

## 刑事訴訟における外国人証人の喚問をめぐる法的問題

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-06-24 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 田淵, 浩二 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.14945/00008770">https://doi.org/10.14945/00008770</a>

# 刑事訴訟における外国人証人の喚問をめぐる法的問題

田淵 浩 二

はじめに

外国人事件ないし国際事件の特徴のひとつとして、外国人である供述者の所在が判明せず、あるいは供述者が国外に  
いるため、公判へ証人として喚問することに事実上ないし法律上の障害がある場合が多いという点を指摘できる。すな  
わち、犯行の計画や犯行自体が外国で行われた場合、事件の参考人は外国に居住していることが通常であろうし、また、  
国内で外国人が関与した犯罪であっても、その事件の参考人の所在の確認ができなくなったり、あるいは後に何らかの  
形で出国してしまうケースも少なくない。こうした事態に備え、捜査および公判の各段階において、必要な参考人ない  
し証人の供述をどう確保するかが、外国人事件の重要な課題のひとつとなる。

これまでに、事件の参考人が出国の予想される外国人である場合、捜査機関には、まず証拠確保のための供述調書の  
早期作成が求められるのは当然のこと、被疑者・被告人の防御権保障という観点からは、供述者に対する被告人の反対  
尋問権行使の機会を確保するために、捜査機関は何を行うべきかが議論されてきた。他方で、必要な参考人が既に外国  
にいる場合は、国際協力により供述を確保するため、どのような方法が尽くされるべきかが議論されてきた。そして、

刑事訴訟における外国人証人の喚問をめぐる法的問題

そのきつかけを与えたのが、伝聞例外の規定である刑事訴訟法三二一条一項二号にいう「供述不能」の要件である。本稿では、従来の議論を整理し、さらに検討されるべき課題を確認しておきたい。

### 一 国内における参考人の取調べと出頭確保の義務

一般に外国人参考人の取調べの際に生じうる問題として、①被害者や目撃者が不法滞在者であるような場合、捜査への協力が期待できないことや、通訳確保の必要があることから、そもそも事情聴取が容易でないこと、②参考人が事件後所在が不明になったり、出国してしまい、再度の取調べが困難になる場合があること、③旅券を所持していなかったり、所持していても虚偽の記載である場合、本国への照会に時間を要したり、それが不可能であるため、参考人の氏名や国籍等を確認ができない場合があり、事後の手続の障害となりうることなどが指摘される。こうした問題の特殊性から、捜査機関にはまず第一に、早期に取調べを実現するための通訳体制の整備や、検察官による早い段階からの取調べ等、供述確保のための迅速な対応が求められている。そしてこれに加えて、証人の公判への出頭を確保するための程度の努力を尽くす義務があるかが、法的に重要な争点を形成してきた。

この点につき一般には、捜査機関には公判への出頭を確保するために何らかの措置を取りうる権限がないのであるから、原則として公判への出頭を確保する積極的義務はないと考えられている。すなわち、例えば、参考人が不法滞在者の場合、入管法違反の罪でいったんその身柄を確保しても、捜査の結果その内容が公判請求するほどの悪性を持たなければ、退去強制事由のある身柄は検察官から入国警備官に引き渡されることになっており、また公判請求されたとしても、初犯である限り、不法残留事案等は執行猶予が付されるのが通常であって、多くの場合、その身柄は速やかに本国

へ退去強制される。この退去強制は、刑事手続とは別の観点から行われているものであり、当該外国人が刑事事件の参考人であるとの理由で、本人の意思に反してこれを国内に引き止めておくことはできない。また、外国人である重要参考人、特に被疑的な立場にある参考人が、我が国における在留資格を持ち、資格外活動等の法違反も犯しておらず、かつ、捜査に協力せず、そのまま出国の姿勢を示す場合については、法的にその出国を止める手段はないというわけである。<sup>(1)</sup>

しかし議論は、捜査機関に参考人を国内に引き止める権限がないことで、公判への出頭確保の義務も否定されるという、単純な結びつきにはない。むしろ、捜査機関は出入国管理局との協力の下、国内での滞在を確保する義務はないか、あるいは公判への出頭が困難な場合、捜査機関は証拠保全としての証人尋問請求を行う義務を有しないかという点をめぐって議論がなされてきた。以下、これまでの判例・学説を検討する。

