

論文式試験問題集  
[刑事訴訟法]

## 【刑事訴訟法Ⅱ】

### 【事例】

同じ会社の同僚であるAとBとCが、2023年4月1日午後4時頃、東京都千代田区神保町の交差点付近の歩道を歩いていると、その交差点でスポーツカーと自家用軽自動車との衝突事故が発生した（以下「本件事故」という。）。この事故により自家用軽自動車の運転手Vは全治6ヵ月の大けがを負った。現場付近にいたAとBとCは、本件事故を間近で目撃した。

その後、スポーツカーの運転手である被告人Xは、自動車運転過失致傷罪で起訴され、その公判において、Xの対面信号が事故当時何色であったかが争点となった。

### 【小問（1）～（2）に関する事実】

Aは検察側の証人として出廷し、「事故当時、信号は赤でした。」と証言した。この証言に対して、Xの弁護士甲は、A証言の証明力を争うとして、以下の証拠の証拠調べを請求した。裁判所は、これらの証拠を採用することができるか。

- (1) Bの「信号は青だった。」という旨の供述が記載されているB作成の書面。
- (2) 弁護士甲が、その弁護士事務所でAから事故の状況聞き、「信号は青であった。」旨のAの供述を録取した書面。なお、甲は、捜査機関が行うような読み聞かせや、書面への署名押印を求めるなどの手続はとらなかった。

### 【小問（3）に関する事実】

弁護士側の証人として証人Cが「事故当時、信号は青だった。」と証言した。この証言に対して、証人尋問後に検察官がCの取調べを実施し、その次の公判期日においてCの証言の証明力を争うとして、以下の証拠の証拠調べを請求した。裁判所は、この証拠を採用することができるか。

- (3) Cの「実は事故当時、信号は赤だった。」との供述を検察官が録取した書面。

### 【小問（4）に関する事実】

検察官は、「事故当時、信号は赤でした。」というBの供述の記載された検察官面前調書を証拠として提出した。Xの弁護士甲は、当該証拠の証明力を争うとして、以下の証拠の証拠調べを請求した。裁判所は、この証拠を採用することができるか。

- (4) Bの「信号は青だった。」との供述を警察官が録取した書面。

以上

2023年5月28日

担当：弁護士 林 寛之

参考答案  
[刑事訴訟法Ⅱ]

## 第1 小問（1）

- 1 証人Aが公判廷で行った「事故当時、信号は赤でした。」という証言を弾劾するために、Bの「信号は青だった。」という旨の供述が記載されているB作成の書面を328条により証拠として採用することができるか。328条の対象が自己矛盾供述に限られるかが問題となる。
- 2 328条の趣旨は、自己矛盾供述を公判廷供述の証明力を弾劾するために用いるのであれば、供述内容の真実性を問題にすることなく、同一人物が同一の事項について、公判廷外において公判廷供述と矛盾した供述を行ったという事実を証明することで、公判廷供述が信用できないことを立証することができるので、当該証拠はそもそも非伝聞となるどころ、自己矛盾供述であっても弾劾証拠として用いることは許されないという厳格な立場もありえるため、そのような考え方を採らないことを注意的に確認的するところにある。  
したがって、328条の対象は自己矛盾供述に限られると解する。
- 3 本件では、証人Aが公判廷で行った「事故当時、信号は赤でした。」という証言を弾劾するために、Bの「信号は青だった。」という旨の供述が記載されているB作成の書面が用いられている。Bの「信号は青だった。」という

旨の供述が記載されているB作成の書面は弾劾の対象である証人Aの自己矛盾供述を内容とするものではないので、328条によって証拠採用することはできない。

## 第2 小問（2）

- 1 証人Aが公判廷で行った「事故当時、信号は赤でした。」という証言を弾劾するために、弁護士甲が、その弁護士事務所から事故の状況を聞き、「信号は青であった。」旨のAの供述を録取した書面を用いることができるか。当該書面は、供述録取書であり、甲は、捜査機関が行うような読み聞かせや、書面への署名押印を求めるなど録取の伝聞性を解消する手続をとっていない（321条1項参照）。328条の弾劾証拠として用いる証拠には厳格な証明を要するか問題となる。
- 2 補助事実は、厳格な証明を要する実質証拠とは異なるものの、実質証拠の証明力に大きな影響を及ぼすことを鑑みると、実質証拠と同様にその証明には厳格な証明を要すると解する。
- 3 本件では、甲は、捜査機関が行うような読み聞かせや、書面への署名押印を求めるなどの手続をとっておらず、二重の伝聞性が残ってしまっているため、厳格な証明の様式をみたしておらず、328条によって証拠採用することはできない。

### 第3 小問（3）

1 証人Cの「事故当時、信号は青だった。」との証言に対して、Cの「実は事故当時、信号は赤だった。」との供述を検察官が録取した書面をもって弾劾することができるか。当該供述録取書は、証人尋問後に検察官がCの取調べを実施して作成したものであるが、このような証人の証言後に証人を取り調べて弾劾証拠を作出することは公判中心主義に反するのではないか、328条の弾劾証拠として用いることのできる証拠の作成時期が問題となる。

2 確かに、328条は文言上時期の制限を課していない。しかし、証人の証言後に取調べをして弾劾証拠を作出することを認めることは、本来公判中心主義や当事者対等の原則に反する。

したがって、虚偽の証言がなされた理由が判明した等特段の事情がない限り、証言後の証人を取り調べて異なる内容の供述調書を作成し、これを328条により請求することは認められないと解する。

3 本件では、Cが証言当時、虚偽の証言をしていたなどの事情がない限り、328条によって証拠採用することはできない。

### 第4 小問（4）

1 「事故当時、信号は赤でした。」というBの供述の記載

された検察官面前調書に対し、Bの「信号は青だった。」との供述を警察官が録取した書面をもって証明力を争うことができるか。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の証明力を争うため」と規定しているため、同条の類推適用の可否が問題となる。

2 328条は、弾劾の対象を「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」と定めているため、公判廷外で作成された供述録取書の証明力を争う場面で、同条を直接適用することはできない。もっとも、弾劾の対象が公判廷供述であれ、それ以外の供述録取書等であれ、異なる機会に同一人が同一の事項について矛盾する内容の供述をしている事実をもって、当該人物の供述の証明力が減殺されることに変わりはない。

したがって、自己矛盾供述をもって公判廷外で作成された供述録取書の証明力を争う場合は、328条が類推適用されると解する。

3 本件では、「事故当時、信号は赤でした。」というBの供述の記載された検察官面前調書に対し、自己矛盾供述であるBの「信号は青だった。」との供述を警察官が録取した書面をもって証明力を争うことができる(328条類推適用)。

