

外国人証人の退去強制と 検面調書の証拠能力について

伊 藤 博 路

目 次

問題の所在

平成7年判決以前の裁判例の概観

平成7年判決の分析

- 1 事実の概要と判旨
- 2 証拠能力否定の根拠
- 3 証拠能力の具体的判断基準

その後の裁判例の検討

結びに代えて

問題の所在

日本では、来日外国人の増加に伴い、来日外国人による犯罪のみならず、来日外国人を被害者ないし関係者とする犯罪も増加している。そして、来日外国人の中には違法に滞在する者が含まれており、これらの者はいわゆる入管法による退去強制の対象となる。他方、退去強制事由のある外国人が罪を犯した場合の刑事手続と退去強制手続との関係については入管法に調整規定があるが、被害者その他の関係者である場合については明文の規定は設けられていない。したがって、これら関係者に対しては退去強制手続が開始され、その者について検察官の取調べが行われ、供述調書が作成され、当該事件について公訴が提起された場合において、その者につき証

人尋問を実施しようとしても、既に退去強制手続により送還されているといった事態が生じる⁽¹⁾。

刑事訴訟法 321 条 1 項 2 号前段 [以下、「2 号前段」と表記する。] は「供述者が国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき」に検面調書に証拠能力を認める。退去強制により国外にいることになった外国人についても条文の文言上これに該当することになる⁽²⁾。しかし、被告人側にとっては、外国人が退去強制手続により国外にいることになりさえすればその者に対する反対尋問の機会を奪われたまま検面調書が証拠として採用されることになってしまうのではないかという疑問が生じ、「国外にいる」ことになった事情について考慮すべきではないかという点が問題となってくる。

この問題については、2 号前段の解釈のみならず、憲法 37 条 2 項が規定する被告人の証人審問権との関係を検討することが不可欠となる。この点について、若干の判例の展開が見受けられたが、平成 7 年に最高裁の判断（最判平 7・6・20 刑集 49 巻 6 号 741 頁 [以下、「平成 7 年判決」と表記する。]）が示された。本稿では、まず、それ以前の裁判例を概観し、問題状況を確認した上で、平成 7 年判決について分析した後に、その後の裁判例のいくつかを取り上げ順次検討を加える。

平成 7 年判決以前の裁判例の概観

まず、東京高判昭 35・7・21 高刑集 13 巻 6 号 499 頁は、恐喝未遂被告事件で、再三再四公判期日に証人として召喚状又は勾引状を発付されなが

-
- (1) 本田守弘「判批」警察学論集 48 巻 10 号 208-209 頁（1995 年）参照。退去強制手続に関しては、例えば、土本武司『行政と刑事の交錯』156 頁以下（立花書房、1989 年）、加澤正樹ほか『＜座談会＞入管法制と刑事手続』ジュリスト 1056 号 15-17 頁（1994 年）、上野友慈「判批」法律のひろば 48 巻 10 号 56-57 頁（1995 年）参照。
 - (2) なお、2 号前段の適用に際して、証人の出頭の可能性が考慮されるが（例えば、東京高判昭 48・4・26 高刑集 26 巻 2 号 214 頁参照）、ここで問題とする退去強制の場合は、出頭して証言する可能性はないといってよい。

ら出頭しないまま渡米してしまったという事案において、2号前段の適用に当たっては、「供述者が、公判準備若しくは公判期日に証人として喚問された当時、たまたま国外にいたとしても、近く帰国する予定であることが判っており、その帰国を待つて改めて証人として喚問しても、そのため著しく訴訟手続の進行を阻害することはないと認められる場合は格別であるが、そのような特別の事情がない限り、供述者が国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができない事実があれば十分であり、その供述者が『国外にいる』ようになった事情の如何を問題にする余地はない」と判示した⁽³⁾。検面調書の証拠能力判断に際して、その供述者が「国外にいる」ようになった事情は問題とならないとしたのである。

しかし、このような事情が問題とならないと言い切れるかについて疑問が提起されることになる。書証提出者（検察官）と供述者との通謀により、相手方の反対尋問を故意に奪うため作為される可能性があるのではないか⁽⁴⁾、あるいは検察官が供述者に外国に長期間行くよう勧めて、供述者を国外に立ち去らせた上で検面調書を証拠請求した場合⁽⁵⁾には証拠として許容すべきではないのではないか、という問題提起がなされたのである。その後、「国外にいる」ことになった事由の如何によっては、「国外にいる」という要件を充たさず、証拠として許容されないとする高裁の裁判例が現れることになる。

大阪高判昭 60・3・19 判タ 562 号 197 頁は、台湾出身の女性 3 名を売春

(3) その上告審の判断として、最判昭 36・3・9 刑集 15 巻 3 号 500 頁。上告審も検面調書の証拠能力を認めたが、その調査官解説（栗田正「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和 36 年度 63 頁）は、控訴審判決のように「国外にいる」ことの事由の如何を問題にする余地はないと解することはかなり問題であろう、とする。上告審の評価について、河上和雄『最新刑事判例の理論と実務』256 頁（信山社、1990 年）も参照。

(4) 栗田・前掲注 (3) 63 頁。

(5) 松浦秀寿「外国旅行中の者の供述調書」熊谷弘＝浦辺衛＝佐々木史朗＝松尾浩也編『証拠法大系』145 頁（日本評論社、1970 年）。なお、私人が外国旅行に出かける場合に、後述の「過失」による証人審問権侵害を認めることは困難であろう。田口守一「判批」昭和 60 年度重要判例解説 185 頁参照。

婦として雇入れ売春クラブを経営していた被告人が売春防止法違反の罪に問われ、国外に退去強制されたこれら女性の検面調書が証拠申請された事案で、2号前段の供述不能要件について、「供述者が『国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができない』場合であれば、その『国外にいる』に至った事由の如何を一切問うことなく、すべて供述不能の要件をみだすものと解することはできないと考えられる。しかしながら、出入国管理及び難民認定法による本邦からの退去強制は、本邦に入国し、又は本邦から出国するすべての人の出入国の公正な管理を図ることを目的として、出入国管理当局が、独自の権限に基づき同法の要件に従ってこれを行うものであるから、出入国管理当局により供述者が法定の手続に従って退去強制され『国外にいる』に至った場合であつて、とり得る手段を尽くしても公判準備ないし公判期日にこれを出頭させることができない以上、原則として [途中略] 二号前段所定の供述不能の要件にあたるものと解される。もつとも、捜査官が、被告人の証人審問権を妨害する目的で、出入国管理当局に意見を申入れ、あるいは供述者に不服申立権の不行使を働きかけるなどして、故意に供述者の退去強制の時期を早めさせた場合、あるいは事件の重大性、供述者の証拠方法としての重要性その他当該事件の証拠関係等に照らし、被告人の証人審問権保障のため公判準備ないし公判期日における出頭確保がとくに必要である供述者であつて、出入国管理当局の裁量権の範囲内において容易に相当期間本邦内に滞留せしめる者について、捜査官がその職責上要請される連絡や意見の申入れを出入国管理当局に対して行うことを怠つた結果、退去強制によりその供述者を公判準備ないし公判期日に出頭させる機会を失わせた場合など、特別の事情の認められる場合には、同号前段所定の供述不能の要件をみだすものとは解しがたい」と説示した上で、本件ではそのような特別の事情のないことは明らかであるとし、証拠能力を肯定した。

