

# 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

佐藤友幸

- 第1. はじめに——本稿の目標設定
  1. 前稿で示された課題
  2. カナダ法を参照する意義
    - (1) カナダとイギリスの関係性
    - (2) カナダ法それ自体の特性
  3. 本稿の検討順序
- 第2. 前提——カナダの裁判所制度および証拠法の枠組み
- 第3. 伝聞例外の在り方
  1. Myers 判決前後の動向
  2. Khan 判決
    - (1) 判決内容
    - (2) 判決の影響
  3. プリンシプルド・アプローチの確立
    - (1) Smith 判決
    - (2) その後
  4. Starr 判決以降
    - (1) Starr 判決前の一般的な理解
    - (2) Starr 判決以降形成された準則
- 第4. カナダにおける伝聞証拠の意義——「黙示的主張」の問題を中心に
  1. 伝聞証拠の意義に関する一般的議論
  2. Baldree 判決以前
    - (1) Wysochan 判決
    - (2) Kearley 判決類似の事実関係の諸判例
  3. Baldree 判決
    - (1) 事実の概要
    - (2) オンタリオ州控訴裁判所の判断
    - (3) 最高裁の判断
    - (4) 何ら「主張」を行うことが意図されていない単純な行為の取り扱いについて
  4. 若干の整理
- 第5. 本稿のまとめ

## 第 1. はじめに——本稿の目標設定

### 1. 前稿で示された課題

筆者は、これまでの論文で、イギリス<sup>(1)</sup>（イングランドおよびウェールズ）の伝聞法制改革を取り上げ、同国において伝聞証拠の意義に大幅な変更が加えられたことを紹介した。すなわち、イギリスでは、2003年刑事司法法（Criminal Justice Act 2003）の制定により、裁判所から見て、供述を行った人物の目的が、他者に当該供述事項を信じさせるということ<sup>(2)</sup>でなければ、当該供述を非伝聞とするという変更が加えられ、それによって、判例上、例えば、性犯罪被害の内容が綴られた私的な日記などが新たに非伝聞となること<sup>(3)</sup>が明らかにされた。そして、その理論的根拠は、①上記目的の伴わない供述は真摯になされたものであると考えられ、かつ、②真摯になされた供述であれば、供述過程のその他の部分に誤謬の危険性が認められるとしても、排除するには及ばないという点にあった。しかし、これらの根拠の正当性については、疑問の余地の残るところであり、さらなる検討を加えることが課題として残されていた。

### 2. カナダ法を参照する意義

本稿は、このイギリスの改革の位置付けを確認し、併せて、伝聞証拠に関する規律の世界的趨勢を明らかにする作業の一環として、カナダの改革の概況<sup>(4)</sup>を検討するものである。筆者がカナダに注目する理由は以下の点に求められる。

#### (1) カナダとイギリスの関係性

まず、カナダとイギリスとの間の密接な関係性が理由として挙げられる。カナダは、1867年に英領北アメリカ法（British North America Act, 1867）——

1982年憲法法律（Constitution Act, 1982）成立の際に1867年憲法法律（Constitution Act, 1867）に改称される<sup>(5)</sup>——によって自治領の地位を獲得するまでイギリス植民地であった。そして、1933年まで、カナダ国内裁判所の刑事判決に対しては、枢密院司法委員会（Judicial Committee of the Privy Council）への上訴が認められていた。また、それ以降も、カナダは、イギリスの判決を頻繁に参照しており<sup>(7)</sup>、反対に、イギリスの側からカナダの判決を参照することも珍しくない<sup>(8)</sup>。このような沿革を持ち、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、対比的検討の対象として格好であると思われる。

## （2）カナダ法それ自体の特性

もともと、上述の理由は、他のコモンウェルス諸国の多くにおいても認められるものである。むしろ、イギリスとの関係性という意味においては、オーストラリアやニュージーランドの方が密接であるともいえる<sup>(9)</sup>。しかし、カナダは、イギリスとの国家的な関係性を捨象しても、伝聞法則との関係では、それ自体が興味深い法域であるといえる。というのも、カナダでは2013年になって、「黙示的主張（implied assertion）」に伝聞法則が適用されるとする見解——以下、この見解を「伝聞説」とし、伝聞法則が適用されないとする見解を「非伝聞説」とする——を採用した判例が出現したためである<sup>(10)</sup>（Baldree 判決<sup>(11)</sup>）。

