HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	伝聞証拠に関する覚え書
著者	小林，充
引用	北海学園大学法学研究，45(2)：365-397
発行日	2009-09-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

研究ノート

伝聞証拠に関する覚え書

小林　充

一　はじめに

伝聞証拠は、刑事訴訟法の重要概念であるが、その意義等については必ずしも見解が一致しておらず、最近にいたるまで多くの論稿が発表されている。本稿は、法科大学院学生に対する講義の機会に、この問題に関する一応の私見をまとめたものである。

二　伝聞証拠の意義

1　形式的考察

刑訴法上、伝聞証拠とか伝聞法則とかいう言葉は全く表れていないが、一般に、刑訴法三二〇条（以下、刑訴法については条文だけを掲げる）は英米法における伝聞証拠排斥の法理を採用したものであるとされており、伝聞証拠の意義は、同条の文言を手がかりとして議論されている。そこで、同条を見ると、例外を除いては、「公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることに代えて、書面をその記載が真実であることを証する証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を当該他の者の供述が真実であることを証する証拠とすることができない」場合を指すということになろう。[1] これは、三二〇条の文言を基礎としつつも、証拠の用法を加味したものと解することができる。より簡潔には、「公判廷外の供述を内容とする証拠で、供述内容の真実性を立証するためのもの」といえよう。[2] 伝聞証拠を形式的にこのように定義することについて特に問題はないと思われるが、定義自体において、なぜ伝聞証拠が排斥されるのかとの点を考慮していないという憾みがある。

2　実質的考察

これに対し、伝聞証拠とは反対尋問を経ない供述証拠であるとする見解も存在する。[3] この考えに対しては、反対尋問が不可能である被告人の供述調書も刑訴法上の伝聞証拠とされていること（三二二条）を説明できないのではない

かとの批判もある。しかし、伝聞証拠が証拠能力をもたない理由は、法律的関連性を欠くということ、すなわち、類型的に認定を誤る危険性を伴うということにあるのであり、この観点からすると、伝聞証拠の範囲から反対尋問が不可能な場合を排除する理由はないといえよう。したがって、上記見解にいう「反対尋問を経ない」には反対尋問が不可能な場合をも含むとすることによって、被告人の供述調書も伝聞証拠の概念に含まれるということができよう。[4] このように解することは、三二一条一項各号の書面中供述不能の場合も伝聞証拠に含まれると解されていることとも符合するものといえよう。

一方、この見解は、以下に述べる、伝聞証拠が証拠能力を持たない実質的根拠に着目して導き出されたものであって、十分な合理性を持つものといえる。

3　伝聞証拠はなぜ証拠能力を持たないか（排斥の法理）

およそ人の供述を内容とする証拠は、経験事実について、知覚、記憶、叙述（「叙述」のほか、「表現」を挙げ、「表現」（誠実性）は記憶のとおり正確に述べていること、「叙述」は適切な言葉で言い表していることと定義する見解も有力であるが、両者は記憶内容を正確な言葉で述べているということで包括できると考える）の過程を経て裁判官（事実認定者）のところに到達することになるが、その知覚、記憶、叙述の過程に、見間違い、記憶違い、言い間違い等の誤りが入り込むことが多く、これらの点を吟味、確認する必要がある。すなわち、犯行をどの程度正確に目撃していたか、見間違いはないかということ（知覚の正確性）、記憶が正確に保持されているか、時の経過その他種々の外的条件により変容されてないかということ（記憶の正確性）、記憶どおりに正確に証言しているか、用いた言葉は適切なものであるか（叙述の正確性）などをテストする必要がある。

これらのテストが反対尋問である。そして、伝聞証拠が証拠能力を持たない根拠（少なくとも主たる根拠）は、この反対尋問の欠如という点にあることは明らかであるといえよう。したがって、この点に着目して、伝聞法則を反対尋問を経ない供述証拠と定義づける前述した見解は、基本的に正当なものを含んでいる。

4　伝聞証拠排斥の法理としての直接主義

一方、伝聞証拠が証拠能力を持たない根拠が反対尋問の欠如ということだけで説明できるかにつき、別個の観点から登場したのが直接主義である。

直接主義には色々な意味があるが、ここで問題となるのは、裁判所は自ら取り調べた証拠に基づいて裁判しなければならないという原則である。それは、大陸法的な考えで、長年大陸法、特にドイツ法に親しんできた我が国において、現在でも、公判ないし証拠法の基本原則ないし土壌となっているものである。

そして、三二一条以下に類似する規定が旧刑訴法にも存在したことをも踏まえ、現行刑訴法が三二〇条一項で、「第三二一条ないし第三二八条に規定する場合を除いては、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、または、公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない」としているのも、まさにこの直接主義を表明したものである、とする見解がその施行後間もない時期に提唱されたのである。(5)

確かに、刑訴法は伝聞とか伝聞証拠とかいった言葉を全く用いていないのであるから、三二〇条以下の規定の重点は、公判廷外の供述の使用の禁止とその例外規定の許容を宣明したものであるとすることによって、これらの規定を直接主義によって説明することも可能のように思われる。特に、①被告人の供述調書（三二二条）については、被告人が自分に対して反対尋問をするということはあり得ないから、むしろこれを、供述が書面化されているため受訴裁

判所のチェックを受けていないという意味で、直接主義の例外であるとすること、②被告人以外の者の公判準備または公判期日における供述録取書（三二一条二項前段）については、既に当事者の立会権、尋問権が与えられているから（一五七条、一五八条、三〇四条）、反対尋問権の保障という点を考慮する必要はなく、専ら、書面化されているという点で直接主義の例外として説明すること、③裁判所、裁判官の検証調書（三二一条二項後段）についても、当事者には立会権が与えられている（一四二条、一一三条）から、事実の指摘や説明をする機会、すなわち、反対尋問に相当する機会は既に与えられていたものとみて良く、ただ受訴裁判所に対するものではないという点で直接主義の例外として説明すること、にはいずれもそれなりの説得力があろう。

しかし、このように全面的に直接主義を援用することについては、まず、直接主義はもともとは証拠と裁判所との関係を問題にする職権主義的原理であって、憲法三八条二項の証人尋問権とも密接な関係をもつ刑訴法三二〇条以下の規定との調和性が乏しいということを指摘できるであろう。英米法の影響を強く受けた戦後の学説は、おおむね三二〇条以下の規定につき反対尋問権と関連させたうえで伝聞証拠およびその例外の範囲の問題として議論し、判例も、そのような観点から伝聞という言葉を抵抗感なく使用し（例えば、最判昭三八・一〇・一七刑集一七巻一〇号一七九五頁）、伝聞証拠の意義とその例外規定の適用範囲を決することを中心に発展してきた。そして、上記のような直接主義からの理解は、克服されたと見て良いとの意見も見られるにいたったのである。[6]

