



Title	伝聞法則の適用範囲に関する一試論（3）
Author(s)	伊藤, 博路; ITOH, Hiromichi
Citation	北大法学論集, 49(1), 123-173
Issue Date	1998-05-29
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15772">https://hdl.handle.net/2115/15772</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	49(1)_p123-173.pdf



伝聞法則の適用範囲に関する一試論（三）

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

(以上四八卷四号)

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

第二節 学説・判例の分析

(以上四八卷五号)

第三節 適正手続の観点からの理論

(以上本号)

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

第三節 適正手続の観点からの理論

第二節では、連邦最高裁の判例理論から、証人対質権の根拠として真実発見すなわち事実認定の正確性の確保を抽出した上で、学説の中にはこれに批判的なものがあることを指摘した。しかし、それらの学説も、証人対質権と伝聞法則

とは反対尋問権を中心的要素とする点で共通し、それゆえに事実認定の正確性の確保という証拠法上の目的が証人対質権の目的に含まれると考えられるという点については、論者によって程度の差はあるが、おそらくこれを否定されてはいないように思われる。したがって、問題の核心は、証人対質権の本質的要素は何かであり、これと伝聞法則とりわけその例外との関係をどのように理解するかになってくると考えられる。そこで、証人対質権が被告人の憲法上の権利であることから、これを手続的権利の一つとしての視座から捉え、検討してみる必要がある。そして、このような視座から考察する上では、適正手続(デュー・プロセス)の観点からの検討が最も重要となろう。

本節では、この観点から証人対質権の法理について考察するにあたり、特に重要と思われる、カースト(Cast)とバークの二人の論者の説を取り上げ整理・紹介、検討を行う<sup>(1)</sup>。では、最初にカーストの説について見ることにしよう。

## 一 カーストの説

### a はじめに

カーストは、一九八七年のある論文で、一九八六年に下された三つの連邦最高裁判決、すなわち、イネイデイ判決<sup>(2)</sup>(United States v. Inadi)<sup>(3)</sup>、リー判決<sup>(4)</sup>(Lee v. Illinois)、アーネスト判決<sup>(5)</sup>(New Mexico v. Earnest)を契機として、証人対質権に関する検討を行っている。

この論文でカーストは、この三判決では、「どのような場合に、証人対質権条項によって訴追側は伝聞証拠を用いることを許されるのか<sup>(6)</sup>」という点が問題とされたが、最初のイネイデイ判決を除く他の二判決は、「証人対質権条項の唯一の重要な次元(dimension)<sup>(7)</sup>」は、「伝聞証拠の内容の信用性である<sup>(8)</sup>」と考えている点で問題がある、と論ずる。そして、「証人対質権条項をこのような視点からのみ捉えたりリー判決およびアーネスト判決は、「宣誓供述書による裁判の復活<sup>(9)</sup>」

を招きかねないものと評価されるという。また、それら二判決は、伝聞証拠の内容の信用性を検討し、それが認められれば、証人対質権条項の保障も充たされると考えているようであるが、「その判断基準については、ほとんど全く明らかにされていない」<sup>(10)</sup> ために、伝聞証拠の信用性のみを判断基準とするのでは安定性に欠けるという。さらに、このように伝聞証拠の内容の信用性という次元のみに焦点を当てることよって、次のような二つの不合理な結果が生じうることになるといえる。すなわち、第一に、被告人が証人対質権を否定され、宣誓供述書による裁判と等価値のものよって有罪とされる場合が生じうること。第二に、不適切な信用性重視の基準が、証人対質権についての従来の連邦最高裁の判例理論では対質権を侵害しない訴追側提出証拠をも排除してしまう結果となる場合が生じうること、である。<sup>(11)</sup> このような不合理な結果を生じさせることになる主たる要因は、単一の次元から捉えた上で証人対質権の法理論を構築しようとする点にある、と指摘する。すなわち、その他の次元から証人対質権条項の理論に検討を加える必要がある、それが「手続的次元 (procedural dimension)」であるという。<sup>(12)</sup> そして、彼はこの「手続的次元」に関して、以下のよう

#### b 手続的次元の必要性

連邦最高裁は、一八九五年のマトックス判決で、証人対質権条項の主要な目的は、宣誓供述書による裁判を防止することであると述べたが、この点は、その後の下された連邦最高裁判決においても繰り返して指摘されてきた。<sup>(13)</sup> そのような連邦最高裁判例の立場からは、手続的次元の基準を抽出することができる。それは、合衆憲法修正六条に盛り込まれている証人対質権条項は、訴追側が公判廷における証言の代替として伝聞証拠を作り出してこれを公判で用いることを抑制する機能を有するという点を基礎とする。つまり、証人対質権条項は、捜査機関が証拠収集のために用いることの

できる手続に対する合衆国憲法修正四条および五条の制限と同様に、訴追側が訴追を行うために用いることのできる手続に対する制限となる規定であると理解されてきた、との考えに基づくものである。

そして、そのような手続的次元に基づく基準は、次のような役割を有するものといえる。すなわち、訴追側が公判において伝聞証拠を用いる場合について、これを用いても宣誓供述書による裁判と類似するものにはならない場合と、訴追の過程 (Process of prosecution)<sup>(16)</sup> において作り出された伝聞証拠のような、これを用いると宣誓供述書による裁判の様相を呈する場合とを分ける役割である。

一九八六年のリー判決とアーネスト判決で問題とされた伝聞証拠は、警察が共犯者の取調べ中に得たものであったが、それらの法廷意見は、伝聞証拠が作り出される過程に関する手続的次元の基準、すなわち、訴追の過程において作り出された伝聞証拠であるか否か、という判断基準を無視した。結論的には、いずれの判決においてもその伝聞証拠の証拠能力は否定されたのであるが、その法廷意見からは、訴追の過程において作り出された伝聞証拠であっても、その伝聞証拠の内容から、信用性の徴憑が充足されうることが示唆されるのである。他方、このように信用性のみに焦点を当てるということが、宣誓供述書による裁判と同質のものを生み出す結果となる危険をいかに孕んでいるかはこれまで指摘されることはなかった。しかし、これまで手続的次元が全く議論されることがなかったのは、連邦最高裁が、連邦最高裁自身いかなる対質権の法理に対しても基本的なパラメータとして位置づけてきたこの次元を十分に認識していなかったからである。そのため、結果的にこの次元の無視が生ずることになったにすぎない。

例えば、一九八〇年のロバーツ判決<sup>(17)</sup> について見てみよう。同判決で法廷意見を執筆したブラックマン裁判官は、伝聞証拠の証拠能力の判断基準が複雑となる理由を述べている。これは、次のようにまとめることができよう。第一に、個々の事例は複雑な論点を含んでいる場合もあるかもしれないが、様々な事例に接する事実審裁判官の証拠能力判断に資す

るために、ある程度一般的な基準であることが要求されること。第二に、連邦最高裁の判例形成による憲法上の法理の発展のために、新しい種類の伝聞証拠ないし訴追側が伝聞証拠を用いることから生ずる新しい危険に対応するための理論を採用する余地が存在するにちがいないが、そのような理論を採用するには、先例と抵触することがあってはならないことに配慮しなければならないこと、である。加えて第三に、連邦最高裁は、連邦および州の訴追において含まれている伝聞証拠に関する争点を憲法上の争点に移すということ避けたいと望んでいることも明らかといえること、が挙げられよう。そして、ロバーツ判決は、上記のような点を一度にすべて解決するような対質権の理論はあり得ないであろうことを強調した。

しかし、自らが述べたこのような注意とは反して、ロバーツ判決は、証人の利用不能および十分な信用性の徴憑の二要件により証人对質権の法理を構成した<sup>18)</sup>。もし、連邦最高裁が、この二要件によって対質権の一般的な理論を示すことを意図したとすると、ロバーツ判決自身において述べられた、柔軟性を伴いつつ、明白性、一貫性、安定性を提供するような法理論という条件を、この二つの要件は充たすものではなかった。まず、利用不能の要件は、それが文字通りに適用されるならば、すべての利用可能な供述者の出廷を要求することになりうる。そしてこのような結論は、これまで許容されてきた伝聞証拠の証拠能力を否定することに繋がり、訴追側の証拠提出権が著しく制限されることにもなりうる。しかし、それは従来の連邦最高裁判例の立場および連邦証拠規則の構造と矛盾しよう。次に、信用性の徴憑の要件は、事実審裁判所がこれを実際に適用することを考えると、あまりにも曖昧な基準である。十分な徴憑の意味するところも、この要件が伝聞証拠一般に適用されるのか、または個別・具体的事例判断に基づき特定の伝聞証拠に適用されるのかということも、ロバーツ判決においては明らかにされなかった。かくして事実審裁判官は、ケイス・バイ・ケイスの判断を求められることになったのであるが、このような緩やかな運用によれば完全な柔軟性を確保することはできる。

しかし、事実審裁判官が、伝聞証拠の信用性について、そのような判断を行うことを要求されるとしたら、安定性や明白性はほとんど失われるといえる。このようにロバーツ判決は、種々の異なる事実状況に直面する事実審裁判官に明確な判断基準を提供するものではなかったが、連邦最高裁は、次に検討する一九八六年のイネイデイ判決に至るまで、そのような点を補うための指針を全く示さなかったのである。

前述した一九八六年の三つの連邦最高裁判決のうち、規制薬物の製造・販売の共謀等の被疑事実での連邦訴追事件の公判において、共謀者間でなされた電話での複数の会話の録音テープ（捜査機関が適法に傍受・録音した）が陪審の面前で再生されたことが問題となった事案であるイネイデイ判決<sup>(19)</sup>は、証人对質権条項の理論を明示的に述べたものではないのであるが、同条項の問題を解決するための最も価値のある端緒を提供する。イネイデイ事件の争点は、第三巡回区連邦控訴裁判所<sup>(20)</sup>が、共謀者の伝聞に適用されるロバーツ判決の示した証人の利用不能の要件を正確に解釈適用したかどうかであった<sup>(21)</sup>。イネイデイ判決において法廷意見（パウエル（Powell）裁判官執筆）が用いたアプローチでは、ロバーツ判決は（以前の証言に関する）事例判断にすぎないとこれを考察の対象から外したが、このことは、法廷意見がロバーツ判決は対質権の一般的な理論構成を確立しなかったと考えていることを示唆する。また、イネイデイ判決は、ロバーツ判決でブラックマン裁判官が示唆した次のような点を、再確認したものと評価することができる。すなわち、第一に、過去の先例に基づいて理論を構築し続けること、第二に、伝聞証拠に関する争点すべてについて解決を促すであろう理論の構築を目的とはしないということ、第三に、証人对質権条項によつてすべての伝聞証拠ではなく一定の伝聞証拠を排除するという従来の連邦最高裁の中道的な立場を維持すること、第四に、この一世紀にわたる先例は容易に否定されないであろうこと、である。イネイデイ判決は、上記の点を確認したと考えられるのであるが、そこからは、従来の連邦最高裁判例の中に対質権の法理について考える上で重要な一連の先例が存在することが窺われる<sup>(23)</sup>。

ところで、対質権に関するすべての次元が、連邦最高裁判例において明示的に示されてきていると考えることは明らかに誤りである。連邦最高裁が明示してこなかった次元を自ら抽出することを自由に認められる場合にのみ、コモ・ローは発展することができる。そして、連邦最高裁判例が示唆しているのは、それらの次元を考察する際に必要なパラメータである。そのパラメータは、次のようなものである。第一に、柔軟性を伴いつつ、明白性、一貫性、安定性を提供するものでなければならない。第二に、従来は考慮されることのなかった種々の事実状況から生じうる問題点に正確かつ有益な解決の指針を提供するものでなければならない。また、これらの点は、リー判決でのブラックマン裁判官の反対意見の文言の言い換えによつて表すと、証人对質権条項は、非常にしばしば刑事事件を特徴づけている諸々の有意義な現実 (significant realities) を無視することなく、理論的に一貫しかつ宣明された諸原則と一貫するものでなければならない、となろう。<sup>(24)</sup>

犯罪の訴追の過程で訴追側によつて作り出された伝聞証拠であるか否かという次元は、以上のパラメータを充たしており、証人对質権の法理を明確にし、この法理の有する若干の困難な問題点について正確な解決を導くことができる一基準である。これとは对象的に、連邦最高裁が重視する伝聞証拠の内容の信用性の次元は、連邦最高裁自身が示したパラメータを充たす基準とはいえない。また、そのような手続的次元は、従来からの数世紀にわたる証人对質権の法理の中に潜在的に存在してきたように思われるのである。次に、この点について見ることにしよう。

### c 歴史的根拠

証人对質権条項に関する現在のコンセンサスは、同条項は、一六〇三年のローリ卿の裁判において訴追側によつて用いられた手段への異議に由来するといわれている。<sup>(25)</sup> 何世紀も以前の事例のみに基づき現代の対質権の法理を解釈するの

