

論文式試験問題集
[刑事訴訟法Ⅱ]

[刑事訴訟法]

次の【事例】を読んで、後記【設問1】乃至【設問3】に答えなさい。

【事例】

- 1 Aは、「被告人は、平成29年4月5日午後10時頃、〇〇先路上において、通行中のV（当時64歳）に対し、所持の柳刃包丁を突き付け、『金を出せ、騒ぐと殺すぞ。』等と申し向けて脅迫し、その犯行を抑圧した上、同人所有の現金3万円を強取したものである。」との強盗被告事件について公訴提起されている。
- 2 Aは当初は犯行を認めていたが、Aの弁護人は公判前整理手続において、Aの犯行を否認し犯人性について争う旨を述べて、検察官が証拠請求した被害者Vの検察官に対する供述調書及び目撃者Wの検察官に対する供述調書（平成29年4月15日付で、目撃した犯人の特徴等に関する供述を内容とするもの。以下、「W調書」という。）を不同意とした。これに対して、検察官は、前記各調書の証拠請求を撤回してV及びWの証人尋問を請求した。各人証請求は採用され、Vについては証人尋問がなされたが、Wは証人として召喚された同年9月16日の公判期日に出頭しなかった。
- 3 Vの証人尋問の際、検察官とVとの間で次のようなやり取りがなされた。

検察官：犯人はあなたに包丁を突き付けた後、どうしましたか。

V：怖い顔をしながら野太くて低い声で脅し文句を言ってきました。

検察官：その脅し文句というのは、具体的に何と言ったのでしょうか。

V：突然の出来事で驚いてしまい、ちゃんと聞き取れませんでした。

ただ、取り調べを受けたときに、K刑事から、「Aは自分の犯行を認め、取り調べにおいて、『金を出せ、騒ぐと殺すぞ。』と言って脅したと供述している。」と聞いているので、多分そう言っていたのだと思います。
- 4 後日、検察官がWの不出頭について事情を調査したところ、Wは多額の借金を抱えており、闇金の取り立てから逃れるために夜逃げをした模様で、同年5月以降、職場も無断欠勤して行方不明になっており、家族すら一切連絡が取れないことが判明した。

【設問1】（配点：20）

弁護人は、上記Vの証人尋問の際、Vの下線部の供述（以下、「V供述」という。）について異議を述べた。V供述の証拠能力について論じなさい。

【設問2】（配点：15）

検察官は、「Aが凶器を購入したこと」を立証趣旨として、Aが逮捕時に所持していたレシート（事件前日の日付で、大型量販店において、凶器と同型の出刃包丁が購入された旨の印字のあるもの。）（以下、「本件レシート」という。）を証拠請求したところ、弁護人は不同意との意見を述べた。本件レシートの証拠能力について論じなさい。

【設問3】（配点：15）

Wに関する調査結果を踏まえ、検察官がW調書を改めて証拠請求した場合、裁判官は、これを証拠として採用することができるか。

2020年4月5日

担当：弁護士 井口賢人

参考答案

[刑事訴訟法Ⅱ]

第1 設問1

1 V供述は、公判廷外のKの供述を内容としたものであるから、伝聞証拠(刑事訴訟法320条1項(以下、「刑事訴訟法」は省略する。))に該当して証拠能力が否定されないか問題となる。

2 伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする証拠で、供述内容の真実性を立証するためのものをいう。一般に供述は、知覚、記憶、叙述(表現)の過程に誤りが介在するおそれがあるため、反対尋問等のテストを経なければ真実性が担保できないが、伝聞証拠はこれを欠くものであるため、原則として証拠能力が否定されている。そして、ある証拠が伝聞証拠に当たるか否かは、要証事実との関係で、当該証拠が供述内容の真実性を立証するためのものか否かによって相対的に決まる。

3 (1) V供述は、KがAから聴取した内容をKの供述に代えて供述するものであり、いわゆる再伝聞供述に当たるとする。再伝聞供述については、真実発見の要請からこれを証拠として認める必要性のある場合があり、他方で、伝聞の各過程が伝聞例外の要件を充たすのであれば信用性も認められるため、伝聞の各過程に321条乃至324条の要件を備えるものである限り再伝聞供述の場合であっても証拠能力が認められると解する。

(2) 本件ではAの犯人性が争点となっており、他方で、V供述の内容は、Aが自身の犯行を認める旨の供述をしたことであるので、V供述の要証事実がAが、自身の犯人性を認めたことである。こ

れを前提にV供述をみると、Aは、自身がVに対して『金を出せ、騒ぐと殺すぞ。』と言って脅した旨を述べているから、犯人性立証の上で、当該発言内容の真実性が問題となるため、伝聞証拠に当たるとする。

(3) そこで、再伝聞の各過程について伝聞例外該当性を検討すると、AからKに対して供述を行った部分については、Aが自分の犯行を認めている点で不利益事実の承認があるため、当該発言が任意である限り、324条1項が準用する322条1項により、証拠能力が付与される。

他方、KからVに対する伝聞過程について、324条2項が準用する321条1項3号の要件を検討するに、本問ではKについて証言不能事由に該当する事実はないため、その余を検討するまでも無く、同号の要件を満たさないことが明らかである。

4 以上より、V供述には証拠能力が無い。

第2 設問2

1 本件レシートは、公判廷外で作成された書面を、作成者の供述に代えて公判廷に顕出させるものであるから、伝聞証拠に該当して証拠能力が否定されるのではないか問題となる。

2 まず、本件レシートの伝聞証拠該当性について、設問1で述べたのと同じ基準で検討するに、本件レシートの要証事実は、立証趣旨から「Aが凶器を購入したこと」である。すると、Aがレシート記載の出刃包丁を購入したか否かという内容の真実性が問題となるの