時系列上、Baldree 判決は、イギリス貴族院が伝聞説を採用した Kearley 判決<sup>(12)</sup>以降、イギリス国内でこれに対する非難が集中し、最終的にその内容が立法で覆されたことを目の当たりにした後に下されたものである。つまり、イギリスが立法で Kearley 判決を否定した後に、カナダは敢えて Kearley 判決に沿った立場を採用したのである。しかも、現在、カナダほど明確なかたちで伝聞説を採用している法域は存在しないと考えられる。そうすると、カナダでこのように特異に見える選択がなされた要因について分析することを通じて、伝聞証拠の意義に関する問題のうち、特に、英米法圏の数多くの国

において議論がなされている、「黙示的主張」の問題に関する新たな知見がもたらされることが期待できよう。

### 3. 本稿の検討順序

本稿では、まず、伝聞法則の議論の理解に最低限必要と思われる限度に絞ってカナダの裁判所制度と証拠法の枠組みを説明する(第2)。続いて、Baldree判決の重要な前提をなす、伝聞例外に関するカナダ特有の規律準則について説明する(第3)。最後に、「黙示的主張」に関する議論を中心に据えて、伝聞証拠の意義をめぐる最高裁の立場について概観する(第4)。

#### 第2. 前提——カナダの裁判所制度および証拠法の枠組み

周知の通り、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とに分かれている。

まず、犯罪の訴追は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裁判管轄権が認められているものの、その最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」とする——である。また、連邦議会(Parliament of Canada)が有する刑事手続法の法律制定権限(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>(13)</sup>)が制定されており、ケベック州を含む各州は、刑事手続法については、その運用権限や、それを支える裁判所制度の構築に関する権限を有するに過ぎない(1867年憲法法律92条14号<sup>(14)</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なされておらず、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>(15)</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まで設けられていない。<sup>(16)</sup>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といつてよい構造となっている。

イギリスでは、制定法によって包括的に伝聞証拠に関する準則を設けるという意味で、「改革」が実現されたところ、カナダでは、上記の状況から明らかであるように、立法上の「改革」が存在しない。しかし、本稿で示される、伝聞証拠の規律をめぐる最高裁の一連の動向は、「伝聞革命 (hearsay revolution)」<sup>(17)</sup>と評する論者もいるほどの大きな変動をもたらすものであり、「司法上の改革 (judicial reform)」<sup>(18)</sup>が実施されたという認識について特段の異論は存在しないと思われる。

### 第3. 伝聞例外の在り方

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 (principles) に遡って個別的に、柔軟に判断されるべきであるとする準則のことである。<sup>(19)</sup>以下では、その細部についての紹介は行わないが、本稿の目標との関係上、同準則の枠組みについて、その形成の過程をたどりつつ、概説する。

#### 1. Myers 判決前後の動向

イギリスで Myers 判決が<sup>(20)</sup>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ころ、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、個別具体的な要請に対応すべく設けられた非包括的な制定法上の伝聞例外と、真に必要な場合に限って行われた司法上の伝聞例外の創出<sup>(21)</sup>によって伝聞例外が規律されていた。Myers 判決が下されたのは、包括

的立法がなされないまま、理論的に整理されているとはいえない伝聞例外の類型が増大し、これが複雑化することに貴族院の裁判官が危惧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、カナダにも妥当していたと考えられる。<sup>(22)</sup>

しかし、最高裁は、1970年に、Ares 対 Venner 判決<sup>(23)</sup>という民事判決において、Myers 判決を引用しつつ、そこで少数派となった見解——裁判所が伝聞例外の創出を行う余地が認められるべきとの見解——がカナダでは妥当すると明示したうえで、新たに伝聞例外を創出した。同判決は、医師の医療過誤の有無が争点となった訴訟において、看護師が記載していたメモを業務記録として許容したものである。当時のコモンロー準則のもとでは、このようなメモは、記載者が死亡していない限り許容されていなかった。

もっとも、これは、あくまでも、業務記録の伝聞例外に関する新たな類型を一つ創出したものに過ぎず、伝聞例外の一般準則を導出した判決ではないと考えられていた。<sup>(24)</sup>つまり、限られた場合に、裁判所が伝聞例外の類型を創出することは否定されないが、何らかの一般的な判断基準に従って伝聞証拠の例外的許容が判断されるとは考えられていなかった。

## 2. Khan 判決

### (1) 判決内容

そのような状況に変動をもたらした画期的判例として位置付けられるものが、1990年の Khan 判決<sup>(25)</sup>である。Khan 判決は、性的暴行被害を受けたとされる女兒(供述当時3歳6か月)の公判外供述の伝聞例外としての許容性が問題となった事件である。具体的には、母親が、事件発生直後と目される時間に女兒が説明した被害内容を証言することが許容されるかが問題となった。事実審理では、女兒は証人適格を有さず、しかも、母親の証言は既存の伝聞例外に該当しないとして、その許容性が否定され、被告人 Khan は無罪とされた。検察側の上訴を受けたオンタリオ州控訴裁判所は、その許容性を認め、無罪判決を破棄したうえで再審理を命じたため、Khan が最高裁に上

