

裁判員裁判に残された課題

——2号書面問題を中心に——

小 幡 雅 二

- I. はじめに——模擬裁判を傍聴して
- II. 刑事訴訟法321条1項の趣旨
- III. 2号書面採否の実情
- IV. 裁判員裁判に即した2号書面に関する審理の在り方
- V. 最後に——裁判員裁判のスムーズな実施に向けて

I. はじめに——模擬裁判を傍聴して

1 最近、法曹三者の協力のもとに東京地方裁判所で行われた裁判員模擬裁判を傍聴する機会を得た。事案は、殺人被告事件であり、殺意の有無及び正当防衛が成立するかそれとも過剰防衛になるかが争点となるものであったが、外形的な事実についてはほとんど争いがなく、証拠調べにおいては証拠物と若干の書証の取調べが行われたほかは、被告人質問のみが行われるというものであった。第1回公判期日は、午前10時に開始され、その間何回かの休廷をはさみ、冒頭手続、検察官・弁護人の冒頭陳述、公判前整理手続の結果陳述、検察官・被告人請求証拠の取調べと手続が進み、午後3時ころには被告人質問も終わり、証拠調べ手続は終了した。第2回公判期日は翌日午前10時に開始され、論告、弁論、被告人の最終陳述が行われ午前11時には終了した。判決言渡はさらにその翌日の午後4時に行われたのであるが、裁判員は、その3日間午前9時から午後5時ころまで、裁判員としての職務に従事したと思われる、その間ほとんどの時間が評議のために費やされたものと思われる。評議については、

法廷に設置されたテレビによりその一部分が公開されたが、このように事実の認定にほとんど問題がなく、事実の評価が重点となる事件においても、評議にはかなりの時間を費やしており、裁判員の肉体的精神的な負担にはかなり重いものがあつたように思われた。今回のような模擬裁判とは異なり、事実認定に争いがあるなどの困難な事件についての裁判員裁判を想定すると、よほど裁判員の負担を軽減し、かつ、裁判員が合理的な判断に到達できる制度運営を行わなければ、裁判員裁判制度に対する国民の信頼を勝ち得ることはできないように思われる。

これまで、裁判員裁判の実施に向けて、各方面から裁判員の負担を軽減させるためなどの提言（松本芳希「裁判員制度の下における審理・判決の在り方」ジュリ1268号81頁、吉丸眞「裁判員制度の下における公判手続の在り方に関する若干の問題」判時1807号3頁、佐藤文哉「裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について」判タ1110号4頁、岡慎一「裁判員裁判における証拠調べのあり方と弁護活動の課題」自由と正義2006年3月号87頁など主に実務家からの多数の提言がある。）がなされ、裁判員裁判実施のための準備がなされている。今回傍聴した模擬裁判においても、公判前整理手続において争点はかなり整理されていたように思われるし、検察官のビジュアルを用いた冒頭陳述、弁護人の争点を裁判員に明確に把握させようとする冒頭陳述、書証の大幅な削減、被告人質問の充実による被告人の捜査段階における供述調書を不必要として証拠として採用しなかった取り扱い、平易な言葉で裁判員の説得を心がけた論告・弁論などこれまでの提言がかなり取り入れられていることが確認された。裁判員裁判では、直接主義・口頭主義の実質化が要請されているわけであるが、このような模擬裁判を傍聴してみても、その実質化の実現に向けた努力が着実に実を結びつつあると評価できるように思われた（なお、直接主義・口頭主義の意義については、川出敏裕「刑事裁判への国民参加と直接主義・口頭主義」研修649号3頁参照）。

2 しかし、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下、「裁判員法」と

いう。)が平成21年5月21日に施行されることが決定した現在、今回の模擬裁判のように、自白事件など争点の少ない事件であれば、これまでの準備で一定レベルを保った対応ができるような体制はすでに整ったように思われるが、争点の多い複雑困難な事件については、いまだ不安を払拭できていないように思われる。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)も同様の問題意識からだと思われるが、間接事実積重ね型、自白の任意性が争点となる類型、刑事訴訟法321条1項2号後段検察官に対する供述調書(以下、「2号書面」という。)の採否が判断の決め手となる類型に分けて、それぞれの審理の在り方についての実務的な検討を行っている。ここでは、間違いのない的確な事実認定が行われることが前提であるが、裁判員にいかにか重い負担をかけることになるかを念頭に置き、審理内容を分かりやすく、かつ審理期間を短縮できるかについての検討が行われたとされ、事実、争点の捉え方、証拠の厳選、証人尋問や被告人質問の在り方などについて様々な工夫が披露されており、これらは争点の多い複雑困難な裁判員裁判の実施において大きな拠り所となるように思われる。ただ、これらの工夫によって直接主義・口頭主義の実質化を目指した「法廷で目で見て耳で聞いて分かる審理」を十分に実現できたかについては疑問が残るところがある。取り上げられた3類型の中で自白の任意性、2号書面の採否に関する判断は、裁判員を含めた合議体ではなく構成裁判官の判断事項(裁判員法6条2項2号)である。しかし、これらは事実認定に大きな影響を与える訴訟手続の判断であることから、裁判員にも理解を得なければならない問題であることは疑いなく、これらの点についても裁判員に分かりやすい審理をしてゆかなければならない(裁判員法51条)。そのうち、自白の任意性判断については取調べ状況全過程の録画等による可視化への努力により克服すべきであるという方向性は確立したように思われるが、従来の刑事公判を調書裁判化している原因と目されている2号書面の問題(松尾浩也「刑事訴訟法下新版」61頁)については、裁判員の理解を得られるようにできたか疑問が残り、もう一步踏み込んだ実定法の解釈、運用が考えられてよかったように思われるのである。

