

# 供述三角形による伝聞例外の分析手法

佐藤友幸

はじめに

## 第1. 供述三角形の基本概念

1. 前提：原供述からの推認プロセス
2. 供述三角形の内容

## 第2. 供述三角形を用いた分析の例：伝聞例外の類型ごとの分析

1. 類型1 (Group I)：代替手続が存在する類型
2. 類型2 (Group II)：当事者が反対尋問の権利を有していない類型
3. 類型3 (Group III)：供述三角形の脆弱性を軽減させる特性が認められる類型

## 第3. 供述三角形による日本法の分析の手掛かり

1. 供述三角形の具体的有用性についての整理
2. 日本法の解釈論への応用の可能性
3. 日本法の立法論への応用の可能性

おわりに

## はじめに

刑事訴訟法（以下「法」という）320条ないし328条に設けられている伝聞法則関係の規定をめぐっては数多くの問題が存在する。まず、法320条1項の適用対象となる証拠の判別をめぐるとの問題、すなわち伝聞証拠と非伝聞の区別の問題について華々しい議論が展開されてきたことは周知の通りである<sup>1</sup>。また、伝聞例外の各規定（法321条以下）には、それぞれ個別に重要な論点が含まれており、解決は容易ではない。さらに、近年は、伝聞例

---

1 現行刑訴法成立直後に盛んであった伝聞証拠の定義それ自体についての議論は現在一応の落ち着きを見せていると思われるが、その定義の適用をめぐって、いわば各論的な観点から議論が継続しているといえる。

外規定の創設ないし修正に関わる立法論の問題も生じている<sup>2</sup>。

本稿の目的は、それらの問題を個別詳細に論じるのではなく、それらの問題を議論するための道具として、英米で用いられている伝聞証拠の分析ツールを紹介し、日本法への応用の可能性を探ることである。そして、難解であり、時として著しく抽象化することがある伝聞法則の議論をより平易かつ具体的なものとするための方法論を提示することを目指す。

具体的には、本稿では、アメリカの Tribe (Laurence H. Tribe) の論文(以下「Tribe 論文」という)<sup>3</sup>によって提唱された供述三角形 (Testimonial Triangle) という分析ツールを紹介する<sup>4</sup>。そもそも、この供述三角形はいかなる目的で提唱されたのであろうか。Tribe は供述三角形を用いる目的について以下のように説明している。すなわち、供述三角形を用いる目的は、第一に、学生が複雑な証拠法則たる伝聞法則を理解できるようにすること、第二に、伝聞法則の矛盾点や問題点を顕在化させることである<sup>5</sup>。この供述三角形について、Tribe は自ら、全く革新的なものではないとしているが、他方で、これは、伝聞法則の分析を明快かつ平易なものとするのにかなり効果的な分析補助ツールであるという<sup>6</sup>。Tribe 論文は、伝聞・非伝聞の区別の局面における供述三角形の活用法についても詳しく説明しているが、最も分量を割いて説明しているのは、伝聞例外の分析の局面における活用法につ

2 伝聞例外の立法論の問題は、立法によって個別の伝聞例外を創設、修正するような場合に、いわゆる証人審問権(憲法37条2項)の保障の観点から生じる合憲性の問題と、これが合憲であることを前提とした個別の伝聞例外規定の妥当性の問題に大別される。前者については、何かしらのコンセンサスが得られているわけではないものの、比較法研究の蓄積がある。他方、後者については、従来刑事法関係の立法が盛んではなかったことに起因してか、外国法紹介の域を超え、日本法への示唆を具体的に探究するような比較法研究は盛んであったわけではないと思われる。

3 Laurence H. Tribe, *Triangulating Hearsay*, 87 HARV. L. REV. 957 (1974).

4 現在の英米では、この供述三角形を用いた分析が一般的に普及しており、供述三角形を応用しながら伝聞法則を論じる文献および Tribe 論文を引用する論文はきわめて多いと評価する論考として、以下のものがある。Justin Sevier, *Testing Tribe's Triangle: Juries, Hearsay, and Psychological Distance*, 103 GEO L.J. 879, 883-84 (2015).

5 Tribe, *supra* note 3, at 957-58.

6 Tribe は、ハーバード・ロースクールの証拠法の授業において、1971年から1974年にかけて、供述三角形を用いたアプローチを試みたところ、成果が得られたとしている。*Id.* at 961 n.11.

いてであり、供述三角形はこの局面で特に有用であると考えられる。

もとより、伝聞法則を分析するツールとして供述三角形なるものが存在すること、そして、アメリカでこれが広く活用されていること自体は既に日本でもよく知られているところであろう。まず、田宮裕は、自身の教科書において「伝聞概念ないし伝聞例外の問題を解くのに役に立つ」として、図を掲げながら供述三角形を紹介した<sup>7</sup>。また、光藤景皎は、供述三角形を活用しながらいわゆる現在の精神状態の供述などについて考察する論考を発表した<sup>8</sup>。しかし、筆者の理解する限りでは、供述三角形の活用法は、その一部分しか紹介されておらず、具体的な有用性はそれほど一般に認識されていない<sup>9</sup>。田宮の教科書は、供述三角形の活用法について具体的な説明を加えるものではないし、光藤の論考は、供述三角形を活用して伝聞証拠と非伝聞の区別について一定の検討を加えるものではあるが、伝聞例外については特段の説明がなされていない<sup>10</sup>。

本稿では、Tribe 論文の内容を紹介し、供述三角形の内容を確認したうえで、それらの活用方法を検討する。検討においては、伝聞・非伝聞の区別の内容に係る部分についても、供述三角形の内容の理解に必要な限度で一定の説明を加えるが、日本の論者にとって最も未知であると思われる伝聞例外の分析をメインテーマに据える。さらに、本稿では、Tribe 論文の紹介の後、日本法の伝聞例外について簡単な具体的な応用を試みる。ただし、本稿の目的は分析ツールとしての供述三角形を紹介することであり、これを用いて伝聞例外についての筆者の自説を展開することではない。あくまでも、個々の論

---

7 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』369-370頁注(1)(有斐閣、1996年)。

8 光藤景皎「伝聞概念について」同『刑事証拠法の新展開』(成文堂、2001年)239頁以下。

9 そのほかに、供述三角形の内容について説明する文献として、例えば以下のものがある。石丸俊彦ほか『刑事訴訟の実務(下)〔三訂版〕』68-71頁注(2)[石丸=服部悟](新日本法規、2011年)。また、伊藤博路「伝聞法則の適用範囲に関する一試論(1)」北大法学論集48巻4号1頁以下、23-24頁(1997年)も参照。

10 伝聞例外の分析について、光藤は、「供述三角形は、既存の伝聞例外の理由をさぐる上でも、またその適切な運用を計る上でも有用である」とし、その内容について「まことに興味深い」とまで述べているが「本稿の主題ではない」として紹介を割愛している。光藤・前掲注(8)243頁。

者が伝聞例外について考察する際に、このように供述三角形の発想を取り入れることができるのではないかという用法例を提示することが、この作業の意図するところである。

具体的には、まず、第1において、供述三角形の内容について確認し、続いて、第2では、伝聞例外の分析に際しての供述三角形の活用法について説明する<sup>11</sup>。第3では、日本の伝聞例外の解釈論、とりわけ法321条1項3号の伝聞例外において問題となるいわゆる特信情況の認定の在り方を探り、さらに、伝聞例外の立法論について検討を加える。