<p>であるから、伝聞証拠に当たると言える。</p> <p>3 もっとも本件レシートについて、323条3号の書面に当たらないか、同号の「特に信用すべき情況」の存在を検討する。</p> <p>同号の趣旨は、当該文書の客観的・性格上類型的に信用性並びに必要性の高いものについて証拠能力を付与するものである。</p> <p>これを本件レシートについてみるに、本件レシートは大型量販店のレシートで、客の要求の有無にかかわらず、販売の都度機械的に作成されるものであり、作成内容に過誤があれば取引の過程で直ちに訂正されるものであるから、記載内容の信用性は類型的に極めて高い。また、作成者たる店員を尋問するよりも本件レシートの記載の方が正確性も高く、証拠採用の必要性も高い。</p> <p>よって、本件レシートは、323条3号の文書に当たる。</p> <p>4 以上より、本件レシートは伝聞証拠に該当するものの、323条3号の要件を充たすため証拠能力を有する。</p> <p>第3 設問3</p> <p>1 W調書は、Wの公判廷外の供述を内容とするものであるから、伝聞証拠に該当し、証拠能力が否定されないか。</p> <p>この点について、設問1と同じ基準で検討するに、本件の争点はAの犯人性であるところ、犯人の特徴に関するWの供述は、犯人とAの特徴の一致を要証事実とするものと考えられる。</p> <p>従って、W供述の内容の真実性が問題となるため、W調書は伝聞証拠に該当する。</p>	<p>2 もっとも、W調書について、321条1項2号の要件を充たさないか。同号前段は「所在不明」により公判期日において供述できない場合を挙げているが、同号が伝聞法則の例外規定であることからして、「所在不明」とは一時的なものでなくある程度継続的なものである必要があると解する。</p> <p>本問についてみるに、Wは、4カ月以上にわたって職場を無断欠勤し、家族も一切連絡が取れないということであるから、その所在不明に継続性があり、同号の「所在不明」の要件を充たす。なお、条文中求められていないため、同号前段の場合に特信情況は不要と解する。</p> <p>よって、W調書は同号の要件を充たす。</p> <p>3 なお、W調書は、公判前整理手続終了後に証拠請求されようとしているところ、証拠調べ請求の制限（316条の3第1項）によって制限されないかについて、同条の定める「やむを得ない事由」の存否が問題となるが、W調書を証拠請求できなかった理由は伝聞証拠に該当したためであり、公判前整理手続終了後の現在に至ってWの所在不明が発覚し、伝聞例外として証拠請求できるようになったのであるから「やむを得ない事由」がある。</p> <p>4 以上より、W調書は伝聞証拠に該当するものの、321条1項2号の要件を充たすため、証拠能力を有する。</p> <p>よって、裁判官はW調書を証拠採用することができる。</p> <p style="text-align: right;">以上</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2020年4月5日

担当：弁護士 井口賢人

予備試験答案練習会(刑事訴訟法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(20)		
○問題提起		2	
※伝聞証拠の定義		2	
※伝聞証拠禁止の趣旨		2	
※伝聞証拠が要証事実との関係で決まること		1	
再伝聞に対する言及		2	
要証事実の認定		1	
√供述が伝聞に当たることへの言及		2	
伝聞例外の検討		3	
○結論		2	
○裁量点		3	
〔設問2〕	(15)		
○問題提起		2	
伝聞証拠に関する言及		1	
要証事実の認定		1	
伝聞証拠該当性に関する検討		2	
伝聞例外の検討		4	
○結論		2	
○裁量点		3	
〔設問3〕	(15)		
○問題提起		2	
伝聞証拠に関する言及		1	
要証事実の認定		1	
伝聞証拠該当性に関する検討		1	
伝聞例外の検討		2	
公判前整理手続終了後の証拠提出に関する論述		3	
○結論		2	
○裁量点		3	
合 計	(50)	50	

刑事訴訟法Ⅱ 解説レジュメ

第1. 出題の趣旨

本問は、設問1から設問3まで、伝聞法則に関する基礎的な知識を問うものである。本問に複雑な論点は存在しないが、伝聞法則及び伝聞例外の理解を基に時間内にこれらを正確に論じる必要がある。

伝聞法則は、刑事訴訟法において公判分野の大きな論点の一つであり、受験生の苦手意識の強い範囲であると考えて出題した。予備試験の刑事訴訟法は捜査分野の出題が多く、また直近で公判分野から出題されたのは訴因に関する問題であったから、いつ伝聞法則が出てもおかしくない状況でもあるので、各受験生はよく学習をしておいて欲しい。

第2. 伝聞法則について

1 伝聞法則

(1) 伝聞証拠の定義

伝聞証拠の定義について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、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない。」と定める。前者は、“供述代用書面”と呼ばれるもので、後者は“伝聞供述”（また聞き）である。

しかし、この規定を形式的に使うと、伝聞証拠禁止の趣旨に反しないような供述証拠についてですべて、320条1項で証拠能力が失われてしまう。

そこで、通説（形式説）は、結論の妥当性を導くために320条1項の文言に加え、「供述内容の真実性を立証するためのもの」という明文に無い要件を付している。

余談であるが、伝聞法則の理解を複雑にしているのは、“供述証拠”に関する定義が説によってまちまちであることにあると思われる。この点について、自分が各概念をどのように定義しているのか（理解しているのか）を整理しておかないと、正確な論述ができない。この点については、「太田茂（2017）『実践 刑事証拠法』成文堂」に詳しい説明があるので、伝聞法則に苦手意識のある受験生は是非とも読んで欲しい。

また、本問では直接問題にはならないが、伝聞法則の適用の無い供述（いわゆる非伝聞）についても、何故それに伝聞法則の適用が無いのかの説明の点で、論者によってややバラつきがあり、結論は同じだが理由付けが異なるというケースもあり、受験生の理解の妨げになっている部分もあるかと思われる。

本解説は、供述証拠を“人の供述を内容とする証拠”と広く捉える見解に基づいている。

(2) 伝聞法則の趣旨

供述証拠は、知覚、記憶、叙述（表現）の過程を辿るのが一般的であるが、これらの過程には誤りが混入する虞があるため、反対尋問等によって各過程の正確性を吟味・確認しなければ供述の内容が真実か否かを明らかにすることができない。

この点、供述代用書面や伝聞供述の場合、知覚、記憶、叙述（表現）の過程の吟味ができないので、事実認定を誤る危険を防止するために、かかる証拠を類型的に排除しているというのが伝聞法則の趣旨である。

(3) 伝聞証拠該当性の判断基準

伝聞証拠は、要証事実との関係で原供述の内容の真実性を立証するものである場合に該当する。判例上も「要証事実と当該供述者の知覚との関係により決せられる」（最判昭和38年10月17日）との基準が示されている。従って、伝聞証拠の問題を論じる場合には、常に、要証事実が何であるかを意識しなくてはならない。