告を行った。

最高裁は、裁判官全員一致で、児童による供述の伝聞証拠が、既存の伝聞例外に該当しない場合であっても、個別的にみて、これを証拠として許容することの必要性があり（necessary）<sup>(26)</sup>、かつ、これに信頼性がある（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的な許容性判断基準を示した。つまり、児童による伝聞証拠で、既存の伝聞例外に該当しないものの許容性は、一律に否定されるべきではなく、必要性和信頼性を踏まえて個別具体的に判断されるべきという言明がなされたのである。

そのうえで、最高裁は、事実審裁判官が当該女兒の証人適格を否定したことを前提とすると、母親が代わりに証言する必要性があると認定した。さらに、最高裁は、当該女兒が話をでっち上げる動機がないなどとして、信頼性があることについても認定し、当該公判外供述の許容性を肯定した。<sup>(27)</sup> 一方で、児童による公判外供述を一般的に許容性あるものとするわけではないということが強調されている。<sup>(28)</sup><sup>(29)</sup>

## （2）判決の影響

Khan 判決は新たに伝聞例外の類型を創出するのではなく、必要性和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、必要性和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>(30)</sup>

### 3. プリンシプルド・アプローチの確立

上述のように、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>(31)</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。

#### (1) 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。

まず、最高裁は、伝聞法則と伝聞例外の基礎にある原理について、アメリカの Wigmore の見解を参照しながら大要以下の内容の説明を加えている<sup>(32)</sup>。すなわち、伝聞証拠には、反対尋問による供述内容の吟味がなされないという問題点があるところ、伝聞例外は、この問題点を踏まえてもなお、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 判決で設定された基準と、この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。さらに、最高裁は、数の限られる定義付けられた類型的な伝聞例外 (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) が重要であるとも強調した<sup>(35)</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とされた。

## （2）その後

その後も最高裁は、プリンシプルド・アプローチの形成を推し進めていった。まず、B (KG) 判決において、最高裁は、プリンシプルド・アプローチのもと、証人の過去の不一致供述——コモンロー上、証人の信用性を弾劾する目的のためにしか許容できなかった——を、その内容の真実性を証明する証拠として許容した。これは、既存の伝聞例外の内容から大きく逸脱したものとして注目される。

また、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>(37)</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」との宣言を行った<sup>(38)</sup>。

## 4. Starr 判決以降

### （1）Starr 判決前の一般的な理解

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・アプローチを併用することによって判断されることとなった<sup>(39)</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年刑事司法法114条1項 (d) やアメリカの連邦証拠規則807条 (a) のよ

うな残余例外規定に相当するものであると考えられていた。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、既存の伝聞例外から漏れる場合に、補充的<sup>(40)</sup>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。上記判決において、最高裁は、ある伝聞証拠が既存の伝聞例外に該当しないと判断した後に、プリンシプルド・アプローチによる検討を行うという手順を踏んでいたため、そのように理解することが最も自然であったといえる。

## (2) Starr 判決以降形成された準則

ところが、2000年の Starr 判決以降の一連の判決により<sup>(41)</sup>、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の枠組みが変容させられ得ることが明らかにされた。すなわち、ある既存の伝聞例外の要件が、プリンシプルド・アプローチの観点から、緩やかすぎる、または、厳格すぎると判断される場合には、要件の加重や撤廃などの修正が加えられるべきであるという準則が示されたのである。

最終的に、最高裁が確立した準則は、以下のように整理される。<sup>(42)</sup>

- 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、事実審裁判官が判断する。

- 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、事実審裁判官が、当該伝聞証拠が必要性と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・アプローチが伝聞証拠の許容性判断についての第一次的な基準であるということが強調されており、既存の伝聞例外の絶対性は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>(43)</sup>

#### 第4. カナダ法における伝聞証拠の意義——「黙示的主張」の問題を中心に

##### 1. 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、改革前のイギリスにおける Cross & Tapper on Evidence の公式<sup>(44)</sup>のような、伝聞証拠の意義に関する確立した公式が定着しているわけではない。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。その理由について、1996年の Hawkins 判決では以下のように説明されている。

「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伝統的な伝聞の危険性（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。<sup>(45)</sup>」

