

刑事訴訟法227条と公判中心主義

延 秀 斌*

目 次

1. はじめに
2. 刑事訴訟法227条の検討
 - (1) 刑事訴訟法227条について
 - (2) 刑事訴訟法227条の解釈
 - (3) 第1回公判期日前の証人尋問制度の活用に関する議論
3. 韓国の制度
 - (1) 韓国刑事訴訟法221条の2
 - (2) 韓国刑事訴訟法184条
 - (3) 韓国刑事訴訟法311条
 - (4) 判 例
4. ま と め
 - (1) 被告人側の立会いに関する若干の考察
 - (2) 刑事訴訟法227条について

1. はじめに

周知のとおり、現行刑事訴訟法は、起訴状一本主義を採用することで、公訴提起の際に裁判官に予断を与えることを禁止しており、さらには伝聞法則を採用することで、公判廷外で収集した供述は、原則としてその供述の証拠能力を否定している。現行刑事訴訟法が施行される以前の旧刑事訴訟法では、予審判事に強制処分権が認められ、強制処分の結果は公訴提起とともに裁判

* ヨン・スビン YEON Soobin 立命館大学衣笠総合研究機構専門研究員

所に引き継がれ、公判は予審判事の強制処分の結果を確認する場に過ぎなかった。しかし、戦後のアメリカ法の継受によって、日本の刑事手続における公判中心主義が強化され、予審制度は廃止されることになった。

しかし、刑訴法320条1項に伝聞法則を規定しながらも、321条以下の幅広い例外規定が設けられたことによって、公判廷では捜査機関が作成した供述調書が多用され、いわゆる調書裁判の問題が深刻となった。この問題は、日本の刑事法学における長年の問題として、その解決が求められ、近時の被疑者取調べ可視化制度の導入によって一段落したようにも見える。従来の調書裁判の問題は、伝聞証拠の多用による公判中心主義の阻害に加えて、被告人に不利な供述を調書化するために違法な取調べが行われることが指摘されていた。そこで、被疑者取調べ可視化制度を導入することによって、違法な取調べを事後的に確認することができるようになり、現に被疑者を取調べる捜査官にも自己の言動が録音・録画されていることを喚起させ、違法な取調べを阻止する効果が期待される。このような被疑者取調べの適正化を図った制度導入を通じて、被疑者の権利保障を実現することは期待できよう。ただし、被疑者の権利保障を実現することが、公判中心主義を実現することに直接結びつくかは疑問の余地がある。

たしかに、従来の調書裁判問題は、主として被疑者供述調書が公判で多用されることに基づくものであったことは否定できない。しかし、日本の現行刑訴法の下では、被疑者供述調書だけではなく、第三者である参考人の供述調書も一定の要件を満たす場合には、証拠として用いることができる。刑訴法321条1項各号は、調書の作成主体によって異なる要件を求めている。検察官が作成した調書は2号が、司法警察官が作成した調書は3号が適用される。2号および3号との間においても、作成主体の専門性などを理由に調書を証拠として用いるための要件は異なるが、いわゆる裁面調書と呼ばれる1号の規定は、最も容易な要件を規定している。しかしながら、上述したとおり、現行刑訴法は事実認定者の予断を排除し、捜査機関が強制処分権を行使することを原則としているため、裁判官が捜査段階で

第三者である参考人を尋問することは、例外とされるべきである。ところが、刑訴法226条および227条の規定は、捜査段階で参考人の供述を確保する必要がある場合に、検察官が裁判官に対して、当該参考人を証人として尋問することを求める権利を認め、これらの規定による証人尋問で作成された調書は、刑訴法321条1項1号の規定によって証拠能力が認められる。

刑訴法226条は、捜査機関の取調べ要求に応じない参考人の供述を聴取する必要性が認められる場合を要件としており、227条は、捜査機関に対して任意の供述をした参考人が公判廷では前と異なる供述をするおそれがあると認められる場合を要件とする。本稿は、刑訴法227条の規定が公判中心主義の実現を阻害する危険性が高いゆえに、公判中心主義の実現の観点から検討すべきではないかという問題意識に基づくものである。しかし、刑訴法227条に関する先行研究は、戦後直後のものが多く、日本国内での研究が十分に蓄積されたとは言えない状況であり、さらに、諸外国に刑訴法227条に類似した制度が設けられているか否かも明らかではない。そこで、本稿は、戦前には日本の刑訴法が適用され、戦後の刑訴法の制定の際に日本の大正刑訴法を用いて、アメリカ法の影響を受けた韓国の刑訴法に、日本の刑訴法227条とほぼ同一の規定が設けられていたことに着目し、韓国の制度と判例を参考に、公判中心主義の実現の観点から刑訴法227条を検討することにした。

2. 刑訴法227条の検討

(1) 刑訴法227条について

刑訴法227条は、第1項において、「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1回公判期日前に限り、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」と規定し、参考人として捜査機関の取調べを受け、任意の供述をした者を対象としている。本条の趣旨は、一般に捜査機関が獲得した被疑者以外の者の供述を、より証拠能力が認められやすい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ためのものであると解される¹⁾。

そして、当該参考人が捜査段階における供述と「異なる供述」をする「おそれ」が要件となっている。ここでいう「異なる供述」とは、捜査段階での供述と公判廷での供述の内容が実質的に異なるような差があると認められる必要があり、そのような差があれば、供述態度や表現なども該当され得ると解される²⁾。すなわち、捜査段階での供述と公判廷での供述の内容に些細な差がある場合は「異なる供述」であると判断されず、他方で、犯罪事実の認定を左右する程度の供述態度や表現に差がある場合には、これらも「異なる供述」に該当され得る³⁾。次の「おそれ」は、緩やかな蓋然性をいうが、抽象的なものではなく、具体的な状況が合理的に認められることが求められるとされる⁴⁾。しかし、「おそれ」という蓋然性の判断に際して、裁判官は捜査に関与していないことから、具体的な状況の合理的な判断は

1) 平場安治『注解刑事訴訟法中巻（全訂新版）』（高田）（青林書院、1982年）166頁、松本時夫・土本武司編『条解刑事訴訟法（増補補正版）』（弘文堂、1988年）362頁、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）（青林書院、1996年）615頁、河上和雄・中山善房・古田佑紀・原田國男・河村博・渡辺咲子編『大コンメンタール刑事訴訟法（第2版）第4巻』（池上政幸＝河村博）（青林書院、2012年）636頁、後藤昭・白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法（第3版）』（多田辰也）（日本評論社、2018年）587頁。証拠保全の趣旨に加えて、捜査継続に必要な資料収集の趣旨を含んでいるものとして、伊藤栄樹・亀山継夫・小林充・香城敏磨・佐々木史朗・増井清彦編『注釈刑事訴訟法〔新版〕第3巻』（伊藤＝河上補正）（立花書房、1996年）256-257頁。

2) 松本ほか編・前掲註1、363頁、藤永ほか編・前掲註1、617頁、河上ほか編・前掲註1、637頁、後藤ほか編・前掲註1、588頁。

3) 異なる供述であると認められるような場合、当該供述が被疑者・被告人に有利に変更される場合の他に不利に変更される場合も含まれるとされる。

4) 平場・前掲註1、167頁、松本ほか編・前掲註1、363頁、藤永ほか編・前掲註1、616頁、河上ほか編・前掲註1、636頁、後藤ほか編・前掲註1、588頁、伊藤ほか編・前掲註1、258頁。

困難であって、抽象的な判断にならざるを得ないと指摘される⁵⁾。この点に
関して、刑訴法227条の証人尋問請求書の記載要件を規定した刑訴規則160
条1項は、刑訴法226条および227条の証人尋問の請求は、同項各号に掲げ
られた事項を記載した書面をもって請求しなければならないとしている。記
載が求められる事項としては、①証人の氏名などに加え、②被疑者または
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、⑥刑訴法226条又は227条に規定する事由、
⑦被疑者に弁護人がいるときは、その氏名を記載することが掲げられてい
る。証人が捜査段階で行った供述と異なる供述をする「おそれ」は、⑥の
刑訴法226条又は227条に規定する事由に記載されよう。ただし、刑訴法227
条2項は、「前項の請求をするには、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疎明しなけ
ればならない」としている。したがって、証人が捜査段階で行った供述と
異なる供述をする「おそれ」の判断は、検察官の疎明が必要であるため、裁
判官に一応の推測を得させれば足りるとされる⁶⁾。さらに、疎明の方法に関
する規定も存在しないため、口頭による疎明であっても、書面による疎明
であっても良いとされ、裁判官の「おそれ」に対する判断は、抽象的な判
断にならざるを得ないとの指摘は正当であると思われる。

そして、「犯罪の証明に欠くことができない」ことは、起訴前には被疑事
実、起訴後には公訴事実の存在について、積極的な証明に不可欠であるこ
とを言い、被疑事実、公訴事実が数個ある場合に、被疑事実および公訴事
実の全部の証明または一部の証明に不可欠である場合を問わないとされる
のが一般的である。また、犯罪の構成要件事実のみならず、違法性阻却事
由および責任阻却事由の不存在に関する全部または一部の証明に不可欠の

5) 安富潔「刑事訴訟法第227条について」慶應法学27号（2013年）195頁。

6) 松本ほか編・前掲註1、363頁、藤永ほか編・前掲註1、619頁、河上ほか編・前掲註1、
639頁、後藤ほか編・前掲註1、589頁、伊藤ほか編・前掲註1、260頁。

場合も含まれるが⁷⁾、単に刑の加重減免の事由となる情状に関する事実については、厳格な証明を必要としないために、刑訴法227条は適用されないとする⁸⁾。そして、参考人の供述が犯罪の証明に欠くことができない唯一の証拠であるか否かを問わず、直接証拠であるか、間接証拠であるかをも問わない。

刑訴法227条による証人尋問を請求する時期は、「第1回公判期日前に限り」となっており、このようになったのは、公訴提起後であっても捜査機関は捜査を継続できること⁹⁾、そして、裁判所に予断を持たせないという起訴状一本主義の考えに基づいたものである¹⁰⁾と説明される。下級審においては、刑訴法227条の証人尋問請求は、第1回公判期日前であれば、起訴の有無を問わないとするが¹¹⁾、起訴前における刑訴法227条による証人尋問の必要性和起訴後、公判前整理手続を経るなどして争点が具体的になった際に、検面調書の要件を立証する負担を軽減させるために、刑訴法227条による証人尋問を請求する場合における必要性は同一視することができないと批判される¹²⁾。

