

公判期日前の証人尋問制度再考の必要性(補論)

—欧州人権裁判所Schatschaschwili大法廷判決をふまえて—

小 山 雅 亀

- I はじめに
- II 欧州人権裁判所Al-Khawaja大法廷判決
 - A Al-Khawaja大法廷判決に至る経緯
 - B Al-Khawaja大法廷判決
 - C 小括
- III 欧州人権裁判所Schatschaschwili大法廷判決
 - A 事案の概要
 - B 当事者の主張
 - (A)申立人の主張
 - (B)国側の主張
 - (C)チェコ政府の意見書
 - C 大法廷判決——法廷意見の示す一般原則
 - (A)一般原則の要約
 - (B)Al-Khawaja大法廷判決が示す3段階の関係
 - (C)3段階のテストの各々に関する原則
 - D 大法廷判決——法廷意見が示す一般原則の具体的事案へのあてはめ
 - (A)証人OとPの公判への不出頭に十分な理由はあるか
 - (B)当該証拠は有罪判決にとって唯一又は決定的か
 - (C)弁護側が被った負担を埋め合わせる要素が存在しているか
 - E 大法廷判決に付されたその他の意見
 - (A)4名の裁判官の補足意見

(B)6名の裁判官の反対意見

(C)1名の裁判官の反対意見

F 小括

IV 我が国の第1回公判期日前の証人尋問という制度について

A 近年における本制度をめぐる議論

B 証人尋問制度について

C 人権裁判所の判例からの示唆

V 結びに代えて

[追記]新たな人権裁判所の判例——Seton第1小法廷判決

I はじめに

論者は、欧州人権裁判所とイギリスの裁判所における証人審問権と伝聞法則をめぐる若干の判例の分析を通して、我が国の公判期日前の証人尋問制度を検討するための視座を求めたことがある⁽¹⁾。ただ、前稿の脱稿後この点に関する重要と思われる欧州人権裁判所大法廷判決に接したので⁽²⁾、この判決をやや詳細に紹介するとともに、前稿での検討に若干の補足を加えたい。

-
- (1) 拙稿「研究ノート：イギリスの裁判所と欧州人権裁判所との伝聞法則をめぐる『対話』」西南学院大学法学論集 48 卷 3=4 号 (2016 年)349 頁以下：「公判期日前の証人尋問制度再考の必要性」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(下)』(2016 年)273 頁以下
- (2) Schatschaschwili v Germany [2015] ECHR 1113.

II 従来の判例の流れ——欧州人権裁判所 Al-Khawaja 大法廷判決

欧州人権裁判所(以下「人権裁判所」という)の欧州人権条約(以下「人権条約」という)6条をめぐる判例の流れは複雑ではあるが、後述する Al-Khawaja 大法廷判決に集約されていると思われる⁽¹⁾。以下では同判決に至る経緯と同判決を要約しておきたい⁽²⁾。

A Al-Khawaja 大法廷判決に至る経緯

(1) 医師である申立人 Al-Khawaja は、催眠療法中の女性患者 2 名 (ST および

VU)に対する強制猥褻(indecent assault)を理由に起訴されたが、STは、警察の取調において証人陳述書(written witness statement)が作成された後⁽³⁾、公判前に(当該犯罪とは無関係な理由で)自殺した。イラン系住民である申立人Taheryは、同じくイラン系住民であるSに対する意図的的重大傷害(wounding with intent)で起訴されたが、その事件の(おそらく唯一の)目撃者であるTは、警察の取調に応じた後——イラン系住民のコミュニティ内での犯罪であることに起因する理由から——公判に出廷できない程恐れているとして、公判廷には出廷しなかった。STおよびTの証人陳述書が結果として許容され⁽⁴⁾、Al-KhawajaおよびTaheryは有罪とされたので、人権条約6条違反を理由に人権裁判所に審査を申し立てた。

(2)申立を受けた人権裁判所第4小法廷は、人権条約6条についての人権裁判所の伝統的なルールである「唯一又は決定的ルール」を用いた。すなわち、人権裁判所は、この問題についての判断に際して「捜査段階においても公判段階においても、被告人が尋問するあるいは尋問させる機会を有しない者によってなされた供述を録取した書面のみに又はそれに決定的に有罪判決が依拠している場合には(where a conviction is based solely or to a decisive degree on deposition)、人権条約6条の保障と適合しない程度に、防御の権利は制約されている」とのルールを用いてきた⁽⁵⁾。

(3)本件についての第4小法廷判決の要旨は以下のとおりである。人権条約6条3項(d)の「自己に不利益な証人を尋問し又は尋問させる」権利は、刑事上の罪に問われているすべての者に与えられなければならない最低限の権利である。原則として(in principle)被告人は、自己に不利益な供述をした者に対して、供述の時点で又は後の時点で異議を申立て尋問するための適切で十分な機会を与えられなければならない。この機会を与えられていない者の供述書のみに又は決定的に有罪判決が依拠している場合には、被告人の権利は人権条約6条に保障と合致しない程度に制約されている。本件におけるいずれの有罪判決も、STおよびTの供述書に少なくとも決定的に依拠している。ただこれを前提にしても——例えば原供述者の恐怖が被告人に起因しているといった——特別な埋め合わせるべき要素

(counterbalancing factors)があれば、6条違反とならない可能性も残されているが、いずれの事件においてもこれらの要素は存在しないとして、申立人兩名に対する人権条約違反を認めた⁽⁶⁾。

(4)自国の法律に従って原供述者の証人陳述書の証拠能力を認めたことが人権条約6条違反になると認定されたイギリス政府は、大法廷への付託を申立てるとともに、イギリスの控訴院及び最高裁は、人権裁判所の大法廷に対して情報を提供し、その判断に影響を及ぼすことを期待して、Horncastle判決で対応した⁽⁷⁾。

B Al-Khawaja大法廷判決

以下では、大法廷判決の要旨を示す。

(1)人権条約6条3項(d)の保障は、同条1項の「公正な裁判を受ける権利」の一側面であって、手続の公正さを判断する際の一要素であるが、有罪とするためには「当事者主義的な議論がなされるはずの公開の審理において被告人の面前で不利益な供述がなされる」ことが原則である。そのために、①証人の公判不出頭には十分な理由(good reason)がなければならず⁽⁸⁾、②被告人が——捜査段階であれ公判段階であれ——尋問し又は尋問させる機会を有しない者によってなされた供述のみに又は決定的に、有罪判決が依拠している場合には、修正6条の保障と相いれない⁽⁹⁾。

(2)ただし、②の要請は絶対的なものではなく、手続全体の公正さという視点から、唯一又は決定的ルールを硬直的に適用するのは適切ではないが、そのような場合には手続を最も厳格な審査(the most searching scrutiny)に付さなければならない。すなわち、そのような証拠が有する危険性ゆえに、当該証拠の性質は利益考慮に際して極めて重要な要素であり、強力な手続的安全装置を含めて、十分な埋め合わせるべき要素を必要とする。結論として、それが十分に信用し得る場合にのみ、有罪判決は当該証拠に依拠することができる⁽¹⁰⁾。

(3)明らかにイギリス法は強力な安全装置を組み込んでいること⁽¹¹⁾、そしていずれの事件においても問題とされた証拠が少なくとも有罪判決にとって決定的なものであったことを前提として、具体的な事件について検討する。

Al-Khawaja事件においては、STが犯罪直後に友人2名に当該犯罪を伝え、その友人2名が、また同様の被害を受けたとする複数の者が法廷で証言して反対尋問を受けていたことは、最上の補強証拠といえる。これらの事実と陪審に対する説示の在り方等を考慮すると、本件におけるSTの供述書の許容は人権条約6条違反とは認められない⁽¹²⁾。他方、Tahery事件においては、Tの供述を争う方法は——被告人自身の証言を除けば——ほとんど存在せず、それを補強する証拠も存在しない。このような状況においては、陪審への説示を含めても、被告人の防御の困難性を埋め合わせる十分な要素は存在していない。したがって、本件においては人権条約6条違反が認められる⁽¹³⁾。

C 小括

(1)以上に示したとおり、Al-Khawaja小法廷判決は、人権条約6条3項(d)が保障する権利が、刑事上の責任を問われている全ての者に与えられている最低限の権利であるとしたのに対して、同大法廷判決は、6条3項の「最低限の権利」を刑事手続における公正な裁判の一つの判断要素として、手続全体の公正さというコンテキストにおいて判断されるものとした。また、同小法廷判決は、有罪判決の唯一又は決定的な証拠が(被告人が尋問の機会を持たない)伝聞証拠である場合には、(「特別な事情」という埋め合わせる要素による正当化の余地を完全に否定するわけではないが)ほぼ必然的に、人権条約6条3項(d)と照らし合わせたうえで同6条1項違反が認められるとしたのに対して、同大法廷判決は、唯一又は決定的証拠であっても、埋め合わせるべき要素が存在する限り人権条約6条違反とはならない余地があるとした⁽¹⁴⁾。

(2)このようにAl-Khawaja大法廷判決は、唯一又は決定的ルールにつき、絶対的ではほぼ例外を許さないという固い形からの修正を認めたものの、同ルールそのものを否定するものではない。そのルールを前提として、被告人が尋問の機会を持たない証人の供述が訴追側証拠の主要な部分を構成している場合に、人権条約6条違反とならないためには、以下の2つの要件充足が必要とした。すなわち、①証人(原供述者)の公判への不出頭には十分な理由がなければならず(十分な理由がなければ人権条約6条違反)、②(当該

証拠が有罪判決にとって唯一又は決定的であれば被告人が(唯一又は決定的な)不利益証人を尋問できないことから生じる危険性を埋め合わせるに十分な安全装置が必要である⁽¹⁵⁾。

(3)人権裁判所は、人権条約6条の保障する証人審問権を公判以前の段階をも視野に入れた権利である、すなわち、公判段階のみならずその前段階において証人審問の機会を与えられれば、条約6条違反とはならず、いずれの段階においても被告人が尋問し尋問させる機会を有しなかった供述について唯一又は決定的ルールが適用されるとしている⁽¹⁶⁾。Al-Khawaja大法廷判決は、このような理解を前提に、当事者主義的な尋問がなされるはずの公開審理において不利益な供述がなされることが原則で(ただし公判前の審問の機会でも足りる)、その例外として被告人が審問の機会を有しない供述が証拠として認められるためには、①当該証人(原供述者)の不出頭には十分な理由がなければならず(なければ直ちに違法、さらに出廷を確保するためにあらゆる合理的な努力が必要)、②当該証拠(原供述)が唯一又は決定的であれば、原則として人権条約6条違反となるが、③最も厳格な審査に付した上で、十分な埋め合わせる要素(手続的安全装置と当該供述の信用性)があれば、同条違反とはならないとの判断枠組みを確立した。

