HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	伝聞法則の適用範囲に関する一試論（２）
Author(s)	伊藤, 博路
Citation	北大法学論集, 48(5), 35-67
Issue Date	1998-01-16
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15742
Type	departmental bulletin paper
File Information	48(5)_p35-67.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

伝聞法則の適用範囲に関する一試論（二）

伊藤博路

目次

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

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

（以上、四八巻四号）

第二章　アメリカにおける証人対質権

第一節　証人対質権の沿革

（以上、本号）

本章では、合衆国憲法修正六条にうたわれている証人対質権について検討する。では、まず、その沿革から眺めることにしよう。

一　概説

合衆国憲法修正六条は、「すべての刑事訴追において、被告人は、自己に不利な証人と対質する…権利を有する」と、被告人の証人対質権について規定する。(1) パークによれば、この規定は、明白な解釈の指針を提示するものではない。(2) 論者は、証人対質権に関する議論が複雑となる理由について論じたうえで、証人対質権の法理について歴史的沿革から検討を加えている。(3) 以下では、パーク論文に依りつつ、証人対質権の歴史的沿革について概説する。

まず、証人対質権条項の文言からは、多様な解釈が可能である。ある解釈によれば、検察側に有利な証言をした伝聞供述者は、被告人に不利な証人とみなされうる。そして、このような供述者すべてに対して憲法は、被告人が公判廷で証人と対質することを要求することになる。この解釈は、被告人にとって不利益なすべての伝聞を排除するという結論を導くだろう。たとえその伝聞が修正条項の採択時に伝聞例外とされていてもである。

また、正反対に次のようにも解釈できる。すなわち、証人対質権条項は、単に被告人に検察側が公判廷に出頭させるように選択したすべての証人と対質する権利を与えるにすぎない、と。このように解すると、公判廷証人は、伝聞供述について証言することが可能となるし、加えて、証人対質権条項は、新しく伝聞例外を設ける際に全く制約的な機能をもたないことになる。そして結局のところ、証拠が事実認定者の面前に提出されたときに、被告人の在廷を要求するにとどまるということにもなる。(4)

さらに、被告人に不利な証人とは、証言することが可能な証人についてだけ予定していると解釈することも可能である。このように考えると、検察側には、証言が可能な場合には証人を召喚することが要求されるが、他方、利用不能な証人の供述については全く証人対質権条項の適用はないことになる。(5)

証人対質権条項の歴史的沿革からは、それらのうちのいずれの解釈を採るべきであるかは、はっきりしない。ハーラン（Harlan）裁判官は、これを評して、同条項は、「色あせた羊皮紙（faded parchment）」(6)に書かれたものにすぎないという。権利章典（Bill of Rights）の制定過程からは、証人対質権の解釈について重要と思われる資料は見いだし得ないとするのが一般である。そして、証人対質権の適用範囲に関する検討は、同条項の制定過程に関する資料よりもむしろ、当時の法律および政治の傾向に重点が置かれてきたのである。これを重視する一つの伝統的な見解としては、証人対質権条項は、一六〇三年に反逆罪に問われたウォルタ・ローリ卿の裁判（trial of Sir Walter Raleigh）にみられた訴追権の濫用に対する反動に由来するとするものがある。(7)

この事件の概要は以下のとおりである。ローリ卿に決定的に不利な証拠は、王位簒奪の陰謀に彼がかかわっていたとするコウバンなる者の供述からなっていた。ローリは、この供述を取り消す旨の手紙をコウバンから受け取っていたので、次回はコウバンは自己に有利に証言するものと信じていた。コウバンを証人として喚問するローリの権利をめぐる長い論争の後、コウバンは召喚されず、そしてローリは有罪とされたのである。先の見解は、この裁判は、証人対質権条項の起源として最も多く引用されており、この事件は、証人対質権と訴追側が提出する伝聞証拠との関係について考えるうえできわめて重要な意義を有している、と評する。(8)しかし、残念ながら、たとえローリ卿の裁判が、権利章典の起草者に重大なインパクトを与えたとしても、それは、明らかな濫用が認められない事案に対しては、ほとんど意義を有しないというほかない。同条項が、ローリ卿の裁判でなされたのと同様のタイプの行為を禁止することを意図してい

たと考えるならば、我々が知り得るのは次の二点だけである。すなわち、共犯者が身柄拘束下においてなした明らかに信用の措けないと考えられる供述に基づく訴追は、（少なくとも、共犯者が容易に証人として利用可能であるときは）認められないということ。そして、おそらく、自らの知識（personal knowledge）ではない他者からの出所の分からない噂は、同様に排除されるべきであるということである。ところで、伝聞法則との関係では、このような証言は排除されるべきであるという原則を修正することなく、伝聞証拠の証拠能力を緩やかに認める方向すなわち伝聞法則の合理化を図ることは可能であったであろう。なお、立法者が、ある程度ローリ卿の裁判に留意していたかもしれないという事実から、彼らは、証人対質権条項にその裁判でなされたような訴追権の濫用を禁止することだけを意図した、という結論を導くことにならないのはもちろんである。

また、起草者が、ローリ卿の裁判以降の事柄にも留意していた可能性を示唆する歴史的根拠といえるものがある。すなわち、貿易に関する犯罪で植民地開拓者が訴追された植民地海事裁判所（vice-admiralty court）に関する問題である。[9] この裁判所は、コモン・ローの当事者対抗システム（common-law adversarial system）の代わりに民事上の手続（civil law procedure）に依ったために、植民地開拓の指導者によって批判された。この批判からは、証人と対質する権利は、密室（closed chambers）における証人に対する尋問を含む、この裁判所が行っていたとされる濫用から被告人を可能な限り保護することを狙いとしていたとの仮説が導かれうる。しかし、この仮説は、証人対質権条項のこの時代の解釈について明白な指針を提供しない。すなわち、起草者は、新しい伝聞例外が設けられることによって伝聞が許容されるのを必ずしも妨げることなく、コモン・ローの当事者対抗的な手続の本質的な部分を保持することだけを狙いとしていたかもしれないからである。[10]

この点をさらに進めて、リリィ（Lilly）は、証人対質権条項の狙いを次のように考えた。すなわち、証人として利

用可能な原供述者の伝聞供述を排除するこの時代に発展したコモン・ローの原則を憲法上のものとすることを狙いとしていた、というのである。[11] たしかに、これは証人対質権条項の沿革についてのもっとも思われる解釈ではあるが、ほとんど何も述べていないに等しい。彼の説は、起草者の明確な意図に基づくものではなく、起草者が認識していたであろう、そして憲法上のものとすることを意図していたと考えられるコモン・ローの原則が存在していたことに基づくものであるからである。[12] リリィ自身も認めるように、歴史的事実から何らかの結論を導くことは困難である。そして、歴史的事実からは、伝聞例外の下に許容される伝聞については証人対質権条項の適用がないと解するウィグモアの理論を支持するように解釈することもできるのである。[13]

以上にみるとおり、証人対質権条項の法意は、歴史的事実からは必ずしも明らかにされないというのが一般であるように思われる。

これに対して、バーガー（Berger）は、証人対質権条項は検察側の証拠提出権に抑制的な機能を果たしてきた、という説を提示する。[14] 論者は、従来の証人対質権条項の分析は不十分なものであるとし、その理由として、多くの論者が修正六条の規定するその他の刑事被告人の諸権利および権利章典の保障と分けたうえで同条項の分析を試みるという、いわば孤立的なアプローチを用いて証人対質権の理論構成を行おうとしてきたことを指摘する。[15] そして、証人対質権について考察するうえでは、テューダー王朝期（Tudor era）と一八六九年の名誉革命（Glorious Revolution）との間になされたイギリスの刑事手続の導入を全体として捉え、これとの関係で分析するという視角、そして一八世紀のアメリカの法律および政治で起こった類似する重要な変革との関係で考察するという視角が必要であることを示唆する。[16]