ここでは、従来から指摘されてきた故意による証人審問権の侵害に加え⁽⁶⁾、いわば「過失による証人審問権の侵害」についての言及がなされており、この点はこれまで学説・判例上触れられることがなかった新しい問

題提起として注目されることになる⁽⁷⁾。証人審問権保障の観点からこれを好意的に評価する見解⁽⁸⁾がある一方で、そのような判示は出入国管理手続の独立性を無視するのみならず、被退去強制者の人権を無視するものであるとの批判⁽⁹⁾が向けられた。もっとも、被退去強制者の人権への配慮という点に関しては、ほとんどの者が自費で帰国しようとする⁽¹⁰⁾からは、「出入国管理当局の裁量権の範囲内において容易に相当期間本邦内に滞留させうる者」というケースは実際にはあまりないといえよう。

その後、大阪高判昭 61・4・18 刑月 18 卷 4 号 280 頁は、売春婦であるタイ国女性 6 名が、近日中に退去強制により出国させられる状況下において、取調べ検察官がこれを予測しながら作成したこれら女性に対する検面調書の証拠能力について、2号前段の「『国外にいる』との要件につきこれを厳格に解し、国外にいる事情ことに捜査官がことさら被告人の証人審問権を妨害ないし侵害する目的で供述者を国外に行かせたかどうか等を検討し、『国外にいる』ことがやむをえないと認められる場合に限りこの要件にあたると解すべきである」と説示し、このように解しても本件では証拠能力を肯定できるとした⁽¹¹⁾⁽¹²⁾。

-
- (6) なお、検察官には、殊更に供述者の強制退去を早めて 2号前段の書面として利用する状況を作成する必要はまったくない、との指摘として、清水真「判批」法学新報 103 卷 6 号 243 頁 (1997 年) 参照。
 - (7) 本件判タ 562 号匿名解説。
 - (8) 田口・前掲注 (5) 185 頁、上口裕「判批」南山法学 9 卷 3 号 283 頁 (1986 年) 参照。なお、本件は、過失による証人審問権の侵害があり得ると判示したと解され、平成 7 年判決も必ずしもこれを否定する趣旨ではなからう、と指摘するものとして、加藤克佳「判批」法学教室 183 号 89 頁 (1995 年)。
 - (9) 河上・前掲注 (3) 260 頁。
 - (10) 本田・前掲注 (1) 215 頁注 (2)、津田賛平「判批」研修 573 号 20 頁 (1996 年) 参照。
 - (11) 本判決について、本件のような場合には、「検察官として当然国の関係機関との調整が可能であった筈であり、これをしないで調書を提出したのであるから、この点を無視して簡単に採用した同判決には、疑問が残る」とするものとして、熊本典道「刑事訴訟法論集」435 頁 (信山社、1989 年) 参照。さらに、同 591 頁は、「本件では、憲法三七条二項に基づく、証人確保義務があったというべきである」とする。

他方、平成7年判決の控訴審での判断である大阪高判平元・11・10判タ729号249頁は、2号前段に関して、「検察官がその供述者を意図的に本邦から出国させようとしていた場合など、故意に被告人の反対尋問の機会を失わせようとしたことが窺われるような場合は、本条項の前記消極的要件とみるまでもなく、被告人の反対尋問権及び訴訟手続の適正を不当に害するものとして、いわゆる証拠禁止の見地から証拠能力が否定されるものと解すれば足り」る、と説示している⁽¹³⁾。ここでは、国外にいるに至った事情を「国外にいる」という要件の問題ではなく、証拠禁止の見地から証拠能力が否定されるとしている⁽¹⁴⁾。そして、その上告審の判断として、平成7年判決が下されることになる。

平成7年判決の分析

1 事実の概要と判旨

クラブ等の経営者である被告人ら3名が、共謀の上、タイ国女性14名らを売春に従事させたという売春防止法の管理売春事犯で、それら女性が入国管理当局の退去強制処分を受けたため、公判期日等において供述する

-
- (12) なお、本判決は「そしてこの要件にあると認められる以上証拠能力を取得するのであるが、その証明力を判断するに際しては右調書が後日証人として喚問され反対尋問にさらされることのないことを承知のうえで作成されたものであることを念頭におき、供述者が外国人であるときはその通訳の適正さを確認したうえ、その供述内容自体における不自然不合理な点の有無、他の物的証拠、供述証拠との矛盾の有無等を一般の調書より以上慎重に検討すべき」とも述べている。この説示部分は、前段について信用性の情況的保障を読み込まないとしても、証明力のレベルで同様の配慮を求めることを明示的に述べており注目される。もっとも、この点は証明力の問題として考慮すべき当然の事項を確認しているにすぎないといえるかもしれない。
- (13) なお、学説上、検察官が被告人の反対尋問権を侵害する目的で供述者を殊更国外に出国させたような場合（故意的な場合）、検面調書を証拠として採用できないとすることについては、理論的根拠は多様であるが、反対論は見当たらない。池田耕平「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成7年度253頁。
- (14) 本田・前掲注(1)213頁。そこには、2号前段の解釈ではなく、不文の証拠禁止事由を根拠とする解釈が採用されている。この点につき、高田昭正「判批」法学セミナー431号137頁(1990年)参照。

ことができない場合において、その検面調書が2号前段の下に証拠能力を有するか否かに関して⁽¹⁵⁾、以下のように判示した。すなわち、「同じく国家機関である検察官において当該外国人がいずれ国外に退去させられ公判準備又は公判期日に供述することができなくなることを認識しながら殊更そのような事態を利用しようとした場合はもちろん、裁判官又は裁判所が当該外国人について証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還が行われた場合など、当該外国人の検察官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いわなければならない」。そして、本件ではこのような事情は認められないとして証拠能力を肯定した。

