

退去強制により自費出国した外国人証人の検面調書の証拠能力

【文献種別】 判決／大阪高等裁判所
【裁判年月日】 令和3年12月3日
【事件番号】 令和3年（う）第603号
【事件名】 恐喝被告事件
【裁判結果】 控訴棄却
【参照法令】 刑事訴訟法321条1項2号
【掲載誌】 高等裁判所刑事裁判速報集（令3）号434頁
◆ LEX/DB 文献番号 25593928

中央学院大学准教授 高村 紳

事実の概要

令和2年9月3日、恐喝罪で起訴された被告人に対する原審第1回公判期日において、検察官が被害者の供述を内容とする検察官調書（以下、本件検察官調書）を証拠として請求したところ、弁護人が不同意の意見を述べたため、同年10月22日、原審裁判所は検察官の請求により被害者の証人尋問を採用した。証人尋問は、同年12月8日の第2回公判期日に実施されることとなり、被害者に召喚状が送達された。しかし、被害者は同年11月5日に退去強制令書の執行を受け、同月18日に中国に向けて自費出国していた。そこで、検察官は第2回公判期日において、本件検察官調書を刑事訴訟法（以下、刑訴法）321条1項2号前段に該当するものとして証拠調べを請求したところ、原審裁判所はこれを認めて、取り調べた。

判決の要旨

控訴棄却。

「本件検察官調書は、被害者が裁判所による証人採用決定にもかかわらず強制退去となったことによって〔刑訴法321条1項2号〕前段の要件を満たすに至った」。

被害者が出国するに至った経緯については、次のような事実が認められる。すなわち、被害者は、「覚せい剤取締法違反の事実で執行猶予付懲

役刑の有罪判決を受けたため、出入国管理及び難民認定法24条4号チに該当する者として8月20日に收容令書の執行を受け、同日仮放免となり、10月21日に同号チに該当するとの認定を受けたが、同日、同認定に異議があるとして口頭審理の請求をしていた」。被害者は「永住者の在留資格で永らく日本に居住しており、当時の生活の本拠は日本にあり、両親及び子と同居していたから、法務大臣による在留特別許可を得て日本における在留を継続できる可能性があり、少なくとも12月8日の証人尋問までに強制送還に至ることは考えられない状況にあった」。ところが、被害者は、「11月5日、大阪出入国在留管理局に出頭し、急に中国に戻らなければならない事態が生じたとして口頭審理の請求を取り下げて退去強制令書の執行を受け、自ら航空券を手配して11月18日に自費出国した」というものである。

「そうすると、被害者の出国は、実質的には出入国在留管理当局の意思によるものではなく、被害者自身の意思によるものというべきであるから、これを受けて検察官が本件検察官調書の採用を求め、原審裁判所がこれを採用したことが手続的正義の観点から公正を欠くものとはいえない。そして、本件検察官調書が刑訴法321条1項2号前段の要件を満たしていることは明らかである。したがって、同調書を採用して取り調べ、事実認定の用に供した原審の訴訟手続に法令違反はない」。

これに対し原審弁護人は、「検察官は、被害者

が強制退去に向けた手続に入っていることを容易に知ることができたから、被害者の証人出廷のために最善の努力を尽くし少なくとも被害者の出入国の管理をすべきであったのに、このような努力をせずに漫然と放置した検察官の不始末による不利益を被告人に課すことは、手続的正義の観点から公正を欠く」と主張している。しかし、「原審における担当検察官は、10月27日に被害者と打合せをし、被害者が12月8日の証人尋問期日に出頭することを確認し、次回打合せを同期日の約2週間前に行うことにしたが、その際及びそれ以前の被害者とのやり取りにおいて、被害者が出国することをうかがわせる事情はなく、同検察官が11月20日に被害者の携帯電話に電話をかけたところ連絡が付かなかったことによって、初めて被害者が出国したことを知ったと認められる。そうすると、上記検察官において被害者の出国を予想することは困難であったといえ、検察官が被害者の出国を漫然と放置していたとまではいえない」。

