
論 説

刑事訴訟における 証拠保全機能についての一考察

— 刑事準備手続論と関連して —

岡 田 悦 典

- I はじめに
- II 現行刑事訴訟法の立法過程における証拠保全の地位
 - (1) 証拠保全請求権の登場
 - (2) 刑訴法 226 条ないし 228 条と証拠保全
- III 現行刑事訴訟法における証拠保全機能
 - (1) アメリカ法との比較
 - (2) 証拠保全請求権の法的性格
 - (3) 証拠保全請求権における「証拠保全」の意義
 - (4) 刑訴法 226 条ないし 228 条について
- IV 終わりに

I はじめに

わが国の刑事訴訟において公判前の準備手続が新たに創設され、公判前整理手続の訴訟活動に注目が集まった。これは従前にはない訴訟活動の変化であり、公判前の当事者活動にその比重が高まってきたと言えそうである。刑事訴訟の歴史的変遷から見ると、公判前の当事者活動が重視されるのは、刑事訴訟の近代化と当事者主義化の流れの中で、必然であったようにも思われる。すなわち、例えば、刑事訴訟の「専門家」化への流れの一環として、ア

アメリカ合衆国では証拠能力に関する申立ての増加や複雑な事例における争点形成の対応、公判におけるストーリー形成のための準備作業などが、公判前の訴訟活動の活発化の一因である¹⁾、とされている。

本稿は、公判前の準備活動の一環として、証拠保全という機能に目を向けるものである。証拠保全（刑訴法 179 条）は、第二次世界大戦後のわが国の現行刑事訴訟法制定に当たって、新たに注目された機能である。しかしこれまでそのあり方については、積極的に語られてこなかったように思われる。また、刑訴法 226 条ないし 228 条の規定は、捜査機関による証拠保全の規定である。これらも、証拠保全全体の機能から勘案した検討は、十分にはなされてこなかったように思われる。しかしでは、それはなぜなのか。その疑問を前提に、刑事訴訟における証拠保全機能はどうあるべきなのかを、本稿は明らかにしたいと考える。

II 現行刑事訴訟法の立法過程における 証拠保全の地位

(1) 証拠保全請求権の登場

わが国の刑事訴訟法を眺めると、証拠保全の機能として称される規定は、証拠保全として明確に規定された 179 条の他に、226 条ないし 228 条の規定が存在する。証拠保全をめぐる理解は、捜査に対する考え方、あるいは公判準備に関する考え方とも関わるため、現行刑事訴訟法制定過程の議論を眺めることが有益である。この点について制定過程を眺めた場合に、その過程は、① 弁護権強化としての証拠保全請求権の登場、② 捜査機関による捜査権限強化としての 226 条以下の規定の登場、という二段階に分けて分析することが可能である。なお、弁護権強化としての証拠保全請求権の登場については、公判準備手続の強化という側面もあったことを付け加えておく。

現行刑事訴訟法における 179 条の証拠保全請求権の意義が、どのように理

解されていたのか、まずは検証しよう。すなわち、昭和20年12月末から21年2月までの立法策定過程を見ると、それは、予審廃止と強制捜査権の捜査機関への委譲の過程であった。そして、公判準備の拡充強化が課題とされた。もっぱら裁判所の証人等の尋問権限の強化と受命裁判官による準備手続の強化であった。その中で、被疑者段階の弁護権付与が一つの大きな目玉であったが、その文脈の中で以下の規定が「刑事訴訟法中改正要綱案（昭和二十一年一月二六日）」の中に登場することとなった。

二 右ニ伴ヒ強制捜査権行使ノ公正ヲ確保スル爲左ノ如ク措置スルコト
…(略)…

(5) 被疑者又ハ辯護人ハ公訴提起前ニ限り必要トスル處分ヲ検事又ハ司法警察官ニ請求スルコトヲ得ルモノトスルコト（参照三〇三條一項）²⁾

さらに、司法制度審議会第三小委員会では、弁護権の強制権なる概念が登場した。すなわち、「司法制度審議会第三小委員会第二回議事概要（昭和二十一年七月一八日）」によれば、検察官に強制捜査権を付与すべきかが議論になった。大勢は付与すべしという方向で議論が進んでいったが、その中で飛鳥田委員が次のように述べた。

「佐藤委員の御説明に満足しますが、裁判所が公判中心主義なれば弁護士は検事に対抗する資料を必要とする。そこで起訴後にはある程度の強制権
[編注：ベンで「証拠蒐取の権」に訂正]を弁護士にも認めて頂きたい³⁾。

第二次世界大戦終了後、この議論が登場する間にアメリカ式の公判審理方式として交互尋問方式（クロスイグゼミネーション）の導入が提案されており、その流れの中での議論であったと理解できる。そしてこのときの「団藤メモ」によれば、この議論に概ね賛意が示されている⁴⁾。その直後に明らかにされた「弁護権の拡充に関する規定要綱（昭和二十一年七月二二日）」には、弁護

権拡充の方針の中に、証拠保全請求権の語が登場した。その内容は、主に次の通りであった。すなわち、① 被疑者・弁護人はあらかじめ証拠調べをしておかなければ公判期日にその証拠を使用することが困難な事情があるときは、証拠保全の申立てをすることができる、② 申立は押収、搜索、検証、鑑定及び証人尋問について認められ、簡易裁判所に対して行う、③ 申立てでは、事件の概要、証すべき事実、証拠、証拠保全の必要な理由を明らかにする、必要な理由は疎明しなければならない⁵⁾、である。そしてこの内容が、「刑事訴訟法改訂方針（昭和二十一年七月二六日）」において、「證據保全の申立をする権」⁶⁾として実現した。訴訟費用の件について修正はあるものの、大筋で、証拠保全請求権が、この第2次案と継続され、「刑事訴訟法改訂要綱案試案（昭和二十一年八月五日）」では、次のように形成されたのである。

（證據保全請求権）

第十八 検事、被告人、被疑者及び辯護人に、次の要領による證據保全請求権を認めること。

一、被告人、被疑者又は辯護人は、裁判所に對し、證據保全の申立をすることができるものとする。

二、公訴提起後は、検事も、前項の申立をすることができるものとする。

三、證據保全の手續は、ほぼ、民事訴訟法の規定に準じて、これを定めること⁷⁾。

この立法理由について、「司法法制審議会第三小委員会第八回議事録（昭和二十一年八月六日）」によれば、横井幹事から「公訴提起後弁護人にもある程度の捜査権を与へるようにとの御要望がありましたので、かういふ規定を設けてみました」との説明がある⁸⁾。そして特に異議はなかったようである。この規定はそのまま、「刑事訴訟法改訂要綱案（昭和二十一年八月一七日）」⁹⁾に踏襲され、その後、臨時法制審議会でも、新たな証拠保全手続を設けること

が銘打たれた¹⁰⁾。さらに、その後は「刑事訴訟法改正要綱案（昭和二一年一〇月二三日）」¹¹⁾に証拠保全請求権が残されていった。

このように見ると現在の証拠保全請求権は、明確に、弁護権強化の一環として、捜査機関への強制捜査権付与とのバランスをも勘案し導入されたものと言えよう。もつとも、その経過で、捜査機関側（検察）にも同様の権限を付与すべきであるとして、刑事訴訟法改正要綱案には、検事にも請求権を付与する規定となっていたことにも、注意が必要である。その後、刑事訴訟法改正案の第1次案から第4次案まで、明確に、証拠保全の章が立てられ、この構想は残されていった。しかし、昭和22年2月の第5次案、第6次案では、いったんその枠組みは姿を消すこととなる。

（2） 刑訴法 226 条ないし 228 条と証拠保全

昭和22年には、日本国憲法施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律案が俎上に上り、まずはこちらが議論の対象となった。その法律案においては、証拠保全請求権はひとまず姿を消したものの、その12条で、次のような規定が登場した。

第十二條 被告人を除く証人その他の者の供述を録取した書類（被告人がその証人その他の者の訊問に際し、これに立ち会い、且つその証人その他の者を訊問する機会を與えられたものを除く。）又はこれに代わるべき書類について〔編注：「について」を削除〕は、被告人の請求があるときは、その供述者又は作成者を公判期日において訊問する機会を被告人に與えなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を與えることができず又は著しく困難な場合は、この限りでない¹²⁾。

