



Title	伝聞法則の適用範囲に関する一試論（5・完）
Author(s)	伊藤, 博路
Citation	北大法学論集, 49(3), 41-82
Issue Date	1998-09-30
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15782">http://hdl.handle.net/2115/15782</a>
Type	bulletin (article)
File Information	49(3)_p41-82.pdf



[Instructions for use](#)

伝聞法則の適用範囲に関する一試論（五・完）

伊藤博路

目次

序章

一 問題の所在

二 対象の限定

三 考察の順序

第一章 アメリカにおける伝聞法則

第一節 伝聞法則の意義

第二節 伝聞法則の概要

第三節 伝聞法則の根拠

第四節 小括

(以上四八卷四号)

第二章 アメリカにおける証人対質権

第一節 証人対質権の沿革

第二節 学説・判例の分析

(以上四八卷五号)

第三節 適正手続の観点からの理論

(以上四九卷一号)

第四節 小括

第三章 わが国の伝聞法則

第一節 概説

(以上四九卷二号)

第二節 刑事訴訟法と伝聞法則

第三節 証人審問権と伝聞法則

第四節 判例

第四章 伝聞法則の適用範囲に関する一試論

第一節 学説・判例の検討

第二節 私見

結語

(以上本号)

## 第三節 証人審問権と伝聞法則

### 一 憲法の成立過程

#### a 概要

日本国憲法成立の経過は、これを前期・後期の二つに大きく分けることができる。すなわち、ポツダム宣言受諾に伴って日本側が独自に研究を行っていた前期の段階、昭和二十二年二月一三日、いわゆるマツカーサー草案の提示を受けてから後の後期の段階である<sup>(1)</sup>。

憲法三七条二項に規定される証人審問権との関係では、前期においては総司令部で行われていた準備作業が、後期については総司令部との交渉の過程がとりわけ重要であると思われるので、それらにつき順次見てゆくことにしよう。

### b 前期

まず、総司令部において憲法問題の調査を命じられていた民政局法規課長マイロ・E・ラウエルが、明治憲法を検討した結果に基づき、昭和二〇年二月六日付のレポート「レポート・日本の憲法についての準備的研究と提案・附属文書A 権利章典（連合国最高司令官総司令部、一九四五年二月六日）」<sup>(2)</sup>の中で、「告白について次のように述べている。これは、証人審問権と直接関係するものではないが、ラウエルの供述証拠に対する見方を窺い知ることができるという意味で参考とされよう。」

### 〔3 提案

b 憲法に次の事項についての規定を入れることが望ましいが、必ず入れなければならないというものではない。

- ・  
・  
(4) 暴力、強制または誘導によつてえた自白は証拠として採用しえないものとする。共犯者の証言のみで、補強証拠なしに、有罪判決をしないこと。<sup>(3)</sup>

また、ラウエルは、昭和二十一年一月一日、わが国のある私的グループ<sup>(4)</sup>によって作成された憲法改正案について検討を加え、その所見を記して幕僚長に提出した覚え書き「幕僚長に対する覚え書き——案件 私的グループによる憲法改正草案に対する所見（連合国最高司令部民政局行政部、一九四六年一月一日）<sup>(5)</sup>」の中で、国民の権利および義務の規定について、「権利章典中に通常置かれていた広汎な事項が、おとされている。例えば刑事被告人の権利、および法執行機関の行なう取調についての制限に関する条項は、一切省かれている<sup>(6)</sup>」と述べた後、「私的グループ」から提案されている「国民は拷問されてはならない」旨の規定に加えて、<sup>(7)</sup>「刑事被告人が自己に不利益な証人のすべてと対決する権利を保障すること……の七項目を実現すべきだと主張した」。

このようなラウエルの指摘は、総司令部民政局行政課内に設けられた憲法草案の準備のための委員会の一つである「人権に関する委員会<sup>(8)</sup>」の報告書「民政局長のための覚え書き（人権の章についての小委員会案<sup>(9)</sup>）」において、「被告人は、公判において、自己に不利益な証人のすべてと対質せしめられ、弁護人を通してこれら証人に対して反対尋問をすることを許さるべきである<sup>(10)</sup>」と条文化が試みられている。

この小委員会案について、昭和二十二年二月九日、同委員会と総司令部民政局行政課内に設けられた憲法草案の準備のための運営委員会の会合<sup>(11)</sup>において、先の条文に関して次のような論議が交わされた<sup>(12)</sup>。

「ホイットニー將軍は、公判に関する条文の中の、被告人は、公判において、自己に不利益な証人のすべてと対質せしめられ、弁護人を通じてこれら証人に対し反対尋問を行なうことを許さるべきである旨の規定を問題とした。現在行なわれている戦争犯罪人の裁判においては、われわれはこういう手続をとっていない。山下の裁判では、宣誓口供書が法廷に提出され、しかも山下にはこの証拠につき反対尋問をなす機会が与えられていない。われわれが戦争犯罪

人の裁判をするときにはこのような手続によるのを便宜だとしながら、憲法ではそれとは違った手続を設けるということだと、この点について、日本人がわれわれを批判するであろう、と述べたのである。

ラウエル中佐はこれに答えて、戦争犯罪人の裁判は軍法に基づいてなされているのであり、憲法は一般法を定立するものである。その上、戦争犯罪人の裁判についてのわれわれのやり方が日本人の裁判感覚にシヨックを与えると考える理由は、ほとんどない。日本法は、これまで、アメリカ式の反対尋問を認めてはいなかったからである、と述べた。

結局、原文は次のように改められた。『被告人は、すべての証人に対し反対尋問をする機会を十分に与えられなければならぬ。』<sup>(13)(14)</sup>

この論議等に基づいていくつかの修正がなされた後、昭和二年二月一二日、最高司令官の承認を受けて確定し、翌一三日に日本政府に提案されたのが、いわゆるマッカーサー憲法草案三〇条以下である。

### c 後期

マッカーサー草案では、三六条二項において「刑事被告人ハ一切ノ証人ヲ反対訊問スル有ラユル機会ヲ与ヘラルヘク」<sup>(15)</sup>と規定されている。

他方、日本政府がこの草案を受け容れ、それを基礎に憲法改正案を起草することになった後、作成された試案である日本政府案（三月二日案）では、刑事手続に関する諸規定については、法律に譲ってもよいと思われたものが少なくなかったこと、マッカーサー草案のようにこの種の規定について詳しい条文を設けた立法例もあまり見られなかったため、「第三六条の『反対訊問』その他証人及び弁護人獲得に関する規定」等は除外され、一般に簡潔な形となっていた。<sup>(16)</sup>

この日本案について日本側も参加して総司令部で検討がなされたが、その逐条審議で、日本側が三六条二項の「cross-examine」の正確な意味をたずねたところ、先方は、その「cross-examine」とをどう・いつてこれを消した<sup>(17)</sup>との記録がある。そして、三月五日案では、第三三条の「反対訊問」という文言が「訊問」に修正され<sup>(18)</sup>、閣議で決定され、三月六日、勅語とともに公表された憲法改正草案要綱（三月六日要綱）においては、第三三条の規定については、「刑事被告人ハ総テノ証人ニ対シ訊問ノ行ハルル有ラユル機会ヲ与ヘラレ・・・」<sup>(19)</sup>とされた。

その後、要綱に関する問題点の整理のために各省庁との協議が行われたが、そこでは同条について「第二項ハ、『在廷の証人』ノ意ナラバ可ナルモ、然ラストセバ實際上寔ニ都合ナル結果ト為ルベシ」との発言がなされたようである。そして、要綱訂正の交渉が行われたが、その第一回目の交渉の記録に、次のような記述がある。すなわち、「われわれの持つて行った英文ノートの第三三条の部分に、(a)として『総テノ証人ニ対シ訊問』(to examine all witness)のexamineとはcross-examineの意味であると信ずる。したがってall witnessはall witness summonsの意と解する。』<sup>(21)</sup>ということが出ていて、それが鉛筆で消してあったのであるが、先方は、それを見て、(a)は消してあるが、その趣旨である・といった<sup>(22)</sup>という記録である。

このような交渉を経て上記要綱は草案の形に整えられたのであるが、憲法改正草案（四月一三日草案）<sup>(23)</sup>では、その第三四条において「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へられ、・・・」<sup>(24)</sup>とされ、四月一七日に公表された最終的な憲法改正草案では、句読点を取り除かれ、現行法とほぼ同様の「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へられて、・・・」<sup>(24)</sup>という文言となった。

以上、きわめて簡単であるが、証人審問権規定の成立経緯を概観した。その評価について述べる前に、以下の点を指摘しておきたい。すなわち、「日本国憲法は、三一条以下で世界でも稀なほどに詳細かつ豊富な刑事手続に関する規定を設けたが、それは、戦前・戦中の苦しい経験を批判的にふまえた自覚的採用として実体を伴っていなかった。制憲過程においても、また三一条以下の解釈論においても、これを欠いていた<sup>(25)</sup>」こと、証人審問権もその例外ではなかったように思われること<sup>(26)</sup>、しかし、具体的な憲法解釈においては、被疑者・被告人の人権保障を重視しなければならぬこと、である。

これまで述べた成立経緯から、まず明言できることは、わが国の証人審問権の規定がアメリカ法の影響を強く受けているということである。その関係で、憲法三七条二項の規定する「審問」とは、英米法における反対尋問を予想するものといえるだろう<sup>(27)</sup>。この点は、前述したとおり要綱訂正の議論においても確認されていたようである。また、同項の「証人」の意味するところについても、公判廷に出頭している証人を意味することが確認されていたようである<sup>(28)</sup>。判例もそのように解するとされてきているが<sup>(29)</sup>、このように解すると証人審問権の適用範囲はきわめて狭いものになる。また、公判廷外供述者の供述には、証人審問権の適用はないことになり、結果的には旧法でも公判廷証人に対する被告人の尋問は認められていたのであるから、同項が設けられた意味が矮小化されてしまう<sup>(30)</sup>。これでは、従来十分ではないとされ、新憲法により新しく設けられた刑事被告人の諸権利の一つとしての意義を失することになる<sup>(31)</sup>。刑事被告人の人権保障を重視する新憲法の趣旨に鑑みて、証人審問権は実質的な意味をもつものと考えべきである<sup>(32)</sup>。そして、証人審問権の規定は、伝聞法則の採用を宣言し、伝聞証拠排除の原則を具体化する規定と考えるべきであるというのが通説となっている。

