

# 伝聞証拠と非伝聞証拠の 区別についての検討

渡 辺 直 行

- 第1 はじめに
- 第2 言葉の用法と供述証拠・非供述証拠の意味
- 第3 要証事実と伝聞証拠
- 第4 精神的状態に関する供述
- 第5 写真・録音テープ・CD・ビデオテープ・DVD 等
- 第6 おわりに

## 第1 はじめに

1 伝聞法則は、憲法37条2項から導き出される刑訴法上の基本原則である。そして、憲法37条2項にいう被告人の証人審問権は、実際には、主として、公判廷における被告人の反対尋問権行使という形で顕現する。したがって、裁判所の面前においての反対尋問を経ない供述証拠の証拠能力を原則として否定する伝聞法則は、当事者主義の視点から、被告人が、原則として、その内容の真偽が問題とされるすべての供述証拠に対して反対尋問権を有していることを内包としている<sup>1)</sup>ものである、ということになる。そうである以上、それは、被告人にとっての最も重要な刑訴法上の原則の一つということになる。

しかるに、現行刑訴法は幅広く伝聞法則についての例外規定を定めてお

---

1) 因みに、内包とは、概念の性質なのであり、「概念の内包を、明確に与えることを定義と呼ぶ」(山崎正一＝市川 浩編『現代哲学事典』〔講談社、1970年〕441頁〔村上陽一郎〕)。伝聞法則の定義は、まさに、被告人が反対尋問権を有するということ(内包)を明確に与えることであり、それによって、実質的内容が盛込まれるとすべきなのである。

り、また刑訴法326条の同意によって採用される供述調書も多く、「調書裁判」という言葉に象徴されるように、伝聞法則の原則と例外が逆転しているという実務の現実がある。

2 伝聞法則が憲法の保障する被告人の証人審問権を担保するための法則である以上、伝聞法則に関しての解釈は、被告人の反対尋問権が極力制限されないような方向でなされる必要がある。というのも、伝聞法則の適用されない範囲が広がれば、それだけ、被告人に保障されている証人審問権という憲法上の基本権が、被告人から遠ざかってしまうことになるからである。

そこで、本稿では、上記の考え方を基本に据え、伝聞証拠と非伝聞証拠（以下では、これを、適宜、単に「伝聞」、「非伝聞」と省略して表現することもある）の区別に関し、議論の錯綜したところのある精神的状態に関する供述や、写真・録音テープ・CD・ビデオテープ・DVD等が供述証拠として用いられる場合などを中心に、それらの証拠能力をどのように考えていくかについて、あらためて検討を加えてみることにする。

## 第2 言葉の用法と供述証拠・非供述証拠の意味

1 伝聞証拠については、一般に、言葉が供述証拠として用いられる場合には、伝聞証拠になる場合もあるし、ならない場合もあるが、非供述証拠として用いられる場合には、伝聞証拠とはならず非伝聞証拠とされる。

(1) ところで、言葉だけでなく、動作等といった行為も供述証拠となって伝聞証拠になり得るかについては、これを積極に解する見解と消極に解する見解がある。すなわち、例えば、質問に対して動作や身振りなどで答えるような場合、発問に対しての当該動作等をした者の「真意を確認する必要性」という点では、供述証拠と異なるところはない<sup>2)</sup>ので、「伝聞たる行為」も観念できるとし、原則として、動作等といった行為による場合も、言葉による場合と同様に扱うべきであるとの考え方<sup>2)</sup>と、伝聞たる行為という

2) 白取祐司『刑事訴訟法〔第5版〕〕〔2008年、日本評論社〕379～380頁。

概念も考え得るが、行為による場合については、「行為の意味を推認する過程は証拠評価にほかならないので、原則として非供述証拠として扱ってよいであろう」とする考え方<sup>3)</sup>とがある。

この点は、例外的に、動作等が言葉と同じ作用をすること（いわば、動作が言語化している場合など）もあり得るので、伝聞たる行為という概念を、あえて否定するまでのことはないであろう（なお、いずれにしても、主として問題になるのは言葉であるので、原則として、言葉についての問題として考えていく。また、後述の通り、現場写真なども、報告文書等と同様に捉えて、これを供述証拠とし伝聞証拠になるとの考え方もあるが、この点は、後に論じる）。

(2) それでは、何ゆえ、言葉が（前述の通り、例外的に、動作等が言葉と同じ作用をすることもあり得るが）、供述証拠として用いられる場合に限って伝聞証拠になり、伝聞法則が適用になるのか。

この点については、供述証拠が、或る事実を、知覚し、記憶し、そして、それを表現ないし叙述するという過程をたどるので、それらの過程には誤りが生じる（見間違い、聞き間違い、記憶違い、言い間違いなど）可能性があるからである（供述証拠特有の危険性）とするのが、一般的理解である。

つまり、供述（言葉）が証拠（供述証拠）となり、その要証事実が当該言葉の意味する内容の真実性である場合には、基本的に、裁判所の面前での反対尋問によって、その言葉の意味・内容の真偽を点検するのが最も適確な方法であり、その実効性を確保するためには、裁判所の面前での反対尋問にさらされていない供述証拠には、原則として、証拠能力がないとの法則（伝聞法則）に服せしめる必要があるからである（なお、後述するように、精神的状態の供述を非伝聞と解する見解は、精神的状態の供述というものは知覚・記憶の過程がないので、本来の意味での供述証拠特有の危険性が少なく、表現ないし叙述の真摯性や正確性などについてのみ点検すればよいのであって、そのためには、必ずしも、反対尋問による必要はないとして、これを非伝聞になるとするが、反対

---

3) 田宮 裕『刑事訴訟法〔新版〕』〔1996年、有斐閣〕371頁。

説がある。私見では、後述の通り、精神的状態の供述も、基本的には、本来の供述証拠として扱い、要事実によっては伝聞証拠になるのであり、その場合、それに証拠能力を付与するには伝聞例外の要件を充足する必要があると考えている。

(3) ところで、供述証拠であっても、当該言葉（供述）の用法によっては、上記のような、供述証拠特有の危険性を考える必要のない場合があり（その場合には、通常、当該言葉の意味・内容が真実であるかどうかは、はじめから問題とされていない）、その場合においては、当該言葉が、非供述証拠として用いられる場合になるとされ、その結果、非伝聞証拠とされるのである。

なお、言葉が非供述証拠として用いられる場合というのは、言葉が、はじめから非供述証拠である場合と、言葉が一応は供述証拠であるが、非供述証拠的に用いられる場合とを分けて論じられることもあるが<sup>4)</sup>、一般的に、そのような区別は、必ずしも明確なものとはなっていないように思われる。そこで、それらについては、特に区別せず、一括して言葉の非供述証拠的用法として論じることとする。

2 言葉が供述証拠として用いられる場合というのは、典型的には、或る事象が人によって知覚され、人の記憶に残り、それが言葉によって表現ないし叙述され、その言葉が独立した有意性を持ち、あるいは、その言葉の意味・内容の真実性が問題とされる場合のことである。

言葉の非供述証拠的用法の場合というのは、基本的に、当該言葉の意味・内容が、独立した有意性を持たないために、問題とされず（あるいは、ほとんど問題とされず）、当該言葉の存在そのものを問題とする場合のことをいう。