昭和22年3月29日の貴族院検察庁法案特別委員会では、新憲法37条第2項の「趣旨に従ひ」¹³⁾導入されたと説明された。ここでは、証拠保全は姿

を消すが、その後、捜査機関による調書作成に当たる大激論が繰り広げられ、今日の刑事訴訟法の極めて重要な構造が形成されていった。

すなわち、昭和22年のこの時期に、現行刑事訴訟法の改正が急ピッチで進められ、その日本側の最終案である第9次案が、昭和22年にGHQに提出された。証拠保全請求権については、第8次案（昭和22年9月25日）の154条に、被疑者・弁護人の請求権として現れ¹⁴⁾、第9次案（昭和22年10月15日）の153条に踏襲されていく¹⁵⁾。同様に、昭和22年における「刑事訴訟法改正法律案要綱（昭和二二年九月二五日）」¹⁶⁾及び「刑事訴訟法改正法律案要綱（昭和二二年一〇月五日）」¹⁷⁾にも、被疑者・弁護人の請求権としての証拠保全が項目として挿入される。

一方、GHQが昭和23年3月までに提出法案に検討を加えていった。そして3月23日から4月5日にかけて、「刑訴改正小審議会」で、マイヤース氏、ブレイクモア氏、アップルトン氏の3名が法務庁の担当者と交渉し、4月13日から5月5日にかけて、「刑事訴訟法改正協議会」が開催された。ここでGHQから「プロブレムシート」が示され、これを元に議論され、条文が確定していくこととなった¹⁸⁾。本稿のテーマに関連してはブレイクモア氏による提出問題第2問で、次のように示された。

証拠保全手続に関する特例

一、証拠は起訴前たと後たとを問わずこれを保全することができる。何人も起訴される迄は証人に対面する即ち証人調に立会う憲法上の権利を有しない。然しながら裁判所は起訴前と雖も、司法手続を妨害せぬ限り被疑者に対しこの機会を與える権利を有する。

二、被告人が起訴され、未決に在る間は、裁判所は被告人に対し自ら又は代理人によつて公判前に証人調に立会い又は自己の訊問を為す機会を與える裁量権を有する¹⁹⁾。

ここでは明らかに証拠保全請求権が明確に表現され、またその手続への被疑

者の立会権を意識した内容になっている。一方、ブレイクモア氏の提出問題第10問では、次のように問題が指摘された。

……左に掲げる基本原則が、検察官及び司法警察職員の行う訊問及び取調並に彼等が録取した証言を公判において使用することに関して、設けられねばならぬと提案する。

一 如何なる場合においても、検察官、司法警察職員は被告人、被疑者又はその者の何人に対しても証言を強制し得ない。検察官、司法警察職員の取調の段階においては被訊問者は何時でもその証言を撤回し又は拒絶することができる。

二 検察官、司法警察職員は捜査すべき事件に関して知識を有する人に対し任意の出頭を求め問に答えて貰うことができる。この訊問で作成した証言録取書類は、できればこれを整備し、被訊問者に閲読せしめ誤謬を補正せしめる。

三 検察官、司法警察職員の作成した訊問調書は如何なるものであつても、証人の供述を録取した証拠として法廷に提出し得ない。又これを起訴状と共に又は起訴状に関連して提出することもできない。但し、その証言をなした証人が出頭し得ない場合にのみ、これを証拠の目的に提出することができる（茲に出頭し得ない場合とは証人が裁判所、受命又は受託裁判官の前に出頭し得ない場合を含む）。

四 捜査すべき事件について重要な事実を知つていると明らかに認められる人が任意の供述を拒否する場合には、検察官は裁判官に対して、この人を証人として召喚し訊問の上証言を録取することを求めることができる（証拠保全）。この請求を受けた裁判官は、証人訊問の必要に関して検事の意見を聴かねばならない。

（以下略）²⁰⁾。

このように、ブレイクモア氏の問題提起は、捜査機関による取調べのあり方

と、それに付随して取調べが任意にできない場合の「証拠保全」について言及した。また、これと連動して、ブレイクモア氏の提出問題第5問は次のように述べる。

(理由)

公判において口頭でなされる証言は、大多数の場合公判廷外においてなされた証言を録取した書類による証言よりもより完全な形式の証拠である。而して口頭の証言は証拠の価値即ち信憑力を検討するのに書面の証言よりもより十分の機会があるから、証拠提出の方法として優先権を與えられるべきである。故に、証言録取書類は、その供述者を証人として使用し得る限り公判において使用さるべきではない。

(勧告)

前掲参照条文及びこれに関連する改正案中の他の条文は、左の基本原則に従って訂正さるべきであることを勧告する。

一 公判前に保全された証言を録取した書類或は人の供述を録取した書類(検察官又は司法警察職員の訊問の記録を含む)は、刑事裁判においては、証言又は陳述を記録された者が公判期日において死亡又は國外に居る時又は身体の故障、心神喪失により証人として裁判官に訊問され得ない時でなければ証拠として使用することができない。

二 この一般原則は公判手続中に受命又は受託裁判官の面前で訊問された証人の証言の記録には適用しない。蓋し、かかる証人は(第二問の特則により)公判廷において訊問し得ないものであつたからである。…(略)…

三 右の一般原則にかかわらず、被告人において証拠とすることに異議のない書類は証拠とすることができる(二五九條による)²¹⁾。

この第5問、第10問をめぐって協議会で激しいやり取りがなされていることが、議事録からわかる。ブレイクモア氏は、第10問について、その理念を次のように協議会で述べている。

「憲法では被告人に対して、ある権利を保障した。それは公判で証人でコンフロントする権利である。証人が証言を述べた時立会う権利である。その原則に附随して証人は公判廷でのみ証言することができることになる。法廷以外のところでは絶対に認めない。勿論常識的には唯一の証物であるがそれは証言ではない。（この趣旨は、「勿論法廷外の証言も常識的には一つの証拠物であろうがそれは我々は証言とは認めない」ということであるらしい。）法廷外でのべた証言の記録はただの紙である。唯それは唯一の証物（「証拠物」のことらしい。）ではあるが証言ではない²²⁾。

この主張は、証人審問権の保障と公判中心主義の考え方を基礎としていることがわかる。これに対しては昭和23年4月21日の協議会では、日本側委員から反論を受け、激しいやり取りがなされるに至った。基本的には、検察官が作った調書を利用したいとする日本側委員の考え方と、調書が積まれて裁判官のもとに行くことが、「書面主義で中世の糾問主義と変りはない²³⁾」というアメリカ側の考え方との対立であった。日本側の数人の委員から、「理論」としては概ね賛成であるといった意見が見られたものの、最後まで、調書を裁判所の前に提出することを日本側委員が認めさせようとする抵抗があったと言える。

こうしたやり取りの終盤で、証拠保全の議論が登場することとなった。次のようなやり取りが続く（以下の引用文中、オ氏とはオブラー氏、ブ氏とはブレイクモア氏のことである）。

オ氏 眞野氏検事にも証拠保全の機会を認めた方がよいか。

眞野 之を原則としてやり出せば裁判所としては負担が重くなると思う。

一般的にやれると言うことになれば弊害がおきる。

…(略)…

ブ氏 証拠保全の規定はぼんやりして居る。然し、検事にも之を認めると結局予審にならぬか。検事の調書は検事が判事に証人として説明すること

にして、証拠保全の方は範囲を縮めたらどうか。例へば、特殊の圧迫を受けて居る様に特に必要のある証人の如し。

島 然しその場合には、余程法文上厳格な制限がなければ困る。判事には捜査のことは判らない。従つて検事から請求されて必要か不必要かは判らない。検事は聴取書に証拠抛力がないと言うことになればどん〜証拠保全を請求するであらうから、余程制限を設けて貰いたい²⁴⁾。

以上のようなやり取りから、この聴取書問題をめぐる「証拠保全」の範囲を明確に限定するという方向性が確認された。その結果、ブレイクモア氏の第5問、第10問の修正が、昭和23年4月22日に以下のように提出された。

二、裁判官が録取する公判前の証言

1 犯罪の捜査に関し欠くべからざる知識を有すると明かに認められる者が検察官、警察官に対し任意にその知識を提供することを拒否する場合、検察官は裁判官に対し、その者を証人として召喚し、之を訊問し、証言録取調書を作成するよう、要求することができる。

かかる要求を受けた裁判官は訊問の必要性に関し検事の意見を聴かなければならない。

2 任意に知識を提供した者が、公判で証言する際、前の供述を撤回し又は変更する虞ある圧迫を受けて居ると信ずべき理由のある場合で、しかもかかる証言が有罪判決を得るために不可欠と思われる場合には、検察官は裁判官に対しその者を証人として召喚し、之を訊問し、その証言録取調書を作成するよう、要求することができる。かかる要求を受けた裁判官は訊問の必要に関し検事の意見を聴かねばならない。

