

## 第2節 伝聞例外

### 刑事訴訟法第321条

- I 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。
  - 一 裁判官の面前（第157条の4第1項に規定する方法による場合を含む。）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った供述をしたとき。
  - 二 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った供述をしたとき。但し、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状況の存するときに限る。
  - 三 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、且つ、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。但し、その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限る。
- II 被告人以外の者の公判準備若しくは公判期日における供述を録取した書面又は裁判所若しくは裁判官の検証の結果を記載した書面は、前項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。
- III 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1項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。
- IV 鑑定の経過及び結果を記載した書面で鑑定人の作成したものについても、前項と同様である。

### 刑事訴訟法第321条の2

- I 被告事件の公判準備若しくは公判期日における手続以外の刑事手続又は他の

事件の刑事手続において第 157 条の 4 第 1 項に規定する方法によりされた証人の尋問及び供述並びにその状況を記録した記録媒体がその一部とされた調書は、前条第 1 項の規定にかかわらず、証拠とすることができる。この場合において、裁判所は、その調書を取り調べた後、訴訟関係人に対し、その供述者を証人として尋問する機会を与えなければならない。

Ⅱ 前項の規定により調書を取り調べる場合においては、第 305 条第 4 項ただし書の規定は、適用しない。

Ⅲ 第 1 項の規定により取り調べられた調書に記録された証人の供述は、第 295 条第 1 項前段、並びに前条第 1 項第 1 号及び第 2 号の適用については、被告事件の公判期日においてされたものとみなす。

#### 刑事訴訟法第 322 条

Ⅰ 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 319 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。

Ⅱ 被告人の公判準備又は公判期日における供述を録取した書面は、その供述が任意にされたものであると認めるときに限り、これを証拠とすることができる。

#### 刑事訴訟法第 323 条

前三条に掲げる書面以外の書面は、次に掲げるものに限り、これを証拠とすることができる。

- 一 戸籍謄本公正証書謄本その他公務員（外国の公務員を含む。）がその職務上証明することができる事実についてその公務員の作成した書面
- 二 商業帳簿、航海日誌その他業務の通常の過程において作成された書面
- 三 前二号に掲げるものの外特に信用すべき状況の下に作成された書面

#### 刑事訴訟法第 324 条

Ⅰ 被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で被告人の供述をその内容とするものについては、第 322 条の規定を準用する。

Ⅱ 被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で被告人以外の者の供述をその内容とするものについては、第 321 条第 1 項第 3 号の規定を準用する。

#### 刑事訴訟法第 325 条

裁判所は、第 321 条から前条までの規定により証拠とすることができる書面又は供述であっても、あらかじめ、その書面に記載された供述又は公判準備若しくは公判期日における供述の内容となった他の者の供述が任意にされたものかどうかを調査した後でなければ、これを証拠とすることができない。

#### 刑事訴訟法第 326 条

- I 検察官及び被告人が証拠とすることに同意した書面又は供述は、その書面が作成され又は供述のされたときの状況を考慮し相当と認めるときに限り、第 321 条乃至前条の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。
- II 被告人が出頭しないでも証拠調を行うことができる場合において、被告人が出頭しないときは、前項の同意があったものとみなす。但し、代理人又は弁護人が出頭したときは、この限りでない。

#### 刑事訴訟法第 327 条

裁判所は、検察官及び被告人又は弁護人が合意の上、文書の内容又は公判期日に出頭すれば供述することが予想されるその供述の内容を書面に記載して提出したときは、その文書又は供述すべき者を取り調べないでも、その書面を証拠とすることができる。この場合においても、その書面の証明力を争うことを妨げない。

#### 刑事訴訟法第 328 条

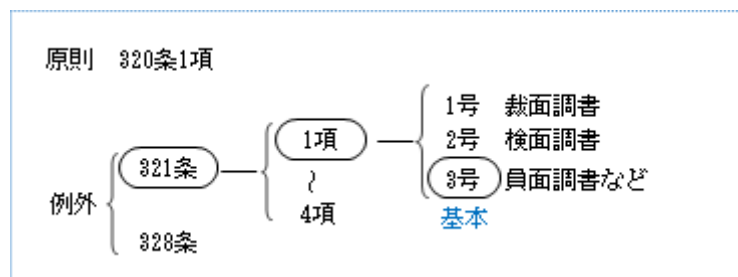
第 321 条乃至第 324 条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であっても、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うためには、これを証拠とすることができる。

### 1. 伝聞法則の例外要件

#### (1) 総説

伝聞証拠には、原則として証拠能力はない（320 条 1 項）。

もっとも、320 条 1 項は、「第 321 条乃至第 328 条に規定する場合を除いては」と規定し、伝聞法則の例外を認める。そして、321 条ないし 328 条は、書面および伝聞証拠の性質に応じ、具体的かつ詳細に伝聞法則の例外を定めている。



<伝聞法則の例外に関する条文>

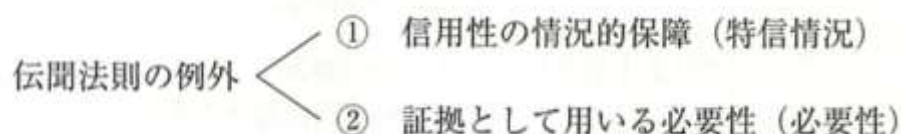
条 文	伝聞証拠の種類	必 要 性	特信情況など
321 条 1 項 1 号	証人の裁面調査 裁判官の職権尋問に答えたもの	供述者の死亡等	—
321 条 1 項 2 号 前段	証人の検面調査	供述者の死亡等	(特信情況)
後段	検察官の尋問に答えたもの	自己矛盾の供述	特信情況 事後の反対尋問権
321 条 1 項 3 号	証人の員面調査など(基本型)	供述の死亡等、 立証における不可欠性	(絶対的) 特信情況
321 条 2 項 前段	公判調査 反対尋問権が保障されたもの	—	—
後段	裁判所・裁判官の検証調査	—	— (当事者の立会権)
321 条 3 項	捜査機関の検証調査	—	作成者の真正作成の供述
321 条 4 項	鑑定書	—	作成者の真正作成の供述(当事者の立会権)
322 条 1 項	被告人の供述書面	自己に不利益な供述	特信情況
322 条 2 項	被告人の公判の供述書面	—	—
323 条	特信文書	—	—
326 条	同意書面	—	— (相当性)
327 条	合意書面	—	—
328 条	弾劾証拠	—	— (自己矛盾記述)

