

◆最決平成21年9月28日（エックス線検査）

原判決及びその是認する第1審判決の認定並びに記録によれば、本件捜査に係る事実関係は、次のとおりである。・・・大阪府警察本部生活安全部所属の警察官らは、かねてから覚せい剤密売の嫌疑で大阪市内の有限会社A（以下「本件会社」という。）に対して内偵捜査を進めていたが、本件会社関係者が東京の暴力団関係者から宅配便により覚せい剤を仕入れている疑いが生じたことから、宅配便業者の営業所に対して、本件会社の事務所に係る宅配便荷物の配達状況について照会等をした。その結果、同事務所には短期間のうちに多数の荷物が届けられており、それらの配達伝票の一部には不審な記載のあること等が判明した。そこで、警察官らは、同事務所に配達される予定の宅配便荷物のうち不審なものを借り出してその内容を把握する必要があると考え、上記営業所の長に対し、協力を求めたところ、承諾が得られたので、平成16年5月6日から同年7月2日にかけて、5回にわたり、同事務所に配達される予定の宅配便荷物各1個を同営業所から借り受けた上、関西空港内大阪税関においてエックス線検査を行った。その結果、1回目の検査においては覚せい剤とおぼしき物は発見されなかったが、2回目以降の検査においては、いずれも、細かい固形物が均等に詰められている長方形の袋の射影が観察された（以下、これら5回の検査を「本件エックス線検査」という。）。なお、本件エックス線検査を経た上記各宅配便荷物は、検査後、上記営業所に返還されて通常の運送過程下に戻り、上記事務所に配達された。また、警察官らは、本件エックス線検査について、荷送人や荷受人の承諾を得ていなかった。

- 2 所論は、本件エックス線検査は、任意捜査の範囲を超えた違法なものであり、本件において事実認定の用に供された覚せい剤及び覚せい剤原料（以下「本件覚せい剤等」という。）は、同検査により得られた射影の写真に基づき取得した搜索差押許可状により得られたものであるから、違法収集証拠として排除されなければならないと主張する。
- 3 そこで、前記の事実関係を前提に検討すると、本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない。
- 4 次に、本件覚せい剤等は、同年6月25日に発付された各搜索差押許可状に基づいて同年7月2日に実施された搜索において、5回目の本件エックス線検査を経て本件会社関係者が受け取った宅配便荷物の中及び同関係者の居室内から発見されたものであるが、これらの許可状は、4回目までの本件エックス線検査の射影の写真等を一資料として発付されたものとうかがわれ、本件覚せい剤等は、違法な本件エックス線検査と関連性を有する証拠であるといえることができる。しかしながら、本件エックス線検査が行われた当時、本件会社関係者に対する宅配便を利用した覚せい剤譲受け事犯の嫌疑が高まっており、更に事案を解明するためには本件エックス線検査を

行う実質的必要性があったこと、警察官らは、荷物そのものを現実に占有し管理している宅配便業者の承諾を得た上で本件エックス線検査を実施し、その際、検査の対象を限定する配慮もしていたのであって、令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと、本件覚せい剤等は、司法審査を経て発付された各搜索差押許可状に基づく搜索において発見されたものであり、その発付に当たっては、本件エックス線検査の結果以外の証拠も資料として提供されたものとうかがわれることなどの諸事情にかんがみれば、本件覚せい剤等は、本件エックス線検査と上記の関連性を有するとしても、その証拠収集過程に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができると解するのが相当である。