3 被疑者又は弁護人の証拠保全を要求する権利は変更せず、そのままとする。

4 公判前に裁判官に訊問される証人には、一般の証人と同様のすべての特権と保障とが與えられ、証言をしない場合には、公判中の証言拒否と同

様、處罰を受ける。

5 裁判官は必要と認める時は、公判前の証人訊問を判事室で行うことができる（非公開の意の如し一訳者）²⁵⁾。

ここでは、1で検察官、警察官の取調べについて記述され、4では、公判前に形成された証拠資料について記述されている。すなわち、前者については現行法198条の原型が見られ、後者については、321条以下の伝聞例外の原型が見られる。こうした経緯から、GHQ側としては、あくまでも公判での真実解明と裁判所の役割の重要性を強調し、特に被告人の証人審問権の意義を明らかにする一方、日本側にはまだその考え方に抵抗感があり、裁判所が対処できなくなることの危惧と、捜査機関の取調べへの憧憬を捨てきれずにいる構図を見ることができよう。

このような構図は、その後、刑事訴訟法改正案の修正案の中で別々の箇所に反映されていき、「刑事訴訟法を改正する法律案（昭和二三年五月二四日）」では²⁶⁾、198条における取調べの規定と、またそれとは独立した形として、226条ないし228条に捜査機関による証拠保全の規定部分が反映していった。一方で、被疑者、弁護人の証拠保全請求権については、従来通り生き残り、むしろ現行刑事訴訟法の特徴ある規定として179条に反映されていったのである。「刑事訴訟法を改正する法律案に関する検務長官説明（昭和二三年五月三一日）」では、179条の証拠保全を「全然新しい規定である」²⁷⁾と説明しているが、一方でまた同説明では、被疑者以外の取調べの項目で、「証拠を保全するため」²⁸⁾として、226条と227条の規定の意義が明らかにされている。

このような経緯を含めて考察すると、179条と、226条ないし228条を、同種の並列的な証拠保全のための規定と理解することは難しいであろう。一方で、226条ないし228条の規定は、むしろ、本来担うべき裁判所の役割に立法当事者が懐疑的であったこと、一方で証人審問権との関係で、より積極的に理解しようとする考え方の対立を経た上で、裁判所の役割を限定的に理解し、

捜査の一手段としての性格を色濃く持つものとして登場したと言えよう。

こうした過程を見ると、主に次の事柄を指摘できよう。第一に、179条の証拠保全請求権は弁護権強化の一環として登場してきたということである。したがって、その利用についてはより積極的に弁護権強化の方向の中で検討してしかるべきであろう。また、第二に、226条ないし228条の規定は、証拠保全という用語を用いるものの、捜査の一つとして組み込まれていったことである。ただし、その過程ではもともと公判を重視するという考え方との相克があったことに注視すべきである。そして第三に、本来であれば一つの機能として議論しても何ら不思議ではなかったところ、やや性格の異なる2つの機能が併存する状況になったことが挙げられよう。そこで226条ないし228条の規定は限定的なものとして捉えられ、その性格がやや曖昧なまま現存するようになったと言えるのである。

III 現行刑事訴訟法における証拠保全機能

(1) アメリカ法との比較

さて179条の証拠保全請求権は、その淵源が現行刑事訴訟法制定過程からは必ずしも明らかではないが、その後、例えば、「アメリカ合衆国の連邦刑事訴訟規則一五条の Depositions にヒントを得たものと推測される」²⁹⁾などと指摘されている。アメリカの証言録取手続 (deposition) の手続的機能については、すでに田淵浩二教授の詳細な研究があり³⁰⁾、屋上屋を重ねるきらいがあるため、ここでは、連邦刑事訴訟規則の同規定に関する制定過程について焦点を当て、若干の比較考察のための材料を提供することとしたい。

アメリカ合衆国において証言録取手続が明確に議論されたのは、連邦刑事訴訟規則の制定においてであったが、例えば、20世紀中期のオーフィールド (Orfield) 教授の著書によれば、その当時の議論は、次のように説明されている。

「証言録取手続をとることは、民事手続においては、公判で利用できる可能性がない証拠については、行うことができる。これは、刑事訴訟では容易ではない。なぜなら、被告人は自己に反する証人を審問する権利が保障されているからである。この保障は、現実的な目的に資する。すなわち、被告人がいないところだと証人は自由に、真実に反するようなことを話すように処せられるからである。しかし、多くの実質証拠は、このルールのために利用できない。証言録取手続が安全であるという形式的かつ論争の余地のない場合もある。しばしば、現在のルールが有利に作用して、訴追側が証人を説得したり、脅したりして別の州に放逐してしまう。証人は、時間が過ぎると、不確かとなり、裁判所に出庭できなくなるだろう。それゆえ、訴追側にも弁護側にも、被告人の出席のもと、証人が法廷に出席できない場合には、証言をとることを認める制定法が要請されてきたのである」³¹⁾。

したがって、規範として成立させる要請はあるものの、被告人の憲法上の権利保障の問題もあって、賛否が分かれていたようである³²⁾。例えば、現実の要請とは裏腹に、アメリカ大統領の提案に依拠する、1931年ウィッカーシャム委員会 (Wickersham Commission) 報告書は、「証言録取手続による証言は、よく見ても、不満足 (unsatisfactory) である」³³⁾、と否定的な見解を示していた。仮に導入するとしても、少なくとも被告人の立会いのもとでとられるべきであることという前提があり、また、訴追側の使用については、否定的な見解が強かったという状況にあった。しかし、訴追側の使用に当たっても、結局のところ、被告人の立会いを認める（ないしはその場所までの移動を制度的に保障される）のであれば、憲法上の保障は満たされることにもなるという認識もあったようである³⁴⁾。

さて、具体的な連邦規則の制定については、1934年に、議会在連邦最高裁に規則制定の権限を与えたことに始まる。そして、連邦民事訴訟規則がまずは制定され、刑事訴訟についても同様の統一規則を策定する動きが加速し

た。そこで、1941年に、18名による助言委員会（The Advisory Committee）が連邦最高裁より選任され、その委員会のもとで、別の委員会が形成されて、暫定的草案（The Tentative Drafts）が作成された。そして、その後、未公表予備草案（The Unpublished Preliminary Draft）の第一稿案が1942年5月に起草された。しかし、目的及び解決すべき問題に関する注記がないこと、批判などの意見を求めるべきことが要請されたこと、裁判所からの示唆があったことなどから、検討を加えた結果、1943年3月に、第1次公開予備草案（The First Published Preliminary Draft）が完成した。この案を元に関係各所からの意見を求め、多くの意見が回収された。これを元に1943年10月に委員会が検討作業を再開し、1カ月の後に連邦最高裁に提出したところ、拒否されたため、改めて「第2次案」を作成し、1944年2月に改めて関係各所に意見を求めた。この意見聴取を元に1944年6月に「最終案」が形成された。この最終案を元になお修正が施され、議会を通過して、連邦刑事訴訟規則は1946年3月に効力を有するに至った³⁵⁾。未公表予備草案では、証言録取手続については、その20条で次のように規定されていた。

(a) 証言録取（depositions）がとられるとき 見込みある証人が出廷できない、あるいは公判ないし聴聞から避けていると思われる場合には、裁判所は、起訴状（indictment or information）の到達後、いつでも、その証言を証言録取によってとることを指示することができる。証人が公判で証言しようと出廷する制約を提出するよう命じられ、制約を提出できないことがなされた場合には、証人の申請をしている裁判所は、証言録取によって証言をとることを指示することができる。証言録取がとられ、署名された後、裁判所は拘束中の証人を解放することができる。…(略)…³⁶⁾

この(a)項では、弁護人を付けていない被告人は、弁護人依頼権を裁判所より知らされること、証言録取時には被告人の放棄がない限り、弁護人を裁判所が選任することが記述されている。また費用が見込めない場合には、被告

人と弁護人の合理的費用を政府が支出するよう命ずることができることが規定されている³⁷⁾。次に(b)項は以下の通り規定されていた。

(b) 訴追側 (Government) の請求による証言録取 訴追側の請求により証言録取がとられる場合には、以下の追加的要請が適用される。被告人を拘禁している留置官は、審査の時間と場所について通知を受ける。そして、同人は、被告人を審査に引致し、審査中にその証人の前に被告人を留め置く。拘禁されていない被告人は通知を受け、審査に立ち会う権利を持つ。訴追側は事前に被告人の弁護士、拘禁されていない被告人に旅行費用と審査出席のための費用を支払う³⁸⁾。

さらに(c)項では、証言録取の使用について、公判あるいはあらゆる聴聞において、証言録取の一部ないし全部を、証拠法の元で認められる限り、次の条件で利用することができる、とする。すなわち ① 証人が死亡している場合、② 証人がアメリカ合衆国外にいる場合 (ただし証人の欠席が証言録取を提出する当事者によって引き起こされた場合にはその限りではない)、③ 証人が、年齢、病気、虚弱 (infirmity) のため出廷ないし証言できない場合、④ 証言録取を請求した当事者が勾引状 (subpoena) によって証人の出廷を確保することができなかった場合である、とする。また、証人として、宣誓証人の証言と矛盾させる、あるいは弾劾する目的で、証言録取を使用できるとする³⁹⁾。

