

早稲田大学博士論文概要書

伝聞証拠概念の研究

佐藤友幸

序

本稿は、伝聞証拠の定義について比較法的視点から再検討を加える研究論文である。伝聞証拠の定義の問題については、現行刑訴法の成立から間もない時期を除き、比較法研究はそれほど盛んではなかったと思われる。本稿では、かかる状況を前提として、現在日本において一般的に通用している定義の射程ないし妥当性を、比較法の見地から問い直すことを目標とする。

第1章 日本法の問題状況

『公判期日における供述に代』わる『書面』および「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」（刑訴法 320 条 1 項）の意義、すなわち伝聞証拠の定義をめぐっては、現在、言い回しは論者によって区々ではあるものの、実質的にはほぼ同一内容の定義が通説として受け容れられており、議論は一応の落ち着きを見せた状態にあると思われる。その定義の内容とは、以下のようなものである。

通説的定義：以下の①②の双方に該当すれば伝聞証拠であり、該当しなければ非伝聞

- ① 公判外でなされた供述を内容とする証拠である。
- ② 当該公判外供述の内容たる事実の真実性を証明するために用いられる証拠である。

通説的定義は、伝聞法則の趣旨から導かれるものであると一般的に説明されている。すなわち、供述証拠により要証事実を認定する際には、相手方当事者により原供述者に対してなされる同時的な反対尋問等の手段により供述過程を吟味する必要性があるところ、伝聞証拠に対してはかかる手段を講じることができないため、原則としてその証拠能力が否定されるべきという趣旨であり、かかる趣旨が妥当する証拠を判別する基準としてふさわしいものが通説的定義であるという理解である。

ここでいう供述過程とは、ある人物が認識していた事実を当該人物の供述から認定する際に吟味を要する、知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述の各プロセスを総称する概念である。そして、これらはいずれも人の心理プロセスであるがゆえに、誤謬の危険性が高いと考えられている。この供述過程という概念は、伝聞法則の議論においてきわめて重要な意味を持つ基本概念であるといえる。

通説的定義を前提とすると、伝聞法則の根拠論との関係で、二つの課題が浮かぶ。

第一の課題は、要証事実について直接的・明示的には言及していないが、供述者の供述過程を介在した推認を経ることによって初めて当該要証事実の証明に関連性が認められるような公判外供述の証拠を伝聞証拠とすべきかという問題であり、通説的定義のもとでは、公判外供述の「内容たる事実」の範囲をどう画定するのが適切かという問題に言い換えること

ができるものである。

第二の課題は、事実認識の表明の要素を伴わない公判外の非言語行為によって要証事実を推認する際に、当該行為者の供述過程を介在した推認を経ることによって初めて当該要証事実の証明に関連性が認められるような場合において、かかる行為の証拠について伝聞法則が適用されるべきか、また、刑訴法 320 条 1 項の解釈論として伝聞法則の適用が可能であるのかという問題である。

これらの課題について、供述過程を介在した推認を経由する証拠であっても、当該供述ないし行為が多義的であり、特別な警戒あるいは慎重な判断がなされる類型であればこれを非伝聞としてよいという理論的根拠が一部の論者により提示されており、この根拠が妥当する範囲については、供述において直接的・明示的に叙述されている事項であるか否かによってこれを画する見解と、事実認識の表明の要素を伴っているかどうかでこれを画する見解とに分かれている状態にある。

第2章 英米法諸国におけるコモンロー上の伝聞法則の課題

英米法圏では、コモンロー準則による規律の時代から、「黙示的主張 (implied assertion)」の証拠に伝聞法則が適用されるべきかという難問が長年にわたって議論されており、これが伝聞証拠の定義に関する中心的課題として扱われてきた。

「黙示的主張」と、その反対概念である「明示的主張」の具体的な意義は、以下の通りである。

明示的主張：証明の対象となる事実が直接的・明示的に叙述されている場合における、その叙述による当該事実の認識の発現

黙示的主張：証明の対象となる事実が直接的・明示的に叙述されているわけではないが、ある行為によって行為者が当該事実を認識していることが推認できる場合における、その行為による当該事実の認識の発現

なお、言語行為内に含まれる要素としての「黙示的主張」(言語行為内の「黙示的主張」と、事実認識の表明の要素を伴わない非言語行為内に含まれる要素としての「黙示的主張」(非言語行為内の「黙示的主張」)は、区別して議論されることが少なくない。

19 世紀前半には、Wright 対 Tatham 判決により、「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として取り扱うべきとする議論が出現した。言語行為内の「黙示的主張」であれ、非言語行為内の「黙示的主張」であれ、コモンロー準則のもとで「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として排除した判例は少なからず存在するが、Wright 対 Tatham 判決は、そのような判例のうちの確認し得る最初のものであり、この問題を論じる際の出発点とされている最重要判例である。