もっとも、つとに「どちらも公判主義という理念を背景にしていることを了解するならば、この対立は今日ではあまり重要な意義をもたない」と指摘されていたところであり、[7] また直接主義を根拠付ける上記①ないし③の諸点の理解のためには、従来の伝聞法則の枠をこえ、直接主義を加えての証拠法の見直しの必要性が指摘されるにいたっている。[8]

5　伝聞証拠の意義についての結論

以上の考察を経て、伝聞証拠の意義についてはどのように考えるべきかを改めて検討したい。伝聞証拠が証拠能力を持たない根拠（少なくとも主たる根拠）を反対尋問の欠如と理解し、かつこの点に着目して、伝聞証拠を、反対尋問が不能な場合を含めて反対尋問を経ていない供述証拠と定義付けることが基本的に正当なものを含むことは前述したとおりである。

問題は、前述したように、既に当事者の立会権、尋問権があたえられている被告人以外の者の公判準備または公判期日における供述録取書（三二一条二項前段）及び当事者に立会によって事実の指摘や説明をすること、すなわち、反対尋問に相当する機会が既に与えられている裁判所、裁判官の検証調書（三二一条二項後段）がなお伝聞証拠とされていることをどう理解すべきかということである。

この点については、次のような説明ができよう。(9)

反対尋問は、尋問を受ける供述者の態度をも考慮に入れたとき初めてその効果をも判断することができ、尋問者はその点をも尋問過程において顕出しようとするが、それは法廷で宣誓の上受訴裁判所の面前において行なわなければその効果は間接的に止まる。裁判所又は裁判官の検証調書についても検証の時点での立会いの機会において事実の指摘や説明が可能であるとしても、受訴裁判所に直接行なうのでなければ同様のことが言えよう。これを裁判所の側から見て直接主義の観点から説明することも可能ではあるが、当事者の側から見て十分な反対尋問を経ていないとの理由で伝聞証拠の範疇に含めることも不可能ではないであろう。三二〇条以下の規定を全面的に直接主義の観点から見ることに難点があることは前述したとおりであり、反面、三二一条二項前・後段の規定についても上述したような説

明が一応可能である以上、全体としての概念の明白性ということを考えると、伝聞証拠の意義としては、反対尋問を経ない供述証拠であると統一的に理解するのが相当と考える。

6　三二六条の同意の性質

三二六条の同意の性質は、規定上三二〇条の例外とされている以上、伝聞証拠の意義との関連で議論され、これを反対尋問を経ない供述証拠と理解する立場においては、反対尋問権の放棄であると説明する見解が有力であり[10]、また実質上多くの場合はその説明で足りると思われる。しかし、反対尋問権の放棄という以上、それは反対尋問権が存在し、かつその行使が可能なことを論理的に前提としなければならないであろう。したがって、この見解の下では、三二六条の文言上、反対尋問権が存在せずあるいは反対尋問が不可能な被告人の供述調書や三二一条一項各号における供述者の供述不能の場合についても同意が予定されていることの説明が困難となると思われる。この点、伝聞証拠の定義を反対尋問を経ない供述証拠とすることから、直ちに論理必然的に同意の本質が反対尋問権の放棄であるということを導き出すことはできないというべきであろう。

それでは、三二六条の同意の意味ないし性質はどのように理解されるべきであろうか。伝聞証拠であっても、三二一条ないし三二四条の例外に該当する限り証拠能力を有することは明らかである。一方、三二六条は、同意があった場合は（もっとも、書面が作成され又は供述のされたときの状況を考慮し相当と認めるときという留保を伴う）、三二一条ないし前条の規定にかかわらず証拠とすることができるとされているから、伝聞証拠であっても、三二一条ないし三二四条の例外に該当する場合（三二五条はこれらと併記されているが異質の規定）と三二六条の同意がある場合は、そのいずれであっても証拠能力が認められることを予定していると解される。そして、同意がある場合は、それ

が反対尋問権の放棄に当たる場合であるかどうかを問題にする必要はなく、また三二一条以下の複雑な例外規定に該当するかどうかを詮索することなく証拠能力が認められ、三二五条の任意性の調査も不要であることからすれば、同意は条文の位置にかかわらず、伝聞法則の例外の第一次的な関門として証拠能力を付与する行為と理解して良いと思われる（三二六条の「三二一条ないし前条の規定にかかわらず」の文言も、そのような趣旨に読みとれなくはないであろう）。このような考えは、一般的に「証拠能力付与説」といわれている。[11]

証拠能力付与説から導かれる主な点は、次のとおりである。

ア　伝聞証拠に同意を与えた場合であっても、それが反対尋問権の放棄とは当然に結びつかない以上、その証明力を争うため、原供述者の証人尋問を請求することができる。[12]

実際にも、傷害の被害者の被害当時の調書に同意するけれども、その後の経過からみて傷害の加療期間が被害当時よりも短いということを立証するというようなときに必要があろう。これは、実務の取扱いにも合致する。

イ　同意が証拠能力付与行為であるといっても、その条文上の位置からみてあらゆる観点から証拠能力を付与するものではなく、伝聞性の観点からの証拠能力の制限を解除する趣旨に止まるものと理解すべきであろう。[13]したがって、証拠物の取調請求に対しては異議があるかないかを、ある場合にはその理由とともに述べるべきであるし、違法収集証拠の証拠能力とか、自白の任意性の有無についても、同様であろう。

三　伝聞証拠と非伝聞証拠

ところで、一般に、前述したように、知覚、記憶、叙述の過程を採る供述であって、その内容の真実性を立証するものには、書面と証言（条文には規定されていない被告人の公判廷における供述も、便宜上ここでいう証言に含ませ

て考える）があるが、この書面中の供述と証言中の第三者の供述をあわせて原供述という（これが最近の一般的用語である。もっとも、この原供述を伝聞証拠とか伝聞供述とか呼ぶ用語例もある）。

一方、上記の意味での供述に含まれない、人の思考ないし思想を表明する言葉一般を供述ということもある。例えば、「Aが窃盗をした事実を知っている」との文書を頒布したことによって名誉毀損の事実を立証する場合は、原供述という言葉を用いても、文書の内容の真実性を立証するものではないから、非伝聞証拠である。これに対し、この文書によってAが窃盗をした事実を立証する場合の原供述は、本来の意味の供述であって、伝聞証拠である。このように、「供述」ないし「伝聞」は、用いる趣旨によって異なった意味を有することに留意する必要がある（供述ないし伝聞概念の相対性）。

さらに、重要なことは、三二一条以下で例外的に証拠能力が認められているものは伝聞証拠の例外であって、伝聞証拠であることを前提としているということである。

以上を図解すれば次のようになる。

- 原供述（書面中の供述、証言中の第三者の供述）
  - 伝聞証拠
    - 書面中の供述
      - 原則……証拠能力なし
      - 例外……三二一条以下の場合において例外的に証拠能力あり
    - 証言中の第三者の供述
      - 原則……証拠能力なし
      - 例外……三二四条の場合において例外的に証拠能力あり
  - 非伝聞証拠
    - 書面中の供述……証拠能力あり
    - 証言中の第三者の供述…証拠能力あり