-
- (1) 従来の動向については、拙稿「研究ノート：イギリスの裁判所と欧州人権裁判所との伝聞法則をめぐる『対話』」西南学院大学法学論集 48 卷 3=4 号 (2016 年)349 頁以下参照。
 - (2) Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom [2009] 49 EHHR 1 ; Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom(GC) [2012] 54 EHHR 23. なお以下では、前者の判決を「Al-Khawaja 小法廷判決」として、後者を「Al-Khawaja 大法廷判決」として引用する。
 - (3) 証人陳述書については、拙稿・前掲ノート(前注(1))352 頁以下参照。
 - (4) ST の供述調書は「原供述者の死亡」を理由に、T の供述調書は「原供述者の恐怖」を理由に、イギリスの 2003 年刑事司法法 (Criminal Justice Act)116 条の認める伝聞例外としてその証拠能力を肯定された(同法の概略として、拙稿・前掲ノート(前注(1))353 頁注(8)参照)。
 - (5) Lucà v Italy [2003] ECHR 46, at 40. なお、人権裁判所の判例については拙稿・前掲ノート(前注(1))354 頁注(10)も参照。
 - (6) Al-Khawaja 小法廷判決 paras.34-36,39-48.
 - (7) JR Spencer, HEARSAY EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS (2d ed. 2014), para.2.46; R. v Horncastle and others [2009] EWCA Crim. 964; R. v Horncastle and

others [2009] UKSC 14. この判決については、拙稿・前掲ノート（前注（1））355頁以下参照。

- （8）人権裁判所は、たとえ欠席証人の原供述が唯一又は決定的な証拠でなくとも、証人の不出頭に十分な理由が示されなければ、人権条約6条違反を認定してきたとともに、その理由は、一般原則として（as a general rule）証人は公判で供述すべきであり、その出廷を確保するためにあらゆる合理的な努力（all reasonable efforts）がなされる必要があるためであるとする（Al-Khawaja 大法廷判決 para.120）。また、証人の欠席が被告人の権利に及ぼす不利益の程度を前提とすれば、当該証人（原供述者）が手続のいかなる段階においても審問されていない場合に、公判での証言に代えて調書を許容することは、最後の手段でなければならず、とくに恐怖を理由に証言を免除するためには、証人の匿名化やその他の手段のような代替手段が不適切又は非現実的であることが要件になるとする（Id. para.125）。
- （9）Al-Khawaja 大法廷判決 paras.118-120.
- （10）Al-Khawaja 大法廷判決 142-147. この判示部分につき、拙稿・前掲ノート（前注（1））370頁注（56）参照。
- （11）イギリス法の手続的安全装置については、拙稿「公判期日前の証人尋問制度再考の必要性」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（下）』（2016年）278頁注（20）参照。
- （12）Al-Khawaja 大法廷判決 paras.156-158. その前提として、死亡したSTの供述書を許容する必要性（原供述者の不出廷に十分な理由）が認められるとする（Id. para.153）。
- （13）Al-Khawaja 大法廷判決 paras.161-165. その前提として、Tの恐怖には客観的な理由があり、証言に際してのスクリーンの利用等の特別な手段も検討されており、Tの供述書を許容する必要性（原供述者の不出廷に十分な理由）は認められるとする（Id. para.159）。
- （14）前記A(3)およびB(1)(2)参照
- （15）前記B(1)(2)参照。
- （16）Lucà v Italy [2003] ECHR 46, at 40. この点につき、拙稿・前掲論文（前注（11））282頁注（62）参照。

Ⅲ 欧州人権裁判所Schatschaschwili判決

前述したように、弁護側が審問の機会を持たない不利益証人の（原）供述の証拠としての許容性と、人権条約6条の証人審問権との関係については、Al-Khawaja大法廷判決によって整理され、一応解決されたものと解されてきた。しかし、近年においては、同判決の解釈という形式をとりつつ、この問題に対する新たな判断枠組みを示す人権裁判所の判例が出現した。

A 事案の概要

グルジア人の申立人Sは、ドイツにおける2つの強盗で有罪とされ、人権裁判所に審査を申し立てているが、以下では本稿のテーマとの関係が深い

ゲッチンゲンにおける強盗について説明する⁽¹⁾。

(1) ドイツのゲッチンゲン地方裁判所の認定した事実は以下のとおりである。被害者OとPは、ラトビア人の売春婦であり、ゲッチンゲンのアパートで売春に従事していた。2007年2月3日の午後8時ころ、一人の共犯者が当該アパートの建物付近に駐車した車両内で、もう一人の共犯者が当該建物の前で、それぞれ待機する中で、申立人Sと共犯者Bは、売春客を装ってアパートに侵入した。Bがポケットからナイフを出したところ、被害者Pはバルコニーから飛び降りて逃走した。申立人はこれを追跡したが、通行人に出会い追跡をあきらめ、建物の前で待機していた共犯者の携帯電話に、追跡に失敗した旨および共犯者と合流する場所を告げた⁽²⁾。

(2) 他方、アパートにとどまった共犯者Bは、Oをナイフで脅迫して、金庫を開けさせまた財布を引き渡させて、現金約550ユーロと携帯電話等を強取した。Bは午後8時30分頃にアパートを出て、他の共犯者と一緒になり、合流地点において申立人を自動車に収容した⁽³⁾。

(3) 午後9時30分頃にPは、アパートに戻り、カッセルの友人L(カッセルでの強盗事件の被害者の一人)に電話をかけて事件の概要を伝えた。またOとPの両名は、翌朝には隣人Eに犯罪を伝達し、その後カッセルに赴き、友人L宅に滞在して事件の詳細を話した⁽⁴⁾。そして、前記強盗事件は、2月12日になって、OとPから事件を聞いたLによって警察に届けられた⁽⁵⁾。

(4) 連絡を受けた警察は、直ちに捜査に着手し、2月15日から18日にかけてOとPを取り調べて、調書を作成した。両名が取調べ中に帰国の意思を表明したので、検事局は、後の公判において利用可能な真実の供述を得るために、捜査判事による証人尋問を請求した。捜査判事が2月19日にOとPに対して証人尋問を実施したところ、両名は事件の詳細について供述した。捜査判事は、当該犯罪によって相当な程度ショックを受け苦しんでいる両名が申立人の面前においては真実を述べることを恐れるであろうと懸念して、ドイツ刑法168条cに従って、申立人を尋問に立ち会わせなかった。なお、申立人は、その時点では——捜査にリスクを生じさせないように——自らに対する捜査が開始されていることを告知されておらず、逮捕状も発せら

れておらず、弁護人も選任されていなかった。また、両名はその尋問においても、なるべく早くラトビアに帰国したい旨を繰り返しており、実際に尋問終了直後に帰国し、その後の3月6日に申立人は逮捕された⁽⁶⁾。

(5)公判を担当したゲッチンゲンの地方裁判所は、ラトビアにいるOとPに対して、2007年8月24日の公判に出頭するようにとの召喚状を書留郵便で送達した。しかし両名は、彼らが不安定でトラウマ状態の精神的状況にある旨の診断書(medical certificate)に依拠して公判への出頭を拒んだ。その後、地方裁判所は、彼らに——ドイツの裁判所への出頭を強制する手段はないものの——証人として尋問したい旨、ドイツでの保護、費用の補償を説明して、どのような状況であれば証言をしてくれるのかを尋ねる書留郵便を送付した。これに対してPからの連絡はなく、Oは、未だトラウマ状態にあって、公判廷で証言することにまたビデオリンク方式で証言することにも同意できない——そしてドイツで警察官と裁判官にした供述に付加するものは何もない——旨を文書で伝達した⁽⁷⁾。

(6)ゲッチンゲンの地方裁判所は、ヨーロッパの条約に基づき⁽⁸⁾、ラトビアの当局に対し、両名をラトビアの裁判所に出庭させて、ビデオリンクを通して地方裁判所の裁判長による審問——申立人や弁護人による尋問も可能となるはず——ができるようにすることを求めた。この要請を受けて、ラトビアの裁判所は2008年2月21日にOとPの審問を行うことを予定したが、両名がトラウマ状態にあって事件との関わりによって状態が悪化する旨の診断書を提出したため、ラトビアの裁判長はこの審問をキャンセルした。その後ゲッチンゲン地方裁判所は、ラトビアの裁判所に対して、ドイツ法によれば、両名が証言拒否(の要件)を実証していない(not sufficiently substantiated)ので、公的機関の勤務医(amsarzt)の診断を受けるか審問への出頭を強制するかを選択するように伝えたが、応答はなかった⁽⁹⁾。

(7)ゲッチンゲンの地方裁判所は、2008年2月21日の決定で——申立人及び弁護人の異議にも拘らず——ドイツ刑法251条1項2号および2項1号に従い、警察官及び裁判官によるOとPの供述を録取した書面の朗読を命じた。同裁判所の判断によれば、両名に接触することができないために、相当な期間

内に尋問することを不可能とする克服しがたい障害がある。すなわち、両名は捜査段階での尋問の直後にラトビアに帰国し、公判において証言させるための努力も——裁判所は強制する手段を有しないので——効を奏しなかったためである。また、裁判所は、自由の剥奪を伴う手続を迅速に行う義務をも負っている。さらに、捜査段階においては、警察や裁判官の面前で複数回にわたり供述した両名が、その後の公判においてその供述を拒むとの徴憑は存在しなかった。結論として、両名の捜査段階における供述を許容することは、弁護側に制約を生じさせることは事実であるが、全体として本件の手続は、公正であって人権条約6条3項に適合している、と判断する⁽¹⁰⁾。

(8)ゲッチンゲンの地方裁判所は、2008年4月25日に——カッセルでの事件を含めて——2つの加重強盗を理由に、申立人に9年6月の拘禁刑を言い渡した⁽¹¹⁾。その後申立人は、連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所に上訴・審査を申し立てたが、いずれも認められなかったために——人権条約6条3項違反を理由に——人権裁判所に審査を申し立てた⁽¹²⁾。

