

伝聞法則とその例外規定との、および刑事訴訟法三二八

条の新解釈、「全訴訟関係人を人格として取扱え」

「疑わしきは罰せず」の法理を証拠法に貫徹する道

沢 登 佳 人

目 次

は し が き

- 一 三二〇条一項伝聞法則の本旨をめぐる私見と立法者の考えとの対立点、およびそれとの関連における三二一条以下の例外規定の解釈をめぐる問題点
- 二 特信情況とは他の物的証拠との全面的かつ厳密な一致である——狭義の伝聞は絶対に証拠能力を認められない——被告人の自己に不利な書面供述にも三二一条一項に準ずる証拠能力要件が必要である——被告人の自己に有利な書面供述は無条件に証拠となしうる
- 三 三二八条の趣旨「有罪証拠の証明力を争うための証拠には証拠能力が不要である」

## は し が き

先に公表した拙論「刑事法体系の新構成要綱、およびその体系の一部をなす実体的眞実認識方法論としての刑事人権保障体系の新構成要綱（法政理論八巻一号・一九七五および「刑事法における人間の虚像と実像」一九七六・大成出版社所載）」の中で、わたくしは、近代刑法の根本視座を「国家・刑法Ⅱ強者と犯罪者Ⅱ弱者との各価値観の対等性・独自価値性またはたがって相対的無価値性」に求め、また近代刑訴法の至高の根本法理および構造原理を「被告人、検察官、裁判所、弁護士、証人その他すべての訴訟関係人を互いに平等対等の人格として取扱うこと」とおよび「刑事訴訟法的認識（実体的眞実の追求）に対する以上の視座および法理から論理必然的に導かれる方法論的制約として、実体的眞実認識方法論としての刑事訴訟法の体系と具体的諸規則とを打ち樹てること」に見出し、これの貫徹を以て現行刑訴法に対する解釈・運用・改正の使命とすると同時に、これを以て近代刑訴法を超越する新らしい未来の刑訴法の普遍的・根本的な理念・構成原理となすべきことを提案し、その実践の具体的要綱を示したのである。この提案はわたくしの予想に反して、公表されるや直ちに各方面の刑事法曹・法学徒の間に強い共感を呼び、幾多の賛同・激励・叱正・感想・要望が寄せられたのであるが、要望中最も多かったのは、大学で法学を専攻している学生からの、刑訴法の新解釈・新構成の要綱の叙述があまりにも簡潔に過ぎて未だ勉学途上の頭脳では容易にはその趣旨を理解しがたいから、もう少し克明な解説を書いてもらいたい、という声であった。

わたくし自身としても先の論文はほんのあら筋書きであって十分に意を尽くしていないから、重要な論点を一つづつ取り出して逐次詳しい議論を展開する予定に最初からしていたので、早速にもその要望に応じたかったのだ

が、それには次のような困難があった。一つは、わたくしが提示した諸論点はある意味で近代刑訴法の根本法理を最もすなおに具体化した場合の論理的帰結であるから簡単と言えば簡単だが、別の見方からすれば従来の刑訴法の立法・解釈がその法理をいわば神棚に祀り上げまたは床の間の飾り物化してしまい、実際の運用はそれとおかまひなしに実務だの慣行だの英米法ではこうだの大陸法ではああだのと我田引水式にやっているうちに実定法の文言まで物置の隅でほこりをかぶり紙魚の蝕むがままに放置されてしまっている状況であるから、克明にカルテを書いてこの趨勢に対し根本的に反省を求めることになれば、先論を読んで初めて問題の所在に気づき「なるほど考えてみなくてはな」とせっかく思っただき下さった方々までを、「待てよ、これではあまりにも従来の解釈と違い過ぎて現実ばなれしについて行けないな」と尻込みさせる結果になりかねない、という心配であった。もう一つは、現行法の解釈論・改正論をやりながらこれを将来の近代刑訴法を克服する新刑訴法構成の具体的道標の第一歩、いわば一里塚たらしめるには、どういふ議論の進め方をすべきか、という問題であった。

とつおいつ考えているうち、昨年暮になって、一時沙汰止みの状態になっていた柏木千秋先生の退官記念論文集の発刊の見込みがついたから急拠寄稿せよとの依頼を受けたので、これを機会に迷いを断ち、わたくしが現行法の新解釈と未来法の新構想とのそれぞれの中心的課題と考えている幾つかのテーマのうち、両方に共通するものを探すとおり上げよう、やり方としては新解釈の方から入って近代刑訴法の根本法理の実定法的貫徹の具体像を探って行けば自然に新構想がその前方に浮び上がって来るだろう、との見通しで仕事に取りかかった。このような課題としては①強制捜査論②違法捜査論③審判対象論④訴因・公訴事実論⑤既判力論⑥公判構造論⑦訴訟指揮権・当事者権・弁護士権論⑧証拠方法論⑨自白論・証言論・物証論⑩証明方法論⑪証拠能力論⑫証明力論⑬厳格証明自由⑭証明論・拳証責任論⑮証明対象論などが在る。（訴訟主体論、判決論、上訴論などは訴訟構造全体の骨組および

刑法の全体構造と直接関わって来るので、最初から現行法とある程度離れた観点から論を立てなくてはならないので、当面の課題から省き、将来の課題として残す。これらのうち①②③については先論である程度（もちろん他のに比べ相対的にはあるが）掘り下げた議論をやり、④については断片的ながらいろいろな角度から触れておいたが、⑤⑥については全く不十分、⑦⑧については掘り下げと展開とが不足していたから、前四者は後まわしにしてまず後者から手をつけることにし、中でも最も不十分な⑤を法政論集の柏木退官記念号にまず寄稿し（近く公刊の予定。標題「訴因と公訴事実とは同じ物である、公訴事実同一の範囲と一事不再理の効力の及ぶ範囲とは異なる」）、次いで⑦⑧につき本稿を起したのである。

以上の経緯から議論の進め方は、現行法三二〇条ないし三二八条の書面および伝聞たる供述の証拠能力および証明力に関する規定ならびに三一七条の証拠裁判主義の解釈論に徹しつつ、未来の証拠法の展望を自然に浮び上らせることに努め、そのため一面規定の文理を嚴格に論理的に追求しつつこれを上記根本視座および根本法理によって絶えず裏打ちするように配慮し、窮極において文理と法理との渾然一体たる証拠法体系の現出を目指す。現行実務・慣行の克服が一つの狙いであるから、それに顧慮することは一切しないし、英米法とも大陸法とも明らかに異質なわが現行法の解釈を通じて未来法の構想を浮び上らせようとするのであるから、英米法や大陸法の立法例、判例、実務がああだこうだということを論拠にすることもしない。わたくしの考えでは、それはわが現行法の解釈において直接生の形で参考にしたしり模倣したりすべきものではなく、その批判的研究を通じて近代法の根本視座および法理の再発見と純化と洗練とに至り、その上で改めてその視座および法理をわが現行法の解釈・運用・改正および未来法の構想のために適用し指針とすべきである所ものだからである。そして先論までのわたくしの諸著諸論文の多くは、正にこの視座および法理の再発見・純化・洗練のために献げられて来たのであり、また今後も引続き

その方面の仕事を深め広め完成させて行こうと考えており、それにより現行法の新解釈と未来法の構想とを推進するためのなお一層のエネルギーを蓄積したいと思っている。

かように構想のみは大きいが、わが余命と力量との乏しきを顧み、日暮れて道遠しの感無きをえない。孤影惨衰  
 独往の名も無き道は、遂に一人の共に辿るべき友を見出しえないのであろうか。

- 一 三二〇条一項伝聞法則の本旨をめぐる私見と立法者の考えとの対立点、およびそれとの関連における三二一条以下の例外規定の解釈をめぐる問題点

刑訴法三二〇条一項は伝聞証拠排斥の法理（また聞きに証拠能力なし）を表現したものと解するのが通説である。しかし三二〇条一項の文言により証拠能力を否定されているのは通常言う所の伝聞（また聞き）すなわち「他の者の供述を内容とする供述（あの人がこう言っていました）」だけではなく、「書面（あの人が現に、こう書いております、あの人が現に、ここに書かれた通りだと認めております）」でもあるのである。

書面が真実「あの人が書いたものであること」または「あの人がそこに書かれた通りだと認めているものであること」が、何らかの物的証拠（たとえばあの人の筆跡に間違いなこと、録音ならば録音の声とあの人の声との声紋の一致、「右の通り相違ありません」というあの人の自筆の証明書と署名または押印とがあることなど）によって明らかである場合には、その書面は「あの日本人の直接の意思の表現（本人自身の供述）」なのであって、「あの人がこう言っていました」という直接には別人の意思の表現（他の者の供述を内容とする供述）」でないこともまた、明らかである。

法が、かように本来伝聞では全くないものを、本来伝聞であるものと十把一からげにして同一規定により後者と全く同じように証拠能力を否定し（また後ほど三三四条について考察するように、例外的に証拠能力を認める条件に關しても前者と後者とを全く同じように取扱つ）ているのは、如何なる理由によるのであろうか。その理由は通常、書面は本来の伝聞と全く同じように「尋問（特に反対尋問）を経ていないから」そして「被告人に必ず証人尋問をさせることは憲法三七条二項の要請であるから」と、説明されている。

それでは、尋問を経ていない供述は何故証拠にしてはならないのであろうか。その理由として論理的には次の二つが考えられる。

第一はわたくしの見解である。近代刑訴法は「被告人をあくまでも人格として処遇すべきである」という原理に基づいて構成さるべきである。しかるに人格は「自意識」「自覚者」すなわち「自己の行為の意味を知つて行為する者」言いかえれば「自己が何故にかような人生を生きるべきであるか、何故にかような運命を引き受けなければならないか」の理由を明確に知りつつ、その人生を生きその運命を引き受ける者」であることによつて人格であるのである。それ故、近代刑訴法は被告人を人格として処遇するために、被告人に対し、何故彼が被告人としての人生をかように生きるべきであるのか、何故彼が被告人としてのかような運命を引き受けなければならないのかの理由を、明確に知りつつ、その自ら知つた所の理由に基づいて被告人としての彼の人生を彼が最善と考ふる仕方であり、被告人としての彼の運命を彼が最善と思う仕方で切り拓いてゆくことができるための諸条件を、提供すべきである。これらの諸条件が如何なるものであり、そのそれぞれが刑事人権保障のための如何なる制度として具体化さるべきであるかについての総合的考察を、わたくしは先に拙論「刑事法体系の新構成要綱、およびその体系の一部をなす実体的眞実認識方法論としての刑事人権保障体系の新構成序説（法政理論八巻一号および拙著・刑事法にお

