

# 刑事訴訟法第227条について

大 場 史 朗

1. はじめに
2. 規定の沿革
3. 227条の解釈と運用
4. 227条と「当事者主義」
5. 227条の「復活」
6. おわりに

## 1. は じ め に

証拠捏造問題に端を発する「検察不信」は日本型刑事司法の根幹たる検察の通弊を白日の下にさらし、「再審の波」にもたとえられる再審事件の活発化と相まって、日本型刑事司法への風当たりは依然として強いものがある。一見華やかにみえつつも、伝統的な日本型刑事司法の「微調整」<sup>(1)</sup>に過ぎないと喝破される現在の刑事司法改革の中にあつて、変革を求める声とその変革に抗おうとする動きは、いまなお帰趨するところを知らない。このような中で、現在、従来の「取調べへの過度の依存」「供述調書への過度の依存」からの脱却が志向され、それと同時に、証拠収集手段の「適正化」<sup>(2)</sup>「多様化」が目指されている。

---

(1) たとえば、松尾浩也「刑事訴訟の課題」松尾浩也・井上正仁編『刑訴訟法の争点新版』（1991）6頁以下など参照。

(2) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」（平成25年1月）。以下、単に「基本構想」という。

他方、日本型刑事司法に対する厳しい批判を追い風として、「人質司法」に代表される日本型刑事司法を是正しようとする動きも活発になっている。周知のように、そのような立場からは「全面的可視化」論が有力に主張されている。<sup>(3)</sup>そこでは、日本国憲法の諸条文などから「可視化請求権」が導かれるとされ、被疑者取調べの全過程可視化だけでなく、参考人取調べについても全過程可視化の導入が示唆されている。<sup>(4)</sup>

しかし、現行刑訴法の中には、参考人取調べにおける全過程可視化を骨抜きにする規定がすでに含まれている。第一回公判期日前における証人尋問の規定、すなわち刑訴法226条及び227条がそれである（以下、とくに断りのない限り、条文番号は現行刑訴法のそれである）。

226条及び227条は、「予審の復活」にも例えられるように、きわめて問題が多い規定であるが、学説においてはこれまで自覚的に論じられてこなかった。<sup>(5)</sup>また、現在進行中の議論では「新しい捜査手法」の一つである刑事免責制度において「第一回公判期日前の証人尋問手続の活用」<sup>(6)</sup>

---

(3) 代表的なものとして、小坂井久『取調べ可視化論の展開』（2013）、同『取調べ可視化論の現在』（2009）など参照。

(4) 小坂井・前掲『取調べ可視化論の展開』2頁以下によれば、①憲法13条、②同31条、③同38条1項、④同38条2項、⑤同34条（37条3項）、⑥刑訴法1条、⑦包括的防御権が「可視化請求権」の根拠とされ、憲法37条2項が「被疑者自身による、被疑者以外の者（参考人）に対する可視化請求権の根拠にもなりうる」（同3頁）とされる。

(5) 刑訴法227条に関する先行研究として、本稿と同題の、安富潔「刑事訴訟法第227条について」慶応法学27号（2013）190頁以下がある。あわせて参照されたい。

(6) 刑事免責制度については、榎本雅記「刑事免責に基づく証言強制制度（1）～（6）」名城法学54巻3号77頁以下、同55巻2号（以上2005）35頁以下、同55巻4号171頁以下、同56巻2号（以上2006）51頁以下、同62巻1号30頁以下、同62巻2号（以上2012）29頁以下、酒巻匡「刑事免責（訴追免除）制度について」ジュリ1148号（1999）245頁以下、三井誠「刑事免責〔1〕〔2〕」法教225号115頁以下、226号113頁以下（1999）、田口守一「立法のあり方と刑事免責・証人保護等」刑法雑誌37巻2号（1998）70頁以下、白取祐司「同一慎重論の立場から」同80頁以下など参照。また、

## 刑事訴訟法第227条について

が予定されていることから、今後、両規定に関する議論が活発になると  
思われる。<sup>(7)</sup>したがって、現在、両規定の問題性を論じる意義はますます  
大きくなっているといえる。

また、両規定について論じることは、我が国の「当事者主義」、ひいては「当事者主義」を標榜してきた戦後刑訴法学の限界を明らかにすることにもなり、さらに、226条及び227条によって作成された証人尋問調書は321条1項1号書面として証拠とされることから、両規定の検討はわが国の証拠法の根幹を問い直すことでもあろう。

以下では、より問題性が強いと思われる227条を中心として同規定の沿革をたどり、その解釈・運用を分析することで、226条及び227条の問題性を明らかにすることとしたい。(なお、以下の論述では、228条が226条及び227条に適用されることを当然の前提として論じる)。

## 2. 規定の沿革

### (1) 旧刑訴法における「証拠保全」規定

周知のように、旧刑訴法(以下、単に旧法という)は、原則として予  
審判事のみ<sup>(8)</sup>に強制処分権を付与し、現行の「証拠保全」に当たる手続と

---

法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」・第1作業分科会(第3回、第6回、第10回)議事録も参照。

(7) 前掲・「基本構想」13頁。この点に関して、山口直也「取調べによらない供述証拠収集手段の立法課題」法時85巻8号(2013)21頁以下は「もし仮に、わが国の公判前証人尋問で刑事免責を取り入れるとすると、当該段階では被告人の反対尋問権は保障されない。また、公判において証人が証言を拒絶した場合に、当該証人尋問が321条1項1号書面として採用されてしまうのであれば、被告人は証言内容にまったく反論できなくなってしまう。このような制度運用は、あまりにも捜査側の都合に合わせた捜査手法に過ぎず、適正手続保障の観点からは看過できない問題を孕んでいる」と批判する。また、福島至・神洋明・高田昭正「(連続鼎談)『新時代の刑事司法制度』を問う—第4回刑事免責・証人適格」法時86巻1号(2014)72頁以下なども参照。

(8) たとえば、勾引及び勾留(122条)、押収及び搜索(169条)、検証(179

して、以下のような規定を置いていた。

「第二百九十五条

- 1 予審ハ被告事件ヲ公判ニ付スヘキカ否ヲ決スルタメ必要ナル事項ヲ取調フルヲ以テ其ノ目的トス
- 2 予審判事ハ公判ニ於テ取調ヘ難シト思料スル事項ニ付亦取調ヲ為スヘシ。」

「第三百二条

- 1 予審判事公判ニ於テ召喚シ難シト思料スル証人ヲ訊問スル場合ニ於テハ検察官及弁護士ハ其ノ訊問ニ立会フコトヲ得……」

「第三百三十九条

裁判長ハ証人其ノ他ノ者被告人又ハ或傍聴人ノ面前ニ於テ十分ナル供述ヲ為スコトヲ得サルヘシト思料スルトキハ其ノ供述中之ヲ退廷セシムルコトヲ得

被告人他ノ被告人ノ面前ニ於テ十分ナル供述ヲ為スコトヲ得サルヘシト思料スルトキ亦同シ。」

そして、当時の人権蹂躪問題を背景として、旧法343条は、証拠の範囲をかなり厳格に規定していた。

「第三百四十三条

- 1 被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類ニシテ法令ニ依リ作成シタル訊問調書ニ非サルモノハ左ノ場合ニ限り之ヲ証拠ト為スコトヲ得。

- 一 供述者死亡シタルトキ。
- 二 疾病其ノ他ノ事由ニ因リ供述者ヲ訊問スルコト能ハサルト

---

条), 嘱託による証人尋問 (212条), 証人尋問 (213条), 鑑定 (228条), 被告人訊問 (300条) など。

## 刑事訴訟法第227条について

キ。

### 三 訴訟関係人異議ナキトキ。

2 区裁判所ノ事件ニ付テハ前項ニ規定スル制限ニ依ルコトヲ要セス。」

もっとも、旧法255条は、次のように規定し、検察官が捜査について強制処分を必要とするときには、予審判事等に請求することができるとし、この規定によって作成された予審調書は公判において強力な証拠となった。

#### 「第二百五十五条

- 1 検察官捜査ヲ為スニ付強制ノ処分ヲ必要トスルトキハ公訴ノ提起前ト雖押収、搜索、検証及被疑者ノ勾留、被疑者若ハ証人ノ訊問又ハ鑑定ノ処分ヲ其ノ所属地方裁判所ノ予審判事又ハ所属区裁判所ノ判事ニ請求スルコトヲ得
- 2 前項ノ規定ニ依ル請求ヲ受ケタル判事ハ其ノ処分ニ関シ予審判事ト同一ノ権ヲ有ス」

本来、予審は検事の起訴をチェックする機能を有していたはずであるが、日本においては、予審判事と検事が癒着し、「予審判事は検事の書記」「予審判事は検事の馬なり」「予審判事ハ實際上殆ンド検事ノ手足」という情況も生まれた。<sup>(9)</sup>このような形骸化した実務のなかで、思想犯処罰と歩調を合わせつつ、<sup>(10)</sup>「予審廃止論」が唱えられたのはある意味必然であったといえよう。検察官に強制処分権を付与する「司法制度革新<sup>(11)</sup>論」が高唱され、国防保安法及び改正治安維持法に結実した。戦時刑事

