

早稲田大学審査学位論文（博士）

# 伝聞証拠概念の研究

佐藤友幸

## 目次

### 序

#### 第1章 日本法の問題状況

第1節 伝聞証拠の通説的定義

第2節 通説的定義の論理

第3節 通説的定義の具体的適用の在り方：事例の検討

第4節 検討課題の整理

第5節 裁判例および学説について

第6節 本章の整理

#### 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

第1節 「黙示的主張」とは

第2節 Wright 対 Tatham 判決

第3節 その他のコモンロー上の判例

第4節 コモンローを前提とした伝聞証拠の定義に関する学説

第5節 本章の整理

#### 第3章 アメリカ法の検討

第1節 連邦証拠規則の定義

第2節 連邦裁判所の判例

第3節 連邦証拠規則における伝聞例外の枠組み

第4節 本章の整理

#### 第4章 オーストラリア法の検討

第1節 具体的検討対象

第2節 Walton 判決以前の状況

第3節 Walton 判決

第4節 統一証拠法成立から改正までの状況

第5節 統一証拠法改正以降の状況

第6節 伝聞例外の規律

第7節 本章の整理

#### 第5章 イギリス法の検討

第1節 Kearley 判決以前の状況：コモンロー上の伝聞法則

第2節 Kearley 判決

第3節 2003 年法成立までの経緯：法律委員会の見解を中心に

第4節 2003 年法の規定の概観

- 第5節 2003年法施行後の控訴院の判例の動向
- 第6節 伝聞例外その他の規定
- 第7節 本章の整理
- 第6章 カナダ法の検討
  - 第1節 カナダ法検討の意義・カナダの裁判所制度および証拠法の枠組み
  - 第2節 伝聞例外の規律
  - 第3節 プリンシプルド・アプローチの確立
  - 第4節 伝聞法則の適用範囲
  - 第5節 本章の整理
- 第7章 日本法の再検討
  - 第1節 課題の確認
  - 第2節 第一の課題について：言語行為内の「黙示的主張」の取扱い
  - 第3節 第二の課題について：非言語行為内の「黙示的主張」の取扱い
  - 第4節 おわりに

## 序

本稿は、伝聞法則（刑訴法 320 条 1 項）の適用範囲についての研究論文である。より具体的には、伝聞法則の適用対象となる証拠、すなわち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ものである。

伝聞法則は、日本の証拠法分野の中でもきわめて活発な議論が展開されてきた法領域である。伝聞法則に関係する論点は多種多彩であり、それら一つ一つについて充実した議論が展開されてきた。とりわけ、憲法 37 条 2 項前段によって保障されている証人審問権と伝聞法則の関係性をめぐっては、現行刑訴法の成立直後から長年にわたり盛んに論じられており、比較法研究も充実している。

他方で、伝聞証拠の定義の問題については、1950 年代から 60 年代にかけての、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。

この目標を果たすべく、本稿では、以下の検討手順を踏む。

まず、第 1 章において、これまでの日本法の議論状況を検討する。ここでは、現在一般的に通用している伝聞証拠の定義およびこれが導かれる理論的根拠を確認する。そのうえで、当該定義は伝聞法則の理論的根拠が妥当すると考えられる証拠を網羅的に捕捉するものではないことを明らかにし、解決すべき問題として、かかる証拠の取扱いの問題が残されていることを示す。

続いて、第 2 章では、英米法圏の伝統的なコモンロー準則のもとでの伝聞証拠の定義について検討し、第 1 章で提示された問題について英米法圏で繰り広げられてきた議論の内容を敷衍する。

第 3 章ないし第 6 章では、第 2 章で検討した議論状況を前提として、現代の英米法圏の各法域で伝聞法則がいかなる発展を遂げているのかを比較法的に分析する。具体的な比較対象は、アメリカ法（第 3 章）・オーストラリア法（第 4 章）・イギリス法（第 5 章）・カナダ法（第 6 章）である。伝聞法則の発祥法域たるイギリスと、日本の伝聞法則関係の規定の母法の法域であるアメリカの比較法的重要性はいうまでもないと思われるが、オーストラリアおよびカナダも、立法上ないし判例上、注目に値する動きを見せていることから、本稿で取り上げることにしたい。

最後に、第 7 章において、第 2 章ないし第 6 章で得られた比較法的知見をもとに、日本法における伝聞証拠の定義について再検討する。すなわち、伝聞法則の理論的根拠が妥当すると考えられるも、従来定義によっては当然には捕捉されてこなかった証拠の取扱い

について検討し、現在の定義の理論的正当性およびその在り方を問い直す。

## 第1章 日本法の問題状況

### 第1節 伝聞証拠の通説的定義

刑訴法 320 条 1 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。」と規定している。文言上は、「伝聞証拠」ないし「伝聞」という語が直接的に用いられているわけではないが、この規定によって、英米法圏の証拠排除法則たる、'hearsay rule'ないし'rule against hearsay'に倣った伝聞法則（伝聞証拠排除法則）が採用されたと一般的に理解されている<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> 同規定は大陸法由来の直接審理主義の趣旨を含むものであるとする見解も存在する。この見解は、日本の刑事訴訟の特質を踏まえたものとして、とりわけ 321 条以下の例外規定の解釈ないし立法の検討にあたって大きな意味を持ち得る。もっとも、現行刑訴法の立法経緯を踏まえると、320 条以下が少なくとも第一次的には伝聞法則の規定として設けられたものであることは否定しがたいし、これに直接審理主義の趣旨が含まれるとする論者がそのことまでをも否定しているわけではない。以下、本稿の記述は、現行刑訴法が第一次的には伝聞法則を採用したものであることを前提とする。刑訴法 320 条 1 項が直接審理主義の趣旨を含むものであるとする代表的な文献として、以下のものがある。小野清一郎「新刑訴における証拠の理論」刑法雑誌 4 巻 3 号 289 頁以下、319-324 頁（1954 年）、小野清一郎ほか『ポケット註釈全書 刑事訴訟法（下）（新版）』863-875 頁〔横井大三〕（有斐閣、1986 年）。また、以下の文献も参照。栗本一夫「伝聞法則」団藤重光責任編集『法律実務講座 刑事編（第 8 巻）』1845 頁以下、1878-1881 頁（有斐閣、1956 年）、小西秀直「判批」研修 408 号 75 頁以下、82 頁（1982 年）、三好幹夫「伝聞法則の適用」大阪刑事実務研究会『刑事証拠法の諸問題（上）』60 頁以下、74-76 頁（判例タイムズ社、2001 年）、小林充「伝聞証拠に関する覚え書」北海学園大学法学研究 45 巻 2 号 365 頁以下、368-369 頁（2009 年）、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法（第 7 巻）（第 2 版）』569-571 頁〔中山善房〕（青林書院、2012 年）、古江頼隆「伝聞法則の系譜（覚書）」同志社法学 67 巻 2 号 599 頁以下（2015 年）。320 条以下の伝聞法則関係の規定の立法経緯については、特に、以下の文献を参照。勝田成治ほか「座談会 刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト 551 号 30 頁以下、50-51 頁（1974 年）、渡辺咲子「現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈：伝聞法則を中心として」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』293 頁以下（青林書院、2003 年）、同「現行刑事訴訟法の伝聞法則に関する規定の制定経緯について」明治学院大学法律科学研究所年報 20 号 41 頁以下

もっとも、同規定が伝聞法則を採用したものであるからといって、いかなる証拠がその適用を受けるかは自明ではないことから、条文解釈として伝聞証拠の定義を明らかにしなければならない。つまり、『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」の意義をより具体的に明らかにすることなくして、同規定を適切に用いることはできない<sup>2</sup>。

そして、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。

すなわち、伝聞証拠とは、①公判外でなされた供述を内容とする証拠<sup>3</sup>であり、かつ、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を指し、これに

---

(2004年)。

<sup>2</sup> 以下、特段の断りが無い限り、本稿における日本法の議論でいう「伝聞の定義」ないし「伝聞証拠の定義」とは、刑訴法 320 条 1 項の『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」の意義のことを指す。

<sup>3</sup> 「公判外でなされた供述」のいうところの「供述」は、当該供述がなされた形態を問わないと一般的に考えられている。すなわち、一般的な考え方によれば、口頭で発せられた言語のみならず、書面その他の記録媒体に残された言語も「供述」に含まれ得る。さらには、質問者の問いかけに頷く、あるいは首を振るなどといった、身振り手振りなどの行為（ジェスチャー）も、行為者の意思内容を伝達する要素を伴うものであれば「供述」に含まれる余地がある。この点について、例えば、以下の文献を参照。宇藤崇ほか『刑事訴訟法（第2版）』371-372頁〔堀江慎司〕（有斐閣、2018年）。

伝聞証拠の定義の議論の文脈においては、「公判外でなされた供述を内容とする供述または書面」などと、定義において「書面」という語を用いる論者も存在する。この場合は、後者の「供述」、すなわち、「供述または書面」のいうところの「供述」は、公判における口頭の証言など書面以外の手段でなされたものを意味することになり、両者は「伝聞供述」と「伝聞書面」として、より明確に区別される。この用語法の方が、刑訴法 320 条 1 項の文言に忠実であるといえよう。もっとも、この場合においても、前者の「供述」、すなわち、「公判外でなされた供述」でいうところの「供述」には、書面によってなされたものも含まれる。つまり、前者の「供述」の意味と後者の「供述」の意味とが異なることになり、議論の混乱をもたらすきらいがある。また、用語法として「伝聞書面」と「伝聞供述」を区別するとしても、具体的な定義の適用の場面で、その区別によって結論に差異が生じるわけでもない。したがって、本稿では、両者を区別する用語法の方が規定の文言に忠実であることに注意を払いながらも、原則として区別を行わないことにする。

該当しない証拠が非伝聞であるとするものである<sup>4</sup>。以下、本稿では、これと同内容の判断基準を指して、「通説的定義」という。

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。

## 第2節 通説的定義の論理

### 第1款 供述過程と伝聞法則の関係性

前節において示した通説的定義は、伝聞法則の趣旨から導かれるものであると一般的に

---

<sup>4</sup> 実質的にこれと同内容の定義を採用する論考ないし教科書は枚挙にいとまがない。そのうち、用語法として、定義内で「伝聞供述」と「伝聞書面」の区別を行わないものとして、例えば、以下の文献がある。田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、1996年）363頁、松尾浩也『刑事訴訟法（下）（新版補正第2版）』44頁（有斐閣、1998年）、後藤昭『伝聞法則に強くなる』15頁（日本評論社、2019年）、川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕（第2版）』405頁（立花書房、2021年）。また、両者を区別するものとして、例えば、以下の文献がある。宇藤ほか・前掲注（3）374頁〔堀江〕。

これに近い定義を掲げる記述は昭和20年代には既に日本の文献に存在する。江家義男『刑事証拠法の基礎理論（訂正版）』55-56頁（有斐閣、1952年）では、「反対尋問の機会が與えられない公判外の供述であつて、供述内容である事実（要證事實）の証明に供せられるもの」が「傳聞證據」であると説明されている。同書は全体としてアメリカの証拠法学者である Wigmore の体系書たる Wigmore on Evidence の記述を参照しながら執筆された著作であり、この部分も Wigmore on Evidence の記述に依拠している。この点について、具体的には次章において説明する。



説明されている<sup>5</sup>。すなわち、供述証拠<sup>6</sup>により要証事実<sup>7</sup>を認定するには、相手方当事者

---

<sup>5</sup> 以下の説明は、特に、以下の文献を参照。田宮・前掲注(4) 366-370頁、松尾・前掲注(4) 28-29頁、宇藤ほか・前掲注(3) 370-374頁〔堀江〕、後藤・前掲注(4) 5頁、川出・前掲注(4) 406頁。

<sup>6</sup> 周知の通り、供述証拠という概念の理解は必ずしも一致していない。現在では、特に、これを人の供述を内容とする証拠一般を指す概念とする理解(広義説)と、人の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を指す概念とする理解(狭義説)に大別され、狭義説が多数説である。本稿では、原則として狭義説の用語法に従う。供述証拠の意義について、特に、以下の文献を参照。後藤・前掲注(4) 6-7頁、濱田毅「非伝聞の許容性と『要証事実』」同志社法学 72 巻 7 号 2343 頁以下、2352-2358 頁(2021年)。なお、供述証拠ないし「供述」の意義を狭義説よりもさらに限定的に理解する文献として、以下のものがある。本田正義=桂正昭「伝聞法則の例外」団藤重光責任編集『法律実務講座 刑事編(第8巻)』1883 頁以下、1893-1896 頁(有斐閣、1956年)、山崎清『証拠法序説』192-194 頁(有精堂、1961年)。

もっとも、供述証拠の意義について両説のいずれを採用するとしても、通説的定義を前提とする限りにおいては、伝聞法則の適用範囲に実質的な違いは生じないと考えられる。

まず、狭義説のもとで供述証拠に該当する証拠の場合、その時点で定義の②部分の該当性の検討が終わっており、これに該当していることになる。そして、定義の①部分の該当性の検討、すなわち、当該供述証拠が公判外の供述を内容とするものであるか、そうではなく、公判における証言を内容とするものであるかという点が、伝聞証拠の定義に該当するか否かの分水嶺となり、前者の場合には当該供述証拠は定義に該当し、後者の場合には定義に該当しないことになる。

続いて、広義説のもとで供述証拠に該当する証拠の場合、当該供述証拠が公判外における供述を内容とするものでなければ、すなわち定義の①部分に該当しなければ伝聞法則が適用されないことは、狭義説と同様である。そして、当該証拠が公判外の供述を内容とするものである場合において、それが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場合、すなわち定義の②部分に該当する場合は伝聞法則が適用されることになる。

要するに、供述証拠の意義について狭義説と広義説のいずれを採用したとしても、定義の①部分および②部分の双方を充足するか否かが、供述証拠該当性の検討の段階ないし伝聞証拠該当性の検討の段階の少なくともいずれかで吟味され、その結論によって当該証拠が伝聞証拠に該当するか否かが定まるのであり、説の違いが伝聞法則の適用範囲に差異をもたらすものではないことがわかる。この点について、以下の文献を参照。古江頼隆『事例演習刑事訴訟法(第3版)』392 頁(有斐閣、2021年)。

なお、論者によって明確に意識されているとは限らないが、刑訴法 320 条 1 項の「供

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<sup>8</sup>により供述過程を吟味する必

---

述」と、供述証拠という用語のいう「供述」は、一般的に同義のものとして用いられていると思われる。すなわち、非供述証拠は、刑訴法 320 条 1 項の「供述」ではなく、伝聞法則の適用の余地はないということがこれまで前提とされてきたといえよう。

ただし、原供述者による供述時点における心理状態の供述——以下、単に「現在の心理状態の供述」という——の証拠については、これを非伝聞として扱う論者も、これが供述証拠であることは認めるのが一般的である。この場合、現在の心理状態の供述の証拠は、320 条 1 項の「供述」に該当しないことになるのか、それとも、「供述」に該当するものの同項の適用を受けないという扱いになるのかという点については、目立った議論が展開されていない。この議論は伝聞法則の適用の有無の結論に影響するものではないから、論じる実益に乏しいとはいえ、伝聞証拠の定義の議論が条文の文言から離れた形でなされる傾向があることを示す一例であると考えられる。

<sup>7</sup> 要証事実は多義的な概念であり、とりわけ、文脈によっては主要事実と同義のものとして用いられることがある点に注意を要する。もっとも、伝聞法則の議論では、当該証拠によって直接証明されるべき事実という意味にこれが用いられることが多い。本稿でも、特段の断りが無い限り要証事実という語を原則としてこの意味に用いることにする。以上について、特に、以下の文献を参照。宇藤ほか・前掲注 (3) 378 頁〔堀江〕、濱田・前掲注 (6) 2362-2396 頁 (とりわけ 2370-2389 頁)。

<sup>8</sup> 以下、本稿では、特段の断りが無い限り、同時的な反対尋問を指して、単に「反対尋問」という。反対尋問のほかには、公判において証人の供述態度を観察することおよび偽証罪による制裁の可能性を伴った宣誓を証人に課すことが供述過程の吟味に資する手段として挙げられる。もっとも、これら 2 つの手段は、あくまでも供述過程のうち表現 (真摯性) ないし叙述の吟味に資するものに過ぎず、知覚ないし記憶の吟味に役立つものではない。英米法圏の議論においても、これら 2 つの手段は反対尋問に比べれば重要性は低いと一般的に考えられている。

なお、反対尋問を特に重視する定義として、伝聞証拠を「反対尋問を経ない供述証拠」とする平野龍一の有力な定義がある。ただし、平野は、供述証拠については、「人が一定の事実を見て、それを記憶し、これを表現し叙述したものを、その事実の存在の証明のために用いる場合をいう」と定義しており、大きな分類としては狭義説に立っていることから、通説的定義と平野の定義との差異が結論として顕在化するのは、証人が公判で証言したが何らかの理由により反対尋問が実施されていない場合などに限られる。また、この定義は 320 条 1 項の文言からあまりに乖離するものであるし、反対尋問の欠如の観点のみから伝聞法則を説明することは困難であるとの批判がなされている。平野の定義および供述証拠の説明については、以下から引用した。平野龍一「伝聞排斥の法理」同『訴因と証

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<sup>9</sup>。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<sup>10</sup>。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ため、それぞれの意味するところを丁寧に確認する必要があると思われる。そこで、本章では、あらゆる議論に先立って、まず、供述過程それぞれの意味を確認することにする。

---

拠』220頁以下、220頁（有斐閣、1981年）。また、これと同内容の定義を支持する文献として、例えば、以下のものがある。小林・前掲注（1）370-371頁、田口守一『刑事訴訟法（第7版）』421頁（弘文堂、2017年）。平野の定義の内容およびこれに対する批判については、以下の文献も参照。平野龍一『刑事訴訟法』203-206頁（有斐閣、1958年）、同『刑事訴訟法概説』161-163頁（東京大学出版会、1968年）、後藤・前掲注（4）19-20頁、古江・前掲注（6）390-392頁。

<sup>9</sup> 以下、本稿では、各供述過程の全部ないし一部に対して評価を加えることによって導かれる推認を指して、「供述過程を介在した推認」という。

<sup>10</sup> 宇藤ほか・前掲注（3）371頁〔堀江〕。

また、伝聞法則の議論においては、「誤謬」というやや馴染みが薄いと思われる単語がしばしば用いられることから、その意味についてここで確認する。一般の国語辞典によれば、「誤謬」とは、「間違い」ないし「誤り」を意味する単語である。しかし、伝聞法則の議論の文脈において、「誤謬」を「間違い」ないし「誤り」と言い換えることが適切でない場合がある。原供述者の知覚ないし記憶について、その吟味の場面で問われるのは、それらに「間違い」ないし「誤り」が存在しないかということであり、「誤謬」との言い換えが可能であろう。しかし、詳しくは後述するが、表現（真摯性）の問題とは、原供述者が作為的に虚偽の内容の供述をなしたかどうかの問題であり、原供述者が「間違い」ないし「誤り」をおかしたかどうかという問題とはいいいにくい。また、叙述の問題も、原供述者の言い間違いや書き間違いの有無の問題に尽きるものではなく、原供述者がどのような暗号や隠語を用いたか、などといった問題が含まれるところ、これも「間違い」ないし「誤り」という言葉には馴染まない。より踏み込んで「誤謬」の意味を考えるに、ここでいう「誤謬」とは、「真実とは異なる事実認定をもたらす要素」という、論理学の用語の「真理」の対義語としてこれが用いられる場合に近いニュアンスの意味であると考えられる。本稿でも、「誤謬」の意味をこのように理解して用いることにする。

## 第2款 各供述過程の意味

### 1. 叙述

まず、供述過程のうち、叙述の意味について確認する<sup>11</sup>。

供述証拠による事実認定を行う場合、事実認定者は、まず、供述者によっていかなる趣旨の供述がなされたのかを判断しなければならない。換言すれば、事実認定者は当該供述によって供述者のいかなる事実認識が反映されたのかを判断する必要がある<sup>12</sup>。この判断作業が、供述過程のうちの叙述の吟味である。叙述の吟味とは、当該供述によって伝達されようとしている認識内容の解釈であると言い換えることも可能であろう<sup>13</sup>。叙述の吟味が具体的にどのような作業であるかを考えるにあたっては、当該供述が言語によってなされたものである場合と、言語によらない行為によってなされたものである場合とで区別するのが整理として有益であると思われる。

#### (1) 言語行為によってなされた供述における叙述

叙述は、言語を表出させる行為——以下、「言語行為」という——による供述の場合、その意味が通常明確かつ一義的に解釈されるようなときにはあまり問題にならない一方で、その意味について直ちには明確に解釈できないときや多義的な解釈が可能な言葉が用いられたときには重要な問題になることがある。

例えば、覚醒剤事犯の被告人が、自身の日記に「ブツが欲しい。」と記載していたとする。周知の通り、この「ブツ」という言葉は、一般的に、様々な物品を代名詞的に指示す

---

<sup>11</sup> 叙述については、英米法圏で議論が充実している。ここでは、以下の文献を参照して、英米法圏の議論を先取りしている。Edmund M. Morgan, *Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept*, 62 HARV. L. REV. 177, 197-201 (1948); Ted Finman, *Implied Assertions as Hearsay: Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence*, 14 STAN. L. REV. 682, 686-91 (1962).

<sup>12</sup> ここでいう事実認識には、外界から知覚した事実の認識のみならず、供述者自身の現在ないし過去の心理状態という内在的な事実の認識も含まれる。現在の心理状態の供述の証拠を伝聞証拠として扱うべきかどうかは別論としても、少なくともこれに叙述の誤謬の危険性が含まれ得ることについて異論は無いと考えられるためである。

<sup>13</sup> なお、公判外供述について、原供述者がどのような言葉を叙述したのか、または、どのような動作をなしたのかという点は、その言葉ないし動作を見聞きした人物に問うか、その言葉が記された書面の真正性を問うことにより確認すべき事項であるから、ここでいう叙述の問題ではない。

る際に用いられる俗語である。そして、日記内の「ブツ」という記載が覚醒剤を意味するものであるということが確認されれば、これは、覚醒剤を欲する意思を明らかにする趣旨の供述であると認められる。他方で、ここでいう「ブツ」が、犯罪とは無関係の別の物品を意味するものであることが明らかになれば、これは、覚醒剤とは何ら関係が無い供述ということになる<sup>14</sup>。

このように、供述によって示された不明確な事実認識の内容を明らかにする作業が叙述の吟味である。もちろん、当該日記の他の箇所の記載内容と照らし合わせたり、日記が作成された状況や日記の外形的状態を踏まえるなどすれば、この「ブツ」という記載が覚醒剤を意味すると解釈してほぼ問題が無いといえるような場合もあるが、それとは逆に、「ブツ」という記載の意味内容が多義的に解釈され得る場合や、記載の意味内容が一切明らかにならない場合も十分想定可能であろう。言葉の意味内容の解釈が問題になるという意味において叙述が特に問題となる場面を類型化すると、供述に暗号、方言、隠語が用いられた場合などを挙げる事ができる<sup>15</sup>。

また、供述に言い間違い、書き間違いが無いかという点も、叙述の問題である。つまり、供述者が表出させようとした認識内容<sup>16</sup>と、実際に表出した認識内容との間に食い違いが存在しないかが確認されなければならない。不明確ないし多義的な供述によって表明された供述者の事実認識の内容を明らかにする作業よりも、言い間違い、書き間違いを確認する作業の方が叙述の吟味の内容として一般的によく知られており、意識される場面が多いと思われる<sup>17</sup>。

## (2) 非言語行為によってなされた供述における叙述

続いて、言語を表出させる行為以外の行為——以下、「非言語行為」という——によってなされた供述における叙述の意味についても具体例を挙げて確認する。この場合であっても、言語が存在しないことを理由として叙述が欠けているという評価に至るわけではな

---

<sup>14</sup> この日記が公判で証拠とされようとするならば、これは現在の心理状態の供述の証拠に該当するため、その伝聞証拠該当性については様々な考え方があり得るところであるが、ここではひとまずその議論には立ち入らない。

<sup>15</sup> この点については、特に以下の文献を参照。Morgan, *supra* note 11, at 197-99.

<sup>16</sup> なお、供述者が自己の認識通りのことを表出させようとしているか否かという問題は、叙述ではなく表現（真摯性）の問題である。

<sup>17</sup> 問題となる供述の内容が多義的に解釈される余地があるケースは、割合としては比較的少数であり、言葉の意味内容の正確な解釈の必要性が意識されることが少ないと考えられる。

い。なぜならば、事実認定者は当該供述によって供述者のいかなる事実認識が反映されたのかを判断する必要があるという点は、供述が言語行為によってなされる場合と異ならないからである<sup>18</sup>。

例えば、手を前に出し、手のひらを下に向けて手先を上下に振る動作は、日本では手招きと呼ばれるジェスチャーである。周知の通り、これは一般的に、相手方に自分の方に近寄ってきてほしいという意思を表明する行為であると理解されている。一方で、この動作は、アメリカでは一般的に、相手方に近寄らないでほしいという意思を表明するジェスチャーとして用いられている。したがって、場合によっては、このジェスチャーがどちらの趣旨でなされたのかが確認されなければならない場合がある。

非言語行為の場合における、このような解釈の作業が、伝聞法則の議論の文脈における叙述の吟味に相当するものである。

### (3) 叙述の特徴

ここまで、供述過程のうち、叙述の問題の意味を検討してきた。この叙述という要素の特徴について考えるに、ある証拠が供述証拠である場合でも、その他の供述過程と比べて叙述が問題となることは比較的少なく、また、深刻な問題にはなりにくいという点が挙げられよう。

もちろん、言葉や行為の意味が問答無用で一義的に解釈され、かつ、言い間違いや書き間違い、ジェスチャーの誤りが無いと断定できることは、あるとしてもごく稀であると思われる。言語行為によってなされた供述であれ非言語行為によってなされた供述であれ、厳密には叙述はほぼ必ず問題になり得るものではある。しかし、叙述が特に問題となるような場合、すなわち、先に述べた、供述に暗号、方言、隠語が用いられたと考えられる場合などを除けば、供述によって表出した供述者の事実認識の内容を把握すること自体は決して難しくないのが通常であるし、表出した内容が供述者の実際の認識内容とは実質的に異なるほど、供述の意味内容が変節するような言い間違いや書き間違いもそれほど多くはないと思われる。

要するに、知覚、記憶ないし表現（真摯性）を適切に吟味しなければ誤った事実認定を招来する危険性が高いケースがきわめて多いことは論を待たないが、それに比べれば叙述の危険性の程度は典型的には軽微であるといえよう<sup>19</sup>。

---

<sup>18</sup> むしろ、言語という事実認識の表明に適したツールが利用されていない以上、一般論としては、非言語行為が用いられるときの方が叙述の解釈が重要な問題になりやすいと思われる。

<sup>19</sup> ただし、ひとたび叙述が重要な問題であることが明らかになった場合、これについては

さらに、公判外で口頭ないし非言語行為によってなされた供述については、当該供述を見聞きした証人が公判廷でその内容を証言する場合であっても、ある程度の吟味が可能であるといえる。というのも、この場合は原供述者の話し振りや動作の態様を供述の意味内容の判断資料にすることができる場合が少なくないところ、これについては証人が直接観察しているからである。また、供述がなされた状況や、その前後の供述との整合性なども資料とすることができる<sup>20</sup>。

書面によってなされた供述の場合には、公判外で口頭ないし非言語行為によってなされた供述とは異なり、原供述者の話し方や動作の態様を判断資料にすることはできないが、当該書面の作成状況や、その書面内の他の記載内容との整合性を判断資料とすることは可能であるため、叙述を明らかにする一定の手掛かりは存在するといえる。

## 2. 表現（真摯性）

叙述の次に問題となるのは、表現（真摯性）である<sup>21</sup>。

---

反対尋問によって吟味することが効果的であると思われる。一般論として、あらゆる供述過程の吟味的手段として反対尋問がある程度効果的であるとはいえ、叙述以外の供述過程について、それによる効果には限界があること多いのは明らかである。他方で、叙述については、ほとんどの場合、正確な吟味が可能であるといえる。

<sup>20</sup> この特徴は、現在の心理状態の供述の伝聞証拠該当性の議論における非伝聞説の論者から既に指摘されているところである。例えば、鈴木茂嗣「伝聞概念について」同『続・刑事訴訟の基本構造（下）』546頁以下、552頁（成文堂、1997年）、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）。

<sup>21</sup> なお、表現（真摯性）を供述過程の独立した要素に分類せず、これに関する問題を叙述の問題の一部としてひとまとめにする理解もあり得る。確かに、両者は、記憶された知覚内容通りの事実が供述に表れているのかを問うものであるという意味で共通性が認められるため、これらを一元化する説明にも十分に理由がある。また、虚偽の供述は結果として不明瞭な叙述をもたらすことが多く、真摯になされた供述の方が明瞭である傾向が強いといえることから、表現（真摯性）の誤謬と叙述の誤謬はある程度連動するとも思われる。しかしながら、両者は少なくとも観念上は区別される要素であり、その区別無くしては議論の混乱を招く可能性もあることから、本稿では、両者を区別する。叙述と表現（真摯性）が区別され得ることを説明しながらも、叙述と表現（真摯性）の問題をひとまとめにする文献として、例えば、以下のものがある。田宮・前掲注（4）369頁注（1）。

なお、供述過程のうち、「表現」と「叙述」を区別して考える際に、前者を真摯性の問

ある人物によってなされた供述の意味内容が明らかにされた、すなわち、当該供述によっていかなる事実認識が反映されたのかが明らかにされたとしても、その事実認識の表明が部分的ないし全面的に作為的な虚偽を含むものではないかを判断しなければ、供述証拠に依拠した事実認定をなすことはできない。この判断作業が、供述過程のうちの表現（真摯性）の吟味である。

供述証拠に関して、供述者の表現（真摯性）が供述の信用性を左右する決定的な重みを持つ要素となることは珍しくない。伝聞例外の要件充足性、とりわけ特信状況の検討にあたって、表現（真摯性）について信用性の情況的保障が認められるかが重要視される傾向があるが<sup>22</sup>、これは、供述過程の中でも表現（真摯性）が特に重要な要素の一つとして受け止められているということの現れであるといえよう。

### 3. 記憶・知覚

叙述および表現（真摯性）に続いて問題となる供述過程は、記憶である。供述によって表明された事実認識の内容が確認され、さらに、その供述が虚偽ではないことが認められるとしても、そのように正直に述べられた事実認識の内容が、供述をなした人物の記憶違いであるならば、事実認定者は要証事実の存在を認定することはできない。

そして、最後に吟味されるべき供述過程は知覚である<sup>23</sup>。供述において叙述された内容

---

題に対応する術語として用いることに必然性はないと思われる。つまり、真摯性の問題に対応する術語を「叙述」とし、供述の意味内容の解釈の問題に対応する術語を「表現」としても、理論的に不適切というわけではないといえる。もともとの辞書的意味合いを踏まえても、「叙述」よりも「表現」の方が、真摯性が関係するニュアンスが強いとは必ずしもいえず、このような用語法が一般化した理由は明らかではない。本稿では、「叙述」と区別された供述過程の一つとしての「表現」が真摯性の問題であることを明確なものとするため、表現については、原則として「表現（真摯性）」という言い回しを用いる。

<sup>22</sup> この点について、以下の文献を参照。松尾浩也監修『条解刑事訴訟法（第5版）』935-936頁、938-939頁（弘文堂、2022年）。

<sup>23</sup> なお、このように叙述・表現（真摯性）・記憶・知覚の順番で供述過程の吟味を行うとする本文中の説明は、供述から要証事実を推認するプロセスの抽象的な先後関係を示すものである。つまり、論理的には、①叙述が先に確認されなければ、その叙述が真摯になされたかを問うことはできず、②叙述の内容がどの程度真摯といえるのかが先に確認されなければ、その表現に対応する記憶内容の正確性を問うことはできず、かつ、③記憶内容が先に確認されなければ、その記憶内容に対応する知覚内容の正確性を問うことはできないという抽象的な関係性が存在する。以上述べた推認過程の説明については、特に、アメリカ



が、供述をなした人物の記憶違いではないことが認められるとしても、形成された記憶がそもそも誤った知覚に基づいたものであるとすれば、その供述は実際の事実を正確に反映したものではない。この記憶および知覚も、きわめて誤謬の危険性が高いことは経験則的に明らかであることから、慎重な吟味がなされなければならない。

### 第3款 通説的定義と伝聞法則の理論的根拠との関係性

以上、議論の前提として供述過程それぞれの意味を確認した。それでは、ここからは、伝聞法則の理論的根拠と通説的定義の関係性を確認する。すなわち、伝聞法則の理論的根拠からどのようにして通説的定義が導かれるのかについて検討を加える。

この点、まず、通説的定義に該当する証拠であれば、それは、供述によって要証事実を認定するにあたって原供述者の供述過程の全部ないし一部<sup>24</sup>の吟味を必要とする公判外供

---

の証拠法学者 Tribe によって提唱された供述三角形 (testimonial triangle) による説明を参照した。Laurence H. Tribe, *Triangulating Hearsay*, 87 HARV. L. REV. 957 (1974). Tribe を引用しつつ供述三角形を用いた推認過程の説明を試みる日本語文献として、例えば、以下のものがある。田宮・前掲注 (4) 369-370 頁、光藤景皎「伝聞概念について」同『刑事証拠法の新展開』239 頁以下 241-257 頁 (成文堂、2001 年)、石丸俊彦ほか『刑事訴訟の実務 (下) (三訂版)』68-71 頁 (新日本法規、2011 年) [石丸=服部悟]。

もっとも、実際に事実認定者が供述過程を介在した推認を行う場面において、その思考の中で、必ずしもこのような抽象的な順番通りの推認がなされるわけではなく、事実認定者はこれらについて同時的にまたは順番を前後して評価を加えるのがむしろ通常であると思われる。

<sup>24</sup> 通説的定義に該当するものの、供述過程の全部ではなく一部の吟味を必要とするにとどまっている証拠の代表例が、現在の心理状態の供述の証拠である。ある人物のある時点における心理状態それ自体が公判において関連性を有する事実であるときに、その者がその時点において自身の心理状態を明らかにする公判外供述が証拠となる場合、事実認定者はその者の知覚および記憶の正確性についての吟味を必要としないことが、その理由である。なお、現在の心理状態の供述が、しばしば「供述過程の一部が欠ける」「知覚・記憶の過程が欠落している」などといわれるのは、そもそも、自己の現在の心理状態については、それに対する知覚と、その知覚内容に関する記憶というプロセスが存在しないという趣旨であると考えられる。つまり、ここでいう知覚とは、外界の現象を認識するプロセスを指す概念であり、自己の内在的な心理状態を認識するプロセスはこれに含まれないのである。現在の心理状態の供述について、「供述過程の一部が欠ける」と説明する教科書として、例えば、以下のものがある。宇藤ほか・前掲注 (3) 379 頁 [堀江]。また、以下の文献も参照。平野・前掲注 (8)『刑事訴訟法概説』163 頁。

述の証拠である、という関係性があるといえよう。換言すれば、通説的定義に該当する証拠であれば原供述者の供述過程を介在した推認が不可避であるといえることができるであろう。ある人物が、ある事実について供述をなした際に、供述過程の少なくとも一部を介在した推認を経ずして、「供述の内容たる事実」の真実性を問うということはできないと思われるからである<sup>25</sup>。

それでは、これとは逆の関係性は認められるのであろうか。つまり、供述によって要証事実を認定するにあたって原供述者の供述過程の全部ないし一部の吟味を必要とする公判外供述の証拠、換言すれば、関連性が肯定されるためには原供述者の供述過程を介在した推認が不可避な公判外供述の証拠であれば、それは通説的定義に該当する証拠であるという関係性は認められるのであろうか。仮にこの関係性が認められない場合があるとすれば、それは以下のことを意味する。すなわち、原供述者の供述過程を介在した推認が不可避な公判外供述の証拠であるにもかかわらず、通説的定義に該当しない証拠が存在するということである。

これまで、通説的定義に該当する証拠を、それが供述証拠であることは承認したうえで、例外的に非伝聞として扱うべきとする議論は展開されてきたものの<sup>26</sup>、通説的定義に該当しない証拠を伝聞証拠として扱うべきとする議論はほとんどなされてこなかったと思われる<sup>27</sup>。しかしながら、上記のような証拠が仮に存在するとすれば、当該証拠についても伝聞証拠として扱うべきではないか、もし非伝聞として扱うならば、その理論的根拠はいかなる点に求められるのかという疑問が生じるところである。この点については、次節でいくつかの仮想事例を検討することを通じて、より具体的に問題の所在を明らかにしてゆく。

---

<sup>25</sup> この関係性が否定されるということは、理論上、それは、通説的定義に該当する証拠が非供述証拠として非伝聞となる事例が存在することを意味するが、そのような事例の存在は特段指摘されていないと思われる。

<sup>26</sup> 周知の通り、現在の心理状態の供述を非伝聞として扱う一連の有力学説は、これが通説的定義に該当する供述証拠であるということを議論の出発点とするものである。古江・前掲注(6) 395-396頁。

<sup>27</sup> 以下の文献は、このような議論を正面から取り上げて論じるわけではないが、伝聞法則の根拠論に遡ってその適用範囲を考察する論考であり、いずれも、通説的定義と伝聞法則の根拠との理論的関係性についての再検討の契機を示唆するものである。笹倉宏紀「伝聞証拠の意義(上)～(下)」法学教室 469号 72頁以下、470号 108頁以下、471号 99頁以下(2019年)、松田岳士「『言葉の非供述的用法』と非伝聞(1)(2・完)」阪大法学 70巻 2号 31頁以下(2020年)、5号 757頁以下(2021年)。

### 第3節 通説的定義の具体的適用の在り方：事例の検討

それでは、いくつかの事例を取り上げ、通説的定義のもとではいかなる結論が導かれるのか、定義の適用の在り方を確認し、さらに、それぞれの事例について、いかなる推認過程を経て要証事実の認定に至るのかを考察する。

#### 第1款 典型的な伝聞証拠：事例①

まずは、通説的定義に該当することが明らかであり、かつ、推認過程を踏まえても伝聞証拠に分類されることが明らかな証拠、すなわち典型的な伝聞証拠の例を考える。

V を刺殺したとして殺人罪で起訴された X の公判において、X が自身の犯人性について争っていた。検察側証人の W は次の証言を行った。「事件の数日後、X の親友である Y さんが『X が V を包丁で刺したところをこの眼で見た』と話していました」。

#### 定義の適用

この事例において、W の証言は、公判外でなされた Y の供述を内容とする供述である。また、検察官が W の証言によって証明しようとする関連性のある事実、すなわち要証事實は、「V を刺したのは被告人 X であること」であるといえるところ、かかる事実、Y の供述において明示的に述べられており、Y の公判外供述の「内容たる事実」であるということは異論の余地は無いであろう。したがって、この W の証言は、通説的定義からは、伝聞証拠に分類されることが明らかであるといえる。

#### 推認過程

それでは、W の証言から「V を刺したのは被告人 X であること」を認定するに際して、事実認定者はどのような推認を行うのであろうか。

まず、「Y が W に対して、『X が V を包丁で刺したところをこの眼で見た』と話した」という事実が認定されなければならない。この事実の認定にあたって問題となるのは、公判で証言している W の供述過程のみであり、これについては反対尋問等の吟味を行うことができる。

しかし、W が出廷した場合に公判廷で直接吟味できる事実、Y が上記の発言を行ったという事実までにとどまる。要証事実を推認するためには、これに続いて、「X が V を包丁で刺した」という発言は「V を刺したのは被告人 X である」という趣旨のものであったかどうかを確認されなければならない。例えば、Y が述べていた「X」という人物は、被告人 X と同姓同名あるいは同じ呼び名の別人であった可能性も考えられるところである。こ

れは、W の供述過程のうち、叙述の問題である<sup>28</sup>。

その次に、Y の発言に作為的な虚偽が含まれていないかが確認されなければならない。すなわち、表現（真摯性）を吟味しなければならない。目撃をしたという事実そのものが Y による全くのでっち上げである可能性もあるし、そこまでの甚だしい虚偽ではないとしても供述に何かしらの作為的な虚偽が含まれている可能性が考えられることから、事実認定者はその点に関して慎重な判断を下さなければならない。

第三に、Y の述べた事実は記憶違いではなかったか否かが確認されなければならない。最後に、Y の当該記憶は見間違いなどによる知覚の誤りによって形成されたものではなかったかが確認されなければならない。

つまり、本事例は、要証事実の推認において原供述者の供述過程を介在した推認がなされなければならない典型的な事例であり、通説的定義該当性の観点からも、推認過程の観点からも、W の証言が伝聞証拠に該当することは明らかであるといえる。

## 第2款 公判外供述を内容とする典型的な非伝聞：事例②

続いて、公判外でなされた供述を内容とする証言でありながらも、非伝聞とされる典型例について確認する。

V が不倫していると知人に言いふらしたとして名誉毀損罪で起訴された X の公判において、X が、そのようなことは言ったことは無いとして、言いふらした事実の存在を争っていた。検察側証人の W（X の職場の同僚）は次の証言を行った。「X が、仕事場で『V が不倫している』と話していました」。

### 定義の適用

この事例を通説的定義に当てはめて考える。

まず、W の証言は、公判外の X の供述の証拠である。また、本事例の要証事実、「『V が不倫している』旨を X が話していたこと」であるといえる。この事実が証明されれば、V が不倫しているということを言ったことは無いという X の弁明が否定されることになるからである。そして、この事実は、X の供述の「内容たる事実」に含まれないことは明らかであることから、この証言は、X の供述の「内容たる事実」の真実性を証明するための

---

<sup>28</sup> このように、Y が要証事実とは異なる趣旨の事実を述べるのは実際には稀なことであり、事実認定者が叙述の解釈を誤る危険性は小さいといえるが、一方で、その可能性を完全に排斥することは必ずしも容易ではないことから、叙述の誤謬の危険性が皆無とまではいえないであろう。

証拠ではない。以上より、この W 証言は、通説的定義からは、非伝聞に分類される<sup>29</sup>。

### 推認過程

以上が、通説的定義の視点からの、W の証言の伝聞証拠該当性の検討である。それでは、W の証言から事実認定を行うに際しての推認過程を検討するとどうであろうか。先に述べた通り、本事例の要証事実とは、「『V が不倫している』旨を X が話していたこと」であるといえるところ、これを直接に見聞きした W に対しては公判廷の場で反対尋問等の手段を講じることが可能である。

そして、この事実の存否が明らかになれば、X の供述過程を介在した推認は一切不要である。X がこのような発言をなしたという事実さえ証明されれば、「そのようなことは言ったことは無い」という X の弁明を斥けることが可能だからである。したがって、推認過程の観点からも、これが非伝聞であることは明らかであるといえる。

### 第3款 要証事実の直接的・明示的な叙述ではない供述：事例③

事例①および事例②は、それぞれ、典型的な伝聞証拠と非伝聞の例であり、結論にもその判断プロセスにも疑問をさしはさむ余地は無いといえることができるであろう。また、定義の適用の議論から導かれる結論と推認過程の分析から導かれる結論との間に齟齬は生じない。しかし、必ずしもそのような事例ばかりではないように思われるということを、以下の事例③の検討を通じて確認したい。事例③は、事例①と場面設定が類似するものであるが、Y の発言内容が異なっており、必ずしも伝聞・非伝聞の区別が容易ではないと思われる。

V を刺殺したとして殺人罪で起訴された X の公判において、X が自身の犯人性について争っていた。検察側証人の W は次の証言を行った。「事件の数日後、X の親友である Y さんが『X がとんでもないことをしたのを見てしまった』と言いました。尋常ではない様子だったのですが、Y さんは、これ以上具体的なことを話してくれませんでした」。

### 定義の適用にあたっての問題

まず、本事例における W の証言が通説的定義に該当するかを検討する。事例①と同様に、検察官が W の証言によって証明しようとする関連性のある事実、すなわち要証事実とは、「V

---

<sup>29</sup> 本事例のような名誉毀損の事実を明らかにする供述に関する事例を非伝聞の典型例として紹介する教科書ないし論考は多い。後藤・前掲注 (4) 36 頁、宇藤ほか・前掲注 (3) 379 頁〔堀江〕。

を刺したのは被告人 X であること」、換言すれば X の犯人性であるといえる<sup>30</sup>。そこで、定義を適用するためには、この事実が Y の供述の「内容たる事実」に含まれるかをまず判断しなければならない。事例①と同様に、「V を刺したのは被告人 X であること」が Y の供述の「内容たる事実」であるといえるのであれば、事例①と本事例とでほとんど議論状況が異なるどころはなく、W の証言は通説的定義に該当するといえよう。

供述の「内容たる事実」の意味については、様々な考え方があり得ると思われるが、言語行為に関する限り、これを、当該供述において明示的・直接的に言語として表明されている事実といった意味に捉えるのが、最も基準としては明快であると考えられることから、ひとまずこの考え方に沿って検討する。このように考えた場合、「V を刺したのは被告人 X である」という事実は、Y の供述の「内容たる事実」には含まれないことになり、それゆえに W の証言は定義に該当しないという帰結が導かれるであろう。なぜならば、Y が供述において直接的に述べたのは、「X が『とんでもないこと』をした」ということに過ぎず、「X が V を刺した」という趣旨のことは、直接的には述べられていないからである。したがって、この考え方に従った場合、W の証言は通説的定義には該当せず、非伝聞であるという結論に至る。

## 推認過程

それでは、W の証言により X の犯人性を認定する場合の推認過程はどのようなことになるのだろうか。

まず、前提として、「Y が W に対して、『X がとんでもないことをしたのを見てしまった』と話した」という事実が認定されなければならないが、この認定にあたって問題となるのが W の供述過程のみであることは、事例①と同様である。

しかし、上記の内容の Y の発言の存在自体が証明されたところで、X の犯人性立証との関係では何ら関連性が認められない。X の犯人性の認定を導くためには、さらに Y の供述

---

<sup>30</sup> 直接的に Y が述べた事実は「X が『とんでもないこと』をした」ことである。仮にこの事実に関連性が認められるとすれば、事例①と同様の考え方により、W の証言は、定義上伝聞証拠に分類されることになるであろう。しかし、これだけでは X が何を行ったのかがあまりに抽象的にしか示されておらず、X の犯人性の証明との関係で関連性は認められないため、要証事実たり得ないと思われる。X の犯人性の立証において重要なのは、X が単に「とんでもないこと」をしたということではなく、X が行った「とんでもないこと」の内容が「V を刺殺したこと」であるということであるため、このように要証事実を捉えるのはやや不自然であるといえる。

過程を介在した推認を行わなければならない<sup>31</sup>。

具体的には、まず、「Xが『とんでもないこと』をしてしまった」というYの発言の意味内容を掘り下げて確認する必要がある。この確認作業は、当該発言によって「Vを刺したのは被告人Xである」というYの事実認識が反映されたのかを判断する作業であるから、供述過程のうちの叙述の吟味に相当する<sup>32</sup>。Yの発言の意味内容が確認されたあとの推認は、事例①と同様のプロセスをたどることになる。YがWに対して述べた、「Xが『とんでもないこと』をしてしまった」という言葉——「XがVを刺した」という意味を含む——は、Yが意図的に虚偽を述べたものではないということが確認されなければならず（表現（真摯性）の問題）、それから、Yの述べた言葉が記憶違いでなく、かつ、正確な知覚に基づいたものであるかが確認されなければならない。

要するに、Xの犯人性を認定するためには、事実認定者はYの供述過程を介在した推認を行わなければならない。このように推認過程に遡って検討すると、本事例のW証言は、伝聞法則の趣旨が妥当するものであり、伝聞証拠に分類されるべき証拠であるようにも思われる。

## 整理

ここまでの検討結果を整理すると、以下のことがいえる。

まず、通説的定義のいう供述の「内容たる事実」の意味を、当該供述において明示的・直接的に言語として表明されている事実というように理解すれば、Wの証言は、通説的定義には該当せず非伝聞である。

他方で、Xの犯人性が要証事実である限り、すなわち、Wの証言をXの犯人性の証拠と

---

<sup>31</sup> 仮に本事例におけるYの発言の存在自体の証拠が状況証拠として関連性を有し、それゆえにWの証言が非伝聞であると評価できるとするならば、事例①におけるWの証言についてもこれを非伝聞と評価することが可能なはずである。しかし、事例①においてそのような評価が可能であるとすれば、それは本来伝聞法則が適用されるべき典型的な伝聞証拠を非伝聞扱いすることにほかならず、伝聞法則の潜脱になるため、事例①と事例③の区別を正当化する理論的根拠が別途必要であるといえる。

<sup>32</sup> また、ここで叙述を吟味すべき必要性は、事例①に比してむしろかなり高いと考えられる。そして、Yが述べた「とんでもないこと」という言葉が、「XがVを刺した」という意味を含むものであるかは、——Yが尋常ではない様子だったという事実から、このような解釈が十分あり得るものであるとはいえ——Y自身に確認しなければ判断は容易ではないでこともしばしばあると考えられるから、Yに直接反対尋問できないことによる弊害は相対的にみて大きい。

して用いる限り、その推認過程において、Y の供述過程を介在した推認を省くことはできない。したがって、供述の「内容たる事実」の意味の捉え方次第では、定義によって伝聞証拠に分類される証拠の範囲と、供述過程を介在した推認が不可避な公判外供述の証拠の範囲との間に不一致が生じる場合が存在すると考えられる。

#### 第4款 公判外供述を内容とする証拠ではない事例：事例④

ここまでの事例は、いずれも公判外でなされた供述の証拠であった。

それでは、供述ではない公判外の行為の証拠について、伝聞法則の趣旨が妥当する場合は存在するのであろうか。この点について、以下の事例④をもとに考える。

V を刺殺したとして殺人罪で起訴された X の公判において、X が自身の犯人性について争っていた。検察側証人のWは次の証言を行った。「私は X が疑わしいと思い、事件の数日後、X の親友である Y さんに、『V さんを殺したのは X なのだろうか』と述べると、Y さんは突然号泣しました。尋常ではない様子だったのですが、Y さんは、具体的なことを一切話してくれませんでした」。

#### 事例①ないし事例③との違い

後の議論からも明らかなように、「供述」という概念の意義は必ずしも統一されておらず、論者によって区々である<sup>33</sup>。しかし、一般的に、事実認識の表明の要素を伴わない非

---

<sup>33</sup> 例えば、後藤昭は、「供述」を「人がある事実の存否という情報を伝えようとする言語的な表現である」と定義している。後藤・前掲注(4)3頁。後藤の定義によれば、「呼びかけ、挨拶、感謝など情緒的な意思表示のための発言は、一定の事実の存否を伝えるための発言ではないから、供述ではない」ことになる。後藤・同33頁。

「情緒的な意思表示のための発言」が供述ではないという理解がこれまで日本法の議論においてコンセンサスとされてきたかは必ずしも明らかではないが、少なくとも、本事例における Y の挙動のような、解釈可能な言語を伴わない情緒的な意思表示にとどまる行為が伝聞法則の議論の文脈で供述と評価されることはないという理解は前提として共有されてきたと思われる。この点について、以下の文献を参照。鈴木・前掲注(20)554-555頁注(3)。

なお、後藤は、「一定の事実の存否を伝える目的で言語に代えて行われる動作」も供述であるとしており、「言語的な表現」には、言語を直接的に用いていない事実認識の表明も含まれるという整理をしている。後藤・同4頁。さらに、後藤は、作成者自身が確認する目的で作成され、他者に公開することを予定していないメモなども供述に含まれることを前提として議論しており、「ある事実の存否という情報を伝え」る相手方は他人だけで



言語行為<sup>34</sup>は「供述」には当たらないとされてきた。そして、本事例において、Yは、突然号泣するという挙動をなしただけであり、これには何ら事実認識の表明の要素が伴っていない。

したがって、本事例では、事例①ないし事例③とは異なり、Yは「供述」をしていないと一般的に評価される。したがって、Wの証言は公判外でなされた「供述」を内容とする証拠ではなく、通説的定義のもとでは伝聞証拠には該当しないといえる。

### 推認過程

続いて、本事例において、Wの証言からXの犯人性を推認する場合における推認過程を考える。具体的には、Wの問い掛けを受けてYが突然号泣したという、その行為の存在自体に関連性が認められるかが問題となる。行為の存在自体に関連性が認められるということは、Xが犯人でなければYが号泣することは通常は無いであろうという経験則が認められ、Yがどのような事実認識（内心から推認される事実認識）を抱いているのかを問わずして、Xの犯人性について最低限度以上の推認力を有するということを意味すると考えられる。しかし、普通はそのような経験則は認められないであろう。

他方で、Yの供述過程を介在した推認を経由すれば、Wの証言には関連性が認められるといえよう。まず、Yが号泣した理由が、YはXが犯人であることを知っており、そのことをWに問い掛けられて感情が高ぶった点にあるということを経認できるのであれば、このYの行為は、「XがVを刺した」という自身の認識を無自覚的であれ外部に表明するものであるといえる。これは、当該行為によってYがいかなる事実認識を有していると推認できるのかを問題とするものであるから、供述過程のうち叙述に相当する問題であると分類することができるであろう<sup>35</sup>。さらに、この行為がYの本心によるものであり、上記の

---

はなく供述者自身でもよいという理解をしている。後藤・同47-48頁参照。

ある行為が供述に該当するか否かの判別は通常は自明であり、わざわざ論じるまでもない場合がほとんどであるためか、非言語行為によって供述がなされる場合もあるという説明を超えて、さらに踏み込んで供述の定義を論じる文献は多くはない。しかし、ある発言ないし非言語行為が供述に該当するか否かについて自明ではない場合もあり、本稿でものちに検討の対象とする。

<sup>34</sup> 非言語行為には、意識的になされたのでない単純な挙動も含まれるとする。後述の通り、英米法の議論では、非言語行為にこれが含まれるとする用語法が一般的だからである。

<sup>35</sup> 本事例におけるYの動作のような、事実認識の表明の要素を伴わない非言語行為の解釈を叙述になぞらえることに違和感が残るとすれば、この点の解釈は、行為の意味内容の解

Y の事実認識を反映したものであると推認できるのであれば、それに引き続いて、「X が V を刺した」という認識は Y の記憶違いではないかという点と、Y の知覚に誤りはないかという点を確認することになる。そして、それらの推認を全て経ることによって初めて、X の犯人性の認定を導くことができるという構造が認められると思われる。

したがって、本事例は、Y の動作の存在自体を証明するのみでは W の証言に関連性は認められず、供述過程を介在した推認を経ることで初めて関連性が認められると考えられる事例である。そして、そのように考えると、W の証言には伝聞法則の趣旨が妥当し、伝聞法則が適用されるべきであるようにも思われる。

### 事例③との比較

最後に、事例③と本事例を比較して、新たに言及可能な点を確認したい。事例③では、W の証言が定義上非伝聞と解釈されるとしても、Y の発言が「供述」という概念に含まれることは否定されない。したがって、X の犯人性の認定にあたって供述過程を介在した推認が不可避であるとしても、「供述過程」という概念を持ち出すことについて特段の違和感は生じないであろう。

他方で、本事例は、X の犯人性を認定する場合に Y の供述過程を介在した推認を経なければ関連性が認められないと考えられる点において事例③と共通するものの、「供述」という概念についての一般的な理解に従えば、そもそも Y の「供述」が存在しない事例である。つまり、「供述」過程という名が付いた概念であるにもかかわらず、これを介在した推認は、「供述」の証拠についてしかなされ得ないというわけではないということが、本事例によって確認される<sup>36</sup>。

## 第4節 検討課題の整理

ここまでの事例分析を踏まえると、検討すべき課題を以下のように整理することが可能である。

---

釈として、叙述の問題そのものではないが、これに類似する問題であると説明することも可能と思われる。分類の仕方がどうであれ、公判において Y が号泣した趣旨については、反対尋問によって Y 自身に問い質すことの有用性が認められ、かつ、その作業が叙述の吟味に類似するものであることは認められるであろう。この点については、以下の文献を参照。Finman, *supra* note 11, at 686-91.