## 第1. 供述三角形の基本概念

それでは、供述三角形の構造について確認する。まず、Tribeは、日本の用語法でいうところの原供述<sup>12</sup>から要証事実<sup>13</sup>を推認する場合における推認プロセスを確認し、その後に供述三角形の内容について説明する。この推認プロセスは、既に日本においてもよく知られているが、供述三角形を活用する前提として確認することが不可欠であるから、本稿でも割愛せずに確認する。

- 
- 11 第1および第2の記述内容は、供述三角形の正確な紹介を目指すものであり、その内容は基本的にTribe論文に依拠したものである。ただし、日本法の議論にこれを応用させることが本稿の目的であり、かつ、日本法の用語を用いた方が理解を容易にすると思われる記述が少なからず存在するため、原文の趣旨を損なわない限度で日本法の用語を用い、日本法に置き換えて説明を試みる。また、補足的に説明を要すると思われるべき事項については、Tribe論文以外の英語文献を適宜参照する。
- 12 本稿で「原供述」と訳している箇所の原語は、“action or utterance”であり、直訳すると「行為または供述」などとなる。特に、現在連邦の証拠法を規律する包括的証拠法典たる連邦証拠規則(Federal Rules of Evidence)の成立以前、アメリカでは、話す、書くなどの言語を表明する行いを「供述(statementまたはutterance)」と呼び、指差し、頷きなど、言語を表明する以外の方法で自己の事実認識を表明する行いを「行為(act, actionまたはconduct)」などと呼んで区別する用語法が多かった。しかし、現在の日本では、少なくとも伝聞法則の議論の文脈では、両者をまとめて「(原)供述」と呼ぶのが通常であるし、供述三角形を理解する限りにおいては、当時のアメリカの用語法に合わせて両者を区別する実益は特になくことから、このように訳している。
- 13 Tribe論文では、日本法でいう「要証事実」(ないしは「立証事項」)に完全に対応する語は使用されておらず、この事實は、“conclusion”などと呼ばれているに過ぎない。しかし、ここでいう“conclusion”は実質的には日本法にいう「要証事実」を指していることから、あえて「結論」とは直訳せず、「要証事実」と呼ぶことにした。

## 1. 前提：原供述からの推認プロセス

Tribeによれば、伝聞法則の基本的問題というのは、すなわち、公判廷での同時的な反対尋問 (contemporaneous in-court cross-examination)<sup>14</sup> に服していない原供述から、原供述者が認識していると思込まれる出来事に到達するまで信頼可能な推認の鎖 (a reliable chain of inferences) を完成させることができるのかの問題である<sup>15</sup>。典型的な場合 (日本法でいうところの、供述証拠<sup>16</sup> から要証事実を推認する場合) には、鎖の第一の連結 (link) は、原供述から、それにより明示ないし暗示されている (express or indicate) と考えられる原供述者の事実認識 (belief) への連結である。第二の連結は、原供述者の事実認識 (とされるもの) から、その事実認識を引き起こしたか、それ以外の何らかの形でその事実認識と結びついていると思込まれる外的な出来事 (external event)、日本法に換言すれば要証事実への連結である。この連結には、原供述者の頭の中をたどり、原供述者の事実認識と要証事実たる外部の現実を合致させる過程が含まれる。

証人が公判廷で証言する場合、事実認定者は、証人の宣誓 (oath)、証言時点における供述態度 (demeanor) の観察、弁護人による証人に対する反対尋問等の手段を通じて推認の鎖に含まれうる不正確さ (inaccuracy) を吟味する<sup>17</sup>。そして、この不正確さは通常、曖昧さ (ambiguity)、不誠実さ

14 “cross-examination” は、文脈上、交互尋問という尋問の方式を意味する場合と、証人尋問手続で実施される手続としての反対尋問を意味する場合がある。訳出に際して両者の区別が意識されていると思われる文献として、例えば、緑大輔「アメリカの刑事手続上の公判外供述 (1) ～ (5・完)」法律時報 94 卷 10 号 101 頁以下、11 号 138 頁以下、12 号 128 頁以下 (2022 年)、95 卷 1 号 151 頁以下、2 号 113 頁以下 (2023 年) など参照。Tribe 論文における “cross-examination” の語は、後者の意味合いに用いられていることから、本稿では、これを「反対尋問」と訳出する。両者の区別に関する理解として、以下の文献も参照。横山優斗『「精神状態の供述」について (1) : 原供述者概念と伝聞法則』早稲田大学大学院法研論集 178 号 249 頁以下、267 頁注 (14) (2021 年)。

15 Tribe, *supra* note 3, at 958.

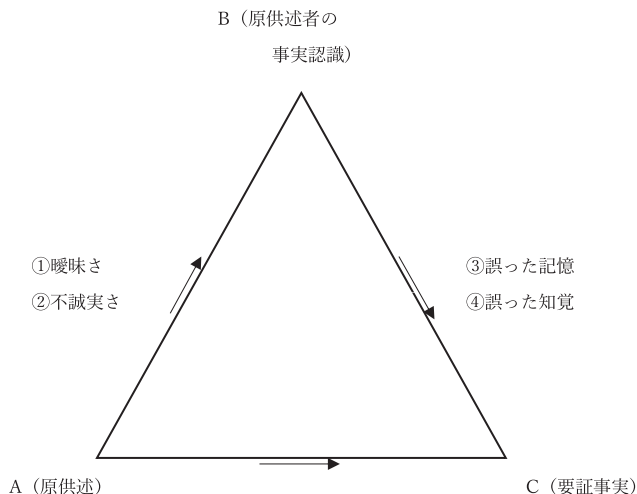
16 「供述証拠」に直接対応する用語は英米法では存在しないと思われる。「供述証拠」は多義的な概念であるが、本稿では、人の供述の内容たる事実の真实性を証明するために用いられる証拠を指すものとしてこれを用いる。「供述証拠」という用語の多義性については、特に、以下の文献を参照。濱田毅「非伝聞の許容性と『要証事実』」同誌社法学 72 卷 7 号 2343 頁以下、2352-2358 頁 (2021 年)。

(insincerity)、誤った知覚 (faulty perception)、誤った記憶 (erroneous memory) に由来するものである。これらの要素により、特別な理由がない限り、伝聞証拠は信用できない証拠であるとされており、証拠価値を秘めているとしても原則として排除される<sup>18</sup>。

## 2. 供述三角形の内容

### (1) 供述三角形とは

供述証拠から要証事実を推認する際のプロセスに関する以上の基本的理解を前提にして、ここからは供述三角形の内容の説明に移る<sup>19</sup>。そもそも、供述三角形とは、伝聞法則に関する複数の要素から構成される簡単な図形であり、前述の推認の流れを図式化したものである。そして、これを用いることにより、伝聞法則の適用の有無と、伝聞例外の妥当性の検討が容易になるのだという。供述三角形の図は、以下の通りである。



三角形のA点ないしC点は、それぞれ以下の出来事ないし結論を指す。

- A: 原供述者 X によって公判外でなされた原供述
- B: X が要証事実<sup>20</sup> を認識していたこと (原供述者 X の事実認識)
- C: 要証事実

