

アメリカ刑事法の調査研究 (139)

米 国 刑 事 法 研 究 会
(代表 椎 橋 隆 幸)*

Perry v. New Hampshire, 132 S.Ct. 716 (2012)

三 明 翔**

目撃者が被疑者を犯人と識別した際に暗示的な状況が存在していたとしても、その状況が警察によって設定 (arrange) されたものでない限り、デュー・プロセス条項に基づく識別供述の排除の余地はないとされた事例

《事実の概要》

午前3時頃、警察官Xは、アパートの駐車場で黒人の男が車に侵入しようとしているとのアパート住人の通報を受け、現場に赴いた。警察官Xは、駐車場でカーステレオのアンプを手をしている申請人を発見する一方、駐車場で自分の車を確認していたアパート住人Aから、自分の車の一部が壊され、カーステレオのスピーカーとアンプ等が見当たらないこと、アパート住人Bが車上荒らしを目撃していたことを告げられた。その頃、別の警察官が到着したことから、警察官Xは、申請人に対し、その警察官と一緒にほしい旨述べ、事情を聴きにBのアパート居室を訪ねた。Bの聴取は、居室のあるアパート4階の共用廊下において、居室

* 所員・中央大学法科大学院教授

** 嘱託研究所員・日本大学法学部助教

のドアが開いた状態で行われた。Bは犯人について背の高い黒人の男だと述べていたが、警察官Xがさらに詳しい特徴を尋ねると、室内の台所の窓を指さし、駐車場で警察官の横に立っている男だと述べた。この識別に基づき申請人は逮捕された。

盗犯等の罪で州裁判所に起訴された申請人は、公判前、事件当夜のBによる識別は、駐車場における単独面通し（show-up）と変わらないとして、デュー・プロセス条項に基づき、Bの識別を証拠から排除するよう申立てた。公判裁判所は、デュー・プロセス条項に基づく目撃者の公判外の識別の排除には、警察が不必要に暗示的な手続を用い、かつ、識別が信用性を欠き、証拠として許容できないほど汚染されていることが要件となる。ところ、本件では警察の働き掛けがなく、Bは自発的に識別をしており、前者の要件が充たされないとして、申請人の申立を却げた。公判の結果、盗犯の罪について有罪とされた申請人は、州の上訴手続において、目撃者の識別に際して暗示的な状況がある限り、公判裁判所は識別の信用性を審査してデュー・プロセス条項に基づく排除の要否を判断しなければならないと主張したが、州最上級裁判所も公判裁判所と同様の理由からこれを却げた。

当該争点につき裁判所に見解の対立があるとして、合衆国最高裁がサーシオレイライを認容した。

《判旨・法廷意見》

原判断確認

1 ギンズバーグ裁判官執筆の法廷意見

A 合衆国憲法は、信用性に疑いのある証拠に基づいて有罪とされないことを被告人に保障するが、それは当該証拠の提出を禁止するという方法ではなく、第6修正の弁護権、喚問権および対決・反対尋問権など、当該証拠の信用性の低さを陪審に説得する手段を与えるという方法による。証拠の許容性は、州・連邦の法律と規則によって規律されるのが通常であり、デュー・プロセス条項に基づく制限は、証拠が「極めて公正さを欠

き、それを証拠として許容することが正義の基本的概念に反する場合」にのみ生ずるとというのが先例の立場である¹⁾。

申請人は、本件がデュー・プロセス条項に関わることを主張して、警察が目撃者の犯人識別手続を設定 (arrange) した一連の先例に依拠する。1967年のストーヴァル²⁾は、複数の警察官らが被告人のみを被害者の病室に連れて行き、被害者に識別をさせたという事案であった。その状況は明らかに被告人を犯人と暗示するものであったが、当該事案ではその方法によらざるを得なかったことを理由に、デュー・プロセス違反は生じないとされた。1968年のシモンズ³⁾は、識別手続が「[不必要に] 暗示的であるがゆえに、是正しえない誤った識別がなされる相当高度の見込み (very substantial likelihood) を生じさせる場合に限り」目撃者の識別はデュー・プロセス条項により排除されるとし、当該事案の写真面割りは、必要性もあり、誤識別を招く見込みも低いとした。それに対し1969年のフォスター⁴⁾は、当該事案で警察の設定した識別手続は、ほぼ確実に被告人を犯人と識別させるものであったとして識別を排除した。1972年のビガース⁵⁾は先例を統合し、警察の設定で汚染された目撃者の識別のデュー・プロセス条項に基づく排除の要否を判断するアプローチを明らかにし、1977年のブレイスウェイト⁶⁾は、これを確認した。そこでは第一に、法執行官が暗示的かつ不必要な識別手続を用いた場合にはじめて、デュー・プロセス違反の疑義が生ずることが強調された。次いで、警察がそうした手続を用いた場合でも、目撃者の識別を自動的に排除することは、信用性と関連性のある証拠を陪審から奪い、真犯人を放免し得る点で行き過ぎであるから、裁判所は、警察の不適法な行為により「誤識別がなされる相当の見込み」

