

## 第 4 8 問

基礎応用 290 頁、論証集  
138 頁、平成 23 年司法試  
験設問 2 参考

### (事案)

令和 4 年 5 月 1 日、土中から V の死体が発見され、鑑定の結果、V が何者かに殺害された事実が判明した。

司法警察員 P らが捜査を進めていたところ、犯人として甲が浮上した。

その後、甲は、V を殺害し、土中に埋めることでその死体を遺棄した旨の被疑事実により逮捕・勾留され、この被疑事実と同旨の公訴事実により起訴された。

甲は、第 1 回公判期日の冒頭手続において、「V を殺害したのも、V の死体を遺棄したのも自分ではない。」旨弁解し、弁護人も同旨の主張をした。

### (設問 1)

検察官は、「甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたこと」を立証趣旨として、甲の交際相手である A 女から領置した「令和 4 年 4 月 20 日、私は、V を殺害し、その死体を土中に埋めた。私は警察に捕まるかもしれない。」旨が記載された甲が A 女に送った手紙（以下「本件手紙」という。）について、証拠調べ請求したところ、甲及びその弁護人は、不同意の意見を述べた。

本件手紙の証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。なお、本件手紙が甲作成のものであることは証拠上認定できるものとする。

### (設問 2)

検察官は、「甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたこと」を立証趣旨として、甲の交際相手である A 女の証人尋問を請求し、検察官の主尋問において、A 女が「甲は、私と 2 人で甲方にいた時、『令和 4 年 4 月 20 日に V を殺害し、V の死体を土中に埋めた。』と言っていた。」と証言した。

A 女の証言の証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

(参考答案)

#### 設問 1

1. 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(刑事訴訟法 320 条 1 項)。伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、類型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となるかどうかで判断すべきである。

2. 検察官の立証趣旨は、「甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたこと」である。土中から V の死体が発見され、鑑定の結果、V が何者かに殺害された事実が判明したのだから、殺人罪(刑法 199 条)及び死体遺棄罪(刑法 190 条)の客観的側面については証拠上認定できる。このことに、甲が「V を殺害したのも、V の死体を遺棄したのも自分ではない。」と主張して犯人性を否認していることも踏まえると、上記の立証趣旨は、甲が殺人及び死体遺棄の犯人であることを意味していると解される。そして、この立証趣旨から導かれる本件手紙の直接の立証事項たる要証事実、甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたことである。

この要証事実との関係で、甲の公判廷外供述の内容の真実性が問題となるから、本件手紙は伝聞証拠に当たる。

3. 本件手紙は、「被告人が作成した供述書」として 322 条 1 項本文の適用を受ける。

本件手紙は、甲が殺害及び死体遺棄を行ったことを認めることを内容とするものだから、「その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」(322 条 1 項本文前段)に当たる。

本件手紙は甲が交際相手という親密な関係にある A 女に宛てて作成したものであるため、その作成過程に強制の要素はないから、自白の任意性もある(322 条 1 項但書・319 条 1 項)。

したがって、本件手紙には、322 条 1 項により証拠能力が認められる。

#### 設問 2

1. A 女の証言の立証趣旨である「甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたこと」も甲の犯人性を意味しており、そこから導かれる A 女の証言の要証事実、甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたことである。

この要証事実との関係で、A 女の証言中の『令和 4 年 2 月 20 日に V を殺害し、V の死体を土中に埋めた。』旨の甲の公判廷外供述の内容の真実性が問題となるから、A の証言は伝聞証言とし

て伝聞証拠に当たる。

2. A 女の伝聞証言には、「被告人以外の者の…公判期日における供述で被告人の供述をその内容とするもの」として、324 条 1 項により 322 条 1 項が準用される。

A 女の証言中の甲の供述は、甲が殺害及び死体遺棄を行ったことを認めることを内容とするものだから、「その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」（322 条 1 項本文前段）に当たる。

A の証言中の甲の供述は、甲が交際相手という親密な関係にある A 女と 2 人で甲方にいた時に行われたものであるため、その過程に強制の要素はないから、自白の任意性もある（322 条 1 項但書・319 条 1 項）。