(2) 刑訴法227条の解釈

刑訴法227条の立法理由は、226条および227条がなければ、戦後の刑訴法における「捜査、公訴及び公判において新たに設けられた被告人の権利保

7) 藤永ほか編・前掲註1、617-618頁。

8) 松本ほか編・前掲註1、363頁。

9) 伊藤ほか編・前掲註1、252頁は、第1回公判期日後に、「はじめて当事者主義が守られ、当事者が対等に活動することを考慮したもの」とし、実質的な第1回公判期日は、刑訴法296条による検察官の冒頭陳述が行われた期日であるとする。

10) 藤永ほか編・前掲註1、612頁も刑訴法296条による検察官の冒頭陳述が行われた時期を刑訴法227条でいう第1回公判期日前として理解するが、それは、裁判所が証拠についての知識を有しても差支えない時期であるためと説明する。同趣旨として、河上ほか編・前掲註1、633頁。なお、第1回公判期日前の解釈に関する争いに関しては、松本ほか編・前掲註1、271-272頁、後藤ほか編・前掲註1、391頁を参照。

11) 札幌高裁昭和27年2月11日高刑集5巻1号101頁。

12) 安富・前掲註5、196頁。

障の規定のために、正当な裁判を免れるであろうところの犯罪者に対して、有罪判決を確保するために、検察官の要求に基いて新設されたものである。新法の下では、有罪判決を得るには従来よりも遥かに厳格な証拠法の制約があり、更に公判前の予審制度によつて密行された予審の取調が廃止されたばかりでなく、検察官の捜査権に新たな制限が加えられたため、検察官によつてこれ等の規定の必要が主張された」ためであった¹³⁾。すなわち、戦後の1947年から施行された日本国憲法には、基本的人権保障を目的とする規定が設けられ、適正手続の原則や令状主義など、戦前の捜査機関の地位に変化をもたらす一方で、被告人の当事者の地位を強化したために、検察側から刑訴法226条および227条の導入が主張されたものであろう。また、戦前に行われていた、起訴と同時に捜査記録が裁判所に提出される実務は、起訴状一本主義の採用によってできなくなり、直接審理主義の要求から伝聞証拠禁止の原則が設けられた¹⁴⁾ ことも影響したと思われる。とりわけ、戦後の捜査機関の権限拡大に伴い、予審手続は無用になるとする行政優位型の予審廃止論と公判中心主義の実現を目指す司法優位型の予審廃止論¹⁵⁾ によって、戦前の予審制度が廃止されたことは、従来の自白偏重の実務が困難になり、刑訴法226条および227条を導入する必要性を増加させたと思われる¹⁶⁾。以下においては、刑訴法227条の解釈を概観したうえで、判例を概観する。

13) 浦辺衛「証人尋問、鑑定、通訳及び翻訳」團藤重光編『法律実務講座刑事編第2巻』（有斐閣、1953年）373頁。

14) 團藤重光「新刑事訴訟法と当事者主義」法律時報20巻9号（1948年）411頁。

15) 松尾浩也『刑事訴訟法 上（新版）』（弘文堂、1999年）8頁。

16) 明治刑訴法から戦時特別法まで供述を録取した書面の歴史的な考察に関しては、久岡康成「大正刑訴法と供述を録取した書面」立命館法学316号（2007年）196頁以下を参照。刑訴法227条の沿革については、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）215-232頁が詳しい。予審廃止の流れに関しては、渡辺咲子「制定過程から見た現行刑事訴訟法の意義と問題点」ジュリスト1370号（2009年）38-40頁を参照。

① 解 釈

まず、刑訴法226条とともに227条に対しては、「任意捜査の原則の例外をなし、かつ公判中心主義の例外」であると解釈される¹⁷⁾。これは、捜査機関が獲得した参考人の供述は、刑訴法326条の場合を除いては、321条1項2号および3号によって証拠能力を認められることになり、参考人の供述が公判廷で変更された場合に、捜査段階で行われた供述を証拠とするためには一定の要件を満たさなければならないからである。そこで、捜査機関に対して真実を語った参考人が、公判廷では異なる供述をするおそれがある場合などは、前にした供述の証拠能力を確保する必要があるために、検察官の請求によって、裁判官による参考人に対する証人尋問を可能にし、裁判官が録取した書面は、刑訴法321条1項1号後段によって証拠能力が認められる。しかし、裁判官の面前で行われた参考人の供述を録取した書面の証拠能力は、公判中心主義および直接審理主義の例外であり、さらに、当該尋問に被疑者・被告人または弁護人の立会いが必ずしも保障されるものではないことから、刑訴法227条の解釈に慎重を欠く場合は、予審制度の復活であると懸念される¹⁸⁾。このような懸念は、戦後直後、刑訴法227条の利用が、226条より約7倍も多く利用されたことから、227条が濫用される場合には、予審制度の復活と同様の弊害を生じる¹⁹⁾という現実的な問題でもあった。このような批判は、主として裁判官の間から主張されたものであって、刑訴法227条は「捜査機関の切札的存在」となっているとされ²⁰⁾、捜査機関が227条を用いて、参考人に裁判官の面前で宣誓することを利用し、公判廷で異なる供述をする場合に、偽証の制裁の発動を狙うのであれば、227条の「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

17) 瀧川幸辰＝平場安治＝中武靖夫『法律学体系コンメンタル篇 刑事訴訟法』（日本評論社、1950年）305頁。浦辺衛「証人尋問、鑑定、通訳及び翻訳」團藤重光編『法律実務講座 刑事編第2巻』（有斐閣、1953年）373頁。

18) 瀧川ほか編・前掲註17、305頁。

19) 浦辺・前掲註17、373-374頁。

20) 桐山隆彦「刑事訴訟法第227条」捜査研究13号（1952年）18頁。

い²¹⁾」からであろう。

さらに、刑訴法227条が導入された後の問題意識は、227条のみに対するものではなく、226条および227条による証人尋問の際に、裁判官が「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会わせることができる」と規定した、228条2項との関係においても見られる。刑訴法228条2項は、裁判官に、捜査に支障を生ずるおそれの有無を判断し、被疑者・被告人または弁護人の立会いを認めるか否かの判断を委ねており、被疑者・被告人または弁護人の立会いが認められない場合には、被告人の証人審問権を定めた憲法37条2項に反する余地がある。

刑訴法228条2項の合憲性に関して、多数説であったとされる合憲説は、その根拠が必ずしも一致するものではないものの、捜査機関に対して任意の供述をした参考人が、証人として公正な第三者である裁判官の面前で、宣誓をしたうえで、供述をすることから、当該供述には信用性の状況的保障が認められることに共通した認識があったとされる²²⁾。他方で、このような合憲説の論拠に対しては、供述の信用性の状況的保障は、被告人側の反対尋問に代替できるものでなければならず、単に裁判官という特定の人物の面前において供述をしたから信用性の状況的保障が認められるものではないという観点から、「反対尋問の機会を与えなくとも証拠になり得るのであれば、何故に、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」と指摘される²³⁾。このように指摘した江家義男は、第1回

21) 青柳文雄『刑事訴訟法通論 上巻』（立花書房、1976年）421頁。

22) 渡辺衛『総合判例研究叢書 刑事訴訟法（5）』（有斐閣、1958年）53-54頁。

23) 江家義男『刑事証拠法の基礎理論』（有斐閣、1951年）92-93頁。類似した見解として、佐伯千仞『刑事裁判と人権』（法律文化社、1957年）13-14頁は、証人尋問が行われる際に被告人側の立会いが保障されるのが重要であって、事後的に公判廷で反対尋問の機会が与えられても、それは第1回公判期日前の証人尋問における反対尋問の代用にはならないとする。

公判期日前の証人尋問において、被告人側の立会いが保障されず、当該証人尋問で作成された調書が、刑訴法321条1項1号によって証拠とされる場合には、憲法違反であるとしたことから、江家の問題意識は、憲法37条2項が保障する被告人の反対尋問権の保障に置かれていたと思われる²⁴⁾。すなわち、最も問題としていたのは、第1回公判期日前の証人尋問において、被告人側の立会いが保障されず、当該証人尋問で作成された調書が、証拠として用いられる場合であって、被告人側の立会いが保障された場合には、「直接審理主義（公判中心主義）の建前から見て歓迎のできないものである」という程度に止まり、刑訴法321条1項1号にも2号のような要件が設けられるのが望ましいとしたのである²⁵⁾。その他に、青柳盛雄は、まず、刑訴法227条は予審制度の復活ではないかと疑問を提示する。それは、刑訴法226条は、捜査に必要な知識を有する者の供述を獲得するためであって、証拠の保全を目的としたものではなく、227条の目的は、第1に、検面調書または員面調書を裁面調書に昇格させること、第2に、証人に宣誓をさせ、227条による証人尋問で行った供述内容を公判廷で覆させないことであり、結果として、予審制度と同様に、裁判所の判断は自由ではなく、「一種の予断を抱かされ」るからである²⁶⁾。さらに、刑訴法228条2項に関しては、227条が犯罪の証明のためのものであって、226条のように捜査のためのものではないゆえに、被告人側の立会いを認めても捜査に支障を生ずることはないが、228条2項によって被告人側の立会いが制限され得ることを指摘した²⁷⁾。このように、刑訴法227条と227条による証人尋問に被告人側の立会

24) とりわけ、憲法37条が合衆国憲法修正5条および修正6条の影響を受けたことに鑑み、アメリカでは憲法違反になることを強調していた。小野清一郎・馬場義統・江家義男「新刑事訴訟法について（座談会）」法律新報748号（1948年）47頁の江家発言および江家義男「新刑事訴訟と証拠法」法律新報748号（1948年）19頁。

25) 江家・前掲24、19-20頁。江家は1号書面にも2号書面のように、「『前の供述を信用すべき特別の状況存するときに限る』という制限」が必要であるとする。

26) 青柳盛雄「刑訴法第227条の証人尋問調書の証拠能力——三鷹事件における『相川調書』に関連して——」法律時報22巻10号（1950年）61頁。

27) 青柳・前掲註26、61-62頁。

いを裁判官の判断に委ねた228条2項に対する批判がある中で、判例はどのように判断したのか、以下において確認する。

② 判 例

まず、昭和24年の判例²⁸⁾は、「憲法第三十七条第二項に、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、反対訊問の機会を与えない証人其他の者（被告人を除く。）の供述を録取した書類は、絶対に証拠とすることは許されないと言う意味をふくむものではない。」とした。これは、憲法37条2項の証人とは、公判廷に喚問された証人を意味するため、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、反対尋問の機会を保障するものではない²⁹⁾ということを意味する。続いて、「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、憲法第三十七条第二項の趣旨に反するものではない。」とした。刑訴応急措置法第12条³⁰⁾は、捜査機関が作成した第三者の供述調書も公判期日において、被告人に原供述者に対する反対尋問の機会が与えられれば、当該調書を証拠とすることができる旨を規定していた。そこで判例は、捜査