は妥当ではない。しかし、ローリ卿の裁判は、訴追側がコウバンの証言の代わりに宣誓供述書を用いたことにより、宣誓供述書による裁判として悪名高いが、これは証人对質権にとつてのいわば古典的裁判例といえるものであるために、価値あるものであることもまた事実である。したがって、証人对質権は、ローリ卿を訴追する際に用いられた手段が繰り返されることを禁止する意図を有するともいえる。そこで、繰り返されるべきでない不公正（unfairness）とは何かにつき考えてみる必要がある。まず、訴追側が用いるすべての伝聞証拠の証拠能力を否定することにより裁判の公正さを担保することも考えられなくないが、これは無理な解釈であることは明らかであるし、連邦最高裁も、証人对質権条項は、訴追側提出のすべての伝聞証拠を証拠から排除することを要請するものであると解釈することを、一貫して否定してきている<sup>(26)</sup>。このように、訴追側提出の伝聞証拠であっても排除されない場合があることが認められているのであるが、すると他方で、コウバンの告発的な内容の供述を用いることは、なぜ憲法に抵触するといえるのが問題となる。コウバンは、訴追側の重要証人であったことは明らかであり、かつ被告人は、この告発者と対質する機会を求めたことも明らかである<sup>(28)</sup>。そして、対質が認められなかったことは、被告人の有罪の方向に大きな影響を与え、裁判の信頼性にも問題を生じさせたであろうと考えられる<sup>(29)</sup>。もちろん、ローリ卿の裁判で行われた不公正が証人对質権の解釈に絶対的な影響力をもつと評価することに無理があることは事実である。それでもなお証人对質権の古典的な裁判例という理由で、証人对質権について考察する上で重要な視座を提供するものであると考えられるので、次に、連邦最高裁判例との関係で検討してみることしよう。

第一に、一九八〇年のロバーツ判決についてであるが、この判決で示された前述の二要件は、ローリ卿の訴追における不公正を適切に評価することが可能であるか。まず、コウバンの供述は信用できるとはいえないこと、コウバンが証人として利用可能なことは明らかであった。しかし、コウバンが死亡し利用不能となった場合であっても、その供述を

用いることに対しては、公正な訴追方法であると評価することは難しい。しかし、それを用いることは、次のような場合認められるといえようか。すなわち、供述時に強制が行われた状況はほとんど認められず、供述の自己負罪の内容から信用性の徴憑が十分に認められ、供述内容は真実であろうと事実審裁判官に確信させるだけの他の補強証拠が存在する場合である。

第二に、リー判決についてみるが、同判決は、共犯者の自白は、事実審裁判官が伝聞証拠の内容に信用性の徴憑を認めれば、証拠能力が肯定されることを示唆しているように思われる。しかし、ローリ卿の要求は、彼の告発者との対質そのものであった。また、リー判決は、裁判官が陪審員よりも多くの経験を有することに基づき、伝聞証拠の信用性を評価する上での裁判官の優位性を暗示しているように思われる。<sup>(30)</sup>しかし、この点についても、ローリ卿の要求は、経験の豊富な事実認定者による事実認定ではなく、事実認定者の面前でのコウバンとの対質であった。

第三に、イネイディ判決について考えてみる。同判決の法廷意見は、コンスピラシーの間になされた共謀者の供述は、共謀の過程でなされたものであるので、公判廷での証言よりも高い証拠価値があると判示した。<sup>(31)</sup>他方、同判決の反対意見は、ローリ卿の裁判について触れ、訴追側が「その後否認に転じた共犯者とされる者の証言録取書」<sup>(32)</sup>を用いたことに不正さが認められることを示唆した。さらに反対意見は、「常習的犯罪者 (outlaw) の自慢、間違った記憶、および暗号によるあるいは曖昧な陳述」<sup>(33)</sup>である共犯者の供述によって、被告人が有罪とされることを懸念した。しかし、イネイディ判決の反対意見は、ローリ卿の訴追にみられた不正さの本質に焦点を当てているのか疑問である。仮に、共犯者ではなく、ローリ卿が反逆的な攻撃の準備を行っている場面を高い建物から目撃した証人の宣誓供述書であったとしても、ローリ卿がそのような供述書によって有罪とされるのは不正であるように思われるからである。ローリ卿の要求は、証人との対質であり、共犯者でない者の証言を要求したのではなかったことが想起されよう。

証人对質権に関する歴史的裁判であるローリ卿の裁判のみから、ハーラン裁判官が「色あせた羊皮紙」<sup>(34)</sup>に書かれたものにすぎない、と評した証人对質権条項の解釈を行うことは適切ではないが、連邦最高裁は、今日においてもローリ卿の裁判における不正を若干考慮しつつ、この著名な歴史的裁判と調和する解釈を行おうと努めてきた。<sup>(35)</sup>すなわち、証人对質権条項の主要な目的が、証言録取書または一方的な宣誓供述書による刑事訴追を防止することにあると考えるならば、同条項は宣誓供述書による裁判を認めていないとの結論に至るように思われる。また、ローリ卿の裁判を宣誓供述書による不正な裁判として捉えることは、コウバンの供述書の有する最も明白な特徴を明らかにすることに繋がる。すなわち、それが、ローリ卿の訴追で用いるために訴追側によって準備されたものであるということである。訴追側が伝聞証拠を作り出したかどうかは、証人对質権条項を分析する上での唯一のファクターではない。しかし、ローリ卿の裁判は、このファクターの重要性を明示しているのである。では、つづいてこのファクターの中心的要素である「訴追の過程」について述べることにしよう。

#### d 訴追の過程

証人对質権の法理の論理的帰結は、検察官が公判廷で伝聞証拠を用いることを否定された場合に最も明白に現れることになるが、しかし、同法理は公判のみならず訴追の過程にまでその効果が及ぶものと考えられる。この点、証人对質権の有する要素を信用性の次元の基準に縮減するとすれば、そこからは不可避免的に、公判だけに焦点が当てられることになるであろう。しかし、上記のように、証人对質権の法理は、訴追の過程全般にまでその効果が及ぶと考えるべきではなからうか。

謀殺の疑いで訴追された被告人および共犯者の併合審理の公判（非陪審）において、その共犯者たる共同被告人が逮

捕時に警察に対して行った自白を含む供述が、被告人に不利益な証拠として用いられたことが問題となった事案である。リー判決の法廷意見（ブレナン（Brennan）裁判官執筆）は、経験を積んだ裁判官であつたとしても公判に焦点を当てる誤りにより容易に間違つた方向に導かれることがあることを示す一例である。同法廷意見は、証人対質権条項の目的は、「被告発者と告発者を公開裁判において公然かつ対等に対決させる」<sup>(36)</sup>ことにありと指摘する。しかし、他方で同意見には次のような暗示が含まれていると考えられる。すなわち、検察官は、おそらく、被告人の自白を共同被告人の自白と重ね合わせて（interlock）その内容を検討することによつて、伝聞証拠を、その内容が信用できるものであるとの司法上の手続での認定（judicial finding）を経た後に、用いることができるということである。<sup>(37)</sup>これは、取調べを行う警察に対して暗黙の教訓を与えるものであり、証人対質権の観点からは次のような問題を含んでいる。すなわち、警察が二つの自白を重ね合わせることによつて証拠能力のある伝聞証拠を作り出すことができるとしたら、検察官は、公判においても、証人を用いる必要がなくなるだろう。かくして、リー判決は、公開裁判での対等な対決の代わりに、検察官が秘密裏に準備した証拠で犯罪成立の本質にかかわる諸々の要素を立証することを可能にするのであり、公判が見せかけのものすなわちショウ・トライアル（show trial）となる危険を暗黙に含んでいるのである。

上記のような危険を回避するためにも、証人対質権の理論は訴追の過程にも及ぶと考えるべきであるが、実際にも、公判だけに焦点を当てることによつては、訴追の過程において作り出された伝聞証拠の許容性を検討する場合には、適切な結論を導くことができないことに注意しなければならぬ。これは、次のような不適切な要素がかかわってくるからである。すなわち、供述時に対質の機会がなかったということだけで訴追側は伝聞証拠を用いることはできないといえるのかといったものや、証人として利用不能な場合には、当該伝聞証拠の信用性に関して事実審判官が適切な判断を下すことによつてこれを許容すべきではないのか、というものである。しかし、そのような点は、検察官によつて証

拠が事実認定者に示されるときばかりでなく、訴追のために訴追側によって伝聞証拠が作り出されるときもまた重大な局面 (critical time) であるという点が軽視されており、証人对質権の要素としてそれらを勘案することには問題があると言わざるを得ない。また、公判に焦点を当てることは、ひいては対質の機会がない伝聞証拠を証拠として用いる訴追の方法を認めることに繋がる危険性を孕んでいることも注意せねばなるまい。

ところで、証人の利用不能の要件も、訴追側が犯罪の訴追を想定して作り出した伝聞証拠に対しては憲法の保障装置となるものではないと考えられる。つまり、信用性の要件が加えられることによって、原供述者が利用不能の場合であっても、事実審裁判官が当該供述が信用できるものであると考えらるならば、訴追側の提出したいかなる伝聞証拠にも証拠能力が認められることになるであろう。このような結果は、証人对質権が危殆に瀕することになるのみならず、被告人が訴追の過程で作りに出された伝聞証拠によって有罪の危険に曝されなければならないという意味で、被告人にとつては著しく不当に感ぜられるものであろう。また、信用性の要件が、供述時の対質が可能な場合であっても、訴追側がこの機会を確保する誘因を弱めることにもなるであろう。

連邦の裁判所では、証人对質権の法理に関する外的な制約は、大陪審における証言を檢察官が用いる場合にしばしば吟味される。大陪審と予備審問との両者における証言の相違からは、証人对質権の法理について検討する際には公判に狭く焦点を当てるべきでない理由を導くことができる。まず、予備審問においては、被告人は、訴追側証人に対して反対尋問を行う機会を与えられるだろう。かかる反対尋問は、公判廷での反対尋問と概念上等価値のものではないであろうが、少なくとも、<sup>38)</sup> 檢察官が公判廷で証言を得ることが不可能な場合でも、裁判所が十分であると判断してきた対質の機会が存在すると考えられる。被告人が予備審問を放棄した場合、あるいは檢察官が証人として召喚しない証人については、もちろん対面および反対尋問の機会は全く存在しない。しかしまた、公式に記録されることになる伝聞供述も全

く存在しないことになろう。他方、大陪審手続においては、被告人には、大陪審の面前で証人に対面し反対尋問する機会が与えられていない<sup>39)</sup>。したがって、検察官が大陪審証言を作り出し、当該証人の利用不能によりそれを証拠として用いることが認められるとすると、被告人は原供述者と対質する機会を奪われることになる。

他方、証人の証言を嚴格に要求しすぎると、効果的な犯罪訴追が妨げられることになることも考慮されなければならぬであろう。しかも、証人として利用不能となる可能性は、これを否定することはできない。もっとも、被告人が証人の利用不能の原因を作出した場合には、対質権に基づく要求を拒否するのが公正であろう。他方、このような場合を除き、検察官が大陪審での証言にのみ基づき訴追しているような場合には、被告人は無罪とされるべきであるように思われる。しかし、大陪審手続における証人の証言の反訳記録である大陪審証言調書 (grand jury transcript) を実質証拠として用いる必要性自体は、効果的な訴追という意味ではやはり重要であろう。

それでもなお、大陪審での証言に対しては、証人对質権条項が嚴格に適用されるべきであると考えられる。なぜなら、それは、その犯罪の訴追の過程で作りに出された伝聞証拠であるからである。大陪審を経るべきことは、連邦法域および若干の州で憲法上要請されることであろう。しかし、大陪審手続では、証言を保全する必要性および証人对質権を保障する必要がある場合に、予備審問または証言録取書に類似する手続的保障を付加することを禁止されていない。証人威迫の危険性を考慮しても、大陪審証言やその他の訴追の過程において作りに出された伝聞証拠を対質の機会を保障することなしに許容してよいことにはならない。そこで、証人の死亡ないし証言拒絶の事態によって、訴追が不能になる危険性を最小限にするとともに、訴追の過程において作りに出された伝聞証拠にも対質権を保障する方向が求められてゆくべきである。

