The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	「言葉の非供述的用法」と非伝聞（二・完）
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2021, 70(5), p. 1-15
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87316
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

論　説

「言葉の非供述的用法」と非伝聞（二・完）

松　田　岳　士

三　「言葉」を内容とする「書面」の非伝聞性

(1)　では、公判外で記された「言葉」が「書面」――あるいは、人（証）ではなく、物（証）――の形で公判に持ち込まれる場合には、どうであろうか。上述のとおり、ここに「書面」とは、必ずしも「文字」が記された「紙」である必要はなく、図、絵、記号等が記されたものであっても、また、（電子媒体を含む）紙以外の媒体に記されている場合であってもよいものと考えられるが、以下では、説明の便宜上、基本的に、「文字」が記された「紙」の「書面」を念頭において議論を進めることにする。

「書面」についても、「言葉の非供述的用法」の場合、すなわち、それが、そこに記された「言葉」の「存在および内容」、あるいは、（過去の一定の日時・場所において）当該内容の「言葉」がそこに記され（てい）たという事実の証明のために用いられる場合[41]には、刑訴法三二〇条一項ないし伝聞証拠排斥の原則の適用対象外におかれるという結論については、争いはないものと考えられる。もっとも、その論拠については、ここでも、それを、当該

「言葉」（あるいは「原供述」）の「非供述（証拠）」性、あるいは、「供述証拠に固有の問題」の不在に求める非供述論的な構成と、当該「言葉」の「存在および内容」、より正確には、一定の（形の）文字がその「書面」に記され（てい）たことが要証事実（立証事項）とされることに着目し、「書面」自体について、それが、その物理的痕跡――当該文字形のインクの染み――をとどめた「物証」または「証拠物」として扱われることに求める要証事実論的な構成が考えられることになろう。

そこで本節においては、「言葉の非供述的用法」における「言葉」が「書面」によって公判廷に持ち込まれる場合に、それが、「非伝聞（証拠）」として、刑訴法三二〇条一項および同規定が定める伝聞証拠排斥の原則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が自署付で「X」と万年筆で記した紙片Bを、Aが紙片Bに「X」と記し（てい）たこと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)　右のような事例については、まず、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による記載の「供述（証拠）」性を否定することによって、紙片Bの「非伝聞（証拠）」性を根拠づける非供述論的な構成が考えられる。

具体的には、「供述（代用）書面」が伝聞証拠とされる理由を、「〔原〕供述が書面に記載され、公判廷にはその書面が提出された場合、A（原供述者）の供述過程を同時的な吟味のプロセスに服せしめることはもはやできない」ことに求めた上で、伝聞証拠排斥の原則によって「書面」が排除されるのは、「Aの供述過程の吟味が必要となる場合に限られ」るのであり、「書面に記載されたA供述の存在自体をその書面によって証明しようという場合」には、「伝聞法則の適用は受けない」[42]と説明する、あるいは、「書面が、伝聞法則の適用を受けるか否かは、そ

の記載内容の真実性を立証の対象とするか否かによって決まるというべきであり、……記載内容の真実性を要証事実としない場合は、非供述証拠……として、伝聞法則の適用を受けない[43]」とするのである。その特徴は、書面が「非伝聞（証拠）」とされる根拠を、Aの供述（発言）の非供述（証拠）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うことができよう。

(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、右の事例で紙片B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。

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、（過去の一定の日時・場所において）Aが紙片Bに「X」と記し（てい）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「発言」――正確には、Aの「言葉」が記され（てい）たこと――が、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が紙片Bに「X」と記し（てい）たこと自体が要証事実（立証事項）とされるのであれば、紙片Bは、その要証事実（立証事項）とされる出来事の痕跡をその物理的形状に直接とどめた「物（証）」であり、しか

も、ここで裁判所の事実認定に供される証拠としてその証拠能力が問われているのは、まさしくその紙片Bの方なのであるから、伝聞証拠排斥の原則の適用があるか否かは、直接、紙片Bの証拠としての性質に着目して検討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」と記した顕名の雑誌記事B'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」と当該雑誌に書いた――あるいは、当該誌上で「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、また、この事実との関係においては、雑誌記事B'は、その痕跡を直接その――印刷された文字の――形状にとどめた「物（証）」として、その存在および形状に証拠としての意義が求められるということ自体から、伝聞証拠排斥の一般的な趣旨説明に照らして、同規範の適用対象外におかれるのであり、その非供述（証拠）性を根拠づけるために、A'の（誌上での）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必要はないように思われる。

