

司法試験

---

重要事項習得講義  
刑事訴訟法～伝聞証拠  
平成23年 解説・解答例

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 159478

LU15947



無料公開講座  
重要事項完成講義～刑事訴訟法～伝聞証拠

今回は平成23年度司法試験の論文試験の刑事系第2問（刑事訴訟法）の問題のうち、伝聞証拠に関する設問2を取り扱います。

平成27年8月22日

LEC専任講師 矢島純一

**\* 矢島ゼミ開講のお知らせ**

平成28年1月9日（土）から同年4月下旬までの毎週土曜日に矢島ゼミを実施する予定です。毎回6時間程度で、司法試験の論文試験と短答試験に合格をするために必要な対策を徹底的にしていく内容となっています。ゼミの内容の詳細は、9月上旬から中旬くらいに新規発行される司法試験の中上級用のLECパンフレットに掲載する予定です。

なお、矢島ゼミを受講するには、原則として、重要事項完成講座（重完）の「知識編」と「論文過去問分析徹底分析編」を受講していることが必要となる予定です。

## \* H 2 3 司法論文 伝聞証拠

## ・ 本問における伝聞性の検討対象の一覧

但し，答案にするときには共通項を見つけてまとめて論じないと時間不足になるおそれがある。

## 1 捜査報告書 1

## (1) 捜査報告書全体

→伝聞証拠，伝聞例外は 326 の同意がないので 321Ⅲの真正作成供述

## (2) B のメール全体

→B のメールにある B の供述は，B が知覚，記憶，表現した内容たる事実が要証事実となり，その要証事実を証明するために，その供述の内容の真実性の立証が要求されるものであるときは伝聞証拠に当たり原則証拠能力否定，伝聞例外としては，同意がないので 321 I ③

→321 I ③の要件は，(ア)供述不能，(イ)必要不可欠性，(ウ)絶対的特信情況

→本問では，(ア)供述者 B 死亡，(イ)甲乙が黙秘，(ウ)B が結婚を前提とした交際相手の A 女に嘘をついてまで自身が犯罪にかかわった事実を供述するとは考えられず特に信用すべき情況での供述がされたといえる。また，一本杉の周辺で V 女の死体が発見されるなど B の供述内容が客観的事実と整合することから B の供述が特に信用すべき情況でなされたことを推知できる。

→具体的な B のメールにある供述が伝聞証拠に当たるかは以下のとおり要証事実ごとに検討

(3) B のメールのうち「**死体遺棄に関する犯罪事実の存在**」を要証事実とする部分

ア B が甲乙と共に V 女の死体遺棄をした事実の B の供述部分

→伝聞証拠，例外は同意がないので 321 I ③

イ B の供述に含まれる甲・乙が B に死体遺棄を依頼する旨の甲・乙の供述部分

→精神状態の供述として非伝聞

→甲乙のこれら各供述が非伝聞だとしても，これらが B の伝聞供述に含まれている点で伝聞証拠。伝聞例外要件は前記(2)で満たしていることを述べている。

注：この甲の供述部分は非伝聞だが，伝聞証拠である B の供述に含まれるものなので，B の供述が前記(2)により 321 I ③の要件を満たすことで証拠能力が認められる。

(4) B のメールのうち「**殺人に関する犯罪事実の存在**」を要証事実とする部分

ア 甲が V 女を殺害した旨の甲の供述部分

→第 1 伝聞過程である B の供述に含まれる再伝聞証拠

→第 1 伝聞過程の B の供述に証拠能力が認められることは前記(2)で述

べたとおり

→例外は 326 の同意がないので，甲との関係では 324 I 準用・322 で，乙との関係では 324 II 準用・321 I ③

注：324 I・II は「被告人以外の者の…供述で」となっているが，被告人の供述にも準用されると解されている。

イ 乙が V 女を殺害した旨の乙の供述部分

→第 1 伝聞過程である B の供述に含まれる再伝聞証拠

→第 1 伝聞過程の B の供述に証拠能力が認められることは前記(2)で述べたとおり

→例外は 326 の同意がないので，乙との関係では 324 I 準用・322 で，甲との関係では 324 II 準用・321 I ③

**注：解答例では上記アとイをまとめて書いている。**

## 2 捜査報告書 2

### (1) 捜査報告書全体

→伝聞証拠，例外は 326 の同意がないので 321 III の真正作成供述

### (2) メール②-1・2の甲Bの供述

→甲 B 間で死体遺棄についての報酬の支払請求に関するメールが存在することを状況証拠（甲らが死体遺棄をしたという主要事実を推認させる間接事実）として用いることに意味があるので，供述の内容の真实性を立証する必要のない非伝聞

