

# 立証趣旨と伝聞法則

小 野 寺 雅 之

はじめに

検察官として刑事実務に携わった後、法科大学院で刑事実務科目の講義を担当して、刑事手続を学生に教えているうち、刑事訴訟法の教科書に書かれている内容と実務での実態との間に乖離があると実感したため、その乖離を埋める材料のたたき台になればとの思いから本稿の作成を思い立った。本稿は、実務経験を通じ、立証趣旨がどのように機能しているかということをも前提にして、学説上議論されている内容について再構築を試みるものであり、これまでの学説を網羅的に検索した上での整理というものではない。そのため、文献の引用や、これまでの学説との整合性ということについては、不足する点が生じるであろうことは否定できない。

公判に立会する検察官は、証拠調請求に当たって、証拠等関係カードに各証拠の立証趣旨を記載するのであり、立証趣旨をどのように掲げるかということは、検察官にとっての日常的な業務に含まれるのであるが、筆者が検察実務に就いているころは、その立証趣旨が証拠法上どのような意味を持つのかという理論的な側面について、十分な意識と理解がないまま、経験的に工夫を重ねるにとどまっていた。しかし、法科大学院の教員となってから、改めてこれまでの実務経験を振り返り、立証趣旨の果たしている機能を理論的に整理する機会を持つことができたため、その内容を提示することとした。

本稿の特徴は以下のようなところにある。まず、立証趣旨と要証事実との関係を明示し、また、供述証拠と非供述証拠との分類、伝聞証拠と非伝聞証拠との分類、伝聞法則が適用される伝聞証拠と適用されない伝聞証拠との分類について整理し、それぞれの位置づけを明確にする。そして、伝聞証拠に設定される要証事実の類型につき、《供述内容の真実性》、《かかる内容の供述がなさ

れたという外形的事実」という2類型のほか、「供述者の動作による供述が意味する客観的・外形的事実」という類型も存在し、実況見分調書の現場指示はこの類型に属することを示す。さらに、「かかる内容の供述がなされたという外形的事実」が要証事実となる伝聞証拠を5つに分類し、それぞれの分類について検討を加える中で、同じ伝聞証拠につき、立証趣旨の掲げ方により伝聞法則の適用に違いが生じるなどという場合はないこと、限定説を前提としても法328条の存在意義があること、いわゆる「精神状態の供述」は「かかる内容の供述がなされたという外形的事実」が要証事実となること、「精神状態の供述」には共謀共同正犯における謀議や犯罪事実の認識等も含まれることなどについて、論を展開する。

立証趣旨に関しては、学説上あまり議論されてこなかったところだと思われるし、特定の学説に対する批判ということではなく、学会と実務界との意識の違いということに問題意識を持っていることを予めおことわりしておく。

## 第一章 総論

### 一 立証趣旨の機能と分類

1 刑事訴訟規則第189条第1項は、「証拠調の請求は、証拠と証明すべき事実との関係を具体的に明示して、これをしなければならない。」と規定しているが、ここで「証拠と証明すべき事実との関係の具体的明示」とされているのが、立証趣旨である。そして、「証明すべき事実」とされているのが、立証の対象となる事実であり、要証事実である。要証事実とは、当該証拠を証拠調請求する当事者が、証拠調請求する時点での自由な判断により設定するものであり、それぞれの証拠が持つ客観的屬性というものではない。証拠調を請求する当事者は、立証の目的を実現するために、立証趣旨を的確に掲げなければならない。そのため、ある証拠につき設定される要証事実が、誰が証拠調請求する場合であっても事実上同一になるということはあるが、それは、証拠の客観的屬性として要証事実が決まっているということではない。当該証拠を取り調べた後に、客観的に分析して要証事実を発見するというのではなく、当該証

拠をどのような事実の証明に用いるかは、証拠調請求する段階で、証拠調請求する当事者の判断により決せられる。つまり、立証趣旨は、当該証拠の証拠調請求をした当事者による、要証事実の設定を意味する。

たとえば、犯行目撃者の供述調書を、犯罪事実を証明するために証拠調請求する場合には、立証趣旨は「目撃した犯行状況」とされるが、その目撃者が公判廷で供述調書とは異なる内容の証言をしたことから、その証言の信用性を弾劾するために証拠調請求するという場合には、「捜査段階における供述状況」とされる。また、現行犯人逮捕手続書を、被告人の逮捕手続の適法性や、捜査の端緒を証明するために証拠調請求する場合には、立証趣旨は「被告人を現行犯逮捕した経緯」とされるが、現行犯逮捕時、被告人が犯行を認めるような言動をしていたという事実により、後に録取された自白調書の任意性及び信用性を証明するために証拠調請求するという場合には、立証趣旨は「現行犯逮捕時における被告人の言動」とされる。さらに、被告人の司法警察員に対する自白調書を、事件発生の背景事情や犯行直前の行動及び犯罪事実を証明するために証拠調請求する場合には、立証趣旨は「犯行に至る経緯及び犯行状況」とされるが、被告人の検察官に対する自白調書の任意性及び信用性を証明するために証拠調請求するという場合には、立証趣旨は「被告人の供述経緯」とされる。

このように、同一の証拠であっても、その証拠によって証明しようとする対象が異なることがあり、それに応じて、掲げられる立証趣旨にも違いが生じる。そして、どのような立証趣旨を掲げるのか、すなわち何を要証事実として設定するかは、他にどのような証拠があるのかということや、審理の経過等に応じて、当該証拠を証拠調請求する当事者の判断により決せられる。

実務では、検察官による証拠調請求は、証拠等関係カードに請求番号や証拠の標目等を記載・提出してなされるが、証拠の標目の下に立証趣旨の記載欄が設けられており、証拠調請求の段階で検察官により立証趣旨が明示される扱いになっている。また、弁護側請求証拠についても、証拠調請求の際に立証趣旨が示されるという点で、検察官請求証拠と違いはない。

2 要証事実との関係により証拠を分類すると、直接証拠と間接証拠に分けられる。直接証拠は、要証事実の存否を直接証明するのに役立つ証拠であり、間

接証拠は、要証事実の存否を間接的に推認させる事実（間接事実）を証明するのに役立つ証拠であるが、ある要証事実、それ自体が間接事実となつて、さらに上位の要証事実（立証の目的となる事実）を推認させるということもあり、最終的な要証事実、起訴状記載の犯罪事実を構成する具体的な事実である。

(1) 起訴状記載の犯罪事実を構成する具体的な事実を直接証明するのに役立つ証拠が直接証拠であることは間違いのないところであるが、直接証拠というのは、そのような場合に限らず、間接事実を直接証明するのに役立つ証拠も、その間接事実との関係では直接証拠である。そして、立証趣旨の掲げ方には、当該証拠により直接的に証明しようとする事実を要証事実として設定する場合もあるし、直接的な証明の対象となる事実から推認させようとする事実（立証の目的となる事実）を要証事実として設定する場合もある。直接的に証明しようとする事実を要証事実として設定した場合には、当該証拠は直接証拠となり、立証の目的となる事実を要証事実として設定した場合は、当該証拠は間接証拠となる。このように、証拠調請求された証拠が直接証拠となるか間接証拠となるかは、立証趣旨がどのように掲げられたかによって決まるといえる。

たとえば、現場指紋対照結果通知書は、現場指紋と対照指紋との同一性の分析経過や判断結果を記載したもので、警察本部刑事部鑑識課長名義の捜査報告書<sup>(2)</sup>であるが、「現場指紋と対象指紋（被告人の指紋）とが一致した」という判断結果が記載されている現場指紋対象結果通知書を証拠調請求するという

- (1) たとえば、XがVを殺害したという殺人罪の場合、「殺人」という概念は、構成要件的事実ではあるが、それ自体が客観的な生（ナマ）の事実というわけではない。すなわち、Vが死亡したという事実、Xの行為とV死亡との因果関係、Xの行為の実行行為性、殺人の故意等のさまざまな事実やそれに対する評価が総合された概念である。したがって、「殺人」があったかどうかは、何らかの単独の証拠によって、直接的に証明の対象となるような事実ではない。Vが死亡したという事実を示す死体検案書を出発点として（それ故、いわゆる「死体なき殺人」の場合は、被害者が死亡したという事実自体に立証上の困難を伴うことになる。）、凶器である刃物という証拠品の存在とその形状、凶器である刃物にXの指紋が付着していたことを示す現場指紋対照結果通知書、凶器の形状とVの傷害の形状とが符合することを示す鑑定書、Vの傷害が直接の死因になっているという鑑定書、XがVを刺したところを目撃した者の供述調書、XがVを殺害する故意を有していた旨の自白調書等の証拠により認定される各種事実が総合されて、XのVに対する「殺人」という構成要件的事実の認定に至るのである。

場合、その現場指紋対象結果通知書により直接証明できるのは「被告人の指紋が犯行現場に遺留された（犯行現場から被告人の指紋が採取された）」という事実であり、その事実から「被告人が犯行現場にいたこと」が強く推認され、ひいては被告人の犯人性が推認されることになる。つまり、証拠調請求された現場指紋対象結果通知書は、その立証趣旨が「被告人の指紋が犯行現場に遺留されたこと」とされた場合には直接証拠となるが、立証趣旨が「被告人が犯行現場にいたこと」とされた場合には間接証拠となる。もっとも、現実の刑事裁判では、犯行現場での指紋採取状況を内容とする捜査報告書（指紋採取報告書）や、鑑識課長宛の現場指紋送付書も証拠調請求され、それら捜査報告書等と現場指紋対象結果通知書とが相まって「被告人の指紋が犯行現場に遺留されたこと」が証明されることになる。そのため、現場指紋対象結果通知書が証拠調請求される場合の立証趣旨は、「現場指紋と対象指紋とが一致したこと」というように、より直接的な事実が要証事実として設定されることもある。また、上記捜査報告書等と現場指紋対照結果通知書が証拠調請求されたという場合は、そのいずれについても立証趣旨が「被告人の指紋が犯行現場に遺留されたこと」とされることもある。なお、「被告人が犯行現場にいたこと」を証明するための直接証拠には、被告人が犯行現場にいるのを目撃した者の供述、犯行現場にいる被告人の姿が撮影された防犯ビデオの映像、被告人自身の自白などがある。

また、殺人事件の凶器として使用された刃体の長さ約16センチメートルの柳刃包丁を、証拠物として証拠調請求するという場合、その立証趣旨は、

- (2) 現在日本の警察が採用している12点法による指紋の同一性判断は、指紋等の隆線特徴点が12点一致すれば両者の同一性を認める方法であり、このような同一性判断は、すべての司法警察職員ができるというものではなく、特別な知識・技量を有し訓練・経験を積んだ者がだけが専門的に行うことができるものである。したがって、指紋の同一性判断は鑑定の性質を帯びていると考えられ、現場指紋対照結果通知書には法321条4項が準用されることになる。

札幌高裁平成10年5月12日判決（判例時報1652号145頁）も、「・・・事件捜査の過程で、事件現場で採取された指紋を専門的知識・経験を有する者が分析・対照し、これにより容疑者を特定する手法が用いられた場合、右指紋の分析・対照の経過・内容・結果等が記載された文書は、その性格・内容等からして、・・・刑訴法321条4項の鑑定書に準じた書面とみるべきであり、・・・」と判示している。

「凶器の存在及び形状」とされ、直接的に証明の対象とする事実が要証事実として設定されるのが通常である。そして、このような「凶器の存在及び形状」という客観的事実により、犯罪を構成する事実のうち、殺人の実行行為性、被告人の行為と被害者の死亡との因果関係、被告人における殺人の故意などが認定されることになる。

さらに、Aが書いた、Vの名誉を毀損する内容のピラといった「証拠物たる書面」を証拠調請求する場合、その立証趣旨は、「犯行に使用されたピラの存在・形状及び記載内容」などとされ、ここでも、直接的に証明しようとする客観的事実が要証事実として設定されるのが通常である。すなわち、当該ピラは、その存在自体が名誉毀損行為を証明する証拠となるほか、文字の筆跡鑑定等からAが書いたことが明らかになれば、犯行に及んだのがAであることが証明されるという意味において、証拠物（物証）として機能するため、「ピラの存在・形状」という外形的事実が要証事実として設定される。また、そこに記載された文言によって、Vの名誉を毀損する内容であることが証明されるという意味では、証拠書類（書証）としても機能するため、「記載内容」という外形的事実も要証事実として設定される。<sup>(3)</sup>

このように、立証趣旨により設定される要証事実は、当該証拠により直接

- (3) 本文におけるピラのような「証拠物たる書面」は、証拠書類として、記載された意味内容が証拠資料となるだけでなく、証拠物として、そのような記載がなされた書面が存在するということや、書面の形状・紙質、書面に文字等を記載するのに使用された筆記具、書面が発見された場所などといったことについても証拠資料となる。そのため、書面としての代替性はない。通常の場合、「証拠物たる書面」は、事件前あるいは事件当時から存在している。実際の裁判で「証拠物たる書面」となる例としては、脅迫文書、報告状、名誉毀損文書、わいせつ文書、偽造権利証、日記、手帳、裏帳簿などがある。

これに対して、本来の証拠書類というのは、事件発生後に、捜査の過程で作成される捜査報告書とか供述調査などの捜査書類や、裁判に向けた意見書や嘆願書などである。これらの証拠書類は、記載内容だけが証拠資料となり、書面の存在や状態というものは証拠として意味を持たない。そのため、書面として代替性を有している。

被告人Aが被害者Vを強姦したという犯罪事実を立証するため、強姦事件の被害者Vが作成した告訴状を証拠調請求するという場合は、その告訴状は記載内容だけが証拠資料となるので、証拠書類として扱われるが、被告人Bが報告したとの犯罪事実を立証するため、被告人Bが作成した告訴状を証拠調請求するという場合には、当該告訴状は、その存在と記載内容がともに証拠資料となるので、「証拠物たる書面」として扱われる。

的に証明しようとする事実である場合と、立証の目的となる事実である場合とがあるので、前者の場合には、立証の目的としている事実を合理的に推察する必要があるし、後者の場合には、当該証拠により直接的に証明の対象とされている事実は何かということ、立証の目的となる事実から引き戻して判断する必要がある。実務上は、当該証拠により直接的に証明の対象とする事実が立証趣旨として掲げられるのが一般的なので、以下では、特に断らない限り、当該証拠により直接的に証明の対象とする事実のことを要証事実と呼ぶこととする。

3 実際の刑事裁判において、証拠調請求される証拠のうちの大多数を占めるのが供述証拠である。供述証拠というのは、証拠資料が人の体験・知識の報告を内容とするものである場合をいい、証拠資料がそれ以外のものであるときが非供述証拠であると説明される。人の記憶に残った過去の事実の痕跡が、その人の言語的表現（供述）という形で裁判所に伝達される場合の証拠が供述証拠であり、過去の事実の痕跡が、人の記憶以外のものに残った場合の証拠が非供述証拠であるという説明がなされることもある。たとえば、被告人の公判廷における供述、証人による証言、被告人・関係人の供述書・供述調書、捜査官が作成した捜査報告書、鑑定人作成の鑑定書などは、これらの者の体験・知識を報告するものなので供述証拠である。これに対して、殺人や傷害の犯行に用いられたナイフ等の凶器、犯行現場に残された血痕・遺留物、財産犯における被害金品、覚せい剤取締法違反事件における覚せい剤などは、その存在・形状・性質が証拠資料となるものなので非供述証拠である。

供述証拠と非供述証拠との区別は、伝聞法則の適用の有無という点で実質的な意味を持つが、本稿では、伝聞証拠を、「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」というように、刑事訴訟法（以下、「法」という。）320条1項の規定の体裁に従った形式的な定義とした上で、そのような伝聞証拠の定義に該当する供述証拠について、伝聞法則が適用される場合と適用されない場合とに区分する。つまり、証拠は、まず供述証拠と非供述証拠とに分けられ、供述証拠は伝聞証拠と非伝聞証拠とに分類される。そして、伝聞証拠は、伝聞法則が適用される場合と適用されない場合とに分類され、伝聞法則が適用される場合には、原則として証拠

能力が否定されるが(法320条1項),伝聞例外規定(法321条ないし法328条)の要件を充足すると証拠能力が肯定される,という整理を前提として論じる。

伝聞証拠のうち、「公判期日における他の者の供述を内容とする供述」とは、証人や被告人が裁判官に対して第三者から聞いた話を供述する場合であり、伝聞供述といわれるものである。たとえば証人WがXから聞いた話を証言したという場合においては、Xを原供述者、Wを伝聞供述者、WがXから聞いて知った事実を伝聞事実とよび、Wの証言に含まれるXの話が伝聞供述である。また、「公判期日における供述に代わる書面」というのは、供述を書面に記載して提出する場合であり、供述代用書面といわれるものである。供述代用書面には、体験者自らがその体験を書面にして裁判官に提出する場合(供述書)と、体験者から体験内容を聞いた他人(通常は捜査官)が書面に記載して裁判官に提出する場合(供述録取書)とがある。そして、公判廷において、証人や被告人が、自ら体験した事実を裁判官に直接供述したという場合、そのような供述証拠が非伝聞証拠であり、伝聞法則が適用されない伝聞証拠とは区別される。

4 伝聞証拠を証拠調請求する場合、立証趣旨によって設定される具体的な要証事実は、個々の事件ごとに、供述されている内容に応じて決められるものであり、千差万別であるが、類型化するなら、《供述内容の真实性》という類型と《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》という類型、それに《供述者の動作による供述が意味する客観的・外形的事実の真实性》という類型との三つに整理することができる。

《供述内容の真实性》が要証事実として設定された伝聞証拠というのは、伝聞内容(原供述者が経験した事実)を証拠資料として機能させようとするものであり、《供述内容の真实性》が要証事実として設定される場合のことを、「原供述の真实性を立証しようとする場合」、「原供述の真实性を要証事実とする場合」、「原供述内容が要証事実の場合」などと表現することもある。《供述内容の真实性》が要証事実として設定された伝聞証拠には、伝聞法則の適用がある。

また、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が要証事実とし

て設定された伝聞証拠というのは、原供述者がそのような内容の供述をしたという客観的・外形的事実を証拠資料として機能させようとするものであり、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が要証事実として設定される場合のことを、「原供述がなされたことの実性を立証しようとする場合」とか、「原供述者がかかる供述をしたという事実が要証事実の場合」などと表現することもある。《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が要証事実として設定された伝聞証拠には、原則として伝聞法則は適用されない。

そして、《供述者の動作による供述が意味する客観的・外形的事実の実性》が要証事実として設定された伝聞証拠というのは、たとえば、現住建造物等放火事件において、被告人が立会って燃焼実験が行われ、被告人が再現した犯行態様により媒介物に着火した火が玄関ドアに燃え移ったという事実が確認され、その再現状況がビデオテープに録画されていたところ、検察官が、当該ビデオテープを、「被告人が再現した犯行態様で火が媒介物から玄関ドアに燃え移ったこと」との立証趣旨で証拠調請求したというような場合である。この場合、当該ビデオテープは被告人の動作による供述を録取したものであり、供述調書と同様の伝聞証拠である。仮に、当該ビデオテープが、「被告人が再現した犯行状況」という立証趣旨で証拠調請求された場合には、その要証事実は、被告人の自白を内容とした《供述内容の実性》である。また、立証趣旨が「被告人による犯行再現状況」とされた場合には、その要証事実は《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》である。しかし、「被告人が再現した犯行態様で火が媒介物から玄関ドアに燃え移ったこと」という立証趣旨は、《供述者（被告人）の動作による供述が意味する客観的・外形的事実の実性》を要証事実として設定するものであり、《供述内容の実性》や《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》とは異なる種類の要証事実である。そして、「被告人が再現した犯行態様で火が媒介物から玄関ドアに燃え移ったこと」という客観的・外形的事実は、被告人の自白の実性を裏付け、被告人の犯人性を認定する上で重要な間接事実となるため、立証上、大きな意味を有する。《供述者の動作による供述が意味する客観的・外形的事実の実性》が要証事実として認定された伝聞証拠が、ビデオテープなどのように機械的正確

