

刑事訴訟法322条1項における 「不利益な事実の承認」の位置づけと その許容性の根拠に関する一考察 ——アメリカにおける「相手方当事者の供述/ アドミッション」の議論を手がかりとして——

村 瀬 健 太

【目次】

はじめに

- I. 連邦証拠規則の規定内容、前提となる事情、本論文の検討対象について
- II. 連邦証拠規則制定以前の議論状況
 1. 20世紀以前のイギリスおよびアメリカにおけるコモン・ローの議論状況
 2. 連邦証拠規則制定以前のアメリカにおける学説状況
 - 2-1. Wigmoreによる見解を中心に展開された議論
 - 2-2. 伝聞例外説の展開——当事者主義および禁反言という根拠
- III. 連邦証拠規則801(d)(2)の制定過程
 1. 3つの法典(案)(codes)
 2. 1975年連邦証拠規則 Rule 801(d)(2)の制定過程
 3. 1975年以降から現在までの連邦証拠規則 Rule 801(d)(2)の改正状況
- IV. アメリカにおける現在の議論状況
 1. アドミッションの位置づけ
 2. アドミッションの許容性の根拠について
- V. アメリカにおける議論のまとめ
 1. 連邦証拠規則制定以前の議論状況
 2. 連邦証拠規則 Rule 801(d)(2)の制定過程
 3. アメリカにおける現在の議論状況
- VI. 我が国への示唆
 1. 不利益な事実の承認の位置づけ
 2. 不利益な事実の承認の許容性の根拠について
 3. 我が国における議論のまとめ

おわりに

はじめに

刑事訴訟法〔以下、刑訴法〕322条1項前段は、被告人の公判外供述についてその内容が不利益な事実の承認である場合、任意性が認められる限りにおいて（同条但し書き）、その証拠能力を認めている。少なくとも条文の文言上は、任意性が認められるだけで——言い換えれば伝聞例外に一般的に要求される「必要性」および「信用性の情況的保障」が要求されることなく——不利益な事実の承認は、証拠能力が認められることになる。ここで問題となるのは、322条1項前段が不利益な事実の承認について証拠能力を認める根拠である¹⁾。

まず、被告人が自身に対して反対尋問をすることは想定できないことを理由として、伝聞法則²⁾との関係において、322条1項前段は伝聞例外を定めたものではなく、伝聞法則が適用されない「伝聞不適用」を定めたものである、という見解がある³⁾。伝聞不適用説からすれば、不利益な事実の承認に

- 1) 不利益な事実の承認が証拠能力を認められる根拠に関する学説について詳しく述べたものとして、繁田実造「不利益な事実の承認」法学12巻3・4号63頁、73-75頁（1964年）、田淵浩二「刑事訴訟法322条の原理と解釈」法政研究84巻3号17頁、21-26頁（2017年）、小泉祐康「犯罪の外形的事実を承認した供述調書」熊谷弘ほか編『証拠法体系Ⅲ 第3編 伝聞証拠』（日本評論社、1970年）264頁、266-269頁、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第5巻Ⅰ』（青林書院、1999年）305-307頁〔岡部信也〕を参照。
- 2) なお、刑訴法320条は伝聞法則を定めたものと一般的には理解されているが、これに対して320条は直接主義を定めていると理解するものとして、小野清一郎「新刑訴における證據の理論」刑法雑誌4巻3号1頁、32頁（1954年）、小野清一郎ほか『刑事訴訟法（ポケット註釈全書）』（有斐閣、1955年）682-683頁〔横井大三〕。なお、現行刑訴法の立法経過を検討し、322条については直接審理主義の例外として理解する見解もある（古江・後掲注（11）275頁）。
- 3) 江家義男『刑事證據法の基礎理論〔訂正版〕』（有斐閣、1952年）127頁、団藤重光編『法律実務講座 刑事編 第8巻 証拠法(1)』（有斐閣、1956年）1873頁〔栗本一夫〕、岸盛一『刑事訴訟法要義 上巻』（廣文堂書店、1961年）171頁、田中和夫『新版証拠法〔増補第3版〕』（有斐閣、1971年）173-174頁、高田卓爾『刑事訴訟法〔2訂版〕』（青林書院新社、1984年）223頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（青林書院、1990年）210頁（平場安治ほか『注解刑事訴訟法 中巻〔全訂新版〕』（青林書院新社、1982年）724、766頁〔鈴木茂嗣〕も参照）、田口守一『刑事訴訟法〔第7版〕』（弘文堂、2017年）427頁、辻本典央「伝聞法則の研究」近畿大学法学58巻2・3号337頁、348頁（2010年）（ただし、同『刑事訴訟法』（成文堂、2021年）292頁も参照）

については伝聞法則が適用されない以上、証拠能力が認められるのは当然であるということになる。

他方で、322条1項前段は、伝聞例外規定であると理解する見解も多くみられる⁴⁾。そのうえで、なぜ伝聞例外として許容されるのかについては、さらに見解が分かれている。まず、①人は任意に自己に不利益な事実を認める場合には、通常その信用性は高いであろうという経験則〔以下、便宜上本論文では単に「信用性経験則」と言及することがある〕が存在することを根拠とする見解がある⁵⁾。次に、②（公判外供述と公判供述が異なることを前提として）自己矛盾供述であるから、被告人は説明義務を負うとする見解もある⁶⁾。このほか、③当事者主義の見地から、当事者が自己に不利益な供述を

など。最終的には伝聞例外規定であるとしつつも、本来は伝聞例外ではなく伝聞不適用の規定であるとするものとして、土本武司『刑事訴訟法要義』（有斐閣、1991年）380頁。

- 4) 堀江慎司「伝聞法則と供述調書」法時84巻9号29頁、31頁（2012年）（宇藤崇ほか『刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2018年）400-401頁〔堀江慎司も参照〕、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）207頁、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）386頁（もっとも、被告人自身による反対尋問は考えられないため、「伝聞証拠ではないと称しえないわけではない」（同書386頁）とも指摘する）、松尾浩也『刑事訴訟法（下）〔新版補正第2版〕』（弘文堂、1999年）44-45頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅱ』（成文堂、2013年）216頁、酒巻匡『刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2020年）536、544頁、上口裕『刑事訴訟法〔第5版〕』（日本評論社、2021年）390頁、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）454頁、池田公博＝笹倉宏紀『刑事訴訟法』（有斐閣、2022年）241頁〔笹倉宏紀〕、田淵浩二『基礎刑事訴訟法』（日本評論社、2022年）261頁、斎藤司『刑事訴訟法の思考プロセス』（日本評論社、2019年）356頁、緑大輔『刑事訴訟法入門〔第2版〕』（日本評論社、2017年）307頁、松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、2010年）85頁、後藤昭『伝聞法則に強くなる』（日本評論社、2019年）53、112頁など。
- 5) 酒巻・前掲注（4）537頁、田宮・前掲注（4）386頁（もっとも、「英米のように公判は争いのある場合だけという前提があれば、訴訟における自己の主張との不一致供述を理由としうるだろう（「必要性」が根拠となる）」（同書386頁）とも指摘する）、松尾・前掲注（4）45頁（なお、英米について「訴訟における自己の主張と両立しないような供述をしている以上、証拠にとれないとは言えないはずだという『当事者理論（the adversary theory）』による説明が有力である」とも言及する（同書46頁））。伝聞不適用説からこの立場に立つものとして、岸・前掲注（3）175頁。
- 6) 平野・前掲注（4）212頁。なお、平野龍一は、この他に最小限度の信用性の情勢的保障が要求されるとし、それが任意性であるとも述べている（平野龍一『訴因と証拠 刑事法研究 第4巻』（有斐閣、1981年）268頁）。後藤・前掲注（4）116頁はこの見解に近いとしつつ、当事者が自身の語った事実を争うのであれば、自身の供述をなかつたことにするのは許されず、そ

する以上は相手方当事者にこれを利用する機会を与えるのが適当である、という見解もみられる⁷⁾。さらに、④信用性経験則の存在を肯定し信用性の情況的保障があることを指摘しつつ、さらに被告人は公判廷において供述する義務がなく、またいつでも供述を打ち切れることから、信用性の高い公判外供述を証拠とする必要性と相当性が認められる、とする見解もある⁸⁾。

このように、不利益な事実の承認の証拠能力が認められるその根拠については、様々な見解がみられるところである。どのように説明するにせよ、任意性が認められる限りでは証拠能力が認められるのであるから、不利益な事実の承認が証拠として許容される根拠を明らかにする実益はそれほど大きくないのかもしれない⁹⁾。しかしながら、322条1項前段は「伝聞不適用」であるのか「伝聞例外」であるのかという争いや、322条1項前段は伝聞例外であるとして、伝聞例外一般に要求される「必要性」および「供述の信用性の情況的保障」という要件をどのように考慮するべきであるのかなど、我が国

の発言について説明するべきという「一種の信義則」として説明している。また、自己矛盾供述であることと同時に、被告人による自身への反対尋問は不要であることも指摘するものとして、団藤編・前掲注(3)1794-1795頁〔藤岩睦郎〕。

- 7) 小泉・前掲注(1)269頁。「禁反言」として捉える上口・前掲注(4)391頁は、この見解に近いと述べている。このほか、当事者主義に加えて、反対尋問に代わって公判廷で被告人が以前の自身の供述について十分説明することができるという点も指摘するものとして、光藤・前掲注(4)222-223頁。また、当事者主義という語は用いていないものの、英米における「アドミッションの法理」に由来しているとするものとして、田淵・前掲注(4)261頁。田淵浩二は、322条1項前段は供述の任意性に疑いのない限り、特信性を満たすとみなした規定である、とも述べている(田淵・前掲注(1)38頁)。
- 8) 伊藤栄樹ほか『注釈 刑事訴訟法〔新版〕第5巻』(立花書房、1998年)335-336頁〔香城敏磨〕(なお、河上和雄ほか編『注釈 刑事訴訟法〔第3版〕第6巻』(立花書房、2015年)531-532頁〔香城敏磨=朝山芳史〕も参照)、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕第7巻』(青林書院、2012年)664頁〔杉田宗久〕。また、山本恵三「被告人の自白を内容とする取調捜査官の供述の証拠能力」大阪刑事実務研究会編『刑事証拠法の諸問題(下)』(判例タイムズ社、2001年)347頁、352頁も参照。さらに、必要性について被告人が公判外供述と異なる公判供述を行った場合や黙秘する場合から説明し、信用性経験則から信用性の情況的保障を説明する見解として、堀江・前掲注(4)31-32頁、松田・前掲注(4)86頁。このほか、322条1項前段を本来は伝聞不適用の場合であるとしつつ、この立場に立つものとして、土本・前掲注(3)406頁。
- 9) 団藤編・前掲注(3)1795頁〔藤岩睦郎〕、河上ほか編・前掲注(8)『大コンメンタール刑事訴訟法』664頁〔杉田宗久〕を参照。

の伝聞例外体系の理解にも影響を及ぼしうる点は存在する。また、不利益性の判断基準¹⁰⁾についても、不利益な事実の承認が許容される根拠の理解によっては、少なくとも理論的にはその結論が左右されることになる。

そこで本論文では、アメリカにおけるアドミッション (admission) の議論を参照し、刑事訴訟法322条1項前段は、①伝聞法則との関係において、どのように位置づけられるべきであるのか、②不利益な事実の承認が証拠として許容されるその根拠とはいかなるものであるのか、という2点について若干の検討を行いたい。アメリカにおける議論を参照する理由は、周知の通り、アメリカは我が国の刑事訴訟法の制定に大きな影響を与えていること¹¹⁾に加えて、後に詳述するように、アドミッションの位置づけおよびその許容性の根拠に関して過去に活発な議論が行われたためである。アメリカにおける議論

10) 不利益性の判断基準に関する議論状況については、藤永ほか編・前掲注(1)307-308頁〔岡部信也〕、小泉・前掲注(1)269-270頁を参照。

11) 現行刑事訴訟法の制定に関する資料を集めたものとして、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年~2016年)がある。現行刑事訴訟法の制定過程全体を述べたものとしては、刑事訴訟法制定研究会「刑事訴訟法の制定過程(1)~(22)(未完)」法学協会雑誌91巻7号82頁以下、91巻8号97頁以下、同巻10号46頁以下、同巻11号95頁以下、同巻12号47頁以下(1974年)、92巻5号91頁以下、同巻6号102頁以下、同巻7号100頁以下、同巻10号112頁以下、同巻11号69頁以下、同巻12号103頁以下(1975年)、93巻3号94頁以下、同巻4号141頁以下、同巻5号145頁以下(1976年)、95巻8号98頁以下、同巻9号123頁以下、同巻12号50頁以下(1978年)、96巻1号75頁以下、同巻2号75頁以下(1979年)、97巻5号106頁以下(1980年)、99巻5号97頁以下、同巻6号125頁以下(1982年)がある。また、座談会として、勝田成治ほか「座談会 刑事訴訟法の制定過程」ジュリ551号30頁以下(1974年)。さらに、伝聞法則に関する現行刑事訴訟法の制定過程について、伊藤(博)・後掲注(13)「伝聞法則(4)」128-143頁、河上ほか・前掲注(8)『大コンメンタール刑事訴訟法』650-653頁〔杉田宗久〕、古江頼隆「伝聞法則の系譜(覚書)」同志社法学67巻2号245頁以下(2015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』(青林書院、2003年)293頁以下、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第20号41頁以下(2004年)、大場史郎「刑事証拠法の比較歴史法研究(3)」神戸学院法学43巻3号229頁以下(2014年)、後藤昭「自己の供述を内容とする供述と伝聞法則」酒井安行ほか編『新倉修先生古稀祝賀論文集 国境を超える市民社会と刑事人権』(現代人文社、2019年)225頁、226-230頁、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)72-92頁以下、拙稿「現行刑事訴訟法における被疑者・被告人の公判外供述に関する規定の制定過程——刑事訴訟法319条1項、322条1項、325条について——」法学研究論集56号61頁以下(2022年)を参照。

は、我が国における刑訴法322条1項前段の位置づけと不利益な事実の承認が証拠として許容される根拠について一定の示唆を与えてくれるであろう。

本論文の具体的な検討手順は次の通りである。まず、第1章(I)において、連邦証拠規則(Federal Rules of Evidence)の規定内容等、前提となる事情を確認したうえで本論文の検討範囲について明確化する。次に、第2章(II)では、連邦証拠規則制定以前の学説の議論状況を確認する。第3章(III)においては、連邦証拠規則の制定経緯について検討を加える。第4章(IV)では、連邦証拠規則制定後の連邦最高裁判例および学説の議論状況を参照する。第5章(V)は、アメリカにおける議論のまとめを行うものである。そして、最後に第6章(VI)において、我が国の議論に関して若干の検討を行う。

I. 連邦証拠規則の規定内容、前提となる事情、 本論文の検討対象について

本論文では、アメリカにおけるアドミッションに関する議論を検討する¹²⁾。具体的には、①伝聞法則¹³⁾との関係においてアドミッションはどのよ

12) アメリカにおけるアドミッションの全体的な議論については、以下の文献を参照。5 JACK B. WEINSTEIN & MARGARET A. BERGER, WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, COMMENTARY ON RULES OF EVIDENCE FOR THE UNITED STATES COURTS, §801.30-§801.34 (Mark S. Brodin ed., 2d ed. 2023) [hereinafter 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE]; 4 STEPHEN A. SALTZBURG ET AL., FEDERAL RULES OF EVIDENCE MANUAL, § 801.02 [6] (12th ed. 2023) [hereinafter 4 FEDERAL RULES OF EVIDENCE MANUAL]; 2 MCCORMICK ON EVIDENCE, §254 at 273-§267 at 371 (Robert P. Mosteller ed., 8th ed. 2020); 4 JOHN HENRY WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW; INCLUDING THE STATUTES AND JUDICIAL DECISIONS OF ALL JURISDICTIONS OF THE UNITED STATES AND CANADA, §1048 at 2-§1087 at 171 (3d ed. 1940); GLEN WEISSENBERGER & JAMES J. DUANE, FEDERAL RULES OF EVIDENCE: RULES, LEGISLATIVE HISTORY, COMMENTARY, AND AUTHORITY, §801.17 at 551-§801.27 at 569 (8th ed. 2023); PAUL C. GIANNELLI & JULES EPSTEIN, UNDERSTANDING EVIDENCE, §32.05 at 468-§32.10 at 486 (6th ed. 2023); CHRISTOPHER MUELLER ET AL., EVIDENCE, §8.27 at 836-§8.34 at 875 (6th ed. 2018); EDWARD J. IMWINKELRIED, EVIDENTIARY FOUNDATIONS, §10.03 at 465-484 (12th ed. 2023); DANIEL J. CAPRA & STEPHEN A. SALTZBURG, PRINCIPLES OF EVIDENCE, §6.3 at 183-§6.5 at 199 (9th ed. 2022); ROGER C. PARK ET AL., EVIDENCE LAW, § 15.06 at 542-§15.09 at 558 (5th ed. 2022); GEORGE FISHER, EVIDENCE, at 431-452 (4th ed. 2023); ARTHUR BEST, EVIDENCE; PRACTICE, PROBLEMS, AND RULES, at 199-226 (3d ed. 2021); PAUL F. ROTHSTEIN ET AL., EVIDENCE IN A NUTSHELL, at 677-705 (7th ed. 2022); MICHAEL H. GRAHAM, FEDERAL RULES OF

うに位置づけられているのか、という点と、②アドミッションが証拠として許容されるその根拠はいかなるものであるのか、という点、以上の2点に関する検討を行う。

アドミッションに関する議論を検討する前に、前提となる事情および本論文において扱う議論の射程を明らかにしておきたい。

伝聞法則およびアドミッションの許容性を規律する中心的な規定は、連邦証拠規則（Federal Rules of Evidence、以下本論文では「FRE」と省略する）である¹⁴⁾。FRE Rule 801は、次のように規定している¹⁵⁾。

-
- EVIDENCE IN A NUTSHELL, §801.14 at 476-§801.25 at 494 (11th ed. 2021). 我が国の研究者の手による論稿として、田淵・前掲注(1) 27-36頁、繁田・前掲注(1) 64-78頁、小早川義則「不利益な事実の承認(1)」名城法学27巻3・4号162頁以下(1978年)〔未完〕、同「演習——刑事訴訟法」法教20号154頁以下(1982年)、緑・後掲注(13)「アメリカの刑事手続上の公判外供述(2)」141-143頁、松尾浩也=田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識〔質問と回答〕』（有斐閣、1966年）157-164頁〔松尾浩也〕などがある。本論文においても、本注で掲げた文献を特に参照した。
- 13) アメリカにおける伝聞法則およびアドミッション以外の伝聞例外に関して、我が国の研究者が検討したものとして、例えば、小早川義則『共犯者の自白 証拠法研究第1巻』（成文堂、1990年）、同『共犯者の自白と証人対面権 証拠法研究第3巻』（成文堂、2016年）、山田道郎『証拠の森——刑事証拠法研究——』（成文堂、2004年）44-71頁、江家・前掲注(3) 55-87頁、平野・前掲注(6) 198-240頁、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)、同巻5号991頁以下、49巻1号123頁以下、同巻2号349頁以下、同巻3号537頁以下(1998年)、緑大輔「公判外供述の比較法研究 アメリカの刑事手続上の公判外供述(1)～(5・完)」法時94巻10号101頁以下、同巻11号138頁以下、同巻12号128頁以下(2022年)、95巻1号151頁以下、同巻2号112頁以下(2023年)、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217頁以下(2021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)』（有斐閣、1991年）345頁以下、伊藤睦「公判外供述の証拠使用の制限と証人審問手続」石田倫識ほか編『大出良知・高田昭正・川崎英明・白取祐司先生古稀祝賀論文集 刑事法学と刑事弁護の協働と展望』（現代人文社、2020年）542頁以下、八百章嘉「デジタル証拠と伝聞法則——e Hearsay 理論を手がかりに——」中空壽雅ほか編『刑事立法の動向と法解釈——山田道郎先生古稀祝賀論文集——』（成文堂、2021年）79頁以下など。
- 14) FREを解説・翻訳したものとして、法務大臣官房司法法制調査部『法務資料第245号 アメリカ合衆国連邦証拠規則』（1975年）〔中村恵訳〕、法務省刑事局『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）〔堀田力訳〕、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）、マイケル・J・サックス=バーバラ・A・スペルマン著、高野隆ほか訳『証拠法の心理学的基礎』（日本評論社、2022年）324-344頁。この他、FREの制定経緯等について解説したものとして、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巻9号143頁以下(1975年)がある。

Rule 801. 本章に適用される定義：伝聞からの除外 (Exclusions)

- (a) **供述 (Statement)**。「供述」とは、ある者が主張することを意図していた場合の、その者による口頭での主張、書面での主張、又は非言語的行為を意味するものである。
- (b) **原供述者 (Declarant)**。「原供述者」は、供述を行った者を意味するものである。
- (c) **伝聞 (Hearsay)**。「伝聞」は、以下の供述を意味するものである。
- (1) 原供述者が、現在の公判又は聴聞において証言する際に行ったものではなく、かつ、
 - (2) 当該供述において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もの。
- (d) **非伝聞の供述 (Statements That Are Not Hearsay)**。以下の条件を満たす供述は、非伝聞である。
- (1) **原供述者である証人の以前の供述 (A Declarant-Witness's Prior Statement)**。
〔中略〕
 - (2) **相手方当事者の供述 (An Opposing Party's Statement)**。相手方当事者に不利益に提出された供述であり、かつ、
 - (A) 個人又は代表の資格において当該当事者によりなされたものであるとき；
 - (B) 当該供述が真実であることを受容又は確信していたことを当該当事者が表明しているものであるとき；
 - (C) 当該主題に関して供述を行う権限を当事者から付与されていた者によってなされたものであるとき；
 - (D) 当該当事者の代理人又は被用者としての関係性の範囲内にある事項について、かつ、その関係性が存在している間に、当該代理人又は被用者によりなされたものであるとき；
 - (E) 共謀の最中において、当該共謀を促進する形で当該当事者の共謀者によりなされたものであるとき。

(C) のもとでの原供述者の権限、(D) のもとでの代理又は雇用の関係性およびその範囲、又は (E) のもとでの共謀の存在及び共謀への参加を立証するために、当該供述の内容を考慮することができるが、それのみでは立証に足りるものではない。

このように、Rule 801は (a)、(b)、(c) において「供述」¹⁶⁾ や「原供述者」、「伝

15) FRE Rule 801の訳については、田邊・前掲注 (14) 170-171頁、サックス=スベルマン・前掲注 (14) 336-337頁を参照した。ただし、これらの訳と同一ではない。また、見やすさの観点から、FRE 801の原文とは文頭の揃え方を変更している箇所がある。

16) なお、供述の定義については、緑・前掲注 (13) 「アメリカの刑事手続上の公判外供述(1)」103-106頁、佐藤・前掲注 (13) 222-242頁を参照。

聞」といった概念を定義したうえで、(d)において非伝聞に該当する類型を挙げ、そのうちのひとつに「相手方当事者の供述」が挙げられている (Rule 801 (d)(2))。この「相手方当事者の供述」という文言に関して補足しておく、後述する通り2011年にFREが改正されるまでは「相手方当事者のアドミッション (Admission by Party-Opponent)」という語が使用されていた。本論文では、参照する論文等で使用されていた文言との関係上、現行の Rule 801 (d)(2)の文言とは異なるものであるが、「相手方当事者の供述」ではなく「アドミッション」という語を主に用いることとする。

本論文は、アドミッションの議論を参照することにより、刑事訴訟法322条1項前段の解釈への示唆を得ることを目的としている。そのため、本論文におけるアドミッションの議論の検討範囲は、以下のものに限定されることになる。

まず、自白とは、「問題となっている当該犯罪の有罪判決のために必要な全ての事実を認める供述」であり、[刑事事件における] アドミッションとは、「有罪を証明することに資するひとつまたは複数の事実について認めるが、有罪を証明するために必要な全ての事実を〔認める〕ものではない」、と定義されている¹⁷⁾。そして、被疑者・被告人による自白およびアドミッションは、Rule 801 (d)(2)(A)に該当する¹⁸⁾。その他に、Rule 801 (d)(2)は、アドミッションの類型として(A)から(E)の5つを挙げており、当事者自身の供述だけでなく、その代理人や共謀者の供述もアドミッションに含まれることとなる。Rule 801 (d)(2)の全体像を理解するためには、各類型の議論を参照する必要があるが、本論文の関心からすれば、当事者以外の者による供述にまで踏み込む必要はない。さらに、各類型に該当する供述を判断する基準とは何かといった点に関しても、被疑者・被告人による自白およびアドミッションにのみ着目する本論文の関心においてはあまり関連をもつものではない。

17) 1 MCCORMICK ON EVIDENCE, §144 at 894 (Robert P. Mosteller ed., 8th ed. 2020).

18) GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §32.06 at 471. *See, also*, 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801.30 [2]; 2 MCCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 12, at §254 at 277.

い¹⁹⁾。そこで、Rule 801 (d) (2) (A) から (E) の各類型の詳細に関する議論には踏み込まず、あくまでも伝聞法則との関係でアドミッションがどのように位置づけられるのかという点、およびアドミッションが証拠として許容される根拠はいかなるものであるのかという点のみを検討することにする。

関連して、アドミッションが Rule 801 (d) (2) の要件を満たす場合であっても、修正第6条の対面条項の保護は別に及ぶこととなる。しかし、被疑者・被告人自身の供述に限れば、対面条項の問題は生じないと理解されており²⁰⁾、修正第6条の対面条項に関する議論²¹⁾ についても本論文においてはそ

19) なお、刑事裁判においては、FRE Rule 801 (d) (2) (B) により、例えば、第三者の発言に対して被疑者・被告人が黙秘したことがアドミッションとして相手方当事者によって不利益に提出されることがあり得る。この場合、「当該事情のもと、当該供述は、無実の被告人であれば〔否定などの〕反応を引き起こされることが通常であろうというほどのものであった」ことを相手方当事者は証明しなければならない(5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801.31[1])。どのような場合に、被疑者・被告人による黙秘がアドミッションとして Rule 801 (d) (2) (B) に該当するのか否かというその判断基準については、Miranda 事件判決 (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)) に端を発する一連の Miranda 法理に関する論点も含むものであり、本論文の検討対象を大きく超えるものである。加えて、黙秘によるアドミッションの判断基準それ自体が、Rule 801 (d) (2) 全体におけるアドミッションの位置づけおよびその許容性の根拠に直接的な影響を与えているわけでもない。したがって、本論文においては検討の対象外とした。黙秘によるアドミッションについては、See, 1 McCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 17, §161 at 988-993; 2 McCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 12, §262 at 322-329; 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801.31 [3][d].

20) See, 2 McCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 12, §252 at 238; 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801.30 [4]; 4 FEDERAL RULES OF EVIDENCE MANUAL, *supra* note 12, §801.02 [8].

21) 修正第6条の対面条項に関する議論については、例えば、大谷・前掲注 (11) 99-203頁、小早川・前掲注 (13) 「共犯者の自白と証人対面権」41-284頁、山田道郎「対面と伝聞」法律論叢53巻1・2号127頁以下 (1980年)、同「対面条項と伝聞法則——『オハイオ州対ロバーツ』判決を中心に——」法律論叢56巻4号129頁以下 (1983年)、同「対面条項の理論的考察」法律論叢57巻4号149頁以下 (1984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、同巻2号1頁以下、同巻3号1頁以下、同巻4号1頁以下、同巻5号1頁以下、142巻2号1頁以下 (1997年)、同「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)、伊藤 (博)・前掲注 (13) 「伝聞法則(2)」37-67頁、「伝聞法則(3)」124-173頁、伊藤 (睦)・前掲注 (13) 545-549頁、津村政孝「対審権の歴史に関する連邦最高裁の理解について——証法研究ノート(2)」学習院法務研究6号19頁以下 (2012年)、中村真利子「児童の法廷外供述と被告人の対決権」法学新報123巻9・10号413頁以下 (2017年)、同「鑑定書と被告人の対決権保障」法学新報129巻6・7号321頁以下 (2023年) などを参照。

の射程外となる。さらに、自白およびアドミッションに関しては、修正第14条のデュープロセス条項および Miranda 法理²²⁾ 等による証拠排除²³⁾ があり得る²⁴⁾ が、これらの議論についても本論文においては扱わない。

次に、FRE のその他の規定で、特に注意すべき点について述べておこう。まず、FRE は民刑共通の証拠法則である²⁵⁾。したがって、Rule 801 (d)(2) は、刑事事件のみならず民事事件にも適用される。

次に、Rule 602は、証人が証言する事項について個人的な知識を有していること〔以下、個人的知識のルールと呼ぶことがある〕を要求している²⁶⁾。また、Rule 701は、証人が専門家として証言しない場合、意見形式での証言には、証人の知覚に合理的に基づいていること、証人の証言を理解することや争点となっている事実を決定することに資すること、そして Rule 702の範囲内の専門的知識に基づくものではないことを要求している〔以下、意見のルールと呼ぶことがある〕²⁷⁾。これらの規定については、アドミッションに

22) See, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). 本判決の内容については、多くの解説・紹介があるが、さしあたり後掲注 (23) の文献を参照。

23) 修正第14条のデュープロセス条項および Miranda 法理による自白排除については、例えば、田宮裕『捜査の構造』(有斐閣、1971年) 332-345頁、鈴木茂嗣『統・刑事訴訟の基本構造 下巻』(成文堂、1997年) 494-519頁、川島享祐『自白法則の理論的構造』(有斐閣、2022年) 337-416頁、関口和徳『自白排除法則の研究』(日本評論社、2021年) 41-155頁、堀田周吾『被疑者取調べと自白』(弘文堂、2020年) 37-93頁、安部翔太『被疑者取調べの憲法的規制』(日本評論社、2019年) 57-171頁、小早川義則『ミランダと自己負罪拒否特権——証拠法研究第4巻——』(成文堂、2017年) 31-313頁、同『ミランダと被疑者取調べ』(成文堂、1995年) 25-327頁、洲見光男『アメリカにおける取調べの規制——自白の証拠能力の制限——』同志社法学69巻7号889頁以下(2018年)などを参照。

24) See, 1 McCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 17, §144 at 894; PARK ET AL., *supra* note 12, §15.07 at 546; IMWINKELRIED, *supra* note 12, §10.03 at 468. なお、アメリカにおいて、かつては自白とアドミッションを区別し、不任意自白排除法理をアドミッションには適用しないという傾向がみられたこともあったが、現在は自白にもアドミッションにも同一の自白排除法理が及ぶと理解されている。この議論の詳細については別の機会において論じる予定である。この議論については、小早川・前掲注 (12) 「不利益な事実の承認(1)」185-187頁も参照。

25) FRE Rule 101; 1101 (b).

