The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	刑事訴訟法三二〇条一項について（上）
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2005, 54(5), p. 23-48
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55071
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

刑事訴訟法三二〇条一項について（上）

松田岳士

一　はじめに
二　刑訴法三二〇条一項をめぐる学説の再検討（以上、本号）
三　公判手続における「公開の対審」保障と供述採取行為の一般的再現可能性
四　刑訴法三二〇条一項と憲法の関係
五　刑訴法三二〇条一項と三二一条以下の規定の関係
六　おわりに

一　はじめに

(1)　刑訴法第二編第二章第二節は、「第一審」「公判」の「証拠」に関する諸規定をおいており、その冒頭を飾る同法三一七条は、「事実の認定は証拠による」と定める。この規定の「実定法上の意味」については、とりわけ「事実の認定」の範囲をめぐって学説上争いがあるものの、これが裁判所による「事実の認定」に関する規定であることについては、異論はないものと思われる。他方、同じ「証拠」に関する刑訴法第二編第二章第二節に属する

諸規定のうち、同法三一九条一項および三二〇条一項は、それぞれ、「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は証拠とすることができない」、「公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない」として、いわば消極的なかたちで一定類型の資料の「証拠」としての資格要件を定めている。また、同法三二一条ないし三二八条の規定は、三二〇条一項の禁止を解除するかたちで、一定の資料を「証拠とすることができる」要件について定めているが、これらの条項においても、「証拠」の語が、刑訴法三一七条のいう意味で、すなわち、「裁判所による事実の認定に供することのできる証拠」という限定された意味で用いられていることは明らかであろう。

(2)　このように、刑訴法は、裁判所による「事実の認定」に供することのできる「証拠」については、とくに厳格な資格要件を定めているわけであるが、このことは、同法が、同じ刑事手続に属するとしても、捜査機関や訴追機関による事実の確認については何ら同様の制約を設けていないことと対照的であるといえる。

ところで、裁判所が自らの「事実の認定」の基礎することのできる証拠に、このような特別に厳格な資格が要求される根拠はどこに求められるべきであろうか。それは、同主体による「事実の認定」が刑事司法制度のなかでもつ重要性、あるいはその機能の性格に求められると考えるべきであろう。すなわち、裁判所による「事実の認定」は、――たとえば、検察官が公訴権行使のために行なう事実の確認や、報道機関が報道目的で行なう事件調査等――刑事司法内外における他の主体によるそれとは異なり、まさに国家による刑罰権発動を直接的に可能とする有罪判決の基礎となりうるという意味で、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と定める憲法三一条の「適正手続」の要請が最も典型的に妥当すべきもの

である。憲法三七条および三八条は、これを受けて、このような意味で刑事司法制度において重要な機能を担う裁判所による「事実の認定」に要請される「適正手続」のより具体的な基本枠組を定めており、刑訴法が定める「証拠」能力に関する諸規定は、その枠組内で、これをさらに具体化したものと理解することができる。(1) そして、本稿で検討の対象とする刑訴法三二〇条一項の規定が、そのような国家による刑罰権発動の基礎となりうる「適正な事実の認定」を支える最も重要な規定の一つであるということについては、おそらく異論はあるまい。

(3) ところで、この刑訴法三二〇条一項の規定については、英米法で発展をみたいわゆる「伝聞証拠排除の原則」あるいは「伝聞法則」を採用する意義をもつとの理解が一般的である。(2) そして、その実質的な根拠については、一般に、供述証拠は、体験事実について、知覚、記憶、表現、叙述という供述者の内的過程（いわゆる「供述過程」）を経て事実認定者に到達するが、その各過程には誤謬が入り込むおそれがあるため、法は、①真実を述べる旨の宣誓と偽証罪による処罰の予告、②不利益を受ける相手方当事者による反対尋問、③裁判所による供述態度の観察によってその信用性の吟味・確認を経ている「公判期日における供述」に代えて、そのような信用性の吟味・確認を経ていない公判期日外の供述を、裁判所による「事実の認定」の基礎となりうる「証拠」として用いることを原則として禁じているのだ、との説明がなされてきた。

しかし、同規定が定める「公判期日における供述」の採取の特徴は、上記①～③の点につきるわけではない。そして、「公判期日」における証拠の取調べの本質は、従来、むしろ、公開主義のもとでの弾劾主義的な三面構造、あるいは「対審」構造に求められてきたのではなかったか。いいかえれば、公判手続の基本的枠組は、憲法三七条一項ないし三項が「刑事被告人」に保障する手続的権利の内容に典型的に表現されているように、「公開の法廷における公平な裁判所の前での当事者の実質的に対等な審理参加」に求められるはずではなかったか。

刑訴法三二〇条一項の趣旨に関する通説の説明をこのような観点から改めて見なおしてみると、そこには、一定の「傾向」、すなわち、公判期日における供述採取の特徴を、もっぱら「信用性のテスト」、あるいは「事実認定の正確性」確保という観点から抽出しようとする態度を看取することができる。しかし、ここには、同規定が採用する伝聞法則は「事実認定の正確性を問題とする証拠法則」であるという、ある種の結論の先取りがみられるとはいえないか。また、通説による刑訴法三二〇条一項の趣旨説明は、このような「信用性のテスト」あるいは「事実認定の正確性」という観点にこだわるあまり、同規定の文言そのものから乖離することになってはいないか。

(4)　本稿では、以上のような問題関心から、刑訴法三二〇条一項を、憲法および刑訴法が予定する裁判所による「適正な事実の認定」の内容を具体化する規定の一つとして改めて捉えなおすことによって、その趣旨につき、従来の学説を批判的に検討しつつ考察をくわえてみることにしたい。

(1)　したがって、刑訴法三一七条が「事実の認定は、証拠による」と定めているのは、刑事裁判所による「事実の認定」は、憲法の関連条項が要請するような「適正な手続」によらなければならないという意味に解すべきであり、刑訴法の証拠能力に関する諸規定は、証拠法の観点からこの「適正手続」の内容を具体的に示したものと理解するのが妥当であろう。その際、刑訴法の明文の関連規定をその「制限列挙」と捉える必要はない（鈴木茂嗣『注解刑事訴訟法中巻』（青林書院新社、全訂新版、一九八二年）六六九頁参照）。

この点、最高裁も、いわゆるロッキード事件大法廷判決（最大判平成七年二月二二日刑集四九巻二号一頁）において、「いわゆる刑事免責を付与して得られた供述を録取した嘱託証人尋問調書」の証拠能力を否定するにあたり、「『事実の認定は、証拠による』（刑訴法三一七条）とされているところ、その証拠は、刑訴法の証拠能力に関する諸規定のほか、『刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適性且つ迅速に適用実現することを目的とする』（同法一条）刑訴法全体の精神に照らし、事実認定の証拠とすることが許容されるものでなければならない」とし、また、タイ人女性管理売春事件判決においては、「刑訴法三一一条一

