



Title	刑事訴訟法三二六条の「同意」について（下）
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2007, 57(2), p. 15-33
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55391
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

刑事訴訟法三三六条の「同意」について（下）

松田岳士

- 一 はじめに
- 二 刑事訴訟法三三六条の「同意」の対象となる証拠の範囲（以上、第五七卷第一号）
- 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（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

(1) 反対尋問権放棄説と証拠能力付与行為説のもう一つの対立点は、刑事訴訟法三三六条一項により、「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」の証明力を争うために、その「同意」をした当事者自身が原供述者を公判期日に喚問し、審問することの可否にある。

実務上は、たとえば、被告人側が検察官の証拠調べの請求にかかる供述調書を「証拠とすること」に同意したうえで原供述者の証人尋問を請求することや、「原供述者に対して反対尋問の機会が与えられるならば供述調書に同意する」として、反対尋問権を留保して供述調書に同意することも許されるものとされ、⁽³²⁾ 証拠能力付与行為説は、

「同意は証拠能力を付与するだけで、証明力まで付与するものではない」から、「同意書面の証明力を争うことも、同意した側がその供述者の証人尋問の請求をすることもとより許される」⁽³³⁾として、このような実務の運用を支持するのに対し、反対尋問権放棄説は、同意をした者は反対尋問権を放棄したことになる以上、当該書面または供述について、「反対尋問以外の方法で証明力を争うことは、許される」としても、その「証明力を争うために、その証人を喚問することはできない」として⁽³⁴⁾、これに疑問を呈するのである⁽³⁵⁾。

(2) この問題をめぐる両見解の対立の意味を解明するためには、その前提として、刑法法三二〇条以下の諸規定が定める「伝聞法則」と、当事者の証人審問権ないしその一内容としての反対尋問権の保障の関係について改めて検討を加える必要があるように思われる。

この点につき、従来は、一般に、刑法法三二〇条一項が定める伝聞証拠排除の原則は、当事者の証人審問権ないしその一内容である反対尋問権に直接に「由来する」ものと説明されてきた⁽³⁶⁾。このような理解は、とりわけ、「刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を充分に与えられ」る旨定める憲法三七条二項前段を、——その「証人」を、「公判廷で宣誓して証言する狭義の証人だけではなく、およそ供述証拠を提供する供述者をいうもの」と解することによって——「被告人の反対尋問権を保障したものであり、伝聞証拠を原則として排斥したものである」⁽³⁷⁾と理解する通説の立場に典型的に見ることができるとは、すなわち、ここでは、憲法三七条二項前段が被告人に保障する「証人審問権」は、「公判廷で宣誓して供述する者に対して尋問する機会を与え」られることをその内容とするのみならず、さらに、そのような「機会」を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ことを要求する権利をも含意するものとして理解されるのである。

このように、憲法三七条二項前段が、「被告人の反対尋問権を保障したもの」であるにとどまらず、「伝聞証拠を

原則として排斥したものととしても理解されるとすれば、同条項が定める「証人審問権」の保障範囲は、伝聞証拠排除の「原則」の妥当範囲と合致することになる⁽³⁸⁾。実際、証人審問権と伝聞法則の関係に関する右の通説的理解を採用ないし支持する論者からは、従来から、刑法三二一条以下の諸規定によっていわゆる「伝聞例外」が認められる根拠について、「不真実性の危険がきわめて少い供述については、反対尋問による真実性の吟味は余分のも⁽³⁹⁾と考えられるから、たとえ反対尋問の機会を与えなくとも、これを証拠として許容してよい」との説明がなされてきた。また、最近では、刑法三二一条一項が定める「伝聞法則が保障しようとしているのは、供述証拠を供する者が公判廷において証人尋問の手續に従って証言し、直ちに相手方当事者の反対尋問に服することである」との理解を前提に、「憲法三七条二項前段が保障するのは、①供述証拠の信用性確保の仕組みとしての公判廷における証人尋問とそこでなされた証言に対する反対尋問、及び②このような仕組みによる信用性の吟味を⁽⁴⁰⁾経ていない公判外供述の排除、に尽きる」のであり、「このような仕組みを離れて、公判外供述そのものに対する事後的な反対尋問の権利を保障するものであるかは、疑問とする余地もある」との指摘がなされているが、これなどは、まさに被告人の証人審問権の保障範囲は、刑法三二一条一項によって伝聞証拠が排除される範囲によって画されるとの理解を前提とするものといえよう。

そして、通説においては、「伝聞法則は被告人の反対尋問を担保するだけでなく、検察官の反対尋問権をも担保するものである⁽⁴¹⁾」、あるいは、刑法三二一条は、「……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⁽⁴²⁾」とされるから、右のような被告人の「証人審問権(ないし反対尋問権)」と刑法三二一条一項の定める伝聞法則排除の原則との関係についての理解は、検察官側の「証人審問権(ないし反対尋問権)」と「伝聞法則」の関係にも同様に妥当することになるものと思われる。

