

1 導入

導入

事件の設定と問い

| 事件

- 居酒屋での傷害事件
- 目撃した客が法廷で「被告人が先に殴った」と証言

| 弁護人の手元にある書面

- 事件の翌日に、その客が警察官に
- 「先に手を出したのは被害者の男だった」と話した旨

| 問い

- この書面は伝聞例外の要件を満たさない
- それでも、証言を崩すために出せるのか

図：居酒屋の傷害事件

- 客が公判で、被告人のほうに先に殴りかかったと証言する
- 弁護人の手元には、事件の翌日に、その客が警察官に、先に手を出したのは被害者の男だった、と話したと書かれた書面がある
- 書面は伝聞例外の要件を満たさない
- それでも証言を崩すためなら出せるのか、出せるとして何でも出せるのかという問い

前回の終わりに、伝聞例外の要件を満たさない書面でも、証人の話の信用性を崩すためなら使える道がある、とお伝えしました。今日は、その道、328条を見ます。居酒屋で、傷害の事件が起きました。目撃した客が、法廷で、被告人のほうに先に殴りかかりました、と証言します。ところが、弁護人の手元には、事件の翌日に、その客が警察官に、先に手を出したのは被害者の男でした、と話したと書かれた書面があります。この書面は、伝聞例外の要件を満たしません。それでも、証言を崩すためなら、出せるのでしょうか。出せます。ただし、出せるのは、同じ人物が前に違うことを言った、という使い方に限られます。ただ、書面なら何でも出せる、というわけではありません。今日は、1本の軸で解きます。前の供述の中身が本当かどうかを、使うのか、使わないのか。この軸から、328条で何が出せるか、別の人の供述ではなぜだめか、署名や押印のない書面がなぜ落ちるか、すべてが一続きに決まります。

2 328条の全文と、字面どおり読むと何が起きるか

短答知識

伝聞例外の地図と328条

| 伝聞例外の5つの枠

- 同意（326条）／合意（327条）
- 被告人以外の書面（321条）
- 被告人の書面（322条）
- 又聞き供述（324条）

| 最後の枠：328条

- 「要件を満たさない書面でも
- 証明力を争うためなら証拠にできる」

※ 要件を飛ばして入ってくる危険性

図：伝聞例外の地図の最後の1枠に328条

- 同意・合意は326条・327条、321条、322条、324条、そして328条
- 328条だけは、要件を満たさない書面でも、証明力を争うためなら証拠にできると書く
- 字面どおりなら、証人を崩すためとえば、伝聞の書面が何でも入ってしまう

伝聞例外の地図を思い出してください。同意と合意、321条、322条、324条と見てきました。最後の1枠が、328条です。全文で出します。

条文 刑事訴訟法第328条

刑事訴訟法第328条

第三百二十一条乃至第三百二十四条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であつても、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の**証明力を争うためには**、これを証拠とすることができる。

言葉を整えます。「であつても」は、「であっても」の古い書き方です。「証明力を争う」は、法廷での供述の信用性を、減らす向きに争う、という意味です。字面どおりなら、何でも証拠にできる、と読めてしまう。そこが、この条文の怖いところです。弁護人でも検察官でも、証人の話を崩すためです、例えば、伝聞の書面が、要件を飛ばして入ってしまう。ここまで何本もかけて積んだ要件が、一言で骨抜きになります。そこで、328条は何を許している条文なのか、が問われます。答えは、前の供述の中身が本当か、を問わない使い方だけ、です。

3 補助証拠としての使い方

短答・論文共通

実質証拠と弾劾の比較

	実質証拠	弾劾（328条）
何に使うか	事実そのものを証明する 要証事実を示す	信用性を下げる 補助証拠
前の供述をどう使うか	内容が本当だと使う 中身が事実かどうか	した事実だけを使う 中身が本当かは問わない
伝聞性	伝聞である 321条1項2号後段など要件が必要	伝聞ではない した事実だけなら伝聞にならない
例（321条1項2号後段）	証人の前の供述が、その中身を信じるべき特別の状況がある	証人が前後で矛盾した—その事実から信用性を減らす

図：実質証拠と弾劾の比較

- ・ 実質証拠は前の供述の内容が本当だと使う、伝聞なので321条以下の要件が要る、例は321条1項2号後段
- ・ 弾劾は前の供述をした事実だけを使う、内容が本当かは問わない、328条