---

(9) 家永三郎『司法権独立の歴史的考察』(1962) 26頁以下。

(10) たとえば、池田克「思想犯罪の取締方策に於ける諸問題」法時5巻11号(1933) 19頁など参照。

(11) 小野清一郎「司法制度革新論」中央公論52巻5号(1937) 127・128頁など参照。

特別法は、捜査機関に強制処分権を付与することは認めなかったものの、その25条において「地方裁判所ノ事件ト雖モ刑事訴訟法第三百四十三条第一項ニ規定スル制限ニ依ルコトヲ要セズ」と規定し、捜査書類の全面的な証拠化に踏み切った。

(2) 戦後における「証拠保全」規定(1) — 刑訴応急措置法期における運用  
戦後においては、「軍備撤廢ニ伴フ軍警備力ノ欠缺ヲ補ヒ治安維持ニ萬全ヲ期スルト共ニ各種ノ惡質犯罪ノ檢舉ヲ徹底セシメテ道義ノ顯揚及民生ノ安定ヲ圖ル爲檢察機構ヲ整備スルモノトス」<sup>(12)</sup> という目的から、いちはやく検察に強制処分権を付与することが目指され、令状主義という一定の制約のもと<sup>(13)</sup>、戦時においても実現しなかった捜査機関に対する強制処分権の全面的付与が実現した。

戦後、旧刑訴法と新刑訴法との「緩衝地帯」<sup>(14)</sup>の役割をもって制定された簡素な刑訴応急措置法は、その12条2項において「刑事訴訟法第三百四十三条の規定は、これを適用しない。」と規定し、戦時刑事特別法とほぼ同旨の規定を置いた。この応急措置法期には、新しい憲法理念を棚上げにし、旧刑訴法の規定に憲法理念を即応させる重要な判決が出された。

たとえば、最大判昭和23年7月19日刑集2巻8号952頁は、「憲法の諸規定は、将来の刑事訴訟の手續が一層直接主義に徹せんとする契機を充分に包蔵しているが、それがどの程度に具体的に現実化されてゆくかは、社会の実情に即して適当に規制せらるべき立法政策の問題である。」と判示し、憲法の諸規定の実現を「立法政策」に求めた。

また、最大判昭和24年5月18日刑集3巻6号789頁は、「…憲法第三七

---

(12) 「檢察機構ノ整備ニ関スル件」井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集(1)』(2001)12頁以下〔資料3〕。

(13) 改正刑訴法第3次案など参照。

(14) 團藤重光「刑事新立法について(一)」法時19巻5号(1947)42頁。

## 刑事訴訟法第227条について

条第二項に、刑事被告人はすべての証人に対し審問の機会を充分に与えられると規定しているのは、裁判所の職権により、又は訴訟当事者の請求により喚問した証人につき、反対訊問の機会を充分に与えなければならぬと言っているのであつて、被告人に反対訊問の機会を与えない証人其他の者（被告人を除く。）の供述を録取した書類は、絶対に証拠とすることは許されぬと言ふ意味をふくむものではない。」とした。

こうして、とりわけ証拠法の領域では判例理論が急速に固まってくるようになった。

では、応急措置法期における旧法255条の運用はどのようなものであったのだろうか。この点、次のような通牒が参考となる。

「刑事訴訟法第二五五條の運用について」<sup>(15)</sup>（昭和22年8月1日・司法省刑事局長依命通牒）

「刑事訴訟法第255条の運用は、今後左〔下〕のように致されたい。

- 一、押収、搜索及び検証は、刑訴第255条の手續を用いることなく、常に刑訴応急措置法第7条の手續によること。
- 二、未だ逮捕されていない被疑者についての勾留の請求は、今後これを行わず、この場合には、応急措置法第8条の逮捕手續を経て勾留状を請求すること。
- 三、被疑者又は証人の訊問の請求は、必要ある場合には従来通りこれを行って差支えない。
- 四、鑑定<sup>15</sup>の請求も、従来通りこれを行って差支えない。

追て右〔上〕のような運用により、実務上支障を来した事例があれば、これを報告することとされたい。」

以上のように、応急措置法期における被疑者又は証人の訊問の請求は、旧法255条によって従来通り運用されることとされた。

---

(15) 大学書房編『増補検察実務例規集成』（1948）155頁以下。

(3) 戦後における「証拠保全」規定(2) — 現行刑訴法の制定

現行刑訴法は、1947年10月に、日本側がGHQに対して最終案(第9次案・10月草案)を提示したのち、若干の準備期間を経て、日米協議会において約3週間というあわたたしい日程(同年4月12日～5月5日)の中で策定され、若干の修正を経て制定された。日本の「国力の回復」をまって、全面改正されることが当然の前提であったとされる。<sup>(16)</sup> 227条は、上記の協議会の中で、日本側(とりわけ検察)の強い要求により入れられることになった。

協議会における議論のたたき台となったのは第9次案をもとに策定されたプロブレム・シートであった。

まず、4月17日の第4回協議会では、以下のようなプロブレム・シート「第10問」が提示された。応急措置法の線にそった第9次案とは異なり、原則として、検察官等が作成した尋問調書の証拠能力を否定したうえ(第10問の三参照)、一定の場合に証拠保全を認めた(第10問の四参照)。

**第10問 司法警察職員の訊問、取調及びその作成書類の証拠能力**

「問題 司法警察職員が行う訊問及び取調べについては、如何なる規定を設くるのが正しいか。又彼等の手続において作成された書類は公判において如何なる条件の下に証拠として使用を認むべきであるか。

理由 ガヴァメント・セクションは長い研究の結果、左〔下〕に掲げる基本原則が検察官及び司法警察職員が行う訊問及び取調べに彼等が録取した証言を公判において使用することについて

---

(16) 渡辺咲子「制定過程から見た現行刑事訴訟法の意義と問題点」ジュリスト1370号(2009年)46頁、最高裁判所「上訴制度改革についての提案」法務府検務局『新刑事訴訟法制定資料(一)』(1952・検察資料28)123頁など参照。



## 刑事訴訟法第227条について

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、被疑者その他の何人に対しても質問に答えることを強制し得ない。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答を拒絶することができ、又逮捕されていないときには退出することができる。
  - 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質問に答えて貰うことができる。この訊問で作成した供述録取書類は、できればこれを整備し、その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尋問調書は如何なるものであっ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項を知っ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なければならない。
  - 五 公判前に判事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が与えられ、証言をしない場合には一般の刑罰が科されなければならない。この証人調は公開しない。
- …(以下略)…」

この協議会においては、検察官及び司法警察官の尋問調書の証拠能力を否定した「第10問」の三に議論が集中した。<sup>(17)</sup>

「四月一七日の会議において、アメリカ側は、『警察官・検察官の記録は証言として使うことはできない』と述べ、日本側は、証人中心主義では訴訟が遅延し、また実体法と手続法とのギャップが増大し、さらに選挙違反や賄賂罪の処罰が困難になるという理由をあげて、これに反論した。(原文改行) アメリカ側は、検察官や警察官の調書を裁判官が『山のように読んでおいて』証人や被告人を尋問するのでは、『中世の糺問主義と変わらない』し、『憲法37条に十分審問する機会を与えるとあるのが根本原理じゃないか』と述べ、日本側の立論を厳しく批判した。しかし、日本側の熱心な説得が続き、やがてアメリカ側も態度を軟化した。日本側の主張の重点は、検察官に対しては真実を語った証人ないし共同被告人が、公判廷では必ずしも真実を述べないというところにあり、あわせて、検事調書と警察の調書とは差等を付して然るべきだということが一とくに検察官以外のメンバーから一強調された。<sup>(18)</sup>

さらに、4月19日の第5回協議会においては、以下のようなプロブレム・シート「第5問」が提示された。「第5問」と「第10問」の密接な関係を理由として、「第10問」の議論を継続する前に、「第5問」が検討されたのである。<sup>(19)</sup>この「第5問」は、「第10問」と同様に、公判における証言録取書等の使用を原則として禁止したものであった。ここで注意

---

(17) GHQ/SCAP, LS-11902, Code of Criminal Procedure, Record of Proceedings, 17 April 1948. (国立国会図書館憲政資料室所蔵のGHQ/SCAP文書。原所蔵機関は米国国立公文書館。以下同じ)

(18) 松尾浩也「証拠法の一断面」研修334号(1976)4・5頁。また、GHQ/SCAP, LS-11916, Code of Criminal Procedure, Conference Discussion: Problem 10, 17 April 1948. も参照。

(19) GHQ/SCAP, LS-11916, Code of Criminal Procedure, Conference Discussion: Problem 5, 19 April 1948.

