



Title	伝聞法則の適用範囲に関する一試論（1）
Author(s)	伊藤, 博路; ITOH, Hiromichi
Citation	北大法学論集, 48(4), 1-46
Issue Date	1997-12-26
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15731
Type	departmental bulletin paper
File Information	48(4)_p1-46.pdf



伝聞法則の適用範囲に関する一試論(一)

伊藤博路

序 章 目 次

- 一 問題の所在
- 二 対象の限定
- 三 考察の順序
- 第一章 アメリカにおける伝聞法則
 - 第一節 伝聞法則の意義
 - 第二節 伝聞法則の概要
 - 第三節 伝聞法則の根拠

第四節	小括
第二章	アメリカにおける証人対質権
第一節	証人対質権の沿革
第二節	学説・判例の分析
第三節	適正手続の観点からの理論
第四節	小括
第三章	わが国の伝聞法則
第一節	概説
第二節	刑事訴訟法と伝聞法則
第三節	証人審問権と伝聞法則
第四節	判例
第四章	伝聞法則の適用範囲に関する一試論
第一節	学説・判例の検討
第二節	私見
結 語	

(以上本号)

序 章

一 問題の所在

伝聞法則 (Hearsay Rule) は、刑事裁判における事実認定に大きく関わる刑事訴訟法の重大論点の一つである。¹ この原則は、アメリカ法の強い影響下で進められた戦後の司法改革の中で、刑事証拠法の新しい基本原則の一つとして導入されたものであるため、かつては、母法であるアメリカ証拠法の研究が急務とされた。その成果を経て、² 現在は、伝聞法則は法律上の原則であるのみならず、憲法上の要請であると考えられるに至る。この点を若干敷衍してみよう。

わが国の憲法三七条二項前段は、被告人の証人審問権を保障する。判例はこれを限定的に解釈して、現実に公判廷に喚問された証人に対する反対尋問権を保障しすぎないとする。³ これに対して、通説は次のようにいう。同項は、實質的に被告人の反対尋問権を保障したものであり、これを具体化したものが刑訴法三二〇条一項の伝聞法則であると考えべきである。そして、伝聞法則は憲法上の要請であり、有罪の方向の証拠の場合には、その運用にあたっては、反対尋問権の保障の観点から、その合憲性が厳しく検討されなければならない。

しかし、刑訴法が、英米法系の当事者主義的訴訟構造を背景にもつ伝聞法則を採用したと解すると、理論上、当事者主義という以上は、両当事者の反対尋問権を考慮しなければならない。法律上は検察官も反対尋問権をもつと考えなければならぬからである。⁴

この考えを推し進めていくと、法律上は検察官側と被告人側の反対尋問権は等価値のものであることから、検察官の反対尋問権も憲法上の反対尋問権と等価値ないしそれに限りなく近いものと考えられる可能性を否定できない。しかし、憲法は、被告人の反対尋問権の保障をうたっている。伝聞法則が憲法上の要請であるとする通説は、被告人の人権保障

を高める点で高く評価できる。しかしながら、検察官の反対尋問権をどのように考えるのかという点については、これまで問題意識が希薄であったように思われる。この点に答えるためには、憲法の保障する被告人の反対尋問権と、法律上認められる検察官の反対尋問権との関係をその根拠にまで立ち返って明らかにすることが必要である。その結果、両者が等価値のものではなく、両者の間に「ずれ」のようなものがあるとするとするならば、両者の性質の相違およびそこから生じる論理的帰結を明確にする必要がある。⁵⁾

本稿は、以上述べてきたような問題意識から、アメリカ法との比較法的考察により、まず前提問題として、伝聞法則の意義と機能について検討した上で、伝聞法則の適用範囲の考察を行うことを目的とするものである。

二 対象の限定

本稿は、上記のような問題意識を出発点とする。その直接の対象は、証人審問権および伝聞法則であるが、そこでの議論の深化をとおして伝聞法則の基礎理論の再構築を目指す。そして、比較法研究の対象は、わが国の伝聞法則の母法、即ちアメリカ法である。

アメリカを対象として取り上げた理由については多言を要しないであろうが、以下に簡単にその根拠を摘示しておく。

①伝聞法則は、自白法則とともに、現行刑法で初めて規定されたものであり、アメリカ法の影響を受けて立案されたものである。

②日本国憲法三七条二項前段は、被告人の証人審問権を保障する。この規定は、被告人の証人対質権を保障する合衆国憲法修正六条を下敷きとすると一般に解されてきている。

③アメリカは、伝聞法則をめぐる議論が最も盛んになされてきている国である。これまでも、わが国においてかの国

の伝聞法則の問題状況が紹介されてきたが、アメリカでの最近の議論に鑑みると、なお不十分と思われる部分も存在するので、改めて検討を加える必要があると考えられる。

なお、以上の理由の正当性については、本稿全体の叙述をとおして明らかにされるものと思う。

三 考察の順序

本稿は、母法であるアメリカ法との比較法的考察により、わが国の伝聞法則の再構築を目的とする。それは具体的に、次のような流れに即してなされていく。

第一章で、アメリカにおける伝聞法則の基礎概念を概観した後、伝聞法則とその例外の根拠について考える。

第二章では、わが国の証人審問権と類似する合衆国憲法修正六条の規定する証人対質権条項の沿革について触れたり、同条項をめぐる判例・学説を分析した後、検察側提出の伝聞証拠は、適正手続の要請から証拠排除される場合があることの論証を試みる。なお、適正手続の要請を根拠に伝聞証拠を証拠から排除する理論構成は、比較的最近になつてなされてきたものであるために、現在も発展段階にあると思われる、明確でない部分も残されている。これについては、私なりに説明作業を行うことにしたい。

そして、第三章では、わが国の伝聞法則の検討を行う前提として、まず、現行刑事訴訟法および憲法三七条二項の制定過程を分析する。ここから、憲法と伝聞法則との関係の手がかり、さらには刑事訴訟法が採用した伝聞法則と大陸型直接主義との関係を論証するための基礎を得ることができよう。つづいて、伝聞法則の適用範囲について考察する上で検討を加えることが不可欠な判例を取り上げる。

最後に、第四章で、今日支配的ないし有力と思われる諸説・判例を批判的に検討したうえで、自説を提示したい。そ

ここでは、伝聞法則の再構築の帰結として、つぎのような理論的枠組みを示す。すなわち、検察側提出証拠に対しては、適正手続の保障の要請の現れの一つであると考えらるべき証人審問権による伝聞証拠排除の徹底化を主張し、他方、被告人については、憲法を起点とする伝聞法則の適用範囲の片面的構成の理論を展開し、それら両者の側面から被告人の人權保障を全うするため、伝聞法則を「再生」するための理論構築を試みる。それらによつて、伝聞法則に新しい意味づけがなされるであろう。

1 平野博士は、つとに刑事訴訟法の主要な問題点の一つは、伝聞証拠であり、とくに三二一条一項の供述書又は供述調書の証拠能力である、と述べられていた(平野竜一「伝聞法則の将来(一)」法曹時報九卷四号(一九五七年)一頁〔平野龍一』訴因と証拠・刑事法研究四巻』(一九八一年)所収)。本稿も、このような問題意識から、証人審問権と伝聞法則との関係を考察することを目的とするものである。

2 例えは、栗本一夫『新刑事証拠法』(一九四九年、改訂版・一九五〇年)、江家義男『刑事証拠法の基礎理論』(一九五一年、訂正版・一九五二年)、田中和夫『証拠法』(一九五二年、増補第三版・一九七一年)。

3 最大判昭和二四・五・一八刑集三卷六号七八九頁。

4 これは、伝聞法則の根拠が、事実認定の正確性の確保にあることと関係がある。すなわち、正確な事実認定という目的のためには、有罪・無罪のいずれの性質をもつ証拠についても伝聞法則は等しく適用されるからである。

5 この点につき、松尾教授は、アメリカの連邦最高裁が述べる「憲法の定める被告人の対審権と、証拠法としての伝聞法則とを分離して検討するという考え方には、学ぶべき点があるように思われる。わが国でも、従来は、憲法三七条二項と刑事訴訟法三二〇条以下との関係を論ずる際に、——いわゆる直接主義論をとられる論者は別として、——憲法の規定と伝聞法則とを直ちに等置することをつねとした。しかし、憲法が被告人に何を保障したのかをまず考え、それと既存の伝聞法則——一部は成文化され、残部は不文法にとどまっているところの——とを対比するという手法が、今後は必要になってくるかも知れない。」(松尾浩也「証拠法の一断面——刑訴三二一条一項を中心に」研修三三四号(一九七六年)一二、一三頁)と指摘されている。

第一章 アメリカにおける伝聞法則

第一節 伝聞法則の意義

本節では、まず、アメリカにおける伝聞法則の意義を概観した後、本稿の問題意識の大枠を提示する。

伝聞法則の意義は、端的に言うと、反対尋問を経ない供述証拠を排除する点にある。もともと、伝聞証拠であっても、伝聞法則の例外に当たるものは、証拠能力が肯定され、その数も多数存在することには注意を要する。伝聞法則について検討するうえで、その例外を看過することはできないのである。

ところで、アメリカでは、反対尋問のみに依拠して伝聞法則の根拠を説明しようとする、伝聞法則と表裏の関係にある伝聞例外の理論的な説明が困難となる場合が生じてくるとする見解が主張されている。この説は、反対尋問以外の観点からのアプローチにも配慮しつつその根拠について据え直す必要性を説くものである。反対尋問を中心とする理論構成については、これまで十分な分析がなされてきたと考えるので、本稿では、異なる視点から伝聞法則についてアプローチしてみたと思う。そこで、この説の紹介を第三節で行い、論者の所説の正当性と伝聞法則の根拠について付け加えるべき点については、第四節で述べることにする。

ところで、伝聞法則の根拠の中心的要素である反対尋問は、供述証拠の信用性の吟味のために保障されているのであるから、伝聞法則の根拠は、事実認定の正確性を確保することにあるといえることができる。

しかし、刑事事件の場合、伝聞の排除は、正確な事実認定の確保の要請以上のものがその根拠として存在すると考えることも、理論的には可能である。これは、以下のような理由による。合衆国憲法修正六条は、被告人に自己に不利な

証人と対質する権利を保障する。したがって、憲法の保障するものが、事実認定の正確性の確保と完全に重なるものであるかが問題となるのである。そこで、証人对質権の理論的根拠について考察する必要があるが生じるが、この点は、第二章において検討する。

では、まず、本章の目的とするアメリカの伝聞法則の分析を行う前提として、その概要について見ることにしよう。

第二節 伝聞法則の概要

ここでは、一九七五年合衆国連邦証拠規則¹の定める規定を概観しつつ、伝聞法則の基本的枠組みをみる。同証拠規則は、アメリカ法の重要な法源であることは疑いがなく、アメリカの伝聞法則を考察する上できわめて有意義であると考えるからである。

さて、その前に、まず、伝統的とされるコモン・ローについて見ておく。

一 コモン・ロー

コモン・ローでは、伝聞証拠は次のように解されていたといえる。すなわち、公判廷外でなされた供述であって、公判廷での証言、あるいは書面による証拠の中で、そこで陳述されている事柄の真实性を立証するために提出されている供述をいう。²これは、言い換えると、公判廷外の原供述者の信用性が問題とされる証拠を意味するものである。このような証拠の場合、事実認定者は、公判廷外供述について、適切な評価を行うことができない。伝聞供述は、事実認定者の面前で宣誓の下になされたものでもなく、また即時の反対尋問もなされていないからである。ところで、供述が非伝

