

## 平成元年旧司法試験刑事訴訟法問題参考答案

### 第1 (1)について

#### 1 丙の①の公判廷供述について

- (1) 丙の①の公判廷供述は、甲の公判期日外の供述を内容とすることから、「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」、すなわち伝聞証拠として、刑事訴訟法（以下略。）320条1項（伝聞法則）により、証拠能力が否定され、証拠とすることができないのではないかが問題となる。
- (2) 320条1項は、供述証拠は知覚、記憶、表現、叙述の供述過程を経て顕出されるものであるが、その過程において誤りが典型的に混入しやすいことから、その誤りを反対尋問等によって是正することができない伝聞証拠を原則として排除するものである。

そこで、320条1項により証拠能力が否定される伝聞証拠とは、公判廷外供述を内容とするもので、要証事実との関係でその供述内容の真実性が問題になるものをいうと解する。

- (3) 本件は、(強盗)殺人被告事件ではなく、強盗被告事件であることから、強盗罪（刑法236条1項）の構成要件該当行為である「脅迫」行為の存在、すなわち相手方の反抗を抑圧する程度の害悪の告知の存在が要証事実となる。

かかる要証事実との関係では、本当に甲が丙が騒いだら丙を殺したのかではなく、「騒ぐと殺すぞ。」という甲による発言それ自体、すなわち甲による「脅迫」行為それ自体の存否が問題となる。

したがって、丙の①の公判廷供述は、要証事実との関係で甲の供述内容の真実性が問題になるものではなく、伝聞証拠に当たらないため、320条1項によって証拠能力は否定されず、証拠とすることができる。

#### 2 丙の②の公判廷供述について

##### (1) 伝聞法則

ア 丙の②の公判廷供述は、甲及び警察官の公判期日外の供述を内容とするものであることから、「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」、すなわち伝聞証拠として、320条1項（伝聞法則）により、証拠能力が否定され、証拠とすることができないのではないかが問題となる。

イ 丙の②の公判廷供述が伝聞証拠に当たるか否かは、1(2)と同様の基準で判断する。

ウ 本件は強盗被告事件であることから、強盗罪の構成要件該当行為である「強取」が認められること、特に金14万円という財物が丙の意思によらずに甲の占有下に移されたことが要証事実となる。

かかる要証事実との関係では、本当に甲が14万円ばかりを取ったのかが問題となる。

したがって、丙の②の公判廷供述は、要証事実との関係で甲及び警察官の供述内容の真実性が問題になり、伝聞証拠に当たるため、320条1項により、証拠能力が否定され、証拠とすることができないのが原則である。

## (2) 伝聞例外

ア ここで、伝聞証拠に該当するものであったとしても、321条以下の伝聞例外の要件を充足する場合には、例外的に証拠能力が認められることとなる。

もっとも、丙の②の公判廷供述には、甲による供述過程と警察官による供述過程の2つが含まれており、いわゆる再伝聞の場合に当たる。

再伝聞の場合における証拠能力については、明示的に定めた規定は存在しないが、それぞれの供述過程について321条以下の伝聞例外の要件が充足されれば、信用性の情況的保障があるといえるので、再伝聞の場合にも例外的に証拠能力が認められる。

イ 本件では、まず、丙の②の公判廷供述は、警察官による供述過程を含むものであることから、「被告人以外の者の・・・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」として、324条2項により準用される321条1項3号により、①「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」ないこと（供述不能）、②「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」こと（不可欠性）、③「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」こと（絶対的特信状況）という要件の充足が認められる必要がある。

その上で、警察官の供述は、甲による供述過程を含むものであることから、「被告人以外の者の・・・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」として、324条1項により準用される322条1項により、①「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り」（不利益性）、かつ、「任意にされたものでない疑があると認め」られない場合（任意性）、若しくは、②「特に信用すべき状況の下にされたものである」場合（相対的特信状況）には、丙の②の公判廷供述は、伝聞例外として、証拠能力が認められ、証拠とすることがで

きる。

第2 (2)について

- 1 犯行に先立ち甲乙両名が決めた犯行計画を書き留めた乙のメモ（以下「本件メモ」という。）は、乙の供述を内容とした書面であることから、「公判期日における供述に代」わる「書面」、すなわち伝聞証拠として、320条1項（伝聞法則）により、証拠能力が否定され、証拠とすることができないのではないかが問題となる。
- 2 本件メモが伝聞証拠に当たるか否かは、第1. 1(2)と同様の基準で判断する。
- 3 本件が、甲が乙と共謀の上スーパーマーケットから現金を強取したとの甲に対する強盗被告事件であること、本件メモが甲ではなく乙によるメモであることから、要証事実甲と乙との間の共謀の事実であると考えられる。

かかる要証事実との関係では、作成者である乙が甲との謀議の内容を知覚・記憶した上でそれを表現・叙述するという供述過程を伴い、本当に甲と乙との間で共謀があったのかが問題となる。