したがって、A 女の証言には、322 条 1 項の準用により証拠能力が認められる。

以上



#### 第 49 問

基礎応用 290 頁、論証集  
138 頁、平成 23 年司法試  
験設問 2 参考

##### (事案)

令和 4 年 5 月 1 日、土中から V の死体が発見され、鑑定の結果、V が何者かに殺害された事実が判明した。

司法警察員 P らが捜査を進めていたところ、犯人として甲が浮上した。

その後、甲は、V を殺害し、土中に埋めることでその死体を遺棄した旨の被疑事実により逮捕・勾留され、この被疑事実と同旨の公訴事実により起訴された。

甲は、第 1 回公判期日の冒頭手続において、「V を殺害したのも、V の死体を遺棄したのも自分ではない。」旨弁解し、弁護人も同旨の主張をした。

検察官は、「甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたこと」を立証趣旨として、甲の交際相手である A 女の証人尋問を請求し、検察官の主尋問において、A 女が「甲は、令和 4 年 4 月 20 日、私と 2 人で甲方にいた際に、『これから V を殺害し、V の死体を土中に埋めてくる。お前には迷惑をかけることになるかもしれない。』と言っていた。」と証言した。

##### (設問)

A 女の証言の証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

(参考答案)

1. 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(刑事訴訟法 320 条 1 項)。伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、類型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となるかどうかで判断すべきである。
2. 検察官の立証趣旨は、「甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたこと」である。土中から V の死体が発見され、鑑定の結果、V が何者かに殺害された事実が判明したのだから、殺人罪(刑法 199 条)及び死体遺棄罪(刑法 190 条)の客観的側面については証拠上認定できる。このことに、甲が「V を殺害したのも、V の死体を遺棄したのも自分ではない。」と主張して犯人性を否認していることも踏まえると、上記の立証趣旨は、甲が殺人及び死体遺棄の犯人であることを意味していると解される。

A 女の証言中の『これから V を殺害し、V の死体を土中に埋めてくる。』旨の甲の供述は、殺人及び死体遺棄を行うという発言当時の甲の犯罪意思について述べたものである。そして、この甲の犯罪意思という間接事実から、甲が犯罪意思に従って殺人及び死体遺棄を実行したという主要事実を合理的に推認することができる。そうすると、A 女の証言の直接の立証事項たる要証事実、発言当時における甲の犯罪意思の存在である。

このように、心理状態の供述は、供述者の供述当時の心理状態を要証事実とする場合には、供述内容の真実性が問題となるものの、例外的に伝聞証拠に当たらないと考える。なぜならば、このように当時の心理状態の供述を供述者の供述当時の心理状態の証明に用いる場合には、知覚・記憶の正確性は問題とならず、問題となる表現・叙述の正確性は伝聞証拠に固有の問題ではないため、表現・叙述の過程における誤謬の危険よりも、当時の心理状態を述べた供述が供述当時の心理状態の証拠として最良のものであるという証拠価値を優先すべきだからである。

そうすると、A 女の証言は伝聞証言に当たらず、非伝聞証拠である。

よって、A 女の証言には証拠能力が認められる。 以上

基礎応用 308 頁 [論点 2]、  
論証集 148 頁 [論点 2]

## 第 50 問

基礎応用 338 頁・ウ、論証  
集 167 頁・ウ、平成 23 年  
司法試験設問 2 参考

### (事案)

令和 4 年 5 月 1 日、土中から V の死体が発見され、鑑定の結果、V が何者かに殺害された事実が判明した。

司法警察員 P らが捜査を進めていたところ、犯人として甲が浮上した。

P らは、甲方を捜索場所とする捜索差押許可状の発付を受けて、甲方を捜索したところ、甲の携帯電話を発見した。P は、直ちに、この携帯電話に保存されたメールの内容を確認したところ、甲と乙との間におけるメールの交信記録が残っており、その中には、甲が V を殺害し、その死体を遺棄したことに対する報酬に関するものがあった。そこで、P は、甲の携帯電話を差し押さえた。引き続き、P は、パソコンを利用して前記甲と乙との間におけるメール [メール①] 及び [メール②] を印刷し、これらを添付した捜査報告書【資料 1】を作成した。

