

被告人質問終了後に作成された被告人の検察官に 対する供述調書の証拠能力が否定された事例

(福岡地裁平成15年6月24日判決, 有罪(確定), 判時1845号158頁掲載)

伊藤博路

一 事実の概要

被告人は、氏名不詳者と共謀の上、覚せい剤を日本に輸入しようと企て、覚せい剤7895.71グラム（以下、①の覚せい剤という）とこれとは別に取り分けた覚せい剤76.22グラム（以下、②の覚せい剤という）をスーツケース内に隠匿携帯し、香港国際空港で日本行きの航空便に搭乗する際に、上記スーツケースを、機内預託荷物として航空会社従業員に運送委託し、これを日本に持ち込んだ。しかし、福岡空港内入国検査場で通関検査を受ける際に上記各覚せい剤を係員に発見されたため、密輸入の目的を遂げることはできなかった。被告人は、本件覚せい剤のうち、①の覚せい剤については営利の目的を認めていたが、②の覚せい剤については、第2回公判期日の被告人質問まで営利目的を否定していた。

本件は、第1回公判期日において、検察官の請求による証拠調べが行われたが、冒頭陳述終了後、検察官は、②の覚せい剤についても営利目的で輸入したのとして起訴していること、被告人が覚せい剤を取り分けたのは運んだものが覚せい剤であることを関係者に確認させたためであると釈明した。第2回公判期日において弁護人の請求による証拠調べと被告人質問が行われ、弁護側立証も終了し、第3回公判期日において、論告と弁論が行われる予定であった。ところが、検察官は、被告人質問が終了した第2回公判期日後に、

被告人質問終了後に作成された被告人の検察官に対する供述調書の証拠能力が否定された事例

否認している共犯者を起訴するためには被告人の供述が必要である旨を被告人に告げてその協力を求め、被告人自身の本件被告事件に当該検察官調書が提出されることを説明することなく、また、弁護人の立ち会いや同意を求めるところもなく、被告人を被疑者として取り調べた上で、それまでの被告人の捜査段階および公判段階での供述と相反する内容の検察官調書（以下、本件検察官調書という）、すなわち、取り分けた覚せい剤についても被告人に営利目的があったことを認める旨の本件検察官調書を作成し、その供述調書を第3回公判期日において証拠として請求し、弁護人がこれに同意したため、裁判所は証拠として採用決定の上で取り調べた。しかし、その後、本件検察官調書の証拠能力が問題となった。

二 判旨

福岡地裁は、本件検察官調書の証拠能力について、起訴後の被告人に対する捜査官の取調べの適法性に関する2つの最高裁決定を取り上げ、次のように判示した。すなわち、「本件検察官調書は、公判における被告人質問の後に、被告人質問によって更に明白になった捜査の不備を補完するために、弁護人の援助を受けることなく作成されたものであることが明らかである。このような検察官の取調べは、弁護人の防御権を奪い、憲法37条1項、3項の精神を没却し、被告人の当事者としての地位を侵害するものであるのみならず、従前公判期日で行われた被告人質問を全く無意味ならしめ、刑事訴訟法の当事者主義や公判中心主義にも反するものであることが明らかであると言わなければならない、このような取調べの結果作成された本件検察官調書には証拠能力は認められない」。

そして、職権により刑事訴訟規則207条を適用して、本件検察官調書を排除し、②覚せい剤については、被告人に営利目的があったと認定するには、合理的な疑いを容れる余地が十分にあるといわなければならない、と述べた。

三 研究

1 はじめに

本件では、被告人質問終了後に作成された検察官調書の証拠能力が問題とされた。本件検察官調書作成の際の取調べでは、否認している共犯者を起訴するためとして被告人に取調べへの協力を求めたが、本件検察官調書は被告事件に提出されているのであるから、本件での取調べは起訴されている当該公訴事実についての被告人取調べと見なければならぬ。このように、本件においては、直接的には、本件検察官調書の証拠能力が問題とされたが、これを検討する前提として、被告人への当該公訴事実についての取調べの可否が問題とされるということになる。なお、本件では、いわゆる余罪についての被告人への取調べの問題とは異なる側面も持つ。被告人への取調べの可否についての判断基準を検討する際に、当事者主義を中心とする視座からは、(否定説も十分ありうるが、仮に肯定説を採るとしても)その許容要件はより厳格とされるべきである。