性を有している証拠方法である場合には、現場写真と同様に伝聞法則は適用されない。また、その証拠方法が書面であった場合には、その書面としての性質は実況見分調書であり、法321条3項の要件を充足すれば証拠能力を有することになる。ただし、《供述者の動作による供述が意味する客観的・外形的事実の真实性》が要証事実となるのは、身体的動作による供述がなされた場合か、身体的動作を伴う供述がなされた場合<sup>(4)</sup>に限られるのであり、本来的なことばによる供述の場合において、このような立証趣旨が設定される余地はない。

なお、《供述者の動作による供述が意味する客観的・外形的事実の真实性》を要証事実として証拠調請求された証拠が、被告人による犯行再現状況を録画したビデオテープであるという場合は、当該ビデオテープに証拠能力が肯定されるためには、被告人の動作による供述に任意性が認められることが必要となろう。

以上のように、伝聞証拠につき設定される要証事実は3つの類型に分類されるのであるが、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が要証事実である場合と、客観的・外形的事実を内容とする供述について《供述内容の真实性》が要証事実とされた場合とは、「外形的事実が要証事実である」という点で共通しているため、混同されることがあるので注意を要する。たとえば、実況見分調書の立証趣旨は「犯行現場の位置・状況」とされ、犯行現場等実況見分の対象となった場所の位置や、遺留品等の発見状況といった客観的・外形的事実が要証事実として設定されるが、そのような客観的・外形的事実は、見分官が供述するところの見分結果であるから、要証事実の類型は《供述内容の真实性》なのであり、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》という類型ではない。

実務上一般に、伝聞証拠につき、「犯行状況」、「犯行態様」、「被害状況」などという立証趣旨が掲げられた場合は、犯罪事実の具体的内容という《供述内容の真实性》が要証事実として設定されたことを意味し、「供述状況」、「供

(4) 後述するように、実況見分における現場指示がこれに当たる。

述経過」、「記載内容」、「犯行再現状況」などという立証趣旨が掲げられた場合は、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が要証事実として設定されたことを意味する。<sup>(5)</sup>

5 検察官は、起訴状に記載された犯罪事実の立証を目的として、各証拠の証拠調請求をするのであり、犯罪事実の立証に資するのは供述内容であるのが通常なので、伝聞証拠を証拠調請求する場合には、《供述内容の真实性》を要証事実として設定することが多いといえる。しかし、伝聞証拠のうちには、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を証明することが、《供述内容の真实性》の証明とは別個に、あるいはそれと関連して、独立した立証上の機能を果たすことがあり、そのような伝聞証拠は5つに分類できる。それぞれの分類については後に詳しく論じるが、ここではそれらの概要を示しておく。

第1分類は、伝聞証拠の《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が、犯罪事実を直接証明する事実となる場合である。たとえば、Aが甲の名誉を毀損したという犯罪事実を証明するために、証人Wの、「被告人Aが、『甲が乙に対してわいせつな行為をした。』と話して、甲の名誉を毀損するのを聞いた。」との証言を用いる場合における、Aの供述部分とか、Bが丙に対して脅迫したという犯罪事実を証明するために、証人Xの、「被告人Bが、『俺は人を殺したことだってあるんだぞ。』などと話して、丙を脅すのを聞いた。」との証言を用いる場合における、Bの供述部分がこの類型に該当する。<sup>(6)</sup>

第2分類は、ある伝聞証拠につき、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実とすることにより、供述者の精神異常など、供述内容とは無関係の事実を推認させるという場合である。証人Wの、「Aが、『俺はアンドロメダの皇帝だ。』と言っていた。」との証言により、「Aの精神異常」を

(5) 犯行目撃者の供述調書により犯行状況を証明しようとする場合、実務上、立証趣旨は「犯行目撃状況」とされることが多いのであるが、このような立証趣旨では、「犯行を目撃したことの外形的状況」を要証事実として設定したように解する余地を生じさせるので、「目撃した犯行状況」とするのが相当であろう。

(6) 田宮『刑事訴訟法[新版]』370頁の、「ことばが要証事実」である場合の一つ目の例や、白鳥『刑事訴訟法[第2版]』393頁の「原供述がなされたこと自体が犯罪事実を構成する場合」というのと同じである。

推認するというのがその例になる。証人Xの、「Bが、『部屋が折れ曲がってぐるぐる回っている。』と言っていた。」という証言から、Bが薬物中毒の影響下にあったことを推認するといった場合も、この類型に属する。<sup>(7)</sup>

第3分類は、伝聞証拠が弾劾証拠として用いられる場合である。たとえば、犯行目撃者の供述調書につき、《供述内容の真实性》を要証事実として設定して証拠調請求したが、不同意とされたため証人尋問を実施したところ、捜査段階とは異なる内容の証言をしたことから、その公判供述の信用性を弾劾するために、改めて《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実として設定して証拠調請求し、法328条に基づいて証拠能力が肯定されるという場合である。

また、法328条の適用場面ではないが、被告人の自白調書の任意性及び信用性が公判廷で争われたという場合に、弁解録取書、勾留質問調書、被告人の他の自白調書など、被告人の供述録取書を、「捜査段階における供述状況」との立証趣旨で、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実として設定して証拠調請求し、その外形的事実が、供述がなされた際の客観的状况と相まって、自白の任意性等を争う公判廷における被告人供述の信用性を弾劾し、捜査段階における自白調書の任意性及び信用性を証明するための証拠として機能させるというのも、伝聞証拠が弾劾証拠として用いられる場合の一形態と考えられる。

第4分類は、いわゆる「精神状態の供述」である。伝聞証拠が「精神状態の供述」である場合に、伝聞法則が適用されるかについては争いがあるが、《供述内容の真实性》を要証事実とするなら伝聞法則が適用されるのであるが、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が要証事実として設定され

(7) 田宮『刑事訴訟法[新版]』372頁の「情況証拠であることば」と同じである。ただし、「ブレーキの故障で起きた交通事故の事件で、運転前にAがBに『ブレーキが故障している』といった発言は、Aが故障に気づいていたということを立証するためには伝聞ではないといわれる。」とされている例は、本文の第4分類に属する。

田口『刑事訴訟法[第5版]』383頁の「供述が情況証拠の場合」や、白鳥『刑事訴訟法[第2版]』344頁の「原供述から原供述者の精神状態を推認する場合」というのも、本文の第2類と同じである。

ているのであり、そのため、伝聞法則は適用されずに証拠能力が肯定され、供述者の精神状態という《供述内容の真実性》を推認させる間接事実として機能するものと考えらるべきである。

「精神状態の供述には、感情表現の場合、共謀共同正犯における「謀議」に関する供述の場合及び犯罪事実の認識に関する供述の場合とがある。

第5分類は、本来的には《供述内容の真実性》が要証事実なのであるが、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》に「特信情況」が認められて証拠能力が肯定されると、実質的に《供述内容の真実性》が証明されることになるという伝聞証拠である。法323条3号に該当する書面や、幼児を原供述者とする伝聞供述などがこれに該当する。

この第5分類の特殊性は次のようなところにある。すなわち、供述調書などの伝聞証拠の場合は、まず証拠能力の有無が検討され、証拠能力が認められると、次に、その内容について信用性（証明力）が吟味される。一般に、供述調書の信用性は、虚偽供述をすることが疑われる事情はないか、観察条件に問題はないか、他の証拠と符合しているか（＝他の証拠との矛盾はないか）、供述に一貫性があるか（＝供述に変遷はないか）、変遷がある場合にはその理由について合理的な説明がなされているか、供述は合理的・自然なものか（＝供述に不合理・不自然なところはないか）、供述に具体性・迫真性はあるか、供述態度は真しなものか、といった各観点から判断される。これに対して、法323条3号該当書面として証拠能力が肯定されるための要件である「特信情況」は、書面の外形的事実から信用性が高度であることを意味するのであり、ここでは信用性に関わる要素が証拠能力を判断する次元で問題となっている。そのため、「特信情況」が認められて証拠能力が肯定されると、供述内容の証明力は極めて高いことになり、そのため、立証活動は、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》とその付随的事実である「特信情況」の存在に向けられる。その意味において、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が要証事実として設定された場合の一類型として扱うのが相当と考えられる。

## 二 伝聞法則の根拠

後に展開する内容の前提となるため、伝聞法則の根拠について、ここで述べておくことにする。

伝聞法則により証拠能力が否定される理由は、類型的に事実認定を誤らせる危険があるということにあり、証明できる事項が限定されているという意味での証明力が低いことが理由なのではない。たとえば、証人Wが、「Xが、『甲が乙の腹部をナイフで突き刺すのを見た。』と言ったのを聞いた。」と証言した場合において、Wの証言に含まれるXの供述部分に証拠能力が否定されるのは、「犯行の状況については、目撃者であるX自身や、あるいは被害者乙から直接聞かなければ、詳しいことが分からない。」ということが理由なのではない。たしかに、WがXから犯行状況を伝え聞いたといっても、通常は、Xは見たことすべてを克明に話したというわけではないだろうから、目撃者であるX自身や、あるいは被害者である乙に証言してもらった方が、事件に至るまでの経緯とか、犯行時の甲の言動、甲と乙の位置関係や姿勢などについて、Wが聞いていないことも含めて具体的・詳細に証言できるだろうと考えられる。その意味では、X自身や乙による証言と比べて、Xから犯行状況を伝え聞いたに過ぎないWの証言は、限られた内容の話しかできないため、その証明力は劣るといえるだろう。しかし、Wでは詳しく話ができず、Xや乙から話を聞いた方が詳細な事実が判明するからといって、そのことが、Wの証言に含まれるXの供述部分の証拠能力を否定するまでの理由にはならない。たとえ、WがXから伝え聞いた内容が断片的なものに過ぎなかったため、それなりの犯行状況しか証言できなかったとしても、その限りにおいては証拠としての価値を有している。そして、もしもWの証言だけでは犯罪事実が立証できないのであれば、検察官とすれば、X以外の目撃者や乙を証人申請するなど、ほかの証拠方法による立証の必要が生じるというだけのことであり、犯罪事実の立証のために不十分であることをもって、Wの証言に含まれるXの供述部分を、証拠から排除してしまうまでの必要性はない。このように、立証できる範囲や程度が限定的であるということ、いわば量的な意味での証明力が低いことは、証拠能力を否定する根拠にはならない。

それでは、なぜWの証言に含まれるXの供述部分の証拠能力が否定されるのかということ、裁判を誤らせる危険があるからである。すなわち、原供述者であるXに対して反対尋問する機会がなく、また、裁判官がXの供述態度を観察する機会がないため、Xの供述に不可避的に入り込む誤りや嘘が取り除かれていない。ここでの誤りや嘘の具体的内容としては、記憶違い、思い込み、記憶の減退、捜査機関による不当な誘引・示唆、不正確な表現などといった不当因子が挙げられる。裁判で証人尋問を実施してきた長い経験から、誤りや嘘を排除するための手段として用いられているのが反対尋問制度である（憲法37条2項前段、刑訴法304条）。つまり、ある人の証言によって不利益を受ける側（通常は、証人尋問を請求した当事者の相手方）が、反対の立場から証人を尋問して、その知覚、記憶、表現に、誤りや嘘があることを暴き出すという仕組みである。たとえば、上記の例で、甲が犯人性を争っているという場合、犯行を目撃したXが、犯人の顔と甲の顔は一致すると証言したのに対して、弁護人は、知覚に関する反対尋問として、a 目撃地点と犯行現場とは距離が離れていたのではないか、b Xの視力はどの程度か、c 犯行現場と目撃地点との間には視界を遮る障害物があったのではないか、d 目撃したのは夜間であり暗かったのではないか、といった尋問をすることが想定できる。また、記憶に関する反対尋問としては、e 犯行を目撃してから証言するまでに長期間（たとえば1年数か月）を経過しているが、犯人の顔を正確に記憶しているといえるか、正確性を根拠づけるような事情はあるか、f 似たような別の場面に遭遇して本件と混同しているようなことはないか、といったものが考えられる。そして、表現に関する反対尋問としては、g 甲が犯人であると自信をもって断定できるか、h 甲や乙とは以前からの知り合いで、何らかの利害関係や、甲に対して悪い感情を持ってはいないか、などといったものが想定できる。

このような反対尋問による吟味に加えて、直接審理主義の要請に基づき、裁判官が証人の態度などを直接観察するということも、証言内容の真实性を判定する方法として効果的である。裁判官が証人を直接観察する機会が確保されれば、証人が真しな態度で答えようとしているのか、いい加減な投げやりな態度なのか、自信を持っているのか迷っている様子なのか、などといったことを確

かめることができる。

これらの手段が採られることによって、裁判官は、証言の証明力を的確に判断でき、ひいては真実発見に資することになり、これを被告人からみれば、裁判を受ける権利を実質的に保障するということになる。

ところが、Wの証言に含まれるXの供述には、不当因子が取り除かれるこれらの機会がないために、いわば質的な意味で典型的に信用性が低い。したがって、Wの証言に含まれるXの供述を証拠としたなら、事実認定を誤る危険が存するのであり、正しい事実認定を実現するためには、Wの証言に含まれるXの供述を証拠から排除しなければならない。このように、最終的には裁判を誤らせる危険があるということが、Wの証言に含まれるXの供述の証拠能力が否定される理由である。

反面、X自身が出廷して証言したならば、Xに対する反対尋問等の機会が確保されるので、その証言に証拠能力が認められることはいうまでもない。そして、Xが反対尋問に対して合理的な答えをしたなら、事件の犯人は甲であるというXの証言には信用性が認められ、甲の有罪を認定する証拠として高い証明力を有する。しかし、Xが、反対尋問に対して、不合理な答えや、主尋問に対する証言とは矛盾した答えをしたり、証言に詰まったり、しどろもどろの状態になった場合などには、その証言の証明力は乏しく、有罪認定のための証拠として機能しないことになる。ただし、Xに対する反対尋問等の機会が確保されている以上、実際になされたXの証言がいかに信用性の低いものであったとしても、そのことによって伝聞法則が適用され、Xの証言の証拠能力自体が否定されるということにはならない。反対に、Xの供述を内容とするWの証言が、個別的事情を考慮すると高い信用性が認められるという場合であったとしても、伝聞供述である以上、原則としてその証拠能力は否定される。たとえば、Xが十分に信用できる人物で、Xの話に誤りや嘘が含まれることなどはおよそないだろうと誰もが思っており、しかもXが目撃した内容をWに対して克明に話していたというような場合には、Wの証言に含まれるXの供述は、甲の犯人性の立証において、高い証明力を有するといえる。しかし、そのような場合であっても、Xに対する反対尋問等の機会がないという客観的事情が存する以上、W

の証言に含まれるXの供述部分には証拠能力が認められない。

このように、「Xから直接話を聞かなければ詳しいことは分からない」から、Wの証言に含まれるXの供述部分に証拠能力が否定されるのではなく、「Wの証言によって詳しいことが分かるような場合であっても、Wの証言に含まれるXの供述部分には、そこに不可避免的に含まれる誤りや嘘を、反対尋問等により取り除く機会が確保されていないので、事実認定を誤らせるおそれがあり、類型的に事実認定の基礎にはできない」から証拠能力が否定される。つまり、伝聞証拠につき原則として証拠能力が否定されるのは、量的な意味での証明力が低いからではなく、反対尋問等の機会がないために質的な意味での証明力が低いからである。

なお、反対尋問権は放棄することが認められる権利なので、現実に対処尋問するかどうかは当事者の自由である（法326条参照）。反対尋問を行う機会が確保されていれば、証拠能力の付与に関してはそれで足りる。

### 三 供述証拠と非供述証拠との区別

供述証拠か非供述証拠かの区別は、伝聞法則の適用があるか否かという点で大きな意味があり、その区別が問題となる証拠方法としては、犯行現場や犯行状況を撮影、録画、録音した写真、ビデオテープ、録音テープ、ICレコーダーなどがある。具体的には、防犯ビデオに録画された映像などがその典型例であるが、最近では、交通事故が発生するとその状況を録画する仕組みになっている車載カメラ（ドライブレコーダー）が一般に普及しており、その映像なども含まれる。

たとえば、防犯ビデオに犯行状況が撮影されたり、偶然の目撃者により犯行状況がカメラに撮影されたりした、いわゆる現場写真について、それが証拠調請求される場合には、「犯行状況等」という立証趣旨が掲げられるのが通常である。そして、これらの現場写真は、犯行時における被告人や被害者の位置関係や姿勢・動作などの状況が撮影・現像・再生されたものであるが、そのような撮影・現像・再生による記録と伝達の過程は機械的操作によってなされている。つまり、現場写真の映像は、人の知覚・記憶・表現を媒介することなく事

実を記録・伝達するものであるから、その記録・伝達の過程に誤りや虚偽が含まれる危険はない。そのため、現場写真は非供述証拠に該当して伝聞法則の適用はない。また、ビデオに録画された映像に関係者が発したことばが含まれていたという場合であっても、現場写真という証拠の性質上、そのことばに関し、《供述内容の真実性》を要証事実として設定するということはおよそ想定できず、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が要証事実とされるであろうから、そのことばについても伝聞法則の適用はない。

ただし、証拠能力が肯定されるためには、自然的関連性が必要であることから、現場写真については、いつ、どこで、どのような光景を撮影したものであるか、要証事実とどのように関連しているのかを明らかにすることが求められる。撮影者が特定されていれば、その撮影者を証人尋問し、撮影日時や撮影場所の特定と併せて、その撮影者が見聞きした事情などを証言させて自然的関連性を立証することになるだろう。これに対して、撮影者不明の場合には、他の者（たとえば写真に撮影されている他の目撃者）による証言、写真の入手者による証言（入手過程、要証事実との関連性）、他の証拠（たとえば他の写真撮影報告書や実況見分調書）との対比などによって自然的関連性を立証していくことになると思われる。

以上のような考え方に対し、現場写真の映像には、改ざんなどの加工が加えられている危険性が否定できないということを理由に、法321条3項を類推適用し、撮影者を証人尋問して「作成の真正」が証明されない限り、証拠能力を認めるべきではないとの考えもある。<sup>(1)</sup>しかし、前述したように、伝聞法則の趣旨は、供述者が積極的に事実と異なる内容を述べようとはしなくても、人の供述には不可避的に誤りや虚偽が混入する危険があるため、反対尋問等により誤りや虚偽を排除する機会がない場合は、典型的に証拠能力を否定しようというところにある。それに対して、改ざんなどの加工がなされるおそれというのは、証拠物についてねつ造や改変などの積極的な罪証隠滅工作がなされている可能性ということであり、個別的な証明力に関する問題である。そうすると、

(1) 白鳥『刑事訴訟法[第2版]』346頁。

改ざんなどの加工がないかを確認するために撮影者を尋問するということには、人の知覚・記憶・表現の過程に含まれる誤りや除くために反対尋問権等を保障するという、伝聞法則の本来の趣旨は当てはまらないことになる。他方において、犯行状況が撮影された現場写真は犯罪を立証するための証拠価値が極めて高いのであるから、実体的真実発見の観点から、現場写真の証拠能力を認める余地を広げるべきである。それにもかかわらず、撮影者を必ず尋問しなければ証拠能力が認められないとすると、撮影者が不明などの理由で尋問できない場合には証拠能力が肯定される余地がなくなり、実体的真実発見の要請が阻害されてしまう。そして、改ざんなどの加工の疑いが生じたという場合には、専門技術的な方法によって改ざんの有無を解明すべきである。撮影者の反対尋問によって改ざんの有無が明らかにされるということは、たとえ偽証罪による制裁という担保があるにしても、実際の刑事裁判では期待できないものと思われる。このようなことから、理論的にも実際的にも、法321条3項を類推適用し、撮影者の証人尋問を経なければ証拠能力が肯定されないとの考え方は相当ではないと考えらる。