大陪審証言の問題は、効果的な犯罪訴追の確保と被告人の憲法上の権利の保障の調整を模索してゆくと、証人对質権

が訴追の過程にまで及ぶことを具体的に示す最良の例である。共犯者または証人が大陪審の面前で証言する場合、検察官は証言調書を作り出すことができる。他方、共犯者または証人に対する警察署での取調べないし尋問においては、警察官によって書面化された供述またはテープ録音された供述が作り出される。大陪審手続と警察官の取調べとの間には、一方は犯罪訴追のため、他方は捜査のためという違いしかなく、両者の間に本質的な相違はないように思われる。この両方のいずれにおいても、供述時における対質の機会には保障されてはいない。訴追側からみれば、そのいずれの伝聞証人もなんらかの理由で公判廷で証言しない場合、当該証人の伝聞証拠を用いることができないとなれば効果的な訴追は困難となる事態が生ずることが懸念されよう。しかし、上記のように大陪審手続と取調べとの間には本質的な相違はないことからすると、証人対質権の観点からは大陪審証言を許容することには躊躇されるであろう。

e 連邦証拠規則の構造との関係

さて、ここでは証人対質権と連邦証拠規則との関係を考えてみよう。伝聞証拠が作り出される手続の次元を証人対質権の法理の基準として考慮することは、同法理の安定性を失することになるものでも、また、すべての伝聞証拠に関する争点を憲法上の問題に変えてしまう結果を導くものでもない。連邦の検察官は、大陪審証言のような、訴追の過程において作り出された伝聞証拠を証拠請求する上で、しばしばその他の例外の規定(連邦証拠規則八〇四条(b)(5))に基づくことになる。訴追側が作り出した伝聞証拠に対する歴史的な懐疑心は、連邦証拠規則の構造の中に本質的要素としてあり、検察官はこのような厳格な規定によることが求められるのである。実際に、伝聞例外の中には、犯罪訴追の過程で訴追側によって作り出された類型の典型といえる伝聞証拠には適用がないと解されているものもある。<sup>(40)</sup> 証人対質権条項は伝聞法則の鏡像であるべきではないと連邦最高裁は考えてきたが、他方で、同条項が連邦証拠規則の構造を無視す

ることを意図するものであることを示唆するものは見受けられなかった。加えて、連邦最高裁は、同証拠規則の制定時に、その基本的な枠組みを受容したのである。<sup>(41)</sup>

#### f 効果的訴追と被告人の権利との調和

ところで、訴追の過程において作り出された伝聞証拠とそれ以外の伝聞証拠とを区別し、前者の類型により厳格な審査を求める証人对質権の解釈は、証人对質権の歴史あるいは連邦最高裁判例と調和しないものではないだろう。そして、前者の類型の伝聞証拠については、証拠が作出されるその時期こそがより重要で、公判で審査するのでは遅すぎ、ここから公判前の段階にまで目を向ける必要性が生じてくるのである。

さて、伝聞証拠が作り出される手続の次元からのアプローチは、証人对質権の法理に関するその他の解釈論よりも、明白性および柔軟性の両者に関して優れている。例えば、かつてハーラン裁判官は、証人对質権は、利用可能な証人のみの召喚を要求するものであることを指摘したことがあった。<sup>(42)</sup>しかし、そのような解釈は、ある事実に適用される場合を考えるとあまりにも広すぎ、他の場合にはその反対に狭すぎるものであろう。つまり、原供述者が利用不能の場合には、例えば反対尋問の機会に欠ける死亡した証人の一方的な宣誓供述書を訴追側が用いることを認めることになろうし、他方原供述者が利用可能の場合には、訴追側が、連邦証拠規則八〇三条に規定される伝聞例外のほとんどの規定を用いることを否定することになりうるからである。そのいずれの帰結も連邦最高裁判例の理論と調和するものではない。しかし、これに好意的と思われる学説からは、被告人に「不利な証人」の定義を中心にくつかの見解が示された。<sup>(43)</sup>しかし、そのいずれも、具体的事案に適用不可能な理論であるといえよう。

さて、おおよそ以上のように述べた上で、カーストは、犯罪訴追の過程で作りに出された伝聞証拠か否かという「手続

的次元」の基準からアプローチすることは、「対質権の法理をより明確にし」、また「効果的な訴追や、発展段階にあるその法理に関する判例法 (common law) の発展を妨げるものではない」とする<sup>(45)</sup>。そして、具体的な基準として、次の六ルールを提示するが、それらは、訴追側はどのような場合に伝聞証拠を用いることができるのかを示すためのものであり、それらを判断基準とすることにより、証人对質権の法理が明らかにされると述べている<sup>(46)</sup>。以下に、それら六ルールを掲げる。

9 証人对質権の六ルール

〈ルール1〉 「公判廷における対質 (Trial Confrontation)」 公判廷において原供述者を反対尋問するための十分な機会を被告人が有する場合、検察官は以前の供述を用いることができる。

〈ルール2〉 「以前の対質 (Prior Confrontation)」 供述時に原供述者を反対尋問するための十分な機会を被告人が有しており、かつ、検察官が原供述者を公判廷における反対尋問のために利用可能にしようと合理的な努力を行ったにもかかわらず、原供述者が公判で利用不能である場合には、検察官は、以前の手続において宣誓の下になされた証言を用いることができる。

〈ルール3〉 「権利放棄 (Waiver)」 被告人が対質権を放棄する場合には、実際の対質は必要でない。

〈ルール4〉 「非伝聞目的 (Nonhearsay Purpose)」 以前の供述は、非伝聞目的であれば用いることができるが、陪審公判においては、その供述を陪審が伝聞目的で用いることはないであろうと結論づけるための、十分な理由が必要である。

〈ルール5〉 「臨終の供述 (Dying Declaration)」 臨終の供述については、供述時の対質も公判廷における対質

も必要でない。

〈ルール6V「共謀者の供述 (Coconspirator Statement)」 コンスピラシーの範囲内で、かつコンスピラシーを推進するために共謀者が行った供述については、供述時の対質も公判廷における対質も必要でない。<sup>(47)</sup>

カーストは、この六ルールによって、伝聞証拠の内容の信用性へのアプローチが、証人対質権の解釈についての主要なアプローチ方法ではないこと、また、伝聞証拠が作り出される手続が、証人対質権条項の解釈の上で必要とされる暗黙の次元であることが示されているとする。<sup>(48)</sup>

以上、カーストの説の基本的な枠組みについて見てきた。つづいて、これに検討を加える。

#### h 検討

カーストは、訴追の過程において訴追側によって作り出された伝聞証拠か否かを判断基準とする「手続的次元」を証人対質権の一基準として提示し、証人対質権の法理の解明を試みている。彼の問題意識の中心には、真実発見の要請から導かれる信用性の次元のみを証人対質権条項を充足するか否かの判断基準とすることは、証人対質権の保障に十分とはいえないということがある。もともと、対質権の法理は単一の次元に還元されるべきものではないから伝聞証拠の内容の信用性の観点からの信用性の基準を全く排除してしまうわけではなく、訴追の過程において作り出されたのではない伝聞証拠を用いることに対する制限として、信用性の基準を課する余地を認めている。<sup>(49)</sup> また、彼は、公正な裁判を強調し、証人対質権条項と合衆国憲法修正四条ないし五条の保障との機能の類似性を指摘していることからすると、その説はデュー・プロセスの精神を背後に有するものといえよう。

また、カーストは、リー判決を引用しつつ、伝聞証拠の信用性が重視されるのであれば、取調べにおいて捜査関係者

が共犯者等から引き出した供述であつても、その内容に信用が置けると考えられるならば証拠能力が認められる方向に進むことになることを、懸念する。しかし、実際には、一般に厳格な運用がなされているといえよう。<sup>(50)</sup> この点に関連して最も問題となるものの一つは、大陪審手続における証言の証拠能力についてであらう。

カーストの「手続的次元」の基準は、伝聞証拠の証拠能力はこれを訴追側が作り出したものかどうかを判断基準とするのであるから、これを素直に当てはめると大陪審証言調査の証拠能力は否定されることにならう。<sup>(51)</sup> また、この基準の中心的要素である公正な裁判の保障という意味においても、大陪審での証言は、予備審問での証言とは異なり、証人が証言する際に反対尋問の機会が全くないので、大陪審での証言に基づいて被告人を有罪とするのでは、ローリ卿の裁判を想起させる宣誓供述書による裁判と本質的になんら変わりがないものとなり、やはり違憲性が問われることにならう。<sup>(52)</sup> そして、カーストの提示する「ルール2」をみても、大陪審での証言は証拠能力を原則否定されるということになるが、しかし、厳格な要件の下に証拠能力が判断されるその他の例外の規定の下にこれを肯定される場合があるのではないかと、この反論がある。カーストは、信用性の基準の不十分性を指摘しつつ、大陪審手続において対質の機会を保障することを提案するが、実際には、被告人の反対尋問が不可能であるとしても、大陪審での証言をその他の例外の下に実質証拠として採用されているからである。<sup>(53)</sup> さらに、「ルール2」については、「公判対面がないときに、供述時の対面の存在を必須の要件としていることについても、検討の余地がある。」<sup>(54)</sup> との指摘もある。

加えて、次のような反論もあらう。すなわち、連邦最高裁判例が信用性の基準を重視していることは明らかであり、<sup>(55)</sup> そして、伝聞証拠がどのように作成されたのかという側面も結局のところ信用性を判断する上での一要素に吸収されると考えることもできるのではないか、<sup>(56)</sup> というものである。連邦最高裁の採る立場のように、証人対質権の法理の根拠が正確な事実認定の確保にあると解すると、伝聞証拠の信用性こそが重要なのであり、そのように考える方が素直である。

証人対質権条項に独自の意味を見いだそうとする見解については、沿革的にも支持されうるものであるのか等慎重な検討が必要であるとの指摘もある<sup>(57)</sup>。カーストの判例分析には彼独自の解釈と云うべきものが強く見られるようにも思われるが、判例から「手続的次元」を抽出し、証人対質権の法理を検討する上での一基準として位置づけたことについては、信用性の基準のみでは証人対質権が形骸化するとの危惧は払拭することはできないこと、公正な裁判の観点から訴追側が作出した伝聞証拠を公判で用いることを抑制するための理論も必要と思われること、から一定程度評価できるといえるであろう。証人対質権に関する連邦最高裁判例を眺めてみて、実質的にこの側面が浮かび上がっていると解することにもある程度の肯定的要素はあるように思われる。しかし、具体的な判断基準といふべき六ルールには、問題点がないではない<sup>(58)</sup>。また、最近の連邦最高裁判例は訴追側提出の伝聞証拠の許容性について必ずしも厳格な姿勢を示しているとはいえない面もある。このような点を含め証人対質権の法理についてのさらなる総論的検討が必要であることはもちろんであるが、前述した大陪審での証言の証拠能力に関する問題など看過することのできない各論的検討課題も残されている。

そこで、つづいて、カーストの説を發展させる試みと評価できるバーガーの説について見ることにしよう。

## 二 バーガーの説

### a はじめに

まず、バーガーの問題意識について見ることにしよう。彼女は、次のようにいう<sup>(59)</sup>。

被疑者には、取調べ段階において、ミランダ・ルール<sup>(60)</sup>をとおして合衆国憲法修正五条による保護が与えられている。

しかし、証人の場合には事情は一変する。連邦最高裁は、弁護人の援助を受ける権利は、当事者主義的な司法手続

(adversary judicial proceedings) の開始後であつても、公判に先立ち、訴追側が、尋問またはその他の方法により、証人から供述を得るときまでは、適用がないと考えているからである。<sup>(61)</sup> 一九七三年に、連邦最高裁は、公判廷における証人との対質が、尋問についての詳細を明らかにするであろうと考えたので、公判廷外における証人に対する尋問の局面が重要であるとは認識しなかつた。<sup>(62)</sup> さらに、連邦最高裁は、証人との対質は真実発見のために役立つことのみ意義があると考えているので、証人対質権の侵害は、その伝聞証拠が伝統的とされる伝聞例外に該当するとき、または十分な信用性の徴憑を有するときには、問題とならないとする。

しかし、このように真実発見という目的を推し進めてゆくと、被告人の有罪・無罪に対して及ぼす証人の影響力の大きさからしても、憲法に基づく被告人の人権保障が軽視される危険性を孕んでいるように思われる。証人対質権は、合衆国憲法修正五条および六条の規定する被告人のその他の諸権利と同様に、単に正確な事実認定を目的とするものではない、と考えるべきである。

以上のような問題意識から、バーガーは証人対質権の法理について検討している。彼女は証人対質権条項を沿革から意味づけているが、これは第一節ですでに論じたところであるので、以下では、彼女の判例分析についてみた後、彼女の提示する「訴追機関抑制モデル (prosecutorial restraint model)」の枠組みと同モデルの判例への適用の理論を概観する。

まず、判例分析については、バーガーは一八九五年のマトックス判決<sup>(63)</sup>の意義から論じているが、本稿では、証人対質権に関する議論が盛んになされるようになった一九六五年以降の判例についての分析を取り上げることとする。<sup>(64)</sup> そこで、カーストと同様に、訴追側提出証拠に対して、厳格な解釈論が展開されている。そして、個々の判例の解釈にはいわゆる独自の解釈も見受けられるように思われる。しかし、バーガー論文の構成上論者の主張を把握するためには、具