一般に取り上げられる例<sup>5)</sup> で考えれば、例えば、①他人の肩をたたきながら『元氣かね』と発言するような場合（ここでは、全体として、好意ないし

4) 例えば、田口守一『刑事訴訟法〔第4版補正版〕』〔2006年、弘文堂〕400～401頁。

5) 前掲注3)371～372頁、前掲注4)400～401頁、光藤景皎『口述刑事訴訟法・中〔補訂版〕』〔2005年、成文堂〕206頁各参照。

親しみを示す行態となっている)、あるいは、②殴られた者が『うわー』と叫ぶように、その言葉が咄嗟の機会に自然に発せられており、いわば言葉が「ほとんど行為同然」と言えるような状態になっている場合<sup>6)</sup> など(いわば、言葉が行為化している場合)は、言葉が独立した意味・内容を持たないのであり(したがって、言葉の意味・内容の真実性が問題となることもない)、言葉の非供述証拠的用法の場合と言えるのであって、非伝聞となる。そして、例えば、③AとBとの会話から、A、B両者の面識関係を推認するような場合は、会話の言葉に意味・内容があっても、基本的には、AとBが会話をしているということ自体に重要な意味があるのであり、会話(言葉)の意味・内容は独立した有意性を持たず、勿論、会話内容の真実性も問題とならない。つまり、この場合は、言葉が供述証拠の外観を呈しているけれども、その使われ方からして、非供述証拠的用法の場合ということになる。したがって、これもまた、非伝聞となる。

以上の通り、言葉が供述証拠として用いられているのか、非供述証拠的用法になっているのかは、基本的には、前記のような言葉の具体的用法(場合によっては、要証事実も含めて)によって決まると言える。そして、伝聞か非伝聞かは、後述の通り、供述証拠であることを前提として、要証事実が何であるかによって決まることになる。

### 第3 要証事実と伝聞証拠

1 前述したところから分かるように、言葉の非供述証拠的用法の場合には、非伝聞となるが、言葉が供述証拠である場合においては、伝聞証拠になる場合(当該言葉の意味・内容の真実性が要証事実となる)と、伝聞証拠にならない場合(当該言葉の意味・内容が問題となっても、その真実性を問題とするのではなく(したがって、その言葉の意味・内容の真実性は要証事実にはならない)、基本的には、その有意性のある言葉の存在を要証事実とする)とがあり、伝聞証

---

6) 前掲注3)371頁。

拠になるか否かの基準は、結局のところ、要証事実が何か、ということになる。

(1) この点を、一般に挙げられる具体例（公判廷での供述の場合の例）を用いて、あらためて確認しておこう。

例えば、公判廷において、証人甲が「Aが『XがBから金を盗んだ』と言っていました」と証言した場合、証人甲は、「XがBから金を盗んだ」との原供述者Aの言葉を聞いて、そのことを公判廷で供述している。

(a) Aのこの言葉を、Bを被害者とする被告人Xの窃盗事件の事実を認定するための証拠にしようとする場合には、これは、まさに伝聞証拠となる。

なぜならば、この場合の要証事実、「XがBから金を盗んだ」ということの真実性であり、そのこと（その言葉の意味するところ）の真偽（真実性）を反対尋問によって点検する必要があるところ、そのことについての直接の体験（知覚）をした（例えば、見た）とされているのは、証人甲ではなく、当該公判廷に在廷していない原供述者Aであり、Aに対しては反対尋問ができないからである。

(b) これに対して、この同じ「XがBから金を盗んだ」というAの言葉を、仮に、Xを被害者とする被告人Aの名誉毀損罪の事実を認定するための証拠にしようとする場合に置き換えて考えてみると、その場合は伝聞証拠にはならない。

つまり、その場合も、言葉の意味・内容は、Xの名誉を毀損する言葉として問題になっているけれども、要証事実、被害者Xの名誉を毀損する被告人Aの発言した当該言葉の存在そのもの（当該言葉を発したこと自体）であって、その言葉の意味・内容の真実性は、要証事実との関係では、はじめから問題とされないからである。そしてこの場合は、Aの上記発言を直接に体験（知覚）した（聞いた）のは証人甲なのであり、甲に対しては、Aが本当にその言葉を発言したのかどうかについて、その場で反対尋問ができるからである。

(2) このようにして、同じ供述証拠であっても、それによって立証しようとする事実(要証事実)が何であるかによって、伝聞証拠になったり、ならなかったりするるのである(つまり、伝聞証拠の概念は、要証事実との関係で相対的なのである)。

2 ところで、要証事実の問題に関連して、間接事実が言葉からなっている場合をどのように考えるべきかという視点から伝聞か否かが論じられることがある。

(1) すなわち、「間接事実については、一方では証明の対象であると同時に他方では主要事実を証明する手段であるから、のちの点に着眼すると、間接事実がことばから成っているようなばあいにつき、それをきいた者の供述が伝聞証拠になるのではないかという問題を生じる」とし、「もとのことばが過去における事実として重要性をもつものとして非供述証拠の性格を有するものではないかと考え、したがって伝聞証拠にはならないという見解に傾く」<sup>7)</sup>との考え方がある。

(2) 確かに、言葉が伝聞になるか非伝聞になるかが問題とされる事案は、言葉が間接事実になっていることが多いので、上記のような視点から言葉が間接事実となっている場合を取り上げて、その供述証拠性ないし伝聞証拠性を検討すること自体は、どのような場合に言葉が非供述証拠的用法になるかなどを理解するうえからすれば、意味なしとしないであろう。

(3) しかし、上記見解が、包括的に、言葉が間接事実になっている場合は過去における事実として重要性を有しているから非供述証拠の性格を有するのではないかとして、非伝聞との見解に傾くと結論付けている点には疑問がある。

なぜならば、言葉が間接事実となっている場合については、それらをすべて、過去の事実として重要性を有するから非供述証拠の性格を有すること自体に疑問があるからである。すなわち、間接事実たる言葉が主

---

7) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔7訂版〕』〔1967年、創文社〕260頁。

要事実に対する情況証拠となっている場合には、当該言葉の意味・内容の眞実性を吟味しなければならないこともあるのだから、それらの点については、事案ごとに個別的に判断される必要があると思われるからである。

3 ところで、判例は、要証事実が主要事実か間接事実かという視点から伝聞と非伝聞とを特に区別することはせず、要は、要証事実（主要事実も間接事実も含む）が何かを基準にしたうえで、当該要証事実を当該供述者が直接知覚したか否かによって伝聞になるかどうかを決めるという立場に立っていると思われる。

(1) すなわち、最判昭和38・10・17刑集17巻10号1795頁〔白鳥事件〕は、「甲が一定内容の発言をしたこと自体を要証事実とする場合には、その発言を直接知覚した乙の供述は伝聞証拠にあたらないが、甲の発言内容に符合する事実を要証事実とする場合には、その発言を直接知覚したのみで、要証事実自体を直接知覚していない乙の供述は伝聞証拠にあたる」〔判決要旨〕としたうえで、「被告人が、『白鳥はもう殺してもいいやつだな』と言った」旨の甲の供述について、被告人が、そのような内容の発言をしたこと自体を要証事実としているものである、と判示したうえで（この場合、後述の通り、何をもちて要証事実とするかが問題となる）、つまり、その言葉の存在自体（これは間接事実である）を立証しようとする場合であるから非伝聞である、とした（つまり、その言葉を聞いた者が、その言葉の存在自体を直接知覚したのであるから非伝聞であるとした）。