また、Wright 対 Tatham 判決以降のコモンロー上の判例も、少なくともアメリカに関する限り、これを伝聞証拠として取り扱う立場が多数であったと評価されている。

20 世紀には、Wigmore と McCormick が体系書を執筆し、コモンロー上の伝聞法則の概況が整理され、洗練された伝聞証拠の定義も提示された。この定義は、現在の日本における通説的定義と類似したものである。しかし、これは、「黙示的主張」の証拠にはそのままは適用されないものであり、「黙示的主張」の取扱いについては、より踏み込んだ議論が必要とされた。

伝聞証拠の定義に関わる学説のうち、Morgan は、「黙示的主張」の証拠と「明示的主張」の証拠とは典型的に区別されないという見解に立ち、その意味において厳格な立場であったが、一方で、伝聞の危険（知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述の誤謬の危険）が一部についてしか存在しない証拠については、これを非伝聞としてよいという理論を提唱し、伝聞の危険の程度に応じて、伝聞法則の適用をより柔軟に検討すべきという考え方を示した。

他方、Falknor は、「黙示的主張」が「事実の存在ないし不存在について主張する意図を有しない」と評価される場合は、「明示的主張」とは異なり、表現（真摯性）の危険性が無視してもよい程度に軽微であるため、関連性の問題は別論としても、その証拠を非伝聞として扱ってもよいという理論を提唱した。

また、非言語行為に関して、「明示的主張」と「黙示的主張」とを区別するにあたっては、当該行為が証明の対象となる事実について主張する意図を有しているか否かという基準が有力に提示されていた。

第3章 アメリカ法の検討

本章では、アメリカの連邦証拠規則における伝聞証拠の定義規定の内容およびその問題点について検討する。連邦証拠規則は直接的には連邦の証拠法を規律する制定法であるが、その事実上の影響力は、州法も含めたアメリカの大多数の法域にまで及んでいる。すなわち、大多数の州においても、これをひな型とした類似の証拠規則が設けられている。そのため、伝聞証拠の定義に関する現代のアメリカの議論状況の趨勢を把握する手段として、連邦証拠規則の規定内容およびその運用状況を正確に理解することが重要であると考えられる。

連邦証拠規則では、「黙示的主張」の証拠にも対応した伝聞証拠の定義規定が設けられた。この定義規定は、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠を一律に非伝聞として取り扱うものであったが、言語行為内の「黙示的主張」の証拠については、「主張する意図」の有無によって伝聞証拠該当性が左右される。

つまり、この「主張する意図」の要件によって、言語行為内の「黙示的主張」の証拠の少なくとも一部が非伝聞とされ得ることになったが、この要件は、理論的正当性に疑問を呈されており、しかも、適用に際して解釈の幅がきわめて広いという 2 つの問題点を抱えている。連邦下級裁判所の判例も、言語行為内の「黙示的主張」の証拠を一律に伝聞とするもの

と、逆にこれを一律に非伝聞とするもののが出現するなど、大きく見解が分かれる状況がもたらされた。

他方で、非言語行為内の「黙示的主張」については、一律に伝聞法則の適用が否定されるという解釈が確立しており、特段の争いは生じていない。非言語行為については、「主張する意図」の有無によって「明示的主張」と「黙示的主張」との区別が図られているところ、当該行為に事実認識の表明の要素が伴っているか否かという比較的明確なメルクマールが存在し、かつ、「主張する意図」の存在については当該証拠の許容性を争う相手方当事者が挙証責任を負担することがその理由として考えられる。

また、現在、連邦証拠規則では、コモンローよりも多様な伝聞例外が設けられており、また、残余例外規定も存在する。この規定は、証拠としての価値が高いと見込まれる伝聞証拠が出現した場合においても、伝聞例外によって排除される事態を回避することを目的とするものである。そして、それゆえに、連邦証拠規則のもとでは、「黙示的主張」の証拠の取扱いはコモンロー準則が通用していた時代に比して深刻な問題ではなくなっていると考えられる。

第4章 オーストラリア法の検討

本章では、オーストラリア法の動向について紹介し、これに分析を加える。具体的には、オーストラリアにおける中心的な証拠法典である統一証拠法による伝聞法則の規律を取り上げる。

オーストラリアでは、コモンロー上、高等法院によって、「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として扱う見解が採用された。