現場写真や現場録音等と区別しなければならないのは、犯行後において、被告人や被害者等の供述を録音したり、犯行状況等を身振りで再現するのを写真やビデオに撮影したという場合である。これらのうち、供述録音は、供述した内容を、文字によってではなく、音声そのものの状態で記録したものであり、その意味で供述録取書と同様の性質を有している。また、犯行再現状況を撮影した写真やビデオは、被告人や被害者等が動作等によって示した供述を、光学的・機械的に記録したものであり、その意味でやはり供述録取書と同様の性質を有する。これらの写真やビデオテープも、証拠調請求される場合の立証趣旨は、一般的には現場写真と同様に「犯行状況等」とされるもの考えられるが、現場写真とは異なって伝聞法則が適用される。<sup>(2)</sup>そのため、被告人の犯行再現状況を録画したビデオテープであれば、その証拠能力は法322条1項の要件

(2) ただし、本章一・4で述べたような《供述者の動作による供述が意味する客観的・外形的事実の真実性》が要証事実として設定されることもあり、その場合には伝聞法則は適用されない。

を満たすかどうかによって判断され、被害者の被害再現状況や、第三者が目撃した犯行状況を再現して録画したビデオテープであれば、その証拠能力は法321条1項3号の要件の充足性によって判断されることになる。

ここで、法322条や法321条の各条文で要件とされている被告人や被害者の署名押印についてであるが、そもそも、供述録取書に証拠能力が認められるために原供述者の署名若しくは押印が必要とされるのは、供述録取書が再伝聞という構造になっているからである。すなわち、原供述者の供述は、原供述者 捜査官 書面 裁判官という過程を経て裁判官に到達するのであるが、原供述者が証人として裁判官に対し直接証言する場合と比較して、捜査官と書面という2つの段階が介在している。そのため、原供述者がそのようなことを捜査官に供述したという事実、原供述者の供述を捜査官が正しく書面に記載したという事実、書面に記載された原供述の内容が真実であること、のすべてにわたって、原供述者や捜査官に対する反対尋問等のテストが必要になる。そうしたところ、書面に原供述者の署名若しくは押印があつたということは、原供述者が話した内容が正しく書面に記載されていることを原供述者自身が了承したということの意味する。つまり、原供述者の署名若しくは押印があれば、上記との過程に問題のないことが確認できる。したがって、反対尋問等のテストを加える必要があるのはこの過程だけであり、結局のところ原供述者を反対尋問して供述内容の真実性についてだけ確認すれば足りることになる。言い換えると、供述録取書であっても、原供述者の署名若しくは押印があることによって、原供述者が自ら記載した供述書と同様の扱いが許されることになるわけである。このように、供述調書に原供述者の署名押印が必要とされるのは、原供述者が録取内容の正確性を承認したことを意味し、それが、録取内容の正確性に関する限り、供述録取者に対する反対尋問に代替し得る程度の信用性の保障になるからである。これを再現ビデオに当てはめると、被告人や被害者らが自ら犯行状況を再現し、その状況が撮影されているという場合には、被告人や被害者らの言動を録画したという録取方法には機械的正確性があり、したがって、再現状況の正確性につき、撮影者の反対尋問に代替し得る程度の信用性が保障されているのであるから、被告人や被害者らの署名押印は不要というに

なる。ただし、被告人や被害者らが自ら再現するのではなく、捜査官等に指示して再現させ、その状況を録画したという場合には、被告人や被害者らの指示に基づく再現であることを画面上明らかにする措置が必要となろう。

なお、盗品たるビデオテープのように、その物理的存在自体が専ら証明の対象である場合や、わいせつ物と認められるビデオテープのように、ある映像が録画されているということが直接犯罪を構成するような場合には、「本件ビデオテープの存在（及び録画されている映像）」が立証趣旨とされ、証拠物の扱いになる。そのため、伝聞法則の適用はなく、事件との自然的関連性さえ証明できれば証拠能力が認められる。

## 第二章 第1分類

一 ここでは、同一の伝聞証拠につき、立証趣旨の掲げ方によって伝聞法則の適用の有無に違いが生じるという場合があるかについて検討する。

1 第一章・一・5で述べた第1分類のように、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が犯罪事実を構成する場合については、同じ伝聞証拠であっても、立証趣旨の掲げ方（要証事実の設定の仕方）によって伝聞法則の適用の有無に違いが生じる例の説明に用いられてきた。

伝聞供述の場合については次のように説明される。XのYに対する強制わいせつ事件の公判において、検察官が、証人Wに、「Zが、『私は、XがYに対してわいせつな行為をすところを見た。』と言っていました。」と証言してもらうため、立証趣旨を「犯行状況」としてWを証人申請したという場合、そこで設定された要証事実、「XがYにわいせつな行為をすところをZが見たこと」という《供述内容の真実性》なので、Zを反対尋問しなければ供述の正確性を確かめることができず、そのためWの証言中のZの供述部分には伝聞法則が適用される。<sup>(1)</sup> それに対して、Zが「私は、XがYに対してわいせつな行為をすところを見た。」などと公言してXの名誉を毀損したという事件の公判において、証人Wに、「Zが、『私は、XがYに対してわいせつな行為をすところを見た。』と言っていました。」と証言してもらうため、立証趣旨を「犯

行状況」としてWを証人申請したという場合、そこで設定された要証事実は、「Zが、『私は、XがYにわいせつな行為をするところを見た。』と言っていたこと」という《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》なので、Wを反対尋問すればその事実の正確性を確認でき、そのためWの証言中のZの供述部分に伝聞法則は適用されない。<sup>(2)</sup>

また、供述代用書面の場合については次のように説明される。XのYに対する強制わいせつ事件の公判において、検察官が、「Zが、『私は、XがYに対してわいせつ行為をするところを見た。』と言っていました。」という内容が記載されたWの供述書を、立証趣旨を「犯行状況」として証拠調請求したという場合、そこで設定された要証事実は「XがYにわいせつな行為をするところをZが見たこと」という《供述(記載)内容の真実性》なので、Zを反対尋問しなければ供述の正確性を確かめることができず、そのためWの供述書中のZの供述部分には伝聞法則が適用される。これに対して、Zが「私は、XがYに対してわいせつな行為をするところを見た。」と記載したピラを配布してXの名誉を毀損したという事件の公判において、検察官が当該ピラを証拠調請求した場合、立証趣旨は「犯行に使用されたピラの存在及び記載内容」とされるが、

- (1) これまでの説明では、証人Wが、「Zが、『私は、XがYに対してわいせつな行為をするところを見た。』と言っていました。」と、現に証言したという場合が一般的に用いられてきた。しかし、実務的に見ると、Wが上記のような証言をする前に、検察官はWに対して、「その時、Zは何と言っていましたか。」などと質問するであろうから、その段階で、弁護人は、刑訴規則199条の13第2項第4号の「証人が直接経験しなかった事項の尋問」に該当するとして、直ちに異議を申し立て、Wの証言を阻止したものと考えられる(刑訴規則205条の2)。そのため、本文のような例にした。

ただし、Wが証言した後に弁護人が異議を述べるといふこともあり、その場合、裁判所は、刑訴規則207条に基づいて証拠排除決定を行うことになる。そのような場面を想定するならば、これまでの説明も、実務的におよそ生じ得ない場面を設定したとまではいえないだろう。

- 三  
九 (2) 田口『刑事訴訟法(第5版)』382頁等。

Zの供述が、Wの証言ではなく、Wの供述調書に含まれていたという場合には、Zに対する反対尋問は不要であっても、Wに対する反対尋問のテストが必要であり、その意味において伝聞法則の適用がある。つまり、Zの供述に伝聞法則が適用されないとしても、Zの供述が顕出される証拠方法それ自体が伝聞証拠である場合には、別途伝聞法則の適用の有無を検討する必要が生じるのである。

そこで設定された要証事實は、Zが配布したピラ存在と、そのピラにはXの名誉を毀損するような記載があるという《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》である。そうしたところ、ピラ存在と記載内容は裁判官がそのピラを見て直接確かめることができるので、Zを反対尋問する必要はなく、そのため当該ピラの記載内容に伝聞法則は適用されない。

2 このような例をもとにして、供述証拠に伝聞法則が適用されるか否かの区別は、「その証言によって立証しようとする事実が、証人自身が直接体験していない事実、すなわち、証人が原供述者から聞いたという原供述者の体験である場合には、原供述者を反対尋問するなどの機会が確保されていないので、原供述部分には伝聞法則が適用される。それに対して、証人が原供述者からある話を聞いたという事実、すなわち、証人自身が直接体験した事実であれば、証人自身を反対尋問できるので原供述部分に伝聞法則は適用されない。」などと説明される。そして、伝聞法則が適用される伝聞証拠（実質的な意味における伝聞証拠）は、「反対尋問等の機会が与えられていない公判廷外の供述であって、その供述内容の真实性が要証事実とされるもの」との定義がなされる。

これらの説明や定義自体に異論はないのであるが、その内容が一人歩きして、どのような伝聞証拠であっても、供述がなされたという外形的事実、つまり《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実を設定したならば、伝聞法則の適用はなくなり、直ちに証拠能力が肯定されるなどという誤解を生じさせかねない。そもそも、上記のような具体的事例で伝聞法則の適用に違いが生じているのは、前提となっている事件が異なるからである。同一の事件であれば、同一の伝聞証拠が、立証趣旨の掲げ方（要証事実の設定の仕方）により伝聞法則の適用の有無に違いが生じるということを認めるべきではない。本来的に《供述内容の真实性》を証明することを目的としている伝聞証拠については、《供述内容の真实性》を立証趣旨として掲げ、証拠能力の有無は伝聞例外規定の要件充足性にかからしめるべきなのであり、要証事実を《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》と設定することによって伝聞法則の適用を回避し、伝聞例外規定の要件を充足しなくても当該伝聞証拠の証拠能力は肯定できるとした上で、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》か

ら《供述内容の真实性》を推認させるというような立証方法は許されないと考えられる。

その理由は、第一章・二で述べた伝聞法則の趣旨に立ち返ることになる。すなわち、供述証拠には、意識するとしないとにかかわらず誤りや嘘が含まれているおそれがあるため、反対尋問のテストをしたり、裁判官が供述者の態度等を注視しながら供述を吟味することにより、誤りや嘘を取り除く機会が確保されなければならない。そのような機会が確保されなければ、誤った事実認定がなされ、ひいては裁判そのものを誤らせる危険がある。そうしたところ、伝聞証拠の場合には、原供述者の供述について、反対尋問のテストを行ったり、裁判官が供述者の態度等を観察することにより、上記のような誤りや嘘を取り除く機会が確保されていない。そのため、《供述内容の真实性》を立証しようという場合、伝聞証拠の証拠能力は原則として否定されるのであり、これが伝聞法則の趣旨である。このような伝聞法則が存在するにもかかわらず、ある伝聞証拠につき、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実とし、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》から《供述内容の真实性》を推認させるという立証方法を許したなら、誤りや嘘が含まれている危険のある伝聞証拠によって事実認定する余地を許容することになる。それでは伝聞証拠の証拠能力を原則として否定し、伝聞例外規定で証拠能力が認められる要件を定めた趣旨が没却されてしまう。したがって、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》から《供述内容の真实性》が推認されるということ認めるべきではない。そうすると、当該伝聞証拠につき、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実として設定したなら、たしかに伝聞法則の適用は免れるのであるが、《供述内容の真实性》という本来の要証事実との関係で自然的関連性がなくなり、その意味で証拠能力が否定されることになると考えられるのである。

これを伝聞供述の例で説明すると、証人Wに、「Xは、『甲が乙を殴ってけがをさせるのを見た。』と言っていました。」旨証言してもらおうという場合、この証言により立証しようとしているのは、「甲が乙を殴ってけがをさせた」という犯罪事実である。そして、Wの証言に含まれるXの供述部分は伝聞供述で

あり、法324条2項が準用する法321条1項3号の要件を充足しなければ証拠能力が認められない。これに対して、Wの証言について、「Xが、『甲が乙を殴ってけがをさせるのを見た。』とっていたこと」を立証趣旨としたなら、W自身が体験した事実なので伝聞法則の適用はなくなり、その意味では、証拠能力が肯定されることになりそうである。しかし、「Xが、『甲が乙を殴ってけがをさせるのを見た。』とっていたこと」という外形的事実から、「甲が乙を殴ってけがをさせた」という犯罪事実を推認することは、伝聞法則の趣旨から許されない。また、たとえXがW以外の多くの者に対して「甲が乙を殴ってけがをさせるのを見た。」とっていたとしても、そのことをもって、「甲が乙を殴ってけがをさせた」という事実の推認が強まることはない<sup>(3)</sup>。そうすると、「Xが、『甲が乙を殴ってけがをさせるのを見た。』とっていたこと」というXの言動を証明しても、「甲が乙を殴ってけがをさせた」という事実の推認にはまったく役に立たず、犯罪事実の立証には何ら意味がなくなる。したがって、Wの証言に含まれるXの供述部分は、犯罪事実との自然的関連性を欠くことになり、結局のところ証拠能力が否定されるのである。

供述代用書面であれば、たとえば、ある供述調書を証拠調請求する際に、「当該供述調書に録取されているような供述がなされたこと」を要証事実として設定し、そのような外形的事実から、「録取された供述内容のような事実があったこと」を推認させることは許されないということになる。

以上のようなことから、供述調書のように、原供述者の過去の体験の報告を内容とし、その内容の真実性を証明しようとする本来の伝聞証拠の場合には、要証事実が《供述内容の真実性》であることを前提として証拠能力の有無が判断されるのであり、《供述内容の真実性》を推認させるために、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を直接の要証事実として設定するという立証方法は、類型的・定型的に許されないということになる。つまり、ある伝

(3) この点、「精神状態の供述」の場合は、多数の者に同じ内容の供述をしていたという場合には、《供述内容の真実性》に対する推認が強まる。その意味において、「過去の体験事実の報告」と「精神状態の供述」との違いがある。

聞証拠につき、《供述内容の真实性》を証明するための直接証拠としようとする  
ると、伝聞法則により原則として証拠能力が否定され、伝聞例外規定の要件を  
充足した場合にのみ証拠能力が認められるという場合には、その伝聞証拠は、  
《供述内容の真实性》を証明するための間接証拠として用いることも許されな  
いということである。このことは、伝聞法則の派生的な意味内容ととらえても  
よいと思われる。

二 次に、実況見分調書が法321条3項によって証拠能力が肯定される場合  
において、当該実況見分調書中のいわゆる「現場供述」部分が、実況見分調書  
の立証趣旨の掲げ方によっては証拠能力が肯定されることにならないか、とい  
う問題について検討する。

1 実況見分調書は、その書面としての性質は見分官による供述書であり、  
《供述内容の真实性》が要証事実である。したがって、伝聞例外規定は原則的  
には法321条1項3号である。そうしたところ、実況見分（強制捜査として  
の検証も同様）は、見分官が五官の作用によって事物の状態を認識する捜査手  
法であり、実況見分の際に記録された図面や計測結果等に基づいて実況見分調  
書が作成されるのであるから、実況見分調書に記載されるのは客観的・中立的  
な事実であり、しかも見分官の認識・記憶の誤りが含まれる危険がほとんどな  
い。また、見分官の記憶に頼った証言よりも、実況見分の実施直後に作成され  
た実況見分調書の記載の方が、実況見分の結果を正確に伝えることができる。  
そのため、実況見分調書については、その作成者である見分官が「その真正に  
作成されたものであることを供述したとき」、すなわち、見分官自身がその実  
況見分調書を作成したということと、実況見分調書には見分官が認識した内容  
をそのまま記載したということとを証言したなら、その内容は信用してよいとい  
うことになる。同様な根拠は検証調書についても当てはまるため、法321条  
3項は、検証調書について証拠能力を認める要件を緩和しており、同項は実況  
見分調書についても準用される。そして、検証調書と実況見分調書のいずれで  
あったとしても、それを検察官が公判で証拠請求する際には、立証趣旨を「犯  
行現場の位置及び状況」などとして、捜査官による客観的な検証結果や見分結

果を要証事実として設定する。

2 このように、実況見分調書に記載された内容は、見分官の五官の作用によって認識した客観的・中立的事実であることから、法321条3項により証拠能力が認められる。このことを逆からいえば、見分官が五官の作用によって認識した客観的・中立的事実以外の内容であれば、たとえそれが実況見分調書という書面に記載されていた場合であっても、その内容につき法321条3項を根拠にして証拠能力を肯定することは許されない。

その典型的なものが、立会人による指示説明のうちの現場供述という部分である。検証調書や実況見分調書に記載された立会人の指示説明は、検証調書や実況見分調書自体が検証官や見分官の供述書であり、その供述書中の第三者の供述という性質を有することから、再伝聞に当たる。そのため、検証調書や実況見分調書が証拠能力を有する場合であっても、それとは別に指示説明部分の証拠能力の有無が検討されなければならない。たとえば、路上においてAがVを殴打して傷害を負わせたという傷害事件が発生し、その状況をWが目撃していたとする。そして、Wを立会人として実況見分を実施した際に、Wが「ここ（地点）でVがAに殴られました。私は、その状況をあそこ（地点）で目撃しました。Vを殴ったのは、Aに間違いありません。」旨指示説明し、そのような指示説明が実況見分調書に記載されたという場合、「Vを殴ったのは、Aに間違いありません。」という供述部分は現場供述に該当する。この内容は、Wが過去に体験した事実の報告であり、見分官がその五官の作用で認識した客観的事実ではなく、供述録取書としての性質を有している。そのため、たとえ実況見分調書という表題の書面に記載されてはいても、実況見分の結果に含まれることはなく、供述録取書として伝聞例外規定の要件を充足しなければ証拠能力が肯定されない。

他方、上記のような指示説明のうち、「ここ（地点）でVがAに殴られました。私は、その状況をあそこ（地点）で目撃しました。」という部分は現場指示である。そして、「立会人Wは、VがAに殴られた場所として地点を指示し、その状況を目撃した場所として地点を指示した。」という内容について証拠能力を持つ。このような「地点の指示」については、見分官が五官

の作用により認識することができる事実であり、実況見分の対象となるため、実況見分調書の内容に含まれるのである。これに対して、同じ指示説明に含まれているのではあるが、「地点でVがAに殴られ、地点でその状況を目撃した。」という内容については、Wが過去に経験した事実なので、現場供述の性質を有し、証拠能力を持たない。このように、現場指示には、地点を特定する動機が不可避免的に含まれており、その動機の部分は、現場供述としての性質を有しているのであるが、立会人が動作で示した内容を要証事実とする限りにおいて、現場指示は実況見分調書の内容に含まれる。つまり、立会人の供述である現場指示の要証事實は、《(立会人の)供述内容の真実性》ではなく、《供述者(立会人)の動作による供述が意味する客観的・外形的事実の真実性》なのである。そのため、実況見分調書の要証事実である《(見分官の)供述内容の真実性》に包含されることになり、実況見分調書が法321条3項により証拠能力が肯定されれば、現場指示部分についても実況見分調書の一内容として証拠能力が認められることになる。

