

不正行為による対決権喪失の理論

The Rule of Forfeiture by Wrongdoing

中村 真利子*

目 次

- I はじめに
- II 合衆国最高裁判所の先例
 - 1 「不正行為による対決権喪失の理論」の起源
 - 2 Crawford v. Washington 以降の「不正行為による対決権喪失の理論」
 - 3 「不正行為による対決権喪失の理論」の要件
- III 連邦証拠規則804条(b)項(6)号と信用性要件の要否
 - 1 連邦証拠規則804条(b)項(5)号の利用
 - 2 信用性要件不要の時代
 - 3 連邦証拠規則804条(b)項(6)号の施行
 - 4 検 討
- IV おわりに

I はじめに

アメリカにおいては、被告人に対して自己に不利益な証人と対決する権利を保障する合衆国憲法第6修正の対決権条項は、Ohio v. Roberts¹⁾の下、

* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

- 1) 448 U. S. 56 (1980). Roberts の紹介・解説として、渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅲ』（中央大学出版部、1994年）297頁〔担当 安富潔〕、山田道郎「対面条項と伝聞法則—『オハイオ対ロパーツ』判決を中心として」法律論叢 56巻4号129頁（1983年）、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 第2巻』（成文堂、1986年）105頁〔担当 中空壽雅〕がある。

約25年にわたり、伝聞法則と同様に、法廷外供述の信用性を確保するためのものであると考えられてきた。したがって、Robertsの下では、原供述者が証言利用不能にかかり、かつ、その法廷外供述に具体的な信用性の保証がある場合には、当該供述を証拠に許容することが認められた。ところが、2004年、合衆国最高裁判所は、Crawford v. Washington²⁾において、このRobertsの基準を却け、対決権条項は、「証言としての性格を有する供述 (testimonial statements)」の信用性が、反対尋問という特定の手續によって問われることを保障したものであると判示した。したがって、Crawfordの下では、「証言としての性格を有する供述」に該当する法廷外供述は、原供述者が証言利用不能にかかり、かつ、被告人に当該原供述者を事前に反対尋問する機会が与えられていた場合でない限り、当該供述を証拠に許容することができなくなった。

このCrawfordの基準は、事前の反対尋問の機会を求める点で厳格なものであり、とりわけ、家庭内暴力や児童虐待に関する事案について、この基準の適用や対決権の行使を制限すべきであるといった主張もなされた³⁾。もっとも、Crawfordは、このような厳格な基準を設定する一方で、

2) 541 U. S. 36 (2004). Crawfordの紹介・解説として、米国刑事法研究会(代表 椎橋隆幸)・アメリカ刑事法の調査研究(106)「Crawford v. Washington, 72 U. S. L. W. 4429, 541 U. S. 36 (2004)」比較法雑誌39巻4号210頁(2006年)[担当 早野暁]、二本柳誠「被告人に不利な妻の法廷外供述の許容性と証人対面権—Crawford v. Washington, 541 U. S. 36 (2004)—」比較法学39巻3号204頁(2006年)、堀江慎司「第6修正の対面条項の射程をめぐる最近の判例 Crawford v. Washington, 541 U. S. 36, 124 S. Ct. 1354 (2004); Davis v. Washington, 547 U. S. 813, 126 S. Ct. 2266 (2006); Giles v. California, 554 U. S. 353, 128 S. Ct. 2678 (2008); Melendez-Diaz v. Massachusetts, 557 U. S. ___, 129 S. Ct. 2527 (2009)」アメリカ法2010年1号106頁(2010年)、小早川義則「アメリカ刑事判例研究(14) Crawford v. Washington, 541 U. S. 36 (2004)—合衆国憲法第6修正の証人対面権に関するロバツ判決の有効性」名城ロースクール・レビュー 20号57頁(2011年)、津村孝政「対審権と伝聞法則の関係—Crawford v. Washington, 541 U. S. 36 (2004)—」ジュリスト1430号79頁(2011年)がある。

3) See, e. g., Richard D. Friedman, *Grappling With the Meaning of "Testimonial"*,

被告人が不正に証人の証言を妨げた場合には、被告人は対決権を喪失するという「不正行為による対決権喪失の理論」について、Crawfordの新しい基準とも一貫するものであるということを認めた。この理論は、2006年のDavis v. Washington⁴⁾においても確認され、さらに、2008年のGiles v. California⁵⁾において、合衆国最高裁判所は、被告人が不正に証人の証言を妨げたというためには、「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」について定める連邦証拠規則804条(b)項(6)号と同様、被告人に証人の証言を妨げる具体的な意図のあったことが必要であるとした。

以上のように、「不正行為による対決権喪失の理論」は、Crawford以降も維持されるものであることが確認され、その具体的な内容についても、合衆国最高裁判所により判断されるにいたったが、アメリカにおいては、その理論や要件について、様々な議論が行われている。特に、「不正行為

71 BROOK. L. REV. 241, 244, 272 (2005); Roger C. Park, *Purpose as a Guide to the Interpretation of the Confrontation Clause*, 71 BROOK. L. REV. 297, 302-303 (2005); Myrna Raeder, *Remember the Ladies and the Children Too: Crawford's Impact on Domestic Violence and Sexual Abuse Cases*, 71 BROOK. L. REV. 311, 348-355 (2005); Robert P. Mosteller, *Crawford's Impact on Hearsay Statements in Domestic Violence and Child Sexual Abuse Cases*, 71 BROOK. L. REV. 411, 414-415 (2005).

