

Title	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
Sub Title	
Author	安富, 潔(Yasutomi, Kiyoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	1983
Jtitle	慶應義塾創立一二五周年記念論文集：法学部法律学関係 (1983. 10) ,p.413- 434
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000001-0413">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000001-0413</a>

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.

## 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—

安富 潔

- 一 はじめに
- 二 連邦証拠規則第四〇四条(b)項制定前の状況
- 三 連邦証拠規則第四〇四条(b)項制定の経緯
- 四 検討

### 一 はじめに

刑事訴訟において、検察官は、訴因事実を立証するために、被告人は犯罪を犯すような悪性格の持ち主であり、それゆえ本件犯罪も犯したにちがいないという証明をすることが許されるかは、英米法でいわゆる「悪性格の立証」の問題として古くから論じられてきた問題である。<sup>(1)</sup>

アメリカ合衆国においても、伝統的ルールとして、「悪性格の立証」は排除されてきた。それは、被告人側の立証に先立って、検察官は被告人の悪性格を示す証拠を公判廷に提出できないというルールである。したがって、被告人側から被告人の善性格を立証するのはさしつかえないし、被告人側でこのような善性格の立証がなされたばあ

い、検察官はその善性格の主張を反対尋問または新たな立証で悪性格の証拠を提出して反駁することは許される。<sup>(2)</sup>

このような伝統的ルールはどのような理由から認められてきたのか、ウィグモア (John H. Wigmore) は、第一に、訴因事実との関連性は認められるとしても陪審に対して不当な偏見を与え事実認定を誤らせるおそれがある、第二に、悪性格の証拠の提出を認めると被告人に十分な防禦の機会を与えず不当な不意打をくわせることになる、第三に、このような証拠の提出が認められると審理の争点を混乱させる結果となる、とのべている。<sup>(3)</sup>

ことに、被告人が訴因事実以外に犯罪を犯しているという証拠、すなわち余罪の証拠によって、被告人の性格が証明されるようなばあいには、被告人は余罪を犯しているがゆえに訴因事実も犯しているにちがいないとの陪審に対する不当な偏見を与える危険性はもっとも高いものといえる。そこで、余罪の証拠による被告人の悪性格の立証も右のルールが適用される一つのばあいとして排除されることになる。<sup>(4)</sup>

しかし、このような証拠であっても、立証事項との関係では許容されることがある。証拠は、実質的に関連性を有するかぎり、ある目的のためには許容されなくても、他の目的のためには許容されうることがありうる。いわゆる多元的許容性の法理 (Multiple Admissibility) が働くのである。<sup>(5)</sup>

このようなルールは、合衆国において、連邦の法域では、一九七五年の「連邦証拠規則」(Federal Rules of Evidence)<sup>(6)</sup>で立法化され、運用されている。そこで、本稿は、その立法経過をたどり、余罪の証拠の問題についてのアメリカ法の一断面をさぐることにしたい。

(1) 最近のわが国のもので、庭山英雄「千葉大チフス菌事件と悪性格証拠」井上正治博士還暦祝賀「刑事法学の諸相」(七)、一三二頁(一九八一)。

(2) McCormick, EVIDENCE § 190 (2d ed., 1972); 1 WIGMORE, EVIDENCE §§ 55, 57 (3d ed., 1940); 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. (一九八二)。

325 (1956) : Symposium—The Federal Rules of Evidence, 71 Nw. U. L. Rev. 634 (1977).

(c) Wigmore, supra note 2 § 199; McCormick, supra note 2 § 186 注 他<sup>1)</sup> 時間の浪費をあげ<sup>2)</sup>。

(4) Wigmore, supra note 2 § 190.

(e) Wigmore, supra note 2 § 13; see, McCormick, supra note 2 § 190 では、①事件の全体、②計画、企図、共謀、③類似事件、④性的関係の心理状態、⑤偶然又は過失の不存在、⑥動機、⑦主観的違法要素、⑧同一性、⑨司法妨害罪の自認、⑩証人の弾劾の立証を例外として、<sup>3)</sup>。

(e) Federal Rules of Evidence, P.L. 93-595.

## 二 連邦証拠規則第四〇四条(b)項制定前の状況

余罪の証拠は、いわゆる被告人の悪性格を立証するためには許容されないが、ある一定の目的の立証のためには許容されるというのが合衆国の伝統的なルールである。

このルールは、判例の発展により形成されてきたものであるが、一九三〇年代になって、それまで錯雑した状態にあった諸法則を単純化・合理化しようとの意図のもとに提案された「証拠法」立法化の動きのなかで、他のルール同様とりあげられたのであった。

一九四二年に発表されたアメリカ法律協会 (American Law Institute) の模範証拠法典<sup>(2)</sup> (Model Code of Evidence)

第三一一条は、

「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癖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。」

としてゐる。

この模範証拠法典でとられている考え方は、関連性のある証拠は原則としてすべて許容されるものとするが、たゞ、関連性のある証拠を許容すること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当な不意打といった危険性が証拠価値よりも大きいときには、裁判官の裁量により証拠から排除されうる(第三〇三条)のであって、悪性格の証拠も排除されうる一つの典型である(第三〇六条)との前提で、余罪の証拠を被告人の悪性格を立証するための証拠から排除するというものである。

