

Title	性格立証と余罪の証拠
Sub Title	The character evidence and the admissibility of the other offence evidence
Author	安富, 潔(Yasutomi, Kiyoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1985
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.58, No.3 (1985. 3) ,p.1- 22
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19850328-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

性格立証と余罪の証拠

安 富 潔

- 1 はじめに
- 2 連邦証拠規則第四〇四条(b)項
- 3 許容法理と排除法理
- 4 余罪の証拠に関する証明の程度
- 5 おわりに

1 はじめに

英米法においては、周知のように、被告人の行為責任を弾劾主義・当事者主義によりあきらかにすることに関心が払われ、被告人の供述や過去の犯罪についての証明により被告人が刑事責任を課されることのないように被告人を保護することに焦点が当てられてきた。ここに、被告人の供述は、憲法上の「自己負罪拒否特権」として、また、過去の犯罪の証明は、被告人の性格立証のために、憲法上必ずしも保障されているわけではないが合衆国のすべての法域において承認されているいわゆる「悪性格の立証」の法理として、それぞれ生成、発展してきたのである。⁽¹⁾

「悪性格の立証」は、訴追側が、訴因事実を立証するにあたって、被告人の犯罪的性癖(propensity)を証明するために、性格証拠を提出することができないというもので、「性癖の法理(propensity rule)」ともよばれる。⁽²⁾

ウィグモアは、被告人の悪性格の証拠について、「人の倫理的性格は、通常その人の行為の蓋然性を判断するため役にたつ証明力をもっている。しかし、……被告人が起訴された事実を行なったかどうかの判断を陪審が求められている場合には、この推論は危険である。被告人がある犯罪行為を犯す性癖を備えているということが示されると、陪審はその起訴にかかわる犯罪行為が充分に証明されたかどうかにかかわらず、その行為が有罪であると認定しがちである。」と述べ、証拠の関連性が認められるにもかかわらず、不当な偏見を排除するという一般政策に基づき、訴追側の証拠提出を禁じている。⁽⁴⁾

ところで、被告人の性格は、供述証拠によっても証明されうるが、それは意見法則および伝聞法則により制限されることになるのに対し、情況証拠による性格の立証は、その証明力の点では充分であっても、不当な偏見、不公正な不意打、争点混乱の危険防止という証拠排除の一般的政策原理に基づき、原則として、許されないとされてきた。⁽⁵⁾

すなわち、情況証拠による性格の立証は、陪審の事実認定にあたって、犯罪を犯すような人間はおそらく性格的に欠陥があり、そのような性格に欠陥のある人間は起訴されている犯罪行為を犯すにちがいないという推論を導くことになるし、また、被告人の悪性格を立証するためには、被告人のあらゆる行状が公判廷に提出されることにもなるが、それは被告人にとって反駁する証拠を用意できないことになるのみならず、その立証と訴因事実に関する争点とを混同させるおそれも生ずるのである。

被告人が訴因事実以外に別の犯罪を犯しているという事実すなわち余罪の証拠についても、このような理由から、原則として、証拠から排除されると伝統的に考えられてきた。

もっとも、余罪の証拠も、「多元的許容性の原理(multiple admissibility)」⁽⁶⁾によって、性格以外の要証事実の証明には

用いることができる。そして、そこでは、いかなる範囲において許容されるかが問題とされてきたのであった。⁽⁷⁾

このように、アメリカ合衆国では、余罪の証拠による立証の問題は、古くから被告人の性格立証ことに「悪性格の立証」の問題として論じられてきたが、この問題を制定法により解決しているところは少なく、⁽⁸⁾そのルールは主として判例を通して確立されてきたのであった。

連邦の法域においても一九七五年の「連邦証拠規則(Federal Rules of Evidence)」制定までは制定法はみられなかった。連邦証拠規則第四〇四条(b)項は、

「起訴または請求にかかる事実以外の犯罪、不正行為または素行について、これにより性格を証明し、もってその性格に応じた行動をしたことを立証することは許されない。ただし、その他の目的、例えば、動機、機会、準備、計画、知識、同一性又は錯誤もしくは偶然の不存在などの立証のために用いることは許容されうる。」

と規定した。

その立法化の動向についてはすでに論じたところであるが、⁽⁹⁾どのように解釈・運用されているかについては必ずしも十分に論じえなかった。そこで、本稿においては、判例を中心として、連邦証拠規則第四〇四条(b)項に関する解釈・運用についてあらためて検討してみたいと考える。

(一) 1 WIGMORE, EVIDENCE, 55, 57 (3d ed., 1940); McDORMIC, EVIDENCE 190 (2d ed., 1972); Stone, The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: England, 46 HARV. L. REV. 954 (1933), Stone, The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: America, 51 HARV. L. REV. 988 (1938); Slough & Knightly, Other Crimes, 41 IOWA L. REV. 325 (1956); Comment, Other Crimes Evidence at Trial: Of Balancing and Other Matters, 70 YALE L. J. 763 (1961); Comments, Relevancy and Its Limits in the Proposed Federal Rules Evidence, 16 WAYNE L. REV. 167 (1969). 「悪性格の立証」は、このように伝統的表現は、今日ではむしろ「類似事実の立証」として用いられるようになってきているが、ここでは連邦証拠規則の解釈・運用ということから「悪性格の立証」として論じている。その変化は、弾劾主義をとる英米法における法的社会状況の展開に関する基本的問