## 刑事訴訟法第227条について

しなければならないのは、公判前に保全された証言録取書等も、例外的にしか証拠として許容されないとされていることである（第10問の四、第5問理由及び勧告一など参照）。

### 第5問 法廷外の供述を証拠として使用する場合の基準

〔参照 257, 258, 第2問（被告人の出頭、証拠保全を除く公判外の証拠調など—引用者）及び第10問（理由3）〕

問題 公判前になされた証言或は陳述を録取した書類を刑事の公判について使用することについては、いかなる基準を設くべきであるか。

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る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与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うる限り公判において使用されるべきではない。

勧告 前掲参照条文及びこれに関する改正案中の他の条文は左〔下〕の基本原則に従って改定され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陳述を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、証言又は供述を記録された者が公判期日において死亡又は国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ときでなければ使用することができない。（以下略）

この協議会では次のような議論があったとされる。

「この勧告に対し、橋本乾三と馬場義統は強く反対したが、兼子一は、

『この際思い切って変えた方がよい。実情が困るから待ってくれと言うことは理由にならぬ。私は第10問も第5問も大体このままでよいと思う。唯第5問では、捜査官の調書も、反対尋問ができるならば証拠となし得ることとした方がよいと思う。その点では改正案（10月草案—筆者註）の方がよいと思う』と述べてこれを支持した。円山田作は、とくに警察聴取書が問題であることを指摘してその排除が当面の課題だとしたが、その他の検事調書等については実現困難であり2、3年間の準備が必要であるとした。団藤重光は、ほぼ兼子と円山の意見にそいつつ、司法警察官調書の証拠能力は否定した方がいいが検察官調書は補充的に反対尋問の機会を与えた場合には証拠能力を認めてよいと主張した。（原文改行）このような日本側関係者の意見に対し、オプラーは、総司令部の案が決して革命的な案ではないことを強調し、アングロサクソンのやったことが何故できないのか、と迫った。<sup>(20)</sup>」

また、この協議会においては、証拠保全された証拠の使用（第5問の一参照）についても議論された。

「次に、協議会は保全された証拠の使用に関する問題を検討した。馬場検事は、第5問の一におけるガヴァメント・セクションの意図は、検察官が裁判所に対し、あらゆる性質の証拠の保全を請求できるという意味なのかどうかを尋ねた。たとえば、証人が公判期日に証言を変えそうであると検察官が感じた場合、検察官はその証言を確実に使用可能とするために、裁判官の面前で証拠を取ることを請求できるのか、という質問がそれである。真野判事は、この規定は検察官からの過度の請求を助長し、悪用されるかもしれないと述べた。鳥判事も同意見であった。

---

(20) 小田中聰樹「刑事裁判制度の改革」東大社会科学研究所編『戦後改革4・司法改革』（1975）256・257頁。また、渡辺咲子「現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈—伝聞法則を中心として—」河上和雄古稀（2003）317頁も参照。

## 刑事訴訟法第227条について

より正確な意味内容 (definition) を、証言が保全されうる実例 (the instances when testimony could be perpetuated) に即して作ることで合意した。そのようなステートメントの起案は、検事、判事及びガヴァメント・セクションによって担当されるものとする。<sup>(21)</sup>

この4月19日の議論を踏まえて修正されたのが、プロブレム・シート「第5問及び第10問の修正(1)」(以下、第1次修正案という)<sup>(22)</sup>である。この第1次修正案は、検察官等が作成した尋問調書の証拠能力を一定の場合に認めた(下記・四のB参照)。さらに、「裁判官が録取する公判前の証言」の請求事由を、現行刑訴法226条及び227条に対応する2つの場合に分けた(下記・二の1及び2参照)。

ここで注意しなければならないのは、「裁判官が録取する公判前の証言」は、「証人が公判の時、以前に述べた供述と異なった供述をした」場合(下記・四のAの1b参照)、常に事実認定の基礎として使用することができることとされたことである。すでにみたように、226条に対応する請求事由は「第10問」(当初案)においても見ることができたが(第10問の四)、それによって証拠保全された証言(調書)は公判においても例外的にしか使用できなかつたのに対し(第5問の一)、第1次修正案では、常に証拠(実質証拠)とできるとされているのである。したがって、同じ請求事由であっても、その請求によって得られた証拠の許容性が全く異なるため、その請求のもつ法的性格も全く異にすることになるう。

### 第5問及び第10問の修正(1)

「参照 以下に述べる理論は第5問及び第10問に代わるものである。

---

(21) GHQ/SCAP, LS-11916, Code of Criminal Procedure, Conference Discussion: Problem 5, 19 April 1948.

(22) 渡辺・前掲「現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈」311頁。

理由 我々は次の如く提案する。即ち検察官及び警察官の取調、裁判官の前における公判前の証言、起訴及び公判前に為された諸資料（記録並びに供述）を公判において証拠として使用することについては、左の諸原則が適用されねばならない。

之等の原則と矛盾せざる限り、刑事訴訟法改正案の規定はその適用を存続するものである。

一 検察官並びに警察官の取調

1 検察官又は警察官は犯罪捜査中被告人、被疑者、又は事件の知識を有すると信ぜられる者に対し訊問に答えるよう要求することができる。すべての被訊問者は答を拒絶する権利を有し、若し逮捕されていない場合には何時でも退去することができる。検察官又は警察官の尋問中なされたる供述については、訊問調書を作成し、何時でも出来れば、之を被訊問者に閲読のため及び誤謬なきことの認証を筆記せしめるために提出する。

2 (略)

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らかに認められる人が検察官、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て、その人を証人として召喚し、之を訊問し、証言録取書を作成するよう、請求することができる。

かかる請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緊要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

## 刑事訴訟法第227条について

して召喚し、之を訊問し、その証言録取書を作成するよう、請求することができる。

かかる請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なければならない。

- 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が与えられ、証言をしない場合には、公判中の証言拒否と同様、処罰を受ける。
- 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。

### 三 起訴（略）

四 公判前に為された証拠資料（供述並びに調書の類）を公判廷において使用すること。

A 裁判官の前で録取された供述の使用。

- 1 被告人（又はその弁護人）及び検事が同意する場合には裁判所は裁判官が公判前にとった供述の記録を、公判廷の時証人の出頭がなくとも、事実認定の基礎として、使用することができる。

裁判所は裁判官が公判前にとった供述の記録を次の場合には常に事実認定の基礎として使用することができる。

- a 証人がその供述を公判のときに再び述べることができない場合（即ち、証人が死亡し、又は日本国外に在り、又は肉体的、精神的に無能のために証言し得ないとき又は証人の所在が不明のとき）。
- b 証人が公判の時、以前に述べた供述と異なった供述をしたとき。

B 警察官及び検察官の訊問調書の使用。

- 1 被告人が同意する場合には、検察官は公判において、検察官又は司法警察職員が作成した起訴前の訊問調書を証拠として提出できる。裁判官はかかる証拠を事実認定の基礎として使用することができる。
  - 2 証人が公判において、前に検察官の訊問調書中になしたと伝えられる供述と反対の、若しくは重大な点で異なった証言をした場合には、検察官の訊問調書は必ず証拠として提出されなければならない。裁判所は特別な状況が存在するがためにかかる以前の供述が公判においてなされた証言よりもより信用できると認める場合には、かかる証拠を事実認定の基礎として使用することができる。
- C 被告人の自己に不利益な供述の使用。
- 1 被告人の自己に不利益な供述を記載した記録又は（此の種の供述に関する）口頭の説明は、何時又は誰にその供述がなされたかということに関係なく、公判の時、証拠として提出することができる。裁判所はかかる証拠を事実認定の基礎として使用することができる。

（以下略）

この協議会では、「証拠保全」（第1次修正案の二）に関して次のような議論があったとされる。

（第1次修正案の二の）「1及び2は起訴前の審理（hearings）に限られるものとする。また、濫用を防止するため、最高裁判所の規則制定権が認められねばならないことに合意があった。これ以前に、検事らはこの権利は必要であるとの見解を表明し、島判事は、裁判所が本意ながら犯罪捜査に引きずりこまれるかもしれないと述べてその権限の広さに疑問を呈した。ブレイクモアは、いずれにせよ裁判所は犯罪捜査に従事している。裁判所は令状の必要性を検討しなければならない。この



## 刑事訴訟法第227条について

タイプの証言を取る必要性を検討するときと何か違いがあるのか、と述べた。<sup>(23)</sup>」

以上の議論を経て、226条及び227条が現行刑法に新設されることになった。とりわけ、協議の過程において検察側の意見が直接的に反映されていることが分かる（それに対して裁判所側はやや消極的であった）。さらに、証拠法に関しては、ウィグモア証拠法を参考に広範な伝聞例外規定が置かれ、<sup>(24)</sup>日本側の熱心な説得により、321条1項2号の規定がおかれた（第1次修正案の四のBの2参照）。<sup>(25)</sup>

