被告人質問先行型審理の法的根拠

弁護士（2024 年修了）
山﨑大成

第１　はじめに
第２　被告人質問先行型審理の目的と位置付け
第３　被告人側が不同意意見を述べた場合
第４　被告人側が同意意見を述べた場合
第５　裁判官裁判における被告人質問先行型審理
第６　おわりに

第１　はじめに

伝聞法則（他人から伝え聞いたことを内容とする証言を証拠とすることや公判外でなされた話を記録した文書などを公判での証言に代えて用いることを原則として禁止するもの）等の運用の現状については異なった捉え方があるが、運用を誤った結果として書証の取調べが中心を占めるようなことがあれば、公判審理における直接主義・口頭主義（裁判所自らが公判廷で証拠や証人を直接調べて評価し、当事者の口頭弁論に基づいて裁判をするという原則）を後退させ、伝聞法則の形骸化を招くことになりかねない。

この問題の核心は、争いのある事件につき、直接主義・口頭主義の精神を踏まえ公判廷での審理でどれだけ充実・活性化できるかというところにある。特に、訴訟手続への新たな国民参加の制度を導入することとの関係で、後述する裁判員の実質的な関与を担保するためにも、こうした要請は一層強いものとなる。争いのある事件につき、集中審理の下で、明確化された争点をめぐって当事者が活発に主張・立証を行い、それに基づいて裁判官（及び裁判員の参加する訴訟手続においては裁判員）が心証を得ていくというのが本来の公判の姿であり、それを念頭に置き、関連諸制度の在り方を検討しなければならない。

2001 年に出された司法制度改革審議会意見書の一節である[1]。裁判員裁判の導入に際して、「直接主義・口頭主義の実質化」、公判廷における審理の活性化が目指された。その後、2009 年に裁判員裁判制度が導入され、現在、裁判員裁判においては人証中心の審理が定着

[1] 司法制度改革審議会意見書は、鹿児島大学司法政策教育研究センターで閲覧することができる（https://lawcenter.ls.kagoshima-u.ac.jp/shihouseido_content/sihouseido/report/ikensyo/pdf-dex.html）。本文で引用した部分は、司法制度改革審議会意見書の II 国民の期待に応える司法制度→第 2 刑事司法制度の改革→1.刑事裁判の充実・迅速化→(3)直接主義・口頭主義の実質化(公判の活性化)から確認することができる。

している。被告人質問先行型審理もこの流れの中で発展した審理方法である。被告人質問先行型審理とは、検察官が請求した被告人の自白調書[2]について、任意性に争いがない場合であっても、裁判所がその採否を留保した上で、被告人質問を先行して行い、その結果を踏まえて当該自白調書の採否を決定するという審理方法である。事実認定者は、読み上げられる供述調書の内容を聞くという方法ではなく、眼前で語られる供述者の生の言葉やその時の態度を見聞きするという方法で心証を形成することになる。

人証中心の審理が定着していく過程で、刑訴法 321 条 2 項後段の解釈・運用と被告人質問先行型審理の法的根拠について盛んに議論された。いずれの議論も、事実認定者がどのように心証形成するべきかという問題が背景にある。事実認定者は、捜査機関が作成した供述調書と供述者の生の供述いずれによって、心証形成するべきであるか。本稿では、自白調書ではなく被告人の公判供述による心証形成を試みる被告人質問先行型審理の法的根拠について検討する。

意見書が「書証の取調べが中心を占めるようなことがあれば、公判審理における直接主義・口頭主義を（…）後退させ、伝聞法則の形骸化を招くことになりかねない」と述べているとおり、直接主義・口頭主義という刑事裁判の基本原則や伝聞法則等の具体的規定がこの問題の手がかりになる。また、意見書は、争いのある事件を念頭に置いているようであるが、被告人質問先行型審理は争いのない事件でも実践されている。犯罪事実の争いの有無によって、公判審理のあり方は異なるのであろうか。さらに、被告人が自白調書に同意意見を述べた場合についても被告人質問先行型審理が行われている[3]。当事者追行主義を基調とする現行刑訴法のもとでこのような運用が許容されるか、許容されるとして如何なる場合に許容されるのであろうか。加えて、人証中心の審理は裁判員裁判では定着しているものの、裁判官裁判では未だ同意書面による裁判が多い。人証中心の審理は、裁判員裁判だからこそ要請される特殊な審理方法なのであろうか。

これらの問題意識のもとで、本稿では、まず、自白調書の採否決定に先行して被告人質問を実施する場面について整理して被告人質問先行型審理の位置付けを明確にし、この審理の目的を検討する（第 2）。次に、被告人質問先行型審理の法的根拠を検討する。もっとも、被告人の自白調書に対する被告人側の意見によって、証拠採否の手続の流れが異なることから、被告人側が同意意見の場合（第 3）、被告人が不同意意見の場合（第 4）に分けて検討することとする。最後に、裁判官裁判における被告人質問先行型審理について検討する（第 5）。

---

[2] ここでの自白調書とは、自白のみならず不利益事実の承認を内容とする調書を含む。

[3] 最高裁刑事局「裁判員制度の下における審理、評議及び判決のあり方に関する試案」判例タイムズ 1188 号（2005 年）12 頁は、「分かりやすさという観点からすると、弁護人の同意があったときも、直ちに取り調べることは控えて、被告人の公判供述を聞いた後で、その必要性を判断するという運用が検討されてよいと思われる」とし、裁判員裁判導入以前からこのような審理方法が提案されていた。

なお、引用した意見書でもそうであるが、直接主義と口頭主義はまとめて論じられることが多い。もっとも、それぞれ別個の原理であることは多くの文献で紹介されているところである[4]。本稿では証拠法則としての側面を有する直接主義に絞って検討を加えることにする。

第２　被告人質問先行型審理の位置付けと目的

１　被告人質問先行型審理の位置付け

犯罪事実または重要な情状事実を内容とする自白調書の取調べ請求は、証拠能力がない場合または証拠調べの必要性がない場合に却下される。そのため、自白調書の採否決定に先行して被告人質問を実施する場面は、証拠能力判断のために行われる場合と証拠調べの必要性判断のために行われる場合とが想定できる[5]。

⑴　証拠能力判断のために行う場合

320 条は英米法に起源を有する伝聞法則を定めた規定であると理解されている。伝聞証拠は、後述する伝聞法則の趣旨を踏まえて、公判期日における供述に代わる書面および公判期日外における他の者の供述を内容とする供述で、原供述の内容とおりの事実を立証するために用いられる（内容の真実性が問題になる）ものと定義される。自白調書に記載された供述内容とおりの事実を立証するために当該自白調書を用いる場合、伝聞証拠に該当するから、321 条以下の伝聞例外の要件を満たさない限り、証拠能力は認められない。自白調書に関連する伝聞例外規定は、326 条および 322 条である[6]。

326 条 1 項は、被告人側が自白調書に同意し（以下、「同意要件」という。）、かつ、「その書面が作成され又は供述のされたときの情況を考慮し相当」と認められる場合（以下、「相当性要件」という）に証拠能力を付与する[7]。同意の有無は、被告人側が証拠意見を述べた段階で明らかになる。他方で、明らかに任意性に問題がある場合等には、自白調書に被告人側が同意したとしても相当性が否定されるため、相当性要件の判断のために被告人質問を

