

論 説

刑訴法321条1項2号後段における 「実質的に異つた」の意義

— 「実質的に」という文言の多義性・曖昧さに留意して—

角 田 雄 彦

はじめに	139
一 現行法における「実質的に」という文言の多義性と曖昧さ	141
1 はじめに	141
2 会社法における「実質的に」という文言の意義	142
(1) はじめに	142
(2) 「経営を実質的に支配する」における「実質的に」の意義	142
(3) 「実質的に同一の議案」における「実質的に」の意義	143
(4) 「実質的に競争関係にある」における「実質的に」の意義	145
3 会社法の英訳における“substantially”の利用	149
(1) はじめに	149
(2) 「実質的に」の訳語としての“substantially”	150
(3) 「著しく」・「重要な」の訳語としての“substantially”	150

(4) 「実質的に」を機械的に“substantially”と訳出すること の問題性	150
4 刑訴法における「実質的に」	152
5 刑訴法の英訳における“substantially”の利用	153
6 小括	154
二 刑訴法321条1項2号後段にいう「実質的に異つた」の意義	154
1 はじめに	154
2 立法経過を踏まえて	155
(1) はじめに	155
(2) 明治刑訴法・大正刑訴法における供述調書の取扱い	155
(3) 戦後改革の下における供述調書の取扱い	159
(4) 現行刑訴法の制定過程	160
(5) 立法経過を踏まえた「実質的に異つた」の意義	168
3 母法であるアメリカ証拠法との関係	168
4 「実質的に異つた」という要件を課している趣旨	170
5 「実質的に異つた」の解釈	171
(1) はじめに	171
(2) 学説状況	172
(3) 一般的理解よりも厳格化して捉えるべき必要について	173
6 最決昭和32年9月30日の射程範囲の理解	176
7 小括	179
三 “substantially”や“materially”の正確な理解	180

1 “substantially” が「実質的に」と訳出されることで生じる誤解	180
2 アメリカ連邦証拠規則403条の意義	181
(1) はじめに.....	181
(2) “substantially” を「実質的に」と訳出している例 ...	181
(3) “substantially” は「著しく」と訳出した方が適切である	183
(4) 403条の意義に関する誤解	184
最後に.....	186

はじめに

刑訴法321条1項2号後段における「実質的に異つた」という文言は、「形式的に異なっているに留まらず、重要な点において異なっている」という趣旨に解釈するべきである。「形式的には異なっているとはいえないものの、実際上は異なっている」という趣旨に解釈するべきではない。

現行法規や裁判例においては、「実質的に」という文言が多義的に、ときには、相反する意義で用いられている。具体的には、「実質的に」という文言は、「形式的には(名目上は)該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨で使われることがある一方、「形式的に(名目上)該当しているに留まらず、内実を見ても重要な点で該当している」という趣旨でも使われている。前者では、「実質的に」という修飾語は、被修飾語が示す要件を弛緩させる機能を持つ。これに対し、後者では、被修飾語が示す要件を厳格化する機能を営む。前者は、要件の解釈適用権者の裁量を拡大するのに対し、後者は、その裁量を制限する。刑訴法321条1項2号後段における「実質的に」という文言は、後者の趣旨で理解するべきである。

「実質的に」という文言は、現行の基本六法に限っても、刑訴法321条1項2号後段のほか、会社法の5箇所で用いられている⁽¹⁾。会社法における「実質的に」という文言は、「形式的には(名目上は)該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨で使われている。これらでは、「実質的に」という修飾語は、被修飾語が示す要件を弛緩させる機能を営み、要件の解釈適用権者の裁量を拡大している。刑訴法321条1項2号後段における「実質的に」という文言とは相反する機能を営んでいる。

このように、現行法では、「実質的に」という同一の文言が場面によって相反する趣旨で用いられている。にもかかわらず、刑訴法321条1項2号後段の「実質的に」という文言について、会社法における「実質的に」と同様であるかのように誤解している例が見られる。

具体的には、刑訴法321条1項2号後段の「実質的に異つた」という文言が「形式的には異なっているとはいえないものの、実際上は異なっている」という趣旨に誤解されることによって、最決昭和32年9月30日(刑集11巻9号2403頁)も誤って理解されている。この判例は、法321条1項2号後段が要求する「相反・不一致とは…2号書面の方が詳細な場合…も含まれる」旨を判示したものと紹介される⁽²⁾ことが多い。この判例は、本来、特殊な事案に関する救済的な事例判断として、妥当範囲を限定して理解するべきであるのに、一般的に妥当し得る法理であるかのように誤解されている。

本稿は、こうした問題意識から、刑訴法321条1項2号後段の「実質的に異つた」という文言について、「実質的に」という文言の多義性・曖昧さに留意した上で、正確に解釈すべきことを指摘する。そのため、まず、現行法における「実質的に」という文言の多義性・曖昧さを確認する。

(1) 会社法72条1項本文括弧書き、304条但書後段、305条4項後段、308条1項括弧書き及び433条2項3号の5箇所である。平成26年改正以前には、さらに2箇所で使われていた(改正前会社法125条3項3号・252条3項3号)。「実質的な」というかたちでは、刑訴法でも4箇所で用いられている(256条4項但書、294条2項但書後段・3項第1文後段、312条4項)。

(2) 廣瀬健二「検察官面前調書の証拠能力」法学教室364号36頁、39頁(2011年)。

そして、刑訴法321条1項2号後段の立法経緯と立法趣旨、とりわけ、“materially different”という英語表記での連合国軍最高司令官総司令部（総司令部）による勧告に対応して「実質的に異つた」という文言が選択されたという経過に照らして、同条項の「実質的に」という文言を「重要な部分において」という趣旨に解釈するべきことを確認する。その上で、一般に「実質的に」という日本語に対応すると理解されている“materially”や“substantially”という英語を訳出する場合でも、「実質的に」という文言の多義性・曖昧さから生じる誤解を避けるため、機械的に「実質的に」と訳出するべきではないと主張する。さらに、かかる主張が妥当すると一例として、アメリカ連邦証拠規則403条における“substantially”という文言を「実質的に」と訳出することの問題性を指摘する。

一 現行法における「実質的に」という文言の多義性と曖昧さ

1 はじめに

現行法においては、「実質的に」という同一文言が多義的に、場面によっては、相反する意義で用いられている。「形式的には（名目上は）該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨で使われることがある一方、「形式的に（名目上）該当しているに留まらず、内実を見ても重要な点で該当している」という趣旨でも使われている。前者では、被修飾語が示す要件を弛緩させ、要件の解釈適用権者の裁量を拡大する。これに対し、後者では、被修飾語が示す要件を厳格化し、要件の解釈適用権者の裁量を制限する。前者の例として、会社法における用例、後者の例として、刑訴法における用例を挙げることができる。

このように、現行法において、「実質的に」という文言は、場面によっては相反する趣旨で用いられているにもかかわらず、それらの英訳では、共通して“substantially”や“in substance”という英語が用いられている。しかも、“substantial”や“substantially”という英語は、「著しく」や「重要な」

といった法文の英訳としても利用されている。こうした英訳における混乱も、現行法における「実質的に」という文言の多義性と曖昧さを示している。

2 会社法における「実質的に」という文言の意義

（1）はじめに

会社法において、「実質的に」という文言は、5箇所で、いずれも、「形式的には（名目上は）該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨で用いられている。

具体的には、①72条1項本文括弧書き、②304条但書後段、③305条4項後段、④308条1項括弧書き及び⑤433条2項3号の5箇所である。そして、①と④では「経営を実質的に支配する」、②と③では「実質的に同一の議案」というかたちで、それぞれ全く同じ言い回しであり、「実質的に」が使われている具体的な表現としては、3通りである。

また、⑤の「実質的に競争関係にある」という文言は、平成26年改正前には、125条3項3号と252条3項3号の2箇所でも用いられていた。

（2）「経営を実質的に支配する」における「実質的に」の意義

会社法72条1項本文括弧書き及び308条1項括弧書きは、創立総会（設立時株主の総会）⁽³⁾や株主総会において、「経営を実質的に支配することが可能な関係にある…株主」による議決権行使を制限している。ここにいう「経営を実質的に支配することが可能な関係にある」とは、「議決権の総数の4分の1以上を有する」ことを意味する⁽⁴⁾。これは、「経営を支配している株主」でなくとも、「経営を『実質的に』支配することが可能な関係にある…株主」であれば、議決権行使制限の対象となることを意味する。

そして、ここにいう「経営を支配している株主」とは、「子会社とする」か、その他の方法で「経営を支配している」である親会社の地位にある株

(3) 会社法65条1項括弧書き。

(4) 会社法施行規則12条・67条1項。

主を意味する⁽⁵⁾。さらに、ここでいう「子会社とする」とは、「総株主の議決権の過半数を有する」か、その他の方法で「経営を支配している」ことを意味する⁽⁶⁾。重ねて、ここでいう「その他の方法で『経営を支配している』」とは、「会社の財務及び事業の方針の決定を支配している」⁽⁷⁾ことをいい、「議決権総数の過半数を有している場合のほか、議決権の40%以上を有する場合で一定の要件が充たされる場合も含む」⁽⁸⁾と定められている⁽⁹⁾。

以上を整理すると、「議決権総数の過半数を有している場合のほか、議決権の40%以上を有する場合で一定の要件が充たされる場合」に該当せず、「経営を支配している」とはいえない場合でも、「議決権の総数の4分の1以上を有する」場合には、「経営を『実質的に』支配することが可能な関係にある」と評価していると理解できる。

すると、会社法72条1項本文括弧書き及び308条1項括弧書きにおける「実質的に」という文言は、「経営を支配している」というよりは、支配が弱い場合でも、「経営を『実質的に』支配する」と評価し得ることを示すために用いられている。すなわち、「実質的に」という文言は、「形式的には(名目上は)該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨で用いられている。被修飾語が示す対象の範囲を拡張する修飾語として機能しており、要件を緩和するものである。

(3) 「実質的に同一の議案」における「実質的に」の意義

会社法304条但書後段及び305条4項後段は、「実質的に同一の議案」が3年以内に総株主の議決権の10分の1以上の賛成を得られていなかった場合には、そのような議案について、株主提案や議案通知請求が認められ

(5) 会社法2条4号。

(6) 会社法2条3号。

(7) 会社法施行規則3条1項・2項。

(8) 伊藤靖史『会社法』(有斐閣、第2版、2012年)24頁。

(9) 会社法施行規則3条3項。

ない旨を定めている。

これは、「同一ノ議案」という文言で同様の趣旨を定めていた商法(平成17年法律第87号による改正前のもの)232条ノ2第2項但書後段の内容を引き継ぎ、「実質的に同一の議案」という法文に改めたものである。

「同一ノ議案」という文言による旧規定の下でも、「議案が同一かどうかは、文言の異同にとらわれることなく、その実質が同一か否かで判断すべきである⁽¹⁰⁾」と指摘されていた。より具体的には、「拒絶の可否の基準となる議案の同一性については、形式的な同一性を問題にするのではなく、実質的な同一性を問題とすべきである…。したがって、形式上は全く同一の提案であっても、前回に提案したときと、その背景や条件が異なり、提案の実質的な意味が異なっていると考えられる場合には、同一の提案とは言えない」と理解されていた⁽¹¹⁾。これを受けて、新規定では「実質的に同一の議案」という文言に改められた。

新規定の「実質的に同一の議案」という文言についても、『「実質的に同一」か否かについては、形式的には同一であっても、前回の否決時と背景や条件が異なる場合には実質的に同一といえない一方で、形式的には同一ではなくとも同一性が肯定される議案もあり得る」との理解が示されている⁽¹²⁾。