本稿では、まず、第1回公判期日後に検察官が当該公訴事実について被告人を取り調べることができるか、という点について、本判決でも引用された2つの最高裁判例を中心に検討し、その後に本判決における証拠排除の判断基準を中心に本件検察官調書の証拠能力について若干のコメントをしたい。なお、起訴状一本主義(刑訴法256条6項)との関係で第1回公判期日の前後を分けて考える必要もあるため⁽¹⁾、本件で争点となった第1回公判期日後の問題点を主たる考察の対象とする。

2 被告人に対する取調べの適法性について

捜査機関が起訴後にも被告人を取り調べることができるか否かについては、刑訴法上規定はない。被告人に対する当該被告事件の取調べの可否について

は、従来から積極・消極の両説あるが⁽²⁾、最高裁は、昭和36年11月21日第三小法廷決定（刑集15巻10号1764頁）で、積極説を採った⁽³⁾。事案は、窃盗同未遂被告事件であるが、検察官の取調べに対してなされた被告人の供述は任意にされたものではないから検察官調書には証拠能力はない旨の弁護人の主張が、刑訴法405条の上告理由に当たらないと判示した際に、カッコ内のお書きではあるが、「刑訴197条は、捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる旨を規定しており、同条は捜査官の任意捜査について何ら制限をしていないから、同法198条の『被疑者』という文字にかかわらず、起訴後においても、捜査官はその公訴を維持するために必要な取調を行うことができるものといわなければならない。なるほど起訴後においては被告人の当事者たる地位にかんがみ、捜査官が当該公訴事実について被告人を取り調べることはなるべく避けなければならないところであるが、これによつて直ちにその取調を違法とし、その取調の上作成された供述調書の証拠能力を否定すべきいわれはなく、また、勾留中の取調べであるのゆえをもつて、直ちにその供述が強制されたものであるということもできない。本件において、第一審判決が証拠に採用している所論被告人の検察官に対する昭和35年9月6日付供述調書は、起訴後同年9月7日の第1回公判期日前に取調がなされて作成されたものであり、しかも、右供述調書は、第一審公判において、被告人およびその弁護人がこれを証拠とすることに同意している。したがつて、原判決には所論のような違法は認められない」と述べたのである⁽⁴⁾⁽⁵⁾。そして、この最高裁決定では、起訴後ではあるが第1回公判期日前に取調べがなされていること（以下、①の要件という）、被告人・弁護人の同意があること（以下、②の要件という）を、取調べの可否の判断基準としているようにも読める。なお、取調べの可否と述べたが、判示事項から明らかなように、上記要件は、当該取調べで作成された供述調書の証拠能力に関わる。

他方、最高裁は、公職選挙法違反被告事件で、弁護人が起訴後第1回公判期日前に被告人を取り調べて作成された検察官調書は違法な手続によつて取

集された証拠として排除されるべきである旨主張した、昭和57年3月2日第二小法廷決定（裁判集225号689頁）において、所論引用の最高裁昭和36年決定は、「起訴後においても、捜査官はその公訴を維持するために必要な取調を行うことができることを認めたものであり（記録によれば、所論起訴後における被告人の取調が本件公訴を維持するために必要なものであつたことが明らかである。）、起訴後においては被告人の当事者たる地位にかんがみ、捜査官が当該公訴事実について被告人を取り調べることはなるべく避けなければならないことを判示してはいるが、それ以上に、起訴後作成された被告人の捜査官に対する供述調書の証拠能力を肯定するために必要とされる具体的な要件を判示しているとは解せられない」と判示した。この判示事項を素直に読めば、最高裁は、被告人の取調べはなるべく避けなければならないが、どのような場合にそれが許されるのか、あるいは許されないのかについては何も述べていないことになる。