聞であるか、あるいは伝聞例外に当たる場合でも、その証拠能力の判断に際しては、その他の許容性 (admissibility) に関する諸々の要件が問題となる。すなわち、関連性 (relevancy)、真正性 (authenticity)、そして文書の内容について争いがある場合には、最良証拠の法則 (best evidence rule) である。³

二 連邦証拠規則の定める伝聞法則の概要

連邦証拠規則は、十一章にわたる六二箇条の規定からなるが、伝聞法則についての第八章はとりわけ詳細な規定が置かれている。第八章は六条からなる。八〇一条で、まず用語の定義がなされ、八〇二条において伝聞排除の原則規定をうたう。そして、八〇三条および八〇四条には、伝聞法則の例外規定が置かれている。つづいて、八〇五条は伝聞中の伝聞、八〇六条は原供述者の信用性の弾劾および補強についてそれぞれ定めている。以下、規定の概要を示す。

第八章 伝聞

八〇一条〔定義〕 本章においては以下の定義を用いる。

(a) 供述 「供述」とは、(1)口頭または書面による陳述、または、(2)陳述としてなされた場合の人の非言語的行為をいう。

(b) 原供述者 「原供述者」とは供述をする者をいう。

(c) 伝聞 「伝聞」とは、公判または審問手続 (hearing) において原供述者が証言中にした供述以外の供述であって、陳述された事柄の真实性を立証するための証拠として提出されたものをいう。

(d) 伝聞でない供述 次の供述は伝聞ではない。

- (1) 証人の以前の供述 原供述者が公判または審問手続において証言し、その際に（以前の）供述に関して反対尋問を受け、かつ、その供述が、

- (A) 証言と一致せず、かつ、公判、審問手続、またはその他の手続、または証言録取書において偽証の制裁を科せられる宣誓の下になされたものであるとき、または、
 - (B) 証言と一致し、かつ（証人の証言は）最近の捏造による、または不当な影響ないし動機の下になされた旨の明示または黙示の証人に対する非難に反駁するために提出されたものであるとき、または、
 - (C) 知覚後になされた人の識別に関する供述であるとき。
 - (2) 相手方当事者の承認 一方の当事者に不利な供述が提出され、かつ、その供述が、
 - (A) 相手方当事者自身の供述であるか、またはそれを代表する資格を有する者の供述であるとき、または、
 - (B) 相手方当事者が自己のものとして援用し、またはその真実性を信じている旨表明した供述であるとき、または、
 - (C) 相手方当事者が当該事項に関して供述する権限を付与した者の供述であるとき、または、
 - (D) 相手方当事者の代理人ないし被雇用者が、その関係の存続中に、代理ないし雇用の範囲内にある事柄に関してした供述であるとき、または、
 - (E) 相手方当事者の共謀者が、コンスピラシーの過程において、かつコンスピラシーを推進するためにした供述であるとき。
- 八〇二条〔伝聞法則〕 伝聞証拠は、本規則、最高裁判所が法律上の権限に基づいて定めるその他の規則、または法律に別段の定めがある場合を除き、これを用いることができない。
- 八〇三条〔伝聞例外〕 次の供述は、原供述者が証人として利用可能であるとしても、伝聞法則により排除されることはない。
- (1) 現観察時の印象 原供述者が事件または状態を知覚中に、またはその直後に、当該事件または状態を叙述しまたは説明した供述。
 - (2) 興奮時の発言 原供述者が驚愕するような事件または状態によって惹起された興奮状態の下に、当該事件または状態に関してした供述。
 - (3) 供述時に存在した精神的、情緒的または肉体的状態 原供述者の供述時における精神、情緒、感動または肉体的状態（意図、計画、動機、苦痛等）に関する供述。

(4) 〽(2) 〽(略) 〽

(24) その他の例外 本条に規定された以上の例外のいずれにも特に該当しないが、相対的にみて同等の信用性の情況的保障のある供述で、裁判所が、

- (A) その供述が主要事実の証拠として提出されている、
- (B) その供述が当該立証当事者が合理的な努力を払って提出し得る他のいかなる証拠よりも、それが立証しようとする争点についてより大きな証拠価値がある、
- (C) この規則の一般的目的および正義の要請がその供述を許容することによって最もよく充たされる、と判断したもの。

ただし、その立証当事者が、公判または審問に先立ち、相手方当事者に対し、その供述に対処するのに必要な準備をするための公平な機会を与えるために、その供述を提出しようとする意図ならびにその供述者の氏名および住所を含むその供述の詳細を十分明らかにしない限り、その供述は、この例外の下で証拠として許容されない。

八〇四条〔伝聞例外〕

原供述者が証人として利用不能である場合

(a) 利用不能の定義 証人として利用不能である場合とは、原供述者が次のような状況にある場合を含む。

- (1) 証言拒否特権がある旨の裁判所の決定に基づき、供述内容に関して証言することを免除された場合、または、裁判所から証言するよう命じられたにもかかわらず、供述内容に関して証言することを拒否し続けた場合、または、

(2) 供述内容に関して記憶を喪失していると証言した場合、または、

- (3) 死亡または(審問)当時存在する肉体的ないし精神的な疾病または衰弱のため、審問に出頭することができない場合、または、

(5) 審問に出頭せず、かつ召喚状その他の合理的方法によりその出頭を確保することができない場合。

原供述者の証言免除、証言拒否、記憶喪失の主張、証言不能または不出頭が、その供述を提出しようとする当事者自らがこれを招来し、または悪意で工作したことに起因するときは、原供述者は証人として利用不能であるといえない。

(b) 伝聞例外 次の供述は、原供述者が証人として利用不能である場合には、伝聞法則により排除されることはない。

(1) 以前の証言 同一もしくは異なる手続における審問、または同一もしくは他の手続の過程で法に従って録取された宣誓供述書中の証言で、その証言を提出しようとしている当事者の相手方または民事の訴訟または手続における利害関係ある当事者がその証言を主尋問、反対尋問または再主尋問によって吟味する機会その他同様の手段を与えられたもの。

(2) 死の切迫の確信の下にした供述 殺人罪による刑事訴追または民事訴訟手続において、原供述者が死が切迫していると信じている間になされた供述で、原供述者が死が接近していると信じたことの原因または情況に関するもの。

(3) 利益に反する供述 供述時において原供述者の金銭上ないし財産上の利益に反し、または原供述者に民事上もしくは刑事上の責任を科すおそれがあり、または他の者に対する請求を無効ならしめるおそれがあるため、原供述者の立場にある合理的な人であれば、それを真実であると信じていない限りしなからしめるおそれがあるため、原供述者に刑事上の責任を科すおそれがある供述で被告人の無実を晴らすために提出された供述は、補強情況がその供述の信用性を明示していない限り、許容されない。

(4) 個人または家族の経歴に関する供述△略▽
その他の例外△略▽

八〇五条〔伝聞中の伝聞〕△略▽

八〇六条〔原供述者の信用性の弾劾および補強〕△略⁴▽

ここで、本稿の検討に必要な限度で、連邦証拠規則の特徴を簡単にまとめておく。

まず、伝聞とは、八〇一条(c)の定義によれば、公判または審問手続における供述以外の供述であって、陳述された事柄の真实性を立証するために提出されたものをいう。これは、先に述べたコモン・ローの枠組みを基本的に踏襲したものであるといえる。伝聞の定義に当てはまる供述は、それが伝聞でない供述ないし伝聞例外に当たらない限り、許

容されない。伝聞を許容する要件としては、若干の伝聞例外規定は、原供述者の証人としての利用可能性を問題とする。しかし、その他の伝聞例外規定は、利用可能性を問題とせず伝聞を許容している。

つまり、伝聞例外については、八〇三条の掲げる類型と八〇四条の掲げる類型とに分け、前者の類型については、「衝動的供述」や「精神状態の供述」など二四の伝聞供述を、原供述者が証人として利用不能であるかどうかを問わず、他方、後者の類型については、「臨終の供述」や「利益に反する供述」など五の伝聞供述を、原供述者の利用不能を要件として、それぞれ伝聞例外として許容することを明示する。一方、実務において重要な意味をもつ証人の以前の供述については伝聞例外とはせずに、原供述者に対する反対尋問等を要件として伝聞ではないと定義したにとどまる。しかし、八〇一条(d)(1)(A)により、検察側が有罪立証のために以前の不一致供述を利用できる範囲が従来より広がったことには注意が必要であり、この点については、次節で若干の分析がなされる。

以上が、連邦証拠規則の概要である。つづいて次節では、伝聞法則の理論的枠組みを理解するうえで必要不可欠である同法理の根拠に新しい視点から検討を加えたパーク(Park)論文に依拠しつつ、アメリカ伝聞法則の根拠をめぐる理論的な問題状況を眺めてみる。その際、パーク論文が連邦証拠規則の立法趣旨の分析に重点を置いていることとの関係で、同証拠規則の制定過程で大きな役割を果たした諮問委員会が作成した註釈(advisory committee's note)についても適宜参照しつつ、理解の助けとする。

1 この規則の制定の経緯の概要として、例えば、小早川義則『共犯者の自白』(一九九〇年)三二、三三頁参照。

なお、本稿は、連邦証拠規則を主たる考察の対象とし、連邦の伝聞法則について検討する。いくつかの州の例を取り上げたうえで、の比較検討作業はもとより重要であるが、これは今後の課題とさせていただきます。

- 2 C. MCCORMICK, MCCORMICK ON EVIDENCE § 246, at 584 (E. Cleary 2d ed. 1972).
- 3 Graham, "Stickperson Hearsay": A Simplified Approach to Understanding the Rule Against Hearsay, 1982 U. ILL. L. REV. 887, 888-89. なお、訳語についてであるが、証言の原語は testimony であり、供述は statement であることを、本稿において多用されている用語であるので、一応ここでお断りしておく。また、訳語一般については、田中英夫編集代表『英米法辞典』（一九九一年）によるところが大きい。
- 4 4 C. MUELLER & L. KIRKPATRICK, FEDERAL EVIDENCE 3-4, 355, 364-68, 706-07 (2d ed. 1994). なお、訳出にあたり、小早川・前出註(1)書三四頁以下、法務省刑事局〔堀田力〕『アメリカ合衆国連邦証拠規則注釈〔刑事基本法令改正資料第二号〕』（一九七六年）五〇頁以下、中村應「米国における連邦証拠規則の規定について」警察学論集二八卷八号（一九七五年）一四三頁以下、法務大臣官房司法法制調査部〔中村應〕『アメリカ合衆国連邦証拠規則〔法務資料第四二五号〕』（一九七五年）三頁以下、を参照した。
- 5 Graham, *supra* note 3, at 889-90.
- 6 小早川義則「精神状態の供述」名城法字三三卷二号（一九八三年）一頁参照。
- 7 山田道郎「伝聞法則の例外としての『臨終の陳述』」法律論叢別冊・明治大学法学部創立一〇〇周年記念論文集（一九八〇年）三一三頁参照。
- 8 一九六五年に、ウォーレン最高裁判官によって証拠法制定のために設置された委員会で、イリノイ大学教授クリアリー（Cleary）が報告者に任命された。この諮問委員会は、連邦証拠規則の立案作業の開始から、同規則の制定過程において大きな役割をになつた。