模範証拠法典の主報告者であるハーバード大学教授モーガン (Edmund M. Morgan) は、「ある人が、ある一つの犯罪を犯したという証拠の証拠価値は、彼が一般的に犯罪を犯しやすいという傾向を証明しようとする証拠としてはわずかの価値しかないということは明白である。そして、ある特定の犯罪を犯したという証拠は、その種の犯罪をくりかえし犯すということを証明するばあいにかんがりの価値を有しているとはいへ、被告人の傾向を示す他の証拠が排除されるべきであるとするのなら、この傾向を示す情況証拠も同じような取扱いをうけるべきであるということもまた明白である。」<sup>(3)</sup>と説明する。

この、模範証拠法典では、余罪の証拠による悪性格の傾向を立証することは禁じているが、余罪の証拠をそれ以外の目的に使用してよいかは明文上明らかにされていない。しかし、同条に付されたコメントでは、動機、意図、準備、計画又は同一性の証明のために余罪の証拠が許容されるのを否定してはいない、<sup>(4)</sup>モーガンも本条は余罪の証拠が性向の証明以外に関連性を有し許容されるばあいを否定するものではないとの見解にたつて、行為者の同一性、違法な行為をなしうる能力、動機、意図、企画もしくは計画、違法の認識、事件が同時に起つたものでないこと、偶然もしくは錯誤を証明するばあい又は訴追された違法行為の一部もしくはその準備を証明するばあい又は違

法でない行為もしくは法的に非難されない生活であるとの主張を否定するばあいがあるとして<sup>(5)</sup>。

これに対して、一九五三年に公表された統一州法委員全国会議(National Conference of Commissioners on Uniform States Laws)およびアメリカ法律家協会(American Bar Association)の統一証拠規則<sup>(6)</sup>(Uniform Rules of Evidence)第五十五条では、

「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為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為を犯す傾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実体的事実を証明する関連性を有するときには許容される。」  
としている。

ここで明らかのように、統一証拠規則では、模範証拠法典で採用された余罪の証拠による悪性格の立証排除の原則をここでもとりいれるとともに、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に余罪の証拠による立証を許すことを明定した。

統一証拠規則第五五条は、模範証拠法典第三一一条をより明確にしたものと性格づけられようが、たゞ、同条のコメントもいうように、本条で許容される例外的事由をあげたのは、それが全てであるかは議論の余地が残されているし、むしろ例示列挙されたものと解するのが相当であらう。<sup>(7)</sup>

このように「証拠法」立法化への動きのなかで余罪の証拠に関するルールも明文化される努力が払われたが、それらは、「モデル」であったので制定法として機能するためには各法域での承認が必要であった。しかし、残念な

ことに連邦の法域では、これら「モデル」法典を制定法として採用するにいたらなかった。

- (1) Stone, *The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: America*, 51 *Harv. L. Rev.* 988, 993 (1938).
- (2) *AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL CODE OF EVIDENCE* (1942).
- (3) *MORGAN, BASIC PROBLEM OF EVIDENCE*, 189 (1954).
- (4) *ALI, MODEL CODE OF EVIDENCE § 311, Comment* (1942).
- (5) *MORGAN*, *supra* note 3 at 189.
- (6) *NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS AND THE AMERICAN BAR ASSOCIATION, UNIFORM RULES OF EVIDENCE* (1953).
- (7) *Id.* § 55, *Comment* (1953).

### 三 連邦証拠規則第四〇四条(b)項制定の経緯

#### (一) 「連邦証拠規則」制定の経緯

証拠法則について統一的証拠法規がなく複雑で不安定な状況にあった連邦法域では、早くから統一された明確な「証拠法」の立法化の必要性が説かれていたもの<sup>(1)</sup>、やっと一九六〇年代になって、合衆国最高裁判所規則制定の動きとなって結実したのであった。<sup>(2)</sup>

一九六一年三月一三・一四日に開かれた連邦司法会同 (Judicial Conference of the United States) において、訴訟法規および手続きに関する規則常任委員会 (Standing Committee on Rules of Practice and Procedure) からの「証拠規則」制定の提案を承認、最高裁判官アール・ウォレン (Earl Warren) に対し、証拠規則制定の可否について審議答申する諮問委員会 (Advisory Committee on Rules of Evidence) を設置する権限を付与した。これにもとづき、ウォレン長官は、同年五月一七日、イェール大学教授ムーア (James William Moore) を委員長とする連邦裁判所統

一 証拠規則制定に関する特別委員会 (Special Committee to report on the advisability and feasibility of a system of Uniform Rules of Evidence in the Federal Courts) を設け、<sup>(3)</sup> ジョージア大学教授グリーン (Thomas F. Green, Jr.) を報告者に任命した。

