

【憲法】

本問は、現行の公職選挙法で採用されている供託金制度の合憲性を問う問題である。公職選挙における供託金制度は、売名目的のための立候補者やいわゆる泡沫候補等の真面目に当選を争う意思がないと考えられる候補者の濫立を防止することを目的として設けられている。しかしながら、憲法における「立候補の権利」の重要性に鑑みると、簡単に現行制度の合憲性を承認してしまうことは妥当ではない。そこで、本問に適切に解答するためには、①「立候補の権利」を憲法上の権利として適切に位置づけた上で、②供託金制度によるかかる権利に対する制約の性質や程度を明らかにして、③その合憲性を論証する必要がある。

具体的には、①については、まず、「立候補の権利」を真正面から保障する憲法の条文はなので、根拠条文を明確に示しつつ、「立候補する権利」とその特質を論証しなければならない。根拠条文としては、憲法 15 条説、13 条説、43 条説、44 条説などがあるが、解答者なりの見解を示すことが求められる。その際には、判例としては、例えば、「立候補の自由は、選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、自由かつ公正な選挙を維持するうえで、きわめて重要である。このような見地からいえば、憲法 15 条 1 項には、被選挙権者、特にその立候補の自由について、直接には規定していないが、これもまた、同条同項の保障する重要な基本的人権の一つと解すべきである」、とする三井美唄労組事件・最高裁判決が参考になる。次に、「立候補する権利」の憲法上の保障の重要性について、選挙権と対比しながら論ずることが妥当であろう。この点に関して、「憲法の以上の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法 15 条 1 項及び 3 項、43 条 1 項並びに 44 条ただし書に違反するといわざるを得ない」、とする、在外国民選挙権・最高裁判決が参考になる。この点、衆議院議員選挙の供託金制度が問題となった東京地判 2019 年 5 月 24 日判決は、「立候補の自由に対する事実上の制約となる選挙供託金制度の憲法適合性については、その制約が憲法上の要請に反するため、国会の裁量権を考慮してもなおその限界を超えており、これを是認することができない場合に、初めて憲法に違反することになるものと解すべきである」、として厳格な審査基準を用いることを否定している。

②については、供託金制度に対して、実体的権利としての立候補の権利に対する制限の違憲性の主張と、国政選挙について憲法 44 条が規定する「財産又は収入」による差別の禁止の趣旨を踏まえた地方議会議員選挙における供託金制度に対する違憲性の主張を行うことが考えられる。供託金制度がどのような意味で「立候補の権利」を制約しているのか、を解答者なりの立場からその性質（直接的／間接的・付随的）と程度（強弱、法的／事実上）等について説得的に論証することが求められる。

③については、単に選挙に関する問題であるから、広い立法裁量が認められるとするのは妥当ではなく、供託金を納付することができなければ立候補そのものを断念せざるをえない状況におかれることを直視した上で、②で解答者が論証した規制の性質や程度を踏まえつつ、採用すべき違憲審査基準を説得的に提示して、具体的な審査を行うことが求められる。例えば、供託金制度の目的とそこで用いられている手段を取り上げて、憲法の要求を満たす規制となっているかどうかを論証する必要がある。

【民法】

1. いわゆる「制限種類債権」(限定種類債権)に関する出題である。制限種類債権とは、種類と数量で指定される物について、さらに特殊の範囲で制限されたものを目的とする種類債権の一種である。種類債権については、原則として、特定前に不能となることはないが(無限の調達義務を負うが)、制限種類債権については、特定前であっても制限内の物がすべて滅失すれば不能となる(最判昭和30・10・18民集9巻11号1642頁(漁業用タール事件)参照)。以上が、現時点の判例法理と理解されている。これに対して、近時は、種類債権についても限定生産の事例など不能が想定されることから、種類債権か制限種類債権かという二分法ではなく、本質的には、契約の解釈の問題であり、どの範囲で調達義務を負うのか、どのような場合に調達義務を免れるのかを個別に判断すべきだとする学説が有力に主張されているが、「制限種類債権」概念の有用性が否定されるまでには至っていない。

