

刑事判例研究

東北大学刑事法判例研究会

刑事免責制度（刑訴法 157 条の 2, 157 条の 3）が適用された最初の事例⁽¹⁾⁽²⁾

- ・ X に対する第 1 審及び控訴審判決

東京地判平成 30・6・22 (LLI/DB: L07330419)

東京高判平成 31・2・1 (LLI/DB: L07420120)

- ・ A（免責を付与され X の公判で証言した共犯者）に対する第 1 審及び控訴審判決

東京地判平成 30・7・30 (LLI/DB: L07330487)

東京高判平成 31・2・20 (LEX/DB: 25563074)⁽³⁾

-
- (1) 本件については、既に、拙稿「刑事免責」法学教室 483 号 20 頁（2020 年）、22～24 頁において若干の検討を加えた経緯がある。その後、刑事確定訴訟記録法に基づく閲覧請求が認められ、訴訟記録の詳細な内容に触れる機会を得たことから、本稿は、その成果を踏まえ、本件につき改めて検討を加えるものである。

以下、本稿では、東京地判平成 30・6・22 (LLI/DB: L07330419) の被告人を「X」と表記するほか、その他の人物については、同判決に係る LLI/DB の仮名処理に従う。また、原則として、判決等の原文をそのまま引用した文言を「 」、原文を筆者が補充した文言を〔 〕、筆者が独自に強調した文言を〈 〉と表記する。引用文に付された傍点や下線は、特に断らない限り、全て筆者によるものである。

なお、本件に関する各判決それぞれ自体は、いずれも刑事免責制度の適用（A が証言に先立ち免責を付与されている事実等）に全く言及していない。本件が同制度の最初の適用事例である旨の新聞報道（A が X の公判で証言を行った日のもの）として、例えば、朝日新聞 2018 年 6 月 19 日夕刊 12 頁、毎日新聞 2018 年 6 月 19 日夕刊 11 頁、日本経済新聞 2018 年 6 月 19 日夕刊 18 頁。

- (2) 令和 2 年 4 月 1 日、医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律等の一部を改正する法律（令和元年法律第 63 号）が部分的に施行され、従前の法令において用いられてきた「覚せい剤」という表記は「覚醒剤」と改められることになった。本件は同法施行前の事例であり、判決等の原文では「覚せい剤」という表記が用いられているが、本稿では、記述の便宜上、判決等の原文を引用する場合を除き、「覚醒剤」という表記に統一する。
- (3) 同判決に関し、覚醒剤輸入の故意の認定という観点から検討を加える評釈として、大

【事案】

I 起訴前の経緯

(1) 平成 29 年（以下、特に断らない限り、全て平成 29 年の出来事である）3 月 17 日、埼玉県蕨市在住の X（中国国籍）は、同県川口市在住の D（中国国籍）に対し、中国製のメッセージング・アプリである微信（WeChat）により、「[中国の] 実家から服とかをあなたのところに郵送してもらってもいい？」等のメッセージを送信して、自分の代わりに当該荷物を受領してほしい旨を依頼し、これを承諾した D は、自宅の住所（川口市××××甲ビル 401 号室）を X に伝えた⁽⁴⁾。

4 月 1 日、差出人名を「××××」、差出人住所を「××××有限公司 江蘇常熟××××」、受取人名を「B」、受取人住所を「サイタマケン カワグチシ ××××甲ビル 401 号」、税関告知書の品名を「食品」とする国際スピード郵便物 1 個（以下、「本件郵便物」という）が、蘇州市所在の郵便局において受け付けられた。なお、当時、D 方に B という人物は居住していなかった。

4 月 4 日、本件郵便物が関西国際空港において航空機から搬出され、本邦に輸入されたが、4 月 5 日、東京国際郵便局における税関検査により、その内部から、魚の干物等の食品とともに、覚醒剤約 279.61 グラムが発見されたため（衣服は入っていなかった）、税関職員は、直ちに警察に通報したうえ、4 月 7 日、差押許可状に基づき、同覚醒剤を差し押さえた。同日、警視庁と東京税関は、合同でクリーン・コントロールド・デリバリーを実施することとし、覚醒剤を代替物（氷砂糖）に入れ替えた本件郵便物の運搬を継続させ、D 方に配達されたところを検挙する方針を固めた。

4 月 9 日、X は、D に対し、微信で、「私の国際郵便届いた？」、「インターネットで調べても反応がなく、あの管理局にあるままだ」、「不在票は入っていない？」等のメッセージを送信した。また、4 月 3 日から 4 月 11 日までの間、何者かが中国の IP アドレスから郵便物追跡サービスを利用して本件郵便物の配達状況を合計 9 回調べているが、X や D は同サービスを利用していない。

庭沙織「判批」法学セミナー 780 号 115 頁（2020 年）。

(4) X に対する第 1 審判決の証拠の標目に掲げられている「捜査報告書」（甲 47 号証）は、3 月 17 日（X が D に本件郵便物の受領を依頼した日）から 4 月 11 日（本件郵便物が D 方に配達された日）までの X と D の間の微信のメッセージ（原文は中国語で記されている）のやり取りの日本語訳を、時系列順に再現している。

(2) 4月11日午前10時16分頃、本件郵便物がD方に配達され、Dがこれを受領した。同日午後4時1分頃、Dは、Xに対し、微信で、「物が届いたよ」というメッセージを送信した。同日午後6時27分頃、Xは、Dに対し、微信で、「まだ電車に乗っているところ。友達に取りに行かせようかと思っている」というメッセージを送信し、Dはこれを承諾する旨の返信をした。

同日夕刻、Xは、Dとは面識のないA(中国国籍)に対し、自分の代わりにD方に本件郵便物を取りに行くよう指示し、これを受けたAは、キャリーバッグを携行してD方に向かい、Xから電話でDの住所や道順等を聞きながら、同日午後7時32分頃、D方に到着した。なお、Aは、D方に赴く途中、Xの指示を受け、自身が使用する携帯電話における微信のデータのうち、Xとの間のメッセージ履歴を削除した。

D方に到着したAは、本件郵便物を見ると、「え、こんなに大きい」、「持って帰れないよ」、「後で××〔Xを指す⁽⁵⁾〕に持って帰ってもらうよ」、「俺、仕事あるから、急いでいるよ」等と述べ、午後7時33分頃、D方を立ち去った。その直後、Dは、Xに対し、微信で、「お友達が大きすぎて持てない、急いで仕事に行かなければならないって〔言っていた〕」というメッセージを送信した。

同日午後7時34分頃、Aは、甲ビルの外に出た直後、あらかじめ同ビル付近で張り込んでいた捜査官らから職務質問を受けたが、その際、「3階に服を取りに行っただけだ」等と答え、D方に行った事実を否認した。そこで、捜査官らは、Aの承諾を得て、Aが携行していたキャリーバッグに対する所持品検査を行った後(その中からはジャンパー2着のみが発見された)、Aを伴ってD方に赴き、同日午後7時41分頃、D方に対する搜索差押許可状に基づき、D方の搜索を開始した。

搜索に立ち会ったAは、Xという友達から荷物を取りにゆくよう頼まれた旨を述べたことから、同日午後8時53分頃、捜査官らは、Aに指示し、捜査官らが来ている事実を告げないよう注意しつつ、Aの携帯電話を用いてXに電話をかけさせた。Aが「荷物受け取ったよ。取りに来る時間ある?」等と述べたところ、Xは「ちょっと待って」、「僕電車に乗ってるから」等と述べて電話を切り、その後、XはAからの電話に出ることはなかった。

(5) 「証人尋問調書〔A〕」(後掲注(11))15頁、「供述調書〔D〕」(Xに対する第1審判決の証拠の標目に甲30号証として掲げられているもの)24頁。

間もなく、捜査官らが本件郵便物を開披したところ、覚醒剤の代替物が確認されたため、同日午後9時47分、Dは、国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律（以下、「麻薬特例法」と略記する）違反（規制薬物としての所持）の被疑事実により現行犯逮捕された。他方、Aは、D方から警察署へ任意同行された後、4月12日午前6時51分、麻薬特例法違反（規制薬物としての所持）の被疑事実により通常逮捕された。その後、5月18日に至り、Xも、麻薬特例法違反（規制薬物としての所持）の被疑事実により通常逮捕された。

(3) 5月1日、捜査官らは、Aの逮捕に際して任意提出を受け領置していたA使用の携帯電話のデータを精査したところ、「備忘録」というアプリのデータとして3月31日午後0時19分に保存されていたメモ（以下、「本件メモ」という）を発見したため、それが表示されている画面を写真撮影した⁽⁶⁾。

本件メモには、「もうできたよ。午後郵送に出すから。その住所に今、人が住んでいるの？ 郵便が届いた時、郵便局から電話によるお知らせが来たかどうかに関係なく、取りに行く時は、気をつけるんだよ。もし電話によるお知らせがあるなら、なおい。何時に届くか教えてくれるから。その時、だれか受取役を手配して、その人にあらかじめその住所のところに行って（郵便局の人が）来るのを待ってもらおうようにする」、「郵便局から電話連絡があったら、あらかじめその場所に行って待つのだ。まず、周りのビルの上の様子も見ておくん。たとえば、行った日に周辺やビルの上に変に関係なさそうな人が多かったりすると要注意。普通、暇人ってそんなにいないはずだから。みんな会社あるし。なかでも、イヤホンを付けている人、黒の革靴を履いている人、運動靴を履いている人、腰