(3) しかし、刑訴法三二〇条一項の定める伝聞証拠排除の原則が、当事者の証人審問権ないし反対尋問権を「具体化」または「担保」というとき、それは、あくまで、証人審問権をはじめとする「公開の対審」を構成する手続的諸権利⁴³の保障を伴わずに採取された供述が、裁判所の事実認定の証拠に原則として供されないことが「担保」されることを意味するにとどまるのであって、このことは、「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⁴⁴」に対して、文字どおり「審問する」あるいは「尋問する」ことを内容とする権利が、憲法三二条二項前段によって「刑事被告人」の側に、また、いずれにせよ、刑訴法一五七条によって検察官側にも保障されることは、理論上区別して論じられるべきであるように思われる。

なぜなら、刑訴法三二〇条以下の諸規定によって規定される「伝聞法則」は、公判期日における供述採取においては、憲法三七条ないし刑訴法の関連規定によって、当事者に「証人審問権」をはじめとする「公開の対審」を構成する手続的諸権利が保障されることを所与の前提として、そして、供述証拠が一般に再現可能な性質をもつために、そのような手続的諸権利の保障のもとで改めて採取しなすことが可能であることを念頭において、公判期日におい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・保全された供述を裁判所の事実認定の証拠に供することを原則として禁止しているものということができ、その意味において、「証人審問権」は、「伝聞法則」適用の「前提」として、そもそも同証拠法則の適用が問題となる場合であると否とにかかわらず、また、伝聞証拠排除の「原則」に対する「例外」が認められる場合であると否とにかかわらず、憲法および刑訴法の関連規定によって直接、当事者に保障されるものというべきであるように思われるからである。

実際、「証人審問権」は、当事者の請求または裁判所の職権によって証人尋問が行われる場合には、「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

問題となる場合であると否にかかわらず(すなわち、そのような「供述代用書面」または「伝聞証言」の当事者の請求又は裁判所の職権による取調べの可否が問題とされる場合でなくても)、憲法三七条二項ないし刑法一五七条によって、被告人・弁護人および検察官に保障されるものというべきである。また、たとえば、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「現在の精神状態の供述」については、いわゆる「非伝聞」に当たるものとして、刑法「三三〇条以下の厳格な規制に服せしめるまでの必要はない」との立場をとるとしても、このことは、当該「現在の精神状態の供述」を裁判所の事実認定に供することが許容されることを意味するにとどまるのであって、その「原供述者」を公判期日に喚問して、その時点においてはもはや「過去」のものとなった同人の「精神状態」について審問する当事者の「権利」が否定されることまでをも意味するわけではない。

他方、刑法三二二条以下の諸規定が定める「伝聞例外」も、「証人審問権」の制約または侵害を許すものではなく、むしろその保障を「前提」として許容されるものというべきである。たとえば、刑法三二一条一項各号の規定は、たとえ公判外において同規定所定の書面上に供述が採取・保全されているとしても、可能なかぎり(原供述者が「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公判準備若しくは公判期日において供述することができない」がゆえに証人審問権の保障をそれ自体が不可能となるのでないかぎり)、公判準備若しくは公判期日において、「証人審問権」をはじめとする手続的諸権利の保障のもとで当該供述が原供述者から採取しなおされることを前提として、そのようにして採取されるべき供述に代えて、当該書面を証拠とすることができる⁽⁴⁶⁾。否か、できるとすればいかなる要件のもとでかを定めるものなのである。

(4) そうであるとするれば、刑法三三〇条一項が定める「伝聞法則」については、「証拠調べの適正性」の一内容として、憲法三七条二項によって被告人側に保障され、また、刑法一五七条によって検察官側にも保障される

「証人審問権」に直接「由来する」ものであるというよりも、むしろ、憲法三二条によって要請される国家による刑罰権行使の直接の前提となる「事実認定の適正性」保障の観点から、裁判所による事実認定が、原則として、そのような手続的権利保障のもとで採取された供述によってなされるべきことを担保する「証拠法則」として理解するのが妥当であるように思われる。そして、この「伝聞法則」によって具体化される「事実認定の適正性」は、

「証人審問権」をはじめとする公判期日での供述採取における当事者に対する手続的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、そのような手続的保障の尊重と、47 眞実発見や訴訟経済等の「公共の福祉」に属する諸要請の利益衡量の結果観念されるものというべきであるから、理論上、公判期日での供述採取における「証拠調べの適正性」を具体化する「証人審問権」をはじめとする当事者の手続的諸権利の保障それ自体とは、48 区別して扱う必要があるというべきである。

