

# 立証趣旨とその拘束力についての一考察

## — 平成17年決定および平成27年決定を手がかりとして —

岡山大学大学院法務研究科准教授

小 浦 美 保

- 1 はじめに
- 2 立証趣旨の拘束力をめぐる議論
- 3 平成17年決定および平成27年決定と立証趣旨の拘束力
- 4 おわりに

### 1 はじめに

最高裁平成17年9月27日第二小法廷決定<sup>1</sup>（以下、平成17年決定という）は、検察官が、「被害再現状況」を立証趣旨として証拠調べ請求した実況見分調書および「犯行再現状況」を立証趣旨として証拠調べ請求した写真撮影報告書について、「実質においては、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と解される」として、両書面につき、「刑事訴訟法326条の同意が得られない場合には、同法321条3項所定の要件を満たす必要があることはもとより、…再現者が被告人以外の者である場合には同法321条1項2号ないし3号所定の、被告人である場合には同法322条1項所定の要件を満たす必要があるというべきである」とし、供述録取部分についてはいわゆる伝聞例外の要件である署名押印を欠き、写真部分については署名押印以外の要件を欠くから、証拠能力が認められないと判断した。

また、最高裁平成27年2月2日第一小法廷決定<sup>2</sup>（以下、平成27年決定という）は、検察官が、そ

<sup>1</sup> 最高裁平成17年9月27日第二小法廷決定（刑集59巻7号753頁）。本決定に関する評釈として、池田公博・刑事訴訟法判例百選〔第9版〕180頁（2011年）、伊藤博路・信州大学法学論集9号319頁（2007年）、上田信太郎・受験新報659号28頁（2005年）、加藤克佳・平成17年度重判207頁（2006年）、加藤経将・警察公論61巻1号104頁（2006年）、川上拓一・研修689号3頁（2005年）、公文孝佳・法時79巻2号120頁（2007年）、寺崎嘉博・ジュリスト1345号104頁（2007年）、正木祐史・法セミ612号130頁（2005年）、山口寛峰・別冊判タ26号（警察基本判例・実務200）338頁（2010年）、渡辺咲子・刑事法ジャーナル3号112頁（2006年）等。その他、関連する論稿として、川上拓一「実況見分調書の証拠能力について再論 — 最二小決平成17年9月27日刑集59-7-753を手懸かりに —」『植村一郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題〔第1巻〕』（立花書房、2011年）313頁、長沼範良・井上宏「再現実況見分調書の証拠能力（最二小決平成17年9月27日刑集59巻7号753頁）」法教326号78頁（2007年）、渡辺修「犯行再現写真の証拠能力 — 最決平成17年9月27日によせて —」甲南法務研究2号39頁（2006年）等。

<sup>2</sup> 最高裁平成27年2月2日第一小法廷決定（判時2257号109頁、判タ1413号101頁）。本決定に関する評釈として、井上和治・法教判例セレクト2015〔Ⅱ〕46頁（2016年）、中島宏・法セミ732号116頁（2016年）、成瀬剛・平成27年度重判178頁（2016年）、保坂和人・警察学論集68巻10号174頁（2015年）、緑大輔・判時2280号174頁（2016年）等。

れぞれ「被害者指示説明に基づく被害再現状況等」および「目撃者指示説明に基づく犯行目撃状況等」を立証趣旨として証拠調べ請求した2通の捜査状況報告書について、「実質においては、被害者や目撃者が再現し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]」として、原判決が321条1項3号所定の要件を満たさないのに321条3項のみによって証拠採用した点を違法と判断した。

平成17年決定は、一定の場合に、裁判所が立証趣旨に拘束されることなく要証事実を設定し直し、そのうえで、当該要証事実との関係で必要とされる伝聞例外要件を満たすかどうか判断できることを示唆しているようにみえる<sup>3</sup>。また、平成27年決定は、平成17年決定を明示的には引用していないものの、平成17年決定に沿った判断をした一事例と理解されている<sup>4</sup>。

これまで、立証趣旨の拘束力については、これを肯定する見解と否定する見解の両方が示されており、その射程についても様々な議論が交わされてきた。平成17年決定について、同決定の最高裁判所判例解説では、「当事者が設定した立証趣旨をそのまま前提にするとおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合に、実質的な要証事実を考慮する必要があるという趣旨と解される」<sup>5</sup>と指摘されている。平成17年決定は、立証趣旨の拘束力について、どのような立場を前提とするものだろうか。

本稿では、まずは、立証趣旨の拘束力に関する議論を概観する。そして、平成17年決定およびそれを踏襲する平成27年決定が、立証趣旨の拘束力をめぐる議論との関係で、どのような位置づけのものといえるかを検討していくこととする。

## 2 立証趣旨の拘束力をめぐる議論

### (1) 立証趣旨の意義

刑事訴訟法298条1項は、「検察官、被告人、又は弁護人は、証拠調を請求することができる」と規定し、これを受けた刑事訴訟規則189条1項は、「証拠調の請求は、証拠と証明すべき事実との関係を具体的に明示して、これをしなければならない」と規定する。「立証趣旨」という用語の定義は、法および規則からは明らかなではないが、一般に、証拠調べ請求をする当事者が設定した、証拠と証明すべき事実との関係を立証趣旨と呼ぶ<sup>6</sup>。