しかし、このように考えると、憲法と法律上の反対尋問権が等価値のものとなり、両者の間に差異はないことになる

と考えられる余地が出てくる。すなわち、現行刑法が伝聞法則を採用したと解する限り、法律上は検察官にも反対尋問権は考慮されるのであるから、憲法により認められている被告人の反対尋問権との相違が問題となる。憲法と法律上の反対尋問権が等価値のものと考ええると、検察官の反対尋問権も被告人のそれと等しくなる。また、両者は異なるものと考えられるにしても、その相違は明白ではないように思われる。そこで、憲法上の反対尋問権は法律上の反対尋問権と切り離して考察されるべきではなからうか。<sup>(34)</sup>このような解釈による論理的帰結は次章で述べるが、その前提として、伝聞法則の適用範囲の問題について考察する上で必要不可欠な判例を見てみよう。

(1) 佐藤達夫著・佐藤功補訂『日本国憲法成立史』三卷(一九九四年)一頁。

(2) その原文と訳文は、高柳賢三・大友一郎・田中英夫『日本国憲法制定の過程Ⅰ原文と翻訳』(一九七二年)二頁以下にある。

(3) 小田中聰樹「刑事訴訟法の制定過程(六)」法協九二巻五号九三頁。

(4) これは、昭和二〇年二月二十七日、高野岩三郎氏等の知識人の私的グループである憲法研究会が発表した「憲法草案要綱」であることが確認されている(高柳・大友・田中、前出註(2)書三七、三九頁)。その全文は、同書四八二頁以下にある。

(5) その原文と訳文は、前註書二六頁以下にある。

(6) 小田中・前出註(3)九四頁。

(7) 同右九五頁。

(8) その構成メンバーについて、高柳・大友・田中、前出註(2)書一一一頁参照。

(9) その原文と訳文は、前註書二一六頁以下にある。

(10) 小田中・前出註(3)九六頁。なお、後述の昭和二年二月九日に行われた会合において、この規定が問題として取り上げられ、「結局、前半の『公判において、自己に不利益な証人のすべてと対質せしめられ (be confronted with)』と、後半の『弁護人を通して』が削られ、『すべての証人に対して反対尋問をする機会を十分に与えられなければならない』と書か

- れることになった」（高柳賢三・大友一郎・田中英夫『日本国憲法制定の過程Ⅱ解説』（一九七二年）一八八、一八九頁）。
- (11) その記録の原文と訳文は、高柳・大友・田中、前出註(2) 書一〇八頁以下にある。
- (12) 小田中・前出註(3) 九六頁。
- (13) ちなみに、これと現行憲法三七条二項前段の文言とを比較してみると、「現在ただ『審問(examine)』とあるところが、『反対尋問(cross-examine)』となっている点に差異がある」（高柳・大友・田中、前出註(2) 書一一五頁）にすぎない。
- (14) 小田中・前出註(3) 九七頁。
- (15) 佐藤・前出註(1) 書三七頁。なお、これは外務省による訳であるが、高柳・大友・田中、前出註(2) 書二八一頁にある「新訳」では、「被告人は、すべての証人に対し反対尋問をする機会を十分に与えられ、・・・」と記されている。ちなみに、その原文は、次のとおりである（同書二八〇頁）。
- He shall be permitted full opportunity to cross-examine all witnesses....
- (16) 佐藤・前註書七九頁。なお、この三月二日案は、閣議に付されないまま、三月四日、総司令部に提出された。
- (17) 前註書一二七頁。また、高柳・大友・田中、前出註(10) 書一八九頁にも、総司令部案が「日本政府に提示されてから、『反対尋問(cross-examine)』が『審問(examine)』と改められることになった。これは、日本側が、クロス・イグザミンの意味をただしたところ、特に説明することをしないで、クロスとあつたのを消したものであるということであるが、総司令部側では、イグザミンとしておけば、クロス・イグザミンも入ると考えたためかと思われる」と述べられている。
- (18) 佐藤・前註書一六七頁。
- (19) 前註書一九二頁。
- (20) 前註書二四六頁。
- (21) なお、「第三三条については『総テノ証人』の意義についての一項が、(a)として原案に入れてあつたが、これは最後の段階で削った」（前註書一八九頁註(5)）とされている。
- (22) 前註書二九五頁。
- (23) 前註書三四〇頁。
- (24) 前註書三五四頁。なお、この草案は、枢密院での審議を経て、昭和二年六月二〇日に第九〇回帝国議会において憲法

改正案として提出された。

(25) 杉原泰雄「人身の自由」と刑事手続」法律時報四五卷二号(一九七三年)一一頁。

(26) 例えば、第九〇回帝國議會での審議に関する清水伸編『逐条日本國憲法審議録』全四卷(一九六二年)によれば、憲法三七条関連の資料は同書第二卷七七〇―七七三頁に記述があるが、ここでは証人審問権についてのものは見あたらない。

(27) 法学協会編『註解日本國憲法』上巻(一九五三年)六四八頁参照。

(28) 「審問」および「証人」の解釈については、堀江慎司「証人審問権の本質について(六・完)——アメリカにおける議論を中心に」法学論叢一四二卷二号(一九九八年)二八頁註(1)、二九頁註(7)も参照。

(29) 最大判昭和二四・五・一八刑集三卷六号七八九頁。もっとも、この判例は供述録取書に関する事案で、憲法はこれを許容することを絶対的に禁止する趣旨ではないということを説明する際に、「すべての証人」を形式的に「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」と解したという点には注意を要しよう。すなわち、これは「書面に証拠能力を与えないわけではないことを述べる前提としての表現であり、実質説を正面から否定する趣旨とは思われない」(平場安治・高田卓爾・中武靖夫・鈴木茂嗣『註解刑事訴訟法・中巻(全訂新版)』(一九八二年)七二二頁(鈴木茂嗣))とも考えられ、「憲法は伝聞法則を規定したのであるが、それには例外も認められるという趣旨であるようにもみえる」(平野龍一『刑事訴訟法』(一九五八年)二〇五頁註(1))。

さらに、売春防止法違反被告事件において、出入国管理当局によって退去強制された外国人売春婦が、收容令書により收容されていたときに作成された検察官面前調書の証拠能力が問題とされた事案で、「(刑事訴訟法三三二条一項二号前段)規定が同法三三〇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ことに疑問の余地がある」とした最判平成七・六・二〇刑集四九卷六号七四二頁のように、「憲法三七条二項の趣旨に鑑みて公判外供述を排除すべき場合があることを認める」(前註六頁)判例も見受けられる。このように、公判廷外供述(者)を証人審問権の適用範囲とすることを、判例は必ずしも否定するものではないように思われる。

(30) 上口裕「三二〇条一項の法意——直接主義と伝聞法則」刑事訴訟法の争点(旧版)(一九七九年)二二八頁。もっとも、

「従来は、被告人は、証人を尋問すべきことを裁判長に請求し得るに止まり、被告人が自ら尋問することは許されなかつたが、本条においては、被告人が直接に証人を尋問する権利を認めている」(楠正純『増訂日本国憲法逐条要義』(増訂第二版)(一九六〇年)三八七頁)との指摘もある。

(31) 光藤景皎『口述刑事訴訟法・中』(一九九二年)一九九頁。

(32) 芦部信喜編『憲法Ⅲ(人権②)』(一九八一年)一九四頁(杉原泰雄)。したがって、「証人」の意味も、実質的に「おおよそ供述証拠を提供する者一般をいうと解すべきである」(鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(一九九〇年)一〇三頁)。なお、「すべての証人」の「すべての」との文言が挿入されているのは、GHQの意図としては、証人審問権の保障には例外がないことを示す趣旨であるとしか解し得ない、とする見解も見受けられる(憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』(一九九七年)三八五頁〔竹之内明〕)。

(33) このようにに検察官の反対尋問権も考慮されることにつき、例えば、江家義男「伝聞証拠」『刑事法講座』六卷(一九五三年)一一四七頁、栗本一夫『実務刑事証拠法』(一九六〇年)一六頁、庭山英雄・岡部泰昌編著『刑事訴訟法』(一九九四年)一八六頁(内山安夫)、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)二七頁参照。

(34) 序章註(5)参照。

#### 第四節 判例

ここでは、次の二つの最高裁判例を取り上げる。第一は、憲法三七条二項の法意に関する指導的な判例であり、第二は、いわゆる物的証拠論が問題となった松川事件に関する判例である。<sup>(2)(3)</sup>

まず、第一の判例において刑訴応急措置法一二条一項の合憲性が次のように判示された。<sup>(4)</sup>

## a 【最大判昭和二三・七・一九刑集二卷八号九五二頁】

事案は食糧管理法違反被告事件であるが、本件において最高裁は、刑訴応急措置法一二条一項の合憲性に關して、以下のように判示した。「刑訴応急措置法第一二条は、証人その他の者の供述を録取した書類又はこれに代わるべき書類を証拠とするには、被告人の請求があつたときは、その供述者又は作成者を公判期日において訊問する機会を被告人に与えることを必要とし、憲法第三七条に基き被告人は、公費で自己のために強制手続によりかかる証人の訊問を請求することができし、又証人に対して充分に審問する機会を与えられることができず不当に訊問権の行使を制限されることがない訳である。しかし裁判所は、被告人側からかかる証人の訊問請求がない場合においても、義務として現実に訊問の機会を被告人に与えなければ、これらの書類を証拠とすることができないものと解すべき理由はどこにも存在しない。憲法の諸規定は、将来の刑事訴訟の手続が一層直接主義に徹せんとする契機を充分に包蔵しているが、それがどの程度に具体的に現実化されてゆくかは、社会の実状に即して適当に規制せらるべき立法政策の問題である。今直ちに憲法第三七条を根拠として、論旨のごとく第三者の供述を証拠とするにはその者を公判において証人として訊問すべきものであり、公判廷外における聴取書又は供述に代る書面をもつて証人に代えることは絶対に許されないと断定し去るは、早計に過ぎる」。