## (一) 出入国管理局等への申入れ

捜査官が被告人の証人審問権を妨害する目的で、故意に出国時期を早めさせることが違法であることは、学説・判例の意見の一致するところである。<sup>(2)</sup>しかし、さらに捜査機関は、出入国管理局の裁量の範囲内で、参考人の強制退去を待つよう申し入れる義務を負うかについては、見解の対立が見られる。この点で下級審の判例には、供述者の証人喚問ができなかったことにつき、捜査機関の過失による証人審問権の侵害が認められ得ることを示唆したものが存在する。すなわち、大阪高裁一九八五年三月一九日判決(判例タイムズ五六二号一九七頁)は、刑法法三二一条一項二号前段の供述不能の要件としての「国外にいる」という要件の意味が争われた事件において、結論として供述調書の証拠能力を肯定したものの、①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し入れ、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②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させうる者について、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、三二一条一項二号前段所定の供述不能の要件をみたすものとは解しがたいという判断を初めて示した。

当該判例の示した排除基準に対して、いくつかの好意的評釈がみられるものの、その一方で、②については、(1) 出入国管理手続の独立性を無視して、刑事手続にそれを従属させようとするもので論理的に誤りであること、(2) 被退去強制者は退去までの間、身柄を収容されるのが通常であつて、そのような被収容者の人権を無視するものであること、(3) 刑事訴訟法上、捜査官は単なる証人予定者についてその退去強制を遅らせるような連絡ないし意見をいうべき職務上の責任も義務も負っていないし、出入国管理法の諸規定も、そのような職責を捜査官に負わすものでないことを理由に、批判的な意見もみられた。<sup>(4)</sup> また、それ以降の判例が示唆する基準も①にとどまつており、一九八五年に大阪高裁の示した基準を踏襲するものはみられない。<sup>(5)</sup> この点、一九九五年六月二〇日に出された最高裁第三小法廷判決（刑集四九巻六号七四一頁、判時一五四四号一二八頁）も、「検察官において供述者がいざれ国外に退去させられ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や、裁判官又は裁判所がその供述者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」を違法とするのみで、供述者の国内での滞留を申し入れる義務には直接言及していない。

しかし逆に、前記大阪高裁の基準を排除すべき積極的理由が存在するわけでもない。すなわち、先の批判に答えるならば、大阪高裁も「出入国管理当局の裁量権の範囲内」において国外退去させないことを申し入れる義務を示唆したに過ぎず、決して出入国管理手続の独立性を無視しているわけではない。また、確かに被收容者の意思に反して收容を長引かせることになれば人権上の問題が生じるが、そもそも現行法上、出入国管理局は、本人が自費出国を求めたり、直ちに送還させることができる場合にまで、收容を継続する裁量権を持たないと解される（入管法五二条三項ないし五項参照）。さらに、收容者が出入国管理法五四条により「仮放免」されている場合は「收容」の長期化の問題は起こらない。したがって、出入国管理当局の裁量の範囲内で国外へ退去させないことの申入れ義務を認めることが、被退去強制者の人権を無視するものと言うこともできない。そもそも、大阪高裁の示した基準によっても、証人としての公判で取り調べる必要性が高く、かつ捜査機関と入国管理局との間の十分な連絡がなされれば、何ら支障なく公判への出頭を確保できる場合に、必要もなく、それ以前に証人を出国させてしまうことを防止できるに過ぎない。実際に、このようなケースはそう多くないだろう。むしろ問題は、たとえ捜査機関にこの程度の義務を認めたところで、多くの必要なケースにおいては、やはり証人の出頭確保は図れないことにある。

## (二) 証拠保全としての証人尋問請求

先に述べたように、現行法上、捜査機関は公判への証人の出頭を確保する確実な手段を持たない。そうであるならば、改善の策として、捜査機関は証拠保全としての証人尋問請求を行う義務を有しないかが議論されてきた。

捜査機関のそのような義務を初めて詳細に考察したものに、上口裕氏の論文をあげることができる。<sup>(6)</sup> 上口氏は、証人の喚問不能と刑法三二一条一項二号の充足の關係につき、①証人の喚問不能について訴追機関と証人の間に通謀の事

実がなければ、同条項の喚問不能の要件が充足されるという立場を「通謀説」と名づけ、これに、②訴追機関が合理的にみて証人を公判廷に出廷させるのに必要な努力を払った場合でなければ、未だ喚問不能とはいえないとする立場（「合理的努力」説）を対置させた。そして、この「合理的努力」説の根拠を、日本国憲法三七条二項の証人審問権規定に求めた。<sup>(7)</sup>すなわち、「当事者主義的訴訟構造の下では、被告人の証人審問権に対応させて、被告人が防御権を最も有効に行使しうるかたちで供述証拠を提出すべき訴追機関の義務を独立に観念しうるし、またその必要性がある。このような証人提出義務が認められるかぎり、訴追機関が証人提出のため相当な措置を講じたにもかかわらず証人が喚問不能となった場合にはじめて、被告人に防御上の不利益をもたらす伝聞証拠の提出が訴追機関に許されるのであって、訴追機関が証拠提出義務を尽くしていない場合、防御上の不利益を受忍すべきことを被告人に期待することはそもそも不可能だといふべきである。」<sup>(8)</sup>そして、証人が国外に滞留する場合、この合理的努力を尽くしたというためには、証人の出国を延期するよう要請したということだけでは足りず、公判期日ないし公判準備での喚問不能が予め予想される場合には、次善策として、司法手続を利用した証拠保全のための証人尋問請求を行う義務があると主張する。そして、さらにその場合の証人尋問手続には、被疑者および弁護人の立会が無条件に許されるべきであるといふ。<sup>(9)</sup>

