



Title	刑事判例研究
Author(s)	関口, 和徳
Description	判例研究
Citation	北大法学論集, 58(4), 384 [2012]-361 [1989]
Issue Date	2007-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/30252
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(4)_384-361.pdf



刑事判例研究

関口和徳

刑訴法328条によって許容される証拠

最高裁平成18年11月7日判決

(平成17年(あ)第378号 現住建造物放火、殺人、詐欺未遂被告事件)

刑集60巻9号561頁、裁時1423号13頁、判時1957号167頁、判タ1228号137頁

【事実】

本件は、「東住吉放火殺人事件」として知られる現住建造物等放火、殺人、詐欺未遂被告事件である。事案は、被告人が、内妻と共謀の上、当時11歳の内妻の長女に掛けられていた保険金の取得を企て、被告人方家屋内の土間兼車庫の床面にガソリンをまいたのち火を放って家屋を全焼させ、同女を死亡させたものの、保険金の詐取については未遂に終わった、というものである。

1審において、弁護人は、証人Aの証言後に、消防指令補BがAから火災発見時の状況について聴取したとされる内容が記載されその内容にAの証言の内容とは異なる点の含まれるB作成による「聞き込み状況書」(以下、「本件書証」とする)を証拠請求したが、検察官が不同意としたため、刑訴法328条による証拠採用を申請した(なお、「本件書証」は、聴取の相手に記載内容を読み聞かせ、署名・押印を求める形式になっておらず、実際、Aに対してもそのような手続は取られていなかった)。1審は、提示命令によって「本件書証」の内容を確認の後、刑訴法328条の書面には当たらないとして請求を却下した。

控訴審において、被告人側は、1審の措置を法令違反であるとして争ったが、控訴審は、「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、「本件書証」は、「Bの供述を記載した書面であるから、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審の判断を是認した。

そこで、被告人側は判例違反を理由に上告し、それに対してなされたのが本判決である。

【判示】

上告棄却。

「所論は、原判決は、供述の証明力を争う証拠としてであれば刑訴法328条によりすべての伝聞証拠が許容される旨の判断を示した福岡高等裁判所昭和24年（つ）第908号同24年11月18日判決（高刑判決特報1号295頁）と相反する判断をしたものである旨主張する。

確かに、所論引用の判例は、刑訴法328条が許容する証拠には特に限定がない旨の判断をしたものと解され、これに限定があるとして本件書証は同条で許容する証拠に当たらないとした原判決は、所論引用の判例と相反する判断をしたものというべきである。

しかしながら、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。

したがって、刑訴法410条2項により、所論引用の判例を変更し、原判決を

維持するのを相当と認めるから、所論の判例違反は、結局、原判決破棄の理由にならない。」

【検討】

1 刑訴法328条によって許容される証拠の範囲

(1) 憲法37条2項は、すべての証人に対する審問の機会を被告人に保障し、それをうけた刑訴法320条（以下、刑訴法については、条項数のみで示す）も、そのような審問を経ていない供述証拠と捜査過程において作成された供述調査（すなわち伝聞証拠）の証拠能力を原則的に否定している。ところが、321条以下では種々の例外規定が設けられ、伝聞証拠の証拠能力を許容している¹。そのような例外規定の1つに位置付けられる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。そこで、328条に関しては、まず、公判供述の証明力を争う証拠としてであれば伝聞証拠がすべて証拠として提出できるのかという問題、すなわち328条によって許容される証拠の範囲が問題となる²。

本判決は、この点について、最高裁として初めて判断したものである³。

(2) ところで、学説においては、328条によって許容される証拠の範囲につ

¹ 田宮裕『刑事訴訟法 [新版]』（有斐閣、1996年）374頁、松尾浩也『刑事訴訟法（下）[新版補正第2版]』（弘文堂、1999年）56頁、白取祐司『刑事訴訟法 [第4版]』（日本評論社、2007年）365頁等参照。なお、以下で詳述するように、限定説に立てば、328条は例外規定というよりも、むしろ注意的規定と解されることになる。328条をめぐる学説の対立は、「本条は形式的には刑訴法320条の例外であるが、実質的にも例外なのか、そもそも同法320条の適用のない場合を注意的に規定したにとどまるのか」（小野清一郎他『ポケット註釈全書 刑事訴訟法（下）[新版]』（有斐閣、1986年）930頁〔横井大三執筆〕）という点についての対立といつてよい。

² 小田中聰樹他編著『刑事弁護コンメンタール1 刑事訴訟法』（現代人文社、1998年）318頁〔川崎英明執筆〕参照。

³ 本判決の研究として、徳永光「証明力を争う証拠の範囲」法学セミナー626号（2007年）122頁、山下裕一郎「判例紹介」研修704号（2007年）91頁、小川新二「判例研究」研修706号（2007年）33頁がある。

いて、これまでに、大別して次の4つの見解が主張されてきた。

第1は、非限定説である。非限定説は、328条を、公判供述の証明力を争うためであればあらゆる伝聞証拠を取り調べることを許容した規定と解する⁴。確かに、328条の文理からすると、許容される証拠について具体的な限定は付されていない。そこで、本来321条ないし324条の要件を満たさなければ取り調べることでできない証拠であっても、公判供述の証明力を争うためであれば、すべて取り調べることができるとも解しうる。しかし、このような解釈は、被告人が公判で捜査段階でした自白を翻したような場合、事件に関連する捜査段階の書面等をすべて取り調べることになることから⁵、伝聞証拠が無限定に許容される事態を防止できず⁶、証人審問権の保障や、伝聞法則が骨抜きになる⁷、といった批判がなされてきた。

第2は、公判供述者の能力、性格、偏見、利害関係等のみに関連する純粹補助事実を立証する証拠について非限定説と同様の扱いを認める純粹補助事実非限定説である。この説は、さらに、(イ)328条によって許容される証拠は純粹補助事実のみに関連するものに限定され、主要事実・間接事実に関連するものは許容されないとする説⁸、(ロ)主要事実・間接事実に関連するものについても許

⁴ 非限定説に立つものとして、横井大三『新刑事訴訟法逐条解説Ⅲ』（司法検察研究会公安発行所、1949年）127頁（もっとも、横井大三「刑訴328条の法意」判例時報編集部編『刑事訴訟法基本問題46講』（一粒社、1965年）308頁は若干ニュアンスが異なる）、勝尾録三「弾劾証拠」団藤重光責任編集『法律実務講座刑事編 第9巻』（有斐閣、1956年）2067頁、河上和雄「証明力を争うための証拠」警察学論集37巻9号（1984年）135頁等。なお、団藤重光博士は、328条を、「伝聞法則の適用を排除し」たもの、とされる（団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔7訂版〕』（創文社、1974年）245頁）。

⁵ 青柳文雄「証明力を争う証拠と立証趣旨の転換」警察学論集21号（1951年）16頁（非限定説は、「旧刑訴当時の一件記録の提出と殆んど変らない取扱も可能」とする）、勝尾・前掲（註4）2069頁。