同委員会は、グリーン<sup>(3)</sup>の報告を中心に検討した結果、同年二月一日、

「1、連邦裁判所で適用される証拠規則は改正されるべきであり、

2、全ての連邦裁判所に統一した証拠規則の制定は望ましくあり実現可能である。」<sup>(4)</sup>  
との答申を全員一致で行なった。

この答申は、グリーン<sup>(3)</sup>の報告書とともに意見聴取のため各方面に配布され、いろいろと寄せられた意見を検討したうえで、一九六三年三月常任委員会および司法会同において承認された。

そこで、ウォーレン長官は、さっそく具体的立案作業に入るために諮問委員会委員および報告者を任命する手続に移った。一九六五年三月八日、イリノイ州法律家協会のジェンナー (Albert E. Jenner)<sup>(6)</sup> を委員長に一五名の委員とイリノイ大学教授クレアリー (Edward W. Cleary) を報告者として諮問委員会が設置され、同年六月一八日から一九六八年二月一四日までの間約三年六カ月にわたり集中的に審議を重ねた結果、全条文についての諮問委員会での承認をへて予備草案が作成され、翌一九六九年一月三〇日、この案は常任委員会へ提出された。

同年三月三十一日、常任委員会はこの予備草案を裁判所をはじめとする関係各方面へ回布し、ひろく意見を求めたのであった。その結果、多くの意見や提案が寄せられたので、再び諮問委員会は、一九七〇年五月および八月、通算一〇日をこえる検討委員会を二度開催し、多くの修正を施したうえ修正案を作成した。この修正案は、同年一月に開かれた常任委員会の承認をえて、同案は公布されるべきであるとの勧告が付されて最高裁へ提出されたが、



最高裁の態度は慎重で、さらに意見聴取を図るために司法会同へ差し戻したのであった。

これをうけた常任委員会は、一九七一年三月十五日、修正案の回布を行なった。これに対しては、司法省をはじめとして識者や諸機関から多数の意見・提案がよせられた。諮問委員会および常任委員会は、それらを検討のうえさらに修正を加え、一九七一年一〇月、最終案を作成、司法会同の承認をえて、再度、最高裁へ同案の公布を提案した。

こうして一九七二年一月二〇日、最高裁長官ウォーレン・バーガー (Warren Berger) は、一九七三年七月一日を発効日として右の案を最高裁規則原案としての「連邦証拠規則」として公布し、翌一九七三年二月五日、一六八頁からなる右原案および諮問委員会の理由書を議会に提出した。

バーガー長官から最高裁規則原案の提出をうけた議会は、一九七三年二月七日、まずハンゲイト (William L. Hungate) を委員長とする下院司法委員会刑事司法小委員会 (Subcommittee on Criminal Justice of the Committee on the Judiciary of the House of Representatives) において聴聞会を開き、二月七・八・二二・二八、三月九・一五日の六日間にわたり二八人の証人からの証言をえて審議したのち六〇〇頁にのぼる記録を作成、三月二日から六月二日までの間一七回にわたって補筆のための会合 *makeup session* を開き、六月二八日、小委員会案を作成した。同委員会はさらに五回の補筆のための会合を開き検討修正を加え、一〇月一〇日、小委員会修正案を司法委員会 (Judicial Committee) に報告した。一〇月一六・一八、十一月六日に開かれた司法委員会での案は審議され、いくつかの点で修正を施したうえ下院に上程された。

一九七四年二月六日、下院は、この案を可決、上院に回付した。

これを受けた上院は、一九七四年七月四・五日の上院司法委員会 (Senate Committee on Judiciary) での審議をへ

て、一月二日に本会議で可決した。たゞ、この案は、最高裁規則原案にもどす形で修正されたものであったので、その後、一月一・一二日の両院協議会 (House and Senate conference) での審議の結果、やや上院よりの妥協が図られ、一月一六日、下院で、同一八日、上院で、それぞれ可決された。

そして、一九七五年一月二日、フォード大統領が批准し、同年七月一日発効したのであった。<sup>(6)</sup>

(二) 第四〇四条(b)項制定の経緯

このような経過をへて成立した連邦証拠規則は、余罪の証拠による立証について、第四〇四条(b)項で、

「起訴又は請求に係る事実以外の犯罪、不正行為又は素行について、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、意図、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る。」

と規定している。

本条をめぐっては、一九七一年三月の修正案と一九七二年一月の最終案との間で、但書について、「その他の目的の立証のために用いることは許容される (It may, however, be admissible for other purpose……)」とされているのが、「本項は、……その他の目的の立証のために提出されたとき当該証拠を排除しない (This subdivision does not exclude the evidence when offered……)」と修正されたのに関して議論がかわされた。結局、下院小委員会でも再びもとの条文規定にもどされることとなったが、その経過は次のようなものであった。

一九六九年三月に発表された予備草案は、関連性のある証拠 (第四〇一条) は許容されるが (第四〇二条、不公正な偏見、争点の混乱、陪審の誤導、不当な遅延、時間の浪費、重複証拠の不必要な提出などの弊害があるときは、