(6) Xに対する第1審判決の証拠の標目に掲げられている「写真撮影結果報告書」（甲33号証）は、これを証拠化したものである。本件メモの原文は中国語で記されており、同判決の証拠の標目に掲げられている「資料入手報告書」（甲34号証）に添付されている日本語訳は、検察官の囑託に基づき、中国語を母国語とする翻訳人が作成したものである。

他方、Aの公判では、この検察側の翻訳の当否が争われ、翻訳人に対する詳細な証人尋問が行われている。Aに対する第1審判決の証拠の標目に掲げられている「統合捜査報告書6」（甲73号証）は、検察側と弁護側の翻訳を併記しているが、判決では、検察側の翻訳が採用されている。なお、翻訳人は、本件メモにつき、「携帯の話し言葉をそのまま文章に起こしてするような内容ですので、書き言葉ではありません」と証言している（「証人尋問調書」（第2回公判調書と一体となるもの）16頁）。

のところ膨らみがある人は、いい人ではない可能性が高い」、「最悪、手に持った状態で見つかってしまった場合、なにも知らないよと言うようにと受取役に伝えておいて。中身については全然分らない、中国の友達から受け取るように頼まれたただ、受け取ったらさらに別の友人に渡すようにも頼まれているので、その友達からの連絡を待っているところなんだと、適当に答えればいい」等の内容が記載されている。

なお、本件メモが A 使用の携帯電話のアプリのデータとして保存された日時は前述のとおり特定されている一方、その作成者や作成日時は不明であり、また、A 以外の者が A に送信したと仮定するとしても、本件メモそれ自体からは、その送信者や送受信日時は明らかではない。

II 起訴後の経緯

(1) X と A の両名は、令和元年改正前の覚せい剤取締法違反（営利目的輸入）の共同正犯の訴因により、それぞれ 6 月 28 日、5 月 23 日に起訴された。両名につき、間もなく訴因変更が行われ、関税法違反（禁制品輸入未遂）の訴因が追加されたほか、X は、在留期限が平成 28 年 1 月 7 日であったため、出入国管理及び難民認定法違反（不法残留）の訴因により追起訴された。

他方、D は不起訴処分が付されたが⁽⁷⁾、在留期限が平成 29 年 8 月 6 日であり、間もなく中国への帰国が予定されていたことから、刑法 227 条 1 項による検察官の請求に基づき、8 月 1 日、X の弁護人の立会いのもと、裁判官による証人尋問が行われ、証人尋問調書が作成された⁽⁸⁾。また、同じく検察官の請求に基づき、8 月 4 日、D は、A の弁護人の立会いのもと、裁判官による証人尋問を受

-
- (7) その際、D に対する免責の付与が検討されたか否かは明らかではないが、検察官は、X の公判における論告の中で、「結局、被告人 [X] としては、本件郵便物の発送元を秘匿し、D に覚せい剤等の違法薬物が入っているのではないかという疑いを持たせないようにするため、敢えて [中国の実家から衣服が送られてくるという] 嘘を言ったと考えるのが自然です」等と主張し（「論告読み上げ原稿」（第 3 回公判調書に添付されているもの）4 頁）、D を事情を知らない者として位置付けているように見受けられるから、早い段階から D を免責を付与すべき証人の候補者としていなかった可能性がある。なお、X に対する控訴審判決は、「[A としては] 情を知らない D の下で本件郵便物から覚せい剤を取り出すことができないのも当然であって」と判示しており、明示的に D を事情を知らない者として位置付けている。
- (8) 同調書は、X に対する第 1 審判決の証拠の標目に、「D……の……裁判官面前調書」（甲 42 号証）として掲げられている。

け、証人尋問調書が作成された⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。

XとAは、いずれも覚醒剤輸入の故意（本件郵便物の内容物に覚醒剤が含まれていたことの認識）及び共謀を否認したため、それらの有無が争点となった。Xの公判が先に開かれることになり、平成30年6月11日、検察官は、刑法157条の2第1項に基づき、Aに対する刑事免責を請求し、第2回公判前整理手続期日（同年6月12日）において、裁判所はこれを認め、同項の条件によりAの証人尋問を行う旨を決定した。

(2) Xの第2回公判期日（同年6月19日）において、訴追側証人として証人尋問に服したAは、検察官の主尋問に際し、①本件郵便物がD方に配達された日（平成29年4月11日）の夕刻にXから指示を受け、Xの代わりに本件郵便物を受け取るためD方に向かったこと⁽¹¹⁾、②本件郵便物の受け取りについては、Xのみから指示を受けていた（X以外の人物からは指示を受けていなかった）こと⁽¹²⁾、③D方に赴く際、XからD方の住所や道順等につき説明を受けたり、Xの指示により携帯電話の微信のメッセージ履歴を削除したりしたこと⁽¹³⁾、④D方に赴いたものの、本件郵便物が所携のキャリーバッグに入らない大きさであったため、持ち帰らずに退去したこと⁽¹⁴⁾等の一連の事実を認めた。

他方、Aは、本件郵便物の中身については、Xから衣服であると知らされていた旨を述べ⁽¹⁵⁾、内容物に覚醒剤が含まれていたことの認識を否認するとともに、本件メモに関する検察官の質問に対しては、記憶がない旨の回答に終始した。Aの証人尋問調書には、①（検察官）「あなたが使っていたアイフォーンの中に、中国語で書かれたメモが保存されていましたね」、(A)「覚えていません」⁽¹⁶⁾、②「保存日時が今年の3月31日のメモのことですが、わかりますか」、

-
- (9) 同調書は、Aに対する第1審判決の証拠の標目に、「D'ことD……の裁判官調書抄本」（甲76号証）として掲げられている。
- (10) 仮に、これらの証人尋問に際し、Dに対する免責の付与が検討される場合、第1回公判期日前の証人尋問における刑事免責制度の適用を巡る問題が生ずることになる。この問題に関する近時の論考として、榎本雅記「刑事免責と証人審問権」法律時報92巻3号33頁（2020年）。
- (11) 「証人尋問調書〔A〕」（第2回公判調書と一体となるもの）8～10頁。
- (12) 同11頁、25～26頁。
- (13) 同10～13頁。
- (14) 同13～15頁。
- (15) 同6頁、10頁、23頁。

「覚えていません」⁽¹⁷⁾、③「では、あなたはこのメモをどうやって手に入れたんですか」、「覚えていません」、「あなたの携帯電話に保存されていたものですよね」、「そうです」、「あなた自身が保存したものですよね」、「覚えていません」⁽¹⁸⁾、④「では、あなた自身がこのメモを保存したのではないですか」、「覚えていません」⁽¹⁹⁾、⑤「であれば、逮捕後検察官や警察官からメモについて聞かれた時に、そのメモのことについては覚えていたのではないですか」、「覚えていません」、「覚えていないことに、何か思い当たる理由はあるんですか」、「だから、このようなメモを保存したことを覚えていないということです」⁽²⁰⁾、⑥「このメモには、郵便が届いた時という^マ始まる^マ文章で、取りに行く時は気をつけるんだよと書かれています、あなたがDの自宅に郵便物を取りに行く時のことではないですか」、「ただ、このようなメモを保存したことがあるかどうかについては覚えていません」⁽²¹⁾、⑦「このように、あなたが覚えていないというふうに話をしているのは、それは本日この法廷に被告人がいることと影響していますか」、「違います。本当に覚えていないからです」⁽²²⁾というやり取りが記録されている。

なお、これに先立ち、Aは、Xから荷物の受け取りを最初に依頼された日時につき、「4月の3日ないし4日」と証言しており⁽²³⁾、これを受け、弁護人は、本件メモの保存日時が3月31日であることから、本件メモは関連性がない（本件メモは本件郵便物に関するものではない）として異議を述べているが、当該異議は棄却され⁽²⁴⁾、関連性があるという前提で尋問が行われている。

【判示】

Xに対する第1審判決は、まず、「本件郵便物の内容物に関するAの認識について」という項目のもと、本件メモの関連性につき、「このメモは、その内容が特定の日の午後に特定の住所に国際郵便で荷物を郵送することを前提としたものであること、郵便物を回収する方法や郵便物受領の際の注意事項を具体的に指示

(16) 同17頁。

(17) 同18頁。

(18) 同18頁。

(19) 同19頁。

(20) 同19頁。

(21) 同20～21頁。

(22) 同26頁。

(23) 同6～8頁。さらに、同24頁、29頁。

(24) 同17頁。

するものであること、実際に A がこのメモの内容に沿った行動をとっていること、本件郵便物の発送に近接した日時に保存されていることからすると、本件メモは本件郵便物に関するものであると認められる」としてこれを認めたいうえで⁽²⁵⁾、以下のとおり判示し、A の覚醒剤輸入の故意を認定した。

そして、本件メモが A の携帯電話機内に保存されていたこと、A が本件郵便物の回収現場（D 方）を離れる際に受けた職務質問において、本件メモの記載内容に符合する受け答えをしたことも併せ考えると、A が本件メモの内容を認識していたことは明らかである⁽²⁶⁾（この点、A は同メモを見たことがない旨述べるが、およそ信用することはできない。）。そうすると、メモの内容を前提とすると、A は、本件郵便物が中国から郵送される禁制品であり、捜査機関が張込みしてまで関与者を検挙しようとするものであることを認識していたと認められるから、A が、本件郵便物に覚せい剤を含む違法薬物が在中している可能性を認識していたことが認められる。