題と思われるので別に検討したい。

- (2) LEMPERT & SALTZBURG, A MODERN APPROACH TO EVIDENCE 216 (1983).
- (3) WIGMORE, A STUDENTS' TEXTBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE 59 (1935).
- (4) WIGMORE, supra note 3, 60; Note, Procedural Protections of the Criminal Defendant—A Reevaluation of the Privilege Against Self-Incrimination and the Rule Excluding Evidence of Propensity to Commit Crime, 78 HARV. L. REV. 426, 436 (1964).
- (5) WIGMORE, supra note 3, 87.
- (6) WIGMORE, supra note 3, 31. 証拠は、それぞれ立証事項と相關關係を有するので、ある証拠がある目的のために許容されないとしても、他の目的のために提出された場合に許容されうることがありうる。これが多元的許容性の原理といわれるものである。
- (7) WIGMORE, supra note 3, 88.
- (8) LA. STAT. ANN. 15:445, 446 (1967); MICH. COMP. LAWS ANN. 768. 27 (1968); OHIO REV. CODE ANN. 2945. 59 (1954).
- (9) 安富澤「余罪の証拠—アメリカ合衆国連邦証拠規則第四〇四条(b)項制定経緯を中心として—」慶應義塾創立一二五年記念論文集四一三頁。

2 連邦証拠規則第四〇四条(b)項

すでにのべたように、英米法においては、伝統的なルールとして、いわゆる「悪性格の立証」が禁じられてきた。このルールは、関連性の低い証拠が被告人の一般的な犯罪的性癖を証明するために提出されたとき、陪審に生ずる不当な偏見が、「無罪の推定」に反して被告人に不利益に働くものであるとの政策的理由から主張されてきた。⁽¹⁾

余罪の証拠による立証についても、被告事件についての主要事実の立証に際して、それが被告人の犯罪的性癖を示すこととのみ関連性がある場合には、かえって陪審に偏見を生じ被告人に不利益となるとの観点から、原則として、証拠から排除されるものと考えられた。しかし、多元的許容性の原理から、余罪の証拠が意図、動機、機会、あるい

は同一性などといった被告人の犯罪的性癖以外の争点に関連性がある場合には、陪審に対する偏見はそれほど問題にならず被告人に対する不利益も少ないと考えられるので、例外的に、証拠に許容されうるとのルールが確立されたのであった。⁽²⁾

このルールは、合衆国の判例により形成されてきたが、制定法として明定されてはいなかった。⁽³⁾

そこで「証拠法」の立法化の動きのなかで、一九四二年のアメリカ法律協会 (American Law Institute) の「模範証拠法典 (Model Code of Evidence)」において、制定法化が試みられ、同法第三十一条は、

「第三〇六条に基づき、ある人が特定の機会に犯罪もしくは民事上の不法行為を犯した証拠は、その証拠がこのような犯罪もしくは不法行為を犯す性癖を証明するものとして、又は、一般的に犯罪もしくは不法行為を犯す性向を証明するものとしてのみ関連性があるにすぎないばあいには、他の機会に犯した犯罪もしくは民事上の不法行為を証明するための証拠として許容されない。」⁽⁴⁾

と、定めたのであった

ここでは、関連性のある証拠は、原則として、すべて許容されることとされたが、それによりもたらされる著しい時間の浪費、陪審への不当な偏見、争点の混乱、陪審の誤導や当事者への不公正な不意打といった危険性が証明力よりも大きいときには、証拠から排除されうるとして、余罪の証拠の許容性に関して、「悪性格の立証」の法理から、その許容性を否定している。もっともそれは、余罪の証拠による被告人の悪性格を立証することを禁じているにとどまり、余罪の証拠をそれ以外の目的の立証に使ってよいかは明文上明らかではない。⁽⁵⁾

しかし、一九五三年の統一州法委員全国会議 (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) およびアメリカ法律家協会 (American Bar Association) による「統一証拠規則 (Uniform Rules of Evidence)」第五五条は、「第四七条に基づき、ある特定の機会に犯した犯罪ないし民事上の不法行為の証拠は、被告人が別の機会に別の犯罪や民事上の

不法な行爲を行なったということを推論する基礎として、犯罪や民事上の不法行爲を犯す性向を証明するためには許容されない。ただし、第四五条および第四八条によって、このような証拠は、錯誤もしくは偶然でないこと、動機、故意、準備、計画、認識、同一性などに関するその他の重要な事実を証明する関連性を有するときには許容される⁽⁶⁾。」

と規定して、余罪の証拠による「悪性格の立証」禁止の原則を受継ぐとともに、模範証拠法典では明文化されなかったそれ以外の一定の目的のための余罪立証の許容性を明定した⁽⁷⁾。

ただこれらの立法提案が、いわゆる「証拠法」立法化の動きのなかで、現実に制定法として採用されるのにはなお時間を要したのであった⁽⁸⁾。

すでに述べたように、連邦の法域では、一九七五年に「連邦証拠規則 (Federal Rules of Evidence)」が制定され、余罪の証拠による立証について明定した。

その第四〇四条(a)項は、性格が犯罪構成要件となっている場合を除いて、「性格」証拠を原則的に情況証拠として用いることを禁じるとともに、同条(b)項において、余罪の証拠による被告人の悪性格の立証を原則として認めないこととする一方、例外的に、その他の目的、例えば、動機、機会、意図、準備、計画、知識、同一性、または錯誤の欠如もしくは偶然的事故の不存在などの立証のためには余罪の証拠を用いることができると規定したのであった。

- (1) 1 WIGMORE, EVIDENCE, 192-194 (3d ed., 1940); WIGMORE, A STUDENTS' TEXT BOOK OF THE LAW OF EVIDENCE 88 (1935); 1 WHARTON, CRIMINAL EVIDENCE 232-248 (12th ed. 1955); Stone, The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: America, 51 HARV. L. REV. 988, (1938); Slough & Knightly, Other Vices, Other Crimes, 41 IOWA L. REV. 325 (1956); Lacy, Evidence of Crimes Not Charged, 31 ORE. L. REV. 267 (1952); MCCORMICK, EVIDENCE 186 (2d ed., 1972). ヲノローマンは、時間の浪費をも理由に挙げている。

- (2) Stone, The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: America, 51 HARV. L. REV. 988, 1000 (1938).

