

# 琉球大学学術リポジトリ

## 刑事訴訟法328条に関する一考察

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2013-10-22 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 宮尾, 徹 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/27822">http://hdl.handle.net/20.500.12000/27822</a>

# 刑事訴訟法 328 条に関する一考察

宮 尾 徹

## 目 次

1. はじめに
2. 限定説と非限定説
3. 平成 18 年判例
4. 328 条の法意と増強証拠・回復証拠の扱い
5. 結びにかえて

## 1. はじめに

刑事訴訟法 328 条は、「第 321 条乃至第 324 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っても、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」と規定している。この 328 条に関しては、現行刑事訴訟法制定当時から様々な議論がなされてきたところであるが、その中心的な問題は、同条によって許容される証拠の範囲に関するものであった。しかし、平成 18 年に最高裁判例<sup>1</sup>が出たことにより、実務的には、「328 条によって許容される証拠は自己矛盾供述に限られる」とする限定説による運用がされていくことで決着が着いたといわれている。

本稿は、上記のような状況を踏まえ、平成 18 年判例の判示内容について、328 条の法意という視点から検討を加えた上で、さらに、従来から議論はあったものの、同判例の判示からは必ずしも明らかではない、増強証拠・回復証拠の扱いについて論じていくこととしたい。

なお、同判例が出されて以降、法 328 条に関する議論を詳細に整理した論考

---

1 最高裁平成 18 年 11 月 7 日第 3 小法廷判決・刑集 60 卷 9 号 561 頁

が多数出されている<sup>2</sup>ので、本稿では、学説の整理は簡単なものととどめることとした。

## 2. 限定説と非限定説

### (1) 諸説

非限定説は、供述の証明力を争うという目的であれば、伝聞証拠一般を用いることが、328条によって許容されているとする説である<sup>3</sup>。現行刑事訴訟法制定からしばらくの間は、実務家、特に検察官を中心に有力に主張されていたが、現在この説に立つものはほとんど見当たらない。次に、(一般的な用語の使用例に従うと<sup>4</sup>) 限定説とは、328条によって許容されるのは、自己矛盾供述に限られるという説である<sup>5</sup>。現在の通説といってよい状況である。

なお、他に、中間的な説として、主要事実や間接事実には当たらない純粹補助事実(信用性を争う供述を行った者の資質、能力、偏見、利害関係などの事実)について伝聞証拠一般を用いることが、328条によって許容されているとする説

---

2 平成18年最判が出てから出稿された論考で、今回参考にした主なものは以下のとおりである

関口和徳「批判」北大法学論集58巻4号163頁以下、成瀬剛「刑訴法328条により許容される証拠」ジュリスト1380号136頁以下、辻本典央「刑訴法328条により許容される証拠」近畿大学法学55巻4号197頁以下、山田道郎「刑訴法328条の問題点」法律論叢81巻1号1頁以下、最高裁判例解説刑事篇平成18年度398頁以下[芦澤政治]、後藤昭「供述の証明力を争うための証拠」三井誠先生古稀祝賀論文集659頁以下、上口裕「証明力を争う証拠」村井敏邦先生古稀記念論文集・人権の刑事法学655頁以下、堀江慎司「刑訴法328条再論」法学論叢164巻1-6号419頁以下、実例刑事訴訟法Ⅲ66頁以下[小倉哲浩]、大コメンタール刑事訴訟法[第2版]第7巻754頁以下[大野市太郎]、栗原正史「自己矛盾供述について—その存在の立証方法等を中心とした—考察—」植村立郎判事退官記念論文集・現代刑事法の諸問題第2巻第2編165頁以下等

3 横井大三・新刑事訴訟法逐条解説Ⅲ126頁、河上和雄「証明力を争うための証拠」警察論集37巻9号140頁等。なお、刑事裁判資料67号・刑事手続法規に関する通達・質疑回答集277頁参照