項二号前段……が同法三二〇条の伝聞証拠禁止の例外を定めたものであり、憲法三七条二項が被告人に証人審問権を保障している趣旨にもかんがみると、検察官面前調書が作成され証拠請求されるに至った事情や、供述者が国外にいることになった事由のいかんによっては、その検察官面前調書を常に右規定により証拠能力があるものとして事実認定の証拠とすることができるとすることには疑問の余地がある」とし、「当該外国人の検察官面前調書を証拠請求することが手続的正義の観点から公正さを欠くと認められるときは、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともあり得る」ことを認めている（最三判平成七年六月二〇日刑集四九巻六号七四一頁）。なお、両判例の意義および射程について、中谷雄二郎「手続の公正と証拠の許容性」中山善房判事退官記念『刑事裁判の理論と実務』（一九九八年）二一一頁以下参照。

(2) 最高裁判例のなかにも、「伝聞供述」、「伝聞証拠禁止」等の語を用いるものがある（最判昭和三〇年一二月九刑集一七巻一〇号一七九五頁、最三判平成七年六月二〇日刑集四九巻六号七四一頁等）。

二　刑訴法三二〇条一項をめぐる学説の再検討

(1) 刑訴法三二〇条一項は、「公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない」との「原則」を定める。これは、一般に、英米法に由来する「伝聞証拠排除の原則」あるいは「伝聞法則」を採用する意義をもつとされ、その実質的な根拠については、次のように説明されている。[3]

すなわち、人の「供述」は、典型的には、事実を、知覚し、記憶し、表現し、叙述するという内面の心理過程（いわゆる「供述過程」）を経て法廷に顕出されるため、その各段階に誤りが入り込むおそれがある。そこで、裁判所が、このような特性をもつ人の「供述」を「事実の認定」の基礎となる「証拠」として用いるためには、原則として、公判廷において、①真実を述べる旨の宣誓と偽証罪による処罰の予告、②不利益を受ける相手方当事者に

よる反対尋問、③裁判所による供述態度の観察、という三つの方法によってその信用性の吟味・確認を経る必要がある。これに対して、公判廷外でなされた供述は、それを知覚した第三者によって、または書面によって法廷に顕出される場合には、このような信用性のテストを経ることがない。そのため、刑訴法三二〇条一項は、このような「伝聞証拠」を、原則として、裁判所の「事実の認定」の基礎となりうる「証拠」から排斥している、というのである。

たしかに、刑訴法三二〇条一項は、公判期日外において採取された供述を、公判期日において採取された同一主体の供述に代えて、裁判所が行なう事実認定の根拠となる「証拠」として使用することを原則として禁じているのであるから、同条項の意義を明らかにするには、公判期日における供述の採取の特徴を、それ以外の場における供述の採取との比較において解明する必要があろう（なお、本稿で「供述の採取」というときには、自己または他人の供述の聴き取りないし書面化行為一般を意味するものとする）[4]。この点、通説は、右にみたように、供述証拠の特性をいわゆる「供述過程」に求めたうえで、その各段階に対する①～③の方法による「信用性のテスト」を経ることを、刑訴法三二〇条一項の法意と関連性をもつ「公判期日における供述」の本質的特徴として挙げるのである。

(2)　しかし、右の①～③の方法による「信用性のテスト」の保障は、公判期日における供述の採取の特性を十分に表現しつくしているといえるであろうか。この問題については、公判期日における証拠調べ一般の性質に遡って改めて検討しなおしてみる余地があるように思われる。

この点、従来から、公判手続における証拠の取調べの本質は、公開主義のもとでの弾劾主義的な三面構造、すなわち、「公開の法廷における、公平な審判者の前での両当事者の実質的に対等な審理参加」にあるとされてきたことを改めて想起する必要があるように思われる。そして、証人尋問や被告人質問などの供述の採取が公判期日にお

ける証拠の取調べの中核を構成することは明らかであるから、これに関しても、やはり右のような証拠調べ一般に妥当する性格が基本的に妥当することになる。すなわち、公開の法廷において、公平な裁判所の前で、審判の結果に直接の利害関係をもつ当事者が互いに対等な立場での参加を保障されるという、公判期日における証拠の取調べに妥当する一般的な性格は、公判期日における供述の採取にも、当然に妥当するものといわなければならず、また、まさにそのような保障を伴う点において、同手続は、公判期日外の供述の採取と基本的に性質を異にしているということができるのである。

公判期日における証拠調べ、そして供述の採取が有するこのような性格を「公開の対審」と呼ぶことが許されるとすれば、この「公開の対審」保障の基本的枠組は、憲法三一条によって要請されると同時に、憲法三七条一項ないし三項の各規定によって――憲法第六章に含まれる「司法」の制度的・組織的側面に関する諸規定を前提としつつも――とくに「刑事被告人」の手続的権利という観点から、公判審理に要請されているということができよう。より具体的には、憲法三七条は、「刑事被告人」に「公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利（一項）」および「すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ、公費で自己のために強制的手続により証人を求める権利（二項）」を保障し、「資格を有する弁護人を依頼することができ」、「被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する」旨定めることにより、「公開の法廷における、公平な審判者の前での相手方当事者との実質的に対等な審理参加」を「刑事被告人」に保障しているのである。

法も、これを受けて、刑事公判手続については、一般公開主義および当事者公開主義を採用し、裁判官の身分保障その他組織法上の保障に加えて、手続法上も、除斥や忌避、管轄移転、起訴状一本主義等の諸制度を導入することによって「公平な裁判所」の保障を期し、また、弁護人選任権および国選弁護人制度に関する諸規定によって当

事者の実質的に対等な参加を実現しようとしている。[5] また、とくに証人尋問に関しては、当事者の立会権および尋問権[6]を保障することはもちろん、証拠調べ請求予定の証人等関連情報の相手方当事者への開示に関連する制度を設けるなどして、当事者の実質的に対等な審理参加を期しているのである。また、黙秘権の告知や、訴因制度による審判・防禦対象の明示も、防禦側の主体的な審理参加を保障する上で重要な意味をもつことはいうまでもない。