1) *Dowling v. United States*, 493 U.S. 342, 352 (1990).

2) *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967).

3) *Simmons v. United States*, 390 U.S. 377 (1968).

4) *Foster v. California*, 394 U.S. 440 (1969).

5) *Neil v. Biggers*, 409 U.S. 188 (1972).

6) *Manson v. Brathwaite*, 432 U.S. 98 (1977).

が生じたか否かを事件ごとに審査し、排除の要否を決定しなければならないとされた。

B ストーヴァルにはじまる如上の先例はいずれも、犯人識別に際し目撃者に暗示を与える状況を法執行官が設定した事案であるのに対し、本件はそうではない。だが申請人は、先例の理論構成からすれば、目撃者の識別が暗示的状況でなされている限り、公判裁判官は、識別の信用性を審査してデュー・プロセス条項に基づく排除の要否を判断しなければならないと主張する。

申請人は、その主たる根拠として、ブレイスウェイトの「目撃証人の識別証言の許容性を判断するうえで要となるのは信用性である」という叙述に依拠する。しかし、その叙述が登場するのは、警察が不必要に暗示的な識別手続を用いたときの救済について述べた部分においてであり、申請人はその内容を曲解している。申請人と反対意見は、ブレイスウェイトの重要な前提、即ち、識別証拠が排除される主要な狙いが、法執行機関が不適法な面通しや写真面割りを行うことの抑止にあるということを見逃している。本件のように警察が何ら不適法な行為を行っていない場合には、抑止の理論構成は妥当しない。デュー・プロセス条項に基づく識別証拠の信用性審査は、目撃者の識別証言の信用性に対する一般的な不信ではなく、警察による識別状況の不適法な設定と紐付けられているのである。このことは、複数面通しにおいて被告人だけが帽子を被っていたことについて、それが警察の指示・要求によるものではないことを指摘した1970年のコールマン⁷⁾にも示されている。申請人と反対意見は、不適法な警察の行為を前提としない判断として1967年のウェイド⁸⁾を重視するが、ウェイドが、大陪審起訴後の識別手続に被告人の弁護権を認めて対処しようとした危険こそ、警察による識別手続の不正な操作（rigging）であった。このように申請人と反対意見の主張は先例に支えられていない。

また申請人の立場に従えば、デュー・プロセスの旗印の下、ほぼ全ての

7) Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 (1970).

8) United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967).

目撃者の識別の信用性について裁判所が事前審査を行うという事態を招く。例えば、目撃者の視力が悪い場合のほうが、目撃者に暗示が与えられた場合よりも本来的に識別の信用性が高いといえる理由はない以上、申請人の見解を採用すれば、デュー・プロセス条項による証拠の許容性の規律が及ぶ範囲は大幅に広がってしまう。たとえ申請人のいう「暗示的状况」を他の事情から合理的に区別できるとしても同様である。公判廷における識別や目撃者が事件報道に触れている場合などを想起すれば明らかのように、ほとんどの目撃者の犯人識別は何らかの暗示的要素を伴うからである。