このように、当初は証言録取を訴追側及び弁護側に等しく可能とするように規定され、また、被告人の権利保障についても、十分に配慮する規定が置かれていた。この枠組みは、その後の第1次公開予備草案、第2次案、最終案と生き残った。しかし、最終の規則制定の段階で、訴追側の請求については削除されるに至った。この過程では証言録取については様々な意見が寄せられた。例えば、当初から役に立つという好意的な評価も散見されたものの、費用がかかる、濫用を招くであろうといった意見も寄せられていた⁴⁰⁾。また、迅速な裁判を実現することに反するといった意見や、陪審が証人を観

察する利益を持たなくなることへの懸念も表明されていた⁴¹⁾。特に、当初から、訴追側に請求権を認めることについては、被告人の証人審問権に反するといった意見も寄せられていたが⁴²⁾、その後も、被告人の権利を奪うものであるといった意見が出されていた⁴³⁾。最終的に訴追側の請求権規定が削除されたことは、このような憲法上の規制が意識されたものと言える。

その後、1960年代の連邦刑事訴訟規則の改正の中で、結局、訴追側の請求による証言録取手続が議論された⁴⁴⁾。まず、1960年代には、1962年12月の連邦刑事訴訟規則改正草案に、被告人の語を削除する（すなわち訴追側にも請求を認める）案が提案され⁴⁵⁾、これは、1964年の第2次案でも残されていた⁴⁶⁾。しかし1966年には、実務及び手続規則に関する常設委員会（The Standing Committee on Rules of Practice and Procedure）によって否定されてしまった⁴⁷⁾。もともと、1974年の改正作業を経て訴追側の請求は導入されることとなった⁴⁸⁾。この理由については、別に、すでに1970年犯罪抑止法によって、限られた場合にのみ訴追側に証言録取をとることを認めていたこと、あるいは証人の同一性を開示する場合に証言録取をとることを訴追側に認めていたことという環境変化によって、特に裁判所も常設委員会も反対する理由がなくなったということである⁴⁹⁾。

結果として、訴追側による証言録取も認められることとなり、現在の規則15条は、より詳細な形となっている。ただし、その利用については、民事訴訟とは異なり刑事訴訟の場合には抑制的であるとされている⁵⁰⁾。現行の15条においては、「例外的状況（exceptional circumstances）」があり、司法上の利益（the interest of justice）がある場合にのみ、裁判所が許可をすることができる、とされている（15条(a)）。また、被告人の立会いが明確に規定され、被拘禁者の場合には被告人を立ち合わせなければならないことが保障されるとともに、被拘禁者ではない場合には、原則として、明確に「権利」として立ち会うことが明記されている（15条(c)(1)及び(2)）。さらに、訴追側が証言録取を請求する場合には、裁判所は、訴追側が被告人に対して旅費等の費用と謄写費を支払うことを命ずることができる（15条(d)）。ただし、合衆国外に

においては、事案に特殊な調査をする必要がある場合には、被告人の立会いなく、行うことができるとしている(15条(c)(3))。また、その証拠としての使用については、連邦証拠規則 804 条(a)に定義されている「利用できない(available) 場合」でなければならず、さらにはその証言が重大である(material) ことを、請求する当事者が示さなければならない⁵¹⁾。

こうした議論を検討すると、証言録取については、現在では、被告人側だけでなく、訴追側にも同様に請求を認めていくという枠組みがあるが、特に訴追側にこれを認めることについては紆余曲折の立法史があったことがわかる。それは、被告人の証人審問権という憲法上の価値を重視するからでもあるが、公判活動こそが一義的な場であるという公判尊重の精神が基盤として訴訟理念に根付いているからであろう。両当事者の請求のいずれにせよ、条文上は、無制限ではなく例外的なものとして利用する構造になっていることが、その証左である。近年では証言録取については、元々の機能であった証言の保全(preserving) という目的だけではなく、証拠開示といった別の目的での利用も模索されてきたことも注目に値するであろう⁵²⁾。ただしもちろん、アメリカ法においても証言録取手続の中心は、なお証拠保全であることに変わりはない⁵³⁾。

(2) 証拠保全請求権の法的性格

さて、刑訴法 179 条の証拠保全請求権は、弁護権の一環として被疑者に認められた権利の一つである。したがって被疑者の証拠収集手段として貴重な積極的措置であると言うことができる。この証拠保全が弁護実践でも、時々利用されていることは報告されている。しかし、この制度を弁護人はあまり利用していないと言われてきた。現に、実務の弁護人からは、あまり使う場面がないといった声を聞くこともある。その理由については、様々に指摘されてきたが、その分析結果として、具体的には次のようなまとまった指摘がある。すなわち、「① 検察官が被疑者に利益な証拠を収集するため、保全す

べき証拠が少ないこと、② 捜査段階での弁護人の選任が少ないこと、③ 弁護人への報酬、弁護活動に対する国民の理解、弁護人の熱意などに問題があること、④ 弁護人が収集・保全すべき証拠を把握するのが困難であること、⑤ 保全された証拠を検察官が閲覧できることなどが、理由として挙げられているといえよう⁵⁴⁾、とされる。

もつとも、理由はともかくも、その積極的利用はあるべき姿であるから、証拠保全の利用を推奨する見解はこれまでも数多い⁵⁵⁾。中には、「証拠保全手続に一種の証拠開示機能を期待し、これに捜査機関手持ち証拠の開示をも加える」⁵⁶⁾方向性を指摘する学説も登場した。現在においては、全勾留事件に被疑者国選弁護制度が整備され、むしろ証拠保全請求を積極的に意義づける時期が到来していると言ってよい。したがって今後求められるのは、179条の証拠保全請求権についての理解を再整理し、現行法の制度的限界を把握することであろう。

179条の証拠保全請求権の法的性格については、大まかに二つの考え方に分かれる。一つは、捜査の例外、補充であるという考え方⁵⁷⁾、もう一つは捜査機関と対等な当事者としての権利であるとする考え方である⁵⁸⁾。最高裁はこの法的性格について明確には言及していない。この点で最高裁平成17年11月25日決定⁵⁹⁾が、「捜査機関が収集し保管している証拠については、特段の事情の存しない限り刑訴法179条の証拠保全手続の対象にならないものと解すべきである」とした⁶⁰⁾。これは、捜査機関の収集した証拠についての証拠保全請求権が、基本的に認められないことを示したものであるものの、証拠保全は「例外的、補充的なもの」⁶¹⁾であることの現れであるかのような評価もある⁶²⁾。こうした限定的・補充的な理解によれば、同決定で示された「特段の事情」の解釈についても限定的に解釈され、「捜査機関が手持ちの重要証拠を不要として破棄する意向を示している場合、あるいはこのような証拠を提出者に還付する予定であるが、提出者の手で破棄隠匿される危険が高い場合など、極く例外的に証拠保全を認める余地のある事例も想定されないではなく、本決定は、これを『特段の事情』と判示したものと思わ

れる」と指摘される場所である⁶³⁾。

しかし、このように解釈すると、弁護側、あるいは裁判所側からは、捜査機関からその意向が示されない限り、その滅失の可能性がわからないはずであるから、実際に、捜査機関がメモなどを破棄するという事例がある現状では、問題解決として妥当か疑問が残るところであろう。そしてこの考え方は、従来の糾問的捜査観との親和性を持つものと言え、裁判員制度の創設、被疑者取調べの録音・録画制度の導入、被疑者国選弁護制度の確立といった現在のわが国の刑事訴訟を前提とすると、その出発点とはなり得ないのではないだろうか。そうすると、やはり、本来の立法趣旨に立ち戻るべきである。すなわち、179条の証拠保全請求権は、そもそも弁護側にも強制手段を付与すべきであるとまで議論されていた立法過程、また、弁護権強化の一環として登場してきた点を加味すれば、現行刑事訴訟法の当事者主義化、弁護権強化の一手段として、被疑者・被告人の権利として明確に位置づけるべきであろう⁶⁴⁾。

したがって、そのように理解するとすれば、最高裁平成17年11月25日決定の述べる「特段の事情」とは、むしろ滅失などの客観的可能性があると認められる場合には、証拠保全を認めるべきであろう⁶⁵⁾。また、179条の「その証拠を使用することが困難な事情」とは、弁護権行使の一要素であるから、被疑者・被告人の証拠利用の可能性を緩やかに勘案して認めるべきであり⁶⁶⁾、原則として、困難な事情のおそれが疎明されれば実現されるべきである⁶⁷⁾。そしてその前提に立って、証拠保全請求の限界を位置づけるべきであろう。