26) FRE Rule 602.

27) FRE Rule 701.

は適用がない、とされるのが一般的な理解である²⁸⁾。ある例を用いて、個人的知識のルールや意見のルールが適用されないことの帰結を確認しておこう²⁹⁾。ある人物が、警察から「あなたの息子が自動車事故に遭った」という電話を受けた際に、「それは息子の過失ですね」と返答した。この返答は単なる推測に基づくような意見にしか過ぎず、さらに当該人物は息子の自動車事故を見たわけでもない。それでも、当該人物がその事故に関して訴えられた場合には、上記の「息子の過失ですね」という返答がアドミッションとして許容されることになる。

最後に、アドミッションと混同されやすい、「利益に反する供述 (statement against interest)」とアドミッションの相違点を確認しておこう。Rule 804 (b) (3) は、利益に反する供述を伝聞例外として許容する³⁰⁾。まず、アドミッションと利益に反する供述の大きな相違点としては、条文の文言上、利益に反する供述には、Rule 804 (a) に従い、原供述者が証人として利用不能であることが要求されるが、アドミッションにはそのような要件は課されていないことである³¹⁾。次に、アドミッションは原供述者が当事者本人あるいはその代理人等でなければならないが、相手方当事者によって不利益に提出されなければならないが、利益に反する供述は第三者によってなされたものでもよい³²⁾。最後に、利益に反する供述については、供述時点で不利益であったことが認められなければならないのに対して、アドミッションには供述時に不利益

28) See, 2 McCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 12, §255 at 279-281, §256 at 281-282; GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §32.05 at 470; 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801.30 [1].

29) 以下の例とその説明は、GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §32.05 at 470による。

30) FRE Rule 804(b)(3). アメリカにおける利益に反する供述の議論の詳細については、小早川・前掲注 (13)「共犯者の自白」107-184、小早川・前掲注 (13)「共犯者の自白と証人対面権」341-376頁を参照。

31) FRE Rule 804(a)の利用不能について、緑・前掲注 (13)「アメリカの刑事手続上の公判外供述(4)」154-156頁を参照。関連して、Rule 804(b)(1)・(2)・(6)に掲げられた伝聞例外規定について、緑・前掲注 (13)「アメリカの刑事手続上の公判外供述 (5・完)」113-115頁を参照。

32) See, 2 McCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 12, §254 at 278-279; GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §32.06 at 472.

であったという要件は課されていない、という理解が一般的である³³⁾。もっとも、アドミッションが証拠として許容される根拠をどのように捉えるのかによって、アドミッションに関する供述時の不利益性要件は、理論的には左右されうるはずではある。供述時の不利益性については、後に検討することにしてしよう。以上が、アドミッションと利益に反する供述の区別である。

以上のことを前提としつつ、アメリカにおけるアドミッションの議論を検討していく。

II. 連邦証拠規則制定以前の議論状況

本章では、連邦証拠規則制定以前の議論状況を確認する。まず、第1節(1)では、20世紀以前のイギリスおよびアメリカにおける議論状況を確認する。その後、第2節(2)において、20世紀以降のアメリカにおける学説を扱うことにする。

1. 20世紀以前のイギリスおよびアメリカにおけるコモン・ローの議論状況

本節では、アドミッションに関する20世紀以前のイギリスおよびアメリカにおけるコモン・ローの議論状況を確認する³⁴⁾。

アドミッションの歴史は不明確であると指摘されている³⁵⁾。かつては、自

33) See, 2 McCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 12, §254 at 278; 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801.30 [1]; GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §32.06 at 472.

34) 本節の検討に際して主に参照した文献は次の通りである。4 WIGMORE, *supra* note 12, §1048 at 2-6; SIDNEY L. PHIPSON, THE LAW OF EVIDENCE, at 214-215 (Burrows Ronald ed., 8th ed. 1942); 2 EDMUND M. MORGAN, BASIC PROBLEMS OF EVIDENCE, at 265 (2d ed. 1962); Lev, *infra* note 124, at 18 n. 2; T. P. Gallanis, *The Rise of Modern Evidence Law*, 84 IOWA L. REV. 499, at 504-537 (1999). また、この頃のアドミッションに関する学説を詳細に検討したものとして、峯岸治三『イギリス證據法研究』(有斐閣、1938年)152-259、332-335頁がある(なお、同書では後述するWigmoreの学説も含まれている。また、1945年には同書の再版が発行されている)。本論文においても本節の検討にあたり参照した。

35) Lev, *infra* note 124, at 18 n. 2.

己に有利な証拠としての当事者の裁判外供述を証拠排除する一般的原則は存在していなかったようであるが、おおよそ1600年以降、訴訟当事者は自己に有利に証言する能力を有しないという一般的原則がみられるようになったようであり、この一般的原則は、宣誓せずになされた主張 (unsworn assertions) を拒絶することの必要性を強調していたものであったようである³⁶⁾。

その後、時代は下るが、これに関連して、Geoffrey Gilbert は、1754年に出版した証拠法の体系書において次のように述べている。すなわち、「…そして、ここで、次のような一般的原則がある。すなわち、人は、自己に有利な証人とはなりえないが、自己に不利益となりうる最上の証人である」³⁷⁾。このように、Gilbert は、自己に不利益な供述に関してはその証言が許容されうることを示唆していた。さらに、1794年の Thomas Hardy に対する反逆罪 (Treason) に関する裁判においては次のように述べられている。すなわち、「…供述 (declarations) が証拠であるのは、次のような推論に基づく。すなわち、[供述が] 真実でない限り、人は自身に不利益なことを供述しないだろうということである」³⁸⁾。このように、自己に不利益な供述は、その真実性が推定されることを理由に許容されうるという考え方は、遅くとも18世紀終盤において現れていた。そして、その確立の時期については様々な議論が存在するところではあるが、同じく18世紀終盤までには伝聞法則も確立していたとされている³⁹⁾。ただし、この頃は、民事事件においてアドミッション

36) Phipson, *supra* note 34, at 214.

37) Geoffrey Gilbert, *The Law of Evidence*, at 86-87 (1754). なお、Gilbert 自身は1726年に死去していることから、本書の執筆時期はそれ以前と考えられるが、これについては、Gallanis, *supra* note 34, at 504 n. 22; Michael Macnair, *Sir Jeffrey Gilbert and His Treatise*, 15 J. LEGAL HIST. 252, at 258-259, 266-267 n. 107 (1994); George Fisher, *The Jury's Rise as Lie Detector*, 107 YALE L. J. 575, at 617 n. 161 (1997) を参照。

38) Thomas Hardy's Case, 24 How. St. Tr. 199, at 1093 (1794).

39) See, 5 JOHN HENRY WIGMORE, *A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW*, §1364 at 9-27 (3d ed. 1940); Stephan Landsman, *Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, 75 CORNELL L. REV. 496, at 572 (1990); Gallanis, *supra* note 34, at 534-536 (1999); JOHN H. LANGBEIN, *THE ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL*

は争いなく許容されており、その許容性が争われた場合であっても、伝聞法則を理由に許容性が争われたわけではなく、また刑事事件においても、証人は、被告人自身によりなされた供述や、被告人の評判に関して「聞いた」ことに関して証言を行っていたようである⁴⁰⁾。以上のように、18世紀終盤までには伝聞法則が確立していたとしても、アドミッションは伝聞法則とは少なくとも直接的には関係しないものとして扱われていたようである。

このようなアドミッションの位置づけは、19世紀においては変化している。1824年に出版された体系書において Thomas Starkie は、伝聞例外という言葉自体は用いていないものの、次のように述べていた。

「伝聞証拠を排除する一般法則は、当事者が利害関係人 (privy) である供述、当事者自身が行っているアドミッションには適用されないものであり、そのような証拠は、それが真実でない限り当事者は自分自身の利益に反する事実を認めないであろうという推定に基づいて、当事者に不利益に許容されるものである」⁴¹⁾。

さらに、Simon Greenleaf は、アドミッションの位置づけおよびその許容性の根拠について、次のように述べている。

「伝聞証拠を拒絶する法則に対する例外の見出しのもとで、当事者によるアドミッションおよび自白を取り扱うことが通常であり、〔それは、〕それらを自己の利益に反する供述として考慮し、そしてそれゆえにおそらくは真実である〔ためである〕」⁴²⁾。

このように、アドミッションを伝聞例外として位置づけた上で、その許容

TRIAL, at 242 (2003). なお、これらの文献を紹介したものとして、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)を参照。

40) Gallanis, *supra* note 34, at 534 n. 262.

41) 1 THOMAS STARKIE, A PRACTICAL TREATISE OF THE LAW OF EVIDENCE, AND DIGEST OF PROOFS IN CIVIL AND CRIMINAL PROCEEDINGS, at 50-51 (1824). なお、Wigmore は、伝聞例外の原理 (philosophy) を明確に最初に述べた人物として Starkie を挙げている (5 WIGMORE, *supra* note 39, §1420 at 203 n. 1)。

42) 1 SIMON GREENLEAF, A TREATISE ON THE LAW OF EVIDENCE, §169 at 201 (1842). もっとも、後述する通り、Greenleaf 自身は一般論として述べているに過ぎず、このような見解には反対している。

性の根拠は、自己の利益に反する供述を行う場合には、その真実性が推定されるためである、という説明が19世紀終盤にかけて一般化することになる⁴³⁾。特に、アドミッションの許容性の根拠に関しては、民事事件のものではあるが、この時代の体系書が頻繁に言及する *Slatterie* 事件判決が、「当事者自身が真実であると認めていることは、そうであると合理的に推論されるだろう」⁴⁴⁾と述べており、アドミッションが許容されるのは、その真実性が推定されるためである、という考え方は確立していたといえよう。

他方で、アドミッションの位置づけおよびその許容性の根拠について、このような考え方とは異なる見解も示されている。先に挙げた *Greenleaf* は、当事者が供述または行動を行った時点において、当事者が自身の利益に反して供述または行動していると確信していると考えすることは支持できないものであり、むしろ、反対である〔当事者は供述または行動の時点においては自身の利益になると確信して供述または行動する〕と指摘したうえで、アドミッションは通常のおよび法的な証明に対する代替物 (*substitute*) として許容されると考えることが適切であると主張する⁴⁵⁾。また、*Francis Wharton* は、

43) 1 JOHN PITT TAYLOR, *A TREATISE ON THE LAW OF EVIDENCE, AS ADMINISTERED IN ENGLAND AND IRELAND; WITH ILLUSTRATIONS FROM THE AMERICAN AND OTHER FOREIGN LAWS*, §508, at 477 (1848) (ただし、後述する *Greenleaf* と同一の見解をとる); SIDNEY L. PHIPSON, *THE LAW OF EVIDENCE*, at 121-122 (1892). なお、アドミッションを明確には伝聞例外として位置づけていないものの、記述されているアドミッションの定義などから実質的には本文と同様にアドミッションを説明していると考えられるものとして、JAMES FITZJAMES STEPHEN, *A DIGEST OF THE LAW OF EVIDENCE*, at 22-23 (1876); WILLIAM WILLS, *THE THEORY AND PRACTICE OF THE LAW OF EVIDENCE*, at 101-102 (1894). さらに、アドミッションを伝聞例外として位置づけるのではなく、「自己に不利益な証拠 (*self-disserving evidence*)」として、民事事件におけるアドミッションおよび刑事事件における自白を位置づけるものとして、WILLIAM M. BEST, *A TREATISE ON THE PRINCIPLES OF EVIDENCE AND PRACTICE AS TO PROOFS IN COURTS OF COMMON LAW; WITH ELEMENTARY RULES FOR CONDUCTING THE EXAMINATION AND CROSS-EXAMINATION OF WITNESSES*, §353 at 248 (1849). この「自己に不利益な証拠」という語は、Jeremy Bentham が用いた語であり、Bentham によれば、「自己に利益な (*self-serving*)」証拠と自己に不利益な証拠があり、これらは「自己に関する (*self-regarding*)」証拠という語に含まれるという (7 JEREMY BENTHAM, *WORKS OF JEREMY BENTHAM*, at 444 (John Bowring ed., 1843)). Bentham も、アドミッションは自己に不利益な証拠に該当すると述べている (6 JEREMY BENTHAM, *WORKS OF JEREMY BENTHAM*, at 277 (John Bowring ed., 1843)).

44) *Slatterie v. Pooley*, 6 M. & W. 664, at 669 (1840).

45) 1 GREENLEAF, *supra* note 42, §201, at 201. また、Taylor は *Greenleaf* と全く同一の記述を行っ

アドミッションを、事実を証明するための証拠ではなく、証拠によって証明されるべき事実として位置づけている⁴⁶⁾。これらの見解は、アドミッションを証拠として扱うのではなく、証拠によって証明される対象として位置づけることにその特徴がある⁴⁷⁾。

小 括

以上、20世紀以前のイギリスとアメリカにおけるコモン・ローの議論状況を簡潔にみてきたが、次のようにまとめることができる。第一に、遅くとも18世紀終盤までには、人は、その供述が真実でない限り、自己に不利益なことを供述しないだろうという考え方が確立していた。このような考え方が、人は嘘をついてまで自己に不利益な供述を行うことはないだろう、という信用性経験則に発展していったものと考えられる。第二に、信用性経験則を許容性の根拠として、アドミッションは伝聞例外として位置づけられるという考え方が19世紀終盤までには一般化していた。第三に、19世紀においても、信用性経験則を批判したり、アドミッションを伝聞例外として位置づけるのではなく、証明に対する代替物であるとしたり、アドミッションそれ自体を証拠により証明されるべき事実として位置づけるという考え方もみられるようになっていた。

2. 連邦証拠規則制定以前のアメリカにおける学説状況

本節では、1975年の連邦証拠規則成立以前のアメリカにおける学説状況を確認する⁴⁸⁾。この時期には、アドミッションの位置づけおよびその許容性の

ている。1 TAYLOR, *supra* note 43, §508, at 477.

46) 2 FRANCIS WHARTON, A COMMENTARY ON THE LAW OF EVIDENCE IN CIVIL ISSUES, §1075 at 324 (1877).

47) なお、Edmund Morganは、Greenleafの見解について、Greenleafが自説の論拠として挙げている歴史的経緯が誤りであるということを指摘している (2 MORGAN, *supra* note 34, at 265)。

48) 本節の検討に際して主に参照した文献は次の通りである。2 McCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 12, §254 at 273-254; Freda F. Bein, *Parties's Admissions, Agent's Admissions: Hearsay Wolves in Sheep's Clothing*, 12 HOFSTRA L. REV. 393, at 401-427 (1984); Sam Stonefiel, *Rule 801 (d)'s Oxymoronic Not Hearsay Classification: The Untold Backstory and a Suggested*

根拠について様々な見解が示され、アドミッションの議論がもっとも盛んに展開された時期といえる。より詳しく議論状況を整理すると、John Henry Wigmore が示した見解を元に、アドミッションの位置づけおよびその許容性の根拠が論じられた時期と、アドミッションを伝聞例外と位置づけた上で、その許容性の根拠を当事者主義 (adversary system) に求める見解が発展した時期の2つに大まかに区別することができるといえる。本節においては、この時期区分に従って、検討を進めることにする。

2-1. Wigmore による見解を中心に展開された議論

(1) Wigmore による初期の見解

前節で確認したように、19世紀終盤にかけて、アドミッションを伝聞例外として位置づけ、その許容性の根拠を、信用性経験則に求める見解が一般化していた。このような議論状況において、John Henry Wigmore は、自身が編者を務めた Greenleaf の証拠法の体系書において、アドミッションは以前の主張との不一致性により現在の主張の信用性を損なうような自己矛盾の弾劾証拠であり、実質証拠ではないと位置づけていた⁴⁹⁾。その後、Wigmore は、自身が出版した証拠法の体系書の初版において、より詳細にアドミッションについて説明を加えている。以下では、この Wigmore の見解を確認する。

他の機会に行った供述と証人の証言が一致しない場合に、証人の証言がその信用性を減殺 (discredit) されるのと同様に、他の場合に行った供述が当事者の現在の主張と一致しない場合には、当事者の信用性は減殺されること

Amendment, 5 Fed. Cts. L. Rev. 1, at 9-22, 46-51 (2011). また、主にこの時期のアメリカの議論状況を検討した我が国の研究者による文献としては、繁田・前掲注 (1) 72-78頁、小早川・前掲注 (12) 「不利益な事実の承認(1)」168-184頁、田淵・前掲注 (1) 28-36頁がある。本論文においても特に参照した。

49) See, 1 SIMON GREENLEAF, A TREATISE ON THE LAW OF EVIDENCE, §169 at 292 (John Henry Wigmore ed., 16th ed. 1899). なお、ここで示された Wigmore の見解について、当初の Greenleaf の見解と比べると、Wigmore の見解は「対極 (the opposite extreme)」にあるものであると Edmund M. Morgan は指摘する (2 MORGAN, *supra* note 34, at 265)。Morgan による Wigmore 説のより詳細な批判については後述する。

になり、これが当事者によるアドミッションが相手方に有利に証拠として常に許容される (receive) というシンプルなルールである、と Wigmore は主張する⁵⁰⁾。そして、当事者は、証言台に立とうとそうでなかろうと、常に訴答 (pleadings) および証人の証言を通じて供述を行うため、当該当事者の側での不一致性〔を理由に〕信用性を減殺する根拠は、当該当事者が依拠する訴答および証言において主張された事実の全範囲を含むことになる、という⁵¹⁾。それゆえ、訴答および証言において当事者が現在主張する事実とは一致しない質 (the quality) が示されるのであれば、当該当事者が述べたあらゆることが、アドミッションとして当該当事者に不利益に使用されうるのである〔強調原文〕、と Wigmore は説明している⁵²⁾。

さらに、Wigmore によれば、アドミッションの対象は、〔供述〕時点での当事者の利益に反するような事実には限定されないことになる⁵³⁾。述べられた事実が〔供述〕時点での個人の利益に反するものであったときには、そのような供述に与えられるべき信用性の重みが増加することには疑いはないが、そのような状況 (circumstance) は供述の許容性に影響するものではない⁵⁴⁾。

以上の議論をまとめると、アドミッションの使用の論理的な根拠は2つある、と Wigmore は主張する⁵⁵⁾。第一の根拠は、以前の自己矛盾の結果として証人に不利益に推論がなされうるのと同様に、あらゆるアドミッションは、当事者に不利益なものとして、信用性を減殺するような推論がなされうる、というものである⁵⁶⁾。第二の根拠としては、〔供述〕時点で当事者の利益に

50) 2 JOHN HENRY WIGMORE, A TREATISE ON THE SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW; INCLUDING THE STATUTES AND JUDICIAL DECISIONS OF ALL JURISDICTIONS OF THE UNITED STATES, §1048 at 1216-1217 (1904).

51) *Id.* §1048 at 1217.

52) *Ibid.*

53) *Ibid.*

54) *Ibid.*

55) *Id.* §1048 at 1218.

56) *Ibid.*

反するような事実を偶然にも述べるアドミッションは、付加的かつ証言的な価値 (additional and testimonial value) を有するが、この要素はアドミッションの証明力 (probative value) を付加するものであって、その許容性によって本質的なものであるわけではない、ということを描している⁵⁷⁾。

このように、Wigmore の初期の見解は、証人の自己矛盾供述によって証人の信用性を弾劾する構造とアドミッションをパラレルに考えて、アドミッションの弾劾使用のみを認める見解であった。

(2) Morgan による Wigmore 説への批判と伝聞例外説の主張

以上のような Wigmore の見解に対して、Edmund M. Morgan が批判的に検討を加えたうえで、アドミッションは伝聞例外であると主張した。以下では、Morgan による Wigmore 説への批判と Morgan 自身による見解を確認しておきたい。

まず、Morgan は、Greenleaf や Whorton が示したような、アドミッションを証明の代替物として位置づけるような見解について、判例においてそのような見解が見られないことを理由に批判する⁵⁸⁾。そのうえで、アドミッションを証言的証拠 (そこで主張されている事実に関する直接証拠) ではなく、状況証拠 (アドミッションを行った者が、事件において現在とっている立場とは一致しないような事実を示すような状況証拠) として許容されうるとする見解に、Wigmore の説を位置づける⁵⁹⁾。しかし、この見解においては、アドミッションという発言の事実は、アドミッションを行った者の心理状態に関する推論の根拠をまず与え、次にこの心理状態に関する推論から、そのような心理状態を生じた事実を推論するという根拠を与えることになり、このような二重の推論を行うことは、アドミッションを証言的証拠として扱うことと同一の結論になるため、実際の適用に対して実質を伴うものではない

57) *Ibid.*

58) Edmund M. Morgan, *Admissions as an Exception to the Hearsay Rule*, 30 *YALE L. J.* 355, at 365 (1921).

59) *Id.* at 356-357.

(tenuous)、と批判する⁶⁰⁾。さらに、Morgan は Wigmore の見解を次のように説明している。すなわち、アドミッションは、主張されている内容の真实性を証明するためではなく、〔証人を〕弾劾するために許容されるものであり、アドミッションの効果は純粹に破壊的なものである、とする見解である⁶¹⁾。しかし、このような見解は圧倒的多数の判例に反するものであると Morgan は批判している⁶²⁾。

以上のように Wigmore の見解を批判したうえで、Morgan は自身の見解を次のように展開している。まず、アドミッションは、主張されている内容の真实性を証明するために許容されるものである⁶³⁾。そのため、アドミッションは伝聞例外ということになる⁶⁴⁾。問題となるのは、アドミッションが伝聞例外となる根拠である。これについて Morgan は、伝聞の排除に関する実質的な理由としては、原供述者が宣誓していないこと、不利益に証言を行った者と対面することが当事者には欠けていること、証言を行った者は反対尋問を受けていないこと、さらに証人が供述を不正確に報告したり、供述を不正に (fraudulently) 修正または捏造する危険性が挙げられる、と指摘する⁶⁵⁾。しかし、このような危険性は、伝聞法則に関わらないケースでも存在する⁶⁶⁾。そこで、伝聞例外が確立しているケースにおいて、判例は、宣誓と反対尋問の目的〔の達成〕を一定程度提供するような真实性の保障と、伝聞に依拠する必要性を要求してきたと考えられる⁶⁷⁾。加えて、虚偽の証言の可能性を自動的に排除する法則の確立よりも、証拠が不利益に使用されることになる当事者の保護を裁判所は目的としている、と Morgan は述べている⁶⁸⁾。

60) *Id.* at 357.

61) *Ibid.*

62) *Ibid.*

63) *Id.* at 358.

64) *Id.* at 360. あわせて、Morgan はアドミッションが利益に反する供述に該当しないことも指摘する (*See, Id.* at 358-360)。

65) *Id.* at 360.

66) *Ibid.*

67) *Ibid.*

68) *Ibid.*

以上のような分析を前提として、Morgan は次のように主張する。まず、その供述が自己に不利益に提出される当事者は、〔証人との〕対面を欠くことや〔証人を〕反対尋問する機会を欠くことを理由として異議申立てを行うことができない、ということは明白であり、〔供述を行う〕当事者が宣誓していなかったという訴えも聞かれるべきではない⁶⁹⁾。原供述者は、自ら証言台に立ち、申し立てられているアドミッションを否定、修正または説明しうる⁷⁰⁾。このような状況のもと、原供述者の利用可能性がアドミッションの証拠排除に作用するか、ということについては、次の2つの考慮要素が否定的な回答を強いることになる⁷¹⁾。第一に、原供述者の利用不能は、伝聞〔例外的〕許容性に対する普遍的な要件ではない⁷²⁾。第二に、アドミッションは常に原供述者に不利益に提出されるものであり、とりわけ、原供述者がアドミッションを修正し説明する機会が常に与えられているときには、アドミッションが一応 (prima facie) 信用性のあるものとして許容されるということに原供述者は異議申立てをすることができない⁷³⁾。Morgan は、この第二の点について、上述した Slatterie 事件判決が「当事者自身が真実であると認めていることは、そうであると合理的に推論されるだろう」と述べたことを引用している⁷⁴⁾。以上のことから、結論として、「原則と判例の双方に基づいて、訴訟当事者による裁判外の言語によるアドミッションは、伝聞に対する法則の例外のもと証拠として許容されると考えられる」⁷⁵⁾。

このように、Morgan は、アドミッションが供述の内容の真実性を立証するために用いられることから伝聞に該当することを前提として、当事者がアドミッションを修正し説明できる機会が与えられている場合には、アドミッションを一応信用できるものとして許容する。Morgan の見解を簡潔にまと

69) *Id.* at 361.

70) *Ibid.*

71) *Ibid.*

72) *Ibid.*

73) *Ibid.*

74) *Ibid.* (citation omitted).

75) *Ibid.*

めるのであれば、アドミッションは伝聞例外であり、その許容性の根拠を、信用性経験則が存在することに求めるものといえよう。

(3) Wigmore の改説

以上のような Morgan による「鋭い批判」を受け、Wigmore はそれまでの見解を改めることとなる⁷⁶⁾。まず、Wigmore は、従来通り、証人による自己矛盾供述と同様、相手方当事者が他の機会に行った供述と現在の主張が一致しない場合には、その当事者の信用性は減殺される、と述べている⁷⁷⁾。さらに、許容性の法的ルール〔強調原文〕という観点から考えると、当事者による裁判外供述は、あらゆる他の裁判外供述と同様に、伝聞法則に直面しその異議申立てを受けることになる、と述べている⁷⁸⁾。そこで、アドミッションはどのようにして伝聞法則という試練 (the gauntlet) を通過することになるのかが問題となるが、Wigmore によればそれは極めてシンプルなものである、という⁷⁹⁾。すなわち、当事者による証言的発言は、それが当事者に有利に提出されるときには伝聞法則を通過しないが、相手方に不利益に提出されるときには伝聞法則を通過する、なぜならば、「当事者自身はそのケースにおいて伝聞法則を援用する唯一の者であるからであり、そして当事者は、自己を反対尋問する必要がない〔強調原文〕からである」⁸⁰⁾。

このようにして改められた Wigmore の見解は、アドミッションの位置づけとして2種類のを想定しているといえる。1つ目は、証人による自己矛盾供述と同様、アドミッションを当事者の信用性を減殺するために使用するという弾劾目的である。これは当初の Wigmore の見解から変更はない。そして2つ目が、Morgan による批判を受け入れる形で、アドミッションは

76) 2 JOHN HENRY WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW; INCLUDING THE STATUTES AND JUDICIAL DECISIONS OF ALL JURISDICTIONS OF THE UNITED STATES AND CANADA, §1048 at 504 n. 1 (2d ed. 1923).

77) *Id.* §1048 at 504.

78) *Id.* §1048 at 505.