その後、甲は、V を殺害し、土中に埋めることでその死体を遺棄した旨の被疑事実により逮捕・勾留され、この被疑事実と同旨の公訴事実により起訴された。

甲は、第 1 回公判期日の冒頭手続において、「V を殺害したのも、V の死体を遺棄したのも自分ではない。」旨弁解し、弁護人も同旨の主張をした。

検察官は、捜査報告書【資料 1】につき、「殺人及び死体遺棄の報酬に関するメールの交信記録の存在と内容」を立証趣旨として、証拠調べ請求したところ、甲及びその弁護人は不同意の意見を述べた。

### (設問)

捜査報告書【資料 1】の証拠能力について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

【資料 1】

## 捜査報告書

令和 4 年 5 月 1 2 日

H 県警察本部刑事部長

司法警察員 警視正 S 殿

H 県警察本部刑事部捜査第一課

司法警察員 警部 P 印

殺人、死体遺棄 被疑者 甲

(いずれも、本籍、住居、職業、生年月日省略)

被疑者甲に対する頭書被疑事件につき、令和 4 年 5 月 1 2 日、H 県警察本部において差し押さえた甲の携帯電話に保存されていた甲と乙との間におけるメールの交信記録を用紙 1 枚に印刷したので、これを添付して報告する。

[メール①]

送信者： 甲  
宛先： 乙  
受信日時： 2 0 2 2 年 5 月 7 日 2 2 : 0 0  
件名： 早うせえ

V を殺害し、V の死体を埋めたお礼の 1 0 0 万円払え、早うせえや。

[メール②]

送信者： 乙  
宛先： 甲  
送信日時： 2 0 2 2 年 5 月 7 日 2 2 : 3 0  
件名： R e : 早うせえ

もう少し待ってくれ。必ず、お礼の 1 0 0 万円を払うから。

(参考答案)

1. 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(刑事訴訟法 320 条 1 項)。伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、典型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となるかどうかで判断すべきである。

2. 捜査報告書全体の性質

【資料 1】の捜査報告書全体は、司法警察員 P の公判供述に代わる書面として、その供述内容たる事実を証明するために用いられる伝聞証拠に当たる。

もともと、捜査報告書全体は、「検証」調書に準じる書面として 321 条 3 項の適用を受けるから、作成者 P の真正作成証言があれば証拠能力が認められる。

3. メール①・②

土中から V の死体が発見され、鑑定の結果、V が何者かに殺害された事実が判明したのだから、殺人罪(刑法 199 条)及び死体遺棄罪(刑法 190 条)の客観的側面については証拠上認定できる。このことに、甲が「V を殺害したのも、V の死体を遺棄したのも自分ではない。」と主張して犯人性を否認していることも踏まえると、争点は、甲が殺人及び死体遺棄の犯人であることである。

メール①・②の立証趣旨は、「殺人及び死体遺棄の報酬に関するメールの交信記録の存在と内容」である。この立証趣旨に照らせば、メール①・②は、甲乙間にそのような内容のメールが存在するという間接事実を証明することを介して、甲乙間における V の殺害及び死体遺棄に関する報酬約束の存在という間接事実を推認し、これにより甲が V の殺害及び死体遺棄を行ったという主要事実を推認するものであるといえる。

そうすると、メール①・②の要証事実は、甲乙間にそのような内容でのメールのやりとりが存在した事実であり、この要証事実との関係では甲・乙の供述内容の真実性は問題とならない。

したがって、メール①・②は非伝聞であり、証拠能力が認められる。

以上



## 第 5 1 問

基礎応用 338 頁・ウ、論証  
集 167 頁・ウ、平成 22 年  
司法試験設問 2 参考

### (事案)

司法警察員 P は、甲がけん銃密売をしているとの情報を得たため、甲を尾行していたところ、喫茶店において甲と乙とがけん銃譲渡に関する会話を開始したため、ICレコーダーを利用して甲乙間の会話を録音した。P は、甲乙間のけん銃譲渡に関する録音を反訳した捜査報告書【資料 1】を作成した。

数日後、P は、捜査報告書【資料 1】を疎明資料として、乙宅を捜索場所とする捜索差押許可状の発付を受けた上で、乙宅を捜索したところ、けん銃 2 丁を発見し、差し押さえた。なお、捜索の際に、乙は逃亡し、その行方が分からなくなった。