226条及び227条の立法理由については、上記の協議会の議論と同じく、

---

(23) GHQ/SCAP, LS-11916, Code of Criminal Procedure, Conference Discussion: Problem 5 and 10, 23 April 1948. なお、同資料によれば、第1次修正案の四のA-1(b)が規定する、「証人が公判の時、以前に述べた供述と異なった供述をしたとき」に裁判所が常に公判前の証言録取書を常に事実認定の基礎とするという文言に関して、円山氏から異議が出たものの、最終的に裁判所の裁量に任せるということに落ち着いたとされる。また、GHQ/SCAP, LS-11690, MEMORANDUM FOR THE RECORD: SUBJECT: Code of Criminal Procedure: A. Fingerprinting, B. Interrogation of Witnesses by Court under Articles 226 and 227, 22 December 1948. によれば、国家地方警察 (the National Rural Police) の幹部が、警察にも226条及び227条に基づく証人尋問請求権を付与するように条文の修正を提案し、GHQ側のマイヤースとの間で協議が開かれている。マイヤースは、①警察も検察もこれらの規定を用いることができるとなれば、裁判所が過度に困惑し、かつ旧制度の予審が復活するおそれがあること、②226条については直接的な捜査から外れている、より客観的な検察官が、証言が犯罪の捜査に不可欠かどうかをより適切に判断することができること、③227条は、公判の証拠の問題である被告人の有罪立証に不可欠な証言に関係するところ、それは検察の関心事であり警察のそれではないこと、④警察が両条項の使用を欲すれば、単に検察と協力すれば足りることを説明し、警察幹部の納得を得たとされる。

(24) 渡辺・前掲「現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈」293頁以下。

(25) 松尾・前掲「証拠法の一断面」4頁。

次のようにも指摘されている。

「この二つの規定は、若しこれがなかったならば、新下手続の下における捜査、公訴及び公判において新たに設けられた被告人の権利保障の規定のために、正当な裁判を免れるであろうところの犯罪者に対して、有罪判決を確保するために、検察官の要求に基いて新設されたものである。新法の下では、有罪判決を得るには従来よりも遥かに厳格な証拠法の制約があり、更に公判前の予審判事によって密行された予審の取調が廃止されたばかりでなく、検察官の捜査権に新たな制限が加えられたため、<sup>(26) (27)</sup> 検察官によってこれ等の規定の必要が主張された。」

他方、別の立法関係者によれば、旧法225条との連続性を示す理解もみられる。

「旧刑訴法第255条は起訴前に限って検察官の裁判官に対する強制処分…の請求を認めたが、その運用は形式的となり、一方では検察官の強制捜査権に無用の制限を加えたきらいがあったと共に、裁判官が検察官に従属するかの感を与えた。新法は被疑者の勾留及び証人尋問に限って、検察官の請求により裁判官の処分を認め、それ以外の強制処分は凡て裁

---

(26) 浦辺衛「証人尋問、鑑定、通訳及び翻訳」團藤重光編『法律実務講座 刑事編第2巻』(1953) 373頁, Richard B. Appleton, *Reforms in Japanese Criminal Procedure under Allied Occupation*, 24 Wash. L. Rev. 412 (1949)

(同論文の紹介として、浦辺衛「占領下における日本刑事訴訟法の改正」曹時2巻10号45頁がある)。ここでは、浦辺・前掲「証人尋問、鑑定、通訳及び翻訳」の要約に依った。また、226条及び227条の規定が新法の「欠陥」の補正する意味をもつと指摘するものとして、野木新一＝宮下明義＝横井大三『新刑事訴訟法概説』(1948) 129頁, 宮下明義『新刑事訴訟法逐条解説II』(1949) 118頁などがある。

(27) 小野清一郎・團藤重光ほか「座談会・新刑事訴訟法について」法律新報748号(1948) 47頁も参照。226条, 227条及び321条1項1号に関する議論の中で、團藤重光は、英米では公判廷に呼べない場合でも以前に必ず1回は反対尋問の機会を与えなければならないという江家義男の意見に対し、「現在の犯罪増加の実情から或る程度英米法をゆるめて考えてをるのです」と回答している。また、馬場義統の発言(同48頁)も参照。

## 刑事訴訟法第227条について

判官の発する令状により捜査機関をして行わしめることにしたのである。<sup>(28)</sup>」

刑訴法227条は、当初、以下のように規定していた。

### 刑訴法227条（旧）

**第1項** 第二百二十三条第一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圧迫を受け前にした供述と異なる供述をする虞があり、且つ、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。

**第2項** 前項の請求をするには、検察官は、証人尋問を必要とする理由及びそれが犯罪の証明に欠くことができないものであることを疎明しなければならない。

しかし、捜査機関に強制処分権を付与し、かつ広範な伝聞例外を許容した現行刑訴法において、「予審制度の復活」ともいえるこれらの規定を残したことは、現行刑訴法の特殊な性格を如実に表していたともいえる。当初、実務家からも「この両規定は…公判中心主義及び直接主義に対する例外の規定であるから、その運用に当っては、その濫用を充分慎重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<sup>(29)</sup>」、「運用次第では裁判官が検察官に利用されるようなことになりかねない」と指摘された。<sup>(30)</sup>

(28) 宮下明義『刑事訴訟法講義』（1949）229・230頁。

(29) 浦辺・前掲「証人尋問、鑑定、通訳及び翻訳」373頁。また、桐山隆彦「刑事訴訟法第227条」捜査研究13号（1952）18頁によれば「…この制度が、いわば、今日、ある種の事件についてはきめ手となるような効果を有しており、捜査機関の切札的存在となっているが、これに対して批判の声がないわけではない。しかも、それが多く裁判官の間から出ているという事実には深い注意を要する」と説かれる。

だが、このような危惧は杞憂にすぎなかった。昭和26年には4033件（地裁・簡裁）あった227条の手續利用が、昭和34年には130件まで顕著な減少を示したからである。<sup>(31)</sup> 検察官が227条よりも321条1項2号を積極的に活用した結果といえよう。次のような分析もそれを示唆している。

「法227条の手續は、もしそれが濫用されれば実質的な予審制度の復活をもたらす虞れがあるとして、新法施行後その運用実績のいかんが大いに注目されていたところであるが、いまやその危惧は全くの杞憂に終わったといってもさしつかえない」、「おもうに、検察官に任意の供述をした者が、公判準備または公判期日において前の供述と相反するかまたは実質的に異なった供述をした場合に、その者の検察官に対する供述証拠の特信性について、これを証明力の問題であるとし、あるいは厳格な吟味を加えられないままに、とかく安易に証拠として採用される傾向があるため、検察官は次第に法227条の手續を利用するまでの必要がなくなったのではあるまいか」<sup>(32)</sup>。

こうして、刑訴法227条の利用は、226条に比しても低調となり<sup>(33)</sup>、平成16年改正（平成16年法律第62号）を経て現在の形に至っている<sup>(34)</sup>。

---

(30) 青柳文雄『刑事訴訟法通論上巻』（1962）421頁。

(31) 最高裁事務総局刑事局「昭和34年における刑事事件の概況」曹時12巻10号（1960）73頁。

(32) 最高裁事務総局刑事局・前掲「昭和34年における刑事事件の概況」74頁。

(33) 後掲「第16回裁判員制度・刑事検討会」における最高裁判所の説明によれば、現在、227条を利用した証人尋問の件数の全国的な統計はないものの、東京地裁では平成5年以降、1件（平成11年）しかなく、大阪地裁（226条と227条の総計）では、平成10年に2件、平成11年に4件、平成14年に1件で、平成12年と13年は0件であったとされる。

(34) 227条の平成16年改正について、渡辺咲子『刑事訴訟法講義第6版』（2012）105頁は、「捜査機関に対する供述と公判供述のどちらが信用できるかを判断しなければならぬ場面を少なくして、刑事裁判の充実・迅速化を図ろうとするものです。目立たない改正ですが、活用いかんによっては、大きな意味を持つことになるでしょう」と説く。

刑訴法227条（現行）

**第1項** 第二百二十三条第一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。

**第2項** 前項の請求をするには，検察官は，証人尋問を必要とする理由及びそれが犯罪の証明に欠くことができなものであることを疎明しなければならない。

### 3. 227条の解釈と運用

しかし，227条はその性格からして「旧法の遺物」にほかならなかつた。したがって，戦後初期においては，ウィグモア流の「必要性」と「信用性の情況的保障」という伝聞例外要件を根拠に，228条2項を適用した証人尋問調書の違憲性を根拠づける見解もみられた。

「同条項（228条2項—引用者）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，被疑者又は弁護人を立ち会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与えない供述の録取書も，本号によって証拠能力を与えられているのであるが，本号は必要性に関する規定を設けているだけで，信用性の情況的保障に関しては何ら規定するところがない。それで，第228条2項により反対尋問の機会を与えない供述の録取書を証拠とすることは，伝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証拠であるときは，憲法第37条2項に違反する，ということになるのである。一説では，裁判官の面前における供述であるということが，供述の信用性を保障する状況であるとされている。しかしながら，信用性の情況的保障は反対尋問に代替し得べき

