

伝聞例外の総論と供述書面 (321・322)

ゼロから司法試験 復習ノート / ゼロから刑事訴訟法#28 / 動画: <https://youtu.be/RQkrWFORz48>

第4章 公判・証拠法 ⑤ / 動画の内容を見返し用にまとめたものです (動画には含みません)。

0. 例外は2段構えの「2段目」〔短答・論文共通〕

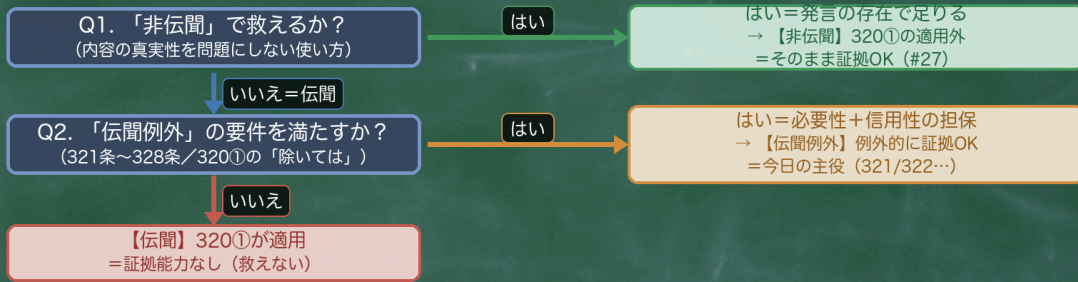
前回の地図を思い出します。言葉の証拠が出たら、まず内容の真実性を問題にしない使い

方かを探り、それなら非伝聞でそのまま証拠にできます。しかし伝聞だとしても、まだ終わりではありません。320条の条文をもう一度見ると、「321条乃至前条に規定する場合を除いて」とありました。これが2段構えの2段目、すなわち「非伝聞でダメでも、例外で救えるか」という検討です。

条文 刑事訴訟法320条1項 (伝聞法則の原則と例外の関係)

第三百二十一条乃至第三百二十八条に規定する場合を除いては、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない。

伝聞だと分かった後 — 例外で救えるか（2段階の2段階目）



※ 例外の2つの鍵=① 必要性（その供述を使う必要=供述不能等）+② 信用性の情況的保障（反対尋問に代わる担保）/今回はこの2軸で321/322を読む

図：伝聞処理の2段階。非伝聞でダメでも、伝聞例外（321条以下）で救えるかを検討する。

1. 例外が許される理由——2つの鍵

〔短答・論文共通〕

いちばん大事な土台です。なぜ、ダメなものでもOKにできるのか。伝聞がダメな理由（反対尋問でテストできない）の裏返しを考えます。チェックできなくても許せる事情が2つあります。一つ目は**必要性**で、その供述を使わないと真相が分からず、もう反対尋問のために呼べない、という事情です。二つ目は**信用性の情況的保障**で、反対尋問の代わりになる信用の担保=嘘が入りにくい特別な状況や経緯のことです。この2つが揃って初めて例外で救います。鍵のかかった扉のようなもので、開けるには合鍵が2本いる、というイメージです。

2. 供述書面は、まず「誰の言葉か」

で分ける〔短答〕

書面の例外に入ります。最初の分かれ道はシンプルで、誰が喋ったことかです。被告人以外の人なら321条、被告人本人の言葉なら322条です。なお書面には2種類あり、本人が自分で

書いた供述書と、本人以外が聞き取った供述録取書（調書）に分かれます。調書には本人の署名押印が要ります。聞き取った人が勝手に書いたかもしれないという、二重のまた聞きを防ぐためです。

3. 321条1項1号——裁判官の前なら、要件は最も緩い〔短答・論文共通〕

321条1項は信用の強さで3段階に分かれます。まず1号は、裁判官の前で述べた調書で、公判が始まる前などに作られます。これが一番証拠にしやすいものです。作成者が中立な裁判官で、無理な誘導のおそれがなく信用が最強だからです。弁護士が立ち会い、質問の機会も一応あります。要件は2つのうちどちらかで足りる。一つは**供述不能**（死亡・所在不明など）、もう一つは**前の供述と異なった供述**（話が変われば前の調書を出せる）です。ここがポイントで、特信性は要りません。不一致だけで即使えます。

