

法廷証拠となることを知ってなされる供述と対決権条項

早野 暁

- 1 はじめに
- 2 合衆国憲法第六修正の対決権
- 3 伝聞法則
- 4 オハイオ対ロバーツが先例として維持されてきた理由
- 5 クローフォード対ワシントンで示された新基準
- 6 クローフォード以降の判例の動向
- 7 対決権の実質的機能
- 8 機械的記録と鑑定証拠
- 9 おわりに

1 はじめに

日本国憲法三七条二項は、「刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ、又、公費で自

法廷証拠となることを知ってなされる供述と対決権条項（早野）

己のために強制的手続により証人を求める権利を有する。」と定め、この被告人の権利は「証人審問権」といわれている。

また、刑事訴訟法三二〇条一項は、「第三二一条乃至第三二八条に規定する場合を除いては、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない。」と規定しており、これは、いわゆる「伝聞法則」といわれる証拠法則である。証人審問権と伝聞法則、両者の関係については容易に解をえない複雑な検討課題であるとしても、少なくとも、刑事法が三二一条以下の伝聞法則の例外を認め、最高裁も、憲法三七条二項の例外を認めていることから（最判昭和三〇年一月二十九日刑集九卷二二五二四頁、最判昭和二四年五月一八日刑集三卷六号七八九頁）、証人審問権の権利が絶対の要請ではないこと、および、伝聞法則が反対尋問の機会を欠く供述証拠の証拠能力を一律に否定するものではないことについては、争いがないものと思われる。

一般的に、供述証拠は人間の記憶過程に依拠する性格をもつため、物証等の非供述証拠と異なり、証人が知覚・体験（獲得）し、記憶に保存し、事後に記憶に基づいて再現した事実・情報の証拠価値、つまり、供述内容の表す事実・情報の正確さ、信頼性に一定程度の不安定性があるといわれる。その不安定さを除去することが反対尋問の役割ともいわれている。信頼性の不十分な証拠により断罪されない権利、換言すれば、正確な事実認定による裁判を受ける被告人の権利という発想が、伝聞法則の根底にはある。

しかし、被告人にとって、証人に対し公開法廷の場で反対尋問をなすということは、ある供述証拠に特別の信頼性が認められ事実認定が正確であることが保障されるときであれば、当然に制限されても構わないものなのであるか。

被告人の憲法上の権利たる証人審問権は、事実認定の正確性の担保以上の「目的」を意図し制定された基本権規定と思われる。仮に、供述者の法廷外供述にどれほど信用性がある場合でも、その供述者に法廷で証言をさせ、反対尋問にさらすことは、被告人が事実認定者の面前で自己に不利な証拠に反駁する機会を現実にもつことを意味し、それは当事者論争主義の基本的な要求と考えられる。

近時、アメリカの連邦最高裁は、クロフォード対ワシントン事件 (Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004)) で、日本の証人審問権に相当する対決権条項 (合衆国憲法第六修正) の保障範囲に関し判例変更をなした。クロフォード事件では、後に法廷証拠となることを知ってなされる供述証拠 (testimonial statements)¹⁾ あるいは、法廷証言に代わる供述につき、反対尋問の機会があったことが証拠能力を認める要件とされた。同事件以前のロバーツ事件 (Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980)) では、証拠とする必要性、特に信用すべき情況保障の存在 (あるいは信頼性の徴憑) の二要件を充足すれば、法廷証拠となることを知ってなされる供述であってもそうでない供述であっても、許容性を認める基準を採用していた。クロフォード事件の判例変更を日本法域でも参考とすべきなのかどうかを検討するための準備作業として、また、日本国憲法三七条二項の証人審問権の内容、刑事訴訟法の解釈への比較法上の影響を考えるため、本稿を記すことにする。

本稿は、まず英米法域における *testimonial statements*²⁾ の概念を明確にすることから始める。おそらく、*testimonial statements* とは、「供述者が、後に、自己の供述が法廷証拠となることを知ってなす供述」のことを指し、「法廷証言類似の供述」とか「証言的供述」という訳語は誤りではないが、それらの翻訳を当てたものでは *testimonial* であることが、なぜ伝聞例外要件の差異の分水嶺となるかについて、十分に配慮できていない感が強い。

次に、第六修正 (United States Const. Amend. VI.) の文言と、合衆国憲法制定前の伝聞法則の実務上の前提を確認し両者の制度目的を比較する。

そして、近時の最高裁の判例変更以前に、対決権と伝聞法則との関係を、変更前の判例 (Ohio v. Roberts, 448 U.S. 36 (1980)) がどのように解釈していたかを検討し、変更前の判例の判断枠組みを批判していた代表的な学術論文の内容を題材に、判例変更がなされた理由、最高裁の新基準の規律対象、新基準適用の主要目的を探ることにした。

念のため、要約ではあるが、判例変更前のロバーツ事件の事実の概要および法廷意見、判例変更後の合衆国最高裁クロフォード事件の事実の概要および法廷意見を簡潔に紹介してある。

さらに、判例変更による新基準設立後に引き続いて生じた、対決権の保障範囲を巡り争われた最高裁のいくつかの事件を挙げ、新基準となった判例との関係を対照することにより、一層、対決権の保障を受ける被告人の権利の中身を具体化しうるようになるものと思う。

最後に、供述証拠と非供述証拠の境界はなぜあるのかという大原則に立ち返り、非供述証拠的な供述証拠の存在、供述性を帯びやすい非供述証拠の存在に着眼することの必要性を示し、それらの性格を有する証拠に対する証拠法全体としての構造的対応を呼びかけ、提言したいと考える。

具体的には、合衆国憲法第六修正 (わが国では日本国憲法三七条二項) によって保障される対決権保障の観点から、供述証拠のうち、特に、法廷証拠となることを知りながらなされる公判廷外の供述に限っては、原則として供述者の反対尋問が証拠能力付与のための要件として設定されるべきであって、特信情況の保障等によって安易に証拠として採用されることがあってはならないことを、アメリカの判例や学説を読み解くことによって示したい。

2 合衆国憲法第六修正の対決権

アメリカ合衆国憲法第六修正の対決権条項は、「刑事被告人は、自己に不利な証言をなすすべての証人に対して、対決する権利を有する。」と規定し、すべての被告人に、自己に不利な証人と対決する権利を保障している。⁽¹⁾そしてその「対決 (confront)」とは、そのような証人と法廷で物理的に対面することに止まらず、証人に対して反対尋問をなし、事実認定者の事実認定に積極的に関与することまでを含むとされている。⁽²⁾その理由としては、刑事被告人が自己に不利な証拠に対して十分な反証の機会を保障されることは、当事者論争主義裁判の基本的な要請であることが挙げられている。

3 伝聞法則

伝聞法則が裁判実務上確立したのは、一八〇〇年代中盤とみられている。⁽³⁾

もっとも、確実に十分な資料により裏付けられていないとの批判もあるが、法史上、ガラニスやランツマンの論文が現時点においては妥当なものと解するのであれば、その時期とみて問題はなからう。コモン・ローに深く根を下ろした (firmly rooted hearsay exception) という合衆国最高裁の表現からは、コモン・ローの伝統に法源性を認め、⁽⁴⁾合衆国憲法の規範を尊重し、⁽⁶⁾同時に、事後の判例の示してきた基準、⁽⁷⁾連邦証拠法の立法の効果、⁽⁸⁾それらを総合して対

法廷証拠となることを知ってなされる供述と対決権条項(早野)

決権の範囲を確定しようとしている姿勢がみてとれる。ここでは、コモン・ロー、合衆国憲法、合衆国最高裁判例、議会制定法の連邦証拠法（Federal Rules of Evidence）、それらの相関関係を詳細に分析することはしないが、それぞれの規範要請が複合的に連鎖する問題が、対決権の保障範囲の問題であることは指摘しておく。つまり、対決権の保障範囲の問題は、単なる訴訟法上の証拠法則の問題に止まらなるとみるのが中庸な出発点かと思われる。⁽⁹⁾ 訴訟法上の証拠法則である伝聞法則と憲法上の対決権の保障範囲の法則とが、まったく内容を一にするのであれば、もとより、合衆国最高裁で裁量上訴が認容される必要もないであろう。

ウイグモアの注釈書によれば、反対尋問が供述証拠の信用性を高める最良の手段・方途（“Beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth”）と位置づけられている。⁽¹⁰⁾ 一定の供述証拠に反対尋問に代わる特信性が認められるのであれば、その証拠を伝聞例外としても、つまり、相手方当事者の反対尋問なくして証拠能力を認めても、事実認定の正確性は実現されているのであるから、被告人の権利は害されていないとの結論を導くことも可能にみえる。その理論構成を判断の基軸に据えることにより、ロバーツ事件以降の最高裁の判断基準は、実質的に対決権を訴訟法レベルの問題に止めてしまうこととなった。そのような結果の原因をウイグモアの見解に帰責する立場がある。⁽¹¹⁾ しかし、ウイグモアが対決権という被告人の憲法上の権利に焦点をあてずに、あくまで、証拠法に関する問題として反対尋問の効用を説明しているとみるのであれば、ウイグモアを批判することは一面では失当であろう。どのみち、対決権の問題を訴訟法上の証拠法則の範囲を超えて別途議論することに配慮が充分とはいえなかったのは、合衆国最高裁判所自体の責任であるものと筆者は考える。

マコーミックの見解は、基本的に、対決権条項はコモン・ロー上の伝聞法則を体現したものにすぎないとする立場

とみられる。合衆国憲法第六修正が対決権を保障しているのは、刑事被告人に対して、伝聞法則に由来する反対尋問権を保障し、具体化するがためにある、とマコーミックは主張し⁽¹²⁾、さらに、被告人の憲法上の権利保障の範囲は、伝聞法則に矛盾しない範囲に止まるとしているようである⁽¹³⁾。反対尋問を真実発見のための最良のシステムとするウィグモアほど反対尋問の効用を高く評価しないが、やはり、証拠法のレベルでの伝聞法則の把握を志向しているようにみえる。反対尋問という制度・システム自体については、訴訟法・証拠法レベルで捉えてよいものであろうが、対決権という被告人の憲法上の権利が関与してくる範囲では、やはり、反対尋問も「対決 (confront)」の所作に含まれる憲法が授權する行為として捉えねばならないときが出てくるものと筆者は考える。マコーミックの『証拠法』はクロード事件以前の版とクロード事件後の版とで内容が変化している。だが、その変化をどのように解釈すべきかの問題は短絡的には決しえない。

一方、フリードマンの立場は、明確に、憲法上の権利である対決権の命令内容と、訴訟法上の伝聞法則の要請とを区別する見解といえる⁽¹⁴⁾。

“In applying the confrontation right, moreover, I believe an additional, broader consideration comes into play: Truth-determination is itself a poor criterion for determining applicability of the confrontation right.”

