

1 伝聞証拠とは

(1) 伝聞法則（法 320 条 1 項）

「公判期日における供述に代わる書面」

「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」

→ 原則として証拠とすることができないとされている

(2) 一般的な定義（判例，通説） ※なお，直接主義との関係で定義づける説もある

①公判期日における供述に代わる書面及び公判期日外における他の者の供述を内容とする供述で

②原供述をなす事実の真実性の立証に用いられるもの（要証事実との関係でその真実性が問題となるもの）

この定義につき，次のような説明がなされることがある

- 「事実認定の基礎となる体験を体験者自ら公判廷で供述せず，他の間接的な方法で公判廷に報告された証拠を伝聞証拠という」（刑事訴訟講義案 P 281）
- 「伝聞証拠は，公判廷における直接供述の反対物である」（刑事訴訟講義案 P 281）
- 伝聞証拠とは，「要証事実を直接知覚・体験した者の供述（原供述）を内容とする供述証拠で，その原供述によって要証事実を証明しようとするもの」である（土本武司教授）

2 要証事実とは

(1) 小島淳准教授は，要証事実につき，次のように説明する（小島淳・法学教室No.364 P 32～33）。

- 「当該証拠によって直接立証しようとしている事実」を指し，主要事実を指すものではない」
- 「要証事実とは，検察官の提示した立証趣旨から合理的に抽出できる事実でなければならないが，必ずしも立証趣旨をそのままスライドさせて要証事実とする必要はない」
- 「要証事実が何かは，当該立証趣旨に含まれる一定の事実のうち，当該証拠によって直接立証できる事実が何か，という観点から決定されることになると思われる」

(2) 要証事実の設定方法（私見）

① 当該証拠によって直接証明できる事実が何かを考える（複数あり得る）

※ 供述内容の真実性を前提とする事実のみならず，供述内容の真実性を前提とせずに供述の存在自体から推認し得る事実がないかを考えてみるのが有用

② 検察官の主張する立証趣旨に意味があるかどうかを考える（下記 3(3)参照）

③ 検察官の主張する立証趣旨に意味がある場合には，①で考えた要証事実のうち，当該立証趣旨を前提とするものを要証事実として捉える

④ 検察官の主張する立証趣旨に意味がない場合には，他の証拠の収集状況や訴訟経過（被告人の認否はどうか，何が争点となっているのか，検察官は何を立証する必要があるのか等）に照らして，合理的な立証趣旨及びそれを前提とする要証事実を設定する

3 立証趣旨と要証事実の関係

(1) 立証趣旨

証拠と証明すべき事実との関係を，立証趣旨という（刑事訴訟講義案 P 394）。

刑事訴訟規則 189 条 1 項も、証拠調べの請求は、証拠と証明すべき事実との関係（立証趣旨）を具体的に明示して、これをしなければならない旨規定している。

※ 要するに、当事者は当該証拠によって何を証明しようとしているのか？という当事者の大まかな意図を示すもの

(2) 最高裁判所平成 17 年 9 月 27 日決定

「本件書証は、……立証趣旨が「被害再現状況」、「犯行再現状況」とされているも、実質においては、再現されたとおりの犯罪事実の存在が要証事実になるものと解される。」

<コメント>

本決定に関し、調査官解説は、「証拠能力の観点からは当事者が設定した立証趣旨を前提にする（典型例としては刑訴法 328 条による証拠請求があった場合）という意味で、裁判所が（心証の取り方も含めて）これに拘束されるのが一般であるが、…立証趣旨に拘束されるとおよそ無意味な証拠に証拠能力を付与することになりかねない場合にまで裁判所が当事者の設定した立証趣旨に拘束されると解するのは相当でないと思われる」とする。（芹澤政治・平成 17 年度最高裁判所判例解説刑事篇 P 345）

また、本決定は、「実質的な要証事実を判断基準にしているが、証拠能力の関係では常に実質的な要証事実を吟味することが必要であるとしているわけではなく、…当事者が設定した立証趣旨をそのまま前提とするとおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合に、実質的な要証事実を考慮する必要があるという趣旨と解される」。（芹澤・前掲 P 346）

(3) 当事者の設定した立証趣旨が意味を有するか

当事者の設定した立証趣旨が意味を有するかどうかは、他の証拠の収集状況や訴訟経過（被告人の認否はどうか、何が争点となっているのか、検察官は何を立証する必要があるのか等）によって判断される。

① 立証趣旨を前提とする要証事実を設定してみる

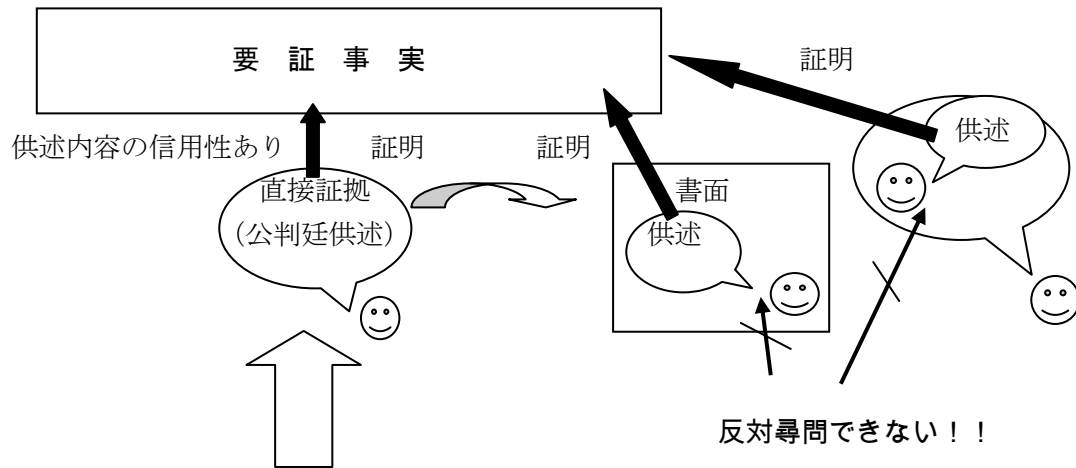
② そのような要証事実が訴訟経過等に照らして意味を有するかを考える

4 伝聞と非伝聞の区別

特定した要証事実との関係で、当該供述内容の真実性が問題となるか（当該供述の信用性が問題となるかどうか）、すなわち、当該供述内容の真実性を度外視しても意味を有する場合といえるかどうかを検討する。