4 意識的なものかどうかは別として、限定説の意味内容の表現方法には、自己矛盾供述に関する「証拠」という面を意識したものと、自己矛盾供述の存在の証明による信用性の減殺という「弾劾方法」の面を意識したものとがあるように思われる。なお、後藤・前掲注(2)669頁は、一致供述を回復証拠等として328条によって提出できる場合があり得ることを念頭において、「限定説とは、自己矛盾供述に限る説ではなく、法廷外供述の存在が非供述証拠として補助事実になる場合に限る説」としている。

5 平野龍一・刑事訴訟法252頁、田中和夫・新版証拠法(増補第3版)198頁、石井一正・刑事実務証拠法(第5版)224頁、上口裕・刑事訴訟法(第3版)466頁、池田修・前田雅英・刑事訴訟法講義(第4版)461頁、田口守一・刑事訴訟法(第6版)423頁、山田・前掲注(2)25頁、他多数。なお、前掲刑事裁判資料注(2)76頁も参照

(純粹補助事実説<sup>6</sup>)と、検察官側からは自己矛盾供述しか提出できないが、被告人側からは自己矛盾供述に限られず伝聞証拠一般を提出することができるとする説(片面的構成説<sup>7</sup>)などがある。

## (2) 私見

ここで、私見を述べておく。私も、328 条については、限定説の立場で理解すべきものとする。その理由は、多くの限定説の論者<sup>8</sup>が述べているところと同じである。その理由の第 1 は、非限定説によることが不当なことである。すなわち、非限定説の方が文理に忠実なのは確かではあるが、弾劾目的であれば伝聞証拠一般を幅広く提出できるとすれば、無制限に伝聞証拠が法廷に持ち込まれることになる上、そもそも自己矛盾供述以外の証拠によって供述の信用性を弾劾するという場合には、その伝聞証拠の供述内容が真実であることが前提となるので、裁判所としては、伝聞証拠の内容の真実性にまで踏み込んで検討せざるを得ず、結果として、伝聞法則の趣旨が著しく損なわれることになってしまい不当だからである。また、第 2 の理由として、英米法では、伝聞証拠を弾劾証拠として使用することが許されるのは自己矛盾供述に限られているところ、328 条は、これを継承したものとするのが素直なことである<sup>9</sup>。非限定説は、上記の理由により妥当ではなく、また、他の中間的な説は、それぞ

6 純粹補助事実説の中には、自己矛盾供述も 328 条によって許容されているとする立場(江家義男・刑事訴訟法の基礎理論(訂正 3 版)179 頁、平場安治・刑事訴訟法講義(改訂版)490 頁)と、自己矛盾供述については非伝聞として当然に証拠として用いることが許されるので 328 条とは無関係であるとする立場(青柳文雄・刑事訴訟法通論(下)412 頁、松尾浩也・刑事訴訟法(下)(新版補正第 2 版)75 頁、寺崎嘉博・刑事訴訟法(第 2 版)362 頁・364 頁、注釈刑事訴訟法(新版)5 卷 373 頁[香城敏彦])とがある。

7 片面的構成説の中には、議論の出発点としての 328 条の解釈論として、同条によって許容される証拠は本来無限定であるというふうには非限定説的に考える立場(田宮裕・刑事訴訟法(新版)395 頁)と、自己矛盾供述に限定されるというふうには限定説的に考える立場(堀江慎司「憲法 37 条 2 項と刑訴法 328 条」法学論叢 146 卷 2 号 19 頁)とがある。

8 前掲注(4) 参照

9 岡田光了「刑事訴訟法第 328 条の解釈及び運用について—弾劾証拠の位置付け—」判例タイムズ 950 号 67 頁以下は、現行刑事訴訟法の立法過程について研究した論考であるが、同論考によれば、その当時、すべての立法において、G.H.Q.との協議及びその「承認」が不可欠の前提となっており、その枠内においてのみ立法作業が可能であったが、G.H.Q.に示された 328 条の英訳文を日本語訳すると、「第 321 条ないし第 321 条乃至第 324 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っても、(公判廷外で当該供述をなした)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」というものであって、自己矛盾供述のみを許容する趣旨であることが分かる文であったとのことである。

れ傾聴に値するものがあるが、立法論としてはともかく、解釈論としては難しいと思われる。文言解釈という意味では難があるものの、伝聞法則との抵触がなく、立法経緯にも忠実な限定説が支持されるべきであろう。