バーガーは、このような問題意識から証人対質権条項の沿革について考察し、その意義を明らかにしようとしている。

以下では、彼女の説を見ていくことにする。(17)

二　証人対質権条項の沿革に関するバーガーの説

修正条項に採用された概念は、イギリスの政治的な背景において発展してきたものであることに注意しなければならない。イギリスにおける刑事被告人の諸権利の生成過程をみると、次のことがいえるように思われる。

まず、一般論として、自己に不利な証人に対質する権利は、合衆国憲法および権利章典において具体化された他の刑事被告人の諸権利と同じように、歴史的背景の影響を受け出現したものである。(18)そのように考えると、修正六条に規定される諸権利は、訴追側の権限を抑制するための憲法上の保障規定として理解することができる。

次に、証人対質権は、訴追側の有する糺問的な権限（inquisitorial powers）を縮小することを目的とする手続的権利の一つとして出現したという結論は、国王の権限の縮少の歴史を検討することによって補強することができる。まず、糺問的に獲得された供述に排他的に依存していて、陪審も用いられなかった星室裁判所（Court of Star Chamber）は、一六四一年に廃止されるに至った。(19)その後、コモン・ロー裁判所において、陪審の権限が徐々に高められ、そして、国王に、被告人に対して著しく優位な力を与えてきた手続的プロセス（procedural process）は、州の裁判や新しい政治的傾向の中で求められてきた要求に応じて変化した。そして、このような改革を確かなものとしたのが、権利章典である。(20)

権利章典の規定は、当初は反逆罪の訴追のみに適用されたにすぎなかった。一六九六年に、重反逆（high treason）で起訴された被告人は、起訴状（indictment）の写しを得る権利、弁護人の援助を受ける権利、自己のために証人を召喚する権利、を獲得するに至る。(21)そして、国会は、反逆罪で有罪とするためには、二人の証人が法廷に召喚されること

によって犯罪の成立が確証されなければならないことが法律上必要であることを明らかにした。[22] 一七〇二年には、被告人のために証人に宣誓を行わせる権利（the right to have witnesses sworn on behalf of the defendant）は、重罪での訴追にまで広げられた。他方、弁護人の援助を受ける権利は、一八三六年にようやく制定法上重罪での起訴にまで認められたのであるが、[23] 一七三〇年代から、弁護人が証人の主尋問および反対尋問を行うことを徐々に認められるようになってきていたのである。

このように、イギリスでは、一八世紀の初めころにはすでに、国王の権限を縮小するための諸々の手続的権利が徐々に発展を遂げてきたのである。

イギリスで学び名誉革命の意義を知っていた法律家が、植民地時代のアメリカにおいて実務活動を行っていたこと等に鑑みると、イギリスの以上のような経緯が当時のアメリカの法律家に知られていたことは疑いがないといえる。

ところで、当時、イギリス法の理解に役立ったとされるブラックストン（Blackstone）の著書には、陪審について論じている中で、「自己に不利な証人と対質すること（the confronting of adverse witnesses）」に関する記述が見られる。[24] そこでブラックストンは、真実発見の中での対質の重要性について認識した上で、証人との対質を糺問的な手続の一要素である秘密裏の尋問とは真っ向から対立する制度上の原則と評価し、コモン・ローの遺産（the common law heritage）としての基本権の一つとして位置づけている。ブラックストンは、権利章典の起草者と同じく、陪審は、人民の自由（people's liberties）についての主要な保障装置としての機能を有すると考えたが、このように陪審に関する記述の中で対質について論じられていることからは、対質と陪審は何らかの関係があると強く推定される。

ところで、ブラックストンの所説が当時影響力をもっていたであろうこと、そして証人対質権を政治的な背景から派生したものの一つとして捉えることからは、後に七つの植民地で権利章典を編纂する際に模範とされた一七七六年のヴ

ァージニア権利章典の中（Virginia Declaration of Rights § 8 (1776)）に、ジョージ・メイスン（George Mason）が証人対質権条項を盛り込んだ理由がおそらく見えてくるであろう。これらの立法経緯に関する資料は全く存在しないのであるが、連邦憲法の草案において権利章典により認められた諸権利の規定が盛り込まれていないことに対する反連邦主義者による抗議のなかに、次のように理解できる手掛かりを見いだすことができる。つまり、証人対質権を含む現在修正六条にうたわれている被告人の諸権利に関する規定は、陪審裁判を受ける権利とともに全体として（in toto）捉えられたうえで、訴追権の濫用から市民的自由（civil liberties）を保護するのに必要不可欠なものとして設けられたのではないかということである。

このように、権利章典の出現のときから、証人対質権は、陪審裁判を受ける権利を中心とする被告人のもつ諸々の権利との関係で理解されてきたのである。証人対質権は、刑事裁判における事実認定の正確性を高めるためだけではなく、刑事裁判における訴追権に対する抑制、すなわち、人々には秘密とされるであろう方法を訴追側が用いることに対する抑制という意義も有すると考えるべきである。

以上、バーガーの所説に依拠しながら、証人対質権を沿革から意味づけてみた。バーガーは、証人対質権を、陪審裁判を受ける権利を中心とする被告人のもつ諸々の権利の一つとして捉えたうえで、捜査機関ないし訴追機関によって作成された供述証拠を有罪の立証のために用いることを抑制するものとして位置づけた。

たしかに、証人対質権規定も、刑事被告人の憲法上の諸権利の一つであるとの観点から捉え直すべきとの指摘は、重要な問題提起を含んでいるように思われる。このような観点に立つと、バーガーのいうように、証人対質権からは、伝聞法則の根拠である事実認定の正確性の確保とは異なる独自の根拠を導くことができるとも考えられる。この点は、理

論的に掘り下げて検討する必要があろう。そこで、その前提作業として、つづいて証人対質権の理論的根拠の問題を中心に、学説・判例の分析を行う。

(1) 合衆国憲法修正六条(U.S. CONST. amend. VI)の原文は以下のとおりである。

In all criminal prosecutions the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

ちなみに、わが国の憲法三七条の英訳文は次のようなものである。

In all criminal cases the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial by an impartial tribunal.

He shall be permitted full opportunity to examine all witnesses, and he shall have the right of compulsory process for obtaining witnesses on his behalf at public expense.

At all times the accused shall have the assistance of competent counsel who shall, if the accused is unable to secure the same by his own efforts, be assigned to his use by the State.

(2) 同旨のものとして、例えば、Imwinkelried, *The Constitutionalization of Hearsay: The Extent to Which the Fifth and Sixth Amendments Permit or Require the Liberalization of the Hearsay Rules*, 76 MINN. L. REV. 521, 524 (1992).

(3) Park, *A Subject Matter Approach to Hearsay Reform*, 86 MICH. L. REV. 51, 88-91 (1987). なお、証人対質権の沿革について詳細に論ずるものとして、津村政孝「証人対審権の歴史的展開——連邦証拠規則研究のための準備作業」学習院大学法学部研究年報一九号(一九八四年)一五五頁以下参照。

(4) *See* Dutton v. Evans, 400 U.S. 74, 94 (1970) (Harlan, J., concurring); 5 J. WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW § 1397, at 131, 134 (3d ed. 1940).