28) 最大判昭和24年5月18日刑集3巻6号789頁。

29) 田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、1992年）366頁。

30) 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12条1項「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、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」

機関が作成した第三者の供述調書であっても、被告人の請求によって、被告人が公判期日において原供述者または調書の作成者を証人として尋問することができたのであれば、当該調書の証拠能力が認められるとした刑訴応急措置法第12条も、憲法37条2項の趣旨に反するものでもないとして、被告人の証人審問権に対する緩やかな解釈をした。そして、この最高裁の見解が、現行刑訴法の解釈として引き継がれ、判例理論として確立したとされる³¹⁾。たとえば、最判昭和25年は、証人の公判供述と第1回公判期日前の証人尋問における供述が異なるために、検察官から第1回公判期日前の証人尋問の尋問調書の証拠調べが請求されたが、当該調書が被疑者、弁護人に反対尋問の機会を与えずに作成されたものであったため、憲法37条2項に反するとして争われた事件において、前述の昭和24年の判例に言及し、証人が検察官の請求によって公判廷で反対尋問に十分にさらされたことが明白であるために、憲法37条2項の要件を満たした³²⁾とされた。さらに、最判昭和36年は、公判準備のための被告人尋問を許容した大正刑訴法323条³³⁾に関して、当該条文は「裁判所が第一回の公判期日における取調べを準備するため、公判期日前に被告人を訊問し又は部員をして訊問させることができることを規定したものである」とし、「この手続きはあくまで公判の審理が完全に行われるための準備であつて、公判そのものではないから、憲法にいわゆる『裁判の対審』ではない。」とした昭和23年の決定³⁴⁾を援用して、刑訴法227条および228条による証人尋問も、憲法82条の裁判の対審に当たらないことを明らかにした³⁵⁾。

そして、刑訴法228条の合憲性を認めたものではあるものの、「刑訴二八条の規定は、前二条の規定とともに、同一九七条一項に基き規定された

31) 安富・前掲註5、200頁。

32) 最大決昭和25年10月4日刑集4巻10号1866頁。

33) 1項「裁判所ハ第一回ノ公判期日ニ於ケル取調準備ノ為公判期日前被告人ノ訊問ヲシ又ハ部員ヲシテ之ヲ為サシムルコトヲ得。」

34) 最大決昭和23年11月8日刑集2巻12号1498頁。

35) 最判昭和36年2月24日裁判集刑事137号243頁。

検察官の強制捜査処分請求に関する法律規程」であるとして、227条は検察官の強制処分に関する規定であることを言及した判例がある³⁶⁾。この判例は、そもそも憲法37条2項は、「捜査手続における保障規定ではないと解するのが相当」であり、かつ刑訴法226条ないし228条は、受訴裁判所の訴訟手続に関する規定ではないとした。したがって、刑訴法226条および227条による証人尋問で作成された供述調書は、「それ自体では証拠能力を持つものではな」いから、被疑者・被告人または弁護人の立会い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としたものである³⁷⁾。その後の昭和28年判例³⁸⁾では、前記の判例を理由に、刑訴法226条および227条による証人尋問の際に、157条2項の適用はないとされ、被告人または弁護人に証人尋問の日時および場所の通知は不要とされた。さらに、立会の範囲に関しては、「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」証人尋問をする裁判官の裁量に属することであって、被告人側の証人審問に対する準備に関しても、「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」であるとされた³⁹⁾。他方で、刑訴法227条による証人尋問に立会う検察官には、「同一五七条三項の準用により証人尋問権があると解される」として、検察官には証人尋問権が認められていることを明らかにした⁴⁰⁾。

下級審においては、刑訴法227条による証人尋問の請求時期は、第1回公判期日前である限り、起訴の前後を問わずなし得るものと解されるのが相

36) 最判昭和27年6月18日刑集6巻6号800頁。

37) 昭和27年判例の評釈として、長島敦「刑訴第228条第2項の合憲性」警察研究27巻1号（1956年）95頁以下。

38) 最決昭和28年3月18日刑集7巻3号568頁。

39) 最決昭和28年4月25日刑集7巻4号876頁。

40) 最判昭和36年2月24日裁判集刑事137号243頁。佐伯・前掲註23、13-15頁は、参考人を取調べた検察官が、第1回公判期日前の証人尋問に立会えば、証人は検察官をおそれて、捜査段階と同様の供述を裁判官にしたという疑いが生じるため、検察官の立会いに否定的である。

当であるとされた⁴¹⁾。また、刑訴法227条2項で求められる、証人尋問を必要とする理由と当該証人尋問が犯罪の証明に欠くことができないものであることの疎明は、「第一回公判期日前に証人尋問を請求する検察官から、裁判官に対するもの」であって、当該疎明に用いられた資料は、裁判官に対して提供するものであるから、被疑者、被告人または弁護人の意見を聞く必要もなく、「裁判官がこれによって疎明ありと認めたときは、これが請求に応ずべきものである。されば被疑者、被告人又は弁護人は検察官が裁判官に提供した同条第二項の疎明資料について裁判官又は検察官に疎明を求める権利は」ないとされた⁴²⁾。

以上、刑訴応急措置法第12条も一定の要件を満たせば、憲法37条2項に反するものではないと解したことをはじめとする判例の立場は、刑訴法227条による証人尋問に被告人側の立会いが保障されず、当該証人尋問で作成された調書であっても公判廷において、事後的に証人に対する反対尋問ができたのであれば、憲法37条2項の要件を満たしたとされるなど、被疑者、被告人に不利な解釈が相次いできた。とりわけ、戦後の早い段階から刑訴法227条を強制処分に関する規定であるとして、検察官と被告人側に立会いの保障や証人を尋問する権利、尋問に必要な準備などに差をつけていたことに鑑みると、第1回公判期日前の証人尋問が被告人側にきわめて不利に作用していたことは言うまでもない。しかし、刑訴法227条をめぐる諸問題は、321条1項2号の積極的な活用によって、積極的に顕在化されてこなかったとされる⁴³⁾。実際に、刑訴法227条の運用実績は、最もピークだった昭和26年に比べて、昭和34年にはその3%に低下した⁴⁴⁾。

41) 札幌高判昭和27年2月11日高刑集5巻1号101頁。

42) 東京高判昭和30年8月30日高裁特報2巻16=17号881頁。

43) 大場・前掲註16、239頁。

44) 昭和26年に227条を利用した件数は、地裁と簡裁において4,344件で最も多く、昭和29年から1,000件以下に低下し、昭和34年には、わずか130件であった。その理由は、「検察官に任意の供述をした者が、公判準備または公判期日において前の供述と相反するかまたは実質的に異なった供述をした場合に、その者の検察官に対する供述調書の特信性について、

（3）第1回公判期日前の証人尋問制度の活用に関する議論

① 2004年の刑訴法一部改正

しかし、上述した刑訴法227条の運用実態とは異なって、第1回公判期日前の証人尋問の活用に関する議論は、いく度も行われていた。まず、現行刑訴法227条1項の文言は、2004年の刑訴法一部改正によって修正されたものであって、もともとは、捜査機関に対して任意の供述をした参考人が、公判期日においては、「圧迫を受け」て、前の供述を覆すおそれがあることを要件としていた。2004年の法改正で、「圧迫を受け」という文言が削除されたため、227条の要件が緩和されたものである。この「圧迫を受け」という要件に対しては、「特に『公判期日において圧迫を受ける』という考え方は公開裁判の原理に背を向けた民主主義以前の封建思想をあらわしている⁴⁵⁾」と指摘されていた。

法改正以前の刑訴法227条で求められていた「圧迫」は、その形態が有形であるか、無形であるかを問わず、圧迫をする主体は、被疑者および被告人とその他の者であっても良く、圧迫を受ける時期は、公判期日のものだけではなく、公判期日外のものであっても当該圧迫によって、公判期日に前の供述と異なる供述をするおそれがあれば、圧迫があったと認められるとされていた⁴⁶⁾。そして、圧迫行為の程度は、それが積極的な圧迫であることはもちろんのことであるが、必ずしも積極的な圧迫行為があることを要するものではなく、たとえば、特定の傍聴人の前では、羞恥心や劣等感などを感じ、十分な供述ができない場合も含まれ、それが証人となる者の

↘これを証明力の問題であるとし、あるいは厳格な吟味を加えられないままに、とかく安易に証拠として採用される傾向があるため、検察官は次第に法二二七条の手続を利用するまでの必要性がなくなったのであるまいか」とされる。最高裁事務総局刑事局「昭和34年における刑事事件の概況」曹時12巻10号（1960年）73-74頁。

45) 青柳・前掲註26、62頁。

46) 平場・前掲註1、166頁、松本ほか編・前掲註1、362頁、伊藤ほか編・前掲註1、157頁。ただし、公判廷で供述する者が、前の供述と異なる供述をすれば、利益を受けると言った理由などがある場合には、圧迫を受けたことにはならないとする。他方で、藤永ほか編・前掲註1、616頁は、具体的な状況などによって利益の提供自体も圧迫になり得るとする。

性格による場合も肯定される⁴⁷⁾。

2004年の刑訴法一部改正で、227条の「圧迫を受け」という文言が削除されたが、その趣旨は、次のとおりである。刑訴法227条による証人尋問は、裁判官の面前で行われるものであって、当該証人尋問で作成される供述調書の作成状況が公判廷で争われることは、検面調書に比べて少ないこと、証人も検察官の面前で供述しただけの場合に比べて、裁判官の面前で宣誓をしたうえで証言をした場合の方が、公判廷で異なる供述をする可能性が低下することから、227条を活用することで、供述調書の作成状況をめぐり争いや捜査段階での供述と公判廷での供述が相反する場合の信用性の比較および判断を要する場面を低下させることができるため、227条の活用のために、『「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。』と説明される⁴⁸⁾。すなわち、刑訴法227条による証人尋問で作成された供述調書は、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り、緩やかな要件が求められることから、2号書面および3号書面に比べて、容易に証拠能力が認められる。言い換えれば、検察官が227条による証人尋問を請求するために疎明しなければならなかった「圧迫を受け」という要件が削除されたことで、従来よりも簡単に227条による証人尋問が請求できることになり、それは、当該証人尋問の請求のみならず、公判廷における事実認定にも影響を与えることを狙ったのであろう⁴⁹⁾。