### (3) 限定説と328条の法意

ところで、限定説と非限定説の争いは、一般的に、328条によって許容される「証拠の範囲」を巡る争いとして論じられており、限定説と非限定説の意味も、そのようなものとして定義されているが、他方では、両説の争いは、328条の性質を巡る争いでもある。すなわち、非限定説では、法328条を伝聞例外の規定と位置付けるのに対し、限定説では、非伝聞の一場合を示した注意的規定に過ぎないとするのが一般的である。

重複になるかもしれないが、以上の点を踏まえた上で、さらに、もう少し広い意味での「法意」という面からみてみたい。非限定説からみた328条の法意は、「実質証拠としては使えない伝聞証拠であっても、供述の証明力を争うためという目的であれば、これを証拠として利用することを認めたもの」ということになるであろう。これに対し、限定説からみた328条の法意は、「供述の証明力を減殺するために、自己矛盾供述があったことを立証しようとするということは、そのような自己矛盾供述があったという事実自体を立証することによって、証人の供述者としての信用性を失わせ<sup>10</sup>、当該証人の公判供述の信用性を減殺しようとするものであるから、自己矛盾供述が記載された書面や自己矛盾供述を聞いたとする他者の公判供述をそのための証拠として利用しても、非伝聞の利用の一場合にあたり、当然に許されるところ、法328条は、このことを確認的に明らかにしたものである」ということになるのではなかろうか。この限定説からみた328条の法意については、次項でも触れる。

## 3. 平成18年判例

(1) 先に述べたとおり、平成18年判例は、少なくとも実務上は限定説と非限定説の争いに決着を付けた重要な判例である。以下、事案の概要と判示内容

---

10 後藤・前掲注(2)667頁は、ほかにも観察や記憶の確実性を疑う根拠となり得る場合もあることを示唆している。

を掲げる。

### 【事案の概要】

平成 18 年判例の事案は、被告人が、内妻と共謀し、保険金目的で居宅に放火して、内妻の子を焼死させたものの、保険金の支払を受けることには失敗したという現住建造物放火、殺人、詐欺未遂の事案である<sup>11</sup>。被告人は、(自然発火であり)放火はしていないと主張して争った。第 1 審で、近隣住民 A の証人尋問が行われ、A が、火災発生直後の被告人の言動について証言したところ、弁護人は、証人尋問終了後、上記の A 証言を弾劾する証拠として、消防吏員 K が、本件火災当日、A から聞き込みを行って作成したとする「聞き込み状況書」と題する書面(本件書証)を証拠請求した。本件書証には、「消防指令補 K」の記名・押印があり、K が A から火災発見時の状況について聞き取ったとされる内容が記載されていたが、その内容には上記証言の内容とは異なる点が含まれていた。検察官が不同意の意見を述べたため、弁護人は法 328 条によって取り調べることを請求したが、1 審裁判所は、同条で許容される証拠にはあたらないとして、請求を却下した。控訴審において、弁護人は、上記の 1 審の却下決定について法令違反を主張したが、控訴審裁判所は、「刑訴法 328 条により許容される証拠は、現に証明力を争おうとする供述をした者の当該供述とは矛盾する供述又はこれを記載した書面に限られると解すべき」とした上で、「K 作成の聞き込み(ママ)状況書は、K の供述を記載した書面(K の供述書)であるから、同条により許容される証拠には該当しないことは明らかである」として、1 審裁判所の却下決定を是認する判断をした。上告審において、弁護人は、①刑訴法 328 条で許容される証拠にはおよそ限定がない旨の判示をした福岡高裁の裁判例<sup>12</sup>に違反する旨の判例違反の主張のほか、②憲法違反、法令違反等の主張をした。