その証拠は排除される(第四〇三条)とのルールを前提に、性格証拠に関して不当な偏見を与えるおそれのあることから原則として許容されえないとし(第四〇四条(a)項)、余罪に関する証拠も、動機、機会、意図、準備、計画、知識、同一性、錯誤又は偶然の不存在などの立証の目的以外に被告人の悪性格を立証するためには許容されえないとのルールを明らかにし、右にのべた第四〇四条(b)項と同じ表現の規定を設けた。そして、この規定は一九七一年三月の修正案でもそのまま同じく採用された。

諮問委員会の理由書によれば、一般に、性格証拠が問題となるのは、性格それ自体が犯罪の構成要件又は民事上の請求原因の要素となっているばあい(Character in issue)と、情況証拠としてのばあい(Circumstantial)とがあるが、予備草案は、前者については許容性に関する明文の規定を直接設けることをせず、後者について第四〇四条において原則として許容されないことを明らかにし、例外として、(一)被告人が適法に善良な性格証拠を提出したばあいの検察側の反証として、(二)殺人罪での正当防衛、強姦罪での被害者の同意など被告人が被害者の性格証拠を適法に提出したばあいの検察側の反証として、(三)証人に対する弾劾証拠として、それぞれ被告人の悪性格の証拠を提出しようとしたうえ、このルールをさらに詳細なものとするために余罪について(b)項を設け、(a)項によれば余罪の証拠はある特定の機会にその性格に応じた行動をとったことを推論する基礎として性格を証明するために用いることは許されないことになるが、それ以外の法規が禁止しているわけではない目的の立証のためには、例えば、動機などの立証のためには余罪の証拠を提出することは許容されうるとしたと説明されている<sup>(7)</sup>。

この諮問委員会の説明は、すでにのべたいわゆる多元的許容性の法理にしたがったものといえよう。たゞ、ここで注意しておかなければならないと思われるのは、「余罪の証拠は、……許容されうる(may)」とされている点である。このような表現がとられていることは、許容性についての判断を裁判官の裁量に委ねるものであり、

いかなる基準を設けて判断するののかの問題がある。諮問委員会は、第四〇三条(a)項に示されるような証明方法の代替性やその他の要素を考え証明力よりも不当な偏見を招くおそれの方が実質的に大きいかどうかを比較衡量することによって決せられるとしているが、結局、証拠価値及び証拠の必要性と誤判のおそれという被害の利益衡量であり基準として明確であるか疑問をすてきれない。まさにこの疑問は、一九七一年三月の修正案に対する各方面からの意見にみられた。

そこで諮問委員会は検討を加えた結果、一九七二年十一月の最高裁規則原案である最終案では、後段について、「本項は……その他の目的の立証のために提出されたときには当該余罪の証拠を排除しない、(This subdivision does not exclude the evidence when offered……)」と文言を改めたのであった。

諮問委員会の理由書も、余罪の証拠によって悪性格の立証以外の目的のために許容されるばあいのあることを認めためたうえで、「このようなばあい、本条は、余罪の証拠が排除されることを要求するものではない」とのべている。<sup>(8)</sup>この最終案は、一九七三年二月五日、最高裁長官バーガーによって議会で提出されたが、下院司法委員会刑事司法小委員会での審議において、その変更点が問題とされた。

一九七三年二月八日に開かれた同小委員会での聴聞会で、委員長ハンゲイトの質問に対して証言したニューヨーク市法律家協会のマクローリン (Joseph T. McLaughlin) は、同項について、修正案から最終案への文言の変更は重大な変更であるのに十分な意見表明の機会が与えられなかったとの疑義をのべたのをはじめ、<sup>(9)</sup>コロンビア特別区のワシントン法律家協議会 (Washington Council of Lawyers) のハルパーン (Charles R. Halpern) も議論の余地のある証拠規則の一つであると証言してゐる。<sup>(10)</sup>

ひきつづき二月二日に開かれた小委員会では、第二巡回連邦控訴裁判所判事フレンドリー (Henry J. Friendly)

が証言したが、彼は準備してきた陳述書において、第四〇四条(b)項は、「被告人が悪人であるということについて証明するためだけに提出されるばあいをのぞいて、余罪の証拠を許容するという『連邦法』を採用したものなのか、余罪の証拠が訴因事実に関連するある特定の性癖を証明するということを命じている規則を採用したものなのかどちらであろうか？」とのべ、本項の性格に疑問を呈している。<sup>(11)</sup>

また、小委員会は、四月五日、諮問委員会の報告者でありアリゾナ州立大学教授となったクレアリーに対し、第四〇四条(b)項の修正案から最終案の文言の修正について、「当委員会は、一九七一年三月案と現在の案との文言の変更は極めて重要なものの一つであると考え。しかし、最初の見解の方が現在行なわれている証拠法の表現により近いという意見もある。この点に関するご意見を賜りたい」旨の質問書を送ったところ、クレアリーから、四月一三日、「変更の目的は第八〇三・八〇四条に示された伝聞法則の例外規定での叙述に一致させるためである。他の規定によれば異議の申立てが許されないということとをさげようとの表現形式をとるにあたって必要である。言葉づかいのうえでこの変更は諮問委員会の考え方における変更を反映したものではないが、一つのはっきりした見解がうただされている。その点で文言の変更は重要なもの一つである。」との答弁書が提出されたのであった。<sup>(12)</sup>

