

---

# 人の音声・文字・動作によって表現された 供述の証拠能力

——伝聞供述を中心として——

羽 渕 清 司

---

- 1 はじめに
- 2 音声・文字・動作と供述証拠、伝聞証拠の関係
- 3 伝聞法則と直接主義
- 4 伝聞法則の適用を受ける供述（伝聞供述）と伝聞法則の適用されない供述（広義の非供述証拠）
- 5 結びにかえて

## 1 はじめに

学生が初めて刑事訴訟法を学ぶ際の最重要課題が、捜査（捜査法）、審判の対象（訴因・公訴事実論）、証拠（証拠法）であることについては、ほぼ異論のないところであろう。同じ訴訟手続とはいえ、上記3つの課題は、基本構造において、民事訴訟とは本質的に異なる領域でもある。

本稿は上記課題の1つである証拠法のうち、伝聞供述（伝聞証拠）を中心に据え、人の音声・文字・動作<sup>1)</sup>によって表現された供述が証拠となる場合の証拠能力の問題を取り上げる。刑事裁判において有罪か無罪かを供述によって決めざるを得ない場合が少なくなく、極めて重要な課題である。

---

1) 供述には、口頭（話し言葉）や文章（書き言葉）の表現による供述のほか、意味内容・思想・感覚・感情等が人の動作によって表現される場合がある。例えば、甲が乙から、「暴行を加えたのはAですかBですか」と問われて、甲の「Aを指し示す動作」も、「暴行を加えたのはAです」と表現された甲の供述として、本稿で述べる供述（人の動作によって表現された供述）である。

## 2 音声・文字・動作と供述証拠, 伝聞証拠の関係

本稿の表題を「供述証拠の証拠能力」とせず、「音声・文字・動作によって表現された供述の証拠能力」としたことには意味がある。刑事訴訟では、「供述証拠」とは、単に「言語や文章等が証拠となる場合」を意味せず、「伝聞証拠(伝聞供述)」のことである。「供述証拠」の語彙は、本来、その意味内容が曖昧かつ多義的であり、一般の用語法による音声や文字で記載された文章・書面が証拠となる場合という理解では間違いである。特に初心者において、混乱する危険がある。「供述証拠」という概念は、刑事訴訟法に関する多くの基本書においては、後述する「伝聞証拠(伝聞供述)」と同義で使用されているとあってよいであろう<sup>2)</sup>。「供述証拠」の概念は、「人の音声・文字・動作によって表現された証拠」を意味するものでないことを先ず留意すべきである。音声・文字・動作によって表現された証拠の中には、証拠法上、伝聞証拠(伝聞供述)として扱われない領域が存在し、これと伝聞証拠(伝聞供述)とを明確に区別して理解することが重要である。

若干付加すると、人によって表現された音声・文字・動作(以下単に「供述」という)が証拠となる場合<sup>3)</sup>には、(A) 供述の内容が証拠となる場合(伝聞法則が問題となる場合。後述するとおり、知覚・記憶・叙述の3つの過程から構成される供述と叙述だけの過程からなる内心の表明としての供述がある)(B) 供述が証拠となる場合であるが、その内容は証拠とならない場合(伝聞法則不適用の場合。以下、「狭義の非供述証拠」という)<sup>4)</sup>が存在する。正確には、更に(C) 同一の供述が上記(A)と(B)の両機能・意義を具有する場合もある。例えば、「Xは甲が盗みをするのを見たと言いつらしていた」というYの供述である。甲に対す

2) 正確には、供述証拠と伝聞証拠の意味は異なる。平野龍一・刑事訴訟法概説(東京大学出版会)156頁、161頁は、供述証拠を人の知覚・記憶・表現・叙述という過程をたどる証拠をいい、それ以外の証拠を非供述証拠としたうえ、供述証拠のうち、反対尋問を経ないものを伝聞証拠としている。これによれば、供述証拠は「伝聞証拠」と「反対尋問を経た供述証拠」に分れる。すなわち、反対尋問を経た供述証拠は、伝聞証拠(伝聞供述)から除外されるが、非供述証拠ではない。

る窃盗事件では、上記(A)に該当する供述であり、Xに対する名誉毀損事件では、上記(B)に該当する供述となる。供述の相対性の問題である。なお、上記「内心の表明としての供述」を伝聞供述でないとする本稿の立場では、内心の表明としての供述は、供述の内容が証拠となる場合であるから、狭義の非供述証拠ではないが、これも証拠物としての供述<sup>5)</sup>とともに、広い意味の非供述証拠(広義の非供述証拠)の1つと解することになる。

上記(A)の場合が本稿における中心課題である。留意すべきは、伝聞供述に該当し相手方(反対当事者)の反対尋問の機会にさらされていないが、一定の条件の下で例外的に証拠能力が認められる場合(伝聞例外の場合)と、(B)の場合、すなわち、狭義の非供述証拠で、そもそも伝聞法則が適用されないことにより証拠能力が認められる場合(伝聞法則不適用の場合)を明確に区別して理解しておくことである。(A)も(B)も、結局、証拠能力を認めるものであるが、その構造・本質は異なる。あまり意識されて議論されていないが、(B)の場合に供述の

---

3) およそ人が関わって現出された音声・文字・動作の証拠としての意義を考える場合、更に分析しておく必要があろう。上記の「人によって表現された音声・文字・動作といえる場合」のほか、「人によって表現されたとはいえない音声・文字・動作」が存在するからである。例えば、人によって発せられたが、表現された「音声」とはいえず、物理的「音」としてしか評価できない場合、人によって作出されたが、表現された「文字」とはいえず、「痕跡」としてしか評価できない場合がこれである。音・痕跡としての物理的存在・性状・状態等が証拠となる場合であり、証拠物として扱われる(以下、便宜上「証拠物としての供述」という)。広義の非供述証拠の1つである。そうすると、人が関わって現出された音声(音)・文字(痕跡)・動作は、先ず、「人によって表現された音声・文字・動作といえる場合」と、「人によって表現されたとはいえない音・痕跡等」に分類され、前者には、① 伝聞供述、② 狭義の非供述証拠、③ 内心の表明としての供述があり、証拠物としての供述は後者に該当する。

4) あまり実益のある議論ではないが、上記(B)の場合(狭義の非供述証拠)について、一般的には、供述の「非供述証拠的使用」として説明されている。曖昧な説明である。証拠の分類として、伝聞法則が適用されない場合を「非供述証拠」と解しているのであれば、供述の「非供述証拠的使用」といった曖昧な説明は混乱を招く。端的に「非供述証拠」と説明するのが適切である。証拠物は、広義の非供述証拠のうちの1つと説明すべきであろう。本稿では、上記(B)の供述を、非供述証拠(狭義の非供述証拠)と解して説明する。

5) 注3)に同じ。

内容は証拠にならないといっても、供述の内容が全く証拠として意味がないわけではない。この点は重要である。特に、後で詳述するが、当該供述が非供述証拠として証拠能力を許容してよい場合か、非供述証拠とすることは伝聞法則の脱法行為として許容できない場合かの議論をする上で重要である。(A)と(B)は本質的に異なり、明確に区別したうえで議論すべきである。当該供述を、伝聞供述であり証拠能力がないとして排斥しても、狭義の非供述証拠として証拠能力を認めて裁判官の目に触れてしまえば、当該非供述証拠の内容が裁判官の心証形成に影響を及ぼす危険がある。裁判官の心証形成の観点から見ると、伝聞供述も狭義の非供述証拠も、供述内容は重要であって、狭義の非供述証拠も事実の認定を誤らせるという伝聞供述と同様の危険を孕んでいるといえよう。要証事実を、供述の内容とするか、供述自体とするかにより、この危険は払拭されるものではない。この意味において、狭義の非供述証拠も、供述の内容が事実上機能していることは否定できない。従って、供述の内容の真实性を要証事実として申し立てられた供述が伝聞供述として証拠能力が否定された場合には、安易に狭義の非供述証拠としての申立てに変更して証拠能力を認めて証拠採用すべきでない。後記4でも述べるが、当該供述が、その内容の真实性でしか証拠とならない場合か、供述自体という要証事実でも証拠となり得る場合かは、重大な問題であり、慎重な検討を要する。この議論でも、やはり、伝聞法則、伝聞証拠が原則として証拠能力が否定される本質的理由・根拠を正確に把握したうえで、可能なかぎり明確な基準を設定することが肝要である。安易に政策的・具体的妥当性の主張を是認して供述の証拠能力の範囲を広げるべきではない。

### 3 伝聞法則と直接主義

現行刑事訴訟法には、伝聞供述、伝聞法則なる文言が直接使われている条文はない。伝聞証拠に関する根拠条文については、320条以下を中心に議論が展開されている。伝聞証拠を理解する場合、伝聞供述に関連する刑事訴訟法の規定、構成がどうなっているか、直接主義との関係如何を検討しておく必要があ

る。伝聞証拠，伝聞法則を論じながら，内容が直接主義の説明では，実りのある議論にならない。

伝聞証拠は，事実認定をする裁判官の面前において，相手方（反対当事者）の反対尋問の機会にさらされていない供述証拠<sup>6)</sup>をいい，伝聞法則は，この伝聞証拠を法的関連性がない（誤判の危険が類型的に高い，経験則上誤判の危険がある）証拠として証拠能力を排除する法理である。

