#111 共謀の立証と犯行計画メモ——謀議の発言とメモは伝聞か

第5章 証拠法 ⑨／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

1 導入

導入

共犯者宅のメモで、共謀は言えるか

	内容
メモ	「十日の夜、駅前の銀行。裏口に車を回す。見張りは二人」
作成者	被告人**ではない**＝仲間のQ（被告人Vは共謀を否認）
中身を問う	**伝聞**の問題になる
中身を問わない	メモは**何の証明**になるのか

今日の1問＝その証拠で、何を証明するのか

被告人以外の人が書いたメモで、被告人の共謀を言えるかどうかは、メモの何を使うかで決まります。中身が本当かを問うなら、伝聞の問題になります。問わないなら、メモは別のことの証明になります。今日は、その分かれ目を見ます。今日扱うのは、共謀を立証する2つの証拠です。仲間内の謀議の場の発言と、犯行計画のメモです。今日の1問は、これです。「その証拠で、何を証明するのか」。答えを先に言うと、証明する対象を先に決めて、中身の真偽を使うかどうかを問います。前回の道具を、一言だけ呼び戻します。発言した時点の気持ちを述べる、現在の精神状態の供述は、見る、覚える、の関所を通らず、残るのは、本心から述べたかという叙述の真摯性だけです。通説は非伝聞でした。この道具を、今日はメモで使います。

2 共謀は何で立証されるのか

短答・論文共通

共謀の立証——3つの言葉

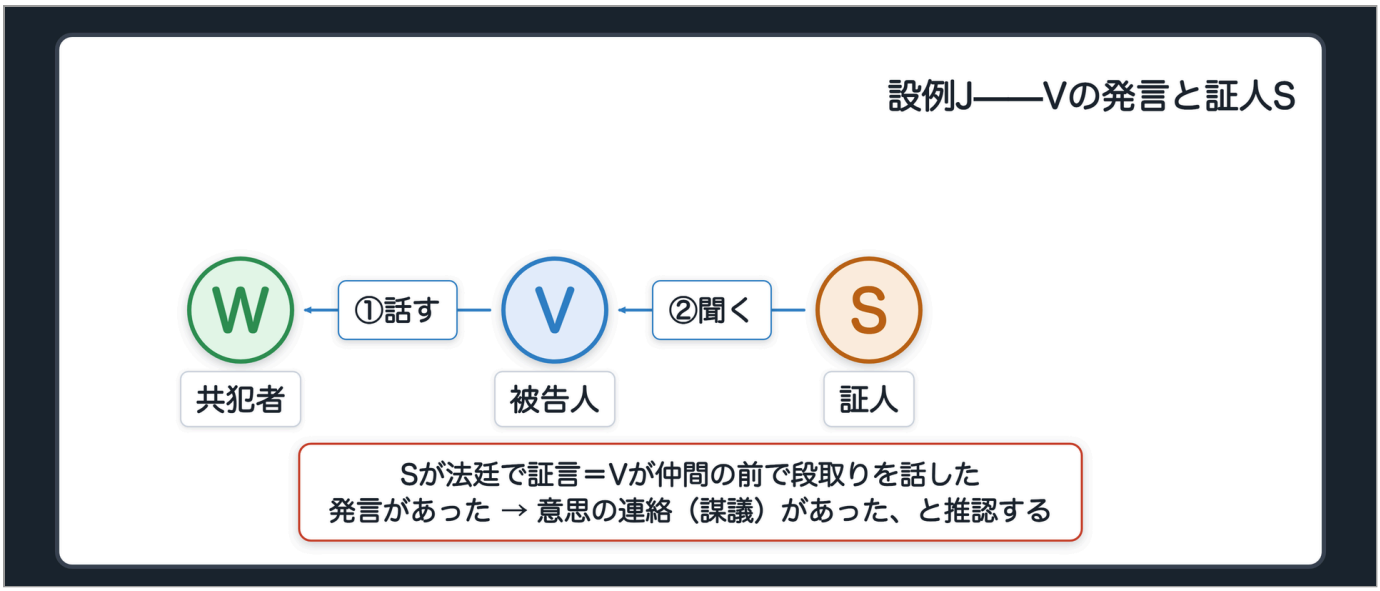
要件たる事実	共謀があったこと
要証事実	仲間が犯罪をやると意思を通じ合った、という出来事
立証趣旨	証拠ごとに当事者が貼る荷札