さらに、五月一〇日には、ニューヨーク市法律家協会連邦裁判所委員ヘラーシュテイン (Alvin K. Hellerstein) からも最終案の文言ではなく最初の案のように戻すよう委員長宛の書簡による意見表明がなされている。<sup>(13)</sup>

このような経過をへて小委員会は、六月二八日、最終案での「排除しない」との表現を予備草案及び修正案での「許容されうる」との表現に再び修正することとしたのであった。

しかしこの小委員会案に対しては、各方面から賛否両論の意見があらためてよせられた。

学界からは、カリフォルニア大学ロサンゼルス校教授グラハム (Kenneth W. Graham, Jr.) およびメイン州民事訴

訟規則の起草者でありメイン州証拠規則制定諮問委員会顧問でもあるフィールド (Richard H. Field) から批判的なコメントがよせられた。

グラハムによれば、「より重要なのは悲しいかな起訴されていない犯罪事実の証明に関しての現実的規則を新たに設けることに失敗したことである。この問題は連邦控訴裁判所での事件でしばしば登場してくる証拠上の争点である。それは一般市民や刑事被告人にとって不公正なものである。現在その不公正なルールが適用されているので、検察官はある犯罪を起訴しておき、審理期間中、被告人に答弁の段階で告知されず、証拠開示や捜査手続を通しても知りうることのながいゆえに大陪審では決して認められない余罪の証明に時間を費やすことができることになっている。この訴訟手続を支持するための論理は、被告人が争うことさえしないかもしれないような犯罪事実のある要素を余罪の証拠によって証明するというものである。このような証明の真の目的は、起訴されなかった犯罪について陪審が被告人を有罪とするようにするためである。

小委員会が実務と学説とを一致させようと現在のルールを締めつけようとしなければ、少なくとも、検察官は余罪の証明の意図を告知し被告人が望むなら余罪が関連性を有する犯罪の構成要件要素を明らかにする機会を与えようすべきであると思われる。さもなければ、擬制を全くすてさり被告人は悪人であるか疑わしい人間であるということでは有罪とするように証拠法を修正すべきである。現在の論理は訴訟経済上も法の尊重という視点からも損失の方が大きい。」とのべている。<sup>(14)</sup>

また、フィールドは、「表現上の変更は重要ではない。……後者(小委員会の修正によってもとへ戻された一九七一年三月の第一次案・修正案Ⅱ筆者注)の方が許容性により重点を置いていると思われることは確かである。しかしながら、それはかならずしも正確ではないと思われる。本条は、動機の証明などその他の目的のために提出された証

抛を排除するものではない。……許容性の可否についての判断は許容性に関するその他のルールに委ねられている。私が少しばかり恐れるのは、裁判官によっては小委員会の『許容することをさまたげない』との文言が自分たち意図されていない裁量を与えたものだと思つて考えるかもしれないところにある。』と批判している。<sup>(16)</sup>

一方、実務家の側からは、むしろ好意的な意見もよせられている。

前述のヘラーシュティンは、むしろ許容性の判断については裁量的な性格を強調するのは好ましいことだと主張している。<sup>(16)</sup>しかし、検察側からは、関連性のある余罪の証拠は積極的に許容されるべきだとの観点から批判的な意見がのべられている。コロンビア特別区の次長検事事務取扱検事リュッケルスハウス(William D. Ruckelshaus)は、『もし関連性があれば余罪の証拠は許容される、(is admissible)とするのが一般的ルールであり、通常の排除法則は全く適用されないものであるから『許容されうる』という修正はわれわれには妨げとなる』とのべているし、同じようにコロラド州法律家協会からも、民事と刑事とでその取扱いを区別したうえで刑事では過去の性格を証明する行為は積極的に許容されるべきであるとの意見が提出されている。<sup>(17)</sup>

これらに対し、司法会同常任委員会からは、マリス委員長(Albert B. Maris)が七月三十一日、七月一八・一九日に開かれた諮問委員会と常任委員会との合同委員会において下院での議論を検討した結果、第四〇四条については(b)項に対する修正に異議を申し立てるものではない旨の小委員会案の提案に賛成の意見表明をハンゲイト小委員長長宛に行なつたのであった。<sup>(18)</sup>

このようにして、小委員会は、一九七三年一〇月一日、最高裁から提案された最終案に対する改正案を発表し、第四〇四条(b)項但書について、一九七一年三月の修正案の文言へともどしたのであった。その理由について小委員会の同条についての理由書では、『最高裁の最終案より許容性に関してより重点をおいた形をとっている一九

七一年案の方が好ましいと考える。」とだけのべられているにとどまり詳述されてはいない。<sup>(20)</sup> 同年一月一五日に公表された同委員会への報告書においてもこのことが確認されている。<sup>(21)</sup>