- * 第1審から最高裁まで、一貫して「プライバシー侵害がある」ことは認定されている。控訴審までは、エックス線検査は、「内容物の形状や材質を窺い知ることができるだけ」としたのに対して、最高裁は、それに留まらず、「内容物によっては、その品目等を相当程度に具体的に特定することも可能である」としている。エックス線検査で荷物の中身が何であるかまで分かるとすれば、実質的には、荷物の封を開けてその中身を点検する（荷物の搜索）のと同しいと言える。エックス線検査は強制処分と評価されるのは自然であろう。プライバシー侵害の程度の評価が最高裁と原審とでは異なったのである。
- * 米子銀行事件との違いは何なのだろうか。宅配荷物の内容物が強制処分でなければ侵害できないプライバシー領域（私的領域）であることは当然である。チャックを開けただけで識別できるボーリングバックの中の上層面は、強制処分でなければ侵害できないプライバシー領域なのかどうかとは、問題となるプライバシー侵害の程度（私的領域への侵入の程度）の違いがあると言えよう。
- * 仮に、エックス線検査を行った結果、内容物が何であるかまでは明瞭に認知できなかったとしたら強制処分該当性の判断はどうなるだろうか。実際に対象者が現に被った法益侵害の程度がそれほど大きくなかったとしても、そのことは当該処分の「類型的な性質決定」には影響するものではないので注意が必要である。最高裁の判断に従う限り、エックス線検査は「強制処分」なのである。
- * エックス線検査により、荷物の内容物が特定できるとすれば、それは「私的領域」への侵入行為であり、対象者の意思に反するプライバシーの重大な侵害行為と類型的に言える。

◆最大判平成29年3月15日（GPS捜査）

事案：被告人が複数の共犯者と共に犯したと疑われていた窃盗事件に関し、組織性の有無、程度や組織内における被告人の役割を含む犯行の全容を解明するための捜査の一環として、平成25年5月23日頃から同年12月4日頃までの約6か月半の間、被告人、共犯者のほか、被告人の知人女性も使用する蓋然性があった自動車等合計19台に、同人らの承諾なく、かつ、令状を取得することなく、GPS端末を取り付けた上、その所在を検索して移動状況を把握するという方法によりGPS捜査が実施された事件。

判旨：（１）GPS捜査は、対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものであるが、その性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする。このような捜査手法は、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである。

（２）憲法35条は、「住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利」を規定しているところ、この規定の保障対象には、「住居、書類及び所持品」に限らずこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分にあたるとともに、一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである。

（３）原判決は、GPS捜査について、令状発付の可能性に触れつつ、強制処分法定主義に反し令状の有無を問わず適法に実施し得ないものと解することも到底できないと説示しているところ、捜査及び令状発付の実務への影響に鑑み、この点についても検討する。GPS捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑訴法上の「検証」と同様の性質を有するものの、対象車両にGPS端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、「検証」では捉えきれない性質を有することも否定し難い。仮に、検証許可状の発付を受け、あるいはそれと併せて搜索許可状の発付を受けて行うとしても、GPS捜査は、GPS端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うものであって、GPS端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある。さらに、GPS捜査は、被疑者らに知られず秘かに行

うのでなければ意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できない。刑訴法上の各種強制の処分については、手続の公正の担保の趣旨から原則として事前の令状呈示が求められており（同法222条1項、110条）、他の手段で同趣旨が図られ得るのであれば事前の令状呈示が絶対的な要請であるとは解されないとしても、これに代わる公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る。これらの問題を解消するための手段として、一般的には、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々なものが考えられるところ、捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは、刑訴法197条1項ただし書の趣旨に照らし、第一次的には立法府に委ねられていると解される。仮に法解釈により刑訴法上の強制の処分として許容するのであれば、以上のような問題を解消するため、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの確な条件の選択が行われないう限りは是認できないような強制の処分を認めることは、「強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない」と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない。以上のとおり、GPS捜査について、刑訴法197条1項ただし書の「この法律に特別の定のある場合」に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある。GPS捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい。

（４）以上と異なる前記２（２）の説示に係る原判断は、憲法及び刑訴法の解釈適用を誤っており、是認できない。

- ４ しかしながら、本件GPS捜査によって直接得られた証拠及びこれと密接な関連性を有する証拠の証拠能力を否定する一方で、その余の証拠につき、同捜査に密接に関連するとまでは認められないとして証拠能力を肯定し、これに基づき被告人を有罪と認定した第１審判決は正当であり、第１審判決を維持した原判決の結論に誤りはないから、原判決の前記法令の解釈適用の誤りは判決に影響を及ぼすものではないことが明らかである。