次に、本判決は、「本件郵便物の内容物に関する被告人〔X〕の認識について」という項目のもと、以下のとおり判示し、X の覚醒剤輸入の故意及び A らとの共謀を認定した。

（1）その上で、被告人の本件郵便物の内容物に関する認識について検討すると、A が本件郵便物の引取りについて被告人からのみ指示を受けていたこと、本件メモの文面は、本件郵便物の受取役を手配する者に宛てた内容であること、被告人が本件メモの内容と整合する行動をとっ

(25) 本件メモの関連性の有無は、A の公判において、さらに厳しく争われており、A に対する第 1 審判決及び控訴審判決は、この点につき詳細な検討を加えたうえで、関連性を認めている。

(26) なお、A に対する第 1 審判決は、A が本件メモの内容を認識していたか否かにつき、「本件メモが保存されていた携帯電話は被告人〔A〕がパスワードを設定の上、他人に貸したりすることなく自ら使用していたものであること、本件メモの内容は一見して尋常ではないことが分かるもので、それを敢えてアプリ内に意識的に保存したと見られることからすると、被告人は、本件メモが保存された 3 月 31 日にはその記載内容を認識したものと認められる」と判示している。

ていること等を踏まえると、被告人がAに本件メモを送信したかどうかは別として⁽²⁷⁾、被告人はAとの間で本件メモの内容について認識を共有していたと認められる。

さらに、被告人は、中国から送付されてくる本件郵便物について、あえて、第三者であるD方を送付先とし、さらに、自ら本件郵便物の引取りを行わずに、第三者であるAに引き取らせている。本件郵便物に隠匿されていた覚せい剤の量、隠匿状況、本件メモの内容、本件郵便物の配達状況の確認状況等からすれば、本件郵便物の発送元として、その規模の大きさは別として、覚せい剤の密輸組織が関与していることが明らかであるところ、被告人が中国内の本件郵便物の配達状況を頻繁に確認していた発送元と思われる何者かと連絡を取り合っていたことも明らかである。そうすると、被告人が、本件郵便物に覚せい剤を含む違法薬物が在中している可能性について認識していたことは優に認められるから、被告人には覚せい剤密輸入の故意が認められる。被告人がAに対して、本件郵便物の引取りの当日に、被告人とAとの間の微信(SNS)のメッセージ履歴を削除するよう依頼していることもこの認定に沿うものである。

(2) そうすると、Aの携帯電話機内のメモ帳アプリ内に本件メモのデータが保存された平成29年3月31日までに、被告人及びAとの間で本件郵便物に覚せい剤を含む違法薬物が在中している可能性について認識が共有されていたことが認められ、さらに、被告人が本件郵便物を中国から発送した覚せい剤密輸組織に属する他の関与者との間で連絡を取り合っていたことを踏まえれば、本件郵便物が中国で郵送に付されるまでに、被告人が、本件郵便物に覚せい剤を含む違法薬物が在中している可能性を認識した上で、Aを含む関係者ともその認識を共有し、それを密輸入することについての共謀を遂げていたと認められる。

(27) Xは、第1審の被告人質問において、本件メモにつき、「……私はこのようなメモを見たことはないからです」と供述しているが(「被告人供述調書」(第2回公判調書と一体となるもの)42頁)、控訴審の被告人質問において、本件メモにつき、3月下旬に先輩(Xによれば、本件郵便物を発送した者とされる)から受信し、3月31日にAに送信した旨を供述している。これを受け、控訴審判決は、「中国から荷物を送る者から、本件メモを受信し、Aに送った被告人」と判示している。

本判決は、以上のとおり判示し、X に対し、懲役 8 年及び罰金 300 万円の有罪判決を言い渡した。他方、A は、同判決の宣告後に開始された自身の公判において（A の第 1 回公判期日は平成 30 年 7 月 17 日）、覚醒剤輸入の故意及び共謀を否認したが、いずれも認定され、懲役 5 年 6 月及び罰金 200 万円の有罪判決を言い渡された。両判決に対する被告人側の控訴は、いずれも棄却されている。

【評釈】

I 刑事免責による証言確保の実効性

(1) 刑事免責制度の理論的想定と本件において生じた事態の乖離

平成 28 年刑訴法改正により導入された刑事免責制度（刑訴法 157 条の 2、157 条の 3）における免責措置の内容として、ロッキード事件において試みられたような行為免責（訴追免責）ではなく、派生使用免責が定められたのは、①理論的に、自己負罪拒否特権を消滅させるためには後者で足りると解されるほか⁽²⁸⁾、②政策的にも、⑦行為免責の場合、ひとたび免責を付与されると、詳細な証言を行わなくとも訴追そのものが免除されるため、証言のインセンティブとして不十分であるのに対し、⑧派生使用免責の場合、訴追の可能性は留保されるものの、有罪の立証は証人の証言及びその派生証拠から独立して入手した証拠に基づき行われなければならない、独立性の挙証責任も検察官が負うため⁽²⁹⁾、証人が詳細な証言を行えば行うほど免責の範囲が拡張する（有罪立証の余地が縮減する）ことになり、証言のインセンティブが高まる、という考慮に基づくものとされる⁽³⁰⁾。このよう

-
- (28) 川出敏裕「協議・合意制度および刑事免責制度」論究ジュリスト 12 号 65 頁（2015 年）、70 頁、酒巻匡「刑事訴訟法等の改正——新時代の刑事司法制度（2）」法学教室 434 号 70 頁（2016 年）、71 頁、吉川崇＝吉田雅之「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成 28 年法律第 54 号）について（3）」法曹時報 70 巻 1 号 75 頁（2018 年）、176 頁、吉田雅之『一問一答平成 28 年刑事訴訟法等改正』（2018 年）162～163 頁、伊丹俊彦ほか編『逐条実務刑事訴訟法』（2018 年）263 頁〔上富敏伸〕、河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法（第 2 巻）（第 3 版）』（2020 年）470～471 頁〔木口信之〕。
- (29) 酒巻・前掲注（28）71 頁、吉川＝吉田・前掲注（28）184 頁、吉田・前掲注（28）172 頁、伊丹ほか・前掲注（28）265 頁〔上富〕、河上ほか・前掲注（28）475 頁〔木口〕。アメリカ法につき、酒巻匡「刑事免責（訴追免除）制度について」ジュリスト 1148 号 245 頁（1999 年）、254 頁注 19。
- (30) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会（以下、「特別部会」と略記する）第 10 回会議事録（2012 年 5 月 24 日）38 頁〔井上正仁〕、池田文博「供述証拠の獲得方法——協議および合意、刑の減免と刑事免責」法学教室 398 号 12 頁（2013 年）、18～19 頁、小川佳樹「訴追免除制度」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』34 頁

な制度設計のもとでは、免責を付与される証人の訴追・処罰は相当困難になることが想定され、そして、そのようなかたちで犠牲にされる訴追側の利益があるからこそ、免責請求の主体が検察官に限られるとともに、免責請求の要件として「当該事項についての証言の重要性、関係する犯罪の軽重及び情状その他の事項を考慮し、必要と認めるとき」という比較衡量が求められるとされる⁽³¹⁾。

他方、一般論として、共犯者の証言については、自己の罪責を軽減し、被告人に罪責を転嫁するため、虚偽の証言を行う危険が指摘されており⁽³²⁾、刑事免責を付与される証人の証言についても、同様の疑義が提起されている⁽³³⁾。この点については、派生使用免責を付与される場合、証人は、被告人に罪責を転嫁する