ける人間の虚像と実像・大成出版社刊・第二部）の中で試みた。そしてそこで、これらの条件・制度の最重要なるものとして、被告人の反対尋問権保障、その一環としての書証・伝聞証拠排斥の法理を次のように説明したのである。

書面および（狭義または本来の）伝聞は、被告人が居ないところで他人が（被告人から見れば）勝手に行なった供述である。その供述内容をそのまま被告人に不利な事実を認定するための証拠として用いることは、被告人の関知しなかった他人の（自由）意思（的行為）によって被告人自身の被告人としての運命を決せられることにほかならない。それ故近代刑訴法は決してこれを許してはならない。近代刑訴法は必ず証人を公判廷に出頭せしめ被告人の面前で供述せしめた上で、被告人に対し、その供述の意味する所とその真偽または明確さ不明確さをば、被告人が被告人としての自己の運命を切り拓いてゆく上で自ら最善と思う仕方で裁判官（または陪審）にはっきり認識させるために、証人に質問を發しその質問に（強制的に）答えさせる道を、確保すべきである。この道を確保することによって近代刑訴法は初めて、被告人をこの問題に関して処遇したことになる。なぜなら被告人は、これによって初めて被告人としての自己の運命を自覚的に切り拓くことになるからである。たとえ被告人の反対尋問が彼の所期する成果を収めえなかったとしても、彼が自覚的に彼の運命に立ち向ったこと、すなわち人事を尽くしたことは確かである。結果が所期に反したのは天命である。人事を尽くして天命に身を委ねた彼に対しては、人間としての誇り、人格的尊厳性、刀折れ矢尽きて敵に降った勇者の栄光が保持せしめられる。これに反して、反対尋問によりその意味する所とその真偽または明確さの程度とをはっきりさせる道を断たれた供述によって、自己に不利な事実認定を甘受しなければならぬとすれば、それは自己に対し讒言・中傷を加えた人と対決の機会を与えられないことなしにその讒言・中傷によって直接左遷され鹹首され、または処罰されると同じ不正であって、自己

の人格的尊厳を全うされる所以ではない。

ところで、この見解によるときは、反対尋問を経ない書面や伝聞は、それが物的証拠として証拠たりうる場合（これについては次述）を除き、供述証拠（供述の意味内容自身が直接訴因事実の存在を推知せしめるものとして用いられる所の証拠）としては絶対的に（したがって如何なる例外も認められることなく）証拠とされてはならない。例外を認めることは直ちに被告人を人格として処遇しないことを意味する。しかるに近代刑法法の至高の普遍的原理は、正に被告人を人格として処遇することにはかならないから。

前掲拙論は、このことと、さらに(一)近代刑法法上証明の対象は物理的世界において経過した事実に限られること、(二)偽証罪の威嚇の下証人に真実を述べることを強制した上で、供述した所の意味内容を直接被告人の有罪事実の認定の証拠として用いることは、①証人の自由の抑圧であり、②証人の人格への法・国家権力の闖入であり、かつ③証人の人格を被告人処罰の手段として利用することであって、④人格の自由の保障、⑤人格への闖入禁止および⑥人格の手段化・道具化禁止という、「証人（を含めた全訴訟関係人）を人格として処遇すべきである」との近代刑法法の根本原理の要請に背くこと、ならびに(三)証言（を含む供述一般）の意味内容そのものは、証人（を含む供述者一般）の犯罪（訴因事実）と物理的世界において直接に關係のある原体験そのものではなく、その原体験の証人（供述者）による意味づけ・解釈、記憶、想起、記憶され想起された解釈・意味内容の（言葉または文字・記号・図などへの）表現、その表現の裁判官（または陪審員）による解釈・理解でしかないから、本質的に証拠ではありえず、証拠たるその原体験についての証人（供述者）および裁判官の意見にすぎないことを総合的に把握して、結局、書面や伝聞に限らず証言一般、証言に限らず供述一般は、その意味内容自身が直接証拠であることを絶対に認められず、単にそれを手がかりとしてしかじかの物的証拠が発見されたという事実や、それと別個独立・無



關係に発見されたし、かじかの物的証拠がそれとこの範囲で一致しないという事実が、その物的証拠全体と論理的に結合されることにより構成される意味連関の中に、訴因事実の存在という意味が組み込まれている場合に限り、かつその意味においてのみ、証拠とされうるにすぎない、と述べた。この意味で供述証拠は独立の証拠ではなく、本来の「それ自身として独立の物的証拠に対して、後者との關係（後者がそれを手がりとして発見されたとか、後者とし、かじかの範囲で一致し、または一致しないとかの事實關係）が一種の事實証拠（「物的証拠」として本来の物的証拠が形造る意味連関を補足するという意味において、一種の補強証拠であるにすぎない、とも述べた。それ故にまた、書面に対し例外的に証拠能力を認めらるべき条件は、三二一条以下所定の要件では足りず、常に他の本来的な物的証拠との叙上の意味における全面的かつ厳密な一致（不一致が少しでもあればだめである。その理由は後述。）でなければならぬ、とも述べたのである。

もう一つ注意すべきは、この拙論では、書面に対してはかような厳しい条件の下に例外的に叙上の意味における物証としての証拠能力を認めたいけれども、狭義ないし本来の意味の伝聞に対しては、一切かような例外を認めなかつたことである。その理由は、書面は前述のように確かな証拠によりその供述内容が真実ある人の意思表示であることを認められる場合があるけれども、伝聞にはそれを確かめる方法が全くないから（「あの人がこう言っていた」といくら別人が述べても、こうという内容がその人の意思表示であることの物的確証は全くないから、言いかえれば記憶には筆跡も声紋もなく、記名も押印も施すことはできないから）、伝聞には本質的に物証との全面的かつ厳密な一致ということがありえない、という点に在る。（三二四條二項はこの点で維持できない。これについては後述。）

さて、私見の論理を貫けば当然右の如くであり、かつ被告人や証人、一般に全訴訟關係人を人格として処遇する

ことは近代刑訴法の至高の普遍的原理であると共に、当面の問題に関してはこの至高の原理の一具体化たる被告人の反対尋問権保障は憲法の明定する所でもあって、単なる理想やたてまえや努力目標にとどまるものではなく、実定法の根本規定でもあるのだから、三二一条以下のいわゆる伝聞法則例外規定は、あくまで右の見地から解釈すべきであり、そうすると例外を認めるための要件として多くの場合要求されている所のいわゆる「特信情況（特に信用すべき情況）」の存在とは、前記私見の意味における「他の物的証拠とその供述内容との全面的かつ厳密な一致」の意味に理解すべきであると共に、規定の文言上はこの要件が欠けている場合（たとえば三二一条一項一号により書面を証拠とする場合）にも事の性質上当然にこの条件を充すことが必要であると解すべきである。そしてこの見地から見なおすと、規定の文言上明確に特信情況の存在が要件とされている場合のうち三二一条一項二号および三号の場合は、何もこれらの場合だけを一号の場合から区別して特別に特信情況が必要だとしているのではなく、二号は、公判準備または公判期日における供述と書面たる供述とを比較して後者の方がより全面的かつより厳密に他の物的証拠と一致することを要するとして、一号における一般的な一致の要件をさらに限定したものであり、三号は、その供述が一号における一般的な一致の程度を超えてさらに高度の特別の一致を要するとして、一号の要件を一層加重したものである、と解することができる。

このようにして、三二一条以下の例外規定の多くは、私見の論理によって無理なく解釈しなおすことができるのであるが、三二四条二項が狭義の伝聞についても三二一条一項三号を準用して例外的に証拠能力を認めたことは、前述の如く私見の論理では認めえない。また、三二二条は、書面の内容が被告人自身の意思表示である場合の規定であるから、被告人以外の人の意思表示を内容とする書面について述べられた所の、上述の如き私見の論理とは一見無関係の如く見え、法もまたこの外見に欺かれて三二二条を設けたのであるが、果してこの外見が実質的にも

その通りであるかは問題であつて、これについては後に改めて考察する。そしてこのこととの関連で、三二四一条一項の当否も併せて検討されなければならない。最後に三二八条の問題が在る。せつかく三二〇条一項で書面と伝聞との証拠能力を原則として否定したのに、三二八条により、すべての書面と伝聞とが、別の供述証拠の証明力を争うための証拠としてならば、無制限に用いられうることとなる。証明力を争うための証拠という言葉の解釈の如何によつては、三二〇条一項によつて奪つた証拠能力の大部分を三二八条によつて与え返す結果となりかねない。そして判例・実務の解釈は現実にならぬ結果を生んでるのである。そこで広い解釈を何とかして適当な範囲に制限しようとする試みが幾つかなされているが、現在の所そのどれにも重大な欠陥がある。この問題も一層根本的な見地から考察しなおす必要がある。

かように、伝聞法則の例外規定中に、私見の根本見地から説明し尽くし合理的に解釈しなおすことの困難な規定が種々含まれている理由は、立法者が伝聞法則に、以上の如き私見（それは根本の見地に関する限り通説とも一致しているのだが）の理解とは異なる別個の趣旨（伝聞を証拠としてはならない理由）を併せ含ませたこと、そして後の趣旨の方に遙かに大きな比重をかけて伝聞法則の全体的趣旨を理解し、この理解に基づいて例外許容の条件を考へ出したことに在る、と考えられる。ではその趣旨とは何か。

- 二 特信情況とは他の物的証拠との全面的かつ厳密な一致である——狭義の伝聞は絶対に証拠能力を認められぬ
- い——被告人の自己に不利な書面供述にも三二一条一項に準ずる証拠能力要件が必要である——被告人の自己に有利な書面供述は無条件に証拠となしうる