そこで、本稿では、刑事訴訟法321条1項の趣旨と現状の2号書面採否の実情を検討するとともに、裁判員裁判に即した解釈運用の可能性を探ることとする。

Ⅱ．刑事訴訟法321条1項の趣旨

1 被告人以外の者の供述録取書の証拠能力

(1) 刑訴法321条1項は、「被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。」と規定し、伝聞証拠の例外として一定の条件を満たした供述書又は供述録取書に証拠能力を付与している。そして、1号では裁判官の面前における供述を録取した書面（以下、「裁面調書」という。）、2号では検察官の面前における供述を録取した書面（以下、「検面調書」という。）、3号では1、2号に掲げる書面以外の警察官や弁護人の面前における供述を録取した書面などについて、証言利用不能の場合や前に不一致供述がある場合の証拠能力付与の条件について規定している。

(2) 証言利用不能の場合について、1号から3号まで共通して「その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判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」と規定しているが、これはその証言を公判で利用できないやむを得ない事情がある場合（証言利用不能）で、その供述を証拠にする必要がある（要証事実につき重要性和関連性をもつ）場合、供述内容の正確さと信頼性を保障する特別の状況の下でその供述がされたとき（反対尋問に代わる特信性の情況保障）には、その供述者の供述に証拠能力を認めようとしたものである。このうち、必要性の要件に関して、3号は「その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」と規定しているが、1、2号については何ら規定するところではない。これは通常裁判官や検察官の前で供述がとられたときは、その供述が犯罪の存否の証明に強い関連性をもつものだから、とくにこの要件を示す必要がないとされたのであろう、

とされる。また、特信性の情況保障の要件に関して、3号は「但し、その供述が特に信用すべき情況の下にされたものであるときに限る。」と規定しているが、1、2号については何ら規定するところではない。これは裁判官や検察官の面前での供述採取手続は不当誘因が少なく反対尋問の保障に代わる程度の特信性の情況が保障されていると類型的に定めたもの、とされる（渥美東洋「全訂刑事訴訟法」408頁）。なお、この証言利用不能の場合の検面調書については、検察官が被告人と対立する当事者であり、裁判官と同じ第三者の立場にあるわけではないことなどから、特信性の要件を解釈上付加すべきとの見解（田宮裕「刑事訴訟法新版」380頁など）がある。

(3) 前に不一致供述がある場合について、1号は「供述者が公判準備若しくは公判期日において前の供述と異なった供述をしたとき」、2号は「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」と規定するが、これは前の供述を公判で再現できない場合に、その前の供述に特信性の情況的保障があるときに限り証拠能力を認めようとしたものである。すなわち、前に不一致供述のある証人に対しては、公判供述と不一致供述の双方を対比した反対尋問がなされることにより、事後の反対尋問ではあるがその実効性を保障できるため、裁面調書では不一致供述があればそれだけで、検面調書では裁判官の面前より不当誘引が働きやすいことを考慮して公判供述より特信性の情況が保障されているときに、その前の不一致供述に証拠能力を認めたものである、とされる（前掲渥美412頁）。

2 2号書面の要件

(1) 相反性の意義

前に不一致供述がある場合について、裁面調書に関する1号では「供述者が公判準備若しくは公判期日において前の供述と異なった供述をしたとき。」と規定しているのに対し、検面調書に関する2号では「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。」

と規定している。この前者の「前の供述と異なった供述」と後者の「前の供述と相反するか若しくは実質的に異なる供述」との差は、食い違いの程度の差であり、前者は単に証明力の差があるだけでも足り、後者は多少なりとも事実認定に差異を生ずる可能性があることを要するとする（条解刑事訴訟法第3版増補版699頁）。