(フリードマン注(9)論文一〇二八頁)

少なくとも、両者に共通する点は認めても、片方の要求が満たされれば、当然にもう片方の要求が満たされるとは

考えない。筆者もフリードマンの立場を支持したい。おそらく、フリードマンの論文の影響は、最高裁の判例変更に大きく作用していたものと考えられる⁽¹⁵⁾。フリードマンは対決権の権利構造を歴史の視点からも、憲法学の視点からも、刑事訴訟法の視点からも、また、社会学の視点からも分析しようとしている。なかでも印象的なのは、コモン・ローに伝統的な伝聞例外があつても、なお、第六修正が証拠能力の付与を認めるべきではない伝聞例外があると指摘する点である⁽¹⁶⁾。その他、「証言利用不能」というものも単一の概念に抽象化するのではなく、利用不能の原因の性格により階層的に把握すべきであるとか、⁽¹⁷⁾ 法廷証拠となることを知ってなされる供述 (testimonial statements) に関し、被告人に対決 (confront) の機会がないことは、何を意味するのかを慎重に熟考することを提言するとか、⁽¹⁸⁾ 示唆に富む論述が展開されている。

また、マーガレット・バーガーの立場は、伝聞例外となる供述の種類を分類した上で、各々の供述の性格に応じ、証拠とする政策的な必要性等をも総合的に勘案して、対決権の保障範囲を具体的に決定していこうとするものである⁽¹⁹⁾。

“Confrontation obviously possesses more than a purely evidentiary dimension, however, if the failure to produce a witness whose statement was crafted by the government amounts to error even when the statement possesses adequate indicia of reliability.”

(バーガー注⁽¹⁹⁾論文五七五頁)

同論文は、まず、伝聞例外が広範囲に認められるとしたら、検察側の権利濫用の温床となりやすいことを懸念す

る。⁽²⁰⁾そして、捜査段階における証人に対する不当誘因（供述録取書を作成した捜査官の、証人に対する証言内容の誘導等の存否）は、陪審にはわかりにくいことを挙げ、⁽²¹⁾信頼性の徴憑の基準を重用しすぎることの不合理を主張する。⁽²²⁾さらに、マーガレット・バーガーは、対決権を、事実認定手続の正確性の要求を超えた手続上の権利として位置づけ、⁽²³⁾陪審が証人を実際に目にするこの重要性を説き、⁽²⁴⁾法廷に顕出されない証拠というものを極力減ぜよというのが対決権の命令であるとする。⁽²⁵⁾

さらに、ジョナカイトは、対決権条項と他の基本権との関係のバランスをみながら、証言利用不能の要件をも再考し、事実認定の正確性を担保すること以上の「何か」を対決権は保障しようとしているのではないかと提言している。⁽²⁶⁾

“Instead, the accused is guaranteed an adversary criminal trial even if that is not the best truth determining process for him. ... Neither a defendant nor society is given the sixth amendment right to the best truth-determining process.”

（ジョナカイト注（26）論文五八五頁）

同論文は、ロバーツ以降の判例が法廷証拠の代替となる供述（testimonial statements）とそうでない供述（non-testimonial statements）を区別していない点を指摘することからはじめ、⁽²⁷⁾「証言利用不能」とは、元来どこに位置づけべき要件なのかを再考する必要を説いている。⁽²⁸⁾そして、一定の伝聞例外を証拠とする必要性を重視したい最高裁の意向を汲みつつ、第六修正内の他の基本権すべてとのバランスの中で、対決権の保障範囲を決すべきこと、⁽²⁹⁾自己に不

利な証拠に充分に反証、チャレンジする被告人の権利という論争主義の理念を最大限尊重する必要があること等を理由に挙げ、証拠に信頼性が認められれば、即、被告人の憲法上の権利が制限されてよいとする立論を批判している。⁽³¹⁾ 基本権の各権利条項（弁護人の助力を受ける権利、告知・聴聞を受ける権利等）は、それぞれ単独で機能しているわけではないという主張も、傾聴に値すると思われる。さらに、ジョンナカイトは、訴訟法上の証拠法則との関係のみでは、反対尋問の効用を、供述証拠の信頼性を高めるものとして把握してよいが、憲法レベルの問題たる当事者論争主義との関係では、反対尋問はその役目のみを負うものではないとする。⁽³²⁾ 反対尋問の機会を可能な限り保障することとは、陪審の面前で、自己に不利な証拠に反駁する機会を、被告人に充分に与えるということを意味している。

“Cross-examination’s central role is not to make evidence reliable. Instead, the adversary is given the opportunity to test and challenge the evidence in front of the jury so that the jury will have all the information necessary to best assess what weight the evidence should be given.”

（ジョンナカイト注（26）論文五八七・五八九頁）

4 オハイオ対ロバーツが先例として維持されてきた理由

ロバーツ事件⁽³⁴⁾

〈事実〉

被告人ロバーツは小切手偽造および盗品譲受けの罪で起訴された。被告人の主張によると、被害者の娘から被害者名義の小切手とクレジットカードを貸与され、それらを使用してはならないといわれていなかったとのことであつた。予備審問手続において、被害者の娘は証人として召喚され、被告人に対して自己のアパートの使用を許可した事実は認めたものの、クレジットカードの貸与の事実は否定する証言をした。被告人は偽造、盗品譲受け等の罪で起訴された。

公判裁判所は、上記証人に対し（ただし宛先は証人の両親の住所宛に）、五通の召喚状を送付したが、証人は公判に出頭しなかつた。被告人は、小切手およびクレジットカードの使用をその証人より許可されていた旨主張したため、検察側は、証人の予備審問における供述調書を証拠請求した。

被告人は、合衆国憲法第六修正の対決権条項を根拠に、証人の供述調書を証拠とすることに異議を申し立てたが、裁判所は、証人の居所不明を証人の母親が証言していることにより証言利用不能の事態は立証されているとして、その供述調書に証拠能力を認め、被告人を有罪とした。

オハイオ州コート・オブ・アピールズは、検察側が証人確保のため誠実な努力を果たしたとはいえないとして、公判裁判所の判決を破棄した。州最高裁は、本件においては、検察側の誠実な努力がなされたとしても、証人の出頭は困難であつたものとして、証言利用不能の事実は認めしたが、予備審問段階において反対尋問の機会が存したといえども、その反対尋問は、被告人の憲法上の権利保障としての公判での反対尋問に如かずとの理由で、コート・オブ・アピールズの判断を支持した。

〔判旨〕

原判決破棄・差戻し

ブラックマン裁判官執筆の法廷意見

第六修正の対決権条項の文言をそのまま読むかぎり、被告人は全ての証人に対して対決 (confront) する権利を有することになり、そうであれば、公判に出頭しない証人の供述はすべて証拠能力を認められないことになる。しかし、歴史的に見ても、憲法起草者が、対決権条項により伝聞証拠を一律に排除することを企図していたものとは思われない。もつとも、被告人に法廷で、自己に不利な証人に対して反対尋問をなす機会を保障すること、すなわち、証人の記憶を確認し、供述を吟味し、証人の証言態度を陪審に観察させることが、対決権の目的であることに争いはない。

しかし、対決権条項は、反対尋問を経ないすべての伝聞証拠を絶対に許容しないというものではない。公共政策 (public policy) や必要性、効果的な法執行の要請と適正な証拠法則の立法等の観点から、この第六修正の命令にも例外を認めることが許される。

伝聞証拠が許容される範囲について、対決権条項は二つの異なる視点を考慮する。第一の視点は、伝聞証拠にあたる供述を証拠とする必要性の視点である。検察側は、真摯な努力を果したにもかかわらず、証人の出頭を確保できなかったことを、立証しなければならない。第二の視点は、上記の証言利用不能が立証された後に問題とされる、その伝聞証拠である供述に「信頼性の徴憑 (indicia of reliability)」があるか否かの視点である。これは、事実認定の正確性を担保するために認められる基準である。

供述者が公判廷で証言し反対尋問を受けない場合には、その証人が出頭できないやむをえない事情あるいは正当事由の存在を、証拠請求者の側が具体的に証明しなければならぬ。というのが、対決権条項の命ずるところである。証言利用不能が立証された上で、十分な信頼性の徴憑が存すると認められたときに、その伝聞証拠たる供述は例外的に許容される。その供述が、コモン・ローに深く根ざした伝聞例外に該当するときは、一般の供述には通常存しない信用性 (particularized guarantees of trustworthiness)、つまり、特別に信用すべき具体的な情況 (供述背景) の保障 (存在) が推定されるのである。

オハイオ州最高裁は、予備審問における原供述者の供述には十分な信頼性の徴憑がないとするが、グリーン事件 (California v. Green, 399 U.S. 149 (1970)) に照らし、予備審問での供述環境と公判でなされたであろう証言環境との間に共通性・類似性があり、予備審問段階で、原供述者が宣誓の上証言し、被告人に弁護士が付され、弁護士からの反対尋問の機会や可能性が十分に存しており、現実に弁護士は原供述者に対して実質的な意味での反対尋問を行っていた事実があり、さらに、手続が裁判官の面前で行われ、裁判所により供述内容が記録されていた点に鑑みれば、本件での公判前供述には信頼性の徴憑が存するといえる。

証言利用不能の要件の判断においては、検察側が証人を公判に出廷させるために「誠実な努力」を尽くしたか否かが基準となる。記録上、訴追側は五回にわたり召喚状を発するも効なく、公判の四ヶ月前に証人の母親と面会し証人の居所について尋ねているが、その母親は娘 (原供述者) の所在は不明である旨答えている。たしかに、訴追側は、証人の所在をつきとめる他の方法をとリエたかもしれないが、手がかりがなく、オハイオ州に召喚しうる場所で証人を発見できる可能性も低かったため、他の手法を用いなかったことが「誠実な努力」を欠いたことにはならない。

檢察側は証言利用不能の事態の立証を果たしている。

ブレナン裁判官執筆の反対意見（省略）

ロバーツ判決がそうであったように、被告人が反対尋問権を行使する理由として、反対尋問の効果は、供述証拠一般の不安定性を解消し、供述証拠の信頼性を担保することにあるという点のみを強調しすぎると、すなわち、供述証拠の信用性が保障されていれば事実認定の正確性は実現しようとの理論構成に比重をおきすぎると、そのような信頼性をもとと具えていると推定される供述証拠を伝聞例外としても、裁判において正確な事実認定を受けるといふ被告人の権利は害されないと結論に至りやすくなる⁽³⁵⁾。おそらく、ウィグモアが反対尋問を、「供述証拠の信用性を高める最大の装置」と位置づけたことを基軸として、アメリカ最高裁の一連の判例は形作られてきたとみてよいであろう⁽³⁷⁾。

しかし、訴訟法上の証拠法則と、憲法上の権利保障原則とは、必ずしも、まったく同じ目的を有しているわけではない。また、三権分立の理念より違憲立法審査権が裁判所に与えられている以上、制定法の授権があれば、被告人の憲法上の権利の制約がどこまでも許されてよいことにはならない⁽³⁸⁾。訴訟法立法者の意図と憲法起草者の意図との相互関係を精緻に検討しないまま、事実認定の正確性が保障されている限り被告人の憲法上の権利はおよそ害されていないものと当然に考えてよいものあろうか。ロバーツの示す基準に対しては、数多くの批判が展開されていた⁽³⁹⁾。コモン・ローに固く根を下ろした伝聞例外に該当するか、当該供述に特信情況が認められるかすれば、供述者の法廷外供述を伝聞例外となしうるとのロバーツの基準は、結果として、被告人の対決権保障の範囲を狭めすぎてしまう危険を内在