C 目撃者の犯人識別が重要であることも、誤り易いものであることも疑いはない。だが先例は、ある証拠の類型が潜在的に信用性に疑いがあるというだけでは、被告人の公判におけるその証拠の使用が基本的公正さを欠くことにはならないとしている⁹⁾。本件でも同様に、国の不適法な行為による汚染なく、単に目撃者の識別が誤り易いというだけでは、公判裁判所がその信用性を事前審査し、その許容性を判断しなければならないというデュー・プロセス条項上の原則は正当化できない。証拠の信用性の判断が伝統的に裁判官ではなく陪審に委ねられてきたことがその大きな理由となる。またわが国の論争主義の制度には、証拠の許容性を制限する以外に、第6修正の対決権、効果的な弁護を受ける権利、目撃者の識別に関する特別の陪審説示（多くの連邦・州の裁判所で採用されている）など、陪審による目撃者の識別の偏重を警告する保護策が組み込まれており、また政府による合理的疑いを容れない程度の立証という憲法上の要求も、信用性に疑いのある識別証拠に基づく有罪判決を阻止している。さらに州や連邦の証拠法には、陪審をミスリードするおそれ等がその証明上の価値を相当程度上回る場合に、公判裁判所が証拠を排除することを認めているものがあり、目撃者の識別に関して専門家証人を許容するものもある。

ここで挙げた保護策の多くは申請人の公判でも機能していた。刑事裁判

9) See, e.g., *Kansas v. Ventris*, 556 U.S. 586, 594, n. (2009); *Dowling*, 493 U.S., at 353.

に一般的に適用される保護策と、当該事案で申請人が享受した保護に鑑みれば、裁判所の信用性の事前審査なく、Bの識別供述が証拠として許容されたことをもって申請人の公判が基本的公正さに欠けていたとはいえない。

2 トマス裁判官の補足意見

ストーヴァルとそれに続く一連の判断は、「基本的公正さ」に対する「実体的デュー・プロセス」の権利を前提とするが、第14修正のデュー・プロセス条項はそのような権利を保障していない。したがって私は、先例の射程をそれらの事案のみに限定し、本件にあてはめて検討はしない。

3 ソトマイヤー裁判官の反対意見

目撃者の犯人識別は、信用性の低さ、暗示の影響の受け易さ、陪審に与える影響の大きさ、通常の論争手続による吟味が奏功しないことといった固有の特徴を併せ持つ。ここから先例は、目撃者の公判廷外の識別供述は、許容しがたいほど暗示的で誤識別の相当高度の見込みを生じさせる状況で得られたものについては、これを公判で証拠として許容することはデュー・プロセスを害するという明確な法理を定立している。

ところが法廷意見は、暗示的状況が警察によって不適法に設定されたものでない限りこの法理は適用されないという。法廷意見の立場は、先例の原則に *mens rea* の要件を追加するものといえるが、デュー・プロセス上の疑義は、暗示という行為ではなく、暗示によって犯人識別の信用性が損なわれるという結果から生ずるはずである。また法廷意見は、識別に際しての暗示的状況が警察により意図的に創り出された場合と、本件の事案のように意図的ではないが警察の行為から生じた場合とが区別されることを前提とするが、その区別は曖昧で混乱を招くし、ウェイドのように、暗示が意図的かどうかにかかわらず、暗示により生ずる危険を同等に扱ってきた先例を無視している。先例法理の関心は、識別供述の信用性にあったにもかかわらず、法廷意見はそれを警察による不適法行為の抑止へと書き換えてい

る。

法廷意見が挙げる根拠は詳細な分析に耐えない。法廷意見はブレイスウエイトを引用して、先例法理の主たる狙いが警察の不正に対する抑止にあることを主張するが、そこでは先例法理が抑止効に欠くものではないことが述べられたに過ぎず、むしろ抑止の狙いが副次的な関心であることを明らかにしている。コールマンの叙述についても、公判前の識別状況が目撃者らの法廷での証言に影響を及ぼしているかを検討する文脈で述べられたものであって、むしろ警察による不正がなくとも先例法理の適用があり得ることを示す。法廷意見は、証拠の信用性は陪審の判断に拠るべきことを強調するが、暗示を受けた目撃者の識別は、通常の論争手続による吟味が奏功せず、陪審に信用性判断を委ねるべきだとの想定があてはまらない場面なのである。法廷意見は、警察が暗示的状況を創り出したことを要件としなければ、ほぼ全ての目撃者の識別の信用性につき裁判所が事前の司法審査を行うことになり、実務に重い負担を負わせるという。しかし、法廷意見自身が指摘するように、被告人は、各法域の証拠法に基づき、目撃者の識別に関する証拠の許容性を争うことが許されている以上、排除の基準がより被告人に厳格なデュー・プロセス条項に基づく排除の申立を許したところで、実務の負担は変わらないはずであり、現にこれを許している巡回区でも濫申立は生じていない。最後に法廷意見は、犯人識別における暗示的状況を、目撃者の識別供述の信用性に疑いを生じさせる他の事情から区別できないというが、暗示的状況で行われた目撃者の識別には公正な裁判を損なう固有の危険があることを先例は認めているのであり、しかもこれは実証的研究によっても支えられている。