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B"で刺したという事案において、その凶器とされ、Aの指紋とZの血液が付着したナイフB"を、A"によるZに対する同凶器を用いた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、一層鮮明となろう。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（誌上での）発言（行為）に対応し、また、傷害事例におけるナイフB"は、当該犯罪事実の痕跡をその形状にとどめた「物

（証）」として、名誉毀損事例における雑誌記事B'に対応するものと考えられるが、ここでは、ナイフB"が「非伝聞」であることは、それがまさしく要証事実（立証事項）との関係において、その存在および形状に証拠としての意義が認められる「物証」ないし「証拠物」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。

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ろうか。この問いに対して、A"の刺突（行為）は、「動作」であって、「言葉」ではないからであると答えることができないことは前節において確認した通りであるが、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、ここでもやはり、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（事項）」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、凶器とされたナイフB"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「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。

実際、この場合に、ナイフB"が刑訴法三二〇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、同ナイフが、「要証事実（立証事項）」たるA"の刺突（行為）の物理的痕跡をその形状にとどめた「物証」ま

たは「証拠物」として扱われることに求められることになろう。[44] 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照らしても、このように証拠としての意義がその存在および形状に求められる「物証」または「証拠物」は、供述過程を経ることのない「非供述証拠」であり、また、宣誓と偽証罪による威嚇、相手方当事者の反対尋問、裁判所による態度・表情等の観察により「信用性の担保・吟味」を行うことも不可能ないし無意味であることから、その適用対象外におかれることは明らかだからである。

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（誌上での）発言（行為）および刺突（行為）の「要証事実（立証事項）」性、そして、雑誌記事B'およびナイフB"の「非供述」性ないし「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の記載（行為）および紙片Bについても基本的に妥当するとすれば、紙片Bの「非伝聞」性についても、これを、Aの記載（行為）の「要証事実（立証事項）」性および紙片B自体の「物証」ないし「証拠物」性によっ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論拠であるということになろう。

(5)　ところで、このように、書面化された「言葉」の「非供述的用法」における、当該「書面」の「物証」ないし「証拠物」としての扱いについては、これまでも、次のような指摘がなされていた。すなわち、このような「書面」は、「実務的には、証拠物として請求され、立証趣旨を当該書面の存在、形状及び記載事項などに限定した上で、証拠物として採用し、取調べをすることがある」[45]、あるいは、「叙述的要素を含むけれども、いわゆる報告書あるいは供述書の類ではなく、その書証の存在や形状そのものに重要な証拠的意味がある書証については、供述証拠としての側面も持つにしても、物証的要素が大きい証拠である」[46]との指摘である。[47]

さらに、最近では、このような実務上の扱いについて積極的な評価を示す学説もあらわれてきている。すなわち、その「存在および……内容」が要証事実（立証事項）となる文書については、「我々は、そこに書かれている『文字列』すなわち記載『内容』に証拠価値を見出す」という意味で「『証拠物』として扱」うことになるが[48]、このような「『証拠物』構成は、……事柄の本質に即した素直な思考・志向であって、理論と実務を通じて共有されるべき感覚である」とするのである[49]。

もっとも、これらの指摘や見解が、要証事実論を前提とするものであるか――あるいは、さらにその前提として要証事実論を非供述論と区別しているか――は必ずしも明らかではない[50]。たとえば、右の「『証拠物』構成」を支持する見解も、「非供述的用法」の「言葉」が記された「メモ」について、「『帯有する情報』を我々が『解読』することによって証拠としての価値を発揮する」証拠物として構成することを説く一方で、その伝聞・非伝聞の判断は、「〔原供述者の〕供述過程が推認過程に介在しているか否か」によってなされるべきであるとするが[51]、ここでは、要証事実論と非供述論の差異が明確に意識されているようには思われないだけでなく、「『証拠物』構成」が非供述論によって根拠づけられるものと認識されている可能性もないわけではない[52]。