なお、要証事実について補足をする、ある証拠による直接の立証事項を指し、要証事実は一義的にはその証拠の取調べを請求する当事者が示す立証趣旨に沿って把握されるものであるが、証拠決定の権限を有する裁判所は必ずしもその主張に拘束されるものではない。

(4) 伝聞例外

320条1項に「第321条乃至第328条に規定する場合を除いては、」と規定されている通り、伝聞証拠であっても、伝聞例外に当たる場合は証拠能力を有する。

伝聞例外にはいくつかの種類があり、基本書によって区別の仕方が異なる場合があるが、便宜上、以下のように分けるのが良いかと思う（前掲『実践 刑事証拠法』を参考にした区別）。

①高度の信用性があるために無条件で伝聞例外になるもの

- ・ 321条2項（公判での証人尋問調書等）
- ・ 322条2項（公判での被告人質問調書等）
- ・ 323条各号（戸籍謄本、会計帳簿等）

②信用性が相当程度高いので緩やかな要件の下で伝聞例外になるもの

- ・ 321条1項1号（裁面調書）
- ・ 321条3項、4項（検証調書、鑑定書）
- ・ 322条1項（被告人の供述書ないし供述録取書）
- ・ 324条1項（被告人供述の又聞き）

③ある程度の信用性があるので、一定の要件の下で伝聞例外になるもの

- ・ 321条1項2号書面（検面調書）

④類型的に信用性が低い、個別の事情と必要性が厳しく吟味された上で初めて伝聞例外となるもの

- ・ 321条1項3号（員面調書）
- ・ 324条2項（又聞き）

⑤その他

- ・ 326条（同意書面）
- ・ 327条（合意書面）
- ・ 328条（弾劾証拠）

321条1項各号については、次の通りに整理するのが良いかと思われる。
理解の上では、3号書面が原則的な形であると考えべきであろう。

	必要性	特信情況
1号書面	供述不能 又は 不一致供述	×
2号書面	【前段】供述不能	×
	【後段】不一致供述	相対的特信情況
3号書面	供述不能 かつ 証明に不可欠	絶対的特信情況

第3. 設問1

V供述は、「K刑事から「Aは自分の犯行を認め、取り調べにおいて『金を出せ、騒ぐと殺すぞ。』と言って脅したと供述している。」と聞いた」というものである。

したがって、かかる供述には、A→Kの過程と、K→Vの過程があるので、これがいわゆる再伝聞に当たることを指摘する必要がある。

再伝聞の許容性について、判例・通説は、再伝聞の各過程について吟味し、各過程に321条乃至324条の要件が備わっていれば証拠能力を肯定している。

ところで、本件の争点はAの犯人性である。よって、V供述の要証事実“Aが犯人であることを認めていたこと”と捉えるべきである。かかる要証事実との関係で、上記供述はその内容の真実性が問題となるから伝聞供述に当たる。

この点、A→Kの過程においては、324条1項が準用する322条1項の要件を検討することになるが、V供述は、Aが自身の犯人性を認めている内容であるから、不利益な事実の承認にあたり、任意性が否定されない限り、証拠能力を付与されることになる。

他方、K→Vの過程においては、324条2項により、321条1項3号の要件を充たさなければならぬが、K刑事については少なくとも供述不能という事情が無いので、かかる要件は満たさないと云わざるを得ない。

よって、Vの下線部供述部分は、伝聞法則（320条）により排除される。

第4. 設問2

本問の要証事実については、検察官の立証趣旨通り、Aが凶器を購入したこととなろう。即ち、Aは犯人性を争っているところ、Aが犯行前日に購入した出刃包丁と、凶器の出刃包丁が同一であることを立証することで、Aの犯人性推認の間接事実とする目的がある。

この点、当該レシートには、レシート作成者（レジ担当者）が、“4月4日〇時〇分にAが特定の出刃包丁を〇〇円で購入した”ということについて知覚記憶し、それをレシートの形で叙述したものであり、まさにAが特定の出刃包丁を購入したか否か、即ち内容の真実性が問題となるのであるから、伝聞証拠に当たる。

なお、要証事実を“本件レシートの存在、形状、記載事項”に限ることで、非供述証拠（証拠物）として証拠採用する方法も一応考えられるが、本問で検察官は“凶器の購入”を立証趣旨としているし、争点が犯人性であるとすれば、本件レシートの存在、形状を要証事実と認定する理由はないであろう。

そこで伝聞例外について検討すると、323条3号の「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」の該当性について検討することになる。

同号は、「当該文書の客観的性格上典型的に信用性並びに必要性の高いものにつき証拠能力を付与する規定」と解されている。

この点、大型量販店におけるレシートは、客の要求の有無に関わらず機械的に作成されるものであり、過誤があれば取引の過程等でそれが発覚し、直ちに訂正されるものであって作成者の過誤が介入する余地が無いから典型的に信用性が高く、他方で、作成者の供述よりも正確性・信用性が高く証拠採用の必要性が高いものであるから、323条3号の文書に該当するものと考えてよい。

以上の通りであるから、伝聞証拠であるものの伝聞例外にあたるので、証拠採用が可能であるという結論となろう。

なお、本件レシートは大型量販店で機械的に作成されたものと思われるレシートであるというのがポイントである。例えば、個人店の領収書の場合、「カラ領収書」が存在することもあり、特信性が肯定できない場合も多く存在する（例えば、東京地決昭56・1・22では、コンサルタント料の領収書について同号該当性を否定している。）。

仮に同号に該当しないと考えた場合には、321条1項3号を検討することになるので、証拠能力がないものとなる可能性が高いであろう。

※採点に関しては、323条3号で検討した場合と、321条1項3号で検討した場合のいずれも理由付けが適切になされていれば同程度に点数を付与する。

念のために323条2号について述べると、レシートは客に対して商品購入の証拠として交付するものであり、同条にいう「商業帳簿」には当たらない。また、「その他業務の通常の過程において作成された書面」については、規則的、機械的、連続的に作成されるものに限られているところ、売買の度に個別的に作成されるレシートは、一般的にこれに当たらないものと考えられている。

第5. 設問3

1 伝聞証拠・伝聞例外について

W調書は、Wが目撃した犯人の特徴を内容とするものである。本件の争点はAの犯人性であるところ、要証事実は目撃した犯人の特徴及びAの犯人との特徴の一致であるといえる。すると、W調書のうち、Wが目撃した犯人の特徴に関する供述の真実性が問題となるため、同調書が伝聞証拠に当たることは明らかである。