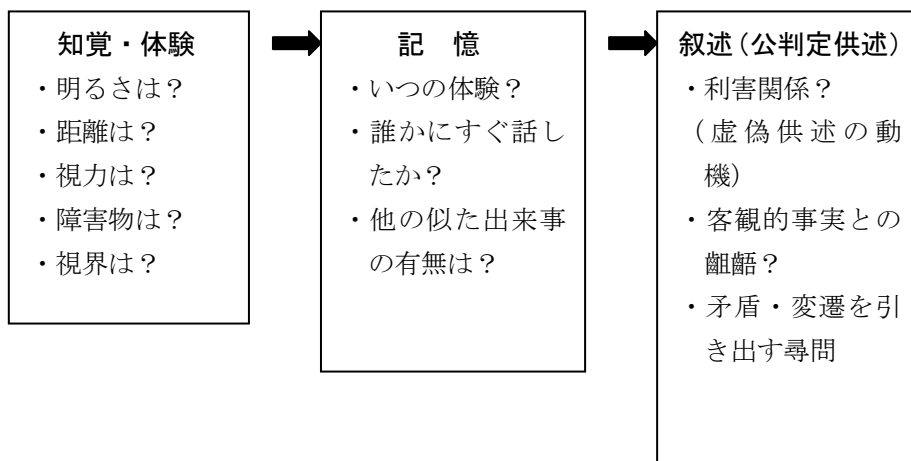
※ 上記 2(2)①の思考過程において、伝聞／非伝聞の区別は既にほぼ判明している。ただ、答案上では、伝聞／非伝聞の区別は要証事実が確定した後に書くことになる。

5 【図解】伝聞証拠



<反対尋問>

- ・ 供述の信用性を吟味する
- ・ 供述の信用性が認められなければ、当該供述によって要証事実を認定することはできない



- 本来は、反対尋問に耐えて供述の信用性（真実性）が認められた場合に、供述内容たる体験・知覚した事実の存在を認めることができる
- 当該供述によって、供述者が直接に体験した事実を証明することができる

Ex. 甲によるV殺害の事実の存否が争われている場合における、乙の「甲がVを包丁で刺すのを見た」という供述（甲の視認（体験）、記憶を含む叙述）

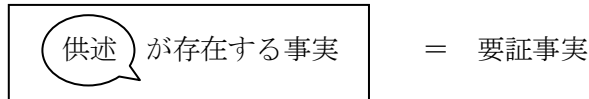
→ 反対尋問を経て乙の見間違い、記憶違い、言い間違い（故意の場合を含む）がないことが証明されれば、「甲がVを包丁で刺した」事実を認定することができる

6 【図解】非伝聞（3つの場合）

→ 供述者の「知覚（体験）」を証明するために用いるのでない点で共通する

(1) 当該供述をしたこと（当該供述が存在すること）自体を立証することにより、その供述の存在自体から直接／間接に異なる事実を認定・推認する場合

(7) 当該供述をしたこと（当該供述が存在すること）自体が要証事実である場合

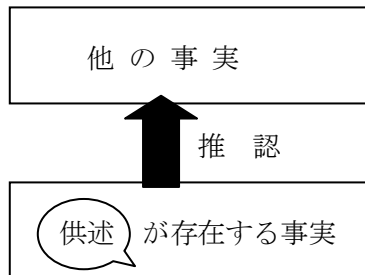


Ex. 甲につき名誉棄損罪の成否が問題となっている場合において、甲が「Vは人殺しだ」と発言した事実（甲の「Vは人殺しだ」という供述が存在すること）

→ 甲の供述は、それが存在すること自体が犯罪の構成要件に該当する事実

→ 甲の供述（発言）は非伝聞

(4) 当該供述をしたこと（当該供述が存在すること）から、その真偽に関わりのない他の事実を推認すべき情況証拠として利用する場合



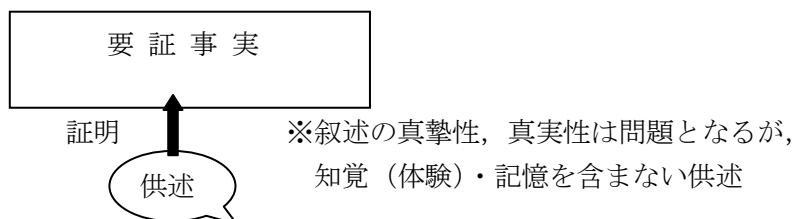
EX. 甲及び乙の共謀（意思連絡）の有無が争点となっており、両者が知り合いであることを相互に否認している場合において、甲が乙に対して「久しぶり」と発言した事実

→ 甲の供述は、それが存在することにより、甲及び乙が知り合い同士であることを推認させる（∵経験則上、「久しぶり」という言葉は知り合い同士が使用する言葉である）

EX. 甲乙間の金銭授受の合意の有無が争点となっている場合において、甲が乙に対して「約束どおり金を支払え」と発言し、乙がこれに「もう少し待ってくれ」と応じた事実

→ 甲及び乙の供述は、それが存在することにより、甲乙間で金銭授受の約束があったことを推認させる（∵経験則上、約束をしていないのに「約束どおり」という言葉を用いて金銭を要求することはなく、また、これに対して「待ってくれ（金銭を支払う意思はあるが、時間的猶予を求める発言）」と発言することは考え難い）

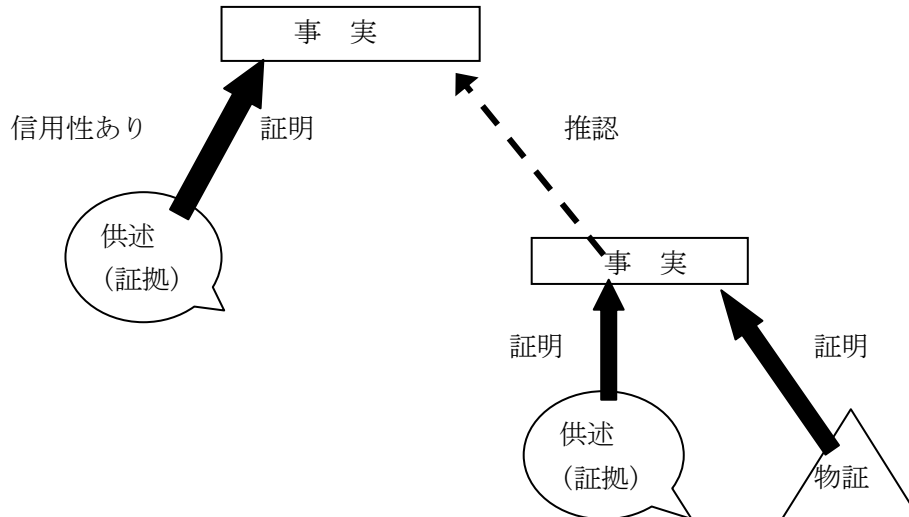
(2) 精神状態の供述（知覚・体験、記憶が問題とならない供述



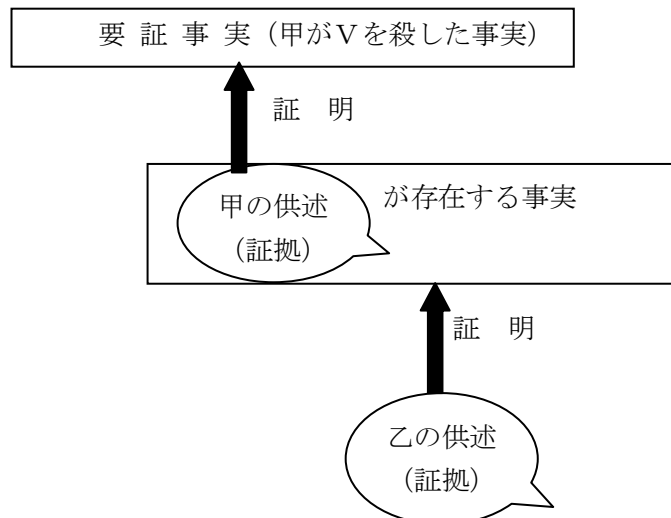
Ex. 甲のVに対する殺人の被疑事実につき、甲の殺意の有無が問題となっている場合において、甲が「Vをぶっ殺してやる！」と発言していた事実