---

[4]「口頭主義は公判廷における関係人のコミュニケーションの方式」の問題であり（松尾『刑事訴訟法 下新版補正版』（弘文堂、1997 年）336 頁）、「（裁判のための）実質的な情報交換・情報取得を口頭で行い、しかもそれを法廷という共通の場で関係者全員が揃っているところで行うことによって、関係者の間で『（裁判の基礎とされるべき）共通の情報の共有』が可能になる（堀江慎司「公判手続における直接主義・口頭主義」刑法雑誌 43 巻 3 号（2003 年）442 頁、443 頁）。口頭主義は、公判手続一般に妥当する考え方ではあるが、証拠調べとの関係では、各証拠の取調べ方法に関するルールとして機能する。口頭主義は、事実認定者が公判で心証形成することができるような証拠調べを要請するため、書証は、要旨の告知ではなく全文朗読が原則になる。また、当事者は、これによって適宜の申立て・主張が可能になる。このように訴訟関係者のやり取りが口頭で行われることによって裁判公開原則が実質化される。

[5] 犯罪事実または重要な情状事実と関係のない事実を内容とする自白調書の場合は関連性がないことを理由に却下される。

[6] 327 条の合意書面の活用も考えられるが、実務では被告人側の証拠意見を踏まえて、検察官が統合捜査報告書を作成し、これに対して同意するという運用がなされているため、合意書面の性格を有する書面が 326 条によって処理されている。

[7] 相当性要件については、証明力の問題とする見解もあるが、判例・通説は証拠能力の問題と解している（河上和雄ほか編/中山善房『大コンメンタール刑事訴訟法〔第 7 巻〕〔第 2 版〕』（青林書院、2012 年）570 頁、738 頁）。

先行すべき場合がある。

被告人側が自白調書に不同意意見を述べた場合は、被告人の供述調書の伝聞例外規定である 322 条が問題となる。同条 1 項前段およびただし書は「供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」であり、かつ、任意性に疑いがない場合（以下、「任意性要件」という）に証拠能力を認める。供述調書の内容が自白（不利益事実の承認を含む）を内容とするか否かは一読すれば明らかである。他方、任意性要件は、取調べの状況や取調官の発言などを考慮して判断される。これらを直接体験しているのは被告人であって、被告人の話を聞くべきであるから、任意性要件判断のためには被告人質問を先行する必要がある。実際、従前から、否認事件で自白調書の任意性が争われている場合、被告人質問が先行して行われている[8]。しかし、任意性要件は、「第三百十九条の規定に準じ」て求められる自白法則に基づく規律であって、伝聞法則に基づくものではない[9]。322 条 1 項が伝聞法則との関係で無条件に自白調書の証拠能力が認めているうえ、任意性要件が問題となる場合も多くはないため[10]、自白調書が容易に顕出されるという原則と例外の逆転的現象が生じている。この現状に対する問題意識から、322 条に「公判供述に代えて公判外供述を証拠採用すべき必要性」（以下、「必要性要件」という）を読み込むべきとの解釈論が示されている[11]。

⑵証拠調べの必要性判断のために行う場合

自白調書の証拠能力が 326 条 1 項または 322 条 1 項によって認められるとしても、裁判所は証拠能力がある証拠全てを取り調べる必要はなく、証拠採否権限に基づいて、証拠調べの必要性がないことを理由に証拠調べ請求を却下することができると考えられている[12]。重複証拠がその典型である。被告人が公判において自白調書と同一の供述をすれば、自白調書を取調べる必要性は乏しい。被告人質問の実施時期は裁判所の裁量に属する事項であるから、（311 条 2 項）、このことを踏まえて、自白調書の採否を留保して、被告人質問を行うことも可能である[13]。

---

8 河上ほか・前掲注（7）380 頁参照。

9 厳密には、自白を内容とする場合には 319 条 1 項が適用される。

10 任意性が争われたとしても任意性が認められないと判断される例は多くはない。また、2016 年刑訴法改正によって、一部対象事件については取調べの録音録画を行うこと（301 条の 2 第 4 項）及び任意性に争いが生じた場合は録音録画記録媒体の取調べ請求することが義務付けられたため（刑訴法 301 条の 2 第 1 項）、それ以降、任意性が争われる事件数は減っている。改正刑訴法に関する刑事手続のあり方協議会第 6 回会議配布資料 18 の「供述の任意性・信用性が争われた事件における裁判所の判断状況」によれば、任意性が争われた事件は導入以前の平成 27 年に 83 件、導入後の平成 28 年に 56 件、平成 29 年に 68 件、平成 30 年に 48 件、令和元年に 47 件、令和 2 年に 40 件、令和 3 年に 61 件であった。

11 堀江慎司「伝聞法則と供述調書」法律時報 84 巻 9 号（2012 年）31 頁、32 頁、後藤昭「被告人質問先行型審理の意味」季刊刑事弁護 118 号（2024 年）14 頁。

12 証拠調べの必要性と証拠の関連性との関係について議論があるが、一般に、重複証拠の問題は証拠調べの必要性の枠内に位置付けられている。

13 証人との関係でも証拠調べの順序は裁判所の裁量に属する事項であるから（297 条）、同様の議論が妥当する。

⑶被告人質問先行型審理の位置付け

以上をまとめると自白調書の採否決定に先立って被告人質問が実施される場面は次のように整理することができる。

第 1 に、326 条 1 項の相当性要件を判断するために被告人質問を先行する場面である。被告人側が自白調書に同意したとしても、裁判所がその他の証拠を取調べた結果、自白調書の任意性等に疑いを抱いた場合に実施される。

第 2 に、322 条 1 項の任意性要件を判断するために被告人質問を先行する場面である。被告人側が自白調書の任意性を争う旨明らかにした場合に実施される。

第 3 に、322 条に書かれざる必要性要件を判断するために被告人質問を先行する場面である。

第 4 に、証拠能力が認められることを前提に、証拠調べの必要性を判断するために被告人質問を先行する場面である。

第 1 および第 2 の場面では、自白調書の任意性に疑義があることを理由に（ただし、第１の場合は任意性に疑義がある場合に限定されない。）、自白調書を事実認定の基礎とすることの許容性が問題となる。これに対して、第 3 および第 4 は、自白調書を取調べる必要性が問題となる。近時議論される被告人質問先行型審理は、任意性に争いがない場合に、自白調書の採否決定に先行して被告人質問を実施するものであり、第３または第４の問題に位置付けられる[14]。また、証拠意見の観点から整理すると、被告人側が自白調書に同意した場合には第１または第 4 の場面が問題となる。他方、不同意とした場合には第２から第４の場面が問題となる。そうすると、被告人質問先行型審理は、自白調書に同意意見が述べられた場合、第１または第４の問題と位置付けられ、不同意意見が述べられた場合には、第３または第４の問題と位置付けられることができよう。

２　被告人質問先行型審理の目的[15]

被告人質問先行型審理の根本的な目的は公判中心主義の理念に沿った審理の実現である[16]。すなわち、捜査と公判の分離を指向した現行法の趣旨を踏まえて、事実認定者が、捜査

---

[14] 後藤・前掲注（11）10 頁は、「被告人質問先行型審理とは、被告人の自白調書（いわゆる乙号証）の任意性に争いがない場合でも、直ちに調書を証拠採用せず、まず被告人質問を行い、その結果調書が不要になればその証拠請求は撤回で終わるという審理方式である」とする。

[15] 被告人質問先行型審理の目的を検討したものとして、田淵浩二「被告人質問先行型審理と検察官の証拠調べ請求権」判例時報 2331 号（2017 年）135 頁、136 頁がある。また、岡慎一「検察官請求『書証』に弁護人はどのように対応すべきか『裁判員裁判における証拠調べのあり方と留意点』」季刊刑事弁護 54 号（2008 年）30、31 頁も参照。

[16] 被告人質問先行型審理の目的は、精密司法から核心司法への転換とも関連する。捜査機関が作成する供述調書には、犯罪事実及び情状事実とは関係の薄い事実・関係のない事実が多く含まれる。被告人質問先行型審理は、このような関連性が認められない供述を排除し、犯罪事実及び量刑を決するために真に必要な事実のみを公判に顕出しようという試みでもある。丸山和大「公判供述と捜査段階供述」判例時報 2331 号（2017 年）130 頁は、「核心司法における的確な事実認定の要求が、直接主義と並んで（あるいはその位置内容として）、被疑者調書の取調べに先行して被告人質問を行うことの根拠となる」とする。