79) *Ibid.*

80) *Ibid.*

実質証拠としても使用される、ということである。この場合、伝聞法則の適用が問題となるが、Wigmore は、自己に対する反対尋問が不要であることを理由としてアドミッションは伝聞法則の適用を受けない、と主張する。このような見解は、その後出版された体系書の第3版においても維持されている⁸¹⁾。

なお、Wigmore は、伝聞法則を「証言的に提出される、なんらかの方法において反対尋問のテストを受けていない主張を拒絶するルール[強調原文]を意味するもの」としている⁸²⁾。先にみたように、Morgan は、供述内容の真实性を立証するためにアドミッションは許容されることを理由に、アドミッションを伝聞例外として位置づけている。他方で、Wigmore 自身の伝聞法則の定義もあいまって、Wigmore の見解からはアドミッションが伝聞法則との関係においてどのように位置づけられることになるのかは不明確さを残す。そして、Wigmore 自身は伝聞例外としてアドミッションを掲げていないことから⁸³⁾、少なくともアドミッションを伝聞例外としては位置づけていないようである。

81) Wigmore は、1935年に出版した概説書においては、アドミッションは伝聞例外ではなく、伝聞法則も適用されないと記述している (JOHN HENRY WIGMORE, A STUDENT'S TEXTBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE, at 199 (1935))。しかし、その後出版された証拠法の体系書の第3版においては、本文で示した通り、体系書の第2版の見解が維持されている (4 WIGMORE, *supra* note 12, §1048 at 2-3)。

82) Wigmore は、体系書の初版以来、伝聞法則をこのように理解している (2 JOHN HENRY WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW: INCLUDING THE STATUTES AND JUDICIAL DECISIONS OF ALL JURISDICTIONS OF THE UNITED STATES, §1362 at 1675 (1904); 3 JOHN HENRY WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW: INCLUDING THE STATUTES AND JUDICIAL DECISIONS OF ALL JURISDICTIONS OF THE UNITED STATES AND CANADA, §1362 at 3 (2d ed. 1923); 5 WIGMORE, *supra* note 39, §1362 at 3)。また、Wigmore による概説書も実質的に同一の理解を示している (WIGMORE, *supra* note 81, at 233)。このように伝聞法則を捉えるのであれば、アドミッションはそもそも伝聞法則の適用対象にはなり得ないはずである(前掲注(81)も参照)。関連して、Wigmore による「伝聞法則の充足 (the hearsay rule satisfied)」について、See, Stonefield, *supra* note 48, at 14-16。

83) Wigmore は、伝聞例外の類型として臨終の供述 (dying declaration) や利益に反する事実の供述 (statements of facts against interest) など12類型を指摘しているが、そこにはアドミッションは含まれていない (5 WIGMORE, *supra* note 39, §1425 at 208-209)。

(4) Strahorn による伝聞不適用説

アドミッションの位置づけおよびその許容性の根拠について、Wigmore と Morgan による議論が展開されるなか、John S. Strahorn は、アドミッションを「伝聞不適用 (hearsay rule inapplicable)」と位置づける見解を示した。Strahorn は、Wigmore と同様の発想に基づきつつも、アドミッションに独自の位置づけを与えるものと評価でき、その意味では Wigmore の見解を発展させたものといえる。以下では、この Strahorn による見解を確認しておく。

Strahorn は、裁判外供述の内容の真実性を証明する目的で裁判外供述を使用することを禁じる法則として、伝聞法則を定義する⁸⁴⁾。他方で、伝聞法則にもかかわらず立証を認められる裁判外発言には、①伝聞不適用 (hearsay rule inapplicable)、②伝聞法則の部分的充足 (hearsay rule partially satisfied)、③純粹な伝聞例外 (the genuine hearsay exceptions) という3つの類型があるとする⁸⁵⁾。それぞれの内容については、①伝聞不適用とは、裁判外発言の使用は証言的なものではなく、真実性の問題を生じないもの、②伝聞法則の部分的充足とは、一定の「条件付け措置 (the conditioning devices)」⁸⁶⁾の影響のもとでなされた、または再生産されたものであるために、裁判外発言が証言的にも許容されうるもの、そして、③純粹な伝聞例外とは、十分な理由で条件付け措置が免除されているような、許容される裁判外供述である、と説明している⁸⁷⁾。

Strahorn は、伝聞不適用についてさらに次のように説明を行っている。まず、供述内容の真実性を証明するためではなく、他の関連する (relevant)

84) John S. Strahorn, *Reconsideration of the Hearsay Rule and Admissions*, 85 U. PA. L. REV. 484, at 486 (1937).

85) *Id.* at 487.

86) Strahorn によれば、この条件付け措置とは、証言の真実性を向上させることを目的としたもので、具体的には、宣誓、偽証罪による処罰、証人の隔離 (sequestration)、証拠開示、公開 (publicity)、対面、反対尋問、そして直接の事実認定者による証人の観察を挙げている (*Id.* at 484)。

87) *Id.* at 487.

目的のために供述が提出されるのであれば、伝聞法則の禁止には該当しない⁸⁸⁾。伝聞不適用に該当するか否かを決定するテストとは、供述の文面上、供述が過去の、そして関連する出来事を叙述することを目的としているかどうかであり、供述が当該事件における何らかの説明 (story) あるいは潜在的に関連するような説明を意図していない場合や、供述が当該事件における利益に関する叙述的内容を有するとしても行為としての重要性を有するような場合には、伝聞不適用に該当する、という⁸⁹⁾。このような伝聞不適用に該当するものとしては、①効力を有する行為としての発言 (utterances as operative conduct)、②関連性を有する行為の一部としての発言 (utterances as parts of relevant conduct)、③それ自体が関連性を有する情况的行為としての発言 (utterances as themselves relevant circumstantial conduct)、④証人を弾劾するための以前の不一致供述、そして⑤アドミッションを挙げ、①から③が伝聞不適用全体をカバーするものであり、④と⑤は①から③の一つまたは複数のものに該当するが、その重要性のために独立して列挙されるものである、とする⁹⁰⁾。

このうち、Strahornによるアドミッションの説明を理解するうえで重要となるのは、③である⁹¹⁾。Strahornによれば、この「それ自体が関連性を有する情况的行為としての発言」とは、特定の人物によりなされた、または特定の外部的状況のもとでなされたことを理由に、発言の真実性または虚偽性にかかわらず証明力を有するような発言を指し、このような発言は伝聞法則にもかかわらず情况的発言として許容される⁹²⁾。その具体的な例としては、

88) *Id.* at 488.

89) *Id.* at 489.

90) *Id.* at 490.

91) なお、①効力を有する行為としての発言とは、約束を行ったこと、中傷を行ったこと、名誉毀損に該当するようなものを印刷したこと、婚姻の誓約を話したことを Strahorn は例として挙げている (*Id.* at 490)。②関連性を有する行為の一部としての発言とは、効力を有する事実または情況証拠としてそれ自体関連性を有する、同時発生的な非言語的行為の一部であるような裁判外供述である、としており、具体的な例は挙げられていないものの、当該行為の意味を説明するような発言を指すようである (*Id.* at 490-491)。

92) *Id.* at 492.

義母が息子に対して妻のもとに帰りなさいと助言したことから、義母が息子の妻に対して愛情をもっていなかったわけではなかった、あるいは敵意をもっていなかったということを証明することなどを挙げている⁹³⁾。

そして、Strhornによれば、アドミッションには次のような4類型が存在するという。すなわち、①当事者自身による、事件に対して好ましくないような供述である明示的アドミッション (express admissions)、②当事者以外の者によってなされたものであり、かつ、当事者および原供述者の間の関係性を理由に当該当事者に不利益に使用可能である代理的アドミッション (vicarious admissions)、③当事者以外の者によってなされたものであり、かつ、当該供述は、当事者が同意しないことが自然であるような状況において、当事者の面前でまたは当事者に向けられてなされたことを理由として、当該当事者に不利益に使用可能である黙示的アドミッション (tacit admissions)、④当事者による特定の行為が、当事者の訴訟理由の弱みを当事者が表明するものに情況的に匹敵するような、示唆的アドミッション (implied admissions)、である⁹⁴⁾。このうち、Strhornは明示的アドミッションを中心に議論を展開する⁹⁵⁾。

Strhornは、アドミッションが叙述的価値を有するとしても、アドミッションが許容される真の根拠は、伝聞不適用に該当すること、言い換えれば、行為としてアドミッションが用いられることにあるとする⁹⁶⁾。加えて、アドミッションを単一の根拠によって説明するのか、複数の根拠によって説明するのか、どちらが望ましいのかという点について、アドミッションの上述の

93) *Ibid.* その他に挙げられている例は、精神能力に疑いのある者が行った滑稽な発言からその者の精神異常を証明すること、ある犬の飼い主が「犬に注意」という警告をしていることから、その飼い主が犬の凶暴な性質を知っていることを証明すること、被害者が発言した脅迫を被告人が聞いていたということから、正当防衛が必要であると被告人が確信していたということを証明すること、住居に関して多くの人がその危険な状態に言及していたことから、住居の所有者がその危険性に気付いていたに違いないということを証明すること、である (*Ibid.*)。

94) John S. Strhorn, *Reconsideration of the Hearsay Rule and Admissions (continued)*, 85 U. PA. L. REV. 564, at 569 (1937).

95) *Id.* at 570.

96) *Id.* at 569-570.

4類型を厳密に区別することは困難であることを理由として、単一の根拠によりアドミッションを説明することが重要である、とする⁹⁷⁾。

明示的アドミッションに関する Strahorn の説明は次の通りである。まず、彼は上述した Wigmore の初期の見解に着目し、Wigmore はアドミッションを情況的発言の一種であると理解していると位置づける⁹⁸⁾。そして、発言と原供述者のその他の関連性を有する行為との関係性がアドミッションの使用のための正当化事由であるとしたうえで⁹⁹⁾、このことは、Wigmore が〔当事者による〕以前の供述と訴答における当事者の主張との間の矛盾と、法廷における証人の証言的供述と法廷外でのなされた証人の以前の供述との間の矛盾を比較した際に適切にも指摘している、とする¹⁰⁰⁾。つまり、証人の以前の不一致供述が、証人の現在の供述と以前の供述のいずれが真であることを問題とすることなく許容されるのと同様に、アドミッションもそれが真であるか偽であるかにかかわらない¹⁰¹⁾。

最後に、Strahorn 自身が挙げている例を用いて、彼の理論を明確化しておきたい。Strahorn によれば、情況的発言の証明力は、その存在が不利益に〔当該発言を〕提出されている当事者の主張の有効性と矛盾するという事実から生じる¹⁰²⁾。先に述べた「それ自体が関連性を有する情況的行為としての発言」の例として挙げられている義母の発言を例にすると、愛情疎外を理由に訴えられている義母が、息子に対して妻の元へ帰るように助言したことの証明を求める場合、義母が原告である妻に敵意を向け、息子への愛情を

97) *Id.* at 570.

98) *Id.* at 571-572. なお、前掲注(81)において触れたように、Wigmore は体系書の第2版において見解を改め、その後1935年に出版された概説書においては体系書初版の見解に戻るような記述をしているが、その後、1940年に出版された体系書の第3版においては第2版と同じ見解が維持されている。Strahorn による論文は Wigmore の体系書第3版出版前に発表されたものであるため、Strahorn は Wigmore が初期の見解に戻ったという理解で記述されている (*Id.* at 572)。

99) *Id.* at 572-573.

100) *Id.* at 573.

101) *Ibid.*

102) *Ibid.*

疎外していたという、原告である妻の主張とは一致しない状況を義母は証明している。一方訴訟当事者による好ましくない言語的行為が、訴答による当事者の主張の有効性とは一致しないという状況のために、当該当事者に不利益に提出されるのであるということも同様である¹⁰³⁾。その後、Strahorn は、明示的アドミッションが純粋な伝聞例外に該当するかどうかを検討し、伝聞例外で要求される「必要性」も「〔信用性の〕情况的保障」も存在しないと指摘している¹⁰⁴⁾。

以上のような Strahorn の見解は、Wigmore の初期の見解を肯定的に評価したうえで、当事者の現在の供述と過去の供述が矛盾しているという点から、アドミッションを「それ自体が関連性を有する情况的行為としての発言」に位置づけ、伝聞法則が適用されないものと主張する見解である。言い換えれば、アドミッションを行為として捉えたうえで、アドミッションを我が国でいうところの「非供述的用法」としての使用を認めるものであるといえよう。なお、Wigmore の見解と Strahorn の見解の相違については以下の2点が指摘できる。まず、Wigmore の初期の見解がアドミッションの実質証拠としての使用を認めていなかったことに対して、Strahorn は実質証拠としての使用を否定していないことである。次に、Wigmore が伝聞の定義をそれほど明確にはしていなかったことからアドミッションの位置づけに不明確性を残したのに対して、Strahorn は、裁判外供述の内容の真实性を証明する目的での当該供述の使用を禁じるものとして伝聞法則を捉えたうえで、アドミッションはその内容の真实性にかかわらず、非供述的用法により許容されるものと理解していること、である。

2-2. 伝聞例外説の展開——当事者主義および禁反言という根拠

アドミッションの位置づけおよびその許容性の根拠について、Wigmore

103) *Ibid.* なお、Strahorn は、アドミッションが叙述的価値を有するかどうかは偶然に過ぎないものである、という (*Ibid.*)。

104) *See, Id.* at 573-575.

の主張を批判し自説を展開していた Morgan であったが、1937年に発表した論文においてはアドミッションの許容性の根拠について、Morgan も改説を行った。Morgan はアドミッションの許容性の根拠を訴訟の当事者主義 (the adversary theory of litigation) に求めており、この見解は Charles T. McCormick にも支持を受け、その後の FRE 制定にも大きな影響を及ぼすことになる。また、根拠そのものは異なるものの、Edward R. Lev が示した禁反言 (estoppel) という許容性根拠は、当事者主義を実質的に説明するものとして位置づけられる。以下では、Morgan、McCormick そして Lev の示した見解を確認しておきたい。

(1) Morgan による当事者主義という根拠の主張

先述の通り、Morgan はアドミッションを伝聞例外として位置づけ、その許容性の根拠については信用性の情況的保障に求めていたが、その後、「[アドミッションの] 許容性の理論は…我々の、訴訟に関する当事者主義のコロラリー (a corollary of our adversary system of litigation) としてのみ説明されうるものである」¹⁰⁵⁾ と主張した。

Morgan は、その理由として以下の3点をまず指摘する。第一に、アドミッションを行った者の供述は、その者が証人として不適格であっても許容されていることである¹⁰⁶⁾。実際に、当事者が〔証人として〕不適格であってもアドミッションは自由に許容されており、当事者は結果において彼らの利害を説明するにあたり真実を告げるとまでは信頼され得ない、ということが確信されていた¹⁰⁷⁾。さらに、例えば、宣誓の性質を理解する能力がないと裁判所によって判示された子どもによるアドミッションも、子どもへの傷害に対する訴訟において、その訴訟後見人 (his guardian ad litem) に不利益に許容されていた¹⁰⁸⁾。第二に、アドミッションはそれがなされたときに自己

105) Edmund M. Morgan, *Admissions*, 12 WASH. L. REV. & ST. B. J. 181, at 182 (1937).

106) *Ibid.*

107) *Ibid.*

108) *Ibid.*

に利益なもの (self-serving) であってもよい¹⁰⁹⁾。当事者が偽る (misrepresent) という積極的な動機のもとにあったとき、当該当事者によってなされたアドミッションは、その者に不利益に許容されうる¹¹⁰⁾。最後に、ある当事者が当該アドミッションの主題について証言する資格を持っていないことを理由として、当事者のアドミッションは証拠排除され得ない¹¹¹⁾。New York 州のケースでは、持ち場を離れていたことが理由で、操作者が機械を止めることができなかったことで事故が生じた、と被告が述べていたが、不法死亡 (wrongful death) の訴訟において、この供述が被告に不利益に提出されたとき、事故が起きたとき自分は立ち会っておらず、そのため事故原因について個人的知識を持っていなかったということを被告が証明した場合であっても、当該供述は許容されると判示された¹¹²⁾。

以上の3点から、Morgan は次のように主張している。すなわち、アドミッションを行った者が証人として宣誓することを認められるであろうという資格を有していないこと、アドミッションを行った者が真実を告げるという衝動にあるというよりも虚偽を述べるという積極的な誘惑のもとにあったということ、そして、アドミッションにおいて述べられていることについてアドミッションを行った者が観察する機会を有していなかったこと、これらのことが証明されることに直面して、裁判所が、宣誓をせずになされそして反対尋問を受けずになされた供述を許容する場合には、陪審が誤導されることから保護することを裁判所が考えているということはありません、裁判所は当事者主義理論のみを考えているに違いない、ということである¹¹³⁾。

109) *Ibid.*

110) *Ibid.*

111) *Id.* at 183.

112) *Ibid.* (citation omitted).

113) *Ibid.* なお、Morgan は自白に関しては、警察に対して完全な捜査を行い、自白に依拠しないように要求するという要望と、窮地に置かれた相手方〔被告人〕に対するフェア・プレイという公正な考え (sporting notion) に基づくポリシーを指摘しつつ、自白を規律する部分を除いては、当事者自身の行動に基づくアドミッションに対処する証拠法則は一貫していると述べる (See, *Id.*, at 190-191)。この記述からは、自白とアドミッションを規律する証拠法則が異なっているようにも理解できるが、これは当時、自白とアドミッションを区別することにより、

このように、アドミッションの許容性の根拠を当事者主義に求めるという Morgan の見解は、後においても維持されている。後に出版された証拠法に関する書籍では、Morgan は、より簡潔に次のように述べている。まず、アドミッションが伝聞法則の例外であるかどうかは伝聞の定義に左右されるものであるが、述べられている事項の真实性を証明するために提出される裁判外供述として伝聞を定義するのであれば、アドミッションは明らかに伝聞に該当する¹¹⁴⁾。そして、その許容性の根拠については、「当事者自身によってなされたアドミッションの許容性は、アドミッションがなされた状況が事実認定者に対してアドミッションを公正に評価する手段を与えているという考えに依拠しているわけではなく、訴訟の当事者主義に依拠しているのである。自身は自己を反対尋問する機会を有していなかった、あるいは、宣誓による制裁のもとで話をしたときを除いて自身は信用に値しないものである、という異議申立てを、当事者がすることはほとんどできない。当該当事者が述べたあるいは行ったことが何であれ、相手方当事者は当該当事者に対してそれを不利益に使用してもよい」と Morgan は主張している¹¹⁵⁾。

以上のように、伝聞の定義からすればアドミッションは伝聞例外に該当すると位置づけたうえで、その許容性の根拠は当事者主義である、と Morgan は主張した。

不任意自白排除法理をアドミッションには適用しないという傾向があったことに起因するのではないと思われる（前掲注（24）も参照）。その後、Morgan は、自白の不信頼性を根拠とする自白排除に対しては疑問を示しつつも、それはアドミッションにも適用されうることを示唆している（2 MORGAN, *supra* note 34, at 284-285）。

114) 2 EDMUND M. MORGAN, BASIC PROBLEMS OF EVIDENCE, at 230 (1954). なお、Morgan は、アドミッションを許容するルールは伝聞法則よりも古く、特権の主張の対象でない限り、当事者のあらゆる関連性を有する行動に関する証拠は、当事者に不利益に許容されうるという受け入れられたドクトリンの必然的な付随物であることが認められなければならないものであり、このドクトリンは不適切に誘引された自白を証拠排除するために修正されてきた、とも指摘している（MORGAN, *op. cit.*, at 230）。

115) *Id.* at 231. なお、本書の改訂版においてもこの考え方は維持されている（2 MORGAN, *supra* note 34, at 265-266）。

(2) McCormick による当事者主義という根拠への賛同

McCormick は、1954年に出版された証拠法の体系書において、伝聞証拠を「法廷外でなされた供述からなる、法廷における証言または書面の証拠で、そこで主張されている事項の真実性を証明するために主張として提出されるような供述であり、それゆえにその価値が法廷外の主張者の信用性に依拠しているもの」と定義している¹¹⁶⁾。

そのうえで、アドミッションに関する理論のなかでも、「以下のものが最も有益なものと思われる」¹¹⁷⁾と言及して、Morgan、Wigmore、Strahorn の見解を紹介している。まず、Morgan の見解を示しつつ¹¹⁸⁾、McCormick は次のように評価を加えている。すなわち、「相手方自身が行った供述の信用性を疑問視することは相手方の口にはない〔原供述者は自身の供述の信用性を争うことはできない〕というこの〔Morgan の〕見解は、論理というよりも気持ちの表現であるが、1つの理由になり得るほど普遍的な感情である。ある者は相手方の言葉を利用する権利を有するというこの感情は、我々の対抗的または当事者主義的訴訟システムによって高められうる」¹¹⁹⁾。このようにして、McCormick もアドミッションの許容性の根拠として当事者主義を指摘している。

その後、改説後の Wigmore の見解および Strahorn の見解を紹介したあと¹²⁰⁾、結論として、McCormick は次のように主張している。すなわち、「Morgan が伝聞法則の例外としてアドミッションを分類していること、およびそれに関する Morgan の説明を、明示的アドミッションに関しては最も説得力あるものと筆者〔McCormick〕は考え、そして Strahorn による状況証拠としてのアドミッションの理論を、行為によるアドミッションに関しては最も満足

116) CHARLES T. MCCORMICK, MCCORMICK'S HANDBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE, §225 at 460 (1954).

117) *Id.*, §239 at 502.

118) *See, Id.*, §239 at 502-503.

119) *Id.*, §239 at 503.

120) *See, Ibid.*

いくような「説明であると筆者は考える」¹²¹⁾。このようにして、当事者主義をアドミッションの許容性根拠としつつ、明示的アドミッションについては伝聞例外として、行為によるアドミッションについては情況証拠として McCormick は位置づけたのであった。なお、Wigmore や Strahorn が弾劾目的での証人による以前の不一致供述を証明することと〔アドミッションの議論〕類推していることについては、アドミッションが実質証拠として認められていることは明白であること、そして当事者が自身を尋問するといったような弾劾証拠が要求されるという要件はアドミッションには存在していないことも指摘している¹²²⁾。

以上のように、McCormick は、アドミッションを伝聞例外と情況証拠という2つに分類したうえで、その許容性の根拠を当事者主義に求めている。なお、McCormick は1963年に死去しているが、その後1972年には本書の第2版が出版されている。そこでは、アドミッションの許容性の根拠を当事者主義の産物であるとし、アドミッションは「非伝聞 (nonhearsay)」に分類される、と記述が改められている¹²³⁾。第2版ではアドミッションの位置づけについて変更が行われているが、後述する通り、FRE の起草に直接関わった Edward W. Cleary が第2版の代表編者であることに留意すべきである。

(3) Lev による「禁反言」という根拠の主張

Morgan および McCormick によって主張された、当事者主義というアドミッションの許容性根拠であるが、具体的なその内容については両者ともそれほど明確にはしていなかった。Lev は、1957年に公表した論文において、アドミッションの許容性根拠として「禁反言 (estoppel)」を主張した¹²⁴⁾。こ

121) *Ibid.*

122) *Id.* §239 at 503-504.

123) CHARLES T. McCORMICK, McCORMICK'S HANDBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE, §262 at 629 (Edward W. Cleary ed., 2d ed. 1974).

124) Edward R. Lev, *The Law of Vicarious Admissions—An Estoppel*, 26 U. CIN. L. REV. 17, (1957).

の Lev の説明は当事者主義の内容を実質的に説明するものと位置づけることが可能である¹²⁵⁾。そこで、Lev による見解も確認しておきたい。

まず、Lev は、供述の真実性のために提出される場合には、ほとんどの裁判外供述は伝聞法則によって排除される、とする¹²⁶⁾。そして、アドミッションが伝聞例外に該当するか否かの争いは、伝聞法則と伝聞法則の存在理由を混同しているように思われる、と指摘している¹²⁷⁾。Lev によれば、伝聞法則とは、「主張されている事項の真実性を証明するために提出されるような裁判外供述を排除する」ものであり、その存在理由とは、「そのような供述は、公判手続によって可能となる〔供述の〕誠実性 (probity) および正確性に対するテストに服しえず、それゆえに評価に値しない (unworthy of weight) ものである」が、両者が一致するのであれば、アドミッションにはそのようなテストが不要であるから、アドミッションを伝聞例外とする必要はない¹²⁸⁾。さらに、歴史的に見れば、アドミッションは伝聞法則確立以前から許容されていたという事実があり、そのことからすれば、アドミッションは伝聞法則には該当しないことになる¹²⁹⁾。しかしながら、アドミッションが伝聞法則を充足するものであろうとそうでなかろうと、裁判外供述がその真実性のために提出され、そのようなものとして〔供述の真実性について〕許容されている事実からは逃れられないのである¹³⁰⁾。このようにして Lev は、アドミッションが伝聞であるにもかかわらず、許容されていることを指摘している。

そのうえで、Lev は、真実性への積極的な刺激 (a positive stimulus to trustworthiness) のみがほとんどの伝聞例外の存在を正当化するのに対して、当事者によるアドミッションは、異なる基礎に基づいて許容されるとい

125) Lev 自身も、McCormick の見解が自身の見解を部分的には述べたものであると指摘している (*Id.* at 30 n. 27)。

126) Lev, *supra* note 124, at 27.

127) *Id.* at 27-28.

128) *Id.* at 28 n. 24.

129) *Id.* at 28.

130) *Ibid.*

う¹³¹⁾。すなわち、それは、「ある者が別の時に行った供述とその者の現在の〔法廷における〕立場が一致しない時には、その者の法廷における立場は弱まる、という司法上のポリシー」であり、「自業自得 (one must sleep in the bed he has made)」に相当する¹³²⁾。つまり、「それは、不一致性に対する罰であり、その者の現在の訴訟理由とは異なるような、別の機会での説明の証拠排除を妨げるための禁反言である。相対的な信用性は重要なものではなく、当事者は自身に矛盾する〔ときには〕、事実認定者はいずれの立場を真実として扱ってもよい」¹³³⁾。

このように、Levは、アドミッションの許容性の根拠を禁反言であると主張する。Levによれば、真の〔伝聞〕例外のうち、アドミッションのみが信用性を除く根拠に基づいて理論化されるという意味で固有のものである、という¹³⁴⁾。この記述からすれば、許容性の根拠は通常の伝聞例外とは異なるものの、アドミッションを伝聞例外としてLevは位置づけていると考えられる。

小 括

ここまで確認してきた学説における議論状況をまとめておこう。まず確認しておくべきことは、伝聞法則の趣旨をどのように理解するのか、という点である。この点については、Wigmoreを除く論者が、供述内容の真実性を証明するために提出されるような裁判外供述を証拠排除するものが伝聞法則であると理解している。このような伝聞法則の理解を出発点として、アドミッションの位置づけが論じられてきたのである。

Wigmoreは当初、証人の以前の不一致供述とアドミッションを平行に考え、実質証拠としての使用を認めていなかったが、Morgaによる批判を受け入れる形で実質証拠としての使用を認めた。Wigmoreは、アドミッシ

131) *Ibid.*

132) *Id.* at 29.

133) *Id.* at 29-30.

134) *Id.* at 32.

ョンの位置づけそれ自体には不明確さを残すものの、アドミッションを行った者自身による反対尋問は不要であることを理由に、伝聞法則を通過するという。Strahorn は、証人の以前の不一致供述とアドミッションをパラレルに考えるという Wigmore の発想それ自体は受け入れつつも、アドミッションを行為として捉え、伝聞不適用に該当すると主張した。これは、アドミッションを非供述的に使用するものといえる。Wigmore と Strahorn は、アドミッションの許容性の根拠そのものの理解は異なるが、両者とも伝聞例外には位置づけていないという点では共通する。

他方、Morgan は、アドミッションを伝聞例外として位置づける。Morgan は、当初はアドミッションの許容性の根拠を信用性の情況的保障が存在することに求めていたが、後に当事者主義がアドミッションの許容性の根拠であると主張した。McCormick は、明示的アドミッションに関しては Morgan による伝聞例外説を、行為によるアドミッションについては Strahorn による情況証拠説を支持するが、許容性の根拠としては Morgan と同じく、当事者主義を指摘する。さらに、Lev は、アドミッションの許容性の根拠を禁反言に求める。Morgan および McCormick が主張する当事者主義は、端的に相手方当事者が行ったアドミッションを当該当事者に対して不利益に使用できるという発想であるのに対して、Lev の主張する禁反言は、法廷における主張と以前の供述が一致しない場合の罰として、相手方当事者はアドミッションを不利益に使用することができるという発想である。このような差異はあるものの、双方ともいわば自己責任によって——Lev の言葉で言えば「自業自得」——アドミッションの許容性を説明しようとするものと評価できるだろう。

Ⅲ. 連邦証拠規則801(d)(2)の制定過程

以上のように、アドミッションの位置づけとその許容性の根拠について学説上様々な見解が示されてきたが、1975年には FER が成立し、少なくとも連邦法域におけるアドミッションの位置づけとその許容性の根拠に関する争

いは、立法による一定の解決を迎えることとなる¹³⁵⁾。本章では、FREの制定過程に関する議論を確認し、どのような立法意図をもってFREが成立することになったのかを確認していきたい¹³⁶⁾。まずは、第1節(1)においてFREの制定にあたって大きな影響を与えたとされる法典(案)の内容を確認し、その後、第2節(2)においてFRE Rule 801(d)(2)の制定過程を検討していこう。最後に、1975年のFRE制定後現在までにRule 801(d)(2)がどのように改正されてきたのかについて、簡単にまとめておこう(第3節(3))。

1. 3つの法典(案)(codes)

FREが制定される以前から、連邦レベルおよび州レベルでの統一的な証拠規則の確立が目指されており、その代表的な例として挙げられているものが、1942年の模範証拠法典(Model Code of Evidence)、1953年の統一証拠法規則(Uniform Rules of Evidence)、そして1967年のCalifornia州証拠法典(California Evidence Code)である¹³⁷⁾。このうち、模範証拠法典については、その内容のラディカル性などが原因となり採用した州はなかったため¹³⁸⁾、法「案」に過ぎないものである。他方で、California州証拠法典は現在でも効力を有しており、統一証拠法規則も改定を重ねつつ現在一部の州においても採用されている¹³⁹⁾。このように、実際に立法化されたものもあればそれ

135) なお現在、45を超える法域においてFREをもとにした証拠規則が採用されている(6 JACK B. WEINSTEIN & MARGARET A. BERGER, WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, Table of State and Military Adaptions of Federal Rules of Evidence Notes (Mark S. Brodin ed., 2d ed, 2023); GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §1.05 at 12)。

136) 本節の検討に際して主に参照した文献は次の通りである。Stonefield, *supra* note 48, at 24-51; 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801 App.01. また、FRE 801(d)(2)(E)の制定過程について述べた我が国の研究者によるものとして、小早川・前掲注(13)「共犯者の自白」97-99頁、小早川・前掲注(13)「共犯者の自白と証人対面権」297-299頁がある。このほか、FRE 801(d)(1)(B)の制定趣旨について述べたものとして、山田・前掲注(13)58-60頁がある。

137) Stonefield, *supra* note 48, at 24-26; GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §1.04 at 10; MUELLER ET AL., *supra* note 12, §1.2 at 4-5.

138) GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §1.04 at 10; MULLER ET AL., *supra* note 12, §1.2 at 4-5.

139) See, Uniform Law Commission, Evidence, Rules of, *available at* <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=c4191969-1a09-4e4c-90bd-a56d3534e1de>

に至らなかったものもあるが、後述する通り、これらの証拠規則は FRE の起草にあたって大きな影響を与えたものである。そこで、まずはこれらの3つの法典（案）について、その内容を簡単に確認しておこう。

(1) 模範証拠法典

模範証拠法典は、アメリカ法律協会（American Law Institute）により作成されたものである。その起草に当たっては、起草者（Reporter）として Morgan が任命され、さらにアドバイザーとして McCormick なども関与していた¹⁴⁰⁾。加えて、Wigmore も最高顧問（Chief Consultant）として関わっていた¹⁴¹⁾。模範証拠法典には条文およびそれに関する注釈・例が付されているが、伝聞法則およびアドミッションに関する条文は、Rule 501以下である。

Rule 501は、(1) から (6) に渡って伝聞に関する各種の定義を置いている¹⁴²⁾が、本論文の関心において特に関連を有するのは (2) である。ここでは、伝聞供述について次のように定めている¹⁴³⁾。

Rule 501. 定義。

〔中略〕

(2) 伝聞供述とは次のような供述である。すなわち、現在の公判での証言過程において証人によりなされた供述、又は証言録取書若しくは現在の公判で使用するため法に従って採取され、記録された証言に関するその他の記録において含まれる供述を除く、主張又は推定されることを意図した事項の真实性を証明するものとして提出される供述である。

(last visited July 29, 2023)). なお、現行規定におけるアドミッションに関しては、FRE とほぼ同様の内容となっている (See, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Rules of Evidence Act, at 64-65, available at https://higherlogicdownload.s3-external-1.amazonaws.com/UNIFORMLAWS/40833f73-44ed-6e0b-2af2-a75ff85c3cf2_file.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAVRD07IEREB57R7MT&Expires=1690008682&Signature=2etEkWuSOaeUN3FXU4qs06yp5D0%3D (last visited July 29, 2023)).

140) AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL CODE OF EVIDENCE, at IX (1942).

141) *Id.* at XII. なお、Wigmore 自身は、模範証拠法典については反対の立場を表明した (See, John Henry Wigmore, *American Law Institute Code of Evidence Rule: A Dissent*, 28 A.B.A. J. 23 (1942)).

142) 模範証拠法典 Rule 501全体については、See, AMERICAN LAW INSTITUTE, *supra* note 140, at 224-225.

143) *Id.* at 224.

この定義規定は、供述内容の真実性を証明するために提出されるような裁判外供述を排除することが伝聞法則の趣旨であるという、先述した多くの学者らによる伝聞法則の理解と一致するといえる。さらに、同条に付された注釈では、アドミッション、自白、そして以前の供述についても伝聞に該当すると指摘されている¹⁴⁴⁾。続けて、アドミッションと自白は〔伝聞に〕該当しないと主張する者もいるが、アドミッションや自白は述べられた事項の真実性を証明するものとして許容されているということには一般的な合意があると記されており¹⁴⁵⁾、これがアドミッションや自白が伝聞に該当することの理由であると考えられる。

次いで、Rule 502は「Rule 503ないし Rule 530に規定するものを除いて、伝聞証拠は許容され得ない」¹⁴⁶⁾と定めている。Rule 502の文言あるいは同条に付された注釈を見る限りでは、例外 (exception) という文言が用いられていないものの、模範証拠法典の起草に携わった Mason Ladd によれば、502条は明示された例外に該当しない伝聞証拠を排除するものであるという¹⁴⁷⁾。したがって、Rule 503から Rule 530に規定されているものは伝聞例外として考えられる。

模範証拠法典において規定された伝聞例外のなかで、まず注目すべきであるのは、Rule 505において規定されている自白であり、同条では、有形力の行使や脅迫・約束によって供述を行うように誘引がなされていないこと (a)、および供述時に被疑者・被告人が意識的 (conscious) であって自身が述べを行ったことを理解できる状態であったことを許容性の要件として要求する¹⁴⁸⁾。これは不任意自白を排除する趣旨であるとも理解できるが、本条に付された注釈を見ると、本条が必ずしも不任意自白全体を排除するわけでは

144) *Id.* at 227.

145) *Ibid.*

146) *Id.* at 231.

147) Mason Ladd, *A Modern Code of Evidence*, 27 IOWA L. REV. 213, at 228 (1942). なお、ここでは Ladd は Rule 602と表記しているが、誤植であろう。

148) AMERICAN LAW INSTITUTE, *supra* note 140, at 238-239.

なく¹⁴⁹⁾、自白を獲得するために不適切な誘引を用いることへの誘惑を取り除くことが本条の主たる目的であるという¹⁵⁰⁾。いずれにせよ、自白も伝聞証拠に該当するという前提のうえ、伝聞例外として自白の使用を認める規定を明示的に置いていることに、模範証拠法典の特徴がある。

次に、アドミッションについては、複数の条文に規定が置かれている。まず典型的なアドミッションについては Rule 506、〔当事者から原供述者に〕権限を付与され受容されたアドミッションについては Rule 507、代理的アドミッションについては Rule 508にそれぞれ規定が置かれている¹⁵¹⁾。このうち、Rule 506の文言を確認しておこう。Rule 506の規定は次の通りである¹⁵²⁾。

Rule 506. アドミッション。

原供述者が以下に該当すると裁判官が認定する場合には、伝聞供述の証拠は原供述者に不利益に許容される。

- (a) 〔原供述者が〕その個人の資格における訴訟当事者である場合、又は
- (b) 〔原供述者が〕代表の資格における訴訟当事者であり、供述時にその資格において行動していた場合。

本条に付された注釈には、先述した Rule 501に付された注釈と同様に、アドミッションが弾劾証拠としてのみならず、その供述内容の真实性を証明するためにも許容されていることが指摘され、この他、当該供述が原供述者の利益に反するものと関係している必要はないことなどが書かれている¹⁵³⁾。他方で、アドミッションが許容される根拠については言及されていない。

(2) 統一証拠法規則

次に、統一証拠法規則の内容を確認する。統一証拠法規則は、統一州法委員会全国会議 (National Conference of Commissioners on Uniform State laws) によって起草されたものであり、McCormick もその起草に関わってい

149) *Id.*, at 241.

150) *Id.*, at 242.

151) それぞれの文言については、*See, Id.*, at 245, 246, 249.

152) *Id.*, at 245.

153) *See, Id.*, at 245–246.

た¹⁵⁴⁾。伝聞法則に関する規定は、第8章(VIII)に置かれており、まず Rule 62において「供述」等の定義が示されている¹⁵⁵⁾。伝聞証拠の排除規定とその例外に関しては、Rule 63において定められており、その規定は次のようなものであった¹⁵⁶⁾。

Rule 63. 排除される伝聞証拠——例外。審理における証言で証人が行ったものを除いて、述べられた事項の真实性を証明するために提出される供述証拠は伝聞証拠であり、以下の場合を除いて許容されえない。

同条に付された注釈によれば、伝聞を、述べられている事項の真实性を証明するために提出される裁判外供述として定義するにあたっては、Wigmore に従ったとされている¹⁵⁷⁾。もっとも、先述した通り、Wigmore 自身がこのように伝聞を定義していたかどうかに関しては疑問の余地はあるだろう。さらに、本条のポリシーとしては、伝聞供述が本条の例外によって許容されない限り、関連性を有するものであっても全ての伝聞を不許容とすることである、と説明されている¹⁵⁸⁾。

本条が掲げる伝聞例外は、31類型のものが示されており、自白が(6)に、アドミッションが(7)から(9)において挙げられている。

まず、自白に関する規定についてみると、被疑者・被告人が供述を行った時点で意識的であって供述内容を理解する能力があったということを裁判官が認定した場合に限って、かつ、(a) 強要、あるいは苦痛 (infliction) 若しくは苦痛を与えるという脅迫、又は当該供述を不任意とするほどの長期間の取調べによって、供述を行うように被疑者・被告人が誘引されていなかったこと、(b) 虚偽の供述を生じさせる可能性が高いような、公的機関がとり得る行動に関する脅迫又は約束によって供述が誘引されていなかったこと

154) NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, UNIFORM RULES OF EVIDENCE, colophon (1953).

155) *Id.* at 196-197.

156) *Id.* at 197.

157) *Ibid.*

158) *Id.* at 198.

等を、自白の許容性の要件として掲げている¹⁵⁹⁾。この Rule 63 (6) に付された注釈では、模範証拠法典の本質を採用したものであり、さらに自白は強要等のもとでなされたものであってはならないという要件を加えたものである、と説明されている¹⁶⁰⁾。

次に、アドミッションに関する規定は、Rule 63 (7) が当事者によるアドミッション、(8) が権限を付与され、かつ受容されたアドミッション、(9) が代理的アドミッションとなっている¹⁶¹⁾。(7) における当事者によるアドミッションの規定内容を確認しておくと、当事者に不利益なものとして〔提出される〕供述で、訴訟の当事者である者がその個人又は代表の資格において行った供述であり、代表の場合には供述時点で代表の資格において行動していたことを求める、という内容である¹⁶²⁾。この (7) に付された注釈によれば、(7) から (9) の例外は、模範証拠法典 Rule 506、507、508 のポリシーを採用した、としか記述されていない¹⁶³⁾。統一証拠法規則においても、アドミッションが許容されるその根拠については言及がなされなかった。

(3) California 州証拠法典

最後に、California 州証拠法典について確認しておこう¹⁶⁴⁾。California 州証拠法典の大まかな構造は次の通りである。まず、第10編 (division) において伝聞証拠に関する規定が置かれている。その第1章 (Chapter) が伝聞に関する総則的な規定である。第2章では伝聞例外を定めており、伝聞例外は大きく17の類型が掲げられている。そして列挙されている伝聞例外のうち、

159) *Id.* at 201.

160) *Ibid.*

161) *See, Id.* at 201-202.

162) *Id.* at 201.

163) *Ibid.*

164) California 州証拠法典の条文および制定当時の法改正委員会注釈 (Law Revision Commission Comments) に関しては、Lexis 社が提供しているデータベース (Deering, Lexis Advance through the 2023 Extra Session Ch 1, 2023 Regular Session Ch. 2) を用いた。また、本論文において紹介する California 州証拠法典の各条文は、1965年に制定され1967年1月に施行されて以降、条文の追加以外の改正はなされていない。

最初に掲げられているものが§1220以下の自白およびアドミッションである。

まず、California 州証拠法典における伝聞法則の定義を確認する。§1200が伝聞法則の定義を定めており、これによれば、審理での証言中に証人によりなされたものを除く供述で、その内容の真実性を証明するために提出される証拠が伝聞証拠であり (a)、法に規定するものを除いて伝聞証拠は許容され得ないものとし (b)、同条の内容が伝聞法則である (c)、とする¹⁶⁵⁾。次いで、§1204は、刑事被告人に対して提出される伝聞供述に関する規定を置いており、連邦憲法および California 州憲法のもと、被告人に対して許容され得ないような状況のもとでなされた供述の許容性を否定している¹⁶⁶⁾。

次に、自白およびアドミッションに関する条文を確認しよう。1967年当時に置かれていたアドミッションに関する条文は、§1220から§1227までであり、§1220が典型的なアドミッションに関するものである¹⁶⁷⁾。§1220は次のような規定である¹⁶⁸⁾。

§1220. 当事者のアドミッション

原供述者が個人又は代表の資格において当事者である訴訟において、供述がその個人又は代表の資格においてなされたかにかかわらず、〔供述が〕原供述者に不利益に提出された場合、当該供述の証拠は伝聞法則によって不許容とはされない。

この条文の趣旨について、法改正委員会注釈は次のように説明している。まず、本条の例外の基礎となる根拠は、当事者が原供述者を反対尋問する権利を欠いていたことについて、異議申立てをなし得ないことにあり、その理由とは、当事者自身が供述を行っていたからである¹⁶⁹⁾。そのうえ、当事者は、当事者自身の供述を証言する証人を反対尋問することができるし、アドミッションを説明又は否定することもできる¹⁷⁰⁾。なお、刑事事件においては、

165) Cal. Evid. Code § 1200.

166) Cal. Evid. Code § 1204.

167) 現在では、§ 1228と§ 1228.1が追加されている。

168) Cal. Evid. Code § 1220.

169) *Id.* §1220 Commentary.

170) *Ibid.*

被告人の供述が任意になされたものでない限りは、本条のもとで当該供述は許容され得ない¹⁷¹⁾。以上のような法改正委員会注釈の記述内容も考慮すれば、California 州証拠法典 §1220は、当事者自身が自己に反対尋問をなし得ないことにアドミッションの許容性に関する根拠を求めていたといえようか。さらに、刑事事件においては、被疑者・被告人の供述について任意性を要求していることに特徴があるといえる。

小 括

FRE の制定前に規定された3つの法典（案）のその規定内容についてまとめておこう。いずれの法典（案）においても、伝聞証拠はその内容の真实性を証明するために提出されるものとして定義し、アドミッションおよび自白が伝聞例外として扱われている。さらに、自白の規定内容に関しては、伝聞法則との関係で何らかの規定が置かれているというよりも、自白の任意性等をその許容性の要件として要求していることも全ての法典（案）において共通している。当事者によるアドミッションに関しては、その規定内容において大きな差はみられないといってよいが、模範証拠法典および統一証拠法規則がその許容性の根拠については何も言及していないのに対して、California 州証拠法典は、当事者自身が供述を行っているのであるから、反対尋問の機会がなかったことを当事者自身が申し立てることはできないことや、アドミッションを説明又は否定することができることなどをアドミッションの許容性の根拠として指摘している。これは、第2章において確認した、Morgan や McCormick、Lev らの主張内容に近いものと評価できる。もっとも、「当事者主義」という言葉それ自体は用いられていない。

2. 1975年連邦証拠規則 Rule 801 (d) (2) の制定過程

次に、FRE が制定される過程を確認し、いかなる意図を持って FRE Rule 801 (d) (2) が成立することになったのかについて検討を進めていきたい。

171) *Ibid.*

まず、FREの全体的な制定経緯について極めて簡潔に確認しておこう¹⁷²⁾。合衆国司法会議 (Judicial Conference of the United States) の指示により、当時の連邦最高裁判事である Earl Warren により任命された証拠法特別委員会 (Special Committee on Evidence) は、1961年12月11日付で、①連邦裁判所において適用される証拠法則は改善されるべきである、②連邦裁判所のシステム全体で統一されるであろう証拠規則は、望ましいものであり、かつ実現可能なものである、と結論した¹⁷³⁾。これを受け、1965年3月8日に、Warren 首席判事により、Albert E. Jenner を委員長 (Chairman) とし Edward W. Cleary を起草者 (Reporter) とする、統一証拠規則諮問委員会 (Advisory Committee on Uniform Rules of Evidence) [以下、諮問委員会とする] が任命された¹⁷⁴⁾。諮問委員会は議論を重ね、1969年、1971年にそれぞれ草案 (draft) を示し、その後、1972年11月20日に連邦最高裁が最終草案を承認する¹⁷⁵⁾。この最終草案が連邦議会に送付され、議論および修正を経て、1975年1月2日に連邦法となった¹⁷⁶⁾。そして、FRE 制定後も度々改正を重

172) FRE の制定経緯の概略については、See, U.S. Government Publishing Office, Federal Rules of Evidence (December 1, 2022) at VII (available at https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_december_1_2022_0.pdf (last visited July 29, 2023)); 1 STEPHEN A. SALTZBURG ET AL., FEDERAL RULES OF EVIDENCE MANUAL, §PT 1.02-§PT 1.03 (12th ed, 2023); GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §1.04 at 10-11; MUELLER ET AL., *supra* note 12, §1.2 at 4-6; FISHER, *supra* note 12, at 2-3. さらに、中村・前掲注 (14) 144-146頁、小早川・前掲注 (13) 「共犯者の自白」32-33頁を参照。

173) Standing Committee on Rules of Practice and Procedure, *A Preliminary Report on the Advisability and Feasibility of Developing Uniform Rules of Evidence for the United States District Courts*, 30 F.R.D. 73, at 77 (1962).

174) Supreme Court of the United States, *Committees on Rules of Practice and Procedure of the Judicial Conference of the United States*, 36 F.D.R. 119, at 128 (1965).

175) Standing Committee on Rules of Practice and Procedure, *Preliminary Draft of Proposed Rules of Evidence for the United States District Court and Magistrates*, 46 F.R.D. 161 (1969); Committee on Rules of Practice and Procedure of the Judicial Conference of the United States, *Revised Draft of Proposed Rules of Evidence for the United States Courts and Magistrates*, 51 F.R.D. 315 (1971); Supreme Court of the United States, *Rules of Evidence for United States Courts and Magistrates*, 56 F.R.D. 183 (1973).

176) Act of January 2, 1975, Public Law No. 93-595, 88 Stat. 1926.

ね現在に至っている¹⁷⁷⁾。

それでは、アドミッションに関する FRE の規定がどのようにして制定されたのかについて、諮問委員会の議事録¹⁷⁸⁾ および Cleary が諮問委員会の議論のために準備したメモ (Memo)¹⁷⁹⁾ を資料として確認していこう。

(1) FRE の起草に用いられた資料と起草目的

諮問委員会の第1回会議は、1965年6月18日に行われた¹⁸⁰⁾。第1回会議において、起草者である Cleary は、諮問委員会において参照されることになる複数の文献に触れている。具体的には、Wigmore による証拠法の体系書、McCormick による証拠法の体系書、アメリカロースクール協会 (the American Law School Association) により編集されたローレビュー集、模範証拠法典、統一証拠法規則、そして California 州法改正委員会の報告書であ

177) 現時点までの改正履歴については、U.S. Government Publishing Office, *supra* note 172, at VII-X.

178) 諮問委員会の議事録については、合衆国裁判所の会議議事録検索システム (<https://www.uscourts.gov/rules-policies/records-and-archives-rules-committees/meeting-minutes>) (last visited July 29, 2023) を利用した。

179) Cleary が作成した一連のメモについては、Michigan 大学教授である Richard D. Friedman の Web サイトにおいて公開されており、Joshua A. Deahl が解説を加えている (Early Drafts of the Federal Rules of Evidence and Drafting materials, *available at* <https://www.law.umich.edu/facultyhome/richardfriedman/Pages/Reporter's-Memoranda.aspx> (last visited July 29, 2023))。同 Web サイトによれば、National Archives において識別子 (identifier) 6044736 のもとメモが保管されているものの、諮問委員会のメンバーであった Thomas F. Green が Georgia 大学ローライブラリーに寄贈した資料のコピーが同 Web サイト上にて公開されている。筆者も、National Archives の検索システム (<https://www.archives.gov/research/catalog>) を利用し、識別子6044736を検索したが、2023年7月29日現在においては電子化されておらず資料を閲覧することができないため、Friedman が Web サイト上で公開している資料を用いることとした。これらのメモには番号 (No.) が割り振られているが、日付は記入されていない。Deahl によれば、諮問委員会において提出された順に番号が割り当てられているようである。なお、後述する通り、これらの覚書のなかで No.19 の覚書が本論文において最も関連するものであるが、メモ No.19には欠落している頁もある。

180) Advisory Committee on Rules of Evidence, Minutes of June 18, 1965, at 1, *available at* https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/EV06-1965-min.pdf (last visited July 29, 2023).

る¹⁸¹⁾。したがって、FREの制定にあたってはこれらの文献が大きな影響を与えていたことになる¹⁸²⁾。

1965年10月14日から16日にかけて、第2回会議が行われた¹⁸³⁾。この第2回会議より、Clearyが準備したメモおよび条文案 (the proposed rules) に基づいて議論が行われていくことになるが¹⁸⁴⁾、第2回会議の冒頭において、Clearyより草案に関していくつかの言及が行われている。なかでも重要と思われるのは、まず、条文案の作成にあたって、統一証拠法規則およびCalifornia州証拠法典を参照したという点である¹⁸⁵⁾。次に、条文案の作成において必要と考えられる要件として、①可能な場合には定義づけを行うことが避けられるべきであること、②可能な場合には文言は通常的な意味合いで用いられるべきである、ということを指摘している点である¹⁸⁶⁾。最後に、Clearyは起草の目的として、規則が可能な限り使用しやすくかつ利用可能なもの (usable and accessible) であるべき、と起草の目的を述べていた¹⁸⁷⁾。

(2) Clearyによる起草

伝聞法則に関する議論は、1967年10月に開催された会議から始まる¹⁸⁸⁾。アドミッションに関しては、同会議の最後に条文案の文言およびClearyに

181) *Id.* at 5.

182) なお、この第一回会議の最後に、JennerはKansas州証拠法のコピーをメンバー全員に配る予定であるとも発言している (*Id.* at 8)。

183) Advisory Committee on Rules of Evidence, Minutes of October 14-16, 1965, at 1, available at https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/EV10-1965-min.pdf (last visited July 29, 2023).

184) なお、諮問委員会において最初に取り上げられたテーマは、現行のFRE Rule 901以下に相当する証拠の真正性 (Authentication) であり、さらに第2回会議ではFRE Rule 1001以下に相当する文書と記録についても議論が行われた (*See, Id.* at 4-42, 42-49)。

185) *Id.* at 2-3.

186) *Id.* at 3.

187) *Ibid.*

188) Advisory Committee on Rules of Evidence, Minutes of October 9-11, 1967, at 33, available at https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/EV10-1967-min.pdf (last visited July 29, 2023).

よるコメントが読み上げられた後に閉会した¹⁸⁹⁾。

Cleary がどのような条文案を起草し、アドミッションに関してどのようなコメントがなされていたのかという点については、この日の会議で配布されたと考えられるメモ No.19に記載されている¹⁹⁰⁾。このメモ No.19は、FRE の制定過程において最も中核的となるものであるため、以下ではメモ No.19において記載されている内容のうち、アドミッションに関係するものを詳細に確認していきたい¹⁹¹⁾。

まず、起草された条文案は次の通りである¹⁹²⁾。なお、行番号、アンダーライン、そして Cleary によるものと考えられる手書きによる記述および訂正線も残されているが、行番号は割愛し、手書きによる文字については判読しがたいものもあるため、以下ではアンダーラインと訂正線のみを反映した。

Rule 8-01. 定義。以下の定義は、本章のもとで適用されるものである。

(a) 供述。〔中略〕

(b) 原供述者。〔中略〕

(c) 伝聞。以下に該当しないものであって、主張することを意図する事項の真实性を証明するために証拠として提出される供述は、「伝聞である」。

〔中略〕

(4) 相手方当事者のアドミッション。当事者に不利益なものとして〔提出されるものであって〕、当該供述が、(i) 個人又は代表の資格における、当事者自身の供述、又は (ii) 当該事項に関して供述を行う権限を当事者により付与された者によりなされた供述、又は (iii) 供述の真实性を受容又は確信していることを当事者が表明している供述、又は (iv) 当事者のため原供述者が、代理又は雇用の範囲内における事項に関わるもので、当該関係性の終了以前に行った供述、又は (v) 当事者の共謀者

189) *Id.* at 54.

190) なお、前掲注 (179) の Web サイトでは、メモ No.19は1967年12月会議に関する資料として扱われている。

191) 以下の記述は、Advisory Committee on Evidence Memorandum No.19: Article VIII . Hearsay: Preliminary Note on Hearsay: The Components of Credibility [hereinafter Memo No.19] (*available at* <https://www.law.umich.edu/facultyhome/richardfriedman/Documents/19.%20Art%208%201st%20draft.pdf> (last visited July 29, 2023)) による。なお、このメモ No.19は、伝聞法則全般を扱っており、全296頁に及ぶものであるが、伝聞例外についての記述の一部 (183-194頁) については欠落している。

192) *Id.* at 42-43.

が、共謀の過程で共謀を促進するために行った供述、又は (vi) 責任が争点となっているとき、原供述者の法的責任を確立するための供述。
〔以下省略〕

このように、Cleary が起草した条文案においては、Rule 8-01 (c) において伝聞を定義したうえで、(4) にアドミッションを挙げ、アドミッションは伝聞の定義には該当しないものとして扱う、という構造になっていた。

このようにアドミッションを位置づけた理由については、次のように記載されている。

「…ここで再び、特定の種類の供述が非伝聞 (nonhearsay) として分類されるのか、伝聞ではあるが非伝聞 (hearsay-but-under-exception) として分類されるのか、という問題は、一見すると、単なる用語上のあら探し (terminological quibbling) であるように思われるかもしれない。すなわち、結局のところ、伝聞法則は証拠排除を要求するものではない。しかしながら、伝聞に対して包括的に提案されるアプローチという一般的な構想を〔行うことを〕諮問委員会が好むのであれば、伝聞のカテゴリーからアドミッションを除外することが好ましい、というのも、アドミッションは、提案された Rule 8-03 および 8-04 において展開される主要な〔伝聞〕例外の集団にうまく適合しないであろう、というためである。(起草者によるメモ 9/12-67 を参照。) そのうえ、アドミッションを非伝聞として扱うことにより、柔軟性 (flexibility) が得られるであろう」¹⁹³⁾。

以上のように、Cleary は、アドミッションが非伝聞であろうと伝聞例外であろうといずれにせよ証拠排除されないと述べつつも、アドミッションが伝聞例外に「うまく適合しない」ということを理由として、アドミッションを非伝聞として位置づけたのであった。なお、上記の引用において言及されている Rule 8-03 および 8-04 の伝聞例外規定について簡潔に確認しておくと、Rule 8-03 は「原供述者が利用不能ではない」場合の伝聞例外規定、Rule

193) *Id.* at 86.

8-04は「原供述者が利用不能」である場合の伝聞例外規定となっており、各規定ともに(a)において総則的規定が置かれ、(b)において例外に該当する具体的な例が挙げられている、という構造になっている¹⁹⁴⁾。例えば、アドミッションとしばしば対比される「利益に反する供述」についてみると、Rule 8-04(a)で原供述者の利用不能要件と信用性の特別な情況的保障要件が課され、同(b)(4)において利益に反する供述が具体例として掲げられている¹⁹⁵⁾。

それでは、アドミッションが伝聞例外規定には「うまく適合しない」ものであるとして、具体的にはどのような点に問題点が存在しているのだろうか。Clearyは次のように指摘している。

「アドミッションが伝聞例外として扱われるのであれば、他の例外に関しては存在していると確信される、真実性の情況的保障を見出すことが困難である。そのため、伝統的な、自由に展開されてきた(free-wheeling) コモン・ロー上の扱いを無視し、代わりに信頼性のある保障を求めることを主張する者もいるだろう。…そのような方向性を追い求めることによって、多くのことが失われるであろうと考えられる」¹⁹⁶⁾。

以上の記述からすれば、伝聞例外において要求されるべき信用性の情況的保障がアドミッションには欠けていることを理由として、Clearyはアドミッションを非伝聞として位置づけたことが窺われる。

もっとも、アドミッションには信用性の情況的保障が欠けているということは、アドミッションが伝聞例外には該当しないことを正当化するものとしても、アドミッションが証拠として許容されることを積極的に正当化するようなものではないだろう。それでは、アドミッションを証拠として許

194) See, Addendum to Memo 19 (9/12-67) at 3-5, available at <https://www.law.umich.edu/facultyhome/richardfriedman/Documents/Addendum%20to%20Memo%2019.pdf> (last visited July 29, 2023).

195) *Id.*, at 5.