(9)人権裁判所第5小法廷は、2014年4月17日に、Al-Khawaja大法廷判決の判断枠組を前提に——ただし一部修正？——5対2の多数意見で申立を棄却した。すなわち、①OとPの公判前の供述の許容は、証人の恐怖ではなく証人に証言を強制しラトビアでの審問をすることが不可能という事実に基づいている。この点で、人権条約6条の権利を保障するために当局に積極的なステップをとることを求めているが、不可能を強いるものではない。したがって、証人の不出廷には十分な理由が認められる⁽¹³⁾。②OとPの供述は、有罪判決にとって唯一又は決定的な証拠とまでは言えないが、かなりの重要性を持った証拠であるから、埋め合わせるべき要素の検討が必要である⁽¹⁴⁾。③捜査判事によるOとPの尋問に申立人を立ち合わせなかった点には検討の余地もあるが、当局の効果的な捜査を行う義務や被害者である両名を保護する必要性等を顧慮すると——さらに当時両名の公判での又はビデオリンクでの出頭・証言拒否は予測困難であった——ドイツの当局が、人権条約6条の権利を担保する国内法を遵守しなかったとする証拠はない。また、O

とPの供述の内容は、他の証拠によっても支えられており、その信用性について公正で正当な評価を行うことが可能であった⁽¹⁵⁾。

B 当事者の主張

人権裁判所第5小法廷判決を不満とする申立人は、2014年7月15日に、大法廷への回付を申立て、17名の裁判官で構成された大法廷は、事件を受理して、以下のような判断を示した。その前に、申立人及びドイツ政府の主張するところを要約しておく。

(A)申立人の主張

申立人の主張の要点は——基本的にAl-Khawaja大法廷判決に依拠して——申立人もその弁護人も、ゲッチンゲンで発生したとされる犯罪についての主要な証人(key witnesses)であるOとPを、手続のいかなる段階においても審問する機会を有しなかったため、当該公判手続は不公正であり人権条約6条3項に違反しているとするものである⁽¹⁶⁾。具体的には以下のとおりである。

(1)OとPの心理的な困難さが主張されているが、警察官や捜査判事の供述録取を妨げるほどのものではなかったし、ゲッチンゲン地裁じたい両名の不出頭には十分な理由がないとしていた。国内当局は、両名の公判での審問を可能とするための企て——とくに(notably)政治的なレベルでの相互の協議によって——をすべきであった。したがって、両名の不出頭に十分な理由はない⁽¹⁷⁾。

(2)仮にOとPによって提供された証拠がなければ、他の利用可能な証拠によって申立人がゲッチンゲンにおける事件について有罪判決を言い渡されることはなかった。従って、申立人の有罪判決は、当該事件においての唯一の目撃証人である両名の供述に少なくとも決定的に依拠している⁽¹⁸⁾。

(3)OとPの公判不出廷によって弁護側が被ったハンディキャップを埋め合わせるに十分な要素があったか、についての主張は多岐に及んでいる。①ゲッチンゲン地方裁判所は、証人が十分な理由なく(without an adequate excuse)公判に出頭しないことがその信用性(credibility)に及ぼす影響を十分に考慮していない。その他に伝聞証拠があり、また、捜査判事を反対尋問する機会が認められたという事実は、手続における武器平等を確保する

だけの十分な埋め合わせるべき要素とは言えない。ドイツ刑訴法が検事局に対して、被疑者にとって不利益に働く事情だけでなく有利に働く事情も捜査し、滅失するおそれのある証拠の取調の義務を課している(ドイツ刑訴法160条)ということも、反対尋問の欠如を埋め合わせる要素としては十分ではない⁽¹⁹⁾。②弁護側の権利の保護を目指した国内法上の手続的安全装置が奪われている。すなわち、本件では弁護人が捜査判事によるOとPの尋問に立ち会うことができなかったが、連邦通常裁判所の判例によれば⁽²⁰⁾、捜査段階においても検事局は弁護人を付さなければならない。この選任は、ドイツ刑訴法168条cに基づく捜査判事による訴追側の主要な証人に対する審問より前になされるべきであったにも拘らず、同条3項を理由に審問から排除された⁽²¹⁾。③捜査判事の審問の記録は——警察による尋問の記録よりも——緩やかな条件で許容され得るので(ドイツ刑訴法251条1項、2項)、捜査判事の審問への被告人と弁護人の立会は、人権条約6条3項(d)の権利を保障するためには重要である。したがって、申立人やその弁護人の立会の下では証人が供述することを恐れるといった誤った裁判官の印象だけで、この立会権を否定することは正当ではない。OとPは、捜査判事の審問直後にドイツを離れる予定であった以上、その審問よりも前に弁護人を選任し申立人を逮捕して、両名を尋問させることが可能であったので、申立人と弁護人の審問からの排除は正当化され得ない⁽²²⁾。

(B)国側の主張

国側も基本的にAl-Khawaja大法廷判決に依拠した上で、同判決がコンローのコンテクストで生じたのであるから、本件が大陸法システムにおけるものであることに留意して柔軟に適用すべきであると主張する⁽²³⁾。具体的な主張の内容は以下のとおりである。

(1)地方裁判所は、OとPに自ら公判で証言させ、あるいは、ラトビアの裁判所の協力を得てビデオ会議の方式で証人を審問するために、あらゆる合理的な努力をした。すなわち、同裁判所は、証人として召喚し出頭を確保するために、説明と条件の問い合わせ等をしたが、ラトビアに居住するラトビア人に対してドイツの裁判所への出頭を強制する権限はない。またラ

トビアの当局に対して、ラトビアの裁判所に召喚してビデオ会議の方式で審問する準備をも整えさせたが、診断書の提出を受けたラトビアの裁判所によってその予定がキャンセルされた。その後の質問や要請に対して、ラトビアの裁判所は何ら答えていない。政治レベルでの相互の協議による解決などは、当審において初めて主張されたものである。結局、OとPの公判への不出頭には、十分な理由があった⁽²⁴⁾。

(2)OとPの供述が申立人の有罪判決にとって重要(relevant)であることは確かであるが、他にも重要な証拠が多数存在した。結論として、弁護側の証人を審問する機会の欠如を埋め合わせるべき十分な要素が実際に本件で存在した以上、本件での両名の供述が決定的であったかという問題は、未決定のままでよい⁽²⁵⁾。

(3)申立人がOとPを質問することができなかったことによって被った負担は、十分に埋め合わせられている。①地方裁判所は、両名の供述の信用性を——とりわけ機会を異にしてなされた供述を対比することによって——包括的かつ批判的に吟味した。②ドイツ国内法によれば、検察官も裁判所も、被告人に帰罪的な証拠のみならず有利な証拠をも捜査することを義務付けられている。③証人の誠実性(veracity)を審査するに際して、地方裁判所は——伝聞証人の証言や電子監視によって得られた非供述証拠を含めて——多数の補強証拠に依拠した。さらに、申立人は、捜査段階においてOとPを尋問したほとんどの者を反対尋問して争う機会を与えられ、裁判所は、捜査段階における尋問に対する原供述者の態度や精神状態についての証言を聞いている⁽²⁶⁾。④捜査判事は、証人(原供述者)の保護及び真実証明を確保するために、刑訴法168条c3項に従って、審問から申立人を排除したものであって、申立人が立ち会っていれば、証人は犯罪について完全で真実の供述をしなかったであろう。⑤弁護人の立会も同様の事態を招いたであろうから、弁護人への審問の告知を行わないことも許されるはずで、それ故、申立人が援用する連邦通常裁判所の判例を前提としても、捜査判事による審問における弁護人の選任及び立ち合いは必要とはされない⁽²⁷⁾。

(C) チェコ政府の意見書

チェコ政府も——コモンローのコンテキストで示されたAl-Khawaja大法廷判決の原則を明確にし、洗練することを求めて——人権条約36条2項に基づき、意見書を提出した⁽²⁸⁾。

(1) 裁判所は、欠席証人の供述を許容するに十分な理由があるかの判断に先行して、当該供述が有罪判決を根拠づける唯一又は決定的な証拠であるかを判断すべきである。欠席証人の供述が決定的でなければ、当該証人を尋問する可能性を弁護側と与えなかったことについて十分な理由があったことの証明は不要である。また裁判所は、「不可能なものについては債務は存在しない」原則(principle of impossibilium nulla obligation est)を——とくに証人(原供述者)が国内裁判所の管轄を離脱して公判への出頭を確保する手段がない場合に——受容するのかを明確にすべきである⁽²⁹⁾。

(2) 供述の当該事件の結果に対する重要性を評価するのは国内裁判所の任務である。唯一又は決定的証拠に関してAl-Khawaja大法廷判決によって採用された柔軟なルールは、その判例法を予測困難なものとしている。裁判所は、人権条約6条違反とならないためにはどのような埋め合わせるべき要素で十分と考えられるのかを明確にする必要がある⁽³⁰⁾。

C 大法廷判決——法廷意見の示す一般原則

17名で構成された大法廷は、9対8の法廷意見によって、人権条約6条違反を認めた⁽³¹⁾。

(A) 一般原則の要約

(1) 人権条約6条3項(d)の保障は、同条1項の公正な審理を受ける権利の一側面であり、本件申立人の主張を審査するについては、手続を全体として判断する必要がある。Al-Khawaja大法廷判決において、訴追側証人が公判に出頭せず、その以前の供述が証拠として許容される事件において適用されるべき原則が要約・洗練された。同判決は、被告人が有罪とされる前に、不利益なすべての証拠が当事者主義的な議論がなされる公判審理において彼の面前において提出されることが原則である旨を示した⁽³²⁾。

(2) 当裁判所は、このコンテキストにおいて、捜査段階において得られた

証拠が公判における訴追対象犯罪の審理の枠組みを決定する以上、刑事手続の準備のためのこの段階の重要性を強調しなければならない。人権条約6条の主たる目的は、裁判所による公正な審理(a fair trial by a tribunal)を確保することにあるが、公判前の段階に適用がないわけではない。すなわち、人権条約6条は、同規定の当初の不遵守が後の公判の公正さを大きく損なう可能性が高い場合に、また、その場合に限り、公判前段階にも関連している(be relevant)。ただ、警察や捜査判事の捜査の段階で得られた供述を証拠として利用することは、弁護側の権利が尊重されている限り、直ちに人権条約6条違反となるわけではない。しかし、原則として被告人には、自己に不利益な証人に——その供述時であれ手続の後の段階であれ——異議を申立てて質問する機会を与えられることが必要である⁽³³⁾。

(3) Al-Khawaja大法廷判決は、人権条約6条との適合性の判断に際して、3段階の審査が必要であるとした。すなわち、①証人の不出頭に、したがって、欠席証人のテストされていない供述を証拠として許容することに、十分な理由があるか、②欠席証人の原供述は、当該有罪判決にとって、唯一又は決定的か、③テストされていない原供述を許容する結果として弁護側が負う負担を補償するに十分な、また、公判全体の公正さを確保するに十分な埋め合わせるべき要素が——強力な手続的安全装置を含めて——存在するかである。そして、法システムの相違に配慮する必要はあるが、人権条約6条の下での審査においては同じ基準を適用すべきであるとした⁽³⁴⁾。