以上のような判例・学説の状況を踏まえると、本問については、判例に従い、「制限種類債権」という概念を用いて解答することに高い評価が与えられるが、有力説の立場に立脚して同概念を用いずに解答することも許容される。いずれにせよ、問題文に与えられた①「複数の生簀(いけす)のうちの一つ(以下、「 α 」という)において同一時期に稚魚から育てた500尾のブリが出荷に適する状態に生育したため、これを販売に供することにした」という事実と、②「 α の中のブリ100尾を50万円で販売する契約」を締結したという事実を摘示した上で、甲契約および乙契約の法的性質決定を丁寧に論じ、「 α の中の500尾が滅失したら不能になる」との帰結を導くことが解答の出発点となろう。

2. 設問1では、実質的に「制限種類債権」であるとの法的性質決定を前提とすると、 α の中の500尾が全滅した時点(8月11日)で、AのBおよびCに対するブリ100尾の引渡債務はそれぞれ不能となり、Aはブリの調達義務を免れ、BおよびCはAに対してブリの引渡請求ができなくなる(民法412条の2第1項)。その上で、いわゆる「対価危険」の問題、すなわち反対給付債権である代金債権の請求の可否が問われている。

(1) AのCに対する代金50万円の支払請求については、Aの引渡債務がプランクトンの異常増殖という不可抗力(当事者双方の責めに帰することができない事情)によって不能となったわけであるから、Cは代金の支払を拒絶できる(536条1項)。Cは履行不能による解除の意思表示をして代金債務を消滅させることもできるが(542条1項1号)、危険負担による反対給付の履行拒絶のみで解答としては十分であり、解除に触れる必要はない。

(2) AのBに対する代金50万円の支払請求については、8月11日時点での不能という点は、Cと共通であるが、Bには、不能に先立って、8月8日の時点で受領遅滞に陥っている点が異なる。まずは、問題文に与えられた事実から、Bの受領遅滞(具体的には、①Aの引渡債務が取立債務であること、②Aが口頭の提供(493条)をなしたこと、③Bが受領を拒絶したか受領が不能であることを)を認定することが求められる。次いで、受領遅滞の効果として、受領遅滞後の履行不能に関しては、債権者Bの帰責事由が擬制され(413条の2第2項)、対価危険は債権者Bが負担し、Bは反対給付である代金50万円の履行を拒絶できなくなる(536条2項)という平成29年改正により新たに導入された受領遅滞による危険の移転の仕組みを条文に沿って説明できなければならない。なお、根拠条文として567条2項を挙げる場合、同項が「特定したもの」を前提としている点(同条1項かつ書き)には注意を要する。本設問の事案では、一旦ブリ100匹を引渡し用の網に取り込んで分離しているが、後に網を取り外して100尾のブリを α 内に解放しているからである。「特定したもの」といえるか否か解釈は分かれるところであろう。

3. 設問1が基本的な問題であるのと比較すると、設問2は、正解があるわけではなく、考えさせる応用問題である。Aの立場に立ってBからの引渡請求を拒絶する論拠を提示し、その可否を論じることが求められている。以下、いくつかの考え方の例を挙げておこう。

(1) Aが100尾の引渡しを拒絶する論拠であるが、引渡しを拒絶するためには、基本的にはその債務が不能となっているということを主張できなければならない。1つには、8月8日に引渡し用の網に100尾を分離し、Bに通知した時点で、「給付に必要な行為を完了」し、特定が生じており(401条2項)、その特定した100尾が4月11日に滅失したので不能となったとの説明をして、100尾の履行には応じられないと主張することが想定される(412条の2)。しかし、8月8日の夜に「Aは引渡し用の網を外して、100尾のブリをα内に解放した」とあるので、一旦生じた特定は解消されており、Aの主張は認められない可能性が高い(「特定したもの」を前提とする567条2項の趣旨)。2つには、Aは、400尾が死滅し、100尾が残った段階で、一種の二重譲渡の状態となっていたが、8月12日にその100尾をCに引き渡す合意がなされた時点で、合意による特定が生じて100尾の所有権がCに移転したことから、Bへの引渡債務は不能となったと主張することが考えられる。しかし、対抗要件としてのCへの引渡し(178条)がなされていない限り、Bへの債務が不能となったとは評価することはできないであろう。その他、信義則上の引取義務違反を理由にAがBとの甲契約を解除したと主張することも考えられるが、引取義務が認定できる事例であるかは疑わしいし、問題文からは、Aが解除の意思表示をした事実を拾い出すことは難しい。