こうしてみると、304条但書後段及び305条4項後段における「実質的に同一の」という文言には、以下のような2つの趣旨が込められていると考えられる。すなわち、まず、「形式的には同一ではないものの、実際上は同一である」という趣旨である。次に、「形式的に同一であるとしても、前提条件にも変化がない」という趣旨である。後者については、一事不再議原則の例外を認めるべき事情変更もないという趣旨である。すなわち、形式

(10) 竹内昭夫「株主総会(2):株主提案権・議決」法学教室74号85頁(1986年)。

(11) 上柳克郎ほか編『注釈会社法(5)』(有斐閣、新版、1986年)75頁〔前田重行〕。

(12) 江頭憲治郎ほか編『論点体系会社法2 株式会社Ⅱ』(第一法規、2012年)443頁〔松井秀樹〕。

的に同一と認められる議案については、一事不再議原則に基づいて⁽¹³⁾、提案が制限されるのが原則であるところ、事情変更があった場合には、事情変更原則に基づき、例外的に提案が制限されないことを示している。

事情変更の有無は、同一性が問題とされる2つの議案を対比するだけでは把握できないものであり、「実質的に同一」という文言に「事情変更がない」という趣旨も読み込ませるのは、かなり技巧的にも思える。立法技術的には、「実質的に同一の」という文言では、「形式的に同一であるか、または、形式的には同一とは言えないものの、実際上は同一と評価できる」という趣旨のみを示し、事情変更原則に基づく例外については別途規定することが望ましい。具体的には、「実質的に同一の議案」については提案が制限されることを定めた上で、事情変更があった場合を除外する旨の但書を設けることになろう。

いずれにせよ、304条但書後段及び305条4項後段における「実質的に」という文言は、「形式的には(名目上は)該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨で用いられている。被修飾語が示す対象の範囲を拡張する修飾語として機能しており、要件を緩和するものである。

(4) 「実質的に競争関係にある」における「実質的に」の意義

ア はじめに

会社法433条2項3号の「実質的に」という文言については、「形式的には(名目上は)該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨で解釈されている。

しかし、完全に同一の表現で用いられていた平成26年改正前の会社法125条3項3号(252条3項3号)における「実質的に」という文言については、当初は433条2項3号と同様に解釈していたことが批判され、正

(13) 尾崎安央「株主提案権とその行使」判タ1048号36頁(2001年)は、旧商法232条ノ2第2項但書後段について、「一事不再理の原則からも…当然のことを規定しているにすぎない」とする。

反対に、「形式的に(名目上)該当しているに留まらず、内実を見ても重要な点で該当している」という趣旨に解釈されるようになった。

具体的妥当性を図るためとはいえ、同一文言が正反対に解釈されたのであり、「実質的に」という文言の多義性と曖昧さが生じさせる問題を浮き彫りにしている。

イ 会計帳簿の閲覧等の請求に対する拒絶事由としての場合

会社法433条2項3号は、会計帳簿の閲覧等の請求について、請求株主が「会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事する」者であることを請求拒絶事由としている。

法改正の経緯として、「会社法433条2項3号の前身である旧商法293条ノ7第2号は、閲覧拒絶事由として、請求者が『会社ト競争ヲ為ス者ナルトキ』に加え、『会社ト競争ヲ為ス者ノ為其ノ会社ノ株式ヲ有スル者ナルトキ』をも規定し、請求者の親会社が競業者である場合、請求者が親会社の完全な支配に服しているかぎりこれに該当すると解されていた⁽¹⁴⁾から、現行法においても同様の解釈が該当するものと思われ」ていた⁽¹⁵⁾。

実際、東京高決平成19年6月27日(金判1270号52頁)は、「平成17年法律第87号による改正前の商法293条ノ7第2号…にいう『会社ト競争ヲ為ス者ノ為其ノ会社ノ株式ヲ有スル者』とは、…親会社が競業者である場合の完全子会社を含むと解するのが相当である。この沿革にかんがみると、会社法433条2項3号…にいう『請求者が当該株式会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事する』場合とは、単に請求者の事業と相手方会社の業務とが競争関係にある場合に限るものではなく、請求者(完全子会社)がその親会社と一体的に事業を営んでいると評価できるような場合において、当該事業が相手方会社の業務と競争関係にあるときも含むものであると解するのが相当である」、「同号の『競争関係』と

(14) 大隅健一郎ほか『会社法論(中)』(有斐閣、第3版、1992年)510頁、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(9)』(有斐閣、1988年)222頁〔和座一清〕。

(15) 諸徳寺聡子「判批」判タ別冊25号(平成20年度主要民事判例解説)168頁(2009年)。

は、現に競争関係にある場合のほか近い将来において競争関係に立つ蓋然性が高い場合をも含むと解するのが相当である」と判示した⁽¹⁶⁾。

これは、「実質的に」という文言について、「形式的には(名目上)該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨で解釈したものといえる。被修飾語が示す対象の範囲を拡張する修飾語として、要件を緩和するものとして解釈している。

また、最決平成21年1月15日(民集63巻1号1頁)は、会社法433条2項3号の前身である商法(平成17年法律第87号による改正前のもの)293条の7第2号の解釈として、「当該株主が当該会社と競業をなす者であるなどの客観的事実が認められれば足り、当該株主に会計帳簿等の閲覧謄写によって知り得る情報を自己の競業に利用するなどの主観的意図があることを要しない」と判示した⁽¹⁷⁾。この判示の趣旨に従えば、会社法433条2項3号の「実質的に」という文言については、「形式的に(名目上)該当しているに留まらず、内実を見ても重要な点で該当している」という趣旨で理解すべきでないことになる。

ウ 株主名簿の閲覧等の請求に対する拒絶事由としての場合

平成26年改正前の会社法125条3項3号及び252条3項3号は、「会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事する」株主による株主名簿・新株予約権原簿の閲覧等の請求を拒み得るものと定めていた。しかし、これらの条項は、平成26年改正で削除された。

この削除に至る間、会社法125条3項3号における「実質的に」という文言の解釈が以下のように揺らいだ経過を見ると、「実質的に」という文言の多義性と曖昧さが浮き彫りになる。

東京地決平成20年5月15日(金判1295号36頁)は、会社法125条3項3

(16) 東京地判平成19年9月20日判タ1253号99頁は、本案訴訟判決として、仮処分事件における抗告審であった本決定と同旨の判示をしている。なお、諸徳寺・前注15の168頁は、同判決の評釈論文である。

(17) 前掲東京高決平成19年6月27日は、会社法433条2項3号について、同旨の判示をしていた。

号所定の「請求者が当該株式会社の業務と実質的に競争関係にある事業」を営むという要件の意義について、「他の競業者に株主名簿が閲覧され、株主の氏名、住所、有する株式数等の詳細を把握されると、競業に利用されて株式会社の利益を害するおそれがあるから、これを防止する」という「同号の趣旨に照らせば単に請求者の事業と株式会社の業務とが競争関係にある場合に限らず、請求者がその子会社と一体的に事業を営んでいると評価できるような場合において、当該事業が株式会社の業務と競争関係にあるときもこれに該当する」とした。

これは、「実質的に」という文言について、会社法433条2項3号に関する前掲の各判例と同様に、「形式的には(名目上は)該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨に解釈したものと理解できる。

しかし、その抗告審である東京高決平成20年6月12日(金判1295号12頁)は、「株主名簿閲覧謄写請求をした株主が、相手方たる株式会社と実質的な競業関係にある者であっても、当該請求が株主としての権利の確保または行使に関する調査の目的でしたものであることを証明すれば、会社法125条3項3号の拒否事由に該当しない」旨を判示した。

その後、会社法125条3項3号にいう「請求者が当該株式会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事するものであるとき」とは、単に請求者が株式会社の業務と形式的に競争関係にある事業を営むなどしているというだけでは足りず、株主名簿に記載されている情報が競業者に知られることによって不利益を被るような性質、態様で営まれている事業について、請求者が当該株式会社と競業関係にある場合に限り得るとする趣旨の裁判例が続いた⁽¹⁸⁾。

これらの裁判例は、会社法125条3項3号の「実質的に」という文言について、「形式的に(名目上)該当しているに留まらず、内実を見ても重要な点で該当している」という趣旨に解釈している。これは、同一の文言

(18) 東京地決平成22年7月20日金判1348号14頁、東京地判平成22年12月3日判タ1373号231頁、東京地決平成24年12月21日金判1408号52頁。

について、会社法433条2項3号に関する前掲の各判例とは正反対に解釈していると理解できる。

こうして、平成26年改正で125条3項3号が削除されるに至った経過を見ると⁽¹⁹⁾、125条3項3号(252条3項3号)の「実質的に競争関係にある」という文言については、433条2項3号と同様になされた当初の解釈が批判され、正反対に解釈されるようになったことがわかる。同一文言は同一に解釈されるべきところ、具体的妥当性を図るためとはいえ、正反対に解釈されたのであり、「実質的に」という文言の多義性と曖昧さに基づく混乱が顕在化したものである。

3 会社法の英訳における“substantially”の利用

(1) はじめに

法務省は、「日本法令外国語訳データベースシステム」⁽²⁰⁾として、法令の英訳を公開している。その会社法に関する英訳⁽²¹⁾を検討すると、前項で確認した「実質的に」という文言を英訳した語句として“substantially”や“in substance”などが利用されている。そして、これらの英語は、「著しく」や「重要な」といった法文の英訳としても利用されている。

前項で確認した会社法における「実質的に」という文言の趣旨、すなわち、「形式的には(名目上は)該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨は、「著しく」・「重要な」という意義とは相反する。相反する文言であるにもかかわらず、同様に英訳されている。こうした英訳における混乱も、「実質的に」という文言の多義性・曖昧さの問題を浮き彫りにしている。

(19) 法制審議会の部会でも、請求者が株式会社と実質的に競争関係にあるというのみで閲覧謄写請求の拒絶を認める合理的理由はないとの意見が大勢を占めていた(法務省民事局参事官室「会社法制の見直しに関する中間試案の補足説明」商事1952号59頁(2011年))。

(20) <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=01>

(21) <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2455&vm=&re=&new=1>

(2) 「実質的に」の訳語としての“substantially”

会社法72条1項本文括弧書き及び308条1項括弧書きにおける「実質的に支配する」は、いずれも“to have substantial control”と、304条但書後段及び305条4項後段における「実質的に同一の」は、いずれも“essentially identical”と、433条2項3号における「実質的に競争関係にある」は、“in substance, in competition with”と訳出されている。

なお、平成26年改正前の125条3項3号及び252条3項3号における「実質的に競争関係にある」も“in substance, in competition with”と訳出されていた⁽²²⁾。

(3) 「著しく」・「重要な」の訳語としての“substantially”

会社法52条1項の「著しく不足する」が“substantially short”と、頻繁に用いられている「著しい損害」⁽²³⁾が“substantial detriment”と、479条2項柱書の「重要な事由」が“substantial grounds”と、489条6項2号の「多額の借財」が“The taking out of substantial loans”と、それぞれ訳出されている。

このように、程度が重いことを示す法文の訳語としても、“substantial”・“substantially”が用いられている。

(4) 「実質的に」を機械的に“substantially”と訳出することの問題性
代表的な英和辞典である『研究社 英和辞典』でも、“substantially”の項の筆頭に「実質上」という訳語が示されており⁽²⁴⁾、「実質的に」を“substantially”と訳出するのは至極自然なようにも見える。

しかし、同辞典でも、“substantially”には、「十分に」、「大いに」、「しっ

(22) <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2035&vm=03&re=&new=1>

(23) 会社法357条1項、360条1項・3項、371条6項、385条1項、394条4項、399条の6第1項、399条の11第4項、407条1項、413条5項、419条1項。