ところが、通説は、刑訴法三二〇条一項にいう「公判期日における供述」の特徴を説明する場合に限っては、このような公判手続の最も基本的な性格に言及しない。通説が公判期日における供述の採取の特性として挙げる諸点のうち、②の「反対尋問権」は、たしかに、被告人以外の第三者からの供述採取における当事者の「参加」の具体的態様の一つであるということができる。しかし、その他の、たとえば「公平な裁判所の公開裁判を受ける権利」や「弁護人依頼権」、国選弁護人制度といった憲法自身が「刑事被告人」に保障する――したがって、刑事公判において当然に保障されるべき――基本的な手続的権利については、刑訴法三二〇条一項の趣旨説明の文脈において指摘される「公判期日における供述」の採取の特徴、あるいは、それと公判期日外における供述採取の間の差異との関係では、言及されないのである。

(3)　他方、刑訴法三二〇条一項の趣旨説明において通説が挙げる右の①～③の特徴は、「公判期日における供述」の採取のすべてに妥当するものでもない。このことは、とくに被告人自身の供述が、少なくとも形式的には、刑訴法三二〇条一項の規制の対象に含まれていることとの関係で問題となる。

すなわち、刑訴法三二〇条一項は、少なくともそれ自体は、その規制の対象となる「供述」について、それを行う主体の面では何らの限定もしていないのであるから、同条項のいう「供述」には、証人や鑑定人だけでなく、被告人自身の供述も、本人に「不利益な事実の承認を内容とする」か否かを問わず、当然含まれるはずである。そう

であるとすれば、①の宣誓および偽証罪による処罰の予告や、②の反対尋問による供述の信用性担保は、刑訴法三二〇条一項のいう「公判期日における供述」の一部に妥当する説明ではあっても、すべてに妥当するものであるとはいえない。なぜなら、被告人自身の「公判期日における供述」については、①の宣誓および偽証罪による処罰の予告がないのはもちろん、②の点に関しても、「被告人の供述に対して、被告人自身は反対尋問できない。また、被告人は黙秘権を持つから、検察官は被告人を反対尋問できない」[7]というべきだからである。そして、この点では、公判期日における供述は、公判期日外の供述と何らかわりはないということになるが、それでは、刑訴法三二〇条一項が、少なくともそれ自体としては、被告人自身の場合についても「公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることができない」としている趣旨を説明することが困難となろう。

もっとも、この点については、反対尋問権行使の利益を有する被告人「自身に対する反対尋問というのは、そもそも意味がない」という意味で、この場合を、「形態上は伝聞証拠であっても、伝聞法則の趣旨からいって当然その適用の必要のない場合」、すなわち、「伝聞不適用」とする説明[8]もなされている。この説明は、刑訴法三二二条および三二四条の趣旨をあらかじめ三二〇条一項に読み込もうとするものということができるが、まさにそのことによって、刑訴法三二〇条一項のそれ自体が被告人自身の供述をも射程範囲に入れたものとなっている理由それ自体を提示しえず、また、それゆえに、同規定の趣旨の正確な理解の妨げとなるおそれがあろう。

実際、刑訴法三二〇条一項の文言それ自体は、被告人の供述についても、あくまで、「公判期日における供述」と「書面……又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」を対比しているのであり、また、実際にも、公判廷における被告人からの供述採取と、公判廷外での同人からの供述の採取、とりわけ捜査機関による捜査目的

での供述採取の間には、同規定の関心事に属する本質的差異があるというべきではないか。「伝聞不適用」説は、たとえば取調べ室等の「密室」において捜査官等により採取された供述を裁判所が有罪判決の前提となる「事実の認定」の基礎として用いることの問題性、そして、「調書は、被疑者または参考人の供述を録取したものである。しかし、多くの場合、供述をそのままに記載したものではない」という、[9] いわゆる「作文」調書の問題性を、「反対尋問」の名の下に刑訴法三二〇条一項の射程範囲の外に追いやってしまうおそれがあり、その意味でも問題のある理論構成であるといわなければならない。[10]

(4)　ところで、以上のように、通説が、刑訴法三二〇条一項の趣旨説明の文脈においては、公判期日における供述採取および聴取の特徴として、本来ならば公判審理に本質的に伴うがゆえに第一に挙げられるべき「公開の対審」の保障に言及せず、そのため、結果的にこれを軽視することになっている背景には、同説が、同条項の文言それ自体というよりも、むしろ一定の命題をア・プリオリに前提として同条項の実質的根拠を説明しようとするためであるように思われる。それは、すなわち、刑訴法三二〇条一項が採用するとされる伝聞法則は、供述証拠に関する反対尋問等による「信用性のテスト」を中核とする「事実認定の正確性を問題とする証拠法則」であるという命題である。

実際、右に述べたところからも明らかなように、通説が、公判期日における供述の採取について挙げる①～③の特徴は、同手続のもつ数ある特性のうち、もっぱら供述証拠の「信用性のテスト」ないし「事実認定の正確性」確保に資するもののみをとくに選び出した結果であるということができるのである。そして、その意味で、公判期日における供述の採取の特徴に関するこのような通説の理解は、「信用性」ないし「事実認定の正確性」の観点に偏った見方を基礎とするものであり、刑訴法三二一条以下の規定についてはともかく、同法三二〇条一項の規定それ

自体に関する限り、その趣旨の理解を歪めるおそれがあるように思われる。[11]

(5)　そもそも、刑訴法三二〇条一項ないし同条項が採用するとされる伝聞法則は、供述証拠に関する反対尋問による「信用性のテスト」を中核とする「事実認定の正確性を問題とする証拠法則」なのであろうか。この命題それ自体の妥当性についても、改めて検討する余地がある。この命題によれば、同規定ないし伝聞法則は、一定の「供述」について、信用性や要証事実との関連性といったその実体的性格を問題とするものだということになろう。

しかし、刑訴法三二〇条一項は、一定の供述について、それが採取された場が「公判期日」であったか否かを問題としているのであり、それ自体は、その結果得られた供述の「信用性」の有無や程度にはなんら言及していない。反対に、同規定は、公判期日において採取された供述には、無条件に、すなわちその信用性の有無・程度を問うことなく――それどころか、信用性という観点から見ればそれ以外の場において採取された供述に劣る場合がありうることを同法三二一条以下の規定において想定しながらも――なおも裁判所の「事実の認定」の基礎としうる資格、すなわち刑訴法三一七条のいう意味での「証拠」としての資格を認めてさえいるのである。

他方で、同規定は、「書面……又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」については、たとえその供述を行なった本人に対して現在の公判期日において証人尋問がなされる場合であっても、裁判所による「事実の認定」の基礎となりうる「証拠」としての資格を原則として否定していることにも注意しなければならない。[12] この場合には、その供述者自身に対して公判期日における証人尋問がなされうるのであるから、事後的にせよ供述者本人に対して原供述について「信用性のテスト」を行なうことが――それが、「必ずしも供述直後の反対尋問のような効果をあげることはできない」[13]ことは否定できないとしても――可能であるが、刑訴法三二〇条一項は、それにもかかわらず、このような場合をも「証拠とすることができない」場合に含めているのである。このことからは、