この判決には理由に關する栗山、齋藤両裁判官による全く異なる内容の少数意見が付されている。栗山裁判官は、以下のように言及している。「憲法第三七条第二項は、被告人又は弁護人の面前でされる証人の供述でなければ証拠とれない。言いかえれば、供述を録取した書類を讀聞けただけでは証拠とすることができない。即ち直接審理の原則を宣明したものである。……元來憲法第三七条第二項の特権は、第三者の供述を、被告人に對質もさせないで即ち審問の機会も与えないで、単に読聞けただけで断罪した専制政府の裁判に對し、人權を擁護するために出来た保障であつ

て、恐るべき裁判の歴史の産物である。・・・犯罪捜索の機関である司法警察官又は検察官が証拠を収集する段階で作成した報告書即ち聴取書は、理論上は公訴機関が公訴を提起するか否かを判断する資料に過ぎないものである。之を公訴提起後に公訴機関が公判期日に証拠として提出した場合に（・・・）この報告書に録取された第三者の供述については、捜索の段階で、被告人に審問の機会が与えられたわけではないから、裁判所は直接審理主義に基いて、被告人又は弁護人の面前で供述者を証人として訊問した後でなければ証拠にとれないことを原則とすべきである。ことに第三者の供述によつて被告人に刑責を負はせる場合の如き、裁判所としては未だ嘗て直接審理をしたことがないのに、（・・・）その供述を録取した書類によつて裁判するのは、被告人又は弁護人の請求の有無に拘らず、憲法第三十七条第二項の原則に反するものである。従て刑訴応急措置法第十二条は、前掲のような特殊事由がある場合を除いては、原則として嘗て審問の機会が与えられた証人その他の者の供述を録取した書類と解すべきであると考えらる」。

他方、齋藤裁判官は、この点について、「憲法第三十七条は、国家に対するいわゆる受益権の一種を刑事被告人に与へた規定であつて、刑事手続として直接審理主義を採用することを定めた規定ではない。それ故刑事被告人にして、自ら右権利を行使せざるにかかわらず、裁判所が、職権を以て必ず証人を公判廷において直接訊問すべく、従つて被告人の請求を条件とする刑訴応急措置法第一二条は違憲なりとする所論は根底において理由なきものである」と述べている。

つづいて、いわゆる松川事件の物的証拠論について見ることにしよう。なお、これらの判例の分析については、学説の検討とともに第四章で行う。

b 【最判昭和三八・九・一二刑集一七卷七号六六一頁】

(1) 事案の概要　いわゆる松川事件（汽車転覆致死等被告事件）では、五度の審判のために一四年におよぶ歳月が費やされ、その間、被告人らの自由ないし自認の任意性と信用性が終始問題とされた。松川事件の第一審が証拠として挙示していたのは、いづれも検察官面前調書および裁判官による起訴前の証人尋問調書であった。差戻後の第二審に至ってはじめて被告人らの司法警察員に対する各供述調書、司法巡査の捜査報告書その他これに類する書面多数が「被告人等の供述の経過を明らかにするため乃至その供述の信憑性判断の資料」として検察官から提出され、かつその趣旨で裁判所により証拠調べが行われた。これがいわゆる「新証拠」といわれるものである。差戻後の第二審は、「新証拠」によつて被告人らのアリバイについて有利な判断を示すこととなった。

(2) 差戻審判旨　「裁判所は、検察官提出のこの新証拠群の書面を精査検討し、その新証拠相互に、またはこれと旧証拠と対象吟味することにより（この場合新証拠の書面は物的証拠の性格をもつ）自白の真实性を確かめ、被告らの法廷供述や証人の証言の真偽をみきわめる上において、『諏訪メモ』とはその性質を異にするが、その重要性において、まさるとも劣らぬ幾多の新証拠を発見した。

この場合対象吟味に用いられる新証拠が物的証拠の性格をもつという意味は、例えば、被告が身柄を拘束されて外界との交通を完全に遮断された期間中における被告の供述調書、参考人の供述調書等の供述内容が、ある事柄について合致しているとき、そのような供述内容の合致する供述調書が存在するということ自体が証拠となるという趣旨である。この場合被告と参考人とが事前に打ち合わせた等の作為的事情がないと認められるときには、その合致する供述内容の事柄はお互いに体験を共にしたが故に、それに関する供述が合致するのであるとみて通常差し支えない、というのが経験則であるといえよう。だから、そのように供述内容の合致する供述調書が存在するという事実、その被告の供述調書と同旨の当該被告の法廷供述の真实性、あるいはその参考人の供述調書と同旨の当該参考人の証人としての証言の真

実性を強く保障するものといえるのである。そうして、そのように強く真実性の保障せられた被告の法廷供述、あるいは証人の証言であるから、それは動かない証拠、不動の証拠といつても差し支えないわけである。このように動かない証拠、不動の証拠といつても差し支えないほど真実性の豊かな被告の法廷供述や証人の証言が直接の証拠となつて確認されるのであるから、例えば、ある被告のアリバイの成立が殆んど決定的であるといえるという趣旨なのである」（仙台高判昭和三六・八・八）。

(3) 上告趣意 「原判決・・・にいう新証拠なるものの大部分は、検察官が原審において提出した捜査官作成の供述録取書類、捜査報告書類であつて、もともと証拠能力を有せず、従つて事実認定の用に供しえないものである。これら捜査段階で作成せられた書類は一般事件においては、元來法廷に顕出さるべき性質のものではない、本件において、特に、検察官がこれら書類を多数提出したのは、本件が最高裁判所から破棄差戻された複数多岐にわたる事件であり、また事件発生後既に一〇年余を経過し、関係人の中には当時の記憶の薄らいでいるものも多い等の特殊性にかんがみ、かつ裁判所の勧告もあつたので、裁判所の真実発見に協力するため異例の措置となされたものであり、提出の主眼は、本件捜査の経過及び被告人、参考人の捜査段階における供述経過を明らかにすることにあつた。・・・しかるに、原判決中には、これら新証拠である供述書類につき、最高裁判所等の判例に違反して内容たる事実の存在を認め、事実認定の資料とした違法の事例が多数見いだされるのである」。

(4) 再上告審判旨 「原判決は・・・要するに無罪判決であつて、なんら被告人らの犯罪事実を積極的に認定したものである。原審が上告審判決のかけた重大な事実誤認の疑いを解明するため、二つの連絡謀議はもとよりその他の謀議、実行行為、アリバイ工作に至るまで一審判決の認定した事実全般にわたり、新証拠により、またはこれと旧証拠とを総合して検討を加えた結果、一審判決のした事実認定に対し合理的な疑いをいれざるをえないこととなつて、結局

無罪の心証が形成されて行つたその心証の経過を逐一説明したものである。．．．原判決は前記の如く、本件公訴事実の存在を認めるに足る証明は遂に得られなかつたとした無罪判決であつて、なんら犯罪事実または有罪に関する事実を積極的に認定したものであるから、挙示の判例はすべて本件に適切でなく、所論はその前提を欠くものといわざるをえない」。

(1) 江崎太郎「憲法三七条二項と伝聞法則」熊谷弘・浦辺衛・佐々木史明・松尾浩也編『証拠法体系Ⅲ』(一九七〇年) 六八頁参照。

(2) 森井暉「供述調書を物的証拠として利用することの可否」前註書四〇頁参照。

(3) 検討を加えるべき判例はもちろん他にも存在するが、本稿では最も重要と考えるこの二件を取り上げるとどめ、その他の判例の検討については、別の機会に譲ることとさせていただきます。

(4) 第二節註(63)とその本文参照。

(5) この点については、以下のように述べられている。「尤も被告人に傷害された被害者が瀕死の場合に彼を証人として被告人に審問の機会を与えることが著しく困難な場合がある。又被告人に既に審問の機会が与えられた証人その他の者が既に死亡し又は外国に去つた場合がある。これらの場合に直接審理主義が制限せられるのも已むをえないであらう」。

#### 第四章 伝聞法則の適用範囲に関する一試論

##### 第一節 学説・判例の検討

本節では、伝聞法則の適用範囲について検討するための前提として、わが国の理論状況を概観する。<sup>(1)</sup> 考察の順序としては、第一に伝聞法則と直接主義との関係、第二に伝聞法則の意義と機能、そして第三に伝聞法則の適用範囲を考える上で示唆的と考えられる学説について考察する。

一 直接主義との関係について

かつて、刑法法三二〇条以下の規定を大陸法的な訴訟理論を強く基調において理解しようとする立場が主張され、大陸法的な直接主義と伝聞法則との関係が議論された。<sup>(3)</sup>

第三章で見たとおり、憲法三七条の証人審問権規定は、合衆国憲法修正六条の証人対質権規定と類似するものであり、アメリカ法の影響を強く受けたものであることは疑いがないといつてよい。<sup>(4)</sup> そして、この憲法に従って制定された現行刑法法の三二〇条はアメリカ法における伝聞法則を採用したものと考えられることも前述したとおりである。

しかし、刑法法三二〇条以下には、アメリカ法における伝聞法則によれば許容されないような伝聞例外規定が認められる。例えば、検察官面前調書について規定する三二一条一項二号が挙げられよう。アメリカ法では、密室における取調べで作成された共犯者等の調書を被告人に対する実質証拠として用いることは考えられなかったようである。このように捜査機関にかなり有利になるような伝聞例外の規定を認めたことは、アメリカ法における伝聞法則の一般的な理解からは、説明のできないことであつた。<sup>(5)(6)</sup>

また、わが国の旧刑法に強い影響を与えていた大陸法とくにドイツ法においては、伝聞法則と類似の機能をもつ直接主義という原則があり、旧刑法もこの原則を採っていたものと思われる。<sup>(7)</sup> そして、「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」との文言を用いている現行

刑訴法三二〇条一項を、反対尋問という視点からではなく、「判決裁判所の面前という角度から理解することも可能である点で」、大陸法的な直接主義という観点からの分析が全く不可能とはいえないかもしれない。現行刑訴法の立法経緯からも直接主義の徹底を重視していたことが窺われることに注目すべきであろう。<sup>(8)</sup>このように、現行刑訴法三二〇条以下を大陸型の直接主義の観点から説明する試みがなされたことには、十分な根拠があったといえよう。<sup>(9)</sup>