人間の言葉は意思伝達手段としては甚だ不完全なものであるから、対話の中で言葉を使って自分の思想を他人に伝えようとする人は、通常言葉だけに頼らず、表情や身振り手振りや抑揚・強弱・間のとり方・遅速緩急や相手とのやりとりの呼吸・あやなどをふんだんに駆使して言葉の足りない所を極めて大幅に補うのを常とする。それらを取り除いた言葉そのものは、人体にたとえれば骸骨であつて、専門家でなければそれだけでは頭部胴体手脚の大体の構造と大小とぐらいつかわからず、美醜・肥瘦・老若はもとより男女の性別すら定かではない。しかるに、書面やまた聞きの直接的内容は正にその表情・身振りなどを取り除いた言葉の骸骨であるから、それを証拠にして訴因事実を認定することができる程に明確豊富な意味内容を裁判官（または陪審員）がそれから汲み取ることは本来不可能である。そうするためには、必ず本人を公判廷に呼んで彼が言葉に表情・身振りなどをまじえて語るのを見聞きし、かつ原告・被告および裁判官が彼の語つた所についてその意味を一層明確にするための質問を行ない（それへの答え（これまた言葉の外に表情・身振りなどを含む）を見聞すること（直接主義）を通じて、彼が言わんとする所の意味を理解（実体的真実の発見）しなければならぬ。つまり、このような尋問を経ない書面やまた聞きの直接的内容を証拠とすることは認められない。これが伝聞法則およびそれと不可分の尋問権保障の第一の趣旨である。それ故この場合保障さるべき尋問権は憲法三七条二項の「被告人の」尋問権、それも特に被告人に不利な証言の提出者に対する「反対」尋問権だけにとどまらず、原告（検察官）および裁判官の尋問権一般を含むべきである。

次に、人間の言葉および表情・身振りなどは、自己の思想を正確明瞭に他人に理解させるための道具であると同時に、実はしばしば自己の思想をあいまい、不明確または全く異なる・時には全く正反対のものとして他人に理解させるための道具でもある。つまり、自己の思想を相手に対して隠し、相手の知りたい気持をはぐらかし、自己の思想の何たるかに対する疑問・不安・困惑を相手の心に生ぜしめ、または自己の思想を相手に誤解させるための道具

でもある。書面やまた聞きの直接的内容だけをいくら読みなおし聞きなおしてみても、それが果してその人の本心の吐露か、それとも上述のような本心の隠蔽・はぐらかし・攪乱または誤解惹起の手段であるのかは、判定のしようがない。それが判定できない以上それを訴因事実認定の証拠として用いることは極めて危険である。かくて書面や伝聞の証拠能力は排斥される。それを判定するためには本人を公判廷に呼んで彼が言葉と表情・身振りなどによって語る態度を観察して、その意図の那邊に在るかを看破しなければならず、さらに原告・被告および裁判官の質問に対する答えぶりを観察することを通じてこれを看破しなければならぬ。そしてそれが看破された（と裁判官が確信した）場合にのみ、その看破の結果に従い供述者が本心を吐露しているものについてはその文言や表情・身振りなどが表現する所の通りの事実を認定し、隠蔽・はぐらかし・攪乱または誤解惹起の意図に出たものについては供述者がその文言や表情・身振りなどによって隠蔽し・はぐらかし・その認識を攪乱しまたは誤解させようとした所の事実を推知することに努め推知できた（と裁判官が確信した）場合にその推知した事実を認定することが許される。そしてそのことを可能にする法的手段が原告・被告および裁判官の尋問権の保障である。

さて第三に、人間は右の如く自己の思想の他人に対する意図的意識の自覚的な隠蔽・はぐらかし・攪乱または誤解惹起を目的として言語・表情・身振りなどを用いることがあるだけでなく、常に多かれ少なかれ無意識的無自覚的に、深層心理的な・抑圧され・自己に対して隠蔽された意図の下にまたは自己にとつては深層心理的にも全く偶然の事情（たとえば質問者から暗示をかけられることや自己暗示）により、訴因事実と物理的世界において直接関係した所の自己の原体験について記憶違いすなわち部分的または全面的な忘却・創作（空想と事実との混同）・他の記憶との置き換えをやり、さらにその記憶の解釈・意味づけについても同様の忘却・創作・置き換えを行ない、かくして原体験を素材または出発点として多かれ少なかれ創り変えられたその記憶および意味づけを、自らは意識

的に真実であると信じて言語・表情・身振りなどにより表現するものである。つまり簡単に言えば無意識的な嘘をつくのが常である。さらに表現の仕方についても個人差が激しく、また表現技術の本来の拙劣さやその都度の失敗により、自己の思想とその言語・表情・身振りなどへの表現と裁判官（または陪審員）によるその表現の解釈を通じてのその思想の理解との間には、どうしても相当大きな隙間が生じることを避けることができない。これもまた一種の無意識的な嘘である。これらの無意識的嘘を発見し指摘して供述者に原体験の記憶とその意味づけとを訂正させ、あるいは本人が不正確なまたは客観性に乏しい表現によって言わんとした所を裁判官に正確に理解させるためにも、公判廷における原告・被告および裁判官の供述者に対する尋問は必要不可欠であり、この尋問を経ない書面やまた聞きのみによる供述は証拠としては無価値である。この意味でも尋問権保障と伝聞法則とは刑事法の基本原理とされなければならない。

そして最後に、書面や伝聞の供述には嘘を言わない保障としての宣誓の欠けていることが、以上の諸理由を一層強化する。

概ね以上の如き（直接主義・実体的真実発見のための要請）が、伝聞法則およびそれと不可分の尋問権保障の本来のそして最重要の趣旨であると、立法者が考えたであらうと想像される所のものである。（学説中にも伝聞法則、反対尋問権保障の趣旨を同様に説明しているものがある。たとえば平野・刑事訴訟法二〇三頁。）これを前述拙論が趣旨としたものに比較すると、次のような根本的本質的違いがある。

第一に、書証や伝聞は尋問特に反対尋問を経ないから証拠にすることができない、という所までは同じであるが、尋問を経ないとなぜ証拠としないかの理由が全く違う。拙論では尋問それも専ら反対尋問は、被告人が被告人としての自己の運命を自覚的に引き受け自らの意思でその運命を切り拓いてゆくことにより人格としての尊厳

性を全うするために、必要不可欠であり、かつ人格の尊厳性の保障は近代刑訴法の至高の普遍的原理であつて絶対にその例外を認めることは許されないから、反対尋問を経ない供述を証拠とするものは絶対に許されないのだ、と説く。これに對して、想像される立法者の考えでは、書面や伝聞はそれ自身としては意味が不明確で意識のおよび無意識的な嘘が多いから、これをそのまま証拠とすることは通常は事実認定を誤らしめる危険があつて許されない。原告、被告および裁判官が供述者本人を公判廷で尋問すれば、供述の際の表情・身振りなどを言葉が直接表現する意味と併せて観察することにより、また言葉の前後関係の論理的整合性や矛盾を明らかにすることにより、その意味の不明確さを補い意識的な嘘をあげき無意識的な嘘を指摘し訂正させ誤解を正すことができ、かようにして理解された供述の意味内容は供述者の原体験そのものと正確明瞭十分に一致するから、これをそのまま事実認定の証拠として用いることにより、正確な事実認定に到達することができる。かくて原則として供述は、反対尋問を経なければ証明力が不安定で危険であるという理由で証拠となしえないが、例外的に反対尋問を経なくても証明力が高く安定している場合（いわゆる特信情況の存する場合）には、供述そのものとして（つまり供述の意味内容そのものを直接）証拠となしうる。かように説く。

第二に、このような根本の本質的な趣旨の違いから論理必然的に、すでに右の説明の中で断片的に述べられた如く、①書証を例外的に証拠となしうるための要件、②その場合の証拠としての性質、③狭義の伝聞を例外的に証拠とすることの可否および④保障すべき尋問権の範囲につき、これまた根本の本質的な違いが生じる。以下その各々について検討する。

①および② 拙論によれば反対尋問権の保障は近代刑訴法の「被告人を人格として処遇せよ」との至高の法理に由来する絶対的要請であるから、書面はそこに記載された供述の意味内容としては、すなわち供述そのものとして

は、絶対に証拠とされえない。しかしまたそのことは、書面に限らず供述一般について言えること、すなわち反対尋問を経た供述についてもまた言えることであつて（これにつき前掲拙論参照）、それは「被告人や証人を含む全訴訟関係人を人格として処遇せよ」との近代刑訴法の至高の法理、および「証明対象たる訴因事実を物理的世界に經過した事実限り、したがつて証拠を物理的世界に經過した出来事の物理的世界に残した痕跡たる物的証拠のみに限るべし」との、近代刑訴法における証明対象と証明方法とに対する本質的な方法的制約に基づく。同時にそのことは、書面に限らず供述一般が、他の物的証拠と物理的世界において持つ所の事実関係の要素としては、つまりその供述を手がかりにしてしかじかの物的証拠が発見されたという事実、しかじかのその供述から予期された物的証拠は発見されなかつたという事実、その供述がしかじかの物的証拠とこの範囲で一致しこの範囲で一致しないという事実としては、本来の本質的に一種の物的証拠の要素（本来のそれ自身独立の物的証拠に対する補強証拠、したがつて供述自身としては独立に証拠たりえない証拠）であることを意味する。故にこのような証拠としてならば、書面は、一般に本来の物的証拠がそうであるように、反対尋問を経ることを要せずして証拠たりうるはずである（物理的世界で經過した事実に対して反対尋問をなすことは本来不可能であるから）。しかし書面はそれ自身としてはあくまで供述（何らかの意味内容の表現）であるから、それと他の物的証拠との事実関係を証拠とされる以前の段階で、反対尋問を経るべきである。そしてこれを経たものについては、右述の如く他の物的証拠との事実関係の全体が一種の物証として無条件無制約に証拠とされる。この論理を推せば、反対尋問を経ない書面は一般的に、このようなものとしても証拠となしえないという結論になる。けれども書面たる供述の意味内容そのものを証拠としえないのとは異つて、この場合には例外的に、事前の反対尋問がその供述と他の物証との事実関係を全く影響を与える余地のない場合がありうる。それがすなわちその供述と他の物証とが全面的かつ厳密に一致する場合に