(2) 例外要件

ア 供述証拠は、知覚・記憶・表現・叙述という過程を経て法廷に提出されるため、その各過程について誤りが介入する危険がある。とすれば、反対尋問による吟味がなされなければ信用性が乏しく、類型的に誤判の危険があるから証拠能力を否定しなければならない。そこで、320 条 1 項は、反対尋問を経していない供述証拠の証拠能力を原則として否定した（伝聞法則）。

イ しかし、いかなる場合にも伝聞証拠が許容されないとすれば、訴訟の遅延につながるだけでなく、裁判に必要な証拠は大幅に制限され、真実の発見を害しかねない。そこで、反対尋問権の保障が供述証拠の真実性を担保する機能を有することに着目すれば、反対尋問を経ていなくても、①反対尋問に代わるほどの信用性の情況的保障があり、かつ、②証拠として用いる必要がある場合には、例外的に証拠能力を認める。

ウ 例外の許容性は、①信用性の情況的保障（特信情況）と②証拠として用いる必要性（必要性）の2つの要件の相関関係によって決せられることになるが、刑訴法は321条以下でこれを具体的に規定している。



#### 解説 例外の許容の基準

例外の許容性は、2つの要件の相関関係によって決せられる。すなわち、信用性が高ければ必要性は比較的小さくてもよいし、逆に、信用性の情況的保障の程度が低ければ高度の必要性が要求される。①反対尋問に代わるほどの信用性の情況的保障とは、反対尋問の機会を与えなくても当事者の利益を害さない程度の真実性がその供述に際しての外部的事情により担保される場合であり、②証拠を用いる必要性とは、伝聞証拠を使用せざるをえない特別の事情の存する場合をいう。これら伝聞法則の例外については、321条から328条までに規定されている（もっとも、328条は、非伝聞であって伝聞法則の例外を定めたものではない）。

## 2. 刑訴法 321 条 1 項の書面

### (1) 321 条 1 項の意味

321条1項は、被告人以外の者の供述書または供述録取書に関する伝聞例外の規定である。これには、1号書面（裁判官の面前における供述録取書：これを裁判官面前調書、裁面調書ともいう）、2号書面（検察官の面前における供述録取書：これを検察官面前調書、検面調書ともいう）、3号書面（その他の供述録取書または供述書。例えば、司法警察員が作成した供述録取書－これを司法警察員面前調書、員面調書ともいう）がある。

	必要性の要件	信用性の情況的保障
1号（裁面調書）	①死亡などによる供述不能または②前の供述と異なった供述	当然に備わっている。
2号（検面調書） 前段	①死亡などによる供述不能	争いあり。
後段	または②前の供述と相反するか もしくは実質的に異なった供述	相対的特信情況が必要である（但書）。
3号 （員面調書その他）	①供述不能かつ②不可欠	絶対的特信情況が必要である（但書）。

(注) 伝聞例外が認められるための要件は「信用性の情況的保障」と「必要性」であり、例外許容の基準は、両者の相関関係によって決せられる。321 条 1 項書面をみると、「信用性の情況的保障」は、1 号が最も高く、2 号・3 号の順で低くなる。逆に、「必要性」の要件は、1 号・2 号・3 号の順で順次厳しくなっている。

## (2) 刑訴法 321 条 1 項 1 号書面（裁面調書）

ア 裁判官の面前における被告人以外の者の供述を録取した供述書または供述録取書（署名・押印あるもの）である。例えば、捜査における証人尋問調書（226 条～228 条）、証拠保全の証人尋問調書（179 条）、他事件の公判準備または公判期日における証人または被告人としての供述録取書面などがある。

判例 本事件で参考人であれば、他事件の公判における被告人としての供述書面も含まれる（最決昭 57. 12. 17）。

イ 必要性については、具体的に列挙されている。

①供述者の死亡、精神・身体故障、所在不明、国外滞在による供述不能（前段）、もしくは、②供述者が公判準備か公判期日において前の供述と異なった供述をしたとき（後段）があげられる。

ウ 信用性の情況的保障（特信情況）は、明文上要求されていないが、裁判官が面前で職権尋問を行い得られた供述はおおよそ強制力が働くことは考えにくく、当然に高度の特信情況があると考えられることから、明文化しなかった。

## (3) 刑訴法 321 条 1 項 2 号書面（検面書面）

ア 検察官の面前における被告人以外の者の供述を録取した供述書または供述録取（署名・押印あるもの）である。例えば、検察官が参考人を取り調べたときの供述調書である。

イ 必要性については、具体的に列挙されている。

①供述者の死亡などによる供述不能（前段）、もしくは、②供述者が公判準備か公判期日において前の供述と相反するかまたは実質的に異なった供述をしたとき（後段）があげられる。

ウ 信用性の情況的保障（特信情況）は、後段には規定があるが（321 条 1 項 2 号但書：相対的特信情況）、前段には規定はない。

## (4) 刑訴法 321 条 1 項 3 号書面（員面書面など）

ア 裁面調書・検面調書以外の書面で、被告人以外の者の供述を録取した供述書または供述録取書（署名・押印あるもの）である。例えば、被害届、告訴状、司法警察職員が作成した供述調書（員面書面）・弁護士が作成した供述調書、捜査機関が捜査の過程で作成

した文書（逮捕手続書、捜索差押調書捜査報告書等）などがある。

イ 必要性については、具体的に列挙されている。かつ、証明のための不可欠性を要件とする。供述者の死亡などによる供述不能で、かつ、犯罪事実の存否の証明に欠くことができないとき（不可欠）があげられる。

ウ 信用性の情況的保障（特信情況）が必要である（321 条 1 項 3 号但書：絶対的特信情況）。

#### 解説 刑訴法 321 条 1 項 3 号の特信情況

3 号の特信情況としては、供述が自然になされ、虚偽のおそれが少ないと思われる場合で、供述時の精神的または身体的苦痛に関する事件直後の供述、事件に関係ある客観的事実についての事件中または事件直後における衝動的供述や、臨終の供述：殺人事件の被害者が死に直面し、かつ死を自覚しつつ事件の経過について話した場合などをいう。2 号の「特信情況」のような比較の問題（相対的特信情況）ではなく、絶対的特信情況の意味である。

#### 解説 刑訴法 321 条 1 項各号の供述録取書

321 条 1 項各号の供述録取書は、録取者が記載するから署名・押印前の時点では再伝聞であるが、いずれも署名・押印（198 条 3 項～5 項、223 条 2 項）によって録取の過程における伝聞性が除去され、供述者の単純な伝聞証拠として扱われている。