《解説》

1 合衆国最高裁は、目撃者等の犯人識別供述の証拠能力に関して、いずれも1967年に始まる二つの判例法理を形成している¹⁰⁾。一方は、目撃

10) 合衆国最高裁の判例法理については、渥美東洋「適正手続とか弾劾主義とか
(3) 判例タイムズ427号3頁、野々村宜博「アメリカ合衆国における犯人識別

者の一定の識別手続に弁護人の立会いが保障されなかった場合に、第6修正の弁護権侵害を理由に識別供述を排除するウェイド＝ギルバート法理¹¹⁾である。他方は、不必要に暗示的な識別手続がなされた場合に、第5・第14修正のデュー・プロセス条項を理由に一定の識別供述を排除するストーヴァル法理¹²⁾である。本件は、後者のストーヴァル法理を扱った判断である¹³⁾。

2 1967年のストーヴァル¹⁴⁾は、公判前に行われた目撃者の犯人識別手続が「不必要に暗示的では正しえない誤識別を招くものであった場合」は、デュー・プロセス条項により目撃者の識別供述が排除され得ることを明らかにした。その判断は事情の総合によるべきとされ、当該事案の被害者病室で行われた単独面通し(show-up)については、緊急の必要性があったことを理由にデュー・プロセス違反は生じないとされた。1968年のシモンズ¹⁵⁾は、被告人が複数回登場する偏った写真面割りにつき、緊急の必要性があったことのほか、識別供述の具体的信用性が認められることなどを指摘し、排除を不要とした。1969年のフォスター¹⁶⁾は、識別を躊躇す

手続に関する一考察」法と政治35巻2号119頁、小早川義則「犯人識別をめぐる米連邦最高裁判例の動向(1)・(2)」名城法学36巻3号1頁・4号71頁、野々村宜博「アメリカにおける犯人識別手続」渡部保夫監『目撃証言の研究—法と心理学の架け橋をもとめて』(北大路書房、2001年)445頁、三明翔「目撃者の犯人識別供述の排除とその理論構成についての一考察—合衆国最高裁判所の憲法判例を素材として—」法学新報120巻7・8号175頁参照。

11) *United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967); *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263 (1967).

12) *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967).

13) 本判断の紹介として、宮木康博「Perry 判決」比較法学47巻1号192頁がある。また岡田悦典「目撃供述の許容性とその収集の手続化—アメリカ法の新動向を中心として—」浅田和茂ほか編『改革期の刑事法理論』(法律文化社、2013年)347頁も本件に言及している。

14) *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967).

15) *Simmons v. United States*, 390 U.S. 377 (1968).

16) *Foster v. California*, 394 U.S. 440 (1969).

る目撃者に繰り返し暗示的な識別手続が行われた悪質な事案で、合衆国最高裁としてはじめてデュー・プロセス条項に基づく識別供述の排除を肯定した。1970年のコールマン¹⁷⁾は、複数面通しで被告人だけが帽子を被っていた等の事情があった事案で、やはり具体的事情を総合して排除が不要とされた。

これらの初期の判断では事情の総合が強調され、デュー・プロセス条項による排除の理論構成や基準は必ずしも明らかではなかったが、1972年のビガス¹⁸⁾と1977年のブレイスウエイト¹⁹⁾は、それらを整理・分析する判示を行った。いずれも捜査機関が暗示的な識別手続を行い、しかもその緊急の必要性もなかった事案であったが、識別供述に具体的信用性が認められることを理由に排除は不要と結論した。ビガスは、デュー・プロセス条項が、不必要に暗示的な識別手続を経てなされた識別供述の排除を要求する主要な関心は、誤りである「相当高度の見込み (very substantial likelihood)」のある識別供述に、陪審が触れないようにすることにある旨分析した²⁰⁾。ここから、誤りである相当高度の見込みが認められない限り、単に捜査機関が不必要に暗示的な識別手続を行ったというだけでは、排除は要求されないと論じたのである²¹⁾。もっともビガスは、捜査機関が不必要に暗示的な識別手続を行うこと自体を抑止するため、デュー・プロセス条項が真に排除を要求する場合を超えて、それらの識別手続を経てなされた識別供述を自動的に排除する原則 (per se rule) を採用すべき

17) *Coleman v. Alabama*, 399 U.S. 1 (1970).