以上

2023年5月28日

担当：弁護士 林 寛之

予備試験答案練習会(刑事訴訟法)採点基準表

受講者番号

採点項目	小計	配点	得点
〔小問1〕	(10)		
論点に気づけているか(328条の対象は自己矛盾供述に限られるか否か)		4	
自説の立論(趣旨を指摘できているか・規範を立てられているか)		4	
あてはめ		2	
〔小問2〕	(10)		
論点に気づけているか(328条の証拠には厳格な証明を要するか)		4	
自説の立論		4	
あてはめ		2	
〔小問3〕	(10)		
論点に気づけているか(弾劾証拠の時期的限界)		4	
自説の立論(反対説の問題意識への言及等)		4	
あてはめ		2	
〔小問4〕	(10)		
論点に気づけているか(328条類推適用の可否)		4	
自説の立論(文言上直接適用できないこと・条文の趣旨が妥当すること)		4	
あてはめ		2	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

## 第1 出題の趣旨

本問では刑事訴訟法第328条弾劾証拠の論点を出題しました。この論点は、平成29年新司法試験で出題がなされています。「論点は10年で一巡する。」という言葉にならい、受講生は一度出題された問題については、本番までに徹底的に潰しておき、未知の出題のように見えて、実は刷り直しただけの問題には、きちんと気づくことができるよう万全の準備をすることが求められています。

出題者としては、設問全体を通じ、受講生の刑事訴訟法の基本的な知識・理解、法的思考力を確認したいと考えています。

## 第2 本問の解説

### 1 小問 (1)

#### (1) 思考過程

まず事例問題を解くときは、事例より先に設問を読んで何が問われているかを確認しましょう。小問(1)～(4)までの設問を読んで、ジャンルとしては「伝聞」が問われているとあたりがつかます。伝聞の中でも何が問われているかを確認するため、目線を事例の方につすと、「Xの弁護士甲は、A証言の証明力を争うとして、以下の証拠の証拠調べを請求した。裁判所は、これらの証拠を採用することができるか。」という記載が目に入ります。ここまで読むと、本問では328条の弾劾証拠が問われていると確信し、検討に進んでいくことができます。

ところで、328条を検討するより前に、伝聞の問題なのだから、まずは伝聞証拠の定義にあてはめるべきではないかと思考を進めた方もいるのではないのでしょうか。この点については、平成29年新司法試験の採点実感に次のような答えは問題があるという形で紹介されている記載が参考になります。

「本事例中に『甲証言の証明力を争うため』に取調べを請求した旨記載され、端的に同条の問題として論述することが求められているのに、それとは無関係に、要証事実共謀の存在であると設定し、各証拠は伝聞証拠に当たるとして、同法第321条の伝聞例外の要件を満たすかどうかを論述し、伝聞例外に当たらないとした上で、同法第328条の議論に及ぶ答えが相当数見られた。そのような答えからは、同条の『第321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。』との文言の規定ぶりに引きずられて、同法第328条により証拠とできる証拠は、同法第321条以下の伝聞例外の要件を満たさない証拠でなければならないとの誤解がうかがわれる。」

Q 答案を書く際には、いきなり328条の検討ではなく、まず実質証拠として用いることを前提に、①320条の伝聞証拠にあたるか。②あたるとして次に321条以下の伝聞例外に該当しないかを検討し、その上で、補助証拠として用いることを前提に、③328条の検討という順序で書くべきか。

A 「証明力を争う」(＝弾劾証拠として用いる)と問題設定されているのであれば、端的に328条の検討のみをすれば足りる。但し、問題設定に、弾劾証拠として用いる旨の記載がなく、回答者に証拠の使用方法を考えさせるような問題であれば、自分で「このように使う場合は～」と仮定して回答する必要がある。そのような場合は、上記①～③の順序で回答すべきである(具体的な問題設定の状況次

第では、実質証拠として用いるか、補助証拠として用いるか、いずれか最も有益な使用方法を設定して回答すれば足りるという考え方もありえる。)

さて、これから本解説レジュメでは 328 条に関する論点を概観していきますが、まずは条文を確認しましょう。論点の出発点は条文からはじまります。

#### 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。

小問 (1) では、証人 A が公判廷で行った「事故当時、信号は赤でした。」という証言を弾劾するために、B の「信号は青だった。」という旨の供述が記載されている B 作成の書面が用いられています。

A と B とで言っていることが食い違っており、確かに、このように食い違った証言・書面が出てきた場合、A の証言は証明力が減殺されるようにも思えますが、このようなケースで証明力が減殺されると本当に言っているのでしょうか。論点を先取りしてしまいますが、328 条については、自己矛盾供述に限られるのか (A 自身の発言の食い違いに限られる)、何ら限定はないのか (A 自身の発言の食い違いでも証明力が減殺されることがある)という論点があります。しかし、この点について 328 条は明文ではなんの規定もしていません。さて、どのように考えればいいのでしょうか。結論としては、自己矛盾限定説によって答案を書くこととなりますが、各説の理由づけを確認しておきましょう。答案には限定説の論拠をきちんと示すことができれば合格です。

Q 328 条の対象となる弾劾証拠は自己矛盾供述に限られるか (限定説 vs 非限定説)

A 限られる (限定説=確認規定説)。

論拠:

① 自己矛盾供述を公判廷供述の証明力を弾劾するために用いるのであれば、供述内容の真実性を問題にすることなく、同一人物が同一の事項について、公判廷外において公判廷供述と矛盾した供述を行ったという事実 (甲「信号は赤だった。」(公判廷外供述) → 甲「信号は青だった。」(公判廷供述)) を証明することで、公判廷供述が信用できないことを立証することができるので、当該証拠はそもそも非伝聞となる。

もつとも、自己矛盾供述であっても、実質証拠として用いる場合 (例: 「公判廷外供述で『信号は赤だった』という事実を立証する」) には伝聞証拠になるため、理論上は非伝聞として採用できるとしても、裁判官の予断・偏見により、実質証拠の心証形成に事実上用いられるおそれは否定できない (裁判官『信号は赤だった。』という供述があるし、信じられるかは別にしても、もしかしたら信号は赤だったのかもしれない…。 (=予断・偏見)) ので、自己矛盾供述であっても弾劾証拠として用いることは許されないという厳格な立場もありえる。そこで、328 条はそのような考え方を採らないことを注意的に確認する規定として設けられたものである。

- ② 他者矛盾供述を弾劾証拠として用いる場合、自己矛盾供述を用いる場合と異なり、当該他者の供述内容が真実であることを前提としなければ、公判廷供述の信用性は減殺されないはずである。他者矛盾供述を 328 条の対象に含めると、内容の真実性を問題とする以上、本来、伝聞例外の規定に該当しなければ、実質証拠として用いることはできないにもかかわらず、裁判官の心証上は他者供述の内容が真実であることが前提に信用性が判断されてしまう。これを許せば、本来は、伝聞例外の規定に該当しない限り、実質証拠としては用いることのできないはずの供述証拠が実質証拠として機能し、伝聞法則が骨抜きになるおそれがある。

補足：非限定説（＝伝聞例外説）の論拠

- 1 文言や条文の建付け的に非限定説を採用するのが素直である。
  - (1) 328 条の文言上、「自己矛盾供述に限る」とは規定していない。
  - (2) 以下の①・②からすれば、328 条は、321 条から 324 条の伝聞例外に該当しない伝聞証拠も、証明力を争う目的で用いる場合に限り、証拠として用いることができる旨の伝聞例外を定めた規定と理解できる。
    - ① 伝聞法則を定めた 320 条の文言（「321 条乃至 328 条に規定する場合を除いては」）が 328 条を伝聞例外の一種のように規定していること
    - ② 328 条が 321 条から 324 条の伝聞例外の最後に位置づけられており、321 条から 324 条の伝聞例外に該当しない伝聞証拠も、証明力を争う目的で用いる場合に限り、証拠として用いることができると定めていること（「例外の例外」的な位置づけ）
- 2 自己矛盾供述に限らず他人の異なる供述でも証明力を減殺することはできる。

