

### 3 伝聞非伝聞の『型』

- 1 本件メモは「書面」（刑事訴訟法（以下、略）320条1項）にあたり（\*1），証拠能力が認められないのではないか。
- 2 そもそも，320条1項の趣旨は，供述証拠は知覚，記憶，叙述の過程を経て証拠となるが，各過程には類型的に誤りが介在しやすく，公判廷外供述の場合は各過程の誤りを反対尋問（憲法37条2項前段）で吟味することによって内容の真実性を担保することができないため，証拠能力を原則として否定することで誤判を防ぐ点にある。そこで，「書面」とは，公判廷外供述であって，内容の真実性立証に用いる証拠をいうと考える。そして，内容の真実性立証に用いるか否かは要証事実との関係で決せられるべきである（\*2）。
- 3 甲は～と否認していることから，本件における争点は～ということができる。他方，検察官の立証趣旨は～となっていることからすれば，検察官は，本件メモを～の立証に用いようとしているということができる。  
 そして，本件メモには～と記載されていることから，本件メモの内容が真実であれば～という事実が直接証明されることになる。そうだとすれば，本件メモの要証事実，立証趣旨通り～ということになる（\*3\*4）。
- 4 以上より，本件メモは，～という要証事実との関係で内容の真実性立証に用いられる証拠なので「書面」にあたり，原則として証拠能力が否定される。

\*1 伝聞供述の場合は「書面」の部分を「供述」に代えればよい。また，およそ伝聞証拠と書いても良い。

\*2 要証事実，その名の通り証明を要する事実であるから，最終的な立証対象を意味するとしても，当該証拠から直接証明できる事実としても，日本語的にはいずれも誤りではない（例えば，犯行計画メモの内容から犯人性を推認する場合を例に挙げると，要証事実を犯人性（最終的な立証対象）としても，メモに～が記載されて

いるという事実（当該証拠から直接証明できる事実）としても日本語的に誤りではないということ）。もっとも、司法試験では要証事実を具体的に説明することを求めている（これまでの設問の指定や採点実感での指摘から読める。例えば、平成 28 年司法試験採点実感には「ある供述が伝聞法則の適用を受けるか否かについては、要証事実をどのように捉えるかによって異なるものであり、

【事例】7 に記載された本件の争点及び証人尋問の内容を参考に、具体的な要証事実を正確に検討する必要がある。」と記載されている。）ため、司法試験・予備試験的には要証事実＝当該証拠から直接証明できる事実と見ておくのが無難であろうと思われる。

- \*3 伝聞非伝聞の区別が問題となるときは、当該事案の証拠構造を把握し、どの事実を証明するためにその証拠が用いられているのか、どのようにしてその証拠から当該事実が証明されるのかを考えていくことになるが、その際の思考プロセスとしては、①T b の確認→②立証趣旨を確認することで最終的な立証対象（ないし、証明の方向性）を確定→③被告人の否認箇所を特定することで争点を把握（司法試験で証拠能力が問われる証拠はこの争点を立証するために証拠調べ請求されていると捉えればよい）→④具体的な推認過程を検討という思考過程を経る（万人共通の絶対的な道筋というわけではないが、少なくとも私はこのような思考過程を経ている。なお、共同被告人の場合、弁論の分離の有無は確認しておくべき。分離されていない場合、伝聞例外の検討事項が増えることになる。例えば、甲乙の共同正犯事例において、弁論が分離されていない場合、甲の供述録取書は、甲との関係では 322 条 1 項の問題となるが、乙との関係では 321 条 1 項 3 号の問題となる。）。結局、伝聞非伝聞の区別においては、結論ではなく、いかに具体的に推認過程を答案上に明示できたか否かに点数がふられているので、証拠構造を具体的に考える必要がある。この訓練は刑事実務科目の事実認定を学習することで鍛えられるであろう。

- \*4 直接証拠型のあてはめ方を示したが、間接事実型（要は、問題となっている証拠から最終的な立証対象（主要事実）が直接証明で

きない（血の付いたナイフに被告人の指紋がついているとしても、そこから被告人が犯人であることは直接証明できない。）事案のこと）の推認過程を考える場合の方が難しい。そこで、平成 22 年旧司法試験第 2 問の解答例を掲載しておくので、この答案例を一つの『型』に見立てて勉強していただきたい。

