The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	刑事訴訟法三二〇条一項について（下）
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2006, 56(1), p. 31-74
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55215
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（下）

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、五四巻五号）
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（以上、五五巻一号）
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三一一条以下の規定の関係
六　おわりに（以上、本号）

四　刑訴法三二〇条一項と憲法の関係

(1)　従来、刑訴法三二〇条一項との関係で憲法に言及される場合には、もっぱら憲法三七条二項前段が問題とされてきた。より具体的には、刑訴法三二〇条一項は、「反対尋問権」の尊重を本旨とする「伝聞法則」を採用する規定であるとの理解を前提に、「刑事被告人」に「証人審問権」を保障する憲法三七条二項前段は、この「伝聞法則を明らかにしたもの」であるか否か、あるいは、「刑事訴訟法の伝聞法則に関する規定は、憲法三七条二項前段

の……規定によって、要請され」ることになるのか否かが論じられてきたのである。[63] しかし、前述のように、憲法三七条二項前段は、「刑事被告人」に、「証人に対して審問する機会」を「充分に」保障するにあたって、同条一項および三項の保障を当然の前提としているものと考えられるのであり、そうであるとすれば、刑訴法三二〇条一項と憲法との関係を検討する際には、これらの諸規定も射程に入れて考察する必要があろう。

この点、最高裁判例は、憲法三七条二項前段について、同規定に、「刑事被告人はすべての証人に対し審問の機会を充分に与えられると規定しているのは、裁判所の職権により、又は訴訟当事者の請求により喚問した証人につき、反対尋問の機会を充分に与えなければならないと言うのであ」るとの理解を繰り返し確認してきており（最大判昭和二四年五月一八日刑集三巻六号七八九頁、最大判昭和二五年九月二七日刑集四巻九号一七七四頁、最判昭和三〇年一一月二九日刑集九巻一二号二五二四頁等）[64]、他方で、比較的最近の判例において、「憲法三七条三項は『刑事被告人』という言葉を用いていること、同条一項及び二項は公訴提起後の被告人の権利について定めていることが明らかであり、憲法三七条は全体として公訴提起後の被告人の権利について規定していると解される」として（最大判平成一一年三月二四日民集五三巻三号五一四頁）、憲法三七条に含まれる三条項を包括的に捉える理解を示している。このことからすると、判例も、憲法三七条二項前段の「証人に対して審問する機会」の保障の「場」としては、基本的に、憲法三七条一項および三項所定の手続的保障を伴なう「公判期日」を想定しているということができよう。

(2)　もっとも、判例が、憲法三七条二項前段を、「裁判所の職権により、又は訴訟当事者の請求により喚問した証人につき、反対尋問の機会を充分に与えなければならない」趣旨に理解している点については、周知の通り、批判がある。すなわち、学説の多くは、同規定に関する判例のような理解を前提とすると、憲法三七条二項前段のも

とでも、証人を「喚問した場合でも、公判廷の供述とならんで、伝聞証拠自体はいぜんとして許容されるから、いわゆる自己矛盾の供述はすべて証拠能力が認められることになる」[65]、あるいは、同規定の扱う問題は、「公判期日外の供述証拠に関する証拠法上の準則」である「伝聞法則」のそれとは「別個独立の無関係の事柄」ということになるとして[66]、これを批判するのである[67]。

そして、右の点に関して判例に批判的な見解の多くは、憲法三七条二項前段の「証人」の意義をどのように理解するか、すなわち、判例のように、「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」と「形式的」に理解するのか（以下、この立場を「形式説」と呼ぶ）、それとも、「実質的」に「およそ供述証拠を提供する供述者」、あるいは、「供述証拠を提供する供述者一般」と理解するのか（以下、この立場を「実質説」と呼ぶ）によって、同規定を、伝聞証拠を原則として排斥することを要請するものと理解することができるか、あるいは、刑事訴訟法の伝聞法則に関する規定は、憲法三七条二項前段の規定によって要請されることになるかが左右されるものとしてきたのである[68]。

(3) しかし、判例の立場についての理解はともかく、このように、憲法三七条二項前段の要請につき、その「証人」概念の解釈をめぐって実質説と形式説を対置する議論のあり方が、それ自体、妥当なものであったかについては、疑問がないわけではない。

まず、右の実質説が、憲法三七条二項前段によって「刑事被告人」に「証人に対して審問する機会」が「充分に」与えられるべき「場」として、何を想定しているかは必ずしも明らかではない。仮に実質説においても、「証人審問権」保障の「場」として公判手続が念頭におかれているものとすれば[69]、少なくともこの意味では、同規定の「証人」の意義については、これを、「裁判所の職権により、又は訴訟当事者の請求により召喚した証人」とする判例

ないし形式説と立場を異にするわけではないように思われるからである。すなわち、その場合には、実質説も、憲法三七条二項前段が、少なくとも「権利保障規定」としては、「裁判所の職権により、又は訴訟当事者の請求により召喚した証人につき、反対尋問の機会を充分に与えなければならない」ことを意味する規定であることについては、判例ないし形式説と結論を同じくすることになるのである。反対に、実質説が、そのような「場」として、「公判手続」以外の場をも念頭においているとすれば、[70] そのこと自体、問題であるといわなければならない。なぜなら、前述のように、憲法三七条二項前段が「刑事被告人」に保障する「証人に対して審問する機会」を「充分に」与えられる権利は、同条一項および三項が定める手続的保障を前提としてはじめてその本来の意味をもつというべきであり、[71] 憲法自身も、このことを当然の前提としていると考えるのが妥当であると思われるからである。

(4)　さらに、憲法三七条二項前段については、右のような「権利保障規定」としての意義にとどまらず、公判手続において、そのような権利保障を欠いた状態で――すなわち、同条一項および三項が定める手続的保障のもとで、「証人に対して審問する機会」を「充分に」与えられることなく――採取された供述を裁判所の事実認定の証拠から排除する要請までを含意することについても、実質説を採ると形式説を採るとにかかわらず肯定されてきたということができる。

たとえば、学説上は、「公判期日における証人尋問の手続に法律ないし規則の違反があったときは、供述の証拠能力に問題を生ずる」[72] とされたり（そうであれば、憲法違反の場合にはなおさら証拠能力に問題を生ずることになろう）、「公判期日に召喚された証人が、何らかの事由……で被告人側の反対尋問に応じないため、『審問する機会を充分に与えられ』なかったと認められる場合」に、「主尋問における証言の証拠能力」が否定される場合がありうるものとされてきた。[73] 他方、形式説を採るとされる最高裁判例においても、憲法三七条二項前段に直接関係する

ものではないとしても、同規定が「刑事被告人」に「証人に対して審問する機会」が「充分に」与えられる旨を定めるにあたって当然の前提としていると考えられる公判手続における手続的保障に関して、たとえば、弁護人に立会いの機会を与えずに行われた裁判所による検証の調書を「証拠に採った原審の措置は違法である」とするものや（最大判昭和二四年五月一八日刑集三巻六号七八三頁）、除斥事由のある裁判官を「構成員として開かれた……公判手続が違法であることは勿論、右公判調書における証人の供述記載を事実認定の資料に供することも亦違法であるといわねばならない」とするもの（最判昭和二六年五月二五日刑集五巻六号一一九八頁）、あるいは、「あらかじめ被告人に証人の氏名、立証趣旨すら知る機会を与えることなく、公判期日外において職権をもつて証人尋問を決定して施行することは、検察官および弁護人が立ち会い、かつ、異議がないとしても、訴訟法上許されないものと解すべきである」としたうえで、「しかし、原判決が認定、判示するところは、右……証人の尋問調書を除いても、原判決が掲げるその余の証拠によつてこれを認定することができるから、右の違法は、判決に影響を及ぼさないものと認められる」と判示するもの（最決昭和四三年六月二五日刑集二二巻六号五五二頁）があることからすると、判例も、公判手続における証拠の採取ないし取調べに関する被告人の権利を保障する刑訴法の諸規定については、これに違反してなされた証拠調べを「違法」とするだけでなく、そのようにして採取された供述証拠を裁判所の事実認定に供することもまた当然に「違法」となると考えているものと理解することができる。この理は、憲法三七条二項前段それ自体の違反の場合にも当然に妥当するものということができよう。

このことからすれば、学説だけでなく、判例も、憲法三七条二項前段に、右のような「権利保障規定」としての意義だけでなく、そのような権利を侵害して採取された公判供述を裁判所の事実認定の証拠から排除する要請をも認めているものと考えられるが、同規定にこのような「排除法則」を認める実質的根拠に関する理論的な検討は、

従来、必ずしも充分になされてきたとはいえないように思われる。しかし、このことは、憲法三七条には、同法三八条二項に相当するような排除法則を正面から定める明文の規定が存在しないことからしても、必ずしも自明であるとはいえず、これを肯定するためには、その実質的根拠を検討する必要があるように思われる。[74] この問題は、憲法三八条一項と同条二項の関係をどのように理解するかという問題や、憲法三五条に違反して収集された証拠の排除の根拠を「適正手続違反」に求めることができるかといった問題と基本的に共通するものであるから、ここでも、これらの問題をめぐって展開されてきた議論が参考になろう。

たとえば、憲法三八条一項と同条二項の関係については、「黙秘権は、証拠法上の特権であるから、これを侵害してとられた証拠は、黙秘権侵害そのものを理由として排除される」のであり、「あらためて自白法則を引くまでもない」との指摘がある。[75] この指摘が妥当なものであるとすれば、憲法三七条二項前段が被告人に保障する「証人審問権」が、「証拠法上の」権利であることに疑いはないから、「証人に対して審問する機会」を「充分に」与えられることなく採取された証拠は、そのこと自体を理由として裁判所の事実認定の証拠から排除されることになるものと思われる。

では、このような「証拠法上の」権利について、その保障を伴なうことなく採取された証拠の排除が導かれる根拠はどこに求められるのであろうか。この点に関しては、たとえば、憲法三五条に違反して収集された証拠の排除の根拠を「適正手続違反」に求めることができるかという問題に関してなされる次のような指摘が参考になろう。すなわち、憲法三二条以下に規定された権利には、「現在または将来の訴訟手続の結果奪われることになるかもしれない享受者の利益の適正な保護を、少なくともその究極の目的としているもの」と、「違法な行為それ自体により直接侵害されるべき享受者の利益の適正な保護を目的とするもの」の二種類があるが、前者の場合には、「それ

に反する行為がなされたときにも、保護目的の侵害はそれだけで完了するものではなく、そのようにして得られた証拠の排除は、出発点である権利保障自身の――従ってまた、適正手続の保障の――要求するところである」[76]。この考え方によれば、憲法三七条二項前段が定めるような「証拠法上の」権利は、前者に属するものと考えられるから、「それに反する行為」がなされた場合には、「そのようにして得られた証拠の排除は、……適正手続の保障の……要求するところである」ということができるものと考えられる。