今日の2つの証拠＝謀議の場の発言／犯行計画のメモ

直接の証拠が乏しいことが、共謀の立証の出発点です。共謀は、密室の話し合いや、仲間内の連絡で進みます。だから、そこにいた人の証言や、計画を書いたメモが、立証の中心になりやすいのです。だから、ここで伝聞かどうかが、正面から問題になります。階段を、一言だけ呼び戻します。要件たる事実は、共謀があったことです。要証事実は、仲間が犯罪をやると意思を通じ合った、という出来事です。立証趣旨は、証拠ごとに当事者が貼る荷札でした。共謀の中身は、別の回で扱います。今日は、証拠の側を見ます。

3 謀議の場の発言

短答・論文共通



設例Jです。現金輸送車を襲う強盗事件で、被告人はVです。Vは「犯行には関わっていない」と争っています。共犯者とされるのはWです。検察官は、証人Sを呼びます。Sは、こう証言します。「Vが、Wたちの前で、こう言うのを聞きました。輸送車は朝の巡回のあとを狙う。段取りは俺が決める」。Sは、その場で、自分の耳で聞いていました。他人の発言を法廷で伝える証言が伝聞に当たるかは、まず原則を条文で確かめます。

条文 刑事訴訟法第320条第1項

刑事訴訟法第320条第1項

第三百二十一条乃至第三百二十八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**、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はできない**。

条文が禁じているのは、公判期日外の供述を内容とする供述を、使うことです。ただし、伝聞かどうかは、何の証明に使うかで決まります。設例Jで、検察官が使うのは、Vがそう発言したこと自体です。発言があった。だから、Vは仲間の前で、犯行の段取りを話した。だから、意思の連絡、つまり謀議があった。この道筋です。判定の問いを当てます。言葉の中身が仮に偽でも、証拠の値打ちが残るか。残ります。Vが冗談めかして言ったのでも、仲間の前で犯行の話をした事実は残ります。段取りが実行できるものだったかも、この推論には要りません。前々回の型でいえば、発言があったこと自体を使う点で、型2、設例Bの詐欺の説明に近い使い方です。共謀は犯罪事実の一部なので、仲間の前で段取りを話したことが、そのまま共謀の一場面にもなっています。

だから、内容の真実性は問題になりません。4つの関所で見ると、Sの関所、つまり見る、覚える、言葉にする、伝える、は全部Sの側にあります。Sは法廷にいるので、反対尋問で確かめられます。Vの発言の側の関所は、中身を使わないこの使い方では、問題になりません。境界のペアで確かめます。Vの発言を、Vが仲間に段取りを話した証明に使うなら、非伝聞です。同じ発言を、輸送車が実際に朝の巡回のあとに来ることの証明に使うなら、中身どおりの事実を使うので、話が変わります。後ほど、この違いを見ます。

4 白鳥事件

短答・論文共通

白鳥事件——同じ判決の3つの供述

	被告人Aの発言（証人の法廷証言）	被告人Aの発言（検察官調書）	打ち明け話（共犯者の話）
何を使うか	「共産党を名乗って…」と話したこと	「Gはもう殺してもいいやつだ」と言ったこと	共犯者Rが射殺したこと
要証事実	発言をしたこと**自体**	発言をしたこと**自体**	Rが射殺したという**内容どおりの事実**
聞いた人の知覚	自ら**直接知覚**	自ら**直接知覚**	直接知覚**していない**
結論	伝聞供述に**当たらない**	伝聞供述に**当たらない** 調書は321条1項2号で証拠にできる	**伝聞供述** 324条2項・321条1項3号の要件を満たし、証拠能力あり

最判昭和38年10月17日（刑集17巻10号1795頁）／
要証事実を発言の存在に置くか、内容どおりの事実に置くかで分かれる

図：白鳥事件の3つの発言と1つの対比を並べた表

- 被告人の発言3つは、聞いた人がそれぞれ自ら直接知覚しており、発言したこと自体が要証事実なので伝聞供述に当たらない

- 打ち明け話は、要証事実が話された内容どおりの射殺の事実で、聞いた人は直接知覚していないので伝聞供述となり、324条2項と321条1項3号の要件を満たすので証拠能力あり

この整理を、判例で確かめます。白鳥事件です。札幌で警察官が射殺された事件で、被告人が、共犯者と共謀のうえ殺人などをしたとして起訴されました。被告人は、犯行への関与を争いました。判決は、被告人をAという記号で呼んでいます。弁護人は、上告の趣意で、原判決が伝聞供述を証拠にしているので、320条と324条に違反する、と主張しました。ここは、弁護人の主張です。判旨ではありません。最高裁は、この主張を、実質は単なる法令違反の主張で、上告理由に当たらないとしました。そのうえで、括弧書きで、原判決の判断を是認しています。判断は、一般論、被告人の発言の扱い、打ち明け話の扱い、の3つに分かれます。まず、一般論です。