補助証拠の整理を呼び戻します。要証事実そのものを証明する証拠が、実質証拠でした。実質証拠の信用性に影響する事実、つまり補助事実を証明する証拠が、補助証拠です。補助証拠には、弾劾、増強、回復の3種があるのでした。弾劾は、信用性を減らす向き。増強は、高める向き。回復は、一度崩された信用性を、立て直す向きです。328条が扱うのは、証明力を争う、つまり弾劾です。弾劾に使う前の供述と、2号後段の前の供述とでは、使い方が、正反対です。2号後段は、証人が法廷で、前に検察官に話したとことと食い違うことを言ったとき、前の供述のほうを信用すべき特別の状況があれば、検察官が、前の供述の内容が本当だとして、実質証拠に使う道でした。だから、伝聞の要件が要ります。328条の弾劾は、前の供述の中身が本当かは使わず、そういう供述をした事実だけを使います。暗記は1文です。内容を使うなら、321条以下。した事実だけを使うなら、328条。

4 自己矛盾供述は、なぜ伝聞にならないのか

短答・論文共通

弾劾の推論の流れ

客の前の供述
「先に手を出したのは被害者の男だった」

→

客の公判供述
「被告人が先に殴った」

→

矛盾した！
矛盾！

→

だから法廷の証言は信用しにくい
推論

前の供述の内容が本当かへは向かわない（推論に組み込まない）

図：弾劾の推論の流れ

- ・ 客の前の供述、先に手を出したのは被害者の男、と、公判供述、被告人が先に殴った、が食い違う
- ・ 食い違いから、この客の話は場面で変わるので公判の供述は信用しにくい、と推論する
- ・ 前の供述の内容が本当かへ向かう矢印には、使わないという印

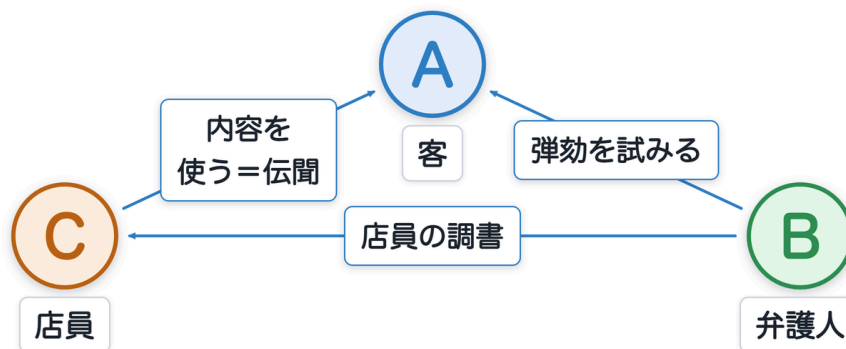
設例1で、推論を追います。客が法廷で、被告人が先に殴った、と証言しました。事件の翌日には、警察官に、先に手を出したのは被害者の男だった、と話していました。このとき、裁判所は、こう考えます。同じ人物が、前は違うことを言っていた。この人の話は、場面で変わる。だから、法廷の証言は、そのまま信じにくい。この考え方では、翌日の話の中身が本当かどうかは、どう扱われているのですか。扱っていません。そこが、決め手です。被害者の男が先に手を出したのか、は、この推論では判断していません。使っているのは、前に違うことを言った、という事実だけです。伝聞とは、供述の内容が本当だと証明するために使うものでした。内容が本当かを使わず、供述があった事実そのものを使うなら、伝聞ではありません。前に見た、判定の問いを当てます。前の供述の中身が、仮に偽だったとしても、値打ちが残るか。残ります。食い違ったこと自体に値打ちがある、という場面です。この自己矛盾供述が、今日の内容です。ここから、328条の読み方が出ます。328条は、新しい例外を作った規定ではなく、もともと伝聞ではない使い方があることを、確かめた規定だ、と読むのが、一般的な理解です。最初に、伝聞例外の地図の最後の1枠、と言いましたが、それは条文の置き場所の話です。ただし、最高裁の判決自身が、そう言ったわけではありません。判例の読み方として、そう整理される、という位置づけです。