196) Memo No.19, *supra* note 191, at 87. なお、ここで参照文献として、James L. Hetland, *Admissions in the Uniform Rules: Are They Necessary?*, 46 IOWA L. REV. 307 (1961) が掲げられている。

容することの根拠についてはどのような検討がなされていたのであろうか。

Cleary はまず、約 1 頁にわたって引用するという形で、上述した Morgan による当事者主義という根拠に触れている¹⁹⁷⁾。さらに続けて、Wigmore の見解に触れ、アドミッションは証人の以前の不一致供述と類似すること、および自己に反対尋問を行うことができないことの 2 つが、Wigmore によるアドミッションの許容性の根拠であると分析し、Wigmore はアドミッションを伝聞ではないと位置づけた、と指摘している¹⁹⁸⁾。その後、Strahorn について「最も綿密な検討」を行った者と肯定的に評価し、アドミッションを行為として位置づけ、アドミッションを伝聞には該当しないという Strahorn の主張について触れたうえで、Strahorn と Wigmore の見解の共通性を指摘する¹⁹⁹⁾。そして最後に、McCromick の見解については、Morgan と Strahorn にまたがるものである、と指摘している²⁰⁰⁾。このようにして、前章においても取り上げた複数の学者の見解には触れているものの、アドミッションの許容性の根拠に関する詳細な検討は行われなかった。

その後、Cleary は、アドミッションが利益に反することも多いことは認めつつも²⁰¹⁾、アドミッションには利益に反する状況においてその真実性の保障を求めるという要求はなく、また意見のルールおよび個人的知識のルールの影響もアドミッションは受けないことを指摘している²⁰²⁾。結論として、アドミッションは伝聞法則の適用から免れる (exempt) べきこと、およびアドミッションは伝聞ではないため伝聞例外という形式をとるべきではないことという理論に基づき、統一証拠法規則の条文を参照して FRE の条文案を提案した、と Cleary は記述している²⁰³⁾。以降では、Rule 8-01 (c)(4) の (i)

197) See, Memo No.19, *supra* note 191, at 87-88 (quoting 2 MORGAN, *supra* note 34, at 265-266).

198) *Id.* at 89.

199) *Ibid.*

200) *Ibid.*

201) *Id.* at 90.

202) *Id.* at 91.

203) *Ibid.*

から (vi) までに列挙されたアドミッションの各類型についての説明が加えられている²⁰⁴⁾。アドミッションの典型例であるといえる (i) に関してみると、統一証拠法規則 Rule 67 (7) を簡略化したもので、それは「伝統的理論 (conventional doctrine)」を述べるものと確信されている、というコメントが付され、その後は代表に関するコメントが述べられているに過ぎず²⁰⁵⁾、ここでもアドミッションの許容性に関する根拠が述べられたわけではなかった。

以上が、メモ No.19に残されているアドミッションに関する検討内容である。簡潔にその内容をまとめると次のようになる。まず、アドミッションには信用性の情況的保障がないために伝聞例外とは評価しがたい、と Cleary は考えていた。そのために、アドミッションを伝聞例外として位置づけるのではなく、伝聞概念からそもそも除外するという位置づけがなされた。次に、アドミッションが許容されるその根拠については、Morgan、Wigmore、Strahorn、McCormick の見解が紹介されていたが、その内容が詳細に検討された形跡は窺えない。Cleary が Strahorn の見解を高く評価していたことは明らかとなったが、アドミッションの許容性の根拠がどこに求められるのかということについては、不明確なままとなった。

(3) 諮問委員会における検討

このメモ No.19に基づいて、1967年12月開催の諮問委員会会議においてアドミッションに関する議論が行われた²⁰⁶⁾。まずは Cleary が Rule 8-01 (c)(4) の背景事情についての説明を行い、文言の若干の変更を提案した²⁰⁷⁾。その後は、(i) から (vi) に関する議論が行われており²⁰⁸⁾、諮問委員会において

204) *See, Id.* at 91-103.

205) *Id.* at 91-92.

206) Advisory Committee on Rules of Evidence, Minutes of December 14-15, 1967, at 1, *available at* https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/EV12-1967-min.pdf (last visited July 29, 2023).

207) *Id.* at 2.

208) *See, Id.* at 2-7.

もアドミSSIONの許容性の根拠が掘り下げられたわけではなかった。ただし、委員の一人である Craig Spangenberg は、アドミSSIONを伝聞例外として扱う方が好ましいと発言し、これに対して Cleary は、Rule 8-03の議論になるまではその問題について待つように求めている²⁰⁹⁾。

1968年3月に開催された諮問委員会会議では、再びアドミSSIONに関する議論が行われ、まずは Rule 8-01 (c) (4) (vi) の削除が決定された (その理由については後述する)²¹⁰⁾。続いて、前回の会議において Spangenberg より示された、アドミSSIONは伝聞例外として扱われる方が好ましいのではないのかという指摘に関して、Cleary は次のように答えた。すなわち、アドミSSIONには証明に関する真の情況的保障がなく、〔原供述者が利用可能である場合の伝聞例外規定である〕Rule 8-03に適合しなかったということである²¹¹⁾。ここでも Cleary は、アドミSSIONには信用性の情況的保障がないことを主張したのであった。

1968年5月に開催される諮問委員会に向けて、Cleary は、伝聞に関する条文案をメモ No.22²¹²⁾において再度まとめている。アドミSSIONに関しては、条文番号の変更が行われたほか、これまでの諮問委員会での議論を受けて次のように改められた²¹³⁾。

Rule 8-01. 定義。以下の定義は本章のもと適用される。

(a) 供述。〔中略〕

(b) 原供述者。〔中略〕

(c) 伝聞。以下に該当しない限り、主張される事項の真実性を証明するために証拠として提出される供述は、「伝聞」である。

〔中略〕

209) *Id.* at 4.

210) Advisory Committee on Rules of Evidence, Minutes of March 7, 9, 1968, at 16, *available at* https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/EV03-1968-min.pdf (last visited July 29, 2023).

211) *Id.* at 17.

212) Advisory Committee on Evidence Memorandum No.22: Article VIII . Hearsay: Second Draft, at 1-5, *available at* <https://www.law.umich.edu/facultyhome/richardfriedman/Documents/22%20Art%208%202nd%20draft.PDF> (last visited July 29, 2023).

213) *Id.* at 2-3. なお、行番号は割愛した。

(3) 相手方当事者のアドミッション。当該供述が当事者に不利益に提出されるものであって、(i) 個人又は代表の資格における、当事者自身の供述、又は(ii) その真实性を受容又は確信していたことを当事者が表明している供述、又は(iii) 当該事項に関する供述を行う権限を当事者によって付与された者による供述、又は(iv) 代理又は雇用の範囲内における事柄に関するもので、当該関係性が終了する以前になされた、当事者の代理人又は使用人による供述、又は(v) 当事者の共謀者が、共謀の過程で共謀を促進するために行った供述。

〔以下省略〕。

最初に起草された案と比べると、大きな変更点は先述したとおり(vi)の削除が行われたことであるが、その理由については、(vi)の範囲に属するものは利益に反する供述によってカバーされることが挙げられている²¹⁴⁾。

このように新たに起草された条文案が、1968年5月の諮問委員会会議において提案され、全員一致によって承認された²¹⁵⁾。最終的には、1968年12月12日付の「暫定最終草案(Tentative Final Draft)」として変更されることなくまとめられており、既に諮問委員会による注釈(Advisory Committee's Note)も付されていた²¹⁶⁾。この注釈については、アドミッションに関する内容は1972年に連邦最高裁が承認した最終草案に付されたものと大きな変更はないため、後述することにし、FREの制定過程をさらに追っていくことにしよう。

暫定最終草案の内容とそれに付された注釈は、1969年にまとめられた

214) *Id.* at 10.

215) Advisory Committee on Rules of Evidence, Minutes of May 23, 25, 1968, at 44, available at https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/EV05-1968-min.pdf (last visited July 29, 2023). なお、アドミッションを伝聞例外とすべきではないかと主張していた Spangenberg であったが、1969年に公表した FRE 制定に関する文献においては、アドミッションに関して特に言及を行わなかった (See, Craig Spangenberg, *The Federal Rules of Evidence—An Attempt at Uniformity in Federal Courts*, 15 WAYNE L. REV. 1061, at 1072-1073 (1969))。

216) Tentative Final Draft (December 12, 1968), at 292-313, available at <https://www.law.umich.edu/facultyhome/richardfriedman/Documents/Tentative%20Final%20Draft.pdf> (last visit July 29, 2023). なお、Deahl によれば、この暫定最終草案については公表されたものではなく、諮問委員会のメンバーであった Thomas F. Green の資料によるものであるという(前掲注(179)の Web サイトを参照)。

FRE の最初の草案においても維持されていた²¹⁷⁾。しかし、その後、1971年に示された FRE の草案においては、アドミッションの位置づけについて大きな変更が加えられることとなった。示された条文案は、次のようなものであった²¹⁸⁾。

Rule 801.

定義

以下の定義は本章において適用されるものである。

- (a) 供述。〔中略〕
- (b) 原供述者。〔中略〕
- (c) 伝聞。公判又は審理の間に原供述者によってなされたものを除く、主張された事項の真实性を証明するため証拠として提出される供述は、「伝聞」である。
- (d) 非伝聞供述 (**Statements Which Are Not Hearsay**)。次の場合には、供述は伝聞ではない。
 - (1) 証人による以前の供述。〔中略〕
 - (2) 相手方当事者のアドミッション。当該供述が当事者に不利益に提出されるものであって、(i) 個人又は代表の資格における、当事者自身の供述、又は(ii) その真实性を受容又は確信していたことを当事者が表明している供述、又は(iii) 当該事項に関する供述を行う権限を当事者によって付与された者による供述、又は(iv) 代理又は雇用の範囲内における事柄に関するもので、当該関係性が継続している間になされた、当事者の代理人又は使用人による供述、又は(v) 当事者の共謀者が、共謀の過程で共謀を促進するために行った供述。

先に示された1969年草案との相違点について確認しよう。まず、条文番号が8-01から801に改められた。次に、アドミッションに関しては、(i) から(v) までの類型は維持されているが、(iv) において若干の文言（「関係性が終了する以前」から「関係性が継続している間」）の変更が行われた。最も異なっているのは、アドミッションの位置づけである。諮問委員会が最初に承認し、1969年にまとめられた FRE の草案では、Rule 8-01 (c) が掲げる類型に当たらないものが伝聞である、と定義されており、アドミッションは

217) Standing Committee on Rules of Practice and Procedure, *supra* note 175, 46 F.R.D., at 332, 339-342.

218) Committee on Rules of Practice and Procedure of the Judicial Conference of the United States, *supra* note 175, 51 F.R.D., at 413.

Rule 8-01 (c)(3)に挙げられ、そのために伝聞には該当しない、という条文構造になっていた。他方、1971年に示されたFREの草案では、伝聞の定義それ自体はRule 801 (c)によって完結しており、新たに設けられた(d)が、証人による以前の不一致供述とアドミッションを「非伝聞供述」として規定している。どちらの草案によっても、アドミッションが許容されるという結論自体には変わりはないが、1971年に示された草案によれば、アドミッションは新たに設けられた(d)のもとで許容性が認められることになる。

このように新たにRule 801 (d)を設けた理由については明らかではない。諮問委員会の議事録に関しては、1970年5月にRule 101からRule 410まで議論された記録²¹⁹⁾が残された最後のものとなっており、1975年のFRE成立までの議事録は、少なくとも合衆国裁判所の会議議事録検索システムには残されていない。したがって、諮問委員会においてどのような議論がなされたのかは不明である²²⁰⁾。Rule 801 (d)が設けられた理由については推測するほかないが、1965年10月の会議においてClearyがFREの起草目的のひとつとして、規則が可能な限り使用しやすくかつ利用可能なものであるべきというこ

219) Advisory Committee on Rules of Evidence, Minutes of May 21,26, 1970, available at https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/EV05-1970-min.pdf (last visited July 29, 2023).

220) Stonefieldの研究によれば、アドミッションの伝聞の定義から除外することに関して意見を示した3つの文書が残されているようであるが、いずれにしても新たにRule 801 (d)が設けられた理由そのものに関する記録は残されていないようである (See, Stonefield, *supra* note 48, at 39-41)。なお、直接には1969年段階の草案に言及したものであるが、諮問委員会のメンバーであったThomas F. Greenは、アドミッションについて次のように言及している。アドミッションが伝聞例外に含まれるのか、それとも非伝聞に含まれるのかということは、ほとんど重要性を持たない。当事者は、宣誓していなかったことを理由に自身の供述が信頼し得ないものであるということ、あるいは自己を反対尋問する機会を有するべきであったということを経由し、自身の供述の提出を妨げることを認められるべきではないし、望むのであれば自身の以前の供述について否定もしくは説明をするため証言台に立つことができる。さらに、アドミッションが許容されることは一般に受け入れられているが、〔伝聞〕例外の理論に適合させることは困難である。それゆえ、最も都合のよいアプローチとは、アドミッションを伝聞として扱うのではなく、情況証拠として扱うことであり、これが提案されたRule 8-01(c)の効果である (Thomas F. Green Jr., *Highlights of the Proposed Federal Rules of Evidence*, 4 GA. L. REV. 1, at 38-39 (1969))。Clearyによるメモ19番の説明とほとんど異なるものはないが、諮問委員会は少なくとも1969年段階までは、アドミッションの位置づけそのものについては特に重視していなかったことが窺われる。

とを指摘していたことから、Rule 801 (c)における伝聞の定義を簡潔にするために、新たに (d) を設けアドミッションを規定することが考えられた可能性はある²²¹⁾。

1971年に公表された草案に関しては、代理人によるアドミッションおよび共謀者によるアドミッションに関して若干の反対意見が寄せられたようであるが、諮問委員会は特に変更を行うことはなく、行われた変更は、Rule 801 (d)(2)において挙げられている (i) から (v) を、(A) から (E) に改めたのみである²²²⁾。ここで変更された条文案の内容については、「再訂最終草案 (Revisited Definitive Draft)」としてまとめられたものに反映されたようである²²³⁾。こうして、現行の FRE Rule 801 (d)(2) にほぼ相当する規定が最高裁判所により承認された後に成立することになる²²⁴⁾。

最後に、諮問委員会が付した注釈〔以下、諮問委員会注釈〕を確認しよう。諮問委員会注釈は、諮問委員会によって FRE の各条文に付されたものであり、当該条文の目的や、条文の改正があった場合にはその意図を説明したものである²²⁵⁾。諮問委員会注釈は、FRE の証拠法則の意義を決定する際には「通常は」良い情報源である、とされており²²⁶⁾、諮問委員会注釈を

221) Stonefield, *supra* note 48, at 40.

222) See, 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801 App.01 [3] [b].

223) Revisited Definitive Draft, at 38-39, available at <https://www.law.umich.edu/facultyhome/richardfriedman/Documents/Revised%20Definitive%20Draft.pdf> (last visited July 29, 2023). なおこの「再訂最終草案」という題名は原資料にはなく、Deahl によって付されたものである (前掲注 (179) の Web サイトを参照)。

224) See, Supreme Court of the United States, *supra* note 175, 56 F.R.D., at 293.

225) See, U.S. Government Publishing Office, Federal Rules of Evidence (December 1, 2022), *supra* note 172, at X .

226) DANIEL J. CAPRA, ADVISORY COMMITTEE NOTES TO THE FEDERAL RULES OF EVIDENCE THAT MAY REQUIRE CLARIFICATION, at 1 (1998). なお、諮問委員会注釈を参照することに生じうる問題点として Daniel J. Capra は以下の点を指摘している。まず、諮問委員会が起草した条文が、連邦議会によって拒絶又は実質的に変更された場合、当該条文に関する諮問委員会注釈は、実際には成立しなかった条文に関する注釈となってしまう、という点である。次に、採用されなかった条文への参照がある等、諮問委員会注釈のクロス・レファレンスに誤りがある場合が存在している、という点である (CAPRA, *op. cit.*, at 1-2). Rule 801 (d)(2) に関しては、連邦議会で大きな修正を受けてはならず、また後に確認する諮問委員会注釈においても、言及されている文献や条文の参照

参照することで、FRE の制定意図がより明確化されるであろう²²⁷⁾。

Rule 801 (d) (2) に関して、諮問委員会注釈は次のように記されている²²⁸⁾。まず、Rule 801 (d)(2) 全体について、「さもなければ〔伝聞の〕定義に文言上該当する供述のいくつかの類型は、明示的に伝聞の定義から除外される」という説明が付されている。そのうえで、アドミッション全般にわたる説明は、次のようになされた。

〔2) アドミッション。相手方当事者のアドミッションは、次のような理論に基づいて伝聞のカテゴリーから除外される。すなわち、証拠におけるアドミッションの許容性は、伝聞法則の条件の充足というよりも、当事者主義システム (the adversary system) の産物である、ということである。Starahorn, A Reconsideration of the Hearsay Rule and Admissions, 85 U. Pa. L. Rev. 484, 564 (1937) ; Morgan, Basic Problems of Evidence 265 (1962) ; 4 Wigmore §1048. いかなる真実性の保障も、アドミッションの場合には要求されない。ある利益に反する情況において、真実性の保障を求めるという技術的な要求からアドミッションは自由であるということ、および、意見のルールおよび直接的知識 (firsthand knowledge) のルールの制限的な影響からアドミッションは自由であるということは——〔アドミッションには、利益に反する情況において真

についても誤りはないと考えられるため、Capra が指摘するこれらの問題点は Rule 801 (d) (2) については存在しないといえよう。諮問委員会注釈については、緑・前掲注 (13) 「アメリカの刑事手続上の公判外供述(1)」104頁注14、佐藤・前掲注 (13) 251-252頁注34、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、422-423頁注23を参照。

227) 諮問委員会注釈については様々な文献およびデータベース等において確認することができる。なかでも、最も公的なものであり、かつ、参照が容易であると考えられるのは、連邦議会上院の法律改定委員会 (The Office of the Law Revision Counsel of the U.S. House of Representatives) のデータベース上で公開されているものである。本論文においても、FRE Rule 801 (d) (2) に関する諮問委員会注釈については、このデータベース上で公開されているものを参照した (*available at* <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title28a-node229-article8-rule801&num=0&edition=prelim#sourcecredit> (last visited July 31, 2023))。以下で参照する諮問委員会注釈の表記については、このデータベース上の表記に従っている。

228) 以下の諮問委員会注釈の引用は、Notes of Advisory Committee on Proposed Rules による。

実性の保障を求めるといふ要件がなく、意見のルールおよび直接的知識のルールは適用されないという]結果が、明らかに広く受け入れられているときには (when taken with the apparently prevalent satisfaction with the results) ——[アドミッションの]許容性へのこの道に関する寛大な扱いを要求するものである。」

このように、アドミッションが証拠として許容される根拠は当事者主義にあり、信用性の情況的保障を要求しないことを諮問委員会注釈は明確にした。

3. 1975年以降から現在までの連邦証拠規則 Rule 801 (d) (2) の改正状況

最後に、今日までの FRE Rule 801 (d) (2) の改正状況について確認しておこう。今日までに、1987年、1997年、2011年においてそれぞれ改正がなされており²²⁹⁾、さらに2023年現在においては改正案が示されている。

(1) 1987年改正

まず、1987年の改正では、これまで当事者を指す語として用いられてきた”he”等の語が削除または”the party”に置き換えられた。この改正について、諮問委員会注釈は、「改正は技術的なものである。実質的な変更はない」²³⁰⁾としている。

(2) 1997年改正

1997年の改正においては、Rule 801 (d) (2) (E) の後ろに、次のような文言が付加されている。すなわち、「(C) のもとでの原供述者の権限、(D) のもとでの代理又は雇用の関係性およびその範囲、又は (E) のもとで供述が不利益に提出される原供述者及び当事者の共謀の存在及び共謀への参加を立証するため

229) 以下の改正に関しては、5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801 App.03-App.05を参照した。

230) Notes of Advisory Committee on Rules-1987 Amendment.

に、当該供述の内容を考慮することができるが、そのみでは立証に足りるものではない」。本改正に付された諮問委員会注釈²³¹⁾では、後述の *Bourjaily* 事件判決²³²⁾ によって生じた問題に対応するための改正である、と説明されているが、アドミッションの位置づけおよび許容性の根拠に関して何らかの変更を示唆するものはみられない。

(3) 2011年改正

2011年の改正によって、Rule 801 (d) (2) は現行の規定に改められることになる²³³⁾。まず、Rule 801のタイトルが改められ、これまで単に「定義 (definitions)」とされてきたものが「本章に適用されるタイトルと伝聞からの除外 (Definitions That Apply to This Articles; Exclusions from Hearsay)」に変更された。もっとも、Rule 801 (d) そのものは依然として「非伝聞供述」というタイトルである。本改正に付された諮問委員会注釈²³⁴⁾によれば、「〔連邦証拠法規則の諸規定を〕より容易に理解できるものとし、規則を通じて様式と用語を一貫させるため、連邦証拠法規則の包括的なスタイルの一部として Rule 801の文言は改正された。これらの変更は、様式的なものであることのみを意図されたものである。証拠の許容性に関する裁定におけるいかなる変更も意図してはいない」と諮問委員会注釈では述べられている²³⁵⁾。Rule 801 (d) (2) も、例えば1997年改正において加えられた文言がより簡潔化されるなどの改正が行われている。

同年の改正においてもっとも注目すべきものは、これまで用いられてきた” admission” という語が、” opposing party’s statement” に変更されたことにある。この変更については、「相手方 (opposing)」という語は不要ではな

231) Notes of Advisory Committee on Rules-1997 Amendment.

232) *Bourjaily v. United States*, 483 U.S. 171 (1987).

233) 現行法の文言については、本論文第1章 (I) を参考。2011年改正の概要は、*See, FISHER, supra* note 12, at 4.

234) 以下で引用する2011年改正の諮問委員会注釈は、Notes of Advisory Committee on Rules-2011 Amendment による。

235) なお、この注釈は2011年の FRE 改正において全ての条文に共通して付されている。

いかという指摘も寄せられていた²³⁶⁾。しかし、諮問委員会において起草者を務めた Daniel J. Capra は、当事者が提出しうるのは、相手方当事者の供述のみであるから、「相手方」という語は文言に含まれるべきである、とコメントした²³⁷⁾。最終的に、本改正について諮問委員会注釈は次のように述べている。すなわち、『『アドミッション (admissions)』という用語は混乱を招くようなものである、というのも、〔伝聞からの〕除外 (the exclusion) によりカバーされる全ての供述が、日常的な用語の意味においてアドミッションであるというわけではないからである——ある供述が何も『認める (admitted)』ものではないものであっても、〔当該供述が〕なされたときに当事者の利益に反するものでなかったとしても、当該供述は〔伝聞からの〕除外の範囲内にありうるものである。『アドミッション』という用語はまた、利益に反する供述に対する Rule 804 (b) (3) との比較において混乱を生じるものでもある。〔伝聞からの〕除外の適用において、何らの変更も意図されてはいない。したがって、アドミッションという用語は、2011年以降使用されてはいないものの、そのこと自体がアドミッションの位置づけや許容性の根拠に何らかの変更を行っているわけではなかった²³⁸⁾。

なお、この年の改正にあたっては、アドミッションを伝聞例外として位置づけてはどうか、という提案もなされている。この提案については、アドミッションの位置づけに関する学説を確認した後に取り上げることにする²³⁹⁾。

236) Richard D. Friedman, Comments on proposed restyling of Federal Rules of Evidence, available at https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/09-EV-013-Comment-Friedman.pdf (last visited July 29, 2023).

237) Advisory Committee on Evidence Rules, Agenda Books—April 2010, Tab 2 at 194, available at https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/EV2010-04.pdf (last visited July 30, 2023); See also, Advisory Committee on Evidence Rules, Agenda Books—October 2010, Tab 1A at 75, available at https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/EV2010-10.pdf (last visited July 30, 2023).

238) なお、2011年改正のように「相手方当事者の供述」という語へと変更する必要はなく、従来通りの「アドミッション」という語を用いるべきであるという指摘もある (Stephen A. Saltzburg, *Restyling Choices and a Mistake*, 53 WM. & MARY L. REV. 1517, at 1523-1527 (2012))。

239) なお、2011年改正において、Rule 801 (d) (2) に関してこの他に議論されたものとしては、(B) における「受容 (manifested)」および(E)における「共謀者 (co-conspirator)」があるが (See,

(4) 現在提案されている改正案

最後に、現在提案されている FRE Rule 801 (d)(2) の改正案について簡潔に確認しておこう。この改正案においては、Rule 801 (d)(2) の最後に、「当事者による主張又は潜在的な責任が、原供述者若しくは原供述者の債務者 (principal) に直接に由来するものである場合、本条のもと原供述者若しくは債務者に不利益に許容されるであろう供述は、当事者に対しても不利益に許容されうるものである」という文言が追加されている²⁴⁰⁾。この改正案に付されている諮問委員会注釈によれば、「当事者が原供述者若しくは原供述者の債務者の権利・義務を引き受ける (stand in the shoes of) とし、原供述者若しくは債務者によってなされた伝聞供述は当事者に不利益に許容されるということを規定するために、本条は改正されている。…〔原文改行〕原供述者の債務者に言及することは必要であり、というのも、当該供述が不利益に提出される当事者にその権利若しくは義務が引き継がれている個人若しくは主体が当該供述をおこなっていたかもしれないからである」²⁴¹⁾などと説明されている。この改正案については現在議論中であるものの、少なくとも被疑者・被告人本人のアドミッションの許容性等には影響するものではないであろう。

小 括

以上、ここまで確認してきた FRE Rule 801 (d)(2) の制定過程についてまとめておこう。まず、FRE の起草にあたっては、①可能な場合には定義付け

Advisory Committee on Evidence Rules, Agenda Books—April 2010, *supra* note 237, Tab 2 at 194-196; Advisory Committee on Evidence Rules, Agenda Books—October 2010, *supra* note 237, Tab 1A at 76)、本論文は被疑者・被告人本人のアドミッションのみを論じるものであるため、これらの議論には立ち入らない。

240) Committee on Rules of Practice and Procedure Judicial Conference of the United States, Preliminary Draft; Proposed Amendments to the Federal Rules of Appellate, Bankruptcy, and Civil Procedure, and the Federal Rules of Evidence (August 2022), at 295, *available at* https://www.uscourts.gov/sites/default/files/preliminary_draft_of_proposed_amendments_to_the_federal_rules_2022_0.pdf (last visited July 30, 2023).

241) *See, Id* at 296.

を行うことを避けること、②可能な場合には文言は通常用いられる意味合いで使用されるべきことが指摘され、起草の目的としては、FRE が可能な限り使用しやすくかつ利用可能なものであるべき、ということが掲げられていた（諮問委員会第2回会議）。FRE の各条文は、このような目的で起草されていたことに注意が必要である。

次に、アドミッションに関する議論としては、Cleary が準備したメモ No.19が現在確認可能な資料の中で最も重要なものといえる。メモ No.19によれば、当初、Rule 8-01 (c)に「伝聞」の定義が置かれ、その(4)に掲げられたアドミッションは伝聞に該当しない、という形での規定が想定されていた。Rule 8-03および8-04に規定された伝聞例外にアドミッションが分類されなかったその理由は、伝聞例外に通常要求される信用性の情況的保障がアドミッションには存在していない、と考えられたからであった。さらに、アドミッションの許容性の根拠については、Morgan、Wigmore、Strahorn、そしてMcCormickらの見解に触れられていたが、アドミッションが許容される根拠についての詳細な検討は行われていない。このメモ No.19に基づいて行われた諮問委員会会議では、アドミッションを伝聞例外として扱ったほうが良いのではないかと、という指摘もあったが、アドミッションは信用性の情況的保障に欠けると Cleary は発言し、アドミッションの位置づけに関する変更は行われなかった。アドミッションの許容性の根拠については、諮問委員会会議においても深く掘り下げられた形跡はみられなかった。

その後、1971年に公表されたFREの条文案では、Rule 801 (c)において伝聞の定義がなされ、Rule 801 (d)に「非伝聞供述」という類型が新たに設けられ、その(2)においてアドミッションが掲げられる、という条文構造に変更された。このように変更された理由については記録が残されていないが、FREの起草目的に従い、Rule 801 (c)を簡潔にするために、新たに(d)を置いた可能性がありえよう。

以上のような経緯を経て、1975年にFREは成立する。付された諮問委員会注釈を参照すると、アドミッションの許容性の根拠として、当事者主義が

掲げられていた。諮問委員会注釈では、Strahorn、Morgan、Wigmoreの文献が参照として挙げられている。その後、Rule 801(d)(2)は、数度の改正を経て、少なくともアドミッションの位置づけおよびその許容性の根拠に関わるような改正は行われていない。現在進行中の改正も、少なくとも被疑者・被告人本人のアドミッションには影響しないものであると考えられる。

IV. アメリカにおける現在の議論状況

以上の経過を経て成立したFRE Rule 801(d)(2)であったが、アドミッションの位置づけおよび許容性の根拠に関する議論状況は比較的安定した状態にあるといえる。本章では、アドミッションの位置づけ（第1節(1)）とその許容性の根拠（第2節(2)）に関して、現在どのような議論がなされているのかを確認していく。

1. アドミッションの位置づけ

Rule 801(d)により、アドミッションは「非伝聞」として位置づけられている。もっとも、アドミッションが厳格に「非伝聞」として扱われているわけではないという傾向は、連邦最高裁判例においても学説においてもみられる。

(1) 連邦最高裁判例

まず、連邦最高裁判例について確認しよう²⁴²⁾。現在のところ、FRE Rule 801(d)(2)が主な論点として取り扱われた連邦最高裁判例としては、Inadi事件判決²⁴³⁾およびBourjaily事件判決²⁴⁴⁾がある。両判決とも、Rule 801(d)(2)

242) 連邦最高裁判例については、Stonefield, *supra* note 48, at 51-52も参照した。

243) United States v. Inadi, 475 U.S. 387 (1986). 本判決については、小早川・前掲注(13)「共犯者の自白と証人対面権」86-88頁も参照。

244) Bourjaily v. United States, 483 U.S. 171 (1987). 本判決については、小早川・前掲注(13)「共犯者の自白と証人対面権」95-97頁も参照。

(E)に規定されている共謀者による供述の許容性と被告人の修正第6条の対面権の関係が問題となったものであった²⁴⁵⁾。修正第6条の対面権の問題は本論文の射程外となるため、各判決においてどのような判示がなされたのかという点には深入りせずに、連邦最高裁がアドミッションをどのように位置づけているのかという点についてのみ、確認しておきたい。

Inadi 事件判決においては、法廷意見及び反対意見ともに、共謀者の供述を伝聞「不適用 (exemption)」と位置づけている。例えば、Powell 判事が執筆した法廷意見に付された脚注では、「…FRE Rule 801 (d) (2) (E) の特別な〔伝聞〕不適用…」²⁴⁶⁾と記述されている。アドミッション (本判決においては共謀者の供述) の位置づけをより明確に説明しているのは、次のような記述である。すなわち、「FRE Rule 801は、共謀者による法廷外供述を、伝聞法則に対する例外というよりも、〔伝聞法則の〕不適用として特徴づけている。そのような供述が不適用と名付けられようと、例外と名付けられようと、同一の対面条項の原則が適用される」²⁴⁷⁾。これもあくまで法廷意見に付された脚注ではあるものの、連邦最高裁は、アドミッションを伝聞不適用と位置づけつつも、少なくとも対面条項の適用に関しては、アドミッションが伝聞不適用であれ、伝聞例外であれ、その結論を左右するものではないことを指摘している。さらに、本判決に付された反対意見においても、例えば、「伝聞法則に対する共謀者〔供述の伝聞〕不適用」²⁴⁸⁾と表現されている。

ところが、Inadi 事件判決の1年後に示された Bourjaily 事件判決では、アドミッション (本判決においても共謀者の供述) の位置づけに関する表現は変化している。Rehnquist 首席判事の手による法廷意見では、複数箇所にお

245) FRE Rule 801 (d) (2) (E) に関する議論については、小早川・前掲注 (13)「共犯者の自白」77-105頁、小早川・前掲注 (13)「共犯者の自白と証人対面権」285-302頁、緑・前掲注 (13)「アメリカの刑事手続上の公判外供述(2)」143頁を参照。

246) *United States v. Inadi*, 475 U.S., at 398 n. 11.