- 甲の供述は、要証事実（甲のVに対する殺意）との関係で、本当に「ぶっ殺してやる！」と思っていたのかどうかという叙述の信用性（真摯性、真意性）が問題となる
- しかし、知覚（体験）・記憶を含むものではないため、伝聞法則を適用しない（判例・通説）

7 事実の証明方法



8 【図解】再伝聞



Ex. 乙の「甲が『俺はVを殺した』と言っているのを聞いた」という供述（発言）

9 問題演習

〔新司法試験平成21年第2問〕（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。なお、【資料1】の供述内容は信用できるものとし、【資料2】の捜査差押許可状は適法に発付されたものとする。

【事例】

- 1 警察は、平成21年1月17日、軽自動車（以下「本件車両」という。）がM埠頭の海中に沈んでいるとの通報を受け、海中から本件車両を引き上げたところ、その運転席からシートベルトをした状態のVの死体が発見された。司法解剖の結果、Vの死因は溺死ではなく、頸部圧迫による窒息死であると判明した。警察が捜査すると、埠頭付近に設置された防犯カメラに本件車両を運転している甲野太郎（以下「甲」という。）と助手席にいるVの姿が写っており、その日時が同年1月13日午前3時5分であった。同年1月19日、警察が甲を取り調べると、甲は、Vの頸部をロープで絞めて殺害し、死体を海中に捨てた旨供述したことから、警察は、同日、甲を殺人罪及び死体遺棄罪で逮捕した。勾留後の取調べで、甲は、Vの別居中の妻である乙野花子（以下「乙」という。）から依頼されてVを殺害したなどと供述したため、司法警察員警部補Pは、その供述を調書に録取し、【資料1】の供述調書を作成した。

＜中 略＞

- 6 その後、捜査を継続していたPらは、平成21年2月3日、甲の立会いの下、M埠頭において、海中に転落した本件車両と同一型式の実験車両及びVと同じ重量の人形を用い、本件車両を海中に転落させた状況を再現する実験を行った。なお、実験車両は、本件車両と同じオートマチック仕様の軽自動車であり、現場は、岸壁に向かって約1度から2度の下り勾配になっていた。

Pらは、甲に対し、犯行当時と同じ方法で実験車両を海中に転落させるよう求めると、甲は、本件車両を岸壁から約5メートル離れた地点に停車させたと説明してから、その地点に停車した実験車両の助手席にある人形を両手で抱えて車外に持ち出した。甲は、その人形を運転席側ドアまで移動させてから車内の運転席に押し込み、その人形にシートベルトを締めた。そして、甲は、運転席側ドアから車内に上半身を入れ、サイドブレーキを解除した上、セレクトレバーをドライブレンジにして運転席側ドアを閉めた。すると、同車両は、岸壁に向けて徐々に動き出し、前輪が岸壁から落ちたものの、車底部が岸壁にぶつかったため、その上で止まり、海中に転落しなかった。甲は、同車両の後方に移動し、後部バンパーを両手で持ち上げ、前方に重心を移動させると、同車両が海中に転落して沈んでいった。その後、Pらが海中から同車両を引き上げ、その車底部を確認したところ、車底部の損傷箇所が同年1月17日に発見された本件車両と同じ位置にあった。

- 7 Pは、この実験結果につき、実況見分調書を作成した。同調書には、作成名義人であるPの署名押印があるほか、実況見分の日時、場所及び立会人についての記載があり、実況見分の目的として「死体遺棄の手段方法を明らかにして、証拠を保全するため」との記載がある。加えて、実況見分の経過として、写真が添付され、その写真の下に甲の説明が記載されている。

具体的には、岸壁から約5メートル離れた地点に停止している実験車両を甲が指さしている場面の写真、甲が両手で抱えた人形を運転席に向けて引きずっている場面の写真、甲が運転席に上半身を入れて、サイドブレーキを解除し、セレクトレバーをドライブレンジにした場面の写真、同車両の前輪が岸壁から落ちたものの車底部が岸壁にぶつかってその上で同車両が止まっている場面の写真、甲が同車両の後部バンパーを両手で持ち上げている場面の写真、同車両が岸壁から海中に転落した場面の写真、同車両底部の損傷箇所の位置が分かる写真が添付されている。

そして、各写真の下に「私は、車をこのように停止させました。」、「私は、助手席の被害者をこのように運転席に移動させました。」、「私は、このようにサイドブレーキを解除してセレクトレバーをドライブレンジにしました。」、「車は、このように岸壁の上で止まりました。」、「私は、このように車の後部バンパーを持ち上げました。」、「車は、このように海に転落しました。」、「車の底には傷が付いています。」との記載がある。

- 8 その後、同年2月9日、検察官は、被告人甲が乙と共謀の上、Vを殺害してその死体を遺棄した旨の公訴事実で、甲を殺人罪及び死体遺棄罪により起訴した。被告人甲は、第一回公判期日において、「自分は、殺人、死体遺棄の犯人ではない。」旨述べた。その後の証拠調べ手続において、検察官が、前記実況見分調書につき、「被告人が本件車両を海中に沈めることができたこと」という立証趣旨で証拠調べ請求したところ、弁護人は、その立証趣旨を「被告人が本件車両を海中に沈めて死体遺棄したこと」であると考え、証拠とすることに不同意の意見を述べた。