上口氏の主張に対しては、まず第一に、捜査機関はいかなる法的根拠に基づいて、証拠保全のための証人尋問請求をなし得るかが問題になる。これに関連し、参考人が退去強制になり公判での証人尋問ができなくなったことにつき、弁護人から、検察官は、被告人の反対尋問権を確保するために、刑法法二二六条、二二七条の定める第一回公判前の証人尋問の制度を準用して、証人尋問請求をすべきであったにもかかわらず、それをしなかったことの適否が争われた事例がある。そこにおいて大阪高裁は、「刑法法二二六条、二二七条の制度は、もともと捜査機関に十分な捜査を可能にさせるために、捜査に必要な資料の収集及びその保全の方法を認めた制度であり、かつ、被疑者、被告人、弁護人には同法

一九七条による証拠保全の方法も認められているのであるから、本件のような場合においても、検察官には刑法二二六条、二二七条による証人尋問を請求する義務はない」と判示した。<sup>(10)</sup> 現在の実務においても、第一回公判期日前であれば、証拠保全のための証人尋問請求が、第一回公判期日後であれば期日外の証人尋問請求の可能性が指摘されているに過ぎない。<sup>(11)</sup>

これに対し、上口氏の主張する証拠保全のための証人尋問請求とは、被疑者に証拠保全請求権を付与した刑法一九九条に基づくものでも、特定の要件の下「強制捜査」として、検察官に第一回公判期日前の裁判官への証人尋問請求権を認めた刑法二二六条、二二七条に基づくものでもない、憲法上の証人審問権保障のための特別な手続である。<sup>(12)</sup> 確かに、被疑者には捜査段階から証拠保全請求権が認められている。しかし、捜査機関により供述調書を取られた者を事前に知ることができるとは限らず、またそれが判明しても弁護士がついていなければ、証拠保全請求権を行使することは事実上不可能である。そこで、捜査機関に被疑者および弁護士立会いの証人尋問請求を義務づけることに、なおも重要な意義が生じる。そのための可能性こそが、検討されてきたのである。

もつとも、上口氏の主張には、捜査段階での証人尋問に弁護人の立会権を認めても、この段階で果たしてどの程度 of 反対尋問の実を挙げうるのか、むしろ、裁判官面前の証人尋問請求につき刑法二二六条および二二七条の明文規定をこえて拡張解釈することに、マイナス面も生じないかという疑問も出されている。<sup>(13)</sup> 確かに、捜査段階での証人尋問請求に、常に十分な反対尋問の成果を期待することはできず、これにより被告人の証人審問権は保障されたとみなしてよいかは疑問の余地も残る。そこで、予め喚問不能が予想される場合に事前の証人尋問への立会いの有無にかかわらず、刑法三二一条一項二号という喚問不能を理由に供述調書の証拠能力を認めるべきでない場合はないかについて、さらに検討を要しよう。そのためには、はたして憲法三七条二項の保障する証人審問権と、反対尋問権の行使がどのような関



係にあるのか、さらに深く分析される必要がある。<sup>(14)</sup>

## 二 国外にいる証人等の供述・出頭確保

### (一) 捜査・刑事司法に関する国際共助の現状

証人の出国が防げえないとしても、証人が外国に滞在している場合、捜査機関や裁判所には国際共助を利用して、証人の供述や出頭を確保する手段が残されている。まず捜査共助の手段としては、①検察庁又は警察庁が外交ルートを通じて、必要な証拠の収集を外国の機関に依頼する方法、②国際刑事警察機構（ICPO）ルートを通じて、捜査に必要な情報や資料の提供を受ける方法がある。前者は相互主義の保証を前提とする個別の外交折衝によるもので、条約や協定に基づくものではない。後者は、各国の警察機関を構成員とする国際機関であり、一九五六年制定の Interpol 憲章により、前身の国際刑事警察委員会を発展的に解消させる形で設立された。したがって、形式上は政府間機関ではないが、国際的には政府間機関としての性格を認められていとされる。<sup>(15)</sup>