「また、原審弁護人は、7月21日に検察官から被害者の供述調書（本件検察官調書とは異なるもの）の任意開示を受けており、その調書には、被害者が中国国籍であり覚せい剤取締法違反（自己使用）の罪で執行猶予中であることが記載されていたから、原審弁護人においても、被害者が出国するまでに刑法179条1項により証人尋問の請求をする必要性を検討できたといえる」。

「弁護人は、検察官は被害者の出入国の管理をすべきであったと主張しており、その意味は必ずしも明らかではないが、仮に検察官が被害者の動静を常時監視し、出国の可能性が生じた時には随時適切な対応をすべきであったという意味であるとすれば、検察官にそのような義務があるとまでは解し難い」。

判例の解説¹⁾

一 退去強制と検察官調書の証拠能力

1 退去強制手続と伝聞例外

刑法320条1項は、公判期日外の供述を内容とする証拠で、当該供述の真実性が問題となる場合には、これを伝聞証拠として原則的に証拠能力を否定している²⁾。これに対して、刑法321条以下では、このような伝聞証拠について証拠能

力を認める広範な例外規定を設けている。本判決は、このようにいわゆる伝聞例外のうち、刑法321条1項2号に規定されている検察官面前調書の証拠能力について争われた事例である。

刑法321条1項2号前段は、被告人以外の者の供述を録取した書面について署名、押印がなされていることを前提として、検察官の面前における供述を録取した書面、いわゆる検面調書について供述不能要件を満たした場合には、その事由をもって当該書面の証拠能力が認められると規定している。この供述不能要件の一つとして挙げられているのが³⁾、原供述者が「国外にいる」ことである。特に、出入国管理及び難民認定法（以下、入管法）においては、被疑者・被告人としての外国人の退去強制手続と刑事手続⁴⁾との調整規定は存在する（63条）ものの、参考人や証人たる外国人に対する退去強制手続と証人尋問等との調整規定は存在しない⁵⁾。また、退去強制手続がなされた場合、対象となった外国人は5年間本邦に再入国することができない（入管法5条1項9号口）。したがって、原供述者が外国人である場合には、証人尋問を実施する前に入管法に則って強制退去させられており、証人尋問を行えない場合が生じ得る。このような、退去強制によって原供述者が国外にいることをもって検面調書に証拠能力を認めて良いかという問題に対するリーディングケースとなるのが、最判平7・6・20刑集49巻6号741頁（以下、「平成7年判決」）である⁶⁾。

2 平成7年判決の意義

平成7年判決は、原供述者たる外国人に対して、不法滞在の状態にあったことを理由に退去強制手続がとられたため、検察官が刑法321条1項2号前段に該当するとして検面調書の証拠調べを請求した、という事案である。これに対して最高裁は、まず一般論として、「[刑法321条1項2号前段]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証拠請求されるに至った事情や、供述者が国外にいる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」と判示した。この点につき、平成7年判決は、一般的基準として「手続的正義の観点から公正さを欠く」ことを挙げつつ、具体的な状況として、検察官が「〔原供述者たる〕外国人がいずれ国外に退去させられ公判準備又は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」（以下、具体例①）、または、「裁判官又は裁判所が〔原供述者たる〕外国人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」（以下、具体例②）には、証拠能力が否定され得ることを示した⁷⁾。ここで問題となるのが、いかなる場合に「手続的正義の観点から公正さを欠く」ために検面調書が証拠排除されるのか、すなわち平成7年判決において示された基準の意義である⁸⁾。この点、具体例①のような、検察官が故意に被告人の証人審問権を侵害する場合も想定され得るが、実際には「まずあり得ない」などとも評されている⁹⁾ことから、具体例②に示されているような場合の射程に焦点を絞って検討をする。