(2) 次に、Aが50尾の引渡しを拒絶する論拠である。残り100尾をめぐって2人の債権者が存する状況であるから、50尾ずつ分けるという解決は据わりのよい結論であることは確かである。しかし、それを直ちに「債権者平等の原則」から導くことはできない。民事執行法や破産法であれば格別、民法上は機会の平等(換言すれば早い者勝ちの原則)が与えられているに過ぎず、按分での弁済が保障されているわけではないからである。また、BとCがそもそも同一の100尾を目的とした債権を取得したわけではないので、分割債権債務の原則(427条)が直ちに適用できるわけでもない。やはり400尾の滅失時点での効果を検討する必要があるように思われる。実質的には、制限種類債権の競合に関しては、400尾が滅失した時点で、Bの債権(100尾)とCの債権(100尾)はそれぞれ平等の割合で一部不能となったとの判断である。その結果を事情変更の原則から帰結することはいかにも安直であるが、たとえば、混合寄託における寄託物の一部滅失に関する665条の2第3項の類推適用や法意を論拠とすることは考えられてよいであろう。

【刑法】

第1問

(1)採点基準

- ①問責対象行為の特定ができているか
- ②因果関係
 - ㊦判断基準
 - ㊧適切なあてはめが出来ているか
- ③因果関係の錯誤
 - ㊦判断基準
 - ㊧適切なあてはめが出来ているか

(2)採点を終えての寸評

- 「因果関係の錯誤が問題となる」としたにも拘らず因果関係それ自体の話を書いたり、逆に、因果関係の錯誤の処理に関する一般論とあてはめを書いたうえで「因果関係が認められる」としていたり、客観面である因果関係それ自体の問題と、故意（既遂結果の故意への帰属）の問題とに分けて正確に理解できていない答案が少なくなかった。
- 因果関係に関して、判断基準についてかなり長い論述をした上で、あてはめに関して、ただ事実を羅列するにとどまるものが目立った。
- 「全体を一つの行為としてみる」という答案や、（早すぎた構成要件実現と混同して）遺棄行為の直前密接行為として第1行為に実行行為性（実行の着手性）が認められないか、というような記述をする答案が散見された。
- なお、第2行為を問責対象行為として捉え、不作為の殺人ないし保護責任者遺棄致死罪の成否として論じるものが一定数みられ、その中には、（主観的に実現された死体遺棄との）抽象的事実の錯誤の問題として論じられたものが多かった。しかし、これでは、「成立しうる最も重い犯罪について論じなさい」という問題文の要求に応えたことにはならない。

第2問

(1)採点基準

- ①Xの罪責
 - 横領罪の成立要件である「自己の占有する」「他人の物」「横領した」が丁寧に論述されているか。
- ②Yの罪責
 - ㊦刑法65条
 - ㊧民法177条との関係（背信的悪意者）
 - ㊨共同正犯の成立要件

(2)採点を終えての寸評

- 単に意思表示がなされただけでなく売買代金全額が支払われているので他人性の要件を充たしているなど、本設問の事例に即して具体的な論述がなされている答案は高く評価した。
- なお、背任罪が成立するとしてその要件吟味をしている答案については、積極的な誤りがなければ部分的に評価はしたが、横領罪の成否について全く論じていなければ、低い評価にとどまった。
- 不動産侵奪罪、詐欺罪、窃盗罪などが成立するとする答案が散見されたが、各構成要件該当性につき条文を読み、基礎的な部分から理解を深めるように努めて欲しい。

○Y が二重譲渡における背信的悪意者と言えるか否かについて、事例に即して具体的な論述がなされている答案是高く評価した。

第3問

(1)採点基準

①刑法 110 条 1 項の成立要件の認定

②「公共の危険」の認識の要否

・最判昭和 60 年 3 月 28 日刑集 39 卷 2 号 75 頁の実質的根拠

・上記に対する最決平成 15 年 4 月 14 日刑集 57 卷 4 号 445 頁の影響

③共同正犯の成立要件

(2)採点を終えての寸評

○放火罪まで学習が及んでいないために、罪名の特定や主な論点の抽出に失敗している答案が目立った。社会的法益・国家的法益に対する罪についても、最低限、重要な最高裁判例については、