させている。⁽⁴⁰⁾

ただ、ロバーツ事件以来、イナデイ事件⁽⁴¹⁾、ボージェイリー事件⁽⁴²⁾、ライト事件⁽⁴³⁾、ホワイト事件⁽⁴⁴⁾において、やはり、ロバーツ事件で示された基準が用いられている。覚せい剤の製造・頒布で起訴された、被告人と他の共犯者間の通話（電話）録音記録を伝聞例外とすることの当否が争われたイナデイ事件では、犯罪遂行過程あるいは共謀の際になされた共犯者の供述は伝聞ではないと判示され、コカインの頒布等で起訴された被告人とおとり捜査の情報提供者との間で交わされた会話の録音記録の証拠能力が問題となったボージェイリー事件では、同様に、その種の録音記録は伝聞ではないとされた。さらに、娘に対する強制わいせつ事件であるライト事件では、二歳の娘が小児科医に対してなした供述を伝聞例外とすることの可否が争われたが、最高裁は、結果として、小児科医の証言の一部（被害者の原供述部分）を証拠とすることを認めなかった。一方、四歳の児童に対する強制わいせつが起訴事実であるホワイト事件では、被害者の母親・捜査官・救急治療室の医師・看護師に対する供述が、伝聞例外として認容された。

これらの判例の流れをみる限り、強固に根付いた伝聞例外への該当性要件の有無あるいは特信情況の存在の要件の存否によって、伝聞例外の許容性を決するという基準で、アメリカ最高裁判例は判断を形成してきたものと思われる。もっとも、各々の事件で証拠能力が問われた供述証拠、伝聞証拠は、それぞれ供述の種類や性質を異にしていることを忘れてはならず、証拠とする必要性、すなわち、伝聞例外と認める政策的配慮が強くはたらく供述か否かに関しても、注意して考えなければならない。⁽⁴⁵⁾ イナデイ事件では、覚醒剤事犯において、電話傍受令状に基づき捜査機関が録音した、イナデイと他の共犯者間の会話の録音記録に証拠能力を認めうるかが争われた。⁽⁴⁶⁾ ボージェイリー事件は、コカイン取引のおとり捜査において、FBIの情報提供者とボージェイリー間の会話の録音記録を証拠となしうるかが問題

とされた⁽⁴⁷⁾。そして、ライト事件は、被告人の二歳と五歳の娘に対する強制わいせつ事件で、特に、二歳の娘の小児科医に対する原供述を含む小児科医の証言を証拠とすることが、対決権侵害とならないかが争われた⁽⁴⁸⁾。ホワイト事件では、四歳女兒に対する強制わいせつ事件で、被害者がPTSD（心的外傷後ストレス障害）のため公判時に証言不能となったことから、子守・母親、捜査官、救急医療室の医師・看護師に対してなした被害者の供述記録を証拠とすることができるか問題となった事件である⁽⁴⁹⁾。

結果として、ライト事件以外は、被告人側からの反対尋問の機会を欠く供述証拠が許容され、対決権侵害はないと判示されている。しかし、上記の判例は、いずれも、薬物事犯か、性犯罪（児童虐待）事犯であり、証拠能力の有無を問われた供述証拠を証拠とする必要性が、政策的に重要かつ切迫している場合であることに注意が必要である。そのことは、問題となる供述の特性だけが判断要素となるわけではなく、供述の信用性とは別個に、特別の政策的配慮に由来する証拠の必要性という要請が、判断資料に介在してくる場合のあることを示唆している。その証拠の必要性が強く作用する場合を考慮して、合衆国最高裁はクローフォード事件で、non-testimonialな供述に対しては、反対尋問を絶対要件とせずに済む余地を残したようにみえる⁽⁵⁰⁾。換言すれば、前記四件の判例との整合性を考慮しつつ、クローフォードの新基準を構築したものと考えられる。それに、ライト事件に関しては、伝聞法則の問題というよりも、コミュニケーション能力が充分にない証人はそもそも証言適格を欠くという意味で、二歳幼児の供述の信用性および証拠能力が否定されたとみることが出来る⁽⁵¹⁾。ロバーツの基準により、被害者の供述が伝統に根ざしたコモン・ロー上の伝聞例外に該当しない場合は、特信情況の有無が伝聞例外要件となるため、最高裁は単にその存否を判断したに過ぎないとみることが出来るが、被告人は五歳の娘に対する強制わいせつでは有罪答弁していることにより、処罰は確

実になしうる環境にあったことや、二歳の娘から事情を聴取した医師が記録を取り忘れていたこと等も考慮して、ライト事件の判示内容を解釈しなければなるまい。

証言利用不能が、一般的に、伝聞例外たる供述証拠の「証拠としての必要性」を支える事実となり得ることに異論はないであろう。ただ、証言不能の事態の生じている背景事実、あるいは、証言不能の原因にも目を向けなければ、真の証拠の必要性は判断できないものと思われる。証言利用不能というものも、不用意に一般化した概念で捉えるべきではない⁽⁵²⁾。さらに、検察官の証言確保努力が果たされていたかに関しても、クローフォード事件以後は、法廷証拠となることを期してなされた供述とそうでない供述とで、伝聞例外となしうる要件を区別して論じる必要が出てこよう。もつとも、連邦証拠法、各州の証拠法の規定では、non-testimonialな供述とみられる可能性が高い伝聞例外は、証言利用不能を要件としていないものも多い⁽⁵³⁾。証言利用不能は、証拠とする必要性を直接支える事実ではあるが、供述の信用性や特信情況に直接影響を与える事実ではない。証言利用不能の典型は供述者の死亡であるが、そのような正に物理的不能の事態については、古来コモン・ローでも伝聞例外として証拠能力が認められてきた⁽⁵⁴⁾。いや、精確には、伝聞法則が確立する以前から、そのような供述は証拠能力を認められてきた、というべきか。誤解をおそれずにいうと、当事者論争主義構造が発達する以前、すなわち、伝聞法則発生以前において、供述者の死亡という事情は、その死亡した者の生前供述に証拠能力を付与しうる原因であった。しかし、現代においては、少なくとも検察側の証言確保努力が尽くされた場合にのみ認められるものと厳格に解していくことが原則であろう⁽⁵⁵⁾。

ちなみに、我が国における証言利用不能の解釈に関しては、検察官が証言利用不能の事態を殊更に利用し、検察官面前調書を伝聞例外として、刑訴法三二二条一項二号に基づき証拠能力を認めることが手続的正義に反する場合は、

証拠能力を認めないこともありうる」と示唆した最高裁判例がある⁽⁵⁶⁾。それは被告人が、タイ国籍女性を売春婦とする管理売春を業とした事実で起訴された事件で、被告人および共犯者は事実を否認し、それらタイ人は本国に強制送還されたため、検察官はタイ人女性の検察官面前調書を証拠請求し、公判裁判所、控訴裁判所ともに、それら調書を刑法三二一条一項二号に基づき証拠能力を認め、被告人を有罪とした。最高裁は、「検察官において外国人が国外に退去させられ公判準備又は公判期日に供述することができなくなることを認識しながら殊更そのような事態を利用しようとした場合」と「裁判所が外国人について証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還が行われた場合」を例示し、そのような場合は、検察官面前調書を証拠とすることが「手続的正義の観点から公正さを欠く」ものとなりうるとしている。刑法法における証言利用不能の要件を厳格に解していくという点については、筆者も判旨を支持したい。

これまでの検討を総合してみると、ロバーツ事件の基準は、伝聞例外の一般要件を端的に示すという点では、確かに明確な基準であるといえる。しかし、その基準は、法廷証拠となることを知ってなされる供述とそうでない供述とを区別せずに、証拠の必要性の要件、および、特信情況の存在の要件が認められれば、広範囲に伝聞例外を許容してしまうということになるため、被告人の自己に不利な証拠（証人証言）に十分に挑戦する権利の保障という観点、すなわち、刑事手続の論争主義（adversarial proceeding）とこの視座からは、やはり、何かを欠いているものといえないであろうか。

5 クローフォード対ワシントンで示された新基準

これまでのロバーツの基準を、合衆国最高裁はクローフォードで変更した⁽⁵⁷⁾。その原因は、合衆国憲法の起草者意図の再考、被告人の憲法上の権利を単なる証拠法のレベルの問題として捉えることになりかねない旧来の基準への懐疑、そして、フリードマン、マーガレット・バーガー、ジョン・カイト、カーストをはじめとする学術論文の影響と考えてよいかと思う⁽⁵⁸⁾。

クローフォード新基準の当否を検討するに当たっては、当該判例の正確な理解が必要であることから、クローフォード事件の事実と判旨を念のため挙げておく。

〈事実〉

被告人マイケル・クローフォードは、被害者リーのアパートで同人を刺突したとして逮捕された。被害者が被告人の妻シルヴィアを強姦しようとしたことを詰問するために、被告人夫妻は被害者のアパートを訪問し、被告人と被害者が組み合ううちに、被害者は胸をナイフで刺され、被告人は手に裂傷を負った。

警察の取調べに対し、被告人は、被害者が凶器を所持していたようにみえたが現認はしないと供述し、別に取調べを受けた被告人の妻は、被害者がポケットから手を出した際、被害者は手に何も持っていなかったと供述した。

公判で被告人が正当防衛を主張し、被害者の凶器所持の事実の存否が争点となり、被告人の妻が配偶者の証言拒否特権を行使したため、検察官は警察での被告人の妻の供述記録（録音テープ）を証拠請求した。ちなみに、ワシントン州法では、配偶者の証言拒絶権は、その配偶者の法廷外供述までは適用されない（Wash. Rev. Code § 560060 (1) (1994)）。

被告人は、証言利用不能にかかる証人の伝聞供述に証拠能力を認めるためには、コモン・ローに強く根づいた伝聞例外（firmly rooted hearsay exception）にあたるか、特に信用すべき状況の下になされた供述であることが要件となるとしたオハイオ対ロバーツを援用し、本件における証拠決定は、合衆国憲法第六修正違反となる旨主張した。しかし、公判裁判所は申請人妻の供述記録に特信状況の存在を認定し証拠に許容した。特信状況を支える事実として、①被告人の妻は共犯者ではなく、夫の正当行為を補強しようとしていたこと、②犯行を間近で目撃し、事件発生の当日に取調べを受けていること、③取調べにおいて、法執行官（捜査官）による不当な誘導があった事情は見受けられないことが、示されている。その結果、被告人は傷害で有罪となった。

しかし、ワシントン・コート・オブ・アピールズは、被告人の有罪を破棄した。被告人の妻は、被告人の刺突行為の瞬間目を閉じていたと供述しており、よって、警察での被告人の供述とその妻の供述は相互に噛み合うものとはいえず、被告人の妻の供述に特信状況は認められないとの理由をコート・オブ・アピールズは示している。

一方、ワシントン州最高裁は、被告人の妻の供述記録は、強固に根付いた伝聞例外には該当しないものの、その内容は警察での被告人の供述と同一で相互に噛み合っている（interlocked）ため特信状況を有するとして、証拠能力を認め被告人を有罪と判断した。