## (2) 本問のあてはめ

ここまでの検討で回答は出せます。

328 条で弾劾証拠として用いることができるのは自己矛盾供述に限られるところ、小問 (1) では、証人 A が公判廷で行った「事故当時、信号は赤でした。」という証言を弾劾するために、B の「信号は青だった。」という旨の供述が記載されている B 作成の書面が用いられており、B の「信号は青だった。」という旨の供述が記載されている B 作成の書面は弾劾の対象である証人 A の自己矛盾供述を内容とするものではないので、328 条によって証拠採用することはできないという結論になります。

## 2 小問 (2)

### (1) 思考過程

小問 (2) では、証人 A が公判廷で行った「事故当時、信号は赤でした。」という証言を弾劾するために、弁護人甲が、その弁護士事務所で A から事故の状況を聞き、「信号は青であった。」旨の A の供述を録取した書面を用いようとしています。自己矛盾供述を用いるものですから、これは問題なく採用できる…というわけではありません。これみよがしに「なお、甲は、捜査機関が行うような読み聞かせや、書面への署名押印を求めるなどの手続はとらなかった。」とあります。この事情を踏まえた検討をしなければなりません。この書面は供述録取書であり、A の署名・押印を要します (321 条 1 項も参照)。

刑事訴訟法第 321 条 1 項

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。

一～二 (中略)

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、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状況の下にされたものであるときに限る。

このように供述録取書に署名・押印が要求される趣旨は、供述録取書には、供述書と異なり二重の伝聞性が介在しており、供述者に録取の正確性を確認させて録取に係る伝聞性を解消するところにあります。本問で言えば、Aの供述過程に加えて、弁護士がAの供述を録取する過程が介在しており、弁護士がAの供述内容を正確に録取しているのかをAがチェックしていないのであれば、この供述録取書は単なる弁護人の作文が提出されているにすぎず(=弁護人の供述書とみる考えもあります)、これをもってAの証言を弾劾するというのはおかしいのではないかと。というのが問題の所在になります。

**Q 328条で別の機会に矛盾する供述をした事実を立証するに際し、厳格な証明を要するか、自由な証明で足りるか。**

**A 厳格な証明を要する。**

前提：厳格な証明…証拠能力を備えた証拠を適式の方法によって取調べる証明方法

自由な証明…証拠能力も適式の証拠調べ方法も必要としない証明方法

論拠：

補助事実は、厳格な証明を要する実質証拠とは異なるものの、実質証拠の証明力に大きな影響を及ぼすことを鑑みると、実質証拠と同様に厳格な証明を要すると解する。

## (2) 本問のあてはめ

証人Aが公判廷で行った「事故当時、信号は赤でした。」という証言を弾劾するために、弁護人甲が、その弁護士事務所でAから事故の状況を聞き、「信号は青であった。」旨のAの供述を録取した書面を用いようとしています。供述録取書であるにもかかわらず、甲は、捜査機関が行うような読み聞かせや、書面への署名押印を求めるなどの手続はとられておらず、二重の伝聞性が残ってしまっているため、厳格な証明の様式をみたしておらず、328条によって証拠採用することはできないという結論になります。

## 3 小問 (3)

### (1) 思考過程

自己矛盾供述ではあるので、弾劾は可能といえそうなのですが、何か気持ち悪さが残る結論です。こんな後出しが許されるのでしょうか。このような問題は、現場思考問題として、問題の所在に気づいているアピールをしつつ、自分なりに考えを示す必要があります(問題の所在に気づいており自分なりの考えが示されていれば、どのような立場にたつてどのような結論になっても評価の対象になることが多いです)。検察官に不利な証言をした者を、証言後に取り調べ、有利な証言を引き出し、弾劾するのは、公判中心主義や当事者対等の原則に反するのではないかと問題になります。

Q 328 条の弾劾証拠の作成時期は、弾劾対象の証言以前のものに限られるか。

A 限られない。

論拠：

① 328 条は、文言上時期の制限がない（321 条 1 項 2 号後段の文言との対比）。

② 自己矛盾供述は非伝聞であり、自己矛盾供述の時期を限る理由はない。

※しかし、学説は、公判中心主義や当事者対等の原則を意識して、否定説が有力です。そこで、実務は、積極説ベースに、以下の慎重な運用をすることで上記問題意識に応えています。答案上は否定説又は積極説ベースの実務説でよいと思われまます（肯定説でも評価します。）。

#### 【慎重な運用（実務）】

虚偽の証言がなされた理由が判明した等特段の事情がない限り、証言後の証人を取り調べて異なる内容の供述調書を作成し、これを 328 条により請求することは認められない。

かかる特段の事情がある場合でも、原則として、再度の証人尋問によりその内容を明らかにすべきであり、調書の供述と同趣旨の証言をする見込みがほとんどない場合に限って、328 条によって請求することを認めると解する。

#### (2) 本問のあてはめ

肯定説に立つ場合は、328 条によって証拠採用することはできるという結論になります。

否定説に立つ場合は、328 条によって証拠採用することはできないという結論になります。

実務の立場に立つ場合は、虚偽の証言がなされた理由が判明した等特段の事情がない限り、証言後の証人を取り調べて異なる内容の供述調書を作成し、これを 328 条により請求しても証拠採用することはできないという結論になります。

### 4 小問 (4)

#### (1) 思考過程

本問では、これまで弾劾の対象は公判廷での A の証言を対象に検討を進めていましたが、これを A の供述が録取された検面調書に変更した場合にどのような結論が導き出されるかを検討してもらいたいというものです。これまでの検討と同じく自己矛盾供述だから…と筆を進めた方は、感覚は間違っていないのですが、法的な思考を進める土台がなっていないといえます。条文（下線部）をよく読んで反省しましょう。まずは条文からはじまると、今回の解説の最初で申し上げたことがあてはまりますね。

#### 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。

Q 弾劾の対象は、「公判準備又は公判期日における」供述の証明力を争う場合に限られず、警察官面前

調書等を対象として弾劾を行うことはできるか。

A できる。328 条を類推適用する。

論拠：

328 条は対象を「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」としているため、直接適用することはできない。もっとも、弾劾の対象が公判廷供述であれ、それ以外の供述録取書等であれ、異なる機会に同一人が同一の事項について矛盾する内容の供述をしている事実をもって、当該人物の供述の証明力が減殺されることに変わりはない。

(2) 本問のあてはめ

「事故当時、信号は赤でした。」という B の供述の記載された検察官面前調書を弾劾するため、B の「信号は青だった。」との供述を警察官が録取した書面を用いるのも、結局は A の自己矛盾供述を用いて弾劾を行うので 328 条が類推適用され、証拠採用することはできるという結論になります。