(B) Al-Khawaja大法廷判決が示す3段階の関係

Al-Khawaja大法廷判決の示す3段階の基準相互の関係を——その後の判例による同基準の適用を見ると——明確にする必要があるとして⁽³⁵⁾、以下のように検討を進める。

(1) Al-Khawaja大法廷判決は、十分な理由という第1段階のテストを予備的な問題(preliminary question)と位置づけるとともに、十分な理由が示されなければ——仮に唯一又は決定的な証拠でなくとも——人権条約6条違反だとしている。しかし、十分な理由は、唯一又は決定的ルールに付随して発展してきた法理であり、同判決自体も——例外を許さない固いルールを放

棄して手続全体の公正さを判断するとして——同ルールを緩やかに解しているのに、第1段階を新たな例外を許さない固いルールとすることは、その基礎にある考え方と齟齬が生じる。さらに、その後の判例は、この点につき必ずしも統一されておらず、訴追側証人の不出頭に十分な理由が欠如していることは——当該原供述が当該事件の結果と明らかに無関係でない限りにおいてのみ——公判手続の不公正という判断にとって決定的であるとしたものもある。当裁判所としては、十分な理由の欠如は、それ自体で公判手続の不公正を結論付けるものではなく、手続全体の公正さを判断する際における重要な一つの判断要素だと解する⁽³⁶⁾。

(2)当裁判所の関心事が手続全体の公正さであることから、欠席証人の原供述が有罪判決にとって唯一又は決定的な事件においてのみならず、唯一又は決定的かは不明確ではあるが、相当な重要性(significant weight)を有し、その許容が防御に負担(handicap)を生じさせる事件においても、十分な埋め合わせるべき要素の審査が必要となる。もちろん、手続が公正との判断に必要とされる埋め合わせるべき要素の程度は、欠席証人の原供述の重要性に依存することになる⁽³⁷⁾。

(3)Al-Khawaja大法廷判決が示しているように、この3段階の判断は、原則としてその順序で行うのが適切である。しかし、それぞれのテストは関連しており、全体として手続が公正かを判断するものである。それ故に、事件によっては——とくにいずれかの段階での判断が手続の公正・不公正の判断にとって決定的である場合には——判断の順序を変更することが相当な場合もあり得る⁽³⁸⁾。

(C)3段階のテストの各々に関する原則

(1)証人の欠席についての十分な理由は、公判裁判所の視点から存在するものでなければならず、裁判所は、公判への証人の出頭を確保できないことについて十分な事実的・法的な理由を有していなければならない。証人の公判への不出頭の理由には多様なものがあるが、本件におけるように(証人への)到達不能(unreachability)の場合には、公判裁判所は証人の出頭を確保するためにあらゆる合理的な努力をするように求められる。国内裁判所が証人の所在を突き止められない、あるいは、証人が外国にいるという事実

は、そのみでは人権条約6条3項の要請——自己に不利益な証人を尋問する又は尋問させることを被告人に可能にするために積極的な手段(positive steps)を取ることが求められる——を充足するには十分ではない。そのような積極的な手段は、人権条約6条によって保障されている権利が効果的に享有されるように確保するための努力(diligence)の一部分である。到達不能とされる証人の出頭を確保するための合理的な努力として、どのような手段が必要かを列挙することは当裁判所の任務ではないが、(警察の手を借りた)証人の搜索や国際的な司法共助に訴えることが必要となる。また、証人の公判廷への出頭を確保するためのあらゆる合理的な努力の必要性は、証人の出頭不能の理由についての関係当局による注意深い審査の必要性を内包する⁽³⁹⁾。

(2)唯一又は決定的ルールにおける「唯一」及び「決定的」の意味はAl-Khawaja大法廷判決によって示されているが、テストされていない供述が他の補強証拠によって支えられている場合には、当該証拠が決定的か否かの判断は補強証拠の強さに基づくことになる⁽⁴⁰⁾。

(3)Al-Khawaja大法廷判決によれば、公判でテストされていない原供述を許容する結果として弁護側が負う負担を補償するに十分な埋め合わせるべき要素は、当該証拠の信用性の公正で正当な評価(a fair and proper assessment of the reliability)を許容するものでなければならない。裁判所による当該証拠に対する注意を払ったうえでのアプローチや補強証拠等の多数の安全装置は存在しているが、その重要な一つは、捜査段階において証人尋問の機会を申立人又は弁護人に与えることである。そして当裁判所は、当該証人が公判で証言できないことが捜査段階で捜査当局において予測される場合には、捜査段階において弁護側に証人(性犯罪における年少者たる被害者)を尋問させる機会を与えることが不可欠(essential)であると判断してきた⁽⁴¹⁾。そのような公判前の審問は、決定的な証人が公判で証言のために利用不能となってしまうリスクを回避するために行われてきている⁽⁴²⁾。

D 大法廷判決——法廷意見が示す一般原則の具体的事案へのあてはめ

(A)証人OとPの公判への不出頭に十分な理由はあるか

(1)ゲッチングンの地方裁判所は、証人の健康や恐怖を、公判への不出頭の

正当事由としたわけではない。同裁判所が近い将来に証人尋問を行うには克服しがたい障害があると認定したのは、証人本人を審問するための努力が成功しなかった後の時点であって、証人の出頭を強制する手段を持たない裁判所として(証人への)到達不能のために、ドイツ刑訴法251条1項及び2項によって捜査段階における証人の審問の結果を証拠として許容することになった⁽⁴³⁾。

(2)到達不能を理由とする証人不出頭の場合には、公判裁判所が証人の出頭を確保するためにすべての合理的な努力をしたのが審査される。本件では、公判裁判所は、弁護側、裁判所、そして検察官による証人兩名に対する尋問を可能にするために、かなり積極的な手段をとった。すなわち、同裁判所は、証人による証言拒否の理由を批判的に検討し、それを不十分と認定して、公判での証言を可能とするための別の選択肢を提示した。また、国際的な司法共助の路をも探り、ラトビアの裁判所へ召喚してそこでビデオリンクを通して尋問することも求めた。一旦予定されていたラトビアの裁判所での審問がキャンセルされた後の時点においても、再度出頭不能の理由を検討して、それが不十分である旨をも伝達している⁽⁴⁴⁾。

(3)上記の事情に鑑みて、地方裁判所は、証人OとPの出頭を確保するために、現存する法的枠組におけるすべての合理的な努力をしたと解される。

「不可能なものについては債務は存在しない」の原則に従い、証人の欠席を国内裁判所の責めに帰すことができない。したがって、OとPの公判不出頭には、そして警察及び捜査判事に対する供述を証拠として許容したことには——公判裁判所から見て——十分な理由が存在した⁽⁴⁵⁾。

(B)当該証拠は有罪判決にとって唯一又は決定的であったか。

(1)欠席証人の供述が有罪判決にとって唯一又は決定的であったかを判断するに際して、当裁判所は国内裁判所の評価を重視する。地方裁判所は、OとPが訴追側の主要な証人(key witnesses)であるとしたものの、その他の利用可能な証拠にも依拠している。連邦通常裁判所に提出された検事総長による意見書は、兩名の供述は唯一でも決定的でもないとしている。国内裁判所が兩名の供述を唯一の証拠ではないとしていることは明白であるが、

決定的な証拠と解しているかは明らかでない。Al-Khawaja大法廷判決によれば、「決定的」とは、「当該事件の帰結を決定する程度に重要(being of such significant as to be likely to be determinative of the outcome of the case)」であることを意味する⁽⁴⁶⁾。

(2)当裁判所は、その他の帰罪的証拠の強さを考慮する必要がある。本件では、隣人Eと友人Lが、それぞれOとPから聞いた説明について証言し、申立人自身も、犯罪当時被害者宅付近にいてバルコニーから飛び降りてPを追いかけたことを自認している。また、申立人と共犯者の一人との間の携帯電話での通話の記録と位置情報、共犯者の自動車被害者宅付近に位置していたことを示すGPSのデータ等が存在する。しかしこれらの証拠は、伝聞証拠であるか状況証拠であって、OとPが当該犯罪の唯一の目撃証人であったと言わざるを得ない。結論として、両名の供述は、本件有罪判決にとって決定的であった⁽⁴⁷⁾。

(C) 弁護側が被った負担を埋め合わせる要素が存在しているか

(1)当裁判所は、第3のステップとして、欠席証人の決定的な証拠を許容した結果として弁護側が被った負担を埋め合わせる要素があるか、を判断しなければならない。ここでは、①テストされていない証拠に対する公判裁判所のアプローチの仕方、②その他の帰罪的証拠の利用可能性と強さ、③当該証人を公判廷で直接反対尋問する機会の欠如を埋め合わせるために取られた手続方式が問題となる。本件で地方裁判所は、①OとPの供述について、欠席証人の信用性及び当該供述の信用性を注意深く検討しており、②OとPの供述を支えるいくつかの伝聞証拠と状況証拠を有していた。したがって、検討すべき事項の中心は③の点である⁽⁴⁸⁾。

(2)申立人は、公判において、事件についての説明を行い、OとPの信用性に疑いを投げかけ、伝聞証言をする証人に反対尋問する機会を有していたが、両名を——例えば書面を通して——間接的にも尋問する機会はなかった。また、申立人も弁護人も両名を尋問する機会を捜査段階においても与えられていない。この点に関連して、申立人に弁護人を選任しなかったこと及び捜査判事による証人尋問に弁護人を立ち合わせなかったことが、国

内法を遵守したものであるかについては当事者間に争いがある。当裁判所は、人権条約6条との適合性を判断するに際して、国内裁判所が国内法を遵守したかを判断する機能を有するものではなく、ただ、本件の——当該証拠が入手された方法をも含めた——状況の下で、公判の全体としての公正さを評価する。ドイツの制定法によれば、訴追当局は申立人に弁護人を選任することができたし(ドイツ刑訴法141条3項、140条1項)、弁護人は捜査判事の面前における証人尋問に立ち会う権利を有しており、通常の場合には尋問について通知されている(同168条c2項、5項)。しかし、これらの手続的安全装置は、本件においては利用されなかった⁽⁴⁹⁾。