⁶ 能勢弘之『刑事訴訟法25講』（青林書院、1987年）168頁。

⁷ 松岡正章「伝聞法則の例外(1)」高田卓爾＝田宮裕編『新演習法律学講座 演習刑事訴訟法』（青林書院新社、1984年）349頁、光藤景皎『口述刑事訴訟法（中）〔補訂版〕』（成文堂、2005年）245頁等。

⁸ 江家義男『刑事証拠法の基礎理論〔訂正版〕』（有斐閣、1952年）179頁、平場安治『改訂刑事訴訟法講義』（有斐閣、1954年）490頁。

容されうが、その場合は自己矛盾供述に限定されるとする説⁹とに分かれる。しかし、純粹補助事実非限定説に対しては、まず、主要事実・間接事実に関連する証拠とそうでない証拠とを明確に区別しうるのか、という批判がなされている¹⁰。また、この説は、純粹補助事実の立証は自由な証明で足りるという立場を前提にしているものと解されることから¹¹、純粹補助事実の立証についても厳格な証明が必要であるとする立場からの批判も向けられている¹²。

第3は、328条によって許容される証拠を、公判供述者の自己矛盾供述に限定すべきとする限定説である¹³。限定説に立つと、伝聞証拠が無制限に公判廷に持ち込まれる事態を回避することができ、証人審問権の保障や伝聞法則が骨

⁹ 青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論（下）』（立花書房、1976年）412頁、伊藤栄樹他『注釈刑事訴訟法〔新版〕第5巻』（立花書房、1998年）373頁〔香城敏磨執筆〕、大野市太郎「刑事訴訟法第328条の証拠についての一考察」中山善房判事退官記念『刑事裁判の理論と実務』（成文堂、1998年）294頁、松尾・前掲（註1）75頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法〔補訂版〕』（成文堂、2007年）347頁。

¹⁰ 横井・前掲「刑訴328条の法意」（註4）308頁、光藤景皎「自己矛盾の供述にかぎるか」熊谷弘他編『証拠法大系Ⅲ』（日本評論社、1970年）374頁。

¹¹ 堀江慎司「憲法37条2項と刑訴法328条」法学論叢146巻2号（1999年）5頁参照。

¹² 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）253頁註(6)、鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（青林書院、1990年）216頁、渡辺修「不一致供述、自己矛盾供述」現代刑事法16号（2000年）48頁、光藤・前掲（註7）244頁。なお、堀江・前掲（註11）6頁。

¹³ 限定説に立つものとして、平野・前掲（註12）252頁、栗本一夫『実務刑事証拠法』（立花書房、1960年）182頁、柏木千秋『刑事訴訟法』（有斐閣、1970年）242頁、田中和夫『新版証拠法〔増補第3版〕』（有斐閣、1971年）198頁、鴨良弼編『新版刑事訴訟法講義』（青林書院新社、1981年）228頁〔鴨良弼執筆〕、高田卓爾『刑事訴訟法〔2訂版〕』（青林書院新社、1984年）248頁、鈴木・前掲（註12）216頁、坂本武志『刑事訴訟法』（酒井書店、1992年）149頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』（有斐閣、1993年）228頁、岡田光了「刑事訴訟法第328条の解釈及び運用について」判例タイムズ950号（1997年）76頁、村井敏邦編著『現代刑事訴訟法〔第2版〕』（三省堂、1998年）245頁〔村井敏邦＝大出良知＝川崎英明＝白取祐司＝高田昭正＝新倉修執筆〕、光藤・前掲（註7）244頁、石井一正『刑事実務証拠法〔第4版〕』（判例タイムズ社、2007年）201頁、小川・前掲（註3）44頁、白取・前掲（註1）389頁、寺崎嘉博編『刑事訴訟法講義』（八千代出版、2007年）225頁〔伊藤博路執筆〕等。

抜きになる非限定説の問題点を克服することができる。しかし、限定説に対しては、328条によって許容される証拠を自己矛盾供述に限定するのは文理に反するという批判がなされている¹⁴。また、限定説は、公判供述者が自己矛盾供述をしていること自体を立証することで公判供述の信用性を減殺するものである（どちらかが虚偽なので、証明力が減殺される）から、328条は伝聞法則の例外というよりもむしろ注意的な規定と解されることになる¹⁵。すなわち、328条で許容される証拠は、犯罪事実の認定のために取り調べられるものではなく、もっぱら公判供述者の供述の矛盾を指摘してその信用性を争うために取り調べられるものであり、「厳密には非供述証拠であって伝聞証拠ではない」と解するのである¹⁶。そのため、限定説に対しては、敢えて328条が設けられていることと整合しないのではないかという批判もなされているが¹⁷、限定説が現在の学説の通説であるといつてよい。

第4は、被告人側の請求にかかる証拠については非限定説と同様の扱いでよいが、検察官側の請求にかかる証拠については限定説と同様の扱いをすべきとする片面的構成説である^{18 19}。この説の代表的論者である田宮裕博士は、328条の文理からすると非限定説が妥当であるが、検察官側の請求にかかる証拠については、それを無限定に許すと憲法37条2項の保障する証人審問権に抵触するため自己矛盾供述に限定すべきとされる²⁰。また、堀江慎司准教授も片面的構成説を主張されているが、田宮博士が非限定説を基調とされたのに対し、堀江准教授は限定説を基調とされる。その上で、憲法37条2項前段の「審問」は

¹⁴ 河上・前掲（註4）140頁。

¹⁵ 平野・前掲（註12）252頁、高田卓爾・前掲（註13）248頁、鈴木・前掲（註12）194頁、村井編著・前掲（註13）245頁〔村井＝大出＝川崎＝白取＝高田昭正＝新倉執筆〕、光藤・前掲（註7）244頁等。

¹⁶ 鴨・前掲（註13）228頁〔鴨執筆〕。

¹⁷ 田宮裕『注釈刑事訴訟法』（有斐閣、1980年）377頁。

¹⁸ 田宮裕『三訂版刑事訴訟法入門』（有信堂、1982年）247頁、堀江・前掲（註11）1頁。

¹⁹ 328条の解釈としては限定説に立ちつつ、317条の解釈として被告人側の無罪立証は自由な証明で足りるとする立場に立てば、片面的構成説と同様の帰結になる。例えば、白取・前掲（註1）298頁、389頁。なお、庭山英雄『刑事訴訟法』（日本評論社、1977年）167頁も同旨と解される。

²⁰ 田宮・前掲（註18）248頁。

被告人が伝聞証拠を用いて供述証拠を吟味する権利をも保障しているものと解し、328条の解釈としては、被告人側の請求にかかる証拠を片面的に広く許容することが必要であるとされる²¹。しかし、片面的構成説に対しては、321条以下の諸規定に鑑みると被告人側に片面的に有利な解釈を導くことは困難である、といった批判がなされている²²。