(2) 上掲白鳥事件の判例が、要証事実が何かを基準にして、伝聞と非伝聞とを分けていること自体は、これまで述べてきた伝聞と非伝聞の区別の仕方等からして、適切・妥当であったと思われ、これを肯認できる。

しかし、上掲判例が、被告人が上記のような発言をしたこと自体を要証事実としているのだから伝聞ではないとしたことについては賛成し得ない。この点について、平野博士は、この場合は、被告人が「白鳥殺害の意図を持っていたことが要証事実なのであり」、被告人がそのような意図を持っていたことが「その犯行を証明するための間接事実なのである」とし、「最



高裁が簡単に伝聞証拠でないといいきっているのには疑問がないわけではない」としている<sup>8)</sup>。

(3) 思うに、この点について、上掲の「白鳥はもう殺してもいいやつだな」という供述の要証事実、原供述者が殺意を有しているという間接事実（殺意の存在自体間接事実である）を推認する当該言葉の意味・内容の真実性（詳しく言えば、当該言葉を真意に基づいて、本気で述べているか）なのであり、したがって、伝聞証拠として、伝聞例外にあたるか否かを検討すべきであったと思われる。

(4) ところで、この事案については、この場合、この言葉が殺意を推認させるものだとしても、後述の、精神的状態に関する供述と捉え、関連性の問題として真摯性をチェックすればよいので非伝聞と解してよいとの見解があり、そのような見解が多数説になっていると言える。

私見によれば、この場合は、間接事実たるそのような意図（殺意）を推認させる当該言葉（供述）を、原供述者の供述時点における精神的状態に関する供述であると考えとしても、その言葉は、あくまでも供述証拠として用いられていると考えるべきであり（つまり、当該言葉の意味・内容が問題となっている）、さらに、その言葉の意味・内容の真実性が要証事実であると解すべきである。したがって、この言葉（供述）は、伝聞証拠にあたるものとして捉えられるべきであり、伝聞例外にあたるか否かを検討するのが妥当であったと思われる。

そこで次に、項を改めて精神的状態に関する供述について考えてみることにする。

---

8) 平野龍一「伝聞排斥の法理」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座第2巻』〔1964年、有斐閣〕216頁。ただ、同頁のその後のところで、「しかし、……知覚、記憶、表現、叙述のすべての点で、供述証拠としての特質を持っているものだけを伝聞証拠とするならば、このような言葉は、伝聞ではなく、ただ一般的な『関連性』の問題として、『真し性』が要求されることになろう」とする。

#### 第4 精神的状態に関する供述

1 精神的状態に関する供述についての学説の多くからは、当該供述の真摯性がチェックされれば足りるとか、あるいは、特信情況が認められるかぎり、そのことをもって伝聞例外要件とするなどとして、証拠能力を認めていく方向で捉えていこうとする傾向がうかがえるところ、そもそも、証拠能力を認めるにあたっての基本的な根拠については、学説の対立がある。

そこでまずは、改めてこの点を検討してみる。

(1) すなわち、精神的状態に関する供述が供述証拠にあたる場合でも、以下に述べるところの供述過程の特性からして、いわば一つの非供述証拠的用法と捉えて、これを非伝聞とし、したがって証拠能力を有するとする非伝聞説(多数説)<sup>9)</sup>と、精神的状態に関する供述も、供述証拠であり、要証事実によっては、伝聞証拠になり得るのであり、伝聞証拠になる場合は、伝聞例外と言える場合に限りて証拠能力を認めるとする伝聞例外説<sup>10)</sup>とが対立している。

(2) これを両説の理由とするところから見ると、非伝聞説は、精神的状態に関する供述は、供述証拠特有の知覚、記憶、表現ないし叙述という過程のうち、知覚、記憶の過程を欠くから、一般的に、供述証拠特有の危険性は少なく、表現ないし叙述の真摯性や正確性等をチェックすれば足り(つまり、関連性さえ点検すれば足り)、そのためには反対尋問によるまでの必要はないとして、非伝聞になるとする(つまり、この考え方は、精神的状態に関する供述の場合については、供述証拠が伝聞になるか非伝聞になるかを、具体的要証事実が何かといった基準で判断する以前に、はじめから供述証拠特有の危険性が

9) 平野龍一『刑事訴訟法概説』[1968年、東京大学出版会] 163頁、前掲注3)372～373頁、前掲注4)402頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法〔補正版〕』[2007年、成文堂] 322頁など。

10) 前掲注5)光藤211頁、戸田 弘「心の状態を述べる供述・自然発生的な供述と「伝聞証言」」『刑事実務ノート1』[1968年、判例タイムズ社] 25頁以下、小野慶二「伝聞の意義(1)」刑事訴訟法判例百選〔新版=第2版〕149頁など。

少ないとして、いわば非供述証拠的用法の一つとして捉えていると言える。

これに対し、伝聞例外説は、表現ないし叙述の真摯性或正確性について問題が残る以上、供述証拠に特有の危険性を否定し得ないとして、あくまでも供述証拠としたうえで、要証事実によっては、伝聞証拠たり得るとし、伝聞証拠になる場合は、伝聞例外の要件を検討していく、とするのである。

(3) 思うに、非伝聞説が、精神的状態の供述の場合は一般的に関連性さえ点検できれば足りる、と決めつけてしまっていることには賛成できない。なぜならば、精神的状態に関する供述がすべて知覚、記憶の過程を欠落していると言い切ってしまうことには、少なからず、疑問があるからである。

すなわち、精神的状態を表わす言葉も、無意識ないし潜在意識（深層意識）の中にあったものが、顕在化して、言葉に表わされることがあると思われる。そうであるとすれば、基本的に、無意識であったものが意識の表層において知覚され、認識され<sup>11)</sup>、それが言葉に表わされたと考えることも可能になってくると思われるからである。

したがって、精神的状態に関する供述も、基本的には、これを本来の供述証拠として扱い（なお、前述したところから分るように、非伝聞説も、精神的状態の供述が供述証拠であることを全面的に否定しているわけではない。ただ、本来の供述証拠に比し、知覚・記憶の過程が欠落しているので、供述証拠特有の危険が少ないとして、いわば非供述証拠的用法として捉えているのだと思われる）、そのうえで、要証事実が何かという視点から伝聞か非伝聞かを検討すべきものと思う。

そこで次に、精神的状態に関する供述として、一般に取り上げられていくものについて具体的に検討を加え、それに証拠能力を認めるための根拠を伝聞例外として捉えていくべきか非伝聞であるからだとすべきかについて

11) これをもって厳密に知覚に基づく記憶と言えるかは別としても、無意識の中にあった精神的状態（内心）が、例えば、「ああ、そういえば、こういうことがあって嫌いだと思っていたが、本当は好きだったんだ」といった形（あるいは、「嫌い」と「好き」が逆の形）での或る種の記憶喚起に類似した過程を経て、改めて認識されることがある。

て、考えていくことにする。

2 精神的状態を表わす供述として、一般に取り上げられるものには以下のようなものがある。

(1) 前掲白鳥事件における「被告人が『白鳥はもう殺してもいいやつだな』と言っていた」との甲の供述<sup>12)</sup>については、前述したように多数説は、これを精神的状態の供述であり、非伝聞であるとする。例えば、「……被告人の発言には知覚・記憶の部分がないこと、被告人の内心を推認するには被告人の発言を直接聞いた者の供述が有力な証拠であること、被告人の発言の真摯性……が、問題となるにしても、証拠の関連性一般の問題として吟味しうること」などから、この場合をもって、非伝聞と解してよいとする<sup>13)</sup>。