その後、甲は、乙に対してけん銃 2 丁を譲渡した被疑事実で逮捕・勾留され、この被疑事実と同旨の公訴事実により起訴された。

甲は、第 1 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の会話の存在と内容」を立証趣旨として、捜査報告書【資料 1】を証拠調べ請求したところ、甲及びその弁護人は、不同意の意見を述べた。

### (設問)

捜査報告書【資料 1】の証拠能力について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

なお、前提となる捜査の適法性については論じなくてよい。

【資料 1】

捜 査 報 告 書

令和 4 年 6 月 1 8 日

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 警視 S 殿

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 巡査部長 P ㊟

被疑者 甲

(本籍、住居、職業、生年月日省略)

上記の者、令和 4 年 6 月 1 7 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

甲 「またブツが欲しいのかい。条件は前回と同じ、1 丁 1 5 0 万円、2 丁なら × × × × ×、物がいいんだからびた一文負けられないよ。」

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 「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)

(参考答案)

1. 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(刑事訴訟法 320 条 1 項)。伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、典型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となるかどうかで判断すべきである。

2. 捜査報告書全体の性質

【資料 1】の捜査報告書全体は、司法警察員 P の公判供述に代わる書面として、その供述内容たる事実を証明するために用いられる伝聞証拠に当たる。

もっとも、捜査報告書全体は、「検証」調書に準じる書面として 321 条 3 項の適用を受けるから、P の真正作成証言があれば証拠能力が認められる。

3. 甲乙間の会話部分

甲が「自分は、乙に対してけん銃 2 丁を譲り渡したことはない。」旨述べて否認していることから、甲が乙にけん銃 2 丁を譲渡した事実が争点となっている。

会話当時から甲にはけん銃密売の嫌疑が認められること、甲乙間の会話から数日後に乙宅からけん銃 2 丁が発見されたこと、「ブツ」「1 丁…2 丁」「150 万円」という会話内容がけん銃の隠語・助数詞・単価と符合することから、甲乙間でなされた会話は、けん銃譲渡に関するものであることが窺われる。そうすると、甲乙間の会話部分により、甲乙間でけん銃譲渡に関するものであることが窺われる内容の会話が行われたという間接事実を証明することができ、これを介して甲が乙に対してけん銃を譲渡したという主要事実を推認できる。そうすると、「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間の会話の存在と内容」という立証趣旨から導かれる甲乙間の会話部分の直接の立証事項たる要証事実、甲乙間でそのような内容の会話が存在すること自体である。

この要証事実との関係では、甲乙の会話内容の真実性は問題とならない。

したがって、甲乙間の会話部分は非伝聞であり、証拠能力が認められる。

以上



## 第 5 2 問

基礎応用 304 頁・3、論証

集 144 頁・3

(事案)

甲は、V に対する旧強姦罪で起訴されたところ、第 1 回公判期日において犯人性を否認したため、裁判では甲の犯人性が争点となった。

検察官は、立証趣旨を「被害前の V の言動状況」として、V の友人であった W の証人尋問を請求、W は、主尋問において、「V から、生前、『甲は嫌いだ。いやらしいことばかりする。』と打ち明けられた」旨証言した。

その直後、弁護人は、「伝聞であるから、排除されるべきである」旨の異議を述べ、これに対し、検察官は、「当該証言によって立証しようとしていることは、そのような内容の V の発言があったこと自体であるから、非伝聞である」旨の意見を述べた。

(設問)

W の証言の証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

なお、現時点で、V は死亡している。

(参考答案)

1. 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(刑事訴訟法 320 条 1 項)。伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、典型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となるかどうかで判断すべきである。

2. 「被害前の V の言動状況」という検察官の立証趣旨からすれば、検察官は、W の証言中の V の発言により、V の発言の存在という間接事実を立証するつもりであるといえる。V の発言の存在という要証事実との関係では、V の供述内容の真実性は問題とならないから、W の証言は伝聞証言に当たらない。

これに対し、弁護人は、W の証言の要証事実、V の生前、甲が V に対していやらしいことをしていたという V の発言内容たる事実であるから、W の証言は伝聞証言に当たると主張しているのである。