ものでなければならないのであって、それは単に供述が或る特定人の面前でなされたということでは充足され得ないのである。<sup>(35)</sup>」

さらに、実務家サイドから、実際の運用を背景として、227条に対して次のような厳しい批判が浴びせられた。

「第227条のばあいは、検察側としてはすでに第223条の規定に基いて任意の供述を得ているのであるから、捜査の必要からこの尋問を求めるものでないことは明白である。その目的とするところは次の二つである。

- (イ) 第321条1項2号または3号の供述を1号の供述に昇格させ、公判廷における証拠能力を増大させる（別のことばでいえば、証拠としての資格要件を緩和させる）。
- (ロ) 宣誓の上供述させることにより、偽証の罪をおそれて、公判期日になっても前の供述を覆えさないようにする（検察官らにたいして述べた供述を頑張らす）。

……そしてその結果として、裁判所はかかる方法によって昇格された供述録取書の『証明力』について、予審調書にたいして示したと同じような反応を現わすことは想像に難くない。すなわち『証明力』の判断においてすでに自由ではなく一種の予断を抱かされ『公平な裁判所』としての要件を損ぜしめられる。…第227条が裁判官の心証をそこへ持って行くように仕組まれている点が重要なのである。」「第227条の証人尋問は前に述べたように犯罪の『証明』のためのもので、犯罪の『捜査』のためのものではないから、被告人、被疑者または弁護人を立ち合わせる反対尋問の機会を与えても捜査に支障云々の問題は起こらない。従ってこの証人尋問でも、つねに被告人らの立会が認められるかぎり、その審問権に関しては侵害がないといえる。ところが第228条2項はこの尋問を第226条の尋問と全く同じに扱い、被告人らを立会わせるかどうかは裁判官の権限であって義務ではないことにしている。すなわち、第227条

---

(35) 江家義男『刑事証拠法の基礎理論〔訂正版〕』（1952）92頁以下。

## 刑事訴訟法第227条について

は第228条2項と相まって被告人の審問権を完全に奪ったまま証人尋問ができることにしているのである。」「殊に『公判期日において圧迫を受ける』という考え方は公開裁判の原則に背を向けた民主主義以前の封建思想をあらわしている。」「以上の諸点からみて、この規定は憲法違反の疑が濃いものと私は考える。<sup>(36)</sup>」

このように学説及び実務家の一部には、226条及び227条に違憲の疑いを投げかけるものもあったが、判例は戦後の早い段階で、227条の合憲性を確認し、227条の解釈に肉付けをしていった。

たとえば、最大決昭和25年10月4日刑集4巻10号1866頁（松川事件）は次のように判示し、これらの規定によって得られた証人尋問調書は憲法37条2項の要請を満たす<sup>(37)</sup>とした。

「…憲法三七条二項に、刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を十分に与えられると規定しているのは、裁判所の職権により又は訴訟当事者の請求により喚問した証人につき、反対尋問の機会を十分に与えなければならないというのであつて、反対尋問の機会を与えない証人その他の者（被告人を除く）の供述を録取した書類は絶対に証拠とすることは許されないという意味をふくむものでないことは当裁判所の判例とするところである。（昭和…二四年五月一八日大法廷判決）。しかして記録によれば本件においては、所論の証人Aは、検察官の請求により、原審公判廷において尋問せられ、被告人側の反対尋問にも十分にさらされたことが明白である。従つてこの点において、憲法三七条二項の要請は充たされたものと認めることができる。原審は唯、右証人がその公判廷において所論裁判官の面前における同証人の供述（刑訴二二七条、二二八条によるもの）と異つた供述を為した為に、検察官の請求により、

---

(36) 青柳盛雄「刑訴法第227条の証人尋問調書の証拠能力—三鷹事件における『相川調書』に関連して—」法時22巻10号（1950）61・62頁。

(37) そのほか、最判昭和35年12月16日刑集14巻14号1947頁（菅生事件）も参照。同判決の評釈として、武安将光・警研49巻5号（1978）53頁以下。



刑訴三二一条一項一号によつて右裁判官の面前における供述を録取した書面即ち所論証人尋問調書を証拠とすることができるものとして、これを証拠調する旨の決定をした迄のことであつて、原審のかかる措置には何等違法の廉はない。<sup>(38)</sup>」

加えて、応急措置法期には、最大決昭和23年11月8日刑集2巻12号1498頁が、公判準備のための被告人尋問を許容した旧法323条に関して「刑事訴訟法第三二三条は裁判所が第一回の公判期日における取調べを準備するため、公判期日前に被告人を訊問し又は部員をして訊問させることができることを規定したものである。もとより憲法は、何人も自己に不利益な供述を強要されないことを保障しているから、被告人は準備手続においてかゝる供述を拒むことができ、現に本件の被告人中にも供述を拒んだもののあることは記録上明らかであるが、被告人が供述を拒まず任意に供述する場合においてこれを訊問することは憲法の禁ずるところではない。すなわち、この手続はあくまで公判の審理が完全に行われるための準備であつて、公判そのものではないから、憲法にいわゆる『裁判の対審』ではない。」と判示していたところ、最判昭和36年2月24日裁判集刑事137号243頁は、同大法廷決定を援用して、「…刑訴二二七条、二二八条による証人尋問は憲法八二条にいわゆる裁判の対審に当らぬこと当裁判所判例（昭和二二年一月八日大法廷決定、刑集二巻一二号一四九八頁以下参照）の趣旨に徴し明らかである…」とした。

---

(38) なお、東京高判昭和28年1月31日高刑集6巻1号101頁は、227条の趣旨について「捜査の実際においては、捜査機関の取調に対して真相を供述した参考人が後日証人として公判廷に喚問された際、被告人側の圧迫を受け、当該公判期日において前にした供述を翻す場合があり、しかも、その前の供述が犯罪の証明に欠くことができないものであるときにこれを証拠とすることができないものとするならば、ついに有罪判決を為すに由なく適正な国家刑罰権の実現を期することができない場合が予想されるから、現行刑事訴訟法はこの欠陥を補正する意味において、とくに、刑事訴訟法第二百二十七条を設けたものと解すべきである。」とした。



## 刑事訴訟法第227条について

さらに、227条に基づく証人尋問の場合には、157条2項の適用がないため、弁護人に対して当該尋問の日時や場所の通知も不要とされ、<sup>(39)</sup>「弁護人の何れか又はその双方或は弁護人中の何名に立会を許すかということ…またその通知に当りどの程度の準備の余裕を与えるかということ」も裁判官の裁量であるとされた。<sup>(40)</sup>

他方、227条の証人尋問に立ち会う検察官には157条3項の準用により、<sup>(41)</sup>証人尋問権があるとされ、227条2項により検察官から裁判官になされる疎明の存否は専ら証人尋問の請求を受けた裁判官の裁量とされた。また、被疑者、被告人または弁護人は証人尋問請求書に添付する疎明資料について検察官又は裁判官に釈明を求める権利はないとされた。<sup>(42)</sup>さらに、227条による請求は、第1回公判期日前であれば、起訴の前後を問わず<sup>(43)</sup>することができる<sup>(43)</sup>とされた。

証人適格についても、ゆるやかな判断が示された。223条にいう「被疑者」とは、当該被疑者をいい、共同被疑者や必要的共犯の関係にある他の者又は勾留中の他の者を含まないとされたからである。<sup>(44)</sup>その上、証

---

(39) 最決昭和28年3月18日刑集7巻3号568頁。

(40) 最決昭和28年4月25日刑集7巻4号876頁。

(41) 前掲・最判昭和36年2月24日裁判集刑事137号243頁。また、227条の証人尋問の場合には、一般原則である157条1項等により検察官に立会権があるとした大阪高判昭和32年12月18日高裁特報4巻23号637頁も注目される。

(42) 東京高判昭和30年8月30日高裁特報2巻16=17号881頁。この点、初期の学説では、「本条（227条—引用者）第2項の疎明については、相当慎重に判断を下さなければ、予審制度と同様の弊害を生ずるおそれがある」との指摘も存した（滝川幸辰ほか編『新刑事訴訟法解説』（1948）242頁）。

(43) 札幌高判昭和27年2月11日高刑集5巻1号101頁。

(44) 最判昭和36年2月23日刑集15巻2号396頁（評釈として繁田実造・法学論叢72巻1号（1962）117頁以下、渥美東洋・警研34巻2号（1963）111頁以下）、最決昭和49年3月5日判時741号117頁など。このような理解は、下級審の判断を追認したものと見ることができる。たとえば、福岡高判昭和24年9月21日高判特報1号179頁、広島高松江支判昭和26年10月24日高

人尋問を行った裁判官でも、事件の審理に関与できるとされた。<sup>(45)</sup>

228条に関しても重要な憲法判断が見られる。最判昭和27年6月18日刑集6巻6号800頁は、<sup>(46)</sup>憲法37条2項の規定は「捜査手続における保障規定ではない」とし、228条2項の合憲性について次のように判示した。