(3) ところで、これまでの判例をみると、328条によって許容される証拠の範囲について明確な判断を示した最高裁判例のない中で、下級審判例は非限定説に立つものと限定説に立つものとに分かれていた。

非限定説に立つ判例としては、まず、本件弁護人が上告趣意において引用している【1】福岡高判昭24・11・18判特報1号295頁を挙げることができる。【1】は次のように判示している。「原審第1回公判において検察官が証拠として取調を請求した(一)現行犯人逮捕手続書(二)Aに対する検察事務官作成の供述調書(三)Bに対する検察事務官作成の供述調書(四)C提出の始末書については、被告人及び弁護人において之を証拠とすることに同意しなかつたことが明らかであるから、刑事訴訟法第321条以下の規定により之を証拠とすることは許されないわけであるが、他面同法第328条により公判期日における被告人の供述の証明力を争うためには之を証拠とすることが出来るものであるところ、原審第1回公判調書の記載によれば、同公判期日において被告人が本件控訴にかゝる窃盗未遂の事実を否認する旨供述した後に、検察官において前記第328条の規定により右供述の証明力を争うための証拠として前記各書面の取調方を請求し、原裁判所もその趣旨における証拠として之等を取調べたことが明かであるから、原審の右証拠調手続は適法に行われたものと云わねばならない」²³。

また、【2】東京高判昭26・7・27高刑集4巻13号1715頁は、「刑事訴訟法第328条は公判準備又は公判期日における被告人その他の者の供述の証明力を争

²¹ 堀江・前掲(註11)6頁。

²² 鈴木・前掲(註12)216頁、岡田・前掲(註13)77頁等。

²³ ただ、判例【1】は、括弧書きにおいて、「尤も裁判所として、斯る反対証拠については、之により証明力を争う対象とされている証拠及びその如何なる部分と如何様に関連するものであるかを指摘して提出するよう、之が提出者に対し適宜の指揮を為すことが、望ましい所ではある・・・」とも述べており、基本的に非限定説に立ってはいるものの、限定説にも通じる思考を窺うことができる。

うためには同法第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つてもこれを証拠とすることができる旨を規定しているのであつて同法の法文解釈よりすれば一般的に刑事訴訟法第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総て無制限に証拠とすることができる趣旨と解すべきであ[る]」として明確に非限定説に立ち、【3】東京高判昭31・4・4高刑集9巻3号249頁では、【2】の上記判示が引用され、「同条により提出し得る供述は自己矛盾の供述に限らない」ことが付言されている。これらのほか、非限定説に立つ判例としては、【4】東京高判昭36・7・18判時293号28頁、【5】東京高判昭37・9・26東高時報刑13巻9号235頁を挙げることができる。【4】は、【2】の上記判示を引用して非限定説に立つことを明らかにしている。【5】は、「なお所論は刑事訴訟法328条のいわゆる反証は自己矛盾の場合に限るというのであるが、採るを得ない」としているのみで、328条によって許容される証拠の範囲をどの程度のものと捉えているのかが分明ではないが、限定説の立場については明確に否定したもののといえる。

他方、限定説に立つ判例としては次のものがある。まず、限定説に立つ最も古い判例として、【6】福岡高判昭26・9・28高刑集4巻10号1262頁が挙げられる。【6】は、「刑事訴訟法328条にいわゆる供述の証明力を争うというのは証人の公判廷外における供述の真実性を証明するためでなく、その証人が同一事項について、公判廷においてした供述と矛盾する供述を公判廷外においてしたという事実を証明することによって、証人の公判廷における供述が措信し難いものであることを立証する単なる証人の信憑性の弾効にすぎない」としている。ただ、【6】の判示は、328条によって許容された証拠を犯罪事実の認定には用いえないという文脈で述べられたものである。328条によって許容される証拠の範囲が問題となった判例で、初めて限定説に立つことを明言したのは、【7】仙台高判昭31・5・8裁特報3巻10号524頁である。事案は、公職選挙法違反事件につき、第1審公判において買収の意思を否定した被告人Aの供述の証明力を争うために、検察官はBらの供述調書の取調べを請求したがそれが却下されたため、検察官が控訴趣意において上記第1審の措置の適法性を争ったというものである。【7】は、「同条の規定により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用いることのできる

証拠は、現に証明力を争おうとする供述をした者の従前の供述を記載した書面又は供述・・・に限るものと解する」として上記1審裁判所の措置を適法と判示した。

328条に関する最近の公刊物登載判例としては、1990年代に入ってからの高裁判例が2件あるが、それらは共に限定説に立っている。まず、【8】東京高判平5・8・24判タ844号302頁は、括弧書きにおいてではあるが、「なお、職権により調査すると、原判決は、Aほか第三者の検察官、司法警察員、司法巡査らに対する供述調書8通（謄本を含む）、『被害品の弁済について』と題する書面、実況見分調書、電話聴取書、現行犯人逮捕手続書（2通）等の書面を被告人の公判供述の弾劾証拠として刑訴法328条により採用しているが、同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供述を記載した書面または供述に限られると解すべきであるから、原審の前記措置は不適法である」と判示している。また、【9】東京高判平8・4・14高刑集49巻1号174頁（【8】と同じ刑事第10部〔裁判官も同一〕によるもの）も、「原審は、右2回到わたるA作成の逮捕状請求書の各写し及び司法警察院作成の『道路交通法被疑者の所在確認』と題する書面写しを、弁護人からの請求により、刑訴法328条の証拠として採用して取り調べ、これらを任意性を肯認する資料として用いている。しかし、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ころ、右逮捕状請求書2通についてはAの原審公判における供述との間にいかなる矛盾があるか不明であり（立証趣旨も『逮捕状の請求』とされている）、また、右司法警察員作成の書面についてはおよそ誰の供述の証明力を争おうとするのも明らかでない（立証趣旨も、被疑者の所在が明らかにされていることなどとされている）から、原審の前記証拠の採用・取調べは違法である。他方、同条の証拠は、証拠の証明力を争う限度においてのみ使用しうるのであるから、原審が任意性に関する事実についてとはいえ、右各証拠を積極的認定のために用いたことも疑問である」として、限定説に立つことを明確にしている。

【9】以降に出された328条に関する判例は見当たらないが、最近の実務では限定説に立った運用が定着していることが指摘されてきた²⁴。もっとも、最

²⁴ 伊藤栄樹他・前掲（註9）374頁〔香城執筆〕、大野・前掲（註9）293頁、

高裁判例が存在せず、また、【8】および【9】は共に自己矛盾供述以外の証拠を取り調べた1審裁判所の措置を違法としたものであることから、非限定説による運用が皆無というわけではないこともまた指摘されてきた²⁵。

(4) このような状況の下で、328条によって許容される証拠の範囲について最高裁として初めて明確な判断を示したのが本判決である。本判決は、「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」として、328条により許容される証拠の範囲について、学説上の通説とされ、実務上も有力視されている限定説に立つことを最高裁として初めて明らかにした点に重要な意義がある。