なお、念のために補足をすると、W→検察官という供述過程については、Wの署名押印によって消滅する。（本問では、Wの署名押印がある旨は明記されていないが、証拠提出が検討されている供述調書である以上、当然に署名押印はあるものと思われる。）

そこで伝聞例外を検討することになるが、検討すべきは321条1項2号書面である。

本問は所在不明のケースであるので、2号前段が問題となる。2号前段の「所在不明」の意義は、一時的なものを含まず、相当な手段を尽くしてもなお所在が判明しない場合をいうものと解されているところ、Wは4カ月程度、行方不明で連絡も取れないとのことであるから、「所在不明」に当たると考えて良いだろう。

なお、2号前段書面に特信性を要求するかについては、これを要求する学説も存在するが、判例は特段要求していない（参考：最大判昭和27年4月9日）。

以上の通りであるから、W調書は321条1項2号により証拠能力を得るであろう。

2 公判前整理手続終了後の証拠提出について

上記に加え、証拠が公判前整理手続終了後に提出される場合、証拠調べ請求の制限にかかるのではないかを検討する必要がある。

この点、公判前整理手続終了後の証拠請求には、「やむを得ない事由」が必要となる（316条の32第1項）ところ、本問についていえば、証拠自体は公判前整理手続時点で存在していたものの、この時点では伝聞証拠であり、弁護人からの同意も得られなかったため提出ができない状況にあった。その後、公判前整理手続終了後になって、Wの所在不明が判明し、初めて321条

1項2号による提出の可能性が出てきたものであるから、「やむを得ない事由」があると考え
べきであろう。

【参考文献】

- 植村立郎（2017）「骨太刑事訴訟法講義」法曹会
井上正仁ほか（2011）「刑事訴訟法判例百選〔第9版〕有斐閣
廣瀬健二編（2013）「刑事公判法演習 理論と実務の架橋のための15講」立花書房
古江頼隆（2011）「事例演習刑事訴訟法」有斐閣
太田茂（2017）『実践 刑事証拠法』成文堂
椎橋隆幸ほか（2018）『実務家に必要な刑事訴訟法 入門編』弘文堂

以 上

2020年4月5日

担当：弁護士 井口賢人

最優秀答案

回答者 KM 30点

第1 設問1

1. V供述は、K刑事の公判期日外の供述を内容とするものであるところ、伝聞証拠にあたり、伝聞法則（320条）により証拠能力が認められないのではないか。そこで伝聞証拠にあたるか否かの判断基準が問題となる。

（1）そもそも、伝聞法則の趣旨は、供述証拠が知覚・記憶・叙述の過程に誤りが介在して、証拠とされるところ、これを反対尋問等により、真実性・正確性を担保する必要があるが、伝聞証拠には、かかる反対尋問等がなし得ない。故に、伝聞証拠の証拠能力が否定されるのである。

そこで、伝聞証拠は、公判期日外の供述を内容とするものであって、要証事実との関係で、内容の真実性が問題となる証拠をいうと解する。

（2）そして、本問では、V供述の内容として、K刑事だけでなく、Aの供述をも内容としているため、再伝聞にあたり、再伝聞の証拠の証拠能力が認められるか問題となるも、再伝聞の証拠の証拠能力を排斥することは文理上、根拠に乏しく厳格な審査によって、伝聞証拠の証拠能力は認められるため、再伝聞の証拠の証拠能力を認めても不合理ではないため、証拠能力が認められ得る。そこで、供述の各過程において、伝聞性が払しょくされている場合、再伝聞の証拠の証拠能力が認められる。

（3）まず、Aの供述部分については、その供述の内容の真実性が問題となっているのではなく、その供述自体により、被害者は反抗を抑圧されるため、供述の存在が問題となっている。よって、この部分は、非伝聞証拠にあたり、伝聞性は問題とならない。

そして、K刑事の供述部分は、Aの犯人性という要証事実との関係では、Aが自己の犯行を認めているかは問題となるため、内容の真実性が問題となり、伝聞証拠にあたる。

（4）もっとも、伝聞例外（321条以下）により、例外的に証拠能力が認められないか。

ア. K刑事の供述部分は、324条2項、321条1項3号の要件をみたす場合

伝聞性が払しょくされる。

- イ. 本件では、Aは、当初と異なり犯行を否認しているところ、その後、も公判廷で供述を得られない場合は、321条1項3号前段の、原供述者の供述を得られない場合の典型事由と同じように供述を得られない場合にあたることになる。

よって、特信情況が認められる場合は、V供述の伝聞証拠が認められる。

第2 設問2

- 1. 本件レシートは、伝聞証拠にあたり、証拠能力が認められないのではないか。
 - (1) 前述の基準を用いて伝聞証拠にあたるか検討する。なお、当事者主義(256条6項, 298条1項)の観点から、立証趣旨は、証拠価値が認められない場合でない限り、そのまま要証事実となると解する。
 - (2) Aが凶器を購入したことは、Aの犯人性については、間接事実にあたるため、証拠価値があり要証事実となる。そしてかかる要証事実との関係では本件レシートの内容の真実性が問題となり、本件レシートは、レシート作成者の公判期日外の供述を内容とするものであるから伝聞証拠にあたる。
 - (3) もっとも、伝聞例外として、証拠能力が認められないか。
 - ア. まず、本件レシートは、規則的、機械的に作成されるものでないから323条2号にあたらず、そして、1号, 2号と同程度の高度の信用性があるともいえないので3号にもあたらない。
 - イ. そして、321条1項3号の供述不能事由もないためかかる要件をみたまない。
- 2. したがって、本件レシートは、伝聞証拠にあたり証拠能力が認められない。

第3 設問3

- 1. W調書は、Wの公判期日外の供述を内容とするものであり、伝聞証拠にあたり、証拠能力が認められないのではないか。
 - (1) 前述の基準に従って伝聞証拠にあたるか検討する。
 - (2) 本件では、Aの犯人性という要証事実との関係では、Wの目撃した犯人の特徴等の供述は、内容の真実性が問題となる。
 - したがって、伝聞証拠にあたる。
 - (3) もっとも、伝聞例外により証拠能力が認められないか。
 - ア. W調書は、321条1項2号の要件をみたすか。