しかし、この場合、被告人の精神的状態が問題となっているとしても、この場合の要証事実は被告人が有する殺意なのであり、上記言葉（供述）の存在だけでなく、その意味・内容の真実性（そのような心理状態にあったこと）も事実認定の資料にされていると考えるべきであろう<sup>14)</sup>。そうであるならば、本来その供述の真意をも確認する必要がある、基本に忠実に考えて、反対尋問によるテストを経ていない以上、伝聞証拠とすべきであろう。

12) 因みに、この供述は、実際の事案では検面調査上のものであった。したがって、厳密には再伝聞の問題があるが、ここでは、再伝聞の問題性自体は特に論じないことにし、基本的に、甲の供述が公判廷での供述であったものと仮定し、事案を単純化したうえで論じていくことにする。なお、再伝聞とした場合についてのコメントは後掲注15)参照。

13) 前掲注4)402頁。田口教授は旧説をこのように改められた。精神的状態の供述を非伝聞とするものとして、前掲注3)372～373頁、前掲注9)寺崎322頁各参照。なお、前掲注10)戸田は、伝聞例外説に立つものの、白鳥事件における前記甲の供述については、「次第に謀議を成立させてゆく過程を示すために利用されて」おり、「そのような内容の言葉が述べられたということ自体を証明する場合であるから」伝聞供述ではないとして、判例の立場に賛成している。

14) 前掲注10)小野149頁が「自己の心理状態（感情、意思など）をあらわす発言をその者が右心理状態にあったことを証明するために用いる場合には、この発言を聞いた者の供述は厳密に言えば伝聞の性質を有する」としているのが参考にされるべきである。

そして、甲の供述が公判廷での供述であると仮定すれば、その場合の原供述は、被告人の供述なのであるから、刑訴法324条1項が適用され、同条同項が準用する同法322条1項の伝聞例外を検討することになる<sup>15)16)</sup>。

(2)「Aが『被告人のことが嫌いだ』と言っていた」とのBの供述をどのように考えるべきであろうか。これは、Aの精神的状態に関しての供述と言えるものの、単に精神的状態だけでなく、Aの主観的評価・判断（及びその評価・判断過程）が問題なのであり、その意味・内容の真実性が事実認定の資料になることがある。

したがって、この場合も、要証事実によっては、伝聞供述になり得ると言える。そうであれば、この場合も、精神的状態の供述だから非伝聞であると断じてしまうのではなく、要証事実が何であるかの点から伝聞か非伝聞かを考えていくべきであると思う。

(a) 例えば、強姦事件で、被害者Aが被告人を嫌っていたことを、合意

15) なお、実際は、上記甲の供述は検面調書上のものであるところ、最高裁は、検面調書中の再伝聞について、法324条の類推適用を認めており（最判昭和32・1・22刑集11巻1号103頁。なお、この判例が、再伝聞について、何の留保もなく法324条を類推適用したことには疑問があるが）、この判例理論からすれば、再伝聞になったとしても、結局は、甲の供述を公判廷での供述と仮定した場合と同様、法322条1項の伝聞例外が検討されることになる。そして、法322条1項が定める例外要件については、当該供述が被告人にとっての不利益な事実の承認であって、かつ任意になされていることを要件として、又は特信情況があることを要件として、証拠能力が認められることになる。そして、この場合は、被告人がした供述であるから、被告人にとってのみの不利益な事実の承認とし得る（前掲注10）小野149頁参照）のであって、任意性があれば証拠能力が認められることになろう。

16) 因みに、前掲注5）光藤222頁は、公判廷での伝聞供述について述べ、例えば、証人甲の公判廷での供述の中に被告人Xの供述が含まれている場合については、被告人Xの供述が捜査機関の供述録取書の場合にはX本人の署名・押印（つまり、当該供述をした旨の肯定・確認）があつてはじめて証拠能力が認められることになっているのに比べ、Xによる肯定・確認がないとして、両者の違いを指摘し、その点からして、「Xが甲に対して果してそのような供述をしたかどうかについて、Xが十分反対尋問する機会が与えられなければ」ならないとし、「Xの肯定・確認があるか、又は甲が十分反対尋問に耐えた場合に322条1項の準用が認められると解すべき」であるとするが、この見解は、実務的示唆を含むものとして、注目しておくべきであろう。

の上でなかったことの間接事実とする場合には、非伝聞とする考え方に  
も、それなりの説得性があるように思われる。

しかし、この場合も本来は、Aの真意を確かめる必要があると思われる  
るのであり（本当に嫌いだったか、それとも本当は嫌いではないのに「嫌い」  
と言っていたのか等について確認する必要があると思われるが、もし、そのよう  
な微妙な心理状態であったとすれば、それは原供述者本人に確認しなければ本当  
のところは分からないであろう）、基本的には、反対尋問によってその点を  
チェックする必要がある。したがって、これを伝聞とし、伝聞例外に当  
たる場合にはじめて証拠能力を有するとすべきである。

(b) 判例を見ると、生前に、強姦致死事件の被害者である「H子が、『あ  
の人はすかんわ、いやらしいことばかりする』と言っていた」旨のYの  
証言について、原審が、「H子が、同女に対する被告人の野心にもとづく  
異常な言動に対し、嫌悪の感情を有する旨告白した事実に関するもので  
あり」伝聞証拠ではないとしたのに対し、最高裁は、「同証言が右要証事  
実（犯行自体の間接事実たる動機の認定）との関係において伝聞証拠である  
ことは明らかである」と判示した<sup>17)</sup>。すなわち、ここでの要証事実は被  
告人の野心の存在（動機の存在）という間接事実であるとしたものと解せ  
られ、その点の判断はもとより妥当なものであったと評し得る。

ただこの場合は、上記の「あの人はすかんわ」との精神的状態（感情）  
を表わす供述が、「いやらしいことばかりする」との過去の事実につい  
ての伝聞供述部分と不可分一体となっているところも考慮されて、全体  
を伝聞としたようにも思われ<sup>18)</sup>、そうであれば、この判例をもって精神  
的状态に関する供述についての最高裁の立場を推し測るのは、必ずしも  
適切とは言えないだろう（最高裁の立場については、後に出た前掲白鳥事件判  
決からして、非伝聞説に立っているものと思われる）。

(3) 例えば、「Cが、『私は、イエス・キリストである』と言っていた」と

17) 最判昭和30・12・9刑集9巻13号2699頁。

18) なお、前掲注4)402頁参照。

のDの証言についてはどうであろうか。この場合も、Cの原供述にはC本人の主観的評価・判断が入っていると見える。けれども、その意味・内容については、はじめから問題にならないのであり（Cが本当にイエス・キリストであることはあり得ない）、この場合の供述は、主として、その意味・内容ではなく、Cの発言それ自体（発言自体から推し測られるCの異常な精神的状態そのもの）が問題となっていると考えることも可能である。そうであるとすれば、非供述証拠として扱う見解にも、一応の説得性を見出し得る。

しかし、この場合、注意しておかなければならないのは、Cの当該供述内容の特異性である。そして、この場合は、当該言葉の意味するところが真実かどうかは問題にならないものの、C本人がその言葉の意味するところを信じていたかどうかということ（そのことの評価過程と言ってもいい）が重要になってくる（その言葉通りであるとC本人が信じているかどうかについての真偽が問題になっていると解し得る。そして、信じているとすれば、それがCの精神異常についての情況証拠たる間接事実になる）。そうであれば、これも、精神的状態に関する供述だから非伝聞であると決めつけるべきではないと思う。

