

第4編 ミニ講座

第1章 小松陽一郎流「論文の書き方ポイント『十戒』」

〔前提の確認〕

1 連続読破最低3回

まずは、各科目の基本書はなにかと聞かれたら、1冊だけ比較的薄い本を自信を持って言えるようにしよう。あれとこれ、というように複数を上げる人が散見されるが、それで合格した人はまずいない。

そして、その薄い基本書を連続して3回は頑張って回す（2回しか読んでないとか、いろいろな本に手を出して特定の本を複数回読んでいないという人があるが、絶対にだめ。体系の理解習得ができないから。まだ十分に間に合う。なお、予備校のテキストは行間を読めないのがダメ）。

2 判例は重要

ただし、民事系では、各要件事実（刑法における構成要件〔記述されざる構成要件を含む〕と似ていて条文がベース）がなぜそのように構成されているのかについて、かならず理解しておく

その際、その制度趣旨も再確認してそれとの関連性を押さえておく。

よく最高裁判決では、「特段の事情がない限り」という限定をつけているが、それほどのような場合かをチェックすると見えてくることもある。最高裁判所判例解説もよいのでは。

また、有名（重要）な判例を中心論点とした出題がしばしばなされるが、事案そのままは「絶対に」出ない。どこが違うかのポイントを意識した展開ができるかが勝負の分かれ目、ということをお肝に銘じて勉強すること。

3 過去問の傾向

たとえば、過去の知財法で出たように、均等論では、各要件の「具体的な」意味を理解しておれば、どの要件事実の部分が事案のなかで関連するかが、あるいは間接事実を複数見つけると、第5要件について問うているんだなあということがわかる。国際消尽では、制度趣旨さえ指摘できれば、あとは右左どちらの結論でもいい。

また、民事系で、事業譲渡がでていたと思うが、なぜ譲渡人に競業避止義務があることが要件となっているのかの趣旨を理解していると先へどんどん進める。

過去の倒産法でも、「債権者」に「財団債権者」が含まれるのかという問題があった。文言上は含まれそうだが実質的には含めるとおかしかことになるということに気づけるかどうかは、なぜ破産の申立権が認められているかの制度趣旨に遡る（せめてそこまで触

れる) ことができるかどうかで決まる。

なお、知らない(考えたことがない)論点が出た場合、民法等の基本に戻って途中まででよいから答案に書けばよいので全く恐れることはない(但し、これのできていない人が多い)。この人は基本はわかっているんだなあ、と採点者は好印象を持つから。

4 事実の当てはめを忘れるな

なお、事例問題が出題されるのであるが、試験委員のヒアリングにもあるとおり、かならず意味のある一定の事実がちりばめられていて、それによって結論に影響することになるから(結論はどちらでもよいが、**具体的事実の「当てはめ」は不可欠**)、試験委員はそこに注目している。したがって、**当てはめ根拠事実を簡潔に指摘しておくのは、まさに好印象**につながる。

要件事実の認定＝複数の間接事実から経験則・論理則で認定される

[具体的な注意点]

5 間接事実(間接証拠)のピックアップ

事実関係から**法律上意味のある事実をピックアップする能力をみがく**(ヒアリングにも繰り返し出てくるが、論点を見つけたとして規範内容をくどくど書くのは最低。複数回練習すればこの悪い癖はあっちへやれる)。

もし、このことがなかなかぴんと来ないのであれば、昭和時代の古い判例を読んでもらうこと。請求原因・否認・抗弁等に分けたものに出会える。そして、争点についてどのような事実をピックアップして要件事実を認定(○ r 否定)しているか実感すること。

6 項立てと丁寧な文字

「1 ●●
.....
.....
(1) ●●●
.....

というように、項目を立てること。項目のついていない文書とついている文書では、中身が同じでも全然評価が異なる。

なお、乱雑な字を書く人は、この際、へたでも丁寧な字が書けるように頑張ること(乱雑な字のラブレターでは相手を口説けない)。

7 問題文中の事実は必ず引用する

繰り返しになるが、応用力が試されているので、賛成か反対かに影響すると思う「問題文中の事実と自分の評価を、まとめの前に簡潔に必ず書く」こと(結論に自信がなくても

よい)。

8 参考答案の分析

上記の視点で、手元の参考答案をみてる。好印象答案は大抵はそうなっているはず。自分でそれを会得するまで確認する。

9 自分で書いて比較する

その後、すでに過去にその問題を解いたことがあっても気にせずに、なにか問題を自分で書いてみる。

そして、両者を比較して自分で採点する。これを複数回すること。何十時間の勉強にも勝る必勝法！

10 弁護士ゼミ等

なお、恥を忍んで、弁護士に直接採点してもらうのが最も有効で合格へのもっとも近道である（今から遅くない）。弁護士は、いつもその視点で法律文書を書いている。実務をしている弁護士を利用する勇気をもてるかどうか。予備校等に行くことや基本的知識を身につけてから利用しようと考えて、そちらにプライオリティを置きたくなるのも理解できるが、ここで二者択一をしてはだめ。両方利用することが成功につながる。まだそうしていない人は、「すっばいぶどう」ではないか問うてみる。時間が重なっているときどちらを選択するか。

これは、ジェットコースターに乗るようなもの。あれこれ考えずに乗ってしまうこと。乗るとあっというまにゴール！！。

〔最後に〕

11 「十戒」

この「十戒」を実践しよう！！

第2章 法的三段論法の基礎

1 法的三段論法を学ぶ意義

法的三段論法は、法律を使って論理的に相手を説得するための道具なのです。

結論だけを提示するのであれば、法律を勉強していない人でもできます。例えば、交通事故にあったから、被害者は加害者にお金をよこせとすることができる。誰でもわかります。

