



Title	「言葉の非供述的用法」と非伝聞（一）
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2020, 70(2), p. 31-51
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87292
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

「言葉の非供述的用法」と非伝聞（一）

松 田 岳 士

一 はじめに

(1) 刑事訴訟法（以下、「刑訴法」という）三三〇条一項は、「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」と定める。同規定は、一般に、いわゆる伝聞証拠排斥の法理あるいは原則を採用するものとされ、その趣旨については、次のように説明される。

すなわち、「供述証拠は、人がある事実を知覚し、記憶し、それを表現・叙述するというプロセスをたどるが、このそれぞれの段階で誤りが入り込むおそれがある」ため、「それをそのまま証拠とするのは危険であり、何らかのかたちで、その信用性が担保されることが必要である」ところ、「公判期日における供述（証言）であれば、①真実を述べる旨の供述者の宣誓と、偽証罪による処罰の警告がなされ、②その証言によって不利益を受ける当事者による反対尋問が行われ、さらに、③事実認定者である裁判官による供述態度の観察がなされる」ことにより「証言の信用性が担保されている」のに対して、「公判期日外の供述は、この担保手段がいずれも欠けている」という

意味で、「類型的に危険であるから、原則として証拠から排除する」というのである⁽¹⁾。

そして、このような趣旨説明からすると、刑法法三二〇条一項の規定については、一見、「書面」や「他の者の供述を内容とする供述」を「証拠とする」という「文言に当たるようにみえながら、……実質的にその適用を受けないとされる場合」があるとされる。この場合（の書面や供述）を、一般に「非伝聞（証拠）」と呼び、同規定の適用を受ける——すなわち、同規定により原則として証拠能力が否定される——場合（の書面や供述）である「伝聞（証拠）」と区別されるが、その典型例として挙げられるのが、「言葉の非供述的用法」の場合である。

(2) 「言葉の非供述的用法」とは、「公判外の原供述」について、その「存在」自体（あるいは、その「存在および内容」、いいかえれば、「原供述」と呼ばれる公判外における「言葉」が——過去の一定の日時・場所において——（特定の人により）発せられたこと自体を証明することを意味するものとされる。

その例としては、一定の「公判外の原供述」の存在自体が主要事実となる場合のほか、それを情況証拠として他の事実の推認に供する場合、あるいは、弾劾証拠としての自己矛盾供述として用いる場合等が挙げられるが、いずれの場合も、「公判外の原供述」を内容とする書面または他の者の公判供述について、これを、その「原供述」が行われたこと自体を証明するために用いることに変わりはなく、それゆえに、これらの書面または公判供述は、典型的な「非伝聞（証拠）」として、刑法法三二〇条一項による排除の対象外におかれるものとされ、その理由については、一般に次のように説明される。

すなわち、「伝聞証拠」とは、「公判外の供述を内容とする供述または書面で、当該公判外供述の内容たる事実の真实性を証明するために用いられるもの」として定義されるところ、そのような供述または書面を、「公判外の供述」の「存在自体を証明するために用いる」場合には、その「供述内容たる事実の真实性を証明するのではなく、

原供述の供述過程は全く問題とならないから、……伝聞証拠の定義にあらず、いわば『純粋な』非伝聞である⁽³⁾というのである。

(3) しかしながら、「言葉の非供述的用法」が、「公判外の（原）供述」の「存在自体」、すなわち、その「言葉」が口頭や文字等によって発せられたという事実自体を証明することを意味するとすれば、それを知覚した者の公判供述やその痕跡を残した書面は、その直接の「目撃証言」や「物証」なのであるから、その「非伝聞性」を根拠づけるには、「原供述」について「供述過程」（の正確性ないし信用性）が問題となるか否かを敢えて論じるまでもなく——ましてや、その「内容たる事実の真实性を証明する」か否かを問題とするまでもなく——、より直截にその「要証事実」性を指摘すれば足りるのではないか。

実際、従来の学説を仔細にみてみると、「言葉の非供述的用法」の場合に、その「言葉」を内容とする公判供述や書面を「非伝聞（証拠）」とする論拠については、これを、「公判外の原供述」の「非供述性」に求める説明だけでなく、その「要証事実」性に求める説明も示されてきたことが確認できる。

この点について、口頭による「言葉の非供述的用法」の典型例として、「Aが『X』というのを聞いた」旨の証人Bの公判供述（証言）を、Aが「X」という内容の供述をなしたこと自体の証明に用いる事例についてみてみると、Bの供述を「非伝聞（証拠）」とするにあたり、ほとんどすべての学説によつて援用されるのは、次のような説明である。

すなわち、この場合には、「Aの供述内容が正確であるかどうかは問題ではなく、Aに対する証人尋問の必要はない」から、『X』という言葉の利用は、供述証拠に固有の問題を含ま⁽⁴⁾ない、あるいは、「原供述であるAの供述につき、供述証拠に特有の知覚→記憶→表現・叙述というプロセスが問題とならず、それを内容とするBの証言

につき伝聞証拠として特別な規制をする必要（「が」ない⁽⁵⁾）というのである。その特徴は、「公判外の供述」たるAの供述（＝「X」）の「供述（証拠）」性、あるいは、同供述における「供述証拠に固有の問題」の存在を否定することをもってBの供述の非伝聞性を根拠づけようとする点に求めることができ、その意味において、以下、これを「非供述論」と呼ぶことにする。