機関が作成した自白調書を裁判官室で読むという方法でも、法廷でそれが読み上げられるのをきくという方法でもなく、彼らの眼前で語られる供述者の生の供述やその時の態度を見聞きするという方法で心証形成する審理を実現することにある[17]。現行刑訴法は、起訴状一本主義（刑訴法 256 条 6 項）および伝聞法則（321 条以下）を採用し、裁判所が捜査機関の心証を引き継ぐことを防止している。これらの規定は、現行刑訴法が公判中心主義を理念とすることを如実に表している。

もっとも、被告人質問先行型審理の具体的な目的は、自白調書の内容に争いがあるか否かで異なる。争いがない場合は、公判供述の内容が自白調書の内容と核心的部分で一致するのに対し、争いがある場合は、両者が異なる。

自白調書の内容に争いがない場合は、被告人の言い分を自白調書と公判供述のいずれによって顕出させるかという証拠方法が問題となり、被告人質問先行型審理の目的は、被告人の言い分を公判供述によって顕出させることにある[18]。

他方、自白調書の内容に争いがある場合の問題は、審理方法の問題といえる。すなわち、自白調書を先に取調べ、それに対する弁明の機会として被告人質問を実施するという審理と被告人の言い分を先に聞き、被告人質問の中で公判供述とは異なる捜査段階供述の存在とそれに対する弁明の機会を与えるという審理のいずれの審理方法が妥当かという問題である。被告人質問先行型審理の目的は、後者の審理を実現することである[19]。後者の審理方法は公判中心主義の観点のみならず、当事者主義の観点からも支持される。すなわち、前者の審理では、供述調書をベースとして審理が進行し、被告人質問はそれに対する弁明の機会という補充的な手続に位置付けられることになるが、対立当事者である捜査機関が作成した供述調書をベースとすることは当事者主義とは相容れない。

ところで、刑事訴訟規則 198 条の 2 は、訴訟関係人は、争いのない事実については、誘導尋問、同意書面または合意書面の活用を検討するなどして、要証事実及び証拠の内容及び性質に応じた適切な証拠調べが行われるよう努めなければならないものと規定している。自白調書の内容に争いがないというのは、自白調書に記載された供述内容どおりの事実の存否に争いがないことを意味するのであるから、同条が掲げる立証方法を検討する必要がある。このことをとらえて、犯罪事実に争いのない事件における被告人質問先行型審理を批判的な見解もある。この見解は、誘導尋問が活用されるべき場面を、証人尋問が実施される場合の前提事実に限定しているように思われる。

---

[17] 後藤昭「公判中心主義（中間総括・刑事司法改革 10）」法律時報 92 巻 5 号（2020 年）149 頁は、「公判手続の中で公判中心主義を理解するなら、それは判決の基礎となる証拠と主張は、公判期日に法廷で調べなければならない、という原則を意味する。…この意味での公判中心主義は、事実認定者である裁判官と裁判員が、審理中の法廷で事実について心証を形成するべきであることを含意する」とする。

[18] 田淵・前掲注（15）135 頁、139 頁と同趣旨と思われる。

[19] 田淵・前掲注（15）139 頁は、「争いのある事件における被告人質問の先行については、予め被告人に捜査段階供述を変更する機会を与えることを意味する」とする。

しかし、同条は「事実及び証拠の内容及び性質」に応じた適切な証拠調べを求めている。犯罪事実や重要な情状事実を人の供述によって立証する場合、公判中心主義の観点を踏まえれば、基本的には供述調書ではなく人証によって立証することが適切である。犯罪事実に争いがない事件においても、前提事実等については誘導尋問を適宜用いて、犯罪事実や重要な情状事実については開かれた質問を行い被告人や証人に語ってもらうという審理は可能である[20]。同条は、必ずしも争いのない事実は書証によって立証すべきということまでを要請しているとは言えないのであって、同条を理由に被告人質問先行型審理を否定することはできない。

第 3　被告人質問先行型審理の法的根拠―不同意意見の場合―

1　問題の所在

まず、自白調書に対して被告人側が不同意意見を述べた場合の被告人質問先行型審理について検討する。前述のとおり、322 条 1 項は、被告人の供述調書が自白（不利益事実の承認を含む）を内容とする場合、伝聞法則との関係では無条件にその証拠能力を認める。実務は、これに従い、証拠調べの必要性の枠内で被告人質問先行型審理が実施されているようである。これに対して、必要性要件を読み込む見解は、322 条が伝聞例外規定であることから、伝聞法則に基づく規律として伝聞例外の一般的要件である必要性要件を求める。両見解の相違点は、公判中心主義の理念や証拠法則である直接主義・伝聞法則を踏まえて、公判供述との関係を考慮せずに自白調書の証拠能力を認めることの是非である。また、いずれの見解においても、刑訴法は捜査段階供述を用いた立証を許容しているため、先行された被告人質問の供述が捜査段階供述と異なる場合に、捜査段階供述を実質証拠として顕出する方法が問題となる。

2　不同意意見の場合の被告人質問先行型審理の法的根拠

⑴　伝聞法則の趣旨

320 条は英米法の伝聞法則に起源を有する規定である。その趣旨は、人の供述は知覚・記憶・表現・叙述のプロセスをたどり、それぞれの段階において誤謬が入り込む危険性があるにもかかわらず、公判外供述は、①宣誓と偽証罪による威嚇、②供述と同時に行われる供述者に対する相手方による反対尋問、③事実認定者による供述者の供述時の態度・表情等の観察といった信用性のテストを経て吟味されていないため、類型的に信用性が低く、したがって原則として証拠能力を否定する点にあると理解されている[21]。伝聞法則は、①ないし③に

---

[20] 自白事件においても犯情や重要な情状事情に関する事実については人証を優先すべきとする裁判官の論考もある。例えば、斎藤啓昭「公判中心主義からみた裁判員裁判の運用」刑事法ジャーナル 36 号（2013 年）46～48 頁。合田悦三「裁判員裁判の公判審理の在り方を考える際の出発点」『川端博古稀記念論文集（下巻）』（2014 年）758 頁、伊藤雅人『直接主義・口頭主義の実質化』の現状と課題」井上正仁古稀記念論文集（2019 年）505 頁、506 頁。

[21] 宇藤崇ほか『刑事訴訟法〔第 2 版〕』（有斐閣、2018 年）371 頁～373 頁参照。

よる信用性のテストによる担保がある公判供述の方が公判外供述よりも類型的に信用性が高いという考えに基づいた証拠法則であるといえる。

しかし、現行法は被告人の証人適格を認めていないため、被告人の供述に宣誓・偽証罪による威嚇という①の点は妥当しない。また、被告人が自らに対して反対尋問を行うことは意味を持たないから上記の②の点も妥当しない。そのため、日本の伝聞法則のもとでは、被告人の公判供述と公判外供述とは、事実認定者の観察のもとで供述しているという上記③の点においてのみ異なる。

⑵　直接主義の意義

直接主義は 18 世紀から 19 世紀半ばにかけてドイツで発展した観念である。当時、ドイツでは、糺問訴訟のもとで書面に基づき判決がなされていた。直接主義は、このような糾問訴訟の書面審理からの脱却を目的に唱えられ、発展した[22]。

