韓国法314条の供述不能に該当しないとした判断は，直接審理主義及び公判中心主義を強化する趣旨であると説明されていること及び伝聞証拠の証拠能力に関して，公判供述が伝聞証拠より信憑性が高いとするのが，公判中心主義及び実質的直接審理主義に符合する解釈であ

157） 김웅재・前掲註156，487-488頁。

158） 日本においても，最判昭和26年11月15日刑集５巻12号2393頁は，刑訴法321条１項２号の特信情況の判断は，裁判所の裁量に任されていると解したことを引用して，最判昭和30・1・11 LEX/DB 文献番号27760500は，検面調書の内容自体によって，「信用性ある状況の存在を推知せしめる事由となる」と解すべきであるとした。

ることから，2012年及び2019年の韓国最高裁の判断は，妥当であるとも評価される[159]。

事実認定者の心証形成は，オリジナルの証拠に基づくべきであるという認識からは，参考人の供述の場合には，証人としてなした公判供述が，参考人として捜査機関になした法廷外供述よりも信頼できるとされよう。それは，事実認定者が供述者の供述態度を直接見ることができ，そして，被告人による反対尋問が可能だからである。それゆえ，これらが不可能な場合というのは，法廷外供述を用いることを容認する根拠ではなく，むしろ法廷外供述も用いることはできないことにならなければならない。そうでなければ，被告人の権利の制約が，被告人に不利に作用するため不当であって，裁判所は，捜査の結果をそのまま受け入れることになるため，公判中心主義を阻害するおそれがある。そのため，たとえば，原供述者が現に法廷に出席できない事由であっても，「刑訴法321条1項2号前段には，同条1項2号後段や同条1項3号のように『信用すべき特別の情況の存するとき』あるいは『特に信用すべき情況のもとにされたものであるとき』という制限が付されていない[160]」として，供述不能に該当する場合に，特信情況を要しないとすることは，条文の解釈はともかく，公判中心主義の観点や被告人の証人審問権の保障及び公判外供述を証拠として使用できるのはあくまでも例外であることを念頭に，再考されるべきであると考えられる。

159） 권오걸「정당하지 아니한 증언거부권 행사와 형사소송법 제314조의 진술불능사유-대법원 2019.11.21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결의 근거를 중심으로-」법학논고71集（2020年）165-167頁。

160） 大阪高裁平成1・11・10判タ749号249頁。