一方当事者が立証趣旨を明示して証拠調べ請求を行うと、他方当事者は、立証趣旨をも踏まえて、

<sup>3</sup> 緑大輔『刑事訴訟法入門』（日本評論社、2012年）285頁。

<sup>4</sup> 匿名解説・判時2257号110頁、保坂・前掲注(2)174頁。

<sup>5</sup> 芦澤政治・最判解刑事篇平成17年度330頁。

<sup>6</sup> 他に、「証拠との関連性を明らかにすること」(植村立郎「立証趣旨とその拘束力について」廣瀬健二ほか編『田宮裕博士追悼論集〔上巻〕』(信山社、2001年)113頁、114頁)や「証拠方法と究極的要証事実との関連性」(岡田雄一「立証趣旨の拘束力」刑事訴訟法の争点〔新版〕170頁(1991年)、170頁)等の説明がみられるが、同趣旨と思われる。

証拠意見を述べる。そして、裁判所は、請求された証拠の採否を決定する際の判断資料として立証趣旨を参照することになる。同時に、立証趣旨は、他方当事者にとって、防御等の準備のための手掛かりともなり得る。このような手続上の機能に鑑みれば、立証趣旨は、それ自体、軽視することのできないものといえる<sup>7</sup>。

実務上、たとえば「犯行状況」、「被告人にアリバイが存在すること」などといった立証趣旨が提示されるという。しかし、これらのかたちで提示された「立証趣旨」は、証拠調べ請求をした一方当事者の狙いや期待を含んだものないし狙いや期待そのものであり、真の意味での立証趣旨とは異なることが指摘されている<sup>8</sup>。当事者の狙いや期待を含んだ立証趣旨を伴って請求された証拠が、いわばそれを裏切るかたちで事実認定に供されることがあっても、それ自体は真の意味での立証趣旨の拘束力の問題とはいえない。例えば、「被告人にアリバイが存在すること」を立証趣旨として用いられた証拠であっても、それが結果的にアリバイの否定につながることもあり得るが、このことは証拠の共通性の帰結とみるべきであろう。実務上は、ある程度幅をもって立証趣旨を解釈することが認められている<sup>9</sup>、立証趣旨の主張が不適切な場合には、釈明等によって適切な立証趣旨が改めて提示されることが期待される<sup>10</sup>。本稿では、このような狙いや期待を含まない意味での立証趣旨の問題を扱うこととする。

## (2) 立証趣旨の拘束力

証拠調べ請求の際に立証趣旨を提示することは、規則189条1項によって義務付けられている。当事者主義を徹底する立場によるならば、証拠調べに当たっては、当事者の設定した立証趣旨を前提にして、その限度で証拠の採否を決し、またその限度で事実認定に供されることとなろう。証拠の採否の判断が立証趣旨に拘束されると考える場合、当該証拠が、提示された立証趣旨との間ではなんら証拠価値をもたず、求釈明を経てもなおこの点が修正されないとすれば、証拠と証明すべき事実の関連性は否定され、証拠調べ請求を却下するという判断があり得る<sup>11</sup>。

しかし、これまでの議論状況によると、必ずしもこのようには理解されておらず、その拘束力を正面から肯定する見解は、近年ではあまりみられないように思われる。他方で、拘束力を否定しつ

<sup>7</sup> 岡田・前掲注(6)、170頁。

<sup>8</sup> 当事者の狙いや期待を含んだかたちでの立証趣旨を「立証事項」という場合もある。この点についての指摘として、石井一正『刑事実務証拠法〔第5版〕』（判例タイムズ社、2011年）82頁、植村・前掲注(6)114頁、杉田宗久「立証趣旨と証拠決定」『裁判員裁判の理論と実践〔補訂版〕』（成文堂、2013年）99頁、117頁・注53等。

<sup>9</sup> 飯畑正一郎「立証趣旨の追加・変更、証人尋問請求の撤回、反対尋問の機会における新たな事項の尋問、被告人質問における新たな主張に関する供述」判タ1318号48頁（2010年）、49頁、石井・前掲注(8)82頁。

<sup>10</sup> 植村・前掲注(6)116頁。なお、求釈明を経ても立証趣旨が提示されない場合、または立証趣旨が不明確な場合には、裁判所は証拠調べ請求を却下することができる（規則189条4項）。

<sup>11</sup> この点に関する指摘として、川出敏裕「演習」法教389号152頁（2013年）、153頁。

つ限界を認める見解もあり、手続のどの段階において、またどのような意味で拘束力が肯定され、あるいは否定されるかについては、様々に論じられてきた。ここでは、立証趣旨の拘束力をめぐる議論の状況を整理しておきたい<sup>12</sup>。