<強制処分該当性の論証>

GPS捜査は、①性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にし、②個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、③また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、従来型の捜査手法とは異なり、④公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである。⑤したがって、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査方法と言えるので、強制処分にあたると解する。

- * 本判決は、憲法35条の保障対象には「住居、書類及び所持品」に限らず、これらに準ずる「私的領域に侵入されることのない権利」が含まれるとする。「私的領域」とはプライバシー

のことである。「個人のプライバシーが強く保護される場所や空間に関わる位置情報の取得による当該プライバシーの侵害という点を中核とし、そのようなおそれが常にある位置情報を逐一取得して、対象者の行動を継続的、網羅的に把握すること」をプライバシーの侵害と捉えている（プライバシー強保護空間への侵入）。

<強制処分だとしても、「検証」として検証令状でGPS捜査は可能とならないか>

①	そもそも「検証」とはその性質が異なる。 → 対象車両にGPS端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、「検証」では捉えきれない性質を有するから（検証のための搜索的な要素がある）。
②	位置情報と被疑事実との関連性を問えない。 → GPS捜査によって継続的・網羅的に取得される対象車両の位置情報は、当該被疑事件に関連性のあるものばかりとは言えない。対象車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を令状審査において事前に抑制できない。
③	事前の令状提示に馴染まない。 → GPS捜査はその性質上令状の事前提示が想定できない。また、それに代わる「手続の公正」を担保する手段が「仕組みとして確保されていない」
④	以上の問題をクリアすることが困難。 → 令状に様々な限定条件を付して、処分を許すことになるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの確かな条件の選択が行われない限り是認できないような強制的処分を認めることは、197条1項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない（現場の混乱防止）。

* 以上より、現行の刑訴法の枠組みの中で、GPS捜査を強制処分として認めることには困難を伴うので、立法による対応が望ましいとしている。

<判例の射程>

①	GPS機能が装備されたスマホ、自動車、あるいは所有者等の承諾を得てGPS端末を仕込んだ物品等を、気付かれないような形で対象者に渡し、判例の事案と同じような状態にした場合。 → 強制処分性を基礎づけているのは、プライバシー強保護空間への侵入にあり、対象者個人の所持品へ無断にGPS機器を装着した点にあるわけではない。同じようにプライバシー強保護空間への侵入と評価できる以上、強制処分となる。
②	対象者が使用しているスマホや自動車に元々GPS機能が装備されているのを奇貨として、捜査機関が電気通信事業者等を介し、位置情報を一定期間継続的に取得する場合。 → プライバシー強保護空間への侵入と評価できる以上、強制処分である。

③ 身代金目的誘拐事件での身代金入りの鞆やコントロールド・デリバリーの対象となる荷物等にGPS端末を仕込んだうえ、被疑者等に引き渡して、限られた期間、専らそのような犯罪構成物件ないし被害品の行方を追跡する場合。

→ 被疑事実とは関係のない、個人の行動が網羅的・継続的に把握されることによるプライバシー侵害の類型を問題視するとすれば、本ケースでは被疑事実に関わる位置情報のみが取得されるに過ぎないので判例とは事案が異なる、と考えることも可能であろう。この場合は、強制処分ではない、とすることもできよう。

→ 他方で、このような場合でも、典型的に私事に属する位置情報が継続的に取得される危険性は否定できず、被疑者のプライバシー強保護空間にその物品が到達する危険性もある。この点を重視すればやはり強制処分である、とみることできる。

3. 強制処分の限界

(1) 問題の所在

強制処分に該当しても、197条1項ただし書の反対解釈によれば、法律上特別の定めがあればそれに従って行うことができる、ということになりそうである。しかし、それがどんなに重大な法益の侵害を伴う場合であっても、そう言えるのか、という問題がある。