<sup>36</sup> 供述過程という概念の名称は、供述が存在する場合にのみこれを介在するがゆえにそうなっているのではなく、あくまでも、典型的には供述が存在する場合にこれが問題となるがゆえにそうなっているのだと理解すべきことになる。

## 第1款 公判外の言語行為の証拠の場合

第一に、事例③のような、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を明らかにすることが望まれる。以下、本稿では、この課題を指して「第一の課題」という。この問題は、通説的定義を前提とした議論の枠内で処理することが可能であろう。すなわち、通説的定義を前提とするならば、この問題は、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であろう。

事例③の検討において述べたように、公判外供述の「内容たる事実」とは、当該供述において明示的・直接的に言語として表明されている事実であると捉えるならば、すなわち、範囲を限定的に理解するならば、通説的定義は、供述過程を介在した推認を経なければ関連性が認められない公判外供述の証拠を漏れなく捕捉するものではなくることから、そのことを正当化する実質的根拠が問われなければならない。

これとは逆に、公判外供述の「内容たる事実」とは、当該供述において明示的・直接的に言語として表明されているか否かにかかわらず、当該供述によって供述者が認識していると推認できるあらゆる事実であると捉えることも考えられる。次節で確認するように、この考え方は必ずしも異論無く受け容れられているわけではない。したがって、これを採用する場合、一般的に考えられてきたよりも伝聞証拠に分類される証拠の範囲が拡張される可能性があるから、それに伴ってこれまでの証拠の取扱いにいかなる変化が生じるかを具体的に検討する必要があるであろう。

## 第2款 事実認識の表明の要素を伴わない公判外の非言語行為の証拠の場合

第二に、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かが検討されるべきである<sup>37</sup>。以下、本稿では、この課題を指して「第二の課題」という。

少なくともこれまでの解釈論においては、事実認識の表明の要素を伴わない公判外の非言語行為は 320 条 1 項の適用対象外であるとする考え方が支配的であったといえる<sup>38</sup>。し

---

<sup>37</sup> また、理論上传聞法則が適用されたとした場合には、さらに、刑訴法 320 条 1 項の解釈論としてそれが可能であるかを検討する必要がある。

<sup>38</sup> 例えば、鈴木茂嗣は、「言葉だけではなく行動を事実認定の基礎とする場合にも伝聞法則

かしながら、事例①・事例③と事例④とを比較する限りでは、このような線引きをなす実質的根拠が必ずしも明らかではない。いずれの事例も、Y という人物の事実認識の内容を推認することができる Y 自身の供述または行為を問題とするものであるが、事例④の場合は事例①・事例③の場合に比して供述過程の誤謬の危険性が低いと評価する理由を直には見出すことができない。また、供述過程の誤謬の危険性の程度以外の側面に注目して線引きを図るようなその他の理論構成も広く共有されているわけではない。そのため、現在の支配的な見解が理論的に支持されるものであるのか、また、仮に理論的には支持されるものではないとしても、それが現在の条文解釈上やむを得ないものではないのかを改めて検討する必要があるといえよう。

仮に事実認識の表明の要素を伴わない公判外の非言語行為の証拠に伝聞法則を適用する余地を認めるとすれば、当該行為が「供述」ではないと理解される以上、従来の通説的定義の議論の枠内でこの問題を処理することは困難である<sup>39</sup>。したがって、この場合、そのような非言語行為についても伝聞法則の適用の対象にするかたちで定義を再構成するか、通説的定義とは別立てで何らかの基準を設定する可能性も念頭に置きながら考察を進める必要があると思われる。

## 第5節 裁判例および学説について

本節では、前節において提示した課題に関係する裁判例および学説について若干の検討を加える。もっとも、これらの課題は、これまで日本においてそれほど活発に議論されてこなかった問題であると考えられ、関係する裁判例ないし論考はそれほど多くない。しかも、それらのほとんどは第一の課題が中心的に論じられたものであり、第二の課題はこれまで明確な議論がなされていないと考えられる。

### 第1款 裁判例について：昭和 28 年福岡高判

第一の課題が関係し、これについての一定の判断が加えられたと考えられている裁判例として、福岡高判昭和 28 年 12 月 24 日高刑集 6 卷 12 号 1812 頁――以下、「昭和 28 年福

---

の適用があるかという点は、英米でも好んで問題にされるところであるが、わが法では、かかるものに伝聞法則を適用するとの前提はとられていない」としている。鈴木・前掲注(20) 554 頁。

<sup>39</sup> 「供述」に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も含まれると考えるならば、通説的定義の議論の枠内で処理することは不可能ではないと思われるが、従来の「供述」という概念についての一般的な理解を踏まえれば、この考え方は実質的には通説的定義に修正を加えるのと異ならないであろう。

岡高判」という一貫が存在する<sup>40</sup>。

## 1. 判決の概要

本判決は、朝鮮に密輸出する目的で貨物を大阪駅から博多駅経由で対馬の琴村まで輸送したとして、被告人 X が起訴された関税法上の密輸出予備罪の被疑事件であり、X が朝鮮への密輸出の目的を有していたか否かが争点となった。なお、X が貨物を上記経路で輸送した客観的事実については争われていない。

X は、琴村で逮捕された際、琴村在住の Y が作成した X の大阪の住所宛の封書（以下、「本件封書」という）を所持しており、それには、「いろは旅館に居られた二人のお方（海上保安官のこと）は尚滞留している。琴村は空気が悪いので……荷物は博多にタメテ（溜めて）置かねば……その積りで御取計いなさい」と記載されていた。本件封書の証拠能力が争われたところ、福岡高裁は、以下のように判示して、非伝聞としてその証拠能力を肯定した。

「本件において該封書が証拠として使用された意味内容を考察するに、その存在又は状態が証拠となつているのみでなく、その記載の意義も証拠となつているものと見られるけれども、該文書はそれに記載された事実の証拠として用いられたもの、すなわち記載された供述内容の真実性の証拠に供せられたものでなく、その内容の真偽と一応無関係に、その供述がなされたこと自体が要証事実となつているのであつて、換言すると、単に琴村方面における海上保安部の警備状況に関して、……該手紙が発送されたこと且つこれを被告人が逮捕された当時所持していたことの状況証拠とされたものであることが記録上推認されるところであり、……従つて本件封書は……刑事訴訟法第 320 条に規定する伝聞法則の適用を受ける証拠書類に該当しないといふことができる」

---

<sup>40</sup> 昭和 28 年福岡高判に対する論評として、例えば、以下の文献がある。平野・前掲注

(8) 「伝聞排斥の法理」226 頁、戸田弘「心の状態を述べる供述・自然発生的供述と『伝聞証言』」河村澄夫＝柏井康夫編『刑事実務ノート (1)』25 頁以下、34-35 頁（判例タイムズ社、1968 年）、安村和雄＝杉山英巳「伝聞の意義」熊谷弘ほか編『証拠法体系Ⅲ 伝聞証拠』9 頁以下、17-18 頁（日本評論社、1970 年）、津村政孝「心理状態の供述と伝聞法則」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集 (下)』345 頁以下、360-361 頁（有斐閣、1991 年）、本吉邦夫「供述と非供述の区分け：伝聞法則と発言」判例タイムズ 867 号 8 頁以下、9-10 頁（1995 年）、伊藤博路「供述調書等の非供述証拠的使用についての一考察：東京地裁平成 16 年 5 月 28 日判決を契機として」信州大学法学論集 9 号 213 頁以下、216-219 頁（2007 年）、石丸ほか・前掲注 (23) 80-81 頁〔石丸＝服部〕、濱田毅「非伝聞の許容性と『衡量基準』」同志社法学 73 巻 6 号 1149 頁以下、1222-1226 頁（2021 年）。

## 2. 分析

### (1) 推認過程の検討

#### ア. 問題の所在

本件封書は、X が密輸出の目的を有していたことの証拠として提出されたものであるが、X の目的に関する明示的・直接的な記載が存在しなかったこともあり、これに伝聞法則が適用されるかが問題となった。そして、福岡高裁は結論として伝聞法則が適用されないとした。

福岡高裁は、本件封書が「情況証拠」であると述べており、その理由について、本件封書は「記載された供述内容の真実性の証拠に供せられたものでなく、その内容の真偽と一応無関係に、その供述がなされたこと自体が要証事実」であるからと説明している。しかし、福岡高裁がいかなる意味で本件封書を「情況証拠」と表現したのかは必ずしも明らかではない。すなわち、ここでいう、「情況証拠」とは、供述過程を介在した推認を経なければ X の密輸出の目的の証明との関係で関連性は認められないものの、それでも伝聞証拠に該当しない証拠という趣旨であるのか、それとも、供述過程を介在した推認を要せずして関連性が認められる証拠という趣旨であるのかは、判旨からは明らかではない。「その供述がなされたこと自体が要証事実」であるという言い回しからは、後者の趣旨に捉える方が自然であるようにも思われるが、「記載された供述内容の真実性の証拠」ではない証拠を指して「情況証拠」という表現を用いているのだと理解すれば、前者の趣旨に捉えることも十分可能であるといえる<sup>41</sup>。したがって、福岡高裁が本件封書のことを「情況証拠」と表現した趣旨を明らかにするためには、本件封書によって可能な推認をより具体的に検討する必要がある<sup>42</sup>。

#### イ. 供述過程を介在した推認

まず、本件封書から供述過程を介在した推認を行うとすれば、その関連性は容易に肯定される。本件封書は、X の密輸出の目的を認識している Y が、X を一旦引き留めるべく作成して発送したものであると解釈することができる。したがって、本件封書の内容からは X が密輸出の目的を有していたという Y の事実認識を推認することが可能であり、これが

---

<sup>41</sup> 本判決について、論者の多くは、「情況証拠」という判旨の表現について前者の趣旨に理解し、その当否を論じたと考えられる。この点について、例えば、以下の文献を参照。安村＝杉山・前掲注(40)18頁、平野・前掲注(8)「伝聞排斥の法理」226頁。

<sup>42</sup> 濱田毅は、従来の論評ではこの点についての検討が不十分であったことを指摘する。濱田・前掲注(40)1226頁注(179)。

信用に足りるものであれば、X の密輸出の目的を認定することができるからである。しかし、本件封書がこのような意味で関連性を有する証拠として許容されたと考えるならば、これに伝聞法則が適用されないとする実質的な根拠は判旨において明らかにされていないことになる。

#### ウ. 供述過程を介在しない推認

それでは、供述過程を介在した推認を経ずして本件封書に関連性が認められるであろうか。

この意味における関連性を検討するにあたっては、まず、判旨において、本件封書が「琴村方面における海上保安部の警備状況に関」するものとして発送され、かつ、逮捕当時 X がこれを所持していたことに言及されている点が注目される。つまり、福岡高裁は、本件封書が非伝聞であることを基礎づける要素としてこれらの事実に着目したと考えられる。

また、検察官の控訴趣意によれば、Y は検察側証人として出廷して公判で証言しており、当該証言において、X から「大阪から荷物を送ろうと思つているが琴の『いろは』旅館には海上保安部の者は未だいるか、琴方面の警備状態を知らしてくれとの電話があつた」ために本件封書を作成したと旨と、「X が警備状況を問合したのは荷物を琴まで持つて来てから朝鮮に持つて行く目的であつたと思ふ」旨を述べていたという点も注目される。つまり、X が Y に琴村の警備状態を問い合わせたことによって本件封書が作成されたのであり、しかも、Y は公判において X が密輸出の目的を有していたと思うという趣旨の証言を行っていたことがわかる。

上記の点を踏まえて推認過程について検討すると、X が「大阪から荷物を送ろうと思つて」琴村の警備状況について問い合わせたという事実と、X がその問い合わせへの回答が書かれた本件封書を所持しつつ琴村に赴いたという事実が組み合わさることにより、それ自体から、X が貨物を琴村に輸送する際に、その警備状況に関心を抱いていたことを推認することが可能である<sup>43</sup>。

---

<sup>43</sup> 前者の事実、すなわち、「大阪から荷物を送ろうと思つて」と述べつつ X が Y に対して琴村の警備状況を問い合わせたという事実単体からも X が警備状況に関心を抱いていたことを推認することは可能であると思われる。しかし、この事実単体から推認を行う場合、厳密には、このような問い合わせがなされたという事実により X の内心を推認するものであるから、X の叙述および表現（真摯性）の問題が生じる。

他方、X が実際に琴村で本件封書を所持していたという事実がこれに加われば、「琴村の警備状況に関する問い合わせを行いそれに関する回答の封書を受け取った人物が、実際

そして、貨物を輸送しようとする人物が輸送先の警備状況に関心を抱く理由は、その人物が警備担当者に発見されると不都合な輸送、すなわち密輸出をしようとしているからであると考えるのは、一つのあり得る自然な推認である。このように考えると、Xが琴村で逮捕されたときに本件封書を所持していたという事実は、Xの密輸出の目的との関係で関連性が認められる<sup>44</sup>。

## エ. 「情況証拠」の趣旨

以上の検討から、本件封書は、供述過程を介在した推認を経由する証拠としても、これを経由しない証拠としても関連性が認められる証拠であるといえる。それでは、福岡高裁は、いかなる趣旨で本件封書を「情況証拠」と表現したのであろうか。

Xの密輸出の目的に関してYが公判で証言を行っていた以上、Yの供述過程については反対尋問等の手段による吟味の機会があったと考えられる。そうである以上、本件封書によって供述過程を介在した推認を経る必要性は乏しいはずである<sup>45</sup>。それにもかかわらず、本件封書が事実認定に用いられたということは、供述過程を介在した推認ではなく、これを介在しない推認を経由したと考える方が妥当であると思われる。

以上より、福岡高裁が本件封書のことを「情況証拠」と表現したのは、本件封書を供述過程を介在した推認を要せずして関連性を有する証拠として捉えたという趣旨であると考えられる。

## (2) 本判決の評価

---

にはその警備状況に関心が無いにもかかわらず、その封書を所持した状態で琴村に赴く蓋然性は低い」という経験則により、Xの叙述および表現（真摯性）を問題にせずともその関心を推認することが可能であろう。

最も厳密に考えれば、後者の事実、すなわち、Xが本件封書を所持しつつ琴村に赴いたという事実は、Xの内心が発現したものであるから、これについてもXの叙述および表現（真摯性）を問題にする余地は皆無ではないと思われる。しかし、行為者の内心を推認させる内心の発現行為が二つあり、かつ、かかる内心が存在しないにもかかわらず偶然にも発現行為が二つなされるとは考え難いという評価が可能な場合には、それらの発現行為の存在自体に関連性を認めてもよいであろう。

<sup>44</sup> この推認過程の検討について、特に、以下の文献を参照。濱田・前掲注（40）1223-1226頁。

<sup>45</sup> なお、原審では、本件封書は321条1項3号の書面として証拠採用されているが、いかなる経緯で本件封書が提出されたのかは記録上明らかでない。



本判決は、供述過程を介在した推認を経由する証拠を非伝聞として採用したことから、伝聞法則の潜脱が疑われる裁判例としてしばしば批判されている。しかし、上記の通り、判旨および検察官の控訴趣意に表れている事実関係を詳しく検討すれば、本件封書は供述過程を介在した推認を経由せずとも X の密輸出の目的の証明について関連性が認められると考えられる。

また、Y が公判で証言を行っている以上、本件封書によって供述過程を介在した推認を行う必要性に乏しいことから、仮に本件封書から供述過程を介在した推認を行うことが伝聞法則の潜脱と評価される余地があるとしても、かかる推認を経由した事実認定がなされる危険性は小さいと考えられる<sup>46</sup>。

したがって、本判決の判断は妥当であったと評価できる。

## 第2款 学説について

前款で検討したように、昭和 28 年福岡高判それ自体は、供述過程を介在した推認を経由せずとも関連性が認められる証拠を非伝聞として許容した裁判例であり、理論上不当な判断を下したわけではないといえる。しかし、一方で、昭和 28 年福岡高判は、要証事実について直接的・明示的には言及していない公判外供述の証拠から、供述者の供述過程を介在した推認による事実認定をすることも可能な事案であった。そして、そのような事実認定がなされたと評価される方がむしろ多数であった<sup>47</sup>。

そして、昭和 28 年福岡高判に対するこのような一般的理解のもと、前節で提示した課題について学説上の議論がなされてきた。本款では、課題に関する学説のうち代表的なものについて敷衍する。ただし、これらの学説は、基本的に第一の課題を中心に論じられてきたものであり、第二の課題については議論らしい議論が展開されているわけではないことから、以下では、主に第一の課題に焦点を当て、公判外供述の「内容たる事実」を限定的に捉える見解とこれを広く捉える見解に学説を分類して説明する。

### 1. 公判外供述の「内容たる事実」を限定的に捉える学説

公判外供述の「内容たる事実」の意味を限定的に捉える論者として、裁判官の戸田弘がいる。

---

<sup>46</sup> 本件封書が供述過程を介在しない推認過程を経る証拠として採用されたにもかかわらず、実際の事実認定の際にはこれを介在した推認過程を経る危険性は低いという点について、以下の文献を参照。濱田・前掲注(40) 1225-1226 頁。

<sup>47</sup> 安村＝杉山・前掲注(40) 17-18 頁、平野・前掲注(8)「伝聞排斥の法理」226 頁、伊藤・前掲注(40) 216-219 頁、石丸ほか・前掲注(23) 80-81 頁〔石丸＝服部〕参照。

戸田は、刑訴法 320 条 1 項の「供述」を、「言葉またはその代用手段（例えば、答に代わる身ぶり、唾者の手ぶりなど）による事実の直接的な叙述」に限定する。そして、「単なる行動をその行動者によるある事実の経験（知覚）を表現として理解する場合」や「言葉をその直接述べる事実以外の事実の経験（知覚）を表現するものとして理解する場合」は、「供述」に含まれないとする<sup>48</sup>。

さらに、戸田は、その理由について踏み込んだ言及をしている<sup>49</sup>。すなわち、公判において「単なる行動を資料とし（例えば、逃走から犯行を推定する場合）、または、その事実の直接的な叙述でない言葉を資料とする場合（例えば、『君に宝石をあげようと思っている』という言葉から愛情を推定し、『麻薬を売ってほしい』という言葉から前にも相手から麻薬を買ったことがあるという事実を推定する場合）」は、「資料が明らかに間接的であるために、特に警戒をしないでも、おのずから、さまざまな解釈の可能性を検討しつつ、これを受け入れることになるのが一般であるといえるのに反し、事実を直接的に叙述する言葉……を資料とする場合には、資料が端的であり直接的であるため、特に努力して警戒しないかぎり、一般に、ともすれば検討不足のままで、安易にその言葉を受け入れてしまう危険があるものといえることができる。すなわち、両者の間には、特別な警戒の要否について、明らかに一線を画するに足りるだけの実質的な差異がある」として、供述において「直接的」な言及がなされていない場合と、そうでない場合とが、明確に区別されているのである。

この戸田の見解は、「その事実の直接的な叙述でない言葉」であっても、「その事実」に関して原供述者の供述過程を介在した推認を経なければならぬ場合があり得ることを認め、そのことを念頭に置いて論じられたものである<sup>50</sup>。そして、それでもなお、その言葉を内容とする公判外供述が非伝聞として扱われることを正当化する論拠として、「安易にその言葉を受け入れてしまう危険」に基づく「特別な警戒」の必要性が存在するもののみ

---

<sup>48</sup> 戸田・前掲注（40）27 頁。戸田は通説的定義を前提に論じているわけではないため、ここでは、いかなる事実についての叙述が「供述」に含まれるかという問題設定がなされている。しかし、ここでいう「供述」は、本稿でいう供述証拠（狭義の供述証拠）と実質的に同義であるから、議論の内容は第一の課題に対応している。

<sup>49</sup> 戸田・前掲注（40）27-28 頁。

<sup>50</sup> すなわち、『君に宝石をあげようと思っている』という言葉から愛情を推定し、『麻薬を売ってほしい』という言葉から前にも相手から麻薬を買ったことがあるという事実を推定する場合などは供述過程を介在した推認がなされるということが前提として認められている。そうでなければ、「その事実の直接的な叙述でない言葉を資料とする場合」にはこれを非伝聞としてよいとする特別な根拠を提示する必要が無いためである。

が伝聞証拠になり得るという説明をしている点に特徴がある<sup>51</sup>。

要するに、戸田の見解は供述の文言を重視するものであり、課題に対する明確な答えを提示するものである。戸田によれば、公判外供述の「内容たる事実」とは、「言葉またはその代用手段による事実の直接的な叙述」によって示された事実であり、それ以外の事実は、供述過程を介在した推認を経由する場合でもこれに含まれないのである。

## 2. 公判外供述の「内容たる事実」を広く捉える学説

戸田と比較して、公判外供述の「内容たる事実」を広く捉える方向性の論者としては、平野龍一と濱田毅が挙げられる。

### (1) 平野龍一の見解

#### ア. 第一の課題について

平野は、昭和28年福岡高判について、以下のように評している<sup>52</sup>。

Yが本件封書を出したのは、「Xが密輸出をしようとしていると思ったからであり、それはXが密輸出をしようとしている行動またはことばを知覚したからであろう。そして、この場合のYの手紙は、まさにその知覚内容の真実性の証明のために提出されたのである。これが供述証拠でないとしたのは妥当でないと思われる。」<sup>53</sup>

平野は、伝聞証拠を「反対尋問を経ない供述証拠」と定義していることから、Yが反対尋問を受けない限り本件封書が伝聞証拠であるという見解に立っていると考えられる<sup>54</sup>。つまり、平野は、供述として直接的・明示的に述べられていない知覚内容についても、その真実性を証明するための証拠は供述証拠となり得るという趣旨で昭和28年福岡高判を批

---

<sup>51</sup> 戸田は、「このような場合のうちのあるものを『伝聞供述』にふくめることによって、『伝聞供述』の範囲をきわめて不明確なものとし、アメリカ法におけるような困難を導入することは、まったく無用であると思う」と論じている。次章以降で説明するように、第一の課題および第二の課題はアメリカを中心とした英米法圏において長年重要な問題として議論されてきたものであるところ、このように「供述」の意義を限定的に解釈しなければアメリカ法（英米法）と同様の問題が日本法でも生じ得るということを的確に認識していたと推測される。戸田・前掲注（40）42頁注（2）参照。

<sup>52</sup> 平野は、供述過程を介在した推認を経由せずとも本件封書からXの密輸出の目的を推認することが可能であるかという問題について特段触れていない。

<sup>53</sup> 平野・前掲注（8）「伝聞排斥の法理」226頁。

<sup>54</sup> 平野・前掲注（8）「伝聞排斥の法理」220頁。

判している<sup>55</sup>。

また、平野は、以下のような仮想事例を取り上げて供述証拠の範囲についてより詳しく説明している。

「医者が心臓の特効薬とされているある薬の処方箋を書いて患者に与えたとしよう。これはその医者が診断の結果患者の心臓が悪いと思ったから書いたのである。この場合、『この患者は心臓が悪い』『したがってこの薬を与えよ』と書いたとすれば前半の部分が供述であることは疑いがない。右の処方箋を患者の心臓が悪いことの証明に使うとすれば、前半の供述を通じてはじめてこれを証明できる性質のものなのであり、やはり供述であるといわなければならない。」<sup>56</sup>

平野は、供述者の供述過程を介した推認を必要とするあらゆる公判外供述の証拠が伝聞証拠に分類されるとまで明確に述べているわけではない。しかしながら、この仮想事例について、平野は、処方箋の文言のみによることなく、医者が処方箋の作成という供述をなした動機に遡った検討を行っていることから、文言によって供述証拠の範囲に限定をかける考え方に否定的であると思われる。少なくとも、戸田のように供述の文言を重視して供述証拠の範囲を限定する考え方を否定していることは明白であるといえる。

#### イ. 第二の課題について

ここまで説明したように、平野は、第一の課題について、公判外供述の「内容たる事実」を広く捉える立場にあると考えられる。しかし、第二の課題については、以下で説明するように、平野は伝聞法則の適用を否定していると考えられる<sup>57</sup>。

---

<sup>55</sup> 前款で検討したように、昭和 28 年福岡高判は、検察官の控訴趣意によれば、Y が公判で証言を行った事案であり、Y は反対尋問を受けたと考えられる。平野がこの事実をどのように評価しているかは明らかではないが、平野のいう「反対尋問」を、供述と同時的になされる反対尋問という意味に理解すれば、Y は本件封書の作成と同時的な反対尋問を受けたわけではないから、これを伝聞証拠と結論付けても矛盾ではない。

<sup>56</sup> 平野・前掲注 (8)「伝聞排斥の法理」226 頁。平野は仮想事例の出典を明示してはいないが、同事例は次章で説明する Morgan の論文で検討された仮想事例の一つに類似しており、これが出典であると推測される。Morgan, *supra* note 11, at 214-15.

<sup>57</sup> 安村和雄・杉山和巳は、平野が示した仮想事例における医師の行為を、「投薬という『非言語的行為』」と捉え、これについても伝聞法則を適用すべきとしている。したがって、安村・杉山は、仮想事例に関する平野の考え方に賛意を示すと同時に、平野が公判外における事実認識の表明の要素を伴わない非言語行為にも伝聞法則を適用する立場にあると理解していることが窺われる。安村＝杉山・前掲注 (40) 17 頁。

平野は、「供述証拠でない証拠（非供述証拠）には、伝聞証拠は存在しない」と述べたうえで、供述証拠を「人が一定の事実を見て、それを記憶し、これを表現し叙述したものを、その事実の存在の証明のために用いる場合をいう」と定義しており<sup>58</sup>、この記述からは、事実認識の表明の要素を伴わない非言語行為は伝聞法則の対象にならないということが含意されていると捉えるのが自然である。

また、平野は、自身の教科書において、非言語行為について、「明らかに供述に代るものである場合の外は、非供述証拠として用いると解すべきである。例えば、被告人が誰何されて逃げたとき、この行動は、『自分が犯人である』という供述証拠ではなく、非供述証拠として用いる」と説明している<sup>59</sup>。すなわち、理論的根拠は明らかにされていないものの、平野は、事実認識の表明の要素を伴わない非言語行為の少なくとも一部について、供述過程を介在した推認を経由する場合であっても伝聞法則の対象外とする趣旨の記述を残している。

## (2) 濱田毅の見解

### ア. 第一の課題について

濱田毅は、「『供述』であるかどうかは、発言（又は文字）の文言だけで形式的に判断されるべきでなく、供述状況によっては文言を補って理解されるべきである」として、「その事実の直接的な叙述でない言葉」を一律に「供述」から除外すべきではないとしている<sup>60</sup>。

さらに、濱田は、以下のような仮想事例を挙げて、具体的な説明を行っている。

すなわち、「V が巡回中の K に駆け寄り、泣きながら『助けて。この人（甲）捕まえて。』と訴えた」という内容のVの言葉について、「『助けて』『この人捕まえて』とのV発言が、巡回中の制服警察官に対して泣きながら甲を名指しするとの状況下でなされたものであることから、事実認定者としては、当然、V 発言をもって『この人（甲）から痴漢等の被害にあった（と認識している）』との言葉を聞いているに等しい」として、「供述」であると

---

しかし、少なくともこの仮想事例に関する限り、平野は、医師の行為を「非言語的行為」ではなく言語を叙述する行為に分類していると思われる。なぜならば、平野は、その説明において、「処方箋を書いて」「医師が……書いたのである」という表現を用いており、行為の言語的な側面に焦点を当てているからである。

<sup>58</sup> 平野・前掲注（8）「伝聞排斥の法理」220頁。

<sup>59</sup> 平野・前掲注（8）『刑事訴訟法』206頁注（4）。

<sup>60</sup> 濱田・前掲注（40）1163頁。

している<sup>61</sup>。そして、このように文言が補われるべき理由について、濱田は、「V 発言は、相手方 (K) にとって V が何を認識したかが重要であるからだと説明している<sup>62</sup>。

濱田は、供述から推認することができる供述者のあらゆる認識内容について、それが要証事実である場合には文言を補って理解すべきとはっきり述べているわけではない。しかし、このように濱田は、供述の文言のみが重要なのではなく、供述から当該供述者のいかなる認識内容が推認されるかが重要であるということを説いているのであり、この論理に従えば、公判外供述の「内容たる事実」の範囲は広く捉えられることになるであろう。

また、濱田は、昭和 28 年福岡高判について、以下のように論じている。

「W の助言記載内容の前に『あなた……は、荷物を朝鮮に送ることをお考えなのでしょう。ついては……』旨の W の認識を示す文言を補充して読むことも可能である。」<sup>63</sup>

濱田は、昭和 28 年福岡高判の事実関係を緻密に分析し、供述過程を介在した推認を要さずして本件封書の関連性を認めることが可能であるとして、その判断は正当であったと評価している。ここで濱田が文言を補充する読み方について述べているのは、あくまでも、本件封書の用い方次第では、供述過程を介在した推認がなされる場合もあり、そのときにはこれに伝聞法則を適用する余地があるという趣旨にとどまる。しかしながら、公判外供述の「内容たる事実」の範囲については、これを広く捉える考え方がここでも反映されているといえる。すなわち、濱田の考え方によれば、仮に実際の事実関係とは異なり、Y が出廷して証言せず、かつ、供述過程を介在した推認以外の推認によっては関連性が認められない事実関係であった場合には、本件封書に伝聞法則が適用される余地が認められると考えられる。

濱田は、伝聞法則の適用範囲について、比較衡量的発想を取り入れ、通説的定義に該当するような証拠であっても一律に伝聞法則を適用すべきではないという見解に立っているため<sup>64</sup>、伝聞証拠の許容性について厳格な立場であるとは一概にはいえない。しかし、少なくとも、文言上は述べられていない事実についても伝聞法則の適用を及ぼし得るという前提を認めていることから、その考えには、伝聞法則の適用範囲を広く理解する契機が含まれている。

## イ. 第二の課題について

このように、濱田は、第一の課題について、公判外供述の「内容たる事実」の範囲を広

---

<sup>61</sup> 濱田・前掲注 (40) 1160-1163 頁。

<sup>62</sup> 濱田・前掲注 (40) 1163 頁注 (40)。

<sup>63</sup> 濱田・前掲注 (40) 1225 頁。

<sup>64</sup> 濱田・前掲注 (40) 1175 頁以下参照。

く捉えているが、一方で、第二の課題については、以下のように論じて、伝聞法則の適用を否定する考えを提示している。

すなわち、「『供述』以外の人」の行動が判断資料となる場合（例えば、証拠隠滅行為から事件当時の有罪の意識を推認する場合）でも、人の精神作用が介在するために知覚等の過程に誤りが混入するおそれがあることは『供述』と変わらないはずであるが、かかる『人の行動』を間接証拠（状況証拠）とする場合には、その行為のもつ意味が多義的であることを判断者も十分に意識したうえで他の証拠関係も踏まえその推認力を慎重に判断することが期待できる」ため、伝聞法則の適用を否定してもよいとする<sup>65</sup>。

このように、濱田は、「『供述』以外の人」の行動」の証拠について、供述過程を介在した推認を経由する場合があることを認めながらも、事実認定者が慎重な推認力判断を行うことが期待できるという理論的根拠を提示してこれを非伝聞としてよいと論じているのである。これは、妥当する範囲において大きく相違するが、先に述べた戸田弘と同様の理論的根拠を提示するものであるといえよう<sup>66</sup>。

## 第6節 本章の整理

ここまで、日本法における伝聞法則の通説的定義の内容を確認したうえで、通説的定義から直ちには解決が困難な事例を取り上げて、課題を抽出した。

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

---

<sup>65</sup> 濱田・前掲注（40）1156-1157 頁。

<sup>66</sup> 非言語行為の限度で、鈴木茂嗣と後藤昭も濱田と同趣旨の理解を示している。鈴木・前掲注（20）554 頁、後藤・前掲注（4）27-28 頁。

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。

もっとも、これらの課題に対する諸見解およびその理論的根拠については、比較法的根拠の提示が充実しているとはいえない。そこで、次章以降は、各課題に対応する議論が英米法諸国においてどのように展開されてきたのかを概観し、それを踏まえたうえで日本法の再検討に移行する手順を踏む。まずは、日本で現行刑訴法が成立した年代と近い時期までのコモンロー準則の動向を確認する。



## 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

### 第1節 「黙示的主張」とは

本章では、英米法諸国でコモンロー準則によって伝聞法則が規律されていた時代において、伝聞証拠の定義<sup>1</sup>をめぐるいかなる問題が出現し、それについてどのような学説上の議論が展開されていたのかを概観し、次章以降で各国の分析を行う足がかりとする。より具体的には、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ことから、特にこの問題に焦点を当てた検討を試みる。

### 第1款 概念の説明

それでは、「黙示的主張」とはいかなる概念なのであろうか。

まず、説明の便宜上、「黙示的主張」の反対概念である「明示的主張 (express assertion)」の意義について説明する。「明示的主張」とは、証明の対象となる事実 (purpose of evidence)<sup>2</sup>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を指す概念である。そして、公判外でなされた「明示的主張」の証拠は、典型的な伝聞証拠として扱われている。なお、叙述の形態は言語行為によるものでも非言語行為によるものでも構わない<sup>3</sup>。

---

<sup>1</sup> 前章では、本稿の日本法の議論において、伝聞証拠の定義とは、刑訴法 320 条 1 項の「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」の意義のことを指すとした。本稿の英米法の議論においては、伝聞証拠の定義とは、以下のいずれかを指すものとする。すなわち、伝聞法則がコモンロー準則によって規律された時代・法域においては、伝聞例外に該当しない限り排除される証拠の意義のことを指し、制定法によって規律される時代・法域においては、当該制定法が定めた定義のことを指す。

<sup>2</sup> 英米法圏では、日本法の用語における要証事実、つまり、当該証拠によって直接証明されるべき事実に対応する概念として、この 'purpose of evidence' という言い回しが用いられることが多い。

<sup>3</sup> 非言語行為がいかなる場合に「明示的主張」と評価されるかは、必ずしも自明ではなく、連邦証拠規則においても明確化が図られている。この点については、次章で説明す

これに対して、「黙示的主張」とは、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を指す概念である。

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

## 第2款 具体例

抽象的な説明のみではこの概念を理解することは容易ではないと思われるので、さらに、著名な証拠法体系書の仮想事例をアレンジして説明する<sup>4</sup>。

甲ビルという建物で火災が発生したことを証明するために、証人が公判廷で以下のような証言を行った。 証言①：「Aさんが、『甲ビルで火事が起きました。消防車を読んでください。』と叫んでいました。」 証言②：「Aさんが、『消防車を呼んでください。甲ビルです。』と叫んでいました。」 証言③：「Aさんが、消火器を持って、急いで甲ビルに入って行きました。」
---

### 証言①について

まず、証言①は、甲ビルで火災が発生した旨を直接的・明示的に叙述するAの「明示的主張」についての証言である。そして、この証言は、英米ではまさに伝聞証拠の典型例とされている。

### 証言②について

続いて、証言②はどうであろうか。証言②によれば、Aは、直接的・明示的には、甲ビルまで消防車を呼んでほしいということしか述べておらず、甲ビルで火災が発生したことについての直接的な言及は無い。しかし、Aが甲ビルまで消防車を呼ぶように求めている

---

る。

<sup>4</sup> 本款の事例およびこれについての説明は、以下の体系書の記述による。JOHN DYSON HEYDON, CROSS ON EVIDENCE 1211 (13th ed. 2021).

のは、A が、甲ビルで火災が発生した事実を認識したためであると考えるのが自然な解釈の一つである<sup>5</sup>。そのような解釈を前提として、さらに、事実認定者は、A の供述の表現（真摯性）・記憶・知覚を吟味することにより、甲ビルで火災が発生したという事実の存在を推認することが可能である。また、A がかかる供述を行っていたという事実を証明するだけでは、甲ビルで火災が発生した事実の証拠としては関連性が認められない。

以上より、証言②は伝聞証拠として扱われるべきという論理が成り立ち得る。そして、このAの供述は、甲ビルで火災が発生したという事実についての「黙示的主張」と呼ばれるのである。

### 証言③について

証言②は、言語行為が存在し、かつ、争点との関連性を有する「黙示的主張」がその言語の中に含まれている場合の例であった。これに加えて、事実認識の表明の要素を伴わない非言語行為についても、当該行為者の「黙示的主張」が含まれることがある。そのことを説明する例が証言③である。

甲ビルで火災が発生したことを証言③によって推認する場合の推認過程も、証言①②の場合と同様である。すなわち、A が消火器を持って急いで甲ビルに入ったという行為は、その行為が存在するという事実だけで関連性が認められるわけではなく、A の認識に遡った推認を行うことで初めて火災発生の実事の証拠として関連性が認められる。

証言②のような、言語行為内に含まれる要素としての「黙示的主張」と、証言③のような、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」は、区別して議論されることが少なくない。以下、本稿では、前者を「言語行為内の『黙示的主張』」、後者を「非言語行為内の『黙示的主張』」という。

### 前章で提示した日本法の課題との比較

この「黙示的主張」の問題は、前章で提示した日本法の課題に置き換えて説明することが可能である。

英米法圏の議論上は、前章第3節の事例③におけるYの発言は、言語行為内の「黙示的主張」の問題として、事例④におけるYの行為は、非言語行為内の「黙示的主張」の問題として、それぞれ議論がなされ得る。したがって、第一の課題は、言語行為内の「黙示的主張」をいかに取り扱うかという問題に対応するものとして、第二の課題は、非言語行為内の「黙示的主張」をいかに取り扱うかという問題に対応するものとして、それぞれ英米

---

<sup>5</sup> 前章第2節で説明した、供述過程のうちの叙述の解釈に相当する推認によって、このような帰結が導かれる。

法圏においても長年にわたり議論が展開されてきたのである。

### 第3款 英米における「黙示的主張」の問題の位置付け

前章で確認したように、日本では、証言②ないし証言③のような証拠、すなわち「黙示的主張」の証拠に伝聞法則が適用されるべきかという議論はそれほど活発ではなく、それゆえに、これは突飛な議論であるように感じられるかもしれない。しかし、英米法諸国では、「黙示的主張」の取扱いは伝聞法則の適用範囲に関する極めて重要な問題に位置付けられており、しかも、容易に結論を下せない難問であると考えられてきた。

## 第2節 Wright 対 Tatham 判決

「黙示的主張」の問題に関する証拠法学者の学説および近年の各国の動向を検討する前に、1837年にイギリスで下された Wright 対 Tatham 判決<sup>6</sup>について説明する。後述のように、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<sup>7</sup>。

### 第1款 判決の概要

#### 1. 事実の概要

本件は、被相続人 Marsden が、その生前に、自己の使用人 Wright (被告) に対して財産を遺贈する旨の遺言をなしたとされるところ、Marsden の法定相続人 Tatham (原告) が当該遺言の有効性を争った民事訴訟である<sup>8</sup>。そして、その審理において、Marsden が生前

---

<sup>6</sup> Wright v. Doe Tatham (1837) 7 Ad & El 313.

<sup>7</sup> 本判決は、現在でも英米の証拠法体系書においてリーディングケースとして掲げられることが多い。そのような体系書として、例えば、以下のものがある。IAN DENNIS, THE LAW OF EVIDENCE 698 (7th ed. 2020); 2 MCCORMICK ON EVIDENCE § 250, at 207-08 (Robert P. Mosteller ed., 8th ed. 2020).

本判決を紹介・分析する論文ないし体系書は非常に多いが、これを最も詳細に検討するものの一つに、以下の論文がある。John M. Maguire, *The Hearsay System: Around and Through the Thicket*, 14 VAND. L. REV. 741, 749-60 (1961).

<sup>8</sup> 周知の通り、英米法諸国では伝統的に民事訴訟においても伝聞法則が適用されてきた。この点について、以下の文献を参照。田中和夫『新版証拠法(増補第3版)』7、19頁(有斐閣、1971年)。現在では、民事訴訟における伝聞法則の適用状況は法域によって様々で

に遺言能力（有効な遺言を行うに足りる知能）を有していたか否かが中心的な争点となった。具体的には、Marsden には遺言能力が認められる程度の知能が先天的に備わっていなかったのではないかという点が争われた。

被告側は、Marsden が遺言能力を有していたことを証明する証拠として、Marsden 宛の3通の手紙の証拠を提出しようとしたが、原告側がその許容性について争った。これらの手紙は、いずれも Marsden が死亡する前に作成されたものである。その内容は、Marsden の知能に関する直接的な記述は一切無かったものの、遺言能力に相当する一定の知能を有する人物でなければ到底理解できないようなものであった。なお、訴訟の段階で手紙の作成者は既に全員死亡していたことから、作成者を出廷させることは不可能であった。

## 2. 判決内容

財務室裁判所（Court of Exchequer Chamber）<sup>9</sup>は、3通の手紙について、いずれもその許容性を否定した。本判決で示された意見のうち、許容性が否定される理論的根拠を示したのものとして最も著名かつ一般的に引用されているのは、Parke 男爵（Baron Parke）によるものである。この意見が、「黙示的主張」の問題に関する議論の発端となったものである。Parke 男爵は、大要以下のように述べ、3通の手紙の許容性を否定した<sup>10</sup>。

- ・問題は、これらの手紙の内容が、争点との関係で証明されるべき事実の証拠となるか否かである。その事実とは、遺言者が有していると手紙の中で黙示的に（by implication）<sup>11</sup>述べられている能力が実際に存在するということである。
- ・これらの手紙については、Marsden が遺言能力を有する旨の直接的かつ積極的な供述（a direct and positive statement）が含まれている場合と同様に考えることができる。その意

---

あり、大枠として、民刑共通の準則を維持している法域（アメリカなど）、民事訴訟についても伝聞法則を維持しているものの、伝聞例外を著しく拡張するなどして刑事訴訟に比べて準則を大幅に緩和した法域（オーストラリアなど）、民事訴訟について伝聞法則を廃止した法域（イギリスなど）などに分かれる。

<sup>9</sup> イギリスで、エクイティと対比される法体系たるコモンローを適用していた裁判所には、当初、女王座（王座）裁判所（Court of Queen's or King's Bench）、人民間訴訟裁判所（Court of Exchequer）が存在し、それらはコモンロー裁判所と総称されていた。そして、1837年当時、コモンロー裁判所の上訴裁判所として財務室裁判所が置かれていた。田中和夫『英米法概説（再訂版）』（有斐閣、1981年）134-135頁。

<sup>10</sup> Wright v. Doe Tatham, 7 Ad & El at 385-89.

<sup>11</sup> なお「黙示的主張」という名称は、この Parke 男爵の意見に由来するといわれている。Finman, *infra* note 21, at 682 n.2.

味で、これらの手紙は伝聞に過ぎない。

- ・争点たる事項についての第三者の供述または意見を黙示するものとして (as implying a statement or opinion of a third person on the matter in issue) 初めて関連性を有する事実の証拠は、宣誓のもとでなされたものでない限り許容されない。
- ・その中に含まれている黙示的な供述の真実性 (the truth of the implied statements therein contained) を証明する目的でのみ提出されるものである本件の手紙は許容されない。

さらに、Parke 男爵は、傍論として、本件で問題となった手紙と同様に排除される場合を、仮想事例として多数示している。そのうち、代表的なものは、次の事例——以下、「船舶事例」という——である<sup>12</sup>。すなわち、ある船舶が、出航時点において異常が無く、航行をすることが可能な状態であったか否かが争点となった場合において、その船舶の船長（故人）が、出航前に当該船舶を入念に点検したうえで出航した旨の証拠は、これに異常が無く航行可能な状態であったということを証明する証拠としては許容されないという例である。

## 第2款 Wright 対 Tatham 判決から浮かび上がった課題

### 1. Wright 対 Tatham 判決の論理

Wright 対 Tatham 判決は、伝聞法則が理論的に整理されるよりも前の時代に出された判決ということもあり、必ずしも詳細で明瞭な説明がなされたものではないが、上記の通り理論面について一定の言及がなされている<sup>13</sup>。後年の証拠法学者らによる整理をもとに判決の論理をより丁寧に敷衍すると、以下のような説明が可能である<sup>14</sup>。

#### (1) 手紙の許容性の検討

まず、3 通の手紙には、Marsden が一定の知能を有している旨の、作成者による「黙示的主張」（言語行為内の「黙示的主張」）が含まれていると評価することができる<sup>15</sup>。そし

---

<sup>12</sup> Wright v. Doe Tatham, 7 Ad & El at 388.

<sup>13</sup> McCormick は、本判決は、「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として扱った諸判例のうち、一定の理論的な言及がなされた唯一とってよい判例であるが、それでもなお説明が十分ではないと 1930 年に評している。McCormick, *infra*, note 31, at 492.

<sup>14</sup> 特に、以下の文献を参照。 *Id.* at 492-94; Maguire, *supra* note 7, at 749-60.

<sup>15</sup> 厳密には、作成者による「黙示的主張」が含まれていると評価することができなければ関連性を認める余地が無いという方がより正確である。すなわち、Marsden が一定の知能を有していると作成者が認識し、その認識を前提として手紙が作成されたと評価できなければ、これらに関連性を認めることはできない。

て、仮に Marsden が一定の知能を有している旨の明示的な記載が含まれた手紙が存在するならば、その手紙には当然に伝聞法則が適用されるはずであり、これと別異の取扱いを行う理由は無いとして、本件のような、「黙示的主張」が含まれる手紙にも同様に伝聞法則を適用すべきであるとの理屈が成り立つ。すなわち、これらの手紙から Marsden の遺言能力の存在を認定するためには、Marsden が一定の知能を有した人物であるという事実に関する作成者の供述過程<sup>16</sup>を介在した推認が不可避であり<sup>17</sup>、本来であれば公判廷における作成者に対する反対尋問等による吟味<sup>18</sup>が必要であることから、これらは伝聞証拠に分類すべきといえる。

要するに、本判決は、言語行為内の「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠とした判例であると評価できる。

---

ここでは「Marsden が一定の知能を有している」という作成者の認識が黙示的であれ表明されていると評価できるか否かという問題が、供述過程のうちの叙述の問題に相当するといえるであろう。

<sup>16</sup> 英米法では、日本法の用語たる供述過程に完全に対応する意味の用語は存在しないと思われるが、説明の便宜上、ここでは日本法の用語を使用する。ただし、供述過程そのものではないが、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)」が存在する。これについては、Morgan の学説の検討の項において詳しく説明する。

<sup>17</sup> 一定の知能を有する人物でなければ理解することができないような手紙が、その存在自体から名宛人の知能を推認させるものといえるためには、例えば、同種の手紙が大量に残されており、知能が不十分な人物に対してそのように累積して大量の手紙が送られることは考え難いと評価できるなどといった事情が認められることが必要であろう。このような場合であれば、作成者各々の認識の正確性を問わずして、名宛人の知能の程度を推認する余地があり得ると思われる。しかし、本判決で問題とされた手紙の数は、わずか3通にとどまっており、かかる事情があると評価するには不十分であることは明白であり、そのことが議論の前提となっている。その意味で、前章で検討した昭和28年福岡高判とは前提となる事実関係が根本的に異なっているといつてよい。

<sup>18</sup> Parke 男爵の意見では、手段として反対尋問には言及されておらず、宣誓について述べられているのみである。宣誓という手段の有効性が限定的であり、反対尋問の方がより重要であるという理解が一般化するのには、後年、特に Wigmore の登場以降のことであり、当時はむしろ宣誓が重要視されていた。現在では、宣誓よりも反対尋問の方が典型的に重要な吟味手段であるということにほぼ異論は無いことから、このように宣誓と反対尋問の位置付けを置き換えて議論を行う方が一般的であり、より適切であると思われる。宣誓の歴史的な位置付けについて、以下の文献を参照。Morgan, *infra* note 61, at 185-86.

## (2) 傍論部分の検討

続いて、傍論として示された仮想事例のうち、船舶事例について確認する。この事例においては、言語行為ないし事実認識の表明の要素を伴った非言語行為は存在しない。しかし、船舶の点検を行った船長は、当該船舶に異常が無く航行可能な状態であると判断しない限りは、これに乗船して出航しないであろうと考えられる。そうであるにもかかわらず、実際に出航したのだから、船長は、当該船舶に異常が無く航行可能な状態であったとの認識を有していたとの「黙示的主張」（非言語行為内の「黙示的主張」）を行っていたと評価することが可能である。

船舶事例は、非言語行為内の「黙示的主張」の事例であることから、本判決は、傍論において、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠にも伝聞法則が適用されるとしたものであると評価されている。要するに、本判決は、「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として扱ったという点と、言語行為内の「黙示的主張」と非言語行為内の「黙示的主張」とを区別していないという点が特徴的であるといえる。

## 2. Wright 対 Tatham 判決の歴史的 position

次節および次章以降で説明するように、コモンロー上は、「黙示的主張」の証拠の許容性を挙証責任者の相手方当事者が争った場合には、これを伝聞証拠として排除する裁判所が多数派であったと考えられている<sup>19</sup>。

そして、先に述べた通り、Wright 対 Tatham 判決は、「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として排除したそれらの判例のうち、歴史上最初のものであると考えられており、その意味で先駆的なリーディングケースであった。また、それだけにとどまらず、本判決は、長年の間、「黙示的主張」の問題の理論面についての一応の言及があった唯一の判決であったと評価されている<sup>20</sup>。

### 第3節 その他のコモンロー上の判例

Wright 対 Tatham 判決後も、「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として排除するコモンロー上の判例は少なからず出現している。そのうち、イギリス、オーストラリア、カナダの各法域で出現した判例は、いずれも大きな反響ないし影響をもたらしたものであることか

---

<sup>19</sup> この点については、Morgan の学説の項においてより詳しく検討する。

<sup>20</sup> McCormick, *infra* note 31, at 492; Maguire, *supra* note 7, at 754. 「黙示的主張」の証拠を排除したコモンロー上の判例は少なくなかったにもかかわらず、それらの判旨において理論的な言及が乏しかった理由は明らかではない。



ら、それぞれの法域の章で個別に説明する。他方、アメリカでは、連邦証拠規則の成立、すなわち、コモンロー準則による連邦法の規律の終結に至るまで、リーディングケースとして扱われるような影響力の大きい判例や、理論的に重要な言及がなされたものとして参照される判例は出現しなかったことから、現代において判例を逐一取り上げて説明する実益は乏しいと考えられる。

もっとも、諸判例の中には、日本法の感覚からは驚くべき判例といい得るものもいくつか存在するため、その代表的な例を取り上げて説明する。

テキサス州の Powell 判決<sup>21</sup>は、被告人の祖母が所有する牛を、その不在の間に勝手に売却したとして被告人が起訴されたところ、被告人が公判で、事前に祖母から牛の売却権限を与えられていたと弁明した事案である。この事案において、祖母が、帰宅した直後、購入者に対して代金の支払いではなく牛の返還を要求した旨の証言が伝聞証拠であるとして排除された。祖母が具体的にどのような発言をしたかは判旨からは明らかにされていないが、牛の返還を要求する際に、購入者に対して何らかの発言をしたものと推測することができる。しかしながら、同判決では、発言の文言や発言の際の態度は一切問題にされておらず、牛の返還を要求したという事実それだけに着目し、伝聞法則の適用に足りるという判断がなされた点が注目される。要するに、被告人の祖母が牛の返還を要求したという事実それ自体から、被告人に売却権限を与えていないという事実認識を推認することが可能であると判断されたのである。したがって、同判決は、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に親和性があるといえる。

カリフォルニア州の Mendez 判決<sup>22</sup>は、被告人が、起訴された犯罪について、犯人は自分ではなく X という人物であると公判で弁明した事案である。この事案において、X が事件の直後に飛行機で別の州に移動したという事実の証拠が伝聞証拠であるとして排除された。同判決は、まさに非言語行為内の「黙示的主張」に伝聞法則が適用された事案である。X が飛行機で別の州に移動したという事実は、X が自分は犯人であると認識して、いわば高飛びをしたという推認を導く余地がある。しかし、このような推認を行う場合、X の供述過程を介在した推認を行うことになるため、理論上は伝聞法則の適用の余地があることになる。このように、逃走と疑われる行為をある人物が行ったという証拠は、日本法では当然に非伝聞として扱われてきたと考えられることから、同判決は驚くに値するものであるといえよう。

---

<sup>21</sup> Powell v. State, 88 Tex Crim. 366 (1921). Powell 判決の紹介・検討として、以下の文献を参照。Ted Finman, *Implied Assertions as Hearsay: Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence*, 14 STAN. L. REV. 682, 687 (1962); Morgan, *infra* note 61, at 190.

<sup>22</sup> People v. Mendez, 193 Cal. 39, 223 Pac. 65 (1924).

さらに、複数の判例<sup>23</sup>において、ある商品の品質が争点となった事案について、当該商品が流通してからも品質に関する苦情が寄せられたことが無かった旨の証拠が伝聞証拠として排除された。これらの判例は、非言語行為内の「黙示的主張」が、不作為によっても表明される余地があることを示した点において特徴的であるといえる。自覚的であれ無自覚であれ、その品質に苦情を寄せるほどの問題は無いという認識を有していたという、購入者の供述過程を介在した推認によって、当該商品の品質の証明について関連性が認められ得る。したがって、理論上、この証拠を「黙示的主張」と評価して伝聞法則を適用する余地があるところ、かかる購入者の認識は、苦情を寄せないという不作為を通じて推認されるものである。このように、不作為の非言語行為内の「黙示的主張」にも伝聞法則が適用され得るという裁判所の判断は、日本法の感覚からは、Mendez 判決よりもなお一層驚くべきものであるといえるであろう。

このように、コモンロー準則のもとでは、伝聞法則をきわめて厳格に適用する例が見受けられた。すなわち、言語行為内の「黙示的主張」の証拠については、一部の判例では、これに一律に伝聞法則を適用する姿勢が窺われ、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠については、伝聞法則の射程を不作為にまで及ぼす判例が出現したのである。

#### 第4節 コモンローを前提とした伝聞証拠の定義に関する学説

##### 第1款 検討対象について

本節では、英米法圏の伝聞法則がコモンローによって規律されていた時代における、伝聞証拠の定義・伝聞法則の適用範囲<sup>24</sup>に関する代表的な学説を概観する。

具体的には、特に、Wigmore (John Henry Wigmore)、McCormick (Charles T. McCormick)、Morgan (Edmund M. Morgan)、Falknor (Judson F. Falknor) の4名の学

---

<sup>23</sup> George W. Saunders Live Stock Comm'n Co. v. Kincaid, 168 S.W. 977 (Tex. Civ. App. 1914); Altkrug v. William Whitman Co., 185 App. Div. 744, 173 N.Y. Supp. 669 (1919); James K. Thomson Co. v. International Compositions Co., 191 App. Div. 553, 181 N.Y. Supp. 637 (1920). これらの判例について、詳しくは、以下の文献を参照。Falknor, *infra* note 88, at 200-01.

<sup>24</sup> 「伝聞証拠の定義」の議論と「伝聞法則の適用範囲」の議論は実質的に同内容であるといえる。もっとも、議論の立て方として、「伝聞証拠とは……である」などといった形で議論がなされる場合は、前者の言い回しの方がより厳密であり、「このような証拠には伝聞法則が適用される」などといった形で議論がなされる場合は、後者の言い回しの方がより厳密である。どちらの言い回しが好まれる傾向にあるかは、論者によって区々であり、立法のなされ方も多様である。

説を詳しく取り上げて検討する。まず、この 4 名を取り上げる理由および検討に際しての着眼点について説明する。

この 4 名は、1930 年代から 60 年代にかけての、後に連邦証拠規則の成立という形で結実する立法の議論が展開されてきた時代をリードした証拠法学者である。当然ながら、伝聞証拠の定義の問題については、それよりも前の時代からの学説の蓄積が存在する。しかし、彼らの業績は、コモンロー上の判例を的確かつ綿密に整理・総括したものであり、連邦証拠規則成立後の議論の出発点に位置付けられる存在である。そこで、本稿でも、彼らを学説検討の出発点に位置付ける。以下では、伝聞法則の定義をめぐる議論との関係における各人の位置付けおよびその学説を確認する意義についてより具体的に説明を加え、それから個別の学説の検討に移る。

## 1. Wigmore について

まず、Wigmore は、証拠法体系書の *Wigmore on Evidence* を執筆した著名な証拠法学者として日本でも知られており、英米の証拠法学の第一人者として確固たる地位にあることは既に広く認識されている<sup>25</sup>。伝聞法則の領域においても、その地位は確立したものであり、現代の証拠法体系書の伝聞法則の章においてもしばしば引用されている<sup>26</sup>。

日本法の伝聞法則の規定との関係では、*Wigmore on Evidence* は現行刑訴法の立法者が参照した主要な文献であったことが明らかになっている<sup>27</sup>。そして、現行刑訴法成立後も、Wigmore の文献が参照されながら日本法における伝聞証拠の定義をめぐる議論が発展してきた。

他方で、連邦証拠規則をはじめとした現代の制定法における定義規定は、特に「黙示的主張」の問題について、*Wigmore on Evidence* の第 3 版 (Wigmore が自ら執筆した最後の版)<sup>28</sup>の後の議論内容が反映されたものである。つまり、現在依然として日本法の議論の

---

<sup>25</sup> Wigmore の業績を紹介する日本語文献や Wigmore の学説を紹介する日本語文献は数多く存在する。例えば、Wigmore の証拠法入門書の日本語訳として、以下のものがある。J. H. ウィグモア (平野竜一＝森岡茂訳) 『証拠法入門』(東京大学出版会、1964 年)。

<sup>26</sup> 例えば、以下の体系書が挙げられる。2 MCCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 7, § 246, at 187 n.1.

<sup>27</sup> この点について、以下の文献を参照。渡辺咲子「現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈：伝聞法則を中心として」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』293 頁以下、321-327 頁 (青林書院、2003 年)。

<sup>28</sup> JOHN H. WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW (3d ed. 1940).

基盤をなしている Wigmore on Evidence における、伝聞証拠の定義に関係する記述の内容と、現代の英米法圏の制定法における定義の内容との間には、後者の方がより新規の議論内容が反映されているなど、いくつかの相違点が存在する。それゆえ、Wigmore on Evidence の記述の内容を確認することは、日本法と現代の英米法との距離感を測るために必要性の高い作業であるといえる。

## 2. McCormick について

続いて、McCormick の学説を参照する意義について説明する。周知の通り、McCormick on Evidence はアメリカにおいて現在最も広く普及している証拠法の体系書である<sup>29</sup>。そして、同書は、その書名の通り、McCormick が初版<sup>30</sup>を執筆し、その後、後継者の手によって改訂が進められてきた。詳しくは後述するが、日本法の通説的定義は、その初版で掲げられた定義と多くの部分が内容的に共通している。つまり、日本法の通説的定義は、McCormick on Evidence の定義を参考にして成り立ったものであると考えられ、これが現代でもなお日本で通用している。その意味で、同書の記述を確認することの重要性は、もはや自明であるといえるであろう。

ところが、この定義については、注意しなければならないポイントが2つ存在する。

1点目は、Wigmore の体系書についていえるのと同様に、同書で掲げられた定義の内容と、現代の英米法圏の制定法における定義規定の内容とは、特に「黙示的主張」の取扱いについて相違点が見られるということである。この相違点によって、具体的事例についてどのような帰結の違いがもたらされるのかを検討する必要がある。

2点目は、McCormick 自身が言及しているように、McCormick on Evidence の定義は包括的なものではないということである。連邦証拠規則の定義規定は、「黙示的主張」の証拠の許容性についても規律する包括的なものであるのに対して、同書の定義はあくまでも議論の出発点を提示するものにとどまっております、「黙示的主張」の証拠の取扱いについては別途の検討を要するという留保がなされているのである。そして、McCormick は、「黙示的主張」の証拠の取扱いの問題を中心とした、伝聞・非伝聞の区別の論点について、体系書とは別に論文を発表しており<sup>31</sup>、これを併せて考慮することで初めて McCormick の考

---

<sup>29</sup> MCCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 7. アメリカにおいて McCormick on Evidence が証拠法の代表的な体系書・教科書の地位にあるという点について、以下の文献を参照。

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, 423-24 (1981).

<sup>30</sup> CHARLES T. MCCORMICK, HANDBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE (1st ed. 1954).

<sup>31</sup> Charles T. McCormick, *The Borderland of Hearsay*, 39 Yale. L.J. 489 (1930).

え方を正確に理解することが可能になる。

McCormick on Evidence の定義によって捕捉されない問題領域があることが McCormick 自身によって留保されており、かつ、彼がかかる問題領域について別稿において個別に詳細に論じているということは、その定義をもとに形成された日本法の通説的定義によって本来は捕捉されないと思われる問題領域が存在することを示唆するものである。そして、この問題領域を把握して検討することは、より洗練された日本法の検討を導く手がかりをもたらす作業であると思われる。

### 3. Morgan・Falknor について

Morgan と Falknor は、Wigmore や McCormick ほど広く日本でその学説の重要性が認知されているわけではない<sup>32</sup>。それでは、独立の項目を設けて学説を検討する意義はいかなる点に求められるのであろうか。

現代の英米法諸国では、アメリカ連邦法の証拠法を規律する連邦証拠規則における伝聞証拠の定義が、最も代表的な定義として扱われており、後発のその他の法域の定義のひな型になっている。連邦証拠規則は1975年に制定されたものであるところ、これを起草した機関である諮問委員会（Advisory Committee）が公表している公式注釈において、この2名の論文が参照されている。また、その内容について検討すると、彼らの論文は単なる参考文献として掲げられているわけではなく、いずれも連邦証拠規則における定義の理論的支柱になっていると評価されるべきものである<sup>33</sup>。しかも、その理論は、後述するオーストラリアの統一証拠法およびイギリスの2003年刑事司法法の定義規定の立法に際しても採用されている<sup>34</sup>。

要するに、この2名の理論は現在英米法圏において採用されている定義の理論的基盤をなすものであり、これらを理解せずに当該定義を理論的に考察することはできないといえ

---

<sup>32</sup> もっとも、Morgan は、Falknor に比べれば日本においてもある程度名が知られており、その手によって著された証拠法概説書の日本語訳も存在する。エドモンド・M・モーガン（青柳文雄訳）『法務資料 349号・354号 証拠法の基本問題（上）（下）』（1958-1959年）。また、Morgan の精密な伝聞証拠概念の研究の断片的な紹介にとどまるものではあるが、その学説について説明する文献も存在する。平野龍一「伝聞法則の将来」同『訴因と証拠』198頁以下、206-209頁（有斐閣、1981年）、鈴木茂嗣「伝聞概念について」同『続・刑事訴訟の基本構造（下）』546頁以下、548-556頁（成文堂、1997年）。

<sup>33</sup> 諮問委員会の公式注釈の具体的内容については、次章で詳述する。

<sup>34</sup> 定義を起草した両法域の機関においてそのことが明らかにされている。詳しくは、オーストラリアについては第4章、イギリスについては第5章において説明する。

る。

## 第2款 Wigmore の見解

それでは、まず、Wigmore の見解について確認する。Wigmore は、証拠法の体系書である *Wigmore on Evidence* において伝聞法則についても詳細な議論を展開している<sup>35</sup>。ここでは、Wigmore 自身の手で著された最後の版である第 3 版に依拠して Wigmore の学説を確認する<sup>36</sup>。

### 1. 伝聞法則の本質に関する記述

*Wigmore on Evidence* では、後述の *McCormick on Evidence* とは異なり、公式の形で伝聞証拠の定義が示されているわけではないが、伝聞法則の本質について論じられており、その記述が、Wigmore の考える伝聞証拠概念の内実を明らかにする手がかりとなっている<sup>37</sup>。

まず、Wigmore は、伝聞法則とは、「証言的なものとして提出された主張であり、何らかの方法で反対尋問がなされていないものを拒絶する準則を意味する (signifies a rule rejecting assertion, offered testimonially, which have not been in some way subjected to the test of cross-examination)」と説明している<sup>38</sup>。

さらに、伝聞法則の適用範囲については、以下の一般論を述べている。

「伝聞法則の理論は、以下の通りである。すなわち、人の言葉がそれに含まれている事実の主張の証拠として提出される場合 (when a human utterance is offered as evidence of the truth of the fact asserted in it)、主張者 (assertor) の信用性が推認の基礎となる。それゆえに、その主張は、当該主張者が出廷して反対尋問のテストを受けたときに限り許容される。したがって、公判外で出された言葉が、主張された事項の主張としてではなく、主張された事項の真実性が参照されないものとして (not as an assertion to evidence the matter

---

<sup>35</sup> WIGMORE, *supra* note 28.

<sup>36</sup> Wigmore による伝聞証拠概念の考え方を説明しながら日本法について論じる日本語文献として、以下のものがある。江家義男『刑事証拠法の基礎理論 (訂正版)』55-68 頁 (有斐閣、1952 年)。

<sup>37</sup> Morgan は、「Wigmore 先生は、伝聞を定義していないが、その本質について著している (Mr. Wigmore does not define hearsay; he does, however, indicate its essentials)」と、Wigmore が明確に伝聞証拠の定義を示しているわけではないことを指摘し、そのうえで、Wigmore の伝聞証拠概念の内実を分析した。Morgan, *infra* note 61, at 1139.