直接主義とは、「裁判所は、判断されるべき事実関係について、可能な限り、直接的で仲介のない、自らの印象を調達すべきである」という原則であると理解されている[23]。また、直接主義は、次の 2 つことを要請すると分析される。ひとつは、判決裁判所と証拠調べ手続との直接性の要請である（形式的直接主義）[24]。この要請によれば、判決をする裁判所が自ら証拠を取調べなければならず、判決をする裁判所以外の裁判所が証拠調べを行うことは許されない。もうひとつは、裁判所とオリジナルな証拠との直接性の要請である（実質的直接主義）。この要請によれば、同一内容の証拠が複数ある場合、裁判所はオリジナルの証拠を取調べなければならない。実質的直接主義は証拠方法の優劣を決する原理であり、証拠法則としての機能を有する[25]。

実質的直接主義の趣旨は、職権解明義務と関連して説明される。すなわち、ドイツ刑訴法は職権主義を基調とする訴訟構造を採用しており、裁判所は、真実を発見するため、職権で、裁判をするのに意義を有する全ての事実および証拠について、証拠調べをする義務（職権解明義務）を負う（ドイツ刑訴法 244 条 2 項）[26]。この職権解明義務は、裁判所に対して、可能な限り、事実に近い証拠方法の取調べを行うことを要請すると解されている。それゆえ、証拠方法の優劣を決する原理である実質的直接主義は、職権解明義務に基礎付けられると考えられている[27]。

また、直接主義には、捜査書類・記録の転送禁止の要請（以下、「転送禁止原則」という）

---

22 松尾浩也『刑事訴訟法 下 新版補正版』（弘文堂、1997 年）325 頁～328 頁、335 頁～338 頁。

23 川島享祐「「ドイツの刑事手続上の公判外供述⑵」法律時報 95 巻 5 号（2023 年）129 頁。

24 この他に、判決裁判所は、証拠調べを含む公判手続きにおける手続経過全体を自らの感覚で知覚すべきであることも要請する（川島・前掲注（23）130 頁）。

25 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、2004 年）236 頁参照。

26 川島享祐「ドイツの刑事手続上の公判外供述⑴」法律時報 95 巻 4 号（2023 年）124 頁。

27 川島・前掲注（23）131 頁参照

が含まれるとの指摘もある[28]。具体的には、捜査機関の捜査結果である捜査書類・捜査記録を公判に転送し、それを公判での証拠調べに代替することを禁止する。この見解は、直接主義が、糺問訴訟の書面審理から弾劾訴訟への転換を目的とした刑事訴訟法改革の中で発展したという経緯を重視し、捜査と公判の分離の観点から直接主義を理解し、公判における立証の独立性の確保を目的とする。もっとも、ドイツでは、転送禁止原則は直接主義の一内容というよりも機能であるとの指摘が多いようである[29]。

以上のとおり、直接主義は、裁判所からみた取調べるべき証拠の序列や取調べの方法に関する規律である。それゆえ、直接主義は、「裁判所と証拠との関係を考えたもので、当事者の立場を考えたものではないから、なお職権主義的な原理である」と指摘される[30]。

⑶　伝聞法則と直接主義

以上見てきたとおり、伝聞法則と直接主義はいずれも公判外供述に関する証拠法則であるものの、伝聞法則は当事者の反対尋問を中核とする当事者主義的な証拠法則であり、他方、実質的直接主義は、裁判所が判決の基礎とすべき証拠と事実との距離に着目した職権主義的な証拠法則である。両者はいずれも事実認定の正確性を目的とするものであるが、公判外供述の取り扱いを制限する着眼点は異なる。伝聞法則は、公判供述は、信用性のテストを経ない公判外供述よりも類型的に信用性が高いという考えを基礎に置く。他方で、直接主義は、要証事実と証拠との距離から、証拠価値を考える。供述証拠について言えば、要証事実に最も近いオリジナルな証拠である公判供述の方が間接的な公判外供述よりも証拠の質が高いという考えが基礎にあるといえる。ここには、当事者を含む訴訟関係人による吟味という観点は本来的に含まれていない。

もっとも、伝聞法則も要証事実と証拠との距離に無関心なわけではない。320 条は、供述代用書面と並列して伝聞供述も適用対象としており、不同意とされた場合には原供述者に対する証人尋問が必要とされ、要証事実に最も近い証拠が取調べられることになる。また、通説的理解に従えば、上記③のとおり裁判所（事実認定者）による供述者（証人）の供述時の態度・表情等の観察というのも信用性テストの 1 つとされるが、これは裁判所が要証事実に最も近い証拠に接することの重要性を考慮しているからであると説明することもかのうである。実際、320 条は直接主義の観点も反映しているとの見解も根強い。ただし、上記③の点は、アメリカの伝聞法則の理由付の一つとして掲げられているため、必ずしも直接主義によらなければ説明できないわけではない[31][32]。

---

[28] 宇藤崇「直接主義・口頭主義」法学教室 268 巻（2003 年）27 頁、28 頁、堀江・前掲注（4）439～441 頁参照、川島享祐「ドイツの刑事手続上の公判外供述⑷」法律時報 95 巻 4 号（2023 年）122 頁、123 頁。

[29] 川島・前掲注（28）122 頁。

[30] 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958 年）7 頁。

[31] 緑大輔「アメリカの刑事手続上の公判外供述⑴」法律時報 94 巻 10 号（2023 年）102 頁、103 頁。

[32] 川出敏裕「刑事裁判における直接主義の意義と機能」『川端博先生古稀記念論文集［下巻］』（成分堂、

いずれにせよ、自白調書は、公判外供述を内容とするものであり、捜査機関を介した間接的な証拠である。それに加え、実務では、取調べ受任義務が肯定され、また弁護人の立会いも認められていない。被疑者は密室で即時の弁護人の助言を受けることができない状況で連日取調を受ける。また、捜査機関は被疑者が話した情報を取捨・選択、要約したうえで、一人称・物語形式の調書を大量に作成する。作成される自白調書は、被告人の表現・叙述、捜査機関の知覚・記憶・表現・叙述のいずれにおいても問題があり、被告人の本来の言い分と乖離する。それにも関わらず、自白調書は伝聞法則との関係で何らの規律なく証拠能力が付与され、実際に自白調書は公判において被告人の公判における供述を代替するという意味で重要な役割を果たしている。このような自白調書の問題点を直視したとき、公判供述との関係を考慮せずに自白調書の証拠能力を肯定する 322 条の見直しの必要性が問われる。

⑷　322 条の再考

反対尋問が機能しないという被告人供述の特殊性から、322 条の性質については異なる理解があり得る。ひとつは、同条は伝聞法則が適用されない類型を定めた規定であるという理解である。この見解は、伝聞証拠を実質的に定義する理解または原供述者に対する反対尋問権の保障を伝聞法則の中核とする理解に基づき、被告人自身が原供述者である場合には、反対尋問を行うことは無意味であることから、322 条を伝聞法則不適用類型に分類する[33]。

もうひとつが、同条も伝聞例外規定のひとつであるとの理解である。すなわち、伝聞法則の趣旨は、公判外供述は、供述一般に認められる供述過程の危険があるにもかかわらず、反対尋問を含む上記①ないし③の信用性テストを経てないために、その証拠能力を否定する点にあるとの通説的理解に基づき、自白調書も被告人の公判外供述を内容とし供述過程の危険があり、③の点で信用性のテストを経ていないのであるから、伝聞法則は適用されるとする。この見解に従えば、被告人の公判外供述に関する 322 条も伝聞例外の規定に分類される。これが通説的理解である。

伝聞例外規定は、公判外供述を証拠とする「必要性」および信用性のテストに代わる「信用性の情況的保障」という二つの観点から（これらは一般的要件とも呼ばれる。）、個々の要件を定めている。しかし、322 条は伝聞例外の一般的要件とされる必要性要件を明定していない。通説的理解に従えば、同条は伝聞例外規定であるから、公判外供述を証拠とする必要性が求められる。