合衆国最高裁判所はサーシオレイライを認容し、対決権侵害の有無を判断した。

〈判旨・法廷意見〉 破棄・差戻し

スカーリア裁判官執筆の法廷意見（ステイーブンス、ケネディ、ソータ、トマス、ギンズバーグ、ブライア各裁判官参加）合衆国憲法第六修正は、「刑事被告人は、自己に不利な証人と対決する権利を有する…」と規定するが（*United States Const. Amend. VI*）、同様の権利の保障が州の刑事手続にまで及ぶとは、*Pointer v. Texas* (380 U.S. 400 (1965)) で判示したとおりである。

まず、第六修正の文言を適切に解釈するためには、*Wigmore, Blackstone, Stephen, Holdsworth, Langbein* 等文献を回顧することが不可欠であり、かの著名なウォルター・ローリー裁判に見られた問題点と、第六修正の対決権制定前のコモン・ローの実務についても考慮する必要は高い。史実に照らしてみても、自己に不利な証人と対決（*confront*）する権利とは、そのような証人に対する反対尋問の機会の保障にはかならないものと解する。

アメリカ独立当時の東部一三州の多くは、各州の権利章典に対決権規定を有していたものの、州によっては対決権を、むしろ、大陸法の職権主義になじむものとして採択していないところもあった。一方で、自己に不利な証人に対して反対尋問をなす権利は、被告人のコモン・ロー上の権利と見る立場が根強く、その結果、連邦憲法には対決権条項が規定されることになった。

以上の歴史より、法廷意見は、第六修正の解釈につき次の二つの推論を導き出す。

一つ目は、対決権条項のねらいは、被告人に不利な内容の証言・供述証拠を、その証人・供述者の一方的な関与

法廷証拠となることを知ってなされる供述と対決権条項（早野）

のみを認め、証拠として許容することの弊害を減ずるところにあるというものである。したがって、第六修正の保障が及ぶのは法廷証言に止まり法廷外供述にまでは及ばないという見解は、否定されるべきである。もつとも、すべての伝聞証拠が第六修正違反の問題を生じるわけではない。だが、現在認められている伝聞例外の中には、合衆国憲法起草者が想定していなかったであろう類型のものもある。

第六修正は、「自己の供述が後に法廷証拠となることを知ってなされる供述 (testimonial statements)」を規律するルールであり、ある特定類型の法廷外供述にも重大な関心を寄せるものである。例えば、宣誓供述書、逮捕された被疑者の供述録取書、公判準備段階における供述録取書等、いずれも、事後に自己の供述が法廷証拠となることを供述者が期して、法執行官等に対して正式になされた供述といえる。警察官が作成した目撃証人の供述録取書(記録)も、前記の性格を備えた供述証拠 (testimonial statements) に該当し、しかも、現代の警察の取調べは、メアリ I 世時代のイングランドにおける治安判事の審問に酷似した性格を有している。

二つ目の推論は、法廷証拠となることを知ってなされた供述に関しては、証言利用不能の事態の発生と、特信情況の存在とが檢察側により立証されたとしても、被告人の反対尋問の機会を欠く供述を、憲法起草者であれば証拠に許容しないであろうということである。供述証拠一般に証拠能力が付与されるには、反対尋問の機会が絶対要件となるとまでは考えないが、憲法制定当時、コモン・ロー上確固たる伝統を有していた伝聞例外の多くは、事後に法廷証拠となることを期せずしてなされた供述 (non-testimonial statements) である。

先に示した二つの原理を、これまでの最高裁の判断は踏襲してきている。証人の前の公判廷での供述を許容した *Mattox v. United States* は、第一回公判期日に被告人に反対尋問をなす機会が充分に与えられていた事例であり、

Ohio v. Roberts でも、予備審問段階においてはあるものの、被告人に証人を反対尋問する機会が存在した事例である。一方、FBIの情報提供者に対してなされた供述の証拠能力が争われた *Bourjaily v. United States* は、その供述が testimonial な性格を有しないことにより、反対尋問の機会が証拠能力付与の要件とならない。さらに、共犯者の自白の問題が争われた *Lee v. Illinois* (476 U.S. 530 (1986)) は、共犯者の自白(供述)特有の危険性に配慮した判断であり、共犯者でない証人の供述が問題となつている本件を規律するものではない。

私たちの先例の結論は、大方、対決権条項の趣旨に適用ものではあるが、それら判断に至る理論構成や理由付けについては、必ずしもそのように断言しえない。ロバーツで示された「強固に根付いた伝聞例外への該当性」という基準、あるいは、「反対尋問に代わる特に信用すべき情況の保障 (particularized guarantees of trustworthiness) の存在」という基準は、当該供述証拠が、後に法廷証拠となることを供述者が承知してなすものであるか否か、すなわち、testimonial な供述とそうでない供述とを区別していない点で基準としての精緻さを欠く。また、特に高い信用性をもてる供述であっても依然対決権の保障を受けるべき伝聞証拠を許容してしまう可能性をもつ点では、不都合な基準といえる。そこで、私達は、第六修正の対決権の保障は、自己の供述が後に法廷証拠となることを知つてなす供述を主たる対象として適用されるものと解し、その上で、そのような伝聞証拠が許容されるための要件を事前の反対尋問の機会とする。被告人の妻の本件供述記録は、testimonial な性格をもつ供述である。

対決権条項の要請は、信用性のある証拠に証拠能力を付与することを求めているというより、供述証拠の信用性が具体的な手続、つまり、相手方当事者からの反対尋問を通して審理されるべきことをこそ意図したものである。ロバーツの示した「信頼性の徴憑 (indicia of reliability)」概念は定型性を欠くものといわざるをえず、そのような概

念を基礎とする基準を採用すると、対決権条項が明確に排除しようとしている伝聞証拠を許容してしまうことになりかねない。

信頼性の徴憑概念の不明確性ゆえに、被告人の妻の警察での供述記録の信用性の有無に関し、下級裁判所の判断が二転三転することになった。被告人の妻の供述を記録した警察官が、その供述に不当な影響を与えなかったとしても、被害者と被告人の闘争の一部は目を閉じていたために見ていないと被告人妻が供述している以上、彼女の供述記録の信用性を量る唯一の手段は、反対尋問の行使にほかならない。州最高裁は、被告人の妻の供述記録内容と被告人の供述の内容とが被害者の凶器所持に関し不明瞭な点で相互に噛み合うというが、本来、相互に合致しているべきものは、積極的な証明対象たる事実でなければならないはずであり、その点に留意して比較するに、両供述は相互に噛み合うものとは解しがたい。さらに、検察側は、被告人の妻の警察での供述を、正当防衛の成否を決する決定的な証拠と主張していた点に鑑みると、原判断は、被告人の妻の供述記録の証拠評価につき審理不尽の疑いが強い。私達には、法廷証拠となることを知ってなされた供述、すなわち、*testimonial statements* の範囲を具体的に定義・確定するという課題が残されているが、少なくとも、本件シルヴィアの供述記録を証拠に許容することは、第六修正の対決権条項に違反する。よって本件を差戻す。

(補足意見は省略)

以上のごとく、アメリカ最高裁の新しい基準によれば、法廷証拠となることを知ってなされた (*testimonial statements*) 供述については、証言利用不能が立証され、反対尋問の機会が保障されない限り、その供述を証拠とす

することはできないことになった。法廷証拠となることを知ってなされる供述に対して証拠能力の要件が上記の如く設定されたのはなぜであろうか。

クローフォード事件の法廷意見の真意を推察するためには、「法廷証拠となることを知ってなされる供述 (testimonial statements)」とは何か、また、なぜそのような供述については反対尋問の機会が絶対要件となり、non-testimonialな供述に対しては、従前のロバーツの基準で証拠能力が認められてよいのかを検討する必要がある。⁵⁹⁾

「法廷証拠となることを知る」の主体は、供述者をさすものと考えるのが自然である。では、後に法廷証拠となることを供述者が確信していることまでが必要なのかというところでもないだろう。単なる予感では足りないが、おそらく、供述者が自己の供述が裁判時に証拠となりうることを認識していることが、「法廷証拠となることを供述者が知っている」にあたるのであろう。つまり、法廷証拠となることを知っているか否かという基準も、一定の幅のあるものと解される。また、その種の供述に該当するかどうかの判断は、供述者の主観のみによるのではなく、供述日時、供述場所、供述の相手方、供述動機、供述の記録媒体・記録形式等を総合して判断されるものと考えられる。⁶⁰⁾

次に、供述者が、自己の供述が後に法廷証拠となることを知っているということは、何を意味するのかを模索しなければならぬ。自己の供述が刑事裁判における証拠となるということを認識していれば、供述者は、真剣に体験事実を思い返し、慎重に、記憶違いや誤りのないように供述することが予期される。そして、自己の発言、供述内容が、他者の犯罪事実の立証に、他者の刑事責任の追及に用いられることを認識して、供述をなすことになる。証人の捜査機関での事情聴取や、供述録取は、testimonialな供述の典型とみてよいと、クローフォード事件の法廷意見は述べている。⁶¹⁾ 逆の発想をすると、証人の他者(被告人)を告発する供述は、被告人にとって、重要な反証対象であり、反

証を尽くす必要のある証拠となるという旨を、モステラーは主張している。⁽⁶²⁾ 自己に不利な、すなわち、検察側の重要証拠に対して、被告人に充分に防御を展開させるために、合衆国憲法起草者が対決権を制定したのであれば、クロードの新基準は憲法起草者の意に沿うものと評価できる。⁽⁶³⁾

さらに、反対尋問の機会という要件について、合衆国最高裁は、被告人の公判廷における反対尋問でなければならぬとまでは、いっていないようである。また、証人の前の公判証言の伝聞例外該当性が争われており、その証人が死亡している場合や所在不明の場合には、従来は当然に証言利用不能が認定されていたようであるが、クロードの判断が出た以上、その基準についても修正が求められてくるのではないか。確かに、被告人側の予備審問段階、証拠保全手続段階に反対尋問の機会が存する場合はある。証人の前の公判証言の伝聞例外該当性が争われる場面では、以前は当然に証言利用不能が認定されていたようである。マトックス事件⁽⁶⁴⁾では公判での反対尋問が、グリーン事件⁽⁶⁵⁾では予備審問時の反対尋問の機会が存したといわれるが、少なくとも予備審問での反対尋問や、証拠保全手続段階での反対尋問は、公判廷で陪審・裁判官の面前で行われる反対尋問に比し、あまりに反証を尽くす手続として充分でない印象を否めない。⁽⁶⁶⁾ また、今後の最高裁がグリーン事件にみられたような供述証拠を、現実に、伝聞例外として積極的に許容していくかについては、疑問のもたれるところであろう。法廷証拠となることを知ってなされた供述か否かの要件に幅を持たせていることに比し、反対尋問の機会において柔軟さを持たせるとの意図は、最高裁にはそれほどないとみてよいのではないか。あくまで、従来の判例との整合性に言及する意図で、マトックスやグリーンに言及したものと考えられる。