3 以上の内容を、実況見分調書を証拠調請求する側の視点から述べると次のようになる。すなわち、実況見分調書の立証趣旨は、一般に「犯行現場の位置及び状況」などとされるのであるが、法321条3項により証拠能力が付与されるのは、そのような立証趣旨に対応するような記載内容に限られる。つまり、実況見分調書は、その書面の性質上、見分官の五官の作用によって認識できる客観的事項が要証事実として設定されることが予定されているのであり、上記事例で、検察官が当該実況見分調書を証拠調請求するに当たり、立証趣旨を「犯行現場の位置及び状況並びに犯人がAであること」などとして、現場供述の内容の真実性をも含めた要証事実を設定することは許されない。そして、「立会人が、『Vを殴ったのは、Aに間違いありません。』と話したこと」というような、現場供述がなされた外形的事実を要証事実として設定することも、  
一  
三  
伝聞法則の趣旨から許されないものであり、そのため、「立証趣旨の掲げ方によっては現場供述が実況見分調書の内容に含まれる」というようなことが生じることはない。そうすると、現場供述について証拠能力が肯定されるためには、実況見分調書としてではなく、供述録取書として伝聞例外規定の要件を充足す

ることが必要なのであるが、適用の可能性があるのは法3 2 1条1項3号である。そうしたところ、同条項は、柱書きで原供述者の署名若しくは押印を要求しているが、実況見分調書中の現場供述部分には、その書式から原供述者の署名や押印がなされることはない。それは、実況見分調書というのは本来的に見分官の供述書であり、供述を録取することが予定されていないからである。したがって、実況見分調書中の現場供述部分に証拠能力が認められることはおおよそあり得ない。

このように、現場供述は、実況見分調書の内容に含まれないので、実況見分調書が法3 2 1条3項により証拠能力が付与されても、現場供述の内容に関しては証拠能力がないままである。そこで、捜査官は、「ここ（地点）でVがAに殴られました。私は、その状況をあそこ（地点）で目撃しました。Vを殴ったのは、Aに間違いありません。」という具体的内容について、実況見分調書を示しながら、別途、立会人の供述調書を作成する。つまり、現場供述のような実質的内容は、立会人が供述内容に間違いのないことを確認して署名・押印した供述調書が作成されることにより、実況見分調書とは別個の証拠として成立する。そして、立会人の供述調書と、上記のような実況見分調書（特に現場見取図）とが相まって、「ここ（地点）でVがAに殴られました。私は、その状況をあそこ（地点）で目撃しました。Vを殴ったのは、Aに間違いありません。」という実質的内容が、図面による位置（地点）の客観的な特定を伴って証明できることになる。

4 さらに敷衍すると、実況見分において、被害者が被害状況を再現し、その状況を写真撮影した写真を実況見分調書に添付したという場合、その写真によって証明しようとしているのは被害状況であり、上述した現場供述と同様の性格を有する。つまり、言語による供述の代わりに、身体の位置、姿勢等によって被害状況を供述したものと評価できる。したがって、被害再現写真という態様での供述につき、その《供述内容の真实性》を実況見分調書の立証趣旨に掲げることは許されないし、「被害再現状況」といった《かかる供述がなされたという外形的事実》を立証趣旨に掲げ、そこから「被害状況」という《供述内容の真实性》を推認させることも伝聞法則の趣旨に反し許されない。もしもそ

れに反して、立証趣旨を「被害再現状況」として《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実を設定し、伝聞法則の適用を免れて証拠能力を肯定させ、その上で「被害状況」という《供述内容の真実性》を推認させようとしたなら、それは伝聞法則の趣旨を没却させる脱法的な立証方法ということになる。このような脱法的な立証方法が採られた場合、裁判所は、たとえば検察官が立証趣旨を「被害再現状況」としても、「被害状況」という本来の立証趣旨を前提として、当該伝聞証拠の証拠能力を判断すべきことになる。

このような趣旨を判示したのが、最高裁判平成17年9月27日決定（最高裁判所刑事判例集59巻7号759頁）であると理解される。同決定は、検察官が、被害者や被告人による犯行状況再現写真が添付された捜査報告書を、「犯行再現状況」という立証趣旨により証拠請求したのに対して、「犯行状況」が立証趣旨であることを前提として証拠能力を判断すべきだとした。この判例が意味するのは、「検察官は、捜査報告書（写真撮影報告書）に添付された写真について、『写真に撮影されたような犯罪事実があったこと（＝犯行状況）』という罪体立証のための証拠にしようとしているのであり、それが本来の立証趣旨なのであるから、法321条1項3号あるいは法322条の厳格な要件が充足されて初めて証拠能力が認められるはずのところ、形式的な立証趣旨として、『立会人が、写真に撮影されたように犯行状況を再現したこと（＝犯行再現状況）』というように、捜査報告書を作成した捜査官が五官の作用で認識できる内容を掲げることにより、要件が緩和された法321条3項を根拠として証拠能力を肯定させ、その一方で、実質的には罪体についても裁判官に心証を抱かせようといった、いわば脱法的な立証方法を採用することは許されない。このような脱法的立証方法が採られた場合には、検察官が掲げた形式的な立証趣旨に裁判所は拘束されることなく、合理的に推認される本来の立証趣旨により、当該証拠の証拠能力を判断すべきである。」というところにあるものと解される。<sup>(1)</sup>

(1) 捜査報告書の証拠能力が否定されたという場合であっても、そこに添付されている「犯行（被害）再現状況を撮影した写真」は証拠としての価値を有するのであるから、検察官としてはその活用方法を工夫する必要が生じる。そこで、〔某日、F市S区の路上で、

AがVの腹部を刃体の長さ12センチメートルのナイフで1回突き刺し、Vに加療約2週間の腹部刺創の傷害を負わせたという事件が起き、Aは逮捕・勾留された。Aの勾留延長後の捜査で、現場においてVを立会人とした実況見分が行われ、Vは、『Aと向き合ってお互いの手が相手の身体に届くくらいの距離になったところで、Aが右手にナイフを握って刃先を私に向けたまま、一歩踏み出すようにしながらナイフを突き出して、私の腹を刺した。』などと指示説明し、警察官を仮装Aとして、刺された状況を自ら再現した。その様子は15枚の写真に撮影され、実況見分調書の末尾に添付された。他方、被疑者Aは、『Vと向かい合った後にナイフの刃先を向けて威嚇したが、Vの方から近寄ってきて揉み合っているうちに、Vが腹を押さえてしゃがみ込んだので、ナイフが刺さったことに気がついた。』などと供述していた。Aは殺人未遂罪で起訴され、F地方検察庁公判部の検察官Pが同事件の公判立会を担当した。起訴状朗読後の罪状認否で、Aは上記供述と同様の陳述をし、弁護人Bもそれに沿う陳述をした。』というような事例を前提に、写真の活用方法を検討してみよう。

まず、刑訴規則199条の11、12による活用が考えられる。被告人Aは殺意を否認しており、他方、VはAに殺意があったことを推認させる間接事実を供述していることから、Vが立会人となって作成された実況見分調書やBの検察官に対する供述調書につき、Aやその弁護人が同意（法326条）することは考えられない。そこで、検察官Pは、Aの殺意を立証するため、Vの証人尋問を申請し、裁判所はVを証人として採用して、その証人尋問が実施されるものと想定される。その際、Vが被害状況についてうまくことばで表現できないような場合には、Pは、Vの供述を明確にするため必要があるとして、裁判長の許可を受けた上、当該写真を示し、ことばで説明しようとしているのは写真に撮影された再現内容と同じである旨を証言してもらい（規則199条の12）、証人尋問調書に当該写真を添付するよう求める（規則49条）という活用方法がある。また、公判が開かれたのが事件から長期間を経過した後であったような場合には、被害状況についてBの記憶が希薄になっていることもあり得るので、そのような場合には、記憶を喚起するため必要があるとして、上記と同様の活用をすることも考えられる（規則199条の11）。

なお、規則199条の11、12は、物、図面、写真等に独立した証拠能力を付与するものではない。証人尋問調書に添付され、その証人尋問調書が公判調書と一体となることにより、公判調書に付随する添付資料という限りにおいて証拠能力を持つことになる。

次に、法328条の弾劾証拠としての活用が考えられる。Vの証人尋問を実施した際に、Vが、捜査段階とは相違して、Aの殺意を否定する方向での証言をしたような場合には、その証言の信用性を弾劾するために、当該写真を示して、その写真とは異なる内容を証言していることを明らかにし、証人尋問調書に当該写真を添付するよう求めるという活用方法もある。この場合、当該写真は、Vが被害状況をことばに代わって身振りや動作で説明した内容を記録したものとして、供述証拠に類するものとして扱うことになる。

第3に、罪体立証のための供述証拠としての活用も検討の余地がある。「無蓋蔵」店主殺人事件での裁判例（東京高裁昭和62年5月19日判決・判例時報1239号22頁）は、被告人の指示説明に基づく犯行再現の実況見分ビデオテープにつき、任意性が認められれば法322条1項の証拠能力を有するとしている。しかし、この事件で証拠能力が問題になっているのは写真ではなくビデオテープである。そして、ビデオテープに録画してある映像には、再現者が誰であるのか、再現した日時がいつか、再現場所はどこか、再現し

たのは一連の犯行過程のうちどの部分が事項が録画自体に含まれてくる。それに対して、再現写真を単体として取り出した場合には、その写真を撮影した捜査官、撮影した日、撮影した場所、撮影した画像の意味内容（たとえば、「被告人が被害者を刺す直前の位置関係と姿勢を撮影したもの」といったようなこと。）等を、写真の画像だけから明らかにするのは困難であり、再現者や捜査官の証人尋問が必要となろう。そして、もしも再現者（本事例ではV）を証人尋問したならば、尋問事項は、写真と事件との関連性とどまることなく、被害の状況そのものにも及ぶことになる。そうすると、被害状況を立証するに当たり、写真よりも再現者の証言の方がはるかに高い証明力を持つてくるので、結局のところ、上述したように、写真は、再現者の証言内容を明確にするため活用されるというのが、現実の扱いになると考えられる。実況見分を実施した捜査官を証人尋問して、その際に当該写真を示し、証人尋問調書に添付するという活用方法もあり得るが、再現者自身を証人尋問する場合と比較して、被害状況を立証するための証明力が乏しく、非現実的である。実況見分実施後に再現者が死亡したり行方不明になったなどという特別な事情がない限り、捜査官の証人尋問を実施するということはないだろう。そして、これら再現者や捜査官の証人尋問がなされない限り、写真単体を供述証拠として証拠調請求しても事件との関連性を立証することは困難であり、その意味で証拠能力は否定されることになるものと考えられる。

### 第三章 第2分類

一 第一章・一・5で述べたような、証人Wの、「Aが、『俺はアンドロメダの皇帝だ。』と言っていた。」との証言により、「Aの精神異常」を推認するという例の場合、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》から「Aの異常な言動」が直接的に証明され、「Aの異常な言動」という事実から「Aの精神異常」が推認される。つまり、Wの証言は、「Aの異常な言動」という事実との関係では直接証拠であるが、立証の目的となる事実であるところの「Aの精神異常」との関係では間接証拠となる。<sup>(1)</sup>

立証趣旨も、「Aの異常な言動」とされることもあれば、「Aの精神異常」とされることもある。より直接的に「Aが『俺はアンドロメダの皇帝だ。』と言っていたこと」とされる場合も考えられる。

二 実況見分調書の一形態として酒酔い・酒気帯び鑑識カードがある。酒酔い・酒気帯び鑑識カードの「質問応答欄」には、捜査官の質問に対する被疑者

(1) Aの精神異常を証明する直接証拠としては、Aの精神鑑定の結果を記載した鑑定書といったものが考えられる。

の答えが記載されており、検証調書あるいは実況見分調書中の第三者の供述という意味では、現場指示と共通の性質を有する。すなわち、酒酔い・酒気帯び鑑識カードには、「化学判定」欄、「質問応答状況」欄、「見分状況」欄、「外観による判定」欄の記載があるが、「化学判定」欄は、捜査官が被疑者の呼気を通した飲酒検知管の着色度を観察して比色表と対照した検査結果を検知管の示度として記入したものであり、「見分状況」欄は、捜査官が被疑者の言語、動作、酒臭、外ぼう、態度等の外部的状態を観察した結果を記入したものである。これらの欄の記載は、被疑者の酒酔いの程度を判断するための資料として、被疑者の状態につき検査、観察により認識した結果を記載したものであるから、捜査官の記名押印と相まって、実況見分の結果を記載した書面に当たる。また、「外観による判定」欄は、捜査官が被疑者の外部的状態を観察した結果を記載したもので、実況見分の結果を記載したものである。<sup>(1)</sup>

そして、「質問応答状況」欄には、捜査官の質問に対して被疑者が答えた内容が記載されているが、その部分は被疑者の認識や意思を記録した供述録取ではなく、言語による応答状況という外形的事実につき観察した結果を記載したものであり、実況見分の一内容と解するのが相当である。質問事項は、「名前は」、「生年月日は」、「住所は」、「職業は」、「今日は何日で何時ごろですか。」、「何歳ですか。」、「いつ飲みましたか。」、「どこで飲みましたか。」、「どんな酒を飲みましたか。」、「どのくらい飲みましたか。」といったものであり、飲酒状況に関する質問も含まれてはいるが、それに対する返答についての《供述内容の真实性》を立証しようとするのではない。氏名や生年月日などの質問に対する返答状況も含め、被疑者の発した音声という外形的事実を忠実に記録して、正常な受け答えができていくかということを観察し、その観察結果をもって、酒酔いがどの程度なのかを判断する証拠とするものである。たとえば、「名前は」という質問に対して、「ウルトラマンだよ。」などとおおよそ真実ではあり得ない答えをしたり、「生年月日は」という質問に対して、正常な状態なら直ちに答

(1) 最高裁昭和47年6月2日判決（最高裁判所刑事判例集26巻5号317頁）

えることができるはずなのに、「え～と、いつだったっけ。」などと答えたとしたなら、その返答をそのまま記録し、酒酔いの程度を判断するための証拠とする。また、「どんな酒を飲みましたか」「どのくらい飲みましたか」との質問に対して、「ビール100本。」などと答えたという場合、もとよりそのやりとりによって被疑者がビール100本を飲んだという事実を証明しようとするわけではない。ここでの質問応答状況は、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実として、供述者の酒酔いの程度を推認させるものであり、実況見分の一内容であると同時に、ここでの第2分類に含まれることになる。

この点、実況見分調書中の現場指示も実況見分の一内容であるが、前述したように、現場指示に関する記載は、《供述者の動作による供述が意味する客観的・外形的事実の真实性》が要証事実となることから実況見分調書の一内容として含まれるのであり、その意味において、酒酔い・酒気帯び鑑識カードの質問応答状況とは性質を異にする。

## 第四章 第3分類

### 一 法328条の適用場面

#### 1 次のような事例を前提として検討してみよう。

〔被告人Aは、Vと路上で口論の末、その場を立ち去ろうとしたVを、背後から手で突き飛ばしてその場に転倒させたところ、Vはその頭部を縁石に強打して死亡したという事実により、傷害致死罪で公訴提起された。第1回公判期日の冒頭手続における罪状認否で、Aは、『Vと口論をしたが、Vに対して暴行を加えてはおらず、その場から立ち去ろうとしたVが、つまずいて転んだにすぎない。』旨述べた。その後の証拠調べ手続で、検察官は、冒頭陳述の後、『目撃した犯行状況』という立証趣旨で、目撃者Wの『AがVを背後から手で突き飛ばし、Vが転倒した。』旨の供述を録取した検察官面前調書を証拠調請求したが、Aの弁護人は不同意とした。そこで、検察官は、Wを証人として申請し、同人の証人尋問が実施されたが、同人は、『AとVが口論しており、その場を立ち去ろうとしたVが、自分で勝手につまずいて転倒した。』旨証言した。そこで、検察官は、Wの検察官面前調書を法321条1項2号に基づいて

証拠調請求したが、裁判官は、相対的特信性が認められないとして採用しなかった。検察官は、少なくともW証言の信用性を減殺する必要があると考え、Wの検察官面前調書につき、立証趣旨を『Wの捜査段階における供述状況』として法328条に基づき証拠調請求した。]

上記事例のように、目撃者Wなど第三者の供述調書を、検察官が弾劾証拠として証拠調請求するというのは、一般に、犯罪事実を証明するための証拠とできなかった場合の次善の策である。すなわち、罪体立証のための証拠としては証拠能力が否定された供述調書を、検察側に不利な内容のW証言を弾劾するために使おうというわけであり、検察側の罪体立証が傾いている状態にある場合の防御的な立証手段である。検察側にとっては、マイナス証拠となっているW証言の信用性を弾劾して、できる限りプラスマイナスゼロに近づけるという意味で、Wの検察官面前調書を証拠とする余地が認められるに過ぎず、罪体立証に向けたプラスの証拠とはできない。

上記のように、供述調書を弾劾証拠として用いる場合、立証趣旨は《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》なのであるから、そもそも伝聞法則は適用されないはずなのであって、それなのになぜ法328条の要件を満たさなければ証拠能力が肯定されないのか、同条の存在意義はどこにあるのかという問題がある。それと関連して、同条が規定する「証明力を争うため」の書面・供述とは、どのような内容の書面・供述なのかが議論されており、自己矛盾供述に限られるとする説（限定説）と、自己矛盾供述に限定されず一般的に伝聞証拠を使用できるとする説（非限定説）とに二分される。

この点については、次のように考えられる。すなわち、ある伝聞証拠により《供述内容の真実性》を証明しようとする場合には、伝聞法則が適用されることに問題はなく、伝聞例外規定の要件を充足しなければ証拠能力は肯定されない。それに対して、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が要証事実として設定された場合には伝聞法則が適用されない。しかし、第二章・一・2で述べたように、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を証明することにより《供述内容の真実性》を推認させるということは、伝聞法則の趣旨を没却するもので許されない。そうすると、《供述内容の真実性》の

証明が本来の目的である伝聞証拠の場合には、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実として設定することは原則的に否定されるのであり、供述調書はまさにその典型例である。そうしたところ、法328条は特にその例外を規定し、自己矛盾する別の供述の信用性を弾劾するという場合に限り、供述調書についても、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実として設定し、証拠能力が肯定される場合を許容したものと考えられるのである。

限定説か非限定説かの論点について、最高裁平成18年11月7日判決（最高裁判所刑事判例集60巻9号561頁）は、火災発見者である証人Wが、「火災発生後、被告人に消火器を貸していないし、被告人がWの消火器で消火活動をしているのは見ていない。」という内容の証言をしたのに対して、その証言を弾劾するため、弁護士が、「Wから『被告人に消火器を貸した。』旨聞いた。」という内容が記載されているところの、消防吏員X作成による「聞込み状況書」を法328条により証拠調請求したところ、原審がこれを却下したという事案につき、「法328条は、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のものである」旨判示し、限定説の立場に立つことを明らかにした。

さらに、同判例は、「原判決は、第一審裁判所がした上記証拠請求却下に関する訴訟手続の法令違反の主張に対して、法328条により許容される証拠は、現に証明力を争おうとする供述をした者の当該供述とは矛盾する供述又はこれを記載した書面に限られると解されるところ、本件書証は、上記Xの供述を記載した書面であるから、同条の許容する証拠には当たらないとして、第一審の証拠請求却下を是認する判断をした。」とも判示している。この判決文からすると、原審は、弾劾証拠として証拠調請求された「聞込み状況書」につき、Wから聴取した事実の報告を内容とする消防吏員Xの供述書ととらえ、そうすると当該「聞込み状況書」の供述者は、その作成者たる消防吏員Xということになるので、Wの証言とは自己矛盾関係にはならないとし、それを理由として