(2) 限界はあるのか

強制捜査の限界論は、具体的には強制採尿において顕在化した。強制採尿（詳細は後述）が強制処分であることには争いがなく、必要な令状についても条件付き搜索差押令状を用いることで実務は定着している。しかし、強制採尿は、対象者の人格の尊厳を著しく害するので、捜査方法として許される限度を超えるのではないかと批判されたのである。

この問題は、最決昭和55年10月23日により、適法に行いうるとして決着を見たが、最高裁も、強制処分の限界を超えて許されない類型の処分がありうることまで否定していないので、「限界はある」と言える。

4. 任意捜査の限界

任意捜査は、捜査機関の判断と裁量のみで実行できる（197条1項本文）。しかし、任意捜査とはいえ、対象者の法益を侵害する可能性はある。強制処分ではないからと言って、何でもできるわけではない。

→ 197条1項本文にあるように、「目的を達成するため必要な」限度においてのみ許される。

→ ①特定の捜査方法により対象者に生じる法益侵害の内容・程度、②特定の捜査目的を達成するため当該捜査方法を用いる「必要性」との比較考量となる（比例原則の適用）。

第4 伝聞法則（320条以下）

1. 意義

公判期日外でなされた供述を内容とする証拠であって、その供述内容の真実性を立証するために用いられる証拠を伝聞証拠と言い、原則として証拠能力が否定される（320条）。これを「伝聞法則」という。

→ 公判廷外でなされた供述は、①その供述を記載した書面、②その供述を聞いた第三者による公判期日における証言、という形で出てくる。

2. 根拠

供述証拠は、人がある事実を①知覚し、②記憶し、③表現・叙述する、というプロセスを経る。このそれぞれの段階で誤りが介在するおそれがある。見間違い・聞き違い、記憶違い・記憶減退、言い間違い、などである。これをそのまま証拠とするのは危険であり、何らかの形で信用性が担保されていなければならない。公判期日の証言には、①宣誓、偽証罪による警告、②相手方立当事者による反対尋問、③裁判官による供述態度の観察、と言ったチェックが入り、証言の信用性が担保されている。しかし、公判期日外の証言にはこの担保的手段が全て欠けている。したがって、不確かな推認をもたらす典型的に危険な証拠であり、原則として証拠方排除すべき、というのが伝聞法則の実質的根拠である。

* 伝聞証拠の意義につき、「事実認定を行う裁判所の面前で、主尋問後に反対尋問によるテストを経ていない供述証拠」とする見解がある。この見解は、信用性担保に関して反対尋問を経ていないということを特に重視する見解である。しかし伝聞証拠を原則禁止とする320条1項との関係で言えば、公判廷における主尋問において証言がなされた後、反対尋問が行われる前に証人は死亡してしまったという場合に、この証言は、反対尋問は経ていないが、公判期日においてなされているものであり、文言上320条1項に該当しない。この見解は、320条1項の文言に反するのである。

3. 伝聞・非伝聞の区別

ある供述を供述内容の真実性を立証するために用いることになるかどうかが基準となる。伝聞かどうかは、要証事実との関係で相対的に決せられることになる。

（1）発言自体が犯罪事実を構成する場合。

ケース：証人Wの「XがVを殺した」という供述を内容とする書面。

1. 被疑事実が殺人罪の場合に、Xが犯人性を否認するので、「XがVを殺害したこと」を立証趣旨とする場合

→ 伝聞証拠。書かれた内容通りの出来事があったことを立証しようとしている。その為には、書面内容が真実でなければならない。内容の真実性が問題となるということである。

2. WのXに対する名誉棄損罪が被疑事実のとき、「WがXの名誉を棄損したこと」を立証趣旨とする場合。

- 非伝聞。書面の存在自体から、Wによって名誉棄損行為が行われた事実を立証しようとしている。この場合、「本当にXがVを殺したのかどうか」は問題とならない。そのような発言の存在が立証できれば良いからである。