もっとも、一般的要件としての必要性要件がどのように反映されるかは、公判外供述の内容や性質によって異なる。321 条 1 項は供述不能要件（1 号ないし 3 号）または相反性要件（2 号）を定めている。これらは、必要性の観点を踏まえた要件である。他方で、検証調書や鑑定書に関する 321 条 3 項や 321 条 4 項も必要性要件を明定していないが、その基礎に

2014 年）693 頁、694 頁。

33 実質説は伝聞証拠を反対尋問を経ない供述証拠と定義する。形式説に基づいた上で、伝聞不適用とするものとして、鈴木茂嗣「刑事訴訟法［改訂版］」（青林書院、1990 年）205 頁。

は、これらの公判外供述の場合、その性質上、書面による方が正確であるとか、わかりやすいという考えがある。書面による正確性やわかりやすさが公判外供述の必要性を基礎付けている[34]。必要性の観点の現れ方は異なるものの、いずれも公判供述との関係を考慮して公判外供述の必要性認められるとしている点では共通している。

そのため、322 条 1 項前段についても、被告人が自ら不利益な事実を供述しているのであるからその信用性は高いとして、公判外供述を証拠とする必要性があるという考え方もありうる[35]。しかし、この考え方は被告人の公判供述との関係を考慮してはいない。被告人に黙秘権・供述拒否権が認められているとしても、公判廷で公判外供述を内容とする供述をするのであれば、やはり公判外供述は必要ではないであろう。また、被告人が公判廷でそのような供述と矛盾する供述をするときには、供述変遷の理由を説明する義務があり、これが必要性を基礎付けるとの考え方もありうる[36]。しかし、このような義務があるとしても、被告人が変遷前の公判外供述の存在を語った上で変遷理由を語ることもできるのであって、必ずしも自白調書による必要性はない。

以上のとおり、被告人の供述調書に不利益事実が含まれることが公判外供述の必要性を基礎付けるものとは言い難い[37]。

322 条 1 項前段およびただし書きの要件に加え、公判供述に代えて公判外供述を証拠採用すべきという必要性要件が求められるべきであり、被告人が不同意意見を述べた場合には、任意性に争いがないとしても、裁判所は必要性要件を判断するために、被告人質問を先行して実施しなければならない[38]。被告人質問の結果、自白調書の内容と同様の供述がされれば自白調書を公判供述に代えて自白調書を証拠採用すべき必要性は認められない。他方、被告人が公判で黙秘した場合や捜査段階供述と異なる供述をしたうえで捜査段階供述の存在を認めない場合、公判供述では自白調書の内容の顕出が不可能であるから、公判外供述を証拠採用すべき必要性が認められることになる。

⑸　自白調書による検察官立証

もっとも、刑訴法は捜査段階供述を証拠とすることを認めているのであるから、検察官に捜査段階供述による立証の機会が与えられなければならない。そこで、被告人質問先行型審理を実施した場合の捜査段階供述の顕出方法について検討する。この問題は、特に自白調書の内容に争いがある場合に問題になる。

その内容に争いがない場合、弁護人が判決に必要な事実について主質問を行い、その後検察官が必要と考える事実について反対質問を行う。その結果、犯罪事実および重要な情状事

---

34 後藤昭『伝聞法則に強くなる』（日本評論社、2019 年）83 頁、84 頁、91 頁。
35 河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法［第三版］6 巻』（立花書房、2015 年）478 頁、531 頁、532 頁。
36 平野・前掲注（30）212 頁参照。
37 堀江・前掲注（11）31 頁、32 頁参照。
38 堀江・前掲注（11）31 頁、後藤・前掲注（11）14 頁。

実は顕出され、検察官が自白調書の取調べ請求を撤回するのが通常であろう。自白調書の内容に争いがない場合には、主質問および反対質問の尋問内容や検察官が請求維持した部分が犯罪事実や重要な情状事実の立証に有意といえるか、関連性を有するかという問題に留意する必要がある。

自白調書の内容に争いがある場合、捜査段階供述を公判に顕出させる方法は、公判供述によって顕出させる方法と自白調書によって顕出させる方法が考えられる。直接主義あるいは公判中心主義の観点からすれば、前者による方法がまず優先されるべきである。

被告人質問において被告人が捜査段階とは異なる内容の供述をした場合、公判供述を弾劾する趣旨であれば、捜査段階供述は非伝聞証拠として許容される。しかし、検察官は、捜査段階供述に基づく事実認定を意図しているから、実質証拠として顕出する方法が認められなければならない。ここでは、被告人が公判でした捜査段階供述を内容とする供述がそもそも伝聞証拠であるのかという問題、伝聞証拠である場合にいずれの伝聞例外規定に基づき証拠能力が付与されるのかという問題が生じる。

まず、前者の問題について考える。320 条は「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」と規定する。そのため、公判外期日における「自己の供述」を内容とする供述が、伝聞証拠に該当するのかという問題である。後藤昭教授は、その立法課程を詳細に検討し、自己の以前の供述を内容とする供述もその供述内容どおりの事実の存否を推認する場合には、その供述過程での誤りは生じうるし、また事後的な反対尋問は供述時の反対尋問の完全な代替手段にならないとの現行法の立場からすれば、伝聞証拠としての性質をもつとする[39]。

324 条は伝聞供述に関する伝聞例外規定である。同条は「被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述」と規定し、被告人以外の者の伝聞供述のみを対象としているが、多数説は、被告人の伝聞供述にも準用されると理解する。同条 1 項は「被告人の供述を内容とするもの」と定めているから、被告人が、公判で自己の以前の供述を内容とする供述をした場合、324 条 1 項が準用され、322 条 1 項の要件を満たせば、自己の以前の供述には証拠能力が認められる[40]。なお、公判廷で自己の以前の供述を内容とする供述をしているのであるから、必要性要件は問題にならないことになる。したがって、主質問あるいは反対質問によって、被告人の捜査段階供述の存在が顕出されれば、それを実質証拠として用いることができると考えられる[41]。このとき、自白調書の必要性は欠くことになる。また、前述したとお

---

[39] 後藤昭「自己の供述を内容とする供述と伝聞法則」『国境を越える市民社会と刑事人権（現代人文者、2019 年）226 頁～230 頁。

[40] 後藤・前掲注（39）226 頁、230 頁、後藤・前掲注（11）14 頁。

[41] これと異なる見解として、田淵・前掲注（15）138 頁。田淵教授は、「被告人が質問に答える形で捜査時にはどう供述したかを被告人が述べたとしても、公判供述により変更された部分については、内容が真実でないことを前提に捜査段階ではどのような供述をしたか認めているにすぎない。それゆえ、検察官にとっては、少なくとも被告人が公判で供述を変更した範囲において、捜査段階供述を実質証拠として取調

り、被告人が公判において黙秘している場合や捜査段階供述の存在を頑なに認めない場合には、自白調書の必要性が認められるため、322 条 1 項に基づいて証拠能力が認められる。

以上のとおり、自白調書の内容である捜査段階供述による立証は可能であるから、検察官立証を妨げるものではない。

第 4　被告人質問先行型審理の法的根拠―自白調書が同意の場合―

1　問題の所在

次に、自白調書に対して被告人側が同意意見を述べた場合の被告人質問先行型審理について検討する（以下、このような審理を「職権による被告人質問先行型審理」という。）。この場面では自白調書によることが当事者の意向であるため、当事者追行主義との関係が問題になる。また、被告人は当事者としての地位を有し、黙秘権・供述拒否権が保障されているゆえ、証人との相違点も考慮する必要がある。