(6)　しかしながら、「『証拠物』構成」が、「非供述的用法」の「言葉」が記された「書面」の側の証拠としての性格に着目し、そこに当該言葉が記され（てい）たことという要証事実（立証事項）となる出来事の物理的痕跡を直接その形状にとどめた「証拠物」としての価値を見出すものであるとすれば、それは、要証事実論を前提としてはじめて成立する理論構成であるというべきであろう。そして、右に名誉毀損事例と傷害事例を対比しながら検証したところからしても、要証事実論およびそれに基づく「『証拠物』構成」は、「言葉の非供述的用法」の場合に、その「言葉」が記された「書面」が伝聞証拠排斥の原則の適用対象とならないことを、その「書面」自体の証拠と

しての性質に着目して直接的かつ積極的に根拠づけるものであり、別途非供述論による根拠づけを必要とするものではないように思われる。

実際、要証事実論の下では、「言葉の非供述的用法」の場合に、「言葉」が記された「書面」は、要証事実（立証事項）である――過去の一定の日時・場所において当該「言葉」がその上に記され（てい）たという意味で――一回性の歴史的な出来事の物理的痕跡を直接その形状にとどめる「物（オブジェクト）」証として捉えられ、そのような『帯有する情報』を我々が『解読』することによって証拠としての価値を発揮する」[53]物的＝客観的（オブジェクティヴ）な証拠には、「その存在自体が動かし難い証拠としての意味を持っている」点に「非供述証拠として有する固有の証拠価値」が見出されることになるものと考えられる[54]。そうであるとすれば、「『証拠物』構成」は、要証事実論と表裏一体の関係にあるというべきであり、仮に同「構成」が、「事柄の本質に即した素直な思考・志向であって、理論と実務を通じて共有されるべき感覚」であるとすれば、それは、要証事実論こそが「事柄の本質に即した素直な思考・志向」であるからにほかならないというべきであろう。

さらに、同論拠の下では、このように、証拠能力が問題となる「書面」それ自体の側に、その「物証」ないし「証拠物」性を直接に根拠づける積極的事情が認められることになる以上、その「非供述（証拠）」性を認めるために敢えて「言葉」あるいは「原供述」の非供述性といった消極的理由を援用する必要はないものというべきである。

それどころか、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「言葉」あるいは「原供述」の「記載（行為）」について、「供述証拠に固有の問題」の有無を問う非供述論には不自然の感が否めないように思われる。なぜなら、「要証事実（立証事項）」は、そもそも「証拠」ではなく、過去の一定の日時・場所にお

いて起こった出来事として証明されるべき「事実（事項）」なのであって、その事柄の性質上、「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」といった属性が最初から妥当しえないことは、名誉毀損事例や傷害事例において、A'が名誉毀損的な言辞を誌上で発したとの事実やA"がZをナイフで刺したとの事実について、その「非供述（証拠）」性を論じることに意味がないことからも明らかだからである。

（41）ところで、小西秀宣「伝聞証拠についての覚書」河上和雄先生古稀祝賀論文集刊行会編『河上和雄先生古稀祝賀論文集』（青林書院、二〇〇三年）三三九頁は、このような証拠については、実務上、「当該証拠の『存在と形状』といった立証趣旨のもとに、非供述証拠として証拠調べ請求がなされ、関連性が認められることを要件として採用されることが多い」とし、また、山室恵「伝聞証拠――裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続下』（筑摩書房、一九八八年）八五五頁は、「襲撃計画メモ」を「共謀の内容そのものを記載した書面」とみる場合には、「その存在および記載自体」が「要証事実」となるとする。ここに「存在と形状」あるいは「存在および記載自体」は、「存在と内容」ともいいかえることができようが（笹倉宏紀「伝聞証拠の意義（中）」法学教室四七〇号（二〇一九年）一〇八頁参照）、いずれにしても、正確には、証拠調べの時点ではなく、当該書面の作成または使用の時点における「存在および内容」を意味するものと理解すべきであろう。なぜなら、証拠調べの時点での「書面」の「存在および内容」は、――「証拠方法」が証人である場合の「証拠資料」たる「証言」（の存在および内容）に対応するものとして――「証拠」それ自体の「存在および内容」、すなわち、（「証拠方法」が証拠物である場合の）「証拠資料」それ自体を意味し、これを「立証趣旨」ないし「要証事実」とすることはできないものと考えられるからである（後藤・前掲注（8）四八頁参照）。