この点については、福岡地裁は、「昭和57年決定によると、昭和36年決定の上記①及び②の各要件は不要であるとも解されるが、昭和57年決定は、上記のとおり起訴後第1回公判期日前の取調べの事案であることからして、その判例の射程距離は、起訴後第1回公判期日前の捜査官の取調べに関する事案に限定して②の要件を不要としたものであると理解するのが相当である」と述べている。すなわち、福岡地裁は、昭和36年決定の射程範囲を、第1回公判期日前の取調べに限定し、その場合には②の要件である同意を要しないと解したのである。昭和36年決定の射程範囲をこのように限定的に理解することについては、上記判示事項が一般的な事柄に関係することからすれば、異論もあろう。また、そもそも、同意が要件となりうるのかの検討も必要と思われる。

ところで、福岡地裁は、上記判示に続いて、起訴後第1回公判期日後の被告人の取調べには一定の制約があると述べている⁶⁾。これまでの判例・学説では、第1回公判期日後の被告人の取調べの許容性に関して、これを否定するものから一定の要件のもとに許容する見解が示されてきた。

まず、第1回公判期日前に限り、文字通りの任意捜査の範囲内で許されるが、第1回公判期日後、検察官が被告人の供述を得る必要があるれば、被告人質問によるべきであるとする取調べを否定する見解がある⁽⁷⁾。また、否定説を採る判例としては、大阪高裁昭和49年7月18日判決（判時755号118頁）、大阪高裁昭和50年9月11日判決（判時803号24頁）がある。後者の大阪高裁昭和50年9月11日判決では、汽車往来危険、爆発物取締罰則違反等被告事件において、「起訴後捜査官が当該事実について被告人を取り調べることは、できるかぎりこれを避けるべきはもとよりのことであるけれども、これによって直ちにその取調が違法であるというべきではなく、ただその場合の取調は被告人の防禦権を実質的に侵害しないよう必要最小限度にとどめるべきであり、ことに被告人が現実に検察官と対等の当事者としての活動を開始する第1回公判期日後は許されないものと解するのが相当である」と述べられているが、当事者主義、被告人の防禦権の点から、否定説の立場を採るものと解せられる。

他方、大阪高裁昭和43年12月9日判決（判時574号83頁）では、詐欺、同未遂等被告事件において、「被告人が自らその防禦権を放棄することまでも禁止するものではないと解するので、被告人が全く任意（自発的に近い程度に）に検察官（ないし警察官）のもとに出頭してその取調に応ずる場合にかぎって、これを取り調べるものが許されるものと解するのが相当である。従って、検察官（ないし警察官）が起訴後において被告人を当該公訴事実に関して取り調べるのは、被告人が自ら供述する旨を申し出て取調を求めたか、あるいは、取調のための呼出に対し、被告人が取調室への出頭を拒み、または出頭後いつでも取調室から退去することができることを十分に知ったうえで、出頭し、取調に応じた場合にかぎられるのであって、このことは、被告人がたとえ勾留されている場合においても異なるところはない。そうだとすれば、検察官（ないし捜査官）が起訴後に被告人を当該公訴事実に関して取調べようとするときは、被告人が、取調室への出頭を拒み、または出頭後いつでも取調室から退去することができる旨を十分に知っていたことを認

めうる特段の事情がないかぎり、あらかじめ、被告人に対してその旨を告知することを要するものと解すべきである（中略）。そして、以上に述べたところに違反する被告人の取調は違法であり、これによって作成された供述調書は、現行刑事訴訟法の訴訟構造に反し、かつ被告人の防禦権を侵害するものであって、法の適正な手続を保障する憲法31条に違反するものであるから、証拠能力を有しないものと解すべきである」とし、任意であれば認められるとしつつ、厳格な要件を提示している⁽⁸⁾。一般論としては、任意であれば認められるとの立場は、任意かどうかの判断が困難となりうるであろうから、運用によっては被告人の防禦権保障を弱めることになる危険を払拭することは難しいように思われるが、同判決では、厳格な要件を示そうとしている点は評価されよう⁽⁹⁾。被告人に対する上記告知を必要的に解していることも注目される。

