

# 大正刑訴法と供述を録取した書面

久 岡 康 成

- 一 はじめに
- 二 明治刑訴法下における供述を録取した書面
- 三 大正刑訴法343条の成立
- 四 大正刑訴法343条と特別法
- 五 若干の検討

## 一 はじめに

(1) 捜査機関により作成された被告人以外の者の供述録取書（刑訴法321条1項2号、3号、以下条文のみ挙示のときは刑訴法の条文をさす）及び被告人の供述録取書（322条）が、刑事裁判の中でなかで実際に果たしている役割が極めて大きいことは、既に指摘されているところである。被告人の供述録取書、被告人以外の者の供述録取書につき、広く証拠能力が認められ、信用性も高く評価されることが多い。その状況は調書裁判とさえ評されている<sup>1)</sup>。今日論じられている「検察官手持ち証拠の開示」や「取調べの可視化」の論議も、これら供述録取書の果たしている役割が大きなものであることを前提になっている。

(2) ところで現行刑訴法においては供述録取書の証拠能力は、320条により原則として否定されたのち、321条、322条等の例外に該当する場合には許容されている。この320条については、現行刑訴法制定直後は直接主義から理解する見解もあったが、今日では伝聞法則から理解されるのが一般的である。直接主義からの理解は、旧刑事訴訟法（大正刑訴法）的な理解であり、刑訴法320条は、現行刑訴法の特色である英米法的な当事者主

義的性格に基づき、伝聞法則から理解されるべきであるとされたのである<sup>2)</sup>。

(3) しかし現行刑訴法の性格については、単に英米法的な性格の受容、当事者主義的性格の採用と見ることはできず、戦前から戦後への連続性と非連続性を見なければならぬことは、今日ではむしろ一般的な理解になっている<sup>3)</sup>。このような観点に立つとき、刑訴法320条以下の規定を理解するために、旧刑事訴訟法(大正刑訴法)における供述を録取した書面の証拠能力規定(大正刑訴法343條)につき、先行する明治刑訴法下の状況も含め、あらためて検討の必要が生じているのではないかと考えられる<sup>4)</sup>。

## 二 明治刑訴法下における供述を録取した書面

(一) 明治刑事訴訟法(明治23年法律96号)は、「第90条 被告人ノ自白、官吏ノ検証調書、証拠物件、証人及ヒ鑑定人ノ供述其他諸般ノ徴憑八判事ノ判断ニ任ス」と定めていた<sup>5)</sup>。そして、供述を録取した書面についての直接の規定を持たなかった明治刑訴法下においては、司法警察官や検察官が作成した被告人等の供述を録取した書面については、この明治刑訴法第90条の「徴憑」としてこれに証拠能力を認めうるかということが論議されていた。すなわち、明治刑訴法は、証拠調べ手続として「必要ナル調書其他徴憑書類八書記ヲシテ朗読セシメ」ることとしていたのであるが(明治刑訴法219条2項、236条)、この調書とは徴憑書類中の報告的証書の一たる「官吏カ某ノ訴訟ニ就キ特ニ作製シタル文書」と解されていた<sup>6)</sup>。そうして、明治刑訴法は、予審における被告人の供述の録取(明治刑訴法95条)、証人訊問の調書(明治刑訴法131条)につき定めていた。そこで、当時の実務において司法警察官や検察官により作製されていた、それら以外の被告人等の供述を録取した書面の取り扱いが問題となったのである。

(二) 明治刑事訴訟法下において、司法警察官や検察官により作製された被

告人等の供述を録取した書面は、当初は訊問調書の名称によって作製されていたので、やがて、その実質は訊問調書であって、法律に依らざる訊問により成立したものとして無効とされた。そこで当時の実務は、これらの供述を録取した書面の名称を聴取書に改め、態様も問答の体裁を具えぬ、被告人が好んで供述をした形式の書面に改めこれを作成した<sup>7)</sup>。

この聴取書に証拠能力を認めることについては、弁護士法層からの激しい批判があったのであるが、大審院は、明治36年に至って署名捺印があり予審調書に似ている聴取書も、「司法警察官力関係人ヲ訊問シ強テ供述ヲ為サシメタルトキハ其供述ハ不法ノ手續ニ依テ成立シタルモノナレハ・・・断罪ノ証憑トシテ依拠シ得ヘカラサル」としつつ、「関係人ノ供述力其自由任意ノ承諾ニ出テタルモノ」であれば、犯罪捜査の範囲を逸出し予審判事の権限を侵すものではなく、不法の書証でないとして、その証拠能力を認めた<sup>8)</sup>。その結果、その後の明治刑訴法下における聴取書等の取り扱いは、無制限に証拠たり得べきものとなったと解されるようになった<sup>9)</sup>。

しかし、実際には聴取書の証拠能力を巡る論議は継続し、その証拠能力肯定に対し厳しい批判が行われていた<sup>10)11)</sup>。

### 三 大正刑訴法343条の成立

#### (一) 政府提案

(1) 大正10年に政府により第45回帝国議会上に提出された刑事訴訟法案は、その第345条において、次のように「供述ヲ録取シタル書類」の証拠能力を提案していた<sup>12)</sup>。

#### 大正刑訴法（案）第345条

第1項 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スコトヲ得

- 1 供述者死亡シタルトキ
- 2 疾病其ノ他ノ事由ニ因リ供述者ヲ召喚シ難キトキ

### 3 訴訟関係人異議ナキトキ

#### 第2項 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

大正刑訴法(案)を提案した『刑事訴訟法案理由書』は、同法案第345条(以下、法案345条という)の提案理由として、「本条ハ証拠ノ能力ニ関スル現行法ノ主義ニ重要ナル改正ヲ加ヘタルモノナリ現行法ニ於テハ区裁判所ト地方裁判所タルトヲ問ハス被告人、被疑者其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類ハ法令ニヨリ作成シタル訊問調査ニアラザルモノ(所謂聴取書、盗難口頭届ノ類)ト雖証拠能力アリト為シ之を以テ事案を断スルノ資料ト為シタリト雖斯ノ如キハ直接審理主義ト相容レサルコト遠ク妥当ヲ缺クヲ以テ本案ニ於テハ証拠能力に制限ヲ加ヘ」たものであると説明している<sup>13)</sup>。

#### (二) 衆議院及び貴族院での審議

(1) 衆議院は、大正11年より特別委員会たる衆議院刑事訴訟法案委員会(鵜澤聡明委員長)及び同小委員会(刑事訴訟法案委員中特別調査委員会)で審議し若干の修正を加えた上、衆議院本会議で法案を可決した。貴族院は、衆議院で修正可決された案につき、貴族院刑事訴訟法案特別委員会及び同小委員会(刑事訴訟法案特別委員小委員会)での審議と若干の修正(衆議院で削除された部分の復活)のうえ貴族院本会議で可決した。そして衆議院においても、貴族院で修正議決された案が最終的には可決され、新しい刑事訴訟法(大正刑事訴訟法)が、大正11年3月15日に成立した。