他方で、次のような説明が示されることもある。すなわち、「Aが『X』という供述をなしたこと自体は、証人Bが直接に体験した事実であるから、Bに対する証人尋問によつて、その正確性を吟味できる」⁽⁶⁾、あるいは、「Bが、Aの供述を正確に聞き取り、記憶したうえで、公判でそのとおりに証言しているか」については、「Bの公判期日における供述の信用性の問題」であり、「公判でBに対する反対尋問等を行うことによりチェックできる」⁽⁷⁾という説明である。これらは、Aの発言それ自身が要証事実（立証事項）とされることに着目した上で、Bの供述について、それが公判期日に行われることをもつて、「非伝聞」となる根拠とするものであるという意味において、「要証事実論」と呼ぶことにする。

(4) 従来の学説において、非供述論は、「言葉の非供述的用法」の場合に、その「言葉」を内容とする書面や公判供述を非伝聞とする際の基本的論拠として常に援用されてきたのに対して、要証事実論は、非供述論に付加するかたちで補足的に言及されるにすぎず、また、その場合でも、二つの論拠の間の関係に論及されることはなかったといつてよい。

しかしながら、両論拠は、同じAの「公判外供述」について、その「非供述（証拠）」性に着目するのか、それとも、「要証事実」（あるいは、「立証事項」）性に着目するのかという点において着眼点を異にしており、この差異は、伝聞証拠排斥の趣旨説明との関連においても有意的なものといふべきであるように思われる。

なぜなら、非供述論は、Aの「供述」について、「信用性の吟味」を経るべき「供述（証拠）」に該当するか否かという「証拠」としての性質を論ずるのに対して、後者は、それを、そもそも「信用性」や「正確性」を論じること自体が意味をもたない「要証事実（立証事項）」とみるという意味において、両者は、伝聞証拠排斥の趣旨説明との関係においてAの「供述」に異なる位置づけを与えるものであるだけでなく、その結果、Bの供述の「非伝聞（証拠）」性を根拠づける事情として、Aの供述側のそれに着目するのか、それとも、直接Bの供述側のそれに着目するのかという点でも差異が生じることになるからである。

(5) では、Bの供述の非伝聞性を根拠づける理由として、両証拠の間にはいかなる関係が認められるであろうか。まず、Bの供述は、(Aが「X」という発言を行ったことという)「要証事実（立証事項）」を直接知覚した者によるその旨のいわば「目撃証言」なのであり、しかも、裁判所が直接使用するがゆえにその証拠能力が問われる供述なのであるから、これに対する「信用性の吟味」の有無を問う要証事実論は、少なくとも刑法法三二〇条一項に関する一般的な趣旨説明に照らして、Bの公判供述の「非伝聞」性を根拠づけるために、それ自体、必要かつ十分であるということができるように思われる。

これに対して、非供述論は、Aが「X」という供述を（過去の一定の日時・場所において）行ったことという証明対象たる「事実」、あるいは、「要証事実（立証事項）」について、本来、「証拠」についての問題であるはずの——供述過程に誤りが入り込む危険が高いがゆえに「信用性の吟味」が必要となるという——「供述証拠に固有の問題」の不存在を敢えて指摘するものであって、Bの供述の非伝聞（証拠）性を根拠づけるには、消極的かつ間接的な論拠といわざるをえないように思われる。

ところが、従来の学説において、非供述論は、「言葉の非供述的用法」の場合における書面や公判供述を非伝聞

（証拠）とする論拠として常に援用されてきただけでなく、伝聞法則の適用範囲に関する基本的な用語、概念、定義等の基礎とされてきたのであって、仮にその必要性や妥当性に疑念を容れる余地があるとすれば、その影響は決して小さくない。

たとえば、「言葉の非供述的用法」という表現自体、まさしく、Aにより発せられた「言葉」の「非供述（証拠）」性に着目するものであるという意味で非供述論的な発想に基づくものと考えられるが、これは、要証事実論の下では、——仮に「事実」についても、「証拠」と同様に「用法」が問題となりうるとすれば——「発言の非証拠的用法」、あるいは、より積極的に、「発言の要証事実（立証事項）的用法」といった表現に修正されるべきであることになろう。なぜなら、要証事実論の下では、Aの「言葉」について実質的に問題とされるのは、Aにより発せられた「言葉」そのものではなく、Aがその言葉を発した行為、いいかえれば、Aの「発言行為」なのであって、しかも、それが、「証拠」としてではなく、「要証事実（立証事項）」として扱われることそれ自体が問題とされることになるからである。

また、「伝聞証拠」の定義において言及されることの多い「内容（たる事実）の真実性が問題となる」という表現の必要性ないし妥当性についても、やはり疑念が生ずることになろう。なぜなら、Aの供述の「内容（たる事実）の真実性」とは、Aがその内容を知覚・記憶・表現・叙述の対象とした事実の真実性を意味するが、それが「問題とならないとき」には、これら「供述過程」の正確性ないし信用性も問題とならないため、「供述証拠に固有の問題」を含むことにならないというのがこの表現の意図するところであり、その意味で、この定義は、非供述論的な問題関心を反映したものと解されるからである。そうであるとすれば、この表現も、——最近では、「誤解を生むこともある」⁽⁸⁾、あるいは、「学習者にとつて様々な意味で誤導的であり、学習段階で伝聞・非伝聞の区別を練