他方，直接主義は，広義，狭義と多義に定義されているが，本稿の課題とする供述との関係で説明すれば，裁判官が事実を認定する証拠としての供述は，事実認定をする（判決をする）裁判官の面前でされた供述でなければならないとする法理である。換言すれば，直接主義は，裁判官が証人等から直接に聞いた口頭による供述を事実認定の証拠とすべきであり，検察官や警察官による取調等の結果を記載した書面を証拠とすべきではないとする原則である。

ところで，伝聞法則は，「供述の内容が相手方（反対当事者）の反対尋問の機会にさらされたか」どうか（供述内容の正確性・真実性の確認），直接主義は，「（判決する）裁判官の面前での供述か」どうか（供述態度等を含む裁判官による直接の証拠の把握）最も重要なポイントである。そして，伝聞法則は，この反対尋問を実効あるものにするため，単に相手方（反対当事者）の反対尋問の機会にさらされたということではなく，「裁判官の面前」で反対尋問の機会にさらされたことが実質的に誤判の危険を排除するために必要かつ不可欠である（反対尋問による供述内容の正確性・真実性のテストは，裁判官が面前で直接，反対尋問の際の供述者の供述態度，挙措等により判断するというのが基本である）<sup>7)</sup>とし

---

6) 田宮裕・刑事訴訟法（有斐閣）359頁，360頁は，伝聞証拠とは，「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」であり，これを形式的定義とし，本稿の上記定義を実質的定義と称している。なお，波床昌則「伝聞証拠の概念と刑法326条の同意の意義」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 下巻（判例タイムズ社）279頁は，320条の文言に即して，伝聞証拠とは，公判期日における供述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している。

ていることから、伝聞法則としての供述に関する法理と直接主義としての供述に関する法理はかなりの部分で重なり合う。加えて、伝聞法則にも直接主義にもかなり広範囲の例外が認められている。すなわち、伝聞の例外として、伝聞証拠に証拠能力を認めるために不十分ながら反対尋問の機会を認めながら、その範囲を限定したり（321条3項・4項）、反対尋問にさらさなくても一定の要件を具備すれば証拠能力を付与する場合を認め（323条、321条1項1号・2号の各前段、321条の2）、直接主義に関しても、裁判官が証人等から直接に供述を聞かなくても、書面を証拠として事実認定に供することを、一定の条件の下に例外として認める（旧刑事訴訟法343条に片鱗が認められ、現行刑事訴訟法によって更に展開されたものと解される。321条2項前段及び後段、322条1項・2項）。

現行刑事訴訟法320条の原則及び321条以下の例外規定は、伝聞法則と直接主義の両法理が取り入れられているというべきである（応急措置法12条参照）。現行刑事訴訟法の上記の全ての規定について、伝聞法則か直接主義か、いずれか1つの法理で説明することには無理があり、その必要もない。

#### 4 伝聞法則の適用を受ける供述（伝聞供述）と伝聞法則の適用されない供述（広義の非供述証拠）

伝聞供述の核となる要件は次の2点である。① 供述の内容（の真実性）を証拠とする場合であること、② 従って、原則として、供述内容の真実性について相手方（反対当事者）が供述者本人に対し直接反対尋問をする機会にさらさなければ証拠とすることができない供述であることである。換言すれば、この2つの要件のいずれを欠いても、当該供述は伝聞供述ではなく、非伝聞証拠として伝聞法則の適用はない。すなわち、伝聞供述は、供述の内容を真実として事実認定の証拠とすることから、誤判の危険を防ぐため、供述の内容につい

7) 平野・前掲注2) 刑事訴訟法概説165頁。なお、石井一正・刑事実務証拠法〔第2版〕（判例タイムズ社）83頁は、裁判官が直接供述者の態度等を注視しつつ供述を吟味すること（いわば裁判官によるテスト）がされていることも、伝聞法則の要素としている。伝聞法則が「裁判官による反対尋問」までも要求していると考えerことはできない。直接主義の領域に属する問題である。

て供述者本人に直接反対尋問して供述の内容の真实性を確認・テストすることが必要かつ不可欠とされる供述である。以上の2つの視点を念頭に置きながら、伝聞供述及び伝聞法則の意義と内容を検討することが重要である。以下に、伝聞供述と伝聞法則の適用されない供述（広義の非供述証拠）の意義、両者の識別をどのようにするかを中心に検討する。

1 伝聞供述は、人の音声・文字・動作（供述）によって表現された証拠である。

伝聞法則は、証拠のうち、供述についてだけ問題となる。当然のことであるが、殺人の包丁等の物の存在・性状・性質が証拠となる場合は証拠物であり、供述ではないから、伝聞法則の適用はない。反対説もあるが、現場写真、現場録音テープ、現場ビデオテープも、同様に解してよいであろう。前述したとおり、人によって表現されたとはいえない「音」「痕跡」等としての音声・文字も証拠物（証拠物としての供述）であり、伝聞法則の適用はない。既に述べたが、証拠物は、供述証拠（伝聞供述及び既に反対尋問の機会にさらされた供述）に属さない非供述証拠（広義の非供述証拠）の1つである。

2 伝聞供述は、表現された供述の内容（「供述内容の真实性」）が証拠（要証事実）となる場合である。従って、供述の内容が証拠とならない場合は、非供述証拠として、伝聞供述ではない。

人によって表現された文字・言語・動作（供述）が証拠になる場合には、「供述の内容」が証拠となる場合と「供述自体」などの「供述の内容以外のもの」が証拠となる場合（広義の非供述証拠）が存在するが、伝聞供述は前者の「供述の内容」が証拠となる場合である。供述の内容が真実であるとして事実の認定に使用されることから、伝聞供述では、「供述の内容の真实性」<sup>8)</sup>が確保されているかが中心課題となる。

伝聞法則は、供述の内容には供述の過程（知覚・記憶・叙述という3つの過程）に誤りの入る（見間違い・記憶違い・言い間違いにより、正確性が欠け真実で

ない供述内容となる) 危険があることから、3つの過程に対しそれぞれ相手方(反対当事者)が反対尋問する機会にさらさせることにより、これらの誤りがあるかどうか(供述内容の正確性・真実性)を明らかにして、誤りのある証拠(内容が正確でない、真実でない証拠)については事実認定から排斥して(法的関連性がないとして証拠能力を否定して)誤判を防ぐための法理である。このように伝聞法則は、供述の「内容」を本質的領域とする法理であるが、狭義の非供述証拠は、供述の内容の真偽は証拠とならないことから、供述の内容についての反対尋問の問題は生じない。

8) 基本書では、「供述内容の正確性」「供述内容の真実性」として説明されているが、内容の説明が十分ではなく、初心者が伝聞証拠をしっかりと会得できない原因の1つであろう。

訴訟における立証の段階で、検察官と弁護人によって、証明しようとする事実(「要証事実」)。本来の要証事実の意味とは異なるが、伝聞法則について論じられるときに、「証明の対象とされる事実」の意味で要証事実の用語が使用されているので、本稿もこれに従う)が設定されて証拠が提出され、立証活動が展開される。その際に当然、当該証拠のどの部分をどのような事実を証明するための資料として提出するかが問題となるが、伝聞供述(という証拠)は、原供述の内容となっている事実を証明するために提出される証拠であることから、これを証拠として使うには、供述内容が誤りのないこと、すなわち、内容が正確な知覚(見間違いがない)・記憶(記憶違いがない)に基づき正確に叙述(言い間違いがない)されていて真実が供述されていることが不可欠であり(そうでなければ誤判の危険がある)、これを供述内容の正確性・真実性と説明しているのである。正確性と真実性は同義ではないが、密接な関係にある。すなわち、供述の過程の最初の段階である知覚において「見間違い」がある場合には、正確性及び真実性に欠けた知覚であることから、記憶及び叙述において知覚のとおり(正確に)記憶し叙述しても、間違いのない(正確で真実な)記憶と叙述による供述とはいえない。また、見間違いのない正確な知覚であっても、記憶や叙述において記憶違いや言い間違いがあれば、供述の内容は正確性・真実性に欠けることになる。なお、実際に供述の内容が正確で真実であるかそうでないかは別の問題であり、証拠能力が認められた上で供述内容が真実性に欠ける(証明力なし)として当該供述が事実の認定に使われない場合もある(証明力の問題である)。伝聞供述の要証事実としての「供述内容の正確性」「供述内容の真実性」の用語は、以上のような意味で使用されている。そして、伝聞法則は、供述を、その内容の「真実性」を要証事実として事実の認定に使用するので、誤判の危険防止の観点から、供述内容の正確性・真実性について、相手方(反対当事者)の反対尋問の機会にさらされていなければ供述内容の「正確性」「真実性」が確保されたとはいえないとして、証拠能力を否定する法理である。

ところで、供述の内容が証拠となるか否か、特に、音声・文字・動作として表現された供述が、その内容が証拠となる供述証拠（伝聞証拠）か、供述の内容は証拠とならない非供述証拠（特に狭義の非供述証拠）かを識別することには、かなり難しい問題がある。論者によって識別の基準に違いがあるうえ、伝聞供述か非供述証拠かの結論の違いは証拠法上極めて重大であり、特に否認事件における有罪・無罪の分水嶺といってもよいであろう。伝聞供述の本質的・構造的な理解とも関係し、伝聞証拠に関する最重要かつ最大の課題である。