2　職権による被告人質問先行型審理の法的根拠

職権による被告人質問先行型審理は、次の経過を辿る。検察官が被告人の供述調書の取調べを請求し、これに対して被告人側が同意意見を述べる。これによって、被告人の供述調書は 326 条によって証拠能力が付与（あるいは伝聞性が解除）される。裁判所は被告人の供述調書の採否を留保し、採否決定に先立ち、311 条 2 項に基づいて被告人質問を実施する。被告人質問を終えた後、裁判所は、検察官に証拠調べ請求を撤回するか維持するかを確認し、維持した場合は被告人質問の結果を踏まえてその採否を決める。

裁判所には、証拠採否裁量が認められており、当事者が請求する証拠能力が認められる証拠全てを採用し、取調べる義務はない。裁判所は取調べの必要性がないことを理由に重複証拠の証拠調べ請求を却下することができる。また、人の供述を顕出する方法は、証人尋問・被告人質問の実施または供述調書の取調べが考えられるところ、証人尋問・被告人質問を実施して、検察官が請求する供述調書の取調べの必要性を判断する必要があると考える場合、その採否を留保することも許される。

311 条 2 項は、「被告人が任意に供述する場合には、裁判長は、何時でも必要とする事項につき被告人の供述を求めることができる」と規定し、同条 3 項は、陪席裁判官らは「裁判長に告げて、前項の供述を求めることができる」と規定している。これらの規定から明らかなとおり、被告人質問の実施の有無（「求めることができる」）、実施の時期（「何時でも」）については基本的に裁判所の裁量に委ねられている[42]。

職権による被告人質問先行型審理は、証拠採否裁量および被告人質問の実施時期についての裁量に基づき行われるもので、現行法上許容されているものと考えられる[43]。しかし、

べてもらう機会が与えられなければ、証拠調べ請求権が奪われるに等しい」とする。

[42] ただし、冒頭手続において被告人質問をすることは許されるべきではない（平野龍一＝松尾浩也編『実例刑事訴訟法』285 頁）。

[43] 堀江・前掲注（11）35 頁は、「証拠能力に関する明文規定の要件を満たす証拠であっても、裁判所が証

以下のとおり、当事者追行主義および被告人の黙秘権・供述拒否権との関係から、職権による被告人質問先行型審理が許容される局面は限定される。

3　職権による被告人質問先行型審理の限界

⑴　当事者追行主義との関係

現行刑訴法は当事者追行主義を採用し、訴訟追行の主導権は当事者に委ねられている。当事者は事実を主張・立証し、裁判所はその当否を判断する。証拠調べ手続においては、当事者が第一次的な証拠収集・提出の権限を有する。現行法は、裁判所に職権証拠調べの権限を与えているが、当事者追行主義のもとでは、補充的でなければならず、このことは 298 条 2 項が「必要と認めるときは」と定めていることからも明らかである。

また、「当事者追行主義は、主張や証拠の提出のイニシアティブを当事者に与えたものであって、証拠方法の選択についてまで当事者の決定に委ねたものとは解されない」との見解もある[44]。しかし、立証の対象となる事実を選択する権限のみならず、その事実をどのような証拠で立証するのかという証拠方法の選択権も当事者に委ねられていると考えるべきである[45]。326 条 1 項は、当事者が同意した場合、公判外供述を内容とする書面を証拠とすることを認めている。これは、「伝聞法則の適用の利益」が、「当事者の利益に属するものとされ、したがって、当事者の処分に委ねられるということを意味する」[46]。ここでいう「伝聞法則の適用の利益」とは、挙証者に、信用性のテストを経ていない公判外供述ではなく、原則どおり公判供述によって立証させる利益と言える。同意によってこの利益を処分した場合、公判外供述による立証が許容される。これは、書証か人証かという証拠方法の選択権を当事者に委ねていることを意味する。また、実質的に考えても、証拠の内容を見ることができない裁判官が証拠方法の適切性を判断することは困難である。

証拠方法についても当事者に第一次的な選択権があるのであるから、裁判所が当事者の選んだ証拠方法に対して介入することも補充的でなければならない。この意味で当事者（追行）主義は、裁判所の裁量の制約原理として機能する。被告人が供述調書に同意している場合、裁判所はその判断を尊重するべきであり、人証による立証を当事者に求めるには、人証によるべき合理的な理由が求められる。このことは、被告人質問のみならず、人証一般に妥当する。

拠（の取調べ）の『必要性』の欠如を理由に採用しないことは認められるから、書証の採用を留保し、人証の取り調べ（原供述者の尋問・質問）を行った上で、書証の内容と同趣旨の供述がえられた場合に書証を『不必要』として却下すること」は可能であり、「その前提として人証の取調べを先行して行うことは、証拠調べの順序のありかたの問題」であるとする。証拠調べの順序も裁判所の裁量事項であるから（刑訴法 297 条 1 項）、証人の場合は、証拠採否裁量と証拠調べの順序に関する裁量の問題と言える。もっとも、被告人の場合、当事者の地位を有するため、純粋な証拠方法とは異なり、取調請求の手続や証拠決定は必要とされていない。本文で述べたとおり 311 条 2 項または 3 項を根拠と考えるべきであろう。

44　司法研修所刑事裁判教官室『プラクティス刑事裁判』（2018 年）45 頁。

45　堀江・前掲注（11）35 頁、川出・前掲注（32）697 頁、

46　松田岳士「伝聞法則の運用」刑法雑誌 51 巻 3 号 351 頁。

当事者は、「訴訟経済、証人（供述者）の感情・負担や説明能力、尋問技術の巧拙、裁判員の負担や心証形成に対する影響等[47]」さまざま事情を考慮して供述調書に同意している。このうち訴訟経済、証人の負担、裁判員の負担等は、証人によるべき合理的な理由の判断の考慮要素となる。その他、要証事実の重要性、事件の難易、供述調書の争いの有無も考慮要素となろう。

いずれにせよ、裁判所は、当事者の意見を聞き、当事者が同意した趣旨を踏まえて、人証によるべき合理的理由を判断するべきである。自白調書に対する同意が、被告人との協議もなく安易になされたものである場合、言い換えれば、熟度の低い同意である場合、職権に被告人質問先行型審理は許容される方向に傾くことになる[48]。

⑵　被告人の黙秘権・供述拒否権との関係

また、職権による被告人質問先行型審理は 311 条 2 項に基づく制約も受ける。同項は、「被告人が任意に供述する場合」に限定している。被告人には、自己負罪拒否特権（憲法 38 条 1 項）、黙秘権・供述拒否権（311 条 1 項）が保障されており、被告人は、公判廷で黙秘することも、供述を拒むこともできるし、その反面、捜査機関は被告人から強制的に供述を引き出すことは禁止される。一方で、被告人は、任意に供述することもでき、任意に供述すれば、その供述に基づく事実認定が可能となる。訴訟の一方当事者である被告人は、「証拠方法となることを強制されないと同時に、証拠方法となる権利」を有するのである[49]。これらのことを踏まえて、311 条 2 項は上記のような限定を付している。

もっとも、実務では、被告人が黙秘権を行使し、任意に供述することが期待できない場合であっても、被告人質問を実施できると考えられている。例えば、札幌高判平成 14 年 3 月 19 日判例タイムズ 1095 号 287 頁は、「もともと弁護人は，被告人には黙秘権を行使する意思があるとして，被告人質問を実施することに反対していたのである。もとより，そのような状況の下であっても，被告人質問を実施すること自体を不当ということはできない」と判示する。確かに、裁判所は、訴訟関係者が実際に発問し、それに対して被告人が黙秘権・供述拒否権を行使したとき、被告人が任意に供述しないことを初めて現実に確認できる。