(2) 発言をその内容の真実性とは無関係の別の事実を推認する間接事実(状況証拠)として用いる場合

1. ある会話の存在自体から人間関係を推認する場合。

証人Wの「XとYが『Zが犯人に違いない』という話をしていた」という供述を、XとYが以前から顔見知りである、という事実を立証したいとき。

- 非伝聞。XとYの会話の存在自体からXYの面識関係を推認できる。『』部分の内容の真実性は問題にならない。確かにそのような会話を聞いたのか、公判廷でWに確認すれば会話の存在自体を立証でき、そこからXY間の人間関係を推認できるからである。
- Zの犯人性を立証趣旨とする場合は、『』部分の内容の真実性が問題となるので、伝聞証拠となる。

2. ある供述がなされた事実から、供述者の精神状態を推論する場合。

「私はアンドロメダの大王なのだ」というXの供述からXの精神異常を推認するような場合。

- 非伝聞。真実、Xがアンドロメダの大王なのかどうかは問題にならない。そのような常軌を逸した発言の存在自体から、Xの精神異常を推認することができる。

(3) 客観的事実と合致する内容の発言があったこと自体を証明して、発言者がその事実を認識していたことを推認する場合。

1. Wの「事故前にXは、『この車ブレーキの具合がおかしいんだよね』と言っていました」という供述を、「Xが事故前にブレーキの故障を認識していたこと」を立証趣旨として証拠につかい場合。ブレーキの故障自体は他の証拠により立証されていることを前提とする。

- 非伝聞。Xが客観的事実と符合する内容の供述をしていたこと自体から、Xが当該事実を認識していたことを推認することは可能である。
- ただし、供述と客観的事実の符合が、経験則上偶然とは考えにくいような種類・程度・範囲の事項で認められる必要がある。本件では、客観的にブレーキは不具合を起

こしており、運転の際に X は異常を感じていたはずである。そうでなければ、「ブレーキの不具合がおかしい」という発言をする理由がない。つまりこの発言の裏付けとして、ブレーキの不具合を感じ取っていた、ということが推認され、そのことから不具合を認識していた、と推認することは不確実な推認ではない。普段から異常を感じていない X が、「たまたま」客観的事実と符合する「ブレーキの不具合」に言及することは経験則上考えにくい。
2. W が「整備工場に立ち寄ったときに、整備工 Y から『この車はブレーキが壊れていますよ』と X は言われていました」という供述を、「X が事故前にブレーキの故障を認識していたこと」を立証趣旨として証拠につかい場合。ブレーキの故障自体は他の証拠により立証されていることを前提とする。 → 非伝聞。整備工 Y から上記のようなことを言われたという事実から、聞き手である X が一定の影響を受けた（特定の認識を生じさせた）ことを立証しようとする場合であり、供述内容の真実性は問題にならない。
3. ブレーキがそもそも壊れていたのかどうか争われているときに、W が「整備工場に立ち寄ったときに、整備工 Y から『この車はブレーキが壊れていますよ』と X は言われていました」という供述で、故障の事実を立証しようという場合。 → 伝聞証拠。この場合、整備工 Y の供述内容が真実であることを前提に初めてブレーキは故障していた、ということを立証できるからである

（４）行為と一体化した供述

行為の言語的部分とも言う。行為に随伴してこれに法的な意味を付与する言葉のことを言う。行為の言語的部分は行為の一部をなしていると評価できるので、非伝聞とされる。

- 「金銭を手渡す行為」はそれだけでは、贈与なのか、貸与なのか、弁済行為なのか、賄賂なのか、はっきりしない。例えば、収賄罪の事例で、被告人が金銭授受の事実を認めてはいるが、賄賂性を否定しているような場合に、その行為と共に金銭を渡す者が、「X は Y に札束を渡しながら、『例の件はありがとうございました。これはお礼の印です』と言っていた」、と証人 W が公判廷で供述した場合などである。『』部分の内容の真実性は問題とならず、行為とこれに附随して発せられた言葉が一体となって当該行為の賄賂性を基礎づけることができる。行為と同時にそのような言葉が発生されたことが意味を持つのである。