体的事例を扱う判例の分析を無視することはできないように思われる。彼女は、以下のように論じている。<sup>(65)</sup>

## b 判例分析

連邦最高裁の一九六五年以降の判例を眺めると、証人対質権条項の解釈については、証拠の信用性を重視するウィグモアの説が、<sup>(66)</sup>きわめて大きな影響力をもってきたということができるよう思われる。連邦最高裁は、同条項の目的は真実発見にあるとし、<sup>(67)</sup>また、同条項と伝聞法則の有する諸々の価値は、等質ではないとしても、類似性を有するとした。<sup>(68)</sup>そして、連邦最高裁は、新しく創設される伝聞例外は憲法上の規定を自動的に充足すると考えるウィグモアの説を支持しなかったのであるが、<sup>(69)</sup>他方、権利章典の採用に先立ちコモン・ローで認められた伝統的な伝聞例外のみが対質権を充足することができる<sup>(70)</sup>と解するいかなる解釈も否定してきたのである。

ところで、これまでの証人対質権条項に関する連邦最高裁判例をみると、捜査官以外の者に対してなされた供述よりも、捜査官ないし捜査機関に協力する者が引き出した公判廷外供述の方を、証拠から排除する傾向があることが分かる。<sup>(71)</sup>これは、捜査官が証拠を作り出す上で諸々の危険性を有することを連邦最高裁が認識していることを示唆するものといえよう。連邦最高裁判例をみると、そのような危険性は漠然と認識されてきたにすぎないように思われるが、しかし、若干の判例の中には、訴追機関抑制モデルとの整合性を示唆しているものが見受けられるのである。

(1) 伝聞例外に当たらない場合 連邦最高裁が、伝聞例外規定に該当する供述と証人対質権条項との関係について精力的な探究を開始したのは一九七〇年以降であるが、それ以前に連邦最高裁において争われていたのは、以前の証言あるいはいかなる伝聞例外規定にも該当しない供述の証拠能力に関してであった。そして、連邦最高裁は、争点となっている供述が審問手続ないし捜査官の取調べの結果として獲得されたものである場合に、供述時ないし公判のいずれか

において被告人に対面および反対尋問の機会が与えられたのでない限り、証人対質権条項違反を認めてきた<sup>(72)</sup>。また、連邦最高裁は、訴追側が原供述者を出廷させるための十分な努力を怠ったといえるかを判断する際の基準を確立してきた<sup>(73)</sup>。このような一連の判例からは、次のようなことがいえよう。すなわち、検察官は、たとえ原供述者が利用不能の場合であっても、公判において、有罪の立証のために秘密裏に作り出された証拠を用いることはできない。検察官が獲得した公判廷外供述は、原供述者が利用不能で、検察官はこの結果に対して責任がなく、かつ公判廷外で被告人の反対尋問に曝された場合に限り、証拠能力が認められるのである。

(2) 原供述者が公判に出廷した場合 このカテゴリーは、訴追側に対して以前に供述をなした者が公判廷で証言し、かつその者の以前の供述が実質証拠として提出される場合の問題である<sup>(74)</sup>。

具体的判例として、一九八八年のオウインズ判決 (United States v. Owens)<sup>(75)</sup> を見ることにする。同判決の法廷意見 (スカリア (Scalia) 裁判官執筆) は、次のように判示した。すなわち、証人対質権は、伝聞供述者が公判に出廷し、かつ無制限の反対尋問に曝されれば充足される、と。オウインズ事件で問題とされた証人フォスター (F) は、起訴事実によると被告人の攻撃によって、頭部に重傷を負わされた被害者である。F B I 特別捜査官が病院において F に面接したところ、F は被告人が加害者であると識別したと同捜査官は報告した。F は、後に公判で、被告人が自分を襲ったと捜査官に供述したことは思い出したのであるが、暴行を受けた際の状況に関することは何も思い出さなかったし、毎日のように来院していた妻を含む病院への訪問者の誰をも思い出さなかった。F は、犯人識別について供述した捜査官に会ったことだけは思い出したのである<sup>(76)</sup>。

このような状況下での反対尋問の効果に関する見解が一致しなかった法廷意見、反対意見のいずれも、F の供述は将来の過剰な捜査活動を防止するために排除されるべきであるかどうか、という点を検討しなかった。しかし、捜査官が、

本件のような頭部に重度の障害を負っておりいわば証言無能力である証人から供述を意図的に引き出せるような場合には、そのような見地からも排除すべきかどうかを検討する必要があるといえる。

(3) 伝聞例外—証人が出廷しなかった場合 このカテゴリーは、理論的にはウイグモアの影響がきわめて大きいといえるものであるが、裁判所が伝聞証拠を伝聞例外規定の下に許容し、証人が公判廷で証言しなかった場合の問題である。これに含まれる若干の事例では、証人は利用不能であったが、その他のものはそうではなかった。そして、連邦最高裁判例を眺めると、検察官ないし捜査官に対して行った供述の証拠能力が問題とされるもので重要な伝聞例外としては、①共謀者の供述、②利益に反する供述、③その他の例外の三類型が挙げられよう。以下これを順次検討してゆく。

① 共謀者の供述 共謀者の供述に関する規定は、検察官に対する供述には適用の余地はないように思われる。<sup>(77)</sup> 共謀者の供述が許容されるためには、「コンスピラシーの存在および共謀者と被告人とのコンスピラシーへの結びつきに関する証拠がなければならず、かつその供述が『コンスピラシーの過程でかつコンスピラシーを推進するために』なされたものでなければならぬ<sup>(78)(79)</sup>」。連邦最高裁の理論によれば、証拠法上の原則である伝聞法則により排除されないのであれば、憲法上の合憲性の問題もクリアーされる。それゆえ、共謀者の供述は、伝聞例外規定の下に、原供述者が証人として利用可能であろうとなかろうと許容されるのである。<sup>(80)</sup> しかし、連邦最高裁の理論は、以下のような問題を抱えていると考えられる。

一九八七年のブージェイリイ判決 (Bourjaily v. United States) では、法廷意見または反対意見のいずれをみても、その供述が FBI に協力している情報提供者との会話においてなされたことを検討した裁判官は一人もいなかった。<sup>(81)</sup> 連邦最高裁は、当該供述が、捜査官ないし捜査に協力している情報提供者によって獲得されたものである場合、特別の分析が必要であるかどうかという点を検討しなかったのである。この点は、一九八六年のイネイディ判決との連続性が見

受けられる。同判決で、連邦最高裁は次のように述べた。「共謀者は、違法な目的を推進するためにお互いに話すときには、証人席で証言する場合は異なった供述をする傾向にある<sup>(82)</sup>」、すなわち、ある共謀者が仲間の共謀者に話をするとき、その際になされた供述は、実に高い証拠価値をもつことになるだろう、と。しかし、ある捜査官が、自己の欲する返答を予定しつつ共謀者から供述を引き出す場合、原供述者の返答が即時になされたからといって、これが信用できるものとはいえない。なぜなら、捜査官の質問は、一定の返答を促すために意図的に作り上げられたものである場合も考えられるからである。そしてこれは、原供述者が出廷しない場合、秘密裏に行う質問によって、陪審の事実認定機能が制約を受けることに繋がる。

対質の目的が、訴追側の証拠作出過程を可視化することを要求するものである場合、共謀者の供述の例外についての連邦最高裁判例の解釈は、この目的に対して全く鈍感である。ブージェイリイ判決は、それが古くから確立した伝聞例外であることによって憲法上の権利を侵害しないことが正当化されるとしたが、その際に連邦最高裁が引用した判例は、捜査官に対する供述が許容されたものではなかった<sup>(83)</sup>のである。しかし、近時の連邦控訴裁判所 (federal appellate court) の判例を眺めると、このような引用には問題があると思われる。例えば、一九九〇年に連邦控訴裁判所において、連邦証拠規則八〇一条(d)(2)(E)の下で共謀者の供述について争われた事例のうち、供述の相手方が分かる事例を取り上げ分析し、次のような結論を得られたことが参考とされよう<sup>(84)</sup>。つまり、一七件は覆面捜査官に対する供述で、別の七件も情報提供者に対する供述であったのに対し、それら以外の真の共謀者に対する供述は一六件にすぎなかった<sup>(85)</sup>のである。

また、その多くは薬物事犯 (narcotics charge) であるとの結果も得られた<sup>(86)</sup>。前述したように連邦最高裁の証人対質権の解釈によれば、証拠法上の基準を充たすのであればいかなる共謀者の供述についても合憲性が認められることにな

る。その結果、訴追側が証拠を収集する過程は依然として秘密とされるであろう。しかし、このような帰結は、次のような点を軽視するものといふべきであろう。効果的な訴追のためには、秘密裏に行われる捜査活動が必要であるというのも事実であろうが、法は、憲法上の視点から離れたとしても、捜査の効率性または捜査関係者の身体の安全のためという名目で行われるような捜査活動に対して、歯止めが必要であることを認識してきたのである。例えば、訴追側が証拠収集活動の際に一定の限度を超えた行為を行った場合、被告人側は「わなの抗弁」が可能となる<sup>(87)</sup>。また、秘密の情報提供者の証言が、公正な事実認定 (a fair determination of defendant's guilt or innocence) に不可欠である場合、訴追側は、情報提供者の身元を明らかにするか、訴追を断念するかを選択を迫られることになるのである<sup>(88)</sup>。

以上の点に鑑みても、証人対質権の観点からは、有罪の立証のために捜査機関がどのように供述を得たのかが明らかにされなければ、当該供述の証拠能力を否定すべき場合もあると考えるべきである。さらに、証拠が作り出される過程が陪審員に対して明らかにされなければ、次のような陪審の機能が妨げられることになる。すなわち、法執行機関が用いた方法に対する著しい嫌悪心から、陪審員が被告人を無罪とする機能である。かかるジュリー・ナリフィケーション (jury nullification) は、理論上認められていないとしても、実際には、望ましくない捜査実務を抑制するための機能を有していると考えられる<sup>(89)</sup>。そして、陪審員が被告人を有罪とすることを拒絶した最近の薬物事犯の訴追に関する事例からも、上記のように陪審が訴追に関する情報にアクセスできるかは陪審裁判を受ける権利に影響することが窺われる。かくして、情報へのアクセスを認める方向での証人対質権の解釈は、陪審の機能の担保という意味においても必要とされるといえよう。

② 利益に反する供述　この伝聞例外においても、捜査官に対してなされた供述の問題は残されたままである<sup>(90)(91)</sup>。しかし、このような供述証拠とこれに対して訴追側が果たした役割との関係について触れた連邦最高裁判決も見受けら

れる。一九八六年のリー判決<sup>(92)</sup>の法廷意見は、事実審裁判所は、「逮捕時に警察が得た共同被告人の告白を上訴人に対する実質証拠として用いたことは明らかである<sup>(93)</sup>」と判示した。本件においては、五対四の法廷意見と反対意見の両方が、当該供述は、刑事上の利益に反する供述に当たると評価することもできると考えたようである。しかし、法廷意見は、当該供述を証拠法上そのように分類するのは論理的でない (inconsequential) と考えた。同意見は、それは、「証人対質権条項の分析対象としてはあまりに広すぎるもの<sup>(94)</sup>」であると述べた上で、「本件では、被告人の有罪方向の共犯者の告白が用いられていると考えるべきであると判断し」た。この結論に至る上で、法廷意見は、証拠法上のハードルである伝聞法則をクリアした供述は、自動的に証人対質権条項を充たすであろうというウイグモアの説は採らなかつた。<sup>(95)</sup>

しかしながら、法廷意見は、憲法違反に当たるか否かの判断に際して、証拠法上の視座に依拠したのである。すなわち、「このタイプの証拠を許容することは、真実発見過程を歪めるであろう<sup>(96)</sup>」おそれがあるというのである。しかし、証人対質権条項が、正確な事実認定以上のものを要求すると考えるべきことを示唆すると思われる微かな兆候も、法廷意見には見られるのである。被告人の有罪方向の共同被告人の告白についての「信用性がないものと推定される (inherently unreliable)」特徴<sup>(97)</sup>について考察する前に、法廷意見は、証人対質権の目的について、次のように述べているのである。「敵対する証人に対面して反対尋問する権利は、公正さの実体のみならずその認知をも伴うような刑事司法システムを確立することに寄与する。このようなシステムを確立するために、憲法は、被告発者と告発者を公開裁判において公然かつ対等に対決させることによって社会の利益を可能な限り実現させるための一定の保障装置を提供している。証人対質権条項は、有罪判決は、見ず知らずの——それゆえ攻撃され得ない——者の告発に基づき得ないということを保証することによって、これらの目的を推進する<sup>(98)</sup>」。

法廷意見は、原供述者およびその者に嘘の供述を行う動機があるかにかなり注目したのであるが、他方、次のように

判示した。すなわち、「その宣誓の下になされたのではない供述は、リーに対する取調べを行ってきた、自己の質問が何を求めているのかを明白に意識していた警察官が行った質問に対する返答としてなされたものであり、かつその供述は、弁護人による即時の反対尋問またはそれと等価値のものでテストされなかつた」<sup>(99)</sup>。