しかし、予め黙秘することを明確に告げ、被告人質問における任意の供述が期待できないことが裁判所に明らかな場合には、被告人質問を行うこと自体が黙秘権の行使を侵害しう

---

47 堀江・前掲注（11）35 頁

48 青木孝之「現行刑事訴訟法における当事者主義」一橋法学 15 巻 2 号（2016 年）64 頁、65 頁は「一方当事者が取調べ請求した書証に反対当事者が 326 条の同意をする、その前提として、刑事訴訟の実質的な公平・公正という価値を実現するに足りる十分な情報（証拠）の開示が行われているか、その情報が収集され証拠かされる手続の過程に公平・構成との関係で問題になる要因はないか、反対当事者による情報の吟味は十分なクオリティを保って行われているか、それらの方がより根本的な問題に思われる。当事者の望むとおりの訴訟追行が認められるべきか、それとも裁判所の介入が認められるべきかという対立図式に問題を還元する前に、上述の前提が守られたうえでの『同意』であるかどうかが問題にされるべきなのである」とする。

49 後藤昭「被疑者・被告人の法的地位」井上正仁ほか編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣 2013 年）143 頁参照。

る。被告人が公判で黙秘する蓋然性が高い場合に被告人質問を実施すれば、裁判員は黙秘する被告人の態度を観察することになり、これによって抱いた予断・偏見が、事実認定に影響を及ぼす可能性が生じる。裁判員の場合は、特に黙秘したこと自体を不利益に扱う危険性が高いから、被告人質問の実施には慎重である必要がある。

326 条 1 項の同意は書証に証拠能力を付与する行為あるいは書証の伝聞性を解除する行為に過ぎず、自白調書に対する同意があることから直ちに被告人質問において供述しないことまで意味するとは言えない。しかし、職権による被告人質問先行型審理の実施に関する裁判所と被告人側とのやりとりの中で、被告人が被告人質問では黙秘することが明らかになった場合、被告人の任意の供述は期待できず、「被告人が任意に供述する」とは言えないのであるから、自白調書に先立つ被告人質問の機会を審理計画に組み込むべきではない。このようなやりとりがなされるか否かは、同意の熟度に依存する。被告人側が、さまざまな要素を考慮した上で同意をしている場合、基本的には、職権による被告人質問先行型審理が許されないことになろう。

⑶　職権による被告人質問先行型審理の限界

以上のとおり、職権による被告人質問先行型審理は、証人の場合よりも慎重であるべきである。被告人は、証人と異なり、当事者の地位を有するからである。このような証人との相違点を捨象すれば、被告人の当事者としての地位を後退させ、かつてのように「客体」として位置付けることになりかねない[50]。

もっとも、自白調書を取調べた後に被告人質問を実施することは許される。被告人に自白調書に対する弁解の機会を与えるべきであるし、事実認定者はそれを期待するからである。自白調書を取調べた後の被告人質問において黙秘した場合、黙秘したこと自体を不利益に扱うことは当然許されないが、弁解しないために検察官立証に対する反証ができず不利益に扱われることは黙秘権侵害とは言えず許容される。ただし、ここでの「質問」は、宣誓のうえで行われる証人尋問とは異なり、答えるかどうかはあくまで任意であるから、答えない旨を明言する被告人に対して、発問を繰り返すことは、それ自体が被告人の黙秘権の行使を侵害するものであって許されないことに留意する必要がある[51]。

4　326 条相当性説について

これに対し、職権による被告人質問先行型審理実施することの法的根拠を 326 条 1 項の相当性要件の問題と位置付ける見解があり、大要は以下のとおりである[52]。

---

[50] 岡慎一・神山啓史「裁判官裁判の審理の在り方―ダブルスタンダードは維持されるべきか―」判例時報 2263 号（2015 年）13 頁も、「黙秘権が保障されている被告人の供述について、同じように論じることはできないであろう」と述べる。

[51] 白取祐司・後藤昭『新・コンメンタール刑事訴訟法第 3 版』（日本評論社、2018 年）760 頁。

[52] 井上弘通「326 条の意義と機能」井上正仁ほか編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣 2013 年）174 頁、川出・前掲注（32）697 頁～699 頁、注 56、丸山・前掲注（17）130 頁、青木・前掲注（49）574 頁。

人証の場合には、事実認定者が公判廷でその供述態度を観察しながら、供述を実際に聞くことができるとともに、その内容について質問し、確認することができるために、供述の信用性をより的確に判断でき、ひいてはより正確な事実認定が可能になる。このような観点から、当事者が同意した書証ではなく、人証を優先するという運用は職権主義の発想になじむものではあるが、純粋な当事者追行主義をとらず、裁判所による職権証拠調べを認めている現行刑訴法のもとでは、このような運用も許容される。もっとも、現行刑訴法は、当事者主義を原則とする以上、正確な事実認定の確保という観点から人証を優先させる理由と必要性がある場合に限られる。その判断にあたっては、証人尋問・被告人質問による必要性（事実の重要性、書証による事実認定の難易等）と証人尋問・被告人質問を行うことの弊害（供述調書による必要性）等を比較衡量し、その結果、裁判所が供述調書によっては十分な事実認定が困難で、事案の解明のために人証によることが必要と認められる場合、同意書面の取調べは相当性を欠く[53]。しかし、以下の理由で相当性要件のなかで人証による利点と供述調書の取り調べを行う利点を比較衡量することは困難であるように思われる。

第 1 の理由は、相当性要件の趣旨や文言にそぐわない点である[54]。326 条 1 項が相当性要件を定めるのは、「真実や正義に反するおそれのある場合にまで当事者に証拠能力について最終的な処分権限を認めるのは適当でない」からである[55]。この要件は、証拠能力に対する当事者の処分権限の範囲を画する機能を有する[56]。

問題は、正確な事実認定の利益が当事者によって処分可能な利益であるかどうか、当事者が処分不可能な利益であるとして同条項が保持しようとする利益と言えるかどうかである。

書証ではなく法廷で供述者に語ってもらうことで、裁判所および裁判員がオリジナルな証拠に触れるともに、その供述態度を観察することができ、適宜その内容に対して質問・確認ができることを可能となる。これは当事者の処分に委ねるべきではない側面があり、当事者が排他的に処分可能な利益であるとはいえない[57]。

しかし、相当性要件がこのような利益を保持していると解するのは困難であるように思われる。なぜなら、当事者は収集した証拠または開示された証拠を十分に検討して供述調書

---

[53] 川出・前掲注（32）の注 56 は、相当性要件を欠くとまで評価できない場合は、供述調書の採用を留保して、証人尋問や被告人質問を先行して行い、そのうえで被告人供述調書の取調べの必要性を判断することになろうと述べる。これは、証拠調べの必要性の問題に位置付ける趣旨であると思われる。他方で、丸山・前掲注（16）130 頁は、「相当性を欠くおそれがある場合にも、裁判所は相当性判断のために供述者を尋問することができるのであるから、形式的には同意書証の採否留保のまま原供述者の尋問を行い、その結果に従って同意書証の採否を決定することが可能である」とする。これは、職権による被告人質問を全て相当性要件に位置付ける見解と言える。

[54] 松田・前掲注（47）の注 13、堀江・前掲注（11）。

[55] 河上編/中山・前掲注(7)722 頁参照。

[56] 白取=後藤・前掲注（52）947 頁は、「基本的な考え方は、法が証拠能力を否定することによって実現ないし保持しようとする利益が、被告人が放棄することのできる性質のものかどうかによって、同意の可否を決めるべきであろう」とする。

[57] 堀江・前掲注（11）35 頁。

による立証が可能であると判断した上で、その証拠の取調べを請求している。そして、相手方当事者も供述調書による立証が真実に反しないとして同意している。そのため、供述調書による事実認定が真実に反するとはいえない。仮に、裁判所が、任意性や採取手続の瑕疵に疑問を持った場合、相当性要件の判断のために被告人質問を先行することができる。