(5) それでは、328条の解釈として限定説は妥当なのであろうか。確かに、非限定説の論者の指摘するように、328条の文理から限定説を導くことはできない²⁶。法解釈は文理に忠実でなければならないことは言うまでもない²⁷。しかし、非限定説は、条文の文理のみに拘泥して²⁸、その結果、無限定に伝聞証拠を許容することになり、証人審問権の保障や伝聞法則を骨抜きにしかねないという点に本質的な問題がある²⁹。

平木正洋「検察官未提出の供述調書」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅱ』（青林書院、1998年）309頁、宇藤崇「328条の意義」刑事訴訟法の争点（第3版）（2002年）192頁、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第3版増補版〕』（弘文堂、2006年）754頁、石丸俊彦他『刑事訴訟の実務〔新版〕（下）』（新日本法規出版、2005年）198頁〔石丸俊彦＝服部悟執筆〕、村岡啓一「証明力を争う証拠」刑事訴訟法判例百選（第8版）（2005年）191頁、石井・前掲（註13）200頁等。

²⁵ 飯田喜信「刑訴法328条と回復証拠」大阪刑事実務研究会『刑事証拠法の諸問題（上）』（判例タイムズ社、2001年）223頁。

²⁶ 河上和雄元検事は、この点を特に強調される（河上・前掲〔註4〕140頁）。

²⁷ 五十嵐清『法学入門〔第3版〕』（悠々社、2005年）140頁、団藤重光『法学の基礎〔第2版〕』（有斐閣、2007年）346頁参照。もっとも、同時に、文理解釈だけでは不十分な場合があることも説かれている。

²⁸ 判例【7】参照。

²⁹ 光藤・前掲（註7）245頁等。

もっとも、328条は公判供述の証明力を争うために伝聞証拠を許容しているにすぎず、犯罪事実の認定に用いることを許容するものではないこと³⁰に鑑みれば、非限定説に立ったとしても証人審問権や伝聞法則に対する弊害は小さいという見方もありうる。これは、非限定説の根拠として事実認定が職業裁判官によって行われる点を挙げる主張³¹とも密接に関連する³²。すなわち、職業裁判官であれば、たとえ328条によって伝聞証拠が広範に許容されたとしても、犯罪事実の認定に用いることのできる証拠とそうでない証拠との区別できるというのである。しかし、伝聞法則は、まさに自由心証主義（318条）に対する規制なのであるから、職業裁判官によって事実認定がなされるという点を強調するのは妥当とは思われない³³。また、確かに、職業裁判官であれば、328条によって取調べられた証拠が仮に犯罪事実に対する証明力を備えていたとしても、それを犯罪事実の認定に用いてはならないということを熟知しているであろう³⁴。しかし、そのような証拠の存在が、裁判官の心証形成に与える影響が皆無であるとは断じ難いし、そのような証拠を犯罪事実の認定に用いないとしても、そのような証拠に接したことが他の証拠の評価に無意識のうちに影響を与えるということも否定できない³⁵。それゆえ、非限定説に立って伝聞証拠を広範に認めた場合、被告人による十分な審問を経ていない証拠に対して、公判供述の証明力を減殺するという意味以上の証明力が与えられ、その結果、被告

³⁰ 東京高判昭25・4・28高刑集3巻1号125頁、東京高判昭26・6・7高刑集4巻6号633頁、最決昭28・2・17刑集7巻2号237頁等。

³¹ 勝尾・前掲（註4）2067頁。

³² 宇藤崇教授は、学説の対立の「決定的な要因となるのは、弾劾目的という立証趣旨が、裁判官の心証形成に際して事実上制約として働きうるか否かの認識であろう」と指摘されている（宇藤・前掲〔註24〕192頁）。なお、津村政孝「328条の意義」刑事訴訟法の争点（新版）（1991年）220頁。

³³ 高窪真人『新訂刑事訴訟法概論』（蒼文社、1996年）131頁。なお、江家・前掲（註8）178頁。

³⁴ 青柳・前掲（註5）17頁参照。

³⁵ 石川才顕『刑事訴訟法講義』（日本評論社、1974年）274頁、石井・前掲（註13）201頁。伊藤滋夫元判事も、「・・・自己が無意識のうちに有する価値観、自分の意識していない好悪・偏見といったものから完全に逃れることは不可能である」とされている（伊藤滋夫『事実認定の基礎』〔有斐閣、2000年〕276頁）。

人に対して不当な有罪心証が形成される危険がある³⁶。そうであれば、そのような危惧はできる限り取り除いておくことが必要である。そして、このような必要は、間もなく実施される裁判員制度の下ではいっそう高まるのではないかとと思われる³⁷。一般市民は、裁判官とは異なり、そもそも証拠能力という概念に不慣れなため、犯罪事実の認定に用いる証拠とそうでない証拠とを厳密に区別できるのかについては疑問の余地がある³⁸。実際、アメリカにおいて実施された、証拠能力の否定された証拠の存在が陪審員の犯罪事実の認定に与える影響に関する実験では、たとえ自白の証拠能力が否定されたとしても、自白が存在するという事実自体に接することによって、有罪心証の形成が助長されるという結果が出ているのである³⁹。

もっとも、突き詰めて考えれば、裁判官や裁判員の犯罪事実の認定に影響を与える場合がありうるのは、自己矛盾供述の場合でも同様といえる。しかし、被告人による十分な審問を経ていない証拠の提出をできるかぎり制限して、証人審問権の保障や伝聞法則をより実効あらしめる機能を有する点で、限定説は、非限定説よりも優れているのではなかろうか⁴⁰。

このように考えてくると、328条の解釈としては限定説が妥当であり、限定説

³⁶ 田口守一『刑事訴訟法 [第4版補正版]』（弘文堂、2006年）425頁参照。

³⁷ 小川新二検事も、裁判員制度に着目して非限定説の問題性を指摘されている（小川・前掲 [註3] 42頁）。

³⁸ 青柳・前掲（註5）15頁。

³⁹ 山崎優子「裁判員の心理」村井敏邦編『刑事司法と心理学』（日本評論社、2005年）248頁。Cf. Saul M. Kassir & Holly Sukel, *Coerced Confessions and the Jury: An Experimental Test of the "Harmless Error" Rule*, 21 Law and human behavior 27-46 (1997). もっとも、日本で行われた同種の実験では、必ずしも有罪心証の形成を助長しないという結果が出ているという（山崎優子＝伊東裕司「不採用証拠の存在が採用証拠の評価・判決に及ぼす影響について—社会人と学生が仮想的に裁判員になった場合の比較・検討」法と心理4巻1号 [2005年] 47-59頁参照）。しかし、証拠能力の否定された証拠を犯罪事実の認定に用いてはならないという原則は、適正手続の保障、無辜の不処罰と密接に関連することであることに鑑みれば、有罪心証の形成を助長するという結果が存在することを軽視すべきではない。