その事例で法律家(三段論法を駆使して事件解決をする職業)なら、民法 709 条がある。本件事案(事実)は 709 条に該当する。よって、被害者は加害者に損害賠償請求できる。というように法律の根拠を示して結論を提示できるのです。これによって説得力がでるのです。

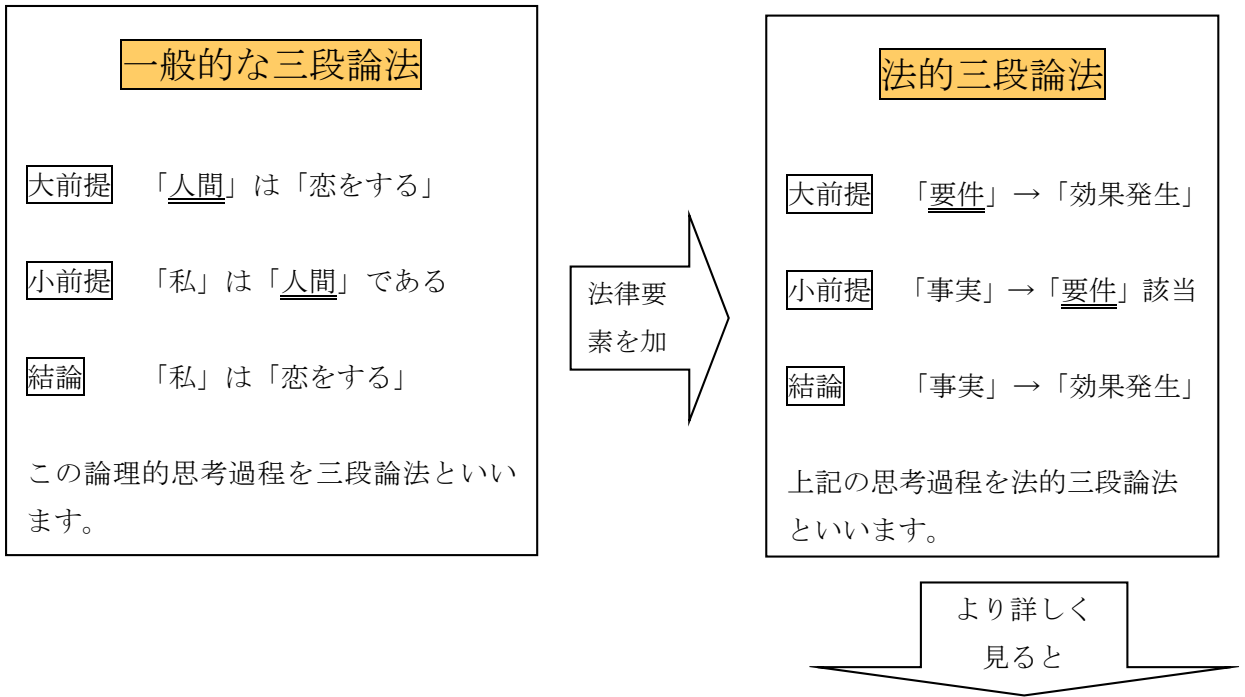
そして、論文試験の答案も、法的三段論法の繰り返しにすぎないのです。

2 注意

次ページの「3 視覚で理解する法的三段論法」は丁寧な論述をする際のモデルです。

現実の答案では、ほとんど争いのない論点や前提論点の場合等、問題提起をせずに規範定立をしたり、そのまま事実を規範にあてはめたりする場合があります。メインの論点だけを丁寧に論述するのです。いわゆる「答案のメリハリ」というものです。答案のメリハリの方法は具体的な問題文を前提にするため、上位の合格答案を参考にしてください。

3 視覚で理解する法的三段論法



法的三段論法の内実

大前提 ① 「**ⓑ**」という法律効果が発生するためには「**Ⓐ**」という要件が必要となる。
①´そこで、「**Ⓐ**」という要件の意義が問題となる（問題提起）。
② 「**Ⓐ**」という要件は、「**Ⓐ´**」と解釈される(規範定立)。
(※②の解釈の際、なるべく条文の趣旨から理由付けする)

小前提 ③ 本件の事実を摘示する。
③´本件事実は～と評価できるから、「**Ⓐ´**」という要件にあてはまる。
(※評価することで、なぜ当該事実が「**Ⓐ´**」という要件にあてはまるのかを説明することになる)

結論 ④よって、本件事実によれば、「**ⓑ**」という法律効果が発生する。

効果⇒要件⇒あてはめ

「要件」→「効果発生」の流れは、条文に書かれている。

流れ

大前提
① 具体
①´抽象
② 抽象

小前提
③③´とも具体

結論
④⇒具体

具体と抽象を混同するのが一番危険!