その後、ALRCの報告書をもとに制定された統一証拠法では、連邦証拠規則に倣った伝聞証拠の定義規定が設けられた。そして、その解釈にあたっては、連邦証拠規則と同様の問題状況が認められる。すなわち、「主張する意図」の有無を伝聞・非伝聞の区別の基準とすることが理論的に疑問視され得るうえ、解釈にかなりの解釈の幅があるという問題である。

その結果として、言語行為内の「黙示的主張」に関する限りにおいて「主張する意図」の要件を無力化する判例が出現した(Hannes判決)。Hannes判決に対処し、「主張する意図」の要件をより実効化すべく、2008年には、「主張することを意図していたと合理的に考えられる」場合に「主張する意図」の存在が認められるという改正が行われ、「意図についての客観的テスト」が新たに採用された。

しかしながら、この改正は「主張する意図」の範囲を限定化するものではないとする判例(Karam判決)も出現し、依然として、言語行為内の「黙示的主張」の証拠が広く伝聞証拠とされる解釈の余地が残されている状況にある。

このようなオーストラリア法の状況を踏まえると、以下のことがいえるであろう。まず、言語行為内の「黙示的主張」に関する限りにおいて、「主張する意図」の要件の解釈を統一

することが困難であるというのは、アメリカ法固有の原因によるものではなく、判例の不統一は特異な現象ではないと考えられる。つまり、「主張する意図」の要件は、それ自体が本来的に不明確な適用基準であると思われる。しかも、いかなる場合に「主張」があるのか、そして、「主張する意図」があるのかという点についての解釈の不統一の問題は、「主張する意図」の要件について解釈指針を立法上設けることによっても容易には克服しがたいものであるということが示唆されている。

伝聞例外については、統一証拠法では、連邦証拠規則のような残余例外が設けられているわけではないものの、コモンロー準則に比べれば大幅に拡張されている。そのため、言語行為内の「黙示的主張」について、「主張する意図」の要件を無力化する解釈を前提とした場合でも、証拠としての価値が高い「黙示的主張」の証拠が伝聞証拠として排除される事態が生じる危険性は、皆無ではないにしても、それほど大きなものではないと考えられる。

第5章 イギリス法の検討

本章では、イギリス法の動向について検討する。イギリスでは、「黙示的主張」の証拠を一律に非伝聞として扱う立法が実現した。このような立法を断行した法域は珍しいと考えられ、いかなる経緯で、また、いかなる論理によってこのような立法が実現したのかを検討する必要性が高いと見込まれる。

コモンロー上のイギリスの諸判例をまとめ上げ、伝聞法則の適用範囲を一般的な公式にしたものとして、イギリスの代表的な証拠法体系書である Cross & Tapper on Evidence における以下の記述がある。

「当該手続において口頭で証言している人物によってなされた供述以外のあらゆる供述は、供述されたいかなる事項または意見の証拠としても許容されない(any statement other than one made by a person while giving oral evidence in the proceedings is inadmissible as evidence of any fact or opinion stated).」

これは、コモンローの時代のイギリスを総括したものとして確立した地位にあったといわれてよい。ただし、「黙示的主張」の問題に関する明確な判例が出現していない段階では、この公式の、「供述された……事項」に「黙示的主張」が含まれるかは明らかではなく、公式によって「黙示的主張」の論点が解決されるわけではない。

また、貴族院の Myers 判決によって、コモンロー上のイギリスでは立法以外の手段で伝聞例外を創出する途は断たれることになった。しかし、その後も、2003 年刑事司法法の制定に至るまで、刑事手続に関する包括的な伝聞法則関係の立法は実現しなかった。一方で、パッチワークとしての個別的な立法による伝聞例外の創出の動きは止まっておらず、伝聞例外が体系性を欠き不明確であるという問題は解消されるどころか、深刻化していったと考えられる。

その後、貴族院の Kearley 判決によって、「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠に分類する立

場が確立した。この頃は、伝聞例外が立法上整備されていなかったため、Kearley 判決によって、価値が高いと見込まれる「黙示的主張」の証拠が伝聞法則により排除されかねないという事態が生じた。

2003 年刑事司法法では、事実を「他者に信じさせる目的」をもってなされた公判外供述のみを伝聞証拠に分類するという定義規定が設けられ、「黙示的主張」の証拠は一律に非伝聞になるという立法が実現した。

立法の検討段階では、当初、連邦証拠規則と同様に、「主張する意図」の有無を基準として伝聞・非伝聞を区別する方策が本格的に検討されていた。しかし、LC は、「主張する意図」の要件を具体的に適用することが困難であるとの指摘を受け容れ、より明確な基準を模索した結果として、上記の基準を設定したのであった。