#### (5) 刑訴法 321 条 1 項に関する議論

##### ア 刑訴法 321 条 1 項 2 号前段と特信情況の要否

321 条 1 項 1 号書面に特信情況が条文上要求されていないのは、裁判官の面前での供述には強制力が働くことは考えにくく、高度の信用性が認められるからである。これに対して、同 2 号書面は一方当事者たる検察官の面前での供述調書であり、同 1 号書面に比してその信用性は典型的に低い。したがって、同 2 号前段書面についても、解釈上、同 2 号後段書面と同様、特信情況を要件とすべきである。

#### 解説 刑訴法 321 条 1 項 2 号前段の特信情況の要否

321 条 1 項 2 号前段では、1 号書面と同じく、信用性の情況的保障（特信情況）は明文上規定されていない（後段では規定がある）。そこで、2 号前段書面に特信情況が必要かについて争いがある。

##### a 不要説

321 条 1 項 2 号後段の反対解釈による。

##### b 必要説（平野、田宮）

2 号前段についても、2 号後段に規定されている特信情況を要件とすることを前提

に合憲とする。

c 違憲説

2号書面は、1号書面より信用性が低いことから、1号書面と同様の要件で例外を認めることは、被告人の反対尋問権（憲法37条2項）を不当に制約するから、違憲である。

判例 ① 証人が外国中であって反対尋問の機会を与えない場合でも、321条1項前段の規定は憲法37条2項に違反しない（最判昭36.3.9）。特信状況を要求せずに合憲とした。

② 321条1項後段の規定は、憲法37条2項に違反しない（最判昭30.11.29）。

イ 刑訴法321条1項各号の供述不能事由

【事例】 証人が検面調書を作成した後に記憶喪失の状態に陥り、証人尋問が困難となった。この検面調書を取調べ請求できるか（証拠能力があるか）。

321条1項各号の供述不能事由は限定列举か例示列举か。

321条1項各号の供述不能事由は、伝聞法則の例外要件である必要性を具体化したものである。とすれば、列举事由以外でも証拠として用いる必要性が生じた場合は、同項の適用を否定する理由はない。したがって、321条1項各号の供述不能事由は例示列举と解すべきである。もっとも、伝聞例外は憲法上保障された反対尋問権（憲法37条2項）を制限するものであるから、供述不能事由といえるか否かは厳格に解釈すべきである。そこで、321条1項各号の供述不能事由に匹敵するような場合に限って証拠能力が認められるにすぎないと解すべきである。例えば、①記憶喪失であれば、相当長期にわたり回復の見込みがない病的な場合に限られる。②証言拒絶であれば、翻意して証言する可能性がまったくない場合に限られるべきである。

解説 供述不能事由（前段）

(ア) 例えば、記憶喪失・証言拒絶・強姦被害者の号泣状態なども、321条1項各号の供述不能事由となりうるか。

a 制限列举説

321条1項各号は憲法上保障された反対尋問権（憲法37条2項）を制限するものであるから、供述不能事由は厳格に解釈すべきである。

b 例示列举説（最大判昭27.4.9、最決昭29.7.29、通説）

321条1項各号の各号にいう供述不能は例示列举であるとする。

（理由）

各号の掲げる供述不能事由は、伝聞例外の要件である必要性を示す事由である



ところ、書面を証拠として用いる必要性の生じる場合は法文に列挙されている場合に限られない。例えば、「死亡」による供述不能と病的な記憶喪失の場合とに結論の差異を生じるのは妥当でない。

- (イ) もっとも、例示列挙説に立ったとしても、前段が適用されるのは、死亡その他の列挙事由に匹敵する程度の採証の困難性のある場合に限られる。すなわち、321 条 1 項各号前段は憲法の反対尋問権の重要な例外であるから、きわめて限定的に解されなくてはならない（通説）。記憶喪失についていえば、例えば、病的な記憶喪失により、回復の見込みがない場合には、前段適用の余地がある。しかし、単に時の経過による忘却にすぎない場合、まず誘導尋問（規則 199 条の 3 第 3 項 3 号、199 条の 11 等）により記憶喚起を図るべきであり、なお思い出せない場合にも後段適用の可能性があるととどまる。

#### 判例 最決昭 29. 7. 29

判旨：「証人が、記憶喪失を理由として証言を拒む場合は、刑訴 321 条 1 項 3 号の場合に該当することは、当裁判所の判例の趣旨とするところである」

コメント：記憶喪失を理由として供述調書に証拠能力を認めた。これに対し、証人が真に記憶を失ったのかは困難な問題であり、かつ作為の入り込む余地が大きいとの批判がある。病的な記憶喪失と時の経過による記憶の喪失とに分け、前者は供述不能に含まれるとする有力説がある。

#### 解説 証言拒絶と刑訴法 321 条 1 項各号前段

証人が証言拒絶した場合、以前の供述調書は証拠とできるか。321 条 1 項各号において証言拒絶が供述不能事由にあたるかが問題である。

##### a 否定説

「前の供述と実質的に異った供述」として 2 号後段の適用が検討されるべきである。

（理由）

① 証言拒絶であっても翻意して証言する可能性があるから死亡と同程度の採証の困難性があるとはいえない。

② 証人は馴れ合いにより証言拒絶をする可能性がある。

##### b 肯定説（最大判昭 27. 4. 9 も 2 号前段を適用した）

1 号前段、2 号前段、3 号の供述不能事由にあたるとする。

（理由）

証人が証言拒絶している以上、公判期日における供述は得られないのであるから、列挙事由と同程度の採証の困難性があり、証拠として用いる必要性が高い。

[批判]

- ① 翻意して証言する可能性もあるから死亡と同程度の採証の困難性があるとはいえない。
- ② 検察官との馴れ合いにより証言拒否のおそれがある。

判例 最大判昭 27. 4. 9

判旨：「この規定（刑訴法 321 条 1 項 2 号）にいわゆる『供述者が……供述することができないとき』としてその事由を掲記しているのは、もとよりその供述者を裁判所において証人として尋問することを妨ぐべき障碍事由を示したものに外ならないのであるから、これと同様又はそれ以上の事由の存する場合において同条所定の書面に証拠能力を認めることを妨ぐるものではない」…「尤も証言拒絶の場合においては、一旦証言を拒絶しても爾後その決意を翻して任意証言をする場合が絶無とはいいい得ないのであって、この点においては供述者死亡の場合とは必ずしも事情を同じくするものではないが、現にその証言を拒絶している限りにおいては被告人に反対尋問の機会を与え得ないことは全く同様であり、むしろ同条項にいわゆる供述者の国外にある場合に比すれば一層強き意味において、その供述を得ることができないものといわなければならない」

コメント：本判決は、証人の証言拒絶は 321 条 1 項 2 号の供述不能事由にあたるとした。これに対し、証言拒絶権の行使は前もって予想できないことではなく、かつ、作為的に拒否させる可能性も大きいとの批判がある。