> **判例** 最高裁判所第一小法廷判決・昭和38年10月17日（刑集17巻10号1795頁）
>
> 伝聞供述となるかどうかの一般論 伝聞供述となるかどうかは、要証事実と当該供述者の知覚との関係により決せられるものと解すべきである。

要証事実と、供述者の知覚との関係で決まる。今日の1問と同じ考え方です。次に、被告人Aが仲間の前で言った、とされる発言です。たとえば、共産党を名乗って堂々と襲撃しようか、と話した、と証人が証言した部分です。

> **判例** 最高裁判所第一小法廷判決・昭和38年10月17日（刑集17巻10号1795頁）
>
> 発言をしたこと自体を要証事実とした判旨 いずれも被告人Ａが右のような内容の発言をしたこと自体を要証事実としているものと解せられるが、被告人Ａが右のような内容の発言をしたことは、各供述者の自ら直接知覚したところであり伝聞供述に当らない

証人が、自分の耳で、その発言を聞いた、ということです。設例JのSと同じです。証言の内容は、Sが知覚した出来事そのものです。だから、供述者の知覚と、要証事実が重なります。同じ判決は、被告人Aの別の発言、Gはもう殺してもいいやつだ、を聞いた人の検察官調書についても、発言をしたこと自体を要証事実とし、聞いた人が自ら直接知覚したので伝聞供述ではない、としました。そのうえで、この調書は、検察官の前での供述を録取した書面の例外である、321条1項2号で証拠にできる、とした原審の判断を是認しています。発言そのものが非伝聞なので、発言の側に、例外の検討は増えません。対比を見ます。同じ判決に、共犯者が、自分が射殺したと打ち明けた、という証言があります。

> **判例** 最高裁判所第一小法廷判決・昭和38年10月17日（刑集17巻10号1795頁）
>
> 打ち明け話を伝聞供述とした判旨 Ｒが Ｉ課長を射殺したことを要証事実としているものと解せられ、この要証事実自体は供述者たるＣにおいて直接知覚していないところであるから、伝聞供述であると言うべき

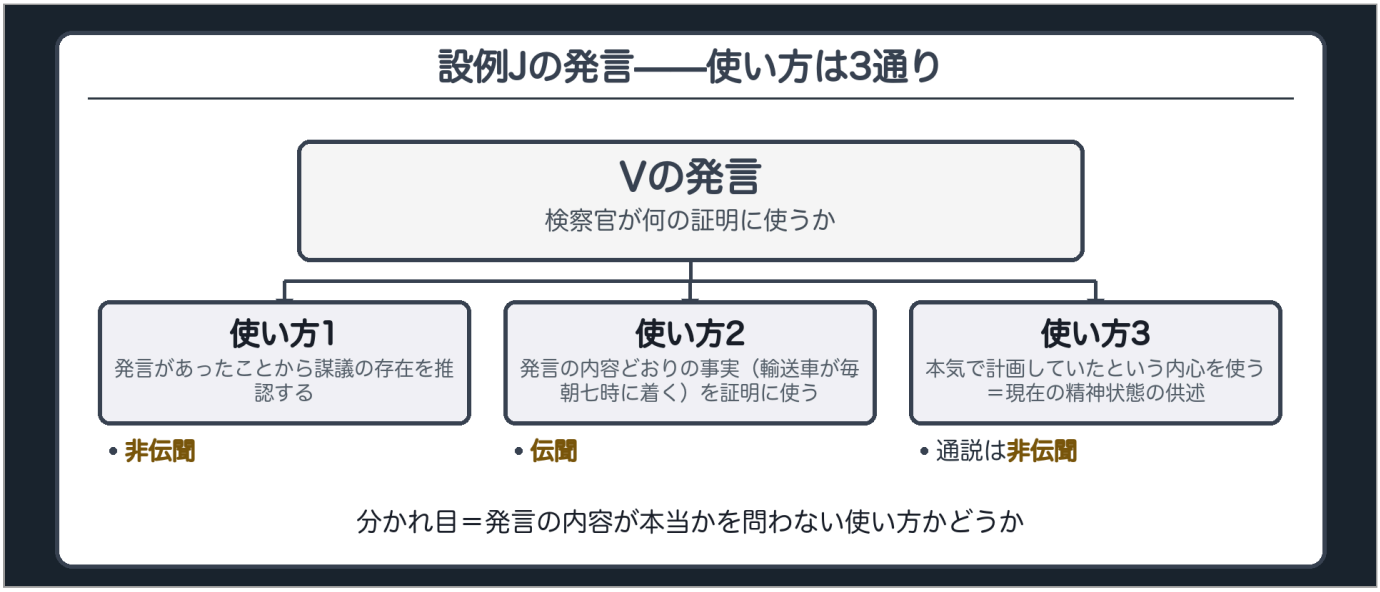
要証事実が、その共犯者が射殺したことです。この事実を、証人は直接知覚していません。だから伝聞供述です。ただし、最高裁は、324条2項と321条1項3号の要件を満たしているので、結局、証拠にしたことは違法ではない、としました。