他方、刑事司法共助の場合は、①日本の裁判所からの嘱託に基づいて、外国の裁判所が刑事関係書類の送達や証拠調べを行う方法と、②日本の裁判所からの嘱託に基づいて、外国に駐在する日本の領事等がこれらを行う方法がある。これらは、司法共助の中でも狭義の司法共助ないし「小さな司法共助」と呼ばれるもので、歴史的には犯罪人引渡しに付随する形で発達した。狭義の司法共助が大きく発展するのはヨーロッパにおいても、一九五九年に「刑事司法共助に関するヨーロッパ条約」が締結されて以降とされる。<sup>(16)</sup>これに対し、日本は特に刑事司法共助のための独自の国際条約を有しない。わずかに、②の方式に関して、民事司法共助と共通する二国間条約として、一九六四年締結の「日本国とアメ

リカ合衆国との間の領事条約」と一九六五年締結の「日本国とグレート・ブリテン及び北部アイルランド連合王国との間の領事条約」が存在するのみである。また、①の方式に関する条約は全く結ばれていない。ただし、イタリアとの間に二国間共助取決めによる包括的合意が交わされているが、その他の国と二国間共助取決めが存在するかは不明である。<sup>(17)</sup> 二国間取決めによる包括的合意がない場合には、個別の応諾による司法共助が行われることになる。以下、それらの利用状況を確認しておこう。

### 1 捜査共助による関係者の供述調書の作成及び証人尋問の実施

一九九四年の数値によれば、日本が外交ルートによって外国に要請した捜査共助（証拠物の提供、関係者の供述調書の作成及び証人尋問の実施の依頼等）の嘱託件数は、検察庁依頼によるものが一七件（うち外国人被疑者事件に係わる嘱託は三件）（表1）、警察依頼によるものが八件であり、決して活発とはいえない。

これに対し、警察はさらに国際刑事警察機構（ICPO）のルートを通じて、国際犯罪者の所在・身元・犯罪経歴等に関する情報を求めること（国際情報照会手配）ができる。一九九四年における警察庁の情報の受信件数は五、七七八件であるから、国際情報照会手配の件数も相当の数であったことが予想される。（表2）

こうした数値の極端な差は、依頼内容の性質の違いの他、両手段の簡易迅速性の差異も影響していると推測される。特に、外交ルートによる場合、法務省ないし警察庁から外務省、在外日本公館、相手国の外務・司法当局という経路をたどるため、手続に時間を要し、迅速な対応ができない。これに対してICPOLルートによる場合、国家局である警察庁から直接、電子メール、ファクシミリ等を通じて、情報の送受信を行っているという<sup>(18)</sup>。もともと、ICPOLルートを通じて入手できる情報は、所在、身元、犯罪経歴等の照会に過ぎず、証拠の提供までは依頼できないので、それぞれの

表1 我が国が要請した捜査共助の相手国別嘱託件数 (昭和60年～平成6年)

国名	60年	61年	62年	63年	元年	2年	3年	4年	5年	6年
総数	—	3	2	3	6	5	8	9	16	17
韓国	—	—	—	—	—	—	2	1	—	4
イラン	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—
タイ	—	—	—	—	—	—	1	1	—	1
パキスタン	—	—	—	1	—	—	1	—	—	—
バングラデシュ	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—
フィリピン	—	1	1	—	—	1	2	1	—	1
香港	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2
連合王国	—	—	1	—	—	—	—	1	—	1
オーストリア	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—
スイス	—	—	—	—	—	—	—	1	—	—
ドイツ	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—
フランス	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—
アメリカ	—	2	—	1	4	3	1	4	12	6
ブラジル	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
オーストラリア	—	—	—	—	—	1	—	—	1	1
ニュー・ジーランド	—	—	—	1	—	—	—	—	1	—

法経研究四四巻四号 (一九九六年)

注 1 法務省刑事局の資料による。

2 「国名」には、地域を含む。

平成7年版 犯罪白書より

表2 国際犯罪に関する情報の発信、受信状況 (昭和60～平成6年)

区分	年次	60	61	62	63	元	2	3	4	5	6
	総数(件)	6,955	7,647	7,350	7,849	7,407	7,968	7,773	8,067	9,073	8,703
警察庁からの発信数	1,434	1,453	1,590	1,751	1,674	1,760	1,511	1,661	1,894	1,605	
警察庁の受信数	4,474	5,163	4,872	5,309	4,863	5,250	5,206	5,359	6,069	5,778	
国際手配書受理数	1,047	1,031	888	789	870	958	1,056	1,047	1,110	1,320	