判例 東京高判昭 63. 11. 10

事案：証人は人定質問に対して黙秘し、宣誓を拒否した。その後の裁判所、検察官の再三の説得にも応じなかったため、原裁判所は尋問不能として証人尋問を中止した。

判旨：「刑訴法 321 条 1 項 2 号前段に『供述者の死亡、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』というのは証人として尋問することができない事由を例示したもので、右の供述不能の事由が供述者の意思にかかわらない場合に限定すべきいわれはなく、現にやむことを得ない事由があつて、その供述者を裁判所において尋問することが妨げられる場合には、これがために被告人に反対尋問の機会を与え得ないとしてもなおその供述者の検面調書に証拠能力が付与されるものと解され、事実上の証言拒否にあつても、その供述拒否の決意が堅く、翻意して尋問に応ずることはないものと判断される場合には、当該の供述拒否が立証者側の証人との通謀或は証人に対する教唆等により作為的に行われたことを疑わせる事情がない以上、証拠能力を付与するに妨げないというべきである」

コメント：本判例は、証言拒絶というだけでなく、証人の決意が堅く説得にも応じようとしないこと、検察側が拒否を教唆した疑いはないことなどを認定したうえで証拠とした。

#### ウ 刑訴法 321 条 1 項 2 号前段の「国外にいる」

【事例】 検察官が不法滞在者（証人）に検面調書を作成させた。その後その不法滞在者が不法入国を理由に強制退去となることになり、検察官はあえて何も対応をとらず傍観していたため、国外退去となった。その後、検察官は、321 条 1 項 2 号前段の「国外にいる」にあたるとして、この検面調書を取調べ請求できるか。

検察官が検面調書を作成した証人を意図的に国外に退去させたような場合も、321 条 1 項 2 号前段の「国外にいる」にあたるか。「国外にいる」との要件は、伝聞例外の要件である必要性を具体化した要件であるが、伝聞例外は憲法上保障された反対尋問権（憲法 37 条 2 項）を制限するものであるから、「国外にいる」は厳格に解釈すべきである。したがって、検察官が意図的に証人を国外に退去させたような場合は、被告人の反対尋問権を奪う状況を作り出しており、321 条 1 項 2 号前段にいう「国外にいる」場合に当たらないと解すべきである。

#### 解説 証人の国外退去

321 条 1 項 2 号前段は「供述者が…国外にいる」ため供述できないとき伝聞例外を認めている。

例えば、検察官が故意に証人を国外に退去させた場合、あるいは証人が強制退去となることを予測しながら何も対応をとらず傍観していた場合には、証人が国外にいる事由が訴追側にある。このような場合も、321 条 1 項 2 号の「国外にいる」といえるかが問題となっている。

- a 321 条 1 項 2 号前段により証拠を提出しようとする者が、そのために故意に証人を国外に退去させた場合には「国外にいる」に含まれない（鈴木）。
- b 反対尋問権を故意に奪うような場合には、前の供述（書面）が信用しがたいから、信用性の情況的保障が欠け、証拠能力が認められない（森井）。
- c 訴追機関が合理的にみて証人を出廷させるのに必要な努力を払った場合でなければ、「国外にいる」はいえないとする説（上口）。

#### 判例 タイ人女性管理売春事件/最判平 7. 6. 20/百選 85

事案：管理売春の罪において、事件の参考人であるタイ人女性らは身柄を大阪入国管理局に収容中に、検察官の取調べを受け検面調書が作成されたが、その後にタイ国へ強制送還された。この検面調書を 321 条 1 項 2 号前段書面として証拠とでき

るかが争われた。

判旨：「本件の場合、供述者らが国外にいることになった事由は退去強制によるものであるところ、退去強制は、出入国の公正な管理という行政目的を達成するために、入国管理当局が出入国管理及び難民認定法に基づき一定の要件の下に外国人を強制的に国外に退去させる行政処分であるが、同じく国家機関である検察官において当該外国人がいずれ国外に退去させられ公判準備又は公判期日に供述することができなくなることを認識しながら殊更そのような事態を利用しようとした場合はもちろん、裁判官又は裁判所が当該外国人について証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還が行われた場合など、当該外国人の検察官面前調書を証拠請求することが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、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともあり得るといわなければならない」

コメント：本判例は、「国外にいる」に至った事情から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証拠とすることができないと一般論を述べながら、結論としては、321 条 1 項 2 号前段書面として証拠能力を肯定した。

#### エ 供述不能の存否の判断時期

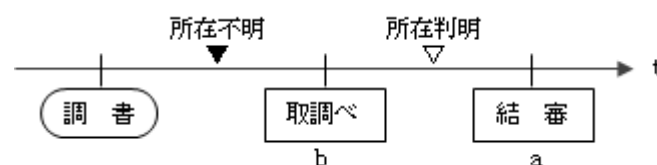
【事例】 公判廷で証人の所在不明を理由に検面調書を取り調べたが、その後、証人の所在が判明した。この検面調書の証拠能力は認められるか。

(ア) 321 条 1 項各号の供述不能事由の存否はいつの時点で判断するか。

思うに、裁判所が必要かつ適切と考えるときに証拠調べをなしえないと、合理的な訴訟進行を著しく阻害する。したがって、供述不能事由の存否は、取調べの時点で判断すべきと解する（取調べ基準説）。これに対して、被告人の反対尋問権を保障するため、弁論終結時を基準とする見解もある。しかし、これでは訴訟進行が著しく遅延し実体的真実の発見も困難となるおそれがあるから妥当でない。

(イ) では、事後的に証人尋問が可能になった場合、すでに証拠調べが済んだ供述調書は証拠能力を失うか。

思うに、証拠調べは次々と積み重ねられていくものであり、後に証拠能力を否定することは法的安定性を害するし、裁判所の心証を事後的に覆させることは困難である。したがって、後に証人尋問が可能となった場合でも、供述調書の証拠能力は失われしないと解する。



## 解説 供述不能の存否の判附時期

死亡の事由によるときは、供述不能の状態は絶対的なものであり、この状態に変化の生じる可能性はない。これに対し、身体故障、存在不明、国外滞在などの事由によるときは、将来において回復、判明、帰住などの可能性がある。そこで、必要性の観点から、供述不能の状態がいつの時点で存在することが必要かが問題となる。