もう1つ、帰結があります。弾劾のために採用された書面から、具体的な事実を認定してはいけません。中身が本当かは、使わないはずだからです。暗記です。自己矛盾供述は、内容の真実性を使わない。だから伝聞ではない。弾劾に使った書面で、事実は認定できない。

5 字面どおり広く読む説と、別人の供述

短答・論文共通

設例2：別人の供述で弾劾しようとする場合



図：設例2の関係図

- ・ A客が公判で証言し、B弁護士が、C店員が警察官に、先に手を出したのは被害者の男だった、と話した旨の調書でAの証言を弾劾しようとする
- ・ この調書が弾劾になるのは、Cの話が本当だと言えるときだけ
- ・ 内容の真実性を使うので伝聞のまま

かつては、証明力を争うためなら、伝聞でも広く許す、という考え方がありました。328条を、伝聞例外を新しく作った規定だと読む見方で、限定を置かない説と呼ばれます。何が起きるか、設例2で見ます。設例1の事件です。弁護士が、客の証言を崩すために、別の店員が警察官に、先に手を出したのは被害者の男だった、と話した旨の調書を、328条で出そうとしました。この調書で、客の証言が崩れるのは、どんなときでしょうか。店員の話が本当なら、被害者の男が先に手を出したので、客の証言が間違い、となるときです。店員の話の内容が、本当だと使っています。これは、供述証拠として使っているので、伝聞の使い方です。自己矛盾供述のような、した事実だけを使う場面とは、違います。これを、328条の名目で入れてしまうとどうなるか。被告人が、公判で否認すれば、被告人に不利なことが書かれた、第三者の調書が、要件なしで、全部入ります。伝聞法則も、伝聞例外の要件も、形骸化します。だから、別の人の供述では、弾劾できません。使えるのは、その証人自身の、前の供述だけです。暗記です。弾劾に使えるのは、同じ人物の前の供述だけ。別人の供述は、内容を使うので、伝聞のままです。

★ 論文で書く規範：328条で許されるのは、同一人の自己矛盾供述（限定説） 公判の供述をした者が、別の機会にした矛盾する供述を、した事実として示すことに限る | 別人の供述は内容の真実性を使うので、伝聞のまま（判例の理解——最高裁判決を一般化した理解・条文の要件ではない。論文で論点になりうる）

判例が示した328条の趣旨

|背景

- かつての高裁判例：限定を置かない読み方
- （別人の供述でも証明力を争うためなら出せる）

|最高裁が改めた（平成18年11月7日）

- 328条の趣旨＝同一人の自己矛盾供述に限る

|限定説

- 矛盾する供述をしたこと自体の立証を許し
- 法廷の供述の信用性の減殺を図る趣旨

図：328条の趣旨を述べた最高裁判決

- 公判の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾するとき、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許し、公判の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨
- 同一人の自己矛盾供述に限る、限定説
- かつての高裁判例の、限定を置かない読み方を、最高裁が改めた

この考え方を、最高裁が示しました。事案から言います。第1審で、証人の証言のあと、弁護人が、消防職員の作成した、聞き取り状況書を請求しました。検察官は、不同意でした。弁護人は、328条による採用を求めましたが、第1審は、同条の書面にあたらないとして、却下しました。その書面には、消防職員が証人から聞き取ったとされる内容が書かれていて、証言と食い違う点がありました。ただ、聞き取りの相手に読み聞かせて、署名や押印を求める形には、なっていませんでした。原審も却下を認め、最高裁も、上告を棄却しました。判決は、328条の趣旨を、こう述べました。かつての高裁判例には、限定を置かず、設例2の店員の調書のような、別の人の供述でも、証明力を争うためなら出せると読むものがありました。最高裁は、これを改めたものです。判決の判断は、2つの限定に分かれます。1つ目は、誰の供述なら使えるか。2つ目は、前に言った事実を、どう証明するか。まず1つ目の判旨を、読みます。

判例 最高裁判所第三小法廷判決・平成18年11月7日（刑集60巻9号561頁）

328条の趣旨 刑訴法328条は、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のものであり、

328条の条文そのものは、誰の供述かを書いていません。判旨が、趣旨から、「別の機会にしたその者の供述」と絞りました。同じ人物の、前の供述に限られます。絞った決め手は、先ほどの1点です。同じ人物の前の供述なら、中身が本当かを使わずに、食い違った事実だけで、信用性を減らせます。別人の供述は、そうはいきません。暗記は1文です。328条は、同一人の自己矛盾供述の存在を示して、信用性を減らす道です。