〔設問2〕【事例】中の実況見分調書の証拠能力について論じなさい。

※ 問題となり得るのは、甲の写真（動作による供述？）、甲の説明、Pの供述（実況見分の報告）

1 要証事実の設定

- ① 当該証拠（本問では特に甲の写真と甲の説明）によって直接証明できる事実は何か？
- 写真→(ア) 甲が写真によって再現した態様による犯行を行ったこと（弁護人の主張）
 - (イ) 写真に撮影された態様による実験の経過及びその結果
 - 本問の実況見分…甲の供述調書どおりの態様による犯行が可能かどうかを確認する内容のものであるといい得る（検察官の主張する立証趣旨）
 - 説明→(ア) 甲が説明内容どおりの態様による犯行を行ったこと（弁護人の主張）
 - (イ) 実況見分を行った理由・動機（甲の供述を契機としてそのとおりに行った）や実況見分の内容を説明するもの
 - 実況見分調書と一体をなすものと言い得る
- ② 検察官の主張する立証趣旨（「被告人が本件車両を海中に沈めることができたこと」）に意味があるか？
- 甲は公判段階では犯人性を否認。甲の犯人性を基礎付ける証拠としては、否認に転じる前の供述調書における自白が考えられる。もっとも、自白のみで甲を有罪とすることはできず、客観的な裏付け（補強証拠）が必要。
 - 実況見分調書記載のとおり、甲による犯行可能性を証明できれば、自白の補強証拠となり得る
 - そうすると、検察官の立証趣旨には意味がある。
- ③ 検察官の立証趣旨を前提として設定される要証事実は、写真に撮影された態様による実験の経過及び結果（すなわち、甲が供述調書どおりの態様による犯行を実現し得た事実）、ということになる

2 伝聞／非伝聞の区別

- 写真→実況見分調書に記載されたとおりの実験経過及び実験結果が存在することを立証するためには、実験の経過及び結果を撮影した写真が存在すれば十分であり、甲が過去に当該態様による犯行を行ったかどうかは無関係 → 甲の過去の体験の真実性は問題とならないので、非伝聞
- 説明部分→実況見分調書を一体となすものであり、その真実性は問題とならない（甲が言っていることが真実か否かにかかわらず、甲の発言が存在し、それを契機として供述どおりの実験がなされたことそれ自体が立証されれば十分だから）
- P供述（実況見分調書全体）→実況見分調書に記載されたとおりの実験経過及び実験結果が存在することを立証するためには、Pによる実況見分の知覚・体験内容、その記憶、及び記載（供述）内容が信用できることを要する → P供述（実況見分調書全体）が伝聞

【資料1】

供 述 調 書

本籍，住居，職業，生年月日省略

甲 野 太 郎

上記の者に対する殺人，死体遺棄被疑事件につき，平成21年1月24日〇〇県〇〇警察署において，本職は，あらかじめ被疑者に対し，自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げて取り調べたところ，任意次のとおり供述した。

- 1 私は，平成21年1月13日午前2時ころ，V方前の道で，Vの首をロープで絞めて殺し，その死体を海に捨てましたが，私がそのようなことをしたのは，乙からVを殺すように頼まれたからでした。
- 2 私は，約2年前に，クリーニング店で働いており，その取引先に乙が経営していたT化粧品販売という会社があったため，乙と知り合いました。私は，次第に乙に惹かれるようになり，平成19年12月ころから，乙と付き合いようになりました。乙の話では，乙にはVという夫がいるものの，別居しているということでした。
- 3 平成20年11月中旬ころ，私は，乙から「Vに3000万円の生命保険を掛けている。Vが死ねば約2000万円ある借金を返すことができる。報酬として300万円をあげるからVを殺して。」と言われました。私は，最初，乙の冗談であると思いましたが，その後，乙と話をするたびに何回も同じ話をされたので，乙が本気であることが分かりました。そのころ，私にも約300万円の借金があったため，報酬の金が手に入ればその借金を返すことができると思い，Vを殺すことに決めました。そこで，平成21年1月11日午後9時ころ，乙から私に電話があったとき，私は，乙に「明日の夜，M埠頭で車の転落事故を装ってVを殺す。」と言うと，乙から「お願い。」と言われました。
- 4 1月12日の夜，私がV方前の道でVを待ち伏せしていると，翌日の午前2時ころ，酔っ払った様子のVが歩いて帰ってきました。私は，Vを殺すため，その後ろから首にロープを巻き付け，思い切りそのロープの端を両手で引っ張りました。Vは，手足をばたつかせましたが，しばらくすると，動かなくなりました。私が手をVの口に当てると，Vは，息をしていませんでした。
- 5 私は，Vの服のポケットから車の鍵を取り出し，その鍵でV方にあった軽自動車のドアを開け，Vの死体を助手席に乗せました。そして，私は，Vが運転中に誤って岸壁から転落したという事故を装うため，その車を運転してM埠頭に向かいました。私は，午前3時過ぎころ，M埠頭の岸壁から少し離れたところに車を止め，助手席の死体を両手で抱えて車外に持ち出し，運転席側ドアまで移動して，その死体を運転席に押し込み，その上半身にシートベルトを締めました。そして，私は，運転席側ドアから車内に上半身を入れ，サイドブレーキを解除し，セレクトレバーをドライブレンジにしてからそのドアを閉めました。すると，その車は，岸壁に向けて少しずつ動き出し，前輪が岸壁から落ちたものの，車の底が岸壁にぶつかってしまい，車がその上で止まってしまいました。そこで，私は，車の後ろに移動し，思い切り力を入れて後ろのバンパーを両手で持ち上げ，前方に重心を移動させると，軽自動車であったため，車が少し動き，そのままザッブーンという大きな音を立てて海の中に落ちました。私は，だれかに見られていないかとドキドキしながらすぐに走って逃げました。
- 6 その後，私は，乙にVを殺したことを告げ，1月15日の夕方，乙と待ち合わせた喫茶店で，乙から報酬の一部として現金30万円を受け取り，その翌日の夕方，同じ喫茶店で，乙から報酬の一部として現金20万円を受け取りました。

甲 野 太 郎 指印

以上のとおり録取して読み聞かせた上，閲覧させたところ，誤りのないことを申し立て，欄外に指印した上，末尾に署名指印した。（欄外の指印省略）

前 同 日

〇〇県〇〇警察署

司法警察員

警部補

P



MEMO

〔新司法試験平成20年第2問〕（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

- 1 警察は、暴力団X組による覚せい剤密売の情報を入手し、捜査を行った。その結果、覚せい剤取締法違反（譲渡罪）の前科1犯を有しているX組幹部の甲が、覚せい剤を密売してX組の活動資金を得るという営利の目的で、平成20年1月上旬ころ、Aマンション201号室の甲方において、多量の覚せい剤を所持しているという嫌疑が濃厚となった。そこで、警察は、前記覚せい剤営利目的所持の犯罪事実で、差し押さえるべき物を、本件に係る覚せい剤、小分け道具、手帳、ノートとし、搜索すべき場所を、Aマンション201号室の甲方とする搜索差押許可状の発付を受けた。

<中 略>

なお、覚せい剤営利目的所持の罪とは、「営利の目的」つまり、犯人が自ら財産上の利益を得、又は第三者に得させることを動機・目的として、覚せい剤をみだりに所持した罪をいい、その法定刑は、1年以上の有期懲役、又は情状により1年以上の有期懲役及び500万円以下の罰金である。