- (3) People v. Molineux, 168 N.Y. 264, 61 N.E. 286 (1901)

- (4) AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL CODE OF EVIDENCE, 311 (1942). この規定を採用した裁判例として、Swann v. United States, 195 F. 2d 689, 690 (4th Cir. 1952) 参照。
- (5) Comment, AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL CODE OF EVIDENCE, 311 (1942).
同条のコメントでは、動機、意図、準備、計画、同一性の立証のために余罪の証拠の使用を禁じていない。
- (6) NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAW AND THE AMERICAN BAR ASSOCIATION, UNIFORM RULES OF EVIDENCE, 55 (1953).
- (7) Comment, NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAW AND THE AMERICAN BAR ASSOCIATION, UNIFORM RULES OF EVIDENCE, 55 (1953).
- (8) 安富潔「余罪の証拠—アメリカ合衆国連邦証拠規則第四〇四条(b)項制定経緯を中心として」慶應義塾創立一二五年記念論文集四一三、四一五頁以下。

3 許容法理と排除法理

余罪の証拠による「悪性格の立証」は許されないが、それ以外の一定の目的のための立証は許されるとする連邦証拠規則第四〇四条(b)項は、関連性のある証拠の一般的許容性を定めた第四〇二条に対する例外を定めた第四〇三条の証拠排除の原則に従って、性格証拠の許容性を制限した第四〇四条(a)項の性格の特徴に関する証拠のうち、あるものについて、(a)項のルールをさらに詳細にしたものであると位置づけられる⁽¹⁾。

連邦証拠規則第四〇二条は、

「合衆国憲法、連邦法、連邦規則および最高裁判所規則に別段の定めのない限り、およそ関連性のある証拠は許容される⁽²⁾。関連性のない証拠は許容されない。」

と関連性のある証拠の一般的許容性および関連性のない証拠の不許容性を定めるとともに、同規則第四〇三条は、「関連性を有する証拠であっても、証拠の証明力よりも、不当な偏見、争点の混乱、もしくは陪審の判断の誤導を招くおそれ

の方が実質的に大きく、または、手続きの著しい遅延、時間の浪費、もしくは重複証拠の不必要な提出という不利益を防ぐ必要の方が実質的に大きいときには、当該証拠を排除することができる。⁽³⁾

と定めている。

第四〇三条において、証拠排除が認められる理由をみてみると、陪審が被告人に不利益な推論をすることによって感情的な結論を導き出すのを防止するためという重大なものから、訴訟にかかる時間の浪費を防ぐという比較的軽微なものまでが含まれている。これらを大別すると、誤判のおそれの防止と、迅速な裁判の保障との二つの類型に区別できるといえよう。そして、同条は、さらに、証拠排除の判断にあたって、ある証拠につき、その証明力および証拠の必要性と、そのもたらす不利益との利益衡量によって決定するという立場をあきらかにしている。

ことに性格証拠は、不当な偏見を与える証拠の典型であることから、第四〇四条(b)項は、その許容性を原則として制限することとしたのであるが、性格証拠のひとつである余罪の証拠についても、それが被告人の有罪無罪の判断にあたって何らかの証明力を持つとしても、その提出によって、陪審が被告人に対して不当な偏見を抱く結果、公平な評決ができなくなるおそれがあると考えられるところから、同様に、原則として、性格立証のためには許容されないものとされたのである。余罪の証拠によって、陪審員が、被告人の「悪性格」を理由として処罰を求めることが十分に考えられることだからである。⁽⁴⁾

しかし、一方において、余罪の証拠による立証は、第四〇三条所定の不当な偏見、争点の混乱、もしくは陪審の判断の誤導を招くおそれを伴うとしても、手続きの著しい遅延、時間の浪費、もしくは重複証拠の不必要な提出という不利益を取り除くにはむしろ有用であるといえる。すなわち同一または類似の余罪、時間的、場所的、または計画、準備、陰謀などに関連性を有する余罪の立証は、一方で、被告人についての犯罪的性癖による訴因事実の推測的認定のおそれを伴うといえるが、他方で、訴因事実の立証にあたって、同一性の立証に役立ち、同時訴追・審理の場合に

は、訴追・審理の促進に有用で、重複立証を回避することができるといふ利点をもっているからである。その意味では、被告人の負担の軽減に寄与することになるといってよい。⁽⁵⁾

連邦証拠規則第四〇四条(b)項は、このような意味で、被告人の余罪の証拠についての許容性を認めないとする一方、被告人にとって必ずしも不利益とはならないと考えられるある一定の事由にあたる余罪の証拠の提出を認めているのである。

ところで、余罪の証拠による立証にあたっては、これまで二つの立場があることが指摘されてきている。⁽⁶⁾すなわち許容法理 (inclusionary rule) と排除法理 (exclusionary rule) によるアプローチである。

ストーンによれば、許容法理は、余罪の証拠が性癖以外に何らかの関連性を持つかという問題であり、排除法理は、余罪の証拠が排除法則の例外の範囲にあるかという問題であるという。⁽⁷⁾

許容法理は、伝統的に連邦での実務にみられたもので、被告人の犯罪的性癖を証明しようとするために余罪の立証をするのでなければ、公判での争点に関連性を有するかぎり、余罪の証拠はすべて許容されるというものである。⁽⁸⁾

これに対し、排除法理は、連邦以外の多くの法域でとられているもので、動機、機会、意図、準備、計画、知識又は同一性など特定の事実や立証事項の証明に関連する場合をのぞいて、およそ余罪の証拠は排除されるというものである。⁽⁹⁾

それでは判例においては、どのような立場がとられているのであろうか。

この問題に関する合衆国連邦最高裁判所の判例はないが、連邦の法域では、巡回控訴裁判所によって許容法理によるアプローチがとられていたといわれる。⁽¹⁰⁾

しかし、一九七八年の合衆国対ビーカム事件 (United States v. Beechum, 582 F. 2d 898 (5th Cir. 1978)) において、⁽¹¹⁾ 法廷意見は、連邦証拠規則第四〇四条(b)項の制定によって、それまでの許容法理によるアプローチはもはや維持さ