同規定の真の関心事が、「当該供述が信用性のテストを経たか否か」という点にではなく、むしろ、当該供述が採取された手続ないし行為それ自体の性格にあることがうかがわれるというべきであろう。[14] すなわち、同規定は、「信用性のテストを経た供述」に裁判所の事実認定の基礎となりうる「証拠」としての資格を認め、そうでない供述を排除するというよりは、むしろ、「公判期日」における供述の採取には裁判所の事実認定の基礎となりうる「証拠採取」としての資格を無条件に付与し、「公判期日外」の供述採取行為には、そのような資格を原則として否定しているものと考えられるのである。

この問題は、供述証拠の特性に関する説明とも密接な関係にある。通説は、供述証拠の特性として、人間の知覚、記憶、表現、叙述という供述者の心理的プロセス、すなわち、「供述過程」の各段階に誤りが入り込むおそれを、反対尋問をはじめとする「信用性のテスト」の必要性の根拠として指摘する。これは、供述証拠を裁判所による「事実の認定」の基礎として用いるにあたっての危険性を、基本的に供述者側の事情に見出すものであるといえよう。[15] しかし、刑訴法三二〇条一項は、一定の供述が公判期日外において採取されている場合を前提として、そのような供述を、同一人から公判期日において採取される供述に代えて「証拠」とすることができない旨定めているのであるから、その関心の中心は、供述者側の事情というよりも、むしろそれを採取する側の事情にあるというべきであり、そうであるとすれば、供述証拠の特性についても、供述者側の事情だけでなく、その採取側の事情を考慮に入れた検討が必要になるのではなかろうか。

このような観点から供述証拠の特徴を捉えなおしてみると、それは、その内容や範囲それ自体が、その採取過程の性格、たとえば、その供述が行なわれる「場」あるいは「文脈」、そして、その供述を行なう者とそれを採取する者の相互関係あるいは相互作用等に依存しやすい、という点に求められるように思われる。すなわち、人の供述

は、その人が知覚し、記憶した情報が最初からすべて客観的に提示されているわけではなく、そのために、外部に提示される情報の範囲や内容が、その引き出され方により大きく左右されるおそれがある。より具体的にいえば、供述証拠は、その内容それ自体が、その供述が採取された目的や状況、採取者と供述者の関係、採取者の側からの具体的な質問ないしはたらきかけの態様等、その採取行為をめぐる諸事情に依存しやすいという特性をもっているのである。[16] このような特性は、供述者と採取者が異なる場合だけでなく、供述者みずからその供述を書面化するような場合においても、基本的に妥当するということができよう。「供述」の特性が右の点に求められるとすれば、その「採取」の性格が、とりわけその供述を自己に不利な証拠として用いられる可能性のある当事者にとって――したがって、刑訴法にとっても――重要な関心事に属するものであることは明らかであろう。

以上の考察によれば、刑訴法三二〇条一項については、これを、一定の「供述」について、信用性や要証事実との関連性といったその実体的性格を問題とするものというよりも、むしろ供述の「採取過程」ないし「採取方式」の手続的性格に着目した規定として捉えるのが妥当だということになる。いいかえれば、これは、一定の「供述」について、裁判所の事実認定に供しうる「証拠」としての資格を定めるものというよりも、実質的にはむしろその「採取行為」について、裁判所の事実認定の基礎となりうる「証拠採取行為」としての資格を定める規定であると考えるべきなのである。そして、同規定は、そのような観点から、公判期日における供述の採取にはそのような資格を無条件に認め、これに対して、公判期日外における供述の採取には、原則としてこれを否定していると考えることができるのである。

(6) では、刑訴法三二〇条一項が、「公判期日」における供述の採取に、裁判所による事実認定の基礎となりうる資格を無条件に与え、他方で、「公判期日外」における供述の採取には原則としてそのような資格を否定してい

るその実質的根拠はどこに求められるべきであろうか。

この点、公判期日における供述の採取は、国家による刑罰権行使の基礎となる「事実の認定」を行なうとの明確な目的のもとで、そして、そのような目的をもつがゆえに、公開の法廷において、公平な審判者の前で、その供述に直接の利害関係をもつ当事者、すなわち、訴追側および防御側が、それぞれの立場から、その採取の場に同時かつ対等に立会い、参加することによって、供述者の供述に誤りがないかということにくわえて、他の主体によって供述者に不当なはたらきかけ等が行われないか、そして自己に有利なすべての重要な情報が引き出されるか否かを検討しあう構造になっているとの事実に改めて目を向けてみる必要があろう。刑訴法三二〇条一項が、このような「公開の対審」を本旨とする公判期日における供述採取に、裁判所による「事実の認定」の基礎となりうる供述採取行為としての資格を無条件に付与しているのは、そのような手続には、一般に、供述証拠の「信用性」や「事実認定の正確性」を確保する機能が認められるだけではなく、その過程それ自体に「公正性」ないし「透明性」が認められることをも考慮した結果であると考えるべきであろう。

反対に、公判期日外の供述採取行為においては、そこで採取された供述が、単に消極的に反対尋問をはじめとする「信用性のテスト」を経る保障がないというにとどまらず、より積極的に――典型的には、捜査機関による「取調べ」や、報道機関による取材目的での情報収集にみられるように――まさに「公開の対審」の保障が欠如しているがゆえに、供述が、その採取者の意識的または無意識的な関心・利益に偏ったかたちで引き出され、保全された可能性を捨てきれないという点に問題がある。(17) このような公判期日外の供述は、裁判所による事実認定の正確性を損なうおそれがあるだけではなく、それを裁判所による事実認定の基礎として用いることそれ自体が、とりわけそれを自己に不利な証拠として用いられるおそれのある当事者にとって、その公正性ないし適正性を損なう要因とな

る。刑訴法三二〇条一項は、このような事情を考慮したからこそ、公判期日外で採取された供述については、その信用性について事後的にその供述者本人を公判廷に召喚して検討する機会が与えられたとしても、原則としてこれを裁判所の事実認定の基礎から排斥しているものと考えられる。[18]

(7) ここで、本稿が公判期日における審理に本質的に求められるがゆえに刑訴法三二〇条一項の趣旨説明において重要な意義をもつと考える「公開の対審」の保障と、通説が刑訴法三二〇条一項ないし同規定が採用するとされる伝聞法則の趣旨説明において重視する「証人審問権」ないし「反対尋問権」の保障との関係についても検討しておく必要があろう。