- 2 平成20年1月15日午前8時ころ、司法警察員警部補Pは、前記搜索差押許可状を携帯して、司法警察員巡查部長Qら5名の部下とともに甲方の搜索に赴き、甲方玄関ドア前の通路に集まった。

<中 略>

Pら5名は、Qに続いて、順次、そのガラス窓から甲方内に入り、「置いてある物に触るな。」と言いながら甲方内の各部屋に散っていった。Qらが、甲方内に在室している人物を確認したところ、甲がリビングルームに、2名の組員がそれぞれ別々の部屋にいて、合計3名が甲方内に在室していることが判明し、Qらは、これら3名の近くで、その行動を注視できる位置についた。そこで、Pは、甲に対し、前記搜索差押許可状を示した。この時点で、Qが最初に甲方内に入ってから約3分が経過していた。

その後、Pらは、甲を立会人として、覚せい剤等を探し始めた。Qは、リビングルームに置かれたサイドボードの引き出しの中から赤色ポーチを発見し、これを開けて見たところ、同ポーチ内には、ビニール袋入りの50グラムの白色粉末があった。

- 3 そこで、Qが、甲の承諾を得て、その場で白色粉末の予試験を実施したところ、これが覚せい剤であることが確認できた。Qは、「被疑者甲は、みだりに、営利の目的で、平成20年1月15日、Aマンション201号室の甲方において、覚せい剤50グラムを所持した。」という被疑事実で、甲を現行犯人として逮捕するとともに、刑事訴訟法第220条第1項第2号により、この覚せい剤を差し押さえた。

なお、Qが割った甲方の窓ガラスは、直ちに、業者により修復され、その費用は2万円であった。

- 4 甲は、逮捕、勾留中の取調べにおいて、「発見された覚せい剤は私のものではない。覚せい剤については一切知らない。」などと供述し、一貫して否認した。

警察が捜査したところ、甲がWという女性と交際していることが分かった。Wは、5年前から会社員として働いているが、以前、会社員として働いた傍ら、クラブでホステスのアルバイトをしていたことがあり、そのクラブに客として来ていた甲と知り合い、約1年前から甲と交際するようになった。Wは、その直後、アルバイトを辞め、週末に甲方に通って、掃除をしたり洗濯をするなど、甲の身の回りの世話をし、甲も、月に数回の割合で、Wが住んでいたアパートの部屋に泊まりに行くなどしていた。

以上の状況から、W方に、本件犯行に関する証拠物が存在する蓋然性が高まったので、警察は、W方の搜索差押許可状の発付を受け、平成20年1月18日、Wが不在であったため、アパートの管理人を立会人としてW方を搜索し、鍵が掛けられていた机の引き出しの中からノート1冊（以下「本件ノート」という。）を発見して、これを差し押さえた。

<中 略>

本件ノートに記載された文字の筆跡は、すべてWのものである。

<中 略>

- 7 その後、検察官は、所要の捜査を遂げて、「被告人甲は、みだりに、営利の目的で、平成20年1月15日、Aマンション201号室の甲方において、覚せい剤50グラムを所持した。」という公訴事実で、

甲を起訴した。

甲は、第一回公判期日において、前記公訴事実につき、「私のマンションで発見された覚せい剤は私のものではありませんし、これを所持したことはありません。もちろん営利の目的也没有ありません。」と陳述し、弁護人も同趣旨の陳述をした。

検察官は、「Wが平成20年1月14日に甲方で本件覚せい剤を発見して甲と会話した状況、本件覚せい剤を甲が乙から入手した状況及びX組が過去に覚せい剤を密売した際の売却価格」という立証趣旨で、証拠物たる書面として本件ノート証拠調を請求した。

これに対し、甲の弁護人は、「証拠物としての取調べに異議はないが、書証としては不同意である。」との意見を述べた。

甲と本件覚せい剤を結び付ける証拠並びに本件覚せい剤の入手状況及び過去の覚せい剤の売却価格に関する証拠は、本件ノート及び甲方で押収された本件覚せい剤以外にはない。

【設問1】 本件ノートの証拠能力について、その立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。ただし、その搜索差押手続の適法性については論じる必要はない。

【資料】 W方で押収された本件ノートの最終ページ

平成20年

<省略>

1月14日

今日、甲のマンションに行った。洗濯物もたまっている、思ったより時間がかかった。

掃除をしているとき、サイドボードの引き出しの中に、見慣れない赤色のポーチを見つけた。女物のようなので、私のほかに女でもと思って中を見ると、白い粉がビニール袋に入っていた。急に、甲が、「それに触るな。」と言って、私からそのポーチを取り上げた。私は、びっくりして、「何なの、それ？」と聞くと、甲は、「おまえがいた店にも連れていったことのあるY組の乙から覚せい剤50グラムを250万円で譲ってもらった。うちの組では、これまで、0.1グラムを1万5000円で売ってきたんだ。だれにも言うなよ。」と言った。

覚せい剤なんて生まれて初めて見た。何だか怖い。甲が警察に捕まったりしないのか心配。

私もあんなものを見て何か罪にならないのか心配。正直、あんなもの見なければよかったと思う。不安で今晩は眠れそうもない。でも、もう日が変わるので早く寝ないと・・・。

<省略>

1 要証事実の設定

① 当該証拠（本問ではWの供述とその中に含まれる甲の供述）によって直接証明できる事実は何か？

(a) 甲が「それに触るな。」と供述したこと

→ 甲がポーチに触って欲しくないと思っていたこと（発言当時の精神状態の供述）

※ 甲の真意性は問題となるが、知覚（体験）・記憶は問題とならない

※ もっとも、当該甲の供述が存在したかどうかは、乙の体験、記憶に基づく

(b) 乙の甲に対する「何なの、それ？」という問いに対し、甲が「…覚せい剤を…譲ってもらった」と応答している事実

→ 甲が当該発言をした当時、ポーチの中身が覚せい剤であると認識していたことを推認させる（過去に乙から覚せい剤を譲り受けたという体験ではなく、あくまで発言当時のポーチの中身についての認識を表したものと評価し得る）

- (c) 甲が「乙から覚せい剤 50 グラムを 250 万円で譲ってもらった」供述していること
 → 甲が乙から覚せい剤 50 グラムを 250 万円で譲ってもらったこと（取得価格）
 ※ 甲の知覚（体験）、記憶に基づく供述なので、その信用性（真実性）が認められることにより、当該事実を認定することができる
 ※ さらに、当該甲の供述が存在したかどうかは、乙の体験、記憶に基づく
- (d) 甲が「うちの組では、これまで、0.1 グラムを 1 万 5 0 0 0 円で売ってきたんだ」と供述していること
 → 甲の所属する組が 0.1 グラムあたり 1 万 5000 円で売却してきたこと（売却価格）
 ※ 甲の知覚（体験）、記憶に基づく供述なので、その信用性（真実性）が認められることにより、当該事実を認定することができる
 ※ さらに、当該甲の供述が存在したかどうかは、乙の体験、記憶に基づく