（42）堀江・前掲注（1）三七三頁以下。なお、「犯行計画メモ」を、「供述過程の正確性・供述内容の真実性がおよそ問題にならない純粋な非伝聞として（傍点被引用者）」用いることができる場合に関して、堀江慎司「伝聞証拠の意義――犯行計画メモの証拠能力」刑事法ジャーナル三一号（二〇一二年）四〇頁以下参照。

（43）内匠和彦「非供述証拠」大阪刑事実務研究会編著『刑事公判の諸問題』（判例タイムズ社、一九八九年）二二七頁。

（44）戸倉・前掲注（30）九三頁は、「殺人事件の凶器である拳銃やナイフ、薬物事犯の薬物などの証拠物は、その存在及

び形状が直接証拠として用いられる」とする。

(45) 伊藤博路「伝聞証拠の非供述証拠的使用についての一考察」能勢弘之先生追悼論集『激動期の刑事法学』（信山社、二〇〇三年）一六七頁。そのほか、石井・前掲注（13）九二頁以下、内匠・前掲注（43）二二七頁以下、古川博「領収書・契約書等の取り扱い」大阪刑事実務研究会編著『刑事証拠法の諸問題㈠』（判例タイムズ社、二〇〇一年）二一一頁参照。

(46) 小西・前掲注（41）三三八頁。

(47) そのほか、たとえば、大谷直人「伝聞法則について」中山善房判事退官記念『刑事裁判の理論と実務』（成文堂、一九九八年）二七五頁も、「犯行襲撃メモ」について、「回覧されることにより共犯者間に共謀が形成されたことを立証しようとしてそのメモが請求される場合」に、「伝聞法則が問題とならないことは明らかであって、そうした事案においては、証拠物として取り扱えば十分といえる」とする。

(48) 笹倉・前掲注（41）一〇八頁。

(49) 笹倉・前掲注（9）一〇四頁。

(50) 金築・前掲注（35）一八〇頁は、「犯行計画メモ」に関して、「共謀の成立過程で述べられた共謀者の発言が非伝聞となるのは、その発言が共謀者相互間の意思連絡・謀議を構成する事実そのものである場合でなければなら」ず、「そうであってはじめてその発言が単なる証拠ではなく、証拠によって立証されるべき事実であるといえるからである」とした上で、「このことは、文書の場合も同様であって、もしその文書が謀議や意思連絡の手段そのものであるのならば、文書の存在及び内容が要証事実となり、当該文書は伝聞証拠でないことになると考えられる」とするが、ここには、要証事実論的な考え方が看取されよう。

(51) 笹倉・前掲注（5）一〇八頁以下。

(52) そのほか、たとえば、伊藤利夫「伝聞法則と証拠書類」自由と正義二巻一〇号（一九五一年）一二頁は、「文書がその記載内容には全く関係なく証拠資料となるときその文書は文書以外の物と同一にみられるのでその存在や状態が証拠となる」とし、神田＝川波・前掲注（30）二九二頁は、「書面が作成されたこと自体が要証事実であるような場合」は、「特定の者があることばを書いたことは、公判廷に提出されたその書面をみればわかり、『……ということばを書いた。』とい

うことについて、〔「原供述の正確さ、誠実さ」の「テスト」のための〕反対尋問は必要ない」ため、「伝聞証拠として排除する理由はない」とする。また、山室・前掲注（41）八五一頁は、「凶悪文書は、記載された文言の内容の真実性が要証事実となるわけではなく文言それ自体が要証事実となるのであるから、非供述証拠として伝聞法則の適用を受けない」とする。これらも、要証事実論と非供述論の両論を併記するものといえよう。

（53）笹倉・前掲注（5）一〇四頁。

（54）三好幹夫「伝聞法則の適用」大阪刑事実務研究会編著『刑事証拠法の諸問題㈠』（判例タイムズ社、二〇〇一年）七五頁。なお、「動かしがたい客観的な原証拠」という表現を用いる裁判例として、東京高裁平成二〇年三月二七日東高時報五九巻一～一二号二二頁も参照。