(5) *See* California v. Green, 399 U.S. 149, 174 (1970) (Harlan, J., concurring); Westen, *The Future of Confrontation*, 77 MICH.

L. REV. 1185, 1188-89 (1979); Younger, *Confrontation and Hearsay: A Look Backward, a Peek Forward*, 1 HOFSTRA L. REV. 32 (1973).

(6) *Green*, 399 U.S. at 174 (Harlan, J., concurring).

(7) *See, e.g.*, Pollit, *The Right of Confrontation: Its History and Modern Dress*, 8 J. PUB. L. 381, 388-89 (1959); F. HELLER, THE SIXTH AMENDMENT 104 (1969); Kirst, *The Procedural Dimension of Confrontation Doctrine*, 66 NEB. L. REV. 485, 490 (1987). 他方、証人対質権についてローリ卿の裁判に決定的な影響力を認めることに疑問があるとするものとして、*see, e.g.*, Graham, *The Right of Confrontation and the Hearsay Rule: Sir Walter Raleigh Loses Another One*, 8 CRIM. L. BULL. 99, 100 n.4 (1972).

(8) *See* 4 C. MUELLER & L. KIRKPATRICK, FEDERAL EVIDENCE § 393, at 121 (2d ed. 1994).

(9) *See* Lilly, *Notes on the Confrontation Clause and Ohio v. Roberts*, 36 U. FLA. L. REV. 207, 210-12 (1984); Graham, *supra* note 7, at 104 n.23.

(10) *See* Lilly, *supra* note 9, at 211-12.

(11) *Id.* at 213-14. *Cf.* Jonakait, *The Origins of the Confrontation Clause: An Alternative History*, 27 RUTGERS L. J. 77 (1995).

(12) しかし、リリィの説は、証人対質権の意義を鋭く捉えていたということもできるように思われる。従来から、証人対質権の狙いは、伝聞法則を憲法上の原則とすることにすぎないのか、あるいは、伝聞法則とその例外の下で許容される証拠であってもこれを制限することにあるのか、が議論されてきたが、最近の連邦最高裁判例を眺めると、前者に解されるように思われるとする指摘もなされているからである（*See*, C. MCCORMICK, MCCORMICK ON EVIDENCE § 252, at 441 (J. Strong 4th ed. 1992)）。しかし、次節で述べるように、証人対質権と伝聞法則は完全に重なり合うものではないことには、注意を要するであろう。

(13) Lilly, *supra* note 9, at 209-10.

(14) Berger, *The Deconstitutionalization of the Confrontation Clause: A Proposal for a Prosecutorial Restraint Model*, 76 MINN. L. REV. 557 (1992).

(15) ただし、バーガーは例外もあることを認め、その主な例として、Gutman, *Academic Determinism: The Division of the Bill of*

Rights, 54 S. CAL. L. REV. 295 (1981) を挙げている。*Id.* at 567 n.42.

(16) *Id.* at 567-68. なお、イギリス法の歴史については、*see generally* 1 W. HOLDSWORTH, A HISTORY OF ENGLISH LAW ¶ VI (1956).

(17) Berger, *supra* note 14, at 568-86.

(18) バーガーは、このようにいえる理由付けとして、自己負罪供述拒否特権を歴史的背景の影響から意味づける L. LEVY, ORIGINS OF THE FIFTH AMENDMENT 42 (1968) を取り上げ、証人対質権についてもこの視角から意味づけることができると述べている。*Id.* at 569 n.47.

(19) L. LEVY, *supra* note 18, at 281-82.

(20) *See* F. HELLER, THE SIXTH AMENDMENT 10 (1969).

(21) Treason Act, 1695 7 & 8 Will. 3 c.3; *see Id.* at 9-10; L. LEVY, *supra* note 18, at 321.

(22) 4 W. BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAW OF ENGLAND 352 (University of Chicago Press 1979) (1765).

(23) 刑事事件において弁護人の援助を受けることができるようになったことは、反対尋問、および伝聞法則のような証拠法上の原則が発達する条件としての意義を有していたことを示唆する見解も見受けられる。*See* Langbein, *The Criminal Trial Before the Lawyers*, 45 U. CHI. L. REV. 263, 300-02, 306 (1978).

(24) 3 W. BLACKSTONE, *supra* note 22, at 345.

第二節　学説・判例の分析

本節では、まず、証人対質権に関する論点の概要について触れ、次に、連邦最高裁判例を分析する。その後に、証人対質権の理論的分析を行う(1)。

一　概要

合衆国憲法修正六条に規定される被告人の証人対質権は、反対尋問権を中心的要素とするものであり、連邦最高裁も、これまで被告人側の反対尋問権を重視し、かつこの権利をしばしば強調してきた。(2) また、連邦最高裁は、反対尋問により、証人に関する問題点が明らかとなること、(3) 時には、証人対質権条項は、被告人が自己に有利な証拠を提出する場合においても考慮されることを判示してきた。(4)

さて、修正六条の「証人に対質する」という文言を、公判廷で証言する証人以外の者を含むと考えるならば、有罪の方向の伝聞供述が事実認定の資料として用いられる場合には、証人対質権の侵害が問題となる。また、その文言を狭い意味に理解し、公判廷で証言する者のみを意味すると解しても、その者が伝聞供述について証言するならば、やはり反対尋問権が侵害されることになる。なぜなら、公判廷で証言する者に、他者の供述内容について反対尋問しても、証人の供述に含まれる伝聞供述の真実性や正確性を、テストすることはできないからである。そして、同一の証人による以前の供述であっても、反対尋問は「即時になされる（striking while the iron is hot）」ことが大切であると考えられるので、伝聞供述についてと同様の考慮が必要であることになる。(5)

以上述べたように、証人対質権は、伝聞証拠の証拠能力を制限する機能を有すると考えることができる。そこで、問題となるのが伝聞法則との関係である。この点を意識しつつ、証人対質権の理論的検討を行うが、その前提として、まず、連邦最高裁判例を眺めることにしよう。

二　連邦最高裁判例

a　ロバーツ判決

まず、証人対質権の一般的基準について判示しているという意味で、証人対質権について考える上で看過することができない一九八〇年のロバーツ判決（Ohio v. Roberts）[6]について取り上げ若干の検討を行い、その後に連邦最高裁判例の動向について眺める。

(1)　まず、事実の概要は以下のとおり。被上訴人ロバーツは、文書（小切手）偽造、盗品（クレジット・カード）所持の罪で起訴された。予備審問において、被害者の娘が証人として召喚された。その証人は、弁護人の質問に対し、被上訴人を知っており、留守中に自分のアパートの使用を許したことを認めたものの、小切手とクレジット・カードを使用してはならないことを告知せずに被上訴人にそれを貸与したことは否認した。弁護人は、証人を敵性（hostile）証人として反対尋問することを求めなかった。

被上訴人は、文書偽造、盗品所持およびヘロイン所持の罪で大陪審により起訴された。

裁判所は、右証人に対して、五通の召喚状を両親の住所に送付したが、同人は公判に出頭しなかった。公判で被上訴人は、使用してもよいことを了知のうえ同人が小切手とクレジット・カードを自己に貸与した旨供述した。訴追側は、オハイオ州法（Ohio Rev. Code Ann. § 2945.49 (1975)）に基づいて、反証として、同証人の予備審問での証言調書（transcript of preliminary hearing testimony）を提出した。

これに対して、被上訴人は、証人対質権違反を理由に、右証言調書の利用に異議を申し立てた。裁判所は、娘は所在不明であるとの証人の母親の証言に基づき、同調書を証拠として許容し、すべての訴因について有罪と認定した。