第3章 伝聞証拠の証拠能力に関する問題の解き方

(改訂版、平成 27 年 2 月、石井一正)

1 新司法試験に出題された伝聞証拠の問題

(1) メモの証拠能力(平成 18 年度)

強盗を計画した甲、乙共同作成のメモ

立証趣旨は、共謀

(2) ノートの証拠能力(平成 20 年度)

被告人と交際していた女性作成のノート(被告人宅で覚せい剤を見つけた状況、その際の被告人の発言が記載)

立証趣旨は、覚せい剤を発見して被告人と会話した状況、本件覚せい剤を被告人が乙から入手した状況、組が過去に覚せい剤を密売した際の価格

(3) 実況見分調書の証拠能力(平成 21 年度)

被告人の犯行再現写真及び説明文が添付

立証趣旨は、被告人がそのような犯行をすることができたこと

(4) 捜査報告書の証拠能力(平成 22 年度)

犯行に関する被告人との会話及び会話の相手方がその状況を述べた録音を警察官が反訳したもの添付

立証趣旨は、会話の存在と内容

(5) 捜査報告書の証拠能力(平成 23 年度)

①死体遺棄の犯人が婚約者にあてたメール(パソコン内)を印刷した用紙を添付したもので、メールは殺人の犯人二名の自白及び三人で死体を遺棄した状況を内容とするもの

②殺人・死体遺棄の犯人と死体遺棄の犯人との間に交わされたメール(前者の携帯電話内)を印刷した用紙を添付したもので、メールは両者間の死体遺棄についての報酬に関するやりとりを内容とするもの

立証趣旨は、①につき、死体遺棄及び殺人に関する犯罪事実の存在

②につき、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

(6) 実況見分調書の証拠能力(平成 25 年度)

①目撃者の犯行現場における指示説明に基づき、警察官が犯行状況を再現した写真で、

目撃者の犯行状況についての説明文が添付されたもの

②目撃者の犯行現場における指示説明に基づき、警察官が犯行状況を再現した写真で、目撃者が立っていたと指示した場所から撮影したもの。目撃者の立っていた位置及びそこから犯行状況の見通しの説明文並びに警察官のその位置からの見通しの説明文を添付

立証趣旨は、犯行状況及び目撃者が犯行を目撃することが可能であったこと

[問題の特徴]

- (1) ある書面の中にその書面の作成者以外の者の供述が含まれている伝聞証拠の証拠能力が問題とされている。
- (2) 伝聞法則の例外及び伝聞法則の適用外(伝聞性＝伝聞・非伝聞)双方の問題が含まれていることがある。
- (3) 伝聞法則の適用外(伝聞性＝伝聞・非伝聞)か否かは、その証拠の要証事実いかんによって結論が分かれる。したがって、要証事実のとらえ方の理解が前提として必要である。問題文に立証趣旨が明示されているのはその故である。

2 この種の問題の解き方

(1) 書面の証拠能力(外側の検討)

① その書面に含まれているその書面の作成者以外の者の供述内容にとらわれることなく、まず、その書面の証拠能力について検討する。この検討は、伝聞例外の問題であることが多いので、その書面が刑訴法 321 条以下のどの条文により、その証拠能力を判断すべきかを考える。

② この書面が検面調書とか自白調書とか検証調書、鑑定書とかの条文に出ている書面であれば、刑訴法 321 条あるいは刑訴法 322 条に列挙されているので、どの条文によって証拠能力を判断すべきかは容易に答えが出る。

③ この書面が条文に出ていないが、定型的な捜査書類で、その証拠能力に判例・実務上争いがないもの(実況見分調書、診断書、捜査報告書など)は、どの条文によって証拠能力を判断するかをしっかりと理解・記憶しておく必要がある(実況見分調書は刑訴法 321 条 3 項、診断書は刑訴法 321 条 4 項、捜査報告書は刑訴法 321 条 1 項 3 号など)。

ただし、捜査報告書は、名前は同じであるがその内容はさまざまであり、内容によっては、刑訴法 321 条 1 項 3 号によるのではなく、他の考え方をしなければならない場合がある点に留意してほしい(後述参照)。

④ 定型的な書面でない場合(メモ、ノート、手紙、手帳、日記など)は、そうはいかないが、まず、刑訴法 323 条書面に該当しないかを検討することが重要である。同条の書面に該当して証拠能力が肯定されるならば、刑訴法 321 条あるいは刑訴法 322 条に規定されている要件の存否を判断する必要がないからである。

この際、同条 1 号は公務員の証明文書だから、これに該当することはまずないし、2 号は業務文書であるから、文書の実質によりこれに該当することがありうるものの、ごく稀である。したがって、主として 3 号書面(特信性のある文書)に該当するか否かを検討する必要がある。この検討に当たっては、判例では、3 号書面は定型的に特信性がある文書に限らず、具体的に当該文書に特信性があれば、3 号書面に当たると解していることに留意(個別説あるいは実質説)。

④ その書面が刑訴法 323 条書面に当たらないと判断されるときは、刑訴法 321 条あるいは刑訴法 322 条に戻ってその証拠能力を判断する。

どちらの条文で判断するかは、その書面の作成者が被告人以外の者(共犯者あるいは共同被告人を含む)である場合と被告人の場合とで異なる。

被告人以外の者の場合→刑訴法 321 条 1 項 3 号

被告人の場合→刑訴法 322 条 1 項

⑤ 刑訴法 321 条 1 項 3 号はその書面の作成者が「死亡、所在不明、国外にいる」など供述不能を要件としている。この要件が満たされなければ、同号の他の要件の有無にかかわらず、その書面の証拠能力は否定され、したがって、その書面に含まれている他の者の供述の

証拠能力も否定されることになる。そこで、設題では、書面の作成者が死亡していることになっている例がおおい(前掲試験問題(2)、(5)、なお(4)も同号の要件が問題になるが、供述者は死亡していることになっている)。死亡など供述不能の要件が満たされておれば、同号の他の要件(「不可欠性」、「特信性」)を検討する。

⑥ 刑訴法 322 条 1 項は、被告人に不利益な供述を内容とする限り(設題ではほとんどがそうである)、任意性さえあればその書面の証拠能力が肯定される。そして、被告人がみずから書いたメモ、ノート、手紙、手帳、日記などのような書面に任意性がないなどという場合は通常想定しにくい。そうすると、被告人作成のこの種書面は、証拠能力が肯定される場合が多いと考えてよい。