いずれにせよ、このような「利益衡量」は、憲法二三条に照らし、個人の権利保障の「最大の尊重」を旨として行なわれなければならないというべきであって、49 刑法法三二〇条以下の諸規定が、裁判所の事実認定が、「公開の対審」の保障のもとで採取される公判期日における供述によって行われることを「原則」とし、これに代えて、公判期日外でそのような手続的保障を伴わずに採取・保全された供述を証拠とすることをその「例外」として厳格な要件の下においているのは、まさに、訴訟当事者の手続的諸権利の保障の尊重と「公共の福祉」に属する諸要請との間の右のような意味で憲法理念に従った「適正な均衡」を具体化する趣旨に理解することができる。

(5) ところで、反対尋問権放棄説は、50 刑法法三二六条一項の趣旨について、「伝聞証拠（書証を含む）は、原供述者に対する反対尋問によって、供述の眞実性を吟味する機会が与えられないため、原則として排除されるのであるが、反対尋問権は当事者がこれを放棄し得る権利であるから、その放棄があれば、伝聞証拠も証拠として許容さ

れてよい⁽⁴⁹⁾と説明する。同見解が、ここで、「反対尋問権」の内容について、「伝聞証拠を原則として排斥したものである」とする通説的理解を前提としているとすれば、そのような権利が当事者によって放棄された場合には、同人によって、まさしく、「伝聞証拠を原則として排斥」することを求める権利が放棄されたことになるのであるから、刑法法三二〇条以下の諸規定はその「適用の根拠を失う」ことになろう。しかし、その前提として、当事者の「反対尋問権」ないし「証人審問権」それ自体に、このような「証拠法則」としての意義を認めることの理論的妥当性については、右にも見たとおり、疑問がある。

もっとも、「証人審問権」と「伝聞法則」の関係に関する本稿の理解を前提としても、刑法法三二〇条以下の諸規定が定める「伝聞法則」を、公判期日での供述採取における「公開の対審」のもとでの「証人審問権」をはじめとする手続的諸権利の保障が、裁判所の事実認定上、最大限尊重されることを担保する証拠法則として理解することができるのであれば、当事者が、そのような手続的諸権利それ自体を予め放棄するというのであれば、そこには、「伝聞法則」適用の利益の放棄の意思も含まれるということが⁽⁵⁰⁾できるから、かりにここで「反対尋問権放棄」の語が、実質的には、このような公判期日における「公開の対審」のもとでの原供述者からの供述採取への立会権および参加権の放棄を意味するものとして用いられているとすれば、これによって、刑法法三二〇条一項以下が定める伝聞法則の「不適用」を根拠づけることも充分に可能であるというべきであろう。

しかしながら、このことは、右の説明が、刑法法三二六条一項の解釈論として妥当であることまでをもただちに意味するわけではない。実際、反対尋問権放棄説からは、一般に、その「論理的な帰結⁽⁵¹⁾」として、「同意をして反対尋問権を放棄した以上、(同意をした者には)その供述者を尋問する権利はないはずである⁽⁵²⁾」との結論が導かれ、その結果、刑法法三二六条の「同意」を行った当事者自身が、このような「事後的な反対尋問」を行うために原供

述者の喚問請求を行うことは許されない⁽⁵⁴⁾、あるいは、仮にそのような請求が行われるとしても、それは、当事者の権利行使としてではなく、裁判所の「職権の発動を促したものと」解され、したがって、「申請しても、裁判所が必要を認めない限り却下される危険のあることはいうまでもない⁽⁵⁵⁾」とされるが⁽⁵⁶⁾、このことからすれば、同見解においては、刑訴法三三六条の「同意」は、公判において「証人のいうことを直接に聞く⁽⁵⁷⁾」ための「反対尋問」をはじめとする供述採取への立会権・参加権のみならず、当該「供述代用書面」および「伝聞証言」の「証明力を争う」ためのいわゆる「事後的な反対尋問」の権利も含めて、およそ公判期日における原供述者からの供述採取への立会権・参加権一般の放棄を意味するものとして理解されているということができよう。

しかしながら、刑訴法三三六条一項の実質的根拠を説明するために、同規定所定の「同意」の内容に、これらの権利の放棄を一律に盛り込む必要があるかは疑問である。すなわち、刑訴法三三六条一項が、「同意」の効果として予定しているのは、同法三二〇条一項が定める伝聞証拠排除の「原則」を前提として、同法「三二二条乃至前条の規定」が定める、「伝聞証拠」に「例外」的に証拠能力を認めるための要件（あるいは、それによる証拠能力の制限）の解除であるが、これらの規定は、「事後的な反対尋問」の機会が当事者に与えられることを、「伝聞証拠」に証拠能力を認めるための要件としているわけではない⁽⁵⁸⁾、このような権利の放棄によってその解除を根拠づけることはできないというべきである。他方、公判において「証人のいうことを直接に聞く」ための「反対尋問権」をはじめとする供述採取への立会権・参加権の放棄については、右にも見たように、これによって、刑訴法三三〇条以下の諸規定が定める「伝聞証拠」の証拠能力の制限の解除を根拠づけることも不可能ではない。しかしながら、「証人審問権」と「伝聞法則」の關係について右に検討したところからすれば、「伝聞法則」の解除は、公判期日における「公開の対審」のもとでの供述採取への立会権および参加権それ自体を当事者が放棄しなくても、いいか