### a 弁論終結時説

供述不能事由が、憲法上の保障である反対尋問権保障の例外を認めるための要件であるとすれば、その存否について厳格な判断が要求される。

### b 取調時基準説（最判昭 32. 1. 22、通説）

供述不能はその取調べの時点で判断すべきである。

（理由）

必要性によって伝聞法則の例外が認められるのは、供述の信用性について反対尋問を経たほどの保障のない場合であっても、真実を知るためには現に存在する具体的な資料を証拠として使用することもやむを得ないという現実的要請に基づくものである。とすれば、弁論終結時に至るまで証言可能状態を待ち続けるというのでは合理的な訴訟進行が著しく阻害され、適正な真実発見という目的を害しかねないからである。

## 解説 事後の所在判明と証拠能力

取調時基準説をとるとしても、後に証人の所在が判明してその証人尋問が可能となった場合、すでに証拠調べ済みの供述調書は、遡って証拠能力を失うか（後発的に無効となるか）。

### a 肯定説

その時々訴訟進行に従って証拠能力も判断されるべきであり、証人尋問が可能になった以上、調書の証拠能力が失われる。

### b 否定説（東京高判昭 42. 12. 11）

証人尋問が可能になった場合でも、調書の証拠能力が失われることはない。

（理由）

- ① 後に証言可能になった場合でも、裁判所の証拠採否の判断が誤っていたわけでないし、その供述調書の存在を基礎に、次々と証拠調べが積み重ねられるから、調書の証拠能力を失わせることは、法的安定性を害する。
- ② 取調べの際には正当かつ適法に取り調べることで形成した心証を、後の事情の変化により別の心証へ変えるよう求めることはできない。なお、公判廷において証人の証言が得られた場合、供述調書の証明力については慎重な吟味がなされるべきである。

#### オ 刑訴法 321 条 1 項 2 号後段と事後的反対尋問権

321 条 1 項 2 号後段は、①公判準備または公判期日において前の供述と相反するかもしれないしくは実質的に異なった供述をしたときで、かつ、②公判準備または公判期日においてなされた供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況（特信情況）の存する場合に検面調書の証拠能力を認めている。思うに、321 条 1 項 2 号後段が「前の供述」と規定するのは、証言の前に調書が作成されていれば、被告人は、事後的に調書の内容について反対尋問をすることが可能であり、信用性の情況的保障が一応担保されるからである。したがって、さらに、③被告人が供述者に対して検面調書の内容について事後的に反対尋問する機会が与えられることが 2 号後段適用の要件であると解する。

#### 解説 刑訴法 321 条 1 項 2 号後段の要件

321 条 1 項 2 号後段は、①公判準備または公判期日において前の供述と相反するかもしれないしくは実質的に異なった供述をしたとき（このような同一人の不一致供述を「自己矛盾供述」という）、かつ②特信情況を要件としている。これは、321 条 1 項 2 号前段と異なり、「必要性」と「特信情況」という伝聞例外の一般的要件で説明のつくものではない。「特信情況」が要求される点は前段と同様であるが、自己矛盾供述を証拠とする「必要性」については、前段と同じ程度の必要性があるとは考えられない。実際にアメリカでは、自己矛盾供述は犯罪事実を立証するための実質証拠としては使用できないとされ、実質証拠の証明力を争うための補助証拠として使用しうるとすぎないとされている。それにもかかわらず、わが国の刑訴法が自己矛盾供述を証拠として使用しうると規定するのは、争いのある事項については、より多くの証拠を裁判官の目に触れさせ、豊富な資料から心証を形成させたほうが実体的真実を明らかにできると考えたからである。また、陪審制をとるアメリカと異なり、わが国の刑事裁判においては職業裁判官が証拠価値の判断をするため、自己矛盾供述を証拠として認めることの弊害も少ないと考えられたのである。

しかし、憲法上、被告人に認められた反対尋問権が無視されても構わないということにはならない。事後的に検面調書の内容について反対尋問を実施すること何らの困難もなく、これにより信用性の情況的保障が担保されるからである。そこで、321 条 1 項 2 号後段においては、明文の規定はないが、「前の供述」と規定することなどから、③検面調書の内容について、被告人に供述者に対して事後的に反対尋問する機会が与えられることが証拠能力付与の当然の前提とされている（最判昭 30. 11. 29、通説）。

#### 力 刑訴法 321 条 1 項 2 号後段の「実質的に異なった」の意味

【事例】 証人の公判廷における証言よりも、検察官の面前での証言（調書）のほうがより詳細に供述していたとの理由で、検面調書を取調べ請求できるか。

思うに、321 条 1 項 2 号が「相反する」「実質的に異った」と規定し、同 1 号の「異った」と異なる文言であるのは、同 2 号書面が一方当事者たる検察官の面前における書面であり、信用性の情況的保障が同 1 号書面に比べて低いため、より高度の必要性が要求されるからである。

したがって、「相反する」「実質的に異った」とは、同 1 号より必要性が大きい場合であり、単に内容がより詳細であるというだけでは足りない。そこで、「相反する」とは、供述が逆の結論を導く場合をいい、「実質的に異った」とは、他の証拠または間接事実とあいまって主要事実について異なった認定に到達する場合をいうと解すべきである。

	1号 「異った」	2号 「相反する」 「実質的に異った」・・・ 1号より厳格
必要性	小	大
特信情況	大	小

#### 解説 「実質的に異った」の意義

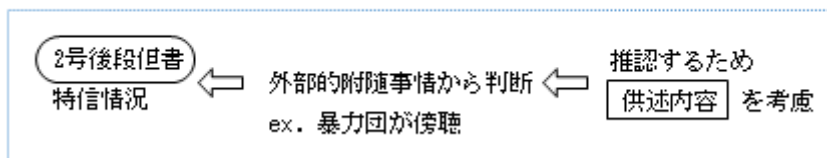
1 号書面（裁面調書）、2 号後段書面（検面調書）ともに不一致供述があった場合に伝聞例外を認める。1 号は単に「前の供述と異った」と規定しているのに対して、2 号は「前の供述と相反するか若しくは実質的に異った」と規定している。2 号後段書面（検面調書）は、一方当事者たる検察官の面前での調書であるから、公正な立場にある裁判官の面前での調書（1 号書面）よりも信用性の情況的保障の面では劣る。そこで、2 号後段書面では、1 号書面より高度の必要性が要求されなくてはならない。したがって、1 号書面であれば、単に前の供述のほうが詳細であるという程度で足りるが、1 号にいう「前の供述と相反するか若しくは実質的に異った」とは、単に前の供述のほうが内容においてより詳細な程度では足りないと解する。「相反する」とは、（立証事項について）当該供述が前の供述とは逆の結論を導くことをいう（大阪高判昭 25. 10. 21）。「実質的に異った」とは、他の証拠または間接事実とあいまって、主要事実について異なった認定をきたす蓋然性のある場合をいう（福岡高判昭 25. 2. 23）。