条文 刑事訴訟法321条1項1号（裁判官面前調書）

裁判官の面前（映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話を行うことができる方法による場合を含む。次号において同じ。）における供述を録取した書面については、その供述者が**死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき**、又は供述者が公判準備若しくは公判期日において**前の供述と異なつた供述**をしたとき。

4. 321条1項2号——**検察官の前なら、もう一押し要る**〔**短答・論文共通**〕

次は2号、検察官の前の調書＝検面調書です。検察官は法律家ですが捜査側の当事者でもあるため、信用は裁判官と警察官の中間で、要件も1号と3号の中間になります。まず供述不能なら使えます（ここは1号と同じ）。問題は

法廷で話が変わったときで、条文の言葉が独特です。「前の供述と相反するか若しくは実質的に異なつた供述」とされ、正反対だけでなく結論がずれる程度の食い違いも含まれます。そして1号との違いとして、不一致のときはもう一つ条件が要ります。**相対的特信情況**といい、前の調書の方が今の証言より信用できる特別な事情のことです。今の証言と比べての話なので「相対的」と呼びます。試験頻出です。

条文 刑事訴訟法321条1項2号（検察官面前調書＝検面調書）

検察官の面前における供述を録取した書面については、その供述者が**死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき**、又は公判準備若しくは公判期日において**前の供述と相反するか若しくは実質的に異なつた供述**をしたとき。ただし、**公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況**の存するときに限る。

5. なぜ「供述不能」では特信性が要らないのか〔論文〕

ここで論点を一つ挟みます。検面調書は供述不能と不一致の2つの場合がありますが、供述不能のとき特信性は要るか、という問題です。判例は要らないとします。理由は2つです。第一に、条文の作りを見ると、不一致の後ろにだけ特信性の文言があり、供述不能の方には書かれていません（反対解釈）。第二に、相対的特信は「今の証言と比べる」話でしたが、供述不能のときは比べる相手の法廷証言がなく、そもそも比較ができないからです。

6. 321条1項3号——警察官の前は、要件が最も厳しい〔短答・論文共

通〕

最後は3号、警察官の前の調書＝員面調書です。これが最も証拠にしにくいものです。取調べには誘導や圧力のおそれがあり、信用の担保が一番弱いからです。要件は3つ全部が必要です。①**供述不能**（本人がもう呼べない）、②**不可欠**（その証拠なしには裁けない）、③**絶対的特信情況**（比べる相手なしに、それ単体で嘘の入りようがない状況だったこと）です。ここが頻出で、2号が2枚を見比べるのに対し、3号は1枚だけで信用できると示す点が違います。そして3号の決定的な特徴は、不一致だけでは絶対に救えないことです。本人が法廷に来て話せるなら、たとえ証言を覆しても員面調書は入りません。ここが今日いちばんの試験ポイントです。

条文 刑事訴訟法321条1項3号（その他＝員面調書・供述書）

前二号に掲げる書面以外の書面については、供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができず、かつ、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。ただし、その供述が特に信用すべき情況の下にされたものであるときに限る。

7. 検面と員面の違い——3段階を1枚に〔短答・論文共通〕

321条1項の3段階を1枚の表にまとめます。上から裁判官・検察官・警察官の逆ピラミッドで、下にいくほど必要性を高く要求していきます。

号	作成者の面前	要件
1号	裁判官	①供述不能 または ②前の供述と異なる供述（特信性は不要）
2号	検察官（検面調書）	①供述不能、または ②相反・実質的に異なる供述 + 相対的特信情況
3号	警察官（員面調書）・その他	①供述不能 + ②不可欠 + ③絶対的特信情況（不一致だけでは救えない）

被告人以外の調書（321条1項） — 3段階の逆ピラミッド

作成者（号）	信用の担保	証拠とできる要件
1号 裁判官の面前（裁面調書）	最強 中立・誘導なし 弁護士立会で 反対尋問の機会も	供述不能 or 不一致（前の供述と異なる） ※ 特信性は不要＝話が変われば即 使える
2号 検察官の面前（検面調書/PS）	中 法律家だが 捜査側の当事者	供述不能 or 〔不一致（相反 or 実質的に異なる） + 相対的特信情況〕 ※ 前段（供述不能）は特信性不要/不一致のときだけ相対的特信（前の供述が信用できる比較）
3号 警察官等の面前（員面調書/KS）・供述書	最弱 取調べの 誘導・圧力の恐れ	供述不能 かつ 不可欠 かつ 絶対的特信情況 ※ 不一致だけでは不可（本人が話せるなら員面は入らない）＝検面との決定的な違い