あるいは、次のように説明することができるかもしれない。憲法三七条二項前段が保障する「証人審問権」は、同法三一条によって、国家が「生命若しくは自由を奪」い、「又はその他の刑罰を科」す前提となる裁判所による事実認定に要請される「適正性」ないし「公正性」それ自体の一要素を構成する――そして、そうであるがゆえにまさにそのような刑罰の対象者となるべき「被告人」を名宛人とした――手続的権利である。したがって、このような権利の侵害は、その供述採取それ自体の違法・無効を意味するのみならず、当該供述に基づいて被告人に有罪を言渡すことになれば、適正手続違反をも招来することになる。つまり、被告人には、憲法三七条二項前段によって、「証人に対して審問する機会」を「充分に」与えられる権利が保障されるだけでなく、さらに、憲法三一条によって、このような機会を充分に与えられずに採取された供述により「生命若しくは自由を奪」われ、「又はその他の刑罰を科」されないことを求める権利も認められると理解することができるのである。

憲法が、被告人に「証人に対して審問する機会」を「充分に」与えずに採取された公判供述を裁判所の事実認定から排除することを要請しているとすれば、その根拠は、右のようなところに求められるというべきであろう。

⑸　いずれにせよ、右に見たように、実質説を採る学説だけでなく、形式説を採るとされる判例もまた、憲法三七条二項前段に、公判手続において「刑事被告人」に「すべての証人に対して審問する機会」を「充分に」保障す

る「権利保障規定」としての意義だけでなく、そのような手続的権利保障を伴なうことなく採取された公判供述の排除の要請をも認めることには変わりがないとすると、両説の真の対立点は、結局、憲法三七条二項前段から導かれる右のような「排除法則」が、同規定の「権利保障規定」としての意義が妥当する公判手続において採取された供述のみならず、それが直接には妥当しない公判手続以外の「場」において採取された供述にも妥当するか否かという点にあるものと思われる。

実質説は、この点、憲法三七条二項前段の「証人」を、――「およそ供述証拠を提供する供述者」、「その供述によって証拠を供する者」、あるいは「その者の供述が証拠とされるもの」等、様々な表現が用いられるものの――結局、「裁判所の事実認定に供される供述証拠を提供する供述者」の意味に理解することによって、同規定に、公判手続の内外を問わず、「審問する機会」が「充分に」与えられることなく採取された供述の「排除法則」としての意義を読み込もうとするものであるということができる。しかし、このような「解釈」には文理的にも無理があるだけでなく（実質説のもとでも、「その供述によって証拠を供する者」に対して、少なくとも一度「審問する機会」を「充分」に与えさえすれば、憲法三七条二項前段の要請は充たされることになると解する余地があろう）、右にも見たように、憲法三七条二項前段は、少なくとも第一義的には、同条一項および三項の手続的保障を前提とした「権利保障規定」として理解すべきであるから、同規定の「証人」については、やはり、「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」の意味に理解するのが妥当であるというべきであり、実際、実質説を採る論者の多くもこのこと自体は否定しないのではないかと思われる。他方で、このように憲法三七条二項前段の「証人」を「形式的」に理解することが、従来、実質説が形式説を批判するにあたって指摘してきたように、同規定の射程範囲が公判手続内の証人尋問に限定され、公判手続外で採取された供述の証拠能力の問題とは無関係

のものとなるという結論を論理必然的に導くことになるかについては、疑問がある。

この問題に関しては、憲法三七条二項前段に、右のような「権利保障規定」としての意義だけでなく、そのような権利保障を伴なうことなく採取された公判供述の「排除法則」としての意義が認められる趣旨に遡って考察してみる必要があるように思われる。なぜなら、憲法三七条二項前段から、右のような公判供述の「排除」が導かれる実質的な根拠が、公判外供述の排除についても妥当するものであるとすれば、同規定は、少なくともその「趣旨」としては、公判外供述を裁判所の事実認定から排除する要請をも論理的に内包するものであるということができるはずであるからである。

この点、憲法三七条二項前段が保障する「証人審問権」の保障を伴なうことなく採取された供述が裁判所の事実認定の証拠から排除されるべきであるとすれば、それは、被告人の証人審問権が侵害されたことによって、当該供述を「証拠とするための有効要件を欠くため」であるとの理解もありうるところである。(77) このような理解を前提とすれば、同規定は、「証人審問権」の保障を伴なうことなく採取された公判供述を裁判所の事実認定の証拠から排除することを要請するものであるとしても、憲法ないし法律によって最初からそのような手続的権利保障が要請されていないがゆえに、それを欠いたとしても憲法ないし法律に違反することなく、すなわち、適法に採取された公判外供述の証拠能力とは無関係の規定ということになるであろう。

しかし、右に検討したところによれば、憲法三七条二項前段から、被告人に「証人に対して審問する機会」を「充分に」与えることなく採取された公判供述の「排除」が導かれるとすれば、それは、同規定の違反によって供述採取手続の有効要件が欠けることになるからというよりも、むしろ、より実質的に、被告人にそのような手続的権利が保障されなかったことによって、憲法三一条によって要請されるところの同人に刑罰を科すための手続的要

件が欠けるからなのである。[78] そうであるとすれば、右の理は、「証人審問権」を侵害してとられた公判供述だけでなく、そのような「証人審問権」の保障が憲法ないし法律によって最初から定められていない公判外の供述採取の結果得られた供述についても、同様に妥当するものといわなければならない。実際問題としても、一方で、公判期日において、憲法三七条各項所定の手続的保障の諸要素のうちの一つを欠いた状態で「証人」から採取された証言を裁判所の事実認定の証拠から排除することが同条二項前段により要請されるとしながら、他方で、そのような手続的保障の諸要素のほとんどが妥当しない公判外の供述採取の結果得られた供述の排除が要請されないとすれば、不合理であるというべきであろう。[79]

(6)　以上に検討したところによれば、憲法三七条二項前段は、第一次的には、同条一項および三項の定める手続的保障を前提とする公判手続において、「裁判所の職権により、または訴訟当事者の請求により喚問した証人」に対して被告人に「審問する機会」を「充分に」保障する「権利保障規定」としての意義をもつものであるが、この手続的な権利保障が、憲法三一条が被告人に刑罰を科す前提となる裁判所による事実認定に要請する「適正性」ないし「公正性」の一要素を構成するものとして理解されることの論理的帰結として、公判手続においてそのような権利保障が欠ける場合だけでなく、公判外において、たとえば捜査機関による取調べのように、憲法ないし法律によって同様の手続的保障が定められていないがゆえに、被告人に「審問する機会」を「充分に」与えることなく適法に行われた供述採取についても、少なくとも原則としては、裁判所の事実認定に供するための供述の採取手続としての資格を否定することが、憲法上も要請されることになるものと解される。[80]

注意すべきは、このように憲法三七条二項前段から公判外供述の原則的排除を導くことができるとしても、それは、同規定が保障する「公開の対審」のもとでの「証人審問権」それ自体の保障とは区別して論ずる必要があると

いうことである。実際、右のような意味での公判外供述の排除は、憲法三七条二項前段の定める手続的な権利保障を、同法三一条の「適正手続」の一要素を構成するものと理解することから導かれる解釈論上の帰結であるから、その根拠は、直接には、憲法三一条、あるいは両規定の組み合わせに求められるというべきであろう。

他方、刑訴法三二〇条一項も、「公判期日」での供述採取において、「公開の対審」のもとでの当事者の立会権や尋問権を保障することそれ自体を内容とするものではない。それは、むしろ、「公判期日」において、被告人にこのような諸権利が憲法三七条各項およびそれを具体化する刑訴法の関連諸規定によって保障されることを前提として、そのような「公判期日」における供述採取のみに裁判所の事実認定に供するための供述採取手続としての資格を認め、それ以外の場での供述採取にはそれを否定することを原則とする規定なのである。つまり、前者は後者を前提としつつ、その「後に」、すなわち「メタ」レベルで問題となるのであって、両者は次元を異にする問題なのである。(81)

いずれにせよ、右のような論拠によって憲法三一条および三七条二項前段から公判外供述の原則的排除の要請が導かれるとすれば、憲法は、被告人以外の第三者の公判外供述を対象とし、かつ、公判手続における被告人側の手続上の諸権利の尊重を前提とする限りにおいてではあるにせよ、刑訴法三二〇条一項が定める「原則」の採用を要請しているということができよう。つまり、憲法三七条二項前段は、刑訴法の関連規定との関係では、①同条一項・二項後段・三項の諸規定（およびそれを具体化する刑訴法の諸規定）を前提として、公判手続での供述採取における被告人の立会権および尋問権を定める刑訴法一五七条や三〇四条等の諸規定を要請するにとどまらず、(82)②公判手続においてそのような諸権利が侵害された場合に、これを裁判所の事実認定の証拠から排除し、さらには、③「公開の対審」のもとで「証人に対して審問する機会」を被告人に「充分に」与えることが憲法ないし法律によっ

て保障されていない公判外の供述採取についても、裁判所の事実認定の基礎となりうる供述採取手続としての資格を否定することまでを含意するものであるがゆえに、そして、その限りにおいて、刑訴法三二〇条一項の定める「伝聞証拠排除法則」の採用を要請するものということができるのである。

⑺　右のように、憲法三七条二項前段ないし同法三一条から一定の公判外供述の「排除法則」が導かれるとしても、それは必ずしも絶対的なものではないのであって、一定の範囲で「例外」を認める余地があることについては、憲法三七条二項前段の「証人」を実質的意義に理解する論者も、これを否定しない。すなわち、憲法三七条二項前段に、公判外供述の「排除法則」としての意義を（も）認める実質説を採る論者も、「反対尋問に代わるほどの信用性の情況的保証があり、かつその証拠を用いる必要がある」場合には、その例外を認める余地があることを肯定しているのである。[83] そして、そのような「例外」が認められる根拠については、「伝聞証拠を排斥する理由が、……反対尋問によって真実性を吟味する機会が与えられないところにあるということは、伝聞法則の例外を認めてもよい根拠になり得る。すなわち、不真実性の危険がきわめて少い供述については、反対尋問は余分のものと考えられるから、たとえ反対尋問の機会が与えられなくとも、そのままこれを証拠として許容しうることになる」との理解が一般的であるように思われる。[84] すなわち、ここでは、憲法三七条二項前段から導かれる公判外供述の「排除法則」は、その目的である「事実認定の正確性」の確保が公判手続における反対尋問とは別個の方法によって確保されるのであれば、その適用が除外され、しかも、このことは、反対尋問権の保障それ自体を「余分のもの」とすることになるものと理解されているのである。