かつて、小野博士は、「英米法的伝統をもたないわが邦においては、純理論的に直接主義を原理とし、伝聞証拠の排除をその一つの場合として考ふべきだとおもふ」と説いた。<sup>(11)</sup>博士は、その理由として、伝聞証拠の排除法則にはきわめて多くの例外が存在し、その点から原則そのものが理論的に価値の乏しいものと思われること、英米法の歴史的な伝統を離れて考えれば、伝聞の供述と供述書ないし供述録取書を同一範疇に入れることは理論的ではない、<sup>(12)</sup>ことを挙げている。<sup>(13)</sup>

先にも述べたように、このような見解にも根拠はある。しかし、理念的には、大陸法を背景とし裁判所と証拠との関係を問題とする直接主義は、職権主義と調和するものである。他方、英米法における伝聞法則は、当事者主義を背景にもつものであり、新憲法により当事者主義化された現行刑訴法とも調和する原則である。<sup>(14)</sup>したがって、大陸法における直接主義の名残がある部分も認められるが、前章で述べたように、基本的には、現行法は当事者主義を背景にもつ伝聞法則を採用したものと解すべきであり、この点では見解の一致を見ている。<sup>(16)</sup>もつとも、書面の証拠能力の規制という側面において、刑訴法三二一条以下の規定について直接主義の観点からの分析も必要とされよう。<sup>(17)</sup>

では、次に、伝聞法則の意義と機能について考察しよう。この点について考察する上で重要と考えられるのは、平野博士の説である。そこで、博士の説を概観し、これに検討を加えたい。

## 二 伝聞法則の意義と機能

### a 平野博士の説

平野博士は、伝聞証拠とは「反対尋問を経ない供述証拠」と定義されていること<sup>(18)</sup>、この定義に用いられている供述証拠とは、「人が一定の事実を見て、それを記憶し、これを表現し叙述したものを、その事実の存在の証明のために用いる」<sup>(19)</sup>証拠をいうこと、を指摘した。このように解すると、伝聞証拠に関しては知覚、記憶、表現、叙述の四つの過程を検討しなければならず、また、要証事実との関係から伝聞・非伝聞を決すべきことになる。さらに、憲法三七条は、「被告人の証人すなわち供述証拠に対する反対尋問権を保障したものと解されるのであり」<sup>(20)</sup>、刑事法三三〇条も、「公判廷における反対尋問を経ない供述証拠は証拠とすることはできないという趣旨なのである」<sup>(21)</sup>と解した。

また、伝聞法則の根拠について、「伝聞証拠が排斥されるのは反対尋問を経ないからである」<sup>(22)</sup>とし、一般的に伝聞証拠は信用性が疑わしいものであるが、このように「原則的に信用性に問題があるとしても、これを証拠として『許容しない』ことにする必要があるかまたは別の問題かもしれない。許容したうえで、その証明力に応じた評価をするようにすればよい、という考えもありうる」と述べた<sup>(23)</sup>。そして、伝聞法則は陪審裁判に必要なものであり、職業裁判官が事実認定を行うわが国でこの原則を採用したのは誤りであるという主張に対しては、まず、「伝聞証拠排除の原則は陪審と直接の関係はない」<sup>(24)</sup>とし、「アメリカでも、裁判官が裁判をする場合、伝聞証拠排除の法則は、その運用上若干緩和されているが、法則自体は陪審の場合と同じように適用されている」<sup>(25)</sup>と指摘し、裁判官による裁判にも伝聞法則が適用されることを確認した。

そして、当事者主義の観点からは、「刑罰を科するためには、被告人に証拠を十分に検討させ、その面前で事実を明らかにする必要がある。被告人のいないところで取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。アメリカの憲法が被告人の対質権を規定しているのも、マジストレイトの秘密の取調べの結果によつて裁判がなされていたかつてのイギリスでのやり方に対する強い反対の現われなのである<sup>(26)</sup>と言及している。

博士は以上のように述べた上で、伝聞法則の意義と機能について、次のように言及した。「現行法ではいわゆる起訴状一本主義がとられ、捜査と公判とは一応遮断された。・・・しかし起訴状一本主義は公判の開始の時だけにすぎない。公判が始まった後に、捜査の結果をそのまま持ち出して裁判するならば、『遮断』の実質的な意味はなくなってしまう。証拠調のやり方自体において、公判と捜査とを遮断するのが、まさに伝聞法則の任務であり機能であるといつてよいであらう<sup>(27)</sup>」。

## b 平野説の検討

まず、「反対尋問を経ない供述証拠」という実質的定義について考える。反対尋問を経ないことが伝聞証拠を排除する主要な根拠であることはアメリカ法でも認められており、このような定義には十分な根拠がある<sup>(28)</sup>。また、排除の根拠である四つの過程を提示し、要証事実との関係から伝聞・非伝聞を決する考え方もアメリカ法の理解に則したものであった<sup>(30)</sup>。

また、反対尋問を前面に押し出した定義は、反対尋問権の観点から被告人の憲法上の権利をより強く保障しようとするものであり、高く評価される。ただ、反対尋問にとられすぎると、一つのディレンマに陥ることも考えられる。すなわち、従来から議論されてきたのは専ら被告人の反対尋問権であったが、法律上は検察官も反対尋問権を有すると考えられることから<sup>(31)</sup>、この証拠法的な観点を突き詰めてゆくと、検察官の反対尋問権が憲法上の保障に近づくことになり<sup>(32)</sup>うる。しかし、検察官にとつて反対尋問権は、証拠法上の原則である伝聞法則に由来するものである。この点、母法

国アメリカでも証人対質権と伝聞法則はいずれも反対尋問権を中心的要素とするものではあるが、別個のものと考えられていることが参考となろう。そして、このように考えてゆくと、「両者の間には何らかの相違が認められると考えることも十分に可能であるように、私には思われる。

次に、職業裁判官による事実認定と伝聞法則との関係を明らかにした意義は大きい<sup>(33)</sup>。アメリカにおいても、裁判官による裁判の場合には、伝聞法則の適用が緩和されるという実状が認められるようである。しかし、伝聞法則が適用されないというのではなく、手続的瑕疵が無害であるかどうかを判断する上で、裁判官の証拠評価に優位性を認めるにすぎない。つまり、裁判官が事実認定を行う際にも、信用性の低い証拠は証拠排除されることの必要性が高いことについては否定されるべきものではない<sup>(34)</sup>。

また、伝聞法則は、証拠能力の問題であるから、陪審と職業裁判官との間に差異を設けようとする考え方は証明力の問題にとらわれてしまうきらいがあり、伝聞法則を証明力の問題に変えてしまうおそれがあるという点においても問題であることを付言しておく。

さて、当事者主義との関係についてみると、「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<sup>(35)</sup>」。それゆえ、反対当事者に反対尋問を行わせることが強く要求される。アメリカでの議論を参考とするならば、仮に、反対尋問に曝されない訴追側作出証拠によって被告人が有罪とされたならば、例えば証人対質権条項の誕生にいくらかの役割を果たしたと考えられている一六〇三年のロリー卿の裁判に対して述べられているように、もはやそれは公正な裁判とはいえないと評価すべき場合もある<sup>(36)</sup>。このような証拠は、「適正手続と表裏をなしている<sup>(37)</sup>」当事者主義を骨抜きにするものにもなる。

最後に、伝聞法則の意義と機能についてみると、証拠調べの方法において、公判と捜査とを遮断するという見解は、

注目に値すべきものである。公判と捜査とを遮断するためには、究極的には、捜査の過程で作成された調書を一切公判廷に提出しないことが必要となる。しかし、わが国にはアメリカ法よりも緩やかに捜査機関の作成した調書を実質証拠として採用する規定が置かれている。これは、公判と捜査との遮断と真つ向から対立するものといえようから、博士によって、伝聞例外は極めて厳格に解釈運用されなければならないと考えるべき重要な根拠が提示されたのである。

このように平野説は、わが国の伝聞法則の理論に大きな影響を与え、今なお基本的には通説として支持されている。

では、次に、伝聞法則の適用範囲を考える上で示唆的と考えられる学説について考察してゆく。これを議論する実益は、松川事件を契機とする被告人の証拠提出権の論議と密接に関連してくる。まず、被告人の人権保障の観点から、刑事訴訟法三二八条について証人対質権に基づく片面的構成を主張された田宮教授の説を見てみよう。

### 三 被告人の証拠提出権(1)

#### a 田宮教授の説

田宮教授は、刑事訴訟法三二八条について、同法三二一条以下の伝聞例外に当たらない場合でも、供述内容そのものを立証するのではなく、公判廷での証人等の供述の証明力を争うためには伝聞証拠を用いることができるとする広い解釈(非限定説)か、あるいは、英米法のように自己矛盾の供述に限るべきだとする狭い解釈(限定説)のいずれを妥当とするべきかに関して、「三二八条のまがいのない文言、そしてこれを三二〇条とつぎ合わせてみると、非限定説をとるべきもののようにみえる。立法者はこういう前提で条文を書いたとみるのが一番素直だろう。わたくしも、三二八条の意味しているのは、そういうことだと思(39)う」と述べている。

しかし、このように考えると、次のような問題を指摘している。すなわち、被告人から提出された証拠を検察官が弾

効する場合に、自己矛盾（または一致供述による回復）の場合以外は、憲法三七条に規定される被告人の証人審問権に抵触することになる。この点、証明力を争うだけであるため問題はないという反論があるが、弾劾に用いようとする供述内容が真実であるという前提がない限り、証明力を減殺する作用はないはずである。自己矛盾の場合であれば、矛盾という事実から、真実は一つしかないのであるから、どちらかが、あるいは双方が誤りであるという結論が出る。しかし、それ以外の場合は、証明力を争うといっても、結局供述内容の真実性の判断を要求することになる。また、検察官は「厳格な証明」によって「合理的な疑いを越える」程度に有罪を立証しなければならぬため、被告人が「合理的な疑い」を生ぜしめるべく攻撃してきたことに対して検察官が反証する場合であっても、積極的な立証と少しも変わることなく、証拠能力のある証拠での厳格な証明が要求されなくてはならない。<sup>(40)</sup>