- 4) 547 U. S. 813 (2006). Davisの紹介・解説として、津村政孝「対審条項が適用される testimonial な供述とは何か?—Davis v. Washington, Hammon v. Indiana, 126 S. Ct. 2266 (2006)」ジュリスト1373号126頁(2009年)、堀江・前掲注2、小早川義則「アメリカ刑事判例研究(15) Davis v. Washington; Hammon v. Indiana, 547 U. S. 813, 126 S. Ct. 2266 (2006) —DV被害者の公判外供述の許容性と証人対面権」名城ロースクール・レビュー20号79頁(2011年)がある。
- 5) 554 U. S. 353 (2008). Gilesの紹介・解説として、堀江・前掲注2、伊藤睦「被害者供述と対質権」三重大学法経論叢27巻2号31頁(2010年)、小早川義則「アメリカ刑事判例研究(16) Giles v. California, 554 U. S. 353, 128 S. Ct. 2678 (2008) —不正行為による権利喪失の法理と憲法上の証人対面権」名城ロースクール・レビュー21号49頁(2011年)、津村政孝「対審条項に関する権利喪失の要件として証言を阻止する「意図」が要求されるか?—Giles v. California, 554 U. S. 353 (2008)」ジュリスト1428号112頁(2011年)がある。

による対決権喪失の理論」及びこれを成文化したものとされる「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールが供述の信用性をその要件としない点については、批判も多い。一方で、わが国においては、刑事訴訟法上、被告人の行為により原供述者が証言利用不能となった場合であっても、基本的には供述の信用性が要求される。もっとも、わが国においても、アメリカの理論がそのまま当てはまるとすると、被告人の行為により原供述者が証言利用不能となった場合には、この信用性要件が不要ということにもなりそうである。そこで、本稿では、「不正行為による対決権喪失の理論」に関する合衆国最高裁判所の先例を概観し(II章)、「不正行為による対決権喪失の理論」及び「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールについて最も争いがあると思われる信用性要件の要否とその妥当性について検討する(III章)。

II 合衆国最高裁判所の先例

本章では、まず、「不正行為による対決権喪失の理論」の起源についてみていくこととする。「不正行為による対決権喪失の理論」は、本来、コモン・ローにまで遡るものであるが、本稿では、合衆国最高裁判所における「不正行為による対決権喪失の理論」の起源に焦点を当てて検討を行う。次に、本章では、Roberts を変更した Crawford 以降、合衆国最高裁判所において「不正行為による対決権喪失の理論」についてどのように考えられているかについてみていく。最後に、「不正行為による対決権喪失の理論」がどのような要件の下に認められるかについて、Giles を中心に検討する。

1 「不正行為による対決権喪失の理論」の起源

「不正行為による対決権喪失の理論」は、「何人も自身の不正行為によって利益を得ることは許されない」という法格言に基づくものである⁶⁾。対

6) Reynolds v. United States, 98 U. S. 145, 159 (1878).

決権条項は、被告人に対して、自己に不利益な証人と対決する権利を保障しているが、被告人が、自らその証人と対決できない状況を作り出した場合にまで、被告人に対決権が保障されるというのは、衡平ではないと考えられたのである。

合衆国最高裁判所が、「不正行為による対決権喪失の理論」について初めて扱ったのは、*Reynolds v. United States*⁷⁾であった。*Reynolds* は、証人が、被告人による同一の罪に関する別の大陪審起訴にかかる前の公判においてした証言について、当該証人が現在の公判において証言利用不能である場合に、これを被告人に不利益な証拠として用いることができるかが争われた事案である。被告人は、被告人と同棲する証人に対して召喚状を執行するために被告人宅に赴いた警察官に対して非協力的な態度をとり、召喚状を執行させないために当該証人に身を隠させたのではないかと疑われるような発言をしていたところ、公判においても、これを否定するような説明を行わなかった。これに対して、合衆国最高裁判所（ウェイト裁判官の法廷意見）は、前述の法格言に基づき、合衆国憲法は、自身の不正な行為から導かれる当然の（legitimate）結果から被告人を保護するものではないとして、証人が前の公判においてした証言を証拠に許容することを認めた。

その後、*Illinois v. Allen*⁸⁾において、合衆国最高裁判所（ブラック裁判官の法廷意見）は、この「不正行為による対決権喪失の理論」を拡張し、対決権条項により保障される最も基本的な権利の一つが在廷権であるとした上で、*Snyder v. Massachusetts* の傍論⁹⁾を引用して、「(証人と自ら対決す

7) 98 U. S. 145 (1878). *Reynolds* の紹介・解説として、小早川義則「アメリカ刑事判例研究 (17) *Reynolds v. United States*, 98 U. S. 145 (1879) —以前の公判での法廷証言の許容性と合衆国憲法第6修正の証人対面権」名城ロースクール・レビュー 21号73頁 (2011年) がある。

8) 397 U. S. 337 (1970). *Allen* の紹介・解説として、香城敏磨「*Illinois v. Allen*, 397 U. S. 337 (1970) —法廷内の不当な言動により審理を妨害する被告人は在廷権を失う」アメリカ法1972-1号126頁 (1972年) がある。

9) 291 U. S. 97, 106 (1934). これは、カードーフ裁判官の言葉である。

る）特権が、同意又は不正行為によって失われ得ることは確かである」とし、被告人が、裁判官からの再三の警告にもかかわらず公判の進行を妨害する行為を続けた場合には、被告人は在廷権を失うと判示した。