(2013年), 35頁, 川出・前掲注(28) 70頁, 吉川=吉田・前掲注(28) 178頁, 吉田・前掲注(28) 166頁。

- (31) 特別部会第1作業分科会第3回会議事録(2013年5月16日) 31頁〔岩尾信行〕, 同35頁〔川出敏裕〕, 特別部会第21回会議事録(2013年11月7日) 25頁〔大野宗〕, 宇川春彦「供述証人の収集を容易にするための手段」法律時報86巻10号22頁(2014年), 28頁, 川出・前掲注(28) 70頁, 酒巻・前掲注(28) 71頁, 吉川=吉田・前掲注(28) 184頁, 吉田・前掲注(28) 172頁, 伊丹ほか・前掲注(28) 264~265頁〔上富〕, 河上ほか・前掲注(28) 475頁〔木口〕。「その他の事項」という文言は, 証人の刑事事件に関する捜査・訴追に与える影響の内容・程度を含むものとされており(吉川=吉田・前掲注(28) 186~187頁, 吉田・前掲注(28) 176頁, 伊丹ほか・前掲注(28) 263頁〔上富〕), 同文言を介して, 免責を付与される証人の訴追・処罰がどの程度困難になるかという事情が考慮されることになる。
- (32) 最大判昭和33・5・28刑集12巻8号1718頁の真野毅裁判官ほか5名の少数意見は, 「一般に共同被告人は, 互に他の被告人に刑責を転嫁し, または自己の刑責を軽減しようとする傾向があるのが通例である」とする。同様の指摘を行うその他の最高裁判例として, 最判昭和43・10・25刑集22巻11号961頁, 最判平成元・6・22刑集43巻6号427頁, 最判平成21・9・25裁判集刑事297号301頁。共犯者の供述の信用性に関する文献は多数あるが, 最も包括的な研究として, 池田真一=池田修=杉田宗久『共犯者の供述の信用性』(1996年)。
- (33) 特別部会第1作業分科会第3回会議事録(前掲注(31)) 33~34頁〔小坂井久〕, 特別部会第20回会議事録(2013年6月14日) 36頁〔小坂井〕, 特別部会第1作業分科会第6回会議事録(2013年9月11日) 22頁〔小野正典〕, 川崎英明=三島聡編『刑事司法改革とは何か——法制審議会特別部会「要綱」の批判的検討』(2014年) 126頁〔高田明正〕, 山下幸夫「捜査・公判協力型協議・合意制度と刑事免責制度の課題」刑事法ジャーナル43号24頁(2015年), 29頁, 小坂井久ほか編『実務に活かす Q&A 平成28年改正刑事訴訟法等のポイント』(2016年) 241頁〔秋田真志〕, 三木祥史ほか『ベーシック刑事弁護実務』(2016年) 384~385頁, 川崎英明ほか編『2016年改正刑事訴訟法・通信傍受法条文解析』(2017年) 51頁〔笹倉香奈〕, 南川学「刑事免責制度の概要」自由と正義68巻4号16頁(2017年), 20頁, 22頁。

虚偽の証言を行うことにより自己の罪責が軽減される状況に置かれるわけではなく、逆に、真実の証言を行えば行うほど自己の罪責を問われる余地が縮減することになるから、虚偽の証言を誘発するものではないと説明されることがある⁽³⁴⁾。このような見解は、派生使用免責を真実の証言を促す付加的な誘因として捉えるものであり、その論理的な帰結として、免責を付与された共犯者の証言は、そうではない一般的な共犯者の証言と比較して、より信用性が高いと解するものに他ならない⁽³⁵⁾。

しかしながら、少なくとも本件に関する限り、以上のような理論的想定と実際に生じた事態の間には大きな乖離があり、証言確保の実効性という観点から制度運用の課題が浮き彫りになったものと受け止めるべきであろう。

まず、本件において、Aは、免責を付与されたにもかかわらず、本件郵便物の中身につき、Xから衣服であると知らされていた旨を述べ、内容物に覚醒剤が含まれていたことの認識を否認するとともに、本件メモに関する検察官の質問に対しては、記憶がない旨の回答に終始し、証言を回避しようとする態度を顕著に示していることからすれば、免責の付与により真実の証言を行うインセンティブが高まっているとは考えられない。

また、Aは、記憶がない旨の証言に終始しているものの、証言それ自体を拒

(34) 特別部会第14回会議事録（2012年10月30日）28頁〔井上〕、特別部会第1作業分科会第6回会議事録（前掲注（33））22頁〔岩尾〕、宇川・前掲注（31）28頁、川出・前掲注（28）70頁、太田茂『『捜査・公判協力型協議・合意制度及び刑事免責制度』の意義と課題』刑事法ジャーナル43号14頁（2015年）、20頁、上野友慈「刑訴法改正とこれからの捜査・公判」法律時報88巻1号44頁（2016年）、48頁、吉川＝吉田・前掲注（28）177～178頁、吉田・前掲注（28）166～167頁。

(35) これに対し、刑事免責制度は、一般的な共犯者につき指摘される虚偽供述の危険を「減少」ないし「消失」させるものではないとの指摘もある。例えば、石田倫識「刑事免責制度」季刊刑事弁護82号81頁（2015年）、84頁は、「確かに、引き込み供述の危険性は刑事免責制度に内在する属性というよりは、むしろ共犯者証言それ自体の本質的属性であろう。しかし他方で、刑事免責制度によって共犯者証言の危険性が減少するわけではない」とする。また、池田修『『共犯者』の供述の信用性』植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選（下）』467頁（2020年）、478頁は、協議・合意制度のもとで獲得される共犯者の供述の信用性につき注意を喚起したうえで、「刑事免責制度に基づく証言も、証人が自己の刑事責任を問われる危険を減少ないし消滅させることの見返りになされるものであるから、裁判所の決定に取引の要素はなく、偽証の制裁も存するものの、それによって虚偽供述のおそれが消失するものではなく、慎重な評価が求められることに変わりはない」とする。

絶しているわけではないから、刑訴法 161 条の証言拒絶罪は成立せず、その証言が前述のとおり「およそ信用することはできない」ものであるとしても、実務上、この種の証言につき、偽証罪による訴追・処罰は殆ど行われていないから⁽³⁶⁾、これらの制裁の存在により真実の証言を行うインセンティブが高まっているとも考えられない。

そして、X に対する第 1 審判決は、本件メモに関する A の証言の信用性につき、前述のとおり「A は同メモを見たことがない旨述べるが、およそ信用することはできない」と評価しているところ⁽³⁷⁾、その前提として、検察官が当該証言の信用性を否定すべき旨を主張する一方⁽³⁸⁾、弁護人がこれを肯定すべき旨を主張している⁽³⁹⁾。本来、刑事免責制度のもとでは、検察官が主尋問により証人

- (36) 判例は、偽証罪における「虚偽の陳述」の意義につき、いわゆる主観説をとり、証人の記憶に反する陳述を指すものと解している（大判明治 42・6・8 刑録 15 輯 735 頁、大判大正 3・4・29 刑録 20 輯 654 頁、大判昭和 7・3・10 刑集 11 卷 286 頁、東京高判昭和 34・6・29 下刑集 1 卷 6 号 1366 頁）。このような見解のもとでは、証人が、記憶があるにもかかわらず、記憶がない旨の証言を行う場合（大判大正 3・4・29）、当該陳述は「虚偽」と評価されることになる（西田典之ほか編『注釈刑法（第 2 卷）』（2016 年）566 頁〔樋口亮介〕）。もっとも、記憶がない旨の証言が証人の記憶に反していることの立証は容易ではなく、この点が、この種の証言につき偽証罪による訴追・処罰が殆ど行われていない原因の 1 つとなっていると考えられる。
- (37) 本判決は、「A は同メモを見たことがない旨述べ」たものと整理しているが、実際のところ、A は、本件メモを「見たことがない」と述べている（「見た」という事実を積極的に否定している）わけではなく、「覚えていません」と述べている（「見た」という事実の有無を含め、記憶がない旨を述べている）のであるから、やや不正確というべきであろう。
- (38) 検察官は、論告において、「①これらメモの内容から、このメモは、中国から郵送される覚せい剤の回収にあたり、回収手配役に対し、更にその上位者が助言したメモと認められます。そして、②A は、被告人〔X〕のみの指示を受け、本件覚せい剤入り郵便物の回収役として D 方に出向きましたが、その A の携帯電話から本件メモが発見されたのです。これらからすれば、赤色矢印で記載のとおり、被告人が、自分の上位者からこのメモの送信を受け、その後、A に回収役をさせる際、本件郵便物の中身を伝えるとともに、回収時の注意点を伝えるため、このメモを A にも送信したと認められます」と主張している（「論告読み上げ原稿」（前掲注（7））4 頁）。
- (39) 弁護人は、最終弁論において、「A さんは、自分のスマートフォンに保存されていた証拠番号 9 のメモについて、覚えがないと証言していました。A さんは、今回の裁判で自らが刑事責任を負う可能性のある事項について、刑事免責の適用をうけ、公開法廷で証言をしました。証言を拒絶したり、記憶に反する証言をすれば証言拒絶罪や偽証罪に問われるおそれもある中でなされた証言の信用性は、高いものです」と主張している（「弁論要旨 1」（第 3 回公判調書に添付されているもの）4 頁）。

から詳細な証言を引き出し、弁護人が反対尋問によりその信用性の弾効を試みるという攻撃・防御の在り方が想定されているが⁽⁴⁰⁾、本件メモを巡る A の証言に関する限り、それとは逆転した状況が生じているといえよう。

(2) 刑事免責による証言確保の実効性を阻害する要因

問題は、本件において、以上のような事態が生じた原因である。

従来、刑事免責による証言確保の実効性を阻害する要因の例として、証人が属する犯罪組織からの報復の危険が指摘され、その対策として証人保護プログラムの必要性が説かれることがある⁽⁴¹⁾。本件についても、X に対する第 1 審判決は、「本件郵便物に隠匿されていた覚せい剤の量〔約 279.61 グラム⁽⁴²⁾〕、隠匿状況、本件メモの内容、本件郵便物の配達状況の確認状況等からすれば、本件郵便物の発送元として、その規模の大きさは別として、覚せい剤の密輸組織が関与していることが明らかである」と判示しているから、A が詳細な証言を回避した理由として、A が密輸組織からの報復の危険を感じていた可能性を挙げることも可能であろう。

もっとも、本件に関しては、以下のような事案の構造が少なからず影響しているように思われる。A は、裁判所の免責決定を受け（平成 30 年 6 月 12 日）、X の公判で証言した時点において（同年 6 月 19 日）、既に起訴され自身の公判を控えている状況にあり（A の起訴は平成 29 年 5 月 23 日、A の第 1 回公判期日は平成 30 年 7 月 17 日）、ひとたび起訴された場合の有罪率が 99% を超える我が国の実務の運用を踏まえると、既に A が起訴されているという事実は、既に A の有罪を立証しうる証拠が相当程度収集されていることを意味する。