えれば、当事者が、このような権利を行使しないし留保しつつ、その事実認定上の「最大の尊重」を担保する「証拠法則」の適用の利益を放棄することによつても、十分に根拠づけることができるというべきである。⁽⁶¹⁾ その意味で、同権利の放棄は、「伝聞法則」を解除するための「十分条件」ではあつても、「必要条件」ではないといわなければならぬ。⁽⁶²⁾

反対尋問権放棄説が、同意をした当事者による原供述者の証人尋問請求の可能性を否定する背景には、「同意後もその供述者の尋問請求を認めるといふ安易な途を選ぶと、結局、まず捜査書類を取り調べ、その後から書証の弱点を証人尋問で争わせるといふパターンに陥りやすいが、これこそ旧刑事訴訟法下の方式にほかならない」との認識に基づき、「公判審理の現実を書証万能の状態から脱却させ、証人中心の審理に切り替えたい」という強い願望⁽⁶³⁾の存在が指摘されている。しかし、同見解が、かりにこのような「実践的な狙い」⁽⁶⁴⁾あるいは「政策的判断」⁽⁶⁵⁾のために、刑訴法三二六条一項の「同意」の内容に、右のような二重の意味で同規定の趣旨説明に必要な範囲を超える内容の権利放棄を一律に盛り込むことを主張するものであるとすれば、同規定の解釈論としては、やはり「行き過ぎ」であるといわざるをえないように思われる。⁽⁶⁶⁾

(6) その意味では、刑訴法三二六条の「同意」は、「適正な証拠調べ」の一内容として公判手続における供述採取において当事者に保障される手続的諸権利それ自体の放棄ではなく、むしろ、「適正な事実認定」の一内容として、これらの手続的権利保障の尊重と、真実発見等の「公共の福祉」に属する諸要請との「適正な均衡」を具体化する証拠法則の次元において理解するのが妥当であるように思われ、したがって、この点においても、刑訴法三二六条一項は、「当事者主義に基づき、当事者（多くの場合被告人）が自己に不利益な（内容的にばかりでなく手続的にも）ものであつても証拠とすることに同意するならば、之を証拠として法廷に顕出できることを定めたもので

あり、ある範囲で証拠に対する当事者の処分権を肯定した規定である⁽⁶⁷⁾とする証拠能力付与行為説の所説のほうが妥当であるといえることができる。

もつとも、このことから、ただちに、「刑事訴訟法が、証拠能力の点について当事者処分主義をとった⁽⁶⁸⁾」、あるいは、刑法法三三六条の「同意」は「積極的な、証拠に証拠能力を付与する当事者の行為⁽⁶⁹⁾」であるともいえることができる。疑問がないわけではない。なぜなら、刑法法三三六条一項によって解除される、同法三二一条ないし三二五条の諸規定が定める伝聞証拠に例外的に証拠能力を認めるための要件は、右にも見たように、裁判所の事実認定に供される供述の採取手続における「公開の対審」保障の尊重と、真実発見等の「公共の福祉」に属する諸要請との「利益衡量」の基準を具体化するものと考えられるが、この各「利益」を構成する諸要素のすべてが、当事者の処分に委ねられる性質をもつものであるかは疑問だからである。実際、刑法法三三六条一項は、当事者が「証拠とすることに同意」したとしても、裁判所が、「その書面が作成され又は供述のされたときの状況を考慮し相当と認めるときに限り」、同規定所定の効果を認めているのであり、その意味で、「同意」は、「あくまでも証拠能力発生の前提条件であって証拠能力発生そのもので「は」ない⁽⁷¹⁾」のである。

(32) 大野市太郎『大コンメンタール刑事訴訟法 第五卷上』（青林書院、一九九九年）三六六頁参照。

(33) 松本・前掲書註(18)一三六頁。

(34) 平野・前掲註(23)二一〇頁。

(35) 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）七三頁は、このような「同意」制度の運用のあり方は、「伝聞証拠の排斥があまり厳格ではなく、とくに、「刑法法三二一条一項二号後段の規定などが「活用」される状況のもとで考えると、……むしろ調書に同意してその証拠調べを先行させ、その後で原供述者の証人尋問を行って有利な供述を引き出す方が、弁護技術としてはすぐれている」と判断し行動する「弁護人のスタンス」と、「なるべく多くの