(2) 衆議院刑事訴訟法案委員会の審議において、法案345条につきまず行われた議論は、人権蹂躪問題からする聴取書の証拠能力の否定論であった。すなわち、「此捜査機関が捜査ヲスルニ付キマシテ、被嫌疑者若クハ其他ノ関係者ヲ調べマス時分ニ録取シタル所ニ、某調書ヲ証拠ニスルト云フコトニ付テ、色々此人権蹂躪問題ノ発生スル根源トナリハシナイカ」という傍委員の質問であった<sup>14)</sup>。

これに対して、山内政府委員(司法次官)は、「此聴取書ハ先ヅ原則トシテ証拠ニナラヌト云フコトヲ明文ヲ以テ掲ゲタ次第デアリマス。尤モ原

則デアリマスガ故ニ、例外ガアルノデス」と返答した<sup>15)</sup>。

当時、人権蹂躪問題防止の方策が、聴取書の証拠能力否定（法案345条）であることは、一般的に認められていたものと言うことができる。

(3) 衆議院刑事訴訟法案委員会の審議において、さらに、袴委員は、「予審判事が被告人ヲ訊問シ、又訴訟関係人ヲ取調べルニ付キマシテモ、矢張り色々ナ弊害ガ生ジテ来タル」ところ、「直接審理主義ニ基キテ公判ニテ取調べタルモノニ限ルヲ至当ト思フ」のでこれも原則として排し、例外を置けば足りるのでないかと質問した。これに対する山岡政府委員の返答は、予審は「現行法ノ如ク起訴後予審、而シテ本案モ又起訴後予審トシマシタ」から、「受命判事ニ取調ヲサシタノト、何等ノ差異ハナイノデアリマス」とものであった<sup>16)</sup>。

また、原委員は、予審の調書は姑く措いて、予審を経由せざる事件については、「弁護人立会ノ上取調べタ直接審理シタモノデナケレバ証拠ニナラヌト云フ一刀両断ナ学理實際上カラ」論ずべきと質問したが、これに対する林政府委員の返答は、原委員の言われるのは「絶対的直接審理主義」であるが、社会の色々な事情の変遷もあり、「直接審理ト云フモノヲ徹底シナクテモ宜シト云フコトガ今日ノ説トシテ認メラレテオリマス」というものであった<sup>17)</sup>。なお、原委員によれば、弾劾主義、糾問主義とは学理上の言葉であるが、要するに証拠の問題であり、「裁判手続ニ依ッテ公開ノ席デ取調シタモノデナケレバ、証拠ニ供スルコトハ出来ナイト云フノガ、弾劾主義ノ大体ノ趣意デアル」とされている<sup>18)</sup>。

(4) 衆議院刑事訴訟法案委員会の審議において、次には、その例外の広さ、聴取書の証拠能力否定の適用範囲の狭さに疑問が提起された。すなわち、疑問が提起されたのは、法案345条の1項2号、3号及び2項であった。

まず、野副委員の質問において、英国法を参考にして、司法警察官等の聴取書、投書、相被告の供述、素行調書は元来は証拠となり得ないものであり、明治刑法90条には「其他諸般ノ徴憑」の文言があるが、これらは

同条にも該当しなかったはずのものであったにもかかわらず、大正刑訴法法案345条が、同条1項2号、3号の定める三つの例外、2項による区裁判所事件の不適用により、結局は「何デモ宜シト云フコトニナル」ということになるのでないかという疑問が提起された<sup>19)</sup>。同委員の質問においては、相被告の供述、素行調書(被告人の悪い品格)への強い疑問も表明されている。また横山委員は、これを敷衍して、「供述者ヲ召喚シ難キトキ」(法案345条1項2号)、「訴訟関係人異議ナキトキ」(法案345条1項3号)という規定をおくことは、「後日証拠トスルコトガ出来ルト云フ確信ヲ持ツ結果、無暗二人ヲ訊問スルト云フコトガオキテ来ハシナイカ」の疑問を提起した。また、同委員は、「供述者ヲ召喚シ難キトキ」(法案345条1項2号)については、「第二号ノ規定ハ訊問シ能ハザルトキ」なら別、訊問をする官吏が出張をすることもできるのであるから、「供述者ヲ召喚シ難キトキ」は不都合であり、「訴訟関係人異議ナキトキ」(法案345条1項3号)というも同様、不都合であると述べ、さらに区裁判所事件への不適用(法案345条2項)についても、区裁判所の拡張された権限を引き合いに、質問を提起した<sup>20)</sup>。

これに対する山岡政府委員の返答は、法案345条1項2号及び2項については、理想は「直接審理ニ進ミタイノデアリマス」が、「唯今日ノ程度ニ於テハ此程度ガ然ルベキモノデアルト云フノガ立案ノ精神デアリマス」というものであり、1項3号については、刑事訴訟は処分権主義でないとしながら、「或程度マデハ処分権ヲ認メルコトハ」適當であるというものであった<sup>21)</sup>。

(5) 野村委員により、本人及び他の第三者の「警察署ノ聴取書ダケ」では、「証拠トシテ不完全ナリト云フ注意規定デモ出来テ居ルノデアリマスカ」という質問もあった。証明力についての質問である。これにたいする林政府委員の返答は、「聴取書ハ原則トシテ証拠ニナラヌ」と定められており、例外の場合の証拠力については、「自由心証主義ガ適用サレルコトニナリマス」、というものであった<sup>22)</sup>。

(6) 袴委員より、法案345条1項の「法令ニヨリ作製シタル訊問調書ニアラザルモノ」に、予審若しくは予審前の検証調書も該当し、証拠能力を有さないのではないのかということが質問された。これに対する林政府委員の返答は、「検証調書ハ適法ナル手續ヲ以テ作成サレタ、刑事訴訟法上ノ書類デアリマスカラ、特ニ制限ガナイ以上ハ、証拠力ヲ持ツト云フ事ハ一般ノ原則カラ考ヘラレマス。」というものであった<sup>23)</sup>。そしてこの返答に対し袴委員は、さらに法案「345条ニ付テ直接審理ヲ原則トスル」、「某例外ハ厳格ニ解釈シナケレバナラナイ以上」、「法令ニ依ッテ作製シタル訊問調書デナケレバ、証拠トスルコトガ出来ナイ」と解すべきではないかと質問した。これに対し、林政府委員は、「直接審理ト云フ事ハ、無論審理ノ理想ニナツテ居リマスガ、之ヲ徹底スルト云フコトハ實際ニ於テ困難デアリマス、又必要ノナイ場合モアリマスノデ」と述べた後、「345条ハ聡テノ書類ニ付テノ規定デハナイノデアリマス、人ノ供述ヲ録取シタ書面ニツイテノ規定デアリマス」と返答している<sup>24)</sup>。

林政府委員の返答は、調書（の作成）に対しては高く信頼し、もっぱら人の供述（供述する人）への不信に基づく直接審理の必要性という、法案345条の直接審理の原則に対する、新たな限界を浮かび上がらせているものといえる。