> **条文** 刑事訴訟法第324条第2項
>
> 刑事訴訟法第324条第2項
> 被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で被告人以外の者の供述をその内容とするものについては、**第三百二十一条第一項第三号の規定を準用する**。

前回の米子事件と同じ、324条2項から321条1項3号へ進む道です。3号の中身は、別の回で扱います。ここで大事なのは、同じ発言でも、要証事実を、発言の存在に置くか、発言の内容どおりの事実に置くかで、結論が分かれることです。白鳥事件の発言を、話した人の気持ちの表れとして非伝聞と読む主張も、ありえます。ただ、判旨は、発言をしたこと自体を要証事実としています。精神状態の供述と読む説明とは、噛み合いにくい、とも説明されます。

5 同じ発言でも使い方は3通り

論文の骨格

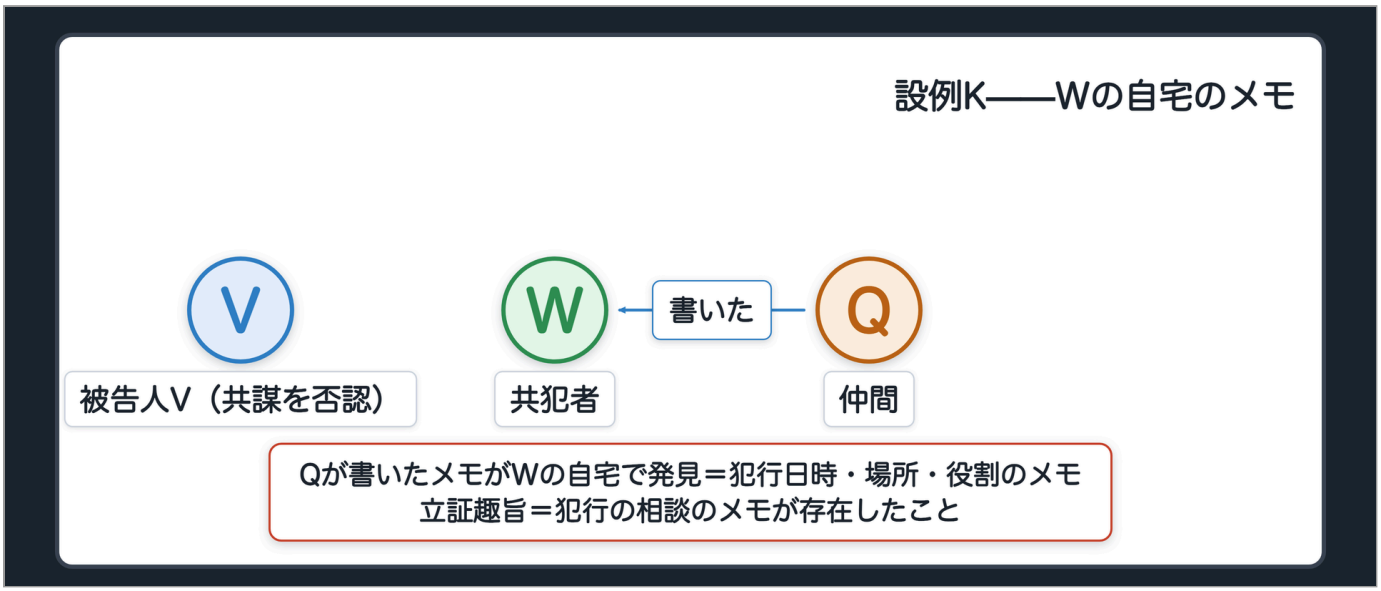


図：設例Jの発言の3通りの使い方の分岐板

設例Jに戻ります。Vの発言は、使い方が3通りあります。1つ目は、発言があったことから、謀議の存在を推認する使い方です。これは非伝聞でした。2つ目です。Vが、別の場で、あの輸送車は毎朝七時に裏口へ着く、と言ったとします。これを、輸送車が実際に七時に着くことの証明に使います。この使い方は、過去に見たことの叙述の真実性を使います。ここで立ち止まります。この使い方は、伝聞でしょうか、非伝聞でしょうか。中身が偽でも、値打ちは残るでしょうか。輸送車が実際に七時に着かないなら、発言は証明に役立ちません。値打ちは残らないので、伝聞です。見る、覚える、の関所を通る、伝聞です。判例の対比でいえば、打ち明け話と同じ型です。3つ目です。Vが、本気で犯行を計画していた、という内心を使います。これは、発言した時点の気持ちなので、前回の現在の精神状態の供述です。通説は非伝聞でした。分かれ目は、検察官が何の証明に使うか、です。答案は、発言の内容が本当かを問わない使い方かどうかから、書き出します。