- イ. Wの不出頭は、Wが夜逃げが理由であり、また、その後、Wと家族すら、一切連絡が取れなくなっているため、同号前段の「所在不明」にあたる。
 - ウ. そして、検察官は、被告人の反対当事者であり裁判官のような、公平な立場にないため、同号前段の場合でも、特信状況が必要と解する。また、特信状況の有無については、検察官の反対当事者という地位から、外部的事情によって、判断すべきであり、調書の内容は、かかる外部的事情を推知するための一資料とする場合にのみ、判断の基準に用いることができる。
 - エ. したがって、特信状況が認められる場合伝聞例外にあたり、証拠品が認められる。
2. よって、この場合、W調書を証拠として採用することができる。

以 上

採点講評・補講

(2020年4月5日・刑事訴訟法Ⅱ)

第1 はじめに

答案を提出された皆様、お疲れ様でした。この度の緊急事態宣言を受け、このような形で講評を行うこととなりました。本来は、皆様の前で講義を行う予定だったのですが、残念ながらそれがかなわなかったため、本レジュメをもって講義に代えたいと思います。

本来、当日に話そうと思っていた内容を補講として入れておきますので、少々冗長な内容になってしまっていますが、お時間のあるときにお読みいただけたら幸いです。

第2 採点雑感（総論）

本問は、解説レジュメに書いた通りに伝聞法則の基本的な問題を出題したものであり、難しい問題を出したつもりはありませんでした。

設問1にはひっかけ的部分が、設問2と設問3には多少マイナーな論点（条文）が入ってはおりますが、それを抜いても基本的なことが書けていない答案が多かった印象です。受験生全体が苦手な分野ではあるので、きちんと復習をしてほしいと思います。

他方、問題が基本的なものだったため、何を書いたらいいのか分からなかった（論点が見つからなかった）のだらうという答案も多くみられました。実際の試験でもこういうケースはあり得ます（さすがに、本問ほどストレートなものはないでしょうが）。

その場合、きちんと基本に立ち戻り、丁寧に論述をすればよいのです。本問でいえば、伝聞証拠とは何か、要証事実とは何か、この証拠はどういう形で使われるのか、伝聞なのか非伝聞なのか、伝聞だとしたら伝聞例外の適用はあるのか、伝聞例外の要件は何か、本問でこれを満たすのか、基本的な条文適用を検討するだけでもこれだけ書くことができます。

論述試験は結論を導く過程が大事なのであって、その過程を丁寧に書かなければ点数がつかないということは肝に銘じて下さい。

また、今回に限った話ではありますが、ワード文書の答案と手書きの答案（PDF）が提出されています（割合でいえば7：3くらいでしょうか）。このうち、前者に明らかな誤記が散見されました。司法（予備）試験は手書きですから、このような問題はないでしょうが、パソコンで文書作成をすると思わぬ誤記（変換ミス）をやるので、気を付けるようにしてください（自戒の念も込めてです）。

第3 補講

伝聞法則は難しいということが一般に言われますし、私も受験生だったころ苦手意識を持っていた気がします。やはり、今回提出された答案の中には、伝聞証拠の基本的な理解がかなり怪しいという答案も見られました。そのため、できるだけ平易な言葉で伝聞証拠について考えてみたいと思います。

1 そもそも供述証拠って？

伝聞法則の難しさ（ややこしさ）の原因の一つは、用語の定義が論者によってまちまちであることが挙げられるでしょう。解説レジュメにも書きましたし、参考文献も挙げましたが、“供述証拠”について改めて考えてみましょう。

供述証拠の定義は論者によってまちまちなのですが、私は受験生の時から、「人の供述を内容とする証拠」と理解しています。しかしながら、“人の供述を内容とする証拠であって、供述内容の真実性を立証するためのもの”という定義をする論者もいます（どちらかと言えばこちらが多数説かもしれません）。

この場合は、供述証拠≡伝聞証拠という整理になりますので、供述証拠だが伝聞法則の適用がない（＝非伝聞）という概念がなくなるのだと思いますが、いずれにせよ自身の理解を再確認しておいてください。本問では問題になりませんが、伝聞・非伝聞が問題になるケースで、説明があやふやになる人は、だいたいこの辺りに原因があります。

さて、一般に供述証拠には、知覚・記憶・叙述（表現）の過程があり、それぞれに誤りが介在しやすいといわれています。

要するに、知覚には“見間違い”が、記憶には“記憶違い”が、叙述（表現）には“言い間違い”が生じます。隣接分野に“法と心理学”という学問分野がありますが、人間の目撃供述（犯人識別供述）というのがいかにいい加減で脆弱なものかというのは、多くの実験で証明されています。そのため、せめて正確性のチェックをしなくてはならず、これが反対尋問です。ですので、反対尋問のテストを経ない供述というのはそもそも信用性が乏しいわけです（言いつ放しなら何とでも言えます）。また、間違いではなくても、ニュアンスの違いとか、表現の巧拙とかで伝わり方が違うというケースもあり、反対尋問というのはそういったものをきちんと明確にするという役割もあります。

例えば、被告人Aが犯人性を否認している事件で、Vが証人となり「犯人を見た。Aが犯人だ（Aと犯人が同一人物だ。）」と言っているケースを考えて下さい。

この場合、Vに対して視認状況その他を聞くことで、見間違いか否かを確認するこ

とができます。また、Vに対してAとの面識や、その後の取り調べ過程等を聞くことで、Vの記憶が正しいか、思っている犯人像が第三者（警察など）によって変えられていないかを確認することができます。そのほか、VがAを犯人と断定しているのか、Aと特徴が一致しているという話なのか、Aかもしれないというレベルなのかも確認し、叙述のニュアンスも確認ができます。

しかし、証人がBという別の人で、「Vが、『Aが犯人である』と言っていた。」という又聞き証言が問題となる場合はどうでしょうか。この場合、Bに何を訊いても「いや、Vさんがそう言っていただけだからね。私は細かいことは知らないよ。」と言われてしまって、供述内容の吟味が全くできません。

これは書面の場合でも同じです。「犯人の特徴は〇〇だ。Aが犯人だ。」というVの手記なり調書なりが単に存在したとして、肝心のAが法廷に出てこなければ、その記載（供述）の過程に誤りがないかを確認する術がありません。