(7) 袴委員により、法案345条1項の「法令ニヨリ作製シタル訊問調書ニアラザルモノ」における「法令」の意味も問題とされた。まず、袴委員により、「法令ト云フコトデアリマスカラ、法律バカリデアリマセズ、司法大臣ノ命令ナリ、勅令ナリ、他ノ命令以テ検事ノ聴取書ヲ作製スルコトガ出来ルト言ヒ得ラレル」のかという質問が行われた。これに対し、山内政府委員は、「訊問ヲシテ之ニ答弁ヲサセル云フツノ強制ノアルトコロノ訊問ハ、法律ヲ以テスル外仕方ナイ」とし、少なくとも「法律ノ力ヲ有スル命令」をもってしなければ訊問調書は作製できないと返答している<sup>25)</sup>。さらに、袴委員の別の機会における重ねての質問に対し、山岡政府員の返答も、「人ヲ訊問スルト云フコトニ付テ、命令ヲ以テ直ニ規定ヲ置ク云フ

コトハ、之ハ今日ノ法律制度ノ下ニ於テハ大体ナイト思フ」というものであった<sup>26)</sup>。

(8) 衆議院刑事訴訟法案委員会は、第9回委員会(大正11年3月4日)において質問を終わり、討論となった。討論では、禱委員より法案345条1項2号を、法案の「二 疾病ソノ他ノ事由ニヨリ供述者ヲ召喚シ難キトキ」から「二 疾病ソノ他ノ事由ニヨリ供述者ヲ訊問スルコト能ワサルトキ」に修正すべきことが提案され、これについては、山内政府委員から「是モ宜シウゴイザマス」との発言があり、衆議院刑事訴訟法案委員会で修正議決された<sup>27)</sup>。

衆議院刑事訴訟法案委員会の第9回委員会においては、憲政会所属の横山(勝)委員より法案345条2項を削るとの修正が提案された<sup>28)</sup>。しかし、この修正は禱委員の修正提案からも外れていたものであり、山内政府委員の賛成できぬとの意見もあり、衆議院刑事訴訟法案委員会の第9回委員会において否決された<sup>29)</sup>。

(9) 貴族院は、衆議院本会議で修正可決された刑事訴訟法案につき、貴族院刑事訴訟法案特別委員会及び同小委員会(刑事訴訟法案特別委員小委員会)で審議した。貴族院では、衆議院で削除修正された政府案の条項等に付き審議が行われ、修正が行われたが、衆議院で修正された法案345条については特別の意見、修正はなく、貴族院刑事訴訟法案特別委員会第4号委員会(大正11年3月23日)で議決された<sup>30)</sup>。

(10) 刑事訴訟法全体については、貴族院刑事訴訟法案特別委員会の修正議決が貴族院本会議で議決され、そして衆議院においても、貴族院で修正議決された案が最終的には可決され、新しい刑事訴訟法(大正11年法律75号、大正刑事訴訟法)が大正11年3月15日に成立した<sup>31)</sup>。

法案345条は、最終的には、他の法案条文の削除による条数の調整を受け、以下のような大正刑訴法第343条として成立した。

#### 大正刑訴法第343条

第1項 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ヨリ作成シタ



ル訊問調書ニアラサルモノ左ノ場合ニ限り之ヲ証拠トスコトヲ得

- 1 供述者死亡シタルトキ
- 2 疾病ソノ他ノ事由ニヨリ供述者ヲ訊問スルコト能ワサルトキ
- 3 訴訟関係人異議ナキトキ

第2項 区裁判所ノ事件ニツイテハ前項ニ規定スル制限ニ依ルコトヲ要セス

## 四 大正刑訴法343条と特別法

### (一) 大正刑事訴訟法と陪審法

(1) 大正刑事訴訟法（大正11年法律75号）は大正11年3月15日に成立し、施行は大正13年1月1日である。それ以来、昭和3年10月1日から陪審法が施行されるまでは、「被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類」の取り扱いは、もっぱら大正刑訴法343条によって律されていた。

(2) 陪審法（大正12年法律50号）は、帝国議会との関係では、大正11年に第45回帝国議会に提出され（大正11年案）、衆議院を通過したが貴族院で審議未了となり、大正12年に第46回帝国議会に再提出（大正12年案）され成立した<sup>32)</sup>。なお、衆議院の審議では、陪審法案は刑事訴訟法案委員の審議に付託されたが、貴族院の審議では、陪審法案は陪審法案特別委員の審議に付託された。そして陪審法は、大正12年4月18日に公布され、昭和3年10月1日から施行された。

陪審法は刑事訴訟法に対しては特別法の関係になるので、昭和3年10月1日から昭和18年4月1日に陪審法の施行が停止されるまで、陪審法適用事件（陪審法2条、3条、4条）においては、特別法たる陪審法が大正刑訴法と併せて適用された。

なお、陪審法の証拠についての規定は以下の様であった。

第71条 証拠ハ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外裁判所ノ直接ニ取調ヘタルモノニ限  
ル

第72条 左ニ掲クル書類図画ハ之ヲ証拠ト為スコトヲ得

- 1 公判準備手続ニ於テ取調ヘタル証人ノ訊問調書
- 2 検証、押収又ハ搜索ノ調書及之ヲ補充スル書類図画
- 3 公務員ノ職務ヲ以テ証明スルコトヲ得ヘキ事実ニ付公務員ノ作りタル書類
- 4 前号ノ事実ニ付外国ノ公務員ノ作りタル書類ニシテ其ノ真正ナルコトノ証明アルモノ
- 5 鑑定書又ハ鑑定調書及之ヲ補充スル書類図画

第73条 裁判所、予審判事、受命判事、受託判事其ノ他法令ニ依リ特別ニ裁判権ヲ有スル官署、検察官、司法警察官又ハ訴訟上ノ共助ヲ為ス外国ノ官署ノ作りタル訊問調書及之ヲ補充スル書類図画ハ左ノ場合ニ限り之ヲ証拠ト為スコトヲ得

- 1 共同被告人若ハ証人死亡シタルトキ又ハ疾病其ノ他ノ事由ニ因リ之ヲ召喚シ難キトキ
- 2 被告人又ハ証人公判外ノ訊問ニ対シテ為シタル供述ノ重要ナル部分ヲ公判ニ於テ変更シタルトキ
- 3 被告人又ハ証人公判廷ニ於テ供述ヲ為ササルトキ

第74条 前二条ノ場合ノ外裁判外ニ於テ被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類又ハ裁判外ニ於テ作成シタル書類図画ハ供述者若ハ作成者死亡シタルトキ又ハ疾病其ノ他ノ事由ニ因リ召喚シ難キトキニ限り之ヲ証拠ト為スコトヲ得

第75条 証拠ト為スコトニ付訴訟関係人ノ異議ナキ書類図画ハ前三条ノ規定ニ拘ラス之ヲ証拠ト為スコトヲ得

(2) 陪審法の審議においては、陪審法の証拠に関する規定の基本原則を直接主義と理解することは、提案の政府委員においても衆議院及び貴族院で審議を付託された委員においても共通の認識であった。例えば、大正11年案を審議した衆議院特別委員会（刑事訴訟法案委員会）において、作問委員は、「凡そ陪審制の最も特色とする所は、聴ての事実審理、聴テノ証拠ノ取調力、所謂直接審理ニ依ッテ貫カルルト云フコトカ、某精神テナケレハナラヌ」と述べ、林政府委員は「陪審ノ直接審理ヲ原則トシナケレハナラヌコトハ当然テアリマス」と述べている<sup>33)</sup>。直接主義を規定した原則規定が、陪審法71条であることの認識もまた同様であった。