② 検察官の主張する立証趣旨（「(あ) Wが平成20年1月14日に甲方で本件覚せい剤を発見して甲と会話した状況、(い) 本件覚せい剤を甲が乙から入手した状況及び(う) X組が過去に覚せい剤を密売した際の売却価格」）に意味があるか

- (あ) … 上記(a)及び(b)部分に対応する
 → 甲はポーチが自己のものであることを否認し、所持の事実及び意思を否認
 → 甲がポーチの内容を認識していたことを推認させ、さらにポーチが甲方から発見されたことと併せて、当該ポーチが甲のものであること（所持の事実及び所持の意思）を推認させる ⇒意味あり
- (い) … 上記(c)部分に対応する
- (う) … 上記(d)部分に対応する
 → 甲は営利目的を否認している
 → 取得価格と売却価格の差額を立証することにより、営利目的を認定し得る
 ⇒意味あり

③ 検察官の立証趣旨を前提として設定される要証事実は、(あ)’ 甲乙間の上記(a)及び(b)の会話の存在、又はこれにより推認される甲の覚せい剤所持の意思と事実、(い)’ 甲による覚せい剤の取得価格及び(う)’ 甲らによる覚せい剤の売却価格である。

2 伝聞／非伝聞の区別

- (a) 及び (b) 部分 → 甲の供述は非伝聞、乙の供述は伝聞
 (c) 及び (d) 部分 → 甲の供述も乙の供述も伝聞（本問日記は再伝聞証拠）

MEMO

〔新司法試験平成22年第2問〕（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

- 1 暴力団A組は、けん銃を組織的に密売することによって多額の利益を得ていたが、同組では、発覚を恐れ一般人には販売せず、暴力団に属する者に対してのみ、電話連絡等を通じて取引の交渉をし、取引成立後、宅配等によりけん銃を引き渡すという慎重な方法が採られていた。司法警察員Pらは、A組による組織的な密売ルートを解明すべく内偵捜査を続けていたが、A組幹部の甲がけん銃密売の責任者であるとの情報や、甲からの指示を受けた組員らが、取引成立後、組事務所とは別の場所に保管するけん銃を顧客に発送するなどの方法によりけん銃を譲渡しているとの情報を把握したものの、顧客が暴力団関係者のみであることから、甲らを検挙する証拠を入手できずにいた。

＜中 略＞

そこで、Pは、同年6月5日、乙と接触し、同人に対し、もう一度甲と連絡を取ってけん銃を譲り受け、甲を検挙することを手伝ってほしい旨依頼したところ、乙の協力が得られることとなった。この際、Pは、乙に対し、電話で甲に連絡をした際や直接会って話をした際には、甲との会話内容をICレコーダーに録音したいこと、さらに会話終了後には、引き続き、乙にその会話内容を説明してもらい、それも併せて録音したい旨を依頼し、乙の了解を得た。

同月7日午前11時ころ、乙は、乙方近くのE公園において、自らの携帯電話から甲の携帯電話に電話をかけ、甲に対し、「前には金額で折り合わなかったが、やはり物を購入したい。もう一度話し合いたいんだ。」などと言い、甲から、「分かった。値段が張るのはやむを得ない。よく考えてくれよ。」などとの話を引き出した。乙の近くにいたPは、この会話を乙の携帯電話に接続したICレコーダーに録音し、さらに、同会話終了後にされた「自分は、平成21年6月7日午前11時ころ、E公園において、甲と電話で話したが、甲は自分にけん銃を売ることについての話し合いに応じてくれた。明日午後1時ころ、F喫茶店で直接会って更に詳しい話し合いをすることになった。」という乙による説明も録音した〔録音①〕。

翌8日午後1時ころ、待ち合わせ場所のF喫茶店において、甲と乙は、けん銃の譲渡について話し合いをした。その際、甲と乙は、代金総額300万円でけん銃2丁を譲渡すること、けん銃は後日乙の指定したマンションへ宅配便で配送すること、けん銃の受取後、代金を直接甲に支払うことなどを合意するに至った。隣のテーブルにいたPは、このけん銃譲渡に関する会話をICレコーダーに録音し、さらに、甲が同店を立ち去った後にされた「自分は、平成21年6月8日午後1時ころ、F喫茶店で甲と直接話し合いをした。甲が自分にけん銃2丁を300万円で売ってくれることになった。けん銃2丁は宅配便で、りんごと一緒に自分のマンションに配送される。代金300万円は後で連絡を取り合って場所を決め、その時渡すことになった。」という乙による説明も録音した〔録音②〕。

- 3 翌9日以降、Pらは、乙がけん銃を受け取ったことを確認し次第、甲をけん銃の譲渡罪で逮捕し、関係箇所を捜索しようと考え、度々乙と電話で連絡を取り、甲からけん銃2丁が配送されてきたか否か確認を続けた。しかし、同月14日午後9時ころ、Pらは、乙が電話に出なくなったことから不審に思い、乙の生命又は身体に危険な事態が発生した可能性があることからその安全を確認するため、乙方マンション管理人立会いの下、乙方に立ち入ると、乙が居間において、頭部右こめかみ付近から出血した状態で死亡しているのを発見した。

乙の死体付近にはけん銃2丁が落ちており、その近くには開封された宅配便の箱があり、その中を確認するとりんごが数個入っていた。

＜中 略＞

- 4 翌15日午後7時ころ、Pらが乙の携帯電話を持参して丙女方を訪ねると、丙女は、当初は乙を知らないと供述したものの、Pらが乙の携帯電話の電源を入れ、丙女の携帯電話番号の発着信歴が頻繁にあったことを告げると、ようやく、乙と約2年前から交際していたことを認め、乙から、今回警察の捜査に協力していることやそのためにA組の甲からけん銃を譲り受けることを打ち明けられていたなどと供述した。

そのような事情聴取を継続中に、突然、乙の携帯電話の着信音が鳴った。Pらは、着信の表示番号が以前に乙から教わっていた甲の携帯電話番号であったので、甲からの電話であると分かり、とっさに、丙女から、電話に出ること及び会話の録音についての同意を得た上で、丙女に電話に出てもらうとともに、乙の携帯電話の録音機能を使用して録音を開始した。すると、甲と思われる男の声で、「もしもし、甲だ。物届いただろう。約束どおりりんごと一緒に届いただろう。300を早く支払ってくれよ。」との話があり、丙女が、乙が死亡してしまったこと、自分は乙の婚約者であることを告げると、甲と思われる男は、「婚約者なら乙の代わりに代金300万円を用意して持ってこい。物は約束どおり届いたはずだろう。」などと強く言ってきた。Pがメモ紙に代金は警察が用意するので待ち合わせ場所を決めるようにと記載して示すと、丙女は、その記載に従って、「分かりました。代金は、乙に代わって私が用意します。待ち合わせ場所を指定してください。」などと言い、同月17日に甲とF喫茶店で待ち合わせるようになった。Pは、電話終了後、乙の携帯電話の録音機能を停止して再生し、丙女と甲と思われる男の会話内容が録音されていることを確認した〔録音③〕。