しかし、通説によるこのような理解は、憲法三七条二項前段が同条一項および二項の手続的保障を前提として被告人に保障する「証人審問権」と、それを憲法三一条により裁判所の事実認定に供される供述採取に要求される

「適正性」ないし「公正性」の一要素として理解することから導かれる公判外供述の「排除法則」を混同し、かつ、その両者の実質的根拠をもっぱら「事実認定の正確性」の確保に求めている点において問題があるというべきであろう。

まず、後者の点についてみると、憲法三七条二項前段が同条一項および三項の手続的保障を前提に被告人に保障する「証人審問権」は、少なくとも直接的には、「証人に対して審問する機会」の「充分」な保障それ自体を内容とするものであり、その意味で、その結果採取される供述の信用性や要証事実との関連性といった実体的性格ではなく、供述採取の手続的な性格を問題とするものであるから、たとえ「事実認定の正確性」が別途確保されたからといって、「否定されたり、他の手段によって代替すること〔は〕できない」[85]、あるいは、「『それ自体として』保障される、つまり『内在的』価値を〔も〕持つものであるから、他の（非内在的な）所価値が別途実現されたからというだけで、無しで済ませてよいものではない」[86]ものであるというべきであろう。

もっとも、このことは、このような手続的保障が他の権利・利益に対して「絶対的に」優越するものであるということまでを意味するわけではなく、同権利の保障も、一定の「制約」に服することを余儀なくされることがある。たとえば、現行刑訴法上、公判期日外の証人尋問、法廷秩序維持のための退廷命令後の証人尋問[87]、自己負罪等を理由とする証人の証言拒否権のほか、証人保護のための一時退廷、証人の遮へいやビデオリンク方式による証人尋問等のいわゆる証人保護のための諸措置等が定められているが、これらは、法廷秩序維持や証人あるいは被害者の保護といった観点から、「証人審問権」が一定の「制約」に服することを認めるものということができよう[88]。さらに、憲法三七条二項前段の「証人審問権」が、本来、公判期日において保障されるべき権利であるとすれば、それは、当該「証人」の公判期日への召喚を前提とすることになるから、それが不可能である場合（召喚不能である場合）

には、その保障それ自体が不完全ないし不可能になるという意味で「限界」をもつことになる。公判期日への召喚は可能であるとしても、供述できない場合（供述不能である場合）も、このことにかわりはない。

これに対して、そのような手続的保障を伴なうことなく採取された供述の裁判所の事実認定の証拠からの排除が、憲法三七条二項前段により、被告人に、右のような「制限」ないし「限界」の範囲内ではあるにせよ、「証人審問権」が保障されることを前提として、これを同法三一条が国家刑罰権発動の前提となる裁判所の事実認定に要求する「適正性」ないし「公正性」の一要素を構成するものと理解することによって導かれる解釈論上の帰結であるとすれば、その根拠は、前述のように、直接的には、むしろ、憲法三一条に求められるというべきであろう。

そうであるとすれば、一定の場合にこれに対する「例外」が認められるとしても、その根拠ないし基準は、「基本的人権」と「公共の福祉」の関係についての一般原則を定める憲法一三条に求められるべきではないかと思われる。なぜなら、「証人審問権」の保障が憲法三一条によって国家による刑罰権発動の前提としての裁判所の事実認定に要求される「適正性」ないし「公正性」の一要素を構成するものであるとしても、同規定は、絶対的な被告人の人権保障を意味するものでは必ずしもなく、むしろ、「人権保障と必罰の要請の利益衡量に基づき、憲法上適正と認められる手続」を意味するものと考えられ、かつその衡量基準は、憲法一三条に求められるべきであるというべきだからである。(89) そして、その憲法一三条によれば、「国民の基本的人権は公共の福祉に反しない限り立法その他国政の上で最大の尊重を要する」のであるから、「人権は明らかに公共の福祉に反するといえる場合にはじめて譲歩を求められる」というべきであって、これによれば、右のような公判外供述の「排除法則」も、「公共の福祉」の観点からの要請が「決定的に優越する場合に、はじめて一定の制約に服するものと解すべき」であるということができるであろう。(90) より具体的には、同規定から導かれる右のような「排除法則」にかかわらず、真実発見や訴訟

経済といった「公共の福祉」の観点から、一定の要件のもとで、国家側公判外供述を裁判所の事実認定に供することが許される場合がありうると考えられるのである。

憲法三一条および三七条二項前段から導かれる一定の公判外供述の「排除法則」に対する「例外」が、右のような根拠および基準によって許容されるものであるとすると、これは、憲法三七条二項前段が保障する「証人審問権」が「余分のもの」となることを意味するものでは決してなく、むしろ反対に、このような権利が――それ自体、右に見たような「制約」ないし「限界」に服することを余儀なくされるとしても、少なくともその範囲内では――保障されることこそ、右「例外」を認めるための前提条件となるのであり、したがって、同権利は、右「排除法則」に対する例外が認められると否とにかかわらず保障されなければならないものというべきである。なぜなら、憲法三七条二項前段に由来する公判外供述の「排除法則」に対する「例外」が、同規定が定める手続的保障の利益と、真実発見や訴訟経済といった「公共の福祉」との間の利益衡量の結果認められるものであるとすれば、前者の保障が欠ける場合、いいかえれば同規定が被告人に保障する「証人審問権」が侵害された場合にまでこのような「例外」を認めることは、手続的保障を欠いたまま一方的に「公共の福祉」の観点から公判外供述を裁判所の事実認定に供することを意味することになるが、このような事態は、憲法三一条および一三条の許容するところではないというべきだからである。こうして、右の「排除法則」に対する「例外」は、「証人審問権」の保障を前提とした上で、憲法一三条により、そのような被告人の手続的保障の利益に「公共の福祉」の観点からの要請が決定的に優越する場合に限り、許容されることになると考えられる。

(8) ここで、この点に関する判例の立場について改めて検討しておくことにしよう。すでにみたように、判例は、憲法三七条二項前段を、「裁判所の職権により、又は訴訟当事者の請求により喚問した証人につき、反対尋問の機

会を充分に与えなければならない」という趣旨に理解している。しかし、このことから、同規定が、刑訴法三二〇条一項に定めるような「伝聞法則」とは無関係である、あるいは、公判外供述の証拠能力には関わりをもたないとの結論が論理必然的に導かれるわけではないことはすでに見たとおりである。(91)

実際、判例も、右表現を、「被告人に反対尋問の機会を与えない証人その他の者（被告人を除く）の供述を録取した書類は、絶対に証拠とすることは許されないという意味を含むものではない（傍点引用者）」旨を述べる前提として用いており、他方で、「検事聴取書」を「無制限に……証拠となし得るものとすれば、憲法第三七条第二項の趣旨に反する結果を生ずる恐れがある」としていることからすれば（最大判昭和二四年五月一八日刑集三巻六号七八九頁）、憲法三七条二項前段の「趣旨」からは、少なくとも無条件には、被告人自身の供述を除く国家側公判外供述を裁判所の事実認定に供することは許されないと考えているものということができよう。

問題は、その条件の内容である。この点について、右に引用した昭和二四年大法廷判決が、刑訴応急措置法一二条が、「証人その他の者（被告人を除く）の供述を録取した書類は、被告人の請求があるときは、その供述者を公判期日において尋問する機会を被告人に与えれば、これを証拠とすることができる旨を規定している」点について、「憲法第三七条第二項の旨を承けたもの」としていることからすれば、判例は、少なくとも、「被告人の請求があるときは、その供述者を公判期日において尋問する機会を被告人に与え」ることが、右検察官側公判外供述を裁判所の事実認定に供するための条件となると考えているものと理解することができる。(92) 他方で、同大法廷判決が、「検事聴取書は、……公判において被告人に読聞けられるものであり、もし被告人に不審不満の点があれば、憲法上の権利として公費でしかも強制手続によって其供述者の喚問を請求し、充分反対尋問をなし、其内容を明らかにすることができる」以上は、「裁判官の自由なる心証により、これを証拠となし得るものとするも、被告人の保護

に欠くるところはない」としていること、そして、憲法三七条二項について、「裁判所の職権により又は当事者の請求により喚問した証人につき、反対尋問の機会を充分に与えなければならないという趣旨であって、被告人に反対尋問の機会を与えない証人その他の者の供述を録取した書類を絶対に証拠とすることを許さない意味をふくむものではない」旨に理解することから、刑訴法三二一条一項および二項の合憲性が当然に肯定されるかのような表現をとっていることからすれば（最大判昭和二五年一〇月四日刑集四巻一〇号一八六六頁、最判昭和三〇年一一月二九日刑集九巻一二号二五二四頁、最大判昭和二七年四月九日刑集六巻四号五八四頁等）、判例は、憲法の要請としては、検察官側公判外供述の証拠能力を認めるためには、事後的に、あるいは、少なくとも一度、当該供述者に対して公判期日において審問する機会を被告人に与えさえすれば足りると考えているように思われる。(93)

しかし、憲法三七条二項前段が、同法三一条の定める「適正手続」の要請の一内容として、裁判所の事実認定に供される供述の採取過程の「適正性」ないし「公正性」の確保といった観点から、被告人に憲法三七条一項および三項の手続的保障のもとでの「証人審問権」を保障するものであるとすれば、たとえ、被告人に、別の機会に（事後的に）、当該供述者に対して「審問する機会」が「充分に」与えられたとしても、このことは、それ自体はそのような手続的保障を伴なわない同一供述者からの公判外の供述採取に裁判所の事実認定に供される供述の採取手続としての資格を認める根拠とはならないといわなければならない。(94) その意味で、判例が、「被告人の請求があるときは、その供述者を公判期日において審問する機会を被告人に与え」さえすれば、憲法上、当然に国家側公判外供述の証拠能力を認めることができると考えているとすれば、問題である。また、このような前提のもとでは、証人の召喚不能や供述不能の場合等、「その供述者を公判期日において審問する機会を被告人に与え」ることが不可能である場合には、国家側公判外供述を裁判所の事実認定に供することが無条件に許容されることになりかねないが、

それでは、「やはり被告人の地位を危うくするものといわなければならない」というべきであろう。[95]

先に検討したように、憲法三七条二項前段が被告人に保障する「証人審問権」が、同法三一条が国家刑罰権の発動の前提となる裁判所による事実認定に要請する「適正性」ないし「公正性」の一要素を構成するものであるとすれば、「その供述者を公判期日において審問する機会を被告人に与え」ることは、検察官側公判外供述の証拠能力を認めるための必要条件ではあっても十分条件ではなく、そのためには、さらに、憲法一三条により、そのような被告人に対する手続的保障の利益に「公共の福祉」の観点からの要請が決定的に優越すると認められる必要があるというべきであろう。従来、いわゆる「伝聞例外」を認めるための基本的要件として挙げられてきた「証拠の必要性」と「信用性の情況的保証」は、少なくとも国家側公判外供述の証拠能力を肯定するための要件としては、まさにこのような二つの利益の間の衡量基準を具体化するものと理解することができるのであり、したがって、その具体的内容については、憲法一三条の基準に照らして合憲性が検討されなければならないというべきである。