しかし、この立法の結果として、「黙示的主張」の証拠のみならず、従来は当然に伝聞証拠として扱われてきたはずの一部の「明示的主張」の証拠までも非伝聞に分類され得る事態が生じた。すなわち、他者に公開されることが予定されていない日記などは、事実を「他者に信じさせる目的」が存在しないとして、非伝聞に分類されることになった。

また、2003 年法の伝聞例外は、連邦証拠規則と比較してもコモンロー準則から大幅に拡張されたものであり、残余例外規定も設けられた。したがって、価値が高いと見込まれる「黙示的主張」の証拠が伝聞証拠に分類される事態が絶対に生じないことを目指して、大胆な立法がなされたといえることができる。

第6章 カナダ法の検討

本章では、カナダにおける伝聞法則の改革を概観する。

アメリカにおいて連邦証拠規則で「主張する意図」の基準が設けられ、かつ、イギリスにおいて立法上 Kearley 判決が否定されたのちに、カナダではこれと対極の Kearley 判決に沿った見解が採用された点が特徴的である。

前提として、カナダでは、依然として伝聞法則に関する包括的な立法が実現しておらず、伝聞法則はコモンロー準則によって規律されている。

そのような状況の中、2013 年の Baldree 判決において、最高裁は、言語行為内の「黙示的主張」の証拠を一律に伝聞証拠に分類するということを宣言した。その理由は、供述が「黙示的主張」となるか「明示的主張」となるかは言い回しという偶然の事情に左右され得ることから、両者を典型的に区別することは妥当ではないということと、言語行為内の「黙示的主張」には真摯性が担保されているから非伝聞として扱っても構わないという論理が妥当ではないということにあるということが示された。

もっとも、非言語行為内の「黙示的主張」については、最高裁は判断を留保しており、上記の理由がこれについても妥当するかという点については、考えが示されていない。非言語行為については、行為の意味内容という意味における叙述の解釈はあるものの、文言の解釈

は存在しない。したがって、非言語行為内の「黙示的主張」についてもこの理由が妥当するというには、この相違点を踏まえたうえでより掘り下げた説明が要求されるであろう。

さらに、「黙示的主張」の場合には表現（真摯性）の問題を無視してよいほどに軽微となることがあり得るとする論理は、元々は非言語行為内の「黙示的主張」を念頭に置いて提示されたものであった。したがって、仮に言語行為内の「黙示的主張」についてこの論理を否定する方が説得的であるとしても、非言語行為内の「黙示的主張」についても同様の説得性をもって否定できるとは限らないといえよう。

また、カナダは、伝聞例外について、プリンシプルド・アプローチというきわめて柔軟な準則が採用されており、証拠としての価値が高いと見込まれる「黙示的主張」の証拠が排除される事態を回避することが可能であるということを経験自身が述べており、そのことが言語行為内の「黙示的主張」を伝聞証拠に分類する後押しになったということが明言されている。

第7章 日本法の再検討

本章では、前章までの検討によって得られた比較法的知見をもとに、第1章において提示した日本法の課題を再検討する。

第一の課題に対処する第一の選択肢として、言語行為内の「黙示的主張」を一律に非伝聞として扱うということが考えられる。本稿で検討した法域のうち、「黙示的主張」を一律に非伝聞とする法制度を採用したのはイギリスのみである。したがって、通説的定義とは異なるかたちで定義を再構成するとすれば、具体的には、イギリス法の定義を模倣することが考えられる。しかし、この定義は、理論上、日本法が模倣するには大きな難点を抱えていると評価せざるを得ない。イギリス法のもとでは、「明示的主張」であっても、それが、日記・自己使用目的のメモ・独り言など、他者に公開されることが予定されていないものとしてなされた場合であれば、その証拠は非伝聞に分類されるが、このような「明示的主張」の証拠を非伝聞に分類することは、理論上正当であるとはいえない。

また、通説的定義を前提としたうえで、言語行為内の「黙示的主張」として推認可能な事実は公判外供述の「内容たる事実」に一切含まれないと理解することも、これを正当化する理論的根拠を見出すことは困難であり、妥当とはいえない。

第二の選択肢としては、言語行為内の「黙示的主張」の証拠について、何らかの基準により、伝聞証拠に分類されるものと非伝聞に分類されるものに区別することが考えられる。この選択肢を採用するにあたっては、適切な区別基準を設定することが可能であるかが最大の問題となる。

区別基準を検討するにあたっては、前提として、Morgan の見解を参照することが有益であろう。すなわち、伝聞証拠該当性は、知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述の実質的な危険を基準に判断されるべきである。伝聞例外として許容されている証拠と比較しても実際には伝聞の危険の程度が大きくないものについては、裁判所が許容してよい。