- 証拠を裁判所が検討することこそ真実発見の道」と考える職権主義的態度」により、「できるだけ書面の利用を図ろうとする裁判所及び檢察官の方針と合致し」たことから生じたと指摘する。そのほか、「同意」制度の運用のあり方と職権主義・当事者主義との関係については、西原・前掲書註(25)三八九頁、田口守一「同意の意義」西原春夫ほか編『下村康正先生古稀祝賀 刑事法学の新動向 下巻』（成文堂、一九九五年）一三三頁（同『刑事訴訟の目的』（成文堂、二〇〇七年）所収）、丹治・前掲註(27) 一七九頁等を参照。
- (36) 酒巻匡「証人審問権と伝聞法則」松尾浩也Ⅱ井上正仁編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、第三版、二〇〇二年）一八一頁。
- (37) 平野・前掲書註(9)二〇三頁。
- (38) 山田道郎『証拠の森』（成文堂、二〇〇四年）四頁は、「通説の考え方に立つ限り、伝聞法則の例外と連動する証人審問権の保障範囲が狭く解されるおそれが生じ」と指摘する。
- (39) 江家・前掲書註(5)七三頁。また、平野・前掲書註(9)二〇六頁も参照。
- (40) 大澤・前掲註(8)九頁以下。
- (41) 江家・前掲書註(5)六二頁。
- (42) 鈴木・前掲書註(11)七八六頁。
- (43) 前節においてもみたように、刑事訴訟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性は、当事者に（反対尋問権をその一内容として含む）証人審問権が保障されることにとどまるものではなく、たとえは相手方の主尋問に「公開の対審」のもとで立ち会う権利が保障されることにも求められよう。他方、証人審問権それ自体も、「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といふべきである。その意味でも、当事者に対する「証人審問権」の保障の問題と「伝聞法則」の問題は区別して論ずる必要があるであろう。
- (44) 憲法三七条二項前段の「証人」についての、判例（最大判昭和二十四年五月一八日刑集三卷六号七八九頁等）による定義である。
- (45) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（成文堂、一九八八年）二四二頁（同『続・刑事訴訟の基本構造』（成文堂、一九九七年）五四六頁以下も参照）。

(46) 伝聞例外に関する規定のなかに、刑訴法三三三条のように、一定類型の書面について、無条件に、したがって、公判期日において可能な限り原供述者から改めて当該供述を採取しなおすことを前提とすることなく、証拠能力を認めるものもある。しかし、同規定も、必要があれば、原供述者を公判期日に喚問し、当該事項について審問する当事者の権利を自己を否定する趣旨ではないものと解される。

(47) その前提となる「適正手続」の概念については、鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』（成文堂、一九七九年）五頁以下を参照。

(48) 当事者が、一定の「書面又は供述」を「証拠とすること」に同意しつつ、原供述者の証人尋問を請求するという事態が生ずること自体、公判期日における供述採取に立会い、参加すること、その証拠能力が否定されることが、当事者にとって現実異なる利益であり、かつ、その場合の「同意」には、原供述者に対する証人審問権を放棄する意思が含まれていないことを意味しているというべきであろう。とくに弁護人が検察官の取調べ請求にかかる書面を「証拠とすること」に同意しつつ原供述者の証人尋問を請求する際の具体的な事情については、谷口・前掲註(26)三五頁以下、丹治・前掲註(27)一八〇頁以下を参照。

(49) 江家・前掲書註(5)一四四頁以下。

(50) 戸田・前掲註(17)は、「伝聞供述」の供述者が当該被告人以外の者であって、その「伝聞供述」の内容を「公判の直接供述」の内容にして反対尋問によって検討することが可能でありかつそれを要求しえた場合、またはそれが不可能であるがゆえにその「伝聞証拠」の拒否を要求しえた場合であるとすれば、同意者は、その「伝聞供述」についての具体的ないし抽象的な反対尋問権を放棄したものとすることができよう」と指摘する。

(51) 松尾・前掲書註(35)七二頁。

(52) 平野龍一「三三六条の同意の効果」高田卓爾・田宮裕編『演習刑事訴訟法』（青林書院新社、一九八四年）四二一頁。

(53) この点、田宮・前掲書註(一)三九四頁は、反対尋問権放棄説を基本的に支持しつつ、「その種の『同意』の存在を否定できないとしても、三三六条とは別の、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」とする。

(54) 江家・前掲書註(5)一五一頁は、「同意の本質は反対尋問権の放棄であるから、当事者が同意し、且つ、裁判所が相当と認めた書面又は供述は、証拠能力を取得するばかりでなく、供述者に対する反対尋問によって（その他証人の信憑性

を弾劾することによって、その証明力を争いえないものとなる」とする。また、平野・前掲註(23)(二〇頁)は、「取調の結果、あらたに喚問の必要が生じたとき」を別として、「裁判所は、はじめからすでに証人喚問の必要を感じているときは、『相当と認め』られないものとして、証拠能力を否定すべきであり、書面を採用した上、証人を喚問すべきではない」とする。