⁴⁰ 坂口裕英「弾劾証拠の問題点」ジュリスト300号（1964年）355頁、光藤・前掲（註10）376頁。

に立つことを明らかにした本判決の判示は支持できる。また、裁判員制度の実施を目前に控えた今、最高裁が限定説に立つことを明らかにした意義は大きい。

ところで、本判決は、被告人側の請求にかかる「本件書証」の取調べを却下しているが、限定説を被告人側の請求にかかる証拠についてもそのまま適用すべきなのかについては検討の余地があるように思われる。これは、先にみた片面的構成説と深く関連する問題である。

(6) 片面的構成説は、被告人と検察官との間の歴然たる力の差を重視し⁴¹、被告人の地位を向上させて当事者間の対等・平等をはかろうとする点において、また、憲法37条2項の証人審問権の保障の被告人側に対する片面性に着目し、従来当然のように被告人側にも及ぶと解されてきた伝聞法則を再構成しようとする点においても、正鵠を射ている⁴²。

判例には、片面的構成説の適用の可否について明確に論じたものは見当たらないが、先にみた【9】が、被告人側の請求にかかる自己矛盾供述以外の証拠を1審裁判所が取調べたことを違法としたものであることから、実務において片面的構成説は容れられていないという指摘がなされてきた⁴³。学説においても、片面的構成説に対しては、(イ)322条1項本文が被告人に利益となる証拠についても制限を加えていることと整合しない⁴⁴、(ロ)314条3項や321条1項3号

⁴¹ 「弁護側が関係者に接触して供述書を得るなど、積極的に証拠収集を行う場合も少なくない」ことから、公判前整理手続における証拠開示の拡充によって、片面的構成説は「既にその前提を失っている」との指摘もなされている（小川・前掲【註3】42頁）。しかし、令状による強制が可能な検察側の証拠収集能力とそのような強制の不可能な被告人側の証拠収集能力とはそもそも比較の対象にはなりえない（渡辺修・前掲【註12】49頁参照）、公判前整理手続における検察側の証拠開示も全面的なものではないことに鑑みれば（316条の14参照）、片面的構成説の「前提」は今なお失われてはいないというべきである。

⁴² 小田中他編著・前掲（註2）318頁〔川崎執筆〕、庭山英雄＝岡部泰昌編『刑事訴訟法【第3版】』（青林書院、2006年）227頁〔内山安夫執筆〕。なお、北山六郎監修『実務刑事弁護』（三省堂、1991年）287頁〔後藤貞人執筆〕、渡辺修・前掲（註12）49頁。

⁴³ 飯田・前掲（註25）223頁。

⁴⁴ 青柳・前掲（註4）412頁、齊藤誠二「328条の法意」刑事訴訟法の争点（1979年）228頁、平場安治他『注解刑事訴訟法（中）【全訂新版】』（青林書院新社、1982年）797頁（鈴木茂嗣執筆）、光藤・前掲（註7）246頁。

が「犯罪事実の存否の証明」としていることから、法は犯罪事実の不存在についても証拠能力のある証拠を要求している⁴⁵、といった批判が向けられてきた。しかし、(イ)については、被告人の公判供述は、それが任意になされたものであればすべて証拠として認められうるのであるから（322条2項、刑訴規則197条1項）、322条1項が被告人側提出の証拠に対する積極的な規制という側面を有しているとは必ずしも言い難い。また、(ロ)については、(a)被告人に犯罪事実の不存在の立証責任はないのだから「存否」の文言に拘泥する必要はない、(b)犯罪事実の存在の立証の失敗は犯罪事実の不存在に結びつくが、犯罪事実の不存在の立証の失敗は必ずしも犯罪事実の存在には結びつかないのであるから、犯罪事実の存在と不存在を同じ次元で論じるべきではない、(c)無罪判決に証拠の標目を掲げる必要はないのであるから（336条、335条）、犯罪事実の不存在を立証する証拠に証拠能力は必要ない⁴⁶、といった批判がありうる。

本判決は、片面的構成説の適用の可否について、被告人側の請求にかかる「本件書証」を却下していることから、結論として片面的構成説の適用を否定したものであるという指摘もなされている⁴⁷。確かに、本判決は、被告人側の請求にかかる証拠に対して自由な証明を許すものではない。しかし、本判決は片面的構成説について学説・判例を踏まえて掘り下げて検討したものではないし、本判決が「本件書証」を却下したのは、「本件書証」がAの署名・押印（この点に関しては3参照）を欠くことから供述者の供述であることや記載の正確性の担保がないためであることに鑑みれば、本判決には、被告人側の請求にかかる証拠について常に限定説を適用しなければならないという趣旨までは含まれておらず、被告人側の請求にかかる証拠については、供述者の供述であることや記載の正確性の担保（すなわち、署名・押印もしくはそれに準じた情勢的な担保）のある場合には、たとえそれが自己矛盾供述に当たらないとしても許容される余地は残されているものと解される⁴⁸。

⁴⁵ 齊藤・前掲（註44）228頁、高田卓爾・前掲（註13）248頁、198頁。

⁴⁶ 能勢・前掲（註6）134頁、田宮・前掲（註1）291頁、白取・前掲（註1）298頁。

⁴⁷ 福井厚『刑事訴訟法講義〔第3版〕』（法律文化社、2007年）356頁、徳永（前掲註3）122頁参照。

⁴⁸ 学説においては、伝聞法則の根拠を事実認定の正確性の確保と捉え、「伝聞法則の根拠と重なる一定の信用性（の情勢的保障）が担保されれば実質証拠に

2 公判供述者が公判供述後にした自己矛盾供述の許容性について

(1) 328条の条文では、許容される自己矛盾供述の得られた時期が限定されていないため、公判供述者が公判供述後にした自己矛盾供述の許容性も問題となりうる⁴⁹。この点に関しては、特に、公判廷での証人尋問が終了した後に検察官がその証人を取調べて得た公判供述と矛盾する内容の調書を、328条を根拠に取調べるのが許容されるかが問題となる。

学説においては、公判供述後に得られた自己矛盾供述を肯定するものもあるが⁵⁰、否定するものが多数説といえる⁵¹。それに対し、判例は肯定説が有力である。例えば、【10】最判昭43・10・25刑集22巻11号961頁は、「公判準備期日における証人Aの尋問終了後に作成された同人の検察官調書を、右証人の証明力を争う証拠として採証した原判決の説示は、必ずしも刑訴328条に違反するものではない」と判示している。

(2) 本判決は、「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」としている。「前の」供述としないで、「別の機会にした」供述としていることから、本判決は、公判供述後に得られた自己矛盾供述をも許容しているようにも解しうる⁵²。

しかし、公判供述者が公判供述後にした自己矛盾供述を328条が認めていると解しうるのかについては多大の疑問がある。確かに、328条の条文は許容される自己矛盾供述の得られた時期を限定していない。とりわけ、321条1項と328条とを比較すると、321条1項では公判準備又は公判期日以前の供述であることが

