



Title	伝聞法則の適用範囲に関する一試論（４）
Author(s)	伊藤, 博路; ITOH, Hiromichi
Citation	北大法学論集, 49(2), 115-147
Issue Date	1998-07-24
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15777
Type	departmental bulletin paper
File Information	49(2)_p115-147.pdf



伝聞法則の適用範囲に関する一試論（四）

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

第三節 適正手続の観点からの理論

第四節 小括

(以上四八卷五号)
(以上四九卷一号)

第三章 わが国の伝聞法則

第一節 概説

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

(以上本号)

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

第四節 小括

ここでは前述した公正な裁判を強調し、訴追機関の証拠提出権の抑制を説く適正手続の観点からの理論がわが国へ示

唆するところについて述べる。⁽¹⁾

憲法三一条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又は、その他の刑罰を科せられない」と規定するが、本条は、アメリカ合衆国憲法の「何人も、・・・適正な法の手続 (due process of law) によらずに、生命、自由または財産を奪われることはない」(修正五条、なお、また「州は、何人からも、適正な手続によらずに、生命、自由または財産を奪ってはならない」(修正一四条))と繋がりがあろうことは、その成立の背景や文言からみて十分推測される。⁽²⁾⁽³⁾そして、本条は、憲法の構造において刑事の領域に関する基礎的な一般的规定と見なされる位置に置かれている。⁽⁴⁾「公権力を手続的に拘束し、人権を手続的に保障していこうとする思想は英米法にとくに顕著な特徴であるが、このような、『自由の歴史は大部分手続的保障の歴史であった』と考える立場は、人権保障にとつてきわめて重要な視点であることを看過してはならない」⁽⁵⁾。

証人審問権の中心的要素である反対尋問権は伝聞法則の中心的要素でもあり、証人審問権と伝聞法則とは密接に関係してくるのであるが、伝聞法則とは別に、手続的権利としての証人審問権の意義を考へてみる必要がある。⁽⁶⁾適正手続の観点からの説は、この点につき次のような視座を提供するものと考えられる。証人対質権を充足するか否かに関するこの説の具体的判断基準は、訴追側が証拠を(意図的に)作り出したか否かであるが、これは訴追側と証拠の作成過程との関係を問題とする。「デュー・プロセスは、刑事手続に関しては、フェア・トライアルと同義だと解してよい」⁽⁷⁾。したがって、例えば、「純粋に訴追者として、完全に一方の当事者たる地位にしりぞいた」⁽⁸⁾検察官による調書を訴追のために用いることが公正な裁判といえるかという点が問題となると解する余地もある。⁽⁹⁾また、信用性の面からみても、例えば共犯者等に対する取調べにおいて作成された調書は、取調べが密室で行われることからして事実上有効な信用性の評価方法がなく、さらに、対立する当事者が取調べを行うのであるから信用性が担保されるとは考えにくいといえる。⁽¹⁰⁾

以上の点を勘案すると、調書を被告人の有罪方向での事実認定の資料として用いる場合、信用性の基準がクリアーできるかはもちろんとして、仮に信用性の基準をクリアーしたとしてもデュー・プロセス違反の疑いも理論的に残り、その具体化の一つといふべき証人審問権違反による証拠排除も問題となりうる場合があるものと思われる⁽¹¹⁾。

公正な裁判すなわち適正手統を重視するならば、事実認定の正確性の確保を根拠とする証拠法上の原則から導かれる信用性の基準とは独立した基準に基づくテストを伝聞証拠に課し、これを信用性の要件と重疊的に考慮することにより被告人の反対尋問権の保障の要請を嚴格化し、被告人の反対尋問権を今以上に強く保障することが求められよう⁽¹²⁾。その論理的帰結は、次章でわが国の伝聞法則および証人審問権を考察した後、第四章で述べることにする⁽¹³⁾。

(1) カースト説およびバーガー説は、公正な裁判を保障するための説と評価でき、この意味で適正手統の観点からの理論として位置づけることができよう。他方、ハーラン裁判官は、伝聞法則に対する規制は、デュー・プロセス条項によるべきだとの見解 (Dutton v. Evans, 400 U.S. 74, 93 (1970) (Harlan, J. concurring)) を表しているが、これは一般的性格をもつデュー・プロセス条項の下であれば、対質権条項によるよりも規制は緩やかで済むとの考えを背後に有するものである (堀江慎司「証人審問権の本質について」(四)——アメリカにおける議論を中心に」法学論叢一四一卷四号(一九九七年)五頁)。これは、適正手統主義の観点から証人対質権を高めようとするものとは言えず、また、本稿で紹介した適正手統の観点からの説もこれを指すものではない。

(2) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注釈日本国憲法』上巻(一九八四年)六九九頁(佐藤幸治)。また、適正手統(デュー・プロセス)については、例えば、田宮裕「刑事手統とデュー・プロセス——アメリカにおける判例の展開を中心に」北大法学論集一四巻三・四号(一九六三年)一五五頁(同「刑事訴訟とデュー・プロセス」(一九七二年)所収)、松尾浩也「『当事者主義』について」中野次雄判事還暦祝賀『刑事裁判の課題』(一九七二年)三三頁(同「刑事訴訟の原理」(一九七四年)所収)、鈴木茂嗣「『適正手統』および『当事者主義』の観念について」法学論叢一〇二巻五・六号六八頁(同

- 『刑事訴訟の基本構造』(一九七九年) 所収。参照。なお、いわゆる「やわらかいデュー・プロセス」をめぐる論争として、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)八頁、松尾浩也「憲法と刑事訴訟法」同四五卷六号一二二頁、木田純一「刑事訴訟法学と憲法学」同四五卷九号一〇四頁、松尾「憲法学と刑事訴訟法学」同四五卷一七号一四四頁、杉原「憲法と刑事訴訟法」同四五卷一四号一二三頁、木田「憲法とデュー・プロセス論」同四六卷六号(一九七四年)二六七頁参照。この論争は、デュー・プロセスについて考える上で、多くの示唆を含むものであって興味深い。思うに、デュー・プロセスは、「利益考量を本質とする」(田宮裕「最近のデュー・プロセス論争」研修三四〇号(一九七七年)八頁)ものと考えれば、「やわらかいデュー・プロセス」へ傾くことも自然であったかもしれない。しかし、杉原教授の指摘された、憲法規範を最高規範として厳格に解するという視座の必要性は、現在においてもなお強調されるべきものと思われる。適正手続の観念をいかに捉えるかは、たいへん大きなテーマであって、本稿で詳論することはできないが、無罪推定の原則、無辜の不処罰主義の視点が最重要とならう(田宮裕「刑事手続におけるデュー・プロセスとはなにか」松尾浩也・田宮裕「刑事訴訟法の基礎知識」(一九六六年)二〇三頁(田宮・同註書所収)、同「有罪と無罪の間」法とはなにか(ジュリスト増刊)(一九六九年)一四五頁(田宮・同註書所収)参照。
- (3) ただし、憲法三一条を *due process* を定めたものとみる通説に疑問を提示するものとして、田中英夫「憲法第三一条(いわゆる適法手続条項)について」宮沢俊義先生還暦記念『日本国憲法体系』八卷(一九六五年)一六五頁(同『英米法研究』2・デュー・プロセス)(一九八七年)所収)。
- (4) 樋口・佐藤・中村・浦部、前出註(2) 書七〇一頁(佐藤幸治)。
- (5) 芦部信喜「憲法(新版)」(一九九七年)二一八頁。
- (6) なお、伝聞法則とその例外についても反対尋問重視以外のアプローチの必要性が指摘されていることについて、前述第一章第三節参照。
- (7) 田宮・前出註(2)「刑事手続とデュー・プロセス」一七五頁。
- (8) 田宮裕「刑事裁判官論の意義」刑法雑誌一八卷三・四号(一九七二年)一一五頁。
- (9) この点に関して、公平さという点で、例えば、証拠調べ請求された参考人の供述録取書を当事者が不同意とした場合、検察官面前調書は刑訴法三二二条一項二号の要件を充たせば証拠能力が認められるのに対して、弁護人作成の供述調書の