## 平成 22 年旧司法試験第 2 問

警察官は、A を被害者とする殺人被疑事件につき、捜索差押許可状を得て、被疑者甲の居宅を捜索したところ、「①A にレンタカーを借りさせる、②A に睡眠薬を飲ませる、③A を絞め殺す、④車で死体を運び、X 橋の下に穴を掘って埋める、⑤明日、決行」と記載された甲の手書きのメモを発見したので、これを差し押さえた。その後の捜査の結果、X 橋の下の土中から A の絞殺死体が発見され、その死体から睡眠薬の成分が検出された。また、行方不明になる直前に A がレンタカーを借りたことも判明した。

甲が殺人罪及び死体遺棄罪で起訴された場合、上記メモを証拠として用いることができるか。

## 講師作成論述例

## 第1 主観的構成要件との関係

1 メモが「書面」（刑事訴訟法（以下、略）320条1項）に当たする場合、同メモを証拠として用いることは原則として許されない。そこで、「書面」の意義が問題となる。

(1) そもそも、320条1項の趣旨は、供述証拠は知覚、記憶、叙述の過程を経て証拠となるが、各過程には典型的に誤りが介在しやすく、公判廷外供述の場合は各過程の誤りを反対尋問（憲法37条2項前段）で吟味することによって内容の真実性を担保することができないため、証拠能力を原則として否定することで誤判を防ぐ点にある。そこで、「書面」とは、公判廷外供述であって、内容の真実性立証に用いる証拠をいうと考える。そして、内容の真実性立証に用いるか否かは要証事実との関係で決せられるべきである。メモが甲の公判廷外供述であることは明らかであるので、以下、同メモが要証事実との関係で供述内容の真実性を立証するために用いられるものか否かを検討する。

(2)ア まず、メモの内容が真実であれば、殺人罪及び死体遺棄罪の故意をメモ作成時に甲が有していた事実を直接証明できる。そして、通常、メモ作成時に有していた故意は短時間で変わることは無いという経験則、及び、メモ⑤には「明日、決行」と記載されており、メモ作成時と行為時の間がないと考えられることからすれば、行為時においても甲が故意を有していた事実が推認できる。そうだとすれば、メモの要証事実は甲がメモ作成時において殺人罪及び死体遺棄罪の故意を有していた事実であり、メモは殺人罪と死体遺棄罪のいずれとの関係においても供述内容の真実性を立証するために用いられるというべきである。

イ したがって、メモは「書面」にあたり、証拠として用いることは原則として許されないとも思える。もっとも、故意のような心理状態を現す供述はその当時の心理

状態を立証する上で最良の証拠であるから証拠とする必要性が高い。また、心理状態を現す供述は知覚、記憶の過程を経ないので、通常の供述に比べ、誤りが介在する可能性が典型的に低い。そして、叙述の過程の正確性は、公判における態度の観察や反対尋問で十分担保する。よって、故意のような心理状態を現す供述は例外的に「書面」にあたらないと考える。

2 以上より、メモを証拠として用いることができる。

## 第2 犯人性との関係

1 メモが「書面」にあたるか否かを前述の基準で判断する。

(1) まず、メモからメモに①～④の事実が記載されているという事実が直接証明される。そして、①には「Aにレンタカーを借りさせる」と記載され、実際にAが行方不明になる前にレンタカーを借りた事実が判明しており、その内容が符合している。また、②には「Aに睡眠薬を飲ませる」と記載され、実際にAの死体から睡眠薬の成分が検出されており、その内容が符合している。さらに、③には「Aを絞め殺す」と記載され、Aは絞殺死体だったのでその内容が符合している。加えて、④には「X橋の下に穴を掘って埋める」と記載され、実際にX橋の下の土中からAの死体が発見されているのでその内容が符合している。このように、メモ①～④の内容と実際の事件内容が符合しており、メモに記載された複数の事項が実際の事件内容と正確に符合することは極めて稀有であるという経験則からすれば、メモが犯行計画メモであるという事実を推認することができる。

また、メモは甲の居宅で発見され、かつ、甲の手書きである。居宅内の物は通常その居住者が管理しているという経験則からすれば、犯行計画メモを甲が管理・作成していた事実が推認できる。

そして、犯行計画メモは秘匿性が高く、犯人以外の者が管理することは通常考えられないという経験則からすれば、

ば、同事実から甲の犯人性を推認することができる。

そうだとすれば、メモの要証事実はメモに①～④と記載  
されている事実ということになり、メモは供述内容の真実  
性を立証するために用いられるわけではない。

(2) よって、メモは「書面」に当たらない。

2 以上より、メモを証拠として用いることができる。

以 上

→第3採点実感3へ