第三節 伝聞法則の根拠

一 総論的分析

アメリカでは、当事者の反対尋問権の保障が伝聞法則の主たる根拠とされているが、その背後には、事実認定の正確

性の確保がある。この点については、陪審制が採用されているので、陪審員が事実認定を行うことを前提として議論するのが一般である。しかし、伝聞法則は、非陪審事件にも同様に適用があることには留意しておかねばなるまい。

また、アメリカでは、伝聞法則について論じる際、証拠法が一般に民事・刑事に共通であることも関係があるろうが、その合理化(伝聞証拠の証拠能力を緩和しようとする立場)あるいは廃止の是非をも含めて議論がなされてきたようである。そこで、本節では、伝聞法則の合理化ないし廃止論にも触れつつ、総論的なアプローチと各論的なアプローチを用いることにより伝聞法則の根拠を明らかにしようとする。パークの分析を整理しつつ、伝聞法則について考察する¹⁾。パークは、反対尋問を中心的要素として伝聞法則の根拠を理解する従来の理論的枠組みに批判的検討を加えているが、彼の分析は、アメリカの伝聞法則とその例外について、実質的な根拠を重視しようとする立場から据え直すという試みによって有益な示唆を提供していると、私は考えるからである。

(1) 伝聞証拠に広く証拠能力を認めることを主張する論者の根拠は、伝聞証拠の証拠能力の問題は事実審裁判官の裁量に委ねれば十分であるとする、明快なものである。他方、伝聞証拠を排除する根拠をめぐる論議は、曖昧かつ複雑なものとなっている。

伝聞の排除が必要であると考える一般的な理由の一つは、信用性に関するテストがなされていない証拠を事実認定の資料として用いることの危険性である。これは、公判廷で証言する証人は、宣誓を行い、事実認定者の面前で証言し、反対尋問に服するが、これに対して、伝聞供述者は、このような法廷における種々の保障装置を回避していることに原因がある。法廷における保障装置の中でも反対尋問は、信用性をテストするためにはとりわけ価値のあるものである。なぜなら、それは、供述者の記憶(memory)、知覚(perception)、叙述(narrative ability)、および真摯性(sincerity)に関

する欠陥を吟味・確認することができるとある。かくして、伝聞の有する証拠上の基本的な問題点は、反対尋問とおして供述者に関する欠陥を明らかにする機会を欠いていることにある。²

ウィグモア (Wigmore) は、反対尋問を重視する主要な論者である。彼は、反対尋問による信用性に対するテストを経ていることが伝聞排除の唯一の根拠であると述べた。³ 論者によれば、伝聞供述は、公判証人がそれらを不正確に伝達する危険性を有するから排除されるべきであるとか、あるいは、伝聞証拠を許容することは、詐欺行為、不正手段を招くおそれがあるので原則として排除されると考えるべきであるという見解は無視されているようである。⁴ そして、多くの研究者は、明示的あるいは暗黙にウィグモアの説を支持してきたと考えられる。⁵

しかしながら、このような「反対尋問を重視する (untested declarant)」理論からのみでは、伝聞証拠が排除される根拠を必ずしも十分に説明することはできないであろう。伝聞法則の歴史を眺めると、法創造者が原供述者に反対尋問がなされていないという点以外の視点をも考慮に入れてきたことが窺われ、そしてこれらの点は、伝聞法則とその例外の構造に反映されていると考えられるからである。

(2) 反対尋問以外に考慮すべきと考えられるものの第一は、公判廷で証言する証人が公判廷外供述に関して誤りの証言をする危険である。この点は、原供述者の供述の正確性だけを問題とするものではない。原供述者の供述について証言する証人は、公判廷に出頭し、宣誓を行い、かつ反対尋問に服している。これらの手続的保障装置には、正確な証言を促すこと、証人が伝聞供述を正確に伝えているかどうかを判断するための十分な資料を事実認定者に提供する機能があるとされている。しかし、弁護士や裁判官は、公判廷証人が間違った証言をする危険性があることを理由として証言を排除すべきとしばしば主張してきた。⁶ この考えは、「二度語られた話は変えられた話である (a tale twice told is a tale altered)」という格言によって表現されている伝聞の有する危険性に対する一般的な考え方と重なり合う。したがっ

て、誤りの証言の危険性が伝聞排除の根拠とされるのは当然といえる。

さらに、この根拠は、以下に述べるような点からも支持される。すなわち、公判廷外供述について証言する証人は、非言語的な事象について証言する証人よりも信用性に欠けるであろうということ、あるいは少なくとも、反対尋問は他の者のした供述について証言する証人には効果的でないと思われることである。この考えは、人間の記憶能力は、言語的な情報を正確に記録するには不十分であるという感覚から生じるものであろう。⁷ 人の話はしばしば理解することが難しく、かつ人々は自分たちが聞きたいと思っていることを注意して聞くという傾向がある。さらに、レンバートとサルツバーグ (Lempert & Saltzburg) が指摘するように、ある供述を理解する上での小さな間違いが、言われたことの意味を根底から変えてしまうことがある。例えば、実際には原供述者は「しない (doesn't)」と言ったのに、証人は「する (does)」と聞いたと信じることもあろう。

また、公判廷証人による偽証の危険性は、公判廷においてそれを発見することが困難であるので重大なものである。伝聞を自由に許容する場合、伝聞証言をでっち上げようとする者は、自分自身と仮定された原供述者の外には誰もいなかった時間と場所の選択が自由にでき、かくしてとりわけ、原供述者が証人として利用不能の場合には、その供述が実際にはなされなかったことを立証することは困難になろう。⁹ さらに、自分以外の者の公判廷外供述について単に証言しているだけの者に対する反対尋問は、難しいという点にも注意しなければならない。ケント (Kent) は、この点について、次のように述べている。伝聞供述に関し証言する公判廷証人は、次のような責任を完全に回避することができる。すなわち、自己の証言の正しさを証明する証拠の提出、証言に関する質問に答えること、証言に含まれる問題点を解決すること、矛盾点を調和させること、曖昧な点を取りさることに対する責任である。このような証人は、原供述者がそう語ったという単純な主張を行うことで自分自身の証言をゆるぎないものにするができる。そして、以上のような

責任を死亡した、あるいは公判廷に出頭していない原供述者に一方的に負わせることができるのである¹⁰、と。

このように、公判廷外供述者がなすであろう間違い、そして、公判廷証人が原供述者の供述について証言する上でなすであろう間違いのために、信用性に欠ける証拠が事実認定者の面前に提出される危険性があるのである。しかし、単に信用性に欠けるというだけでは、排除のための根拠としては弱い。そして結局、事実認定者は、その証言に含まれている問題点を考慮したりえて証拠評価を行うことができるという推定に基づいて、現在、裁判所は、信用性の疑わしい証拠であっても許容するのが一般のようである。利害関係のある当事者の証言は、たとえそれが利害関係のない観察者の伝聞供述よりもより信用性に欠ける偽証で有罪判決を受けた者によるものであっても、許容されているのである。証人が公判廷において利用可能な場合に伝聞を排除するという、優先の法則（*rule of preference*—最良証拠の法則に類似した考慮に基づくもの）として伝聞法則を捉えるのであれば、信用性に欠けることは伝聞排除の十分な根拠といえるだろう。しかし、それでは、原供述者が利用不能の場合に、伝聞を許容するか、あるいは全く資料がなしに事実認定を行うかの二者択一の選択に直面してさえ、伝聞をしれば排除する伝聞法則の意義を理解することはできない。原供述者が証人として利用不能の場合、我々が陪審は供述を過大評価し易いと考えるのでなければ、信用性の欠如は排除のための十分な根拠にはなり得ない。さらに、陪審が証言を許容しそれを過大評価してしまふよりも、証言をあらかじめ排除しておく方がよい場合を考えなければならぬ。言い換えると、陪審が証言を過大評価するであろうということに加えて、陪審に証言を聞かせるよりも、その影響力があまりに大きいので証言を全く聞かせないほうがよいというような点も、考慮しなければならない。

(3) おそらく、社会科学的手法によって、陪審員が伝聞証言を過大評価するという仮説の有効性をテストすることは可能であろうが、これまでのところ、伝聞に関する経験科学的な研究の目的は、特定の伝聞例外に関する有効性

を対象とするものにすぎず、この仮説のような一般的な命題については取り上げられてこなかった。¹²しかし、経験科学に基づく資料がないことは、伝聞法則についての論議を不必要なものとはしない。陪審が伝聞証拠を評価する適性を欠いているという見方は、陪審がその証言を正しく評価できることを理由に、¹³あるいは伝聞を見せないよりも見せるほうが正しい事実認定を行えることを理由に、¹⁴しばしば批判されてきた。

また、日常生活においても伝聞に頼っている実状に注目して、伝聞法則の合理化を主張する論者も見受けられる。例えば、マコーミック (McComick) は、伝聞法則が裁判所外でも機能することになれば、「すべてのビジネスに行き詰まりをもたらす」ことになろうと述べている。¹⁵

陪審は伝聞証拠を適切に評価できるかにつき考えてみると、陪審員は日常生活においては伝聞を知的に評価しているということができるようにも思われる。しかし、裁判は日常生活の中の事象の一部分ではないことを看過してはならない。陪審員は、彼らの日常生活における出来事とは異質のものである裁判という公式の、儀式化された手続の中で、彼らが通常はかかわることのない人たちの犯行の動機や供述の正直さといったようなものを評価しなければならない。陪審員がこのような評価を迫られることは、以下に述べるように、刑事事件においてとりわけ問題点を孕んでいる。

さらに、陪審が伝聞証拠を適切に評価できるかという点について考える上では、伝聞証拠の評価を行う際に、あたかも裁判においては単一の証拠の評価が必要とされるのではないかという誤った理解があるがこれは問題である。陪審員は、裁判において、伝聞供述の信用性を評価する際その供述だけを対象として証拠価値を判断しなければならなくなることは、まれであり、別の証拠との関連で評価を要求されるのが一般である。例えば、公判廷で反対尋問を経た証言に対するものとして用いられる自己矛盾供述の評価を行うことは、日常生活においては明らかに不必要であり、陪審員にとっては難しいものであろう。

また、伝聞供述を評価する上で、陪審員は、その供述が、原供述者の供述内容を正確に伝えているかどうかを判断するという慣れない職務にも直面するかもしれない。この点、刑事事件の場合、陪審員には、供述を引き出す専門家である取調官が将来の訴訟を考えて用いる実際には嘘をつかずに事実を曲げたり歪めたりできるような方法について、ほとんど知識がない者が多いであろうから、正確な証拠評価が困難であるといえよう。

刑事事件において、捏造された供述は、特別な問題を生じさせる。刑事裁判の関係者がしばしば証拠を捏造するということを、事実認定者は熟知しているかもしれない。しかし、証人が供述証拠を捏造した場合にこれを見破ることは、困難である。なぜなら、反対尋問は、確信的な偽証がなされた場合にこれを見破ることに対して、あまり効果がないと思われるからである。¹⁶そして、供述の捏造は、次のような問題を生じさせることにもなる。すなわち、陪審員は、被告人が有罪から逃れるために証拠を捏造するだろうということをよく知っているかもしれない。他方、その供述が、信じられるものであるならば、それが被告人の無罪を揺るぎなくするものである場合、陪審員は被告人を疑っていたとしても、有罪に対して合理的な疑いを生ずることになろう。とりわけ、陪審が、被告人は逮捕、起訴されているということを見視しなければならぬこと、そして被告人には無罪の推定が与えられていることを繰り返し聞かされている場合にはそのようにいうことができよう。¹⁷