習し習熟するための道具としては適していない⁽⁹⁾」との指摘がなされるに至っているが、そうであるにとどまらず——少なくとも「言葉の非供述的用法」における非伝聞性の判断基準ないし論拠としては、不要であるだけでなく、妥当でもないということになる可能性がある。

さらに、要証事実論の下では、刑訴法三二〇条一項の「公判期日における供述に代えて……証拠とする」という文言や、「伝聞証拠か否かは要証事実との関係によって相対的に決まる」という「よく知られた命題⁽¹⁰⁾」の意義についても、非供述論の下でとられていたのとは異なる理解の仕方が要求される可能性もある。

(6) そこで、本稿においては、刑訴法三二〇条一項についての一般的な趣旨説明の根本的な見直しの可能性をも射程に入れながら、⁽¹¹⁾「言葉の非供述的用法」の場合に、その「言葉」を直接知覚した者のその旨の公判供述、あるいは、その「言葉」が直接記載された書面が「非伝聞」とされる実質的根拠について、非供述論と要証事実論を対比しつつ検討することにした。

(1) 川出敏裕「判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕」（立花書房、二〇一六年）三五七頁。もともと、この一般的な趣旨説明の下でも、①～③は、証言の信用性の「担保」手段というよりも、「吟味」手段とされることも多く（たとえば、宇藤崇¹²松田岳士¹³堀江慎司¹⁴『刑事訴訟法』（有斐閣、第二版、二〇一八年）三七〇頁以下〔堀江慎司¹⁵等〕、実際、①はともかく、②と③は、信用性を「担保」する手段というよりも、むしろ、「吟味」する手段であるというべきであろう。以下、本稿でも「吟味」の語を用いることにする。

(2) 堀江・前掲注(1)三七七頁。

(3) 堀江・前掲注(1)三七四頁以下。

(4) 川出・前掲注(1)三五九頁以下。

(5) 大澤裕「伝聞証拠の意義」松尾浩也¹⁶井上正仁編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、第三版、二〇〇二年）一八二頁。

(6) 大澤・前掲注(5)一八二頁。

- (7) 川出・前掲注(1)三五九頁以下。
- (8) 後藤昭『伝聞法則に強くなる』(日本評論社、二〇一九年)一七頁。
- (9) 笹倉宏紀『伝聞証拠の意義(下)』法学教室四七一号(二〇一九年)一〇六頁。
- (10) 笹倉宏紀『伝聞証拠の意義(上)』法学教室四六九号(二〇一九年)七三頁。
- (11) 伝聞証拠排斥の法理あるいは原則に関する従来とは異なる趣旨説明の可能性については、松田岳士『刑事手続の基本問題』(成文堂、二〇一〇年)第一章参照。

二 「言葉」を内容とする「(公判)供述」の非伝聞性

(1) 「言葉の非供述的用法」が問題とされる場面は、典型的には、刑法法三二〇条一項の「他の者の供述を内容とする供述」と「書面」の文言にそれぞれ対応するかたちで、公判外でその「言葉」がある者により口頭や動作で発せられ、それを知覚した他の者が公判において行うその旨の「供述」の証拠能力が問われる場合と、その「言葉」が文字や図等で記された「書面」等の証拠能力が問われる場合に分けられる。

本稿でもこれらの場合を念頭におくものとするが、——後者の「書面」等の非伝聞性についての検討は次節に譲り——本節では、まず、前者の「供述」の場合に、口頭の「言葉」(が発せられるの)を知覚した者の公判供述が、「非伝聞(証拠)」として、刑法法三三〇条一項にいう「公判期日外の供述を内容とする供述」に該当せず、同規定による排除の対象外におかれる実質的な理由について、従来の学説を批判的に検討しながら考察する。その際には、「Aが『X』というのを聞いた」という証人Bの公判供述を、Aが「X」という内容の発言を行ったこと自体、あるいは、「X」という「Aの供述の存在(および内容)」自体の証明に用いる事例を念頭に置いて議論を進めることにしたい。

(2) まず、右のような事例については、伝聞証拠排斥の一般的な趣旨説明から一定の「伝聞（証拠）」の定義を導き出した上で、Aの発言の「供述（証拠）」性を否定することによって、Bの供述の「非伝聞（証拠）」性が根拠づけられるのが一般的である。

具体的には、「伝聞証拠」を、「公判外の供述を内容とする供述または書面で、公判外供述の内容たる事実の真实性を証明するために用いられるもの」と定義した上で、Bの公判供述をAの供述（発言）の「存在自体を証明するために用いる」場合には、Aの供述（発言）については、その「内容たる事実の真实性を確認するのではな」く、「供述過程は全く問題とならない」から、Bの供述は、「伝聞証拠の定義にあらず、いわば『純粋な』非伝聞である」とされるのである⁽¹²⁾。

この説明は、Bの公判供述の非伝聞性を根拠づけるための論拠としてほとんどすべての学説によって援用されてきたといつてよいが、その特徴は、Bの供述が「非伝聞（証拠）」とされる根拠を、Aの供述（発言）の非供述性、すなわち、Aの供述（発言）について、「供述過程は全く問題とならない」、あるいは、「供述証拠に固有の問題」を含まないという消極的事情に求める点にあるといえることができる⁽¹³⁾。

しかし、そうであるとすれば、Bの供述の非伝聞性を根拠づけるために、敢えて「公判外供述の内容たる事実の真实性を証明するために用いられるもの」といった伝聞証拠の定義を立てる必要は必ずしもなく、より直截に、Aの公判外での発言について、「供述過程は全く問題とならない」こと、あるいは、「供述証拠に固有の問題」を含まないことを指摘すれば足りるのではないか⁽¹⁴⁾。