247) *Id.* at 399 n. 12. なお、この脚注が付される直前の一文では、「共謀者の〔供述に関する〕ルールは、もっとも頻繁に用いられてきた伝聞法則に対する例外であることは明らかである」とも述べている (*Id.* at 338)。

248) *Id.* at 404 (Marshall, J., dissenting).

いて、共謀者による供述を伝聞法則に対する「例外」として表現している²⁴⁹⁾。これに対して、Blackmun 判事が執筆した反対意見では、「… [FRE] Rule 803および Rule 804の伝聞例外とは異なり、[伝聞] 不適用は、アドミッションとして、『非伝聞』という類型内に置かれている」²⁵⁰⁾ という、Rule 801 (d) (2) に即した記述がみられる。そのほか、例えば、「… [FRE Rule 801 (d) (2) (E) は] 伝聞の定義から、共謀者の供述をコモン・ロー上、適用しないことの法典化であった…」²⁵¹⁾、「共謀者 [による供述の] 伝聞不適用」²⁵²⁾、「FRE Rule 801 (d) (2) (E) が伝聞の定義に共謀者の供述を適用しないこと…」²⁵³⁾ といったように、アドミッションを伝聞不適用として基本的には表現している。もっとも、「共謀者による『アドミッション』例外」²⁵⁴⁾ という表現もみられる。

以上のように、アドミッションを「伝聞不適用」と位置づけるのか、「伝聞例外」として位置づけるのかという点に関しては、連邦最高裁はさほどの注意を払っていないように思われる。その理由は、Inadi 事件判決の判示からすれば、対面条項の適用に関してはアドミッションをどのように位置づけようと、特に相違はないと連邦最高裁は考えたためであろう²⁵⁵⁾。

(2) 学説の議論状況

次に、学説におけるアドミッションの位置づけについてみてみよう。まず、FRE Rule 801 (d) (2) の文言と同じく、基本的には非伝聞としてのみ位置づけ

249) *Bourjaily v. United States*, 483 U.S., at 179, 183, 184 n. 4.

250) *Id.* at 192 (Blackmun, J., dissenting).

251) *Id.* at 187 (Blackmun, J., dissenting).

252) *Id.* at 189 (Blackmun, J., dissenting).

253) *Id.* at 200 (Blackmun, J., dissenting).

254) *Id.* at 190 (Blackmun, J., dissenting).

255) なお、Rule 801 (d) (2) が直接問題となったわけではないが、Crawford 事件判決においては「伝聞例外のほとんどは、例えば業務記録あるいは共謀を促進する際の供述のような、その性質上証言的ではない供述を含む」(Crawford v. Washington, 541 U.S. 36, at 56 (2004)) と述べられており、連邦最高裁は Rule 801 (d) (2) (E) を伝聞例外として扱っているかのようには読める。Crawford 事件判決の内容については、多くの解説・紹介があるが、さしあたり、大谷・前掲注 (11) 120-126頁、小早川・前掲注 (13) 「共犯者の自白と証人対面権」230-249頁などを参照。

るものもある²⁵⁶⁾。証拠法の概説書等において頻繁にみられるのは、(Rule 801 (d) (1) に規定されている証人の以前の不一致供述と並べつつ) アドミッションを伝聞不適用 (exemption) と位置づけるものである²⁵⁷⁾。このほか、基本的には伝聞例外としてアドミッションに言及するもの²⁵⁸⁾、伝聞不適用および伝聞例外の双方に言及ないし位置づけるものもある²⁵⁹⁾。このように、アドミッションの位置づけについては見解がわかれている。

もっとも、アドミッションをどのように位置づけようと、実質的な相違はないとも考えられている。なぜならば、アドミッションをどのように位置づけるかにかかわらず、結局は証拠として許容されるためである²⁶⁰⁾。伝聞不適用と伝聞例外の相違をあえて指摘するのであれば、伝聞不適用には、公判での当事者主義プロセスにおいて伝聞不適用を許容することが公正なもの (fair) とするようなものが存在しているのに対して、伝聞例外には、供述の信用性の情況的保障が存在し、当該供述を公判において使用する必要性が存在する、と説明されている²⁶¹⁾。アドミッションの許容性の根拠については後述するため、ここでは深く立ち入らないが、いずれにせよ、アドミッションをどのように位置づけようと、証拠として許容されるという結論には影響がない、という認識が一般的である。

256) GRAHAM, *supra* note 12, §801.14 at 476; 2 McCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 12, §254 at 275; 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801.02 [2] (もっとも、「例外」として言及している箇所もある (5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *op. cit.*, §801.32 [1], 801.34 [1])).

257) GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §32.05 at 468; IMWINKELRIED, *supra* note 12, §10.03 at 465; CAPRA & SALTZBURG, *supra* note 12, §6.1 at 171-172; BEST, *supra* note 12, at 199; PARK ET AL., *supra* note 12, §15.01 at 533; ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 12, at 649, 650.

258) WEISSENBERGER & DUANE, *supra* note 12, §801.18 at 553; FISHER, *supra* note 12, at 430; MUELLER ET AL., *supra* note 12, §8.27 at 836.

259) 4 FEDERAL RULES OF EVIDENCE MANUAL, *supra* note 12, §801.02 [6] [a], [8].

260) GIANELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §32.05 at 468-469; CAPRA & SALTZBURG, *supra* note 12, §6.1 at 171 n. 1, 172; PARK ET AL., *supra* note 12, §15.01 at 533; ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 12, at 647-648; FISHER, *supra* note 12, at 430; 4 FEDERAL RULES OF EVIDENCE MANUAL, *supra* note 12, §801.02 [6] [a].

261) ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 12, at 651.

他方で、Rule 801 (d) (2) の「非伝聞」という位置づけに対する批判も存在する。すなわち、アドミッションは、Rule 801 (c) に規定されている伝聞の定義それ自体には該当するため、Rule 801 (d) において非伝聞として規定されていることにより、「非伝聞伝聞 (nonhearsay hearsay)」という矛盾が生じてしまっている、という批判である²⁶²⁾。さらに、ここからより踏み込んで、アドミッションを新たに伝聞例外として位置づけ、FRE の規定内容を改正すべきではないかという提案もなされている。Sam Stonefield は、証人の以前の不一致供述とアドミッションの双方が、Rule 801 (d) において非伝聞として規定されていることを批判し²⁶³⁾、それぞれを独立の伝聞例外として規定し直すことを主張している²⁶⁴⁾。この提案は、アドミッションの許容性そのものを変更するものではなく、あくまでも伝聞例外として位置づけることを目的としたものである。このような提案は、2011年のFRE改正に向けて開催された諮問委員会において取り上げられていたが、アドミッションが許容されることには変わりなく、裁判所も訴訟当事者もアドミッションを非伝聞として言及することに不満はないのであるから、改正する必要はない、としてアドミッションを非伝聞として位置づける提案を諮問委員会は承認しなかった²⁶⁵⁾。

262) Stephen A. Saltzburg, *Rethinking the Rationale (s) for Hearsay Exceptions*, 84 *FORDHAM L. REV.* 1485, at 1485 (2016); Saltzburg, *supra* note 238, at 1523. もっとも、Stephen A. Saltzburg は、このような矛盾があるにせよ、Rule 801 (d) (2) の制定後約40年経過〔執筆当時〕していることから、規定を再構成することまでは主張していない (Saltzburg, *supra* note 238, at 1523)。

263) Stonefield, *supra* note 48, at 60-61.

264) *See, Id.* at 61-64. なお、Stonefield は、前掲注 (48) 論文の基になる文書を作成し、2011年のFRE改正に向けて行われた諮問委員会に対しても改正案とともに提出していた。さらに、このStonefieldの提案を受け、諮問委員会において起草者を務めたCapraは、証人の以前の不一致供述およびアドミッションを仮に伝聞例外として位置づける場合には、どのような規定方法が考えられるのかについて検討を加えていた。これらの資料については、諮問委員会の記録にも残されている (*See, Advisory Committee on Evidence Rules, Agenda Books—October 2010, supra* note 237, Tab 7B at 427-482; Tab 7A at 415-426)。

265) *See, Advisory Committee on Evidence Rules, Minutes of the Meeting October 12, 2010, at 8 (available at https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/EV10-2010-min.pdf (last visited July 30, 2023))*.

以上のように、学説におけるアドミッションの位置づけは様々なものがみられるが、どこに位置づけられようとも、アドミッションが証拠として許容されるという結論自体は左右されない。

2. アドミッションの許容性の根拠について

諮問委員会注釈では、アドミッションの許容性の根拠は当事者主義であるということが明確化されている。もっとも、当事者主義の内実それ自体は明らかにされていない。同時に、供述の信用性の情況的保障はアドミッションには存在しないとされていることから、「人は嘘をついてまで自己に不利益な供述を行わないであろう」という経験則が否定され、この信用性経験則は、アドミッションの許容性の根拠として想定されていないと考えられる。アドミッションの許容性を検討するにあたっては、第一に、「当事者主義」とは実質的にはいかなる内容をさすものであるのかという点、第二に、「供述の信用性の情況的保障」がアドミッションには存在しないと評価できるのか、それとも存在すると評価できるのか、という点を明確にしておく必要があるだろう。そこで、これらの2点に関する連邦最高裁判例および学説について確認していきたい。

(1) 連邦最高裁判例

先にも述べたとおり、連邦最高裁が FRE Rule 801 (d)(2) を主な争点として取り上げた判決は、現在のところ Inadi 事件判決及び Bourjaily 事件判決のみであるが、アドミッションの許容性の根拠について明確に触れたのは、Bourjaily 事件判決における Blackmun 判事の反対意見のみといえる。

Blackmun 判事は次のように述べている。すなわち、「あらゆるアドミッションと同様に、信頼性ではなく『当事者主義』という根拠は、伝聞に関する禁止への不適用の説明として用いられてきた。すなわち、自己（または自己に代わり話す権限を付与した他人）を反対尋問する権利、または自分自身若しくはその代理人が真実性のないことを主張する権利が剥奪されている、

と当事者は訴えることはできないと考えられたのである²⁶⁶⁾。また、諮問委員会が、アドミッションは当事者主義により正当化されるものであり、供述の信用性の情況的保障によって正当化されるものではない、と説明していた、とも指摘している²⁶⁷⁾。

あくまでも反対意見ではあるため、先例としての拘束力はないものの、連邦最高裁はアドミッションの許容性の根拠として当事者主義を指摘している。そこで想定されている当事者主義の内容としては、①自己に反対尋問する機会がなかった、および②自身の供述には真実性がない、これら2点を主張することは認められない、ということが挙げられている。加えて、供述の信用性の情況的保障はアドミッションの許容性の根拠にはならない、とも述べられている。

(2) 学説の議論状況

次にアメリカにおける学説の議論状況を確認しよう。以下で確認する通り、当事者主義がアドミッションの許容性の根拠であることそれ自体は受け入れられているものの、当事者主義の内実に関する説明方法については様々である。そして、供述の信用性の情況的保障がアドミッションの許容性の根拠になり得るかについては、一部の学説がこれを肯定している。以下では、当事者主義の内実に関する説明と、供述の信用性の情況的保障に関する説明に区別して学説の状況を確認した後、さらに様々なアドミッションの許容性に関する根拠を指摘する、Roger C. Park の見解を確認する。

(2-1) 当事者主義の内実について

アメリカの学説において、アドミッションの許容性の根拠としてまず指摘されているのが当事者主義である。例えば、アメリカの現代における代表的な証拠法の体系書のひとつである McCormick on Evidence は、「結局、アド

266) *Bourjaily v. United States*, 483 U.S., at 190 (Blackmun, J., dissenting).

267) *Id.* at 192 (Blackmun, J., dissenting).

ミッションの許容性の最も満足いくような正当化とは次のようなものである。すなわち、アドミッションとは、当事者主義システムの産物である²⁶⁸⁾と記述している。

この当事者主義という根拠は、抽象的には、例えば、「あなたが述べることは、相手方にとっては格好的 (fair game) である²⁶⁹⁾」、「これは闘争である (this is war)²⁷⁰⁾」と表現されている。その他、「あなたが述べるあらゆることが、あなたに不利益に使用されうる」というよく知られたフレーズでアドミッションの法理を簡潔に示すことができる、とも指摘されており²⁷¹⁾、このフレーズも当事者主義の内実を抽象的に示すものといえよう。

もう少し具体的にみてみよう。まず、英米の公判の特色とは、「証拠の収集、選別、提出および立証に対する責任を代理する法律家 (lawyer-partisans) に委ねる」ものであるとされる²⁷²⁾。そして、当事者主義とは、例えば、「手続上の行動が両当事者によりコントロールされており、そして裁定者が本質的には受動的にとどまっているような裁定のシステム」であり、「訴訟当事者とその弁護人は、証拠となる資料を収集し、公判でそれを使用するための準備を行い、そして法廷においてそれを提出することを委ねられていることを示唆する」ものである、と説明されている²⁷³⁾。このような当事者主義の説明をアドミッションに関連させて言えば、両当事者が証拠の収集と提出を支配するものであり、そこから、当事者は自身の供述に行き詰まる (be stuck with) ことが公正である、ということになる²⁷⁴⁾。これは言い換えれば、「公判での自らの立場とは一致しないような供述を当事者は行った、またはその他の主張的な行動を取ったという証拠に、法廷において当事者は対面すると

268) 2 McCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 12, §254 at 275.

269) CAPRA & SALTZBURG, *supra* note 12, §6.3 at 183.

270) FISHER, *supra* note 12, at 432.

271) BEST, *supra* note 12, at 199; 2 McCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 12, §254 at 273.

272) LANGBEIN, *supra* note 39, at 1.

273) MIRJAN R. DAMAŠKA, EVIDENCE LAW ADRIFT, at 74 (1997).

274) PARK ET AL., *supra* note 12, §15.06 at 542.

いう責任を負っている」²⁷⁵⁾ということになろう。このように、アドミッションの許容性の根拠としての当事者主義は、いわば自己責任として捉えられているのである²⁷⁶⁾。

アドミッションの許容性の根拠が、自己責任をその内実とする当事者主義にあるとして、なぜ当事者に対して責任を問うことができるのであろうか。これに関する説明としては、当事者は、宣誓のもとで供述を行っていなかった、または反対尋問を受けていなかったことを理由に、自身の供述の証拠排除を主張することはできない、としばしば述べられている²⁷⁷⁾。とりわけ、自身が反対尋問を受けていなかったことを当事者は主張することはできない、という指摘は多くの文献で見られるところであり²⁷⁸⁾、アドミッションが自己責任として許容される根拠の中核をなすものとなっている。

さらに、相手方当事者から自身の供述がアドミッションとして提出されるにあたり、供述の提出を受けた側の当事者自身が在任し、あらゆる供述を説明、否定または反駁する機会が与えられていることも重要である、とも指摘されている²⁷⁹⁾。これによって、当事者は自身の供述がなされた状況を精査することを〔裁判所に対して〕求めることができる²⁸⁰⁾。したがって、当事

275) CAPRA & SALTZBURG, *supra* note 12, §6.3 at 184.

276) MUELLER ET AL., *supra* note 12, §8.27 at 836; *See also*, GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §32.05 at 469; ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 12, at 654. この当事者主義による説明は、本質的に禁反言に基づいているという指摘もある (WEISSENBERGER & DUANE, *supra* note 12, §801.18 at 554)。

277) MUELLER ET AL., *supra* note 12, §8.27 at 836; 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801.30 [1]; 4 FEDERAL RULES OF EVIDENCE MANUAL, *supra* note 12, §801.02 [6] [a]. Morgan の記述を引用する形でこのことを指摘するものもある (PARK ET AL., *supra* note 12, §15.06 at 543; 2 MCCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 12, §254 at 274)。

278) アドミッションにおいて反対尋問を欠いていたことを当事者が主張することはできないと指摘するものとして、前掲注(277)に掲げた文献のほかには、以下のものがある。GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §32.05 at 469; CAPRA & SALTZBURG, *supra* note 12, §6.3 at 183-184; IMWINKELRIED, *supra* note 12, §10.03 at 466; GRAHAM, *supra* note 12, §801.14 at 476; ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 12, at 678.

279) 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801.30 [1]; MUELLER ET AL., *supra* note 12, §8.27 at 836; PARK ET AL., *supra* note 12, §15.06 at 543; IMWINKELRIED, *supra* note 12, §10.03 at 466; ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 12, at 654.

280) FISHER, *supra* note 12, at 432.

者が自身の供述に関する説明や反証を行わない限り、事実認定者が当該供述に対して完全な証明力 (full evidential force) を与えるというリスクを当事者に負わせることは公正である、とも説明されている²⁸¹⁾。この指摘は、先述した通り、自身は反対尋問を受けていなかったことなどを理由として、当事者はアドミッションの証拠排除を主張することができないとしても、当事者は、証言台に立って自身の供述を説明したり否定したりすればよく、それによって相手方当事者によるアドミッションの提出に対応できる、という趣旨であろう。

以上で確認した学説の状況について整理しておこう。アドミッションの許容性の根拠は、当事者主義にある。その内実としては、当事者は自身が行った供述には責任を持つべきであるという自己責任が想定されている。そして、そのような自己責任を問うことができる理由は、当事者は自身が反対尋問を受けていなかったこと、あるいは宣誓のもとで供述していなかったために自身の供述には信用性がない、と主張することはできない、という点にある。そして、自身の供述について、証言台において説明等を行うことができるのであれば、相手方当事者によるアドミッションの提出に対して十分に対応可能である。

もっとも、アドミッションについては、当事者自身が反対尋問を受けていないことを主張できないが、証言台において自身の供述について説明可能である、という考え方に対しては批判もある。それは、FRE Rule 801 (d) (2) において許容されるのは、当事者自身の供述だけではなく、代理人や共謀者の供述も含まれるために、実際に供述を行った者が公判で不在である場合、当該供述を不利益に提出されうる当事者は、原供述者を反対尋問できないことを主張しうるため、代理人や共謀者の供述がアドミッションとして許容されることの説明にはなりがたい、というものである²⁸²⁾。また、自身の供述に

281) MUELLER ET AL., *supra* note 12, §8.27 at 836.

282) FISHER, *supra* note 12, at 432; GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §32.05 at 469; ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 12, at 678.

については証言台において説明可能であるという点について、刑事公判では問題が生じるという指摘もある。すなわち、被告人自身の前科・前歴に関することは、〔証言台において説明しなければ〕陪審は知る由もなかったかもしれないのに、〔自身の供述を説明するために前科・前歴に触れざるを得ない場合には〕、過去の犯罪が FRE Rule 609によって被告人を弾劾するために許容されるというリスクを背負うことになる²⁸³⁾。さらに、被告人が証言を行う際には、修正第5条および修正第14条のもと認められている黙秘権を放棄することになる²⁸⁴⁾。

(2-2) 供述の信用性の情況的保障について

次に、アドミッションの許容性の根拠として、供述の信用性の情況的保障がアドミッションに認められるか否かに関する学説を確認しよう。これについては、学説の大多数が、アドミッションには供述の信用性の情況的保障は存在しないという見解をとっている²⁸⁵⁾。それゆえに、アドミッションの位置づけにも関わることではあるが、供述の信用性の情況的保障を要求する FRE Rule 803または Rule 804が「真の」伝聞例外であるのに対して、Rule 801 (d) (2) に規定されているアドミッションは「例外」ではなく「非伝聞」とされている²⁸⁶⁾。

そして、アドミッションの許容性の根拠として供述の信用性の情況的保障が要求されないことは、アドミッションが許容されるための要件にも影響を及ぼしている。Rule 804 (b) (3) において規定されている利益に反する供述とは異なり、Rule 801 (d) (2) において規定されているアドミッションは、供述

283) FISHER, *supra* note 12, at 432.

284) *Ibid.*

285) 2 MCCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 12, §254, at 275; 4 FEDERAL RULES OF EVIDENCE MANUAL, *supra* note 12, §801.02 [6] [a]; WEISSENBERGER & DUANE, *supra* note 12, §801.18 at 554; IMWINKELRIED, *supra* note 12, §10.03 at 465; GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §32.05 at 469; MUELLER ET AL., *supra* note 12, §8.27 at 837.

286) *See*, MUELLER ET AL, *supra* note 12, §8.27 at 838; Saltzburg, *supra* note 262, at 1486.

時点で当該当事者の利益に反している必要はない²⁸⁷⁾。言い換えれば、供述時点では自己の利益になると思って供述したのもよい²⁸⁸⁾し、また、負罪のなものである必要もない²⁸⁹⁾。既に述べたとおり、従来、信用性経験則があるため、アドミッションには信用性の情況的保障がある、という考え方が取られていた。しかし、学説の多数が指摘するように、供述時点において原供述者が供述の不利益性を認識していなくてもよいのであれば、信用性経験則をもとにアドミッションには信用性の情況的保障が存在するとはいえないことになる。

他方で、相手方に不利益に提出されるほとんどの供述は、供述がなされた時点において当該当事者の利益に反するものであることは多い、として信用性経験則の存在を認め、アドミッションにも通常は信用性の情況的保障が存在する、といった指摘もなされている²⁹⁰⁾。アドミッションは、供述時点において利益に反することが多いということは認められるとして、そのような不利益性の要素を、Rule 801 (d) (2)の本質的な特徴ではないと考える²⁹¹⁾のか、それとも少なくともいくらかの正当化事由として認めることができると評価する²⁹²⁾のかによって、供述の信用性の情況的保障がアドミッションの許容性の根拠になり得るか否かが分かれるといえよう。

(2-3) Roger C. Park によるアドミッションの許容性の複数根拠の主張

最後に、アメリカにおける伝聞法則研究の第一人者のひとりである Roger

287) 2 MCCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 12, §254, at 278; 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801.30 [1]; GIANNELLI & EPSTEIN, *supra* note 12, §32.05 at 469; MUELLER ET AL., *supra* note 12, §8.27 at 837; GRAHAM, *supra* note 12, §801.15 at 478.

288) 4 FEDERAL RULES OF EVIDENCE MANUAL, *supra* note 12, §801.02 [6] [c]; IMWINKELRIED, *supra* note 12, §10.03 at 465.

289) 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE, *supra* note 12, §801.30 [1].

290) FISHER, *supra* note 12, at 432; PARK ET AL., *supra* note 12, §15.06 at 543; ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 12, 654.

291) CAPRA & SALTZBURG, *supra* note 12, §7.9 at 266.

292) FISHER, *supra* note 12, at 432.

C. Park の見解を確認しておこう。彼が1988年に公表した論文²⁹³⁾は、様々なアドミッションの許容性の根拠を指摘しており、多くの文献においても参照されている。

Park は、Morgan による当事者主義に基づくアドミッションの許容や、Lev による禁反言に基づくアドミッションの許容について、アドミッションのルールの起源を説明するものにはなっても、現状のアドミッションのルールを正当化するものではないと批判する²⁹⁴⁾。Morgan らの主張に従えば、当事者は〔自身の供述に対して〕異議申立てをできないことを理由に、供述が許容されるべきことになるが、Park はなぜ異議申立てが妨げられることになるのか、という疑問を示す²⁹⁵⁾。当事者は、相手方当事者が不利になるよう、自身の供述に依拠するように相手方当事者を誤導しているわけでもなければ、当事者は自身の権利の上に眠っているわけでもなく、〔訴訟の〕遅滞を生じるような行動をしているわけでもなく、さらには司法の円滑な運用を傷つけているわけでもないことからすれば、アドミッションのルールが、〔当事者の供述が〕一貫しないことを理由に〔アドミッションを許容するという〕処罰を与えることは、均衡を欠いている²⁹⁶⁾。Park によれば、当事者が行ったこととは、宣誓しない間に供述を行ったことであり、当該当事者は、当該供述の不正確性が事実認定者を誤導するというを理由に証拠排除を求めている²⁹⁷⁾。このとき、アドミッションには信頼性がなく、事実認定者はアドミッションを正確には評価できないという見解を認めるとすれば、無実の者が有罪判決を受けるといったような不正確な結論へと事実認定者は至る

293) Roger C. Park, *The Rationale of Personal Admissions*, 21 *IND. L. REV.* 509 (1988). なお、Park はその前年にも以下で取り上げる主張内容と同一の見解を既に簡潔に示していた (See, Roger C. Park, *A Subject Matter Approach to Hearsay Reform*, 86 *MICH. L. REV.* 51, at 80-81 (1987)). なお、この1987年の論文の内容については、伊藤 (博)・前掲注 (13)「伝聞法則(1)」29-30頁を参照)。

294) Park, *The Rationale of Personal Admissions*, *supra* note 293, at 511.

295) *Ibid.*

296) *Ibid.*

297) *Ibid.*

であろう²⁹⁸⁾。さらに、当事者が宣誓していない間に行った不正確な供述のために、当事者が行っていない犯罪について有罪判決を受けるといったことを含む、当該供述を許容することに由来するいかなる結果に対しても、当事者は異議申立てをすることができなくなってしまう²⁹⁹⁾。

以上のように、当事者主義や禁反言といった根拠を拒絶する場合、アドミッションの取り扱い方については4つの潜在的な可能性がある、とParkは想定する³⁰⁰⁾。その4つとは、①当事者によるアドミッションという類型を認めない、②アドミッションという類型は認めつつ、信頼性のない評決に至る可能性を縮減するように見直しを行う、③伝聞法則は誤った理論に基づいており、事実認定者の面前により多くの事実を示すことによって、伝聞例外は正義をより促進するという根拠に基づいて、アドミッションのルールを現在の形式において維持する、④司法制度の制約内において正確な事実認定を支えるものとしてアドミッションのルールを正当化するような基礎を見つけ出そうとする、といったものである³⁰¹⁾。Parkは、このうちの④が最もよいとしたうえで、個人的アドミッションを許容するルールとは、伝聞法則の適切な例外であり、他の伝聞例外を支える考慮要素と同じものによって正当化される、としている³⁰²⁾。

Parkは、伝聞証拠が排除される理由から検討を行っている。まず、伝聞を証拠排除することに関する伝統的な説明は、信頼性がテストされていない証拠を許容することの危険性に主軸が置かれている³⁰³⁾。反対尋問は、原供述者の記憶、知覚、表現能力 (narrative ability) そして叙述における弱みをあらわにすることによって信用性をテストする機会を与えるものであるゆえに、反対尋問は特に価値のあるものである³⁰⁴⁾。この見解のもとでは、伝聞

298) *Ibid.*

299) *Ibid.*

300) *Id.* at 512.

301) *Id.* 512-513.

302) *Id.* at 513.