基本書によっては、原供述を用いるか否かというような書き方をしているものもあるかもしれませんが、上でいうとVさんが原体験者・原供述者です。要するに、Vさんを法廷に引っ張り出さなければ、供述内容の吟味ができないので、Bさんという原体験者・原供述者ではない人が出てきても困るのです。

この辺りも伝聞を複雑にしている要素の一つで、色々な基本書（参考書）を読んでいると、説明の仕方が違って混乱することがあります。各著者は、学生が分かりやすい説明を模索して色々書いているのですが、たくさん読みすぎるとかえって混乱するかもしれません。ただ、ここは議論（論争）があるという話ではなく、定義の仕方が違うか、説明の仕方が違うだけですので、言っていることはだいたい一緒なはずです。

伝聞法則の定義については色々ありますが、要するに“上のような問題を孕む供述は、そのまま証拠にしたらいけないよね。だから典型的に禁止するよ。”というのが趣旨です。国家による刑罰権の発動というのは非常に重いものですから、“又聞き”のようないい加減な証拠でやってはいけない訳です。民事はつまるところ民・民の話ですし、モノカカネの話ですから、又聞きであっても、それは証拠価値（証明力）の問題として考えれば良いということになりますが、刑罰権の発動は国家が人権を一部ないし全部剥奪する手続ですので、厳格でなくてはなりません。

2 “原供述の内容の真実性を立証する場合”とは

一般に、伝聞証拠は、要証事実との関係で原供述の内容の真実性を立証する場合にこれに該当するといわれます。この点についても、曖昧な理解をされている方が多い印象を受けました。

昨今の情勢をみるに、不謹慎であり好ましい事例ではないと思いますが、例えば、「XXX」という危険な感染症があるという事例を考えて下さい。この事例の下で、Aが、好意を抱いているキャバクラ店勤務のVに対して嫉妬心を抱き、Vが他の男性に対して接客等をしないように同店に行き、「俺はXXXに雇っている。お前が他の男と接触するなら、俺がXXXウィルスをまき散らして仕事ができないようにしてやる。」と言ったとします。

この場合、業務妨害やら強要やらという関係では、上の発言の存在自体が問題です。Aが本当にXXXに罹患しているかどうかは問題ではありませんし、脅迫を受けたVこそが脅迫の原体験者であると言ってもいいでしょう。

Aが真実XXXに雇っているかどうかは問題ではないので、AがXXXに雇った体験とか、陽性と診断された体験とか、そういった過程（知覚・記憶）は問題にならず、“VがAから上の発言を受けた”ということ（それに関する知覚・記憶）の真実性が問題になります。

この場合、Vが証人として法廷に出てくれば、上のAの発言を供述し、弁護人も聞き違いやら、Aを陥れる動機が無いかやらを確認すれば足りるという話になります。この場合は伝聞になりません。

他方、上記の後にVが誰かからウィルスをうつされて実際にXXXに雇ってしまい、Aが傷害で起訴されている場合を考えて下さい（実際に起訴できるか・有罪にできるかは措くとして）。この場合、まさに“Aが、XXXに雇っていたか”が問題です。

さて、Vが上の発言を供述することによって、AのXXX罹患を証明することはできるでしょうか。Aの上記発言自体を間接事実とする（そういうことを言っているのだから、恐らく雇っていたのだらうと推認させる。）という考え方もありますが、証明としては弱いと言わざるを得ません。

やはり、Aに対して直接、どうして自分がXXXに雇っていると思っていたのかとか、症状はどうかとか、検査は受けたのかとかを訊かなければならず、これはVに質問しても仕方ありません。したがって、この場合はVの供述というのは所詮又聞きであって、病気に雇ったという体験をしたAに対して質問をしなければ話にならないということになり、伝聞であると考えられることになるでしょう。勿論、Aが否認しているケースでの話でしょうから、本来ならば診察医を探すとか、V供述を伝聞例外で採用するなりなんなりという話になると思いますが、それは別の問題です。

要するに一つの発言でも、要証事実（証明したいこと）が違えば全く別の側面が出てくるという話です。そうすると、“要証事実が明確になっていないままに、伝聞・非伝聞を論ずること”というのはできません。Vが「Aは『俺はXXXに雇っている』

と言いました。」と発言した場合に、これが伝聞か非伝聞か論ぜよと単に言われたら、それは要証事実によるから決められないという話になります。

少々長くなりましたが基本を再確認してもらうとともに、答案においても必ず要証事実の認定をしなければならないことを理解してください。これをしないままに、伝聞・非伝聞を論じることは、理屈からしてできないはずです。なお、要証事実は一義的には立証趣旨から把握されます。この辺は、基本書や判例を各自で確認しておいてください。

第4 採点雑感（各論）

1 設問1

(1) 出題の趣旨

本設問は、再伝聞についての理解を訊いています。上で述べたような伝聞法則の趣旨や、伝聞過程を丁寧に論じて欲しかったのが一つと、要証事実の認定をきちんと欲しかったというのが狙いです。また、後述の通り一部ひっかけのなところがあるので、要証事実の認定を丁寧にやらしてもらえないと間違えるようになってきています（狙ったわけではないですが。）。

(2) 要証事実の認定について

さて、設問1において要証事実（というか、Vの発言の趣旨）は何と考えるべきでしょうか。Vの発言は、恐らく偶発的なもので検察官が狙って引き出したものではないでしょう。

そこで、本件の争点について考えると、Aは自身が犯人であること（犯人性）を否認しています。犯人性というのは、要するに“犯人は〇〇である。”、“Aは〇〇である。”、“よって、犯人とAは同一である。”という過程を証明するわけです。突き詰めると、犯人が何をやったかという話ではなく、Aが犯人と同一であるか否かという問題です。

頂いた答案の中には、“脅迫の存在そのもの”というような要証事実の認定をしている方が多数いらっしゃいました。しかし、“犯人が〇〇と言って脅迫したこと”自体が本問の状況で意味を持つでしょうか。Aは、“犯人が何をしたのか知らないが、俺は別人物で全く知らない。”と言っているのですから、脅迫の存在そのものや文言というのは問題ではありません。問題は、Aが犯人かどうかですし、発言内容は要するにAが犯人であることを認めた（自白した。）というものです。

そうであるとすると、要証事実、“Aが犯人であること”とみるべきなのではないでしょうか。

(3) 再伝聞について

その上で、V供述を正しく分析してほしいのですが、A→K→Vという過程があることをきちんと指摘できていた答案は全体の6割程度、それに加えてきちんと各過程の検討をしていた答案は2～3割程度でしょうか。