(24) <http://eije.weblio.jp/content/substantially>

かりと」といった訳語も示されている。

そして、ロングマン英英辞典を参照すると、“substantially”については、まず、①“very much or a lot”とされ、次に、②“used to say that in many ways something is true, the same, different etc”との説明があり、①の意味での同義語として“considerably”、②の意味での同義語として“essentially”、②の用例として“*There are one or two minor differences, but they’re substantially the same text.*”（1つか2つは小さな違いがあるものの、それらはsubstantiallyには同じ文章だ）という英文が掲げられている⁽²⁵⁾。つまり、“substantially”は、まずは、①「量的に大きい」という意味である。次に、②「重要な・核心的な部分において該当している」という意味である。後者については、前記②の用例を「(小さいとはいえ、違いがあるので、)形式的には同一とは言えないものの、実際上は同一である」という意味に捉えられなくはない。しかし、ここで重点が置かれているのは、違いがとるに足らないもので、重要な部分では一致しているという意味である。①の「量的に大きい」に対し、②「質的に濃い」ことを意味しているとも言えよう。

さらに、アメリカでの代表的な法律用語辞典であるブラック法律辞典を参照すると、“substantial”の意味について、“*Being significant or large and having substance.*”（重要であるか、大きいこと、そして、内実を有していること）と示されている⁽²⁶⁾。

このように、“substantially”は、「形式的には(名目上は)該当しないものの、実際上は該当している」という意味を表すものとは言い難い。確かに、「完璧に該当しているわけではない」という含意を持ち得るものの、重要な部分・核心的部分においては該当している旨を示すことに重点が置かれている。「実際上は」のような「被修飾語が示す対象の範囲を単に拡張する意味」を有していない。「実際上は」という趣旨を示す場合には、

(25) <http://www.ldoceonline.com/dictionary/substantially>

(26) <http://thelawdictionary.org/substantial/>

“practically”などを用いる方が適切である。例えば、「彼は、法律上、経営権を有しているわけではないものの、『実質的な』経営者だ」という場合には、“practical owner”という表現の方が適切である。

一方で「重要な」や「著しく」を訳出する際に、“substantial”や“substantially”を用いるのは適切である。

4 刑訴法における「実質的に」

刑訴法で「実質的に」という文言が用いられているのは、321条1項2号後段における1回だけである。「実質的な」というかたちでは、「被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞（おそれ）」という文言が4箇所使われている⁽²⁷⁾。これら4箇所における「実質的な」という文言は、いずれも「重大な」・「著しい」という意義で用いられている。

「被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞（おそれ）」という文言を用いている4つの条項のうち、256条4項但書と312条4項は、現行刑訴法成立時から存在していたのに対し、294条2項但書後段・3項第1文後段は、法改正で追加されたものであり、改正にあたっては、既に存在した256条4項但書と312条4項における表現が参照されたと考えられる。

294条2項但書後段・3項第1文後段については、法文の文理から、「実質的な」という文言の意義を明確に解釈することができる。すなわち、「被告人の防禦に実質的な不利益を生ずるおそれ」という文言が「犯罪の証明に重大な支障を生ずるおそれ」（294条2項但書前段・3項第1文前段）という文言と並列するかたちで用いられているので、「実質的な」という文言が「重大な」という趣旨で用いられていることは明白である。

同一文言は同一に解釈されるべきであるという原則からすれば、256条4項但書と312条4項の「実質的な」も「重大な」という趣旨で解釈すべきことになる。

(27) 刑訴法256条4項但書、294条2項但書後段・3項第1文後段、312条4項。

具体的に見ても、256条4項但書は、本文で「罰条」を公訴提起に必要な起訴状の必要的記載事項と定める一方で、その誤りが公訴提起を無効とする範囲を限定する規定である。必要的記載事項であれば、その誤りは無効事由となるのが論理的であるところ、無効とする範囲を制限しているのだから、無効事由として、単なる不利益ではなく重大な不利益を要求する趣旨と理解すべきである⁽²⁸⁾。

また、312条4項についても、1項で訴因変更が許される場合であっても、公判手続を停止しなければならないという場面を定めているのであるから、そうした場面は限定的であると考えられ、単なる不利益ではなく重大な不利益が生ずる場合に限って停止すべきことを定めたものと理解できる。

以上のように、刑訴法における「実質的な」という文言は、「重大な」という趣旨で解釈されるべきであるから、321条1項2号後段の「実質的に異つた」という文言も、「重要な部分で異なっている」という趣旨で解釈されるべきである。このことについては、後に、立法経過にも遡って、詳述する。

5 刑訴法の英訳における“substantially”の利用

「日本法令外国語訳データベースシステム」における刑訴法の英訳⁽²⁹⁾を見ると、刑訴法における「実質的な」・「実質的に」という文言は、“substantial”・“substantially”を用いて訳出されている。

具体的には、256条4項但書と312条4項の「実質的な不利益」は、

(28) 最決昭和53年2月16日(刑集32卷1号47頁)は、「起訴状における罰条の記載は、訴因をより一層特定させて被告人の防禦に遺憾のないようにするため法律上要請されている」にすぎないので、裁判所は…被告人の防禦に実質的な不利益が生じない限りは…起訴状に記載されていない罰条であってもこれを適用することができる」とした。ここにいう「被告人の防禦に実質的な不利益」を生じさせる場合とは、「罰条を除き、訴因だけでは公訴事実が十分に明確ではない場合における罰条の変更」のことを指すと理解されている(香城敏彦「判解」昭和53年度刑事最判解説23頁、32頁)。

(29) <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2283&vm=04&re=01&ew=1>

“substantial disadvantage”、294条2項但書後段・3項第1文後段の「実質的な不利益を生ずる」は、“substantially harm”、321条1項2号後段の「実質的に異つた」は、“substantially differ”と訳出されている。

他方、英訳に“substantially”が用いられているのは、「実質的な」・「実質的に」だけではない。38条の3第1項4号の「任務に著しく反した」が“substantially contravening his/her duties”と訳出されており、「著しく」の訳語として“substantially”が用いられている。

6 小括

現行法では、「実質的に」という文言が場面によっては相反する意義で用いられているにもかかわらず、それらの英訳を参照すると、意義の相違が必ずしも意識されていないことがうかがわれる。法文に「実質的に」という文言を用いることは、その多義性と曖昧さから、混乱を生じる危険性がある。

二 刑訴法321条1項2号後段にいう「実質的に異つた」の意義

1 はじめに

刑訴法321条1項2号後段が定める「実質的に異つた」という要件に該当するためには、まず、①形式的・客観的に見て、公判供述（証言）と検面調書（「前の供述」）との間に差異があることに加えて、②その差異が「重要な部分において」生じていることを要するというべきである。そして、差異が「重要な部分において」生じているというためには、特定の主要事実ないし、これに直結するような重要な間接事実の存在について、公判供述を資料とするのみでは認定できる蓋然性が認められないのに対して、検面調書も資料とすれば、それを直接証拠としてかかる事実を認定できる蓋然性が認められることを要すると考える。

かかる結論は、総司令部の勧告を受けて形成されていった立法経過を踏

まえ、条項の趣旨を正確に理解することによって導かれる。

2 立法経過を踏まえて

(1) はじめに

現行刑訴法321条1項2号後段は、戦後の現行刑訴法制定過程において、総司令部から受けた勧告に基づいて、形成されたものである。陪審法の例を除けば、戦前には、不一致供述であることに着目して供述調書の証拠能力を認める規定が存在しなかったなかで、戦後、伝聞法則の徹底を求める総司令部側とこれに抵抗する日本政府側とのせめぎ合いの結果、いわば妥協の産物として、不一致供述を含む検面調書には格別に証拠能力を認める規定が成立するに至った。かかる規定は、総司令部が基礎とした英米証拠法に類似規定を持たない独自のものであった。

2号後段の「相反するか若しくは実質的に異つた」という文言は、総司令部による勧告における“contrary to or, materially different”という英語を基礎にしたものであることからすれば、ここでいう「実質的に」という文言については、「重要な部分において」という趣旨に解釈するべきである。

(2) 明治刑訴法・大正刑訴法における供述調書の取扱い

ア はじめに

明治刑訴法・大正刑訴法の下では、捜査機関が作成した供述調書について、理論的には、証拠とすることができないという議論がなされていたものの、実務的には、広く証拠能力が認められる実態が形成されていた。

大正刑訴法の下での特別法である陪審法が適用される事件においては、供述不能か不一致供述の場合に限って、供述調書の証拠能力を認めるという一定の厳格な運用がなされていた。

戦時体制下では、陪審法の施行が停止され、また、供述調書の証拠能力を制限する刑訴法規定の適用も停止されるなどして、法律上も、捜査機関

が作成した供述調書の証拠能力が全面的に認められていた。

イ 明治刑訴法の下での供述調書の許容

明治時代の1880年（明治13年）治罪法においては、146条2項が「被告人ノ白狀官吏ノ検証調書証拠物件証人ノ陳述鑑定人ノ申立其他諸般ノ徴憑ハ裁判官ノ判定ニ任ス」と規定し、証拠の採否・評価は裁判官の自由とされていたので、許容性要件に関する規定はなかった⁽³⁰⁾。

明治憲法の制定に伴って、治罪法に若干の修正を加えて制定された1890年（明治23年）刑事訴訟法では、90条が「被告人ノ自白、官吏ノ検証調書、証拠物件、証人及ヒ鑑定人ノ供述其他諸般ノ徴憑ハ判事ノ判断ニ任ス」と定められ、基本的に治罪法の規定が踏襲された⁽³¹⁾。この明治刑訴法の下では、批判的な議論もあったものの、結局、検察官等の捜査機関が作成した被告人等からの供述録取書については、「聴取書」として証拠採用され、現行法では伝聞証拠となる供述調書が無制限に採用されていた。

具体的には、明治刑訴法は、証拠調べ方法について、219条2項及び236条が「必要ナル調書其他徴憑書類ハ書記ヲシテ朗読セシメ」と定めていたところ、ここにいう「調書」とは、理論的には、「官吏カ某ノ訴訟ニ就キ特ニ作製シタル文書」であって、予審における被告人供述録取書（明治刑訴法95条）と証人訊問調書（明治刑訴法131条）を指し、検察官等の捜査機関が作成した供述録取書を含まないと理解されていた⁽³²⁾。しかし、こうした供述録取書についても、実務的には、名称を「聴取書」と改め、問答形式ではなく供述者が自ら供述した形式で作成することによって、判例上、証拠として許容されていた⁽³³⁾のである⁽³⁴⁾。

ウ 大正刑訴法における直接主義の不徹底

(30) 道谷卓「自己矛盾供述の歴史的考察：陪審法73条との関連を中心として」姫路法学58号137頁（2016年）。

(31) 久岡康成「大正刑訴法と供述を録取した書面」立命館法学316号196頁（2007年）、道谷・前注30の137頁。

(32) 久岡・前注31の196頁、道谷・前注30の137頁。

(33) 大判明治36年10月22日刑録9輯26巻1721頁、1724頁。

(34) 久岡・前注31の197頁、道谷・前注30の138頁。

大正時代に入り、ドイツ法の影響を強く受け、1922年(大正11年)刑事訴訟法が制定された。

この大正刑訴法では、343条1項柱書において、「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ヨリ作成シタル訊問調書ニアラサルモノ左ノ場合ニ限り之ヲ証拠トスコトヲ得」として、原則として供述録取書を証拠として許容しないことが定められた。しかし、同条各号は、例外的許容要件として、「供述者死亡シタルトキ」(1号)、「疾病ソノ他ノ事由ニヨリ供述者ヲ訊問スルコト能ワサルトキ」(2号)、「訴訟関係人異議ナキトキ」(3号)という事由を定めていた。さらに、同条2項は、区裁判所の事件について、1項の適用除外を定めていた⁽³⁵⁾。