<sup>38</sup> 6 WIGMORE, *supra* note 28, § 1766, at 178.

asserted, but without reference to the truth of the matter asserted) 提出されるならば、伝聞法則は適用されない。……伝聞法則は、特別の目的、すなわち、主張された事項の真実性の証拠として提出される場合における公判外の言葉を排除する法則である (The Hearsay rule excludes extrajudicial utterances only when offered for a special purpose, namely, as assertions to evidence the truth of the matter asserted)。」<sup>39</sup>

要するに、Wigmore は、公判外の「言葉 (utterance)」の証拠によって、その「言葉」で「主張された事項の真実性 (the truth of the matter asserted)」を証明する場合、「主張者 (assertor)」の信用性に依拠する推認を経ることになるため、そのような証拠を排除する証拠法則が伝聞法則であると説明している<sup>40</sup>。

Wigmore のいう「主張」・「主張者」をそれぞれ「供述」・「供述者」に、「主張された事項」を「供述の内容たる事実」に置き換えることができるならば、この説明は現在の日本法の伝聞法則の趣旨の一般的な説明とかなり共通するものであるといえよう<sup>41</sup>。しかし、Wigmore は、「主張」の意義についてここでは直接的には説明を加えていない<sup>42</sup>。したがって、ここで念頭に置かれている「主張」に「黙示的主張」が含まれているのか、そして、言語行為内の「黙示的主張」と非言語行為内の「黙示的主張」が区別されるのかによって、Wigmore の理解する伝聞証拠の範囲は異なってくることになる。

## 2. 「黙示的主張」の問題について

Wigmore on Evidence では、「黙示的主張」の取扱いについて一応の記述がなされているものの、この問題について明確な立場が示されているわけではない。むしろ、——複数の証拠法学者の指摘によれば、——Wigmore on Evidence には、「黙示的主張」の証拠に伝聞法則を適用することを否定する趣旨の記述とこれを肯定する趣旨の記述が併存しており、

---

<sup>39</sup> *Id.* § 1766, at 177-78.

<sup>40</sup> また、Wigmore は、「証言的なものとして (testimonialy)」提出される証拠とはどのような証拠であるのかを直接的には定義していないものの、少なくとも、かかる推認を経る証拠は「証言的なもの」であると理解していると考えられる。

<sup>41</sup> 江家・前掲注 (36) 55-56 頁では、「傳聞證據」を「反對尋問の機會が與えられない公判外の供述であつて、供述内容である事實 (要證事實) の證明に供せられるもの」と定義しつつ、注において Wigmore on Evidence を引用している。ここでは、'the matter asserted' に対応する語として、「供述内容である事實 (要證事實)」という言い回しが採用されていると考えられる。

<sup>42</sup> Morgan, *infra* note 61, at 216.

不統一であると評価されている<sup>43</sup>。

まず、Wigmore は、その根拠について詳しくは論じていないものの、以下のように、「黙示的主張」の証拠を非伝聞として扱うべきとする趣旨の記述を残している。

伝聞法則とは、公判外の主張、すなわち、事実をはっきりと宣明する意図的な言葉 (deliberate utterances) のみを排除する法則である。行為からの推認 (an inference from conduct) は結果的に主張からの推認 (as inference from assertion) と同じ働きをすることがあり得るが、それでもなお両者は区別される。前者には伝聞法則の政策も精神も妥当しない<sup>44</sup>。

ところが、Wigmore は、情況証拠 (circumstantial evidence) の検討の箇所において、Wright 対 Tatham 判決の結論および Parke 男爵の意見を引用しつつ、大要以下のように述べて賛意を示している。

人の事実認識を推認するものとして用いられる人の行為の証拠は、一般的に、許容されていない。なぜならば、それは主張として解釈されるものであり、それゆえに伝聞に過ぎないからである。この理由付けは、先に引用した Wright 対 Tatham 判決の意見において十分に説明されている<sup>45</sup>。

つまり、Wigmore は、「黙示的主張」の証拠を情況証拠として扱い、これに伝聞法則の適用を否定することが理論的に困難であることを示唆する記述を残している<sup>46</sup>。

要するに、Wigmore は、伝聞法則を体系化し、少なくとも「明示的主張」の証拠の取扱いについては、洗練された説明をなしたといえるが、「黙示的主張」の証拠の取扱いについては、矛盾ともとれる記述を残しており、その考え方が判然としないのである。

### 第3款 McCormick の見解

続いて、McCormick の学説を確認する。まず、McCormick on Evidence で示された伝聞証拠の定義の内容について説明したうえで、定義によって捕捉されない問題について McCormick がどのように考えているのかを、彼の論文を参照して検討する。

---

<sup>43</sup> 旧版段階についての指摘も含めて、例えば、以下の文献を参照。Eustace Seligman, *Exception to the Hearsay Rule*, 26 HARV. L. REV. 146, 148-49 (1912-1913); McCormick, *supra* note 31, at 498-500; Morgan, *infra* note 61, at 216-17; Falknor, *infra* note 88, at 196-99.

<sup>44</sup> 2 WIGMORE, *supra* note 28, § 459, at 482.

<sup>45</sup> *Id.* § 267, at 96.

<sup>46</sup> Falknor は、Wigmore の当該記述をこのように評価している。Falknor, *infra* note 88, at 198-99 n.16.



## 1. McCormick on Evidence の定義

### (1) 定義の内容：日本の通説的定義との類似性

McCormick on Evidence では、伝聞証拠を以下のように定式化している。

「伝聞証拠とは、裁判所外でなされた供述で、供述内で主張された事項の真実性を証明するための主張として提出されたものであり、それゆえに、当該裁判所外の主張者の信用性にその証拠価値が依存する供述についての、裁判所における証言または書証である (Hearsay evidence is testimony in court, or written evidence, of a statement made out of court, the statement being offered as an assertion to show the truth of matters asserted therein, and thus resting for its value upon the credibility of the out-of-court asserter).」<sup>47</sup>

この定義は、先に説明した Wigmore の記述を公式化したものであるとはっきり述べられてはいない。しかし、内容的には Wigmore の記述とかなり共通しており、これが参考にされたものと考えられる。

ここでいう、「裁判所外でなされた供述……についての、裁判所における証言または書証」の部分は、日本の通説的定義がいうところの「公判外の供述を内容とする供述または書面」という部分に対応し、内容的に一致していると考えて差し支えないであろう。

また、ここでいう主張者の「信用性 (credibility)」は、「原供述者の観察の機会とその能力 (his opportunity and capacity to observe)」、「原供述者の記憶力 (his powers of memory)」、「原供述者の虚偽または真実を述べる傾向 (his tendency to lie or tell the truth)」そして、「原供述者の報告の正確性 (the accuracy of his reporting)」の 4 つを要素とすると整理されている<sup>48</sup>。これは、要するに、現在日本でいわれるところの、知覚・記憶・表現 (真摯性)・叙述の各供述過程と同様の意味である<sup>49</sup>。したがって、「当該裁判所

---

<sup>47</sup> MCCORMICK, *supra* note 30, § 225, at 460.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> なお、田宮裕『刑事訴訟法 (新版)』(有斐閣、1996 年) 369 頁注 (1) は、McCormick は表現と叙述の問題を区別しておらず、両者を叙述の問題として一つにまとめていると理解している。これは、McCormick on Evidence の第 2 版以降の記述に沿った理解であると推察される。すなわち、第 2 版では、以下のような説明が加えられている。「証言の信用性が依存する要素は、証人の知覚 (perception)、記憶 (memory)、そして叙述 (narration) である。……一部の論者は第 4 の要素として真摯性 (sincerity) を加えるが、これは上述の第 3 の要素の一側面に過ぎないと思われる。」MCCORMICK'S HANDBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE § 245, at 581 (2d ed. E. Cleary 1972).

それにもかかわらず、第 2 版では、真摯性を独立の要素と捉えていることが窺われる記

外の主張者の信用性にその証拠価値が依拠する供述」とは、日本法の議論にいう、供述過程の誤謬の危険性が存在する供述と同じ意味に考えてよいといえる。つまり、この定義は、全体として、日本の通説的定義と内容的に一致しているものであり、少なくとも「明示的主張」の証拠に関する限り、伝聞・非伝聞の区別については両者で同一の結論が導かれると考えられる。

## (2) 定義に関する留保

McCormick on Evidence では、定義を示す際に、以下のような留保がなされている。すなわち、この定義は、伝聞・非伝聞の区別の問題を全て解決するものではない。上記定義によって達することができるのは、問題を解決するために役立つ、議論の出発点を提示するということにとどまる<sup>50</sup>。「供述内で主張された事項」ではないが、原供述者が信じていることが当該供述によって推認できる事項を証明する目的で、裁判所外でなされた行為の証拠が許容されるかという問題については、上記定義によっては曖昧なままである。この問題については、より検討を必要とするという留保である<sup>51</sup>。

つまり、McCormick on Evidence の定義は、これを適用することによって「黙示的主張」の問題を解決するものとして設計されているわけではないということが、McCormick 自身によって留保されているのである。

## 2. 「黙示的主張」の問題について

### (1) McCormick on Evidence における「黙示的主張」の証拠の取扱い

それでは、McCormick は、「黙示的主張」の問題をどのように考えているのであろうか。

まず、言語行為内の「黙示的主張」の証拠について、McCormick on Evidence では、主として現在の心理状態の供述を念頭に、以下のような記述がなされている。

「先ほど示した定義を適用すると、証明の対象とされている原供述者の心理状態または感覚の存在についての主張であると、言葉が合理的に解釈される (the utterance would reasonably be understood) 場合、それは伝聞となるであろう。……しかし、現実には、そのように考えや感覚についての直接的な供述が提出されることは、証明の対象となる心理状態または感情の存在を黙示的に、間接的に、あるいは推認的に (impliedly, indirectly, or inferentially) 示す供述が提出されるよりもずっと頻度が少ない。この目的で提出される証

---

述が散見されることから、上記記述は奇妙 (curious) なものであるということが指摘されている。Park, *supra* note 29, at 425 n.7.

<sup>50</sup> MCCORMICK, *supra* note 30, at 459-60.

<sup>51</sup> *Id.* § 225, at 460 n.2.

拠は伝聞ではない。」<sup>52</sup>

この記述からは、McCormick は、言語行為内の「黙示的主張」について、定義の枠内で処理を行っており、これは自身の定義がいうところの「供述内で主張された事項」に含まれないと考えているということが推測される。しかしながら、このような帰結が導かれる理由については、同書では詳しい説明はなされていない。

また、非言語行為内の「黙示的主張」について、McCormick on Evidence では、Wright 対 Tatham 判決をはじめとするコモンロー上の判例が多数掲げられている<sup>53</sup>。そして、結論としては、非言語行為内の「黙示的主張」について、定義の枠内で処理せず、これを情況証拠として扱うべきと説明されている<sup>54</sup>。しかし、この結論の理由についても、同書では詳しい説明はなされていない。

要するに、McCormick on Evidence では、「黙示的主張」の証拠を非伝聞に分類すべきという McCormick の考え方は窺われるが、一方で特段の根拠は示されていない。実のところ、McCormick on Evidence における「黙示的主張」に関する記述は、「黙示的主張」の問題を正面から取り上げた McCormick の論文<sup>55</sup>の要約に過ぎない。そこで、以下では、その論文を参照して、「黙示的主張」に関する McCormick の詳しい考え方を確認する。

## (2) 「黙示的主張」と「明示的主張」の差異

この論文において、McCormick は、Wright 対 Tatham 判決は「黙示的主張」の問題についてのリーディングケースであり、影響力の大きい判例であるものの、判決そのものは薄い検討 (slight consideration) しかなされておらず、改めて考察する必要があると評価している<sup>56</sup>。

続いて、McCormick は、Wright 対 Tatham 判決で示されているように、コモンロー上、伝聞法則がきわめて厳格に適用されていることに加えて、伝聞例外についてもきわめて厳格な運用がなされていることを指摘する。そして、このように厳格な排除法則に固執することは、予測可能性の観点からは好ましいことは明らかであるが、より柔軟な法則への転換が図られるべきだとしている。具体的には、例えば、「伝聞証拠は、裁判官が、その裁量で、必要性があり、かつ、信用性がある (needed and trustworthy) と判断しない限りは、許容されない」などといった、裁判官の裁量による許容性判断を認める証拠法則への転換

---

<sup>52</sup> *Id.* § 225, at 465-66.

<sup>53</sup> *Id.* § 225, at 470-78.

<sup>54</sup> *Id.* § 225, at 478-79.

<sup>55</sup> McCormick, *supra* note 31.

<sup>56</sup> *Id.* at 502.

を図る方がより賢明であろうという提言を行っている<sup>57</sup>。

そのうえで、McCormick は、「黙示的主張」の証拠の特徴として、これが「きわめて強力な信頼性の情況的保障 (the strongest circumstantial guaranties of reliability)」が認められる証拠である場合があることを指摘している。そして、そのことを前提として、「黙示的主張」の証拠の許容性については、以下のように論じている。

「(主張ではない) <sup>58</sup>行為が当該行為者の認識を証明し、それゆえに認識された事実の真実性を証明するものである場合、これは典型的な伝聞に類似したものであるに過ぎず、典型的な伝聞と同じではない (being merely analogous to and not identical with typical hearsay)。そして、これらの証拠については、その認識について信用性の合理的保障 (reasonable assurance of trustworthiness) を有すると公判裁判官がその裁量で判断するときには常に許容されるべきである。」<sup>59</sup>

### 3. McCormick の理論のまとめ

上記のように、McCormick は、伝聞法則の適用の在り方を、より柔軟に、緩和されたかたちに変容させた方が好ましいということを前提として、「黙示的主張」の証拠については、例えば、「信用性の合理的保障」の有無を裁判官が判断し、それによって伝聞法則の適用を判断すべきとしているのである。

つまり、「黙示的主張」の証拠について、伝聞法則の適用の余地があることを認めつつも、「明示的主張」の証拠とは異なる規律を設けるべきだとしているのである。このような規律を設けるべきとしたのは、「きわめて強力な信頼性の情況的保障」が認められる「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として排除される事態が好ましくないという McCormick の価値判断に基づいていることは明らかである。

しかしながら、「黙示的主張」の証拠が「きわめて強力な信頼性の情況的保障が認められる証拠である場合があり、「典型的な伝聞と同じではない」とする理論的根拠については、詳しい説明がなされていない<sup>60</sup>。つまり、「黙示的主張」の証拠はなぜ「典型的な伝聞と同じではない」ということができるのかという点について、McCormick 自身による理論的に明確な説明が存在しないといえる。この McCormick の説明をより理論化することは、課題として残されたのであった。

---

<sup>57</sup> *Id.* at 503-04.

<sup>58</sup> McCormick は、同論文において、「主張」とは、「明示的主張」のこのみを指す概念であり、「黙示的主張」はこれには含まれないことを前提に議論を展開している。

<sup>59</sup> McCormick, *supra* note 31, at 504.

<sup>60</sup> このことを指摘する文献として、以下のものがある。Falknor, *infra* note 88, at 202.

#### 第4款 Morgan の見解

続いて、Morgan の学説を確認する。Morgan は、伝聞法則の議論において現代でもきわめて重要な要素である、伝聞の危険 (hearsay dangers) について詳細な分析を加える論文を 1948 年に発表した<sup>61</sup>。この論文は、伝聞法則に関係する Morgan の数多い著作の中でも代表的なものであり、その集大成に位置付けられている<sup>62</sup>。以下では、主として同論文に基づいて Morgan による分析内容を検討し、その他の論文については必要に応じて参照する。

##### 1. 伝聞法則の適用範囲の検討にあたっての視点

まず、Morgan が伝聞法則の適用範囲の検討にあたっていかなる視点を重視しているのかという点について説明する。

Morgan は、伝聞法則は陪審裁判に由来するという古典的な見解を否定し、伝聞法則は当事者主義的訴訟構造 (adversary system of litigation) に由来するという歴史観に立っている<sup>63</sup>。そして Morgan は、この歴史観を前提に、伝聞法則の適用範囲についての一定の指針を導いている。すなわち、原供述者を反対尋問する機会 (opportunity to cross-examination) を失うことによって相手方当事者が不利益を被る程度が、伝聞法則の適用範囲を左右するファクターであるという。つまり、Morgan は、原供述者を反対尋問する機会を失うことによって、相手方当事者が一定程度以上の不利益を被るのであれば伝聞法則が適用されるのが相当であるが、不利益が存在するにしてもその程度が微小であるならば

---

<sup>61</sup> Edmund M. Morgan, *Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept*, 62 HARV. L. REV. 177 (1948).

<sup>62</sup> 伝聞証拠の定義に関する Morgan の論文としては、1935 年に発表された論文と 1948 年以降に発表された論文が代表的なものである。両者を比較すると、1935 年段階では、Morgan は、伝聞証拠の範囲を広く捉える一方で、伝聞例外を大幅に拡張すべきとする見解を提示していた。1948 年段階では、それよりも比較的限定的な伝聞証拠の定義を提唱し、従来の見解よりも伝聞法則の適用範囲を縮小化させるべきとしたのである。本稿では、原則として、1948 年以降の最終的な見解を紹介する。1935 年に発表された Morgan の論文は、以下のものである。Edmund M. Morgan, *Hearsay and Non-Hearsay*, 48 HARV. L. REV. 1138 (1935).

<sup>63</sup> Edmund M. Morgan, *The Hearsay Rule*, 12 Wash. L. Rev. & St. B.J. 1, 3 (1937). Morgan のこの歴史観は、日本でも紹介されており、ある程度認知されていると思われる。平野・前掲注 (32) 198-200 頁参照。

これが適用されなくともよい場合があるという一般的な視点を示しているのである。また、不利益の程度を判断するためには、証拠の欠陥 (defect) が、適切な反対尋問によって除去可能であるか否かという点の分析が不可欠であるという<sup>64</sup>。

なお、Morgan は宣誓の位置付けについても言及している。Morgan によれば、証人に宣誓を行わせ、神罰 (punishment by supernatural forces) および偽証罪の制裁の威嚇のもとで正直な証言を義務付ける手段は、かつては重要視されており、証人に真実を話させる手段としてある程度効果的であった。しかし、現在 (1948 年) では、神罰は事実上存在しないと一般的に考えられており (generally regarded as virtually nonexistent)、かつ、偽証罪の制裁の威嚇の効果はほとんど無い (threat of prosecution for perjury has little effect) のだという<sup>65</sup>。

## 2. 伝聞の危険の分析

### (1) 伝聞の危険とは

以上の視点を踏まえながら、Morgan による伝聞の危険の分析内容を参照する。Morgan が分析の対象とした伝聞の危険とは、言語行為ないし非言語行為<sup>66</sup>を行った人物の知覚

---

<sup>64</sup> Morgan, *supra* note 61, at 183-88.

<sup>65</sup> *Id.* at 185-86.

<sup>66</sup> Morgan の学説が有力となった時期以降は、言語行為と非言語行為との区別を意識した議論が増えてくる。そこで、英米法の議論における言語行為および非言語行為の意味についてここで改めて確認することにする。言語行為——英米法の用語法では、'verbal act'ないし'verbal conduct'を指す——とは、口頭または書面によって言語を表現する人の行為を意味し、非言語行為——英米法の用語法では、'nonverbal act'ないし'nonverbal conduct'を指す——とは、言語行為以外の人の行為を意味する。

したがって、非言語行為には、歩く、走るなどといった、事実認識の表明の要素を伴わない単純な動作のみならず、これを伴った動作も含まれる。例えば、犯人が誰かと尋ねられた目撃者が、声を出さずに犯人を指さしする行為も非言語行為の一種である。すなわち、非言語行為の中には日本法において、「供述」(320 条 1 項) と評価される動作とそうでない動作とが混在する。

日本法では、伝聞法則の適用の可能性があるのは供述証拠に限定されているという前提のもとで議論がなされることから、問題の行為が言語行為か非言語行為かという視点よりも、——言語行為であれ非言語行為であれ——それが「供述」といえるものかどうかという視点の方が重視される傾向にあるといえよう。しかし、後述するように、英米では、日本法でいうところの非供述証拠についても伝聞法則の適用の余地があるという、日本とは逆の出発点から議論が進められてきた。そして、論者によっては、問題の行為が言語行為

(perception)・記憶 (memory)・表現 (真摯性) (sincerity)・叙述 (narration) の誤謬の危険性を指す概念である<sup>67</sup>。日本法に置き換えれば、これは、供述過程の誤謬の危険に相当する用語として用いられる。Morgan の論文が発表されて以降、伝聞の危険という用語は英米法において一般的な用語となり、現代においても広く用いられている。

Morgan は、公判外の行為 (言語行為ないし非言語行為) の証拠を、その証拠の用いられ方と伝聞の危険の有無の観点から、以下の 6 類型に分類する<sup>68</sup>。

- |  |
|--|
| <ol style="list-style-type: none"><li>① 4 つの伝聞の危険が全て存在する行為の証拠であり、かつ、主張された事項 (matter asserted) の真実性を証明するために提出される証拠</li><li>② 主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠ではなく、かつ、伝聞の危険が一切存在しない行為の証拠</li><li>③ 主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠ではなく、かつ、叙述の危険のみが存在する行為の証拠</li><li>④ 主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠ではなく、かつ、叙述および表現 (真摯性) の危険が存在する行為の証拠</li><li>⑤ 主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠ではなく、かつ、叙述、表現 (真摯性) および記憶の危険が存在する行為の証拠</li><li>⑥ 4 つの伝聞の危険が全て存在する行為についてのものであるが、主張された事項の真実性を証明するために提出されるわけではない証拠</li></ol> |
|--|

Morgan は、これらの類型それぞれについて、これまで、すなわち論文を発表した 1948 年時点まで、コモンロー上いかなる取り扱いがなされてきたのかという観点から詳細な分析を加えている。また、それぞれの類型として、これまでいかなる事例が出現したのか、あるいはいかなる事例を想定することができるのかを検討し、さらに、それぞれの事例について、伝聞の危険の程度について分析が加えられている。以下では、Morgan の分析内

---

か非言語行為かという点が、伝聞・非伝聞の区別の重要な視点の一つとされてきたのである。その意味で、言語行為・非言語行為の概念の理解は、比較法的検討を進める前提として不可欠であるといえる。

<sup>67</sup> Morgan, *supra* note 61, at 185-88. なお、叙述の誤謬の危険性については、そのうちの言い間違いないし書き間違いを指して、言葉の使い方の誤り (misuse of language) という言い回しが用いられている箇所もある。

<sup>68</sup> ①から⑥の番号は、説明の便宜上、筆者が独自に付したものである。

容について要点を説明する<sup>69</sup>。

## (2) 伝聞の危険 4 つが全て存在する行為の証拠であり、かつ、主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠

Morgan は、①類型と⑥類型を別個の類型に分類し、①が当然に伝聞法則の適用を受ける証拠、⑥が別途検討を要する証拠であるとしている。また、両類型は、証明されるべき内容が「主張された事項 (matter asserted)」の真実性であるか否かを基準として区別されている。したがって、まず確認されなければならないのは、①と⑥の分水嶺たる、「主張された事項」の範囲である。より具体的にいえば、「黙示的主張」として推認される事実が「主張された事項」に含まれるか否かを確認する必要がある。

この点について、Morgan は、当該証拠によって証明される行為が「言語による主張 (verbal assertions)」——現代の一般的な言い回しとしては「言語行為」に相当する——の証拠である場合と、非言語行為である場合とを区別して、両者について個別に検討を加えている<sup>70</sup>。

### ア. 言語による主張 (verbal assertions)

それでは、言語による主張の場合における「主張された事項」の範囲はどのように画されるのであろうか。

まず、Morgan は、以下のような一般論を述べている。すなわち、公判廷の証人が、原供述者によって他者への事実認識の表明としてなされた供述 (statement made by Declarant as a communication to another)<sup>71</sup>を報告し、これを主張された事項の証拠とするよう事実認定者に求めるということは、事実認定の用に供されるために当該供述が公判

---

<sup>69</sup> なお、Morgan は、事実 (fact) ではなく事項 (matter) という語を用いているが、両者に特段の意味の違いは無いと考えられる。

<sup>70</sup> Morgan, *supra* note 61, at 189-90.

<sup>71</sup> 敢えて 'assertion' という語を用いた類型を設け、その検討の中で「事実認識の表明としてなされた供述」を問題としていることから、Morgan は、言語を口頭で発する行為のうち、事実認識の表明の要素を伴わないものを非言語行為に分類していると考えられる。これに従えば、例えば、熱い物に手が触れた反射的に「熱い」と声を出すといった行為は、言語による主張ではなく非言語行為の方に分類されることになる。非言語行為の反対概念を言語による主張ではなく言語行為とする用語法 (現代の一般的な用語法) であっても、かかる行為を非言語行為に分類する理解が一般的であると思われるが、Morgan の用語法の方が、その帰結が導かれることがより明白であるといえる。



でなされたわけではないにもかかわらず、原供述者があたかも事実認定者に対して意識的に事実認識を表明する (intentionally making the communication to Trier) のと同等に扱うように求めるということを意味する。そして、このことは、供述において具体的に表明された事項 (the matter specifically expressed in the statement) についてのみならず、供述において黙示された事項 (the matter implicit in the statement) についても当てはまる。

これに関する第一の例として、Morgan は、以下のような事案を示している。すなわち、証人が公判廷において「原供述者が『私は X が Y のことを嘘つきと呼んでいるところを耳にしました。そこで直ちに、Y はピストルを取り出して X を撃ちました。』と話していました。」という証言を行ったとする。この場合、当該原供述には、原供述者は X が話しているところを聞き、かつ、Y が行為するところを観察できる立場にあったという主張 (proposition) が必然的に含まれている。そして、原供述者が居合わせた場面で何が起きたのかを証明する証拠となる場合と、原供述者が当時その場に居合わせたことを証明する証拠となる場合とで、証人による報告は同じ取扱いがなされるべきであるという。

要するに、Morgan によれば、言語行為内の「黙示的主張」は「主張された事項」に含まれ、伝聞法則が適用されるべき類型であるという整理がなされているのである。そして、コモンロー上も、言語行為内の「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として扱う裁判所が多数であると分析している<sup>72</sup>。

#### イ. 非言語行為 (nonverbal conduct)

それでは、非言語行為についてはどのように考えられるのであろうか。Morgan は、当該行為が事実認識の表明の手段としてなされている場合には、非言語行為は①の類型に分類されるという。すなわち、当該行為が「事実認識の表明として意図されている (intended as a communication)」ものであるならば、これは①の類型に属するという<sup>73</sup>。

---

<sup>72</sup> なお、Morgan は、独白 (soliloquy)、すなわち独り言ないし他者に開示することを予定していない書面による供述も言語による主張になるとしている。主張 (assertion) という語は、一般的な意味としては、他者に対して行うというニュアンスが含まれるものであるが、そのことが、伝聞・非伝聞の区別という観点から差異をもたらす要素であるのかを問う余地があり、Morgan はそれに回答したのである。Morgan は、独白の場合、真摯性の欠如の危険性は通常の場合取るに足りないかもしれないが、その危険性は存在するものであり、特定の場面ではその危険が具体化する可能性があるとしたうえで、他者への事実認識の表明としてなされた供述と独白を区別する実質的な理由は無いとしている。Morgan, *supra* note 61, at 189-90.

<sup>73</sup> *Id.* at 190.

この場合は、言語という手段は用いられていないものの、ある事実の存否を伝達しようという行為者の明示的な意図が存在することから、証明の対象となる事実についての「明示的主張」であると評価されることになるといえる。

要するに、「事実認識の表明として意図されている」非言語行為の証拠は、「明示的主張」の証拠であり、①の類型として当然に伝聞証拠として扱われ、そのように意図されていない非言語行為の証拠は、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠であり、⑥の類型として別途の検討を要するという整理がなされているのである。

### **(3) 主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠ではなく、かつ、伝聞の危険が一切存在しない行為の証拠**

Morgan は、これに引き続いて、主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠ではない場合を検討する。まずは、主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠ではなく、伝聞の危険が一切存在しない行為が取り上げられている。伝聞の危険が一切存在しない行為は、非伝聞であることに争う余地が無い類型である。これに該当する行為のうち、言語行為の例を Morgan は3つ示している。

第一および第二の例は、原供述者が名誉毀損に該当する行為をなしたことを証明する目的で、当該名誉毀損供述の証拠が提出される場合と、原供述者が偽証をなしたという客観的事実を証明する目的で、現在係属中の裁判とは別の裁判において、当該証言の内容の証拠が提出される場合である。これらの場合、供述内容の真実性および原供述者の内心は一切問題とならない。問題とされるのは、もっぱら、当該供述がなされたか否かという点であり、伝聞の危険は一切存在しないといえる<sup>74</sup>。

第三の例は、ある人物が一定の場面で供述をなしたことそれ自体でもって何らかの法的効果が発生する場合において、当該供述の証拠が提出される例である。例えば、ある契約の意思表示がなされたか否かという点が争われている場合における、当該意思表示の供述の証拠などがこれに該当する<sup>75</sup>。

### **(4) 主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠ではなく、かつ、叙述の危険のみが存在する行為の証拠**

次に、Morgan は、主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠ではなく、叙述の危険のみが存在する行為の証拠について検討する。

---

<sup>74</sup> 前者は、前章第3節の事例②と同じ例であり、日本においても非伝聞の典型として馴染み深いものであるといえる。

<sup>75</sup> 以上について、Morgan, *supra* note 61, at 197.

Morgan によれば、ある趣旨の供述がなされたこと自体の証拠が公判で関連性を有する場合において、その供述内で用いられている言語が暗号や合言葉などの独自の言葉によるものであると思われる場合には、叙述の危険が、唯一の伝聞の危険として特に顕在化するという。しかし、Morgan は、原供述者が独自の言葉を用いたことによって事実認定者が誤導される危険を、伝聞証拠に固有の特徴 (unique characteristic of hearsay) ではないと評価している<sup>76</sup>。また、コモンロー上、叙述の危険性のみが存在する行為が伝聞証拠として排除された例は存在しないという<sup>77</sup>。

また、Morgan 自身も、この類型の取扱いについて以下のように述べている。すなわち、伝聞の危険のうち、叙述の危険のみが存在する証拠を伝聞証拠に分類することは、その範囲を無用に拡張するものであるとしている<sup>78</sup>。

#### (5) 主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠ではなく、かつ、叙述および真摯性の誤謬の危険性が存在する行為の証拠

続いて、主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠ではなく、かつ、叙述および真摯性の誤謬の危険性のみが存在する行為の証拠が取り上げられている<sup>79</sup>。

Morgan は、叙述および誤謬の危険性が存在する行為の例として、原供述者が供述当時精神異常の状態であったことを立証するために、原供述者が「私はローマ教皇だ (I am the Pope)」と発言した旨の証拠が提出される場合を挙げている<sup>80</sup>。この場合、原供述者が当時

---

<sup>76</sup> ただし、叙述の危険がどのような意味で伝聞証拠に固有の特徴ではないといえるのかという点については、Morgan はこれ以上説明していない。この結論は、日本法のいわゆる現在の心理状態の供述の伝聞証拠該当性の議論において、これを非伝聞とする論者が、叙述の誤謬の危険性は伝聞証拠に固有の問題ではないという点をその根拠の一つとしていることを想起させるものである。これらの論者が Morgan の見解をどの程度念頭に置いているかは必ずしも明らかではないものの、日本法の議論におけるこの論理が Morgan によって提唱されていたという点は注目される。

<sup>77</sup> この類型の場合、当事者も伝聞法則の問題として取り上げないことがほとんどであり、仮に当事者が取り上げて当該証拠の排除を裁判所に求めたとしても、裁判所はこれを認めてこなかったという。

<sup>78</sup> 以上について、Morgan, *supra* note 61, at 189-96.

<sup>79</sup> *Id.* at 201-04. なお、現在の精神状態の供述は、主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠であるから、この類型には含まれないと考えられる。Morgan は、現在の精神状態の供述については直接的には議論していない。

<sup>80</sup> このような類型の証拠は、日本では、非伝聞の典型として紹介されてきた例であると思われる。例えば、以下の文献を参照。田宮・前掲注 (49) 372 頁。

実際にローマ教皇であったか否かという点が証明の対象ではないことは明らかであり、一見すると伝聞の危険は一切存在せず、当然に非伝聞であるようにも思われる。しかし、この場合、原供述者がこのような発言をしたことから、原供述者は、自身がローマ教皇であるという妄想をしていたという第一の推認がなされ、続いて、そのような妄想を行う人物は、異常な精神状態にあるという第二の推認が導かれ、もって原供述者の精神異常の証明について関連性を有するものであるといえよう。そうすると、まず、この場合、原供述者の発言は、確かに自身がローマ教皇であるという事実を叙述する趣旨のものであったのが確認されなければならない。さらに、そのことを前提として、原供述者は自身がローマ教皇である旨を本気で叙述しようとしていたのかについても確認されなければならない。これらの点が確認されなければ、上記の二段階の推認を経ることは不可能だからである<sup>81</sup>。

Morgan は、この類型の証拠コモンロー上の取扱いについて、以下のように総括している。すなわち、まず、この場合、これらに伝聞の危険が含まれていると訴訟当事者に認識されないことがほとんどである。そして、当事者が問題として取り上げたとしても、裁判所は、皆無ではないとしても、これを伝聞証拠として排除することはきわめて稀であるとした<sup>82</sup>。

#### (6) 主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠ではなく、かつ、叙述、表現（真摯性）および記憶の危険が存在する行為の証拠

それでは、主張された事項の真実性を証明するために提出される証拠ではなく、かつ、叙述、表現（真摯性）および記憶の危険が存在する行為の証拠はどうであろうか。Morgan は、この点について、以下のように説明する。

ある時点における原供述者の心理状態が、許容性のある何らかの証拠によって立証される場合において、その心理状態が、それ以前の関連性のある事実を推認する基礎となるとき、原供述者がその時点の心理状態に関する記憶を保持していたかが必然的に問われることになる。この場合、当該証拠による事実叙述、表現（真摯性）および記憶の危険が存在し、知覚の危険が存在しないといえる。

しかし、Morgan によれば、裁判所は、記憶に関する危険が存在することを、それ単体では深刻な問題として扱っておらず、一般的に、そのような証拠を伝聞証拠としては扱っ

---

<sup>81</sup> Morgan, *supra* note 61, at 203.

<sup>82</sup> なお、Morgan は、コモンロー上の伝聞例外が知覚ないし記憶よりも表現（真摯性）に重きを置いて形成される傾向にあることを踏まえれば、このように表現（真摯性）を軽視している判例の傾向は整合性がとれていないということを指摘している。 *Ibid.*

ていないと考えられるとしている<sup>83</sup>。

#### (7) ③-⑤のまとめ

ここまでの分析から、Morgan は、コモンロー上の裁判所の傾向を以下のように総括する。

「(1) 当該証拠が主張された事項の真実性に関する主張を含んでおらず、かつ、(2) 叙述、表現（真摯性）、記憶の危険を有するが、知覚の危険を有しない証拠については、裁判所は、一般的に、これを伝聞証拠に分類するに足りるだけの危険性（sufficient risks to characterize the evidence as hearsay）を含まないと考えているのである。」<sup>84</sup>

つまり、Morgan は、コモンロー上、主張された事項の真実性に関する主張を含んでいない証拠は、知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述の4つの伝聞の危険が全て存在する場合に限って伝聞証拠として扱われる傾向にあるという結論を導いているのである。ただし、ここでいう「主張された事項」には、言語行為内の「黙示的主張」として推認される事実も含まれる。

#### (8) 知覚・記憶・表現・叙述の誤謬の危険性が全て存在するものの、主張された事項（matter asserted）の真実性を証明するために提出されるわけではない行為<sup>85</sup>

先に述べた通り、⑥の種類の証拠とは、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠のことを指す。それでは、Morgan は、非言語行為内の「黙示的主張」についてどのように考えているのであろうか。

この点について、Morgan は、Wright 対 Tatham 判決に代表される、非言語行為内の「黙示的主張」の事例を紹介したうえで、以下のような私見を述べている<sup>86</sup>。すなわち、事実認識の表明の要素を伴わない非言語行為から、行為者が認識している事実を推認する場合であっても、その行為が、例えば独り言などと比較しても、伝聞としての性格が弱い（less hearsay）ということはいえないように思われる。そのような行為から事実を推認する場合であっても、知覚および記憶の危険が存在することは、①の類型とは異ならないし、表現（真摯性）の危険性は、通常は無視しても構わない（ordinarily negligible）が、重要となり得るからである。

---

<sup>83</sup> *Id.* at 204-05.

<sup>84</sup> *Id.* at 205-06.

<sup>85</sup> *Id.* at 201-04.

<sup>86</sup> *Id.* at 214-18.

### 3. 伝聞法則の適用範囲に関する提言

このように、Morgan は、「黙示的主張」の問題については、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、これを伝聞証拠に分類すべきとしており、その意味で、許容性について非常に厳格な立場に立っている。

しかし、一方で、伝聞法則の適用範囲の一般論については、大要以下のように述べ、より柔軟な方向性の提言を行っている<sup>87</sup>。

非現実的な仮定であるが、伝聞法則の内容を一から作り直すことが仮に許されるとすれば、以下のような枠組みにすることが望ましい。まず、証明されるべき事実との関係で、公判外でなされた言語行為・非言語行為に知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述の誤謬の危険性が全て存在する場合には、当該行為の証拠は伝聞証拠とすべきである。しかし、本来的には、関連性のある証拠は全て許容性が認められるべきであるから、伝聞法則が適用されるのは、一般的に、原供述者が公判で証言不能ではないものの、出廷して反対尋問を受けない場合に限定すべきである。しかし、伝聞証拠が原則的に許容されないという法準則は既に強固に確立していることから、かかる変更を実現することは現実的には不可能である。

したがって、より現実的な視点から（more realistically）、以下の提言を行う。伝聞証拠該当性は、「主張された事項の真実性を証明するために提出された主張か」という形式によって判断されるべきではなく、知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述の実質的な危険（substantial risks）を基準に判断されるべきである。また、伝聞証拠の排除は、機械的になされるべきではない。裁判所が非伝聞として許容している証拠であっても、分析すれば伝聞の危険を含むものが多数存在する。そうであるから、伝聞証拠として扱う慣習が確立した証拠であっても、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。

### 4. Morgan の学説のまとめ

以上の Morgan の学説の検討から、コモンロー上の伝聞法則について、以下の点を確認することができる。

まず、伝聞法則は、そもそもが、伝聞の危険——日本の用語法に即していえば、供述過程の誤謬の危険——が一部でも存在する証拠であれば、一律にそれを排除するといった厳格な証拠法則ではないということである。すなわち、証拠に含まれる伝聞の危険の程度を踏まえつつ、ある程度以上の危険性が認められればこれを排除するという、一定の柔軟性

---

<sup>87</sup> *Id.* at 218-19. 後述の連邦証拠規則は、Morgan の学説のうち、この柔軟な部分の発想をも取り入れようとした側面があると思われる。

を備えた証拠法則であり、その程度を推量する基準として、伝聞の危険が一部不存在であると評価できるか否かが重要な意味を持つのである。

また、「黙示的主張」の取扱いについて、Morgan は、「明示的主張」と典型的に異ならないとしている。これは、一見すると Wright 対 Tatham 判決の厳格な立場に従っているように思われる。しかし、伝聞の危険の程度が大きくなければ証拠を許容してよいとする提言に従えば、実際上は、「黙示的主張」の証拠が許容される範囲が拡張される余地を一定程度認める見解に立っていると評価することができるであろう。さらに、Morgan は、特に、非言語行為内の「黙示的主張」の場合は、表現（真摯性）の危険性が軽微な傾向にあること自体は認めており、この点を強調すれば、「明示的主張」と異なる取扱いをすることを認める論理が含まれていると評価することが可能である。

### 第5款 Falknor の見解

最後に、Falknor の学説について説明する。Falknor は、当初は「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠に分類したうえで、伝聞例外によってその許容の途を確保しようとする立場であった<sup>88</sup>。しかし、1961 年に、Falknor は、一定の「黙示的主張」の証拠を非伝聞として扱うべきとする論文を発表した<sup>89</sup>。この論文は、Wright 対 Tatham 判決等の諸判例の紹介も含めて、合計で僅か 6 頁の短いものであるが、これが連邦証拠規則の諮問委員会の公式注釈において参照され、現在に至るまで大きな影響力を有している。その内容は以下の通りである。

事実認識の表明の要素を伴わない行為については、伝聞の危険のうち、表現（真摯性）の危険が存在しないと評価されて然るべきである。なぜならば、人は自分自身に嘘をつかない（a man does not lie to himself）からである。換言すれば、行為をなす際に、人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（a man has no intention of asserting the existence or non-existence of a fact）場合、その行為の証拠の信用性はきわめて高度である。したがって、表現（真摯性）について反対尋問による吟味の機会が無いとしても、重大な問題ではないといえる。ゆえに、「黙示的主張」と「明示的主張」とを同等に扱う裁判所の態度には疑問がある。確かに、「黙示的主張」の証拠には、価値が高いと思われるものも少なくないが、一方で、著しく価値が低いと思われるものも存在するから、関連性についての検討はしっかりとなされるべきである<sup>90</sup>。

---

<sup>88</sup> Judson F. Falknor, *Silence as Hearsay*, 89 U. PA. L. REV. 192 (1940-1941).

<sup>89</sup> Judson F. Falknor, *The "Hear-Say" Rule as a "See-Do" Rule: Evidence of Conduct*, 33 ROCKY MNTN. L. REV. 133 (1961).

<sup>90</sup> *Id.* at 136-37.

以上が、Falknor の理論の概要である。要するに、Falknor は、「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」ような「黙示的主張」には表現（真摯性）の危険性が無視してよい程度に軽微であると評価し、これを理由として、その証拠を非伝聞に分類しても構わないという理論を提示しているのである。

## 第5節 本章の整理

本章では、以下のことが確認された。

まず、19 世紀前半に、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。そして、それ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

### 第1節 連邦証拠規則の定義

#### 第1款 はじめに

前章では、伝聞法則の定義をめぐるコモンロー上の議論を敷衍し、現代の立法ないし判例の前提となる問題を確認した。本章からは、この問題を踏まえて、現代の英米法圏はどのような状況にあるのかを検討する。

まず、本章では、世界的に最も影響力があると同時に日本法の母法であるアメリカ法における伝聞証拠の定義について検討する。具体的には、特に、連邦証拠規則 (Federal Rules of Evidence) に関する議論について説明したうえで検討を加える<sup>1</sup>。連邦証拠規則は、1975年に施行された包括的な証拠法典であり、直接的には連邦裁判所の手続にのみ適用され、州裁判所の手続には適用されない<sup>2</sup>。したがって、連邦証拠規則において設けられている伝聞証拠の定義規定も同様に、直接的には連邦裁判所の手続のみに適用されるものである。しかし、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<sup>3</sup>。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

---

<sup>1</sup> 連邦証拠規則の日本語訳およびその解説として、以下の文献がある。法務大臣官房司法法制調査部司法法制課 (中村憲) 『法務資料第425号 アメリカ合衆国連邦証拠規則』

(1975年)、法務省刑事局 (堀田力編訳) 『刑事基本法令改正資料第22号 アメリカ合衆国連邦証拠規則注釈』 (1976年)、田邊真敏 『アメリカ連邦証拠規則』 (レクシスネクシス・ジャパン、2012年)、緑大輔 「アメリカの刑事手続上の公判外供述 (1) ~ (3)」 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) 参照。また、連邦証拠規則の制定経緯一般については以下の文献を参照。中村憲 「米国における連邦証拠規則の制定について」 警察学論集 28 卷 8 号 143 頁以下、143-145 頁 (1975年)。なお、本稿で中心的に取り上げる 801 条 (a) 項ないし (c) 項は、後述するように、1987年と 2011 年に実質的内容の変更を伴わない改正を経ているところ、それぞれの日本語訳も、その公刊当時の規定を反映したものであることに注意を要する。

<sup>2</sup> FED. R. EVID. 101 (a).

<sup>3</sup> 現在、アメリカ国内の 45 を超える法域において、連邦証拠規則を範とした類似の証拠規則が採用されている。この点について、以下の文献を参照。PAUL C. GIANNELLI, UNDERSTANDING EVIDENCE § 1.05, at 11-12 (5th ed. 2018); 2 MCCORMICK ON EVIDENCE § 246, at 187 (Robert P. Mosteller ed., 8th ed. 2020). また、このように各州で連邦証拠規

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<sup>4</sup>。

これまで、日本においては、伝聞法則と密接に関係する問題であるアメリカの対面権の議論、すなわち、合衆国憲法第6修正の対面条項（Confrontation Clause）についての議論の紹介および検討は比較的盛んになされてきたが<sup>5</sup>、連邦証拠規則制定以降の、これを前提とした伝聞証拠の定義に関する議論の紹介および検討は、必ずしも充実したものではなかったと考えられる<sup>6</sup>。アメリカでは、2004年のCrawford判決以降の一連の重要判決<sup>7</sup>の出現から見て取れるように、現在に至るまで対面条項をめぐる活発な争いが繰り広げられているということは、日本においても周知のとおりである。他方で、伝聞証拠の定義に関する議論については、連邦証拠規則で定義規定が設けられたことにより終止符が打たれ、

---

則類似の証拠規則が採用される状況もたらされた原因について、以下の文献も参照。

Olin Guy Wellborn III., *Definition of Hearsay in the Federal Rules of Evidence*, 61 TEX. L. REV. 49, 50-52 (1982).

<sup>4</sup> 以下、本稿において、「アメリカ法」とは、アメリカ連邦法のことを指す。

<sup>5</sup> 合衆国憲法修正6条の対面権の議論を参照しつつ、日本法における証人審問権について論じる近年の代表的な文献として、以下のものがある。堀江慎司「証人審問権の本質について——アメリカにおける議論を中心に（1）～（6・完）」法学論叢 141 卷 1 号 1 頁以下、2 号 1 頁以下、3 号 1 頁以下、4 号 1 頁以下、5 号 1 頁以下、142 卷 2 号 1 頁以下（1997 年）、大谷祐毅『公判外供述の証拠使用と証人審問権の役割』（有斐閣、2022 年）。また、日本法における証人審問権に関する議論の整理として、以下の文献を参照。田口守一「証人審問・喚問権と伝聞法則」現代刑事法 16 号 4 頁以下（2000 年）、小山雅亀「伝聞法則の再構築」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法(下)』813 頁以下、817-823 頁（日本評論社、2007 年）。

<sup>6</sup> 連邦証拠規則の内容に触れながら伝聞法則の適用範囲を論じる代表的な日本語文献として、以下のものがある。伊藤博路「伝聞法則の適用範囲に関する一試論（1）～（5・完）」北大法学論集 48 卷 4 号 721 頁以下（1997 年）、5 号 991 頁以下、49 卷 1 号 123 頁以下、2 号 349 頁以下、3 号 537 頁以下（1998 年）。

<sup>7</sup> Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004); Davis v. Washington, 547 U.S. 813 (2006); Giles v. California, 554 U.S. 353 (2008); Melendez-Diaz v. Massachusetts, 557 U.S. 305 (2009); Michigan v. Bryant, 562 U.S. 344 (2011); Bullcoming v. New Mexico, 564 U.S. 647 (2011); Ohio v. Clark, 576 U.S. 237 (2015); Hemphill v. New York, 595 U.S. \_ (2022) など。詳しくは、特に、以下の文献を参照。堀江慎司「第6修正の対面条項の射程をめぐる最近の判例」アメリカ法 2010 年 1 号 106 頁以下（2010 年）、大谷・前掲注（5）99 頁以下。

現在は安定した運用がなされているというイメージが漠然と持たれているように思われる。さらにいえば、その規定内容は、日本の通説的定義とほぼ同じであるから、日本法に新たな示唆を提示するようなものではないと考えられているようにも思われる<sup>8</sup>。

しかし、連邦証拠規則の定義は、その内容を詳細に確認すると、日本法の通説的定義の適用によって結論を下すことが困難な事例をも念頭に置いたものになっている。そして、そのような定義が前提とされながらも、具体的事例において解釈の食い違いが生じている。本章では、定義の内容を説明したうえで、前章で確認されたコモンロー上の問題点に対していかなる解決が図られたのかを確認する。

## 第2款 規定内容

それでは、連邦証拠規則の規定の内容について説明する。

連邦証拠規則は全11章で構成されているところ、伝聞法則に関する規定は第8章(801条から807条)に設けられている<sup>9</sup>。そのうち、801条(a)項ないし(c)項が第8章において用いられている用語を定義しており、802条が伝聞証拠を原則として排除する旨を定めている<sup>10</sup>。そして、803条以下では伝聞例外に関する規定が設けられている。したがって、伝聞法則の適用範囲は、もっぱらその定義規定たる801条(a)項ないし(c)項の解釈に

---

<sup>8</sup> 例えば、後藤昭『伝聞法則に強くなる』(日本評論社、2019年)7頁では、日本法の議論において、伝聞証拠を「公判期日外で生じた供述をその供述内容どおりの事実の存否を推認するために使う」証拠としており、通説的定義と同趣旨の定義を採用しているところ、この定義は、「連邦証拠規則801条(c)項の hearsay と実質的に同じである」という説明がなされている。

<sup>9</sup> 連邦証拠規則第8章の内容全般については、特に、以下の文献を参照した。5 JACK B. WEINSTEIN ET AL., WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, COMMENTARY ON RULES OF EVIDENCE FOR THE UNITED STATES COURTS (2d ed. 2018); MICHAEL H. GRAHAM, FEDERAL RULES OF EVIDENCE IN A NUTSHELL (11th ed. 2020); 4 STEPHEN A. SALTZBURG ET AL., FEDERAL RULES OF EVIDENCE MANUAL (12th ed. 2019)。

<sup>10</sup> 802条の日本語訳は、以下の通りである。

802条 伝聞法則 (The Rule Against Hearsay)

伝聞は、以下のいずれかに別段の規定がなされていない限りは許容されない。

- ・連邦制定法
- ・本規則
- ・連邦最高裁判所によって定められるその他の規則

よって導かれる構造となっている<sup>11</sup>。

801条 (a) 項ないし (c) 項の規定内容を日本語訳すると、以下の通りである<sup>12</sup>。

801条 本章に適用される定義；伝聞からの除外

本章において、以下の定義が適用される。

(a) 供述 (Statement)

「供述」とは、人が主張であることを意図していた場合における、人による口頭の主張 (oral assertion)、書面の主張 (written assertion)、または、非言語行為 (nonverbal conduct) を意味する。

(b) 原供述者 (Declarant)

「原供述者」とは、供述を行った者を意味する。

(c) 伝聞 (Hearsay)

「伝聞」とは、供述であり、以下のいずれの場合にも該当するものを意味する。

(1) 原供述者が現在行われている公判または審問で証言している最中になすものではない場合。

(2) 供述において主張された事項 (the matter asserted in the statement) の真実性を証明するために、当事者が証拠として提出する場合。

<sup>11</sup> なお、801条は (d) 項まで設けられているところ、同項は直接的には定義と関係しない規定である。その具体的内容については、第3節第1款において説明する。

<sup>12</sup> 801条 (a) 項ないし (c) 項の原文は、以下の通りである。

Rule 801. Definitions That Apply to This Article; Exclusions from Hearsay

The following definitions apply under this article:

(a) Statement.

“Statement” means a person’s oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if the person intended it as an assertion.

(b) Declarant.

“Declarant” means the person who made the statement.

(c) Hearsay.

“Hearsay” means a statement that:

- (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and
- (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement.

### 第3款 解釈上の要点

#### 1. (c) 項と (a) 項の関係

続いて、定義規定の解釈上の要点について説明する。上記の日本語訳に表れているように、801 条のうち、直接的に伝聞を定義する箇所は (c) 項である。そして、(c) 項それ自体は、その内容の真実性を証明するために用いられる公判外の「供述」<sup>13</sup>を伝聞とすると定めているに過ぎない。それゆえ、一見すると、伝聞証拠の定義をめぐる問題は、公判外の「供述」が内容の真実性の証明以外の目的で関連性を有する範囲の問題、すなわち一般的な関連性の問題に帰着するようにも思われる。

しかし、(c) 項は、当該証拠が (a) 項の規定するところの「供述」であることを前提とする規定である。すなわち、当該証拠が「供述」でない場合には、これは非伝聞に分類されることになる。そして、この「供述」の意義とその範囲こそが定義規定の内容の特徴的な部分であり、解釈上の問題を生ぜしめる要点である。

それでは、(a) 項の規定する、「供述」とは、いかなる概念なのであろうか。先の注においても示したところであるが、(a) 項の原文について改めて掲げると、以下の通りである<sup>14</sup>。

“Statement” means a person’s oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if the

<sup>13</sup> 本章では、“statement”という語について、連邦証拠規則 801 条 (a) 項が指している条文上の用語として用いる場合には、鍵括弧つきで「供述」と表記し、それ以外のより一般的な用語として用いる場合には、鍵括弧をつけずに表記する。連邦証拠規則に関する英語文献では、両者を区別して読解しなければ意味が通じない場合もあり、注意を要する。

<sup>14</sup> この規定は2度の改正を経て現在のものとなった。制定当初の (a) 項の原文は以下の通りであった。

A “Statement” is (1) an oral or written assertion or (2) nonverbal conduct of a person, if it is intended by him as an assertion.

これについて、まず、1987年に、“intended by him”が、“intended by the person”と改められた。この改正は、規定形式をジェンダーニュートラルなものとする趣旨でなされたものであり、実質的な内容の変更はない。さらに、2011年には、連邦証拠規則の全体的な見直しの一環として現在の表現に改められた。しかし、この改正も、形式的な改正に過ぎないとされており、実質的な内容の変更は伴っていない。したがって、現在まで、改正によってその実質的な内容が変化したことはない。以上について、次の資料を参照。FED. R. EVID. Rule 801 advisory committee’s note to 1987 amendment; FED. R. EVID. Rule 801 advisory committee’s note to 2011 amendment.

person intended it as an assertion.

この部分では、口頭または書面によって言語を表現する行為、すなわち言語行為<sup>15</sup>と、それ以外の行為、すなわち非言語行為とが区別されている。しかし、この規定は、これから説明するように、言語行為と非言語行為のいずれの場合においても、その行為が、「主張であることを意図して」なされたものであるときに限り——以下、この場合に行為者が有している意図を指して「主張する意図」という——「供述」の定義に該当する旨を定めていると解釈される。

## 2. 「主張する意図」の要件の存在

この規定を解釈するためには、まず、文言の問題として、if 以下の節がいかなる範囲を修飾しているのかを明らかにする必要がある。この問題については、2通りの理解の余地がある。

第一の理解は、if 以下の節が、言語行為の部分と非言語行為の部分の双方を修飾していると捉えるものである。つまり、“a person’s oral assertion, written assertion … if the person intended it as an assertion”と、“a person’s … nonverbal conduct, if the person intended it as an assertion”が「供述」であるという理解である<sup>16</sup>。

第二の理解は、if 以下の節は非言語行為の部分のみを修飾していると捉えるものである。つまり、“a person’s oral assertion, written assertion”と、“a person’s … nonverbal conduct, if the person intended it as an assertion”が「供述」であるという理解である<sup>17</sup>。そして、従来の日本語訳では、この第二の理解に近い訳出が一般的であったと考えられる<sup>18</sup>。しかし、

---

<sup>15</sup> 条文上直接的に表現されているわけではないが、後述の諮問委員会注釈において、これらの行為は「言語行為」と総称されている。

<sup>16</sup> イギリスの証拠法学者 Choo は、「コンマの位置から、意図の要件は、行為のみならず、これと言葉の両方に妥当することが示されている (The position of the comma indicates that the requirement of intend applies both to word as well as to conduct)」ということを指摘し、第一の理解に立っている。ANDREW L-T CHOO, HEARSAY AND CONFRONTATION IN CRIMINAL TRIALS 95 (1996).

<sup>17</sup> 第二の理解に立ち規定を説明する文献として、以下のものがある。Wellborn, *supra* note 3, at 74.

<sup>18</sup> 例えば、田邊・前掲注 (1) 170 頁では、(a) 項は、「『陳述 (供述)』とは、人による口頭の主張 (アサーション) (assertion)、書面の主張、または人が主張であることを意図していた場合には、言葉を伴わない行為を意味する。」と訳出されている。また、法務大臣

第二の理解を採用した場合に注意しなければならないのは、この場合でも、「人が主張であることを意図してい」ない言語行為は「供述」ではないということである。すなわち、言語行為であっても、それが「供述」となる要件として、「主張する意図」が伴っていることが求められているという点が重要である<sup>19</sup>。このことは、諮問委員会（Advisory Committee）<sup>20</sup>が公表している Advisory Committee’s note——以下、「諮問委員会注釈」という——における以下の説明によって明らかにされている。

「この『供述』の定義の趣旨は、言語行為であれ非言語行為であれ、主張として意図されていない行為の証拠の全てを伝聞法則の適用から除外することである。この定義の鍵は、主張であることが意図されない限りは、いかなる行為も主張ではないということである（The effect of the definition of “statement” is to exclude from the operation of the hearsay

---

官房司法法制調査部司法法制課編（中村訳）・前掲注（1）24頁では、「供述」は「口頭又は書面による陳述」と「自己の発言をする意図でされるその者の非言語的行為」の2種類であると訳出されている。これらの日本語訳の説明が、言語行為の場合には「主張する意図」が必要とされないという趣旨のものであれば、後述の諮問委員会注釈を踏まえると、適切な理解ではないと考えられる。しかし、言語行為にも「主張する意図」は要件とされているが、他方で、言語行為には一般的に、「主張する意図」が含まれているという趣旨のものとして理解すれば、これらの訳出も十分成り立ち得ると考えられる。英米においても、むしろ、規定の文言についてはこのような理解を採用する論者の方が多数であると思われる。本稿は、これらの訳出の妥当性を否定するものではないが、より条文の構造を明確化するため、敢えて第一の理解を採用したことが明確となる訳出を行った。

<sup>19</sup> その意味で、(a) 項は、その程度については議論の余地があるものの、少なくとも、「主張する意図」の要件が存在しなかったコモンロー上の判例の理解よりも伝聞証拠の範囲を狭めることを目論んで設けられた規定であることは明らかであり、諮問委員会によってそのことが強く自覚されていたと考えられる。この点について、以下の文献を参照。

Wellborn, *supra* note 3, at 51.