平成7年版 警察白書より

長所短所を考慮に入れて利用する必要があることが指摘されている。<sup>(20)</sup>

## 2 司法共助による証人の召喚状送達、証人尋問等

一九八五年から九四年の一〇年間で、日本の裁判所が外国の裁判所に対して嘱託した司法共助は九二年以降、一件ずつの書類送達の嘱託が行われているに過ぎず、うち証人召喚状の送達は九三年にオーストラリアの裁判所に対する一件のみである。同じ期間中に外国の裁判所から日本の裁判所に対して嘱託された司法共助の受託件数は、合計二五件であり、証人召喚状の送達が三件、証人尋問が一七件であることと比較すれば、日本からの司法共助の嘱託は顕著に少ないことがわかる(表3)。ちなみに、一九七六年七月にカリフォルニア州連邦地裁で行われたロッキード事件における嘱託尋問が、日本が外国にある証拠を初めて入手した司法共助の事例であるといわれている。<sup>(21)</sup>

これに対し、やはり同期間中に、日本の裁判所の嘱託に基づいて外国駐在の日本領事館が行った刑事裁判関係書類の送達が一五件(うち一四件が証人召喚状)であり、こちらは比較的に利用されているが、うち一三件はアメリカを送達先国とするものである。(表4)

日本から外国に対する司法共助の要請が不活発である最大の原因は、条約や取決めが締結されていないことであろう。もつとも、外国からの司法共助の嘱託件数に比較しても数が顕著に少なくことから、裁判官や訴訟関係人の姿勢も影響しているように思われる。<sup>(22)</sup> とりわけ、証人尋問の嘱託については、極めて重大事件でその必要が大きい場合にしか、行っていないのではなからうか。

表3 外国の裁判所から我が国の裁判所に対し嘱託された司法共助の受託件数  
(昭和60年～平成6年)

年次	総数	書類の送達		証拠調べ等	
		内容	相手国	内容	相手国
60年	1	証人召喚状	ドイツ		
61	1	証人召喚状	イタリア		
62	1	被告人の召喚状	ギリシャ		
63	1			証人尋問	ドイツ
元	3	裁判書謄本	オーストリア	証人尋問	ドイツ・アメリカ
2	4	被告人の召喚状	ドイツ	証人尋問	アメリカ(2)・トルコ
3	6	証人召喚状	ドイツ	証人尋問	スイス・トルコ・ドイツ
		通知書(保釈金の没収)	ドイツ		
		被告人の召喚状	アメリカ		
4	2			証人尋問	ドイツ(2)
5	2			証人尋問	スイス・アメリカ
6	4			証人尋問	イタリア・ブラジル(3)

法経研究四四巻四号(一九九六年)

注 1 最高裁判所事務総局刑事局の資料による。

2 ( )内は、同一国から複数の嘱託がされた場合の件数である。

平成7年版 犯罪白書より

表4 我が国の裁判所からの嘱託に基づいて外国に駐在する我が国の領事等が行った刑事裁判関係書類の送達件数 (昭和60年～平成6年)

年次	件数	送達書類の内容	送達先国
60年	—		
61	1	公訴棄却決定書謄本	アメリカ
62	—		
63	—		
元	7	証人召喚状	アメリカ(6)・スペイン
2	4	証人召喚状	アメリカ(3)・シンガポール
3	—		
4	1	証人召喚状	アメリカ
5	1	証人召喚状	アメリカ
6	1	証人召喚状	アメリカ

三八二

注 1 最高裁判所事務総局刑事局の資料による。

2 ( )内は、同一の国に対し複数の送達を行った場合の件数である。

平成7年版 犯罪白書より

## (二) 裁判所の証人喚問努力と「供述不能」の基準

証人が国外にいる場合であっても、司法共助の手段を用いて、証人の召喚状を送達することが可能である以上、在外証人の喚問請求は、直ちに供述不能ということにはならない。それでは、裁判所は在外証人の喚問につきどの程度の努力を尽くす義務があるのだろうか。この問題も以前より、刑事法三二一条一項二号にいう供述不能の要件の解釈との関係で議論されてきたところである。以下、これまでに実際に問題となつたいくつかの判例を紹介する。

### ①東京高裁一九五二年一月二三日判決（高刑判特報三七号一四〇頁）

本件は、在外証人の例ではないが、占領軍要員の証人喚問請求がなされた事案であり、主権が及ばない点では共通している。これに対し、東京高裁は、「本件におけるVMマクアナスは極東軍犯罪捜査研究所の主席技師であり、かかる地位にある連合占領軍要員がわが国の裁判所の召喚に応じて公判廷に出頭しないことは当該裁判所管内における顕著な事実であるから原審が同人を召喚するまでもなく法廷への喚問を不可能であるとしてこれが喚問取調をなさなかつたことは適法な措置として是認されるべき」であると述べ、原審が証人の召喚状を送達しなかつたことを容認した。