法328条の弾劾証拠には当たらないと判断したものと解される。これに対して、最高裁判決は、当該「聞き込み状況書」を、原供述者をWとする消防吏員Xの供述録取書ととらえ、そうすると供述者は原供述者たるWということになるので、Wの証言とは自己矛盾関係になると判断している。原審の判断は、「聞き込み状況書」の形式面を重視したものといえるだろう。同書面は、形式的には、消防吏員Xが体験した（聴取した）内容を書面にしたものであって、Xの供述書に他ならない。これに対して、最高裁の判断は、「聞き込み状況書」の実質面を重視したものだと考えられる。つまり、実質的に見れば、当該「聞き込み状況書」の書面としての本質は、「Wの供述内容」にあり、「Xが体験した事実」ではない、との判断をしているものと思われる。

また、上記最高裁判決は、「別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については、刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨であると解するのが相当である。そうすると、刑訴法328条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑訴法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られるというべきである。」と判示し、自己矛盾関係にあることを肯定しながら、かかる「自己矛盾供述がなされたということ」自体に厳格な証明が必要であるところ、その証明がないとして法328条の弾劾証拠には当たらないとした。つまり、矛盾するとされる供述の存在については、刑訴法が規定しているような存在形態であること<sup>(1)</sup>を要求しているわけである。そして、対象となった事案では、「聞き込み状況書」にWの署名・押印はないので、刑訴法が定める要件<sup>(2)</sup>を満たした供述録取書には当たらず、Wが公判での証言とは別の機会に、矛盾するとされる供述をしたという事実の立証がなされていないということを理由に、当該「聞き込み状況書」は法328条の弾劾証拠とならないと

- (1) 供述録取書であれば原供述者の署名・押印のある供述調書の形態をとっていること、原供述者自身が書いた供述書という形態を取っていること、反対尋問が可能な証言の中に現れていることなど。
- (2) 法321条1項柱書で要件とされる原供述者の署名・押印を意味する。

判断している。

この事案における「聞き込み状況書」と同様に、原供述者の供述内容が証拠としての価値を有するものの、原供述者の署名・押印がないため、矛盾するとされる供述をしたという事実の立証がなされないという書面には、電話聴取書、原供述者の供述を報告の内容とする捜査報告書（取調状況報告書）、原供述者が署名・押印を拒否した供述調書などが考えられる。

また、判例の事案で、Xの供述がICレコーダーに録音されていたというような場合であれば、そこに録音されている音声はXのものであることを声紋鑑定等で証明すれば、かかる供述がなされたという事実が立証できたことになるので、上記判示中「これらと同視し得る証拠の中に現れている部分」に該当することになる。さらに、「同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述」とも判示しているため、Wの証人尋問を実施して、Xから聞き込んだ内容を証言してもらうという方法も考えられる。この場合、公判立会検察官が、Wに対して、「Xはどのような話をしていましたか。」と質問した際、弁護人は、「異議あり、伝聞である。」と異議を申し立てることが想定される。それに対し、裁判官から意見を求められた検察官は、「Xが話した内容の真实性を立証しようとするものではない。Xが捜査段階でどのような話をしたかという外形的事実を立証し、Xの公判段階での証言を弾劾しようとするものである。」などと答えることになる。

2 上述したように、ある供述調書を法328条に基づいて弾劾証拠として証拠調請求するというのは、その供述調書を罪体立証のための証拠とはできない場合の次善の策である。したがって、弾劾証拠としての立証趣旨で証拠調請求された供述調書が、法328条を根拠として証拠能力が付与されたなら、弾劾証拠としてのみ機能することが許され、罪体立証の証拠として機能させることは認められないというのは当然のことである。すなわち、法328条の緩和された要件で証拠能力が肯定された証拠により、本来なら法321条1項2・3号の厳格な要件を満たしてはじめて証拠能力が肯定されるはずの証拠と同様の機能を持たせることはできないのである。最高裁判昭和28年2月17日決定（最高裁判所刑事判例集7巻2号237頁）も、法328条によって提出され

た証拠を、有罪判決の直接の証拠とすることは違法である旨判示している。このように、立証趣旨が異なることによって証拠能力に差異が生じる場合には、立証趣旨の範囲を超えて証拠とすることはできないのであり、このことをもって、「立証趣旨の拘束力が肯定される」と表現する場合もある。<sup>(3)</sup>

(3) 本文とは別に、「立証趣旨の拘束力が肯定される」という類型がある。

1 公訴事実併合罪として2つの訴因が掲げられている場合には、証拠調請求するそれぞれの証拠が、公訴事実のうちどの事実に関するものかを示す必要があり、「立証趣旨」の欄における「(公訴事実の別)」でそれが示される。たとえば、第1事実に関する証拠であれば、「第1」と記載し、第2事実に関する証拠であれば、「第2」と記載し、第1事実と第2事実の双方に関する証拠であれば、「全」と記載する。この点について、次のような事例を検討してみよう。

〔検察官は、併合罪関係に立つ無免許運転罪3件を起訴した被告人の公判において、警察本部作成の照会回答書(被告人が無免許である旨の内容)を証拠調請求したが、証拠等関係カードにおける立証趣旨欄の公訴事実欄に「全」と記載せず、「第1」と記載してしまった。被告人及び弁護人は公訴事実をまったく争わず、自白調書を含めて検察官の請求書証にすべて同意したため、第1回公判期日で結審した。〕

この事例では、併合罪関係にある無免許運転罪3件が起訴されているのであるから、起訴状には、公訴事実として、第1の無免許運転、第2の無免許運転及び第3の無免許運転が記載されていたことになる。そして、「警察本部作成の照会回答書」というのは、被告人が無免許であることを示す証拠であり、無免許であったことについては、たとえ被告人の自白があっても補強証拠が必要であると解されていることから、第1から第3までの全ての無免許運転を立証するための証拠としなければならず、したがって「公訴事実の別」には「全」と記載する必要があった。しかし、事例では、「第1」と記載されていたということなので、形式的には、第1の無免許運転に関する証拠であり、第2及び第3の無免許運転に関する証拠ではないようになってしまった。それにもかかわらず、弁護人は特にその点を争うことなく、しかも書証の全てを同意している。弁護人は、本来なら、第2及び第3の無免許運転について、証拠が不十分だから無罪だと主張することができたはずなのに、そのような主張をすることなく、第2及び第3の無免許運転についても有罪であることを承認しているように見える。そこで、このような弁護人の態度によって、当該「警察本部作成の照会回答書」は、第2及び第3の無免許運転を立証するための証拠としてもよいということになったのか、それとも、検察官が「立証趣旨」中の「公訴事実の別」で「第1」と記載している以上、その立証趣旨に拘束され、あくまでも第1の無免許運転に関する証拠として使うことができるだけであり、第2及び第3の無免許運転に関する証拠として使うことは許されないのか、ということが問題となる。

上記事例と同様の事案で、広島高裁平成14年12月19日判決(高等裁判所刑事裁判速報集(平14)162頁)は、立証趣旨を拡張するための弁論再開請求を却下し、

3 続いて、次のような事例を検討してみよう。

〔Xは、転売により金員を入手する目的で、代金支払の意思や能力がないにもかかわらず、相手方から売買名下に大量のパソコン等の交付を受けて騙し取った、という事実により、詐欺罪で起訴されたが、公訴事実を否認したため、同罪の幫助犯として有罪判決を受けたYの証人尋問が行われた。Yは、捜査段階において、「Xは、取り込み詐欺用に実体のない会社を設立してパソコンなどを購入し、パツタ屋に廉価で売却した後、現金を遊興費等で使い切った。私は、パソコンなどの運搬を手伝い、分け前をもらった。」旨供述していた。ところが、Yが公判廷において、Xの設立会社が実体を伴うものでパソコンの購入が正規な取引であった旨証言したため、検察官は、その証言後、Yを取り調べた。すると、Yは、「世話になったXの手前正直に言えなかった。本当は、捜査段階で述べたとおりである。Xは、取り込み詐欺を行い、私はそれを手伝った。」と述べたことから、改めて検察官調書が作成された。検察官は、その供述調書を「被告人の犯罪事実及びYの証言には信用性がないこと」との立証趣旨で証拠調請求した。〕

異議申立てを棄却した上、一部無罪判決を言い渡した原審の措置は、弁論の再開に関する合理的裁量権の範囲を著しく逸脱し、法313条1項に違反する旨判示しているが、その判断の前提として、上記の意味での立証趣旨の拘束力を肯定しているものと解される。

- 2 その他、たとえば、被害者の供述調書が、「被害状況」という立証趣旨で証拠調請求されたのに対して、罪体立証の証拠だけでなく、「処罰感情」という情状立証のための証拠とすることもできるか、という意味で「立証趣旨の拘束力」が問題とされる場合もある。この意味における「立証趣旨の拘束力」を肯定した場合に、刑事実務上どのような問題が生じるかということを考えてみると、「処罰感情」が立証趣旨に含まれていない供述調書により、裁判所が処罰感情についても心証を得てそれが量刑を重くする方向で反映されたという場合に、量刑不当による控訴理由（法381条）になるか、という場面が想定される。理論的には、「立証趣旨の拘束力」が肯定されることから、控訴理由となると考えられるが、実務上はそのような不都合が生じることはないといえるだろう。なぜなら、検察官は、当該供述調書の立証趣旨を「被害状況等」などとして、罪体以外の情状事実などについても裁判所が心証をとる余地を設けるのが普通であるし、もしも立証趣旨が限定的であり、そのことが心証形成上の支障となるような場合には、裁判所は訴訟指揮権を発動して立証趣旨の拡充を求めるものと考えられるからである。

本事例におけるYの検察官調書中、「Yの証言には信用性がないこと」との立証趣旨に対応するのは「世話になったXの手前正直に言えなかった。」という供述部分であり、Yが公判においてそれ以前の捜査段階とは異なる供述をした原因・動機を述べたものである。そして、公判廷におけるY証言は、Xに詐欺罪が成立しないことを内容とする実質証拠であり、改めて録取された検察官面前調書中の「世話になったXの手前正直に言えなかった。」という供述部分は、実質証拠たるY証言の証明力を左右する補助事実である。このような補助事実にも伝聞法則が適用されるかについては説が分かれる。<sup>(4)</sup>

補助事実についても伝聞法則を厳格に適用するならば、事実の重要性の程度に比して、証明のための時間と労力がかかり過ぎるということを理由に、補助証拠には伝聞法則が適用されないとする考え方もある。この考え方によれば、「Yが公判廷で正直に証言できなかったこと。」という事実を証明するに当たり、上記供述調書に伝聞法則は適用されず、証拠能力を有することになる。

しかし、補助事実は、直接証拠の証明力を左右するものであり、直接証拠の証明力を左右すれば要証事実の証明にも影響を及ぼすことになるので、その意味において間接事実と同様の機能を有する。そこで、補助事実についても間接事実と同様に扱うのが相当であるが、間接事実について厳格な証明を要することに争いはない。したがって、補助事実の立証には厳格な証明を要し、補助事実を立証するための証拠であるところの補助証拠には伝聞法則の適用があると考えらるべきである。たとえば、犯行を目撃したとされる証人の証言の信用性を弾劾するために、証人の視力が弱いという内容の医師の診断書を証拠調請求したという場合、当該診断書は補助証拠であるが、《供述内容の真实性》が要証事実であることから伝聞法則が適用され、伝聞例外規定は鑑定書に準じて法321条4項の準用ということになる。

このように、補助証拠にも伝聞法則の適用があることから、「世話になったXの手前正直に言えなかった。」というYの供述についても、伝聞例外規定の要件を充足しなければ証拠能力を有しないのであるが、法321条1項2号

(4) 田宮『刑事訴訟法(新版)』395頁

後段により証拠能力が付与される余地はない。なぜなら、同条項2号後段は、「公判期日において前の供述と」と規定しているのであるが、本件検察官調書は、公判期日における証人尋問終了後に作成されているからである。

そのため、次に、上記供述部分を法328条に基づく弾劾証拠とすることができないかを検討することになる。ここでは、補助事実が同条の要件を充足するのが問題となるが、同条にいうところの証明力を争う証拠の範囲について、自己矛盾供述に限られるとする限定説を貫くと、上記供述は同条の適用が認められないことになる。なぜなら、上記供述は、自己矛盾供述そのものではなく、自己矛盾供述が生じた理由を内容としているからである。このような考え方をとると、補助証拠は、実質証拠の証明力を左右する事実であるところの「補助事実」を証明するための証拠であるから、当該実質証拠と自己矛盾が生じるということは理論的にあり得ないのであり、したがって、補助証拠全般について、法328条の適用は常に認められないということになる。

しかしながら、限定説は、ある者の公判供述を、別の者の矛盾供述によって弾劾することが許されるかという問題に対して、弾劾証拠とできるのは、供述者自身の矛盾供述に限られるとする考え方である。すなわち、矛盾供述の主体を供述者自身に限るかどうか議論の中心である。それに対して、補助事実に関して問題となるのは、供述者自身による自己供述ではあるが、供述内容が相互に矛盾する関係にあるかという点であり、限定説か非限定説かの争点とは別の次元の問題である。そうすると、限定説に立つからといって、前後の供述が、厳密な意味で「矛盾した内容」に限られるとする必然性はないはずである。そうしたところ、ある供述の証明力については、それに関する間接事実や補助事実を広く公判廷に顕出させ、裁判官による的確な判断に委ねるのが相当である。そして、自己矛盾供述が生じた理由という補助事実については、供述の証明力を判断する上で重要な意味を持つものであるから、法328条により弾劾証拠として証拠能力が付与されることを肯定すべきである。このようなことから、本事例におけるYの「世話になったXの手前正直に言えなかった。」という供述部分についても、弾劾証拠として法328条により証拠能力が付与されるものと考えられる。

ただし、上記供述部分を含む検察官調書は、証人尋問終了後に作成されているのであり、もともと公判供述の信用性を弾劾することを予定して作成されたという側面が否定できない。このように、一旦なされた公判供述の信用性を弾劾するための証拠を、捜査側の一方的な判断で作成して公判廷に顕出するということは、公訴提起後の当事者主義的訴訟構造のもとにおいては無条件に許すべきではない。そこで、検察側としては、第一次的にYの再喚問を申請し、Yを改めて尋問することにより、以前の公判供述の信用性を弾劾すべきである。そして、Yの再喚問が実現できない事情がある場合にはじめて、上記供述部分が法328条により証拠能力が肯定されるという扱いをすべきであると考えられる。

次に、本件検察官調書中、「被告人の犯罪事実」との立証趣旨に対応するのは「本当は、捜査段階で述べたとおりである。Xは、取り込み詐欺を行い、私はそれを手伝った。」との供述部分であり、Xの犯罪事実を証明する直接証拠であるが、前述したところと同様に法321条1項2号の適用の余地はない。そこで、自己矛盾供述として、法328条の適用により、Yの公判供述を弾劾する証拠として証拠能力が肯定されるにとどまることになる。

## 二 自白調書の任意性及び信用性を証明する場合

1 自白に任意性が存することについての立証責任は常に検察官が負っているのであるが、弁護人が自白調書の任意性を争わず同意した場合には、任意性に疑いが無いことを弁護人も承認したものととして、任意性に疑いが無いことにつき検察官による特段の立証を待つことなく、当該自白調書に証拠能力が肯定される扱いになる。しかし、弁護人が自白調書を不同意として任意性を争うと、任意性の疑いが顕在化して、検察官は任意性に疑いが無いことを立証しなければ、自白調書の証拠能力は認められない。

自白調書を不同意とする際に、弁護人が、任意性ととも、信用性（証明力）についても併せて争うということがある。信用性というのは、「供述内容が真実であると信用してよいか」ということを意味しており、供述内容が真実であることの蓋然性であって、証明力の程度の問題である。任意性は、証拠能

力の有無の問題であり、検討の対象となるのは、被疑者・被告人の自白を内容とする供述だけであるが、信用性は、参考人の供述も含めたあらゆる供述証拠において、その有無や程度が検討の対象となる。

被告人の自白調書について、弁護人が、不同意とはするものの、それは信用性を争うにとどまり、任意性は争わないという場合もある。この場合には、法326条の同意書面とはならないが、検察官は改めて法322条1項に基づいて証拠請求し、裁判所は同条により証拠採用して取調べることになる。弁護人としては、裁判所に対し、自白の内容の信用性について慎重に判断してほしいというメッセージ<sup>(1)</sup>を発する趣旨でこのような対応をする。さらに、同意した上で信用性を争うという場合もあるが、この場合も、弁護人側としては、自白の信用性の吟味をより慎重にしてほしいというメッセージを発している。ただし、このメッセージは、不同意とした上で任意性は争わず信用性のみを争うという場合よりも弱いものになる。

弁護人が自白調書の任意性を争うと、検察官はその自白調書の任意性に疑いのないことを立証する必要が生じる。任意性が争われると、検察官は、まず、任意性に関する争点の所在を明らかにするため、任意性に問題を生じさせたとされる具体的事情について被告人質問を行う。争点の所在を明らかにしないまま、取調べの全過程にわたって任意性に疑いのないことの証明を求めるとしたなら、検察官に事実上の不可能を強いることになるからである。そして、被告人が意に反して自白調書に署名・指印した理由について、たとえば「深夜にわたる長時間の取調べが連日行われたため、身体的・精神的に疲労の極地に至った。」とか「捜査官から『自白調書への署名に応じないと家族も逮捕することになるぞ。』と威圧的・脅迫的な取調べをされた。」などと供述したような場合には、その日時と場所や、当該捜査官を特定するための事項とともに、取調べ状況についての詳細を質問して供述を得ることにより、任意性に疑いを生じさせたとされる具体的な事情を確定する。<sup>(2)</sup>

(1) 法308条に基づく注意喚起である。

2 その後の任意性立証の方法については、いくつかのパターンが考えられるが、通常の扱いとしては、検察官は、取調べ状況等報告書を証拠請求して、取調べの日時・場所を明らかにしたり、当該捜査官の証人尋問を実施して取調べ状況を証言してもらうなどする。裁判所は、これらの検察官の立証を前提として、自白の信用性を判断する。その際、裁判官が自白調書の提示を命じ、<sup>(3)</sup> 供述者の署名・捺印のみならず、供述内容それ自体を任意性調査の資料とするということも行われている。<sup>(4)</sup>

ここで、取調べ状況等報告書が任意性立証のため証拠請求されたという場合における証拠能力について検討してみよう。取調べ状況等報告書の書面としての性質は、取調べを担当した警察官または検察官の供述書であり、警察署や検察庁での取調べ状況という《供述内容の真実性》が要証事実として設定される。そのため、厳格な証明が必要だとするならば、伝聞法則の適用を受け、伝聞例外規定は法321条1項3号である。そうしたところ、訴訟法的事実は自由な証明で足りると一般的に解されており、自白の任意性も訴訟法的事実の一つである。訴訟法的事実は、審理対象であるところの公訴事実と直接関連しておらず、単に訴訟手続や証拠採否を決するにすぎないということが、自由な証明で足りるとされる理由である。この立場を前提とするなら、検察官が、取調べ状況等報告書を、自白調書の任意性を立証するために、「被告人の自白に任意性があること」とか、「被告人に対する取調べ状況」というように、訴訟法的事実の立証であることを明らかにした立証趣旨を掲げて証拠請求したという場合には、伝聞法則の適用はなく、たとえ弁護人が不同意としても、裁判所は当該取調べ状況等報告書を証拠採用できそうである。しかし、弁護人が、取調べ状況に関する記載の真実性に疑義があるとして不同意にした場合に、そのような取調べ状況等報告書を証拠採用し、これのみによって任意性につき心証を得

(2) 被告人が供述した内容が、それ自体、任意性に疑いを生じさせるものでなければ、被告人質問が終了した時点で自白に任意性が肯定されることになる。そのため、被告人の供述内容が任意性に疑いを生じさせるものかどうかの判断が必要となり、その判断には、自白法則の根拠をどのように理解するかが関わってくる。