(2) その書面に含まれているその書面の作成者以外の者の供述の証拠能力(内側の検討)

① 書面の証拠能力が肯定された場合は、次に、その書面に含まれているその書面の作成者以外の者の供述の証拠能力を検討する(この書面が伝聞証拠であってしかも伝聞例外に当たらず、したがってその証拠能力が否定されるという結論を出した者も、仮定的にこの点の検討をして記述しておいたほうがよい)。

② 検討は、以下の二点

(ア)要証事実との関係でその供述が伝聞証拠に当たるか否か(伝聞法則適用の有無、伝聞性=伝聞・非伝聞)

(イ)伝聞証拠に当たるとすれば、伝聞例外により証拠能力が肯定されるか否か

③ 伝聞法則適用の有無(伝聞性=伝聞・非伝聞)検討の枠組み

伝聞・非伝聞はその供述の要証事実によって決まる。そこで、その供述の要証事実はなにかをまず考えなければならない。要証事実の決め方については、後掲の別紙参照

(ア) 要証事実がとらえられ、その要証事実であれば、その供述の証拠としての用い方あるいは証拠としての意味が「その供述の存在自体」にあるとき(ことばの情況的使用)→非伝聞

(イ) 要証事実がとらえられ、その要証事実であれば、その供述の証拠としての用い方あるいは証拠としての意味が「その供述の中味に沿う事実が過去に存在したこと」にあるとき→伝聞(その供述者への反対尋問などにより、その体験事実の真偽を確かめなければならないから)

(ウ) 現在の心の状態を表すことば(感情、犯行計画・犯行の決意など)については、上記のどちらに入るか争いがあるが、非伝聞説が有力であり、判例の傾向でもあるので、非伝聞説によったほうがよい。

非伝聞説によれば、

A 甲が自己の現在の心の状態を書いた書面(例えば、犯行計画メモ)あるいは甲の現在の心の状態を聞いた乙の法廷供述は非伝聞

しかし、

B 甲の現在の心の状態を聞いた乙が書面にした場合(例えば、甲の犯行計画を聞いた乙が作

成したメモ)は伝聞証拠である。

C 甲・乙双方の現在の心の状態を甲又は乙が一通の書面にした場合(上記 A、B のいわばミックス型、たとえば、甲、乙が犯行計画を相談して互いに内容を了解して甲が作成したメモ＝試験問題(1)参照)は、判例では非伝聞と解されている。

④ 上記の検討により、その書面に含まれているその書面の作成者以外の者の供述が非伝聞であるとするれば、問題はなく、その供述の証拠能力は肯定される(再伝聞＝二重伝聞ではないから)。

⑤ その書面に含まれているその書面の作成者以外の者の供述が伝聞であるとするれば、再伝聞(二重伝聞)の証拠能力の問題を検討しなければならない。

⑥再伝聞(二重伝聞)の証拠能力

再伝聞(二重伝聞)が伝聞例外として証拠能力が肯定されるか否かは、一重伝聞が解消された場合には(この場合でいえば、書面の証拠能力が肯定される場合には)、書面が公判廷における供述に代置されるものとして、刑訴法 324 条によりその証拠能力を判断するというのが、判例(最判昭 32・1・22 刑集 11 卷 1 号 103 頁など。この判例では、甲の検察官調書中に共同被告人乙の供述が含まれている場合)の考え方である。

したがって、

その供述が被告人の供述を内容とする場合→刑訴法 322 条 1 項の準用(刑訴法 324 条 1 項)→被告人に不利益な供述であれば(設題では多くは不利益供述)、任意性さえあれば(通常は任意性あり)証拠能力がある。

その供述が被告人以外の者の供述を内容とする場合→刑訴法 321 条 1 項 3 号の準用(刑訴法 324 条 2 項)→供述者が死亡など供述不能の要件を満たさない限り、証拠能力は肯定されない。この要件を満たせば、他の要件(「不可欠性」、「特信性」)の検討に進む。この際、「不可欠性」は、争点の判断にはその証拠が唯一であることまでを要しないこと、「特信性」は、刑訴法 323 条 3 号にいう特信性より低い程度で足りることに留意。

いずれも、原供述者の署名押印は不要。

3 具体的説明

以上の検討方法を平成 20 年度、平成 22 年度及び平成 25 年度の司法試験問題(前掲(2)、(4)及び(6))によって具体的に説明する。

[平成 20 年度の試験問題]

(1) 平成 20 年度の試験問題は、被告人が営利目的による覚せい剤所持で起訴され、所持及び営利目的を否認しているところ、検察官は被告人の交際相手である W 方から押収した W 作成のノートの取調べ請求をしたという設題である。

そして、そのノートは、W が日記帳がわりにつけていたもので、その最終日付には被告人宅で覚せい剤を見つけた状況、その際の被告人の発言が記載されており、検察官の立

証趣旨は、覚せい剤を発見して被告人と会話した状況、本件覚せい剤を被告人が組関係者乙から入手した状況、被告人の組が過去に覚せい剤を密売した際の価格である。

(2) 外側の検討その一=ノートの伝聞性(伝聞・非伝聞)

ノートの記載内容の真実性(ノートに書かれていることが過去にあったこと)を問題にする限り(検察官の立証趣旨)、非伝聞証拠とみる余地はない。このノートに「証拠物たる書面」としての側面があっても、伝聞法則の適用は排除されない。

(3) 外側の検討その二=ノートの伝聞例外

伝聞例外として刑訴法のどの条文によって証拠能力の有無を判断するか。ノートは非定形的書面であるから、前述のとおり、まず、刑訴法 323 条によりその証拠能力を判断する。