2 Crawford v. Washington 以降の「不正行為による対決権喪失の理論」

Roberts 以降、法廷外供述は、証言利用不能と具体的な信用性の保証という基準の下で証拠に許容されやすい状況にあったために、検察官は、以上のような「不正行為による対決権喪失の理論」に訴える必要はほとんどなかったようである¹⁰⁾。

ところが、Crawford において、合衆国最高裁判所（スカリア裁判官の法廷意見）は、この信用性のテストは、裁判官による信用性ありとの判断のみで、当事者・論争主義のプロセスにより吟味されていない証拠を許容するものであって、憲法上信用性を評価する方法として定められたもの（反対尋問）に取って代わるものであると批判し、事前の反対尋問の機会という厳格な要件を課した。もっとも、その一方で、傍論ではあるが、Reynolds に依拠し、「不正行為による対決権喪失の理論」は、主に衡平法に基づいて対決権に基づく主張を却けるものであって、信用性を判断する代替手段ではないため、Crawford の基準の下でも受け入れられるものであるとした¹¹⁾。

これにより、Crawford は、長きにわたり用いられていなかった「不正行為による対決権喪失の理論」を復活させ、その後、Davis も、被告人が証人や被害者に証言しないよう働きかけることによって司法のプロセスを掘り崩そうとする場合には、対決権条項は、裁判所がこれを黙認すること

10) Byron L. Warnken, “Forfeiture by Wrongdoing” after *Crawford v. Washington: Maryland’s Approach Best Preserves the Right to Confrontation*, 37 U. Balt. L. Rev. 203, 206 (2008).

11) Crawford, 541 U. S. at 62 (citing Reynolds, 98 U. S. at 158-159).

を求めているとして、この理論を再度確認した¹²⁾。もっとも、Davis もまた、連邦証拠規則804条(b)項(6)号と同様に、被告人に証人の証言を妨げる具体的な意図のあったことが必要であるかどうかについては扱わなかった。

対決権条項との関係で、この意図についての争点を解決したのが、Giles であった。Giles は、被害者が、元交際相手である被告人によって殺害される数週間前に警察官に対して行った、被告人から暴行を受けた状況について説明する供述を証拠に許容することが対決権条項に反しないかが争われた事案である。合衆国最高裁判所（スカリア裁判官の法廷意見¹³⁾）は、「不正行為による対決権喪失の理論」が認められるためには、被告人が証人の証言を妨げることを意図していたという証明が必要であると、これにより、「不正行為による対決権喪失の理論」は、連邦証拠規則804条(b)項(6)号とほぼ同様の要件の下で認められることとなった¹⁴⁾。

3 「不正行為による対決権喪失の理論」の要件

(1) 事前の反対尋問の機会の要否

Giles におけるブライヤー裁判官の反対意見は、近時の合衆国コート・オブ・アピールズの判断では、「不正行為による対決権喪失の理論」の下で、対決（事前の反対尋問の機会）を欠く供述が証拠に許容されているものの¹⁵⁾、コモン・ローにおいても、合衆国最高裁判所の先例においても、

12) Davis, 547 U. S. at 833.

13) 反対意見について、Crawford を排して、Roberts と同様のアプローチを採用しようとするものであるとして批判する II-D-2 には、法廷意見を構成する 6 名の裁判官（スカリア裁判官、ロバーツ首席裁判官、トマス裁判官、アリトー裁判官、スーター裁判官、ギンズバーグ裁判官）のうち、3名の裁判官（ロバーツ首席裁判官、トマス裁判官、アリトー裁判官）のみが参加している。

14) Christopher B. Mueller & Laird C. Kirkpatrick, Evidence §8. 78 at 990 (4th ed. 2009).

15) ブライヤー裁判官はこれを評価しているが、法廷意見の主張を掘り崩すためにこの主張を行っている。

「不正行為による対決権喪失の理論」の下で証拠に許容されていたのは、事前の反対尋問の機会があった供述のみであったと主張する¹⁶⁾。これに対して、法廷意見は、「不正行為による対決権喪失の理論」が認められた事案において、事前の反対尋問の機会があったものも存在したが、このような事案においても、事前の反対尋問の機会が必須の要件であるといった言及のないことを指摘し、「不正行為による対決権喪失の理論」は、被告人が不正に原供述者を証言利用不能にした場合に、当該原供述者の対決を欠く供述の利用を許すものであるとした¹⁷⁾。

この点について、Reynolds は、同じ被告人に対する前の公判での証言に関するものであり、被告人に事前の反対尋問の機会が与えられていたため、Crawford によれば、「不正行為による対決権喪失の理論」を用いるまでもなく、現在の公判においてこの供述を証拠に許容することは対決権条項に反しないということになったと思われる。しかし、Crawford は、このような区別をすることなく、Reynolds を引用し、「不正行為による対決権喪失の理論」を認めていることから、Reynolds について、Crawford の基準を満たさない供述、つまり、被告人に事前の反対尋問の機会を与えていない「証言としての性格を有する供述」にも適用されるものと考えていたものと思われる。

(2) 被告人の意図の要否

Giles の法廷意見は、「不正行為による対決権喪失の理論」が認められるためには、被告人が証人の証言を妨げることを意図していたという証明が必要であるとし、被告人が、証人の証言を妨げることを目的とした行為に関わっていた場合にのみ、被告人が不正に証人の証言を妨げたということができるとした。この点について、スーター裁判官の補足意見は、例えば、被告人が証人を殺害したことによって当該証人が証言利用不能になったという理由だけで、当該証人の前の供述を証拠に許容することができる

16) Giles, 554 U. S. at 399-401 (BREYER, J., dissenting).