この図を用いて推認の経路をたどるには、まず、左下の A 点から出発する。A 点から出発するということは、原供述者 X (declarant X) により原供述がなされたことを意味する。続いて、A 点から左辺の経路をたどり B 点に到達することができた場合、原供述から X の事実認識 (X が、ある事実を認識していたということ) を推認できたということの意味する。このように A 点から B 点へと到達できるかを考えるにあたっては、まず、①原供述に曖昧さはないかが問題となる。すなわち、原供述者の事実認識が原供述に示されているのかが問題となる。そして、その次に、②原供述に不誠実さがないかが問題となる。すなわち、原供述によって当該事実についての認識が示されていると評価できるとしても、その事実認識の表明には意図的な虚偽が含まれていないかが問題になる。前者は、日本の用語法でいうと、供述過程<sup>21</sup>のうち叙述の問題に、後者は表現ないし真摯性の問題に相当する<sup>22</sup>。そして、①ないし②の一方または双方の問題が残っており、その程度が大きい

17 Tribe 論文では、このように、日本法でいう供述過程の吟味のための手段として、証人の宣誓・供述態度の観察・反対尋問を掲げており、日本法の一般的理解と相違ないことがわかる。もっとも、Tribe 論文では、これらのうち特に反対尋問の働きを重視した検討がなされており、証人の宣誓および供述態度の観察は、反対尋問に比して手段として重要性が劣るということが前提になっていると考えられる。

18 ここまでの記述は、信頼可能な推論の鎖というやや独特な言葉を用いてはいるが、実質的内容において、英米法における伝統的な推認過程の説明と同様であり、新機軸を打ち出すような内容は含まれていない。日本の伝聞法則の説明において実質的にほぼ同旨の推認過程の説明をする教科書は枚挙にいとまがない。現在の代表的な教科書としては、例えば、以下のものがある。宇藤崇ほか『刑事訴訟法〔第2版〕』370-372頁〔堀江慎司〕(有斐閣、2018年)、池田公博＝笹倉宏紀『刑事訴訟法』217-222頁〔笹倉〕(有斐閣、2022年)。

19 以下の説明は、Tribe, *supra* note 3, at 958-61 に対応している。

20 当然ながら、この事実が真実であるならば関連性が認められることが議論の前提となる。

21 日本法の議論でいう「供述過程」に完全に対応する英米法上の用語は存在しないと思われるが、知覚・記憶・表現(真摯性)・叙述の各供述過程の誤謬の危険性を意味する用語として、「伝聞の危険 (hearsay dangers)」という用語がある。これは、アメリカの証拠法学者 Morgan の以下の論文によって一般的に普及した用語である。Edmund M. Morgan, *Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept*, 62 HARV. L. REV. 177 (1948)。Morgan は、伝聞法則の領域において現代のアメリカ法に多大な影響を与えた証拠法学者であり、Tribe 論文の中でも Morgan の学説が詳しく参照されている。Morgan による伝聞法則の説明の日本語訳として、以下のものがある。エドモンド・M・モーガン(青柳文雄訳)『法務資料 354 号 証拠法の基本問題(下)』37頁以下(1959年)。

ことを、Tribe 論文では、左辺が脆弱である (weak) と呼び、双方の問題が解消されるときに、左辺が良好である (good) または左辺が強固である (strong) と呼ぶ。左辺が脆弱であるということは、すなわち A 点から B 点に到達するのに一定の障壁があることを意味し、逆に左辺が良好であるということは、A 点から B 点に到達するのに障壁が少ないことを意味する。

A 点から出発した経路が B 点に到達した場合、次に B 点から C 点への到達が目指される。B 点から C 点へ進む際には、③原供述者の事実認識は誤った記憶に基づくものではないかが問題となり、続いて、④原供述者の事実認識は誤った知覚に基づくものではないかが問題となる。③ないし④の一方または双方の問題が残っている場合の用語法は、左辺についてのそれと同様である。

## (2) 供述三角形と伝聞・非伝聞の区別

公判外でなされた X の原供述の証拠が非伝聞である場合については、供述三角形ではどのように説明されるのであろうか。

Tribe によれば、かかる証拠が非伝聞であるといえるのは、供述三角形の A 点から、左辺を経由するのではなく下辺を経由して C 点に直接到達できるときである。例えば、“I can speak” という原供述は、原供述者が英語を話すことができる旨を証明するためであれば、A 点から C 点に直接到達で

---

22 田宮裕は、表現と叙述とを区別せず、これらを叙述としてひとまとめにする方が分かりやすいと説明したうえで、これが McCormick の分類法であるとしている。田宮・前掲注 (7) 369 頁。この田宮の説明の影響もあってか、日本法の議論では、両者を区別しない分類法も有力であると思われる。しかし、供述三角形を用いた分析においては、両者を区別することは必須であるし、そのような分類の方がアメリカにおける主流であると考えられる。そもそも、McCormick on Evidence の最新版および初版では、両者を区別する分類がなされている。細部を確認すると、田宮の説明するような分類法は、McCormick 本人の見解というよりは、McCormick の死後に公刊された第 2 版の改訂者の見解である可能性が高いことが指摘されている。この点について、特に、以下の文献を参照。CHARLES T. MCCORMICK, HANDBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE §225, at 460 (1st ed. 1954); Roger C. Park, *McCormick on Evidence and the Concept of Hearsay: A Critical Analysis Followed by Suggestions to Law Teachers*, 65 MINN. L. REV. 423, 425 n.7 (1981); 2 MCCORMICK ON EVIDENCE §244, at 182 (Robert P. Mosteller ed., 8th ed. 2020).



きることから、左辺および右辺の強度は問題にならない<sup>23</sup>。Tribe は、伝聞証拠と非伝聞を区別する局面において、供述三角形によって、「心理の行程 (mental journey)」を素早く能率的に構造化することが可能であるとしている。供述三角形は、情況証拠的に用いられると思われる供述が実際には伝聞の欠陥を含んでいることを示すために有用であるといえる<sup>24</sup>。

## 第 2. 供述三角形を用いた分析の例：伝聞例外の類型ごとの分析

それでは、ここからは、供述三角形を利用した伝聞例外の分析手法についての Tribe 論文の記述をたどることとする<sup>25</sup>。Tribe によれば、伝聞例外は 3つの類型に分類することができる<sup>26</sup>。以下では、これらの類型について、まず確認する。

### 1. 類型 1 (Group I)：代替手続が存在する類型

#### (1) 伝聞例外の内容

第一の類型は、同時的な反対尋問に代わる十分な代替手続 (adequate procedural substitute) が存在すると評価される場合の伝聞例外である。

この類型の伝聞例外は、①公判廷における証人の事後的な反対尋問 (delayed cross-examination in court) が代替手続となる場合と、②公判類似の場面設

---

23 Tribe, *supra* note 3, at 959-61. 一方で、Tribe は、B 点から A 点を經由せずに直接 C 点に到達することができるように思われても、実際には B 点を經由する必要がある場合に注意すべきことを警告している。その具体例として、1971 年のアメリカ原子力委員会の核実験の安全性をアピールすべく、委員長の James Schlesinger が自身の妻子を実験の場に同伴させたという現実の出来事が挙げられている。この Schlesinger の行為は、一見すると核実験の安全性の証明に資する情況証拠として、A 点から C 点に直接的に到達できるようにも思われるが、実際には B 点を經由せずに C 点に到達することはできないのである。この具体例は、英米法圏で長年にわたり取扱いが議論されてきた “implied assertion” の一例である。この “implied assertion” の問題については、例えば、以下の文献を参照。佐藤友幸「アメリカ法における伝聞証拠の意義：連邦証拠規則の解釈問題」早稲田法学会誌 71 巻 2 号 217 頁以下 (2021 年)、緑・前掲注 (14) 「アメリカの刑事手続上の公判外供述 (1)」103-106 頁。