① 同条 2 号←ノートは W が日記帳がわりにつけていたもので、連続性はあるが、業務性はないので不該当。

② 同条 3 号←定期的に高度の信用性の情況的保障がある文書に限るとの説によれば、該当しない。個別的に高度の特信性が立証されたときは定型性がなくても 3 号該当ありとする説(判例)によっても、設問のノートはそこまで高度の特信性はあるか疑問(W死亡につき、特信性の個別立証なし)。

(4) そうすると、このノートは、被告人以外の者の作成した供述書ということになるから、刑訴法 321 条 1 項 3 号によってその証拠能力を判断する。

W は死亡しているから、供述不能の要件は満たされており、かつ、設題からすると、「不可欠性」の要件もあり、設題にいうこのノートの性質、体裁、記載内容からすると「特信性」も肯定できる。

(5) 内側の検討=本件ノートに証拠能力ありとした場合、これに含まれている被告人の供述部分の証拠能力

① 被告人の供述部分の伝聞性(伝聞・非伝聞)

伝聞性(伝聞・非伝聞)は、前述のとおり、要証事実によって決まる。すなわち、W と被告人の会話状況という立証趣旨を要証事実とすれば、被告人の供述の存在自体が証拠となるから、非伝聞

その余の立証趣旨を要証事実とすれば、被告人が述べるような事実が過去に存在したことが証拠となるから、被告人の供述は、再伝聞(二重伝聞)になる。

② 被告人の供述部分の伝聞例外

このノートの証拠能力が肯定されると、これが公判廷における供述に代置されるから、ノートに含まれている被告人の供述部分の証拠能力については、刑訴法 324 条 1 項により、刑訴法 322 条 1 項が準用され(判例)、任意性があれば、証拠能力がある(被告人がWに話したことにつき、任意性がないとは考えられない)。

[平成 22 年度試験問題]

(1) 警察官が、拳銃を密売しているという嫌疑がある被告人甲におとりの乙を接触させ、拳

銃密売に関する甲、乙との会話(電話及び面談)及び乙がその状況を述べた録音を警察官が反訳した捜査報告書の証拠能力が問題となっており(他にも、丙との電話の録音が問題になっているが、ここでは省略)、検察官の立証趣旨は、会話の存在と内容。

(2) 外側の検討その一=捜査報告書の伝聞性(伝聞・非伝聞)

捜査報告書は、捜査官(警察官 K)が体験したこと(設題では、録音を聞いてその内容を反訳したこと)ことを記載して上司あてに報告した書面(Kの供述書)であり、伝聞証拠である。

(3) 外側の検討その二=捜査報告書の伝聞例外

①捜査報告書の証拠能力は、証拠とすることの同意がない限り、通常は、刑訴法 321 条 1 項 3 号の要件を満たすか否かによって判断する。

刑訴法 321 条 1 項 3 号は、供述者が「死亡、国外にいる」など供述不能を証拠能力の要件としているから、設題の K が証人として公判に出頭して供述をする限り、捜査報告書が同条により証拠能力を取得することはできない。

②しかし、この捜査報告書は、客観的に存在する録音を聴覚によってその内容を認識しこれを文字によって表現(反訳)したものである。あたかも、道路状況を視覚で認識した警察官がこれを文字で説明した検証調書(実況見分調書)に似通っている。この点に着目して、この捜査報告書を実況見分調書として考える見解がありえる。

録音内容が人の供述である場合それを聴覚で認識した場合は、これを検証の概念に含めることには疑問があるものの、通信傍受法制定前は、電話による会話の傍受及び録音は、検証令状によっていたことを考えると、この見解が妥当かも知れない。

この見解によれば、K が公判廷において「作成の真正」証言すれば、この捜査報告書の証拠能力が認められることになる。

(4) 内側の検討=捜査報告書中の甲、乙の供述部分の証拠能力

捜査報告書に証拠能力が認められるとしても、この書面の中に含まれている甲、乙の供述部分の証拠能力はさらに検討を要する。

甲、乙の供述部分は、両者間の電話による会話部分及び対面した際の会話部分並びに乙が体験したことをまとめて供述した部分がある。

① 乙が体験したことをまとめて供述した部分(設題の捜査報告書 1、2 の各(2)の部分)はその供述内容に沿う事実が要証事実になると解されるから、捜査報告書のこの部分は再伝聞(二重伝聞)である。したがって、捜査報告書が証拠能力を取得した場合は、刑訴法 324 条 2 項の準用により(判例)、刑訴法 321 条 1 項 3 号の要件を満たしたときに、証拠能力が認められる。乙は死亡しているうえ、同号の他の要件(「不可欠性」、「特信性」)も肯定されようから、結局乙のこの供述部分は証拠能力が認められる。

② 捜査報告書中の甲、乙の会話部分(捜査報告書 1、2 の各(1)及び 3 の部分)は、そのような会話の存在(拳銃売買の合意、その代金支払いの合意)が要証事実であると解されるから、これらの部分は非伝聞である(再伝聞ではない)。したがって、捜査報告書が証拠能力を取得する場合には、この会話部分も証拠能力が認められる。

先に触れたように、捜査報告書は、通常は、その作成者である警察官の供述書として刑訴法 321 条 1 項 3 号によってその証拠能力を判断するのであるが、その内容によっては、この設問のように、実況見分調書の実質を持つものとして、刑訴法 321 条 3 項により、その証拠能力を判断してよい場合もあるし、ときには、他の文書を添付して、捜査報告としては、その文書の由来・作成経過を述べたにすぎないものもある。この種の捜査報告書は、むしろ、写真の奥書と同様、その文書の関連性を明らかにするものであって、厳格な証明を要しない事実に関する証拠であるから、証拠能力の制限を受けない(自由な証明であるから伝聞法則が適用されない)と考えてよいと思われる(平成 23 年度の司法試験問題における捜査報告書参照)。