7 2つ目の限定：前に言った事実を、厳格な証明

自己矛盾供述の存在は厳格な証明

|前に言った事実の証拠

- 許される形
 - その人の供述書
 - その人の話を録取した書面（署名・押印のあるもの）
 - その人の話を聞いた人の法廷証言

|なぜ厳格か

- 前に違うことを言った—この土台が弾劾の根拠
- 土台が怪しいまま証言を崩されてはいけない

図：判旨の続き

- ・別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証は、厳格な証明を要する
- ・許容される証拠は、同人の供述書、供述を録取した書面で刑法が定める要件を満たすもの、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述、これらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られる

判旨は、続きます。この続きは、厳格な証明の回でも見ました。今日は、328条の構造として、説き直します。

判例 最高裁判所第三小法廷判決・平成18年11月7日（刑集60巻9号561頁）

328条で許される証拠の範囲 別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については、刑法が定める厳格な証明を要する趣旨であると解するのが相当である。そうすると、刑法328条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られるというべきである。

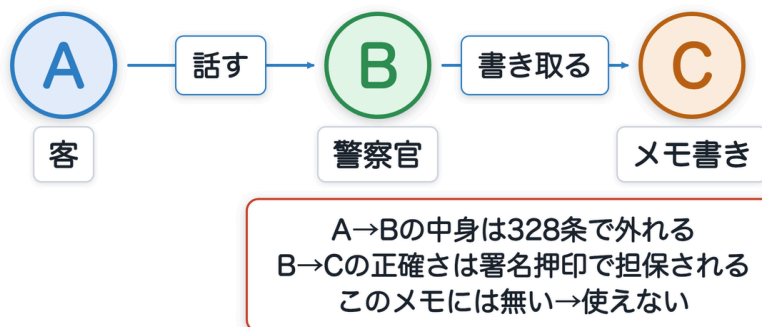
1つ目の限定は、同じ人物に限る、でした。2つ目の限定は、その人が前に矛盾することを言った、という事実は、厳格な証明で立証する、です。厳格な証明とは、証拠能力のある証拠による、法定の方式での証明でした。だから、書面なら、その人の供述書か、その人の話を録取した書面で、刑法の要件を満たすものです。あるいは、その人の話を聞いた人が、法廷で話す。この3つの形に、これらと同じに見られる証拠を加えます。設例1に当てます。警察官が客の話を書き取り、客に読み聞かせて、客が署名か押印をした調書なら、この形に入ります。反対に、警察官が書き取っただけで、客の署名も押印もないメモは、どれにも当たりません。なぜそれで落ちるのかを、次に見ます。

理由は、厳格な証明の回の、ものさしのとおりです。崩れたら、有罪無罪が動く事実は、厳格でした。前に違うことを言った、という一点は、弾劾の土台です。ここが通れば、証言の信用性が落ちて、有罪無罪の判断が動きます。反対に、自由な証明で足りるとすると、どうなるか。自由な証明は、伝聞法則が外れる証明でした。誰がどう書き取ったか分からないメモでも、前の供述があったことに、できてしまいます。土台が怪しいまま、証言を崩されてはたまりません。だから、土台のところを、厳格に確かめます。暗記です。328条でも、前に言った事実は、厳格な証明です。書面なら、要件を満たすものだけです。

8 なぜ署名・押印が要するのか

短答・論文共通

設例3：署名・押印のないメモの問題



図：設例3の関係図

- ・A客が警察官Bに話した、Bがメモ書きCにした
- ・客の署名も押印もない
- ・A→Bの中身は弾劾では使わないので問題ない、328条が外す部分
- ・B→Cの正確さは、聞き違い、書き間違いの可能性があり、署名押印で担保される
- ・署名も押印もないメモは、録取の正確さが担保されない

