OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	刑事訴訟法三二六条の「同意」について（上）
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2007, 57(1), p. 1-15
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55173
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

論　説

刑事訴訟法三二六条の「同意」について（上）

松田岳士

一　はじめに
二　刑訴法三二六条の「同意」の対象となる証拠の範囲（以上、本号）
三　原供述の証明力を争うための証人尋問の可否
四　おわりに

一　はじめに

(1)　刑訴法三二六条一項は、「検察官及び被告人が証拠とすることに同意した書面又は供述は、その書面が作成され又は供述のされたときの情況を考慮し相当と認めるときに限り、第三二一条乃至前条の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる」と定める。この規定は、法文の体裁上は、同法三二〇条一項の定めるいわゆる「伝聞証拠排除」の「原則」に対する「例外」を定めるものとして位置づけられている。しかし、実務上は、当事者から書証の取調べ請求があった場合には、まずその相手方にこの「同意」の有無を確認し、「同意」があったときに

は同規定の同意書面として採用し、同意がないものについてのみ同法三二〇条以下の定める「伝聞法則」の適用が検討されるという扱いがなされるのが通常であり、その意味で、同制度は、とりわけ、書証について証拠能力が認められるかどうかの「第一の関門」として機能しているとされる。また、実際にも、自白事件についてはもちろんのこと、否認事件においても、「同意書証」が取り調べられることが少なくないとされ、その結果、この「同意」は、「わが国の訴訟で書面が多用されるという特色を支える、きわめて重要な制度」となっており(1)、このことに関しては、「日本の公判が形骸化し、書面中心の審理になってしまった要因」として、否定的に捉える見方もある一方で(2)、事実に争いのない事件の迅速な解決や、争点中心の充実した審理の実現に資するところが大きいとして、肯定的に捉える見方も示されている(3)。

(2)　ところで、この刑訴法三二六条の「同意」に関しては、学説上、とりわけ重要な問題として、その「本質」をどのように理解すべきかが議論されてきた(4)。ここに「本質」とは、刑訴法三二六条一項の「同意」によって、同法三二〇条一項の原則規定による排除の対象となり、しかも、同法三二一条以下の例外の場合にも当たらないために「本来ならば証拠能力のない書面又は供述が、……証拠能力を取得することになる」のは何故かを問題とするものである(5)。

この点、かつては、刑訴法三二六条の「同意」は、形式的には「証拠能力を付与すること」を意味するが、その「本質」は、「反対尋問権の放棄」に求められるとする説明が一般的であったが(6)、現在では、一般に、その「本質」それ自体を、当事者の「反対尋問権の放棄」に求めるべきか（反対尋問権放棄説）、それとも、当該証拠に「証拠能力を付与する訴訟行為」に求めるべきか（証拠能力付与行為説）が問題とされ、そのいずれの理解に立つかによって、とりわけ、①同意の対象となる証拠の範囲、そして、②原供述の証明力を争うために、当該原供述者を公

判期日に喚問し、審問することの可否の問題の解決に差異をもたらすものと考えられている。[7] この①および②は、いずれも、刑訴法三二六条一項の「同意」に、同規定の明文が予定する以上の「効果」を認めることができるか否かを問題とするものであり、その意味では、両見解は、刑訴法三二六条一項の「同意」に、同規定の解釈論を超える内容を読み込もうとするものであるということができるように思われる。[8]

刑訴法三二六条一項の「同意」の「本質」の理解をめぐる学説上の議論が、このように、同規定の趣旨説明を出発点としながらも、その「論理的な帰結」として、同規定が予定する以上の「効果」を導くものであるとすれば、このことは、同規定の「同意」の理解の仕方それ自体というよりも、むしろ、その背景にある同法三一〇条以下の諸規定が定める「証拠法則」の趣旨説明、あるいは、同証拠法則と「証人審問権」ないしその一内容たる「反対尋問権」の関係についての理解の仕方に起因するものであるように思われる。

(3) 刑訴法三一〇条一項は、裁判所の事実認定は、「証拠」による旨を定める同法三一七条を受けて、同法三一一条ないし三一八条に規定する場合を除いては、「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」旨定める。