17) Id. at 369-373.

ということになれば、被告人が殺人罪で起訴された場合、被告人は、被害者を殺害したためにその者を反対尋問することができないのであるから、いわば自業自得であって、対決権を剥奪されても仕方がないというように、いまだ有罪とはなっていない犯罪事実について、有罪であることを仮定して対決権を剥奪するということになり、循環論法に陥ってしまうことを指摘している¹⁸⁾。

この意図の要件それ自体については、おそらく、反対意見も異論を唱えないものと思われる。しかし、反対意見は、この意図の要件を充足するためには、証人を証言利用不能にするという「目的」が必要であるという法廷意見の立場に対して、Reynolds の用いた「何人も自身の不正行為によって利益を得ることは許されない」という法格言からすれば、被告人の目的の如何にかかわらず、「不正行為による対決権喪失の理論」が適用されるのであって、被告人が、自身の不正行為によって証人が証言利用不能となることを知っていれば十分であるとした¹⁹⁾。そして、「不正行為による対決権喪失の理論」は、とりわけ家庭内暴力や児童虐待の事案に関わってくるものであり、その被害者は、被告人の目的の如何にかかわらず、被告人による脅迫、さらなる暴力、究極的なものとしては殺害によって、証言を妨げられることがあるということを指摘した²⁰⁾。

以上のような反対意見の家庭内暴力や児童虐待の事案に対する懸念は、妥当なものであるように思われる。もっとも、法廷意見も、家庭内暴力や児童虐待の事案に対する配慮を全く欠くものではなく、これらの事案における加害行為は、被害者が外部の助けに訴えることを思いとどまらせることが意図されていたり、警察官に対する証言や刑事訴追における協力を妨げることを意図した行為を含むものであったりすることが多く、その結果、被害者を殺害するようだったような場合には、被告人に、被害者を孤立させ、警察官への報告や刑事訴追への協力を妨げる意図（法廷意見

18) Id. at 379 (SOUTER, J., concurring).

19) Id. at 383-388 (BREYER, J., dissenting).

20) Id. at 405 (BREYER, J., dissenting).

の求める「目的」のあったことが証明される可能性のあることも認められた²¹⁾。このような法廷意見の解釈によれば、必ずしも、法廷意見と反対意見との間に大きな差異があるとは思われないが、どの程度の意図があれば「不正行為による対決権喪失の理論」が認められるかという点については、具体的な判断を待つ必要があるだろう。

III 連邦証拠規則804条(b)項(6)号と信用性要件の要否

Giles は、前章でみた通り、「不正行為による対決権喪失の理論」が認められるためには、被告人が証人の証言を妨げることを意図していたという証明が必要であると判断するにあたって、連邦証拠規則804条(b)項(6)号からの類推を行った²²⁾。本規定は、伝聞法則に関するものであり、対決権条項とは異なり、「証言としての性格を有する供述」だけではなく、法廷外供述すべてを対象とし、また、被告人のみならず、政府をも含む当事者すべてに適用される²³⁾。したがって、本稿では、「不正行為による対決権喪失」と区別して、本規定について、「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」という表現を用いる。

「不正行為による対決権喪失の理論」と「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」を定める連邦証拠規則804条(b)項(6)号とは、以上のような差異があるものの、Davis は、本規定は、「不正行為による対決権喪失の理論」を成文化したものであると指摘している²⁴⁾。そこで、本規定の要件について確認すると、当事者が、①直接又は第三者を通じて行為に関与し又は黙認した場合で、②その行為が不正なものであり、③当事者が原供述者を証言利用不能にする意図を有しており、かつ、④これによって原供述者が証言利用不能となったときは、当該供述は当事

21) Id. at 377.

22) Id. at 367.

23) Advisory Committee Note to 1997 Amendment.

24) Davis, 547 U. S. at 833.

者に不利益な証拠として提出できるというものである²⁵⁾。

1997年に本規定が施行されて以降、各合衆国コート・オブ・アピールズにおいて、対決権条項と関連させつつ、これらの要件についての検討が重ねられてきたが、本章では、本規定において明示的に挙げられている要件についての検討は他日に期し、「不正行為による対決権喪失の理論」と「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」について最も争いがあると思われる信用性要件の要否について、本規定の施行前からの各合衆国コート・オブ・アピールズの判断を参照しつつ論ずることとする。

1 連邦証拠規則804条(b)項(5)号の利用

合衆国コート・オブ・アピールズにおいて「不正行為による対決権喪失の理論」を最初に用いたとされているのは、United States v. Carlson²⁶⁾である。Carlsonは、証人が、裁判所命令及び免責の付与にもかかわらず証言を拒否した事案で、第8巡回区コート・オブ・アピールズは、被告人が証人を威迫した場合には、第6修正上の被告人と対決する権利を自ら放棄²⁷⁾したものととして、大陪審における当該証人の証言を連邦証拠規則804条(b)項(5)号に基づいて証拠に許容することは許されると判示した。

連邦証拠規則804条(b)項(5)号は、現在の連邦証拠規則807条に相当するが、次のように規定するものであった。

25) 2 McCormick on Evidence §253 at 254-255 (7th ed. 2013).

26) 547 F.2d 1346 (8th Cir. 1976).