「憲法三七条二項の規定は、刑事被告人に対し、受訴裁判所の訴訟手続において、すべての証人に対して審問する機会を十分に与えられ、又、公費で自己のために強制的な手続により証人を求める権利を保障した規定であつて、捜査手続における保障規定ではないと解するのが相当である。そして、刑訴二二八条の規定は、前二条の規定とともに、同一九七条一項に基き規定された検察官の強制捜査処分請求に関する法律規定であつて、受訴裁判所の訴訟手続に関する規定ではなくて、その供述調書はそれ自体では証拠能力を持つものではない。されば、刑訴法が同二二八条二項において、『裁判官は、捜査に支障を生ずる虞がないと認めるときは、被告人、被疑者又は弁護人を前項の尋問に立ち会わせることができ

刑集4巻11号1423頁、名古屋高金沢支判昭和26年11月28日高刑集4巻追録9頁、大阪高判昭和26年12月24日高刑集4巻12号1674頁、仙台高判昭和30年3月9日高刑集8巻2号405号、東京高判昭和30年9月29日高裁特報2巻20号1024頁、東京高判昭和36年7月18日東高時報12巻8号133頁など参照。

(45) 最判昭和30年3月25日刑集9巻3号519頁（評釈として、荒川省三・警研30巻3号（1959）87頁以下）。そのほか、最判昭和28年4月16日裁判集刑事78号685頁、最決昭和33年5月2日裁判集刑事125号145頁、最決昭和33年6月3日裁判集刑事126号11頁、前掲・最判昭和36年2月23日、佐賀地決昭和34年11月21日下刑集1巻11号2539頁など参照。この点に関する初期の研究として、横川敏雄「除斥の事由のある裁判官の法226条又は227条による証人尋問調書の証拠能力」警研22巻11号（1951）51頁以下。

(46) 評釈として、長島敦・警研27巻1号（1956）94頁以下。同評釈によれば、「刑訴228条は、もともと、それ自体では、憲法37条2項とはなんらの関係をもたない規定であり、「刑訴321条以下の規定…が憲法37条2項に違反するということになってはじめて…228条の違憲性—その規定の一部の違憲性—が問題となるにすぎないのである」と説かれる。

## 刑事訴訟法第227条について

る。』と規定して、同条の証人尋問に被告人、被疑者又は弁護人の立会を任意にしたからといつて、前記憲法の条項に反するものではない。刑事訴訟法は、受訴裁判所の訴訟手続に関する規定として右二二八条等の規定にかかわらず更に刑訴三二〇条の規定を設け前記憲法の条項に基く刑事被告人の権利を十分に尊重しているのである。そして、本件第一審の訴訟手続においては、被告人及び弁護人の前記刑訴二二八条に基く尋問調書を証拠とすることに同意したものであること記録上明白であるから、刑事被告人の前記憲法上の権利を尊重した右刑訴三二〇条所定の同三二六条に規定する場合であるというべく、従つて、第一審の採証手続に何等の違憲違法をも認めることができない。』

上記と関連して、最決昭和28年4月25日刑集7巻4号876頁によれば、228条が弁護人等の立会を裁判官の裁量とされていることも肯認された。

「本件証人尋問期日が被告人及び弁護人〇に通知がなかつたから憲法三七条二項に反するといふのであるが、刑訴二二七条の証人尋問の場合には、必ずしも被告人及び弁護人の立会を要するものとはされておらず、かかる刑訴二二八条二項の規定が憲法三七条二項に違反しないことは、当裁判所大法廷の判例（判例集六巻六号八〇〇頁）であるから、右証人尋問に当つて被告人、弁護人の何れか又はその双方或は弁護人中の何名に立会を許すかということも右証人尋問をする裁判官の裁量に属することであり、（しかも本件において被告人及び全弁護人が右各証人尋問に立ち会い反対尋問権を行使する機会を与えられている）またその通知に当りどの程度の準備の余裕を与えるかということも同様裁判官の裁量に属するものと解すべきであり、このような措置が何ら憲法三七条二項に反しないことは前記判例の趣旨に徴し明らかである。」

以上のように、判例によれば、被疑者・被告人にきわめて不利な方向で柔軟な解釈がされてきた。もっとも、このような227条の解釈・運用は、321条1項2号の積極的活用の陰にひそめてこれまであまり顕在化してこなかったといえよう。<sup>(47)</sup>

判例は227条によって得られた証人尋問調書でも、公判廷でその証人が反対尋問を受けうることを以てその合憲性を根拠づけた。

しかし、公判廷において被告人側が反対尋問に成功したとしても、そのことによって反対尋問を経ていない227条に基づく1号書面が証拠採用されるとすれば、憲法37条2項にいう反対尋問権保障は無に帰することになる。227条に基づく証人尋問の際に被疑者、被告人および弁護人の立会いすら許されていない場合には、対質の権利さえ奪われることになろう。憲法37条2項が被疑者・被告人に反対尋問権もなく、対質の権利さえもない証人尋問を許容していると解することは到底不可能である。

また、証拠採用の局面でも難問が生じる。かりに、227条による証人尋問調書が「前の供述と異つた供述をしたとき」に321条1項1号によって証拠採用される時、偽証（「虚偽」の供述）による供述証拠に証拠能力が付与されることになるからである。<sup>(48)</sup> 周知のように、判例によれば、どの証拠を採用するかは事実審裁判所の「自由心証」であるとされる<sup>(49)</sup> が、この「自由心証」は「合理的自由心証」でなければならないのはいうまでもなからう。しかし、「虚偽の供述」に証拠能力を付与し、ひいてはその供述を有罪判決の資料とすることは背理にみえる。<sup>(50)</sup> それを避けようとするれば、公判廷供述又は証人尋問調書のどちらか一方のみに証拠能力を認めるか、あるいはそもそも321条1項1号は227条による証人尋問調書を予定していないと解するほかはないように思われる。

---

(47) もっとも、近年では227条に関して注目すべき裁判例が出されている。たとえば、東京高決平成21年7月13日判タ1311号310頁、東京高判平成21年12月1日判タ1324号277頁など参照。

(48) 桐山隆彦「刑事訴訟法第227条に関する若干の疑問」警研21巻8号（1950）40頁参照。

(49) たとえば、最大判昭和24年2月9日刑集3巻2号130頁など参照。

(50) 桐山・前掲「刑事訴訟法第227条に関する若干の疑問」39頁以下も参照。

#### 4. 227条と「当事者主義」

すでにみたように、現行刑事訴訟法は、捜査機関に強制処分権を付与したため、捜査機関と被告人側には圧倒的な力の差が生まれた。とりわけ、226条及び227条の新設は「旧法の遺物」にも例えられうるものであった。そして、判例も227条を柔軟に解釈・運用してきた。

しかし、学説においても、227条等の解釈・運用を批判する声は、一部を除いて、あまり聞かれなかったといえよう。なぜなら、現行刑訴法の「当事者主義」的解釈が、227条の違憲性とその解釈の問題性を覆い隠したからである。

周知のように、戦後刑訴法における「当事者主義」の泰斗とされるのは平野龍一である。

平野は227条について「被告人・傍聴人などの圧迫で、供述を変更する場合にそなえて、証拠の保全を図ったものであるが、偽証を予想した、異様な規定だといわなければならない<sup>(51)</sup>」と評価し、227条を検察側の「証拠保全」の規定と位置付けた。この点、平野の227条の理解は、被疑者・被告人側の証拠保全と「当事者対等」のものと位置付けられていたことに注意しなければならない。

たとえば、平野は被疑者・被告人側の証拠保全について、次のように述べたからである。

「捜査機関は、被告人・被疑者に不利益な証拠だけではなく、利益な証拠も収集し、保全しなければならない。しかし、捜査に専念すると、ともすれば被告人に利益な証拠を見のがしがちになるのは、自然のなりゆきである。当事者主義の訴訟は、この事実を率直に認めて、被告人・被疑者にも、証拠の収集保全を期待し、その便宜をはかろうとする。(原文改行)被告人・被疑者および弁護人は、強制を用いなくとも、で

---

(51) 平野龍一『刑事訴訟法』(1958)110頁。

きる限り、証拠の収集保全に努めなければならない。<sup>(52)</sup>

平野のように、227条をもっぱら「証拠保全」ととらえる見解は、現行刑法の当事者主義的理解と歩調を合わせて、その後の学説にも大きな影響を与えたように思われる。たとえば、227条の規定を「この場合は…捜査そのものの進展に資するのではなく、純粋な意味での証拠保全を目的とする<sup>(53)</sup>」と理解する見解、あるいは「刑事訴訟法は、当事者主義の強化に伴い、捜査機関の捜査権限や、検察官からの公判前の証人尋問請求（226条から228条まで）に対応するものとして、被告人・被疑者の防禦の準備、利益保護のため、証拠保全の制度を創設した。旧刑事訴訟法にはなかったものである<sup>(54)</sup>」という認識もその一例であろう。