以上

2023 年 5 月 28 日

担当：弁護士 林 寛之

# 講義用レジュメ

2023/05/28

弁護士 林 寛之

## 1 答案の構造

### (1) ステップ1

#### ア 初学者の答案によくみられる構造

①問題提起	•論点指摘（「XはYに甲の引き渡しを求めることができるか。「第三者」の意義が問題となる。」）
②規範定立	•理由①+理由②+…+規範
③あてはめ	•事実羅列（「事実①+事実②+事実③を以上総合考慮すれば～である。」）

#### イ 典型的な問題点

法律の理屈を理解したと思っても、正しく文章に起こせなければ、それは理解していないことに同じです。以下では、「問題提起」・「規範定立」・「あてはめ」の3つの項目によくみられる問題点を列举します。

##### (ア) 「問題提起」

- 条文の指摘がなくどの条文のどの文言の解釈しているのかわからない。  
関連：何の制度を問題にしているのかわからない。
- いきなり論点が設定され、そこに至るまでの事案分析がない（何故その論点が出てきたのか答案作成者の思考過程がわからない）。

##### (イ) 「規範定立」

- 予備校の論点ブロックを丸暗記しているのか理由を無駄に沢山書きたがる。  
関連：反対学説（A）の批判をして、「AはダメなのでB」という理由づけをする。
- 「～べき」（必要性）を理由にしがち。
- 甲乙やXY等の問題文の具体的事実が混入している。

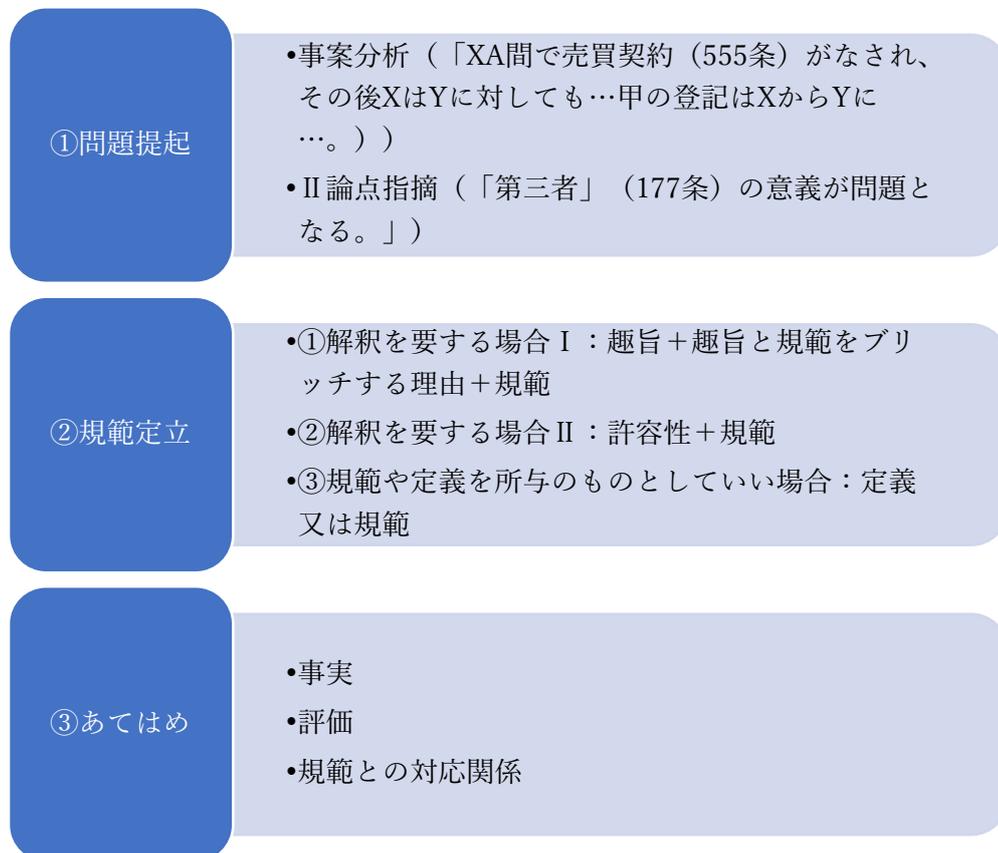
##### (ウ) 「あてはめ」

- 問題文の事実をそのまま書き写して「以上を総合考慮すれば～である。」と結ぶ。
- 事実と規範の対応関係が不明確で結論が問いに対応していない。

## (2) ステップ2

### ア 合格水準の答案の構造

講師が「よい答案」と考える答案は以下のような内容のものです。



### イ よい答案のアイデア

以下では、「問題提起」・「規範定立」・「あてはめ」にどのような要素が要求されているのかを説明します。

#### (ア) 「問題提起」

- 論点にたどり着くまでの条文操作（事実の要件へのあてはめ、効果への言及）が示されている。これが事案分析で行うべきことです。
  - 条文の文言に当てはまらない、考え方がわかれうる、素直に条文にあてはめると不都合が生じる等の不都合性（≒解釈の必要性）が示されている。だからこそ解釈をすることになります。
  - 条文の文言を「 」で抜き出されていること。
  - 引用した条文は条・項・号、本文・柱書・但書まで正確に引用されている。
- ※ 問題文からいきなり論点は出てきません。必ず事案分析という露払いを行ったうえで論点に言及することになるはずです。

#### (イ) 「規範定立」

- 趣旨(許容性)に言及されていること。皆さんが思っている以上に多くの論点の規範が、趣旨から導くことができます。趣旨から説明するとすっきりまとまります。
- 不必要に過剰な理由づけがないこと。
- 判例の規範が正しく表現されていること。
- 抽象論として展開されていること。
- ※ 私は司法試験の答案においては、基本的には「～べき」(必要性)で規範を導くことはできないと考えます。「困ってるからこうする」、「必要だからこう考える。」それはもはや立法です。なお、特定の論点の例外はあります。また、学説を打ち立てる際に必要性に言及することはありえるので学者の立論等は例外です。
- ※ 規範定立は抽象論を展開すべきところなので、甲乙や XY 等の問題文の具体的事実は出すことができません。

#### (ウ) 「あてはめ」

- 問題文の事実を適切に意味づけし、自分なりのまとまりに区切って引用していること。
- まとまりごとに評価を加えること。
- 規範に対応したあてはめになっていること。
- 問題文の問いに対応した結論になっていること。

## 2 その他「よい答案」を書く上で必要なこと

その他により文章を書くために講師が必要と考えているところをまとめてみました。

- ナンバリングはきちんと示されているか。
- 日本語や言葉に対する感度を高めているか。
- 分かりやすい・読みやすい文章を心掛けているか。
- 文章には「読み手」が存在しており、「読み手」への配慮をしているか。
- 一文一意を徹底し、単文かつ短文を書けているか(ダメな例:「～が～。」「～なところ～。」等。本来二文に分けられるものをくっつけている。)
- 副詞(とても・やはり・大変)等の強調を表す言葉は最初のうちは使わない。副詞はなくても評価は述べられる(例:×「とても危険な行為であり」、○「危険な行為であり」)。
- 接続詞は「しかし」「または」「そのため」ぐらいで十分だと思います。「しかしながら」等は使わない(「しかし」よりも三文字多い。無駄。)
- 文章にこだわる。「書き手」の答案への哲学・こだわりは文章の美しさに直結します(例:規範をまとめるときは「したがって」、結論は「よって」で統一。)