### ① 拘束力を肯定する立場

かつて、裁判実務家の多くは、立証趣旨の拘束力を肯定する立場をとっていた。この見解によれば、「立証趣旨になんらの拘束力を認めないときは、被告人に対する不意打ちを認めることとなり、手続の適正を害し、デュー・プロセスに反する」ことになるから、立証趣旨の拘束力は、相対的に証拠禁止を導くとされる<sup>13</sup>。したがって、立証趣旨による制限を超えて利用される証拠は、不意打ち防止のために、それがそのようなかたちで利用されることを手続上明らかにしたうえでなければ、証拠能力が認められないことになる<sup>14</sup>。ここでは、証拠の採否の文脈で論じられていることから明らかなように、証拠能力の判断という場面での立証趣旨の拘束力が肯定されている。さらに、この拘束力を肯定する議論は、証拠能力判断の場面にとどまることなく主張されてきた。ある証拠の証拠能力が特定の立証趣旨との関係で認められるとすれば、その後の訴訟の追行も、また当該証拠からの事実認定も立証趣旨の範囲内でのみ認められ、おのずと訴訟追行面においても、実体形成面においても、立証趣旨の拘束力が継続的に影響を及ぼすと理解されてきたのである<sup>15</sup>。

このような拘束力肯定説は、当事者に対する不意打ちの防止のみならず、手続全体において立証趣旨による縛りをつけることにより、証拠調べ手続の円滑化・合理化を図ることをも期待したものであり<sup>16</sup>、現行刑事訴訟法の下で集中審理を推進する論者によって提唱されてきた面もあるとされている<sup>17</sup>。

また、これらの議論が活発に行われていた背景として、昭和20年代の高裁判例<sup>18</sup>において、立証

<sup>12</sup> 学説の状況について紹介するものとして、井戸俊一「立証趣旨・証人尋問」廣瀬健二編『刑事公判法演習』（立花書房、2013年）294頁、299頁、塩見久喜「立証趣旨の拘束力」立命館法学197号43頁（1988年）、山田道郎「立証趣旨の拘束力」明治大学法律論叢73巻2・3号199頁（2000年）等。

<sup>13</sup> 岸盛一『刑事訴訟法要義〔新版〕』（廣文堂書店、1962年）162頁。肯定説に賛同するものとして、森岡茂「立証趣旨と証拠能力」判タ183号81頁（1966年）。後者は、立証趣旨を前提とした証拠決定がなされることで、立証趣旨に拘束力が認められるとする。

<sup>14</sup> 岸・前掲注(13)165頁。

<sup>15</sup> 岡田・前掲注(6)170-171頁。

<sup>16</sup> 森岡・前掲注(13)82頁。

<sup>17</sup> 岡田・前掲注(6)170頁。

<sup>18</sup> 肯定説に立つものとして、①名古屋高裁金沢支部昭和25年2月24日判決（高刑判特7号36頁）、②福岡高裁昭和25年7月11日判決（高刑判特11号143頁）、③福岡高裁昭和27年6月4日判決（高刑判特19号96頁）等。否定説に立つものとして、④名古屋高裁昭和24年10月29日判決（高刑判特1号280頁）、⑤東京高裁昭和25年4月15日判決（高刑判特16号63頁）、⑥広島高裁昭和26年10月10日判決（高刑判特20号40頁）、⑦東京高裁昭和27年2月1日判決（高刑判特29号19頁）、⑧広島高裁昭和27年7月18日判決（高刑判特20号84頁）、⑨東京高裁昭和27年11月15日判決（高刑

趣旨の拘束力の有無についての統一的な見解がみられなかったことが指摘されている。

昭和20年代の高裁判例のうち、拘束力を否定する裁判例は、その根拠として、自由心証主義やその趣旨（注(18)、④・⑤）、現行刑事訴訟法が当事者主義を採用したが職権主義の部分をも残していること（注(18)、⑥・⑨）等を挙げていた。また、否定説に立ちながらも、不意打ち防止や当事者の不利益を考慮する必要性を掲げるもの（注(18)、⑥・⑩）の他、単に、証拠の共通性を確認したに過ぎないとみられるもの（注(18)、⑦・⑧）もあった。他方、拘束力を肯定する裁判例は、特定の立証趣旨を前提にしてなされた同意（326条）の効果がどこまで及ぶかといった問題を取り扱うものであった（注(18)、①・②・③）。

当時、立証趣旨の制度はいまだ定着していなかったと指摘されている<sup>19</sup>。そして、立証趣旨の拘束力を肯定する議論は、このような状況を受けて示されたものであったために、現在においてはその使命を終えたともいわれている<sup>20</sup>。

他方で、拘束力肯定説の台頭がかつての時代背景によるものであるとしても、集中審理の要請は裁判員制度の導入を契機にいっそう高まっているし<sup>21</sup>、不意打ちの防止といった観点が現代の刑事訴訟においても重要なものであることに変わりはない。また、実務家からは、立証趣旨が裁判所の訴訟指揮において何らかの指針を与えうることまでは否定できないと指摘されている<sup>22</sup>。そして、立証趣旨を用いたコントロールが、上述のような要請に応えるものになるのだとすれば、立証趣旨に拘束力を認めることには少なからず意義があるように思われる。

このように、裁判実務家を中心として、証拠調べの合理化や不意打ちの防止を軸とした議論が交わされてきた一方で、適正手続の保障の観点から肯定説を導く見解もある。これによると、立証趣旨に拘束力がないとしたならば、当事者による訴訟追行の枠を超えた裁判所による実体形成を許容することになること、また、反対尋問権の保障の点からしても適正ではないことを理由として、拘束力が肯定されることになる<sup>23</sup>。