ほかならない。このような場合には、如何なる尋問によつても、この完全な一致という事実が証拠として持つ所の意味を変えさせることはできない。たとえば、ここに犯行の目撃者の目撃した事実についての供述書面が在るとする。彼が、捜査官やマスコミの報道が収集された物証に合せて創り上げた所の想像の物語を、彼自身の目撃体験の如くよそおつて供述したのではなく、真実自身目撃した所を述べたのだということが、別の物証たとえば隠れて見ていた場所に残した彼の靴跡およびそれとその場所に向つて歩む彼と犯行推定時間の直前に出会つたという別の人の証言との一致（この一致は一個の事実関係として一種の物証である）によつて証明されており、かつその語る所と現場の情況およびそこで収集された物証とが逐一完全に符号してゐるとする。たとえば、彼は某時刻某場所被告人と覚しい男が被害者と覚しい男と激しく格闘してこれをなぐり倒し路上の石を拾つてそれで何度も被害者の頭を打ち石をその場に捨てて某方角へ走り去るのを見たと言つてゐる。収集された物証によれば死亡した被害者の横たわつていた場所、死亡推定時刻はこの供述と一致し、その頭骸は鈍重な物体で割られた様相を示し、付近に捨てられた石には被害者と同型の血痕が付着しており、そこには被告人の手型、指紋と推定される痕跡が留められている。被害者の体には格闘によつて受けたらしい打ち傷、掻き傷、擦り傷の跡が処々に在り、衣服も引つ張られて方々が裂けたり綻びたりした痕跡が在る。地面には被害者の履いていた靴および被告人が日頃履いていた靴の乱れた跡がそのあたり一帯に残つてゐる。被告人の身体からもその直後に幾つかの打ち傷擦り傷が見つかった。また被告人の家から日頃彼の着用していた衣服が発見されてそれには処々に破れや綻びや泥や血痕による汚れが在り、その泥は現場の泥と性質成分が一致しておりその血痕は被害者の血と同型であつた。被告人らしき男が走り去つたと書かれてゐる方向の路上で、犯行推定時刻と同時刻頃に別の証人が、被告人と体格・衣服等の一致する男が犯行現場方向から走つて来るのを見たと言つてゐる。さてこの場合被告人は、この書面供述者に対する如何なる反対

尋問によって、彼がその犯行を行なった人間であるというこれらの証拠に基づいて形成される事実認定の意味連関を、多少なりとも変えさせることができるであろうか。それは絶対に不可能である。そしてこのような場合に限り、この書面供述は例外的に、反対尋問を経ることなしに他の物証に対する補強証拠として用いられる。なぜなら、この場合反対尋問は、被告人の運命の切り拓きにとって何の意味も持ちえないことが、本来的本質的に明らかであるから。

以上に反して立法者の考え方によると、書面は供述そのものとしても（すなわちその意味内容自身を）絶対的に証拠としないものではなく、ただ通常は証明力が極めて不安定であるから誤認に導かれる危険を避けて証拠としないのであるが、例外的に反対尋問を経なくても証明力が高く安定している場合には証拠として差し支えない。これが三二一条一項の場合である。こう説明する。

しかしこの見解は、先程續々説明したように、供述の意味内容は訴因事実と物理的世界において関係した所の供述者の原体験そのものではなくて、その記憶と想起および意味づけ・解釈、そしてさらにその言語・記号・図などの符号による表現（ただし公判廷における供述の場合にはそれ以外に表情・身振り等の表現手段が加わる）とその表現の裁判官による解釈・理解との全過程であり、そこに当然先述の如き様々の不明確さや意識的無意識的な嘘や誤解が必然的に伴うことを絶対に避けることはできない、という厳然たる事実を無視している。確実に信用できる供述なるものは本来在りえない。いわんやそれが書面である場合には、言語等の符牒による表現の不十分さを補う表情・身振り等の重要な表現が欠けているから、不明確さと主観性を避けることはできず、また意識的無意識的な嘘を発見し訂正させ誤解を正す方法がない。したがって、それが特に信用できる事情など本質的に在るはずがないのである。特信情況の可能な解釈はただ一つ、前記私見の解釈のみである。

のみならず、三二二条一項の各号を比較すると、裁判官、検察官およびその他の者のうち誰の面前における供述であるかにより、本来的にその信用性に差があるものと解していることが明らかである。後のもの程証拠となしうる要件が加重され、特信情況の存在という要件がより厳しい形で付け加えられてゆくからである。特に裁判官の面前における供述を録取した書面は、裁判官の面前で供述がなされたこと自体が特信情況にはかならぬという理解に立つて証拠能力を認められている。これは、裁判官の理性を無条件に信用しようとする近代大陸法および日本法の伝統的な権威主義的訴訟観に基づき、裁判官が直接立ち会い、質問し、書き取り、供述者の確認を取ったものであるならば、当然書面の文意の不明確さは無く、意識的な嘘は見抜いて真実を認めさせ、無意識的な嘘も摘示して訂正させ、言語表現と供述者の真意との隙間もびったりと塞ぐ配慮を尽くしているはずだ、と決め込んでいるためであろうが、裁判官に本当にそんな能力が在るなら、そもそも誤判は起りえず上訴や再審の制度は全く不要のほずである。私見の如く、裁判官の面前の供述の録取書といえども、当然に、他の物証との全面的で厳密な一致という特信情況を要求すべきである。他方検察官や警察官は功に焦りまたは職業意識に駆られて、つい被告人を有罪と認定するのにも有利な供述を押しつけたりそれへ誘導したりする可能性が、確かに裁判官より大きいであろうから、要件をさらに限定し、かつ一致の全面性と厳密性につきさらに高度のものを要求しているのである。

④ 前に説明した通り、狭義の伝聞には本来の本質的に他の物証との全面的で厳密な一致ということは在りえないのであるから、私見の意味における特信情況は存在しえず、したがって例外的にもせよこれを証拠としうる余地は全く存在しない。故に三二四条二項は空文と解さざるをえない。

立法者は、狭義の伝聞と書面とのかような性質の違いはもとより、狭義の伝聞には書面を証拠とするために要求される供述者の署名もしくは押印（三二二条一項本文）はありえないという簡単な事実すら留意しなかったもの

の如くであつて、狹義の伝聞を証拠となしうる要件として三二一条一項三号を準用している。しかしこの準用は文理解釈上も不可能ではなからうか。なぜなら、三二一条一項三号は、一項本文と併せ読んで初めて文意が通じる規定であるから、これを準用すると言う以上は一項本文も当然に一緒に準用するという意味を含蓄しているはずである。しかるに今述べたように、一項本文は供述者の署名もしくは押印を要求しているのであり、狹義の伝聞は絶対この要求を充しえないからである。

「それは詭弁だ。法はできないことを要求しはしないのだから、充しえない要件はこれをカットして残りの要件のみを準用する趣旨と解すべきだ。」と反論するかもしれないが、一つの要件をカットすることで要件全体の意味が全く変わってしまう場合には、カットされた残りの要件のみの準用はもはや原規定の準用とは称しえない。そして署名または押印の要件のカットは、まさしく三号の要件が本来持っていた意味を全く別のものにしてしまうのである。なぜなら、書面は供述者の署名もしくは押印が在ることによつてまず以て間違いなくその人の意思に基づくその人の思想の表現であることを確認され、この確認に基づいて次にその表現とそこに表現されたその人の思想との信用性が三号に従つて調査され確認されるという段取りになるのである。この二重の確認、すなわちまずその人が確かにそう書いたことの確認、次にそう書いたことが信用できることの確認により、書面は窮極的に十分に信用できる証拠として採用されるものとなる。これが三二一条一項三号を立法した時の立法者の意図だったはずである。この確認システムの構成は論理的にもつともである。ところが、三二四条二項の準用で第一段階の確認がカットされたらどうなるか。裁判官は、本当にその人が言つたかどうか全く不明の言葉について、その言葉の意味内容の真实性を確認しなければならぬことになる。これは論理的に矛盾でありしたがって不可能である。

これに対してはさらに次のような反論が予想される。三二四条二項は、三二一条一項本文の署名もしくは押印に

代わる所の、その言葉が確かにその人の言ったものであることを確認せしめるに足る証拠として、伝聞供述者すなわち「あの人がこう言った」と言った人が「あの人の言葉を聞いた時の特別の事情・情況の存在を、要求している、と解すべきである。たとえば、殺人の被害者がたまたま通りかかった見ず知らずの通行人たる伝聞供述者に対して「何某にやられた」と告げて息絶えた、というような事情。被告とも被害者とも利害関係なき第三者が瀕死の人の口から発したと称する加害者告発の言葉を捏造するであろうか。故にこの事情は供述者の署名もしくは押印と同等の、その言葉が実際に吐かれたことを証明する力を有する。現に判例には、瀕死の被害者が被害直後証人に対し「やられた、やられた」と告げた旨のその証人の証言につき、三二四条二項による三二一条一項三号の準用を認められたものが在るが（福岡高判昭二八・八・二二高集六・一〇七〇）、これは正にこの趣旨であると。しかし、瀕死の人の口から漏れる言葉を、通りがかりの、当然瀕死者を見て気の動転した証人が、正確に聞き、理解し、記憶しうる保障が一体どこに在るのか。百歩譲って何がしかの確からしさを認めるとしても、到底供述者の署名もしくは押印の証明力とは比較することができない。現に記憶力抜群で真理に忠実であると自他ともに信じている学者先生ばかりが集った教授会の席で、ちよつと議論が沸騰して来ると、「お前、さっきこう言ったじゃないか。」「いや俺はそんなことを言った憶えはないぞ、確かにこう言っただけだぞ。」などというやり取りが真顔で真剣に行なわれるのを、わたくしはいやと言う程見聞して来たし、おそらくこの論文をお読みの学者先生方も漏れなく見聞して来られたに相違ない。人間が「ああ言った、こう言った」という話が当てになるくらいなら、政治家の選挙公約だとして経済学者の景氣予測だとして当てにならないことがあろうか。

③ 私見によれば尋問権の保障は、被告人に反対尋問をなす機会を必ず提供することにより彼に自己の運命を自覚的に引き受け切り拓くことを可能ならしめて彼を人格として処遇する道に欠く所なからしめるためのものである

から、被告人に対してのみ必要的たるべきものであり、原告や裁判官に対してまで必要的たるべきものではない。これに反して立法者の見地では、尋問権保障は原告、被告および裁判所の尋問によって供述の不明確な所を補充し、意識的嘘をあばき、無意識的嘘を摘示し訂正せしめ、かつ裁判官の誤解を正すためのものであるから、被告人のみならず原告および裁判所に対しても必要的たるべきである。

そしてこの考えに基づいて立法者は、三三二条一項において、被告人自身の書面供述についても、検察官の反対尋問権を保障するためにその被告人にとって有利なものは特信情況がなければ証拠となしえないこととしたのである。他方被告人に不利な被告人自身の書面供述の方は、被告人にとっては自分自身の供述であるから尋問をする方法がなく、検察官にとっては自己に有利な供述であるから敢て尋問によりその不明確さや誤りを補充・匡正する必要はなく、かつ被告人は一般に自己に有利な嘘は進んでつくけれども、自己に不利な嘘は滅多につかないものであるから本来当然に信用できる、という理由で、無条件に証拠能力を認めることとした。