(3) 刑訴規則192条が根拠となる。

(4) 最高裁昭和28年10月9日判決（最高裁判所刑事判例集7巻10号1904頁）。

るということは相当性を欠く。実務の運用としては、当該取調べ状況等報告書の採否を留保し、まずは取調官の証人尋問を行って、その上で当該取調べ状況等報告書の証拠採用を決定し、それらと被告人質問の結果とを併せて考慮し、任意性の有無についての心証を得るとというのが相当だろうと考えられる。

なお、取調べ状況報告書を、自白調書の信用性立証のための証拠とするという場面では、補助証拠と同様に厳格な証明が必要になると考えられるので、伝聞法則が適用される。そうしたところ、自己矛盾供述ではないので、限定説に立つと法328条の適用はない。そこで、適用の可能性があるの伝聞例外規定は法321条1項3号ということになるが、取調官が供述不能であるということはほとんど想定できないし、犯罪事実の存否の証明に欠くことができないことという要件を満たすことも、観念的にあり得ない。そのため、不同意とされたなら、取調べ状況報告書を自白調書の信用性立証のため用いる余地はない。

以上のような証拠調べの結果、任意性に疑いを生じさせる事実に関して、被告人質問における供述の信用性が肯定されたなら、自白には任意性がないか、少なくとも任意性に疑いがあるということになるので、自白調書の証拠能力は否定される。反対に、被告人供述の信用性が否定されると、自白の任意性に疑いはないと認定され、法322条1項により当該自白調書の証拠能力が肯定され、証拠として採用されることになる。

3 第2のパターンとして、被疑事実を認める内容の勾留質問調書を、「勾留質問時の供述状況」とか、「被告人が勾留請求書記載の被疑事実を認めていたこと」などといった立証趣旨で、新たに証拠請求するということが考えられる。勾留質問調書には、被告人の署名・指印がなされているので、自白を内容とする被告人の裁判官面前調書であるが、要証事実として設定されるのは、《供述内容の真实性》ではなく、「勾留質問という場において被疑事実を認める供述をしていたこと」という外形的事実である。「勾留質問という場において被疑事実を認める供述をしていたこと」から、立証の目的となる「自白調書の任意性・信用性」が推認される過程は、次のようなものである。すなわち、「勾留質問での被告人供述は、公平・中立な立場にある裁判官に対する供述なのだから、被告人の意に反する供述とは考えられず、したがって任意性が認められる。

そして、弁解することがあったならその弁解をすることができたにもかかわらず、弁解することなく犯罪事実を認めているということは、その供述に信用性があることを意味する。このように、勾留質問では任意性と信用性がいずれも肯定できるのであり、その勾留質問の後に自白調書が録取されているのであるから、その自白は、勾留質問後に新たに任意性に疑いを生じさせるような事情が発生し、それに基づいてなされたとは認められないのであり、勾留質問時と同様に被告人の自由な意思に基づいてなされたものと認められる。信用性についても、勾留質問調書の信用性がそのまま引き継がれる。」というものである。

当該勾留質問調書を自白調書の任意性立証に用いる場合、任意性立証は自由な証明で足りるという立場を前提にすると、勾留質問調書が伝聞証拠であるという点については、伝聞法則の適用がないので証拠能力を否定する理由にはならない。しかしながら、自由な証明で足りるということは自白法則が適用されなくなるということまで意味するのか、それとも、自由な証明で足りるとしても自白法則の適用はあり、勾留質問調書も任意性の立証がない限り証拠能力がないとすべきなのかという点については、別途に検討の必要がある。すなわち、厳格な証明とは、刑事訴訟法の規定により証拠能力が認められ、かつ、公判廷における適法な証拠調べを経た証拠による証明であり、自由な証明とは、厳格な証明の要件の全部又は一部を欠く証明のことを意味するから、自由な証明で足りるからといって直ちに自白法則の適用までなくなるというわけではない。そうしたところ、憲法38条2項及び法319条1項の趣旨からすれば、任意性のない自白は、いかなる意味でも証拠とすることはできないと解すべきなので、たとえ自白調書の任意性立証については自由な証明で足りるとしても、勾留質問調書に任意性があることは、なお要求されることになると考えられる。そこで、弁護人とすれば、このような勾留質問調書についても任意性を争うことはできるのであるが、裁判官の面前での供述について、任意性に疑いがあると認定されることはほとんどないといっていいたいだろう。

また、当該勾留質問調書を自白調書の信用性立証のため用いる場面では、伝聞法則が適用されるのであるが、被告人質問での自己矛盾供述を弾劾し、捜査段階での自白調書の信用性を回復させる供述代用書面であるから、法328

条により証拠能力が肯定される。．．．．．

4 第3のパターンとして、別の自白調書により任意性及び信用性を立証するという方法が考えられる。次のような事例について検討してみよう。

〔被疑者Aは、捜査段階で犯行を自白し、勾留満期前日に、自白を内容とする検察官面前調書（以下、「甲調書」という。）が録取された。ところが、Aは、公判段階になって否認に転じ、Aの弁護士Bは、公判立会検事P1が証拠請求した甲調書を不同意とし、その任意性と信用性を争う旨意見を述べた。そして、Aは、公判廷における被告人質問で、『捜査を担当した検察官P2から威圧的な取調べを受けたために意に反する自白調書に署名、指印した。』などと、甲調書の任意性及び信用性を争う理由について具体的に供述した。そのため、P1は、上記Aの公判供述を弾劾するとともに、甲調書の任意性及び信用性を立証するという目的で、立証趣旨を『捜査段階での供述経緯』として、勾留2日目に録取された自白調書（司法警察員に対する供述調書、以下「乙調書」という。）を新たに証拠調請求した。それに対して、Bは、乙調書についても、『任意性がないので不同意とする。』との意見を述べた。〕

このような事例で、乙調書により甲調書の任意性が推認される過程は、「Aは、勾留初期の段階で自白して乙調書が作成されているのであるが、乙調書での自白が、P2による威圧的な取調べを原因にしてなされたということは、時間的な前後関係からみてあり得ない。そうすると、乙調書での自白は任意になされた」と認められ、甲調書が作成されたのはその後である。かかる供述経過に照らせば、甲調書で自白がなされたのもAの任意によるものであり、P2による威圧的な取調べなどといったことが現実にあつてそれが原因となっているわけではないというべきである。そうすると、甲調書の任意性を否定するAの公判廷における供述は信用できないのであり、他に甲調書の任意性を疑わせる事情はないのだから、甲調書には任意性が認められる。」というものである。

本事例では、弁護士は、乙調書についても任意性を争っていることから、検察官P1は、被告人質問により、乙調書の任意性に疑いを生じさせる具体的事情を明らかにした上、乙調書を録取した際の取調官を証人尋問するなどの立証方法を講じて、乙調書自体の任意性を立証する必要があるものと考えられる。

ただし、実務では、甲調書の任意性が争われて被告人質問により争点を明らかにする際、検察官は、「あなたが意に反して調書に署名・指印した理由はそれだけですか。他に理由はありますか。」などと質問して、予め争点の所在を限定する。本事例でも、そのような質問がなされていたなら、被告人側は乙調書の任意性を争う理由を合理的に説明できないだろうから、検察官の立証を待つことなく、乙調書の任意性が肯定されることになる。

また、乙調書に任意性が認められて証拠能力が肯定され、その結果、甲調書の任意性も認められてその証拠能力が肯定されたという場合、次に、乙証書は、被告人の公判供述の信用性を弾劾し、甲調書の信用性を回復させるという意味で、弾劾証拠として機能することになる。その場合に、乙調書で自白がなされているという事実が、甲調書の信用性を回復させる推認の過程は、「甲調書と乙調書の供述が一致しているということは、甲調書と乙調書のそれぞれの供述内容が真実である蓋然性が高い。」というところにある。<sup>(5)</sup>

ここで、乙調書の証拠能力に関し、立証趣旨を「犯行状況等」などとして《供述内容の真実性》を要証事実として設定し、罪体立証を目的として証拠請求したならば、厳格な証明が要求されるのは当然である。そして、伝聞例外規定としては法322条の適用が問題となり、自白の任意性に疑いのないことが要件となる。そうすると、乙調書の証拠能力に関する限り、立証趣旨を「犯行状況等」というように《供述内容の真実性》を要証事実として設定した場合はもちろんのこと、立証趣旨を「捜査段階での供述経過」というように《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実として設定した場合であっても、自白調書である以上は任意性が要件になるのだから、証拠能力が肯定されるための要件において、両者の間に実質的な違いはなくなる。そのため、

(5) 実務的に、同一人物の複数の供述内容が一致しているということは、それぞれの供述内容の信用性を高める事情であると解されている。供述内容に虚偽が含まれている場合には、それぞれの供述段階で思いついた内容を供述するので、供述時期によって供述内容に相違・矛盾が生じる場合が多いのであるが、供述者が実際に体験して認識・記憶している事実を供述しているのであれば、供述時期によって相違・矛盾が生じることはない。それを逆から見れば、供述時期を異にしてなされた供述が一致しているということは、その内容は真実である蓋然性が高いということになる。

立証趣旨を「捜査段階での供述経過」とした場合には証拠能力が付与されるが、立証趣旨を「犯行状況等」とした場合には証拠能力が付与されない、などといった事態は生じないことになる。つまり、立証趣旨によって証拠能力を有するか有しないかの差異は生じない。したがって、立証趣旨が異なることによって証拠能力に差異が生じる場合には、立証趣旨の範囲を超えて証拠とすることはできないという意味での「立証趣旨の拘束力」を肯定する最高裁昭和28年2月17日決定の趣旨からすれば、上記乙調書が、立証趣旨を「捜査段階での供述経過」として証拠請求され、任意性が認められて証拠能力が肯定されたという場合であっても、乙調書を罪体立証の証拠として用いることは許されることになりそうである。

しかし、乙調書を罪体立証のための証拠とすることはできないと解される。なぜなら、弁護士が「任意性立証に限定して同意する。」という場合もあると考えられるし、公判手続における主導的役割を検察官や被告人に果たさせるという当事者主義の原則からすれば、検察官が設定した立証趣旨に拘束力を肯定すべきだと考えられるからである。

## 第五章 第4分類

《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》から《供述内容の真実性》の推認が許される唯一の例外として、いわゆる「精神状態の供述」が挙げられる。「精神状態の供述」には、以下のように、感情、共謀共同正犯における謀議、犯罪事実の認識等が含まれるが、いずれの場合であっても、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が要証事実として設定されたものと解するべきである。

一 「精神状態の供述」が感情表現である場合

1 「精神状態の供述」については、伝聞法則の適用があるのかという観点から議論がなされてきた。

たとえば、被告人AのV女に対する強姦致死事件の公判で、Aが、姦淫についてはV女との合意があったとして、強姦の事実について争ったとする。その場合、検察官の立場からすると、「姦淫の際に合意がなかったこと」を証明

しなければならない。そうしたところ、「姦淫の際に合意がなかったこと」を証明するための直接証拠は、「姦淫時に合意がなかったこと」を内容とするV女自身の証言である。しかし、上記事例ではV女は既に死亡しており、V女の証言という直接証拠は存在しない。そうすると、「姦淫の際に合意がなかったこと」は、間接事実によって証明するしかないのであるが、そのような間接事実のひとつとして機能するのが、「V女がAに対して嫌悪の情を有していた」という事実である。V女がかねてからAを嫌っていたなら、姦淫に応じるはずはないと強く推認できるからである。そして、「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」を直接証明する証拠は、やはりV女自身の証言なのであるが、V女が証言することは不可能である。そこで、「V女から、『私はAが嫌いだ。』と聞いていた。」というWの証言により、「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」を証明する必要があるのであるが、その場合に、Wの証言に含まれるV女の供述部分に伝聞法則が適用されるかが議論されてきたわけである。そして、この議論は、Wの証言に含まれる、V女の供述部分が、「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」との立証趣旨で証拠調請求された場合を前提としていた。

2 この論点については、「真し性」を要件として伝聞法則は適用されないとする伝聞法則不適用説が判例・通説とされてきたが、精神状態の供述は、「V女が『Aは嫌いだ。』と話していたこと。」という《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が要証事実となるので、そもそも伝聞法則は適用されず、そのような外形的事実を間接事実として、「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」が推認されるのであり、従来「真し性」として議論されてきた内容は、その推認の程度に関わる証明力の問題としてとらえるのが相当である。

すなわち、検察官が、Wに「V女は、かねてから私に対し、『Aが嫌いだ。』と言っていた。」旨証言してもらうため、立証趣旨を「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」としてWを証人申請したという場合において、伝聞法則不適用説は、W証言の要証事実は「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」という《供述内容の真実性》であり、そのような要証事実に対してW証言は直接証拠となるが、W証言に含まれるV女の供述部分には伝聞法則が適用

されないとする。それに対して、伝聞法則適用説は、要証事実が「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」であれば、W証言に含まれるV女の供述部分に伝聞法則が適用されるが、W証言の要証事実「V女が、かねてからWに対し、『Aが嫌いだ。』と言っていたこと」という《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》であり、そのため伝聞法則は適用されず証拠能力が認められる。この場合、「V女が、かねてからWに対し、『Aが嫌いだ。』と言っていたこと」は、「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」を推認させる間接事実であり、W証言は、「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」という要証事実との関係では、間接証拠として機能することになるとする。

伝聞法則不適用説は次のように説明する。W証言の立証趣旨が「V女がAに嫌悪の情を抱いていたこと」とされているのは、V女の《供述内容の真実性》が要証事実として設定されたことを意味しているのであるが、伝聞供述に当たる部分が「Aが嫌いだ。」といった感情表現である場合には、知覚・記憶という過程を欠いているため、通常の伝聞供述とは異なり、誤りや嘘が混入する危険は表現過程にしか存しない。そして、V女の表現に誤りや嘘が含まれないかは、V女の供述を聞いたWを反対尋問することにより確かめることができる。そのため、Wの証言中、「V女が、かねてから私に対し、『Aが嫌いだ。』と言っていた。」というV女の供述部分には伝聞法則が適用されない。また、V女がAに嫌悪の情を抱いていたことを立証しようとする場合、V女がかねてから「Aが嫌いだ。」と供述していたということは重要な証拠になるが、<sup>(1)</sup>仮に、Wの証言に含まれるV女の供述に伝聞法則が適用されるとするならば、伝聞例外として証拠能力が肯定される場合は極めて限定される（法324条2項、321条1項3号）。そうすると、Wの証言に含まれるV女の供述が、V女がAに嫌悪の情を抱いていたことを認定する証拠として用いることができなくなる場合が生じるが、それでは事実認定がゆがめられる危険がある。

九九

これに対して、伝聞法則適用説は次のように説明する。たしかに、伝聞供述に当たる部分が「Aが嫌いだ。」といった感情表現である場合には、知覚・

(1) 田宮『刑事訴訟法(新版)』373頁で、「人の内心は他人がのぞきこめない以上、本人の発言が決定的な証拠のひとつである」とされているのも、かかる趣旨と解される。

記憶という過程を欠いており、その点において通常の伝聞証拠とは異なっている。しかし、表現過程にも誤りや嘘が混入する危険が存するのであり、V女が、心にもないことや冗談を言っていたのではないということなどを確かめるという意味で、V女の供述の「真し性」をテストしなければ、事実認定の基礎とすることは危険である。そのため、「Aが嫌いだ。」という供述がなされるまでの経緯（感情形成過程）等について、原供述者であるV女を反対尋問する必要があり、伝聞法則が適用されると考えるべきである。したがって、「V女がAに嫌悪の感情を抱いていたこと」を要証事実とする限りでは、Wの証言に含まれるV女の供述部分には伝聞法則が適用される。他方において、「精神状態の供述」については、原供述者が意識的に本心ではないことを表現したという可能性は残るものの、当該感情表現がなされたという外形的事実から、原供述者が表現当時にそのような精神状態にあったと推認することは、社会通念からしても認められることである。そのため、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を間接事実として《供述内容の真実性》を推認することが例外的に許される。つまり、「V女が、『Aが嫌いだ。』とWに話していたという事実」は、「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」を推認させる間接事実とすることが認められる。そして、「V女が、『Aが嫌いだ。』とWに話していたという事実」が要証事実であれば、伝聞法則が適用されることはない。

3 このような議論の対立があるところ、伝聞法則不適用説は、V女が本心からその供述をしたかどうか（供述の「真し性」）は、Wを反対尋問することにより確かめることができるとの前提に立っているのに対して、伝聞法則適用説は、Wを反対尋問して確かめられるものではなく、V女自身を尋問して明らかにしなければならないという考え方を前提としている。この点については、Wの証言に含まれるV女の供述内容がV女の過去の体験事実の報告である場合には、WはV女の体験事実につきその知覚や記憶が正確かどうかをおよそ知りようがないのであるから、Wをいかに反対尋問してもV女の体験事実についての知覚や記憶の正確性を確かめることはできないのに対して、知覚や記憶という要素がなく表現だけが問題となる「精神状態の供述」の場合には、WはA女の表現を受け取っていることから、Wを尋問することにより、V女の供述の「真

し性」を判断できると考えることもできそうである。しかし、実務的には、Wは、「V女は、ことさら冗談めかしていたわけではないが、だからといって本心から言っていたのかどうか、私には分からない。」などと証言するケースが多いと考えられる。また、Wが、「V女は冗談めかしていったわけではない。真剣な表情だった。」などと証言したという場合であっても、直ちには、V女の供述が本心からなされたものであることが確かめられたとは判断できないと思われる。なぜなら、V女は、あるいは真剣な顔で平然として本心とは違うことを言うような人物かもしれない。また、V女は実際にはAに対して好意を抱いていたものの、そのことをWに察知されそうになって、乙女心の恥ずかしさからことさら本気を装い、「Aが嫌いだ。」などと供述したということも十分にあり得る。さらに、本事例とは逆に、冗談らしく「あの人が好きだ。」などと話していたという場合にも、それは本心であり、冗談めかしていたのは照れ隠しのためだったということもあるだろう。このように見てくると、Wが、「V女は冗談めかしていったわけではない。真剣な表情だった。」などと証言した場合であっても、V女の供述が本心からなされたものではない可能性はなお残る。たしかに、WがV女からAを嫌う理由などについて具体的かつ詳細に聞いていたというような場合には、V女の感情形成過程等についてWを反対尋問することにより、V女の表現の「真し性」を確かめることができるという場合もある。しかし、感情形成過程というV女の過去の経験に関する供述は、まさに伝聞法則が適用されるべき典型的場面であるから、V女自身の反対尋問が必要である。このようなことからすると、Wの証言を基礎としてV女の供述の「真し性」を判断することは実際的に不可能なのであり、伝聞法則不適用説に立つならばV女の供述部分の証拠能力を確定できないということになる。

それに対して、「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」との立証趣旨につき、「V女がWに対して『Aが嫌いだ。』と言っていたこと」を要証事実として設定するものであると解するならば、Wの証言に含まれるV女の供述部分には伝聞法則が適用されず、証拠能力が認められる。そして、「V女がWに対して『Aが嫌いだ。』と言っていた」という外形的事実から、実際にAがVを嫌っていた事実を推認するということは、社会通念からも是認され、第二

章・一・2で述べたような伝聞法則の趣旨に反することもないと思われる。この点で、知覚・記憶・表現の過程を経て伝達される過去の体験事実の報告との違いがある。ただし、「V女がWに対して『Aが嫌いだ。』と言っていた。」という事実は、「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」を推認させるための間接事実のひとつに過ぎない。そこで、真し性が明確に肯定できて、W証言だけで「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」が認定できるという特別な場合、すなわち、およそ真実でなければそのような表現をするはずがないといえるような特殊な事情が認められる場合は別として、個々の間接事実は「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」を推認させるに当たり、証明力が弱いのが通常である。そのため、「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」が実際に裁判所によって認定されるためには、他の間接証拠が必要になる。たとえば、「V女は、私に対しても、『Aのことは嫌いだ。』と言っていた。」というXの証言があれば、その証言により、「V女がXに対しても『Aのことは嫌いだ。』と言っていたこと。」という間接事実が立証され、「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」の推認が強まる。さらに、「V女は、かねてからAにつきまわられて迷惑そうだった。」というZの証言があれば、それも間接証拠となり、「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」の推認がさらに強まることになる。このように、間接事実や間接証拠が積み重なることにより、「V女がAに対して嫌悪の情を有していたこと」という事実が認定されるに至る。