#### キ 刑訴法 321 条 1 項 2 号但書の特信情況の判断方法

思うに、321 条 1 項 2 号但書の相対的特信情況は、伝聞法則の例外として証拠能力を認めるための要件である。とすれば、証拠能力の判断のために裁判所が検面調書をみて供述内容に立ち入り特信情況を判断するのでは証拠能力の意味を失わせる。したがって、特信情況の有無の判断は外部的付随事情から判断すべきである。もっとも、同 2 号後段は必要性の要件として不一致供述であることを要求しており、その判断のためには供述内容に立ち入らざるをえない。また、外部的付随事情が供述内容に反映されていることも少なくない。したがって、基本的には外部的付随事情によって判断すべきであ

るが、その事情を推認する資料として供述内容を考慮することは許されると解すべきである（折衷説）。

<通説>



### 解説 特信情況の判断方法

321 条 1 項 2 号後段は、伝聞法則の例外を定めた規定であり、証拠能力に関する規定であるから、その要件である特信情況も当然証拠能力の要件であるということになる。では、特信情況の存否の判断はいかにして行われるべきか。

a 外部的付随事情限定説（江家、平場ほか）

特信情況の判断は、もっぱら外部的付随事情から決定すべきである。外部的付随事情とは、例えば、検察官の面前での供述後に事件につき特別の利害関係や買収を生じた場合、公判廷において被告人の関係する暴力団が多数傍聴席を占めている場合などである。

（理由）

相対的特信情況は証拠能力を認めるための要件であり、証拠能力は、その証拠を裁判所の目に触れさせることができるための資格である。とすると、その証拠を裁判所の目に触れさせることができるか否かを判断するのに、裁判所が検面調書の内容を審査したうえで判断することは矛盾だからである。

b 供述内容説（横井）

特信情況の判断は、もっぱら供述内容から決定すべきである。

[批判]

論理的に証拠能力と証明力を混同するものであるばかりか、証拠能力の要件を骨抜きにする危険がある。

c 折衷説（田宮、鈴木など通説）

基本的には外部的付随事情によって判断すべきであるが、その事情を推認する資料として供述内容を間接事実として考慮することは許される。例えば、公判廷における供述があまりに不自然であったり、唐突であったりすれば、それが供述の状況・態度などと相まって逆の供述についての特信情況を推認させる資料となりうる。

（理由）

a 説の理由に加え、

- ① 321 条 1 項 2 号後段は、必要性の要件として不一致供述であることも要求しており、その判断のためには供述内容に立ち入らざるをえない。



- ② 321 条 1 項 2 号後段の特信情況は 3 号と異なり相対的であり、外部的付随事情が供述内容に反映されていることも少なくない。

判例 最判昭 30. 1. 11/百選 A34

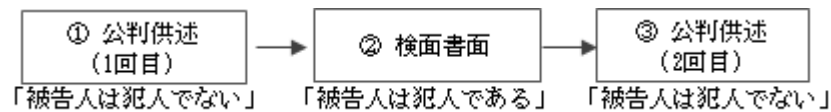
判旨：「刑訴 321 条 1 項 2 号は、伝聞証拠排斥に関する同 320 条の例外規定の一つであって、このような供述調書を証拠とする必要性和その証拠について反対尋問を経ないでも充分の信用性ある情況の存在をその理由とするものである。そして証人が検察官の面前調書と異った供述をしたことによりその必要性は充たされるし、また必ずしも外部的な特別の事情でなくても、その供述の内容自体によってそれが信用性ある情況の存在を推知せしめる事由となると解すべきものである」

コメント：本判決は、刑訴法 321 条 1 項 2 号但書の「前の供述を信用すべき特別の情況」は必ずしも外部的な特別の事情によらなくても、その供述の内容自体によって判断することができる。折衷説をとるものかどうかについては評価が分かれている。

ク 証人尋問後に作成された検面調書の証拠能力

【事例】 証人が公判で「犯人は被告人でない」と供述した後、検察官がこの証人の取調べを行い、公判供述とは異なる内容の検面調書を作成し、その後、再度証人喚問がなされたところ、証人が再び「犯人は被告人でない」と証言した。この検面調書を取調べ請求できるか。

- (ア) 思うに、321 条 1 項 2 号後段が「前の供述」と規定するのは、証言の前に調書が作成されていれば、被告人は、事後的に調書の内容について反対尋問をすることが可能であり、信用性の情況的保障が一応担保されるからである。したがって、証人尋問後に作成された検面調書は、信用性、情況的保障を欠くものであり、証拠能力は認められない。
- (イ) では、検察官は 2 回目の証人尋問と矛盾するとして、検面調書を 321 条 1 項 2 号後段書面として取調べ請求できるか。たしかに、形式的には 2 度目の公判廷での証言からみれば検面調書は「前の供述」といえる。しかし、これを安易に肯定することは書証への依存を強め、公判中心主義に反して妥当でない。また、このように作成された検面調書は、類型的にみて検察官の作為・強制の介入する危険が高く、供述調書の信用性は相当に低い。したがって、この検面調書はあくまで「後の供述」とみるべきであり、証拠能力は認められないと解する（通説）。



#### 解説 第1回の証言との関係

この点、321条1項2号後段が「前の供述」と規定することなどから、321条1項2号後段が適用されるためには、被告人に当該検面調書の内容について事後的に反対尋問の機会を与えることが必要であると解する。もちろん、公判における証人尋問後に任意に証人を取り調べることは許されると解してよい(通説)。ただ、取調べが許されるとしても、証人尋問後の供述は、321条1項2号後段の「前の供述」に該当せず、(第1回の証言との関係では)このとき作成された検面調書の証拠能力は否定されるのである。

#### 解説 第2回の証言との関係

①一度、証人として公判廷において証言したが、さらに、②任意取調べをして検面調書を作成した後に、③再度、証人を証人喚問して証人が再び前回の証言を繰り返し、検面調書と矛盾する証言をした場合には、2回目の証言との関係で、321条1項2号の後段の「前の供述」として検面調書に証拠能力を認めてよいであろうか。

##### a 肯定説(最決昭58.6.30)

(理由)

① 検面調書は(2度目の証言との関係で)「前の供述」にあたるから、321条1項2号後段の要件をみたす。

② 証人が被告人の面前で真実を証言することが困難な場合もあり、検面調書の証拠能力を否定することは真実の発見の要請からも妥当ではない。

##### b 否定説(通説)

(理由)

① 証拠能力を肯定することは、書証への依存を強め、公判中心主義に反する。

② このような過程で作成された検面調書は類型的にみて信用性に乏しい。すなわち、公判において証人が検察官の意図する内容と異なる証言をした後で、検察官がその証人から公判供述と異なる内容の調書を取るとした場合、証言後の証人に対する検察官の作為・強制・誘導の可能性が高い。