場合には、より厳格な同条一項三号の要件を充足しなければならぬというのが通説であり実務の運用であること（大出良知・川崎英明・神山啓史・岡崎敬編著『刑事弁護』（一九九三年）一三六頁）が問題となりうるであろう。しかし、弁護人作成の供述調書を証拠採用する場合の要件を緩やかにすべきかは、伝聞法則の形骸化を招くことになるように思われ躊躇される。やはり、檢察官面前調書に厳格な要件判断を要求してゆく方向で考えるべきといえよう。

(10) 実際にも、公判廷での事後の反対尋問によって、捜査官が作出した供述証拠を十分に吟味することは困難である場合が多いといえるであろう。この点、パーガーは、公判に原供述者が出廷しても、訴追側が意図的に供述を引き出した際に、供述者が特に他人の影響を受けやすいことが分かっていた場合などには、インタヴューの録画ないし録音テープも提出されなければならないとする（前述第三節二d(2)参照）。しかし、これについては、実際の判断が困難になるという問題もあるが（第三節註（134）参照）、次のような指摘もなされている。

彼女によれば、「意図的に引き出した」か否かの判断は裁判官の裁量に委ねられるのであるが、この判断のためにこそ、そのようなテープが必要であるように思われ、するとテープの提出は訴追側提出の伝聞証拠すべてに課されるべきといえようし、また、原供述者が死亡していないにもかかわらず公判に提出されない場合に、供述状況のテープが提出されれば供述の許容性が認められるのかは、必ずしも明らかではない（堀江・前出註（1）一五五頁）。このような点は、供述状況のテープの位置づけにもかかわる重要な論点となるものと思われる。この点につき、後註（11）参照。

(11) しかし、訴追のためには調書を用いる必要性が高い場合のあることはこれを認めないわけにはゆくまい。しかし、その際要件判断が厳格になされなければ憲法の保障は形骸化することになる。この点証人審問権の担保という意味で、パーガーの示唆する供述の採取過程の可視化は傾聴に値するものと思われる。捜査機関による供述採取過程の可視化の必要性はつとに指摘されてきているところであるが、これは証人審問権の担保という点から憲法上の要請と解することもできるのではなからうか。前述のように、訴追側の作成した供述証拠は、対立する当事者によって作成されたものであるから類型的に信用性に疑義が残ることに加えて、その採取過程が一般に不透明であり、信用性の評価は困難となる。そこで、証人審問権自体は公判での権利であるが、これを担保するためには公判前の段階にまで目を向ける必要があり、かかる証拠に対する信用性の要件審査の実質的担保の手段の一つとして供述採取過程の可視化の要求は考慮されるべきと思われるからである。ただし、これに関連して、訴追において用いられるいかなる類型の公判廷外供述に対して供述時の対質ある

いは録画ないし録音を必要だと考えるべきかは、例えば子供の供述に対してこれをどこまで厳格に要求すべきかといったような限界事例に関して困難な問題を抱えており（第三節註（134）参照）、やはり個別具体的な判断に委ねざるを得ないこととなるように思われる。しかし、例えば、検察官面前調書については、訴追において重要な役割を果たすことがまれでない類型の供述証拠であり、かつ供述状況の録画ないし録音も無理な要求ではないであろうから、それを要求してゆくべきであるように思われる。

(12) この点につき、第三節註（136）参照。

(13) このように、デュー・プロセスの観点から、証人審問権の厳格化すなわち伝聞証拠の証拠能力の厳格化を導く理論構成は無理なものではない。問題は、どこまでこの観点を徹底させることができるかにある。そこで問題となるのは、本章で詳述した伝聞例外との関係である。連邦最高裁のいうように、証人対質権と伝聞法則とは密接な関係にあるため、伝聞法則とその例外の根拠を無視した証人対質権の理論構成は、妥当なものではあり得ないからである。

しかし、デュー・プロセスの観点からは、証拠法上の原則である伝聞法則の例外の要件を充たすか否かにかかわらず、証人審問権違反となる場合も認められる余地もあるであろう。

第三章 わが国の伝聞法則

第一節 概説

本章では、まず、供述証拠の証拠能力に関する現行刑法法の制定過程および、証人審問権を規定する憲法三七条二項前段の成立過程について考察した後、伝聞法則の適用範囲を検討する上で必要不可欠な判例を取り上げる。⁽¹⁾

その考察の前提として、以下でいわゆる旧刑訴法（大正十一年法律七五号）下の伝聞証拠について概観する。旧刑訴法三四三条では、伝聞証拠に当たる供述録取書の証拠能力について次のように規定されていた。

第三四三条 被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類ニシテ法令ニ依リ作成シタル訊問調書ニ非サルモノハ左ノ場合ニ限り之ヲ証拠ト為スコトヲ得

- 一 供述者死亡シタルトキ
- 二 疾病其ノ他ノ事由ニ因リ供述者ヲ訊問スルコト能ハサルトキ
- 三 訴訟關係人異議ナキトキ

区裁判所ノ事件ニ付テハ前項ニ規定スル制限ニ依ルコトヲ要セス

ここに「法令ニ依リ作成シタル訊問調書」とあるのは、予審訊問調書あるいは公判調書等のように裁判官によって作成されるものが主であり（旧刑訴法五六、六〇、三〇〇、三〇二条）、検事、司法警察官については、被疑者の住所不定その他のいわゆる要求事件について勾引状を出した場合（同法一二三条）や、現行犯逮捕の際に作成することが認められていたに過ぎず（同法一二七条ないし一二九条）、それ以外に被疑者、証人等の訊問が必要なきときは強制処分として請求された裁判官（予審判事または区裁判所判事）が訊問調書を作成することになっていたのである（同法二三五条）。したがって、その請求をしないで検事や警察官が自ら被疑者や参考人を取調べていわゆる聴取書を作成しても、それらは「法令ニ依リ作成シタル訊問調書」には当たらず、前記の例外的場合の外は、それらを地方裁判所の事件の証拠とすることはできなかつたのである。⁽²⁾⁽³⁾

それが、どのような経緯をたどり、現行刑訴法のような規定の誕生に至ったのかを、第二節で見てゆくことにしよう。

(1) なお、学説・判例の検討については、章を改め、第四章で行うことにする。

(2) 佐伯千仞「証拠法における戦時法の残照」石松竹雄判事退官記念論文集『刑事裁判の復興』（一九九〇年）一一〇—一一

二頁（同『陪審裁判の復活』（一九九六年）所収）。

(3) もっとも、旧刑訴法三四三條一項は、「捜査の段階で作成された供述録取書の一部をそのまま公判に直結させるものであった」（松尾浩也「当事者主義」について）中野次雄判事退官祝賀『刑事裁判の課題』（一九七二年）四二頁（同『刑事訴訟の原理』（一九七四年）所収）。