もっとも、判例上、伝聞証拠該当性判断に関する指針は繰り返し示されてきた。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) であるとした。<sup>(46)</sup> この特徴を踏まえれば、伝聞証拠該当性の判断について改革前のイギリスの公式と結論が異なることはほとんどないと思われる。ただ、Hawkins 判決で述べられた懸念に現れているように、慎重な取り扱いが図られているがゆえに、その意義について断定的なことを述べないようにされていたといえよう。

## 2. Baldree 判決以前

### (1) Wysochan 判決

上記のように、カナダにおける伝聞証拠の意義は、基本的には、改革前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、カナダ国内の下級審判例の中には、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 <sup>(47)</sup> 判決である。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 も現場に居合わせており、それ以外には誰もいなかったことが明らかとなっていた。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な「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——Wysochan が犯人であるという推論を導き得る——の「黙示的主張」が含まれていることは明らかである。そして、その「黙示的主張」の内容の真実性を証明する証拠として用いるのでなければ、当該証言は関連性を有しないものと考えられる。

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ものではない。しかし、非伝聞説に立脚しない限りは、許容性を肯定する論理が成り立ち得ないと考えられることから、これは、一般的に、非伝聞説を採用した判決であると受け止められている。<sup>(48)</sup>

## (2) Kearley 判決類似の事実関係の諸判例

また、Kearley 判決の出現後、Baldree 判決の前の時点において、最高裁を含むカナダ国内裁判所の判例で、Kearley 判決類似の事案を取り扱ったものが存在する。

### ア. Edwards 判決・Wilson 判決

その第一の判例が、1994年のEdwards判決である。Edwards判決では、被告人Edwardsが占拠していた建物に、Edwardsに対して規制薬物譲渡を求めた電話が短時間のうちに10本掛かってきたという事実の証拠の、Edwardsの薬物譲渡の意図の証拠としての許容性が争われた。オンタリオ州控訴裁判所は、この証拠は伝聞証拠に該当しない<sup>(50)</sup>うえ、仮に伝聞証拠に該当するとしても、プリンシプルド・アプローチのもと、必要性和信頼性の要件を充足することから、許容されるとした。つまり、ここでは、伝聞説・非

伝聞説いずれの見解を採用したとしても、許容性が認められるという判断がなされた。

一方で、同じオンタリオ州控訴裁判所が1996年に下した Wilson 判決<sup>(51)</sup>では、被告人 Wilson が占拠していた建物に訪問者が1名現れ、Wilson に薬物譲渡を求めたという事実の証拠の許容性が否定された。薬物要求が1件しかなかったという意味で、その事実関係は後述の Baldree 判決の事実関係と特に類似するものであるが、Wilson 判決の段階では、「黙示的主張」の論点について特段の言及がなされず、単に、ただ1件の訪問しかなかったという点で Edwards 判決とは事案を異にすると述べられたに過ぎない。

#### イ. Ly 判決

また、1997年の Ly 判決<sup>(52)</sup>において、最高裁は、被告人 Ly と目される人物と警察官との間の通話が、Ly の譲渡の意図を証明する目的で用いられる場合に、伝聞証拠に該当せず許容されるとしたアルバータ州控訴裁判所の判決<sup>(53)</sup>を是認した。その通話の経緯・内容およびその後の事実関係は以下の通りである。すなわち、警察官が、おとり捜査の一環として、「麻薬密売ダイヤル (dial-a-dope)」に電話を掛け、規制薬物の購入を申し出たところ、電話の受け手が、譲渡の時間と場所を指定した。そして、指定された時間と場所に、Ly が当該規制薬物を携えて現れた。

アルバータ州控訴裁判所は、通話の証拠は、「出来事の一部 (part of the narrative)」の証拠として許容されるとし、最高裁は、特段の理由を付け加えずに、これを是認した。つまり、この通話は、Ly と警察官との間の薬物売買の交渉過程を明らかにするものとして、これに含まれている何らかの「主張」の真实性を問題とするまでもなく関連性を有すると理解されたものといえる。

Baldree 判決では、Ly 判決について説明が加えられており、両者は区別されるということが確認<sup>(54)</sup>されている。すなわち、Ly 判決は、非伝聞説を採用したのではなく、「黙示的主張」の論点に立ち入る必要のなかった判例として位置づけられる。

### 3. Baldree 判決

#### (1) 事実の概要

先に述べた通り、Baldree 判決は、カナダ最高裁が「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決である<sup>(55)</sup>。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（起訴された罪）で逮捕され警察署で取調べを受けていた最中に、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」と呼びかけてくる言葉と、「1 オンスの草（weed）をくれ」と要求する言葉が聞こえたという旨を、当該警察官が証言すること——以下、「本件証言」とする——が許容されるかが公判で争われた<sup>(56)</sup>。なお、電話を掛けてきた人物の身許は明らかにならなかった。