四　非伝聞証拠――伝聞法則不適用の根拠

伝聞証拠排斥の法理は、前述したように、原供述者の知覚、記憶、叙述の正確性について反対尋問によるテストを経ていないということにある。

しかし、原供述を証拠にする場合でも、①供述内容の真実性を立証するというのではなく、供述のあったこと自体

を立証し、その存在から、直接または間接にさらなる事実を認定または推認する場合、②供述内容の真実性を立証する場合でも、伝聞過程のうち、とりわけ誤謬の入りやすい知覚、記憶の過程が問題とならないことから、反対尋問というテストを必ずしも経なくとも良いと考えられる場合は伝聞法則は適用されない、とされている。

ただ、②については反対説もあり、直ちにそのように言ってよいかには問題がないわけではない。知覚、記憶を除いた叙述の段階でも、叙述の正確性や真摯性（言い間違いや冗談で言うこと）は問題となり、反対尋問の必要性もあるからである。この点については後述する。

なお、注意すべきは、供述したこと自体を要証事実としてその立証をしても、その存在自体からはその供述内容の真実性以外関連性のある立証事項のない場合は、伝聞法則の潜脱になり、許されないということである。例えば、「被告人がAを刺した」旨を目撃者から聞いたとする証人の証言は、目撃者が証人に犯行状況を話したこと自体（聞いたこと自体）を立証しても、（目撃者に発言能力があったことを立証するような場合は別として）通常は発言内容の真実性、すなわち、被告人の犯行を立証目的とする以外に考えられず、伝聞法則に抵触すると言わざるを得ないのである。したがって、要証事実の設定次第で伝聞法則が潜脱されることのないように留意することが必要である。

五　非伝聞証拠の類型

この点については多数の見解が公にされているが、[14] これらで取り上げられている例を参考として、私見を述べることとしたい。

1　伝聞法則不適用の類型（一）――原供述の存在から要証事実を認定する場合

これは原供述の内容の真実性と関わりなく、その存在自体から要証事実を認定する場合で、その範疇には、①名誉毀損罪における名誉毀損文書（文言）、脅迫罪における脅迫文書（文言）等、②三二八条により原供述を公判供述等の弾劾証拠に用いるとき（これは三二〇条の規定のうえでは伝聞証拠の例外とされているが、正確には非伝聞証拠である。最判平一八・一一・七刑集六〇巻九号五九九頁参照）、③甲と乙とが知り合いであることを立証するため両名が会話をしていたこと、④原供述者の「私は天皇である」との発言から、原供述者の精神異常を推認するとき、⑤甲が特定選挙に立候補する意思を有すると選挙民に受け止められていたことに関する新聞記事を証拠として、被告人らに投票に関する買収罪を立証するとき（大阪高判昭三〇・七・一五高裁特二巻一五号七八二頁参照）、⑥被告人が殺意を抱いたことを証明するため、被害者から不名誉な事実を言われたこと、等が挙げられる。正確に言うと、①、②は言ったこと自体が要証事実である場合であり、③ないし⑥は言ったこと自体をその内容の真偽に関わりのない他の要証事実を推認すべき情況証拠として利用する場合であるが、いずれの場合も、言ったこと自体が意味を持ち、その内容の真実性は問題にならないから伝聞証拠に当たらないとされている。人の思考ないし思想を表現する点で、広い意味の供述と言ってよく、その点では次の2と異なるところはないが、この供述内容の真実性を立証するものではない点においてこれと異なると解される。

2　伝聞法則不適用の類型（二）――原供述の存在から原供述者の心の状態を推認する場合

ア　これは原供述の存在から、原供述者の心の状態（動機、認識、意図、計画等）を推認する場合である。例えば、

①被告人が共犯者に対し、「被害者は殺してもいいやつだ」といった言葉から被告人の殺意を推認する場合である。この場合被害者は殺してもいいような人物であることを立証するものではないが、そう認識していたという心の状態を立証するものであるから、広い意味で真実性を立証する場合と言えなくはない。そうすると、伝聞供述と考える余地はあるが(実際にそのような説も存在することは後述)、供述の過程のうち知覚、記憶の段階がなく、内心で思ったところを即座に述べたと認められるところからその真し性ないし真実性が担保できると考えられるところから非伝聞とされるものである(その言葉によって、これを聞く者との間に共謀が成立した経過を立証するときは、その存在自体によって別個の事実を推認することになり、1の類型に属する)。その他良く挙げられる例としては、②原供述者の「久しぶり」との発言から、原供述者と相手方との親しい関係を推認するとき、③原供述者(被告人)の「この車はブレーキがきかない」との発言から、被告人が車の不全を知っていたこと(実際にブレーキが故障していたことではなく)を推認するとき、④「頭に来た」という言葉を犯行の動機認定のため用いるとき、などがある。

イ　なお、アメリカ法に言う「行為の言語的部分」に該当する例として、次のようなものが挙げられよう。すなわち、①原供述が行為に伴って発せられ、その原供述がその行為の意味づけをする場合(例えば他人に金を渡す際、「長い間有難う」と言えば返済の意味づけを、「必ず返してくれよ」と言えば貸金の意味づけを、「はい、お年玉」と言えば、贈与の意味づけをそれぞれしている)、②原供述が、行為の最中や直後に発した自然的な供述の場合(例えば、傷害の犯人が行為に付随して「この野郎」と言ったときは、相手に対する憎悪の感情を示し、殺人の被害者が「お前もか」と言ったときは、相手が犯人であったことに対する意外感、失望感を示すものである。本質的には、上記アの場合と異ならないと思われるが、供述が、特定の行為と結びつく状況下で発せられたものであるため、通常の場合よりも、原供述の真し性ないし真実性が担保され、供述過程を吟味する必要性が乏しいと考えられる。

ウ　以上が従前からの多数説であるが、これに対し、心の状態に関する供述は、「発言者の知覚および記憶については誤りの生じる余地がないが、その誠実性については疑う余地があり、この点については発言者を証人として取り扱う必要がある」として、伝聞証拠になるという見解がある。[15] しかし、供述の過程のうち誤りの生ずるおそれが高いのは知覚・記憶の段階であり、叙述の段階はそのおそれが少なく、この点だけならば、原供述者に反対尋問をしなくても、これを聞いた者に原供述が発せられた際の原供述者の態度等を聞くことにより充分に確かめられるのであるから、直ちに賛成することができない。もっとも、叙述の誠実性、真し性は反対尋問を経ずに証拠能力を認める根拠であるから、その吟味を慎重に行なうべきは当然であろう。