れなくなっているとのべ、これを否定する立場を採ったのであった。

もっとも、同年の合衆国対ロング事件（United States v. Long, 574 F. 2d 761, 766 (3d. Cir. 1978)）では、なお許容法理によるアプローチが採られており、連邦の法域での判例の動向は必ずしも明白なものであるとはいえないように思われる。

連邦証拠規則の規定上からは、第四〇四条（b）項第一文が許容法理を宣明していると解するのは困難ではないが、問題となるのは、同条（b）項第二文である。

同項第二文は、ある一定の目的のために余罪の証拠を許容することが「できる（may）」としているが、この文言は、立法提案によれば、最高裁判所の最終提案よりも許容性の点を強調するために修正されたとされ、許容法理によるアプローチへの接近が説かれているが、必ずしも最大限の許容性を認めたことになるのか明白ではなく、許容法理によるアプローチというよりも、むしろ、排除法理に従ったものにとらえられるのではないだろうか。⁽¹³⁾

ただ、排除法理に従ったものにとらえたとしても、第四〇四条（b）項第二文で例外的に許容されうる範囲については、そこにあげられた事由に限られるのか、それともそれ以外にも許容されうるのかは争点となりうるであらう。

ウィグモアは、（a）起訴された行為をしようとする特定の計画、動機ないし意図を証明するため、（b）起訴された行為が当該行為と不可分である場合にその起訴された行為を証明するため、（c）被告人が証人となった場合に、証人としての信用性を弾劾するため、という場合に余罪の証拠についての許容性を認めている。⁽¹⁴⁾ また、マッコミックは、（a）時間的・場所的に接近した出来事を立証することによって、事件の経過を解明するため（同一行為またはレス・ジェスティ）、（b）訴因事実についての継続的な計画、企図または共謀を立証するため、（c）被告人によって犯された極めて類似した手口を立証するため、（d）審理中の事件の関係者と違法な性的関係を結んだ心理状態を立証するため、（e）類似した行為や出来事によって、審理中の行為が不注意、偶然、無意識ないし有罪の認識なくな

されたものでないということを立証するため、(f) 動機を証明するため、(g) ある犯罪に要求されている害意、陰謀、悪意、その他特別の意図を立証するため、(h) 同一性の立証のため、(i) 被告人の犯罪行為の証拠が司法を妨害したり処罰を免れようとしているということを証明するため、(j) 被告人が証人となった場合その信用性を弾劾するために、余罪の証拠を用いることができるとしている⁽¹⁵⁾。

このように、学説は、余罪の許容される場合を広く解するものが一般で、連邦証拠規則第四〇四条(b)項についても例示列举ととらえている⁽¹⁶⁾。

判例をみてみると、合衆国対コックラン事件 (United States v. Cochran, 475 F. 2d 1080 (8th Cir.) cert. denied, 414 U.S. 833 (1973)) では、第八巡回控訴裁判所は、連邦証拠規則の準備草案 (Proposed Rules of Evidence for the United States District Courts and Magistrates (1971)) を引用し、余罪の証拠は第四〇四条(b)項第二文にあげられたもののうちのひとつに該当する場合にのみ証拠に許容されうるとの立場を明らかにした⁽¹⁷⁾。この判決は、例外的に許容されうる場合について、制限列举と解しており、厳格な排除法理のアプローチに従っているようにおもわれる。

これに対して、合衆国対ウッズ事件 (United States v. Woods, 484 F. 2d 127 (4th Cir. 1973)) では、マコーニックのあげた事由を引用して、余罪の証拠の許容される場合はかならずしも制限されるものではないとして、謀殺に関する罪体の立証について、余罪の証拠が許容されうるとしたほか、合衆国対ダンスカー事件 (United States v. Dansker, 537 F. 2d 40 (3d Cir. 1976)) では、贈収賄の事件で、被告人の関与形態の立証にあたって、横領の共犯という事実を余罪の証拠とすることができるとした。また、カーター対合衆国事件 (Carter v. United States, 549 F. 2d 77 (8th Cir. 1977)) では、レス・ジュスティーについて、余罪の証拠による立証を認めた。そして、合衆国対エメリイ事件 (United States v. Emery, 683 F. 2d 493 (5th Cir.), cert. denied, 103 S. Ct. 465, 74 L. Ed. 2d 615 (1982)) では、被告人の訴訟能力 (capacity) について銀行強盗の同種余罪を立証に用いてもよいとするなど、比較的ゆるやかに例外事由を認めてい

る。⁽²⁰⁾

ところで許容法理は、証拠の許容性を強調するので、この立場によれば、余罪の証拠は、その証明力が被告人の性格を立証するにとどまるという場合をのぞいて、広く許容されることになる。そして、それは、柔軟な法運用を可能とするので、裁判官は余罪の証拠が許容されうる一定の立証目的に制約されるものではなく、もし裁判官が訴因事実に関する犯罪構成要件要素の証明に余罪の証拠が関連性を有すると判断したときには、何らの条件を付すことなく証拠とすることができる。⁽²¹⁾

しかし、許容法理は、余罪の証拠の許容性を強調するので、被告人に対する不当な偏見のおそれについての配慮に、問題を残すことになってしまわないだろうか。⁽²²⁾

これに対して、排除法理は、余罪についての証拠提出を許容法理によるよりもより制約することになるので、被告人に対する不当な偏見のおそれという弊害をより少なくすることができよう。

しかし、排除法理では、例外的に余罪の証拠により立証が許される範囲がどこまでか必ずしも明瞭ではないし、例外事由に該るからといって自動的に許容性が認められると考えるべきものでもないといえよう。余罪の証拠から全く偏見を取り去ることはできないと思われるからである。