こうして下院刑事司法小委員会での審議は終了し、翌一九七四年二月六日下院本会議で可決され、上院で審議されることとなった。上院では、同年六月四・五日証拠規則についての審議が上院司法委員会 (Committee on the Judiciary United States Senate) で行なわれたが、第四〇四条(b)項については、六月五日に証人として証言した連邦司法省立法部検事総長補佐ラケストロー検事 (W. Vincent Rakestraw) のイーストランド委員長 (Hon. James O. Eastland) 宛六月一四日付書簡の中でとりあげられている。委員会が司法省に対し、第四〇四条(b)項後段で「動機……など、その他の目的のために許容することができ、」<sup>(22)</sup> というのは現行の法運用を正確に反映しているといえるのかという質問をしたのに対し、ラケストローは、マコーミックの見解を基礎において答弁し、「当局はそう考えない。関連性があれば余罪の証拠は許容される (the evidence is admissible) というのが一般的原则であり、通常の排除法則は適用されない。……現在の法あるいはあるべき法のいずれも正確に反映してはいない。『許容される』という修正は、許容性の存否について裁判所に明らかに裁量的判断を認めたものであり、したがって、関連性が明白で許容されるべき証拠を排除する結果をひきおこすこともありうることになる。不公正な偏見のおそれが実質的に証明力よりも大きいばあいには、適法に証拠排除が認められる。これが試金石となるべきである。」<sup>(23)</sup> 但書については、「全てを含んでいるとはいえない。当局としては、『共同企図』が付加されるべきであると提案する。というのは、余罪の証拠による証明がしばしばある特定の犯罪行為や共同企図もしくは計画を立証するために高度の関連性を有しているからである。」とのべ、但書は「しかしながら、余罪の証拠は、動機、機会、意図、準備、共同企画もしくは計画、認識、同一性又は錯誤もしくは偶然の不在の証明に関して、これに制限されることなくその他の目的の



ために許容される。たゞし余罪の証拠の証明力が実質的に不公正な偏見のおそれよりも大きくなければならない。」と再修正されるべきであると余罪の証拠の許容性がひろく認められる立場がとられることを提案している。<sup>(28)</sup>

しかし上院は、第四〇四条(b)項について下院原案どうりの規定とし一九七四年一月二二日それを可決した。一月一八日付の報告書は、

「本条は、余罪……の証拠が性格を証明するためには許容されないが、その他の一定の目的、例えば動機の証明のためには許容されうることを定めたものである。

規則それ自体修正する必要性はみあたらないが、余罪の証拠の許容性に関して『許容されうる』という裁量的な言葉を用いているのは裁判官に恣意的な裁量権を授けようとするものではないと考える。むしろ、余罪の証拠の使用を許すという観点から第四〇三条に定められた不当な偏見、争点の混乱、時間の浪費といった諸要素を基礎に裁判官が排除できると考える。」

と説明している。<sup>(29)</sup>

裁判官の裁量により第四〇三条の諸要素を考慮のうえ余罪の証拠を動機など一定の目的の立証のために用いることの許されないばかりがあることがここで確認されたのである。

その後開かれた両院協議会ではとくにこの点議論されることなく可決された。

以上のような審議経過をへて第四〇四条(b)項は成立したのであるが、審議の過程での争点は、後段での余罪証拠による立証が許される一定の例外的な目的の範囲はどこまでかという点もあったが、主たるそれは、「許容されうる (it may be admissible)」という文言の解釈をめぐるものであったといえる。それは、裁判所が余罪証拠の許容性判断について裁量的判断をすることになることへの疑問といつてよい。すなわち、裁判所の不当な裁量権行使をどう

抑制するか、ことに、訴追側にとっては、余罪の証拠は悪性格の立証のためをのぞいて一定の目的のための立証に許容されるとの立場から裁判所の裁量的判断が認められるとばかりによつては従来許容されてきた余罪証拠による一定目的の立証が許されなくなることがありうるし、防禦側にとつても広く、余罪の証拠の許容性が認められようおそれがありうる。そこで問題は、どのような基準で裁量的に許容性判断が行なわれるかであるが、予備草案および修正案の理由書にもみられるように、第四〇三条の諸要素が基準となるといえよう。第四〇三条には、誤判のおそれの類型と不当な遅延の類型とがあげられているが、本項との関連では前者が重要であろう。結局、不公正な偏見、争点の混乱もしくは陪審の判断の誤導のおそれが実質的に余罪の証拠価値および証拠の必要性より大きいときに許容されないこととなろう。第四〇四条(b)項は、このような判断原理にたつて、裁判官の恣意的判断を回避し、被告人の利益をまもろうとしたものといえよう。

(一) McCormick, *Tomorrow's Law of Evidence*, 24 A.B.A.J. 507, 508 (1938); Morgan & Maguire, *Looking Backward and Forward at Evidence*, 50 Harv. L. Rev. 909, 910 (1937); Estes, *The Need for Uniform Rules of Evidence in the Federal Courts*, 24 F. R.D. 331 (1960); 一九五七年「第三をとり替へ連邦巡回控訴裁判所司法会館で統一の証拠規則制定の動向」が、*1957 Jud. Conf. Rep.*, 43)「第五八年アメリカ法律家協会」の同様の報告が、*44 A.B.A.J.* 1113 (1958)。