もなりうる」と解することも許されよう」との主張がなされている（伊藤博路「伝聞法則の適用範囲に関する一考察（5・完）」北大法学論集49巻3号[1998年]76頁以下）。なお、光藤景皎『刑事証拠法の新展開』（成文堂、2001年）186頁以下。

⁴⁹ 光藤・前掲（註7）246頁。

⁵⁰ 山本卓＝松本克己「証言の後に作成された検察官調書」谷口正孝編『刑事法演習 第1巻』（判例タイムズ社、1974年）348頁、伊藤栄樹他・前掲（註9）375頁〔香城執筆〕、石井・前掲（註13）202頁。

⁵¹ 光藤・前掲（註7）246頁参照。

⁵² 白取・前掲（註1）390頁、福井・前掲（註47）355頁参照。

要件とされているのに対し、328条では、公判供述の証明力を争うためという以外に特に要件が付されていないことから、328条は公判供述後に得られた自己矛盾供述をも許容する趣旨であるとも解しうる⁵³。しかし、条文の文理のみに拘泥するのは妥当でない。また、同一人物の自己矛盾供述が存在すること自体に公判供述の証明力を減殺する効果があるともいいうるが⁵⁴、そのような効果があることと、それが328条によって許容されるかどうかは、別個の問題である。さらに、公判供述後の取調べは、供述の真意を明らかにすることよりも、公判供述と異なる供述を引き出すことを目的になされるため、取調べを受ける者に対して不当な影響を与えることになりかねず、そこで得られた供述に公判供述の証明力を減殺する効果があるということ自体が疑わしい⁵⁵、公判供述後に法廷外での追及がなされうということ自体が公判での証言に対する圧迫にもなりかねない⁵⁶。そして、そもそも、証人尋問後に証人を取調べるというのは公判中心主義に反する。証人の供述内容に疑問があるのであれば、証人尋問終了後の取調べによってではなく、公判廷での尋問によって解消すべきであろう^{57 58}。

⁵³ 河上・前掲（註4）141頁。

⁵⁴ 石井・前掲（註13）202頁。

⁵⁵ 小田中聡樹『ゼミナール刑事訴訟法（下）』（有斐閣、1988年）183頁。

⁵⁶ 田宮裕『一事不再理の原則』（有斐閣、1978年）422頁、白取・前掲（註1）391頁。

⁵⁷ 田中・前掲（註13）465頁、平場他・前掲（註44）798頁〔鈴木執筆〕、北山監修・前掲（註42）頁292頁〔後藤貞人執筆〕、小田中他編著・前掲（註2）319頁〔川崎執筆〕、松尾・前掲（註9）76頁、安富潔『演習講座証拠法』（東京法令出版、2001年）172頁、光藤・前掲（註7）246頁、白取・前掲（註1）391頁等。なお、このことは検察実務家からも指摘されている。例えば、外岡孝昭元検事は、基本的に判例【10】の判示を支持しつつも、「相手側証人に対し十分な反対尋問もしないで、漫然と証人尋問を終了し、その後、公判廷外において、自己矛盾の供述を引き出し、証言を弾劾することが不当であることは明らかでしょう。これは公判中心主義から要請される制限であります」とされる（外岡孝昭「刑訴法328条の証拠」法務総合研究所編『刑事法セミナーV刑事訴訟法（下）』（信山社、1992年）237頁。同旨、渡辺咲子「刑事訴訟法328条に基づく供述調書の取扱い」研修562号〔1995年〕102頁。反対、山上圭子「新判例解説」研修568号〔1995年〕29頁）。

⁵⁸ 小田中聡樹教授は、さらに、本当に自己矛盾供述をしたのか否かやその理由についての反対尋問ができないことを挙げられる（小田中・前掲〔註55〕184

従って、公判供述後の取調べによって得られた供述を公判供述の証明力を争うために取り調べることは許されないと解される^{59 60}。上述のように、本判決は「別の機会の供述」という表現をしており、本判決の射程は公判供述後に得られた自己矛盾供述にも及ぶとも解しうるが、公判供述後の自己矛盾供述を許容することは上述のように多くの問題点を孕んでいることや、本判決の事案は公判供述前の供述の許容性が争われたものであることに鑑みれば、本判決の判示には、公判供述後に得られた供述をも積極的に認める趣旨までは含まれていないと解するのが妥当である。

3 署名・押印の必要性

(1) 本判決は、「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」としている。原判決が、「本件書証」をBの供述書であると解し、それがAの自己矛盾供述にあたらないことを理由に却下したのに対し、本判決は、「本件書証」をAの供述をBが録取した供述録取書であると解した上で、Aの署名・押印が欠落しているため、「刑訴法が定める要件を満た」していないことを理由に却下したものである。

そこで、供述録取書が328条で許容されるためには、供述者の署名・押印が必要とされるのが問題となる。この点に関し、通説は、供述者の署名・押印のない供述録取書は、供述者が供述の正確性を確認していないことから二重の伝聞証拠となり、公判供述の証明力を争う証拠としてであっても許容されないとす

頁以下)。

⁵⁹ 松尾浩也教授は、『『証明力を争う』方法としての適正さに疑問がある』とされる(松尾・前掲[註1] 76頁)。なお、小早川義則「刑訴法328条と回復証拠」昭和54年度重要判例解説(1980年) 236頁、渡辺修・前掲(註12) 50頁、山田道郎『証拠の森』(成文堂、2004年) 70頁。

⁶⁰ 福井厚教授は、「少なくともその証人を再度公判廷に呼ぶことが不可能であるとか、又は著しく困難な場合に限るなどの限定が必要」とされる(福井・前掲[註47] 355頁)。

る⁶¹。すなわち、321条1項本文と322条1項とが供述録取書の証拠能力を認める要件として供述者の署名・押印を要求したのは、供述録取書には、供述が書面化されているという伝聞性に加え、録取者が書面化して表現する過程にも伝聞性が認められることから、供述録取書の内容の正確性を供述者に確認させることにより、二重の伝聞性を克服する必要があるからである、と解するのである。

確かに、まず、321条1項および322条1項では犯罪事実の認定に用いungという意味での証拠能力が問題とされているのに対し、328条では、そのような意味での証拠能力が問題なのではなく、公判供述の証明力を争うために取調べうという意味での証拠能力が問題とされているのであるから、両者を単純に同列に置くことはできないという見方はありうる。また、328条の文理からすれば、署名・押印を欠く供述録取書であっても許容する趣旨であるとも解しうる⁶²。すなわち、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」としているが、署名・押印を321条1項および322条1項において証拠能力が認められるための要件であると解すれば、そのような要件を欠く証拠であっても証明力を争うためであれば取り調べることもできるというのが328条の趣旨と解するのである。しかし、328条をこのように解した場合、公判供述者の自己矛盾供述の記載された供述録取書であれば、供述者の供述であることや記載の正確性の担保のない供述録取書が無制限に法廷に持ち込まれる危険がもたれる。極端な言い方をすれば、出処の知れない、ないしは捏造による「供述録取書」が328条によって法廷に持ち込まれる危険性も否定できないのである。