(3) 但し、陪審法71条の原則規定に対する72条乃至75条の例外規定については、「特別ノ場合力余リニ広ク、余リニ多過キルト思ヒマス」という疑問が提起された<sup>34)</sup>。これに対し林政府委員は、大正11年案ノ審議で、この陪審法72条乃至75条の例外が大正刑訴法343条（法案345条）より広いか狭いかについて、衆議院特別委員会（刑事訴訟法案委員会）鶴澤特別委員長から質問されたのに対し、「刑事訴訟法ノ方ハ、直接審理ノ原則ハ徹底シテ居ラヌノテアリマスカ、陪審法ノ方ハ原則トシテ直接審理テアル・・刑事訴訟法トノ關係ニ於イテハ、証拠書類ハ非常ニ制限セラレテ居ルノテアリマス」と返答している<sup>35)</sup>。

(4) また、横山(勝)委員より、陪審法7条（公判又は公判準備で公訴事実を認めたときは陪審の評議に付し得ない）に対して、「是ハ余リニ自白ニ重キヲ置キスキタト云フコトニ疑ヒヲ持チマス」という疑問が表明され、さらに清瀬委員より陪審法72条1号（準備手続きにおける証人訊問調査）に対して、「之ヲ濫用サレルト云フト、陪審制度ハ無茶苦茶ニナルト思ヒマス」という疑問が表明された<sup>36)</sup>。

## （二）戦時体制下の立法と大正刑訴法343条

(1) 国際連盟脱退や京大事件（滝川幸辰京都帝国大学教授の休職発令）の生じた昭和8年頃より、日本は所謂準戦時体制に入ることとなり、さらに昭和12年の日中戦争の開始、昭和13年の国家総動員法制定により戦時体制へと進んでいった<sup>37)</sup>。このような状況に応じ、司法においても戦時体制下の立法が生じ、その中で大正刑訴法343条1項及び陪審法74条による「被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類」の取り扱いを緩和し、それらの証拠能力制限撤廃の動きが生じてきた。

(イ) 「被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類」についての証拠能力制限撤廃の第一の方向は、陪審法の適用の制限であった<sup>38)</sup>。

陪審法の適用制限は、まず国防保安法（昭和16年法律49号、同5月10日施行）により実現した。すなわち、同法第37条は、同法「第16条ニ規定ス

ル罪ニ該ル事件(陪審法第4条ニ規定スルモノヲ除ク)ハ之ヲ陪審ニ付セズ」と定めて、同法適用事件を陪審に付さないことを定めた<sup>39)</sup>。

陪審法の適用制限は、次いで陪審法全体の停止として現れた。陪審法は、「陪審法ノ停止ニ関スル法律」(昭和18年法律88号)により、1943年(昭和18年)4月1日よりその施行が停止された<sup>40)</sup>。

(ロ)「被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類」についての証拠能力制限撤廃の第二の方向は、検事に被疑者や証人を訊問する権限及びその訊問を司法警察官に命令する権限を与え、その結果作製された書面に、「法令ニヨル訊問に作製サレタ文書」(大正刑訴法343条1項)に該当させ証拠能力を与える方向であった。それぞれの法適用事件に対する、国防保安法25条、改正治安維持法(昭和16年法律54号、同年5月15日施行)26条がこれである<sup>41)</sup>。

(ハ)「被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類」についての証拠能力制限撤廃の第三の方向は、大正刑訴法第343条第1項全体の適用自体を止める方向であり、戦時刑事特別法(昭和17年法律64号、同年3月21日施行)で実行された。

#### 戦時刑事特別法

第25条 地方裁判所ノ事件ト雖モ刑事訴訟法第343条第1項ニ規定スル制限ニ依ルコトヲ要セス

すなわち、これにより地方裁判所の事件といえども、一般に大正刑訴法第343条第1項の適用はないことになり、法令に依り作成した訊問調書にあらざるものが(検察官、司法警察官の聴取書など)、全ての事件で証拠能力を有することとなった<sup>42)</sup>。

(2) 以上の「被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類」についての証拠能力制限撤廃の三つの方向のうち、大正刑訴法第343条第1項の適用自体を止める方向である戦時刑事特別法について、以下若干検討する。

(イ) 戦時刑事特別法は、裁判所構成法戦時特例、戦時民事特別法とともに、戦時下における司法各般の運営に関する重大臨時措置法案として、第79回

帝国議会に提出された。

戦時刑事特別法は、まず貴族院に上程され、貴族院では「戦時ニ於ケル領事館ノ裁判ノ特例ニ關スル法律案」の特別委員会に併せて付託された。貴族院では経済統制に従事する公務員の職務に関する犯罪の刑を加重する修正案が提出されたが否決され、無修正で貴族院を通過した。衆議院では、戦時刑事特別法4条（経済事犯の2審制）に関連して議論が行われたが、結局、衆議院も無修正で通過した<sup>43)</sup>。

「供述ヲ録取シタル書類」についての証拠能力制限を撤廃する、戦時刑事特別法第25条についての特段の議論は伝えられていない。なお、戦時刑事特別法以外の他の2法案も、衆議院、貴族院ともに無修正で可決されている。

(ロ) 戦時刑事特別法25条は、一言で言えば、「供述ヲ録取シタル書類」所謂聴取書の証拠能力の制限（大正刑訴法343条第1項）を撤廃した規定である。提案の趣旨としては、戦時にあっては事件を可及的に速やかに解決されなければならないところ、大正刑訴法343条第1項の規定は「要するに平時に於ける公正の十分なる担保を所期せる処に意義があるのであるが」、戦時にあっては、「この種の公正は裁判官の証拠書類に対する実質的価値判断に依って寧ろ遂げ得られるもの」と考えられるもので、大正刑訴法第343条第1項を存置することは、いたずらに証拠の採取の妨げとなつて、審理の促進を阻害する虞なしとしないと説明されている。また、戦時刑事特別法第1章罪の規定により、法定刑が上がり、地方裁判所事件が増加するという見込みも説明されている<sup>44)</sup>。

(ハ) 所謂聴取書の証拠能力の制限（大正刑訴法343条第1項）を緩和する方法としては、それまでは、陪審法の適用を制限したり、国防保安法や改正治安維持法のように、その特別法適用事件について、検事や司法警察官に訊問の権限を法律により与え、その作成した書面を法令により作成したる訊問調書（大正刑訴法343条第1項）に該当させていく方向が取られていた。それに対して、戦時刑事特別法25条は、適用される事件による限

界を持たず、法令により作成したる訊問調書のみが証拠能力を持つという規定(大正刑訴法343条第1項)自体を廃止するという別の方向を取るものであった。証拠法に関する従来の直接主義の原則そのものを改めてしまった規定である。佐伯千仞博士は、既に当時、「本条はもし適用を誤らむか、後述の控訴の制限と相俟って非常な不都合を生ずる虞なしとせぬが」と述べられている<sup>45)</sup>。