二 平成7年判決における検面調書の証拠能力が否定される基準

平成7年判決において示された、「裁判官又は裁判所が〔原供述者たる〕外国人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」の意義について、検察官の故意の場合のみならず過失の場合も含まれるのかがまず問題となり得る。この点につき、具体例①と同様に、検察官に悪しき意図がある場合に限定すべきとの見解も見られるが¹⁰⁾、それでは具体例①に対して具体例②が示された意義が失われる。したがって、この具体例②は、検察官の故意による場合だけでなく、過失による場合も含めているものと解するべきであろう。

証人尋問の採用がなされた後に、強制送還や自費出国によって原供述者が本邦外に出国してしまった場合に、直ちに「手続的正義の観点から公正さを欠く」として証拠能力を否定することはできない。なぜなら、入管業務と刑事手続とは別個の国家的作用に属するものであるため、証人尋問を予定していることを理由に検察官が入管管理局に対して退去強制について指揮や指示をすること

はできず、また、証人尋問を理由として退去強制の執行を一時的に停止するような規定は入管法上存在しないからである。さらに、証人尋問の実施を理由として退去強制の対象となった原供述者たる外国人の収容を継続することは、当該外国人の人身の自由や出国の自由を侵害することにもなり得るため、許されない¹¹⁾。したがって、この具体例②については、現行法制上可能な範囲内で、検察官や裁判所が、証人尋問実現のために努力をするよう求めるのがその趣旨であるといえる¹²⁾。このような見解を示した裁判例として挙げられるのが、東京高判平20・10・16 高刑集61巻4号1頁（以下、「平成20年判決」）である。平成20年判決も、本判決と同様に、証人尋問を行うことが決定された後に原供述者が退去強制によって国外に出国したため、検察官が刑訴法321条1項2号前段ないし3号に基づき供述調書の取調べ請求をし、採用された事例である。この平成20年判決において東京高裁は、手続的正義の観点から公正さを欠くか否かという点につき、証人尋問実現のために裁判所や検察官によって「相応の尽力」がなされていたかを考慮要素として挙げ、このような尽力がなされているために供述調書の証拠能力が認められるとした。では、いかなる場合に証拠能力が否定されるのか。この点については、東京地判平26・3・18 判タ1401号373頁（以下、平成26年判決）が参照され得る。この平成26年判決で検察官は、原供述者たる外国人につき退去強制手続が進められており、近日中に強制送還されることによって証人尋問が行えなくなることを認識していながら、これらの事実を被告人及び弁護人に告げていなかった。このような状況において刑訴法321条1項2号前段に基づいて請求された供述調書について、東京地裁は、弁護人に刑訴法179条に基づく証拠保全としての証人尋問請求をする機会を与え、あるいは刑訴法227条に基づく第1回公判期日前の証人尋問を裁判所に請求するといった、被告人、弁護人に尋問する機会を与える相応の尽力はおろか最低限の配慮をしたことも検察官には認められないため、手続的正義の観点から公正さを欠き、その程度も著しいと判断し、証拠採用することはできないとした¹³⁾。

三 本判決の検討

以上見てきたように、平成7年判決が示した「手続的正義の観点から公正さ」を欠くか否かという点につき、検察官や裁判官による証人尋問実現のための「相応の尽力」が重要な要素となるが、翻って本判決においてはどうか。判旨は一見したところ相応の尽力の有無について言及をしていないようにも読めるが、これは、原供述者たる被害者が退去強制によって出国することについて検察官は認識を欠いており、相応の尽力を求める状況になかったためであるといえよう。実際、本判決において被害者は、強制送還がなされる状況になく、証人尋問決定後の打ち合わせにおいても出国をうかがわせる事情はなかったことなどから、裁判所は、検察官にとって被害者の出国が不測の事態であったことを認定している。このような国外退去の可能性について認識を欠くのがやむを得ない状況においては、相応の尽力を求めることはできない。したがって、本判決は依然として平成7年判決以降の流れに沿うものといえるであろう¹⁴⁾。また、弁護人が主張するような被害者の出入国の管理を検察官がすべきであったとの主張についても、退去強制と刑事手続とは異なる国家作用に跨るものであり、かつ、出国をうかがわせる事情も認識し得なかったのであるから、そのような義務を認めることもできない。