※ 担保が弱い書面ほど「必要性」を高く要求＝逆ピラミッド/合鍵：裁判官＝印鑑1つ・検察官＝もう1つの証明・警察官＝3つの鍵を全部

図：321条1項の逆ピラミッド。下にいくほど必要性を高く要求する。

鍵にたとえば、裁判官は印鑑が一つ、検察官はもう一つ証明を足し、警察官は鍵を3つ全部揃えないと開きません。軸さえ分かれば要件は自分で出せます。

8. 「供述不能」って、死亡だけ？〔短答〕

共通要件の供述不能を深めます。条文の事由は、死亡、精神・身体の故障、所在不明、そして国外にいるとき、です。通説判例はこれらを例示と読み、「死亡など」の「など」が隠れていると考えます。供述不能は必要性を測る物差しなので、死亡と同じくらい証言が取

れないなら使う必要がある、という理屈です。もともと、認定は厳しく見ます。記憶が曖昧ならまず思い出させ、拒否ならついたてや期日変更を試し、手を尽くしてなお無理なときだけ認めます。

9. 検察が証人を追い出したら？——供述不能の作出〔論文〕

供述不能には有名な判例があります。外国人が捜査で検面調書を取られ、その後、強制送還で国外へ帰された。検察は「国外にいるから供述不能だ、だから検面調書を使わせろ」と請求した、という事案です。しかし、誰が追い出したのかが問題になります。最高裁

は、手続的正義の観点から公正さを欠くときは、その調書を証拠にできない、と枠をはめました。反対尋問を封じる目的でわざと送還した場合や、裁判所が証人尋問を決めていた

のにそれを無視して送り返した場合は、フェアではないので例外で救わない、という判断です。

判例

検察官面前調書（検面）は、原供述者が**国外にいる**等で供述不能なら証拠にできる。もっとも、訴追側が反対尋問を封じる目的で**殊更に強制送還**して供述不能を作り出した場合や、**裁判所が証人尋問を決定していたのに無視して送還**した場合のように、**手続的正義の観点から公正さを欠く**と認められるときは、伝聞例外の規定は適用されず証拠能力は否定される。

→ 最三小判 平成7・6・20（不法滞在外国人を取調べ後に強制送還した事案）。形式上「国外にいる」でも、自分でドアを閉めて「いないから調書を使わせろ」はフェアでない=救わない。

10. 被告人本人の調書は別ルート ——322条〔短答・論文共通〕

ここで322条に移ります。喋ったのが被告人本人なら、こちらでした。被告人の供述は内容で2つに分けます。一つは自分に不利益な事実を認める**自白**、もう一つは自分に有利な**弁解**です。まず自白の要件は**任意性**だけです。理由

は経験則で、自分からわざわざ嘘で不利を言う人はいないので信用でき、強制されたのであればそれで証拠になります。一方、弁解は自分を守る嘘の動機があるため、**特信状況**が必要です。そして条文の但書に注目すると、不利益な承認は自白でなくても319条に準じて任意性が要るとされます。これが自白法則で、無理に言わせた供述は排除されず。任意性の中身は自白の回で扱います。

条文 刑事訴訟法322条1項（被告人の供述書・供述録取書）

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で被告人の署名若しくは押印のあるものは、その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るとき、又は特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限り、これを証拠とすることができる。但し、被告人に不利益な事実の承認を内容とする書面は、その承認が自白でない場合においても、第三百十九条の規定に準じ、任意にされたものでない疑があると認めるときは、これを証拠とすることができない。

11. 書面そのものが正確なら——

321条3項〔短答〕

最後にもう一つの型を見ます。これまでは供述の信用性で勝負しましたが、書面そのものが正確な場合があります。警察官が作る実況見分調書です。事故現場の距離や位置を測って図にするもので、記憶よりも書面の方が正