他方、憲法三七条二項に関する右のような判例の理解のもとでは、被告人は、「不審不満の点があれば、憲法上の権利として、公費でしかも強制手続によって其供述者の喚問を請求し、十分反対尋問をなし、其内容を明らかにすることができる」にとどまり、国家側公判外供述の裁判所の事実認定の証拠からの排除を求める権利までは認められないことになる。しかし、このような理解を前提とすると、当該供述者に対して「審問する機会を得る責任を被告人に転嫁する」ことになり、不当であるといわなければならない。[96] この点については、憲法三一条および三七条二項前段からは、少なくとも原則としては、被告人には、公判外供述の排除を求める権利が認められるというべきであり、被告人がそのような権利を行使する以上は、公訴事実についての挙証責任を負う国家側としては、当該供述者を改めて「証人」として公判期日に召喚するほかに、当該供述者からの供述を事実認定に供するすべがなく

なることになるため、証拠提出の「責任」を原則として当事者に委ねる当事者主義的刑事訴訟のもとでは、当該供述者を「証人」として公判期日に召喚する「責任」――すなわち、当該供述者を「証人」として公判期日に召喚しないことによる立証上の不利益――は、事実上、検察官が負うことになるものと理解されるべきであろう。

(9) いずれにせよ、少なくとも、憲法三七条二項前段の「証人審問権」が保障される、あるいは侵害されないことが、憲法上、国家側公判外供述に証拠能力を認めるための条件となることそれ自体は、判例もこれを認めているものと解される。しかし、実際には、その判断自体、常に容易なものであるとはかぎらない。なぜなら、前述のように、同規定の「証人審問権」の保障も必ずしも絶対的なものではなく、一定の「制約」ないし「限界」に服することを余儀なくされるが、それが法廷秩序維持の要請や証人等の権利・利益との調整、あるいは、原供述者の供述ないし召喚不能といった観点から正当化されうるか否かの判断それ自体にも、相当の困難が伴なうことがあるからである。

この問題に関連して、従来、とくに議論の対象とされてきたのが、証人の召喚不能ないし供述不能の場合である。すなわち、原供述者を証人として公判廷に召喚することが不可能になったり、公判廷で供述を行うことができなくなった、あるいは、供述を行うことを拒否するに至った事由ないし経緯によっては、刑訴法三二一条以下の諸規定が定める「伝聞例外」に当たると否とにかかわらず、とりわけ検察官側公判外供述の証拠能力を否定すべき場合があるのではないかが問題とされてきたのである。この点に関しては、とりわけ、最高裁が、いわゆるタイ人女性管理売春事件判決（最判平成七年六月二〇日刑集四九巻六号七四一頁）において、「〔刑訴法三二一条一項二号前段〕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」としたうえで、供述者が退去強制により外国にいることになった場合について、「同じく国家機関である検察官において当該外国人がいずれ国外に退去させられ公判準備または公判期日に供述することができなくなることを認識しながら殊更そのような事態を利用しようとした場合はもちろん、裁判官又は裁判所が当該外国人について証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還が行われた場合など、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」としており、この判示の意味をめぐって、周知の通り、学説上、議論があるところである。(97)

この点、学説のなかには、憲法三七条二項前段から、検察官の「証人提出義務」、「証人確保義務」あるいは「原供述者喚問義務」を導くことができ、その義務の「違反」ないし「懈怠」があった場合には、そのことを根拠として、当該供述者の公判外供述の排除を、憲法により直接根拠づけることができると説くものが少なくない。すなわち、「当事者主義的訴訟構造の下では、証人審問権に対応させて、被告人が防御権を最も有効に行使しうる形で供述証拠を提出すべき訴追機関の義務を独立に観念しうるし、またその必要性がある。訴追機関が証人提出義務を尽くしていない場合、防御上の不利益を受忍すべきことを被告人に期待することはそもそも不可能だというべきである」(98)、「証人審問権保障の限界」の問題に関する「もっとも有効なアプローチの方法は、証人審問権ないし反対尋問権といった権利の側面からよりも、その権利に対応する義務の側面から検討することである。その義務は、当事者主義を前提する限り、……裁判において被告人に不利な証拠提出義務のある検察官が負うと考えるべきである。すなわち、その内容は、『検察官は、被告人に不利な証人に対して、被告人が十分に審問する機会を提供すべし』と

いうものである」[99]、あるいは、「憲法の証人審問権保障からは、検察側公判外供述の許容のためには、第一に、原供述者も公判に召喚されるか又はそれが不可能であることが証明されなければなら」ず、この「原供述者喚問義務」には、「単に現在召喚可能な原供述者を喚問するというだけでなく、公判での喚問を実現すべく前もって積極的に努力する義務が含まれる」[100]とするのである。

右の諸見解が憲法三七条二項前段から導くことができるとする検察官の「義務」の具体的内容は必ずしも同一ではないが[101]、いずれにしても、検察官に、このような「義務」の「違反」ないし「懈怠」があった場合には、そのことを根拠に、あるいはそれに対する「制裁」として、検察官側公判外供述の証拠能力を否定すべきであると説く点では共通しているように思われる。このことは、これらの諸見解が、排除の要件として、検察官の「故意」や「過失」を問題としていることからもうかがうことができる[102]。しかし、このような場合に、当該供述者に由来する公判外供述の裁判所の事実認定の証拠からの排除が帰結されるとすれば、それは、前述のように、直接的にはむしろ憲法三一条および三七条二項前段から導かれる国家側公判外供述の「排除法則」に対する「例外」を許容するための前提条件としての――判例の立場においては、国家側公判外供述に証拠能力を認めるための要件としての――「証人審問権」保障が欠けることを理由とするものとして理解されるべきであるように思われる[103]。

このような前提のもとでは、右の諸見解が説くように、検察官の「証人提出義務」、「証人確保義務」あるいは「原供述者喚問義務」から、検察官側公判外供述の排除が帰結されるのではなく、むしろ反対に、被告人に対する「適正手続」保障の観点から国家側公判外供述の「排除法則」の「例外」を認めるための前提が欠けることになる――判例の立場においては、国家側公判外供述に証拠能力を認めるための要件が欠ける――ために、当事者主義のもとで当該供述の提出「責任」を負う検察官に、事実上、このことに起因する立証上の不利益、すなわち、原供述

者喚問の「責任」が負わされることになるものと理解されるべきであろう。

そうであるとすれば、これは、証人の喚問不能あるいは供述不能の場合に固有の問題としてではなく、被告人の「証人審問権」侵害の場合一般に共通する問題として理解されるべきであり、したがって、公判外供述の排除を根拠づけるためには、かならずしも検察官の「故意」あるいは「過失」の存在が必要とされるわけではなく、また、たとえば、裁判所により被告人の「証人審問権」が侵害されたような場合[104]もその射程範囲に入ってくることになり[105]、排除の対象も、検察官面前調書に限らず、当該供述者に由来する国家側公判外供述一般に及ぶことになるであろう。

⑽　最後に、刑訴法三二〇条一項と憲法の関連規定の射程範囲の差異について簡単にみておくことにしよう。右に検討してきたように、憲法三一条および三七条二項から一定の公判外供述の排除が導かれるとしても[106]、これは、刑訴法三二〇条一項の側から見れば、その内容の一部を構成するにすぎない。すなわち、憲法の関連規定から導かれる排除法則が、「刑事被告人」の「証人」に対する審問権を問題とするものであるがゆえに国家側の提出にかかる被告人以外の第三者の供述を対象とするものであるのに対して、刑訴法三二〇条一項が採用するとされる「伝聞証拠排除法則」は、公判外供述一般を排除の対象としており、そこには、検察官側の提出にかかるものだけでなく、被告人側の提出にかかるものも、また、被告人本人の公判外供述も含まれることになるのである。

刑訴法三二〇条一項が、被告人側公判外供述をも排除の対象としている点については、公判手続における当事者主義、とりわけ当事者対等主義の観点から、このような場合にも、検察官側公判外供述と基本的に同様の証拠法上の取扱いをしたものとして説明することができるであろう。刑訴法は、憲法の要請するところではないにせよ、検察官にも、被告人側と同様に、証人尋問に立会い、参加することを認めているのであるから（刑訴法一五七条、三

〇四条等）、少なくとも当事者対等の観点からは、証拠法上も、被告人側公判外供述についても、検察官側のそれと同様に取り扱うのが一貫することになろう。問題は、被告人側公判外供述に関するこのような証拠法上の取扱いが、被告人の取調べ請求の可能性の制限を意味することになる点をどう考えるかである。[107] このことは、とりわけ、被告人に、公判外供述を公判廷に提出する権利が憲法上保障されているとの理解を前提とする場合には、違憲の問題を生ずる可能性があることに注意しなければならない。[108]

これに対して、刑訴法三二〇条一項が、被告人自身の公判外供述をも排除の対象に含めている点に関しては、その「例外」を認める同法三二二条一項との関連で、次節において検討することにする。

(63) 平野・前掲書註（7）二〇四頁、酒巻匡「証人尋問権と伝聞法則」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）一八〇頁。

(64) 最判昭和二七年六月一八日刑集六巻六号八〇一頁は、憲法三七条二項の規定は、「捜査手続における保障規定ではない」とする。

(65) 平野・前掲書註（7）二〇四頁。

(66) 酒巻・前掲註（63）一八〇頁。そのほか、平野・前掲書註（7）二〇三頁以下、松尾・前掲書註（44）一五〇頁、田宮裕『入門刑事訴訟法』（有信堂、三訂版、一九八二年）二三八頁等。田中和夫『新版証拠法』（有斐閣、一九五九年）一二一頁は、憲法三七条二項前段の「証人」を形式的意義に解する場合には、「検察官調書も警察員調書も単なる私人の供述書も、すべてこれを証拠とすることができるという規定を作っても、憲法違反ではないことになり、被告人に大した保護を与えたことにならない」とする。

(67) 平野・前掲書註（7）二〇四頁。

(68) 平野・前掲書註（7）二〇三頁、江碕太郎「憲法三七条二項と伝聞法則」熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅲ』（日本評論社、一九七〇年）七五頁。

(69) たとえば、田中・前掲註（12）六頁は、「憲法第三七条第二項前段は、……検察官が第三者の供述を証拠としようとする場合には、その第三者を公判廷において証人台に立たせて、被告人にその者を審問する機会を充分に与えなければならないという趣旨である」とする。また、実質説を採るものではないが、多田・前掲註（19）二五〇頁も、憲法三七条二項の一構成要素たる「証拠吟味権」を「公判における権利」であるとする。