また、心の状態に関する供述を伝聞供述としたうえで特に信用すべき状況が存在する場合（さらにそれを証拠とすることの相当性が認められる場合）に限り、伝聞例外として証拠能力が付与されるという有力な見解もある。[16] この見解は、心の状態に関する供述は供述内容の真し性、真実性が問題となる点においては通常の供述と異なるところはないとするとともに、これらの証拠を、非伝聞証拠として一旦伝聞法則の枠外のものにしてしまうと、証拠能力上の歯止めがなくなってしまうことをおそれ、非伝聞の範囲を厳格に解しこれをも伝聞法則の枠内にとどめて、他の例外規定とのバランス上、特信性、相当性を要求したものと思われる。他方、この見解は、伝聞証拠中書面については多くの例外規定があるのに対して、供述については三二四条があるだけであり、かつ同条によれば、第三者の供述に関しては三二一条一項三号が適用される結果証拠能力が認められるのは極めて限られたものになるという立法の不備をカバーすることを指向し、特信性、相当性が認められる限り、供述についても伝聞法則の例外を認めようとするものである。

ただ、上記の見解は明文なしに、三二一条以下の規定以外にも伝聞法則の例外を認めるものであって、解釈上問題

があるとの批判を免れることができないであろう。一方、心の状態に関する供述を非伝聞とする多数説の見解は、伝聞証拠中、書面と対比し、供述、特に第三者の供述に関して証拠能力が認められるのは極めて限られたものになるという上記の批判に対処するため、非伝聞証拠の範囲を広く解する必要があるとする考え（そう考えるについては、心の状態を認定するためには、その当時なされた本人の供述は最良の証拠であるとする実質判断がある）が背景にあると思われ、その意味では上記反対説の問題意識をも念頭においていると認められる。また、証拠能力の歯止めがなくなるとする点については、知覚・記憶の正確性を確かめる必要性がない点において通常の供述証拠と区別する合理性があるとするとともに、前述したように、叙述の正確性、真し性を慎重に吟味することによってカバーできるとするものである。実務もこの多数説に従っていると認められるところであり、現段階ではこの多数説に従うのが相当であろう。

3　犯行計画のメモの証拠能力

なお、2に関連して、犯行計画メモの証拠能力について述べることとする。

ア　犯行計画メモについては、作成者が誰か、あるいはどのような立場の者かが明らかにされ、かつその記載内容が作成者の心の状態を示すものと認められる限り、これを第三者が聞いて公判廷で供述する場合と同じに考え、その証拠能力を決すべきであろう。例えば、乙作成の、「甲から侮辱されたので黙ってはおれない」と記載されているメモは、第三者が乙からこれを聞き公判廷で供述する場合と同様に、乙の甲に対する憎悪を示す非伝聞証拠として犯行の動機認定の資料となろう。また、作成者が第三者の心の状態を示す発言をメモに記載した場合は、いわば二重の伝聞であるが、聞いたとする内容が伝聞にならないときは、書面の作成が真正であると認められる限り、全体としても伝

聞とならないと解される。例えば、乙作成の、「甲から、『Aは殺してもいい奴だ』と聞いた」のメモは、乙が作成したと認められる限り、甲のAに対する殺意及び乙との共謀形成過程を示すものとして伝聞とはならないと解され、ただ、一般的な関連性の問題として、聞いた状況等を慎重に検討すべきことになる。

イ　もっとも、犯行計画のメモについては、立証趣旨によっては伝聞と解さざるを得ない場合がある。甲が乙、丙と共謀の上、一月三日に野球バットでAを襲い傷害を負わせ車で逃走したという事件において、証拠調べ請求された甲の手帳の一月一日欄に、「二日後に、X襲撃。メンバーは、ほかに、乙、丙。野球バットを用意」との記載がある場合、この記載については、一方では、「甲が一月一日に、その二日後に乙、丙とともに野球バットでXを襲撃する意図を有していた」と読むこと、他方では、「一月一日に甲、乙、丙間にその二日後にXを野球バットで襲撃することの共謀がなされた」と読むこと、のいずれも可能である。前者ならば、甲の心の状態を示すものであって非伝聞であるし、後者ならば甲の経験内容を述べるものとして伝聞である。そのいずれであるかは立証趣旨によって定まるというほかはない。もっとも、立証趣旨は、恣意的に（例えば、伝聞法則を潜脱するため）設定できるものではなく、当該犯行計画のメモの記載時期、内容等から経験則上許容される一定の限界が存在するというべきであろう。例えば、甲が謀議の場に居合わせたことが確認できない場合は、その記載だけで後者の趣旨に解することはできないであろう。その場合、甲が、そのような記載をするに至った原因は、共謀があったこと以外にも存在する可能性があるから、この記載から甲の内心の意図ということ以上の認定をすることはできないのである。もっとも、認定できる甲の意図と他の間接事実を総合して共謀の事実を認定することは、事実認定の方法として許されるであろう。

ウ　ただ、この点については、立証趣旨を後者と解した上で、その記載は非伝聞であると解する考えも存在する。すなわち、内容の真実性を立証する場合であっても、反対尋問以外の方法によって真実性を吟味することができると

きには、伝聞法則は適用されないとしたうえ、証拠物の中に記載された供述につき証拠物の存在又は状態自体からみて内容の信用性が確保される場合は伝聞法則の適用はないとし、犯行計画メモも非伝聞供述になることがあるとするものである。[17] また、三二〇条一項の「公判期日における供述に代えて」を、本来公判供述における供述自体を証拠とするのがもっとも適当である場合に、それに代えて書面を証拠とすることを禁じたものと解する立場も、犯行計画メモは、それ自体が本来の証拠であってこれに代えて作成者を尋問するという性質のものではないから、三二〇条一項の適用のない書面ということになろう。[18]

しかし、犯行計画メモは、伝聞法則の適用のないことが明らかな純粋な証拠物とは異なり、証拠物たる書面であって、その記載内容の真実性の立証に用いられるのであれば、やはり伝聞法則の適用を受けるとするのが自然であろう。より詳しく述べると、①純粋の証拠物（犯行の用に供した凶器等）については、もちろん伝聞法側の適用はなく、②証拠物たる書面のうち、その記載内容が知覚、記憶、叙述の経過をたどる供述ではないとき（例えば、脅迫文書、名誉毀損文書等）も伝聞法則の適用はないが、③証拠物たる書面の記載内容が供述で、その真実性の立証に用いられるとき（犯行計画メモも、後者の立証趣旨で用いられるときはこれに該当することが明らかである）は、伝聞法則の適用を受ける、と解すべきであろう。論者は、前述のように、内容の真実性を立証する場合であっても、反対尋問以外の方法によって真実性を吟味することができるときには、伝聞法則は適用されないとするのであるが、それはむしろ伝聞法則の例外の根拠と言うべきであろう。例えば、三二三条一号及び二号の書面については、犯行計画メモと対比しても、記載当時の供述者の意思等をより反映していることが明らかであるが、それが規定上伝聞法則の例外であることに異論はないと思われる。論者のいう伝聞法則の不適用とその例外を分かつ基準は明確でないと言わざるを得ない（この点は、他の例をも挙げ、さらに4で述べる）。