(40) 吉川＝吉田・前掲注 (28) 178 頁、吉田・前掲注 (28) 166～167 頁。免責を付与された証人に対する反対尋問の重要性は、刑事免責制度に批判的な立場からも強調される場所である。小坂井ほか・前掲注 (33) 251～252 頁〔秋田〕、川崎ほか・前掲注 (33) 52～53 頁〔笹倉〕。

(41) 特別部会第 14 回会議議事録（前掲注 (34)）25～26 頁〔舟本馨〕、同 28 頁〔井上〕、特別部会第 20 回会議議事録（前掲注 (33)）37 頁〔露木康浩〕、池田・前掲注 (30) 19 頁、川出・前掲注 (28) 71 頁、山下・前掲注 (33) 29 頁、青木孝之「平成 28 年改正刑訴法等のアセスメント」一橋法学 16 卷 3 号 1 頁（2017 年）、31～32 頁、川出敏裕『刑事手続法の論点』（2019 年）190～191 頁。なお、平成 28 年改正刑訴法附則 9 条 3 項は、改正法公布後、「証人等の刑事手続外における保護に係る措置」等につき検討を行うべきものと規定している。

(42) A に対する第 1 審判決によれば、これは「約 9320 回分の使用量に相当する」とされる。

実際、A に対する第 1 審判決の証拠の標目には、①本件メモの検察側の翻訳を作成した翻訳人の公判供述、②本件のクリーン・コントロールド・デリバリーを指揮した警察官の公判供述のほか、③D の裁判官調書抄本（甲 76 号証）、④A の捜査段階の供述を録取した警察官調書抄本（乙 5 号証）、⑤同じく A の捜査段階の供述を録取した検察官調書抄本（乙 6 号証）、⑥統合捜査報告書 6 通（甲 68～70、72～74 号証）、⑦本件郵便物の中から発見・押収された覚醒剤 4 袋（甲 51～54 号証）が掲げられているところ、これらのうち、④⑤⑦及び⑥の基礎となる原証拠（計 54 個）の大部分（計 42 個）は A の起訴前に収集されたものであり、③及び⑥の基礎となる他の原証拠（計 12 個）の多く（計 8 個）も A の起訴後・X の公判での証言前に収集されたものである。⑥の基礎となる原証拠の残り（計 4 個）は X の公判での証言後に収集されたもの（当該証言の派生証拠に当たらないもの）であるが、携帯電話データ入力実験結果報告書等の補充的な証拠にとどまる。

このような状況のもとで派生使用免責を付与される場合、A にとっては、X の公判で証言することにより、当該証言及びその派生証拠が自己に不利益な証拠として使用されなくなるとしても、既に当該証言以前の段階で収集されている多数の証拠に基づき有罪を認定される可能性が確保されている以上、詳細な証言を行えば行うほど自身に対する有罪立証の余地が縮減するという前述の構造は生じないから、免責の付与は証言を行うインセンティブとして機能しえない⁽⁴³⁾。その結果、残された証言のインセンティブとしては、証言拒絶罪及び偽証罪による制裁しか存在しなくなるところ、いずれの実効性も疑わしいものであることは前述のとおりである。これらの点を踏まえると、本件において A が詳細な証言を回避したのは、むしろ極めて自然なことであったともいえよう。

このことを裏側から言い換えると、派生使用免責が詳細な証言を行うインセンティブとして効果的に機能するためには、証言の時点において、共犯者自身の有罪を立証しうる証拠が必ずしも十分に収集されていないことが前提となるといえよう。もっとも、検察官としては、当該共犯者が行うであろう証言の内容に関す

(43) 刑事免責制度の立案段階では、共犯者が免責付与前に自白し、当該自白に基づき様々な証拠が収集された結果、当該共犯者が免責付与の段階で既に立件されているパターンがありうること、この場合、既に収集されている証拠に派生使用免責の効果が及ばないことが確認されているが（特別部会第 1 作業分科会第 3 回会議事録（前掲注（31））34 頁〔露木、井上〕）、このような事案の構造が証言確保の実効性に及ぼす影響については検討されていない。

る事前の見通しを得ることなく、いきなり免責を請求することは考えられない⁽⁴⁴⁾。実際のところ、ある共犯者に免責を付与すべきか否かにつき適切な判断を行うためには、あらかじめ当該事件につき相応の捜査を遂げて証拠を収集しておく必要があり、その過程では当該共犯者の取調べも行われるのが通常であろう。この点、当該共犯者が取調べに際して完全黙秘する場合であっても、他の証拠により共犯者同士の関係等を含む事件の構造がある程度判明しており、免責を付与すれば有益な証言が得られることが見込まれるのであれば、その者に免責を付与すべきという判断が可能な場合もありえよう。他方、本件がそうであるように、当該共犯者が取調べに際して自己の関与を含む事件の内容につき任意に供述（自白）する場合は、特段の事情がない限り、供述調書（自白調書）が作成されるのが通常であろう。刑事免責制度は、協議・合意制度とは異なり、取引的要素を伴わない一方的措置として位置付けられている関係上⁽⁴⁵⁾、協議・合意制度における協議（刑訴法350条の4）に相当する手続や、協議に際して行われた供述の合意不成立の場合における証拠使用の禁止（350条の5第2項）に相当する規律は導入されていないから、このような取調べを通じて供述調書が作成されるなどして当該共犯者自身の有罪を立証しうる証拠が確保されると、その後に免責を付与されるか否かを問わず、証言のインセンティブが失われる結果となる。本件において

(44) 特別部会第1作業分科会第3回会議事録（前掲注（31））32頁，34頁〔岩尾〕。

(45) 刑事免責それ自体が取引的要素を伴わない一方的措置であることを強調する見解として、特別部会第10回会議事録（前掲注（30））38頁〔井上〕，特別部会第14回会議事録（前掲注（34））26～28頁〔酒巻匡〕，特別部会第20回会議事録（前掲注（33））33頁〔井上〕，特別部会第21回会議事録（前掲注（31））24頁〔酒巻〕，川出・前掲注（28）70頁，酒巻・前掲注（28）70頁，吉川＝吉田・前掲注（28）177～178頁，吉田・前掲注（28）166頁。

これに対し、刑事免責が請求・付与される実際の過程において取引的要素が事実上介在することにより共犯者の虚偽供述が誘発される危険を指摘する見解として、特別部会第21回会議事録（前掲注（31））26頁〔小野〕，特別部会第22回会議事録（2013年11月13日）3～4頁〔小坂井〕，特別部会第25回会議事録（2014年3月7日）7頁〔小坂井〕，同12頁〔小野〕，特別部会第28回会議事録（2014年6月23日）30頁〔小坂井〕，同31頁〔小野〕，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」法律時報85巻8号18頁（2013年），21頁，川崎＝三島・前掲注（33）126頁〔高田〕，山口直也「刑事訴訟構造と取引的司法」刑法雑誌54巻1号94頁（2014年），110～111頁，緑大輔「日本における近時の『司法取引』の議論をめぐって」刑法雑誌54巻1号129頁（2014年），138頁，小坂井ほか・前掲注（33）241頁，252～253頁〔秋田〕，川崎ほか・前掲注（33）51～52頁〔笹倉〕。

も、このようなジレンマが顕在化したものと解することができよう。なお、このようなジレンマを解消するため、派生使用免責の付与を超えて、当該共犯者を不起訴処分に付すとすれば、今度は、協議・合意制度のもとでしか許されない不起訴処分の合意（刑訴法350条の2第1項2号イ）が非公式に行われたのではないかという疑いを招きかねかねない⁽⁴⁶⁾。

本件の場合、XとAは、それぞれ平成29年6月28日、5月23日に起訴されており、それから約1年後の平成30年6月1日に刑事免責制度が施行され⁽⁴⁷⁾、その直後の6月12日にAに対する免責決定が行われているから、起訴後に免責が付与されたのは偶然の経緯にすぎないといえるかもしれない。

しかしながら、起訴後に免責を付与された共犯者が詳細な証言を回避するという事態は、刑事免責制度の施行後に発生した事案に係る東京地判令和2・9・1公判物未登載においても同様に見受けられる。同事件においては、 α と β が大麻取締法違反（営利目的所持）の共同正犯の訴因により併合起訴され、間もなく両名の公判が分離されたが、 β は、既に自身の公判における被告人質問に際して詳細な供述（自己に不利益な供述を含む）を行っていたにもかかわらず、 α の公判に訴追側証人として喚問されると、自己負罪拒否特権を行使して証言を拒絶した。そこで、急遽、刑訴法157条の3に基づき免責が請求・付与されたが、 β は、多くの重要な事実につき、記憶がない旨の証言を繰り返した。このような経緯を受け、同判決は、「 β は、公判廷において、自己や被告人〔 α 〕に不利益な供述を避けようとする態度を露骨に見せ〔た〕」、「 β は不利益な供述を避けようという態度が顕著であ〔る〕」と判示している。他方、東京地判令和2・7・10公判物未登載は、 β の捜査段階の供述調書を始め、主として免責付与前に収集されていた多数