州控訴裁判所（Ohio Court of Appeals）は、証人の公判への出頭確保の「誠実な努力（good-faith effort）」がなされ

たことについての証明が検察側に欠けていたという理由で、第一審判決を破棄した。

州最高裁判所（Ohio Supreme Court）は、本件においては、たとえ誠実な努力がなされたとしても証人の公判への出頭を確保することはできなかったであろうとし、証人の利用不能を認めるとともに、予備審問における反対尋問の機会を与えるだけでは公判のための対質権を充足したとはいえないとして、予備審問での証言調書を許容できないとした控訴裁判所の判断を確認した。

(2)　では、つづいて、連邦最高裁の判旨を見てみよう。

ブラックマン（Blackmun）裁判官執筆による法廷意見は、まず、証人対質権条項と伝聞法則およびその例外との関係について、連邦最高裁の過去の判例を引用しながら、一般論を展開する。すなわち、証人対質権条項を文字通り適用すれば、すべての伝聞の例外は認められないことになる（マトックス判決（Mattox v. United States, 156 U.S. 237 (1895)））。しかし、このような結論は同条項の意図するところではなく、また、極端すぎるものである。(7)

とはいえ、歴史的にみると、証人対質権条項は何らかの伝聞の排除を意図したものである（グリーン判決（California v. Green, 399 U.S. 149 (1970)））。さらに、証人対質権条項は公判廷における対質の優先を表すものであり、その主たる関心は、反対尋問権にある（ダグラス判決（Douglas v. Alabama, 380 U.S. 415 (1965)））。すなわち、証人対質権条項の目的は、証人の記憶をテストし、その本心を確かめ、さらに、陪審員にその態度を観察させる機会を被告人にもたせるための証人本人の尋問および反対尋問にある（マトックス判決）。こうした正確性吟味の方法は、「事実認定過程の完全性（integrity of the fact-finding process）」（チェインバース判決（Chambers v. Mississippi, 410 U.S. 284 (1973)））を保障するために重要なのである。(8)

しかし、公判での対質を必要としないことが正当化されることもある。それは、他の利益と衝突する場合である。すなわち、「公の政策（public policy）や必要性（necessity）」（マトックス判決）、あるいは、効果的な法執行と刑事手続に適用される証拠法則の発展・形式化によって制限を受けるのである。(9)

次に法廷意見は、証人対質権条項による伝聞を許容することに対する制限を、以下のように二要件から捉えている。

「第一に、権利章典の起草者が被告人と証人とが対面した上での告発を優先させたことに対応して、修正六条は必要性の要件を要求する。通常の場合（以前に反対尋問が行われた場合も含む）には、訴追側は、その者の供述が被告人に対して用いられる原供述者を証人として出廷させるかあるいは証人として利用できないことを証明しなければならない」。(10)

「第二は、原供述者が証人として利用できない場合についてのものである。被告人に自己に不利な証拠をテストする効果的手段を保障することにより、事実認定過程の正確性を高めることが証人対質権の目的であると考えられるから、証人対質権という一般的原則の根拠から実質的に離反するものでないとき、すなわち、信用性の認められる場合に限り伝聞証拠は証人対質権条項の侵害が否定される」。(11)

「要するに、伝聞供述者が反対尋問を受けるため公判に出廷していないときには、証人対質権条項は、通常、その者が証人として利用不能であることの立証を要求する。そしてさらに十分な『信用性の徴憑』（adequate "indicia of reliability"）が存在する場合に限り、その供述は許容されるのである」。(12)

そして、この信用性の徴憑の要件については、常に要求されるものではないと述べる。すなわち、「当該供述が、伝統的に確立している（firmly rooted）伝聞例外に該当するときには、ただそのことだけで信用性があると判断してよい。そうでなければ、少なくとも信用性の特別の保障（particularized guarantees of trustworthiness）が存在することの証

明のなされない限り、当該供述は排除されなければならない」[13]。

次に、法廷意見は、本件について、まず信用性の徴憑、そして利用不能の点を具体的に考察している。

「信用性の徴憑」という争点について、法廷意見は、グリーン判決との比較によって解決を図ろうとする。すなわち、連邦最高裁は、グリーン判決において、原供述者が利用不能の場合には、再度の裁判（retrial）において以前の公判での証言を許容しうるというマトックス判決および適切な情況下における予備審問での証言を許容するバーバ判決（Barber v. Page, 390 U.S. 719 (1968)）を引用して、グリーン事件では典型的な公判に近い情況が存在したと判断した。また、そこでは、「実際の」反対尋問が欠けても、予備審問における反対尋問の「機会」があれば十分であるとも述べられている。たしかにグリーン事件では、予備審問において実際に反対尋問がなされたが[14]、本件でも、反対尋問に相当するものは認められる。

こうして、法廷意見は、本件における予備審問での弁護人の質問を分析する。まず、当該質問は、「形式上」反対尋問に相当すると考えられる。というのは、そこでは反対尋問の特徴である誘導尋問がなされたからである。さらに、当該質問は反対尋問の主たる「目的」にも合致する。知覚、記憶、叙述および真摯性に関して原供述者を吟味するという目的である。たしかに、本件では（反対尋問の段階で尋問するという）古典的な意味での反対尋問はなされなかったが[15]、その質問は、「証人対質権条項の背後にある目的に実質上適っている」（グリーン判決）。

また、証人が訴追や両親の非難を回避し、処罰、偽証および自己負罪を免れるために嘘を述べる動機があったという、証人は信用性に欠けるという主張に対しては、法廷意見は、信用性の保障は予備審問自体の「情況」についてであり、証人または証言について判断されるべきではないと、これを排斥している[16]。

このように、法廷意見は、本件とグリーン事件とは本質的に相違はなく、したがって、信用性は認められると結論づ

けた。

次に、法廷意見は、証人の「利用不能」の争点について論じる。すなわち、まず修正六条の利用不能の判断基準は、検察側が証人を公判に出廷させるために「誠実な努力」をしたかどうかである（バーバ判決）。この誠実な努力という基準は、検察側に不可能を強いるわけではない。どの程度の努力が必要であるかは、合理性の問題である（グリーン判決）。結局、問題は、証人の居場所をつきとめ、法廷に出頭させるために公判前になされた誠実な努力にもかかわらず、証人が利用不能であるかどうかである。(17)

法廷意見は、本件について、証人の利用不能を認めているが、その理由付けは以下のとおりである。すなわち、公判の四カ月前に検察官が証人の母親と会い、娘の居場所について話し合ったが母親は所在不明であると述べたこと、両親のところへ五度にわたって召喚状が送られたことなどからすると、検察側は誠実な努力の義務に違反していない。また、それ以上の努力が実を結ぶ可能性はなかったといえる。たしかに、証人として出廷を求めればこれを拒否するであろう可能性では足りない（バーバ判決）。しかし、五度にわたり召喚状を送ったが証人が出廷しなかったこと、娘の居場所に関心をもつ母親との話し合いを行ったことは、単なる拒絶の可能性以上のものである。(18)

さらに法廷意見は、本件を、憲法上の利用不能が特に問題となった事件であるバーバ事件およびマンクシ事件（Mancusi v. Stubbs, 408 U.S. 204 (1972)）と比較する。まず、マンクシ事件との比較では、本件は証人が合衆国内にいるという点で、マンクシ事件よりも根拠が弱い。(19)次に、バーバ事件との比較がなされる。バーバ事件では、検察側は、隣の州の連邦刑務所にいる証人の出廷を確保しようとしなかった。検察側は証人の居場所を知っていた。証人を公判に出廷させるための手続は存在した。証人が検察側の出廷要求に応じようとしないという事情はなかった。これに対して、本件では、証人の居場所が不明であり、それが発見されるであろうという保障はなかったのである。したがって、