(70) たとえば、江家義男『刑事証拠法の基礎理論』（有斐閣、改訂版、一九五六年）五六頁は、「伝聞法則」に関してであるが、「公判外の供述であつても、その供述に際し反対尋問の機会を与えたものであれば、これを証拠としても伝聞証拠にはならない」とする。また、上口・前掲註（20）五二頁は、「証人審問規定は、証人審問のためのベストの機会を与えることができない場合であっても、全く証人審問の機会を与えられていない伝聞証拠の提出よりも被告人の防御権を害しない立証方法があればそれがとられるべきだという趣旨に解されなければなら」ず、「訴追機関は……、証人の喚問不能が予想される場合は、次善の方法として被告人に公判外の証人審問の機会を与えなければならない」とする。また、実質説を前提とするわけではないが、山田・前掲註（19）三五頁は、「証人審問権保障をいっそう確実なものにするために、すなわち、少なくとも一度は被告人に自己に不利な証言を行う証人と対面・対決させるために、法廷外での証人尋問における証人にも拡張してよい」とする。もっとも、論者は、「とはいえ、いかなる場であってもよいわけではなく、公判に準じた情況、すなわち、手続の公正が保証された場でなければならないであろう」とする。

(71) 反対に、憲法三七条一項および三項の「手続的保障」の妥当領域は、より広く公判手続一般ないし公訴提起後の段階一般に及ぶのであって、同条二項が扱う「証人」尋問の場面に限られるわけではないことはいうまでもない。

(72) 松尾浩也『刑事訴訟法　下』（弘文堂、新版補正第二版、一九九九年）五二頁。もっとも、同書は、このような場合にも、一般に、「証拠調べは、両当事者が活発に行動し、裁判所が自己に有利な心証を形成してくれるよう努める過程であるから、法令違反……によって不利益を受ける当事者は、異議申立の権利を活用すべきことが期待され」、したがって、「異議の申立がなければ『瑕疵の治癒』を認めてよい場合も少なくないと思われる。むろん、瑕疵の程度が重大であれば『治癒』は許されない。例えば、宣誓させるべきことの明らかな証人に宣誓を求めなかった場合は、証人に対して、当事者または第三者による著しい脅迫や利益誘導が行われていたことが判明した場合などは、これに属しよう」と指摘する。

(73) 酒巻・前掲註（63）一八〇頁。論者は、その例として、「事実上の証言拒否、主尋問終了後の死亡・失踪・心身の故障など」を問題としているが、この点に関して、同『演習刑事訴訟法』〔長沼範良ほか〕（有斐閣、二〇〇五年）三一二頁では、「反対尋問欠如の理由が証人の死亡という両当事者と無関係の突発事情である場合には、主尋問証言の信用性を疑わせる特段の事情が認められない限り、その証拠能力を肯定し、反対尋問によるチェックの欠如を、信用性判断において慎重に考慮するという方向が導かれるであろう」としている。この問題に関する議論状況については、とくに、松本一郎『事例式演習教室刑事訴訟法』（勁草書房、一九八七年）一八七頁以下、大政正一＝栗原宏武「証言の証拠能力」大阪刑事実務研究会編『刑事公判の諸問題』（判例タイムズ社、一九八九年）三九五頁以下、光藤景皎『口述刑事訴訟法　中』（成文堂、補訂版、二〇〇五年）二〇四頁等を参照。

(74) 鈴木茂嗣「自白排除法則序説」佐伯千仞博士還暦記念祝賀『犯罪と刑罰（下）』（有斐閣、一九六八年）三〇六頁以下〔同『続・刑事訴訟の基本構造　下巻』（一九九七年、成文堂）五二〇頁以下所収〕は、黙秘権侵害の自白の排除が憲法三八条一項自体から直接導かれるかという問題に関して、「必ずしも違法収集の証拠が憲法の立場から排除されるべきものかどうかは規定上明らかではない」と指摘する。

(75) 田宮裕「自白の証拠法上の地位（一）」警察研究三四巻二号（一九六三年）三四頁〔同『捜査の構造』（有斐閣、一九七一年）二八一頁以下所収〕。

(76) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、一九八五年）三七二頁。同書は、これに対して、後者の場合には、「違反行為による保護目的の侵害は、いわば即成的であり、その結果が訴訟上利用されるということにより、その侵害が格別拡大されるわけではな」いため、たとえば、「違法な捜索・押収によりその者が受けた利益侵害と、押収物を証拠として使用されることによりその者が被告人として蒙る不利益との間には、本来的な同一性・連続性は何ら存在しないのであるから、そのような証拠の使用が違法な捜索・押収を受けない権利の保障――従って、その段階における適正手続の保障――に反するものとは必ずしもいえない」と指摘する。

(77) 香城敏麿『注釈刑事訴訟法第五巻』〔伊藤栄樹ほか〕（立花書房、新版、一九九八年）三二六頁。

(78) これは、公判手続における「証人審問権」侵害の場合について、たとえば、無効論による排除と「適正手続違反」による排除との並存を認めない趣旨ではない。なお、松尾・前掲書註（72）六四頁は、公判期日外の証人尋問について

ではあるが、「被告人が積極的に立会いを求めたのに、正当な理由なく拒否されたというような場合には、違法収集証拠として証拠能力を否定することも考えられる」と指摘する。この理は、公判期日における通常の証人尋問において、被告人の立会いが不当に妨げられたような場合についても妥当するものと思われるが、ここで排除の実質的根拠として何が想定されているかは必ずしも明らかではない。

(79) 大阪高判昭和四一年六月二一日判時四六五号八五頁は、被告人に適法な召喚が行われなかった公判期日について、これを「無効」としたうえで、そのような「無効の手続において施行せられた前記各証人に対する証言ないしこれを記載した尋問調書〔は〕証拠とすることができない」としながらも、当該「証人尋問調書は被告会社については他の事件の公判におけるものと同じであって、当該事件についての公判準備における証言の如く、刑事訴訟法三二一条二項前段によって無条件に証拠能力を取得するものではなく刑事訴訟法三二一条一号の要件を充たすか、同法三二六条の同意があって始めて証拠能力を取得する」とする。

(80) この点に関して、青柳文雄「伝聞法則における証拠能力と証明力」法学研究三一巻五号（一九五八年）二〇頁以下は、「憲法三七条二項は単に公判廷に喚問した証人に対しては被告人に反対尋問の機会を与えることを保障した当然の規定に止まるものではなく、公判外の供述（書面、又聞き）を証拠とすることは合理的な理由がない限り許されない旨を保障した原則規定であると理解することが歴史的にも正しいし、また法文の意味にも合する」と指摘している。

(81) 大澤・前掲註（14）一〇頁が、刑訴法三二六条の「同意」の本質を論ずるにあたり、「反対尋問権そのものの放棄」と「原供述が反対尋問等の吟味を経ることなく行われたものであるという証拠排除を導く瑕疵に関する責問権の放棄」を区別するのも、同様の発想に基づくものといえるかもしれない。

(82) この点に関しては、栗本一夫『新刑事訴訟法上の諸問題』（立花書房、一九五二年）一五六頁以下および三井誠・前掲書註（6）三二一頁以下を参照。松尾・前掲書註（72）六三頁は、刑訴法が、捜索・差押えや検証と異なり、証人尋問に関しては、「身体の拘束を受けている被告人」の立会権を制限していないのは、「憲法三七条二項による証人審問権の保障を重くみたものであろう」とする（なお、最決昭和四三年六月二五日刑集二二巻六号五五二頁参照）。

(83) 平野・前掲書註（7）二〇六頁以下。

(84) 江家義男「刑訴第三二一条一項の合憲性」刑法雑誌一巻三・四号（一九五一年）三三頁。

(85) 山田・前掲註(19)二八頁。

(86) 堀江・前掲註(20)二五頁。

(87) 判例は、「被告人が証人審問の機会を与えられていたにかかわらず、その審問を妨害し、秩序維持のため遂に退廷させられたような場合には、被告人自らの責において反対尋問権を喪失したものというべきであつて、証人審問の機会を与えられなかつたものということはできない。しかのみならず、……被告人の弁護人が終始証人尋問に立会い且つ被告人のためにその証人を尋問しているときは被告人の反対尋問権は弁護人によつて行使されているものというべきであつて、被告人自身がその審問に立会つていなくとも差支えない」とし（最判昭和二九年二月二五日刑集八巻二号一八九頁）、また、裁判長は、「被告人のする如何なる訊問をも許さなければならないものではな」く、「証人尋問中訴訟指揮権に基づき事件に関連性の無いあるいは不適切な被告人の発問を制限」しても、「直ちに被告人の訊問権を不当に制限したものとはいえない」としている（最大判昭和二五年四月七日刑集四巻四号五一二頁）。

(88) 酒巻・前掲註(63)一八〇頁。証人保護のための諸措置と被告人の「証人審問権」の関係一般については、同「証人の保護」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）一五〇頁以下も参照。なお、証人尋問における遮へい措置ないしビデオリンク方式の合憲性を肯定した最近の最高裁判例として、最判平成一七年四月一四日刑集五九巻三号二五九頁がある。

(89) その意味で、いわゆる「伝聞法則」は、伝聞証拠排除の原則とその例外を併せて、憲法三一条が要請する「適正手続」を具体化しようとしたものということができるであろう。なお、本稿で用いる「適正手続」の概念およびその内容については、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（成文堂、一九八八年）一頁以下を参照。

(90) 鈴木・前掲書註(89)五頁。

(91) 堀江・前掲註(20)六頁は、「判例が実際のところ、証人審問権はおよそ公判外供述には関わりを持たないと考えているのかには、疑問の余地もある」という（酒巻・前掲註(63)一八二頁も参照）。これに対して、鈴木・前掲書註(1)七二二頁は、判例は「実質説を正面から否定する趣旨とは思われない」とし、田宮・前掲書註(15)三六六頁は、さらに、「判例も、供述録取書に関する事案で、これを許容する理由を説明したに過ぎないこと、また、『それで不満なら自分で証人喚問を請求して反対尋問すればよい』とも述べているので、結局すべての実質的証人に対する反対尋問を

予定しているともいえることから、伝聞法則を念頭においたものと解し得ないわけではない」とする。本稿の理解によれば、判例は、「証人審問権はおよそ公判外供述には関わりを持たない」とは考えていないが、他方で、「伝聞法則を念頭においたもの」とまではいえないということになる。

(92) 香城・前掲書註（77）二九九頁は、「判例は、証人審問が可能であり、かつ、当事者がそれを求めている場合であるのに、これを認めないのは、原則として、憲法三七条二項の証人審問権の侵害になると解している」と指摘している。