24 ここまでは、既に日本に紹介されているといえる。光藤・前掲注 (8) 241 頁以下参照。

25 以下の説明は、Tribe, *supra* note 3, at 961-69 に対応している。

26 この分類を紹介する日本語文献として、以下のものがある。緑・前掲注 (14) 「アメリカの刑事手続上の公判外供述 (3)」117 頁。

定における過去の反対尋問 (prior cross-examination in a trial-like setting) が代替手続となる場合に細分化される。これらの代替手続は、以下の理由により、同時的な反対尋問よりも一般的に効果が低いと考えられている。まず、①の事後的な反対尋問は、証人(原供述者)の認識が固着化した後に実施されるものであり、同時的になされる反対尋問に比して、原供述を弾劾し、事実を探求することが困難になると考えられる<sup>27</sup>。また、②の過去の反対尋問は、現在の公判で中心的な争点となっている事項が十分に吟味されていない可能性がある。

これらの類型に属する伝聞例外として、以下の具体例が挙げられる。まず、①現在証言を行っている証人が、問題の出来事(要証事実)を思い出すことが困難であると認められる場合に、過去に作成された記憶事項の記録(record of past recollection)が許容される。また、②過去の手続でなされた証言(原供述)は、原供述者が利用不能であるという要件のもとで許容される<sup>28</sup>。

## (2) 分析

それでは、このタイプの伝聞例外について、供述三角形を用いてどのような分析が可能であろうか。

まず、Tribeは、一見すると①の伝聞例外は矛盾を含んでいるように思われることを指摘する。すなわち、証人の忘却の度合いが強いほど、事後的な

27 そもそも、このような代替手続が被告人の証人対面権を侵害することにならないのかは、別途問題になる。この点については、特に、以下の文献を参照。大谷祐毅「公判における事後的な反対尋問と証人審問権の保障：アメリカ法を参考に」法学84巻1号1頁以下(2020年)。なお、Tribe論文では、合衆国憲法修正6条の対面条項(Confrontation Clause)によって保障される証人対面権の問題は一切触れられていない。アメリカの伝聞法則に関する文献の全体的な特徴として、伝聞法則と証人対面権は、相互に密接に関係しうることが認識されながらも、切り分けて論じられることが多いということが挙げられる。当然ながら、このことは、アメリカ法が証人対面権を軽視していることを意味するわけではない。アメリカでは、伝聞法則に加えて、対面条項からも別個に伝聞証拠の許容性が制限されるという意味において、証人対面権が独自に作用する性格が強いようにも思われる。

28 ①と②は、それぞれ、現在の連邦証拠規則803条5号、804条b項1号の伝聞例外に対応する。具体的な内容については、例えば、以下の文献を参照。緑・前掲注(14)「アメリカの刑事手続上の公判外供述(4)」152-153頁、「アメリカの刑事手続上の公判外供述(5・完)」113-115頁。

反対尋問の効果が弱まるはずである。換言すれば、事後的な反対尋問（過去に作成された記憶事項の記録に対する現在の公判における反対尋問）がなされていようがまいが大差はなく、事後的な反対尋問を伝聞例外の要件とするのは背理ではないかとの疑問が生じる。Tribeによれば、以下のように供述三角形を活用することによって、この疑問に一定の回答が得られるという。すなわち、確かに、事後的な反対尋問を行っても右辺が強化されるわけではない<sup>29</sup>。しかし、事後的な反対尋問において、原供述者の応答の仕方と供述態度を観察することにより、真摯性についてある程度吟味することは可能であるし、原供述者の叙述の癖、特徴などを確認することもできるため、曖昧さの解消にも資するといえる。したがって、事後的な反対尋問は左辺をある程度強化することが可能な手段であると評価することができる。このように考えると、事後的な反対尋問によってはじめて少なくとも左辺が良好な状態になり、伝聞例外として許容してよいとする考え方に一定の合理性が認められる<sup>30</sup>。

## 2. 類型2 (Group II) : 当事者が反対尋問の権利を有していない類型

第二の類型は、特定の証言について当事者が反対尋問を行う権利を有していない場合の伝聞例外である。この伝聞例外の代表例は、当事者ないし当事者側の者による承認 (admission) である。この伝聞例外は、一般的に、Wigmoreによって体系化された伝聞例外の基本的視点たる必要性 (necessity) と信用性の情況的保障 (circumstantial guarantees of trustworthiness) の観点<sup>31</sup>からは説明が困難なものといわれている<sup>32</sup>。その意味で、この類型は異

29 事後的な反対尋問によって右辺が強化されるわけではない理由についてTribeは詳しく論じていないが、そもそもこの場合の伝聞例外には、証言時点において問題の出来事を思い出せていないという要件が課されている以上、過去の供述時点の知覚・記憶の内容も正確に覚えられていないことから、この理解は正しいと考えられる。

30 この場合、右辺は強化されていないことになる。両辺のうち片方が良好であれば許容するのに十分であるとする従来の伝聞例外の傾向（後述）は、そもそも政策論として妥当ではないという考えにも十分に理由があると思われるが、少なくとも、この伝聞例外が一切の合理性を欠くものではないということまではいえるであろう。

31 6 JOHN H. WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW §§1420-1422 (3d ed. 1940).

質の伝聞例外であると考えられ、Tribe論文でも立ち入った検討はなされていない<sup>33</sup>。

### 3. 類型3 (Group III) : 供述三角形の脆弱性を軽減させる特性が認められる類型

#### (1) 伝聞例外の内容

第三の類型は、ある伝聞証拠が、供述三角形の脆弱性を軽減させる特性を有しており、その不信度 (untrustworthiness) と証拠価値の見込みとを衡量したときに後者が優越し、許容してよいと評価される類型である。この類型は、さらに2つに細分化される。第一は、左辺が良好な場合 (左辺の脆弱性が軽減している場合) の伝聞例外の類型であり、少なくとも原供述者が利用不能 (unavailable)<sup>34</sup> な場合には許容してよいとされる傾向がある。第二は、右辺が良好な場合 (右辺の脆弱性が軽減している) の伝聞例外の類型である。

左辺が良好な場合の伝聞例外の代表例として、Tribeは利益に反する供述 (declaration against interest) を挙げる<sup>35</sup>。伝統的に、人が敢えて自身に不利益な供述をする場合、それが意図的な虚偽である蓋然性は低下すると考

---

32 連邦証拠規則では、この類型は、「伝聞例外 (hearsay exception)」ではなく「伝聞からの除外 (Exclusions from Hearsay)」類型として、伝聞証拠の定義規定を含んでいる801条の中に、d項として設けられている。これは、コモンロー上、通常の伝聞例外とは異質な伝聞例外に位置付けられていたことが反映されている。以上の点について、特に、以下の文献を参照。Stephen A. Saltzburg, *Restyling Choices and a Mistake*, 53 WM. & MARY L. REV. 1517, 1520-23 (2012)。また、日本語文献としては、緑・前掲注(14)「アメリカの刑事手続上の公判外供述(2)」141-143頁参照。