6 クローフォード以降の判例の動向

クローフォード以降の重要判例として、デイヴィス対ワシントン⁽⁶⁷⁾、メレンデス対マサチューセツツ、ブルカミング対メキシコ⁽⁶⁹⁾、そして、ミシガン対ブライアント⁽⁷⁰⁾、ウイリアムズ対イリノイズ等⁽⁷¹⁾が挙げられるが、今のところ、クローフォードの新基準は維持されているものとみられる。近親者間の暴力・傷害事件であるデイヴィスでは、被害女性の九一一緊急通報中の供述録音記録が、伝聞例外として許容されるか否かが争われた⁽⁷²⁾。法廷意見は、そのような供述は、後に法廷証拠となることを知ってなされたものではなく、よって、被害女性の証言不能が立証され、その供述に特信情況が認められれば、証拠能力を認めうると判断した。一般的に、法執行機関に対する緊急通報における通報者の供述が、およそ、法廷証拠となることを知ってなされるものとなるかは、通報者の通報事項、通報者の意図、通報を受けて質問や事情の確認をした法執行官あるいは通報受付部署の係官の質問内容・質問意図等に鑑みて、事件ごとに検討する必要がある。緊急通報時の被害者・通報受付機関の間でなされる供述のうち、被害者の供述内容によっては、法廷証拠となることを知ってなされる供述 (testimonial statements) であることも充分にありうるとみるのが正しいかと思う⁽⁷³⁾。ただ、具体的には、デイヴィス事件は、近親者間暴力 (domestic violence) の被害者が緊急通報をなし、その緊急通報を受けたオペレーターに対する被害者の供述 (録音記録) が、伝聞例外として証拠能力を認めうるか否かが争われた。「何があったんですか。」「今、あなたはどこにいますか。」「加害者の名前は?」等の質問に対して、「加害者 (被告人) より暴力を受けています。」「自宅にいます。」「○○です。」と被害者が応答した供述は、

法廷証拠となることを知ってなされる供述と対決権条項 (早野)

自己の身体の安全を確保することを目的として法執行官の到着、救助を求める供述であるから、法廷証拠となることを知ってなされる供述 (testimonial statements) にはあたらないとされた。testimonial な供述でなければ、被告人の対尋問の機会は要件とならないため、伝統的な伝聞例外に該当するか、特信情況の存在が立証されるかすれば、その供述は証拠能力を認められることになる。ただ、デイヴィス事件はDVの被害者の法廷外供述が問題となったが、クローフォード事件において供述を記録された被告人の妻はDVの被害者ではなかった。もし、デイヴィス事件の被害者が、緊急状態を脱した後警察署で供述し、その供述の伝聞例外該当性が争われたのであれば、結論は異なってくる可能性がある。

メレンデス・ディアス事件では、被告人から押収した薬物の化学分析、つまり、州の研究所での嘱託鑑定結果に關して、鑑定を行った者が法廷に出廷し真性立証をしなければならず、その真性立証を欠く鑑定結果には証拠能力は認められないこと、さらには、そのような鑑定証拠であっても第六修正の対決権の要請に従う必要がある旨判示された。⁽⁷⁴⁾ さらに、ブルカミング事件においては、血中アルコール検査報告書の検査者が出廷し、被告人の血液の検査過程の適正さを証言しなければ、その検査結果に証拠能力を認めることはできないとされた。⁽⁷⁵⁾ 合衆国最高裁は、そのような報告書は、法廷証拠となることを期して作成されるものであり、検査者の出廷は、そのような書面に証拠能力を認めるための要件と言わざるをえず、やはり、クローフォード事件の規律を受けるものと判断している。もともと、一般証人の供述と異なり、専門家証人の供述・証言にクローフォードの規律が及ばなくてもよいとみる発想は、あながち、不合理なものではない。捜査機関から一定の独立性を保ち、鑑定結果について中立性の確保された研究所は少なくない。また、大量の鑑定件数を引き受ける研究所であり、鑑定を嘱託した捜査機関より遠隔地にある研究所であれば、

鑑定実施者の出廷は研究所の鑑定処理業務の効率をそぐ一面もあるのだから。しかし、それでもなお、クローフォー
ドの基準適用の例外を認めなかった連邦最高裁の真意をこそ推し量る必要がある。

だが、ウィリアムズ事件では、強姦の被害者が被害を捜査機関に届け出た際、被害者の陰部から犯人の体液を採取し、
その体液に合致する過去の性犯罪者のDNAデータベースとの照合を外部の研究所に嘱託し、そのDNA型と一致し
た被告人を警察署に呼んで、被害者にラインナップしてもらったところ、被告人を犯人と認めた事例である。検察
側が、DNA照合結果を被告人の有罪を立証する実質証拠としては証拠請求していなかったため、本件の鑑定受託者
は出廷し証言をしていなかった。最高裁は、そのような場合に、鑑定受託者の出廷および真性立証の証言は必要でな
いとし、ゆえに、第六修正の対決権侵害はないと判断した。

おそらく、DNA鑑定結果が被告人の有罪を基礎づける主要な証拠である場合は、その鑑定結果が、法廷証拠とな
ることを知ってなされる供述（証拠）でないとするのは、かなり難しくなるであろう。メレンデス・ディアス事件
とウィリアムズ事件は、その点で、まず区別されるべきである。犯人を割り出す捜査活動の一部として鑑定が用いら
れ、その証拠が公判では証拠請求されていない場合に関する判断が、ウィリアムズである。⁽⁶⁾ちなみにウィリアムズ事
件は陪審審理ではなく、裁判官審理による裁判であった。ウィリアムズ事件では、鑑定結果が被告人の有罪を基礎づ
ける主要な証拠でなかったのであるから、鑑定結果が要証事実を直接証明する場合であり、検察側にとって立証の重
要部分を占める場合の事例を規律する判決ではないだろう。

思うに、一般証人に対する対決権の保障と、主に捜査段階の鑑定受託者である証人に対する対決権の保障とは、被
告人にとって、自己に不利な証拠を争う権利として共通するが、一般証人の記憶の不安定性を解消するために反対尋

問をする必要性と、鑑定特有のバイアスの不在の確認を目的とする反対尋問の必要性とは、別々の議論や権利保障の在り方が模索されてもよいのではない⁽⁷⁷⁾。そうであれば、クローフォード事件が対決権条項の保障範囲を画する先例であることは間違いないが、クローフォードは鑑定証拠自体の関連性が争われた事件ではないことに留意すべきであろう。鑑定実施者が出廷し、鑑定過程の中立性を証言することは、目撃証人等の犯罪事実の体験者が反対尋問を受けて、記憶の誤り等を正すことと手続目的や構造が類似するが、鑑定証拠の信頼性の担保手段と、一般証人の供述証拠の信頼性の担保手段とは、それら証拠の性格の差異に鑑みれば、まったく同様である必然性はないようにもみえる。しかし、証拠の信頼性の範囲を超えて、被告人の憲法上の権利、すなわち、対決権の保障範囲の問題としては、証人記憶の不正確さを正すための反対尋問の機会ではないものの、鑑定証拠の中立性の確保、鑑定者による偏頗の不在の確認を目的とした反証の機会の保障として、やはり、同様の配慮が必要となつてこよう。また、付加的に、米国ではDNA鑑定による有罪事件が再審により無罪となる事例が少なくない事情をも、最高裁は考慮しているのではない⁽⁷⁸⁾。

鑑定証拠そのものの証拠能力の問題とは別に、鑑定実施者が出廷、証言することには、当該鑑定の手法の中立・公正さを担保するという意味が含まれている。通常、鑑定結果、鑑定報告書の記載内容には、鑑定実施の背景や鑑定条件、サンプルの保管状態、用いた鑑定理論、実験方法も具体的に示されていることが多い。そして、鑑定は検証と異なり、単なる機械的記録以上の要素を帯びている。犯罪現場あるいは被害者の体内に遺留した第三者の生体組織のサンプル（証拠）と被告人の身体から採取した生体情報との合致が、犯人と被告人の同一性を高度に推認させる場合には、その鑑定結果は充分に testimonial（後に法廷証拠となることを鑑定者が知って作成する鑑定報告書）な性格を有する証拠という

ことになるものと思われる。

あと、ブライアント事件は、鑑定者の証言の事例ではなく、被弾した被害者が警察官に対して犯行現場でなした供述につき、被害者が救急搬送先の病院で間もなく死亡した場合に、伝聞例外となしうるか、また、その供述は法廷証拠となることを知ってなされたものか否かが争点となった。最高裁は、緊急時 (ongoing emergency) という供述環境を重視して、デイヴィス事件と同様の処理をなした。⁽⁷⁹⁾ 同事件では、犯人は銃を所持し、被害者は犯行現場より自力で脱出し、そこからわずかに離れたガソリン給油所のパーキング・ロットに避難し、重体の傷害を負って動けずにいた。そこをパトロール中の警官が通りかかり、被害者を発見し質問を開始した。法廷意見は、緊急情況が継続しているか否かは、加害者の所持する凶器の性質、危険状態の物理的な解消の程度により判断すべきであったとした。そして、法執行官の質問の第一の目的 (primary purpose) が、被害者の安全の確保であったか、供述証拠の採取であったかに照らし、さらには、その質問の捜査としての正式性 (formality) の程度により、法廷証拠となることを知ってなす供述か否かを判ずべきであるとしている。ブライアント事件での被害者の供述は、クローフォード事件での被告人の妻の供述やハモン事件 (Hammon v. Indiana, 126 S.Ct. 2266 (2006)) での被害者の供述とは異なると判断された。⁽⁸⁰⁾

クローフォード事件以降の各判例から読み取れるのは、鑑定人証言の場合も最高裁はクローフォードの基準の例外を原則として認めないということである。また、デイヴィス事件とブライアント事件からは、法廷証拠となることを知らずになされる供述 (non-testimonial statements) という判断枠組みが、どうやら、ある供述証拠 (伝聞証拠) を許容するやむをえない必要性のあるときの救済手段として活用されているという点に気付かされる。たしかに、その仕組みが合理的な範囲内で作用するときには妥当な結果とならうが、その手法は、訴追側や捜査機関に濫用される危険があ

ることも忘れてはなるまい。

7 対決権の実質的機能

対決権の保障範囲を確定するためには、伝聞例外となる供述の種類がやはり必要であろう。クローフォード事件が示した「法廷証拠となることを知ってなされるもの (testimonial) か否か」という基準については、一定程度の明確性は認めうるが、その基準の具体的運用については課題を残すものとの意見が多い⁽⁸¹⁾。特に、犯罪遂行時の共犯者の共謀に関する供述、家庭内暴力・児童虐待事件における被害者供述については、法執行機関が、本来は testimonial な供述を作為的に non-testimonial な形で採取する可能性がある⁽⁸²⁾。捜査の端緒の段階や、司法警察活動が可能な時点より前の行政警察活動の段階においても、被告人にとって訴訟の勝敗を分けるような決定的な証拠が警察機関にわたることは充分予想できる⁽⁸³⁾。

前の不一致供述を伝聞例外とする場合、反対尋問の機会があった公判記録を伝聞例外とする場合、予備審問における調書を伝聞例外とする場合、各々の場面で、被告人が制限を受ける権利の制約様相はそれぞれ微細にずれている。それゆえ、対決権侵害の予防措置は、供述の性格ごとにやはり変化するのが自然かと思う。

また、「対決 (confront) 」という用語の起源が確かでないことはともかく、対決を果たすことにより、被告人は何を得るのかを、真剣に探求していく必要がある。その得るものは、少なくとも、「事実認定の正確性」のみではないことは、はっきりしてきたといつてよいだろう。それは、公判廷で、事実認定者たる陪審の面前で、自己に不利な