(55) 笠松・前掲書註(6)(二〇一頁)も、同書は、「裁判所は証明力の判断上、書面自体から十分な心証を把握することが困難であって、書面の作成者又は供述者を喚問する必要があると考えたときは、職権によって証人を喚問しなければならぬから、当事者が書面の証明力を争い書面の作成者又は供述者の喚問を請求した場合において、その必要を認めるときはこれを採用しても何等差し支えない」とする。同趣旨の見解として、小野ほか・前掲書註(13)九一九頁(ただし、「その供述について審問権の放棄のあった証人の喚問を請求しても、それによって得られる証人の供述が審問権を放棄した供述と証拠として重複する場合には、その限度で不必要な証人の喚問請求であるとして請求の棄却される場合が多いであろう」という)、光藤・前掲書註(14)二四一頁も参照。なお、関・前掲註(3)三三八頁は、この点についての「両見解の対立は、証人喚問請求の許否について、緩やかに解するか、厳格に解するかという程度に差はあるが、その結論自体に大きな差異をもたらすものではない」と指摘する。

(56) この点に関して、谷口・前掲註(26)三五三頁は、反対尋問権放棄説が、「弁護人が……供述調査に同意したことをもって、〔裁判所に対する職権証拠調べの発動を促すという〕方法しかとりえない〔とする〕のは、余りにも迂遠」であるとし、「事案の実態をよく把握する……弁護人に対してこそ、……証人尋問の必要性の有無についての第一次的判断を委ねる——つまり、弁護人に証人尋問請求権を認める——のが相当ではなからうか」として、両見解を批判する。

(57) 平野・前掲註(52)四一頁。

(58) 松尾・前掲書註(35)五五頁以下参照。この点、通説は、とくに刑法三二二条一項二号後段の合憲性を認める条件として、調書への反対尋問を挙げている」とされる(田口・前掲註(35)二二九頁)。しかし、このような「調書への反対尋問」の機会の保障は、「伝聞法則」の問題としてではなく、むしろ、証拠の証明力を争う権利の問題として理解されるべきであろう。同権利は、一般的には刑法三二〇八条によって当事者に保障されるが、「審問」を手段とする場合には、いずれにしても、憲法三七条二項ないし刑法三二〇八条が保障する「証人審問権」の二内容を構成するものと考えられる。

(59) この点、大澤・前掲註(8)九頁は、「伝聞法則のもとでは、現在の公判廷において事後的な反対尋問の機会があったとしても、そのことから直ちに、過去の公判外供述を内容とする伝聞証拠について排除の根拠が失われることはない」から、「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付きはななく、「伝聞証拠の証拠調べ請求に対し、現在の公判廷における事後的な反対尋問の権利を放棄したとしても、当該伝聞証拠について排除の根拠が失われることはない」と指摘する。

なお、香城・前掲書註(9)三五七頁は、「調書の同意を前提として証人尋問を行うこと」が「訴訟指揮権の行使により許」される例として、「調書が作成された当時の被害感情はその記載の通りであることを認めた上で、現在までの被害感情の変化を証言させる場合」や、「調書が作成された当時の供述を争わないが、それに加えて供述に至る事情や周辺事情を証言させる場合」を挙げる。また、大野・前掲書註(4)一九一頁は、実務上、当事者が、「同意」をしたうえで原供述者の公判期日への喚問を請求する場合には、原供述の「証明力に関する事項のほか、書証に記載されていない事項についての尋問を求めることが多いと思われる」という。

(60) 大澤・前掲註(8)一〇頁は、「同意は、伝聞証拠に対し、原供述者が公判廷における反対尋問等による吟味を経ることなく行なわれたものであることを理由に、その証拠能力を責問する権利の放棄を核心とする」のであり、「そのような責問権の放棄がある限り、当該伝聞証拠について排除の根拠は失われ、その証拠能力を認めることに理論的な支障はなくなるはずである」と指摘する。なお、反対尋問権放棄説を採りつつ、「証拠としても差し支えない」との意思が認められれば同意があったものとする「ことができる」とするものとして、小野ほか・前掲書註(13)九二頁を参照。

(61) たしかに、刑法法三二六条の「同意」が行われる場合には、原供述者の喚問はなされないのが通常であろう。しかし、これは、当事者が証人審問権を予め放棄したからというよりも、むしろ、「同意」によって、当該「書面又は供述」に証拠能力が認められることになる結果、その取調べを請求した当事者が(請求を撤回して)原供述者を喚問する必要あるいは「責任」を免れることになるためであるというべきであろう。

(62) 戸田・前掲註(17)九頁は、「同意が……反対尋問権の放棄に当たる場合は、むしろ多いし、またそのような同意が、それがなければ他に証拠能力を認める方途のない『伝聞証拠』に証拠能力を付与するという意味で、特に重要であることはまちがいないところであるが、そうであるからといって、そのような同意だけが法三二六条の同意であるとしなければ