6 犯行計画メモ——存在だけでは意味がない

論文の骨格



次は、メモです。設例Kです。銀行を襲う強盗事件で、被告人はVです。共犯者とされるWの自宅から、メモが見つかりました。「十日の夜、駅前の銀行。裏口に車を回す。見張りは二人。車は西口」。作成者は、Vと同じ仲間のQです。Vは、共謀への参加を否認しています。検察官は、このメモを、犯行の相談のメモが存在したこと、を立証趣旨として請求しました。メモの存在だけを証明しても、共謀の証明には届きません。前に見た日記の設例と同じ型です。日記をつけていた事実だけでは、脅迫の争点は解決しませんでした。メモが存在することと、Vが仲間と意思を通じたことは、別の話です。書いたのは、Qです。メモがあった、というだけでは、争点の解決に役立ちません。立証趣旨は、当事者の荷札でした。裁判所は、荷札どおりに使って役に立たなければ、実質的な要証事実に置き直せます。ここでは、事前に共謀があったことです。東京高裁の裁判例が、この形を扱っています。

東京高裁の要旨——存在だけでは無意味

	内容
事案	恐喝・傷害などの事件で、**戦術会議の結果**を記したノートなどが取り調べられた
経緯	当初は作成者も経緯も不明＝後に、会議の参加者から聞いた**別の者**が書いたと判明した （事実の経緯であって判旨ではない）
判断の要旨	メモがあったという事実だけを立証趣旨にしても、**意味をなさない** 請求の実質は**事前共謀の立証**と解すべき

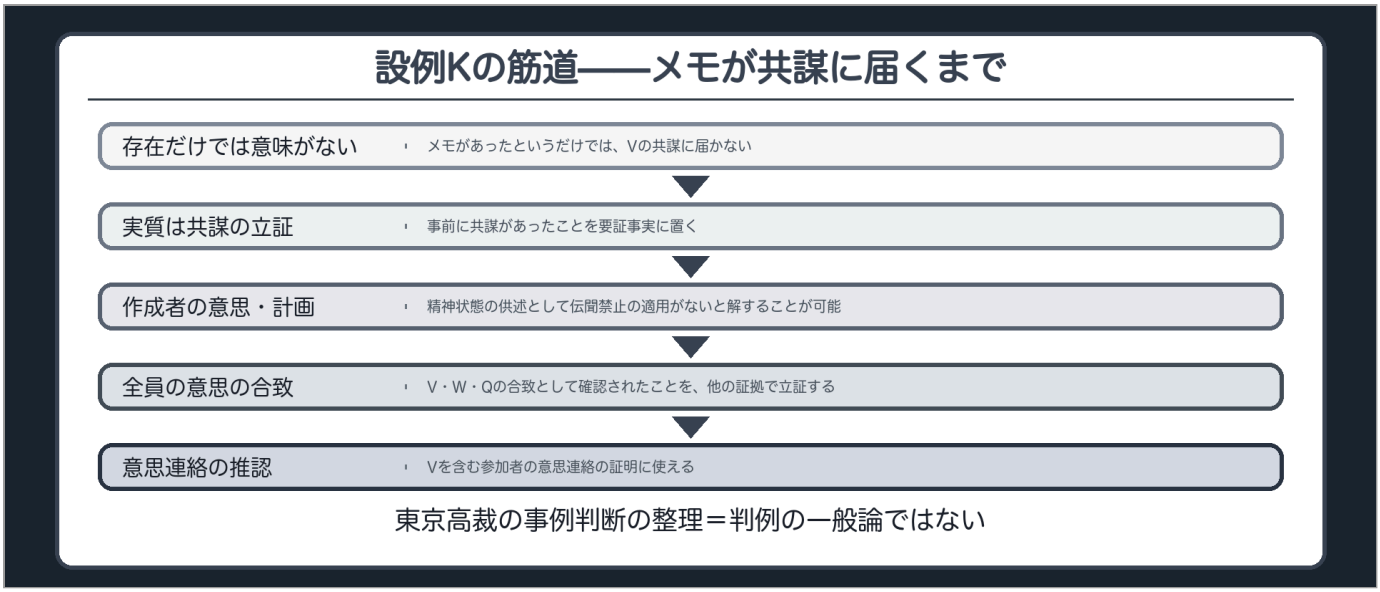
東京高判昭和58年1月27日（判時1097号146頁）／要旨であり、判旨の逐語ではない