そして、伝統的とされる伝聞例外については、必要性と信用性の情況的保障が認められることが要求されており伝聞証拠の証拠能力を肯定するための合理性もあるが、先の場合には、そのいずれもないことから、検察官が自己矛盾以外の伝聞供述を提出することは、憲法違反の疑いが濃い。そこで、教授は、検察官が刑法三二八条で証拠提出できるのは、実際には自己矛盾の供述に限ることになり、他方、被告人については、刑法法の文言から制限的に解することができないこと、そして、そのように解すると、被告人に不利になることから、その適用範囲を広く解釈した。<sup>(41)</sup>

以上のような理由により、教授は、刑法法三二八条を、被告人にとって有利になるように解釈する。その根拠を次のように述べる。原告たる国家は、個々の被告人に対して、比べものにならないくらい強大な捜査権限つまり証拠収集の権限を有しているため、検察官は、有罪を要求するためには、厳格な証拠の手段で、「合理的な疑いを越える」まで立証をつかさなければならぬ。そして、被告人には、黙秘権が認められ、捜査や公判でのデュー・プロセスが保障され、上訴では不利益変更が禁止され、再審は利益な方向にだけ許されるなど、一方的な権利保障を実現するための諸手段が

認められている。したがって、弾劾証拠についても、被告人にとって有利になるように伝聞法則の制約を解除しようとするのは、決して突飛なことではないし、依然として優位に立つ原告たる国家との均衡を考えれば、その必要も大いにあると思われる。<sup>(42)</sup>

そして、もともと弾劾の方法を用いる必要があり、それが有益なのは、被告人側の公判技術としてである。すなわち、国家は、捜査権限を有しているので、強制処分によって、物証その他の証拠を集めることができるが、被告人はできない。被告人にできることは、反対尋問と弾劾くらいなもので、したがって、これを十分に行わせる必要がある。<sup>(43)</sup>

そして、「このいわば、証拠能力の片面性は、黙秘権や自白の場合などのいわゆる証拠禁止（証拠上の特権）にあつては、すでに当然のことなのである。その他の違法収集証拠が排除されるのも同様で、捜査官憲が不法を犯したために、国家として、『有罪判決を求める』証拠に使えないだけである。伝聞法則じたいも、わが国では、真実発見の担保という本来の証拠法則というよりは、捜査（書類）に対するチェックの意味が濃い。法三二一条以下は、英米の伝聞を規定したのではなく、大陸的な直接主義を内容とするとの説があるが、とくに捜査機関その他の書証を許容している点に着目すると、なるほどそういうこともいえる。これを裏から見ると、とくに捜査機関などの聴取・作成した供述について制約する規定をおいた点を注視すると、捜査側の準備を厳格に統制していると解することができる。<sup>(44)</sup>」

しかし、教授は、刑法法三二一条以下の伝聞法則が被告人に有利な方向には適用がないと主張するつもりはないとし、次のように説く。すなわち、被告人に対しても、例えば三二二条は、明らかに適用されるから、伝聞法則一般が検察官のための規制だとはいえない。ところが、三二八条は、明白に伝聞でも許容する趣旨なのではないか。むしろ、証明力を争うために、伝聞証拠が許容されるのであれば、その他の場合も同じではないかという反論はありうる。供述の真实性の確認は、この証明力の有無ないしその評価というプロセスによって行われるのであるが、証明力を争うとは、この

評価を動かすことをいう。それは、真实性を判断する過程と質的には変わりはない、といわれるかもしれない。そして、少なくとも三二二条ないし三二四条では、検察官の反対尋問権をも前提としている。しかし、三二八条では、そうではないのである。被告人にとっては（無罪を求める方向からすると）、弾劾証拠も、実は実質証拠の役目を果たしているということがいえる。むしろ、弾劾証拠は即実質証拠なのである。このことは、一般に理解されていないが、注意すべき点であろう。そうすると、無罪判決のためには三二八条に基づいて伝聞証拠を、実質証拠として引用してよいことになる。つまり、被告人にとつては、証拠を三二八条に基づいて提出しようが、三二二条に基づいて提出しようが、同じ効果を持つことになる。<sup>(45)</sup>こうして、有罪認定のためには実質証拠として用いることは許されないが、無罪のためには許されるという関係になる。このように考えれば、第三章で取り上げた松川事件判決<sup>(46)</sup>の結論は正当化されることになる。<sup>(47)</sup>

以上が、田宮教授による、刑訴法三二八条の片面的構成の理論である。以下、教授の説に検討を加える。

#### b 田宮説の検討

田宮教授の説は、刑訴法三二八条について、非限定説<sup>(48)</sup>を採用した上で、検察官が有罪の立証のために伝聞供述を用いるときには、弾劾目的であつても、自己矛盾供述に限ると解する。その理由は、有罪方向の証拠の場合には、憲法違反の疑いが濃いからであるという。他方、無罪方向の証拠の場合には、伝聞証拠であつても、弾劾目的であれば、自己矛盾供述に限られないとする。このような理論には、次のような問題があると指摘された。すなわち、「広い説といつても田宮助教教授（当時）のものは変則的で、三二八条じたいの解釈は無制限に広いのであるが、憲法三七条二項により、検察官側に対する適用は違憲となつて落ち、被告人側のみ一方的に有利な規定となつるとする一種の修正説と思われる

が、三二八条を片面的に違憲の規定としなければならぬ点に疑問がある<sup>(49)</sup>というものである。あるいは、「田宮説の」考えは、たしかに、傾聴しなければならぬ考えである。しかし、①現行法は、三二一条一項三号で「犯罪の存否の証明」という文言をつかい、また、三二二条一項本文で被告人の自己に有利な供述についても「特に信用すべき情況の下にされたものである」こと（特信情況）を必要とするとして、被告人に有利な証拠でもそれをつかうことを制限しているのか、この考えのいうように、現行法がはたして被告人に有利なものなら弾劾証拠として伝聞証拠もつかえらるているのか、という疑問もあるし、さらに、②この考えは、現行法は職権による証拠調べを許しているのか、その場合には、被告人に有利に判断するときには、伝聞証拠もつかえる、としているのであるが、職権による証拠調べの場合には、実際にはある人の供述を聴いてみないことには、それが被告人に有利なのか不利なのかわからないこともあるので、この考えは、この点をどう考えているのかという疑問もある。この考えは、立法論としては傾聴しなければならぬものであるが、現行法の解釈としてはかなり問題である<sup>(50)</sup>といったものである。さらに、「例えば三二二条一項が被告側提出の証拠にも検察官の反対尋問権に配慮していることを考慮に入れると、現行法の解釈としてはただちには賛同しかね<sup>(51)</sup>る」といった批判も見受けられた。

田宮説は、被告人の人権保障を前面に押し出した見解であり、傾聴すべきものである。たしかに、以上のような批判も無視できないように思われるが、憲法を起点にした証拠提出権の考え方は、デュー・プロセスの精神を重視する優れた理論構成であるように思われる<sup>(52)</sup>。このような田宮説の考え方は、次に考察する光藤教授の憲法三七条二項後段に基づく被告人の証拠提出権の理論においても現れている。

#### 四 被告人の証拠提出権(2)

a 光藤教授の説

「被告人の証拠提出権」試論」と題する論文<sup>(53)</sup>において、光藤教授は以下のような問題を意識した。それは、「被告人の有罪認定に合理的疑いを投げかける蓋然性のある、被告人の防禦にとつて決定的な証拠がそれ自身適格性をもち論理的関連性もあり、法律的関連性もあり、相当程度の証明力もあると想定されるものである場合にも、証拠法則の制約のもとに、法廷への提出が妨げられてよいかは、つねに一つのアポリアとして、私どもの心の片隅に残りつづけている」というものだった。この点、松川事件の物的証拠論は、伝聞証拠であっても、物的証拠として用いる限り、伝聞法則の適用はないことを示唆した。しかし、この理論には批判のあるところであり、教授はこの点についての解決を図るために、アメリカでの議論を分析した後、次のように述べた。

「訴追側証人を事実認定者の面前で反対尋問し、その証言の誤りを正すことは、事実認定が誤らず、ひいては無辜が処罰されることのないため必要であるが、それを達成するためには、代替証拠でなく、生の証言 (live testimony) が訴追側により提出されるべきことになる、即ち伝聞証拠が排斥されるべきこととなる。これが証人对質権の意味であろう。他方、信用性あり関連性もある被告側証拠が事実認定者の前に提出されることは、それが提出されないために生じうる誤った有罪判決をさけるため必要であるが、必ず直接の証言によらねばならず次善の証拠は一切許さないことに固執するならば、右の目的の達成は阻害されるであろう。証人对質権条項も証人強制喚問権条項も、事実認定者が事実認定をやまひいて無辜が処罰されることのないようにという同一目的を二方向から達成すべく考案された人間の叡知といふべきであろう。被告人の証拠提出権を根拠に、被告人の無罪を示唆する証拠を、場合により伝聞法則に抵触することがあつても、一定の要件の下に提出をみとめることは、訴追側提出の供述に対する伝聞法則の弛緩を肯認もしくは容認すべきことには、連がらない、と考えるべきこととなる」<sup>(55)</sup>。

ここでいう一定の要件とは、「それ自身として信用できるものであり、関連性があり、判決の結果に影響を及ぼすであろう合理的可能性（重要性）を備えている、被告人に有利な証拠」<sup>(56)</sup>であるとしている。そして、特に合理的可能性（重要性）について、「判決の実体的内容に直接影響を及ぼす場合に限定してはならない。正当防衛の事実、アリバイの事実の証明に向けられた証拠は勿論、檢察側立証を反駁するための証拠のみならず、檢察側証人の信用性を弾劾するための証拠、被告人の弁解を補強するための証拠も亦、重要性判断の対象となりうる。被告人の自白の判決結果に及ぼす影響にかんがみ、その信用性のみならず、任意性を反駁するための証拠もまた、重要性判断の対象となりうる」と言及している<sup>(57)</sup>。