27) 当初は、「喪失 (forfeiture)」ではなく、「放棄 (waiver)」という文言が用いられていた。この点について、「放棄」とは、権利の内容をよく知った上で、意図的にこれを手放すことであり、「喪失」とは、被告人の心理とは関係なく、法の運用により発生するものであり、別の行為の結果であるとして区別し、これは被告人の心理から国家に対する損害への焦点の移行であると説明する論者もいるが (Flanagan, *infra* note 42 at 473-475.), 「喪失」についても被告人の意図を求める Giles の立場からすれば、「放棄」と「喪失」との間に大きな差異はないように思われる。

「(b)伝聞例外。——次の各号に掲げるものは、その原供述者が証人として証言利用不能である場合には、伝聞法則によって証拠から排除されない。

(5)その他の例外。——前号までの例外において具体的に規定されていない供述であって、同等の信用性の情況的保証があるもの。ただし、裁判所が、次に掲げる事情があると思料する場合に限る。(A)当該供述が、重要な事実についての証拠として提出されるものであること、(B)当該供述が、これにより証明しようとする点について、その提出者が合理的な努力により入手できる他の証拠よりも証明力があること、かつ、(C)当該供述を証拠に許容することによって、本規則の目的及び正義が最もかなうこと。なお、本例外の下では、その提出者が、相手方当事者に対して、公判又は審問の準備を行う十分な機会が与えられる程度に前もって、当該供述を提出する意図並びに原供述者の氏名及び住所を含む当該供述の詳細を告知した場合に限り、当該供述は証拠に許容される。」

Carlson は、被告人が対決権を放棄したものと解しているため、この場合、対決権条項上の問題は生じない。しかし、Carlson は、別途、連邦証拠規則804条(b)項(5)号についても検討しており、被告人の不正行為により証言利用不能となった原供述者の供述が本規定を満たすものと認定して、当該供述は証拠に許容されるものと判断していることから、Carlson によれば、「不正行為による対決権喪失の理論」が認められる場合であっても、伝聞法則の適用があり、原供述者の供述に具体的な信用性の保証のあることが必要であるということになるものと思われる。

2 信用性要件不要の時代

ところが、第10巡回区コート・オブ・アピールズは、United States v. Balano²⁸⁾において、連邦証拠規則804条(b)項(5)号によらずに「不正行為による対決権喪失の理論」について扱った。Balano は、被告人が、大陪審

28) 618 F. 2d 624 (10th Cir. 1979).

において証言をした証人を脅迫したという事案で、被告人は対決権を放棄したもとして、当該証言を被告人に不利益な証拠として許容することは対決権条項に反しないとされた。この判断にあたり、第10巡回区コート・オブ・アピールズは、対決権の有効な放棄は、証拠法に基づく異議申立をする権利の有効な放棄を意味するものであると指摘した²⁹⁾。したがって、Balanoによれば、被告人が対決権を放棄したという認定がなされれば、被告人は、伝聞法則に基づく異議申立をする権利をも放棄したとみなされ、原供述者の供述の信用性を問うことができなくなるということである。

さらに、コロンビア特別区巡回区コート・オブ・アピールズは、United States v. White³⁰⁾において、信用性要件が不要であることを明確に示した。Whiteは、被告人らが、薬物頒布等の罪について捜査中であったおとり捜査官の協力者を殺害したという事案で、被告人らは、原供述者を殺害することによって、当該原供述者と対決する権利及び当該原供述者が法廷外においてした薬物頒布等の罪に関する供述に対して伝聞法則に基づく異議申立をする権利を放棄したもとして、当該供述を証拠に許容することは対決権条項に反しないとされた。コロンビア特別区巡回区コート・オブ・アピールズは、Balanoと同じ立場をとり、加えて、「不正行為による対決権喪失の理論」を支えるのは衡平法であって、この衡平法は証拠法にも適用があるとした上で、「不正行為による対決権喪失の理論」は、検察が、証人が法廷で証言する場合よりも不利益にならないよう保証するものであり、信用性を要求すれば被告人を利することになると指摘している³¹⁾。

29) Id. at 626.

30) 116 F.3d 903 (D. C. Cir. 1997).

31) Id. at 911-913. なお、Whiteでは、「喪失」という文言が用いられているが、これは、Whiteが判断された同じ年の約半年後に施行が予定されていた連邦証拠規則804条(b)項(6)号の「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールの影響を受けたものと思われる。

3 連邦証拠規則804条(b)項(6)号の施行

1997年、「司法制度それ自体の根幹を揺るがす」³²⁾許しがたい行為に対処する予防ルールを策定する必要性から、連邦証拠規則804条(b)項に、「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」と題する(6)号が追加された³³⁾。

連邦証拠規則804条(b)項(6)号は、2011年の改正によりその形を若干変えたが、この改正は文体を整え、理解しやすいようにするために行われたもので、その内容は変わっていないため³⁴⁾、以下に現在の本規定を紹介する。

「(b)例外。一次の各号に掲げるものは、その原供述者が証人として証言利用不能である場合には、伝聞法則によって証拠から排除されない。

(6)原供述者の証言利用不能を不正に惹起した当事者に不利益な証拠として提出された供述。原供述者の証人としての証言利用不能を不正に惹起し、又はこれを不正に惹起することを黙認し、かつ、その結果を意図していた当事者に不利益な証拠として提出された供述。」

本規定の趣旨について、第7巡回区コート・オブ・アピールズは、*United States v. Scott*³⁵⁾において、不正行為によって、その行為者が法廷外供述の許容に対して異議申立をする権利を喪失することを理由として、反対尋問を経ずに当該供述を証拠に許容することであると、被告人の信用性に関する主張を却けた³⁶⁾。

このように、連邦証拠規則804条(b)項(6)号は、他の伝聞例外とは異なり、信用性を要求しない点で独特なものであり³⁷⁾、本規定の要件を満たす供述について、不法行為の行為者がその排除を求めて援用し得るのは、関連

32) *United States v. Mastrangelo*, 693 F.2d 269, 273 (2nd Cir. 1982).