(46) 後藤昭＝郷原信郎＝笹倉香奈「日本型司法取引とその課題」法学セミナー756号36頁（2018年）、45頁〔後藤昭〕は、共犯者自身の有罪を立証しうる証拠が既に免責付与前の段階で十分に収集されている場合、そのような証拠に基づき当該共犯者が起訴されているのであれば、非公式の取引が行われた疑いは生じない一方、そのような証拠が揃っているにもかかわらず当該共犯者が起訴されていないのであれば、非公式の取引（不訴処分の合意）が行われた疑いが生ずる旨を指摘する。

(47) 刑事免責制度は、平成28年改正刑訴法の公布日（平成28年6月3日）から起算して2年以内の政令で定める日に施行されるものとされていたが（附則1条4号）、協議・合意制度とともに、平成30年6月1日に施行されている（刑事訴訟法等の一部を改正する法律の一部の施行期日を定める政令（平成30年政令第50号））。

の証拠に基づき、 β に有罪を言い渡している⁽⁴⁸⁾。

仮に、両事例を通じて、共犯者につきあらかじめ起訴しかつ有罪を立証しうる程度に証拠が収集されていない限り免責を請求しないという方針がとられているとすれば、同様の事態が生じたのは必然の結果であったといえよう。もっとも、今後、捜査段階では完全黙秘する等、自身の有罪を立証しうる証拠が十分に収集されていない共犯者につき免責が請求・付与される事例が現れる可能性はあり、さらなる事例の蓄積が待たれるところである。

(3) 本件における刑事免責制度の適用の意義

以上のとおり、本件の場合、刑事免責制度が本来の理論的想定に即して効果的に機能したとはいえないが、他方において、以下の点を考慮すると、その意義がおよそ全く発揮されなかったと断ずるのは妥当ではなからう。

前述のとおり、Aは、Xの公判において、幾つかの重要な点につき詳細な証言を回避しているものの、Xの指示に基づき本件郵便物を回収するためD方に赴いたという事実は認めており、このような証言は、少なくとも、XとA間の意思連絡を認定するための証拠の1つとなりうるものである。そして、このような証言は、免責を付与しなければ得られなかった可能性が高い。なぜなら、Aは、自身の公判では完全黙秘し⁽⁴⁹⁾、既に自身の有罪を立証しうる証拠が十分に収集されている状況に置かれつつ、なお一切の供述を拒否しているのであり、そ

(48) β に対する有罪判決の証拠の標目には、① β の公判供述、② β の検察官調書2通(乙8, 9号証)、③ β の警察官調書(乙7号証)、④少年 γ (他の共犯者)の公判供述、⑤犯行に係る大麻が遺留されていたインターネット・カフェの従業員の警察官調書抄本(甲3号証)、⑥遺留品発見届書抄本(甲1号証)、⑦写真撮影報告書4通(甲2, 69, 70, 77号証)、⑧捜査報告書5通(甲4, 71~74号証)、⑨証拠品写真撮影報告書(甲68号証)、⑩検索結果報告書2通(甲75, 76号証)、⑪防犯カメラ映像解析結果報告書(甲206号証)、⑫任意提出書(甲6号証)、⑬留置調書謄本(甲7号証)、⑭大麻に係る鑑定嘱託書謄本(甲28~47, 124~164号証)、⑮大麻に係る鑑定書(甲48~67, 165~205号証)、⑯大麻61袋(甲8~27, 83~123号証)が掲げられている。①④を除く全ての証拠は、 β の起訴前に収集されたものである。なお、⑤~⑯は、 α に対する有罪判決の証拠の標目にも掲げられている。

(49) Aの「第1回公判調書(手続)」及び「被告人供述調書(2)」(第1回公判調書と一体となるもの)によれば、Aは、覚醒剤輸入の故意及び共謀を否認する旨を陳述した後、裁判長から黙秘権を行使するか否かを尋ねられ、「完全に黙秘権を行使します」と陳述している。これを受け、検察官は、被告人に幾つか質問したい旨を申し出ているが、裁判長はこれを許可せず、これに対する検察官の異議も棄却している。

うであるとすれば、それに先行する X の公判においても、仮に免責を付与されず、そこでの証言が自己に不利益な証拠として使用されないという保障が与えられていなければ、端的に自己負罪拒否特権を行使し、証言を拒絶していたであろうと推測されるからである⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾。

この点、学説上は、A の証言の内容につき、他の証拠からは得られない固有の情報を含むものではないとの指摘も見受けられる⁽⁵²⁾。しかしながら、A は、X の公判において、本件郵便物の受け取りにつき、X のみから指示を受けていた（X 以外の者からは指示を受けていなかった）旨を証言しており、このような事実は他の証拠からは認定できないものである。また、仮に A の証言の内容が他の証拠と同一又は重複するものであるとしても、それが共犯者として事件に直接関与した A の供述というかたちで顕出されること、そして、A の供述が、捜査段階のそれを録取した供述調書ではなく、公判証言というかたちで顕出されることの意義は、決して過小評価されるべきではなからう。

-
- (50) なお、証人自身の刑事事件につき有罪判決が確定した場合、当該事件につき再度起訴されることはなく、仮に起訴されたとしても免訴の判決が言い渡されるから（憲法 39 条後段、刑訴法 337 条 1 号）、証人は、判決確定後、当該事件に関する事項につき、自己負罪拒否特権を行使して証言を拒絶することはできない（河上ほか・前掲注（28）416 頁〔木口〕、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法（第 3 卷）（第 2 版）』（2010 年）144 頁〔仲家暢彦〕）。そうすると、本件の場合、既に A の有罪を立証しうる証拠が十分に収集されていたのであれば、先に A の有罪判決を確定させることにより、本件に関する自己負罪拒否特権を消滅させ、証言を強制する、という方策も考えられなくはない。もっとも、この場合、A は、端的に証言を強制されるのみであり、いかなる免責も付与されないから、詳細な証言を行うインセンティブは生じず、証言確保の実効性は乏しいであろう。また、そもそも、A が控訴・上告する場合、有罪判決の確定に長期間を要することになる。
- (51) なお、実務上は、共犯者が、自身の公判（とりわけ被告人質問）が終了するまでは、被告人の公判で証言するつもりはない（逆に、自身の公判が終了すれば、自身に対する判決の確定を待たずとも、被告人の公判で証言する用意がある）旨の意向を示す場合があり、従来、このような場合における刑訴法 321 条 1 項各号の供述不能要件の判断の在り方が議論されてきた経緯がある（野口・後掲注（61）561 頁）。今後も、共犯者が同様の意向を示す場合は、端的に、共犯者の公判を被告人の公判に先行させれば足り、刑事免責の付与は不要であろう。もっとも、後掲注（59）を参照。
- (52) 田中利彦「協議・合意及び刑事免責制度」川上拓一編『刑事手続法の理論と実務』83 頁（2020 年）、90～91 頁は、本件につき、「結局、刑事免責制度を利用して証言させた共犯者……の証言も、当該証言によって始めて得られる情報を含んだものとは言い難いものであった」とする。

なお、本件からは離れるものの、免責を付与された共犯者の証言は、仮にその全部につき信用性が認められるものではないとしても、他の供述証拠の内容と一致・符合する範囲において、その信用性を担保する役割を果たす場合がある。実際、前述の東京地判令和2・9・1は、「 β は、公判廷において、自己や被告人に不利益な供述を避けようとする態度を露骨に見せつつも……〔複数の重要な事実〕を認める供述をしており、少年 γ 〔捜査段階から全面的に自白し、 α の公判でも詳細な証言を行っている共犯者〕の上記供述を裏付けている」と判示している。このように、訴追側証人となりうる共犯者が複数いる事例において、そのうちの1人が捜査段階から全面的に自白しており、被告人の公判でも詳細な証言を行うことが見込まれる場合に、当該共犯者には免責を付与せず証言を確保する一方、証言に消極的な他の共犯者に免責を付与して証言を強制し、前者の信用性を基礎付ける補助的な証拠として後者を用いるという方策は、その当否は別論として、注目に値する。

II 刑事免責制度と供述不能要件

(1) 刑事免責制度の導入と供述不能要件の厳格化

本件では顕在化しなかったものの⁽⁵³⁾、刑事免責制度の運用を巡る今後の重要な検討課題として、同制度と刑訴法321条1項各号（特に2号前段）の供述不能要件の関係につき、若干の検討を加えることにしたい。

判例上、供述不能要件については、各号共通のものとして列挙されている「死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため」という供述不能事由は例示であり、証言拒絶や記憶喪失等による供述不能も認められるという解釈が確立している⁽⁵⁴⁾。他方、裁判員制度の導入に伴う公判中心主義の充実化

(53) 前述のとおり、本件では、捜査段階のAの供述を録取した警察官調書及び検察官調書が、Aに対する第1審判決の証拠の標目に掲げられている。他方、Xの手續においては、平成29年7月28日、検察官は、これらの調書のうち、検察官調書につき証拠調べを請求しているところ（警察官調書については証拠調べを請求していない）、平成30年1月6日、弁護人が不同意を表明したため、その採否が保留されたまま手續が進められている。その後、同年6月19日の第2回公判期日において、免責を付与されたAが証言したことを受け、同月20日の第3回公判期日において、検察官は同調書の証拠調べ請求を撤回している。このため、同調書は、Xに対する第1審判決の証拠の標目には掲げられていない。