検察側は、証人の利用不能を証明する負担を果たしたと認められうる。[20]

なお、ロバーツ判決には、「本件で州のとった手段は、『誠実な努力』とはいえない」[21]とするブレナン（Brennan）裁判官の反対意見が付されている。

(3) 以上が、ロバーツ判決の概要である。つづいて、同判決について若干の検討を行う。先にも述べたように、ロバーツ判決は、証人対質権条項の一般的な指針について述べているという意味で、重要判例の一つであると評価することができる。[22]

ロバーツ判決は、証人対質権の侵害に関する判断基準として二つの要件を提示する。その一つは、「利用不能」である。そして、これは、「通常の（usual）」事案にだけ適用があると考えられている。[23]すなわち、訴追側は、対質の有用性が「わずかな（remote）」事案では、証人の利用不能を証明する必要はない。[24]二つめは、「十分な『信用性の徴憑』」である。この要件は、伝統的に確立している伝聞例外については、充たされているとみなされるが、それ以外の伝聞例外については、少なくとも、「信用性の特別の保障」の存在の証明が必要とされる。[25]すると、伝統的とされる伝聞例外以外については、理論的に証人対質権の侵害が問題となる余地が残されていると解されよう。[26]

このように、証人対質権の侵害については、事案を考慮して裁判所が被告人との対質を必要と認める証人の「利用不能」と、当該伝聞に「十分な信用性の徴憑」が認められるかどうかの二要件によって判断される。[27]これらは、一見すると、伝聞法則の「必要性」と「信用性の情況的保障」に対応するもののようにみえる。そうすると、証人対質権条項と伝聞法則の例外の適用については、類似の要件により判断されることとなり、ひいては、証人対質権の侵害に関する問題は、伝聞法則の問題として解決されると解することも可能であるように思われる。この点については、関連する判例

の分析を含め第三節で詳しく検討する予定である。では、つづいて、連邦最高裁判例の動向を眺めることにしよう。

b　連邦最高裁判例の動向

現在、証人対質権に関する連邦最高裁判例からは、以下に述べる五つの主要な論点を抽出できる。それらの最初のものは、連邦最高裁が、証人対質権はコモン・ロー上の伝聞法則を保障するものと考えていたと思われる初期の判例において現れた[28]。しかし、初期の判例の一つにおいて、連邦最高裁は、従来とは全く異なる考えを示し[29]、その後のいくつかの判例も、特定の条件の下において憲法の観点から伝聞証拠の証拠能力を否定するに至るのである[30]。

また、以下に述べる五つの論点は、一九六〇年代、ウォーレン・コート（Warren court）でさかんに論じられたが、その間に、証人対質権に関する主要な論点のほとんどが形成されたことも注目に値しよう[31]。以下では、この五つの論点から、証人対質権に関する連邦最高裁判例を眺めることにする。

(1)　第一の論点は、証人保護の必要性に関係するものである。証人対質権条項は、被告人に、公判廷に在廷しかつ証人と対面し反対尋問を行う権利を与えている。古くから、この被告人の公判廷への出頭と反対尋問の重要性は強調されている。他方で、検察側には、証人保護のための手段を用いることが認められている。現在の判例の一つは、出廷の概念の範囲を証言する際の証人の立場を考慮して広く解し、このことにより、その後の判例には、報復について心配している証人を保護すること、さらには、公判廷で被告人と対面することを恐れる幼い証人に間接的な証言方法によることを認めたものがある[32]。このようにして見ると、証人対質権にも、証人保護の観点から一定の制約があることが分かる。

(2)　第二は、公判廷外における、あるいは公判廷での事後の（prior or deferred）反対尋問によっても、証人対質権が充たされる場合があることである。公判廷外における反対尋問について、一九六五年のポインター判決（Pointer v.

Texas）は、次のように判示した。事案は、強盗被告事件であるが、証人（被害者）の州外移住を理由に同人の予備審問（被告人には弁護人が付されていなかった）における証言調書を、州の裁判所が証拠採用したことにつき、まず、修正六条の証人対質権は、修正一四条のデュー・プロセス条項（due process clause）を介して州にも適用されるとしたうえでこの供述調書は「弁護人を通じて証人を十分に反対尋問する機会が被告人に与えられた情況下に作成されたものではない」ことを理由に、証人対質権の侵害を認めた。なお、同判決で、法廷意見を執筆したブラック（Black）裁判官は、被告人に弁護人が付され徹底的で十分な反対尋問の機会（a complete and adequate opportunity）が与えられていたとしたら、本件は全く異なったものになっていたであろうと述べた。[33] ポインター判決は、公判廷外の反対尋問が、証人対質権条項を充たし得ることを示唆する。そして現在は、検察官が、証人を法廷に出頭させるかまたは証人の利用不能を示すかをしなければならない場合を除いて、一般に、ポインター判決の示唆するように公判廷外での反対尋問によって証人対質権条項は充たされるとされている。

他方、公判廷での事後の反対尋問が、証人対質権条項を充足するかどうかの問題は、一九七〇年のグリーン判決（California v. Green）[34]、およびその後のいくつかの判例において現れた。グリーン判決は、証人（マリファナの被交付者である未成年者）が記憶喪失を主張しつつ曖昧な答弁に終始したので、同人の予備審問における証言調書が以前の不一致供述を実質証拠として許容する州法に基づき許容された事案（未成年者へのマリファナ交付の罪で訴追された）につき、従前の諸判例を十分に踏まえたうえで、証拠法上の是非は別として、「当該供述をしたことを認め、そして問題の出来事に関する以前の供述と現在の供述との食違いにつき弁明ないし説明することを求められ、かくして自己自身を被告人の公判で両供述に関する全面的な反対尋問に曝している証人の以前の供述を証拠から排除することを証人対質権条項は

命じてはいないのである」[35]と判示した。「全面的かつ効果的な反対尋問（full and effective cross-examination）」という要件が充たされる限り、証人対質権の侵害は認められないとされたのである。そして、連邦最高裁は、以前の供述の証拠能力の点について争われた事案において、当該供述者に対する公判廷での事後の反対尋問は、証人対質権条項を充たすと判示してきているのである。

(3)　第三に、公判廷外供述が制限された目的の下に用いられる場合に、その供述が被告人側の反対尋問によって吟味され得ないとき、被告人の証人対質権が侵害される可能性があるという問題がある。この点に関する連邦最高裁判例のうち、次の二件には、被告人を巻き込む共犯者の自白が含まれていた。

まず、一九六五年のダグラス判決（Douglas v. Alabama）では、証人ロイド（分離裁判（separate trial）ですでに有罪とされた共犯者）が、上訴予定のため自己負罪拒否特権（privilege against self-incrimination）を行使し証言を拒否したので、検察官が被害者を猟銃で射って負傷させた人物としてダグラスを名指していた同人の公判廷外の自白調書（confession signed by the accomplice）を、ロイドの記憶を喚起するためと称して二、三節ごとに朗読を中断し「このような供述をしたことがあるか」と尋ねながら、これを朗読した事案（殺人の意図をもって行った暴行の罪で起訴された）につき、この朗読は、「証言」に相当するにもかかわらず、被告人は、この「共犯者の自白（accomplice's confession）」につき原供述者である証人に反対尋問できなかったことを理由として、証人対質権条項の保障する被告人の反対尋問権を侵害することになると判示した。なお、本件では、この供述が、被告人が被害者を猟銃で射って負傷させたことを証明する唯一の直接証拠であった[36]。