(二) *Reppert & Salvatore, Federal Rules of Evidence Manual* 2-3 (1975).  
 それを連邦刑事訴訟規則第二六条(Federal Rules of Criminal Procedure § 26 (1944))が「一般的証拠法則適用の原則を定めるだけでなく、*「…連邦裁判所が理性と経験とをこめてして解決するロコモローの原則によつて決せられる」*としていたため、*「解決適用に統一性を欠く十分ななかつた。」*

(三) *Comm. on Rules of Prac. and Proc., Jud. Conf. of the U.S., A Preliminary Report on the Advisability and Feasibility of Developing Uniform Rules of Evidence for the United States District Courts* (1962), reprinted in *1 Bailey & Therrell, The Federal Rules of Evidence Legislative Histories and Related Documents*, Doc. 4 (1980).

(四) *Id.* at IX.

(五) *S. Sobeloff, J. Estes, R. Pelt, T. Green, J. Weinstein, C. Joiner, D. Berger, H. Epton, R. Erdahl, E. Haywood, F. Raiche, H.*

Selvin, C. Spangenberg, E. Williams.

- (10) Raden & Saltrung, *supra* note 2 at 2-5; Rules of Evidence: Hearings on H.R. 93-595 Before the Special Subcomm. on Reform of Federal Criminal Laws of the Comm. on the Judiciary, H.R. 93rd Cong., 1st Sess. 75 (1973), reprinted in 3 BAILEY & TRULLIES, *supra* note 5 Doc. 11; H.R. Rep. No. 93-650, 93rd Cong., 1st Sess. 3 (1973), reprinted in 4 BAILEY & TRULLIES, *supra* note 5 Doc. 13
- (11) Preliminary Draft of Proposed Rules of Evidence for the United States District Courts and Magistrates 56-58 (1969), reprinted in 2 BAILEY & TRULLIES, *supra* note 5 Doc. 5; Revised Draft of Proposed Rules of Evidence for the United States District Courts and Magistrates, 32-34 (1971), reprinted in 2 BAILEY & TRULLIES, *supra* note 5 Doc. 6
- (12) H.R. Doc. No. 93-46, 93rd Cong., 1st Sess. 68 (1973), reprinted in 2 BAILEY & TRULLIES, *supra* note 5 Doc. 7.
- (13) Hearings, *supra* note 6 at 122.
- (14) *Id.* at 158, 190.
- (15) *Id.* at 263.
- (16) Rules of Evidence (Supplement), Hearing on H.R. 93-595 Before the Special Subcomm. on Reform of Federal Criminal Laws of the Comm. on the Judiciary, H.R. 93rd Cong., 1st Sess. 21-22 (1973), reprinted in 3 BAILEY & TRULLIES, *supra* note 5 Doc. 12
- (17) *Id.* at 76-77.
- (18) *Id.* at 203.
- (19) *Id.* at 268.
- (20) *Id.* at 310.
- (21) *Id.* at 344.
- (22) *Id.* at 355.
- (23) *Id.* at 293.
- (24) *Id.* at 366.
- (25) H.R. Rep. No. 93-650, *supra* note 6 at 7 (1973).
- (26) Rules of Evidence, Hearings on S. 93-595 Before the Comm. on the Judiciary, United States Senate, 93rd Cong., 2nd Sess. 123 (1974), reprinted in 4 BAILEY & TRULLIES, *supra* note 5 Doc. 14.
- (27) S. REP. No. 93-1277, 93rd Cong., 2nd Sess. 24 (1974), reprinted in 4 BAILEY & TRULLIES, *supra* note 5 Doc. 15.

#### 四 検 討

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には余罪の証拠による立証を許すとする第四〇四条(b)項は、およそ関連性のある証拠は許容されるとする証拠の許容性に関する一般原則を定めた第四〇二条に対する例外を定めた第四〇三条をさらに詳細にしたものである。

第四〇四条(b)項前段は、すでにみたように被告人は「悪性格」を理由に審判されないととの伝統的コモンローの原則を立法化したものといえる。<sup>(1)</sup>

悪性格の証拠による訴因事実の認定を認めないというこの原則は、たとえ余罪が被告人の有罪無罪の判断に何らかの証明力を有するとしても、余罪の証拠の提出によって陪審が被告人に対して不当な偏見をいだく結果、公平な評決が不可能となるというおそれがあるとの政策的な理由から展開されてきた。陪審員は被告人が「悪い人間」でありそれゆえ処罰されるにふさわしいとか、被告人がすでに犯罪を犯しているがゆえにまたこんども犯罪を犯したのだとかの理由で有罪とすることは十分にありうることだからである。

ところで、合衆国では、余罪の証拠による立証については二つのアプローチがあると、連邦地方裁判所東部ニューヨーク地区首席判事ワインステイン (Jack B. Weinstein) およびブルックリン大学教授バーガー (Margaret A. Berger) の共著「ワインステイン証拠法」は指摘する。<sup>(2)</sup> 一つは許容法理 *inclusionary rule* といわれるものであり、他は排除法理 *exclusionary rule* といわれるものである。前者は、犯罪的性癖を証明しようとするために用いるのではないに、公判での争点と関連性のあ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のに対し、後者は、同一性、動機、共同の計画、企図、認識といった特定の事実や目的と関連性を有しないかぎり、およ