このように、大正刑訴法は、ドイツ刑訴法の直接主義による影響を受け、形式上、供述録取書を原則的に排除する姿勢を示してはいた。しかし、訊問不能を理由として、例外的に供述録取書を採用し得る「ソノ他ノ事由」については、具体的にどのような場合を示しているかが文言上明らかでなく、広く解釈することが可能であったため、供述録取書が原則的に排除されるという実体が形成されることはなかった。むしろ、2項により1項の適用が除外される区裁判所での事件において、また、「ソノ他ノ事由」が広く解釈されることを通じて、事実上は供述調書に広く証拠能力が認められる実態が形成されていた⁽³⁶⁾。

エ 陪審法における不一致供述の取扱い

大正刑訴法の下では、供述調書が事実上容易に証拠となり得たなかで、同法制定と同時期に法案審議がなされて1922年(大正11年)3月15日に成立した陪審法は、供述調書の証拠能力を原則として否定し、供述不能や不一致供述の場合にのみ、例外的に証拠能力を認めるものとした。

すなわち、陪審法71条は、「証拠ハ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外裁判所ノ直接ニ取調べタルモノニ限ル」と定め、直接主義の原則を採用すること

(35) 久岡・前注31の202頁、道谷・前注30の138頁。

(36) 道谷・前注30の141頁。

を明らかにした。その上で、同法72条は、証拠とできる「書類図画」について、「公判準備手続ニ於テ取調ヘタル証人ノ訊問調書」(1号)、「検証、押収又ハ搜索ノ調書及之ヲ補充スル書類図画」(2号)、「公務員ノ職務ヲ以テ証明スルコトヲ得ヘキ事実ニ付公務員ノ作りタル書類」(3号)、「前号ノ事実ニ付外国ノ公務員ノ作りタル書類ニシテ其ノ真正ナルコトノ証明アルモノ」(4号)、「鑑定書又ハ鑑定調書及之ヲ補充スル書類図画」(5号)と定め、捜査機関が作成した供述調書を含めていない⁽³⁷⁾。

さらに、同法73条は、柱書で「裁判所、予審判事、受命判事、受託判事其ノ他法令ニ依リ特別ニ裁判権ヲ有スル官署、検察官、司法警察官又ハ訴訟上ノ共助ヲ為ス外国ノ官署ノ作りタル訊問調書及之ヲ補充スル書類図画ハ左ノ場合ニ限り之ヲ証拠ト為スコトヲ得」とし、「共同被告人若ハ証人死亡シタルトキ又ハ疾病其ノ他ノ事由ニ因リ之ヲ召喚シ難キトキ」(1号)、「被告人又ハ証人公判外ノ訊問ニ対シテ為シタル供述ノ重要ナル部分ヲ公判ニ於テ変更シタルトキ」(2号)、「被告人又ハ証人公判廷ニ於テ供述ヲ為ササルトキ」(3号)を挙げ、捜査機関が作成した供述調書を証拠とできるのが供述不能か不一致供述の場合に限られることを明らかにしている⁽³⁸⁾。

このように、一般法として適用される大正刑訴法の下では、供述調書の証拠能力が事実上広く認められていた一方で、陪審法適用事件(陪審法2条ないし4条)においては、特別法である陪審法が適用され、供述調書の証拠能力が認められるのが供述不能か不一致供述の場合に限られるという一貫性を欠いた状況にあった。

オ 戦時体制下における供述調書の取扱い

このように、建前としては、直接主義を採用し、陪審法適用事件においては、不一致供述などの例外的な場面のみで供述調書の証拠能力を認めて

(37) 久岡・前注31の203頁。

(38) 久岡・前注31の204頁、道谷・前注30の142頁。なお、陪審法が不一致供述に証拠能力を認めた経緯について、道谷教授は、当時の米国で、不一致供述を弾劾証拠(非供述証拠)としてのみならず実質証拠(供述証拠)としても許容できるとした従前の少数説が通説化した(道谷・前注30の135頁)ところ、これが日本にも紹介された影響によるものではないかと推測している(道谷・前注30の151頁)。

きた大正時代の法制も、戦時体制への突入により、徐々に直接主義の放棄を進めていった。

まず、1941年(昭和16年)5月10日に施行された国防保安法37条は、同法適用事件を陪審法の適用除外とした。さらに、1943年(昭和18年)4月1日に施行された「陪審法ノ停止ニ関スル法律」により、陪審法の施行が全面的に停止された⁽³⁹⁾。

そして、国防保安法25条及び改正治安維持法(1941年(昭和16年)5月15日施行)26条は、各法の適用事件について、検事に被疑者や証人を訊問する権限及びこうした訊問を司法警察官に命ずる権限を付与し、作成された調書については、大正刑訴法343条1項の「法令ニヨリ作成シタル訊問調書」に該当するものとして、証拠能力を認めた⁽⁴⁰⁾。

さらに、1942年(昭和17年)3月21日に施行された戦時刑事特別法は、大正刑訴法343条1項の適用自体を停止し、地方裁判所での事件においても、捜査機関の作成した供述調書に証拠能力が全面的に認められることになった⁽⁴¹⁾。

(3) 戦後改革の下における供述調書の取扱い

1946年(昭和21年)1月15日に施行された戦時刑事特別法廃止法律により、戦時刑事特別法が廃止されたことにより、大正刑訴法343条1項の適用停止が廃止され、同条項が再び適用されることになった⁽⁴²⁾。

1947年(昭和22年)5月3日に施行された「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律」(応急措置法)12条1項は、供述調書について、「証人その他の者(被告人を除く。)の供述を録取した書類又はこれに代わるべき書類は、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与えなければ、これ

(39) 久岡・前注31の206頁。

(40) 久岡・前注31の206頁。

(41) 久岡・前注31の206頁。

(42) 久岡・前注31の208頁。

を証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難な場合には、裁判所は、これらの書類についての制限及び被告人の憲法上の権利を適当に考慮して、これを証拠とすることができる」と定め、同条2項は、大正刑訴法343条の適用排除を定めた。なお、応急措置法12条1項については、被告人以外の者の「供述を録取した書類又はこれに代わるべき書類」にのみ適用され、これら以外には依然として大正刑訴法343条が適用されるのかが議論されたものの、通説は、大正刑訴法343条の適用が全面的に排除され、応急措置法12条1項のみが適用されると理解していた⁽⁴³⁾。

（４） 現行刑訴法の制定過程

ア はじめに

321条1項2号後段は、大正刑訴法を現行刑訴法に改正した際に採用された。

この改正作業は、1946年2月のマッカーサー憲法草案を基礎とする「憲法改正草案要綱」（1946年3月）に基づく刑事訴訟法改正要綱の作成作業を経て、司法省刑事局が当初草案として起草した「改正刑事訴訟法第一次案」（1946年8月）から「第九次案」（1947年10月）にまで及ぶ。この「第九次案」が政府案として総司令部に提出され、総司令部から様々な勧告を受けて修正され、現行刑訴法として1948年7月に成立した⁽⁴⁴⁾。

「第九次案」に関する政府と総司令部との交渉は、まず、「刑訴改正小審議会」というかたちで、1948年3月23日から4月5日にかけて行われた。この小審議会で明らかになった検討課題について、総司令部は、「プロブレムシート」と呼ばれる問題群として示し、これに基づいた総司令部側と日本政府側との協議が「刑事訴訟法改正協議会」として、4月13日から

(43) 久岡・前注31の209頁。

(44) 道谷・前注30の151頁、井上正仁ほか編『日本立法資料全集131 刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編（11）』（信山社、2015年）3頁〔渡辺咲子〕。

5月5日にかけて16回にわたって行われ、刑事訴訟法改正の基本的な形が定まった。その後、具体的な条文について、「刑訴改正小委員会」というかたちで、総司令部と政府担当者とは協議し、最終的な案文が確定されていった⁽⁴⁵⁾。

2号後段の問題は、この「プロブレムシート」でいう第5問・第10問の問題として扱われてきた。捜査段階での取調べ及びその結果を録取した調書の扱いに関する問題である⁽⁴⁶⁾。

イ 第九次案における供述調書の取扱いに関わる原案と総司令部の反応

「第九次案」での供述調書の証拠能力に関する条項は、以下のようなものであった。すなわち、まず、法案257条は、公訴提起前に作成された被告人以外の者の供述調書について、裁面調書を除き、供述不能の場合(「著しく困難な」場合を含む)以外、証拠能力が認められないものとしていた。そして、法案258条1項は、被告人以外の者の供述調書で法案257条に該当しないものについて、裁面調書も含め、応急措置法12条1項と同様に、「その供述者又は作成者を公判期日において当該事件について判決をする裁判官の面前で尋問をする機会を被告人に与えなければ、これを証拠とすることができない」という原則論を示しつつ、「その機会を与えることができず、又は著しく困難な場合には、これらの書類についての制限及び被告人の憲法上の権利を適当に考慮して、これを証拠とすることができる」としていた⁽⁴⁷⁾。すなわち、供述調書に原則として証拠能力を認めないという立場ではなく、被告人に事後的反対尋問の機会を与えれば供述調書にも証拠能力を認めるという立場であり、しかも、この事後的反対尋問の機会を与えなくとも証拠能力を認めることができるという例外を曖昧な要件で許すものであった。

これに対し、総司令部は、伝聞証拠排除原則を徹底する観点から、事後

(45) 道谷・前注30の164頁、井上ほか・前注44の3頁。

(46) 井上ほか・前注44の137頁。

(47) 道谷・前注30の163頁。

的反対尋問の機会を保障することで供述調書の証拠能力を認めるのでは適切でないとし、法案257条・258条を修正するように勧告した。具体的には、まず、「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。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」と提言した⁽⁴⁸⁾。さらに、1948年4月16日付けで、「公判前に保存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また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時でなければ証拠として使用することができない」とも提言した⁽⁴⁹⁾。

このように、事後的反対尋問の機会の保障により供述調書に証拠能力を付与するという法案に対し、総司令部は、伝聞証拠排除原則の徹底を求め、供述不能の場合以外には供述調書に証拠能力を認め得ないという立場から、修正を求めた。この段階では、伝聞例外として意識されていたのは、供述不能の場合のみであり、不一致供述に関する指摘はなかった。

ウ 伝聞法則の徹底を求める勧告に対する日本政府側の反応

第九次案における供述調書の取扱いに対する総司令部からの勧告を踏まえ、1948年4月19日、総司令部と日本政府側との間で、協議がなされた。

日本側では、検察官委員はもとより、弁護士委員・裁判官委員においても、伝聞証拠排除原則を直ちに徹底するのは現実的に困難であるとする意見が大勢を占めた。

具体的には、検察官委員は、選挙違反事件や汚職事件、保険金詐欺目的での放火における故意の立証などについて、供述証拠による立証に依拠せざるを得ないので、情況証拠を利用するとしても、立件が非常に困難になるという理由から、供述調書の証拠能力を認めるべきであるという立場で

(48) 井上ほか・前注44の202頁〔資料44〕。

(49) 井上ほか・前注44の248頁〔資料59〕。

あった。弁護士委員は、伝聞証拠排除原則を徹底することについて、理論的には賛同できるとしながらも、実行するには裁判官を3倍程度に増員しなければならないので、即時実行は困難であるとし、差し当たり、員面調書の証拠能力のみを否定し、3年程度の準備期間を設け、その間に必要な予算・人事措置を講じた上で完全実施に踏み切るべきであるという意見を述べた。裁判官委員も、理論的には賛成するものの、実行には困難を伴うという意見であった。法務庁委員としては、実情を理由に導入できないとするのは不合理であるとしつつも、事後的反対尋問の機会があれば供述調書にも証拠能力を認めるべきであるという立場で、特に、以前の不一致供述について実質証拠として許容されるべきであるという意見であった。研究者委員として、団藤重光教授は、員面調書の証拠能力は否定した上で、検面調書については、事後的反対尋問の機会が保障されるのであれば証拠能力を認めてよいという意見であった⁽⁵⁰⁾。