このように考えてくると、供述録取書が328条によって許容されるためには供述者の署名・押印が必要であるとする通説は正鵠を射ている。

(2) 本判決は、上述のような問題を孕む328条について、最高裁として初めて通説を容れ⁶³、公判供述者の自己矛盾供述の記載されている供述録取書が328

⁶¹ 平場他・前掲(註44)799頁〔鈴木執筆〕、藤永幸治他編『大コンメンタール刑事訴訟法 第5巻I』(青林書院、1999年)406頁〔大野市太郎執筆〕。

⁶² 青柳文雄他『註釈刑事訴訟法 第3巻』(立花書房、1978年)409頁〔西原春夫執筆〕参照。

⁶³ 徳永・前掲(註3)122頁。

条によって許容されるためには供述者の署名・押印が必要であるとの限定解釈を施した点に意義がある⁶⁴。自己矛盾供述の要証事実、公判供述者の供述態度が一貫していないこと（それゆえ、公判供述は信用性を欠くということ）であるが、そのような証明は、自己矛盾供述が公判供述者によってなされたものであることが確認されて初めて可能となる。もし、自己矛盾供述が公判供述者によってなされたものでないとすれば、要証事実に対する最小限の証明力もないのである。このように考えてくると、本判決は、適正な事実認定という観点から支持しうるものと思われる⁶⁵。また、限定説に立つ以上、公判供述者による供述かどうか疑わしい供述録取書を許容することは背理ともいえよう。この点からも、限定説に立つ本判決が、供述録取書が328条によって許容される要件として供述者の署名・押印を求めたことは妥当といえる⁶⁶。

もっとも、供述録取書が328条によって許容されるために供述者の署名・押印が必要とされる根拠が、供述者の供述であることと記載の正確性の担保に求められるとすれば、署名・押印を絶対的な要件とする必要性は乏しく、たとえ署名・押印を欠く供述録取書であっても、署名・押印と同程度に正確性を担保しうる他の事情のある場合には許容される場合があってもよい⁶⁷。本判決は、「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」としていることから、署名・押印を欠く供述録取書であっても、署名・押印と「同視し得る事情」があれば、署名・押印のある供述録取書と「同視し得る証拠」として許容されうるという

⁶⁴ 小川・前掲（註3）49頁、徳永・前掲（註3）122頁。

⁶⁵ 白取・前掲（註1）391頁。

⁶⁶ なお、本判決は「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」としている。先の検討とも併せて考えると、本判決のいう「厳格な証明」の趣旨は、公判供述者の自己矛盾の内容を含み、かつ供述者の署名・押印のある（すなわち、証拠能力のある）供述録取書によって、適式な証拠調べの手続（298条、刑訴規則190条等）に則ってなされる証明、と解される（小川・前掲〔註3〕48頁）。

⁶⁷ 伊藤栄樹他・前掲（註9）375頁〔香城執筆〕、松尾監修・前掲（註24）755頁、石井・前掲（註13）206頁参照。

立場に立つものと解される⁶⁸。それでは、本判決によって、具体的にどのような供述録取書が許容されうるのであろうか。まず、供述者が幼少、病気等の理由で署名・押印できないために、供述の録取に立会った者⁶⁹が供述者の代わりに署名・押印したような場合⁷⁰が考えられる。また、供述者の供述を正確性の確保されるような方法で収録した記憶媒体、さらには、署名・押印を欠く点につき反対当事者の同意がなされた供述録取書なども許容されうるものと解される⁷¹。

本判決は、「本件書証」について、署名・押印と「同視しうる事情」も認められないとして却下している。これは、「本件書証」の許否の判断において、本判決が供述者による確認を重視した結果と解されるが、「本件書証」は中立的な立場にある（被告人の有罪立証のための証拠を収集する立場にない）消防職員が職務の過程で作成したものであるから、そこに、署名・押印と「同視しうる」ないしはそれに準じた正確性の担保を認める余地もありえたのではないかとも思われる⁷²。また、「本件書証」は被告人側の請求にかかるものであって証人審問権の侵害は問題とならないことに鑑みれば、なおさら柔軟な解釈が必要であり、またそのような解釈も十分に可能であったのではなかろうか。

4 「供述の証明力を争う」の意味

(1) 328条は、単に「供述の証明力を争うためには」とするのみであるため、そこでの「争う」の意味が問題となる。「争う」の意味に、公判供述の証明力

⁶⁸ 小川・前掲（註3）49頁。

⁶⁹ ここでの供述録取に立会った者とは、そのような者であれば誰でもよいというわけではなく、法定代理人や家族等、供述者の意思を的確に反映した行動をとりうる者でなければならないと解すべきである。

⁷⁰ 刑訴規則61条1項。福岡高判昭29・1・25判特報26号65頁、福岡高判昭29・5・7高刑集7巻5号680頁等参照。なお、最近、この点に関して初めて最高裁の判断が示された。最決平18・12・8刑集60巻10号837頁は、供述者が脳梗塞の後遺症で供述録取書（検察官調書）に自ら署名・押印できなかったため、次男が代わりに署名をしたという事案につき、「供述録取書についての刑訴法321条1項にいう『署名』には、刑訴規則61条の適用があ[る]」として、証拠能力を認めている。

⁷¹ 判時1957号170頁および判タ1228号139頁の解説（匿名）参照。

⁷² 徳永・前掲（註3）122頁。

を減殺する証拠（弾劾証拠）が含まれることについては学説・判例上一致をみている。では、328条によって許容される証拠は、公判供述の証明力を減殺するものに限られず、公判供述の証明力を増強する証拠（増強証拠）も含まれるのであろうか。学説上、増強証拠は許されないとするのが通説である⁷³。判例も、かつては、増強証拠を許容するもの⁷⁴と、許容しないもの⁷⁵とに分かれていたが、比較的最近の判例は、増強証拠を否定する傾向にある⁷⁶。

増強証拠は、まず、328条の「争う」という文言からみて無理がある。また、公判供述のみでは犯罪事実を認定できないが増強証拠があれば認定できるという場合には、結局、328条の証拠によって犯罪事実の認定をするのと同じ結果になると言わざるをえない⁷⁷。従って、増強証拠を認めることは妥当でない。

では、公判供述の証明力が自己矛盾供述によって減殺された場合に、公判供述者の公判供述と一致する供述（回復証拠）の取調べを請求して、減殺された公判供述の証明力を回復させることは許されるのであろうか。学説では、回復証拠を認めるものが多数説であり⁷⁸、判例も、回復証拠を認めるものが有力であ

⁷³ もっとも、青柳文雄博士は、「本条 [328条—筆者注] が直接規定しているわけではないが、相手方がその証明力を争っていれば証明力の増強にも本来証拠能力のない証拠を用いられると考える」とされる（青柳文雄『日本刑事訴訟法論—国民性の視角から』[立花書房、1970年] 198頁）。なお、勝尾・前掲（註4）2074頁。