また、第1回公判期日後の取調べに関する事案ではないが、弁護人の立会いを要件とする裁判例が注目される。すなわち、東京地裁昭和50年1月29日決定（判時766号25頁）は、「被告人は、公判廷においては、当事者として弁護人の立会のもとで供述する権利があり、かつこの権利は当事者としての地位にとって基本的なものというべく（憲法37条3項参照）、したがって、被告人である以上は被疑者段階とは異なり、右権利の保障は原則として公判廷外での捜査官による任意捜査についても及ぶものと解するのが相当である。すなわち、被告人が任意に取調に応ずる場合でも、本件のように、任意的弁護事件でいまだ弁護人が選任されていない場合は、捜査官が被告人に対して弁護人選任権を告知したのみでは十分でなく、さらに、弁護人の選任を希望するならば弁護人の選任がなされた後その立会の下で取調を受けることをも告知する必要がある、そのうえで、被告人が弁護人の立合は必要でない旨を明示して取調に応じた場合等の特別の事情のない限り、捜査官が弁護人を立ち合わせることなく当該被告事件について取調をすることは、訴訟の当事者としての被告人の本質的権利である、弁護人の弁護を受ける権利を奪うことになり、被告人に対する任意捜査の方法として許されないものというべきで

ある」と判示した。これは、公判廷で被告人が供述する際の弁護人の立会いを、被告人という点での共通性から権利として公判廷外に拡充しようとする考え方であろう。被告人の公判廷外での取調べに弁護人の立会いを認める明文の規定はないが、防御権保障の点からは優れた見解である⁽¹⁰⁾。

ところで、大阪高裁昭和43年判決および東京地裁昭和50年決定は、いずれも当該供述調書の証拠能力を否定している。前者は、上記判示事項の要件の充足を認めがたいので、供述調書は証拠能力を有しないものというほかはないとし、後者は、判示事項の要件を認めることができないから、結局供述調書は違法な取調べによって作成された疑いが強く、公判において証拠とすることに同意もなされていないので、証拠採用できないとした。

さて、第1回公判期日後の被告人の当該事件に対する取調べの可否に関して、福岡地裁は、被告人の防御権、当事者主義、公判中心主義に反するか否かを基準とされていると解されるが、この点を中心に以下で検討を加える。

3 本判決へのコメント

本判決の意義は、起訴後、とりわけ第1回公判期日後の検察官による取調べのもとに作成された調書の証拠能力を否定したことにある。

本判決における証拠排除の判断基準は必ずしも明確ではないが、被告人の防御権、当事者主義、公判中心主義に反するか否かが基準とされていると解される。被告人の防御権、当事者主義については、これまでの判例でもしばしば取り上げられていた点である。他方、公判中心主義について触れられていることは、注目に値する⁽¹¹⁾。

ところで、三点とも刑事訴訟法の最も重要とされる基本的要素の一つであるが、本件のような場面で具体的に問題とされる点は必ずしも明確ではないように思われる。まず、被告人の防御権については、本判決では、あくまで検察官調書の証拠能力の問題として論じていることからすれば、自白の「任意性」の担保を内容とするとも解される。当事者主義については、弁護人の

取調べへの立会権の保障が具体的内容であるように思われる⁽¹²⁾。公判中心主義は、実質的な審理が開始された段階での被告人への当該公訴事実の取調べを否定する根拠の一つとなるように思われる⁽¹³⁾。この点、公判中心主義によって、被告人取調べへの抑制的解釈の根拠付けが補強されたといえよう⁽¹⁴⁾。

また、本判決の意義を考える際に注意が必要と思われるのは、仮に被告人に対する取調べが否定された場合に、そこで作成された調書の証拠能力の否定を直接的に導き出されるのか、という点であろう。「取調べが違法であるから証拠排除」と判示しているのであればともかくとして、そうでない場合には、別の解釈の余地もあるように思われるからである。本判決での判示事項は、この点が必ずしも明確ではなく、任意性のないことは違法性を推定させるから、検察官調書の証拠能力判断の際に、上記のような点を取り上げつつも、結局のところ被告人の供述の「任意性」を判断要素とし、これを否定したものと解されるのではないだろうか。