四　おわりに

(1)　以上、本稿で検討してきたところからは、「言葉の非供述的用法」の場合に、その「言葉」を公判廷に持ち込む証拠（方法）が――人（証）であると物（証）であるとを問わず――「非伝聞」にあたるとされる本質的理由は、その「言葉」が「供述証拠に固有の問題」を含まない「非供述（証拠）」として扱われるからではなく、むしろ、その「言葉」が発せられたこと自体が「要証事実（立証事項）」とされるために、当該証拠自体に伝聞証拠排斥の趣旨が妥当しないことに求められることが確認された。その意味で、「言葉の非供述的用法」とは、当該「発言が単なる証拠ではなく、証拠によって立証されるべき事実である」[55]場合をいうものなのである。

したがって、一般に、「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」とされるのも、少なくとも「言葉の非供述的用法」に関する限り、「原供述」たる当該「言葉」が「要証事実」との関係によって「供述（証拠）」として扱われたり扱われなかったりするという意味ではなく、むしろ、当該「発言（行為）」、すなわち、

当該「言葉」が発せられたという出来事それ自体が「要証事実（立証事項）」とされることによって、それを公判廷に持ち込む媒体となるのが人（証）であればその「供述」が「非伝聞（証拠）」として、「書面」等の物（証）であれば「非供述（証拠）」として扱われることを意味するものと理解されることになる。そして、そうであるとすれば、「言葉の非供述的用法」という表現も、正確には「発言の要証事実（立証事項）的用法」あるいは、「発言（行為）を要証事実（立証事実）とする場合」といいかえられるべきであるということになろう。

このように、要証事実論は、「言葉の非供述的用法」の実質に即した理解であるように思われるが、それだけでなく、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」という文言とも適合的であるということができるように思われる。なぜなら、ここでの「言葉」――正確には、その言葉が発せられたという事実――とそれを公判廷に持ち込む媒体となる人（の供述）および物は、それぞれ、「要証事実（立証事項）」と「証拠」、あるいは、証明されるべき「事実（事項）」とその「証拠」であるという意味において、異質なものであり、両者の間には、およそ代用ないし代替関係は認められないため、その文言に照らしても同規定の適用対象外に置かれることは明らかだからである。(56)

(2)　にもかかわらず、従来の学説において、「言葉の非供述的用法」の場合にその「言葉」を公判廷に持ち込む媒体となる証拠が「非伝聞（証拠）」とされる論拠が主として非供述論に求められてきた背景には、次のような二つの事情の存在を指摘することができるように思われる。

第一に、「一定の言葉が発せられたこと」を指示するものとして、「言葉の存在（自体）」といった表現が多用されてきたが、同表現においては、「言葉」があたかも「証拠」として「存在」しうるものであるかのようにもみえるため、その「事実（事項）」としての性質が十分に意識されてこなかった。その結果、非供述論と要証事実論の

差異も明確に意識されることなく、「原供述が要証事実じたいであるばあいには、その供述の真実性を問題にする必要はないのであるから、これを内容とする供述を伝聞として考える必要がない」[57]という形で、「言葉」の要証事実（立証事項）性が、その非供述（証拠）性の問題と同視される傾向があった。

しかしながら、「要証事実（立証事項）」が、「当該証拠によって何を証明しようとするのか」[58]、あるいは、「当該証拠によって証明されるべき事実（事項）」を意味するものであるとすれば、その定義上、同一の「言葉」を、「要証事実（立証事項）」とすると同時に「証拠」としても扱うことはできないというべきである。その意味で両者はいわば水と油の関係にあるのであって、これらを混同すべきではないのは勿論、並列的ないし相互補完的な論拠として援用することも妥当ではないというべきであろう。

第二に、従来の学説においては、伝聞・非伝聞の区別について、「伝聞法則の根拠にまでさかのぼった、目的論的考察が求められる」[59]として、「言葉の非供述的用法」の場合の「言葉」についても、伝聞証拠排斥の原則に関する一般的な趣旨説明から導かれる区別方法・基準に当てはめようとする意識が強かった。

しかしながら、その結果、本来は「要証事実（立証事項）」であるものを「証拠」として扱うことになるとすれば、それは、寝台に合わせて足を切るまたは延ばすようなものであり、本末転倒というほかなかろう。合わせられるべきは足ではなく寝台の方であるとすれば、伝聞・非伝聞の区別の方法・基準、あるいは、その基礎にある伝聞証拠排斥の原則あるいはそれを採用する刑訴法三二〇条一項の趣旨説明の方こそ見直されるべきであろう。