2号書面では、このように「前の供述と相反するか若しくは実質的に異なる供述」の存在（以下、「相反性」という。）を要件としているわけであるが、この「相反する供述」と「実質的に異なる供述」には何らかの差異があるのだろうか。相反するとは、言葉上明らかに相異し矛盾している場合であり、実質的に異なるとは、言葉上明らかに相異し矛盾しているとはいえないが、前後の部分あるいは全体を通すと異なる結論になる可能性が高い場合といえたとされる（松浦繁「刑事訴訟法321条1項2号をめぐる問題」現代裁判法大系〔30〕438頁）。いずれにしても「相反する供述」も「実質的に異なる供述」も、その供述により立証しようとする事項が、公判供述と検面調書では異なる認定がなされる可能性がある場合をいうものと理解すべきであり、そのことに異論はないものと思われる。

（2）相反性の認定

相反性の認定は、原則的には公判供述を全体的に考察して決しなければならない（石井一正「刑事実務証拠法第3版」133頁）とされるが、実際には一概に決することができない場合がある。例えば、主尋問に対しては検面調書に沿う供述をしたが、反対尋問に対してはこれとは反対趣旨の供述をした場合などである。前掲石井は、このような場合、再主尋問により反対尋問に対する供述が撤回されたり、到底信用できないことが明瞭になれば、結局主尋問に対する供述だけが残るから、相反性がないといえるし、逆に主尋問が撤回されたり修正されたりして反対尋問に対する供述だけが残る場合や全体としての供述が支離滅裂となって心証形成が困難な場合は相反性を肯定してよい、また、両者が最後まで共存する場合は相反性がないとすべきである、とする。しかし、この

相反性の要件は、前の供述を再現できないという必要性の要件の表れと見るべきものであるから、一旦主尋問で検面調書に沿う供述が公判でなされたのであれば、公判廷で供述の再現ができたといえるのではないが、再現できたのであれば前の供述である検面調書を実質証拠として採用しなければならないという必要性が欠けるのではないか、このような場合に相反性を肯定するのは公判中心主義に反するのではないかとの疑問が出てくる（丹治初彦「検面調書にどう対応するか」季刊刑事弁護9号87頁以下）（的場純男「検察官面前調書」刑訴法の争点〔第3版〕186頁は、このように解すると証言の全体の意味合いを無視する嫌いがあるとする）。これらの疑問から、このような場合、公判供述とこれと相反する検面調書の供述のどちらを信用するかは、裁判所の自由心証に委ねるべきであろうとする見解（福井厚「刑事訴訟法講義第2版」334頁など）も主張されている。

なお、相反性の認定について判断を示した裁判例には以下のようなものがある。公判廷の供述より前の供述の方が詳細な内容である場合には相反性が認められるとしたもの（最決昭和32年9月30日刑集11巻9号2403頁）、前の供述では順序立って詳細であるのに対し公判供述が断片的かつ脈絡不完全である場合両者は実質的に異なった供述であるとするもの（東京高判昭和31年4月17日高裁特3巻8号412頁）、公判廷の供述が変転して定まらずいかなる供述をしたか趣旨不明の場合には一時点の供述が前の供述と一致していても両者の供述は実質的に異なるものとしてよいとするもの（東京高判昭和30年6月8日高判集8巻4号623頁）（相反性は主尋問に対する供述だけでなく、反対尋問に対する供述を含めて判断すべきである旨も判示。）などがある。また、公判廷で供述を拒否した場合にこれを実質的に異なった供述をしたものにあたるとしたもの（東京高判昭和30年10月28日高裁特2巻21号1114頁）もある。

（3）特信性の意義

2号書面の要件として、さらに但書では「公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況の存するときに限る。」と規定する。

これは、双方の供述を利用した反対尋問の結果、公判での供述よりも前の不一致供述の方がより信用できる場合に前の供述を実質証拠として利用することを許容したものであり、信用できる特別の状況の存在を求めているのは、検察官の面前での供述が裁判官の面前での供述より不当誘因の働きやすいことからだとされている（以上、前掲渥美409頁以下）（なお、検面調書を証拠法上優遇される立法がなされた経緯については、前掲松尾59頁参照）。

「信用すべき特別の状況」（以下、「特信性」という。）は証明力判断の基準ではなく、証拠能力の要件と理解するのが一般的であり、相対的に前の供述に信用性の情況的保障があればいいとされ、検面供述に一般より高い信用性がおける状況が存在することでも、逆に公判供述に一般より信用性を著しく低下させるような状況の存在することでもよい、とされる（前掲条解700頁）。この特信性の認定について判断を示した裁判例には以下のようなものがある。検面調書は公判供述より半年も前で比較的記憶の新しい時期に作成されているから特信性があるとするもの（大阪高判昭和40年11月8日下刑集7巻11号1947頁）、被告人と特殊な関係にある場合に、その面前での供述より検面調書に特信性ありといえるとするもの（親子関係—大阪高判昭和25年12月23日高判特15号106頁、親分・乾分関係—最決昭和27年6月26日刑集6巻6号824頁、兄貴分・弟分—札幌高判昭和27年2月27日高刑集5巻2号278頁、恐喝の加害者・被害者—大阪高判昭和25年6月17日高判特13号52頁）、公判供述よりも検面供述の方が自然で整然としており特信性があるとするもの（名古屋高判昭和24年6月29日高判特1号54頁、大阪高判昭和24年11月28日判タ8号57頁、札幌高判昭和25年12月15日高判特15号188頁）、取調官が利益の約束とみられる言葉を発し、その影響下で作成された検面調書には特信性が認められないとするもの（大阪高判昭和41年11月28日判時476号63頁）などがある。