<sup>20</sup> 諮問委員会は、連邦証拠規則の原案を起草した機関であり、合衆国司法会議（Judicial Conference of the United States）によって任命された法律家によって構成されている。そして、諮問委員会注釈は、諮問委員会による規定の趣旨および解釈が示されたものとして、非常に重要な意味を持つ。この点について、以下の文献を参照。中村・前掲注（1）144-145頁、成瀬剛「科学的証拠の許容性（2）」法学協会雑誌 130 巻 2 号 386 頁以下、422-423 頁注（23）（2013年）。また、連邦証拠規則制定の過程における、諮問委員会の具体的作業内容の詳細については、特に、以下の文献を参照。Tack H. Friedenthal, *The Rulemaking Power of the Supreme Court: A Contemporary Crisis*, 27 STAN. L. REV. 673, 682-85 (1975).

rule all evidence of conduct, verbal or nonverbal, not intended as an assertion. The key to the definition is that nothing is an assertion unless intended to be one).」<sup>21</sup>

したがって、if 以下の節がどの範囲を修飾しているのかという、規定の文言の形式的な理解については 2 通りの可能性があるものの、いずれの理解であったとしても、それによって規定の実質的内容が異なることにはならない。つまり、当該言語行為に「主張する意図」が存在しない場合には、それは「供述」ではなく、ゆえにその証拠は非伝聞であるという点は非言語行為と異なる。そのため、言語行為と非言語行為の双方について、「主張する意図」の概念の理解が、「供述」概念——ひいては伝聞証拠の概念——の射程に重大な影響を及ぼすのである。

ここまで、ある言語行為ないし非言語行為が「供述」として扱われるためには、当該行為に「主張する意図」が伴っていなければならないことを確認した。一見すると、第二の理解は、言語行為には「主張する意図」が不要であるという捉え方をしているように思われ、先に述べた諮問委員会注釈の説明と矛盾しているようにも見えるが、以下のように、これと整合する説明は十分可能である。

諮問委員会注釈は、別の箇所でも、「言葉でなされた主張は、原供述者によって主張することが意図されているという点に疑いを挟むことはほとんどできない。したがって、言語の主張は容易に『供述』の類型に当てはまる (It can scarcely be doubted that an assertion made in words is intended by the declarant to be an assertion. Hence verbal assertions readily fall into the category of “statement.”)」とも説明している<sup>22</sup>。

つまり、非言語行為には「主張する意図」が含まれないのが原則であるのに対して、主張と評価される言語行為には逆にこれが含まれるのが原則であるところ、その違いが規定の文言に反映されているという理解が可能なのである<sup>23</sup>。

---

<sup>21</sup> FED. R. EVID. Rule 801 advisory committee’s note. 以下で説明する諮問委員会の見解は、本資料に基づいている。

<sup>22</sup> この説明の’scarcely’ という表現からは、諮問委員会は、例外的とはいえ、「言葉でなされた主張 (an assertion made in words)」に「主張する意図」が伴っていない場合が存在する余地を認めているという読み方が可能である。しかし、このように解釈すると、厳密に言えば「主張であることが意図されない限りは、いかなる行為も主張ではない」とした、先の説明とは両立しない。したがって、ここでいう「言葉でなされた主張」とは、「『言葉でなされた主張』と目される言語行為」という意味に解釈するのが妥当であると思われる。

<sup>23</sup> 第一の理解に立ったとしても、このような原則・例外の関係にあること自体は異ならないと考えられる。



諮問委員会注釈は、当該行為の証拠を伝聞証拠として排除するよう求める当事者の側が「主張する意図」の存在について挙証責任を有すると説明しているが、原則と例外の関係を上記のように理解するならば、とりわけ非言語行為の場合にその挙証責任の所在が意味を持つことになるといえる。

### 3. 「主張する意図」の要件の理論的根拠

#### (1) 諮問委員会の説明

それでは、なぜ、「供述」の定義の中に、「主張する意図」の要件が設けられたのであろうか。すなわち、「主張する意図」が存在しない言語行為・非言語行為が「供述」とならず非伝聞とされる理論的根拠はいかなる点に求められるのであろうか。この点について、諮問委員会は、まず、非言語行為を念頭に置いて、大要以下のように説明する。

一定の非言語行為、例えば、ラインナップにおいて指をさして被疑者を識別する行為は、明らかに言語と同等であり、性質上主張的 (assertive)<sup>24</sup>であるから、「供述」として扱われる<sup>25</sup>。しかし、それ以外にも非言語行為について検討を要する場合がある。それは、ある人物が、ある条件（ある事実の存在または不存在）を認識したうえで何らかの非言語行為を行ったところ、その行為から、当該条件を推認することができる場合——このとき当該非言語行為は「黙示的主張」に該当する——である。この推認過程は、実質的に当該条件が存在するという主張からの推認と同じである。したがって、この非言語行為も伝聞証拠の概念に含まれ得る<sup>26</sup>。

---

<sup>24</sup> 条文上の用語ではないが、諮問委員会注釈を筆頭とした数多くの文献において「主張的」という術語が用いられている。これは、行為の中に当該行為者の「主張」が含まれているという意味合いで用いられていると思われるが、そもそも諮問委員会注釈では「主張」の意義について特段の説明がなされていないため、「主張」および「主張的」は、いずれも不明確な概念である。

<sup>25</sup> 諮問委員会はこのようにラインナップの識別の例を示しているが、これに限らず、指をさして対象物を示す行為一般が、主張的な非言語行為の典型例であるといえる。具体的判例として、以下のものがある。United States v. Caro, 569 F.2d 411 (5th Cir. 1978); State v. Satterfield, 340 S.E.2d 52 (N.C. 1996); State v. Townsend, 467 S.E.2d 138 (S.C. Ct. App. 1996).

<sup>26</sup> 諮問委員会は、ここの説明に際して、Morgan と Finman の論文を参照文献として掲げている。Edmund M. Morgan, *Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept*, 62 HARV. L. REV. 177, 214, 217 (1948); Ted Finman, *Implied Assertions as Hearsay: Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence*, 14 STAN. L. REV. 682 (1962).

しかし、同時に、この場合における伝聞の危険は、「主張する意図」が存在しない場合にはきわめて小さいものとなり、伝聞法則によって当該証拠の排除をしないことが正当化される。なぜならば、いかなる種類の証拠にもでっち上げ（fabrication）の危険性が存在するが、主張的でない非言語行為の場合には、当該行為を引き起こす状況（situation）によって真摯性が担保されるため、主張的な言語行為よりもその危険性がきわめて小さいからである<sup>27</sup>。

諮問委員会は、このように述べて、「主張する意図」の存在しない非言語行為は、仮に伝聞の危険の存在が認められるとしても非伝聞と扱ってよいとしたのである。さらに、これと同様の考え方は、「主張的でない言語行為（nonassertive verbal conduct）」と、「主張的であるが主張される事項以外の事項を推認する基礎として提出される言語行為（verbal conduct which is assertive but offered as a basis for inferring something other than the matter asserted）」にも妥当し、これらについても非伝聞と扱ってよいとした<sup>28</sup>。諮問委員会注釈では、具体的にどのような言語行為がこれらの類型に該当するかは説明されていないものの<sup>29</sup>、少なくとも、「主張する意図」が存在しない言語行為が、両類型のいずれかに該当す

---

<sup>27</sup> 諮問委員会は、この説明に際して、Falknor の論文を参照文献として掲げている。

Judson F. Falknor, *The Hear-Say Rule as a See-Do Rule: Evidence of Conduct*, 33 ROCKY MNTN. L. REV. 133 (1961).

<sup>28</sup> Wellborn は、諮問委員会注釈の以上の説明を踏まえて、言語行為・非言語行為を、(1) 言語の主張、(2) 性質上主張的な非言語行為、(3) 主張的でない非言語行為、(4) 主張的でない言語行為、(5) 主張的であるが主張されている事項以外の事項を推認する基礎として提出される言語行為の 5 種類に整理し、連邦証拠規則のもとでは (1) (2) が伝聞、(3) (4) (5) が非伝聞に分類されるとした。そして、後者は、それが「黙示的主張」である場合においては、コモンロー上伝聞証拠として扱われてきたと考えられるから、その意味でコモンロー準則との違いがあるとまとめている。Wellborn, *supra* note 3, at 50-51, 64-65.

<sup>29</sup> Wellborn によれば、具体例として、以下のような場合が挙げられる。すなわち、男性の被告人がガールフレンドの女性に傷害を負わせた旨の被疑事件の公判において、被告人の犯人性が争点となったとする。そして、被害者——何らかの理由により証言できない——が、その傷害によって病院に入院したとする。その後、①入院中に、被告人と目される男性が見舞いを申請した際に、被害者が「ボーイフレンドを中に入れてください」と懇願したという事実、または、②被害者が鏡で顔を眺めながら「私のボーイフレンドは腕っぶしが強いんです」と話したという事実を、被害者の担当看護師が証言する場合、①が「主張的でない言語行為」の例に、②が「主張的であるが主張されている事項以外の事項を推認する基礎として提出される言語行為」の例に該当するという。①と②は、いずれ

ることが前提にされていると思われる。

したがって、諮問委員会は、中心的に想定しているのは非言語行為についてであるものの、最終的には、言語行為についても、「主張する意図」を有しない場合には非伝聞としてよいとしたのである。

この諮問委員会註釈の説明は、前章で説明した Morgan と Falknor の理論を取り入れたものである。具体的には、伝聞の危険の有無という観点からは「黙示的主張」の証拠が伝聞証拠に分類される余地があるという点について Morgan の理論を、また、「主張する意図」が存在しない場合には真摯性が担保されるため、「黙示的主張」の証拠は非伝聞に分類してよいという点について Falknor の理論を取り入れている。

## (2) 「黙示的主張」の問題との関係性・定義に対する批判

ここまでの説明を要約すると、諮問委員会が伝聞法則適用の前提として「主張する意図」の存在を要求した趣旨は、当該言語行為・非言語行為が「主張する意図」を含まない場合には、典型的に行行為者の真摯性が担保されており、知覚・記憶・叙述の誤謬の危険性はあるものの、伝聞法則によりその証拠を排除するには及ばないと考えられるという点に求められる。

諮問委員会のこの説明は、第一次的には「黙示的主張」の問題を念頭に置いたものである。そして、定義規定によって、少なくとも一定の「黙示的主張」の証拠が非伝聞に分類されることになると考えられる。しかし、この定義規定には、解釈上の問題を生ぜしめる重要なポイントが存在する。そのポイントとは、同規定によって「黙示的主張」を含む言語行為・非言語行為の証拠が一律に非伝聞に分類されるというわけではなく、あくまでも、証明されるべき事実について「主張する意図」が存在しない言語行為・非言語行為の証拠が非伝聞に分類されるという基準が設定されたという点である。つまり、「主張する意図」が存在する「黙示的主張」の証拠と、これが存在しない「黙示的主張」の証拠が存在するという解釈が成り立ち得るのである。

ここまで説明した 801 条 (a) 項の規定内容と、これに関する諮問委員会註釈の説明には、実際のところ、批判が根強い。ここで中心的に批判されている問題点は 2 つ存在する。

---

も、被告人が犯人である旨の言語行為内の「黙示的主張」であると評価されるものであるが、諮問委員会の理解では、これらは非伝聞であると解釈することが可能となるという。

*Id.* at 64-66.

要するに、Wellborn によれば、何らかの事実に関する直接的・明示的な叙述が含まれている言語行為は、当該事実について「主張的」なものであり、そうでなければ「主張的」でないという分類を諮問委員会が想定していたと考えられる。

その問題点とは、第一に、「主張する意図」が存在しない言語行為・非言語行為の証拠を非伝聞として扱う上記の理論的根拠が妥当ではないという点であり、第二に、「主張する意図」の意義が不明確であり、具体的事例においてその有無を判断することが必ずしも容易ではないという点である<sup>30</sup>。

第一の問題点は、具体的には、①「主張する意図」の有無やその強度にかかわらず、当該言語行為・非言語行為の真摯性の度合いは千差万別であるから、一律に類型化する基準としては不適切であるという点と、②「主張する意図」が存在しない場合には真摯性が担保されているという評価が仮に可能であるとしても、当該証拠の価値が行為者の認識の正確性に依存するときには、知覚・記憶・叙述の誤謬の危険性の問題は厳然として存在するのであり、これを非伝聞とする根拠として不十分であるという点に細分化されるどころ、これらは、後述のように一部の連邦下級裁判所が「主張する意図」の要件の働きを限定化しようと試みる一因になっていると考えられる。また、第二の問題点によって、連邦裁判所が「主張する意図」の意義をめぐる多種多様な解釈をする余地がもたらされている—そして、実際に多種多様な解釈が行われることとなった—といえる。

要するに、これらの問題点は、ともに、連邦下級裁判所の判例が言語行為内の「黙示的主張」の全部ないし一部について「主張する意図」の存在を認め、その証拠を伝聞証拠として扱う契機になっている。

### (3) 「主張する意図」概念の解釈が問題になる具体的場面

このように「主張する意図」の概念が重要な意味を持っているにもかかわらず、先に述べた通り、規定内容と諮問委員会注釈からはその意義が明らかではない。このような事情もあり、連邦証拠規則で定義規定が設けられて以降、その適用の基準をめぐる議論は、多くの場合、「主張する意図」の概念の理解を争うものであった。そして、この議論には、現在でも終止符が打たれていない<sup>31</sup>。

既に説明した通り、「主張する意図」の解釈の在り方によって、「黙示的主張」の証拠の

---

<sup>30</sup> 「主張する意図」を基準とすることを批判する代表的論者が、Finman と Wellborn である。Finman, *supra* note 26; Wellborn, *supra* note 3.

<sup>31</sup> Mueller は、1992 年時点において、「黙示的主張」の場合における「主張する意図」の認定の問題は「小さからぬ」問題であり、「解決する見込みがない (shows no promise of going away)」ものであると評している。Christopher B. Mueller, *Post-Modern Hearsay Reform: The Importance of Complexity*, 76 MINN. L. REV. 367, 413 (1992).

また、Pardo は、801 条 (a) 項の解釈問題を、「悪名高い問題 (notorious questions)」であると評している。Michael S. Pardo, *Testimony*, 82 TUL. L. REV. 119, 151 (2007).

伝聞証拠該当性が左右される。結局、「黙示的主張」の問題は、それを念頭に置いた定義規定が設けられた連邦証拠規則のもとでもなお議論されているのである。以下では、「黙示的主張」との関係で、「主張する意図」の概念の解釈が問題となる具体的場面について説明する。

## ア. 前提

検討の前提として確認されなければならないのは、「黙示的主張」という術語が特殊な用語であるという点である。すなわち、この術語は、ある人物が、ある条件を信じたうえで何らかの行為をしたときに、その行為から当該条件の存在を推認することが可能な場合における、当該条件の内容を指す概念であるに過ぎない。したがって、「黙示的主張」は、「黙示」と「主張」という単語が用いられているにもかかわらず、一般的な用語法のもとでは「黙示」とも「主張」ともなり得ないような行為をも包含する概念であり、その意味でミスリーディングな性質のものである<sup>32</sup>。

そして、連邦証拠規則においても、理論的に見て当該行為に「黙示的主張」が含まれるにもかかわらず、801条(a)項の「主張」ではないと解釈される余地があるという点には注意を要する。すなわち、801条(a)項における「主張」は、仮に日常用語としての一般

---

<sup>32</sup> Mueller は、「黙示的主張」という術語のミスリーディングな性質について、以下のように批判し、注意喚起している。「『黙示的主張』は、ひどく不適切かつ不自然に包括的な用語 (singularly inept and artificial umbrella term) である。我々は、『黙示する (imply)』の語を、人が伝達しようとする事項を描写すること (describing what a person means to convey) という通常の強い意味ではなく、『ほのめかす (suggest)』または『暗に示す (indicate)』という弱い意味に理解する必要がある。この用語は、『主張』の語を、通常の用法から乖離させている。すなわち、『主張』の語について、……表現的または伝達的な意味 (expressive or communicative purpose) を失わせている。」 Mueller, *supra* note 31, at 418 n.153.

また、Park は、以下のような指摘を行っている。「『黙示的主張』という用語は、伝聞法則を論じる著述者にとっての専門用語 (term of art for hearsay writers) と化している。著述者らは、『黙示的主張』という用語に、多くの読者にとっての意味よりもいくらか広い意味を付与する傾向がある。ある言葉が『黙示的主張』として提出されるということは、挙証責任者が証明しようとする当該事実について、原供述者が遠回しに述べる (insinuate) ということの意味しない。これは単に、原供述者の言葉から、事実認定者がその事実を推認することが求められているということの意味しているに過ぎないのである。」 Roger C. Park, *I Didn't Tell Them Anything About You: Implied Assertions as Hearsay Under the Federal Rules of Evidence*, 74 MINN. L. REV. 783, 788 (1990).

的な意味である「積極的に、または、強力に述べる」という強いニュアンスにまでは至らないとしても、ある程度の能動的なニュアンスを伴うものであり、少なくとも、「黙示的主張」における「主張」よりも強力な、これよりも狭い概念であるという理解が可能である。

#### イ. 解釈の違いの具体的な現れ方

それでは、「主張する意図」についてどのように解釈する余地があり、その解釈の違いによって「黙示的主張」の証拠の伝聞証拠該当性にどのような結論の違いが生じるのだろうか。この点について、前章で取り上げた以下の仮想事例を再び素材にして説明する。

甲ビルという建物で火災が発生したことを証明するために、証人が公判廷で以下のような証言を行った。

証言①：「Aさんが、『甲ビルで火事が起きました。消防車を読んでください。』と叫んでいました。」

証言②：「Aさんが、『消防車を呼んでください。甲ビルです。』と叫んでいました。」

証言③：「Aさんが、消火器を持って、急いで甲ビルに入って行きました。」

#### 証言①について：「明示的主張」のケース

まず、証言①について検討する。これは、Aが「甲ビルで火災が発生したこと」という事実について「明示的主張」をなした場合の例である。この場合、「主張する意図」の意義について可能な限り限定的に解釈したとしても、Aは「主張する意図」を有していたと評価される。Aの発言は「甲ビルで火災が発生したこと」を他者に伝達し、そのことを信じてもらえるように訴えかけているのだと、聞き手が受け止める内容のものであり、しかも、Aはそのような訴えかけを自覚的に行っていると評価できるからである。

現在、このような場合、すなわち、「明示的主張」がなされた場合に「主張する意図」が含まれるということについては、争いが無い。

#### 証言②について：言語行為内の「黙示的主張」のケース

それでは、証言②の場合はどうであろうか。前章においても説明した通り、この場合、Aは、「甲ビルで火災が発生したこと」については直接的・明示的には言語化していないが、Aはこのことを認識していたからこそ消防車の出動を求めたのだと考えられる。そのため、Aの発言は、「甲ビルで火災が発生したこと」の「黙示的主張」（言語行為内の「黙示的主張」）を含む言語行為である。

しかし、Aの発言が「黙示的主張」を含む言語行為であるからといって、これが「主張

する意図」を有しない発言であるという帰結が直ちに導かれるわけではない。すなわち、「主張する意図」の存在が認められる事項の範囲の解釈次第では、設例の「黙示的主張」が「主張する意図」を有しているという評価も十分可能となる<sup>33</sup>。

例えば、言語行為について「主張する意図」の存在が認められる事項の範囲を、「言語行為を行った人物が、その行為によって伝達される可能性を認識していた全ての事項」<sup>34</sup>などと理解する場合は考えられる。Aは、「甲ビルで火災が発生したこと」を他者に了解してもらわなければ、甲ビルに消防車を呼んでもらうことはできないということを理解していたと考えられる。そうすると、Aは、自身の発言によって「甲ビルで火災が発生したこと」が他者に伝達される可能性を認識していたとすることができる。したがって、この理解によれば、Aは、「甲ビルで火災が発生したこと」を「主張する意図」を有していたと結論付けることが可能となる。

一方で、「主張する意図」が認められる事項の範囲を、「言語行為を行った人物がその行為によって直接的・明示的に表明しようとしていた事項」というように理解すると、設例において「主張する意図」の存在は否定されることになるであろう<sup>35</sup>。

諮問委員会は、言語行為内の「黙示的主張」の証拠の少なくとも一部が、「主張的でない言語行為」または「主張的であるが主張される事項以外の事項を推認する基礎として提出される言語行為」として、非伝聞に分類されることを想定していたと考えられる。そのように解さなければ、諮問委員会が言語行為についても「主張する意図」を敢えて要求した理由が失われるからである。しかし、「主張する意図」の意義に関する説明が存在せず、この点についての解釈はほとんど裁判所に委ねられているとあってよい。したがって、条文解釈上は、言語行為内の「黙示的主張」の証拠全てについて、これを伝聞証拠に分類することも不可能ではない。つまり、「主張する意図」という概念には、かなりの解釈の幅

---

<sup>33</sup> 説明に際しては、ここまで掲げた文献のほか、以下の文献も参照。Craig R. Callen, *Hearsay and Informal Reasoning*, 47 VAND. L. REV. 43 (1994); David E. Seidelson, *Implied Assertions and Federal Rule of Evidence 801: A Continuing Quandary for Federal Courts*, 16 MISS. C. L. REV. 33 (1995).

<sup>34</sup> ただし、このように考えても、「可能性を認識している事項」の判断が、行為者の主観面を推量してなされるものなのか、そうではなく、例えば、行為者と同一の立場に置かれた一般人を基準とするより客観的な基準をもとにしてなされるものなのかという点など、依然として曖昧な問題が残ることになる。

<sup>35</sup> この考え方は、後述の Zenni 判決のような、「『黙示的主張』にとどまる場合『主張する意図』が無い」という、より明瞭な割り切った基準で判断する見解にかなり接近しているといえる。

が存在し得るのである<sup>36</sup>。そして、その解釈によって、「黙示的主張」の証拠が伝聞証拠として扱われる範囲に大きな違いがもたらされる。

また、仮に「主張する意図」の抽象的意義が定まったとしても、具体的な事案において、「黙示的主張」について「主張する意図」の有無を判断することは、必ずしも容易ではない。先の設例においては、「主張する意図」が認められる事項の範囲を、「言語行為を行った人物が、その行為によって伝達される可能性を認識していた全ての事項」と理解する場合に、「主張する意図」が認められるであろうと説明した。しかし、このような理解を採用したとしても、「主張する意図」の有無の判断は事案によっては困難な作業となる場合がある<sup>37</sup>。

例えば、上記理解を前提とすると、前章で紹介した Wright 対 Tatham 判決<sup>38</sup>で許容性が

---

<sup>36</sup> Finman は、「主張する意図」という概念が不明確なものであることを連邦証拠規則の成立以前から指摘していた。Finman, *supra* note 26, at 695-98.

Finman の上記論文は連邦証拠規則起草前に発表されたものであるが、伝聞証拠の定義についてその実質的な前身とあってよいユニフォーム・ルールでは、連邦証拠規則と同様に、「主張する意図」を有しない証拠を非伝聞とする規定が設けられていた。そのため、1960年代には既に、「主張する意図」の要件の妥当性に関する議論が展開されていた。

また、判例が出現する前の段階、すなわち、連邦証拠規則施行直後の段階で、既に、「主張する意図」の意義が曖昧であり解釈の幅が大きいため、801条(a)項は不明確性の問題を抱えているとの指摘は存在していた。例えば、Ball は、裁判所は、ある人物が言葉に何かしらの含意を込めている場合に、含意されているあらゆる内容について、「主張する意図」の存在を認定することが可能であり、「主張する意図」の要件によって、伝聞証拠の範囲に何らの限定も加えられない結果となる可能性がある点を指摘し、定義規定に対して批判を加えていた。Vaughn C. Ball, *The Changing Shape of the Hearsay Rule*, 38 Ala. Law. 502, 507 (1977).

<sup>37</sup> なお、この理解は、あくまでも本稿での説明の便宜のために示したものに過ぎず、多数の論者によって支持されているわけではない。しかしながら、「黙示的主張」については「主張する意図」の存在を一律に肯定または否定するという考え方を採らない限り、「主張する意図」の有無の判断が必ずしも容易ではないということは共通認識になっているといえよう。

<sup>38</sup> Wright v. Doe Tatham (1837) 7 Ad & El 313. 同判決は、現代のアメリカにおいても、「黙示的主張」に関するコモンロー上の重要な先例として扱われており、「一部ないし全部の『黙示的主張』の証拠を伝聞証拠として排除すべきか」という問いは、しばしば、「連邦証拠規則のもとで Wright 対 Tatham 判決の法理が妥当するか」という形で問われる。



争われた証拠はどのような扱いを受けるであろうか<sup>39</sup>。同判決において許容性が争われた3通の手紙は、被相続人が一定の知的能力を有している旨の、作成者による「黙示的主張」（言語行為内の「黙示的主張」）といい得るものであった。このとき、作成者は、場合によっては、被相続人の知的能力の程度に考えをめぐらせ、「あなたはこの手紙の内容を理解できますよね？」などと問い詰める気持ちを手紙に込めていた可能性がある<sup>40</sup>。逆に、これを全く意識していなかった可能性もある。そうである以上、書き手が、被相続人の知的能力についての自身の考えが「伝達される可能性を認識していた」か否かを判断することは容易ではないといえるであろう<sup>41</sup>。

### 証言③について：非言語行為内の「黙示的主張」のケース

証言③は、「甲ビルで火災が発生したこと」についての、Aによる非言語行為内の「黙示的主張」の証拠である。連邦証拠規則のもとでは、このような、非言語行為内の「黙示的主張」の場合において、「主張する意図」の有無について訴訟上争われることはほぼ無いといってよい状況にある。つまり、非言語行為内の「黙示的主張」については、行為者には「主張する意図」が無く、その証拠は一律に非伝聞に分類されるということで解釈が落ち着いており、この点については現在特段の議論はなされていない。

より掘り下げて説明すると、連邦証拠規則を前提とする場合、「ある非言語行為が『明示的主張』か、それとも『黙示的主張』であるか」という問いと「ある非言語行為に行為者の『主張する意図』が存在するか」という問いは、実質的に同一の問いに位置付けられている。

そもそも、言語行為の場合は、言語という叙述解釈の手がかりが表出するため、「明示的主張」と「黙示的主張」の区別基準自体は比較的明確である。他方で、非言語行為の場合は、連邦証拠規則以前は、「明示的主張」と「黙示的主張」との区別については——感覚的には何かしらの線引きが図られていたと思われるものの——確固たる基準が共有されていなかった。連邦証拠規則のもとでは、非言語行為による「明示的主張」と非言語行為内の「黙示的主張」の区別についても、「主張する意図」の有無が基準となる。すなわち、ある非言語行為が「主張する意図」を伴うものであれば、それは「明示的主張」と評価されるものであり、逆に、ある非言語行為が「明示的主張」と評価されるものであればそれは「主張する意図」を伴うものであるという表裏一体な扱いがなされる。

---

<sup>39</sup> ここでの検討にあたっては、以下の文献を参照。Finman, *supra* note 26, at 686-87.

<sup>40</sup> この点について、以下の文献を参照。Ball, *supra* note 36, at 506.

<sup>41</sup> Wellborn は、諮問委員会が「主張する意図」の要件の解釈の難解さを軽視していた可能性を指摘している。Wellborn, *supra* note 3, at 76-77.

もっとも、この基準を前提にしても、ある非言語行為が「主張する意図」を伴うものであるのか——すなわち、ある非言語行為が「明示的主張」と評価されるものであるのか——という問いに答えることは、言語行為の場合と同様に、時として困難なことがあるのではないかという疑問が生じる場所である。

しかし、非言語行為の場合はその区別は比較的容易であると考えられており、連邦証拠規則の実際の運用上も特段の困難が生じていない。先に述べたように、確かに「主張する意図」の意義は不明確であり、その理解は論者によって多様である。しかし、非言語行為の場合、当該行為が何かしらの事実を「主張する意図」を伴っているか否かを判断するにあたって、当該行為が事実認識の表明 (communication) の要素を伴っているのかどうかという点がきわめて重要なメルクマールとされていること自体には異論は無い。そして、事実認識の表明の要素の有無については、多くの場合、表出した行為の外形を客観的に考察することによって判断される——言語行為のように、言語という叙述解釈の手がかりが存在しない以上、そうせざるを得ない——ため、結論を下すことに一般的に困難が生じないと思われる<sup>42</sup>。

また、既に説明したように、諮問委員会註釈によれば、「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側の相手方当事者が挙証責任を負担する。したがって、ある非言語行為が、一見すると何ら事実認識の表明の要素を伴っていない非言語行為であるように思われるけれども、実はかかる要素を伴っているというような場合であっても、そのことについては当該相手方当事者が立証しなければならない。

したがって、連邦証拠規則のもとでは、前章で紹介した非言語行為内の「黙示的主張」に関係する事案については、特段の反証が無い限り、その証拠は非伝聞に分類される。例えば、Wright 対 Tatham 判決の船舶事例では、船長は何ら事実認識を表明していないことから、特段の反証が無い限り、船舶が航行可能な状態にあったことについて「主張する意図」は存在しないと結論付けられる。

## 整理

ここまで行った検討を整理すると、以下のことがいえる。

まず、「明示的主張」の証拠については、一律に「主張する意図」の存在が認められる。したがって、「明示的主張」との関係では、連邦証拠規則の定義は、McCormick on Evidence の定義と異なるところは無い。そして、日本法の通説的定義とも異ならないといえるであろう。

他方、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」の意義の解釈

---

<sup>42</sup> この点について、以下の文献を参照。SALTZBURG ET AL., *supra* note 9, § 801.02[1][c].

によって、その存在が認められるか否かの結論が大きく異なり得る。

また、これとは逆に、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠については、一律に「主張する意図」の存在が否定される。そして、非言語行為について、「明示的主張」と「黙示的主張」を区別する際には、それに事実認識の表明の要素が伴っているか否かがきわめて重要なメルクマールとされる。

## 第2節 連邦裁判所の判例

### 第1款 連邦証拠規則施行前の連邦最高裁判例

本節では、連邦裁判所の判例を検討する。まず、連邦証拠規則のもとでの判例を取り上げる前に、その解釈場面で参照されることがある連邦証拠規則施行前の連邦最高裁判例について説明する。その判例は、「黙示的主張」の取り扱いについて連邦最高裁が一応の見解を示したとも解釈し得る、1949年の *Krulewitch* 判決と1970年の *Evans* 判決である<sup>43</sup>。ただし、両判決では、「黙示的主張」の証拠の伝聞証拠該当性の問題について直接的に議論がなされたわけではない。そのため、連邦最高裁がどの程度「黙示的主張」の問題を意識していたか明らかではないという点に注意を要する<sup>44</sup>。

#### 1. *Krulewitch* 判決

*Krulewitch* 判決<sup>45</sup>は、売春に供する不法な目的で女性をニューヨーク州からフロリダ州へと州外移送した旨の連邦犯罪の訴因の事件であり、上訴人 *Krulewitch*（男性）の有罪認定に用いられた証言の許容性が争われた。

ここで問題となったのは、売春を行ったとされる女性の証言である。その証言の内容は、

---

<sup>43</sup> 両判決の詳しい分析として、以下の文献を参照。Wellborn, *supra* note 3, at 85-87; Park, *supra* note 32, at 806-08.

なお、連邦証拠規則施行前に、少なくとも一定の「黙示的主張」に伝聞法則が適用されることを明言した連邦下級裁判所の判例として、以下のものがある。Park v. Huff, 493 F.2d 923 (5th Cir. 1974); United States v. Pacelli, 491 F.2d 1108 (2d Cir. 1974).

<sup>44</sup> 「黙示的主張」は、訴訟当事者および裁判所がその問題点を見落としていることが少なくない。そして、そのことが連邦最高裁による直接的な判例が存在しないことの一因であると考えられる。この点について、以下の文献を参照。Falknor, *supra*, note 27, at 135.

<sup>45</sup> *Krulewitch v. United States*, 336 U.S. 440 (1949). 共犯者供述の許容性の問題を中心に本判決を紹介する日本語文献として、以下のものがある。小早川義則『共犯者の自白』86-88頁（成文堂、1990年）、同『共犯者の自白と証人対面権』（成文堂、2016年）290-297頁。

州外移送の共犯者と目される女性Aが、自身に対し、犯罪について自分たち2人でKrulewitchを庇うことを暗に持ち掛けたというものであった。すなわち、「Kay (Krulewitchの愛称)は耐えられないから、私たち女2人で罪を被った方がいいよ。」とAが述べた——しかしその際に、Krulewitchが犯罪に関与していることを明示的に述べたわけではなかった——という内容(Krulewitchが当該犯罪に関与している旨の言語行為内の「黙示的主張」)の証言を伝聞例外として許容した公判裁判官の措置の適法性が争われた。もっとも、訴訟全体を通じて、証言が伝聞証拠であるということ自体については当事者間で争われておらず、争点は証言の伝聞例外該当性であった。

連邦最高裁は、上記証言の伝聞証拠該当性については何ら言及せず、この証言が伝聞であることを前提にしたうえで、これは伝聞例外に該当せず許容されないため、公判裁判官の措置は違法であると認定した<sup>46</sup>。したがって、連邦最高裁は、これが「黙示的主張」の証拠に該当するという事実と、「黙示的主張」の証拠に伝聞法則が適用されるということとを積極的に表明したわけではない。しかし、本判決から、少なくとも、連邦証拠規則施行前の連邦最高裁は、言語行為内の「黙示的主張」についての証言を伝聞証拠として扱っていたという示唆を見出すことが可能である<sup>47</sup>。また、前節において説明した内容を踏まえれば、連邦証拠規則施行後においても「主張する意図」の解釈次第では、Aの証言を伝聞とする考え方が十分あり得るといえる<sup>48</sup>。

## 2. Evans 判決

Evans 判決<sup>49</sup>は、ジョージア州裁判所において謀殺罪で有罪とされた申立人 Evans が対面

---

<sup>46</sup> なお、本判決では、共謀者の公判外供述は、当該共謀の過程についてなされた共謀を助長するようなものである限りにおいて伝聞例外として許容されるという連邦最高裁の見解が示されたところ、この見解は、現在、連邦証拠規則 801 条 (d) 項 2 号 (E) に反映されている。

<sup>47</sup> 連邦証拠規則施行前後で「黙示的主張」に関して連邦最高裁の態度は変化していないと捉え、本判決に依拠して、「黙示的主張」を伝聞証拠として扱った判例として、後述の Reynolds 判決がある。また、Park, 493 F.2d at 928-30; Pacelli, 491 F.2d at 1116 では、連邦最高裁が「黙示的主張」を伝聞証拠として扱っていたという理解が示されている。

<sup>48</sup> すなわち、Aの発言に「主張する意図」が含まれているという解釈が十分可能であると考えられる。この点について、以下の文献を参照。Wellborn, *supra* note 3, at 69; Park, *supra* note 32, at 810.

<sup>49</sup> Dutton v. Evans, 400 U.S. 74 (1970). 本判決は、対面権に関する判例として著名なものであり、その関係で、日本においても詳しい紹介がなされている。特に、以下の文献を参

権侵害を訴え、連邦最高裁にヘイビアス・コーパスの救済を求めた事件である。具体的には、Evans の共犯者とされた人物が、自身の罪状認否の手續を終えて拘置所に戻った後、同じ拘置所に収容されていた証人に対して、「Alex Evans の野郎さえいなければ、俺たちは今こんな所にはいなかったのに (If it hadn't been for that dirty son-of-a-bitch Alex Evans, we wouldn't be in this now)」と話したという内容 (Evans が共犯者である旨の言語行為内の「黙示的主張」) の証言が、Evans の関与を証明する証拠として州法のもとで伝聞例外として許容されたことの合憲性が争点となった。ただし、Krulwitch 判決と同様に、当事者間で証言が伝聞証拠であるということについては争われなかった。連邦最高裁は、州裁判所の措置は対面権侵害には当たらないと判断した。しかし、その判断は、証言が伝聞証拠に該当することを前提として下されたものであった<sup>50</sup>。

本判決も、Krulwitch 判決と同様に、連邦最高裁は、積極的にではないものの、言語行為内の「黙示的主張」についての証言を伝聞証拠として扱っていたという示唆を見出すことが可能な判例と評価する余地がある<sup>51</sup>。

## 第 2 款 連邦下級裁判所の判例の検討

それでは、ここからは、連邦証拠規則施行後の判例について検討する<sup>52</sup>。なお、定義規定の解釈の指針となるような連邦最高裁の判例は出現していないため、ここで取り扱う判

---

照。佐藤文哉「刑事司法に関する米連邦最高裁判例の動向 (3)」判例タイムズ 272 号 15 頁以下、26-31 頁 (1972 年)、鈴木茂嗣「Dutton v. Evans, 400 U. S. 74 (1970) ——共犯者の法廷外の供述を証拠とすることが証人对質権の保障に反せず合憲とされた事例」アメリカ法 1974 年 2 号 397 頁以下 (1974 年)。

<sup>50</sup> Evans, 400 U.S. at 88.

<sup>51</sup> 後述の通り、Reynolds 判決は、本判決は、Krulwitch 判決と同様に、連邦最高裁が「黙示的主張」が伝聞証拠となり得ることを認めた明らかな例であると評価している。

<sup>52</sup> 判例の検討に際しては、個別の注において引用した文献のほか、以下の文献を参照した。Paul S. Milich, *Re-Examining Hearsay under the Federal Rules: Some Method for the Madness*, 39 U. KAN. L. REV. 893 (1991); Michael L. Seigel, *Rationalizing Hearsay: A Proposal for a Best Evidence Hearsay Rule*, 72 B.U. L. REV. 893 (1992); Margaret A. Berger, *How Would or Should the Supreme Court Interpret the Definitions in Rule 801*, 16 MISS. C. L. REV. 13 (1995); Glen Weissenberger, *Reconstructing the Definition of Hearsay*, 57 OHIO ST. L.J. 1525 (1996); Ronald J. Allen, *The Hearsay Rule as a Rule of Admission Revisited*, 94 FORDHAM L. REV. 1395 (2016); Noah Marks & Jessica Ranucci, *The Implied Assertion Doctrine Applied to Legislative History*, 21 LEWIS & CLARK L. REV. 1135 (2018); Richard Lloret, *Assertion and Hearsay*, 125 DICK. L. REV. 347 (2021).

例は、全て連邦下級裁判所のものである。

これらの判例は、連邦証拠規則のもとでの「黙示的主張」の証拠の取扱いに関する解釈問題についての一般論に言及したものと、それ以外のものに大別される。前者は、数としては多くはないものの、連邦下級裁判所の姿勢が明らかにされたものとして注目に値する。もっとも、前者に属する判例も、あくまで当該事案の解決のために必要な一般論を簡潔に論じたに過ぎず、そこで詳細な理論的分析が展開されたわけではない。具体的には、判旨において諮問委員会注釈や「黙示的主張」に関する著名な証拠法学者の見解を抜粋したうえで、当該見解が妥当であると簡潔に結論を導くアプローチが採られることがほとんどである。したがって、前者に属する判例の分析から新たな理論的知見を獲得することは困難であるから、その検討においては、それぞれの判例の立場の確認をするにとどめる。また、後者に属する判例からは、連邦裁判所による「黙示的主張」の証拠の取扱いの傾向を確認することを試みる。

#### 1. 一般論について言及のある判例①：「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として扱った判例

まずは、一般論について言及した判例のうち、「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として扱ったものについて検討する。

##### (1) Reynolds 判決

Reynolds 判決<sup>53</sup>は、検察側証人（捜査官）による言語行為内の「黙示的主張」についての証言を許容した公判裁判所の措置が誤りであり、破棄事由に該当するとした第 3 巡回区連邦控訴裁判所の判決である<sup>54</sup>。

---

<sup>53</sup> United States v. Reynolds, 715 F.2d 99 (3d Cir. 1983). 本判決の詳細な分析として、以下の文献がある。Park, *supra* note 32, at 804-05.

<sup>54</sup> 具体的事実関係は以下の通りである。

郵便詐欺（mail fraud）の共謀罪について、Reynolds と Parran という人物が共同訴追された。公判では、捜査官が以下の事実に関する証言を行い、これが Parren の有罪認定の証拠として用いられた。すなわち、捜査官が Reynolds の取調べを行った後、Reynolds が Parren と会った際に、「俺はあいつらにお前のことを何も話さなかったぞ（I didn't tell them anything about you）。」と、同一の捜査官の前で話したという事実である。ここで Reynolds が明示的に述べた内容は、要するに、取調べの段階では Parren を庇っていたということである。しかし、Reynolds は、Parran が自身の共犯者であると認識しているが故にこのような発言を行ったと考えられるから、これには、Parran が自身の共犯者である旨の言語行為内の「黙示的主張」が含まれていると考えられる。なお、判示においても指

## ア. 検察側の解釈

検察側が唱えた、捜査官の証言が非伝聞とされる理由は、「黙示的主張」は、原供述者の供述内で明示的に述べられたものではないから、連邦証拠規則 801 条 (c) 項の「主張された事項」に該当しないというものであった<sup>55</sup>。その際、検察側は、「主張する意図」の有無と「黙示的主張」との関係性について特段言及していない。つまり、連邦証拠規則のもとでは、もはや「黙示的主張」が伝聞証拠となる余地は無いというのが、検察側の論理であると思われる。

## イ. 裁判所の判断

第 3 巡回区連邦控訴裁は、この問題について以下のような見解を示した。

- ・「明示的主張」を含む供述には、「黙示的主張」が同時に含まれる余地があり、そのような「黙示的主張」の証拠には伝聞法則が適用される。そして、その場合、原供述者が明示的に「主張する意図」を有している事項と証明されるべき事項とが異なるときであっても、「黙示的主張」に伝聞法則が適用される<sup>56</sup>。
- ・ Evans 判決と Krulewitch 判決において、連邦最高裁は、「黙示的主張」を伝聞証拠として取り扱っており、当裁判所は本件においてもその立場を踏襲する<sup>57</sup>。

## ウ. 分析

本判決の特徴は、その判示において、言語行為内の「黙示的主張」に「主張する意図」が伴っているのかという点について事案に即した具体的な検討を全く行っていないということである<sup>58</sup>。したがって、本判決は、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」の要件の存在を無視して厳格に伝聞法則を適用したものであるよう

---

摘されているように、この発言から、本当に Parran が犯罪に関与しておらず、捜査官に話すべきことは無かったという「黙示的主張」を推認する余地もあるが、少なくとも検察側は、本文中に示した推認を念頭に置いていることが明らかである。この点について、以下の文献を参照。Park, *supra* note 32, at 804 n.94.

<sup>55</sup> Reynolds, 715 F.2d at 101.

<sup>56</sup> *Id.* at 103.

<sup>57</sup> *Id.* at 104.

<sup>58</sup> むしろ、本判決は、問題となった「黙示的主張」が、「主張する意図」を有していなかったことを前提としていたという理解もある。Park, *supra* note 32, at 805 n.95.

に思われる<sup>59</sup>。

本判決は、「黙示的主張」とは、ある人物が、ある条件を認識していたからこそ当該行為に及んだのであろうという推認過程を前提とするものであるところ、「ある条件を認識していたこと」について、自覚的であれ無自覚であれ、言語行為として自発的に表出させた場合には、その表出をもって、行為者には「主張する意図」があったと理解していると考えられる<sup>60</sup>。

このように理解すると、「主張する意図」の要件は、非言語行為内の「黙示的主張」との関係でのみ、換言すれば、非言語行為に伝聞法則が適用されるか否かという問題との関係でのみ、その機能を果たすことになると考えられる。

本判決は、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した判例であり、連邦下級裁判所の判例の中でも最も極端なものに位置付けられる。本判決のような判例が出現したことから、言語行為内の「黙示的主張」に関する限り、諮問委員会注釈で掲げられた、「主張する意図」の要件の論理が説得性を欠いている、あるいは、その論理が妥当する範囲は著しく狭いと考えられる裁判官が存在するという事実と、そのように考えた裁判官が、「主張する意図」の要件を実質的に無力化するのが実際に可能であったということが示されているといえよう<sup>61</sup>。

## (2) Lyle 判決

### ア. 事実関係・検察側の解釈

Lyle 判決<sup>62</sup>は、州裁判所で謀殺の有罪判決を受けた申立人 Lyle が合衆国憲法修正 6 条の対面権の侵害を理由として連邦裁判所にヘイビアス・コーパスの申立てを行った事件について、第 6 巡回区連邦控訴裁が判断を下したものである。州裁判所の公判において、検察側証拠として、Lyle の共同被告人であった Kemp が作成した手紙が許容され、これが有罪

---

<sup>59</sup> Choo は、本判決を、連邦裁判所が「主張する意図」の要件の具体的な検討を省き、コモンロー上のイギリスに近い検討を行った「驚くべき」諸判例の典型であると評している。CHOO, *supra* note 16, at 96 n.95.

<sup>60</sup> 本判決は、「主張する意図」の要件について一応言及していることから、要件の存在自体については否定していないといえる。

<sup>61</sup> なお、連邦証拠規則と実質的に同内容の州の証拠規則のもとで、本判決と同様に、あらゆる言語行為内の「黙示的主張」を伝聞証拠として扱ったと解釈される州裁判所の判例として、State v. Dullard, 668 N.W2d 585 (Iowa 2003); Stoddard v. State, 887 A.2d 564 (Md. 2005) がある。

<sup>62</sup> Lyle v. Koehler, 720 F.2d 426 (6th Cir. 1983).



認定に用いられた<sup>63</sup>。この手紙には、自分たちが犯人である旨の直接的な記述はなされていなかった。しかし、手紙では、Lyle が仲間として名指しされたうえで、「虚偽のアリバイが必要だ (We need false alibi)」などと書かれており、第三者に対して、Lyle と Kemp について虚偽のアリバイ証言をすることを依頼する内容が含まれていた。そして、手紙には証言してほしい内容が詳細に記載されていた<sup>64</sup>。

Kemp は、自身と Lyle が謀殺の犯人であることを自覚しているからこそ、このような内容の手紙を作成したと考えられる。よって、この手紙は、Lyle が謀殺の共犯者である旨の言語行為内の「黙示的主張」の証拠として関連性を有するが、Kemp は、そのような「黙示的主張」について「主張する意図」を有していなかったから、非伝聞であり、対面権の侵害は生じていないというのが、検察側の論理であった<sup>65</sup>。

#### イ. 裁判所の判断

第 6 巡回区連邦控訴裁は、ある供述から推認される「黙示的主張」は典型的に真摯性が担保されているとする考え方が適切ではないとした<sup>66</sup>。そして、本件で問題となったような「黙示的主張」の証拠は伝聞証拠に当たるとしたうえで対面権の侵害を認定し、有罪判決を破棄した<sup>67</sup>。

#### ウ. 分析

本判決は、「黙示的主張」の問題について、Reynolds 判決ほど踏み込んだ言及を行ったものではなく、簡潔な一般論が述べられているに過ぎない<sup>68</sup>。しかし、「黙示的主張」を非

---

<sup>63</sup> ミシガン州法では、伝聞証拠の定義について連邦証拠規則と同一内容の規定が設けられている。

<sup>64</sup> なお、この手紙は検察官によって当該第三者への配達が阻止されていた。Lyle, 720 F.2d at 429.

<sup>65</sup> 少なくとも本件の事実関係においては、手紙が伝聞証拠でなければ対面権の侵害はないということが判断の前提とされており、この点については当事者間で争いのあるところではなかった。Id. at 431.

<sup>66</sup> 本判決では、その論拠を支持する見解として、Morgan, *supra* note 26, at 207-08 が引用されている。前章で説明したように、Morgan は「黙示的主張」の場合には真摯性が担保されているという考え方に否定的な論者であった。

<sup>67</sup> Lyle, 720 F.2d, at 435.

<sup>68</sup> なお、本判決と類似の証言について、特段の理論的根拠を示さずに非伝聞としたコロロンビア特別区巡回区控訴裁の判例として、以下のものがある。United States v. Perholtz, 842

伝聞とする論理の根幹部分、すなわち、言語内「黙示的主張」には典型的に真摯性が認められるという論理が正面から否定されており、その意味において言語内「黙示的主張」を一律に伝聞証拠として扱う厳格な立場が採用されていると理解するのが素直である<sup>69</sup>。

また、本判決では、「主張する意図」の要件について特段言及されていないことも特徴的であると考えられる。したがって、本判決も、Reynolds 判決と同様に、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」の要件を実質的に無力化した判例であるといえよう<sup>70</sup>。

## 2. 一般論について言及のある判例②：「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として扱った判例 (1) Zenni 判決

連邦下級裁判所が「黙示的主張」の問題について正面から検討し、これを非伝聞とした代表的判例<sup>71</sup>が、1980年の Zenni 判決<sup>72</sup>である。

### ア. 事実関係

本判決は、賭博開帳の被疑事件について、被告人 Zenni が占拠していた建物を捜索している最中に、その建物に、賭けを申し込む電話が掛かってきたという内容の捜査官の証言の許容性が問題となった事案である。申込者は、Zenni が賭博を開帳していると認識していたが故にこのような電話を掛けたものと考えられるから、この証言は言語行為内の「黙示的主張」の証拠であるといえる<sup>73</sup>。

### イ. 判決内容

---

F.2d 343 (D.C. Cir. 1988).

<sup>69</sup> この点について、以下の文献を参照。Park, *supra* note 32, at 806.

<sup>70</sup> Reynolds 判決と異なり、Lyle 判決では「主張する意図」の要件について一切言及がない。その点を捉えて、Lyle 判決は、言語行為について「主張する意図」の要件の存在を否定したものと理解することも不可能ではない。この場合、801条(c)項に設けられた「主張する意図」の要件は、非言語行為についてのみ要求されていると解釈することになる。

<sup>71</sup> Park は、本判決を、連邦証拠規則のもとで Wright 対 Tatham 判決を明確に否定する判断を下した「画期的判決 (landmark)」と評している。Park, *supra* note 32, at 811.

<sup>72</sup> United States v. Zenni, 492 F. Supp. 464 (E.D. Ky. 1980).

<sup>73</sup> Zenni 判決の問題状況は、後述の Kearley 判決 (イギリス) や Baldree 判決 (カナダ) と類似しているといえる。賭けの申込みや違法薬物の購入依頼は、言語行為内の「黙示的主張」の証拠の許容性が争われる最も典型的な事例の一つであると考えられる。

裁判所（ケンタッキー州東部地区連邦地裁）は、まず、Wright 対 Tatham 判決の内容について説明を行い、「黙示的主張」の問題が古典的な重要論点であるということを確認したうえで、大要以下のような判断を下した。

- ・「主張」は、連邦証拠規則に定義されていないが、これには力強いまたは積極的な陳述（forceful or positive declaration）という含意がある<sup>74</sup>。
- ・801 条によって、「黙示的主張」が「供述」の定義から除外され、その結果、伝聞法則の適用対象外となる（Rule 801 removes implied assertions from the definition of statement and consequently from the operation of the hearsay rule）<sup>75</sup>。
- ・上記の原理を本件に適用すると、賭けを申し込む発言は、主張的でない言語行為であるから、証言は非伝聞として許容される<sup>76</sup>。

## ウ. 分析

本判決の特徴は、「主張」の意義を、強いニュアンスを含んだ日常用語に近い意味合いに理解し、「黙示的主張」が非伝聞であると断言しており、「黙示的主張」の証拠が伝聞証拠とされる余地を一切認めていないように思われるという点に求められる。つまり、「黙示的主張」を一律に伝聞証拠に分類しているように読み取れる Reynolds 判決や Lyle 判決の対極にある判決であるといえよう。

### (2) Perez 判決・Groce 判決

Zenni 判決ほど正面から解釈問題に取り組んだわけではなく、また、判断の理論的根拠が明らかにされているわけではないものの、これに近い見解が採用されたと考えられる判例として、第 9 巡回区連邦控訴裁の Perez 判決<sup>77</sup>と第 11 巡回区連邦控訴裁の Groce 判決<sup>78</sup>がある。

Perez 判決は、801 条 (c) 項のもとでは、「黙示的主張」は主張的ではないと端的に述べており、問題となった言語行為内の「黙示的主張」の証拠を非伝聞とした<sup>79</sup>。また、Groce 判決は、原供述者が「主張する意図」を有していない場合には、その真摯性は一般的に問題とならず、それゆえ、「黙示的主張」は許容されると述べたうえで、同じく、「黙示的主

---

<sup>74</sup> Zenni, 492 F. Supp. at 466-67.

<sup>75</sup> *Id.* at 468.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> United States v. Perez, 658 F.2d 654 (9th Cir. 1981).

<sup>78</sup> United States v. Groce, 682 F.2d 1359 (11th Cir. 1982).

<sup>79</sup> Perez, 658 F.2d at 659.

張」の証拠を非伝聞として許容した<sup>80</sup>。両判決は、説明がごくわずかではあるものの、少なくとも、言語行為内の「黙示的主張」が一律に非伝聞であると理解していること自体は明らかであり、その意味で明確な立場が表明されたものであるといえよう<sup>81</sup>。

### 3. その他の判例

最後に、一般論に言及したわけではないものの、言語行為内の「黙示的主張」の証拠の許容性について判断した判例の傾向について説明する<sup>82</sup>。

まず、これらについて一貫した明確な特徴を見出すことは困難である。敢えて特徴を述べるとすれば、言語行為内の「黙示的主張」の内容、すなわち、言語として明示的には表示されていない認識内容について、行為者が、それが他者に伝わることを意識していたと評価できるような場合には、証拠が伝聞証拠に分類される傾向があり、そのような評価ができない場合には、非伝聞に分類される傾向があるという点が挙げられる<sup>83</sup>。

例えば、Summers 判決（2005 年）<sup>84</sup>は、強盗事件の被告人の共犯者と目される人物が、被告人と一緒に逮捕された際に、「どうやって俺たちをこんなに早く見つけたんだ？」と述べたという内容（自分と被告人が犯人である旨の共犯者の「黙示的主張」）の証言の許容性が問題となったところ、第 10 巡回区連邦控訴裁は、「主張する意図」の存在を肯定してその許容性を否定した。共犯者と目される人物は、自分と被告人が犯人であるという認識内容が逮捕者に伝わることを意識していたと推測されるため、この判例は上記の全体的傾向に沿ったものであるといえよう<sup>85</sup>。

---

<sup>80</sup> Groce, 682 F.2d at 1364.

<sup>81</sup> もっとも、Groce 判決の説明は、「黙示的主張」の場合には一律に「主張する意図」が存在しないということを前提として初めて成り立つものであると思われるが、その点が裁判所によって意識されていたかは明らかではない。

<sup>82</sup> 判例の分析にあたっては、以下の日本語文献も参照。緑・前掲注（1）「アメリカの刑事手続上の公判外供述（1）」104-106 頁。

<sup>83</sup> この点について、以下の文献を参照。SALTZBURG ET AL., *supra* note 9, § 801.02[1][i].

<sup>84</sup> United State v. Summers, 414 F.3d 1287 (10th Cir. 2005).

<sup>85</sup> この傾向に沿って、「黙示的主張」を伝聞証拠として排除したと考えられるその他の判例として、例えば、以下のものがある。United States v. Check, 582 F.2d 668 (2d Cir. 1978); United States v. Ariza-Ibarra, 605 F.2d 1216 (1st Cir. 1979); United States v. Figueroa, 750 F.2d 232 (2d Cir. 1984); United States v. Patrick, 959 F.2d 991 (D.C. Cir. 1992); United States v. Sallins, 993 F.2d 344 (3d Cir. 1993); United States v. Jackson, 88 F.3d 845 (10th Cir. 1996); United States v. Hernandez, 176 F.3d 719 (3d Cir. 1997); United States v.

また、Weeks 判決（1990 年）<sup>86</sup>は、被告人と何者かが会話をしていた際に、被告人の会話の相手方が、被告人のことを‘Gato’と呼んでいたという場面を目撃したという内容の証言が、被告人が‘Gato’というニックネームで通用していたことの証拠として許容されるかが問題となった。この証言は、会話の相手方による、被告人が‘Gato’と呼ばれる人物である旨の「黙示的主張」の証拠であるところ、第 5 巡回区連邦控訴裁は、「主張する意図」の存在を否定して、これを許容した。会話の相手方は、被告人が ‘Gato’であるという認識内容を他者に伝えることを意識していたとは考えられないことから、この判例も、上記の全体的傾向に沿っていると考えられる<sup>87</sup>。

他方で、この傾向から若干外れているように思われる判例も存在する。例えば、Ybarra 判決（1995 年）<sup>88</sup>は、ある犯罪の捜査のために警察官が建物を捜索しようとしたところ、その建物に居合わせていた被告人の妻が、「あなた方がここにいる限り、夫は絶対に戻ってきませんよ。」と警察官に対して話したという内容（被告人の妻による、被告人がその建物を利用している旨の「黙示的主張」）の証言が、被告人が日常的にその建物を利用しており、戻ってくる予定があったことの証拠として許容されるかが問題となった。第 5 巡回区連邦控訴裁は、端的に「主張する意図」の存在を否定してその許容性を肯定した。しかし、被告人の妻は、被告人がその建物を利用し、かつ、戻ってくる予定があったという認識内容を警察官に伝達することを意識していたと考えられることから、上記傾向に従えば、この証言は、「主張する意図」の存在 が肯定される可能性の高いものであったといえよう。

#### 4. 連邦下級裁判所の判例の状況の整理

---

Palma-Ruedas, 121 F.3d 841 (3d Cir. 1997); United States v. Berrios, 132 F.3d 834 (1st Cir. 1998); Orr v. Bank of Am., NT & SA, 285 F.3d 764 (9th Cir. 2002); Mahone v. Lehman, 347 F.3d 1170 (9th Cir. 2003); United States v. Lopez, 340 F.3d 169 (3d Cir. 2003); United States v. Torres, 794 F.3d 1053 (9th Cir. 2015).

<sup>86</sup> United States v. Weeks, 919 F.2d 248 (5th Cir. 1990).

<sup>87</sup> この傾向に沿って、「黙示的主張」を非伝聞としたと考えられるその他の判例として、例えば、以下のものがある。United States v. Brock, 667 F.2d 1311 (9th Cir. 1982); United States v. Singer, 687 F.2d 1135 (8th Cir. 1982); United States v. Hensel, 699 F.2d 18 (1st Cir. 1983); United States v. Cardascia, 951 F.2d 474 (2d Cir. 1991); United States v. Lewis, 902 F.2d 1176 (5th Cir. 1990); United Phosphorus, Ltd. v. Midland Fumigant, Inc., 21 F. Supp. 2d 1255 (D. Kan. 1998); United States v. Love, 706 F.3d 832 (7th Cir. 2013).

<sup>88</sup> United States v. Ybarra, 70 F.3d 362 (5th Cir. 1995).

ここまで検討した判例の状況は、以下のように整理される。

連邦証拠規則の解釈論としては、2つの両極端な考え方、すなわち、あらゆる言語行為内の「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠に分類する考え方と、あらゆる言語行為内の「黙示的主張」の証拠を非伝聞に分類する考え方の両方が可能であるところ、実際にどちらの立場の判例も存在する。

また、一般論について言及していないものの「黙示的主張」の証拠の許容性を判断した判例からは、「主張する意図」の認定について一応の傾向が認められる。しかし、これはあくまでも傾向に過ぎず、決定的な解釈の方向性は定まっていない。したがって、「黙示的主張」の取り扱いに関して、事案一つ一つにおける確実な予測をなすことは依然として困難であるといえる<sup>89</sup>。

### 第3節 連邦証拠規則における伝聞例外の枠組み

続いて、連邦証拠規則で設けられている伝聞例外の枠組みについて説明を加える。具体的には、伝聞例外規定たる 803 条、804 条および 807 条の内容を説明する<sup>90</sup>。ここまで説明してきたように、連邦証拠規則の定義規定を前提とした伝聞法則の適用範囲については、未だ連邦裁判所の判例で見解が統一されていない状況にある。他方で、このような見解の不統一は、学術上の関心は別論としても、現実問題としてはそれほど深刻なものとは考えられていないということが指摘されている<sup>91</sup>。

その理由の一つは、連邦証拠規則では伝聞例外規定が整備されており、言語行為内の「黙示的主張」の証拠について「主張する意図」が肯定され、これが伝聞証拠に分類されたとしても、証拠としての価値が高く許容すべきと考えられる場合には、伝聞例外として許容することが可能であるという点に求められる。その意味で、伝聞証拠の定義の問題と伝聞例外規定の在り方の問題は連動しており<sup>92</sup>、本稿でも確認する必要があると思われる

---

<sup>89</sup> Choo は、連邦裁判所における「主張する意図」の要件の取扱いの不安定さが近年になっても解消されていないことを指摘する。Andrew L-T Choo, *Defining the Scope of the Hearsay Rule in Criminal Cases, in A COMPARATIVE PERSPECTIVE, PRINCIPLES, PROCEDURE, AND JUSTICE* 15, 25-28 (Rabeea Assy and Andrew Higgins eds. 2020).

<sup>90</sup> なお、805 条は、再伝聞は各伝聞供述部分がそれぞれ許容性の要件を充足していれば許容される旨を規定している。また、806 条は、伝聞証拠が許容される場合において、当該伝聞証拠の信用性を攻撃するために許容される特殊な証拠類型について規定している。

<sup>91</sup> Choo, *supra* note 89, at 15.

<sup>92</sup> 現在の心理状態の供述の伝聞証拠該当性をめぐる日本法の議論においても、これを非伝聞とする論者は、日本法で伝聞例外規定が存在しないことをしばしば根拠の一つとしてい

のである<sup>93</sup>。

### 第1款 定型的な伝聞例外

まず、一定の要件を充足すれば伝聞例外該当性が認められる定型的な伝聞例外について説明する。

#### 「非伝聞の供述 (Statements That Are Not Hearsay)」(801条 (d) 項)

801条 (d) 項は、同条 (a) 項ないし (c) 項の定義上は伝聞証拠に該当する証拠のうち、例外的に非伝聞となる類型を設けた規定である。すなわち、(d) 項では、定義上は伝聞証拠となるが、政策的考慮等に基づいて伝聞証拠から除外されるものが列挙されている。これらには「非伝聞」という名が付けられており、厳密には伝聞例外ではないように見えるものの、その実質において伝聞例外に類するものである<sup>94</sup>。具体的には、原供述者たる証人の過去の「供述」(1号)と、相手方当事者側の人物の「供述」(2号)に分かれている<sup>95</sup>。

#### 原供述者の利用可能性にかかわらず認められる伝聞例外 (803条)

803条は、原供述者の証人としての利用可能性にかかわらず (Regardless of Whether the

---

ることから、どの程度意識されているかは別論としても、既に日本でも十分に受け容れられている関係性であると思われる。

<sup>93</sup> 当然ながら、伝聞例外の枠組みが広く柔軟であればあるほど、対面権侵害が問題となる事案が増大すると同時に、適用基準の不統一のリスクなども高まることから、伝聞例外を拡大ないし柔軟化することが常に望ましいというわけではないということはいうまでもない。

<sup>94</sup> 緑・前掲注 (1)「アメリカの刑事手続上の公判外供述 (1)」106頁参照。なお、この類型は、「伝聞でない伝聞 (not hearsay hearsay)」などと形容されることもある。Stephen A. Saltzburg, *Restyling Choices and a Mistake*, 53 WM. & MARY L. REV. 1517, 1523 (2012).