すなわち、この場合の要証事実がCの精神異常であるとするれば、Cがそれを本気で言ったのか、それとも冗談で言ったのか、さらに何らかの別の意図があったのか等について、反対尋問による点検が必要になってくるだろう。したがってこの場合も、反対尋問によるテストを経ていない以上、基本的には、伝聞と扱い伝聞例外を検討すべきであると思われる<sup>19)</sup>。

19) なお、「私は、イエス・キリストである」との原供述をした者が被告人である場合は、法324条1項が準用する法322条1項の伝聞例外要件が検討されることになる。そして、この場合は、精神的状態とは言っても、基本的に、被告人の精神異常が要証事実であり、仮にそれが、被告人の責任能力を否定する方向に働くような場合であれば、必ずしも、被告人に不利益な事実の承認を内容とするものということにはならないであろう。そうであれば、そのような場合は、同条同項での「又は特に信用すべき状況の下にされたものであるとき」に、証拠能力が認められることになるが、通常の会話の中で発せられたものであれば、特信情況ありとして証拠能力を認めることは容易であろう。また、被告人の責任能力を否定する方



3 前述の通り、多数説は、上記のような精神的状態に関する供述は、これを供述証拠とするとしても、供述証拠特有の知覚、記憶、表現ないし叙述の過程のうち、前二者が欠落しているので、関連性さえ明らかになればよいとし、表現ないし叙述の真摯性や正確性等を反対尋問以外の方法でチェックすれば十分であるとする。

しかし、伝聞法則が採用されているのは、基本的には、憲法37条2項から導かれる被告人の反対尋問権という基本権の保障にあるという点に思いを致せば（原供述者が被告人の場合は反対尋問ということは想定できないが、これは被告人が自分自身に反対尋問することが無意味だからにすぎない）、精神的状態に関する供述も、基本的に、伝聞たり得ると捉え、伝聞となる場合には、伝聞例外にあたるかどうかを検討するのが本筋であろう。

また、非伝聞説については、真摯性について、「いつ・どのようにしてそれを吟味するのか手続面での保障が必ずしも明確ではありません」、との批判<sup>20)</sup>が加えられている。

4 そこで次に問題となるのは、精神的状態に関する供述に証拠能力を認めるには、それを伝聞例外として捉えるべきであるとした場合、例外要件をどのように考えるべきかである。

(1) この点については、アメリカ法に倣い、特信情況が認められるかぎり、それをもって伝聞例外要件として、証拠能力を認める見解がある<sup>21)</sup>。これに対しては、現行法の条文にない伝聞例外を認めることになるとの批判が加えられている。ただ、そうではあっても、非伝聞としてはじめから証拠能力を認めてしまうよりは、この見解の方が、手続的保障に資するようにも見える。

思うに、この点については、やはり、刑事訴訟法の各条文の解釈にしたがっ

- ↘ 向に働く場合は、現実には、一般に被告人にとって不利益なことではないので、その点だけから見れば、非伝聞と扱うことにも、説得性はあるようにも思える。しかし、非伝聞であるとして一般化すべきではないと思う。

20) 前掲注5)光藤211頁。

21) 例えば、前掲注10)戸田28～33頁。



で考えていくべきであろう。すなわち、基本的には、刑訴法321条以下の伝聞例外に該当しない限り証拠能力は認められないとすべきである。つまり、刑訴法の伝聞例外を定めた各条文にしたがい、例えば、当該供述が、供述代用書面による場合には刑訴法321条、322条が挙げるそれぞれの例外要件に該当すれば証拠能力が認められ、伝聞証言である場合には同法324条の例外要件（当該証言の伝聞部分が被告人の供述である場合は、法324条1項により法322条が準用され、被告人以外の者の供述である場合は、同条2項により法321条1項3号が準用される）に該当すれば証拠能力が認められる、とするのが本来の筋道であると思われる。

(2) なお、この場合、公判廷での証人の述べた伝聞証言の原供述者が被告人以外の者の場合には刑訴法321条1項3号によることになるが（上記の通り、被告人以外の者の場合は、法324条2項により、法321条1項3号が準用される）、その場合は、原供述者の喚問不能が要件とされるため、原供述者が喚問可能の場合には、それだけで、はじめから例外要件にあたるということが困難になるのではないか、との問題が指摘されている。

しかし、この点については、「精神状態の供述の再現不能性などの特性を考慮に入れて、特信性のあることを条件として321条1項3号を準用することも全く不可能とまでは言えない」<sup>22)</sup>との見解があり、この見解によれば、上記のような場合は常に伝聞例外の要件に該当しないということにはならず、上記のような場合でも伝聞例外要件適用の可能性があることになる。

精神的状態を表わす供述というのは、基本的には、当該供述をしたときの精神的状態こそが重要と言えるのであり、内容によっては、供述の局面が変われば、同じ精神的状態は再現不能になると解し得るのであり、その点からすれば、上記見解には一つの説得性があるように思われる。なお、これらの点を検討しても、例外要件を充たさない場合には、伝聞法則からして、証拠能力は認められないことになる。

---

22) 前掲注5)光藤211頁。

## 第5 写真・録音テープ・CD・ビデオテープ・DVD等

### 1 写真

(1) 写真については、先ず、現場写真について検討することにする。これが検証調書や実況見分調書に添付されている場合（いわゆる説明写真）は、基本的に、当該検証調書等と一体をなすものとして、当該検証調書等と同様に考え、それについての伝聞例外の要件（法321条3項。なお、鑑定書に添付されている場合であれば、同条4項により同条3項と同様となる）を充たしているかどうかを点検すればよいことになる（なお、後述のいわゆる供述写真については、検証調書や実況見分調書等における、いわゆる現場供述と同様に扱う）。

問題は独立した証拠としての現場写真の証拠能力である。これについては、非供述証拠説と供述証拠説とがある。

(a) 非供述証拠説（通説）は、写真というものは、光学技術に基づいて機械的に被写体が撮影されたものであるから、非供述証拠であるとし、伝聞法則の適用はないとする。

ただ、要証事実との関連性は立証する必要があるが、それには、撮影者に対する反対尋問までの必要はないとし、写真自体あるいは他の証拠（その現場を知る者の証言など）によって立証されればよいとする。判例もこの立場に立ち、「犯行の状況等を撮影したいわゆる現場写真は、非供述証拠に属し、当該写真自体又はその他の証拠により事件との関連性を認めうる限り証拠能力を具備するものであって、これを証拠として採用するためには、必ずしも撮影者らに現場写真の作成過程ないし事件との関連性を証言させることを要するものではない」と判示している<sup>23)</sup>。

(b) これに対し、供述証拠説は、写真は確かに機械的に被写体が撮影されたものではあるが、撮影・現像・プリント等の各過程には人為的操作が加わり、かつ修正等も可能であるところから、あるいは、写真は対象

---

23) 最決昭和59・12・21刑集78巻12号3071頁〔新宿騒擾(乱)事件〕。

たる事実を観察し記録し表現するものであり報告文書の性格を有するところから、供述証拠とすべきであり伝聞法則が適用されるとする。

そして、伝聞例外の要件については、写真についての明文規定がないところからして、刑法321条3項を準用ないし類推適用すべきであるとする。したがって、撮影者を証人として喚問し、いつ、どこで、どのような方法で撮影したか等について尋問し、真正に作成されたものであることが明らかになってはじめて、証拠能力が認められることになるとする。