（4）特信性判断の資料、方法

特信性存否の判断の資料、方法などについては見解が分かれている。供述のなされた外部的付随事情によって判断すべきとする見解（平野龍一「刑事訴訟

法」214頁)、供述内容によって判断すべきとする見解(ポケット註釈全書刑事訴訟法(下)[新版]889頁)、外部的付随事情によって判断すべきであるがこれを推認するため供述内容を考慮できるとする見解(田口守一「刑事訴訟法第4版補正版」409頁ほか)などがある(真野英一「前の供述を信用すべき特別の情況」証拠法大系Ⅲ156頁)。

この点に関する代表的な判例である最判昭和30年1月11日(刑集9巻1号14頁)は、「刑訴321条1項2号は、伝聞証拠排除に関する同320条の例外規定の一つであって、このような供述調書を証拠とする必要性和その証拠について反対尋問を経ないでも充分の信用性ある情況の存在をその理由とするものである。そして証人が検察官の面前調書と異つた供述をしたことによりその必要性は充たされるし、また必ずしも外部的な特別の事情でなくても、その供述の内容自体によつてそれが信用性ある情況の存在を推知せしめる事由となると解すべきものである。」と判示し、上記の外部的付随事情によって判断すべきであるがこれを推認するため供述内容を考慮できるとする見解とほぼ同様の考え方を示している。

ところで、公判で証言する以前に検察官の取調べを受け、検面調書が作成されている証人が公判で調書と相反する供述をした場合、検察官や弁護人からは、相反供述をする理由を中心に尋問が行われることになる。当然のことながら、弁護人の反対尋問以前にその検面調書は弁護人に開示されていることが前提となるし、通常、開示がなされている。証人尋問で相反供述がなされた場合、検察官は、検面調書に記載されたことが真実であることを立証しようとして、取調状況や外部的付随事情は当然のことながら公判供述を弾劾するため供述内容の不一致に関連した尋問をするであろうし、弁護人は、公判で供述していることが真実であることを明確にしようとして取調状況や検面調書の内容を弾劾する尋問をすることになるであろう。事実認定者前で、当事者が適切にこのように双方の供述を互いに弾劾しあうことになれば、自ずといずれの供述が信用するに足りるかが明らかになるはずである。事実認定者としては、証人の証言態度、すべての証言内容を考慮に入れて、いずれの供述が信用するに足りるか

を判断するのであり、外部的付随事情のみや供述内容のみで判断しなければならないというものではない。例えば、仮に外部的付随事情からすれば検面調書に特信性が認められるような場合でも、尋問の結果、その供述内容が事実と反することが明らかになったときには、その検面調書に証拠能力を付与すべきではないし、その必要性もないといえるのではなからうか。反対尋問に代わる特信性の情況保障があるとして前の供述が実質証拠として許容されるのは、相反供述をした供述者の前の供述（検面供述）について、事後的ではあるが事実認定者の前で供述者に対する外部的付随事情から供述内容にわたるまで供述の全過程に関する適切な尋問が行われ、そのことにより前の供述の信用性が高く事実認定の証拠として適格性があることが確認されるからなのである（石丸俊彦ほか「刑事訴訟の実務新版下」124頁参照）。そのように考えてこそ、2号後段の合理性が認められるように思われるのである。

（5）証拠能力付与の範囲

2号書面に関しては、証拠能力を付与されるのは、検面調書全体なのか（無制限説）、それとも相反部分に限られるのか（限定説）、という問題も議論されている。検察官の面前における供述が公判で全部再現されたのであれば、2号書面を取調べる必要はなく、再現できない部分があるからこそ、その再現できない部分について2号書面の取調べの必要性が肯定されるのである。実務上、無制限説の運用が少なくなく、東京高判昭和30年8月8日（高刑集8巻5号723頁）は、併合罪関係にある数個の犯罪事実についての供述が記載された一通の調書のうちに、一罪の一部について実質的な差異があるに過ぎない場合において、調書全部に証拠能力ありとしている。この運用は、相反部分の範囲を限定することの困難さおよび範囲を限定して証拠としたときの証明力判断の困難さを避けようとする実務上の配慮に基づき、かつ、相反しない部分を証拠としても、公判供述と重複する点はともかく、実質的な弊害はないということから支持されていると思われる、とされる（前掲石井134頁）（東京高判平成17年6月15日高裁速平成17年号140頁）。しかし、相反する部分や実質的に異な

