

オーストラリアにおける伝聞証拠の意義の変遷 (2・完)

佐藤友幸

- 第1. 本稿の位置付けと検討対象——伝聞証拠の意義をめぐる研究全体との関係性
 - 1. 本稿の目標
 - 2. オーストラリア法を参照する意義
 - 3. 具体的検討対象・本稿の検討順序
- 第2. コモンロー時代の状況
 - 1. Walton 判決前の状況
 - 2. Walton 判決による問題提起
 - 3. Benz 判決 Gaudron・McHugh 裁判官意見による「一般的例外」の提唱
 - 4. 高等法院の動向に関する整理 (以上、本誌176号)
- 第3. 統一証拠法成立から改正までの状況
 - 1. 制定の経緯
 - 2. ALRC の提言の概要
 - (1) 提言の内容
 - (2) 提言の理由
 - 3. 改正前の59条1項・2項の規定と解釈
 - (1) 制定当初の規定内容
 - (2) 解釈の要点
 - ア. 「主張する意図」の抽象的意義をどのように理解するのか
 - イ. 具体的事案においてどのように適用すべきか
 - 4. 改正内容に影響を及ぼした判例——Hannes 判決
- 第4. 統一証拠法改正以降の状況と伝聞例外
 - 1. ALRC の提言
 - (1) アメリカ連邦証拠規則の参照
 - (2) Hannes 判決の検討
 - 2. 59条の規定と解釈
 - 3. 改正の評価
 - 4. 伝聞例外について
 - (1) 全体構造
 - (2) 60条
 - (3) 65条——原供述者が利用不能の場合
 - ア. 一般規定

イ. 被告人側提出証拠の特則

(4) 66条——原供述者が利用可能の場合

(5) その他の規定

(6) まとめ

第 5. オーストラリア法のまとめ

(以上、本号)

第 3. 統一証拠法成立から改正までの状況

1. 制定の経緯

ここからは、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⁽⁷⁰⁾。

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⁽⁷¹⁾。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⁽⁷²⁾、1987年に最終報告書⁽⁷³⁾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、最終的には規定の維持および改正について提言を行う ALRC の報告書⁽⁷⁴⁾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」と呼ぶ——が実現された。後述の通り、伝聞法則に関する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、伝聞法則関係の規定に特有の事情として注意すべき点は、時系列上、最終報告書の公表の後に Walton 判決が下されているということである。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。⁽⁷⁵⁾

2. ALRC の提言の概要

(1) 提言の内容

それでは、まず、伝聞証拠の意義をめぐって 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」の取り扱いを中心的課題として、伝聞証拠の適用範囲に関する検討が行われた。⁽⁷⁶⁾ その上で、伝聞法則に関する改革の必要性が指摘され、⁽⁷⁷⁾ 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は、意図された「黙示的主張」(intended implied assertions) と意図されていない「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)」⁽⁷⁹⁾ 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、これらを包括する概念として、「表現 (representation)」⁽⁸⁰⁾ という用語を採用する。

(2) 提言の理由

ALRC は、そのような提言がなされる理由を3点示している。⁽⁸¹⁾ その内容は、大要以下の通りである。

- ・「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

していなかった限りにおいては (unless the asserter intended that the assertion be implied)、真摯性 (veracity) についての危険性は生じない——以下、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」と呼ぶ⁽⁸²⁾——ため、この場合には伝聞法則を適用すべきでない⁽⁸³⁾。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⁽⁸⁴⁾。

- ・「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 (特定の事実状態の存在または不存在など) に関する推論が導かれる場合、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」を示していることから、信用性が高度であるといえる⁽⁸⁵⁾。「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⁽⁸⁶⁾。
- ・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⁽⁸⁷⁾。

3. 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、伝聞証拠の意義に関する規定が、統一証拠法の59条1項および同条2項である⁽⁸⁸⁾。

(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⁽⁸⁹⁾。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と対応している。

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

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、上記の事実は、**主張された事実**と呼ぶ。

(2) 解釈の要点

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⁽⁹⁰⁾ということの規定している。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、「主張する意図」の概念について⁽⁹¹⁾解釈の手掛かりとなる記載は存在しないところ、この検討にあたっては、連邦証拠規則801条(a)項——同じく、「黙示的主張」の伝聞証拠の該当性について、「主張する意図」の有無で⁽⁹²⁾区別する基準が採用されている——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べきかという点と、「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べきかという点が、解釈上の要点となると考えられる。