ならない理由は、すこしもない」とする。

(63) 松尾・前掲書註(35)七二頁以下。平野・前掲註(23)二二四頁は、「まず内容のいかんにかかわらず調書に同意して（とくに調書閲覧の代償として）その証明力を争うために証人の喚問を請求するという方法をとるならば、まさに調書裁判そのものにほかならなくなってくる」とし、「伝聞証拠に同意した者は、とくに新しい事態が生じたのでないかぎり、その供述者を証人として喚問する権利はない、という解釈は、こういう運用を防ぐために、重要な意味を持っている」とする。これに対し、石川才顕『刑事訴訟法講義』（日本評論社、一九七四年）一二二頁は、「同意制度の持つ迅速な裁判の実現と訴訟経済の要請の確保という観点」から、「新事実を立証する場合を除き、原供述者の供述内容の信憑性を争うために、伝聞供述者を証人として喚問することは許されない」とする。

(64) 大澤・前掲註(8)七頁。

(65) 関・前掲註(3)二四〇頁。

(66) 平良木・前掲註(4)二〇五頁。

(67) 松本・前掲書註(18)一三五頁以下。

(68) 栗本・前掲書註(25)一七四頁。

(69) 松本・前掲書註(18)一三六頁。山口・前掲註(35)一三六頁も、刑訴法三二六条の「同意」を、「責問権の放棄による証拠能力付与行為」として理解するべきであるとす。

(70) 「相当性」要件については、証拠能力ではなく、証明力、すなわち真実性の程度を言うものとする見解もあるが、裁判所の相当性判断に委ねられる問題は、証拠の信用性に関する問題にとどまらないといふべきであるから、やはり証拠能力の要件として理解するのが妥当であろう（松本・前掲註(6)二頁）。いずれにしても、「実務上この相当性が否定されることは稀である（平谷正弘『供述調書の役割——裁判の立場から』三井誠ほか編『新刑事手続Ⅲ』（悠々社、二〇〇二年）三〇四頁）」。

(71) 笠松・前掲書註(6)二〇一四頁。寺崎嘉博『刑事訴訟法』（成文堂、二〇〇七年）三三七頁も、「同意」によって、「当事者が責問権を放棄（証拠能力の欠如を争わないという意思表示）すること、裁判所が当該証拠に証拠能力を認める支障が取り除かれた」と理解しておけば足りるとする。

(1) 以上、検討してきたところによれば、刑訴法三三六条の「同意」の「本質」は、同法三三〇条一項の定める「伝聞証拠排除」の「原則」を前提として、同法「三二二条乃至前条の規定」が定めるその「例外」を許容する要件によって具体化される「事実認定の適正性」を構成する諸要素のうち、訴訟当事者の手続的権利・利益の尊重に還元することができるもの、すなわち、公判期日における供述採取において保障される「公開の対審」のもとの立会権・参加権の事実認定上の尊重に関する利益の「放棄」を意味するものと理解すべきであるということになる。それ以外の要素に関しては、裁判所によるいわゆる「相当性」の判断に委ねられることになる。

「公開の対審」のもとの供述採取において当事者に保障される手続的権利は、「証人審問権」に尽きるものではなく、公開の法廷において、公平な裁判所の前で相手方当事者と対等かつ同時に立会い、参加する権利一般を意味するものというべきであるから、たとえば、自白調書等の被告人自身の公判外供述だけでなく、すでに反対尋問を経た公判準備の証人尋問調書等の書面も、刑訴法三三六条の「同意」の対象となりうる。また、「同意」によって放棄されるのは、これらの立会権・参加権それ自体ではなく、刑訴法三二二条ないし三二五条の諸規定によって、裁判所の事実認定においてこれらの手続的諸権利が尊重されることの利益であるから、当事者は、「同意」を行つたからといって、原供述者の証人尋問を請求する権利を失うことになるわけではない。他方、この「同意」は、あくまで「伝聞法則によって具体化される事実認定の適正性」を問題とするものであって、「事実認定の適正性」一般、あるいは、「証拠能力」一般を問題とするものではないから、自白法則、関連性法則、違法収集証拠排除法則のように、公判期日での供述採取における右のような「公開の対審」の保障の尊重とは関係のない証拠法則の解除

を根拠づけるものではないといふべきである。これらの証拠法則の適用の有無を当事者の処分に乗ねることができ
るか、できるとしてどの範囲においてかは、それぞれの証拠法則の実質的根拠に照らして、個別に検討されなけれ
ばならない。

(2) その意味で、本稿は、刑事訴訟法三二六条の「同意」の本質を、その対象となる「書面又は供述」について、
「伝聞証拠として証拠能力を責問する権利」(の)放棄に求める見解⁽⁷²⁾と、少なくとも結論的には、立場を同じくす
るものといふことができる。もっとも、ここにいう「責問(権)」の具体的な意味内容については、一定の留保が
必要であるように思われる。