第二節 刑事訴訟法と伝聞法則

一 刑事訴訟法制定過程

a 概要

現行刑訴法の制定過程⁽¹⁾について見てゆく前に、まずはその全体像を概観する。

現行刑訴法は、昭和二〇年の暮れ頃から約二年半に及ぶ立案努力を経て誕生した。他方、それ以前の時期を見ると、当時の刑訴法（旧刑訴法）に対する改正の企図は、早くから存在した。この改正論の蓄積は、昭和二〇年八月以降、敗戦に伴う社会情勢の激変を背景に、急速に司法制度改革の構想となって具体化した。もっとも、その実現を待たずして、昭和二十二年三月に日本国憲法改正草案が起草され、刑訴法改正の方向も変転した。しかし、戦前に示されていた諸々の

改革プランは戦後の改正作業に深い影響を与えた。そこで、戦前の動向についても見ておくのが有益であろう。⁽²⁾以下では、供述証拠の証拠能力をめぐる論議を概観するが、特に伝聞例外との関係で検討が不可欠であると思われるため、捜査権に関するものも取り上げることにする。

現行刑法法の制定過程は、大きく次の三つに分けられる。すなわち、第一期として、昭和二〇年秋から、いわゆるマツカーサー憲法草案が示される直前までの間で、司法省内の「司法制度改正審議会」および司法省刑事局別室を中心に刑法改正の構想が練られた時期である。第二期は、マツカーサー憲法草案が日本政府に示された昭和二一年二月以降、日本国憲法の施行をはさんで日本政府の刑法改正最終案がまとまる昭和二二年の一〇月までの時期で、この間、憲法にあわせた改正要綱の策定と九次にわたる刑法草案の起草が行われた。その実質的作業の多くは司法省刑事局別室によって行われた。第三期は、日本政府の最終案をもとに、占領軍総司令部との協議を通じて重要な修正を経た案が、昭和二三年五月二六日国会に提出され、法律として成立するまでの時期である。⁽³⁾

以下、この区分にしたがって、現行刑法法の制定過程について見てゆくが、まず、第一期以前の戦前期から考察することにしよう。

b 戦前期

戦前期においては、いわゆる「司法制度改善論」の影響が重要である。また、第一期以前においては、戦時立法の影響も看過することはできないので、これについても後に触れることにする。

いわゆる旧刑法は、二〇余年におよぶ準備期間と、第四五回帝国議会における激しい討議を経て成立したものである。⁽⁴⁾これに対しては在野法曹および学会から批判がなされたが、全面的な改正の動きは休止していた。この状況を一挙

に動かし、改正論を再燃させたのは、昭和九年、岡田内閣による小原直司法大臣の登場であったようである。小原法相は、就任後まもなく「司法制度調査会」設置の構想を公表し、司法制度の全面的再検討に着手する意思を明らかにした。司法省は諮問すべき事項を選定し、その結果「司法制度改善ニ関スル諸問題並ニ其具体的方策提案方ノ件」（司法省調秘第二二四号昭九・一〇・一一）が作成された。この司法制度の改善の論議は「戦後の改革に及ぼした影響という角度からは、まさに『刑事訴訟法改正前史』としての意義が顕著に看取される」⁽⁵⁾。

司法省ないし小原法相が、この時期に司法制度の全面的改正に乗り出した理由は、必ずしも明らかではないが、従来から問題とされた事件の増加に伴う事務量の増大が一つの要因であったようである。⁽⁶⁾しかし、刑事に関する限りにおいて、その問題を解決するための手続的合理化という問題の枠組みを大きく越えた論点が含まれていた。その一つに、聴取書の証拠化（直接審理主義の後退）の問題があった。これは、予審制度の改正（檢察権の強化）とともに、旧刑訴法においても激しく討議された問題であった。ちなみに、この点についての東京帝国大学法学部の回答では、

「第十七 聴取書ニ証拠力ヲ認ムルコトハ旧刑事訴訟法ノ一般的ニ認メタル処ニシテ、現行刑事訴訟法モ亦区裁判所ノ事件ニ付テハ之ヲ認ム（第三百四十三條第二項）。職權主義及び自由心証主義ノ精神ヨリスレバ取テ其ノ証拠力ニ形式的制限ヲ加フルノ要ナシト考ヘラルルモ、当事者訴訟主義及び口頭主義ノ方面ヨリ見テ暫ク現行法ヲ維持スルコトヲ適當トスベシ」⁽⁸⁾と述べられている。

司法省側は、改革の最大の力点を予審制度の修正に置いていたようであるが、日本弁護士協会の立場は、予審廃止論であった。⁽⁹⁾そして、その細目を検討した委員会が、廃止後の手続を提案したが、公判手続については次のような提案がなされた。

「(2) 公判手続

(イ) 公判手続ハ公判中心主義、直接審議主義、口頭弁論主義ニ從ヒテ為スコト

(ロ) 証拠ハ裁判所ノ直接取調べタルモノニ限ルコト(陪審法第七一条参照)

但陪審法第七二条第七五條記載ノモノニ限り之カ例外ヲ認め得ルコト⁽¹⁰⁾

司法制度調査会は、各諮問事項ごとに小委員会を設置し、調査を進めていたが、諮問事項の第一号を担当する小委員会の議事が新聞紙上に報道されて波紋を招いた。記事の内容は、昭和十一年七月三二日付の司法大臣官房秘書課通達から窺われる。司法省は、聴取書について、

「本月二十五日都下発行ノ新聞紙上ニ司法制度調査会小委員会ニ於テ・・・(三) 検事ニ訊問権ヲ与ヘ聴取書ニ証拠カヲ与フルコト・・・等ノ數項目ニ付意見ノ一致ヲ見、具体案ヲ作成シテ總會ノ承認ヲ求ムルコトニナリタル旨ノ記事掲載有之候ヘトモ右ハ全ク誤報」であるとの見解を表明したのである。⁽¹¹⁾

これは、帝国弁護士会および第一東京弁護士会の抗議によるものでもあったが、この両弁護士会は「本会ハ検事並ニ司法警察官ニ拘留権又ハ訊問権ヲ賦シ聴取書ニ証拠カヲ認メントスル提案ニ反対ス⁽¹²⁾」という決議を行い、「檢察権強化の提案に対する反対運動」の締めくくりとした。⁽¹³⁾

その後、「司法制度改善」の論議は、竜頭蛇尾の觀を呈するに至つた。⁽¹⁴⁾そして、林内閣から第一次近衛内閣を経て平沼内閣まで留任した塩野季彦司法大臣(昭和十二年二月就任)が、従来の制度改善の路線を引き継いで、司法制度調査会の後身ともいふべき司法制度調査委員会を設置し、委員約五〇名を任命した。⁽¹⁵⁾その諮問事項の第二号、すなわち「刑事事件ノ処理ノ迅速、適正ヲ期スル為考慮スヘキ点如何」に関する論点の一つとして、検事および司法警察官の強制捜