(93) 憲法三七条二項と刑訴法三二〇条の関係に関する判例の立場をめぐる学説の理解については、堀江慎司「証人審問権と検面調書」法学教室二五六号（二〇〇二年）三四頁以下を参照。なお、「少なくとも一度」という表現を用いるものとして、浦辺衛『総合判例研究叢書刑事訴訟法(5)』（有斐閣、一九五八年）二四頁を参照。また、山田・前掲註（19）二八頁も、「証人審問権」を「少なくとも一度は、自分を有罪にする証拠を提供する証人と対面・対決する機会をもつ権利」であるとする。

(94) この点、堀江・前掲註（20）二五頁は、「証人審問権」に、「自己の運命に影響を与える……尋問プロセスへの『参加の保障』の価値」（論者は、これを尋問プロセスの「内在的」価値と呼ぶ）をも――「事実認定者に対して、……証拠およ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」に加えて――認めつつ、「たとえかかる価値が全く実現されなくてもその供述の使用を許すべき『正当な理由』が存する場合」および「通常の証人尋問プロセスに『準じる』プロセスが存在する場合」には、この価値の不実現を甘受しえないわけではないとする。もっとも、論者は、公判外供述の許容性を認めるためには、これに加えて、「証拠の信頼性に対する正当な評価の確保」等の「内在的価値……以外の価値についてその実現が別途図られなければならない」とするので、結論的には本稿の立場とそれほど隔たりがあるわけではない。

(95) 平野・前掲書註（7）二〇四頁。

(96) 憲法三七条二項の前段は後段によって補充される関係にたつものとする判例の考え方に対しては、「前段は、被告人に不利益な供述者に対する反対尋問権を保障したものであり、後段は、被告人に利益な証人に対する喚問請求権を保障したものと解しなければならない」とする主として実質説をとる論者からの批判がある。その根拠は、憲法三七条二項の母法たるアメリカ合衆国憲法修正六条がそのように規定していること、判例のように解すると「審問する機会を得

る責任を被告人に転嫁する」ことになり、不当であること等に求められる（実質説を前提とするものとして、田中・前掲註（12）一一頁、平野・前掲書註（7）二〇四頁、浦辺・前掲書註（93）二八頁等を、実質説を前提としないものとして、山田・前掲註（19）三三頁を参照）。しかし、前者の点については、「日本国憲法三七条二項に関しては、〔アメリカの場合〕と同様の議論を行うべき必然性は、文言上は必ずしも存在しない」との指摘があり（堀江・前掲註（20）二二頁、多田・前掲註（19）二四六頁等）、後者の点についても、本文中でも指摘したように、憲法上、被告人に公判外供述の排除を求める権利が認められるとすれば（実質説がこのことを前提とすることはいうまでもない）、「被告人に不利益な供述者」の喚問「責任」（喚問しないことによる立証上の不利益）は、事実上、検察官が負うことになるのであるから、憲法三七条二項の前段と後段の関係については、あえて右のような理解を取る必要はなく、両者ともに、被告人に有利であると不利であるとを問わず妥当するものと理解しておけば足りるように思われる。

(97) 同判例の意義および射程範囲をめぐる議論状況に関しては、堀江・前掲註（93）三四頁以下を、また、最近の文献として、小幡雅二「刑事訴訟法三二一条一項二号前段に関する最高裁判決と弁護活動」法学新報一一二巻一・二号（二〇〇五年）三三三頁以下を参照。

(98) 上口・前掲註（29）八頁。

(99) 山田・前掲註（19）二九頁。

(100) 堀江・前掲註（93）三六頁。

(101) この点に関しては、堀江・前掲註（93）三七頁を参照。

(102) 堀江・前掲註（93）三八頁。

(103) その意味で、タイ人女性管理売春事件判決は、憲法三七条二項に関する従来の判例の延長線上にあるものとして理解することができよう。もっとも、これに対しては、同判決を、ロッキード事件判決と同様、「収集された証拠を事実認定に使用することが収集手続に関する立法的手当の欠缺のために刑事手続の公正さに欠けるものと認められること」を理由として一定の証拠を裁判所の事実認定の証拠から排除するという「不公正手続証拠排除法則」の適用例としてみる見解も存在する（中谷・前掲註（1）二一五頁以下）。このこと自体は肯定できるとしても、少なくともタイ人女性管理売春事件判決の趣旨に関する限りにおいては、「立法的手当の欠缺」の場合にその射程範囲が限定されるか、また、

「私人の権利または利益の侵害を根拠とするものではなく、あくまで理念としての刑事手続の公正さの維持を目的とするものである」といえるかについては、疑問が残るように思われる。

(104) たとえば、公判期日における証人尋問において被告人の立会いが裁判所により不当に妨げられたような場合にも、やはり、当該供述者に由来する国家側公判外供述の証拠能力が否定されるとの帰結が導かれるように思われる。

(105) もちろん、検察官の「故意」または「過失」により、被告人の証人審問権が不当に侵害される場合がありうることを否定する趣旨ではない。なお、この点につき、池田耕平『最高裁判所判例解説刑事篇平成七年度』（法曹会、一九九八年）二五四頁は、「供述不能による反対尋問権（証人審問権）の行使不能を被告人に受忍させることがやむを得ないかどうかという問題は、検察官に証人確保義務あるいは証拠保全手続をとる義務が認められないとしても、供述不能になった原因を観察したとき、事由いかんによっては、手続的正義の観点から、証拠能力を問題とする余地はあると思われる」とする。

(106) 三井・前掲書註（6）三二二頁は、「検察官の立会権・尋問権は、現行刑訴法の当事者主義構造から認められたものである（憲法上の保障ではない）」とする。

(107) 田淵浩二『証拠調べ請求権』（成文堂、二〇〇四年）五頁は、「被告人にとって伝聞法則の適用はそのまま証拠調べ請求の可能性の制限を意味する」と指摘する。

(108) この問題に関しては、光藤景皎「『被告人の証拠提出権』試論」吉川経夫先生古稀祝賀論文集『刑事法学の歴史と課題』（一九九四年）四三五頁以下〔同『刑事証拠法の新展開』（成文堂、二〇〇一年）所収〕、伊藤・前掲註（25）六二頁以下、堀江・前掲註（30）掲記の二論文等を参照。

五　刑訴法三二〇条一項と三二一条以下の規定の関係

(1)　前節までに検討したところからは、刑訴法三二〇条一項は、裁判所が、被告人の「生命若しくは自由を奪」い「又はその他の刑罰を科」すための前提として行なう事実認定に供される供述の採取手続としての資格は、「公

開の対審」の保障を伴なう公判期日における供述採取のみに認められるべきであるとの原則を定めるものと解されることになるわけであるが、同規定に関するこのような理解を前提とする場合には、この「原則」に対する「例外」定める刑訴法三二一条以下の諸規定は、いかなる趣旨の規定として理解されることになるであろうか。

従来、刑訴法三二一条以下の諸規定については、同法三二〇条一項が定めるとされる伝聞証拠排除の「原則」についての通説的理解を前提として、これらの規定が同「原則」に対する「例外」を認める理由には、大きく分けて、「伝聞例外」と「伝聞不適用」の二つがあると指摘されてきた。すなわち、「伝聞証拠排除原則」に対する「例外」には、(a)「伝聞証拠の証拠能力を否定するのは、……原供述に対する反対尋問権を保障するためであるから、①反対尋問が放棄されたり、②すでに反対尋問権行使の機会が十分に与えられている場合、また③反対尋問権の保障という配慮が無意味な場合などには、あえて伝聞法則を適用してかかる証拠を排除する必要はない」ことを理由とする「例外」である「伝聞不適用」の場合と、(b)「伝聞法則が適用される場合であっても、その適用の主たる目的は反対尋問権の保障による供述証拠の信用性の担保というところにあるから、かかる伝聞証拠利用の『必要性』が高く、かつ反対尋問権保障にかわるべき『信用性の情況的保障』……がある場合には、例外的に証拠能力を認める余地がある」ことを理由とする「例外」である「伝聞例外」の場合の二種類があるとされるのである。[109]

本節においては、刑訴法三二一条以下の諸規定に関する右のような「伝聞例外」と「伝聞不適用」の分類の根拠および基準の再検討を通じて、これらの諸規定の趣旨説明の再構成を試みることにしたい。

(2)　刑訴法三二一条以下の諸規定が定める同法三二〇条一項の「原則」に対する「例外」のうち、「伝聞例外」と呼ばれてきた類型については、従来、反対尋問権の保障による供述証拠の信用性の担保という伝聞証拠排除の「原則」の目的が他の手段によって確保される場合に、そのことを理由として許容される「例外」として理解され

てきた。すなわち、これらの「例外」は、伝聞証拠排除の「原則」の趣旨それ自体の内在的論理から導かれる「例外」として理解されてきたのである。

しかし、前節において主として憲法の関連規定との関係で国家側公判外供述排除の例外が認められる根拠について検討してきたところからすれば、これらは、むしろ、伝聞証拠排除の「原則」を支える要請とは異なる外在的な要請によって根拠づけられる「例外」として理解すべきであるように思われる。

実際、「伝聞例外」を定めるこれらの諸規定は、その対象となる一定の「供述」について、一般に、「必要性」ないし「信用性の情況的保証」をその裁判所の事実認定に供するための資格要件として要求しているが、このことは、刑訴法三二〇条一項が、「公判期日」における供述採取については、その結果得られた供述の信用性や要証事実との関連性の質ないし程度にかかわらず、無条件に裁判所の事実認定に供するための資格を認めているのとは対照的である。その意味で、これら「伝聞例外」に関する諸規定は、一定の公判外供述の証拠能力の要件を定めるにあたり、「供述採取」の手続的性格それ自体に着目しているのではなく、むしろ、信用性や要証事実との関連性といった「供述」の実体的性格を問題としているものと理解することができよう。もちろん、このことは、これらの諸規定が、そのような「供述」の実体的性格を問題とするにあたって、採取過程の性格をまったく考慮に入れていないことまでをも意味するわけではない。ただ、その「供述採取」の手続的性格は、それ自体としてではなく、むしろ、その結果得られた「供述」の信用性や要証事実との関連性といった実体的性格に影響を与えるものとして、あるいはそれを一般的に推認させる事情として、考慮されているものと考えられるのである。

供述証拠の証拠能力をめぐる「原則」と「例外」の間にあるこのような基本的な問題関心の相違に着目するならば、これらの諸規定が「伝聞例外」を許容するために定める諸要件は、基本的に、刑訴法三二〇条一項の基礎にあ

る供述採取における「公開の法廷における、公平な裁判所の前での両当事者の対等かつ同時の審理参加」を内容とする当事者に対する手続的保障の要請と、これとは別の、真実発見や訴訟経済といった諸要請との調整を図ろうとするもの、いいかえれば、裁判所の事実認定の過程に要求される当事者への手続的権利の保障の要請と真実発見等の要請の調和点を定めるものとして理解するのが妥当であるように思われる。