### 3 実際の答案例をみて

#### 第1 小問(1)

1 証人 A が公判廷で行った「事故当時、信号は赤でした。」という証言を弾劾するために、B の「信号は青だった。」という旨の供述が記載されている B 作成の書面を 328 条により証拠として採用することができるか。328 条の対象が自己矛盾供述に限られるかが問題となる。

2 328 条の趣旨は、自己矛盾供述を公判廷供述の証明力を弾劾するために用いるのであれば、供述内容の真実性を問題にすることなく、同一人物が同一の事項について、公判廷外において公判廷供述と矛盾した供述を行ったという事実を証明することで、公判廷供述が信用できないことを立証することができるので、当該証拠はそもそも非伝聞となるどころ、自己矛盾供述であっても弾劾証拠として用いることは許されないという厳格な立場もありえるため、そのような考え方を採らないことを注意的に確認するところにある。

したがって、328 条の対象は自己矛盾供述に限られると解する。

3 本件では、証人 A が公判廷で行った「事故当時、信号は赤でした。」という証言を弾劾するために、B の「信号は青だった。」という旨の供述が記載されている B 作成の書面が用いられている。B の「信号は青だった。」という旨の供述が記載されている B 作成の書面は弾劾の対象である証人 A の自己矛盾供述を内容とするものではないので、328 条によって証拠採用することはできない。

いきなり論点には飛びつかない。自己矛盾供述に限るかという論点を提示するにあたり、本問では「A」「B」という異なる人物が登場することを示す必要がある。本問は 328 条以外の条文に言及する必要はないので事案分析はこの程度で足りる。

論点の提示と問題になる条文の指摘をする。

原則的には「～ところ～」というつなぎ方をするのは望ましくない旨述べた。しかし、この一文は趣旨を説明する一塊の文章であり、確認規定だという点（後半部分）を説明するにあたり、前半の「～非伝聞となる」の説明が不可欠なので、文章としてはわけず一息に説明している。

規範を導く文の頭は「したがって」、結びは「解する」で統一する。

あてはめのはじまりは「本件では」で統一する。

問いに対応した結論。本当は「よって～できない。」にしたい。

第2 小問(2)

- 1 証人Aが公判廷で行った「事故当時、信号は赤でした。」という証言を弾劾するために、弁護士甲が、その弁護士事務所でAから事故の状況を聞き、「信号は青であった。」旨のAの供述を録取した書面を用いることができるか。当該書面は、供述録取書であり、甲は、捜査機関が行うような読み聞かせや、書面への署名押印を求めるなど録取の伝聞性を解消する手続をとっていない(321条1項参照)。**328条の弾劾証拠として用いる証拠には厳格な証明を要するか問題**となる。
- 2 **補助事実は、厳格な証明を要する実質証拠とは異なるものの、実質証拠の証明力に大きな影響を及ぼす**ことを鑑みると、**実質証拠と同様にその証明には厳格な証明を要する**と解する。
- 3 本件では、甲は、捜査機関が行うような読み聞かせや、書面への署名押印を求めるなどの手続をとっておらず、二重の伝聞性が残ってしまっているので、厳格な証明の様式をみたしておらず、328条によって証拠採用することはできない。

厳格な証明を要するかという論点を提示するにあたり、読み聞かせ等の手続を経ていないことを示す必要がある。本問は328条以外の条文に言及する必要はないので事案分析はこの程度で足りる。

趣旨と規範は本来別の文章で書くべきである。しかし、本問は4問構成であり、各小問に割り当てられる頁数は1頁ずつであるところ、小問(1)で紙幅を割いた分の節約をここで行った。趣旨と規範は意識的に書き分ける意識は必要である。この論点は条文の趣旨から説明するわけではない点に特徴がある。

第3 小問(3)

- 1 証人Cの「事故当時、信号は青だった。」との証言に対して、Cの「実は事故当時、信号は赤だった。」との供述を検察官が録取した書面をもって弾劾することができるか。当該供述録取書は、証人尋問後に検察官がCの取調べを実施して作成したものであるが、このような証人の証言後に証人を取り調べて弾劾証拠を作出することは公判中心主義に反するのではないか、328条の弾劾証拠として用いることのできる証拠の作成時期が問題となる。
- 2 確かに、328条は文言上時期の制限を課していない。しかし、証人の証言後に取調べをして弾劾証拠を作出することを認めることは、本来公判中心主義や当事者対等の原則に反する。  
したがって、虚偽の証言がなされた理由が判明した等特段の事情がない限り、証言後の証人を取り調べて異なる内容の供述調書を作成し、これを328条により請求することは認められないと解する。
- 3 本件では、Cが証言当時、虚偽の証言をしていたなどの事情がない限り、328条によって証拠採用することはできない。

時期的限界という論点を提示するにあたり、証人尋問後に弾劾証拠が作成されていることを示す必要がある。

問題の所在(不都合性≒解釈の必要性)を示すため、「公判中心主義」に言及する。

現場思考問題で考えがわかれうる問題なので「確かに」「しかし」で論証を組み立てる。本来は「確かに」「しかし」の順番を入れ替えたなら反対説の立論になるような論証はよくない論証だが、本問では紙幅の都合でこの程度の言及で足りると考えた。

第4 小問(4)

1 「事故当時、信号は赤でした。」というBの供述の記載された検察官面前調書に対し、Bの「信号は青だった。」との供述を警察官が録取した書面をもって証明力を争うことができるか。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の証明力を争うため」と規定しているため、同条の類推適用の可否が問題となる。

2 328条は、弾劾の対象を「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」と定めているため、公判廷外で作成された供述録取書の証明力を争う場面で、同条を直接適用することはできない。もっとも、弾劾の対象が公判廷供述であれ、それ以外の供述録取書等であれ、異なる機会に同一人が同一の事項について矛盾する内容の供述をしている事実をもって、当該人物の供述の証明力が減殺されることに変わりはない。

したがって、自己矛盾供述をもって公判廷外で作成された供述録取書の証明力を争う場合は、328条が類推適用されると解する。

3 本件では、「事故当時、信号は赤でした。」というBの供述の記載された検察官面前調書に対し、自己矛盾供述であるBの「信号は青だった。」との供述を警察官が録取した書面をもって証明力を争うことができる(328条類推適用)。