この点については、さしあたり、「公開の対審」が公判廷における証拠の取調べ一般に妥当すべきものであるのに対して、「反対尋問」は、そのうちとくに第三者からの供述証拠の採取について、「対審」の重要な一内容を構成するものである、と理解しておけば足りよう。刑訴法三二〇条一項を、供述証拠の採取における「公開の対審」保障の尊重を主眼とする規定として理解する本稿の立場においても、第三者からの供述採取に関しては、反対尋問が、その重要な構成要素として位置づけられなければならないことはたしかであり、それが欠けることは、すなわち「対審」が成立しなくなることを意味する。しかし、本稿の関心にとってより重要なのは、反対尋問権の保障は、まさに「公開の対審」の枠組のなかにおいてこそその本来の効果を発揮するということである。

上述のように、通説は、刑訴法三二〇条一項ないし同規定が採用するとされる「伝聞法則」の趣旨説明において、反対尋問を、「当事者主義」に即したものとして、また、憲法三七条二項が保障する「証人審問権」を具体化するものとして、重視している。実際、反対尋問は、公判における当事者追行主義的な供述採取を代表するいわゆる交互尋問制を構成する重要な一要素であり、その意味でも、当事者主義的な発想を背景にもつということはたしかで

ある。[19] これに対して、「公開の対審」原則は、それ自体、証拠調べにおける当事者追行主義の選択とは直接には関係がないことは、職権追行主義の伝統を持つ大陸法においても、当事者追行主義の伝統をもつ英米法におけると同様に、公判手続が「公開の対審」原則に基づいて行なわれるべきものとされていることからも明らかである。しかし、このことは、「公開の対審」原則が当事者追行主義と無関係であることまでを意味するものではないのであって、たとえば交互尋問制度にあっても、公判手続が同原則に則って行なわれることはその当然の前提となっているということができよう。反対尋問が原則として公判廷で行使されるべきものとされているのも、[20] このような文脈において理解されなければなるまい。

この点と関連して、学説においては、「伝聞証拠とは、単なる『反対尋問を経ない証拠』ではなく、『裁判所の前で』の反対尋問を経ない証拠をいう」のであり、「裁判所の面前で行なった方がより反対尋問の効果が大きい」[21]、あるいは、「公判廷での証人尋問において、供述の信用性を吟味・確認する手段としては、相手方当事者による反対尋問が最も重要であることは疑いないが、……裁判所がその供述態度を直接に観察できることも、無視できない役割を果たしている」[22]との指摘がなされることがあり、また、刑訴法三二〇条一項の趣旨を考えるにあたっては、伝聞法則を採用するものだとの理解を基礎としつつも、直接主義的な要素も認めるべきだとの見解[23]も、有力に主張されている。しかし、これらの見解も、かならずしも「公開の対審」のすべての要素を考慮に入れたものではないことには注意が必要である。なぜならば、公判における証拠調べの本質的特徴としての「公開の対審」は、公開裁判や「公平な」裁判所の保障、そして、弁護人依頼権や国選弁護人制度の保障による当事者の実質的に対等な参加の保障など、反対尋問権の保障と裁判所と証拠の非媒介的な関係という二つの要素の単なる加算的な組み合わせでは評価しつくすことのできない価値を有するものというべきであるからである。[24]

(8) ところで、刑訴法三二〇条一項の趣旨に関する通説のこのような「反対尋問」重視の傾向は、同規定と憲法との関係をめぐる議論にも反映されている。すなわち、従来、刑訴法三二〇条一項の規定に関しては、もっぱら憲法三七条二項前段の保障する「証人審問権」との関係のみが指摘されてきたのである。

しかし、右にみたところからも明らかであるように、憲法三七条二項が保障する「証人審問権」は、「公判期日」における供述の採取において被告人に保障されるべき権利の一つではあっても、そのすべてではない。すなわち、上述のように、被告人の「証人審問権」は、「公平な裁判所」の前で、訴追側と対等な能力を与えられたうえで行使されてはじめて意味をもつというべきなのであって、その意味で、憲法三七条一項の定める「公平な裁判所」の保障や、同条三項が定める被告人の「弁護人依頼権」および「国選弁護人制度」の保障を捨象してしまっては、公判期日における供述聴取の本質的特徴、そして、刑訴法三二〇条一項と憲法との関係を見誤るおそれがある。また、この問題を考えるにあたっては、憲法が「公開裁判」をとくに「被告人の権利」という観点から定めていることもまた無視することができない。

ところで、この点に関連して、近時、とりわけ憲法三七条二項が保障する証人審問権について、供述それ自体の「信用性」ないし「事実認定の正確性（真実発見）」の担保だけでなく、そのような観点からは評価し尽くしえない「適正性」保障の側面をもつことに着目するべきことを説く見解が有力に主張されるに至っている。そのような見解としては、たとえば、同規定が保障する「証人審問権」は、「被告人が自己を有罪にする証拠を提供する者と直接『対面し、対決する』権利であって、これは否定されたり、他の手段によって代替することができない」とするもの[25]や、憲法三七条二項が「刑事被告人」に保障する証人審問権規定の趣旨は、「証人の供述を争い、これについて防御する機会を被告人に与えなければならないという点にある」としたうえで、その性質につき「一般に被告

人の防禦権は、公正の観点からそれ自体として要請されるという側面を併せもつものであって、その行使の効果の有無によって左右されるべきものではない」と指摘するもの[26]、さらには、同条項の意義を考えるにあたっては、「事実認定者に対して……証拠及びその信頼性に対する正当な評価、ひいては事実認定の正確性を確保する」という価値ないし目的のほかに、「自己の運命に影響を与え……尋問プロセスへの『参加の保障』」の価値を見直すべきだとの考え方[27]等が挙げられる[28]。

これらの見解の多くは、憲法三七条二項についての右のような理解を前提に、同規定が保障する「証人審問権」の含意するところは、「反対尋問権」あるいは狭義の「証人尋問の権利」にとどまらず、それ以外の内容の手続的権利にも及ぶとする帰結を導いている。その具体的内容については、たとえば、「証人審問権規定はたんに反対尋問権のみを保障したものではなく」、「証拠吟味権」、すなわち、「反対尋問以外の方法をも含めてひろく供述証拠に対する防禦の機会を与えられるべきことを保障したものである」とするものや[29]、「憲法三七条二項前段の証人審問権は、狭い意味での証人尋問の権利に限らず、それ以外の手段による『審問』権、とくに書証等、伝聞証拠による『審問』の権利を含むと解される」とするもの[30]、さらには、「憲法三七条二項は、①対面権の保障＝検察官の証人出廷確保義務、②検察側証拠の吟味権の保障、③被告人の証拠調べ請求権・証人尋問権の保障、④弁護権の保障、そして、⑤被告人の在廷権の保障を、その構成要素とする」とするもの等[31]、様々な見解が提示されている。