この規定は、従来、英米法において発展をみたいわゆる「伝聞法則」を採用する意義をもつものとされ、その趣旨については、供述証拠は、人の体験事実について、知覚、記憶、叙述という供述者の内的過程を経て事実認定者に到達するが、その各過程には誤りが入り込むおそれがあるため、とりわけその「正確性」が要求される裁判所の事実認定は、原則として、(a)真実を述べる旨の宣誓と偽証罪による処罰の予告、(b)不利益を受ける相手方当事者による反対尋問、(c)裁判所による供述態度の観察による「信用性のテスト」を経た公判期日における供述によって行なわれるべきであり、裁判所は、それに代えて、そのようなテストを経ていない公判期日外における供述を事実認

定の証拠とすることはできないものと説明されてきた。

他方、刑訴法三二一条以下の諸規定が、これに対する例外として、一定の要件のもとに、公判期日外の供述を裁判所の事実認定の証拠に供することを認めている理由については、一般に、反対尋問権は、供述証拠の信用性を吟味するために与えられるものであるから、原供述者に対する反対尋問の機会の与えられない伝聞証拠であっても、反対尋問に代わるほどの信用性の情況的保証があり、かつこれを証拠とする必要の高い場合には、例外的に証拠能力を認めてよいからだと説明されてきたのである。

(4)　しかし、公判期日における供述採取の特徴は、憲法三七条二項前段により「刑事被告人」に「証人に対して審問する機会」が保障され、また、いずれにしても、刑訴法一五七条によって、「検察官、被告人又は弁護人」に証人尋問における立会権および尋問権が保障されることに尽きるわけではない。それは、むしろ、憲法三七条一項および三項、そして、刑訴法の関連諸規定によって保障される「公開の対審」、すなわち、「公開の法廷における、公平な裁判所の前での訴訟当事者の対等かつ同時の審理参加」のもとで行なわれる点に求められるべきであり、実際、被告人および検察官の証人尋問への立会権や尋問権も、このような「公開の対審」のもとで保障されてはじめてその本来の意味をもつものであるというべきである。

他方、供述証拠の特徴についても、これを、刑訴法三二〇条一項の規定内容との関連において指摘するならば、「供述過程」の各段階に誤りが入るおそれがあることよりも、むしろ、その内容それ自体がその採取・保全のあり方によって影響を受けやすく、事後的にその影響の有無・程度を確認することが困難である一方で、人が知覚し、記憶した情報を表出するという意味で、本質的に、「再現」可能な性格をもつがゆえに、その採取を公判期日において「やり直す」ことが可能である、という点が重要であるように思われる。

(5)　そうであるとすると、刑訴法三二〇条一項が採用する「伝聞法則」は、公判期日における供述採取においては、憲法三七条および刑訴法の関連諸規定によって、「公開の対審」を本旨とする手続的諸権利が訴訟当事者に保障されることを前提として、また、「供述」が本質的に再現可能な性質をもつことを念頭においたうえで、裁判所が、公判期日における「公開の対審」の保障のもとで原供述者から改めて採取される供述に代えて、公判期日外において書面または第三者の記憶上に採取・保全された供述を事実認定の証拠に供することを原則として禁止する趣旨に理解されるべきであるように思われる。

このような「伝聞法則」は、憲法三一条によって国家による刑罰権行使の直接の前提となる裁判所の事実認定に要求される「適正性」ないし「公正性」を具体化する「証拠法則」の一つとして理解することができるが、ここに「事実認定の適正性」とは、訴訟当事者の権利保障の絶対的な尊重を意味するものではなく、むしろ、そのような手続的権利保障の尊重と、真実発見や訴訟経済等の「公共の福祉」に属する諸要請との間の「適正な均衡」を意味するものと考えるべきであろう。そして、この「適正な均衡」は、憲法一三条に照らし、「公開の対審」を構成する手続的な権利保障の最大限の尊重によって実現されるべきものであり、したがって、真実発見や訴訟経済等の要請がこれに決定的に優越するがゆえに、手続的権利保障の尊重の要請を譲歩させることがやむを得ないと認められる場合に限って、例外的に、公判期日において「公開の対審」のもとで採取された供述に代えて、公判期日外において書面または第三者の記憶上に保全された供述を裁判所が事実認定の証拠に供することが許されるというべきであり、同法三二一条以下の諸規定は、主として、そのための要件を定めるものと理解することができる。