なお、本判決には、大野正男裁判官の補足意見が付されている。これは法廷意見を、「出入国管理行政上の義務と刑事司法の要請に一つの調整点を示すものである」としつつ⁽¹⁶⁾、「今日のように外国人の出入国が日常化し、これに伴って外国人の関係する刑事裁判が増加することを刑訴法は予見しておらず、刑訴法と出入国管理及び難民認定法には、これらの問題について調整を図るような規定は置かれていない。このような法の不備は、基本的には速やかに立法により解決されるべきである」とするものであった。

2 証拠能力否定の根拠

平成7年判決は、上記判示の前提として、第1に、伝聞例外は、例外で

-
- (15) 14名のうちの1名については、弁護人の証拠保全請求に基づく証人尋問が実施された（尋問当日の午後、強制送還された）。他の1名については、同請求時にすでにその者は強制送還されており、その他の12名については証拠保全請求がないまま強制送還された。証拠能力が争われたのは、証人尋問が実施された者を除く13名の検面調書についてである。
- (16) 「入国管理当局による出入国の公正な管理という行政上の義務と刑事裁判における公正の観念及び真相究明の要請との間に調整点を求めることが必要である」とする。

あるから厳格な判断が求められるべきこと、第2に、証人審問権の保障の趣旨、すなわち被告人の反対尋問権の機会が保障されなければならないということによって、2号前段に基づく検面調書の証拠能力が制限されると説示している。前者は当然のことであるが、後者については学説上自明のことといえるものの、憲法37条2項は公判廷外供述に及ばないとする最高裁大法廷判決⁽¹⁷⁾と調和しないようにも思われる。この最高裁大法廷判決を前提とすれば、本判決の趣旨も、伝聞法則が憲法の要請であることを認めるものではないということになる。もっとも、最高裁が、憲法37条2項と公判廷外供述とは関係がないとの立場を貫くものであるかは疑問であるとも指摘されていた⁽¹⁸⁾。憲法の趣旨から、公判廷外供述に対する証拠能力の否定を導くことは必ずしも不可能ではないというべきである⁽¹⁹⁾。

検面調書の証拠能力否定の根拠をどのように考えるべきかについて、伝聞例外規定との関係で捉える見解がある。すなわち、2号前段の「国外にいるため」の供述不能の要件の解釈として、あるいは不文の要件を同規定に読み込もうとする⁽²⁰⁾。退去強制の問題が、国外にいることになった事情を考慮すべきかどうかという問題意識から出発していることからすれば、2号前段の「国外にいるため」の解釈自体の問題であるようにも思われる。

-
- (17) 最大判昭24・5・18刑集3巻6号789頁は、憲法37条2項の証人審問権を法廷に喚問された証人に対して尋問する権利にすぎないと理解しているようである。この場合、伝聞法則は憲法上の要請ではないという解釈が導かれる。
- (18) 平場安治＝高田卓爾＝中武靖夫＝鈴木茂嗣『注解刑事訴訟法[全訂新版] 中巻』722頁 [鈴木茂嗣] (青林書院新社、1982年)、平野龍一『刑事訴訟法』205頁注(1) (有斐閣、1958年) 参照。
- (19) 拙稿「伝聞法則の適用範囲に関する一試論(5・完)」北大法学論集49巻3号47頁(1998年) 参照。
- (20) 田宮裕『刑事訴訟法[新版]』381頁(有斐閣、1996年)は、「手続的正義という書かれざる要件を読み込んだ限定解釈を採用したといえる」とし、田口守一『刑事訴訟法[第6版]』407頁(弘文堂、2012年)は、「供述不能要件の認定につき、公正さという新たな要件を付加したものと見えよう」とする。堀江慎司「証人審問権と検面調書」法学教室256号37頁(2002年)も、「手続的正義の観点から公正さを欠く」か否かという一般的基準の体系的位置づけについて、最高裁は、憲法37条2項の証人審問権(の「趣旨」)を2号前段の規定する要件に反映させるものとして述べた、とする。

しかし、最高裁はこの点についてなんら明示的には述べずに、「手続的正義⁽²¹⁾」や「公正さ」を考慮していることからして、憲法との関係で位置づけるか、あるいは証拠能力に関する一般的許容性の問題と解する方が親和性があるように思われる。

憲法との関係で位置づける見解として、憲法 37 条 2 項の証人審問権規定から、検察官に「証人提出義務⁽²²⁾」、ないし「原供述者喚問義務⁽²³⁾」を導き、検察官にその義務の違反ないし懈怠があった場合には、そのことを根拠として検面調書の証拠能力を否定するという考え方が⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾ある。他方で、平成 7 年判決は、検面調書が「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はできないことを示唆しているが、この判示事項の体系的な位置づけは、上記大法廷判決を前提にする限り 2 号前段の要件とは読み込むことはできず、一般的な証拠の許容性の問題と理解すべきとの見解がある⁽²⁶⁾。このように理解する場合、証拠能力

-
- (21) 手続的正義について、田中成明「手続的正義と裁判」法学教室 90 号 76 頁 (1988 年)、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』248-249 頁 (有斐閣、2011 年) 参照。
- (22) 上口裕「身元不詳者の公判外供述と証人審問権 (1) - (2・完)」南山法学 3 巻 3 号 123 頁、同 4 巻 3 号 1 頁 (1978-1979 年)、同「証人の喚問不能と訴追機関の証人提出義務」同 5 巻 4 号 35 頁 (1982 年) 参照。山田道郎「証拠の森」3 頁以下 (成文堂、2004 年) も参照。
- (23) 堀江・前掲注 (20) 36 頁。
- (24) このような見解に対する批判的検討として、松田岳士「刑事手続の基本問題」74-77 頁 (成文堂、2010 年) 参照。
- (25) 鈴木義男「判批」法律のひろば 48 巻 10 号 43 頁 (1995 年) は、伝聞例外の根拠とされる必要性和信用性の情況的保障の観点から、次のように指摘する。必要性というのは、供述者を証人として喚問し又は証言させ得ないことを指すが、アメリカでは、検察官が自ら証人の喚問や証言を妨げたような場合はもちろん、証人の所在調査や喚問に十分な努力をしなかった場合には、喚問不能とはいえないとされる。平成 7 年判決が「手続的正義」という観点を正面に出しているのは、こういう線に沿って解決を図ろうとする趣旨であろうか。しかし、証人審問権の保障という面を重視して、被告人の反対尋問権を否定又は制限するような状況でなされた法廷外の供述の許否を判断するのであれば、信頼性 (信用性の情況的保障) という今 1 つの要件の適用を考えるのが自然である。
- (26) 三井誠「判批」刑事訴訟法判例百選 [第 7 版] 185 頁 (1998 年)。古江・前掲注 (21) 249-250 頁も参照。

