

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 (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）

【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られたものが存在する。

平成元年度旧司法試験（刑訴法）採点基準

1 (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）

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はできない。

(1) 傍線①は甲のスピーチで述べた発言である。公判廷外における他の者の供述に於けるから、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(項))。

(2) そもそも、伝聞法則の根拠は、原本証拠は知覚、記憶、伝達の過程で誤りが生じるおそれがあり、これを反駁尋問(2次)で取り除くことを目的として、形式的に320条(項)の供述証拠に於けるとして、上記のような誤りを防ぐ必要はない。場合によっては伝聞証拠とみなす必要はない。

したがって、伝聞証拠とは、公判廷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ことができる。ある供述を供述内容の真実性を立証するために用いることは、要証事実により受けることである。よって、伝聞人否人は要証事実との間で相対的に決らねばならない。

(3) 傍線①の文意趣旨は、甲の強盗(刑法36条(項))の実行行為として、反駁尋問に足りる程度の脅迫を行使したことにあり、どうあると、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。

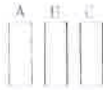
したがって、傍線①は伝聞証拠に於けるとして、証拠能力は肯定される。

この人改言を指摘して
いす!

構成要件の点から外れている



※



(4) よて、傍線①の部分が「^{とあること}証人~~が~~バテ^ている」

2、傍線②の部分を証人と^{とあること}バテ^ている。

(1) 傍線②の部分は、丙の供述のうち、警察官の供述と内容と^{とあること}一致している。さらに、警察官の供述には、甲の供述が含まれており、⁹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) 伝聞証拠の種類は、反対尋問により供述内容の真実性の吟味にある。

とあること、再伝聞であった、反対尋問に代わり信用性の保証がある。証拠能力を認めたとした、上記趣旨に反して、~~再伝聞は複数の伝聞が積み重ねたものであるから、それだけの伝聞にのみ反対尋問に代わり信用性の保証を伝聞例外の要件を満たせば、証拠能力を認められる。~~

(3) 傍線②の文証の種類は、^蓋甲の^蓋強奪の^蓋実行行為として他人の財物と強取」に^蓋なっている。このため、甲は^蓋強奪に「^蓋加害者」

と^蓋なっている。真実性が問題となる。また、

とあること、^蓋傍線②は伝聞証拠に^蓋なっている。以下^蓋の伝聞

例外にあたるが、証拠能力は認められない。

伝聞証拠に関する

再伝聞の問題

この流れは393の(4)の読みかた

(4) 警察官の供述は、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、32条(頃)3号に^蓋なっているAという文証許す(324条2項)。

本問では、警察官が^蓋死した^蓋ことにより「公判期日に^蓋なっている供述

刑事訴訟法 2 頁



※記載してください。なお、解答欄の枠外（青色部分及びその外側の空白部分）に解答した場合は、当該部分は無効とさせていただきます。
 ※この解答が正しくても質問し、正誤を問われる場合があります。ご了承ください。また、この解答が正しくても、他の解答が正しくても、
 1点は1問で、1問の場合には順番で答えて、その点数を算出してください。
 ※ 黒が白紙のときは、黒い記号、それ以外のときは、黒から記号、ただし、試験時間中に黒いボールペンで記号した場合は、試験時
 間中に記号のある箇所は無効箇所として扱われます。

87	
88	(1) ①に、被試者自身の意思にかたは、精神状態の供述に
89	あたる。精神状態の供述は、知覚・記憶 ^{を介さない} を介する
90	から、非位相である。
91	(3) よって、 証拠能力が ②の場合には、乙の ^{証拠} 供述 は
92	あり = 証拠能力あり。
93	
94	
95	
96	
97	
98	
99	
80	
81	
82	
83	
84	
85	
86	
87	
88	

刑事訴訟法 4 頁

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
（警察官による供述過程）

2点

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）

0点

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

最優秀答案

回答者 I.Y. 36点

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。

(1) 傍線①は甲のスーパーマーケ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・叙述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、公判廷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か否かは、要証事実により変化することである。よって、伝聞か否かは要証事実との間で相対的に決せられることになる。

(3) 傍線①の立証趣旨は、甲が強盗(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脅迫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。

したがって、傍線①は伝聞証拠にあらず、証拠能力は否定されない。

(4) よって、傍線①の部分については証拠とすることができる。

2. 傍線②の部分を証拠とすることができるか。

(1) 傍線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) 傍線②の立証趣旨は、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。

したがって、傍線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) 傍線②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号が規定する場合にあ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を証拠とすることはできない。

第2 設問2

1. 乙のメモは「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. 乙のメモの立証趣旨として考えられるのは、①甲乙間の共謀の成立あるいは内容の証明、②メモを作成していない関与者甲の共謀意思・計画である。

3. 立証趣旨が①である場合

乙のメモは、作成者である乙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。甲乙間の共謀の成立・内容という立証趣旨との関係で、乙のメモの内容の真実性が問題となる。

したがって、乙のメモ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) 乙のメモにより、共通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、作成者乙と同様に犯罪を構成したと推認できる。

乙のメモには、甲乙両名が決めた犯行計画が書き留められている。そのため、甲と乙には共通の犯罪意思が形成されているといえる。

(2) そして、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・記憶を介さないから、非伝聞である。

(3) よって、立証趣旨が②の場合には、乙のメモを証拠とすることができる。

以 上