### (2) 判断内容

本判決は、上記①の主張を適法な上告理由にあたるとした上で、高裁判例の変更をして破棄理由には当たらないとし、さらに、②のその余の主張は適法な

11 事案のまとめにあたっては、前掲注(1)の刑集 60 巻も参照したが、芦澤・前掲注(2)の判解によるところが大きい。

12 福岡高裁昭和 24 年 11 月 18 日判決・高刑特報 1 号 295 頁

上告理由にあらず不適法として、上告を棄却した。上記①の主張に関する判断のうち、法328条に関して実質的に判断した部分の要旨は以下のとおりである。

「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、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、刑訴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、刑訴法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（刑訴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。

本件書証は、前記Aの供述を録取した書面であるが、同書面には同人の署名押印がないから上記の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から、刑訴法328条が許容する証拠には当たらないというべきであり、原判決の結論は正当として是認することができる。」

### (3) 検討

ア 上記のとおり、平成18年判例は、まず、「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（以下、便宜上、「自己矛盾供述立証許容部分」と呼ぶ。）」と判示しているところ、この判示部分を捉えて、限定説を採用しているとする見解が一般的である<sup>13</sup>。なお、純粹補助事実説は、その限定的な判示から排斥され

---

13 関口・前掲注(2)375頁、芦澤・前掲注(2)414頁、成瀬・前掲注(2)137頁、辻本・前掲注(2)208頁、後藤・前掲注(2)664頁、上口・前掲注(2)659頁、山田・前掲注(2)25頁、栗原・前掲注(2)167頁、大コンメ・前掲注(2)764頁等

ているとみる見解が多く、また、片面的構成説についても、本件が弁護人請求の書面に関するものであったことから、排斥されているとみる見解が多い<sup>14</sup>。

イ ところで、本判決は、上記の判示に続いて、「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、刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨である（以下、同様に「厳格な証明要求部分」という。）」とし、さらに、「そうすると、刑訴法 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（刑訴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（以下、同様に「具体的証拠明示部分」という。）」としている。上記の 3 つの判示部分の関係についてはどのように考えるべきであろうか。

まず、全体の文章構成を踏まえて素直にみれば、①最初の自己矛盾供述立証許容部分で、328 条は、自己矛盾供述の存在を立証することによって公判期日における供述を弾劾することを許容する趣旨の規定であることを明らかにし、②次に、厳格な証明要求部分で、自己矛盾供述が存在すること自体の立証は、厳格な証明によるべきであることを明らかにし、さらに、③具体的証拠明示部分で、上記の 2 点を踏まえて、適格性のある証拠を明示したものとみることができそうである。この見方によれば、①が限定説を採用した部分<sup>15</sup>、②がそれを踏まえて立証方法について判断した部分、③が①②の検討結果を踏まえた結論という関係に立つことになろうか<sup>16</sup>。しかし、限定説は、本来、328 条にいう「証拠の範囲」に関する争いにかかわる概念であり、弾劾方法に関するものではないので、自己矛盾供述立証許容部分をもって、限定説を採用しているというのは疑問がある。また、「証拠の範囲」という枠組みを超えて、法の趣旨という側面から検討する<sup>17</sup>にしても、そもそも、328 条は、「第 321 条ないし第 324 条

---

ただし、多くの見解は、後述の「具体的証拠明示部分」も含めて、限定説を採用しているとみていると考える余地もある。

14 芦澤・前掲注(2)414 頁、後藤・前掲注(2)664 頁、上口・前掲注(2)659 頁

15 先に注(4)で述べた弾劾方法の面を意識した限定説が前提となる。

16 成瀬・前掲注(2)138 頁は、そのようにみている。

17 非限定説を中心に考えるのであれば、「証拠の範囲」という枠組みで考えた方が分かりやすいが、限定説を中心に考えるのであれば、むしろ、このように「法の趣旨、法意」という観点からアプローチする方が正しいと思われる。