集5巻12号2201頁）、⑩福岡高裁昭和29年9月16日判決（高刑集7巻9号1415頁）等。

<sup>19</sup> 杉田・前掲注(8)102頁。

<sup>20</sup> 松尾浩也「立証趣旨の拘束力」熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅳ』（日本評論社、1970年）110頁、117頁。

<sup>21</sup> 馬渡香津子「公判前整理手続からみた立証趣旨について」『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題〔第3巻〕』（立花書房、2011年）3頁は、公判前整理手続や裁判員裁判の実施がなされている現状において、立証趣旨の明示の在り方を検討し、「当事者自ら証拠の必要性を吟味し、無駄な証拠調べ請求を自制するきっかけともなり得るようにも思われるのである」（20頁）と述べており、立証趣旨の明示の工夫が、かつて肯定説が意図していたように、訴訟の円滑化に資することを指摘している。

<sup>22</sup> 那須彰「立証趣旨の追加、変更」大阪刑事実務研究会編『刑事実務上の諸問題』（判例タイムズ社、1993年）89頁、91頁。

<sup>23</sup> 高田昭正「立証趣旨の拘束力」刑事訴訟法の争点〔旧版〕186頁（1979年）、187頁。

## ② 拘束力を否定する立場

これに対し、拘束力を否定する見解も有力に主張されてきた<sup>24</sup>。その理論的根拠としては、第一に、立証趣旨については、規則にのみ規定を置くものであって、法律に定めがなく、手続的保障を欠くから、これによって手続の円滑化等といった政策目的を達成することは解釈上困難であること<sup>25</sup>、第二に、立証趣旨の機能という点からして、裁判所が証拠の採否を決定する際の参考にすぎないのであるから、拘束力が認められる根拠がないこと<sup>26</sup>、第三に、立証趣旨に拘束力を認めれば、裁判官の心証形成の範囲をおのずと限定することになり、自由心証主義（318条）に反すること<sup>27</sup>等が挙げられる。

他方で、訴訟進行面での問題は、訴訟指揮等によってある程度の解決を図ることが可能であり、残された問題については、個別の実質的に解決すべきという考え方（いわゆる「還元論」）<sup>28</sup>が、近年では多数を占めているように思われる。

なお、現行刑事訴訟法施行直後において、多数の裁判実務家が拘束力を肯定する立場をとっていたのに対し、その後においては、否定説を採る見解も少なくない。例えば、山崎学判事は、刑事訴訟法が「徹底した当事者主義を採るものでなく、背後に職権主義を潜ませていることを考えると、立証趣旨に拘束力を認めるのは無理であろう」とし、「[[従来裁判実務家が一引用者注]立証趣旨に拘束力を認めるべきであるとしたが、この見解は、過渡的なものであり、現在は、立証趣旨の拘束力を認めるべきではない」<sup>29</sup>として、否定説に依る見解を示している。

## ③ 拘束力否定説の限界

上述のように、立証趣旨の拘束力一般という意味では、これを否定する立場が有力のように思わ

<sup>24</sup> 団藤重光『刑事訴訟法要綱〔7訂版〕』（創文社、1967年）214頁、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）245頁等。前者では、「不当に当事者の利益を害するおそれがない限り」立証趣旨による制約は「厳格なものではない」とされる。

<sup>25</sup> 栗本一夫「第一審の充実強化と法律問題―立証趣旨と証明力・アレイメントの背景」判タ62号6頁（1956年）、8頁、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）312頁。

<sup>26</sup> 平野・前掲注②4 245頁、山崎学「立証趣旨と同意」書研所報35号139頁（1989年）、146頁。

<sup>27</sup> 窪田守雄「立証趣旨の拘束力」研修621号115頁（2000年）120頁、平場安治「立証趣旨の転移はいかなる限度に許されるか」団藤重光編『演習講座刑事訴訟法』（青林書院、1955年）210頁、山崎・前掲注②6 147頁。山田博「立証趣旨の拘束性」司法研修所報32号44頁（1964年）は、証拠能力判断については立証趣旨の拘束力を肯定する一方、証明力判断に当たっては自由心証主義が妥当するため拘束力は否定されるとする（64頁）。なお、自由心証主義を論拠として立証趣旨の拘束力を否定する見解に疑問を呈するものとして、光藤景皎「328条で提出した証拠を犯罪事実の証拠にしてよいか」熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅲ』（日本評論社、1970年）391頁、394頁。

<sup>28</sup> 松尾・前掲注②0 118頁。

<sup>29</sup> 山崎・前掲注②6 147頁。

れるが、拘束力を否定する立場にあっても、それが常に妥当するとまではいわれていない<sup>30</sup>。以下では、いかなる場面について議論がなされてきたか、整理しておく<sup>31</sup>。

(ア) 弁論の主観的併合が行われている場合に、特定の被告人との関係で請求された証拠

主観的併合の場合に、特定の被告人との関係で請求された証拠について、これを他の被告人についての事実認定に用いることができるか。この問題に対しては、否定の結論にはほぼ争いはない。個々の被告人について訴訟法律関係は個別に成立しているからだ、と説明される<sup>32</sup>。