47) ただし、具体的な情況に基づき、前の供述と異なる供述をする蓋然性が認められなければならない。松本ほか編・前掲註1、362頁、藤永ほか編・前掲註1、616頁、伊藤ほか編・前掲註1、158頁。他方で、積極的な圧迫行為が必要とするものとして、平場・前掲註1、166頁。

48) 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）の開設」落合義和、辻裕教、稗田雅洋、高橋康明、伊藤雅人、駒田秀和、河原俊也、森健二『刑事訴訟法等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』（法曹会、2010年）18頁。

49) 公判廷における事実認定に関して、丸山哲巴「裁判員裁判において刑事訴訟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編集委員会『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』（立花書房、2011年）389頁は、公判期日を間近に控えている段階

また、2004年の法改正によって刑訴法227条の要件が緩和されたことを理由に、検察官が227条を活用し、捜査段階での供述内容を227条による証人尋問調書に記載させることができれば、証人が前の供述と異なる供述をする可能性が低下し、前と異なる供述をしたとしても、2号書面よりも容易に証拠能力が認められ、2号書面のように特信性の立証を要しない227条による証人尋問調書を請求する考え方も登場した⁵⁰⁾。

② 法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会における議論

2016年に行われた刑訴法一部改正の審議を担当した、法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会（以下、特別部会とする）においても、第1回公判期日前の証人尋問制度に関する議論が行われた。それは、刑事免責制度を導入し、当該制度において、第1回公判期日前の証人尋問制度を利用できるとすることについての議論があったためであった⁵¹⁾。具体的な議論は、2013年5月16日に開催された特別部会第1作業分科会の第3回会議からであった。第3回会議においては、第1回公判期日前においても刑事免責制度が導入された場合には、証人尋問の規定が準用されるため、第1回公判

ㇿでの公判期日前の証人尋問を実施しても、証人は捜査段階での供述と異なる供述をすることも多いため、このような可能性がある場合に、検察官は起訴前の段階で227条による証人尋問を請求することを検討すべきであるとし、公判期日前の証人尋問が実施された場合、当該証人尋問で作成された供述調書の証拠能力は容易に認められるが、供述調書の証拠能力が容易に認められたとしても、検察官は公判廷で証人に対して、真実と考えられる供述を引き出す尋問をする必要があつて、このような尋問が行われなかった場合は、公判期日前の証人尋問で作成された供述調書が証拠として採用されたとしても、裁判員が心証を得ることは困難であつて、適切な審理ではないと指摘する。

- 50) 司法研修所編『裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方』（法曹会、2008年）86-87頁。このような考え方に対して、伊藤睦「裁面調書」季刊刑事弁護70号（2012年）34頁は、「検察側の主張が揺るがされた場合にも立て直すことが可能なようにあらかじめ証拠固めをしておき、事後の公判段階での防御活動を無力化するためにこの手続きを用いようとする」ことは、公判中心主義に反することであり、227条を濫用することは、被告人の防御権保障の観点から、憲法37条2項に反すると指摘する。

- 51) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」（2013年）13頁。

期日前の証人尋問においても刑事免責制度を使い得るとの認識に基づいて、刑訴法226条で求められる要件をより具体的にすべきではないか⁵²⁾とされ、同日に配布された、配布資料3-3に、「刑事免責制度を十分に活用できるようにするため、第1回公判期日前の証人尋問制度を拡充する。」と記載され、拡充する場合には、現行規定のどのような要件を見直す必要があるかが、検討課題となっていた⁵³⁾。

その後、「作業分科会における検討結果（制度設計に関するたたき台）」には、「第1回公判期日前であり、かつ、免責決定を併せて請求するときに限り、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ものとする。⁵⁴⁾」とされていた。しかし、第1回公判期日前の証人尋問における刑事免責制度の「要件が不明確であるなど、これに消極的な意見が多く示され⁵⁵⁾」たため、最終的に、特別部会の「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」には、第1回公判期日前の証人尋問における刑事免責制度の利用に関する内容は盛り込まれなかった。特別部会で議論されたのは、刑訴法226条による公判期日前の証人尋問であって、226条は、223条による参考人取調べに対して、参考人が出頭または供述を拒むことを要件としているため、すでに捜査機関に対して参考人が任意の供述をしたことを要件とする227条とは、請求要件を異にする。しかし、227条も226条のように、第1回公判期日前の証人尋問制度であることには注意すべきであろう。

52) 法制審議会・第1作業分科会第3回会議事録、34頁、岩尾信行幹事発言。

53) これらの他に、審議過程においては、公判期日前の証人尋問には、被告人側の立会いが権利として認められていないことや十分な反対尋問が困難なことが指摘された。法制審議会・第1作業分科会第6回会議事録、23頁、小野正典委員発言。その他に、刑事免責制度を利用する場合に限って、第1回公判期日前の証人尋問制度の要件を広げるなどの意見が述べられた、法制審議会・第1作業分科会第10回会議事録、41頁、上富敏伸幹事発言。

54) 特別部会「作業分科会における検討結果（制度設計に関するたたき台）」17-19頁。

55) 法制審議会特別部会第26回会議事録4頁、吉川崇幹事発言。

③ 法制審議会——刑事法（情報通信技術関係）部会の要綱案

最後に、2022年から始まった、法制審議会——刑事法（情報通信技術関係）部会（以下、刑事法部会とする）の議論にも注目すべきであると思われる。刑事法部会の「検討項目」には、刑事手続において対面で行われる捜査・公判等の手続について、映像・音声の送受信により行うことが掲げられ、その中に、証人尋問を映像・音声の送受信により行うことができる場合を追加・拡大することが含まれていた⁵⁶⁾。たとえば、証人が外国にいる場合や重症で入院している場合など、公判廷に出頭することが困難な事情があり、ビデオリンク方式による証人尋問を実施することに公益が認められる場合のために、ビデオリンク方式による証人尋問の類型を追加することの是非や方法に関する議論が行われた。

2023年12月18日に開催された、第15回会議では、要綱（骨子）案を刑事法部会の意見として、法制審議会（総会）に報告することを決定した。要綱（骨子）案には、証人尋問を映像と音声の送受信により実施する制度の拡充として、日本国内にいる証人を尋問する場合に、一定の要件のもとでは、映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話することができる方法によって、尋問することができるとされている⁵⁷⁾。このような方法によって行われた証人尋問の結果は、「刑事訴訟法第321条第1項第1号の『裁判官の面前』及び同項第2号の『検察官の面前』について、映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話することができる方法による場合を含む旨を規定すること。58)」とされていることから、321条1項1号および2号が適用され得る。すなわち、刑訴法321条1項1号および2号に、映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話することができる方法というのが含まれると、物理的な対面でない場合も裁判官や検察官の面前で供述したことになる。したがって、国

56) 刑事法部会「検討項目」2頁。

57) 刑事法部会「要綱（骨子）案」21頁以下。

58) 前掲57・要綱案、5頁。

内にいる証人に対して、刑訴法227条による証人尋問を物理的な対面ではなく、映像と音声の送受信によって行われた場合であっても、その記録媒体が裁判官の面前で行われたものとして、2号書面より容易に証拠能力が認められ得る。

以上のように、第1回公判期日前の証人尋問制度を活用するための法改正が行われ、その後においても、第1回公判期日前の証人尋問に関する直接または間接的な議論が行われてきた。これらを考慮すると、これから刑訴法227条の活用をめぐる議論が行われる可能性を排除することは困難であると思われる。さらに、近時には検察官が227条による証人尋問を請求し、証人尋問のために、証人となる者に対する証人テストを実施した事例も紹介されている⁵⁹⁾。この事例においても、刑訴法227条を用いることのメリットとして、227条による証人尋問で作成された調書の方が、2号書面より容易に証拠能力が認められること、また、裁判官の面前で行われた供述であるため、供述内容の信用性が高く評価されることが挙げられている⁶⁰⁾。注目すべきなのは、刑訴法227条による証人尋問のために、証人テストが行われたことであって⁶¹⁾、徹底した証人テストが第1回公判期日前の証人尋問に与える影響は大きい。なぜなら、証人テストは捜査機関に対して行った参考人の供述内容をそのまま公判廷で顕出させようとする性格を有しており、それが被告人側の立会いが裁判官の判断によってのみ認められる第1回公判期日前の証人尋問のために行われるのであれば、被告人側の反対尋問を経ることなく、捜査機関の意図がそのまま調書に記載されるからであ

59) 事例の詳細については、伊禮雄一「刑事訴訟法227条により事件関係者の証人尋問を実施した麻薬の営利目的輸入罪の事案」捜査研究875号（2023年）10頁以下。

60) 伊禮・前掲註59、10頁。

61) 証人テストの問題に関しては、笹倉香奈「いわゆる『証人テストについて』井戸津橋法学15巻2号（2016年）183頁以下、清水拓磨「証人テスト（と参考人取調べ）に対する録音・録画（1）」立命館法学407号（2023年）155-164頁を参照。伊藤睦「司法面接『的』手法の問題点」赤池一将・石塚伸一・斎藤司・武内謙治『刑事司法と社会的援助の交錯 土井政和先生・福島至先生古稀祝賀論文集』（現代人文社、2022年）368頁も「日本では、証人尋問の前に検察官が徹底的な証人テストを行うのが一般的である」と指摘する。

る⁶²⁾。さらに、公判で証人に対する被告人側の反対尋問が行われたとしても、証人の供述が前の供述と相反すれば、第1回公判期日前の証人尋問調書は、2号書面および3号書面よりも容易にその証拠能力が認められる。最終的に、刑訴法227条による証人尋問で作成された調書の内容と公判廷における証人の供述内容の信用性の判断は事実認定者である裁判官に委ねられている。しかし、第1回公判期日前の証人尋問は公判と同様の公開性を欠いていること、裁判官の面前で行われた供述だからといって、信用性の状況の保障が必ず認められるわけではないこと、被告人側の立会いおよび反対尋問の機会が制限的にしか保障されないことに加えて、反対尋問のための十分な情報が提供されるとは言い切れず、証人テストが行われると被告人側の反対尋問は実質的な意味を持たないという問題が潜んでいる。したがって、刑訴法227条はそれ自体、問題がある規定であると言わざるを得ず、以下においては、日本の刑訴法226条ないし228条の内容の規定を設け、一部の規定に対して違憲決定を出した韓国の事例を確認することにしたい。