ア。「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 判決の事実在即して考えれば、“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⁽⁹³⁾。

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⁽⁹⁴⁾。

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」の意義について何らの指針も存在しない以上、裁判所はいずれの見解を採用することもできる。つまり、改正前の 59 条 1 項は、「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⁽⁹⁵⁾。

イ. 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。

4. 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項は解釈の幅が大き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)⁽⁹⁶⁾ の Hannes 判決⁽⁹⁷⁾ 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、以下のような一般論⁽⁹⁸⁾を展開した。

・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実事⁽⁹⁹⁾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 assessor does subjectively advert to) が含まれ得る。

この Spigelman 首席裁判官の見解で提示された、「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、これを素直に理解すれば、「黙示的主張」⁽¹⁰⁰⁾に含まれている事実のほとんど全てが含まれるように思われる。つまり、本判決は、59条1項の解釈として、「黙示的主張」のほとんどすべてが伝聞証拠に分類されるという考え方⁽¹⁰¹⁾にかなり親和的であるという評価が可能である。

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 4. 統一証拠法改正以降の状況と伝聞例外

1. 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。⁽¹⁰²⁾

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。⁽¹⁰³⁾ 連邦証拠規則をめぐる判例の展開の詳しい検討は別稿に譲るが、ここでは、統一証拠法の改正に関係した限度において、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。⁽¹⁰⁴⁾

まず、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) であるとした上で、「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实性を証明するために、当事者が証拠として提出する場合」⁽¹⁰⁵⁾ における「供述」とであると定義している。⁽¹⁰⁶⁾

そして、連邦証拠規則の公式注釈によれば、この定義の重要なポイントは、「主張する意図」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。⁽¹⁰⁷⁾

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はこの段階に至って明言し、⁽¹⁰⁸⁾ 連邦証拠規則が特段の問題なく運用されていることを踏まえると、統

一証拠法においても「主張する意図」の基準を維持することが妥当であると評価している⁽¹⁰⁹⁾。

（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⁽¹¹⁰⁾。
- ・ 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と考えられるか否かという基準が設けられるべきである⁽¹¹¹⁾。

2. 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⁽¹¹²⁾。なお、同条2項については改正されていない。

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と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、その人物が特定の事実を主張することを意図していたと合理的と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。

注釈：第 2 A 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。

3. 改正の評価

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 Spiegelman 首席裁判官が行ったような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。

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して、批判が強いところである。⁽¹¹³⁾ すなわち、例えば、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、文言上不可能ではないと考えられている。⁽¹¹⁴⁾

そして、ALRC の目論見に反し、改正後もなお、「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。その代表例は、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ビクトリア州控訴裁判所 (Victorian Court of Appeal) が2015年に下した Karam 判決と Fretcher 判決⁽¹¹⁶⁾である。両判決では、改正後の規定内容は、「主張する意図」の認められる範囲を何ら限定化するものではないという裁判所の見解が示されている。両判決を踏まえると、今後、Hannes 判決のように「黙示的主張」の証拠のほとんど全てを伝聞証拠とする解釈を採用する判例が出現しても不思議はないといえよう。

4. 伝聞例外について

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。⁽¹¹⁷⁾

伝聞例外について説明を加える理由は第1で述べた通りであることから、ここでは、網羅的に規定を紹介するのではなく、その目的に沿った視点からの整理を図る。すなわち、仮に伝聞証拠に分類される証拠の範囲が広いとしても、価値のある伝聞証拠が排除されるような事態を回避することを可能とする伝聞例外の仕組みが設けられており、許容性に関して妥当性を保つことができるのかという点に着目する。なお、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。

(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上で、最も概括的な伝聞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上で伝聞例外を規定している。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いう規定がなされている。⁽¹²⁰⁾

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現実的ではないということをその根拠とするものである。⁽¹²¹⁾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。

60条1項が作用する場面として、例えば、以下の事例が考えられる。すなわち、自動車事故の事案において、公判廷で、「事故前に、自動車整備工 A が自動車の所有者 X に対して『この車のブレーキは故障している』と言っていた」と証人が証言した場合、この証言は、X が事故前に当該自動車のブレーキの故障を認識していた旨を証明するために非伝聞として関連性を有し許容され得るところ、さらに、これは、60条1項により、関連性を有する限り、A の発言当時、既に当該自動車が故障していたことを証明する証拠としても用いることが可能となる。⁽¹²²⁾