このような理解のもとでは、いわゆる「伝聞例外」を定める諸規定は、供述証拠に関しては、裁判所による事実認定は、公判期日における「公開の対審」保障のもとでの供述採取に基づいて行われうるべきであるという「原則」に対して、そのような目的のもとで行われるわけでないがゆえに「公開の対審」の保障を伴なうことなく採取された供述を、主として真実発見の観点から、裁判所の事実認定に、いわば「流用」するための要件を定めたものであると理解することができるであろう。すなわち、刑訴法三二一条以下の諸規定の多くが、「必要性」ないし「信用性の情況的保証」といった要件のもとで、同法三二〇条一項の例外として、公判外の供述に裁判所の事実認定に供される証拠としての資格を認めているのは、そのような要件の充足によって公判外の供述採取行為それ自体に裁判所の事実認定の基礎となる証拠採取手続としての資格の「回復」を認める趣旨ではなく、むしろ、その結果得られた供述について、事実認定の正確性確保の観点から、裁判所の事実認定にこれを「流用」するための要件を定めるものと説明することができるのである。[10]

(3) これに対して、「伝聞不適用」とは、「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」であるとされる。[11] 刑訴法三二一条以下の諸規定のなかには、同法三二一条二項・四項、三二二条二項にみられるように、「供述録取書」の形をとっている――したがって、形式的には同法三二〇条一項の「原則」による排除の対象に含まれることになる――ものの、制度上、最初から当該事件に関する裁判所の事実認

定に供するための供述採取を目的として行われるがゆえに、「対審」の保障のもとで――すなわち、公平な審判者の前での両「当事者」の対等な参加を保障して――行われる供述採取手続の結果得られた供述の証拠能力を扱う規定があるが、これらがその典型的な例として挙げられる。

これらの諸規定は、裁判所の事実認定に供するための証拠の採取を公判期日外で行う必要性、弁論の更新手続、事件の移送等の必要性、あるいは上訴制度の趣旨等から設けられた「例外」を定めるものであって、[112] それゆえに、刑訴法は、その結果得られた供述には、無条件に証拠能力を認めている。その意味で、これらの諸規定は、「伝聞例外」の場合とは異なり、公判外において採取された「供述」の裁判所の事実認定への「流用」を問題としているのではなく、当該「供述採取」それ自体に直接、裁判所による事実認定の基礎となりうる「供述採取手続」としての資格を付与しているものということができよう。

もちろん、このような場合に刑訴法三二〇条一項の定める「伝聞証拠排除」の「原則」に対する「例外」を認めることの妥当性に関しても、直接主義あるいは一般公開主義等の観点から疑念を提示することができないわけではなかろう。しかし、それは、その結果採取された供述の証拠能力の問題としてだけでなく、公判期日外の証人尋問や弁論の更新等の諸制度それ自体の合理性、あるいは、これらの制度を利用する必要性の判断基準の問題としても議論されるべきであろう。[113]

(4)　以上、刑訴法三二〇条一項の定める「原則」に対する「例外」が許容される一般的な根拠について、「伝聞例外」および「伝聞不適用」の概念を再構成しつつ、検討してきた。このような観点から、刑訴法三二一条以下の個々の規定について、その具体的な要件ないし適用基準、あるいは立法論上の妥当性を考察することが今後の課題となるが、ここでは、とくに刑訴法三二一条一項の規定について、簡単に検討をくわえておくことにする。[114] 同規定

については、とりわけ、「被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであるとき」に、被告人自身の公判外供述が、「任意にされたものでない疑いがあると認めるとき」を除けば無条件に証拠能力を認めている点について、「捜査機関による被疑者取調べの結果を証拠として一般的に許容したことに対しては、いわゆる直接主義の観点からの批判を生じており、今後の検討課題となっている」との指摘もなされているところであり、[115] この問題は、刑訴法三二〇条一項が定める「原則」の意義を裁判所の事実認定に供される供述の採取過程における「公開の対審」の保障という観点から再構成することにより、同規定の趣旨説明において「伝聞法則」と「直接主義」の間に有意差を認めない本稿の立場からしても、重要な意味をもつものと考えられるからである。

ところで、学説上は、刑訴法三二二条一項の規定が、「被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであるとき」に、被告人自身の公判外供述が、「任意にされたものでない疑いがあると認めるとき」を除けば無条件に証拠能力を認めているのは、被告人自身に対する反対尋問権行使は無意味であるからだとの説明が一般的であり、この場合には、同規定は、「伝聞不適用」を定めるものとして理解されることになる。しかし、この規定が扱う公判外供述が、右に見たような典型的な「伝聞不適用」の場合のように、「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」であるといえるかは疑問である。

たしかに、検察官の提出にかかる被告人自身の公判外供述の排除は、その被告人による「証人」に対する審問権を保障する憲法三七条二項前段の関知するところではなく、[116] また、被告人本人の供述の場合には、被告人が尋問をすることそれ自体が無意味である――より正確には、最初から問題とならない――ことは事実であり、この意味では、公判外供述と公判供述のあいだに何ら差異は認められないことになる。しかし、このことは、被告人自身の供述とそれ以外の者の供述を区別することなく、供述証拠一般にその規制対象を拡大している刑訴法三二〇条一項の

「原則」に対する「例外」を認めるについては、同規定の趣旨に関する本稿の理解を前提とすればもちろん、通説的理解を前提とするとしても、この「原則」を支える複数の根拠のうちの一つが問題とならないことを意味するにすぎないという意味でも、また、そのこと自体、公判外供述に証拠能力を認めることを積極的に根拠づけるものでもないという意味でも、消極的な根拠にとどまるというべきであろう。実際、同規定に関しては、前述のように直接主義の観点から、あるいは弁護権の保障という観点から、[117]その立法論上の妥当性について疑念が提示されているのであり、刑訴法三二〇条一項の趣旨を裁判所の事実認定に供される供述の採取における「公開の対審」保障の尊重に求める本稿の立場からしても、公判における被告人からの供述採取と公判外のそれとの間には、公開性の有無のほか、公平な裁判所の前で行われるか否か、[118]弁護人の立会権ないし質問権の保障を伴なうか否か等、[119]同条項の関心に属する重要な差異があるというべきであろう。

このことからすれば、刑訴法三二二条一項が、「被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであるとき」に、被告人自身の公判外供述が、「任意にされたものでない疑いがあると認めるとき」を除けば無条件に証拠能力を認めていることが正当化されるとしても、それは、「伝聞不適用」を定めた――すなわち、当該公判外供述の採取行為に裁判所の事実認定に供するための供述採取としての資格を認める――ものというよりも、むしろ、「伝聞例外」を認めるものとして、でなければならないというべきであろう。そして、そうであるとすれば、このような「例外」を認めるためには、公判外供述を裁判所の事実認定に「流用」することを根拠づけるに足りるより積極的な根拠、より具体的には、「必要性」および「信用性の情況的保障」が要求されるというべきである。このうち、「信用性の情況的保障」に関しては、「人はうそをついてまで自分に不利益な事実を暴露することはない」[120]から、「自己に不利益な事実を任意に供述する場合には通常その事実は真実である」という経験則によって説明するほかなく、[121]他方、

「必要性」については、当事者である被告人自身の供述が事実認定において重要な意味をもつことは否定できないところ、被告人は供述義務を負わないため、公判において、当該公判外供述と異なる供述を行うか、あるいは黙秘する場合には、一般に右のような意味で信用性の高い公判外の不利益事実の承認を内容とする供述を証拠とする高度な必要があると説明されることになろう。(122)

ただ、そうであるとしても、右のような経験則の有効性を認めるためには、当該供述が「任意に」なされたものであること、そして、当該供述代用書面（供述書または供述録取書）が、原供述の内容を忠実に記したものであることが絶対的な前提となるということには注意が必要である。前者の点については、「人はうそをついてまで自分に不利益な事実を暴露することはない」との経験則は、「うそをついてまで自分に不利益な事実を暴露する」だけの事情が他に存在する場合には妥当しないというべきであり、したがって、刑訴法三二二条一項の「任意性」も、そのような観点から理解されるべきであろう。他方、後者の点については、この経験則は、供述内容それ自体の信用性についてのみ妥当しうるものなのであり、その供述が正確に書面化されているか否かという点にまで及ぶものではないということが改めて確認されなければならない。刑訴法三二二条一項が、「被告人の供述を録取した書面」に「署名若しくは押印」を要求しているのも、そのことを前提とするからであり、「被告人が作成した供述書」の場合には、本人の作成にかかるものであることから、一般に、そのことが推認される趣旨に理解すべきであろう。したがって、当該「書面」の正確性に疑いがある場合には、原供述それ自体の内容の「信用性」を問題とする以前に、同規定によって、裁判所の事実認定に供するための資格が否定されなければならないというべきである。(123)

(109) 鈴木・前掲書註（89）二四一頁以下。

(110) 捜査機関ないし訴追機関は、そのような「流用」の必要が生ずることが予見可能である限りにおいて、さしあたり、

第一回公判期日前の証人尋問（刑訴法二二六条ないし二二八条）の制度を利用するなどして、可能な限りその採取過程の公平性および透明性を確保したかたちで供述を保全しておくよう努めるべきであろう。その際、刑訴法二二八条二項は、被疑者・弁護人の立会権を認めるものではないとされるが（最決昭和二八年四月二五日刑集七巻四号八七六頁参照）、少なくとも被疑者の特定後は、その弁護人とともに立会いを認める運用が望まれる（三井・前掲書註（6）三二三頁以下参照）。なお、同様の見解を紹介するものとして、山田・前掲註（19）三七頁以下を、また、立法論上の提言を含む私見については、松田岳士「刑事手続における訴訟行為の再現可能性について」刑法雑誌四四巻二号（二〇〇五年）一六〇頁以下）を参照。

(111) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（青林書院、改訂版、一九九〇年）二〇五頁。

(112) 香城・前掲書註（77）三二四頁。

(113) 解釈論上も、これらの規定によって証拠能力が認められるのは、当該事件の公判準備調書、公判調書ないし検証調書等に限られ、他事件に関するものは含まれないと解するべきであろう（鈴木・前掲書註（1）二〇九頁）。

(114) 刑訴法三二二条一項の趣旨説明は、同規定を「被告人以外の者の公判準備または公判期日における供述で被告人の供述をその内容とするもの」に準用する同法三二四条一項にも基本的には妥当するということができるが、本稿では、その検討対象を「供述代用書面」の場合に限定する。なお、後掲註（123）参照。