(6)　このようにみてみると、従来の通説による「伝聞法則」の趣旨説明には、とりわけ、同法則を、基本的に、裁判所による「事実認定の正確性」を担保するための証拠法則として理解することから、(a)刑訴法三二〇条一項が

問題とする公判期日における供述採取の特徴を、不利益を受ける相手方当事者への反対尋問権の保障を中心とする「信用性のテスト」を経ることに特化し、また、(b)公判期日において、当事者に対し、反対尋問権をはじめとする手続的諸権利を保障することそれ自体の問題と、そのような権利保障の尊重を旨とする証拠法則による「事実認定の適正性」の保障の問題を明確に区別することなく扱ってきた[9]、という二点において問題があり、このことは、刑訴法三二六条の「同意」の本質をめぐる学説上の議論にも多分に反映されているように思われる。

本稿においては、刑訴法三二〇条一項が定める「伝聞法則」の趣旨説明、そして、同証拠法則と証人審問権の保障との関係に関する右のような考察を前提として、同法三二六条の「同意」の「法的性質」あるいは「本質」をめぐって展開されてきた従来の議論の問題点を改めて検討してみることにしたい[10]。

（1）田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、新版、一九九六年）三九二頁。

（2）白取祐司『刑事訴訟法』（日本評論社、第三版、二〇〇四年）三六二頁以下。

（3）刑訴法三二六条一項の「同意」がわが国の刑事訴訟において担っている機能およびそれに対する評価に関しては、関正晴「刑訴三二六条の同意について」法学紀要四〇巻別巻（一九九九年）二三五頁を参照。

（4）「本質」のほか、「法的性質」、「内容」等の用語が用いられることもある。この問題をめぐる議論および実務の状況を簡潔に紹介するものとして、中川武隆「三二六条の意義と機能」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、新版、一九九一年）二一七頁、平良木登規男「伝聞例外（その一）――刑訴法三二六条一項の同意」警察学論集五四巻一〇号（二〇〇一年）一九九頁、大野市太郎「三二六条の意義と機能」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）一九〇頁等がある。

（5）江家義男『刑事証拠法の基礎理論』（有斐閣、訂正版、一九五六年）一四四頁は、同意の「本質」とは、「刑訴法三二六条一項」にいう『同意』は、形式的には、書面又は供述を証拠とすることの同意であり、本来ならば証拠能力のない書面又は供述が、同意によって証拠能力を取得することになるのであるが、それでは、何故に当事者の同意がかかる効力

を生ずるか」を問題とするものであるとする。この点については、横川敏雄『刑事裁判の実際』（朝倉書店、一九五〇年）一〇二頁も参照。

（6）横川・前掲書註（5）一〇三頁、笠松義資『法律実務講座刑事編 第九巻』（有斐閣、一九五六年）二〇一四頁、勝尾鐐三『総合判例研究叢書 刑事訴訟法(12)』（有斐閣、一九六一年）一五一頁以下等。そうであるとすれば、両者は必ずしも両立できない考え方ではないということになろう（松本芳希「刑訴法三二六条の同意」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院、一九九八年）六頁）。

（7）松本・前掲註（6）六頁。

（8）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）五頁は、「従来の同意の本質をめぐる議論」について、「伝聞法則の問題として尽くされるべき検討が尽くされないまま、水掛け論に陥っていたようにも見える」という。

（9）たとえば、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）二〇六頁は、「伝聞証拠は、すべて排除されるわけではなく、例外的に許容される場合もある」理由について、「憲法は、『すべての証人』に対して審問する権利が与えられるとし、一見例外を認めないようにみえるが、反対尋問に代るほどの信用性の情況的保証があり、かつその証拠を用いる必要があるときにまで、必ず審問の機会を与えなければならないという趣旨ではないと思われる」と説明するが、伝聞例外が認められる場合であっても、証人審問権が保障されなければならないことに変わりはないというべきではないか。なお、刑訴法三二六条一項の趣旨についても、同法「三二〇条一項が規定する伝聞法則は、当事者に対し反対尋問権を保障する趣旨のものであるから、当事者がその権利を放棄した場合には、伝聞法則の例外として書面又は伝聞証言を証拠とすることができることになる」との説明がある（香城敏麿『注解刑事訴訟法 第五巻』（立花書房、新版、一九九八年）三五五頁）。