教授は、以上の要件を備えた証拠の取調べ請求が被告人から行われた場合、それが伝聞法則に抵触し、なおかつ伝聞例外に当たらないときでも、憲法三七条二項後段を根拠に許容されよとし、このような場合、実際には刑法三二一条一項三号の「必要性」の要件を緩和することになるだろう、と述べた<sup>(58)</sup>。

#### b 光藤説の検討

光藤教授の説は、憲法三七条二項後段を根拠として、伝聞例外に該当しないときでも一定の要件の下に、被告人について証拠提出権を認めるものである。この説も、デュー・プロセスを重視する優れた理論である。なお、田宮教授の「証人対質権の片面的構成」の基礎にある被告人の人権保護重視の考えに共鳴しつつも、被告人に有利な方向での証拠能力のいわば一般的解放には抵抗があると光藤教授は述べている<sup>(59)</sup>。そこで、憲法三七条二項後段を根拠として、一定の要件の下に、被告人側提出証拠の証拠能力を伝聞法則から解放したのであった。

このように、光藤説は、証人喚問請求権を根拠に被告人の証拠提出権を保障しようとするもので、無辜の処罰を防ぐ

ための優れた理論である。他方、私には、憲法を起点とする伝聞法則の片面的構成も考えられてよいように思われ、この点につき次節で若干の私見を述べる。

(1) なお、証人審問権については、すでに詳論したところであるので(特に前述第三章第三節二参照)、後述第二節で簡単に言及するにとどめることにする。

(2) その代表的なものとして、小野清一郎「新刑訴における証拠の理論(一)——(二・完)」刑法雑誌四卷三号一頁、五卷三号一頁(一九五四—一九五五年)。特に、四卷三号三頁以下、五二頁以下に詳しく述べられている(なお、以下の引用も三号の頁数をさす)。

なお、現在でもこのような立場に基づく見解が見受けられる。阪村幸男「伝聞法則と直接証拠主義」法学研究二二卷一・二号(一九九六年)一頁参照。

(3) その概要として、鴨良弼「伝聞法則と直接主義」ジュリスト三〇〇号(一九六四年)三五〇頁参照。なお、直接主義の概念は多義的であるが、この点について、さしあたり、平野龍一「刑事訴訟法」(一九五八年)五一八頁参照。

(4) なお、アメリカ法の関係では、歴史的には、伝聞法則の方が証人対質権の規定の誕生よりも古く、種々の伝聞例外も証人対質権の規定が置かれる以前から存在したことから、証人対質権の規定は、対質を欠くすべての供述証拠を排除するものではないと考えられていることも指摘されていた(栗本一夫「新刑事証拠法(改訂版)」(一九五〇年)三七、三八頁)。

(5) 上口裕「三二〇条一項の法意——直接主義と伝聞法則」刑事訴訟法の争点(旧版)(一九七九年)二二〇、二二二頁。なお、三二一条一項の立法経緯につき、松尾浩也「証拠法の二断面——刑訴三二一条一項を中心に」研修三三四号(一九七六年)三頁以下参照。また、三二二条は、沿革的には、陪審法七一条以下にその原型が見いだされるとされている(同「憲法三七条と被告人の証人審問権」刑事訴訟法判例百選(第二版)(一九七一年)一四七頁)。

(6) この意味で、かつて主張されていた二号後段違憲説(田中和夫「新版証拠法」(一九五九年)一三〇頁以下。なお江家義男「刑事証拠法の基礎理論(訂正版)」(一九五二年)九八頁以下は「合憲性に疑いがある」とするが微妙である)にも十分な理由があるように思われる。ただし、ただちに憲法違反といえるかは疑問であろう(鴨良弼「刑事証拠法」(一九六二

年)一五六頁)。

また、かかる観点からすると二号前段の違憲性については疑いがないであろう(江家・同九八頁、平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(一九五四年)一九五頁、田中・同三〇頁以下、高田卓爾『刑事訴訟法』(二訂版)(一九八四年)一一八頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(一九九三年)一一九頁)。また、二号前段については特信情況を補わない限り違憲とする説も有力である(平野・前出註(3)書二〇九頁、柏木千秋『刑事訴訟法』(一九七〇年)一三〇頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』(一九九〇年)二〇七頁、光藤景皎『口述刑事訴訟法・中』(一九九二年)一一三頁、福井厚『刑事訴訟法講義』(一九九四年)三三二頁、田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(一九九六年)三八一頁)。ただし、判例(例えば、最判昭和二七・四・九刑集六卷四号五八四頁、最判昭和三六・三・九刑集一五卷三号五〇〇頁)は合憲としている。

(7) 平場安治・高田卓爾・中武靖夫・鈴木茂嗣『注解刑事訴訟法・中巻(全訂新版)』(一九八二年)七二二頁(鈴木茂嗣)、上口・前出註(5)二二〇頁等参照。なお、後藤昭『刑事控訴立法史の研究』(一九八七年)二五八頁註(47)参照。

また、ドイツ法については、上口裕『西ドイツ刑事訴訟における直接主義』南山法学一卷一号(一九七七年)一七五頁、同『西ドイツにおける伝聞証人の地位——刑法法二五〇条の解釈をめぐって』同三・四号(一九七八年)三一頁、同『西ドイツ刑事裁判における伝聞証人の地位』(一)一(四・完)同二卷一号二五頁、二号二九頁、三号三五頁、四号二五頁(一九七九六六年)一頁、田宮裕『ドイツにおける伝聞証人の地位』判例時報三五一号(一九六〇年)四頁も参照。

(8) 上口・前出註(5)二二〇頁。

(9) 後藤・前出註(7)書二六二頁、前述第三章第二節参照。

(10) 松尾浩也『刑事訴訟法・下(新版補正版)』(一九九七年)五七頁。なお、憲法三七条二項と直接主義との関係につき、松尾・前出註(5)一四六頁参照。

(11) 小野・前出註(2)三三二頁。

(12) 『刑事訴訟法』三三〇条以下の規定の重点は書面の禁止とその例外的許容のルールにあるが、それは直接主義によってよく説明できる(したがって、口頭の供述については、伝聞法則の採用ということを否定するものではない)(田宮・前出註

(6) 書三六五頁)。

(13) 小野・前出註(2) 三三三頁以下参照。また、栗本裁判官も、「法廷外の第三者の供述を録取した書類等の書証の排斥は大陸法系の考えている直接主義の徹底ということと説明する方が伝聞理論について何らかの歴史的背景をもたない我国ではむしろ賢明な行き方であるかもしれないのである。英米法流の伝聞証拠の排除のもたらす現実の結果とは一見著しく相違するかの如く思われなくてもないが、実は余り大きな相違はないのである。何故ならば、伝聞法則にしてもその不適用の場合というものが、これにより相当な範囲において書面又は又聞き供述が証拠能力をもつことになり、更に伝聞の場合外なるものもかなりの数に達するのであって、結局伝聞理論を採用しても、かなりの範囲において書面や又聞き供述が証拠となり得るのであり、一方直接主義を徹底させて行けば、第三者の法廷外の供述録取書の如きは証拠能力が否定されて行くことになるからである」(栗本一夫「伝聞法則」『法律実務講座刑事編』八卷(一九五六年)一八八〇頁)と述べていた。

(14) 平野・前出註(3) 書七頁参照。もつとも、直接主義も伝聞法則のいずれも公判中心主義という理念を背景としているということに注目すると、「この対立は、今日ではあまり重要な意義をもたない」(田宮・前出註(6) 書三六五頁)であろう。

また、この点に関しては、「伝聞法則といわゆる直接主義とは本来異質なものである。ただ、あえて直接主義の語を用いるならば、裁判所の面前での反対尋問は・・・当事者の証明活動の有効性という、いわば当事者主義的直接主義からの要請として理解すべきである」(高田・前出註(6) 書二二三頁)との見解や、刑訴法三三〇条以下の規定を直接主義に関する規定と解するのが正確だとする説については、これを「妥当とはいえない」としつつ、「もつとも、反対尋問権の保障とは、当該判決裁判所の面前での反対尋問権の保障と解すべきであるから、その意味では、伝聞法則は直接主義をそのうちに含んでいるといえよう」とするもの(鈴木・前出註(6) 書二〇三、二〇四頁)がある。

(15) なお、職権主義と当事者主義との関係について、例えば、団藤重光「職権主義と当事者主義」『刑事法講座』五卷(一九五三年)九三五頁、平野龍一『刑事訴訟法の基礎理論』(一九六四年)四頁以下参照。

(16) 例えば、田宮・前出註(6) 書三六五頁。

(17) 例えば、上口・前出註(5) 二二二頁、田宮裕「伝聞の例外」法学教室九五号(一九八八年)四七頁、田口守一「刑事訴訟法」(一九九六年)三〇〇頁参照。なお、書面の多用に関しては「伝聞法則の日本化」との指摘がなされている(松尾・

前出註(10)書五六、五七、三三七頁。

(18) 平野龍一「伝聞排斥の法理」『刑事訴訟法講座』二卷(一九六四年)二二一頁〔同「訴因と証拠・刑事法研究四卷」(一九八一年)所収〕。

(19) 同右二二二頁。

(20) 同右。

(21) 同右。

(22) 同右二二八頁。

(23) 同右二二九頁。

(24) 同右。

(25) 同右二二九、二二〇頁。

(26) 同右二二〇頁。

(27) 同右二二二頁。なお、田宮裕「捜査の弾劾化とその方策」刑法雑誌一五卷三・四号(一九六八年)一〇六頁〔同「捜査の構造」(一九七一年)所収〕参照。

(28) ただし、アメリカ法では、伝聞証拠は公判廷外供述であることを前提する。この点、平野博士の定義に従えば、例えば、死亡等の理由で主尋問だけで反対尋問のできなかった公判廷証言も伝聞証拠となりうる。これは、伝聞の素直な意味からは無理な解釈であるように思われるが、被告人の反対尋問権の保障すなわち証人審問権の観点からすれば優れた定義であるといえよう。ただ、かかる定義にも後述するようにこれまで十分な議論がなされていないと思われる検察官の反対尋問(権)が問題となる場合をどのように解すべきかについては、考慮の余地があるように思われる。