現在では、227条の趣旨を「この証人尋問は、当該裁判官の得心証を捜査継続の資料とし、更に公判裁判官の心証の資料にも利用させるにある<sup>(55)</sup>」とする見解もみられるが、学説においては、227条を「証拠保全」の規定と解する見解が有力であり<sup>(56)</sup>、さらに、「証拠保全」の趣旨と並立させて「本条には、証拠保全の趣旨と捜査継続に必要な資料の収集の趣旨<sup>(57)</sup>とを含んでいる」という見解も主張されている。

(52) 平野・前掲書122頁。

(53) 團藤重光編『新法律学演習講座・刑事訴訟法（Ⅰ）』（1961）136頁〔高田卓爾〕。また、平場安治ほか『注解刑事訴訟法中巻』（1974）156頁、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』（1984）362頁、藤永幸治ほか『大コンメンタール刑事訴訟法第3巻』（1996）615頁、河上和雄ほか『大コンメンタール刑事訴訟法（第2版）』（2012）636頁など。

(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（1995）53頁。

(55) 青柳文雄「刑事訴訟法通論上巻」（1962）421頁。

(56) たとえば、後藤昭・白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法』（2010）547頁以下〔多田辰也〕、三井誠ほか編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法』（2011）268頁以下〔横山和可子〕、寺崎嘉博『刑事訴訟法第2版』（2008）110頁以下、渡辺直行『刑事訴訟法補訂版』（2011）など参照。もっとも、227条の法的性格について沈黙を守っている概説書等も多く見られる。

## 刑事訴訟法第227条について

他方、現行刑事訴訟法が、捜査機関、とりわけ検察に強制処分権を付与し、旧法に比して検察権が著しく強化されたことを自覚的にとらえる立場からは、「証拠保全」に関して異なった主張がみられた。たとえば、戦前「司法制度革新論」を主張した小野清一郎や、小野刑訴法学を継承し、現行刑訴法の制定に深く関与した團藤重光がそれである（なお、小野も團藤も227条を捜査の一環と捉えていることはいうまでもない）。

たとえば、小野は、現行刑訴法もとの検察と被告人側の圧倒的な力の差を自覚的にとらえ、次のように主張した。

「検察官は、捜査の目的を達するために必要な取調をすることができるのであり、その取調について種々の便宜が与えられている。強制の処分は原則として許されないとはいふものの、法律は広汎に亘った強制処分を規定してゐること上に述べたところである。自ら強制の処分を決定することはできないにしても、裁判官の令状によって、ほとんどあらゆる強制処分をすることができる。それによって証拠を収集し、保全することができるのである。これに対して被疑者又は被告人となった者にはさうした一切の便宜が與へられてゐない。これは訴訟主義、当事者対等主義の理念からいへば、全くの不正義である。新刑事訴訟法は、この点に鑑みて、『証拠保全』の規定（179条以下の規定—引用者）を新たに設け、被疑者、被告人の側に或る便宜を興へようとしてゐる。謂ふところの『証拠保全』とは、公判開廷前において被疑者、被告人の側に與へられる、証拠の収集保全についての或る便宜<sup>(58)</sup>に関する規定である。」

團藤も、「訴追側は、みずから検証、参考人の取調、鑑定<sup>(58)</sup>の囑託等を

---

(57) 伊藤栄樹ほか『新版注釈刑事訴訟法第三卷』（1996）257頁。

(58) 小野清一郎『新刑事訴訟法概説』（1948）239頁以下。なお、小野は227条によって得られた証人尋問調書を「321条1項2号」により証拠能力を付与されるとする（同書229頁）。また、小野は、最判昭和45年3月26日裁判集刑事175号551頁において、池田克らと弁護人としてかかわったが、228条2項、226条、227条が憲法34条前段、同37条2項に違反するとの上告趣意を述べているようである。



することができ（二一八条，二二〇条，二二三条，二二四条など），また，裁判官に証人尋問の請求をすることができるが（二二六条，二二七条），不十分ながらもこれに対抗するために被告人側にみとめられたのが，証拠保全の<sup>(59)</sup>「<sup>(59)</sup>手続である」として，小野と同様の認識を示し，判例の立場とは反対に「憲法第37条第2項の関係で，被告人・被疑者の立合の<sup>(60)</sup>なかつたばあいの供述調書を証拠とすることは，疑問の余地がある」とした。

このようにみると，職権主義的立場に立つ小野や團藤と，「当事者主義」的立場に立つ平野の「証拠保全」（特に被疑者・被告人側のそれ）に対する立ち位置の違いに気付こう。すなわち，小野及び團藤は，現行刑訴法における検察の権限強化を自覚的にとらえ，それと被疑者・被告人の権利とのバランスを取ろうとしているのに対し，むしろ平野は「当事者主義」的見地から，被疑者・被告人側に証拠保全の努力義務を<sup>(61)</sup>説いているからである。

しかし，この平野の解釈は二重の意味で227条の本質を見誤らせることになったように思われる。

一つ目は，「当事者主義→合憲」という<sup>(62)</sup>図式のもと，227条を「当事者主義」に基づく規定と理解することによって，「227条→合憲」として227条の合憲性が虚構されたことである。それによって，「旧法の遺物」ともいえる227条が日本国憲法のもとでも温存されることになった。

(59) 團藤重光『新刑事訴訟法綱要（第7訂版）』（1967）220頁。

(60) 同上354頁註（1）。

(61) その違いは，現行刑訴法の性格の捉え方の違いに起因するように思われる。

(62) 平野・前掲書16頁によれば，「当事者主義の長所は，被告人の人権が保障され，その自由が尊重される点にある」と説かれる。後藤昭「平野刑訴理論の今日的意義」ジュリ1281号（2004）60頁は「平野理論において当事者主義は，国家権力を抑制しながら，被疑者・被告人の訴訟主体としての権利を保障する訴訟の構造であり，日本国憲法に対応した刑事訴訟のあり方として主張されていた」と評価する。



二つ目は、227条を「証拠保全」規定と解することによって、227条の性質を歪曲したことである。

一般に、「証拠保全」とは「あらかじめ証拠を保全しておかなければその証拠を使用することが困難な事情があるとき」(179条参照)に、証拠を保全することをいう。しかし、すでに指摘されているように、226条は、将来における証拠収集の困難性とはかかわりなく、もっぱら捜査の必要性に立脚して犯罪捜査に不可欠な知識を収集するものである。他方、227条は、(223条により任意供述が得られているため)捜査の必要性ともかかわりなく、犯罪の立証、すなわち必罰主義に立脚して、偽証罪の威嚇のもと供述を獲得するものである。したがって、226条及び227条を「証拠保全」の規定と解することはできない。

226条及び227条は、すでにみたように違憲の疑いがあり、かつ(本来の意味での)当事者主義に鋭く対立する規定であったにもかかわらず、その違憲性及び問題性が平野の「当事者主義」的解釈の中に解消されていったということは言いすぎであろうか。

論者によれば、戦後における「当事者主義」には2つの概念内容があるとされる。<sup>(63)</sup>すなわち、職権審理主義に対置される「当事者主義」(当事者追行主義)と、積極的実体的真実主義(必罰主義)に対置される、被疑者・被告人の主体性を尊重し権利保障を重視する「当事者主義」(適正手続)がそれである。しかし、227条と「当事者主義」との関係に鑑みれば、戦後の「当事者主義」は「旧法の遺物」たる「糾問主義」を温存する機能も果たしていたといえよう。227条、そして「証拠保全」をめぐる小野・團藤と平野の主張のズレは、現行刑訴法の「当事者主義」の問題性、ひいては戦後刑訴法学の桎梏をも照ら出しているのである。もっとも、「当事者主義」という幻想は強く、いまなお多

---

(63) 松尾浩也『「当事者主義」について』中野次雄選集(1972)33頁以下、とりわけ40頁参照。同論文の「当事者主義」の意義についての分析は現在でも妥当と思われる。

くの論者を捉えて離さない。

## 5. 227条の「復活」

これまで227条は、321条1項2号の陰に隠れ、いわば休眠していた規定であった。しかし、近年では「新しい捜査手法」の検討を契機として、227条の「復活」のきざしがみられる。現在進められている法制審議会においては、刑事免責制度の創設のため「第一回公判期日前の証人尋問手続の活用」が予定されているからである。<sup>(64) (65)</sup>

(64) 前掲・「基本構想」13頁、前掲・法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」・第1作業分科会（第3回、第6回、第10回）議事録など参照。なお、性犯罪の被害者等の捜査段階での供述を録音・録画した記録媒体を公判廷での主尋問に代えて利用する制度においても、第一回公判期日前の証人尋問手続の活用が示唆されている（前掲・「基本構想」26頁以下）が、こちらは226条及び227条とは別の新たな証人尋問手続を新設するものとされる（同第2分科会第1回議事録12頁参照）。