なお、犯行計画メモを内容の真実性の立証に用いる場合には、伝聞法則の適用を受けると解した上、その存在自体及び作成者の証言その他の証拠から、その記載内容の特真性が認められるならば（それが捜査を意識することなく、かつ謀議のその場かその後の記憶が鮮明な段階で書かれたなどの事情があるとき）、三二三条三号によって伝聞法則の例外として証拠能力が認められるとすべきであろう（この点も、さらに4で述べる）。

エ　ほかに、犯行計画メモを心の状態を述べる非伝聞と解した上、共謀参加者全員がその場で共通の犯罪意思を形成し、参加者のある者がその計画をメモに書き留めたことが、メモの記載その他の証拠から立証できる場合、作成者の意図、計画に関する供述から、共謀内容を推認することも可能であり、共謀の存在という要証事実に関し、他の共犯者の関係でも非伝聞であるとする見解も存在する。[19] 当該メモを他の共犯者に回覧したというようなときは、メモの存在自体が共謀形成過程を示すものであるからそのように言ってよいであろうが、そうでない場合はこれと異なるというべきであろう。メモ作成者の意図、計画の存在を一つの（有力な）間接事実とし、他の間接事実とあいまって共謀の事実を推認するということは許されようが、それは証拠能力の問題ではなく、間接事実による共謀認定の方法ということに帰すると思われる。また、心の状態を述べる供述を非伝聞と解した上、共謀参加者のある者が謀議の際に共謀の内容を記載した犯行計画メモを作成した場合、このメモは、作成者個人の意図、計画に関する供述というより、共謀者参加者の一個の意図、計画を表したもの、換言すれば、メモ作成者の意図、計画と一体をなす共謀参加者全員の一個の意図、計画を表したものと見る方が実態に即しているので、共謀の存在という要証事実との関係でも非伝聞であるとする見解も存在する。[20] しかし、個人が作成したメモを当然に共謀者全員の意図、計画を示すものとみることはできないというべきであり、この見解も、メモ作成者の意図、計画を一つの間接事実とし、他の間接事実とあいまっての事実認定の方法を述べるということにほかならないものと解される。

4　伝聞法則不適用の類型として議論されている他の場合

ア　証拠物の存在又は状態からみて、証拠物の中に記載された供述に真実性が認められる場合は非伝聞であるとするもの

3の犯行計画メモに関連してこのような考え方を紹介したが、他に、証拠物の存在又は状態からみて、証拠物の中に記載された供述が記載当時の供述者の意思等を反映していると認められる例として挙げられているものに、銀行その他の金融機関に保管されている署名入りの借用証書、取引先の業者に保管されている署名入りの領収書などがある。[21]

確かに、これらの借用証書等は、証拠物たる書面であるから、証拠の存在又は状態という面においても何らかの証拠価値を有すると言うべきであるし、その面に着目して社会通念上金銭授受の事実を推認できるという説明は理解できなくはない。しかし、そのような説明だと、三二三条一号及び二号の書面については、いずれもその存在又は状態からその内容の真実性を推認できるということになり、これらが規定上伝聞法則の例外とされていることと矛盾することは前述したとおりである。また、事件に関して作成された証拠物たる書面の証拠能力は一般的な関連性等があれば足り、後は証明力の問題ということになろうが、借用証書等は、例えば、暴力団組長の保管するものであっても、関係者間に授受されたことが立証されれば一般的な関連性等は認めざるを得ないであろうから、証拠能力が認められるのが一般であるということになろう。かくては、証拠物たる書面についてはおおむね伝聞法則は適用されないという不当な結果にならざるを得ないと思われる。したがって、借用証書、領収書等の証拠物たる書面についても、結局は内容の真実性が問題となる場合には、伝聞証拠であると解し、ただ、その存在および形状を判断の資料として、三二三条二号により証拠能力が認められることもあると解するのが相当である。また、これに該当しないと認められる

ときでも、三二三条三号の特信性は、書面の形式内容自体から認められる場合のほか、作成者の公判廷における供述等によって認められる場合をも含むと解することによって（最判昭二九・一二・二判時四四号一七頁、最決昭六一・三・三刑集四〇・二・一七五参照）、同号に該当すると認められることもあろう。[22] 例えば、作成者が自筆であることを認め、かつその供述する作成の時期や経過等に不自然性は認められない場合等である。

以上を要するに、借用書、領収書等の証拠物たる書面については、記載内容の真実性を立証する場合はすべて伝聞証拠であり、作成につき信用性の情況的保障がある場合は、伝聞法則の例外規定の適用があるかを考えることになる。これが、現行刑訴法の伝聞法則に関する規定全体から導かれる自然な解釈というべきであろう（後記**六**の**5**の判決参照）。ただ、証拠物の存在又は形状という証拠物の面が関係者の証言等と相まって金銭授受の事実を認定できる場合はあると思われるが、それは事実認定の方法ということを意味するものというべきである。

イ　いわゆるポス・レジ等で発行したレシート

最近、スーパー・マーケット等においてはポス・システムを導入しているところが多い。これは、商品の箱やレベル等に印刷又は貼付されたバー・コードに含まれる情報をレジスターに備え付けられたオート・リーダーに読み取らせることによって自動的にレシートが打ち出されるとともに、電話回線（オン・ライン）により、オート・リーダーの読み取った情報が本店のコンピューターに記憶されるというシステムである。ポス・レジを扱う店員につき、商品名、販売価格等に関する知覚、記憶、表現、叙述と言う過程は全く存在せず、ポス・レジで発行されるレシートの作成過程は、法律的には写真（特に、ポラロイド・カメラで写された写真）のそれとよく似ているとされている。写真の証拠能力について判例が非供述証拠説を採っていることにかんがみ、上記レシートについても、非供述証拠として伝聞法則の適用を受けないと解すべきであろう。[23]

六　基本的な判例について

以上述べたことを、よく引用される基本的な判例に当てはめ、さらに具体的に考察することとする。

1　最判昭三八・一〇・一七刑集一七巻一〇号一九七五頁（白鳥事件）

これは、この問題に関するリーディングケースであるとされているので、若干詳しく説明する。

（事案）被告人甲は、A課長を殺害しようと決意し、乙、丙、丁と謀議をし、丁において拳銃で同課長を殺害した。

（判旨）伝聞供述となるかどうかの判断は、要証事実と供述者の知覚との関係により決せられる、としたうえ、

①被告人甲が、幹部教育の席上、「Aはもう殺しても良いやつだな」と言った旨のBの検察官調書における供述記載は、被告人甲が右のような供述をしたこと自体を要証事実としているものと解され、被告人甲がこのような供述をしたことは、Bの直接知覚したところであり伝聞供述とは言えない、②被告人甲が、Xの家の二階かYの下宿かで、「A課長に対する攻撃は拳銃をもってやるが、相手が警察官だけに慎重に計画し、まずAの行動を調査し慎重に計画を立ててチャンスを狙う」と言った旨のCの公判廷における供述は、被告人甲が右のような供述をしたこと自体を要証事実としているものと解され伝聞証拠にあたらない、③被告人甲が、Dの寄寓先で、「共産党を名乗って堂々と白鳥を襲撃しようか」と述べた旨のDの公判廷における供述は、被告人甲が右のような供述をしたこと自体を要証事実としているものと解され伝聞証拠にあたらない、④Eが昭和二七年一月二二日（犯行は前日午後七時四二～三分とされている）丁宅を訪問した際、丁が「A課長を射殺したのは自分である」と打ち明けた旨のEの公判廷における供述は、丁がAを射殺したことを要証事実にしているものと解され、この要証事実は供述者たるEにおいて直接知覚していない