①事案

②問題になる罪名と、成否の結論

③主に何が争われ、どのような判断が示されたか

は、把握しておいてほしい。

【商法】

事業譲渡および全員出席総会に関する基本的知識を問う出題である。

A は甲社を代表する適法な権限を有する取締役である（会社法 349 条 1 項・4 項）。しかし、本件契約が有効であるためには、(1) 本件契約が、事業の全部又は重要な一部の譲渡（467 条 1 項 1 号・2 号）に該当するならば、(2) 甲社の株主総会特別決議（同条 1 項柱書・309 条 2 項 11 号）による契約の承認が必要である。さらに (3) 契約の承認がない場合には、判例は、相手方の善意・悪意を問わず、絶対的に無効（相手方からの無効主張も認める）と解している（最判昭和 61・9・11 判時 1215 号 125 頁）。

したがって、解答における評価のポイントは、本文の事案に即して、(1) 事業の全部又は重要な一部の譲渡に該当することを適切に論証できているか、(2) 本文では適法な株主総会の招集手続が履践されておらず、かつ全員出席総会（最判昭和 60・12・20 民集 39 卷 8 号 1869 頁）がなされたものと評価することもできないことから、決議が不存在であることを適切に論証できているか、その上で、(3) 事業譲渡の効力について、善意・無過失の相手方にも事業譲渡の無効主張が可能であるという判例の理解をふまえて解答できているかという諸点である。

【民事訴訟法】

問 1

本問は、証明責任について問う問題である。解答に際して論ずべきポイントは、①口頭弁論終結の段階で弁済の事実について真偽不明のため、証明責任に従って判決が行われるべきことが正しく指摘されているか、②法律要件分類説に基づく証明責任の分配基準に関する考え方が適切に論じられているか、③弁済は権利消滅事実であるので抗弁事実であり、本件ではYが証明責任を負う事実であることが正しく論じられているか、④証明責任の効果を踏まえた上で、本件の処理に関する考え方が適切に論じられているか、などである。

問 2

本問は、控訴の利益について問う問題である。解答に際して論ずべきポイントは、①控訴の利益の判断基準に関する考え方が適切に論じられているか、②事例への当てはめにおいて、判決主文はYの全部勝訴であり、相殺の抗弁は判決理由中の判断であるので、判断基準として形式的不服説をとる場合には、Yには形式的不服が認められないことが正しく指摘されているか（形式的不服説以外の見解をとる場合には、その見解の本件事案に対する当てはめが適切になされているか）、③相殺の抗弁に関する判断には既判力が生じることから（民訴法 114 条 2 項）、形式的不服説をとる場合には、例外的な処理がなされるべきことが正しく論じられているか（形式的不服説以外の見解をとる場合には、その見解の本件事案に対する当てはめが適切になされているか）、④結論として、Y に控訴の利益が認められることが正しく論じられているか、などである。

【刑事訴訟法】

【設問】は、簡単な【事例】を素材としつつ、起訴状における訴因明示及び伝聞証拠について問うことにより、これらの分野に関する基本的事項について正確に理解した上で、日常生活し得る事案を適切に解決する力を有しているか、確認するものである。

【設問 1】

(1) 公訴事実の記載において訴因の明示が求められる法的根拠は、刑事訴訟法（以下、省略する）256 条 3 項の規定に求められる。同項の趣旨について、最高裁判所の判例は、「①裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、②被告人に対し防禦の範囲を示すことを目的とする」（最大判昭和 37・11・28 刑集 16 卷 11 号 1633 頁。丸番号を付加）と説示する。