(65) もっとも、227条を積極的に活用しようとの動きは今に始まったことではない。たとえば、第16回裁判員制度・刑事検討会（平成15年4月25日）においても、今後の供述調書の信用性立証に関して、検察官調書に関する証拠調べの運用を改め、起訴前の証人尋問制度を今以上に活用する必要性が検討されていた（同検討会議事録参照）。さらに、裁判員制度実施直前の「裁判員裁判における検察の基本方針」（平成21年2月）においても、今後の「取調べと供述調書作成の在り方」に関して、「刑訴法227条の証人尋問は、裁判官の面前で行われるものであるから、その証言状況自体が公判で争われることは、検察官調書等に比較して格段に少ないものと考えられるし、証人としても、中立の立場にある裁判官の面前で、宣誓の上、証言した場合には、将来の公判において異なる証言をする可能性も少なくなると考えられる。一方、同条の証人尋問を行っても、そこで証人が真実を証言しない場合があることは否定できないが、公判廷においては真実の証言が得られないおそれがあり、それ以前に裁判官の面前で捜査段階における供述を確認しておく方が適切であると認められる場合には、参考人供述による公判立証を図るための一方策として、供述者の取調べ時の言動、立場、性格等を踏まえ、予想される裁判官の面前での供述内容を把握した上で、尋問範囲をポイントに絞るなどして尋問に要する労力を軽減させつつ、同条の証人尋問を積極的に活用することを考慮すべきであろう。」と

## 刑事訴訟法第227条について

周知のように、「新しい捜査手法」を希求する動きに対して、日本型刑事司法の代名詞ともいえる「人質司法」、そのもとでの密室取調べからの脱却を志向する立場からは、「全面的可視化」が声高に叫ばれている<sup>(66)</sup>。そこでは、被疑者の取り調べにおける可視化だけでなく、参考人取り調べにおける可視化も念頭に置かれている。

しかし、227条による証人尋問調書の活用はそのような参考人取り調べにおける「全面的可視化」への取り組みをなしくずしとする危険を有している。なぜなら、すでにみたように、227条の規定は、いわば「合法的」的に証言を強制し、可視化及び弁護人の立会いを排除できるからである。したがって、かりに参考人取り調べにおいて「全面的可視化」が実現したとしても、227条の規定が現行法に存在する限り、捜査官の都合で常に「部分的可視化」に矮小化されてしまう危険がある。

さらに、法制審では「2号書面制度の在り方」も俎上にあげられ、現に特別部会では廃止論（2号書面を3号に統合すること）も主張された。しかし、227条が活用されれば、このような2号書面の見直しさえもほとんど無意味となる危険がある。なぜなら、321条1項各号は作成主体ごとに証拠能力に差をつけているが、227条はそのような区別を捨象し、必罰主義の観点から、2号及び3号書面を1号書面に「格上げ」する機能を有するからである。しかも、判例によれば228条の解釈として、検察官には証人尋問権があるが、弁護人には反対尋問権はないと解され、被疑者、被告人および弁護人には当該証人尋問の日時・場所の通知は不要とされることから、予審のように密行した証人尋問をなすことも可能

---

指摘されていた。

(66) たとえば、近年の日弁連の主張など参照。もっとも、このような動きに対しては、全面的可視化といえども、日本型刑事司法に対する「対症療法」に過ぎず、代用監獄の廃止や取り調べ受忍義務否定の明確化などの相乗的な改革と合わせて可視化を導入すべきとの見解も有力に主張されている（たとえば、豊崎七絵「身体拘束と取調べ—法制審特別部会『基本構想』の思想と論理」法時85巻8号（2013）12頁など参照）。

となっている。<sup>(67)</sup>まさに「予審の復活」である。こうして、227条の活用は、作成主体別に区別されている321条以下の伝聞例外体系を破壊することにもつながりうるのである。

このように、227条は、現行法の規定とは整合しない「旧法の遺物」といえる。226条についてもほぼ同様の問題性が看取できる。<sup>(68)</sup>やはり、226条及び227条は違憲とするのが素直な解釈であろう。

## 6. お わ り に

旧法においては、原則として予審判事が強制処分権を掌握し、戦時においては部分的に検察官にも強制処分権を付与したものの、戦争末期までこの原則は保たれた。また、証拠法に関しても、法文上はいわゆる直接主義を徹底した規定（旧法343条）を置き、戦時の進展に伴って制定された戦時刑事特別法においてはじめて、捜査書類の全面的な証拠化へと踏み切った。

他方、現行刑訴法は、一般に、アメリカ法を範にとった法律であると考えられてきた。しかし、すでに概観したように、現行刑訴法はアメリカ法に範をとりつつも、日本の「国力の回復」までの「暫定法」の性格を有し、また捜査機関への強制処分権付与に代表される「戦時法」の思想をも継承していた。「旧法の遺物」ともいえる226条及び227条も新設された。したがって、戦後における「第二の近代化」は、その「夾雑物」<sup>(69)</sup>を新刑事訴訟法自体に内包していたといえる。

---

(67) この点、227条によって、被告人や弁護人に極秘で証人尋問が行われた三鷹事件の「相川調書」など参照。青柳・前掲論文59頁参照。

(68) 226条による公判前証人尋問も、参考人に対し強制的に証言義務を課し、被疑者、被告人又は弁護人の立会いも保障されないことから違憲の疑いが強い。226条については、河上和雄「刑訴226条をめぐる若干の問題について」警察学論集27巻12号63頁以下、同「起訴前の証人尋問をめぐる諸問題」法律のひろば31巻8号（1978）19頁以下など参照。もっとも、これらの論文は226条を肯定的にとらえるものである。

## 刑事訴訟法第227条について

さらに、現行刑訴法のもとでも、判例は応急措置法を媒介として旧法の解釈・運用を承継した。ウィグモア流の広範な伝聞例外を許容した321条以下の規定は、判例における柔軟な解釈とあいまって、きわめて広範に証拠を許容してきた。<sup>(70)</sup>とりわけ、321条1項2号が、弁護人の反対尋問およびその効果を完全に減殺させ、捜査書類が容易に証拠となることに奉仕してきたことはいうまでもなからう。もっとも、従来は2号書面の積極的活用によって、227条の問題性が顕在化することは少なかったといえるが、今後、227条の「復活」に伴って新しい問題状況の現出が予想される。<sup>(71)</sup>

しかし、本稿が明らかにしたように、226条及び227条の立法趣旨には、なんら憲法的な根拠は存在しない。また、なんら法理論的な根拠も存在しない。あるのは、戦後混乱期の治安維持という「裸の政策」であり、それも特殊時代的なそれであった。判例はこれらの規定及び運用を日本国憲法のもとで追認したが、その判断こそ裁判所のいう憲法保障がいかに

---

(69) 「第二の近代化」論については、團藤重光『刑法の近代的展開』（1948）など参照。

(70) たとえば、最決昭和32年9月30日刑集11巻9号2403頁は、「相被告人の供述調書は、公判廷における夫々の供述と大綱においては一致しているが、供述調書の方が詳細であつて、全く実質的に異なるものとはいえない」ことを理由に「相反性」を認め、最判昭和30年1月11日刑集9巻1号14頁は「…必ずしも外部的な特別の事情でなくとも、その供述の内容自体によつてそれが信用性ある情況の存在を推知せしめる事由となると解すべきものである」として、供述内容自体によって「特信性」を判断できるとした。

(71) 松尾浩也によれば、多元化している刑事訴訟法の課題に対する解決は、伝統的な日本刑事司法をどの程度「微調整」していくかということにほかならず、西欧の理念や価値観は日本風に改鑄しなければならない（「洋魂和才」とされる（松尾浩也「日本における刑事訴訟法学の発展」（1989）法協106巻8号28頁、同「刑事訴訟の課題」『刑訴訟法の争点新版』（1991）6頁以下など参照）。かりに日本において「刑事免責」制度が実現するとしても、それはアメリカ法のストレートな導入ではありえず、特殊日本的な「刑事免責」制度となるであろう。

に空虚なものであるかを物語っているといえる。

戦前、人権蹂躪問題が叫ばれたとき、「人権蹂躪の絶滅→脱法行為の防止→捜査機関の合法的権限の拡大→<sup>(72)</sup> 眞実発見の確保」という検察権強化と即応した解決策が強力に主張され、それが戦後司法改革にも大きな影響を与えた。現在でも「人権蹂躪の絶滅→取調べへの過度の依存の防止→新しい捜査権限の拡大→眞実発見の確保」という「精密司法」のもとでの日本的図式は依然として不変である。しかし、「新しい刑事司法」への発展は、まず、旧法又は戦時法の残滓の払拭から始めなければならぬように思われる。歴史的な考察を抜きにした議論は現実を動かすことはできない。<sup>(73)</sup> 本稿が227条を取り上げたゆえんである。

【追記】脱稿後、法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会が「要綱案」を了承したという報道（2014年7月9日）に接した。

---

(72) 松尾浩也「当事者主義と弁護」同『刑事訴訟の理論』(2012) 111頁。  
初出は鴨古稀(1979)。

(73) 横山晃一郎『刑事訴訟法の解釈』(1965) など参照。