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、本件証言は非伝聞証拠として許容されるとしたうえで、Baldree に有罪判決を下したため、Baldree が上訴を行った。

#### (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>(57)</sup>。なお、反対意見は、事実審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」についての証拠であると正面から認め、そのうえで、伝聞説を採用し、かつ、伝聞例外としても許容されないとした。

#### (3) 最高裁の判断

検察側の上告を受けた最高裁では、通話の存在を証明することだけでは関

連性は認められないということを前提に、裁判官全員が伝聞説を支持し、原審の判断が是認された。伝聞説が採用されるべき理由について、法廷意見は、理論的に伝聞説の方が一貫しているという点と、——イギリスやオーストラリアとは異なり——カナダでは伝聞説によっ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。

#### ア. 理論的観点

法廷意見によれば、理論上伝聞説が妥当である理由は以下の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」旨の明示の「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判決で強調されたのと同様の理由である。<sup>(58)</sup>

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、「主張」が明示されている場合であれ、「黙示的主張」の場合であれ、4つの「伝聞の危険性 (hearsay dangers)」、すなわち、知覚・記憶・表現・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。「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非伝聞説の論理は、そもそもその論理の正当性が大いに疑問であり、仮にその論理を認めるとしても、その他の誤謬の危険性は依然として残るとして、——詳細に論じられているわけではないものの——簡潔に、正面から否定されている。<sup>(59)</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の独自色を有するものであるが、伝聞説の伝統的な理由付けが踏襲されているといえる。

#### イ. 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、カナダで伝聞説を採用することで特段の不都合が生じない旨を説明している。この点が、最高裁が伝聞説を採用する強力な後押しとなったと思われる。



すなわち、改革前のイギリスおよびオーストラリア<sup>(60)</sup>では、判例上伝聞説が採用された後に、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、伝聞証拠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>(61)</sup>。

#### （４）何ら「主張」を行うことが意図されていない単純な行為の取り扱いについて

法廷意見は、以上の理由付けにより、伝聞説を採用することを表明した上で、補足的な検討を加えている。すなわち、伝聞説を採用すると、伝聞証拠となる証拠が著しく増大し、問題があるという非伝聞説からの反論についての検討である。

法廷意見は、ここで伝聞法則の適用を認めたのは、あくまで、供述や、——領きやジェスチャーなどの——何らかの「主張」の伴った行為に含まれる「黙示的主張」についてであるとして、今回伝聞説が採用される範囲について限定をかけている。そして、それとは異なり、何ら「主張」を行うことが意図されていない単純な行為に「黙示的主張」が含まれている場合<sup>(62)</sup>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。

このような場合であっても、プリンシプルド・アプローチの適用を徹底すれば、許容性について不当な結論を回避することは不可能ではないとも思われるが、その点について最高裁は言及していない<sup>(63)</sup>。

以上の判断の後、最高裁はプリンシプルド・アプローチに則って本件証言の許容性の検討を行った。そして、最高裁は、本件証言は、これを証拠として許容する必要性がなく、かつ、信頼性にも欠けるとして、結論としてその許容性を否定し、上告を棄却した。

#### 4. 若干の整理

以上のように、Baldree 判決は、伝聞説を採用したが、法廷意見が強調し、また、証拠法学者が指摘する<sup>(64)</sup>ように、プリンシプルド・アプローチが確立したカナダにおいて、「黙示的主張」の論点は、英米証拠法圏の他の国々と比べて、深刻な問題ではないと考えられている。すなわち、伝聞説は、プリンシプルド・アプローチのような、大胆な伝聞例外の枠組みが設けられていない限りにおいては、実際上の不都合をもたらすものであるが、カナダにおいては、いずれの見解に立っても、イギリスのような問題は生じない<sup>(65)</sup>。裏を返せば、プリンシプルド・アプローチが確立していなければ、伝聞説を採用することは容易ではなかったと思われるため、伝聞説の妥当性は、プリンシプルド・アプローチの在り方に少なくとも一定限度依存しているといえる<sup>(66)</sup>。

また、伝聞法則の存在根拠を踏まえれば、純粋な理論的説明については、伝聞説の方が非伝聞説よりも一貫性を保ちやすいことが示唆されているように思われる。つまり、本判決が詳述するところではないものの、「黙示的主張」には真摯性が認められ、そして、そのことから非伝聞とされるべきとする非伝聞説の論理には、説明に困難な側面がある以上、実際上の不都合が生じないとすれば、伝聞説の方が適切であるという判断がなされやすいと考えられる。