また、排除法理によれば、余罪の証拠により許容される立証範囲が限定されるので、証拠の許容性や立証活動の柔軟性に寄与することにはならないであろうが、許容法理によれば、余罪の証拠が性癖以外に何らかの関連性を持つかを検討することによって、余罪の証拠を事実認定に供し犯罪構成要件要素の証明を可能とすることになる。

合衆国対フェアチャイルド事件 (United States v. Fairchild, 526 F. 2d 185 (7th Cir. 1975) cert. denied, 425 U.S. 942 (1976)) では、偽造通貨行使のかどで起訴された被告人が、訴因に記載された犯行日のすぐあとに偽造通貨を所持していたという証言は排除されるべきであると主張したが、第七巡回控訴裁判所は、判決において被告人が偽造通貨を

所持していたことは、それを行使することができたし当該通貨の一部の流通が偶然や錯誤によるものではないということを経明しうるものであるとした。たんなる偶然や錯誤ではないということの証明は伝統的な例外の一つであると考えられるが、判決では、この場合、裁判所が、性癖の問題からまったく離れて、余罪の証拠がないばかりも訴因事実に関する犯罪構成要件要素の存在をより強く証明しうると思えられるならば、その余罪の証拠は許容されるべきであると判示している。⁽²³⁾

ところで、許容法理によるアプローチにせよ、排除法理によるアプローチにせよ、第四〇四条(b)項による余罪の証拠についての許容性判断は、陪審がその証拠を審理することができるかどうかを決定するにあたっての一つの予備的な判断である。したがって、通常の関連性のある証拠の場合と同様に、余罪の証拠についても、第四〇三条に定める基準に従って、その許容性が判断されなければならない。

第四〇三条は、一般に、被告人に対する偏見による陪審の不公正な判断をさけることを目的としている規定で、第四〇四条(b)項は、その特別な場合として、関連性を有する余罪の証拠が、訴因事実の立証にあたって、単に被告人の性癖を示しているにすぎない場合をのぞいて許容されうるということを明らかにしているといつてよいであろう。このように、第四〇三条と第四〇四条との関係を考えるとき、余罪の証拠の許容性に関する判断は、二段階の手続でなされるべきであるとの主張が考えられる。⁽²⁴⁾

すなわち、関連性の判断は、通常、第四〇三条に定めるところの基準に従ってなされればよいが、余罪の証拠については、被告人に対する不当な偏見をさける意味において、まず、その余罪の証拠が、第四〇四条(b)項所定の被告人の犯罪的性癖のみを証明するものではなく一定の目的の立証のために証明力を有しているかを判断し、そのうえで第四〇三条に定める基準にてらして、被告人に対する不当な偏見がないかを判断するという二段階の手続による関連性判断がなされるべきであるというものである。

合衆国対カーチス事件 (United States v. Curtis, 520 F. 2d 1300 (1st Cir. 1975)) において、裁判所は、余罪の証拠について、「連邦証拠規則第四〇四条(b)項所定の当該証拠の証明力および連邦証拠規則第四〇三条の被告人に対する不当な偏見という危険性について判断しなければならない。」と判示し、この原則を宣明している。⁽²⁶⁾

すでに、合衆国対コックラン事件 (United States v. Cochran, 475 F. 2d 1080 (8th Cir. 1973)) において、裁判所は、証明力に対する偏見の比較衡量の必要性を尊重する観点から、当該証拠が列挙された例外事由のひとつにあたるかどうかをまず判断すべきで、そのうえで、何らかの事由にあたるとした場合、証明力が偏見をうわまわっているかどうかを裁量的に判断すべきとしていた。判旨によれば、「この比較衡量による方法を適用するにあたって、事実審裁判所は、余罪の証拠が許容される例外に該当するかをまず判断することで絞りがかけられずいぶん救われている。」と述べている。⁽²⁷⁾

しかし、この判決では、第四〇三条による証明力と不当な偏見との比較衡量は、裁量的なものとされていた。そこで、第四〇三条による比較衡量を積極的に考慮しないものもあった。

合衆国対マーチルドン事件 (United States v. Marchildon, 519 F. 2d 337 (8th Cir. 1975)) では、麻薬の不法所持罪での起訴について、被告人の住居からさらに麻薬が発見されたという事実を余罪の証拠として許容することを上訴裁判所は認めたものであったが、判決では、その余罪の証拠は被告人の意図を判断するために陪審に提出されたもので、規則によって承認された例外のひとつに該当するのであるから、許容されるべきであるとしている。ここでは、余罪の証拠が、例外事由にあたるから許容されるとしているだけで、その証拠の許容性が被告人に不当な偏見を与えるおそれがあるかどうかを検討すべきかについてはなにもふれられてはいない。⁽²⁸⁾

このことは、第四〇三条による証明力と不当な偏見との比較衡量を否定する趣旨であるとはいえないであろうが、第四〇三条による比較衡量を裁量的なものでよいとすれば、排除法理に従った場合、余罪の証拠が「例外」のひとつ

に該当することを理由に、裁判官が、比較衡量を行なわなくてもそれで充分であると考えて、不当な偏見の可能性をそれほど考慮しないということがありうるであろう。

しかし、このような立場はあきらかに被告人に不利益である。むしろ、その意味では、許容法理によるほうが、第四〇三条による比較衡量を必要的とする点で被告人の権利の保護と同時に余罪の証拠の最大限の許容性を確保することに有用であるといえるであろう。

翻って検討してみると、排除法理は、許容される例外に該当するからといって、つねに証明力に対する不当な偏見を衡量しないでよいとするものでももちろんない。

合衆国対コンレイ事件 (United States v. Conley, 523 F. 2d 650 (8th Cir. 1975), cert. denied, 424 U.S. 920 (1976)) において、第八巡回控訴裁判所は、「1、余罪の証拠の許容性が争点となり、2、当該証拠がその争点と関連性を有するとき、3、その証拠が明白かつ高度の蓋然性をそなえたものである場合には、……4、証拠の証明力がありうべき偏見をうわまわっているかどうか」を判断する明白な義務が裁判所に存するとのべ、排除法理の適用にあたって比較衡量の義務を明言したのである。⁽⁸³⁾