3. 韓国の制度

(1) 韓国刑事訴訟法221条の2

韓国の刑事訴訟法（以下、韓国法とする）221条の2は、日本の刑訴法226条ないし228条と極めて類似した規定であった。現在は韓国の憲法裁判所が違憲決定を出したため、韓国法221条の2第2項は削除され、第3項ないし第6項は修正された。韓国憲法裁判所の違憲決定以前の韓国法221条の2は以下の通りであった。

まず、第1項は、「犯罪の捜査に欠くことが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及び陳述を拒否する場合は、検事は第1回公判期日前に限り判事にその者に対する証人尋問を請求できる」

62) 被告人の証人審問権の観点から第1回公判期日前の証人尋問制度を検討したものとして、安富・前掲註5、198頁以下を参照。

としている。この第1項でいう前条とは、日本の刑訴法223条のように参考人の取調べを規定したものである⁶³⁾。すなわち、捜査機関の出頭要求に応じず、供述を拒む参考人の第1回公判期日前の証人尋問請求を定めたものである。第2項は、「前条の規定により検事または司法警察官に任意の陳述をした者が公判期日前の陳述と異なる陳述をするおそれがあり、その者の陳述が犯罪の証明に欠かせないと認められる場合には、検事は第1回公判期日前に限り判事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227条に該当する。ただし、刑訴法227条と異なって、韓国法221条の2第2項は、制度導入の当初から、「圧迫を受け」という要件は設けられていなかった。第3項は、第1項および第2項の証人尋問を請求するためには、書面でその事由を疎明する必要があることを定め、第4項は、第1項および第2項の請求を受けた裁判官に、証人尋問における権限が裁判所または裁判長と同様であることを定め、日本の刑訴法227条2項および228条1項に該当する内容となっていた。第5項は、「判事は捜査に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加させることができる。」として、日本の刑訴法228条2項と同様に、被告人側の立会いを裁判官の判断に委ねる規定であった。最後に、第6項は、第1項および第2項による証人尋問を行った裁判官に、当該証人尋問に関する書類を遅滞なく検察官に送付しなければならないとする義務規定であった。

その後、1995年の韓国法改正において、韓国法221条の2の一部改正が行われた。改正内容は、被告人側の立会いを定めた第5項に関するものであって、修正前の「捜査に支障がないと認める場合に」被告人側の立会いを認めることは、原則として被告人側の立会いを許容しないような文言であり、立会いを裁判官の裁量に委ねることは適切ではないと指摘されたため、「特に捜査に支障があると認める場合を除いて」被告人側を立会わせなければ

63) 韓国法221条1項「検事または司法警察官は捜査に必要なときには被疑者でない者の出席を求め、陳述を聞くことができる。」

ならない旨の内容となった⁶⁴⁾。

(2) 韓国刑事訴訟法184条

韓国においても、日本の刑訴法227条の他に、第1回公判期日前の証人尋問を請求できるとするものとして、証拠保全手続がある。韓国法184条1項は、「検事、被告人、被疑者または弁護人は予め証拠を保全しなければ、その証拠を使用するに困難な事情がある場合には、第1回公判期日前であっても判事に、押収、搜索、検証、証人尋問または鑑定を要求できる」として、日本の刑訴法179条と同様の処分を請求できるとする。ただし、その請求権者の範囲に日本と韓国とでは差が設けられており、韓国の場合には、検察官も証拠保全手続の請求権が認められている。

韓国法184条の要件は、「予め証拠を保全しなければ、その証拠を使用するに困難な事情がある」場合であって、困難な事情には、当該証拠に対する証拠調べが困難になることのみならず、証拠の実質的な価値の変化によって、証拠の証明力に変化が生じる場合も含まれる⁶⁵⁾。それゆえ、供述不能、長期の海外滞在も要件を満たすとされ、第1回公判期日前の証人尋問における供述と公判廷における供述が異なる可能性があることも、韓国法184条の要件であるとする見解もある⁶⁶⁾。

次に、韓国法184条は、当該条文による証人尋問の立会人を具体的に明記していない。それゆえ、検察官が請求した証人尋問に被告人側の立会いが認められるか否か、または、被告人側の請求による証人尋問に検察官の立

64) 김정환『제1회 공판기일 전 증인신문제도에 대한 실무적 고찰』법학논고第47集(2014年) 299頁。修正された韓国法221条の2第5項の全文は、「裁判官は特に捜査に支障があると認める場合を除いては被告人、被疑者又は弁護人を第1項又は第2項の請求による証人尋問に参加させなければならない」として、被告人側の立会いを原則とする文言となっていた。

65) 신동운『간추린 신형사소송법 [제12판]』(법문사, 2020年) 215頁。

66) 이재상・조관석『형사소송법』(박영사, 2015年) 340頁。結論は同様であるが、韓国法184条による証人尋問に被告人側の反対尋問の機会が保障されることを理由に、前と異なる供述をする可能性を韓国法184条の要件とする見解として、신동운『신형사소송법 [제5판]』(법문사, 2014) 467頁。

会いが認められるか否かが問題となる。判例は、韓国法184条による証人尋問の請求を受けた裁判官は、「韓国法163条⁶⁷⁾によって、検察官、被疑者または弁護人に反対尋問の日時及び場所を予め通知し、証人尋問に立会う機会を与えるべき」であるとし、裁判官に、「検察官、被疑者又は弁護人」に対する通知義務を肯定した⁶⁸⁾。さらに、裁判官の通知義務と証人尋問調書の証拠能力に関して、判例は、「韓国法184条による証人尋問手続において、その証人尋問の日時及び場所を被疑者及び弁護人に予め通知せず、証人尋問に立会う機会を与えなかった場合には証拠能力がな⁶⁹⁾」⁷⁰⁾とした。ただし、裁判官の通知義務違反があったとしても、被告人側には、当該証人尋問調書を証拠とすることに同意した場合には、証拠能力が認められるとされる⁷¹⁾。

通説は、韓国法184条2項で、前項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が認められることから、押収、搜索、検証、証人尋問、鑑定の処分に関する規定が準用され、証人尋問の立会いに関しては、韓国法163条が準用されるとする⁷¹⁾。これに対して、裁判長と同一の権限が認められることと、当事者の立会いが結び付くことに疑問を提示し、韓国法221条の2では、被告人側に対する通知義務が規定されている一方で、184

67) 1項「検事、被告人または弁護人は証人尋問に参与できる。」、2項「証人尋問の日時と場所は前項の規定により、参与できる者に予め通知しなければならない。ただし、参与しない意思を明示した場合には例外とする。」となっており、第2項但書によって、証人尋問に立会わない意思を明示すれば、例外とされるため、検察官、被告人側の立会いなしに証人尋問が行えないというわけではない。

68) 대법원1988. 11. 8. 선고86도1646판결.

69) 대법원1992. 9. 22. 선고92도1751판결.

70) 대법원1992. 2. 28. 선고91도2337판결. また、この判例は、弁護人が証人尋問の日時及び場所の通知がなかったことに対する異議申立てによって、調書の証拠能力が否定された。前掲註68の1988年判例では、被告人側が証人尋問調書を証拠とすることに同意し、適切に証拠調べを経た場合には、証人尋問手続に違法があったか否かを問わず、証拠能力が認められるとした。

71) 방희선 「형사소송법상 증거보전제도에 관한 고찰」 저스티스 通卷第110号 (2009年) 187-188頁。

条には通知義務が規定されていないことを理由に、184条における被告人側の立会権を否定する見解もある⁷²⁾。ただし、このような見解の対立は、実務において韓国法184条の証人尋問がほとんど用いられないことを理由に、その実益は大きくないとされる⁷³⁾。

この韓国法184条は、221条の2と異なって、韓国法が制定された1954年から規定されていたものであり、参考人が前の供述と異なる供述をするおそれを理由とする184条の請求も可能であるにもかかわらず、1973年に221条の2を新設したことは、捜査機関の権限拡大のために導入されたものであったことを推測させよう。

(3) 韓国刑事訴訟法311条

ここでは、韓国法184条および221条の2によって行われた第1回公判期日前の証人尋問で作成された調書が公判廷で、どのように証拠能力が認められるかを確認したい。周知のとおり、日本で第1回公判期日前の証人尋問で作成された調書を証拠として用いるためには、刑訴法321条1項1号の要件を満たさなければならない。韓国の場合も一定の要件を満たす必要はあるが、その要件は日本よりも容易なものとなっている。韓国法311条は、「公判準備又は公判期日に被告人若しくは被告人でない者の陳述を記載した調書と法院又は法官の検証の結果を記載した証拠は証拠とすることができる。第184条および第221条の2の規定により作成した調書も同様である」と規定する。韓国法は、被疑者供述調書の作成主体によって証拠能力認定

72) 김성룡 「수사단계 진술의 증거능력 및 증명력 보증을 위한 제도적 방안 연구——증거보전요건의 확대 등을 포함하여」 대검찰청 (2012年) 110-111頁。

73) 대검찰청21세기 연구기획단 「구속제도 정비방안 연구」 검찰21세기연구기획단 연구자료집 第9集 (1995年) 95頁、박정난 「수사상 증거보전으로서 증인신문 제도에 대한 비판적 검토」 법학연구 31卷4号 (2021年) 202頁も参照。韓国法184条が実務でほとんど用いられない理由は、韓国法185条が、被告人、被疑者または弁護人に、184条によって作成された証人尋問調書の閲覧・謄写を認めているため、捜査機密を維持するためであると説明される。

要件を区別していたが⁷⁴⁾、参考人供述調書は、日本の刑訴法321条 1 項各号のように作成主体による区別はしていない。それゆえ、韓国法311条の文言は、日本の刑訴法321条 2 項に類似しているものの、韓国法311条後段によって、実質的には321条 1 項 1 号の役割を果たしている。

注目すべきなのは、韓国法311条の要件であると思われる。日本の刑訴法321条 1 項で求められる、供述者の署名・押印は、韓国法311条では求められていない。さらに、刑訴法321条 1 項 1 号で求められる、供述者の死亡・精神若しくは身体の故障、所在不明なども韓国法311条では求められていない。すなわち、裁判官の面前で行われた供述を調書に記載しただけで当該調書の証拠能力が認められる、いわゆる絶対的に証拠能力が認められる供述調書となる。そして、韓国法311条後段の文言は、1961年の韓国法改正において、韓国法184条に関する内容が追加され、韓国法221条の 2 が新設された1973年の法改正において、現行の文言となった。