（５）現在の心理状態の供述

原供述の真実性の証明のために用いられる場合であるにもかかわらず、伝聞証拠ではないとされることがある。現在の心理状態を述べた供述を、供述時点で供述通りの心理状態を有していたことの証拠として用いる場合である。

- A に対する強制性交等罪で X が起訴された事案で、X が性交につき合意があったと主張するので、証人 W が「A は『私は X が嫌いだ』と言っていました」という証言をした場合である。この W の証言を「発言時において A が X を嫌っていたこと」の証明に用いる場合、伝聞証拠のように思える。しかし本件の原供述は、伝聞プロセスの知覚・記憶の部分が欠けており、表現・叙述の部分があるだけである。表現・叙述の正確性は W に確かめることで確認できる場合が多い。また、心理状態を立証するのには、その時点での発言が最良証拠である。伝聞証拠としてしまうと、321条1項3号の要件を満たさなければならないので、証拠として使えるケースが限られてしまうという弊害もある。そこで、誤りが介在し、不確かな推認をもたらす危険性が低いとして、非伝聞とするのが判例・通説である。
- なお、非伝聞扱いにできるのは、あくまでも供述者の「供述当時の」心理状態を問題にする場合の話である。供述時よりも前の気持ち（過去の感情）などを立証しようとする場合には、伝聞証拠となる。本人と言えども、知覚におけるバイアス、記憶違いのおそれが無視できないからである。

◆最判昭和30年12月9日

本件は、被告人 X が、V 女を強いて「性交等」（姦淫）しようとし、同女を窒息死させたという強制性交等致死罪（当時強姦致死罪）の事件である。証人 W の「V は『あの人はすかんわ、いやらしいことばかりする人だ』といっていた」旨の証言を、甲がかねて V 女と情を通じたいとの野心をもっていたこと（＝犯行動機）を立証し、この事実を間接事実として、被告人と犯人の同一性（＝犯人性）を推認するための証拠として用いることができるか否かが問題となった。

立証事実をどのようにとらえ、原供述をどのように使うかが問題である。

『あの人はすかんわ、いやらしいことばかりする人だ』という供述内容の真実性を問題にすれば（本当にいやらしいことばかりしていたのかどうか）、そのことから、X の犯行動機を推認することができる。そして X に犯行動機が認められれば、その他の証拠と相まって、そのような動機の認められる X の犯人性を推認し得る。このように考えると、本件原供述は、伝聞証拠となる。判例はそうのように判断した。

これに対し、A が被告人 X に対して「嫌悪の情を当時抱いていた」こと（＝和姦ではないということ）を要証事実とすると、原供述は、供述当時の A の心理状態を吐露したものとなる。供述時の心理状態の供述と見れば、原供述は非伝聞となる。

（6）自然反応的供述

現在の心理状態の供述と同様に、内容の真実性が要証事実になっているにもかかわらず、非伝聞とされる例が、とっさになされた自然反応的供述である。

- 「事件当時、『X、お前何をするんだ！』という被害者Vの言葉を聞いた」というWの証言を、XによるVの殺人の証拠として利用する場合などである。この場合、供述が無意識・条件反射的になされるため、記憶・表現・叙述のプロセスが実質的に欠けている。問題となるのは近くのプロセスだけである。この意味で心理状態の供述に似ている。最良証拠であること、伝聞例外のハードルが高いことも同様である。そこでこの原供述も非伝聞とするのである。

（7）犯行計画メモ

<原則的な見方>

メモ記載の内容の真実性の証明に用いるときは、メモ作成者が知覚・記憶したことをメモ用紙に表現・叙述したものであり、メモ用紙を表現媒体とするメモ作成者の原供述は、反対尋問等による信用性テストを経ていないので、伝聞証拠である。