[平成 25 年度試験問題]

(1) 平成 25 年度試験問題は、実況見分調書の証拠能力である。すなわち、殺人事件の目撃者 W を立ち合わせて、警察官 P が犯行現場である公園内において実施した実況見分の結果である実況見分調書を作成し、その実況見分調書に下記のような犯行再現写真 や説明文を添付し、検察官が、下記のような立証趣旨でこの実況見分調書の証拠調べ請求をしたところ、弁護人はこれに対し、証拠とすることの同意をしなかったという設題になっている。

- ①目撃者 W の犯行現場における指示説明に基づき、警察官が犯行状況を再現した写真で、目撃者の犯行状況についての説明文が付記されたもの(資料 1)
- ②目撃者 W の犯行現場における指示説明に基づき、警察官が犯行状況を再現した写真で、目撃者が立っていたと指示した場所から撮影したもの。目撃者の立っていた位置及びそこから犯行状況の見通しの説明文並びに警察官のその位置からの見通しの説明文が付記されたもの(同 2)。

立証趣旨は、犯行状況及び目撃者が犯行を目撃することが可能であったこと

(2) この種の実況見分調書の証拠能力については、すでに平成 21 年度にも出題されており(被告人の犯行再現写真及び説明文添付の実況見分調書の証拠能力)、また、参考判例として著名で重要な最高裁判例(後述)が存在し、また、この判例の解説等を含め多くの文献が存する分野である。

(3) そして、この問題は、伝聞証拠についての司法試験問題の特徴(前記参照)を兼ね備えた典型的な問題ともいえる。すなわち、実況見分調書という伝聞証拠の中に他人(W)の供述が含まれており、解答としては、二段の検討(外側と内側)をしなければならないし、後者の検討に当たっては、要証事実を頭に置かなければならない。

(4) 検討の順序は、先に述べたように、いきなり内側の問題(犯行再現写真や説明文の証拠能力)からはじめないで、外側の問題(実況見分調書の証拠能力)から検討したほうが分かりやすい。

(5) 外側の検討=実況見分調書の証拠能力

実況見分調書は、犯行現場などの状況を警察官などが五感の作用で認識した結果を法廷で直接供述しないで、書面化して報告したものである。したがって、実況見分者(かつ調書の作成者)Pの供述書であって、伝聞証拠であることは明らかである。

伝聞証拠である実況見分調書の証拠能力を刑訴法 321 条以下のどの条文によって判断するかについては、判例・実務上、刑訴法 321 条 3 項により判断すべきであることが確立されているとあってよい。もとより、証拠とすることの同意(刑訴法 326 条)があればこの条文によって証拠能力を取得するが、司法試験の設題ではすべてこの同意がないことになっている(同意があれば実況見分調書は、「その中に含まれる再伝聞を含め」、証拠能力を取得するので問題が消滅する)。

したがって、設題では、作成者 P が法廷で「作成の真正」を証言すれば実況見分調書は、証拠能力がある(「作成の真正」とはなにかを理解しておく必要があることに留意—「作成の真正」=名義の真正+記載の真正。なお、この証言が得られない場合は実務上ほとんどない)。

ちなみに、実況見分調書の証拠能力を刑訴法 321 条 3 項で判断する(任意の検証)ということは、判例・実務上だけではなく、学説上も一異説がないわけではないが一確立した見解とあってよいから、この点は詳述しなくてもよい。

(6)内側の検討その一=分類の必要性

内側の検討に当たっては、内側の部分(設題では別紙 1 及び 2 に記載されている部分)を分類して検討することが不可欠であることをまず認識しなければならない。なぜなら、同じ内側の部分であっても、その証拠能力の検討や検討結果が異なることが多いからである(同じ検討過程と同じ結論になる試験問題であれば、単調で簡単すぎ、試験問題としては好ましくない。試験問題としては、この部分は証拠能力がないが、この部分は証拠能力があるということになるか、あるいは、同じ結論でもその根拠が異なる—この部分は非伝聞だから証拠能力があるが、この部分は伝聞例外として証拠能力がある、という具合に)。

設題の内側の部分を大きく分類すると、

- ①立会人(目撃者 W)の犯行再現写真(資料 1)
- ②写真に付記された W の説明文(資料 1 及び 2)
- ③立会人が立っていたとする位置から犯行再現状況を写した写真及びこの写真に付記された実況見分者(実況見分調書の作成者)P の見通し状況についての説明文(資料 2)

(7) 内側の検討その二=前提となる知識

① 実況見分調書は「作成の真正」の立証があれば、伝聞証拠であっても証拠能力がある。問題は、これにより証拠能力がある部分は、実況見分調書のどの部分なのかということにある。実況見分調書は、通常、立会人の指示説明や写真、図面その他いくつかの部分で構成されていることが多いので、このことが常に問題になり、また、従前から議論されてきた。最高裁判例や多くの文献があり、旧司法試験に出題された問題でもある。

実況見分調書中の実況見分者が五感の作用により感得したものを記載した部分—たとえば、建物・道路の状況、距離関係、現場に残された痕跡の有無・状態、車の往来の多少、ある地点からの見通しなど—は、それが文章として書かれた場合はもちろん写真や図面で代用あるいはこれらを補助として用いた場合も含め、この「作成の真正」の立証により証拠能力がある。