おそらくはこのような問題意識から、最近では、「内容たる事実の真实性」という——「誤解を生むこともある」⁽¹⁵⁾、あるいは、「学習者にとって様々な意味で誤導的」⁽¹⁶⁾であるような——表現を含む「伝聞証拠」の定義の援用を避け

つつ、たとえば、Aの「発言……の存在自体が主要事実となる」ような場合には、仮に「それらの内容が一定の事実の存否を表現していても、供述証拠としての推論を伴わない」⁽¹⁷⁾、あるいは、「推論の連鎖の中に、証人尋問で吟味することを要するような公判廷外の供述過程が存在」⁽¹⁸⁾しないとして、端的に（Aの発言についての）「供述証拠としての推論」または「供述過程」の不存在をもって、（Bの供述の）非伝聞性を根拠づけることができるとする見解も示されている。これらの説明は、「内容の真実性」定式の基礎にあつた非供述論的な問題関心をより純化させたものといえるであろう。⁽¹⁹⁾

(3) たしかに、誤りが入り込む危険が高い（知覚・記憶・表現・叙述という）心理過程を経て生み出される「供述（証拠）」を裁判所が事実認定に供するには、「信用性の吟味」を経る必要があるとする伝聞証拠排斥の一般的な趣旨説明との関係においては、「言葉の非供述的用法」においても、Bの公判供述が「伝聞証拠」として排除されない理由を、Aの「言葉」の「非供述」性、すなわち、同人の「言葉」における「供述過程」、あるいは、「供述証拠に固有の問題」の不在に求めるのが一貫するようにみえる。また、このような説明は、刑訴法三三〇条一項の「他の者の供述を内容とする供述」という文言との関係でも、Aの「言葉」の「他の者の供述」への該当性を否定することによって、Bの公判供述が同規定による排除の対象とならないことを説明しやすいという意味で適合的な面があるといえるかもしれない。

しかしながら、上記事例において、「言葉の非供述的用法」が、Aの「言葉」の「存在自体」、あるいは、Aが「X」という発言を行ったこと自体を証明することを意味するとすれば、ここでは、Aの「言葉」——正確には、Aの「言葉」が発せられたこと——は、まさしく要証事実（立証事項）とされているのであって、このような証明されるべき「事実（事項）」について、——「証拠」についての分類である「非供述証拠」への該当性を論ずるの

であれば、その妥当性に疑問があり、そうでなくても——敢えて「供述過程」、あるいは、「供述証拠に固有の問題」の有無を論ずる必要があるかは疑問である。

なぜなら、Aが「X」という発言をしたこと自体が要証事実（立証事項）とされるのであれば、Bは、その事実を直接知覚した者であり、しかも、ここで裁判所の事実認定に供される供述としてその証拠能力が問われているのは、そのBの供述なのであるから、伝聞証拠排斥の趣旨との関係でも、「信用性の吟味」を経る必要性は、Aの「供述」についてではなく、直接、Bの供述について問題とすれば足りるものと思われるからである。

(4) この点について、「言葉の非供述的用法」の典型例として挙げられる「供述がなされたこと自体が犯罪事実を構成する場合」、たとえば、「Aが『犯人はYだ』というのを聞いた」というBの公判供述を、AによるYに対する名誉毀損を立証するために用いる場合に照らして検証してみよう。

この例においては、過去の一定の日時・場所においてAが「犯人はYだ」と発言したことが、「犯罪事実を構成する」事実として要証事実（立証事項）とされるのであり、また、この事実との関係においては、それを直接知覚したBの供述は、公判期日における「信用性の吟味」を経る以上、同供述は、Aの発言の非供述性、あるいは、「供述証拠に固有の問題」の不在に敢えて論及するまでもなく、伝聞証拠排斥に関する一般的な趣旨説明に照らしてその適用対象外におかれるのであり、その非伝聞性を根拠づけるためにこれ以上の説明は不要であるように思われる。さらに、このことは、この名誉毀損事例と、たとえば、「AがZをナイフで刺したところを見た」というBの公判供述を、AによるZに対する当該傷害の事実を立証するために用いる場合と対比してみれば、一層鮮明となる。なぜなら、この傷害事例におけるAの刺突（行為）は、「犯罪事実を構成する」がゆえに要証事実（立証事項）とされる行為として、名誉毀損事例におけるAの発言（行為）に対応し、また、傷害事例におけるBの供述は、公判

におけるその直接の「目撃証言」として、名誉毀損事例におけるB'の供述に対応するものと考えられるが、⁽²²⁾ここでは、B'の公判供述が「非伝聞」であることは、それがまさしく要証事実の直接の「目撃証言」であることから自明なのであって、このことを根拠づけるために、A'の刺突（行為）の「非供述」性に論及するとすれば、不自然の感が否めないように思われるからである。⁽²³⁾

では、なぜこの場合にA'の刺突（行為）の「非供述」性を問題とするのは不自然なのであるうか。この問いに対して、A'の刺突は、「動作」であって、「供述」ではないからであると答えることはできないというべきであろう。なぜなら、「原供述は、言語によるものとは限らない」⁽²⁴⁾のであって、「動作」であっても、それが、その人の持つ情報を他の者に提供する手段として行われるものであれば「証拠」となりえ、また、伝聞証拠排斥の一般的な趣旨説明からすれば、知覚・記憶した過去の事実についての情報を他の者に提供するために、それを——たとえば、身振り手振りまたは実演といったかたちで——表現・叙述する手段として行われたものであれば「供述（証拠）」にも該当しうるものと考えられるからである。⁽²⁵⁾