査について次のような記述がある。⁽¹⁶⁾

「二 強制捜査

検事及司法警察官ノ強制捜査ヲ為シ得ル範圍ヲ拡張スルコトノ可否

(イ) 検事及司法警察官ニ訊問權並ニ一定期間ノ勾留權ヲ認ムルコトノ可否⁽¹⁷⁾

この諮問事項の第二号に関する審議は、司法省と在野法曹との間に檢察權の強化をめぐる鋭い対立があり難航を極めたようである。そして、委員の一人である清瀬一郎弁護士は、法律新聞紙上に私案を公表した。これは、同氏が戦後の改正作業の初期に果たした役割との関連からも、注目に値するものといえよう。⁽¹⁸⁾ そのうち、聴取書に関して、「第五警察聴取書と検事聴取書との重複を除くべし」および「第九 聴取書の作成方法を改善（原告官以外の者の立会を必要とす）し、之に証拠力を認むべし」というような意見が見られた。⁽¹⁹⁾ その後、司法制度調査委員会の審議が進む中で、日本弁護士協会および東京弁護士会が建議を行った。その中で、次のような記述がある。

「第二 檢察ニ関スル事項・・・」

(三) 捜査機關カ法律ニヨリ作成スル訊問調書ハ常ニ有効トシ聴取書ハ予審ヲ經サル事件ニ付テノミ有効トスルコトハ仮ニ之ヲ是認スルモ其訊問調書及聴取書ニシテ人権蹂躪ニヨリ不任意ノ供述ヲ為シタルモノナリトノ申出アリタルトキハ其ノマ、断罪ノ証拠ト為シ得サルコトノ規定ヲ是非共設ケラレタシ⁽²⁰⁾

ところで、昭和一六年一二月、全面的な戦争状態のもとで第七九帝国議会が開かれ、翌一七年二月、戦時刑事特別法および裁判所構成法戦時特例が、短い期間の審議で可決された。この両法律は、「刑事訴訟法、裁判所構成法および刑法を直ちに修正する効果をもち、実際的には顕著な変革を意味した⁽²²⁾」。そして、その内容は前年の国防保安法および治安維持法により認められた特則と共通する部分が多く、結果的に、戦時という期間的な限定のもとに、それらが一般法化されたのである⁽²³⁾。

もつとも、国防保安法等において断行された檢察権の強化は、戦時刑事特別法では見送られたが、その代わりに、聴取書の証拠能力の制限が撤廃されたといえる⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾。

c 第一期

第一期は、司法省内の「司法制度改正審議会」および司法省刑事局別室いわゆる「別室」を中心に刑訴法改正の構想が練られた時期である。

まず、司法制度改正審議会は、岩田法相を会長とし、委員三九名をもって、昭和二〇年一月一六日に成立した。第一次の会合は、同月二四日に開かれ、次の二つの諮問事項が提示された⁽²⁶⁾。

- 「第一 新情勢ニ鑑ミ裁判並ニ檢察ノ機構ニ付改正ヲ要スベキ具体的事項如何
- 第二 新情勢ニ鑑ミ犯罪捜査ニ関シ人權ヲ擁護スベキ具体的方策如何⁽²⁷⁾」

以下に、それらに関する審議の中から、聴取書に関する発言部分を掲げる。

林委員は、「被疑者ニ関スル対策デアルガ・・・司法警察官吏ノ聴取書ノ作成ニ制限ヲ加ヘルコトデアル。例ヘバ知能犯ヤ非現行犯ノ聴取書ノ作成ハ専ラ検事ノミニ制限シ、其ノ他ノ場合ノミニ司法警察官吏ニ作成サセルト云フ様ニシタラ良イト思フ」と発言した。⁽²⁸⁾

佐藤委員は、「書類ノ証拠能力ニ関スル問題ニ付テ、従来ノ判例ノ態度ハ不法ヲ強制処分ニ因リテ得ラレタ調査書モ直チニ証拠能力ナシトハシナイノデアツタガ、今後ハ之ヲ法律デ証拠能力ナシト云フコトニ致シタイ」と述べた。⁽²⁹⁾

また、牧野委員は、司法警察と行政警察との分離問題についての発言で、「警察官ニ聴取書ヲ取ラセルコト丈ケハ廃メテ貫ヒタイト思フ」と言及した。⁽³⁰⁾

このような審議を経て、諮問事項の第二号に関する原案がまとめられるに至った。その「捜査制度ニ関スル問題」という部分に、「八 司法警察官ノ訊問調査及聴取書ノ作成ヲ適當ニ制限スルコト」という記述が盛り込まれている。⁽³¹⁾

他方、いわゆる「別室」では、昭和二十一年一月から二月にかけて、ほとんど連日のように会議が重ねられた。その結果、「刑事訴訟法中改正要綱案」(昭二一・一・二六刑別印)⁽³²⁾がまとめ上げられた。⁽³³⁾そのうち、検事ないし司法警察官による尋問および調査の証拠能力に関する部分を掲げる。

「第一 予審ノ廃止及公判準備ノ拡充強化ニ関スル事項 . . .

二 公判準備ヲ左ノ如ク拡充強化スルコト . . .

(2) 裁判所ハ公判期日ニ於ケル取調準備ヲ為公判期日前被告人又ハ証人ノ訊問ヲ為スコトヲ得ルモノトスルコト

前項ノ訊問ハ被告人又ハ証人ノ所在ニ就キ之ヲ為スコトヲ得ルモノトスルコト

検事及弁護人ハ前二項ノ訊問ニ立会フコトヲ得ルモノトスルコト

此ノ場合ニ於テハ裁判長ノ許可ヲ受ケ被告人又ハ証人ノ訊問ヲ為スコトヲ得ルモノトスルコト

訊問ヲ為スベキ日時及場所ハ予メ之ヲ検事及弁護人ニ通知スベキモノトスルコト但シ急速ヲ要スルトキハ此ノ限ニ在ラザルモノトスルコト⁽³⁴⁾

「第二 強制捜査権ニ関スル事項

一、検事及司法警察官ニ左ノ如キ強制捜査権ヲ認ムルコト・・・

(7) 検事ハ被疑者ヲ訊問シ又ハ其ノ訊問ヲ司法警察官ニ命令スルコトヲ得ルモノトスルコト

検事ハ公訴提起前ニ限り証人ヲ訊問シ又ハ其ノ訊問ヲ他ノ検事ニ囑託シ若ハ司法警察官ニ命令スルコトヲ得ルモノトスルコト⁽³⁵⁾

「12 司法警察官ハ被疑者ヲ訊問スルコトヲ得ルモノトスルコト

司法警察官ハ公訴提起前ニ限り証人ヲ訊問シ・・・⁽³⁶⁾

「二、右ニ伴ヒ強制捜査権行使ノ公正ヲ確保スル為左ノ如ク措置スルコト・・・

ハ、調書ノ証拠力ニ関スル事項

(1) 暴行又ハ陵虐ニ因リ被告人其ノ他ノ者ヲシテ供述ヲ為サシメタルコトヲ疑フニ足ルベキ顯著ナル事由アルトキハ其ノ供述ヲ録取シタル書類ハ之ヲ証拠ト為スコトヲ得ザルモノトスルコト⁽³⁷⁾

d 第二期

総司令部ノ刑訴法改革構想ノ基本的枠組みは、マッカーサー草案三〇条以下を通じて日本政府に提示された。また、

昭和二十二年三月頃(推定)、総司令部民間情報部保安課法律班の係官マニスカルコ大尉によって日本政府に提示された「刑事訴訟法ニ対スル修正意見(聯合軍総司令部民間情報部保安課法律班)」(昭二一・三・二二刑別印)も、マッカーサー憲法草案と類似する構想をより具体的に示していた。⁽³⁸⁾