4 なお、感情表現として《ある内容の供述がなされたことの真実性》から《供述内容の真実性》の推認が許されるのは、原供述者の供述時における感情が供述されているという場合である。過去においてある感情を有していたことが供述されているという場合は、原供述者が過去に経験した事実の供述にほかならず、知覚・記憶の過程が存するのであるから、伝聞法則が適用される通常の伝聞証拠と同様に、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》から《供述内容の真実性》を推認することは許されない<sup>(2)</sup>。

(2) 田宮『刑事訴訟法(新版)』372頁。

## 二 「精神状態の供述」が共謀共同正犯における「謀議」である場合

1 上記一・3で述べたように、同じ内容の「精神状態の供述」が繰り返された場合には、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》という間接事実が要証事実になり、その間接事実から《供述内容の真実性》を推認するという立証方法が許されると考えられるのであるが、このような観点から、共謀共同正犯における「謀議」という「精神状態の供述」につき、伝聞法則の適用がないとして証拠能力を肯定したのが、いわゆる白鳥事件の最高裁昭和38年10月17日判決（最高裁判所刑事判例集17巻10号1795頁）であると解される。

すなわち、共謀共同正犯は、複数の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互いに他人の行為を利用・補充し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、その一部が実行行為に及んだなら、謀議に加わった者全員が共同正犯としての罪責を負うというものである（最高裁昭和33年5月28日判決・最高裁判所刑事判例集12巻8号1718頁）。このような共謀共同正犯の成立要件である「謀議」については、共謀の内容をなす緊密な意思連絡が、時間の経過とともに徐々に醸成され、これを特定の日時、場所における謀議行為として把握できない場合もあることから、共謀がなされた事実であるところの謀議行為という客観的事実を意味するのではなく、「犯罪の共同遂行の合意」ととらえるべきである。そうすると、共謀共同正犯における「謀議」は、実行行為者による実行の着手時点までに形成された、それぞれの共犯者が有する内心の意思状態ということになる。

そうしたところ、白鳥事件では、参考人の検察官面前調書中、「被告人が、『白鳥はもう殺してもいいやつだな。』と言った。」という供述部分や、関係者の公判供述中の「堂々と襲撃しよう」という発言部分につき、最高裁は、そのような発言自体を要証事実としているので、伝聞ではなく許容されると判断している。すなわち、ここでの「白鳥はもう殺してもいいやつだな。」などの発言は、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》が要証事実とであり、そのような発言がどのような場面で誰に対してなされたのかという事情と併せ考慮することにより、組織的に白鳥を殺害することにつき、被告人には「謀議」

があったことを推認させる証拠である旨判示しているものと解されるのである。その具体的内容を検討すると以下のようになる。

判決文からは、参考人の検察官面前調書の立証趣旨がどのようなものであったかを判別することはできないが、第1審判決の判決文によれば、当該供述調書に録取された内容の趣旨は、「私が『こうなったら兎に角ブルジョア道徳心などは捨てなくては駄目だ。』と言ったら、皆はなるほど聞いていたが、その時被告人は『白鳥はもう殺してもいいやつだな。』と言った。被告人がそう言った時皆は笑い出したが、それは普通の笑いではないような空気だった。そんなことがあったので、私は白鳥事件が起こったことを知った時に一番初めにその時の被告人の言葉がピンと頭に来て、白鳥事件は党がやったのだなと感じた。」というものである。そうすると、この検面調書の立証趣旨は、「被告人に謀議の認識があったこと」ではなく、「謀議がなされた状況等」などとされていたものと推察される。つまり、検察官としては、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実として設定し、そのような発言がどのような場面で誰に対してなされたのかという事情と併せ考慮することにより、組織的に白鳥を殺害することにつき、被告人には「謀議」すなわち「犯罪の共同遂行の合意」があったことを推認させようとしたものと考えられる。

また、関係者の公判供述中、被告人による「堂々と襲撃しよう」との発言についても、最高裁は、そのような発言自体を要証事実であるとしているが、その発言は、「被告人は、『全党に模範を示すんだらう。警察官の一人や二人やったって浮かないさ。』と言い、またその合間に『どうだ、白鳥を堂々と襲撃しようかい。』と言ったので、僕が『堂々と襲撃するというのはどういうことだ。』と聞いたら『日本共産党を名乗って白鳥課長の家を襲ってやっつけてやるんだ。』と言うので、『そういう危ないことをやってはいかん。それでは党が破滅させられるだけで問題だ。仮にどうしてもやらなければならない状態になったとしても密かにつけ狙ってやるべきじゃないか。』という意見も出した。九四  
そうしたら被告人は『密かにやるというのはどうやるんだ。』というので、『白鳥課長だって人間だから必ずすきが出るだらう。それを少数者で狙っていけばやれないこともないだらう。』と言ったことがある。そんなわけで僕はそのこ

ろから何か始まるなどという考えを持っていたし、この1月23日のビューロー会議のときには白鳥事件は党がやったんだなど考え、また12月末ころから準備が始まったものと思っていたのだが、1月27日、8日頃になって犯人がSだということを知ったわけである。」というような、一連の経緯に関する供述の中に含まれている。ここでも、立証趣旨は、「謀議がなされた状況等」などとされたものと推察され、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実として、被告人に「謀議」があったことを推認させようとしていたものと考えられる。

さらに、関係者の公判供述に、「1月3、4日頃北大の中自衛隊員5名とS、被告人がKの家の2階かM君の下宿かに集まった際、被告人から『白鳥課長に対する攻撃は拳銃をもってやるが、相手は警察官であるだけに慎重に計画し、まず白鳥課長の行動を出勤退庁の時間とか乗物だとかを調査し慎重に計画を立てチャンスをねらう。』というような指示があった。僕は、拳銃でやるというのは暗殺するという意味で、行動調査をしながらでも若しいいチャンスがあった時にはやるという風に理解したのであるが、誰も被告人の指示に不賛成を唱える者はなく、かえってお互いに『よしやろう。』というようなことを態度で示し合っていた。」というものもある。

このように、白鳥事件では、多数の場面で、被告人の「謀議」という心理状態を示す発言がなされているのであり、そのため、被告人による発言につき、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実として証拠能力を肯定し、そのような外形的事実を間接事実として、被告人の「謀議」という心理状態を推認するという手法がとられたものと解される。

2 次に、大阪高裁昭和57年3月16日判決（判例時報1046号146頁）は、某セクトに批判的立場を取り始めた被害者に対し、同セクトのメンバー約10名が共謀して傷害を負わせたという事件において、事件後に逃走車両を運転していた被告人を共犯者の一人と認定するに当たり、犯行前に記載された犯行計画メモにおける役割分担の一部を担当していたという事実を根拠としているところ、その犯行計画メモは、「真し性」があるため伝聞法則が適用されずに証拠能力が肯定されると判示している。

この事案における犯行計画メモは、共犯者のうち誰が記載したものであるかは特定されていないのであるが、メモに記載された図面には、被害者が当時通学していた自動車教習所とその南側のT団地等の建造物及び公衆電話の位置、私鉄や国鉄の位置、交差点、隣接する町や国道171号線等の周辺地域との地理的關係等が詳細かつ正確に記載されており、また、本件犯行の手順や犯行後の逃走方法に関するものや、本件犯行現場付近から他へ連絡するために必要な事項に関することも含まれていた。そして、被害者を襲撃後、Aなる者が「能セ車」と記載されている車の運転を担当して本件犯行現場から国道171号線を経て大山崎に逃走する旨の記載があった。そうしたところ、被告人は、上記セクトに所属して被害者に攻撃の意思を有していたことや、上記「能セ車」の記載に合致する「能勢町居住のC所有名義の車両」を運転中に逮捕されていること、当該車両は、犯行現場から逃走した犯人らが分乗した車両のナンバーと一致していること、被告人に職務質問した時間・場所が、犯行後逃走中であつたとして矛盾ないこと等が認定されている。

上記高裁判決は、本件犯行計画メモの立証趣旨が「事前共謀の存在」とされていたことをもって、《供述（記載）内容の真実性》が要証事実であり、供述内容は、「その時点における本件犯行に関する計画という形で有していた一定の意図を具体化した精神的状態に関する供述」であり、「その表現、叙述に真し性が認められる限り、伝聞法則の適用例外として、その証拠能力を認めるのが相当であると解される」との判断を示した上、「本件メモが実の押収時の状況、右メモ紙が組織活動の過程において作成されていること、その記載内容である計画そのものが現に実行されていること等から、その記載の真し性は十分これを認めることができる。」と判示している。

たしかに、立証趣旨が「事前共謀の存在」とされていたのであれば、そのメモを記載した者の「謀議」という精神状態が直接の要証事実であると解する余地もあり、そうであれば、判旨のように「真し性」と要件として伝聞法則が適用されないという考え方も成り立つものと思われる。しかし、「精神状態の供述」の場合は、典型的に《かかる内容の供述がなされた外形的事実》が直接の要証事実であり、そのような外形的事実から、供述者の精神状態という《供

述内容の真实性》が推認されるとすれば足りるものと考え。このように解すると、当該伝聞証拠には伝聞法則が適用されないで、常に証拠能力が肯定されるが、上記裁判例で指摘されているような「真し性」の有無や程度によって、証明力の有無や程度が決せられることになる。仮に真し性が否定された場合には、証明力が全くないことから、自然的関連性を欠き、結局のところ証拠能力が否定される。その場合、証拠能力のない証拠を裁判官が取調べたということになって、証拠としての扱いに相当性を欠くのではないかとの疑問が生じる。しかし、自然的関連性を欠いて証拠能力が否定されるのは、そのような証拠を取調べても無意味であるということであり、取り調べることにより積極的な不都合が生じるわけではない。この点、伝聞法則の適用により証拠能力が否定されるのは、誤った事実認定がなされるという積極的な不都合が生じるのを防止する目的なのであり、証拠能力が否定される根拠が異っている。そのため、一旦は証拠能力を肯定して取調べたところ、「真し性」が否定されたために自然的関連性が欠けるという判断に至ったとしても、特に問題はないといえる。

本件の場合には、「真し性」が肯定されたので、要証事実のとらえ方につきいずれの立場であっても当該メモの証拠能力は肯定される扱いとなったのであるが、もともと伝聞法則の適用の有無は、客観的な観点から一義的・類型的に振り分けられるべきであり、「真し性」という実質的判断にかからしめるのは相当ではないと考えられる。反面、「精神状態の供述」の場合、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》から、供述者が供述当時にそのような精神状態であったと推認するというのは、社会通念上、一般的に是認できることであり、第二章・一・2で述べたような伝聞法則の派生的な意味内容にも反することはないと考えられる。また、同じ内容の「精神状態の供述」が繰り返されたという事実により、供述者が実際にそのような精神状態にあったという《供述内容の真实性》を推認することには合理性が認められる。このようなことから、「謀議」を内容とする「精神状態の供述」の場合も、《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》を要証事実として証拠能力を肯定し、「真し性」は信用性の有無・程度を判断する要素ととらえるのが相当と考えられる。

なお、本件の事案は、メモの記載者が誰なのかは特定されないまま、その

記載者の「謀議」が認定され、その上で他の事実も総合して判断することにより、被告人がその謀議に加わっていたと認定されている。すなわち、「謀議」という精神状態の供述の証拠能力が問題となる場面ではあるものの、当該メモにより、被告人自身の精神状態を認定するという場面ではなかったところに特徴がある。そのため、メモの記載者の「謀議」の証明を経由しなくても、メモの記載内容と他の事実によって被告人が共犯者であったことは認定できたはずなので、その意味において、立証趣旨を、「犯行計画を窺わせるメモの存在と記載内容」というように、記載の外形的事実が要証事実であることを明確にして証拠調請求した場合であっても、立証上の問題はなかったはずである。ところが、「事前共謀の存在」が立証趣旨に掲げられたため、裁判所は、メモの記載者の精神状態が直接の要証事実だと判断して上記のような判示に至ったものと考えられる。検察側とすれば、メモの記載内容という外形的事実を要証事実として設定し、その外形的事実をもって、「事前共謀の存在」を推認させる間接事実として機能させようとする意図だったと推察されるが、証拠能力が肯定されて被告人が共犯者の一人であるとの認定に至っている以上、メモの記載者の精神状態が要証事実であると判断されても何ら不都合はなく、要証事実の判断につき不服を申し立てる必要はなかったということであろう。

3 では、記載者が特定されたメモにより「謀議」を認定するという場合にはどうなるのかにつき、次のような事例を前提としてメモ及び手帳の記載の証拠能力を検討してみよう。

〔甲と乙は、乙が実行犯として被害者Vを包丁で刺殺したという殺人事件につき、その共同正犯として起訴されたが、甲と乙は、捜査段階から一貫して共謀関係の存在を否認していた。一方、甲宅から押収されたメモには、甲の筆跡で『明日××時、ビル前で包丁を乙に渡す。Vの居場所については、携帯電話で知らせる。』と書かれていた。また、犯行直後に乙は現行犯逮捕され、その際に押収された乙の手帳には、犯行前日の日付欄に、『甲から包丁を受け取り、指示を受ける。』との記載がなされていた。公判でも、甲は乙との共謀を否認し、乙も自らの単独犯である旨主張し、両者は分離して審理されることになった。検察官は、被告人甲の審理において、上記甲のメモを『実行犯乙と

の謀議が成立していたこと』との立証趣旨で証拠調請求し、上記乙の手帳を『被告人甲との謀議が成立していたこと』との立証趣旨で証拠調請求したが、弁護人はいずれも不同意とした。]

「精神状態の供述」を内容とする伝聞証拠につき、「そのような精神状態にあったこと」が要証事実であり伝聞法則が適用されるとする考え方に立つならば、甲のメモや乙の手帳の記載に証拠能力が肯定されるためには、伝聞例外規定の要件を充足する必要がある、適用の可能性のある共通した伝聞例外規定は法323条3号である。また、甲のメモについては、被告人の供述書に該当する書面であるから、法322条1項の要件を充足する場合には証拠能力が肯定される。そして、乙の手帳の記載については、被告人以外の者の供述書に該当する書面なので、法321条1項3号の要件を充足する場合に証拠能力が肯定されるということになる。

そこで、甲の犯行計画メモが、これら各条文の要件を充足するかについて検討すると、犯行計画メモといったものについては、一般的に、外形的記載状況から類型的な「特信情況」が認められるということはおよそ想定できないため、法323条3号を根拠に証拠能力が肯定されることはないであろう。次に、法322条1項の要件充足性について検討すると、同条項は、人は嘘についてまで自分に不利益な事実を暴露することはないという経験則があるので、不利益事実の承認であるというだけで「特信性」が認められるということを理由に、不利益な事実の承認を内容とする被告人供述に、伝聞例外として証拠能力を肯定したものと考えられる。<sup>(1)</sup> そうしたところ、たしかに、本件メモの記載は、甲を被告人とした刑事裁判が開始された後の段階で判断するなら、甲の有罪を認定する証拠になり得るという意味において、甲にとって不利益な供述ということが出来る。しかし、本件メモは、乙との共謀を含む犯行計画を備忘のため記録したのであって、乙以外の第三者に対してその記載内容が見られることを予定して記載したものではない。つまり、甲が当該メモを記載する段階では、その記載内容が自己に不利益な事実であることを知りながら、それを暴露するために敢えて記載したというわけではない。そうすると、当該メモの記載に「特信性」を認める前提を欠くことになり、伝聞例外として証拠能力を肯定す

る根拠が崩れる。形式的な意味においても、不利な事実を承認したとはいえないものと思われる。したがって、甲のメモについて法322条1項の要件充足性は否定されるものと考えられる。

他方、乙の手帳の記載についても、法323条3号の要件を満たせば証拠能力を有するが、その要件を充足するのは極めて限られた場合である。そして、法321条1項3号の要件充足性については、乙は共同被告人となっているのであるから、供述不能の要件を欠く。<sup>(2)</sup>

以上のようなことからすると、伝聞法則が適用されるとする立場に立つ限り、甲のメモと乙の手帳の記載については、いずれも証拠能力を肯定する余地がなくなる。

そのため、甲のメモや乙の手帳につき、「メモ（手帳）の存在と記載内容」というような立証趣旨により、「かかる内容の供述がなされたという外形的事実」を要証事実として設定して証拠調請求し、その外形的事実と他の事情から、乙が実行犯となったVに対する殺人について、甲の「謀議」を推認させるという立証が相当だということになる。上記事例で設定された事実関係は限定され

(1) 田宮『刑事訴訟法[新版]』386頁。

ただし、被告人以外の第三者の供述に法321条1項3号に規定する「特信性」が認められ、伝聞例外として証拠能力が肯定されるという場合は、反対尋問権の行使に代替し得る「特信性」という意味であるのに対して、被告人供述が不利益事実の承認であるという場合の「特信性」は、被告人に対する反対尋問権の行使は問題とならないので、直接主義の要請を満たさなくても伝聞例外として証拠能力を認めるところに意味があるということになる。

そして、不利益事実の承認を内容とする被告人供述に証拠能力を認めることの実質的な意義は、被告人が公判廷では不利益事実の承認を翻して否認に転じたという場合に、捜査段階においてなされた不利益事実の承認を内容とする被告人供述を証拠として顕出し、被告人の公判供述と、捜査段階における不利益事実の承認を内容とする供述との、いずれが信用できるのかを、裁判官の自由心証に委ねるのが相当であるということにあるものと考えられる。

(2) ただし、手帳の記載の客観的状況と、犯行計画や他の記載内容が客観的事実と符合するというような実質的事情が相まって、法321条1項3号の規定する「特信性」の要件を充足することがあるので、乙が供述不能である場合を想定したなら、この規定を根拠に証拠能力を肯定させるということもあり得る。

ているのであるが、甲のメモと乙の手帳との記載内容は、外形的に、Vを殺害するという犯行計画についてそれぞれが有していた認識と評価することができ、また、記載内容に合致する犯行が現に行われているという事実等、他の事情も併せて考慮すると、甲の「謀議」の推認は肯定されるのではなかろうかと考えられる。

なお、ここでの「他の事情」は、「真し性」を要件に伝聞法則は適用されないとする考え方における「真し性」を基礎づける事実と実質的に重なることになる。

また、犯罪事実(罪体)に関して、犯行計画の存在とその内容を立証する必要が生じるのは、本例のように、共謀関係の存在が争われたような場合であり、それ以外に、犯罪事実の証明とは別個に、犯行計画そのものを立証することに実質的な意味のある場合というのは想定し難い。殺人や傷害の故意などを推認させる間接事実として機能することも一応は考えられるが、殺意はなかったとか過失行為だったという弁解に対して、犯行計画の存在ということにより、そのような弁解を覆して、犯行時における殺人や傷害の故意が認定されることになるかという、はなはだ疑問であり、その証明力は極めて限られたものとなる。ただ、犯行計画の存在を立証することも、情状面では意味を持つことがあると考えられる。