#### （1）伝聞供述と自然的関連性の問題

法的関連性としての伝聞供述の問題を検討する前に、その前提となる自然的関連性について考察しておく。伝聞供述に関する議論の中には、法的関連性と自然的関連性の問題を明確に区別せずに、法的関連性の問題である伝聞供述プロパーの証拠能力の議論において、その内容が自然的関連性の議論になっているものが見受けられる。供述が本心・真意からなされたかどうか（自然的関連性の問題）と、供述自体が正確（言い間違いがないこと）かどうか、供述の内容が正確（見間違い・記憶違い・言い間違いがないこと）であり<sup>9)10)</sup>、真実（事実に合致すること）であるかどうか（以上はいずれも法的関連性の問題であるが、本来の伝聞供述としての法的関連性の問題は、後者の「供述の内容の正確性・真実性」に限定して議論されるべきである）は明確に区別して議論すべきである。

証拠能力の要件としての自然的関連性とは、要証事実を推認させる最小限の証明力があることである。最小限の証明力もない証拠は、裁判においては、「無駄」であるという理由から排除される（法的関連性は、証拠が「典型的に誤判の危険がある」という理由で排斥される）。

自然的関連性は全ての証拠に共通する証拠能力の要件であるが、本稿では、音声・文字・動作によって表現された供述の自然的関連性に限定して検討する。およそ次のような内容となる。先ず ① 供述が「本心」<sup>11)</sup>からでたものであることが必要である。演劇のセリフ、冗談、真意でない供述は、この要件を欠き、自然的関連性がないとして証拠能力が否定される。つい心にもないことを口走ってしまった場合の供述もこれに当たるであろう<sup>12)</sup>。供述の自然的関

連性に関する固有の要件であり、証拠物の自然的関連性としての要件にはない。なお、上記①の本心からでた供述であるか否かという最小限の証明力の問題である自然的関連性は、供述自体の正確性の問題（専ら狭義の非供述証拠について

- 9) 供述内容の「正確性」という表現のほか、供述内容の「真実性」という表現で説明されている。ほぼ同義と解されているようである。まず、この「正確性」「真実性」と供述の「誠実性」「真摯性」とは異なることに留意すべきであろう。田宮・前掲注6) 刑事訴訟法 368 頁は「正確性（誠実性）」と説明しており、混乱が見られる。「正確性」「真実性」は、専ら法的関連性（典型的に誤判の危険のある証拠か否かの問題）である伝聞供述に関する供述内容の問題として論じられる場合の概念であり、後者の「誠実性」「真摯性」は自然的関連性の問題（「一般的関連性」の問題として、論じられている教科書もある）として論じられる概念である。本稿では、議論の混乱を避けるため、証拠能力の関連性の要件について、自然的関連性と法的関連性の2つの問題があり、両者を明確に区別して論じるものである。両者の間には、特に立証方法・認定の手法に差異がある。自然的関連性は原供述者本人に直接尋問せず、伝聞供述者（原供述者から原供述を聞き及んだ者）に尋問等して、要件の存否を認定できるが、法的関連性は、原供述の内容そのものの正確性・真実性を要証事実とすることから、その内容を供述した原供述者本人に直接反対尋問することが基本となる。そして、自然的関連性は、伝聞供述にも、狭義の非供述証拠にも、内心の表明としての原供述者の叙述にも、およそ音声・文字・動作によって表現された供述一般に共通する課題である。これに対し法的関連性は、本来伝聞供述についての法理であるが、狭義の非供述証拠や内心の表明としての原供述者の叙述においても、供述の内容が何らかの意味を持つ限り、供述の正確性・真実性の問題とは無縁ではない。すなわち、狭義の非供述証拠については、供述内容の正確性・真実性は問題とならないが、当該内容を伴った供述がされたことが言い間違いでないこと（正確性）が問題となり、内心の表明としての原供述者の叙述については、供述（叙述）内容の正確性・真実性が伝聞供述と同様に問題となることに留意すべきであろう。いずれも、典型的な誤判の危険性の問題であり、伝聞法則の問題ではないが、法的関連性の問題の1つとして議論すべきである。
- 10) 供述の正確性（言い間違い）については、供述自体の正確性の問題と供述の内容の正確性の問題がある。後者は前者を包含するが、前者が独立して問題となる狭義の非供述証拠の供述の場合には、供述（叙述）自体の正確性を検討しておく必要がある。このことは、特に証拠能力の要件である正確性の判断を、原供述者本人に尋問することが必要かつ不可欠であるか、伝聞供述者に対する尋問等でも足りるかを議論するうえで重要である。本稿の結論は、後述するとおり、叙述自体の正確性（供述自体に原供述者の言い間違いはないか）については、伝聞供述者に対する尋問等でも足りるが、供述の内容が正確で真実かどうかは、原則として（内心の表明としての原供述者の叙述の正確性・真実性は例外であり、伝聞供述者に対する尋問等でも足りる）、原供述者本人に対する直接の尋問が必要かつ不可欠であると考ええる。

原供述自体が正確に供述されているか否か、言い間違いはないかの問題）及び供述内容の正確性・真実性の問題とは異なる。意図した虚偽供述のほか、知覚・記憶とは違った供述や、知覚・記憶は正確だが言い間違えた供述が後者の例であり、類型的な誤判の危険性という法的関連性の問題である。後者は、本心からでた供述（自然的関連性の肯定される供述）であるが、知覚・記憶・叙述の過程において間違いがあるかどうかの問題である。次に、② 供述が要証事実との関係において、最小限の証明力があることが必要である。本心からの供述であっても、当該供述が要証事実との間に、最小限の証明力が認められなければ「無駄な証拠」であり、自然的関連性はない。例えば、殺人と窃盗を犯した犯人について、殺人を立証するため、窃盗についての供述を証拠として請求した場合である。窃盗についての供述は、本心からの供述であっても、殺人の要証事実の関係では証明力が皆無である。上記②の自然的関連性は、証拠物に関しても同様に必要とされる要件であるが、供述については、①及び②の両要件を検討しいずれも具備した場合にはじめて自然的関連性があるとして証拠能力が肯定される。

## (2) 伝聞供述と内心の表明としての叙述

供述の中には、表現された原供述の内容が原供述者の知覚・記憶・叙述の3

---

11) 多くの教科書では、「供述の真摯性」「供述の誠実性」の言葉で説明されているが、真摯性、誠実性という表現には違和感を覚える。例えば、芝居のせりふを「誠実でない供述」「真摯でない供述」というのは適切でない。再考すべきであろう。本稿では、証拠能力としての自然的関連性があるとは、原供述者が供述にあたり「本心」「真意」で表明・表現した場合をいうものとする。「冗談」「戯れ」「せりふ」などが自然的関連性がない供述の典型例である。これに対し、「見間違い」「記憶違い」「言い間違い」は、「供述自体の正確性」「供述内容の正確性・真実性」がないとして証拠能力が否定される法的関連性の問題である。

12) 田宮・前掲注6) 刑事訴訟法 369 頁は、「人は心にもないことを口走る場合もあり、その正確性を肯定しえてはじめて、真に内心の状態の確認が可能」であり、伝聞の危険は、一部存在すると述べている。「心にもないことを口走る」ことは、本心でない（真摯性に欠ける）供述であり、自然的関連性の問題である。「人は心にもないことを口走る」ことは、本心・真意と齟齬するという意味で正確性に関係するが、本来の法的関連性の正確性の問題である「言い間違い」とは明らかに異なる。

つの過程を経て供述される場合だけでなく、この3過程のうちの一部しかない供述が存在する。内心の表明としての原供述者の叙述がそれであり、供述内容は「内心の叙述」「心情吐露」という3番目の「叙述の過程」だけで成り立っている（以下、内心の表明としての原供述者の供述を「原供述者の叙述」といい、知覚・記憶・叙述の3つの過程を経てなされる原供述者の供述を単に「原供述者の供述」という）。内心の表明としての原供述者の叙述も、叙述内容の正確性・真実性が要証事実となる限り、伝聞供述であり、伝聞法則が適用されるというべきか、伝聞供述は、知覚・記憶の過程を経て叙述される場合に限定されるか（多数説）については、十分な説明と議論がされているとは言い難い（実務上の問題としては、原供述者の内心について直接原供述者に対し反対尋問の機会にさらさなければ証拠能力が認められないかが重要なポイントとなる。伝聞供述であれば、供述内容の正確性・真実性について原供述者本人に対する直接の反対尋問が必要かつ不可欠であるが、伝聞供述でないとするれば、その必要はない。伝聞供述者に対する尋問等でも足りる）。

この問題は通常、動機・意図・計画・意思・心情・感情等の内心の表明（叙述）に関する証拠能力の問題として議論されている。例えば、「あの人は好かんは」（嫌悪の感情）、「彼はもう殺してもいいやつだな」（動機）といった原供述者の内心の表明としての叙述（供述）の証拠能力如何である。判例も多数説も叙述自体が証拠となることを認めて、伝聞供述であることを否定し、広義の非供述証拠と解するようである<sup>13)</sup>。

ところで、内心の表明としての原供述者の叙述の証拠能力について議論する場合、留意しておく事項が何点かある。先ず、① 上記判例及び多数説による異論がないわけではないが、要証事実は叙述の内容をなす「内心」「心の状態」であって、「内心を表明した原供述者の叙述自体」（狭義の非供述証拠）でない