しかし、伝聞排除の根拠について考える上で、事実認定者が伝聞を過大評価する危険性のみを考慮するのでは不十分である。弁護士層と他のグループは、様々な問題点について指摘してきている。とりわけ、弁護士層は、伝聞が自由に許容される場合、訴訟の準備はより困難になるであろうこと、そして公判廷における不公平な不意打ちの危険性が高くなるであろうこと、が危惧されると繰り返し述べてきている。¹⁸このうち、後者の不公平な不意打ちがなされる危険性は、回避するのは容易ではない。休廷や延期によってその危険性を軽減することが可能である他の国々の制度においてより

も、アメリカの裁判制度が有している特性のために不意打ちの危険は重大であるといえる。弁護人には、証人に対する弾劾、別の証人の証言を用いての証人への反駁を効果的に行うための準備が必要とされる。弁護人は、このような準備をすることができるが、証人の証言に含まれる公判廷外供述に無制限に証拠能力が認められることになるのであれば、このような準備はしなくなるであろう。もちろん、不意打ちの危険は、おそらく証拠開示や公判前の告知によって避けうるか、もしくは減少させることができる。しかし、それらの手続的保障装置を活用することになると、裁判関係者の公判前の負担および訴訟費用の増大を招くことになる。

また、伝聞法則の廃止ではなく、裁判官の自由裁量に基づく伝聞排除を行う方式を採るならば、不意打ちの危険は次のような問題を生じさせる。すなわち、一般的には許容される証拠の範囲は広くなると考えられるが、他方不意打ち的に証拠排除される場合も生じることになり、このような事態はひいては弁護人にやる気をなくさせることにもなりかねないのである。

また、弁護士層は、自由裁量権の濫用により生じることになる問題点にも触れてきている。伝聞法則の改革を主張する論者ほとんどは、無制限に伝聞を許容するのではなく、ケイス・バイ・ケイスの適切な判断により、伝聞を許容または排除するための裁量権を事実審裁判官に与えるべきだと考えている。¹⁹そして、弁護士層が、伝聞をより広範に許容することを主張する論者に反対する主要な根拠の一つとするのも拘束のない自由裁量のもたらすであろう危険性である。²⁰

ところで、仮に伝聞法則が廃止された場合を想定してみると、刑事事件において訴追権限の濫用を促進することになるであろう。例えば、捜査官は、公判廷外供述が無制限に許容されるようになるとしたら、証人を脅迫したり、供述を曲げたりする誘因をもつことになろう。²¹このような権限の濫用の危険性は、刑事訴訟においてきわめて重大である。

以上、パークの伝聞法則の根拠についての総論的なアプローチを概観した。つづいて、伝聞例外を中心に具体的な個々の論点を取り上げ、それらを掘り下げて検討する各論的な分析について見ることにする。これをとおして、アメリカの伝聞法則の問題状況がよりはっきりと見えてくるであろう。

二 各論的分析

(1) 反対尋問を重視する理論においては、反対尋問によりテストされていない供述を事実認定者が過大評価する危険性が低いと考えられる場合に、伝聞例外とされることが正当化される。すなわち、公判廷外供述に信用性に関する問題点が含まれていることが、伝聞証拠を排除すべき唯一の根拠である。このように、原供述者が反対尋問に服さなかった(そして、副次的な理由としては、原供述者が宣誓をしておらず、かつ事実認定者による供述態度の観察がなかった)ということとは原供述者の信用性の判断を行うことを困難にするので、伝聞は一般に証拠から排除される。

他方、供述時の客観的情况が信用性の情況的保障を提供する場合には、反対尋問の必要性は減少し、伝聞例外とされることが正当化される。加えて、伝聞例外の必要性は、原供述者が利用不能なので反対尋問ができないときに高くなるが、それがもっとも顕著に現れるのは、反対尋問を経ない供述を許容するか、あるいは全く何もなくなくなるかのいずれかの選択が迫られている場合である。

反対尋問重視の代表的論者の一人が、ウィグモアである。²² 彼は、「伝聞法則の目的と理由は、それについての例外への手がかりである」と指摘した。彼のいう伝聞法則の「目的と理由」とは、「ある証人の、裸の未確認の陳述に隠れて存在するであろう不正確性および不信用性についての多くの潜在的可能性は、それらが存在する場合、反対尋問によって最もうまく照らし出されかつさらけ出されうる」というものであった。²³ もっとも、伝聞証拠のなかには、信用性がき

わめて高いゆえに反対尋問がほとんど意味をもたないものや、原供述者が死亡した場合のように、反対尋問が不可能であるものも含まれている。いずれにしろ、それらが事実認定者に聞かれるのなら、その「もとの形 (untested shape)」のまま、証拠として用いられる必要がある。そして、二つの指標、すなわち信用性と必要性 (trustworthiness and necessity) によって、伝聞例外が設けられることが正当化される。とりわけ、この二つが結びつく場合にはそうである。ウィグモアは、必要性和信用性という二つの指標を用いて伝聞例外の正当性を最初に示した論者である。ところで、彼のいう「信用性」とは伝聞供述について証言している公判廷証人ではなく、原供述者に向けられたという点に注意しなければならぬ。公判廷証人は、結局のところ反対尋問に服しているからである。²⁵

このアプローチを用いる理論は、よく知られているトライブ (Tribble) の論述においても見受けられる。²⁶ 彼は、伝聞法則とその例外について次のように説明する。すなわち、伝聞供述は、事実認定者が、公判廷における宣誓、事実認定者による供述態度の観察もなされず、即時の反対尋問にも服していない原供述者の信用性に頼らなければならぬので、排除すべきであると考えているのである。そして、その例外は、信用性についての疑わしさが、いくつかの理由により緩和される場合に正当化される。彼は、それらの理由を、次の三つのカテゴリーに分類する。すなわち、①公判廷での反対尋問に代わる適切な手続上の代替物がある場合、②当事者が反対尋問を行う権利をもたないと考えられる場合、そして次のものが最も大きいグループであるが、③法廷外における行為、あるいは発言の明白な特性が、きわめて十分に信用性に関する諸々の弱点を減少させると考えられるので、信用性に対する疑いよりも、証拠として許容する価値の方が高い場合である。また、彼は、信用性についての潜在的な諸々の弱点を、「左辺の」弱点(真摯性、叙述)、および「右辺の」弱点(知覚、記憶)とした上で、いわゆる供述三角形 (testimonial triangle) を用いて伝聞に関する分析を行っている。彼の説によれば、信用性の情況的保障によって、供述者の信用性についての諸々の弱点が減少されるときに、

伝聞例外が正当化される。

(2) さて、これまで、反対尋問によるテストがなされていないことを伝聞法則の唯一の根拠とする代表的な二人の論者の説を概観してきた。しかし、反対尋問からのアプローチによって伝聞法則の根拠を説明しようとすると、伝聞例外が正当化される理由の説明がうまくできない場合があると考えられる。そこで、反対尋問は重要な役割を果たすものであるとしても、その他の根拠にも目を向けなければならぬであろう。

例えば、連邦証拠規則八〇三条(6)に規定されている規則的業務活動の記録 (records of regularly conducted activity) についての伝聞例外のような、記録された供述が証拠として優位性を有することを明示する伝聞例外からは、公判廷証人による誤りの証言と証言の捏造の危険が伝聞法則の根拠であることが窺われる。口頭でなされた供述は伝聞法則によって絶対的に排除されるわけではない。しかし、伝聞法則の例外の多くは、文書化または記録された伝聞について設けられているというのが事実である。さらに、口頭でなされた供述は、伝聞法則により排除されなくても、許容されない場合があることに注意すべきであり、それら伝聞法則以外のルールの中には、記録された発言が証拠として優位性を有することを示しているものがある。それらの例として、口頭による証拠の法則 (parol evidence rule)、詐欺防止法 (statute of frauds)、文書化された遺言書を要求する諸規則 (rules requiring written testaments)、最良証拠の法則 (best evidence rule)、そしていくつかの法域で採用されている生前の口頭約束に関する制定法 (dead man's statute) が挙げられる。そして、伝聞法則についても、記録された供述の優位性を具現するものの一つとすることができるであろう。

文書化された伝聞の有する優位性は、反対尋問を重視する理論とある程度は調和するといえる。しかし、この優位性は、公判廷証人による誤りの証言と証拠の捏造の危険性が低いことも関係があるろう。口頭でなされた供述を捏造する以上に文書を偽造する方が困難であるし、そしてその文書が権威あるものである場合、公判廷証人が原供述者の供述に

ついで偶然にまたは意図的に嘘をつくことによる危険性は全くないのである。

また、文書化された供述のもつ優位性は、公判廷での不公平な不意打ちの危険性が低いことによるものとも考えられる。文書証拠、あるいは少なくとも事件の最も重要な証拠書類として提出されることになる文書証拠は、口頭による伝聞以上に公判前に反対当事者に証拠開示されるであろう。また、文書証拠が、事件の最も重要な証拠以外の目的で用いられる場合は、それは、いずれにしても実質証拠としては許容されないであろうし、そして、伝聞法則は、不意打ちのおそれを理由として実質証拠として用いることに對する防柵としておそらく部分的な機能を有するものと思われる。

法創造者は、証人として利用不能である場合の原供述者の供述について一般的な例外を設けてきていないが、これは不意打ちと偽証の危険を考慮したものと考えられる。もし、原供述者が信用性に欠けることが唯一の関心事であるとしたら、法創造者は、原供述者が利用不能の場合、伝聞証拠は、公判廷での証言に置き換えられることが不可能であるので、その供述の真偽の程は分らないが許容されるべきだと積極的に主張したであろう。しかし、公判廷証人による偽証の危険が伝聞法則の一つの独立した根拠であるとすれば、証人として利用不能の場合における証拠排除は、より説明がしやすくなるであろう。偽証の危険性は、原供述者が利用不能により高くなると考えられるからである。

ところで、不意打ちの危険に對する配慮は、連邦証拠規則の規定するその他の例外(other exceptions)の27ような伝聞を提出することの意図の告知を要求する規定の中にも見受けられる。伝聞法則について論じる際に研究者は、伝聞法則の目的の一つに、不意打ち防止があることを見落とす傾向がある。しかし、法典編纂者は、広範な新しい伝聞例外を設けるかどうかの判断に際して、不意打ち防止を考慮していたことは注目に値するように思われる。

(3) 不意打ちと偽証についての危険が伝聞法則の根拠であることは、以下に述べられる伝聞法則についての「行為例外(transaction exceptions)」について考察することによっても示唆される。「行為例外」とは、独立して許容される

非言語的行為と同じような一般的行為、または一般的出来事の一部である公判廷外供述を許容する例外のことを意味する。具体的には、現観察時の印象 (present sense impression) および興奮時の発言 (excited utterance) (その適用例のひとつがこの二つの例外である)²⁸、そして「言語的行為 (verbal act)」あるいは「行為の言語的部分 (verbal part of an act)」のような伝統的に非伝聞にあたるものと解される供述が挙げられる。証拠法の研究者は、曖昧な分類法である「リース・ジェステイ (Liss & Jettre) — 同時的発言」に当たるものの一部として、これらを捉えるだろう²⁹。さて、これらの中には原供述者の信用性の存在に基づいて伝聞例外とするのが適切であるものもある。具体的な例の一つとして、現観察時の印象が挙げられる³⁰。他方、興奮時の発言は、その信用性の存在を根拠として伝聞例外が正当化されることは難しいと考える。興奮時の発言は、興奮していないときの発言よりも信用性が低いともいえそうだからである³¹。連邦証拠規則制定のために設けられた反対尋問を重視する理論に強い影響を受けていたと考えられる諮問委員会が、興奮時の発言を伝聞例外とすることを主張し得た第一の理由は、それが先例により伝聞例外とされてきているということであった³²。