なお、本判決において裁判所は、供述調書の証明力について、被告人又は共犯者のいずれかの供述と一致している部分にほぼ限定して信用性を肯定している。証人尋問を行うことが認められた後で、退去強制によって原供述者が国外に出国した場合に、検察官がその実現のために相応の尽力をした、あるいは相応の尽力を求める状況になかったために刑訴法321条1項2号前段に基づき供述調書の証拠能力が認められるとしても、被告人の証人審問権の保障や反対尋問の機会の保障といった観点から、検面調書について慎重な運用をすることが、求められるものと考えられる。

●—注

- 1) 本判決の評釈として、池亀尚之「退去強制と検察官調書」法教522号(2024年)119頁。
- 2) 吉開多一＝緑大輔＝設楽あずさ＝國井恒志『基本刑事訴訟法Ⅱ・論点理解編』(日本評論社、2021年)252頁。
- 3) なお、供述不能要件については例示列举であると解される。この点について、例えば証人が証言を拒否した場

- 合も供述不能にあたる事例として、最大判昭27・4・9刑集6巻4号584頁、東京高判平22・5・27判タ1341号250頁、広島高判平27・3・18高検速報(平27)号267頁等が、宣誓書への署名を拒否した場合も供述不能に該当するとされた事例として、名古屋高判平26・3・4高検速報(平26)号137頁等が挙げられる。
- 4) 退去強制手続の概要に関して、上野友慈「判批」ひろば48巻10号(1995年)56～57頁等参照。
- 5) 堀江慎司「証人審問権と検面調書」法教256号(2002年)34頁。
- 6) 最新の評釈として、三明翔「判批」大澤裕＝川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選(第11版)』(有斐閣、2024年)188～189頁。
- 7) 山田道郎『証拠の森』(成文堂、2004年)33頁。
- 8) この「手続的正義の観点から公正さを欠く」か否かという一般的要件の法的根拠ないし体系的地位もまた重要な論点であるが、紙幅の関係上本評釈では論じない。なお、この一般的要件の根拠論については、憲法37条2項の証人審問権の趣旨を刑訴法321条1項2号前段規定の解釈に反映したとする見解(堀江・前掲注5)37頁)、憲法31条に根拠を求める見解(山田・前掲注7)34頁)、刑訴法全体の趣旨に根拠を求めたものとする見解(古江頼隆『事例演習刑事訴訟法(第3版)』(有斐閣、2022年)429頁)などが挙げられる。
- 9) 津田賛平「退去強制によって出国した者の検察官面前調書の証拠能力について」研修573号(1996年)18頁。
- 10) 同様の指摘として、堀江・前掲注5)38頁。
- 11) 松田岳士「証人尋問の決定がなされているのに退去強制がされた場合において、当該外国人の供述を刑訴法321条1項2号ないし3号で採用することが許容された事例」刑ジャ24号(2010年)101頁、109頁。また、自費出国の場合における入管当局の行政上の義務について、大阪地判平7・9・22判タ901号277頁。
- 12) 後藤昭『伝聞法則に強くなる(第2版)』(日本評論社、2023年)72頁。
- 13) なお、原供述者が退去強制を受けるおそれがある場合に、刑訴法226条及び227条によって期日前の証人尋問請求することを義務付けることは、規定の文言上できない。前者は犯罪の捜査に欠くことのできない知識を有する参考人が、刑訴法223条に基づく取調べに対して出頭または供述を拒んだことを、後者は取調べにおいて供述をした参考人が公判期日において不一致供述をする虞を要件としているためである。この点につき、清水真「退去強制と検察官面前調書(最判平成7・6・20)」法教470号(2019年)35頁。
- 14) 同様の趣旨として、池亀・前掲注1)119頁。