(3)　実際、本稿の検討結果からは、刑訴法三二〇条一項、あるいは、伝聞証拠排斥の原則についての一般的な趣旨説明が同規範との関係で有意的なものとしてきた「供述証拠」の特徴について、次のような見直しの必要性が示唆されるように思われる。

まず、「供述」の「証拠」としての利用を、それがなされたことを「要証事実（立証事項）」とすることと対比してみると、その特徴は、「再現可能性」に見出すことができるように思われる。すなわち、「言葉が発せられたことが要証事実（立証事項）とされる」ときには、「言葉」は、過去の一定の日時・場所において起こった一回性の――いいかえれば、その性質上再現不可能な――出来事たる「発言（行為）」として捉えられるのに対して、「言葉」が「（供述）証拠」として用いられるときには、それは、人が認識ないし記憶する情報を表出するものとして、その性質上再現可能なものとして、したがって、採取し直すことが可能な性質をもつものとして扱われるのである。

さらに、伝聞証拠排斥の原則との関係で有意的な「供述証拠」の特徴が、「人の供述過程＝主観を経由する点でどうしても曖昧さ・不確かさを免れえない」という意味で、専ら「供述（者）」の側の事情に求められてきたことの妥当性についても再検討の余地がある。なぜなら、非供述証拠たる「証拠物」が、「そのものから読み取ることのできる情報が固有の証拠価値を有する」がゆえに「動かしがたい」証拠であるとされることと対比するならば、[60] 供述証拠の「曖昧さ・不確かさ」の原因も、むしろ、「動かしやすい」点、すなわち、採取の仕方によってその範囲や内容自体が左右されやすい点に求められるべきであるものと考えられるからである。

「供述証拠」のこれらの側面に着目すると、その問題性は、「供述」それ自体というよりも、むしろ、その「採取」の側に求められることになるように思われる。すなわち、供述証拠が、その採取方法によって範囲・内容が左右されやすく、かつ、採取し直すことができる性質を一般的にもつとすれば、とりわけその適正性ないし正確性が求められる裁判所の事実認定に供される「供述（証拠）」については、仮にそれが公判外で人または物に記憶または記録されている場合であっても、公判期日において原供述者から公明正大に――憲法三七条やそれを具体化する刑訴法の規定による「公開の法廷における公平な裁判所の前での当事者の対等かつ同時の参加」の保障の下で――

採取し直すことが可能かつ妥当であり、そうである以上、それに代えて公判外の供述を記憶または記録した人や書面を用いるべきではないということになるように思われるのである。

刑訴法三二〇条一項および伝聞証拠排斥の原則の趣旨説明についても、このような観点から根本的に見直すべきときが来ているように思われる。(61)

(55) 金築・前掲注（35）一八〇頁。

(56) 植松正「伝聞証拠の禁止など」時の法令八五六号（一九七四年）三〇頁は、伝聞法則の下では、「公判期日外の供述がすべて証拠にならぬわけではな」く、「代用がいけない」のであり、「脅迫事件で脅迫状を証拠に採用することなどは何の支障もない」とする。また、小野清一郎＝栗本一夫＝横川敏雄＝横井大三『ポケット注釈全集刑事訴訟法(下)』（有斐閣、新版、一九八六年）八六八頁は、刑訴法三二〇条一項の「公判期日における供述に代えて」の文言について、「書面を証拠とする場合だけではなく、本項後段の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場合にも同様に適用される」とした上で、「いわば代用関係にない場合には、公判期日外の供述を証拠とすることも本条の禁ずるところではない」とし、「書面であってもその……書面自体の存在をその書面によって立証しようとする場合」や「公判廷外の供述をその供述のあったことの立証のため供述を聞いた者をしてそのまま供述させてそれを証拠とする場合」もこれに当たるとする。

(57) 松岡正章「伝聞証拠」別冊ジュリスト九号（一九七三年）二六八頁。

(58) 堀江・前掲注（1）三七八頁。

(59) 田宮裕＝多田辰也『セミナー刑事手続法証拠編』（啓成社、一九九七年）一八五頁。

(60) 笹倉・前掲注（9）一〇四頁。

(61) 松田・前掲注（11）第一章、同「伝聞法則の運用」刑法雑誌五一巻三号（二〇一二年）三九頁、同「演習」法学教室四七一号（二〇一九年）二一〇頁以下。