の規定により証拠とすることができない書面又は供述」を証拠とすることができる場合に関する規定であって、いかなる弾劾方法が許容されるのかという点に関する規定ではないのであるから、自己矛盾供述の存在の「立証を許すことにより」「信用性の減殺を図ることを許容する趣旨の規定」という表現には違和感を覚えざるを得ない。さらに、328条の基となった英米法の扱いは、「伝聞証拠を弾劾証拠として使用することが許されるのは自己矛盾供述に限られる」というものであり、それは、自己矛盾供述を非伝聞的に利用する場合に限って弾劾証拠として使用することができるということを意味しているものと思われる<sup>18</sup>ところ、自己矛盾供述許容部分の判示だけでは、そのようなニュアンスは、全く感じることはできない。立法経緯からすると、「趣旨」に言及するのであれば、立証対象と立証方法という観点ではなく、どのような証拠をどのような理由から許容しようとした規定なのかといった観点から言及すべきであったと思われる。結局、法328条の法意について触れるのであれば、a) 法328条は、本来的には、証人の公判供述の信用性を減殺する目的であれば、自己矛盾供述が記載された書面や自己矛盾供述を聞いたとする他者の公判供述を利用できるということを明らかにした規定であること、b) 証人の公判供述の証明力を減殺するために、自己矛盾供述が記載された書面や自己矛盾供述を聞いたとする他者の公判供述を用いるということは、そのような自己矛盾供述があ

---

18 岡田・前掲(9)71頁によれば、328条に関するG.H.Q.との間の協議でG.H.Q.側から示されたプロブレム・シート「第5問及び第10問の修正(I)」には、「公判における証言と実質的に食い違う内容で、その点につき証人が説明することのできないような、その証人の公判外の供述を記載した書面またはその供述に関する口頭報告は公判に証拠として提出することができる。裁判所は、このような証拠については、証人の信用性を判断するために使用することができるが、事実認定の基礎として使用することはできない」旨の記載があり、同じく「第5問及び第10問の修正(II)」には、「証人の信用性は、相当と認められる限り、いかなる方法によっても攻撃または防御することができる。その方法には、証人の公判外でなした供述を記載した書面、または証人以外の者の証言で証人がその面前でなした供述を内容とするもの、につき裁判所が斟酌することを含む。ただし、裁判所は、このような付随的な証拠については、証人の証言の価値の重要性の程度を決定する目的のためにのみ使用することができるが、判決における事実認定を支持するために使用することはできない。」旨の記載があったとのことである。328条の立法担当者が、「その証人の公判外の供述を記載した書面またはその供述に関する口頭報告」とか「証人の公判外でなした供述を記載した書面、または証人以外の者の証言で証人がその面前でなした供述」という表現を用いていたことからすると、立法担当者は、自己矛盾供述として許容される具体的な書面または伝聞証言を意識していたことがうかがわれる。

ったという事実自体を立証することによって、(証人の供述者としての信用性を失わせ、)当該証人の公判供述の信用性を減殺しようとするものなので、書面や公判外供述を非伝聞的に利用する場合にあたることになり、だからこそ、法 328 条は、上記アのような利用の仕方を認めたものであること、c) そうすると、法 328 条は伝聞例外を定めた規定ではなく、本質的には注意的・確認的規定ということになる<sup>19</sup> ことという同条の 3 つの側面を踏まえるべきであろう<sup>20</sup>。

ウ では、厳格な証明要求部分については、どのように考えるべきであろうか。この点については、限定説を採用することと、自己矛盾供述の立証方法として厳格な証明を要求することとの関係は、政策的なものに過ぎないのか、理論的な帰結というべきものなのかといった観点から、いくつかの文献で論じられている<sup>21 22</sup>。

ところで、本稿のように自己矛盾供述が記載された書面等の利用が許されるのは、非伝聞的利用であるがためであって、法 328 条の本質は注意的・確認的な規定であるという理解に立った場合、伝統的に当然に利用することを許されてきた自己矛盾供述が記載された書面や自己矛盾供述を聞いたとする他者の公判供述の他に、どのような証拠が弾劾証拠として許容されるのかは、その利用方法が、非伝聞的利用といえるような範囲にとどまっているか否かによって決せられると考えるべきである。そうすると、例えば、自己矛盾供述を聞いたとする他者の供述書によって、自己矛盾供述があったことを立証しようとするのが、非伝聞的利用にとどまっているといえないことは明らかであろう。次に、供述録取書を利用して自己矛盾供述があったことを立証しようとする場合