(115) 松尾・前掲書註（72）四五頁。なお、同・前掲註（10）一〇頁以下も参照。

(116) この点に関連する判例として、最決昭和二四年九月七日刑集三巻一〇号一五七三頁参照。

(117) 村井敏邦『刑事訴訟法』（日本評論社、一九九六年）一三六頁以下。

(118) 「公平な裁判所」の前で行われることの意義は、裁判所が直接供述態度を観察できることにつきるわけではないのであって（なお、大澤・前掲註（14）一五頁は、「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、そればかりではなく、「当事者にとっての利益でもある」と指摘する）、審判者たる「公平な裁判所」の面前で行われることによって、当事者が、当該供述者から不当な方法によって供述を引き出すことが抑止されることにもあるというべきであろう（この点では、一般公開や反対当事者の立会い・参加の保障も重要な意味をもつことはいうまでもない）。

(119) 防御権の保障という観点からみるならば、被告人には、公判外で供述する場合であっても、「供述の自由」が認められているという限りにおいては、「自己防御」の手段は与えられており、この点では公判手続における供述とそれほど変わりはないということもできよう。しかし、刑事手続においては、弁護人の援助による「技術的・専門的防御」が重要な意味をもつことはいうまでもなく、その保障のあり方は、少なくとも現行刑訴法上は、公判手続の内と外で大きく異なっていることは否定できない。

(120) 小野清一郎ほか『ポケット注釈全書刑事訴訟法（下）』（有斐閣、新版、一九八六年）九〇一頁、田宮・前掲書註(15)三八六頁等。なお、松尾・前掲書註(72)四五頁は、「被告人の自白、ないし不利益な事実の承認について、『信用性は高い』と単純に断定してよいかどうか、問題がないではない」と指摘する。

(121) このような理解のもとでは、当該公判外供述が被告人に「不利益」であるか否かは、被告人の供述時における主観を基準に判断するのが一貫することになろう（小野ほか・前掲書註(120)九〇一頁）。不利益性の判断基準に関する議論状況については、岡部信也『大コンメンタール刑事訴訟法第五巻Ⅰ』〔藤永幸治ほか編〕（青林書院、一九九九年）三〇七頁以下参照。

(122) この点に関しては、小泉祐康「犯罪の外形的事実を承認した供述調書」熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅲ』（日本評論社、一九七〇年）二六四頁以下および香城・前掲書註(77)三三五頁を参照。

(123) この意味での供述代用書面の正確性については、主として当該公判外供述が被疑者取調べによりとられた自白である場合に争われ、その場合には、法廷において、この問題をめぐり「水掛け論」的な論争が展開されることも多いという現状が指摘されている。いわゆる「取調べの可視化」は、自白の任意性立証の問題だけでなく、この自白調書の正確性の問題の解決策として提示されることも多い（この点に関する最近の文献として、とくに、吉丸眞「録音・録画記録制度について（上）・（下）」判例時報一九一三号（二〇〇六年）一六頁・一九一三号（二〇〇六年）一九頁以下を参照）。また、この問題は、刑訴法三二四条一項との関係で、「被告人……の自白の内容について、取調官を証人に喚んで証言させるという事態」においてはさらに先鋭化することになる（この問題については、村井・前掲書註(117)二三九頁、古賀康紀「取調べ検察官の証言」季刊刑事弁護九号（一九九七年）五四頁、宮崎英一＝松本裕＝鳥毛美範「伝聞証拠〔2〕――供述の中にある伝聞証拠――」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅲ』（悠々社、二〇〇二年）二七九頁以下等参照）。

六　おわりに

(1)　以上、本稿においては、刑訴法三二〇条一項について、裁判所の「事実の認定」に供するための「供述」の資格を定めるにあたり、その信用性や要証事実との関連性といった実体的性格というよりも、むしろ、「供述採取」の手続的性格に着目するものとして、より具体的には、その採取過程における「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両当事者の対等かつ同時の審理参加」の保障の有無を問題とするものと理解することにより、その趣旨説明の再構成を試みた。

このような理解を前提とすると、刑訴法三二〇条一項は、裁判所による事実認定に供される供述証拠は、原則として、「公開の対審」保障を伴なう「公判期日」において採取されなければならないという、供述証拠に関する「公判中心主義」の要請を定めるものであるということになる。供述証拠は、一般にその内容・範囲それ自体がその採取の態様および状況によって影響を受けやすく、かつ、その採取行為を公判期日において改めてやり直す、すなわち「再現」することが可能である以上、刑罰権行使の前提となる裁判所による事実認定の基礎とされうる供述採取は、少なくとも原則としては、「公開の対審」を構成する手続的保障に内在する「適正性」ないし「公正性」を備えた公判手続においてなされるべきであり、それ以外の場で、そのような保障を伴なわずに採取された供述をもってこれに代えてはならない。これが、刑訴法三二〇条一項の定める「伝聞証拠排除法則」の趣旨であり、供述証拠に関するこのような証拠法上の扱いは、憲法三一条および三七条二項によって、少なくとも被告人自身の供述を除く国家側公判外供述に関する限りでは要求されている、というのが本稿の結論である。

右のような結論が、刑訴法の関連規定、とくに三二一条以下の個々の規定に関する具体的な解釈論にどのように

反映されることになるかについての検討は、今後の課題である。

(2) 本稿において、刑訴法三二〇条一項が定める証拠法則の趣旨説明を再構成するにあたって念頭におかれたのは、証拠法と刑事手続の基本構造との密接不可分な関係である。実際、刑訴法三二〇条一項が採用するとされる「伝聞法則」の特徴の一つは、――それが、裁判所による事実認定に供される供述の採取過程における「公開の対審」保障の尊重を本旨とする規定として理解されることからも、また、刑事手続外で私人等によって採取された供述、あるいは、刑事手続内であっても捜査機関や訴追機関によって適法に採取された供述をもその排除の対象とするものであることからも明らかであるように――刑事手続の構造それ自体に「内在的」な、いいかえれば、刑事手続にとって「生理的」な証拠の使用不能を定める証拠法則である点に求められるように思われる。刑訴法三二〇条一項の定める証拠法則は、この点において、違法収集証拠排除法則に典型的に見られるように、証拠収集手続の違法という「病理的」な事情を前提とする証拠の使用不能を問題とするものとは、基本的に性質を異にするのであり、[124] その意味で、この証拠法則の意義を考察することは、刑事手続の「内在的」あるいは「生理的」な構造それ自体の解明にもつながるはずである。

もちろん、このような性質は、ひとり刑訴法三二〇条以下の諸規定に特有のものではなく、たとえば、関連性法則や、あるいはその実質的根拠に関する理解の仕方によっては自白排除法則についても妥当しうるものであるが、いずれにせよ、これらの証拠諸法則は、全体として、裁判所による「事実の認定」の性格および機能の客観的性格を決定づけるものであるということができよう。したがって、裁判所による事実認定、あるいはそれを基礎に行使される実体判決権の客観的性格を明らかにするためには、これら諸法則間の関係について体系的・総合的な理論的検討をくわえるとともに、そのことによって得られた知見をもとに、個別の証拠法則の実質的根拠および適用基準

を改めて検討しなおしていく作業が必要とされることになろう。[125]

(3)　ところで、このように、裁判所の事実認定に供される証拠については、様々な観点から一定の「資格」が要求されるのとは異なり、捜査機関や訴追機関が捜査権ないし公訴権を行使する前提として行う事実の確認に供される資料、あるいは令状裁判官が令状発付の要件確認に供される資料については、刑訴法は、とくに資格要件を定めておらず、またそれを確認する手続も設けてはいない。刑訴法三二〇条一項の問題関心に即していえば、憲法も、また、刑訴法も、捜査機関および訴追機関には、基本的に、裁判機関や防御側の参加を排した、非対審的で密行的な供述採取行為の結果に基づいて捜査権及び公訴権を行使することを容認しているものと考えられ、このことは、消極的には、捜査の究極的な目的である「公訴権」の訴訟の一方当事者の権限としての性格ないし制度的位置づけによって、また、積極的には、捜査は迅速性・流動性をその本質とし、また密行的に行われなければ被疑者ないし犯罪事件に関する証拠の探索・収集・保全はおぼつかないとの現実的要請、あるいは関係者のプライヴァシーをはじめとする諸権利・利益の保護等の諸要請によって、基本的には正当化されうるものといえよう。

しかし、他の証拠法則、たとえば、違法収集証拠排除法則（あるいはその基礎にある考え方）についてもこのことが当然に妥当するかについては検討の余地があるように思われ、また、起訴便宜主義のもとでの捜査権・公訴権の運用のあり方、それが刑事司法において実際に果たしている機能や、それによって生ずる相手方への権利・利益の制約の重大性、捜査機関が収集した証拠が裁判所による事実認定に与える実際上の影響力の大きさ、あるいは、令状裁判官の役割や検察官と司法警察職員の関係等を考慮に入れるならば、証拠に関する「捜査使用可能性」およびその具体的な手続上の帰結についても考察を加えていく余地があるように思われる。

(4)　証拠の「公判使用可能性」と「捜査使用可能性」の関係について右のような考察を深めることは、裁判所に

よる事実認定の基礎となる「心証」と、捜査機関ないし訴追機関による「嫌疑」、あるいは、令状発付の前提として裁判官が確認する「嫌疑」の客観的な性格、さらには、それらの「心証」や「嫌疑」を基礎として行使される諸権限の性格ないし機能を明らかにすることにほかならない。したがって、そのことによって得られる知見は、いわゆる「捜査の構造」をめぐる議論や、「訴因」論、訴訟条件論等を再検討するためにも有益な視座を与えてくれることになるものと思われるが、その具体的検討については他日を期するほかない。

(124) 大谷直人「違法に収集した証拠」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）一九七頁は、いわゆるロッキード事件大法廷判決を念頭において、「明文にはない公判での証拠使用の禁止を常に違法収集証拠論と結び付けて考える必然性はない」ことを指摘するにあたり、「本来流動的であり、場合によっては被疑者自体が特定し得ない段階でもスタートせざるを得ない捜査手続においては適法に収集できた証拠が、その後被告人が特定された公判段階においては、その使用を禁じられることも十分考えられる」と説くが、このことは、すでに刑訴法三二〇条一項の明文規定によって定められた証拠法則にも基本的に妥当するものというべきであろう。

(125) この点に関する私見については、松田・前掲註（110）一六六頁以下を参照。

【訂正】 「刑事訴訟法三二〇条一項について（上）」阪大法学五四巻五号を以下のように訂正する（「訂正前」→「訂正後」）。

・三一頁一〇行目「もっとも、この点については、……」→「もっとも、このうち、とくに『不利益な事実の承認を内容とするもの』については、……」

・三一頁一二行目「刑訴法三二二条および三二四条の趣旨を……」→「刑訴法三二二条一項および三二四条一項の趣旨を……」

・三一頁一六行目「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……」→「あくまで、当該供述が公判期日においてなされたものであるか、それともそれ以外

の場でなされたものであるかを問題としている……」

（阪大法学）56（1−74）74〔2006. 5〕