### 三 「精神状態の供述」が犯罪事実の認識に関する内容である場合

1 たとえば、証人Yが、「Xが、その所持している薬物を見せながら、『Zから譲り受けた覚せい剤だ。』などと言っていた。」旨証言してもらうという場合において、それが、Zを覚せい剤譲渡罪の被告人とする法廷で、「XがZから覚せい剤を譲り受けた。」という立証趣旨を掲げていたなら、Xの供述部分には伝聞法則が適用され、法324条2項が準用する法321条1項3号の要件を充足しなければ証拠能力が認められない。それに対して、Xを覚せい剤所持罪の被告人とする法廷で、「Xが、その所持している薬物が覚せい剤であると認識していたこと」という立証趣旨を掲げていたなら、Xがそのような供述をしたという外形的事実により、「Xが、その所持している薬物が覚せい剤であ

ると認識していたこと」は証明できるのであるから、要証事実として認定されたのは《かかる内容の供述がなされたという外形的事実》であり、したがってXの供述部分に伝聞法則は適用されず証拠能力が肯定される。つまり、X方から押収された覚せい剤につき、Xが「強壮剤だと思っていた。」などと弁解しているような場合には、上記Yの証言を、Xの覚せい剤に対する知情性を認定させる直接証拠として機能させることができる。

2 第2に、精神状態の供述が、被告人の行為に付随して発せられたことばで、行為と不可分一体をなすという場合である。たとえば、殺人あるいは傷害致死事件において、被害者に対して暴行を加える際、被告人が、「ぶっ殺してやる」「死ぬ」「くたばってしまえ」「この野郎、思い知れ」などのことばを発していたという場合には、そのようなことばが発せられたという事実は、被告人の行為と相まって、被告人の主観面における事実であるところの、殺人や傷害の故意を推認させる証拠となる。<sup>(1)</sup>

3 第3に、「逮捕時に、被告人が、犯行を認めるような言動に及んでいた。」という内容が記載された現行犯人逮捕手続書を、「現行犯逮捕時における被告人の言動」という立証趣旨で、自白調書の任意性及び信用性を証明するため、新たに証拠調請求するという場合が考えられる。すなわち、現行犯人逮捕手続書には、「現行犯人と認めた理由及び事実の要旨」という記載項目が設けられているのであるが、その記載項目の中に、たとえば、被疑者を無銭飲食の現行犯として逮捕した際、被疑者が「すみません。金はありません。最初から払うつもりはありませんでした。」などと述べていた旨の記載があったとする。このような被疑者の供述を、無銭飲食という犯罪事実を証明するための自白として機能させようとするのではなく、被疑者には、無銭飲食に及んだことの認識があったという事実の証明に用いるわけである。そして、被疑者が上記のような供述をしたという外形的事実から、「自白調書の任意性及び信用性」が推認

(1) 田宮『刑事訴訟法(新版)』371頁で述べられているところの、「行為の一部をなすことば」と同じである。ただし、刑事事件の証拠として意味を持つ場合のことを想定すると、被告人の故意というところに行き着くものと思われるので、本文のような例にした。田口『刑事訴訟法(第5版)』328頁の「『ことば』が非供述証拠の場合」というのも同様。

される過程というのは、「被告人は、もしも逮捕が不当ということならば、逮捕されようとした時点でその旨訴えていたはずである。それにもかかわらず、逮捕時点で被告人が犯行を認めるような言動をしていたということは、自らが犯行に及んだという認識を有していたからである。そうすると、その後の取調べにおいて自白した内容も、逮捕時に有していた認識に沿うものであるから、被告人の自発的意思に基づく供述と認められ、任意性が肯定できると同時にその信用性は高い。」というものである。

4 犯罪事実の認識が、被告人の供述の外形的事実からではなく、第三者の供述の外形的事実から認定できる場合もある。たとえば、被告人XがYから賄賂を受け取ったという収賄事件の公判で、XとYは、捜査・公判を通じて賄賂の趣旨を争っているが、贈賄者YからXに対し、携帯電話で、「工事を発注してもらえたら、お礼に30万円を提供する。」などという電子メールを発信しており、Yから押収された携帯電話機のメモリーに残された発信履歴により、かかる電子メールの存在と内容が明らかになったという場合である。このような場合、検察官が立証すべき事実は、「Xが賄賂の趣旨を認識していたこと」であるから、検察官としては、「Xが賄賂の趣旨を認識していたこと」という立証趣旨で当該携帯電話機を証拠調請求するものと考えられる。そして、「Xが賄賂の趣旨を認識していたこと」という立証の目的を実現するためには、当該電子メールをXが読んだことだけで足りるのだから、要証事実として設定されたのは、「贈賄の申込みを趣旨とする電子メールの存在と内容」という外形的事実と、「その電子メールがYからXに発信されたこと」であると解せば足り、そうであるならば、「贈賄の申込みを趣旨とする電子メールの存在と内容」は当該携帯電話機のメモリーに残された発信履歴から客観的に認定できるのであり、したがって伝聞法則の適用はないと解される。

## 八五 第六章 第5分類

### 一 法323条3号該当書面の場合

1 検察官が、Yが作成した領収証を、「XがYに現金を支払った事実」との立証趣旨で証拠調請求したという場合、領収証の書面としての性質は作成者Y

による供述書であり、「支払者をX，受取人をYとして，記載されている金額の授受がなされたという事実の真实性」すなわち《記載（供述）内容の真实性》が要証事実として設定されている。そのため，伝聞法則が適用されるが，被告人が，XからYへ現金が支払われたという事実を争う場合，弁護人は当該領収証を不同意とするだろうから，検察官としては，Yの証人尋問を請求することになる。しかし，Yが死亡しているなど供述不能の状況にあったなら，伝聞例外規定の要件が充足していることを証明して当該領収証の証拠能力を肯定させる必要が生じる。その場合，伝聞例外規定として適用の可能性があるのは，法321条1項3号か法323条3号である。そこで検討すると，本事例での領収書のような場合，法321条1項3号が規定する「特信性」が肯定される場合というのは，領収証が作成された背景にある実質的事情が証明されることと同じであり，そのような実質的事情は，X・Y間での現金の授受が認定できるだけの間接事実を意味することになるであろうから，「特信性」が肯定されたという場合には，たとえ領収証に証拠能力が付与されたとしても，X・Y間での現金の授受を証明するための証拠として，当該領収証の持つ存在意義は乏しいものとなろう。現金授受の事実を，他の間接証拠ではなく，当該領収証によって証明しようとする場合にこそ証拠としての価値が認められるわけであるが，そのような場合は，法323条3号により証拠能力が付与されることが必要となる。

同条号の要件である「特信情況」に関して，東京地裁昭和56年1月22日決定<sup>(1)</sup>は，まず，「領収証の如きは，たとえ本人の業務に関連して発行される場合であっても，業務の通常の過程で自己の業務施行の基礎として順序を追い継続的に作成されるものではなく，その交付を受ける相手方のために個々のにその都度作成されるものであるから，それが他の商業帳簿類たとえば入金伝票と同時に同一内容の複写として作成されるような特段の事情のある場合を除いては，法323条2号所定の業務過程文書に該当しない」旨述べた上，「書面自体の性質上これらと同程度に類型的に信憑性の高い文書として，同条3号

(1) 判例時報992号3頁。いわゆるロッキード事件児玉・小佐野ルート公判における「児玉領収証」その他の証拠採用決定。

により証拠能力を認めるに由ないもの」として、領収証は同条2号・3号の書面に該当しないと判示している。この裁判例は、法323条2号・3号に該当するためには、機械的・継続的に記載された書面であることが必要であるが、領収証は単発的に作成される書面なので、これに当たらないとしているようである。

しかし、署名については筆跡鑑定、押印については登録印象との印影を対比することなどにより、領収証の成立の真正を確かめることができ、一般的な取引慣行上、本人の署名と実印のある領収証であれば、その記載内容の真実性や信用性は高いと評価される。また、領収証は、金員受領の事実の確認のために作成されるものであって、具体的な刑事裁判のために意識的に作成された書類とは異なり、一般的には、作為的、意図的な要素は少ない。さらに、金員を授受する両当事者の監視の下で作成・交付されるものであるから、両者の緊張関係から正確な記載がなされることが期待できるのであり、この点、日記や手帳のように記載者が一方的に記載する書面と異なる。そうすると、通常取引で使用されている領収証用紙による領収証であること、作成者の署名がなされ、しかも実印が押されていること、収入印紙が貼られていること、収入印紙に作成者の割り印がなされていることなどの具体的事実が認定できるのであれば、当該領収証には、その客観的・外形的記載状況に基づいて、記載内容に誤りや嘘を含む危険性がなく、高度の真実性が認められるという類型性、すなわち法323条3号の要件である「特信情況」が肯定できるのではないかと考えられる。

このような「特信情況」を判断するに当たっては、領収証が作成された背景にあるところの、現金の授受に関する実質的な事情は判断資料とならないのであるが、税金対策、裏金工作等何らかの必要性から双方の利害が合致した場合とか、当事者間に立場の強弱がある場合などには、架空ないし虚偽の領収証を作成することもある。これらの事情は、現金の授受を否定する側の当事者が、当該領収証の証明力を減殺する事情として、主張・立証すべきであると考えられる。

2 以上はYが供述不能の場合を前提とした検討であったが、Yの証人尋問が

実施され、領収証の記載に符合する証言をしたような場合には、検察官は、「XがYに現金を渡した事実」の立証という目的を一応達成でき、Yの証言の信用性を担保する目的で、「証言に符合する領収証が存在すること」という立証趣旨により、当該領収証を証拠調請求するということが考えられる。この場合も、領収証の《供述内容の真実性》が要証事実であり、法323条3号の要件を充足して証拠能力が肯定されたなら、Y証言とともに、X・Y間での現金の授受を証明する直接証拠となる。

Yが、Xからの金員の受領を否定するなど、領収証の記載内容とは矛盾する内容の証言をしたような場合には、当該領収証の記載内容が真実だとして、犯罪事実立証のための積極的な証拠とする必要性がより高まるのであるから、検察官としては、Yが供述不能である場合以上に、法323条3号が規定する「特信情況」の要件充足性の証明に努めることが必要となる。

3 以上のような領収証との対比として、仮に、YがXから金員を受領したという事実が、Yの日記に記載されていたというような場合は、その記載に証拠能力が肯定されるには、法321条1項3号の要件を満たす必要がある。その要件である「特信情況」と、法323条3号の「特信情況」との違いであるが、法321条1項3号の「特信情況」は、記載の外形的・客観的状況とともに、記載内容を含む実質的事情も考慮されるものと解される。そのため、法323条3号の「特信情況」は肯定されなくても、実質的事情を加えると、法321条1項3号の「特信情況」が肯定されるという場合があるものと考えられる。たとえば、日記帳のある日の記載部分について証拠能力が問題となったという場合、日付が特定された記載欄に小さな文字がペンで隙間なく記載され、そのような記載状況が日記帳の発見当日まで長期間にわたって継続しており、しかも鍵が掛けられた机の引出に保管されていたというように、その日記が他人に見られることを防止するような保管状況だったことなどの具体的事実が認められるのであれば、記載者がことさら真実に反する内容を記載したり、または時間の経過により記憶が薄れた内容を記載したり、あるいは第三者が改ざんを加えたというおそれではなく、記載者が、ある日の出来事をありのままに記載しているものと評価できるので、このような場合には、記載の外形的・客観的状況

から類型的な「特信情況」が肯定され、法323条3号の要件を満たすことになるものと考えられる。そして、記載の外形的・客観的状况から類型的な「特信情況」までは肯定されないという場合であっても、記載内容の一部が他の客観的証拠と符合しているなどの実質的事情が認められるのであれば、記載の外形的・客観的状况と実質的事情とを合わせ考慮することにより、法321条1項3号の「特信情況」が肯定されることがあるものと考えられる。

## 二 伝聞供述に伝聞法則が適用されない場合

領収証は、供述代用書面において高度な信用性の情動的保障が認められる場合の一例であるが、伝聞供述においても、原供述に誤りや嘘を含む危険性がないと類型的にいえるような場合には、その証拠能力を肯定すべきである。しかし、供述代用書面に関する法323条のような規定がないので、領収証と同様に証拠能力を肯定するには、そもそも伝聞法則が適用されないという扱いをするしかない。

そのような観点から、犯行直後に、幼児から聞いた強制わいせつの被害状況に関する母親の証言について、伝聞法則の適用を否定した裁判例として、山口地裁秋支部昭和41年10月19日判決（判例時報474号63頁）がある。同判決は、「6年5月の児童に対する、知的プロセスや被害者の行動の媒介を伴わない、直接、端的な肉体への侵害行為の場合においては、いまだ警察の捜査その他目的的な意識の介入をさしはさまない直後母親が児童から感得した言動は、大部分は所謂再構成を経た観念の伝達ではなくて、被害に対する児童の原始的身体的な反応の持続そのものの母親の体験であり、そのかぎりにおいてはVから感得した言動は伝聞に当たらないものである。」と判示した。母親の証言の立証趣旨は「被害状況」であったものと想定され、幼児の供述につき  
八 《供述内容の真实性》が要証事実として設定されているのであるが、被害幼児が強制わいせつの被害直後に、その被害状況を母親に話したという事情が、法323条3号の「特信情況」に類似することを理由として、幼児の供述部分について伝聞法則の適用を否定し、証拠能力を肯定したものと解される。

また、東京地裁昭和48年11月14日判決（判例時報723号24頁）は、

幼児（3歳6か月ないし3歳8か月）の体験事実をよりよく記憶し、後日より完全に報告し得て、より十分に反対尋問に耐え得るのはむしろ母親であるということなどを理由に、母親の証言は伝聞供述であって証拠能力はないとする弁護人の主張を排斥している。ただし、この事案では、母親のほかに被害幼児自身も証人として証言しており、判旨は、幼児の証言の真意を理解し、その趣旨を補足して理解する必要がある場合には、たとえ伝聞供述であっても、母親の証言に証拠能力を認めることができるとしている。

これら裁判例について検討すると、一般的に、幼児は、成人と比較して、その供述に意識的な虚偽や作為を混入させようとすることは少ないと考えられるし、自発的に母親に対して話していることから、供述内容に第三者の作為の影響が及んでいるという危険も少ないといえるだろう。そして、平素から、素朴に意思や感情を疎通させている母親に対して話しているということも考え合わせると、このような状況でなされた幼児の供述の信用性は類型的に高いと評価できる。そうすると、幼児が被害直後に母親に対して被害状況を話したということは、法323条3号の「特信情況」類似の事情にあるものといえる。

しかし、他方において、母親が感情的になって、被害幼児に対して無意識のうちに暗示を与え、被害状況を誇張して供述させたり、あるいは誇張された内容に知覚してしまうといった危険が考えられる。その意味において、母親に対する反対尋問により、原供述の信用性を十分に吟味することが必要である。そうすると、幼児が母親に話した被害状況については、常に伝聞法則が不適用であり証拠能力が認められるという特別な扱いを認めるよりも、一般的な伝聞供述と同様に、法324条2項が準用する法321条1項3号の要件を充足する場合に証拠能力を肯定することとし、その要件である「絶対的特信性」の判断において、上記のような幼児の供述の特殊性を考慮するというのが相当と考えられる。

### 三 第5分類該当性が否定される場合

特信情況が認められるのであれば証拠能力が肯定されるという分類に含まれる証拠として、匿名投書も挙げられる。しかし、匿名投書には、外形的にも実

質的にも、真実性の「特信情況」を肯定する余地はないというべきであろう。犯行計画を記載したメモの場合には、メモに記載されているとおりの事実が実現したということが、メモの記載内容の真実性に対する「特信情況」を肯定する要素になり、証拠能力を認めさせる方向で機能するのであるが、匿名投書については、投書に記載されているとおりの事実が実現したという事情があったとしても、証拠能力が肯定される方向で機能することはない。その点につき、東京地裁平成3年9月30日判決（判例時報2401号31頁）は、スペイン語で「コロンビア船籍のシウダー・デ・バスト号が、コカインを50ないし100キログラム積んで、4月下旬にコロンビアを出港し、5月に日本に着く。このコカインは、この船の船員であるA（被告人）に手渡されている。」と記載され、警視庁宛に郵送されたコカイン所持事実を密告する匿名投書に関し、「本件の捜査の端緒となった前記投書については、被告人が犯人であることを裏付ける証拠として、検察官から刑事訴訟法321条1項3号に該当する書面として証拠調べ請求がなされたが、当裁判所は、平成3年1月16日付け決定書のとおり、同投書は捜査機関に対して匿名で犯罪事実を密告するものであり、投書作成時の外部的情況が明らかでない上、匿名投書の性質上、作成者その文面について責任を負わず、作成者に対する反対尋問の機会もまったくなく、そのため作成者の知覚等に誤謬が介在したり、意図的な虚言を交える可能性が他の供述書に比べて格段に高いこと等から、これが同号ただし書きにいう特に信用すべき情況の下で作成されたものとは到底認められないとの理由で、その証拠能力を否定し、右証拠調べ請求を却下したところである。」と判示し、証拠能力を否定したが、同決定は、投書内容と客観的事実が符合することは、被告人の犯人性に関する記載につき、法321条1項3号の要件である「特信性」を裏付けるものではないということにも言及している。

匿名投書の場合、作成者が明らかにならないのが通常であり、作成者が明らかでなければその作成時における外部的状況が判明することはないであろう。また、投書の外観や投書内容の信憑性に基づいて「特信性」を肯定できる場合というのも想定しがたい。もともと、匿名投書というのは、意思の主体が特定されていないことから、それだけで誤りや嘘が含まれている可能性が高いと評

価されるのであり、信用性が著しく乏しい。そうすると、伝聞法則の本来の趣旨からして、証拠能力を肯定することができないのは当然のことといえよう。福岡高裁昭和25年4月26日判決（福岡高検速報昭和25年6番18頁）も、被告人が同意した匿名投書の証拠能力に関し、証人審問権や伝聞法則の重要性を述べつつ、「偽名を用いあるいは・・・匿名の投書は、単に捜査機関に対して捜査の端緒を与え得るに止まり訴訟法上いわゆる被告人以外の者が作成した供述書としてその証拠能力の適格を有しない」、「・・・匿名の投書は書証として絶対的に証拠能力を有しない・・・から被告人の右同意が・・・本件投書に証拠能力を具有せしめるものでない」と判示し、匿名投書は一律「証拠能力の適格」がなく、同意があっても証拠能力が付与されることはないとしている。この裁判例が判示するように、匿名投書は捜査の端緒となるにとどまり、犯罪事実を証明する証拠としては定型的に証拠能力を否定するのが相当と考えられる。

## おわりに

立証趣旨と伝聞法則との関係について、筆者自身の実務上の経験をもとにして分類を試みたが、学問的に議論されてきたところとの関連性が維持されたのかは心許ないものがある。検察官として数多くの事件について公判立会し、公訴事実の証明に努めた経験から、実際の刑事裁判でどのような立証の必要が生じるのかという具体的観点からの考察が前提となった。抽象的な理論的背景というよりも、実際上の必要性を重視した視点になったことはお許し願いたい。文献の検索も、極めて限られたものになってしまったし、学説上の争いに対する理解も、正確性を欠いているのかもしれない。しかし、現実の刑事裁判の場で、いかなる場面においてどのような立証が必要になるか、その際の証拠能力はどのように判断されるべきかを想定して議論を展開したつもりであり、公判立会経験に基づく議論の提示はそれなりの意味を持っているのではないかと思う。

七八

刑事訴訟の分野は、学会と実務界とは相互に交渉が乏しかったため、それぞれの世界で議論が展開されきたきらいがあるが、法科大学院が設置・運用され

るようになったことにより、研究者と実務家との接触の機会が増加し、また、学生への教授内容という点からも、相互の立場を無視するわけにはいかなくなった。そこで、本稿には、研究者の立場から見ると、これまで議論されてきたこととの関係で違和感を覚える内容も多く含まれているかと思うが、多くの批判が寄せられることを覚悟の上で、敢えて提示することとした次第である。