そ余罪の証拠は排除されるというものである。もちろん両法理は理論的に対立するものではない。たゞ許容法理は、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が無視されることになる一方、排除法理では、例外的に余罪の証拠により許容される範囲をどこまでとするかが明瞭ではないし、例外にあたるからといって機械的に証明力が認められると考えられるものでもないといった問題点がそれぞれある。

第四〇四条(b)項は両法理を採用しているといえる。第四〇四条(b)項は、訴因事実の立証のため被告人の悪性格を余罪により証明するばあいを除いて、その他の一定のための立証に関連性のある余罪の証拠の許容性を認めうるとしているからである。そうだとすると許容法理による弊害をいかにとりのぞくかが問題とされなければならないが、そこですでに述べたように第四〇三条の基準が適用されるべきである。「許容されうる」との文言が用いられているのはこうした意味に考えられる。また、排除法理についても列挙された許容される諸目的も例示的なもので実質的には第四〇三条での基準にしたがった衡量によって証明力が他の不利益をうわまわり弊害が最少限であることが認められるばあいに許容されると考えられる。例外的事由にあたるからといって不当な偏見などのおそれが全くないとはいえないからである。<sup>(3)</sup>

結局、第四〇四条(b)項により許容性が肯定されるためには、第一に、許容されうる例外事由にあたるかどうかを判断のうえ、第二に、第四〇三条にてらして許容されないことはないかを実質的に判断するという二段階の方法がとられることになろう。<sup>(4)</sup>

以上、第四〇四条(b)項をめぐる議論を規則制定の経過を中心に見てきたが、なお、制定後八年を経過した今日、運用がどのようにされているか判例を中心とした検討がされるべきであるし、また、この規則の制定により州の状況がどのように変化したかも検討を要するといえよう。<sup>(5)</sup>

また、こうしたアメリカ合衆国の連邦法域における連邦証拠規則の制定は、陪審制を中心として考えられているもので、陪審制をとらないわが国では同じに論じられないかもしれない。同一犯人の全ての事件を解明し同時に処理するという実務慣行をとまなつて、実体法上、抽象的・包括的な構成要件をもち精緻な罪数論によって規制される一方、手続法上、公判前の司法取引を認めず事実認定手続と量刑手続とが分化せず少年のばあいをのぞいて刑の言渡しは定期刑に限られているといったわが国の現行法制度においては、余罪の証拠による立証もアメリカ法におけるのとはその性質もちがったものとなつていともいへよう。しかし、わが国でも、判例によつて主観的要素や量刑での余罪の立証が認められているが、<sup>(6)</sup>その際の証拠の許容性、いいかえれば証拠能力の肯否の判断の原理および基準はここにみたそれが妥当すべきではないかと考える。本稿ではそのいとぐちとして「連邦証拠規則」制定の経緯を中心にみたにすぎないがこれらの諸点はなお今後の課題としてさらに検討を進めていきたい。

- (一) A Discussion of the Proposed Federal Rules of Evidence, 48 F.R.D. 39, 62 (1969); Green, *Highlight of the Proposed Federal Rules of Evidence*, 4 Ga. L. Rev. 1, 22-23 (1969); McNichols, *Some Random Thoughts on the Proposed Federal Rules of Evidence*, 7 Idaho L. Rev. 187, 189 (1970); Schwartz, *Proposed Federal Rules of Evidence: An Introduction and Critique*, 38 U. Chi. L. Rev. 449, 463 (1969); Weinstein & Berger, *Basic Rules of Relevancy in the Proposed Federal Rules of Evidence*, 4 Ga. L. Rev. 43, 44, 48, 87 (1969); Comment, *Relevancy and Its Limits in the Proposed Federal Rules of Evidence*, 16 Wayne L. Rev. 167, 172-79 (1969); Symposium, *The Federal Rules of Evidence* 71 Nw. U. L. Rev. 635 (1977).
- (二) 2 WEINSTEIN, *EVIDENCE* 46 (1981); see, Symposium, *supra* note 1 at 636.
- (三) Admissibility, under Rule 404 (b) of Federal Rules of Evidence, of Evidence of other crimes, wrongs, or acts not similar to offense charged 41 A.L.R. Fed 497 (1979). *「おなじやれぬ、判例の、犯罪の美質的要素 (substantive element of crime)」* 手口・特徴・方法 (signature, handiwork, modus operandi)・事件の背景 (background or context)・型 (type) は常手 (pattern or practice) などのごとく余罪と同一の立証が許容される。
- (四) *United States v. Curtis*, 520 F. 2d 1300 (1st Cir., 1975), see, *United States v. Conley*, 523 F. 2d 650 (8th Cir., 1975).
- (五) 一九七四年の統一証拠規則第四〇四条 (Uniform Rules of Evidence, Rule 404 (1974)) が連邦証拠規則第四〇四条と同じ規定を設け