- 5 同月17日午後3時ころ、丙女がF喫茶店に赴いたところ、甲が現れたので、Pらは、甲をけん銃2丁の譲渡罪で緊急逮捕した。

甲は勾留後、否認を続けたが、検察官は、本件けん銃2丁、甲乙間及び甲丙女間の本件けん銃譲渡に関する〔録音①〕、〔録音②〕及び〔録音③〕を反訳した捜査報告書【資料】、丙女の供述等を証拠に、同年7月8日、甲をけん銃2丁の譲渡罪で起訴した。

被告人甲は、第一回公判期日において、「自分は、乙に対してけん銃2丁を譲り渡したことはない。」旨述べた。その後の証拠調べ手続において、検察官は、「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間及び甲丙女間の会話の存在と内容」を立証趣旨として、前記捜査報告書を証拠調べ請求したところ、弁護人は、不同意とした。

〔設問2〕【事例】中の捜査報告書の証拠能力について、前提となる捜査の適法性を含めて論じなさい。

【資料】

捜 査 報 告 書

平成21年6月18日

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 警視

P 殿

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 巡査部長

K ㊟

被疑者

甲

(本籍, 住居, 職業, 生年月日省略)

上記の者, 平成21年6月17日, 銃砲刀剣類所持等取締法違反被疑事件の被疑者として緊急逮捕したものであるが, 被疑者は, 乙及び丙女との間で電話等による会話をしており, その状況を録音したICレコーダー及び携帯電話を本職が再生して反訳したところ, 下記のとおり判明したので報告する。

記

1 平成21年6月7日午前11時ころ～午前11時5分ころ, 電話による通話等

(1)乙 「もしもし, 乙ですが, この間は申し訳なかったね。」「やはり, 物必要なんだ。前には金額で折り合わなかったが, やはり物を購入したい。もう一度話し合いたいんだ。」

甲 「今更何言ってるの。物って何のことよ。」

乙 「とぼけないでくださいよ。×××のことですよ。」

甲 「前は, 高過ぎるとか, ほんとに良い物なのかとか, うるさかったじゃない。うちのは××××とは違うんだよ。」

乙 「悪かったね。やはりどうしても欲しいんだ。助けてほしい。」

甲 「分かった。うちの回転×××の×××は物が良いので, 値段が張るのはやむを得ない。よく考えてくれよ。」

乙 「よく分かったよ。明日1時に前回と同じF喫茶店でどうだい。」

甲 「分かった。明日会おう。」

ここで, 甲乙間の会話が終了し(なお×××部分は聞き取れず), 引き続き, 乙の声で,

(2)乙 「自分は, 平成21年6月7日午前11時ころ, E公園において, 甲と電話で話したが, 甲は自分にけん銃を売ることについての話合いに応じてくれた。明日午後1時ころ, F喫茶店で直接会って更に詳しい話合いをすることになった。」

との話が録音されていた。

2 同月8日午後1時ころ, F喫茶店における会話等

(1)乙 「お久しぶり。この前は悪かったね。」

甲 「だから, この間の条件で買ってあげばよかったんだよ。うちの条件は前回と同じ, 1丁150万円, 2丁なら×××××, 物がいいんだからびた一文負けれないよ。」

乙 「分かったよ。それでいいよ。物どうやって受け取るんだい。」

甲 「うちのやり方は, 直接渡したりはしないんだ。そこでパクられたら, 所持で逃げようないからね。あんたのマンションへ宅配便で送るよ。りんごの箱に入れて, 一緒に送るから。受け取ったら, ×××渡してくれよ。場所はまた連絡する。」

乙 「それでいこう。頼むね。」

ここで, 甲乙間の会話が終了し(なお×××部分は聞き取れず), 引き続き, 乙の声で,

(2)乙 「自分は, 平成21年6月8日午後1時ころ, F喫茶店で甲と直接話合いをした。甲が自分にけん銃2丁を300万円で売ってくれることになった。けん銃2丁は宅配便で, りんごと一緒に自分のマンションに配送される。代金300万円は後で連絡を取り合って場所を決め, その時渡すこと

になった。」との話が録音されていた。

3 同月15日午後7時15分ころ～午後7時20分ころ，電話による通話

甲 「もしもし，甲だ。物届いただろう。約束どおりりんごと一緒に届いただろう。300を早く支払ってくれよ。」

丙女 「私は，乙の婚約者の丙女です。乙は死んでしまいました。」

甲 「ええ。死んだ。本当かよ。どうして死んだんだ。××か。」

丙女 「分かりません。でも，遺書はありませんし，近くにけん銃が落ちていました。」

甲 「それはお気の毒だ。でも物は届いたんだろう。それなら，あんたが代わりに300万円払ってくれ。」

丙女 「そんなお金は持っていません。」

甲 「婚約者なんだろ。婚約者なら乙の代わりに代金300万円を用意して持ってこい。物は約束どおり届いたはずだろう。」

丙女 「分かりました。代金は，乙に代わって私が用意します。待ち合わせ場所を指定してください。」

甲 「本当に用意できるのか。それじゃあ。明後日の17日午後3時，F喫茶店に金を持ってきてくれ。××には言うなよ。」

丙女 「分かりました。必ず行きます。」

ここで甲丙女間の会話が終了した（なお××部分は聞き取れず）

MEMO

【新司法試験平成18年第2問】（配点：100）

以下の事例を読んで、後記の設問1及び2に答えなさい。なお、各供述の内容は、信用できるものとする。

【事例】

1 (1) H県I市内を管轄するI警察署は、平成18年1月24日午後3時、同市内にあるA銀行B支店支店長Wからの110番通報を受け、直ちに警察官を現場に臨場させた結果、次の同店従業員Vの供述により、強盗致傷事件の被害状況が判明した。

(2) A銀行B支店従業員Vの供述要旨

私が店内で業務をしていた午後2時55分ごろ、突然、刺身包丁を右手に持ち、目出し帽をかぶり両手に白い軍手をはめた男が支店に入ってきました。その男は、カウンター前にいたお客様のCさんに刺身包丁を突き付け、「動くな。動くと殺すぞ。」と叫びました。店内にはほかのお客様や支店長以下の私たち職員がいましたが、犯人は、私たちに向かって、「警察に通報したやつは殺す。早く金を出せ。札束を用意しろ。」と大声で怒鳴りました。

<中 略>

犯人は、車に乗り込む直前に携帯電話で話をしていました。全部は聞き取れませんでした。が、「成功したぞ。例の場所で待っていてくれ。」と言っているのは、はっきりと聞き取れました。