3. そこで、W の証言の要証事実の捉え方が問題となる。

(1) 立証に関する当事者主義(規則 189 条 1 項参照)のもと、要証事実とは当該証拠の取調べ請求をした当事者が示す立証趣旨に従って決定されるのが原則である。

もっとも、当該証拠の取調べ請求をした当事者が示す立証趣旨をそのまま前提にするとおよそ証拠として無意味になるような例外的な場合には、立証趣旨とは異なる実質的な要証事実を定めることができると解されている。

(2) 本件における争点は、甲の犯人性である。そして、検察官の立証趣旨に従い、W の証言の要証事実を V の発言の存在とした場合、W の証言から直接に立証される事実、V の発言の存在という間接事実となる。この間接事実、生前における V の甲に対する嫌悪の情という間接事実を推認するものである。そして、V の甲に対する嫌悪の情は、姦淫についての V の同意の不存在という主要事実を推認する事情である一方で、甲の犯人性という主要事実を推認する事情とはならない。本問では、争点は甲の犯人性であり、和姦であったか(V の同意の存否)は争点となっていない。そうすると、検察官の立証趣旨を前提にすると、W の証言は争点である甲の犯人性を立証するための証拠として無意味である。そこで、立証趣旨とは異なる実質的な要証事実を検討する。

V の生前、甲が V に対していやらしいことをしていたという間接事実が認められれば、そこから甲の犯行の動機という間接

基礎応用 305 頁 [論点 1]、  
論証集 145 頁 [論点 1]

基礎応用 308 頁 [判例 2]、  
論証集 [判例]

事実を推認し、ひいて、甲の犯人性を推認することができる。そうすると、Wの証言の要証事実、Vの生前、甲がVに対していやらしいことをしていたという間接事実である。この要証事実との関係ではVの公判廷外供述の内容の真実性が問題となるから、Wの証言は伝聞証言として伝聞証拠に当たる。

4. Wの証言には、「被告人以外の者の…公判期日における供述で被告人以外の者の供述を内容とするもの」として、324条2項により321条1項3号が準用される。

(1) Vは「死亡」により供述不能である。

(2) 第三者に目撃されない状態で行われるという強姦の性質上、第三者の目撃供述を得ることは期待できない。また、犯行現場から甲と犯人を結びつける証拠物が発見されたなどの事情もない。そうすると、Wの証言中のVの供述は、甲の犯人性という「犯罪事実の存否の証明に欠くことができないもの」である。

(3) 321条1項3号でいう「特に信用すべき状況」は、その供述自体に存する信用性の情況的保障という意味での絶対的特信状況である。その判断では、供述時の外部的付随事情を基準としつつ、外部的付随事情を推認する一資料として供述内容も考慮できると解される。

Vは自らが当事者として体験した甲による「いやらしいこと」について供述しているため、目撃供述などと異なり知覚の誤りが生じる可能性は低い。また、「いやらしいことばかりする」という反復・継続的に行われている行為については、記憶の誤りが生じる可能性も低い。さらに、供述の相手方がVの友人Wであるから、敢えて記憶と異なる供述をする必要はないし、Vが甲を陥れようとしていた事情もないから、表現の誤りが生じる可能性も低い。加えて、「いやらしいこと」という単純な事柄について、叙述を誤る可能性も低い。したがって、Vの供述には、供述自体に存する信用性の情況的保障があるといえ、絶対的特信状況たる「特に信用すべき状況」が認められる。

(4) よって、Wの証言は、321条1項3号の要件を満たし、証拠能力が認められる。 以上

基礎応用 331 頁 4(2)、  
論証集 162 頁 4(2)