否定の根拠は、証拠としての関連性（法的関連性）に求められることになるものと思われる。伝聞法則も法的関連性の問題と考えるのが伝統的な理解であるところ⁽²⁷⁾、これとパラレルに憲法レベルではなく訴訟法（証拠法）のレベルで解決を図ろうとするものということができよう⁽²⁸⁾。

平成7年判決は、「手続的正義」や「公正さ」が考慮され得ることを明示的に述べている点で注目される。証人審問権の中心的要素は反対尋問権保障にあるとの伝統的な理解からは、反対尋問の機会に欠けることが「手続的正義の観点から公正さを欠く」との評価を導き、証拠能力否定の根拠となると解せられる。また、対立する一方当事者である検察官によって作成された調書に基づき事実認定が行われることが「公正さ」に欠けるという評価を導く一要素となり得るのではなからうか。「手続的正義」は、手続自体に着目したものと見えるから、これは適正手続保障を背後に持つ概念であろう。そして適正手続保障は手続の「公正さ」を本質とする。したがって、適正手続の観点から、証拠能力の否定を導くこともできよう。

3 証拠能力の具体的判断基準

次に、「検察官において当該外国人がいずれ国外に退去させられ公判準備又は公判期日に供述することができなくなることを認識しながら殊更そのような事態を利用しようとした場合はもちろん、裁判官又は裁判所が当該外国人について証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還が行われた場合など」の意義に関して、前者の場合は検察官による「故意」を問題としているが、後者の場合は「故意」とともに「過失」をも問題とするか、が議論されている。

(27) 平野・前掲注(18)192頁参照。

(28) なお、「違法収集証拠の排除法則とは別の、しかし、手続的な観点から証拠の使用を禁止するという新しい排除類型を認めたもの」とする見解（石井一正『刑事実務証拠法【第5版】』161頁（判例タイムズ社、2011年））がある。石丸俊彦＝仙波厚＝川上拓一＝服部悟『刑事訴訟の実務（下）【新版】』118頁【石丸俊彦＝服部悟】（新日本法規、2005年）も参照。

前者の場合としては、検察官が当該外国人の証人尋問を回避する意図の下に、殊更起訴を遅らせ、当該外国人が送還された後、起訴した場合、被告人・弁護人の証拠保全請求を不能とするため意図的に当該外国人の書証の開示をしなかった場合、公判において当該外国人を証人として尋問することが客観的に可能な状態であったにもかかわらず、あえて別の証人申請をしたり、又は、裁判所に対して、強制送還される時期（見込み）について殊更虚偽の情報を伝えるなどしたため、その間に当該証人が強制送還され、証人尋問ができなくなった場合などが挙げられている⁽²⁹⁾。

他方、後者の場合としては、検察官が、証人尋問を回避する意図の下に、裁判所に当該証人予定者が退去強制手続により送還される時期（見込み）について、殊更虚偽の情報を伝えるなどしたため、裁判官又は裁判所が証人尋問の決定をしたものの、その尋問期日には退去強制されていた場合、裁判官又は裁判所が証人尋問の決定をして、退去強制が行われるまでの間に、これを実施する時間的余裕があったにもかかわらず、検察官が、証人尋問を阻止する意図の下に、殊更公判期日を引き延ばすなどして、そのために証人尋問が実施できなくなった場合などが挙げられている⁽³⁰⁾。後者の場合でも、「殊更」という言葉が用いられているように、きわめて限定的（例外的）な場合しかこれに当たらないことが強調されている。しかし、これでは具体的適用場面では両者にほとんど違いはないということになってしまう。

最高裁が後者の場合として例示する証人尋問の決定がなされた場合というのは、被告人の証人審問権がいわば具体的に生じているが、前者の方はそののではないとみることができる⁽³¹⁾。この点に着目すれば、後者の方が証人審問権の侵害を認めやすくなるようにも思われる。もっとも、証人尋問

(29) 本田・前掲注(1) 214頁、上野・前掲注(1) 58頁、津田・前掲注(10) 18頁参照。

(30) 本田・前掲注(1) 215頁、上野・前掲注(1) 58頁、津田・前掲注(10) 21頁参照。

(31) 津村政孝「退去強制と検察官面前調書」現代刑事法 16号 20頁（2000年）。

の決定に退去強制を認めないとする法的効果はない。大野裁判官の補足意見に照らしてみると、法廷意見は、前者の場合はもちろん、後者の場合には「原則として」証拠能力を否定することによって、「出入国管理行政上の義務と刑事司法の要請に一つの調整点を示すものである」とする。この立場からは、証人尋問の決定がなされたことによって、証人審問権が具体的に生じていることから、検察官には調整の必要性が高まっているものの、検察官はあくまで調整役であるから証人が退去強制されたとしても（絶対的でなく）「原則として」証拠能力が否定されると述べたとも理解することができよう。検察官が証人尋問を回避したり、妨害する目的を持つのが「故意」の場合であるが、このような故意の欠ける場合を問題としないとするならば、前者との違いを見出すことは困難となる。また、後者を、「殊更」「あえて」といった検察官の故意的主観面とは切り離して理解する方が、判決文の素直な読み方といえるかもしれない³²⁾。そこでは、証人尋問決定があったという事実を重視しつつ、検察官に求められる合理的な努力について問われることになる。そして、このような努力がなされなかった場合には、検面調書の証拠能力が否定されるという考え方が出てくる。

証人尋問決定と検面調書の証拠能力の問題を直結させて理解する考え方もあり得るが、検察官が証人尋問の実現に努めていた場合にも、検面調書の証拠能力否定という不利益を（強制送還に関して権限を有しない）検察官に一律に負わせるという結論は妥当とはいえないように思われる。この点について、平成7年判決は、裁判所（裁判官）が証人尋問決定をしたことを理由に退去強制令書の送還部分の執行を保留することができないことを前提とした上で、検面調書の証拠能力について判断する基準を示したものと思われる。したがって、退去強制事由のある外国人については、証人尋問決定があったとしても、当該外国人が通常の退去強制手続に従って送

32) 後者の判示からは、検察官の意図が要件とされていないといえる。小幡雅二「刑事訴訟法三二一条一項二号前段に関する最高裁判決と弁護活動」法学新報112巻1=2号342頁（2005年）参照。

還された場合には、当該外国人の検面調書の証拠能力が否定されることはないというべきである、との指摘もある⁽³³⁾。さらに、関係各機関の果たすべき役割が定まっていなるとそれを怠るとはいかなる場合かも判明しない、という問題もある⁽³⁴⁾。この点は、後述の裁判例において具体的な争点となっているので、そこで検討する。