### (三) 戦時刑事特別法廃止及び刑訴応急措置法と大正刑訴法343条

(1) ポツダム宣言受諾に始まる戦後改革の中で、戦時刑事特別法は、戦時刑事特別法廃止法律(昭和20年法律47号)により昭和21年1月15日に廃止された。

したがって、この時期(昭和21年1月15日から昭和22年5月2日まで)、日本の刑事訴訟には大正刑訴法のみが適用されることになった。供述を録取した書面については大正刑訴法343条が、もう一度適用されることになったわけである。

(2) 日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律(昭和22年法律76号、以下刑訴応急措置法という)が、昭和22年4月19日に公布され同年5月3日より施行された。この刑訴応急措置法は、同法附則2項により昭和24年1月1日(現行憲法施行日)をもって失効した。したがって、この間は大正刑訴法及び刑訴応急措置法により、日本の刑事訴訟は律されることになった。そして、供述録取書については、刑訴応急措置法10条、12条は次のように定めていた。

#### 刑訴応急措置法

##### 第10条

何人も、自己に不利益な供述を強要されない。

強制、拷問若しくは脅迫による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ができない。

何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪

とされ、又は刑罰を科せられない。

#### 第12条

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当に考慮して、これを証拠とすることができる。

刑事訴訟法第343条の規定は、これを適用しない。

これら条文の適用においてまず問題になるのは、刑訴応急措置法12条1項が被告人以外の者の供述を録取した書面に適用される外に、刑訴応急措置法12条2項が、全面的に大正刑訴法343条の適用を排除し、応急措置法12条が大正刑訴法343条にとって代わるかであったが、当時の一般的理解はこれを肯定するものであった<sup>46)</sup>。

そして、この結果として、憲法38条1項、2項、3項、刑訴応急措置法10条1項、2項、3項に反しない限り、被告人の供述を録取した書面の証拠能力が全面的に認められることとなった。

## 五 若干の検討

### （一）大正刑訴法における直接主義

（1）大正刑訴法343条は、「法令ニヨリ作製シタル訊問調書」であろうと「法令ニヨリ作製シタル訊問調書ニアラザルモノ」であろうと、「被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類」に適用されるものであり、現行刑訴法の目で見れば、供述書を別として、被告人が作成した供述書又は被告人の供述を録取した書面（刑訴法322条）および被告人以外の者が作成した供述書又は被告人の供述を録取した書面（刑訴法321条）の両方に関わり、刑訴法320条に対応するものである。

(2) 大正刑訴法343条の指導理念は、その『刑事訴訟法案理由書』の説明にはじまって、一般には一貫して直接主義であるとされてきた。陪審法71条以下の証拠についての規定についても同様であった<sup>47)</sup>。

大正刑訴法の審議における、前示の原委員の質問は弁護人の立ち会いに着目しており、野副委員の質問は英国法を参考にしたもので、直接主義の枠を出たものであった<sup>48)</sup>。しかし、これに対する政府委員の返答は直接主義の枠内からのものであり、それ以上に直接主義の枠を出た質疑を見いだすことはできない。また、陪審制度との関係で伝聞法則が紹介されたことはあるが<sup>49)</sup>、陪審法71条を伝聞法則で理解する見解は現れなかった。

(3) さらに直接主義の意義について、戦前の刑訴法学では、直接主義には主観的直接主義と客観的直接主義があるが、我国では主観的直接主義のみを採用し、客観的直接主義を採用していないと解するのが一般であった<sup>50)</sup>。陪審法の解釈においても同様であった<sup>51)</sup>。

前示のように、大正刑訴法343条による直接主義は、当初から、法令による訊問調書(1項)、区裁判所事件(2項)、人の供述を録取した書面でない検証調書のような書面(同法案の委員会審議における林政府委員の返答)<sup>52)</sup>への不適用という適用範囲の限界を持っていた。また、現行刑訴法の320条の例外規定である刑訴法326条、321条の原型に類似する<sup>53)</sup>、大正刑訴法三四三条での供述者の死亡及び訊問困難(1項1号)、関係者の異議なきとき(1項2号)、さらには「公判外ノ訊問二対シテ為シタル供述ノ重要ナル部分ヲ公判ニ於テ変更シタルトキ」(陪審法73条2号)という例外も定められていた。その後の経過の中で、陪審の不適用、戦時刑事特別法、刑訴応急措置法による大正刑訴法343条の不適用という事態も生じている。これらの原因や理由は様々であろうが、直接主義の中で、当初から主観的直接主義のみに制限されていたことも、その一つの理由と考えられる。主観的直接主義には、戦時刑事特別法についての前示の「この種の公正は裁判官の証拠書類に対する実質的価値判断に依って寧ろ遂げ得られるもの」<sup>54)</sup>という解説が示すように、裁判官の主観の中に解消されやすい



という限界が内包されていたのである<sup>55)</sup>。

以上の検討より、現行刑訴法320条の趣旨については、わが国で直接主義が主観的直接主義として理解される以上、それを伝聞法則の表れとして理解すべきことは、動かないことになる。また、他方では、現行刑訴法321条についての例外規定（326条、321条等）は、表現上も、直接主義の大正刑訴法343条1項の例外規定と関連が深いことに留意するならば、伝聞法則の現行刑訴法321条のもとでの運用については、実況見分調書についてなど、より厳格に臨むべきであることが示唆されていると言うことができよう。

## （二）大正刑訴法343条と強制による供述の危険防止機能

（1）大正刑訴法343条における審議において実際の焦点になったのは、前示のように、人権蹂躪問題からする聴取書の証拠能力の否定論であった<sup>56)</sup>。現行刑訴法の目で見れば、主要には被告人の供述を録取した書面（刑訴法322条）の問題とすることができる。

但し、大正刑訴法343条の審議においては、強制によって作成された被告人の供述を録取した書面が排除されるべきことは、当然の前提であった。すなわち、まず、明治刑訴法時代の、「関係人の供述がその自由任意の承諾に出でたるもの」であることを理由に、またその限りで聴取書の証拠能力を認めた前示の大判明治36年10月22日は、大正刑訴法の審議でも前提となっていたのである<sup>57)</sup>。

大正刑訴法343条（法案では345条）の審議における、山内政府委員の前示の説明等も、これを前提としている<sup>58)</sup>。また、戦時刑事特別法25条に関わっては、前示のように、大正刑訴法第343条第1項の規定は「要するに平時に於ける公正の十分なる担保を所期せる処に意義があるのであるが」と論じられている<sup>59)</sup>。公正の十分なる担保の表現で、人権蹂躪をしないこと、強制により供述録取書を作製しないことを無視しないことが、この段階でも、なお表明されていたのである。

