

## 27. 伝聞証拠の意義～最判昭 30.12.9【百選 78】

### 【論述例】

1 証人Wの「Vは『あの人はすかんわ、いやらしいことばかりするんだ』と言っていた」という証言は、「公判期日外における他の者」であるV「の供述を内容とする」Wの「供述」であるから、伝聞証拠にあたり、「第 321 条乃至第 328 条に規定する場合を除いては」、証拠能力が認められないのではないか（320 条 1 項）。

2 まず、Wの証言が伝聞証拠にあたるか。

(1) 320 条 1 項の趣旨は、供述証拠は、知覚・記憶・表現・叙述の各過程に誤謬を生ずるおそれがあるところ、公判期日外の供述は、公判期日における供述とは異なり、宣誓・偽証罪の告知がなされず、不利益を受ける当事者による反対尋問を経ず、裁判所による供述態度の観察も行われていないため、公判期日における供述に比して、類型的に誤りが入り込むおそれが高く、これを内容とする証拠を事実認定に用いると誤った事実認定のおそれがあるという点にある。

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証拠であって、その供述内容の真実性を証明するために用いられるものをいうと解すべきである。それゆえ、伝聞証拠にあたるかどうかは、要証事実との関係で決まることとなる。

(2) 仮に、本件の争点がVの性交に対する不同意であったとすれば、「近接した時点で嫌悪感情を抱いていた相手との性交に同意する可能性は低い」という経験則に基づいて、Vの被告人に対する嫌悪感情からVの性交に対する不同意を推認していくことができる。そのため、要証事実は、「Vの被告人に対する嫌悪感情」となる。

そして、このような現在の心理状態の供述を内容とする証拠は、伝聞証拠にあたらないと解することが可能である。それは、知覚、記憶、表現、叙述を前提とする供述証拠と異なり、知覚、記憶が欠落するのであるから、その作成が真摯になされたことが証明されれば、必ずしも原供述者を証人として尋問し、反対尋問によりその信用性をテストする必要はないと解されるからである。また、現在の心理状態の供述を内容とする証拠は、発言当時のその者の心理状態を立証するための最良の証拠であるにもかかわらず、伝聞法則を適用すると、伝聞例外規定が厳格な要件を定めているので、これを用いることができかねないからである。

(3) しかし、本件の争点は被告人の犯人性であるところ、Vの被告人に対する嫌悪感情を立証したとしても、そこから被告人の犯人性に至る推認が成り立ち得ないため、証拠の関連性が認められない。他方、「被告人がVに対していやらしいことをしていた事実」の存在を認定することができれば、そこから、「Vと情を通じたいとの野心を持っていた」という被告人の犯行動機、ひいては被告人の犯人性を推認していくことも可能となり、証拠の関連

性が認められる。そのため、要証事実、「被告人がVに対していやらしいことをしていた事実」となる。

この場合、Wの証言は、Vの供述内容の真実性を証明するために用いられることになるので、伝聞証拠に該当する。

- 3 そして、Wの証言は、「被告人以外の者」であるWの「公判期日における供述で被告人以外の者」であるV「の供述をその内容とするもの」（324条2項）にあたるから、「第321条第1項第3号」の伝聞例外要件を満たさない限り、証拠能力は認められない。

- (1) まず、「供述者」であるVは「死亡」しているため、「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（同号）といえる。
- (2) （以下、「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」か否か、「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」か否かについて論じる。）

注1）論述例2(1)については古江頼隆・事例演習刑事訴訟法〔第3版〕409頁乃至410頁、同(2)第1段落第1文については成瀬剛・百選185頁、同第2段落第2文については東京高判昭58.1.27、同第3文については古江・前掲書396頁、同(3)第1段落第1文及び第2文については成瀬・前掲書185頁を参照。

注2）論述例2(3)第1段落第3文について、本判決は、「同証言が右要証事実（犯行自体の間接事実たる動機の認定）との関係において伝聞証拠であることは明らかである」と判示しているが、古江・前掲書405頁は、『平素のいやらしい行動』→『動機』の関係は、確実な推論（等値できる）とはいえず、前者は後者を推認するための間接事実の1つであるとするれば、直近の証明対象たる前者を要証事実とすべきだと思うよ」と述べている。

注3）論述例3(2)について、「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」とは、当該供述を証拠とするか否かにより事実認定に著しい差異・影響を生じさせる可能性がある」と外形的に認められる趣旨に解すべきである（酒巻匡・刑事訴訟法〔第2版〕557頁）。

次に、「特に信用すべき状況」の存否については、比較の対象となる公判供述が存しないから、他の供述と比較するのではなく、その供述自体にかかわる絶対的な判断が要求されている（宇藤崇ほか・刑事訴訟法〔第2版〕389頁、平成20年新司法試験論文式試験問題出題趣旨（刑事系科目第2問）7頁）。また、証拠能力の要件要素であるから、供述の内容そのものを直接に判断するのではなく、供述に付随する外部的な状況を主たる考慮事情として判断しなければならないが、外部的付随事情を推知させるための一資料として供述内容を考慮することは許される（平成20年新司法試験論文式試験問題出題趣旨（刑事系科目第2問）7頁、宇藤ほか・前掲書394頁）。

※ 最判昭 30.1.11【百選A37】も、「必ずしも外部的な特別の事情でなくても、その供述の内容自体によってそれが信用性ある状況の存在を推知せしめる事由となると解すべきものである」と判示している。

注4) 本判決に関連して、前掲・東京高判昭 58.1.27 は、「人の意思、計画を記載したメモについては、その意思、計画を立証するためには、伝聞禁止の法則の適用はないと解することが可能である。……そしてこの点は個人の単独犯行についてはもとより、数人共謀の共犯事案についても、その共謀に関する犯行計画を記載したメモについては同様に考えることができる。……前記のように、数人共謀の共犯事案において、その共謀にかかる犯行計画を記載したメモは、それが真摯に作成されたと認められるかぎり、伝聞禁止の法則の適用されない場合として証拠能力を認める余地があるといえよう。ただ、この場合においては、その犯行計画を記載したメモについては、それが最終的に共犯者全員の共謀の意思の合致するところとして確認されたものであることが前提とならなければならないのである」と判示している。

すなわち、他の証拠によって謀議参加者全員（メモ作成者を含む）が内容は不明であっても共通の犯罪意思を形成したことが証明されれば、作成者一人の犯罪意思を証明することによって、それと同じ内容の犯罪意思を有する謀議参加者全員についてメモ記載の犯罪意思を推認することが可能となる（古江・前掲書 418 頁）。