(3) 証拠保全請求権における「証拠保全」の意義

もっとも179条の証拠保全については、これまで明確な性格づけがなされてこなかったこともあるのか、その想定する手段に若干の混乱があるように思われる。実際に、アメリカ法における証言録取手続を想定した場合には、

「証言の保全・保存」が、念頭に置かれた目的であった。しかしわが国では、これまで明らかにされた報告を散見すると、必ずしもその目的で利用が推奨されたわけではなかったと言える。しかし、その目的を主に2つに分けて分析することができると思われる。

(a) 物証の保全や現場・身体状況など客観的状況を把握する場合

わが国の刑事弁護実務においては、179条の証拠保全請求権の利用が低調であるのは、実際に証人としての証拠を保全する場面にあまり遭遇しないことが、最大の理由ではないかと思われるところである。現に、証拠保全の活用事例の紹介はそのようなものではなく、どちらかと言えば、別の観点からのもが多い。すなわち、例えば、① 犯行現場における状況について、被害者と被疑者との間で供述に食い違いがあるため、具体的な状況が撮影されている防犯カメラ映像を証拠保全した例がある⁶⁸⁾。また、判例で証拠保全請求が認められた事例として、② 警察官から被疑者が暴行を受けて、隠滅工作をされるおそれがある場合であれば、何らかの事情で隠滅するに至った場合に、公判の審理に無用の混乱を惹起するおそれもあるとして、警察署内の一室の入口付近壁面の検証を行うことを決定した場合⁶⁹⁾がある。このように、物証を保全する、あるいは客観的な状況を把握し保全する場合は、具体例としてもっぱら想定されている。また、最高裁平成17年決定の事例も、被疑者を任意同行した直後に警察官によって撮影された写真、及び身体検査令状に基づき被疑者の身体検査において警察官によって撮影された写真に関連するものである。弁護人は、被疑者の弁解に耳を傾けずに警察官が取調べに臨んでいるから、弁護人が、それらが毀滅されたり、除外されるおそれがあると主張して証拠保全を請求した事例であった⁷⁰⁾。したがって、当該事案の評価はともかくも、事例としては、少なくともこの類型に当たると言えるだろう⁷¹⁾。

これらの証拠保全は必要性に応じて認められるべきであるが、アメリカ法の証言録取手続でそもそも想定されていた証言の保全という観点からは、や

や異なる類型であると言うことができる。しかし、証拠の保全という観点から見ると、証言の保全と同様に証拠としての価値を維持しようとしていることになるから、179条の証拠保全請求権において想定される範囲内にあるものであると、もちろん言うことができよう。ただし、このような場面は、實際上、あまり多くはないものと想定される。そして、実務上、想定されている場面は、もっぱらこの類型に属するものとも思われるので、必然的に、証拠保全請求の事例数は、少なくなってくるように思われる。

(b) 国外強制退去が関係する場合

第二に、証拠保全の意義が重視されるようになった事案が、国外強制退去が関係する場面である。判例においても、その必要性が強調されるようになってきており、退去強制による外国人について、証拠保全として弁護人が証人尋問を請求する例として解説されることがある⁷²⁾。実際に、国外強制退去になりそうな証人には、証拠保全として証言を保全しておく必要性が高いものと思われ、179条がまさに想定している場面である。

東京地裁平成26年3月18日判決は、ある共犯者が嫌疑不十分により不起訴処分となり母国に強制送還されたが、その検察官調書を321条1項2号の書面として証拠請求された事例である。この点で、検察官らの所為を取り上げて、証拠保全請求につき次のように述べる⁷³⁾(なお下記Bは、ここで問題となる共犯者である)。

「Bの供述が被告人の有罪立証にとり重要な証拠であるとともに、Bが近日中に強制送還されて本件の公判期日において同人の証人尋問を行うことができなくなる高度の蓋然性があること、その場合に、検察官が刑訴法321条1項2号前段の規定により本件各供述調書を立証に用いると、被告人や弁護人はその内容について反対尋問を行う機会がないことを認識していたのであるから、起訴後直ちに、弁護人に対して、Bの供述調書を証拠請求する見込みや同人が釈放され、在留資格がないことから退去強制処分

を受ける可能性があることを連絡し、弁護人に刑訴法 179 条に基づく証拠保全として B の証人尋問請求をする機会を与えるか〔注：傍点筆者付記〕、何らかの事情によりこれが困難な場合には、次善の方策として、検察官が B について刑訴法 227 条による第 1 回公判期日前の証人尋問を裁判所に請求するなど、同人の証人尋問の実現に向けて相応の尽力をすることが求められていたといえる。特に、本件において、中澤検察官、古川検察官らが、本件公訴提起の当日に B を釈放し同人が入国管理局に収容されたこと及び本件の立証における B の供述の重要性を裁判所と弁護人に早期に通知するといった配慮を行うことは極めて容易であって、このような配慮ができない事情や配慮を行うことの弊害を窺わせる事情は認められない。

そして、B は、入国管理局による収容から 14 日後に強制送還されているが、東京地方裁判所における証拠保全手続の運用からすると、この間に弁護人が証拠保全請求をして証人尋問を実現できる可能性は十分あり〔注：傍点筆者付記〕、裁判員裁判事件における現在の証拠開示の運用に照らせば、検察官が速やかに B の供述調書等を任意開示することで、実効性のある証人尋問を行うことができた可能性も高い。

この点で、国外強制退去と刑訴法 321 条 1 項 2 号の解釈をめぐる最高裁平成 7 年 6 月 20 日決定において、大野正男裁判官が補足意見において、「特に、被疑者に国選辩护人制度が法定されず、現実に被疑者に辩护人がつくのは一、二割にすぎないと推量される今日の現状よりすれば、証拠保全手続に頼ることは至難であろう。また、起訴後といえども、辩护人が速やかに検察官から証拠開示を受け、収容中の外国人につき証拠保全を請求することの要否を早急に判断することも決して容易ではない」⁷⁴⁾〔注：傍点筆者付記〕、と述べて久しいところであった。しかし、時代は変遷し、被疑者国選辩护人制度の確立、証拠開示の拡充など、被疑者弁護をめぐる環境は当時とは変わりつつある。被疑者段階に辩护人が付く事案の増加とともに、179 条による証拠保全請求をすることが、従来に増して考えられることであろう。

もつとも、このように検討し、さらに翻って鑑みると、従前 321 条 1 項 2 号書面及び 3 号書面を例外として許容せざるを得ない場面では、より積極的に 179 条の利用が増えることこそ、望ましいのではないだろうか。なぜなら、それは本来予定している公判中心主義を実現するための方向にあるからである。また、これまであまり意識されてこなかったが、証拠開示の進展とともに、証拠保全請求に値する場面は少なからずあるのではないか、と思われてならない。例えば、第三者による目撃供述の保全が考えられるであろう。

そのためには、179 条の証拠保全を実質的に機能させるための、捜査段階における十分な証拠開示の促進を検討すべきである。さらに、従来の刑事弁護のあり方にも、見落としがなかったか、より実質的検討が必要であることに変わりはない。ただし、その実質的な弁護の中身の検証とともに、充実した接見交通権の保障とそのための制度的仕組みの担保、中でも、警察段階における被疑者国選弁護制度の確立も、検討すべきである。

(c) 接見交通権の場面での議論

最近、179 条の証拠保全請求権が、接見交通権における弁護活動のあり方をめぐって登場している。すなわち、接見交通の場面で、被疑者と弁護人との交通の過程で写真撮影・ビデオ撮影、録音などを自由に行うことができるのか、という問題の一側面においてである。録音機器などについては接見室への持ち込みが可能かにつき、保安上の理由からこれを否定する施設側と弁護権の一環であるとする弁護人側の要請との相克の中で議論されている。

東京高裁平成 27 年 7 月 9 日判決は、勾留中の被告人との接見中、被告人を弁護人がデジタルカメラで写真撮影したところ、拘置官から写真撮影・録画を禁止され、被告人との接見を終了させられたという事案である。そして、被告人の「心身の状態を理由とする勾留執行停止の申請、責任能力の主張立証、情状事実の主張立証等の弁護活動に向けて」接見室内で被告人の容貌姿態の撮影を行ったという事案であった。この判決は次のように述べて、弁護側の主張を排斥したが、その過程で 179 条の証拠保全に言及した。