33 被告人による不利益事実の承認に関する伝聞例外規定たる日本の刑法322条が、この第二の類型に位置付けられるのか、それとも後述の第三の類型の利益に反する供述に属するのかは、理解が分かれるところであろう。同条の性質論について、特に、以下の文献を参照。田淵浩二「刑事訴訟法322条の原理と解釈」法政研究84巻3号17頁以下(2017年)。

34 日本法の伝聞例外でいう供述不能要件に相当する。

35 現在の連邦証拠規則804条b項3号の伝聞例外に相当する。なお、連邦証拠規則では、803条の各号が、原供述者の証人としての利用可能性のいかんを問わずに認められる伝聞例外を列挙しており、804条b項の各号が、原供述者が証人として利用不能な場合に限り認められる伝聞例外を列挙している。

えられてきた<sup>36</sup>。また、この伝聞例外は、原供述者が自身の利益に反する内容の供述をなしたと認められることが前提となっているから、曖昧さの問題は既に相当程度軽減すると考えられている。仮にこれらの理屈が正しいとするならば、左辺は良好であるといってよい。他方、知覚・記憶については、信用性を高める事情が特段認められるわけではない。

右辺が良好な場合の伝聞例外の代表例として、Tribe は、現在の身体または精神の感覚を示す供述 (statements evidencing physical or mental sensations) を挙げている<sup>37</sup>。この供述は、供述時点の自分自身の感覚を叙述するものであるから、知覚・記憶の問題はなく、右辺はきわめて良好であるといえる。他方で、左辺の脆弱性は解消されていない。

## (2) 分析

### ア。「一辺が良好であれば足りる」取扱い

このように、第三の類型の伝聞例外を細分化して分析すると、以下のことがいえる。すなわち、これまでの伝聞例外の傾向として、左辺または右辺のいずれか一辺が良好であれば足りる (one good leg is enough) という取扱いがなされてきたということが示唆される<sup>38</sup>。

かかる取扱いは、もう片方の辺の脆弱性を無視するものであり矛盾しているようにも思われる。しかし、伝聞法則を、価値があるかもしれないが同時に欠陥もあるかもしれない証拠を許容することによりもたらされる見込みのある利益 (gain) と損失 (loss) とを衡量する証拠排除法則と捉えるならば、直ちに矛盾しているわけではない<sup>39</sup>。もっとも、一辺のみが良好であるに過ぎない場合に伝聞証拠を許容することが政策的に妥当であるかという問題は

36 本稿の主題ではないため詳述しないが、近年では、英米法の議論としても、日本法の議論としても、特に自白との関係でこの前提に疑問が投げかけられている。

37 現在の連邦証拠規則 803 条 3 号の伝聞例外に相当する。この伝聞例外を捉えて、英米法では、日本法とは異なり、現在の精神状態の供述が伝聞例外として許容されているなどと紹介される。この点について、例えば、後藤昭『伝聞法則に強くなる』43 頁 (日本評論社、2019 年) 参照。

38 これを「良好な一辺の法則」として紹介する日本語文献として、石丸ほか・前掲注 (9) 71 頁注 (2) [石丸=服部] がある。

残されており、特に、伝聞証拠の排除が威嚇的に作用し、原供述者の出頭を促進するような場合には、当該伝聞証拠を許容する弊害は大きい。より詳しくいえば、個々の伝聞例外の一貫性および妥当性を評価するために、それぞれを正当化する政策的要素を個別に検討しなければならない。例えば、臨終の陳述 (dying declarations)、医師に対する病歴 (medical history) の供述、論文 (treatise) などの伝聞例外において、原供述に曖昧さがないことの十分な保障があると評価できるかという点については疑問を呈する余地があり、従来認められてきた伝聞例外がみな理論的に正当であるとはいいたい面がある。

#### イ. 利用不能要件の有無についての分析

それでは、左辺のみが良好な場合の伝聞例外と、右辺のみが良好な場合の伝聞例外とを比較して、前者では特に必要性に関わる事情たる原供述者の利用不能が要件とされる傾向があるのに対して、後者では要件とされない傾向があるのは何故であろうか<sup>40</sup>。この点について、Tribeは、反対尋問の働きから説明する余地があるとする。20世紀中葉の証拠法学の第一人者であるMorganは、反対尋問の最も重要な働きは曖昧さ・不誠実さを明らかにすることよりも、知覚・記憶の誤りを明らかにすることであると論じているところ<sup>41</sup>、このMorganの考えが正しいとすれば、公判廷で証人として利用可能な原供述者に対して反対尋問ができないことによってもたらされる弊害は、

39 日本においても、伝聞法則についてこれと同趣旨の理解が示されることがある。例えば、以下の文献を参照。酒巻匡『刑事訴訟法〔第2版〕』548頁(有斐閣、2020年)、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法(第3版)』397-398頁(有斐閣、2021年)。

40 なお、ここで念頭に置かれているのは、連邦証拠規則成立以前に認められてきたコモンロー上の伝聞例外と、伝聞法則を包括的に取り扱う証拠法典ではない個別の制定法によって規定された雑多な伝聞例外である。コモンロー上の伝聞例外について紹介する入門書の日本語訳として、例えば以下の文献を参照。モーガン(青柳訳)・前掲注(21)36頁以下、J. H. ウィグモア(平野竜一=森岡茂訳)『証拠法入門』196頁以下(東京大学出版会、1964年)。

41 Morgan, *supra* note 21, at 188. もっとも、この理解は必ずしもコンセンサスが得られているわけではなく、むしろ、アメリカ法では伝統的に反対尋問による左辺の吟味が重視されてきたのではないかという指摘も存在する。具体的には、緑・前掲注(14)「アメリカの刑事手続上の公判外供述(1)」103頁など参照。

左辺のみが弱い場合（右辺のみが良好な場合）よりも、右辺のみが弱い場合（左辺のみが良好な場合）の方が相対的に大きいといえることになる<sup>42</sup>。

Tribe 論文における説明は以上の通りであるが、この点をより敷衍すると、以下のようにいえるであろう。すなわち、供述三角形の左辺のみが良好であり、右辺の脆弱性が残されている場合において、原供述者を利用可能であるのに利用しないというのは、反対尋問という供述三角形強化の有効な手段が残されているにもかかわらず、それをしないということを意味する。そのため、このような場合には原供述者の利用不能を要件とすることに大きな意味があるのに対して、右辺のみが良好である場合は、反対尋問によっても供述三角形が劇的に強化される見込みはないといえるから、必要性の要件たる利用不能を加算するまでもないという説明が可能である。

しかし、この理解は、類型1の伝聞例外の在り方に鑑みれば、一貫していない面がある。先ほど説明したように、過去に作成した記憶事項の記録の伝聞例外において要件とされている事後的な反対尋問は、右辺の強化には役立たないはずだからである。また、Morganの説明を援用しただけでは、左辺のみが良好と考えられる場合の伝聞例外で、利用不能を要件としないもの（「興奮時の供述 (excited utterances)」、業務記録 (business records) など)<sup>43</sup>を説明することが困難である。そのため、反対尋問の最大の役割が知覚・記憶の誤りの吟味にあるのだという考えを支持するのであれば、これらの伝聞例外については、最良証拠法則 (best evidence rule) の発想が取り込まれているなどと、利用不能が要件とされないことについて別個の説明が模索されることになる<sup>44</sup>。