(29) この四過程の分類はモーガンによるものであるが、この点、マコーミックにならぬ表現・叙述を一つにまとめ、知覚、記憶、叙述の三過程とする説明もなされている。

(30) なお、伝聞概念については、鈴木茂嗣「伝聞概念について」植松正博士還暦祝賀『刑法と科学・法律編』(一九七一年)六三七頁〔同「統・刑事訴訟の基本構造」下巻(一九九七年)所収〕、光藤景皎「伝聞概念について」高田卓爾博士古稀祝賀『刑事訴訟の現代的動向』(一九九一年)一八三頁参照。

- (31) 第三章第三節註(33) 参照。
- (32) ちなみに、後述三で検討する田宮教授が提唱した弾劾証拠についての片面的構成の理論も、検察官にも反対尋問権が考慮されることを理由として問題があるとされた。
- (33) この点につき、平場安治「陪審裁判と証拠法——伝聞排除規則を中心として」法学論叢五八巻二号（一九五二年）一九頁（同『刑事訴訟法の基本問題』（一九六〇年）所収）参照。
- (34) 平野・前出註(3) 書一九四頁註(2) 参照。
- (35) 平野・前出註(18) 二二〇頁。
- (36) 前述第二章第三節参照。
- (37) 平野龍一『刑事訴訟法概説』（一九六八年）一二頁。
- (38) 田宮裕「証明力を争う証拠の問題」ジュリスト二七二号（一九六三年）五八頁（同『刑事訴訟とデュー・プロセス』（一九七二年）所収）。以下、田宮論文について見てゆくが、本稿の問題意識との関係で重要な視座を提供するものであるので、詳細になることを予めお断りさせていただく。
- (39) 同右五九頁。
- (40) 同右。
- (41) 同右。
- (42) 同右。
- (43) 同右五九、六〇頁。
- (44) 同右六〇頁。
- (45) 同右。
- (46) 本件については、「松川事件無罪判決特集」ジュリスト二三九号（一九六一年）、「特集・松川事件最高裁最終判決」ジュリスト二八四号（一九六三年）、「松川事件再上告審判決特集」判例時報三四六号（一九六三年）、浦辺衛「アリバイと厳格な証明」河村澄夫・柏井康夫編『刑事実務ノート』一卷（一九六八年）一四九頁、等参照。
- (47) 田宮裕「判例違反の意義」前出註(5)・刑事訴訟法判例百選（第二版）二三四頁参照。

- (48) 刑訴法三二八条の規定により証拠とすることができる書面又は供述については特別な制限はないが、ただし、任意性について疑いのある自白は除外するものと解さなければならない(司法研修所〔横井大三〕『新刑事訴訟法逐条解説Ⅲ』(一九四九年)一二六頁)。
- (49) 坂口裕英「弾劾証拠の問題点」ジュリスト三〇〇号(一九六四年)三五四頁註(1)。
- (50) 齊藤誠二「三二八条の法意」前出註(5)・刑事訴訟法の争点(旧版)二二八頁。
- (51) 光藤・前出註(6)書二四二頁。なお、同「自己矛盾の供述にかぎるか」熊谷弘・浦辺衛・佐々木史明・松尾浩也編『証拠法体系Ⅲ』(一九七〇年)三七一頁も参照。
- (52) たしかに、刑訴法は、検察官の反対尋問権にも配慮しており、三二八条の場合にだけ被告人に片面的に緩やかになるとするのには批判があろう。しかし、教授が論じているように、憲法を起点として片面的構成をとることは、理論的に必ずしも無理なものではないであろう。ただ、被告人にとつては弾劾証拠が実質証拠と同じ機能を果たすからといって、無罪判決の場合には、伝聞証拠を実質証拠として引用できるかについては、疑問の余地があるように思われる。
- (53) 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。
- (54) 光藤・同右四三六頁。この点につき、伊達秋雄「新証拠の問題」ジュリスト二三九号(一九六一年)一二頁以下、青柳文雄・法律のひろば一四卷九号(一九六一年)九頁参照。
- (55) 光藤・同右四六六頁。
- (56) 同右四六八頁。
- (57) 同右。
- (58) 同右。
- (59) 同右四四四、四四五頁。なお、光藤・前出註(6)書二四二頁参照。

## 第二節 私見

本節では、本稿の締めくくりとして、まず、証人審問権の法意について言及した後、伝聞法則の適用範囲に関する私見を提示する。

一 証人審問権の法意

第三章で取り上げた最大判昭和二三・七・一九刑集二巻八号九五二頁は、憲法三七条二項の法意についてのリーディング・ケースとされ、その後の判例も、大体において右判例を踏襲している<sup>(2)</sup>。しかし、そのような伝聞法則に関するわが国の初期の最高裁判例については再検討の余地があるように思われる<sup>(3)</sup>。例えば、右の最高裁判決については、同判決に付された栗山裁判官の少数意見にこそ、英米法の観点からは正しい理解が含まれているといふべきではなからうか。そして、「最高裁の憲法三七条二項前段に対する見解は、・・・被告人の反対尋問権の確保を骨子とする伝聞証拠の排除を規定したものだとする当事者主義的な直接主義の考え方に落ち着いたものと見ることができ<sup>(4)</sup>」のである<sup>(5)</sup>。さらに、証人審問権の保障は、適正手続保障の具体化の一つであるとの視点を重視すべきであろう。

この点について考える上では、アメリカ法が参考とされよう。アメリカでは、第二章で述べたように、証人対質権と伝聞法則とは反対尋問権の保障を中心的要素とするものであるが、両者は完全に重なり合うものではないと考えられている。証人対質権の一般的基準としては、「証人の利用不能」と「十分な信用性の徴憑」がある。他方、反対尋問権の観点からみると、例えば、共謀者の供述については、利用不能も（供述内容の）信用性も要求されないと解されているし、大陪審証言についても、事後の反対尋問に曝されなくとも許容される場合がある。また、子供の性的虐待事件においても、被害者たる子供に対する配慮から、物理的対面の制限ないし伝聞例外の活用による反対尋問権の制限が見受けられる<sup>(6)</sup>。それらの供述は訴追のためには不可欠な証拠であり、このような訴追の必要性という観点から、証人対質権は

制約を受けているかのように見える。そして、以上の状況につき学説から批判があることも前述した。<sup>(7)</sup>

さて、わが国においても、訴追において伝聞例外に基づく証拠が活用されているが、そのうち最も重要とされるものの一つが、検察官面前調書である。しかし、この調書は「作文である」<sup>(8)</sup>との指摘もなされているとおり、信用性の点で問題があるように思われる。また、公正な裁判の観点から問題があると見ることもできることも前述したとおりである。<sup>(9)</sup>さらに、例えば、アメリカで同じく訴追において重要な役割を果たしている大陪審証言調書が、公式の手続において宣誓の下になされ、公式の反訳記録が作成されるにもかかわらず、厳しい批判に曝されていることには注意を必要とするように思われる。<sup>(10)</sup>そのような点からすると、アメリカ法におけるアプローチを参考にしつつ、適正手続保障の具体化としての証人審問権の観点から、より厳しい要件判断が必要とされるべきであろう。<sup>(11)</sup>

## 二 伝聞法則の適用範囲

では、本稿のまとめとして、伝聞法則の適用範囲に関する私見を提示する。

伝聞法則の本来の意味は、両当事者に適用がある証拠法上の原則であるといえよう。これに対して、証人審問権は被告人に固有の権利である。両者は反対尋問（権）<sup>(12)</sup>を中心的要素とし、伝聞証拠を排除する機能を有する点では共通するが、その根拠には相違があると考えるべきである。まず、伝聞法則の根拠は、事実認定の正確性の確保にある。そうであるからこそ、信用性の情況的保障があれば伝聞証拠であっても証拠として用いることが肯定されるのである。他方、手続的権利である証人審問権はデュー・プロセスの現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の要請に加えて手続の適正さが要求される。そこで、ときには伝聞例外に当たるか否かの判断を行うまでもなく、適正手続の観点から証拠排除される場合も考えられよう。これは、被告人固有の反対尋問権を根拠とするものである。例えば、

囑託証人尋問調査に関するロッキード事件最高裁判決における大野裁判官の補足意見もこのように解することができる。<sup>(13)</sup> この意味で、有罪方向の伝聞証拠の証拠能力の問題を、法律的関連性という枠組みを越えた適正手続の視点から捉え直す必要があるように思われる。

他方、検察官も法律上の反対尋問権を有し、無罪方向の証拠に対しても伝聞法則は適用される。そして伝聞法則の根拠は、正確な事実認定の確保にある。<sup>(14)</sup> しかし、伝聞法則を厳格にしてゆくと、ある証拠が伝聞例外の要件を充足していないために許容されず、逆に事実認定が不正確になることもあろう。このような可能性を示唆したのが松川事件である。そこで、無罪の不処罰のために、無罪の方向で用いる証拠については、伝聞法則の厳格な適用から解放する必要性もあるように思われる。伝聞証拠でありかつ伝聞例外の要件を充足しない証拠であっても、無罪の証拠として用いる場合には、伝聞法則の根拠と重なる一定の信用性（の情況的保障）が担保されれば実質証拠にもなりうるかと解することも許されよう。すなわち、デュー・プロセスに基づく刑法法に対する憲法的制約による伝聞法則の適用範囲の片面的構成である。<sup>(15)</sup> 松川事件における伝聞証拠は、このような場合と考えることができよう。

(1) 前述第三章第四節 a 参照。

(2) 江崎太郎「憲法三七条二項と伝聞法則」熊谷弘・浦辺衛・佐々木史明・松尾浩也編『証拠法体系Ⅲ』（一九七〇年）七一頁以下参照。ところで、同条項の「証人」の意義および前段と後段の關係に関する最大判昭和二四・五・一八刑集三卷六号七八九頁が、しばしば引用される最重要判例の一つと考えられる（第二章第二節註（55）の本文、第三章第三節註（29）参照）。しかし、第三章で取り上げた最大判昭和二三・七・一九刑集二卷八号九五二頁も、右判例に先立ち証人審問権の法意につき詳論するものであり、やはり最重要判例の一つといふべきであろう。なお、これら二判決につき例えば、横山晃一郎「二号後段の規定の合憲性」同註書一一六、一一七頁参照（「最大判昭和二三・七・一九は」憲法三七条二項をプロ