「また、一審原告は、写真撮影等が、メモと同じく、情報の記録化のための行為である以上、刑訴法 39 条 1 項の『接見』に含まれる旨主張する。

しかし、情報の記録化のための行為であれば、当然に『接見』に含まれると解することはできない。

もつとも、弁護人が被疑者・被告人との接見（面会）の接見内容を備忘のために残すことは、その後の円滑な弁護活動のために必要なことが多いから、メモのように弁護人の接見交通権の保障の範囲内として認められるべきものもあるといえる。しかしながら、上記のとおり、情報の記録化のための行為であれば、当然には接見の内容に含まれるものではないから、メモ以外の情報の記録化のための行為が許されるか否かは、記録化の目的及び必要性、その態様の相当性、立会人なくして行えることからくる危険性等の諸事情を考慮して検討されるべきものである。

本件において、一審原告は、本件撮影行為の意義として、『A の心身の状態を理由とする勾留執行停止の申請、責任能力の主張立証、情状事実の主張立証等の弁護活動に向けて』接見室内で A の容貌姿態の撮影を行っている、本件撮影行為は、接見室内における弁護人と『被疑者・被告人』との間の『意思疎通及び情報発信・取得』としてのコミュニケーションであり、憲法で保障された弁護活動の自由が及ぶ弁護活動そのものであると主張するものであるが、写真撮影等が弁護活動に必要なコミュニケーションとして保障されるものではないことは前説示のとおりである。また、本件撮影行為が A との面会の内容を備忘するために行われたのでもなく、証拠保全として行われたものであると認めることができるところ、上記のような接見交通権が規定された趣旨に鑑みれば、将来公判等において使用するべき証拠をあらかじめ収集して保持しておくという証拠保全の目的は、接見交通権に含まれるものとして保障されているとはいえず、この様に解したとしても、一審原告としては、刑訴法 179 条に定める証拠保全を行えば足りるのであり、弁護活動を不当に制約することにはならない⁷⁵⁾（注：傍点筆者付記）。

被疑者と弁護人とのコミュニケーションの手段として、その内容の記録化は、メモ行為と同様に、むしろ現代においては当然に求められてしかるべき事柄であろう。後日その発言の内容を精査して弁護方針を立てたりすることも、当然にありうることである。例えば、弁護方針の内容を確認し、専門家に問い合わせで見通しを検討するために被疑者の状況を写真で撮影するといったことも、ありうるであろう。ましてや、通常の弁護活動においては、いわゆるあらゆる形態の活動として、将来証拠となりうるような物証や客観的状况を保全することは、むしろ必要であり、求められるべきことである。したがって証拠保全活動に類するから、接見交通権に含まれないとすることは、論理の飛躍であろう⁷⁶⁾。

すでに指摘した通り、179条の証拠保全機能として比較法的に想定できるものは、上記(b)のような類型である。本事案のような接見交通権の際に問題となる行為は、どちらかという(a)の類型に属すると言えよう。もちろん、コミュニケーションの過程を記録化することは、その後の備忘録としてであれ、あるいは弁護活動の今後の資料としてであれ、いわゆる弁護人依頼権の保障の範囲内のこととして、被疑者・弁護人間の裁量の問題である。自由かつ秘密の交通が可能である現行法のもとでは、それ以外の第三者がその利用について介入すべきことではなく、むしろ機器の利用は時代の要請である。ましてや裁判官が179条を利用せよと述べることは、弁護権行使のための過度の制度的介入とも言われかねないのではないだろうか。

また、仮に(a)の類型に類する行為だとしても、(b)とは異なり、それは本来被疑者・弁護人ができることであれば、自らが証拠収集活動を行えばよいわけであって、証拠保全だと言ってわざわざ裁判所に申し立てなければならないものではないはずである。したがって、証拠保全を理由に接見交通権の可能性を排除するのは、そのような本来の179条の趣旨を理解していないばかりか、あまりにも形式的な条文の持ち出しであると言わざるをえない。

このように、179条をめぐる証拠保全請求権をめぐることは、本来想定されている(b)の類型と、物証などの(a)の類型とに分けて検討すべきである。

安易に証拠保全活動であるとの理解のみから、接見交通権の理解の過程で179条を金科玉条のように持ち出すことは、控えるべきであろう。

(4) 刑訴法 226 条ないし 228 条について

証拠保全機能をめぐっては、捜査機関側に認められている刑訴法 226 条・227 条によるものがある。すでに立法過程の分析から明らかな通り、ひとまず、「証拠保全」の目的として位置づけられるものの、条文の成り立ちや条文の位置から、限りなく捜査手段の一つとしての性格を帯びたものである⁷⁷⁾。実際にこれらの規定は、立法過程から見ると公判中心主義、証人審問権の保障といった新しい考え方と、それと対立する旧法からの実務に固執する意見とから、その妥協の条文として登場してきたという背景がある。したがって、捜査についての考え方によって、その位置づけが大きく異なるのは、必然の結果であったと言えよう。

227 条については、学説では、むしろ捜査抑制の観点から、証拠保全機能を重視した位置づけのものと、あくまでも捜査手段の一つとしての位置づけのものとの間で、その理解に差があったところである⁷⁸⁾。ただし 227 条は、当初はその適用については限定的な構造となり、① 公判期日においては圧迫を受け、前にした供述と異なる供述をする虞があり、かつ、② その者の供述が犯罪の証明に欠くことができないと認められる場合に、と限定されていた。そして当初から、「第二二七條の條件を極端に拡張して解することが許されるべきではない」と指摘されたりしていた⁷⁹⁾。したがってその利用が見込まれていたものの、その後あまり利用されなくなったという経緯がある。

226 条も、条文の位置や成立過程を鑑みると、捜査の一手段であるという理解が素直な解釈ではあるだろう。例えば、目撃者、友人、被害者等の供述について、「任意的な方法——説得——では目的を達し得なかった時、捜査側に残された唯一の手段は、この刑訴二二六条なのである」⁸⁰⁾とされ、規定、旧刑訴法 214 条に対応するとしているが、捜査の一手段と位置づけてお

り、裁判官は、「法の要件がある限り、証人尋問を義務づけられる」⁸¹⁾ものであり、弁護人への立会権もないことを前提とし、これを「極力限定すべきであり」⁸²⁾と指摘されたりしている。このように捜査機関に判断権を委ね、その利用ないし弁護人の立会いを限定的に解釈する考え方の背景として、捜査の便宜からすれば、321条1項2号で十分に対応が可能であるという捜査実務の影響もあつたのかもしれない。

結局のところ、この両規定については、「公判中心主義及び直接主義に対する例外の規定であるため、その運用に当つては、その濫用を充分慎まなければならない。若しこれが濫用されるならば、予審制度の復活と同様の弊害を生ずるからである」と指摘されていた⁸³⁾。しかし、アメリカ法における証言録取手続のこれまでの議論の経過を見ると、ほぼ同時期に立法化されたのにもかかわらず、証人審問権と公判重視に関する歴史的伝統の存否の違いが日米間にはあるとは言え、訴追側請求による証言録取的な制度の利用についての扱いは、あまりにも対照的である。少なくとも、226条、227条による証拠保全については、被疑者・被告人・弁護人の立会権が228条で権利として保障されていないので、証人審問権（憲法37条2項）との関係で極めて違憲性の強い制度であり、再考すべき規定群であろう⁸⁴⁾。このことは、すでに制定直後から、有力説として次のように指摘されてきたところである。

「第二二八條二項を適用した証人尋問の供述録取書である。同條項によれば、検察官の請求により裁判官が証人を尋問する場合において、もし捜査に支障が生ずる虞があると認めるときは、被告人、被疑者又は辯護人を立ち會わせないで尋問することができる。そして、この反対尋問の機会を與えない供述の録取書も、本號によつて證據能力を與えられているのであるが、本號は必要性に關する規定を設けているだけで、信用性の情況的保障に關しては何ら規定するところがない。それで、第二二八條二項により反対尋問の機会を與えない供述の録取書を證據とすることは、傳聞法則に反するものであり、もしその供述が被告人に不利益な證據であるときは、憲

法第三七條二項に違反する、ということになるのである」⁸⁵⁾。

現行刑事訴訟法制定過程における GHQ からの問題提起、及びアメリカ法の議論を看過せず、その問題性に本来もっと目を向けてしかるべきものと思われる⁸⁶⁾。

そこで、刑事訴訟の証拠保全機能に関する全体的な考察から、今後の方向性のある程度明らかにすべきであろう。まず、第一に、証拠保全機能は、公判中心主義を実現し、十分な準備活動を行う上で、両当事者に必要な機能の一つである。したがって、公判中心に反する運用があってはならないであろう。当然のことながら、226 条と 227 条の利用は、証拠保全という意味で限定的に検討されるべきである。そして、証人審問権を保障するものとして、原則的に被疑者・被告人と弁護人の立会いを裁判官は許可するように、運用すべきであろう⁸⁷⁾。