19 後藤・前掲注(2)667 頁は、さらに、法廷外供述の利用目的は補助証拠としての利用に限られることの確認規定であるという面もあることを指摘している。

20 なお、このように対象となる証拠を限定的に捉えることには若干疑問もあるが、立法経緯等にかんがみれば、「法の趣旨」としては、限定的に捉えた方が実態に近いといえる上に、趣旨を踏まえた上で、さらにどこまで弾劾証拠として利用可能なのかを検討していくという手法をとったとしても、それは、通常の解釈手法であって、許容されるものと解される。

21 政策的なものであるとするものとして、成瀬・前掲注(2)139 頁。なお後藤・前掲注(2)665 頁は、伝聞証拠禁止原則に忠実な態度は、補助事実一般について厳格な証明を要求する立場に親和的であるが、それが論理必然的な帰結であるとはいえないであろうとして、政策的な側面があることを肯定している。

22 論理的な帰結とするものとして、上口・前掲注(2)662 頁、栗原・前掲注(2)170 頁、小倉・前掲注(2)77 頁等。

について考えてみる。321条及び322条が、供述録取書に証拠能力を認めるいわば前提要件として供述者の署名押印を求めているのは、供述録取書が、供述録取者に対して供述をする過程と供述録取者がこれを書面化する過程を経るといふ二重の意味での伝聞性を有していることから、供述者の署名押印を求めることで録取の正確性を担保し、後者の伝聞性を排除するためである。法は、供述者の署名押印があることによって、供述録取書を供述者自身の供述書と同視することができ、その他の伝聞例外の要件を満たす限り、伝聞法則との関係では、これらを同列に扱うことができるとしているものといえる。そして、供述者が自己矛盾供述をしたということを立証するための証拠として供述書を利用する場合には、自己矛盾供述が記載された供述書をいわば「物」として利用するということになる。上記のような伝聞法則及び伝聞例外に関する法全体の仕組みからすると、供述録取書を供述書と同様に扱うためには、供述者の署名押印（これに代わりうる状況がある場合を含む。）が必要であるということになるであろう<sup>23 24</sup>。

以上のように、法328条の法意を本稿のように考える立場からすると、自己矛盾供述を聞いたとする他者の供述書や署名押印のない供述録取書を同条の弾劾証拠として許容することはできないということになるが、これを別の角度からみると、自己矛盾供述があったということを立証する証拠は、それを要証事実としてみた場合に、伝聞証拠であってはならないということになるので、そのような意味で自己矛盾供述の存在自体は、伝聞法則との関係で証拠能力に問題のない証拠によって立証する必要があるということになる。平成18年判

---

23 芦沢・前掲判解415頁等。なお、平成18年判例のいう「刑法が定める要件」が「署名・押印がある」ということを意味することには、異論はないものの、その署名押印は、供述者ではなく、供述録取者のものを要求すべきとするものもある（山田・前掲注(2)51頁ないし53頁、辻本・前掲注(2)226頁・227頁）。しかし、これは、署名押印が要求されている意義を誤解しているというべきである。なお、上口・前掲注(2)668頁・669頁は、ここで要求されている署名・押印は、321条、322条にいう署名・押印ではなく、198条4項、5項の定める署名・押印であるとするが、やや厳格に過ぎると思われる。

24 署名押印に代わりうる状況がある場合には、平成18年判例がいう「これらと同視する証拠」になるものと考えられるが、芦沢・前掲判解416頁、上口・前掲注(2)673頁では、署名押印に代わる状況があるといえる場合として、署名押印に代わる代書がある場合（規則61条）、またはこれと同視できる場合（最決平成18年12月8日・刑集60巻19号837頁）、相手方が署名押印がないことを認識した上で、その点について法326条の同意をした場合、他事件の公判調書中の証人等の供述部分（規則45条1項）などが挙げられている。