33) Advisory Committee Note to 1997 Amendment.

34) Advisory Committee Note to 2011 Amendment.

35) 284 F.3d 758 (7th Cir. 2002).

36) *Id.* at 765.

37) *McCormick*, *supra* note 25, §253 at 256.

性のある証拠の排除について定める連邦証拠規則403条ということになる³⁸⁾。

4 検 討

(1) Crawford の基準

Crawford は、対決権条項について伝聞法則と同様の基準、つまり、証言利用不能と具体的な信用性の保証という要件の下で例外が認められると解していた Roberts を変更し、対決権条項の保障の及ぶ対象を「証言としての性格を有する供述」に限定し、これに含まれる供述については、原供述者の証言利用不能と被告人に対する事前の反対尋問の機会という要件が満たされる場合に限り、証拠に許容することができると判断した。

この Crawford の基準によれば、伝聞法則の保障の及ぶ対象は法廷外供述であるのに対して、対決権条項の保障の及ぶ対象は、法廷外供述のうち、「証言としての性格を有する供述」ということになる。Crawford は、宣誓供述書に代表されるように、一方当事者である検察側のみの関与する手続においてとられた供述を、被告人に反対尋問の機会を与えずに、被告人に不利益な証拠として用いるのは不公正であるという考えから、後の刑事手続を意識してなされる「証言としての性格を有する供述」については、その信用性が、対決権条項の予定する反対尋問という特定の手続によって吟味されることを求めたのである。

このように、Crawford を前提とすると、対決権条項と伝聞法則とは、供述の信用性に関心を置く点で類似するものの、その保障の対象と、例外が認められる要件が異なるということになる。したがって、伝聞法則に対する例外の要件を満たしたとしても、さらに対決権条項に対する例外の要件を満たさなければならない場合がある一方で、対決権条項に対する例外の要件を満たしたとしても、さらに伝聞法則に対する例外の要件を満たさなければならない場合もあるのである。

38) 連邦証拠規則403条の適用については、本章4(3)を参照されたい。

したがって、Crawford 以前ではあるが、連邦証拠規則804条(b)項(6)号施行前の判断において、被告人が対決権を放棄したと考えられる場合であっても、なお連邦証拠規則804条(b)項(5)号の下で、具体的な信用性の保証という要件について検討した上で、法廷外供述が証拠に許容できるか否かが判断されていたというのは、Crawford についてのこのような理解をそのまま適用すれば、順当なことであるといえるのではないと思われる。

(2) 連邦証拠規則804条(b)項(6)号の存在

しかし、Roberts を代表とするように、対決権条項と伝聞法則とは重なり合うものであり、両者に対する例外は同様の要件の下で認められるという考えも存在し、このような考えを前提とすれば、1980年前後から、被告人が対決権を放棄したといえる場合には、被告人は伝聞法則に基づく異議申立をする権利をも放棄したものとされ、信用性が要求されなくなったことは、自然なことのように思われる。

そして、1997年の連邦証拠規則804条(b)項(6)号の施行によって、「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールにおいては、他の伝聞例外とは異なり、信用性要件が課されないことが明らかとなった。Crawford においては、前述のように、対決権条項と伝聞法則とは、その保障の対象と、例外が認められる要件が異なるということが示されたものの、Crawford を引き継いだ Davis において、「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールは「不正行為による対決権喪失の理論」を成文化したものであるとされていることから、「不正行為による対決権喪失の理論」と「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールは、Crawford の下、対決権条項に対する例外の要件と伝聞法則に対する例外の要件とが重なり合う特殊な領域であるともいえるのではないと思われる。

(3) 学説の議論状況

以上にみたように、連邦においては、「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールに信用性要件は求められない。したがって、被告人が「不正行為による対決権喪失の理論」によって対決権を

喪失する場合には、伝聞法則上も信用性が要求されないということになる。この点については、多くの懸念が示されており、United States v. Dhinsa³⁹⁾においても、明らかに (facially) 信用性のない伝聞証拠を許容することのないように、連邦証拠規則403条に従って比較衡量を行わなければならないということが指摘された⁴⁰⁾。

連邦証拠規則403条は、以下のように規定する。

「裁判所は、関連性のある証拠について、その証明力が、次に掲げる危険のうち一つ以上に相当程度劣る場合には、これを排除することができる。不当な偏見、争点の混乱、陪審のミスリーディング、不当な遅延、時間の浪費、又は不要な重複証拠の提出。」

この Dhinsa の判断に依拠し、「不正行為による対決権喪失の理論」及び「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールが適用される場合においても、証拠法上の一般的規定である連邦証拠規則403条による比較衡量を行うべきであるという見解がある⁴¹⁾。

しかし、「不正行為による対決権喪失の理論」及び「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールが適用される場合に、信用性のない供述を証拠に許容することに対する歯止めの機能を果たすのが同規定のみであるという点については、同規定の基準は最低限のものであり⁴²⁾、法廷外供述は証明力が高いのが通常であって、不当な偏見を与えるというようなものではないから、信用性のない供述を証拠に許容することについて十分な保護を提供するものではないという批判もなされてい

39) 243 F.3d 635 (2nd Cir. 2001).