13) 田宮・前掲注6) 刑事訴訟法 369 頁、石丸俊彦ほか・刑事訴訟の実務〔新版下〕（新日本法規出版）74 頁、田口守一・刑事訴訟法〔第4版〕（弘文堂）395 頁、最判昭和38年10月17日刑集17巻10号1795頁（白鳥事件）、東京高判昭和58年1月27日判時1097号146頁。

ことである。上記事例では、「原供述者が好悪の感情を抱いていたこと」、「殺害の動機・殺意を抱いていたこと」が要証事実であり、叙述自体である「好悪の感情を表明したこと」「殺害の動機を表明したこと」ではない。この点において、内心の表明としての原供述者の叙述は、狭義の非供述証拠とは異なる。要証事実が、前者は「叙述の内容」であり、後者は「供述自体」である。②内心の表明としての叙述には、上記「知覚」、「記憶」の過程がなく、内心の表明としての「叙述」の過程のみである。問題は、この「叙述」についても、証拠能力を認めるには、原供述者が「叙述」の時点で叙述の内容どおりの心情にあって、その心情どおりの内容の叙述をしたこと(原叙述の内容の正確性・真実性)について相手方の直接の反対尋問の機会にさらさせる必要があるかである。その際に議論の前提として、次の点は重要である。すなわち、i 知覚・記憶・叙述の3つの過程を辿る供述については、3番目の「叙述」について相手方(反対当事者)の直接の反対尋問の機会にさらされることを不要とする見解はない<sup>14)</sup>。すなわち、知覚・記憶・叙述の3つの過程全てについて原供述者に対する直接の反対尋問を経なければ(「知覚・記憶・叙述についての全過程における原供述内容の正確性」が確保されなければ)当該原供述は証拠能力がないとしている。叙述の過程について原供述者に対する直接の反対尋問を不要とする見解がないことは重要である。相手方(反対当事者)による原供述者に対する直接の反対尋問が必要かつ不可欠であるというのである。叙述の過程は、知覚

14) 内心の表明としての原供述者の叙述について、伝聞供述ではなく、非供述証拠であり、叙述の内容について叙述者本人に対する反対尋問の必要はないとする見解(平野・前掲注2)刑事訴訟法概説163頁参照)は、何故3つの過程を経る最後の段階の「叙述」については、反対尋問を必要とするのであろうか。供述(叙述)の内容を要証事実とする内心の表明としての叙述を非供述証拠とし原供述者に対する直接の反対尋問を不要としながら、3つの過程を経た供述については、知覚・記憶のほか、叙述についても原供述者本人に対する反対尋問を必要かつ不可欠とするのか、知覚及び記憶についてだけで十分ではないかという理論上の整合性の疑問がある。叙述の「内容」を要証事実とする限り、叙述者本人に尋問するというのが理論的帰結であろう。これを否定するためには、それなりの積極的かつ合理的理由が必要である。3つの過程を経た供述は、内心の表明としての叙述と比較して、誤判の危険が特段に高いといえるのであろうか。単なる程度問題とすれば、同じように扱うべきであろう。

及び記憶の過程と異なり、外部に現れることから、原供述者本人に確認せずとも、これを聞いた周囲の者（伝聞供述者）に確認して叙述内容の正確性を判断することが可能であるように思われるが、原叙述者に対する尋問に代えて、伝聞供述者に対する原供述に関する尋問等によって、原叙述の内容の正確性を認めることはできない。この点について異論はない。

ii 内心の表明としての原叙述についても、自然的関連性、すなわち、供述が原供述者の本心でされたものでなければ証拠能力がないことはいうまでもない。「戯れ」「冗談」とか、「心にもないことを口走ってしまった」とか、演劇の「せりふ」としての内心に関する原叙述は自然的関連性なしとして証拠能力が否定される。

iii 自然的関連性としての「原叙述が本心でされたこと」（自然的関連性）の要件と伝聞法則としての「叙述内容の真实性」（法的関連性）の要件は、本質的に異なる。「原叙述が本心でなされたこと」の要件を充足している場合にも、「原叙述内容の正確性・真实性」が認められない場合があるからである。すなわち、本心で内心を表現している場合にも、間違った内容の叙述をすること（言い間違い）はあり得る。不注意で誤って知覚・記憶とは違った叙述をすることは十分にあり得る。従って、3つの過程を経る伝聞供述においては、この知覚・記憶に反する叙述についても、これを弾劾するために相手方（反対当事者）による原供述者本人に対する直接の反対尋問の機会にさらされることが保障されるのである。「叙述の正確性・真实性」について原叙述者に対する直接の反対尋問も、伝聞法則の要求するところである。原叙述が本心でされたかどうか（叙述が本心でされた場合でなければ、当該叙述について最低限度の証明力もないから証拠能力が否定されるという自然的関連性の問題）と原叙述者の叙述の内容が正確になされているかどうか（本心で叙述されていて最低限度の証明力が肯定される場合にも、当該叙述に対し反対尋問の機会にさらされていなければ典型的に誤判の危険があるため証拠能力が否定されるという伝聞法則としての法的関連性の問題）は異なる。

なお、上記反対尋問を経ているからといって当該叙述がそのまま信用できるかは別の問題である。これは供述の信用性・証明力の問題であり、証拠能力の問題ではない。反対尋問を経て証拠能力を具備した証拠も、その内容が客観的事

実に反し証明力がない（信用できない）という理由で証拠として使用されない場合があることはいうまでもない。供述の内容の正確性・真実性という証拠能力の問題と証明力としての信用性の問題は異なる。

以上の諸点については、ほぼ異論のないところである。問題は次の点にある。

(A) 第1は、内心の表明としての原供述者の叙述の場合は、供述者の知覚・記憶・叙述の3つの過程を経た場合の叙述とは異なり、叙述内容の正確性・真実性は、「原供述が本心による供述かそうでないか」という自然的関連性と同質的なものと考えられないかである。これが肯定できれば、内心の表明としての原供述者の叙述が伝聞供述かどうかはともかく、内心に関する原供述者の叙述内容の「正確性」は、自然的関連性の場合と同様、原供述者本人に直接反対尋問しなくとも、他の方法、例えば、伝聞供述者に対する尋問で認めることができることになる。自然的関連性の要件としての「原供述が本心によるものか、そうでないか」は、原供述者本人に尋問するのが最良であろうが、原供述者本人に尋問して正確であるとの供述を得なければならないものではない。判例及び学説とも、伝聞供述者が原供述者から聞き及んだ状況についての伝聞供述者に対する尋問等から十分に判断可能であるとしている。これが自然的関連性に関する一般的考え方である。「原供述者の叙述内容の正確性・真実性」についても、上記自然的関連性と同様に、原供述者に直接反対尋問をしなくとも判断可能ではないか、反対尋問の機会にさらされることが不可欠な伝聞供述として扱う必要はないのではないかである。

この点について、「内心の表明としての叙述」についても、当該内心を抱くに至った経緯等（感情形成過程）について原供述者に対する直接の反対尋問を経なければ心情吐露に関する叙述内容の正確性・真実性は確保されたとはいえないとの見解<sup>15)</sup>がある（この見解は、内心の表明としての原供述者の叙述は、「叙述の内容」が証拠となる場合であることを前提としている）。すなわち、内心の表明としての叙述が本心によるか否かについては伝聞供述者に反対尋問をすれば

---

15) 石井・前掲注7) 刑事実務証拠法 85頁。

目的を達成するが、原供述者がそのような心情を吐露するに至った経緯等についての尋問は、原供述者本人に直接反対尋問することが必要であり、この反対尋問がされてはじめて内心の表明としての叙述について、法的関連性（叙述内容の正確性・真実性）が肯定されるというのである。

一般論としていえば、上記見解の説明は、「叙述」の過程に限ったことではない。「知覚」「記憶」の過程に関しても同様であろう。当該知覚に至った経緯等について、当該記憶を保持しているといえる事情等について、それぞれ原供述者本人に反対尋問を経なければ知覚・記憶の正確性は確保されたとはいえない。伝聞法則として、知覚・記憶について相手方の原供述者に対する直接の反対尋問が保証されるのであるが、知覚・記憶そのものに対する反対尋問では殆ど意味がない。他方、知覚・記憶に関する正確性の確保はできない。上記感情形成過程といっても、結局「当該内心を抱いていたかどうか」、すなわち、内心の表明としての原供述者の叙述の内容に帰する問題である。上記見解は説得力に欠けると言わざるをえない。むしろ端的に、伝聞供述者に対する尋問でも明らかにできる叙述自体が要証事実となっておらず、すなわち「叙述自体」が証拠として使用されるのではなく、「叙述の内容」が要証事実となり、証拠として使用されるのであるから、叙述の内容の正確性（真実性）は伝聞供述者に対する尋問では十分でなく、原供述者本人に対する反対尋問を経なければ法的関連性としての証拠能力はないというべきであろう。すなわち、原供述者に対する直接の反対尋問を経て原供述者の叙述内容の正確性・真実性が検討された上でなければ、原供述者の叙述の内容は典型的に誤判の危険がある。原供述者の叙述の「内容そのもの」が要証事実として証拠となるのであるから、原供述者本人に尋問して原叙述の「内容を確認」し、叙述内容の正確性を確保することが必要であり不可欠であるということは一理ある。伝聞供述者に対する尋問等の方法によって原叙述内容の正確性を確認することは、基本的には認められないというのが筋であろう。