いずれにせよ、これは、通説が、憲法三七条二項前段の「証人」の解釈において、「およそ供述証拠を提供する者」という、いわゆる「実質的証人概念」を採ることによって、同条項に、「権利保障規定」としての意味だけでなく、「証拠法則」としての意味を読み込むことに起因する問題であるように思われる。しかし、憲法三七条二項前段による「刑事被告人」に対する「証人審問権」の保障は、同条一項および三項の定める手続的保障を伴うことによって、はじめてその本来の意義をもつものというべきであるから、同規定の「証人」は、「形式的証人概念」により、すなわち、「裁判所の職権に

より、又は訴訟当事者の請求により喚問した証人（最大判昭和二四年五月一八日刑集三巻六号七八九頁等）」の意に理解すべきであり、「伝聞法則」の採否が憲法により要請されているか否かは、むしろ、直接には、憲法三一条の問題として、すなわち、そのような証人審問権の保障の尊重を内容とする「適正な事実認定」の保障の問題として理解すべきであるように思われる。

(10)　本稿は、松田岳士「刑事訴訟法三一〇条一項について(上)(中)(下)」阪大法学五四巻五号（二〇〇五年）一三頁以下、同五五巻一号（二〇〇五年）四五頁以下、同五六巻一号（二〇〇六年）三一頁以下において示した刑訴法三一〇条一項の趣旨および同規定と証人審問権の関係に関する考察をもとに、刑訴法三二六条一項の「同意」の本質をめぐる従来の議論を再検討するものである。

二　刑訴法三二六条の「同意」の対象となる証拠の範囲

(1)　刑訴法三二六条一項の「同意」の「本質」をめぐる反対尋問権放棄説と証拠能力付与行為説の対立点の一つは、同規定の「同意」の対象となる、あるいは、同規定によって「証拠とすることができる」ことになる「書面又は供述」の範囲の理解にある。

反対尋問権放棄説によれば、刑訴法三二六条の「同意」の「本質」は「反対尋問権の放棄」に求められるため、それは、検察官または被告人の「反対尋問権」の保障と関係のない証拠能力の制限の解除とは結びつかないことになる(11)。より具体的には、同見解からは、一方で、被告人が、自白調書をはじめとする被告人自身の公判外供述を「証拠とすること」に「同意」したとしても、「そもそも被告人の供述に対して、被告人自身は、反対尋問権を持つはずがない……から、それを放棄することもありえない(12)」以上、それは、刑訴法三二六条一項の「同意」ではありえないことになり(13)、他方で、「任意性のない自白」や「違法収集証拠」等の「反対尋問権の保障と関係のない証

拠禁止」によって排除されるべき証拠も、やはり、同規定の「同意」の対象とはならないことになるのである。(14)

これに対して、証拠能力付与行為説においては、刑訴法三二六条の「同意」は、「単に消極的な反対尋問権の放棄にとどまらず、より積極的な、証拠に証拠能力を付与する当事者の訴訟行為」として理解されることから、自白調書をはじめとする被告人自身の公判外供述も当然にその「同意」の対象となりうるものとされ、また、他方で、「当事者の放棄可能な権利であるならば、その権利保障のために定めた手続に違背して収集された証拠」でも、同規定の「同意」により「証拠能力を取得する」ことが認められることになる。(15)

(2) このうち、自白調書をはじめとする被告人自身の公判期日外の供述が、刑訴法三二六条の「同意」の対象となりうるかについては、(16) 少なくとも現在の実務においては、(17)「自供調書についても、まず、同意の有無を確認し、同意があれば、刑訴法三二六条の同意書面として採用、取調べをし、もし、不同意の意見が述べられた場合には、検察官が三二二条の書面として請求を維持するとき、これに対する意見を聴取した上、同条によって採否を決するという取扱いが、例外なく定着している」とされ、(18) 証拠能力付与行為説はこれに理論的な根拠を与えるものと考えられている。

これに対して、反対尋問権放棄説の立場からは、仮に自白調書等の被告人自身の公判外供述について「証拠とすること」への「同意」がなされるとしても、それは、「〔刑訴法三二二条〕による証拠調に異議がない趣旨にふりかえ」られるべきである、(19) あるいは、同法「三二六条とは別の、当事者主義原理に由来した一般的制度として解釈構成すべきである」とされることになる。(20)