<別の見方①>

まず問題のメモを、メモ作成者の「現在の心理状態を述べる供述」と理解する。これにより非伝聞扱いできないか。

- メモを共謀が成立したことの立証ではなく、メモ作成者の作成当時の心理状態（犯罪意思）を立証するために用いる場合は、非伝聞となる。
- 他の証拠によって謀議参加者全員（メモ作成者含む）が内容は不明でも共通の犯罪意思を形成したことが証明されれば、作成者1人の犯罪意思を証明することによって、それと同じ内容の犯罪意思を有する謀議参加者全員について犯罪意思を推認することが可能となる。メモ内容をメモ作成者のミーティング当時の現在の心理状況を投影したとみる。更に、メモ作成者を含む集団がミーティング中の会議室内から、「異議なし！」と多くの者が叫ぶ声が聞こえてきた、との証言があった場合。両者の併せ技で、「異議なし」から一定の「合意」がなされ、その合意の内容が、メモ作成者の現在の心理状況ではないか、という推認が出来るということ。

<別の見方②>

メモが関与者に回覧され、共謀内容の確認に供されたような場合も非伝聞。

- メモは回覧によって形成された最終的な謀議結果を記載した書面ではなく、それ自体が共謀の形成に利用され、その記載を基礎として共謀の内容が決定されているという意味で、その存在及び記載内容自体が共謀成立の証拠となる。メモは「謀議の為の手段・道具」に過ぎないとみるのである。そのような記載のあるメモの存在自体（メモの存在と記載内容自体）を要証事実とすれば、当該メモは非供述証拠であり、伝聞証拠にはならない。
- 当該メモは、作成者が、謀議の結果を知覚・記憶・表現・叙述したものではなく、それを用いて謀議が形成されたものである。当該メモ用紙は、共謀の意思形成手段として用いられた

ツールに過ぎない。そのような記載のあるメモ用紙の存在自体が、共謀の意思形成過程を証明する証拠になるのである。この場合は、内容の真実性ではなく、このような記載のある「紙」の存在が証拠としての価値を有することになる。

<別の見方③>

①そのような記載のあるメモの存在と記載自体、②その記載内容が実際の犯行に合致すること、③そのメモが被疑者・被告人の支配領域内で発見されたこと、という3要件を満たす場合、上記3つの事実の併せ技から、被疑者・被告人の犯行への関与を推認することは、伝聞法則が禁止する「不確かな推認」とは言えないであろう。なぜなら、「偶然」そのような内容記載のあるメモが発見され、「偶然」メモ内容に符合する事件が起き、「偶然」事実関係と符合するメモが、被疑者・被告人の支配領域（部屋の中など）から発見される等ということは、実際問題として「ありえない」からである。

<メモのバリエーション>

1. メモが共謀参加者に回覧されて謀議が形成されたような場合
→ メモの存在と記載自体が証拠になる。非伝聞である。
2. 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ような場合。
→ 作成者の意思との関係で非伝聞であるから、その共謀参加者全員が共通の犯罪意思を形成したという事実等を介して（他の証拠で立証必要）、他の参加者の犯罪意思や共謀内容を推認することが可能である。
3. 共謀参加者のうち、指導的立場にある者が、その計画を立案したメモであるような場合。
→ 指導的地位にある者の意思との関係で非伝聞であるから、作成者が指導的な地位にあったという事実等を介して（他の証拠で立証必要）、他の参加者に犯行を働き掛けたことを推認する事が出来る場合がありうる。
4. 共謀参加者から犯行当日の計画の説明を受けた者が、同様の犯罪意思を形成してその計画を書きとめたような場合。
→ 説明を受けた者が形成した犯罪の意思との関係では非伝聞であるから、その共謀参加者又は他の共謀参加者らが同一の犯罪意思を持っていたことを推認できる場合もありうる。

* どのように証拠を使い、推認していくのか、具体例を使ってみよう。

被告人の手帳に犯人しかしりえないはずの被害者宅や被害者の身体的特徴等についてメモがある場合、その記載内容が他の証拠によって真実であると立証されれば、このメモの存在は被告人と犯行との結びつきを示す間接事実となりうる。この場合、メモはこれにより犯行そのもの