しかし、立会人の指示説明は、その供述内容に沿った事実の有無を要証事実とするときには、再伝聞であるから、「作成の真正」の立証によっては、いまだ証拠能力を取得しないと解されている。それは、実況見分者がその指示説明によってある場所や物を見分した契機あるいは動機としてしか用いることができないと解されている(動機説)。その用い方であれば、立会人の指示説明を非供述証拠として用いていることになるから、再伝聞に当たらず、「作成の真正」の立証によって十分まかなえるのである。

② 犯行再現写真の証拠能力については、著名な最高裁判例があり(最決平 17・9・27 刑集 59 卷 7 号 753 頁、刑事訴訟法判例百選第 9 版 180 頁)、これを知っておくことがこの問題を解く前提として不可欠である。

この判例は、被害者あるいは被疑者の犯行再現写真を添付した実況見分調書ないしその実質を持つ写真撮影報告書で、写真には被害者あるいは被疑者の説明文が付記されているものについての証拠能力に関し、

ア 犯行再現写真は、刑訴法 321 条 3 項の要件が満たされるほか、

● 再現者が被害者など被告人以外の者の場合は、刑訴法 321 条 1 項 2 号(実況見分者が検察官の場合を想定していると思われる)ないし 3 号(警察官の場合)の要件が必要

● 再現者が被告人の場合は、刑訴法 322 条 1 項の要件(任意性)が必要

(ただし、いずれも署名押印は不要)

イ 説明文も、同様であるが、こちらは署名押印が必要。それがなければ、他の要件を検討するまでもなく、証拠能力なし

と判断している。

この判例は、犯行再現写真ないしこれに付記された被害者等の説明文は、警察官に対する被害者等の供述を録取した書面と解しており、刑訴法 321 条 1 項 3 号ないし刑訴法 322 条がもろに(刑訴法 324 条を媒介としないで)適用されると解し、ただ、写真だけはその作成過程の機械性のゆえに署名押印は不要と考えているようである。

(8) 設問へのあてはめ

上記の内側の部分のそれぞれにつき、以上の前提知識により、その証拠能力を検討すれば

①立会人(目撃者 W)の犯行再現写真(資料 1)

要証事実立証趣旨のとおり、犯行状況であるから、前記判例のいうように、これが証拠能力を取得するためには、刑訴法 321 条 1 項 3 号の要件を満たす必要がある(署名押印は不要)。同号は、前に述べたように、供述者が「死亡、国外にいる」など供述不能の要件を定めているから、W が証人として公判に出頭して供述をする限り、犯行再現写真が同号に

より証拠能力を取得することはできないことになる。設題では、W は生きており、供述不能の要件は満たされていないようである。

ちなみに、そのような場合、実務では、検察官は、証人 W の尋問の際、この犯行再現写真を示しながら尋問し、証人尋問終了後この犯行再現写真を公判調書の末尾に添付する扱いが多い。この場合の手続及び犯行再現写真の証拠としての扱い方については、最高裁判例が出ており、これも非常に重要な判例であるから、一本問とは無関係ながら一ぜひ習得しておいてほしい(最決平 23・9・14 刑集 65 卷 6 号 949 頁、平成 23 年度重要判例解説 192 頁)。

② 写真に付記された W の説明部分(資料 1 及び 2)

前記判例によれば、この部分は、警察官が被告人以外の者の供述を録取した書面という理解になるから、証拠能力を取得するには、刑法 321 条 1 項 3 号の要件を満たす必要があり、かつ、この場合は、署名押印が必要であるところ、設題の資料には、W の署名押印がないから、この部分は、同号の要件の有無を検討するまでもなく、証拠能力がない。

③ W が立っていたとする位置から犯行再現状況を写した写真 及びこの写真に付記された実況見分者(実況見分調書の作成者)P の見通し状況についての説明部分(資料 2)

要証事実、立証趣旨のとおり、W が立っていたという位置から犯行までの見通しであるから、P の実況見分の結果を記載したものと考えられ、したがって、再伝聞の問題は起こらず、実況見分調書が「作成の真正」の立証により証拠能力を取得すれば、この部分も証拠能力があることになる。

(実際に W がこの位置から犯行状況を目撃したという別途の立証がなければ、この証拠の価値はないが、それは、③部分の証拠能力の問題ではない)

別紙 要証事実の決め方

- 1 伝聞・非伝聞の区別が要証事実によって決まることについては、判例・学説上争いがないが、要証事実が何かということは、それほど明確ではない。そのことは、ある供述が伝聞か非伝聞であるかについて下記の最高裁判例と下級審の結論が異なったのは、伝聞概念の相違ではなく、その証拠の要証事実の把握の差異によることから知れる。
- 2 伝聞・非伝聞の区別としての要証事実とは、その証拠によって証明しようとする事実と考えてよい。そして、この要証事実、当事者の述べた立証趣旨を基準にして定めるが、明示的にその立証趣旨に限定して証拠を採用していない限り、必ずしも立証趣旨に限定しないで、事件の争点やその証拠が争点との関係で果たす立証機能を考慮して定めるものと解されている(下記文献②参照)。

3 要証事実を決める基準についての文献は乏しいが、

①石丸ほか・刑事訴訟の実務(新版下)84頁

②三好「伝聞法則の適用」大阪刑事実務研究会「刑事証拠法の諸問題上」65頁
などが参考になる。

4 判例でこの点が参考になるのは、

①最判昭30・12・9刑集9巻13号2699頁(強姦致死事件)

②最判昭44・6・25刑集23巻7号975頁(夕刊和歌山事件)

③最決平17・9・27刑集59巻7号753頁(犯行再現写真)