この点、要証事実は脅迫の存在そのものと認定したうえで、どこかの供述過程が非伝聞であるとしている答案がいくつか見られました。これがまさにひっかけのような話で、狙ったわけではないのですが、脅迫文言＝非伝聞（非供述証拠）という理解をしている人が思いのほか多いと感じました。

落ち着いて考えてほしいのですが、脅迫やら名誉毀損の文言が非伝聞になるのは、上の補講で述べたように、その発言の存在自体が意味を持つものであって内容の真実性を立証するべきものでないとか、当該発言を受けた人が原体験者・原供述者だから非伝聞という話です（論者によって説明が違い得るのですが、解答においては自分の基本書にのっている説明の仕方で良いです）。

でも、このAのKに対する発言は、それ自体は脅迫でも何でもありません。Aが「私は（かつて）こんな発言（行為）をしました。」と後から事実を述べている（自白している）のですから、当然、そんなことを本当にやったのかという内容の真実性が問題になりますし、当該行為を行った後の発言ですから知覚・記憶の過程もありますし、発言したAが原体験者・原供述者です。

ですので、A→Kの過程も伝聞と考えなければなりません。

そのうえで、伝聞例外を検討してもらって、自白だから324条1項が準用する322条1項の要件を満たす（或いは、これを阻害する事情が問題文中にない）と書いてくれればよかったです。

更にこの問題は再伝聞なので、K→Vの過程も伝聞法則の適用を検討しなければなりません。上記の通り、V供述が伝聞であると考え、こちらも伝聞例外を検討することになり、324条2項により、321条1項3号を検討しますが、こちらは要件を満たさないで伝聞法則により、V供述は排除されなければならないということになります（具体的には、V供述部分を含む質問が撤回され、質問と応答は尋問調書に残らないことになります）。

この過程の検討ができておらず、単に伝聞とか、伝聞例外とかそういう雑な議論になってしまっている答案が多かったです。特に、ここで全体として伝聞例外を認めた答案については、A→Kは自白なので百歩譲っていいとして、K→Vの過程について、取調でのAの供述を、何故、又聞きでVから聞かなければいけないのか、取調官たるKが法廷で供述すれば良いはずであって（取調べ過程での自

白をそのように立証していいのかという別問題はありますが。)素人的に考えてもおかしいと思うべきでしょう。

2 設問2

本問については解説レジュメに書いた通りで特に補足することはないのですが、323条を指摘できている答案が予想よりも多くありました。他方、どうして323条を検討しなければならないのかを書いている答案が何故か少数で、いきなり323条が出てきて、伝聞例外なので証拠能力ありと結論付ける答案が多かったです。323条は言うまでもなく伝聞例外であり、伝聞法則の適用が無ければ出てきません。この辺りの過程を飛ばしている答案にはいい印象を受けません。丁寧な論述を心掛けて下さい。また、本問は同条2号ではなく3号の適用を検討すべき事案ですが、この辺りの検討も薄い答案が多かったです。

また、非供述証拠(証拠物)であるという答案も少数ですがありました。この点について補足すると、本件のようなレシートや契約書等を証拠物(非供述証拠)とする考え方もあり得ます。ただ、一般的には供述証拠としての用法が認められない場合に限った話ですので、伝聞・伝聞例外の検討はやはり必要になるでしょう。また、この場合は立証趣旨をその存在、形状及び記載事項等に限ることになりますから、このレシートに記載された供述内容である“何者かの包丁購入”という事実は、直接証明できません。別途何らかの形(店員の尋問等)でこれを証明し、その尋問の中で、証拠物たる本レシートを補助的に示す程度の使い方になるでしょう。

また、“領収書それ自体が原証拠であり、元来320条1項の適用のない証拠である”という見解や、“領収書の存在自体が証拠価値を有するので伝聞証拠に当たらない”という見解も確かにありますが、いずれも多数説とまではいえませんから、少なくともそういう見解に立つのであれば、その旨をしっかりと説明をしなければならないでしょう。そういう意図で書かれた答案もあったかもしれませんが、私が読んだ限りそのような理解ができる答案はありませんでした。

そのほか、特信文書を認定した答案について、本件レシートの特徴を指摘できていた答案はごく少数でした。解説レジュメに書きましたが、飲食店の手書きのレシート等の場合は、特信文書であることを否定するのが一般的な理解です。大型量販店のレシートであるということがポイントなので、気を付けてください。

3 設問3

設問3も解説レジュメに書いた通りで特に補足することはありません。公判前整理手続終了後の証拠提出であることについて正確な論述をしていた答えは1通、抽象的ながら時期に後れていると指摘をした答えが1通で、他は触れられていませんでした。択一でも出題可能性のある事項なので、復習をしておいてください。

本設問のメインは、321条1項2号の検討ですが、これが丁寧になされていた答えは少なかった印象です。条文間違いの答えもありましたし、伝聞証拠である旨の認定もないままに伝聞例外に飛んでいる答えもありました。Wの所在不明についても、事実がきちんと問題文にあるので上手く使って欲しかったところですが、単に「所在不明」という結論（法的評価？）のみが書かれた答えが殆どです。

また、全体の2割程度だと思いますが、321条1項2号前段文書に特信性の検討をしている答えがありました。有力学説の立場ですが、判例は特に要求していません。

そもそも、2号後段書面は、3号と違って相対的特信状況で足りるとしています。相対的特信状況ということは、“前の供述（取調段階の供述）の方が、法廷供述と比較して信用できる”という話です。しかしながら、2号前段書面というのは供述不能ですので、比較対象がありません。そうすると、結局、3号同様に絶対的特信状況が必要になるということになります。すると、2号前段書面の方が、2号後段書面よりも必要性が高いのに、何故か前段の方が求められる特信状況が高度であるという不自然な話になります。

有力学説は、検察官は一方当事者なのでやはり何らかの特信状況が必要であろうという話をしているわけですが、2号前段にもストレートに特信状況（絶対的特信状況）が必要であるという立場をとっているわけではないと思います（私が知らないだけかもしれませんが）。いずれにせよ、2号前段書面で特信状況を検討するのは、判例と異なった立場ですので、説明の必要があると思います。この辺りを意識せずに、漫然と特信状況を検討していたのであれば復習をして欲しいと思います。