にもかかわらず、傷害事例において、A'の刺突（行為）の「非供述」性を問題とするのが不自然であり、実際、最初から問題とされることもないとすれば、それは、同行為がそもそも「証拠」として扱われているのではなく、証明されるべき「事実」とされているからであろう。すなわち、この場合には、A'の刺突（行為）は、過去の一定の日時・場所において一定の方法により行われた行為であるという意味で、一回性のあるいは歴史的な性質をもつ「事実」であり、しかも、B'の供述によって証明されるべき「要証事実（立証事項）」として扱われるところ、このような性質の「事実（事項）」は、そもそも「証拠」ではなく、その性質上、およそ「正確性」や「信用性」が問題となりうる事柄でもない以上、「証拠」についての分類である「供述（証拠）」に該当しないのは当然であるし、

敢えてその「非供述」性——あるいは、供述過程に誤りが入り込む危険が高いという「供述証拠に固有の問題」の不在——を論じる必要もないものと考えられるからである。⁽²⁶⁾

実際、この場合に、Bの供述が刑法三三〇条一項による排除の対象とならないとすれば、その根拠は、より直截に、同供述が、「要証事実（立証事項）」たるAの刺突（行為）を知覚した者による直接の「目撃供述」であり、かつ、「公判廷で証人尋問の手續を受けて行」われたものであるから、「その供述の内容たる事実の認定……に供しても差し支えない」とされることに求めれば足りるというべきであろう。⁽²⁷⁾

以上において確認された、名誉毀損事例および傷害事例におけるAおよびAの発言（行為）および刺突（行為）の「要証事実（立証事項）」性、そして、BおよびBの供述の「非伝聞」性の根拠が、「言葉の非供述的用法」の一般事例におけるAの発言（行為）およびBの供述についても基本的に妥当するとすれば、Bの供述の「非伝聞」性についても、これを、Aの発言（行為）の「要証事実（立証事項）」性およびBの供述自体の「公判供述」性によつて根拠づける要証事実論こそが、その「用法」の内容に端的に適った説明であり、反対に、非供述論は、その「用法」の内容との間に齟齬のある迂遠ないし技巧的な根拠説明であるということになろう。

(5) もちろん、要証事実論的な説明は、従来の学説においても示されてこなかったわけではない。たとえば、学説のなかには、Bの公判供述が「伝聞ではない」とする理由として、非供述論にくわえて、「Aが『X』という供述をなしたこと自体は、証人Bが直接に体験した事実であるから、Bに対する証人尋問によつて、その正確性を吟味できる」⁽²⁸⁾、あるいは、「Bが、Aの供述を正確に聞き取り、記憶したうえで、公判でそのとおりに証言しているか」については、「Bの公判期日における供述の信用性の問題」であり、「公判でBに対する反対尋問等を行うことによりチェックできる」⁽²⁹⁾等として、要証事実論的な説明を示すものも少なくない。⁽³⁰⁾

もつとも、これらの学説においても、要証事実論は、常に非供述論に付加するかたちで言及され、単独では援用されてはこなかったことからすれば、前者は後者を補完するものと考えられてきた可能性がある。あるいは、これらの学説も両者の関係性にはとくに論及しないことからすれば、両論拠の間には実質的な差異はなく、前者は後者を別の表現でいいかえたものと認識されていた可能性もないわけではない⁽³¹⁾。

しかしながら、名誉毀損事例および傷害事例と対比しながら検証したところからすれば、要証事実論は、刑訴法三三〇条一項の趣旨に照らしてBの供述が同規定による排除の対象とならないことを直接的かつ積極的に根拠づけるものであるという意味において、その非伝聞性の根拠説明として必要かつ十分なのであつて、他の論拠による「補完」を必要とするものではないように思われる⁽³²⁾。

すなわち、要証事実論は、Aの「発言（行為）」に、その存否が証明されるべき「要証事実（立証事項）」それ自体としての意義を認めるため、「信用性の吟味」の必要性の判断は、その「要証事実（立証事項）」たるAの発言行為を直接知覚したBの供述を対象として行われることになる。そして、Bの供述は、同人の「供述過程」、すなわち、知覚・記憶・表現・叙述の対象事実を証明するために用いられる以上、「供述証拠」に当たるから、「供述過程（の正確性）」が問題となるものの、それは、公判期日における「信用性の吟味」を経るものであるため、「伝聞（証拠）」には当たらないとされることになるのであり、この点において、同論拠は、裁判所の事実認定に供されるがゆえに証拠能力判断の対象となるBの供述について、直接的かつ積極的にその非伝聞性を根拠づけるものである。

他方、非供述論は、同じAの「言葉」について、「要証事実（立証事項）」それ自体としての意義ではなく、むしろ、「非供述」としての意義を見出す点において、同「言葉」に、伝聞証拠排斥の趣旨説明との関係で要証事実論

とは異なる有意性を認めるものであるという意味で、要証事実論を——別の観点から「補足」するものではありえども——「補完」するようなものではないというべきであろう。

(6) さらに、非供述論は、それ自体としても、刑訴法三三〇条一項の趣旨に照らしてBの供述を「非伝聞（証拠）」とする論拠として必要ない十分なものとはいえないように思われる。