証拠、証言に対して、現実には、反証し、自己の言い分を顕示することにほかならない⁽⁸⁵⁾。現実には、不利な証拠に効果的に反駁 (challenge) することを通して、初めて、当事者論争主義裁判の訴訟当事者としての権利・立場を認められたことになるのである。

クローフォードの法廷意見が判例変更を行う際に援用した中心根拠は、対決権の制定に至った歴史の経緯と、憲法起草者の意図と思われる。以下にその部分を引用する(項目四で要約した法廷意見では記述を省略している部分)。

第六修正の文言を適切に解釈するためには、歴史を回顧することが不可欠である。

「被告人に不利な証人」とは、元来、公判廷で実際に証言をなす者をさすしていた (Woodside v. State, 3 Miss. 655, 664-665 (1837))。ウィグモアの定義でも、公判廷で供述する者となっている (3 J. Wigmore, Evidence §1397, p. 104 (2d ed. 1923))。

「自己に不利な証人と対決する権利」という概念の起源はローマ時代に遡る (Herrmann & Speer, Facing the Accuser: Ancient and Medieval Precursors of the Confrontation Clause, 34 Va. J. Int'l L. 481 (1994))。ロモン・ローの伝統は対決を認める意味を、人証に対するアドヴァサリアルなテストと見ているのに対し、シヴィル・ローの法文化圏は、職権的な事実認定者の直接主義に求めている (3 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of the England 373-374 (1768))。それにもかかわらず、時としてイングランドは、大陸法の実務を導入し、治安判事等が、被疑者及び証人を予備審問することがあった。その実務が結果として、「対決」の効果を生じることにもなった (J. Stephen, History of the Criminal Law of England 326 (1883))。ただ、そのような予備審問が実現しない場合もあった (9

W. Holdsworth, *History of English Law* 216-217, 228 (3d ed. 1944)。

メアリ一世の時代(一六世紀)に成立した二つの制定法によって、予備審問が義務的となり、治安判事は重罪の被疑者及び証人を審問し、その結果を裁判所に文書で報告しなければならなかった。その審問の元来の目的が、公判で用いる証拠の収集であったとは思われない(J. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance* 21-34 (1974))。だが、その審問の元の目的が如何なるものであれ、大陸法上の手続を導入した結果、そのような審問の成果が、幾つかの刑事裁判で証拠として用いられるようになったことは確かである(M. Hale, *Pleas of the Crown* 284 (1736), 4 Holdsworth, *supra*, 528-530)。

そのような実務から生じた、最も悪名高い事例が、一七世紀に大逆罪で死刑となったウォルター・ローリー卿の裁判である。「コモン・ローは、陪審が証人の生きた言葉から心証を形成し事実認定をなすことを命じている。コーバム卿を召喚し証言させよ。告発者を私の眼前に！」とローリー卿は裁判官に申し立てたという(2 How. St. Tr. 15-16 (1603))。

ウォルター・ローリー卿の事件以後、制定法及び司法制度の改正を経て、イギリス法は対決権を制定した。時をおかずに、証言利用不能の要件を裁判所が厳格に解するようにもなった。(2 Hale, *supra*, at 284; 1 Stephen, *supra*, at 328) また、被疑者が被疑者以外の者を誣告せんとしている場合、その被疑者の自白を、その誣告の対象となつた者の犯罪を立証する「供述」として許容してはならない、と解されるようになった(2 W. Hawkins, *Pleas of the Crown* c. 46, § 3 pp. 603-604 (T. Leach 6th ed. 1787); Hale, *supra*, at 585, n.; 1 G. Gilbert, *Evidence* 216 (C. Lofft ed. 1791))。

証言利用不能にかかる証人の、予備審問における供述に証拠能力を付与する要件が、被告人の反対尋問を行う機会の存在なのか否か、この点につき、一六九六年、the Court of King's Bench は積極的に解してゐる(King v.

Paine, 87 Eng. Rep. 584)。しかし、議会でのアテインダ手続に関しては、コモン・ローのルールの適用がないとされたジョン・フェンウィック事件も存在する (13 How. St. Tr. 537, 591 — 592 (H.C. 1696))。

事前の反対尋問の機会の保障が、予備審問における供述を許容する要件となり、それはコモン・ロー上の要請であるというルールを確立したが、ペイン事件であったが、メアリⅠ世時代の法律は、その類の供述が許容される状況を明示してはいない。

一八世紀初頭、前記英国の予備審問とは反対の実務が、東部一三州では用いられていた。独立戦争の一〇年前、admiralty court の手続は、コモン・ローよりもむしろ大陸法の理念に添うもので、供述録取書を証拠とする実務が常態化していた (Politt, *The Right of Confrontation: Its History and Modern Dress*, 8 J. Pub. L. 381, 396—397 (1959))。独立戦争前後の各州 (ヴァージニア、ペンシルヴェイニア、デラウェア、メアリランド、ノースカロライナ、ヴァーモント、マサチューセッツ、ニュー・ハンプシャ) の権利章典の多くは、対決権条項を規定している (B. Schwartz, *The Bill of Rights: A Documentary History* 235, 265, 278, 282, 287, 323, 342, 377 (1971))。しかしながら、連邦憲法の草案には、未だ対決権は規定されていなかった。対決権を連邦憲法に明記しない場合には、公判の事実認定手続は職権主義的なものと化し、当事者論争主義に基づく刑事裁判の実現が覚束なくなるとの批判が寄せられ、その結果、対決権条項が第六修正に明記されることとなった。事実認定者の面前で、自己に不利な証人に対し反対尋問をなすことは、被告人にとって不可欠の権利である。

第六修正制定の三年後の裁判である *State v. Webb*, 2 N.C. 103 (1794) は、供述録取書に関し、何人も反対尋問の機会を欠く供述証拠により自己に不利な事実認定を受けるべきでないと判示し、それはコモン・ロー上のルー

ルである旨を確認した。同様に、被告人不在の場で作成された供述録取書に証拠能力を付与しなかったサウス・カロライナ州の判断に、*State v. Campbell*, 1 S.C. 124 (1814) がある。当時の各州の判断には同様のものが多く、中には、被告人に事前の反対尋問の機会が存在しても、刑事裁判については、なお、前の法廷外供述に許容性を認めない判断もあった (*Finn v. Commonwealth*, 26 Va. 701, 708 (1827))。ただ、州裁判所のほとんどは、そこまで厳格な見解を否定し、フィン事件でなされた判断ほど極端な立場を採用していなかった。一九世紀の論文はその当時のルールを確認している (*I. J. Bishop, Criminal Procedure* § 1093, p. 689 (2d ed. 1872))。

(クローフォード事件の法廷意見より)

この法廷意見の記述からしても、歴史を回顧することの重要性に気づかされる。史実そのものは法源ではないとしても、法制度の狙い、立法根拠、先例の判断の根拠を理解し、今後の法基準の模索に歴史の理解は不可欠だからである。⁽⁸⁶⁾ もっとも、憲法起草者が、対決権条項を制定した際に、治安判事による予備審問での供述録取書を *testimonial* な供述の典型として、そのような調書の証拠能力を否定する意図を有していたか否かについては疑問であるとの、有力な批判がなされている。⁽⁸⁷⁾ さらに、そのようなオリジナリズムはフィクションであり容認できないとの批判も展開されている。制度発生当時の基準が現代の状況や背景についてもそのまま妥当するとみることが明らかに不適切な理解であるが、制度発生当時の基準や社会背景を知って、はじめて、現代の社会状況に合致した基準を模索できるといふ主張にも一理あるといえよう。対決 (*confront*) の文言が、どのような経緯で第六修正の文言に導入されたかについて、残念ながら明確な出典や資料を特定できなかった。⁽⁸⁸⁾

近時の学術論文の中には、先述の如く、歴史に依拠するほどには歴史資料が実際に存在しないことを批判するものもみられるが、⁽⁸⁹⁾被告人の憲法上の権利を、訴訟法上の権利に止まらせないための工夫であるとしたら、歴史を根拠とすることに筆者は賛意を表明することを辞さないつもりである。

事実認定の正確性の担保を超えた憲法上の要請、このことは、決して初期の合衆国最高裁判例においても軽視されてきたわけではなからう。⁽⁹⁰⁾合衆国最高裁判所が、法廷証拠となることを知らずになされた供述 (non-testimonial statements) について依然ロバーツの判断枠組みを維持し、特信情況の存在で充分としたことは、一つの妥協策であり、その non-testimonial statements の範囲を必要以上に広く解釈してしまうのであれば、判例変更をした意味はかなり減殺されてしまうことになるが、クローフードの判旨を素直に読む限り、被告人の憲法上の権利を尊重する最高裁の意向は相応に評価すべきものと筆者は信じたい。その意味で、鑑定書等についても、積極的に反対尋問が証拠採用の要件として認められるべきなのであろう。

8 機械的記録と鑑定証拠

単なる機械的記録としての性格が強い証拠に関しては、結局、その記録の作成者は自己の記憶ではなく、記録の記載事項を見て法廷証言をなすことになるといつてよいだろう (わが国でも刑訴法三三三条参照)。また、誰が行つても、結果に差異を生じにくい簡易分析結果、例えば、科学専門家でない警察官が行う簡易薬物検査キットによる薬物検査等においては、専門家である鑑定人や鑑定受託者の行う鑑定で生じる問題点は少ないとみられる。それは、誤解を恐

れずにいえば、検証や実況見分調書中の現場指示に近い性格を持つ証拠類型かもしれない。

ところで、伝聞例外のうち機械的記録の性格をもつ書面や供述が、物証に近い性格を有していると解することが許されるのであれば、供述証拠と非供述証拠との境界が、伝聞法則の適用範囲の画定という点では明確でなければならない一方、被告人の充分な防衛という側面からは、すなわち、被告人の防衛を不当に害さないとの条件を充たせば、そこに一定程度曖昧さを残すことも可能であるようにも思われてしまう。そのことは、メモの理論に由来する業務記録等の伝聞例外が、人の記憶システムを介する供述証拠一般の性格が薄く、非供述証拠に近似した性格を有していることに表れている。では、機械的記録の性格を持つ証拠は、伝聞例外該当性の要件を充たせば、おおよそ、物証、非供述証拠と同等に扱って構わないとまでいいうるであろうか。答えは「否」であろう。非供述証拠や、供述証拠の性格の薄い記録であっても、証拠を発生させた者の意図、証拠採集者の意図、法廷への証拠提出者の意図の影響を強く受けるものに対しては、供述証拠の不確かさを補完する伝聞法則の役割とは少し発想基点の異なる安全装置、すなわち、「証拠の存在形態及び記録過程の性質は非供述証拠的であるが、その証拠の採集者の意図が極めて被告人を告発する性格を持つゆえに、全体として testimonial な供述証拠に近い性格に満ちた証拠」という証拠類型への対応を、供述証拠・非供述証拠の別を超えて考案したり、被告人の充分な反証の機会を保障する手続の視点で再構築したりする必要があるのでないか。クロフォード以後の判例が、奇しくも、科学的証拠に関する対決権保障のあり方を検討させる事例であったことより、筆者は、さらに検討を深めるべき課題を受け取ったと感じている。供述証拠に供述発生原因・供述採取経緯があるように、非供述証拠にも発生原因・採集経緯があり、どうやら、後者の原因・経緯は物証、あるいは、物証に近い性格を持つ供述証拠に「一種の供述性」、もしくは、「告発的な性格」を与えてしまうようであ