確です。一年後に「だいたい3メートル」と言うより、その場で測ったメモの方が確実だからです。だから要件は供述不能などではなく、作った警察官が法廷に来て「これは私が作り、中身も現場のとおりだ」と証言すること＝真正作成供述で足ります。なお実況見分も条文の検証調書に含まれ、鑑定書も同じ扱いです（321条4項）。

条文 刑事訴訟法321条3項（検証調書・実況見分調書）

検察官、検察事務官又は司法警察職員の検証の結果を記載した書面は、その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したときは、第一項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

短答ひっかけ

- 伝聞例外の2つの鍵＝**必要性と信用性の情况的保障**。両方揃って初めて救う（合鍵2本）。
- 書面はまず**誰の言葉か**で振り分け＝被告人以外は**321条**／被告人本人は**322条**。調書は本人の署名押印が必要。
- 321条1項は逆ピラミッド。**1号（裁判官）＝供述不能 or 不一致（特信性不要）**／**2号（検察官）＝＋相対的特信情況**／**3号（警察官）＝供述不能＋不可欠＋絶対的特信情況**。
- **3号（員面）は不一致だけでは救えない**。本人が法廷で話せるなら、証言を覆しても員面調書は入らない（最重要）。

- 検面調書の**供述不能**のときは**特信性不要**（条文上、特信性は不一致の後ろにだけ／比較する法廷証言がない）。
- 供述不能の事由（死亡・故障・所在不明・国外）は**例示**。ただし手を尽くしてなお無理なときだけ認める。反対尋問封じの**作出**は手続的正義に反し許されない。
- 322条＝**自白は任意性のみ**／**弁解は特信情況**。但書＝不利益な承認は自白でなくても**319条**に準じ任意性が必要。
- 実況見分調書・鑑定書（321条3項・4項）＝**供述不能ではなく真正作成供述**で足りる。

論文の型 | 検察官面前調書の証拠能力（321条1項2号）

★ コア規範（逐語で覚えるのはここだけ） | 検察官面前調書の証拠能力（321条1項2号）

検面調書（被告人以外の者の供述録取書）は伝聞証拠（320条1項）だが、**321条1項2号**の要件で伝聞例外となる。すなわち①供述者が**死亡・所在不明・国外在住等**のため供述することができないとき（**供述不能**）、または②公判で前の供述と相反するか実質的に異なった供述をし（**不一致**）、かつ前の供述を信用すべき**特別の情況**（**相対的特信情況**）が存するときに、証拠能力が認められる。

刑訴法321条1項2号

復元キー（理解した趣旨から答案を再構成する）

- ① 出発＝検面調書は伝聞（320①）→321条1項2号で例外
- ② 前段＝①供述不能（死亡・所在不明・国外在住等）
- ③ 後段＝②不一致（相反 or 実質的に異なる）＋相対的特信情況
- ④ 特信情況＝外部的事情から前の供述を信用すべき特別の情況

答案の型（司法試験で使う型） | 検察官面前調書の証拠能力（321条1項2号）

【事例】

目撃者Wは捜査段階で検察官に「被告人が被害者を刺すのを見た」と供述し検面調書が作成された。ところが公判の証人尋問でWは「よく覚えていない、見ていないかもしれない」と供述を覆した。

【問題提起】

Wの検面調書を、被告人の有罪認定の証拠とすることができるか（321条1項2号後段）。

【規範】

上記の規範を定立（①供述不能 or ②不一致（相反 or 実質的に異なる）+相対的特信情況）。

【あてはめ】

Wは公判廷に出頭して供述しているから供述不能（前段）ではない。もっとも、検面では「刺すのを見た」と明言したのに公判では「見ていないかもしれない」とトーンダウンし、事実認定上の結論が異なる＝実質的に異なった供述（不一致）にあたる。そのうえで、検面調書が作成された状況（記憶の新鮮な時期に具体的・詳細に供述した等の外部的事情）から、公判供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況が認められれば、相対的特信情況を肯定でき、検面調書を証拠とすることができる。