る部分以外は重複証拠であることは疑いなく（重複していないとすると、その部分については尋問していないことになり、そもそも321条1項2号の要件を満たさない。）、相反部分の範囲の限定の困難さや証明力判断の困難さを理由に無制限説を支持することはできない。相反部分の範囲の限定などについては、適切な尋問を行うことにより克服すべき課題であるからである。最近では制限説をとる裁判例もあり、大阪高判平成10年12月9日（判タ1063号272頁）は、「刑訴法321条1項2号後段により証拠能力が認められる範囲については、法文上は検察官の面前における供述を録取した書面とするのみであるが、相反部分以外の検察官調書中の供述記載は公判準備若しくは公判期日における供述と重複した証拠であり、伝聞証拠にその例外として証拠能力を付与するための要件である必要性を欠くことになるから、同号後段より証拠能力を認められるのは相反する部分及びこれと密接不可分な部分に限られると解するのが相当である。」と判示している。

Ⅲ. 2号書面採否の実情

1 通常、検察官が弁護人の不同意とした検面調書に代わりその供述者を証人尋問する際には、事前テストを行うことになっているが（規則191条の3）、この段階で証人が公判で供述調書と相反するか若しくは実質的に異なった供述（以下、「相反供述」という。）をすることが判明しない場合がある。事前に判明していれば、検察官としては十全の事前準備が可能となるが、そうでない場合には検察官に臨機応変な対応が求められることになる。いずれにしろ、証人が相反供述をした場合、検察官は、主尋問において、供述調書の供述記載を再現できるような尋問を行うことになるが、まず、その証人にかつて検察官から取調べを受け供述調書が作成されたことがあること、その取調べにおいては公判供述と相反する供述がなされたことを確認することになる。相反部分を特定する必要があるからであるが、証人がこの点を曖昧に供述することが少なくない。そこで、検察官は誘導尋問（規則199条の3、3項3号ないし6号）を行うなどして、まず相反部分が明確になるように努める。公判ではAという供述を

しているが、検察官には前に非Aという供述をし、その旨の供述調書が作成されているという供述を、公判でその証人から引き出すのである。

相反部分が明確になれば、次に公判供述より前の供述の方に信用性があることを明らかにするため、双方の供述を材料にこれらが矛盾する理由、双方の供述がなされた或いはなされている状況、供述内容などについて尋問してゆくことになる。証人が公判供述の方が真実であると供述するのであれば、これを弾劾するとともに、供述調書の信用性が高いことを供述から引き出すことに努めることになるであろう。供述内容に関し尋問する場合は事案により多様な方法があると思われるが、外部的付随事情から特信性を立証しようとするときは、以下のような尋問をするのが一般的である。すなわち、被告人と特別な関係があるのではないか、傍聴人から圧迫を受けているのではないか、被告人側からの働きかけがあったのではないか、被告人の弁解内容を認識してこれに影響を受けているのではないか、時間の経過により記憶が曖昧になっているのかなど公判では真実を述べたい事情があるのではないか、と追求したり、検面調書作成時に取調べに無理がなかったこと、記憶の新鮮なうちに記憶に従ってありのままに供述したこと、供述のとおり調書が作成され、その調書を読み聞かされ、誤りがないとして署名押印したこと、被告人の弁解内容を忖度する必要がなかったことなど検面調書の作成経過からして信用性が高いことを尋問により引き出そうとする（土持敏裕「刑事尋問技術改訂版」137頁）。

特信性の立証の場面では、検察官から違法不当な取調べを受けたから事実と反する供述をしたとの証言がなされることがある。このような場合、その証人の証人尋問で特信性を立証できなければ、取調べを担当した検察官を証人申請し取調べ状況について証言させることになる。その結果、違法不当な取調べの存否について、相反供述をした証人と取調べ検察官の証人の供述が対立することになるわけであるが、自白の任意性の問題と同様、いずれの供述に信用性があるのかその判断が極めて困難になることもある。

2 検察官が相反供述をした証人や取調べ検察官に対する証人尋問による特信

性についての立証活動を終わると、次に書面で、この証人の前の供述が記載された検面調書の取調請求をする。尋問により相反部分が明確となり、特信性も明らかになったのであれば、検察官が口頭で2号書面の取調請求をすることも可能になるはずなのであるが、従来は、ほとんど書面で2号書面の取調請求が行われてきた。これは、相反部分の明確化や特信性立証のための尋問が不十分であったことが影響して2号書面の要件について口頭で主張することが容易ではなかったこと、或いは2号書面の採否がその事件に対する判断を左右するような場合が多く、どうしても緻密な主張をせざるを得なかったからのように思われる。