(c) 上記両説の違いの重要な点は、供述証拠説に立って伝聞法則が適用されるとし、刑法321条3項をもって伝聞例外の要件にすると、撮影者不明の場合や撮影者が供述不能の場合には、撮影者に作成の真正を供述させ、その点を明らかにすることができないため、証拠能力を認めることができなくなるのに対し、非供述証拠説に立って非伝聞であるとすれば、そのような場合でも、撮影者の証言以外の方法で関連性が立証され、その点の確認ができれば、証拠能力を認めることが可能になるところにある。

(d) 確かに写真には報告文書の要素もあるが（ただ、報告文書的なのは、多くの場合後述の供述写真のような場合であろう）、写真には記憶の過程がないことは勿論（記憶の代わりに、光学機械的記録の過程が含まれているが、そこには人の心理活動はない）、そもそも、人の供述過程自体が存在（介在）しない（それにあたる部分はすべて光学機械による）。したがって、写真は、基本的には、非供述証拠であると言わざるを得ないのであって、その場合は、伝聞法則は適用にならないということになる。

ただ、撮影後の人為的操作による編集・修正・改ざん等については、前掲判例の時代とは異なった視点から検討する必要がある。すなわち、フィルムによって撮影する旧来型のカメラの場合であれば、写真についての改ざん等の可能性を、他の物的証拠について生じるそれと同列に考えればよかったとも言えるが、現在主流になっているデジタルカメラで

の撮影の場合には、撮影後に、コンピューターを操作して、容易に、それもかなり高度な編集が可能なのであり、改ざん等の可能性は、はるかに高まったと言える。したがって、写真を供述証拠として扱い、撮影者を証人として尋問すべしとの供述証拠説<sup>24)</sup>が、今や現実的説得性を持つに至ったとも言えるだろう。

(e) しかし、上述のように、写真には、基本的に、人の供述過程がない（これに相応するものが機械的になされる）ことからすれば、これを供述証拠とするには、解釈としては、いささか無理があり、非供述証拠説に立つて、伝聞法則は適用にならないとせざるを得ないであろう。また、そのような写真は通常は光学機械的原理に基づき正確に作成されているものと推定し得る。

ただ、デジタルカメラによる写真の場合は、前述のように、撮影後、直ちにコンピューターを用いての人為的操作による編集・修正が可能なのであり、この過程に着目すれば、これを供述証拠とすることにも、それなりの理由があると思われるが、それがデジタルカメラによる写真だからというだけで、その写真を供述証拠とするわけにはいかないだろう。

(f) いずれにしても、従来型のカメラによる場合であれ、デジタルカメラによる場合であれ、作成の真正さ、具体的には被写体たる現場と当該写真との同一性などについての疑義が合理的根拠に基づいて主張されたような場合には、関連性の点からしても、そのような疑義の有無を明白にする必要があることは当然である。そのためには、関連性立証にあたっては、まずは、刑法321条3項の手續を類推し、撮影者に作成過程に関する証言をさせることをもって原則的運用とすべきである（訴訟指揮にあたっては、そのような運用を原則とすべきである）。現に実務においては、当該写真を証拠とすることについての同意がなければ、「多くの場合撮影者を尋問して、写真の作成過程を明らかにした後採否を決めている」<sup>25)</sup>と

24) このような視点から供述証拠説に立つものとして、前掲注2)382頁参照。

25) 石井一正『刑事実務証拠法〔第4版〕』[2007年、判例タイムズ社]170頁。

言える。

(g) ところで、撮影者が不明の場合や死亡等によって供述不能の場合をどうするかであるが、従来型のカメラによる写真の場合には、これまでの非供述証拠説からの見解に立って、当該写真自体やその他の証拠資料によって関連性を立証させることで足りるだろう。

問題はデジタルカメラの場合である。この場合については、前述のような容易な編集・修正の高度な可能性などからして、多少の懸念もあるが、この場合でも、当該写真自体や当該現場を知る者の供述、あるいは写真と現場との比較などといった撮影者の供述以外の証拠によって関連性を立証させること自体は可能であろう。したがって、基本的には、撮影者が不明等の場合でも、従来型カメラによる場合と同様に、他の証拠による関連性立証を認めてよいと思われる。ただ、この場合には、その立証によって、作成の真正の内容たる前記同一性などについての合理的根拠に基づく疑義を解消するための証明の程度を、従来型カメラの場合よりも高度なものとすべきであり、そのような立証がなされない限り、関連性立証がなされていないとして証拠能力を認めるべきではないとすべきだろう。

(2) 次に、犯行再現写真についてはどうであろうか。犯行再現写真の場合には、写真撮影報告書ないし実況見分調書と題する書面として（後述の通り、原則的には、これを本来の実況見分調書と解すべきではない）証拠請求された当該書面に、それらの書面と一体をなす（それらの書面の一部としての）写真が添付され（通常は、それに順次番号が付される）、例えば、「相手が立っていた位置は写真①で、私が倒れた位置は写真②であり……」といったような説明文が付される。

(a) このような、いわば実況見分調書等における現場指示と同様に評価し得るような、いわゆる説明写真のような場合には、基本的に、それらと一体をなす書面そのものの証拠能力の問題として考えればよいことになる。

そして、このような書面は、表題はどうあれ、原則的に、本来の実況見分調書と解すべきではないのであって（なお、本来の実況見分調書について、これを法321条3項の書面に含めるか否かについて争いがあるが、通説・実務は積極説の立場に立っている）、再現者の供述録取書と解すべきである。そうであれば、再現者が被告人以外の者の場合には、通常は、刑訴法321条1項2号ないし3号が、被告人の場合であれば同法322条1項が、それぞれの伝聞例外要件になると解すべきであると思う。したがって、当該文書への再現者の署名・押印も必要になってくると思われる。

さらに、この場合でも被告人や被害者の位置関係等といった客観的状況（説明写真による位置関係も含めて）についての正確性についての確認が必要である点では検証等と同様である。したがって、その書面（写真も含めた）自体の成立の真正をチェックする必要があるので、刑訴法321条3項所定の伝聞例外要件を充たす必要もある、とすべきであろう。

(b) なお、上記のような書面に添付された写真が犯行再現の独立の証拠としての意味で用いられる場合には、当該写真自体の証拠能力も問題となるが、これについては、写真という手段を用いた犯行についての供述、つまり、いわゆる供述写真<sup>26)</sup>ということになるのであって、それは、検証調書や実況見分調書等における現場供述のように、供述証拠として扱われ、その場合は、当該写真によって立証しようとしている内容の真実性が問題になるのであるから、伝聞法則が適用されることになる。

(c) したがって、いずれにしても、上記のような写真（説明写真の場合であれ、供述写真の場合であれ）の添付された上記書面は、その書面の性質からして、その表題が、写真撮影報告書であれ実況見分調書であれ、原則として、刑訴法321条3項所定の伝聞例外の要件を充たすことの他に、被告人が再現した場合については刑訴法322条1項所定の伝聞例外の要件に、また、被告人以外の者（被害者など）が再現した場合については同法321条