### 第 5 3 問

基礎応用 313 頁(2)イ、論  
証集 151 頁(2)、平成 27 年  
司法試験設問 2 参考

#### (事案)

令和 4 年 2 月 4 日午前 10 時頃、V (65 歳の女性) 方に電話がかかり、V は、電話の相手から、「母さん、俺だよ。先物取引に手を出したら大損をしてしまった。それで、会社の金に手を付けてしまい、それが上司にばれてしまった。今日中にその穴埋めをしないと、警察に通報されて逮捕されてしまう。母さん、助けて。上司と電話を代わるよ。」と言われ、次の電話の相手からは、「息子さんの上司です。息子さんが我が社の金を使い込んでしまいました。金額は 500 万円です。このままでは警察に通報せざるを得ません。そうすると、息子さんはクビですし、横領罪で逮捕されます。ただ、今日中に穴埋めをしてもらえれば、私の一存で穏便に済ませることができます。息子さんの代わりに 500 万円を用意していただけますか。振込先は、A 銀行 B 支店、普通口座 1231234 です。」と言われた。V は、息子とその上司からの電話だと思い込み、電話の相手から求められるまま、銀行に赴き、指定された銀行口座に 500 万円を振り込んだ。

その後、V が、オレオレ詐欺であることに気が付き、警察に相談にきたことにより、上記の犯行が明らかとなった。

司法警察員 P らは、捜査を進める過程で、甲がもう 1 人と協力してオレオレ詐欺を行っているという情報を得たため、逮捕状を得た上で、甲宅において、V に対する詐欺の被疑事実で甲を通常逮捕した。P は、その場で捜索を行ったところ、次のような文書 1 通 (以下「本件文書」という。) を発見し、差し押さえた。

本件文書の記載内容は【資料 1】の通りであるが、全て手書きで作成されており、鑑定の結果、その筆跡が乙のものであることが判明した。

P らは、乙がオレオレ詐欺の犯行マニュアルを作成し、これを甲に交付して、甲とともにオレオレ詐欺を行っていたのだと考え、本件文書等を疎明資料として逮捕状の発付を受けた上で、V に対する詐欺の被疑事実で乙を通常逮捕した。

甲と乙は、V に対する詐欺の公訴事実で起訴され、両名の弁論は併合された。裁判では、甲乙間の共謀が争点となった。

検察官は、甲乙間の共謀を立証趣旨として、本件文書を証拠調べ請求したところ、甲及びその弁護人は、不同意の意見を述べた。

#### (設問)

本件文書の証拠能力について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

なお、前提となる捜査の適法性については論じなくてよい。

【資料1】

先物取引

|    |  |
|----|--|
| 息子 | <p>[母さん／父さん]、俺だよ。</p> <p>先物取引に手を出したら大損をしてしまった。<br/>それで、会社の金に手を付けてしまい、それが上司にばれてしまった。<br/>今日中にその穴埋めをしないと、警察に通報されて逮捕されてしまう。<br/>上司と電話を代わる。</p>  |
| 上司 | <p>息子さんの上司です。</p> <p>息子さんが我が社の金を使い込んでしまいました。</p> <p>金額は500万円です。</p> <p>このままでは警察に通報せざるを得ません。<br/>そうなると、息子さんはクビですし、横領罪で逮捕されます。</p> <p>しかし、今日中に穴埋めをしてもらえれば、私の一存で穏便に済ませることができます。</p> <p>息子さんの代わりに500万円を用意してもらえますか。</p> <p>私の携帯電話の番号を教えるので、500万円を用意したら、私に電話をください。</p> <p>振込先は、A銀行B支店、普通口座1231234です。</p> |

(参考答案)

1. 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(刑事訴訟法 320 条 1 項)。伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、典型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となるかどうかで判断すべきである。
2. 本件における争点は甲乙間の共謀であるから、甲乙間の共謀という本件文書の立証趣旨から、検察官が本件文書によって甲乙間の共謀を立証しようとしていることが分かる。

まず、本件文書の記載と本件詐欺の犯行態様を比較すると、息子役と上司役がいること、金銭を必要とする原因が会社の金の使いこみ、使い込みの原因が先物取引で大損したこと、使い込んだ金額と要求額が 500 万円であること、振込先が A 銀行 B 支店の普通 1231234 であること等をはじめとして、両者が偶然とは考えにくいほど細部にわたって一致している。そうすると、本件文書の存在・記載という間接事実から、本件文書が本件詐欺のマニュアルとして何者かによって作成された事実を推認できる。

本件文書は全て乙の手書きによるものである事実、それが甲方から発見された事実から、乙が本件文書を作成して甲に交付した事実を推認できる。

これらの事実から、乙が本件詐欺の犯行マニュアルとして本件文書を作成し、これを甲に交付した事実を推認することができ、この事実から本件詐欺に関する甲乙間の共謀を推認することができる。