42 Tribe, *supra* note 3, at 968. また、Tribeは、左辺が良好な場合において原供述者の利用不能が要求される傾向は、利用可能な原供述者を反対尋問のために出頭させることができないという事実そのものが、真摯性の見込み——これがあるゆえに左辺が良好とされる——の度合いが減退するという発想が反映されている可能性があることを指摘する。

43 連邦証拠規則でも、これらの伝聞例外の内容は概ねコモンローを踏襲している。

44 Tribeは、最良証拠法則の観点からもこれらの伝聞例外について説明困難な側面があると述べている。Tribe, *supra* note 3, at 968-69.

### 第3. 供述三角形による日本法の分析の手掛かり

#### 1. 供述三角形の具体的有用性についての整理

ここまで、Tribe 論文を概観し、供述三角形の基本的内容とその応用方法について確認した。ここからは、供述三角形を用いて、日本法の伝聞例外についてどのような分析が可能かを検討する。前提として、供述三角形を用いた分析が従来の思考様式に基づく分析と比べていかなる意味でより有用であるのかについて、筆者なりの整理を試みる。

まず、意外に思われるかもしれないが、Tribe 論文で図形が掲げられているのは、論文の序盤の僅か1か所に過ぎない<sup>45</sup>。このことから分かるように、供述三角形を活用するという事は、図形そのものを視覚的に駆使するという性格の作業ではない。すなわち、この分析ツールの有用性は検討要素を視覚化できる点にあるというわけではない。供述三角形を活用することの意味は、原供述から要証事実の認定に至るまで（A点から出発してC点に到達するまで）の推認プロセスを、原供述者の事実認識（B点）の認定という中間地点を設けることによって段階化し、より精緻化するという意味であり、そのことに有用性が認められると理解する方が正確であると思われる。

より踏み込んで考えるに、供述三角形の存在価値（および、これがアメリカで広く用いられている理由）は、伝聞法則を分析するにあたっての検討プロセスを、原供述の存在から原供述者の事実認識の認定に至るまでの経路である左辺と、原供述者の事実認識の存在を前提としてその認識が現実に存在すること（要証事実の存在）を認定するに至るまでの経路である右辺とが構造的に区別されるということをも明確化したうえで、その構造に自覚的であるか否かを問わず、誰もがその構造を外さないで分析ができるようにした点であると思われる<sup>46</sup>。具体的に言えば、供述過程のうち、表現（真摯性）・叙

---

45 *Id.* at 959.

46 供述過程の要素として掲げられる「知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述」は、より厳密に言えば、B点を境界点として、「知覚+記憶」と「表現（真摯性）+叙述」に分かれることになる。



述の信用性の担保は、あくまでも原供述者が要証事実の存在を認識していたということの認定に関わる要素であり、直接的には左辺を強化するものに過ぎず、逆に、知覚・記憶の信用性の担保はその認識内容が正確であるということの認定にのみ関わる要素であるということ踏まえた分析が、供述三角形により容易になると思われる。

また、供述三角形により、伝聞証拠を許容することによって反対尋問等の供述過程の吟味的手段が失われることによる弊害の内実およびその程度を具体的に把握することが容易となり、その分析が正確になるといえる。例えば、信用性を高める外部的事情が認められることから伝聞例外として許容すべきように思われる伝聞証拠であっても、その外部的事情は実際には右辺の強化にしか役立っておらず、左辺は脆弱なままであるような場合において、供述三角形によればその脆弱性を見落とさず、的確に発見することが容易になるであろう。伝聞証拠のとある特性が、供述過程の一要素の信用性を格段に高めるようなものである場合、その点に目を奪われてその他の供述過程の誤謬の危険性が見落とされるリスクが高まると思われるが、供述三角形によれば、そのリスクを抑えることが可能であろう。

Tribe 自身が認めているように、供述三角形の B 点が境界点となる推認の構造は、理論的に未知のものであるわけではない。供述三角形を用いずとも、供述証拠から要証事実を認定する際の推認過程をつぶさに考察すれば、推認の構造がこうになっていることは理論的帰結として明らかである。しかし、供述三角形の右辺に相当する要素と左辺に相当する要素とを截然と区分けした緻密な分析を行う技術を誰もが習得しているわけではないし、そのような技術を習得している専門家であっても、供述三角形を用いれば、より容易かつ確実に分析できるようになることから、その有用性は認められるであろう。

## 2. 日本法の解釈論への応用の可能性

それでは、ここからは、供述三角形を用い、日本法の伝聞例外の解釈論についてごく簡単な検討を加える<sup>47</sup>。Tribe 論文で直接的に検討されたのは、コモンロー上の伝聞例外の創出の在り方についてであり、日本法でいうなら

ば立法論に関係する内容である。しかし、解釈適用にあたって個別に信用性の情況的保障を検討する必要がある伝聞例外であれば、供述三角形を用いた分析に馴染むであろう。Tribe論文が発表された当時、すなわち連邦証拠規則成立以前、アメリカ連邦法上は裁量的な伝聞例外が設けられていなかった。すなわち、解釈の場面において個別に信用性の情況的保障を細密に検討する必要のある伝聞例外は当時存在しなかった。他方で、現在は、連邦証拠規則807条において裁量的伝聞例外規定が設けられており、その適用においては、個別に信用性の情況的保障を細密に検討する必要がある。この視点からは、日本における法321条以下に設けられている伝聞例外のうち、法321条1項2号後段、同項3号、法323条3号の適用に際して、供述三角形を活用する余地があると思われる<sup>48</sup>。本稿では、これらのうち、法321条1項3号を検討の対象として取り上げることとする<sup>49</sup>。

同規定は、①供述不能（「供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができ」ないこと）、②不可欠性（「その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものである」こと）、③絶対的特信情況（「その供述が特に信用すべき情況の下にされたものである」こと）の全てが充足されるときに、当該伝聞証拠の証拠能力を認めるものである。これらのうち、信用性の情況的保障との関係では、③絶対的特信情況の認定が大きな問題となりうる<sup>50</sup>。この点について、供述三角形を活用しながら、検討を図る。

47 なお、伝聞・非伝聞の区別の局面での供述三角形の活用法については、光藤・前掲注(8)を参照。

48 周知の通り、法326条や法328条は、必要性和信用性の情況的保障の観点とは異なる考慮を要するものである。さらに、法322条は、自白の任意性の問題が絡み、また、伝聞例外ではなく伝聞法則不適用の場合の規定であるとする解釈も存在するなど、やや議論が錯綜している面がある。

49 同規定は、直接的には書証（供述書および供述録取書）に対する伝聞例外である。裁判員制度の開始を受けて、公判に提出される書証が減少し、書証との関係で同規定の適用が問題とされる頻度は低下していることはしばしば指摘されている。他方、同規定は、法324条2項の準用により、被告人以外の者の原供述を内容とする伝聞証言についての唯一の伝聞例外に位置付けられる。現在それほど顕在化しているわけではないように思われるが、公判廷での証言が供述証拠の中心となる傾向が進めば、証言中に伝聞供述が含まれる例も必然的に増大するはずであり、従来とは局面を変えながらも、同規定の伝聞例外の解釈論の重要性は失われなければならないはずである。