刑事訴訟における審判対象が訴因とされ、その訴因を設定・変更する権限が検察官に認められる当事者主義的訴訟構造（最大判昭和 40・4・28 刑集 19 卷 3 号 270 頁など参照）の下では、裁判所は訴因として検察官が主張する犯罪事実の範囲で審理・判決する権限と義務を有する（378 条 3 号）ことから、訴訟の前提として、裁判所が審理・判決すべき範囲が画定（「確定」ではない）される必要があり（上記①の趣旨）、審判対象が画定されれば、被告人（「被告」ではない）はそれを超えて刑事責任を問われることがないため、防禦すべき範囲（事実の存否と犯罪の成否）が限定されることとなる（上記②の趣旨）。このことから、訴因明示が求められる趣旨は、第一次的には、①審判対象の画定にあるといわれる（最決平成 13・4・11 刑集 55 卷 3 号 127 頁参照）。なお、防禦の対象は、手続が進むにつれ、証明予定事実の明示（316 条の 13）や冒頭陳述（296 条）などによってさらに具体的に提示されていくが、公訴提起の段階でも、審判対象＝防禦範囲を被告人側が認識することができるものである必要があるから、少なくとも、①審判対象の画定に要求される程度の実事は、防禦の観点からも、示されていなければならない。

(2) 本件の公訴事実のうち、V に対する強制性交等致死に係る部分が、訴因を明示した記載といえるには、上記（1）で論じた、訴因明示が求められる趣旨を満たすものである必要がある。最高裁判所の判例には、傷害罪（包括一罪の事案）の訴因の特定を肯定するに当たり、「㉞他の犯罪事実との区別が可能であり、また、㉟それが傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにされているから、訴因の特定に欠けるところはない」（最決平成 26・3・17 刑集 68 卷 3 号 368 頁。丸カナを付加）と判示したものがあ

る。256 条 3 項は、「訴因を明示するには、……罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない。」と規定する。「罪となるべき事実」とは、刑罰法規に規定された特定の犯罪の構成要件に該当する事実をいうから、それが特定されているというためには、（犯罪の主体、客体、実行行為と結果、その間の因果関係、主観的要素などの）特定の犯罪の構成要件に該当する事実が（構成要件に対応する形で）もれなく、かつ具体的に（例えば、抽象的な文言－「人」や「財物」－にとどまらない形で）摘示されているとともに、（例えば、複数の同種犯罪事実の中から）起訴された事実を他の犯罪事実と区別することができる必要があるとなろう。

上記判例は、こうした考慮に基づき、㉞㉟の要素を挙げて、訴因の明示（罪となるべき事実の特定）の有無を判定しようとするものと思われる。

本件において、検察官 P は、V に対する強制性交等致死という特定の犯罪事実の存在を主張しているから、刑法 181 条 2 項が規定する同罪の構成要件を指摘しながら、これに該当する事実がもれなく、かつ具体的に摘示されているか、そして、（犯罪の日時、場所、方法などの要素や結果の発生が 1 回しか観念することができないことなどにより）他の犯罪事実との区別が可能であるか、について検討することにより、結論を導くこととなろう。

訴因の明示・特定に関する最高裁判所の判例には、法律上要求される最低限の水準を満たすかが争われたものが多い。普段の学習においては、主要な犯罪類型について、通常、公訴事実がどのように（どの程度具体的に）記載されているか確認しておくことが有意義であろう。

【設問2】

(1) 320条1項は、「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。」と規定する。この規定により証拠能力を否定される証拠は伝聞証拠と呼ばれる。

この伝聞証拠を証拠から排斥する理由については、憲法の保障する証人審問権（37条2項前段）や直接主義の要請との関係に焦点を当てて説明することも可能であるが、次のような説明が一般的であろう。

伝聞証拠は、書面の記載であれ、口頭の供述であれ、人のことばによって表された事柄を証拠として用いる供述証拠である。供述証拠は、知覚、記憶、表現（真摯性）、叙述という人の供述過程をたどって、法廷に到達するが、人の供述過程には、それぞれ、見間違い、記憶の混同、うそ、言い間違いなどの誤りが介在するおそれがあるため、公判廷における証人尋問の手続では、宣誓と偽証罪の制裁の予告の下、供述者に対して反対尋問を行い、事実認定者である裁判所が供述者の供述態度を観察することにより、その供述の信用性を吟味することが予定されている。

これに対して、書面の記載又は公判期日外における他の者の供述（原供述）については、原供述と同時的に、上記のような方法による信用性の吟味を行うことができないため、その供述過程に誤りが介在するおそれが解消されない。