なお、調書への同意の有無については、被告人の取調べの適法性との関係で、それが当該調書の証拠能力判断とは本来関係がないのではないかと考えられ⁽¹⁵⁾、理論的な検討が求められよう⁽¹⁶⁾。

注

- (1) もっとも、第1回公判期日の前後で分けて考える立場には、必ずしも合理性があるわけではない。下村幸雄「公訴提起後の取調べを録取した供述調書」熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅲ』（日本評論社、1970年）258頁参照。しかし、少なくとも実務では、当該被告事件について被告人を取調べることができないとの立場を採ってはならず、実質的な審理が開始されるかどうかの第1回公判期日前後で分ける考え方は有意義であるといえよう。また、被告人取調べを積極的に解しつつ、第1回公判期日後はこれを不可とする立場を、中間説と称される。松岡正章「被告人の取調べ」判例タイムズ296号42頁（1973年）参照。
- (2) 現行刑訴法の立案担当者は、当該被告事件についての被告人の取調べについて消極に解していた。すなわち、司法研修所（宮下明義）『新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ』（1949年）53頁では、捜査機関が、被告人に対する当該被告事件の取調べを行うことは、現行刑訴法が特に被告人の当事者としての地位を強化していることと相容れ

被告人質問終了後に作成された被告人の検察官に対する供述調書の証拠能力が否定された事例

ないので、刑法198条1項に基づく被疑者の出頭要求および取調べは、公訴提起後被告人に対してこれを行うことはできない、と述べられている（なお、当該公訴事実以外の被疑事実についての被告人の取調べはもちろん差し支えないとされる）。しかし、実務の立場からはその必要性が認められるようになっていった。捜査機関側から見れば、被告人の取調べが絶対に許容されないと解するのは狭すぎるということになろう。長島敦「捜査機関による被告人の取調べは許されるか」法学セミナー1962年5月号（74号）61頁。

- (3) 最高裁昭和36年決定以前の判例・学説の状況について、吉川由己夫・最高裁判所判例解説刑事篇昭和36年度78事件286頁参照。また、その後の議論状況については、田口守一「被告人の取調べ」井戸田侃編集代表『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社、1991年）489頁、久岡康成「被告事件についての被告人の取調べについて」立命館法学275号196頁（2001年）を参照。田口論文（494、495、497頁）は、被告人取調べについて、公訴提起後の捜査の必要性も例外的に承認せざるをえないであろうとされ、最高裁昭和36年決定に従って多くの下級審判例は、刑法197条1項を根拠に被告人取調べを承認するが、その取調べの条件を厳格に規制しようとしているとされ、いわば厳格規制説とでもいうべき傾向にあるといえよう、と評価される。
- (4) ただ、この事案においては、被告人が検察官あてに召喚願と題する書面を提出し自ら供述したいと申し出ており、被告人が任意に取調べに応じた事情があった。
- (5) また、永野義一「起訴後の取調べ」河上和雄編『刑事裁判実務大系第11巻犯罪捜査』（青林書院、1991年）560頁では、最高裁昭和36年決定の趣旨にしたがって、起訴後に無制限に被告人に対する被告事件の取調べを行う事例は皆無になっているとされる。
- (6) 「起訴後第1回公判期日後の被告人に対する捜査官の取調べに関する最高裁の判例はなく、むしろ、昭和36年決定及び昭和57年決定が、『起訴後においては、被告人の当事者たる地位にかんがみ、捜査官が当該公訴事実について被告人を取り調べることはなるべく避けなければならない』と重ねて判示していることにかんがみると、被告人に対する起訴後第1回公判期日後の取調べを無条件で全面的に許容しているとは到底解されない」と述べている。
- (7) 石井一正『刑事実務証拠法 [第3版]』（判例タイムズ社、2003年）5-6頁。なお、もちろん、起訴後被告人の取調べを否定する多くの学説の立場からも消極に解される。
- (8) この裁判例は勾留中の被告人の捜査機関による取調べの事案であったが、最高裁