4 小括

採点した感想は上記の通りですが、全体的に丁寧な検討をしてくれている答えは少数でした。

①伝聞証拠の趣旨と定義を書く（条文指摘、解釈）→②要証事実との関係で適用が決まることをかく（規範定立）→③要証事実を認定する（あてはめ）→④問題となった供述が伝聞かどうかを検討する→⑤伝聞であれば伝聞例外を検討する、というステップを丁寧に書くように心がけてください。私の添削で、「丁寧な検討を心掛けてください。」旨のコメントを入れた答えについては、上記のステップのどれかが飛んで

しまっているはずですが。

なお、⑥として伝聞例外もダメな時に非供述証拠（物たる書面）としての用法を検討するのが実務ですが、試験的にはこれが有効なケースはそれほど多くないと思いますので、頭の片隅に置いておく程度で良いでしょう。

点数は参考程度に思ってください、基本事項が書けている答案に多く点を振っており、多少の誤記や論述の乱れには目をつぶって点を付けているので、おまけで点が入っている答案と、印象より点が入らなかった答案があります。

第5 最後に

このような未曾有の事態の中、今回の答練に参加して下さった皆様、ありがとうございました。司法試験（予備試験）も延期となり、先行きの見えない中で不安な日々を過ごしている方もいらっしゃると思います。何よりも健康が第一ですので、皆様くれぐれもご自愛ください。

法律家はこのような混乱の中で、困っている人と共に困難に立ち向かう仕事でもあります。今、健康で、経済的不安にも苛まれずに勉強ができているということは当たり前のものではなく、少なからず周囲の人に支えられてできているのではないのでしょうか。そういったことを忘れず、一生懸命に夢に向かって邁進してください。また、法律家になった暁には、困っている人のために戦える法律家になって下さることを祈っております。

質問はいつでも受け付けております。すぐに返信できるかまでは確約できませんが、頂いた質問にはきちんと答えるつもりですので、お気兼ねなくどうぞ。

皆様と実務の世界でお会いできることを楽しみにしております。

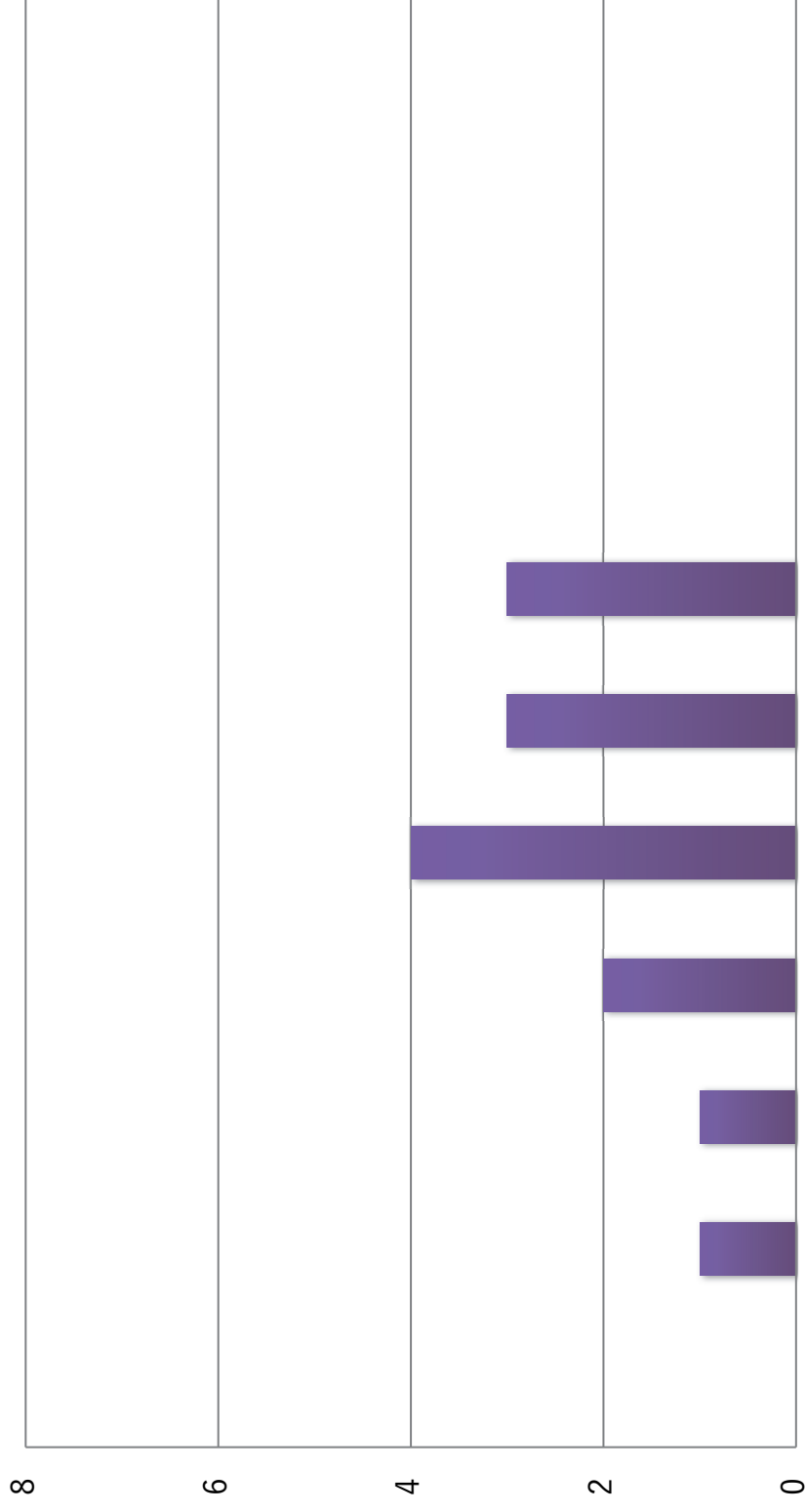
以 上

司法試験予備試験答案練習会 2020年4月5日分 得点分布表

刑事訴訟法Ⅱ

出席者 14名 平均点 18.4点

(人数)



(得点)

分布	人数
0	0
1~5	1
6~10	1
11~15	2
16~20	4
21~25	3
26~30	3
31~35	0
36~40	0
41~45	0
46~50	0