次に、一九六八年のブルートン判決（Bruton v. United States）では、共犯者の公判廷外における自白が、被告人との併合審理（joint trial）において自白者本人にのみ不利益な証拠として用いることが許されるという限定説示（limiting

instructions）の下に許容された事案（武器を用いた郵便局強盗の罪で訴追された）につき、従前の判例[37]を変更し、連邦最高裁は、被告人に対する関係ではこの共同被告人たる共犯者の自白を無視しなければならない旨の明確な説示が与えられていても、陪審は、被告人の有罪または無罪を認定する際に、事実上この共犯者の自白に注目する危険があることを理由に、証人対質権の侵害に当たると判示したのである。[38]

(4) 第四に、証人対質権条項は、検察側に、証人の以前の供述を提出することに優先して、その者を公判廷に出頭させることを要求する。一九六八年のバーバ判決（Barber v. Page）で、証人（共犯者）が法域外の連邦刑務所に収容されていることを理由に、同人の予備審問（被告人には弁護人が付されていたが、弁護人は証人に反対尋問しなかった）における証言調書が許容された事案（持兇器強盗（armed robbery）の罪で訴追された）につき、たとえ予備審問において証人を反対尋問する機会が与えられていても「訴追側が証人を公判廷に出頭させるための誠実な努力をしたのでない限り・・・『利用不能（unavailable）』とはいえず」[39]、本件ではこのような努力がなされたとは認められないから、証人対質権の侵害に当たると判示した。連邦最高裁は、予備審問における証言を証拠請求する州の検察官は、たとえその証人が近隣の州の連邦刑務所に収容されていて、容易に召喚できない場合であっても、公判廷にその証人を召喚するよう努力すべきであると論じたのである。以前の証言は原供述者が利用不能の場合にのみ許容されるが、バーバ判決は、この利用不能の要件に関する憲法上の一基準を確立したと評価できる。[40]さらに、同判決は、伝聞法則上の諸要件を充たすことが、証人対質権を必ずしも充たすことにはならないことをも明らかにしたのである。

(5) 第五に、証人対質権条項は、通常は許容されるであろう伝聞を排除したり、他方で、通常は排除されるであろう伝聞を許容する場合がある。以下に、証人対質権の侵害という意味でより重要な後者の例として二つの連邦最高裁判例を挙げる。第一に、先に述べたように、一九七〇年のグリーン判決で、連邦最高裁は、公判廷では記憶を喪失しかつ回

避的であるように見えるが、以前には警察官に対し被告人を巻き込む内容の供述を行い、かつ被告人の予備審問でも同様の証言をした証人につき、後者の予備審問における証言を証拠採用しても、証人対質権を侵害しないと判示した。第二に、同じく一九七〇年のダットン判決（Dutton v. Evans）では、警察官殺害（officers' murder）の容疑で逮捕され刑務所に収容中の共犯者から被告人に不利な供述を聞知した旨の証人（収容者仲間）の証言[41]が、コンスピラシーの隠蔽段階における共謀者の供述（coconspirator's out-of-court statement made during the concealment phase of the conspiracy）をも伝聞例外として許容する州法に基づき許容された事案につき、州法の証拠法則が連邦の伝聞例外と正確に一致しないという理由だけでは憲法に違反するということはできないとしたうえで、本件伝聞供述は、被告人にとって決定的に不利益な（"crucial" or "devastating"）ものではなく、また思わず発せられた（spontaneous）刑事上の利益に反する供述であるから信用性の徴憑も認められることを理由に、証人対質権を侵害するものではないと判示している[42]。

以上、五つの論点から、連邦最高裁判例を眺めてきた。次に、このような連邦最高裁判例の提示する論点について、理論面から分析する。

三　理論的分析

ミューラーとカークパトリック（Mueller & Kirkpatrick）は、証人対質権に関する連邦最高裁判例および学説を、以下のように五つの類型に整理したうえで、検討を加えている[43]。

① 最も狭い理論（Minimalist theory）　この説は、証人対質権条項は、公判廷における生の証言についてのみ適用され、公判廷外供述についてはその射程範囲から外れるとするものである。すなわち、証人対質権条項は、被告人に、公判廷に在廷し証人に対して反対尋問を行う権利を与えたのであって、検察官が、公判廷で証言する証人以外の供述証

拠を提出すること、あるいは公判廷で証言する同一人の以前の供述を証拠として自由に用いることを妨げないと解することになる。このように同条項を最も狭く解すると、修正六条の「証人」という文言は、公判廷外供述者を含まず、公判廷で証言する者だけを意味することになる。以前にウィグモアがこの説を支持し、かつては何人かの連邦最高裁裁判官がこの説を採用したが[44]、現在の判例では、明確にこれを否定している[45]。

② 証人の召喚を重視する理論（Production theory）　この説は、証人対質権条項は、検察官に、証人の公判廷外供述の証拠提出に優先して利用可能な証人を召喚することを要求するが、他方、同条項は、証人として利用不能の場合については何もいってはいないと解するものである[46]。現在の判例は、この説を否定している[47]。

③ 信用性を重視する理論（Reliability theory）　この説は、証人対質権条項は、伝聞法則とは独立して機能するものであり、被告人に対して提出された伝聞供述の信用性の判断に当たっては憲法の観点からの検討を必要とすると考える説である。そして、信用性の要件は、伝聞例外規定を適用するときに考慮されるものと類似の諸情況によって充たされ、他方、被告人が原供述者を反対尋問できるときには、信用性はあまり重要ではなくなると解する。連邦最高裁は、繰り返し、証人対質権条項の解釈について、この説に依拠してきている[48]。

④ 中心的な証拠たることを重視する理論（Centrality theory）　証人対質権条項は、諸々のあまり重要でない点について、あるいは補強証拠ないし情況証拠（corroborative or circumstantial proof）として、伝聞を用いることを認めているのであって、検察側の立証しようとしている犯罪事実の核心に迫るような直接的かつ重要な（direct and critical）証拠は排除すると考える説である。これは、一九七二年に、K・グラアム（K.Graham）の論文で主張された[49]。そして、連邦最高裁判例の中にもこれを支持すると評価できるものもある[50]。また、この説は、検察官が、重要証拠については、もっとも強くかつもっとも容易に分析可能な立証方法を用いるべきであるということを示唆するもので、ある

種の常識に基づく説得力をもっている。しかし、すべての補強証拠および情況証拠のためにこの点を強調することは、道理にかなっていない。このような理由からか、連邦最高裁は、そのような考慮は、証人対質権条項よりもむしろハームレス・エラーの原則（harmless error doctrine）について妥当するものであることを指摘するに至っている。(51)

⑤　適正手続の観点からの理論（Procedural rights theory）　最近になって若干の研究者が、証人対質権条項は、これまで考えられてきたような理由で伝聞を排除するのではなく、検察側が、公判廷外供述を収集しかつそれらを生の証言の代わりに用いることによって被告人の有罪を立証することを防ぐためのものであると考えるべきではないか、ということを主張し始めている。この説は、結局のところ、証人対質権条項に何らかの影響を与えたといわれるローリ卿の裁判での最大の問題点は、孤立した状態での取調べから自白を引き出しかつそれを他の者の有罪の立証に用いたことによる訴追権限の明白な濫用にあったことを重視していると考えられる。(52)