(3)人権条約6条3項(d)は、公判における訴追側証人の反対尋問に関係するものではある。しかし、主たる証人が公判裁判所によって聴聞され得ず、捜査段階において得られた証拠が公判に提出される場合には、捜査段階における訴追側証人の尋問が行われた方法は、公判自体の公正さにとってかなりの重要性を有している。このような事情の下においては、捜査段階における証人尋問の時点において、当局が公判での証人の聴聞不可能を予見して手続を遂行していたかが、全体としての公判の公正さを判断するに際して重要となる。捜査当局が公判裁判所の審理における尋問不能の可能性について合理的な予測を有している場合には、弁護側が捜査段階で証人を尋問する機会を与えられることが不可欠である。本件において、公判裁判所は予見可能性を否定するが、様々な事情を考慮すると、申立人に対するその後の公判手続においてOとPから証言を聴聞することが不可能になるとの訴追当局の評価(それを理由に捜査判事による尋問を請求した)は説得力を有している。以上の状況の下で、訴追当局は、制定法の規定によれば与えることができたはずの——捜査段階において弁護人によってOとPを尋問させる——機会を申立人に与えなかった。このようにして訴追当局は、被告人も弁護人も手続のいかなる段階においてもOとPを尋問することができなくなるという——その後実現された——危険を引き受けたことになる⁽⁵⁰⁾。

(4)以上を踏まえて、当裁判所は、全体としての公判手続の公正さを判断する。公判裁判所は、申立人の有罪判決を支える他の証拠をも有していたが、

公判における証人に対する反対尋問の機会の欠如を埋め合わせるための手続的手段はとられていない。少なくとも公判前の段階で弁護人を通して主要な訴追側証人を尋問する機会を被告人に与えることは、被告人の防御権を確保する重要な手続的安全装置であり、その欠如は、人権条約6条の下での手続の全体としての公正さの審査において大きな重要性を有している。確かに公判裁判所は、欠席証人の信頼性とその供述の信用性を注意深く吟味することによって、反対尋問の欠如を埋め合わせようとし、また、申立人は事件についての自己の説明を行う機会を有していた。しかし、申立人が有罪とされた犯罪の唯一の目撃証人の供述の重要性を前提とすると、これらの埋め合わせるべき要素は、テストされない証拠の信用性についての公正で適正な評価を可能とするには足りない。以上のような状況の下では、手続のいかなる段階においても証人OとPを尋問し又は尋問させる機会の欠如は、公判を全体として不公正なものとする。結論として、人権条約6条1項及び3項(d)違反が認められる⁽⁵¹⁾。

E 大法廷判決に付されたその他の意見

以下では、本判決に付されている補足意見と反対意見に示されたもののうち、本稿での検討に重要と思われる部分を要約・紹介することにしたい。

(A)4名の裁判官の補足意見

(1)人権条約6条1項3項違反を認めた法廷意見の結論には同意するが、Al-Khawaja大法廷判決を「明確化」した点は、弁護権の弱体化をもたらす可能性があるとの懸念を有している⁽⁵²⁾。

(2)法廷意見は、①公判における証人の欠席についての十分な理由の欠如は、自動的に人権条約6条1項違反を導くものではない、②当該証人の供述が有罪判決にとって唯一又は決定的であるかについて不明確な場合においても、埋め合わせるべき要素の存否を判断しなければならない、③3段階のステップは相互に関連しているから、3つの基準を用いて総合的に判断される、とする。しかし我々はこのような「明確化」を支持するものではない⁽⁵³⁾。

(3)Al-Khawaja大法廷判決に示された3段階のステップは——相互に関連するものの——独立したものである。証人の十分な理由のない欠席は、仮に

当該供述が有罪判決にとって唯一又は決定的ではないとしても——公判にとって何らかの重要性を有する限り——人権条約6条1項及び3項(d)違反になる。換言すれば、国内当局が証人の欠席について十分な理由を示せない場合には、当裁判所は第2及び第3のステップに踏み込む必要はない。この点に関して不明確な当裁判所の判例も存在しているが、少なくとも主要な証人の正当化されない欠席が人権条約違反になると判断する傾向は存在する。さらに法廷意見は、第2のステップの重要性を低下させた。これによって国内裁判所は唯一又は決定的と位置付けることを回避することになるので、当裁判所は国内裁判所のこの点に関する文言を超えて判断する必要がある。そうでなければ、必要性和埋め合わせる要素のみの審査という2段階のものになってしまう危険性がある⁽⁵⁴⁾。

(4)本件において、①地方裁判所が証人OとPの公判への出頭を確保するためにすべての合理的な努力をしているから、証人の不出頭には十分な理由があった、②証人両名が当該事件についての唯一の目撃証人であるから、彼らの供述は決定的な証拠である、との法廷意見の判断には賛成する⁽⁵⁵⁾。

(5)近年各国の国内法において、公判段階に属する手続手段を捜査段階に移行させる傾向——本件もそうである——が存在している。一方において、手続を捜査段階に移行させることは人権条約とは不適合になると考えることもできるが、当裁判所のとってきたアプローチは異なる。しかし、この手続手段の捜査段階への移行を人権条約と適合的と解するためには、関連する手続的安全装置が厳格に順守されていなければならない。さもなければ、公判段階において証人と対質する権利が大きく損なわれることになってしまう。当裁判所も、捜査段階において収集された証拠が公判における審理の枠組みを決定することになるとして、刑事手続の準備のための捜査段階の重要性を強調してきた⁽⁵⁶⁾。

(6)ドイツ法は、このような状況に対応するために2つの手段を用意している。証人が公判前の時点で裁判官によって尋問される場合には、被疑者(及び弁護人)は立会うことを許される。ただし、その立会が尋問の目的を危うくする、とくに、証人が被疑者の面前においては真実を述べないおそれがある

あるといった例外的な場合には立会は認められない(ドイツ刑訴法168条c)。本件において、被疑者を立ち合わせなかったことが、法律の要求に適合的であったかについては疑問がある(証人の身元はすでに判明している)。また、被疑者が排除されても、弁護人も立ち会う権利を有しているはずである。第2の安全装置として、検事局は公判前の段階において被疑者を援助する弁護人の選任を請求することができる(ドイツ刑訴法141条)。同条の解釈をめぐる不明確性は別として、本件においては、国側は同条が適用されない理由を示すことができていない。以上2つの安全装置の不適用は、公判前手続における重大な欠陥(serious shortcoming)と解されなければならない。これらの安全装置が捜査の初期の段階で厳格に適用されなければ、人権条約6条3項(d)によって保障された権利はその重要性を喪失する可能性があるためである⁽⁵⁷⁾。

(7)もしも法廷意見が、証人の不出頭に十分な理由がなくとも、手続全体の公正さの評価を許すものであれば、証人と対質する権利は弱体化するであろう。確かに3段階のテストにある程度の柔軟性が必要であることは是認できるが、無条件に最終的な手続全体の公正の評価にいたるアプローチは、国家当局にあまりに大きな猶予(too much leeway)を与えることになる。3段階の審査の順序に柔軟性を与える法廷意見に関しても、Al-Khawaja大法廷判決の示すテストの適切な適用において、国家当局に明確な指針を与えるものであるかについて疑問が残る⁽⁵⁸⁾。

(B)6名の裁判官の反対意見

(1)法廷意見の判断枠組みは支持する。すなわち、①訴追側証人の欠席に十分な理由が欠如していることは、それ自体で自動的に不公正な公判手続という結論を導くものではない、②テストされていない証人の供述が唯一又は決定的でなくとも、重要性がある限り、十分な理め合わせるべき要素の存在を審査する必要がある、③3段階の審査は——例外的に変更する余地もあるが——その順序で行うことが適切である、④法廷意見による審査の各段階において提示している原則の要約、には賛成する⁽⁵⁹⁾。

(2)我々が法廷意見と異なるのは、以上の原則の本件への適用についてであ

る。まず、証人OとPの公判への不出頭には十分な理由があり、また、両名の供述が有罪判決にとって(唯一ではないが)決定的な証拠であるとの法廷意見の判示については賛成する。したがって、弁護側が被った負担を埋め合わせるに十分な埋め合わせるべき要素があるかを検討する必要が生じるが、この点では法廷意見とは異なり、これらの要素は十分に存在していると解する⁽⁶⁰⁾。

(3)地方裁判所は、申立人が有罪とされた犯罪について強力で首尾一貫した証拠を有していた。2人の証人E(隣人)及びL(友人)による(OとPから聞いたとする伝聞証拠ではあるものの)事件の説明があり、それはきわめて強力な直接的で信頼できる証拠——携帯電話の位置情報や通話記録——によって支えられている。また、申立人や共犯者によるカッセルでの事件との類似性も示されており、申立人自身も犯罪時点において証人(OとP)のアパートにおり、逃げ出したPを追跡したことを認めている⁽⁶¹⁾。

(4)国内裁判所は、捜査判事による証人尋問に際して弁護人の選任がなされていないことを国内法(ドイツ刑訴法140条1項及び141条3項)に違反するものとは解していない。また、国側が主張しているように、尋問の弁護人への事前の通知は、通知がその審問の成果を危うくする場合には、これを省略することが認められている(同法165条c5項)。確かに法廷意見が示しているように、主要な証人が公判裁判所によって審問されず、捜査段階で得られた証拠が公判に提出されるような場合には、捜査段階における証人尋問の方法は、公判の公正さにとって相当程度の重要性を持っている。しかし、申立人及び弁護人の欠席した捜査段階での証人尋問の時点において、訴追当局は——証人が公判では利用不能となり得るとの想定の下で——手続を実施したとの認定には同意できない。すなわち、証人のラトビアへの帰国(そのままでは証拠が失われるので捜査判事による証人尋問が必要)が予見可能という事実は、その後の公判において——少なくともビデオリンクを通じた——証人本人の尋問が不可能との認定にはつながらない。ラトビア政府は、国際条約によって、ドイツ当局と協力する義務を有しているのである⁽⁶²⁾。

(5)少なくとも公判前の段階において弁護人を通して、主要な訴追側証人を尋問させる機会を被告人に与えることは、重要な手続的安全装置であり、その欠如は人権条約6条の手続の全体としての公正さを判断する際の重要な要素である。しかし、本件においては、裁判所が証拠の信用性を適切に評価し得る他の安全装置は存在していた。とくに、申立人が有罪であることを示す強力で首尾一貫した他の証拠が存在しており、また公判裁判所は、欠席証人の信頼性及びその供述の信用性について、特に完全で注意深い審査を行った。このような事情に照らせば、本件において、手続のいかなる段階においても申立人が証人OとPを尋問し又は尋問させる機会を有しなかったという事実は、公判を全体として不公正なものとするものではない⁽⁶³⁾。