昭和36年決定直後の大阪高裁昭和36年12月27日判決（高刑集14巻8号584頁，判時289号37頁）では，すでに保釈となった被告人について，公判手続に支障を及ぼさず，かつ，被告人の防御に影響を及ぼさないかぎり第1回公判期日後に被告人の取調べを行っても差し支えないと判示された。

- (9) また，起訴後の被告人への当該公訴事実での取調べについて，最高裁昭和36年決定を引用しつつ，同様に任意の取調べをなしうるに止まると述べているものとして，大阪高裁昭和43年7月25日判決（判時525号3頁）参照。
- (10) もっとも，最高裁の判断が一応示されたにもかかわらず，その後の判例がなお流動的であることは問題の根が深いことをうかがわせるに十分である。その意味で，上記判例を参考としつつ，弁護人の立会いを原則として求めた上で，被告人への立会権に関する告知とその放棄に基づく完全な任意性が認められる取調べの場合を例外とするとする考え方も望ましい方策の一つというべきであろう。松本一郎「起訴後の捜査の限界」同『事例式演習教室刑事訴訟法』（勁草書房，1987年）48頁参照。また，最高裁昭和36年決定を受けて，起訴された事実については，被告人の当事者たる地位にかんがみ取調べをなるべく避けるべきであるが，被告人の防御権への影響およびその事件についての裁判所の審判への支障を生じないかぎり，被告人への被告事件の取調べは差し支えないと解される。後者の点については，裁判所の判断に待つとするのが妥当であるので，少なくとも第1回公判期日後は被告人の取調べについて裁判所の了解を求めるべきであろう，との見解も見受けられる。小野清一郎ほか『ポケット注釈全書刑事訴訟法（上）[新版]』（有斐閣，1986年）438頁。
- (11) なお，最高裁昭和36年決定の数日後に判決が下された大阪高裁昭和36年11月27日判決（高刑集14巻8号584頁，判時289号37頁）では，当事者主義，防御権とともに，「裁判所が主体となつて公判中心主義に立脚して公判手続を進めるものであるから」と公判中心主義をも取り上げつつ，捜査官の起訴後における取調べを無制限に許容することはできないと述べた上で，被告人取調べが，公判手続に支障を及ぼさず，かつ被告人の防御権に影響を及ぼさない限度内という一定の条件の下に，第1回公判期日後の取調べも差し支えない旨を明言した。このように積極説に立つものではあるが，裁判例でも，公判中心主義に触れられているものがなくはない。
- (12) もちろん，当事者主義によって導かれる具体的帰結はこの点に限られるものではない。鴨良弼・判例評論45号8頁（1962年）では，被告人自体から供述証拠を採取する手続は，現行法では裁判所にのみ与えられていると述べられている。
- (13) 本件判例との関係では公判中心主義をこのように位置づけることができよう。もちろん，公判中心主義の理念は，第1回公判期日前後を問わず被告人取調べに関係

被告人質問終了後に作成された被告人の検察官に対する供述調書の証拠能力が否定された事例

すると解せられる。下村・前掲注（1）257頁参照。当事者主義，公判中心主義を徹底すれば，被告人は，かりに完全な意味で任意のものであっても，もはや捜査官の取調べの対象とはなりえないということもできよう。兒島武雄「公訴提起後の検察官による被告人取調」佐伯千仞編『生きている刑事訴訟法』（日本評論社，1965年）82頁。

- (14) 当事者主義と公判中心主義との関係について，久岡・前掲注（3）207-208頁は，被告事件の取調べに関して論じられている当事者主義については，当事者的対立になっている訴訟の本質（弾劾主義）と弁護人依頼権の保障として理解されるべきであるとし，被告人の取調べを公判中心主義の見地から許されないとする見解も，同様の立場を採るものであろうとされる。
- (15) 田宮裕「起訴後の取調」熊谷弘ほか編『捜査法大系Ⅰ』（日本評論社，1972年）273頁参照。
- (16) なお，本判決の評釈として，福田尚司・研修672号27頁（2004年），中川孝博・法学セミナー594号119頁（2004年），上田信太郎・受験新報641号16頁（2004年）がある。