実際、非供述論は、要証事実論と異なり、Bの供述の「非伝聞（証拠）」性を論じるにあたって、敢えてAの（公判外の）「原供述」側の事情に着目し、同「供述」については「供述過程（の正確性）」が問題とならないため、「信用性の吟味」を経る必要がないとする一方で、Bの供述それ自体が「非伝聞」とされる理由については直接的ないし積極的には論及しない。しかしながら、裁判所の事実認定に供されるがゆえに証拠能力判断の直接の対象となるのはBの供述であり、同供述については、それ自体について「供述過程（の正確性）」が問題となる以上、Aの発言が「非供述（証拠）」であることをもって、当然に刑訴法三三〇条一項による排除の対象とならないことが根拠づけられるわけではないというべきであろう。

もちろん、非供述論においても、「Aの話が本当かどうかを確かめる必要はなく、BがAのことを聞いたとおり正確に証言しているかどうかだけが問題」となる⁽³³⁾、さらには、「この場合には、吟味されるべき供述過程はBのそれに限られ、その吟味はBに対する証人尋問によって可能」であるといった説明が付加されることもある⁽³⁴⁾。

しかしながら、「言葉の非供述的用法」の場合に「吟味されるべき供述過程（が）Bのそれに限られ」とすれば、その理由は、Aの供述過程（の信用性）の吟味が必要とならないといった消極的・間接的事情ではなく、端的に、「Aがそのような供述をしたという事実」が「要証事実（立証事項）」とされているため、これを知覚し、しかも、裁判所の事実認定に供されるBの供述について、同人の「供述過程の吟味」が必要とされるという積極的・

直接的事情に求めれば足りるというべきであらう。

そうであるとなると、結局のところ、刑法法三二〇条一項の趣旨説明に照らして、Bの供述が同規定による排除の対象とならないことを根拠づけるためには、要証事実論で必要かつ十分であることに帰するのであって、敢えて非供述論を援用する必要はないことになる。

(7) 非供述論について以上のような指摘が妥当するとすれば、その原因は、同論拠が、伝聞証拠排斥に関する一般的な趣旨説明から伝聞・非伝聞の区別基準を導出することに拘泥するあまり、「言葉の非供述的用法」に認められる意義の核心を捉え損なっている点に求められるように思われる。

そもそも非供述論は、「言葉の非供述的用法」を、文字通り、Aの「言葉」の「非供述」的な用法、すなわち、「供述証拠に固有の問題」を含まないような用法、より具体的には、Aの「言葉」について、誤りが入り込む危険が高い（供述）過程が問題とならず、したがって、その「信用性の吟味」が必要とならないような用法を意味するものとして捉える。たしかに、「言葉の非供述的用法」においては、Aの「言葉」は、「証拠」として扱われるわけではないから、「証拠」の一種である「供述（証拠）」でもないことは当然であり、その意味では、Aの発言は、「供述証拠的性質をもつものではない」⁽³⁶⁾といっても誤りとはいえないであらう。

しかしながら、「言葉の非供述的用法」とは、実質的には、Bの供述を、Aの言葉の「存在自体を証明するために用いる」ことをいい、ここにAの言葉の「存在自体」とは、（過去の一定の日時・場所において）「Aがそのような内容の発言を行ったこと」を意味するものとされる。⁽³⁷⁾そうであるとすれば、ここにおいてAの「言葉」という語で指示されているのは、正確には、Aにより発せられた「言葉」である「X」自体ではなく、むしろ、Aが「そのような内容の発言を行ったこと」、すなわち、Aがそれを発したという「発言（行為）」——より端的には「発声

（行為）——なのであり、しかも、その「発言（行為）」は、「証拠」として扱われるのではなく、その存否が証明されるべき「事実（事項）」、すなわち、「要証事実（立証事項）」とされるのである。⁽³⁹⁾

そして、その存否が証明されるべき事実である「要証事実（立証事項）」としてのAの「発言（行為）」——あるいは、「発声（行為）」——について、「供述証拠に固有の問題」の有無を問うことには不自然の感が否めないように思われる。なぜなら、伝聞証拠排斥の原則に関する一般的な趣旨説明において、「供述証拠に固有の問題」は、誤りが入り込む危険が高い心理過程を経て生み出されるがゆえに公判廷における「信用性の吟味」を経る必要があるという点に求められるところ、過去の一定の日時・場所において一定の方法により行われたか否かが証明されるべき「要証事実（立証事項）」には、そもそも「誤りが入り込む危険が高い」あるいは「信用性の吟味」を経る必要がある」といった属性は、事柄の性質上、最初から妥当しえないものと考えられるからである。

したがって、「言葉の非供述的用法」の実質的内容に照らしてみると、Aの「発言（行為）」は、「証拠ではあるが供述証拠ではない」のではなく、そもそも最初から「証拠ではない」という意味において、消極的に「供述証拠ではない」ということはできても、積極的に「非供述証拠である」ということはできないのはもちろん、⁽⁴⁰⁾「供述証拠に固有の問題」である「供述過程」の存否を論ずることに積極的な意味は見出しがたいのであって、このことは、傷害事例や名誉毀損事例において、A'がZをナイフで刺したとの事実やA'が名誉毀損的な言辞を発したとの事実について、その「非供述（証拠）」性を論じることの意味がないことから明らかであろう。