ところであるから伝聞証拠にあたる（しかし、結局は三二四Ⅱ、三二一Ⅰ③により証拠能力を認めている）、とした。

（考察）この判例については多くの論文等が発表されているが、④が伝聞証拠であることは異論がない。立証趣旨としては丁がA課長を殺害したということ以外考えられないからである。①ないし③については、そのほとんどが伝聞法則が適用されないとする結論に賛成しているが、その理由としては、（イ）謀議が成立する過程、状況を示す発言であるとか、（ロ）心の状態に関する供述であるとともに共謀の内容そのものであるとか、（ハ）①は犯意、動機を推認する心の状態であり、②は謀議、共謀、③は犯意を推認させるもので、何れも伝聞証拠ではないとするもの等がある。

①、②、③全体を通じてみれば、被告人甲の心の状態を表すものであることは明らかである。また、そのような言葉はこれを聞く者との間に共謀が成立した経過をも推認させるものである。したがって、（ロ）の見解が相当であろう（なお、この判例が①ないし③につき、供述をしたこと自体が要証事実となるとしているのは、共謀の成立経過の立証については妥当するが、心の状態を表すという点では、供述内容の真実性を立証するものであるから、不正確であると解される）。

2　最判昭三〇・一二・九刑集九巻一三号二六九九頁

（事案及び判旨）強姦致死事件で、被告人がかねて被害者と情を通じたいとの野心を持っていたという事実を認定する証拠として、「あの人（被告人）はすかんわ。いやらしいことばっかりするんや」と被害者が証人に告白したとの証言は、伝聞証言である。

（考察）学説はこの判旨におおむね異論がない。この場合は、被告人の犯意や動機を認定する証拠として使用しているのであり、「いやらしことばかりする（した）」という点について反対尋問しなければその真実性を担保することが出

来ないのであるから伝聞証拠であると解される。もっとも、「すかんわ」という点だけをみれば、被害者が被告人に対して嫌悪の情を持っていた（従って和姦ではない）という心の状態を表すものとして、伝聞証拠ではないと見ることも可能であろうが、この部分を「いやらしいことばかりする」と切り離して考えるのは不自然であり、全体として伝聞証拠に当たると解すべきであろう。

3　大阪高判昭五七・三・一六判時一〇四六号一四六頁

（事案）本件はいわゆる過激派集団の内ゲバ事件であるが、過激派構成員である被告人が、十数名と共謀の上、反党分子などとして糾弾されていた被害者に対して、鉄パイプで殴る、突く等の暴行を加えて加療六か月間を要する傷害を負わせたというもので、一審では、その証拠として本件襲撃メモが採用された。このメモは、犯行の二日後に当該過激派の事務所から押収されたもので、作成者は確定されないものの、本件犯行現場やその周辺が詳細かつ客観的に記載された図面に、本件犯行の手順や犯行後の逃走方法に関する記載、犯行現場付近から他へ連絡するための必要事項等が記載されていて、このメモは、「本件犯行の事前共謀にあたってその内容を明らかにする為に、共謀に参加したもののうち、右メモ紙に記載した者が複数の人数でなされる計画の内容を明らかにし、具体化する為に記載したものと考えられ」るというのである。

（判旨）本判決は、本件メモの要証事実は、右の記載に相応する事前共謀の存在、さらには被告人の本件への関与の事実を含むものと解されるとした上で、本件メモは「右の要証事実との関連から、伝聞証拠（伝聞供述）というべきであると思料されるのであるが、およそ供述とは心理的過程を経た特定の事項に関する言語的表現であり、それには表意者の知覚、記憶の心理的過程を経た過去の体験的事実の場合と、右にいうような知覚、記憶の過程を伴わない、表

現、叙述のみが問題となるところの、表意者の表現時における精神的状態に関する供述（計画意図、動機等）の場合とがあって、本件の事前共謀に関するメモは、その時点における本件犯行に関する計画と言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と考えられ」、「精神的状態に関する供述については、その伝聞証拠としての正確性のテストとして、その性質上必ずしも反対尋問の方法による必要は無く、その表現、叙述に真摯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」とした。

（考察）この判決は、本件メモを伝聞証拠とし、かついわゆる心の状態に関する論理を用いて伝聞証拠の例外として証拠能力を認めているのであるが、私見によれば、理論的解明が十分でなく、次のように説明すべきであると思われる。

本件メモは、証拠物の存在及び内容が証拠となるから証拠物たる書面の範疇に属する。その内容については、そこに記載されたような謀議がなされた事実を立証しようというのであれば伝聞証拠に属する。これに対し、作成者の心の状態を立証するというのならば非伝聞証拠であり、そのことから直接共謀の事実を立証することはできないが（それが参加者に回覧されたとか作成者がそのとおり言葉に出して言ったというような状況があれば、それによって直接共謀の成立を立証しうるから別である）、他の証拠と相まってこれを立証するということはあり得よう。

伝聞証拠の取扱いを受ける場合であっても、その存在、形状及び発見の場所、情況等から三二三条三号書面に該当し共謀の事実を立証できると解する余地があるし、実際の犯行の情況がおむねメモのとおりであったとするならば、その証明力は極めて高いものとなろう。

4　東京高判昭五八・一・二七判タ四九六号一六三頁

（事案）日雇い労働者の為に活動してきた被告人らが、暴力手配師を追放する闘争の一環として飯場を奇襲し、手配師

らを監禁して暴行を加えて傷害を負わせ、慰謝料名下に金員を喝取したという事案で、一審は、犯行前に共犯者の一名が作成したメモ（「(25) 確認点――しゃ罪といしゃ料」と記載されていた）を証拠として、恐喝の事前共謀の存在を認定したが、控訴審で、弁護人は、このメモの証拠能力を争った。

なお、本件メモは、一審において、「戦術会議および犯行準備に関する記載のあるメモの存在」との立証趣旨で請求され、弁護人の異議はない旨の意見により、取調べられたものであるが、その後の審理の結果、同メモの作成経緯は、共犯者甲において、作成の三日前の会議で確認された事項をその出席者乙から聞き、これを書き留めたものであることが判明した。