(C)1名の裁判官の反対意見

(1)当裁判所の判例の一貫性は、当裁判所の信用性・正当性にとって、又国内当局の人権条約遵守及び当裁判所の判例法の適用にとって極めて重要である。したがって、十分な理由もなく先例から離脱すべきでない。Al-Khawaja大法廷判決は、欠席証人の供述書面の証拠としての利用に関して、3つの基準を提示したが、本件においてもこの基準を用いて事案を解決することが可能であった。本件法廷意見は、これらの3段階のテストから離脱したものと解すべきではなく、将来においても同様のテストが適用されるべきである⁽⁶⁴⁾。

(2)証人の不出頭に十分な理由がなければ、国内裁判所は、原則として(as a main rule)当該証人の書面による供述を被告人に不利益な証拠として利用することを、検察官に対して許すべきではない。法廷意見における、証人の不出頭についての十分な理由の欠如が必然的・自動的に公判を不公正にするものでないとの論旨には賛成するが、これは主要なルールからの全般的な離脱と解すべきではない。欠席証人の供述が当該事件にとって——国内裁判所が被告人に不利益な証拠として用いることを許容する程度に——関連性・重要性を有している場合には、公判で証言させるために当該証人を召喚しないことには、十分な理由がなければならない⁽⁶⁵⁾。

(3)唯一又は決定的ルールは——その説明の仕方に若干のズレはあるものの

——長年にわたって当裁判所において適用されてきた。本判決の法廷意見は、欠席証人の供述が有罪判決の唯一又は決定的な基礎となっている場合のみならず、唯一又は決定的であるかは明確ではないが、相当な重要性を有している場合にも、埋め合わせるべき要素の検討が必要だとした。この判示の部分は、唯一又は決定的な証拠に加えて第3の類型を創設したものと理解すべきではない。当該証拠が「決定的」と判断することは困難であるが、相当な重要性を有している場合には「決定的」な証拠として取り扱われるべき旨を示したものとして理解されるべきである。したがって、この「明確化」は、唯一決定的テストから離脱したものではない⁽⁶⁶⁾。

(4) Al-Khawaja大法廷判決は、3段階のテストの順序を示している。手続の様々な段階において欠席証人の書面供述が問題となり得るが、基本的にその順序に従って——この順序が変更されてもよい場合のあることは否定しないが——判断がなされるべきである⁽⁶⁷⁾。

(5) 法廷意見による本件への3段階のテストの適用を見てみると、①証人OとPの不出頭には十分な理由のあったこと、②両証人の書面化された供述が申立人の有罪判決にとって決定的なものであったとの認定については、同意する。しかし、③申立人の公判を公正にするに足りる十分な埋め合わせる要素が存しないと認めるには同意できない。Al-Khawaja大法廷判決によれば、埋め合わせるべき要素の目的は、証拠の信用性についての公正で適切な評価と証拠の十分な信用性を確保することにある。本件の法廷意見は、その他の証拠の利用可能性とその強さにほとんど留意していない。私見によれば、公判裁判所は、OとPによって提示された説明を支援、申立人によって提示された別の説明を反駁するに十分な証拠を有していた⁽⁶⁸⁾。

(6) 法廷意見が本件で人権条約6条違反を認定した中核的な論拠は、2人の証人を尋問する前に国内の当局が弁護人を選任する——捜査段階において弁護人によって尋問させる——機会を利用しなかったという点にある。しかし、本件における手続の全体としての公正さとしての、公判前段階の重要性に関する法廷意見の評価に賛成することはできない⁽⁶⁹⁾。

(7) 捜査判事によるOとPの証人尋問に際して、申立人に弁護人が選任され、

両者に対して尋問が通知され、尋問する機会が与えられていれば、その後のOとPの供述の利用が手続の公正さという視点から問題とされることはなかったであろう。しかし、捜査判事は、申立人に尋問を通知しなかった理由として、「通知が審問の成果を危うくする恐れ」を示しており、また、申立人を尋問に立ち合わせなかった理由についても、「被疑者の面前においては真実を述べないおそれ」を示しており、これは国内実定法に従ったものである。また、当裁判所は、犯罪被害者の権利・利益にも配慮し保護すべきである。さらに、その後の公判において証人から証言を聞くことが不可能になるかもしれないという事実から、捜査段階における捜査判事の尋問において弁護人を選任せずまた立ち合わせなかったことがその後の公判を不公正なものにする、との結論を導くことはできない。本件においては、OとPが公判に出頭せず証言しないことが予見可能であった、とするには十分な根拠がない。証人がドイツから出国するのが予見可能であったという事実は、その後の公判において本人から——直接またはビデオリンクを通して——証言を聴取するのが困難になると予見可能であった、という認定を導くものではないからである。結局法廷意見は、公判前の段階、そして弁護人を選任せず証人尋問を通知しなかったという事実を重視しすぎている⁽⁷⁰⁾。

(8)法廷意見は——証拠の信用性についての公正で適切な評価と証拠の信用性を確保するという——埋め合わせるべき要素の目的を軽視している。国内裁判所は、全ての証拠に照らしてOとPの供述が何故に信用し得るものであるかを説明している。それ故に、欠席証人OとPの書面化された供述を証拠として利用したこと、及び、手続のいかなる段階においても両名を尋問し又はさせる機会が申立人に欠けていたことは、公判を全体として不公正にするものではない⁽⁷¹⁾。

F 小括

(1)本件大法廷判決法廷意見は、Al-Khawaja大法廷判決が確立した3段階のルールを適用(修正?)して、①公判裁判所は証人OおよびPの公判廷への出頭を確保するための誠実な努力をしているので、証人の公判不出頭には十分な理由があり、②両証人の原供述は少なくとも決定的な証拠であるとし

た。しかし、第3段階の審査において、埋め合わせるべき要素は不十分だと
して人権条約6条違反を認めた。すなわち、証人審問権は本来公判段階にお
ける権利ではあるが、捜査段階で採取された供述が——公判段階での聴聞
を経ることなく——証拠として提出される場合には、捜査段階における証
人尋問の方法が重要であって、公判における供述不能が予見されていたか
が重要な判断要素となる。その上で、本件では証人の出国による供述不能
が予想される以上、捜査段階で証人尋問を与えることが不可欠であるのに、
制定法上可能なその機会を与えなかったのであるから、手続は全体として
不公正になるとした⁽⁷²⁾。

(2)これに対して4名の裁判官の補足意見は、Al-Khawaja大法廷判決の示す3
つの要件は独立したものであって、法廷意見の示す同判決の「明確化」に
は問題があるとした上で、本件では第3の要件(埋め合わせるべき要素)が充
足されていないとして、法廷意見の結論に同調する。すなわち、本来公判
段階における証人審問権を捜査段階に移行させる場合には、関連する手続
法規の遵守が必要としたうえで、ドイツ国内法が準備した2つの手続的安全
装置が適用されなかったことは、重大な欠陥であるとする⁽⁷³⁾。

(3)他方、反対意見は、法廷意見の判断枠組みに賛意を示したうえで(1名の
反対意見はこの判断枠組み自体に疑問を提示する)、埋め合わせるべき要素
は十分であったとして、人権条約6条違反を否定する。すなわち、検事局は
国内実定法に従った処理をしたものであって、証人の出国が予想されるこ
とは証人の聴聞不能の予測可能性とは異なると強調した上で、証拠の信用
性を判断するための安全装置は正当に機能していたとして、全体として公
判は適正であったと論じる⁽⁷⁴⁾。

(1) Sは、2006年10月14日にカッセルで発生した、リトアニア国籍の被害者LおよびIに
対する強盗でも訴追され有罪とされている(Schatschaschwili v Germany[2014] ECHR
427, para. 10——なお以下本判決を「Schatschaschwili小法廷判決」として引用する)。

(2) Schatschaschwili v Germany(GC)[2015] ECHR 1113, para.16.なお、以下本判決を
「Schatschaschwili大法廷判決」として引用する。

(3) Schatschaschwili大法廷判決para.17.

(4) Schatschaschwili小法廷判決para.14;Schatschaschwili大法廷判決para.18.

- (5) Schatschaschwili大法廷判決para.19.OとPは、このように警察への通報が遅れた理由について、警察とかかわりを持つことを恐れ、また、犯人たちの復讐を恐れたためであるとしている(Schatschaschwili小法廷判決para.25)。
- (6) Schatschaschwili大法廷判決paras.20-22.
- (7) Schatschaschwili大法廷判決paras.23-24.
- (8) Article 10 of the Assistance in Criminal Matters of 20 April 1959.
- (9) Schatschaschwili大法廷判決paras.25-27.
- (10) Schatschaschwili大法廷判決paras.28-29.本来であれば、ドイツの判例集等にも拠るべきであろうが、ここでは人権裁判所による要約に拠った。
- (11) Schatschaschwili大法廷判決para.30.
- (12) Schatschaschwili大法廷判決paras.1 and 47-54.
- (13) Schatschaschwili小法廷判決paras.67-69.
- (14) Schatschaschwili小法廷判決paras.72-74.この点では——Al-Khawaja大法廷判決と異なった？——後述するSchatschaschwili大法廷判決と同じ論理を採用している。
- (15) Schatschaschwili小法廷判決paras.75-78.
- (16) Schatschaschwili大法廷判決para.74.
- (17) Schatschaschwili大法廷判決para.75.
- (18) Schatschaschwili大法廷判決para.76.
- (19) Schatschaschwili大法廷判決para.78.
- (20) BGHSt 46,93 vom 25. Juli 2000.が援用されている。
- (21) Schatschaschwili大法廷判決para.79.
- (22) Schatschaschwili大法廷判決paras.80-81.
- (23) Schatschaschwili大法廷判決para.84.
- (24) Schatschaschwili大法廷判決paras.86-87.
- (25) Schatschaschwili大法廷判決para.88.
- (26) Schatschaschwili大法廷判決paras.89-92.
- (27) Schatschaschwili大法廷判決paras.93-94.
- (28) Schatschaschwili大法廷判決para.96.
- (29) Schatschaschwili大法廷判決para.97.
- (30) Schatschaschwili大法廷判決paras.98-99.
- (31)ただし、申立人の手続的不備を理由に、人権条約41条による正当な満足を与えることは否定された(Schatschaschwili大法廷判決paras.166-170)。なお、法廷意見末尾の判示(holds)において「9対8」で判断するとされているが、後述する反対意見として示されている裁判官は7名である。
- (32) Schatschaschwili大法廷判決paras.100-103.
- (33) Schatschaschwili大法廷判決paras.104-105.
- (34) Schatschaschwili大法廷判決paras.107-108.
- (35) Schatschaschwili大法廷判決para.110.
- (36) Schatschaschwili大法廷判決paras.111-113.
- (37) Schatschaschwili大法廷判決paras.115-116.
- (38) Schatschaschwili大法廷判決paras.117-118.