しかし、総司令部が示した枠組みは、それまでの司法省を中心に進められてきた改革案の基本構想と大きく異なるばかりか、鋭い対立点を含むものであった。⁽³⁹⁾

マニスカルコの提示した「修正意見」は、旧刑法を逐条的に検討して修正意見をコメントするという形式をとったものである。その中に、反対尋問を受けない供述証拠の証拠能力を否定すること、これを受けて、供述録取書の証拠能力に関する規定(旧刑法三四三条)を廃止することという提案が含まれていた。⁽⁴⁰⁾しかし、この「修正意見」は、当時の立案関係者にほとんど影響を与えなかったようである。⁽⁴¹⁾もつとも、少なからずこの「修正意見」の内容は現行刑法法において実現されている。⁽⁴²⁾

昭和二十二年四月一七日に発表された憲法改正草案は、同月二二日枢密院に諮詢された。そして、六月二五日から一月七日まで、帝国議会で審議が行われたが、憲法制定作業と平行して刑法改正方針の策定作業が「別室」において進められた。まず、「別室」内では、昭和二十二年四月、「刑事訴訟法改正方針試案」(昭二一・四・三〇刑別印)が作成された。⁽⁴³⁾そして、この「試案」とほぼ同一の改正構想を示しているものとして、翌月に「別室」内で作成された「新憲法に伴ひ司法に関し本省として態度を決すべき事項」(昭二一・五・二九刑別印)がある。⁽⁴⁴⁾その中には、「憲法草案第三章(国民の権利及び義務) 中刑事司法に関し解釈を定めて置く必要のある主な点」として、証人審問権について次のような記述がある。

「三 第三十四条第二項前段『すべての証人云々』とは、出廷した証人に対しては必ず被告人に審問の機会を充分に与へなければならぬといふ意味で被告人の申請した証人はすべて召喚しなければならないといふ意味ではないと解すること」⁽⁴⁵⁾

日本政府は、昭和二十一年七月三日、憲法改正に伴う法律制定のために調査審議する総理大臣諮問機関として臨時法制調査会（会長は内閣総理大臣吉田茂）を設けた。同会は四つの部会に分かれていたが、そのうち刑法等の改正に携わったのは第三部会であつた。⁽⁴⁶⁾

また、司法省は、同月九日、司法大臣諮問機関として司法法制審議会（会長は司法大臣木村篤太郎）を設置した。これは、司法大臣の諮詢に応じて憲法改正に伴う諸法制の改正に関する重要事項を審議する機関であつた。⁽⁴⁷⁾ 司法法制審議会には三つの小委員会が設置されたが、そのうち第三小委員会が刑法、刑訴法、陪審法等の審議を担当した。

司法法制審議会第三小委員会における審議と並行して、「別室」では、刑訴法改正要綱試案の作成作業が進められた。これは八月五日に完成され、「刑事訴訟法改正要綱試案」（昭二一・八・五刑別印）、翌日から開かれた第三小委員会に提出された。⁽⁴⁸⁾ そしてその後の審議、修正を経て、最終的に一〇月二三日に「刑事訴訟法改正要綱」が成立するに至つた。⁽⁴⁹⁾ これには、証拠能力に関して、次のような記述がある。

「第三十二 証拠能力に関する規定をほぼ次のやうな趣旨に改めること。

- 一 証拠は左に掲げる場合を除く外、原則として、公判期日^{（ウツ）}において直接に取調べたものに限るものとすること。
- (一) 公判期日において証拠を直接に取調べることができない場合又は著しく困難な場合において、これに代る

検証調査、訊問調査、鑑定調査、鑑定書その他の証拠書類。

(二) 公務員が職権で証明することができる事実について公務員が作った書類。

(三) 前項の事項について外国の公務員が作った書類であつて、その真正なことの証明があるもの。

二 証人その他の者の供述又はその供述を録取した書類はその供述に際して被告人にその訊問の機会が与へられた場合でなければ、原則としてこれを証拠とすることができないものとする。〔憲法草案第三四條第二項

参照〕

三 証拠とすることについて、訴訟關係人に異議がないときは一及び二の制限によることを要しないものとする
こと。

四 「強制、拷問若しくは脅迫の下での自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることはできない」ものとする。〔憲法草案第三五條第二項参照〕⁽⁵⁰⁾

また、司法省刑事局は、八月一二日付で「刑事訴訟法の改正に関する中間報告」(昭二二・八・一二刑別印)を作成し、これに若干の修正を行った上で英訳した後、総司令部に提出したが、その中には、次のような記述が含まれている。⁽⁵¹⁾

「十七 証拠能力に関する規定をほぼ次のような趣旨に改めること。

(一) 証拠は、原則として公判期日において直接取調べたものに限るものとする。

(二) 証人その他の者の供述又はその供述を録取した書類は、その供述に際して被告人にその訊問の機会が与へられた場合でなければ、原則としてこれを証拠とすることができないものとする。〔憲法草案第三四條第二

項参照)

(三) 証拠とすることについて、訴訟関係人に異議がないときは(一)及び(二)の制限によることを要しないものとする
こと。

(四) 『強制、拷問若しくは脅迫の下での自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることはできない』ものとする。 (憲法草案第三五条第二項参照)⁽⁵²⁾

臨時法制調査会第三部会・司法法制審議会による刑事訴訟法改正要綱の作成過程および日米間の折衝とほぼ時期を同じくして、司法省刑事局内では、刑事訴訟法草案の作成が開始された。この草案作成は、昭和二十一年一月から開かれた第九二帝國議會に、裁判所法案や検察庁法案等と共に提出することを目指して行われた。そして、まず第一次案が昭和二十一年八月一九日から三〇日にかけて作成され、その後、同年九月に第二次案、同年一〇月から一二月にかけて第三次案、同年一二月に第四次案、翌二十二年二月に第五次案、同年三月頃に第六次案が作成された。⁽⁵³⁾

以下に、第一次案⁽⁵⁴⁾の關係する条文、およびこれに修正が施されてゆく過程を概観するために第二次案および第五次案の関連条文を掲げる。

改正刑事訴訟法第一次案

「(八) 第二十三条(新) 証拠は、別段の定ある場合を除く外、公判期日において直接に取調べたものに限る。

(八) 第二十四条(新) 左に掲げる証拠書類は、これを証拠とすることができる。

一 公判期日において、証拠を直接に取調べるができない場合又は著しく困難な場合において、これに代る検証調書、訊問調書、鑑定調書、鑑定書その他の証拠書類

二 公務員が職務上証明することができる事実について、公務員が作った書類

三 前号の事実について、外国の公務員が作った書類であつて、その真正なことの証明があるもの

別案

左に掲げる証拠書類は、これを証拠とすることができる。

一 検証、押収又は搜索の調書及びこれを補充する書類・図画

二 公務員が職務上証明することができる事実について、その公務員が作った書類

三 前号の事実について外国の公務員が作った書類であつて、その真正なことの証明があるもの

四 前四号に掲げる証拠書類以外の証拠書類であつて、公判期日において、直接に取調べるができないもの又は著しく困難なもの

(公) 第二十五条(新) 証人その他の者の供述は、その供述に際して、被告人に、訊問の機会を与へられた場合でなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与へることができず又は著しく困難であつた場合はこの限りでない。