18) *Neil v. Biggers*, 409 U.S. 188 (1972).

19) *Manson v. Brathwaite*, 432 U.S. 98 (1977). 同判断の評釈に平澤修「判批」鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 (第一巻)』(成文堂, 1982年) 165頁がある。

20) *Biggers*, 409 U.S., at 198 (quoting *Simmons*, 390 U.S., at 384).

21) 識別が誤りである相当高度の見込みの有無を判断する際に、識別手続での暗示の影響に対して考慮されるべき五つの要素が例示されている。即ち、①目撃者による犯人の観察条件、②目撃者が払った注意の程度、③識別手続前の目撃者による犯人の描写の正確さ、④識別における目撃者の確信の程度、⑤犯行と識別手続までの時間である。See, *Biggers*, 409 U.S., at 199-200.

かについては判断を留保した²²⁾。ブレイスウェイトはこの原則の採否を検討し、採用を否定した。それを論ずる中で、ブレイスウェイトは、デュー・プロセス条項による識別供述の排除の判断において、識別供述の「信用性が要となる（reliability is the linchpin）」とし²³⁾、識別供述の具体的信用性を考慮することの重要性を強調した。ブレイスウェイトはその理由として、①信用性を欠く識別供述を陪審に触れさせないという先例の関心からは、識別供述の具体的信用性を考慮しない原則は正当化できないこと、②訴追側に厳格な原則のほうが、抑止効が高いことは確かだが、識別供述の具体的信用性を考慮に入れても一定の抑止効は生ずること、③具体的信用性を無視して識別供述を排除することは、真犯人を放免することにつながりかねず、司法運用に与える影響がより大きいこと、④デュー・プロセス条項による識別供述の排除は、限られた場合にのみデュー・プロセス違反を認める「公正さ（fairness）」を基準に判断されるべきであることを挙げている。

3 ビガースとブレイスウェイトでは、識別供述の具体的信用性の有無の重要性が殊更に強調されたことから、反対に、識別供述の具体的信用性がなければ、暗示的状况が捜査機関の実施した識別手続から生じたものでなくとも、デュー・プロセス条項による排除が要求されるのかという問いも生じ得ることになった。本件で争点となったのはこの点である。

法廷意見はこれを消極に解し、識別供述が捜査機関の設定した不必要に暗示的状况から得られていることが排除の要件となとした。(i)先例は常に捜査機関が暗示的状况を設定したことを前提としていること。(ii)デュー・プロセス条項が識別供述を排除する主要な狙い（primary aim）は、法執行機関による不当な識別手続の利用自体を抑止することにあること。(iii)目撃者の識別に際して何らかの暗示的状况があり、かつ識別が具体的信用性を欠く限り、識別は排除されるとすれば、裁判官による識別の具体的

22) ビガースの事案の識別手続はストーヴァル以前に実施されたもので、たとえ当該事案で排除を認めても抑止効は得られないというのがその理由であった。

23) Brathwaite, 432 U.S., at 114.

信用性の事前審査が恒常化することになると予想されるところ、これは証拠の信用性の判断は陪審に委ねられてきた伝統に反し、信用性の疑わしい証拠により誤判が生ずることを防ぐ方策は、合衆国憲法の保障する当事者・論争主義の下での被告人の諸権利や、各法域の証拠法により講じられることから妥当ではないこと。大要この三点が理由として述べられている。実質的な理由は(ii)と(iii)である。