<sup>95</sup> 801条 (d) 項を全体として概観する日本語文献として、緑・前掲注 (1)「アメリカの刑事手続上の公判外供述 (1) (2)」10号106-107頁、11号138-143頁参照。また、1号について、その沿革も含めて紹介・検討する日本語文献として、小早川義則「不一供述と伝聞法則：米連邦証拠規則について (1) ~ (4・完)」名城法学 35 卷 1 号 58 頁以下 (1985 年)、2 号 3 頁以下、3 号 86 頁以下、4 号 1 頁以下 (1986 年)、山田道郎「以前的一致供述による証明力の回復」同『証拠の森：刑事証拠法研究』58 頁以下、58-69 頁 (成文堂、2004 年)、2 号について紹介・検討する日本語文献として、小早川・前掲注 (45)『共犯者の自白と証人対面権』297-302 頁などがある。

Declarant Is Available as a Witness)、換言すれば、原供述者が証人として証言することが可能であるか否かを問わずして認められる伝聞例外の規定であり、23 の類型が設けられている<sup>96</sup>。代表的なものとしては、現在の精神的、感情的または身体的状態に関する供述（3号）、業務記録などの日常的に行われる活動の記録（6号）、公的記録（8号）などが挙げられる。

### 原供述者が利用不能な場合に認められる伝聞例外（804条）

804条は、原供述者が利用不能な場合（When the Declarant is Unavailable）に認められる伝聞例外の規定であり、5つの類型が設けられている<sup>97</sup>。代表的なものとしては、以前の裁判手続で証言された事項（(b)項1号）、原供述者の利益に反する供述（(b)項3号）などが挙げられる。

### 第2款 残余例外（807条（a）項）

以上が典型的に設けられた伝聞例外の規定であるが、さらに、807条（a）項では、残余例外（residual exception）規定、すなわち、典型的な伝聞例外に該当しない場合であっても、裁判官が裁量的に伝聞証拠を許容することを認める規定が設けられている<sup>98</sup>。連邦証拠規則では、価値の高い伝聞証拠が排除される事態を防止する趣旨のもと、当初より、803条の場合と804条の場合のそれぞれに残余例外規定が設けられていたが（旧803条24号・804条（b）項5号）、1997年にこれらが統合され、807条が創設された<sup>99</sup>。その後、2011年および2019年の改正を経て、現在の規定になっている。

諮問委員会によれば、1997年の統合と2011年の改正は形式的なものであり、規定内容

---

<sup>96</sup> 803条の伝聞例外は、公判における証言よりも信頼性が高いことを理由として認められているものであるが、特に Crawford 判決以降、対面条項違反の問題が争われることが多い類型でもある。SALTZBURG ET AL., *supra* note 9, § 803.02[1].

同条を概観する日本語文献として、例えば、以下のものがある。緑・前掲注（1）「アメリカの刑事手続上の公判外供述（3）」128-133頁。

<sup>97</sup> なお、804条は、（a）項において「利用不能」の判断基準が規定され、（b）項において伝聞例外の類型が列挙される構造となっている。

<sup>98</sup> なお、（b）項では、残余例外を許容する際に必要とされる、相手方当事者への通知の手続について規定している。

<sup>99</sup> この点について、807条に関する諮問委員会註釈参照。FED. R. EVID. Rule 807 advisory committee's note.



に実質的な変更が加えられたわけではない<sup>100</sup>。一方で、2019年の改正は、要件に関する実質的内容の変更を伴うものであった。そこで、以下では、改正の過程をたどりつつ、現在の要件を確認する。

現在の 807 条 (a) 項の規定内容は以下の通りである<sup>101</sup>。

#### 807 条 残余例外 (Residual Exception)

- (a) 通則 (In General) 伝聞供述が以下のいずれにも該当する場合、当該供述は、たとえ第 803 条または第 804 条の伝聞例外のもとで許容されなくとも、伝聞法則によって排除されない。
- (1) 当該供述がなされた全体的状況と、あるとすれば、当該供述を補強する証拠を考慮した後、十分な信用性の保障 (sufficient guarantees of trustworthiness) によって支持される場合。
  - (2) 拳証者が合理的な努力 (reasonable efforts) を通じて得ることができる他のいかなる証拠よりも、当該供述が、提出の目的とされる点について、より証明力を有している場合。

2019 年改正では、従来存在していた要件がいくつか変更・撤廃された。もっとも、この改正も、規定の趣旨に変更を加えるものではなく、その意味において連続性が保たれている<sup>102</sup>。2019 年改正以前も、改正後の 2 号に相当する要件 (改正前の 3 号) は現在と同一で

---

<sup>100</sup> この点について、改正に関する諮問委員会註釈参照。FED. R. EVID. Rule 807 advisory committee's note to 2019 Amendment.

<sup>101</sup> 807 条 (a) 項の原文は、以下の通りである。

#### Rule 807. RESIDUAL EXCEPTION

##### (a) In General.

Under the following conditions, a hearsay statement is not excluded by the rule against hearsay even if the statement is not admissible under a hearsay exception in Rule 803 or 804:

- (1) the statement is supported by sufficient guarantees of trustworthiness—after considering the totality of circumstances under which it was made and evidence, if any, corroborating the statement; and
- (2) it is more probative on the point for which it is offered than any other evidence that the proponent can obtain through reasonable efforts.

<sup>102</sup> この点について、改正に関する諮問委員会註釈参照。FED. R. EVID. Rule 801 advisory

あったが、改正後の 1 号に相当する要件（改正前も同じく 1 号）は、当該供述が、803 条ないし 804 条の伝聞例外と「同等の (equivalent)」信用性の状況的保障を有するというものであり、より適用が困難な要件であった。また、2019 年改正前には、当該供述が重要な事実 (material fact) の証拠として提出されている（改正前の 2 号）という要件と、当該供述を許容することで、規則の目的と司法の利益 (interests of justice) が最も良く実現される（改正前の 4 号）という要件が存在していた<sup>103</sup>。

現在では、残余例外の適用に際して、当該伝聞証拠に十分な信用性の保障が認められることと、高度な証明力を有することという比較的シンプルな 2 種類の要件の検討が求められるにとどまっている。すなわち、本来許容されるべき価値の高い伝聞証拠が排除される事態を回避するための規定が当初より設けられていたところ、近年になってその適用をより容易にするための改正が実現したといえる。

#### 第4節 本章の整理

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

---

committee's note to 2019 Amendment.

<sup>103</sup> 参考までに、2019 年改正直前の 807 条の原文を以下に掲げる。

#### Rule 807. Residual Exception

##### (a) In General.

Under the following circumstances, a hearsay statement is not excluded by the rule against hearsay even if the statement is not specifically covered by a hearsay exception in Rule 803 or 804:

- (1) the statement has equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness;
- (2) it is offered as evidence of a material fact;
- (3) it is more probative on the point for which it is offered than any other evidence that the proponent can obtain through reasonable efforts; and
- (4) admitting it will best serve the purposes of these rules and the interests of justice.

ており、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、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

### 第1節 具体的検討対象

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。

オーストラリアは連邦制国家であり、連邦の最高裁判所に相当する高等法院（High Court of Australia）が存在するものの、各州と2つの特別法域が独自の裁判所制度を構築しており、それぞれが異なる法域をなしている<sup>1</sup>。

そして、現在、オーストラリアの伝聞法則は、多くの法域において、統一証拠法（Uniform Evidence Law）によって規律されている。統一証拠法とは、連邦の証拠法典たる1995年証拠法（Evidence Act 1995 (Cth)）を中心として、ニューサウスウェールズ州、タスマニア州、ノーフォーク島、ビクトリア州、首都特別地域、北部準州において採用されている、ほぼ同内容の証拠法典の総称である<sup>2</sup>。また、統一証拠法は、クイーンズランド

---

<sup>1</sup> オーストラリアの法制度一般については、以下の文献を参照。田中英夫『英米法総論（上）』（東京大学出版会、1980年）352-356頁、リチャード・カレン（小川富之訳）「オーストラリアの連邦制度」*広島法学* 17巻4号387頁以下（1994年）、アレックス・ガードナー（小川富之訳）「オーストラリア憲法制度の最近の動向（資料）」*広島法学* 18巻1号261頁以下（1994年）、本多俊雄「オーストラリアの最高裁判所」*海外司法ジャーナル* 2号130頁以下（1996年）、山田邦夫『諸外国の憲法事情3：オーストラリア』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2003年）、平松紘『現代オーストラリア法』（敬文堂、2005年）。また、特に、オーストラリアの刑事司法制度については、以下の文献を参照。橋本雄太郎「オーストラリア刑事司法の現状と課題」*杏林社会科学研究* 7巻特別号54頁以下（1990年）、同「オーストラリア刑事法改正の動向と課題」*杏林社会科学研究* 7巻2号48頁以下（1991年）、渡辺修＝山田直子『被疑者取調べ可視化のために——オーストラリアの録音・録画システムに学ぶ』（現代人文社、2005年）、西田潤一郎「司法制度改革の中の検察職員：オーストラリアにおける刑事司法手続及び陪審制度について（上）（下）」*研修* 696号57頁以下、697号33頁以下（2006年）、鈴木邦夫＝武藤伴夫「諸外国における刑事司法制度の調査研究（6）：オーストラリアにおける刑事司法制度について」*警察学論集* 64巻10号113頁以下（2011年）、成瀬剛「科学的証拠の許容性（3）」*法学協会雑誌* 130巻3号573頁以下（2013年）、川島享祐『自白法則の理論的構造』276頁以下（有斐閣、2022年）。

<sup>2</sup> 統一証拠法一般について、特に、以下の文献を参照。ANDREW LIGERTWOOD & GARY EDMOND, *AUSTRALIAN EVIDENCE: A PRINCIPLED APPROACH TO THE COMMON LAW AND*

州、南オーストラリア州、西オーストラリア州では未だ採用されていないものの<sup>3</sup>、将来的にはさらに採用法域が拡大することが見込まれており<sup>4</sup>、オーストラリアにおける中心的な証拠法典であると理解されている。

そこで、本章では、統一証拠法による伝聞法則の改革と、改革前のコモンロー準則を取り上げる。これらについて検討を加えれば、オーストラリアの全法域の状況を網羅的に理解するまでは至らないものの、少なくとも、オーストラリア法の趨勢を把握することが可能であると考えられるためである。

統一証拠法における伝聞証拠の定義規定は、後述の通り、アメリカの連邦証拠規則と実質的に同内容のものである。しかしながら、その立法は、アメリカと異なる経緯をたどっており、判例の動きも特徴的である。その意味で、統一証拠法の議論を参照することは、連邦証拠規則をより深めて議論する手がかりもたらす作業でもある。また、統一証拠法の定義規定は、「主張する意図」の要件をめぐり 2008 年に改正がなされており、一見すると連邦証拠規則とは若干異なる規定ぶりになった。かかる改正がもたらされた原因について考察し、改正後の状況を簡単に確認することで、「主張する意図」の要件の問題点をより的確に把握することが可能になるであろう。

## 第2節 Walton 判決以前の状況

### 第1款 伝聞証拠の意義について

統一証拠法成立以前のオーストラリアでは、後述のイギリスなどとは異なり、確立した公式（伝聞法則の適用範囲の公式）が判例上承認されていたわけではなかった。しかし、オーストラリアの伝聞法則は、イギリス由来のコモンローの伝統が受け継がれてきたこともあり、伝聞証拠の定義の理解について、他の英米法諸国と本質的な相違点があるわけではなかった<sup>5</sup>。

---

UNIFORM ACTS (6th ed. 2017); NEIL WILLIAMS ET AL., UNIFORM EVIDENCE IN AUSTRALIA (3d ed. 2020); JEREMY GANS ET AL., UNIFORM EVIDENCE (3d ed. 2019); FIONA HUM ET AL., AUSTRALIAN UNIFORM EVIDENCE LAW (2019); STEPHEN ODGERS, UNIFORM EVIDENCE LAW (17th ed. 2022).

<sup>3</sup> なお、これらの州においては、伝聞法則については、統一証拠法とは異なる独自の制定法によって規律されているか、依然としてコモンロー準則で規律されている。GANS ET AL., *supra* note 2, at 1-2.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> イギリスの証拠法学者 Cross は、オーストラリア法とイギリス法双方の伝聞証拠の定義に本質的な相違点が存在しないことを前提として、コモンロー上のオーストラリアの伝聞

例えば、証拠法の体系書の権威としての地位を得ている、Cross on Evidence のオーストラリア版では、統一証拠法成立以前の伝聞法則を総括して、伝聞・非伝聞の区別の基準として、以下の公式を提示している。

「当該手続において証言している証人によってなされる主張以外の、口頭または書面の主張は、主張されたいかなる事実または意見の真実性の証拠としても許容されない (an oral or written assertion other than one made by a witness while testifying in the proceeding is inadmissible as evidence of the truth of any fact or opinion stated)。」<sup>6</sup>

要するに、コモンロー上の伝聞法則とは、証人の証言以外の「主張」を、その「主張」の内容の真実性を証明するために用いることができないという点を中核的な要素とする準則であると総括されている。

もっとも、「黙示的主張」の証拠の取扱いの問題については、講学上の重要性は認識されてきたが<sup>7</sup>、これを正面から取り上げた判例は後述の Walton 判決までは存在しなかったと考えられる<sup>8</sup>。上記の公式も、「黙示的主張」の問題についてまで結論を示すものではない。すなわち、ここでいう「主張」は「明示的主張」に限られるのか、それとも「黙示的主張」も含まれるのか、仮に含まれるとして、どの範囲まで含まれるのか、という問いについて解答を得られなければ、「黙示的主張」について公式を適用することはできないからである。

## 第2款 伝聞例外について

オーストラリアの伝聞例外も、後述のイギリスと同様に、コモンロー上確立された伝聞例外と個別的に制定された立法によって規律されていた。もっとも、20世紀以降、裁判所は司法上の伝聞例外の創出にはきわめて消極的であり、稀にしかなされなかったと考えら

---

法則の適用の在り方についての論文を発表した。Rupert Cross, *The Periphery of Hearsay*, 7 MELB. U. L. REV. 1 (1969).

<sup>6</sup> JOHN DYSON HEYDON, CROSS ON EVIDENCE 1208 (13th ed. 2021).

<sup>7</sup> 統一証拠法成立以前の「黙示的主張」の証拠の取扱いを論じたオーストラリアの論文として、例えば、以下のものがある。Cross, *supra* note 5; Mark Weinberg, *Implied Assertions and the Scope of the Hearsay Rule*, 9 MONASH U. L. REV. 268 (1973); Charles Robert Williams, *Issues at the Penumbra of Hearsay*, 11 ADEL. L. REV. 113 (1987).

<sup>8</sup> Weinbergによれば、Wright 対 Tatham 判決が、1973年当時のオーストラリアに通用するものとして、「黙示的主張」の問題を正面から取り上げたおそらく唯一の判例であるという。Weinberg, *supra* note 7, at 270-71.

また、コモンロー上の判例の状況について、Williams, *supra* note 7, at 51-52 も参照。

れる<sup>9</sup>。また、制定法による伝聞例外の創出状況は、各法域によって区々であった<sup>10</sup>。各法域において概ね共通して設けられていた代表的な制定法上の伝聞例外として、一定の書証に関する伝聞例外、業務記録に関する伝聞例外、コンピュータ記録に関する伝聞例外などが挙げられる<sup>11</sup>。

### 第3款 コモンロー準則の問題点

統一証拠法制定を主導したオーストラリア法改正委員会（Australian Law Reform Commission）<sup>12</sup>—以下、「ALRC」という—が作成した中間報告書（Interim Report）<sup>13</sup>および最終報告書（Final Report）<sup>14</sup>によれば、コモンロー準則のもとでは、価値が高いと見込まれる証拠が伝聞法則により排除されることがしばしばあり、かつ、伝聞・非伝聞の区別および伝聞例外の判断が複雑かつ一貫性を欠いているという不合理性が指摘されていた<sup>15</sup>。

オーストラリアでは、統一証拠法の成立以前においても、高等法院裁判官が、コモンロー上の伝聞法則の問題点を打破するべく動きを見せていた。この高等法院裁判官の動きは、結果として統一証拠法に部分的にしか反映されなかったものの、現在でもなお、従来の状況からの脱却を目指した有力な動きであったと評価されている<sup>16</sup>。

### 第3節 Walton 判決

高等法院が言語行為内の「黙示的主張」の証拠に対する伝聞法則の適用の可否の問題を初めて正面から取り上げ、その際に従来の状況からの脱却を目指す動きが示された判例が、

---

<sup>9</sup> この点について、以下の資料を参照。AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, REPORT NO. 26: EVIDENCE (INTERIM) (1985) [hereinafter ALRC Report 26], para. 337.

<sup>10</sup> 例えば、タスマニア州とクイーンズランド州では、後述の統一証拠法 60 条制定に先立ち、証人の過去の一致供述および不一致供述を、それぞれ増強証拠—例外的に許容される場合がある—および弾劾証拠として許容するにとどまらず、その内容の真実性を証明する証拠として許容する立法がなされていた。

<sup>11</sup> HEYDON, *supra* note 6, at 1373.

<sup>12</sup> ALRC および各報告書の位置付けについては、第 4 節において説明する。

<sup>13</sup> ALRC Report 26, *supra* note 9.

<sup>14</sup> AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, REPORT NO. 38: EVIDENCE (1987) [hereinafter ALRC Report 38].

<sup>15</sup> ALRC Report 26, *supra* note 9, vol 1, paras. 329-31.

<sup>16</sup> RODERICK MUNDAY, CROSS & TAPPER ON EVIDENCE 570 (13th ed. 2018).

1989 年の Walton 判決<sup>17</sup>である。同判決は、伝聞法則適用の柔軟化を図る影響力の大きい意見が示されたものである<sup>18</sup>と同時に、事件の内容そのものが言語行為内の「黙示的主張」の証拠の伝聞証拠該当性を正面から問題とするものであり、伝聞証拠の定義に関する重要な示唆を含んでいるとして、統一証拠法成立以前の最重要判例に位置付けられる。

## 第 1 款 事実の概要

上訴人 Walton は、自身の元妻 E に対する謀殺罪で起訴された。Walton は、E と離婚する以前は、E の連れ子の M (事件当時 3 歳) と同居していたところ、M は、Walton のことを、“Daddy”と呼んでおり、かつ、他に M が“Daddy”と呼んでいる人物は存在しないということが、証拠上明らかとなっていた。本件では、E が殺害される前日に、E 宅内の電話で行われた通話の状況を見聞きした訴追側証人 (E 宅を訪れていた 13 歳の少女) による証言の許容性が争われた。その証言の内容は以下の通りである。

- ① 最初に通話していた E が、M に“Daddy’s on the phone”と話しかけて受話器を渡した。
- ② M は受話器を受け取って、“Hello, Daddy”と通話の相手方に挨拶をして、M に受話器を返した。
- ③ M から受話器を受け取った E が、通話の相手方と翌日に会う旨の約束を交わしていた。そして、通話を終えた後、E は、証人に対して、翌日 Walton と会うつもりであると述べた。

事実審理において、公判裁判官は、この証言を、M が翌日に Walton と会う旨の意図 (intention) を有していたことの証拠として許容したが、一方で、陪審に対して、これを通話の相手方が Walton であったことの証拠として用いてはならないと説示した。有罪とされた Walton は、この証言の許容性が全面的に否定されるべきであるとして、高等法院に上訴を行った。

審理を担当した高等法院の裁判官 5 名の見解は、公判裁判官の措置は誤判の恐れを生ぜしめるものではないため上訴を棄却すべきという結論において一致していた。しかし、証言の許容性については 3 通りの意見が表明された。すなわち、Wilson、Dawson、Toohey 各裁判官による共同意見——以下、「共同意見」という——と、Mason 首席裁判官の意見

---

<sup>17</sup> Walton v. R. (1989) 166 CLR 283.

<sup>18</sup> Odgers は、では本判決の内容を「革命 (revolution)」と評している。Stephen Odgers, *Walton v. The Queen—Hearsay Revolution?* 13 CRIM L.J. 201, 214 (1989).



——以下、「Mason 意見」という——と、Deane 裁判官の意見——以下、「Deane 意見」という——の意見がそれぞれ表明された。

## 第 2 款 証言の推認過程

この証言は、事件の日に E と Walton が会っていたことを証明し、もって Walton の犯人性を証明するための証拠である。そして、Walton の犯人性の推認に至るまでには、以下の 2 通りの推認過程が考えられる。

### 推認過程 1

③の前半部分から、「E が通話の相手方と翌日会う約束をしていた」ことが推認され、①ないし②から、「通話の相手方が Walton であった」ということが推認される。そして、両者が組み合わさることにより、「E が Walton と翌日会う約束をしていた」ことが推認され、「事件の日に E と Walton が会っていた」ことの証明との関係で関連性を有する。

### 推認過程 2

③の後半部分から、「E が翌日 Walton と会う意図を有していた」ことが推認され、①ないし②が許容されないとしても、「事件の日に E と Walton が会っていた」ことの証明との関係で関連性を有する。

つまり、①ないし③の部分の許容性が全て肯定される場合、陪審は両方の推認過程を経ることが可能となるため、Walton の犯人性に関するこの証言の推認力は高度なものとなる。一方で、③の部分の許容性が肯定され、かつ、①と②の部分の許容性がともに否定されれば、陪審は推認過程 2 を経ることしかできず、推認力は低いものとなる。また、③の部分の許容性が否定されれば、①ないし②の部分の許容性いかににかかわらず、証言全体が関連性を失うことになる<sup>19</sup>。公判裁判官の説示内容は、この 3 つのうち、2 番目の見解に立ったものであると考えられる。

そして、②の部分において、M は、通話の相手方が“Daddy”、すなわち Walton であると明示的に述べたわけではないことから、これは、言語行為内の「黙示的主張」に該当する。以下では、②の部分の許容性に関する各意見の概要について説明し、それを終えた後、①と③の部分について説明する。

---

<sup>19</sup> 推認過程について、以下の文献を参照。Mark McKenna, *Walton v The Queen, The Queen v Benz and Beyond: A New Direction in Hearsay*, 20 UNIV. WEST. AUST. L. REV. 675, 682-83 (1990).

### 第3款 共同意見：厳格な立場の維持

共同意見は、M の”Hello, Daddy”という挨拶は、通話の相手方が”Daddy”である旨の「黙示的主張」であり、伝聞法則により排除されるとする一方で、一定の状況においては (in some circumstances)、挨拶が、挨拶された相手方の識別に役立つ状況証拠となり、非伝聞となる場合があるとしている<sup>20</sup>。つまり、本件のような言語行為内の「黙示的主張」の証拠が伝聞証拠に分類されるという立場を採用しているものの、一定の場合には挨拶の証拠が非伝聞に分類される余地があるとしているのである。ただし、いかなる場合に、なぜ、かかる証拠が状況証拠となり得るのかという点については、特段の説明はなされていない。

### 第4款 Mason 意見：伝聞法則の「柔軟な」適用

Mason 意見は、議論の出発点として、言語行為内の「黙示的主張」の証拠も伝聞証拠に該当するということを認めている。すなわち、「黙示的主張」と「明示的主張」の双方に対して同様の準則を適用することは避けることができず、「それ以外のあらゆるアプローチは、人為的でありなおかつ混乱を招く区別となるであろう (Any other approach would lend itself to artificial and confusing distinctions)」と論じている<sup>21</sup>。

#### 1. 一般的視点

一方で、Mason 意見は、伝聞法則は、「硬直的に (inflexibly)」適用されるべきではないとして、その厳格な適用に否定的な見解を示した。そして、具体的には、Mason 意見は、一般論として、以下の2つの場合には、伝聞法則の「柔軟な (flexible)」適用をすべき、すなわち、非定型的な伝聞例外として<sup>22</sup>許容性を肯定すべきと提唱している<sup>23</sup>。

- ・伝聞の危険が一部存在しないか、無視できるものであるほどの取るに足らないものである場合。
- ・当該証拠の信頼性と証拠価値 (reliability and probative value) が伝聞の危険を凌駕していると公判裁判官が判断する場合。

---

<sup>20</sup> Walton v. R., *supra* note 17, at 306.

<sup>21</sup> *Id.* at 292.

<sup>22</sup> Mason 意見においては、自身のアプローチを非定型的な伝聞例外、すなわち残余例外に相当するものと明確に位置付けているわけではないが、そのように分類されることが一般的である。この点について、例えば、以下の文献を参照。HEYDON, *supra* note 6, at 1182-83.

<sup>23</sup> Walton v. R., *supra* note 17, at 293.

## 2. 留意点

このような一般的な基準を前提としたうえで、Mason 意見は、その基準の適用の在り方について、以下のように説明している<sup>24</sup>。

- ・特に、問題の証拠が「黙示的主張」である場合には、典型的に、伝聞の危険が必ずしも全て存在するとは限らない。そのため、公判裁判官は、当該証拠に内在する知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述の誤謬の危険性の有無および程度と、当該証拠の信頼性および証拠価値とを比較衡量し、前者が後者に優越する場合に限り伝聞法則が適用され、既存の伝聞例外に該当しなければ排除される。
- ・伝聞の危険はしばしば非常に顕著なもの（very considerable）になるということを頭に留めておかなければならない。問題の証拠が「黙示的主張」ではない場合には、原則として伝聞法則が適用されるべきであるが、知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述の危険性が存在しないか無視できる「非常に稀なケース（very rare case）」においては、「黙示的主張」に対するのと同様の比較衡量が妥当する。もっとも、問題の証拠が「明示的主張」である場合には、一般的に、でっち上げ（concoction）の疑いが加わり、表現（真摯性）の問題が残ることから、通常は比較衡量を行うべきではない。

## 3. 本件の検討

Mason 意見は、以上の一般論を前提として、証言の②の部分の許容性について以下のよう  
に検討する<sup>25</sup>。すなわち、M を反対尋問して知覚の正確性を吟味することができないと  
いう問題はあるものの、M の供述はでっち上げの蓋然性がきわめて低いと認められること  
から、公判裁判官は、許容性を肯定すべきであったとする。

### 第5款 Deane 意見

Deane 裁判官は、Mason 首席裁判官のアプローチに共感を示している。Deane 裁判官は、  
まず、伝聞法則を硬直的に適用すると、「黙示的主張」が伝聞証拠に該当し、排除される  
ということを認めたいうえで、以下のような一般論を述べている。すなわち、伝聞法則を硬  
直的に適用することが正義（justice）または常識（common sense）に反する場合、あるい  
は、社会の状態に法が調和しなくなるような場合には、伝聞法則は硬直的に適用されるべ  
きではなく、修正されるべきであるとしている<sup>26</sup>。

---

<sup>24</sup> *Id.* at 293-94.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Id.* at 308.

ただし、Deane 意見は、同時に、他の証人の証言を踏まえれば、Walton の有罪評決について誤判の危険性は生じていないことから、②の部分の許容性を具体的に検討する必要はないとする。したがって、Deane 意見は、Mason 意見のように、具体的な修正の在り方まで論じたものではない。しかしながら、少なくとも、伝聞法則の適用範囲に修正が加えられるべきとした点では、両者は一致しており、コモンロー上の伝統的な厳格な伝聞法則からの脱却を図る見解に位置付けられよう。

## 第 6 款 「明示的主張」の部分について

本判決では、証言のうち「明示的主張」の部分については、特別な理解が示されたわけではない。以下、その点を簡潔に確認する。

### 1. ①の部分の許容性

証言のうち、①の部分については、通話の相手方が“Daddy”、すなわち Walton である旨の E による「明示的主張」の証拠であるため、伝聞証拠に該当し許容性が否定されるという点で裁判官全員が一致した<sup>27</sup>。

### 2. ③の部分の許容性

証言のうち、③の後半部分、すなわち、E が証人に対して、翌日 Walton と会うつもりであると述べたという事実の存在は、「E が翌日 Walton と会う意図を有していた」ことを証明するものとして関連性を有するという点について、全ての裁判官が一致した<sup>28</sup>。

---

<sup>27</sup> *Id.* at 296, 300-05, 307.

<sup>28</sup> つまり、本件では、裁判官全員が「『ある行為を将来行う意図がある』旨の供述がなされた事実」——いわゆる現在の心理状態の供述の一類型に属するものと考えられる——の存在自体が、「実際にその行為がなされたという事実」を証明することとの関係で関連性を有するという理解をしている。しかしながら、少なくとも現代のアメリカおよびイギリスにおいては、このような供述は伝聞証拠として扱われているし、統一証拠法成立後はオーストラリアでも伝聞証拠として扱われている。したがって、本判決の高等法院の立場は異例であるといえる。「ある人物がある行為を将来行う意図がある」ことを、そのような意図を表明した当該人物の供述から推認する場合、理論上、その推認は、供述の存在自体から直接的にできるわけではなく、供述の内容が真摯であり正確に叙述されているという評価を介してなされるものである。そして、各意見では、そのような理論上の問題点を克服するような論理が提示されているわけではないことから、この点については別途批判の余地がある。

なお、③の前半部分、すなわち、M から受話器を受け取った E が、通話の相手方と翌日に会う旨の約束を交わしていたという事実の部分については、各意見において特段言及されていないものの、推認過程 1 を経る場合には、約束のやり取りがあったことそれ自体が証明されれば足りることから、この部分は当然に非伝聞であると解されていると考えられる。

## 第 7 款 本判決から示唆される問題点

以上のように、本判決は、単一の証言についての緻密な分析を必要とする難解な事件である。本判決の高等法院の立場は以下のように整理できる。

まず、本判決によって、少なくとも言語行為内の「黙示的主張」の証拠を原則として伝聞証拠に分類するという立場が示された<sup>29</sup>。Mason 意見では、「黙示的主張」の証拠が伝聞証拠に分類されることによって生じる懸念に対処すべく、公判裁判官の裁量による非定型な伝聞例外の枠組みが提唱された。

そして、本判決には、言語行為内の「黙示的主張」の取り扱い、ひいては伝聞証拠の意義との関係で重要な問題点が含まれている。

本判決は、伝聞・非伝聞の区別の際して、言語行為内の「黙示的主張」と「明示的主張」とを典型的に別異に取り扱うことの不自然さが示された一例に当たる。というのも、①と②は、どちらも、ほぼ同じ状況下でなされた、同一事実の「主張」についての証言であり、ただ、それが明示的であるか黙示的であるかという点に違いがあるに過ぎないためである。

---

また、先に述べた通り、共同意見は、挨拶が、挨拶された相手方を識別する状況証拠となり、非伝聞となる場合があるとしている。しかし、挨拶をした人物の認識に依拠しなければ、挨拶の相手方の識別を行うことはできないはずであるため、これも供述内の「黙示的主張」に該当するように思われる。それにもかかわらず、共同意見がいかなる論理でこのような見解を示しているのかは明らかでない。

上記の点について、特に、以下の文献を参照した。Collin Tapper, *Hillmon Rediscovered and Lord St Leonards resurrected*, 106 LAW Q. REV. 441, 444-46 (1990); MUNDAY, *supra* note 16, at 586-87; IAN DENNIS, *THE LAW OF EVIDENCE* 761 (7th ed. 2020); HEYDON, *supra* note 6, at 1186-89.

<sup>29</sup> なお、統一証拠法成立以前に、高等法院が非言語行為内の「黙示的主張」の証拠の伝聞証拠該当性について明確な判断を下したことは無い。この時代は既に、言語行為内の「黙示的主張」と非言語行為内の「黙示的主張」は区別して議論されることが一般的であったから、この点については何らの態度が示されていないと理解するのが自然であると思われる。

コモンロー上、①の部分が伝聞証拠であることについてほぼ争う余地は無いといえるところ、これを差し置いて②の部分を非伝聞とすることは、理論的な正当化は容易ではないと思われる。

他方で、「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠に分類すると、伝聞証拠となる証拠の範囲が著しく広範なものとなり、価値が高いと見込まれる証拠を排除せざるを得なくなる場合が発生するという懸念が存在する。Mason 意見は、この懸念を踏まえて、公判裁判官が裁量的に伝聞証拠を許容する、非定型的な伝聞例外の枠組みを提唱したものと位置付けられる<sup>30</sup>。

#### 第4節 統一証拠法成立から改正までの状況

本節では、統一証拠法によって設けられた伝聞証拠の定義規定の内容について、規定の前提となった ALRC の提言と制定後の判例の動向について触れながら、具体的な検討を行う<sup>31</sup>。

##### 第1款 制定の経緯

統一証拠法の制定経緯一般については、既に他の日本語文献において説明されており、本稿でこれに付け加えるところはない<sup>32</sup>。すなわち、統一証拠法の制定は、1979年に連邦司法長官（Commonwealth Attorney-General）が、ALRC に証拠法分野の検討を諮問したことに端を発している。その後、ALRC は 1985年に中間報告書<sup>33</sup>、1987年に最終報告書<sup>34</sup>を公表した。そして、1995年には連邦の証拠法典として 1995年証拠法が成立した。

また、2004年から2005年にかけて統一証拠法の全体的な見直し作業が行われ、最終的

---

<sup>30</sup> もっとも、この Mason 意見の枠組みにも疑問を差し挟む余地がある。この枠組みは、「明示的主張」に適用されることが「非常に稀」であるとしており、現に、本件では、①についてこの枠組みによる検討がなされていない。しかし、先に述べたように、伝聞・非伝聞の区別において①と②を別異に取り扱う理論上の根拠が明らかでない以上、伝聞例外の適用の検討場面においても、これらを別異に取り扱う理由は判然としない。この点を指摘する論考として、以下のものがある。Vicki Wayne & Gerald McGinley, *Farewell to Hearsay—Expanding Cracks in the Hearsay Rule*, 17 MELB. U. L. REV. 72, 74 (1989).

<sup>31</sup> ALRC の各報告書は、統一証拠法の立法に関する提言の代表的なものであり、統一証拠法の規定の趣旨を検討する際の最重要資料である。

<sup>32</sup> 成瀬・前掲注 (1) 595-596 頁、614-615 頁参照。

<sup>33</sup> ALRC Report 26, *supra* note 9.

<sup>34</sup> ALRC Report 38, *supra* note 14.

には規定の維持ないし改正について提言を行う ALRC の報告書<sup>35</sup>が公表された。そして、この報告書に依拠して 2008 年に統一証拠法の改正——以下、この改正を「2008 年改正」という——が実現した。後述の通り、伝聞証拠の定義規定にも重要な改正が加えられている。

統一証拠法の検討に際して、伝聞法則に特有の事情として注意すべき点は、時系列上、1987 年の最終報告書の公表の後に Walton 判決が下されたということである。統一証拠法の伝聞法則関係の規定はその大部分が最終報告書の提言を反映したものであるが、このような経緯から、伝聞例外については、それに加えて、Walton 判決における Mason 意見の内容が部分的に反映されている<sup>36</sup>。

## 第2款 ALRC の提言の概要

### 1. 提言の内容

それでは、まず、伝聞証拠の定義をめぐって ALRC が行った提言の概要について説明を加える。なお、この問題について、最終報告書では中間報告書の内容が維持されていることから、本稿ではもっぱら中間報告書の記述を取り上げる。

中間報告書では、「黙示的主張」の証拠の取り扱いを中心的課題として、伝聞証拠の定義に関する検討が行われた<sup>37</sup>。そのうえで、伝聞法則に関する改革の必要性が指摘され<sup>38</sup>、その改革の方向性については、以下のような内容の提言が示されている。

- ・「明示的主張」に対してと同様に、「黙示的主張」に対しても伝聞法則が適用されるべきかという問題<sup>39</sup>については、意図された「黙示的主張」(intended implied assertions)と

---

<sup>35</sup> AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, REPORT NO. 102: UNIFORM EVIDENCE LAW (2005) [hereinafter ALRC Report 102].

<sup>36</sup> なお、伝聞証拠の定義については、Walton 判決で示された意見の内容は特段反映されていない。

<sup>37</sup> ALRC Report 26, *supra* note 9, vol 1, para. 684. なお、同パラグラフの表題は、『伝聞証拠』の定義—『黙示的主張』(Definition of ‘Hearsay Evidence’ – The ‘Implied Assertion’)—となっており、「黙示的主張」の問題が伝聞証拠の定義にかかわる問題の中でもとりわけ重要なものと認識されていることが窺われる。

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> オーストラリアでも、中間報告書の段階から一貫して、「黙示的主張」の証拠についていかなる範囲まで伝聞法則の適用を肯定するかという問題が議論の中心に据えられており、「明示的主張」の証拠が伝聞証拠として扱われるということはほぼ自明なこととして捉えられている。

意図されていない「黙示的主張」(unintended implied assertions)とを区別し、後者を伝聞法則の適用範囲外とすることで対処すべきである。すなわち、伝聞法則は、「事実の主張として意図された書面および口頭の供述並びに行為(written and oral statements and conduct intended as an assertion of fact)」<sup>40</sup>に適用されるものとすべきである。なお、この提言は供述(statement)と行為(conduct)に適用されるものであるところ、これらを含む概念として、「表現(representation)」という用語を採用する<sup>41</sup>。

## 2. 提言の理由

### (1) 理由の内容

ALRCは、そのような提言がなされる理由を3点示している。その内容は、大要以下の通りである<sup>42</sup>。

- ・「黙示的主張」が含まれている表現の証拠には、「明示的主張」が含まれている表現の証拠と同様に、知覚・記憶・叙述に関する誤謬の危険性が存在する。しかし、「主張者」が、当該「主張」が黙示されていることを意図していない限り(unless the asserter intended that the assertion be implied)、表現(真摯性)についての危険は生じない——以下、前章と同様に、この場合に供述者・行為者が有している意図を「主張する意図」という——ため、この場合には伝聞法則を適用すべきでない。すなわち、「黙示的主張」の中で、意図されたものと意図されていないものとを区別すべきである<sup>43</sup>。
- ・「黙示的主張」によって、表現を行った人物が信じている事項(特定の実態の存在または不存在など)に関する推認が導かれる場合、当該事項について信用性の保障(a guarantee of the trustworthiness)が認められる。すなわち、「明示的主張」の場合よりも「黙示的主張」の場合の方が、表現を行った人物がより強い確信に基づいて当該「主張」

---

<sup>40</sup> ここでいう「行為」は、言語行為と非言語行為のうち、後者のみを指す概念であると考えられる。ここでは、言語行為は「書面および口頭の供述」に含まれていることが明白だからである。また、裏を返せば、「供述」の中には非言語行為は含まれていないと考えられる。一方で、アメリカの連邦証拠規則の伝聞法則の章では、「供述」の中に非言語行為も含まれる用語法が採用されているため、注意が必要である。

<sup>41</sup> ALRC Report 26, *supra* note 9, vol 1, para. 684.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> この段階では報告書においてははっきりと示されていないものの、「主張する意図」の有無で「黙示的主張」の伝聞証拠該当性を区別する考え方は連邦証拠規則 801 条 (a) 項の規定を模倣したものであることが明らかである。連邦証拠規則との関係性は、後年の改正議論の段階で、報告書において説明されていることから、詳しくは後述する。



を示していることから、信用性が高度であるといえる。「黙示的主張」についても信用性の保障の程度は様々であるものの、特に、「主張する意図」の伴わない「黙示的主張」は、これが伴っている「黙示的主張」よりもなお一層確信が強く、信用性が高いものと認められる。

- ・厳密に考えると人間のあらゆる行為に何らかの「主張」が含まれている。したがって、「黙示的主張」の証拠の全てを伝聞証拠としてしまうと、あまりに多くの証拠が排除される危険性があり、実際上不都合が生じる。

## (2) 諮問委員会註釈との比較

2008年改正におけるALRCの報告書によって後年明らかにされるように、統一証拠法の定義規定の内容は実質的に連邦証拠規則におけるそれと同一である。しかし、その定義が採用される理由の説明については、共通点と相違点が見られる。

まず、「主張する意図」の伴わない行為には表現（真摯性）の危険が生じないという論理は、連邦証拠規則の諮問委員会註釈の論理と共通している。

しかし、「黙示的主張」、特に、「主張する意図」の存在しない「黙示的主張」には信用性の保障が認められるという論理は、諮問委員会註釈では示されなかった理論的根拠である。この記述は、直接的な引用がなされているわけではないが、第2章において検討したMcCormickの理論を想起させるものである。もっとも、McCormickは、あくまでも、「黙示的主張」には「きわめて強力な信頼性の情況的保障」がある場合があるということを述べているにとどまるし、その根拠について詳しい説明をしていなかった。

ALRCは、そのような「黙示的主張」は、「強い確信に基づいて当該『主張』を示している」ため、高度な信用性が認められるということを理由として挙げている。これは、表現（真摯性）の危険が生じないということと別個の論理として掲げられたものであるから、表現（真摯性）以外の伝聞の危険が低下するという趣旨で理解するよりない。しかし、繰り返し述べてきたように、「黙示的主張」は、叙述の危険については「明示的主張」よりもむしろ高度であるし、「強い確信」があれば知覚が正確であり、記憶が強固となるという論理を直ちに認めるのは困難であると思われる。そのこともあってか、この理由は、後述のイギリスの議論を除いては、あまり支持を得られていない状況にある。

また、ALRCは、「黙示的主張」を伝聞証拠に分類することによる現実的な不都合性についても言及している。連邦証拠規則の定義も不都合性の認識が立法の背景にあったと推測されるところ、ALRCはこれを明確に言語化した点が注目に値する。ここでは、言語行為内の「黙示的主張」と非言語行為内の「黙示的主張」について特段の区別がなされておらず、前者の証拠を伝聞証拠としてしまうだけでも不都合が生じるという趣旨であるのか、それとも後者の証拠を伝聞証拠とするときに生じるという趣旨であるのかは必ずしも明ら

かではない。しかし、「人間のあらゆる行為に何らかの『主張』が含まれている」という説明は、特に非言語行為を念頭に置いたものであると思われる。

### 第3款 改正前の 59 条 1 項・2 項の規定と解釈

このような ALRC の提言に大部分依拠して設けられた伝聞証拠の定義規定が、統一証拠法の 59 条 1 項および同条 2 項である<sup>44</sup>。以下では、規定の内容について説明する。

#### 1. 制定当初の規定内容

改正前の 59 条 1 項および同条 2 項の規定の日本語訳は以下の通りである<sup>45</sup>。なお、日本語訳において太字とされている部分は、原語においても太字とされている部分に対応している。

#### 第 3.2 章—伝聞

##### 第 1 部—伝聞法則

##### 59 条 伝聞法則—伝聞証拠の排除

<sup>44</sup> 2008 年改正の前から統一証拠法を採用していた法域は、連邦 (Evidence Act 1995 (Cth))、ニューサウスウェールズ州 (Evidence Act 1995 (NSW))、タスマニア州 (Evidence Act 2001 (Tas))、ノーフォーク島 (Evidence Act 2001 (NI)) の 4 法域である。そして、これらの法域において、改正前の 59 条は同内容の規定であり、さらに、2008 年改正も同内容である。また、2008 年改正後に統一証拠法を採用した法域は、ビクトリア州 (Evidence Act 2008 (Vic))、首都特別地域 (Evidence Act 2011 (ACT))、北部準州 (Evidence (National Uniform Legislation) Act 2011) の 3 法域であるところ、これらの法域において、59 条は、規定のナンバリングなどのわずかな形式面の違いを除き、先行する 4 法域の 2008 年改正後の規定と同内容である。つまり、59 条は、成立から現在まで一貫して、全採用法域において実質的に同内容であるから、本稿では、その検討にあたって、法域ごとの区別を行わず、形式面は連邦の規定に準拠する。

<sup>45</sup> 改正前の 59 条および同条 2 項の原文は以下の通りである。

#### 59 The hearsay rule—exclusion of hearsay evidence

(1)

Evidence of a previous representation made by a person is not admissible to prove the existence of a fact that the person intended to assert by the representation.

(2)

Such a fact is in this Part referred to as an **asserted fact**.

### 1 項

ある人物によってなされた過去の表現の証拠は、その表現によってその人物が主張することを意図していた事実の存在を証明するためには許容されない。

### 2 項

本章において、上記の事実を、**主張された事実**と呼ぶ。

## 2. 解釈の要点

それでは、59 条 1 項の解釈上の要点について確認する。この 59 条 1 項は、ALRC の提言に従って、「黙示的主張」を含む表現に「主張する意図」が含まれている場合は伝聞に、含まれていない場合は非伝聞に分類されるということを規定している<sup>46</sup>。しかし、「主張する意図」という概念は、それ自体明確なものではない。そして、ALRC の報告書においても、統一証拠法の規定それ自体においても、「意図」の概念について解釈の手掛かりとなる記載は存在しないところ<sup>47</sup>、この検討にあたっては、連邦証拠規則 801 条 (a) 項の解釈と同様の枠組みが妥当するといえる。すなわち、「主張する意図」の抽象的意義をどのように理解するかという点と、「主張する意図」の抽象的意義が定まったとして、それを具体的事案においてどのように適用するかという点が、解釈上の要点となっている。この点については、前章においても説明した内容と重複することから、ここでは簡潔な説明にとどめる。

### (1) 「主張する意図」の抽象的意義をどのように理解するのか

それでは、「主張する意図」の抽象的意義、すなわち、「主張する意図」の存在が認められる事実の範囲を判断する抽象的基準は、どのようなものが考えられるであろうか。

まず、「主張する意図」の存在が認められる事実の範囲を広く緩やかに解釈する立場が考えられる。例えば、その範囲を、「その表現を行った人物が、その表現によって他者に伝達される可能性を認識し得た全ての事実」などと捉えれば「黙示的主張」の大部分に「主張する意図」の存在が認められることとなる。Walton 判決の事実にして考えれば、“Hello, Daddy”という供述を行った際に、M は、「通話の相手方が”Daddy”、すなわち Walton であった」という事実についての「黙示的主張」が、その場に居合わせた人物に伝

---

<sup>46</sup> 規定文言上、厳密には、「明示的主張」の表現について「主張する意図」の存在が否定され、これが非伝聞となる余地を否定しているわけではない。しかし、連邦証拠規則における「主張する意図」の解釈と同様に、事実上そのような場合は想定されていないと思われる。

<sup>47</sup> この点も、統一証拠法と連邦証拠規則とで事情が共通している。

達される可能性を認識することができたと考えられることから、M は、この事実について「主張する意図」を有しており、証言が伝聞証拠に該当すると評価することが可能である<sup>48</sup>。

一方で、その範囲を、狭く厳格に「その表現を行った人物が、その表現によって積極的に伝達しようとしている事実」などと解釈する立場も考えられる。この場合、Walton 判決における M の供述に「主張する意図」の存在は認められず、この「黙示的主張」の証拠は非伝聞に分類されることとなるであろう。

上記の2つの立場は、かなり対照的なものである。しかし、「主張する意図」の意義については何らの指針も存在しない。つまり、改正前の59条1項は、連邦証拠規則と同様に、「黙示的主張」の証拠の大部分を伝聞とすることも、逆にその大部分を非伝聞とすることも可能な、解釈の幅の広い規定であった。

## (2) 具体的事案においてどのように適用すべきか

また、「主張する意図」の抽象的意義の内容次第では、具体的事案における判断が容易ではなくなる可能性もある。

例えば、「主張する意図」の存在が認められる事実の範囲を「その表現を行った人物が、その表現によって他者に伝達されることを自覚し、認容していた事実」などと捉える場合、Walton 判決における M の「黙示的主張」について、M が「主張する意図」を有していたか否かを判断することは容易ではない。つまり、抽象的意義についてこのような理解を採用すると、具体的事案における結論がかなり不明確であるといえる。

## 第4款 改正内容に影響を及ぼした判例：Hannes 判決

このように、改正前の59条1項は解釈の幅が広い規定であったところ、2000年に、2008年改正の内容に影響を及ぼした重要判例が出現した。その判例が、ニューサウスウェールズ州刑事控訴裁判所（New South Wales Court of Criminal Appeal）<sup>49</sup>のHannes判決<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> もっとも、このような理解に立った場合、「主張する意図」という概念は、伝聞証拠の意義に限定を加える機能をほとんど果たさなくなる。そのため、ALRCは、このように、「主張する意図」の意義について、「黙示的主張」の大部分が伝聞証拠に分類されるような解釈が採用されることは想定していなかったと考えられる。

<sup>49</sup> ニューサウスウェールズ州の刑事事件について、州内の最上級裁判所に相当する。

<sup>50</sup> R. v. Hannes (2000) FLR 359. 本判決は、インサイダー取引犯罪の事件において、被告人Hannesが、自身が作成した、Mark Boothという人物とのやりとりを記載したメモを、Mark Boothという自分以外の人物が実在することを証明するための証拠として提出しよ

である。同判決は、ALRC の 2005 年の報告書において取り上げられた判例であり、59 条 1 項の改正にあたって中心的検討対象とされたものである。

同判決において、Spigelman 首席裁判官は、「主張する意図」の意義について、広く緩やかな解釈を展開した。すなわち、Spigelman 首席裁判官は、「主張する意図」の解釈論を積極的に展開するものではないとの断りを入れながらも、傍論として以下のような一般論を述べた<sup>51</sup>。

・59 条 1 項の「意図していた」という語の範囲が、用いられた言葉により「主張」されるものとして、叙述者によって自覚的に言及された特定の事実の範囲を超えていることは確かである。その範囲には、主張者が自覚的に言及する事実の基礎にある、必然的前提のあらゆる事実 (any fact which is a necessary assumption underlying the fact that the assertor does subjectively advert to) が含まれ得る<sup>52</sup>。

この Spigelman 首席裁判官の見解において、「必然的前提のあらゆる事実」の意義については、これ以上の詳細な説明はないものの、素直に理解すれば、言語行為内の「黙示的主張」に含まれている事実のほとんど全てがこれに含まれるように思われる<sup>53</sup>。したがって、本判決は、59 条 1 項の解釈として、言語行為内の「黙示的主張」の全てが伝聞証拠に分類されるという考え方にかなり親和的であるという評価が可能である。

つまり、オーストラリアというアメリカとは別個の法域において、アメリカの Reynolds 判決および Lyle 判決と同様に、「主張する意図」の要件を無力化する判例が出現したのである。

59 条 1 項の改正にあたっての ALRC の検討は、Hannes 判決の妥当性と、これが妥当で

---

うとしたところ、これが、当該事実を「主張する意図」のある「黙示的主張」の証拠として排除されるのではないかが問題となったものである。同判決の事実関係に関する検討として、特に、以下の文献を参照。GANS ET AL., *supra* note 2, at 128-29.

<sup>51</sup> なお、同判決における個別意見として、Studdert 裁判官も、「主張する意図」の存在が認められる範囲を広範に解釈した。R v. Hannes, *supra* note 50, para. 477.

<sup>52</sup> *Id.* para. 361. この判旨の言い回しからは、Spigelman 首席裁判官が議論として念頭に置いているのは言語行為内の「黙示的主張」のみであり、非言語行為内の「黙示的主張」のことは想定されていないと考えられる。

<sup>53</sup> 例えば、Walton 判決の事実在即して考えると、M の通話の相手方が“Daddy”でなければ、M が“Hello, Daddy”と挨拶をするはずはないと思われることから、通話の相手方が“Daddy”であるということが、このような挨拶を行うことの「必然的前提の事実」であるといえる。したがって、M は、通話の相手方が“Daddy”であるという事実について「主張する意図」を有していたという帰結が導かれる。

ないとすれば、同種の判例が出現することを防止するためにいかなる改正が加えられるべきかという視点から行われた。

## 第5節 統一証拠法改正以降の状況

### 第1款 ALRC の提言

#### 1. アメリカ連邦証拠規則の参照

前述の通り、ALRC は、2005 年に、統一証拠法全体にわたる再検討を目的とした報告書を公表した<sup>54</sup>。

この報告書では、まず、アメリカの連邦証拠規則における伝聞法則の規定を踏まえつつ、これに関する同国の判例が参照されている<sup>55</sup>。ここでは、統一証拠法の改正に係る限度において、オーストラリアで連邦証拠規則がどのように要約・理解されているのかという点に対象を絞って説明を行う。

前章で詳しく説明した通り、連邦証拠規則 801 条は、「供述 (statement)」を、「人が主張であることを意図していた場合における、人による口頭の主張、書面の主張、または、非言語行為」と定義している (同条 (a) 項)。さらに、「原供述者 (declarant)」を、「供述を行った者 (the person who made the statement)」(同条 (b) 項) であるとしたうえで、「伝聞 (hearsay)」を「原供述者が現在行われている公判または審問で証言している最中にするものではない場合」かつ「供述内で主張された事項の真実性を証明するために、当事者が証拠として提出する場合」(同条 (c) 項) における「供述」として定義している。

そして、連邦証拠規則の諮問委員会註釈によれば、この定義の重要なポイントは、「主張することが意図」されたものでない限りは、当該供述は、「主張」として扱われないことであるとされている<sup>56</sup>。

ALRC は、統一証拠法の 59 条 1 項において、「主張する意図」が存在しない場合に「黙示的主張」を非伝聞とする立場を採用したのは、この連邦証拠規則のアプローチに影響されたものであるということをこの段階に至って明言し<sup>57</sup>、統一証拠法においても「主張す

---

<sup>54</sup> ALRC Report 102, *supra* note 35.

<sup>55</sup> United States v. Weeks, 919 F.2d 248 (5th Cir. 1990); United States v. Berrios, 132 F.3d 834 (1st Cir. 1998).

<sup>56</sup> FED. R. EVID. Rule 801 advisory committee's note.

<sup>57</sup> ALRC Report 102, *supra* note 35, para. 7.23. 元々、内容的に見て連邦証拠規則の定義に類似していることは明らかであったが、そのことが公式に示されたのは、この段階が初めてである。

る意図」の基準を維持することが妥当であると評価している<sup>58</sup>。つまり、統一証拠法と連邦証拠規則とで、「主張する意図」の要件が設けられた趣旨に違いが無いことが明らかにされている。

## 2. Hannes 判決の検討

続いて、ALRC は、Hannes 判決の Spigelman 首席裁判官の見解について分析を行い、「主張する意図」の有無の判断基準について検討を加えている。その検討内容は、大要以下の通りである。

- ・ Spigelman 首席裁判官の見解によれば、表現を行った人物は、非常に多くの事実について「主張する意図」を有していることになる。そのため、きわめて多くの表現の証拠が伝聞証拠として排除される危険性があり、実際上の妥当性を欠く<sup>59</sup>。
- ・ Hannes 判決における「主張する意図」についてのアプローチに類する見解を今後裁判所が採用する可能性は、制定法の改正により断たれるべきである。具体的には、「主張する意図」の有無を判断する際に、表現を行った人物が、問題となる事実について「主張する意図」を有していると合理的に考えられるか否かという基準が設けられるべきである<sup>60</sup>。

## 3. 59条の規定と解釈

以上の提言を受けて改正された 59 条 1 項と、新たに挿入された同条 2A 項の規定は以下の通りである<sup>61</sup>。なお、同条 2 項については改正されていない。

---

<sup>58</sup> *Id.* paras. 7.27-7.33.

<sup>59</sup> *Id.* paras. 7.43-7.44.

<sup>60</sup> *Id.* para. 7.62.

<sup>61</sup> 59 条 1 項の原文は以下の通りである。

59 The hearsay rule—exclusion of hearsay evidence

(1)

Evidence of a previous representation made by a person is not admissible to prove the existence of a fact that it can reasonably be supposed that the person intended to assert by the representation.

(2A)

For the purposes of determining under subsection (1) whether it can reasonably be supposed that the person intended to assert a particular fact by the representation, the court may have regard to the circumstances in which the representation was made.

## 59 条 伝聞法則—伝聞証拠の排除

### 1 項

ある人物によってなされた過去の表現の証拠は、その表現によってその人物が主張することを意図していたと合理的に考えられる事実の存在を証明するためには許容されない。

### 2A 項

第 1 項のもとで、その人物が特定的事実を主張することを意図していたと合理的に考えられるかを判断するため、裁判所はその表現がなされた状況を考慮に入れることができる。

註釈：第 2A 項は、R. v Hannes (2000) 158 FLR 359 におけるニューサウスウェールズ州の最高裁判所の判決への応答として挿入された。

## 第 2 款 改正の評価

### 1. 改正の内容

このように、その経緯に鑑みれば、統一証拠法 59 条 1 項の改正は、Hannes 判決において Spigelman 首席裁判官が行った解釈の余地を封じるべくなされたことが明らかであった。当該表現によって「主張する意図」が存在すると「合理的に考えられるか」という判断は、要するに、当該表現をなした人物の主観面について踏み込んだ検討をせずに、表現がなされた客観的状況を踏まえて「主張する意図」の有無を判断するということであり、「意図についての客観的テスト (an objective test of intention)」が採用されたのである<sup>62</sup>。

しかし、この改正は、「主張する意図」の有無の判断を必ずしも容易にするものでなく、さらに、「主張する意図」の存在が認められる範囲を限定する機能を果たすような内容でもないという指摘がなされている<sup>63</sup>。すなわち、何をもって意図の存在が「合理的に考えられる」と判断されるかという点は、依然明らかにされていないし、Hannes 判決のいう「主張者が自覚的に言及する事実の基礎にある、必然的前提のあらゆる事実」が、「主張することを意図していたと合理的に考えられる事実」であるという解釈は、客観的テスト

---

Note: Subsection (2A) was inserted as a response to the decision of the Supreme Court of NSW in R. v Hannes (2000) 158 FLR 359.

<sup>62</sup> ODGERS, *supra* note 2, para. [EA.59.210].

<sup>63</sup> この改正は、「主張する意図」の有無の判断基準を客観化する方向性のものであるといえる。しかし、この改正が、「主張する意図」が認められる範囲を従来よりも狭める趣旨を含んでいるかは文言からは必ずしも明らかではない。また、この改正によりどの程度判断が容易なものとなるのかも判然としない。



を前提にしても、十分可能であると考えられる<sup>64</sup>。

## 2. 改正法のもとの判例：Karam 判決

さらに、2008 年改正後、ALRC の目論見に反し、「主張する意図」の認められる範囲を緩やかに解釈する方向性の判例が出現している。その代表例が、ビクトリア州控訴裁判所 (Victorian Court of Appeal) <sup>65</sup>が 2015 年に下した Karam 判決<sup>66</sup>である。

Karam 判決では、法廷意見において大要以下のように述べられており、簡潔な言及にとどまっているものの、現行法のもとでも Hannes 判決の Spigelman 首席裁判官の意見が妥当であるという見解が示され、さらに、ALRC の目論見とは正反対の解釈が示唆されている。

Hannes 判決において、ニューサウスウェールズ州刑事控訴裁判所は、統一証拠法のもとで、伝聞法則の射程が「明示的主張」のみならず「黙示的主張」にも及ぶことを承認したと考えられる。当裁判所は、同判決と同様の見解を採る。終局的な判断を示すものではないが、当裁判所は以下の点を指摘したい。すなわち、改正法 59 条 1 項は、伝聞法則が主張的でない供述 (non-assertive statements) の少なくともいくつかを対象としているという見解を補強するものである。59 条 1 項の、「主張することを意図していたと合理的に考えられる」という文言からは、意図を客観的に推認し、そのことによって「黙示的主張」を伝聞法則の射程に含めることが許されているという見込みが得られる<sup>67</sup>。

ここでいう「主張的でない供述」の意味は判旨からは明らかにされていないものの、客観的テストは、「黙示的主張」について「主張する意図」の存在を肯定することを補強する方向性のテストであるという解釈が示唆されており、Karam 判決は報告書から読み取れる改正の趣旨とは正反対の理解が採用された判例であるといえる。

## 第6節 伝聞例外の規律

次に、統一証拠法の刑事手続に関する伝聞例外の規律について説明する<sup>68</sup>。伝聞例外を

---

<sup>64</sup> この点について、特に、以下の文献を参照。GANS ET AL., *supra* note 2, at 130.