(イ) 弁論の客観的併合が行われている場合に、特定の公訴事実の立証のために請求された証拠

客観的併合の場合も、(ア)と同様、特定の公訴事実との関係で請求された証拠について、他の公訴事実についての事実認定に用いることができないという結論には、一致がみられる。訴訟法律関係が事件単位で成立することの帰結といえる<sup>33</sup>。

(ウ) 328条の下で請求された証拠

328条のいわゆる弾劾証拠として証拠調べ請求された供述証拠については、これを犯罪事実の認定に用いることは許されないとされる。多数説によれば、328条は、当該供述をした者が矛盾する供述をしていたという事実を証明するその限度において、証拠能力を認めるのであって、これ以外の事実を認定するために用いることは、同条の趣旨を潜脱する、といった根拠が挙げられる<sup>34</sup>。

(エ) 訴訟的事実や情状事実の立証のために請求された証拠

訴訟上の事実（訴訟条件、自白の任意性など）や情状事実を立証するために、自由な証明で足りることを前提として採用された証拠は、本来ならば厳格な証明を要する事実の立証のために用いることは認められない<sup>35</sup>。他方、訴訟上の事実を立証するための証拠が仮に証拠能力を肯定されたう

<sup>30</sup> 立証趣旨の拘束力は原則として否定しつつも、立証趣旨に、立証の範囲を画する機能を一定限度で認める見解として、上口裕『刑事訴訟法〔第4版〕』（成文堂、2015年）304頁、白取祐司『刑事訴訟法〔第8版〕』（日本評論社、2015年）349頁、田口守一『刑事訴訟法〔第6版〕』（成文堂、2012年）291頁等。

<sup>31</sup> 以下に述べる場合の他、同意の効果の及ぶ範囲という文脈で論じられることがある。この点については、山崎・前掲注②⑥等を参照。

<sup>32</sup> 植村・前掲注(6)122頁、窪田前掲注②⑦123頁、杉田・前掲注(8)105頁等。

<sup>33</sup> 杉田・前掲注(8)115頁は、「むしろ立証趣旨以前の問題であると言うべき」と指摘する。また、窪田・前掲注②⑦121頁は、「流用」によって、「証拠調べ請求における弁論主義や相手方に対する不意打ち防止の観点から不当な結果を招くことがないかどうかにより決せられると解するのが相当」とする。

<sup>34</sup> 井戸・前掲注⑫301頁、光藤・前掲注②⑦等。塩見・前掲注⑫52頁は、このような場合に当該証拠が犯罪事実の認定に使用できないのは、「相手方の利益保護のため」とする。

<sup>35</sup> 阿部純二「立証趣旨の拘束力」別冊ジュリ4号172頁（1965年）、172頁等。

えて採用された場合であっても、犯罪事実の認定のための証拠として証拠能力を獲得したわけではないから、このための証拠とすることはできない<sup>36</sup>。

上述のように、立証趣旨の拘束力を否定する見解に立つ場合であっても、個々の場面に応じて、一定の限界付けを認めている。そして、このような議論の過程において、立証趣旨の拘束力とは、すでに採用された証拠によって事実認定を行う場面で、当初の証拠調べ請求の趣旨とは異なる事実を認定することの可否という観点から論じられるようになったとみることができる。

そして、かつて指摘されたとおり、これらの点は、そもそも、立証趣旨の拘束力の問題というよりも、個別問題の「寄せ集め」である<sup>37</sup>ともみることができる。たしかに、上記の(ア)ないし(エ)の問題は、訴訟法律関係の個性性や証拠法則による制限という点からの説明も可能であり、立証趣旨の拘束力の問題として別途論じる必要性は乏しいように思われ、立証趣旨の拘束力という問題を離れて、個別の問題としてこれを解決しようとする見解が浸透しているのである。

### (3) 立証趣旨の拘束力と証拠能力の判断

上述のように、いったん特定の立証趣旨のもとで証拠調べが請求され、その限度で証拠能力が認められた場合に、当該証拠により立証趣旨から離れた事実を認定してよいかという、いわば「流用」の問題については、拘束力を否定しつつも、限界を認めるというのが一般的な理解であるように思われる。

上述の個々の場面において、特定の立証趣旨を前提として採用された証拠から、立証趣旨の範疇にない事実を証明することができないことについては、その論拠に照らせば、もはや拘束力の問題ではないとも考えられる。しかし、当該証拠から立証趣旨の範疇にない事実を認定することが許されないということは、別の見方をすれば、当該証拠を立証趣旨外の事実を証明する証拠として用いることができないということを意味する。この点をとらえ、立証趣旨外の事実との関係では、当該証拠のそもそもの立証趣旨によって、証拠能力が制限されているとみることでもあるという指摘がなされている<sup>38</sup>。立証趣旨は、そもそも、証明しようとする事実との関係で示されるものであって、それが裁判所による証拠の採否に影響を及ぼしうるものであることに鑑みれば、立証趣旨は、各事実との関係での証拠能力判断の段階においてその役割を果たすものと捉えることが自然なようにも思われる。