---

26) 前掲注25)172頁は、これを「供述写真」とでも呼称し得るとする。

1項（通常は同項2号か3号）所定の伝聞例外の要件に、それぞれ該当しなければ（とりわけ、再現者の供述録取部分と写真については）、いずれも証拠能力は認められないとすべきである<sup>27)</sup>。

(d) ところで、痴漢行為に関する条例違反等被告事件について、警察署内での模擬現場で行った被害状況の再現にかかる実況見分調書及び犯行状況の再現に係る写真撮影報告書の各再現写真について、判例は、「立証趣旨が、『被害再現状況』、『犯行再現状況』とされていても、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。このような内容の実況見分調書や写真撮影報告書等の証拠能力については、刑法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、再現者の供述の録取部分及び写真については、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」と判示した<sup>28)</sup>。これは、伝聞例外の要件について、一つの厳格な判断をしたものとして評価し得る。

## 2 録音テープ・ICレコーダー・CD等

(1) 録音テープ等（録音については、最近では、ICレコーダー（デジタルボイスレコーダー）等によって録音し、パソコンやCD-Rなどの媒体に保存する（ICレコーダーにそのまま保存しておくこともある）のが主流になってきているが、伝聞法則との関係では、基本的には、従来の録音テープの場合と、基本的なところでの違いはないであろう。また、これまでの学説でも、ほとんどは録音テープとして論じられているが、その考え方は、テープ以外の媒体の場合についても当てはまると思われるので、ここでは、以下、録音テープ及びテープ以外の媒体によるものも含めて、基本的に、「録音テープ等」として表示する）についても、まずは、いわゆる現場録音テープ等について検討する。これについても、現場写真の場合

27) 前掲注25)171～172頁参照。

28) 最決平成17・9・27刑集59巻7号753頁。

と同様、供述証拠説もあり、その考え方によれば、現場録音テープ等に証拠能力を認めるには刑法321条3項が準用ないし類推適用されるべきことになる。

しかし、録音テープ等については、主として音声（騒音や様々な音響などから現場の雰囲気等も伝わってくるが）が問題とされるところ、現場録音については、当該音声の意味・内容の真実性ではなく、当該音声（音響等も含めて）の存在そのものが要証事実になっているのであるから、現場写真と同様（視覚によって認識されるか、聴覚によって認識されるかの違いがあるだけ）、非供述証拠とすべきである。通説的見解はそのように解している（理由付けも、基本的に、現場写真の場合と同様に考えればよい）。

したがって、現場録音テープ等については、伝聞法則は適用されず、関連性さえ立証できれば証拠能力が認められることになる。なお、作成の真正さについての疑義が合理的根拠に基づいて主張された場合については、基本的に、前述した現場写真の場合と同様に考えるべきである（なお、関連性の点からの同一性立証については、媒体がテープの場合よりデジタル媒体の場合の方が、編集・修正等の可能性の高さからして、より高度な立証を必要とするだろう）。

(2) 録音テープ等については、いわゆる供述録音テープ等の場合、すなわち供述内容を書面にする代わりに録音テープ等に録音する場合もある<sup>29)</sup>。そしてそれが、録音された供述の意味・内容の真実性を問題とする場合であれば（録音された音声の意味・内容の真実性が問題になる場合であれば、書面の代わりに録音する供述録音の場合に限られるものでないこと勿論である）、それは、まさに供述証拠なのであり、要証事実からして伝聞証拠となり、伝聞法則

29) ただ、捜査官が、供述録取書に代えて音声だけを録音する場合ということを見ると、現在では、後述のDVDによる動体画像と音声とを同時に録画・録音し、それを記録媒体に保存するのが現実的であり、音声だけを録音テープ等に録音するということは、徐々に現実味がなくなっていくものと思われるが、皆無になるとは限らない。また、録音は上記のような場合だけに限られるわけではないのであり、この点の検討の重要性に変わりはない。



が適用になる（通説）。

この場合の伝聞例外の要件については、基本的に、供述者が被告人の場合であれば刑法322条が、被告人以外の場合であれば同法321条1項（通常は同項2号か3号）がそれぞれ準用ないし類推適用され、それら所定の各伝聞例外の要件に該当しない限り、いずれも、証拠能力は認められないことになり、上記の各法定された要件を充たしてはじめて証拠能力を有することになる。

(a) ここで問題となるのは、録音テープ等の場合には、一般に、供述録取書の場合のような供述者の署名・押印がないということである。

この点については、機械的に録音されているのであるし、供述者本人の声が録音されているかどうかは再生した当該録音テープ等の音声<sup>30)</sup>や録音したときの状況についての証言によって同一性を点検できるので、あえて署名・押印の必要はないとする通説的見解と、署名・押印に代わる代替策が必要だとの見解がある。

これについては、一般に、上記のような方法で同一性の確認はできるので、捜査官による供述録取書に代えての供述録音の場合を除いて考えれば、署名・押印がないからといって、それだけで、直ちに伝聞例外に該当しないとするまでのことはないのであろう。したがって、基本的には（捜査官による前記の場合を除いて）、通説的見解を肯認できると思う。

(b) なお、捜査官が供述録取書に代えて録音する場合については、供述録取書の場合の署名・押印が、作成された当該供述録取書の内容についての肯定・確認の意味を有しているという点と比較して考えても、録音の正確性等が担保されている必要性があるのであって、そのためには、原則として、何らかの方法による署名・押印ないしそれに代る肯定・確認を明らかにするための措置が必要である、とすべきである。

---

30) なお、録音テープの証拠調べ方式について、最決昭和 35・3・24 刑集 4 巻 4 号 462 頁は、犯行現場での犯人の発言を中心にして録音したケースについて、録音再生機により再生する方法によるべきであるとした。

ところで、このような点から、例えば IC レコーダー等によって捜査官が録音する場合などを想定して考えてみると（なお、前述のように、捜査官が供述に代えて音声だけを録音することは現実味が薄れていくが）、そのような場合については、特に、当該供述録音後に改ざん等がなされることを防ぐための技術的措置が採られるべく、その方法が考究されなければならない<sup>31)</sup>。

なお、そもそも、録音テープ等による供述録音の場合に（それが捜査官による上記のような場合に限らず）、再生された供述の供述者と原供述者との同一性や内容等に関する編集、改ざん等について合理的な根拠に基づいて疑義が主張されたような場合には、このような録音テープ等が供述者の供述ないし供述録取書と同様の機能を有し、同一性がことのほか重要になってくるだけに、刑訴法321条3項の手續を類推適用して、録音者や録音テープなど録音媒体の保管者等の尋問によって、その同一性等を確認する必要がある。そして、その同一性等が確認されない以上は、関連性が立証されていないものとして、証拠能力を認めるべきではないとすべきである<sup>32)</sup>。

### 3 ビデオテープ・DVD 等

これら、動体映像と音声と同時に記録される媒体に保存されている映像・音声の場合（現実には、今後 DVD によるのが主流になっていくだろうが、伝聞法則との関係では、従来のビデオテープの場合と、基本的なところでは、違いはないであろう。以下、ビデオテープ及びそれ以外の DVD 等の媒体によるものも含めて、

31) 例えば、IC レコーダーで録音した音声を CD-R（因みにこれは、CD-RW と違って、いわゆるデータの書き換えも消去もできない）などの媒体に保存する場合であれば、保存にあたって、少なくとも、当該媒体の残りの領域にデータの追記ができないようにするための処置（当該媒体を、いわゆるファイナライズするなど）を施したうえで、それを供述者に聴かせて、さらに、後記注36)に記載したところと同様の方法などを講じて、改ざん等を防止するための技術的措置をとる必要があると思われる。