次に、連邦証拠規則八〇四条(b)(2)の定める死の切迫の確信の下にした供述 (statement under belief of impending death) の例外についてみると、この例外が伝統的な伝聞例外とされてきたのは、不意打ちおよび公判廷証人による偽証の危険性が相対的に低いからであると考えられる。この伝聞例外は、興奮時の発言の例外のように、原供述者の信用性を直接の根拠として証拠能力が肯定されるものではない。死の切迫を確信している者は真実を話すだろうという考えについては、これまでも疑問視する論者もいた。さらに、来世に対する信念の衰えはそのような確信を弱めてきているし、そして知覚に関する現在の知見によれば、それが真摯になされたものと考えられさえすれば、それは正確であると推定するのは問題があると考えられるようになってきているようである³³。しかし、死の切迫の確信の下にした供述を事実証拠として用いることは、他の被害者の供述を事実証拠として用いる場合に生じるような、偽証および不意打ちの危険性はあ

まり問題とならないと考えられる。

すなわち、殺人事件においては、捜査関係者は、被害者が死の切迫の確信の下にした供述が、有罪の立証の上でいかに効果的であるかを熟知しているが、このような供述は、公判廷証人による偽証の危険性が低いと考えられる。さらに、死が切迫している者は、警察署での取調べの間になされる可能性のある、偽計、脅迫、利益誘導と無関係であろうから、証拠能力が認められているのであろう。

死の切迫の確信の下にした供述および興奮時の発言は、公判廷証人による誤りの証言の危険性が低いという点からも証拠能力が肯定されてよいと考えられる。これら二つの供述は、短くかつ覚えやすいものである場合が多いであろうからである。それゆえ、公判廷証人による意図的でない誤りの証言がなされる危険性はより低いといえる。実際には、このように一般化することについては明らかに問題がある。³⁴しかし、口頭による公判廷外供述で伝聞例外に当たると判断されるのは、供述が短くかつ簡潔である場合がほとんどである。³⁵他方、文書化された供述についての伝聞例外は、思い出すことの難しい形でなされ、詳細な記述でなされたより長い物語体の供述の証拠能力を認めるものである。このことから、誤りの証言のなされる危険性が、伝聞例外として許容性を認められるかどうかの一判断要素となっているといえるように思われる。

(4) ところで、以前の不一致供述 (prior inconsistent statement) について規定する連邦証拠規則八〇一条(d)(1)(A)については、次のようなことがいえよう。この規定は、反対尋問重視の理論によつては、理解が困難なものと考えられる。なぜなら、原供述者は法廷に出頭し、かつ反対尋問に服しているからである。この点に対しては公判廷での反対尋問はあまりにも遅くなされたゆえに証拠排除されるといふような見解が示されているにすぎない、³⁶つまり上手に反論されてきたのである。³⁷

以前の不一致供述についての正当化根拠は、反対尋問以外のアプローチからの検討も必要と考えられる。おそらく、次のような点を考慮する必要がある。第一に、以前の不一致供述は、「行為例外」に当たるとするような供述ではないことがある。つまり、このような供述とは異なり、被告人・弁護側は、以前の不一致供述について公判準備の段階で知らない場合があるだろうということがある。また、被告人側が、これに対する公判前の証拠開示を権利として認められているのではない。³⁸第二に、以前の供述をでっち上げることをもくろむ公判廷証人は、もくろまれた供述がなされた時間と場所を選択することができる。かくして、この供述には、公判廷証人による不意打ちおよび偽証の危険性がある。第三に、仮に、以前の不一致供述に実質証拠としての証拠能力を認める場合には、刑事司法制度全体にも大きな影響を与えることになる。取調官が共犯者から被告人を有罪にする方向の供述を得たとき、彼らは、捜査の端緒のみならず、公判廷で用いられる証拠をも得ることになるからである。つまり、共犯者が公判廷で供述内容を変えた場合に、以前の不一致供述は有罪の実質証拠として用いられることになる。このことは、共犯者に対する精力的な取調べ、偽計および処罰の免除ないし減輕の約束を用いて供述を引き出そうとする試み、取調官による供述の歪曲および完全な証拠の捏造を促進することになろう。しかし、実質証拠として用いることは嚴格に制限されているので、取調官が引き出した以前の供述は弾劾目的のためにのみ用いられるにすぎないし、この目的のためであっても用いることのできない場合がある³⁹のである。

また、以前の不一致供述について規定する連邦証拠規則八〇一条(d)(1)(A)の立法経緯からも、取調官による捏造等の刑事裁判に特有の危険性が、供述者に対する即時の反対尋問の必要性といったような伝統的に考えられてきた問題点と同様に、以前の不一致供述を用いることを制限する根拠として重要な意味合いをもつものであることが窺われる。

諮問委員会により作成された最終案を、最高裁長官が「連邦証拠規則」最高裁原案として公表し、連邦議会へ提出し

た同原案では、以前の不一致供述を実質証拠として用いることを無制限に認めようとしていた。⁴⁰ この案に反対する論者は、このようなことが認められれば、事実上取調官にかなりの権限を与えることになり、ひいては証拠の捏造と他の違法行為を奨励することにもなろうと論じた。⁴¹ 下院は、公判廷証人による偽証の危険性を考慮したため、⁴² 公判または審問手続または証言録取書で、かつ、宣誓の下に、反対尋問に服した不一致供述についてのみ実質証拠として用いることができる⁴³と修正するに至った。しかし、さらなる修正の後に、規定のなかに盛り込まれていた供述時の反対尋問の要求は取り除かれた。そして最終的には、「公判、審問手続、またはその他の手続、または証言録取書において偽証の制裁を科せられる宣誓の下になされた」以前の不一致供述は、公判または審問手続において証言した際の反対尋問を要件に実質証拠として用いることができると規定された。⁴⁴ この規定によって、反対尋問に服する必要のない大陪審における証言を実質証拠として用いることが認められることになった。このように非公式な証人の供述が実質証拠として用いられることをあらかじめ排除し、大陪審における証言が実質証拠として用いられることが肯定されるのは、次のように考えることができる。すなわち、大陪審における証人は信用性が高いと考えられるからではなく、大陪審における証人の証言は、正確に記録され、かつ公判廷証人による偽証の危険性が低いと考えられること。ある程度、その証言は警察署で行われる取調べに伴う危険からも分離されており、それゆえ非公式な証人の供述を許容する場合に生じるような危険も低くなっている⁴⁵ので、証拠能力を認めてもよいと考えられること、がある。

(5) また、連邦証拠規則八〇一条(d)(2)は伝聞でない⁴⁶と規定する、不利益な事実の承認(admission)以下、単に承認とも表記する)については、⁴⁵反対尋問重視の理論からこれが許容されることを説明するのは困難である。反対尋問重視の理論によれば、伝聞法則の例外は、信用性の情況的保障が反対尋問の欠如を補う場合に正当化される。しかし、承認は、信用性を要求されていない。また、利益に反するものでなければならぬとか、あるいは特別の信用性の徴憑も

要求されていない。⁴⁶ 研究者は、承認の正当化根拠を独自のもの (sui generis) として理解する傾向が認められる。諮問委員会、承認の場合には、信用性の情況的保障は全く要求されないということに注目しつつ「それが証拠として許容されるのは、伝聞法則の諸要件が充たされているというよりもむしろ当事者主義 (adversary system) の帰結である」と述べた。⁴⁷ 他方、承認が許容される正当化根拠は、当事者は自分自身が信用性に欠けることを主張することはできないとか、⁴⁸ 一貫性のない主張は許さないことにある、という論者もいる。⁴⁹

承認は、「当事者主義の帰結」として正当化されるという主張は、それだけでは何もいってはいない。それは事実上、「それが当事者主義が機能する方法である」という以上のことは何も言っていないのに等しいからである。⁵⁰ また、「当事者は自分自身の言ったことによつて、後にそれに拘束される」ということから、その例外の正当化根拠を説明しようとする者もいる。しかし、その例外は、不意打ち、裁量権および訴追権限の濫用に関する諸々の危険が相対的にみて欠けているという理由によつても、正当化されるように思われる。相手方により承認を提出された当事者は、その供述は当事者自身の口から出されたもので、それによつて不意打ちにあらうことは普通はないであらう。他方、弁護人は、依頼者へ質問を行うことにより、承認がなされたことを知り、それに不服がある場合には反証の提出、あるいは釈明のための準備が可能でなければならぬ。いかなる承認も、勤勉な弁護人に対して不意打ちとなることがあってはならないからである。

また、刑事事件において、被告人に対する証拠として承認が提出される場合、尋問時の取調官の行為は、自由に關する修正五条の規定によつて規制されるであらうし、捜査官の強制によつて当該証拠が引き出されたのであればこれは排除されることになる。⁵¹

(6) 伝聞法則の根拠を明らかにする上で、反対尋問以外のアプローチが必要であることは、刑事上の利益に反す

る供述 (statement against penal interest) の伝聞例外を分析することによっても導くことができる。従来から、司法が、刑事上の利益に反する供述を伝聞例外として許容することに消極的であったのは、公判廷証人による偽証の危険とも関係がある。コモン・ローでは、金銭上ないし財産上の利益に反する供述は、原供述者が証人として利用不能である場合に、許容性を肯定された。他方、刑事上の利益に反する供述は許容されなかった。例えば、「私は、自分のティアラを一番年上の姉にあげてしまった」とか、「私はハンスンに五〇〇ドルの借金がある」といった発言は、この例外の下に許容されたが、他方、「私はポストン絞殺魔だ」という発言は、許容されなかった(もちろん、承認として許容される余地はある)。これは、反対尋問重視アプローチによつては、理解が困難である。なぜなら、犯罪を犯したという供述者自身による供述は、通常、供述者に財産上の利益に反する供述よりもずっと大きな危険を負わせるだろうし、それゆえ、それが真実でない限りそのような供述はなされなだらうからである。すると、供述の信用性を重視する反対尋問アプローチによれば、伝聞例外として許容してもよいように思われる。

しかし、実際には、刑事上の利益に反する供述のなされる際の諸情況は、原供述者の真摯性と公判廷証人の正直さの両者に対する問題点を含んでいることが多い。被告人によつて、第三者の自白が、自己の無実を立証するために証拠請求された場合、次のような問題が生じることになる。その第三者が証人として利用不能である場合、その供述が本当になされたのかどうか、それが任意になされたかどうか、仮に任意になされたとして、それが真実であるのかどうかは、疑わしいであろう。裁判所は、原供述者と公判廷証人の両者に対する疑いがあるために、これらの供述を許容することに消極的であったと考えられる。マコーミックは、このような供述に証拠能力を認めることに裁判所が躊躇してきた理由は、偽証言が氾濫する状態を招くようなことにもなりかねないという危惧感であると指摘した。⁵² 他方、ウィグモアも、利益に反する供述についての例外において刑事上の利益に反する供述が除外されている理由は、捏造された証言をもた