これらの見解が挙げる具体的な手続的諸権利のすべてを憲法三七条二項の規定に読み込むことが、同規定の文言解釈上、可能あるいは妥当であるか否かはさておき[32]、同条項の「手続的保障規定」としての側面を強調する見解の多くが、同条項が保障する「証人審問権」の含意するところは「反対尋問権」あるいは狭義の「証人尋問の権利」にとどまらず、「刑事被告人」に公判において保障されるべきそれ以外の手続的諸権利にも及ぶとしていることは、

これらの見解が、実質的にみれば、裁判所による「事実の認定」にふさわしい適正な供述採取は、ひとり狭い意味での「証人審問権」の保障によって実現されうるものではなく、むしろ憲法三七条一項および三項の予定する公判審理の基本的枠組のなかで、すなわち「公開の対審」の枠組内においてはじめて十全に保障されると考えているということを示唆するものとして注目される。

もっとも、このように、憲法三七条二項の「手続的保障規定」としての側面を重視する見解が、同条項と刑訴法三二〇条一項ないし同条項が採用するとされる伝聞法則との対比を強調するあまり、後者について、逆に、その性質をもっぱら「事実認定の正確性を問題とする証拠法則」と理解することにつながるとすれば、[33] それは問題であろう。たしかに、憲法三七条二項と刑訴法三二〇条一項の内容は完全に重なり合うものではなく、したがって、その適用範囲にも差異が生じうることは、前者が「刑事被告人」の権利として「証人審問権」を定めているのに対して、後者が訴追側の提出にかかるものであると防禦側の提出にかかるものであるとを問わず供述証拠一般をその規制対象としていること一つをとってみても、明らかである。[34] しかし、そのことは、必ずしも両者の背後にある発想それ自体が異なることを前提としなければならないわけではないのであって、実際、右に見たように、刑訴法三二〇条一項については、これを少なくともその文言に忠実に理解しようとするならば、その採取の手続それ自体の「公正性」あるいは「適正性」をも考慮に入れたものと解さなければならないというべきであろう。

(9) 以上、刑訴法三二〇条一項ないし同条項が採用するとされる伝聞法則について、これを、裁判所による事実認定に供しうる「証拠」の資格というよりも、むしろ、裁判所による事実認定の基礎となりうる「証拠採取行為」の資格を定めた規定として理解し、その本旨を、（反対尋問権を含む）「公開の対審」の同時的保障に求めるべきだとの立場から、同規定をめぐって従来から展開されてきた諸見解を検討してきた。次節では、以上のような検討の

結果をふまえつつ、同規定をめぐる趣旨説明の再構成を試みることにしたい。

（3）伝聞法則の趣旨説明に関する最近の文献として、大澤裕「伝聞証拠の意義」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、第三版、二〇〇二年）一八二頁を参照。

（4）したがって、ここにいう「採取」には、質問など採取者側からの何らかの能動的なはたらきかけによって供述を引き出す行為だけでなく、供述者が自発的に発した供述を聞き取りまたは書面化する行為も含まれる。また、他人からの供述を聞き取り、書面化する行為のみならず、たとえば、「供述書」の作成のように、供述者自身が自己の供述を書面化する行為も「採取」概念に含めて考えることにする。

（5）この点に関して、松本英俊「伝聞証拠排除に関する一考察」九大法学七七号（二〇〇〇年）四八〇頁は、英米法における伝聞法則の歴史的起源および変遷を検討したうえで、「被告人の主体的活動の権利を保障するという機能が伝聞法則の歴史的背景から憶測することができ、このような機能は、弁護人の関与により可能となった反対尋問権を中心とする被告人の弁護権保障により発展・定着してきた」との事実を指摘している。

（6）証人尋問において当事者の立会権・尋問権がもつ意義については、三井誠『刑事手続法Ⅲ』（有斐閣、二〇〇四年）三二一頁以下参照。

（7）平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）二一二頁。同書は、本文引用部分に続けて、「反対尋問を経ない供述を伝聞証拠と呼ぶのであるから、被告人の供述はどちらの面からみても伝聞証拠である」とする。

（8）鈴木・前掲書註（1）七六六頁（同書は、また、「被告人は、公判廷でみずから原供述について説明することが可能なのであり、反対尋問権の保障の必要もない」という。なお、同『刑事訴訟法』（青林書院、一九九〇年）二一〇頁も参照）、高田卓爾『刑事訴訟法』（青林書院、二訂版、一九八四年）二二三頁など。

（9）平野龍一「伝聞排斥の法理」刑事訴訟法講座第二巻（有斐閣、一九六四年）二二一頁（同『訴因と証拠』（有斐閣、一九八一年）二二〇頁以下所収）。論者は、本文に引用した部分に続いて、「いわゆる一問一答式に問と答とが忠実に記載されることはまれである。一とおりの取調べがすんだあとで、それまでに述べたことをまとめて記載することが多い。そしてその『まとめ方』には取調をした捜査官の心証が影響を及ぼす。調書は多かれ少なかれ、捜査官の心証を供述者

の言葉で書いたもの、という色彩をまぬかれることができない。なるほど調書は供述者に読み聞かされて、署名押印がなされるが、これも形式に流れるのでこれによってその正確さが保証されるとはいえない」と指摘する。

(10) この点に関連して、松尾浩也「適正な刑事裁判について」司法研修所論集八〇号（一九八九年）一八頁（同『刑事訴訟法講演集』（有斐閣、二〇〇四年）一七一頁以下所収）は、「現行法は自白の扱い、とくに自白調書の扱いについて若干不備な点があるのかも知れません。三二二条によって、自白調書は任意性さえあれば証拠になるとされていますが、そこでは伝聞法則的な視点が抜けているという感じがします」という。この問題については、後に改めて検討しなおすことにする。

(11) 刑訴法三二〇条一項に関する通説の「信用性」ないし「事実認定の正確性」重視の傾向は、ひとつには、刑訴法三二〇条一項が定める「原則」と同法三二一条以下が定めるその「例外」とを統一的な原理によって説明しようとする態度に起因するものということもできる。しかし、この「原則」と「例外」は、それぞれ別個の――そして、しばしば対立しあう関係にある――原理によって説明するほうが、問題の正確な理解にとって有益であると考えられる。この点について詳しくは後述する。