(B) 第2は、供述の証拠能力の要件を検討する場合に、原供述者の「内心の表明としての叙述」を「狭義の非供述証拠」と同視できないかである。すなわ

ち、狭義の非供述証拠が証拠能力を持つためには、a 供述の自然的関連性が  
必要なことはいうまでもない。原供述者が本心により表現した供述であること、  
例えば、後記(3)伝聞供述と狭義の非供述証拠における「原供述自体」が要証事  
実である場合の事例において、原供述が冗談やセリフとしてされた場合には、  
狭義の非供述証拠としての自然的関連性なしとして証拠能力は否定される。内  
心の表明としての原供述者の叙述についても全く同様である。b 狭義の非供  
述証拠についても、供述自体の正確性は、法的関連性の要件として必要である。  
原供述に言い間違いがあれば、証拠能力は認められない。このことは、内心の  
表明としての原供述者の叙述についても、同様であり、内心の表明において  
「表明の間違い」があれば証拠能力は認められない。誤判の危険があるからで  
ある。c 問題は、狭義の非供述証拠の要証事実が原則として（後述するとおり  
、要証事実が供述自体というより、供述自体から推認される事実というべき場合  
もある）、原供述の内容を伴った供述自体であること（そのような内容の供述が  
原供述者によってなされたことが要証事実）である。供述自体の正確性（言い間  
違いはないかどうか）については、原供述者本人に尋問しなくとも、伝聞供述  
者に対する尋問等で判断できることに異論はない。供述自体という外部に表現  
された供述については、原供述者本人に確認することは不可欠ではないが、内  
心の表明としての原供述者の叙述についても同様に解することができないか  
である。

問題は、内心の表明としての叙述の要証事実である。狭義の非供述証拠の要  
証事実とは異なり、原供述の内容（内心・心情）を伴った叙述自体ではない。  
すなわち、叙述内容の真実性であり、そのような内容の叙述があったことでは  
ない。この点からすると、内心の表明としての叙述が証拠能力をもつためには、  
表現された内心が真実か否か（原供述者が表現したとおりの内心・心情を抱  
いていたか否かという叙述内容の真実性）について、原供述者本人に対する直接の反  
対尋問を経る必要があるというのが理論的帰結であろう。叙述内容の真偽につ  
いては原供述者本人に直接問い質さなければ確認できないことであり、この手  
続きを経ることなく、内心の表明としての叙述に法的関連性あり（典型的に誤

判の危険がない)として証拠能力を認めることはできない。従って、伝聞供述者に対する反対尋問等により叙述内容の正確性を認めることはできないというべきである。この点は、供述「内容」の真偽(真実性)を問題にしない狭義の非供述証拠とは明らかに異なる。

以上が内心の表明としての叙述の構造的・理論的分析である。

(C) ところで、翻って、内心の表明としての叙述には、知覚・記憶の過程を経て表現される供述とは異なり、叙述の内容(表現される内心・心情)に虚偽の入り込む危険は典型的に考え難いといえないか、自然的関連性を充足する「本心」で表明された原叙述について、「内心・心情の表明の間違い」という正確性・真実性に欠けることは考え難いのではないか、少なくとも、表現された内心の正確性・真実性は、自然的関連性の本心と同様、原供述者本人に尋問しなくても伝聞供述者に対する尋問等により明らかにできるのではないかは検討に値する。

内心が本心で表明されている(自然的関連性が肯定される)以上、内心の表明としての叙述の内容の正確性・真実性(叙述の間違いはないか、周囲に正確に伝わるよう適切な用語を用い、誤解を生むような表現はないか)は、内心・心情(知覚・記憶からの影響があるとしても間接的であり、かつ内心という心情)の表明という叙述内容が特殊な場合であることからして、原供述者本人に直接反対尋問をしなくても、内心が表現された際の状況・経緯や伝聞供述者への尋問等によっても十分に明らかになるというのが私の考えである。内心・心情の表明は、経験則上、いわば反射的・自然発生的に(本心で内心・心情を表明している者が表現の内容を言い間違えることは経験則上考え難い)内心を抱いた時点における内心・心情がそのまま吐露・発現されているといえるのではなからうか。原供述者がついうっかり内心とは異なる正確性・真実性を欠いた叙述(内心・心情の表明の間違い)をすることも全くないわけではないが、少なくとも正確性・真実性を欠いた叙述かどうかについては、原供述者本人に直接聞かなくとも、伝聞供述者に対する尋問等で足りることではなからうか。表現された叙述自体からも、叙述の前後の状況からも、その内容の正確性・真実性を判断できるの

ではなかろうか。なお、前記のとおり、狭義の非供述証拠についても、供述自体が本心で供述されていることは自然的関連性の要件として証拠能力を認める上で必要な要件である<sup>16)</sup>。例えば、アメリカの大統領が、言い間違えて「私は、ロシアの大統領である」と供述した場合の原供述の証拠能力を考えてみると、言い間違えた供述も、アメリカの大統領であると発言しようとして言い間違えたのであって、本心からでた供述であることに変わりはなく、狭義の非供述証拠としての自然的関連性は認められる（アメリカの大統領が「冗談」とか「心にもないことを口走って」上記の発言をしたのであれば、自然的関連性は否定されることはない。「供述自体の正確性（言い間違いがないこと）」と自然的関連性の「本心による供述」はやはり異なるというべきである。また、内心の表明としての原供述者の叙述は、原供述者の知覚・記憶の過程（これらは、いずれも原供述者の内にある、伝聞供述者には知り得べくもない過程である）を経て表現される叙述とも明らかに異なる領域があり、同列に論じる必要もない。そうすると、内心の表明としての叙述については、伝聞供述と同様に、叙述（供述）そのものではなく、叙述の内容（叙述内容の真実性）が要証事実であり、本来は、原供述者本人に対し直接、叙述の内容が正確（真実）かどうかを尋問しなければ証拠能力を獲得できない場合ではあることは認めなければならない

---

16) 狭義の非供述証拠の場合の「原供述者の言い間違い（正確性）」をどのように考えるかの問題がある。例えば、A国の大統領甲が、「自分はB国の大統領である」と言い間違えて発言したとしよう。「A国の大統領である」と発言しようとして、上記発言をしたのであるから、「冗談」とか「戯れ」ではなく、「本心」による発言であり、自然的関連性は認められる。しかし、「自分はA国の大統領である」と発言しようとしたが、言い間違えて「自分はB国の大統領である」と発言してしまったのであり、この言い間違いの供述自体は、要証事実を、供述の内容ではない「甲の精神異常」と設定した場合にも、誤判の危険があり（言い間違えた「自分はB国の大統領である」との発言自体を「精神異常」の証拠とすれば誤判となる）、言い間違いが判明すれば、法的関連性なしとして証拠能力を否定すべきである（なお、「甲の精神異常」という要証事実の関係では、「B国の大統領である」との発言が言い間違いとすれば、最小限の証明力もないとして自然的関連性も否定されることになろうか。精神異常の証拠としての証明力は皆無である）。狭義の非供述証拠の原供述者の供述の言い間違い（正確性）は、証明力の問題でも、伝聞法則の問題でもないが、法的関連性の問題として考えるべきであろう。

が、内心の表明という叙述内容が前述したように特殊なものであることからして、少なくとも、伝聞供述者に対する尋問、その他の方法によって叙述内容の正確性(真実性)を明らかにすることが可能であるといえるのではなかろうか。そうすると、原供述者の叙述が法的関連性をもつために、原供述者に対する直接の反対尋問は必要かつ不可欠ではないから、これを必要かつ不可欠とする伝聞供述には該当しないといえることができる。すなわち、叙述内容の正確性・真実性について原供述者に直接問ひ質さなくとも、伝聞供述者に対する尋問等によって判断可能であるという意味において、狭義の非供述証拠と同じ構造であり、広義の非供述証拠の1つと解してよい。但し、伝聞供述者に対する反対尋問等によって、原供述者の内心とは相違した叙述、すなわち、叙述の内容の正確性・真実性が欠ける場合には、本心で供述されている以上、自然的関連性は認められ、他方、伝聞供述ではないが、法的関連性は否定されるべきであろう。叙述の内容の正確性・真実性が認められなければ、類型的に誤判の危険があるからである。この点において、叙述内容の真偽如何に拘わらず、叙述自体の正確性が認められれば、そのことを要証事実として証拠能力が肯定される狭義の非供述証拠とは異なる。内心の表明としての叙述は、叙述内容の真実性が要証事実であり、叙述内容の正確性が認められない場合には誤判の危険があるので、法的関連性としての証拠能力が否定されることになる。内心の表明としての原供述者の叙述内容の正確性・真実性は、単に証明力の問題ではなく、伝聞法則とは別異の証拠能力としての法的関連性(類型的な誤判の危険性)の問題である。

結論として、「内心の表明としての原供述者の叙述」の構造、特徴について、次のようにいえるであろう。① 内心の表明としての原供述者の叙述は、叙述自体ではなく、叙述の内容の正確性・真実性が要証事実であり、叙述の内容が証拠となる。従って、供述自体が要証事実であり、証拠となる狭義の非供述証拠とは異なる。この点において、原供述者本人に対する直接の反対尋問の機会にさらさなければ、伝聞の危険性を内包しているといえることができる。② しかし、知覚・記憶の過程がなく、内心・心情が反射的、自然発現的に表明される叙述(心情の吐露としての言語)であり、経験則上、伝聞供述とは異なり、内