⁷⁴ 高松高判昭29・12・10判特報5号91頁、判例【3】。

⁷⁵ 福岡高判昭30・2・28裁特報2巻6号141頁。

⁷⁶ 判例【11】（後掲）、大阪高判平2・10・9判タ765号266頁。かつて、「実務の運営としては、追々消極的に傾くのではないかと思われるが、他方積極説による運営も少なくないようである」といわれたが（辻本隆一「328条による証拠は、供述の証明力を増強するためにも提出できるか」平野龍一＝松尾浩也編『実例法学全集 刑事訴訟法 [新版]』[青林書院、1977年] 418頁）、最近では、実務上増強証拠が認められない運用が固まっているようである（大野・前掲[註9] 279頁参照）。

⁷⁷ 横井大三『証拠 刑訴裁判例ノート(2)』（有斐閣、1971年）333頁、田宮・前掲（註1）365頁、裁判所職員総合研修所監修『刑事訴訟法講義案 [3訂版]』（司法協会、2007年）334頁等。

⁷⁸ 平野・前掲（註12）253頁註(5)、後藤昭「演習」法学教室136号（1992年）90頁、田宮・前掲（註1）395頁、小田中他編著・前掲（註2）319頁（川崎執筆）、大澤裕「伝聞証拠の意義」刑事訴訟法の争点（第3版）（2002年）183頁、宇藤・

る。例えば、【11】東京高判昭53・5・17東高時報刑29巻5号81頁は、増強証拠については明確に否定する一方で、回復証拠については、「弾劾証拠を弾劾するものにほかならず、・・・当然許される」とし、【12】東京高判昭54・2・7東高時報刑30巻2号13頁は、「刑訴法328条の弾劾証拠とは、供述証拠の証明力を減殺するためのもののみではなく、弾劾証拠により減殺された供述証拠の証明力を回復するためのものをも含むと解するのが相当である」としている。

(2) 328条の「争う」の意味について、本判決は、「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」としていることから、本判決が増強証拠を否定していることは明らかである。他方、回復証拠の許否については、「供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨」としていることから、328条によって許容される証拠は弾劾証拠に限定され回復証拠は許容されないという立場に立っているものとも解しうが、回復証拠を否定する趣旨までは含まれないという指摘もなされている⁷⁹。

確かに、回復証拠は、弾劾証拠の証明力を減殺するにすぎないとも解しうる⁸⁰。しかし、回復証拠を認めることは実質的に公判供述の証明力を増強する結果をもたらしたくないだろうか。前掲【12】が、「本件において、検察官が、いったん減殺されたAの原審証言の証明力を回復する趣旨のもとに同人の前記供述調書の取調を請求したものであることは前記のとおりであり、同調書の取調により事実上同人の原審証言の証明力が増強される結果となったとしても、これによる不利益は前記のような内容の弾劾証拠を提出した被告人の側において甘受すべきものであ[る]」としているように、増強証拠と回復証拠との関係は相対的であり両者の間に明確な境界線は存在しない。また、弾劾証拠を提出した場合、常に回復証拠によって公判供述が増強される危険を甘受しなければな

前掲(註24)193頁、山田・前掲(註59)69頁、光藤・前掲(註7)247頁、白取・前掲(註1)390頁等。

⁷⁹ 白取・前掲(註1)391頁。

⁸⁰ 高田卓爾・前掲(註13)248頁、加藤克佳「328条と回復証拠」刑事訴訟法判例百選(第6版)(1992年)178頁、寺崎・前掲(註9)348頁等。

らないというのも問題である。さらに、回復証拠を認めると、公判外供述同士による水掛け論的争いに陥って、争いの重点が公判供述から公判供述の証明力を争う証拠へと移ってしまうのではないかという危惧ももたれる。加えて、限定説を支持する以上、たとえ回復証拠としてであっても一致供述を許容するのは背理と解されるし、増強証拠を否定する以上、増強証拠と同様の問題を孕む回復証拠についてもこれを否定するのが一貫した姿勢といえる。

このように考えてくると、回復証拠を認めるのは基本的に妥当とは思われない⁸¹。本判決については、判決文において「減殺するものに限られる」としていることと、回復証拠を許容することの問題性との鑑み、本判決の射程はさしあたり弾劾証拠にのみ及ぶものと解すべきである。もっとも、回復証拠を認めることの問題の本質が「伝聞証拠が秘かに実は有罪立証の証拠に用いられる結果を生ずることがある」⁸²点にあるとすれば、被告人側の請求にかかる証拠については回復証拠を認める余地を残しうるし、また残しておくべきではないか。本判決について、回復証拠を否定する趣旨までは含まれないとの指摘⁸³は、このような観点からみて正鵠を射ているように思われる。

5 結びに代えて

328条で許容される証拠の範囲については、証人審問権の保障と伝聞法則の趣旨に立ち返った解釈が求められる。限定説は、伝聞証拠が無限定に法廷に持ち込まれる危険を防ぐという面で証人審問権の保障と伝聞法則に資するが、これを被告人側の請求にかかる証拠に画一的に適用すると、被告人に対して供述証拠を十分に吟味する機会を保障する証人審問権の核心⁸⁴に抵触するおそれがある。従って、328条で許容される証拠の範囲の解釈としては、基本的に限定説に立ちつつ、被告人側の請求にかかる証拠に対しては非限定説に立った取り

⁸¹ 回復証拠を認めない見解として、石川・前掲（註35）274頁、阪村幸男「328条と回復証拠」刑事訴訟法判例百選（第5版）（1986年）201頁、松本一郎『事例式演習教室刑事訴訟法』（勁草書房、1987年）212頁、渥美東洋『全訂刑事訴訟法』（有斐閣、2006年）401頁。

⁸² 渥美・前掲（註80）401頁。

⁸³ 白取・前掲（註1）391頁。

⁸⁴ 堀江・前掲（註11）15頁、上口裕「身許不詳者の公判外供述と証人審問権1」南山法学3巻3号（1979年）139頁参照。

扱いをすべきであろう⁸⁵。

本判決は、328条で許容される証拠の範囲について、最高裁として限定説に立つことを明らかにしたものであることから、今後の実務の運用は限定説で統一されてゆくものと思われる⁸⁶。ただ、先の検討から明らかなように、本判決にはいくつかの点について解釈の余地が残されている。とりわけ、本判決が被告人側の請求にかかる「本件書証」を却下したのは、「本件書証」が供述者の署名・押印を欠いたためであって、本判決によって、被告人側の請求にかかる証拠に対して常に限定説を適用しなければならないという論理が導かれるわけではない点が重要である。証人審問権の実効的な保障のために、そして無罪の不処罰のために、このことは銘記しておかなければならない。

* 本稿脱稿（2007年8月7日）後、福島至「刑事訴訟法328条により許容される証拠」法律時報79巻11号（2007年）105頁に接した。

⁸⁵ 堀江・前掲（註11）15頁。

⁸⁶ 小川・前掲（註3）34頁。なお、山下・前掲（註3）94頁。