学界からは、韓国法221条の 2 第 5 項によって被告人側の反対尋問の機会の保障が欠如されることから、311条に対する立法論上の疑問が提示され⁷⁵⁾、311条によって調書の証拠能力が絶対的に認められることに加えて、221条の 2 による証人尋問における被疑者、被告人の防御権の保障が、被告人側の立会いが保障される184条に比して不十分であることから、適正手続に反すると指摘される⁷⁶⁾。また、裁判官が作成する調書であっても、調書作成に誤りが介入する可能性をも排除できないことも指摘される⁷⁷⁾。なお、日本で問題となる憲法37条 2 項で保障される被告人の証人審問権は、韓国憲

74) 被疑者供述調書の作成主体による区別も、2020年の韓国法一部改正によって実質的な区別はなくなり、検察官作成の被疑者供述調書も司法警察官作成の被疑者供述調書も同様の要件が求められる。詳細は、拙稿「韓国における2020年刑事訴訟法改正——被疑者供述調書の証拠能力認定要件の変更について——」立命館法学391号(2020年)1149頁以下を参照。

75) 白亨球「捜査上 証人訊問」考試界88年 3 月号(1988年)129頁。

76) 배종대・이상돈・정승환・이주원『형사소송법』(홍문사, 2015年)215頁。

77) 신동윤・前掲註66、472頁。

法に規定されていないため、憲法違反であると指摘されることはなかった。

以上、韓国法221条の2各項は、日本の刑訴法226条ないし228条と表現の差はあっても、参考人が捜査機関の出頭要求に応じないか、供述を拒む場合若しくは捜査機関に対して任意の供述をした参考人が、公判廷では前と異なる供述をするおそれがあることを理由に、検察官だけに第1回公判期日前の証人尋問を請求できる権限を与えたことが共通している。他方で、従来の日本の刑訴法227条求められていた「圧迫を受け」という要件が、韓国法221条の2第2項では求められていなかったこと、第1回公判期日前の証人尋問制度が導入されると同時に、韓国法311条によって当該証人尋問で作成された調書の証拠能力が、極めて容易に認められることからすれば、韓国の方が日本よりも第1回公判期日前の証人尋問制度を積極的に活用しようとしたのではないかと思われる⁷⁸⁾。

韓国法221条の2が新設された目的を明らかにするために、当該条文がどのような経緯で新設されたかを検討する必要があると思われる。韓国法221条の2は、1973年1月25日の第3次韓国法改正の際に新設された。この第3次韓国法改正は、1973年1月19日に第3回非常国務會議に上程された改正案の1つであった⁷⁹⁾。当時の状況は、1972年10月17日に当時の大統領であったパク・ジョンヒが、大統領特別宣言を行い、同日に非常戒厳令を敷き、その結果として、国会が解散され、非常国務會議が設置された。この非常国務會議は、大統領、国務総理および国務委員で構成されたもので、大統領が議長となり、国務総理が副議長となっていた⁸⁰⁾。そして、非常国務會議法第3条は、解散された国会の権限を行使することとなっていたため、選挙で選ばれた国会議員ではなく、大統領の影響がそのまま反映される法

78) とりわけ、韓国法221条の2が新設された時期が、軍事独裁政権であったことに鑑みると韓国の第1回公判期日前の証人尋問制度は有罪立証だけを目的としたものであったと言えるであろう。

79) 신양균編著『형사소송법 제·개정자료집 (상)』(한국형사정책연구원, 2009年) 269頁。

80) 非常国務會議法第2条1項及び2項。

改正が可能であったことに疑いはないであろう⁸¹⁾。具体的な法改正の記録は残されていないものの、法改正の内容は、一般刑事事件の軍法会議への移送や保釈、拘束取消し、拘束執行停止に対する検察官の即時抗告を許容し、拘束適否審査制度の廃止、緊急拘束の範囲の拡大など、そのほとんどが裁判の迅速化を図り、検察の権限を強化する一方で、被疑者、被告人の基本権は弱体化させる方向であった⁸²⁾。さらに、1973年の「非常国務会議の運営⁸³⁾」に編綴されている「1 月中非常国務会議上程議案」には、刑事訴訟法改正法律案の主要骨子として、「能率の極大化のための改正」とされていたことから、韓国法221条の2も検察の権限強化を目的としたものであったと思われる⁸⁴⁾。

学界では、韓国法221条の2は、第1回公判期日前の証人尋問の主体が受訴裁判所ではない裁判官であるということで、受訴裁判所による証人尋問と区別され、韓国法184条のように証拠保全の性格を有するが、その要件が184条と異なること、および捜査機関の参考人取調べではなく、参考人の出頭および供述を強制する制度を設ける必要性から221条の2が立法されたが、それは、221条の2を通じて真相解明という捜査目的を達成するためであったと説明される⁸⁵⁾。

81) 現在、非常国務会議法は廃止されている。

82) 김정환・前掲註64、284頁。安部祥太『被疑者取調べの憲法的規制』（日本評論社、2019年）201頁も参照。

83) 韓国国家記録院のウェブサイトで公開されている <https://theme.archives.go.kr/viewer/common/archWebViewer.do?bsid=200300955517&dsid=0000000000002&gubun=search#1>。

84) 김희욱・박일환編『주석형사소송법 第5版』（한국사법행정학회、2017年）328頁も、韓国法221条の2は証拠の収集および保全など、捜査の目的達成と徹底した公訴維持を目的として規定されたとする。

85) 申一秀「第1回公判期日の訴訟法上 意義」考試界88年2月号（1988年）331頁、白亨球・前掲註75、126頁。吳官錫「第1回公判期日前의 証人訊問의 問題点」考試界94年9月号（1994年）176頁も参照。

(4) 判 例

以上、韓国法221条の2が、裁判の迅速化を図る法改正において、検察の権限強化を目的として新設されたことを確認した。以下においては、韓国法221条の2に関する韓国の判例を概観する。

① 大法院判例

まず、日本の最高裁判所に該当する韓国の大法院（以下、韓国最高裁とする）の判例は、主として韓国法221条の2第2項による証人尋問における被告人側の立会いに関するものである。韓国最高裁の判例は、「被告人及び弁護人の参与なしに証人を尋問したことは」当該証人尋問手続において、被告人側の立会いが「必要的要件ではないため」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とした⁸⁶⁾。また、韓国法184条による証拠保全手続においては、証人尋問の際に、その日時および場所を被疑者および弁護人に予め通知せず、立会いの機会を与えない場合には証拠能力がなく、「韓国法221条の2による証人尋問も第1回公判期日前に行う証人尋問であり、同法第311条によって当然に証拠能力が認められるに違いないため、法院はその均衡上からも……捜査に特に支障があると認められる場合でなければ、被告人・被疑者もしくは弁護人に参与の機会を与えるのが望ましい」としながらも、韓国法221条の2第5項が、裁判官に捜査に支障がないと認めるときに被告人側の立会いを認める旨を規定しており、被告人側の立会いが必要的要件ではないため、立会いの機会が与えられなかったことだけでは、違法とすることができないとした⁸⁷⁾。

このように、韓国最高裁は韓国法221条の2第2項による証人尋問の際に、被告人側の立会いは「必要的要件」ではないことを理由に、立会いの機会を与えなくても違法にはならないとした。また、証拠保全手続を規定した韓国法184条との均衡上、221条の2第2項による証人尋問にも被告人側の

86) 대법원1981. 9. 22. 선고81도1944판결, 대법원1991. 12. 27. 선고91도2527판결.

87) 대법원1992. 9. 22. 선고92도1751판결.

立会いの機会を与えるのが望ましいとする一方で、裁判官の裁量によっては立会いの機会を与えないことも許されるとした。1995年の韓国法改正で、221条の2第5項の文言が、特に捜査に支障があると認める場合を除いては被告人側を証人尋問に立会わせなければならないと修正されたが、「特に捜査に支障がある」場合とはどのような場合かが明らかにされことなく、翌年である1996年の韓国憲法裁判所判例によって221条の2第5項が違憲とされた。

② 憲法裁判所判例

韓国の憲法裁判所は1996年に韓国法221条の2第2項および第5項に対する違憲決定を下した。事件の概要は、次のとおりである。特殊公務妨害致死罪などで起訴された請求人が221条の2第2項および第5項は、被告人の反対尋問権を保障せず、221条の2第2項による証人尋問で作成された調書は、311条によってその証拠能力が保障されるために、韓国憲法が保障する適正手続、弁護人の援助を受ける権利、公正な裁判を受ける権利、公開裁判を受ける権利、無罪推定原則を侵害するものであるとして、憲法訴願審判を請求した⁸⁸⁾。

イ. 第1回公判期日前の証人尋問制度の法的性格について

韓国憲法裁判所は、まず、第1回公判期日前の証人尋問制度の性格について、捜査の方法は原則として任意捜査によるものであるとし、強制捜査は特別の規定がある場合に限って例外的に許容され、犯罪の証明に有力な証拠が第三者の供述に依拠している場合であっても、その者の出頭を求め、

88) 請求人は、第1回公判期日前の証人尋問に弁護人と立会い、証人に対して反対尋問権を行使し、反対尋問を受けた証人は公判期日においても被告人側の証人として十分な尋問を受け、その際の供述内容も第1回公判期日前の証人尋問調書の内容と概ね同一であったとされる。概要の詳細については、沈義基「적법절차의 함의 (含意) 와 반대신문권의 법적 성질——대상결정: 헌법재판소1996. 12. 26. 결정, 94헌마1 형사소송법 제221조의2 위헌소원——」영남법학3卷1・2号(1997年)393-394頁を参照。

任意の供述を聴取できるのであるが、第三者の供述が捜査に欠くことができないにもかかわらず、第三者が出頭要求に応じず、任意の供述をしたとしても、公判廷では異なる供述をするおそれがある場合には、例外として、強制的に第三者の供述を確保するか、捜査機関に対して行った任意の供述の証明力若しくは証拠能力をあらかじめ確保する必要があるとした。そのうえで、本件で問題となった韓国法221条の2は、上記の必要に応じて設けられた制度であり、第1項の請求事由は、「捜査の進展を図るためのものであり、この事件の審判対象となっている、第2項が定める事由は、証拠の保全のためのもの」であるとした。そして、韓国法221条の2の特徴を当該手続における被告人、被疑者または弁護人の立会権が部分的・制限的に保障されること、制限的な保障に過ぎないにもかかわらず、当該手続で作成された調書は、311条によって当然に証拠能力が与えられることであるとした。