その他に、ALRC が念頭に置いている60条1項の代表的な適用場面が2種類存在する。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される場合である。⁽¹²³⁾ 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はなく、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、当該証拠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。⁽¹²⁴⁾

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。

なお、同規定の制定当初は、これが再伝聞にも適用されるかが文言上明らかではなかったため、直接伝聞にしか適用されないとする高等法院の判例 (Lee 判決) も出現した。⁽¹²⁵⁾ しかし、ALRC は、この高等法院の見解を否定し、⁽¹²⁶⁾ 2008年改正により、60条1項が再伝聞にも適用されることを明文化した (同⁽¹²⁷⁾ 2項)。

この規定は非常にラディカルなものであったことから、その採用および改正をめぐるのは、盛んに議論が繰り広げられており、統一証拠法で設けられた伝聞法則関係の規定の中でも最も特徴的なものであるといえる。

(3) 65条——原供述者が利用不能の場合

ア. 一般規定

統一証拠法65条2項では、原供述者が利用不能の場合において、4種類の伝聞例外が設けられている。⁽¹²⁸⁾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))、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))、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))、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)) 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上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、端的にいえば、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。⁽¹²⁹⁾

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出現した——Walton 判決を部分的に反映したものであった。⁽¹³⁰⁾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「一般的例外」とはいい難いものであって、完全な残余例外規定が設けら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。⁽¹³¹⁾

イ. 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) (b))⁽¹³²⁾。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。

ただし、この65条 8 項 (a) (b) 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) (b))⁽¹³³⁾。

(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を画定する重要なポイントとなる⁽¹³⁴⁾。2008年改正によって追加された66条 2 A 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⁽¹³⁵⁾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⁽¹³⁶⁾。

(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）まとめ

以上のように、統一証拠法の伝聞例外規定には、Benz 判決において提唱されたような、完全な「一般的例外」規定といえるようなものは存在しない。他方、コモンロー時代よりも伝聞例外の範囲が大幅に拡張され、証拠としての価値の高い伝聞証拠が排除される危険性はかなりの程度減退したと評価できるであろう。⁽¹³⁷⁾

第5．オーストラリア法のまとめ

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、コモンロー時代には、伝聞証拠の意義について、高等法院の多数派によって、「黙示的主張」に伝聞法則を適用すべきという見解が採用されていた。したがって、伝聞証拠の意義については、Kearley 判決直後のイギリスと同様に、厳格な立場が採用されていたといえる。

統一証拠法では、伝聞証拠の意義について、「主張する意図」を有しない表現であれば、「黙示的主張」に伝聞法則が適用されないという趣旨の規定が設けられ、コモンロー時代の厳格な立場からの脱却が図られた。この立法は連邦証拠規則を参照したものであり、解釈にあたっては、これと同様の問題状況が認められる。すなわち、「主張する意図」の意義についてかなりの解釈の幅があり、裁判所は、ほとんど全ての「黙示的主張」について、「主張する意図」の存在を認め、これの証拠を伝聞証拠に分類するという解釈を行うことが可能であった。そして、実際に、そのような解釈を行う判例が出現したことから、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

た。しかしながら、「合理的に考えられる」という文言は、「主張する意図」の範囲を限定化するものではないという考え方を示す判例が出現するなどして、依然として、「黙示的主張」が広く伝聞証拠とされる余地が残されている状況にある。

一方で、「黙示的主張」が伝聞例外に分類されることによって、価値の高い伝聞証拠が排除される危険性が生じるという、コモンロー時代から意識されていた問題点は、統一証拠法の広範な伝聞例外の枠組みによって、かなりの程度改善されたといえる。すなわち、コモンロー時代の伝聞例外は、2003年刑事司法法成立前のイギリスと同様に、個別具体的な伝聞例外の立法と司法上認められていた伝聞例外によって規律されており、硬直的で限定的であるという問題点が認められていたところ、統一証拠法のもとでは、イギリスやアメリカのように、完全な裁量に基づく伝聞例外規定は設けられなかったものの、これに準ずるような包括的な伝聞例外が設けられた。したがって、証拠としての価値が高いと目される「黙示的主張」が「主張する意図」を有するものとして伝聞証拠に分類されたとしても、多くの場合、最終的には伝聞例外として許容性が肯定される余地があり、具体事例において妥当な結論を導くことが——少なくともコモンロー時代と比較すれば——かなり容易なものとなったと評価することが可能である。