<sup>36</sup> 植村・前掲注(6)117頁等。

<sup>37</sup> 松尾・前掲注(20)118頁。

<sup>38</sup> 植村・前掲注(6)117頁以下。このことについて、田宮・前掲注(25)312頁は、拘束力を否定した上で、「証拠能力が立証事項との関係で相対性を持つことの裏返しにすぎない」と指摘する。

#### (4) 小 括

ここまで述べてきたように、立証趣旨の拘束力をめぐる議論は、様々にその視点を変えながら展開してきた。

当初は、現行刑事訴訟法の導入に伴って、当事者主義の発想のもとで、集中審理や手続の合理化を図り、また被告人に対する不意打ち防止を徹底するという観点が加わり、立証趣旨によって証拠の採否を制限することによって、これらの目的を果たそうとする見解がみられた。そこでは、証拠能力の判断に加え、訴訟の追行の場面、そして実体形成の場面に至るまで、立証趣旨の拘束力が及ぶことが意識されていた。

他方で、立証趣旨の拘束力を肯定することに対しては、特に自由心証主義の点から疑問が示されるようになり、立証趣旨の拘束力を一般的に否定した上で、個々の場面に応じた解決を図るという、拘束力否定説が有力な地位を占めるようになった。

そして、規則189条1項にいう「証拠と証明すべき事実との関係を具体的に明示」することが立証趣旨の提示を意味するという理解を前提にすれば、証拠決定の段階において立証趣旨が考慮されることになるが、立証趣旨の拘束力の議論は、さらに、特定の立証趣旨のもとで証拠能力が肯定された後の、当該証拠の用いられ方という問題へと変遷していったのである。

立証趣旨の拘束力を認めないという立場によれば、いったん証拠決定を経て取調べがなされる過程に至ったのであれば、あとは裁判官の自由心証に委ねられた問題となるだろう。ただし、この場合においても、両当事者の想定していなかった事実が当該証拠から認定されるというような不意打ちまで許されるかという点には、疑問の余地があり<sup>39</sup>、これらの点は、否定説によれば証拠法則等によって限界付けられることになる。

他方、同様の問題について、立証趣旨の拘束力を各事実との関係でなされる証拠能力判断について肯定するという整理も可能である。この場合、その後の証拠調べの過程では、特定の立証趣旨を判断資料としてなされた証拠決定を前提とすることになる<sup>40</sup>。そして、立証趣旨外の実事との関係では、なお証拠決定はなされたといえないから、そのような事実の立証に用いることは許されないことになる。

以上のように、立証趣旨の拘束力の問題を巡っては、そもそも拘束力はあるか、あるとしても、証拠能力判断の段階の問題なのか、それともその後の段階をも含む問題なのか、また拘束力の役割と証拠法則等との重複をどのように整理するのかといった、様々な議論がなされてきた。そして、上述のとおり、立証趣旨の拘束力という問題は、いつしか、特定の立証趣旨のもと採用された証拠

<sup>39</sup> 山田・前掲注(12)234-235頁は、「立証趣旨をはみ出した事実認定は『つねに』不意打ちの危険があり、当事者、特に被告人に不利なのである」と指摘する。

<sup>40</sup> 植村・前掲注(6)124頁。

から、他の事実を認定できるか、という問題へと集約して語られるようになった。たしかに、この問題については、刑事訴訟法は、種々の規定を置いており、実質においては、証拠法則等の適用によって問題の解決を図ることが可能な面もある。

他方で、従来否定説によって議論されてきた「流用」が問題となる以前、すなわち、そもそも証拠を採用する段階において、その証拠能力判断に際して立証趣旨の拘束力をどのように考えればよいかというシンプルな課題は、今もなお残されているように思われる。

以下では、平成17年決定および平成27年決定を参照し、証拠能力の判断との関係で、立証趣旨の拘束力の問題を考えたい。

### 3 平成17年決定および平成27年決定と立証趣旨の拘束力

#### (1) 平成17年決定の視点

平成17年決定は、「被害再現状況」を立証趣旨として検察官が証拠調べ請求した実況見分調書および「犯行再現状況」を立証趣旨として検察官が証拠調べ請求した写真撮影報告書について、その証拠能力を否定している。その判断内容としては、まず、両書証は、その立証趣旨とは異なり、「実質においては、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と解される」とされた。そして、両書証の証拠能力につき、「刑事訴訟法326条の同意が得られない場合には、同法321条3項所定の要件を満たす必要があることはもとより、…再現者が被告人以外の者である場合には同法321条1項2号ないし3号所定の、被告人である場合には同法322条1項所定の要件を満たす必要がある」とし、いわゆる伝聞例外の要件に関する判断がされている。平成17年決定は、その第1審裁判所が、両書証を証拠の標目に揚げつつ行った事実認定およびこれを是認した控訴審の判断に対してなされたものであるが、その視点はどこにあったのだろうか。