ロ．韓国法221条の2第5項の第2項に関する部分の違憲性について

次に、韓国憲法裁判所は、韓国法221条の2第5項における第2項に関する部分の違憲性を検討した。韓国憲法裁判所は、通常の証人尋問には、その日時と場所が当事者に通知され、当事者の立会い、尋問権が包括的に保障されているのに対して、韓国法221条の2第5項は、その権利内容を制限的に規定しており、311条によって証人尋問調書の証拠能力が当然に認められることから、当該調書が証拠として提出される場合には、公判期日前の証人尋問手続に立会えなかった被告人が、「その供述の信憑性を弾劾するために原供述者に対する証人尋問を申し出たとしても、その申し出が必ず採択される保障はなく、これは結果的に被告人などの証人に対する反対尋問の機会を剥奪する意味を持つ」とした。さらに、第5項の解釈に関して、韓国法184条と221条の2によって作成された証人尋問調書が311条によって証拠能力が認められることから、その均衡上、221条の2第2項による証人尋問に被告人側の立会いの機会を与えるのが望ましいとした、1992年の韓国

最高裁判例⁸⁹⁾の解釈に従うとしても、『捜査に特別な支障がある場合』には被告人などの手続参加が排除される可能性が存在し、被告人などの反対尋問権が剥奪される素地は相変わらない」とした。

また、韓国憲法裁判所は韓国法221条の2第5項における第2項に関する部分が、適正手続の原則に反するか否かについて、当該規定が公訴維持と積極的真實解明に役立つことは否定できないものの、これらの立法目的のみでは被告人などの手続参加と反対尋問の機会を剥奪する可能性を規定していることを正当化するか、若しくは合理化することは困難であるとした。そして、証人が被告人などの面前では前と異なる供述をするおそれがあることは、「むしろ被告人などに反対尋問権を保障する必要が、より高くなることを意味するだけであって、このような事情が被告人などの手続参加を排除する理由にはなり得ない」とし、前と異なる供述をするおそれが、被告人側に起因するとしても、証人の身元の安全のために、適切な措置をとるなどして国民の基本権を制限しない制度を設けることが適正手続の原則を順守する措置であるとして、221条の2第5項に対して、適正手続の原則を侵害するとした。

ハ．韓国法221条の2第2項の違憲性について

次に、韓国憲法裁判所は韓国法221条の2第2項の違憲性について、第5項との関係性から第2項の違憲性を検討し、その後、第2項それ自体の違憲性について検討を行った。

第5項との関係からみた、第2項の違憲性の判断では、違憲とされた法律条項を超えて、その他の法律条項ないし法律全体を違憲として宣言すべき場合が例外的にあるとして、合憲とされた法律条項のみでは独立的な意味を持たないか、違憲とされた法律条項と極めて密接な関係にあるため、全体的・総合的に両者を分離することができない一体を形成している場合に

89) 대법원1992. 9. 22. 선고92도1751판결。

は、違憲とされた法律条項の他の部分に対しても、違憲とするのが妥当であり、第5項は、第2項の証人尋問手続の核心的な構成部分であることから、第5項を違憲としながら、第2項を有効なものとして残す必要はないため、第2項も違憲とするのが妥当であるとした。

そして、韓国法221条2第2項それ自体の違憲性について、すべての国民には、公正で迅速な公開裁判を受ける権利があり、公判の公正性の保障と公判中心主義の原則にしたがって、裁判官はできる限り、公判期日以前の捜査に関与してはならないとしたうえで、第2項は、このような公正で迅速な公開裁判を受ける権利を保障するためのものではなく、第1項のように、裁判官があらかじめ捜査に関与する必要性と不可避性が認められる場合でもないとした。そのうえで、憲法上の適正手続を実現するために、韓国法308条⁹⁰⁾は自由心証主義を原則とし、裁判官の正しい自由心証のための前提として、当事者が手続の主体となって、自由に、自己に有利な証拠を提出し、活発な立証活動が行われる中で、裁判官が客観的な立場で証拠を自由に評価できる要件が必要であるとした。そこで、韓国憲法裁判所は、第2項は、検察官のみに請求権が認められ、証拠保全手続とは異なって、その要件に緊急性が求められるわけではないことから、第2項を目的とする証拠保全は、「あくまでも捜査機関の捜査活動に強制力を付与することで、捜査活動を円滑にするための広義の証拠保全」として位置付けた。さらに、韓国法311条によって、第2項による証人尋問で作成された調書は、公判期日での証人の供述と同様に証拠能力が認められるため、捜査段階で任意の供述をした証人が、公判期日に裁判官の面前で自由に供述することを制約すると同時に、裁判官が公判期日に、公判廷で直接調べた証拠に基づいて心証を形成することを制約することになり、結局、裁判官が直接調べていない証拠によって心証を形成することになるため、証拠の価値判断の真实性を担保できなくなるとした。

90) 韓国法308条「証拠の証明力は法官の自由判断による」。

特に、第2項による証人尋問を主宰した裁判官と、公判廷で証人尋問を主宰する裁判官が異なる場合には、公判廷の裁判官に、証人の供述態度による心証形成を期待するのが困難な場合もあって、公判廷で前と異なる供述をするおそれがあり、かつ、犯罪の証明に欠くことができない重要な証人であれば、裁判所が証人の供述態度を観察する必要性は高いとした。また、第1回公判期日前の証人尋問においては、捜査に関与していない裁判官が、検察官の意見を無視することは、事実上困難であるために、第2項が変則的な制度として濫用されるおそれがあることも指摘した。さらに、被告人側の反対尋問権の行使の観点から、第1回公判期日前に、弁護人の捜査書類に対する閲覧・謄写権が否定されれば、第1回公判期日前の証人尋問に被告人側を立会わせたとしても、効果的な反対尋問を期待することはできず、これは、憲法上の適正手続ないし公正な裁判を受ける権利の刑事訴訟法的表現である、公判中心主義ないし自由心証主義の基本的内容を著しく毀損し、裁判官の正しい自由心証を形成するための公正性と合理性を制約するとした。したがって、第2項には、重大な基本権制限が含まれており、捜査活動の円滑化という立法目的だけでは、この規定を維持するための合理性若しくは必要性が肯定できず、第2項の立法目的によって達成しようとする公益に比べて、より大きな基本権の制限を手段としているため、過剰な立法であると言うべきであり、過剰な立法手段で証拠収集と証拠調べを許容すること、裁判官の合理的で公正な自由心証を妨害すること、裁判官の独立性を侵害するおそれがあることを理由に、第2項は適正手続の原則および公正な裁判を受ける権利に違背するとした。

二. 反対意見

まず、キム・ジンウ裁判官は、韓国法221条の2による第1回公判期日前の証人尋問手続は、第三者の供述を保全することで、その証拠能力を確実に担保することを目的とする手続であり、証拠保全手続を用いる場合に、当該手続に立会った被疑者などの影響によって実体的真実の発見が妨げられ

るおそれがあることから、221条の2第2項による証人尋問手続が持つ意味は重要であるとした。そのうえで、第5項は公判手続における被告人側の反対尋問まで制限するものではないこと、被告人側が証人尋問手続から排除される場合であっても、裁判官の中立的、専門的な立場から、証言の真正性が確保できるよう証人尋問手続を主宰できるため、被疑者、被告人が捜査および刑事処罰の客体になるばかりではないとした。また、韓国法221条の2による手続は、あくまでも捜査手続であり、公判手続と同様な反対尋問の機会を与えなければならないわけではなく、第2項は、その要件を明確にし、前と異なる供述をするおそれを抽象的な解釈ではなく、具体的な状況に基づく合理的な根拠がある場合と解釈すれば、第2項による証人尋問手続が捜査上相当な事由がある場合に限って活用できるため、当該証人尋問手続自体が、正当な事由がなく被告人の反対尋問の機会を剥奪するか、公正な裁判を受ける権利を侵害するとは言えないとした。最後に、問題となるのは、韓国法311条の後段であって、第1回公判期日前の証人尋問および公判廷で、被告人側の反対尋問の機会が保障されれば、公判期日前の証人尋問で作成された調書に証拠能力が認められることに問題はなく、311条後段の違憲性を検討せず、221条の2第2項および第5項を違憲とすることに反対するとした⁹¹⁾。

次に、シン・チャンオン裁判官は、韓国の刑事訴訟制度が当事者主義を基本としているが、公益を代表する検察官と被告人は、すべての手続において完全に同一の地位にあるとは言えないとし、捜査手続で求められる手続の迅速性・密行性を考慮すると、捜査手続においても公判手続と同様の

91) 日本においても、刑訴法321条1項1号との関係で問題とするものがある。長島・前掲註37、98頁は、「刑訴228条2項の規定は、それ自体ではもともと、憲法37条2項となんらの関係がなく、刑訴321条以下の規定によって刑訴228条に基づく証人尋問調書が証拠に採用される場合に始めて、これらの規定の合憲・違憲の問題と密接に関連し、かつ、これと運命と共にしつづ憲法37条2項との適否が問題となる……」として、被告人側の立会いを制限する規定だけでは問題なく、被告人側の立会いが制限された証人尋問調書に証拠能力を認める規定と関連して、その合憲性を論じるべきであるとする。

当事者主義が厳格に適用されることはできず、被告人側の反対尋問権の保障が必ずしも必要なものではないとした。また、裁判官の裁量によっては、第 1 回公判期日前の証人尋問に被告人側の立会いの機会が保障され得ること、被告人側に立会いの機会が与えられなかった場合には、証拠保全手続を請求するか、公判廷で証人を尋問すれば、反対尋問権が剥奪されたとは言えないとし、多数意見のように被告人側の反対尋問権が証人尋問手続において重要な要素であれば、第 5 項だけを違憲とすれば足りるとした。

最後に、キム・ヨンジュン裁判官は、韓国法221条の 2 第 2 項が捜査機関の強制処分の性格を有することは否定できないが、他方で、裁判所または裁判長と同一の権限を有する裁判官によって証人尋問が主宰されることに加えて、調書の証拠能力が311条によって当然に認められることから、第 2 項は、本質的には証拠保全の性格を持つ証人尋問手続であるとした。そのうえで、第 2 項の目的が国家刑罰権の実現であることは、実体的真実主義の要求が反映された結果であるため、第 2 項それ自体は合理的で正当な理由を持ち、憲法上の適正手続の原則に反するとは言えないとした。

これらの反対意見の主たる論拠は、第 1 回公判期日前の証人尋問が、捜査段階で行われる捜査の一環であるゆえに、公判段階のような当事者主義を実現することは困難であること、韓国法221条の 2 第 2 項は、積極的実体的真実主義の発見という要請に基づいたものであること、被告人側の反対尋問権が制限的ではあるが、保障され得ることと反対尋問の機会が制限された場合であっても、裁判官が主宰者であるために証人尋問の適正性が担保されることである。