例は、全体の文章構成を踏まえて素直にみれば、328 条の趣旨として自己矛盾供述が存在することについての立証には厳格な証明が要求されているとした上で、そこからどのような証拠が具体的に許容されるのかを導き出しているようにも見えるが、供述者の署名押印のない供述録取書を弾劾証拠として用いることができないという判断とそのような判断を支える 328 条の法意に関する理解（本稿で繰り返し述べているような理解）がない限り、自己矛盾供述が存在することについての立証には厳格な証明を要するとはいい難いことからすると、平成 18 年判例の表現は、理由と結論が逆になっている印象を与えるもので、説明不足であると思われる<sup>25</sup>。

なお、補助事実の立証は厳格な証明を要するか否かという議論との関係についても検討するのが一般的であるが、この点については、別の機会に論じることとしたい。

エ 最後に、具体的証拠明示部分、すなわち、「刑訴法 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（刑訴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」としている点について検討する。

供述録取書面については署名押印を要すると解するのが相当であって、それが「刑訴法が定める要件を満たすものに限る」という表現になっていることはこれまで述べてきたところから明らかである。また、「これらと同視し得る証拠」の中に、署名押印を欠くものの、署名押印に代わる状況があるといえるような供述録取書が含まれることにも異論はない<sup>26</sup>。

25 芦澤・前掲注(2)判解も、供述者の署名押印（ないしこれに代り得るもの）が備っていない限り、結局供述録取書全体についての伝聞法則による制限が外れず、刑訴法 328 条によっても証拠として許容されないと解するのが論理的帰結となろう」とした上で、「この第 2 供述過程（筆者注：供述録取者がこれを書面化した伝える書面による供述過程）は、いわば自己矛盾供述の存在を証明する部分ともいえるため、上記のような考えは、言い換えると、自己矛盾供述の存在については刑訴法が定める厳格な証明を要すると解する立場ということができるとと思われる」としており、本稿と同様の思考を経ていることがうかがえる。また、限定説を採用する以上、自己矛盾供述について厳格な証明を要することは当然の帰結であるとする、栗原・前掲注(2)170 頁、小倉・前掲注(2)77 頁等も、思考の方向としては、本稿と同様であると思われる。

26 前注 (24) 参照

では、伝聞例外の要件を満たす書面、例えば、自己矛盾供述を聞いたとする他者の供述書が321条1項3号の要件を満たすような場合に、その供述書は、「これらと同視し得る証拠」に当たるか。この点について明確に否定する見解は見当たらなかった。積極的に肯定している見解<sup>27</sup>もあるが、それほど多くはない。思うに、伝聞例外の要件を満たすのであれば、証拠能力という面ではこれを否定する理由はないであろう。もっとも、先に例として挙げた自己矛盾供述を聞いたとする他者の供述書についていえば、仮に、それについて伝聞例外の要件としての絶対的特信状況が認められたとしても、公判で反対尋問を経て崩れなかった場合や、自己矛盾供述が記載された供述者の供述書が提出された場合と比較すれば、自己矛盾供述があったと認定できる場合は、それほど多くないと思われる。その意味で、伝聞例外の要件を満たす書面については、証拠能力の有無という観点ではなく、必要性や相当性という観点から、弾劾証拠として採用すべきか否かを慎重に検討すべき場合が多くなるものと思われる<sup>28</sup>。

なお、平成18年判例が、「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・・・(中略)・・・現れている部分に限られる」という風に、328条によって許容される証拠が自己矛盾供述に限られるかのような表現を用いていることが、増強証拠・回復証拠を弾劾証拠として扱うことを否定する趣旨かどうかについては、次項で検討する。

#### 4. 328条の法意と増強証拠・回復証拠の扱い

(1) 増強証拠とは、証拠の証明力を高める証拠のことをいい、回復証拠とは、弾劾によって証明力が減殺された証拠の証明力を回復する証拠のことをいうが、328条で許容されるか否かが問題とされているのは、一致供述の扱いである。このような増強証拠・回復証拠としての一致供述の許容性については、328条の「証明力を争う」といえるかどうかという位置付けで論じられることが多い。

27 上口・前掲注(2)664頁、同前掲注(5)467頁等

28 これとは別に、323条の特信文書中に自己矛盾供述を立証できる記載があるような場合であれば、証拠採用することに特に問題はないといえる場合が多いであろう。そして、この特信文書のような場合を考えると、伝聞例外の要件を満たす書面にも、弾劾証拠として適格性を認めるような解釈をしておく実益がある。