(2) したがって、大正刑訴法343条の直接主義は、それ自体、人権蹂躪、強制による供述の予防的な危険防止機能を果たしていたのである。すなわち、法令に依る訊問調書にあらざる聴取書等については、被告人のものについても被告人以外のものについても、直接主義の理念を適用して、原則として証拠能力を否定し、定められた例外の場合にのみこれを認めたことである(大正刑訴法343条1項、2項)。そして、大正刑訴法の審議においては、前示のように、さらに「法令ニ依ル訊問調書」の表現を「法律ニ依ル訊問調書」に制限すべしとの議論のあったのである<sup>60)</sup>。「訊問」の根拠が、法律もしくはそれと同等の「命令」に拠らねばならぬことは一致した点であった。

(3) 戦時刑事特別法は、大正刑訴法341条1項の規定を排除したが、同法は昭和21年1月15日に廃止されている。したがって、現行刑訴法に先行するものとして対比されるべきは、大正刑訴法と刑訴応急措置法である。そこで、大正刑訴法と憲法の施行に伴う刑訴応急措置法及び現行刑訴法を比較すると、検察官及び警察官による被告人の供述録取書については、大正刑訴法の直接主義は採用されず、自白一般について現行憲法38条2項、3項の自白法則及び補強証拠法則が採用され、現行刑訴法ではそれが刑訴法322条、319条1項、2項として具体化されている。

したがって、現行刑訴法の意義が、基本的人権を尊重し、個人的自由保障を厚くする点にあるためには<sup>61)</sup>、現行刑訴法の自白の任意性法則及び補強証拠法則は<sup>62)</sup>、大正刑訴法における直接主義による人権蹂躪、強制による供述の危険防止の機能において、より強力なものでなければならない。少なくとも、現行刑訴法の自白の任意性法則については、実際に生じた違法収集の自白の排除に止まるのではなく、「任意にされたものでない疑いのある自白」(刑訴法319条1項)の積極的な排除により、人権蹂躪、強制による供述の予防的な危険防止機能を果たすことが求められている。

### （三） 関連するその他の問題

（1） 刑訴応急措置法12条2項が大正刑訴法343条の適用を全面的に排除するのについては、現在では、疑問が寄せられている。また「むしろ戦時刑事特別法の姿勢がそのまま戦後に引継がれ、さらに現行刑事訴訟法にまで及んでいることになるのである」とも指摘されている<sup>63)</sup>。

大正刑訴法343条の適用を排除する戦時刑事特別法25条は、戦後の現行刑訴法制定作業における司法省刑事局別室による、「戦時刑事特別法第2章刑事手続規定中刑事訴訟法ノ改正ニ際シ取入ルルヲ可トスルモノ及某ノ取入ニ関スル要綱案（昭21・2・2刑別印）」でも挙げられていない<sup>64)</sup>。また大正刑訴法343条の適用を排除する刑訴応急措置法12条2項に相應する文言は、刑訴応急措置法の立案過程の案とされている「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の臨時特例に関する法律案（昭22・3・7）」、「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律案（昭22・3・14）」にもなく、総司令部と日本政府（司法省）による「特別法案改正委員会」に提示された総司令部試案にも見いだされない<sup>65)</sup>。

以上のように、新しい憲法の施行に伴って、被告人の供述録取書に対する大正刑訴法343条を排除する必要性についての議論も見いだされない。旧刑訴法下における刑訴法改正論との関連をも含め、なお検討が必要である<sup>66)</sup>。

（2） 大正刑訴法343条1項3号は、供述を録取した書類を「訴訟関係人異議ナキトキ」に証拠とする規定で、現行刑訴法326条に類似している。そして大正刑訴法343条1項3号は、前示のように、処分権主義から説明されていたのであるが、他方、この大正刑訴法の規定には、当時は、これのための供述録取書の作製を導き、大正刑訴法343条の趣旨を破壊してしまうのではないかと批判されていた<sup>67)</sup>。現行刑訴法326条の検討にとっても、あらためて参考にされるべきであると思われる。

（3） なお、貴族院の議論では、大正刑訴法の立法の必要は、「既ニ検事が証拠ヲ蒐集スルニ付テ必要ナル手段ヲ構ズルノ途ト云フモノハ法ガ之ヲ

認容シテ、而シテ将来ハ疑惑ナキコトニシタイ」と説明されている<sup>68)</sup>。ここには、既に、人権蹂躪防止と強制捜査権限の付与を結びつけた、戦前のいわゆる司法革新論と<sup>69)</sup>、同様の論理が見いだされるということが出来る。大正刑訴法の性格など、刑訴法の性格を論じるに当たっても、参考となるであろう。

- 1) 例えば、2009年5月までに開始される裁判員裁判においても、調書裁判の克服が課題であるというように論じられている。参照、日本弁護士連合会「刑事司法改革の当面の課題 裁判員制度実施までの実現をめざして」(2005年3月17日)。なお参照、守屋克彦「供述調書の効用と限界」外尾健一・広中俊雄・樋口陽一編著『人権と司法』(勁草書房、1984年)173頁。
- 2) 例えば、井戸田侃『刑事訴訟法要説』214頁(有斐閣、1993年)。
- 3) 例えば、松尾浩也「刑事訴訟法の制定過程 第一部 戦前から戦後へ その連続性と非連続性」刑事訴訟法研究会「刑事訴訟法の制定過程(1)」法学協会雑誌91巻7号83頁(1974年)。また参照、久岡「現行刑訴法の性格論 制定施行時の議論の再検討から」立命館法学第183・184号352頁(1985年)。
- 4) 参照、佐伯千仞「証誣法における戦時法の残照」石松竹雄判事退官記念『刑事裁判の復興』107頁(勁草書房、1990年)同『陪審裁判の復活』59頁(第一法規出版、1996年)。なお、大正刑訴法については、小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』(日本評論社、1976年)など多くの研究がある。
- 5) この規定は、治罪法(明治13年太政官布告37号)146条2項に類似する表現のものであり、通常は自由心証主義を定めたものと解されていた。参照、久岡「証誣裁判主義の意義について」鈴木古稀祝賀下巻376頁(成文堂、2007年)。
- 6) 富田山壽『刑事訴訟法講義』248頁(有斐閣、明治44年)。
- 7) 大石健太郎「刑事被告人の待遇」法律新聞67号(明治35年1月1日)。
- 8) 大判明治36年10月22日判録9輯26巻1721頁、1724頁。なお、捜査機関の任意捜査としての被疑者等の取調べの視点からこの判決を論じたものとして、多田辰也『被疑者取調べとその適正化』74頁(成文堂、1999年)等がある。
- 9) 例えば参照、武田宣英『日本陪審法論』344頁(有斐閣、昭和三年)。
- 10) 例えば参照、鳩山和夫「証誣方法としての自白」日本弁護士協会録事第121号1頁(明治41年)、日本弁護士協会録事人権問題特別号(明治43年)など。なお、後者においては、司法警察官作成の、「素行調書」の問題も多数指摘されている。
- 11) 但し、実際の聴取書の取り扱いでは、裁判記録に編綴されていても証誣調べされず、その結果公判手続きの中で「被告ニ読ミ聞ケテ之ニ対スル意見弁解ノ有無ヲ問ハザル檢事ノ聴取書ヲ罪証ニ供シタルハ不法ナリ」(大正6年(れ)1674號)法律新聞1312号33頁(大正6年9月30日)と、「読み聞けがないこと」等の手続的事由を理由に、聴取書を罪証の根拠にしたことを不法とする判決が生まれている。
- 12) この提案は、所謂大正10年案に基づくものであり、大正10年案に至る、明治刑事訴訟法