(12) 堀江・前掲注(1)三七六頁以下（同書は、「公判外供述の非供述証拠的用法」という表現を用いる）。

(13) たとえば、宇藤崇「伝聞法則の意義」法学教室二四五号（二〇〇一年）二八頁以下、石井一正『刑事実務証拠法』（判例タイムズ社、第五版、二〇一一年）一一三頁以下、福井厚『刑事訴訟法講義』（法律文化社、第五版、二〇一二年）

三七三頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅱ』（成文堂、二〇一三年）二〇七頁以下、河上和雄Ⅱ小林充Ⅱ植村立郎Ⅱ河村博編『注釈刑事訴訟法第六卷』（立花書房、第三版、二〇一五年）四六六頁以下〔香城敏磨Ⅱ朝山芳史〕、白取祐司『刑事訴訟法』（日本評論社、第九版、二〇一七年）四二三頁等。

(14) この点について、光藤景皎「伝聞概念について」高田卓爾博士古稀祝賀論文集『刑事訴訟の現代的動向』（三省堂、一九九一年）一九九頁は、「伝聞証拠とは、『公判廷外の供述であつて供述内容の真実性の証明に用いられるものをいう』という定義は、それ自体としてはよいとしても、それだけが一人歩きし、供述者の知覚・記憶・真摯性・叙述の反対尋問による吟味の欠如という伝聞排斥の根拠を、推論過程に合わせて個別的に吟味することが怠られがちである」として、「伝聞概念と伝聞排除根拠との乖離」を指摘していた。

(15) 後藤・前掲注(8)一七頁。

(16) 笹倉・前掲注(9)一〇六頁。

(17) 後藤・前掲注(8)三六頁。

(18) 笹倉・前掲注(10)七九頁以下。

(19) 笹倉・前掲注(9)一〇五頁は、「内容の真実性が問題となる場合」とは、「推認が人の供述過程を経由する場合」と(ほぼ)同義であるという。

(20) 大澤・前掲注(3)一八二頁以下。

(21) たとえば、名誉毀損事例において、A'が「名誉毀損行為を行ったことそれ自体(Ⅱ主要事実)が要証事実とされる」場合に、A'の「発言内容が真実であるか否かは問題でない」、あるいは、「その発言に至るまでの供述過程に誤謬があるかも問題とならない」から、B'の「証言は伝聞証拠とならない」といった説明(宇藤・前掲注(13)二九頁)の必要があるだろうか。A'が「名誉毀損行為を行ったこと……が要証事実とされる」のであれば、そのこと自体が、それを直接知覚したB'の公判「証言は伝聞証拠とならない」理由となるというべきではなからうか。

(22) 名誉毀損事例におけるB'は、傷害事例におけるB'と同様に、「目撃証人そのもの」であるといえよう(鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』(成文堂、一九八八年)一三八頁参照)。

(23) 小野慶二「伝聞の意義(1)白鳥事件」我妻栄編集代表『刑事訴訟法判例百選』(有斐閣、一九六五年)一〇三頁は、「言

うことが行（う）こと saying is doing である場合、たとえば言語による名誉侵害、詐欺、脅迫などの訴訟において、その行為自体が要証事実となっているかぎり、これを聞いた者の証言が伝聞証拠でないことは疑いをいれない」とされる理由について、「伝聞証拠が原則として排斥されるのは、原供述者の供述の真实性を反対尋問によって検討する機会が当事者に与えられていないからであると一般に考えられている」ところ、「原供述が要証事実そのものをなしている場合には、その供述の真实性を問う必要がないから、これを内容とする供述を伝聞として取り扱う必要がない」ことに求められるという。しかしながら、「言語による名誉侵害、詐欺、脅迫などの訴訟において、その行為自体が要証事実となっている」場合に、「これを聞いた者の証言が伝聞証拠でない」のは、同証言が、「その行為自体」を直接知覚した者の供述であり、かつ、「信用性の吟味」を経ていることに求められるというべきではないか。

（24）松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』（有斐閣、一九九二年）一三三頁（松本時夫）。

（25）たとえば、後日、Aが捜査官の求めに応じて刺突行為を「再現」した場合、それは、「動作」であっても、伝聞法則との関係においては、「供述」として扱われることになろう（なお、最（二小）決平成一七年九月二七日刑集五九卷七号七五三頁が、捜査官が、被害者や被疑者に被害・犯行状況について再現させ、その姿勢・動作等を撮影した写真を、「再現された」とりの犯罪事実の存在」を証明するために使用するには、「再現者が被告人以外の者である場合には（刑事訴訟）法三二一条一項二号ないし三号所定の、被告人である場合には同法三二一条一項所定の要件を満たす必要がある」とする前提にも、そのような理解があるものと憶測される）。伝聞証拠排斥に関する一般的趣旨説明の下でも、そのような「動作」は、Aが知覚・記憶した事実を表現・叙述する方法であるという点においては、口頭の「言葉」と変わりはないからである（堀江・前掲注（一）三七一頁参照）。

（26）香城＝朝山・前掲注（13）四六六頁以下は、「供述があつたこと自体を要証事実（証明の対象になる事実）とする場合」を、「非伝聞の供述証拠」、すなわち、「供述を証拠とする場合であっても、……伝聞法則は適用されない」場合の一例として挙げ、また、渡辺直之「伝聞証拠と非伝聞証拠の区別についての検討」修道法学三二巻一号（二〇〇八年）四八五頁は、名誉毀損事例を、「言葉が供述証拠である」が「伝聞証拠にならない場合」、あるいは、「当該言葉の意味・内容が問題となっても、その真实性を問題とするものでない」場合の例として挙げる。しかし、この場合には、「言葉」それ自体というよりも、そのような「発言」ないし「発声」という「行為」が行われたという「事実」の存否が問題とされている