このことは、余罪の証拠の許容性判断の権限は、陪審でなく裁判官に属するとの立場を支持するものといえよう。事実審裁判所は、陪審に対する偏見を最小限にとどめる一方、陪審が関連性を有する証拠を受理することを認める裁量的権限を行使しうるとの考えかたが、合衆国対ジャクソン事件 (United States v. Jackson, 407 F. Supp. 938 (E.D.N.Y. 1975)) において示された。⁽⁸⁴⁾ この立場は、その後の合衆国対ダンスカー事件 (United States v. Dansker, 537 F. 2d 40 (3d Cir. 1976)) においてもとられ、事実審裁判所は、被告人を不当な偏見から保護するとともに証明力を有する余罪の証拠を陪審が受理することを認める裁量的権限を行使しうるとのべられている。

(1) WEINSTEIN & BERGER, 2 WEINSTEIN'S EVIDENCE 404-45 (1981); Symposium, The Federal Rules of Evidence: Rule 404(b)

Other Crimes Evidence: The Need for a Two-Step Analysis, 71 NW. U. L. Rev. 635 (1977).

- (2) FED. R. EVID. 402.
- (3) FED. R. EVID. 403. なお、本条は、「不意打 (surprise)」の証拠を禁止していないが、それは手続法上の問題として処理される。REDDEN & SALTZBURG, FEDERAL RULES OF EVIDENCE MANUAL, 70 (1975).
- (4) 合衆国対モーション事件 (United States v. Moccia, 681 F. 2d 61, 63 (1st Cir. 1982)) では、陪審は、起訴されている以外の事実について有罪と考え、それゆえ訴因事実もまた有罪と推論するという危険性や、証拠の証明力よりも被告人は悪い人間だから処罰されるべきだというもののほうがまさっているということから生ずる不利益効果に基づいて「性癖の法理」が考えられているといふ。
- (5) 渥美東洋「うわゆる余罪の二重危険禁止の原則」比較法雑誌一七巻四号一、一六頁。
- (6) WEINSTEIN, supra note 1, 404-46; Symposium, supra note 1, 636; WRIGHT, MILLER, COOPER & GRESSMAN, 4 FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE 471 (1981).
- (7) Stone, The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: America, 51 HARV. L. REV. 988, 1005 (1938).
- (8) See, United States v. Goichman, 547 F. 2d 778, 782 n. 1 (3d Cir. 1976); Comment, Other Crimes Evidence At Trial: Of Balancing and Other Matters, 70 YALE L. J. 763, 767 (1961); Stone, supra note 7 1005.
- (9) WEINSTEIN, supra note 1, 404-46.
- (10) WEINSTEIN, supra note 1, 404-47; WIGMORE, CODE OF EVIDENCE, 81 (3d. 1942).
- (11) United States v. Deaton, 381 F. 2d 114, 117 (2d Cir. 1967); United States v. Broadway, 477 F. 2d 991 (5th Cir. 1973); see, United States v. Czarniecki, 552 F. 2d 698, 702 (6th Cir.), cert. denied, 431 U.S. 939, 97 S. Ct. 2652, 53 L. Ed. 257 (1977); United States v. Long, 574 F. 2d 761, 766 (3d Cir. 1978).
- (12) H.R. REP. NO. 650, 93d Cong., 1st Sess. (1973).
- (13) WEINSTEIN, supra note 1, 404-47.
- (14) WIGMORE, A STUDENTS' TEXTBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE, 89 (1935).
- (15) McORMICK, EVIDENCE, 190 (1972).
- (16) 第四〇四条第二文が、「たとえば (such as)」という文言を用いているのは、例示列挙説の立場を根拠づけるひとつといえ

- 46° 1 WIGMORE, EVIDENCE, 13 (3d ed., 1940); McMcMORICK, supra note 15, 190; WEINSTEIN, supra note 1, 404-48; WRIGHT, supra note 6, 473; LEMPERT & SALTZBURG A MODERN APPROACH TO EVIDENCE, 224 (1982).
- (17) やりば、動機、意図、偶然または自己の不存在、共通する計画または企図、同一性の五つがあげられる。United States v. Cochran, 475 F. 2d 1080, 1082 (8th Cir.) cert. denied, 414 U.S. 833 (1973).
- (81) McMcMORICK, supra note 15, 190.
- (91) United States v. Woods, 484 F. 2d 127, 134 (4th Cir. 1973).
- (92) See, ROTHSTEIN, RULES OF EVIDENCE FOR THE UNITED STATES COURTS AND MAGISTRATES 81 (2d ed. 1979).
- (12) Symposium, supra note 1, 637.
- (22) United States v. Long, 574 F. 2d 761, 766 (3d Cir. 1978); Symposium, supra note 1, 640; WEINSTEIN, supra note 1, 404-47.
- (23) United States v. Fairchild, 526 F. 2d 185, 188 (7th Cir. 1975) cert. denied, 425 U.S. 942 (1976).
- (24) Symposium, supra note 1, 640; WRIGHT, supra note 6, 475.
- (52) United States v. Curtis, 520 F. 2d 1300, 1303 (1th Cir. 1975).
- (92) United States v. Cochran, 475 F. 2d 1080, 1082 (8th Cir.) cert. denied, 414 U.S. 833 (1973); see, United States v. Goeke, 507 F. 2d 820, (8th Cir. 1974) cert. denied, 420 U.S. 979 (1975).
- (27) それは、不当な偏見があるとの理由で許容性が否定されるべきである。Symposium, supra note 1, 641, n. 33.
- (82) United States v. Conley, 523 F. 2d 650, 653 (8th Cir. 1975) cert. denied, 424 U.S. 920 (1976).
- (92) United States v. Jackson, 475 F. Supp. 938, 945 (E.D.N.Y. 1975).