(2) 328 条によって許容される証拠の範囲については、限定説が通説<sup>29</sup>であるが、限定説をとる論者の多くが、増強証拠については、328 条で証拠能力を認めることはできないが、回復証拠については、328 条で証拠能力を認める余地があるとしている。増強証拠を認めない理由として挙げられているのは、「争う」という文言には、証明力を増強する場合は含まないと解するのが自然であることと、伝聞証拠である一致供述によって証明力を増強することを認めることは、結局伝聞証拠を実質証拠として使うことに等しいというようなことであるが、回復証拠については、いったん減殺された後であれば、それは弾劾証拠を弾劾するものだから許されるとしているようである。

(3) ところで、先に述べたとおり、328 条は、本来的には、証人の公判供述の信用性を減殺する目的であれば、自己矛盾供述が記載された書面や自己矛盾供述を聞いたとする他者の公判供述を利用できるということを明らかにした規定であるというべきであり、そうした観点からすると、一致供述の存在を示す供述証拠的な証拠を増強証拠・回復証拠として利用できるかという問題を、本条の問題として論じる必要はないと思われる。特に、限定説の立場からは、328 条は注意的・確認的規定ということになるはずであるが、そのような注意的規定に過ぎないような規定を根拠に、本来の守備範囲を超えと思われる一致供述に関する証拠について、証拠能力の有無を論じるのには違和感を覚える。

これに対し、328 条を法廷外供述の存在が非供述証拠として補助事実になる場合に関する確認規定と捉え、自己矛盾供述に限らず、一致供述を非伝聞的に利用できる場合についても、本条の問題として論じるべきとする見解もある<sup>30</sup>。一つの見識であるとは思いますが、自己矛盾供述であれば、原則として非伝聞的に利用することが許容されるのに対し、一致供述に関しては、非伝聞的に利用することに意味があるといえる場合は、かなり限定されるものと思われる。これは、自己矛盾供述であっても、一致供述であっても、その存在自体を立証するために、その供述が記載された書面等を証拠として利用するのであれば、それは非伝聞的利用の範疇に入るとはいえるものの、一般的にみて、自己矛盾供述があるということが証拠の証明力を減殺させる力に比して、一致供述があるということ

29 前注(5)参照

30 後藤・前掲注(2)669 頁

が証拠の証明力を増強させる力は弱いのに、逆に伝聞法則の趣旨を損なう危険性は、後者の方が格段に高いからであろう。そして、このような実態に即して考えてみると、一致供述が記載された供述書等の証拠を許容できるか否かの判断は、伝聞的な利用か非伝聞的な利用なのかといった点に関する判断よりも、証拠の必要性、証拠として採用することの相当性という面に重点をおいてなされることになると思われる。このような判断の構造は、自己矛盾供述の場合とは、質的に異なるものがあるのではなからうか。そうすると、「自己矛盾供述に限られる」旨を明示した平成18年判例が出されたことや、裁判員裁判が始まったことを契機として、増強証拠・回復証拠に関する議論を328条の問題から切り離し、一致供述の存在を示す証拠をどのような場合に利用できるのかについて、必要性、相当性という観点から再検討していくべきだと思われる<sup>31</sup>。

## 5. 結びにかえて

平成18年判例の結論は、一般的に支持されていると思われるものの、一部説明不足と思われる部分があることは否定できない。本稿は、そのような状況も踏まえ、328条の法意という視点から、同条に関する議論を再検討することを試みたものであるが、今後の研究課題とすべき部分が多々あることを再発見させられる結果となった。現時点における成果をひとまずまとめた上で、さらに研究を続けることとしたい。

---

31 本稿の主張は、後藤教授が一致供述を利用できる場合とできない場合として前掲書で掲げている例についての見解を否定するものではなく、むしろ、必要性、相当性という観点からみた場合に、非常に説得的なものと評価している。紙幅と時間の都合で、今回は十分に取り上げることができなかったが、今後の研究課題としたい。