## \* 用語確認 要証事実と立証趣旨

- ・ **要証事実**とは、証明の対象となる事実をいい、これには実体法的事実と訴訟法的事実とが含まれる。

実体法的事実の例としては、構成要件該当事実、処罰条件に関する事実など犯罪事実に関する事実や、責任能力がないなど法律上犯罪の成立を妨げる事実、心神耗弱など法律上刑の加重減免の理由となる事実、刑の酌量減輕や執行猶予の条件となる事実など犯罪事実以外の実事も含まれる。

訴訟法的事実の例としては、訴訟条件に関する事実、証拠能力や証拠の証明力に関する事実などがある。

- ・ **立証趣旨**とは、証拠調べ請求の際に、証拠と証明すべき事実との関係を具体的に明示したものをいう（規則 189 I 参照）。規則 189 条 1 項は、「証拠調べの請求は、証拠と証明すべき事実との関係を具体的に明示して、これをしなければならない。」と規定し、証拠調べ請求をする当事者に立証趣旨の明示を要求している。

実務では、立証趣旨を証拠等関係カードに記載することが多いが、その記載はかなり簡略化されている。例えば、殺人被告事件の場合だと、目撃者の員面調書や検面調書の立証趣旨を「犯行目撃状況等」と記載することが多い。犯行現場の実況見分をした結果を記載した実況見分調書の立証趣旨は「犯行現場の状況」と記載されることが多い。凶器として使用された出刃包丁の立証趣旨は「出刃包丁の存在及び形状」と記載されることが多い。

**司法試験の論文試験の問題文**では、立証趣旨がかなり具体的に記載されているので、要証事実（証明の対象となる事実）が記載されているのとほとんど変わらないことが多い。ただし、そうとはいえない事例の出題もあるため、そのような事例では、伝聞証拠の該当性を判断する前提として、問題文に示された立証趣旨から要証事実を確定した上で問題となる証拠の伝聞該当性を判断していくことになる。

〔2015. 8. 21版〕

\* 以下は考え方の一例

答案にするときには下線部分を中心に自分が書ける分量に短くまとめる。

ここでは学習の便宜上、詳細に論述しているが、特に、下記1(1)は本問の前提問題にすぎないので、もっと短くまとめた方がよい。

## 設問2

### 1 資料1の捜査報告書の証拠能力

#### (1) 捜査報告書全体について

ア まず、資料①の捜査報告書（「捜査報告書1」という）の全体が伝聞証拠として証拠能力が否定されるかどうかを検討する。

イ 人の供述は、その人の知覚、記憶、表現、叙述の各過程を経て証拠化されるが、その各過程には誤りが入る可能性がある。そのため、誤判防止のために、その供述を要証事実を立証するための証拠に用いるには、知覚、記憶等の各過程に誤りがあるかが反対尋問によりテストされなければならない。そこで、伝聞証拠とは、裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述で、要証事実を立証するにはその供述の内容が真実であることが要求されるものをいうと考える。ある供述が伝聞証拠に当たるときは原則として証拠能力が否定され（320条1項）、刑法321条以下に規定する伝聞例外の要件を満たすときは例外的に証拠能力が肯定されることになる。

ウ 捜査報告書1の全体すなわち捜査報告書の作成者Pの供述が伝聞証拠に該当するかを検討する。Pの供述は、Pが、B宅で差し押さえたパソコンに保存されたデータを精査しA女あてのメールを発見してそれを印刷して添付した事実など捜査官が五官の作用で事物の状態を認識する処分をした結果を記載したもので、Pのその供述内容が真実であることを立証しようとするものであるから、その記載事実が要証事実となる。Pの供述は、裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述で、要証事実を立証するにはその供述の内容が真実であることが要求されるものというべきであるから伝聞証拠にあたり伝聞例外の要件を満たさない限り証拠能力が認められない。

本件では、甲及び乙の各弁護人が捜査報告書1を証拠とすることに326条の同意をしていないため他の伝聞例外要件を満たさなければ証拠能力が認められない。捜査報告書1は、捜査官が五官の作用で事物の状態を認識する処分をした結果を記載したものとして検証の結果を記載した書面に類似する書面といえるので、法321条3項によりPが公判廷で真正作成供述をすれば捜査報告書1の全体すなわちPの供述の証拠能力が認められる。