4 余罪の証拠に関する証明の程度

余罪の証拠についてそれが許容されとした場合、その証明の程度が問題となる。
 一般に、合衆国においては、証明の程度について、「証拠の優越 (preponderance of the evidence)」、¹⁷「明白かつ確信的

証明 (clear and convincing evidence)」、⁽¹⁾「明白かつ明確・確信的証明 (clear, unequivocal and convincing evidence)」⁽¹⁾、「合理的な疑いを越えた証明 (proof beyond a reasonable doubt)」の四つのものが考えられている。

刑事事件において、被告人の罪責の認定は「合理的な疑いを越えた証明」が必要とされているが、それでは、余罪の証拠についての証明の程度は、いかなる程度が要求されるのであろうか。

第六、七、八巡回控訴裁判所においては、⁽²⁾「明白かつ確信的証明」の基準が採用されている。⁽²⁾第五巡回控訴裁判所では、合衆国対ブロードウェイ事件 (United States v. Broadway, 477 F. 2d 991 (5th Cir. 1973)) においてこの基準が採用されていたのであるが、⁽³⁾一九七八年、合衆国対ビーカム事件 (United States v. Beechum, 582 F. 2d 898, (5th Cir. 1978)) が、この基準はあまりにも厳格であるとして、「証拠の優越」の程度でたりのことを明らかにした。合衆国対ビーカム事件の法廷意見が述べたところによれば、「明白かつ確信的証明」という基準は、連邦証拠規則第四〇四条(b)項の施行によって、もはや維持しえないのであって、「裁判官は、被告人の犯した余罪について、『合理的な疑いを超える』確信によって有罪としなければならないというのでもなければ、余罪について、政府に『明白かつ確信的証明』を求める必要もない。余罪の証拠についての許容性は、連邦証拠規則第一〇四条(b)項に定めるところに従って判断さればよいのである。」⁽⁴⁾としている。

この「明白かつ確信的証明」は、「証拠の優越」と比べるとより高度な蓋然性の程度が証明において要求されるものである。

この立場は、余罪の証拠による立証が罪責についての直接的判断ではないので「合理的な疑いを越えた」証明まで必要とはしないが、たとえ連邦証拠規則第四〇三条、第四〇四条によって余罪の証拠による立証を制限したとしても、事実上余罪事実の存否が問題となるのであるから、被告人の保護の観点から、「証拠の優越」ではたりないと考えられるものであるといえよう。⁽⁵⁾

ところで、多くの裁判所では「明白かつ確信的証明」の基準が採用されているといつてよいであろうが、この基準によらない裁判所もある。

第二巡回控訴裁判所は、合衆国対レオナルド事件 (United States v. Leonard, 524 F. 2d 1076, 1090-1091 (2d Cir. 1975) cert. denied, 425 U.S. 958, 96 S.Ct. 1737, 48 L. Ed. 2d 202 (1976)) において、類似行為の証拠について、証拠の優越による証明でたりとした⁽⁹⁾。

また、第九巡回控訴裁判所のなかには、「明白かつ確信的証明」ではたりず、「合理的な疑いを超える」証明を要求しているものもある。⁽⁷⁾

思うに、余罪の証拠による立証が許容される場合において、その関連性は必ずしもつねに同じであるわけではない。その意味において、余罪の証拠による立証の証明の程度は、厳格な基準を設けることになじまないものではないだろう。すなわち、余罪の証拠について、それほど不当な偏見があるとはいえずむしろより高度の証明力がある場合は、証明の程度は「証拠の優越」でたりるといってよいし、逆に、当該証拠が高度の偏見を備えているような場合には、裁判所は、高い程度の証明を求めるべきであり「明白かつ確信的証明」を必要とするといえよう。⁽⁸⁾

(1) J.B. WEXSTEIN, J.H. MASFIELD, N. ABRAMS & M.A. BERGER, EVIDENCE 1095 (1983)

(2) Manning v. Rose, 507 F. 2d 889, 892 (6th Cir. 1974); United States v. Dollie, 597 F. 2d 102, 106-107 (7th Cir. 1979); United States v. McPartlin, 595 F. 2d 1321, 1344 (7th Cir. 1979); United States v. O'Brien, 618 F. 2d 1234 (7th Cir.), cert. denied, 449 U.S. 858, 101 S. Ct. 157, 66 L. Ed. 2d 73 (1980); United States v. Moschiano, 695 F. 2d 236, 245 n. 14 (7th Cir. 1982); United States v. Wormick, 709 F. 2d 454 (7th Cir. 1983); United States v. Clemmons, 503 F. 2d 486, 490 (8th Cir. 1974); United States v. Oliver, 525 F. 2d 731, 739-740 (8th Cir. 1975); United States v. Calvert, 523 F. 2d 895, 906 (8th Cir. 1975); United States v. Bowman, 602 F. 2d 100 (8th Cir. 1979); United States v. Frederickson, 601 F. 2d 1358 (8th Cir. 1979); United States v. Engleman, 648 F. 2d 472 (8th Cir. 1981); United States v. Marshall,

683 F. 2d 1212 (8th Cir. 1982); *United States v. Evans*, 697 F. 2d 240, 249 (8th Cir.), cert. denied, 103 S. Ct. 1779, 76 L. Ed. 2d 350 (1983); *United States v. Wilford*, 710 F. 2d 439 (8th Cir. 1983).

(c) *United States v. Beechum*, 582 F. 2d 898, 910 (5th Cir. 1978).