容虚偽の危険は考え難いといえる。③ 叙述内容の正確性・真実性の判断も、専ら外部に現出された叙述を中心とした内心の表明という言語の性格上、伝聞供述の内容の正確性・真実性の場合とは異なり、原供述者本人に尋問しなくとも、伝聞供述者への尋問等によって十分に明らかにできる。そして、伝聞供述者に対する尋問等で叙述の内容の正確性・真実性に欠けることが判明した場合には、伝聞法則とは別異の誤判の危険という法的関連性の欠如により、証拠能力は否定される。

### (3) 伝聞供述と狭義の非供述証拠

狭義の非供述証拠は、供述の内容(内容の真偽、内容の真実性)が証拠となるのではなく、供述そのもの(供述自体)が証拠となる場合である。供述内容の真偽は問題にならず、従って、供述の内容について相手方の反対尋問の機会にさらす必要もないから、伝聞法則の適用はない。

(A) 問題は、狭義の非供述証拠と伝聞供述とを区別する基準は何かである。

結論からいえば、狭義の非供述証拠も伝聞供述と同様に音声・文字・動作によって表現された供述であるが、前者は、証拠としての用法(供述自体を要証事実とすること)において、「類型的に誤判の危険がない」という理由で伝聞法則が適用されないのであるから、要証事実を供述自体とする非供述証拠として提出されても、誤判の危険がある場合(例えば、供述の内容の真実性が、結局、要証事実となる危険がある場合)には、伝聞法則の脱法行為として法的関連性を否定すべきであるということになろう。類型的に誤判の危険があるとは、供述の内容の正確性・真実性について反対尋問の機会にさらされていないにも拘わらず、証拠能力が認められて供述の内容が証拠とされる場合である。

下記事例の分類の「原供述自体が要証事実である場合」(但し、Ⅲのロの場合を除く)の各事例が狭義の非供述証拠に当たり、これらの場合は供述自体を要証事実として証拠請求しても、誤判の危険はなく伝聞法則は適用されない(伝聞法則の脱法行為にもならない)ことについては、ほぼ異論がないといってよい。そして、当該内容の供述があったかどうか(供述自体の言い間違いがないかどうか)は、原供述を聞いた伝聞供述者に尋問すれば十分に明らかとなるから、原

供述者本人に直接尋問して確認することが必要かつ不可欠でないことについても異論がない。このことは、実務上重要である。狭義の非供述証拠の特徴として、次の3点を掲げることができる。(1)原供述で述べられている内容は、原則として事実に反し、虚偽でもよいこと(原供述の内容が真実である場合はもとより、虚偽でも誤判の危険はない。但し、後記Ⅲで述べるように、原供述の内容の真偽が自然的関連性の問題となる場合がある)、(2)原供述の要証事実(原供述自体であるから、原供述の内容を証拠として使用してはならないこと(具体的な処理の方法としては、後述するとおり、経験則上、原供述の内容が証拠とされる危険が大きい場合には、狭義の非供述証拠として扱わず、伝聞供述と解して伝聞法則を適用すべきであろう。原供述自体が証拠となるか、原供述の内容が証拠となるかについて、識別困難・不可能な場合の生じることは避けられないから、その場合の対処の仕方を考えておく必要がある)、(3)当該供述の内容を伴った供述があったこと(供述自体の正確性<sup>17)</sup>)は証拠能力の要件であるが、この正確性は、原供述者本人に直接尋問しなくとも、伝聞供述者に尋問すること等で足りること。

下記事例で、Ⅰ及びⅡの場合は、供述自体を要証事実として設定しても、供述の内容の真実性が要証事実として機能する危険は実質的にもないといえよう。供述自体と要証事実との結びつきは強固であり、供述自体から供述の内容に関する要証事実が推認される危険性もない。これに対し、Ⅲの場合は、Ⅰ及びⅡの場合と異なり、供述自体が要証事実というより、「供述自体から推認される事実」が要証事実であることから、供述自体と推認される事実との間に径庭があり、そのため、供述自体から推認される事実が供述内容の真実性か、供述内容の真実性以外の事実かについて判断者の主観・恣意が入り込む危険がある。誤判防止の観点から、推認される事実が供述内容の真実性以外の事実であることが明らかでない場合には、運用上、供述自体から推認される事実(要証事

17) 知覚・記憶・叙述の過程のうちの叙述の内容の正確性は、①叙述自体の正確性が問題となる場合(知覚及び記憶は正確であるが、言い間違いの場合)と②知覚・記憶が誤っているため叙述の内容が間違いである場合とが考えられる。狭義の非供述証拠の正確性については①が問題になるだけであり、この正確性については必ずしも供述者本人に対し反対尋問する必要はなく、伝聞供述者に対する尋問等で足りる。

実)は、供述内容の真実性と解して、伝聞法則の適用を認めるべきであろう。なお、既に述べたが、本事例の非供述証拠についても、原供述に自然的関連性(当該犯行との関係で最小限の証明力があり、冗談や芝居のせりふとしての供述でないこと)が必要なことはいうまでもない。

## 事 例

(「原供述自体」が要証事実そのものである場合)

### I 原供述自体が犯罪の一部を構成する場合

- ①事例1 甲の乙に対する名誉毀損事件において、「甲が自分達大勢の前で『乙が万引きするのを見た』と公言(原供述)するのを聞いた」とのAの法廷での供述(原供述の要証事実、甲が『乙が万引きするのを見た』と公言したという、甲の乙に対する名誉毀損行為としての供述自体——原供述自体が名誉毀損罪の一部を構成する事実——であり、原供述の内容である『乙が万引きしたこと』ではない。すなわち、要証事実を原供述自体と設定することが経験則上許容され、誤判の危険もない場合である。逆に、要証事実を『乙が万引きしたこと』と設定することは、原供述の内容の真実性を証明することになり、伝聞供述となる)
- ②事例2 甲の乙に対する脅迫事件において、『乙の家族を殺害してやる』との記載(原供述)のある脅迫文書(原供述の要証事実、『乙の家族を殺害してやる』という甲の乙に対する脅迫行為としての原供述自体——脅迫罪の一部を構成する事実——である。原供述の内容である「甲が乙に対し殺意を抱いていたこと」ではない)

本事例は、原供述自体そのものが要証事実といえる。原供述の内容の真実性が要証事実とされるおそれはない。

### II 原供述自体が原供述者の行動の言語的部分と評価できる場合

- ①事例3 甲の乙に対する暴行事件において、犯行現場で甲が乙に殴りかかる際に『この野郎』と発言(原供述)するのを聞いたとのAの法廷での供述(原供述の要証事実、甲に乙に対する暴行の意思があったことではなく、

甲が乙に暴行を加えた際の粗暴な発言自体である。すなわち、原供述自体を要証事実とすることは経験則に反しない。逆に、要証事実を「甲に乙に対する暴行の意思があったこと」と設定することは、原供述の内容の真实性を証明することにほかならず、伝聞供述となる)

- ②事例4 上記甲の乙に対する暴行事件において、乙が犯行現場で甲に殴られて、『やられた、甲』と漏らした(原供述)のを聞いたというAの法廷での供述(原供述の要証事実乙が甲に殴られた際に漏らした乙の発言自体であり、「甲から暴行を受けたこと」ではない)

本事例は、原供述者の言語を伴う行動について、この言語が原供述者の行動を構成する一部分と認められる場合に、原供述自体を非供述証拠として証拠能力を認めるものである。要証事実を原供述自体とするものであるが、原供述自体が原供述者の行動の部分として構成され得る限り、上記Iの場合と同様、誤判の危険はない。

(原供述自体から推認される事実が要証事実となる場合)

### Ⅲ 原供述自体を間接事実(状況証拠)として立証に使用する場合

本事例においては、証明されようとしている事実(証明の対象事実。要証事実とは意味内容は異なるが、ほぼ同じと考えてよいであろう)は、原供述自体ではなく、「供述自体から推認される事実」である。要証事実、証明の対象事実が経験則上供述自体といえる上記I及びIIの場合とは異なる。そして、原供述自体から推認される事実が原供述の内容の真实性である場合には、伝聞法則に照らして許されない。すなわち、伝聞供述として扱うべきである。実質的には原供述自体ではなく、原供述の内容が証拠となっていると言わざるをえないからである。ただ、下記のイとロとの区別は容易でない。推認される事実(要証事実)を、原供述の内容の真实性の事実にも、原供述の内容の真实性以外の事実にも設定可能な場合が存在するであろう。供述の内容、性質、前後の文脈等から経験則に照らして決定するほかないが、誤判防止の観点から、供述自体から推認される事実を経験則上供述内容の真实性以外の事実を設定することに疑問

がある限り、伝聞供述と解すべきではなかろうか。誤判の危険を払拭できないからである。

イ 原供述自体から推認される事実（要証事実）が原供述の内容以外の事実である場合

①事例5 「甲が『自分はアメリカの大統領である』（原供述）というのを聞いた」とのAの法廷での供述（原供述の要証事実、原供述の内容である『甲がアメリカの大統領であること』ではなく、甲が『自分はアメリカの大統領である』と供述したこと、すなわち、このような内容の供述をしたこと自体——原供述自体——から推認される「甲の精神異常の事実」。本事例は、原供述の内容が真実でない場合である。真実であれば、要証事実との間に自然的関連性がない）