303) *Ibid.*

304) *Ibid.*

証拠の基本的な欠点とは、相手方当事者が法廷外の原供述者に対する反対尋問を通じて、これらの弱みを明らかにする機会を有していなかった、ということにある³⁰⁵⁾。さらに、法廷において伝聞供述を報告する証人は、不正確に証言を行うかもしれず、伝聞が自由に許容されうるものであるとしたら、法廷の証人は、誰もいないところで決定的な供述を行った空想上の原供述者を創出するかもしれないという事実により、捏造の危険性は増加する³⁰⁶⁾。

また、伝聞が自由に許容されうる場合には、公判準備はより困難なものとなり、公判での不公正な不意打ち (unfair surprise) の危険性が增大する³⁰⁷⁾。弁護人は証言台に立つ証人を弾劾もしくは反駁するための準備を行うであろうが、予期せずに法廷外供述を述べるような原供述者に対して弁護人は準備をしていないであろうし、反対に、〔伝聞〕証拠が許容されるものと予期していた弁護人は、証拠排除により不意打ちを受けることとなり、代わりの証拠を提出する準備ができていないこともあろう³⁰⁸⁾。

さらに、司法による裁量の濫用という悪影響も主張されてきたものであり、事実審裁判官の裁量によって〔伝聞証拠の〕許容または証拠排除がなされるように伝聞法則が改正されるとすれば、伝聞証拠がより広く許容されることになりうる³⁰⁹⁾。

最後に、刑事事件において、伝聞の証拠排除は、政府の権限の濫用に対する関心に部分的には依拠しており、それは対面条項の歴史等にも反映されているが、この関心は、伝聞が自由に許容されることにより供述に過大な力が与えられてしまうだろうということ、そして警察署内での取調べにおける強制と詐術を奨励することになるだろう、という恐れを反映しているものである³¹⁰⁾。

305) *Ibid.*

306) *See, Id.* at 513-514.

307) *Id.* at 514.

308) *Ibid.*

309) *See, Id.* at 514-515.

310) *Id.* at 515.

Park は、以上のような伝聞証拠の不信頼性、不意打ち、裁量、そして政府の権限の濫用に関する関心は、伝聞の証拠排除および個人的アドミッションの許容の双方を正当化するものである³¹¹⁾として、以下の6つの根拠を指摘している。

①当事者によるアドミッションは、供述の信用性の保障を与えるような状況のもとでなされることがしばしばであり、訴訟において相手方当事者にとって役立つものであると判明するような供述は、それがなされたときに利益に反するものであることが通常である³¹²⁾。そのような供述が常に〔強調原文〕利益に反するものではないという事実は、当該供述が証拠排除されるべきであるということ、または実際に利益に反する供述にのみ〔アドミッションのルールが〕適用されるよう、ルールが調整されるべきであるということを要求するものではなく、アドミッションが実際に利益に反するものであったという決定を要求することは、不要な複雑化を付加するものである³¹³⁾。②通常、アドミッションを行った当事者は、当該供述を説明または当該供述を行ったことを否定するために自ら証言台に立つ機会を有するのであるから、アドミッションを許容することは公正である³¹⁴⁾。そのため、当事者は法廷外の原告を反対尋問することに代替するものを有し、法廷の証人による捏造をあらわにするための十分な機会を有している³¹⁵⁾。なお、アドミッションのルールには、当事者が利用可能であるべきことを要求〔強調原文〕してはいないが、通常は利用可能であろう³¹⁶⁾。③アドミッションがなされたときには、当事者は〔その供述がなされた場に〕居合わせているであろうから、当事者はアドミッションによる不意打ちを受けることはないであろう³¹⁷⁾。④アドミッションは明確かつ類型的なものであるから、司法の裁量の問題は生じな

311) *Id.* at 516.

312) *Ibid.*

313) *Ibid.*

314) *Ibid.*

315) *Ibid.*

316) *Ibid.*

317) *Id.* at 517.

い³¹⁸⁾。⑤法廷外供述の許容が政府権限の濫用に至るかもしれないという刑事事件における関心は、アドミッションの場合には、伝聞法則以外の法理 (doctrine) によって充足されており、修正第5条は公的な供述採取者の行動を規制し、そして政府側の強制により生み出された証拠の許容に対する保護を与えている³¹⁹⁾。⑥アドミッションがなされたときに、それは真実ではないと想定する場合でも、証明力を有するものである³²⁰⁾。当事者の元々の立場が正確な〔真実性を有する〕ものであったという特別な保障がない場合でさえ、当事者は異なるときに異なる立場をとっていたということを実事認定者は知るべきであり、当事者が証言する場合は不一致供述として、当事者が証言しない場合は以前の供述と訴訟における立場が一致しないものとして、弾劾可能である³²¹⁾。

Park は、禁反言や処罰といった説明に依拠することなく、上記で挙げた6つの根拠によりアドミッションの許容は説明可能であると述べている³²²⁾。加えて、例えば、事実審裁判官がアドミッションを信頼性のないものと認定する場合、または当事者が、過失なく、証言によってアドミッションの不信頼性を示すためには利用可能ではないような場合には、アドミッションは証拠排除されるべきであるといった形でアドミッションのルールを精緻化することは可能であるとしながらも、当事者が述べたあらゆること〔強調原文〕が相手方当事者によって不利益に使用されうるという現在のアドミッションのルールは、最も容易に理解可能 (learn) で適用しやすいものである、と Park は指摘している³²³⁾。

Park は、以下のような点を指摘して、論文を締めくくっている。まず、法準則 (a rule of law) を単一の目的に言及することによって正当化する必

318) *Ibid.*

319) *Ibid.* Park はさらに、Miranda 法理や修正第14条のデュープロセス条項による不任意自白排除を指摘している (*Id.* at 517-518 n. 37)。

320) *Id.* at 518.

321) *Ibid.*

322) *Id.* at 518-519.

323) *Id.* at 519.

要はないということ、そして法準則にしっかりとした支配を与える (give square corners) ことは適切であるということである³²⁴⁾。法廷において即座に適用されなければならないルールは、シンプルかつ厳格であるべきであり、個人的アドミッションのルールはシンプルであり、厳格かつ公正なものであるから、裁量も精緻化も不要である³²⁵⁾。

このように、Park は、アドミッションの許容性の根拠として複数の要素を指摘している。これは、Strahorn が単一の根拠によってアドミッションの許容性を説明すべきであると主張したこととは対照的である。また、自己責任に基づく当事者主義によってアドミッションの許容性を説明しようとする学説の通説的見解と比べれば、Park 自身は自己責任的発想に近い禁反言などの論拠を否定する。他方で、Park は、アドミッションを行った当事者が証言台で自身の供述について説明可能であることを理由に、アドミッションを許容することは公正であり、また不意打ちにもならない、と指摘する。したがって、公判において当事者が自身の供述について説明することが重要であるという認識は、通説的見解とは異ならないであろう。その他、通説的見解とは大きく異なる点として、アドミッションには供述の信用性の情況的保障が「しばしば」存在することを指摘し、アドミッションが実際に利益に反していたかどうかの個別具体的な検討は要求するべきではない、と主張していることが指摘できよう。

小 括

アドミッションの位置づけおよびその許容性の根拠に関する、FRE 制定後の連邦最高裁判例及び学説についてまとめておこう。

まず、アドミッションの位置づけについては、連邦最高裁も学説も、さほどの関心を払っておらず、非伝聞・伝聞不適用・伝聞例外と様々な位置づけられている。この原因は、どのように位置づけようとも、結局はアドミッション

324) *Id.* at 520.

325) *Id.* at 520-521.

が証拠として許容されることに求められる。他方で、一部の学説からは、FREを改正し、アドミッションを新たに伝聞例外として位置づけることなどを主張するものもみられる。

次に、アドミッションの許容性の根拠に関しては、連邦最高裁が法廷意見において何らかの見解を示したことはない。Bourjaily事件判決のBlackmun判事反対意見において、当事者主義がアドミッションの許容性の理由として挙げられ、その実質として、自己に反対尋問する機会がなかったと主張すること、および自身の供述には真実性がなかったと主張すること、これらは認められない、ということが指摘されている。また、この反対意見において、アドミッションには供述の信用性の情況的保障がない、とも指摘された。

アドミッションの許容性の根拠に関して、多くの学説もBourjaily事件判決におけるBlackmun判事反対意見と同様、アドミッションの許容性の根拠は当事者主義であり、供述の信用性の情況的保障は存在しない、と指摘する。当事者主義の内実としては、自身の供述には責任を持つべきである、という自己責任が想定されている。そのような自己責任を当事者に対して問うことができるのは、自身に対する反対尋問を受けていなかったということを当事者が主張することはできない、といったことがその中核となっている。さらに、自身の供述について証言台において説明等ができることも重要である、とも指摘されている。供述の信用性の情況的保障という要素については、多くの学説がアドミッションに関しては否定する一方で、供述の信用性の情況的保障はアドミッションにも「たいていは」存在する、という見解も主張されている。最後に、Parkは、禁反言や処罰といった要素に依拠せずにアドミッションの許容性の根拠を明らかにしようとし、これに代わる6つの根拠を指摘している。

V. アメリカにおける議論のまとめ

最後に、これまで確認してきたアメリカにおけるアドミッションの議論に

ついてまとめておこう。

1. 連邦証拠規則制定以前の議論状況

アドミッションの歴史は不明確であるとされているが、本論文において確認できた限りでは、まず1700年代終盤には、「人は真実でない限りは自己に不利なことを認めることはないであろう」という信用性経験則がみられるようになっていた。同時期までには伝聞法則が成立したとされているが、アドミッションは少なくとも伝聞法則とは直接には関係しないものとして扱われていたようである。

19世紀になると、アドミッションは、①伝聞法則の例外に該当するものであり、②信用性経験則のゆえに、証拠としての許容性が認められる、という認識が一般化していた。もっとも、この時期においても、アドミッションは伝聞例外ではなく証明の代替物であると位置づける見解や、信用性経験則を批判する見解も主張されていた。

20世紀になると、まずは Wigmore による見解を中心とした議論が展開されることになる。

まず確認しておくべきことは、伝聞法則の理解である。Wigmore を除く論者は、供述内容の真実性を証明するために提出されるような公判外供述を証拠排除するものが伝聞法則である、と理解していた。これに対して、Wigmore は、「証言的に提出される、何らかの方法において反対尋問のテストを受けていない主張を拒絶するルールを意味するもの」と伝聞法則を理解していた。伝聞法則の理解によって、アドミッションの位置づけは理論的には左右されることになろう。

当初 Wigmore は、証人の以前の不一致供述と平行に考え、アドミッションの実質証拠としての使用を認めていなかったが、Morgan による批判を受け入れ、アドミッションの実質証拠としての使用を認めるようになった。Wigmore によれば、自身に対する反対尋問は不要であることを理由として、アドミッションは伝聞法則を「通過」という。もっとも、Wigmore 自

身がアドミッションを伝聞法則との関係でどのように位置づけていたのかは不明である。Strahorn は、証人の以前の不一致供述と平行にアドミッションを考えると、Wigmore の基本的な発想を受け入れつつ、アドミッションを行為として捉えていた。そのため、アドミッションは、供述の内容の真実性は問題にならないという、我が国でいうところの「非供述的用法」として、Strahorn はアドミッションを位置づけている。Strahorn の見解からすれば、原供述者の自己矛盾がアドミッションの許容性の根拠となろう。

Wigmore および Strahorn の見解は、アドミッションを少なくとも明示的には伝聞例外としては位置づけていない。これに対して、アドミッションを伝聞例外として位置づける見解も展開されていた。Morgan は、アドミッションの許容性の根拠は信用性経験則にあると当初は主張していた。当初の Morgan の見解は、19世紀には確立していたアドミッションの位置づけおよび許容性の根拠に関する学説と一致するものであった。しかし、その後、Morgan は、アドミッションの許容性の根拠は「当事者主義」にあると見解を改めた。当事者主義の実質的な説明として、Morgan は、自身に対する反対尋問を行う機会を有していなかったということ、あるいは宣誓による制裁のもと自身は供述していなかったのであるから自身の供述の信用性はないということを目指して、アドミッションに対する異議申立てをすることはできない、という点を指摘している。このような Morgan による主張は、McCormick に受け入れられることになった。その後、当事者主義という言葉そのものは用いていないが、Lev は、「禁反言」をアドミッションの許容性の根拠として挙げていた。これらの見解は、いわば自己責任として、アドミッションの許容性を説明しようとした見解であると評価できよう。

2. 連邦証拠規則 Rule 801 (d) (2) の制定過程

FRE の制定に先行して、模範証拠法典、統一証拠法規則、California 州証拠法典が成立した。いずれの法典（案）においても、伝聞証拠は、その内容の真実性を証明するために提出されるものと定義され、アドミッションおよ

び自白は伝聞例外と位置づけられている。アドミッションの許容性の根拠については、模範証拠法典および統一証拠法規則では明らかにはされなかった。これに対して、California 州証拠法典は、当事者が自身に対する反対尋問の機会がなかったことを申し立てることはできないこと、そしてアドミッションを説明又は否定することができるということから、アドミッションの許容性を説明している。この California 州証拠法典は、Morgan や McCormick らの主張内容に近いものといえよう。これらの3つの法典（案）は、FRE Rule 801 (d)(2)の制定にあたって、大きな影響を与えることになる。

FRE の制定過程についてまとめてみると、まず、FRE の起草の目的としては、可能な限り使用しやすくかつ利用可能なものであるべき、ということが掲げられていた。この目的が、最終的な FRE Rule 801 (d)(2)の制定に影響を及ぼした可能性がある。

次に、アドミッションに関する議論としては、起草者である Cleary が準備したメモ No.19が極めて重要な資料である。メモ No. 19からは、以下のことが判明した。①アドミッションには、供述の信用性の情況的保障がなく通常の伝聞例外とは異なるため、アドミッションは伝聞例外ではなく、そもそも伝聞には該当しないものと位置づけるべきである、②アドミッションを証拠として許容することのより積極的な理由については、Morgan、Wigmore、Strahorn、そして McCormick らの見解を挙げつつも、深く検討された形跡はみられなかった。これらの①②については、諮問委員会会議においても変化の様子は窺われない。

最終的には、FRE は、Rule 801 (c)において伝聞の定義を置き、Rule 801 (d)に「非伝聞供述」という類型を新たに設け、その(2)においてアドミッションを掲げる、という条文構造に変更された。このように変更された理由については記録が残されていないが、FRE の起草目的に従い、Rule 801 (c)を簡潔にするために、新たに(d)を置いた可能性がある。そして、諮問委員会注釈を参照すると、アドミッションの許容性の根拠として、当事者主義が指摘されていた。したがって、Rule 801 (d)(2)に規定されたアドミッションは、

伝聞法則との関係においては「非伝聞供述」に位置づけられ、その許容性の根拠は「当事者主義」であることが明確にされた。現在も数度の改正を経ているが、アドミッションの位置づけおよびその許容性の根拠については、特に変更はないといえよう。

3. アメリカにおける現在の議論状況

伝聞法則とアドミッションの関係性については、連邦最高裁も学説もさほど関心を払っているようには思われず、非伝聞・伝聞不適用・伝聞例外と様々な位置づけがアドミッションには与えられている。アドミッションの位置づけが様々であることの原因は、アドミッションが証拠として許容されるという結論それ自体には変わりがない、という点に求められる。他方で、一部の学説からは、アドミッションを伝聞例外として再度位置づけるべきであるという主張もあるが、現行のFREの規定方法でも特に実務上の支障がないことから、2011年の諮問委員会はそのような提案を認めなかった。

アドミッションが証拠として許容される根拠についても、連邦最高裁——ただし反対意見ではあるが——と学説の多数は一致しているといつてよい。アドミッションが許容される理由は、当事者主義にある。これは、自身の供述には責任を持つべきであるという自己責任的発想が根本にあり、自己を反対尋問する機会がなかったことや自身の供述には真実性がなかったと当事者が主張することを認めない、ということとその内実とする。このような考え方自体は、Rule 801(d)(2)が制定される以前に、MorganやLevが主張していた考え方と同一であるといつてよい。さらに、当事者が証言台で自身の供述について説明等ができることも重要である、と指摘されている。これによって、当事者は、相手方当事者によるアドミッションの提出に十分対応可能であると考えられている。また、アドミッションには供述の信用性の情況的保障はない、とされている。以上が、アドミッションの許容性の根拠に関する一般的な見解である。

これに対して、供述の信用性の情況的保障については、アドミッションに

はたいていは存在していると主張する見解も有力である。さらに、Park は禁反言や処罰といった発想を否定し、アドミッションが許容される複数の根拠を主張している。なお、Park 自身も、当事者が自身の供述について証言台で説明等を行うことの重要性については認めており、このことに限れば、学説上の多数的見解とは異ならない。

VI. 我が国への示唆

以上のようなアメリカにおけるアドミッションの議論から、我が国における議論に対して、いかなる示唆が得られるであろうか。以下で、若干の検討を行っておこう。

1. 不利益な事実の承認の位置づけ

まず、刑訴法322条1項前段に規定されている「不利益な事実の承認」は、伝聞法則との関係においてどのように位置づけられるであろうか。この問題を考えるにあたっては、そもそも「伝聞証拠」とはいかなるものであるのか、ということを確認しておく必要がある。

伝聞証拠については、「公判外の供述を内容とする供述または書面で、当該公判外供述の内容たる事実の真実性〔強調原文〕を証明するために用いられるもの」³²⁶⁾と定義する、いわゆる形式説が通説的な見解となっている³²⁷⁾。このような伝聞証拠の定義に従う限り、被疑者・被告人による公判外での不

326) 宇藤ほか・前掲注(4) 374頁〔堀江慎司〕。

327) 形式説をとるものとして、例えば、酒巻・前掲注(4) 543-544頁、上口・前掲注(4) 361頁、松尾・前掲注(4) 44頁、田宮・前掲注(4) 363頁、鈴木・前掲注(3) 203頁、光藤・前掲注(4) 204頁、川出・前掲注(4) 405-406頁、池田＝笹倉・前掲注(4) 222頁〔笹倉宏紀〕、斎藤・前掲注(4) 339頁、緑・前掲注(4) 297頁、後藤・前掲注(4) 15頁、17-18頁、辻本・前掲注(3) 「伝聞法則の研究」337頁。この他、形式説に近い説明として、田中・前掲注(3) 93頁、高田・前掲注(3) 220-221頁、土本・前掲注(3) 375-376頁。さらに、後述する実質説のように、反対尋問を重視しつつも公判外供述のみが伝聞証拠に該当するものと説明する江家・前掲注(3) 55-56頁も、形式説に近い説明であろう。

利益な事実の承認についても、その内容の真実性を証明するために使用する場合には、伝聞証拠に当たると理解することになろう³²⁸⁾。このほか、伝聞証拠を「〔事実認定者の面前での〕反対尋問を経ていない供述証拠」として定義する、実質説も主張されている³²⁹⁾。実質説を採用する場合であっても、被疑者・被告人による公判外での不利益な事実の承認は、反対尋問を経ていないから、理論的には伝聞証拠となる³³⁰⁾。いずれにせよ、被疑者・被告人による公判外での不利益な事実の承認は伝聞証拠ということになり、一定の要件のもとでそのような伝聞証拠を許容することを定める刑法322条1項前段は、伝聞例外規定と理解するべきであろう³³¹⁾。

これに対して、伝聞証拠の定義に関して形式説をとる論者からも実質説をとる論者からも、刑法322条1項前段は「伝聞不適用」として位置づけられる、とする見解もある³³²⁾。これらの見解は、「形態上は伝聞証拠であっても、伝聞法則の趣旨からいって当然その適用の必要のない場合」があるとして、

328) 宇藤ほか・前掲注(4) 376頁〔堀江慎司〕、酒巻・前掲注(4) 535頁、上口・前掲注(4) 361頁注1、松尾・前掲注(4) 44頁、田宮・前掲注(4) 386頁。

329) 平野・前掲注(4) 203頁、岸・前掲注(3) 168頁、田淵・前掲注(4) 247頁。田口・前掲注(3) 421頁も実質説をとるものといえようか。

330) 平野・前掲注(4) 212頁。

331) 形式説あるいはそれに近い立場から刑法322条1項を伝聞例外規定として位置づける見解として、宇藤ほか・前掲注(4) 401頁〔堀江慎司〕、田宮・前掲注(4) 386頁、松尾・前掲注(4) 44-45頁、酒巻・前掲注(4) 536、544頁、光藤・前掲注(4) 216、222頁、上口・前掲注(4) 390頁、川出・前掲注(4) 454頁、池田=笹倉・前掲注(4) 241頁〔笹倉宏紀〕、齋藤・前掲注(4) 356頁、緑・前掲注(4) 307頁、後藤・前掲注(4) 53、112頁。実質説から伝聞例外規定と位置づける見解は、平野・前掲注(4) 207頁、田淵・前掲注(4) 261頁。本文中挙げたような伝聞法則の理解とは異なり、刑法320条1項を「裁判所の実事認定の証拠に供される『供述』の採取それ自体における『公開の法廷における、公平な裁判所の前での両当事者の対等かつ同時の参加』保障の尊重を旨とする規定」(松田・前掲注(4) 22頁)として理解する論者も、刑法322条1項は伝聞例外規定であると位置づける(同書85頁)。なお、形式説と実質説の相違等については、光藤・前掲注(4) 205頁、古江頼隆『事例演習 刑事訴訟法〔第3版〕』(有斐閣、2021年) 390-392頁、408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315頁、318-322頁(2021年)を参照。

332) 形式説あるいは形式説に近い立場から伝聞不適用と位置づけるものとして、江家・前掲注(3) 127頁、田中・前掲注(3) 173-174頁、高田・前掲注(3) 223頁、鈴木・前掲注(3) 210頁、土本・前掲注(3) 380頁、辻本・前掲注(3)「伝聞法則の研究」348頁。実質説から伝聞不適用と位置づけるものとして、田口・前掲注(3) 427頁、岸・前掲注(3) 171頁。

被告人に対する反対尋問は無意味であることから、刑訴法322条1項前段を伝聞不適用と位置づけている³³³⁾。しかしながら、公判廷での尋問を構成する要素としては、反対尋問だけではなく、事実認定者による供述者の態度等の観察、法廷の厳粛性も含まれるため、反対尋問が無意味であることのみをもって、伝聞法則の趣旨³³⁴⁾があてはまらないとまでは言い切れないであろう³³⁵⁾。言い換えれば、反対尋問という伝聞法則を支えるひとつの要素が欠けることを意味するにとどまり、そこから公判外供述に証拠能力を認めることを積極的に根拠づけるものとまではいえないであろう³³⁶⁾。また、アメリカにおいて、FRE Rule 801 (d) が、アドミッションを「非伝聞」として位置づけているのは確かである。しかし、本論文において確認したように、非伝聞として位置づけられた理由は明らかではないにせよ、Rule 801 (c) における「伝聞」の定義を簡潔にするため、新たに (d) が置かれたと推測されうることのほかに、アドミッションには伝聞例外に要求されるような供述の信用性の情況的保障が欠けることから、伝聞例外として位置づけるべきではないという発想が制定過程においては存在していた。いずれにせよ、原供述者に

333) 鈴木・前掲注 (3) 205頁。田口・前掲注 (3) 427頁も同旨。

334) ここでいう「伝聞法則の趣旨」とは次の内容を示すものと思われる (以下については、宇藤ほか・前掲注 (4) 370-373頁 (堀江慎司) を参照した)。供述証拠は、知覚・記憶・表現・叙述という過程を経て生み出される証拠であり、これらの一連の過程においては誤謬が入り込む危険性が高い。そのため、誤謬が生じないように、または誤謬の有無・程度を明らかにするために供述過程を吟味する手段 (信用性のテスト) が必要となる。そのような手段として最も重要かつ効果的であるとされるのが、公判廷において供述者本人に対して行われる証人尋問であり、証人尋問は次の3つに分析・整理される。すなわち、①宣誓と偽証罪における威嚇 (それに準じた要素として法廷の厳粛さ)、②供述と同時的に行われる、供述者に対する相手方当事者による反対尋問 (これに密接に関連する要素として、供述者と相手方当事者の物理的な対面)、③事実認定者による供述者の供述時の態度・表情等の観察、である。伝聞供述あるいは供述 (代用) 書面は、これらの信用性のテストを受けていないため、正確な推認が保障されないという問題点がある。そのため、公判外で行われた供述を内容とする供述または書面を事実認定の基礎とすることを原則として禁じるのが伝聞法則である。このような伝聞法則の趣旨説明のあり方については、学説上ほぼ争いはないといってよい、とも指摘されている (松田・前掲注 (4) 1頁注2)。

335) 堀江・前掲注 (4) 31頁。後藤・前掲注 (4) 116頁は、「日本の伝聞法則は、事実認定者が供述を直接に聴くべきであるという直接主義の要請も含んでいる」と指摘する。

336) 松田・前掲注 (4) 84-85頁。

対して反対尋問が無意味であるということは、Rule 801 (d) の制定過程において特に重視されていた形跡はない。アメリカにおける議論からも、自身に対する反対尋問が無意味であるということのみで、不利益な事実の承認に対する伝聞法則の不適用が導かれるとはいえないであろう。

したがって、不利益な事実の承認は伝聞証拠であり、刑事訴訟法322条1項前段は伝聞例外として位置づけられることになる。

2. 不利益な事実の承認の許容性の根拠について

それでは次に、不利益な事実の承認が伝聞例外として許容されることの根拠について検討してみよう。

(2-1) 信義則あるいは禁反言を唯一の根拠とする見解について

まず、アメリカにおけるアドミッションの議論をそのまま我が国においても持ち込み、当事者主義——言い換えれば、当事者は自身が行った供述には責任を持つべきであるという自己責任的な発想——のみを、不利益な事実の承認が伝聞例外として許容されることの「唯一」の根拠として想定できるか、ということについて考えてみよう。本論文の冒頭において触れたように、我が国の学説においても、不利益な事実の承認が伝聞例外として許容される根拠として、当事者主義を指摘する見解がある³³⁷⁾。

まずは、我が国における「当事者主義」³³⁸⁾とアメリカにおけるそれとの関係性について検討してみよう。先述の通り、アメリカにおける当事者主義の内容としては、証拠の収集、選別、提出および立証に対する責任を訴訟当事者が負うものとして理解されている。我が国においても、「当事者主義に最

337) 小泉・前掲注(1)269頁。

338) 我が国における当事者主義については、宇藤崇「刑事訴訟法のフレームワークを考える第2回 当事者主義」法教512号79頁以下(2023年)、田淵浩二「当事者主義」法教511号43頁以下(2023年)、笹倉宏紀「当事者主義」法教376号4頁以下(2012年)、田宮裕『日本の刑事訴訟——刑事訴訟法研究(5)』(有斐閣、1998年)318-338頁、松尾浩也『刑事訴訟法の原理』(東京大学出版会、1974年)330-360頁、同「演習」法教174号86頁(1995年)などを参照。

も基本的な意味は、訴訟における主張・立証（とそのための証拠の収集）を当事者に委ねる建前、すなわち、当事者追行主義である。それは…裁判所・検察官・被告人（・弁護士）の三者間の役割分担という訴訟の形式〔強調原文〕に関するひとつの選択である」と説明されている³³⁹⁾。訴訟における主張・立証については当事者に委ねられているという意味においては、日米において差はないともいえる。

しかしながら、まず注意すべきであるのは、日米における伝聞法則の適用範囲には違いがあるということである。アメリカにおけるFREは民刑共通の証拠規則であり、FRE Rule 801 (d) (2)は民事訴訟においても適用がある(FRE Rule 101, 1101 (b))。これに対して、我が国では、伝聞法則は刑事訴訟に限定されており、民事訴訟においては伝聞法則の適用それ自体がなく、伝聞証拠は伝統的に証明力レベルの問題であるとされている³⁴⁰⁾。したがって、FRE Rule 801 (2) (d)が民事訴訟および刑事訴訟の双方に適用があることを前提に、アドミッションの許容性の根拠として当事者主義を指摘することと、刑事訴訟においてのみ刑訴法322条1項前段の適用があることを前提に、不利益な事実の承認の許容性の根拠として当事者主義を指摘することには、双方の意味内容が必ずしも一致しない可能性もある。本論文においてアメリカと我が国のそれぞれの民事訴訟および刑事訴訟における当事者主義の相違を明らかにすることはできないが³⁴¹⁾、伝聞法則の適用対象がアメリカと我が国では異なることには注意が必要である。

それでは、刑事訴訟に限定したとして、アメリカと我が国の当事者主義が

339) 笹倉・前掲注(338)10頁。

340) 伊藤隼=川島享祐「手続法の学び方——民訴と刑訴の対話から」法教505号44頁、56頁〔伊藤発言〕。民事事件において伝聞法則がなく、刑事事件において伝聞法則が存在することの説明に関しては、同57頁〔川島発言〕を参照。

341) 我が国における民事訴訟と刑事訴訟における当事者主義の相違については、宇藤・前掲注(338)82-83頁、笹倉・前掲注(338)8頁を参照。さらに、伊藤=川島・前掲注(340)47-53頁も参照。民事訴訟における当事者主義に関しては、上田徹一郎『当事者平等原則の展開』（有斐閣、1997年）、山本和彦『民事訴訟法の現代的課題 民事手続法研究Ⅰ』（有斐閣、2016年）76-106頁など。