らす危険性があるからであると考へた。そして、ウィグモアは、彼の主張する反対尋問重視の理論に全くなじまないと考へられるこのような理由付けを次のように非難した。

「これは、証拠法についてのなんらかの改革に反対するために、必ず用いられてきた古くて錆付いた武器である。すなわち、濫用の危険についての議論である。これは証人の許容性に対するものとしては良い議論であろう。なぜなら、嘘をつく証人がいるだろうということや、彼らの嘘に騙されないようにすることが難しいということは、誰でも知っているからである。しかし、正直な者が、自分自身の無実を晴らすのを妨げるいかなるルールも悪いということは、それが他方で、悪人が誤って無罪とされることを防止するものであるとしても、疑いがないことである」⁵³。

一九七一年に諮問委員会によって作成された修正案には、たとえそれが無罪の方向で用いられる場合であっても、刑事上の利益に反する供述を無制限に許容しようとする規定が含まれていた。⁵⁴ 諮問委員会は、「自白がなされたという事実、あるいは自白の内容の中に捏造があるのではないかという不信感から生じ、いずれかの場合において、要求されている原供述者の利用不能性によって高められる」第三者の自白を証拠として用いることに對する不信感を判例が示していたことを認識していた。⁵⁵ しかし、諮問委員会は、捏造の問題については、陪審の能力を信頼すべきであるという見解を表明した。⁵⁶ そして、この修正案が公にされると、第一次草案と同様に、批判や意見が同委員会に寄せられたが、この規定を批評するマクレラン上院議員 (Senator McClellan) からコメントを受けて、連邦最高裁は、「被告人の無実を晴らすために提出された供述は、補強情況がその供述の信用性を明示していない限り許容されない」という要件を付加した。⁵⁷

この変更を受けて、諮問委員会によって、同規定の註釈も修正された。同委員会は、刑事上の利益に反する供述はしばしば信用性が肯定されることは認めた上で、「自白がなされたという事実あるいはその自白の内容」に對する捏造の危険について再び言及した。そして、補強情況の要求は、許容すべきかどうかについての「これらの對立する利害の調

整を効果的に行う」ために加えられたと述べている。⁵⁸ その後の連邦議会での審議において、下院司法委員会は、この要件を設けなければ被告人の証言のみで供述が十分に補強されることになるという点を指摘しつつ、無罪方向の自由は、「明白に」補強されなければならないことを要求する修正案を提出した。⁵⁹ この案は、両院を通過し、規則八〇四条(b)(3)において「ただし、原供述者に刑事上の責任を科すおそれがある供述で被告人の無実を晴らすために提出された供述は、補強状況がその供述の信用性を明示していない限り、許容されない」と規定され、現行規則に盛り込まれている。

刑事事件における刑事上の利益に反する供述のこの取扱は、公判廷証人および出廷していない原供述者の両者による証拠の捏造の危険、およびこの捏造を見抜くための陪審の能力に対する不信に基づくものである。なお、民事事件では、刑事上の利益に反する供述は、補強の要件は必要とされず無制限に証拠能力を認められる。

(7) 反対尋問重視の理論のみによっては、伝聞法則の構造を説明するのに不十分であることを、これまで示そうとしてきた。もっとも、この理論は、伝聞法則の構造において強い影響力をもっていることは疑いが無い。この理論は、陳述された事柄の真实性を立証するために提出された供述証拠でなければ、伝聞法則によっては許容性に関するいかなる制限も存しないことを説明する。⁶⁰ それらが無制限に許容されるということは、原供述者の信用性が重要なのである。信用性の問題以外の危険性は証拠の許容性に大きな影響をもたないことを示唆するものである。ここから明らかに言えることは、伝聞法則の主たる関心は、公判廷に出頭していない原供述者の信用性に向けられていることである。すなわち、公判廷証人の抱えている問題は、重要であるが、二次的なものにすぎないことになる。しかし、公判廷外の口頭による陳述(out-of-court verbal utterances)の許容性に関する諸々のルールを見てみると、公判廷証人についての問題点が無視できないものであるといえるように思われる。

例えば、最良証拠の法則は、公判廷証人は、文書の内容ないし他の形で記録された発言の内容を間違って解釈するか

もしれないという考えに基づくものである⁶¹。また、生前の口頭約束に関する制定法が現在も存続している法域では、同法が公判廷外供述の捏造の危険性を表すものであると考えられる。契約、遺言、およびその他の法的行為 (Legal act) を行う際に必要とされる「実体的な」諸々のルール (substantive rules) は、形式が大切であるとか、あるいは、口頭での発言は作り上げられるかまたは間違つて伝達される危険性があることを重視しているのである。また、詐欺防止法については、捏造された陳述を規制することを狙いとしていることは明らかである。もし、公判廷外の口頭による陳述の許容性に関して定めるこれら伝聞法則以外の諸々のルールがなかったとしたら、伝聞法則は、間違いの報告と捏造の危険性をその根拠とすることが明白となる。

ところで、伝聞法則の根拠を、単一のアプローチ (反対尋問を経ないこと) から排除が正当化されると解することに、この法理を簡明に理解することができるというのも事実であるように思われる。しかし、刑事事件において、被告人が無罪の立証のために提出した第三者の自白のように、反対尋問アプローチ以外の視点から検討を加える必要のある伝聞例外があることも、また事実であるといえよう。かくして、供述証拠を排除することが、出廷していない原供述者の信用性に一定程度問題があることによる場合には、このタイプの供述を「伝聞」として分類したうえで、証人による偽証の危険性についても伝聞法則の根拠の一つとして考慮するのがよいと考える。

(8) これまで、伝聞法則の構造の理解は、反対尋問を経ないことだけではなく、不意打ちと証人の偽証の危険性の点から捉えても、矛盾しないものであることを示そうと試みてきた。さらに、この二点のほかに、次のような視点からも検討すべきであろう。

まず、裁判官の裁量の有する危険性も、伝聞法則の構造を分析する上で考慮すべき点の一つである。伝聞例外規定が、単一の広範なルール (例えば、信用性のある伝聞は許容されるというような規定) を置く代わりに、分類された諸例外

を置いていることは、裁判官の裁量の危険性が伝聞法則の根拠であることを示唆するものである。分類された諸規定を設けていることは、伝聞法則によって証拠能力が否定されない特別のカテゴリーを設けることによって、伝聞を排除するための裁判官の裁量を制限する機能ももっている。また、その他の例外に関する規定には、もんきり型の例外規定に該当しない伝聞証拠に対する裁判官による裁量権の行使を制限する意図が見受けられるのである。⁶²

(9) ところで、伝聞法則は、民事事件よりも刑事事件において重要な意義を有していると考えられる。いくつかの伝聞例外は、民事と刑事とに明確な区別を設けている。これらのなかで最も重要なものの一つに、公的記録と報告書 (public records and reports) の例外がある。それは、議会において論争の一つの的となったものである。当初、連邦最高裁は、諮問委員会による最終案にあるように、警察官が直接見聞した事柄が、警察官の報告によって証明されることを認めようとしていた。もっとも、刑事事件において、訴追側によって警察官が見聞した事柄が公的記録として事実認定に用いられることは、禁止しようとしていたようである。⁶³ 最終的に、連邦証拠規則では、但し書きで「刑事事件において警察官およびその他の法執行官が見聞した事柄を除く」とし、許容されないということになった。⁶⁴

また、連邦証拠規則は、民事と刑事との間に、利益に反する供述、⁶⁵ 以前の有罪判決 (judgment of previous conviction)、⁶⁶ 死の切迫の確信の下にした供述、⁶⁷ および以前の証言 (former testimony) の取扱において区別を設ける。公的記録と報告書の例外のように、これらの伝聞例外は、一樣に、刑事におけるよりも民事において伝聞を許容することに寛大である。また、伝聞排除に対する司法の姿勢は刑事事件においての方がより厳格であるようである。刑事では、伝聞の証拠採用の問題が生じたとき、実務上、事実審裁判官の裁量権の範囲は民事よりもより狭いとされるので、破棄事由となる誤り (reversible error) と認定される⁶⁸ ことがより多くあるのである。⁶⁹

そして、刑事事件に特有の問題点は、民事と刑事に共通である伝聞法則に一定の役割をもっている。その具体例の一

つが、先に触れた以前の不一致供述を制限的に実質証拠として用いることを認める規定である。連邦最高裁原案は、そのような供述を無制限に実質証拠として用いることを認めるものであったが、これが制限されたのは、刑事に特有の問題点、すなわち取調官に無理な取調べを行う誘因を与えることになること等への配慮があったことは疑いがない。

これまで見てきたように、公判廷外の供述を排除するその他の諸々のルールによって補われている伝聞法則は、反対尋問アプローチのみではその構造を分析するには不十分であると考えられる。公判廷外供述排除の原則の発展について考える上では、反対尋問アプローチによるばかりでなく、証人による偽証の危険、不意打ちの危険、裁判官の裁量によって生じ得る危険、および刑事司法制度の上で伝聞証拠を許容することにより生じるであろう危険からのアプローチも必要である。なお、これらの点は、伝聞法則について考える上で民事と刑事とを分けることを正当化するものとなっているのである。

以上が、伝聞法則の根拠について考える上で重要と思われるパークの所説の概要である。

1 Park, *A Subject Matter Approach to Hearsay Reform*, 86 MICH. L. REV. 51, 54-88(1987). そのうち、論議的アプローチについては *id.* at 54-68. 各論的アプローチについては *id.* at 68-88 を参照。また、諮問委員会の註釈については 3 S. SALTZBURG & M. MARTIN & D. CAPRA, FEDERAL RULES OF EVIDENCE MANUAL (6th ed. 1994) を参照した。

2 See, e.g., G. LILLY, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF EVIDENCE 159-60 (1978); 5 J. WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW § 1362, at 7 (3d ed. 1940) [hereinafter WIGMORE ON EVIDENCE].

3 5 WIGMORE ON EVIDENCE, *supra* note 2, § 1362, at 7.