- 東京高裁の裁判例の要旨として、メモの存在のみを立証趣旨として取り調べても意味をなさず、事前共謀の立証と解すべきこと、事案は恐喝や傷害等で戦術会議の結果を記したノートの作成経緯が当初不明で後に会議の参加者から聞いた別の者が書いたと判明したことを整理した板
- 判旨の逐語ではなく要旨

事案の要旨です。恐喝や傷害などの事件で、ノートなどに、戦術会議の結果が書かれていました。当初は、作成者も、作成の経緯も、分からないまま取り調べられました。あとの審理で、犯行前の会議の結果を、参加者から聞いた別の人が書いたものだと分かりました。これは事実の経緯で、判旨ではありません。判断の要旨は、メモの存在のみを立証趣旨として取り調べても、意味をなさない。事前共謀を立証するものとして請求された、と解すべきだ、というものです。

7 精神状態のルートと、共謀に届くための条件

論文の骨格



図：設例Kの筋道の流れ板

実質は、共謀の立証です。では、メモは伝聞でしょうか。その前に、前回の問いを1つ。現在の精神状態の供述で、誤りが入りうる関所として残るのは、どれでしたか？叙述の真摯性だけです。見る、覚える、は通りません。この論理を、メモに当てます。要旨として、こう整理できます。人の意思や計画を書いたメモは、その意思や計画を証明するためには、伝聞禁止の適用がない、つまり非伝聞だ、と解することが可能です。理由は、前回と同じです。意思や計画には、見る、覚える、の関所がありません。作成が真摯になされたことが証明されれば、書いた人を尋問して、信用性を試す必要は、必ずしもありません。たとえば、旅行の計画を書いた付箋は、書いた人が本気で行くつもりだったか、だけが問題です。もっとも、真摯性は、ただで認められるわけではありません。前回の米子事件の読み2も、精神状態として見たうえで、根拠の出来事が立証されないと真摯性を担保できない、という読みでした。メモでも、作成が真摯になされたことの証明が、条件になります。ただし、問題が残ります。Qの意思と計画だけを示すメモで、被告人Vの共謀まで言えるでしょうか。

Qが書いたのは、Qの計画です。Vが同じ計画に乗ったかは、分かりません。言えないと思います。数人の共謀では、メモが、最終的に共犯者全員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、前提になります。裁判例では、他の証拠によって、その確認が立証されていた、という事案でした。設例Kで当てはめます。境界のペアです。会合で、V、W、Qが、この計画で行こう、と確認しました。その結果を、Qが書いたのがこのメモです。この確認を、会合の出席者の証言などで立証できれば、メモは、共謀者全員の意思の合致を表すものになります。Vの意思連絡の証明に使えます。逆に、Qが一人で思いつきを書いたのなら、Qの計画にとどまります。Vには届きません。決め手は、参加者全員の合致が、他の証拠で確認できるかです。要証事実は、謀議行為の存在そのものではなく、Vを含む参加者の意思連絡の存在です。書いた時点のメモが示すのは、書いたQの意思だけです。仲間がそのメモを、自分たちの計画として確かめ合って使えば、その時点のメモは、Vを含む全員の意思を映すものになります。だから、メモを書いた時点と、そのメモが仲間の間で使われた時点の、精神状態の供述として構成するのが適切だ、と説明されています。答案では、2段に書き分けます。ここは、論文で論点になりうる場面です。ただし、この2段は、東京高裁の事例判断を参照した整理です。判例の一般論ではありません。

> ⭐ **論文で書く規範**：犯行計画メモの証拠能力（共謀の立証） メモの立証趣旨が存在のみで意味をなさないなら 実質的な要証事実として共謀の存在を置く | 意思・計画を記載したメモは その意思・計画の立証には 知覚・記憶を欠き 作成が真摯であれば足りるので伝聞禁止の適用がないと解することが可能 | もっとも共謀の立証には メモが共謀者全員の意思の合致として確認されたものであることが必要であり 他の証拠で立証できることを要する （規範（裁判例の判断を参照して整理した規範）——判例の一般論ではない・東京高判昭和58年1月27日（判時1097号146頁）の事例判断の整理）