このような誤りを含むおそれのある伝聞証拠が原則として証拠から排斥されるのは、これを無条件に証拠とすることを許すと、事実認定を誤らせるおそれがあるからである。

もっとも、供述過程に介在する誤りの問題が顕在化するのには、書面の記載や口頭の供述を、その内容どおりの事実が存在することを立証するために用いる場合である（この場合には、供述過程に誤りがないことを前提に推認が行われる）から、原供述が存在すること自体を立証するために用いる場合には、（原供述の背景にある、原供述者が体験したとする事実の有無を吟味する必要はないため、）伝聞証拠排斥の理由は妥当しないこととなる。

(2) 下記(3)において、Wの証言に含まれるVの供述が、Xの犯人性の立証のために用いられる場合に、伝聞証拠に該当するか否かを検討する前提として、検察官Pが、Vの供述からどのような推認過程を経ることによりXの犯人性を立証することができると考えているかを見極めることが必要となる。

それは、証拠となる供述により直接立証することができる事実から、検察官が最終的に立証しようとしている事実を推認する過程に、どのような間接事実が想定されているかを検討し（複数の間接事実が想定されている場合もある）、それらの事実同士が、どのような論理則や経験則によって結びつけられているか（ある証拠からなぜある事実を推認することができるのか）を明らかにする作業といえる（実務法曹の行う事実認定は、こうした作業を複数の証拠についてより多面的・複合的に行うものであるが、伝聞・非伝聞の区別の問題では、ある供述と立証すべき事実とはどのように結びついているか、という単純化した形で、事実認定に関する基礎的理解が問われることになる）。

設問において、検察官Pの想定する推認過程は、概要、次のようなものであろう。

Wの供述 = Wの公判廷における証言

Wが、Vが「[Xは自分に] いやらしいことばかりする。」と言うのを聞いた。

↓ 公判廷における信用性の吟味

Vの供述=Wの証言内容どおりの事実（Vの発言）の存在

VがWに「[Xは自分に] いやらしいことばかりする。」と言った。

↓ 公判廷における信用性の吟味不可 → 伝聞証拠 → 伝聞例外の要件充足

間接事実⑦ Vの発言内容どおりの事実（Xによるいやらしい言動）の存在（Vの供述から直接立証することのできる事柄）

Xは従前Vに対していやらしいことばかりしていた。

↓ ※XがVにいやらしいことをするのは、Vに性的関心があるからだ（経験則による）

間接事実⑧ XのVに対する性的関心

Xは従前Vに対して性的関心を寄せていた（情を通じたいとの野心を持っていた）。

↓ ※Vに対する性的関心は、本件犯行の動機となる（経験則による）

間接事実⑨ Xの犯行動機

Xには本件犯行の動機があった。

↓ ※動機のあるXは本件犯行に出る可能性が（動機のない者よりも）高い（経験則による）

主要事実 Xの犯人性

本件犯行はXによるものである。

なお、VがXについて、「Xはすかんわ。」と述べている部分は、Vの、Xに対する嫌悪の情の表明であり、Xが本件犯行に及んだことが立証された後に、Vの同意がないことを推認させる情況証拠にはなり得るが、あくまで、発言当時のVの心理状態を示すものにすぎず、そのままでは、Xに本件犯行の動機があったことに結びつくことはない（「VはXを嫌悪しているから、XはVに性的関心がある。」との推認には飛躍がある）。

Xの性的関心、犯行の動機を推認するには、Vの嫌悪の情の原因となったXのいやらしい言動が立証される必要があり、最終的にXの犯人性の立証を意図する検察官Pとしては、Vの供述のうち、「[Xは自分に] いやらしいことばかりする。」と述べている部分を基礎に推論を組み立てることとなる。

(3) Vの供述を、その内容どおりに、XがVに対して、「いやらしいことばかり」していた事実を推認するために用いるには、Vが自分の体験した事柄をWに話すまでの供述過程に誤りが介在していないか、公判廷において吟味することが必要であるが、Vの供述は公判廷外でなされたものである以上、それは不可能であり、これを内容とするWの証言は、伝聞証拠に該当する（最判昭和30・12・9刑集9巻13号2699頁参照）。

この場合、（被告人以外の者である）Vの供述が伝聞例外として許容されるためには、それが（被告人以外の者である）Wの証言に含まれるものであることから、伝聞証言に関する324条2項の準用する321条1項3号の要件を満たすことが必要である。なお、本件において、Xは犯人性を否認しているから、326条の同意をするとは考えにくい。