(54) 証言拒絶につき、最大判昭和27・4・9刑集6巻4号584頁（2号書面）、最判昭和28・4・16刑集7巻4号865頁（2号書面）、最決昭和44・12・4刑集23巻12号

の要請を受け、近時の下級審裁判例の中には、共犯者が証言を拒絶した場合の供述調書（特に検察官面前調書）の採否を巡り、証人尋問の時期、場所、方法に配慮する等、公判証言を確保するための相応の手段を尽くしているか否かを従前よりも厳格に審査し、供述不能要件の充足を否定するものが見受けられるようになってきている⁽⁵⁵⁾。

例えば、本件における X の公判が開始される約 2 ヶ月半前に宣告された東京高判平成 30・3・30 東高刑時報 69 卷 1～12 号 36 頁⁽⁵⁶⁾は、共犯者証人が「自分の裁判を控えているから証言拒否するが、裁判が終わったら証言することは可能である」と述べて証言を拒絶した事例につき供述不能要件の充足を否定するにあたり、一般論として、「供述不能の要件は、証人尋問が不可能又は困難なため、当事者に反対尋問の機会を与えることなく、例外的に伝聞証拠を用いる必要性を基礎付けるものであるから、一時的な供述不能では足りず、当該証人の証言拒絶の意思が固く、合理的な期間内に証言を得られる見込みがないときに供述不能の要件を充たすものと解される」と判示したうえで⁽⁵⁷⁾、同事件につき、「原裁判所が、〔同証人の証言拒絶の意思が明確になった平成 29 年 6 月 20 日以降〕直ちに当事者との打合せ等を行い、〔同証人〕の証言拒絶の理由や拒絶理由が解消され

1546 頁（1号書面）。記憶喪失につき、最決昭和 29・7・29 刑集 8 卷 7 号 1217 頁（3号書面）。

(55) 東京高判平成 22・5・27 高刑集 63 卷 1 号 8 頁（2号書面）、広島高岡山支判平成 27・3・18 裁判所ウェブサイト（2号書面）、東京高判平成 30・3・30 東高刑時報 69 卷 1～12 号 36 頁（2号書面）。

(56) 前掲注（55）。

(57) 東京高判平成 22・5・27（前掲注（55））は、一般論として、「同号前段の供述不能の要件は、証人尋問が不可能又は困難なため例外的に伝聞証拠を用いる必要性を基礎付けるものであるから、一時的な供述不能では足りず、その状態が相当程度継続して存続しなければならないと解される。証人が証言を拒絶した場合についてみると、その証言拒絶の決意が固く、期日を改めたり、尋問場所や方法を配慮したりしても、翻意して証言する見通しが少ないときに、供述不能の要件を満たすといえる」とする一方、「もちろん、期日を改め、期間を置けば証言が得られる見込みがあるとしても、他方で迅速な裁判の要請も考慮する必要がある、事案の内容、証人の重要性、審理計画に与える影響、証言拒絶の理由及び態度等を総合考慮して、供述不能といえるかを判断すべきである」と判示し、供述不能要件の充足を認める方向に作用する要素として、「迅速な裁判の要請」を掲げている。東京高判平成 30・3・30 の「合理的な期間」という基準は、この「迅速な裁判の要請」を念頭に置くものといえよう（石田倫議「判批」法学セミナー 773 号 122 頁（2019 年）、122 頁）。

る時期等について調査、検討していれば、その時点で、〔同証人〕が原審公判で証言したような証言拒絶の理由とその解消見込みに関する事情を把握できたことは明らかであ〔り〕」、「〔同年〕7月3日に実施予定の証人尋問期日において〔同証人〕から証言を得られなくとも、数か月先か、遅くとも半年以内には、〔同証人〕から証言を得られることが判明したはずである」と指摘し、「被告人の反対尋問権はできるだけ保障されることが望ましい上、遅くとも半年以内に証言を得られる見込みがあるのであれば、審理の著しい遅延をもたらすともいえないから、本件においては、いまだ合理的な期間内に証言を得られる見込みがない場合には当たらないというべきである」と評価している⁽⁵⁸⁾。このような判断は、多数の裁判員裁判対象事件を抱え、数ヶ月先までスケジュールが埋まっている東京地裁の実務に少なからぬ衝撃を与えたものと推測され、同時期に東京地裁に係属していた裁判員裁判対象事件である本件との関係でも重要な示唆を供する⁽⁵⁹⁾。

刑事免責制度は、このような裁判実務の傾向を背景としつつ、共犯者の供述を、供述調書ではなく、公判証言というかたちで顕出させることを通じて、公判中心主義のさらなる充実化に資するものとして導入された側面がある⁽⁶⁰⁾。この点を踏まえ、近時の学説の中には、共犯者が証言を拒絶する一方、免責を付与さ

(58) 同判決は、さらに、「これまでややむを得ない場合には裁判員等選任手続期日を取り消した上、新たに公判期日を指定し、裁判員候補者の選定及び呼出をやり直した例はあるのであるから、既に裁判員等選任手続期日が指定されていることをもって、証人から証言を得られないことが確実に見込まれる場合にまで、証人尋問を強行する理由とすることはできない上、原判決は、公判期日を変更するなどしても数か月先にならざるを得ないとして、このことをもって、著しい遅延が避けられないとするが、数か月待てば確実に証言を得られるのであれば、被告人の反対尋問権の保障という観点からも待つのが相当であるから、その程度の遅れを著しい遅延と評価することはできないというべきである」とも判示している。

(59) 仮に、Aが、Xの公判における証人尋問に先立ち、東京高判平成30・3・30の共犯者証人と同様の理由により証言を拒絶する意向を明らかにした場合、同判決の判断を前提とすると、Aの検面調書（前掲注（53））につき、供述不能要件は満たされないことになる。この場合、検察官にとっては、Xの公判をAの公判に先行させる既定の審判計画を変更し、前者を延期して後者を先行させることにより、「数か月先か、遅くとも半年以内」にAの証言を確保するよりも、直前に施行された刑事免責制度を急遽適用して免責を付与することにより、直ちにAの証言を確保するほうが、便宜に適うとも考えられよう。

(60) 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」（2013年1月）13頁、吉川＝吉田・前掲注（28）175頁、吉田・前掲注（28）160頁、河上ほか・前掲注（28）465頁〔木口〕。

れるならば証言を行う可能性がある場合、供述不能要件は満たされない旨を示唆する見解も主張されている⁽⁶¹⁾。そして、このような見解を推し進めると、供述不能要件が満たされるための前提条件として、公判証言を確保するための相応の手段を尽くしているか否かという観点から、免責を付与されるならば証言を行うか否かの事前の意思確認を要求する見解に至る。

実際、前述の東京地判令和2・9・1においては、この見解に親和的とも思われる手続がとられた形跡がある。まず、被告人 α 及び β の分離前の第1回公判期日において、検察官は、 β の検察官調書と警察官調書の証拠調べを請求したところ、弁護人が不同意を表明したため、これらの調書の採否が保留されたまま公判が進められた。間もなく両名の公判が分離され、 α の第4回公判期日において、証人尋問に服した β は、自己負罪拒否特権を行使して証言を拒絶した。このため、第6回公判期日において、検察官は、「次回〔第7回〕期日は…… β を再度証人として召喚し、刑事免責をすれば証言をするか否かの意思確認を行った上で、証言をするのであればその請求を行い、刑事免責をしても証言をしないのであれば、供述不能要件を検討する予定である⁽⁶²⁾」と陳述した。そして、第7回公判期日において、検察官は、 β に対し、免責を付与されるならば証言を行う意思があるか否かを確認し、 β がその意思がある旨を述べたことから、免責を請求

(61) 野口佳子「裁判員裁判における共犯者の証言拒絶についての刑訴法321条1項2号前段の考慮要素」秋吉淳一郎ほか編『これからの刑事司法の在り方——池田修先生・前田雅英先生退職記念論文集』547頁（2020年）は、「問題となるのは、証人が証言場所や証言方法に配慮すれば、証言を得られる可能性がある場合には、この要件〔供述不能要件〕の該当性が否定されるので、実際にどのような方策を証人に示して説得、あるいは、その方策を尽くすべきかである」（553頁）としたうえで、遮蔽やビデオリンク等の措置に言及した後、「同改正〔平成28年刑訴法改正〕により、刑事免責制度が導入されたことから、自身の公判に対する影響を危惧する証人に対しては、新設された刑訴法157条の2の規定の適用も考えられよう。筆者の経験では、法曹三者による協議会等において、弁護人の立場から、証人の証言調書が自身の裁判に証拠請求されることはもとより、証言内容が自身の公判廷において引用されたり、前提とされることがない保障があれば、証言に応じる可能性もある旨の発言もあったことから、有効な手段となり得るものと考えられる」（554～555頁）とする。

なお、吉開多一ほか『基本刑事訴訟法Ⅱ 論点理解編』（2021年）279頁〔緑大輔〕は、「〔共犯者が〕証言を拒絶する場合には、検察官としては、刑事免責……で対応し、自己負罪拒否特権を失わせて証言を義務づけることで、証言を確保し、検察官面前調書の証拠調べ請求は行わないという選択も考えられる」とする。