したがって、本件メモは、要証事実との関係で乙の供述内容の真実性が問題になり、伝聞証拠に当たるため、320条1項により、証拠能力が否定され、証拠とすることができないのが原則である。

もっとも、本件メモは、「被告人以外の者が作成した供述書」に類似するものといえることから、321条1項3号の要件を充足すれば、例外的に、証拠能力が認められる。

以上

弁護士柳原佑多（新銀座法律事務所）

平成元年度旧司法試験（刑訴法）採点基準

1 (1)について (34点)

・丙の①の公判廷供述について (14点)

刑事訴訟法320条1項（伝聞法則）の指摘・・・2点

伝聞証拠の意義（規範定立）・・・6点

要証事実の検討・・・4点

要証事実を踏まえた上での伝聞証拠に当たるかの検討・・・2点

・丙の②の公判廷供述について (20点)

刑事訴訟法320条1項（伝聞法則）の指摘・・・1点

伝聞証拠の意義（規範定立）・・・1点

要証事実の検討・・・4点

要証事実を踏まえた上での伝聞証拠に当たるかの検討・・・2点

再伝聞の場合に当たることの指摘・・・2点

再伝聞の場合における証拠能力の考え方・・・6点

刑事訴訟法324条2項により準用される321条1項3号の指摘・・・2点  
（警察官による供述過程）

刑事訴訟法324条1項により準用される322条1項の指摘・・・2点  
（甲による供述過程）

2 (2)について (11点)

刑事訴訟法 320 条 1 項（伝聞法則）の指摘・・・2 点

伝聞証拠の意義（規範定立）・・・1 点

要証事実の検討・・・4 点

要証事実を踏まえた上での伝聞証拠に当たるかの検討・・・2 点

刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号の指摘・・・2 点

### 3 裁量点（5 点）

弁護士柳原佑多（新銀座法律事務所）

平成元年度旧司法試験問題 刑訴 第2問

甲が乙と共謀の上、スーパー・マーケットから現金を強取したとの甲に対する強盗被告事件の公判において、次のものを証拠とすることができるか。

1 . 店員丙の公判廷における供述中、傍線の部分

(検察官) 「被告人と乙の二人が店内に入って来てどうしましたか。」

(丙) 「いきなり被告人が①『騒ぐと殺すぞ』と言ってレジにいた私に刃物を突きつけました。」

(検察官) 「それで金を取られたのですね。」

(丙) 「はい。乙がレジスター内の現金をわしづかみにして逃げました。」

(検察官) 「いくら取られたのですか。」

(丙) 「後で警察官から②『被告人は14万円ばかり取ったと言っている』と聞きました。」

2 . 犯行に先立ち甲乙両名が決めた犯行計画を書き留めた乙のメモ

## 平成元年度旧司法試験（刑訴法第2問目）解説

### 【論点】

- ①伝聞法則
- ②伝聞例外
- ②再伝聞

### 【解説】

#### 1 論点①（伝聞法則）について

ア まず、証拠能力が規制される場合としては、3つの場合に分けられる。具体的には、①自然的関連性を欠くとして証拠能力が否定される場合、②法律的関連性を欠くとして証拠能力が否定される場合、③証拠禁止に該当するとして証拠能力が否定される場合が挙げられる。

①自然的関連性を欠くとして証拠能力が否定される場合とは、当該証拠が最低限度の証明力もない場合であり、例えば、何らの科学的な根拠もないエッセ科学に依拠した証拠、噂の範疇に属したり、単なる意見や想像にすぎない供述証拠、単純に全く事件とは関係性がない証拠等がこれに当たる。

また、②法律的関連性を欠くとして証拠能力が否定される場合とは、当該証拠を用いると事実認定に誤りを生じさせて誤判を招く危険性が高い場合であり、具体的には、当該証拠の性質上誤りが混入しやすいことが典型的に認められる場合や事実認定をする裁判官に予断や偏見を与えるおそれがある場合等が挙げられる。

さらに、③証拠禁止に該当するとして証拠能力が否定される場合としては、具体的には、違法収集証拠排除法則により証拠能力が否定される場合等が挙げられる。

刑事訴訟法320条1項の伝聞法則の適用により証拠能力が否定される場合とは、当該証拠の性質上誤りが混入しやすいことが典型的に認められる場合、すなわち②法律的関連性を欠くとして証拠能力が否定される場合に当たる。

なお、前科証拠が用いられる場合は、事実認定をする裁判官に予断や偏見を与えるおそれがある場合として、②法律的関連性を欠くとして証拠能力が否定される場合に分類される。

イ 刑事訴訟法320条1項は「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。」と規定する。同項は、条文に記載されているとおり、供述証拠の証拠能力を規制したものであり、一般に伝聞法則を採用したも