(3) ところで、反対尋問権放棄説は、刑訴法三二六条一項の趣旨について、同法「三二〇条は憲法三七条二項の証人審問権に由来する証拠能力の制限を定めるのであるが、当事者主義のたてまえから被告人のみならず検察官に

も反対尋問権の保障を及ぼしている」との理解を前提に、「被告人、検察官いずれの有する反対尋問権も放棄を許す権利であり、放棄されるならば三二〇条はもはや適用の根拠を失う」と説明する。[21] しかし、同見解が前提とする「伝聞法則」の理解、あるいは、同法則と「反対尋問権」の関係に関する右のような理解が、それ自体、刑訴法三二〇条一項の定める「証拠法則」の趣旨説明として妥当であるかは疑問である。

刑訴法三二〇条一項は、公判期日における供述に代えて、公判期日外において書面ないし第三者の記憶上に採取・保全された供述を裁判所の事実認定の証拠に供することができない旨を定めるのであるから、そこで問題とされているのは、公判期日における供述採取と公判期日外におけるそれとの差異であるというべきところ、前節においてみたように、公判期日における供述採取の、公判期日外のそれとの対比における本質的特徴は、当該供述証拠によって不利益を受ける相手方当事者の「反対尋問権」の保障につきるものではなく、むしろ、「公開の法廷における公平な裁判所の前での当事者の対等かつ同時の審理参加」、すなわち、「公開の対審」のもとで行なわれることに求められるべきであるように思われる。[22]

いいかえれば、「反対尋問権」は、公判期日における「公開の対審」のもとでの供述採取において訴訟当事者に保障されるべき重要な手続的権利の一つではあるとしても、そのすべてではない。すなわち、「反対尋問権」は、公判期日における供述採取のなかでも、とくに被告人以外の第三者からの供述採取において保障される「公開の法廷における、公平な裁判所の前での当事者の対等かつ同時の審理参加」の「一要素」にすぎないのであるから、その放棄のみによって、刑訴法三二六条所定の「効果」が導かれる理由をすべて説明しつくすことは不可能であるというべきである。

被告人自身からの供述採取についていえば、たとえば、捜査機関による「取調べ」と公判期日における被告人質

問の手続について刑訴法が予定し、また、実際に行われているところを対比してみれば一目瞭然であるように、公判期日外における供述採取のあり方と公判期日におけるそれとでは、公開主義、「公平な裁判所」、弁護人選任権、弁護人の立会権・参加権等の保障の有無ないし内容において、刑訴法三二〇条一項が具体化しようとする「事実認定の適正性」に照らして、本質的な差異が認められるように思われる。また、――「調書は、被疑者……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」[23]という、いわゆる「作文調書」問題に代表される――「供述録取書」の記載内容が原供述の内容と一致するか否かの問題も、まさしく、刑訴法三二一条一項の「署名若しくは押印」が問題とするところであって、「伝聞法則」の関心事に属するところであるといわなければならない[24]。

実際、法文上も、刑訴法三二六条一項は、同法三二一条――およびこれを準用する同法三二四条一項――を、「同意」を前提として解除されることになる証拠能力の要件から除外しておらず、また、同条項の「第三二一条乃至前条の規定にかかわらず」とは、これらの諸規定によって証拠能力が認められるか否かを問うまでもなくという意味にほかならないと解されるから[25]、自白調書に関する右のような実務上の扱いには、合理性が認められるというべきであろう[26]。そして、同様の指摘は、反対尋問を経た公判準備の証人尋問調書等の同法三二一条二項の書面についても、基本的に妥当するものということができるように思われる[27]。

(4)　したがって、少なくとも右のような意味では、刑訴法三二六条の「同意の意味は、それが反対尋問権の放棄になる場合であるかどうか、他に証拠能力を認める方法があるかどうかなどということをはじめから問題にしないで、すなわち、そのような考慮にまったく煩わされないで、その証拠能力を肯定できるということなのである[28]」とする証拠能力付与行為説の説くところのほうが妥当であるように思われる。

もっとも、同見解が、刑訴法三二六条の「同意」を、「単に消極的な反対尋問権の放棄にとどまらず、より積極的な、証拠に証拠能力を付与する当事者の訴訟行為」として理解することの帰結として、「当事者の放棄可能な権利であるならば、その権利保障のために定めた手続に違背して収集された証拠」についても、その「権利」の内容の如何を問わず、同法三二六条の「同意」により「証拠能力を取得する」ことを認めるとすれば[29]、同規定の解釈論としては、やはり妥当性を欠くといわざるをえない。