- 【コア規範】（逐語暗記は太字だけ）検面調書（被告人以外の者の供述録取書）は伝聞証拠（320条1項）だが、**321条1項2号**の要件で伝聞例外となる。すなわち**①供述者が死亡・所在不明・国外在住等のため供述することができないとき（供述不能）、または②公判で前の供述と相反するか実質的に異なった供述をし（不一致）、かつ前の供述を信用すべき特別の情況（相対的特信情況）が存するとき**に、証拠能力が認められる。
- 【復元キー】①出発＝検面調書は伝聞（320①）→321条1項2号で例外→②前段＝供述不能（死亡・所在不明・国外在住等）→③後段＝不一致（相反 or 実質的に異なる）+相対的特信情況→④特信情況＝外部的事情から前の供述を信用すべき特別の情況。
- 【フル論証】検察官面前調書（被告人以外の者の供述録取書）は、伝聞証拠（320条1項）にあたるが、321条1項2号の要件を満たせば、伝聞例外として証拠能力が認められる。すなわち、**①供述者が死亡・所在不明・国外在住等のため供述することができないとき（供述不能）、または②供述者が公判で前の供述と相反するか若しくは実質**

的に異なった供述をし（不一致）、かつ、公判の供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況（相対的特信情況）が存するときに、これを証拠とすることができる。

- 【事例】目撃者Wは検察官に「被告人が被害者を刺すのを見た」と供述し検面調書が作成されたが、公判ではWが「よく覚えていない、見ていないかもしれない」と供述を覆した。
- 【問題提起】Wの検面調書を、被告人の有罪認定の証拠とすることができるか（321条1項2号後段）。
- 【あてはめ】Wは公判廷で供述しているから供述不能（前段）ではない。もっとも検面では「刺すのを見た」と明言したのに公判で「見ていないかもしれない」とトーンダウンしており、結論を異にする＝実質的に異なった供述（不一致）にあたる。そのうえで検面調書作成時の状況（記憶の新鮮な時期に具体的・詳細に供述した等の外部的事情）から前の供述を信用すべき特別の情況が認められれば、相対的特信情況を肯定でき、検面調書を証拠とできる。

今日の地図（保存版）

- 伝聞例外の2つの鍵＝必要性＋信用性の情况的保障。321条以下の各要件はこの配合。
- 振り分け＝被告人以外は**321条**、被告人本人は**322条**。
- 321条1項の逆ピラミッド＝**1号 裁判官（供述不能 or 不一致・特信性不要）** → **2号 検**

察官（＋相対的特信情況）→ **3号 警察官（供述不能＋不可欠＋絶対的特信情況）**。

- 裁判所の記録は無条件（321条2項）。被告人の自白は任意性、弁解は特信情況（322条／但書は319条に準じ任意性）。
- 実況見分調書・鑑定書（321条3項・4項）＝真正作成供述で足りる。
- 検面の供述不能では特信性不要／員面は不一致だけでは救えない（最重要）。

伝聞例外の要件一覧 — 全部「必要性＋信用性の担保」の配合

分類	適用条文	証拠とするための要件（キーワード）
裁判所の記録 （公判調書・検証調書）	321条2項	無条件（すでに当事者の立会・反対尋問が保障された手続だから）
被告人の供述 — 自白（不利益事実の承認）	322条	任意性があればOK（人はわざわざ嘘で不利を言わない＝経験則）
被告人の供述 — 自白以外（弁解）	322条	特信情況が必要（自分を守る嘘の動機／但書＝319 自白法則と接続）
第三者の供述 — 裁判官の面前（1号）	321条1項1号	供述不能 or 不一致（特信性 不要）
第三者の供述 — 検察官の面前（2号）	321条1項2号	供述不能 or （不一致＋相対的特信情況）
第三者の供述 — 警察官等／供述書（3号）	321条1項3号	供述不能 かつ 不可欠 かつ 絶対的特信情況
専門的記録 （実況見分・検証調書／鑑定書）	321条3項・4項	真正作成供述（作成者が法廷で『私が作り、中身も正確』と証言）

※ 最重要＝検面（2号）と員面（3号）の違い：証人が法廷で証言を覆したとき、検面は特信性で救える／員面は供述不能が必須（不一致だけでは不可）

図：供述書面の伝聞例外を1枚に整理した保存版マップ。

今回は第4章⑥「特信文書・伝聞供述・同意・弾劾・再伝聞」。伝聞例外の続きとして、また聞き証言そのもの（伝聞供

述）、戸籍やカルテなどの特信文書、相手方の同意（326条）、証言を崩す弾劾証拠（328条）、そして再伝聞を整理し、伝聞のラストを締めます。