- (39) Schatschaschwili大法廷判決paras.119-122.
- (40) Schatschaschwili大法廷判決paras.123-124.
- (41) この判示部分について、Rosin v Estonia [2013]ECHR 1320 ; Vronchenko v Estonia [2013] ECHR 711が引用されている。
- (42) Schatschaschwili大法廷判決paras.125-130.
- (43) Schatschaschwili大法廷判決paras.133-135.
- (44) Schatschaschwili大法廷判決paras.136-138.
- (45) Schatschaschwili大法廷判決paras.139-140.
- (46) Schatschaschwili大法廷判決paras.141-142.
- (47) Schatschaschwili大法廷判決paras.143-144.
- (48) Schatschaschwili大法廷判決paras.145-146, 150-151.
- (49) Schatschaschwili大法廷判決paras.152-155.
- (50) Schatschaschwili大法廷判決paras.156-160.
- (51) Schatschaschwili大法廷判決paras.161-165.
- (52) Schatschaschwili大法廷判決Joint Concurring Opinion, paras.1-2.(以下「Schatschaschwili大法廷判決補足意見」として引用する)
- (53) Schatschaschwili大法廷判決補足意見paras.3-5.
- (54) Schatschaschwili大法廷判決補足意見paras.6-8.
- (55) Schatschaschwili大法廷判決補足意見paras.10-12.
- (56) Schatschaschwili大法廷判決補足意見para.13.この判示につき、Saldus v Turkey [2008] ECHR 1542が引用されている。
- (57) Schatschaschwili大法廷判決補足意見paras.14-16.
- (58) Schatschaschwili大法廷判決補足意見paras.17-19.
- (59) Schatschaschwili大法廷判決Joint Dissenting Opinion paras.2-8(以下「Schatschaschwili大法廷判決反対意見(1)」として引用する)。
- (60) Schatschaschwili大法廷判決反対意見(1)paras.9-10.
- (61) Schatschaschwili大法廷判決反対意見(1)paras.11-12.
- (62) Schatschaschwili大法廷判決反対意見(1)paras.13-15.
- (63) Schatschaschwili大法廷判決反対意見(1)para.16.
- (64) Schatschaschwili大法廷判決Dissenting Opinion paras.2-4.(以下「Schatschaschwili大法廷判決反対意見(2)」として引用する)。
- (65) Schatschaschwili大法廷判決反対意見(2)paras.5-7.
- (66) Schatschaschwili大法廷判決反対意見(2)paras.8-13.
- (67) Schatschaschwili大法廷判決反対意見(2)paras.14-16.
- (68) Schatschaschwili大法廷判決反対意見(2)paras.17-22.
- (69) Schatschaschwili大法廷判決反対意見(2)paras.24-25.
- (70) Schatschaschwili大法廷判決反対意見(2)paras.26-29.
- (71) Schatschaschwili大法廷判決反対意見(2)paras.30-31.
- (72) 前記ⅢD(C)(3)参照。証人(原供述者)が退去強制された場合に、それ以前に証人に対する尋問が可能であったことを理由に人権条約違反を認めた諸判例について、拙稿「公判期日前の証人尋問制度再考の必要性」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(下)』

(2016年)288頁注(66)参照。

(73)前記ⅢE(A)(5)~(6)参照。

(74)前記ⅢE(B)(4)~(5)、(C)(7)~(8)参照。

Ⅳ 我が国の第1回公判期日前の証人尋問という制度について

以上に紹介した、一方における人権裁判所が定立した唯一又は決定的ルール、すなわち「捜査段階においても公判段階においても、被告人が尋問するあるいは尋問してもらう機会を有しない者によってなされた供述を録取した書面のみには又は決定的に有罪判決が依拠している場合には、人権条約6条の保障と適合しない程度に、防御側の権利は制約されている」と、他方における、各国の法体系にしたがって捜査段階において(被告人や弁護人の尋問する機会を与えられないまま)作成された供述を録取した書面を、公判廷において証拠して利用してよいのか、という問題に関する人権裁判所の判例を概観した。前稿において検討した「欧州人権裁判所とイギリスの裁判所との対話」の背景には、唯一又は決定的ルールが一定の重要な供述証拠について公判での又は公判前の尋問の機会を提供することを必要とするのに対して、イギリスには公判前に——被疑者・弁護人を立ち合わせたうえで——証人を尋問するシステムが存在せず、専ら警察官に対する証人陳述書に頼ってきたという事情がある⁽¹⁾。また、Schatschaschwili大法廷判決が対象とした事案は、このようなシステムを有するドイツにおいて、(法廷意見および補足意見によれば)そのシステムを活用しなかったことが重視されている。他方、我が国においては、このようなシステムはやはり存在していないわけではない⁽²⁾。

A 近年における本制度をめぐる議論

(1)我が国において、近年とくに退去強制が見込まれる外国人に対する証人審問の機会をいかに確保するかという視点から、検察官側からは証人尋問手続(刑訴法226条以下)、弁護側からは証拠保全としての証人尋問手続(刑訴法179条)の活用が主張されている⁽³⁾。判例においても、最高裁が「右規定(刑訴法321条1項——筆者注)が同法320条の伝聞証拠禁止の例外を定めたものであり、憲法37条2項が被告人に証人審問権を保障している趣旨にもか

んがみると、検察官面前調書が作成されるに至った事情や、供述者が国外にいたことになった事由のいかんによっては、その検察官面前調書を常に右規定により証拠能力があるものとして事実認定の証拠とすることができるとすることには疑問の余地がある」⁽⁴⁾と判示したのを受けて、検面調書や員面調書の証拠能力の判断に際して証人尋問手続や証拠保全手続との関係に言及するものが現れてきている⁽⁵⁾。さらに、近年においては「退去強制となった供述者の検察官調書を証拠として採用する前提として、検察官のみならず、裁判所はもとより入国管理当局を含めた国家機関が、当該供述者の証人尋問を実現するために、相応の尽力をすることを求めているものと解される。・・・検察官が当時の状況を踏まえて、被告人又は弁護人にA(原供述者——筆者注)に対し直接尋問する機会(証拠保全としての証人尋問や検察官による第一回公判期日前の証人尋問請求——筆者注)を与えることについて、相応の尽力はおろか実施することが容易な最低限の配慮をしたことも認められないのであるから、Aの本件各供述調書を刑法321条1項2号前段により証拠採用することは・・・許容することができない」として実際に証拠能力を否定するものも現れている⁽⁶⁾。

(2)他方で、法制審議会特別部会が刑事免責制度に関して「第一回公判期日前の証人尋問手続の活用」の可能性を指摘したことに対しては、第一回公判期日前の証人尋問を「予審の復活」として否定的な意見も表明されている。すなわち、「227条の規定は、いわば『合法的に証言を強制し、可視化及び弁護人の立ち合いを排除でき・・・予審のように密行した証人尋問をなすことも可能で・・・まさに『予審の復活』である。・・・226条及び227条の立法趣旨には、何ら憲法的根拠は存在しない。また、何らの法理論的な根拠も存在しない」とされる⁽⁷⁾。

(3)このように、証人尋問制度については、それを肯定的にとらえようとして、一定の場合に活用しようとする見解と現行法制度の「夾雑物」であることを理由に「旧法又は戦時法の残滓の払拭」から始めなければならないとする、一見すると正反対の主張がなされている。

B 証人尋問制度について

(1)法227条および228条は、旧刑訴法に由来するものであり、そのことから見ると、当事者主義を基本とする現行法と整合性を欠くものであるとの論者の指摘は相当であるように思われる⁽⁸⁾。本条に関して判例は——憲法37条2項の規定(証人審問権)は、裁判所の職権により又は当事者の請求により喚問した証人に対して反対尋問の機会を十分に与えなければならないとの趣旨であるとの「形式説」を前提としたうえで⁽⁹⁾——①憲法37条2項は刑事被告人の権利であるのに対して、226～227条の規定は検察官の強制捜査処分請求に関する法律規定であるから、証人尋問における被告人、被疑者又は弁護人の立ち合い(の有無および範囲)を任意にしたとしても憲法違反とはならない⁽¹⁰⁾、②証人尋問に際して、157条2項による尋問の場所・日時を弁護人に通知する必要はなく、また、通知に際してのどの程度の時間的余裕を与えるかも裁判官の裁量による⁽¹¹⁾、③228条2項により被告人・弁護人に審問の機会を与えずに作成された証人尋問調書に証拠能力を認めても、憲法37条違反とはならない⁽¹²⁾、としてきている。すなわち判例によれば、226条及び227条による証人尋問は強制捜査手続の一部であり、228条2項による被告人・被疑者・弁護人の立会の有無、その方式は——捜査に支障を生じる虞がないという要件の下で——裁判官の裁量に委ねられており、さらに、そこで作成された証人尋問調書は321条1項の要件を満たせば証拠能力を認められることになる。

(2)他方、戦後「弁護権の拡大・強化」の方針に従って採用された証拠保全手続(179条)による証人尋問においては、143条以下の総則第11章の規定が基本的に準用されるので、証人審問権との対立は少ない⁽¹³⁾。その意味で、前記東京地裁平成26年判決は「証拠保全としての証人尋問請求の機会を与えるか・・・次善の方策として227条による第一回公判期日前の証人尋問を裁判所に請求するか」と判示して、227条の証人尋問手続を、証拠保全としての証人尋問に対する「次善の方策」と位置付けているものと思われる⁽¹⁴⁾。

C 人権裁判所の判例からの示唆

法域及び法制度を異にする人権裁判所の判例から、我が国の解釈を導び

くことには慎重でなければならないが、我が国の制度について考察するための視座を得ることは可能であろう。

(1)筆者は、前稿においてAl-Khawaja大法廷判決を中心にその他の人権裁判所の判例の分析をも踏まえて、「人権裁判所の見解は、全体として我が国の近年における証人尋問制度の活用を目指す動きとほぼ一致している。ただ、人権裁判所は公判前の段階で効果的な証人審問の機会を要求している点に留意する必要がある。そうだとすれば、我が国の公判期日前の証人尋問制度(226条以下)が捜査であることのみを理由に、被疑者・被告人や弁護人の立会や尋問を権利としてではなく裁判官の裁量に委ねていることは、人権裁判所の証人審問権の理解とは矛盾することになる」と結論した⁽¹⁵⁾。本稿においてやや詳しく紹介したSchatschaschwili大法廷判決は、この結論を強く補強してくれるものと解される。

