論文式試験問題集
［刑事訴訟法］

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

平成元年旧司法試験刑事訴訟法問題参考答案

第１　⑴について

１　丙の①の公判廷供述について

⑴　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，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。

⑵　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類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。

⑶　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

⑴　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，１⑵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。

⑵　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情況の下にされたものである」こと（絶対的特信情況）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「特に信用すべき情況の下にされたものである」場合（相対的特信情況）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　⑵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１．１⑵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，要証事実は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）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
　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。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３２年１月２２日）にも，刑事訴訟法３２１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３２４条により証拠能力を認めたものが存在する。

平成元年度旧司法試験（刑訴法）採点基準

１　⑴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　⑵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）

最優秀答案

36点

表

試験科目	試験地	受講者番号	フリガナ	
刑事訴訟法	明治大学		氏名	回答者：I.Y.

刑事訴訟法 1頁

第1 設問1

1、傍線①の部分を証拠とすることができるか。

5人と文言を指摘できています！

(1) 傍線①は甲のスーパーでのクレットでの発言である。「公判期日外における他の者の供述」にあたるから、証拠とすることはできないように思われる（刑事訴訟法（以下、法名省略）320条1項）。

(2) もっとも、伝聞法則の根拠は、供述証拠は知覚、記憶、表現の過程で誤りが生じるおそれがあり、これを反対尋問によってチェックする機会を設ける点にある。そうだとすると、形式的に320条1項の供述証拠にあたるとしても、上記のような誤りをチェックする必要性がない場合には伝聞証拠とみる必要はない。

したがって、伝聞証拠とは、公判期日外の供述を内容とする供述証拠で、その供述内容の真実性を立証に用いるものをいうと解すべきである。

ある供述を供述内容の真実性を立証するために用いる内容は、要証事実により変化することである。よって、伝聞内容は要証事実との関で相対的に決められることになる。

(3) 傍線①の立証趣旨は、甲に対する強盗（刑法236条1項）の実行行為として、反抗抑圧に足りる程度の暴行を行ったことにある。そうすると、問題となるのは傍線①の発言の有無である。傍線①の内容の真実性は問題とならない。

様々な角度から考えられています。

したがって、傍線①は伝聞証拠にあたらず、証拠能力は否定されない。

(4) よって、傷線①の部分については証拠とすることができる。

2、傷線②の部分を証拠とすることができるか。

(1) 傷線②の部分は、丙の供述のうち、警察官の供述を内容とするものである。さらに、警察官の供述には、甲の供述が含まれており、再伝聞にあたる。再伝聞の証拠能力については、明文の規定がないため問題となる。

(2) 伝聞証拠の趣旨は、反対尋問による供述内容の真実性の吟味にある。

そうだとすると、再伝聞であっても、反対尋問に代わる信用性の保証があれば、証拠能力を認めたとしても、上記趣旨に反しない。再伝聞は、複数の伝聞が積み重なったものであるから、それぞれの伝聞につき反対尋問に代わる信用性の保証たる伝聞例外の要件を満たせば、証拠能力が認められる。

(3) 傷線②の主張趣旨は、甲が強盗の実行行為として「他人の財物を強取」したことである。そのため、甲が実際に「14万円ばかり取った」かどうか、真実性が問題となる。~~そこで~~、

したがって、傷線②は伝聞証拠に当たる。321条以下の伝聞例外にあたらなければ、証拠能力は認められない。

(4) 傷線②の~~警察官は~~供述は、丙の供述のうち「被告人以外の者」である警察官の「供述」であるから、321条1項3号に当たるかどうかを検討する(324条2項)。

本問では、警察官が死亡するなど、「公判期日において供述

伝聞証拠に当たる
+
再伝聞の問題
という流れになるので
読みやすいです。

裏

【答案作成上の注意】
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。
刑法の答案は本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に提出があった場合を除き、無効となるので、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には一切応じません）。
2. 答案用紙の取扱い
答案用紙の取替えや、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。
1. 答案は横書きとし、解答欄の中に収まるように書いてください。
2. 答案は、黒インクのボールペンまたは万年筆（ただし、…）を使用してください。
3. 答案を訂正するときは、訂正部分が書き直しにわたる場合…
4. 答案用紙の裏面を書き損じて答案を作成した場合…
解答欄に記載することは認めません。
5. 答案用紙の余白の欄には何も記載しないでください。
4. 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…

甲の終了過程は…！

することができないとはいえない。したがって、321条1項3号の要件を満たさず、伝聞例外にはあたらない。

(5) よって、傍線②の証拠能力とすることはできない。

第2 設問2

1. この文書は書面であるから、内容の真実性を立証のために用いるとすれば、伝聞証拠にあたり、原則として証拠能力が否定される。

2. この文書の立証趣旨として考えられるのは①甲と間の共謀の成立あるいは内容の証明、②文書を作成した甲の共謀者の思い・計画である。

2.作成の文書で甲の内心を要証事実とすることはできないと思います。

3. 立証趣旨が①である場合

この文書は、作成者であるAが共謀の内容として知覚し記憶したものを叙述したものである。甲と間の共謀の成立・内容という立証趣旨との関係で、この文書の内容の真実性が問題となる。

したがって、この文書は伝聞証拠にあたり、321条1項3号の要件を満たさない限り、証拠とすることはできない。

4. 立証趣旨が②である場合

(1) この文書により、共謀の犯罪意思の形成が立証されれば論理的に作成者ではない甲も、作成者Aと同様に犯罪を構成したと推認できる。

この文書には、甲と両名が決めた犯行計画が書き留められている。そのため、甲とAには共謀の犯罪意思が形成されているといえる。

(2) もっとも、作成者自身の意思については、精神状態の供述にあたる。精神状態の供述は、知覚・記憶を欠さない ~~[illegible]~~ へら、非伝聞である。

(3) よって、立証趣旨が②の場合には、この文を証拠とすることができる。

以上

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）　28点

・丙の①の公判廷供述について（１４点）　13点

刑事訴訟法３２０条１項（伝聞法則）の指摘・・・２点　2点

伝聞証拠の意義（規範定立）・・・６点　6点

要証事実の検討・・・４点　3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　2点

・丙の②の公判廷供述について（２０点）　15点

刑事訴訟法３２０条１項（伝聞法則）の指摘・・・１点　0点

伝聞証拠の意義（規範定立）・・・１点　0点

要証事実の検討・・・４点　3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　2点

再伝聞の場合に当たることの指摘・・・２点　2点

再伝聞の場合における証拠能力の考え方・・・６点　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　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　0点
（甲による供述過程）

2　(2)について（１１点）　5点

刑事訴訟法３２０条１項（伝聞法則）の指摘・・・２点　1点

伝聞証拠の意義（規範定立）・・・１点　0点

要証事実の検討・・・４点　2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　1点

刑事訴訟法３２１条１項３号の指摘・・・２点　1点

３　裁量点（５点）　3点

弁護士柳原佑多（新銀座法律事務所）

36点