328条類推適用の可否という論点を提示するにあたり、弾劾の対象が供述でなく書面であることを示す必要がある。

問題の所在(不都合性≡解釈の必要性)を示すため、条文の文言に言及する。これで文言上あてはまらないことを示す。

類推適用のお作法として直接適用できないことに言及する。

同じくお作法として類推適用の基礎があることに言及する。

「もっとも」は「しかし」よりも弱めのニュアンスで論を展開したいときに使う。

#### 4 反復演習（暗記）のススメ

- 一度解いた典型論点は、事例とセットで答案例をストックしていきましょう。
- 答案例を丸々覚えるのは重労働です。そこで、答案例ではなく答案構成を覚えることで答案例を覚えたのと同様の効果を目指します。
- 前提として、どのような答案も骨子の部分は、ステップ2「合格水準の答案の構造」のような構造になります（1 問題提起 2 規範定立 3 あてはめ）。
- 複数論点型の場合は、ナンバリングの階層を落とすことで対応します（1 論点① （1）問題提起（2）規範定立）（3）あてはめ 2 論点② （1）問題提起（2）規範定立）（3）あてはめ）。
- 各事例における論点・使う条文・趣旨・規範は覚える必要がありますが、それを覚えることができれば、あとは答案構成さえできれば答案例を再現することができるようになるはずです。

第1 小問(1)

1 証人Aが公判廷で行った「事故当時、信号は赤でした。」という証言を弾劾するために、Bの「信号は青だった。」という旨の供述が記載されているB作成の書面を328条により証拠として採用することができるか。328条の対象が自己矛盾供述に限られるかが問題となる。

2 328条の趣旨は、自己矛盾供述を公判廷供述の証明力を弾劾するために用いるのであれば、供述内容の真実性を問題にすることなく、同一人物が同一の事項について、公判廷外において公判廷供述と矛盾した供述を行ったという事実を証明することで、公判廷供述が信用できないことを立証することができるので、当該証拠はそもそも非伝聞となるどころ、自己矛盾供述であっても弾劾証拠として用いることは許されないという厳格な立場もありえるため、そのような考え方を採らないことを注意的に確認的するところにある。

したがって、328条の対象は自己矛盾供述に限られると解する。

3 本件では、証人Aが公判廷で行った「事故当時、信号は赤でした。」という証言を弾劾するために、Bの「信号は青だった。」という旨の供述が記載されているB作成の書面が用いられている。Bの「信号は青だった。」という旨の供述が記載されているB作成の書面は弾劾の対象である証人Aの自己矛盾供述を内容とするものではないので、328条によって証拠採用することはできない。

【答案構成例①】

第1

- 1 A「赤」←B「青」  
§328 自己矛盾供述
- 2 確認規定→限定説
- 3 証拠採用×

この要素に点があるという要素を抜き出す。

典型的な論点に使われる条文の趣旨・規範は、当然暗記しているので、構成に書く必要はないが今回は思考過程をみせるために記載した。

【答案構成例②】

- A「赤」←B「青」  
§328 ×

実際の構成。ここまで思い出せれば答案を再現できると考えている。ただこの粒度は人によって違う。

第2 小問(2)

- 1 証人Aが公判廷で行った「事故当時、信号は赤でした。」という証言を弾劾するために、弁護士甲が、その弁護士事務所でAから事故の状況を聞き、「信号は青であった。」旨のAの供述を録取した書面を用いることができるか。当該書面は、供述録取書であり、甲は、捜査機関が行うような読み聞かせや、書面への署名押印を求めるなど録取の伝聞性を解消する手続をとっていない(321条1項参照)。328条の弾劾証拠として用いる証拠には厳格な証明を要するか問題となる。
- 2 補助事実は、厳格な証明を要する実質証拠とは異なるものの、実質証拠の証明力に大きな影響を及ぼすことを鑑みると、実質証拠と同様にその証明には厳格な証明を要すると解する。
- 3 本件では、甲は、捜査機関が行うような読み聞かせや、書面への署名押印を求めるなどの手続をとっておらず、二重の伝聞性が残ってしまっているので、厳格な証明の様式をみたしておらず、328条によって証拠採用することはできない。

【答案構成例①】

- 1 読み聞け× (cf § 321- I)  
§ 328 厳格な証明の要否
- 2 弾劾証拠は補助事実→実質証拠の評価に影響  
実質証拠は厳格な証明  
補助事実も厳格な証明
- 3 証拠採用×

【答案構成例②】

- 1 読み聞け× (cf § 321- I)
- 2 § 328 厳格な証明  
補助事実と対比

以上

# 最優秀答案

回答者: R.T. 33点

## 表

刑事訴訟法 1 頁

### 第1 小問(1)

1 Bの「信号は青だった」という旨の供述が記載されているB作成の証書面を証A証言の証明力を争うための証拠として用いるためには、<sup>刑事訴訟法(以下) 328条</sup>「証拠」<sup>④</sup>にあたる必要がある。ここで、別人の公判外供述を~~用いる~~も「証拠」にあたるかが問題となる。

2 この点、別人の公判外供述を~~証拠~~ 単独の証拠として用いるためには、当該別人の公判外供述の内容が真実であることを前提とする必要がある。

にも関わらず、別人の公判外供述が328条の「証拠」となることができる(解は、伝聞反対尋問権を保障した伝聞法則が適用される)。

よって、別人の公判外供述は「証拠」にあつたこととなる。

3 したがって、A証言の証明力を争うため、Bの上記~~公判外~~ 供述を採用することはできる。

### 第2 小問(2)

1 まず、Aの供述が伝聞証拠(320条1項)にあたるかが問題となる。

(1) ともども供述証拠は~~知~~ 供述者の知覚・記憶・叙述の過程を経るとし、各過程に虚偽や誤りのおそれがあるため、反対尋問等を通じて吟味が必要である。

よって、かかる吟味は供述が、その内容の真実性を証明するために用いられる場合に必要である。

③

※	<table border="1"> <tr> <td>A</td> <td>B</td> <td>C</td> </tr> <tr> <td>□</td> <td>□</td> <td>□</td> </tr> </table>	A	B	C	□	□	□
A	B	C					
□	□	□					

23 とは、伝聞証拠とは、公判外供述の内容に係る供述または

24 書面であり、当該公判外供述の内容の真実性を証明するために用

25 いられるものをいふと解する。

26 ③ (2) 本件で A の供述は甲が弁護士事務所という公判外で A から

27 事故の状況を聞いた際に録取した者であるための公判外の

28 供述にあたる。しかし、「信号は青であった」という事実その真実

29 性を証明するために A の供述録取書面を用いるのではなく、A 証言の

30 内容が示す同一人物たる A の供述の存在を証明するために用いら

31 れる点で、内容の真実性を証明するために用いられる証拠ではない。

32 (3) よて、伝聞証拠にはあたらない。

33 2 よて、328 条は単独証拠につき伝聞法則が適用される

34 ことを注目的に明らかにした規定であるから、A の供述録取書面に

35 同条が適用される。

36 3 では、かかる書面に供述者の署名・押印は必要か。

37 (1) ~~正確~~ 確かに、明文では署名・押印を要求していない。⑧

38 しかし、知覚・記憶・叙述の部分で伝聞性が残る。

39 よて、328 条に「伝聞証拠能力が認められるためには、供述者の

40 署名・押印が必要と解する。厳格な証明の必要を理由を書き添えたい

41 (2) よるが、本件では、書面に供述者たる A の署名・押印がない

42 ため、328 条に「伝聞証拠能力が認められる」は認められない。

43 4 よて、裁判所は A の公判外供述を録取した書面に伝聞証拠

44 として採用することはない。



# 裏

### (注意事項)

#### 1 答案用紙の種類

本答案用紙は、刑事訴訟法の答案用紙です。  
 刑法の答案を本用紙に記述して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、零点となりますので、注意してください。  
 なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出は一切ありません。)