検察官が通常作成する証拠調請求書には、取調請求する検面調書の特定、相反性を明らかにするため相反部分について公判供述と検面供述の対比、検面供述の特信性に関する主張が記載される。このような請求書が提出されると、今度には弁護人から書面で、主に検面供述に特信性がないとの主張がなされることになる。裁判所は、当事者の主張を参酌して、検面調書を証拠として採用するか否かの決定を行うのであるが、採用する場合、裁判所は、その旨の決定をし、証拠調べの後、相反部分以外の部分を含めたままの検面調書を提出させている。

3 ところで、従来、2号書面の採否の在り方については、種々の批判がなされてきた。まず、例えば、採否の前提となる証人尋問についても、検察官は、証人が公判で前の供述と異なる供述をすると、その証人に真実を述べさせようとする努力を怠り、ひたすら2号書面の要件を充足させるための供述を得ようとする傾向がある点である。深入りすると公判供述を固めてしまうかもしれないとの危惧を感ずるからであろうか。しかし、このような対応は、実体的真実発見のための公判活動を不活発にさせることになるように思われる。また、裁判所は、検察官から2号書面の取調請求があれば、多くの証拠を検討したいとの意識と証拠能力を肯定しても信用性の判断は別途十分に行うとの考えから、特信性の要件については比較的緩やかな解釈と運用を行ってきたように思われ

る点である（前掲松浦433頁）。ことに前掲の特信性に関する裁判例のように前の供述の方が記憶の新しい時期に作成されたとか、前の供述の方が自然で整然としているというような理由で特信性を認めるのは安易に過ぎるという批判については的を射たものと言わざるを得ない。公判供述より前の供述の方が記憶の新鮮な時期になされていることは当然のことであり、また検面供述が自然で整然とした物語形式で作成されているのは検察官の調書作成の在り方から当然のことなのであって、このようなことのみで特信性を認定するのは法が特信性を要件としている趣旨を没却することになるであろう。

IV. 裁判員裁判に即した2号書面に関する審理の在り方

1 裁判員裁判における2号書面の問題点

(1) 口頭主義・直接主義に徹した裁判員にとって分かりやすい審理を行うためには、従来から、証拠調べの範囲を限定して証拠の量を少なくすること、書証の取調べ方法を裁判員が法廷で心証を取れるように工夫すること、2号書面採否を決定する際の特信性や自白調書の任意性についての証拠調べが裁判員が理解できるように工夫することなどが必要であると指摘されてきた（前掲佐藤6頁）。本来、裁判員裁判制度の実施においては、上記のような問題点を解消できるような、制度に適合した証拠法の整備がなされるべきであったかもしれないが、そのような手当てがなされなかったのであるから、現行法の枠内でできる限りの工夫をしてこれに対処すべきであるということに異論はないはずである。

ところで、上記指摘の中で、2号書面の採否の問題が取り上げられたのは、従来の2号書面採否に関する審理をそのまま裁判員裁判で行えば、裁判員の理解を得られないとの認識があったからだと思われる。そのような前提に立って、2号書面の問題については、2号書面のような伝聞法則の例外を使わないで済ます方法を工夫すべきだとし、検察官にはこれまで以上に誘導尋問を活用するなどして検面調書を使わないで済ます最大限の努力を、特信性で取調状況が問題となる場合は取調状況の録音録画の活用を、それより前に検面調書を使わな

いで済ます方法として刑事訴訟法227条、179条の証人尋問を活用すべきなどの提言がなされている（佐藤文哉「主として裁判員制度の具体化に向けて」ジュリ1208号152頁）。このうち、取調状況の録音録画については取調状況の可視化がどこまで実現するかという問題であり、また第1回公判期日前の証人尋問については法改正が必要な部分があると思われるので、現段階においては、尋問を工夫することなどにより2号書面を使わないで済む方法を検討するのが現実的である。

(2) 裁判員裁判では、公判前整理手続に付することが必要になっているわけであるが（裁判員法49条）、証拠調べの範囲を限局して証拠の量を少なくすること、書証の取調べ方法の工夫、自白調書の任意性についての証拠調べが裁判員が理解できるようにすることなどについては、その公判前整理手続においてかなりの対応ができるであろう。

ところが、2号書面の問題で簡単にいかないのは、証人が公判で相反供述をすることが公判前整理手続の過程では判明しない場合が少なくないのではないかということである。このような場合を想定すると、証人が相反供述をした場合、検察官は相反部分の確認と特信性に関する尋問をするわけであるが、裁判員に理解しやすい、十分に整理された尋問を行うのは容易なことではない。どうか、尋問が終了したとしても、その後検察官からは2号書面の取調請求書が、弁護人から意見書が提出され、構成裁判官が仮にその証人の検面調書を2号書面として採用し、この調書が公判で朗読されたとする。このような場合、証拠決定の前に、構成裁判官が裁判員に対して2号書面を採用した理由を説明し、裁判員の理解を得ようとするかもしれないが、裁判員が本当の意味で理解できるか疑問であるし、裁判員が自ら心証を形成するという原則からは乖離したものになってしまうという危惧を感じざるを得ない。