これに対し、総司令部側は、協議当日における応答としては、供述不能以外の場合に供述調書を実質証拠として利用することを基本的には認めない姿勢を堅持していた。具体的には、事後的反対尋問の機会を保障したとしても、以前の不一致供述については、弾劾証拠として利用できるだけで、実質証拠としては許容されないという立場を貫いた。検面調書については、宣誓供述ではないので、裁面調書と同様に扱うことはできないとした⁽⁵¹⁾。

エ 不一致供述を実質証拠として認める方向への勧告の唐突な変更

しかし、総司令部は、1948年4月22日付け勧告に至って、協議での議論も踏まえ、勧告内容を一部修正した。それは、裁面調書及び検面調書について、不一致供述であれば、証拠とし得るという内容を含むものであった。

具体的には、原供述者の公判における供述不能の場合に加えて、裁面調書については、「証人が公判の時、以前に述べた供述と異つた供述をしたとき」には証拠とすることができ、検面調書についても、「証人が公判におい

(50) 井上ほか・前注44の302頁〔資料71〕。

(51) 井上ほか・前注44の302頁〔資料71〕。

て、前に検察官の訊問調査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った証言をした場合」には、公判証言に比して調査供述に相対的特信性が認められるならば(「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信用ができると認める場合には」)、証拠とすることができるという内容を含む勧告となった⁽⁵²⁾。

員面調査については証拠能力を否定するべきであるという弁護士・研究者共通の意見を前提とし、以前の不一致供述を実質証拠として利用できるようにするべきであるという法務庁の意見に応え、検面調査における不一致供述について、事後的反対尋問の機会が保障され、相対的特信性が確保されることを条件に、実質証拠として認める方向性を打ち出したものと理解できる⁽⁵³⁾。

ここで留意すべきは、その英語による表現である。裁面調査につい

(52) 井上ほか・前注44の333頁〔資料78(資料1)〕。

この勧告は、検面調査について、供述不能の場合にも員面調査とは区別して裁面調査と同様に証拠能力を認める現行法321条1項2号前段のような内容を含んでおらず、不一致供述に限って相対的特信状況の存在を条件に証拠能力を認めるものであった(勧告四B2)。その上で、裁面調査以外における供述不能については、検面調査を特別扱いせず、一般論として、「供述が事件の決定に極めて重要であるという立証及び、その供述を裏書する状況が存在するという何等かの立証と共に提出されるならば公判において証拠として提出できる」としていた(勧告四D2)。供述不能の場合にも、検面調査であることを根拠として裁面調査と同様に証拠能力を認める現行法321条1項2号前段の規定は、この勧告からは飛躍した内容となっている。

そして、裁面調査及び検面調査におけるものを除く不一致供述一般については、「証言の重要な部分と一致せず且つその証人が説明することができないものは」、補助証拠としてのみ利用でき、実質証拠としては利用できない(「証人を信用すべきかどうかを決定するために使用することはできるが(それ以外の)事実認定の基礎として使用することはできない」とされていた(勧告四D3))。

この勧告で示された修正点を議題とした協議会(第8回)が1948年4月23日に実施されたものの、その議事録は見当たらないとされている(井上ほか・前注44の387頁〔資料95〕)。

なお、1948年4月22日付け勧告については、同月27日付けで、一部修正が加えられているものの、前述した諸点に関する変更は見られない(井上ほか・前注44の415頁〔資料99〕)。

(53) もっとも、1948年4月19日の協議に法務庁委員として参加していた羽山忠弘氏は、弁護士委員による発言について、警察が自白獲得のために無理な被疑者取調べを強行する危険性に鑑み、少なくとも、自白調査を中心とした員面調査については証拠能力を認めるべきではないとする趣旨であったところ(井上ほか・前注44の387頁〔資料95〕参照)、総司令部側が検面調査は信用できるという趣旨に誤解したと指摘し、その誤解の結果、総司令部が検面調査を員面調査と明確に区別して扱うに至ったのではないかという趣旨で回顧している(「座談会 刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト551号30頁、50頁(1974年)〔羽山忠弘発言〕)。

ては、“When a witness gives testimony at the time of trial which is different from that given previously”とされている。検面調書については、“at the time of trial if a witness gives testimony which is contrary to, or materially different from, statements which he reported to have made in the procurator’s interrogation record”と表現されていた⁽⁵⁴⁾。日本政府側は、総司令部側による“contrary to, or materially different”という英語を「反対の、若しくは重大な点で異つた」と理解したのである。

オ 「重要な点で…異つた」という表現による政府案の存在

この総司令部による1948年4月22日付け勧告を踏まえ、1948年5月2日付けで、検面調書における不一致供述について、「特に前の供述〔検面調書供述〕が眞実であることを信ずべき特別な状況の存するときに限る」(257条1項2号但書案)という要件の下に証拠能力が認められることを明記した政府案が作成された⁽⁵⁵⁾。

そこでは、検面調書において証拠能力が認められる不一致供述を示す表現として、「重要な点で前の供述と異つた供述」という文言が用いられていた(257条1項2号本文案)。これに対し、検面調書において証拠能力が認められる不一致供述を示す表現としては、1948年4月22日付け勧告における表現と同様に、「前の供述と異つた供述」という文言が用いられていた(257条1項1号後段案)。

カ 「相反するか実質的に異つた」という表現の登場

しかし、この「重要な点で前の供述と異つた供述」という表現は、短時間で変化した。

(54) 井上ほか・前注44の340頁〔資料78(資料2)〕。

(55) 井上正仁ほか編『日本立法資料全集132 刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編(12)』(信山社、2016年)76頁〔資料55〕。

具体的には、1948年5月6日付けで修正された政府案⁽⁵⁶⁾では、「前の陳述と相反するか又は実質的に異つた供述」という表現を用いるかたちに変化した(A条1項2号本文案)。これに対し、裁面調書との関係では、「前の陳述と異つた陳述」というかたちで、表現は基本的に維持されていた。

すなわち、検面調書について、証拠能力が認められる不一致供述を示すために用いられていた表現が「重要な点で前の供述と異つた供述」から「前の陳述と相反するか又は実質的に異つた供述」へと変化したのである。もっとも、この変更について、その趣旨などに関する協議がなされた経過を知ることはできない。

キ 「相反」・「実質的に異つた」という表現の法案に至るまでの堅持

「相反するか又は実質的に異つた」という表現への変更は、現行法321条1項2号後段の文言の基礎を形成した。実際、法案成立に至るまで、いくつもの表現修正が加えられはしたものの、この「相反」・「実質的に異つた」という表現については堅持された。

具体的には、まず、1948年5月9日付け修正案でも、「相反するか又は実質的に異つた」という表現が堅持された(A条1項2号後段案)⁽⁵⁷⁾。

そして、1948年5月12日付け修正案でも、「相反するか又は実質的に異

(56) 井上ほか・前注55の105頁〔資料72〕。

なお、この政府案は、検面調書における不一致供述に証拠能力を認めるための特信性に関わる表現についても、「真実であることを信ずべき特別な状況の存するとき」というかたちで絶対的特信性を要求する趣旨であると理解できた1948年5月2日付け政府案(井上ほか・前注55の76頁〔資料55〕)に対し、「前の陳述を信用すべき特別な状況の存するとき」(A条1項2号但書案)というかたちで、相対的特信性しか要求していないように理解される。

(57) 井上ほか・前注55の132頁〔資料89〕。

なお、この修正案では、不一致供述に要求される特信性について、「公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別な状況の存するとき」(A条1項2号但書案)という表現に変化しており、相対的特信性しか要求されないことを一層明確にしている。

また、この修正案では、検面調書についても供述不能の場合には証拠能力が認められるという内容が加わっており(A条1項2号前段案)、現行法321条1項2号前段の出自といえる。これは、特定の総司令部勧告に対応したものではない(立法過程に関与した横井大三氏は、1948年4月27日付け修正勧告の記録(井上ほか・前注44の415頁〔資料99〕)における自筆注記で、同月22日付け勧告(井上ほか・前注44の333頁〔資料78〕)四B「警察官及び検察官の尋問調書の使用」について、「現行法第321条第1項第2号前段の部分がここでは抜けている」と指摘している。)

つた」という表現が堅持された(258条1項2号後段案)⁽⁵⁸⁾。

さらに、1948年5月13日付け修正案でも、「相反するか又は実質的に異つた」という表現が堅持された(258条1項2号後段案)⁽⁵⁹⁾。

ク 「相反」・「実質的に異つた」という文言に対応する英文表記

1948年5月17日付け及び5月21日・22日付けの修正案には、英訳も付されており、「相反」・「実質的に異つた」と表現されている部分については、“contrary to or materially different”と訳出されている。これは、総司令部による1948年4月22日付け勧告における表現と同じであり、かつて「反対の、若しくは重大な点で異つた」と理解されていたものである。

このように、当初は「反対の、若しくは重大な点で異つた」と理解されていた“contrary to or, materially different”という英文に対応する日本語表現が「相反」・「実質的に異つた」という文言に変更された。

具体的には、1948年5月17日付け修正案は、「相反するか若しくは実質的に異つた」という表現を用いている(Y5条1項2号後段案)⁽⁶⁰⁾。これに対応する英訳としては、“contrary to or materially different”という表現が用いられている。なお、従前の政府案と比較して、接続詞が「又は」から「若しくは」に変更されている。これは、既に1948年5月9日付け修正案⁽⁶¹⁾で2号に前段が加わり、前段と後段とが「又は」で接続されており、後段内部での接続には本来「若しくは」を用いるべきであったところ、この本来の表現に改められたに過ぎないと考えられる。

また、1948年5月21日・22日付け修正案も、「相反するか若しくは実質的に異つた」という表現を維持している(Y5条1項2号後段案)⁽⁶²⁾。これに対応する英訳としても、“contrary to or materially different”という表現

(58) 井上ほか・前注55の171頁 [資料108]。

(59) 井上ほか・前注55の195頁 [資料115]。

なお、この案文には、英訳が付されていたものの、256条までのものであり、本稿が目注する258条のものは付されていなかった。

(60) 井上ほか・前注55の281頁 [資料149]。

(61) 井上ほか・前注55の132頁 [資料89]。

(62) 井上ほか・前注55の377頁 [資料182]。

が維持されている。

ケ 提出法案

内閣が1948年5月26日付けで国会に提出した「刑事訴訟法を改正する法律案」は、同月24日に完成し、同月25日の閣議を経ているところ、ここでも「相反するか若しくは実質的に異つた」という表現が維持され(321条1項2号後段案)⁽⁶³⁾、そのまま321条1項2号後段の法文となった⁽⁶⁴⁾。

(5) 立法経過を踏まえた「実質的に異つた」の意義

以上のように、現行法321条1項2号後段の「実質的に異つた」という文言は、総司令部による1948年4月22日付け勧告における“materially different”という英語を基礎としたものであるから、かかる経緯を踏まえた解釈が必要である。具体的には、「重要な部分において異なっている」という趣旨に解釈するべきである。

3 母法であるアメリカ証拠法との関係

前項で確認した立法経過を見れば明らかなように、現行刑法は、少なくとも、321条1項2号後段を含む証拠法の部分については、総司令部勧告を介して、アメリカ証拠法の影響を強く受けて成立した。

もっとも、以下に詳述するように、2号後段については、アメリカ証拠法には類似の規定がない。2号後段について、「母法〔であるアメリカ法〕に例がない固有の規定であるから、その本来の意味内容を解釈論として明瞭にしておくことは重要であろう」⁽⁶⁵⁾と指摘される所以である。

米国における証拠法に関する統一的法規範であると評価できるアメリカ

(63) 井上ほか・前注55の389頁〔資料185〕。

(64) 1948年5月25日付けで法案の正誤表が作成されたものの、「相反するか若しくは実質的に異つた」という文言には変更がなかった(井上ほか・前注55の461頁〔資料186〕)。