- (70) 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。
- (71) 成瀬・前掲注 (13) 595-597頁、614-615頁参照。
- (72) ALRC, *supra* note 30.
- (73) ALRC, *supra* note 35.
- (74) ALRC, Report No. 102 : Uniform Evidence Law (2005).
- (75) なお、伝聞証拠の意義については、Walton 判決で示された意見の内容は特段反映されていない。
- (76) ALRC, *supra* note 30, 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であると認識されていることが窺われる。

(77) *Ibid.*

(78) オーストラリアでは、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べき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。したがって、「明示的主張」の証拠の一部が非伝聞とされる余地が明らかに認められるイギリスの2003年刑事司法法とはかなりの隔りがあるといえる。

(79) なお、ここでいう「行為」は、言語行為 (verbal conduct) と非言語行為 (nonverbal conduct) のうち、後者のみを指す概念である。言語行為とは、一般的に口頭や書面によって言語を表出する行為の総称であり、非言語行為とは、言語行為以外の行為の総称であるところ、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。裏を返せば、「供述」の中に非言語行為は含まれないこととなる。

一方で、アメリカの連邦証拠規則の伝聞法則の章 (第8章) では、「供述 (statement)」の中に非言語行為も含まれる用語法が採用されている。この点については、佐藤友幸「アメリカ法における伝聞証拠の意義——連邦証拠規則の解釈問題——」早稲田法学会誌71巻2号 (2021年公刊予定) 参照。

(80) ALRC, *supra* note 30, vol 1, para. 684.

(81) いずれの理由も、著名な証拠法学者が提唱した理論が踏まえられたものであり、これらについて詳細な検討を加えることが本研究の今後の重要な課題である。

(82) 英語では、“intent to assert” または “assertive intent” という言い回しに対応する。

(83) ALRC *supra* note 30, vol 1, para. 684.

(84) 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) 項の規定を念頭に置い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。

(85) この根拠は、イギリスの2003年刑事司法法の立法提言においても示されたものである。佐藤・前掲注 (1) 「イギリスの法制改革」154頁。

(86) ALRC *supra* note 30, vol 1, para. 684.

(87) *Ibid.*

(88) 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。

(89) 改正前の59条 1 項および同条 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**.

(90) 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。連邦証拠規則における解釈については、佐藤・前掲注 (79) 参照。

(91) その意味で、改正前の統一証拠法と連邦証拠規則とで事情は共通しているといえる。この点について、佐藤・前掲注 (79) 参照。

(92) 連邦証拠規則のもとでのアプローチについて、詳しくは、佐藤・前掲注 (79) 参照。

(93) 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。

- (94) また、Benz 判決の事実在即して考えれば、若い方の女性は、もう一方の女性が自分の母親であるということを「主張する意図」は無かったと考えられるため、こちらも伝聞法則の適用対象外となるであろう。
- (95) なお、連邦証拠規則のもとでは、連邦下級裁判所の間で両極端な判例が出現しているという点について、佐藤・前掲注(79)参照。
- (96) 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。
- (97) 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 という自分以外の人物とのやりとりを記載したメモを、Mark Booth という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詳細な検討として、特に、Gans et al., *supra* note 14, at 128-129参照。
- (98) 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 97, para. 477.
- (99) *Id.* para. 361.
- (100) 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。
- (101) このような判例が出現した理由は、アメリカにおいてこれと同種の判例 (United States v. Reynolds, 715 F.2d 99 (3d Cir. 1983); Lyle v. Koehler, 720 F.2d 426 (6th Cir. 1983)) が出現した理由と同様であると考えられる。すなわち、「主張する意図」が存在しない表現を非伝聞とする理論的根拠が妥当ではなく、第二に、「主張する意図」の意義が不明確であり、規定の適用が容易ではないということが理由として挙げられると思われる。

- (102) ALRC, *supra* note 74.
- (103) United States v. Weeks, 919 F.2d 248 (5th Cir. 1990); United States v. Berrios, 132 F.3d 834 (1st Cir. 1998).
- (104) 佐藤・前掲注 (79)。
- (105) なお、連邦証拠規則における伝聞法則関係の規定の日本語訳およびその解説として、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) 24-35頁、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) 48-78頁、小早川義則『共犯者の自白』(成文堂、1990年) 34-36頁、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) 170-214頁参照。
- (106) 連邦証拠規則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.