②事例6 甲が運転する車のブレーキの故障で発生した交通事故において、運転前に、甲が乙に対し、『ブレーキが故障している』と話していたとの乙の法廷での証言（原供述の要証事実、原供述の内容である『ブレーキが故障していること』ではなく、「甲が車のブレーキが故障していることに気づいていたこと」。なお、本問で、原供述の内容が真実でない場合（ブレーキが故障していなかった場合）、「甲が車のブレーキが故障していることに気づいていたこと」の証拠として原供述自体を採用できるかの問題がある。すなわち、上記①の場合と異なり、原供述自体を狭義の非供述証拠として証拠能力を認めるには、原供述の内容が真実でなければならないか問題がある。ブレーキが故障していなければ、要証事実との間に自然的関連性がないと考える。）

上記いずれの事例も、多くの基本書では、要証事実は原供述自体と説明されているようであるが、説明不足で分かり難い。間違いといってもよいであろう。正確には、原供述自体から経験則上推認される事実が要証事実というべきであろう。問題は経験則上推認が可能な事実が供述の内容である事実か、供述の内容以外の事実かをどのような視点に立って判断するかであるが、伝聞法則の脱法行為を防ぐために、供述自体から推認される事実を供述の内容と設定することが可能である場合には伝聞供述として扱うということを考えてよい。事例を

重ね適切な経験則を確立していくほかない。

ロ 原供述自体から推認される事実（要証事実）が原供述の内容の真実性と評価される場合

①事例7 強姦致死事件において、被害者甲が、『被告人Aは自分にいやらしいことばかりする』と話していたとの乙の法廷での証言（原供述の要証事実とは、『被告人Aが乙にいやらしいことばかりすると話していた』という原供述自体ではなく、原供述の内容である『被告人Aが甲に対し、いやらしいことばかりしていたこと』。原供述の内容の真実性が要証事実であり、伝聞供述である）

②事例8 殺人事件において、被告人甲が乙に対し、『丙をぶっ殺してやる』と言っていたのを聞いたとの乙の法廷証言（原供述の要証事実とは、「甲が丙をぶっ殺してやると言っていた」という原供述自体ではなく、原供述の内容である「甲が丙に対し殺意を抱いていたこと」である。本事例の場合が伝聞供述であるかは、上記①の場合とは異なる。内心の表明としての原供述者の叙述の問題であり、後記IV①で説明する）

なお、後記IVの内心の表明としての原供述者の叙述について、要証事実を叙述自体と設定したとしても、叙述自体（「丙をぶっ殺してやる」との発言自体、「被告人Aはすかんわ」との発言自体）から推認される事実とは、叙述の内容となる事実（「甲が丙に対し殺意を抱いていたこと」「甲がAに抱いていた嫌悪の情」）であり、叙述の内容が要証事実と評価される場合というべきであろう。

（原叙述の「内容」が要証事実となる場合）

#### IV 内心の表明としての原供述者の叙述

既に詳述した。叙述（供述）の内容の真実性が要証事実であるが、内心の表明という叙述の特殊性から、原供述者本人に反対尋問しなくとも、他の方法で叙述内容の正確性（真実性）が認められる限り、広義の非供述証拠の1つとして証拠能力を認めてよい。

①事例8 殺人事件において、被告人甲が乙に対し、『丙をぶっ殺してやる』

と言っていたのを聞いたとの乙の法廷証言（原供述の要証事實は、原供述の内容である、「甲が丙に対し殺意を抱いていたこと」。すなわち、要証事實は、『丙をぶっ殺してやる』という甲の原供述自体ではなく、原供述の内容の真实性が要証事實であるが、内心の表明としての原供述者の叙述であり、非伝聞供述、広義の非供述証拠と解すべきである）

- ②事例9 強姦致死事件において、被害者甲が、『被告人Aはすかんわ』と話していたとの乙の法廷での証言（原供述の要証事實は、甲の原供述の内容である「甲がAに抱いていた嫌悪の情」であるが、内心の表明としての原供述者の叙述であり、広義の非供述証拠である。伝聞供述ではないと解する）

留意すべきは、狭義の非供述証拠及び内心の表明としての原供述者の叙述（広義の非供述証拠）の上記各場合、伝聞供述の場合と同様、音としての音声、痕跡としての文字が証拠として使用されるのではない。いずれも、意味・内容を伴った音声・文字としての供述が証拠となっている。内容のない物質的存在としての音・痕跡ではない。狭義の非供述証拠の場合に、供述そのものが証拠となるといっても、どのような内容を伴った供述（音声・文字）であるかを検討しなければ、① 要証事實との関係において最低限度の証明力としての自然的関連性を判断することはできない。② 「本心」の供述か否かの判断も、供述の内容を考慮して判断が可能である。①及び②のいずれの判断も、供述内容の真偽は原則として問題とならないが、意味・内容を伴った供述自体が要証事實であり、狭義の非供述証拠、内心の表明としての原供述者の叙述（いずれも広義の非供述証拠）として証拠上の地位を付与されていることは重要である。

供述と要証事實の設定上の問題がある。供述の存在（供述自体）を要証事實として供述に証拠能力を認めて証拠として採用し、結果として（実質的に）供述の内容どおりの（供述内容の真实性を要証事實にした場合と同じような）心証を形成してしまうことは、伝聞法則の脱法行為として許されない。いままでも問題点としては指摘されていたが、十分な検討がされたとはいえない。

(B) そこで、音声・文字・動作（供述）自体を証拠（非供述証拠）とすることが可能な場合か否かを決定する基準は存在するかである。

本課題も重要である。供述について全て、供述の内容ではなく供述自体(供述の存在)を証拠(要証事実)とすることが可能であるとすれば、伝聞法則は骨抜きとなる。何らかの規制・制限が考慮されなければならない。未だに議論のある白鳥事件で、被告人の「Sはもう殺してもいいやつだ」「堂々と襲撃しよう」との原供述について、この発言自体があったことを要証事実として証拠能力を肯定する見解がある。判例は文言からすると、この立場のようである。原供述は、被告人のSに対する殺害の動機についての発言であるが、これを犯行の動機を伴った供述であって供述自体が証拠となる場合、すなわち、狭義の非供述証拠と考えることができれば伝聞供述ではなく、自然的関連性(本心・真意の発言であること)が認められる限り、証拠能力は肯定されることになる。しかし、被告人の犯行の動機を内容とする供述を、供述自体を要証事実として証拠能力を認めてよいかは問題である。上記IからIVに沿って検討すると、上記原供述自体が要証事実そのものでないことは(但し、後述するとおり、上記供述自体が犯罪の一部である共謀を構成する事実であるとする見解がある)明らかである。また、原供述自体から推認される事実は犯行の動機であって、要証事実は原供述の内容をなす事実である。すなわち、叙述(供述)の内容(Sに対し殺意を抱いていたこと)が証拠となる場合と解すべきであろう(供述自体から推認される事実が供述の内容となっている事実か供述の内容以外の事実かの判断も、微妙かつ困難なものがある。結局、推認についての経験則の適用・運用の問題であるが、供述の内容となっている事実と評価し得る可能性がある限り、伝聞法則の重要性を考慮して、推認される事実は供述の内容と解すべきではなかろうか)。要証事実は叙述があったことではなく、叙述内容である犯行の動機・殺意があったことである。そして、犯行の動機、殺意は、内心の表明としての原供述者の叙述であり、広義の非供述証拠の1つとして、非伝聞供述である。

(C) 上記白鳥事件の原供述自体については、もう1つ検討しておくべきことがある。すなわち、上記「Sはもう殺してもいいやつだ」「堂々と襲撃しよう」との原供述は、犯行の動機を内容とする供述ではなく、前記の「I 原供述自体が犯罪の一部を構成する場合」に当たらないかが議論されている<sup>18)</sup>。上記

原供述自体は犯罪のうちの「事前共謀」（共犯者相互の意思連絡，謀議の内容を構成する表明といえるか）を構成する場合ではないかである。上記内容の原供述自体が「事前共謀」の事実を構成すると考えることには相当の無理があり，供述の内容である殺害の動機の限度での表明というべきである。事例1及び2の場合とは明らかに異なり，これを「事前共謀」という曖昧な犯罪概念に無理に包摂したこじつけというべきである。経験則に照らし，上記原供述は，原供述の内容（殺害の動機を抱いていたという内心）の真实性が要証事実というべきであろう。供述自体が犯罪の一部を構成するか，構成しないかの判断についても，経験則の適用・運用の問題があることを指摘しておきたい。

供述と要証事実の関係については，結論として，当該具体的供述の内容・特性から見て，経験則に照らし自ずから決定される要証事実の設定許容範囲というものが存在し，これを逸脱する要証事実の設定は伝聞法則の脱法行為として許されない。供述についての要証事実の恣意的な設定は許されず，経験則による限界があるというべきである。その限界や要証事実の幅・範囲の判断は，当該供述の経緯，供述内容，供述の際の状況等から個別的に決定するほかない。ここでも経験則の適用の可否が中心課題となるが，安易に供述自体を要証事実と考えることは避けるべきであろう。

以上の観点からみて，経験則上，A 供述があったこと（供述自体）を要証事実とすることが許容される場合（狭義の非供述証拠）としては，前記のⅠ原供述自体が犯罪の一部を構成する場合 Ⅱ 原供述自体が行為（行動）の言語的部分と評価できる場合 Ⅲ 原供述自体を間接事実（状況証拠）として立証に使用する場合のうちの イ 原供述自体から推認される事実（要証事実）が原供述の内容の真实性でない場合 B 供述自体（叙述自体）を要証事実とすることが許容されない場合として，上記Ⅲのうちの ロ 原供述自体から推認される事実が原供述の内容の真实性と評価される場合（伝聞供述として，伝聞法則の適用あり）Ⅳ 内心の表明としての原供述者の叙述である（但し，広