(2)人権裁判所の基本は、「証拠の許容性は国内法及び国内裁判所の問題である」とするものである⁽¹⁶⁾。そのために、公判前に証人を(被疑者・被告人又は弁護人が関与したうえで)尋問するシステムを有しないイギリスでの事件を対象としたAl-Khawaja大法廷判決は、イギリスの法制度を前提として、伝聞法則を定める2003年刑事司法法(Criminal Justice Act 2003)に従ってなされたイギリスの国内裁判所による刑事手続が、全体として公正であったのかを(そして問題とされた2件のうち、1件では条約違反と)判断した。そこでは公判前の段階で何かの手続を行わなかったこと(法制度上それが存在しない以上当然ではあるが)の当否は、直接的には論じられていない⁽¹⁷⁾。

(3)これに対して、このようなシステムが法制度として設けられているドイツにおける事件を審査したSchatschaschwili大法廷判決(法廷意見及び補足意見)は、証人の公判での供述不能が予測可能であるにも拘らず、被疑者及び弁護人に証人を審問する機会を与えなかった点を重視して、手続が全体として不公正であると認定した⁽¹⁸⁾。この判断について注目されるのは、反対意見が指摘しているように、捜査判事による証人の尋問についての、弁護人の不選任、被疑者及び弁護人への尋問の連絡及び両者の立合いの欠如、

その尋問を行わせなかったという訴追当局(検事局のみならず裁判官も含めて)の措置は、国内実定法からは一応説明可能であった——さらに、有罪判決を支え得る他の証拠の存在を十分に検討することなく条約違反を認定した——という事実である⁽¹⁹⁾。審問の機会の欠如が法制度上説明可能であったにも拘らず、訴追側が公判段階での供述不能を予見している場合には——これを可能とするためのシステムが制定法上認められている限り——弁護側に証人を尋問する機会を与えておくことが不可欠としている⁽²⁰⁾。

(4)このような考え方を前提とすれば、我が国においても、一定の重要な供述に関しては、公判廷での証人としての尋問が不可能になる可能性を予見している当局(検察官のみならず裁判所や入国管理当局も含めた関係国家機関)は、当該供述者の証人尋問を実現するための相応の努力をすることが求められていることになる⁽²¹⁾。そして証拠保全としての証人尋問に対する「次善の方策」として、刑訴法226条による第一回公判期日前の証人尋問を選択したとしても、刑訴法228条2項が被告人・被疑者又は弁護人の立会の可能性をシステムとして認めている以上は——それが不可能でない限り——証人審問権の視点から立ち会わせる義務が生じることにならう⁽²²⁾。

(1) 拙稿「研究ノート：イギリスの裁判所と欧州人権裁判所との伝聞法則をめぐる『対話』」西南学院大学法学論集48巻3=4号(2016年)379頁以下参照。

(2) 以下の記述は、拙稿「公判期日前の証人尋問制度再考の必要性」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(下)』(2016年)三2(284頁以下)の記述と重なるところが多い。

(3) 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」小林充先生＝佐藤文哉先生古希祝賀裁判論集(下)(2006年)197頁以下。

(4) 最判平7・6・20刑49-6-741。

(5) 例えば、東京高判平20・10・16高刑集61-4-1、東京高判平21・12・1判タ1324-277。また、これらの判例に先行して、上記最高裁平成7年判決との関係に言及したものとして、大阪地判平7・9・22判タ901-277、東京高判平8・6・20判時1594-150がある。

(6) 東京地判平26・3・18判タ1401-373。本判例に言及する論稿も多いが、近年のものとして、山内由光「判例紹介」研修812号(2016年)27頁、平江徳子「判例研究」福岡大学法学論叢60巻4号(2016年)729頁以下のみを示す。また、広島高岡山支判平27・3・18(LEX/DB25447261)は、法321条1項二号前段の供述不能の要件の事由は例

- 示的列挙であり、証言拒絶の場合も供述不能の要件を満たし得るとした上で、「供述不能の要件は、証人尋問が不可能又は困難なため、被告人の反対尋問権不行使という犠牲において、例外的に伝聞証拠を用いる必要性を基礎付けるものであるから、単に証人が証言を拒絶したというのでは足りず・・・証人の証言を得るための手を尽くしても、翻意して証言する見通しが低いと認められるときに、同要件を満たす・・・。(本件において)検察官はおよそA(証人——筆者注)から公判廷で証言を得るための努力をしたとはいえない。原審としても、証人尋問の重要性を意識して、公判廷で証人から証言を得られるように手を尽くすべきであるところ、(このような手を尽くしたとは言えない)。これらの配慮(尋問方法や時期の配慮等——筆者注)をするなど証言を得るための手が尽くされているとは言えないから、Aが・・・証言を拒否したことをもって、刑法321条1項2号前段の供述拒否の要件を満たすものとは認められない」として検面調査に証拠能力を認めた原判決を破棄して差し戻した。本判決についての評釈として、水庫一浩「判例紹介」研修810号(2015年)85頁以下、中村真利子「刑事判例研究」法学新報123巻3=4号(2016年)179頁以下参照。
- (7) 大場史郎「刑事訴訟法第227条について」神戸学院法学43巻4号(2014年)213頁以下。また、中間的な見解として——少なくとも起訴後の第一回公判期日前の——証人尋問についての判例理論の見直しを主張するものもある(安富潔「刑事訴訟法第227条について」慶応法学27号(2013年)189頁以下)。他方、「予審的な視点」を再評価して、その視点からわが国の捜査手続きの在り方についての再検討をはかろうとするものとして、高内寿夫「公判審理から見た捜査」(2016年)173頁以下参照。
- (8) 刑法227条、228条の立法の経緯については、大場史郎・前掲論文(前注(7))215頁以下参照。
- (9) 最大判昭24・5・18刑3-6-789、最大決昭25・10・4刑4-10-1866。ただし、従来から最高裁が形式説を徹底していたかについては疑問も示されてきており、少なくとも最高裁平成7年判決は、証人審問権を「単なる形式説を超えて、証人審問権の保障が公判外供述の許容性ないし伝聞例外を制約する原理である」としているとの理解も示されている(半田靖史「不法滞在者による大麻の密売」井田良ほか編『事例研究刑事法Ⅱ [第二版]』(2015年)679頁参照)。
- (10) 最大判昭27・6・18刑6-6-800、最決昭28・4・25刑7-4-876。
- (11) 最決昭28・3・18刑7-3-568、最決昭28・4・25刑7-4-876。
- (12) 最判昭35・12・16刑14-14-1947、最判昭50・3・25裁集刑195-643。なお、証人尋問に関する判例の流れについては、安富潔・前掲論文(前注(7))198頁以下に整理されている。
- (13) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第2版)』第3巻(2010年)403頁(藤永幸治=河村博)参照。ただし、証拠保全制度自体改善を求める余地がある(田口守一『刑事訴訟法(第6版)』(2012年)150頁、渡辺直行『刑事訴訟法(第2版)』(2013年)213~4頁参照)。
- (14) 東京地判平26・3・18判タ1401-373、377頁参照。
- (15) 拙稿・前掲論文(前注(2))三3(3)(288頁以下)参照。
- (16) Al-Khawaja大法廷判決para.118。
- (17) 拙稿・研究ノート(前注(1))363頁以下参照。

- (18) 本稿ⅢD(C)(3)～(4)、ⅢE(A)(5)～(6)参照。
- (19) 本稿ⅢE(B)(4)、ⅢE(C)(7)参照。
- (20) 本稿ⅢC(C)(3)、ⅢD(C)(3)、ⅢE(A)(6)参照。
- (21) 東京地判平26・3・18判タ1401-373、376頁参照。
- (22) 高内寿夫・前掲書(前注(7))207頁は、とくに裁判員裁判対象事件を視野に入れてこの主張をする。また、三井誠『刑事手続法Ⅰ(新版)』(1997年)140頁、同『刑事手続法Ⅲ』(2004年)は「運用面では、実質的に憲法37条2項の審問権の保障の趣旨はこの手続にも推及されてしかるべきであろう」とする。

V 結びに代えて

「はじめに」において述べたように、本稿は先行する拙稿を——論者が前稿の脱稿後に接することになった——新たな人権裁判所の判例を踏まえて一部補足したものである。その意味で、前稿と一体となるものであるが、本稿のみでも趣旨を理解することが可能となるように、前稿と重複する部分を含んでいることを謝しておきたい。

[追記]新たな人権裁判所の判例——Seton第一小法廷判決——について

前述したように、Schatschaschwili大法廷判決の法廷意見は、Al-Khawaja大法廷判決の解釈という形をとりながら、同判決の示す3段階の判断枠組みを相対化し、様々な要素のバランスによる「手続全体の公正さ」の判断を強調して、判断枠組み全体を流動化させた⁽¹⁾。結論として同判決は条約6条違反を認めた——その論理は我が国にも裨益するものと思われる——が、他方で、同判決の全体的・相対的なアプローチは手続の軽視につながるのではないかと懸念されていた。そして実際に、従来の判断枠組みからは、人権条約違反となるはずの事例——ただし公判外供述による罪責認定という典型的な伝聞証拠とは若干異なる形態のものではあるが、証人の公判への不出頭に十分な理由があるとは言えない事例——において、人権条約違反とはされなかった事例が出現した⁽²⁾。本稿における我が国の公判前の証人尋問制度再考の視点を探るという視点と直接関わるものではないが、人権条約違反の申立に対する人権裁判所による判断枠組を押さえておくという視点から、ここに追記しておきたい。

すなわち、人権条約6条の公正な裁判の要求に関して、Al-Khawaja大法廷判決は3段階の基準を明確にするとともに、その第2要件すなわち唯一又は決定的ルールを相対化させたが、第1の要件である証人の欠席理由の十分性については少なくとも文言上は厳格であった。しかし、Schatschaschwili大法廷判決は、この第1の要件をも相対化させるとともに、判断の順序についても流動性を認めた。そして実際に、このSeton判決は、証人の欠席に十分な理由が認められないとしたうえで、当該証拠の重要性の程度に相応した埋め合わせるべき要素が存在していたことを理由に人権条約6条との適合性を肯定するに至ったのである⁽³⁾。

(1) Al-Khawaja 小法廷判決と比べると、Al-Khawaja 大法廷判決自身も判断枠組みを柔軟なものとしていたが(本稿Ⅱ C(1) 参照)、Schatschaschwili 大法廷判決はさらに柔軟化させた可能性がある(本稿Ⅲ C(B) 参照)。

(2) Seton v. United Kingdom [2016] ECHR 318.

(3) 本件の評釈として、Tom Rees, “Seton v United Kingdom”, [2016] Crim. L.R.653.