また、2号書面の場合、適切な尋問が行われるならば、前の供述である検面供述を公判で再現できるのであり、仮に再現できたのであれば、改めてその検面調書を採用して法廷で取調べする意味があるのであろうか、という疑問もあ

る。検面調書は、取調べ後、裁判所に提出されるわけであるが、裁判員裁判では裁判員に提出された書証を丹念に読み込むことを求めることはできないし（前掲松本90頁）、また裁判員が評議の際に記憶喚起や確認のために閲読することが禁止されているわけでないにしろ、心証形成の基礎となる情報取得は公判廷でなされるべきである（堀江慎司「公判手続における直接主義・口頭主義」刑法雑誌43巻3号89頁参照）とすると、裁判所にその検面調書が提出されることに大きな意味があるとは思えないのである。

したがって、ここでは法321条1項2号後段の解釈や運用によって、できる限り2号書面を使わないで済ませることが可能となるのかを検討することにする。

2 相反供述をする証人に対する証人尋問の在り方

(1) 結論的にいえば、証人が証人尋問において、公判供述と相反する前の供述である検面供述の存在を否定するなど前の供述を再現できない場合は格別、その前の供述の存在を認めるなど前の供述を再現できた場合には、いずれの供述を信用すべきかを裁判員および裁判官の自由心証に委ねるべきである。ここで前の供述を再現できた場合というのは、例えば、主尋問で前の検面供述と同様の供述をしながら、反対尋問でこれと相反する供述をした場合も含むし、前に検察官の面前で公判供述と相反する供述をしたことを承認した場合も含むものとする。

このような解釈運用が可能であるとする、煩雑な2号書面の採否の手続を省略することができるし、構成裁判官が裁判員に2号書面採否の理由を説明する必要もなく、証人尋問で前の供述と公判供述のいずれが信用するに足るかの判断に集中すればよく、裁判官と裁判員がそれぞれ独立した心証を形成することも可能となるのである。

このような運用が可能となるかについては、相反性をどのように考えるか、さらに公判で前の供述が再現できたときはその再現された供述を実質証拠として取扱うことができるかが判断の分かれ目になる。すなわち、従来の実務や多

数説による相反性についての見解によれば、前の供述が再現できてもその後これが撤回されたり、趣旨不明になってしまった場合には、相反性を認めることになり2号書面の採否の問題が省略できず、また、公判で再現された前の供述を実質証拠にできないということであれば、これもまた2号書面の必要性が否定できなくなるのである。

(2) 証人が、公判で主尋問に対しては前の供述である検面供述と同様の供述をしながら、反対尋問に対してこれと相反する供述をした場合は、いずれの供述でも事実認定に使用でき、検面調書取調べの必要性がないとして取扱うべきである。いずれの供述が信用できるかは、当事者が双方の供述を対比しながら尋問をすることになるであろうから、その結果により判断すべき問題となる。最終的に前の供述と相反する公判供述のいずれが残ったかとか証言の全体的意味合いがどのようなものであったかは関係なく、双方を対比した尋問ができたか否かが必要性判断では重要なのである。双方を対比した尋問ができた以上、いずれが信用できるかを裁判官と裁判員が判断すればよいことになり、検面調書取調べの必要性は出てこないことになる。前掲石井によると、全体としての供述が支離滅裂となって心証形成が困難な場合にも相反性を認めてよし、検面調書取調べの必要性を肯定するかのようであるが、一時的にでせよ検面供述が再現できたのであれば、双方を対比した尋問は可能であり、相反性を認める必要性はないのである。また、その証人が尋問者が変わることにより供述が変わり、供述の趣旨が明確にならないという場合もあるであろうが、前の供述が再現されている以上、それはその証人の資質の問題であり、検面調書の取調べを必要とさせるものではない。

(3) 証人が、公判において、公判供述と相反する検面供述の存在を承認する供述はするが、前の供述である検面調書の内容と相反する供述ししない場合には、特信性が認められることを条件に、公判供述と相反する検面供述を事実認定に使用することを認めるべきである。証人が公判でAの供述をしながら、

「検察官に対しては非Aの供述をした。」としたと供述をした場合、この「検察官に対しては非Aの供述をした。」という供述は伝聞証拠と理解されている（後藤昭「刑事法演習第2版」323頁）。法320条は「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」を禁止しているが、自分自身が以前の供述を引用する供述が伝聞証拠であるとは規定していない。そこで、このような引用供述については禁止する規定がなく証人自身がその存在を認めているのであるから伝聞証拠ではなく、これに基づいて事実認定ができると思えることも可能かと思われる。しかし、「検察官に対しては非Aの供述をした。」とする供述に対しては非Aの供述をしたその場で反対尋問がなされているわけではないのであるから伝聞証拠と解さざるを得ないであろう。