#### (2) Bのメール全体について

ア B作成のメールにあるBの供述は、裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述なので、要証事実を立証するにはその供述の内容が真実であ

ることが要求されるものといえるときは伝聞証拠に当たることになる。そして、BのメールにあるBの供述は、Bが知覚、記憶、表現した内容たる事実を証明しようとするものであるから、この事実が要証事実となり、そして、Pの供述は、裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述で、要証事実を立証するにはその供述の内容が真実であることが要求されるものというべきであるから伝聞証拠にあたり原則として証拠能力が認められない。

Bのメールは被告人以外の者であるBがその供述をパソコンのメールという媒体に文字を打った供述書であり、法321条1項1号及び2号の書面にも当たらないものであることから321条1項3号の書面にあたる。したがって、321条1項3号の各要件すなわち①供述不能、②その供述が犯罪事実の存否の証明に必要不可欠であること、③絶対的特信情況が認められれば証拠能力が認められる(321条1項3項)。

これを本問にみるに、①Bは平成22年5月3日に死亡しており供述不能が認められる。②本件では甲も乙も犯行を否認しており、甲と乙の犯人性を基礎付ける直接証拠がない情況においては、Bの上記供述部分は殺人死体遺棄の事実の証明に必要不可欠なものといえる。③Bが結婚を前提とした交際相手のA女に嘘をついてまで自身が犯罪にかかわった事実を供述するとは考えられないことから、Bがそのような供述をA女にした事実は、Bの供述は特に信用すべき情況でなされたことを基礎付けるものといえる。また、一本杉の周辺でV女の死体が発見されるなどBの供述内容が客観的事実と整合することからBの供述が特に信用すべき情況でなされたことを推知できる。これらのことからすれば、Bの供述に絶対的特信情況が認められる。

### (3) Bのメールのうち死体遺棄に関する供述について

ア B自身の供述部分について

B作成のメール①に含まれるBが甲と乙と一緒にV女の死体を一本杉まで運んで埋めた旨の供述部分は、検察官が主張する立証趣旨のうち「死体遺棄に関する犯罪事実の存在」に対応している。このことから立証構造をふまえて合理的に考えると、Bのこの供述部分の要証事実は、甲や乙がV女の死体を一本杉まで運んで埋めたという甲及び乙がV女の死体を遺棄した事実であると考えられる。Bのこの供述部分は、裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述であり、要証事実を立証するにはその供述の内容が真実であることが要求されるというべきなので伝聞証拠に当たり原則として証拠能力が否定される。もっとも、Bのこの供述部分は、前記(2)で述べたとおり、321条1項3号の伝聞例外要件を満たすので証拠能力が認められる。

イ 甲・乙の各供述部分について

メール①の甲及び乙がそれぞれBに対して「手伝ってくれ」などとV女の死体遺棄の手伝いを依頼する旨の供述部分の検察官主張の立証趣旨は「死体遺棄に関する犯罪事実の存在」であり、甲及び乙がV女の死体を遺棄した事実が要証事実であると考えられる。



このような要証事実であることをふまえて、甲及び乙の各供述が伝聞証拠に該当するかを検討するに、甲及び乙がBに対して死体遺棄の手伝いを依頼する旨の供述は、過去に発生した事実を知覚、記憶してそれを表現したものではなく、甲及び乙がその供述時に内心に抱いた死体遺棄を手伝ってもらいたいとの意思を表示する供述であり、知覚、記憶の過程を欠く精神状態の供述であるといえる。このような精神状態の供述は、知覚、記憶の過程を欠いて表現されるものであるため、知覚、記憶等の各過程に誤りが入る可能性が少なく、その供述を要証事実の立証に用いようとするときに、その供述の内容が真実を反対尋問によりチェックする必要はないと考える。したがって、甲及び乙の上記供述部分は**非伝聞**である。

もっとも、上記甲及び乙各供述部分は、その各部分が非伝聞だとしても、Bの知覚、記憶等の各過程を経て、反対尋問を経ないまま証拠化されたものなので伝聞証拠にあたる。そして、BのメールのうちB自身の供述を内容とする部分は、被告人以外の者が作成した供述書として321条1項3号の要件を満たす必要があるところ、前記(2)で述べたとおり、その要件を満たすものといえる。