#### 第5. 本稿のまとめ

カナダの伝聞法制には、以下のような特徴が認められる。まず、「黙示的主張」の扱いに関し、最高裁は、伝聞説に立った。しかし、カナダでは、その時点で、必要性和信頼性という一般的基準のもとで、伝聞証拠を司法上の判断によって許容することが可能となっていた。したがって、改革前のイギリスとは異なり、どれほど価値が高くとも、既存の伝聞例外に該当しない限

りは伝聞証拠の許容性を認めることができないという問題点は生じない状態であった。要するに、カナダは、伝聞証拠が排除される根拠について、理論的に一貫性を保ちやすい見解をとり、伝聞証拠の意義をきわめて広範に理解することとなったが、それによって生じる不都合を、伝聞例外を柔軟に認めることにより対処できたのである。

また、Baldree 判決における伝聞説の理由付けによれば、本稿の冒頭で示された、イギリスの改革後の伝聞証拠の意義の理論的根拠について、カナダでは判例上明確に否定されているといえるところ、この点は注目に値する。というのも、典型的に真摯であるといえるような「主張」が存在することを認めるか、そして、認めるとして、これをどのように取り扱うかという点が、伝聞証拠とされる証拠の範囲に大きな影響を与える重要な分岐点であると思われるからである。

- (1) 佐藤友幸「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）、同「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（2020年）139頁以下。
- (2) 2003年刑事司法法114条1項および115条3項。
- (3) R. v. N (K) [2006] EWCA Crim 3309; R. v. Knight [2007] EWCA Crim 3027.
- (4) 筆者の研究は、以下のような段階的な手順を踏むことを予定している。すなわち、まず、英米法諸国の伝聞法制の客観的状況を明らかにすることを通じて、比較法的な視野を広げることを第一段階とする。さらに、伝聞証拠の意義をめぐる、英米法諸国において国家横断的に議論されている理論上の問題点について踏み込んだ検討を加え、理論面の精緻化を図る段階を第二段階とする。最後に、具体的に日本法への示唆を探究する段階を第三段階とする。本稿は、そのうちの第一段階の作業の一内容として、カナダの伝聞法制の客観的な状況を明らかにすることを目的とするものである。
- (5) 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』（岩波書店、2012年）23-26頁参照。
- (6) コモンウェルス諸国およびイギリスの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たイギリスの機関のこと。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。

- (7) 例えば、あるカナダ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、Ratten 判決などの主要なイギリス判例が重要判例として掲げられている。Hamish Stewart et al. eds., *Evidence: A Canadian Casebook* (4th ed. 2016), at 131-132, 154-158, 195-199. なお、これらの判決の内容については、佐藤・前掲注(1)「イギリスにおけるコモンロー上の伝聞法則(1)」134-142頁参照。
- (8) イギリス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、Andrew Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996); Roderick Munday, *Cross & Tapper on Evidence* (13th ed. 2018), at 570-572などがある。両国の相互参照関係の一般的議論については、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(ミニ・シンポジウム イギリスの新最高裁判所)」比較法研究74号(2012年)198頁以下も参照。
- (9) 浅香・前掲注(8)200-201頁参照。また、同「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(2007年)396頁以下も参照。
- (10) 「黙示的主張」概念については、佐藤・前掲注(1)「イギリスにおけるコモンロー上の伝聞法則(2・完)」138-140頁参照。
- (11) *R. v. Baldree* [2013] 2 SCR 520.
- (12) *R. v. Kearley* [1992] 2 AC 228. 同判決の内容については、佐藤・前掲注(1)「イギリスにおけるコモンロー上の伝聞法則(2・完)」145-149頁参照。
- (13) 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)。
- (14) 以上につき、Steve Coughlan, *Criminal Procedure* (3d ed. 2016), at 8-9; Steven Penney et al., *Criminal procedure in Canada* (2d ed. 2018), §1.181-1.205参照。また、日本語文献として、ジェームス・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)182-183頁、松井・前掲注(5)64-67、327-328頁、上野芳久「カナダ刑法の特徴」比較法制研究