(12) このことが、刑訴法三二〇条一項の趣旨を検討するにあたって考慮に入れられるべき重要な事情であることは、同規定の制定過程からも明らかである。すなわち、現行憲法施行に伴って過渡的に施行されたいわゆる応急措置法（「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」）は、その一二条において、「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尋問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」と定めていたが、現行刑訴法三二〇条一項は、これとは異なり、たとえ事後的にその供述者または作成者本人を公判期日において尋問する機会が与えられた場合であっても、書面の証拠能力を否定することとしたのである。この改正につき、衆議院司法委員会における政府説明は、「〔応急措置法一二条のもとでは、〕供述者の公判期日における供述と、聴取書または尋問調書の供述記載とが食い違っても、そのいずれをとるかは、裁判官の自由な判断に委ねられていたのであります。憲法実施のための応急的措置としては、それで憲法の要求する最小限度を満たしていると思うのでありますが、今回の改正に当っては、新たなる見地よりこれを再検討することといたしたのであります」としている（昭和二三年七月二日衆議院会議録）。

なお、応急措置法一二条と憲法三七条二項の関係および関連判例については、田中和夫「刑事被告人の証人審問権に関する判例」法曹時報三巻六号（一九五一年）一頁以下を、また、現行刑訴法中の伝聞法則関連規定の制定経緯については、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――」河上和雄先生古稀祝賀論文集（青林書院、二〇〇三年）二九三頁以下、同「現行刑事訴訟法の伝聞法則に関する規定の制定経緯について」明治学院法律科学研究所年報二〇号（二〇〇四年）四一頁以下を参照。

(13) 平野・前掲書註（9）二〇五頁。

(14) この点につき、大澤裕「刑訴法三二六条の同意について」法曹時報五六巻一一号（二〇〇四年）九頁は、「原供述に対し、現在の公判廷において事後的な反対尋問の機会があるか否かは、伝聞証拠が排除される根拠と直接の結びつきはない」と指摘する。

(15) この点、田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、新版、一九九六年）三六八頁は、伝聞証拠は「発信者の真意を確認できないから排斥される」のであり、伝聞法則が問題とするのは「ひとえに発信者の方」であるとする。

(16) 裁判所書記官研修所監修『刑事訴訟法講義案』（司法協会、再訂版、二〇〇三年）二五二頁は、供述証拠の特徴として、「仮に正確に記憶が保存されていたとしても、訴訟のようにいろいろな利害関係が絡むと、供述に当たって記憶内容を誇張し、又は隠し、あるいは積極的に偽りを交える人の多いことは顕著な事実である。そのような作為をしない誠実な供述者であっても、供述する際の外部的状況（例えば、誘導尋問による暗示など）に影響されて供述の正確さがゆがめられる場合もありうる」旨指摘する。

(17) この点は当事者自身が採取者であるとき、特に問題となる。平野・前掲註（9）二二〇頁は、「当事者の一方が収集した証拠、とくにその質問に対する供述は偏っていることが多いし、他方の当事者のこれに対する不信も大きい」とする。なお、公判期日における供述についても、「証人の供述は、尋問を請求した側の当事者の意向に添ったものとなりがちである」から、「主尋問とは異なる観点から相手方当事者が行う反対尋問に曝すことにより、より中立的な方向に供述を修正させる必要がある」と指摘される（荒木伸怡『刑事訴訟法読本』（弘文堂、一九九六年）一六八頁）。

(18) 刑訴法三二〇条一項ないし同規定が採用するとされる伝聞法則を、「事実認定の正確性」担保の観点からだけでなく、適正性保障の観点から捉えなおす必要があるとの指摘は、従来からもなされてきた。たとえば、平野・前掲註（9）二

二〇頁は、伝聞法則の趣旨に関して、「被告人のいないところで取り調べた証拠で有罪とすることは、たといそれが真実であっても公正な裁判とはいえない」としていた。そのほか、たとえば、沢登佳人「伝聞法則とその例外規定との、および刑事訴訟法三二八条の新解釈、『全訴訟関係人を人格として取扱え』『疑わしきは罰せず』の法理を証拠法に貫徹する道」法政理論九巻三号（一九七七年）六二頁以下は、「被告人の反対尋問権保障、その一環としての書証・伝聞証拠排斥の法理」の基礎には、「尋問それも専ら反対尋問は、被告人が被告人としての自己の運命を自覚的に引き受け自らの意思でその運命を切り拓いてゆくことにより人格としての尊厳性を全うするために必要不可欠」であるとの発想があることを強調し、村井敏邦『刑事訴訟法』（日本評論社、一九九六年）二三七頁は、伝聞法則を、「被告人の弁護権を保障しない証拠は、証拠調べ手続の適正性を基本的に欠くものとして形式的に排除する法則」として理解する必要を説いている。これらの見解は、伝聞法則の根拠を反対尋問権に求めた上で、同権利のもつ適正性ないし公正性の側面を強調するものであるが、後述のように、反対尋問権は対審構造のなかにおいてはじめて充分に保障されうるものであると考えるべきであろう。この点、同法則の「被告人を訴追側と実質的に対等な立場におき、反対尋問権の行使により公判での被告人の主体的な活動を実現するという側面」を重視すべきことを説く最近の見解として、松本・前掲註（5）四五一頁以下を参照。

(19) 刑事公判における当事者追行主義的な供述採取方式、あるいは、交互尋問制の採用が、憲法三七条の直接要請するところであるかについては議論がある。樋口陽一ほか『注釈日本国憲法上巻』（青林書院新社、一九八四年）はこれを否定するが、山田道郎「証人審問権と伝聞法則」法律論叢七〇巻四号（一九九八年）三六頁（同『証拠の森』（成文堂、二〇〇四年）二一頁以下所収）はこれを肯定する。また、多田辰也「証人審問権についての予備的考察」立教法学四九号（一九九八年）二五一頁は、「憲法三七条は、アメリカ合衆国憲法修正六条と同様、全体として刑事裁判の当事者主義構造を保障したものと解すべき」だとする。なお、この点、現行刑訴法三〇四条は、少なくとも形式上は、職権尋問を主とし、当事者尋問を従とするかのような定め方をしていることは周知のとおりである。

(20) この点につき、上口裕「証人の喚問不能と訴追機関の証人提出義務」南山法学五巻四号（一九八二年）五三頁、堀江慎司「証人審問権の本質について(六)・完」法学論叢一四二巻二号（一九九七年）二四頁、山田・前掲註（19）二八頁、多田・前掲註（19）二五〇頁を参照。