- (107) FED. R. EVID. Rule 801 advisory committee’s note.
- (108) ALRC, *supra* note 74, para. 7.23.
- (109) *Id.* paras. 7.27-7.33.
- (110) *Id.* paras. 7.43-7.44.
- (111) *Id.* para. 7.62.
- (112) 59条 1 項および同条 2 A 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.

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.

- (113) 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。
- (114) この点について、特に、G Taylor, “‘Let Them Say More That Like of Hearsay Well’: Implied Assertions under the Hearsay Rule as Expressed in the Uniform Evidence Legislation” (2011) 35 Australian Bar Review 270; Gans et al., *supra* note 14, at 130参照。
- (115) *Karam v. R.* [2015] VSCA 50.
- (116) *Fletcher v. R.* [2015] VSCA 146.
- (117) 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、Odgers, *supra* note 14, para. [EA.9.90]; Gans et al., *supra* note 14, at 23-24参照。
- (118) 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。
- (119) 「利用不能」とは、以下のいずれかの事由に該当する場合である。すなわち、①当該人物が死亡しており事実について証言できない場合、②当該人物が証人適格を有していない場合、③当該人物が精神的または身体的問題により証言できず、かつ、それを克服することが合理的に実現可能でない場合、④当該人物がその事実について証言することが違法である場合、⑤統一

証拠法により、証言を行うことが禁じられる場合、⑥利用不能を証明しようとする当事者により、当該人物を発見するため、当該人物の出頭を確保するため、または、当該人物に証言を強制するため、あらゆる合理的な手順が踏まれたが成功しなかった場合である (Dictionary, Pt 2, cl 4(1))。

(120) 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)。」

(121) この点について、例えば、Odgers, *supra* note 14, para. [EA.60.60] 参照。

(122) 事例は、宇藤崇ほか『刑事訴訟法 [第 2 版]』(有斐閣、2019年) 379-380頁参照。

(123) コモンロー時代より、証言内容と矛盾する証人自身の過去の供述の証拠は、証言の信頼性に関する証拠としてその供述の存在自体に関連性が認められ、非伝聞として許容されていた。また、証言内容と一致する証人自身の過去の供述の証拠は、通常はその存在自体に関連性は認められないが、オーストラリアでは、一定の限られた場合には非伝聞として許容されていた。

(124) 詳しくは、Odgers, *supra* note 14, para. [EA.60.60] 参照。

(125) Lee v. R. (1998) 195 CLR 594.

(126) ALRC *supra* note 72, paras. 7.104-7.106.

(127) 60条 2 項の規定の原文は以下の通りである。

This section applies whether or not the person who made the representation had personal knowledge of the asserted fact (within the meaning of subsection 62(2)).

一方で、同時に、刑事事件における承認 (admission) については、60条 1 項が適用されないとする規定が追加された (3 項)。

(128) 同規定は、典型的には訴追側が利用することが想定されていると思われるが、被告人側が利用することも妨げられない。

(129) 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もと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。

- (130) Odgers, *supra* note 14, para. [EA.65.60].
- (131) なお、③の伝聞例外規定については、これをきわめて厳格に適用すべきとする見解と、一定程度緩やかに用いても良いとする見解が、論者ごと、法域ごとに分かれている。Id. para. [EA.65.210].
- (132) 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、それ自体が目玉に値する。というのも、欧州人権条約6条3項(d)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。
- (133) 被告人側が65条2項に基づいて伝聞証拠を提出する場合には、同条9項は適用されない。したがって、2項と9項が重疊的に適用可能である場合には、一般的に、2項の適用を受ける方が被告人側にとって有利であるといえる。
- (134) 詳しくは、Odgers, *supra* note 14, para. [EA.66.180] 参照。
- (135) 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。
- (136) 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る。なお、イギリスの議論においても、再伝聞については特別に厳格な取り扱いを図る傾向が見られる。佐藤・前掲注(1)「イギリスの法制改革」では、再伝聞の取り扱いに関する法律委員会の見解を部分的に紹介したのみであるが、2003年刑事司法法ではこれが規定上反映されている。その詳細については、再伝聞の問題を個別に検討する機会に改めて紹介することとしたい。
- (137) この点についての論評として、Andrew Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996), at 180も参照。