以上のことから、次のようにいえるように思われる。合衆国憲法修正六条に規定される証人対質権は、同条に盛り込まれている陪審員による公開裁判を受ける権利の観点、および檢察官は取調べを行う前に尋問事項につき十分な検討を行っていると、この点からも考察する必要がある。そして、身柄拘束下での取調べから引き出された他人を有罪方向に導く自白は、伝統的に対質が要求されてきた供述との類似性が著しいといえる。

原供述者を公衆の代表者たる陪審の審査に曝すことは、被告人を有罪にする供述を行う動機が原供述者にあるかどうかを審査するためばかりではなく、訴追側の取調べ方法が、原供述者の供述内容に不当な影響を与えてはいないか、また、訴追側が強要や偽計を用いていないかどうかを審査するためにも必要である。そして、訴追側の取調べ方法が審査されることになれば、恣意的、札問的な捜査活動を抑制することになる。

③ その他の例外　ここでは、一九九〇年のライト判決 (Iahso v. Wright) を取り上げることしよう。ライト事件において、アイダホ州事実審裁判所は、医師による伝聞証言、すなわち、父により性的虐待 (sexual abuse) を受けたとされる被害者である生後二年六カ月のキャシー (K) が、医師 (小児科医) であるジャンブラ (J) に対して行った虐待に関する供述を、州法上のその他の例外の規定<sup>(100)</sup>を根拠として許容した。同州最高裁は、医師が子供に質問する際にビデオ録画しておかなかったこと、子供に対して誘導的な尋問方法が用いられたことなどから、信用性の特別の保障に欠けるとして、当該供述を許容したことは被告人の証人対質権を侵害したことになるかと判示した。そして、連邦最高裁も五対四でこれを支持した。

法廷意見 (オコナー (O'Connor) 裁判官執筆) は、その他の例外は、伝統的に確立した伝聞例外に当たるものではないので、「信用性の特別の保障」が要求されるが、当該供述はそれに欠けるとしたのである。<sup>(102)</sup> 同意見は、J 医師による K への質問がなされた際の客観的状況を総合的に検討した後、アイダホ州最高裁はインタヴューを行う際に医師が用いた「暗示的な方法に適切に焦点を当てた」と述べた。<sup>(103)</sup> そして次のようにいう。アイダホ州最高裁の述べるところによれば、J 医師が誘導的な尋問方法を用いたことは明らかであり、K が話すであろう内容を予想した上でインタヴューを開始したといえる。<sup>(104)</sup> 結果的に、同州最高裁の法廷意見は、「有罪方向の供述に特別に信用性を肯定するための特別な理由は全く」見いださなかったのである。<sup>(105)</sup> と。

しかし、連邦最高裁の法廷意見は、K の供述が獲得された過程において訴追側がどのような役割を果たしたのかは明示的に示さなかった。この点は、以下のように考えられる。実際に K は、一晚警察署で保護された後に、J 医師に対して供述を行った。警察が、インタヴューを行う医師として J を選び、かつ J 医師は、K が父親によって性的虐待を受けていた疑いがあると当局が考えていることを知っていた。それゆえ、J 医師は、インタヴューに際し父親と被害者とされる K の行動にのみ焦点を当てた四つの質問事項を用意した。捜査当局が「求めていたもの」を得るために誘導尋問を用いることによって、J 医師は、訴追側の一員としての役割を果たしたと評価できるのである。他方、法廷意見は、警察と J 医師との関係について触れていないのであるが、証拠を作出する過程での訴追側の役割ははっきりしない (unarticulated) ものであったことを示唆している。

ところで、法廷意見と反対意見との間の主な不一致は、「信用性の特別の保障」の判断に用いることができる証拠の範囲にあった。すなわち、性的虐待に関する物証のような当該供述の真实性を確認する証拠は、供述の信用性を補強するために用いることができるのではないかと一点についてである。<sup>(106)</sup> しかし、法廷意見は、その判断に用いることがで

きる状況は、「供述時の客観的状況と供述者が特別に信頼に値することを示す状況のみに限られる」とした。<sup>(10)</sup>

このように、供述の信用性をもつばら供述時の客観的事情を基礎に判断すべきであり、補強証拠は考慮できないとした点には批判が強い。<sup>(10)</sup> それはまた、より正確な事実認定を行うという目的に照らしても矛盾するもののようにみえる。<sup>(10)</sup> しかし、法廷意見の示した基準は、訴追機関抑制モデルの視点から理解することができる。すなわち、検察官が、将来公判廷へ出頭しない可能性がある供述者から証拠を作出するために尋問を行い、これを証拠として用いることを抑制しようとするものと考えられるのである。

### c 証拠の信用性以外の観点の必要性

これまで、証人対質権条項を証拠法上の視点からアプローチした分析は十分になされてきてきていると思われるので、<sup>(11)</sup> 特<sup>(11)</sup>に付け加えるべき点はないであろう。問題なのは、同条項の解釈が、証拠法上の原則である伝聞法則の影響を不適切に強く受けていることである。仮に、伝聞供述の証拠能力は信用性についての考慮で足り、<sup>(11)</sup> 証人対質権が伝聞法則のパラメータによって検討されることになれば、証拠法上の原則も憲法上の法理のいずれも被告人を保護するものとはならなくなる危険性を孕む。

さらに、伝聞証拠がその他の例外に関する規定によって許容される場合のように、伝聞法則の要件を充たすことが対質権の保障を自動的に充たすものではないと解されている伝聞証拠についても、次のような問題がある。すなわち、信用性の徴憑は「認められ易い (easy to come by)」要件であるということである。<sup>(12)</sup> これに関連するものとして例えば、先に検討した一九九〇年のライト判決の法廷意見には、検察官が証拠請求する際に、どのように「信用性の特別の保障」を証明すればよいのかを説示するハンドブックのようにも読める部分が見受けられる。同意見では、子供に対する性的

虐待の事案において子供によってなされた供述の信用性の判断要素として次のようなものが挙げられている。すなわち、自然発露性 (spontaneity)、矛盾のない反復、原供述者の精神状態、同じような年齢の子供が用いるものとしては不自然な専門用語の使用、嘘をつく動機の欠如である。<sup>(14)</sup>しかし、これらが信用性の担保のための適切な判断要素といえるかは疑問がないわけではない。例えば、同じような年齢の子供が使わないような用語を用いたことは、その子がそれらの言葉をどこかで聞いたことがないことが確認されない限り、問題となる供述の信用性を確認する要素とはいえないのではないかと思われるのである。

また、裁判官は、子供の供述に含まれている問題点を明らかにするために、証拠調べのための尋問 (evidentiary hearings) を精力的に行うことはないように思われる。<sup>(15)</sup>むしろ、共謀者の供述の伝聞例外に関する運用をみると、裁判官は、ある供述が伝聞例外規定を形式的に充足するのであればそれを許容するであろうと考えられる。つまり、共謀者の供述は、コンスピラシーを「推進する過程で」なされたものという要件を充足する必要があるが、当該供述が真にコンスピラシーの目的を推進するためになされたものかどうかという点は、裁判官によって検討されないかもしれない。判例を眺めてみても、連邦控訴裁判所が証拠能力を肯定した事案と類似の事情が認められるのであれば、共謀者の供述の証拠能力は肯定されているといえるからである。<sup>(16)</sup>

#### d 訴追機関抑制モデルの適用

訴追側によって引き出され、伝聞例外に該当し許容されうる供述は、訴追機関抑制モデルの視座の下に、証人対質権条項との関係で再検討されなければならない。

- (1) 以前の証言 以前の証言についての規定は、従来の連邦最高裁判例の解釈を踏襲するものであるといえる。<sup>(17)</sup>そ

して以前の証言は、訴追機関抑制モデルのアプローチからも問題はない。<sup>(118)</sup>

(2) 原供述者が出廷した場合 原供述者が公判廷で証言した上で、その者の公判廷外供述が証拠として提出される場合には、証人対質権条項違反の問題は生じないと考えられる。しかし、訴追側が供述を意図的に引き出した際に、供述者が特に他人の影響を受け易いことが分かっていた場合においては、<sup>(119)</sup>当該供述が審問手続におけるような反訳記録の作成される手続で得られたものでない限り、インタヴューの録画ないし録音テープの提出を訴追側に要求すべきである。この要求は、検察官に証人に圧力をかけることを思いとどまらせるだけでなく、陪審がそのインタヴューから直接心証を取ることを可能にする。このように、テープの提出は、陪審の事実認定機能がうまく作用するためにも必要であるといえる。

(3) 共謀者の供述 この例外に当たる供述であっても、それが捜査官によって意図的に引き出されたものと考えられる場合には、訴追機関抑制モデルの視点から検討を加えなければならない。捜査官が誘導的または暗示的な尋問方法を用いたと考えられる場合には、原供述者が召喚されなければならない。他方、捜査官ないし情報提供者が、そのような不当な尋問方法を用いていなければ、その視点からも問題はないといえる。裁判所は、捜査官がいかなる尋問方法を用いたのかを判断する裁量権をもつべきである。その際裁判所は、供述時の客観的状況を吟味する必要があるが、この点はあまり問題がないように思われる。なぜなら、捜査機関は、捜査官および情報提供者の会話を規則的に傍受しているからである。捜査官および情報提供者に対する共謀者の供述は、訴追側が原供述者を出廷させるか、または訴追側が録音テープを提出して誘導的・暗示的な尋問を行っていないことを証明できない限り、証拠から排除されるべきである。このような運用がなされれば、訴追権の濫用を抑制し、ひいては陪審の事実認定機能を高めることになる。他方、原供述者の死亡による利用不能の場合には、訴追側は、原供述者を出廷させるための機会を奪われたことになるので、不

当な方法を用いて供述を引き出したかどうかの判断が微妙な場合であっても訴追側に有利に解し、その証拠能力を認めるときであると考ええる。なお、被告人が原供述者を死亡あるいは行方不明にさせたと認められる場合には、被告人は証人対質権を放棄したといふべきである。<sup>(120)</sup>

(4) 利益に反する供述 身柄拘束下の取調べ (custodial interrogation) によって引き出された供述は、証人対質権の適用が要求される典型的な類型である。<sup>(121)</sup> 身柄拘束の下に捜査官が過剰な取調べを行う危険性があるために、若干の連邦控訴裁判所の判例において認められてきたように証拠からの排除が必然的に導かれるのである。<sup>(122)</sup> 他方、身柄拘束を伴わない取調べにおける供述については、それが捜査官の計画的な尋問方法により引き出されたものか否かを判断するために、裁判所は供述時の状況を検討しなければならない。そして計画的なインタヴューを用いて引き出されたと認められる供述は、証拠から排除されるべきである。このタイプのインタヴューは、とりわけ危険である。なぜなら、捜査官は、捜査されている犯罪行為に自分が関係していれば、後に当該供述者は公判廷において自己負罪拒否特権を理由に証言を拒否する可能性が高いことを十分認識しつつ、尋問を行っていると考えられるからである。<sup>(123)</sup>

(5) その他の例外

① 大陪審における証言 連邦控訴裁判所の判例を眺めると、その他の例外に関する規定を適用し、利用不能である原供述者の大陪審証言を許容する傾向が認められる。<sup>(124)</sup> このような傾向は訴追機関抑制モデルの視点からは問題があることはもちろんである。かかる供述は、検察官が引き出したものであり、また検察官の影響を強く受けている場合が多いと考えられるからである。<sup>(125)</sup> ローリ卿の裁判を想起してみよう。コウバンが大陪審の面前で証言し、証人の利用不能によりかかる証言が後に公判で証拠として用いられた場合、これが宣誓供述書に基づく裁判と相違があるということは難しいであろう。検察官は、正式起訴状を得る目的で、できるだけ証人の言葉に信頼性をもたせようと、見込みがあると

考える証人に対して大陪審において有罪立証に有利な証言を行うように圧力をかける可能性がある。原供述者が公判に出廷しない場合、大陪審証言のゴースト・ライターとして検察官が果たす役割は、容易に表に現れるものではないであろう。さらに、大陪審証言を公判で用いることを認めることは、検察官の過剰な行為を招くことになる。すなわち、「重要証人の証言の代わりに大陪審証言またはその他の以前の公判廷外供述を用いることを訴追側に認めるルールは、検察官が、公判廷における証人との対面および証人への反対尋問を妨げるために証人の利用不能を黙認し、さらには利用不能となるように計画する強力な誘因を与えるものである。陪審が一方的な証言だけを聞くことが認められることになれば、検察官が、将来の公判の計画を立て、陪審に対して一連の争点となる事実を有罪方向に確信させることはかなり容易なことである」<sup>(126)</sup>。