32) なお、前掲注4)417頁参照。

基本的には、「ビデオテープ等」として表示する)についても、犯行現場等を録音・録画した場合のいわゆる現場ビデオ等の場合と、当該記録媒体中の供述の意味・内容の真実性が問題となる、いわゆる供述ビデオ等の場合とがあり、さらに特殊な場合として、後述のいわゆる犯行再現ビデオ等の場合がある。

(1) 現場ビデオ等については、基本的に、映像については現場写真(なお、映画フィルムの映像については、基本的に、写真の連続したもの捉えればよい)と同様に考え、音声については現場録音テープ等と同様に考えて、基本的に、非供述証拠として扱うべきである。したがって、伝聞法則は適用にならず、関連性さえ明らかになれば証拠能力が認められる(通説)。

なお、作成の真正さについての疑義が合理的根拠に基づいて主張された場合についても、前記、現場写真や現場録音テープ等の場合と同様に考えるべきである。

(2) 供述ビデオ等については、供述証拠として伝聞法則に服することになるなど、基本的なところでは、前記供述写真や録音テープ等による供述録音の場合と同様に考えていけばよいであろう。

したがって、供述者が被告人以外の場合は刑法321条1項(通常は同項2号か3号)が、被告人の場合は同法322条1項がそれぞれ準用されることになるのも、供述録音などの場合と同様である。

(3) なお、近時は被告人が捜査官の要求に応じて、自白した自己の犯行状況を再現してその様子を録音・録画したいわゆる被告人の犯行再現ビデオ等の証拠調請求がなされることがある。これについては、それ自体問題があるが<sup>33)</sup>、証拠能力の問題として考えれば、それが実況見分調書と同様の

33) 後述の取調べの可視化のための録音・録画は、それが自白の任意性立証等にも使われ得るが、取調べの可視化の主たる目的は、あくまでも不当な取調べをなくして冤罪を防止しようとすることである、とされなければならない。これに対し、現在行われている被告人の犯行再現ビデオ等の証拠調請求は、検察官側が自白の任意性や信用性を立証することを主目的としてなされているのであって、目的を異にする。

性格（関係人の位置などの客観的状况を正確に記載しているか等）をも有しているところから刑訴法321条3項が、そして、被告人の自白としての性格を有している点から同法322条1項が、それぞれ準用されるべきことになる<sup>34)</sup>。

また、それが、被害者等被告人以外の者が犯行ないし被害状況を再現する場合であれば、同法321条3項と同法321条1項（通常は同項2号か3号）が併せ準用されることになる。

(4) 因みに、取調べの可視化のために、取調べの一部について、DVDによる音声を伴う動体録画が、検察庁で試行的に行われており、警察においても行われることになっているが<sup>35)</sup>、この場合はまさに、供述録取書に代わる記録媒体（これまでの言い方では、供述ビデオ等）ということになり、前述した供述録音の場合と同様、それらの媒体への供述者の署名・押印が問題となってくる。

この場合は前記供述録音の場合以上に、署名・押印等は言うに及ばず、録音・録画後の改ざん等についての厳格な防止措置（因みに、これまでの供述調書への署名・押印の場合については、供述調書の各丁ごとの用紙と用紙との間に契印がなされない運用であったため、改ざん等の防止の点では、それが、どの程度役立っていたか疑問もあった）が採られなければならない<sup>36)</sup>。

34) 前掲注3)329頁、前掲注5)光藤257頁各参照。

35) 現在、検察庁では取調べ過程の一部についての音声を伴う録画がDVDにより試行的に実施されており、警察でも一部の録音・録画が実施されることになっている。しかし、取調べの可視化のための録音・録画は、取調べの全過程が録音・録画されてはじめて有意義となるのであり、一部についての録音・録画であれば、かえって弊害さえ想定できる。なぜならば、一部の過程だけを録音・録画するのであれば、検察官側からの自白の任意性立証が主たる目的になってしまう虞があり（現在検察庁で実施している一部の録音・録画は、任意性の立証に必要なかつ相当であると判断した部分だけである）、本来の可視化の目的である不当な取調べから生じる冤罪の危険の原因を取り除くことの実現に寄与することにはならず、安易に任意性が認定される虞があり、かえって、あらたな冤罪の危険を生じさせる原因にすらなりかねないからである。

36) 具体的には、先ず、例えば、注31)で述べたように、データを書き換えたり、消去したりすることのできない記録媒体（ここでは、例えばDVD-Rなど）に保存し、当該記録媒体を、いわゆるファイナライズするなどの必要がある。そして、

## 第6 おわりに

1 以上、伝聞証拠と非伝聞証拠との区別について、被告人の反対尋問権が憲法37条2項で保障されている被告人の証人審問権に基づくものであるとの観点から、精神的状態に関する供述や、写真・録音テープ・CD・ビデオテープ・DVD等が供述証拠として用いられる場合などを中心にして、本来的に被告人が有している反対尋問権行使の範囲が極力狭められない方向で解釈すべしとの視点に立って検討を試みた。

当事者主義に基づく公判中心主義のもとでの刑事手続において、被告人が検察官の攻撃に対してとり得る最も有効な防御方法は、検察側証人に対する反対尋問権行使であると言っても過言ではない。だからこそ、憲法は被告人の証人審問権を基本権として保障したのである。

検察官に比べ圧倒的に証拠収集能力の劣る被告人が、反証として用いるために、自らに有利な証拠を積極的に収集することは現実には至難のわざである。反対尋問権は、被告人に与えられた憲法上の基本権である証人審問権を刑訴法上で具体化した最も重要な防御上の権利の一つである。それはまた、検察官の公訴権に対する被告人の応訴権の具体的な行使として捉えることができる。

2 そもそも、検察官に実質的挙証責任がある以上、検察官において合理的疑いを超える立証ができない限り被告人は無罪になるのであるから、例えば、公訴事実を争い無罪を主張している被告人にとっての最も重要な防

- ㄨ それを供述者に視聴させたくて（供述調書の場合の「読み聞け」に相当する）、後の証拠開示に対応できるようにするため、この記録媒体を、同一の方法で複数作成し、さらに、そのうちの一つをマスターディスク（いわば原本）として、供述者の面前で封印し（検察庁の試行でも、基本的に、封印は行っているようである）、その封印した用紙に供述者の任意による署名・押印をするなどといった方法を講じることや、その他、改ざん防止等のための技術的措置がとられる必要があると思われる。この点については、2007年12月の民主党作成による「刑事訴訟法の一部を改正する法律案」（取調べの録画・録音による可視化法案）が、一つの参考になる。

御方法は、適正手続に則って、検察官側証拠の証拠能力を争い、証明力を減殺していくなどして、最終的に、裁判官に有罪についての合理的な疑いを抱かせることである。そのためにとり得る最も有効な方法の一つが反対尋問権行使ということになる。伝聞証拠は反対尋問を経していない証拠であるとの実質的定義を常に銘記すべきである。

したがって、伝聞と非伝聞との区別を考える場合にも、この点に思いを致し、被告人の反対尋問権を最大限尊重する方向からの解釈がなされるべきである。そのためには、基本的に、伝聞法則の適用される範囲をできる限り狭めないような解釈がなされなければならない。