40) Id. at 654 (citing United States v. Miller, 116 F.3d 641, 668 (2nd Cir. 1997)).

41) See, e. g., Mueller & Kirkpatrick, supra note 14, §8. 78 at 991, 998; Leonard Birdsong, *The Exclusion of Hearsay through Forfeiture by Wrongdoing — Old Wine in a New Bottle — Solving the Mystery of the Codification of the Concept into Federal Rule 804(b) (6)*, 80 Neb. L. Rev. 891, 916–918 (2001).

42) James F. Flanagan, *Forfeiture by Wrongdoing and Those Who Acquiesce in Witness Intimidation: A Reach Exceeding Its Grasp and Other Problems with Federal Rule of Evidence 804(b) (6)*, 51 Drake L. Rev. 459, 491 (2003).

る⁴³⁾。

また、「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールは、「不正行為による対決権喪失の理論」との類推によって伝聞法則において認められるようになったものであるが、Crawfordの基準を貫けば、このこと自体が不適切なものであったという指摘もある⁴⁴⁾。伝聞法則は、信用性のない証拠を排除することを目的とするものであって、被告人が原供述者を反対尋問できるか又は不正行為により対決権を喪失するかという「不正行為による対決権喪失の理論」とは異なるものであって、信用性要件を課さない「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールは正当化できず、「不正行為による対決権喪失の理論」が適用される場合であっても、具体的な信用性の保証を求める連邦証拠規則807条によるべきであるというものである⁴⁵⁾。

確かに、被告人が不正行為によって証人の証言を妨げた場合、不正行為それ自体が、暴行・脅迫・殺人といった犯罪を構成することが多いにもかかわらず、この別の犯罪によって被告人が釈放されることは不当であり、法廷外供述を証拠に許容する強い必要性があるといえる⁴⁶⁾。しかし、裁判所が信用性のない供述を証拠に許容することで、誤った事実認定をすることもまた不当であって、「不正行為による対決権喪失の理論」の下においても、連邦証拠規則807条の適用により、具体的な信用性の保証を求めることは、合理的であるように思われる。

(4) 日本法への示唆

憲法37条2項前段の証人審問権は、対決権を参照したものとされる。対決権に関する理論が、証人審問権についてもそのまま適用できるかどうか

43) Anthony Bocchino & David Sonenshein, *Rule 804(b)(6) — The Illegitimate Child of the Failed Liaison between the Hearsay Rule and Confrontation Clause*, 73 Mo. L. Rev. 41, 64 (2008).

44) Id. at 53–61.

45) Id. at 71–77.

46) Flanagan, *supra* note 42 at 474.

については、議論の余地のあるところではあるが、証人審問権について「不正行為による対決権喪失の理論」が妥当するとしても、Crawfordを前提とすれば、なお伝聞法則（刑訴法320条1項）が適用されるということになる。

もっとも、刑訴法上、アメリカにおける「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールのような包括的な規定はないため、刑訴法321条1項に定める原供述者が証言利用不能の場合についての各規定によることとなろう。ここにいう証言利用不能とは、わが国においては、死亡、精神・身体の故障、所在不明、国外にいるといった事情のため、公判準備若しくは公判期日において供述することができないことをいう⁴⁷⁾。

47) この基準は、連邦証拠規則804条(a)項に定めるものと類似するものである。同条項は、以下のように規定する。なお、証言の拒否及び記憶喪失の主張については、わが国の最高裁判所においても証言利用不能に当たるものとして認められている（それぞれ、最大判昭和27年4月9日（刑集6巻4号584頁）、最決昭和29年7月29日（刑集8巻7号1217頁））。

〔a)証言利用不能の基準。一次の各号の一に当たる原供述者は、証言利用不能と考えられる。

- (1)裁判所が特権の適用を認めたことによって、その供述の主題について証言することを免除される場合。
- (2)裁判所命令があったにもかかわらず、当該主題について証言を拒否する場合。
- (3)当該主題について記憶喪失を主張する場合。
- (4)死亡又はその時点での疾病（infirmity）、身体の障害（physical illness）若しくは精神の障害（mental illness）のために、公判又は審理において在席又は証言できない場合。
- (5)公判又は審理に不出頭の場合であって、その供述の提出者が、召喚状その他合理的な手段によっても、次に掲げるものを確保できないとき。
 - (A)804条(b)項(1)号〈以前の証言〉又は(6)号〈原供述者の証言利用不能を不正に惹起した当事者に不利益な証拠として提出された供述〉により認められる伝聞例外の場合における原供述者の出頭。
 - (B)804条(b)項(2)号〈切迫した死を確信してなされた供述〉、(3)号〈利益に反

この証言利用不能が認められる場合、いわゆる裁判官面前調書及び検察官面前調書についてはそのまま(同条項1号、2号)、それ以外の書面(他の規定に該当するものを除く。)及び伝聞供述(被告人の供述を内容とするものを除く。)については、さらに、その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであって、かつ、特に信用すべき状況の下にされたものであるときは(同条項3号、324条2項)、証拠とすることができる。裁判官面前調書⁴⁸⁾及び検察官面前調書については、明示的には信用性要件が要求されていないものの、すでに信用性要件が満たされているとみるか、黙示的に信用性要件が要求されているとみるかの違いはあるが、一般的には、供述の信用性を求める伝聞法則に合致するものと考えら