Morgan による伝聞の危険の程度の判断は、当該行為を証拠とする場合に知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述の伝聞の危険が全て存在するのか、それとも一部が存在しないかという類型的な視点からなされていた。したがって、伝聞の危険の一部が存在しないか、これが無視してよい程度に軽微であると評価できる場合であれば、当該証拠を非伝聞に分類してもよいという発想を認めているといえる。

「黙示的主張」の一部について、類型的に伝聞の危険が存在しないか、これが無視できるほどに軽微であると仮にいえるとすれば、その危険は、表現（真摯性）に関する危険に限られると考えられるところ、そのような証拠を抽出する基準の代表であり、かつ、現在広く知られている唯一といってよい例が、原供述者の「主張する意図」の有無を問題とする、連邦証拠規則および統一証拠法の基準である。連邦証拠規則および統一証拠法は、言語行為内の「黙示的主張」について、「主張する意図」が存在しない場合には、表現（真摯性）の危険が存在しないか、これが無視できるほどに軽微であるとするものであるが、この「主張する意図」という基準は、「主張」の概念と「意図」の概念がそれぞれ不明確であり、言語行為に関する限り解釈の幅が広いものである。したがって、「主張する意図」の有無について統一性を保ちながら判断することは、現実的には非常に困難であるし、裁判所によってはこれが基準として無力化する場合もあるということが、連邦証拠規則および統一証拠法の運用状況から明らかになっている。したがって、言語行為内の「黙示的主張」の伝聞証拠該当性の区別の判断に際して、「主張する意図」が含まれているかどうかを基準とする考え方は、少なくとも、積極的に採用すべきものではないと解する。

結論として、言語行為内の「黙示的主張」の証拠について、何らかの基準により、伝聞証拠に分類されるものと非伝聞に分類されるものに区別する見解は、相応しい基準を設定することが困難であるから、採用すべきではないと解する。

そもそも言語行為とは、何らかの意思内容を言語の形で発現させる行為であるため、そこには、発現された意思内容について、表現（真摯性）の問題が観念される。そして、その表現（真摯性）の問題は、直接的には要証事実についての叙述ではないとしても、証拠の信用性に影響を及ぼす要素であると考えられる。したがって、私見では、言語行為内の「黙示的主張」の証拠を一律に伝聞証拠に分類する考え方が妥当であると解する。

続いて、第二の課題について考える。

本稿で検討の対象とした法域においては、現在、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として扱うところは存在しなかった。私見でも、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠を一律に非伝聞に分類すべきと解する。

非言語行為内の「黙示的主張」の場合、言語行為内の「黙示的主張」とは異なり、その行為は、何らかの意思内容を言語の形で発現させ、それによって何らかの事実認識を表明する要素を伴うものではない。表現（真摯性）の問題は、当該行為者による事実認識の表明が正直になされたものであるかの問題であると言い換えることができる。非言語

行為には、このような問題が観念されないからである。そうすると、非言語行為内の「黙示的主張」から事実を推認する場合には、表現（真摯性）の危険は存在しないという評価ができる。以上より、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠を一律に非伝聞に分類することの理論的正当性が認められる。

また、非言語行為については、「明示的主張」と「黙示的主張」は、行為者が要証事実について「主張する意図」を有しているか否かを基準に区別されるべきと解する。そして、非言語行為の「主張する意図」の存在については、当該証拠の排除を求める相手方当事者が負担すべきである。

日本の刑訴法は伝聞例外が限定的であり、とりわけ、被告人以外の者の供述についての伝聞証言に関しては、324条2項が準用する321条1項3号という厳格な規定しか設けられていない。そのため、言語行為内の「黙示的主張」の証拠を一律に伝聞証拠扱いすとなれば、価値が高いと見込まれる「黙示的主張」の証拠の証拠能力が時として否定される事態が生じ、不都合が生じるようにも思われるところである。

この点についてさらに掘り下げた検討を進めることが、現時点で残された最大の課題であるといえよう。本稿では、各国の伝聞例外の枠組みを確認したが、それは、今後の伝聞例外の本格的な調査の準備作業に位置付けられるものである。

また、言うまでもないことであるが、伝聞法則の適用範囲の問題は、本稿で主題とした「黙示的主張」の問題に尽きるものではない。すなわち、一般的な関連性の問題や、証人審問権の問題などについても議論を尽くさなければ、伝聞法則の適用範囲の検討は十分とはいえない。

今後は、本稿で取り上げた問題点をより掘り下げて検討すると同時に、論点の幅を広げ、総合的・複眼的に伝聞法則の適用範囲を検討することも必要である。