のであるから、これを「供述証拠」というのは当たらないというべきであろう。

(27) 堀江・前掲注(1)三七二頁。

(28) 大澤・前掲注(5)一八二頁。

(29) 川出・前掲注(1)三五九頁以下。

(30) 両論拠を併記するものとして、そのほか、神田忠治「川波利明「伝聞法則の適用範囲」谷口正孝編『刑事法演習Ⅰ』(判例タイムズ社、一九七四年)二九二頁、戸倉三郎「供述又は書面の非供述証拠の使用と伝聞法則」自由と正義五一巻一号(二〇〇〇年)九三頁以下、渡辺・前掲注26四九五頁、上口裕「刑事訴訟法」(成文堂、第二版、二〇一一年)三七八頁、酒巻匡「刑事訴訟法」(有斐閣、二〇一五年)五三二頁、古江頼隆「事例演習刑事訴訟法」(有斐閣、第二版、二〇一五年)三三三頁以下(「B君」発言)等がある。

(31) たとえば、田宮裕「刑事訴訟法」(有斐閣、新版、一九九六年)三七〇頁は、「法廷外の供述でも、その供述の存在自体を立証しようとする場合」を、「ことはが要証事実の場合、換言すればことはの非供述的利用の場合」といいかえている。また、平場安治「高田卓爾」中武靖夫「鈴木茂嗣『注解刑事訴訟法中巻』(青林書院新社、全訂新版、一九八二年)七二四頁(鈴木茂嗣)は、「伝聞法則は、原供述が供述証拠的性格を有するものとして用いられる場合、すなわち、『原供述の内容をなす事実』の存否が要証事実であるときにのみ問題となる」とした上で、「したがって、原供述の存在自体が主要事実をなす場合、たとえば名誉毀損事件においてその毀損的言辞を聞いた者のなす証言は、非伝聞である」とする。これらの説明においては、「原供述」の存在自体が要証事実とされることが、それが「供述証拠的性格」を有しないことと同視されているものといえよう。

(32) いわゆる白鳥事件に関する最(一小)判昭和三八年一〇月一七日刑集一七巻一〇号一七九五頁は、「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」とした上で、一定の内容の発言がなされたこと自体が「要証事実」とされている場合に、その事実について供述者が「自ら直接知覚したところ」を述べた供述は「伝聞供述に当たらない」とする。また、同判決に関する川添万夫「判解」最高裁判所判例解説刑事編昭和三八年度(法曹会、一九七〇年)一五八頁は、「被告人……の行動調査指示等に関する発言は、いわば『謀議』そのものであり、実行共同正犯における実行行為の分担にも比すべきもので……、右発言をしたこと自体が犯罪行為の内容として

要証事実とされているものと解され、従つてこれをその面前で直接知覚した〔者〕の供述も、伝聞のとがめを受けないのである」とする。

(33) 田宮・前掲注(31)三七〇頁。

(34) 堀江・前掲注(1)三七四頁。

(35) 金築誠志「伝聞の意義」平野龍一＝松尾浩也＝田宮裕＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、第五版、一九八六年）一七八頁が、「名誉毀損や脅迫行為を構成する甲の言葉を聞いたことを乙に証言させるのは、伝聞にならない」理由を、「乙が甲の言葉を聞いた通りに証言しているかどうかだけが問題であり、乙の知覚、記憶の正確性等について反対尋問すれば足りる〔傍点引用者〕」ことに求めるのも、同趣旨に解されよう。

(36) 鈴木・前掲注(22)二三八頁。ただし、ここに「供述証拠的性質をもつものではない」とは、「証拠的性質をもつが供述証拠的性質はもたない」という意味ではなく、そもそも「証拠的性質それ自体をもたない」という意味に解されることになる。

(37) 堀江・前掲注(1)三七八頁。

(38) その意味において、「言葉の非供述的用法」における「言葉」は、いわゆる「行為と一体化した供述」、すなわち、「行為の法的ないし社会的意味が、それに随伴して発せられた言葉から明らかになる場合（堀江慎司「伝聞証拠の意義」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、二〇一三年）一六八頁）」よりもさらに行為と「一体化」した「行為それ自体としての供述（発言）」といいかえることもできるであろう。

(39) したがって、Aの「言葉」の「非供述的用法」とは、実質的には、その名称にかかわらず、「Aによる当該発言（発言）行為の存否を要証事実（立証事項）」とすること」を意味することになる。

(40) 後藤・前掲注(8)三六頁は、「言葉の非供述的用法」の場合を念頭において、「公判外供述でも、要証事実¹に照らして非供述証拠であれば、『公判期日における供述に代えて』使うのではないから、伝聞証拠にはならない」とする（傍点引用者）。しかし、この場合の「公判外供述」は、そもそも「証拠」として扱われるのではない以上、積極的に「非供述証拠である」ということはできないというべきであろう。「言葉の非供述的用法」においては、正確には、「公判外供述」は、「要証事実¹に照らして非供述証拠であ〔る〕」のではなく、「要証事実¹」そのものなのである。