絶対的特信情況は、原則として供述時の外部的付随事情から判断されるべきであり、その判断資料として補充的に供述内容が加味されるのが一般的であるところ<sup>51</sup>、その判断の妥当性が争点となった近時の高裁裁判例として、東京高判令和3年10月19日（高等裁判所刑事裁判速報集（令3）号281頁）があることから、卑近な例として、試みにこの裁判例を検討する<sup>52</sup>。同判決は、特殊詐欺類似のキャッシュカードすり替え型窃盗未遂事件の公判において、被害者（87歳）が出廷拒否をして供述不能が認められる場合において<sup>53</sup>、犯行状況に関する被害者の供述が録取された員面調書が法321条1項3号によって許容されるかが争われた事案である。東京高裁は、同規定によって調書の証拠能力を肯定した原判決の判断を是認し、訴訟手続の法令違反等を主張した被告人の控訴を棄却した。原判決においては、大要、調書の絶対的特信情況について、以下のような検討がなされており、本判決はこれが正当であるとした。

「被害者は、氏名不詳者からの1回目の電話の約2時間半後に警察官の訪問を受け、事情聴取に回答したものであるし、警察官は、被害者方の固定電話の着信履歴や被害者の預金通帳を確認し、被害者が記載したメモを基にして事情聴取しており、客観的に供述内容の信用性が担保されるような状況があったといえるから、特信情況があったと認めるのが相当である。」

要するに、絶対的特信情況肯定の事情は以下の3点に整理される。

①被害者は、氏名不詳者からの1回目の電話の約2時間半後に警察官の訪

---

50 法321条1項3号について、「具体的にどのような状況があるとき特信情況があるといえるかは困難な問題である」ということが指摘されており、これは実務家および研究者の共有認識であると思われる。松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第5版〕』939頁（弘文堂、2022年）。

51 松尾監修・前掲注（50）938頁参照。

52 同判決の評釈として、杉原隆之「判批」警察学論集75巻9号202頁（2022年）がある。

53 被害者は高齢であり、「喉頭がんと白内障を患う妻の介護が常時必要であること、被害者の口座から勝手に預金を下ろすおそれがある息子が家にいることを理由にその求めを拒否し、検察官に対して魔法瓶を投げるかのような動きをしたり、検察官の目の前で玄関のドアを閉めたりし、また、勾引状発付後の検察官の説得も同様に拒否した」ことから、供述不能が認められた。絶対的特信情況の問題のほか、この判断の妥当性についても検討の余地があるが、本稿では割愛する。

問を受け、事情聴取に回答したものであること

②警察官は、被害者方の固定電話の着信履歴や被害者の預金通帳を確認していること

③被害者が記載したメモを基にして事情聴取がなされていること

本判決は、絶対的特信状況を肯定する事情をこのように端的に羅列しているのみである。それでは、これらの事情のみで、絶対的特信状況を肯定するに足りると評価できるであろうか。供述三角形を活用しながら考えてみる。

まず、①は、原供述が被告人ないしその共犯者と目される人物による電話から比較的時間もない時間になされた供述であるということを示す事情であると考えられる。具体的には、記憶を担保するものとして、右辺を一定程度強化する事情であるといえよう。もっとも、原供述者が87歳という高齢であったということを加味すると、氏名不詳者の電話から約2時間半後の供述は、記憶が鮮明なうちになされたものとまで評価することは難しいし、何ら知覚の正確性を担保する事情ではないから、これは右辺を劇的に強化する事情とまではいえないだろう。また、左辺を強化する要素はなんら認められない。続いて、②は、判旨において詳しく説明がなされているわけではないが、着信履歴や預金通帳から明らかとされる客観的事情と被害者の供述内容との間に一致が見られることから、被害者の供述の真実性が担保されているという意味に理解できるであろう。すなわち、知覚・記憶・表現(真摯性)・叙述の全てを一応担保する事情として斟酌することは不可能ではない。しかし、このように供述内容が客観的事情と部分的に一致していることをもって、その供述の細部まで含めた全体の信用性が飛躍的に高まると評価することは通常の場合困難であろう。したがって、②は、せいぜい、左辺および右辺を若干強化する事情であるにとどまっているといえる。最後に、③は、記憶を担保する事情として斟酌しうるが、それ以外の供述過程の信用性の担保にはならないであろう。

以上、判旨において掲げられた事情を踏まえて、供述三角形のどの部分がどの程度強化されたかを考えるに、まず、右辺は、①ないし③により、記憶の要素が一定程度強化されている一方で、知覚の要素に関しては②によって

若干程度強化されているに過ぎない。したがって、右辺は、強化されてはいるものの、良好とまではいいがたい。次に、左辺は、②によって若干強化されているという評価は可能であるが、それ以外にこれを強化する事情はないことから、右辺よりもなお一層脆弱性が残っているといえるであろう<sup>54</sup>。このように考えると、仮に三角形の一边が良好であれば絶対的特信状況を認めてもよいという、比較的緩やかな立場を前提としても、これらの事情だけで直ちに絶対的特信的状况を肯定した判断には首肯しがたい面があり、より細かく事情を検討するべきであったという一つの立論が成り立ちうるであろう<sup>55</sup>。

繰り返し述べているように、この検討例は、絶対的特信状況の認定に関わる実務の現状について筆者の自説を展開するものではなく、供述三角形の日本法への応用の可能性を探ることを目的とするものである。むろん、絶対的特信状況の判断においては、実務の肌感覚が重要な意味を持ち、細分化しての分析では捉えがたい側面があることも否定できないであろう。しかし、その判断の妥当性を考えるにあたっては、かかる肌感覚について、何らかの分析軸を共有して言語化することも重要であると思われる。そして、供述三角形は、羅列的に検討されがちな絶対的特信状況に関わる事情を多角的かつ精密に検討する手掛かりになりうるものであり、共有するに値する分析軸の一種であると考えられる。

54 Tribe 論文の伝聞例外の第三の類型の検討において触れられているような、反対尋問の働きから特信状況を分析するアプローチもありうると思われる。

55 日本の代表的なコンメンタールである『条解刑事訴訟法』には、絶対的特信状況の認定をめぐる現状について以下のような指摘がある。

「例えば、生活状況の不安定な被害者や関係人の場合（管理売春における売春婦、簡易宿泊所内で起きた喧嘩の被害者等）、事件直後に警察官がその供述調書を作成したが、検察官が呼び出そうとしたときにすでに所在不明ということも多い。実務上はむしろ特に信用性を欠くような状況がなければ証拠能力を肯定することが多い……。いわば絶対的な必要性がある場合にはそれもやむを得ないとして肯定されているという現状であろう。」松尾監修・前掲注（50）939頁。

本判決は、『条解刑事訴訟法』の指摘が妥当する一事例であるようにも思われるところである。

### 3. 日本法の立法論への応用の可能性

続いて、日本法の伝聞例外の立法論を考えるにあたって、供述三角形をどのように用いることができるかを検討する。伝聞例外の立法にあたっては、憲法上の証人審問権の保障の問題と、各要件の政策的妥当性の問題の双方を十分に検討することが不可欠であることはいうまでもないところ、供述三角形は、後者の検討、とりわけ信用性の情況的保障に関わる検討に役立つと思われる。