③ (1度目の証言との関係で)「後の供述」であることが、その後の証人喚問がなされたことで「前の供述」に変わるものではない。

## 判例 最決昭 58. 6. 30

事案：第 3 回公判期日において証人の尋問が行われた後、検察官が同証人を取り調べて供述調書を作成し、第 8、9 回公判期日において再び同証人を尋問請求して尋問を行ったところ、上記の検面調書の記載と異なる供述をしたため、321 条 1 項 2 号後段書面として証拠請求して採用された。

判旨：「すでに公判期日において証人として尋問された者に対し、捜査機関が、その作成する供述調書をのちの公判期日に提出することを予定して、同一事項につき取調を行うことは、現行刑法の趣旨とする公判中心主義の見地から好ましいことではなく、できるだけ避けるべきではあるが、右証人が、供述調書の作成されたのち、公判準備若しくは公判期日においてあらためて尋問を受け、供述調書の内容と相反するか実質的に異なった供述をした以上、同人が右供述調書の作成される以前に同一事項について証言をしたことがあるからといって、右供述調書が刑法 321 条 1 項 2 号にいう『前の供述』の要件を欠くことになるものではないと解するのが相当である（ただし、その作成の経過にかんがみ、同号所定のいわゆる特信状況について慎重な吟味が要請されることは、いうまでもない。）。」

コメント：本決定は、このような検面調書について証拠能力を肯定した。現実問題として、特信状況は認められにくいのではないと思われる。

## 判例 東京高判平 5. 10. 21

事案：第 2 回公判期日において証人尋問を行い、被告人に有利な証言をした。その後、検察官は同証人を取り調べて、公判廷での供述は虚偽であるとの内容の検面調書を作成させ、第 6 回公判期日に同証人の再喚問請求を行ったところ、同証人は尋問予定の第 7 回公判期日の朝に自殺してしまい証人尋問が不可能となった。

判旨：「右の各検察官調書は、証人の原審第 2 回公判期日における証言との関係では、同証言よりも後にした供述を内容とするものであるから、刑法 321 条 1 項 2 号後段を適用することはできない。しかし、原審第 7 回公判期日に行う予定であった証人尋問との関係では、前に一度公判期日に証人として供述しているとはいえ、原審第 7 回公判期日にはこれと異なる内容の供述すなわち新たな内容の供述を行うことが予定されていたのであるから、供述者が死亡したため公判期日において供述することができないときに当たるものといえることができ、したがって、右各検察官調書に同号前段を適用することができるものと解される」

コメント：本判決は、検面調書の証拠能力を認めた。本件は、証人が死亡しているので 321 条 1 項 2 号前段であるが、公判中心主義との関係では最決昭 58. 6. 30 と同じ問題である。

#### ケ 刑訴法 321 条 1 項 2 号後段調書の取調べ請求の時期

321 条 1 項 2 号後段によって検面調書の取調べ請求をするのはいつか。これは、検面調書の自己矛盾供述が伝聞法則の例外とされる要件と関連する問題である。

思うに、321 条 1 項 2 号後段が不一致供述の場合に伝聞例外を許容しているのは、これを証拠として用いる必要性が存するからである。かつ、被告人に、当該検面調書の内容について、事後的に反対尋問の機会を与えることによって信用性の情況的保障も担保されるからである。とすれば、被告人の反対尋問権を十分に保障するためには、あらかじめ調書の内容が明らかにされるべきであるから、検察官は、その証人が在廷する間に、被告人の反対尋問に先立って調書の取調べを請求すべきである（積極説）。

#### 解説 刑訴法 321 条 1 項 2 号後段書面の取調べ請求時期

##### a 積極説（多数説）

321 条 1 項 2 号後段によって検面調書の証拠能力が認められるためには、検面調書記載の供述に対して、公判期日における証人尋問の際に、被告人側に（事後的にせよ）反対尋問の機会を与える時期においてその調書の取調べを請求すべきである。具体的には、①証人が不一致供述（証言）を行う。②検察官は、証人在廷中に直ちに調書の取調べ請求を行う。③その調書が取り調べられた後、被告人は、その内容について反対尋問を行うという手続を踏む必要がある。仮に、①の後に証人が退廷してしまった場合には、後日改めて証人喚問したうえで、検面書面の証拠調べを請求しなければならない。

（理由）

321 条 1 項 2 号後段が伝聞例外として検面調書に証拠能力を認めたのは、事後的にせよ、被告人側に検面調書の内容について、証人に対する反対尋問の機会が与えられるからである。そして、この反対尋問は、あらかじめ検面調書の内容を知ったうえで行われなければ有効性を確保しえない。

##### b 消極説（最判昭 30.1.11）

証人に対する検察官の面前調書の証拠調べが証人を尋問した公判期日の後の公判期日で行われたからといって憲法 37 条 2 項の保障する被告人らの反対尋問権を奪ったことにはならない。

（理由）

反対尋問は、主尋問に現れた事項に対してするものであつて、検面調書自体に対してするものではないから、検面調書自体を反対尋問の前に被告人に示す必要はない。主尋問の過程において、証人の前の供述が法廷に提出されるような運用をすれば足りる。

[批判]

被告人は、その調書の内容について詳細を知らないままに反対尋問しなくてはならないことになり、憲法の反対尋問権は不当に制約される。

#### コ 国際捜査共助の要請に基づき作成された供述書

国際捜査共助法に基づき、わが国の依頼により外国において収集された証拠が、わが国の刑訴法 321 条 1 項 3 号の書面として証拠能力を有するか。とくに信用すべき状況の下にされた供述といえるかについては、黙秘権の告知を受けて任意に供述しているか、供述内容が真実であることを偽証罪の制裁の下で宣誓しているか等を考慮して判断される。

- 判例 ① 最大判平 7. 2. 22 (ロッキード丸紅ルート事件／百選 71) は、わが国の検察官の起訴を猶予する旨の宣誓書を付したうえで国際司法共助としてアメリカの裁判所に嘱託して作成された証人尋問調書について、刑事免責の制度を採用しないわが国の刑訴法の下では事実認定の証拠とすることはできないとした。
- ② 最決平 12. 10. 31 は、日本国政府からアメリカ合衆国政府に対する捜査共助の要請に基づいて作成され、黙秘権の告知を受け、同国の捜査官および日本の検察官の質問に任意に供述し、公証人の面前において、偽証罪の制裁の下で、記載された供述内容が真実であることを言明する旨を記載して署名した宣誓供述書について、321 条 1 項 3 号にいうとくに信用すべき状況の下になされた供述にあたるとした。