平成17年決定において問題とされたのは、第一に、警察署の通路において、長椅子の上に被害者と犯人役の女性警察官が並んで座り、被害者が電車内で隣に座った犯人から痴漢の被害を受けた状況を再現し、これを別の警察官が見分し、写真撮影するなどして記録した実況見分調書であった。そして、この調書には、被害者の説明に沿って被害者と犯人役の警察官の姿勢・動作等を順次撮影した写真12葉が、各説明文付きで添付され、そのうち写真8葉の説明文には、被害者の被害状況についての供述が録取されていた。第二に問題とされたのは、警察署の取調べ室において、並べておいた2脚のパイプ椅子の一方に被告人が、他方に被害者役の男性警察官が座り、被告人が犯行状況を再現し、これを別の警察官が写真撮影するなどして記録した写真撮影報告書であった。そして、この調書には、被告人の説明に沿って被告人と被害者役の警察官の姿勢・動作等を順次撮影した写真10葉が、各説明文付きで添付され、うち写真6葉の説明文には、被告人の犯行状況についての供述が録取されていた（以上の認定は、平成17年決定の決定文による）。

被害者や被告人が被害ないし犯行を再現したことが意味を持つ場面として、例えば、そのような

形態で犯行を行うことが客観的ないし物理的に可能であることを説明しようとする場合が考えられる<sup>41</sup>。しかし、本事例の「再現」は取調べ室において、長椅子やパイプ椅子を用いてなされたものであり、実際の犯行現場である電車内とは環境が異なっていたために、再現自体が意味を持たないにもかかわらず、これを記録した書証であったと考えられる。この点、本件両書証が「犯行再現状況」および「被害再現状況」という立証趣旨に拘束されればおよそ無意味なものであったことは首肯できる。

また、本決定で検察官の提示した立証趣旨は「再現」の「状況」であり、最高裁の示した要証事実とは「再現されたとおりの事実の存在」である。この両者を比較すると、当該要証事実は、立証趣旨を単に言い換えたり、立証趣旨を合理的に解釈したりしたに過ぎないというようなものではなく、もはやあらかじめ示された立証趣旨の範疇にはないものと思われる。これを前提に同決定をみると、当事者の示した立証趣旨に捉われることなく要証事実を設定し直し、そのうえで伝聞例外の要件を検討して証拠能力を否定するという判断をしている。そうすると、同決定は、一見したところ、証拠能力判断の段階において、立証趣旨の拘束力を否定する立場をとっているようにもみえる。

他方で、両書証の要証事実が何かを検討するに際して、最高裁は、「実質においては、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と解される」と述べている。このことについて、最高裁判所判例解説では、「確かに、証拠能力の観点からは当事者が設定した立証趣旨を前提にする…という意味で、裁判所が（心証の取り方も含めて）これに拘束されるのが一般であるが、前記のとおり、『現場供述』は、その供述内容の真実性を度外視すると何らの証拠価値も有しないことになるものであって、このように、立証趣旨に拘束されるとおよそ無意味な証拠に証拠能力を付与することになりかねないような場合にまで裁判所が当事者の設定した立証趣旨に拘束されると解するのは相当でないと思われる<sup>42</sup>と説明する<sup>43</sup>。この解説の示すところを前提とすれば、証拠能力判断の場面において、立証趣旨の拘束力は、このような例外的な場合にのみ否定されるという理解ができそうである<sup>44</sup>。

以上のように、平成17年決定は、その判断手法をみる限り、立証趣旨に拘束されることがおよそ無意味な例外的場合に、立証趣旨とは異なる要証事実を設定し直し、その要証事実を前提とした証拠能力判断をした判例ということが出来る。

<sup>41</sup> 芦澤・前掲注(5)329頁。

<sup>42</sup> 芦澤・前掲注(5)329頁。

<sup>43</sup> 審理の実質化・充実化を図る観点から、必ずしも立証趣旨に従う必要がない場合とする見解として、池田・前掲注(1)181頁。

<sup>44</sup> 長沼・井上・前掲注(1)87頁〔長沼〕、渡辺咲子・前掲注(1)119頁。後者は、「当事者構造を無視して新たな曖昧さを裁判に持ち込む危険をはらむように思える」(120頁)と指摘する。他方、本決定に対する肯定的な評価として、公文・前掲注(1)122頁。

## (2) 平成27年決定の視点

先に述べたように、平成27年決定は、明示的に平成17年決定を引用しているわけではないが、平成17年決定の判断を前提とした事例判断であることが指摘されている。

本決定の事例において問題となったのは、それぞれ「被害者指示説明に基づく被害再現状況等」および「目撃者指示説明に基づく犯行目撃状況等」を立証趣旨とした2通の捜査状況報告書であった。各捜査状況報告書は、被害現場において、被害者および目撃者が被害発生時に乗車していた自動車を用いて、両名に被害状況及び目撃状況を動作等を交えて再現させ、その様子を順次撮影し、写真に撮影状況や指示内容に関する説明を添付したものであった（以上は、本件控訴審の認定による）。このような両書証について、最高裁は、「捜査状況報告書…は、警察官が被害者及び目撃者に被害状況あるいは目撃状況を動作等を交えて再現させた結果を記録したものと認められ、実質においては、被害者や目撃者が再現したとおりの犯罪事実の存在が要証事実になる」と判断した上で、321条3項のみによって採用して取り調べた第一審の判断を、原審が是認した点につき違法と評価した。

立証趣旨で示されていた内容ではなく、「実質において」何が要証事実となっているかを改めて判断した上で、証拠能力を評価するという判断の枠組みは、たしかに平成17年決定を踏襲するものといつてよい。