このアプローチの下では、証人対質権条項は、警察の取調べの実務を制限ないし抑制することを求めるものであると考えられる。そして、マップ、マサイア、およびミランダ事件における判決で論じられた、自己負罪拒否特権、弁護人の援助を受ける権利、不合理な捜索および押収からの保護に関する憲法上の諸原則に基づく違法収集証拠排除法則（exclusionary rule）と同様の機能を、証人対質権条項がもつことになろう。(53)この理論は、最近の事案で問題とされた伝聞のほとんどをうまく排除するだろう。なぜなら、それら伝聞証拠のほとんどは、犯罪捜査または訴追の過程において生じたものだからである。また、この説をもっとも強く主張する論者たちの考えの背後には、証人対質権条項は、証拠の信用性を重視する理論に依拠する場合に正しく考慮されないであろうという信念があるように思われる。このように考える理由は、捜査または訴追の過程に生じた伝聞の信用性を評価することは、困難であるかあるいは不可能であるためであろうし、また公判廷における反対尋問に適切に代替するものがないということにもよるものであろう。しかし、

一九九二年のホワイト判決（White v. Illinois）におけるトーマス（Thomas）裁判官の賛成意見から示唆されるように、この説は、捜査ないし訴追の過程とは独立してなされた供述を用いることについて証人対質権条項はいかなる制限も課さないこととなり、信用性に欠けるそのような供述に対する憲法上の保護は全く及ばないことにもなりうる。(54) しかし、もちろん、この説も、他の説と結びついて、証人対質権の保護の範囲を広げることは可能であろう。

また、ミューラーとカークパトリックによれば、これら五つの理論は、次のように位置づけることができるという。最近の連邦最高裁判例の立場は、信用性を重視する理論と証人の召喚を重視する理論の両方の説を採用していると評価できる。証人対質権条項によって、時折、被告人のために公判廷外供述を排除することが認められ、また時折、検察官は、供述者の供述書の代わりにその者を公判廷に召喚することを強制されているのである。

これまでの判例の示してきた判断は、その結果だけからみれば、最も狭い理論による解釈とそれほど違いはないと評価される。しかし、そのような結果の生ずる理由として、裁判所が通常証拠能力を肯定すると予想される伝聞証拠について、被告人側が憲法を根拠に争う事案がきわめて僅かであることが考えられることに注意しなければならない。そして、中心的な証拠たることを重視する理論は、判例の背後にある種の沈黙を守って存在しているようである。なお、適正手続の観点からの理論については、判例における明確な位置づけは示されていないといえよう。

四　検討

では、つづいて、これまで述べたアメリカ法の理論に、若干の比較法的検討を加えることにしよう。

まず、わが国でも、先述した最も狭い理論と同様に、最高裁は、憲法三七条二項前段にうたわれている「すべての証

人に対して審問する機会を充分に与へられ」るとは、「裁判所の職権により、又は訴訟当事者の請求により喚問した証人につき、反対尋問の機会を充分に与えなければならない」という趣旨であると解した。[55] しかし、これでは、旧法下でも、反対当事者が出頭した証人に対して反対尋問を行うことは認められていたことを考えれば、戦後、これが、憲法上の権利として創設された意味が失われてしまうことになる。[56] したがって、第三章で詳述するように、立法経緯はどうであれ、解釈論としては、「証人」は、伝聞証人を含む実質的意味に解すべきであろう。公判廷で証言する狭義の証人に限り証人対質権条項の適用があるとする最も狭い理論は、アメリカでは判例上も否定されるに至ったことも、参考となろう。

次に、証人の召喚の可能性すなわち証人の利用不能との関係について考えてみる。[57] 証人対質権条項の適用範囲を証人の召喚を重視する理論のように解すると、証人の利用不能によって、すなわち「必要性」の要件だけで憲法上伝聞証拠の証拠能力が肯定されることになる。「必要性」の要件だけで、証拠能力を肯定するのは、それが有罪の方向の証拠である場合、反対尋問権の保障の観点から問題があることは明白である。したがって、証人の喚問不能により、証人審問権の適用を回避できるという理論構成は採るべきでない。もっとも、アメリカでは、先にも述べたように、利用不能は証人対質権の一判断基準として機能していることには留意せねばならないだろう。

さて、アメリカでは、憲法の保障する証人対質権と証拠法上の原則である伝聞法則とは、反対尋問権の保障を中核とする点は共通であるとしても、両者は、完全に重なり合うものではないと指摘されている。[58] しかし、その相違点は明確にされておらず、証人対質権の根拠として事実認定の正確性の確保が強調されていることからすると、両者の間に実質的な相違はないとの結論を導くことも可能である。すると、信用性を重視する理論は、強い説得力を有するといえる。さらに、この説は、伝聞例外の規定と整合性をもつ理論的にすっきりしたものである。しかし、信用性の要件のみに依

存することの危険性を示唆する、適正手続の観点からの理論にも、次節で詳述するように十分な根拠があるように思われることには留意する必要があろう。

また、中心的な証拠たることを重視する理論については、何が重要証拠であるかは必ずしも明確であるとはいえない場合が多いとの批判が加えられるであろうし、証人審問権の適用範囲の判断基準としては適切とはいえないであろう。

最後に、適正手続の観点からの理論であるが、この説は、証人対質権条項は、訴追側の証拠提出権を抑制することに意義があり、検察官あるいは警察官の作成した伝聞証拠を有罪立証の目的のために用いることを排除する機能を有すると解する。このように言うと、先に述べたように、捜査ないし訴追の過程とは無関係になされた供述について証人対質権条項の適用はないことになってしまう、との批判もありうる。しかし、次節で詳述するが、この説の論者は、信用性のみを証人対質権の判断基準とすることを危惧しているのであり、信用性は当然前提しているというべきであり、このような批判はあたらないだろう。このように、この説は、証人対質権の法理の判断基準として、伝聞法則の根拠と重なる真実発見すなわち事実認定の正確性の確保に加えて適正手続による考慮の必要性を説くものであるといえよう。そして、このような母法国での議論はわが国の証人審問権の理論を考えるうえでも、一定の示唆を与えるものと考えられる。そこで、つづいて、適正手続の観点からの理論について考察することにしよう。

（1）本節の記述は、4 C. MUELLER & L. KIRKPATRICK, FEDERAL EVIDENCE, § 394 (2d ed. 1994) によるところが大きいことを、前もってお断りしておく。また、本節で述べる連邦最高裁判例については、わが国でも既に詳細な紹介および分析がなされている。本稿で訳出にあたり、主に参照した文献は、小早川義則『共犯者の自白』（一九九〇年）五八－七五頁、二一七－二二七頁、津村政孝「証人対審権の歴史的展開――連邦証拠規則研究のための準備作業」学習院大学法学部研究年報一

九号（一九八四年）一五一頁、山田道朗「対面と伝聞」法律論叢五三巻一・二号（一九八〇年）一二七頁、同「対面条項の理論的考察」同五七巻四号（一九八四年）一四九頁、佐藤文哉「刑事司法に関する米連邦最高裁判例の動向〈三〉」判例タイムズ二七二号（一九七二年）二〇頁以下。なお、拙稿「証人審問権の一考察――ロッキード事件最高裁判決を契機として」茨城大学政経学会雑誌六五号（一九九六年）九七－一〇二頁参照。

(2) Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980); Nelson v. O'Neil, 402 U.S. 622, 626-27 (1971); California v. Green, 399 U.S. 149, 158 (1970); Bruton v. United States, 391 U.S. 123, 126 (1968); Roberts v. Russell, 392 U.S. 293, 294 (1968); Barber v. Page, 390 U.S. 719, 725 (1968); Brookhart v. Janis, 384 U.S. 1, 4 (1966); Douglas v. Alabama, 380 U.S. 415, 418 (1965); Pointer v. Texas, 380 U.S. 400, 406-07 (1965).