<sup>65</sup> 刑事事件に関するビクトリア州の最上級裁判所に相当する。

<sup>66</sup> Karam v. R. [2015] VSCA 50.

<sup>67</sup> *Id.* para. 62.

<sup>68</sup> なお、コモンロー上の伝聞例外は明示的には廃止されておらず、統一証拠法と矛盾しない限度においてこれが適用される余地が一応残っている。この点について、以下の文献を参照。ODGERS, *supra* note 2, para. [EA.9.90]; GANS ET AL., *supra* note 2, at 23-24.

また、伝聞例外の規定は、法域によってごくわずかながら文言上・内容上の相違点が存

確認する理由はアメリカ法についてのそれと同様であることから、ここでも、大枠の紹介にとどめる。

## 1. 全体構造

統一証拠法は、第3.2章第1部（59-61条）において、伝聞証拠の定義規定を設けたうえで、最も概括的な例外を規定している。すなわち、60条において、まず、民事事件と刑事事件双方に適用される伝聞例外規定が設けられている。続いて、第2部（62-68条）において、直接伝聞（first-hand hearsay）の証拠、すなわち再伝聞でない伝聞証拠について、民事と刑事とを区別したうえで伝聞例外を規定している<sup>69</sup>。そして、刑事については、原供述者が利用不能（unavailable）な場合の伝聞例外と、原供述者が利用可能な場合の伝聞例外が設けられている。さらに、第3部（69-75条）では、再伝聞のときも許容されるその他の伝聞例外の類型が列挙されている。以下では、これらの規定の概要について順を追って説明する。

## 2. 60条

まず、60条1項では、ある証拠が非伝聞として許容される場合には、それが関連性を有する限り、伝聞証拠としての用法も一般的に認められると規定されている<sup>70</sup>。この規定は、一つの証拠について、非伝聞としての用法と伝聞証拠としての用法でともに関連性が認められる場合に、両者を区別することは実際上容易ではないということその根拠とするものである<sup>71</sup>。そして、これは、裁判所による一般的な証拠排除等の裁量（135-137条）に服するという点を除けば、何ら制限のないものである。

ALRCが念頭に置いている60条1項の代表的な適用場面は2つ存在する。まず、第一に、証人の過去の不一致供述・一致供述が証人の信用性を判断するための証拠として許容

---

在するが、各規定の説明は、特段の断りがない限り、2008年改正以降の連邦の規定についてのものである。

<sup>69</sup> 民事手続における伝聞例外は63条および64条において規定されているが、本稿では割愛する。

<sup>70</sup> 60条1項の規定内容は、以下の通りである。

「主張された事実の証明以外の目的に関連性を有するため許容される過去の表現の証拠には、伝聞法則は適用されない（The hearsay rule does not apply to evidence of a previous representation that is admitted because it is relevant for a purpose other than proof of an asserted fact).」

<sup>71</sup> この点について、以下の文献を参照。ODGERS, *supra* note 2, para. [EA.60.60].

される場合である<sup>72</sup>。すなわち、60条1項のもとでは、当該過去の供述の証拠は、証人が過去に不一致供述または一致供述を行ったという事実を証明するための非伝聞証拠としてだけでなく、その供述内容を証明する伝聞証拠としても許容される。第二に、専門家が証言した場合である。すなわち、専門家証人が自身の専門的意見を証言する際に、意見形成の前提となった事項として他者から獲得した情報についても証言する場合、これは、「当該情報が意見形成の前提として獲得された」旨の証拠として非伝聞として許容される余地がある。そして、このとき、60条1項のもとでは、当該情報の内容の真実性を証明するための証拠としても許容され得るのである<sup>73</sup>。

コモンロー上は、ある証拠が非伝聞として許容される場合に、これを伝聞証拠として用いることが許されるわけではなかった。そのため、同規定は、このコモンロー準則にかなり大幅な変更を加えるものである。

### 3. 65条——原供述者が利用不能の場合

#### (1) 一般規定

65条2項では、原供述者が利用不能の場合における4種類の伝聞例外が設けられている。すなわち、①当該表現がその表現またはその種の表現 (representations of that kind) を行う義務に従ってなされた場合 (65条2項(a)号)、②当該表現が主張された事実が発生した時点またはその直後 (shortly after) になされ、かつ、それがでっち上げ (fabrication) である蓋然性を低下させる状況のもとでなされた場合 (同項(b)号)、③当該表現が信頼性を有する高度の蓋然性を生ぜしめる状況 (circumstances that make it highly probable that the representation is reliable) のもとでなされた場合 (同項(c)号)、または、④当該表現が行われた時点において、表現を行った人物の利益に反しており、かつ、それが信頼性を有する蓋然性を生ぜしめる状況のもとでなされた場合 (同項(d)号) のいずれかに該当するときには、伝聞法則が適用されないとしている。

これらのうち、①②④は、コモンロー上の伝聞例外や、一部の法域で制定法によって個別的に認められていた伝聞例外の内容に修正を施したうえで成文化したものであった。そして、そのそれぞれに共通する特徴は、端的に言えば、従来よりも伝聞例外として許容される範囲が大幅に拡張したということである<sup>74</sup>。

---

<sup>72</sup> コモンロー上、証言内容と一致する証人自身の過去の供述の証拠は、一定の限られた場合には非伝聞として許容されていた。

<sup>73</sup> 詳しくは、ODGERS, *supra* note 2, para. [EA.60.60]参照。

<sup>74</sup> 例えば、②は、コモンロー上のレス・ジェステーの伝聞例外を元に規定されたものであるところ、そこでは、「主張」される事実が発生した時間と表現がなされた時間の同時性

他方で、③は、ALRC が提言したものではなく、最終報告書の公表よりも後に登場した Walton 判決の Mason 意見を部分的に反映したものであった<sup>75</sup>。③は、原供述者が利用不能であることを要件としている点において、Mason 意見が完全に反映されたという評価はできない。しかしながら、従来は認められていなかった包括的な伝聞例外規定であるという意味において、画期的な性格のものである。

## (2) 被告人側提出証拠の特則

統一証拠法では、さらに、被告人側が提出する伝聞証拠について、原供述者が利用不能の場合には、それ以上の要件が課されることなく許容性が認められる旨の規定が設けられている（65条8項(a)号・(b)号）<sup>76</sup>。すなわち、原供述者が利用不能であるという要件を充足する限りにおいて、被告人側が提出する伝聞証拠は一般的に許容されることとなっている<sup>77</sup>。

## 4. 66条——原供述者が利用可能の場合

続いて、66条では、原供述者が利用可能なときの伝聞証拠について、以下の場合に伝聞例外としての許容性が認められると規定している。すなわち、当該表現が行われた時点において、その主張された事実の発生（the occurrence of the asserted fact）が、当該表現を行った人物の記憶に新しいものであった（fresh in the memory of the person who made the representation）ならば、これは伝聞例外として許容される（66条2項）。ここでは、「記憶に新しいものである」という要件の意義が、同規定によって許容される伝聞証拠の範囲

---

が厳格に要求されていた。他方で、統一証拠法の「直後」という意味は、それよりもやや緩やかに解釈されている。

<sup>75</sup> ODGERS, *supra* note 2, para. [EA.65.60].

<sup>76</sup> このように、訴追側提出証拠と被告人側提出証拠とで異なる伝聞例外規定が設けられており、後者の方がより許容されやすい構造とされている点は、それ自体が注目に値する。というのも、欧州人権条約6条3項(d)号の不利益証人尋問権規定や、合衆国憲法第6修正の対面条項による、条約・憲法レベルの権利保障を想起させる内容が、伝聞例外の規律という証拠法レベルに盛り込まれているように思われるからである。このような取り扱いの差異に着目した研究は、今後の課題としたい。

<sup>77</sup> ただし、この65条8項(a)号・(b)号の伝聞例外に基づいて被告人側提出の伝聞証拠が許容される場合、訴追側も、その事項に関係するその他の表現（another representation about the matter）についての伝聞証拠の提出が認められる（9項(a)号・(b)号）。

を画定する重要なポイントとなる<sup>78</sup>。2008年改正によって追加された66条2A項によれば、この要件は、関係する出来事の性質、表現を行った人物の年齢や健康状態、主張された事実と表現の時間的近接性を含むあらゆる関連要素を踏まえて判断することができる<sup>79</sup>とされている。

なお、繰り返しになるが、この伝聞例外は、65条と同じく、再伝聞の場合には認められないという点に注意を要する<sup>80</sup>。

## 5. その他の規定

第3部では、以上の伝聞例外の他に、業務記録(69条)、物品のタグやラベルの記載(70条)、電子メール・ファックス等の遠隔通信の一定の内容(71条)、先住民族の伝統的な法や慣習に関する伝聞証拠(72条)、一定の関係性や年齢に関する評判(73条)、公共的権利ないし共同的権利に関する評判(74条)、中間訴訟手続(75条)について、個別的に伝聞例外規定が設けられている。そして、これらは再伝聞についても適用される。

## 6. 整理

以上のように、統一証拠法の伝聞例外規定には、Walton判決のMason意見において提唱されたような、「黙示的主張」に特化した伝聞例外規定や、残余例外規定は存在しない。他方で、原供述者が利用不能な場合においては包括的な伝聞例外が設けられており、かつ、被告人側提出証拠については原供述者が利用不能であるという要件を充足するのみで伝聞例外が認められていることから、コモンローよりも伝聞例外の範囲が大幅に拡張されたと評価することが可能である<sup>81</sup>。

### 第7節 本章の整理

オーストラリア法における伝聞法則の概況をまとめると、以下のように整理される。

まず、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

---

<sup>78</sup> 詳しくは、以下の文献を参照。ODGERS, *supra* note 2, para. [EA.66.180].

<sup>79</sup> なお、66条2項とは別種の伝聞例外として、66A条では、表現を行った人物の表現当時の健康、感覚、感情、意図、知識または心理状態についての伝聞証拠を許容する旨が規定されている。

<sup>80</sup> 直接伝聞と再伝聞とで明確に異なる取り扱いをしている点も、統一証拠法の特徴であり、注目に値する。

<sup>81</sup> この点についての論評として、以下の文献も参照。ANDREW CHOO, *HEARSAY AND CONFRONTATION IN CRIMINAL TRIALS* 180 (1996).

見解が採用された。

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

### 第1節 Kearley 判決以前の状況：コモンロー上の伝聞法則

本章では、イギリス法の動向について検討する<sup>1</sup>。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。

伝聞法則に関するイギリスの立法は、コモンロー準則からの脱却が重要なテーマとされたことから、まず、コモンロー準則がどのようなものであったのかを確認する。

#### 第1款 伝聞証拠の定義

##### 1. Subramaniam 判決

イギリスでは、2003年刑事司法法（Criminal Justice Act 2002）——以下、「2003年法」という——第11編第2章において、伝聞法則に関する包括的な立法がなされ、後述のように伝聞証拠の定義規定が設けられた。それ以前は、伝聞証拠の定義に関する立法は無く、司法上の個別的判断を通じて、その輪郭が次第に明らかにされるにとどまっていた<sup>2</sup>。2003年法成立前のイギリスにおいて、伝聞・非伝聞の区別に関して一般論を述べた代表的な判決が、1956年の Subramaniam 判決<sup>3</sup>である。

##### (1) 事実の概要

被告人 Subramaniam は、当時のイギリス保護領マラヤ連邦において、弾薬の違法所持で訴追された。マラヤ連邦内で開かれた公判で、Subramaniam は、弾薬を所持していたこと自体は認めつつ、以下のように弁解した。すなわち、自分はテロリストに捕まり、強迫を受けていた（under duress）ため、刑事責任を負わないという弁解である。そのうえで、

---

<sup>1</sup> 本稿では、「イギリス」とは、「イングランドおよびウェールズ」のことを指す。

<sup>2</sup> なお、民事手続については、1938年証拠法（Evidence Act 1938）、1968年民事証拠法（Civil Evidence Act 1968）による段階的な改革を経たうえで、最終的に1995年民事証拠法（Civil Evidence Act 1995）によって伝聞法則が廃止された。民事手続の改革もイギリス証拠法の構造に多大な変容をもたらすものと考えられるが、本稿では、議論の対象を刑事手続に限定する。

<sup>3</sup> Subramaniam v. Public Prosecutor [1956] 1 WLR 965.

Subramaniam は、強迫を受けていたことを証明するため、テロリストが自身に話した内容について証言することを申し出た。しかし、公判裁判官は、この場合の Subramaniam の証言は伝聞証拠に該当するとして、申し出を斥けたうえで、Subramaniam を有罪とした。

Subramaniam による上訴を受けた枢密院 (Privy Council)<sup>4</sup>は、上記証言は非伝聞であるとしたうえで、上訴を認容し、有罪を破棄した。L.M.D. de Silva 卿による意見の要旨は以下の通りである<sup>5</sup>。

## (2) 判決内容

L.M.D. de Silva 卿は、まず、伝聞法則の適用範囲について以下のような一般論を述べた<sup>6</sup>。

「証人として直接召喚されていない人物によって、証人に対してなされた供述の証言は、伝聞となる場合もあれば、非伝聞の場合もある。その証明の対象が、供述内に含まれている事項の真実性を証明することであるときは、当該証言は伝聞であり、許容されない。その証言によって、供述の真実性ではなく、その供述がなされたという事実を証明するために申し出られるときは、当該証言は非伝聞であり、許容される。」

続いて、Subramaniam とテロリストとの間の会話を証言する目的について、大要以下のような分析がなされた<sup>7</sup>。

供述がなされた後の、証人やそこに居合わせた人物の心理状態や行為を検討する際に、

---

<sup>4</sup> 当時、枢密院司法委員会 (Judicial Committee of the Privy Council) がイギリス本国を除くイギリス連邦諸国および海外領土の裁判所に対する上告裁判所としての権能を有していた。そして、これは、イギリス本国との関係では上級裁判所には当たらなかった。しかし、枢密院司法委員会の裁判官と貴族院の裁判官は事実上ほとんど同じであり、イギリス国内裁判所はその判断を尊重し、説得的先例 (persuasive precedent) としてこれに従うのが通例であった。田中和夫『英米法概説 (再訂版)』(有斐閣、1981年) 157頁参照。

なお、2005年憲法改革法 (Constitutional Reform Act 2005) が施行されて以降、この権能は新設の連合王国最高裁判所 (Supreme Court of United Kingdom) に移管されている。

<sup>5</sup> 枢密院は国王の諮問機関であり、司法委員会の判断は国王に対する助言の形式である。そのため、通常5名の裁判官によって裁判が行われるにもかかわらず、反対意見は公表されず、単一の意見が示されるのみとする慣例があった。田中・前掲注(4) 139頁参照。本件でも、公表された意見は、L.M.D. de Silva 卿によるもののみであった。

<sup>6</sup> Subramaniam v. Public Prosecutor, *supra* note 3, at 970.

<sup>7</sup> *Ibid.*



その供述がなされたという事実が、供述内容の真実性とは全く無関係に関連性を有することがしばしばある。本件では、テロリストが Subramaniam に対してなしたとされる供述は、その内容が真実であろうがなかろうが、彼がそれを信じた場合には、従わなければ殺されるという恐怖をもたらす得る。したがって、彼の証言は、テロリストの供述内容の真実性とは無関係に関連性を有し、許容される。

### (3) Subramaniam 判決の位置付け

Subramaniam 判決は、このように伝聞証拠の適用範囲に関する一般論を示し、その判断に際して証明の対象——日本法的に言えば、要証事実ないし立証事項——を踏まえる必要があることを明らかにしており、イギリスのみならずコモンウェルス諸国においても頻繁に引用されている。

この判決によって、当該証拠が、「供述内に含まれている事項」の真実性を証明するためのものではない場合には、伝聞証拠に該当せず、関連性を有すると認められる限りにおいて許容されるということがはっきりと確認されたのであり、これはイギリスにおけるコモンロー上の伝聞法則の適用範囲に関するリーディングケースに位置付けられている。

もっとも、「供述内に含まれている事項」に、「黙示的主張」の内容も含まれているかは明らかではないことから、Subramaniam 判決は「黙示的主張」の問題については何ら見解を示すものではなかった。「黙示的主張」の問題については、後述の Kearley 判決まで貴族院や枢密院の明確な立場は表明されなかった。

## 2. その他の判例

上記のほか、伝聞証拠の意義に関して、以下の点が判例上確認されている<sup>8</sup>。

第一に、司法手続においてなされた証言の記録についても、それが当該供述内容の真実性を証明するために、他の裁判所において証拠として提出される場合には、伝聞法則が適用される。第二に、公判で証言する証人自身の公判外における供述が、当該証言の信用性を高めるものとして提出される場合にも、伝聞法則が適用される。第三に、刑事事件において、訴追側ではなく、被告人側の証人が証言する場合であっても、伝聞法則が適用される。

## 3. Cross & Tapper on Evidence の公式

以上に代表される諸判例をまとめ上げ、コモンロー上の伝聞法則の適用範囲を一般的な

---

<sup>8</sup> 以下の体系書の整理を参考にした。IAN DENNIS, THE LAW OF EVIDENCE 685-86 (7th ed. 2020).

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).」<sup>9</sup>

この記述は、貴族院の裁判官によっても受け容れられたものである<sup>10</sup>。さらに、これは、後述の法律委員会の諮問書および報告書によっても引用されており<sup>11</sup>、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つてよい<sup>12</sup>。

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。

## 第2款 伝聞例外の枠組み

### 1. Myers 判決

#### (1) 判決の内容

2003 年法成立前のイギリスでは、コモンロー上の伝聞例外と個別に立法された雑多な伝聞例外があるに過ぎず、包括的な伝聞例外規定の立法はなされていなかった。そして、伝聞例外が不明確かつ体系性を欠くものであるうえ、きわめて複雑であるという問題点が認識されていた<sup>13</sup>。結果として、証拠としての価値が高いと見込まれる伝聞証拠が伝聞例外

---

<sup>9</sup> 版ごとに記述の細部に違いは見られるが、ここでは、最新版の以下の箇所の記述を掲げた。RODERICK MUNDAY, CROSS & TAPPER ON EVIDENCE 563 (13th ed. 2018).

<sup>10</sup> 1988 年の Sharp 判決において、Harvens 卿がこの記述を支持する意見が述べられている。ただし、厳密には、Harvens 卿が支持した内容は、1988 年当時の版のものであったため、そこでは、「供述 (statement)」の語は「主張 (assertion)」とされており、また、「意見 (opinion)」の語は含まれていなかった。Sharp [1988] 1 WLR 7, 11.

<sup>11</sup> Law Com Report, *infra* note 37, para. 2.2.

<sup>12</sup> また、この公式は、前章において示したオーストラリア版の Cross on Evidence の公式と類似している。オーストラリア版は、イギリス版の Cross & Tapper on Evidence を盛んに引用しており、伝聞法則の公式もイギリス版におけるそれに言い回しの修正を加えたものである。

<sup>13</sup> この点について、以下の文献を参照。大澤裕「イギリス刑事司法の改革：1984 年警察・刑事証拠法及び 1985 年犯罪訴追法を中心に (13) ——刑事手続における書証 (1)」ジュ

に該当せず排除されることも珍しくなく、規律の合理性にしばしば疑問が投げかけられてきた。そのような状況下で、1965年に貴族院が下した画期的な判例が、以下で説明する貴族院の Myers 判決<sup>14</sup>である。

Myers 判決では、許容性が問題となった証言が伝聞証拠に該当し、かつ、既存の伝聞例外に一切該当しないという点について、5名の裁判官全員の見解が一致した<sup>15</sup>。そのうえで、本件について新たに司法上の伝聞例外を創出することの可否および当否が問題となり、5名中3名の裁判官が、今後、司法上の伝聞例外の創出が許されないとする見解に与し、当該証拠の許容性が否定されたのである。許容性を否定した3名の裁判官は、今後の伝聞例外の創出は専ら議会による立法に委ねられるべきであるという意見を個別に表明している<sup>16</sup>。

そのうち、特に、Reid 卿は、このような結論に至った理由について、大要以下のように説明している。すなわち、貴族院がなし得ること、貴族院がなすべきことには限界がある。そして、司法上の新たな伝聞例外の創出は、伝聞法則の適用に不確実性をもたらすため、なすべきではないことである。望ましい解決を導くための唯一の方法は、法制度全体に関する広範な調査に基づいた立法であり、かかる調査を実施するための機は既に熟しているとの説明である<sup>17</sup>。

## (2) 判決の位置付け

Myers 判決は、貴族院が自らの手で司法上の伝聞例外の創出の途を閉ざしたという点に重要な意義が認められるものである。そして、同時に、大きな反発を受ける内容のものであった。

ここで問題となった証拠は、既存の伝聞例外には該当しないものの、誤謬の危険性が小さく、証拠価値も高かったと考えられており、この点は裁判官全員に異論の無いところであった。そして、反対意見では、既存の伝聞例外に該当しないような伝聞証拠でも、裁判

---

リスト 974号 76頁以下、79-80頁 (1991年)。

<sup>14</sup> Myers v. DPP [1965] AC 1001 HL. 本判決を紹介する日本語文献として、以下のものがある。大澤・前掲注 (13) 77頁。

<sup>15</sup> Reid 卿は、この点について全裁判官の間で異論が無かった旨を明言している。 *Id.* at 1022.

<sup>16</sup> *Id.* at 1022 per Lord Reid, 1028-29 per Lord Morris of Borth-y-Gest, 1034 per Lord Hodson.

<sup>17</sup> *Id.* at 1021-22.

官の裁量によってこれを許容する権限が認められるべきであるなどと主張されていた<sup>18</sup>。

また、実務界および学界からも、本判決の結論は激しく批判された。理論的には、伝聞法則は、本来は性質上信頼できない証拠を排除するために構築されていたものであるにもかかわらず、信頼できる証拠までも排除してしまう硬直的な証拠法則と化してしまっているとの批判が強力であった<sup>19</sup>。

## 2. Myers 判決後の立法動向

ここまで説明したように、Myers 判決によって、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<sup>20</sup>。その間、一応、書証の伝聞例外規定を拡大する立法がなされており<sup>21</sup>、これを小規模の改革と評することは不可能ではないものの、その改革は、新たな伝聞例外体系を構築するといったものではなく、また、書証とそれ以外の証拠との間に明確な差異が生じ、均衡を失しかねないという問題

---

<sup>18</sup> *Id.* at 1039 per Lord Pearce.

<sup>19</sup> 批判の詳細について、以下の文献を参照。JOHN R SPENCER, HEARSAY EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS para. 3.5 (2d ed. 2014); DENNIS, *supra* note 8, at 679-80.

<sup>20</sup> もっとも、その間、伝聞法則についての抜本的な改革が提唱されていなかったわけではない。その代表例が、刑事法改訂委員会 (Criminal Law Revision Committee) が 1972 年に公表した、証拠法の改革に関する「第 11 報告書 (Eleventh Report)」である。しかし、同報告書は、黙秘権を実質的に制限する提案に批判が集中し、事実上の廃案に追い込まれた。また、黙秘権の問題に議論が集中した結果として、伝聞法則に関する議論は乏しかったとされる。以上につき、大澤・前掲注 (13) 79-80 頁参照。同報告書の公表からその事実上の廃案に至るまでの議論の展開を詳細に紹介した日本語文献として、以下の文献を参照。庭山英雄『民衆刑事司法の動態』(成文堂、1978 年)。

<sup>21</sup> まず、1984 年警察・刑事証拠法 (Police and Criminal Evidence Act 1984) で、伝聞証拠に該当する書証のうち、一定の要件を充足するものの許容性を認める包括的な伝聞例外が設けられ、続いて、1988 年刑事司法法 (Criminal Justice Act 1988) で、その範囲が拡張された。

なお、1984 年警察・刑事証拠法の日本語訳として、土屋正三「イギリスの新『警察及び刑事証拠法』略説 (1) ~ (9・完)」警察研究 56 卷 11 号 3 頁以下、12 号 15 頁以下 (1985 年)、57 卷 2 号 18 頁以下 (1986 年)、58 卷 1 号 19 頁以下、3 号 22 頁以下、4 号 16 頁以下、5 号 19 頁以下、6 号 22 頁以下、7 号 31 頁以下 (1987 年)、法務省大臣官房司法法制調査部編 (三井誠=井上正仁訳)『イギリス警察・刑事証拠法/イギリス犯罪者訴追法』(法曹会、1988 年)がある。

点も認識されていた<sup>22</sup>。

包括的な立法については上記の通りであるが、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<sup>23</sup>、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<sup>24</sup>。

## 第2節 Kearley 判決

本節では、コモンロー上の伝聞証拠の定義に関係するイギリスの最も重要な判例である Kealey 判決（貴族院・1992 年）<sup>25</sup>について説明する。本判決は、コモンロー上、「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として排除することを宣言した画期的な判例であり、2003 年法における伝聞証拠の定義規定の立法議論に際して最重要検討課題とされたものである。後述の通り、本判決は 2003 年法によって覆され、先例としての拘束力は失われているが、現在でもなお、イギリスおよびコモンウェルス諸国の証拠法の体系書の多くでは、伝聞証拠の定義に関係する最重要判例の一つとして、詳細に説明されている。

### 1. 事実の概要

被告人 Kearley は譲渡の意図を伴って覚醒剤を所持していたとして告発された。本件の捜査では、まず、警察官 P らが Kearley の自宅の捜索を行い、多量の覚醒剤を発見した。しかし、それだけでは Kearley が覚醒剤譲渡の意図を有していたことを公判で立証することは困難であると考えられたため、P らは、Kearley を逮捕したうえで、その自宅建物内に数時間留まった。その間に、以下の出来事が発生した。

第一に、P らが留まっている間に、Kearley の自宅に 10 本の電話の着信があった。そして、それらの電話の内容は、Chippie（Kearley のニックネーム）に対して違法薬物の譲渡

---

<sup>22</sup> この点について、以下の文献を参照。大澤裕「イギリス刑事司法の改革：1984 年警察・刑事証拠法及び 1985 年犯罪訴追法を中心に（15）——刑事手続における書証（その 3・完）」ジュリスト 978 号 141 頁以下、144 頁（1991 年）。

<sup>23</sup> 例えば、Myers 判決を受けて、議会は応急措置として 1965 年刑事証拠法（Criminal Evidence Act 1965）を制定し、一定の業務記録を許容する規定を設けた。これにより、Myers 判決で問題となったような記録の許容性は認められることになったが、この伝聞例外の妥当する範囲は限定的であった。

<sup>24</sup> 法律委員会の諮問書では、網羅的ではないとの断りが入ったうえで、30 項目の種々雑多な伝聞例外規定が列挙されている。そして、そのうち 19 項目は Myers 判決以降に立法されたものである。

<sup>25</sup> R. v. Kearley [1992] 2 AC 228.

を求めていると解釈できるものであった。第二に、7名の人物が Kealey の自宅を訪れ、何らかの違法薬物の譲渡を求める呼びかけをしてきた。

公判において、Kearley は覚醒剤譲渡の意図を否定したことから、訴追者は、Kearley の意図を立証すべく、上記出来事存在を P に証言させた。結果として、Kearley の譲渡の意図が認定され、Kearley は有罪となった。

Kearley は控訴院 (Court of Appeal) に上訴して、P の証言の許容性を争ったが、これが斥けられた。ところが、貴族院は、3対2でPの証言が伝聞証拠に当たると認定し、かつ、既存の伝聞例外にも該当しないとしたうえで、その許容性を否定し、Kearley の有罪を破棄した。

## 2. 判決内容

### (1) 多数派裁判官の見解

P の証言の許容性を否定した 3名の裁判官は、それぞれ、数時間の間に Kearley に違法薬物を要求した人物が 17名現れたという事実——以下、「本件事実」という——の存在自体の関連性の問題と、「黙示的主張」に対する伝聞法則の適用の問題という2つの問題について検討している。以下、それぞれの問題について、裁判官の見解の概要を説明する。

#### ア. 関連性の問題について

P の証言の許容性を判断するためには、まず、本件事実の存在自体が、Kearley の譲渡の意図の証明との関係で関連性を有するかが検討されなければならない。本件事実の存在自体が関連性を有するならば、P はその事実との関係では原供述者に当たるから、仮に「黙示的主張」の証拠に伝聞法則が適用されるという見解に立ったとしても、P の証言は許容される。この問題について、多数派の 3名の裁判官は、大要以下のように述べて、上記の関連性を否定した。

P の証言から本件事実を推認することが可能である。さらに、本件事実から、「Kearley が違法薬物を譲渡してくれる人物である」ことを認識しているという、当該 17名の心理状態の心理状態を推認することができる。しかし、このような心理状態の存在は、公判で争点とはなっていない<sup>26</sup>。

そして、そのような心理状態を有する人物が存在したという事実は、Kearley の譲渡の意図について証明力を持たない。この事実の存在それ自体でもって、Kearley の譲渡の意図の存在の蓋然性が高まるものではない。そのような心理状態を有する人物が大勢存在したと

---

<sup>26</sup> *Id.* at 243 per Lord Bridge of Harwich, 253-54 per Lord Ackner, 263-64 per Lord Oliver.

しても、その理屈は変わらないことから、関連性は否定されるべきである<sup>27</sup>。

#### イ. 「黙示的主張」に対する伝聞法則の適用の問題について

本件事実の存在自体により、違法薬物を要求した17名の人物は、「Kearley が違法薬物を譲渡してくれる人物である」と考えていたと推認することができる。つまり、かかる事実についての「黙示的主張」（言語行為内の「黙示的主張」）が含まれているところ、この事実は、Kearley の譲渡の意図の証明に関連性のある事実である。したがって、「黙示的主張」の証拠に伝聞法則が適用されるかが問題になる。

この問題について、3名の裁判官は、「黙示的主張」の証拠は伝聞証拠に該当すると結論付けた。3名の裁判官が全員強調しているのは、「明示的主張」との比較の視点である。すなわち、「Kearley が違法薬物を譲渡してくれる人物である」ということを明示的に叙述する人物がいた場合、当該叙述の証拠は「明示的主張」の証拠として当然に伝聞証拠に該当する。そして、「黙示的主張」の場合に結論を異にする理由を見出すことはできないという論理である<sup>28</sup>。

さらに、3名とも、Wright 対 Tatham 判決<sup>29</sup>における Parke 男爵の意見は正当であると述べて、貴族院として初めてこれを全面的に是認した<sup>30</sup>。本件は、直接的には言語行為内の「黙示的主張」の証拠を対象とした事案であるが、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠も伝聞証拠に該当するという内容の Parke 男爵の意見が多数派の裁判官によって全面的に是認されていることから、言語行為と非言語行為とが特段区別されていないと考えられている点も特徴的であるといえる。

#### (2) 少数派裁判官の見解

P の証言を許容すべきとした2名の裁判官は、本件事実の存在自体の関連性の問題について、大要以下のような意見を述べている。

確かに、「Kearley が違法薬物を譲渡してくれる人物である」と考えていたという、ある

---

<sup>27</sup> *Id.* at 243-44 per Lord Bridge of Harwich, 253-54 per Lord Ackner, 263-64 per Lord Oliver.

<sup>28</sup> *Id.* at 243-44 per Lord Bridge of Harwich, 255-56 per Lord Ackner, 266-65 per Lord Oliver.

<sup>29</sup> *Wright v. Doe Tatham* (1837) 7 Ad & El 313.

<sup>30</sup> *R. v. Kearley*, *supra* note 25, at 243-45 per Lord Bridge of Harwich, 255-56 per Lord Ackner, 265-66 per Lord Oliver.

人物の心理状態は、それ単体では関連性が認められ難い<sup>31</sup>。しかし、同じことを考える人物が 17 名も存在したという事実は、人数の多さを加味することによって、その存在自体が、「Kearley が違法薬物を譲渡してくれる人物である」という事実を推認させるものであり、高度の証拠価値を有する<sup>32</sup>。

一方で、いずれの裁判官によっても、「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠にすべきという見解に対しては明確な反論がなされていない。要するに、P の証言の許容性を肯定する両名の意見の力点は、もっぱら関連性の問題に置かれていたといえる。

### 3. Kearley 判決の影響

Kearley 判決で許容性が否定された P の証言については、少数派の裁判官のように、証拠としての価値が高いと評価する論者も少なくなかったと考えられる。これを裁量的に許容する裁判官の権限が仮に認められていたとすれば、P の証言を許容する可能性は残されていたが、Myers 判決以降、司法上の伝聞例外の創出ないし裁判官による伝聞証拠の裁量的許容の途は断たれていたことから、そのような選択の余地も存在しなかった。

このように、証拠としての価値が高いと見込まれる「黙示的主張」の証拠が伝聞証拠として扱われ、しかも伝聞例外としてこれを許容することもできないという事態が生じ、本判決は大いに批判を招いた。次節から説明する 2003 年法の内容も、Kearley 判決を否定することが主題の一つとされるほどであった。

## 第3節 2003 年法成立までの経緯：法律委員会の見解を中心に

### 第 1 款 法律委員会報告書公表までの経緯

本節からは、Myers 判決および Kearley 判決を前提として、これに対処すべきとして展開された伝聞法則の立法上の改革について検討する。まずは、具体的な立法の経緯について説明する。

イギリスにおける伝聞法則の改革の始動は、1993 年に、刑事司法に関する王立委員会 (Royal Commission on Criminal Justice)<sup>33</sup>が、伝聞法則の現状について検討し、その厳格

---

<sup>31</sup> *Id.* at 238 per Lord Griffiths, 279 per Lord Brown-Wilkinson.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> 国王が任命した委員に特定の社会問題や法律問題についての調査・勧告を実施させるために設置された独立の常設委員会、その報告書の内容は政府を拘束するものではないが、政府の政策立案段階において重要な役割を果たしている。イギリスの王立委員会制度一般についての説明として、以下の文献を参照。品田充儀「イギリスとカナダの王立委員会制度」神戸大論叢 49 巻 3 号 25 頁以下 (1998 年)。また、特に刑事司法に関する王立委員



性の緩和の必要性を強調したうえで、さらに、これが「きわめて複雑かつ解釈が難しい」ものであり、法律委員会 (Law Commission) <sup>34</sup>——以下、「LC」という——による徹底的な調査がなされなければならないと報告したことによる<sup>35</sup>。

これを受けて、内務大臣が LC に対する諮問を行ったところ、LC は、まず、1995 年に諮問書 (Consultation Paper) <sup>36</sup>を公表した。その中で LC は包括的な論点整理と問題提起を行い、それらに関する暫定的見解を提示したうえで各界の意見を広く募った。そして、LC は、さらに、諮問書に寄せられた意見を踏まえ、1997 年に報告書 (Report) <sup>37</sup>を公表し、諮問書の見解を維持または修正しつつ、最終的な提言として法律案 (Draft Criminal Evidence Bill) を提示した<sup>38</sup>。

この法律案は、悪性格証拠の許容性に関するそれとは異なり<sup>39</sup>、大部分が 2003 年法の内

---

会の具体的活動の紹介として、以下の文献も参照。庭山英雄「刑事司法王立委員会報告書に学ぶ」専修法学論集 60 号 219 頁以下 (1994 年)、アンドリュー・ワトソン (鯉越溢弘訳)「陪審裁判に関する『刑事司法に関する王立委員会の勧告』」法政理論 28 巻 4 号 135 頁以下 (1996 年)。

<sup>34</sup> 1965 年法律委員会法 (Law Commissions Act 1965) により、イングランドおよびウェールズの法改革の問題を取り上げて主導する権限が与えられている。その構成と活動内容の紹介として、以下の文献がある。島田仁郎「英国における法改正の機構：主として刑事法関係を中心として」法曹時報 20 巻 4 号 64 頁以下 (1968 年)、下山瑛二「イギリスにおける最近の法典化：Law Commission の構成・機能およびその問題点」比較法研究 180 頁以下 (1970 年)、堀部政男「法改革の歴史と展望：イギリスのロー・コミッションを中心として」比較法研究 37 号 98 頁以下 (1975 年)、新井正男「イギリスにおける法改革：法律委員会の成立をめぐって」中央大学 100 周年記念論文集法学部編集委員会編『中央大学 100 周年記念論文集：法学部』1 頁以下 (1985 年)。

<sup>35</sup> ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE, REPORT OF THE ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE ch 8, paras. 25-26 (1993).

<sup>36</sup> LAW COMMISSION, EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: HEARSAY AND RELATED TOPICS (1995) [hereinafter Law Com CP].

<sup>37</sup> LAW COMMISSION, EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: HEARSAY AND RELATED TOPICS (1997) [hereinafter Law Com Report].

<sup>38</sup> LC は、このように慎重に段階を踏んだ提案プロセスを経ることが多い。庭山・前掲注 (20) 13-14 頁参照。また、LC の伝聞法則に関する報告書の内容を紹介する文献として、以下の文献がある。大谷直人「伝聞法則について」原田國男ほか編『刑事裁判の理論と実務：中山善房判示退官記念』260 頁以下、277 頁 (成文堂、1998 年)。

<sup>39</sup> 周知の通り、2003 年法は、悪性格証拠の許容性を規律する包括的な制定法でもある。悪

容として結実している。つまり、報告書の内容は、2003年法の解釈の基礎となるものであり、また、それ自体が2003年法の理論的基盤をなすものであるといえる。そこで、以下では、報告書の内容について詳細に検討する<sup>40</sup>。

## 第2款 報告書の内容

### 1. 報告書の構成

法律委員会の報告書は合計14章で構成されており<sup>41</sup>、アペンディクスにおいて各章の検討内容を踏まえた法律案が示されている。

本款では、報告書の内容のうち、伝聞証拠の意義と密接に関係する第3章・第4章・第7章を中心に説明する。

### 2. 導入：改革の基本原則

あらゆる検討に先立ち、LCは、伝聞法則は、①証拠法の適切な作用と調和する最大限平易なものとなされるべきであり、また、②一般原則として、許容されないものとするべき十分な理由（good reason）が無い限り全ての関連性のある証拠は許容されるべきであるとする、

---

性格証拠の許容性について、LCの法律案と実際の立法内容が大いに異なるという点について、以下の文献を参照。高平奇恵「イギリス2003年刑事司法法における悪性格証拠の許容性」法政研究79巻3号341頁以下、352-362頁（2012年）。

<sup>40</sup> 諮問書および報告書それぞれの内容を比較すると、報告書では端的な記述がなされており比較的明快な一方で、諮問書の方が説明や検討がやや詳細である。本稿では、原則的には最終的な提言となった報告書の内容について引用して説明するが、諮問書のみで言及されている内容についても、報告書段階で見解に修正が加えられていないことが明らかであり、重要な意義のある記述であると考えられる場合には、これを引用する。また、諮問書および報告書の双方で言及されている内容については、報告書の該当箇所に加えて、諮問書の該当箇所についても記載する。そして、両者において記述の細部が異なっている、あるいは、諮問書段階における見解が報告書段階において修正されているなどの場合には、原則として報告書の該当箇所のみを引用する。

<sup>41</sup> 導入および主要な提言の要約（第1章）・コモンローの時代の概観（第2章）・伝聞法則の根拠（第3章）・コモンローの時代の伝聞法則の問題点（第4章）・欧州人権条約との関係性（第5章）・改革の方向性についての選択肢の提示および検討（第6章）・伝聞法則の適用範囲（第7章）・伝聞例外の内容（第8章）・専門証拠固有の問題（第9章）・証人自身の過去の供述固有の問題（第10章）・相手方当事者の保護手段（第11章）・手続上の問題（第12章）・コンピュータ証拠固有の問題（第13章）・提言のまとめ（第14章）で構成されている。

スコットランド法律委員会（Scottish Law Commission）<sup>42</sup>の報告書で示された基本原則に同調している。

なお、LCは、「関連性のある」とは、具体的には、「証明される必要がある何らかの事項について論理的に証明力を有する（logically probative of some matter requiring to be proved）」という意味であるとする立場に従っており、さらに、陪審や治安判事が、証拠の証明力についての効果的な警告（effective warning）を受けることができない場合には、それは許容されるべきではないとの考えを示した。

以下で説明する LC の検討内容は上記の基本原則、すなわち、平易化と許容範囲の拡大の方針に則ったものである。

### 3. 伝聞法則の根拠

LCは、改革方針を示すに先立ち、コモンロー上の伝聞法則の正当化根拠、すなわち、伝聞証拠を原則的に排除するという準則がなぜ認められるのかという点について検討を行っている。その検討手法は、有力と見られる正当化根拠を、著名な論文や判例などを踏まえながら網羅的に示したうえで、その長所および問題点を個別的に考察するものである。したがって、LCはここで独自の新理論を提唱したわけではない。また、この検討結果自体から明確かつ決定的な改革内容が導かれたわけでもない。しかし、これは、改革の方向性を定めるためには避けて通れない根本的な議論であるといえる。

具体的に取り上げられた根拠は、以下の 9 点である。すなわち、①伝聞証拠は最良証拠（best evidence）ではない、②伝聞証拠にはでっち上げの危険性や伝わり方の誤りの危険性がある、③伝聞証拠の場合には原供述者の供述態度（demeanour）を観察できない、④伝聞証拠の場合には宣誓が欠けている、⑤伝聞証拠の場合には原供述者に対する反対尋問の機会が欠けている、⑥伝聞証拠は陪審および治安判事によって過大評価されるリスクがある、⑦被告人の保護のために伝聞法則が必要である、⑧被告人の対面権を保障するために伝聞法則が存在する、⑨伝聞証拠を採用すると審理時間の浪費となる、という 9 点である。

#### (1) ①伝聞証拠は最良証拠ではない

根拠①は、事実認定者に対しては最良証拠が提出されるべきであり、伝聞証拠は最良証

---

<sup>42</sup> スコットランド法律委員会とは、イングランドおよびウェールズにとっての LC と同様に、1965 年法律委員会法によって、刑事手続についてはイングランドおよびウェールズと別個の法域であるスコットランドにおける法改革を主導する権限が与えられた機関である。その構成については、以下の文献を参照。下山・前掲注（34）184-185 頁。

拠ではないのだから原則として排除されるべきであるという考え方である。これについて、LCは、そもそも、いついかなる場合でも伝聞証拠は最良証拠とならないわけではないという点を指摘している。すなわち、まず、原供述者が死亡している場合などには、利用可能な (available) 最良という意味で、当該伝聞証拠が最良証拠となる余地が十分にあり、さらに、口頭での証言よりも明らかに優れているものも存在するという。

また、LCは、伝聞例外は類型化されており、個別の伝聞証拠がいくら説得力のあるように見える——最良証拠である場合もあり得る——ものであっても、その類型に該当しない限りは許容されないという点にも注目している。つまり、伝聞例外該当性についても、当該伝聞証拠が最良証拠かどうかという観点で決まるものではないという点からも、この根拠には問題があるとされる<sup>43</sup>。

以上の理由から、LCは、伝聞証拠には、最良証拠であるものとそうでないものがあり、前者の場合には、伝聞法則によってその許容が不合理に妨げられているという見解を示し、根拠としては不十分であるとした<sup>44</sup>。

## (2) ②伝聞証拠にはでっち上げの危険性や伝わり方の誤りの危険性がある

根拠②は、伝聞証拠がでっち上げられる危険性があり、また、伝わり方に誤りが生じる危険性があるという2つの問題点を取り上げるものである。両者は厳密には別個の根拠といい得るものであり、諮問書段階ではそれぞれ別項目で検討されているが、報告書ではまとめて取り上げられている<sup>45</sup>。

### ア. でっち上げの危険性について

でっち上げの危険性とは、具体的には、証人が実際には供述されていない他人の供述について証言するなどして事実認定者を誤導する危険性のことである。ここでは、原供述者の知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述の誤謬の危険性を問題とする以前に、そもそも原供述の存在が明らかではないという点が問題とされている<sup>46</sup>。

### イ. 伝わり方の誤りの危険性について

ここで議論されている伝わり方の誤りの危険性とは、表現（真摯性）および叙述の誤謬

---

<sup>43</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 6.4-6.5; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.2.

<sup>44</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.6; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.3.

<sup>45</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 6.8-6.15, 6.16-6.19; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 3.5-3.8.

<sup>46</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.9; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.5.

の危険性に留まらない、原供述の受け手の側の誤りの危険性を指している。具体的には、伝聞証拠の場合、原供述者の供述内容について証言する証人などが、原供述について聞き間違いをし、あるいは、その解釈を誤ることがあるという危険性のことである。

LC は、この危険性は、証人が原供述者の供述しようとする事項について先入観を抱いている場合には一層高まり、さらに、再伝聞の場合のように原供述者と証人との隔たりが大きくなると、それに比例して誤りの蓋然性が高まるとしている<sup>47</sup>。

### (3) ③伝聞証拠の場合には原供述者の供述態度を観察できない

根拠③は、伝聞証拠の場合には原供述者の供述態度、すなわち、証人の証言中の無意識的な振舞い (unconscious behaviour of the witness in the course of giving evidence) を観察できないという問題点を重視する見解である。

LC によれば、この根拠についてはかなり評価が分かれているが<sup>48</sup>、LC 自身は、実際問題として、例えば、原供述者に対する公判外の尋問が録画された映像——映像を通じて供述態度の観察が可能である——なども当然に伝聞証拠として扱われているところ、根拠③がそのような証拠を排除する根拠にはならないという点を指摘しており、これが絶対的な要素ではないということが確認されている<sup>49</sup>。

最終的に、LC は、証人の供述態度の観察が、事実認定者が正確な評決に達することに資するという限りにおいては、それ自体が伝聞証拠の排除を正当化するほどの重要な要素ではないとの見解を示し、根拠としては不十分であるとした。ただし、このような観察の機会を欠くことによるデメリットは事実認定者に対する警告を行うに値する事項であると考えられる旨が付言されており、その重要性が一定限度認められている<sup>50</sup>。

### (4) ④伝聞証拠の場合には宣誓が欠けている

根拠④は、伝聞証拠の場合には宣誓が欠けるため、とりわけ供述の真摯性に問題があるとする考え方であるが、LC は、現代において、宣誓それ自体によって証人が真摯に話すことになるという明確な証拠はないとの見解を示し、根拠としては不十分であるとした<sup>51</sup>。

---

<sup>47</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.16; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.6.

<sup>48</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 6.20-6.27; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 3.9-3.11.

<sup>49</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.28.

<sup>50</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.30; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.12.

<sup>51</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 6.31-6.35; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 3.13-3.14.

#### (5) ⑤伝聞証拠の場合には原供述者に対する反対尋問の機会が欠けている

根拠⑤は、伝聞証拠の場合には原供述者に対する反対尋問を行うことができず、これにより知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述の各供述過程の吟味を行うことができないという問題点を重視する見解である。

LC は、これが報告書作成時点においてもっとも強力に主張されている根拠であると同時に、古くから主張されている伝統的な根拠であるとしている<sup>52</sup>。

この根拠は、反対尋問が真実発見の観点からきわめて効果的な手段であるという理解を前提とするものであり、LC もその理解に基本的に賛同している。もっとも、LC は、原供述者に反対尋問を行ったとしても効果がほとんど見込まれない場合があるという見解や、反対尋問に曝されることによって格別の不利益を被る証人<sup>53</sup>を保護する必要があるという見解にも一理あると認めており、根拠として絶対的なものであると考えているわけではない<sup>54</sup>。

以上を踏まえ、LC は、伝聞証拠の場合には原供述者に対する反対尋問を行うことができないという点は伝聞法則の最も主要な根拠であるが、この根拠すらもあらゆる伝聞証拠について妥当するわけではないとの見解を示した<sup>55</sup>。

#### (6) ⑥伝聞証拠は陪審および治安判事によって過大評価されるリスクがある

根拠⑥は、陪審および治安判事は、職業裁判官とは異なり、伝聞証拠を過大評価する危険性があるため、証拠として用いられるべきではないという見解である。

LC は、この根拠の妥当性を検討するポイントは、裁判官の説示によってその弊害を除去することが可能かどうか、すなわち、事実認定者が説示を理解し、それにより伝聞証拠

---

<sup>52</sup> Law Com Report, *supra* note 37, paras. 3.15-3.16.

<sup>53</sup> 典型的には、児童や性犯罪被害者などの「脆弱な証人 (vulnerable witness)」が挙げられる。なお、イギリスでは、1999年少年司法および刑事証拠法 (Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999) により、「脆弱な証人」に対する包括的な保護立法が実現されている。この立法について、例えば、以下の文献を参照。成富守登「イギリス刑事手続における脆弱ないし畏怖証人への対応」同志社法学 72 巻 1 号 69 頁以下 (2020 年)。

<sup>54</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 6.43-6.50; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.17.

<sup>55</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.62; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 3.17-3.18.

を適切に評価することができるかどうかであるとしている<sup>56</sup>。しかし、同時に、イギリスにおいては陪審評議の内容について調査を実施することが禁じられており、評議の実態を把握するのがきわめて困難である点が指摘されている<sup>57</sup>。また、専門家の見解も、陪審の理解力を信頼するものと、これに懐疑的なものと大きく割れていることが示されている<sup>58</sup>。

この点について、LC は、陪審は、一般的に、伝聞証拠以外の証拠（性格証拠など）については、その推認過程に関する一定の複雑な説示を理解できるものと考えられており、それを前提とした運用がなされていると述べたうえで、その点に鑑みれば、伝聞証拠についても一定の複雑な説示をある程度理解する能力があると考えべきとの評価を下している<sup>59</sup>。

そして、LC は、再伝聞でない伝聞の場合は、陪審は伝聞証拠の欠陥を注意喚起する説示を理解し、これに従うことができるという見解を示し、根拠としては不十分であるとした<sup>60</sup>。

#### (7) ⑦被告人の保護のために伝聞法則が必要である

根拠⑦は、訴追側による信用性の疑わしい伝聞証拠から被告人を保護し、それにより刑事公判の公正性を確保することが伝聞法則そのものの正当化根拠 であるとする見解である。しかし、LC は、伝聞法則は訴追側提出の証拠にのみ適用されるものではなく、被告人側提出の証拠にも適用されているという点を指摘している<sup>61</sup>。

そして、LC は、伝聞法則は必ずしも被告人に有利に作用するだけのものではないため、根拠としては不十分であるとした<sup>62</sup>。

---

<sup>56</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.65.

<sup>57</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.67; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.21. なお、この点については、以下の文献において詳細な検討がなされている。松本英俊「イギリスにおける評議の秘密」駒澤法曹 11 号 23 頁以下（2015 年）。

<sup>58</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 6.70-6.73; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 3.19-3.20.

<sup>59</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 6.74-6.79; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 3.26-3.27.

<sup>60</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.80; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.28.

<sup>61</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.86; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.32.

<sup>62</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.87; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.33.

## (8) ⑧被告人の対面権を保障するために伝聞法則が存在する

根拠⑧は、イギリス国内法において、被告人は証人と対面する権利を有しており、この権利を体現したものが——被告人と対面した証人による証言以外の供述の許容性を原則的に否定する——伝聞法則であるという見解である。

この根拠について、LC は、被告人が証人と対面することの重要性を認めつつも、イギリス国内法ではそのような権利が保障されているわけではないことを指摘している<sup>63</sup>。そして、LC は、可能な場合には証人が被告人の面前で証言をすることが望ましいが、この要請に優先して証拠を許容すべき場合が存在するとの見解を示し、根拠としては不十分であるとした<sup>64</sup>。

## (9) ⑨伝聞証拠を採用すると審理時間の浪費となる

根拠⑨は、伝聞証拠のような価値の低い証拠を採用して事実認定に用いることは審理時間の浪費であるとする考え方である。LC は、伝聞法則によって役に立たない証拠がある程度排除されており、審理時間が節約されている側面があるが、伝聞・非伝聞の区別や伝聞例外の適用の検討などについての法的議論に費やされる時間の浪費はその節約の程度を上回っているとの見解を示し、根拠として不十分であるとした<sup>65</sup>。

## (10) 結論

ここまでの検討を踏まえて、伝聞法則の正当化根拠について LC が示した結論は以下の通りである<sup>66</sup>。すなわち、伝聞証拠が非伝聞証拠に劣ることの唯一ではないとしても最も主要な理由は、反対尋問による吟味がなされない点にあり、このこと自体から公判に出頭可能な証人に対して出頭を要求することを正当化できる。また、再伝聞、再々伝聞、再々々伝聞となるにつれて、それに比例して直接伝聞よりもでっち上げや伝わり方の誤り

---

<sup>63</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.93; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.34.

<sup>64</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.94; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.35.

なお、伝聞法則は被告人に不利に左右することもあるという指摘も、根拠⑦についてと同様に妥当すると思われるが、この点について LC は明示的には触れていない。

<sup>65</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.99; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.36.

当然ながら、これは、あくまでも、伝聞法則の根拠が対面権だけでは説明がつかないことを述べているに過ぎず、対面権が独立の権利として、伝聞法則とは別立てで機能し得ることを否定しているわけではない。

<sup>66</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 6.100; Law Com Report, *supra* note 37, para. 3.37.



の危険性が高まるとの結論である<sup>67</sup>。

#### 4. コモンローの時代の問題点：Kearley 判決を中心に

##### (1) 問題点の概観

報告書第 4 章では、コモンロー上の伝聞法則の問題点の詳細な検討がなされている。ここで LC が指摘した問題点は多岐に渡り細分化されており、議論が込み入っているが、最も重要視されている点は、①価値の高い証拠が排除されるという点<sup>68</sup>と、②準則が複雑かつ適用困難であるという点である。そして、この第 4 章の込み入った議論を、①および②を基軸に据えて整理すると、以下のような分類が可能である。

まず、①で具体的に問題とされる証拠には、当該証拠が伝聞証拠とされていること自体にはほぼ異論がないものの、伝聞例外が設けられていないことが妥当性を欠くと考えられる類型と、そもそも伝聞証拠として扱われることが妥当性を欠くと考えられる類型とに分類される。

また、②は、伝聞と非伝聞の区別の複雑性・困難性の問題と、伝聞例外該当性判断の複雑性・困難性の問題とに分かれている。つまり、①②は、ともに、伝聞証拠の定義に関する改革ポイントとして捉えられる側面と、伝聞例外に関する改革ポイントとして捉えられる側面を有している。そして、①②双方について、前者の側面が顕在化する重要な要因として Kearley 判決が取り上げられている。以下では、本稿の検討課題が伝聞証拠の定義であることを踏まえ、①②の前者の側面に関する LC の検討内容を取り上げる。

##### (2) Kearley 判決の具体的問題点

LC は、結論として、「黙示的主張」の証拠を伝聞法則の適用対象から除外すべきである、すなわち、Kearley 判決は覆されるべきであるとの見解を示している<sup>69</sup>。そして、その理由

---

<sup>67</sup> また、LC は、根拠⑥についての理解を前提として、伝聞証拠が許容される場合には、陪審は当該伝聞証拠の潜在的危険性について明確な警告を受けるべきであるとした。

<sup>68</sup> なお、LC は、問題点①に付随して、説得力のある伝聞証拠が排除されることを回避するための潜脱 (circumvent) が一般的に行われているということを問題視している。すなわち、実際に証明しようとしている事実は証人が聞いた内容の真実性であるにもかかわらず、証人が聞いたという事実——それ自体では関連性が認められないはずのもの——を証明するという趣旨の当事者の申立てがなされることが珍しくなく、また、裁判官もそのような申立てをしばしば許容しているという。Law Com Report, *supra* note 37, paras. 4.26-4.27

<sup>69</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 7.72; Law Com Report, *supra* note 37, para. 4.25.

について以下のように説明している。

#### ア. 「黙示的主張」の範囲は著しく広範なものとなり得るという点

まず、LC は、ある人物がある事実についてそれが真実であるかのように振舞っているということから、当該事実に関する推認がなされるというのは、日常生活において通常の営みであるという点を指摘している。そのため、「黙示的主張」の論理を突き詰めると、これに該当する範囲が著しく広範となり、関連性のある証拠が多数排除されてしまうという懸念があるとしている<sup>70</sup>。

#### イ. 「黙示的主張」該当性の判断は容易ではないという点

続いて、LC は、「黙示的主張」と直接的証拠 (direct evidence)<sup>71</sup>との区別は必ずしも容易ではないということを指摘し、Kearley 判決自体がそれを示す一例であるとしている。

---

<sup>70</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 7.63; Law Com Report, *supra* note 37, para. 4.20.

<sup>71</sup> 'direct evidence' という用語には、間接事実を媒介せずに要証事実の存在を直接証明する証拠という意味と、証人自身が五感で直接的に確認した事実に基づく証拠という意味がある。そして、伝聞・非伝聞の区別の議論の文脈においては、基本的には後者の意味に用いられていると考えられる。例えば、刺殺事件の発生直後、その現場付近で被告人が血の付いた包丁を握っていたという目撃証言は、前者の意味における 'direct evidence' ではないが、後者の意味における 'direct evidence' であり、非伝聞に分類される。ただし、犯行そのものの目撃証言のように、二つの意味が両立し得る証拠については、後者の意味に用いられていると同時に、前者の意味が含意されている場合もあるため、注意を要する。

なお、後者の意味の場合には、'original evidence' という言い回しが用いられることがある。伝聞法則の議論においても、'direct evidence' の意味が曖昧となることがあるため、後者の意味の場合には、'original evidence' の語を用いる方が好ましいという指摘がなされている。Diane Birch & Michael Hirst, *Interpreting the New Concept of Hearsay*, 69 CRIM. L.J. 72 (2010).

そして、'direct evidence' には、「直接証拠」という訳語が用いられることが多いが、日本では、「直接証拠」という用語は一般的に前者の意味で用いられていると考えられる。そこで、本稿では混同を避けるため、'direct evidence' を後者の意味に用いる場合には、「直接的証拠」という訳語を用いる。'direct evidence' の意義について、田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）254頁、小山貞夫編著『英米法律語辞典』（研究社、2011年）319頁も参照。また、日本法における「直接証拠」の意義について、以下の文献を参照。宇藤崇ほか『刑事訴訟法（第2版）』347-348頁（有斐閣、2018年）〔堀江慎司〕。

すなわち、「黙示的主張」の場合には、問題とされる供述や行為の中に、いかなる「主張」が含まれているのか、含まれているとして、そのこと自体が直接的証拠として関連性を有しないかという点についての判断が、「明示的主張」よりも一層困難となるため、問題があるとされている<sup>72</sup>。

そして、LC は、いかなる事実について供述者が「主張する意図」を有していたのか、また、ある非言語行為が、何らかの事実を「主張」することを意図されたものかどうかを判断の基準とする——供述者・行為者の意図を判断の基準とする——方が、運用が相対的に容易となるはずだとしている<sup>73</sup>。

#### ウ. 「黙示的主張」の証拠は信用性の高い証拠類型であるという点

さらに、LC は、そもそも「黙示的主張」の証拠は典型的に価値が高い証拠であるという見解に賛同している。すなわち、「黙示的主張」は、「それ自体が真実性を示す (self-authenticating)」ものであり、情報を伝達する目的でなされる「主張」(assertion made for the purpose of communicating information) よりも典型的に信頼できるという。

そして、そのことを前提として、LC は、人が特定の状態が存在すると信じており、そのことに基づいて行動する場合、その信じている内容は真実であるという、ある種の保障がなされているという論理を認めている<sup>74</sup>。

具体的な文献が引用されているわけではないが、LC は、ALRC が示した理論に賛同し、それと同趣旨の説明を行っているものと考えられる。連邦証拠規則ではこの理論は採用されていないと考えられるが、LC は、これを有力な理論であると判断し、「黙示的主張」の伝聞証拠該当性を否定する根拠として採用したと考えられる。

#### エ. Kearley 判決にいかなる修正が加えられるべきか

以上の理由から、LC は、「黙示的主張」の証拠を伝聞法則の適用対象から除外すべきであるとし、さらに、供述される事実を「主張する意図」を伴ってなされる供述 (statements made with the intention of asserting the facts stated) のみが伝聞法則で捕捉されるべきであるとした<sup>75</sup>。

---

<sup>72</sup> Law Com Report, *supra* note 37, para. 4.21.

<sup>73</sup> Law Com Report, *supra* note 37, para. 4.24.

LC の報告書では、言語行為のことを「供述 (statement)」、非言語行為のことを「行為 (conduct)」とする用語法が採用されているため、本文もそれに従っている。

<sup>74</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 7.66; Law Com Report, *supra* note 37, para. 4.23.