しかしこれは二重三重に背理である。第一に、近代刑法法の根本原理たる「疑わしきは罰せず」の法理によれば、無罪すなわち訴因事実の不存在は、有罪すなわち訴因事実の存在の証明が不成功に終わった場合当然にそう見做されるものである。つまり、無罪の証明は無罪の積極的証明であることを要せず、単に有罪の証明を妨げること、否有罪の証明を妨げるまでもなく成功の見込がない場合にはその不成功に終るのを黙って見ていることで足りるのである。つまりそれは本来の意味で証明ではなく、必要ある場合に限っての有罪証明の妨害にすぎない。しかるにこの妨害は、裁判官の有罪の確信を動揺させ有罪であることについて合理的な疑いを裁判官の心に生ぜしめれば足りるのであるから、この妨害のために裁判官に提示すべき資料（証拠と呼んでもよいが、これから逐次説明する如く有罪証明のための証拠が三一七条の証拠裁判主義の規定で言われている本来の意味の証拠なるに対し、これはそ

こで言われている証拠ではないから、有罪証明のための証拠を証拠と呼ぶなら、無罪をかちとるための資料と呼んだ方が適切である。）の証明力（こられた本来の意味の証明力でないこと後述。）たるや、無罪を確信させるに足る程に高度のものであることを全く必要とせず、単にことによると無罪ではないかな、有罪であることが確からしくはあるが絶対に確かだとは言いい切れないな、と思わせる程度で足りるのである。そうだとすると、三三二条一項が被告人に有利な供述つまり無罪の資料たるべき供述につき、特信情況つまり供述内容の高度の真实性を保障する条件要するに高度の証明力の担保を証拠（資料ではない）とするための要件として要求しているのは、「疑わしきは罰せず」の法理に反し、有罪の確かさを少々動揺させるに足る程度の低い無罪証明力しか持たない資料は排除し、無罪を確信させるに足る程高度な無罪証明力を持つ証拠（資料ではない）により裁判官に無罪を確信させなければ無罪と認めさせまいとしていることになる。私見によれば、反対尋問権保障は徹頭徹尾被告人のためのもの、被告人を人格として処遇するためのものであるから、検察官の反対尋問権保障のためにせつかくの無罪資料を排除し、例外を認める要件に特信情況を要求して、かような背理を犯すに至る必然性は全く生ずる余地がない。

他方、被告人に不利な事実の承認を内容とする被告人自身の書面供述を無条件に有罪の証拠として用いることを認めているのは、立法者の考えとしては上述の如く、自己に不利な事実の承認であるということ自体が本来当然に特信情況であるというつもりだったのであろうが、そう考えた時立法者は、憲法三八条三項および刑法三一九条二項における自白（自己に不利な事実の承認を内容とする供述の一種であり、かつその中で特に重要なもの）の証明力の評価に対する法の厳しい制限を、すっかり忘れてしまったものの如くである。後者の法理を推せば当然、自己に不利な事実の承認を特信情況と見做すことは許されないはずである。そして経験則上も自白を含めてそのような承認は、自発的なまたは強制されもしくは誘導された嘘である可能性が相当に大きい。もっとも三三二条一項

但書は、強制された場合を考慮してその疑いある場合は証拠となしえないとしているが、その疑いを資料に基づいて生ぜしめることができない場合にも經驗則的にはなお強制された場合が大いに在りうる所から、憲法三八条三項および刑訴法三一九条二項の自白の証明力の評価に対する厳しい制限が置かれている、という厳然たる歴史的事実を忘れてはならない。そうであるのに敢て不利益事実の承認に対し無条件に証拠能力を認めることは、立法者の考えはどうあろうと客観的には、結局疑わしい資料により有罪の証明をなすことを認めることに帰着し、「疑わしきは罰す」の結果を招くことになる。被告人に有利な被告人自身の書面供述に特信情況を要求して「確実に無罪なるもののみを無罪とする」と併せて、三三二条一項は近代刑訴法の根本法理「疑わしきは罰せず」に対する重大な裏切りである。

さらに、被告人自身の供述に対し被告人の反対尋問ということはできない相談だから、被告人に不利な被告人自身の書面供述は伝聞には違いないが公判廷で本人を尋問してもやはり伝聞である所の伝聞であり、したがって伝聞法則の適用を受けず証拠能力を排除されない、という立法者のもう一つの理くつに対しては、次のように反論しなければならぬ。

まず立法者が念頭に置いたであろう所の前述の理くつ、「自己に不利益な事実の承認であるからそれは当然に特信できる。これに対して被告人に有利な被告人自身の供述は一般に疑わしい。」を前提に置いて考えると、被告人は一旦自己に不利益な事実の承認を内容とする供述をしたが最後、後でいくらそれを否認しても絶対に信じてはもらえない。裁判所は法の指図に従い不利益事実承認供述の方を無条件に信用した上で、後はただしそれが自白ならば三一九条二項が要求する補強証拠の裏づけをひたすら探すだけである。そしてその裏づけに失敗した場合のみ、本当は確かに有罪なのだが補強証拠が揃わぬので残念ながら証拠不十分で無罪にせざるをえない、と未練たら



たらずでやつと無罪にしてくれるわけであるが、この場合にも何しろ自白は本来的本質的かつ当然に特信できるのだから、必要な補強証拠の範囲の解釈は必然的に甘くなって、私見の如く被告人自身がやったということまで含めて全面的にかつ厳密に他の物証と一致することを要すると解するどころか、被告人自身がやったということだけ除いて罪体の全部について補強証拠を要するとの一部学説（団藤・新刑事訴訟法綱要七訂版二八八頁）に従うどころか、罪体の重要な部分についてのみこれを要するとの極めて甘い学説（井上・刑事訴訟法原論二〇七頁）さえ厳し過ぎると非難して、「相当程度」（最判昭二三・六・一集二・六一八）、「自白にかかる事実の真实性を保障しうるもの」（最判昭二三・一〇・三〇集二・一四二七）、「犯罪が架空のものでなく、現実に行われたものであることを証するもの」（最判昭二四・七・一九集三・一三四八、同昭二八・一二・二二集七・二五九九）たることで足りるとする判例の見解を必然の帰結としてしまうのである。ましてそれが自白でない場合には、何らの補強証拠もなしに直ちに真実と見做されてしまう。自白・承認の証明力をひたすらに制限して物証を証拠の王座にすえようと努力して来た近代証拠法の歩みに全く逆行する恐るべき結論と言わなければならない。

次に立法者の理くつを排除して、自白・承認も自己に有利な被告人の供述と全く同様に疑わしいという立場に立ち、さらに自己に有利な供述には無罪証明の資料として無条件に用いられることを認めた上で、自白・承認には反対尋問はできない理くつであるから、できないことを要求することはあきらめて、最初から無条件に有罪証明の証拠とすることを許すと解するのは如何であろうか。一見公平らしくみえるこの取扱いは、実は重大な論理の欠落が在る。すなわち、反対尋問が本来的本質的に出来ないという事実は、それだけでは、だから無条件に証拠としてもよいという結論を当然には導かず、だからそのような書面供述は絶対に証拠になしえないという結論をも、これと全く対等の資格を以て導きうる。そのいずれが正しいかは、さらに別の観点からの考察によって決せらるべき問

題である。

そこでこの点につき考えてみるに、まず伝聞法則・尋問権保障の趣旨を立法者の考え方に添って書面やまた聞き  
の不明確さ・意識的無意識的嘘の排除訂正・誤解の克服のためと解する立場に立ち、かつ立法者のとった自白・承  
認を本来の本質的かつ当然に特信できるとする前提を捨て去るならば、被告人自身の書面供述と被告人以外の者の  
書面供述とで、大幅な不明確さ・意識的無意識的嘘・誤解の不可避的存在の事実特に異なる点はないのであるか  
ら、伝聞法則とその例外要件とについて両者を区別すべきではない、という結論になる。次に、私見によって伝聞  
法則・反対尋問権保障の趣旨を被告人の自覚的な運命の引き受けと切り拓きを確保する必要に求めるならば、公判  
廷外の自白・承認についても、もし被告人が公判廷で自己の被告としての運命を自覚的に切り拓くために最善と考  
える手段の一つとして、その自白・承認の不明確さを補充し嘘を訂正し裁判官の誤解を正すための努力を尽くすべ  
きであると考えた場合に於ては、これをそのまま証拠とすることは許されず、被告人の公判廷における供述と、こ  
れに対する被告人自身の反対尋問に相当するものとして弁護人の尋問がまずなされて、しかる上でその供述を証拠  
としなければならぬ。自分自身に対して反対尋問はできぬという形の上の言いがかりは、近代刑法法のこの至高  
の要請を阻む要因とはなりえない。現実問題として被告人が公判廷において前の自白・承認と同趣旨の自白・承認  
をした場合、裁判官が有罪の証拠として採るべきは前者であつて後者ではない、ということとは、つまり公判廷にお  
ける供述が優先して証拠とされるべき理を示している。実際に公判廷外の自白・承認の証拠能力が問題となるのは、  
公判廷において被告人が前の自白・承認をひるがえすかまたはその点について黙秘する場合である。このようなこ  
とは一般の証人についても当然起りうることであり、三二一条一項一ないし三号は、このような場合を予想し、特  
に一号二号はこれを以て書面供述を証拠としうるための一要件としている。被告人自身の供述についても当然この

理は妥当すべきであつて、さればこそ被告人が公判廷で同じ自白・承認をくり返すときには公判廷外の自白・承認は現実問題としても裁判官の心証形成の基礎とさるべきでなく、公判廷で黙秘されるか（証人には黙秘はないたてまえであるから、三二一条一項一、二号には「前の供述と異つた」および「前の供述と相反するか若しくは実質的に異つた」「供述をしたとき」とのみ書かれていて、黙秘したときとは書いてないが、理として証言が拒否されたときをも含むべきである）または自白・承認がひるがえされた場合に初めて実質的に証拠とさるべきか否かが問題とされるのであるから、この場合証拠とするための要件は、三二一条一項に準ずると解すべきである。それゆえ特信情況として一般に他の物証との全面的かつ厳密な一致を要することも同じであり、これは要するに「有罪を認定するには自白に対し全面的かつ厳密な補強証拠が必要である」との三一九条二項の意味を完全に包含すると共に、さらに自認に対しても同様の補強証拠が必要であることを含意している。

かくて私見によるときはもちろんのこと、立法者の考える根本趣旨から推しても、三二二条一項が書面たる自白・承認に無条件の証拠能力を認めたことは背理である。立法者は、彼の考えた根本趣旨から派生する、表面的形式的な論理のつちつま合わせのためにこの規定を置いたが、その結果かえつて制度全体の根本趣旨そのものを裏切るに至つた。自己矛盾と言わなければならない。かような自己矛盾に陥ることこそ、実は立法者の考えたような制度全体の根本趣旨の理解が誤つていることを示すものである。