陪審員による公開裁判を受ける権利の観点からは、秘密裏に準備されたと考えられる大陪審証言は、大陪審で証言した証人を被告人が利用不能にした場合、またはその証人が偶然に死亡した場合以外は、証拠から排除されるべきであろう。後者の場合にそのような証拠が許容される理由は、証言が二度と繰り返され得なくなったこと、通常の手続に則った訴追の準備のプロセスで獲得された証拠を失ったことよって訴追側が不利益を被ることは要求されないと考えられる点にある。

② 子供の供述　ここでも、一九九〇年のライト判決を取り上げることによろう。ライト判決は、子供に質問を行うインタビューアーは子供の供述を自己の質問によつてコントロールすることが可能であることを示すものである。公判において証人として子供が召喚された場合であっても、インタビューアーの質問が子供の知覚および記憶に影響を及ぼしたかどうかを陪審が見極めることはきわめて困難であると考えられる。また、その子供が大変幼いために証人としての適格に欠けると考えられる場合、インタビューアーは質問を行う際そこで引き出された供述が、被告人に対する最も重要

な証拠となる可能性が高いことを認識している。

ところで、ライト判決では、アイダホ州最高裁は、医師がインタヴューを行う際にビデオ録画をしなかった点を証拠能力を否定すべき理由の一つとして特に言及した。しかし、連邦最高裁は、このような供述の信用性を保障するための手続的要件を排斥した。<sup>(127)</sup> 連邦最高裁は、次のように述べる。「性的虐待に関する子供の公判廷外供述は広く様々な状況において得られるが、我々は、そのような供述を公判廷で用いる上での許容性に対して確立された一連の手続的前提要件は憲法によって課されないと信ずる」。<sup>(128)</sup> 子供の供述すべてに録画を要求することは、近隣者や教師のような人々に対する供述に含まれる信用性の高い、自然発露的な供述の証拠能力を否定することに繋がるかもしれない。<sup>(129)</sup> しかし、録画の必要性は、訴追側が計画的な尋問によって証拠を作成する可能性からこれを否定することはできないであろう。警察官が、インタヴューを選び、その者に加害者に関する情報を与えた上で、警察官とインタヴューが子供を尋問するような場合には、捜査機関を背後に有するインタヴューによってその子供が供述をコントロールされないようにするための特別な保障装置が必要となるからである。

このようにインタヴューの録画は、訴追権抑制のために必要とされるものである。これが要求される具体的な根拠としては、上記のように証人としての適格に問題があること、公判において証人が出廷しない可能性が高いこと、そして有罪判決を得るために検察官が圧力をかける危険があること、が挙げられよう。また、とりわけ社会に著しい興奮状態を引き起こした事件の場合には、陪審には、訴追側が子供に対するインタヴューを適切に行ったかどうかを判断するための資料が必要とされよう。

以上述べてきたように、検察官ないし捜査官に対する子供の供述は、インタヴューの状況が記録されている場合を除いて、それが信用できるかどうかまたは子供が召喚されたかどうかにかかわらず許容されるべきでない。少なくとも、

この要求によって、陪審は証人により言い換えられた供述ではなく子供の原供述を聞くことができるようになる。また、この要求は、現在見受けられる訴追権の濫用がある程度予防することにもなるだろう。

以上が、証人対質権に関するバーガーの説の概要である。では、つづいて、これを検討することにしよう。

### e 検討

バーガーの説は、合衆国憲法修正六条に規定される証人対質権条項は、刑事被告人の憲法上の権利の一つとして考えるべきであるという問題意識から出発する。このように考えることにより、証人対質権条項は実質的な意味をもつことになるという。

また、訴追側の作出する供述証拠には、訴追側が意図的に引き出した危険性の存在する証拠があるが、このような類型の証拠に対しては過剰な捜査活動ないし訴追権の濫用の抑制あるいは陪審の事実認定機能の担保という観点から、その作出過程の可視化を確保する必要がある。つまり、証人対質権は、尋問ないし取調べ過程を可視化することを要求する手続的保障装置としての意義を有するというのである。

さらに、バーガーは、証拠能力が肯定される傾向にある、反対尋問の機会に欠ける大陪審証言調書について次のようにいう。ちなみに、大陪審証言には、公式の手続の下において当該証言がなされたこと自体は確認されており、宣誓の下で、かつ捜査機関の取調べとある程度切り離された状態で当該証言が行われたものであるという、証拠能力を肯定する一定の要素が認められることは、すでに述べた<sup>(130)</sup>。しかし、彼女は、大陪審での証言は、検察官の影響を強く受けている危険性があり、検察官が作り出した調書とその性質に差異はない危険があるため原則排除されるべきである<sup>(132)</sup>という。

この見解は十分理解できるものであると、私には思われる。証人の心理としては、大陪審において証言する際に検察官の影響から解放されることは難しいと思われるからである。<sup>(133)</sup>

このようにしてみると、バーガー説は、適正手続の保障を背後に有するものと評価できるカースト説を継承し、これを発展させたものといえることができるが、従来の証拠法上の拘束から証人対質権を解放し、これを「再生」させたといえよう。<sup>(134)</sup> 証人対質権においてもこのような無辜の不処罰を要請するデュー・プロセスの観点からの検討の必要性を否定することはできない。<sup>(135)</sup> しかし、このようないわば独自の説については、慎重な検討が必要とされよう。<sup>(136)</sup> アメリカ法における整合性についてはその問題点を含め本節をとおして一定の論証がなされてきたと考えるので、<sup>(137)</sup> つづいて日本法への示唆という視点から検討し、証人対質権に関する分析・検討のまとめとする。

- (1) Kirst, *The Procedural Dimension of Confrontation Doctrine*, 66 NEB. L. REV. 485 (1987); Berger, *The Decriminalization of the Confrontation Clause: A Proposal for a Prosecutorial Restraint Model*, 76 MINN. L. REV. 557 (1992).
- (2) Kirst, *supra* note 1. 本論文につき、津村政孝「最近の連邦最高裁判決における証人対審条項と伝聞法則」学習院大学法学部研究年報二四号(一九八九年)一六九頁、堀江慎司「証人審問権の本質について(四)——アメリカにおける議論を中心に」法学論叢一四二巻四号(一九九七年)一七頁以下参照。
- (3) *United States v. Inadi*, 475 U.S. 387 (1986). 本件につき、津村・同右二四七頁以下、堀江慎司「証人審問権の本質について(三)——アメリカにおける議論を中心に」法学論叢一四二巻三号(一九九七年)一二頁以下参照。
- (4) *Lee v. Illinois*, 476 U.S. 530 (1986). 本件につき、関哲夫「共同被告人の公判廷外の自白の採用と修正六条の証人対質権」鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究』四巻(一九九四年)一三三頁、堀江慎司「証人審問権の本質について(二)——アメリカにおける議論を中心に」法学論叢一四二巻二号(一九九七年)一五頁以下参照。
- (5) *New Mexico v. Earnest*, 477 U.S. 648 (1986). 本件については、以下で詳述されるところがないので、ここで若干触れて

おくことにする。本件は、反対尋問の機会に欠ける共同被告人の公判廷外供述の許容性に関する判決である。州最高裁は、一九六五年のダグラス判決（前述第二節二b(3)参照）にしたがって、供述時ないし公判のいずれにおいても反対尋問の機会に欠ける共同被告人の供述を許容したことは、証人对質権の侵害に当たるとしたが、連邦最高裁は、リー判決に照らして、このような供述についての「反対尋問の機会に欠けることが直接的に対質権の侵害に結びつくものではないとした。

(6) *Kirst, supra note 1, at 485.*

(7) カーストは「dimensionを「要件」ないし「基準」という意味でもこれを用いておりその意味するところは多義的であるように思われるが「dimensionの本来の意味は「次元」であるし、論者の主張の中心もそこにあるので、これには一般に「次元」という訳語をあてることにする。

(8) *Kirst, supra note 1, at 486.*

(9) *Ibid.* 宣誓供述書による裁判の問題性については、第一節一で述べた一六〇三年のローリ卿の裁判を参照。なお、宣誓供述書の有する問題点については、島伸一「日米司法共助により得た『宣誓供述書』なる供述書の証拠能力」判例タイムズ九二七号（一九九七年）七八頁参照。

(10) *Ibid.*

(11) *Ibid.*

(12) *Kirst, supra note 1, at 487.*

(13) *Id. at 487-98.*

(14) *Mattox v. United States, 156 U.S. 237, 242 (1895).* この判決で、証人の死亡を理由に最初の公判における同人の以前の公判廷証言が後の再度の裁判（*retrial*）で被告人に不利益な証拠として許容された事案について、次のように判示された。

「憲法の証人对質権条項の主な目的は、証人の記憶を吟味し、証人の良心を確認する機会を被告人に与えることだけでなく、陪審が見て証人席におけるその態度や証言する際の様子から証人が信頼できるかどうかを判断するための・・・主尋問および反対尋問に代えて時折民事事件で許容されるような証言録取書や一方的な宣誓供述書を被告人に不利益な証拠として用いることを阻止することにある。・・・しかし、この種の一般原則は、ときには公の政策や必要性に譲歩しなればならない（*Id. at 242-43*）」。そして、以上のような一般的な判断を示した上で、被告人は、以前の公判で一度証人を

- 反対尋問に曝しているから、証人対質権の侵害はないとして、いわゆる以前の証言の伝聞例外の合憲性を肯定した。この判決は、伝聞法則と証人対質権との関係に直接言及した最も初期の判例として著名なものである（小早川義則『共犯者の自白』（一九九〇年）五八頁参照）。
- (15) *E.g.*, *California v. Green*, 399 U.S. 149, 156-57 (1970) ; *Barber v. Page*, 390 U.S. 719, 721 (1968) ; *Douglas v. Alabama*, 380 U.S. 415, 418-19 (1965).
- (16) なお、「訴追の過程」とあるのは、カーストはこれを捜査を含む意味で用いている。また、governmentについても、訴追側という訳語を主として用いるが、カーストおよびつづいて取り上げるパーガーの両者はこれを捜査機関を含む意味に用いている。
- (17) *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980). 本件については、前述第二節二a参照。
- (18) *Id.* at 65-66.
- (19) *United States v. Inadi*, 475 U.S. 387 (1986). なお、本件供述は、いずれも不起訴とされた共謀者三人のうちの一人を喚問するとの約束に基づき、連邦証拠規則八〇一条(d)(2)(E)の下に許容された。しかし、訴追側が当該共謀者に召喚状を発したところ、同人は車が故障したことを理由に結局出頭しなかった。このような事情の下で、事実審裁判所は最終的に、当該共謀者の供述の許容性を認めた。*Id.* at 390.
- (20) *United States v. Inadi*, 748 F. 2d 812 (3d Cir. 1984).
- (21) 第三巡回区連邦控訴裁判所は、共謀の関与者間の電話による会話が適法に傍受・録音された供述は、連邦証拠規則八〇一条(d)(2)(E)を充たすことは認められたものの、ロバーツ判決は証人対質権条項はいかなる公判廷外供述も許容要件として証人の利用不能を要求しており、共謀者の供述について特にその例外とする理由はないから、当該供述は許容されないとした。*Id.* at 818-19.
- (22) *Inadi*, 475 U.S. at 393-95.
- (23) *Ibid.* のようにカーストは、イネイディ判決に好意的であるが、それは問題とされた供述は、警察が傍受・録音したものであるが、訴追の過程において訴追側によって作り出された伝聞証拠には当たらないと評価していることによるものであろう。*Kirst*, *supra* note 1, at 514-15. なお、後述9のハルール6参照。しかし、この判決を含め、共謀者の供述の問

題点について後述二頁①参照。

- (24) *Lee*, 476 U.S. at 548 (Blackmun, J., dissenting).
- (25) *See Lilly, Notes on the Confrontation Clause and Ohio v. Roberts*, 36 U. FLA. L. REV. 207, 208-10 (1984); *Graham, The Right of Confrontation and the Hearsay Rule: Sir Walter Rareigh Loses Another One*, 8 CRIM. L. BULL. 99, 100-01 (1972). なお、前亦第一節一参照。
- (26) *E.g., Roberts*, 448 U.S. at 62-63.
- (27) *See Graham, supra* note 25, at 129.
- (28) *See Westen, The Future of Confrontation*, 77 MICH. L. REV. 1185, 1206-07 (1979).
- (29) *Nesson, The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 HARV. L. REV. 1357, 1372-75 (1985).
- (30) 本件は、非陪審事件であった。 *Lee*, 476 U.S. at 531.
- (31) *Inadi*, 475 U.S. at 395.
- (32) *Id.* at 411 (Marshall, J., dissenting).
- (33) *Ibid.*
- (34) *Green*, 399 U.S. at 174 (Harlan, J., concurring).
- (35) *E.g., Roberts*, 448 U.S. at 62-63.
- (36) *Lee*, 476 U.S. at 540.
- (37) リー判決は、伝統的に確立した伝聞例外に当たらない伝聞証拠であっても、信用性に欠けるという推定を覆すに足りる信用性の徴憑があれば、その許容は証人対質権条項に違反しないとの判例理論を確認し、それが共同被告人の公判廷外自白にも適用されることを認めた。しかし、具体的な事案への適用においてはきわめて制限的な判断を示したことは、注意を要する。すなわち、共同被告人の自白が被告人自身の自白と大筋において一致しているという事情があつたにもかかわらず、自己の責任を軽くするため被告人に不利な供述をした可能性があるとして、十分な信用性の徴憑は認められないとしたのである。 *Id.* at 543-46.