<sup>75</sup> Law Com Report, *supra* note 37, para. 4.24. なお、LC が引用したのは、報告書公表当時

明確に述べられているわけではないが、この記述からは、LCは諮問書段階では連邦証拠規則の定義規定を参照し、それに倣った定義規定をイギリスにも導入すべきと考えていたことは明白である。すなわち、LCも、連邦証拠規則の定義規定の発想に大枠として賛同しているということが、ここで示されたといえる。そして、以下で説明するように、この発想に沿った論理展開により、LCによる法律案が導かれたのであるが、その過程で、連邦証拠規則とは大きく異なる形の修正が加えられている。

## 5. 改革の方向性

報告書第6章では、伝聞法制改革の大きな方向性として、7つの選択肢が掲げられている。すなわち、①変更を加えない<sup>76</sup>、②伝聞法則を完全に廃止する<sup>77</sup>、③「利用可能な最良証拠 (best available evidence)」であれば伝聞証拠を許容する<sup>78</sup>、④コモンロー上の伝聞法則を維持し、伝聞証拠の例外的許容については全て裁判官の裁量に委ねる<sup>79</sup>、⑤コモンロー上の伝聞法則を維持し、伝聞例外については既存のものに加えて裁判官の許容裁量権を付与することで対処する<sup>80</sup>、⑥伝聞法則を維持するが、伝聞証拠の定義に改良を加えたうえで裁判官の裁量によらない伝聞例外を拡大する<sup>81</sup>、⑦上記⑥の変更点に加えて裁判官に限定的な許容裁量権を付与する<sup>82</sup>、という選択肢である。そして、LCは、各選択肢の長所・短所について個別的な検討を行ったうえで、最終的には選択肢⑦が最善であるとの見

---

の最新版の以下の箇所である。C. TAPPER, CROSS & TAPPER ON EVIDENCE 591 (8th ed. 1995).

<sup>76</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 9.2-9.3; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 4.60-4.63.

<sup>77</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 10.3-10.27; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 6.3-6.16.

<sup>78</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 10.28-10.35; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 6.17-6.32.

<sup>79</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 10.36-10.55; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 6.33-6.37.

<sup>80</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 10.56-10.64; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 6.38-6.42.

<sup>81</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 10.65-10.72; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 6.43-6.47.

<sup>82</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 10.73-10.77; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 6.48-6.53.

解を示し、これを提言内容としている<sup>83</sup>。

## 6. 伝聞証拠の定義

LC は、以上のように、伝聞証拠の定義に改良を加えるという立場を選択し、報告書第 7 章において、新たに採用すべき伝聞証拠の意義を具体的に検討している。

その検討の前提として、LC は、伝聞・非伝聞の区別をめぐってコモンロー上問題となっていた代表的な限界事例の類型を「黙示的主張」、「消極的主張 (negative assertion)」、「特定証拠 (identification evidence)」の 3 つに分類している。そして、まず LC は、「消極的主張」と「特定証拠」という類型がどのようなものであるかについて概念説明を行っている<sup>84</sup>。

### (1) 「消極的主張」

#### ア. 「消極的主張」とは

「消極的主張」とは、ある事実が存在する場合に何らかの行為をすることが期待される人物が、当該行為をしなかった場合に、そのことをもって、当該事実が存在しないことの「主張」がなされていると評価される場合の、当該「主張」を指す概念である。この場合、当該行為がなされなかったということは、その人物が当該事実の存在を認識していないことを基礎とするものである。したがって、「黙示的主張」を伝聞証拠として扱う論理に照らせば、「消極的主張」も伝聞証拠として扱われるべきという考え方が成り立ち得る。

本稿の第 2 章において、アメリカでは、コモンロー上、不作為の非言語行為内の「黙示的主張」にも伝聞法則が適用されるとする判例が複数出現したことを説明した<sup>85</sup>。LC の報告者では、不作為の非言語行為内の「黙示的主張」について「消極的主張」という名称が付されており、より個別的な問題として取り上げられているのである。

LC は、「消極的主張」の証拠の許容性が争われた代表的な判例として、控訴院の *Shone*

---

<sup>83</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 10.77; Law Com Report, *supra* note 37, para. 6.53.

<sup>84</sup> 両概念についての説明は、原則として Law Com Report, *supra* note 37, paras. 7.10-7.16 の説明に沿っているが、適宜、DENNIS, *supra* note 8, at 695-66, 722-24 の記載内容を参照して補充している。

<sup>85</sup> *George W. Saunders Live Stock Comm'n Co. v. Kincaid*, 168 S.W. 977 (Tex. Civ. App. 1914); *Altkrug v. William Whitman Co.*, 185 App. Div. 744, 173 N.Y. Supp. 669 (1919); *James K. Thomson Co. v. International Compositions Co.*, 191 App. Div. 553, 181 N.Y. Supp. 637 (1920).

判決<sup>86</sup>と Harry 判決<sup>87</sup>を取り上げている。

Shone 判決は、ある商品が盗まれたか否か公判で争点となった事件である。そして、当該商品がもともと保管されていた倉庫の搬出記録の中に、当該商品が搬出されたという記載が存在していなかったという事実——このことから、倉庫の管理者が当該商品を搬出したのではなく、何者かがこれを盗んだという推認が可能である——の証拠の許容性が争われ、控訴院はその許容性を肯定した。

また、Harry 判決は、公判において被告人 Harry が規制薬物の売人であるか否かが争点となった事件である。そして、Harry が共同被告人とともに占拠していた建物に薬物譲渡を求める電話が多数掛かってきたが、その電話の中に Harry 宛ての電話は存在しなかったということの証拠が、Harry が売人でないことの証拠として許容されるかが争われ、控訴院はその許容性を肯定した。

このように、控訴院レベルではあるが、コモンロー上「消極的主張」の証拠は、その他の「黙示的主張」の証拠とは異なり、伝聞証拠に当たらないとされてきたと、LC は説明している。

#### イ. 「特定証拠」とは

「特定証拠」は、「黙示的主張」や「消極的主張」とは異なり、LC の報告書以外の文献で広く一般的に用いられている用語というわけではないと思われる<sup>88</sup>。それゆえ、やや曖昧な概念であり、必ずしも定義が確立されているわけではないと考えられるが、典型的には、書面や物品などに特定の人物の名前が記載されているという事実によって、そこで特定される人物が、ある時点においてある場所にいたという事実や、何らかの行為を行ったという事実（公判で関連性の認められる事実）についての推認力を有する場合において、当該記載内容を証明する証拠を指す概念である。

LC は、この点が争われた代表的な判例として Rice 判決<sup>89</sup>と Lydon 判決<sup>90</sup>を取り上げて

---

<sup>86</sup> R. v. Shone (1982) 76 Cr. App. R. 72.

<sup>87</sup> R. v. Harry (1988) 86 Cr. App R 105.

<sup>88</sup> 証拠法の文脈においては、'identification evidence' という用語は、これとは別個の概念として広く一般的に用いられているということが、その理由の一つであると考えられる。すなわち、'identification evidence' という用語は、被疑者・被告人と犯人との同一性を識別する証拠を指す概念として用いられることが多く、これには「識別証拠」などといった日本語訳が当てられることが一般的である。

<sup>89</sup> R. v. Rice [1963] 1 QB 857.

<sup>90</sup> R. v. Lydon (1987) 85 Cr App R 221.

いる。

Rice 判決は、被告人 Rice がある時点においてマンチェスターに移動したことを証明する目的で、航空会社が保管していた使用済みのマンチェスター行きの航空券の中に、Rice という名前が記載されていたものが含まれていたという証拠を提出することの許容性が争われた事件である。この点について、刑事控訴院（Court of Criminal Appeal）<sup>91</sup>は、当該証拠は、Rice という名前の人物がマンチェスター行きの飛行機の予約を行ったことの証拠としては伝聞証拠に該当し許容されないが、Rice という人物がこの航空券を利用したことの証拠としては非伝聞であり許容されるとして、結論としてその許容性を肯定した。

刑事控訴院は、前者の場合には、Rice という名前の人物が飛行機を予約した旨の、予約担当者による明示ないし黙示の「主張」があるものと判断したと思われるが、LC は、このように航空券が「発行された」ことを証明する用法と、「使用された」ことを証明する用法とで許容性の結論が変わることは不自然であるとしている。

また、Lydon 判決は、強盗事件の犯行に用いられたとされる銃のそばに 2 枚の紙切れがあり、そのいずれにも、被告人 Lydon のファーストネームが記載されていたという証拠が、Lydon が銃の所持者であったか、あるいは、少なくとも Lydon が銃の所持者と何らかのつながりがあったことを証明する直接的証拠として許容されるとした判例である<sup>92</sup>。

## (2) 上記事例の共通の特徴

以上の分類を踏まえたうえで、LC は、これらの例について共通の特徴を見出して一括して検討している。その共通の特徴とは、これらの場合、行為者の認識について一定の推認を行うことが可能であるが、そのような推認を行わせるということが、当該行為者の意図するところではないという点である。

---

<sup>91</sup> 控訴院は 1873 年最高司法裁判所法（Supreme Court of Judicature Act 1873）によって設立されたが、1966 年までは刑事事件について管轄権を有さなかった。そして、Rice 判決当時は、刑事控訴院が現在の控訴院刑事部（Criminal Division）の役割を担っていた。この点について、以下の文献を参照。田中・前掲注（4）133 頁。

<sup>92</sup> 報告書の内容は、両判例を紹介するにとどまるものであり、伝聞証拠の定義との関係で、これらが理論上いかなる意味を持つのか、はっきりと説明されているわけではない。これらは、いずれも、「黙示的主張」の証拠としてでしか関連性が認められないか、そうではなく、直接的証拠として関連性を有するかが問題となった難解な事例であることから、「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠として排除するとなれば、このような難解な事例についての判断に迫られる機会が増大し、実務上大きな弊害となるということを述べようとしたのではないかと推察される。

そして、LC は、特定の種類の「主張」が伝聞法則の適用範囲から除外されるべきかどうかという点ではなく、事実を「主張」することが意図されていない言葉または行為（words or conduct which are not intended to assert a fact）が、伝聞法則における、その事実の「主張」として扱われるべきかどうかという点が決定的に重要な問題であるとして、論点を再設定した<sup>93</sup>。

伝聞証拠の適用範囲に関する新たな公式を定めた法律案は、この論点の検討を通じて導かれているところ、諮問書段階と報告書段階とで、その内容が異なっている。すなわち、LC は、まず、諮問書において暫定的公式を示したものの、これに対して報告書段階でさらなる重要な修正を加え、最終的な法律案の提言に至っている。そこで、以下では、まず、諮問書の暫定的公式について説明し、それから、報告書の検討内容および修正点を確認する。

### (3) 伝聞証拠の意義に関する公式：諮問書段階

#### ア. 公式に至る論理

LC は、公式を導く論理として、以下のように説明する。

ある人物の言葉や行為が、特定の命題の真実性を他者に推認させるようなものである場合には、二段階の推認がなされ得る。まず、第一に、その人は当時、その命題が真実であるということ信じていたという推認であり、第二に、その信じていた内容が正しいという推認である。そして、これらの推認がなされる場合、その人物が誤導を図っている危険性、すなわち意図的なでっち上げがなされている危険性<sup>94</sup>と、その人物が誤解をしている危険性が存在する。そして、それらの危険性が両方存在する場合には、その言葉や行為の証拠を排除する十分な理由が認められる。しかし、意図的なでっち上げの危険性を無視できる場合、誤解の危険性の存在は必ずしも当該証拠を排除する十分な理由であるとはいえない<sup>95</sup>。

---

<sup>93</sup> Law Com Report, *supra* note 37, para. 7.17.

<sup>94</sup> ここでいう「でっち上げの危険性」は、原供述者の表現（真摯性）の問題であるところ、伝聞法則の正当化根拠の議論において検討された「でっち上げの危険性」は、原供述の存在それ自体の「でっち上げ」の危険を指しているから、両者は異なる問題であるという点に注意を要する。

<sup>95</sup> Law Com Report, *supra* note 37, paras. 7.18-7.22. 諮問書段階でこの論理が明確な形で展開されたわけではないものの、報告書では、諮問書の暫定的公式は、これを踏まえたものであるという趣旨で説明がなされている。



#### イ. 諮問書の暫定的公式

上記の論理を踏まえつつ、諮問書段階において LC は以下の趣旨の見解を示している。すなわち、人の言葉や行為が、ある事実の証拠として提出される場合、その人がその事実を「主張」することを意図しているときでない限り、その事実を「主張」しているとみなされるべきではなく、それゆえ伝聞法則で捕捉されるべきではないとの趣旨である<sup>96</sup>。LC は、このような場合には意図的なでっち上げの危険性を無視できると判断したと考えられる。そのうえで、伝聞証拠の意義に関する以下の暫定的公式が提示されている。

「当該手続において口頭で証言している人によってなされる主張以外の主張は、その人が主張する意図を有するあらゆる事実または意見の証拠として許容されない (an assertion other than one made by a person while giving oral evidence in the proceedings is inadmissible as evidence of any fact or opinion that the person intended to assert)。」<sup>97</sup>

#### ウ. 暫定的公式の問題点

LC は、報告書において、上記の暫定的公式はその趣旨について多くの論者からの支持を得たとしている。

しかし、諮問書段階においてもすでに自覚されていたところであったが、公式の内容については、以下の点から問題があるという。すなわち、第一に、証拠の許容性が、人がどのように自分の考えを表現するかという偶然に依存することになり、第二に、説得力のある伝聞証拠が依然として排除される可能性があるという点である。例えば、この公式によれば、「いつものブツを下さい (Can I have my usual stuff?)」という言葉の証拠は、被告人が規制薬物の売人であるということの証明に用いられる場合には、その点についての事実の「主張」を含まない証拠として許容されるが、「あなたが私に先週売ったブツは悪いブツだった (The stuff you sold me last week was bad)」という言葉には、そのような「主張」が表現されているため、許容されないことになる。しかし、LC は、後者が前者よりも信用性が劣るとされる明確な理由は無いとしている<sup>98</sup>。

#### (4) 報告書段階での修正

---

<sup>96</sup> Law Com CP, *supra* note 36, paras. 9.27-9.35.

<sup>97</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 9.36.

<sup>98</sup> Law Com CP, *supra* note 36, para. 7.69; Law Com Report, *supra* note 37, paras. 7.23-7.24. この記述からは、LC は、ある事実についての「主張」の有無は、その内容が供述において直接的・明示的に供述で述べられているか否かによって区別されるという考えを採用していることがわかる。

この問題点を踏まえて、LC は、暫定的公式に修正を施している。

まず、LC は、報告書において、「主張する意図」という観念は曖昧であり、具体的な適用が困難であるという指摘がなされた旨を述べたうえで、この指摘を受け容れている。そして、決定的に重要なのは、その言葉や行為で伝達されることが意図された印象（the impression that his or her words or conduct were intended to convey）であるとした<sup>99</sup>。したがって、中心となる問題は、原供述者が、証明しようとする事実を「主張する意図」を有していたと認められるかどうかではなく、原供述者が、その事実について他者を信じさせる意図を有していた（have intended to cause another person to believe that fact）と認められるかどうかであるという新たな見解を提示し、諮問書に第一の修正を加えた。

さらにいえば、そもそも「意図」という語も、やや曖昧であり、かつ、でっち上げの危険性が認められない場合も含む可能性があることから、より明確で好ましい基準として、「目的（purpose）」という語を用いるべきであるという、第二の修正が加えられた<sup>100</sup>。

以上の内容を前提として、最終的に LC は法律案を提示している。先に述べた通り、この法律案の内容は、大部分が2003年法の立法として実現しているため<sup>101</sup>、その具体的な内容は、次節において改めて説明する<sup>102</sup>。

## 7. LC の見解の整理：「主張する意図」の要件について

ここまでの、LC の伝聞証拠の定義に関する検討の概要である。「主張する意図」の要件をめぐって、LC の見解は、以下のように整理することができるであろう。

まず、LC は、「黙示的主張」の証拠は非伝聞に分類されるべきという価値判断のもとで、「主張する意図」の有無によって伝聞・非伝聞を区別する基準を暫定的公式のかたちで提案した。この基準は、要するに連邦証拠規則の定義規定を模倣するものであった。すなわち、LC は当初、連邦証拠規則と同様に「主張する意図」の要件を導入しようとしていたのである。

---

<sup>99</sup> Law Com Report, *supra* note 37, para. 7.25. ただし、LC は、それでもなお問題が残ることを認めている。すなわち、「伝達されることが意図されている印象」がいかなる内容であるかという点を判断することは難しい場合もあり、この点をめぐって法的問題が生じる可能性があるという。

<sup>100</sup> *Id.* paras. 7.32, 7.36-7.38.

<sup>101</sup> 法律案と実際の規定との間には、実質的内容に影響が及ばない程度の細部の食い違いがあるが、これについては後述する。

<sup>102</sup> なお、報告書公表直後の批評として、例えば、Collin Tapper, *Hearsay in criminal cases: an overview of Law Commission Report No. 245* [1997] CRIM L.R. 771 などがある。

しかし、LC は、報告書段階において、「主張する意図」の要件の具体的な適用が困難であるという欠点を認め、暫定的公式に修正を加えた。明確には述べられていないが、この修正は、連邦証拠規則の適用にあたってアメリカで露呈した問題が諮問書公表後に指摘され、LC 側がその指摘を受け容れたことによって加えられたと推察される。

つまり、LC は、「主張する意図」の要件の導入を本格的に検討したうえで、最終的にその欠点を認めて導入を断念したのであり、その具体的な適用の困難性を重く見たと考えられる。

#### 第4節 2003年法の規定の概観

本節では、報告書の法律案を受けて成立した2003年法の伝聞法則の適用範囲に関する規定の内容について説明する。

##### 第1款 114条1項

まず、「伝聞証拠の許容性 (Admissibility of hearsay evidence)」との見出しがつけられている114条は、その第1項において、「当該手続において口頭で証言されたものでない供述 (a statement not made in oral evidence in the proceedings)」が「供述された事項 (matter stated)」<sup>103</sup>の証拠として許容されるのは、同条 (a) 号ないし (d) 号のいずれかに該当する場合、すなわち、伝聞例外のいずれかに該当する場合に限ると規定している。

つまり、114条1項は、伝聞証拠の原則的排除を定めた規定であり、それにより、伝聞証拠は原則として許容されず、例外的に許容されるという従来の構造が一応維持されている。もっとも、ここでは、伝聞例外のいずれかに該当しない限り「許容されない (not admissible)」などといった直接的な言い回しが用いられているわけではなく、やや迂遠な表現がなされている<sup>104</sup>。もっとも、これによって、法律案と2003年法との間に解釈論上有

---

<sup>103</sup> なお、「事項 (matter)」という用語は、「事実 (fact)」および「意見 (opinion)」の双方を含む概念であると理解されている。この点について、以下の判例を参照。R. v. Twist, *infra* note 110, para. 10. そして、後者については、伝聞法則に加えて、意見証拠法則 (opinion rule) の規律にも服する。もっとも、意見証拠法則が問題とならない文脈においては、判例上、「事項」と「事実」の語が互換的に用いられることが多いように思われる。

<sup>104</sup> もっとも、LC の法律案では、上記のような証拠は「許容されない」との言い回しが用いられており、従来の構造を維持するということがより明確に示されていた。これに対して許容性の緩和が不十分であるという批判を受けて、伝聞証拠の原則不許容というニュアンスを弱めるべく、立法段階において修正が加えられたというのが、その経緯である。

意な差異が生じているわけではなく、現状はあくまでも修辞上の差異に過ぎないと考えられている。

## 第2款 115条

114条1項を単体で見ると、2003年法における伝聞法則の適用範囲はコモンローの時代におけるそれとほとんど同一であるように思われる。しかし、115条3項では、「供述された事項」の意義について、以下のように規定している<sup>105</sup>。すなわち、2003年法第11編第2章における「供述された事項」とは、供述を行った人物の目的または目的のうちの一つ（the purpose, or one of the purposes, of the person making the statement）が、裁判所から見ると、「他者に当該事項を信じさせること（to cause another person to believe the matter）」（同項（a）号）または、「当該事項が供述された通りであることを基礎として、他者に行為をさせまたは装置を作動させること（to cause another person to act or machine to operate on the basis that the matter is as stated）」（同項（b）号）<sup>106</sup>である場合——かつ、その場合

---

<sup>105</sup> なお、同条2項では、「供述（statement）」について定義がなされている。すなわち、供述とは、人によってなされるあらゆる事実または意見の表現（representation）であり、これにはスケッチ、フォトフィット（モンタージュ写真）、またはその他の画術形態（other pictorial form）でなされた表現が含まれるものとされている。

<sup>106</sup> このような場合についても、（a）号の場合と同様に、伝聞の危険が存在すると考えられたことから、報告書において法律案の内容とされ、立法化された。

「当該事項が供述された通りであることを基礎として、他者に行為をさせ」る場合として、報告書では、以下のような具体例が示されている。すなわち、Bという人物が、特定の日にGlasgowという都市に行ったか否かが争点となった事例において、Bの勤務先の会計担当者Aが、Bから受理したGlasgowへの出張手当の申請書——Bがその日にGlasgowへ行った旨が記載されている——を、BがGlasgowに行ったことの証拠として提出する場合が挙げられている。この場合、Aはあくまで申請書の形式審査のみを行うという業務慣行があり、実際にBが出張を行ったか否かを審査することはAの職務に含まれていないことがあり得る。そして、そのようなときには、——申請書の内容が虚偽である危険性も高く、伝聞法則の規律を及ぼすべきにもかかわらず——Bは、Glasgowに行ったことをAに信じさせる目的は無かったとして、申請書は（a）号に該当しないと思われる。しかし、Bは、自身がGlasgowに行ったことを基礎として、Aに出張手当の申請処理を行わせることが、Bの申請書提出の目的にあることは明白であるから、申請書は（b）号に該当し、伝聞証拠に分類されることになる。

そして、LCの報告書では、申請書が、Aではなく、もっぱらコンピュータ・プログラムによって処理されるような場合が、「当該事項が供述された通りであることを基礎とし

に限る——の当該事項を指すと規定している<sup>107</sup>。つまり、2003 年法第 11 編第 2 章が指すところの「供述された事項」は、通常の語義とは全く異なる限定的な概念であることが明らかにされている<sup>108</sup>。

このように「供述された事項」の定義に限定をかけることにより、伝聞証拠に分類される証拠の範囲が著しく狭まるのである。

---

て、……装置を作動させる」場合の例とされている。Law Com Report, *supra* note 37, paras. 7.33-7.35.

ただし、(b) 号は、あくまで、(a) 号には該当しないものの、これに匹敵する伝聞の危険が認められる例外的な場合を捕捉するための規定である。すなわち、伝聞証拠該当性を考える際に中心的に検討される規定は、あくまで (a) 号であり、(b) 号の適用は例外的な場合に限られる。後述の Twist 判決の公式では (b) 号の規定内容についても反映されているが、本稿で取り上げる判例は、全て、もっぱら (a) 号の適用が問題となったものである。

<sup>107</sup> 114 条 1 項および 115 条 1 項ないし 3 項の原文は以下の通りである。

114 Admissibility of hearsay evidence

- (1) In criminal proceedings a statement not made in oral evidence in the proceedings is admissible as evidence of any matter stated if, but only if—
- (a) any provision of this Chapter or any other statutory provision makes it admissible,
  - (b) any rule of law preserved by section 118 makes it admissible,
  - (c) all parties to the proceedings agree to it being admissible, or
  - (d) the court is satisfied that it is in the interests of justice for it to be admissible.

115 Statements and matters stated

- (1) In this Chapter references to a statement or to a matter stated are to be read as follows.
- (2) A statement is any representation of fact or opinion made by a person by whatever means; and it includes a representation made in a sketch, photofit or other pictorial form.
- (3) A matter stated is one to which this Chapter applies if (and only if) the purpose, or one of the purposes, of the person making the statement appears to the court to have been
- (a) to cause another person to believe the matter, or
  - (b) to cause another person to act or a machine to operate on the basis that the matter is as stated.

<sup>108</sup> 本節および次節では、2003 年法第 11 編第 2 章の用語としての ‘matter stated’ を、鍵括弧付きで「供述された事項」と表記する。

先に述べたように、伝聞証拠の定義についてこのような変更を施した直接的な目的の一つは、価値の高い「黙示的主張」の証拠が伝聞法則によって排除されることを回避することにあった。しかし、コモンロー上は伝聞証拠であったが2003年法のもとで非伝聞に分類される証拠は、「黙示的主張」の証拠に限られるわけではなく、それ以上に大幅な変化が生じるということが、2003年法施行後の判例によって明らかとなっている。以下では、2003年法のもとでの伝聞証拠の定義に関係する判例のうち、そのような変化を説明するために有用と思われるものを取り上げて検討し、コモンローの時代からの変容の在り方を明らかにする<sup>109</sup>。

## 第5節 2003年法施行後の控訴院の判例の動向

### 第1款 Twist 判決の公式

2003年法は、一部の規定を除き、2005年4月4日以降に開始した公判および再公判(retrial)に適用されている。

ここでは、まず、2011年に控訴院が下したTwist判決<sup>110</sup>によって提示された伝聞・非伝聞の区別に関する公式について説明した後、それ以外の判例を時系列順に説明することにする<sup>111</sup>。Twist判決の公式とは、伝聞・非伝聞を区別する場面において履践すべき具体的検討プロセスの指針である。これは、2003年法施行後にも、依然として伝聞・非伝聞の区別をめぐる争いが見られたことから示されたものである<sup>112</sup>。

---

<sup>109</sup> なお、以下で取り上げる判例は全て、連合王国最高裁判所によるものではなく、控訴院によるものである。連合王国最高裁が判断を下すことは稀であり、伝聞法則については、控訴院判例が実務を指導する地位にあるといえる。控訴院の指導的地位について、例えば、以下の文献を参照。成瀬剛「イギリスにおける専門証拠規律の最新動向」信州大学経法論集1号37頁以下、45-46頁(2017年)。

<sup>110</sup> R. v. Twist [2011] EWCA Crim 1143.

<sup>111</sup> Twist判決以前の判例は、必ずしもその理由付けや分析内容が明確ではないものも多く、また、結論に疑問が呈されているものも存在する。一方で、Twist判決以降、証拠法学者や裁判所によってそれらの過去の判例についても公式を踏まえた再検討がなされている。したがって、現在においては、Twist判決が事例分析の出発点というべきものとなっているため、このような順序で検討を進めることが最もわかりやすいと考えられる。

<sup>112</sup> なお、Twist判決後の控訴院の判例において、Twist判決の公式は「関連するあらゆる考慮要素と適切なアプローチを述べたものである」から、それよりも前の判例を参照することは「一切必要無い(entirely unnecessary)」と評価されている。R. v. Mateza [2011] EWCA Crim 2587, para. 23.

Twist 判決によって提示された公式は、以下の通りである<sup>113</sup>。

- ① いかなる関連性のある事実（事項）を証明するために、事実認識の表明（communication）の提出が求められているのかを特定する。
- ② その事実認識の表明の中に**その事項**についての供述があるかを問う。供述が無い場合には、（他に伝達の中に含まれている可能性のある事項がいかなるものであれ）伝聞の問題は生じない。
- ③ ある場合には、次の点を問う。受け手またはその他の人物が、**その事項**が真実であると信じることを、または、それが真実であるということに基づいて行為することが、事実認識の表明をした者の目的（必ずしも唯一または支配的な目的に限らない）の一つであったかどうか。そうである場合には、その事実認識の表明は伝聞であり、そうでない場合には、非伝聞である。

この公式を分析すると、以下のことがいえる。

まず、公式の①によって、事実認識の表明の要素を伴わない非言語行為が伝聞法則の適用範囲から当然に除外されていることが明らかになる。したがって、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠は、公式の①の段階で一律に非伝聞に分類されることになる。

次に、公式の②によって、言語行為内の「黙示的主張」も一律に非伝聞に分類されることになる。ここでいう「その事項についての供述」の有無は、明示的に供述で述べられているか否かによって判断されるからである。すなわち、公式の②の段階は、関連性のある事実（事項）についての「明示的主張」がなされているか否かを判断するプロセスであり、これに該当しない「主張」、すなわち言語行為内の「黙示的主張」の証拠は全て「伝聞の問題は生じない」ものとして扱われるのである。要するに、Twist 判決の公式によって、2003 年法のもとでは全ての「黙示的主張」の証拠を非伝聞として扱われるということが明確になったといえる。

そして、公式の③によって、「明示的主張」の証拠についても、関連性のある事項を他者に「信じさせる目的」が含まれているかが問われ、これが含まれるものに限り、伝聞証拠に分類されるとしたのである。

## 第2款 Singh 判決

それでは、Twist 判決の公式を念頭に置きながら、2003 年法のもとで伝聞証拠該当性が

---

<sup>113</sup> R. v. Twist, *supra* note 110, para. 17. なお、②および③の太字部分は、判決原文においても太字とされている部分に対応している。

問題となった具体的判例を確認する。2003 年法施行後、伝聞証拠該当性が初めて争われた控訴院判例が、以下で説明する Singh 判決<sup>114</sup>である。

## 1. 事実の概要および判決内容

被告人 Singh は誘拐の共謀罪で訴追された。Singh が共謀に加わっていたことを立証するために、訴追者は Singh の共同被告人 7 名全員の携帯電話のメモリ内の記録（いわゆる電話帳）の証拠を提出した。その記録のうちの一つ——以下、この記録の証拠を「証拠①」という——には、電話番号に「Alex (Singh のファーストネーム)」との記載が添えられてあり、残りの記録——以下、この記録の証拠を「証拠②」という——には、それと同じ番号が記載されているものの、名前は記載されていなかった。そして、訴追者は、この番号の携帯電話は Singh が使用していたものであると説明していた。

公判裁判官がこれらを証拠として許容し、Singh は有罪とされた。控訴院の審理において、Singh は、証拠①および証拠②は、コモンロー上伝聞証拠に当たるものであり排除されるべきであると主張した。しかし、控訴院は、コモンロー上の伝聞法則は廃止されたとして、その主張を斥けたうえで<sup>115</sup>、これらは伝聞証拠には該当しないとして、上訴を棄却した。

ただし、Singh も、コモンローではなく 2003 年法が適用されるとすれば、同記録の証拠が伝聞証拠に該当しないということについては争っていなかったということもあり、控訴

---

<sup>114</sup> R. v. Singh [2006] EWCA Crim 660.

<sup>115</sup> コモンロー上の伝聞法則の取り扱いについて直接的に述べている唯一の規定が 118 条 2 項である。まず、118 条では、1 項において、2003 年法のもとでも維持されるコモンロー上の伝聞例外が列挙されている。そして、それに続いて、2 項では、同条で維持されるものを除き、刑事手続におけるコモンロー上の伝聞例外は廃止されるとされている。そうすると、ここで廃止されたのはコモンロー上の伝聞例外に限られ、必ずしも伝聞法則の適用範囲に関する判例法理が廃止されたものではない——議会在立法の際に Kearley 判決を覆すことを目論んでいたことは明らかであるが、その目論見は必ずしも規定上実現していない——という解釈も、文言上は可能であり、このことが Singh の立論の根拠であった。しかし、控訴院は、118 条 2 項を根拠規定として、伝聞証拠の適用範囲に関する判例法理を含む、コモンロー上の伝聞法則に関する準則が全て廃止されたとした。Id. paras. 11-14.

なお、118 条 2 項は、法律案段階では、2003 年法 114 条 2 項に相当する箇所に配置されており、規定内容も、コモンロー上の伝聞法則を廃止することを明らかなものであった。Spencer は、このように法律案に修正を加えたことは、読み手に不親切であり、Singh の立論のような解釈の余地を認めるものであると批判している。SPENCER, *supra* note 19, para. 3.5.



院は、2003年法のもとではこれが伝聞証拠に該当しないと理由について特段の説明をしていない<sup>116</sup>。

## 2. 公式の適用

Twist判決は、Singh判決に触れており、その結論は正当なものであったとしているが<sup>117</sup>、公式を踏まえた詳細な検討がなされたわけではない。Singh判決を分析したイギリスの証拠法学者の説明を参考にすると、以下のように公式が適用されると考えられる<sup>118</sup>。

まず、証拠①によって証明しようとする関連性のある事項は、その番号の携帯電話の持ち主が「Alex」とあるという事実である。そして、証拠①の中には、その事実についての供述が含まれていると評価することができる。しかし、記載目的は、あくまでもこれを自分用の連絡先記録として用いることであり、他者にその内容を信じさせることや、その内容が真実であるということ为基础として他者に行わせることは目的ではないと考えられる。したがって、これは伝聞証拠に当たらない。

一方で、証拠②によって証明しようとする関連性のある事項は、証拠①によって「Alex」の電話番号とされていた番号が、正しい連絡先であるということである<sup>119</sup>。そして、証拠②の中には、その事項についての供述は含まれていないため、これも伝聞証拠に当たらない。

### 第3款 N(K)判決・Knight判決

N(K)判決<sup>120</sup>およびKnight判決<sup>121</sup>は、ともに、被告人が少女に対して性的暴行を働いたかが争われた事件である<sup>122</sup>。そして、どちらの事件も、性的暴行の被害内容が明示的に記載された、被害者とされる人物の日記（他者に公開されることが予定されていない私的な日記）の証拠の許容性が問題となった。

---

<sup>116</sup> ただし、控訴院は、これに伝聞法則が適用されないことを説明するに際して、2003年法によりKearley判決の多数意見が伝聞法則の関係では無効となったことについては触れている。R. v. Singh, *supra* note 114, para. 14.

<sup>117</sup> R. v. Twist, *supra* note 110, para. 23.

<sup>118</sup> DENNIS, *supra* note 8, at 719-20.

<sup>119</sup> 7名が記載した電話番号が、全て誤っているという偶然の事態が生じる可能性は低いであろうという経験則による推認である。

<sup>120</sup> R. v. N(K) [2006] EWCA Crim 3309.

<sup>121</sup> R. v. Knight [2007] EWCA Crim 3027.

<sup>122</sup> 両判決の詳細な分析として、Birch & Hirst, *supra* note 71, at 92-97がある。

いずれの事件についても、控訴院は、2003年法のもとでは当該日記の証拠は伝聞法則の適用を受けないと判断し、これを許容している。しかし、当該日記に伝聞法則が適用されない理由については、特段の説明がなされていない。

そもそも、N (K) 判決においては、被告人は、当該日記の証拠の許容性について争ったものの、これが2003年法のもとでは伝聞証拠に該当しないこと自体は認めており<sup>123</sup>、また、Knight 判決においても、被告人が証拠排除を求めた根拠は、当該日記は他者に公開される可能性が念頭に置かれた性質のものであるということに求められていた。

両判決については、公式を適用すると、以下のように考えると考えられる。すなわち、証明しようとする関連性のある事項は、被告人が日記の記載者に対して性的暴行を行ったことであり、問題となった日記にはその事項に関する供述が存在するが、これが私的な日記である以上、他者にその供述内容を信じさせるという目的や、それが真実であるということ为基础として他者に行為させるという目的は存在せず、伝聞証拠に該当しないという結論が導かれる。

#### 第4款 Twist 判決の具体的処理

最後に、Twist 判決について説明する。Twist 判決は、相互に独立した4つの事件について併合審理のうえで下された判決である。また、これらの事件は、全て、被告人の携帯電話に残されたテキストメッセージの内容に関する証拠の許容性が問題となったものである。

そして、これらのうち、被告人 Twist の事件の事件は、Kearley 判決と事実関係の類似性が認められることから、これを取り上げて説明する。

Twist の事件は、違法薬物譲渡の罪で訴追された Twist が、その事実審理において、譲渡の意図の存在を否定して争ったものである。そして、譲渡の意図を証明するための証拠の一つとして、被告人が所持していた携帯電話が受信した多数のテキストメッセージの証

---

<sup>123</sup> 被告人は、以下のように、これが2003年法の伝聞法則の適用を受けないという主張を展開していた。すなわち、まず、当該日記は、記載内容の真実性を証明するために提出される証拠であって、原則として排除されるべきものであるが、「供述された事項」の証拠に当たらない。そして、仮に当該日記が「供述された事項」の証拠として2003年法の適用を受ければ、伝聞例外の適用の余地があるが、2003年法の適用を受けないのだから、当該日記は伝聞例外を認める余地がないというものであった。しかし、控訴院は、2003年法の伝聞法則はあくまで証拠排除法則 (exclusionary rule) であり、伝聞法則の適用を受けない以上は、当該証拠は関連性を有する限り許容されるとした。すなわち、当該記載が「供述された事項」の証拠に当たらないとすると、そもそもこれは排除法則が適用されない証拠であるから許容されるとした。

拠が許容されるかが問題となった。そのメッセージは、被告人に対して違法薬物の譲渡を要求する内容のものであった。

控訴院は、大要以下のように公式を適用して、証拠の許容性を肯定した。すなわち、まず、当該テキストメッセージの証拠によって証明しようとする関連性のある事項は、被告人が薬物の売人だということである。しかし、メッセージには、Twist が売人であるという供述は含まれていないため、これは非伝聞であり、許容される。たとえ当該メッセージが、Twist が売人であるという旨の「黙示的主張」であるとしても、送信者は、Twist またはその他の人物に対して、Twist が売人であるということ信じさせるという目的を有していないから、証拠は非伝聞なのである<sup>124</sup>。

Twist 判決を踏まえれば、Kearley 判決で問題とされた証拠も、2003 年法のもとでは、これと同じ論理によって「黙示的主張」の証拠として許容性が肯定されると考えられる<sup>125</sup>。

#### 第5款 判例の動向に関するまとめ

ここまで紹介してきた判例のうち、Twist 判決で許容性が争われた証拠および Singh 判決の証拠①は、「黙示的主張」の証拠に当たるものであり、非伝聞証拠に分類されるべきものとして LC が念頭に置いていたといえる。

一方で、N (K) 判決・Knight 判決で許容性が争われた証拠については、LC は、これらが非伝聞証拠となることを念頭に置いていなかった——少なくとも念頭に置いているとは明示されていなかった——といえる<sup>126</sup>。これらの証拠には、他者に公開されることが予定されていなかったという共通の特徴が認められるところ、このような特徴を有する証拠が、「供述された事項」の証拠となることはほとんど考えられない。そのため、他者に公開されることが想定されていない証拠は、「黙示的主張」以外に新たに非伝聞証拠となった類

---

<sup>124</sup> R. v. Twist, *supra* note 110, paras. 29.

<sup>125</sup> なお、Wright 対 Tatham 判決で問題となった「黙示的主張」の証拠も、2003 年法のもとでは、「供述された事項」を証明するための証拠に該当しないことから、伝聞法則によってはその許容性が否定されないと考えられる。もっとも、これらの証拠については、一般的な関連性に欠けるという理由で排除する余地がある。また、イギリスでは、1984 年警察・刑事証拠法 78 条によって、訴追側提出証拠が「当該手続の公正さに有害な影響を及ぼす」場合に裁判官がこれを排除することについての裁量権が認められており、さらに、裁判官がコモンロー上の排除裁量権を行使することも可能である。この点について、以下文献を参照。DENNIS, *supra* note 8, at 719.

<sup>126</sup> Birch & Hirst, *supra* note 71, at 92 では、両判決の結論は、LC によって「意図されていない結果 (unintended consequence)」であると評されている。

型であると評価することができる。

## 第6節 伝聞例外その他の規定

本節では、2003年法によって定型的な伝聞例外の範囲が大幅に拡張されたと同時に、これに該当しなくとも、裁判所がその裁量によって伝聞証拠を許容することが可能とされ、Myers判決のような事態が再び発生することを防止する規定が設けられたということと、逆に、許容性の範囲拡張によって不公正がもたらされることを防ぐための、裁量的証拠排除の規定が存在するというを確認したい。

### 114条1項(a)号ないし(c)号：裁量によらない伝聞例外

先に述べた通り、伝聞証拠は、114条1項(a)号ないし(d)号に該当する場合——伝聞例外のいずれかに該当する場合——に限り許容される。

#### (a)号について

まず、114条1項(a)号では、「本章の規定またはその他の制定法の規定のいずれかで当該供述を許容」している場合に当該伝聞証拠の許容性を認めるものとしている。そして、「本章の規定」としては、具体的には116条および117条が代表的規定である<sup>127</sup>。116条は、証人が利用不能(unavailable)、すなわち公判廷に出頭できない場合の伝聞例外規定であり、117条は、業務等に関する文書(business and other documents)に関する伝聞例外規定である。

116条の伝聞例外は、伝聞証拠に該当する一定の書証(documentary evidence)を許容した1988年刑事司法法(Criminal Justice Act 1988)23条に置き換わりその適用範囲を大幅に拡張したものである。前身規定の適用対象は書証に限定されていたが、116条は、口頭、書面、行為によるあらゆる形態の伝聞供述を対象を拡大している。また、前身規定は、要件を充足していたとしても、裁判所の許可(leave)がなければ許容されないとしていたが、116条は、原則として許可を不要としている<sup>128</sup>。

117条の伝聞例外は、1988年刑事司法法24条に置き換わったものである。同条は、取引や業務などの過程において作成された書面は、その作成者がその記載内容について直接の知識を有しまたは有すると合理的に推認される場合において、許容されるとしている。

---

<sup>127</sup> 「その他の制定法の規定」としては、例えば、一定の書証の許容性について規定する1967年刑事司法法(Criminal Justice Act 1967)9条などが挙げられる。

<sup>128</sup> ただし、証人が出頭できない理由が恐怖に基づいている場合には、例外的に裁判所の許可が必要とされる(116条2項(e)号)。

### (b) 号および (c) 号について

続いて、114 条 1 項 (b) 号では、「118 条で維持されたいずれかの法準則で当該供述を許容」している場合にその許容性を認めるものとしている。この規定を受けて、118 条 1 項では、2003 年法のもとでも維持されるコモンロー上の伝聞例外が列挙されており、さらに、同条 2 項では、1 項で列挙されていないコモンロー上の伝聞例外は廃止される旨を規定している。ここで維持されているコモンロー上の伝聞例外としては、公的な情報 (public information)、性格や家族の伝統に関する評判、レス・ジェステー (res gestae)、代理人による承認、自白、専門証拠などがある。

さらに、114 条 1 項 (c) 号は、「その手続の全当事者が当該供述を許容することに同意する」場合にその許容性を認めるものと規定している。

### 114 条 1 項 (d) 号：伝聞証拠の裁量的許容規定

114 条 1 項 (d) 号は、2003 年法の伝聞例外の中でも最も特徴的なものである。すなわち、列挙された伝聞例外に該当しない伝聞証拠であっても、「当該供述が許容されることが司法の利益に適うものであると裁判所が判断する場合 (the court is satisfied that it is in the interests of justice for it to be admissible)」には許容されるとしている<sup>129</sup>。

同規定は、ある伝聞証拠が高度の証拠価値を有するにもかかわらず、列挙されている伝聞例外のいずれにも該当しない場合にこれを許容することができないという不当な結論が導かれることのないように、「安全弁 (safety valve)」として設けられた裁判官の許容裁量の規定である。LC の報告書では、これは、限定的な裁量権に過ぎないとされていたが<sup>130</sup>、実際は、その当初の想定よりもはるかに幅広く適用されているということが指摘されている<sup>131</sup>。なお、114 条 2 項 (a) 号ないし (i) 号では、許容性判断に際しての考慮事情が列挙されている<sup>132</sup>。

---

<sup>129</sup> 訳出にあたっては、以下の文献を参照した。小山雅亀「研究ノート：イギリスの裁判所と欧州人権裁判所との伝聞法則をめぐる『対話』——Al-Khawaja 判決および Horncastle 判決を中心に——」西南学院大学法学論集 48 卷 3・4 号 349 頁以下、352 頁注 (5) (2016 年)。

<sup>130</sup> LC Report, *supra* note 37, para. 8.136.

<sup>131</sup> DENNIS, *supra* note 8, at 767-74.

<sup>132</sup> 114 条 2 項 (a) 号ないし (i) 号の内容は、具体的には、以下の通りである。

(a) 号：(供述内容が真実であると仮定して、) その供述がその手続における争点たる事項との関係でどれほどの証明力を有するか、または、主張におけるその他の証拠の理解のた

## 排除裁量

なお、現行法では、非伝聞に分類される証拠であっても、一定の場合には裁判官の裁量によってそれを排除することを可能とする規定が設けられている。

2003 年法 126 条 1 項は、訴追側・被告人側双方が提出しようとする伝聞証拠について、これが伝聞例外に当たるとしても、証拠を許容することによって時間が浪費される危険性とその証拠の価値とを比較して、前者が後者を相当程度上回っていると認められる場合には、当該証拠を排除することができるとする裁量権を裁判所に付与している。

また、1984 年警察・刑事証拠法 78 条 1 項は、訴追側提出証拠について、「その証拠が獲得された状況を含む全ての事情を考慮して、その証拠を許容することは当該手続の公正さに有害な影響を及ぼすためこれを許容すべきでないとき」<sup>133</sup>に裁判所が当該証拠を排除できるとする裁量権を定めている。同規定は、2003 年法のもとで規律される証拠についても適用され（2003 年法 126 条 2 項 (a) 号）、伝聞法則の緩和によって被告人が不正な刑事手続を強いられる事態を防止することが見込まれている<sup>134</sup>。

## 第7節 本章の整理

それでは、イギリス法の状況について整理する。

まず、コモンロー準則が適用されていた時代のイギリスでは、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

---

めにどれほどの価値を有するか。

(b) 号：a 号で挙げられた事項または証拠に関して、他にいかなる証拠が提出されたか、または提出され得るか。

(c) 号：a 号で挙げられた事項または証拠が、主張全体の文脈においてどの程度重要か。

(d) 号：その供述がなされた状況。

(e) 号：その供述を行った者がどの程度信頼できると思われるか。

(f) 号：その供述を行ったことの証拠がどの程度信頼できると思われるか。

(g) 号：述べられた事項について口頭での証言がなされ得るか、なされ得ない場合は、なぜなされ得ないのか。

(h) 号：その供述について争うことに関する困難性の量 (amount)。

(i) 号：その困難性が、それに直面する当事者に不利益をもたらすであろう程度。

<sup>133</sup> 日本語訳は、法務省大臣官房司法法制調査部編（三井＝井上訳）・前掲注（21）82-83 頁による。

<sup>134</sup> SPENCER, *supra* note 19, para. 5.51.

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基準が設けられ、「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

### 第1節 カナダ法検討の意義・カナダの裁判所制度および証拠法の枠組み

#### 第1款 カナダ法検討の意義

本章では、カナダにおける伝聞法則の改革を概観する<sup>1</sup>。本節では、まず、カナダ法を参照する意義について説明を加える。

カナダでは、2013年に、言語行為内の「黙示的主張」の証拠に伝聞法則が適用されるとする判例（Baldree 判決）<sup>2</sup>が出現した。同判決は、イギリスにおいて2003年法によってKearley判決の内容が覆されたのちに下されたものである。つまり、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のである。そうすると、カナダでこのような選択がなされた要因について分析することを通じて、伝聞証拠の定義に関する新たな知見を得ることが可能であると見込まれる。

また、カナダとイギリスとの間の密接な関係性も理由として挙げられる。カナダは、1867年英領北アメリカ法（British North America Act, 1867）<sup>3</sup>によって自治領の地位を獲得するまでイギリスの植民地であった。そして、1933年まで、カナダの国内裁判所の刑事事件の判決に対しては、枢密院司法委員会<sup>4</sup>への上訴が認められていた。また、それ以降も、カナダの裁判所や学説では、イギリスの判例が頻繁に参照されており<sup>5</sup>、反対に、イギリス

---

<sup>1</sup> カナダの証拠法に関する先行研究として、以下の文献がある。川島享祐『自白法則の理論的構造』417頁以下（有斐閣、2022年）。

<sup>2</sup> R. v. Baldree [2013] 2 SCR 520.

<sup>3</sup> 1867年英領北アメリカ法は、1982年憲法法律（Constitution Act, 1982）成立の際に1867年憲法法律（Constitution Act, 1867）と改称された。現在のカナダの憲法の構造については、特に、松井茂記『カナダの憲法：多文化主義の国のかたち』23-26頁（岩波書店、2012年）参照。

<sup>4</sup> 1931年のウェストミンスター憲章（Statute of Westminster, 1931）により、コモンウェルス諸国は枢密院司法委員会への上告を禁じることが可能となった。

<sup>5</sup> 例えば、あるカナダの証拠法のケースブックでは、伝聞法則に関して、Subramaniam判決、Myers判決などの主要なイギリスの判例が掲載されている。Hamish STEWART ET AL. EDS., EVIDENCE: A CANADIAN CASEBOOK 131-32, 154-58 (4th ed. 2016).



の側からカナダの判例が参照されることも珍しくない<sup>6</sup>。このような沿革があり、別個の法域でありながらも、イギリスとの関係性が密接な国家であるカナダは、比較検討の対象として格好であると思われる。

## 第2款 カナダの裁判所制度および証拠法の枠組み

まず、カナダの裁判所制度および証拠法の枠組みについて説明する。

周知のとおりカナダは連邦制国家であり、その裁判所も、連邦裁判所と州裁判所に分かれている。管轄については、まず、犯罪の訴追が州の職責とされており、州の裁判所において事実審理および上訴審理の管轄権が認められているものの、その終審裁判所は、連邦の最高裁判所にあたるカナダ最高裁判所 (Supreme Court of Canada) ——以下、単に「最高裁」という——である。また、連邦議会 (Parliament of Canada) が有する刑事手続法の立法権限 (1867 年憲法法律 91 条 27 号) に基づいてカナダ刑事法典 (Criminal Code)<sup>7</sup> が制定されており、ケベック州を含む各州は、刑事手続については、同法典の運用権限や、それを支える裁判所制度の構築に関する権限が認められているに過ぎない (1867 年憲法法律 92 条 14 号)<sup>8</sup>。

さらに、刑事証拠法についてもその区分は同様であるが、カナダ刑事法典において証拠法についての包括的規定は存在せず、そのほとんどがコモンロー準則で構成されている。連邦および各州には議会制定の証拠法典が存在するものの、これらはコモンロー準則を補

---

<sup>6</sup> イギリスの証拠法学者の観点から、カナダ法を紹介・検討する文献として、例えば、以下のものがある。ANDREW CHOO, HEARSAY AND CONFRONTATION IN CRIMINAL TRIALS (1996); RODERICK MUNDAY, CROSS & TAPPER ON EVIDENCE 570-72 (13th ed. 2018). 両国の相互参照関係の一般論については、以下の文献を参照。浅香吉幹「コモン・ロー諸国間の判例の相互引用：イングランド、カナダ、オーストラリア、ニュー・ジーランド」比較法研究 74 号 198 頁以下 (2012 年)。

<sup>7</sup> カナダ刑事法典では、実体法と手続法の双方に関する規定が設けられている。なお、実体法については、州も一定の犯罪類型を設けることが認められている (1867 年憲法法律 92 条 15 号)。

<sup>8</sup> 以上につき、STEVE COUGHLAN, CRIMINAL PROCEDURE 8-10 (4th ed. 2020); STEVEN PENNY ET AL., CRIMINAL PROCEDURE IN CANADA § § 1.181-1.205 (2d ed. 2018) 参照。また、日本語文献として、以下の文献を参照。ジェームズ・C・ロブ (小野坂弘訳)「カナダにおける量刑」新潟大学法学部日加比較法政研究会編 (桑原昌宏編集代表)『カナダの現代法』182-183 頁 (御茶の水書房、1991 年)、松井・前掲注 (3) 64-67 頁、327-328 頁、上野芳久「カナダ刑法の特徴」比較法制研究 (国士舘大学) 36 号 113 頁以下、116-118 頁 (2013 年)。

充する趣旨のものであり、アメリカの連邦証拠規則に相当するような包括的な証拠法典ではない<sup>9</sup>。そして、連邦の証拠法典（Canada Evidence Act）には、書証に関してわずかな伝聞例外が規定されているのみで、伝聞法則に関する一般的規定は現在に至るまで設けられていない。要するに、刑事手続について、伝聞法則は、全国的にそのほとんどがコモンロー準則によって成り立っている。

## 第2節 伝聞例外の規律

カナダでは、現在、最高裁によって確立された、プリンシプルド・アプローチ（principled approach）という準則によって伝聞例外が規律されている。プリンシプルド・アプローチとは、端的に言えば、伝聞証拠の許容性は、その原理（principle）に遡って個別的に、柔軟に判断されるべきとする準則のことである。以下では、同準則の枠組みについて、その形成の過程をたどりつつ概観する。

### 第1款 Myers 判決前後の動向

第4章で説明したように、イギリスでは1965年にMyers判決が下され、裁判所による新たな伝聞例外の創出が禁じられた。その頃、カナダでは、イギリスと同様の伝聞例外の枠組みを有していた。すなわち、個別的な要請に対応すべく設けられた制定法上の伝聞例外と、司法上の伝聞例外の創出によって伝聞例外が規律されていた。イギリスでMyers判決が下されたのは、包括的な立法がなされないまま、理論的な整理が不十分な伝聞例外が増大し、これが著しく複雑化することに貴族院が危機感を覚えたことに一因があるといえるところ、そのような問題点は、カナダにおいても認識されていたと考えられる<sup>10</sup>。

しかし、最高裁は、1970年の民事判決において、カナダでは裁判所が伝聞例外を創出する余地があるとしたうえで、新たに伝聞例外を創出したことで、イギリスとは異なる歩みを見せた<sup>11</sup>。

### 第2款 Khan 判決

---

<sup>9</sup> 州の証拠法典は、刑事事件には適用されないものの、連邦の管轄権が及ばない裁判、すなわち、州法上の財産権および民事上の権利に関する裁判などにおいて適用される。

DAVID M PACIOCCO & LEE STUESSER, THE LAW OF EVIDENCE 9-10 (8th ed. 2020).

<sup>10</sup> なお、R. v. Grant [1982] 2 SCR 819, at 835 では、カナダの証拠法準則一般についてその複雑さが問題となっていると最高裁が認識していたことが示されている。

<sup>11</sup> Ares v. Venner [1970] SCR 608.

その後出現した、伝聞例外についての画期的な判例が、1990年のKhan判決<sup>12</sup>である。

同判決において、最高裁は、裁判官全員一致で、児童の公判外供述を内容とする伝聞証拠が、既存の伝聞例外のいずれにも該当しない場合であっても、個別的にみて、これを証拠として許容する必要性があり、かつ、これが信頼できる (reliable) と認められる場合には、裁判所の判断によって許容してよいとする一般論を示した。ただし、最高裁は、同時に児童による公判外供述の許容性を一般的に認めているわけではないということを強調している。

Khan判決は新たに個別の伝聞例外の類型を創出するのではなく、必要性と信頼性という一般的基準に則って許容性を判断したという点において画期的なものであった。もっとも、この基準は、児童の公判外供述という一定の局面に限って適用されるものであり、それ以外の場面に一般化されるものではないとする理解も十分可能であった。つまり、これが伝聞証拠の許容性の問題一般に妥当する準則であるのか、それとも、児童の供述という証拠類型の特性を重視した、射程の限られた準則であるのかという点については明らかではなかった。また、必要性と信頼性という一般的基準の意味するところもはっきりしなかった<sup>13</sup>。

### 第3節 プリンシプルド・アプローチの確立

上記のように、Khan判決の準則はその射程について限定的に解釈され得るものであったが、その2年後のSmith判決<sup>14</sup>において、最高裁は、児童の公判外供述以外の類型についても、同様の準則を用い、これが伝聞証拠一般について妥当する準則であることを明らかにし、また、その内容を具体化した。

#### 第1款 Smith判決

Smith判決は、成人の謀殺被害者の生前の供述を内容とする伝聞証拠で、既存の伝聞例外——とりわけ、「現在の意図または精神状態 (present intentions or state of mind)」の供述の伝聞例外——に該当しないものについて、Khan判決の意義および射程について詳細な説明を加えたうえで、これと同様の準則を適用し、裁判官全員一致でその許容性を肯定した判決である。

---

<sup>12</sup> R. v. Khan [1990] 2 SCR 531.

<sup>13</sup> のちにSmith判決で明らかにされるように、この基準がWigmoreの伝聞法則に関する学説の影響を受けていることは容易に推測可能であるが、Khan判決段階では、最高裁は直接的にはWigmoreの見解に触れていない。

<sup>14</sup> R. v. Smith [1992] 2 SCR 915.

まず、最高裁は、伝聞法則および伝聞例外の基礎にある原理について、Wigmore の見解を参照しながら説明を加えている<sup>15</sup>。すなわち、伝聞法則というものは、伝聞証拠が許容される必要性に乏しく、また、信頼性<sup>16</sup>に欠けているという原理に基づいて認められた証拠排除法則であり、伝聞例外というものは、伝聞証拠であっても、原供述者が証言できない場合を典型として、これを許容する必要性があり、また、信頼性が認められる場合もあることから、そのような場合には許容性を認めてよいという原理に基づいて構築されてきたものである、という説明がなされている。

そして、Khan 判決で述べられた基準と、Wigmore の示した原理とが類似しているのは偶然ではなく、Khan 判決は伝聞法則と伝聞例外の基礎にある原理の表明として理解されなければならないと明言した<sup>17</sup>。さらに、最高裁は、数の限られる定義付けられた典型的な伝聞例外 (a limited number of defined categorical exceptions) を伴った、伝聞証拠の受容の一般的禁止ということで特徴づけられる、伝聞証拠に関する視点からの離脱 (departure) が重要であるとも述べている<sup>18</sup>。

以上より、既存の伝聞例外に該当しない伝聞証拠についても、一般的に、裁判所が必要性と信頼性を踏まえてその許容性を判断することが可能であるし、かつ、そのように判断すべきであるということが明らかにされた。

## 第2款 その後

---

<sup>15</sup> *Id.* at 929-31. なお、法廷意見が参照しているのは、以下の箇所である。3 JOHN H. WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW § 1420-22 (2d ed. 1923).

<sup>16</sup> 周知の通り、Wigmore は、「信頼性 (reliability)」ではなく、「信用性の情況的保障 (circumstantial guarantee of trustworthiness)」という言い回しを用いている。法廷意見では、「『信頼性』、すなわち、Wigmore の術語によれば、信用性の情況的保障」との言い換えを行っている箇所が見られることから、この2つの用語は同義のものとして扱われていると思われる。R. v. Smith, *supra* note 14, at 933.

<sup>17</sup> *Id.* at 932.

<sup>18</sup> *Ibid.* このように、最高裁は、Khan 判決の考え方は Wigmore の見解に沿ったものであるという点を強調している。もっとも、Wigmore は、必要性と信用性の情況的保障を基準として伝聞例外の類型の創出が正当化されるとしているに過ぎず、これらについて裁判所が個別具体的に検討すべきと主張したわけではない。その意味で、Khan 判決と Wigmore の見解との間には明確な違いがあるといえる。この点を指摘する文献として、以下の文献がある。MUNDAY, *supra* note 6, at 571.

その後、最高裁は、プリンシプルド・アプローチは、事実認定の正確性を確保するために採用されているという伝聞法則の政策的側面を踏まえたものであり、かつ、柔軟性が求められるものであるということを経えず強調していった。例えば、Finta 判決では、「近年、裁判所は、伝聞法則に関してより柔軟な (flexible) アプローチを採用してきた。これは、既存の伝聞例外の狭い制限ではなく、伝聞法則の基礎にある原理と政策 (the principles and policies underlying the hearsay rule) に根差すアプローチである」との説明がなされている<sup>19</sup>。

さらに、1996 年には、最高裁は、「我々の法域において、この新たなアプローチは強固に確立した」と宣言した<sup>20</sup>。

### 第3款 Starr 判決以降

上記の一連の判例の結果、伝聞証拠の許容性は、既存の伝聞例外の適用とプリンシプルド・アプローチの併用によって判断されることになった<sup>21</sup>。もっとも、この時点では、プリンシプルド・アプローチは、イギリスの 2003 年法 114 条 1 項 (d) 号や連邦証拠規則 807 条 (a) 項のような残余例外規定に相当するものであると考えることも十分可能であった。すなわち、既存の伝聞例外は厳然として存続し、プリンシプルド・アプローチは、必要性和信頼性の認められる伝聞証拠が、既存の伝聞例外に該当しない場合に、補充的に用いられるアプローチであるというのが最も一般的な理解であった<sup>22</sup>。

ところが、2000 年の Starr 判決以降の一連の判決<sup>23</sup>により、このような一般的理解は否定され、プリンシプルド・アプローチは既存の伝聞例外に優越するものであり、これにより既存の伝聞例外が変容させられ得るとということが明らかにされた。

Starr 判決以降に最高裁が確立した準則は、以下の通りである<sup>24</sup>。

---

<sup>19</sup> R. v. Finta [1994] 1 SCR 701, at 854.

<sup>20</sup> R. v. Hawkins [1996] 3 SCR 1043, para. 66.