4. ま と め

(1) 被告人側の立会いに関する若干の考察

韓国憲法裁判所は、公判廷で証人に対する反対尋問の機会が保障されなくとも韓国法311条によって第 1 回公判期日前の証人尋問で作成された証人

尋問調書の証拠能力が認められることについて、適正手続の原則に反すると判断した。たしかに、韓国憲法には日本の憲法37条2項のような明文規定がないこと、1994年の憲法裁判所判例が、証人審問権を憲法上の基本権ではなく、公正な裁判を受ける権利を実現するための方法の一つに過ぎないとしたこと⁹²⁾から、憲法上の基本権に直接反するという判断は期待できないであろう。そして、韓国憲法裁判所は、韓国法311条が極めて容易な要件を求めているため、公判廷において被告人側の反対尋問の機会が保障され得ない危険性を強調したが、公判廷において反対尋問の機会が保障された場合には、どうなるのかを明らかにしていない。これは、第1回公判期日前の証人尋問で調書が作成されれば、韓国法311条によって、公判廷における証人尋問を必ず要するわけではないゆえに、公判廷での反対尋問の機会の保障は実質的な意味を持たないことを前提として、第1回公判期日前の証人尋問が被告人側の反対尋問の機会を保障する唯一の場面であると捉えたからではないかと思われる。このような憲法裁判所の判断は、日本の刑訴法321条1項1号後段で証人尋問を前提としている日本とはかなり異なるところではある。しかし、韓国最高裁が提示した、証拠保全手続との均衡上、韓国法221条の2による証人尋問においても原則として被告人側の立会いを認めるべきという解釈⁹³⁾に従っても、捜査上の支障がある場合には被告人側の立会いが制限されるおそれがあり、被告人の防御権を過度に制限するとした韓国憲法裁判所の判断は、第1回公判期日前の証人尋問に立会った被告人側の実質的な防御権の行使が可能か否かは別にしても、被告人側の手続参加の観点からは傾聴に値すると思われる。

(2) 刑訴法227条について

韓国憲法裁判所は、被告人側の手続参加の観点から韓国法221条の2第5

92) 헌법재판소1994. 4. 28. 선고93헌바26 전원 재판부, 헌법재판소1998. 9. 30. 선고97헌바51 전원 재판부, 헌법재판소2013. 12. 26. 2011헌바108, 공보 제207호, 86 전원 재판부。

93) 대법원1992. 9. 22. 선고92도1751 판결。

項の違憲性を認め、その影響は、第 5 項が第 2 項の核心的な内容であることを理由に、第 2 項にも及ぶとした。そして、第 2 項それ自体の違憲性の検討を行い、第 2 項の違憲性の判断の中軸は、裁判官の心証形成、すなわち、裁判官の判断が捜査の影響に左右されないことを重視した点にあったと思われる。それゆえ、裁判官が捜査に関与することは例外として許容されとし、客観的な立場で証拠を評価し、直接証拠調べをした証拠に基づく心証形成の重要性を指摘した。たとえば、被告人側が第 1 回公判期日前の証人尋問に立会い、反対尋問権を行使したとしても、効果的な反対尋問が期待できないとしたことは、結局のところ裁判官の心証形成に関連するからであろう。そうすると韓国憲法裁判所の公判中心主義に対する理解は、徹底した直接主義に立つものであったと思われる。ただし、韓国憲法裁判所判例の反対意見のように、韓国法311条の要件を厳格にするか、事後的であれば、公判廷で証人を尋問できる機会が保障されるのであれば、公判中心主義を阻害するわけではないと反論される余地はある。

そうすると公判中心主義の実現をどう捉えるべきかが重要であろう。韓国憲法裁判所の判例が出されたあと、韓国最高裁は、韓国法が、「有罪・無罪の心証形成は法廷における審理によるべきとする公判中心主義の一要素」として、公判廷におけるオリジナルな証拠の代替物の使用は、原則として許容されてはならないという実質的直接審理主義を採用していることを明らかにした⁹⁴⁾。このような韓国最高裁の判断は、日本においても、有罪・無罪の判断は公判廷に顕出されたオリジナルな証拠に基づくのが原則であり、捜査段階の影響が排除された公判審理が求められるとする公判中心主義に対する理解⁹⁵⁾に加えて、捜査と公判の分離が公判中心主義の実現の核心をなすという理解が示されていることから、日本と韓国では共通した認識があるように思われる。

94) 대법원2006. 11. 24. 선고2006도4994판결。

95) 葛野尋之「公判中心主義の意義」葛野尋之ほか編著『刑事訴訟における公判中心主義——日本と中国——』（成文堂、2022年）2-4頁を参照。

日本における従来の学説は、刑訴法227条の運営上、証人審問権の趣旨に照らして、被告人側の立会いを認めるべきである⁹⁶⁾として、被告人側の立会いによる反対尋問権の行使に焦点が当てられていた⁹⁷⁾。たしかに、韓国憲法裁判所判例の反対意見も指摘したように、刑訴法227条による証人尋問に被告人側の立会いおよび反対尋問の機会を保障すれば、公判期日における第1回公判期日前の証人尋問をめぐる争いは、第1回公判期日前の証人尋問の際に立会いの機会が与えられなかった場合に比べて少ないはずである。

しかし、刑訴法227条の請求は、捜査機関がすでに参考人から任意の供述を獲得したことを要件としており、この場合、韓国憲法裁判所も指摘したように、捜査機関の出頭要求に応じないか、供述を拒むような場合とは異なっており、裁判官が捜査に介入すべきやむを得ない場合ではない⁹⁸⁾。それゆえ、刑訴法227条に対する、223条によって任意の供述を獲得した場合には、捜査の必要性は否定され、「犯罪の立証、すなわち必罰主義に立脚して、偽証罪の威嚇のもと供述を獲得するものである⁹⁹⁾」という批判は、正当であると思われる。

さらに、第1回公判期日前の証人尋問に被告人側の立会いの機会が保障されるとしても、刑訴法227条には問題があると言わざるを得ない。まず、第1回公判期日前の証人尋問は、公判廷と同一視できる公開性が欠如されており、裁判官の面前で行われるからといって、公判廷と同一視すること

96) 三井誠『刑事手続法（1）補正版』（有斐閣、1995年）140頁。同趣旨として、後藤ほか編・前掲註1、591頁〔多田辰也〕。

97) 起訴後においても捜査に支障があるとして被告人側の立会いの許可を判断することに疑問を提示したものとして、安富・前掲註5、217-218頁がある。

98) 他方で、刑訴法227条を参考人の供述を保全するための証人尋問とするものとして、平場・前掲註1、165-166頁、松本・前掲註1、362頁、河上・前掲註1、636頁、後藤・前掲註1、587頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要 七訂版』（創文社、1957年）375頁、高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』（青林書院、1984年）365頁。また、証拠保全のみならず捜査継続を可能にするための証人尋問とするものとして、伊藤・前掲註1、156-157頁。

99) 大場・前掲註16、245頁。

は困難である。そして、捜査と公判の分離は、公判審理における捜査の支配的影響を排除することであるところ、被告人側が第1回公判期日前の証人尋問に立会い、反対尋問をすると当該証人尋問で作成された調書の証拠としての価値が高く評価され得ることは否定できない。とりわけ、刑訴法227条の請求時期は、第1回公判期日前であれば、起訴の有無を問わないとされており¹⁰⁰⁾、被告人側に反対尋問に必要な情報が十分でないまま反対尋問をしなければならない場合もあって、訴因が特定されていない場合には効果的な反対尋問を期待することは困難である。すでに指摘したように、刑訴法227条による証人尋問に備えて、証人テストを実施した事例¹⁰¹⁾が報告されている以上、徹底した証人テストが実施される場合には、第1回公判期日前の証人尋問における効果的な反対尋問を期待することは、より困難である。したがって、被告人側に効果的な反対尋問を期待できない状況において、反対尋問の機会のみを保障したとしても、第1回公判期日前の証人尋問で作成された調書の証拠としての価値を高めるだけであって、捜査と公判の分離どころか、捜査の結果がそのまま公判段階に影響を及ぼすことになりかねない。

他方で、これらの問題に対して、被告人側に効果的な反対尋問に必要な情報を十分に提供し、原則として立会いを認めることで、問題を解決できるのではないかとの指摘も考えられる。しかし、この場合には、公判の前倒しを考慮しなければならない。第1回公判期日前の証人尋問で効果的な反対尋問に成功した被告人側が、当該証人尋問で作成された調書の証拠能力若しくは証明力を争うことは少ないと思われる。むしろ、効果的な反対尋問に失敗した被告人側の方が、公判廷でもう一度、効果的な反対尋問を試みると思われるが、仮に公判廷で効果的な反対尋問ができたとしても、第1回公判期日前の証人尋問で作成された調書の信用性が高く評価されることもあり得よう。注意すべきなのは、いずれの場合であっても、裁判官の

100) 札幌高判昭和27年2月11日高刑集5巻1号101頁。

101) 伊禮・前掲註59、10頁以下。

心証形成が公開された公判廷での攻防を通じたものではなく、捜査段階での証人尋問の結果に左右される可能性が存在することである。したがって、刑訴法227条は、捜査と公判を分離し、公判審理における捜査の支配的影響を排除するという観点から、当該条文それ自体に深刻な問題があると言わざるを得ない。

最後に、韓国憲法裁判所は、韓国法311条によって公判廷で証人の供述が得られない場合もあり得ることを想定し、裁判官が公判廷に顕出されたオリジナルな証拠に基づいて心証を形成することの重要性を強調した。そのために、重要な証人であれば、公判廷で証人の供述態度を観察すべきであるとしたことや第1回公判期日前の証人尋問において裁判官が検察官の意見を実質的に無視し得ないとしたことなどを指摘したであろう。このような韓国憲法裁判所の判断には、日本では、刑訴法321条1項1号後段の要件を満たすために、公判廷で証人尋問が行われることが前提となっているのに対して、韓国では韓国法311条によって、公判廷で証人尋問が行われることを前提としていないという日本とは異なる背景があった。それゆえ、韓国憲法裁判所の判断をそのまま参考にすることは望ましくないと思われるが、刑訴法227条の捜査と公判の分離という観点から指摘できる問題は、公判廷における事後的な反対尋問によって解消されるとは言い切れない。また、このような状況での証人の公判廷における証言が、オリジナルな証拠として認められるか否かについては、更なる検討が必要であり、今後の課題としたい。

＊ 本研究は JSPS 科研費 JP25K16524 の助成を受けたものである。