なお、三二二条一項そのものが不合理だとすれば、三二四条一項の狭義のまた聞きの場合におけるその準用は、三二四条二項について前述したのと同様の狭義のまた聞きに証拠能力を認めることの不合理がさらに重畳して、ほとんど荒唐無稽とも言うべき不合理を生じる、と言わなければならない。実例に徴すればそのことはさらに一層明瞭である。たとえば証人が「被告人はしかじかの罪を犯したとわたしに告げた」と証言した場合、本当にそう告げ

たかどわかの証拠はその証人の言葉以外に全くないとしても、その被告人が証人に告げたと称せられる自白が、有罪認定の証拠とされうるのである。それでも、その言葉が自白である場合には別に補強証拠がなければ有罪にならぬから、補強証拠の必要程度を厳しく解すればまだしも助かる余地があるが、不利益事実の承認である場合には補強証拠が要らないからその言葉だけでその不利益事実が認定されうることになる。たとえば犯行時に被告人が新潟大学人文学部で沢登教授の講義を受けていたという沢登教授の証言がある場合に、別の証人甲が「被告人は沢登教授の講義はくだらないから一度も出席したことがないとわたしに言った」と証言し、また別の証人乙が「沢登教授は学生の顔と名前を時々間違えることがある」と証言したとすると、裁判官は「してみると被告人が当時講義に出ていたという沢登教授の証言は疑わしく、他方被告人自身は一度も講義に出たことはないと言っており、この方は三三四条一項と三三二条一項とにより無条件で証拠能力を認められ、かつ被告人が自分にそう告げたと述べた証人甲の証言は、沢登証言に対する乙証言の如きその証明力を疑わしめる別の証拠が提出されておらず証言の態度・反対尋問の経緯から見ても措信できるから」という理由で、「被告人にはアリバイがない」という事実認定をすることになる。そして他に被告人の犯行を証する幾つかの証拠があれば、結局被告人は証人甲のまた聞きの一言で、それさえなければ（乙証言と併せ考えると沢登証言はなるほど疑わしくはあるが真実である可能性も相当程度あるから）沢登証言のおかげで無罪になったはずなのに有罪にされてしまう。恐ろしいことと言わねばならない。被告人がそう述べたことが確実である所の書面による承認でさえ無条件で証拠とすることを許すのは不合理なのに、そう述べたかどうか確認のないまた聞きの自認なんかには、訴因事実を証明する——訴因事実の存在につき確信の心証を与える——に足る証明力があるはずがない。あるはずのない証明力を三三四条一項はあると擬制しているのである。背筋が寒くなる話ではないか。

三 三二八条の趣旨「有罪証拠の証明力を争うための証拠には証拠能力は不要である」

最後に三二八条の解釈を論じる。まず私見の結論から先に説明する。

私見によれば三二八条は、三二二条ないし三二四条の規定により証拠とすることができない書面または供述であっても、公判準備または公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力すなわち「訴因事実（有罪）」を証明する証拠としての価値を争うためには、これを証拠とすることができる、という趣旨の規定である。この解釈は三二八条の文言をそのままなぞっただけのことだが、証明力という語の定義を鍵括弧で付け加えた所がミソであり、これによって言わんとする所は一読して明瞭である。すなわち、三二二条ないし三二四条による証拠能力の制限は要するに「訴因事実の存在（有罪）」を証明する証拠に対してだけ要求されるのであって、「その不在（無罪）」の疑いを起させる資料」としての証拠に対しては要求されない、ということである。言い換えれば、訴因事実の不在（無罪）の疑いを起させるためならば三二二条ないし三二四条によって証拠能力を認められない資料を用いて、証拠能力のある証拠による訴因事実の存在（有罪）の証明を動揺させること、つまり訴因事実の存在（有罪）の証拠の証明力を争うことは、差し支えない、ということである。さらに言い換えれば、有罪の証明は厳格な証明（公判廷で適法な証拠調を経た証拠能力ある証拠による確信の心証を形成させる証明）でなければならぬが、無罪の証明は自由な証明（厳格な証明でない証明）でよい（ただし無罪証明がそもそも証明かの問題があり、後ほど改めて論じる）、ということである。

かように解すべき理由は次の通りである。

(一) 三二八条に言う「証明力を争う」の意味を「訴因事実の存在（有罪）の証明力を争う」の意味に限定して理

解すれば、今見たように、三二七条の文言を一字一句たりとも補ったり読み変えたり拡張解釈したり類推解釈したりすることなく、極めて素直に、筋の通ったごもつともな意味に理解しうる。これに反して後述する如く従来の判例や諸学説の解釈は、文理解釈上の筋を通せば結果的にごもつともでなく（いわゆる無制限説の場合）、ごもつともであろうとすれば筋が通らない（制限説のいずれの場合も）ことになる。

(二) 「証明力を争う」の意味をかように限定して理解すべきであることにも、次のような実定法的（法文的）および理論的根拠が十分に在る。

まず実定法的（法文的）根拠を出発点にして説明すると、「証明力を争う」という場合の「証明」という語は、法文上、そして多くの場合学説上も、「疎明」という語と区別して、いわゆる「確信の心証を必要とする立証」の意味に用いられている。これに対して疎明に必要な心証は「一応の推測で足りる」とされている。例えば一九条三項、二〇六条一項、二二七条二項、三七六条二項、三八二条の二三項、三八三条、三九三条一項、規則九条三項、規則一七九条の四の一項などの場合はすべてそうである。この法文上一般的な用例に最もすなおに従えば「証明力を争う」という場合の「証明力」の「証明」も「確信の心証の形成」の意味と解すべきであり、したがって証明力は「確信の心証を形成せしめる力」「確信の心証を形成させるに足る証拠としての価値」の意味に解すべきである。

「それは詭弁だ、証明という語は常識上も学術用語としても狭義の証明と疎明との両者を包含する広い意味に用いられており、法文上も証明力と言う場合の証明は専らこの広い意味なのだ。」という反論には次のように答えよう。「疑わしきは罰せず」の法理により、無罪心証は有罪心証たる有罪の確信が形成されないことで足り（必ずしも積極的に有罪の確信の形成を妨害することを要しないこと前述の通り）、確信の心証たることを要しないから、

無罪心証の形成（それが果して形成なるか否かは問題だが、そのことはすぐ後でわかるから、さし当たり形成と云っておく）は法文にいわゆる証明ではなく、疎明ですらなく（疎明には一応そう推測させることが必要である）、単に有罪証明の不成立ないし不存在にすぎない。つまり、有罪証明が成功せぬ限り無罪はいわば「初めから立証されている」あるいは「本来的に立証されている」のである。だからたとえ証明という語を疎明を含む広い意味に使用おうとも、普通の用語で言う証明・立証は、無罪については存在しないのである。普通証明・立証と言われるのは、まず証拠を出してみても巧くゆけば成功し（存在し）まずくゆけば不成功に終る（不存在となる）所のもので、証拠を出さないうちから（初めから、本来的に）存在している所のものではない。したがって無罪心証ないし無罪心証の存在、ということは在るが、無罪心証の形成、ということはない。有罪心証が形成されない限り、無罪心証は存在する、否、有罪心証の未形成がすなわち無罪心証なのである。そして証拠によって心証（確信の心証または一応の推測）を形成させることが広義の証明（狭義の証明および疎明）なのであるから、無罪心証の形成ということがない以上無罪証明ということもありえない。また心証の形成力・心証を形成させる証拠としての価値が証明力（狭義の証明力と疎明力とを含む）にはかならないから、無罪心証の形成ということがない以上無罪証明力というものもまたありえない。

従来はこのことに気づかず、無罪心証も疎明の場合同様一応無罪を推測させる証拠によって形成されなければならない、つまり疎明されなければならないとうっかり思い込んでいたので、三二八条に言う証明力を広義に解して狭義の証明力（確信の心証）有罪心証を形成させる証拠としての価値すなわち有罪証明力）と疎明力（一応の推測を生ぜしめる証拠としての価値）とをこれに含ましめれば、疎明力の中に当然無罪証明力も含まれるから、「証明力を争うため」の証拠には有罪証明力を争うための証拠と並んで無罪証明力を争うための証拠も含まれる、と解

して少しも怪しまなかつたのである。しかしそう解すると、無罪証拠が措信できないことの証拠に三二一条ないし三三四条により証拠能力を認められない疑わしい供述（書面や伝聞）を無制限に使用してもよいということになり（いわゆる無制限説。たとえば団藤・新刑事訴訟法綱要七訂版二四五、二九〇頁）、後に詳述する如く、また多くの学説が指摘している如く、疑わしい証拠で有罪を認定することを許し、結局は三二一条ないし三三四条による証拠能力制限の意義を無に帰せしめるか、少なくとも著しく減殺することになってしまふ。そこで多くの判例学説が、証拠能力なき証拠を有罪無罪の証明力を争うために使つてもよい場合を、三二八条の文言から離れて勝手に適当に制限しようとした（たとえば、自己矛盾の供述に限る、平野・刑事訴訟法二五三頁、栗本・伝聞法則・法律実務講座刑事篇八卷刑事訴訟法一八七三頁以下。それと証人の信憑性のみ関する補助事実とに限る、江家・刑事証拠法の基礎理論訂正版一七八頁以下。など）。しかしこれは三二八条の文理から言つて筋が通らないばかりでなく、無罪証明力を争うためばかりでなく有罪証明力を争うためにも証拠能力なき証拠の使用を制限する結果となり、「疑わしきは罰せず」の法理を裏切る結果となる。証拠能力はないが有罪証明に対する疑いを生ぜしめるに足る資料、つまり無罪証明力ではなくて有罪証明力を減殺しまたは不存在ならしめる力、言い換えれば有罪証明妨害力を持った証拠がせつかく在るのに、これを使うことを禁じ、その結果他の証拠から有罪証明が成立してしまふならば、それは結局「疑わしきは罰せず」ことになるではないか。そこでさらにある学説（田宮・証明力を争う証拠の問題、ジュリスト二七二号五八頁以下）は、有罪証明力を争うための証拠には無制限説、無罪証明力を争うための証拠には制限説（自己矛盾の供述に限るとの）を適用するという使い分けを提案した。しかし、無罪証明力という概念を認める以上この使い分けは文理上無理である上（無罪証明力を争うための証拠に無制限説を適用すると被告人の証人尋問権を害することになるから、と説明されるが、それなら三二一条一項の例外もすべて認められないはずである。無罪証明力概念を認