- (38) *Roberts*, 448 U.S. at 70-73, 75-77.
- (39) 大陪審手続における証言については以下で詳細に述べるが、これに関して若干触れておきたい。大陪審の審理には、検察官が関与し、その主導権の下に手続が進められるのが通常である。大陪審の手続は、非公開で、対立当事者のいない非対審的・片面的な手続であり、被疑者・弁護人が審理に立ち会い、反対尋問をすることは認められていないのが一般で、連邦法域も例外ではない。なお、連邦を含むいくつかの法域では、審理に関する公式記録(調書)の作成を義務づけられている(ローク・M・リード||井上正仁||山室恵||『アメリカの刑事手続』(一九八七年)一六二頁以下参照)。そして、後に述べるように、大陪審手続における証言調書が、事後の反対尋問の機会に欠ける場合であっても、連邦証拠規則八〇四条(b)(5)、すなわちその他の例外に関する規定によって許容され実質証拠として用いられるという事態が生じている。
- (40) 例えば、連邦証拠規則八〇三条(8)の定める公的記録と報告書がある。この例外については、前述第一章第三節二(9)参照。
- (41) Rules of Evidence for United States Courts and Magistrates, 56 F.R.D. 183 (1972), suspended by Act of Mar. 30, 1973, Pub. L. No. 93-12, 97 Stat. 9 (1973).
- (42) *Green*, 399 U.S. at 172-74 (Harlan, J. concurring). この点につき、堀江・前出註(2)八頁以下参照。しかし、これから約半年後のダットン判決において、ノーラン裁判官はこの立場を撤回し、伝聞法則に対する規制を、デュー・プロセス条項によるべきだとの見解(Dutton v. Evans, 400 U.S. 74, 93 (1970) (Harlan, J. concurring))を表すに至る(堀江・同註六頁)。
- (43) カースト論文(Kirst, *supra* note 1, at 497-98)が引用してゐるのは以下のとおり。Graham, *supra* note 25, at 129; Westen, *supra* note 28, at 1207; Graham, *The Confrontation Clause, The Hearsay Rule, and the Forgetful Witness*, 56 TEX. L. REV. 151, 192 (1978)。なお、前述第二節三参照。
- (44) Kirst, *supra* note 1, at 498.
- (45) *Ibid.*
- (46) *Ibid.*
- (47) *Id.* at 498-99.

- (48) *Id.* at 499. なお、詳しくは、*see Id.* at 501-31.
- (49) *Id.* at 520.
- (50) もっとも身柄を拘束されている共犯者等の捜査官に対する供述を許容することは、連邦最高裁の理論からは不可能ではない。カーストもこの点を強く批判している。しかし、前出註(37)で述べたようにこのような供述の許容性の実際の判断基準はかなり厳格である、といつてよいであろう。
- (51) 前述e参照。なお、大陪審手続における証言につき、津村政孝「アメリカ連邦刑事手続における捜査過程で作成された供述書面の取扱い」学習院大学法学部研究年報二六号(一九九一年)二四八頁以下参照。
- (52) この点は被告人の裁判に対する満足感という観点も考慮されるべきであろう。*See Swift, Abolishing the Hearsay Rule*, 75 *CAL. L. REV.* 495, 512 n.45 (1987). しかし、やはり事実認定の正確性の確保の観点から、このような被告人の満足感というものも一定の制約を受けざるを得ないであろう。この点、どのような判断基準に基づくべきかを、被告人の満足感という概念自体の分析を含め、今後の検討が必要とされるように思われる。
- (53) なお、かつては、大陪審の証言調書は、実質証拠として用いることは認められず、公判廷での証人の供述が、以前のそれと異なる場合に限って、弾劾証拠として用いることが認められるにすぎなかった(森井暉「伝聞証拠としての検察官調書」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学(下)』(一九七七年)一三〇頁参照)。
- (54) 堀江・前出註(2)二〇頁。その理由として、「確かに供述時の対面が政府の供述作出活動の抑制に大きな役割を果たしているのは否定できないとしても、かかる役割を果たしているのは(公判対面以外には)供述時の対面のみだと言えるかは問題だからである」(同註)と述べ、「例えば、違法排除的な任意性要件のようなものでも、かかる役割を果たせるのではないか」(同註二二頁註(20))と示唆する。また、ルール1と2については、「証拠が公判に提出される時では、是正手段を講じるには遅すぎる」と述べながら、ルール1において公判での対面だけで十分だとし、またルール2において、供述時の対面は必要ではあつてもそれだけでは十分でなく、公判での対面確保の努力も要求されるとしていることについては、やや説明不足の感を免れない。ルール1と2の基礎には、もちろん、対面権自体はあくまで公判での権利だという前提があるろうが、公判での対面・反対尋問が(公判外での)政府による伝聞証拠作出活動に対する制限となるメカニズムについて、多少の言及があつてもよいのではないか」(同註一九、二〇頁)とも指摘されている。

- (55) See, e.g., 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, 83 (1990).
- (56) 手続的次元は、信用性の次元とは独立した基準というよりも、むしろ付随的な基準であると考えるならば、そのように解せられることになる。See Scalan, *Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: Toward a Three-Dimensional Confrontation Clause*, 76 MINN. L. REV. 623, 631 (1992). なお、カーストが信用性の基準を考慮する余地を明示的に認めているのは、訴追の過程において作り出されたのではない伝聞証拠についてのみである。Kirst, *supra* note 1, at 520. 理論上、手続的次元と他の次元とを重畳的に考慮しようとするのか否かは、必ずしも明らかでない(堀江・前出註(2)、一〇頁)。
- (57) 津村・前出註(2)、二七一頁。なお、このような見解として、例えば、当事者主義との関係で証人対質権を論ずるものとして、Jonakait, *Restoring the Confrontation Clause to the Sixth Amendment*, 35 UCLA L. REV. 557 (1988). 本論文につき、津村・同註二六八、二六九頁、堀江慎司「証人審問権の本質について(五)——アメリカにおける議論を中心に」法学論叢一四一巻五号(一九九七年)一三頁以下参照。また、この堀江論文は、諸々の学説を紹介・分析している。
- (58) 前出註(54)参照。また、カーストは、ルール5と6は、訴追の過程において訴追側によって作り出されるのが通常でない類型の伝聞証拠であることから正当化されるとする。そして、そもそも六ルールはこれまで判例で扱われたことのある事実状況のみをカバーするものにすぎないので、ルール5と6のような類型の伝聞証拠が他にも存在すれば、それについても同様のルールが成立する余地があるという。このように六ルールが完全なものでないことや、それらルールに関連する論点の解明が必要なのはカースト自身が認めているのである。Kirst, *supra* note 1, at 499-500, 516-17.
- (59) Berger, *supra* note 1, at 588. 本論文につき、堀江・前出註(2)、二二頁以下参照。
- (60) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).
- (61) *United States v. Ash*, 413 U.S. 300 (1973).
- (62) *Id.* at 316.
- (63) 前出註(14)参照。
- (64) 一九六五年のポインター判決により、合衆国憲法修正一四条のデュー・プロセス条項を介して州事件にも証人対質権条項の適用が肯定されて以降(前述第二節二b(2)参照)、同条項に関する判例の数は急増した。

- (65) Berger, *supra* note 1, at 592-612.
- (66) ウィンモアは、対質権と反対尋問権とを等置し、反対尋問権保障を手がかりに、伝聞法則と対質権条項とを同一視する。5 J.WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW (Chadbourne rev. ed. 1974) § 1397, at 158. そして彼は反対尋問を「真実の発見のためにこれまで考案された中で最も卓越した法的装置」(*Id.* § 1367, at 32)と位置づけているため、対質権の保障は、証拠の信用性の確保に結びつくことになる。なお、ウィンモアの説について例えば、堀江・前出註(2)三一頁五頁参照。
- (67) Dutton v. Evans, 400 U.S. 74, 88-90 (1970).
- (68) Idaho v. Wright, 497 U.S. 805, 814 (1990).
- (69) *Id.* at 816.
- (70) See Bourjaily v. United States, 483 U.S. 171, 182 (1987); Dutton, 400 U.S. at 94-96 (Harlan, J., concurring).
- (71) Cf. *Bourjaily*, 483 U.S. at 173-74 (FBIに協力して得る情報提供者に対してなされた供述); そのような供述であるにもかかわらず許容された例として、*see Dutton*, 400 U.S. at 77 (刑務所仲間に対する供述); United States v. Inadi, 475 U.S. 387, 389 (1986) (共謀者に対する供述). See also White v. Illinois, 502 U.S. 346 (1992) (五つの異なる供述が許容されたが、そのうちの二つは警察官に対するものであった). (Berger, *supra* note 1, at 593 n.148) [第一章においてもこのようにしたのであるが、必要と思われる場合には括弧内に引用文の出典を付記して置く]
- (72) 当該供述が以前の証言の例外に当たらない場合で一九六八年のブルートン判決(前述第二節二(b)参照)に関連する事案は、このカテゴリーに含まれる。例えば、Douglas v. Alabama, 380 U.S. 415, 416-17 (1965) (取調べの間に書面化された共犯者の自白); Pointer v. Texas, 380 U.S. 400, 401 (1965) (被告人に弁護人が付されなかった予備審問における証人の証言); Brookhart v. Janis, 384 U.S. 1, 2 (1965) (身柄を拘束された状態での共犯者の自白). (Berger, *supra* note 1, at 594 n.150)
- (73) See, e.g., Barber v. Page, 390 U.S. 719, 724-25 (1968); See also Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56, 75-77, 79-80 (1980); Mancusi v. Stubbs, 408 U.S. 204, 210-12 (1972).
- (74) 一九七〇年のグリーン判決で、連邦最高裁は、その供述の中で詳述された事柄に関する証人の記憶の欠如が、証人対質

権を侵害する程度に、被告人の反対尋問権に影響を及ぼしたかどうかについては、判断を下さなかった。California v. Green, 399 U.S. 149, 168-70 (1970)。同判決で、連邦最高裁は、一八九五年のマトックス判決を証言録取書または一方的な宣誓供述書の許容を防止するものとして位置づけたが、その一方で証人対質権の根拠を陪審の事実認定の正確性を高めるための手段としてのみ捉えた。Id. at 157-58. (Berger, *supra* note 1, at 595 n.152)

(75) United States v. Owens, 484 U.S. 554 (1988)。本件につき、津村・前出註(51)一三三六、一三三七頁、堀江慎司「証人審問権の本質について(一)——アメリカにおける議論を中心に」法学論叢一四二巻一号(一九九七年)二二、一三三頁参照。なお、本件は、グリーン判決では明らかにされなかった、証人の記憶の欠如と証人対質権の関係について触れたものと解する)とができるとの指摘も見受けられる。Murphy, *Justice Scalia and the Confrontation Clause: A Case Study in Originalist Adjudication of Individual Rights*, 34 AM. CRIM. L. REV. 1243, 1252 (1996)。

(76) *Id.* at 556.