る。クローフォード以降の合衆国最高裁判例が、non-testimonial な供述の範囲を厳格に解している様子であることや、科学的証拠についても対決権の規律の例外を認めないスタンスを示していることに着眼すれば、それらの証拠についても作成者への反対尋問の機会が与えられるべきことに疑いはない。

ちなみに、伝聞例外の範囲の厳格な画定については、「後に法廷証拠となることを知らずになされる供述」に関する理論構成と、「メモの理論に由来する（人の記憶に依拠しない）伝聞例外たる供述」に関する信頼性の理論構成とが、完全には同質のものではないこと、すなわち、前者は証拠の信頼性・信用性のみに関心を払う視座にはないことに、あらためて確認する必要がある。つまり、人の記憶システムを介さない性質をもつ供述証拠に対して反対尋問が有効でないことと、証拠とする必要性、あるいは、事実認定のための証拠資料の確保の要請に比重を置く non-testimonial な供述のカテゴリに対する別基準の適用の配慮は、制度発想が少しずれている。

さらに、我が国でも大きく議論の対象となった足利事件からも推察しうるように、DNA 鑑定への懐疑⁽⁹¹⁾、DNA 鑑定が主要な犯罪立証効果を果たし有罪となった事件が再審により無罪となる事例が増加していることについても、慎重な法制度設計が期待されて当然であろう。なお、鑑定受託者の鑑定に関し、鑑定のイメージが陪審に与える影響について、社会学的な検証、心理学的な検討も行われている⁽⁹³⁾。

人証も物証もその内容が書面という記録媒体に記載されれば書証として存在することになる。供述証拠が書証になるときに生じがちな問題、非供述証拠が書証に記載されるときの問題、両者問題の共通点・相違点を精確に比較しておくことが肝要である。そして、およそ刑事裁判に関する証拠は、少なくとも「犯罪に関する情報」であり、その情報、人の行為を表現する言語や文章、non-verbal act、物質の存在や形状の機械的記録、数字・量詞・計量単位や

記号等を媒体として存在する。それぞれの証拠の持つ表現媒体の特性、証拠発生者の意図及び証拠採集者の意図、事実認定者への伝達態様、これら相互の関係を冷静に見極めた証拠法則の運用を心掛けたものである。鑑定証拠や鑑定受託者による鑑定結果については、従来の供述証拠・非供述証拠概念の枠組みを超えた、柔軟な証拠の評価方法が必要である。

9 おわりに

合衆国憲法第六修正の対決権、伝聞法則、両者の関係を探ることを通して、被告人に認められるべき権利の核心部分、一定程度は判明してきたように思われる。対決権の保障範囲に関しては、当事者論争主義の理念を顧慮せずには済まされないこと、つまり、対決権の問題は訴訟法上の証拠法則の範囲にとどまらなるとみるのが趨勢であることが、クローフォード事件および各研究論文から推測できよう。

クローフォード事件以後の判例は、大まかに見て、鑑定者証言に関するものと一般証人の緊急時の non-testimonial な供述への該当性を争うものとに分類され、前者は鑑定特有の問題点を孕み、後者は、法廷証拠となることを知らずになす供述の範囲を不当に広げるべきではないのかとの争点を我々に提供している。non-testimonial な供述の範囲が厳格でなく、しかも、「反対尋問の機会の有無」「証言利用不能」それら要件まで緩和されてしまうのであれば、クローフォード事件の基準はかなり効果を減じられてしまうことになる。よって、今後は、そのような事態への対応はどうあるべきかが課題であることが、本稿の検討からみえてきたといつてよからう。

日本においては、のちに法廷証拠となることを知ってなされる供述とそうでない供述で、憲法三七条二項の証人審問権の保障範囲を変えるということはしていない。日本の最高裁判所は、検察官面前調書を伝聞例外（刑訴法三二一条一項二号）としても憲法に反しないとするのみである（最判昭和三〇年一月二十九日刑集九卷二二五二四頁）。しかも、日本法域はロバーツ事件と同様のスタンスをとるかにみえるが、ロバーツ事件の法廷意見が示すような理由付けを展開できていないわけではない。法廷証拠となることを知ってなされる供述には、やはり、証人審問権の保障を及ぼすべきではないか。もつとも、そのためには刑訴法の法改正が必要となろうし、それ以前に、関連性の定義、証拠能力の定義、いわゆる非伝聞の定義、証言利用不能の定義等の、刑訴法の新规定の明文化、伝聞例外規定の整備が先決事項となろう。

- (1) United States Const. Amend. VI. "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right...to be confronted with the witness against him." (すべての刑事被告人は、自己に不利な証人と対決する権利を有する。)
- (2) Coy v. Iowa, 487 U.S. 1012, 1016 (1988). 参照: "We have never doubted...that the Confrontation Clause guarantees the defendant a face-to-face meeting with witnesses appearing before the trier of fact." (対決権条項が、被告人に、事実認定者の面前で証人と対面することを保障していることにつき、疑う余地はないものと法廷意見はみている。)
- (3) 拙稿「陪審機能の変遷と刑事法の作用領域」法経論集一九六号一七、三六頁。T. P. Gallanis, The Rise of Modern Evidence Law, 84 Iowa L. Rev. 499 (1999). S. Landsman, The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England, 75 Cornell L. Rev. 497 (1990). 木村、5 Wigmore, Evidence 3d ed. § 1364 (1940) 参照。
- (4) Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980).
- (5) ただ、アメリカ新国家におけるイギリス法の継受は、選択的継受であった。田中英夫『英米法総論 上』二五三頁。
- (6) 憲法の解釈手法については、田中英夫『英米法総論 下』五〇八頁。

法廷証拠となることを知ってなされる供述と対決権条項（早野）

- (7) 判例法主義に関して、田中・前掲注(6)四七五頁。
- (8) 制定法と判例法の関係については、田中・前掲注(6)四七五・四九八・五〇六頁。クロフォード事件(Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004))以後、連邦証拠法の伝聞例外規定が改正されている。また、専門家証人の規定についても同様である(Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999))。
- (9) Richard D. Friedman, *Confrontation: The Search for Basic Principles*, 86 Geo. L.J. 1011 (1997)。同論文は、従来の合衆国最高裁判例の判断枠組み(ロバーツ事件における伝聞例外の基準)を厳しく批判する内容となっている。
- (10) 5 Wigmore, Evidence p. 32 note 16 (Chadbourn rev. 1974)。
- (11) Margaret A. Berger, *The Deconstitutionalization of the Confrontation Clause: A Proposal for a Prosecutorial Restraint Model*, 76 Minn. L. Rev. 557 (1991)。バーカーは、その論文の五九二頁において、ウイタキアの影響について論じている。
- (12) "State constitutional provisions guarantees to the accused the right of confrontation have been interpreted as codifying this right of cross-examination, and the right of confrontation required by the Sixth-Amendment of the federal constitution in general guarantees the accused's right to the opportunity of cross-examination in criminal proceedings." McCormick, McCormick on Evidence 7th ed. (2013) § 19. "The debate that has raged in the courts and the law journals has boiled down to whether the Confrontation Clause merely constitutionalizes the hearsay rule for the accused in a criminal case or whether it operates to limit the introduction of evidence admissible under the rule and its exceptions." 同書第四版(1992) § 252 と比較。
- (13) マローニック・前掲注(12)。
- (14) フリードマン・前掲注(9)一〇二八頁。
- (15) フリードマン・前掲注(9)一〇三四・一〇三八頁。
- (16) フリードマン・前掲注(9)一〇一八頁。
- (17) フリードマン・前掲注(9)一〇一七頁。
- (18) フリードマン・前掲注(9)一〇三八頁。
- (19) Margaret A. Berger, *The Deconstitutionalization of the Confrontation Clause: A Proposal for a Prosecutorial Restraint*

Model. 76 Minn. L. Rev. 557 (1991).

- (20) バーガー・前掲注(19)五六二頁。
- (21) バーガー・前掲注(19)五六六頁。
- (22) バーガー・前掲注(19)五六七頁。
- (23) バーガー・前掲注(19)五七二頁。
- (24) バーガー・前掲注(19)五七五頁。
- (25) バーガー・前掲注(19)五八六頁。
- (26) Randolph N. Jonkait, *Restoring the Confrontation Clause to Sixth Amendment*, 35 UCLA L. Rev. 557 (1988).
- (27) ジョナカイト・前掲注(26)五六二頁。
- (28) ジョナカイト・前掲注(26)五七〇頁。
- (29) ジョナカイト・前掲注(26)五七七頁。
- (30) ジョナカイト・前掲注(26)五七六頁。
- (31) ジョナカイト・前掲注(26)五七五頁。
- (32) ジョナカイト・前掲注(26)五八一頁。
- (33) ジョナカイト・前掲注(26)五八七頁。
- (34) Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980). 渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅲ』二九七頁(安富潔担当) 参照。
- (35) ロバーツ事件の判断枠組みの基本構造はこれと同様であろう。ジョナカイト・前掲注(26)五八六頁は、この見解に正面から異を唱え、対決権の保障範囲を決する場面において、事実認定の正確性が担保されていたか否かの基準のみによることは失当であるという。
- (36) ウィグモア・前掲注(10)。
- (37) Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004) 以前の判例。
- (38) 例えば、ロバーツの判例が変更されてクローフォードの新基準が生まれた後、連邦証拠法(Federal Rules of Evidence)八〇七条の「その他の伝聞例外(Residual Exception)」等の規定は、クローフォードとの整合性を考慮して改正されている。

法廷証拠となることを知ってなされる供述と対決権条項(早野)

田邊真敏『アメリカ連邦証拠規則』二二一頁。

- (39) フリードマン・前掲注(9)、バーガー・前掲注(19)、ジョナカイト・前掲注(26)。
- (40) そのことは、クロフォードの法廷意見も認めている。本稿中のクロフォード事件法廷意見参照。
- (41) United States v. Inadi, 475 U.S. 387 (1986).
- (42) Bourjaily v. United States, 483 U.S. 171 (1987).
- (43) Idaho v. Wright, 497 U.S. 805 (1990).
- (44) White v. Illinois, 502 U.S. 346 (1992).
- (45) Roger W. Kirst, *The Procedural Dimension of Confrontation Doctrine*, 66 Neb. L. Rev. 486 (1987). 本文中には記載しなかったものの、カーストの論文も、フリードマン、バーガー、ジョナカイトの論文に勝るとも劣らない内容と筆者は理解している。同論文は、ロバーツ判決の示す信頼性の徴憑概念の不明確性を指摘することからはじめ(同論文四八八頁)、伝聞証拠が政府側に手により作成される点にこそ問題があり、特信性の存在のみで伝聞例外要件が充たされるとすることは、概して、被告人の甘受すべき不利益の範囲が広がりすぎると指摘する(同四九三頁)。そして、供述の特信性を担保することのみが対決権保障の目的ではないこと、これまでの判例でカヴァー仕切れない伝聞証拠に関しては新しいルールを創設して対応すべきこと(同五〇〇頁)、伝聞例外を許容する関心は主に non-testimonial な供述に中心があると思われ、ロバーツに示された基準は検察側のイニシアティブで創出される伝聞証拠に対しては妥当させべきでない主張する(五〇〇頁)。さらに、伝聞例外に証拠能力を認めることの確な論証は実在しないのではないかと疑問を提示している(同五二三頁)。
- (46) Federal Rules of Evidence § 801 (d) (2) (E) を受けた各州の伝聞例外規定が第六修正の対決権侵害とならないかが争点となった。立法規定上は、共謀の過程において共謀者間で交わされた、当該犯罪の遂行を目的とした共謀に関する供述は、伝聞証拠にはあたらないとされている。田邊・前掲注(38)一七一頁。
- (47) 共犯者がいずれも犯人、あるいは、犯罪者であるときは、その種の会話は法廷証拠となることを知ってなされるものではないことがほとんどであろう。しかし、共犯者の一人がおとり捜査中の捜査官、あるいは捜査機関の依頼を受けた informant であるときは、その種の会話を、形式的に判断して、全くの non-testimonial な供述として扱うことが許されるのであろうか。