その後の裁判例の検討

その後の下級審裁判例として、以下のようなものがある。

東京高判平7・6・29 高刑集 48 卷 2 号 137 頁

傷害被告事件で、次のように判示した。すなわち、検察官は、事件の状況の目撃者である証人（司法巡查および検察官に対する供述調書が作成された後、入国管理当局によって身柄を收容され、強制退去により出国した。）が入国管理当局によって身柄を收容されたころには、まもなく同人が強制退去されることを知り得る状況にあったと考えられ、同人に対する検面調書および員面調書の各一部につき、弁護人から不同意との意見を述べられていたにもかかわらず、検察官は証人尋問の請求をしなかった（弁護人も証人尋問の請求はしていない。）。とはいえ、証人尋問請求が実際上必要であったかどうかという点からみると、検察官が請求の必要性がないと考えても特に不合理とはいえない。そのため、検察官が、各供述調書の各不同意部分を証拠とするために、証人の出国により「証人尋問ができなくなることを殊更に利用しようとしていたとは到底認められない」⁽³⁵⁾。したがっ

③③ 上野・前掲注(1) 57頁。なお、同59頁注(4)は、裁判所(裁判官)は、尋問期日まで証人が送還されないという確実な状況がある場合に限り、証人尋問の決定をなすと思われるので、実際には、平成7年判決が例示しているような場合は、極めて例外的な場合に限られると思われる、とする。

③④ 椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』262頁(信山社、2010年)。

③⑤ 本件では、この他、公判期日の取調べ状況を見ると、検察官から2号前段及び3号に該当する書面として取調べ請求がなされた際に、本件各供述調書の各不同意部分について、弁護人からは、取調べは「然るべく」との意見が述べられており、その要件の存否について特に争う態度はとられていない。また、同日、弁護人からも、出国前に作成されていた証人の弁護人に対する供述調書の

て、「手続的正義の観点から公正さを欠くとしてこれを妨げるような特別の事情は一切存在せず」、各供述調書の各不同意部分は証拠能力が認められる。

ここでは、証人が強制退去されることを知り得る状況にあったにもかかわらず、検察官が証人尋問の請求をしなかった点について、調書に証拠能力が肯定される理由の1つとして、証人尋問の必要性がないことを挙げている。しかし、証人尋問が不能となることを知りながら、検察官がその必要性がないと判断するのが合理的な場合には、検察官に求められる努力を考えるとできないのかは別途考えてみる必要がある。

大阪地判平7・9・22判タ901号277頁

本件は、不法残留中のイラン国籍の被告人が、タイ王国に在留していた実兄と共謀し、営利目的で、あへん約750グラムを国際宅配便を利用して輸入するとともに、関税率法上の輸入禁制品であるあへんを輸入したという、あへん法違反、関税法違反、出入国管理及び難民認定法違反の事案である⁽³⁶⁾。被告人の犯人性が主たる争点となったが、これに関して退去強制によって出国した者（E）の検察官に対する供述調書の証拠能力が問題となった。大阪地裁は、まず、次のような事実が認められるとした。すなわち、（ア）Eは、本件が発端となって発覚した同人自身の約1年間の不法残留の事実により、国外退去の強制命令を受け、平成6年3月11日に自費でペルーに出国した。（イ）これより先の同月7日の本件第1回公判

取調べ請求がなされたが、検察官が証拠とすることに同意（ただし、信用性を争う。）したため、その取調べが行われたが、その供述内容は各供述調書の各不同意部分と同一の事項に関するものであった。したがって、被告人（弁護人）は、弁護人が質問した結果得た証人の「供述を法廷に顕出することができたのであるから、法廷で直接に反対尋問はできなかったものの、間接的かつ不十分ながらこれを補うことができた」という事情があった。

⁽³⁶⁾ 本件では、麻薬等特例法4条1項に基づきいわゆるコントロールド・デリバリー捜査が実施されているが、この点に関しては、佐伯久仁子「判批」研修578号23頁（1996年）参照。

期日において、検察官は検面調書を含むEの捜査官に対する供述調書合計9通の取調べを請求したが、弁護人はそのいずれについても証拠とすることに同意しなかった。(ウ)そのため、同期日において、検察官からEの証人申請がなされ、裁判所はこれを採用し、同年4月25日の第2回公判期日にEを喚問することになった。(エ)これに伴い、検察官においても、直ちに、3月8日から10日にかけて、Eに対し、同人を収容していた東日本入国管理センターを通じて、証人として出廷するよう要請したが、同センターの回答は、「パスポートを所持し既に出国のための航空券も自費で購入済みの者を同センターとして留め置くことはできない。本人も予定どおりの出国を希望している。」というものであった。(オ)そこで、裁判所は、同月10日、その旨を弁護人に連絡したところ、弁護人も、出国を理由にEを証人として尋問できなくても致し方ないと回答していた、という事実である。その上で、これらの事情に照らしてみると、本件では、検察官においてEが強制送還され将来公判準備又は公判期日に供述することができなくなるような事態を殊更利用しようとしたとは認められないのはもちろん、その後検察官がEの検面調書を証拠請求したことが手続的正義の観点から公正さを欠くとも認められないから、同調書には証拠能力が認められる。「ましてや、本件においては、裁判所がEの再来日の可能性を探り、同人に対する証人尋問の機会を得ようとして、右調書の証拠採用の時期を可能な限り遅らせるという配慮までしているのであって、本件事案の重大性やE供述の重要性を考慮しても、右調書の証拠採用に違法不当な点はなかったといえることができる」とした。

本件は、平成7年判決が証拠能力が否定される場合として挙げている、証人尋問決定後に強制送還が行われた場合に当たるが、この点については特に判断せずに証拠能力を肯定している。そこでは、裁判所によって、証人の再来日の可能性を探り、調書の証拠採用の時期を遅らせるという配慮がなされていることも証拠能力を肯定する一事情となり得ることが示唆されているが、証人の再来日は実際問題としてはほとんどあり得ないから、このような配慮が判断資料とされることには疑問が残る⁽³⁷⁾。