ここからは、出頭しないことが裁判所にとつて顕著であるような特別な場合は、供述不能の判断の前提として、必ずしも召喚状の送付は必要でないという判断が伺える。

### ②東京高裁一九六〇年七月二一日判決（高刑集一三卷六号四九九頁）

本件事案は、検察官に対する供述調書の供述者が、原審第三回ないし第六回、第八回及び第九回公判期日にそれぞれ証人として召喚状又は勾引状を発布せられながら、何ら特別の理由がないのに、召喚に応じないか又は勾引状の執行を

不能ならしめ、出頭しないまま渡米したというものである。原審は供述者が国外に在ることを理由に、同人の檢察官に対する供述調書を採用した。この点を、弁護人は憲法三七条二項違反として争った。これに対し、東京高裁は、「供述者が国外に在る場合における右規定の適用に当つては、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つており、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、供述者が国外に在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情があれば十分であり、その供述者が「国外に在る」ようになった事情の如何を問題にする余地はないものと解すべきである」と述べた。

本件は、刑法三二一条一項二号にいう「国外に在る」との要件は、それに至つた経緯を問わず、供述者が国外に在る場合には充たされることを述べた判例として、その当否が批評の対象とされてきた。今日では、被告人の証人審問権保障の観点から、国外に至つた経緯も問われうることは先に述べたとおりである。裁判所の喚問努力との関係で重要であるのは、本件も「証人が近く帰国する予定であることが判つており、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、裁判所にそうする義務があることを示唆している点である。もし、ここに示された、証人喚問の実現が「著しく訴訟手続の進行を阻害する」か否かが、裁判所の証人喚問努力の基準とされるならば、外国における証人の所在が判明しているような場合で、司法共助の手続を経ること数カ月しか要しない場合は、証人喚問の努力を行うべきということになる。<sup>(四)</sup>

③東京高裁一九七三年四月二六日判決（高刑集二六卷二号二一四頁）

本件弁護人は、原裁判所が証拠として採用したAの検察官に対する供述調書は、原審において検察官が、Aは国外にいるため公判期日において供述することができないとの理由で証拠調べを請求したものであり、原裁判所がAの公判廷への出頭の可能性の有無について配慮せず、国外に在るということだけで安易にその証拠能力を認め証拠として採用したことは訴訟手続の法令に違反したものであると主張した。これに対し、東京高裁は、「刑法三二一条一項二号による検察官の面前における供述を録取した調書の証拠能力を認める条件としての『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』とは、供述者が国外にいるときはそれだけで条件を充たす意味でないことは所論のとおりであり」と述べ、弁護人の指示に従い、ソウル特別市大韓民国中央情報部気付で、韓国に対し証人召喚状の送達囑託を行った。(もつとも、結局、ソウル外務部からは、当該人物は大韓民国中央情報部に勤務したことなく、所在不明で召喚状の送達は不能であるとの返事を得たため、証人喚問は実施できなかった。)

本判例は、「供述者が(中略)国外にいるため」公判期日等において供述することができない旨の要件は、単に供述者が国外にいるだけでは足りず、可能な手段を尽くしてもなお公判期日等に出頭させることができないことを要するものと解すべきことを求めたものとして、次に紹介するロッキード事件児島・小佐野ルート第一審証拠決定などで引用されることになる。

④東京地裁一九七八年九月二二日決定(刑裁月報一〇卷九二一〇号一二五六頁)

本件はロッキード事件児島・小佐野ルート第一審証拠決定である。ここでは、贈賄側のコーチャン及びクラッター氏のアメリカにおける囑託尋問調書の証拠能力をめぐる争点のひとつとして、刑法三二一条一項一号前段及び三号に共通する「供述不能」の要件の存否が問題になった。この点につき、東京地裁は次のように判示している。「本件は、供述



者が国外にいる場合に当たるところ、「国外にいるため」とは「供述することができない」原因の例示であるから、供述者が国外にいても、任意に来日することを承諾する等の事情により公判期日等において供述することができる場合は右に当たらないこととなる。すなわち、刑事法定時に比し、交通手段が著しく発達し、国際交流も頻繁となり、国外渡航も日常茶飯事のこととなった現在においては、被告人の反対尋問権保障の趣旨を没却しないためにも「供述者が（中略）国外にいるため」公判期日等において供述することができない旨の要件は、単に供述者が国外にいるだけでは足りず、可能な手段を尽くしてもなお公判期日等に出頭させることができないことを要するものと解すべきである（東京高等裁判所昭和四八年四月二六日判決、高裁判集二六巻二号二一四頁）。