4 See *id.* § 1363.

- 5 See, e.g., Tribe, *Triangulating Hearsay*, 87 HARV. L. REV. 957 (1974); G. LILLY, *supra* note 2, at 159-60.
- 6 See, e.g., *Report of Committee on Administration of Justice on Model Code of Evidence*, 19 CAL. ST. B.J. 262, 274 (1944). 若干の研究者は、公判廷証人による間違つた報告の危険を、伝聞を排除する基礎的な理由の一つであると見なしてきた。 See C. MCCORMICK, MCCORMICK ON EVIDENCE § 245, at 727 (E. Clearly 3d. 1984) [hereinafter MCCORMICK ON EVIDENCE]; R. LEMPERS & S. SALTZBURG, A MODERN APPROACH TO EVIDENCE 520-21 (2d ed. 1982). (Park, *supra* note 1, at 56 n.27)
- 7 See, e.g., Stewart, *Perception, Memory, and Hearsay: A Criticism of Present Law and the Proposed Federal Rules of Evidence*, 1970 UTAH L. REV. 1, 19.
- 8 R. LEMPERS & S. SALTZBURG, *supra* note 6, at 520-29.
- 9 Cf. *id.* at 520-21.
- 10 *Coleman v. Southwick*, 9 Johns. 45, 50 (N.Y. Sup. Ct. 1812).
- 11 この論文は、事実認定者は陪審員であることを前提とする。その理由として、伝聞法則は、理論的には、裁判官裁判と陪審裁判との両方に適用されるのだが、裁判官裁判では、次のような理由によりかなり少ない効力しかもたないと考えられるからである。すなわち、裁判官裁判では、伝聞法則に反して伝聞を証拠採用した場合であっても、判決に影響を及ぼさないとされる可能性が高いという点である。これは、もし証拠能力を有する他の証拠によってその事実認定が支持されるならば、裁判官は問題となっている証拠は証拠能力がないことを十分に認識したりうえで考慮したと考えられるので、判決は破棄されないだろうという原則によるものである。この原則は、非陪審事件において、伝聞法則を緩和化する姿勢を導いてきた。 See Davis, *Hearsay in Nonjury Cases*, 83 HARV. L. REV. 1362 (1970). (Park, *supra* note 1, at 59 n.32)
- 12 See generally Stewart, *supra* note 7.
- 13 See Weinstein, *Probative Force of Hearsay*, 46 IOWA L. REV. 331, 335 (1961); Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 HARV. L. REV. 1357, 1372 (1985).
- 14 See Comment, *Abolish the Rule Against Hearsay*, 35 U. PITT. L. REV. 609 (1974); Note, *The Theoretical Foundations of the Hearsay Rules*, 93 HARV. L. REV. 1786, 1789-90, 1815 (1980). なお、この二つの文献については、

山田道郎「伝聞法則の再検討」法律論叢五五巻五号（一九八三年）一一—一六頁参照。

15 McCormick, *The New Code of Evidence of the American Law Institute*, 20 TEX. L. REV. 661, 671 (1942).

16 See, e.g., Morgan, *Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept*, 62 HARV. L. REV. 177, 186 (1948)

「もし、証人が自ら進んで偽証を行おうとし、かつこれに弁護人が進んで協力したとするなら、宣誓および反対尋問のいずれも、証人あるいは弁護人のいずれかが著しく愚かでない限り、意図的な嘘を暴くために大きく役立つものではない。……意図的な嘘を暴くことが反対尋問の劇的な機能であるとしても、それはたいへんまれになされるにすぎないのである」。同旨のものとついで Finnan, *Implied Assertions as Hearsay: Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence*, 14 STAN. L. REV. 682, 690-91 (1962). (Park, *supra* note 1, at 62 n. 41)

17 その問題は、被告人が起訴されている犯罪について、第三者が自白した事案において生じてきた。もちろん、陪審は、アライ証人を信じることを拒絶するときのように、完全な防禦を構成する証拠 (complete-defense evidence) を拒絶するのが一般である。しかし、証人が、非言語的行為 (nonverbal conduct) について自分自身の観察に基づいて詳細な報告を行う場合は、証人が公判廷外供述について報告する場合よりも、反対尋問は、証言の土台を崩すことについてより多くのことが可能であろう。公判廷外供述に関する報告の場合、その供述を聞くための完全な機会について証言してきた証人は、あらゆる困難を解決しないで、公判廷外供述者の陳述のなかで自分自身を固めることができるのである。(Park, *supra* note 1, at 62 n. 42)

18 See *Rules of Evidence (Supplement)*: *Hearings Before the Subcomm. on Criminal Justice of the House Comm. on the Judiciary*, 93 Cong., 1st Sess., 74 (1973) [hereinafter *House Evidence Rules Hearings*] (伝聞を広く許容する点については American College of Trial Lawyers の発言は、「弁護士は、どのような証拠が提出されるかを公判廷でそれと直面するまで知らないであらうし、かつ知ることができないので、弁護士が十分な公判準備を行うことを不可能にするだろう」と述べた) , *reprinted in* 3 J. BAILEY & O. TRELLES, *THE FEDERAL RULES OF EVIDENCE: LEGISLATIVE HISTORY AND RELATED DOCUMENTS*, Doc. 12, at 74 (1980) [hereinafter BAILEY & TRELLES]; *id.* at 290 (「ロンドン地区法律家協会の連邦証拠規則に関する研究委員会の発言は、不公平は、不意打ちおよび伝聞証拠についての「新しい種類の提案 (novel offer)」から生じることがありと陳述する) : HOUSE COMM. ON THE JUDICIARY, *FED. RULES OF EVIDENCE*, H. R. REP. NO. 650, 93d Cong 1st Sess., 5-6 (1973), *reprinted in* 1974 U.S. CODE CONG. & ADMIN. NEWS 7075, 7079 and in 4

- BAILEY & TRELLES, *infra* note, Doc. 13, at 5-6 (その他の例外に関する規定が削除されるべき理由は、「証拠法の中にあまりにも多くの不明確なものを差し挟むこと、および公判準備のための弁護士能力を弱めることになる」だろうということにあったと説明している)。Cf. Coleman v. Southwick, 9 Johns. 45, 50 (N.Y. 1812)。その他の例外についての最終的な修正案は、その例外の下に証拠を提出することの意図を示す公判前の告知が必要であるという要件を盛り込むことによって、不意打撃の異議に応じようとしていた。See FED. R. EVID. 803 (24), 804 (b) (5). (Park, *supra* note 1, at 62 n.43)
- 19 See, e.g., Younger, *Reflections on the Rule Against Hearsay*, 32 S.C.L.REV. 281 (1980); Weinstein, *supra* note 13.
- 20 See, e.g., C. WRIGHT & K. GRAHAM, FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE § 5005, at 88 (1977); *House Evidence Rules Hearings*, *supra* note 18, at 70 (American College of Trial Lawyersの発言は、「伝聞証拠を広く許容することに対する」と反対し、かつ裁判所の裁量が広範となることを非難する)；*id.* at 91 (ワシントン州法律家協会の発言は、「裁判所の裁量権が広範となることに基づいて、提案されたその他の例外規定に反対する)；*id.* at 356 (コロラド法律家協会の発言は、「証拠法に、あまりにも多くの不確かさおよび自由裁量を差し挟むことなるという理由で、その他の例外規定を設けることに反対する)；*id.* at 337 (resolution of American Bar Association House of Delegates). (Park, *supra* note 1, at 63 n.45)
- 21 See *Rules of Evidence, Hearings Before the Special Subcomm. on Reform of Federal Criminal Laws of the House Comm. on the Judiciary*, 93d Cong., 1st Sess. 244 (1973)[hereinafter *House Special Subcomm. Hearings*] (statement of Frederick D. McDonald), reprinted in 3 BAILEY & TRELLES, *supra* note 18, Doc. 11, at 244; *House Evidence Rules Hearings*, *supra* note 18, at 92-93 (捜査官の権限は、「以前の不一致供述を実質証拠として用いることを認めることによつて不正に高められ、しかも民事および刑事において取調官は、自分たちの増大した権限を承知した上、公正な取調官としてその権限を行使しそつたにないことを示唆する)。(Park, *supra* note 1, at 66 n.50)
- 22 ウィグモアは、その他の排除に関する理論が立法者に影響を与えたことを認めたが、反対尋問を根拠とする理論が、伝聞法則の理解のための真のカギであると見なした。公判廷証人が公判廷外供述について不正確な叙述をする危険が伝聞を排除する根拠の一つといえるかどうかについて述べているセクションにおいて、彼は、「この根拠を「偽物の (spurious)」ものであると評価した。」5 WIGMORE ON EVIDENCE, *supra* note 2, § 1363, at 8. (Park, *supra* note 1, at 69 n.67)
- 23 *Id.* § 1420, at 202.

- 24 *Id.* § § 1420-1422.
- 25 ウィグモアは、伝聞例外と分類されたものすべてが、信用性の情況的保障の存在によって説明可能であるわけではないことを認識していた。それゆえ、彼は、承認を伝聞法則についての例外としてではなく、供述者は「自分自身で反対尋問する必要がない」ので、伝聞法則の適用がない (inapplicable) 場合であると説明した。4 J. WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW (Chadbourn rev. ed. 1974) § 1048, at 4-5 [hereinafter WIGMORE (Chadbourn ed.)] (Park, *supra* note 1, at 70 n.70)
- 26 Tribe, *supra* note 5, at 958-66; 以下で述べられるトライブの説は、伝聞法則とその例外の分析として、きわめて示唆的であるところであろう。いわゆる供述三角形は、伝聞の四つの危険を検討する上で、大変便利である (例えば、光藤景皎「伝聞概念に就いて」高田卓爾博士古稀祝賀『刑事訴訟の現代的動向』(一九九一年)一八三頁参照)。
- 27 See FED. R. EVID. 803 (24), 804 (b) (5). なお、この規定に伝聞証拠利用の意思を公判前に相手方当事者に告知することが許容の要件とされていることからすると、必要性や信用性の情況的保障以外の要素は、伝聞法則とは全く無縁であるといえないであろう。との指摘もなされている(津村政孝「証人対審権の歴史的展開——連邦証拠規則研究のための準備作業」学習院大学法学部研究年報一九号(一九八四年)二三一頁)。
- 28 See FED. R. EVID. 803 (1), 803 (2).
- 29 See Morgan, *A Suggested Classification of Utterances Admissible as Res Gestae*, 31 YALE L. J. 229, 238-39 (1922); 6 WIGMORE (Chadbourn ed.), *supra* note 25, §§ 1766-1768.
- 30 See FED. R. EVID. 803 (1) advisory committee's note.
- 31 See Stewart, *supra* note 7, at 27-29; Hutchins & Slesinger, *Some Observations on the Law of Evidence: Spontaneous Exclamations*, 28 COLUM. L. REV. 432 (1928).
- 32 See FED. R. EVID. 803 (2) advisory committee's note.
- 33 See Nesson, *supra* note 13, at 1374 & n.55.
- 34 See, e.g., FED. R. EVID. 803 (4). (医学的診断または治療の目的でなされた供述)
- 35 See, e.g., FED. R. EVID. 803 (1), 803 (2), and 803 (3).