8 異議がない旨の意見の扱い

短答

異議がない旨の意見——予備的な理由とされる部分

	内容
主たる筋	精神状態のルート＋全員の意思の合致の確認
予備的な理由（とされる）	合致が確認できない場合でも、弁護人は取調べで異議を出しておらず、会議の参加者への反対尋問権を**手放したとみられても仕方がない**とされる
帰結	証拠能力を認めた第1審の手続に**違法はない**とされる
この事案	弁護人が、取調べに**異議がない旨の意見**を述べていた

東京高判昭和58年1月27日（判時1097号146頁）の要旨／同意の要件と効果は別の回で扱う

- 東京高裁の裁判例の要旨として、合致が確認できない場合でも、弁護人は取調べで異議を出しておらず反対尋問権を手放したとみられても仕方がない、と述べたとされる予備的な理由（第1審の手続に違法なし）を、主たる筋である精神状態と合致の確認の筋と区別して示した板
- 判旨の逐語ではなく要旨

要旨として見ます。高裁は、予備的に、こうも述べたとされます。共謀者数名の意思の合致だと確認できない場合でも、弁護人は第1審の取調べのとき異議を出していないので、メモの元になった話をした会議の参加者に反対尋問をする権利を、手放したとみられても仕方がない。だから、証拠能力を認めた第1審の手続に、違法はない、というものです。位置づけを区別します。主たる筋は、さきほどの、精神状態のルートと、全員の合致の確認です。異議がない旨の意見の評価は、主たる筋が通らなかった場合に備えた、予備的な理由です。この事案では、弁護人が、取調べに異議がない旨の意見を述べていました。反対尋問で確かめる機会がありながら、それを求めなかったものとみられた、という評価です。どこまでが放棄に当たるか、同意の要件と効果は、別の回で扱います。

9 メモが非伝聞になる3場面

短答・論文共通

設例L——メモが非伝聞になる3場面

	回覧	指紋	犯行との一致
何に頼るか	謀議の際にメモが**回覧された**事実	被告人の**指紋**がメモに付いていること	犯行がメモと**一致**
推認	謀議の存在	被告人の関与	被告人・作成者の関与
注意	後日、共謀者が整理したメモなら供述証拠（伝聞）になりうる	記載の正確さは問題にならない	メモが犯行前に作られたことが、他の証拠で示されること

いずれも、メモの中身が本当かに頼らない＝非供述証拠として使う

図：設例Lの3場面の比較表

- 回覧は謀議の際にメモが回覧された事実から謀議の存在を推認、指紋は被告人の指紋から関与を推論、犯行との一致は所持や役割や作成者の関与を推認し、いずれもメモの中身が本当かに頼らない非供述証拠として使う
- 回覧は後日整理したメモなら供述証拠になりうる注意点つき

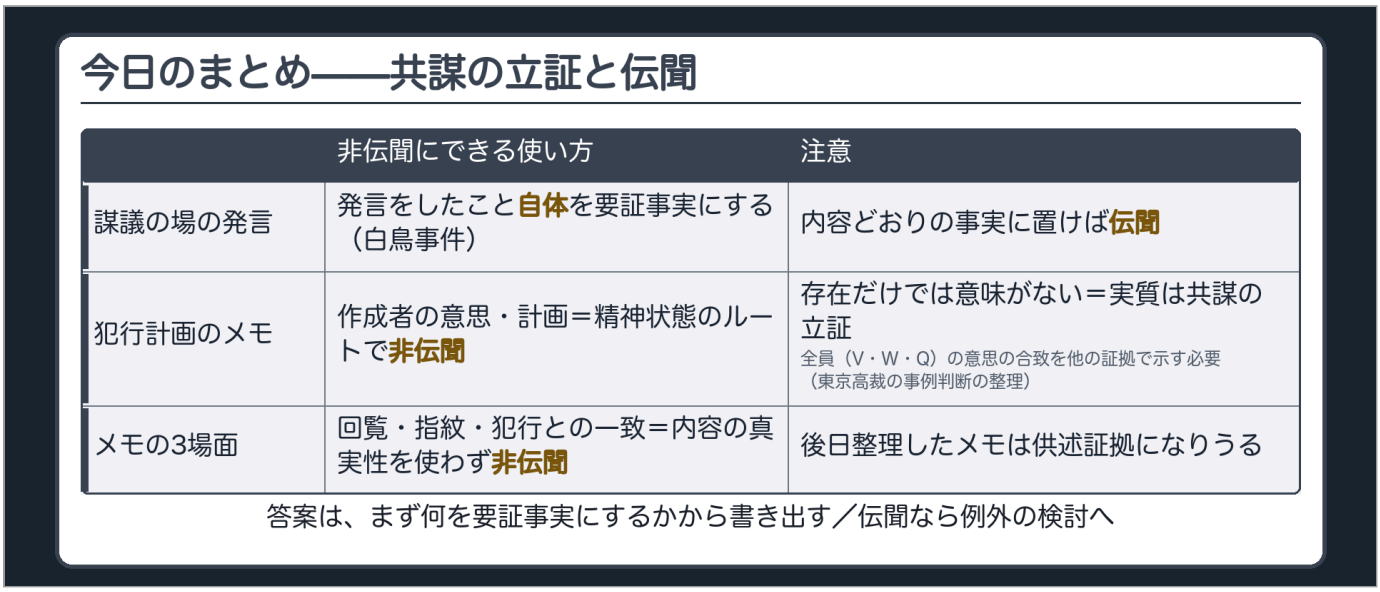
補論です。設例Lは、設例Kの続きです。実際に、銀行の裏口で強盗が起き、メモの記載と、ほぼ同じ手口でした。同じメモを、中身の真偽に頼らずに使う場面が、3つあります。判断の道具は、これまでと同じ、中身が仮に偽でも値打ちが残るか、です。1つ目は、謀議の場で、メモが回覧された場合です。町内会の回覧板を思い浮かべてください。書いてある中身が嘘でも、全員に回った事実は残ります。同じように、目撃者や他の参加者の証言で、謀議の際にメモが回覧された事実が立証できれば、メモの存在から、謀議の存在が推認できます。記載どおりの事項が協議されたかは、問いません。