## 大正刑法と供述を録取した書面（久岡）

明治32年改正，刑事訴訟法の明治34年改正案，大正5年改正案，大正7年案，大正10年準備草案の経過については，小田中・前掲書に詳しい。

- 13) 条文案及び提案理由とも，法曹会『刑事訴訟法案理由書』211頁（大正11年）。聴取書の証拠能力を原則として否定することが提案されている。
- 14) 法曹会『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員会議録』（以下『会議録』という）54頁（大正11年）の，衆議院刑事訴訟法案委員会第2回委員会における袴委員の質問。なお，以下においては，法案，とは，大正10年に政府により第45回帝国議会上に提出された刑事訴訟法案のことである。
- 15) 『会議録』55頁。この山内政府委員の返答が行われたのは，衆議院刑事訴訟法案委員会第2回委員会であった。
- 16) 『会議録』655頁，衆議院刑事訴訟法案委員会第7回委員会。
- 17) 『会議録』309頁，衆議院刑事訴訟法案委員会第6回委員会。
- 18) 『会議録』270頁，衆議院刑事訴訟法案委員会第6回委員会。原委員は，『会議録』325頁，衆議院刑事訴訟法案委員会第7回委員会において，法案345条の文言表現についても質問している。なお，弾劾主義の意義については，参照，久岡「当事者主義と弾劾主義の交錯」立命館法学300・301号417頁（2006年）。
- 19) 『会議録』143頁，衆議院刑事訴訟法案委員会第四回委員会における野副委員の質問。同旨の指摘として，『会議録』165頁，衆議院刑事訴訟法案委員会第四回委員会における宮古委員の質問がある。  
但し，聴取書の証拠能力の原則としての否定は，『会議録』165頁。衆議院訴訟法案委員会第4回委員会における宮古委員が。質問に先だって，「今度ノ刑事訴訟法ノ中デ從來大ナル問題トナツテ居リ検事の聴取書ヲ，原則トシテ証拠ニ採用セスト云フコトニナリマシタノハ，一段進歩デアツテ，洵ニ喜バシク思イマスガ」と述べているように，それ自体としては概ねは積極的に評価されていた。なお，法案345条2項による区裁判所事件の不適用に力点を絞った指摘として，『会議録』367頁，衆議院刑事訴訟法案委員会第6回委員会における原委員の質問，『会議録』287頁，衆議院刑事訴訟法案委員会第6回委員会における森山委員の質問がある。
- 20) これらの衆議院刑事訴訟法案委員中特別調査委員会第7回委員会における横山委員の質問につき，『会議録』648頁。
- 21) これらの衆議院刑事訴訟法案委員中特別調査委員会第七回委員会における山岡政府委員の返答につき，『会議録』650頁及び651頁。
- 22) 衆議院刑事訴訟法案委員会第五回委員会における野村委員の質問及び林政府委員の返答は，『会議録』235頁。但し，林政府委員の返答には，その後「ドウモソウ云フ聴取書ノミニ依テ輕々シク判断シテハナラヌ云フコトハ当然ノコトデアリマス」との発言が附されている。
- 23) 衆議院刑事訴訟法案委員会第8回委員会における袴委員の質問及び林政府委員の返答は，『会議録』727頁。
- 24) 衆議院刑事訴訟法案委員会第7回委員会における袴委員の質問及び林政府委員の返答は，『会議録』734頁，735頁。

- 25) 衆議院刑事訴訟法案委員会第2回委員会における袴委員の質問及び山内政府委員の返答は、『会議録』56頁。
- 26) 山岡政府委員の衆議院刑事訴訟法案委員会第7回委員会におけるこの返答は、『会議録』654頁。但し、それでは「法律」に改めて異議ない訳でありますかと云う鈴木委員の質問に対する山岡政府委員の返答は、「法律ノ委任ニ依ル命令デアリマスカラ、斯ウ云フ場合ニハ『法令ニ依リ』トスルコトガ必要デアリマス」というものであった(『会議録』655頁)。
- 27) 『会議録』798頁, 807頁, 815頁。この衆議院刑事訴訟法案委員会の議決は、衆議院本会議でもそのまま議決された。
- 28) 『会議録』809頁, その理由は法案345条2項には人権擁護の上に於いて賛成できぬものということであった。
- 29) 『会議録』816頁。なお『会議録』797頁の袴委員の意見は、2項を削除すれば、被害者の証人喚問が必要になるが、これを行う裁判官数の確保不能との政府委員説明を容れて、削除を提案せず将来の希望にしたものであった。『会議録』813頁の山内政府委員の2項の削除に賛成できぬとの意見の理由は、この袴委員の意見の通りであるというものであった。
- 30) 『会議録』904頁。なお、貴族院での審議の最大の争点は、要急事件における検察官、司法警察官による拘引状を認めた法案123条であった。すなわち、衆議院で削除された法案123条につき、貴族院は1項を復活させ、2項は削除のままとした。その結果、要急事件において検察官による拘引状は認められたが、司法警察官による拘引状は認められなかった。これについては、『会議録』900頁の貴族院刑事訴訟法案特別委員会第4号委員会における子爵池田政時委員の発言を参照。
- 31) 大正刑訴法の成立経過についての他の資料として、司法省編纂『改正刑事訴訟法理由』(中央社, 大正11年), 法律新聞社編纂『改正刑事訴訟法精義』(法律新聞社, 大正11年)などがある。
- 32) 陪審法については、佐伯千仍・前掲『陪審裁判の復活』ほか多数の文献がある。
- 33) 作問委員の質問につき、清水書店『陪審法審議編』179頁(清水書店, 大正12年, 以下『陪審法審議編』という), 林政府委員の返答につき『陪審法審議編』180頁。
- 34) 作問委員の発言につき『陪審法審議編』180頁。
- 35) 『陪審法審議編』365頁。なお林政府委員は横山(金)委員の質問に対しても、『陪審法審議編』365頁で、陪審法は刑事訴訟法よりも「直接審理ノ原則ヲ徹底致シマシテ、某結果トシテ非常ニ制限サレテ居ル、斯ク云フコトニナル」と返答している。
- 36) 横山(勝)委員の発言につき『陪審法審議編』941頁, 清瀬委員の発言につき『陪審法審議編』1035頁。
- 37) 準戦時体制, 戦時体制の言葉については、日本弁護士連合会『日本弁護士沿革史』141頁(1959年)以下を参考にした。
- 38) 昭和12年には、政府により陪審法改正案(集団犯罪に対する陪審法の不適用)が準備され、第一東京弁護士会及び帝國弁護士会による反対決議が行われたことがある。これについては、日本弁護士連合会・前掲『日本弁護士沿革史』197頁以下を参照。
- 39) 国防保安法は、昭和16年3月7日に公布され、同5月10日より施行された。なお、同法