そうすると、本件文書の要証事実が文書の存在・記載自体であり、この要証事実との関係では供述内容の真実性は問題とならない。

したがって、本件文書は非伝聞であり、証拠能力が認められる。

以上



## 第 5 4 問

基礎応用 315 頁(3)ウ、論  
証集 153 頁(3)、平成 30 年  
司法試験設問 2 参考

### (事案)

1. 近年、高齢者を狙ったリフォーム詐欺が横行しており、司法警察員 P らは、V (70 歳、女性) 及びその長男 W から、V が何者かによるリフォーム詐欺に遭い、リフォーム代金として 100 万円を騙し取られたとの被害申告を受けた。その際、V は、P らに対し、犯人から受け取った領収書 (㊟の部分に甲の名字が刻された認め印が押されているほかは、全てプリンターで印字されている。以下「本件領収書」という。) と犯人から言われた内容を被害当日にメモしたもの (以下「本件メモ」という。) を提出した上で、「100 万円の詐欺の被害に遭いました。犯人から言われた内容は、被害当日にメモに書きました。犯人は中肉中背の男でしたが、顔はよく覚えていません。」と説明した。
2. その後、甲は、上記 1 の被疑事実により逮捕・勾留され、上記 1 の被疑事実と同旨の公訴事実により起訴された。  
甲は、第 1 回公判期日の冒頭手続において、「自分は何も知らない。」と述べて犯行を否認した。
3. 検察官は、本件メモ及び本件領収書の取調べを請求した。検察官は、本件メモの立証趣旨については、「甲が、令和 4 年 1 月 10 日、V に対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」、本件領収書の立証趣旨については、「甲が令和 4 年 1 月 10 日に V から屋根裏工事代金として 100 万円を受け取ったこと」であると述べた。甲及びその弁護人は、いずれの証拠についても不同意の意見を述べた。

### (設問)

本件領収書の証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、立証上の使用方法を複数想定し、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

なお、本件領収書の作成者が甲であり、本件領収書が甲から V に交付されたものであることは、証拠上認定できるものとする。

(参考答案)

1. 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(刑事訴訟法 320 条 1 項)。伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、典型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となるかどうかで判断すべきである。

2. 「甲が令和 4 年 1 月 10 日に V から屋根裏工事代金として 100 万円を受け取ったこと」という本件文書の立証趣旨は、甲乙間において本件領収書の記載内容通り 100 万円の交付があったという交付行為の存在を意味していると解される。交付行為を証明するための本件領収書の使用方法は以下の通りである。

3. 本件領収書の存在・記載自体を要証事実とする場合

領収書は、通常はそこに記載された事実が存在しなければ作成されない性質の書面であるから、そのような記載のある領収書が存在すること及びそれが作成者から相手方に交付されたということの間接事実として、作成者・相手方間で記載内容通りの金員授受があった事実を推認することができる。

本問では、甲が本件領収書を作成して V に対して交付したという事実が認められるから、本件領収書の存在・記載自体を間接事実と上記作成・交付という間接事実により、「甲が令和 4 年 1 月 10 日に V から屋根裏工事代金として 100 万円を受け取った」という本件領収書の記載内容通りの事実を推認できる。

したがって、本件領収書の存在・記載自体を本件領収書の要証事実とすることができる。この要証事実との関係では作成者甲の供述内容の真実性は問題にならないから、本件領収書は非伝聞であり、証拠能力が認められる。

4. 本件領収書の記載内容を要証事実とする場合

これは、本件領収書によって直接に記載内容通りの金銭交付の事実を証明するものである。この場合における要証事実は、「甲が令和 4 年 1 月 10 日に V から屋根裏工事代金として 100 万円を受け取った」という事実である。

この要証事実との関係では、作成者甲の公判廷外供述の内容の真実性が問題になるから、本件領収書は伝聞証拠である。

もっとも、本件領収書には、「被告人が作成した供述書」として 322 条 1 項が適用される。そして、これは詐欺既遂に関する「被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」であり、かつ、「任意」性(同条 1 項但書)が否定される事情もないから、同条項により証拠能力が認められる。以上