<sup>21</sup> R. v. Tat (1997), 35 OR (3d) 641, at 654 において、その点が明示されている。

<sup>22</sup> CHOO, *supra* note 6, at 169; Sydney N. LEDERMAN ET AL., THE LAW OF EVIDENCE IN CANADA § 6.81 (5th ed. 2018).

<sup>23</sup> R v Starr [2000] 2 SCR 144; R. v. Mapara [2005] 1 SCR 358; R. v. Khelawon [2006] 2 SCR 787.

<sup>24</sup> むろん、いかなる場合に必要性ないしは信頼性の要件を充足するかという点についてなど、プリンシプルド・アプローチの具体的適用をめぐる議論は現在においても盛んであり、大量の判例が出現しているが、現在のところ枠組みそれ自体は以下のかたちで一応定着している。伝聞例外におけるプリンシプルド・アプローチに関する一般的議論について

- ① 伝聞証拠が既存の伝聞例外に該当する場合には、その伝聞例外はみな性質上一定の信頼性を備えているため、予備尋問 (*voir dire*) を行うことなく許容性あるものと推定される。
- ② プリンシプルド・アプローチと、既存の伝聞例外は、前者が優越する。すなわち、既存の伝聞例外のうち、プリンシプルド・アプローチにそぐわないものは、これに適合するように修正（要件の加重・撤廃など）されなければならない。
- ③ ある伝聞証拠が、プリンシプルド・アプローチに適合すると判断された既存の伝聞例外に該当することが明らかな場合であっても、必要性和信頼性の要件を充足しない——この点については、当該伝聞証拠の排除を主張する当事者が立証責任を負う——特異なレアケースにおいては、当該伝聞証拠は排除される。この点を判断するために、どのような手続を実施するかという点については、公判裁判官が判断する。
- ④ 伝聞証拠が既存の伝聞例外に該当しない場合であっても、予備尋問により、公判裁判官が、当該伝聞証拠が必要性和信頼性の要件を充足すると判断する場合には、許容され得る。

要するに、プリンシプルド・アプローチは既存の伝聞例外に優越するものであるということが強調されており、既存の伝聞例外の優越性は完全に否定されたといってよい。ただし、既存の伝聞例外の存在意義が完全に否定されたわけではない。すなわち、伝聞証拠が既存の伝聞例外に該当する場合には、その許容性が推定され、該当しない場合には、許容されないものと推定される。そして、このことにより、既存の伝聞例外は、予測可能性・法的安定性を支えるものとして機能するという点において、一定の有用性が認められる<sup>25</sup>。

#### 第4節 伝聞法則の適用範囲

##### 第1款 伝聞証拠の意義に関する一般的議論

まず、カナダにおいては、イギリスにおける Cross & Tapper on Evidence の公式のような、伝聞法則の適用範囲に関する確立した公式が存在していたわけではない。むしろ、最高裁は、包括的な定義を採用することを意図的に避けていたと考えられる<sup>26</sup>。

---

は、例えば、以下の文献を参照。Shawn Moen, *Seeking More Than Truth: A Rationalization of the Principled Exception to the Hearsay Rule*, 48 ALTA. L. REV. 753 (2011).

<sup>25</sup> LEDERMAN, ET AL., *supra* note 22, § § 6.89-6.92.

<sup>26</sup> その理由について、1996年の Hawkins 判決では以下のような意見が述べられている。

「過去、当裁判所は一般的に、伝聞法則に関する単一の包括的な定義を採用することを拒

もっとも、判例上、伝聞証拠該当性判断に関する一応の指針は示されてきた。すなわち、最高裁は、①当該供述がその内容の真実性を証明するために提出され、かつ、②原供述者を同時的に反対尋問する機会がないということが、伝聞を定義づける特徴（defining feature）であるとしていた<sup>27</sup>。したがって、具体的な理解はコモンロー上のイギリスにおけるそれとほとんど異ならなかったと思われる。

## 第2款 Baldree 判決以前：Wysochan 判決

上記のように、カナダにおける伝聞法則の適用範囲は、コモンロー上のイギリスにおけるそれと類似すると考えられる。しかし、Baldree判決まで、最高裁の判例で「黙示的主張」の問題について最高裁が直接的に判断したものは存在せず、この点について最高裁がいかなる見解に立つのかは明らかではなかった。

もっとも、下級裁判所の判例の中には、この問題に関係するものがいくつか存在した。その最も初期の、かつ、代表的なものとして扱われる判例は、1930年のWysochan判決<sup>28</sup>である。同判決の概要は以下の通りである。

被告人Wysochanは、Antia Kropaという女性を銃殺したとして、謀殺罪で起訴された。また、銃撃事件発生当時、両名の他に、Antiaの夫であるStanly Kropaも現場に居合わせしており、それ以外には誰もいなかったことが明らかになっていた。つまり、犯人である可能性のある人物はStanlyとWysochanしか存在しないという状況にあった。事実審理において、Wysochanは、Antiaを銃撃したのは自分ではなくStanlyであると主張した。そして、銃撃の直後、Antiaが死の直前に、友人に対し、Stanlyに助けを求める言葉を発していた旨を、その友人が証言することの許容性が問題となった。

Antiaの発言内に含まれている「明示的主張」は、あくまでも、「Stanlyに助けてほしい」ということである。しかし、Stanlyが銃撃の犯人ではないという認識を有していなければ、通常はそのような発言をしないと考えられる。そうすると、この発言には、Stanlyが犯人ではないことの「黙示的主張」が含まれているといえる。

---

否してきた。それは、伝聞法則の網羅的な定義（exhaustive definition of the rule）を行って、公判外の供述者による供述が、一つないしそれ以上の既存の伝聞の危険（すなわち、宣誓の欠如、証言と同時になされる反対尋問の欠如、並びに供述態度の証拠の欠如）を引き起こす状況の全範囲を捕捉し損ねるのを恐れてのことである。」R. v. Hawkins, *supra* note 20, para. 60 per Lamer CJC & Iacobucci J.

<sup>27</sup> この特徴に言及した判例は多数存在する。近時のものとして、例えば、以下のものがある。R. v. Bradshaw [2017] 1 SCR 865, para. 20.

<sup>28</sup> R. v. Wysochan (1930) 54 CCC 172.

しかし、サスカチュワン州控訴裁判所は、「黙示的主張」の問題を検討せず、また、特段の理論的検討を行わずに、当該証言は非伝聞であるとして、これを許容した。

Wysochan 判決の判決内容そのものは、「黙示的主張」の問題を直接的に議論したのではないが、これは一般的に、「黙示的主張」の証拠を非伝聞に分類した判例として理解されている<sup>29</sup>。

### 第3款 Baldree 判決

#### 1. 事実の概要

それでは、Baldree 判決の内容について説明する。Baldree 判決は、最高裁が「黙示的主張」の論点について直接的に判断した初めての判例であり、現在も通用しているものである。その事実関係は、以下の通りである。

被告人 Baldree が譲渡の意図を伴ったマリファナ所持の罪で逮捕され、警察署で取調べを受けている最中に、Baldree の携帯電話に着信があり、警察官がこれを受けたところ、「Chris Baldree」と、Baldree のフルネームを呼びかける言葉と、「草を1オンスくれ」と要求する言葉が聞こえた旨の、当該警察官の証言——以下、「本件証言」という——が許容されるかが公判で争われた<sup>30</sup>。なお、電話の発信者の身許は不明であった。

事実審理において、裁判官は、このような通話がなされたこと自体が関連性のある状況証拠であるため、本件証言は非伝聞として許容されるとし、Baldree は有罪とされた。

#### 2. オンタリオ州控訴裁判所の判断

オンタリオ州控訴裁判所では、本件証言を伝聞証拠として排除する見解が2対1の多数を占め、Baldree の上訴が認容された<sup>31</sup>。なお、反対意見は、公判裁判官と同様の理由により、「黙示的主張」の問題を論じずとも、本件証言は非伝聞証拠として許容されるとしていた。一方で、多数派の裁判官は、本件証言が、Baldree が薬物の売人である旨の電話発信者による「黙示的主張」の証拠であると正面から認め、そのうえで、これは伝聞証拠に該当し、かつ、伝聞例外としても許容されないとした。

---

<sup>29</sup> そもそも裁判所はこの論点を見落としていた可能性があることが学説上指摘されている。PACIOCCO & STUESSER, *supra* note 9, at 147.

<sup>30</sup> つまり、薬物要求者が多数存在したイギリスの *Kearley* 判決と比べて、薬物を要求した人物の「黙示的主張」に依拠しなければ関連性が認められにくい事実関係であったといえる。

<sup>31</sup> *R. v. Baldree* 109 OR (3d) 721.



### 3. 最高裁の判断

検察側の上告を受けた最高裁は、全員一致で原審の判断を是認した。その理由について、法廷意見は、言語行為内の「黙示的主張」を伝聞証拠に分類する方が理論的に一貫しているという点と、カナダでは言語行為内の「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠に分類しても不都合が生じないという点を挙げている。以下では、その理由付けについて、具体的に説明する。

#### (1) 理論的観点

法廷意見によれば、言語行為内の「黙示的主張」の証拠が伝聞証拠に分類されるべき理由は以下の2点に求められる。

第一の理由は、仮に電話発信者の言葉の中に、「Baldree が薬物の売人である」旨の「明示的主張」が含まれていたとすれば、その「主張」についての証言は伝聞であるのだから、「黙示的主張」も伝聞証拠として扱われるべきであるという、Kearley 判決で指摘されたのと同様の理由である<sup>32</sup>。すなわち、どのような言い回しが用いられたのかという偶然の事情によって、実質的に同内容の供述が、「黙示的主張」となったり、「明示的主張」となったりする可能性があるため、両者を典型的に区別することは適切でないという理由である。

第二の理由は、伝聞法則の原理に関係するものである。すなわち、「明示的主張」であれ、「黙示的主張」であれ、4つの「伝聞の危険」、すなわち、知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述の誤謬の危険性が等しく含まれているのであり、許容性の判断に際して原理的に両者を区別する必然性はないという理由である。言語行為内の「黙示的主張」は真摯になされたものであると考えられるという論理は、そもそもその論理の正当性が大いに疑問であり、仮にそれを認めるとしても、その他の誤謬の危険性は依然として残るとして、これ以上のことが詳細に論じられているわけではないものの、正面から否定されている<sup>33</sup>。

以上の理由付けは、その言い回しこそ、伝聞法則の原理が強調されたカナダ法の独自性を有するものであるが、実質的な内容は Kearley 判決におけるそれとほぼ同様のものであり、コモソローの考え方が踏襲されているといえる。

#### (2) 不当な結論が回避可能であるという点

法廷意見は、上記の理論的根拠を説明した後に、カナダでは特段の不都合が生じない旨

---

<sup>32</sup> なお、最高裁は、両者を区別する「原理上の理由はない (there is no principled reason)」という、プリンシプルド・アプローチを想起させる説明を行っている。Id. paras 40-43.

<sup>33</sup> Id. paras. 45-48.

を説明している。すなわち、イギリスでは、Kearley判決の後に、価値が高いと見込まれる伝聞証拠を許容する余地が失われる事態が生じたことが問題視され、立法でこれが覆されたが、カナダでは、プリンシプルド・アプローチが採用されているため、伝聞例外の柔軟な取り扱いが可能であるから、価値が高いと見込まれる伝聞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<sup>34</sup>。

#### 4. 非言語行為内の「黙示的主張」について

法廷意見は、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠の取扱いについて補足的な説明を加えている。すなわち、法廷意見は、本件で伝聞法則の適用を認めたのは、あくまで、言語行為内の「黙示的主張」の証拠についてであるとする。そして、それとは異なり、非言語行為内の「黙示的主張」についても伝聞法則が適用されるべきかという問題については、最高裁は、判断を回避し、他日を期す旨を明言している<sup>35</sup>。

非言語行為内の「黙示的主張」の問題については、本判決の事案を解決するために判断する必要が無かった。もし仮に最高裁が法廷意見の中でこの問題について検討し、判断を示すとすれば、その理由付けは、言語行為内の「黙示的主張」のみについて判断する場合に比べて相対的に困難が伴うであろう。

まず、法廷意見が示した第一の理由は、供述の文言に着目したものであるところ、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。

また、第二の理由についても同様のことがいえる。「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いう論理は、連邦証拠規則の諮問委員会註釈で示された論理である。しかし、元々は、この論理は非言語行為内の「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。

---

<sup>34</sup> *Id.* paras. 55-56, 61, 64.

<sup>35</sup> *Id.* paras. 60, 62-63. なお、Baldree判決の翌年（2014年）のBadgerow判決は、非言語行為内の「黙示的主張」の伝聞証拠該当性が問題となる事件であった。オンタリオ州控訴裁判所は、そのことに言及したものの、問題となった証拠が仮に伝聞証拠であるとしても、プリンシプルド・アプローチのもとで許容されるという処理がなされている。R. v. Badgerow, 2014 ONCA 272.

## 第5節 本章の整理

最後に、カナダ法の動向について整理を行う。

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は、考えが示されていない。

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最高裁自身が述べており、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

### 第1節 課題の確認

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。課題は以下の通りであった。

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った。この問題は、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も可能なものであった。

第二の課題は、公判外における事実認識の表明の要素を伴わない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という問題であった。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も検討されるべきである。

第2章における比較法分析により、これらの課題は、英米法圏では「黙示的主張」の取扱いの問題として長年の議論の蓄積があることが明らかになった。英米法圏での用語法に従っていえば、第一の課題は、言語行為内の「黙示的主張」の証拠に伝聞法則が適用されるべきかを問うものであり、第二の課題は、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠に伝聞法則が適用されるべきかを問うものである。

### 第2節 第一の課題について：言語行為内の「黙示的主張」の取扱い

#### 第1款 第一の選択肢：一律に非伝聞として扱う

それでは、第一の課題について検討する。

まず、こ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。この選択肢を採用する場合、具体的には、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が公判外供述の「内容たる事実」に一切含まれないと理解すれば、通説的定義の枠内で処理することが可能である。また、理論上の正当性が認められるならば、通説的定義とは異なるかたちで、伝聞証拠の定義を再構成することも考えられるであろう。

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、2003 年法（イギリス）の定義を模倣することが考えられる。そこで、まず、2003 年法の定義を模倣することの妥当性について検討する。

### 1. 2003 年法（イギリス）の定義を模倣することの妥当性

2003 年法の定義は、日本法の用語に置き換えていえば、要証事実の真実性を他者に信じさせる目的でなされた公判外供述の証拠のみを伝聞証拠に分類するというものであった<sup>1</sup>。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。

最大の問題は、2003 年法のもとでは、「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という点である。

要証事実の真実性を他者に信じさせる目的でなされたのでない供述は表現（真摯性）の誤謬の危険の程度が無視してよいほどに典型的に小さく、他者に公開されることが予定されていない「明示的主張」の場合もこの類型に該当するという論理が是認されることが、この帰結を理論上正当化するための必要条件であるといえる<sup>2</sup>。しかし、この定義の発案者たる LC は、そもそもこのような帰結の判例が出現することを念頭に置いていなかったと考えられており、それゆえに、LC の報告書では、「明示的主張」の証拠が非伝聞となる余地についての言及が欠けていた<sup>3</sup>。つまり、LC の報告書では、かかる論理の妥当性については触れられていない。

一般論として、他者に公開されることが予定されていない「明示的主張」が真摯になされたものであることが比較的多いといえるとしても、表現（真摯性）の誤謬の危険の程度が無視してよいほどに典型的に小さいと評価することまではできないであろう。例えば、出来事を誇張ないし脚色して日記に書き留める行為や、自己の認識とは異なる事実について独り言を述べるという行為は、人の行動として特段おかしいものではなく、十分あり得ることであると思われる<sup>4</sup>。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、

---

<sup>1</sup> 第 5 章第 4 節。

<sup>2</sup> 第 5 章第 3 節第 2 款 6. (3) (4) 参照。

<sup>3</sup> LC がこのような定義を発案した意図は、連邦証拠規則や統一証拠法のように、「黙示的主張」の証拠に伝聞法則が適用される解釈の余地を完全に封じることにあつたのであり、「明示的主張」の証拠の一部を非伝聞とすることは意図されていなかった。

<sup>4</sup> もちろん、このような場合に虚偽の供述がなされる場合が比較的少ないことは否定されない。しかし、虚偽の供述の可能性が十分あり得る以上、真摯性の危険性が「無視してよいほどに」小さいものとはいえないであろう。

理論上正当であるとはいいがたい。

イギリスにおいては、手続の公正さに有害な影響を及ぼすと判断された証拠については、裁判官がその裁量で排除する権限が認められていることから<sup>5</sup>、2003年法の定義のもとでも被告人に対する手続の公正さを保持する手立ては残されていると考えられる<sup>6</sup>。しかし、そのような規定を持たない日本の刑訴法のもとでは、なおのこと模倣すべきでない定義であると思われる。

## 2. 通説的定義を前提にした処理の妥当性

それでは、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は妥当であろうか。本稿で取り上げた限りでは、比較法上、これに類する法制度を採用する法域は存在しなかった。また、英米の学説上も、かかる方策を支持する趣旨の見解は、少なくとも有力説としては見受けられなかった<sup>7</sup>。

したがって、この立場を支持するためには、第1章において紹介した戸田弘の見解に依拠するよりないと思われる。第2章以下で用いられた英米法上の用語も織り交ぜつつ改めて整理すると、戸田の見解は以下のようなものであった<sup>8</sup>。

- ・「明示的主張」は「資料が端的であり直接的であるため、特に努力して警戒しないかぎり、一般に、ともすれば検討不足のまま、安易にその言葉を受け入れてしまう危険がある」ため、公判外の「明示的主張」の証拠は伝聞証拠である。
- ・一方で、「黙示的主張」は、「資料が明らかに間接的であるために、特に警戒をしないでも、おのずから、さまざまな解釈の可能性を検討しつつ、これを受け入れることになる」ため、これを非伝聞に分類してもよい。

このように、戸田の見解は、「明示的主張」と「黙示的主張」との間に類型的な差異を

---

<sup>5</sup> 第5章第6節。

<sup>6</sup> ただし、イギリスで被告人に対する手続の公正さが実際に保持されているかという点は、規定の運用状況を調査しなければ評価できない。この点については、今後の研究課題としたい。

<sup>7</sup> 「黙示的主張」の柔軟な取扱いを提唱するMcCormickでさえも、「黙示的主張」の証拠を一律に非伝聞に分類すべきとまでは述べておらず、「信用性の合理的保障」の存否についての個別的判断を求めている。第2章第3節第3款2.(2)。

<sup>8</sup> 戸田弘「心の状態を述べる供述・自然発生的供述と『伝聞証言』」河村澄夫＝柏井康夫編『刑事実務ノート(1)』25頁以下、27-28頁(判例タイムズ社、1968年)。詳しくは、第1章第5節第2款1.参照。

見出して後者を非伝聞に分類するものであり、かつ、それを正当化する理論的根拠を提示するものである。しかし、以下の理由により、この理論的根拠は必ずしも正当であるとは思われない。

言語行為内の「黙示的主張」に関する英米法の議論においても指摘されているように<sup>9</sup>、ある事実が「明示的主張」として言語として発現するか、それとも「黙示的主張」とどまるかは、いかなる言い回しが用いられたかという偶然の事情にしばしば左右されるのであり、そのような偶然の事情によって、特に警戒を行う必要性の有無が変わってくることは認めがたい。

例えば、「私たちが犯人の A を庇いましょう」という発言と、「私たちが A を庇いましょう」という公判外での発言を比較した場合、「犯人が A である」という事実との関係では、前者は「明示的主張」であり、後者は「黙示的主張」である<sup>10</sup>。この事例では、発言に「犯人の」という文言が含まれていたか否かは、発言者がどのような言い回しを用いたのかという偶然の事情によって変わり得るところ、この違いによって「安易にその言葉を受け入れてしまう危険」の程度に有意な差があるとは考えられないであろう。換言すれば、両発言の解釈の幅は實際上ほとんど異ならず、後者についてのみ、「さまざまな解釈の可能性を検討しつつ、これを受け入れる」ということにはならないと思われる。

また、戸田の見解を採用した場合、伝聞・非伝聞の区別にあたって供述の文言が決定的な意味を持ち得ることになる。したがって、上記の発言を見聞きした人物が公判で証言する際に、その発言中に「犯人の」という文言が含まれていたか否かが争点になるような事態の発生も想定され、好ましくないと思われる。

比較法的にいえば、戸田のいう、「安易にその言葉を受け入れてしまう危険」は、「明示的主張」と「黙示的主張」とを区別する理論的根拠としては特段の議論がなされてこなかった<sup>11</sup>。むしろ、Finman が指摘するように、「黙示的主張」の証拠のような多義的かつ曖

---

<sup>9</sup>特に、イギリスの Kearley 判決（第 5 章第 2 節）およびカナダの Baldree 判決（第 6 章第 4 節第 3 款）参照。

<sup>10</sup>アメリカの Krulewitch 判決（第 3 章第 2 節第 1 款 1.）をもとにした例である。

<sup>11</sup>なお、第 5 章第 3 節第 2 款 3. (6) において、伝聞法則の根拠論として、伝聞証拠が陪審および治安判事によって過大評価される危険性が検討されており、この根拠論は戸田の見解に近い側面があるようにも思われる。しかし、ここで検討されたのは、陪審および治安判事が職業裁判官と協働せずに事実認定を担う場面であった。また、問題の所在は、陪審および治安判事が説示を適切に理解することができるのかという点にあった。説示をなす職業裁判官については、伝聞の危険について適切に警告を行うことがむしろ当然に期待されていることから、戸田の見解とは大きな隔たりがあるといえる。

味な証拠については、いかなる「主張」が含まれているのかを解釈することが必要とされるところ、これについては反対尋問によって確認することがきわめて有用であり、その必要性が相対的に高度であるともいい得る<sup>12</sup>。

以上より、「明示的主張」と言語行為内の「黙示的主張」とで「安易にその言葉を受け入れてしまう危険」の程度に類型的な差異を見出す戸田の考え方は妥当ではない<sup>13</sup>。

### 3. 結論

以上より、「黙示的主張」の証拠を一律に非伝聞に分類する考え方には理論的正当性を見出すことができず、採用すべきではないと解する。すなわち、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は適切ではない。

## 第2款 第二の選択肢：一部伝聞証拠・一部非伝聞とする

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。

### 1. 区別の指針

区別基準を検討するにあたっては、前提として、Morgan の見解<sup>14</sup>を参照することが有益であろう。Morgan の見解は、以下のようなものであった。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（substantial risks）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いものについては、裁判所が許容してよいというものである。

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

---

<sup>12</sup> Ted Finman, *Implied Assertions as Hearsay: Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence*, 14 STAN. L. REV. 682, 688-91 (1962).

<sup>13</sup> 非言語行為内の「黙示的主張」の限度において戸田の見解が妥当するかは、今後の研究課題としたい。

<sup>14</sup> 第2章第3節第4款。



類してもよいという発想を認めているといえる<sup>15</sup>。

そして、この発想自体は、日本法にも取り入れてよいと思われる。現在の精神状態の供述を非伝聞に分類すべきとする日本の多数説は、これには表現（真摯性）・叙述に関する伝聞の危険が存在するものの、知覚・記憶に関する危険は存在しないという点を一つの有力な根拠とするものであった<sup>16</sup>。つまり、Morgan の発想は、既に日本法の議論においても部分的に受容されている——ないしは受容する素地がある——ということができるところ、これをさらに一般化した法理として受容しても構わないのではないかと思われる。

Morgan が指摘するまで自覚されていなかった可能性があるが、そもそも、伝聞法則は、その発祥から現在に至るまで、伝聞の危険が全部ではなく一部存在するにとどまる証拠については、これを一律に排除する証拠法則ではなかったといえる。仮に伝聞法則がこれを一律に排除する証拠法則であったならば、伝聞の危険が一部のみしか存在しない証拠——とりわけ、叙述の危険のみ、あるいは叙述および表現（真摯性）の危険のみしか存在しない証拠——の多くが当然に非伝聞として許容されてきたことの説明に窮するであろう<sup>17</sup>。その意味で、伝聞・非伝聞は、伝聞の危険がゼロか、そうでないかによって区別されるものではなく、伝聞の危険の個数を重要なメルクマールとした程度問題での区別がなされてきたといえる。

## 2. 区別の設定の可否について

### (1) 知覚・記憶・表現（真摯性）・叙述のいずれに焦点を当てることが可能か

それでは、言語行為内の「黙示的主張」について Morgan の発想を取り入れることができるのであろうか。上記の発想を言語行為内の「黙示的主張」の証拠の取扱いに反映させることができるかを検討する前提として、4 種類の伝聞の危険のうち、そのいずれに焦点を当てることが可能であるかを確認する。

---

<sup>15</sup> Morgan 自身は、「黙示的主張」は伝聞の危険が全て存在する類型であるから、これを非伝聞に分類するのは妥当ではないという立場である。しかし、一定の「黙示的主張」は表現（真摯性）の危険性が不存在であるか、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があるとすれば、その証拠を非伝聞に分類してもよいという考え方を否定するものではないと思われる。

<sup>16</sup> この点について、例えば、以下の文献を参照。古江頼隆『事例演習刑事訴訟法（第3版）』395-402頁（有斐閣、2021年）。

<sup>17</sup> 歴史的に現在の心理状態の供述が英米法圏で伝聞証拠として扱われてきたのは、むしろ例外的である可能性があるようにも思われる。しかし、この点を判断するためには、今後、より掘り下げた調査が必要である。

まず、「明示的主張」と「黙示的主張」、あるいは一部の「黙示的主張」とそれ以外との間に、知覚ないし記憶に関する危険について、類型的な危険性の程度の差を見出すことはできないと思われる。「主張」が明示されているか、それとも黙示的なものであるかということそれ自体は、知覚ないし記憶の正確性に何ら影響を及ぼすものではないと考えられるためである。

また、叙述ないしこれに相当する危険に関する危険性の程度は、むしろ、「明示的主張」よりも「黙示的主張」の方が類型的に高度な傾向が認められる。「明示的主張」は事実についての直接的な叙述であるがゆえに、いかなる叙述がなされているのかという、その意味内容の解釈に困難を伴わないことが多いが、「黙示的主張」は間接的な叙述であることから、いかなる「主張」が含まれているのかという、その意味内容の解釈が多義的かつ曖昧なものとなりがちであるといえよう<sup>18</sup>。

したがって、「黙示的主張」の一部について、類型的に伝聞の危険が不存在であるか、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。

## (2) 連邦証拠規則・統一証拠法の立場：「主張する意図」の要件の設定の当否

それでは、言語行為内の「黙示的主張」のうち、表現（真摯性）に関する危険が不存在であるか、またはこれが無視できるほどに軽微であるものを抽出するような基準を設定することは可能であろうか。

このような基準の代表であり、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。英米法圏では、この「主張する意図」の基準以外に、特段の有力な基準は提唱されていないといってよい状況にあると思われる。

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）の危険が不存在であるか、これが無視できるほどに軽微であるとするものであり<sup>19</sup>、Falknor の理論を取り入れたものであった。すなわち、証明の対象となる事実について「主張する意図」が存在しない「黙示的主張」であれば、表現（真摯性）の危険が存在しないか、またはこれが無視できるほどに軽微であるため、その証拠を非伝聞に分類するという考えを採用したものであった。

先に述べた通り、表現（真摯性）に関する危険が存在しないか、これが無視できるほど

---

<sup>18</sup> Finman, *supra* note 12, at 688-91.

<sup>19</sup> この点は諮問委員会註釈および ALRC の報告書によって明らかにされている。第 3 章第 1 節第 3 款 3. (1) (2)、第 4 章第 4 節第 2 款 2. (1)。

に軽微な場合であれば、知覚・記憶・叙述の誤謬の危険性が存在するとしても、伝聞法則によって排除するに足りる程度の危険性が存在しないという基本的な発想については賛同してもよいと思われる。

しかし、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<sup>20</sup>。

アメリカでは、言語内の「黙示的主張」について、一律に「主張する意図」の存在を肯定する判例と、一律にこれを否定する判例がともに出現するなど、両極端な解釈がなされている。また、オーストラリアでは、2008年に、「主張する意図」の要件を客観的に判断できるようにすることを目的とする法改正が実施されたが、それにもかかわらず、この基準を無力化するような判例が出現している。さらに、イギリスでは、「主張する意図」の要件の導入が本格的に検討されたものの、その不明確性を認め、最終的に導入が見送られた。

以上の理由により、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。

### 3. 結論

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。

#### 第3款 第三の選択肢：一律に伝聞証拠として扱う（私見）

残された選択肢は、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であり、私見では、これが妥当であると解する。この結論は、第一の選択肢と第二の選択肢の検討の結果からも消去法的に導かれるものであるが、その理由をより積極的に述べるとすれば、以下のような説明が可能である。

##### 1. 私見の理由

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

---

<sup>20</sup> この点について、第3章第2節第2款、第4章第5節参照。

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。

この点について、「黙示的主張」の概念の説明の際に示した、「Aさんが、『消防車を呼んでください。甲ビルです。』と叫んでいました」という証言の例をもとに、より具体的に説明する<sup>21</sup>。この場合、Aという人物は、直接的には、「甲ビルのもとへ消防車を呼んでほしい」という趣旨の叙述をしているのであり、「甲ビルで火災が発生した」という事実については、言語行為内の「黙示的主張」が含まれているに過ぎない。しかし、この場合であっても、「甲ビルのもとへ消防車を呼んでほしい」という趣旨の内容の叙述の真摯性の程度に応じて、「甲ビルで火災が発生した」という事実についての推認力が変動すると考えられる。仮に、「甲ビルのもとへ消防車を呼んでほしい」という叙述がAの本心に基づくものであるとするならば、「甲ビルで火災が発生した」という事実をAが本当に認識しているという推認の確実性はきわめて高度であるといえる。一方で、この叙述が全くの虚偽であるとすれば、「甲ビルで火災が発生した」という事実をAが本当に認識しているという推認の確実性は著しく低下する。

言語行為内の「黙示的主張」に関する限り、発現された意思内容と「黙示的主張」として推認できる事実との間には、上記の関係性が通常存在するといえるであろう。とすると、言語行為内の「黙示的主張」について、表現（真摯性）の危険が存在しないか、無視できるほどに軽微であるとまでいえる事例は容易には想定しがたいと思われる<sup>22</sup>。

確かに、このような関係性が存在しない場合が皆無とまでは断定できないであろう。その意味で、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は、伝聞の危険が全て存在するわけではない証拠についても伝聞証拠に分類してしまうという、いわば過剰包摂であるという可能性を完全に否定することはできない。しかしながら、「主張する意図」の要件を設けるなどして、上記のような関係性が存在しない証拠を抽出するための基準を設ければ、その基準の適用が安定しないという弊害が大きく、また、理論的にも、かかる証拠を適切に抽出する基準を設定することは困難であると思われる。

以上より、言語行為内の「黙示的主張」に関する限りにおいて、その証拠は一律に伝聞証拠に分類されるべきと解する<sup>23</sup>。この選択肢は、通説的定義の枠組みに修正を加えずして採用することが可能である。すなわち、公判外供述の「内容たる事実」の範囲を、供述

---

<sup>21</sup> 第2章第1節第2款、第3章第1節第3款3.(3)イ参照。

<sup>22</sup> ここまでの説明について、以下の文献を参照。Finman, *supra* note 12, at 699-706.

<sup>23</sup> この立場を前提とすれば、第1章第3節の事例③におけるWの証言は、伝聞証拠に分類される。

者の供述過程を介在した推認を必要とするあらゆる証拠を捕捉するものとして捉えるべきである。

## 2. 条文との関係

最後に、刑訴法 320 条 1 項の条文解釈としても、このような見解を採用することに特段の支障は無いということを確認する。

規定文言上、伝聞法則は、「公判期日における供述に代」わる書面と「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」に対して適用されるものであった。

通説的定義は、公判外供述の「内容たる事実」の真実性を証明する証拠には伝聞法則が適用されるとするものであるところ、これは、条文の文言からは幾分か離れるものの、伝聞法則の根拠との関係でいかなる証拠が「公判期日における供述に代」わる書面であり、あるいは「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」であると評価されるのかを判別するための基準であった。すなわち、320 条 1 項は、「供述」の内実を明らかにするための、より具体的な判別基準を用いつつ適用される規定であるといえる。

そして、言語行為内の「黙示的主張」を伝聞証拠に分類するという考え方は、公判外の「供述」を対象として、その内実が通説的定義の射程よりも広範囲であると理解するものに過ぎず、公判外の「供述」の内実に取り得ないようなものについてまで伝聞法則の射程を及ぼそうとするものではない。

したがって、言語行為内の「黙示的主張」主張の証拠が一律に伝聞証拠に分類されるという解釈は、320 条の条文解釈上、十分可能であると考えられる。

### 第3節 第二の課題について：非言語行為内の「黙示的主張」の取扱い

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<sup>24</sup>。私見でも、結論として、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。そして、その理由は、以下の通りである。

まず、前節において述べた通り、伝聞の危険が一部存在するも、全部存在するわけでない証拠は、伝聞証拠に分類するに足りるだけの危険性が含まれず、非伝聞扱いしてよいという、連邦証拠規則をはじめとした現在の英米法圏の制定法の基本的な発想は、日本法においても取り入れられてよいと解する。

---

<sup>24</sup> ただし、カナダは、非言語行為内の「黙示的主張」の証拠を非伝聞扱いすることを宣言しているわけではなく。結論を留保している状況にある。

それでは、非言語行為内の「黙示的主張」の場合に、伝聞の危険の一部、具体的には表現（真摯性）の危険が存在しないか、その危険性が無視してよい程度に軽微であるといえるであろうか。

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<sup>25</sup>。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<sup>26</sup>。

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<sup>27</sup>。

また、少なくともアメリカ、オーストラリア、イギリスの3か国で現在特段の問題が生じていないという状況に鑑みて、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。

#### 第4節 おわりに

最後に、現時点で残された課題を確認する。

ここまで述べたような、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解釈は、これまで非伝聞として扱われていた証拠が伝聞証拠に分類される契機となり得るものである。そして、言語行為内の「黙示的主張」の証拠は、伝聞例外のいずれかに該当しない限り、その証拠能力は認められないことになる。

カナダは、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見解を採用

---

<sup>25</sup> 非言語行為に事実認識の表明の要素が伴っていると評価されるならば、その行為は、もはやここで議論の対象とされている「黙示的主張」ではなく、非言語行為を手段としてなされる、「主張する意図」の伴った「明示的主張」であり、供述であると評価されることになる。

<sup>26</sup> 以上の論理は、第2章第4節第5款において説明した Falknor の見解に依拠するものである。

<sup>27</sup> なお、この考え方によって、第1章第3節の事例④における W の証言は、非伝聞という結論が導かれる。

した法域である。しかし、カナダでは、プリンシプルド・アプローチという「柔軟」な伝聞例外の法理が確立していたことから、このような見解を採用したとしても、許容性という意味において特段大きな不都合は生じないと考えられるということが、判旨で述べられていた。すなわち、許容されてしかるべき価値の高い「黙示的主張」の証拠が仮に存在するとしても、これを伝聞例外として「柔軟」に許容することが可能であると考えられていた<sup>28</sup>。

これに対して、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るとなれば、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。すなわち、言語行為内の「黙示的主張」の証拠を伝聞証拠に分類することにより、日本法では具体的にどの程度不都合がもたらされるのかという点について検討を進める必要がある。そして、既に存在する伝聞例外規定の解釈論の枠内で不都合な事態の発生を抑制することが可能であるのか、あるいは、さらなる伝聞例外規定の立法を検討するなど、解釈論以外の手段によらなければ抑制が困難であるのかを、比較法的知見を用いつつ詳細に調査しなければ、真の意味で「黙示的主張」の問題を解決することにはならないと思われる。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。特に強調されるべきは、本稿は、伝聞の危険が存在する証拠の処理の問題を中心に据えて議論したに過ぎないということである。その他の問題、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。

---

<sup>28</sup> また、連邦証拠規則および統一証拠法のもとで「主張する意図」の基準が完全に無力化する事態が仮に発生したとしても、前者には残余例外が存在し、後者の伝聞例外も日本法よりかなり広範なものであるため、かかる証拠を許容する途は残されているといえる。

## 既発表の論文等の業績

- ・「イギリスにおけるコモンロー上の伝聞法則（1）（2・完）——伝聞法制改革前史——」  
早稲田大学大学院法研論集 170号 131頁以下、171号 137頁以下（2019年）
- ・「伝聞証拠の意義をめぐるイギリスの法制改革」早稲田法学会誌 70巻 2号 139頁以下  
（2020年）
- ・「カナダ法における伝聞証拠の意義と『原理』に基づく伝聞例外の規律」早稲田大学大  
学院法研論集 174号 109頁以下（2020年）
- ・「オーストラリアにおける伝聞証拠の意義の変遷（1）（2・完）」早稲田大学大学院法研  
論集 176号 115頁以下（2020年）、177号 67頁以下（2021年）
- ・「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）



## 参考文献一覧

本論文および既発表論文において直接引用した文献を以下に掲げる。

### 〔日本語文献〕

- ・新井正男「イギリスにおける法改革：法律委員会の成立をめぐって」中央大学 100 周年記念論文集法学部編集委員会編『中央大学 100 周年記念論文集：法学部』1 頁以下（1985 年）
- ・浅香吉幹「コモン・ロー諸国間の判例の相互引用：イングランド、カナダ、オーストラリア、ニュー・ジーランド」比較法研究 74 号 198 頁以下（2012 年）
- ・浅香吉幹「ニュー・ジーランドにおける枢密院司法委員会上訴の廃止と最高裁判所の創設：コモン・ローの普遍性に関する一視座」国家学会雑誌 120 巻 5・6 号 396 頁以下（2007 年）
- ・アレックス・ガードナー（小川富之訳）「オーストラリア憲法制度の最近の動向(資料)」広島法学 18 巻 1 号 261 頁以下（1994 年）
- ・アンドリュー・ワトソン（鯉越溢弘訳）「陪審裁判に関する『刑事司法に関する王立委員会の勧告』」法政理論 28 巻 4 号 135 頁以下（1996 年）
- ・石丸俊彦ほか『刑事訴訟の実務（下）（三訂版）』（新日本法規、2011 年）
- ・伊藤博路「供述調書等の非供述証拠的使用についての一考察：東京地裁平成 16 年 5 月 28 日判決を契機として」信州大学法学論集 9 号 213 頁以下（2007 年）
- ・伊藤博路「伝聞法則の適用範囲に関する一試論（1）～（5・完）」北大法学論集 48 巻 4 号 721 頁以下（1997 年）、5 号 991 頁以下、49 巻 1 号 123 頁以下、2 号 349 頁以下、3 号 537 頁以下（1998 年）
- ・井上正仁ほか編著『刑事訴訟法制定資料全集：昭和刑事訴訟法編（1）～（14）』（信山社、2001-2016 年）
- ・上野芳久「カナダ刑法の特徴」比較法制研究（国土館大学）36 号 113 頁以下（2013 年）
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法（第 2 版）』（有斐閣、2018 年）
- ・エドモンド・M・モーガン（青柳文雄訳）『法務資料 349 号・354 号 証拠法の基本問題（上）（下）』（1958-1959 年）
- ・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（有斐閣、2002 年）
- ・大澤裕「イギリス刑事司法の改革：1984 年警察・刑事証拠法及び 1985 年犯罪訴追法を中心に（13）～（15）——刑事手続における書証（1）～（3・完）」ジュリスト 974 号 76 頁以下、976 号 90 頁以下、978 号 141 頁以下（1991 年）

- ・大谷直人「伝聞法則について」原田國男ほか編『刑事裁判の理論と実務：中山善房判示退官記念』260頁以下（成文堂、1998年）
- ・大谷祐毅『公判外供述の証拠使用と証人審問権の役割』（有斐閣、2022年）
- ・小野清一郎「新刑訴における証拠の理論」刑法雑誌4巻3号289頁以下（1954年）
- ・小野清一郎ほか『ポケット註釈全書 刑事訴訟法（下）（新版）』（有斐閣、1986年）
- ・角田雄彦「刑訴法321条1項2号後段における『実質的に異つた』の意義——「実質的に」という文言の多義性・曖昧さに留意して——」白鷗大学法科大学院紀要10号137頁以下（2017年）
- ・勝田成治ほか「座談会 刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト551号30頁以下（1974年）
- ・川出敏裕「証明力を争う証拠」法学教室475号102頁以下（2020年）
- ・川出敏裕『判例講座刑事訴訟法[捜査・証拠篇]（第2版）』（立花書房、2021年）
- ・河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法（第7巻）（第2版）』（青林書院、2012年）
- ・川島享祐『自白法則の理論的構造』（有斐閣、2022年）
- ・清野憲一「英国刑事法務事情（3）」刑事法ジャーナル5号110頁以下（2006年）
- ・栗本一夫「伝聞法則」団藤重光責任編集『法律実務講座 刑事編（第8巻）』1845頁以下（有斐閣、1956年）
- ・江家義男『刑事証拠法の基礎理論（訂正版）』（有斐閣、1952年）
- ・後藤昭『伝聞法則に強くなる』（日本評論社、2019年）
- ・小西秀宣「判批」研修408号75頁以下（1982年）
- ・小早川義則『共犯者の自白』（成文堂、1990年）
- ・小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁II——証人対面権、強制的証人喚問権』（成文堂、2016年）
- ・小早川義則『共犯者の自白と証人対面権』（成文堂、2016年）
- ・小早川義則「不一供述と伝聞法則：米連邦証拠規則について（1）～（4・完）」名城法学35巻1号58頁以下（1985年）、2号3頁以下、3号86頁以下、4号1頁以下（1986年）
- ・小林充「伝聞証拠に関する覚え書」北海学園大学法学研究45巻2号365頁以下（2009年）
- ・小山貞夫編著『英米法律語辞典』（研究社、2011年）
- ・小山雅亀「伝聞法則の再構築」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法（下）』813頁以下（日本評論社、2007年）
- ・小山雅亀「研究ノート：イギリスの裁判所と欧州人権裁判所との伝聞法則をめぐる『対話』——Al-Khawaja 判決および Horncastle 判決を中心に——」西南学院大学法学論集

48 卷 3・4 号 349 頁以下 (2016 年)

- ・ 小山雅亀「公判期日前の証人尋問制度再考の必要性——欧州人権裁判所とイギリスの裁判所の対話からの示唆——」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 (下)』273 頁以下 (成文堂、2016 年)
- ・ 齋藤憲司「オーストラリアの『独立』: イギリス議会による 1986 年オーストラリア法制定」ジュリスト 872 号 56 頁以下 (1986 年)
- ・ 笹倉宏紀「伝聞証拠の意義(上)~(下)」法学教室 469 号 72 頁以下、470 号 108 頁以下、471 号 99 頁以下 (2019 年)
- ・ 佐藤文哉「刑事司法に関する米連邦最高裁判例の動向 (3)」判例タイムズ 272 号 15 頁以下 (1972 年)
- ・ ジェームズ・C・ロブ (小野坂弘訳)「カナダにおける量刑」新潟大学法学部日加比較法政研究会編 (桑原昌宏編集代表)『カナダの現代法』(御茶の水書房、1991 年)
- ・ 品田充儀「イギリスとカナダの王立委員会制度」神戸外大論叢 49 卷 3 号 25 頁以下 (1998 年)
- ・ 島田仁郎「英国における法改正の機構: 主として刑事法関係を中心として」法曹時報 20 卷 4 号 64 頁以下 (1968 年)
- ・ 下山瑛二「イギリスにおける最近の法典化: Law Commission の構成・機能およびその問題点」比較法研究 180 頁以下 (1970 年)
- ・ 鈴木邦夫=武藤伴夫「諸外国における刑事司法制度の調査研究 (6): オーストラリアにおける刑事司法制度について」警察学論集 64 卷 10 号 113 頁以下 (2011 年)
- ・ 鈴木茂嗣「伝聞概念について」同『続・刑事訴訟の基本構造 (下)』546 頁以下 (成文堂、1997 年)
- ・ 鈴木茂嗣「Dutton v. Evans, 400 U. S. 74 (1970) ——共犯者の法廷外の供述を証拠とすることが証人対質権の保障に反せず合憲とされた事例」アメリカ法 1974 年 2 号 397 頁以下 (1974 年)
- ・ 高平奇恵「イギリス 2003 年刑事司法法における悪性格証拠の許容性」法政研究 79 卷 3 号 341 頁以下 (2012 年)
- ・ 田口守一「証人審問・喚問権と伝聞法則」現代刑事法 16 号 4 頁以下 (2000 年)
- ・ 田口守一『刑事訴訟法 (第 7 版)』(弘文堂、2017 年)
- ・ 田中和夫『新版証拠法 (増補第 3 版)』(有斐閣、1971 年)
- ・ 田中和夫『英米法概説 (再訂版)』(有斐閣、1981 年)
- ・ 田中英夫『英米法総論 (上)』(東京大学出版会、1980 年)
- ・ 田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991 年)
- ・ 田邊真敏『アメリカ連邦証拠規則』(レクシスネクシス・ジャパン、2012 年)

- ・田淵浩二「刑事訴訟法 322 条の原理と解釈」法政研究 84 卷 3 号 17 頁以下 (2017 年)
- ・田宮裕『刑事訴訟法 (新版)』(有斐閣、1996 年)
- ・田村豊『英國刑事裁判の研究』(清水書店、1939 年)
- ・土屋正三「イギリスの新『警察及び刑事証拠法』略説 (1) ~ (9・完)」警察研究 56 卷 11 号 3 頁以下、12 号 15 頁以下 (1985 年)、57 卷 2 号 18 頁以下 (1986 年)、58 卷 1 号 19 頁以下、3 号 22 頁以下、4 号 16 頁以下、5 号 19 頁以下、6 号 22 頁以下、7 号 31 頁以下 (1987 年)
- ・津村政孝「心理状態の供述と伝聞法則」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集 (下)』345 頁以下 (有斐閣、1991 年)
- ・津村政孝「イギリス証拠法の成立——伝聞法則を中心として——証拠法研究ノート (1)」学習院法務研究 2 号 65 頁以下 (2010 年)
- ・戸田弘「心の状態を述べる供述・自然発生的供述と『伝聞証言』」河村澄夫=柏井康夫編『刑事実務ノート (1)』25 頁以下 (判例タイムズ社、1968 年)
- ・中村恵「米国における連邦証拠規則の制定について」警察学論集 28 卷 8 号 143 頁以下 (1975 年)
- ・成瀬剛「科学的証拠の許容性 (2) (3)」法学協会雑誌 130 卷 2 号 386 頁以下、3 号 573 頁以下 (2013 年)
- ・成瀬剛「イギリスにおける専門証拠規律の最新動向」信州大学経法論集 1 号 37 頁以下 (2017 年)
- ・成富守登「イギリス刑事手続における脆弱ないし畏怖証人への対応」同志社法学 72 卷 1 号 69 頁以下 (2020 年)
- ・西田潤一郎「司法制度改革の中の検察職員：オーストラリアにおける刑事司法手続及び陪審制度について(上) (下)」研修 696 号 57 頁以下、697 号 33 頁以下 (2006 年)
- ・庭山英雄『民衆刑事司法の動態』(成文堂、1978 年)
- ・庭山英雄「刑事司法王立委員会報告書に学ぶ」専修法学論集 60 号 219 頁以下 (1994 年)
- ・幡新大実『イギリスの司法制度』(東信堂、2009 年)
- ・橋本雄太郎「オーストラリア刑事司法の現状と課題」杏林社会科学研究 7 卷特別号 54 頁以下 (1990 年)
- ・橋本雄太郎「オーストラリア刑事法改正の動向と課題」杏林社会科学研究 7 卷 2 号 48 頁以下 (1991 年)
- ・濱田毅「非伝聞の許容性と『要証事実』」同志社法学 72 卷 7 号 2343 頁以下 (2021 年)
- ・濱田毅「非伝聞の許容性と『衡量基準』」同志社法学 73 卷 6 号 1149 頁以下 (2021 年)
- ・平松紘『現代オーストラリア法』(敬文堂、2005 年)
- ・平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958 年)

- ・平野龍一『刑事訴訟法概説』（有斐閣、1968年）
- ・平野龍一「伝聞法則の将来」同『訴因と証拠』198頁以下（有斐閣、1981年）
- ・平野龍一「伝聞排斥の法理」同『訴因と証拠』220頁以下（有斐閣、1981年）
- ・古江頼隆「伝聞法則の系譜（覚書）」同志社法学67巻2号599頁以下（2015年）
- ・古江頼隆『事例演習刑事訴訟法（第3版）』（有斐閣、2021年）
- ・法務省刑事局（堀田力編訳）『刑事基本法令改正資料第22号 アメリカ合衆国連邦証拠規則注釈』（1976年）
- ・法務大臣官房司法法制調査部司法法制課（中村恵訳）『法務資料第425号 アメリカ合衆国連邦証拠規則』（1975年）
- ・法務省大臣官房司法法制調査部編（三井誠＝井上正仁訳）『イギリス警察・刑事証拠法/イギリス犯罪者訴追法』（法曹会、1988年）
- ・堀江慎司「証人審問権の本質について——アメリカにおける議論を中心に（1）～（6・完）」法学論叢141巻1号1頁以下、2号1頁以下、3号1頁以下、4号1頁以下、5号1頁以下、142巻2号1頁以下（1997年）
- ・堀江慎司『「心理状態の供述」について』三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』451頁以下（成文堂、2007年）
- ・堀江慎司「第6修正の対面条項の射程をめぐる最近の判例」アメリカ法2010年1号106頁以下（2010年）
- ・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』166頁以下（有斐閣、2013年）
- ・堀部政男「法改革の歴史と展望：イギリスのロー・コミッションを中心として」比較法研究37号98頁以下（1975年）
- ・本多俊雄「オーストラリアの最高裁判所」海外司法ジャーナル2号130頁以下（1996年）
- ・本田正義＝桂正昭「伝聞法則の例外」団藤重光責任編集『法律実務講座刑事編（第8巻）』1893頁以下（有斐閣、1956年）
- ・松井茂記『カナダの憲法：多文化主義の国のかたち』（岩波書店、2012年）
- ・松尾浩也『刑事訴訟法（下）（新版補正第2版）』（有斐閣、1998年）
- ・松尾浩也監修『条解刑事訴訟法（第5版）』（弘文堂、2022年）
- ・松田岳士『「言葉の非供述的用法」と非伝聞（1）（2・完）」阪大法学70巻2号31頁以下（2020年）、5号757頁以下（2021年）
- ・松本英俊「イギリスにおける評議の秘密」駒澤法曹11号23頁以下（2015年）
- ・光藤景皎「伝聞概念について」同『刑事証拠法の新展開』239頁以下（成文堂、2001年）
- ・緑大輔「アメリカの刑事手続上の公判外供述（1）～（3）」法律時報94巻10号101頁以下、11号138頁以下、12号128頁以下（2022年）

- ・三好幹夫「伝聞法則の適用」大阪刑事実務研究会『刑事証拠法の諸問題（上）』60頁以下（判例タイムズ社、2001年）
- ・本吉邦夫「供述と非供述の区分け：伝聞法則と発言」判例タイムズ 867号 8頁以下（1995年）
- ・安村和雄＝杉山英巳「伝聞の意義」熊谷弘ほか編『証拠法体系Ⅲ 伝聞証拠』9頁以下（日本評論社、1970年）
- ・山崎清『証拠法序説』（有精堂、1961年）
- ・山田邦夫『諸外国の憲法事情 3：オーストラリア』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2003年）
- ・山田道郎「以前の一致供述による証明力の回復」同『証拠の森：刑事証拠法研究』58頁以下（成文堂、2004年）
- ・リチャード・カレン（小川富之訳）「オーストラリアの連邦制度」広島法学 17巻4号 387頁以下（1994年）
- ・渡辺修＝山田直子『被疑者取調べ可視化のために――オーストラリアの録音・録画システムに学ぶ』（現代人文社、2005年）
- ・渡辺咲子「現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈：伝聞法則を中心として」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』293頁以下（青林書院、2003年）
- ・渡辺咲子「現行刑事訴訟法の伝聞法則に関する規定の制定経緯について」明治学院大学法律科学研究所年報 20号 41頁以下（2004年）
- ・J. H. ウィグモア（平野竜一＝森岡茂訳）『証拠法入門』（東京大学出版会、1964年）

#### 〔外国語文献〕

- ・ ANDREW LIGERTWOOD & GARY EDMOND, AUSTRALIAN EVIDENCE: A PRINCIPLED APPROACH TO THE COMMON LAW AND UNIFORM ACTS (6th ed. 2017)
- ・ Andrew L-T Choo, HEARSAY AND CONFRONTATION IN CRIMINAL TRIALS (1996)
- ・ Andrew L-T Choo, *Defining the Scope of the Hearsay Rule in Criminal Cases, in A COMPARATIVE PERSPECTIVE, PRINCIPLES, PROCEDURE, AND JUSTICE* 15 (Rabea Assy and Andrew Higgins eds. 2020)
- ・ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, REPORT NO. 26: EVIDENCE (INTERIM) (1985)
- ・ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, REPORT NO. 38: EVIDENCE (1987)
- ・ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, REPORT NO. 102: UNIFORM EVIDENCE LAW (2005)
- ・ Charles Robert Williams, *Issues at the Penumbra of Hearsay*, 11 ADEL. L. REV. 113 (1987)

- Charles T. McCormick, *The Borderland of Hearsay*, 39 Yale. L.J. 489 (1930)
- CHARLES T. MCCORMICK, HANDBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE (1st ed. 1954)
- Christopher B. Mueller, *Post-Modern Hearsay Reform: The Importance of Complexity*, 76 MINN. L. REV. 413 (1992)
- Collin Tapper, *Hillmon Rediscovered and Lord St Leonards resurrected*, 106 LAW Q. REV. 441 (1990)
- Collin Tapper, *Hearsay in criminal cases: an overview of Law Commission Report No. 245 [1997]* CRIM L.R. 771
- Craig R. Callen, *Hearsay and Informal Reasoning*, 47 VAND. L. REV. 43 (1994)
- David E. Seidelson, *Implied Assertions and Federal Rule of Evidence 801: A Continuing Quandary for Federal Courts*, 16 MISS. C. L. REV. 33 (1995)
- Diane Birch & Michael Hirst, *Interpreting the New Concept of Hearsay*, 69 CRIM. L.J. 72 (2010)
- Edmund M. Morgan, *Hearsay and Non-Hearsay*, 48 HARV. L. REV. 1138 (1935)
- Edmund M. Morgan, *The Hearsay Rule*, 12 Wash. L. Rev. & St. B.J. 1 (1937)
- Edmund M. Morgan, *Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept*, 62 HARV. L. REV. 177 (1948)
- Edmund M. Morgan, *Hearsay*, 25 MISS. L. J. 1 (1953)
- Eustace Seligman, *Exception to the Hearsay Rule*, 26 HARV. L. REV. 146 (1912-1913)
- FED. R. EVID. Rule 801 advisory committee's note
- FED. R. EVID. Rule 801 advisory committee's note to 1987 amendment
- FED. R. EVID. Rule 801 advisory committee's note to 2011 amendment
- FED. R. EVID. Rule 807 advisory committee's note
- FED. R. EVID. Rule 807 advisory committee's note to 2019 Amendment
- FIONA HUM ET AL., AUSTRALIAN UNIFORM EVIDENCE LAW (2019)
- Glen Weissenberger, *Reconstructing the Definition of Hearsay*, 57 OHIO ST. L.J. 1525 (1996)
- Hamish STEWART ET AL. EDS., EVIDENCE: A CANADIAN CASEBOOK (4th ed. 2016)
- IAN DENNIS, THE LAW OF EVIDENCE (7th ed. 2020)
- JACK B. WEINSTEIN ET AL., WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, COMMENTARY ON RULES OF EVIDENCE FOR THE UNITED STATES COURTS (2d ed. 2018)
- JEREMY GANS ET AL., UNIFORM EVIDENCE (3d ed. 2019)
- JOHN DYSON HEYDON, CROSS ON EVIDENCE 1211 (13th ed. 2021).
- JOHN H. WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW (3d ed. 1940)

- John M. Maguire, *The Hearsay System: Around and Through the Thicket*, 14 VAND. L. REV. 741 (1961)
- JOHN R SPENCER, HEARSAY EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS (2014)
- Judson F. Falknor, *Silence as Hearsay*, 89 U. PA. L. REV. 192 (1940-1941)
- Judson F. Falknor, *The “Hear-Say” Rule as a “See-Do” Rule: Evidence of Conduct*, 33 ROCKY MNTN. L. REV. 133 (1961)
- Laurence H. Tribe, *Triangulating Hearsay*, 87 HARV. L. REV. 957 (1974)
- LAW COMMISSION, EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: HEARSAY AND RELATED TOPICS (1995)
- LAW COMMISSION, EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: HEARSAY AND RELATED TOPICS (1997)
- Margaret A. Berger, *How Would or Should the Supreme Court Interpret the Definitions in Rule 801*, 16 MISS. C. L. REV. 13 (1995)
- Mark McKenna, *Walton v The Queen, The Queen v Benz and Beyond: A New Direction in Hearsay*, 20 UNIV. WEST. AUST. L. REV. 675 (1990)
- Mark Weinberg, *Implied Assertions and the Scope of the Hearsay Rule*, 9 MONASH U. L. REV. 268 (1973)
- MCCORMICK'S HANDBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE (2d ed. E. Cleary 1972)
- MICHAEL H. GRAHAM, FEDERAL RULES OF EVIDENCE IN A NUTSHELL (11th ed. 2020)
- Michael S. Pardo, *Testimony*, 82 TUL. L. REV. 119 (2007)
- NEIL WILLIAMS ET AL., UNIFORM EVIDENCE IN AUSTRALIA (3d ed. 2020)
- Noah Marks & Jessica Ranucci, *The Implied Assertion Doctrine Applied to Legislative History*, 21 LEWIS & CLARK L. REV. 1135 (2018)
- Olin Guy Wellborn III., *Definition of Hearsay in the Federal Rules of Evidence*, 61 TEX. L. REV. 49 (1982)
- PAUL C. GIANNELLI, UNDERSTANDING EVIDENCE (5th ed. 2018)
- Paul S. Milich, *Re-Examining Hearsay under the Federal Rules: Some Method for the Madness*, 39 U. KAN. L. REV. 893 (1991)
- Richard Lloret, *Assertion and Hearsay*, 125 DICK. L. REV. 347 (2021)
- ROBERT P. MOSTELLER ed., MCCORMICK ON EVIDENCE (8th ed. 2020)
- 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 (1981)
- Roger C. Park, *I Didn't Tell Them Anything About You: Implied Assertions as Hearsay Under the Federal Rules of Evidence*, 74 MINN. L. REV. 788 (1990)



- RODERICK MUNDAY, *CROSS & TAPPER ON EVIDENCE* (13th ed. 2018)
- Ronald J. Allen, *The Hearsay Rule as a Rule of Admission Revisited*, 94 *FORDHAM L. REV.* 1395 (2016)
- ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE, *REPORT OF THE ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE* (1993)
- Rupert Cross, *The Periphery of Hearsay*, 7 *MELB. U. L. REV.* 1 (1969)
- Stephen A. Saltzburg, *Restyling Choices and a Mistake*, 53 *WM. & MARY L. REV.* 1517 (2012)
- STEPHEN A. SALTZBURG ET AL., *FEDERAL RULES OF EVIDENCE MANUAL* (12th ed. 2019)
- Stephen Odgers, *Walton v. The Queen—Hearsay Revolution?* 13 *CRIM L.J.* 201 (1989)
- STEPHEN ODGERS, *UNIFORM EVIDENCE LAW* (17th ed. 2022)
- STEVE COUGHLAN, *CRIMINAL PROCEDURE* (4th ed. 2020)
- STEVEN PENNY ET AL., *CRIMINAL PROCEDURE IN CANADA* (2d ed. 2018)
- Sydney N. LEDERMAN ET AL., *THE LAW OF EVIDENCE IN CANADA* (5th ed. 2018).
- Ted Finman, *Implied Assertions as Hearsay: Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence*, 14 *STAN. L. REV.* 682 (1962)
- Vaughn C. Ball, *The Changing Shape of the Hearsay Rule*, 38 *Ala. Law.* 502 (1977)
- Vicki Wayne & Gerald McGinley, *Farewell to Hearsay—Expanding Cracks in the Hearsay Rule*, 17 *MELB. U. L. REV.* 72 (1989)