4 (iii)の理由づけは、デュー・プロセス条項による刑事手続の規律に対する合衆国最高裁の近年の謙抑的な態度と一致する²⁴⁾。謙抑的な態度を示す具体的な解釈の傾向はいくつか指摘されるが²⁵⁾、その中には、①当該実務がコモン・ロー上確立していたことを、デュー・プロセス違反を否定する事情として重視する傾向²⁶⁾、そして、②当該実務よりも利益較量の観点から優れた方法があることを、デュー・プロセス違反を肯定する事情とは扱わない傾向²⁷⁾がある。法廷意見が、証拠の信用性の判断は陪審に委ねられてきた伝統を強調した点は①の傾向と、各法域の証拠法による規律の可能性に言及した点は②の傾向と一致するといえる。

後者に関して法廷意見の立場を敷衍すると次のようなものであろう。識別供述の危険性に対処する方策は様々存在し、識別供述の排除は一つの方法に過ぎない。裁判所は、限られた具体的争点につき当事者の論争を前提

24) 例えば、1992年のメディーナは、「権利章典は刑事手続の多くの局面について明確な文言で規定を設けており、それらの憲法上の保障をデュー・プロセス条項の開かれた標語 (open-ended rubric) の下で拡張することは、熟慮された立法府の判断と、合衆国憲法が打ち立てた自由と秩序の間の微妙なバランスに対して不当な干渉を招く」としている。Medina v. California, 505 U.S. 437, 443 (1992). 同判断の評釈に、米国刑事法研究会 (代表 渥美東洋)「アメリカ刑事法の調査研究 (70)」比較法雑誌30巻4号87頁 (柳川重規担当)がある。

25) See, Jerold H. Israel, *Free-Standing Due Process and Criminal Procedure: The Supreme Court's Search for Interpretive Guidelines*, 45 St. Louis U. L.J. 303 (2001).

26) この立場は特にスカーリア裁判官によって強調された。See, *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 38 (1991) (Scalia, J., concurring).

27) See, Medina, 505 U.S., at 451 (quoting *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 105 (1934)).

に判断を行うことを旨とする機関であり、立法府や行政府に相当するような政策的衡量の能力と正当性は基本的に備えていない。その裁判所が、政策的衡量を要する領域で、デュー・プロセス条項の解釈だとして、自らが優れていると考える衡量の結果に従うよう要求することは、恣意に陥り易く、基本的公正さの要求とはいいがたい。各法域の証拠法による規律の可能性を指摘し、ある証拠類型に一般的に信用性の疑いがあるというだけでは、その排除がデュー・プロセスの要求であるとはいえないと解することは、近年の合衆国最高裁の一貫した立場となっているが²⁸⁾、そこにはこうした理解があるのだと推測される。開かれた文言を用いるデュー・プロセス条項の解釈としては、基本的には正しい姿勢だと思われる。

他方、(ii)の理由づけには疑問が残る。憲法上、証拠の排除を抑止効の観点から基礎づけるには、少なくとも抑止すべき行為が憲法レベルで禁止されているといえなければならないはずである。例えば、現在は抑止効論に基礎づけられている第四修正の排除法則も、そこで抑止しようとするのは不合理な搜索・押収という憲法上禁止された行為であり²⁹⁾、憲法上禁止されていない行為の「抑止」だけを目的に、裁判所が証拠を排除する原則を定立することは、裁判所の能力と正当性を超えるものと思われる。ところが、不必要に暗示的な識別手続の実施は、これを明文で禁ずる憲法上の規定は勿論ないし、いかに不必要で暗示的な識別手続でも搜索・押収のように個人の実体的権利を侵害することはない。不必要に暗示的な識別手

28) See, e.g., *Kansas v. Ventris*, 556 U.S. 586, 594 (2009) (同房の情報提供者の証言); *Dowling v. United States*, 493 U.S. 342, 353 (1990) (過去に無罪とされた行為を示す証拠); *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157, 167 (1986) (精神異常の状態の被疑者が自発的に行った自白)。

29) 第五修正のミランダ法理に基づく証拠の排除も抑止効論に基礎づけられることがあるが、いわゆる憲法上の予防法理の理論からは、黙秘権を保護するための効果的な保護策として憲法自身が要求する手続に違反するという憲法違反を抑止していると説明できる。憲法上の予防法理については、柳川重規「ミランダ法理の憲法上の意義について」法学新報110巻7・8号271頁、同「ミランダ違反と派生証拠の排除」法学新報112巻11・12号303頁参照。