証人その他の者の供述を録取した書類で、公訴提起前に作成されたもの以外のものは、(公) 第二十四条第一号の規定に拘らずその供述に際して、被告人に訊問の機会が与へられた場合でなければこれを証拠とすることができない。但し、その機会を与へることができず又は著しく困難であつた場合はこの限りでない。

(公) 第二十六条(新) 証拠とすることについて、訴訟関係人に異議のない書類、図画は、(公) 第二十三条乃至

(公) 第二十五条の規定に拘らず、これを証拠とすることができる。

(公) 第二十七条(新) 強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く留置又は勾留せられた後の自白は、

これを証拠とすることはできない⁽⁵⁵⁾」

第二次案

「第二次案(公) 第十七条 証拠は特別の定のある場合を除いては、公判期日において直接に取り調べたものに限る。
第二次案(公) 第十八条(新) 左に掲げる書類図画はこれを証拠とすることができる。

一 公判調書

二 検証、押収又は搜索の調書及びこれを補充する書類図画

三 公務員が職務上証明することができる事実についてその公務員が作った書^(マ)

四 前号の事実について、外国の公務員が作った書類であつて、その真正なことの証明があるもの

五 証人訊問調書

六 鑑定書又は鑑定人訊問調書及びこれを補充する書類図画

前項第三号乃至第六号に掲げる書類図画は、被告人の請求があつたときは、前項の規定にかかはらず、これらの書類図画に関し公判期日において、被告人にその公務員又は鑑定人を証人又は鑑定人として訊問する機会を与へた場合でなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与へることができず又は著しく困難であつた場合はこの限りでない。

第二次案（公）第十九条（新） 前条に掲げるもの以外の書類図画は左に掲げるものに限りこれを証拠とすることができる。

一 供述を録取した書類であつて供述者を公判期日において取り調べることができないうの又は著しく困難なもの

二 前号に掲げるもの以外の書類図画であつて作成者を公判期日において取り調べる事ができないもの又は著しく困難なもの

第二次案（公）第二十条（新） 供述を録取した書類であつて、公訴提起後作成されたものは、前二条の規定にかはらず、その供述に際して、被告人に訊問の機会〔マ〕と与へられた場合でなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与へることができず又は著しく困難であつた場合はこの限りでない。

証人訊問調書並びに鑑定人訊問調書及びこれを補充する書類については、前項の規定を適用しない。

第二次案（公）第二十一条（新） 証人その他の者の供述は、その供述に際して被告人に訊問の機会が与へられた場合でなければこれを証拠とすることができない。但し、その機会を与へることができず、又は著しく困難であつた場合はこの限りでない。

第二次案（公）第二十二条（新） 証拠とすることについて訴訟関係人に異議のない書類図画は、（公）第十六条乃至前条の規定にかかはらず、これを証拠とすることができる。

第二次案（公）第二十三条（新） 強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く留置又は勾留せられた後の自白は、これを証拠とすることはできない。

（註 本条は留保⁵⁶）

なお、つづく第三次案では、上記二次案の二〇条および二三条が削除された。⁽⁵⁷⁾

第五次案

〔2〕 公判手続

① 第五次案第三六五条以下の証拠能力に関する規定は次の通りである。

第五次案第百六十五條 証拠は、特別の定めある場合を除いては、公判期日において直接に取り調べたものに限る。
第五次案第三百六十六條 左の書類図画は、これを証拠とすることができる。

一 公判調書

二 検証、押収又は捜索についての調書及びこれを補充する書類図画

三 共同被告人尋問調書

四 証人尋問調書

五 鑑定書又は鑑定人尋問調書及びこれらを補充する書類図画

前項第三号乃至第五号に掲げる書類図画は、被告人が証人又は鑑定人の尋問に際しこれに立ち会い、且つその証人又は鑑定人を尋問する機会を与えられた証人尋問調書又は鑑定人尋問調書を除いては、前項の規定にかかわらず、これらの書類図画に関し、公判期日において、被告人にその共同被告人証人又は鑑定人を尋問する機会を与えなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難な場合は、この限りでない。

第五次案第三百六十七條 前条に掲げるもの以外の書類図画は、左のものに限り、これを証拠とすることができる。

一 供述を録取した書類で供述者を公判期日において取り調べるができないもの又は著しく困難なもの

二 前号に掲げるもの以外の書類図画で作成者を公判期日において取り調べるができないもの又は著しく困難なもの

第五次案第三百六十八條 証拠とすることについて訴訟關係人に異議のない書類図画は、前二條の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

第五次案第三百六十九條 証人その他の者の供述は、その供述に際し被告人にその証人その他の者を尋問する機会を与えなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難な場合は、この限りでない⁽⁵⁸⁾」

以上のような五次案に対し、「検事側としては此の立場に必ずしも賛意を表してゐるのではない⁽⁵⁹⁾」として検察側から修正意見が出された。その中で、「供述を録取した書類」については次のように述べられている。

「七 供述を録取した書類

（修正） 被疑者、關係人の供述を録取した書類は供述者の自由意思に出でたることが証明せられたるときは、之を事実認定の証拠となすことが出来る。

（意見） 草案は公判外に於ける供述を録取した書類は原則として証拠能力なきものとした（三六七、一号）之れは英米の法制にも反するのであつて立案者の意図を推測することが出来ない。警察官に対する自由に関して、

一九一八年英国高等裁判所王座部の判事規則は、一定の制限の下に（第一則乃至第八則）なされた陳述は、出るだけ書面に録取し陳述者に読聞かせ其の欲する訂正を為さしめた上署名させる必要があり斯様な自白調書は証拠となし得るものとしてゐる。米国の法制に於ても被疑者の自白調書はその自白が任意になされたことが証明されるならば、公判廷で反対の陳述がなされた場合でも有罪認定の証拠となし得るのである。⁽⁶⁰⁾

そして、昭和二二年三月に第九二帝國議會に提出するために作成された第六次案では、三六四条に、第五次案までと同様の直接主義と解される規定が置かれ、三六五条ないし三六八条の規定にも大きな相違は見いだすことができない。⁽⁶¹⁾ところで、第六次案をもって刑訴法改正の最終案にしようという政府の計画は、総司令部の審査の遅延と、第九二帝國議會の解散が明らかとなったことにより、実現不可能となった。⁽⁶²⁾しかも、日本國憲法の施行（昭和二二年五月三日）が目前に迫っていたために、「応急措置法」⁽⁶³⁾が誕生することとなった。

供述録取書の証拠能力に関する規定である応急措置法一二条は、

「証人その他の者（被告人を除く。）の供述を録取した書類又はこれに代わるべき書類は、被告人の請求があるときは、その供述者又は作成者を公判期日において訊問する機会を被告人に与えなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難な場合には、裁判所は、これらの書類についての制限及び被告人の憲法上の権利を適當に考慮して、これを証拠とすることができらる。