署名と押印の意味を、設例3で見ます。弁護人が、警察官が客から聞き取った内容を、自分の言葉で書いたメモで、客の証言を弾劾しようとしてしました。メモには、客の署名も押印もありません。伝わり方を見ます。客が警察官に話す。警察官がメモに書く。2段です。1段目、客が話した中身は、弾劾では使わないのでした。そこは、328条で、外れます。残るのは、2段目です。メモが、客の話を正しく書いたものか。警察官の聞き違い、書き間違い、あるいは作り話の可能性まで、メモだけでは、否定できません。伝言ゲームの録音テープで考えます。弾劾は、この人は、前に別のことを言った、という録音の存在だけを示します。録音の中身が本当かは、聞きません。ただ、その録音が本物かは、確かめなければなりません。メモは、テープではなく、聞いた人の書き取りだからです。そこで、供述者本人が、書面を確認して、署名するか、押印すれば、録取の正確さが担保されます。条文で見ます。

条文 刑事訴訟法第321条第1項

刑事訴訟法第321条第1項（柱書）

被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。

条文は、署名若しくは押印、つまり、どちらかです。判決の事案は、署名も押印も、ない場合でした。判旨は、署名押印がないから、供述を録取した書面に当たらず、これと同視し得る事情もない、としました。

★ 論文で書く規範：録取書の署名・押印 供述録取書で弾劾するなら、供述者の署名若しくは押印が必要 | 録取の過程の伝聞性は、328条では外れない（成立要件（321条1項柱書・条文どおり）——逐語で暗記するものではない。条文を読めば出てくる）

覚えるのは、なぜ要るのか、の方です。328条が外すのは、前の供述の中身が本当か、という1段目だけです。録取の正確さの2段目は、外しません。補足です。321条の、供述不能や、不可欠性といった、各号の要件は、328条では要りません。328条が、321条から324条の規定により証拠にできない書面でも、と書いているからです。ただ、判旨のいう、刑法法が定める要件の中身を、判例が詳しく示しているわけではありません。署名や押印のある書面など、という理解にとどめてください。

署名・押印がないメモは

|道1：聞き取った人を証人に呼ぶ

• 警察官を法廷に呼んで

• 「客はこう言っていました」と話してもらう

• 判旨が挙げた形

|道2：警察官自身の供述書として組み立てる

• 客の話を聞いた事実を、警察官が書いた

• 321条1項3号で伝聞性を外す

※ 学説の指摘・判例ではない

※ 3号は要件が重い（供述不能・不可欠性など）

図：設例3の続き

- 署名押印のないメモを諦めない
- 道1は、聞き取った警察官を証人として呼び、法廷で、客はこう言っていた、と話してもらう
- 判旨が挙げる、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述
- 道2は、聞き取った警察官自身の供述書として組み立て、321条1項3号の要件で伝聞性を外せれば、客の署名押印は要らない、という学説の指摘

署名も押印もないメモでも、諦める必要はありません。道は、2つあります。1つ目は、判旨が挙げた、その人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述です。聞き取った警察官を、証人として呼びます。法廷で、客は、こう言っていました、と話してもらいます。2つ目は、学説の指摘です。メモを、客の供述録取書ではなく、警察官が、客が矛盾する供述をしたのを見聞きしたことを書いた、警察官自身の供述書だ、と組み立てます。警察官の伝聞性を、321条1項3号の要件で外せるなら、客の自己矛盾供述の存在を立証できて、328条が使えます。この場合、客の署名押印は要りません。客の話を写した書面ではなく、警察官が、自分が聞いたことを書いた書面と見るので、確かめる相手が、客ではなく警察官になるからです。3号は、話した人が法廷で話せない供述不能が必須で、その話が証明に欠かせない不可欠性と、特に信用すべき状況まで要る、いちばん重い型でした。警察官が法廷に来られるなら、道1で足ります。そして、この3号の組み立ては、判例が採ったものではなく、学説の指摘です。答案では、道1、つまり、聞いた人の証人尋問を先に書き、余力があれば、道2に触れる、という使い方が安全です。

その他の見解

| 純粋補助事実説

- 証人の能力・性格・利害関係など
- 実質証拠には使えない事実なら
- 伝聞でも許される、という見解

| 片面的構成説

- 被告人側だけは伝聞でも許される
- という見解

※ 判例に明示的な判断はなく

- 論文で論点になりうる見解

図：その他の見解

- 純粋補助事実説は、証人の能力、性格、利害関係など、実質証拠にはおよそ使えない純粋な補助事実なら、伝聞証拠でも許される、あるいは自由な証明で足りるとする
- 片面的構成説は、被告人側だけは、弾劾なら伝聞でも許されるとする
- 判例に明示的な判断はなく、論文で論点になりうる