このように相反する検面供述の存在を承認する供述は伝聞証拠であるとする、これをそのまま事実認定に使用することはできないことになる。しかし、この検面供述に特信性があるのであれば、まさにこの検面供述は法321条1項2号後段が証拠能力を付与しようとした対象にあたるものと理解すべきものと考えられる。法321条1項2号は、検面調書に関する規定であるから、相反する検面供述の存在を承認する供述を対象としてはおらず、このような運用については問題があるのではないかとの疑問は起こりうる。しかし、検面調書と検面供述では書面化されているか否かの相違があるのみであり、検察官の面前でどのような供述をしたのかを示す媒体の相違に過ぎない。また、特信性に関して「公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情兄の存するときに限る。」と規定するのも、検面調書という形式というよりはその供述自体を重視したものと考えられ、このような検面供述を2号書面と同様に取り扱うことには何ら問題となることはないと思われる。また、実質的な観点からしても、公判で明らかになった検面供述を対比しながら証人尋問を行ったことにより、公判供述より検面供述に特信性があるとされた場合には、記載内容が明らかになっている検面調書を改めて取調べる必要性は到底認められず、公判で明らかになった検面供述によって事実認定すれば足りるのである。このような理解は、法321条1項2号後段の趣旨に適合することはあってもこ

れに反するものではない。

検面供述と公判供述のいずれに特信性があるかに関する検察官や弁護人の意見は、尋問の過程で判明することであるから、改めて検察官がその検面供述に特信性があるとして証拠能力を付与するよう請求したり、弁護人の意見を聴取する手続は必要ない。いずれの供述に基づいて事実認定するかについては裁判員や裁判官がいずれの供述に特信性を認めたのかによることになる。それでも検察官が2号書面の取調請求をしてきた場合には、必要性がないとして却下することになる。このような取り扱いは、手続の明確性を害するのではないかとの批判もありうるが、いずれの供述によって事実認定がなされたのかは最終的に判決で明らかにされることになるはずで、大きな弊害は想定できない。なお、このようにいずれの供述を採用するかは裁判員や裁判官の自由心証に委ねるとしても、証人の前の供述である検面供述の特信性を立証するために、さらに取調検察官の証人尋問を行うことまで禁じようとするものではない。

以上のとおり、証人が公判で前の供述と相反する供述をした場合、前の供述の存在を承認するのであれば、検面調書の取調べの必要はなくなるのであり、このような運用は現行法の解釈からしても問題はないものと考えられる。

(4) これまでは、証人が相反する前の供述である検面供述の存在を承認した場合を対象としてきたが、承認しなかった場合にはどのような対応をすべきであろうか。通常は、誘導するなどすれば、証人に検面供述の存在を承認させることはそれほど困難なことではない。しかし、それでも承認しない場合には、2号書面の取調べを許容せざるを得ないものと思われる。このような場合、検面供述を再現できなかったのであるから、公判での供述とこれと相反する検面供述と対比をした尋問ができないことになるし、そのままでは、検面供述がどのような内容であるかが公判で明らかにならず、いきおい検面調書作成の真正を立証するためなどに取調検察官の証人尋問が必要となる可能性が高くなるものと思われる。しかし、このような事態に陥ることは極めて稀なことだと思われる。このような場合に特信性が認められれば、構成裁判官が検面調書を採用

し、これが公判で朗読されるなどして取調べられることになるが、これは例外的なことであり、これまでの検面調書を使用しないで済む方策の有効性を否定することにはならないものと思われる。

V. 最後に——裁判員裁判のスムーズな実施に向けて

裁判員裁判においては、法廷で書証を朗読するような証拠調べはできる限り回避しなければならないように思われる。模擬裁判を傍聴していても、聞いてだけで分かるというのはかなり至難の業であることが分かる。このことから鑑定書は書面で取調べるより鑑定人の証人尋問を行ったほうが裁判員の理解を得やすいのではないかなど従来書面で証拠調べを行っていた証拠についても証拠提出の在り方についてまで再検討が行われているように聞いている。

2号書面の問題についても、従来のままの証拠調べが行われるならば、裁判員裁判のスムーズな実施を妨げるのではないかと危惧されることから、裁判員裁判に相応しい2号書面の取調べの在り方について検討することになったのであるが、本稿で検討した解釈運用が実施できるのであれば、例外的な場合を除いて従来の2号書面の問題を回避でき、裁判員の理解を伴った裁判員裁判の審理に資するものと思われる。この2号書面の問題は、裁判員裁判に限らない問題であり、裁判員裁判以外の裁判においても本稿で検討した解釈運用が可能と思われる。しかし、裁判員裁判以外の裁判において、従来の実務慣行をいきなり変更するのは抵抗があるように思われる。そこで、まずは裁判員裁判において、裁判員裁判の特殊性を根拠に本稿で検討した2号書面の取り扱いが試行されることを期待したい。