刑事訴訟法第三百四十三条の規定は、これを適用しない」と規定していた。

そして、昭和二二年八月から九月にかけて作成された第七次案では、第六次案に比べて供述証拠の証拠能力に関する規定が単純化され、三六三条の二に、ほぼ応急措置法一二条と同文の規定が置かれている。しかし、ここでは応急措置

法一二条の「公判期日において訊問する機会」という部分が「その裁判官の面前において尋問する機会」と置き換えられている。同年一〇月二〇日の第九次案では、書類の証拠能力に関する規定が、次のように修正されることになる。⁽⁶⁴⁾

「第二五八条 証人その他の者の供述を録取した書類〔略〕又はこれに代るべき書類は、その供述者又は作成者を公判期日において当該事件について判決をする裁判官の面前で尋問する機会を被告人に与えなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難な場合には、これらの書類についての制限および被告人の憲法上の権利を適当に考慮して、これを証拠とすることができる。」

二項〔略〕

二五九条 証拠とすることについて被告人に異議がない書類は、前二条の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。公判手続の更新前に被告人に異議がなかったものについても、同様である。⁽⁶⁵⁾

e 第三期

第九次案は、⁽⁶⁶⁾連合国軍総司令部政治部（GHQ、GS）の検討に付された。GSの中で刑訴法を担当した法制裁判課のチーフはオプラー（Oppler）であり、他にマイヤース（Meyers）、ブレイクモア（Blakemore）、アプルトン（Appleton）の三名が検討に当たった。彼らは、昭和二三年三月から四月にかけて、疑問点をただすために、日本側担当者とは話し合いをかさねた。これが、「刑事訴訟法改正小審議会」と呼ばれる会議で、ここでの準備的な討議を経た後、GHQと日本側との間で、「刑事訴訟法改正協議会」が昭和二三年四月一三日から五月五日まで一六回にわたって開かれた。この協議会において、GHQから問題点の指摘と修正の勧告を含む四〇余のプロブレム・シートが⁽⁶⁷⁾提出され、これをもとに議論が進められた。⁽⁶⁸⁾

プロブレム・シートの第五問は「法定外の供述を証拠として使用する場合の基準」、第一〇問は「司法警察職員の尋問、取調及びその作成書類の証拠能力」に関するものであり、両者併せて公判前の供述録取書の証拠能力の原則的否定と、起訴状一本主義の採用を求める内容を含んでいた。これら二問は討議の過程で、「第五問及び第一〇問の修正(一)・(二)」にまとめられる。この問題については、四月一七日の第四回協議会以降、数回にわたって討議が行われた。GHQの提案に対する日本側出席者の大部分の共通した反応は、「理論としては」その正当性を認めつつ、実際問題として、直ちにこれを実行することは訴訟遅延を招くため不可能であるという意見であった。しかし、GHQは譲歩せず、四月三日の第一三回協議会までに、現行刑法三三〇条以下に相当する公判廷外供述の証拠能力の原則的否定と、起訴状一本主義の採用は動かし難いものとなったのである。⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾

二 評価

これまで見てきたことから、次のようなことがいえよう。まず、現行刑法三三〇条以下に規定される供述証拠に関する証拠能力の規制に関する立法の推移を見ると、直接主義の実現が、日本政府の懸案であったといえるであろう。⁽⁷¹⁾しかも、三三二条⁽⁷²⁾ないし三三八条の伝聞例外規定の中には、アメリカ法の伝聞法則では説明できない広範な伝聞例外規定が置かれている。そして、三三二条で規定される被告人の供述書面については、自分自身に反対尋問はできないのであるから、反対尋問権を中心とする伝聞法則によってこの規定を説明することは⁽⁷³⁾難しいといえるかもしれない。さらに、三三〇条の規定を直接主義的な観点から説明できる余地があることは事実である。⁽⁷⁴⁾

しかし、現行刑法が当事者主義構造を大幅に採用したこと、現行法の規定が合衆国憲法修正六条に規定される証人対質権と類似する証人審問権の規定を契機として生まれたことを考えると、基本的には通説で一致しているように伝聞

法則を採用したものと解することができるのである。⁽⁷⁵⁾

では、つづいて伝聞法則について考える上で検討が不可欠である憲法三七条二項の成立過程を見ることにする。

- (1) 本節の叙述は、刑事訴訟法制定過程研究会(団藤重光・松尾浩也・小田中聰樹・三井誠・井上正仁)「刑事訴訟法の制定過程」法学協会雑誌九一卷七号(一九七四年)以下連載中(以下、執筆者「制定過程(番号)」法協(巻号)と表記)によるところが大きい。その他には、主に次の文献を参照した。勝田成治・団藤重光・羽山忠弘・樋口勝・横井大三、座談会「刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト五五二号(一九七四年)三〇頁以下、井上正仁「刑事訴訟法制定過程年表」同五九頁以下、小田中聰樹「現代訴訟法論」(一九七七年)二五頁以下、後藤昭「刑事控訴立法史の研究」(一九八七年)二六一頁以下。
- (2) 松尾「制定過程(一)」法協九一卷七号八三頁。
- (3) 後藤・前出註(1)書二六一頁以下。
- (4) 大正一一年刑事訴訟法の制定過程およびその評価についての研究として、小田中聰樹「大正刑事訴訟法の歴史的意義(一)——(四)——その制定過程を中心として」東京都立大学法学会雑誌七卷二号一頁、八卷一号一頁、二号一一五頁、九卷一号一頁(一九六七—一九六八年)〔同「刑事訴訟法の歴史的的分析」(一九七六年)所収〕参照。
- (5) 松尾・前出註(2)八四頁。
- (6) 同右八六頁。
- (7) 同右。
- (8) 司法制度改善に関する回答(東京帝国大学法学部昭九・一二)、同右八七頁。
- (9) 同右八九頁。
- (10) 予審手続廃止要綱(日本弁護士協会司法制度改善第二部会決議昭一〇・一一・二九)、同右九〇頁。
- (11) 司法制度調査会ノ審議ニ関スル新聞記事ノ件(司法大臣官房秘書課通達昭一一・七・三二)、同右九一、九二頁。
- (12) 檢察権強化の提案に対する反対決議(第一東京弁護士会・帝国弁護士会共同決議昭一一・八・一五)、同右九二頁。
- (13) 同右九一頁。