(65) 酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、2015年)548頁。

カ連邦証拠規則⁽⁶⁶⁾は、不一致供述に関し、その801条(d)(1)(A)において、「供述者である証人の以前の供述であって、公判、[エクイティ(衡平法)適用事件における]法廷手続、その他の裁判手続または宣誓供述録取手続(デポジション)において偽証罪の制裁の下になされたもので、当該供述者の証言と一致しないものについては、当該供述者がその以前の供述に関する反対尋問に服するかたちで証言しているならば、伝聞ではない」と定めている⁽⁶⁷⁾。この規定は、「伝聞ではない」という文言からは、非伝聞であることを示した条文であるかのように見えるものの、純粹理論的には、伝聞例外として、伝聞供述を実質証拠として利用することを認めたものであると理解できる。

すなわち、コモンロー上の証拠法理論の下では、以前の不一致供述は、弾劾証拠(補助証拠)として非供述証拠のかたちで利用する場合には、非伝聞であると評価されるものの、実質証拠として利用する場合には伝聞と評価されることを免れ得ないと理解されてきた。連邦証拠規則は、このコモンロー理論とは異なる立場を採用したのである⁽⁶⁸⁾。

もっとも、事後的な反対尋問の機会が保障された供述を広く伝聞例外として認めたわけではなく、そもそも以前の供述自体が宣誓供述として録取された場合に限って許容することとしたものである。

したがって、コモンロー理論はもとより、連邦証拠規則との関係でも、宣誓供述として録取されたわけではない検面調書について、不一致供述であることを要件に伝聞例外として許容する2号後段は、アメリカ証拠法に類似する規定がないものである⁽⁶⁹⁾。

そのため、2号後段について、アメリカ証拠法からの強い影響を受けた

(66) 各州及び軍事裁判所を含む40を超える法域が連邦証拠規則類似の証拠法を採用していることについて、Paul C. Grinnell, *Understanding Evidence*, 10 (4th ed., Lexis Nexis 2013).

(67) Fed. R. Evid. 801 (d) (1) (A).

(68) 小早川義則『共犯者の自白と証人対面権』(成文堂、2016年)325頁。

(69) 酒巻・前注65の548頁、光藤景皎『刑事訴訟法II』(成文堂、2013年)226頁。

立法過程を踏まえるとしても、アメリカ証拠法理論から解釈に関わる直接的な示唆を受けることは難しい。

4 「実質的に異つた」という要件を課している趣旨

321条1項2号後段は、同条項1号後段が単に「異つた」供述であることを要求しているのに対し、「相反するか若しくは『実質的に』異つた」供述であることを要求している。こうして、2号後段が単に「異つた」ではなく、『実質的に』異つた」という要件を課していることについては、1号後段に比して、要件を厳格化し、供述の相違度を一層強く求めたものであるという理解には異論がない。

まず、「相反するか若しくは実質的に異つた」という要件については、「伝聞例外が認められる趣旨としてほぼ共通している…証拠として用いる『必要性』と…『信用性の情動的保障』…の存在」⁽⁷⁰⁾という2つの要素のなかでも、「必要性」の問題であり、「公判準備または公判期日においては得られない…供述をも事実認定の素材にする『必要性』がある場合を意味している」⁽⁷¹⁾と理解されている。

そして、1号後段について、「中立的な立場にある裁判官に対して、原則として宣誓の上なされた供述を対象とするものであるから、典型的に高度の信用性を認めた趣意」の下に、「伝聞例外を許容する要素のうち…相反供述という『必要性』のみを定め、特信性の要素は要求していない」⁽⁷²⁾こととの対比で、2号「後段の相反性の要件」を1号後段の『前の供述と異つた供述をしたとき』という要件と「同視することはできず、要証事実について異なる認定を導く程度に相違するものでなければならないと解するのが通説…である」⁽⁷³⁾と理解されている。

(70) 酒巻・前注65の540頁。

(71) 酒巻・前注65の548頁。

(72) 酒巻・前注65の552頁。

(73) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第7巻』（青林書院、第2版、2012年）598頁〔中山善房〕。

このように、1号後段と2項後段との間では供述録取者の立場が全く異なっていること、また、2号後段の場合には、必要性要件として「相反する」という表現も列記され、高度な相違が要求されている上に、但書で特信性も要求されていることから、条文の文理を中心とした解釈としても、1号後段よりも必要性要件が厳格化されていることは明らかである。

したがって、1号後段の「異つた」に対し、2号後段で付加されている「実質的に」という文言が要件を厳格化したものであることは明らかである。すなわち、2号後段の「実質的に」については、少なくとも、会社法における「実質的に」のような「形式的には(名目上は)該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨で解釈すべきでないことは明らかである。

5 「実質的に異つた」の解釈

(1) はじめに

2号後段の「実質的に異つた」に該当するか否かについて、「供述内容による事実認定に差異を生ずる可能性が認められるか」に着目する通説では、要件を緩やかに捉え過ぎてしまう。

証拠にはそもそも関連性が要求されている上に、伝聞例外には許容要件要素として必要性が要求され、しかも、2号の要件が最も緩やかな伝聞例外である1号よりも厳格化されていることを正確に理解するならば、以下のような結論が導かれる。すなわち、2号後段の「実質的に異つた」に該当するためには、①形式的・客観的に見て、公判供述(証言)と検面調書(「前の供述」との間)に差異があり、しかも、②その差異が「重要な部分において」生じていることを要する。そして、差異が「重要な部分において」生じているというためには、特定の主要事実ないし、これに直結するような重要な間接事実の存在について、公判供述のみを資料とするのでは認定できる蓋然性が認められないのに対して、検面調書も資料とすれば、

それを直接証拠として認定できる蓋然性が認められることを要する。

(2) 学説状況

2号後段の「相反するか若しくは実質的に異った供述」の意義については、一般に、「立証事項との関係で、両者が表現上明らかに矛盾しているか、表現自体明確に矛盾してはいないものの、文脈や趣旨において、異なった結論を導く内容の供述」である⁽⁷⁴⁾とされている。そして、「要点は、供述内容による事実認定に差異を生ずる可能性が認められるかにある」と指摘されている⁽⁷⁵⁾。

かかる一般的な理解は、「相反するとは、立証事項について供述自体が反対の結果を導く場合であり、実質的に異なるとは、他の証拠または他の立証事項とあいまって、主要事実について異なった認定を生ずる場合をいう」のであって、「単に前の供述が詳細であって、証明力が実質的に異なるだけの場合は含まない」という平野教授による見解⁽⁷⁶⁾を基礎にしている⁽⁷⁷⁾。

もっとも、上述のように異なっているか否かの判断資料とされる「文脈や趣旨」の範囲の捉え方については、争いがある。すなわち、対象とされる供述以外でも広く判断資料にできるという立場は、『実質的に異なった』とは、他の証拠と相俟って異なる認定を導く場合をいうと強調する⁽⁷⁸⁾。これに対し、対象とされる供述以外を判断資料に加えるべきではないという立場は、「2号後段の相反性については、法廷供述の文理のみを判断資料として、形式的・客観的に検面供述の再現がなされているかどうか

(74) 池田修ほか『刑事訴訟法講義』(東京大学出版会、第5版、2014年)450頁、石井一正『実務刑事証拠法』(判例タイムズ社、第5版、2011年)167頁、裁判所職員総合研修所『刑事訴訟法講義案』(司法協会、四訂補訂版、2015年)321頁、酒巻・前注65の549頁、安富潔『刑事訴訟法』(三省堂、第2版、2013年)523頁。

(75) 酒巻・前注65の549頁。

(76) 平野龍一『法律学全集43 刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)213頁。

(77) 光藤・前注69の225頁。

(78) 大久保隆志『刑事訴訟法』(新世社、2014年)359頁。

かで判断すべき」⁽⁷⁹⁾であると強調する⁽⁸⁰⁾。

(3) 一般的理解よりも厳格化して捉えるべき必要について

以上のような「実質的に異つた」の意義に関する一般的理解については、より厳格化して捉えるべきである。具体的には、「実質的に異つた」という要件に該当するためには、まず、①形式的・客観的に見て、公判供述(証言)と検面調書(「前の供述」と)の間に差異があり、しかも、②その差異が「重要な部分において」生じていることを要するというべきである。そして、差異が「重要な部分において」生じているというためには、特定の主要事実ないし、これに直結するような重要な間接事実の存在について、公判供述のみを資料とするのでは認定できる蓋然性が認められないのに対して、検面調書も資料とすれば、それを直接証拠として認定できる蓋然性が認められることを要すると考える。

証拠の一般的な許容性要件である関連性の問題と伝聞例外の許容性要件である必要性の問題とを峻別した上で、1号後段の場合にも当然に関連性が要求されることを意識し、2号後段の場合には1号後段よりも「実質的に」という文言で厳格化された要件の充足が求められることに留意するならば、上述の結論が導かれる。

まず、ここにいう関連性とは、証拠能力、すなわち、「証拠の許容性」の要件として要求される「証拠と証明すべき事実との間の論理的関係」のことである⁽⁸¹⁾。より具体的には、関連性がある証拠とされるためには、「訴訟の結果に対して重要である事実の存在の蓋然性を高めもしくは低下させる何らかの傾向を有する証拠」であることが要求されると理解されている⁽⁸²⁾。わが国の成文法には、関連性を証拠能力の要件とする明文規定は存

(79) 渡辺修「演習 刑事訴訟法」法学教室138号76頁(1992年)。

(80) 福井厚『刑事訴訟法講義』(法律文化社、第5版、2012年)379頁。

(81) 酒巻・前注65の485頁。

(82) 光藤・前注69の136頁。

在しないものの、「学説実務ともにこの関連性の概念を認めることに異論はない」と考えられている⁽⁸³⁾。実際、最高裁判例も、証拠能力の問題として、「事件との関連性」⁽⁸⁴⁾や「自然的関連性」⁽⁸⁵⁾といった概念を用いている。

よって、調書供述についても、伝聞例外としての許容性(特に、許容要件の一要素としての必要性)とは別の問題として、関連性、すなわち、「訴訟の結果に対して重要である事実の存在の蓋然性を高めもしくは低下させる何らかの傾向」が認められなければ、証拠として許容されない。表現を変えれば、「訴訟の結果に対して重要な『結論を導く内容の供述』」である必要があるということである。

その上で、伝聞であっても証拠とすべき必要性という伝聞例外要件の問題へと話を進めると、要件が最も緩和されている1号書面であっても、当該書面を取り調べない場合と比べても同一の「結論を導く内容の供述」に過ぎない場合には、伝聞であっても証拠とすべき必要性、すなわち、伝聞でなければ充たしえない関連性⁽⁸⁶⁾を認めることは到底できないはずである。すなわち、1号書面であっても、当該書面を取り調べない場合とは

(83) 園原敏彦「証拠の関連性」松尾浩也ほか編『実例刑事訴訟法Ⅲ』(青林書院、2012年)118頁。

(84) 最決昭和59年12月21日刑集38巻12号3071頁。現場写真に証拠能力を認める前提要件となる「何時、何処で、どのような光景を撮影したものであるか」という問題(高橋省吾「判解」昭和59年度刑事最判解説578頁)を表現したものであり、講学上の自然的関連性の問題を表現したものと理解されてきた(山崎学「証拠の関連性」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』(青林書院、1998年)54頁)。

(85) 最判平成24年9月7日刑集66巻9号907頁。「前科証拠は…証拠としての価値(自然的関連性)を有している」ものの、「単に…自然的関連性があるかどうかのみによって証拠能力の有無が決められるものではな」と判示した。