(21) 平野・前掲書註（7）七頁。

(22) 大澤・前掲註（14）一五頁。同論者は、「裁判所による供述態度の観察は、裁判所が正しい事実認定を行うための要請であるが、そればかりではない。供述をそのような信用性の吟味に服させることは、当事者にとっての利益でもある」とする。

(23) たとえば、中山善房『大コンメンタール刑事訴訟法』〔藤永幸治ほか編〕（青林書院、一九九九年）二二九頁、渡辺咲子「訴追免責による嘱託尋問調書」現代刑事法二巻八号（二〇〇〇年）一三頁など。

(24) わが国において、直接主義（ここでは、とくに主観的直接主義）は、一般に、「裁判所はみずからの面前で取調べられた証拠のみを裁判の基礎とすべきものとする主義」として説明されるが、ここにいう「裁判所の面前での証拠調べ」も、やはり公判廷におけるそれ、つまり、「公開の対審」によることが当然の前提とされていると考えるべきであろう。この点、高田・前掲書註（8）三七五頁は、直接主義は、「当事者主義の強調される現行法の下では、当事者とくに被告人の保護――証拠について被告人に裁判所の前で直接に弁解の機会を与える――という観点を無視することはできない」とし、また、田宮・前掲書註（15）三六五頁は、伝聞法則と直接主義の関係について、「どちらも公判中心主義という理念を背景としている」ことを確認しつつ、「直接主義というアプローチは、むしろ、わが国の伝聞法則のねらいの中枢に迫る重要な視点でもある。なぜなら、調書とくに捜査書類の多用ということが日本の刑事裁判の特色でもあり、また問題点でもあるが、その規制が伝聞法則をとることによって果たそうとした最大の課題といえるからである」と指摘する。

(25) 山田・前掲註（19）二八頁。類似の見解として、憲法三七条二項を「被告人に対する手続的保障規定と解すべきである」とするもの（多田・前掲註（19）二四六頁）や、「手続的権利である証人尋問権はデュー・プロセスの現われの一つと考えるべきであるから、事実認定の正確性の確保に加えて手続の適正さが要求される」とするもの（伊藤博路「伝聞法則の適用範囲に関する一試論（五・完）」北大法学論集四九巻三号（一九九八年）五七七頁）がある。

(26) 上口裕「身許不詳者の公判外供述と証人審問権（一）」南山法学三巻三号（一九七九年）一四一頁。村井・前掲書註（18）二三六頁以下も、憲法三七条二項が保障する「反対尋問権は、その誤りをチェックするというだけではなく、それ自体被告人の弁護権の現れとして憲法上の基本権の行使としての意味がある」と指摘する。

(27) 堀江・前掲註（20）二四頁。そのほか、「刑事訴訟は、一方的な国家の刑罰権実現手続ではなく、これによって当該事件を『解決』するための法制度なのであって、その『解決』のためには関係者（その中心は被告人である）の納得（理解、了解）が前提となる」ことを理由に、証人審問権の「被告人が自己の事件についての手続に関与する権利という側面」の重要性を指摘するものとして、田口守一「証人審問・喚問権と伝聞法則」現代刑事法二巻八号（二〇〇〇年）四頁以下も参照。

(28) そのほか、憲法三七条二項前段の証人審問権をめぐる議論について、堀江・前掲註（20）一二頁以下を参照。

(29) 上口裕「身許不詳者の公判外供述と証人尋問権（二・完）」南山法学四巻三号（一九七九年）一九頁。

(30) 堀江慎司「証人を『審問』する手段――憲法三七条二項と刑訴法三二八条――」刑法雑誌三九巻三号（二〇〇〇年）四二頁。その出発点は、憲法上の規定を根拠に「刑訴法の定める伝聞証拠許容の際のハードルを被告人側のために下げる」ことができないかという問題関心にある（堀江慎司「憲法三七条と刑訴法三二八条」法学論叢一四六巻二号（一九九九年）一四頁以下）。類似の問題関心から、憲法三七条二項後段に被告人の「証拠提出権」を読み込むことを主張する見解として、光藤景皎「証人喚問請求権の蘇生」福田平・大塚仁古稀祝賀『刑事法学の総合的検討（下）』（有斐閣、一九九三年）六六九頁以下（同『刑事証拠法の新展開』（成文堂、二〇〇一年）所収）が、また、「デュー・プロセス」の概念を根拠に「憲法的制約による伝聞法則の適用範囲の片面的構成」の可能性を示唆するものとして、伊藤・前掲註（25）五七二頁以下がある。

(31) 多田・前掲註（19）二四七頁以下。なお、②に挙げる「検察側証拠の吟味権」は、上口・前掲註（29）のいう「証拠吟味権」とほぼ同じ内容を意味するものと思われる。なお、④の「弁護権の保障」の内容はかならずしも明らかではないが、「反対尋問等による検察側証拠の吟味は、素人である被告人には困難なことが多い」とするところからすれば、弁護人選任権ないし国選弁護人制度の保障の趣旨か。

(32) たとえば、多田・前掲註（19）二四七頁の挙げる「被告人の在廷権」や「弁護権」の保障などは、むしろそれぞれ憲法三七条三項もしくは二項にその直接の根拠を求めるのが妥当ではないか、との疑問が指摘されうるように思われる。なお、上述のところからも明らかなように、本稿は、刑訴法三二〇条一項の規定と憲法との関係は、憲法三七条一項ないし三項のすべての規定を射程に入れて考察されるべきだとの発想にたっている。詳しくは後述する。

(33) たとえば、山田・前掲註(19)二七頁以下は、「伝聞法則は、『真実発見という訴訟目的に奉仕するための証拠排除法則』であり、反対尋問権もそのための手段にすぎない」とする。伊藤・前掲註(25)五七二頁は、「伝聞法則の根拠は、事実認定の正確性の確保にある」とするのも同趣旨であろう。なお、多田・前掲註(19)二四六頁も、「基本的に、証人審問権を〔事実認定の正確性を問題とする〕証拠法則から切り離して理解すべきだ」とするが、伝聞法則がもっぱらそのような証拠法則であるかについては言及していない。これらの諸学説を整理するものとして、田口・前掲註(27)六頁以下も参照。なお、論者の中には、およそ「証拠法則」たるものは「事実認定の正確性を問題とする」ものであるかのような表現をとるものがある。しかし、「証拠法則」が、かならずしも事実認定の正確性のみを問題とするものではないことは、違法収集証拠排除法則の例を挙げるまでもなく、同様に明文の根拠を持つ「証拠法則」である自白法則をとってみても明らかであるから、この用語法は適切ではないというべきであろう。

(34) 刑訴法三二〇条一項と憲法の関係については、後に改めて検討する。