(77) See FED. R. EVID. 801(d)(2)。共謀者の供述について詳しくは、田宮裕「共謀共同正犯における共謀の立証について」齋藤金作博士還暦祝賀『現代の共犯理論』(一九六四年)五八五頁、小早川義則「コンスピラシーにおける共謀者の供述(一三・完)」名城法学三三三巻二号九五頁、三号五七頁、四号三二頁(一九八四年)参照。

なお、ここで、共謀者の供述について若干触れておくことにする。まず、コンスピラシーとは、「二人以上の者による、不法な行為を行う、または適法な行為を不法な方法で行う合意をいい、コモン・ロー上の misdemeanor (軽罪)をなす」(田中英夫編集代表『英米法辞典』(一九九一年)一八六頁)。連邦の検察官はコンスピラシーによる訴追をかなり自由に用いるので、連邦法域においては、共謀者の供述は伝聞例外の中でも最も重要なものの一つとなっている。

E. IZWINKELRIED, P. GIANNELLI, F. GILLIGAN & F. LEDERER, COURTROOM CRIMINAL EVIDENCE § 1108, at 287 (2d ed. 1993)。また、犯罪訴追において、コンスピラシーの訴因が含まれていなくても、伝聞例外を根拠に訴追側は共謀者の供述を用いることができる。その例も多し。C. MUELLER & L. KIRKPATRICK, FEDERAL EVIDENCE § 426, at 302 & n.13 (2d ed. 1994)。

このように、実務における共謀者の供述の役割は無視できないものがある。なお、イネイティ判決の反対意見は、法廷意見が共謀者の供述には証人の利用不能の要求がないと判示したのは、訴追の効率性を考慮したことによると指摘している。Inadi, 475 U.S. at 411 (Marshall, J., dissenting)。

- (78) *Bourjaily v. United States*, 483 U.S. 171, 175 (1987). 本件につき、津村・前出註(2)二六一頁以下、堀江・前出註(4)一、二二頁参照。
- (79) なお、ブージェイリー事件では、共謀者の供述の許容性を肯定するための前提要件である、コンスピラシーの存在および共謀者と被告人とのコンスピラシーへの結びつきに関する証拠は、当該供述自体で証拠として十分であり得るのかという点は問題とされなかった。この点、下級審は一致して独立証拠 (independent evidence) を要求している。 *See, e.g.*, *ISUTTON & O'WELLBORN, CASES AND MATERIALS ON EVIDENCE* 222 (8th ed. 1996).
- (80) *Bourjaily*, 483 U.S. at 182-83; *United States v. Inadi*, 475 U.S. 387, 398-400 (1986).
- (81) *Bourjaily*, 483 U.S. at 171.
- (82) *Inadi*, 475 U.S. at 395.
- (83) *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Glasser v. United States*, 315 U.S. 60 (1942); *Delaney v. United States*, 263 U.S. 586 (1924); *United States v. Gooding*, 25 U.S. (12 Wheat) 460 (1827). *Bourjaily*, 483 U.S. at 182-83.
- (84) *See Berger, supra* note 1, at 597 n.162.
- (85) *See Id.* at 597-98 n.163, 164 & 165.
- (86) *See Id.* at 598-99 n.166. なお、ブージェイリー、イネイディの両事件もこの類型に当たる。
- (87) *See, e.g.*, *Mathews v. United States*, 485 U.S. 58, 62 (1988).
- (88) *Roviano v. United States*, 353 U.S. 53, 60-61 (1957).
- (89) ジュリー・ナリフィケーションについては、丸田隆『アメリカ陪審制度研究——ジュリー・ナリフィケーションを中心に』(一九八八年)参照。
- (90) *See Fed. R. EVID.* 804(b) (3).
- (91) なお、一九九四年に連邦最高裁が連邦証拠規則八〇四条(b)(3)の適用を問題にした最初の判決が下された。 *See Williamson v. United States*, 114 S. Ct. 2431 (1994). 本件につき、津村政孝・アメリカ法一九九五―II三〇五頁、鈴木義男「刑事上の利益に反する供述」法律のひろば四九巻五号(一九九六年)五四頁、小早川義則「共犯者の自白と利益に反する供述——米連邦最高裁判例を契機に」鈴木義男先生古稀祝賀『アメリカ刑事法の諸相』(一九九六年)四一九頁参照。

- (92) Lee v. Illinois, 476 U.S. 530 (1986).  
 (93) *Id.* at 531.  
 (94) *Id.* at 544 n.5.  
 (95) *Id.* at 543.  
 (96) *Id.* at 544.  
 (97) *Id.* at 546.  
 (98) *Id.* at 540.  
 (99) *Id.* at 544.  
 (100) Idaho Rule Evid. 803(24).  
 (101) アメリカでは、一九八〇年代から子供に対する性的虐待が著しく増加し、大きな社会問題となっている。この種の犯罪は通常密室で行われるため、訴追においては被害者の供述がきわめて重要である。しかし、性犯罪の被害者である子供に公判廷で証言させることには障害も多いため、訴追側は伝聞供述を用いることになる。ISAGATUN & L. EDWARDS, CHILD ABUSE AND THE LEGAL SYSTEM 176 (1995). そして、子供の性的虐待に関する供述を伝聞例外とする規定を有しない州においては、その他の例外を根拠に、そのような供述を許容する例が多い。E. IMWINKLERIED, P. GIANNELLI, F. GULLIGAN & F. LEDERER, *supra* note 77, § 1230, at 355. また、子供が証言する場合にも、証人尋問に際し、証人と被告人との間にスクリーンを置いたり、別室から閉回路テレビ (closed-circuit television) を通じて証言させたりする方法を用いることが増加しており、証人との対面という証人対質権条項の側面が注目されるようになってきている。このいわゆる物理的対面の制限については、松原芳博「証人対質条項と伝聞法則をめぐる問題状況——性犯罪の被害者である子供の供述に関する近時のアメリカ合衆国連邦最高裁の諸判例を手掛かりとして」鈴木古稀・前出註(91)書二二八頁以下、堀江・前出註(3)二二頁以下参照。  
 (102) Idaho v. Wright, 497 U.S. 805 (1990). 本件につき、岡上雅美「性的虐待の被害者たる子供の法廷外供述の採用とアメリカ合衆国憲法修正六条の対質条項」比較法学二七巻二号(一九九四年)五一頁、松原・前註二三五—二三七頁、堀江・前出註(4)二七一—二九頁参照。

- (103) *Id.* at 826.
- (104) *Id.* at 818.
- (105) *Id.* at 826.
- (106) *Id.* at 834 (Kennedy, J., dissenting).
- (107) *Id.* at 819.
- (108) Koski, *Idaho v. Wright: The Defenstration of Corroboration Evidence*, 46 UNIV. OF MIAMI L. REV. 205, 230 (1991); Martin, *Idaho v. Wright: The Confrontation Clause's Limitation on the Use of Corroboration Evidence in the Child Abuse Context*, 26 N. ENG. L. REV. 225, 261 (1991).
- (109) See Allen, *Foreword – Evidence, Inference, Rules and Judgement in Constitutional Adjudication: The Intriguing Case of Walton v. Arizona*, 81 S. CT. REV. 727, 753-55 (1991).
- (110) Immwinkelreid, *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, 522-38 (1992).
- (111) See Swift, *Has the Hearsay Rule Been Abolished De Facto by Judicial Decision?*, 76 MINN. L. REV. 473 (1992).
- (112) Dutton v. Evans, 400 U.S. 74, 110 (1970) (Marshall, J., dissenting).
- (113) *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). 前掲 b (3) 参照。
- (114) *Id.* at 826-27.
- (115) 加えて、そのような尋問は余り功を奏しない可能性がある。ライト事件で、二歳六カ月のキャシーという子供は、単純な質問に答える能力を欠くという理由で証言を免除された。例えば、彼女に自分の年齢について尋ねると、最初は「キャシー・ライト」と答え、次に六歳と答えた。(Berger, *supra* note 1, at 607 n.203)
- (116) 共謀者の供述と証人対質権との関係につき論ずるものとして、see, e.g., Davenport, *The Confrontation Clause and the Co-Conspirator Exception in Criminal Prosecutions: A Functional Analysis*, 85 HARV. L. REV. 1378 (1972); Notes, *Reconciling the Conflict between the Coconspirator Exemption from the Hearsay Rule and the Confrontation Clause of the Sixth Amendment*, 85 COLUM. L. REV. 1294 (1985).

なお、バーガーは、近時頻発している事案で重要となる以上のような供述を許容する伝聞例外、すなわち子供に対する性的虐待事件における「その他の例外」や薬物事犯における「共謀者の供述」に対して、訴追機関抑制モデルが特に重要なことと示唆していることを、下記に付言しておく。Berger, *supra* note 1, at 564-67.

- (117) See Berger, *supra* note 1, at 589-92.
- (118) なお、この点につきバーガーは、抑制の有効性は、証人の利用不能と関係し、この基準である訴追側の誠実な努力義務が緩和されれば、これに比例してその有効性も乏しいものとなることを付言している。Id. at 607 n.206.
- (119) バーガーは、特に他人の影響を受けやすい者の例として、精神の安定性を欠く者、または子供、あるいは一九八八年のオウインズ判決で問題とされた証人のように頭部の障害を煩うてきた者を挙げている。Id. at 608 n.207.
- (120) See Reynolds v. United States, 98 U.S. 145, 158 (1879).
- (121) なお、バーガーは、一六〇三年のローリ卿の裁判でのローリ卿を巻き込むコウバンの供述は、利益に反する供述として分析することができると指摘している。Berger, *supra* note 1, at 609 n.212.
- (122) See, e.g., United States v. Sarmiento-Perez, 633 F.2d 1092, 1104 (5th Cir. 1980), cert. denied, 459 U.S. 834 (1982).
- (123) See, e.g., United States v. Taggart, 944 F.2d 837, 839 (11th Cir. 1991).
- (124) United States v. Garner, 574 F.2d 1141 (4th Cir.), cert. denied, 439 U.S. 936 (1978); United States v. Carlson, 547 F.2d 1346 (8th Cir.), cert. denied, 431 U.S. 914 (1977).
- (125) See, e.g., United States v. Guinan, 836 F.2d 357-58 (7th Cir.), cert. denied, 487 U.S. 1218 (1988).
- (126) United States v. Gomez-Lemos, 939 F.2d 326, 333 (6th Cir. 1991).
- (127) Wright, 497 U.S. at 818.
- (128) *Ibid.*
- (129) See, e.g., White v. Illinois, 502 U.S. 346 (1992).
- (130) 前述第一章第三節二(4)参照。
- (131) RLEWERT & S.SALTZBURG, A MODERN APPROACH TO EVIDENCE 516 (2d ed. 1982) でも、大陪審手続では検察官が主導権を有することや検察官の証人への影響力からすると、公式の手続においてなされるものであるとしても大陪審証言の信

用性には疑問の余地があることが示唆されている。

(132) 前述 d (5) 参照。

(133) 大陪審証言の信用性に関する問題点につき、津村・前出註 (51) 一五五頁参照。

(134) しかし、バーガー説には次のような問題点が指摘されている。バーガーの提示する基準、すなわち訴追側関係者が意図的に引き出した供述か否かは、原供述者がいかなる者であるのか、そしてその供述がどのようにしてなされたのかの二点についての裁判所の判断に依存するところが大きい。しかし、例えば、原供述者が訴追側とどのような関係にあり、それが供述にどのような影響を及ぼすのかの判断はきわめて困難なものとなろう。Sallen, *supra* note 56, at 633-34 n.48. また、バーガーのいうように子供の供述すべてに録画を要求することに対しては、次のような批判があろう。「子供の性的虐待は偶然の事情で発覚し、大人の予期しない状況で子供の供述が得られることが多く、必ずしもビデオの録画装置が整っているところで供述がなされるとは限らない。したがって、ビデオによる録画を証拠採用の要件とすることは、事件の内実をもっとも正確に伝えていると考えられる供述の大部分を否定することになるであろうし、また、ビデオ録画する前に、子供に何らかの影響力が与えられている可能性も存在するのであるから、供述の信頼性を録画の有無にかからせることは不適當である」(岡上・前出註 (102) 六八頁)。なお、後述第四節参照。

(135) See Amar, *Sixth Amendment First Principles*, 84 GEO. L. J. 641, 697 (1996). なお、被告人提出の伝聞証拠に関する事例では、「証人对質権の意義として、デュー・プロセスの要請について触れた判決がある。See *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973). 本件につき、第二節註 (4) 参照。また、証人对質権条項およびデュー・プロセス条項に基づいて、被告人に片的に伝聞法則の適用の緩和を主張する論者も見られる。Robinson, *From Fat Tony and Marty the Horse to the Sad Case of A.T.: Defensive and Offensive Use of Hearsay Evidence in Criminal Cases*, 32 HOUS. L. REV. 895 (1995).

(136) 証人对質権に事実認定の正確性の確保以外の根拠があるとするとバーガーの説に共感しつつも、訴追機関の抑制に根拠を求める点で疑問があるとする見解として、see Jonakait, *The Right to Confrontation: Not a Mere Restraint on Government*, 76 MINN. L. REV. 615 (1992).

しかし、この点、バーガー説は、適正手続を確保するものと評価できる点で、優れているというべきであろう。そして、この説によれば訴追側が作出した伝聞証拠の証拠能力はきわめて厳格に審査されることになり、証人对質権を今以上に強

く保障することができることになろう。

また、バーガー説は、「訴追機関抑制」モデル以外の視点を一切排除するものではない。訴追機関が引き出した供述についても、理論上、「訴追機関抑制」の他の視点、例えば信用性の観点を重疊的に考慮するの可否かは、明言されてはいないが、現在要求されている要件よりも厳格なテストを課すべきと述べていることからすると（Bergier, *supra* note 1, at 564）、バーガーはこれを肯定していると評価できる（堀江・前出註（2）一四頁参照）。

(137) これまでに見てきたカーストおよびバーガーの判例分析は、いわゆる独自の解釈が強く現れているように思われるが、この点を考慮するとしても、両者の説にはなお傾聴に値するものが含まれていることは疑いがないといえよう。なお、この点について前述第二節三参照。