める以上は、三二八条も三二〇条一項の例外として証明力を争うための証拠として用いることを規定したと解する通説の方が筋が通る。)、自己矛盾供述だけは証拠能力がなくても被告人の証人尋問権と矛盾しないから無罪証明力を争うための証拠としても認めようというのは(それ以外の供述を証人尋問権保障を楯に排斥するという理論構成の結果論理的にそうならざるをえなかったのだが)なお不徹底で、疑わしい証拠によって無罪証明をつぶすと、つまり「疑わしきは罰す」を制限的にもせよ許す結果になってしまう。

さて、証明ということが無罪つまり訴因事実の不存在に対してはありえない以上、「証明の根拠」すなわち「証拠」もまた無罪に対してはありえない。言葉の正確な使い方としてはそうあるべきである。三二八条は「証明力を争うためには、これを証拠とすることができると述べているので、もし私見の如くこれを専ら有罪証明力を争うための、したがって無罪をかちとるための証拠の意味に解すると、この点で矛盾に陥るぞ、と指摘する人があるかもしれない。しかし実はそうではないのであって、上述の如く無罪を証明する証拠というものはありえないが、有罪証明を妨害する材料、有罪証明を疑わしいと思わせる資料としての証拠は、有罪をかちとるために必ずしも提出する必要はないが、つまり黙っていても有罪証明が成功しそうなれば提出不要だが、黙っていると有罪証明が成功しそうな場合には提出する必要があるわけで、三二八条は正にこのことを、「(有罪) 証明力を争うための証拠」という言葉で表現したのである。そしてこの表現はまさしくこの意味にのみピッタリ適合しているのであって、「無罪証明力を争うための証拠」という言葉として考えると全く意味不通である。なぜなら——無罪証明力を争うための証拠は常に当然に有罪すなわち訴因事実の存在そのものの証拠であって、言葉の上ではともかく意味上は後者から区別されえない。しかるに、有罪そのものの証拠として三二一条ないし三二四条により証拠能力を認められない供述を用いえないのは当然である、否、三二一条ないし三二四条は正に、どのような供述を有罪そのもの

の証拠として用いてはいけなにか、どのような供述なら用いてもよろしいか、の規定にはかならないのである。そうである以上、三二一条ないし三二四条で証拠とされえない供述が三二八条により無罪証明力を争うための証拠として証拠とされうることとは不可能である。通説判例は強いて有罪そのものの証拠と無罪証明力を争うための証拠とを区別し、それをたとえば次のような例で説明する。事件の目撃証人Aが公判廷で「犯人は被告人Xとは別人だった」と証言したが、検察官に対しては「Xが犯人だ」と供述しその旨の供述録取書があり、また別に参考人乙にも「Xが犯人である」という供述録取書があって、両録取書とも三二一条一項の要件をみたさないで証拠能力がない場合、両録取書を以て被告人Xが犯人であること自体を立証することはできないが、制限説によれば証人甲の供述録取書の方は（いわゆる自己矛盾の供述として）「犯人は被告人Xとは別人だった」という証言の証明力を争うためならば用いることができ、また無制限説によれば参考人乙の供述録取書の方も同様に用いることができる、というのである。けれども、これらの供述以外にも多くの証拠があってみなXの有罪を証明しているのに、ただ一つAの証言だけが在るためにXの有罪に対し合理的疑いを容れる余地を残している場合、Aの証言の証明力を否認する証拠はとりもなおさずBの有罪を基礎づける証拠にほかならない。つまり、無罪証明力否認の証拠は、なるほどそれ単独では有罪の証拠ではないが、他の証拠と相まって全体として有罪の証拠となる可能性を一般的に持っている。しかし、有罪の証拠の一つ一つは、通常それ単独でなく他の多くの証拠と相まって初めて全体として有罪の証拠たりうるのであるから（たとえば、殺人現場で発見された被告人の指紋は、それだけでは単に被告人がその場所に行つてそこに手を触れたことの証拠にすぎないが、他のいろいろな証拠と相まって被告人がその場で被害者を殺したことの証拠となるのである。）、右のような場合に限って、いやこれは直接には有罪そのものの証拠ではなく、無罪の証拠（この場合はAの公判廷における証言）の証明力を否定する証拠にすぎないのだ、と説くのは強弁

である。仮に「犯人は被告人Xだ」という公判廷の証言があつても、道理としてまさかそれだけでXを有罪にはできないのであつて、他にもいろんな証拠がありそれと綜合して確かにXに間違いないと思われる場合にのみ有罪にできるのである。その点で、上記A、Bの書面供述によるAの公判廷供述の証明力否認が他の証拠と綜合されて有罪心証に至ると、異なる所はない。要するに、常識的に考へて有罪証明の阻害要因を排除することは有罪証明の一要素である。（否定の否定は肯定である。）確かなアリバイがある以上アリバイ崩しの証拠を見つけないければ、ほかにいくら有力な有罪の証拠があつても有罪にはできないのだから、アリバイ崩しの証拠はまさしく有罪証明に必要な不可欠な証拠の一つである。有罪証明に不可欠ではあるが有罪そのものを証明する証拠ではない、などと言うのは明らかに、三二一条ないし三二四条の証拠能力制限規定を潜脱するための詭弁であり遁辭である。なるほど三二八条を設けた立法者の意図はそこに在ったのかもしれない。しかし他に私見の如き筋の通つたごもつともな解釈が可能であるからには、そんな潜脱に加担する必要は毛頭ない。

さらに前例で目撃証人Aの「被告人Xは犯人ではない」との公判廷証言に、AとBとの「被告人Xが犯人だ」との証拠能力なき供述録取書をぶつけて、前者の証明力を否認することを認めようとの発想は、それ単独ですでに疑わしき有罪証拠をそれ単独ならば疑わしくない無罪資料にぶつけて後者をまず疑わしくした上で、次に疑わしき有罪証拠と疑わしき無罪資料とを刺し違えさせることにより結局無罪資料を全く不存在ならしめようとすると二重の心理的トリックであることに注意しなければならない。疑わしい（だから証拠能力のない）ものと疑わしくない（だから証拠能力のある）ものとをブツケ合わせると、前者の疑わしさの程度は元のままなのに、後者だけが疑わしくないう状態から一挙に前者と同程度の疑わしさに証明力を引き下げられるという理くつはどうしてもわからない。正しいのは、元々疑わしかった前者が疑わしくないう後者との矛盾を指摘されることによりますます疑わしくなると共に、

しかし前者が全く嘘または誤りと決まったわけでもない分だけホンの僅かばかり後者に疑いのかげがさす、はずではないか。しかし無罪をかちとるには無罪を証明する必要はないのであって、有罪証明を少しでも疑わしくさせればよいのだから、後者の信用性に極めて疑わしい供述との矛盾によりホンの少しばかりかげがさしても、だからと言って後者の有罪証明妨害力にいささかなりとかげがさしたことはない。そうであるはずなのに、判例通説は前者と後者とが同程度に疑わしくなったのだから、有罪無罪の証明力は五分五分引き分けて両方とも証拠としてはダメ、と判定しうる場合のあることを認めようというのである。こんな不公平デタラメな判定があるか。仮に百歩譲って証明力が五分五分になることを認めたとしても、有罪証明には確信の心証を要するから五分の証明力では証明力なしに等しいが、無罪心証は五分どころか一分どころか〇・〇一パーセントでもよく、要するに一〇〇パーセントの有罪心証に水をさせばよいのだから、有罪心証がたった五分でしたがって当然に有罪証明不成功のこの場合には無罪心証は圧倒的勝利を収めなければならないはずである。それを五分五分で共倒れとは、一体「疑わしきは罰せず」を何とと思っているのだろうか。本論の中心的狙いの一つは、「疑わしきは罰せず」という近代刑訴法の根本法理が従来多分に言葉の上だけの綺麗事、空題目、空虚なたて前だった状態を克服して、これを証拠法の上に論理的に貫徹させることに在るので、「疑わしきは罰せず」をくどくどいやになる程くり返し引用して来たし、これからも引用するが、一つ辛抱してその論理を厳密誠実に辿ってもらいたい。他方有罪のそれ単独では疑わしくない証拠能力ある供述に、無罪のそれ単独ですでに疑わしい証拠能力なき供述をブツケて両者の矛盾を指摘することは、右の如く後者の疑わしさも倍加するがその反動として前者の証明力にほんの少しは疑いのかげをささしめる効果があり、しかも有罪証明を妨害して無罪をかちとるためには他の証拠と総合判定してその程度の効果で十分なる場合もありうるのである。この点から考えても、三二八条は有罪証明力を争うための証拠についての、かつその

みについての規定であることは、明白である。

最後に、私見のもう一つの法文上の根拠は三二七条、三三五条一項および三三六条の相互関係である。

三二七条に言う「事実の認定は証拠による」の「事実」が、訴因事実（罪となるべき事実、犯罪事実）を含むことは明らかであるが、問題はそれが訴因事実の「存在」すなわち有罪だけを指すのか、それとも訴因事実の「不在」すなわち無罪をも併せ指すかということである。

上述来の所論に従えばそれは前者だけを指し後者を指さない。なぜなら、有罪判決のためには訴因事実の存在すなわち有罪は確信の心証を以て認定されることを要するが、無罪判決のためには訴因事実の不存在すなわち無罪は確信の心証を以てはもとより一応の推測を以ても認定されることを必要とせず、単に訴因事実の存在すなわち有罪の確信の心証を以てする認定の成立がいささかなりとも疑わしいことを以て足りるからである。訴因事実の不存在すなわち無罪は認定されることを要せず、訴因事実の存在すなわち有罪が認定されないことを以て足りる。これは「疑わしきは罰せず」を事実認定論的に表現したものである。

もしそうではなくて、訴因事実の不存在すなわち無罪もまた認定されることによって初めて無罪判決を導きうるのだとすれば、検察官が公判廷に提出した有罪を証明するための諸証拠に対して被告側が全く何の反証も提出しなかったけれども、証拠不十分で有罪を認定しえない場合、三二七条によれば無罪の認定も必ず証拠によらなければならないということになって、この場合は無罪の証拠は何一つ存在しないのだから、無罪を認定することもできないことになってしまい、裁判所は途方に暮れる結果となるはずである。しかし実際はそうはさせないで「被告事件が罪とならないとき」だけでなく「被告事件について犯罪の証明がないとき」にも「判決で無罪の言渡をしななければならない」と三三六条は規定しているのである。「被告事件が罪とならないとき」とは訴因事実の不存在すなわ