2004 年刑事訴訟法改正では、227 条を、「第 223 条第 1 項の規定による検察官、検察事務官又は司法警察職員の取調べに際して任意の供述をした者が、公判期日においては前にした供述と異なる供述をするおそれがあり、かつ、その者の供述が犯罪の証明に欠くことができないと認められる場合には、第一回の公判期日前に限り、検察官は、裁判官にその者の証人尋問を請求することができる」とされ、従前には公判期日に「圧迫を受け」た場合を要件としていたところ、これを削除し、要件が緩和された。227 条の利用を促進させ、刑事裁判の充実・迅速化を図る狙いがあるが、すでに指摘した通り手続上の不備があることから、再検討が必要ではないだろうか。少なくとも、227 条の要件の安易な範囲拡大は、本来の制定趣旨から逸脱することを認識すべきであろう。

ただし根本的には、現状の法的枠組みでは、226 条、227 条に基づく証人尋問には、被疑者・被告人・弁護人の立会権が保障されていないため、極めて違憲性の強い規定である。また、これらの機能を証拠保全として位置づけるのであれば、本来、179 条と別個に規定されるべきものでもないはずであ

ろう。したがって、その積極的運用は改められなければならない、むしろ廃止して、一つの「証拠保全」としてとりまとめ、その機能を整理することが肝要かと思われる。その際には、訴追側の利用を認めるとしても、証人尋問手続では被疑者・被告人と弁護人の立会いを認めることが必要となろう⁸⁸⁾。

IV 終わりに

本稿は、刑事訴訟における証拠保全機能について、検討を加えてきた。現行刑事訴訟法は、証拠保全機能を2つに分けて配置するという、一見奇妙な位置づけにあり、いずれにせよ、捜査の補完的性格、あるいは捜査の一手段としての位置づけをする見解が有力であったように思われる。しかし、その考え方は、旧来の糾問主義的捜査観に繋がるものであり、現代の刑事訴訟の理念とは相容れない。

一方で、公判前整理手続の運用で、その長期化が課題とされている。公判前整理手続が長期化すれば、証人の記憶減退など、その新鮮さが失われてしまうため、やはり対処しなければならない重要課題であろう。充実した公判を実現するためには、その準備段階として、証拠保全機能を整備・強化することは、必須の課題と考える。

その際には、公判中心主義、証人尋問権の保障は重要な柱であり、証拠保全機能もそれらを保障するものでなければならない。したがって、捜査の補完的性格、あるいは捜査の一機能として理解するのではなく、当事者主義訴訟のための適切な機能として再構成されるべきであろう。それは、現行刑事訴訟法の制定過程から残された課題であり、また現在の刑事訴訟のあり方にも同様に妥当するものである。

注

- 1) STEPHANOS BIBAS, THE MACHINERY OF CRIMINAL JUSTICE 15-8 (Oxford University Press, 2015).

- 2) 井上正仁ほか編『刑事訴訟法制定過程資料全集・昭和刑事訴訟法編(1)』230-31頁(信山社, 2001年)。
- 3) 井上正仁ほか編『刑事訴訟法制定過程資料全集・昭和刑事訴訟法編(3)』113頁(信山社, 2008年)。
- 4) 井上ほか編(3)・前掲注3, 118頁, 特に佐藤委員発言参照。
- 5) 井上ほか編(3)・前掲注3, 152頁。
- 6) 井上ほか編(3)・前掲注3, 185頁。
- 7) 井上ほか編(3)・前掲注3, 305頁。
- 8) 井上ほか編(3)・前掲注3, 322頁。
- 9) 井上正仁ほか編『刑事訴訟法制定過程資料全集・昭和刑事訴訟法編(4)』104-5頁(信山社, 2013年)。
- 10) 井上正仁ほか編『刑事訴訟法制定過程資料全集・昭和刑事訴訟法編(5)』73頁(信山社, 2013年)。
- 11) 井上ほか編(5)・前掲注10, 82頁。
- 12) 井上正仁ほか編『刑事訴訟法制定過程資料全集・昭和刑事訴訟法編(7)』104頁(信山社, 2014年)。
- 13) 井上ほか編(7)・前掲注12, 464頁。
- 14) 井上正仁ほか編『刑事訴訟法制定過程資料全集・昭和刑事訴訟法編(10)』114頁(信山社, 2015年)。
- 15) 井上ほか編(10)・前掲注14, 172頁。
- 16) 井上正仁ほか編『刑事訴訟法制定過程資料全集・昭和刑事訴訟法編(9)』285頁(信山社, 2015年)。
- 17) 井上ほか編(9)・前掲注16, 308頁。
- 18) 井上正仁ほか編『刑事訴訟法制定過程資料全集・昭和刑事訴訟法編(11)』3頁(信山社, 2015年)。
- 19) 井上ほか編(11)・前掲注18, 188頁。
- 20) 井上ほか編(11)・前掲注18, 202-3頁。
- 21) 井上ほか編(11)・前掲注18, 248-49頁。
- 22) 井上ほか編(11)・前掲注18, 290頁。
- 23) 井上ほか編(11)・前掲注18, 295頁(オプラー氏の発言による)。
- 24) 井上ほか編(11)・前掲注18, 312-13頁。
- 25) 井上ほか編(11)・前掲注18, 334-35頁。
- 26) 井上正仁ほか編『刑事訴訟法制定過程資料全集・昭和刑事訴訟法編(12)』418及び424頁(信山社, 2015年)。
- 27) 井上ほか編(12)・前掲注26, 481頁。
- 28) 井上ほか編(12)・前掲注26, 484頁。

- 29) 藤永幸治「証拠保全制度（刑訴法 179 条）の問題点」判例タイムズ 455 号 51 頁（1982 年）。
- 30) 田淵浩二「米国連邦刑事訴訟における証言録取手続」法政研究 76 巻 4 号 627 頁以下（2010 年）参照。
- 31) LESTER B. ORFIELD, CRIMINAL PROCEDURE FROM ARREST TO APPEAL 325 (New York University Press, New York, 1947).
- 32) *Id.* at 325–26. 実際に、20 世紀中期において証言録取手続を立法化した州もあり、また、これに批判的な意見もあった。
- 33) NATIONAL COMMISSION ON LAW OBSERVANCE AND ENFORCEMENT, REPORT ON CRIMINAL PROCEDURE 36 (United States Government Printing Office, Washington, 1931).
- 34) ORFIELD, *supra* note 31, at 326.
- 35) この経緯については、MADELEINE J. WILKEN & NICHOLAS TRIFFIN, DRAFTING HISTORY OF THE FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE: INCLUDING COMMENTS, RECOMMENDATIONS AND SUGGESTIONS ON PUBLISHED DRAFTS OF THE RULES RECEIVED BY THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES ADVISORY COMMITTEE ON RULES OF CRIMINAL PROCEDURE I, xi–xv (William S. Hein & Co., Inc., Buffalo, New York, 1991).
- 36) *Id.* at 66.
- 37) *Ibid.*
- 38) *Id.* at 67.
- 39) *Ibid.*
- 40) MADELEINE J. WILKEN & NICHOLAS TRIFFIN, DRAFTING HISTORY OF THE FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE: INCLUDING COMMENTS, RECOMMENDATIONS AND SUGGESTIONS ON PUBLISHED DRAFTS OF THE RULES RECEIVED BY THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES ADVISORY COMMITTEE ON RULES OF CRIMINAL PROCEDURE II & III, 119–25 (William S. Hein & Co., Inc., Buffalo, New York, 1991).
- 41) *Id.* at 418.
- 42) *Id.* at 126.
- 43) MADELEINE J. WILKEN & NICHOLAS TRIFFIN, DRAFTING HISTORY OF THE FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE: INCLUDING COMMENTS, RECOMMENDATIONS AND SUGGESTIONS ON PUBLISHED DRAFTS OF THE RULES RECEIVED BY THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES ADVISORY COMMITTEE ON RULES OF CRIMINAL PROCEDURE V & VI, 69 (William S. Hein & Co., Inc., Buffalo, New York, 1991).