(48) ライト事件において、被告人は、自己の五歳の娘に対する被告事実については有罪答弁している。つまり、検察側は、二歳の娘に対する被告事実に関する有罪を確保できなくても、娘二人の安全な状況をとりあえず実現しうる環境にあった。強制わいせつの両事件は娘ごとに別事件ではあるが、実質的に、二歳の娘の小児科医に対する供述（小児科医の証言中の二歳の娘の原供述部分）を証拠とする必要性は相対的に減じていた場合とも解釈しえよう。それとは別に、コモン・ローに深く根付いた伝聞例外に該当することのみをもって、即座に、特信情況の存在と同視しうる事情とみてよいのか、また、小児科医が記録（録音・録画・書面）を作成していた場合とそうでない場合とで、証拠能力を付与する可能性が変化してくるべきなのか、等の論点が当事件では浮き彫りにされたとみられる。

(49) 供述者の死亡とは別の意味で深刻な証言不能、供述者の死亡とは性質の異なる証言利用不能の原因の一形態とみるべきであらう。児童虐待・児童に対する性犯罪（child abuse）は、アメリカの社会をゆがめている重大な社会問題の一つなのであるから。

(50) クローフォード事件判決に対する批判論文の中には、法廷証拠となることを知ってなされる供述（testimonial statements）の「法廷証拠となることを知って」の概念の範囲が不明確であることを指摘するものがある。Robert M. Piller, *Confrontation and Beyond: Exploring the Future of the Confrontation Clause*, Brook. L. Rev. Vol. 71 Num.1, p. 16/20. フルックリン・ロー・レビュー七二巻では、クローフォード事件について特集が組まれている。一方で、クローフォード事件以降、ドメスティック・ヴァイオレンスに関する訴追が難しくなることを懸念する立場として、Tom Linger, *Prosecuting Batters After Crawford*, 91 Virginia L. Rev. 747 参照。

(51) 弁護側は、小児科医からの聴き取りに際して、幼児に対して不当誘因があったことも主張していた。

(52) フリードマン・前掲注(9)一〇一七頁。証言利用不能の原因たる事実にはそれぞれ性質の差異が存在する。検察官の権利濫用の虞の視点から証言利用不能を捉えるのは、バーガー・前掲注(19)五六二頁。

(53) 例えば、連邦証拠法八〇三条(6)。

(54) 拙稿「陪審機能の変遷と刑事法の作用領域」法経論集一九六号三四頁参照。

(55) 最三小判平成七年六月二〇日刑集四九卷六号七四一頁。

(56) 渥美東洋・椎橋隆幸編『刑事訴訟法基本判例解説』三二六頁（倉持俊宏担当）。

法廷証拠となることを知ってなされる供述と対決権条項（早野）

- (57) Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004).
- (58) フリードマン・前掲注(9)／バーガー・前掲注(19)／ジョナカイト・前掲注(26)、カースト・前掲注(45)。
- (59) ちなみに testimonial statements の中身を画定する課題を残していることは法廷意見も認めている。
- (60) この点については Davis v. Washington, 547 U.S. 813 (2006) をも参照してほしい。しかし、デイヴィス事件に対しても批判は存在し、緊急情況の渦中にある被害者等から法執行官が事情を聴取する場合には、testimonial な回答(供述)を求める質問と non-testimonial な回答(供述)を求める質問とが、混在してしまっていることが多いとの意見がある。
- (61) クローフォード事件の法廷意見参照。憲法起草者が最も懸念を示した供述証拠の種類、すなわち、被告人にとって、生きた証人を反対尋問する機会を失わせる宣誓供述書や供述録取書等の伝聞証拠類型を、把握しておく必要は高い。
- (62) Robert P. Mosteller, "Testimonial" and The Formalistic Definition—The Case for an "Accusatorial" Fix, Criminal Justice Summer, 2005. 同論文は、testimonial という概念より、accusatorial という概念の方がよりふさわしいのではなかつたと提言している。
- (63) クローフォード事件の法廷意見参照。Murt A. Larkin, *The Right of Confrontation: What Next?*, 1 Tex. Tech L. Rev. 67 (1969), p. 81. 同論文は、全体として、被告人の反対尋問権や対決権を尊重しながらも、反対尋問が行使すれば必ず利益になるものでもなく、ことにも注目しており、どちらかといえばロバーツ事件寄りの立場を採用しているとみられる。
- (64) Mattox v. United States, 156 U.S. 237 (1895). マトックスは、被告人の謀殺の起訴事実につき前の公判(被告人以外の犯罪者の公判)で証言をなした二人の証人が、被告人の公判時には死亡していた場合、前の公判における証言調書を被告人の有罪立証に用いてよいか否かが争われた事件である。ブラウン裁判官執筆の法廷意見は、その公判調書を伝聞例外とする必要性と、証人に反対尋問しえないことにより被告人が受ける不利益とを衡量し、死亡した証人の公判調書を許容した。一方、Shiras 裁判官はその反対意見において、第六修正の confront という文言に照らすのであれば、告発者と被告発者とが法廷で実際に対面している様子を陪審が直接目にし、事実認定を行うことにごと意義があるとする。同判例二五九頁によるように、"the word *confront* does not simply secure to the accused the privilege of examining witnesses in his behalf, but in affirmance of the rule of common law that, in trials by jury, the witness must be present before the jury and the accused, so that he may be confronted—that is, put face to face." 146 頁。

- (65) California v. Green, 399 U.S. 149 (1970).
- (66) ショナカイト・前掲注(26)六〇一頁。
- (67) Davis v. Washington, 547 U.S. 813 (2006).
- (68) Melendez-Diaz v. Massachusetts, 557 U.S. 305 (2009).
- (69) Bullcoming v. New Mexico, 131 S.Ct. 2705 (2011).
- (70) Michigan v. Bryant, 131 S.Ct. 1143 (2011). 中村真利子「シガン対ブライアント(判例研究)」比較法雑誌四六巻四号 三八三頁。
- (71) Williams v. Illinois, 132 S.Ct. 2221 (2012). 中村真利子「ウィリアムズ対イリノイ(判例研究)」比較法雑誌四七巻四号 二〇九頁。
- (72) 小早川義則「証人審問権と伝聞法則(二)」名城ロー・スクール・レビュー No. 22 p. 27。デイヴィス事件の事実の概要 に関しては同論文一一二頁。
- (73) Andrew Dyan, *Working Through the Confrontation Clause After Davis v. Washington*, 76 Fordham L. Rev. 1905 (2007).
- (74) メレンデス・ディアス事件の事実については 小早川・前掲注(72)一三二頁。
- (75) 前掲注(68)。
- (76) 前掲注(71) ウィリアムズ対イリノイ。
- (77) 拙稿「証拠の関連性と証拠能力」法学新報一一二巻三・四号三五頁。
- (78) 勝又義直『DNA鑑定―その能力と限界』(二〇〇七)九〇頁、九五頁、一〇一頁、一四三頁。
- (79) デイヴィス対ワシントン・前掲注(67)。
- (80) 緊急状態が解消しているかどうかという基準と、警察官の質問が正式な採証活動(取調べ)の性格を具えているかどうかという基準を複合的に用い、総合的に判断しているからである。
- (81) Thomas Y. Davis, *What Did the Framers Know, and When Did They Know It? Fictional Originalism in Crawford v. Washington*, 71 Brook L. Rev. 105, 108, 115-117, 126-127, 138, 156-160, 176, 187, 191, 199.
- (82) 証拠とする必要性の高い供述証拠を伝聞例外とするために、意図的に法廷証拠となることを知ってなされる供述の範囲に 法廷証拠となることを知ってなされる供述と対決権条項(早野)

曖昧さを残すことは、貴重な知恵であると同時に濫用の危険もはらんでいる。Brook, L. Rev. Vol. 71 No. 1 p. 20.

- (83) あたかも、弁護権の問題領域において、捜査段階の被疑者に対して、critical stageに至っていれば、弁護人の助力を受ける権利を保障する必要が高いことに似た状況を、対決権の問題でも想定できないだろうか。バーガー・前掲注(19)五八八頁。
- (84) バーガー・前掲注(19)五六二頁。ラーキン・前掲注(63)七三・七五・七八頁。
- (85) トム・R・タイラー／ロバート・J・ボエックマンほか著、大淵憲一／菅原郁夫監訳『多元社会における正義と公正』九五頁・一〇四頁。同書では、仮に被告人が有罪となった事例においても、反証の機会やルートが充実していたときのほうが、判決に対する被告人の納得の度合いが高いとの統計を示している。
- (86) ラーキン・前掲注(63)。
- (87) Robert M. Piler: *Crawford and Beyond: Exploring the Future of the Confrontation Clause in Light of Its Past*, 71 Brook L. Rev. 1, 19.
- (88) ラーキン・前掲注(63)七四―七六、七八頁。
- (89) デイヴィス・前掲注(81)。
- (90) Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980).
- (91) いわゆる足利事件、最決平成二二年七月一七日刑集五四卷六号五五〇頁。
- (92) 勝又・前掲注(78)。
- (93) Tom R. Tyler, *Viewing CSI and the Threshold of Guilt: Managing Truth And Justice in Reality and Fiction*, 115 Yale L. J. 1050 (2006).

その他の参考文献

- John W. Jordan, *Examining the Repercussions of Crawford: The Uncertain Future of Hearsay Evidence in Missouri*, 70 Mo. L. Rev. 561.
- Paul Kyed, *Crawford v. Washington: Child Victims of Sex Crimes in Colorado and the United States Supreme Court's Revised Approach to the Confrontation Clause*, 82 Denv. U. L. Rev. 427.

堀江慎司「証人審問権の本質について（二）」（六）―アメリカにおける議論を中心に―」法学論叢一四二巻一号（五号）、一四二巻二号。

伊藤博路「伝聞法則の適用範囲に関する一試論（一）」（三）」北大法学論集四八巻四号一頁・四八巻五号三五頁・四九巻一号一―三三頁。

津村政孝「公判外証言と対質権の保障」アメリカ法判例百選（別冊ジュリスト二二三号）一一六頁。

拙稿「伝聞法則と事実認定」法学新報一一一巻五・六号二九一頁。

中村真利子「鑑定書の証拠能力」比較法雑誌四七巻二号二一五頁。

（愛知大学法科大学院助教）