する供述)又は(4)号〈個人又は家族の歴史についての供述〉により認められる伝聞例外の場合における原供述者の出頭又は証言。

ただし、本(a)項は、当該供述の提出者が、原供述者の出頭又は証言を妨げるために、原供述者の証人としての証言利用不能を確保し、又は不正に惹起した場合には適用されない。」

- 48) 想定されているのは、被告人、被疑者又は弁護人の請求により、証拠保全手続として証人を尋問する場合(刑訴法179条1項)と、検察官の請求により証人を尋問する場合(刑訴法226条、227条1項)などである。前者の場合、検察官、被告人又は弁護人は、証人の尋問に立ち会って証人を尋問することができ(刑訴法179条2項・157条1項、3項)、後者の場合、裁判官は、捜査に支障を生ずるおそれがないと認めるときは、被告人、被疑者又は弁護人を証人の尋問に立ち会わせることができ(刑訴法228条2項)、立会いが許された場合には、その証人を尋問することができるが(刑訴法228条1項・157条3項)、Crawfordを前提とすれば、この場合には、証人審問権の問題は生じないため、本稿では、被告人らに立会い・証人尋問が認められない場合を対象として論ずることとする。なお、供述者が、法廷において以前の供述と異なる供述をするおそれがあり、その供述が犯罪事実の存否の証明に不可欠であると認められる場合に、検察官が証人尋問を請求することを認める刑訴法227条1項は、被告人に不利益な供述をした者が、何らかの理由によってその供述を覆すおそれのある場合に有効なものであるとされる(渥美東洋『全訂刑事訴訟法〔第2版〕』(有斐閣、2009年)444頁)。

れている⁴⁹⁾。

以上を前提とすれば、証人審問権について、「不正行為による対決権喪失の理論」が妥当するとして、被告人が不正に証人の証言を妨げ、証人を証言利用不能にした場合に、証人審問権を喪失するととらえたとしても、わが国の伝聞法則の下においては、「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールとは異なり、なお信用性要件が課されることとなる。したがって、アメリカにおいて「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールに対して示されている懸念も、わが国の場合には払拭できるということになるのではないかと思われるが、詳細な検討については今後の課題としたい⁵⁰⁾。

IV おわりに

本稿では、合衆国憲法第6修正の対決権条項に関する近時の合衆国最高

- 49) 裁判官面前調書については、信用性要件を求めている点で違憲であるとする見解もあるが（江家義男『刑事證據法の基礎理論〔改訂版〕』（有斐閣、1952年）92-93頁。）、一般的には、公正な裁判官の面前で、宣誓の下でなされるという事情から、すでに信用性要件が満たされているものと解されている（例えば、栗本一夫『新刑事証拠法〔改訂版〕』（立花書房、1950年）90頁、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）208頁、田中和夫『新版証拠法〔増補第三版〕』（有斐閣、1971年）131頁、高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』（青林書院、1984年）226頁など。）。一方、検察官面前調書については、違憲とする立場もあるが（江家・98頁、田中・131-132頁、高田・227-228頁。）、黙示的に信用性要件が要求されているものとみて合憲と解する立場も多くみられる（例えば、平野・209頁、田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂、2012年）406頁など。裁判例では、大阪高判昭和42年9月28日（高刑集20巻5号611頁）、東京高判昭和49年7月8日（判時766号124頁）がある。）。なお、判例は、両者ともに合憲としている（それぞれ、最大決昭和25年10月4日（刑集4巻10号1866頁）、最大判昭和27年4月9日（刑集6巻4号584頁））。
- 50) 被害者の供述と関連して、被告人が証人審問権を喪失する場合については、第25回日本被害者学会（2014年6月、京都産業大学）において個別報告する機会をいただいた（被害者学研究25号に掲載予定。）。

裁判所の判断を参考に、「不正行為による対決権喪失の理論」について扱った。2004年の *Crawford v. Washington* は、対決権条項について事前の反対尋問の機会という厳格な要件を設定したが、その一方で、被告人が不正に証人の証言を妨げた場合には、被告人は対決権を喪失するという1878年の *Reynolds v. United States* に遡る「不正行為による対決権喪失の理論」は、*Crawford* の基準の下でも維持されることを確認した。

Crawford につづく *Davis v. Washington* においても、この「不正行為による対決権喪失の理論」が確認され、原供述者の証言利用不能を不正に惹起した当事者に不利益な証拠として提出された供述を伝聞例外として証拠に許容することを認める連邦証拠規則804条(b)項(6)号(「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルール)に成文化されたものとして言及された。さらに、*Giles v. California* において、「不正行為による対決権喪失の理論」が適用されるためには、被告人に証人の証言を妨げる具体的な意図のあったことが必要であるとされ、これにより、「不正行為による対決権喪失の理論」は、「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールとほぼ同様の要件の下で認められることとなった。

Crawford を前提とすれば、対決権条項を満たす場合であっても、伝聞法則の適用があり、信用性要件が課されることになるはずであるが、この「不正行為による伝聞法則に基づく異議申立をする権利の喪失」ルールは、信用性要件を要求しないものとして理解されている。しかし、この点については、供述の信用性を求める伝聞法則に反し、誤った事実認定をまねくおそれがあるとして、批判がなされているところである。この点、わが国の証人審問権について、アメリカにおける「不正行為による対決権喪失の理論」が妥当すると考えた場合であっても、伝聞法則により信用性要件が課されることになるため、わが国においては、事実認定の正確性という点にも十分配慮がなされていると解することもできるのではないと思われる。