グラム規定としてとらえることによって応急措置法の合憲性を認める、という道を示したが、後になって（最大判昭和二四・五・一八）、三七条二項の縮小解釈（形式主義的解釈）による合憲性の基礎づけを試みるに至った）。

(3) 平場安治「刑事訴訟法学と現実の刑事手続」季刊刑事弁護三号（一九九五年）一三三頁、小早川義則「一致供述の許容性」名城法学四五巻二号（一九九五年）一三三頁参照。

(4) 浦辺衛「被告人の証人審問権の範囲」『総合判例研究叢書・刑事訴訟法(5)』（一九五八年）一七頁。

(5) 憲法三七条二項前段の解釈については、前述第三章第三節二参照。

(6) わが国の証人審問権規定にこの要素を含めて考えることも無理ではないことについて、堀江慎司「証人審問権の本質について（六・完）——アメリカにおける議論を中心に」法学論叢一四二巻二号（一九九八年）二九頁註（7）参照。

(7) 前述第二章第三節参照。

(8) 井戸田侃「供述録取書作成の現実とその問題点」法学セミナー七九号（一九六二年）五三頁（佐伯千仞編著『生きていく刑事訴訟法』（一九六五年）所収）。また、供述調書の有する危険性について、松本時夫「供述調書の本質についての一考察——供述の要約的録取は許されるか」『司法研修所創立二〇周年記念論文集』三巻（一九六七年）四九七頁参照。

(9) 前述第二章第四節参照。もともと、検察官面前調書を伝聞例外とすることがただちに違憲となるわけではなく、理論的問題としてこの観点の考慮の余地があるのではないかと考える。なお、この点を突き詰めてゆくと、適正手続ないし公正な裁判の意味内容が問題となろうが、その解明作業は前述のように（第二章第四節註（2）参照）今後の課題とさせていたいただきたい。このように「適正さ」ないし「公正さ」についての明確な基準を含めその理論的解明は他日を期するほかないのであるが、それらの考慮されるべきと思われる具体例については後述二で述べる。

(10) 前述第三節参照。

(11) この点につき、第二章第四節註（11）参照。なお、堀江・前出註（6）二七頁参照。

(12) 証人審問権の理論的根拠に関して詳細に論ずるものとして、堀江・前出註（6）一頁、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）一三三頁参照。

堀江論文は、アメリカ法の知見を参考にしつつ、証人審問権の本質と伝聞例外との関係を次のように述べている。すなわち、「通常の証人尋問プロセスは、『それ自体として』保障される、つまり『内在的』価値を持つものであるから、他の

（非内在的な）諸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。また、この『内在的』価値は、他の諸価値（例えば証拠の信頼性に対する正当な評価の確保）とは異なり、性質上、通常の尋問プロセス以外の何か他の方法によって担保することはできないので、かかる尋問プロセスが実行されない限り、完全な実現は不可能となる。しかし、この価値の不実現を甘受しうる場合が、およそ存在しないわけではない。公判外供述についていえば、それは第一に、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』が存する場合であり、……第二に、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である。そして、公判廷外供述を許容するための要件として、要するに『当該公判外供述の提出と同時に原供述者も公判に喚問され且つ当該供述の内容に関して十分な尋問が行われるか、又はそれが不可能であることが証明されなければならない』と述べている（堀江・同註二五頁）。

また、山田論文は、以下のように論じている。「伝聞法則は、『真実発見という訴訟目的に奉仕する証拠排除法則』であり、証人審問権は、被告人の有する、証人と対面・対決する権利であって、本来両者は、その根拠や目的をまったく異にするのである。そこで、伝聞例外に当たる伝聞証拠についても、証人審問権の保障の限界という視点から証拠能力を判断しなければならないが、「この問題への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、裁判所が負うものと考えるべきではなく、同じ国家机关であり、しかも裁判において被告人に不利な証拠提出義務のある檢察官が負うものと考えるべきである。……証人審問権保障の限界も、この檢察官の負う証人提出義務の見地から考えなければならぬのである」。そして、檢察官の証人提出義務については、「義務は可能性を前提する。不可能なことに義務は生じない」ので、「檢察官がこの義務を果たしたかどうかは、檢察官にとって可能なあらゆる手段を尽くしたかどうかにかかっている（証人確保のための合理的努力）」とする。また、この義務が課せられない場合についても、伝聞例外の適用の問題が残ることを確認している（山田・同註二九、三〇頁）。

なお、証人審問権の趣旨は「供述証拠に対する被告人の防禦権」ないし「証拠吟味権」の保障にあるとし、証人審問権の例外を控制するために「訴訟機関の証人提出義務」を観念するものとして、上口裕「身元不詳者の公判外供述と証人審問権（一）―（二）完」南山法学三卷三号一―三三頁、四卷三号一頁（一九七八―一九七九年）、同「証人の喚問不能と訴訟機関の証人提出義務」同五卷四号（一九八二年）三五頁参照。上口論文につき、堀江・同註一九頁以下参照。この他に

も示唆的と思われる見解が見受けられるが、それらについては堀江・同一二頁以下参照。

思うに、証人審問権に伝聞法則とは異なる独自の意義を見いだすことは正当であろう。ただし、両者は反対尋問権を中心的要素とする点で共通し、その意味で証人審問権と伝聞例外との関係を従来の「必要性」と「信用性の情況的保障」の枠組みで考えることには合理性があろう。

もつとも、証人審問権と伝聞法則の根拠は完全には重なり合うものではなく、それゆえ従来の理論的枠組みを越えるものとなろうが後に述べるような、証人審問権が直接的に適用されうる場合や、伝聞法則の適用範囲の片面的構成も考えられるべきであるように思われる。

(13) 最大判平成七・二・二二刑集四九卷二号一頁〔「丸紅ルート」最高裁判決〕。本判決において、大野裁判官は補足意見として、「当初から我が国の法廷における被告人、弁護人の審問の機会を一切否定する結果となることが予測されていたにもかかわらず、その囑託証人尋問手続によつて得られた供述を我が国の裁判所が証拠として事実認定の用に供することは、伝聞証拠禁止の例外規定である刑法三三二条一項各号に該当するか否か以前の問題であり、・・・刑法一条の精神に反するものといわなければならない」と述べている。なお、拙稿「証人審問権の一考察——ロッキード事件最高裁判決を契機として」茨城大学政経学会雑誌六五号（一九九六年）九五頁参照。

しかし、本件において、囑託証人尋問調書の証拠能力を証人審問権規定の直接的適用により否定すべきか否かは、伝聞例外規定に基づき同調書の証拠能力を肯定することができるのではないかとこの観点から、微妙な問題がある。ただ、証拠能力否定の根拠としてはこのように解することもできるのではないかと思われる。

(14) 第一章では、伝聞法則の根拠について、証人による偽証の危険、不公平な不意打ちの危険、裁判官の裁量権から生じる危険、捜査官による取調べの有する危険、に対する防止も補足的に考慮される可能性を示唆した。仮に、それらの点を考慮すべきならば、無罪の方向で用いるのであっても、それらが軽視されてよいことにはならないであろう。もつとも、それらの中には、反対尋問の背後にある信用性の担保と重なりうるものや、被告人に片面的に機能すると考えられるものもあるように思われる。これらの点を含め上記の四点に関する検討は、今後の課題とさせていきたい。

(15) なお、被告人の証拠提出権という観点からは、証人喚問請求権という特別条項に基づく方が、一般条項によるよりも明確な基準をもっており理論的に優れている。したがって、先に見た光藤説には十分な説得力がある。ただ、デュー・プロ

セスの観点からは、田宮説のように、「証拠能力の片面性」を導くことも考えてよいように思われる。しかし、松川事件での伝聞証拠に関する判示事項についてみると、田宮説のように、拳証責任は訴追側が負うのであるから、被告人は訴追側の主張を弾劾すればよいともいえるかもしれないが、やはり実質証拠として用いている点で難点がある。そこで、私見では、伝聞法則の適用範囲の片面的構成を試みた。

なお、このような片面的構成として、刑法法三二一条四項の解釈についての、村井敏邦「意見と鑑定」法学セミナー四五三号(一九九二年)九八頁〔同「刑事訴訟法」(一九九六年)所収〕も参照。

## 結語

わが国では、検察官面前調書を中心とする調書が、検察官によつて伝聞例外規定を根拠としていわば効果的に活用され、法廷に証人(人証)を集めるといふ公判中心主義の達成には程遠いという実状が窺われる。<sup>(1)</sup> その主要な要因の一つとして「伝聞法則の形骸化」が、しばしば指摘される。このような閉塞状況を打破するためには、憲法上の反対尋問権の要請にたちかえり、刑法法三二一条二号等の伝聞例外規定の運用の厳格化が望まれる。<sup>(2)</sup> この点、例えば、調書に対する反対尋問は困難であることが、もつと重視されてもよいように思われる。<sup>(3)</sup>

このように捜査関係者の作成した調書を公判に持ち込まないように遮断することは、公判中心主義を導く。このような公判中心主義の実現、当事者対等主義<sup>(4)</sup>への接近のためにも、適正手続の具体化の一つである証人審問権の観点から、わが国の伝聞例外規定を再検討することが必要なのである。あくまでも、本稿ではその序論的考察を終えたにすぎない。各論的検討は今後の課題とさせていただきます、本稿の結びとしたい。

- (1) 例えば、日本弁護士連合会「刑事司法改革の実現に向けてのアクション・プログラム(三)」自由と正義四七巻七号(一九九六年)一五九頁参照。
- (2) 検察官面前調書の問題について、例えば、刑事裁判実務研究会編『集中審理』(一九六四年)一五〇頁以下参照。
- (3) 書面に対する反対尋問の問題点につき、例えば、田口守一「同意の意義」下村康正先生古稀祝賀『刑事法学の新動向』下巻(一九九五年)一二八頁以下参照。また、事後的な反対尋問にはその実効性に疑問があることにつき、江家義男『刑事証拠法の基礎理論(訂正版)』(一九五二年)九九、一〇〇頁参照。
- (4) 田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(一九九六年)二三八頁参照。