続によって個人に重大な不利益が生ずるのは、識別供述が証拠として使用されたときであり、捜査段階で不当な識別手続が行われただけでデュー・プロセス違反が生じているとはいいがたい³⁰⁾。

とはいえ、暗示的状况が捜査機関の設定したものであることをデュー・プロセス条項による識別供述の排除の要件とするという結論自体は支持できると思われる。ストーヴアル法理を扱った先例は、目撃者の犯人識別手続に関わる次のような側面に着目して「識別供述の許容」にデュー・プロセス違反を見出しているものと解し得る³¹⁾。即ち、①暗示的な識別手続は誤った識別供述を招き易く、誤判を招く危険が高いこと、②識別手続は新しく証拠を創造する側面があり、暗示的な識別手続で引き出された識別供述で誤判が生ずることは「国家が犯人を創り出す」側面があること³²⁾、③暗示的な識別手続で誤った識別供述をさせることは、被告人に有利な証拠を破壊する側面があること³³⁾、④不必要に暗示的な識別手続は、捜査上の便宜に資するものでもなく、被告人に「無益に (gratuitously)」防御

30) また合衆国最高裁自身、かつて「大陪審起訴前の暗示的識別手続は、無令状の捜索とは異なり、それ自体では、憲法上保護された利益を侵害するものではない。したがって、憲法違反から演繹して証拠排除すべきとする考慮は、……関係がない」と述べていた。Brathwaite, 432 U.S., at 113, n.13. なお三明・前掲注10・212頁、注113を参照。

31) 三明・前掲注10・193頁以下参照。

32) 「国家が犯罪を創り出す」側面のあるおとり捜査との類似性を指摘する見解もある。See, Benjamin E. Rosenberg, *Rethinking the Right to Due Process in Connection with Pretrial Identification Procedures: An Analysis and a Proposal*, 79 Ky. L.J. 259, 292, n.158 (1991).

33) 目撃者が被告人を犯人でないと述べたり、被告人を犯人と識別できなかった場合には、それは被告人に有利な証拠となる。ところが、暗示的な識別手続で誤って被告人を犯人と識別させてしまった場合、目撃者は一度行った識別を撤回しない傾向があることから、被告人に有利な証拠は失われてしまうことになる。この点で、捜査機関の悪意の証拠破壊との類似性も指摘されている。See, Rosenberg, *supra* note 32, at 292-93 (citing *Arizona v. Youngblood*, 488 U.S. 51 (1988)).

上の不利益を与える側面があること³⁴⁾、⑤こうした側面があるにも拘らず、捜査機関が不必要に暗示的な識別手続を行い、なおかつ具体的信用性も相当に疑わしい識別供述を有罪立証に使用して被告人を誤判の危険に晒すことは、極めて強い非難に値すること。このように識別手続固有の諸側面、識別供述が許容されたときに生ずる捜査機関に対する非難、そして被告人の被る重大な具体的不利益に着目すれば、裁判官の恣意を排した明白な不合理さ、基本的公正さの欠如を識別供述の許容に見出すことができると思われる。これは、1952年のローチンが典型となるように捜査機関等に対する高度の非難が認められること³⁵⁾や、被告人が判決に影響を及ぼす等の重大な不利益（prejudice）を被っていること³⁶⁾などに着目してデュー・プロセス違反を肯定している先例とも整合する。このように捜査機関に対する非難にも着目してストーヴアル法理を基礎付ける理解からすれば、本件のように警察官の行為と条件関係はあるとはいえ、目撃者による被疑者の識別が警察官の意図や指示とは無関係に行われた場合には、デュー・プロセス条項による識別の排除の余地はないと解することは不当ではないと思われる。

34) See, Biggers, 409 U.S., at 198. このように誤判の危険が「無益に」生ずることが、歴史的に無辜を誤判から保護することを狙いとしてきた刑事制度に相容れないとして、ここにデュー・プロセス違反を見出す見解もある。See, Joseph D. Grano, Kirby, Biggers and Ash, *Do Any Constitutional Safeguards Remain Against the Danger of Convicting the Innocent?*, 72 Mich. L. Rev. 717, 782 (1974); Rosenberg, *supra* note 32, at 291-92.

35) Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952).

36) See, e.g., United States v. Bagley, 473 U.S. 667 (1985).