(4) 合衆国対ノロー・ウィー事件 (*United States v. Broadway*, 477 F. 2d 991, 995 (5th Cir. 1973)) は、余罪の証拠に関する客観的犯罪構成要素のそれぞれが明瞭 (plain) 明白 (clear) として決定的 (conclusive) な証拠によって立証されなければならなかった。

しかし、その後の判例 (*United States v. San Martin*, 505 F. 2d 918, 921 (5th Cir. 1974)) は、「決定的」という表現にかえて「確信的 (convincing)」という語を使った。¹⁾

第一巡回控訴裁判所も同様を思われた。²⁾ *United States v. Edwards*, 696 F. 2d 1277, 1280 (11th Cir. 1983).

(5) *21 Wright & Graham, Federal Practice and Procedure: Evidence* § 5054 at 269 (1977) 例々³⁾ 証拠排除の審理と⁴⁾ 事実認定は⁵⁾ 「証拠の優越 (preponderance of evidence)」⁶⁾ であるという⁷⁾ *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164, 177 n. 14, 94 S. Ct. 988, 966, 39 L. Ed. 2d 242 (1974); *Lego v. Twomey*, 404 U.S. 477, 92 S. Ct. 619, 30 L. Ed. 2d 618 (1972).

(6) *United States v. Kahan*, 572 F. 2d 923, 932 (2d Cir. 1978).

(7) *United States v. Testa*, 548 F. 2d 847, 851 n. 1 (9th Cir. 1977); 44⁸⁾ *United States v. Herrera-Medina*, 609 F. 2d 376 (9th Cir. 1979), *United States v. Moore*, 580 F. 2d 360 (9th Cir. 1978) は、「明白な確信的」証明の基準によるという⁹⁾。

(8) 合理的な疑いを超える証明は必要ない¹⁰⁾と考える。何故なら、余罪の証明は罪責の証明ではないし、陪審のもつ事実認定権限を犯すことにもなるからである。

5 おわりに

アメリカ合衆国における連邦の法域での余罪の証拠による立証について、連邦証拠規則第四〇四条(b)項をめぐるいくつかの問題点を検討してきた。

連邦証拠規則第四〇四条(b)項は、原則的に、いわゆる「悪性格の立証」として余罪の証拠による立証を禁じる一方、例外的に、ある一定の目的の立証のためにそれを許容しようというものである。

このルールについては、すでにのべたように、余罪の証拠の幅広い許容性を肯定するという許容法理と、その許容性のある範囲に限定しようとする排除法理と、ふたつの立場からのアプローチがなされてきた。

許容法理は、余罪の証拠による立証の範囲を広げることになり、柔軟な立証を可能とするが、証拠の許容性を強調する結果、被告人に対する不当な偏見のおそれへの配慮によっては欠けることになる。一方、排除法理は、余罪の証拠による立証を一定の範囲に限定することによって、被告人の防御権の保障にはすぐれているといえるが、その許容範囲如何によつては必ずしも被告人に利益となるとは限らない。あまりその範囲を広げると、許容法理とさほど変らなくなり、排除法理のもつ意義を失わせることになってしまうであろう。

思うに、弾劾主義ことに被告人の防御権の保障という観点からは、排除法理がとられるべきであろう。

もっともその場合、排除法理は、規則に定められた事由について形式的にあてはめればよいというものではないと考えられる。余罪の証拠による立証について、陪審への不当な偏見がまったくないということはありえないであろう。そこで、問題は、余罪の証拠のもつ被告人に対する不当な偏見という弊害を如何にとりのぞくかにあるといつてよい。かくて第四〇三条による比較衡量がなされるべきであるということになる。

合衆国における連邦の判例について、その動向をみてみると、一般に、排除法理を採用しているといつてよいように思われる。しかし、排除法理の適用に際しては、規則に定められた事由に限るのではなく、余罪の証拠による立証の許される範囲を比較的ゆるやかに解しているといえよう。合衆国対ウッズ事件 (United States v. Woods, 484 F. 2d 127 (4th Cir. 1973)) では、罪体の立証に関して余罪の証拠が許容されるとされ、また、合衆国対ダンスカー事件 (United States v. Dansker, 537 F. 2d 40 (3d Cir. 1976)) では、贈収賄の事件で、被告人の関与形態の立証にあたって、横領の

共犯という事実を余罪の証拠とすることができるとされた。厳格な排除法理によるアプローチによれば、このような証明はこれまで認められてきた余罪の証拠によって立証が許される例外的な場合の一つではないので、証拠から排除されることになってしまふであろう。その意味で判例の焦点は、余罪の証拠による立証の許される範囲はどこまでか、その許容限界の設定にあるといつてよいであろう。

さらに、問題は、余罪の証拠による立証が許されるとした場合、余罪の証拠の証明の程度はどのようなものでなければならぬかということにもある。

第四〇四条によつて許容される余罪の証拠については、罪責の認定とは異なるものであるので、その証明の程度は必ずしも「合理的な疑いを超える」証明である必要はないと考えられるが、余罪の証拠の性質に鑑みれば、「証拠の優越」の程度であつてはたりず、相当高度な蓋然性の程度の証明が要求されよう。

こうした考え方が、連邦の判例によつて明らかにされているところであつて、余罪の証拠の証明の程度について「明白かつ確信的証明」の程度が要求されているのである。

本稿においては、連邦証拠規則第四〇四条(b)項について、判例の動向を中心に検討してきたが、州の法域については論ずることができなかった。いうまでもなく連邦の法域と州の法域とは犯罪構成要件が異なるのであつて、それぞれの犯罪の性質によつて立証方法もまたちがってくることを考えると、さらに州の法域での運用についても検討が加えられなければならない。すなわち、州の犯罪は、主として個人の法益に対する罪が多く、その立証は、被害者の証言でかなり賄われるが、連邦の犯罪はいわば国家・社会の法益に対する罪であつて、被害者の証言では充分に立証できず、連邦捜査局の証拠収集に頼らなければならないといったことから、余罪の証拠の立証上における機能が同じではないともいえるのではないだろうか。そうだとすると、州の法域においてはまた違った余罪の証拠による立証の問題があるといえよう。この点の検討は、稿をあらためて論じることとした。