のとして承認されている。

ここで、人がある事象を供述するに際しては、その事象を見て（知覚）、頭に留め（記憶）、その認識を言葉にして表す（表現・叙述）という過程を辿ることとなる。そして、この供述過程の知覚・記憶・表現・叙述の各々において、誤りが混入するおそれがある（知覚においては見間違い、記憶においては記憶違い、表現・叙述においては言い間違い、ニュアンスの違い等があり得る。）。公判廷における供述であれば、その誤りを証人による宣誓と偽証罪による威嚇や反対尋問、裁判官による供述者の供述態度の観察といった信用性テストによって是正することができるが、供述証拠においては、こうした信用性テストをすることができないことから、刑事訴訟法320条1項は、伝聞法則を採用し、供述証拠の証拠能力を規制している。

もっとも、非伝聞の場合、すなわち要証事実との関係でその供述内容の真実性が問題にならない場合には、上記の信用性テストはそもそも必要がないことから、刑事訴訟法320条1項の規制の趣旨が妥当せず、刑事訴訟法320条1項は適用されず、供述証拠の証拠能力が認められることとなる。

## 2 論点②（伝聞例外）について

刑事訴訟法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」とも規定しており、刑事訴訟法321条以下において、伝聞証拠であっても例外的に証拠能力が認められる場合が規定されている（伝聞例外）。

刑事訴訟法321条以下における伝聞例外が採用されている理由としては、あえて一般的に述べれば、次のとおりである。

刑事訴訟法320条1項の伝聞法則を厳格に貫くと、有用な情報を有する証人が病気等のやむを得ない事由により公判廷に出廷することができないにもかかわらず、その証言を得ることができず、真実を発見することができないといった好ましくない事態を招来しかねない。他方で、真実を発見するためという必要性があるだけで、あらゆる伝聞証拠に証拠能力を認めたのでは、刑事訴訟法320条1項の趣旨が没却されることになり、妥当でない。そこで、刑事訴訟法は、上記の必要性（供述不能、不可欠性）に加え、上記の信用性テストを経ないでも良いとするだけの特別な信用性の担保（特信情況）があると認められる場合に限り、伝聞証拠について例外的に証拠能力を認めることとしたものである。

## 3 論点③（再伝聞）について

上記の信用性テストを経ない供述過程を2つ含むという供述過程構造を辿る場合を再伝聞という。

再伝聞の場合における証拠能力については、明示的に定めた規定は存在しないが、通説は、再伝聞の場合であっても証拠とする必要性が認められる場合



があり、それぞれの供述過程について刑事訴訟法 3 2 1 条以下の伝聞例外の要件が充足されれば、信用性の情況的保障があるといえるとして、再伝聞の場合にも例外的に証拠能力が認められるとする。

判例（最判昭和 3 2 年 1 月 2 2 日）にも、刑事訴訟法 3 2 1 条 1 項 2 号の要件を充足する書面中の伝聞供述部分について 3 2 4 条により証拠能力を認められたものが存在する。

【最判昭和 3 2 年 1 月 2 2 日】

所論は被告人伊藤の検察官に対する供述調書中の被告人山畑から同人外三名が関口直之助方に火焰瓶を投げつけて来たということを聞いたとの被告人伊藤の供述は、伝聞の供述であるから刑訴三二一条一項二号により証拠とすることはできず、又公判期日において反対尋問を経たものではないから、同三二四条によっても証拠とすることはできない。然るにこれを証拠とすることは憲法 3 7 条 2 項に違反するというに帰する。

しかし、原審が弁護人の論旨第六点に対する判断において説示する理由によって、刑訴 3 2 1 条 1 項 2 号及び同 3 2 4 条により右供述調書中の所論の部分についての証拠能力を認めたことは正当である。

【東京高裁昭和 3 0 年 4 月 2 日】

なるほど刑事訴訟法第 3 2 4 条は被告人以外の者の公判準備又は公判期日に於ける供述で、被告人又は被告人以外の者の供述を内容とするものの証拠能力について規定するが、検察官に対する供述調書中に現われている伝聞事項の証拠能力につき直接規定はない。しかし供述者本人が死亡とか行方不明その他刑事訴訟法第 3 2 1 条第 1 項各号所定の事由があるとき、その供述調書に証拠能力を認めたのは、公判準備又は公判期日に於ける供述にかえて書類を証拠とすることを許したものに外ならないから、刑事訴訟法第 3 2 1 条第 1 項第 2 号により証拠能力を認むべき供述調書中の伝聞に亘る供述は公判準備又は公判期日における供述と同等の証拠能力を有するものと解するのが相当である。換言すれば、検察官供述調書中の伝聞でない供述は刑事訴訟法第 3 2 1 条第 1 項第 2 号のみによつてその証拠能力が決められるに反し、**伝聞の部分については同条の外同法第 3 2 4 条が類推適用され、従つて同条により更に同法第 3 2 2 条又は第 3 2 1 条第 1 項第 3 号が準用されて証拠能力の有無を判断すべきであり、**伝聞を内容とする供述はそうでない供述よりも証拠能力が一層厳重な制約を受けるわけであるが、検察官に対する供述調書中の伝聞に亘る供述なるが故に証拠能力が絶無とはいえない。

弁護士柳原佑多（新銀座法律事務所）