なぜなら、刑訴法三二六条一項は、右にも見たように、検察官および被告人の「証拠とすること」に対する「同意」の効果として、あくまで、同法「第三二一条乃至前条の規定」の定める証拠能力の要件の解除を定めているのであり、そうである以上、そのような解除を根拠づける同規定の「同意」に、違法収集証拠排除法則や自白法則など[30]、公判期日における供述採取における「公開の対審」を構成する手続的諸権利の保障の尊重とは関係のない証拠能力の制限を解除する効力までをも認めることは妥当でないというべきだからである[31]。

(11) 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）七八六頁。
(12) 中川・前掲註(4)二一六頁。
(13) 江家・前掲書註(5)一四五頁、小野清一郎ほか『ポケット註釈全書刑事訴訟法(下)』（有斐閣、新版、一九八六年）九一九頁。なお、この点につき、香城・前掲書註(9)三五七頁は、「被告人の公判廷外での供述は、これに対する被告人の反対尋問はあり得ないが、その供述過程に誤りが生じうることは他の者の供述の場合と同様であるから、現行法では伝聞証拠とされている」とし、とくに刑訴法三二四条一項の場合を念頭において、「被告人の公判廷外での供述を内容とする被告人以外の者の公判廷での供述においても、被告人の同意、つまりは限定された反対尋問権の放棄ということはあり得るというべきであろう」とする。
(14) 小野ほか・前掲書註(13)九二五頁、光藤景皎『口述刑事訴訟法　中』（成文堂、補訂版、二〇〇五年）二三九頁。
(15) 松本・前掲註(6)八頁。

(16) 自白調書に対する「同意」の問題に関する議論および実務の状況を紹介するものとして、平良木登規男「自白調書の証拠調べ」平野龍一＝松尾浩也編『実例法学全集 続刑事訴訟法』（青林書院新社、一九八〇年）二七四頁を参照。

(17) かつては、被告人自身の供述については、被告人自身による反対尋問権の放棄はありえないとの前提から、「自供調書については、わざわざ同意として受けとらず、公判調書の証拠関係カードにもただ『異議がない』と記載しておく（あるいはその記載もしない）取扱い」も、実務の一部で行なわれていたとされる（戸田弘「刑事証拠調に関する日常的な二、三の問題」法曹時報一七巻九号（一九六五年）七頁）。

(18) 松本・前掲註(6)九頁。この点、松本時夫『刑事訴訟法Ⅱ』〔松尾浩也編〕（有斐閣、一九九二年）一三五頁も、「実務上、被告人（弁護人）が被告人自身の自白調書に同意するということは長年にわたり日々行なわれていることであり、弁護人が『同意はしないが、任意性をとくに争うものではない』などと証拠意見を述べることも稀ではない」とする。

(19) 戸田・前掲註(17)一〇頁。

(20) 田宮・前掲書註(1)三九四頁

(21) 鈴木・前掲書註(11)七八六頁。なお、田宮・前掲書註(1)三九二頁は、刑訴法三二六条の「同意の実質は、原供述者に対する反対尋問権の放棄である」としつつ、「正確には、伝聞性の解除行為である」という。

(22) この点、戸田・前掲註(17)八頁は、「伝聞法則」の趣旨を「『公判の直接供述』を尊重すること」に求めたうえで、「『公判の直接供述』において反対尋問が重要な意味をもつといっても、それはむろん反対尋問が可能な場合のことである」と指摘する。

(23) 平野龍一「伝聞排斥の法理」日本刑法学会編『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）所収〕。

(24) この点については、「同意の本質は原供述者に対する反対尋問権の放棄を中核とするが、反対尋問権の放棄につきるわけではなく、直接主義の保障を放棄する意思表示も含まれている（石井一正『刑事実務証拠法』（判例タイムズ社、第三版、二〇〇五年）六二頁）」、あるいは、「同意には、公判期日に公判廷で、裁判官が原供述者を直接吟味するという直接主義による要請も必要としないという、意思表示も含まれている（石丸俊彦『刑事訴訟法』（成文堂、一九九二年）三七七頁）」との指摘もある。また、大澤・前掲註(8)一五頁は、自白調書に対する刑訴法三二六条の「同意」は、「裁判所