これを本件についてみれば、コーチャン及びクラッターは、いづれも米国に在在していた昭和五一年当時、渡米した東京地検検察官の米連邦捜査局（FBI）及び司法省を通じての二度に亘る事情聴取のための適宜な場所への出頭要請を拒否したのみならず、両名とも現在も米国カリフォルニア州に在在し、かつ東京地検検察官の裁判所から証人として出頭要請があつた場合任意に来日して出頭、証言する意思の存否についての問い合わせに対し、コーチャンは自ら、クラッターは弁護士を通じて、いづれも出頭を拒否し、任意に来日する意思がない旨回答していることが認められ、以上によればコーチャン、クラッター両名とも現在日本国外にあり、かつ裁判所の求めに応じて任意に来日して裁判所に出席、証言する意思のないことが明らかであるから、裁判所として最早可能な限りの手段を尽くしても、右両名を公判期日等に出頭させることができない場合に該当するものと言わざるを得ない。」

本決定に述べる、「可能な手段を尽くしてもない公判期日等に出頭させることができない」という基準により初めて、裁判所は可能な手段がある限りそれを尽くす義務があることが、明確に認められた。もっとも、この基準が、具体的事例との関係で、どの程度の努力を要求するものかはさらに検討を要する。本件の場合、裁判所は「コーチャン及びクラッ

ターは、…いずれも米国に在住していた昭和五一年当時、渡米した東京地検検察官の米連邦捜査局(FBI)及び司法省を通じての二度に亘る事情聴取のための適宜な場所への出頭要請を拒否したのみならず、兩名とも現在も米国カリフォルニア州に在住し、かつ東京地検検察官の裁判所から証人として出頭要請があつた場合任意に來日して出頭、証言する意思の存否についての問い合わせに対し、コーチャンは自ら、クラッターは弁護人を通じて、いずれも出頭を拒否し、任意に來日する意思がない旨回答していることが認められ、以上によればコーチャン、クラッター兩名とも現在日本国外にあり、かつ裁判所の求めに應じて任意に來日して裁判所に出頭、証言する意思のないことが明らかであるから、裁判所として最早可能な限りの手段を尽くしても、右兩名を公判期日等に出頭させることができないう場合に該当するものと言わざるを得ない。」と述べた。すなわち本件では、裁判所として出頭を要請するまでもなく、供述者の出頭に応じない意思が明らかであれば、可能な限りの手段を尽くしても、公判期日等に出頭させることができないう場合に該当すると判断されたことになる。<sup>(四)</sup>

### (三) 小括

以上、若干の判例を分析した結果からは、日本の判例は、在外証人の喚問のためには、可能な手段を尽くす必要はあるものの、裁判所が司法共助を利用して召喚状を送達することが絶対必要とされているわけでもないことが分かる。そこで、一九七八年の東京地裁決定で示された基準を、さらに具体化して行くことが今後の課題として残されている。裁判所に司法共助の利用が常に要求されていない最大の理由としては、現実的に司法共助の方法につき、明確な手続が定められていないことが考えられる。刑事司法共助に関するヨーロッパ条約にみられるよう、本来、外国にいる証人を召喚する場合、それが実効的であるためには、召喚に応じた場合に支給される日当、旅費および滞在費の概算額の明記や

前払いが可能なことの明記、証人が被拘禁者である場合の移送手続、請求国内での自由滞在の保障など、召喚された証人が安心してそれに応じられるような諸制度が整備されなくてはならない。<sup>(4)</sup> これらの保障なくして、任意の出頭を求めに過ぎない召喚状の送達に実効性は期待しがたい。それが続く限り、国際司法共助の重要性が裁判所や当事者に認識されることもありえないだろう。外国人事件の増加により、国外に重要な証人がいるケースも増加している今、有効な刑事訴追という目的だけでなく、被告人の防御権保障をはかる上でも、刑事司法共助に関する条件整備が真剣に検討される必要が生じている。

また、最高裁はロッキード事件丸紅ルート上告審の判決において、刑事免責を付与して得られた外国の裁判所による囑託証人尋問調書の証拠能力を否定したことからわかるよう、外国における証拠調べの場合は、法制度の違いに事前の配慮を欠けば、せつかくの司法共助も無駄になりかねない。刑事司法共助の利用の活性化のためには、多くの検討課題が残されている。

注

(1) 藤永幸治他編『国際・外国人犯罪』（東京法令出版、一九九五年）一三四―六頁（勝丸充啓）。

(2) 栗田正「国外にいる証人の検察官に対する供述録取書を証拠として採用することと憲法第三七条第二項」最高裁判例解説昭和三十六年度六一頁、森井暉「国外にいる証人の検察官に対する供述録取書の証拠能力」関西大学法学論集一三巻一号八〇頁、松浦秀寿「外国旅行中の供述調書」証拠法大系Ⅲ一四五頁、東京地決一九七八年七月二日判時九〇四号一四頁など。