#### 2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

#### 3 答案作成上の注意

- (1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書く。
  - (2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、となりず)。
  - (3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は、答案用紙の表裏を書き違えて答案を作成した場合は、問終了後に記載することは認めません。
  - (4) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。
  - (5) その他
- 解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判明

## 刑事訴訟法 3 頁

### 第3 小問(3)

1 Cの供述を録取した書面は、Cが証言した内容と矛盾する同一人物の不一致供述である。よって、証言同一人物の不一致供述の存在を証明するために用いられる証拠は、公判外供述と内容と異なる書面であり、伝聞証拠にはあたらない。

2 では、当該Cの書公判外供述の録取書面を、Cの証言と弾劾する証拠として用いることにより、かかる書面はCの証人尋問後に作成されたものである点で、かかる書面も「証拠」(328条)にあたるから問題となる。 (11)

(1) 確かに、被告人以外の者の供述を録取した検察官作成の書面につき、伝聞例外が認められるためには、当該書面が公判期日の前に作成される必要がある(321条1項2号)。

しかし、328条にはかかる文言がないため、証人尋問後に作成された公判外供述も、「証拠」にあたる解釈が可能である。(2)

(2) 本件でも、Cの公判外供述の録取書面も「証拠」にあたる。

3 よ.2. かかる書面を証拠として採用することができる。

### 第4 小問(4)

1 まず、検察官面前調書は、Xの弁論信号が事致當時何色であったかという点につき、赤色であったことを証明するために用いられるものとするため、公判外供述の内容の真実性を証明するために用いられる点で伝聞証拠にあたる。





## 最優秀答案

回答者 R.T. 33点

### 第1 小問(1)

- 1 Bの「信号は青だった」という旨の供述が記載されているB作成の書面をA証言の証明力を争うための証拠として用いるためには、刑事訴訟法（以下法名省略）328条の「証拠」にあたる必要がある。ここで、別人の公判外供述も「証拠」にあたるかが問題となる。
- 2 この点、別人の公判外供述を弾劾証拠として用いるためには、当該別人の公判外供述の内容が真実であることを前提とする必要がある。  
にもかかわらず、別人の公判外供述が328条の「証拠」とすることができる  
と解しては反対尋問権を保障した伝聞法則がなしくずしとなる。  
よって、別人の公判外供述は「証拠」にあたらないと解する。
- 3 したがって、A証言の証明力を争うため、Bの上記公判外供述を採用することはできない。

### 第2 小問(2)

- 1 まず、Aの供述が伝聞証拠（320条1項）にあたるかが問題となる。
  - (1)そもそも供述証拠は供述者の知覚・記憶・叙述の過程を経るところ、各過程には虚偽や誤りの恐れがあるため、反対尋問等を通じた吟味が必要である。  
そして、かかる吟味は供述が、その内容の真実性を証明するために用いられる場合に必要となる。  
そこで、伝聞証拠とは、公判外の供述を内容とする供述または書面であり、当該公判外供述の内容の真実性を証明するために用いられるものをいうと解する。
  - (2)本件でAの供述は甲が弁護士事務所という公判外でAから事故の状況を聞いた際に録取されたものであるため公判外の供述にあたる。しかし、「信号は青であった。」という事実の真実性を証明するためにAの供述録取書面を用いるのではなく、A証言とは内容が矛盾する同一人物たるAの供述の存在を証明するために用いられる点で、内容の真実性を証明するために用いら

れる証拠にはあたらない。

(3)よって、伝聞証拠にはあたらない。

2 そして、328条は弾劾証拠につき伝聞法則が適用されないことを注意的に明らかにした規定であるから、Aの供述録取書面にも同条が適用される。

3 では、かかる書面に供述者の署名・押印は必要か。

(1)確かに、明文では署名・押印を要求していない。

しかし、知覚・記憶・叙述の部分で伝聞性が残る。

そこで、328条により証拠能力が認められるためには、供述者の署名・押印が必要と解する。

(2)ところが、本件では、書面に供述者たるAの署名・押印はないため、328条により証拠能力は認められない。

4 よって、裁判所は、Aの公判外供述を録取した書面を証拠として採用することができない。

### 第3 小問(3)

1 Cの供述を録取した書面は、Cが証言した内容と矛盾するため同一人物の不一致供述である。そして、同一人物の不一致供述の存在を証明するために用いられる証拠は、公判外供述を内容とする書面であっても伝聞証拠にはあたらない。

2 では、当該Cの公判外供述の録取書面を、Cの証言を弾劾する証拠(328条)として用いることができるか。かかる書面はCの証人尋問後に作成されたものである点で、かかる書面も「証拠」(328条)にあたるかが問題となる。

(1)確かに、被告人以外の者の供述を録取した検察官作成の書面につき、伝聞例外が認められるためには、当該書面が公判期日の前に作成される必要がある(321条1項2号)。

しかし、328条にはかかる文言がないため、証人尋問後に作成された公判外供述も、「証拠」にあたると解するべきである。

(2)本件でも、Cの公判外供述の録取書面も「証拠」にあたる。

3 よって、かかる書面を証拠として採用することができる。

### 第4 小問(4)

1 まず、検察官面前調書は、Xの対面信号が事故当時何色であったかという点につき、赤色であったことを証明するために用いられるものといえるため、

- 公判外供述の内容の真実性を証明するために用いられる点で伝聞証拠にあたる。
- 2 そして、Bは被告人以外の者であるところ、321条1項2号に列挙される公判期日における供述不能事由（例示列挙を解する。）に準ずる事由は存しないため、伝聞例外も適用されない。
  - 3 では、甲による警察官が録取した書面の証拠調べ請求は326条1項の「同意」にあたるか。  
確かに、明示的に同意の意思表示がされていない。  
しかし、同条2項が被告人の不出頭により同意を擬制していることとの均衡から、黙示的な同意も「同意」にあたりと解する。
  - 4 そして、「同意」の性質を反対尋問権の放棄と解すると、上記検察官面前調書の内容と矛盾する警察官の録取書面の証拠調べ請求は矛盾挙動にも思えるが、刑事訴訟法が当事者主義（256条1項、298条1項、312条1項）を採用しているため、「同意」は訴訟能力の付与行為と解するべきである。そのため、「同意」がされても矛盾する証拠調べ請求ができると解する。
  - 5 また、警察官の録取した書面は、検察官面前調書のBの供述と内容が矛盾する供述を内容とする。  
そのため、同一人物の不一致供述の存在を証明するものとして、328条の「証拠」にあたる。
  - 6 よって、証拠として採用できる。

以 上

# 採点講評

(2023年5月28日 刑事訴訟法)

## 第1 講評について

受講生各自の答案に下線と共に数字を振っています。数字に対応するコメントを講評の第2にて詳述していますので、各自で採点者が自身後の答案にどのようなコメントをしているかを確認してください。また、他の受講生の答案にどのようなコメントがつけられているかを確認することも勉強になると思いますので、是非参考にしてください。