である。

5 判例の具体的検討

(1) 判例①(強姦致死事件)の検討

判例①では、被害者(美人おかみ)の愛人が法廷で「被害者は生前『被告人は好かんわ、いやらしいことばかりする』といていた」という供述の伝聞性が問題となった。

原判決は、この供述の要証事実、被害者が被告人に嫌悪の感情を持っていたことであり、被害者の当時の心の状態を表す供述であるから、伝聞ではないと解した。

これに対し最高裁は、この事件の争点は強姦か和姦ではなく、被告人と犯人の同一性であるから、この供述の要証事実、被告人が被害者に対し姦淫の動機を有していた事実であるとして伝聞性を肯定した。

すなわち、被害者の嫌悪の感情は、強姦か和姦かという点が争点であればそれを立証する意味(機能)があるが、被告人と犯人の同一性が争点であれば、被告人の被害者に対する感情(たとえば、敵意、殺意、憎悪、姦淫の意図・動機など)を立証することに意味はあるが、被害者の被告人に対する感情を立証することは意味がないのである。

被告人の姦淫の動機は、「被告人がそれまでに被害者にいやらしいことばかりしていた」という事実から推認されるが、それ自体はまさに被害者の体験であり、これを伝え聞いた証人の体験ではないから、その伝聞性は明らかである。

(2) 判例②（夕刊和歌山事件）の検討

判例②では、名誉毀損で起訴されている被告人の部下で被告人に記事の情報を提供した証人が法廷で「市役所の職員から『被害者の部下の記者が市役所で公訴事実(2)記載のようになすごんだ』という話を聞いた」と供述した部分の伝聞性が問題となった。被告人側申請のこの証人の立証趣旨としては単に「公訴事実(2)の事実について」とのみ記載されていた。

第一審及び控訴審は、この供述の要証事実、名誉毀損の内容である公訴事実(2)の事実(被害者の部下の言動)が真実存在した点にある(真実性の証明)から、それを体験しているのは、この証人ではなく市役所の職員であって、この供述は伝聞であるとした。

これに対し最高裁は、この事件の争点は、名誉毀損の内容である公訴事実(2)の事実(被害者の部下の言動)が真実存在した点にある(真実性の証明)だけではなく、真実性の誤信の相当性も含まれており、この関係では証人である被告人の部下が公訴事実(2)に沿う被害者の部下の記者の言動を聞いたことが要証事実であり、したがって、この関係では非伝聞であると判断した。

(3) 判例③(犯行再現写真)の検討

判例③は、模擬現場で、被告人又は被害者に犯行状況を再現させた写真(実況見分調書ないしその実質を持つ捜査報告書に添付)の証拠能力に関するものである。

検察官の立証趣旨は「犯行再現状況」又は「被害再現状況」であった。一審及び控訴審は、刑訴法 321 条 3 項により実況見分調書の証拠能力が認められた際、特段の要件を考慮しないで、これらの写真の証拠能力をも肯定した。

これに対し最高裁は、立証趣旨が上記のように記載されていても、この写真の実質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であるから、伝聞であると判断した。

被告人又は被害者が模擬現場でこういう動作をしたということを要証事実とするならば、非伝聞であるが(あたかも実況見分調書に添付されている建物や道路の状況を写した写真と同様)、この事件ではちかんの故意の有無が争点になっているから、それを立証しても意味がない。この事件では、こういう状況で犯行に及んだあるいは被害を受けたということが立証されてはじめて意味があるから、写真による報告過程そのものは、非供述過程(カメラという機械による認識・報告)であると解しても、伝聞なのである。

現場写真の場合は、犯行がまさに行われたと認められる際に、被告人あるいは被害者がこういう動作をしていたということを立証することに意味があつて(たとえば、被告人が被害者の腰に手をまわしていた)、逆に動作に供述的な意味合いがないから、写真による報告過程を非供述過程(カメラという機械による認識・報告)と解する限り、非伝聞なのである。

[参考]

○ 被告人が犯行現場で犯行を再現した写真について、検察官が「被告人はこのようにし

て犯行を行うことができた」ことを立証趣旨として、取調べ請求をし、弁護人は「被告人の犯行状況」が立証趣旨であると考えてこの写真につき不同意とした場合(平成21年の司法試験問題)の要証事実について

検察官のいう立証趣旨であれば、再現写真は非伝聞の場合に当たり、しかもこの立証趣旨であっても証拠としての意味・機能があり、これに限定することに合理性がないとはいえない場合の要証事実をどう考えるかという問題である。たとえば、被告人や被害者が供述するような犯行の様子が現場の客観的状況との関係であるいは被告人や被害者の行為自体において物理的に可能であるか否かを吟味・検討するために犯行を再現させたということを立証趣旨とする場合である(芹沢・最高裁判例解説平成17年度345頁以下参照)。

このような場合の要証事実のとらえ方については、下記の両説があると思われる。

甲説＝検察官のいう立証趣旨を要証事実と解してよいとする説

この試験問題の設題でいえば、被告人は、犯人でないと争っているから、被告人が犯行を現場で再現してみせて、被告人に犯行を行う能力があることを立証することは意味がある。すなわち、犯行能力は犯人性の一つの状況証拠なのである。

したがって、検察官のいう立証趣旨であっても証拠としての意味・機能があり、これに限定することに合理性がないとはいえないから、これを要証事実と解して、この再現写真の伝聞性を考えればよい(非伝聞になる)。

乙説＝検察官のいう立証趣旨に限定して裁判所がその証拠を採用していない限り、要証事実とは、より証拠としての意味・機能の高い「再現されたとおりの犯罪事実の存在」と解すべきであるとする説

これを要証事実とする限り、上記判例③と同様、再現写真は伝聞証拠である(刑訴法322条1項によりその証拠能力を判断、ただし、署名押印は不要)。