(86) ここで問題としているのは、関連性そのものではなく、あくまでも、検面調書に限らず、伝聞例外を許容する要件要素としての「伝聞であっても利用する必要性」である。例えば、証拠Aと証拠Bとで要証事実が共通する場合でも、証拠Aが既に取り調べられたことを理由として、証拠Bの関連性が直ちに否定されることはない。重複証拠であることは関連性を直ちに否定する理由とはならない。裁判所は、重複証拠を取り調べることによる弊害が重複証拠から得られる証拠価値を著しく凌駕する場合にのみ、当該重複証拠を取り調べないことができるだけである。したがって、関連性そのものとしては、取調済みの証拠とは異なる要証事実との関係での関連性を備えていることは要求されない。しかし、伝聞例外としての許容性要件である必要性の問題としては、伝聞であっても利用しなければならないという必要性、すなわち、公判供述では代替できず、公判外供述でなければ備えられない関連性を有していることが最低限要求されるはずである。

「異なった結論を導く内容の供述」であることが伝聞例外要件として要求されているはずである。

そうだとすれば、一般的な解釈における「異なった結論を導く内容の供述」という意義を解釈するにあたり、ここでいう「結論」について、およそ当該供述による要証事実一般を示すとし、主要事実を推認させる証明力が微弱な間接事実をも含めるならば、およそ一般に調書供述を取り調べない場合と比べて「異なった結論を導く内容の供述」であることを要求するだけになってしまう。それでは、およそ一般に調書供述を伝聞であっても証拠とする必要性を求めるだけである。これは、およそ伝聞例外であれば、すなわち、1号後段でも当然に求められるものであり、1号後段よりも加重したかたちで求められる2号後段の要件とはなり得ない。2号後段の「実質的に異つた」でなく、1号後段の「異つた」であっても、要求される必要性、すなわち、調書供述でなければ充足し得ない関連性を要求しているだけである。

したがって、1号後段の「異つた」よりも要件が加重された2号後段の「実質的に異つた」の場合には、単に「異なった結論を導く内容の供述」であることに留まらず、「重要な点において異なった結論を導く内容の供述」であることが要求されるはずである。具体的には、ここでいう「結論」について、主要事実ないしこれに直結する重要な間接事実に限定するべきである。そして、このように要証事実を限定する以上、直接証拠として機能するものであることも要求するべきである。間接証拠でも足りるとすれば、結局、要証事実の限定を緩めてしまうことになる。

このように、要証事実を重要な事実に限定することは、2号後段の立法過程として、「実質的に」という文言が総司令部勧告の“materially”という英語に対応したものであったことからしても合理的である。

そして、2号後段の文理として「異つた」供述であることが要求されている以上、当然に、形式的・客観的に見て、検面調査と公判供述との間に

相違があることが必要とされる。形式的・客観的には相違が認められなくとも、実際上は証拠価値に相違を生じるということでは足りない⁽⁸⁷⁾。一般的理解における「表現自体明確に矛盾してはいないものの」という記述が「表現自体に異なっている点が客観的には認められないとしても」という趣旨であれば、適切ではない。客観的に異なっている点は必要であり、明確に矛盾している点までは求められないというに留まるというべきである⁽⁸⁸⁾。

6 最決昭和32年9月30日の射程範囲の理解

2号後段の「実質的に」という文言が会社法における「実質的に」と同様であるかのように誤解されることで、最決昭和32年9月30日(刑集11巻9号2403頁)の射程範囲が誤って広く理解されている傾向が見られる。すなわち、本来であれば、特殊な事案に関する救済的な事例判断として、妥当範囲を限定して理解するべきであるのに、一般的に妥当し得る法理であるかのように誤解されている。

具体的には、法321条1項2号後段が要求する「相反・不一致とは…2号書面の方が詳細な場合(最決昭和32・9・30刑集11巻9号2403頁)も含まれる」⁽⁸⁹⁾といった端的な説明がなされると、文字通り、以前の供述が公判証言よりも「詳細である」だけで、「実質的に異つた」に該当するという誤った理解に陥ってしまう。

(87) 「形式的・客観的には相異が認められなくとも、実際上は証拠価値に相違を生じるということでも足りる」という反対説に違和感を覚えないとすれば、その理由として、2号後段の「実質的に」という文言について、無意識のうちに、会社法における「実質的に」と同様に捉えてしまっていることがあると考えられる。

(88) 「矛盾」と「異なっている」との違いは必ずしも明らかではないものの、「矛盾」とは、正反対の内容であるのに対し、「異なっている」とは、そこまでの違いには至っていない場合を示すと考えられる。例えば、「現場で犯人を見た」という供述と「現場では犯人を見ることができなかった」という供述とは「矛盾」として評価できるのに対し、「犯人の顔を見た」という供述と「犯人の背中を見た」という供述とは「矛盾」としては言えず、「異なっている」というべきであると考えることができよう。

(89) 廣瀬・前掲2の39頁。

2号後段の「実質的に異つた」の解釈に係る最決昭和32年9月30日の判示部分は、「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のであるから、…321条1項2号の要件をも満たしているといふことができる」というものである。また、関係する要旨は、「相被告人の検察官に対する供述を録取した書面で、その公判廷における供述よりも内容において詳細なものは、刑訴第321条第1項第2号にいわゆる公判期日において前の供述と実質的に異つた供述をしたときにあたらないとはいえない」というものである。

判示文言や要旨を見るだけでも、「詳細である」だけで「実質的に異つた」に該当し得ることを正面から認めたものでないことは明らかである。判示文言は、「大綱において一致している」ことが直ちに「実質的に異つた」への該当性を否定するわけではないことを強調している。また、要旨は、「内容において詳細」であることで、「実質的に異つた」に該当する場合もあり得ることを強調している。

担当調査官は、端的には、「規定の文言の上では多少疑問はある」と留保しながらも、「判示は検察官の面前のものが公判廷のものより詳細であれば」、「刑訴321条1項2号本文後段の『実質的に異つた供述をしたとき』という要件に合するということに帰着する」と解説している⁽⁹⁰⁾。

もっとも、担当調査官としても、一般的な判示として、前の供述が詳細である場合に広く「実質的に異つた」に該当するとしたものとは理解しておらず、あくまでも、事例判断の1つで、しかも、判決書における証拠摘示に苦慮した事実審を救済するための特殊な判断であったという認識に立っていると考えられる。

具体的には、事案について、「検察官の面前調書が…甚だ詳細である」証人が「公判廷でも警察、検察庁で述べたことは大略間違いないといつて

(90) 青柳文雄「判解」昭和32年度刑事最判解説473頁。

おり…〔公判廷でも〕より詳細な供述がなされたが、〔公判〕調書の記載が簡略化されたのか、或は公判廷の供述が簡単であったのか何れか〕であり、「前者の場合なら検察官の面前調書と殆んど同様の供述であったろうし、後者の場合としても質問さえ十分にすれば検察官の面前調書と同様の供述が引き出され得たことであろう」と説明する。その上で、第一審が検面調書を取り調べた理由について、以下のように推測する。すなわち、「本件では推測するのに一審裁判官は公判廷における〔証人〕の挙措態度をも含めた意味での供述で心証を得たものであろう。…しかし、…公判調書の供述記載では放火の手段が不足しており、これを掲げなければ理由不備であると非難する人さえあるかもしれない。一審が判決書に…検察官の面前供述をも被告人の犯罪事実認定の証拠として挙示したのはこの間のギャップを埋めようとしたものと考えられる」としているのである⁽⁹¹⁾。

学説としても、この最決に対しては、「検察官面前調書の記載の方が詳細、理路整然としているというだけで実質的不一致を認めることはできない⁽⁹²⁾」といったかたちで、批判的に捉え⁽⁹³⁾、適用範囲を限定しよう⁽⁹⁴⁾という考えが強い。

実務においても、判示当初には「判旨…は実務上影響するところが大きいと思われる」と評されていた⁽⁹⁵⁾ものの、後には、現職裁判官から「公判廷における証言が概括的で、供述調書の方が詳しいというケースで判断を迫られることは、まずありません。…実務の運用は、この判例〔最決昭和32年9月30日〕を一般化して考えてはいないと思います」と指摘されて

(91) 青柳・前掲90の474頁。

(92) 酒巻・前注65の549頁。

(93) 石井・前注74の167頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法』(有斐閣、2012年)363頁、河上ほか・前注73の599頁〔中山善房〕、平野・前注76の214頁、福井・前注80の379頁、光藤・前注69の225頁、安富・前注74の523頁。

(94) 特に、石井・前注74の168頁は、事例判断としての正当性は認めつつ、担当調査官の問題意識を念頭に置き、「実質的に異つた」に該当する「異なった結論を導くとは…公判期日等の供述では簡略すぎであるいはあいまいなため心証形成が困難で立証事項の認定ができない場合を含む」として、判示の射程範囲を限定しているものと評価できる。

(95) 「判批」ジュリスト143号81頁(1957年)。

いた⁽⁹⁶⁾。

このように、学説としても、実務においても、最決昭和32年9月30日を一般化して理解することに対しては強い批判があるものの、これを一般化して文字通り「詳細な場合も『実質的に異つた』に該当する」と理解されてしまうこともある背景には、無意識のうちに、2号後段の「実質的に」という文言について、会社法における「実質的に」のように「形式的には(名目上は)該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨で捉えてしまっていることがあると考えられる。具体的には、「実質的に」を単純に「実際上は」と理解することで、詳細であれば実際上異なっていることは明らかであるから、「実質的に異つた」に該当するといった理解である。

しかし、これまで検討してきた立法趣旨や立法経過からすれば、「実質的に」とは、「重要な点において」と理解するべきである。

こうした「実質的に」の誤った理解は、判例要旨の表現自体が導いている側面もある。具体的には、判示には含まれていない「内容において」という文言を決定要旨に盛り込んで、「内容において詳細なもの」は「実質的に異つた」に該当し得ると表現をしていることである。すなわち、「実質的に」に対応するのが「[形式的にはそういえなくとも]内容において」という趣旨であるとの理解を示しているのである。

7 小括

現行刑訴法321条1項2号後段が定める「実質的に異つた」という要件については、総司令部の勧告を受けて形成されていった立法経過を踏まえ、条項の趣旨を正確に理解するならば、①形式的・客観的に見て、公判供述(証言)と検面調書(「前の供述」と)の間に差異があることに加えて、②その差異が「重要な部分において」生じていることを要するというべきである。かかる解釈に反する判例の理解も改める必要がある。

(96) 「座談会 刑事訴訟法の現実とその問題点」ジュリスト1148号155頁(1999年)〔山室恵発言〕。

三 “substantially” や “materially” の正確な理解

1 “substantially”が「実質的に」と訳出されることで生じる誤解

日本の法文において、「実質的に」という文言は多義的に用いられており、その曖昧さゆえに恣意的な解釈を許しかねないのが現状である。したがって、法文の意義を明確化するためにも、法文に「実質的に」という文言を利用するのはできる限り避けるべきである。

そして、このように現状として多義的に用いられている「実質的に」について、機械的に“substantially”と訳出するのは不適切である。会社法における用例のように「形式的には（名目上は）該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨で用いられている「実質的に」については、“substantially”と訳出すべきではなく、“actually”や“practically”と訳出した方が混乱を避けることができる。「形式的に（名目上）該当しているに留まらず、内実を見ても重要な点で該当している」という趣旨で用いられている「実質的に」についてのみ、“substantially”と訳出するのが適切である。

他方で、“substantially”や“materially”という語句を含んだ英語の法文を翻訳する場合には、機械的に「実質的に」と訳出するべきではなく、むしろ、「重要な点において」などと訳出して、「実質的に」という文言が招く曖昧さを避けるべきである。機械的に「実質的に」と訳出することによって、本来、「形式的に（名目上）該当しているに留まらず、内実を見ても重要な点で該当している」という趣旨であるものが「形式的には（名目上は）該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨に誤解される、すなわち、要件が厳格化されているのに緩和されていると誤解されることを防ぐべきであるし、逆も同様である。