---

18) 田宮・前掲注6) 刑事訴訟法 369 頁。

義の非供述証拠の1つとして分類され、伝聞法則の適用はない。供述の内容が要証事実であるが、内心・心情の吐露という原叙述の特殊性から、叙述の内容の正確性・真実性は証拠能力を認めるための要件であるが、必ずしも原供述者本人に反対尋問して明らかにしなければならないものではないと考えられるからである。

3 伝聞供述は、原則として、供述の内容について、原供述者本人に対する相手方(反対当事者)の直接の反対尋問の機会にさらされなければ供述内容の正確性・真実性が認められたとはいえないことから、証拠能力が否定される場合である(原供述者に対する反対尋問の必要不可欠性)。すなわち、伝聞供述は、原供述者に対する直接の反対尋問が必要かつ不可欠な供述証拠であり、逆に、原供述者に対する反対尋問が必要不可欠でない供述は伝聞供述ではないといえることができる。従って、既に相手方(反対当事者)の反対尋問の機会にさらされた供述は、供述証拠ではあるが、伝聞供述ではない。

(1) 前述したとおり、狭義の非供述証拠も、供述自体の正確性(原供述者に言い間違いがないこと)が認められなければ証拠能力はない。内心の表明としての原供述者の叙述も、叙述自体及び叙述の内容について正確性(原供述者に言い間違いがないこと)と真実性(叙述の内容が正確かつ真実であること)が認められなければ証拠能力はない<sup>19)</sup>。これらの証拠を、正確性・真実性がないのに、それぞれの要証事実(狭義の非供述証拠については供述自体が、内心の表明としての叙述については内容である内心・心情が要証事実である)として使用することは典型的に誤判の危険があるからである。しかしながら、これらの正確性・真実性は、伝聞供述の場合とは異なり、いずれも原供述者本人に直接反対尋問しなければ明らかにならないものではない。詳述したとおり、伝聞供述者への尋問等でも目的を達することができるから、原供述者本人に対し、相手方(反

19) 知覚・記憶・叙述の過程のうちの最後の過程である叙述の内容の正確性は、①叙述自体の正確性(言い間違い)が問題となる場合と②叙述の内容の正確性・真実性が問題となる場合がある。狭義の非供述証拠の正確性は、①が問題になるが、この正確性については必ずしも供述者本人に対し反対尋問する必要はなく、伝聞供述者に対する尋問等で足りる。

対当事者)の直接の反対尋問の機会にさらすことは必要かつ不可欠ではない場合である。この意味でも、狭義の非供述証拠及び内心の表明としての原供述者の叙述はいずれも、伝聞供述ではない。

(2) 伝聞供述には、以下の例外が認められている。

(A) 伝聞供述であるが、反対尋問の機会にさらされていない場合、一定の要件の下で、例外として証拠能力が認められる場合（伝聞法則の例外の場合）

先ず、既に述べたが、原供述が原供述者本人に対する反対尋問の機会にさらされていない場合でも証拠能力が認められる場合として、伝聞法則不適用の場合と伝聞法則の例外の場合があり、両者は構造的に異なることを留意すべきである。前者は非伝聞供述として、広義の非供述証拠がこれに当たる。証拠物としての供述、狭義の非供述証拠、内心の表明としての原供述者の叙述である。なお、伝聞供述の証拠能力は、実質証拠として犯罪事実の存否の認定（317条）に使用される場合の問題であり、実質証拠として使用されない場合は、伝聞供述も証拠能力が認められることはいうまでもない。伝聞法則不適用の1つといえよう。訴訟法的事実（訴訟条件に関する事実、証拠能力に関する事実、手続きに関する事実、証明力に関する事実）、量刑に関する事実、鑑定的基础となる事実、立法事実等を立証するための証拠として使用される場合がこれに該当する。

以上の場合とは異なり、伝聞供述であり、反対尋問の機会にさらされていないにもかかわらず、一定の要件を充足することにより、証拠能力が認められる場合が、伝聞法則の例外の場合である。① 供述の内容が相手方の反対尋問の機会にさらされなくとも正確性・真実性が確保されている外部的状況があること（「信用性」の状況的保障）、② 反対尋問を経た証拠がなく、やむを得ない手段として伝聞供述を証拠とする必要性があること（「必要性」）の2つの要件が基本となる。供述の内容や性質等に応じて、a ①の「信用性」及び②の「必要性」の双方の要件を充足する必要がある場合（例えば、321条1項3号書面）、b 主として①の「信用性」を要件とする場合（例えば、321条3項・4項、323条書面）、c ②の「必要性」を要件とする場合（例えば、321条1項1号前段・2号前段の各書面）、d 不完全ながら反対尋問の機会にさらされてい

る場合 (例えば, 321 条 1 項 1 号後段・2 号後段), e 反対尋問の必要がない場合 (例えば, 326 条の同意書面, 327 条の合意書面) に分類されよう。要求される上記①の信用性及び②の必要性の程度にも差が設けられている。

(B) 被告人の供述は伝聞供述か, 322 条は伝聞法則の例外規定か

被告人 (被疑者) の供述も, 知覚・記憶・叙述の過程を辿り, 供述の内容の真実性が要証事実とされる限り, 被告人以外の者の供述とほぼ同様に, 相手方 (反対当事者) の被告人本人に対する反対尋問 (正確には反対「質問」である) の機会にさらされる必要のある伝聞供述である<sup>20)</sup>。被告人の供述は, 被告人による反対質問は意味がないから伝聞供述ではない (伝聞法則の適用はない) との見解もあるが, 間違いであろう。また, 伝聞供述であることを肯定する見解も, 被告人に不利益な事実の承認を内容とする供述については, 相手方 (反対当事者) である検察官の反対質問の機会にさらすことは無意味である<sup>21)</sup>として伝聞供述でないかのような見解も主張されている。相手方 (反対当事者) の反対質問の機会にさらされていなければ (反対尋問が不可能な場合も含まれる) 供述内容の正確性は確保されたとはいえず, 「被告人に不利益な内容の供述」についても, 供述内容の真実性を要証事実とする限り, 例外と解すべき理由はない。伝聞供述と解すべきである。

被告人の供述内容の不利益性及び任意性の文言・要件<sup>22)</sup> (322 条 1 項) は, 伝聞法則が要求する供述内容の正確性, 信用性の状況的保障を要件とした伝聞法則の例外規定と解される。また, 「被告人に不利益な事実の承認を内容としない供述」については, 特に信用すべき状況の下に供述されたものであるとき (特信性) に限り, 証拠能力があるとし (322 条 1 項), 供述内容の正確性・信用性を正面から証拠能力を認めるための要件として規定している。伝聞法則は, 供述内容の正確性・信用性の確保, 誤判の危険の防止, 実体真実の発見という刑事訴訟の一連の基本理念と結びついた法理である。

20) 平野・前掲注 2) 刑事訴訟法概説 169 頁。

21) 刑事訴訟法講義案 (司法協会) 291 頁参照。

22) 法的関連性と 319 条, 322 条の任意性との関係は重要であるが, 本稿では扱わない。

## 5 結びにかえて

本稿の伝聞供述に関する基本的考えは、次のとおりである。① 伝聞供述は、人の音声・文字・動作によって表現された供述のうち、「供述の内容（の真実性）」を証拠（要証事実）とする場合である（狭義の非供述証拠は、「原供述自体」が原則として要証事実となり、これを証拠とする場合であるから、伝聞供述ではない）。② 伝聞供述は、供述の内容の正確性・真実性を確認・確保するために、供述の内容について、相手方（反対当事者）の反対尋問の機会にさらすことが必要かつ不可欠な場合である（狭義の非供述証拠における供述自体の正確性——言い間違いがないこと——は、供述の「内容」の正確性・真実性については問題にしないから、原供述者本人に対する直接の尋問は必要かつ不可欠ではなく、伝聞供述者に対する尋問等で認定し判断することができるので、狭義の非供述証拠は伝聞供述ではない）。③ 内心の表明としての原供述者の叙述は、供述自体を要証事実とする狭義の非供述証拠とは違って、叙述の「内容」が要証事実となり証拠となる場合であるが、叙述の内容の正確性・真実性を確認・確保するためには、内心の表明（内心の吐露）という原叙述の特殊な性格（知覚及び記憶の過程がなく、しかも内心の吐露という叙述の内容の正確性・真実性が、経験則上、相当程度に確保された叙述であり、叙述の内容の正確性・真実性を確保して誤判を防止するためには、伝聞供述者への尋問等で所期の目的を達成できるという特殊性）から、原叙述者本人に対する直接の反対尋問の機会にさらすことは必要かつ不可欠ではなく、相手方による伝聞供述者に対する尋問等で認定することができるかと解されるから、伝聞供述ではない。④ 原供述自体から推認される事実が、経験則に照らして、原供述の内容をなす事実（原供述の内容の真実性）として構成できる場合には、事実認定をする裁判官の心証形成に不当な影響を及ぼす危険があるから、要証事実を原供述自体と設定し狭義の非供述証拠として証拠請求しても、結局、原供述の内容の真実性を要証事実とすることにほかならないというべきであり、伝聞法則に反する。原供述は、伝聞供述として証拠能力を否定すべきである。