また、相当性要件は、「その書面が作成され又は供述のされたときの情況を考慮」して判断されるところ、自白調書による十分な事実認定の困難性、人証による必要性は、裁判所は事前に証拠の内容に触れることはできないため、書面の作成情況や供述情況から離れて、一般的な人証と供述調書による立証それぞれのメリット・デメリットを比較衡量して判断されることになる。

「正確な事実認定」や「十分な事実認定」というのがどのような意味であるかは明らかではないが、書証でも十分事実認定が可能であるが、人証の方がより正確であるとか十分であるという意味だとすれば、真実や正義に反しない場合にまで証拠能力に対する当事者の処分権限を否定することとなり、同条の趣旨に反する。また、その際の判断方法も結局は、一般的判断にならざるを得ず、326 条の文言に反する。上記のような解釈を許せば、相当性の範囲が不当に広がりうる[58]

相当性が欠くとされるのは、供述の情況から見て虚偽のおそれが大きい場合や証拠採用が手続の公正さを害する場合に、同意書証を取調べれば真実や正義に反するおそれがある場合に限定されるべきである[59]。最決昭和 29 年 7 月 14 日刑集 8 巻 7 号 1078 頁も、「証拠とすることに同意のあった書面又は供述が任意性を欠き又は証明力が著しく低い等の事由があれば証拠能力を取得しないとの趣旨である」と説示している。

第 2 の理由は、相当性要件を欠くことを理由に証拠能力を否定するのは、その根拠とする職権解明義務あるいは直接主義の要請を超える点にある。たしかに、職権解明義務やその一つの具体化と言われる実質的直接主義は、「証拠方法の序列に関する準則」であり、事実に近い証拠の方が証拠価値は高いとして、オリジナルな証拠の取調べを要請する。そのため、書証よりも人証が優先される。しかし、書証の禁止や排除を要請するものではなく、書証の補充的な取調べは許容する[60]。書証よりも人証の方が正確な事実認定ができることを理由に相当性を欠くとして証拠能力を否定することは、根拠とする職権解明義務あるいは直接主義の要請を超える。

また、自白調書が必要とされた場合にも問題が生じる。供述調書によっては十分な事実認定が困難で、事案の解明のために人証によることが必要であることを理由に相当性を欠き証拠能力が認められないと判断した場合であっても、証人尋問や被告人質問の結果、供述調

---

[58] 丸山・前掲注（16）130 頁。
[59] 後藤・前掲注（34）152 頁。
[60] 川島・前掲注（23）131 頁、同「ドイツの刑事手続条の公判外供述（6・完）―直接主義を中心に」法律時報 95 巻 10 号（2023）97 頁。

書の取調べが必要になった場合には別途 322 条の要件を満たすとして証拠能力を認める解釈もあり得るが、やや技巧的な感がある。

第 5　裁判官裁判における被告人質問先行型審理

冒頭で述べたとおり、裁判員裁判では人証中心の審理が定着している。他方、裁判官裁判の大半は旧来型の調書中心の審理が行われている。

被告人質問先行型審理について、裁判員法 51 条および裁判員の参加する刑事裁判に関する規則 42 条が求める裁判員の負担、迅速かつ分かりやすい審理という特別の要請に検察官が応じたため正当化される例外的な審理方法であるとの指摘がある[61]。

たしかに、322 条 1 項は伝聞法則の観点からの規制を設けずに自白調書の証拠能力を認めているから、裁判員裁判において定着している人証優先の審理を上記のように裁判員裁判に特殊な審理として説明することも可能である。

しかし、現行刑訴法が公判中心主義を理念とすることは、起訴状一本主義や伝聞法則の規定から明らかである。事実認定者が眼前で語られる生の供述とその時の態度を見聞きして心証形成することこそこのような理念に沿った審理なのであって、捜査段階に作成された供述調書で心証形成することは本来の審理のあり方ではない。また、刑事訴訟規則 199 条 1 項は、「証拠調については、まず、検察官が取調を請求した証拠で事件の審判に必要と認めるすべてのものを取り調べ」と定める一方で、「但し、相当と認めるときは、随時必要とする証拠を取り調べることができる」と定めており、同条は被告人質問先行型審理を否定するものではない。刑訴法規則 198 条の 2 も、前述のとおり、当事者に争いのない事実はすべて書証によって立証するべきことまで要請しているのではないから、犯罪事実に争いのない事件における被告人質問先行型審理も否定するものではない。

被告人質問先行型審理は、刑事裁判のあり方に忠実な審理方法というべきであり、裁判員裁判における特殊な審理方法というべきものではない。第 3 で述べたとおり、被告人質問先行型審理は 322 条 1 項にその根拠を見出すことができるから、裁判官裁判においても同様の根拠で被告人質問先行型審理を行うことはできる[62]。

そして、被告人質問先行型審理は裁判官裁判においても積極的に実践されるべきである[63]。供述調書に関する先に述べた問題点は裁判官裁判と裁判員裁判とで異ならない。捜査機関の知覚・記憶を介しており、かつ、高度に加工された供述調書では、原供述者の体験した事実を正確に伝達することはできないし、被告人の人となりを理解することは不可能である。供述の信用性を判断する際にも、量刑の際にも、被告人の供述態度等の非言語情報は重要な判断要素になる。これは、裁判官裁判と裁判員裁判とで異なるものではない。

---

[61] 清野憲一「『被告人質問先行』に関する一考察」判例時報 2252 号（2015 年）5 頁、6 頁。

[62] 合田・前掲注（20）756 頁、伊藤・前掲注（20）508 頁、松尾昭一「裁判員裁判非対象事件の審理の在り方」『裁判員裁判時代の刑事裁判』（成分堂、2015 年）355 頁以下。

[63] 後藤・前掲注（11）10 頁以下。

調書裁判から脱却し、公判審理を復活させるためにも裁判官裁判における被告人質問先行型審理は積極的に実践されるべきである。

第6　おわりに

以上、本稿では、自白調書が不同意とされた場合と同意された場合とに区別して、その法的根拠について検討してきた。まとめると次のようになる。

公判中心主義または直接主義の要請を考慮して322条に書かれざる要件として必要性要件を読み込むべきであり、被告人側が自白調書の取調べに対し不同意意見を述べた場合の被告人質問先行型審理の根拠はここに見出すことができる。自白調書の内容に争いがない場合には、被告人質問の結果、自白調書の必要性はなくなり、証拠調べ請求は撤回または却下される。他方、自白調書の内容に争いがあり、検察官がそれを用いた立証を試みる場合、被告人質問の中で被告人が自白調書の内容である公判外供述の存在を語れば、324条1項が準用され、322条1項の要件を満たせば実質証拠となる。被告人が黙秘する場合や過去の供述の存在自体を認めない場合には自白調書の必要性が認められる。

被告人側が自白調書の取調べに同意した場合、裁判所は証拠採否裁量および被告人質問の時期に関する裁量に基づいて、被告人質問先行型審理を行うことができる。しかし、当事者追行主義や被告人の黙秘権・供述拒否権によってその裁量は制約される。裁判所は原則として裁判所の意向を尊重するべきであるから、当事者と十分な協議を行なった上で、被告人質問先行型審理の実施を決めるべきである。当事者の同意の熟度が重要な考慮要素となる。

そして、被告人質問先行型審理の法的根拠はいずれも刑訴法に求められるものであって、裁判員裁判のための特別な審理方法ではなく、本来の公判の姿といえる。したがって、裁判員裁判のみならず裁判官裁判にも同様に被告人質問先行型審理が行われるべきである。

本稿は、主に公判手続の問題として検討してきた。しかし、もとよりこの問題は、捜査手続と密接に関連するものである。取調べ適正化が唱えられて長らくたつが、未だ自白を迫る違法・不当な取調べが報告されている。公判中心主義の理念に沿った人証中心の審理はこのような取調べの歯止めにもなりえる。公判中心主義の理念に沿った審理の実現は重要な課題である。