（判旨）本判決は、まず、「人の意思、計画を記載したメモについては、伝聞禁止の法則の適用は無いものと解することが可能である。それは、知覚、記憶、表現、叙述を前提とする供述証拠と異なり、知覚、記憶を欠落するのであるから、その作成が真摯になされたことが証明されれば、必ずしも原供述者を証人として尋問し、反対尋問によりその信用性をテストする必要性は無いと解されるからである。そしてこの点は個人の単独行動についてはもとより、数人共謀の共犯事案についても、その共謀に関する犯行計画を記載したメモについては同様に考えることができる」とした。その上で、前記のような作成経緯が判明した段階では、本件メモは供述証拠であることが明らかになったとしながら、「前記のように、数人共謀の共犯事案において、その共謀にかかる犯行計画を記載したメモは、それが真摯に作成されたと認められる限り、伝聞禁止の法則の適用されない場合として証拠能力を認める余地があると言えよう。ただ、この場合においてはその犯行計画を記載したメモについては、それが最終的に共犯者全員の共謀の意思の合致するところとして確認されたものであることが前提とならなければならないのである」とし、その点について確認されたとすれば証拠能力を認めるのは当然であり、確認されなかったとしても本件の審理の経過から見て弁護人が反対尋

問権を放棄した場合に当たるとして証拠能力を認めた。

（考察）本件メモには、「確認点――謝罪と慰謝料」とだけ記載されていたが、前述のとおり、審理の結果、同メモの作成経緯は、共犯者甲において、作成の三日前の会議で確認された事項をその出席者乙から聞き、これを書き留めたものであることが判明したというものである。本判決がこれにつき伝聞法則の適用はないとしながら供述証拠であるとしたのは、理論的に不徹底の感を否めないし、また、その証拠能力を認めるためには、それが最終的に共犯者全員の共謀の意思の合致するところとして確認されたものであることが前提とならなければならないとしていることの趣旨も必ずしも明確ではない。私見によれば、その証拠能力については、立証趣旨との関連で次のように分析して考えるのが相当であろう。

ア　立証趣旨が会議で謝罪と慰謝料を要求することが確認されたということであれば、甲はそれを乙から聞いたに過ぎず、しかも聞いた内容を書面にしているのであるから二重の意味で伝聞であるから、原則として証拠能力はない。本件メモの記載は、通常はこのような趣旨のものとして理解すべきであろう。

イ　立証趣旨が乙から会議の確認事項を聞いた甲において、自らも謝罪と慰謝料を要求する意思を有していたということであれば、甲がそのことを言葉に出して言った場合と同様に、甲の心の状態を示すものとして非伝聞である。また、他の間接事実とあいまってこれを伝えた乙との共謀に参画したこと、さらに共謀者全員との共謀に参画したことをも立証できるものと考えられる。ただ、メモの記載に対する甲の内心の真し性など一般的関連性の立証は必要であろう。

ウ　なお、本件メモは証拠物たる書面であるから、その存在ないし形状が何らかの証拠法的意味をもつことは否定できないであろう。しかし、証拠物たる書面の存在ないし形状ということから、直ちにそこに記載されていることの

真実性を推認することには消極であるべきであろう。

5　東京地決昭五六・一・二二判時九九二号三頁

（判断）（個人の金銭の領収証に関し）領収証のごときは、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なく、その交付を受ける相手方のために個々的にそのつど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三二三条二号所定の業務課程文書に該当しないのはもちろん、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、同条三号により証拠能力を認めるに由ないものである。

（考察）本判決は、個人の領収証につき類型的に信用性の高い文書であることを否定しており、この点個人の借用証や領収証につき経験則上金銭の貸借や授受の存在を推認できるから伝聞法則の適用を受けないとする前述した見解に強い疑念を投げかけるものと言ってよいであろう。その点を別としても、本判決は領収証が伝聞証拠であることを当然の前提として、それが三二三条二号又は三号の例外に当たるかを論じており、これが一般的な見解であり、記載内容の真実性を立証するものである以上それを妥当とすべきであろう。ただ、本判決が、三二三条三号の文書が書面自体の性質上二号の書面と類型的に信用性の高い文書であるとすることは若干厳格に過ぎるものと思われ、前述したように、三号の特信性は、書面の形式内容自体から認められる場合のほか、この点以外の作成者の公判廷における供述等をも考慮して認められる場合をも含むと解するのが相当であり、これによれば、個人の領収証が同号により証拠能力が認められることもあるということになろう。

七　具体的問題への適用

最後に、伝聞法則の理解をさらに深めるべく、具体的問題を素材として取り上げることにしたい。これらは、いずれも、法科大学院の刑事訴訟法演習等において出題されたものである。

問題

1　暴力団の幹部甲及び乙は、組員のAを殺害した共同正犯として起訴されている。次の各場合における証言の各証拠能力についてどう考えるべきか。

（1）　事件の現場にいた目撃者Cが証人として出廷し、「Aの姿は見えなかったが、Aの声で、『乙、お前も裏切るのか』と言っているのを聞いた」と証言した場合

（2）　乙の友人Dが証人として出廷し、「犯行直後と思われる時刻に血だらけになって立ち寄った乙から、『今、某所でAを殺害してきた。裏切り者は生かしておけないよなあ』と聞いた」と証言した場合

2　本件起訴状の公訴事実は、「被告人甲は、乙、平、丁、戊と共謀の上、平成一〇年一〇月二三日午前〇時二〇分ころ札幌市中央区北一三条西五丁目北海道大学医学部付属病院前駐車場において、Aに対し、その頭部等を所掲の鉄パイプ、角材で数回にわたり殴打する暴行を加え、加療四か月を要する頭部外傷、頭蓋骨骨折、頭蓋内出血等の傷害を負わせたものである」というものである。

この事件において、検察官は、捜査に当たった警察官が甲の自宅から押収した書面の取調べを請求した。その書面には、犯行現場の地図・逃走経路のほか、「襲撃日時…一〇月二三日午前〇時ころ、メンバー…乙、丙、丁、戊、用意するもの…鉄パイプ、角材、ヘルメット」との記載がワープロにより印字されている。

この書面の証拠能力について、作成者が甲であると認められる場合とそれ以外の共犯者であると認められる場合とに分けて論ぜよ。

説明

1の（1）について

「乙、お前も裏切るのか」というAの供述（原供述）は、現場を目撃していたCの証言中のものであるが、Aが乙から攻撃を受けている最中に、自然に（あるいはとっさに）発せられたものであり、犯人である乙に対する意外感、失望感などの心の状態を示す非伝聞証拠であると解するのが相当である。もっとも、一般に、心の状態を示す言葉は、知覚・記憶の過程を欠くから非伝聞であると説明されているが、設問においては、「乙」という言葉から、Aは乙であることを認識しており知覚は存したといえるから、正確に言えば、記憶の過程だけが欠けていることになる。十分に意識して議論されていない問題ではあるが、この類型のものも非伝聞に含めるべきであろう（知覚、記憶、叙述のすべての特性を備えているものだけを伝聞証拠と解することになる）[24]。非伝聞であるとすれば、それに続いて発せられている「お前も裏切るのか」という部分と一体となった、行為の言語的部分と解してよいであろう。なお、この場合、一般的な関連性として、Aが乙を認識したことの正確性及び「裏切るのか」と言った言葉の真摯性の状況保障が必要であるが、Aと乙とは旧知の仲であること、その間に「裏切るのか」という作為の余地の乏しい言葉が発せられているという点からこれを肯定してよいであろう。