- （国士館大学）36号（2013年）116-118頁も参照。
- (15) 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。以上について、David M. Paciocco and Lee Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at 7-8参照。
- (16) 連邦の証拠法典に設けられている書証の伝聞例外については、*Id.* at 181-185参照。
- (17) Bruce P. Archibald, “The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?” (1999) 25 *Queen’s Law Journal* 1 参照。
- (18) 例えば、あるカナダの証拠法の体系書の伝聞の章は、最高裁の手によって近年重大な司法上の改革が遂行されたとの記述から始まっている。Sydney N. Lederman et al., *The Law of Evidence in Canada* (5th ed. 2018), §6.1.
- (19) なお、プリンシプルド・アプローチは、伝聞例外についてのものがその代表例であるものの、現在ではカナダ証拠法の多くの領域において採用されているアプローチである。例えば、類似事実証拠 (similar fact evidence) の許容性は、類似事実証拠排除法則が認められる原理を踏まえて、個別的に、柔軟に判断すべき、という準則が成立している。
- (20) *Myers v. DPP* [1965] AC 1001. 同判決の内容については、佐藤・前掲注(1)「イギリスにおけるコモンロー上の伝聞法則(1)」140-142頁参照。
- (21) 以下、本稿では、これらの伝聞例外を、「既存の伝聞例外」と総称する。
- (22) なお、*R. v. Great* [1982] 2 SCR 819, at 835では、カナダの証拠法一般について複雑性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。
- (23) *Ares v. Venner* [1970] SCR 608.
- (24) Lederman et al., *supra* note 18, §1.11.
- (25) *R. v. Khan* [1990] 2 SCR 531.
- (26) なお、ここでいう「必要性がある」とは、「合理的必要性がある (reasonably necessary)」という意味であるとされる。そのことから、ここでは、当該児童が供述不能である場合に限り必要性が認められるなどといった、厳格な立場は採られていないものといえる。具体的には、証言することによって当該児童が心的外傷を負う危険性がある場合が、必要性の認められる例とされている。*Id.* at 546.
- (27) 最高裁は、一般論として、事実審裁判官は供述がなされた時期、当該児童の供述態度 (demeanor)、人的特性 (personality)、知能 (intelligence)、

理解力 (understanding)、そして、当該児童が話をでっち上げる理由の不存在などを考慮すべきであるとした。 *Id.* at 547.

- (28) なお、最高裁は、児童に対して反対尋問することができないという、信用性評価に関する被告人の不利益は、大抵の場合は、当該伝聞証拠の証明力や補強証拠の価値に対して裁判官が注意を与えることで対処することが可能であるとした。 *Id.* at 548.
- (29) *Ibid.* したがって、児童の年齢や供述がなされた状況などの個別具体的事情によっては、必要性ないしは信頼性が否定され得るといえる。
- (30) もちろん、Smith 判決で明らかとされるように、この基準が Wigmore の見解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。
- (31) R. v. Smith [1992] 2 SCR 915.
- (32) *Id.* at 929-931. なお、法廷意見が参照しているのは、John H. Wigmore, A Treatise on The Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law, vol. 3 (2d ed. 1923), §1420-1422である。
- (33) 周知の通り、Wigmore は、「信頼性 (reliability)」ではなく、「信用性の状況的保障 (circumstantial guarantee of trustworthiness)」という言い回しを用いていたが、法廷意見では、「[「信頼性」、すなわち、Wigmore の術語によれば、信用性の状況的保障]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 31, at 933.
- (34) *Id.* at 932.
- (35) *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、必要性と信用性の状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、Munday, *supra* note 8, at 571がある。
- (36) R. v. B (KG) [1993] 1 SCR 740. なお、同判決から、最高裁自身がプリンシプルド・アプローチという名称を用い始めている。
- (37) R. v. Finta [1994] 1 SCR 701, at 854.
- (38) R. v. Hawkins [1996] 3 SCR 1043, para. 66.
- (39) 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。