- 44) 改正案の邦文紹介として、田宮裕「アメリカの連邦刑事訴訟規則の改正案」判例時報 363 号 2 頁以下 (1964 年)。
- 45) See *Proposed Amendments to Rules of Criminal Procedure for the United States District Courts*, 31 F.R.D. 669, 674 (1963).
- 46) See *Second Preliminary Draft of Proposed Amendments to Rules of Criminal Procedure for the United States District Courts*, 34 F.R.D. 411, 419 (1964).
- 47) See *Proposed Amendments to Rules of Criminal Procedure for the United States District Court*, 39 F.R.D. 168 (1966).
- 48) See *Proposed Amendments to Federal Rules of Criminal Procedure for the United States District Court*, 62 F.R.D. 271, 298–300 (1974).
- 49) 以上の記述については、USCS – Federal Rules Annotated, *Federal Rules of Criminal Procedure Rule 15; Note*, Lexis Advance, <http://www.lexisadvance.com> (accessed 2018-1-13) 参照。詳しくは、田淵・前掲注 30, 639–40 頁参照。
- 50) WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H. ISRAEL, NANCY J. KING & ORIN S. KERR, *CRIMINAL PROCEDURE V*, 374 (Thomson West, 3rd ed., 2007).
- 51) JAMES CISELL, *FEDERAL CRIMINAL TRIALS* 660 (LexisNexis, 8th ed., 2013).
- 52) 詳細な研究につき、田淵浩二「米国刑事訴訟における証拠開示目的の証言録取手続」法政研究 78 巻 8 号 647 頁以下 (2011 年) 参照。
- 53) LAFAVE ET AL, *supra* note 50, at 376.
- 54) 長沼範良「証拠保全の運用とその問題点」金沢法学 37 巻 2 号 60 頁 (1995 年)。
- 55) 石松竹雄『刑事裁判の空洞化——改革への道標』117 頁 (勁草書房, 1993 年)。
- 56) 石川才顕『捜査における弁護の機能』140 頁 (日本評論社, 1993 年)。
- 57) 例えば、藤永・前掲注 29, 52 頁は、「捜査機関による証拠収集を補完するための例外的なもの」とする。
- 58) この二つの考え方を踏まえて証拠保全請求権を考察するものとして、斎藤司「捜査機関が収集し保管している証拠を証拠保全手続の対象とすることの可否」法律時報 79・9・101 (2007 年)。
- 59) 最決平成 17・11・25 刑集 59・9・679。
- 60) 斎藤・前掲注 58, 101 頁は、最高裁決定を「いずれの立場に立つものであるか断定はできない」とする。
- 61) 島根悟「捜査機関が収集、保管している証拠に対する刑事訴訟法 179 条の証拠保全の可否」研修 696 号 27 頁 (2006 年)。
- 62) その他、大野勝則「捜査機関が収集し保管している証拠を証拠保全手続の対象とすることの可否」ジュリスト 1329 号 101 頁も、同様の理解を前提に、本決定を評釈している。また、同旨のものとして、松尾浩也・岩瀬徹編『実例刑事訴訟法 II』162 頁 (青林書院, 2012 年) [鎌田隆志] は、「他の手段方法等による保全が期待できる

場合」は、保全の必要性を欠くとする。

- 63) 大野・前掲注 62, 102 頁。
- 64) 1950 年代に、すでに弾劾的捜査観を提供する、平野龍一『刑事訴訟法』122 頁（有斐閣, 1958 年）は、「被告人・被疑者および弁護人は、強制を用いなくとも、できる限り、証拠の収集保全に努めなければならない」とし、証拠保全請求権（179 条）をその一つ的手段として論述している。
- 65) 三井誠ほか編『新基本法コンメンタール・刑事訴訟法』201 頁（日本評論社, 2011 年）〔神山啓史〕は、「ごく例外的な場合に限定すべきではなく捜査機関や証拠提供者による破棄・滅失・紛失・変更等の客観的可能性がある場合には『特段の事情』があると解すべき」とする。
- 66) 小田中聰樹ほか編『刑事弁護コンメンタール 1・刑事訴訟法』134 頁（現代人文社, 1998 年）〔新屋達之〕は、「この判断は、被疑者・被告人が現実証拠を利用しうるか否かという観点からなされるべきで、捜査・裁判上の便宜にもとづくものではない」とする。
- 67) 丹治初彦「証拠保全請求権について」神戸学院法学 41 巻 2 号 558 頁（2011 年）は、「ゆるやかに解釈されるべき」であるとする。
- 68) 住谷喜史「防犯カメラ映像の証拠保全と公判廷での再生で得た被告人の納得」季刊刑事弁護 62 号 93-4 頁（2010 年）。なお、丹治・前掲注 67, 551-53 頁は、公職選挙違反事件において、取調官が準備した草稿 2 通（被疑者の自筆書作成のために作成されたもの）を自白の任意性を争うために、証拠保全請求した事例を紹介している。
- 69) 千葉地決昭和 57・8・4 判例時報 1064・144。なお、大出良知ほか編『刑事弁護』58 頁（日本評論社, 1993 年）は、「証拠保全を行うべき最も典型的事例は、被疑者が捜査官から暴行を受け、その痕跡が被疑者の身体に残されている場合である。将来、公判で自白の任意性を争うための決定的証拠となりうるのに対して、これが捜査機関において証拠化される可能性は皆無だからである」とする。
- 70) 京都地決平成 17・9・9 LEXDB28115245。
- 71) その他、大出良知ほか編『刑事弁護』48-9 頁（新版, 2009 年）は、① 取調べで暴行を受けたとき、② 関係者の供述が得られなくなる可能性があるとき、③ 捜査機関の隠蔽を明らかにするとき、④ 証拠が散逸してしまう可能性があるときを、典型的な証拠保全事例であるとする。また 179 条の要件について、一般的には次のように説明されることが多い。すなわち、例えば、三井誠ほか編・前掲注 65, 201 頁〔神山啓史〕は、179 条の「証拠を使用することが困難な事情がある」とは、具体的に① 物証・書証の滅失などの可能性と性状変更の可能性がある場合、② 証人の証言不能・記憶減退・変更可能性の他に、③ 鑑定の対象物の滅失などの可能性と余人をもっては代え難い鑑定人の死亡・利用不可能性を挙げる。ここで鑑定に関する③については、具体的には、本稿の 2 分類の中に分けて考えることができると思われる。

- 72) 刑事弁護研究会「弁護人による証拠保全（刑事訴訟法 179 条）」季刊刑事弁護 21 号 122-24 頁（2000 年）〔結城康郎・金野志保・花茂茂樹〕。
- 73) 東京地判平成 26・3・18 判例タイムズ 1401・373。
- 74) 最決平成 7・6・20 刑集 49・6・741。
- 75) 東京高判平成 27・7・9 判例時報 2280・16。
- 76) 同様に被疑者の状況を記録化するために写真撮影をした行為について、刑訴法 39 条 1 項の接見の範囲を狭め解釈する理由として、証拠保全の利用を指摘するものとして、佐賀地判平成 28・5・13（LEXDB25542966）がある。
- 77) 団藤重光編『法律実務講座・刑事編・第二巻・総則（2）』373 頁（有斐閣，1953 年）〔浦辺衛〕。
- 78) 大場史朗「刑事訴訟法第 227 条について」神戸学院法学 43 巻 4 号 241-45 頁（2014 年）は、これまでのこの学説に対立を詳細に分析し、227 条を当事者主義に基づき、証拠保全としての規定として積極的に解することへの疑問を提起する。
- 79) 桐山隆彦「刑事訴訟法第二七條に関する若干の疑問」警察研究 21 巻 8 号 36 頁（1950 年）。なお、同論文は、当初から 227 条の「圧迫」の虞の解釈をめぐる疑問を提起している。
- 80) 河上和雄『刑事訴訟の課題とその展開』192 頁（立花書房，1983 年）。
- 81) 河上・前掲注 80，197 頁。
- 82) 河上・前掲注 80，200 頁。
- 83) 団藤編・前掲注 77，373 頁。
- 84) 最大判昭和 27・6・18 刑集 6・6・800，最判昭和 35・12・16 刑集 14・14・1947 は、228 条が憲法 37 条 2 項に違反しないとする。
- 85) 江家義男『刑事証拠法の基礎理論』92-3 頁（有斐閣，訂正版，1952 年）。
- 86) 現行刑事訴訟法の立法過程に関わった論者によれば、179 条、228 条 2 項は憲法の要請ではないとする。栗本一夫『新刑事訴訟法上の諸問題』160 頁（立花書房，1952 年）参照。
- 87) そのため、227 条の活用を「裁判員裁判における検察の基本方針」として、検察庁が打ち出したという経緯がある。
- 88) 227 条 1 項に基づく証人尋問請求の際に、被告人に立ち会う機会が保障されていないことを指摘する最近の論稿として、安富潔「刑事訴訟法第 227 条 1 項について」慶応法学 27 号 217-18 頁（2013 年）参照。

〔付 記〕 本研究は、「2016 年度南山大学パツヘ研究奨励金 I-A-2」（Nanzan University Pache Research Subsidy I-A-2 for the 2016 academic year）（研究題目「刑事訴訟における証拠保全機能の再構成」）による研究成果である。