そこで、アメリカ連邦証拠規則403条を一例として採り上げ、“substantially”を機械的に「実質的に」と訳出することの問題性を具体的に確認する。

2 アメリカ連邦証拠規則403条の意義

(1) はじめに

関連性がある証拠であっても、これを取り調べることによって弊害が生じることを理由に証拠排除できる権限を事実審裁判所に認めた連邦証拠規則403条については、日本では、「弊害が証拠価値を『実質的に』上回っていれば、証拠排除を可能とする規定である」というかたちで紹介されることが多い。

しかし、こうした紹介における「実質的に」という文言を「形式的には(名目上)該当しないものの、実際上は該当している」という意味に理解してしまうと、重大な誤解を生じてしまう。正確には、「形式的に(名目上)該当しているに留まらず、内実を見ても重要な点で該当している」という意味で理解する必要がある。

「実質的に」と訳出・紹介されている原語は“substantially”であるところ、これを機械的に「実質的に」と訳出することは誤解を生む原因となっている。

(2) “substantially”を「実質的に」と訳出している例

アメリカ連邦証拠規則403条は、“Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons”という表題の下に、“The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following : unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.”と定める。

ここでの“substantially”については、「実質的に」と訳出している例が以下のように多く見られる。

例えば、法務省が刊行した法務資料による翻訳は、“its probative value is substantially outweighed by …”を「その証明力が…によって実質的に

減殺される」と訳出している⁽⁹⁷⁾。

そして、田邊真敏教授は、「裁判所は、関連性のある証拠について、もしその証明力が次のいずれか一つ以上の危険に実質的に劣るときは、これを排除することができる」と訳出している⁽⁹⁸⁾。なお、田邊教授は、『『実質的に』の定義は与えられていないが、本条による証拠排除は例外的な救済であるため、裁判官による裁量権の行使は謙抑的でなければならない。すなわち関連性のある証拠は許容されるという推定が与えられる」という解説を付加している⁽⁹⁹⁾。

さらに、成瀬剛准教授は、「裁判所は、その証拠の証明力が、以下の1つないし複数の危険によって実質的に凌駕される時には、関連性のある証拠を排除しうる」と訳出している⁽¹⁰⁰⁾。なお、成瀬准教授も、「証明力が弊害によって『実質的に凌駕 (substantially outweighed)』されていなければ当該証拠は許容される」という意味について、「許容性を認めやすいように偏った (biased in favor of admissibility) 基準を採用しており、…排除は並はずれた救済方法 (extraordinary remedy) として控えめに行われるにすぎない」趣旨であることを確認している⁽¹⁰¹⁾。

(97) 法務大臣官房司法調査部(中村恵)『アメリカ合衆国連邦証拠規則』(法務資料第425号、法曹会、1976年)7頁。この翻訳は、1975年の制定当初の条文を翻訳したもので、後の度重なる改正を反映していないものの、その後の改正を一部反映して、最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 米国編Ⅲ—陪審の事実認定を中心として—』(司法協会、1996年)413頁以下に再録されている。403条で掲記されている各弊害要素は、証拠の証明力を「減殺」するものではなく、証明力という主作用は変化させずに付随的に生じてしまう副作用としての弊害であるから、「証明力が…減殺される」という訳出も適切ではないと考えられる。弊害を証明力には影響しない「証明に付随する副作用」と理解するべきことについて、角田雄彦『「必要性」判断から「許容性」判断への一元化へ』後藤昭ほか編著『実務体系 現代の刑事弁護(2)』320頁(第一法規、2013年)。

(98) 田邊真敏『アメリカ連邦証拠規則』(レクシスネクシス・ジャパン、2012年)41頁。これは、2011年改正を前提とした翻訳である。

(99) 田邊・前注98の41頁。

(100) 成瀬剛『科学的証拠の許容性(2)』法学協会雑誌130巻2号397頁(2013年)。

(101) 成瀬・前注100の399頁。

(3) “substantially”は「著しく」と訳出した方が適切である

403条は、証拠の証拠価値と弊害とを当価値的ではなく、採用推定を働かせた偏頗的なかたちで衡量した証拠採否判断を求めるものであるから、“its probative value is substantially outweighed by …”については、「その証拠価値よりも、弊害の方が実質的に凌いでいる」というよりも、「その証拠価値よりも、弊害の方が著しく凌いでいる」と訳出するほうが適切である。

確かに、403条による証拠採否判断は、一般に「balancing・テスト」という名称で紹介されている⁽¹⁰²⁾。この呼称からは、個別的具体的事案に対応した等価的利益衡量による判断が求められている印象を受ける。

しかし、実際には、類型的判断が重視され、採用推定に基づいた偏頗的利益衡量が求められている。“substantially”という文言は、そのことを表現しているのである。

連邦証拠規則は、特定の場面で証拠とすることをあえて明示的に許容した規定について、それ以外の場面では証拠とできないとする反対解釈を自ら禁じている⁽¹⁰³⁾ ことにも端的に表れているように、関連性がある証拠については、明示的に列挙された不許容類型⁽¹⁰⁴⁾に該当しない限り、原則として許容する姿勢を採っている。すなわち、明示的に列挙された不許容類型に該当しないにもかかわらず、403条で排除することは、あくまでも補充的な例外とされる⁽¹⁰⁵⁾。そして、十分な反対尋問や反証の提出、証明責任等に関する陪審に対する注意深い説示⁽¹⁰⁶⁾といった証拠排除以外の弊害回

(102) 田淵浩二「大型否認事件の審理上の課題—部分判決制度を含む」法時81巻1号47頁、52頁(2009年)；佐々木一夫「証拠の『関連性』あるいは『許容性』について—裁判員制度の下での証拠調べを念頭に」『原田國男判例退官記念論文集：新しい時代の刑事裁判』(判例タイムズ社、2010年)183頁、194頁。

(103) Fed. R. Evid. 413 (c) ; 414 (c) ; 415 (c)。

(104) Fed. R. Evid. 404-415。

(105) こうした考えは、連邦証拠規則があえて許容性を明示した証拠について、403条による排除を許さないとした判例にも表れている (*United States v. Smith*, 551 F.2d 348 (D.C. Cir. 1976).)。

(106) 具体的には、連邦証拠規則105条が「ある目的のためには許容されるが、他の目的のためには許容されない証拠」について「裁判所は、当事者からの求めに応じて、その証拠の立証趣旨を適切な範囲に限定し、そのことを陪審に説示しなければならない」と定めていることに基づき、偏見などを防ぐ具体的な説示を行うことで、証拠排除によらずに不都合を回避できないかを検討するべきであるとされる。*Old Chief v. United States*, 519 U.S. 172, 196-197 (1997)。

避策を尽くしたとしても弊害を回避できず、証拠価値を完全に犠牲にすることになっても、その弊害を回避して護るべき利益がある場合に限って、証拠排除を選択することが認められる⁽¹⁰⁷⁾。こうした考え方は、およそ証拠というものは、事実認定という観点からは主作用として捉えている証拠価値のみならず、それ以外の副作用を伴うのが必然であり、その副作用が場合によっては弊害として機能するのも避けられないことを正視したものといえる⁽¹⁰⁸⁾。

このような連邦証拠規則の姿勢に照らせば、403条の“substantially”については、曖昧に「実質的に」と訳出するのではなく、明確に「著しく」と訳出する方が適切である。

実際、前記のように、「実質的に」と訳出している田邊教授や成瀬准教授も、排除が限定的な補充性を有する例外的手段であることを注記しているのであって、「実質的に」と訳出することが誤解を生じかねないことに留意したものと思われる。

(4) 403条の意義に関する誤解

連邦証拠規則403条の“substantially”を「実質的に」という趣旨、特に、「形式的には(名目上は)該当しないものの、実際上は該当している」という趣旨の方向で理解したために、裁判所の証拠採否裁量を緩やかに捉えてしまったのではないかと思われる一例として、裁判員裁判における証拠の厳選を主張した平成18年度司法研究を挙げることができる。

平成18年度司法研究は、事実関係が深刻に争われる大型否認事件を裁判員裁判においてどのように審理期間を大幅に短縮して審理すべきかを

(107) *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 596 (1993).

(108) 403条に関するリーディングケースであるオールドチーフ事件判決での反対意見は、「およそ証拠というものは全て、偏見・先入観を抱かせる性質を持っており、逆にそうでなければ影響力を持つ証拠ではないことになってしまう」のであって、証拠排除の根拠となりうる不公正な偏見とは「不適切な根拠に基づく判断を過度に促す傾向」を有することである旨を指摘している (*Old Chief*, 519 U.S. at 193.)。

検討したものである。証拠採否のあるべき姿について、「裁判員裁判においては、証拠の総量を可能な限り削減する必要がある、そのためには、事実認定における当該証拠の必要性についても、厳密に考えていくべきである」⁽¹⁰⁹⁾とする。その上で、従来の証拠採否裁量行使の運用について、「これまでの必要性の判断は、もっぱら関連性の観点のみが重視され、当該証拠の取調べに伴う審理時間等の負担や、当該証拠の証明力が過大視される危険、弊害等については余り考えられてこなかったように思われる」と批判する。そして、裁判員裁判においては、「当該証拠の証明力が大きくないのに、その取調べに反証も含め相当の時間を要し、審理が遅延するといった事情がある場合には、必要性を肯定しないという選択肢が考慮されるべきである」⁽¹¹⁰⁾と主張している。

このように、関連性や証明力だけではなく、審理時間の負担・当該証拠の証明力が過大視される危険といった点も考慮して、証拠採否を判断すべきであるという考え方は、関連性のある証拠であっても却下することができる根拠となり得る弊害要素として「時間の浪費」・「不公平な偏見」を掲げている連邦証拠規則403条と共通している。司法研究がこのような主張をしているのは、403条から示唆を得たものではないかとうかがわせる。

しかし、司法研究は、証明力と弊害要素を等価値的に衡量して必要性の有無を判断できるかのように指摘している。これは、403条による排除を限定的な補充性を有する例外的手段としているアメリカでの運用と明らかに異なっている。

ともすれば、アメリカでは、陪審制がとられているために、集中審理の必要性が高く、裁判所は、関連性のある証拠であっても、かなり広範な裁量をもって、証明力がさほど高くないと理由で取調べの必要性を認めず、その取調べ請求を却下することができるといった単純な認識に陥る危険

(109) 司法研修所編『裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方』(法曹会、2008年) 25頁。

(110) 司法研修所編・前注109の26頁。

性があることは、光藤教授によっても指摘されていた⁽¹¹¹⁾。

403条の“substantially”が曖昧に「実質的に」と訳出されてしまうことは、アメリカにおける証拠採否裁量に関する理解を誤らせる一因となっていると考えられる。

最後に

刑訴法321条1項2号後段の「実質的に異つた」という要件については、現行法において用いられている「実質的に」という文言が多義的であることもあって、誤解されやすい。

しかし、その立法経緯を踏まえ、証拠としての単なる関連性に留まらず、伝聞例外を許容する要件要素としての必要性を1号(裁面調書)よりも厳格に要求している趣旨を正しく理解するならば、「実質的に異つた」といえるためには、①形式的・客観的に見て、公判供述(証言)と検面調書(「前の供述」と)の間に差異があるに留まらず、②その差異が「重要な部分において」生じていることを要するというべきである。そして、差異が「重要な部分において」生じているというためには、特定の主要事実ないし、これに直結するような重要な間接事実の存在について、公判供述のみを資料とするのでは認定できる蓋然性が認められないのに対して、検面調書も資料とすれば、それを直接証拠として認定できる蓋然性が認められることを要する。

(本学法科大学院前教授・弁護士)

(111) 光藤景皎『刑事証拠法の新展開』(成文堂、2001年) iii頁・126頁。