- (14) 同右九四頁。
- (15) 同右。司法制度調査委員会は、勅令をもってその官制を公布し、昭和一三年七月一四日、会長(塩野司法大臣)の他五〇名の委員、等が任命された。委員には、松本烝治、穂積重遠、小野清一郎、清瀬一郎等の諸氏が含まれている(同註一〇〇頁註(17))。なお、同委員会における審議経過およびその評価につき、小田中聰樹「刑事訴訟法の歴史的分析の方法と意義」『団藤重光博士古稀祝賀論文集』四卷(一九八五年)一八頁(同『刑事訴訟法の史的構造』(一九八六年)所収)参照。
- (16) 松尾・同右九四、九五頁。
- (17) 諮問第二号ニ関スル諸問題(昭一三・一〇?)、同右九五頁。
- (18) 同右。
- (19) 改革要綱(清瀬一郎私案昭一四・二)、同右九五、九六頁。
- (20) 予審並ニ檢察制度改善ニ関スル再建議(日本弁護士協会・東京弁護士会共同意見書昭一五・二)、同右九七頁。
- (21) 後出註(25)参照。
- (22) 松尾「制定過程(二)」法協九一卷八号一〇〇頁。
- (23) 同右九九、一〇〇頁。
- (24) 同右一〇〇頁。
- (25) 裁判所構成法戦時特例(抄)昭和一七年二月二四日法律第六十二号、および戦時刑事特別法(抄)昭和一七年二月二四日法律第六十四号
 「(その一) 聴取書の証拠能力に關するもの
 戦時刑事特別法第二十五条 地方裁判所ノ事件ト雖モ刑事訴訟法第三百四十三條第一項ニ規定スル制限ニ依ルコトヲ要セス」(前註)
- (26) 松尾「制定過程(三)」法協九一卷一〇号四八頁。
- (27) 司法制度改正審議会諮問事項(第一回總會提出昭二〇・一一・二四)、同右。
- (28) 司法制度改正審議会第二諮問事項關係小委員会第一回會議議事録要旨(昭二〇・一一・三〇)、同右五三頁。

- (29) 同・第二回会議議事録要旨（昭二〇・一一・五）、同右六一頁。
- (30) 同・第三回会議議事録要旨（昭二〇・一一・一〇）、松尾「制定過程（四）」法協九一卷一〇九六頁。
- (31) 犯罪捜査ニ関スル人權擁護方策案（司法制度改正審議会第二諮問小委員会昭二〇・一一・一八刑印）、同右一〇四頁。
- (32) なお、「この案は、予審の廃止、公判準備の拡充強化、検事ないし司法警察官に対する強制捜査権の賦与、およびこれに対応する被疑者側の権利強化の四つの柱から成り立っており、さらに最後の被疑者側の権利は、捜査中における弁護権の承認、告訴告発——とくに職権濫用罪に対する——の実効性の担保、および任意性を欠く供述調書の排除の三点から構成されていた」（松尾「制定過程（五）」法協九一卷二二四八頁）。
- (33) 同右四七、四八頁。
- (34) 同右四八頁。
- (35) 同右五〇頁。
- (36) 同右五一頁。
- (37) 同右五七頁。
- (38) 小田中「制定過程（六）」法協九二卷五号九一頁。
- (39) 同右。
- (40) 同右一〇七頁。
- (41) 同右一〇八頁。なお、座談会・前出註（1）三五頁以下参照。
- (42) 小田中・同右一〇八頁。
- (43) 小田中「制定過程（七）」法協九二卷六号一〇二頁。
- (44) 同右一〇六頁。
- (45) 同右一〇八頁。
- (46) 小田中「制定過程（八）」法協九二卷七号一〇〇頁。
- (47) 同右一〇一頁。
- (48) 同右一二三頁。なお、この「試案」の証拠能力に関する部分は、後述「刑事訴訟法改正要綱」と同じ内容である。

- (49) 小田中「制定過程(九)」法協九二卷一〇号一二六頁。
- (50) 同右二二一頁。
- (51) 小田中「制定過程(一二)」法協九三卷三号一〇四頁。
- (52) 同右一〇八、一〇九頁。
- (53) 小田中「制定過程(一三)」法協九三卷四号一四一頁。
- (54) その全文は、同右一四二頁以下、小田中「制定過程(一四)」法協九三卷五号一四六頁以下にある。
- (55) 同右「制定過程(一四)」一五六、一五七頁。
- (56) 小田中「制定過程(一五)」法協九五卷八号一二二、一二三頁。二次案の内容につき、同九八頁以下参照。
- (57) 小田中「制定過程(一六)」法協九五卷九号一五六頁。三次案の内容につき、同一三六頁以下参照。
- (58) 同右一六一、一六二頁。五次案の内容につき、同一六〇頁以下参照。
- (59) 同右一六二頁。
- (60) 刑訴法案案に対する修正意見(昭二二・二・二五大検試案)、同右一六五頁。
- (61) 小田中「制定過程(一九)」法協九六卷二七六、七七頁参照。六次案の全文は、同「制定過程(一七)―(一九)」法協九五卷二二五〇頁以下、九六卷一七五頁以下、二七五頁以下にある。
- (62) 同右「制定過程(一七)」五〇頁。
- (63) 日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急措置に関する法律(昭和二二年四月一九日・法律七六号)。同法の立法過程につき、例えば、松尾「制定過程(二〇)」法協九七卷五号一〇六頁以下参照。
- (64) 後藤・前出註(一)書二七三頁。
- (65) 前註書二七三、二七四頁。
- (66) その全文は、法務府検務局編『新刑事訴訟法制定資料(一)』檢察資料二八号(一九五二年)六頁以下にある。
- (67) その原文と訳文は、横井大三編『新刑事訴訟法制定資料』刑法雜誌三卷三号(一九五三年)および前註・檢察資料二八号にある。
- (68) 後藤・前出註(一)書二七五、二七六頁。

- (69) 前註書二七七、二七八頁。なお、この点につき、松尾浩也「『当事者主義』について」中野次雄判事還暦祝賀『刑事裁判の課題』(一九七二年)四六、四七頁参照。
- (70) なお、前述した供述録取書の証拠能力に関する論議は、捜査機関作成の調書の証拠能力の厳格化に繋がる重要な視座を含むものといえよう。
- (71) 後藤・前出註(1)書二六二頁参照。
- (72) 三二一条の立法経緯について、座談会・前出註(1)五〇、五一頁参照。
- (73) 団藤重光『刑事訴訟法(七訂版)』(一九六七年)二六五頁では、「第三二一条の規定は、——第三二一条の例外として必要な規定ではあるが——被告人が作成した供述書に関するかぎり、第三二一条の要点をなす伝聞証拠の問題とは関係がない」とされている。また、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)一〇〇、一〇一頁においては、次のように述べられている。被告人の公判廷外における供述を如何なる場合に証拠とすることを許すかという問題は、伝聞証拠の問題ではない。それは被告人の反対尋問の確保とは関係がないからである。むしろそのような問題は、被告人に不利益な供述については任意性を欠く自白の証拠能力の否定と同じ考えから出てくるということができる。すなわち、英米証拠法において自然に築き上げられた結果に由来するものである。ただ法則として表に現れた形は、伝聞証拠制限の場合と同じであるから、本条において一括して、公判廷外における供述の証拠能力の問題として取り上げているのである。
- なお、このような供述を伝聞例外ではなく、「伝聞不適用」とする見解もある。平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(一九五四年)一九一頁、高田卓爾『刑事訴訟法(二訂版)』(一九八四年)一三五頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(一九九〇年)二一〇頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(一九九三年)二二三頁。
- (74) これを直接主義の表現と捉えるものとして、例えば、小野清一郎『新刑訴における証拠の理論』刑法雑誌四卷三号(一九五四年)一頁。なお、伝聞法則と直接主義との関係については、次章で検討する。
- (75) 例えば、上口裕「三二一条一項の法意——直接主義と伝聞法則」刑事訴訟法の争点(旧版)(一九七九年)二二八頁参照。