36 See *State v Saporen*, 205 Minn. 358, 362, 285 N.W. 898, 901 (1939). この判決は次のように論じる。すなわち、反対尋問の主要な利点は、それが、将来のある時点において、反対当事者が自己に不利益な証言を分析するための権利を与えることにあるのではない。その主たる長所は、供述に対する吟味を即時に行うことにある。反対尋問は即時になされなければならない。嘘の証言は、証人が再考の機会をもち、その利益が真実よりも虚偽を維持することにある他人の暗示による影響を受けるのに応じて、強固になり、反対尋問が真実の一撃をもたらすことが不可能になる性質を有するものである。

37 右註の判示内容を受けて、マコーミックは次のように述べる。「なお、その事案における事実は、その証人がまさに彼のストーリーを大変大きく変えたということである。強固になるといってもむしろ、彼の証言は、供述をしたときと証言を行うときとの間にある何かによって歪んだのである。このことは諸々の状況が頻繁に示唆していることのように思われ、変化の原因である『何か』とは不適切な影響であったことを諸々の状況が頻繁に示唆しているのである」。McCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 6, § 251, at 745. 彼は、また、次のように付け加えた。すなわち、以前の供述は、公判廷での証言よりもその事柄に近接してなされたので、公判廷証言よりもより信用が掛けそうである。最終的に、事実認定者は、証人の供述態度を観察する機会をまさにもつのである。しばしば引用される一節のなかでハンド裁判官が述べたように、「もし、陪審が証人について見ていることすべてのことから、その証人が今述べていることは真実ではなく、以前に述べたことが真実であると結論するとしたら、陪審は、なお彼らがその人物について法廷で見聞いたことから判断しているのである」。DiCarlo v. United States, 6 F.2d 364, 368 (2d Cir.), *cert denied*, 268 U.S. 706 (1925). See also 3A WIGMORE (Chadbourn ed.), *supra* note 25, § 1018, at 996. (Park, *supra* note 1, at 78 n.108) なお、以前の不一致供述について詳しくは、小早川義則「不一致供述と伝聞法則(一一四・完)——米連邦証拠規則について」名城法学三五卷一五七頁、同二号三一頁、同三号八五頁、同四号一頁(一九八五—一九八六年)、山田道郎「以前の不一致供述の実質的許容」法律論叢五九卷四号(一九八七年)四三頁参照。

38 See FED. R. CRIM. P. 16 (a) (1) (A).

39 連邦証拠規則は、証人を喚問した当事者を含む誰もが、証人を弾劾することを認めるのであるが(規則六〇七条を見よ)、支配的な見解(*prevailing view*)は次のようなものである。すなわち、検察官が、その証人から訴追のために役立つ何らかの公判廷証言を得ることができず、かつその不一致供述を、規則八〇一条(d)(1)(A)の下に実質証拠として用いることができない場

合、検察官は、陪審の面前に以前の不一致供述を提出するためだけの目的で、証人を喚問することは許されない。See *United States v. Hogan*, 763 F.2d 697 (5th Cir. 1985)。そのような場合には、検察官は、陪審が、以前の不一致供述を陳述することの真实性を立証するために（不適切に）用いるであろうことを単に期待するだけであらうし、それゆえ、その供述は、規則四〇三条の規定する不公平な偏見を与えるおそれのあるものとして排除されるべきであらう。（Park, *supra* note 1, at 78 n.110）

40 FED. R. EVID. 801 (d) (1) (A) (Supreme Court Proposed Draft 1973), *reprinted in* 2 BAILEY & TRELLES, *supra* note 18, Doc. 7, at 27.

41 註(42)にあるような二つの要件が設けられたのは、このような危険を考慮したためであらう。See also *House Special Subcomm. Hearings*, *supra* note 21, at 244 (statement of Frederick D. McDonald) ; *House Evidence Rules Hearings*, *supra* note 18, at 92-93 (statement of Frederick D. McDonald)。マクドナルドは、次のように論じた。以前の不一致供述を實質証拠として用いることが認められた場合、「取調官の権限は、不法に高められるであらう」。Ibid. また、彼は次のようにも言及した。すなわち、取調官は供述を取ることにより、たとえその証人が後にそれとは異なる供述をなすに至った場合であっても、証拠として許容される証拠を作り出すことができることになる。このような事態が生じれば、濫用のおそれは明白である。取調官は、一方の当事者を代表するにすぎない者であり、それゆえ、相手側にとって有利な諸々の事実を見過したり、暴くことに失敗するだらう。また、捜査官およびその他の法執行官の手中に過度の権限を与えることにならう。Ibid. 彼は、さらに次のようにも述べた。以前の供述を實質証拠として用いることを認める提案された規則は、次のようなことを意味するものである。取調官、すなわち捜査官およびその他の法執行官は、公判廷外において、誰の立会いもなく、誰からも供述を取ることができる。そして、その供述は、その者が後にその供述からそれる供述をするに至った場合、その供述は宣誓すらなされていないのであるが、有罪を立証するための實質証拠となる。それは、取調官にとって、まもなく行われる公判または起訴手続において攻撃の隙のない有罪方向の証拠を作り出すことを可能にするだらう。House Special Subcomm. Hearings, *supra* note 21, at 244. Cf. *State v. Spadafore*, 220 S. E. 2d 655, 664 (W. Va. 1975). (Park, *supra* note 1, at 79 n.112)

42 See H.R. REP. NO. 650, *supra* note 18, at 13. この報告では、以前の不一致供述についての委員会の妥協的な修正案

に対して二つの要件が課された。「(1)宣誓がなされていないまたは口頭による供述を含むほとんどの他の状況とは異なり、以前の供述がなされたこと自体については議論の余地がないこと。(2)公式の手續、宣誓、および反対尋問における状況が、以前の供述の信用性に特別な確証を与えること」。Ibid. 二つめの要件は、反対尋問に關する限り、規則八〇一条(d)(1)(A)の最終案には適用がない。しかし、一つめの要件は、十分に適用可能である。(Park, *supra* note 1, at 79 n.113)

43 See M. GRAHAM, WITNESS INTIMIDATION 138-39 (1985).

44 FED. R. EVID. 801 (d) (1) (A).

45 See FED. R. EVID. 801 (d) (2) advisory committee's note. なお、パークは、不利益な事実の承認を伝聞例外の視点から考察している。See Park, *supra* note 1, at 80. また、不利益な事実の承認と類似するがそれと異なるものとして、つづく(6)で述べる、利益に反する供述がある。

46 See FED. R. EVID. 801 (d) (2) advisory committee's note. See also Morgan, *Admissions*, 12 WASH. L. REV. 181, 182 (1937); 4 WIGMORE (Chadbourne ed.), *supra* note 25, § 1048.

47 FED. R. EVID. 801 (d) (2) advisory committee's note.

48 See E. MORGAN, BASIC PROBLEMS OF EVIDENCE 266 (1962); C. MCCORMICK, HANDBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE § 239, at 503 (1954).

49 See Lev, *The Law of Vicarious Admissions — An Estoppel*, 26 U. CIN. L. REV. 17, 29 (1957).

50 Bein, *Parties' Admissions, Agents' Admissions: Hearsay Wolves in Sheep's Clothing*, 12 HOFSTRA L. REV. 393, 419 (1984).

51 See, e.g., *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Jackson v. Denno*, 378 U.S. 368 (1964).

52 MCCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 6, § 278, at 823.

53 5 WIGMORE ON EVIDENCE, *supra* note 2, § 1477, at 288-89.

54 FED. R. EVID. 804 (b) (4) (Supreme Court Proposed Draft 1973), *reprinted in* 2 BAILEY & TRELLES, *supra* note 18, Doc. 6. なお、刑事上の利益に反する供述について詳しくは、小早川義則「共犯者の自白と刑事上の利益に反する供述(一一四・完) — 米連邦証拠規則について」名城法学三四巻一号七九頁、二号一頁、三号七七頁、四号七一頁(一九八四一

一九八五年) 參照。

55 See FED. R. EVID. 804(b)(4) advisory committee's note to proposed rule, *reprinted in* 2 BAILEY & TRELLES, *supra* note 18, Doc. 6.

56 *Ibid.*

57 See 4 J. WEINSTEIN & M. BERGER, WEINSTEIN'S EVIDENCE ¶¶ 804-12, 804-140 (1985).

58 FED. R. EVID. 804 (b) (3) advisory committee's note.

59 H.R. REP. NO. 650, *supra* note 18, at 16.

60 See, e.g., FED. R. EVID. 801 (c).

61 See FED. R. EVID. 1001-1008 and corresponding advisory committee's notes.

62 See, e.g., REPORT OF SENATE COMM. ON THE JUDICIARY, S. REP. NO 1277, 93d Cong., 2d Sess. 18-20 (1974), *reprinted in* 1974, U.S. CODE CONG. & ADMIN. NEWS 7051, 7065-66.

63 See FED. R. EVID. 803 (8) (Advisory Comm. Revised Draft 1971), *reprinted in* 2 BAILEY & TRELLES, *supra* note 18, Doc. 6, at 106 ; FED. R. EVID 803 (8) (Supreme Court Proposed Draft 1973), *reprinted in* 2 BAILEY & TRELLES, *supra* note 18, Doc. 7, at 29.

64 FED. R. EVID. 803 (8) (B). See 120 CONG. REC. H2387-89 (daily ed. Feb. 6, 1974).

65 See FED. R. EVID. 804 (b) (3).

66 See FED. R. EVID. 803 (22).

67 See FED. R. EVID. 804 (b) (2).

68 See FED. R. EVID. 804 (b) (1).

69 See J. WEINSTEIN & M. BERGER, *supra* note 57, ¶ 800 [03] , at 800-18.

第四節 小括

ここでは、私なりにパークの所説を整理したうえで、本章のまとめを行い、日本法への示唆について言及する。

伝聞証拠が原則として排除されるのは、反対尋問を経ない供述を事実認定の証拠とすることを回避し、事実認定の正確性を確保するためである。反対当事者による反対尋問が、供述証拠の信用性を担保するために最も有効な手段であると考えられ、反対尋問は理論面でもまた実際面においても最も重要である¹⁾。

他方、パークの指摘する伝聞法則とその例外の根拠に関する、反対尋問以外の四つの点、すなわち、①証人による偽証の危険、②不公平な不意打ちの危険、③裁判官に広い裁量権を与えることにより生じる危険²⁾、そして④捜査官による取調べの有する危険³⁾の問題は、政策的観点から伝聞法則を捉えたものといえる。伝聞法則は、政策的な要素を少なからず含んでいると考えられる。したがって、伝聞法則について考える上では、反対尋問のみならず、補足的な視点としてそれら四つの側面から捉え直すことが有益であるといえるように思われる⁴⁾。

思うに、反対尋問は有効な手段であることは否めないが、反対尋問の効果をほとんど期待できない場合があることも事実であり、これを過信しすぎることは問題があるであろう。しかし、パークが論じるように、反対尋問アプローチだけでは、伝聞法則とその例外の根拠を理論的に説明するには不十分であるかについては、慎重な検討が必要とされよう。反対尋問に代替する信用性の観点から伝聞例外を説明しても、不合理な場合は見出し得ないように思われるからである。しかし、伝聞法則とその例外の補足的な根拠という意味では、有益な視座が含まれているように私には思われる。

本章では、アメリカにおける伝聞法則の意義、その概要および根拠について見てきた。日本法への示唆という点から

も、参考とすべきところは多いといつてよいであろう。もっとも、比較法的な観点からは、とりわけ陪審による事実認定を一般として論じていることには注意すべきであろう。しかし、この点は、陪審事件と非陪審事件との間に伝聞法則の適用に相違はないのであるから、比較法的な考察を行う際に問題があるとしてもそれは程度の問題にすぎないということができるようにも思われる。いずれにせよ、今後も、母法国の議論を参照しつつ、伝聞法則の意義と機能を再検討していく必要がある。本章においては、その一素材を提供することができたのではないかと考えている。

1 本章では、証拠法上の観点から伝聞排除について検討したが、反対尋問は、憲法の保障する証人对質権との関係できわめて重要である。この点については、第二章で詳論する。

2 なお、この根拠につき、嶋良弼『刑事証拠法』（一九六二年）一四〇頁参照（現行刑法法のように当事者主義が強化されると、弱い安易な証拠に依存するという危険の回避は裁判官の裁量によるコントロールに委ねることはできず、この点に、現行法が伝聞法則に関する規定を設けた根拠がある、と指摘されている）。

3 この根拠は、わが国の検察官面前調書、司法警察職員面前調書の危険性につながる重要なものといえよう。

4 しかし、このような点を伝聞法則の根拠とすることには、強い反論があらう。例えば、証人の偽証の危険については、証人による証言の誤りを根拠とすることに對して主張されるように、伝聞法則が問題とするのは、原供述（ないし原供述者）の信用性である、と反論されよう。この点を含め、他の三点についても慎重な検討が必要であると思われる。

附記 本稿は、北海道大学審査学位論文（一九九六年三月二五日授与）に必要最少限の加筆修正を加えたものである。