- (40) Choo, *supra* note 8, at 169; Lederman et al., *supra* note 18, §6.81.
- (41) R v Starr [2000] 2 SCR 144; R. v. Mapara [2005] 1 SCR 358; R. v. Khelawon [2006] 2 SCR 787.
- (42) Paciocco and Stuesser, *supra* note 15, at 126-127; Lederman et al., *supra* note 18, §6.85参照。
- むろん、いかなる場合に必要性および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定着している。
- (43) Lederman et al., *supra* note 18, §6.89-6.92参照。
- (44) その詳細については、佐藤・前掲注（1）「イギリスにおけるコモンロー上の伝聞法則（1）」138-139頁参照。
- (45) R. v. Hawkins, *supra* note 38, para. 60.
- (46) この特徴に言及した判例は、枚挙にいとまがない。近時のものとして、例えば、R. v. Bradshaw [2017] 1 SCR 865, para. 20がある。
- (47) R. v. Wysochan (1930), 54 CCC 172 (Sask CA).
- (48) Paciocco and Stuesser, *supra* note 15, at 122は、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を指摘している。
- (49) R. v. Edwards (1994), 19 OR (3d) 239.
- (50) ここでは、多数の電話が掛かってきたという事実それ自体に関連性が認められるという判断がなされたと考えられる。これは、薬物を要求した人物の数が多くとも、その事実自体に関連性が認められるものではないとしたKearley判決——この点に批判が集まった——とは逆の立場であるといえる。
- (51) R. v. Wilson (1996), 29 OR (2d) 97.
- (52) R. v. Ly [1997] 3 SCR 698.
- (53) R. v. Ly (1996), 193 AR 149 (CA).
- (54) R. v. Baldree, *supra* note 11, paras. 49-53.
- (55) Baldree 判決を紹介・分析する文献として、特に、Gerry Ferguson and Benjamin L. Berger, “Recent Developments in Canadian Criminal Law” (2013) 37 Criminal Law Journal 315; Chris Hunt and Micah Rankin, “Hearsay by Implication: R v Baldree” (2014) 18 International Journal of Evidence and Proof 181; Chris de Sa, “Revisiting Baldree: Analyzing the Underlying Basis for the Admis-

- sion of Implied Assertions” (2017) 22 Canadian Criminal Law Review 121 参照。
- (56) つまり、薬物要求者が多数存在した *Kearley* 判決や *Edwards* 判決、被告人と警察官との間の薬物取引の過程での会話が問題となった *Ly* 判決と比較して、薬物要求者の「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。
- (57) *R. v. Baldree* (2012), 109 OR (3d) 721.
- (58) 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)」という言い回しを用いた説明を行っている。*R. v. Baldree, supra* note 11, paras. 40-43.
- (59) *Id.* paras. 45-48.
- (60) オーストラリアの動向については、次稿以降説明を加える。
- (61) *R. v. Baldree, supra* note 11, paras. 55-56, 61, 64.
- (62) 例えば、ある建物で火事が発生したことを証明する目的でなされる、当該建物内に消火器を抱えて駆け込んだ人物がいるということの目撃証言は、火事が発生したことについての、駆け込んだ人物の認識を基礎とするものであるから、「黙示的主張」として、理論上伝聞法則の適用が問題となる余地がある。しかし、当該行為それ自体は、他者に情報を伝達するものではなく、その意味で「主張」が一切含まれていない。他方、*Baldree* 判決の事実関係は、「*Baldree* が薬物の売人である」という「主張」は含まれていないものの、少なくとも、「*Baldree* から薬物を買いたい」という電話発信者の「主張」は含まれているといえる。この点について、佐藤・前掲注 (1) 「イギリスにおけるコモンロー上の伝聞法則 (2・完)」138-139頁参照。
- (63) 以上につき、*R. v. Baldree, supra* note 11, paras. 60, 62-63. そもそも、本件の解決のために、この点について判断を下す必要はなく、また、プリンシプルド・アプローチが確立しているとはいえ、この範囲にまで伝聞説の射程を及ぼせば、予備尋問の負担の増大など、何かしらの不都合が生じる可能性があるため、法廷意見では明言を避けたのだと推察される。なお、*Baldree* 判決の翌年 (2014年) の *Badgerow* 判決において、この論点が問題となる事実関係が生じ、オンタリオ州控訴裁判所は、これに言及したものの、そこでは、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.
- (64) *Hunt and Rankin, supra* note 55, at 187.
- (65) むろん、カナダの方向性に否定的なイギリスの証拠法学者も存在する。



例えば、Munday, *supra* note 8, at 571-572は、プリンシプルド・アプローチによって、予備尋問を開かなければならない場合が増大し、また、プリンシプルド・アプローチに関する判例も増大していることから、裁判所にかなりの負担が生じると批判している。

- (66) なお、改革後のイギリスも、残余裁量の伝聞例外規定（2003年刑事司法法114条1項(d)）が設けられているため、仮に伝聞説に立ったとしても、「黙示的主張」の許容性について妥当な結論を図ることは不可能ではないが、同規定は、プリンシプルド・アプローチとは異なり、積極的な利用が意図されたものではないことから、これだけでは、伝聞説の採用に踏み切ることは、少なくともカナダと比べれば、容易ではないといえる。同規定については、佐藤・前掲注(1)「イギリスの法制改革」172-173頁のほか、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巻3 = 4号（2016年）353頁注(5)、354頁注(9)、大谷祐毅「刑事裁判における公判外供述の証拠使用と証人を審問する権利の役割(4)」法学協会雑誌136巻8号（2019年）59-60頁も参照。