(3) *See* Alford v. United States, 282 U.S. 687 (1931); Smith v. Illinois, 390 U.S. 129 (1968).

(4) *See* Chambers v. Mississippi, 410 U.S. 284 (1973). 本件は、被告人の証拠提出権に関する重要判例の一つである。詳しくは、光藤景皎「証人喚問請求権の蘇生」福田平・大塚仁博士古稀祝賀『刑事法学の総合的検討（下）』（一九九三年）六六九頁参照。

(5) 4 C. MUELLER & L. KIRKPATRICK, *supra* note 1, § 394, at 123.

(6) Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980). 本件は、証人対質権に関する最も重要な判例の一つであるので詳しく紹介する。本件の訳出にあたり、山田道朗「対面条項と伝聞法則――『オハイオ州対ロバーツ』判決を中心にして」法律論叢五六巻四号（一九八三年）一二九頁、安冨潔「予備審問手続における供述の公判での利用と対決権」渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅲ』（一九九四年）二九七頁、中空壽雅「公判不出頭の証人の予備審問における供述の採用と修正六条の対質権」鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究』第二巻（一九八六年）一〇五頁、津村・前出註（1）二〇三頁以下参照。

(7) *Id.* at 62-63.

(8) *Id.* at 63-64.

(9) *Id.* at 64.

(10) *Id.* at 65.

(11) *Ibid.*

(12) *Id.* at 66.
(13) *Ibid.*
(14) *Id.* at 68-70.
(15) *Id.* at 70-72.
(16) *Id.* at 72-73.
(17) *Id.* at 74-75.
(18) *Id.* at 75-76.
(19) マンクシ事件では、問題となった証人は、スウェーデンに移住してしまっていた。408 U.S. at 209.
(20) *Roberts,* 448 U.S. at 76-77.
(21) *Id.* at 80 (Brennan, J., dissenting).
(22) *See* Park, *A Subject Matter Approach to Hearsay Reform,* 86 MICH. L. REV. 51, 91-92 (1987).
(23) *Roberts,* 448 U.S. at 65.
(24) *Id.* at 65 n.7.
(25) *Id.* at 66.
(26) *See* Park, *supra* note 22, at 93.
(27) 山田・前出註（6）一四〇頁参照。
(28) *See* the two opinions in Mattox v. United States, 156 U.S. 237 (1985), and Mattox v. United States, 146 U.S. 140 (1982). *See also* Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97 (1934).
(29) *See* Kirby v. United States, 174 U.S. 47 (1899). 第三者の有罪判決を被告人に対する証拠として用いることは証人対質権条項に違反するとした本件は、証人対質権条項が、伝聞例外に対して抑制的な機能を有すること、を示唆するものである。*See,* Park, *supra* note 22, at 91.
(30) *See* Idaho v. Wright, 497 U.S. 805 (1990); Lee v. Illinois, 476 U.S. 530 (1986); Bruton v. United States, 391 U.S. 123 (1968).

(31) 4 C. MUELLER & L. KIRKPATRICK, *supra* note 1, § 394, at 123-26.
(32) *See* Maryland v. Craig, 497 U.S. 1012 (1988). 本件につき、津村政孝・アメリカ法一九九四－Ⅱ三七五頁参照。
(33) Pointer v. Texas, 380 U.S. 400 (1965). 本件につき、田宮裕・アメリカ法一九六六－Ⅱ三二五頁参照。
(34) California v. Green, 399 U.S. 149 (1970).
(35) *Id.* at 164. なお、本件で、予備審問証言を許容したのは、同証言が典型的な公判をとりまく情況と酷似した情況下になされたことに基づく。*Id.* at 165. また、本件では、予備審問における証言と同じ内容の捜査官に対する不一致供述の許容性も問題とされたが、この点については連邦最高裁は憲法判断を回避した。
(36) Douglas v. Alabama, 380 U.S. 415 (1965).
(37) Delli Paoli v. United States, 352 U.S. 232 (1957).
(38) Bruton v. United States, 391 U.S. 123 (1968). 本件につき、香城敏麿・アメリカ法一九六九－Ⅱ二五六頁参照。
(39) Barber v. Page, 390 U.S. 719, 724-25 (1968).
(40) *See Ibid.*
(41) 証人は、本件の共犯者がアレインメントの手続を終えて刑務所に戻ったときに、どうだったと訪ねたところ、当該共犯者が「あのエヴァンスの野郎さえいなければ、今頃こんなところにはいないんだ」と答えた、と証言した。なお、本件では、訴追側は二〇人の証人を申請した。
(42) Dutton v. Evans, 400 U.S. 74 (1970). 本件につき、鈴木茂嗣・アメリカ法一九七四－Ⅱ三九七頁参照。
(43) 4 C. MUELLER & L. KIRKPATRICK, *supra* note 1, § 394, at 126-29.
(44) *See* 5 J. WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW § 1397 (3d ed. 1940); Dutton v. Evans, 400 U.S. 74 (1970) (Harlan, J., concurring).
(45) *See* Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980); Idaho v. Wright, 497 U.S. 805 (1990).
(46) *See* Westen, *Confrontation and Compulsory Process: A Unified Theory of Evidence for Criminal Cases*, 91 HARV. L. REV. 567, 596 (1978); Barber v. Page, 390 U.S. 719 (1968).
(47) *See* Idaho v. Wright, 497 U.S. 805 (1990); Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980).

(48) *See especially* Idaho v. Wright, 497 U.S. 805 (1990); Lee v. Illinois, 476 U.S. 530 (1986); Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980).

(49) Graham, *The Right of Confrontation and the Hearsay Rule: Sir Walter Raleigh Loses Another One*, 8 CRIM. L. BULL. 99 (1972).

(50) Dutton v. Evans, 400 U.S. 74 (1970).

(51) Idaho v.Wright, 497 U.S. 805 (1990).

(52) *See especially* Kirst, *The Procedural Dimension of Confrontation Doctrine*, 66 NEB. L. REV. 485 (1987); Jonakait, *Restoring the Confrontation Clause to the Sixth Amendment*, 35 U C L A L. REV. 557 (1988); Berger, *The Deconstitutionalization of the Confrontation Clause: A Proposal for a Prosecutorial Restraint Model*, 76 MINN. L. REV. 557 (1992); Haddad, *The Future of Confrontation Clause Developments: What will Emerge When the Supreme Court Synthesizes the Diverse Lines of Confrontation Decisions?*, 81 J CRIM. L. & Criminology 77 (1990).

(53) *See* Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966); Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1964); Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

(54) White v. Illinois, 502 U.S. 346 (1992) (Thomas, J., concurring). 本件につき，松原芳博「公判廷外の供述の証拠としての許容性と修正六条の対質条項――伝聞法則の例外としての自然発生的供述および治療を求める過程でなされた供述における『供述不能』要件の要否」九州国際大学法学論集二巻二号（一九九五年）一一六頁参照。

(55) 最大判昭和二四・五・一八刑集三巻六号七八九頁。

(56) 光藤景皎『口述刑事訴訟法』中巻（一九八二年）一九頁。

(57) 利用不能の要件に詳細に検討を加えたものとして，Kirkpatrick, *Confrontation and Hearsay: Exemption from the Constitutional Unavailability Requirement*, 70 MINN. L. REV. 655 (1986).

(58) これが，証人対質権と伝聞法則に関する議論が複雑となる一要因である。*See, e.g.*, Murphy, *Justice Scalia and the Confrontation Clause: A Case Study in Originalist Adjudication of Individual Rights*, 34 AM. CRIM. L. REV. 1243, 1245 (1996).