ち無罪が証拠によって明らかに(どの程度明らかにかはよくわからぬが)認定されたときの意味であり、これに対して「被告事件について犯罪の証明がないとき」とは訴因事実の存在も不存在もすなわち有罪も無罪も共に認定されなかったときの意味であることは、明らかである。してみれば三三六条と結びつけて解釈すれば三一七条は、「訴因事実の存在すなわち有罪の認定は証拠による」の意味なることが明らかである。三三五条一項が「有罪の言渡をするには、罪となるべき事実、証拠の標目及び法令の適用を示さなければならぬ。」と規定しながら、三三六条が「無罪の言渡をするには、罪となるべき事実の不存在、不存在の証拠の標目及び法令の不適用を示さなければならぬ。」と規定しなかったことも、右の解釈を側面から裏づけている。無罪を言渡すには、必ずしも罪となるべき事実を証拠によって認定する必要はないのだから、こういう証拠によりこういう事実の不存在を証明したのだということを示すことを、要求するわけにはいかないのである。

このことは同時に、通説の挙証責任の分配という考え方が成り立たないことをも示している。通説は、三一七条における事実の認定には訴因事実の存在すなわち有罪の認定とその不存在すなわち無罪の認定との両方が含まれると解し、有罪も無罪も共に証拠によって証明しない以上認定はできないのだが、両方とも認定できない場合に限りて挙証責任が働き、刑事訴訟手続では原則として検察官(原告)が挙証責任を負っているので、原告に不利被告人に有利な、つまり無罪の判決を下さなければならないことになるのだ、と説明する。(団藤・刑事訴訟法綱要七訂版二三三頁と三三八頁以下とを併せ見よ。)そしてまた、例外的に挙証責任が被告人に転換されている場合が在るとし、その例として刑法二〇七条の「同時暴行傷害において各人の傷害行為の存否程度を知りえぬとき共同正犯の例による」という規定や、刑法三三〇条ノ二の「公益意図に出た名誉毀損不処罰の要件としての事実の証明」の規定を挙げる(団藤・同三九頁)。しかし、もしそれが本当なら、同時暴行傷害の被告の一人を暴行傷害に関係なしとし

て無罪を言渡し、事実の証明があつたとして名誉毀損罪の被告に無罪を言渡すには、関係がなかつたこと、事実であつたことを確信の心証を以て認定するために必要十分な証拠が存在しなければならぬのだから、三三五条一項の有罪の言渡の場合に準じその証拠の標目を示すべきであらう。

いや有罪を言渡すには、難かしく言えばお前さんの主張する被告人が被告としての自己の運命を知る権利を全うするために、簡単に言えば被告を納得させるために、どのような証拠に基づいてどうして有罪とされたのかを被告人によく知らしめなければならぬから、証拠の標目の提示が必要だが、無罪にさえなれば被告人にとってはその理由・根拠はどうでもよいので、証拠を示さなくてもかまわないのだ、と反論するかもしれないが、「無罪になりや理由はどうでもよい」と言うのは「儲かったんだから金を受け取る謂われなんか知らなくてもよい」という議論と同じで、それこそ被告人の自己の運命を知る権利すなわち自意識・自覚者としての人格の尊厳性を踏みにじるものである。

のみならず、挙証責任を被告に転換するということは確信の心証を以て無罪を認定させない限り、つまりちよつとでも無罪ではない疑いがあれば、さらに言い換えれば九十九パーセントは無罪だが一パーセントでもひよつとすると有罪かもしれないという疑いが残れば、有罪を言渡さなければならぬ、ということの意味し、正に「疑わしきは罰す」であつて人権蹂躪も甚しい。近代刑法がそんな無茶なことを規定するはずはないのであつて、刑法二〇七条は単に、同時暴行傷害の場合各人の傷害につき確信の心証に到達するのは技術的に無理な場合が多かるうが、さりとてそれを全部無罪にしたのでは多衆暴行はやりたい放題になり危険であるから、傷害立証に必要な心証形成の程度を確信の心証より緩和して、かなり高度の蓋然性を以て「こいつやったらしいな」と判断される程度までおし下げたのである。刑法二三〇条ノ二の名誉毀損罪不処罰のための事実証明はこれとも違い、単に、それが事実で

あることをいざという場合充分証明できるだけの証拠を握ったときに限ってその事実を公表してもよろしい、という趣旨にすぎない。そうすれば当然検察側は、被告がそれだけの証拠を握っていないのにその事実を公表したことを立証するために、「論より証拠、彼には証拠を提出して事実を証明することができませんよ」と主張するが、この場合は事の性質上被告が黙っているとその主張を裏書きすることになるので、被告側に反証として事実証明をする必要（証明の必要）が生じるだけの話である。別段挙証責任が被告に転換されたわけではない。爆発物取締罰則六条の「犯罪の目的にあらざることの証明」もこれと同じである。

かように無罪の言渡には証拠による無罪の認定は必要ではないのだから、無罪の証明という観念と同様無罪（認定のため）の証拠という観念も、少なくとも三一七条に言う証拠の観念としては存在しないのである。しかるに、三一七条は刑訴法典第二篇第三章第二節証拠の中に包含される全規定の総則・大前提としてその節の冒頭に置かれているのであるから、三一八条に言う「証拠の証明力」とは「有罪証拠の証明力」の意味であり、三一九条ないし三二八条で自白・書面・供述を「証拠としうる」とか「しえない」とか言うのはすべて「有罪証拠としうる」「しえない」の意味であり、三二八条で「公判準備または公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うため」と言うのは「その供述の有罪証拠としての証明力（有罪証明力）を争うため」の意味である。

それなら同じく三二八条で「これを証拠とすることができる」と言うのも「これを有罪の証拠とすることができる」との意味じゃないか、したがってその前は「その供述の無罪証拠としての証明力（無罪証明力）を争うためには」の意味になるぞ、と反論するかもしれないが、それは全く違うのであって、「証明力を争うためには、これを証拠とすることができる」という表現は、通説判例も認めている通り「事実を認定するためには証拠とすることができない」という意味を裏側に持っているのであるから、この場合の「証拠」という語だけは、三一七条が「事実



の認定は証拠による」と言っている場合の証拠とは、違う意味に使われているのである。

かくて結局、三一七条の解釈から当然に、三二八条は「三三二条ないし三二四条により証拠としえない書面や供述でも、公判準備または公判期日における被告人、証人その他の者の供述の有罪証明力を争うためには、これを証拠すなわち有罪妨害証拠ないし無罪獲得手段とすることが出来る。」という意味に、解さなければならぬ。

しかるに通説は、三二七条に言う事実の認定は訴因事実の不在の認定をも含むと解し、そこからしていわゆる厳格な証明が訴因事実の不在（無罪）の認定に対しても要求されるとなして、三二二条ないし三二八条によって証拠能力を制限される書面および伝聞の供述には当然無罪の証拠たるものも含まれるとなすのである。そしてこれを理由づけるのに、三二二条一項三号に「その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであるとき」という要件を規定していること（団藤・刑事訴訟法綱要七訂版二三三頁。他に三二四条も）、および三二二条一項が被告人に有利な立証にも証拠能力の要件として被告人の署名もしくは押印と特信情況とを要求していること（平野・刑事訴訟法一八三〜四頁）を挙げる。

しかしまず、「犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」とは、「その供述を証拠としなければ犯罪事実の存在の証明が不可能である」という意味を、サラリと、しかしそれだけ不正確に表現したものである、と解しても十分筋が通る。これに類する慣用の表現の好例として、名高い諸葛亮の前出師ノ表冒頭の句「此レ誠ニ危急存亡之秋也」を挙げる事ができよう。ここに存亡（存否と言うに同じ）の秋とは、「今君臣が力を尽くして国を守るのに努めなければ国の存立が不可能である時」というのを簡潔に表現した言葉であって、努めなければならぬのは正に国の存立のためであり、決して国の滅亡のためではない。同様に犯罪事実の存否の証明に欠くことができないとき（「に欠くことができないとき」がすなわち存亡之秋の「之秋」に当たる。だからこの法文を諸葛亮流に書きなお

せば「犯罪事実存否証明之秋」となる。とは、「今この証拠を提出してその証明を成功させることに努めなければ犯罪事実の存在の証明が不可能である時」というのを簡潔に（しかし立法者が諸葛亮のような名文章家でなかったせいかそれとも本当に不存在の証明に欠くことのできない供述をも含めて規定しようとしたせいかどちらかはわからぬがあいまいに）表現した言葉と解することができる。あるいは、孟浩然の有名な春暁の詩「春眠暁ヲ覚エズ、処々啼鳥ヲ聞ク、夜来風雨ノ声、花落ツルコト知ンヌ多少」の結句が、「花がたくさん落ちたろうな」と「多少」の「多」に積極的な意味を置いた表現でありながら、同時にこの推測に誤りのある可能性を「少」字の添加により含意させている例も、解釈上の参考となりうる。法文をこれに比定して解釈すれば、「犯罪事実の存否の証明」とは積極的には「犯罪事実の存在の証明」の意味であり、同時にその証明の失敗の可能性を「否」字の添加により含意させたものと解しうる。ただ何度も言うように表現が不正確でいろんな意味にとれるし、立法者の意図はむしろ通説と同じ所に在ったかもしれないから、文理解釈だけで絶対にこうと断定するわけにはゆかないが、これを本論でこれまで縷々説明して来た「疑わしきは罰せず」の法理、およびそれに基づく諸法文の文理的にも筋の通った解釈と併せて総合的に判断すれば、このような解釈のみが可能なる唯一の解釈であると断定しうる。通説の如き理解は、法文の片言隻句のそれも文理的に種々可能なる解釈の一つだけを楯にして「疑わしきは罰せず」という近代刑訴法の至高の根本法理を否認せんとするものであって、到底維持しえない。

この理は、三三二条一項が被告人に有利な供述に対して証拠能力を要求していることについても妥当なのであって、この規定の恐るべき不条理さについてはすでに詳述したから重ねては述べない。

以上により、三三〇条ないし三三八条の書面および伝聞たる供述の証拠能力および証明力に関する規定を、近代

刑訴法の至高の普遍的根本的法理たる「被告人証人その他訴訟関係人全員を人格として処遇せよ」および「疑わしきは罰せず」に忠実に従いながら、同時にできる限り法文の文理に忠実に従って、論理的に厳密に解釈することにより、これらの法理を現行実定証拠法の上に貫徹させようとする筆者の試みは、その大綱において完了した。そしてそこに、近代刑訴法を超越する未来の証拠法の輪廓がおのづから浮び上るのである。