他方、平成17年決定において問題となったのが客観的・物理的環境の異なる状況で行った「再現」を内容とする書証であったのに対し、平成27年決定において問題となったのは、本件被害現場において、本件被害時に被害者らが乗車していた自動車を用いて行った「再現」を内容とする書証であった。この点、平成27年決定において問題となった両書証は、少なくとも、犯行現場の物理的状況を立証することが可能なものと評価でき、平成17年決定とは異なり、再現時の状況を立証することが無意味であるとまではいえないものと思われる。

このように、当該書証の内容的側面からみた場合に、立証趣旨どおりの事実を要証事実とみることが必ずしも無意味とはいえない場合について、なぜ立証趣旨とは異なる要証事実の設定が行われたのか。この点については、本件において、問題となっている書証とは別に、犯行現場の状況を証明するための写真撮影報告書が証拠採用され、証拠の標目に掲げられていたこと他、被害者らに対する証人尋問において供述がなされた後、当該供述の明確化のために再現写真を証人に示す方法のほうが直截かつ有効であった点が指摘される<sup>45</sup>。

## (3) 両決定の射程

以上のように、両決定は、証拠能力の判断の場面において、一応は立証趣旨の拘束力を肯定し、例外的に、これに捉われない判断をなしうることを示唆しているように見える。そして、立証趣旨

<sup>45</sup> 成瀬・前掲注(2)179頁。最高裁平成23年9月14日第一小法廷決定（刑集65巻6号949頁）参照。

に拘束されない場面というのは、平成17年決定の場合のように、当該証拠の内容的側面からみて専ら立証趣旨に意味がない場面に加え、平成27年決定の場合のように、他の証拠関係やとり得る他の立証方法との関係において、当該証拠を立証趣旨どおりの要証事実を前提として証拠採用することがふさわしくない場面も含んでいるとみることができる。

ただし、両決定は、下級審での判断に対して評価を示したものにすぎないから、立証趣旨を超えた要証事実を前提として、裁判所が積極的に証拠能力判断をしてよいと認めたものとまではいえないとも考えられる。そうすると、両決定については、証拠能力判断の段階においては立証趣旨をまずは前提としつつ、実質においては立証趣旨の範疇を超えた事実が要証事実となるような場合、あるいは立証趣旨どおりの事実を要証事実とすることがふさわしくないような場合について、立証趣旨とは異なる要証事実を例外的に設定したとしたらなされる証拠能力評価を示したものにすぎないともみることになる。このように両決定について、立証趣旨とは異なる要証事実を前提として証拠能力を判断することまで認めるものではないという評価をするとしたら、その背後には、立証趣旨自体が拘束力をもつという理解があるのではないだろうか。

## 4 おわりに

平成17年決定の事案においては、立証趣旨の範疇にない事実が要証事実となることを前提とした判断がなされた。平成17年決定およびこれに沿った判断をした平成27年決定が、立証趣旨の拘束力についてどのような立場を前提としているのか、決定文からは必ずしも明らかではない。しかしながら、仮に拘束力を否定する立場をとるのであれば、これらの事例でなされた処理は「例外的」なものとは評価されないだろうから、最高裁は、証拠能力判断の段階においては立証趣旨に一応の拘束力を認め、これを尊重する判断をしたものと解すべきように思われる。そして、このように解した場合には、いかなる限度で「例外」が認められるかが問題となるところ、平成27年決定は、平成17年決定とは異なり、証拠自体の内容的側面から当該立証趣旨に限界が認められる場合には限られないことを示したように思われる。

仮に、裁判所が証拠能力の判断においても立証趣旨に拘束されないという立場に立てば、例外的場面か否かを問わず、立証趣旨とは異なるしかるべき要証事実を設定し、これとの関係で証拠能力の判断をすることが特段の制限なく許されることになろう。他方、裁判所が立証趣旨に拘束されるという立場を前提とすると、特定の立証趣旨との関係で当該証拠には関連性がないような場合には、一つの方法としてはこのことをもって証拠能力を否定するか、あるいはもう一つの方法としては明示的な立証趣旨の追加ないし変更を当事者に促すことが考えられる。

証拠決定以前の段階において立証趣旨が不明な場合、これに対する求釈明の結果、立証趣旨の追加や修正の手続が認められていることに鑑みると、立証趣旨の拘束力を肯定する立場に立てば、このような手続を経ることなく、当該立証趣旨からはみ出した事実について心証形成を行うことは、

「証拠決定の内容的拘束力に抵触し、当事者に不意打ちを与えるものとして、違法の評価を受けることとなろう」<sup>46</sup>との指摘がなされている。

「実質的」な要証事実について、裁判所自らがこれを積極的に導き出し、設定して、証拠能力判断をすることまで許されるのか、それとも、あくまで当事者に釈明を求める限度でのみ許されるのかについては、両決定からは必ずしも明らかではない。立証趣旨が当事者による設定に係るものである以上、後者の限度でのみ許されるものと考えるが、このことは、職権証拠調べの性質等とも相まって、更に検討を必要とすると思われるので、今後の課題としたい。

---

<sup>46</sup> 杉田・前掲注(8)118頁。