一致するものであるのかについて確認してみよう。当事者に主張・立証を委ねるといふ、当事者追行主義という意味では、アメリカと我が国における当事者主義の内容は一致するといつてよいであろう。他方で、周知の通り、アメリカにはアレイメント制度があるのに対して、我が国ではそのような制度は現時点では存在していない。アレイメント制度が「被告人に一種の処分権を認める制度といつてよい」³⁴²⁾ のであるとすれば、「当事者主義の本質は、訴訟の帰趨がもつばら当事者の公判廷における活動によって左右されるところにあ」り、少なくとも制度面については「アメリカ法における本来の『当事者主義』(adversary system)とはかなり異なるものであった」³⁴³⁾ ということになる。したがつて、当事者主義に関して、当事者追行主義という意味ではアメリカと我が国では一致するものといえるが、被告人に処分権を認めることまでもその内容に含みうるアメリカの当事者主義と、そこまでは認めていない我が国における当事者主義には、やはり差が存在するのである³⁴⁴⁾。

そこで、以下では、我が国における不利益な事実の承認の許容性の根拠に関して「当事者主義」という語を用いることは避けることとする。次に、アメリカで主張されているアドミッションの許容性の根拠と同種の発想に基づ

342) 田淵・前掲注(338)44頁。

343) 松尾・前掲注(4)340頁。

344) このことは我が国における民事訴訟と刑事訴訟の相違でもある。民事訴訟においては、「①訴訟の開始、②審判の対象・範囲、③判決によらない訴訟の終了に関する決定を当事者に委ねる」という「処分権主義」(三木浩一ほか『民事訴訟法〔第4版〕』(有斐閣、2023年)56頁〔菱田雄郷〕)と、「裁判における事実の認定に必要な資料…の収集および訴訟の場への提出が、当事者の『権能』でありかつ『責任』であるという原則」の「弁論主義」が存在する(同書203頁〔三木浩一〕)。そして、民事訴訟では、処分権主義により、訴訟の開始や対象、終了の決定が当事者に委ねられているのに対して、刑事訴訟では実体法上の刑罰権にまで当事者に処分権があるとまでは考えられていない(伊藤=川島・前掲注(340)47-48頁)。さらに、これに関連して、民事訴訟における処分権主義および弁論主義と刑事訴訟における当事者主義の相違について、「民事訴訟における処分権主義、弁論主義が、私的自治の原則の基本線上に根拠付けられているのに対して、国家刑罰権を訴訟物とする刑事訴訟では、このことがあてはまらないのみならず、裁判所の実事認定には『疑わしきは被告人の利益に』という民事訴訟にはない原則のゆえであると解しておくのが適切である」との指摘もある(宇藤・前掲注(338)82頁)。

くと考えられる我が国の見解をみてみよう³⁴⁵⁾。

まず、「承認が伝聞例外とされるのは、信用性の情況的保障があるからではなく、一種の信義則の表現と考えられる。当事者が自身の語った事実を争うなら、自身の供述をなかつたこととするのは許されず、その発言について法廷で説明するべきであるという考え方」であるとする見解がある³⁴⁶⁾。また、「自己の言動と矛盾する主張を許さない禁反言として、不利益な事実を承認した当事者は、反対当事者がこれを援用することに異議申立てできないとするのが衡平になうと解される」とする見解もある³⁴⁷⁾。これらの見解は、当事者は自身の供述に責任を持つべきである、という自己責任的な発想を前提としているように思われ³⁴⁸⁾、アメリカにおけるアドミッションの許容性に関する理解と共通するものといえる。

しかしながら、「信義則」あるいは「禁反言」という根拠「のみ」で、不利益な事実の承認が伝聞例外として許容されることを説明することは、少なくとも現行法の規定を前提にする限りでは、困難があるように思われる。なぜならば、我が国の刑訴法321条以下の伝聞例外規定は、「必要性」と「供述の信用性の情況的保障」が要求されると一般的には理解されており、それとは全く異質なものである「信義則」や「禁反言」という要素のみで、不利益な事実の承認が伝聞例外として許容されることを説明するのは、我が国の伝聞例外体系とは相容れないように思われるからである³⁴⁹⁾。もちろん、伝聞

345) 小泉・前掲注(1) 269頁の見解も、当事者主義という用語は用いているものの、その実質的な内容としては、自己責任的な発想があり、以下で取り上げる「信義則」あるいは「禁反言」という根拠を主張する見解とほとんど異ならないと思われる。

346) 後藤・前掲注(4) 116頁。

347) 上口・前掲注(4) 391頁。

348) 前掲注(6)において示したように、後藤昭は自説を平野龍一の見解に近いものと位置づけている。これに対して、上口裕は、平野の見解について「黙秘権のある被告人に説明義務があるとする点で疑問がある」と指摘し(上口・前掲注(4) 391頁)、平野の見解と区別した上で、前掲注(7)において示したように自説を小泉祐康の見解に近いものと位置づけている。両者の相違は、被告人に説明義務を課すか否かにあるといえようが(もともと、後藤自身は被告人に説明義務があるとまでは明言していない)、当事者が過去に公判外で行った供述に対して責任を持つべきであるという発想そのものは共通していると考えられる。

349) 後に取り上げるように、例えば、堀江・前掲注(4) 31頁や松田・前掲注(4) 86-87頁が、

例外には様々なものが規定されており、被疑者・被告人の公判外供述は、必要性および供述の信用性の情況的保障を要求する典型的な伝聞例外とは異なる、と理解すること自体は可能である³⁵⁰⁾。そこで、改めて我が国の伝聞例外に関する条文の配置を確認すると、不利益な事実の承認に関する規定である刑訴法322条1項は、被告人以外の者の供述書および供述録取書に関して規定している321条と、業務等により定型的に作成される文書に関して規定している323条の間に配置されている、という構造になっている。そして、刑訴法321条および323条が、必要性と供述の信用性の情況的保障を要件としていることについては、信義則や禁反言からのみ、不利益な事実の承認が伝聞例外として許容されることを主張している論者も否定はしないであろう³⁵¹⁾。そうであるとすれば、必要性と供述の信用性の情況的保障を要求する321条と323条に挟まれている322条についても、必要性と供述の信用性の情況的保障が要求されていると理解するほうが、条文の位置関係からは自然

不利益な事実の承認が伝聞例外として許容される根拠を「必要性」および「供述の信用性の情況的保障」といった観点から説明しようとするのは、我が国の伝聞例外体系との整合性をとるためであろう。これを明確に指摘するものとして、繁田・前掲注(1)74頁。

350) 上口・前掲注(4)369頁は、「伝聞例外は、3類型に大別される。①被告人以外の者の公判外供述を対象とする、必要性・特信状況を要件とする伝聞例外(「伝聞例外(1)」)、②被告人の公判期日外供述を対象とする伝聞例外(「伝聞例外(2)」)、③同意に基づく伝聞例外(「伝聞例外(3)」)である」としており、被疑者・被告人の公判外供述に関する伝聞例外は、典型的な伝聞例外(例えば刑訴法321条)とは異なる類型として把握する。

351) 後藤は、321条1項3号について、伝聞例外のもっとも基本的な条文と位置づけ必要性と供述の信用性の情況的保障に言及する(後藤・前掲注(4)61頁)。323条については、「本条は、定型的に作られるために信頼性のある書面を伝聞例外とする。本条の適用がある書面は、必要性要件の限定や、作成者の尋問という手続なしに、伝聞例外となり得る。これは、定型的な信頼性が期待できると同時に、記憶に頼った供述よりも、書面の方がむしろ正確であると推定できるからである」と述べる(後藤昭=白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法〔第3版〕』(日本評論社、2018年)〔後藤昭〕)。そうすると、323条には必要性要件は不要であるかのようにも読めるが、「記憶に頼る証言よりもむしろ書面の方が信頼できることが伝聞例外の必要性の根拠であり、作成者の供述不能は要件ではない」(後藤・前掲注(4)127頁)とも言及しており、323条についても必要性と信用性の情況的保障を要件としていると理解できよう。上口も、前掲注(350)において示したように、「被告人以外の公判外供述を対象とする、必要性・特信状況を要件とする伝聞例外(「伝聞例外(1)」)」に、321条および323条を位置づけて説明している(321条について、上口・前掲注(4)371-385頁、323条について、同書387-389頁を参照)。

なように思われる。したがって、不利益な事実の承認についても、信義則や禁反言といった根拠だけで説明するのではなく、刑訴法321条や323条と同様、必要性和供述の信用性の情況的保障が必要とされるという前提のもと、伝聞例外として許容される根拠を検討するべきであろう³⁵²⁾。

(2-2) 必要性および供述の信用性の情況的保障から説明する見解について

次に、不利益な事実の承認にも必要性和供述の信用性の情況的保障が要求されるという前提にたつたうえで、不利益な事実の承認が伝聞例外として許容される根拠について検討してみよう。

(2-2-1) 必要性について

まず、必要性について検討する。必要性に関しては、刑訴法322条1項の文言上はなんらの規定も置かれてはいない。被告人自身による不利益供述であること自体から必要性が認められるという考え方もありうるものの、そのことだけでは必要性を肯定するには不十分であり、公判において求められる供述が得られないという事情が必要ではないか、と指摘されている³⁵³⁾。したがって、公判での供述と公判外供述との間に自己矛盾的状况、または黙秘等による供述不能類似の狀況が現に生じていることが要求されるべきである、として必要性要件を理解する見解がある³⁵⁴⁾。この場合、被告人が任意に応じることを前提として、公判廷での被告人質問が先行して行われるべきである、ということになる³⁵⁵⁾。

不利益な事実の承認の必要性要件については、少なくとも、被告人の公判外供述と公判供述が異なる場合の「自己矛盾的状况」に関しては、自己責任

352) なお、アメリカにおけるFREが制定された経緯のように、不利益な事実の承認に関して信義則や禁反言のみから説明し、通常の伝聞例外とは異なる例外として規定し直すこと自体は否定されないと思われる。

353) 堀江・前掲注(4)31頁。

354) 堀江・前掲注(4)31-32頁。同一の見解としてこの他、後藤・前掲注(4)117頁、松田・前掲注(4)86頁。

355) 堀江・前掲注(4)32頁、32頁注17。

的な発想に基づくアメリカにおける当事者主義という根拠、あるいは我が国における信義則あるいは禁反言という根拠から基礎づけることは可能であると思われる。アメリカにおいて、当事者主義という根拠のもと、当事者に対して自己責任を問うことができるのは、当事者自身が反対尋問を受けていなかったこと等を主張して、自身のアドミッションの許容に対する異議申立てをすることはできないからだ、と理解されていた。同時に、自身の供述について説明等の機会を与えることも重要であり、証言台に立って説明等を行うことにより、相手方当事者によるアドミッションの提出に対応可能である、とも指摘されている。我が国においては、現行法上、被告人に対して証人適格を認めた上で証言させるという制度はないため、アメリカにおいて指摘されている要素がそのままの形で当てはまるわけではないにせよ、被告人に対して自身の供述に対する責任を負わせるための中核的な要素は共通していると思われる。被告人が自身に対して反対尋問することはできないという点については、アメリカにおいても我が国においても共通する。自身に対して反対尋問が不可能であることを理由として、「伝聞法則を盾に、公判廷外で自分が述べたことを隠蔽することは許さないという説明」³⁵⁶⁾ そのものは我が国でも成り立つであろう。加えて、我が国においても、被告人質問を通じて、公判廷において自身の不利益な事実の承認について説明や否定を行うことができる。したがって、被告人による公判外供述と公判供述が異なる場合には、それについて被告人は公判廷において説明するべきであるという考え方は、我が国においても当てはまるように思われる。そうだとすれば、公判外供述と公判供述が異なる場合、被告人による公判外での不利益な事実の承認を伝聞例外として許容する必要性が満たされる、といいうるであろう。

これに対して、被告人が公判において黙秘する場合は、信義則あるいは禁反言から説明することには若干の困難がある。被告人には黙秘権があることから、公判外供述に対して説明する義務を負わせることはできない³⁵⁷⁾。ア

356) 池田＝笹倉・前掲注(4) 242頁〔笹倉宏紀〕。

357) 繁田・前掲注(1) 74頁、上口・前掲注(4) 391頁。

アメリカにおいても、被告人が証言を行う際には、黙秘権を放棄することになる、という指摘は存在していた³⁵⁸⁾。しかし、被告人には黙秘権があるために説明義務は課し得ないとしても、被告人が公判外において不利益な事実の承認を行ったという事実そのものが（そのような事実が捏造されていない限り）黙秘権によって否定されるわけではない³⁵⁹⁾。そうすると、公判外で不利益な事実の承認を過去に行った以上、その供述については責任を持つべきであり、相手方当事者にそれを証拠として使用する機会が与えられてもやむを得ない、と説明することになるか。

なお、近時、被告人質問先行型審理³⁶⁰⁾が裁判員裁判だけではなく、裁判官裁判であっても広まっているとされている³⁶¹⁾。この被告人質問先行型審理は、322条1項前段による自白調書等の証拠採用に大きな影響を与えうる³⁶²⁾。本論文において、被告人質問が先行した場合、どのような基準によ

358) なお、アメリカにおいて被告人が証言台に立たなかった場合のその後の手続などについて述べたものとして、大橋君平「アメリカ刑事訴訟での被告人公判供述の実際」季刊刑事弁護95号26頁、28-31頁（2018年）を参照。

359) 公判廷において黙秘することのデメリットとして、不利益な事実の承認が含まれる供述調書が存在し、その任意性に問題がない場合には、当該供述調書が322条1項前段によって証拠採用されることを指摘するものとして、趙誠峰「被告人質問再考」季刊刑事弁護95号10頁、12頁（2018年）。

360) 被告人質問先行型審理をめぐる議論については、杉田宗久『裁判員裁判の理論と実践（補訂版）』（成文堂、2013年）395-408頁、松田岳士「伝聞法則の運用」刑法雑誌51巻3号39頁、47-48頁（2012年）、清野憲一「『被告人質問先行』に関する一考察」判時2252号3頁以下（2015年）、同「捜査段階の供述立証に関する問題解決に向けた一考察」判時2312号14頁以下（2017年）、森下弘「『被告人質問先行』に関する一考察を受けて① 清野論文に対する批判的検討——主に弁護人の立場から——」判時2263号3頁以下（2015年）、岡慎一＝神山啓史「『被告人質問先行』に関する一考察を受けて② 『裁判官裁判』の審理のあり方——ダブルスタンダードは維持されるべきか」判時2263号8頁以下（2015年）、野口元郎「比較法的観点から見た被告人の捜査段階供述の公判での取扱いについて」判時2320号3頁以下（2017年）、丸山和大「公判供述と捜査段階供述」判時2331号125頁以下（2017年）、田淵浩二「被告人質問先行型審理と検察官の証拠調べ請求権」判時2331号134頁以下（2017年）などを参照。

361) 村井宏彰「非裁判員裁判における審理の在り方——被告人質問をもっと『先行』しよう！」季刊刑事弁護95号32頁、32頁（2018年）など。

362) 後藤・前掲注（4）117頁は、被告人質問先行型審理方式について、「結果的に、不利益事実の承認にも伝聞例外としての必要性要件を課すのと同じである」と述べる。

って322条1項前段による証拠採用が否定されるべきであるのか³⁶³⁾を論じることはできないが、一般論としては、被告人の公判外供述と同内容の公判供述がある場合には、公判外供述の必要性が認められず、公判外供述を記載した調書は証拠採用されるべきではない、ということになろう³⁶⁴⁾。注意すべきであるのは、被告人質問において、弁護人からの主質問により捜査段階での自白等不利益な事実の承認が証拠として顕出されうることであり³⁶⁵⁾、そこでは、まさに被告人による公判外供述と同内容の公判供述が存在することになる。この場合には、被告人による公判外供述を322条1項前段により伝聞例外として許容することについて、その必要性が認められないと判断されうる³⁶⁶⁾。

(2-2-2) 供述の信用性の情況的保障について

次に、供述の信用性の情況的保障について検討を加えてみよう。不利益な事実の承認について、供述の信用性の情況的保障があると認める見解は、信用性経験則が存在することをその根拠とする³⁶⁷⁾。我が国の刑訴法322条の制定過程においても、信用性経験則は存在することが前提となっており、少なくとも立法者の意思としては、信用性経験則の存在を肯定していたと思われる³⁶⁸⁾。これに対して、信用性経験則は存在しないという見解もみられる³⁶⁹⁾。既にみたように、アメリカにおいては、FREの制定段階において信

363) この問題については、例えば、田淵・前掲注(360)138-139頁を参照。さらに、清野・前掲注(360)「捜査段階の供述立証に関する問題解決に向けた一考察」26-27頁も参照。また、関連する裁判例としては、東京高判平成28年8月10日高刑集69巻1号4頁、福岡高判平成29年3月27日裁判所ウェブサイト(平成28年(う)第414号)がある。

364) 後藤・前掲注(4)117頁、堀江・前掲注(4)32頁。

365) 丸山・前掲注(360)130頁を参照。

366) 例えば、被告人が捜査段階で自白したことは認めつつ、その内容が真実ではなかったと主張する場合、捜査機関に対する自白内容が公判廷における被告人の供述内容に現れていれば、自白調書について必要性が否定されうること、その際の伝聞法則に関する論理構成について、後藤・前掲注(4)117-118頁、139頁を参照。さらに、後藤・前掲注(11)234-236頁も参照。

367) 前掲注(5)および前掲注(8)に掲げた文献を参照。

368) このことに関しては、拙稿・前掲注(11)71-82頁を参照。

369) 小泉・前掲注(1)267-268頁。後藤・前掲注(4)116頁は、信用性経験則が自白の証明力の過大な評価による誤判の原因となったことを指摘する。さらに、不利益な事実の承認は信用

用性経験則の存在は否定されており、アメリカの学説も同様の方向性をとっている。他方で、一部の論者からは、アドミッションには「たいていは」供述の信用性の情況的保障があると評価できる、という主張もなされている。この信用性経験則が存在するか否か、そして、不利益な事実の承認には供述の信用性の情況的保障が「常に」あることまでを要求すべきか、「たいてい」存在しているといえれば足りるのか、理論的に判断することは困難であろう。

そこで、より理論的な説明がつきやすいと考えられる、不利益性の判断基準について検討を加えてみよう³⁷⁰⁾。不利益な事実の承認に関して、その不利益性の判断は、被告人の供述時点の主観によるという主観説と、供述時点ではなく裁判時点において客観的に判断するという客観説に見解が分かれている。主観説は、信用性経験則を認める以上、不利益性の判断基準は被告人の供述時点で判断されることになる、という見解である³⁷¹⁾。これに対して、客観説は、本論文において確認したとおり、アメリカにおける議論にならない、不利益な事実の承認と利益に反する供述を区別しなければならないことをその理由として挙げている³⁷²⁾。さらに、主観説による場合には、不利益な事実を不利益ではないと誤信して承認を行った場合には証拠能力が認められないこととなり、法文の趣旨に反するという指摘もなされている³⁷³⁾。議論状況としては、客観説が多数となっている³⁷⁴⁾。信用性経験則を認め、不利益な事実の承認について供述の信用性の情況的保障が存在すると考える場合に

性が高いということ自体、経験的に実証されているわけではなく、えん罪事件の経験からはむしろ逆のことが示されているとしつつ、322条1項の合憲性に疑問を示すものとして、村井敏邦「刑事訴訟法」(日本評論社、1996年)239頁。

370) 不利益性の判断基準に関する議論状況については、前掲注(10)に掲げた文献を参照。

371) 小野清一郎ほか『刑事訴訟法〔ポケット註釈全書〕(下)〔新版〕(有斐閣、1986年)901頁、松田・前掲注(4)86頁注174。

372) 平野・前掲注(4)213頁、平場ほか・前掲注(3)769頁〔鈴木茂嗣〕。

373) 青柳文雄ほか『註釈刑事訴訟法 第3巻』(立花書房、1978年)367頁〔西原春夫〕。

374) 前掲注(372)および(373)に挙げた文献のほか、客観説に立つものとして、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第5版〕』(弘文堂、2022年)952-953頁、伊丹俊彦=合田悦三編『逐条実務刑事訴訟法』(立花書房、2020年)898頁〔井下田英樹〕、河上ほか編・前掲注(8)『大コメンタール刑事訴訟法』666頁〔杉田宗久〕など。

は、不利益性の判断基準については主観説を採用するほうが素直であり、そうすると、不利益性の判断基準については、一般的な理解とは合致しないことになる³⁷⁵⁾。

しかしながら、上記のような経験則を認めるからといって、刑訴法322条1項の具体的な適用範囲についてまで、個々の被告人の不利益性の認識等を基準にしなければならない必然性はない、という指摘も存在する³⁷⁶⁾。この指摘を行う論者によれば、主観説と客観説の相違は、①客観的には不利益な事実に関する供述であるのに、被告人自身は不利益と思わずに供述した、と述べている場合、②それとは反対に、客観的には不利益ではないのに、被告人が不利益だと意識して供述した、と述べている場合に生じることになるが、主観説によっても公判外供述に関する被告人の弁解ひとつで証拠能力が異なってくるとするのは不当であり（①の場合には不利益供述に関する証拠能力付与を阻止することができ、②の場合には利益供述についての証拠能力要件を回避することができる）、結局のところ、当該公判外供述の客観的な利益・不利益性から被告人の認識を推認せざるを得ないことになる、という³⁷⁷⁾。これは、言い換えれば、被告人の供述時の認識は、裁判時点にたつて推認せざるを得ないものであるから、信用性経験則を認めつつ、客観説に立つことも不可能ではない（むしろ客観説に立たざるを得ない）、という趣旨であろうか。そうであるとすれば、供述の信用性の情況的保障について、人は任意に自己に不利益な事実を認める場合には、通常その信用性は高いであろうという信用性経験則によって説明しつつ、不利益性の判断基準について客観説を採用することも可能であり、不利益な事実の承認に関する供述の信用性の情況的保障要件を一応は説明することができるといえよう。

375) 後藤・前掲注(4)116頁。

376) 河上ほか編・前掲注(8)『大コンメンタール刑事訴訟法』666頁〔杉田宗久〕。

377) 河上ほか編・前掲注(8)『大コンメンタール刑事訴訟法』666頁〔杉田宗久〕。

3. 我が国における議論のまとめ

これまで述べてきた、我が国における刑訴法322条1項前段の議論に関する再検討の結果をまとめておこう。まず、322条1項前段は、伝聞法則との関係においては伝聞例外を定めた規定であると理解することができる。これは、伝聞証拠の定義について、通説的な見解である形式説に従えば、被疑者・被告人による公判外での不利益な事実の承認が、その内容の真実性を証明するために使用される場合には、定義上伝聞証拠となること（なお、伝聞証拠の定義について実質説を採用したとしても理論的には伝聞証拠となる）、そして、自身に対する反対尋問が欠けるということのみをもって、伝聞法則の適用がないとまでは考えられないことがその理由となる。次に、不利益な事実の承認が伝聞例外として許容される根拠については、321条以下で定められている伝聞例外が、基本的には「必要性」と「供述の信用性の情況的保障」の2つを要件としている以上、これら双方の要件を満たすかどうかという観点から考察されるべきである。まず必要性の要件については、アメリカと同様、自身の供述には責任を持つべきであるという自己責任的発想から根拠付けることが可能である。具体的には、被疑者・被告人による公判外供述と公判供述が矛盾する場合³⁷⁸⁾か、公判で被告人が黙秘する場合に必要性要件が満たされるといえる。次に、供述の信用性の情況的保障の要件については、信用性経験則の存在を認めることにより説明することになる。そのような信用性経験則が存在するのか否かについては議論があるが、少なくとも、不利益な事実の承認について、その不利益性を判断する基準について検討する限

378) このように理解する場合、「322条1項の不利益事実の承認に公判供述との自己矛盾供述であることを読み込むことは、文言から外れた解釈といわざるを得ないだろう」という批判がある（田淵・前掲注（360）140頁注27）。確かに、322条1項前段の文言上、自己矛盾供述には限定されていない。しかしまた同時に、伝聞例外に一般的に要求される必要性も信用性の情況的保障についても条文上は明示されていない。そこで、条文上明示されている、任意性さえあれば直ちに不利益な事実の承認は伝聞例外として許容されると考える場合は別として、あくまでも322条1項前段を伝聞例外の要件である必要性から説明する場合には、被告人の公判外供述と公判供述が矛盾することがひとつの前提となる、と説明することになろう。

りでは、信用性経験則を認めることを前提としても、不利益性が事後的・客観的に判断されると説明することは可能である。それゆえ、供述の信用性の情況的保障の要件についても、信用性経験則を前提とした説明が成り立ちうることから、不利益な事実の承認にも供述の信用性の情況的保障が肯定できると説明できる。以上のようにして、不利益な事実の承認が伝聞例外として許容される根拠を、必要性および供述の信用性の情況的保障から説明することができる³⁷⁹⁾。

なお、不利益な事実の承認の必要性要件に関して、本論文の立場からは、被告人質問を通じて被告人は自身の公判外供述について説明できることが前提となる。したがって、そもそも問題となる公判外供述が、被告人自身によって説明することができないようなもの、例えば供述内容が供述採取側によって押しつけられたようなものであってはならない³⁸⁰⁾。このような観点から、不利益な事実の承認に要求されるべき「任意性」の判断を検討する余地があろう³⁸¹⁾。

おわりに

本論文では、アメリカにおけるアドミッションの議論を参照し、我が国の刑訴法322条1項前段の位置づけおよび伝聞例外としての許容性の根拠につ

379) したがって、本論文の説明と最も近いものと考えられるのは、不利益な事実の承認が伝聞例外として許容される根拠として、信用性経験則を指摘しつつ、「英米のように公判は争いのある場合だけという前提があれば、訴訟における自己の主張との不一致供述を理由としうるだろう（「必要性」が根拠となる）」との指摘である（田宮・前掲注（4）386頁）。そのほか、前掲注（8）に掲げた見解も少なくとも結論においては本論文と同一の見解である。

380) 光藤・前掲注（4）222-223頁は、当事者主義に加えて、公判廷で以前の自分の供述について十分弁明する機会が与えられていることが不利益な事実の承認の許容性の根拠であるとしたうえで、「当事者の主体性を基礎とする」ものであることを指摘しており、本論文と関心を同一にするものといえる。

381) 後藤・前掲注（4）125-126頁、上口・前掲注（4）391頁も参照。なお、信用性経験則との関係から刑訴法322条1項の任意性を理解するべきである、と指摘するものとして、松田・前掲注（4）87頁。

いて若干の検討を行った。得られた成果について、最後に極めて簡潔にまとめておこう。まず、アメリカにおける議論についてまとめると、①アドミッションはFRE上、非伝聞に位置づけられている。他方で、その位置づけそのものにはさほど関心が払われていない。②アドミッションが許容される根拠は、当事者は自身の供述について責任を負うべきであるという発想に基づく当事者主義である。また、法廷において自身の供述について説明や否定することが重要視されている。供述の信用性の情況的保障については、これを否定するのが一般的な見解であるが、肯定する見解も有力である。次に、我が国の議論の検討結果についてまとめる。③刑訴法322条1項前段は、伝聞例外を定めた規定である。④不利益な事実の承認が伝聞例外として許容される根拠は、当事者は自身の供述について責任を持つべきであるという自己責任的発想から、必要性要件を説明することができ、信用性経験則があることから信用性の情況的保障を説明することができる。主として上記の4点が、本論文において得られた検討結果である。

もっとも、とりわけ我が国の不利益な事実の承認に関する議論についてはその一部を扱ったに過ぎず、本論文の結論は暫定的なものにとどまる。本論文では、不利益な事実の承認がどの範囲にまで及ぶものであるかという点³⁸²⁾や、具体的な判例・裁判例の検討を行うまでには至らなかった。今後の検討課題としておきたい。

382) 不利益な事実の承認の範囲については、「当該被告事件の犯罪事実の存否の認定との関係で被告人に不利益となることを意味」するものであり、量刑上不利益なものや民事責任に関して不利益なものは含まれないとされている(宇藤ほか・前掲注(4)400頁[堀江慎司])。同様の見解として、例えば、松尾監修・前掲注(374)952頁など)。他方で、量刑上不利益なものも含まれうるとする見解もある(河上ほか・前掲注(8)『大コンメンタール刑事訴訟法』665頁[杉田宗久])。さらに、信用性経験則を認めて信用性の情況的保障があると理解するのであれば、民事上不利益なものであっても不利益な事実の承認にあたるはずであるという指摘(後藤・前掲注(4)116頁)や、第三者の不利益な供述であっても信用性が高いということになるはずであるが、これについては我が国では伝聞例外として規定されていないという指摘もある(小泉・前掲注(1)268頁。これに対して、「証人の場合には、公判廷での証人尋問において公判外の供述の方に信用性があることを明らかにさせた上でこれを証拠に採用する方が妥当であるとの立法判断から、被告人の場合とは違った手続が採用されたにとどまると解されるのである」という指摘もある(伊藤ほか・前掲注(8)335-336[香城敏磨])。不利益な事実の承認について、信用性経験則を認めるか否かに関係する議論であるが、その検討は今後の課題とする。