(3) 上口裕「証人の国外退去強制と証人審問権」南山法学九巻三号二七五頁、田口守一「供述者が『国外にいる』に至った事由

と刑訴法三二一条一項二号前段」昭和六〇年度重要判例解説一八四頁。

(4) 河上和雄「刑訴法三二一条一項二号前段の供述不能と強制退去（単に国外にいるだけでは足りないか）」判例タイムズ五六六号三九頁。

(5) 参照、大阪高裁一九八六年四月一八日判例時報二二三号一四四頁、大阪高裁一九八九年一月一〇日判例タイムズ七二九号二四九頁、なお、それ以前の同旨の最高裁判例として、青柳文雄・最高裁判例解説刑事編昭和三二年度一三一事件の解説五三八頁。

(6) 上口裕「証人の喚問不能と訴追機関の証人提出義務」南山法学五卷四号三五頁。

(7) 同前三六一七頁。

(8) 同前三八頁。

(9) 同前四九一五三頁。

(10) 大阪高判一九八九年一月一〇日判タ七二九号二四九頁。

(11) 「座談会」外国人事件と刑事手続」ジュリスト一〇四三号二七頁、鬼束忠規「入管行政と外国人刑事事犯および刑事手続」季刊刑事弁護四号五五頁。

(12) 上口裕・前注(6)五二一三頁。

(13) 光藤景皎「刑事法学の動き―上口裕『証人の喚問不能と訴追機関の証人提出義務』南山法学五卷四号（一九八二年）」法律時報昭和五八年二月号一三九頁。

(14) 同前一三九頁。なお、上口裕「身許不詳者の公判外供述と証人審問権」（一）、（二・完）南山法学三卷三号一二三頁、同四卷三号一頁には、証人審問権のより詳細の考察がなされている。

刑事訴訟における外国人証人の喚問をめぐる法的问题

- (15) 森下忠『国際刑法入門』（悠々社、一九九三年）一七頁。
- (16) 刑事司法共助の意義と歴史については、森下忠『国際刑事司法共助の研究』（成文堂、一九八一年）一頁以下を参照。
- (17) 二国間共助取決めについては、最高裁事務総局編『国際司法共助執務資料』（法曹会、一九九二年）に詳しい。
- (18) 平成七年版犯罪白書一六一頁。
- (19) 平成七年版警察白書三〇四頁。
- (20) 藤永幸治他編・前注(1)七一頁、一四七頁
- (21) 森下忠・前注(5)九四頁。
- (22) 松井仁「中国人密入国事件にみる控訴審の弁護活動」季刊刑事弁護四号八〇頁には、弁護団の強い抗議により、裁判所が中国に強制送還された証人に対する、司法共助による召喚状送達の可能性を検討したことが紹介されている。
- (23) 本件の上告審判決として最判一九六一年三月九日刑集一五卷三号五〇〇頁。
- (24) 地裁の判断は、控訴審である東京高裁一九八四年四月二七日判決（高刑集三七卷二号一五三頁）においても支持されている。
- (25) 刑事司法共助に関するヨーロッパ条約の照会については、森下忠『国際刑法の新動向』（成文堂、一九七九年）一九三頁以下を参照。さらに、「自由滞在」についての解説として、森下忠『国際刑事司法共助の理論』（有斐閣、一九八三年）一七三頁、同「外国にいる証人の証言を得るための方策」ジュリスト九二二号四七頁を参照。
- (26) 最大判一九九五年二月二日判時一五二七号三頁、判タ八七七号一二九頁。本件評釈として、渥美東洋「一九九五年二月二日のロッキード事件最高裁判所の判決への一つの見方と批評」警察学論集四八卷四号一頁、甲斐行夫「ロッキード丸紅ルート事件最高裁判決」警察公論五〇巻六号三四頁、長沼範良「嘱託証人尋問調書の証拠能力」法学教室一七七号二四頁、井上正仁「刑事免責と嘱託証人尋問調書の証拠能力（1）および（2）ジュリスト一〇六九号一三頁および同一〇七二号一四〇頁、

河上和雄 ロッキード事件丸紅ルート最高裁判決」判時一五二七号一六四頁などがある。

\*本稿は一九九四年四月から三年間、文部省科学研究費補助金（一般研究B）を交付された共同研究（研究者代表：名和鐵郎）「外国人犯罪の現状と刑事政策的課題」の研究成果の一部である。