一般に、「責問権の放棄」とは、訴訟行為の「瑕疵の治癒」の原因の一つとして、「当事者が相当の時機に訴訟行
為の瑕疵を争わない」ことを意味するものとされるが、かりに刑事訴訟法三二六条の「同意」が「責問権の放棄」を意
味するとすれば、ここで「責問」の対象となるのはいかなる訴訟行為の「瑕疵」であろうか。この点、これを、
「原供述の収集過程の瑕疵(証人尋問の手続による信用性の吟味を欠くこと)」に求める見解もある⁽⁷⁴⁾。しかし、た
とえば、捜査機関による「取調べ」をはじめとする公判期日外の供述採取行為において、「証人尋問の手続による
信用性の吟味を欠くこと」は、制度上最初から予定されていることなのであって、そこに何ら「瑕疵」は存在しな
いといふべきではないか。実際、「伝聞法則」は、裁判所の事実認定に要求される特別な「適正性」ないし「公正
性」担保の観点から、「公開の対審」の保障を欠く公判期日外の供述採取行為に、裁判所の事実認定に供される証
拠の採取行為としての資格を否定する趣旨に理解することができ、その意味で、当該供述採取の手続に「瑕疵」が
あったことを前提としない「生理的使用不能」を定める証拠法則であるといふことができる⁽⁷⁵⁾。そうであるとすれば、
刑事訴訟法三二〇条一項以下の諸規定を根拠として責問されるべき「瑕疵」がありうるとしても、それは、むしろ、こ

これらの諸規定によって証拠能力が否定される「書面又は供述」を、裁判所の事実認定の証拠に供するために（裁判所の職権または当事者の請求により）取調べることの「瑕疵」であるというべきであり、「同意」とは、証拠調に關し異議を申し立てること（刑訴法三〇九条一項）によってこのような「瑕疵」を争う権利を当事者が予め放棄することを意味するものと理解される。

(3) ところで、責問権の放棄による瑕疵の治癒に關しては、一般に、「専ら当事者の利益を保障し、その便宜を図るための規定については、その違反に対する責問権の放棄は瑕疵治癒の効果を生ずる」が、「適正な裁判を行うにつき、または被告人の放棄しえない人権に關係する規定については瑕疵治癒の効果はない」ものとされる⁽²⁶⁾。この点、刑訴法三二〇条一項以下の諸規定が定める「伝聞法則」によって具体化される「事実認定の適正性」が、裁判所の事実認定に供される供述採取の過程における「公開の対審」保障の「最大の尊重」を旨としながらも、そのような要請と真実発見や訴訟経済等の「公共の福祉」に屬する要請との「利益衡量」の結果観念されるものであるとすれば、そこには、「専ら当事者の利益を保障し、その便宜を図るための」要素だけでなく、「適正な裁判を行うにつき、または被告人の放棄しえない人権に關係する」要素も含まれているといわなければならないものと思われる。

実務による刑訴法三二六条一項による「同意書証」の（積極的）利用をめぐる現状に対する評価は、結局のところ、刑訴法三二〇条一項による「伝聞法則」採用の「ねらい」の一つとされる「調書を証人で弾劾する」方式から「証人を調書で弾劾する」方式への転換（あるいは、「調書裁判」から「証人裁判」への転換）のもつ意味をどこに求めるかにかかっているということができ、⁽²⁷⁾ また、最近では、これに關連して、裁判員制度のもとで「同意書証」の制度が果たすべき役割についても議論があるが、⁽²⁸⁾ これらの問題を考察するための基本的な「視座」を確立するためにも、今後は、刑訴法三二〇条一項以下の諸規定によって具体化される「適正な事実認定」、あるいは、そ

ここで「最大の尊重」が要求される「公開の対審」を構成する諸要素が、刑事裁判の各関与主体（裁判所、検察官、被告人・弁護人）および国民にとって、それぞれ、具体的にいかなる意味をもつものであるかについて、理論的な検討を深めていく必要があるように思われる。

(72) 大澤・前掲註(8)一八頁、寺崎・前掲書註(71)三三七頁、福井厚『刑事訴訟法講義』（法律文化社、第三版、二〇〇七年）等。

(73) 光藤景皎『刑事訴訟行為論』（有斐閣、一九七四年）一九頁以下。

(74) 大澤・前掲註(8)一七頁。

(75) 証拠の「生理的使用不能」の概念については、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」刑法雑誌四四卷二号（二〇〇五年）一六〇頁以下を参照。

(76) 光藤・前掲書註(73)三三二頁。

(77) 平野・前掲註(49)四一一頁。

(78) この問題に関する法曹二者それぞれの立場からの見解として、今崎幸彦『裁判員制度導入と刑事裁判』の概要「判例タイムズ一八八号（二〇〇五年）一〇頁、秋田真志「公判前整理手続における証拠意見のあり方」季刊刑事弁護四一号（二〇〇五年）八二頁、長谷川充弘「裁判員制度の下における捜査・公判遂行の在り方に関する検察試案について」ジュリスト一三二〇号（二〇〇六年）一一一頁等を参照。