したがって、甲及び乙の各供述部分の証拠能力は認められる

#### (4) **Bのメールのうち殺人に関する供述について**

Bのメールのうち、甲及び乙がV女を殺害した旨の甲・乙の各供述の部分は、検察官が主張する立証趣旨のうち「殺人に関する犯罪事実の存在」に対応している。このことから立証構造をふまえて合理的に考えると、これら各供述部分の**要証事実**は、甲及び乙がV女を殺害した事実であると考えられる。そして、これら甲乙の各供述部分は、裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述であり、要証事実を立証するにはその供述の内容が真実であることが要求されるというべきなので伝聞証拠に当たり原則として証拠能力が否定される。また、これら甲乙の各供述部分は、甲や乙の知覚、記憶、表現、叙述の各過程を経てだけでなく、さらにBの知覚、記憶等の各過程を経て、反対尋問を経ないまま証拠化されたものなので再伝聞にあたる。このような再伝聞は、伝聞供述に関する**324条を準用**して伝聞の各過程にそれぞれ伝聞例外の要件を満たす場合は証拠能力が認められると考える。

具体的には、上記各供述については、弁護人らが取調べに同意していないので、第1伝聞過程であるBの供述部分については、法321条1項3号の要件を満たす必要がある。

そして、第2伝聞過程である甲乙の供述のうち、甲の供述部分については、被告人自身である甲との関係では324条1項が準用する322条1項、共犯者乙との関係では324条2項が準用する321条1項3号の各伝聞例外の要件を満たす必要がある。また、同じく**第2伝聞過程である乙の供述部分については、被告人自身である乙との関係では324条1項が準用する322条1項、共犯者甲との関係では324条2項が準用する321条1項3号の各伝聞例外の要件を満たす必要がある。**

これを本問にみるに、まず第1伝聞過程のBの供述部分については、前記(2)で述べたのと同じ理由で、321条1項3号の各要件を満たすものといえる。

そして、第2伝聞過程となる甲・乙の各供述部分は、自己の犯罪事実に関する供述であり、甲と乙にそれぞれ不利益な事実の承認を内容とするものに当たり、証拠とするには任意性が要求される(322条1項)。そこで検討するに、甲や乙は事件発覚前に友人BにV女の死体遺棄の手伝いを依頼する状況において前記各供述をしており、甲や乙が各供述を外部から強制されるような状況が何らなく、甲乙がV所殺害の証拠隠滅するために必死にBに前記手伝いを依頼したものと考えられるので任意性が肯定できる。よって、甲及び乙の各供述は324条1項が準用する322条1項の要件を満たす。

甲及び乙の各供述部分の321条1項3号の該当性については、①甲及び乙は事件を黙秘しており供述不能であるといえるし、②他に有力な証拠もない本件では、甲乙の各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といえる。また、③前述のとおり、甲や乙が各供述を外部から強制されるような状況が何らない上にV女の死体遺棄の手伝いをBに依頼する状況で嘘をつく理由もないため、絶対的特信情況も認められる。したがって、321条1項3号の要件を満たす。

以上より、甲及び乙の前記各供述は各伝聞例外の要件を満たすのでその証拠能力が認められる。

## 2 資料2の捜査報告書の証拠能力

### (1) 資料②の捜査報告書全体について

資料②の捜査報告書のうち司法警察員Pの供述を記載した部分は、捜査報告書1と同様の理由で伝聞証拠に当たり、その取調べに同意(326条)がない本件においては、法321条3項により作成者Pが公判廷で真正作成供述をすれば捜査報告書1の全体すなわちPの供述の証拠能力が認められる。

### (2) メール②のB及び甲の各供述部分について

上記各供述部分が伝聞証拠にあたるかを検討する。検察官は上記メール②-1及び同②-2を「死体遺棄の報酬に関するメールの発信記録の存在と内容」との立証趣旨で証拠調べ請求している。検察官はこの各メールにより最終的には甲がV女の死体を遺棄した事実を立証しようとしているものと考えられるが、資料②にあるとおりB甲間での死体遺棄についての報酬の支払約束のやり取りがされたことを内容とするメールが存在することを立証することで、それを情況証拠(間接事実)の1つとして、甲がV女の死体を遺棄した事実を推認するのに役立てることができる。したがって、本問メール②の要証事実は、B甲間での死体遺棄についての報酬の支払約束に関するやりとりがされた内容のメールが存在することである。

要証事実をこのように捉えると、このメールに記載された甲及びBの各供述部分の内容が真実であることを立証する必要はないので、当該供述は

**非伝聞**であると考える。

以上より、メール②については、前記 2 (1)で述べた資料②の捜査報告書全体について 321 条 3 項に基づき P が真正作成供述をすれば証拠能力が認められる。

以上

**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2015 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU15947