#### (1) 既存の伝聞例外規定の妥当性の検討例

それでは、まず、既に設けられている伝聞例外規定の要件の政策的妥当性について検討する。これまで、合憲性および妥当性の双方の観点から最も議論されてきた伝聞例外は、法321条1項2号前段であると思われる<sup>56</sup>。同規定は、「検察官の面前における供述を録取した書面」、いわゆる検面調書について、原供述者が供述不能であればその証拠能力を認めてよいとする伝聞例外である。そして、少なくとも明文上は、後段とは異なり特信情況が要件とされていない。この伝聞例外において、原供述者の供述不能は必要性に関わる要件であり、そのこと自体が信用性の情況的保障となるものではないため、信用性の情況的保障は、原供述の録取者が検察官であったことに求められると解さざるを得ない<sup>57</sup>。この点について、検察官はあくまでも一方当事者に過ぎないのであるから録取者が裁判官の場合のような中立性を認めることはできず、信用性の情況的保障が充分ではないという見解もしばしば唱えられるところである<sup>58</sup>。それでは、この点を仮に措くとして、すなわち、録取者たる検察官には裁判官に準ずる、ある程度の中立性が認められると仮定するとして、同規定の要件は充分であろうか。

56 最高裁は、同規定の合憲性を認めているが(最判昭和36年3月9日刑集15巻3号500頁)、周知の通り学説上は違憲論も根強い。江家義男『刑事証拠法の基礎理論〔訂正版〕』98頁以下(有斐閣、1952年)、田中和夫『新版証拠法〔増補第3版〕』132頁(有斐閣、1972年)など参照。

57 後藤・前掲注(37)71-72頁参照。

58 例えば、以下の文献を参照。田宮・前掲注(7)381頁。

検討にあたっては、録取者の中立性という事情が供述三角形のいずれの辺を強化するものであるのかという視点が一つの手掛かりとなるであろう。まず、ある程度中立的な録取者であれば、供述内容に曖昧な箇所があるときに、当然それを問い質すはずであり、通常の場合はその確認は容易であるから、叙述の信用性の担保が認められると評価してよいように思われる。他方、録取者がある程度中立的であるとしても、そのことをもって、知覚・記憶・表現（真摯性）の担保が十分であるとはいえないという立論がありうるように思われる。すなわち、弁護人によってなされる反対尋問が証言の信用性吟味の手段として効果的でありきわめて重要とされるのは、技量のある弁護人が、中立者としてではなく、当該証言を弾劾する側の当事者として利害関係を有するがゆえに、徹底的に証人の供述過程を問い質す点に求められると考えるならば<sup>59</sup>、ある程度の中立性だけで、叙述以外の供述過程の信用性の担保を認めるのは困難であるという立論が考えられる。この立論によれば、供述三角形の左辺および右辺は、いずれも良好であるとまではいえないから、さらなる要件を付け加える方が立法論としては妥当であるという帰結が導かれることになるであろう。

本稿は、この立論の是非を論じるものではない。この程度まで左辺および右辺が強化されていれば、信用性の情況的保障として充分であるという評価もありうるであろうし、その他の角度からの評価も考えられるであろう。しかし、少なくとも、法 321 条 1 項 2 号前段の立法論的妥当性を考えるに際して、供述三角形を用いることで、仮に録取者たる検察官がある程度中立的であると評価できるとして、録取者の中立性という要素によってどの部分が明確に強化され、他方でどの部分の強化が不明確であるといえるのかという分析の一つの視点がもたらされ、有益であると思われる。

59 このような考え方について、例えば、以下の記述を参照。「誰か『りっぱな人』の報道や意見にたよるよりも、偏見や利害を持った多くの人が、ことばと論理によってその偏見をぶつけあい、利害を明らかにしあった方が、正しい事実、妥当な意見に到達できる、というのが、反対尋問のあるいは交互尋問制度の根底にある考え方である。」平野龍一「ウェルマン『反対尋問』」同『訴因と証拠』241頁以下、247頁（有斐閣、1981年）。

## (2) 伝聞例外規定の創設の検討例

最後に、日本で新たな伝聞例外規定の創設が検討される事態が生じた場合を想定して、その場合における検討例を考えてみる<sup>60</sup>。本稿では、立法により伝聞例外を創設する方が望ましいということについて比較的異論が少ないと思われる<sup>61</sup>、現在の精神状態の供述について検討する。

例えば、現在の精神状態の供述の伝聞例外を立法する議論において、——連邦証拠規則 803 条 3 号とは異なり<sup>62</sup>、——原供述者の供述不能要件を設けるべきかが問題になったと仮定する。この場合に、いかなる視点から解決を導けるであろうか。そもそも、現在の精神状態の供述は、当該精神状態を要証事実とする場合には、知覚・記憶の問題が観念されないものであるから、供述三角形の右辺は極めて強固である。また、表現(真摯性)・叙述については、原供述を聞いた証人に対する尋問によってもある程度吟味可能であることが指摘されており<sup>63</sup>、左辺も一定程度は強化されていると評価できよう。このような供述三角形の状態を踏まえると、供述不能要件について、以下の視点から不要であるとの結論を提示することができるであろう。まず、第一に、必要性の要件を加重するまでもない程度に供述三角形は強化されているのだから、供述不能要件は不要であるという視点である。第二に、反対尋問の最大の働きは知覚・記憶の吟味にあるとする前述の Morgan の考え方を是認するのであれば、現在の精神状態の供述について原供述者を反対尋問しても実益に乏しいのだから、原供述者が供述不能であれ可能であれ大差はないという視点である。

この検討は、典型例を素材とした、ごく簡単な思考実験に過ぎない。しか

60 伝聞例外規定を立法によって創設するという想定は、従来は非現実的なものであったといえる。しかし、近年は、被害者等の供述・供述状況を記録した録音・録画記録媒体に係る証拠能力の特則等を定めた法 321 条の 3 が新設されるなど、立法の動きが進んでいる。

61 立法が望ましいことを指摘する文献として、例えば、以下のものがある。緑大輔『刑事訴訟法入門〔第2版〕』302頁(日本評論社、2017年)。

62 この点については、特に、以下の文献を参照。緑・前掲注(14)「アメリカの刑事手続上の公判外供述(3)」128-129頁。

63 大澤裕「伝聞証拠の意義」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点〔第3版〕』182頁以下、184頁(有斐閣、2002年)、宇藤ほか・前掲注(18)383頁〔堀江〕。



し、伝聞例外の立法論に相当する内容は、Tribe 論文が最も重点的に検討したテーマであり、本検討だけでも、供述三角形を活用することにより伝聞例外の要件を構築する際に配慮すべき事項がより明確になり、地に足のついた議論がしやすくなるであろうことが窺われる。

## おわりに

以上、供述三角形による伝聞例外の分析手法について検討を行った。もっとも、本稿では、消化不良を避けるべく、供述三角形の基本概念を共有したうえで、典型例を素材としたごく簡単な応用を試みたに過ぎない。アメリカでは、供述三角形の活用法をめぐり、近年でも様々な議論が展開されており、分析ツールとしての発展が続いていることから<sup>64</sup>、引き続きその動向を注視したうえで、日本法への導入の途を模索する実益があると思われるが、その点は今後の課題としたい。

---

64 供述三角形をさらに発展させることを試みた論考のうち、比較的近時に発表され、被引用数が多いものとして、例えば、以下のものがある。Julie A. Seaman, *Triangulating Testimonial Hearsay: The Constitutional Boundaries of Expert Opinion Testimony*, 96 GEO. L.J. 827 (2008); Sevier, *supra* note 4.