は、国防保安法廃止等二閣スル件（昭和20年勅令第568号）により、昭和20年10月13日をもって廃止された。

- 40) 陪審法ノ停止二閣スル法律は、第81回帝国議会で成立したが、その提案理由は、事件数逐年減少の中、陪審員資格者名簿、陪審員候補者名簿の作成に市町村において手を要し、かつ一旦陪審公判となれば陪審員、証人に多数を要するので、戦時中陪審法の施行を停止せざるを得ないというものであった。なお、法案を審理した衆議院戦時刑事特別法委員会での政府委員の見解は、戦時中の陪審法の施行停止であり、陪審法ノ停止二閣スル法律附則第3項は、「陪審法八大東亜戦争（改正後は今次ノ戦争）終了後再施行スルモノトシ其ノ期日ハ各条ニ付勅令ヲ以テ之ヲ定ム」ものとしている。なお、「陪審法の停止」については、司法行政研究会編著『決戦化の司法行政』197頁（秀文閣書房、昭和18年）を参照。
- 41) 改正治安維持法（昭和16年法律54号）は、治安維持法（大正14年法律46号）を全面改正したもので、昭和16年3月10日に公布され、同年5月15日より施行された。なお、同法は治安維持法廃止等ノ件（昭和20年勅令第575号）により、昭和20年10月15日に廃止された。なお、国防保安法25条、改正治安維持法26条の文言は、以下のように同一である。
- 第1項 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  
第2項 検事ハ公訴提起前二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  
第3項 司法警察官検事ノ命令ニ因リ被疑者又ハ証人ヲ訊問シタルトキハ命令ヲ為シタル検事ノ職、氏名及其ノ命令ニ因リ訊問シタル旨ヲ訊問調書ニ記載スベシ  
第4項 第17条第2項及第3項ノ規定ハ証人訊問ニ付之ヲ準用ス
- 42) 戦時刑事特別法（昭和17年法律64号）は、昭和17年2月24日に公布され、同年3月21日より施行された、第1章罪、第2章刑事手続からなる全31条及び附則からなる法律である。なお、同法は戦時刑事特別法廃止法律（昭和20年法律第47号）により昭和21年1月15日をもって廃止されている。
- 43) 磯部靖「戦時刑事特別法」齊藤直一・梶村敏樹・磯部靖著『戦時司法特別法』179頁、200頁、201頁（巖松堂書店、昭和18年）。なお官報号外（昭和17年2月14日）によれば、弁護士の数を二人に制限した理由について衆議院委員会で答弁が行われている。
- 44) 磯部靖・前掲「戦時刑事特別法」292頁。
- 45) 佐伯千仞「戦時下に於ける我刑政の発展 戦時刑事特別法の制定を中心に」法学論叢46巻4号127頁（昭和17年）。なお参照、佐伯千仞・前掲『陪審裁判の復活』75頁など参照。
- 46) 団藤重光「刑事新立法について とくに、検察庁法と刑訴急措置法（二完）」法律時報19巻6号24頁（1947年）。なお、これに対して、佐伯千仞・前掲『陪審裁判の復活』70頁によれば、刑訴急措置法12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についてのみの規定であると解し得る。
- 47) 刑事訴訟法343条については、例えば、小野清一郎『全訂刑事訴訟法講義第三版』301頁（有斐閣、昭和8年）。また、陪審法71条については、武田宣英・前掲『日本陪審法論』340頁。
- 48) 原委員の質問につき前注17及び18。野副委員の質問につき前注19。なお、野副委員の質

問は、今日でいう類似事実の証拠調の問題であり、その問題点は、直接主義というよりは、伝聞法則の観点から理解出来るものであろう。前注11で言及した「素行調査」の問題もこれに関連するものであったと解しうる。

- 49) 例えば、岩野稔『陪審と証拠法』(巖松堂, 昭和3年)119頁は、伝聞証言を「英法の伝来精神反対訊問を受けざるを以て、果して某の証言の正確なりや否やを知り得可からざるのみならず、凡そ物は之繰返すことにより某正確を失ふものなるを以て須く某第三者を直接証人として親しく之を訊問す可きなり」と、紹介している。
- 50) 例えば、明治刑訴法において、富田山寿「伝聞の証言」京都法学会雑誌第5巻12号44頁(明治39年)は、明治刑訴法が直接審理の原則を採用したことを主張しつつ、それを事実認識の直接を採用したものでなく、「専ら交通ノ直接ニノミ關スルモノ」としている。したがって、富田山寿『最近刑事訴訟法要論下巻』1070頁(有斐閣書房, 明治43年)では、処分的文書のみならず報告的文書も、それに依らざるを得ない場合は書証として許されるとされている。  
また、大正刑訴法において、例えば、小野清一郎・前掲『全訂刑事訴訟法講義第三版』431頁は、直接主義を主観的直接主義にあたるものとしている。
- 51) 例えば、武田宣英・前掲『日本陪審法論』349頁, 340頁は、陪審法71条を主観的直接主義の規定としている。
- 52) 前注24。
- 53) これにつき参照、田宮裕『刑事訴訟法新版』364頁(有斐閣, 1998年)。
- 54) 前注44。
- 55) これに対して、ドイツ法における直接主義においては、客観的主観主義も重視されている。これにつき参照、田宮裕・前掲『刑事訴訟法新版』236頁, 364頁, 田口守一『刑事訴訟法第4版補正版』399頁(成文堂, 2006年), 福井厚監訳『ゲラルト・グリユンヴァルトドイツ刑事証拠法』127頁(内山安夫担当)(成文堂, 1999年)等。
- 56) 前注14, 15。
- 57) 前注8。なお、『会議録』144頁の林政府委員の返答の中には、聴取書については、「大分世間カラ非難ガアリマシタ」ので、こういうものは証拠に取らぬ方がよらしいということになったと述べている。
- 58) 前注15。
- 59) 前注44。
- 60) 前注26。
- 61) 例えば参照、小野清一郎『新刑事訴訟法概論(第4版)』30頁(法文社, 1953年)。
- 62) 参照 前注22における、野村委員の質問は、「警察署ノ聴取書」の証明力を問題としている。
- 63) 佐伯千仞・前掲『陪審裁判の復活』66頁以下、及び74頁。
- 64) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(5)」法学協会雑誌91巻12号62頁(1974年)。
- 65) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(20)」法学協会雑誌97巻5号106, 108, 122頁(1979年)。



大正刑訴法と供述を録取した書面（久岡）

- 66) 例えば、小野清一郎「司法制度革新論 予審廃止を中心に」同『法学評論上』275頁（弘文堂書房，昭和13年）では，陪審法73条の規定に倣って検事の作成した訊問調書の証拠力を認めることが提起されていた。
- 67) 前注20。横山委員は、『会議録』648頁で，「訊問及訊問調書ト云フモノニ厳格ナ規定ヲ置イタ趣旨ヲ此処ニ来ッテ全部破壊シテシマフト云フ趣旨ニナルト考ヘマス」と質問している。
- 68) 『会議録』837頁の，石渡敏一委員の質問への山内政府委員（司法次官）の返答。
- 69) 例えば参照，小野清一郎・前掲「司法制度革新論 予審廃止を中心に」266頁。