犯人は、目出し帽をかぶっていたので、人相も年齢も分かりませんでした。身長はCさんと同じくらいだったので、170センチメートルくらいで、体格は中肉中背です。また、上着の両袖側面に3本の白線の入った紺色のジャージ上下を着ていました。

<中 略>

【事例（続き）】

5 I警察署刑事課警察官らは、1月31日までの間、A銀行B支店における強盗致傷事件について捜査したところ、次の結果を得た。

(1) メモの記載内容

甲から押収した前記メモの上半分には、手書きの地図の記載がある。地図上のJ公園東出口付近に「×」印の記載があり、その下に手書きで「乙、車の中で待ってる」の記載がある。

地図については、捜査の結果、A銀行B支店からJ公園までの経路を示したものと判明した。

メモの下半分には、手書きで「決行は、24日閉店まぎわ」、「名前がわかる物は持って行かない」、「車は盗んだのを使う」、「取った金は半分ずつ分ける」の記載がある。

これらの手書き文字について筆跡鑑定を行ったところ、甲の筆跡と同一人の筆跡であることが判明した。

(2) その他の捜査結果

甲から押収した前記携帯電話について、その発信履歴を捜査した結果、1月24日午後3時1分に、I市内M町居住の乙（女性）方に電話をしていることが判明し、乙について捜査したところ、平成8年から約9年間、A銀行B支店に勤務していたが、平成17年2月に退職したこと、甲とは小学校の同級生であることが判明した。

1月24日午後3時20分ごろ、J公園東出口付近で、白の軽乗用自動車が停止しているのが目撃されているが、本件当時、乙は、白の軽乗用自動車を所有していたことが判明した。

このほか、甲から押収した前記刺身包丁着の血痕を鑑定した結果、Vの血液型と一致した。

6 I警察署刑事課長Z警部は、2月1日、K地方裁判所裁判官に対して、甲に対する強盗致傷被疑事件について逮捕状を請求し、同日、その発付を受けた。甲は、I警察署内において、同日午後4時30分、前記逮捕状により逮捕された。逮捕後、弁解の機会を与えたところ、甲は、強盗致傷の被疑事実について認めたほか、乙との共謀についても認める供述をした。同月3日午前10時、甲は、乙との共謀によるA銀行B支店における強盗致傷の事実でK地方検察庁に送致され、同日から10日間の勾留、更に10日間の勾留延長を経て、同月22日、同事実により起訴された。

7 I警察署刑事課長Z警部は、その後、甲の供述に基づき、強盗致傷被疑事件について、乙に対する

逮捕状及び乙方に対する搜索差押許可状を得た。I 警察署警察官は、これに基づき、乙を逮捕し、乙方を搜索した。その結果、乙方から、前記メモの記載どおりの筆圧痕の残るレポート用紙1冊が発見されたので、I 警察署警察官はこれを差し押さえた。その後、乙は、勾留を経て、甲との共謀によるA銀行B支店における強盗致傷の事実により起訴されたが、この間、一切の供述を拒んだままであった。

8 甲は、公判においては公訴事実をすべて認め、有罪判決を受けた。

9 その後、乙は、第1回公判期日において、公訴事実について、甲との共謀を否認した。第2回公判期日において、証人として出廷した甲は、次のとおりの供述をした。

(1) 乙との関係

1月24日に私がA銀行B支店で行った強盗致傷は、乙と相談してやりました。

乙と私は、小学校時代の同級生で幼なじみです。乙が昨年2月にA銀行B支店を辞めたとき、乙から、W支店長に嫌われ、いじめにあって辞めさせられたと聞きました。

(2) 乙との相談について

乙は、ひどくWを恨んでいて、「何か仕返しをしてやりたい。」と言っており、昨年12月ごろには、「B支店に強盗に入ってちょうだい。Wは意気地なしだから、包丁か何かで脅せば、すぐに金を出すはずよ。」と言うので、私もだんだんその気になってきました。

昨年12月24日、私が乙の家に遊びに行ったとき、また、強盗の話になりました。乙は、「会社の給料日の多い25日の前日には、翌日の払戻しに備えて多額の現金を準備しているはずだから、24日の閉店間際に入るといいと思う。」と言ったので、そのとき、私は、「絶対にばれないなら、やってもいいよ。」と答えました。

(3) メモについて

私が公務執行妨害で逮捕されたとき、持っていたポストンバッグの中から出てきたメモは、昨年12月24日に、乙の家で作成したものです。

乙方にあったレポート用紙に、最初に乙がB支店からJ公園東出口付近までの地図を書き、乙は、「この地図のとおり逃げて、J公園の茂みのところで車を乗り捨てて、金だけ持って、公園の東出口まで来てちょうだい。そこで、私が車の中で待ってるから。」と言い、公園の東出口付近に「×」印を付けました。その後、私は、乙の目の前で、「×」印のすぐ下に「乙、車の中で待ってる」と書き入れました。地図の下に「決行は、24日閉店まぎわ」、「名前がわかる物は持って行かない」、「車は盗んだのを使う」、「取った金は半分ずつ分ける」と書いたのも、私です。乙から、先ほども言ったように、「24日の閉店間際に入るといいと思う。」とか、「あんたの名前が分かると、すぐ私も疑われるから、自分の名前が分かるようなものは絶対に持っていったらダメよ。」とか、「だから、車も自分のを使わないで、盗んだ車を使ってね。」とか言われたので、私が書き留めたのです。「取った金は半分ずつ分ける」というのは、この日、乙が、「取った金は半分ずつ分けるってことでどうかしら。」と言ったので、私も、「それでいいよ。」と答えたのですが、乙は金に汚いところがあるので、後で乙が変なことを言わないように私が乙の目の前で書き留めておいたのです。

(4) 犯行状況

今年1月に入ってから、私は、目出し帽、白色軍手、刺身包丁を買い、インターネットで他人名義の携帯電話も買いました。そして、私は、1月24日昼ごろ、I市N町で白とシルバーのツートンカラーの普通乗用自動車を盗み、その車でA銀行B支店に乗り付け、同日午後3時ごろ、同店に押し入りました。そして、私は、店内にいた客に刺身包丁を突き付け、「動くな。動くと殺すぞ。」と言って脅し、カウンター内にいた支店長らに、「早く金を出せ。札束を用意しろ。」と大声で怒鳴って、現金1800万円を奪い取り、逃げる際に私を捕まえようとした従業員Vの左腕を刺身包丁で刺してけがをさせました。

その後、私は、乙がメモに書いた地図のとおり、J公園まで逃げて来て、車を乗り捨て乙の待つ東出口付近まで逃げようとしていたところを警察官に見つかってしまったのです。

【設問２】 乙に対する強盗致傷被告事件の公判において、前記メモが、共謀を立証するための証拠として証拠調べ請求された場合、その証拠能力について、問題点を挙げ、事実を摘示して論じなさい。

MEMO