東京高判平8・6・20判時1594号150頁

被告人が営利の目的で覚せい剤、乾燥大麻、大麻樹脂及びコカイン等を所持したなどの事案で、退去強制により出国した者（A）の検面調書を第1審が2号前段により証拠採用したことが問題となったが、東京高裁は、「検察官においてAが強制送還され将来公判準備又は公判期日に供述することができなくなるような事態を殊更利用しようとした事情は認められない」とした上で、（ア）第1審がAの裁判所外の証人尋問を決定した第1回公判の当日の段階では、既に同人に対する退去強制命令が発付され、当日から2日後の自費退去が決まっていた。（イ）この事情を当日の公判終了後に知った検察官は、直ちに証人尋問期日の変更を求め、裁判所も、急ぎ弁護人の期日変更自体には異議がない旨の意見を聴いた上、当日付けで、Aの自費退去の前日に期日変更をしたのであるから、検察官及び裁判所としては、できる限りの手段を講じたといえる。（ウ）一方、翌日の東京入国管理局への被告人の押送を突然求められた東京拘置所が、職員及び車両の不足を理由にこれに応じられないとしたことをもって、一概に不当ということとはできないこと、が認められる。「このような状況の下で、あくまでも被告人の立会いを求めると証人尋問の実施は法的に不可能であり、Aの出国により二度と反対尋問ができない結果になるから、被告人の立会いがなくても弁護人による反対尋問を行うことには十分な意味があり、かつ、弁護人及び被告人において、そのような方法を選択する余地がなかったわけではないことを併せ考えると」、Aの検面調書を「証拠請求をすることが手続的正義の観点から公正さを欠くとは認められないので」、これらを証拠採用した第1審の措置に違法はない、と判示した。

ここでは、裁判所及び検察官が、証人尋問が可能となるようにできる限りの措置を講じたことを認定した上で、拘置所側の事情に加えて、弁護人が被告人の反対尋問の機会にこだわり証人尋問が不能になったことが⁽³⁶⁾、

⑶7 山田・前掲注(22)38頁は、このような配慮は「非現実的であり、判断材料になりえない」と述べる。

証拠能力を肯定する一事情とされていることが注目される。証人審問権が被告人固有の権利であることから、弁護人が被告人自身の反対尋問の機会を重視したことは理解できるが、そのために弁護人の反対尋問の機会も失われることになることが想定されるとすれば、弁護人は時に困難な判断を迫られることになる⁽³⁹⁾。

東京高判平 10・10・27 東高刑時報 49 卷 1～12 号 69 頁

殺人未遂等被告事件で、供述者が既に退去強制されているという検察官の主張に基づき、裁判所が当該供述者の検察官に対する供述調書を証拠として取り調べたところ、後に検察官の主張とは異なり当該供述者は取調べを行ったときにはいまだ強制送還されていなかったことが明らかとなったという事案において、その証拠調べは違法となるとした。

本件では、調書を取り調べた時に、供述者が「国外にいるため」という要件を欠いていたというのであるから、その証拠調べが違法となるのは明らかであろう。ところで本判決は、「検察官が調査不十分のためにこのような主張をするに至ったものかどうかはともかく、結果的に違法な証拠調べを行ったことにつき、検察官に第一次的な責任があるということはいうまでもない」と述べている。この判示内容からは、証人尋問が不能となる事態を殊更利用したという評価が含まれているとまではいえないことから、検察官が行うべき調査を怠った点が重視されているといえるのではなからうか。さらに本判決は、第 1 審による調査（検察官に対して釈明を求めるなど）がなされていればこのような事態は生じなかったといえとし、裁判所の配慮について言及している点も注目される。

③⑧ 弁護人は、一旦は期日変更に興議がないと回答したが、やはり被告人の立ち会わない証人尋問には問題があると主張したため、裁判所から拘置所に被告人の押送の可否について照会したところ、拘置所が、年末で、職員や車両不足のため被告人を出入国管理局まで押送できないと回答したことが原因となり、検察官は証人尋問請求を撤回し、裁判所は証人採用決定を取り消した。

③⑨ もちろん、理論的にも、弁護人の反対尋問の機会が十分といえるかは疑問が残る。この点につき、山田・前掲注(22) 40 頁参照。

東京高判平 20・10・16 高刑集 61 卷 4 号 1 頁

麻薬及び向精神薬取締法違反被告事件において、入局管理当局の退去強制処分を受けた共犯者とされる A（ただし、A は当該公訴事実では起訴されていない。）ほか 5 名の供述調書について、2 号前段ないし 3 号の下に証拠能力を有するか否かに関して、東京高裁は、平成 7 年判決の趣旨は、「供述者が国外にいるため、刑訴法 321 条 1 項 2 号ないし 3 号所定の要件に該当する供述調書であっても、供述者の退去強制によりその証人尋問が実施不能となったことについて、国家機関の側に手続的正義の観点から公正さを欠くところがあって、その程度が著しく、これらの規定をそのまま適用することが公平な裁判の理念に反することとなる場合には、その供述調書を証拠として許容すべきではないという点にあるものと解される」と説示した。

そして東京高裁は、A の供述調書について次のような判断を下した。本件においては、第 1 審が A について証人尋問を決定していたにもかかわらず、A が退去強制により出国したため、証人尋問が実現しなかったという事情が認められることから、平成 7 年判決の判示する「裁判官又は裁判所が当該外国人について証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還が行われた場合」が問題となる。「原審における裁判所及び検察官は、それぞれの立場から、各時点における状況を踏まえて、A の証人尋問の実現に向けて相応の尽力をしてきたことが認められる。そうした尽力が実らなかったのは、(ア) 訴訟関係者の間で証拠保全としての証人尋問が検討の対象に上ったが、結果的には被告人側において証拠保全を請求しないことになったこと、(イ) 所在尋問の日程について、訴訟関係者の都合がなかなか合わなかったため、早期に期日を設定することができなかったこと、さらには、(ウ) 当初は A の出国までに相当の日時を要するものと見込まれたが、退去強制手続が 9 月中旬に急展開したこと等に起因するものと認められる。他方、入国管理当局は、検察官の要請に基づき、A の退去強制手続の実情を伝えるとともに、その所在尋問についても、可能な限り協力するという態勢を整えていたことが認められる。もとより、事後的にみれ

ば、所在尋問をより早期に実施すべきではなかったかなど、再検討を要する課題もあろう。しかし、関係各機関の以上のような対応状況に照らしてみると、本件は上記の証拠として許容すべきでない場合には該当しない。

平成7年判決の上記判示事項は手続的正義の観点から公正さを欠く場合を例示したものであると理解するのが素直な読み方であるように思われるが、東京高裁はこのようには解していない。証人尋問決定後に強制送還された場合に、供述調書の証拠能力を一律に否定することには疑問も指摘されていたところ⁽⁴⁰⁾、本判決は、このような場合であっても、関係各機関によって証人尋問に向けた「相応の尽力」がなされていたか否かを踏まえ、諸事情を総合的に検討し証拠能力を判断している。本判決が、証人尋問実現のための調整が適切に行われていたか否かを検討する際の主体を「国家机关」と判示していることについては、検討すべき主体が検察官に限られないことを明示的に述べている点で注意が必要である⁽⁴¹⁾。裁判所（裁判官）の配慮の有無が証拠能力に影響するとなると、それはいかなる根拠によって認められるのかが問題となる。それを「手続的正義の点から公正さを欠く」という点に求めるのであれば、この点は当事者性を捨棄した概念ということになるから、その内実はより厳格な規範を示したものであることになろう。当事者性を帯びない裁判所に求められる公正さは、その当事者性から公正さに疑問があることを前提とする検察官とは質的に異なるものが観念されていると考えられるからである。