による供述態度の観察」による「信用性の吟味」を経ていない被告人の供述調書に対して、伝聞証拠としてその証拠能力を責問する権利の放棄を意味するものとする。しかし、本稿が公判期日における供述採取の特徴として指摘する「公開の対審」の意義は、本文においてみたところからも明らかであるように、このような「直接主義」的なものにとどまるものではない。

(25)　戸田・前掲註(17)九頁。そのほか、栗本一夫『実務刑事証拠法』（立花書房、七版、一九六九年）一七三頁は、「刑訴法三二六条は、『第三二一条乃至前条の規定にかかわらず』といっているので、刑訴法三二一条の書面も同意の対象となるわけであるが、同条の書面中には自白調書や自認調書も含まれるのであって、自白、自認調書は……伝聞証拠ではない」のであるから、「これらの書面の証拠能力を同意することは、決して反対尋問権の放棄だとはいえないはずである」と指摘し、松本・前掲書註(18)二三五頁は、「その文理上被告人の自白を録取した書面に対しても『同意』がありうるとして」いる以上、「自白調書の同意についても反対尋問権の放棄という説明をすることは、完全な論理的矛盾を犯すことになる」とする（この点につき、同『刑事訴訟法入門』〔藤木英雄ほか〕（有斐閣、第三版、二〇〇〇年）二九四頁以下も参照）。なお、西原春夫『註釈刑事訴訟法　第三巻』（立花書房、一九七八年）三九〇頁も参照。

(26)　谷口敬一「証拠書類に対する同意・不同意」大阪刑事実務研究会『刑事公判の諸問題』（判例タイムズ社、一九八九年）三五二頁は、「被告人の供述調書に同意するということは実務上当然のごとくに行なわれているところでもあって、かかる実務上の取扱を今さら変更しなければならない必要性も見い出せない」とする。

(27)　谷口・前掲註(26)三五二頁、丹治初彦「書証の同意について」佐伯千仞先生卒寿祝賀論文集編集委員会編『新・生きている刑事訴訟法』（成文堂、一九九七年）一八二頁。

(28)　戸田・前掲註(17)一〇頁。

(29)　松本・前掲書註(18)二三六頁、関・前掲註(3)二三三頁。松尾浩也監修『条解　刑事訴訟法』（弘文堂、第三版増補版、二〇〇六年）七三二頁は、被告人および弁護人が証拠とすることに同意した捜索差押調書は捜索差押手続が違法であったかどうかにかかわらず証拠能力を有するとした最大判昭和三六年六月七日刑集一七巻六号九一五頁、およびポリグラフ検査結果回答書についても被告人の同意に基づき刑訴法三二六条一項を適用して証拠能力を認めることができるとした最決昭和四三年二月八日刑集二二巻二号五五頁を例に挙げ、最高裁判例も、同意に積極的な効果のあることを認めるものとす

る。なお、この問題につき、松本・前掲註(6)一四頁は、反対尋問権放棄説にたつか、証拠能力付与行為説にたつかということは、この問題の結論に直接影響するものではなく、「要は、違法収集証拠に証拠としての許容性を認めることについて、当事者に処分権限が認められるのかどうか、認められるとしてどの範囲で認められるかということに帰着する」と指摘する。

(30) 「同意」と違法収集証拠排除法則との関係については、とくに、樋口裕晃「同意と違法収集証拠」判例タイムズ八二五号（一九九三年）二二頁、松本・前掲註(6)を、自白法則との関係については、平良木・前掲註(16)二七七頁以下を参照。

(31) この点に関して、石井・前掲書註(24)六二頁は、「刑訴法三二六条一項の同意は、同法三二〇条一項によって証拠とすることができない伝聞証拠に証拠能力を与える当事者の訴訟行為であるから、およそ伝聞法則の適用が考えられない証拠について同意、不同意の別を確かめるのは、理論的に無意味である」とする。基本的に同趣旨の指摘は、小野ほか・前掲書註(13)九二三頁以下、香城・前掲書註(9)三五七頁以下、大澤・前掲註(8)一八頁、波床昌則「伝聞証拠の概念と刑訴法三二六条の同意の意義」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 下巻』（判例タイムズ社、二〇〇六年）二九二頁等にもみられる。