今回の出題は328条の論点を問うものでしたが、当該論点は伝聞の中でも最後の方で学習する論点です。そのため学習が手薄になっていたためか、論点を大外しして、結果として0点評価となっている答案もありました。できなかったという結果に悔しい思いをした分、深く記憶に残るはずです。答練は自己の学習の進捗度を測るよい機会になられたかと思います。めげずに一つ一つの論点を典型事例とセットで確実に定着させていってください。その先にきっと合格が待っています。

## 第2 答案へのコメント

### 1 コメント1

小問(1)～(4)を通じて、328条に全く気付かず、これらの問題を伝聞・伝聞例外の問題と捉えている答案がありました。328条は伝聞証拠の最後の方に学習する論点ではありますが、司法試験にも出題実績のある基本論点であるので、328条に全く触れることができないのは、端的に学習の進捗が足りていないと思います。これをきっかけによく復習されるとよいと思います。

### 2 コメント2

小問(1)～(4)を通じて、理由づけに「べき」(必要性)や「妥当」(妥当性)を根拠として用いた立論をする答案がみられました。論証は許容性(趣旨等)から立論を組み立てるべきであって、「必要だからこう解釈する」「妥当だからこう解釈する」という政治家的論法を採るべきではありません。こういった立論をしている場合は規範を正確に記載出来ていても、理由づけ部分について加点対象から外しています。

### 3 コメント3

328条の問題であることに気づけている答案でも、今回の設問では、328条の論点に先行して伝聞証拠の定義への言及や伝聞例外の検討を要しないところ、各小問の冒頭ないし各小問に共通する総論のような形でこれらに言及している答案が

みられました。以下の解説を参照してください。

**Q** 答案を書く際には、いきなり 328 条の検討ではなく、まず実質証拠として用いることを前提に、①320 条の伝聞証拠にあたるか。②あたるとして次に 321 条以下の伝聞例外に該当しないかを検討し、その上で、補助証拠として用いることを前提に、③328 条の検討という順序で書くべきか。

**A** 「証明力を争う」(＝弾劾証拠として用いる)と問題設定されているのであれば、端的に 328 条の検討のみをすれば足りる。但し、問題設定に、弾劾証拠として用いる旨の記載がなく、回答者に証拠の使用方法を考えさせるような問題であれば、自分で「このように使う場合は～」と仮定して回答する必要がある。そのような場合は、上記①～③の順序で回答すべきである(具体的な問題設定の状況次第では、実質証拠として用いるか、補助証拠として用いるか、いずれか最も有益な使用方法を設定して回答すれば足りるという考え方もありえる。)

#### 4 コメント 4

小問(1)に関し、自己矛盾供述に限られるかという論点、を 328 条の文言(「証明力を争うため」や「証拠」といった文言)に引き付けながら論述している答案がありました。日頃より条文の文言へのあてはめを意識できていることがうかがわれ、大変好印象でした。

#### 5 コメント 5

小問(1)に関し、328 条の趣旨につき「信用性を減殺することを許容する」等といった論述をしており、趣旨の理解が不正確と思われる答案がありました。弾劾証拠は 328 条の規定によって特別に許容されるわけではなく、自己矛盾供述については、328 条がなくとも、当然に非伝聞であるため、そもそも伝聞法則の規律を受けないことを明文でそのことを確認している規定と理解されています。

#### 6 コメント 6

小問(2)に関し、論点には気づけているものの供述録取書に固有の問題点(「二重の伝聞性(伝聞過程)」というキーワード)を答案に示すことができていない答案がみられました。一言言及できるとよいと思います。

#### 7 コメント 7

小問(2)に関し、署名押印を要する趣旨について、328 条で採用されるべき証拠は「内容の真実性の高いものに限るべき」であるからという理由づけをしている答案がありました。何とか自分の既存の知識で立論しようとしたのは理解できますが、328 条の対象(自己矛盾供述)は内容の真実性を問題にしないからこそ弾劾証拠として用いることができるはずなのに、内容の真実性の高いものが要求されるという立論をしてしまっているのは、条文の趣旨を正確に理解していないと言わざるを得ません。

## 8 コメント8

小問（2）に関し、「321条1項柱書が署名押印を要求した趣旨」という形で条文から供述録取書の固有の問題点を示している答案があり、条文から考える姿勢が徹底されており好印象でした。但し、これだけでは、328条が厳格な証明を要求しているか否かを説明することはできていないため、更に論証を展開する必要があります。

※ 321条1項はあくまで厳格な証明を要する主要事実や間接事実の立証の話を想定しており、328条の補助証拠に関してはその射程外となっているはずですが。議論の前提を揃えずに「321条はこうだから本件もこうだ」と論を進めることはできません。

## 9 コメント9

小問（2）に関し、「犯罪の立証に関する」から「厳格な証明」を要すると論を進める答案がみられました。採点者としては、誤りではないと思うもの、①補助証拠がどのような機能を果たすか、②厳格な証明を要する実質証拠との対比という観点から論じるとより深い理解を示すことができると思います。

## 10 コメント10

小問（3）に関し、「328条の対象となる証拠の作成に係る時期的限界」という論点に気づけていない答案がありました。マイナー論点ではあるものの、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法 第3版』（有斐閣）にて開設されているため、受験生としてもおさえておいて損はない論点です。また、現場思考問題として出題しているため、問題文を読んだときに「そんなことやっていいのか？」と違和感を持って欲しかったです。【コメント12と同内容】

## 11 コメント11

小問（3）に関し、条文の文言上時期の制限がないことに言及できているものの、反対の考え方に配慮した論述が出来ていない答案が見受けられました。現場思考問題であるからこそ、自説と反対の見解もあるのではないかという視点をもって論述を組み立てて欲しいと思いました。

## 12 コメント12

小問（3）に関し、「328条の対象となる証拠の作成の時期的限界」という論点に気づけていない答案がありました。マイナー論点ではあるものの、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法 第3版』（有斐閣）にて言及されているため、受験生としてもおさえておいて損のない論点です。【コメント10と同内容】

## 13 コメント13

小問（4）に関し、条文にあてはまらないことに気づけていない答案がありました。多論点型の出題なので、時間配分の問題はあれども、条文の文言にあてはめれば直ちに直接適用できないということはわかったはずですが。普段から条文を

大切にする姿勢で勉強することができていないという評価をせざるを得ず、非常に残念に思いました。

#### 14 コメント 14

小問（4）に関し、条文にあてはまらないことは気づけているものの「328条の類推適用」という論点に気づけていない答案がありました。この論点も古江頼隆『事例演習刑事訴訟法 第3版』（有斐閣）にて言及されています。条文の趣旨からすれば本問に類推適用できるのではないかと、思い至って欲しかったです。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2023年5月28日分 得点分布表

刑事訴訟法

出席者 11名 平均点 13.7点

得点分布	人数
0	3
1~5	1
6~10	0
11~15	3
16~20	0
21~25	2
26~30	0
31~35	2
36~40	0
41~45	0
46~50	0