「相応の尽力」については、検察官の立場に着目すると、検察官として求められるべき可能かつ合理的な範囲での行為規範は何かという問題になるものと思われる⁽⁴²⁾。しかし、求められるべき行為規範が諸事情の総合的

-
- (40) この場合に、一律に証拠能力を否定する考え方は学説上ない、といわれている。小川佳樹「判批」法学教室判例セレクト2009 [] 41頁参照。
- (41) 松田岳士「判批」刑事法ジャーナル24号110頁（2010年）参照。なお、三明翔「判批」法学新報118巻7=8号219-220頁（2011年）も参照。
- (42) なお、証人尋問に向けた「相応の尽力」に言及している点に関しては、検察官は平成7年判決を念頭に第1回公判期日前から入国管理当局や裁判所、弁護人と連絡をとっており、本件は平成7年判決の定着を窺わせる。津村政孝「判批」

な検討により決せられるものであるとすると、その範囲は必ずしも明確ではない。そのため、求められるべき内容が明確でないものに一定の法的「義務」を課すことが妥当かは異論もあり得よう。ところで、東京高裁は本事案についての事実の取調べを経て、供述調書の証拠能力を肯定するための理由付けとして「相応の尽力」がなされたことを挙げているようにも思われる。そうであるとするならば、その内実については、事例ごとの判断に委ねられることになり、「相応の尽力」とは検察官に求められる合理的努力を指すものと理解することができよう⁽⁴³⁾。なお、入国管理当局は対象者の意思に反して裁量によって強制退去を遅らせることは外国人の出国の自由の観点から本来できないはずであり、検察官がそうした申入れをすることも許されないというべきであろう⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾。

東京高判平 21・12・1 判タ 1324 号 277 頁

覚せい剤の密輸入に関する覚せい剤取締法違反及び関税法違反被告事件

平成 21 年度重要判例解説 220 頁。

- (43) 供述不能に至った理由は検察官の過失に基づく必要はないが、検察官が証人尋問等に向けて合理的な努力をしていたか、逆に不手際があったかは重要な要素になると思われる、とするものとして、井田良 = 田口守一 = 植村立郎 = 河村博編『事例研究刑事法 刑事訴訟法』640 頁 [半田靖史] (日本評論社、2010 年)。
- (44) 津田・前掲注 (10) 20 頁、井田ほか編・前掲注 (43) 637 頁 [半田] 参照。
- (45) なお、本判決は「国家機関の側に手続的正義の観点から公正さを欠くところがあって、その程度が著しく、これらの規定をそのまま適用することが公平な裁判の理念に反することとなる場合」と述べていることから、「手続的正義の観点から公正さを欠く」ことに加え、その程度が著しいことを要件とするようにも読めるが、「手続的正義の観点から公正さを欠く」というのは「適正手続に反する」というのと等価値あるいは類似の価値を保護しようとするものを意味すると解せられるので、「その程度が著しく」という説示には特別の意味はないということになる。また、「公平な裁判」についても言及しているが、この点は、当事者主義の中心的要素の 1 つとされるものである。そして、適正手続と当事者主義とは密接な関係にあり、「公平な裁判」と「公正さ」も同じ趣旨のものといえる。ここで、平成 7 年判決のいう「公正さ」の内実を、適正手続と結びつけて考えるか、あるいは当事者主義と結びつけて考えるかによって、理論上異なる帰結が導かれる。すなわち、前者であれば憲法上の、後者であれば訴訟法上のあるいは証拠法上のレベルでの判断がなされているということになる。証人審問権保障を本質とする憲法レベルの問題として捉えるべきであろう。

において、「運び屋」とその同行者とされる外国人証人に対して刑訴法 227 条 1 項に基づく検察官からの請求により証人尋問が行われ、調書が作成された。両名の証人尋問期日には被告人の弁護人が出頭したものの、検察官が弁護人の立会いに異議を申し立て、裁判官が弁護人の立会いは認めるが反対尋問は行わせないという訴訟指揮をしたことから、反対尋問は行われなかった。その後当該証人は退去強制により出国したが、退去強制の手続が進められていたこと（被告人が起訴された日に両名は処分保留のまま釈放され、身柄を入国管理当局に拘束されて、間もなく退去強制により出国したという経緯があった。）は弁護人には通知されなかった。このような事案で、東京高裁は、平成 7 年判決の趣旨は刑訴法「227 条 1 項に基づく検察官からの請求により証人尋問が行われ、その証人尋問調書が同法 321 条 1 項 1 号前段書面として証拠請求されたときにも当てはまる」とした上で、退去強制手続が進められていたことを「弁護士に対して積極的に通知しなければならないと解する余地はないのであって、その通知をしなかったことが不当な措置であるともいえない」などとし、証人が「国外退去させられ、被告人の公判手続において供述することができなくなるという事態を不当に利用しようとしたものとはいえないし、他にそうした不当な意図があったことをうかがわせるような事情も認められない」ことから、証人尋問調書の証拠能力は認められる、と判示した。

本判決は、刑訴法 227 条 1 項に基づいて作成された証人尋問調書にも、平成 7 年判決の趣旨が当てはまることを明らかにした点に意義がある⁽⁴⁶⁾。また、退去強制手続が進められていたことを弁護士に対して積極的に通知しなければならないという義務はないことに言及し、供述不能の「事態を不当に利用しようとしたものとはいえない」とした。もっとも、本件には国際捜査協力という特有の事情があることには注意が必要である⁽⁴⁷⁾。特別の事情がない限り、検察官に求められる合理的努力には、少なくとも退去

(46) 山田道郎「判批」平成 22 年度重要判例解説 237 頁参照。

(47) 山田・前掲注 (46) 238 頁参照。

強制の予定があることを弁護人に通知することが含まれると解すべきはなかろうか。さらに、裁判所（裁判官）の配慮の有無が証拠能力に影響することを前提にするのであれば、裁判官が弁護人に反対尋問は行わせないという訴訟指揮をした点についても、平成7年判決の趣旨から「手続的正義の観点から公正さを欠く」のではないかが問題となり得ると解せられるが、上記特有の事情が影響したとも解せられる。