短く、紹介します。1つ目は、純粋補助事実説です。証人の能力や、性格、利害関係のように、実質証拠には使えず、信用性の判断にしか使えない事実なら、伝聞証拠でも許される、あるいは、自由な証明で足りる、という見解です。実質証拠におよそ使えない事実なら、伝聞でも、犯罪事実の認定に流れ込むおそれが無い、という発想です。最高裁の判決は、これについて、明示的な判断をしていません。2つ目は、片面的構成説です。被告人側だけは、弾劾なら、伝聞でも許される、という見解です。この説は、憲法37条2項、つまり、被告人に保障された証人審問権との関係で、論じられてきました。ただ、なぜ被告人側だけなのか、その理由づけは、諸説あって、固まっていません。そして、この判決は、弁護人が請求した書面に、非伝聞の用法しか、認めませんでした。判例が採っているとは、説明しにくい見解です。だから答案では、判例に沿って、被告人側が請求するときも、同じ証人の自己矛盾供述に限る、と書けば足ります。どちらも、論文で論点になりうる見解です。

◆ 今日の地図（保存版）

答案の順序

| 第1段階

- その証拠を何に使うか
 - 内容を使う＝実質証拠
 - した事実を使う＝弾劾

| 第2段階（弾劾なら）

- 同じ人物の自己矛盾供述か

| 第3段階

- 前に言った事実を厳格な証明で立証できるか
 - 署名か押印のある録取書
 - その人の供述書
 - 聞いた人の法廷証言

| 第4段階（できなければ）

- 聞いた人を証人に／3号で供述書として

図：答案の順序

- その証拠を何に使うか、内容を使う実質証拠か、した事実を使う弾劾か
- 弾劾なら、同一人の自己矛盾供述か
- その存在を厳格な証明で立証できるか、署名押印のある録取書、供述書、聞いた人の証言
- できなければ別の組み立て、聞いた人を証人に、3号で供述書として

まとめます。答案の順序です。第1に、その証拠を、何に使うのか。内容を使うなら実質証拠、した事実を使うなら弾劾です。第2に、弾劾なら、同じ人物の、自己矛盾供述か。別人なら、できません。第3に、前に言った事実を、厳格な証明で立証できるか。署名や押印のある録取書、供述書、聞いた人の証言です。第4に、できなければ、別の組み立てを考えます。

短答の落とし穴

| ×誤解1

- 328条なら伝聞の書面は何でも入る

| ×誤解2

- 第三者の供述で証人を弾劾できる

| ×誤解3

- 署名・押印のないメモでも弾劾なら足りる

| ×誤解4

- 自己矛盾供述は内容の真実性を使う

| ×誤解5

- 弾劾に採用した書面から事実を認定できる

| ×誤解6

- 328条に関する最高裁判断は決定である

図：短答の落とし穴

- 328条なら伝聞の書面は何でも入る、は誤り
- 第三者の供述で証人を弾劾できる、は誤り
- 署名押印のない聞き取りメモでも弾劾なら足りる、は誤り
- 自己矛盾供述は内容の真実性を使う、は誤り
- 弾劾に採用した書面から事実を認定できる、は誤り
- この判決は決定である、は誤りで、判決

短答の落とし穴を、○×で言います。328条なら、伝聞の書面は、何でも入る。×です。同じ人物の、自己矛盾供述に限ります。第三者の供述を内容とする書面で、証人を弾劾できる。×です。内容の真実性を使うので、伝聞のままです。署名も押印もない、聞き取りメモでも、弾劾なら足りる。×です。前に言った事実は、厳格な証明が要ります。自己矛盾供述は、前の供述の内容の真実性を使う。×です。使わないから、伝聞ではありません。弾劾に採用した書面から、具体的な事実を認定できる。×です。実質証拠には使えません。328条に関する、最高裁の判断は、決定である。×です。判決です。

冒頭の問いの答えは、こうですね。客の、前の話を記録した書面は、同じ人物の自己矛盾供述だから、証言を崩すために出せる。ただし、前に言った事実を示せる書面でなければならず、聞き取りメモなら、署名か押印が要る。次は、崩された証言を、検察官が立て直せるかです。前にも同じことを言っていた、という書面は、328条で出せるのか。回復証拠と、増強を見ます。