ただし、注意があります。共謀者の一人が、合意した計画を、後日改めてメモに整理した場合です。この場合は、謀議があったかを含め、知覚、記憶、叙述の正確性が問題になり、供述証拠、つまり伝聞になりえます。回覧された、という事実に頼るのと、整理した中身に頼るのとは別です。2つ目は、被告人の指紋がメモに付いている場合です。事件に関連するメモに、被告人の指紋があれば、被告人の関与を推論できます。メモは証拠物として使われます。記載の正確さは、問題になりません。3つ目は、犯行の態様が、偶然とは考えがたいほど、メモと一致する場

合です。ただし、メモが犯行前に作られたことが、他の証拠で示されることが前提です。この場合、記載内容の正確さを問わず、3つの推論ができます。1つ目の推論は、所持です。犯行前に書かれ、犯行と同じ手口のメモを、被告人が持っていた、あるいは被告人の関係先から押収された。それなら被告人は、犯行を前もって知る立場にいたことになるので、関与を推認できます。作成者や作成経緯が不明でも使えます。2つ目は、メモに被告人の役割が書かれている点から、関与を推認する道筋です。犯行前に、実際と同じ手口を書けた人は、計画を前もって知っていた人です。その人が、計画の中に被告人の役割まで書き込んでいたなら、被告人も、その計画に組み込まれていたと推し量れます。支えは、犯行と一致したという事実です。3つ目は、作成者が判明している場合に、作成者の関与を推認する道筋です。犯行の前に、犯行と同じ手口を書けるのは、計画を前もって知っていた人、つまり関与した人だけだからです。

頼っているのは、回覧された事実、指紋、そして犯行との一致です。これらは、非供述証拠として使えます。一点だけ、付け加えます。メモの内容が犯行と食い違うなら、一致による推論は使えません。ただし、作成者本人の意思や計画を立証する使い方は、別に残ります。

◆ 今日の地図（保存版）



図：今日の内容を1枚に整理した保存版のまとめ板

まとめます。答案は、まず、何を要証事実にするか、から書き出します。謀議の存在、作成者の意思や計画、共謀者全員の意思の合致、被告人の関与。そのうえで、内容の真実性を使うか、を問います。1つ目。謀議の発言は、発言をしたこと自体を要証事実にすれば、非伝聞です。白鳥事件がそうでした。要証事実を、発言の内容どおりの事実に置けば、伝聞です。2つ目。犯行計画のメモは、存在だけでは意味がありません。実質は、共謀の立証です。作成者の意思や計画は、精神状態のルートで、非伝聞にできます。ただし、共謀者全員の意思の合致として確認されたことを、他の証拠で示す必要があります。これは、判例の一般論ではなく、東京高裁の事例判断の整理です。3つ目。メモは、回覧、指紋、犯行との一致という使い方なら、内容の真実性を使わず、非伝聞です。

例外の中身は、別の回で扱います。写真や録音は、供述証拠でしょうか、非供述証拠でしょうか。今日の1問を持って行きましょう。