結びに代えて

2号前段により採用される検面調書は反対尋問の機会に欠ける、一方当事者により作出された書面である。証人審問権の中心的要素は反対尋問であることから、事後的な反対尋問の機会にさえ欠ける当事者により作出された調書をなぜ証拠として用いることができるのかという観点からの再検討が求められる時期に来ているのかもかもしれない⁽⁴⁸⁾。

ところで、裁判員裁判において人証による立証が重視される運用がみられるようになってきている現在、「必要性」を要件に検面調書を採用できる規定があるから証拠採用する、というのでは裁判員の理解を得ることは難しいように思われる。上記裁判員裁判での運用は、裁判員にとって書面

(48) わが国の伝統的な理解からは、必要性と信用性の情況的保障によって、伝聞例外が認められ、これによって証人審問権侵害も解消すると考えられてきた。2号前段の書面には、検察官の当事者としての性質から信用性の情況的保障が担保されるかは疑問があるため、反対尋問の機会に欠けるのに、必要性のみで許容されてよいのが問題とされてきた。この点については、検察官は法律の専門家としての客観的立場から調書を作成することが期待されているということも重視すれば、2号前段の規定に信用性の情況的保障が考慮されているとみることも不可能ではない。しかし、その当事者の性質からは信用性の情況的保障の担保として不十分というべきではなかろうか。学説上、信用性の情況的保障を解釈論として読み込むべきだとの主張が根強いには理由がある。信用性の情況的保障を担保するための1つの方策として例えば、証人の供述過程をすべて録画するという措置が講じられるようになれば、供述時の客観的状況を判断するための一資料となり得るであろう。供述採取過程の可視化につき、拙稿「伝聞法則の適用範囲に関する一試論（4）」北大法学論集49巻2号120頁注(11)（1998年）参照。なお、参考人取調べに対する録音・録画について、川出敏裕「取調べの「可視化」」刑事訴訟法の争点33頁（2013年）参照。

よりも人証の方が心証をとりやすいという「分かりやすさ」という観点から出てきたものである⁽⁴⁹⁾。人証の優先は直接主義・口頭主義を実現しひいては反対尋問の機会を導くものであるが、反対尋問の機会に欠けるものであっても、証人の供述（利用）不能により、退去強制された外国人証人の検面調書を証拠として用いる必要性が高い場合は生じよう。証人審問権は重要な人権の1つを構成するものであるが、これを欠けば憲法違反に直結する絶対的価値を認められてはいない。そこで、問題となるのが証拠採否判断基準の内実である。少なくとも、上記のような性質を持つ退去強制された外国人証人の供述調書の証拠採否の判断に際しては、事実認定の正確性の確保のためにはそれを利用しなければならない「やむにやまれぬ事情」があるという意味での「必要性」という観点からの絞り込みが求められるべきである⁽⁵⁰⁾。検面調書を許容しなければならない「やむにやまれぬ事情」は、「手続的正義」や「公正さ」を担保するという目的の下に、関係各機関に求められるべき合理的努力がなされているか否かという観点から個別具体的な判断が求められる。ここでの判断は、伝聞例外該当性を判断する要件の1つである「必要性」の判断とリンクすることになる。

他方、検察官が故意に証人の供述不能の状況を作成したような場合には、検察官に求められるべき合理的努力の有無を問題とするまでもなく、「手続的正義」や「公正さ」が害されたとの評価が可能となることから、伝聞例外の正当化事由の1つである「必要性」の点を考慮する前段階の判断として捉えた上で、適正手続を具体化した規定である憲法37条2項の証人

(49) 遠藤邦彦「裁判員裁判における審理のあり方」刑事訴訟法の争点206頁（2013年）は、供述調書は、裁判員にとっての「分かりやすさ」の観点からは、必ずしも質の高い証拠ではないから、犯行状況等に関する被害者や目撃者等の供述の証拠調べは、例外的な場合を除き、証人尋問によるべきとする。人証を優先する理論的根拠の検討として、川出敏裕「裁判員裁判と証拠・証明」論究ジュリスト2号53-55頁（2012年）参照。

(50) なお、2号前段の供述不能要件の意義について、「必要性」とは異なる観点から捉える見解として、松田岳士「判批」刑事法ジャーナル37号92頁（2013年）参照。

審問権を適用して検面調書の証拠能力を否定することも考えられる。

もっとも、平成7年判決が、「法の不備」が原因となり「公正さ」に欠ける事態が生じることを回避するために証拠能力を否定するという方法によったとも考えられることから⁽⁵¹⁾、立法的手当てが可能であればそれによるべきであることはいうまでもない。現行法の枠組みの中での可能な措置としては、反対尋問の機会（の可能性）という点からも、刑訴法227条の活用を考えるべきであろう⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾。そして、十分な証拠開示によって効果的な反対尋問が可能となるという点も看過されてはならない。十分な証拠開示は、弁護人の証拠保全請求権行使を効果的に機能させるためにも不可欠であろう。弁護人が証拠保全請求を活用するようになれば、退去強制された外国人証人の供述調書に関する争いは減少することにもなる。

-
- (51) 中谷雄二郎「手続の公正と証拠の許容性」中山義房判事退官記念『刑事裁判の理論と実務』221-222頁（成文堂、1998年）参照。なお、この観点のみから証拠排除を説明できるかは疑問がある、とする指摘として、椎橋・前掲注（34）187-188頁参照。
- (52) 例えば、高木俊夫「退去強制が見込まれる外国人の証言供述の確保 平成七年三小判決を契機として」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集下巻』209頁（判例タイムズ社、2006年）は、現行の入管法制の枠組みの中で、入管に収容されて国外退去強制が見込まれる外国人供述者から被疑者・被告人の対質・反対尋問を経た供述を可及的に確保する方策の1つとして、刑訴法227条の活用を主張している。
- (53) 訴追機関の負うべき義務を徹底した場合の1つの理論的帰結として、証人確保義務を考えることは可能である。証人の喚問不能が予測される場合には次善の方法として、被告人に公判廷外の証人尋問の機会を与えておかなければならないとする考え方である（小山雅亀「伝聞法則の再構築」村井敏邦＝川崎英明＝白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法下巻』295頁（日本評論社、2007年））。しかし、平成7年判決で弁護人がこの点を上告趣意において主張したところ、最高裁はこの点に触れていないことから、否定的な立場を採るものと解せられる（井田ほか編・前掲注（43）640頁注（21）[半田]）。証人確保義務から刑訴法226条、227条の活用義務を導き、それに違反した場合には調書の証拠能力を否定するという考え方は、現行法の解釈としては無理があるように思われる（池田・前掲注（13）253-254頁、田口守一＝寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』313頁[吉村典晃]（成文堂、2004年）参照）。あくまで合理的な努力が求められるという意味に理解すべきであろう。