なお、非伝聞の範囲を厳格に解するとともに、特信性、相当性が認められることを条件に伝聞の例外を明文を超えて認めようとする前記有力説の立場によっても、おそらく証拠能力が肯定されることになろう。

1の（2）について

Dが聞いたとする「今、某所でAを殺害してきた」との乙の供述（原供述）は、犯行直後ころ血だらけの状態で述べられたものではあるが、知覚、記憶の過程を経ない心の状態の表明とは見られないから伝聞証拠と言わざるを得ないと思われる(犯行直後であることを重視して行為の言語的部分であると解する立場もあろう)。したがって、乙に対しては三二四条一項、三二二条により証拠能力の有無が決せられ、通常は証拠能力が認められるということになろう。一方、甲に対しては、三二四条二項、三二一条一項三号により証拠能力の有無が決せられ、乙につき供述不能の要件が存在しない限り証拠能力が認められないということになろう。

なお、非伝聞の範囲を厳格に解するとともに伝聞の例外を明文を超えて認めようとする前記有力説によれば、供述不能の要件と関わりなく、甲に対しても、伝聞法則の例外として証拠能力を認めることが可能であろう。

同様にDが聞いたとする「裏切り者のAは生かしてはおけないよなあ」との乙の供述（原供述）は、Aに対する憎悪、報復という心の状態を表明するものであって、多数説によれば非伝聞であると解される。甲に対する犯行が計画的なものであったことを立証するものとして、「今、某所でAを殺害してきた」の部分とは別に証拠能力を考えるべきであると解される。

2について

ア　甲が作成したと認められる場合

①甲が乙、丙、丁、戊と共謀の上A襲撃を共謀した後その共謀内容をワープロで記載した場合、②甲が乙、丙、丁、戊とともにAを襲撃することを計画し、その計画内容をワープロで記載した場合の二つが考えられる

①の場合は、甲らがA襲撃を共謀した事実を立証するために用いられるものとして、伝聞証拠となると解されるが、

その例外として三二二条書面に該当する。これに対し、②の場合は、甲が乙、丙、丁、戊とともにAを襲撃することを計画していたという心の状態を立証するために用いるものとして、非伝聞証拠となる。

②の場合は、他の間接事実を総合して共謀の事実が認められるかを問題にすることになる。この場合に関し、作成者の意図、計画に関する供述から、共謀内容を推認することも可能であり、共謀の存在という要証事実の関係で、他の共犯者の関係でも非伝聞であるとする見解、あるいは共謀参加者のある者が謀議の際に共謀の内容を記載した犯行計画メモを作成した場合、このメモは、作成者個人の意図、計画に関する供述というより、共謀者参加者の一個の意図、計画を表したもので、共謀の存在という要証事実との関係でも非伝聞であるとする見解が、いずれも相当でないことは前述した。

イ　甲以外の者が作成したと認められる場合

アの場合と同様に①、②の二つが考えられる。

①の場合は、伝聞証拠の例外として三二三条三号に該当するかを検討することになろう。作成状況に関する供述が得られない場合が多いであろうが、その場合でも、書面の存在及び形式によって特信性を肯定できるかが問題となろう。

②の場合は、それだけでは甲以外の共犯者の心の状態を立証する非伝聞証拠であるが、それが甲に交付されていることを間接事実と見て（他の事情がある場合はそれをも総合して）甲とそれ以外の者との間に共謀が成立したと認定できる場合があろう。また、当該書面が甲に交付されていること自体が共謀の形成過程を示すものと見ることによって、これを非伝聞と解することもできよう。

注

(1) 波床昌則・「伝聞証拠の概念と刑訴法三二六条の同意の意義」小林・佐藤古希祝賀論集二七九頁

(2) 田宮裕・刑事訴訟法新版三六三頁

(3) 平野龍一・刑事訴訟法二〇三頁等。小林・刑事訴訟法（新訂版）二三三頁も、この定義に従っている。

(4) 平野・前掲二一二頁が、被告人による反対尋問ができないこと、検察官も黙秘権を持つ被告人に対する反対尋問をできないことを指摘して、「反対尋問を経ない供述証拠を伝聞証拠と呼ぶのであるから、被告人の供述はどちらの面からみても伝聞証拠である」とするのは、反対尋問が不可能な場合をも含むという前提に立つものといえよう。

(5) 小野清一郎・「新刑訴における証拠の理論（一）」刑法雑誌四巻三号二八九頁

(6) 証拠法大系Ⅲ七頁

(7) 田宮・前掲三六五頁

(8) 大谷直人・「伝聞法則について」中山判事退官記念二五九頁、波床・前掲二八二頁等

(9) 平野・前掲二〇五頁参照

(10) 平野・前掲二一九頁。かつては、実務上、三二二条の書面については、同意ということはあり得ず、異議の有無を確かめるべきであるとの見解も存在した。

(11) 戸田弘・「刑事証拠調べに関する日常的な二、三の問題」法曹時報一七巻九号一〇頁、田宮・前掲三九二頁、波床・前掲二八八頁等。なお、同意の根拠につき、反対尋問権放棄説の立場をも加味して考察したものとして大澤裕・「刑訴法三二六条の同意について」法曹時報五六巻一一号二五六八頁

(12) 反対、平野・前掲二二〇頁

(13) 波床・前掲二九一頁

(14) 比較的最近のものとして、田宮・前掲三六七頁、香城敏麿・新版注釈刑訴(5)二八〇頁、金築誠志「伝聞の意義」刑事訴訟法判例百選第五版一七八頁、大澤裕「伝聞証拠の意義」刑事訴訟法の争点第三版一八二頁、山室恵「伝聞証拠」刑事手続下八五一頁、三好幹夫「伝聞法則の適用」刑事証拠法の諸問題（上）六〇頁、山崎学「伝聞証拠［1］」新刑事手続Ⅲ二六一頁、戸倉三郎「供述又は書面の非供述証拠的使用と伝聞法則」自由と正義五一巻一号八九頁等

(15) 小野慶二・判例百選新版一四八頁

(16) 戸田弘・「心の状態を述べる供述・自然発生的な供述と『伝聞証拠』」刑事実務ノート一巻三三頁のほか、最近のものとして、大谷前掲

(17) 香城・前掲二八〇、二八四、二八八頁

(18) 小西秀宜・「襲撃計画メモと伝聞法則」研修四〇八号八二頁

(19) 三好・前掲七二頁

(20) 山室・前掲八五四頁

(21) 香城・前掲二八四頁。戸倉・前掲九八頁は、個人作成の借用書、領収書についても同趣旨を説く。

(22) 戸田・前掲注(11)六頁、香城・前掲三三九頁、小林・前掲二四七頁

(23) 山室・前掲八六一頁、大島隆明・「伝聞証拠についての二、三の問題」自由と正義五〇巻八号一〇一頁

(24) 大澤・前掲注(14)一八五頁