### 3. 刑訴法 321 条 2 項の書面

#### (1) 刑訴法 321 条 2 項前段書面（被告人以外の者の公判調書など）

- ア 被告人以外の者の公判準備または公判期日における供述録取書である。無条件に証拠能力がある。
- イ 必要性については、公判廷における口頭による説明よりも書面のほうが正確でわかりやすいことから認められる。
- ウ 信用性の情況的保障（特信状況）については、当事者に立会権・尋問権があり反対尋問権が保障されていることから認められる。

#### 解説 刑訴法 321 条 2 項前段書面の意味

公判期日はもとより、公判準備においても、証人などの尋問に際して当事者は立会権・尋問権を有するので（157 条～159 条、171 条、178 条、281 条、304 条、規則 108 条～109 条ほか）、反対尋問の機会は十分に保障されていたことから、高度の特信状況が認められ、無条件に証拠能力が認められた。なお、裁判官の面前調書（321 条 1 項 1 号）は、裁判官の職権尋問が行われた供述書・供述録取書であり当事者の反対尋問権は保障されない。こ

れに対して、321 条 2 項前段書面は、公判期日における当事者の反対尋問権が保障された供述録取書であるから、無条件に証拠能力が認められた。

## (2) 刑訴法 321 条 2 項後段書面（裁判所・裁判官の検証調書）

ア 裁判所または裁判官の行う検証の結果を記載した書面（検証調書）である。無条件に証拠能力がある。

イ 必要性については、検証の複雑な内容は公判廷における口頭による説明よりも書面のほうが正確でわかりやすいことから認められる。

ウ 信用性の情況的保障（特信情況）については、裁判所・裁判官が検証を行い、また、当事者に立会権・尋問権があり、実質上、反対尋問権が保障されていることから認められる。

## 解説 刑訴法 321 条 2 項後段書面の意味

321 条 2 項後段は、裁判所または裁判官の行う検証調書にも無条件で証拠能力を認めている。なぜなら、①検証の複雑な内容は公判廷における口頭の供述よりも書面のほうが正確で理解しやすいこと、②検証の主体が裁判所または裁判官であって公平性の担保があること、③当事者には立会権があり（142 条による 113 条の準用）、立ち会って事実を指摘し説明することにより、裁判所または裁判官の観察を正確にすることができるから、実質上反対尋問権の保障があったものとみてよいことからである。

## (3) 刑訴法 321 条 2 項に関する議論

### ア 321 条 2 項後段と立会権の保障

検証の際に、被告人・弁護人に立会権を与えなかった場合には 321 条 2 項後段が適用されるか。

思うに、321 条 2 項後段が無条件に証拠能力を与えた理由として、口頭によるよりも書面の説明が正確でわかりやすいのみならず、当事者に反対尋問の機会が保障されていることが重要である。とすれば、被告人・弁護人に立会権を与えなかった場合には、321 条 2 項後段は適用されないものと解すべきである。

## 解説 立会権の保障

321 条 2 項後段が裁判所または裁判官の行う検証調書に証拠能力を認める根拠として、①検証の複雑な内容は書面のほうが正確で理解しやすいこと、②裁判所または裁判官によるから公平性の担保があることを重視する見解からは、当事者に立会権を与えなくても 321 条 2 項後段の適用を肯定する。これに対して、③当事者に立会権・尋問権があり、実質上、反対尋問の機会が保障されていることを重視する見解からは、当事者に立会権を与えない場合には、321 条 2 項後段の適用を否定する（平野）。

#### イ 第三者の指示説明の証拠能力

検証調書には、検証結果のほかに、被告人以外の第三者（立会人）の指示説明が記載されることが多い。この指示説明の部分に証拠能力が認められるか。

(ア) 立会人の供述がいわば現場を利用した過去の事実の供述である場合（現場供述）、証拠能力は認められないと解する。なぜなら、このような供述は実質的な供述であり、「公判準備の証人の供述」と本質的に変わらず、裁判所以外の証人尋問として宣誓のうえなされる必要があったところ、宣誓を欠くことは重大な瑕疵であり、同意（326 条 1 項）によっても治癒されないからである。

(イ) これに対して、検証すべき地点ないし物自体を確定するために検証の対象を明示する場合（現場指示）は、検証と密接な関係をもっている。そして、当該地点を指示したということ自体を証明しようとするものであり、供述内容の真実性は問題にならないから、このような供述は検証の結果の一部としての非伝聞である。したがって検証調書と一体をなすものであり、321 条 2 項後段により証拠能力が認められると解する。

##### <指示説明の種類>

現場供述	現場を利用した過去の事実の供述であるもの。 宣誓を欠くことから証拠能力なし。
現場指示	検証すべき地点ないし物を確定するために、検証の対象を明示するもの。非伝聞であり、321 条 2 項後段により証拠能力あり。

#### 解説 第三者の現場供述の証拠能力

現場供述は、検証の現場において、裁判官に対してなされるものであり、その性質は実質的な証言である。これは「公判準備の証人の供述」と変わらないから（供述証拠）、321 条 2 項後段の「検証の結果」ということはできない（通説）。とすると、裁判所以外の証人尋問（158 条、159 条）として宣誓のうえなされる必要があったところ（154 条）、宣誓をしないことは重大な瑕疵があったことになり、証拠能力が認められない。適正手続（憲法 31 条）の見地から同意（326 条 1 項）によっても治癒されない。

#### 解説 第三者の現場指示の証拠能力

現場指示は、現場供述と異なり、検証と密接な関係をもっている。指示説明部分に証拠能力が認められるかの問題は、伝聞か非伝聞かの区別の問題であり、これは要証事実との関係により決まる。

例えば、「甲が乙を殴ったのはA地点です」という立会人の指示説明があった場合、①この指示説明をA地点で甲が乙を殴ったということが真実であることを証明するための証拠として用いるのであれば、指示説明を供述証拠として使用することになる（現場供述と同様に処理される）。これに対して、②この指示説明を立会人がそのように言って当該地点を指示したということ自体を証明するための証拠として用いるのであれば、指示説

明は非伝聞である。そして、立会人がそのように言って指示したということ自体は検証者が五官の作用で感知した内容であって、検証の結果の一部として、321 条 2 項後段により証拠能力を認められる。

#### 解説 被告人の指示説明の証拠能力

公判準備としての検証現場で被告人自身がした指示説明の部分に証拠能力が認められるか。この場合は、宣誓の問題は生じないから、もっぱら伝聞法則に服する。現場供述ならば 322 条 2 項によって、現場指示ならば 321 条 2 項後段によって証拠能力を認めうる。