(62) 「第6回公判調書（手続）」2頁。

し、裁判所はこれを認め、 β は証言を行った⁽⁶³⁾。これを受け、第9回公判期日において、検察官は、これらの調書の証拠調べ請求を撤回している。

一連の手続における裁判長の訴訟指揮の内容は明らかではないが、少なくとも、前記の検察官の陳述は、供述不能要件が満たされるための前提条件として、免責を付与されるならば証言を行うか否かの事前の意思確認が必要であり、それに対して消極の意思が示された場合に限り供述不能要件が満たされる、という見解を前提としているようにも見受けられる。そして、前述のような近時の裁判実務の傾向を踏まえると、今後、同様の見解に即した手続がとられる事例が増えてゆく可能性がある。

このように、公判証言の確保に資する制度的な選択肢が追加されることの反射的な効果として、供述不能要件の解釈が厳格化するという現象それ自体は、刑事免責制度に限られるものではない。例えば、平成12年刑訴法改正により遮蔽やビデオリンク等の証人保護措置が導入された後の解釈論としては、証人が証言を拒絶する一方、これらの措置がとられるならば証言を行う可能性がある場合、供述不能要件は満たされないと解するのが妥当であろう⁽⁶⁴⁾。実際、例えば、広島高岡山支判平成27・3・18裁判所ウェブサイト⁽⁶⁵⁾は、共犯者証人が証言を拒絶した事例につき供述不能要件の充足を否定するにあたり、取調べに際して同証人が証言に消極的な意向を示していた経緯を踏まえ、「被告人等との間の遮蔽措置やビデオリンク方式による尋問等の方法により、〔同証人〕が証言する可能性があることを否定できないところ、検察官は、証人尋問の10日以上前に〔同証人〕の上記意向〔公判で自分が証言する様子を被告人が間近で見ている状態では、被告人に対する恐怖から、真実の証言を行う勇気がない旨の意向〕を把握したにもかかわらず、尋問実施までに上記遮蔽措置等の申出をしなかった」という事情に言及したうえで、「〔検察官は〕およそ〔同証人〕から公判廷で証言を得るための努力をしたとはいえない」と評価しているのである。

(2) 刑事免責の付与につき共犯者と検察官の意向が相反する場合の処理

他方、証人保護措置とは同列に論じえない固有の問題として、刑事免責制度と

(63) 「証人尋問調書〔 β 〕」(第7回公判調書と一体となるもの)1~2頁。

(64) 河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法(第6巻)(第3版)』(2015年)499頁〔香城敏磨=朝山芳史〕、伊丹ほか・前掲注(28)880頁〔高橋康明〕。

(65) 前掲注(55)。

供述不能要件の関係については、共犯者の側は（証言を拒絶しつつも）免責を付与されるならば証言を行う意向を示している一方、検察官の側は当該共犯者に対する免責の付与を不相当と判断している場合、供述不能要件が満たされるか否かという問題が生じうる。これについては、肯定説と否定説が主張されうるが、以下の点を考慮すると、基本的な解釈の方向性としては、肯定説が妥当であろう。

ある共犯者に免責を付与して証言を行わせるか否かの判断は、当該共犯者の訴追・処罰を断念すべきか否かという公訴権の行使の在り方に直接関係するものである以上、検察官の訴追裁量に委ねられるべきである。条文上も、検察官が、「当該事項についての証言の重要性、関係する犯罪の軽重及び情状その他の事情を考慮し、必要と認め」て免責請求を行う場合、裁判所は、「その証人に尋問すべき事項に証人が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受けるおそれのある事項が含まれないと明らかに認められる場合を除き」免責決定を行うものとされ、免責の相当性に関する実質的な審査権限を有しないと解されている⁽⁶⁶⁾。このため、仮に、検察官が、諸事情を考慮した結果、免責の付与を不相当と判断し、敢えて免責請求を行わない場合、裁判所は、その判断を尊重しなければならず、免責請求の勧告等を行うことは許されない⁽⁶⁷⁾。そうであるとすれば、この場合、共犯者が免責を付与されるならば証言を行う意向を示しているとしても、供述不能要件については、あくまでも検察官の判断に従い、免責は請求・付与されないという前提のもとで検討しなければならず、同要件は満たされると解すべきであろう。

これに対して、否定説のもとでは、共犯者が免責を付与されるならば証言を行う意向を示している以上、供述不能要件は満たされないことになる。このため、検察官は、①免責を付与して公判証言を確保するか、②免責を付与せず公判証言の確保と供述調書の利用の双方を断念するか、という二者択一を迫られることになる。そして、検察官が免責の付与を不相当と判断する場合は、②を選択するほかはない。このような事態は、供述不能要件を媒介とするかたちで、事実上、免責請求の勧告等を行う権限を裁判所に認めることを意味しかねないが、それが前述

(66) 特別部会第1作業分科会第6回会議事録（前掲注（33））19～20頁〔高橋康明〕、特別部会第21回会議事録（前掲注（31））20～21頁〔角田正紀〕、24頁〔酒巻〕、宇川・前掲注（31）28頁、酒巻・前掲注（28）72頁、吉川＝吉田・前掲注（28）190頁、195頁、吉田・前掲注（28）177頁、181頁、河上ほか・前掲注（28）473頁、480頁〔木口〕。

(67) 吉川＝吉田・前掲注（28）196頁注、吉田・前掲注（28）179～180頁。

の制度趣旨と整合するかは疑問の余地がある。もっとも、刑事免責制度の導入の基礎をなす公判中心主義の充実化という観点からは、共犯者が公判証言を拒絶している場合において、なおその供述が必要であるとすれば、当該共犯者の訴追・処罰の断念という相応の犠牲を伴うものであるとしても、あくまでも免責を付与して公判証言の確保を目指すのが原則であり、伝聞例外を通じた供述調書の利用は文字どおり例外にとどめるべきであるとはいえよう。このように解するのであれば、検察官が前記の①と②の二者択一を迫られるとしても、必ずしも不合理ではないという評価になろう。

しかしながら、本件及び東京地判令和2・9・1に関する限り、そもそも両説の当否が問題となる状況それ自体が欠落しているといわざるをえない。前述のとおり、両事例においては、共犯者が免責を付与される段階で、既に当該共犯者自身の有罪を立証しうる証拠が十分に収集されているから、免責の付与は当該共犯者の訴追・処罰の断念を何ら意味しない。このような状況のもとで、共犯者が免責を付与されるならば証言を行う意向を示している場合、検察官としては、供述調書の朗読ではなく証人尋問の実施が必要となるという手続的な負担を除けば、免責の付与に伴い何ら犠牲を払う必要がないのであるから、当然に免責を請求することになるであろう。

今後の運用において、〈共犯者が免責を付与されるならば証言を行う可能性がある場合に供述不能要件の充足を否定する見解〉と〈共犯者につきあらかじめ起訴しかつ有罪を立証しうる程度に証拠が収集されていない限り免責を請求しないという方針〉が組み合わさると、刑事免責制度は、共犯者の訴追・処罰を断念すべきか否かという衡量判断を全く伴わない、端的に共犯者の公判証言を確保するための手段として機能することにもなりうるであろう。

※追記

校正段階で、刑事免責制度が適用された事例である①大阪地判平成30・12・17(D1-Law:28272864)及び②千葉地判令和元・12・4公刊物未登載の訴訟記録を閲覧する機会を得た。詳細は別稿に委ねるが、注目すべき内容を含む前者につき、ここでも簡単に言及しておく。

同事件の共犯者の1人は、被告人兩名の公判で訴追側証人として証人尋問に服し、刑訴法157条の3に基づき免責を付与されたが、その後も証言拒絶を繰り返

し、検察官から証言義務がある旨の注意を受けた際も、「〔証言拒絶罪で〕処罰してください」（「証人尋問調書」（第2回公判調書と一体となるもの）10頁）、「だから処罰してくださいって言うんじゃないですか、それだったら」（同18頁）と述べている。当該共犯者は、証言の時点（平成30年12月4日の第2回公判期日及び同月5日の第3回公判期日）において、既に自身につき第1審で有罪判決を受け（大阪地判平成30・11・14（D1-Law:28272866））、これに対して控訴している段階にあった。既に自身の有罪を立証しうる証拠が十分に収集されている状況に置かれた共犯者が、免責を付与されたにもかかわらず詳細な証言を回避するという事態は、同事件においても顕著に見受けられる。

また、当該共犯者は、検察官が免責の法的効果につき改めて説明を試みた際、「それはもう人間ってやっぱりそれを証拠にしないとダメって、それを耳にすれば、ああ、そういうことなんだなって勝手に思い込んでしまうので、それで何の影響もしないとは僕は思わないので」（「証人尋問調書」（前掲）28頁）と答え、自身の控訴審では異なる裁判官が審理に当たる旨を指摘されても、なお「誰でも人間ですのでそこまで全てを信用してしゃべることはできません」（同28頁）と述べ、派生使用免責という措置それ自体に対する懐疑を表明している。このような懐疑は、誤解に基づくものというほかないが、刑事免責による証言確保の実効性という観点からは、一定の示唆を供するものと思われる。とりわけ、東京地判令和2・9・1のように、被告人と共犯者の公判が分離されているとはいえ、同一の裁判官が双方の審理に当たる事例では、このような疑念を抱き、証言を躊躇する共犯者も少なくないであろう。

（井上和治）

