

「証言利用不能」要件の位置づけ（2・完）

What Does Real “Unavailability of Witness” Mean ? (2)

早 野 暁*

目 次

- 1 はじめに
- 2 証言利用不能の概念
- 3 伝聞法則確立前の供述証拠の証拠能力
- 4 わが国の判例の立場（以上、第48巻第4号）
- 5 米国の権利剥奪法理との関係
- 6 被告人の権利との関係
- 7 特信情況との関連の有無
- 8 おわりに（以上、本号）

5 米国の権利剥奪法理との関係

米国では、近時、ジャイルズ対カリフォルニア事件⁵⁷⁾において、被告人が自己の不正行為により証人（謀殺の被害者）の出廷を妨げた場合は、第6修正の対決権に基づく反対尋問権を剥奪されるのか否かが争われた。権利剥奪（失効）法理が発動されるか否かを判断する段階においては、伝聞法則の問題にはならないが、権利剥奪法理が適用されないことが判明した時点からは、伝聞法則の問題に再度還ってくることになる。一方、死亡した証人（被害者）の生前の法廷外供述の証拠能力という論点は、たしか

* 嘱託研究所員・日本赤十字豊田看護大学講師

57) 554 U. S. 353 (2008).

に、伝聞例外許容の可否の問題といえる。そして、証人の出廷を妨害する積極的な不正行為の有無という、被告人の行為と権利濫用との関係を論じる際の判断基準は、訴追事実の立証責任を課された検察官の権利濫用を論じる際の基準とは少し異なるべきであり、つまり、防御に徹する被告人の権利濫用の問題と、犯罪立証責任を負う検察官の権利濫用の問題とでは、濫用に至る条件は同様ではないことになる⁵⁸⁾。しかし、証人の出廷不能の事態を積極的に検察官が生ぜしめている場合、証人の不在を殊更に利用するような場合であれば、権利濫用と評価される可能性がある一方⁵⁹⁾、被告人側の権利濫用となる場合はいかなる場合かを対照しておくことは、弾劾主義のカバーする局面と、当事者論争主義が妥当する局面とが整然とは一致しないことを理解する上で、それなりに意味のあることと思われる。検察側が、証人審問権(対決権)の命令を不当に回避する目的で法廷外供述を利用しようとしている場合であれば、これも伝聞法則の問題となってくる。検察側証人の証言利用不能に関しては、検察官の証拠申請にかかる供述・伝聞例外の証拠能力の有無が問題となる。一方、被告人側証人の証言利用不能については、自己に有利な証人を求める被告人の証人喚問権の問題か、または、証人喚問にかかる訴訟経済上の制約の問題となる。検察側証人となりうる者に対する被告人からの証拠破壊行為のおそれに関しては、証人に対する被告人からの不当な圧力を禁止するための政策・証人保護政策の問題に帰着する⁶⁰⁾。自己に不利な証言をなす証人に対する審問権

58) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法第2版』269頁。民事訴訟の場合に比し、刑事被告人は、警察機関の協力を得られる検察官と対等の地位にはない。よって、事実認定者(裁判官)に自己の主張や反証を十分に聴いてもらう機会を被告人に保障することが、当事者論争主義の要請であり、充実した論争の中から合理的な成果(事実認定)や真実が導き出されるとの理念がそこに存在している。なお、民事訴訟分野の武器対等原則等に関しては、新堂幸司『新民事訴訟法第5版』514頁・610頁参照。

59) 最判平成7年6月20日刑集49巻6号741頁(本文 判例)

60) たとえば、刑訴法299条の2, 299条の3のごとき配慮である。証人保護プログラムや証人保護制度が十分に法制化されることは望ましいが、証人の保護

は被告人の権利であり⁶¹⁾、検察側にはそのような証人審問権に由来する権利はなく、訴訟当事者としての被告人側証人に対する反対尋問権があるのみである⁶²⁾。当然のことではあるが、憲法37条2項に基づく証人審問権は、検察側に認められる権利ではない。つまり、被告人の反対尋問権の機会と検察側の反対尋問とでは、守られるべき理由が異なってくる。検察官には、論争の一方当事者として、被告人の証拠請求にかかる証人に対し反対尋問が認容されるにすぎない。よって、被告人に関する権利濫用法理は、被告人に自己の憲法上の権利を主張する資格があるか否かのものとなるが、検察官の権利濫用法理は、直接には訴訟法上の検察官の訴追権限の裁量の問題であり、検察官の権限濫用が許容されてしまうとその反射効果として被告人の権利が制限されることになるという意味で、被告人の憲法上の権利（憲法37条2項）の問題へと関連し波及していく。最高裁平成7年6月20日判決（前記 判例）とジャイルズ事件は、前者が検察官の権限濫用の問題を扱うのに対し、後者は被告人の権利濫用を扱うものであり、当事者論争主義に由来する「充実した論争を経ることで合理的な証明結果に至る」という視点からすれば両事件は対置できる。しかし、弾劾主義の視点に立てば両事例は対置するべきものではなく、検察官の公訴事実の立証責任・被告人の無罪推定の原則という価値基準により把握すべきことになる⁶³⁾。なぜなら、弾劾主義の理念からすれば、検察官と被告人は同等の義務を課された地位にはないからである。被告人の反証の機会の保障

は、犯罪被害者の保護の視点でのみでなされるべきことではない。

61) 日本国憲法では37条2項の「証人審問権」、合衆国憲法第6修正においては「対決権」といわれるものが、自己に不利な証拠に対し挑戦的・積極的に反証する権利であることは、共通項として把握して構わないと考える。オールド・ベイリーの刑事裁判で多くの無罪を勝ち取り活躍した弁護士ウィリアム・ガローも、検察側証人に対する反対尋問を最も有効な反証手段としていた。前号（比較法雑誌48巻4号以下同）注3 Gallanis p. 549・550.

62) 刑訴法304条2項、刑訴規則199条の2第1項1号・2号、同規則199条の4。

63) 検察官の優位性は、警察機関の協力を受けられる証拠収集能力からも、法律専門家としての訴訟経験からも自明であろう。

(刑事告発を受けた当事者の言い分を聴く)という理念は、当事者論争主義に親しむものであるが、検察側の権限濫用基準(証人の出廷が可能であるにもかかわらず検察官が法廷外供述を証拠利用しようとしている場合)よりも、被告人側の権利濫用基準(自己の責めに帰すべき事由で被告人が証人の出廷を不可能にした場合)のほうが、より厳格な基準をもって判断をなす必要がある。憲法上の権利の制約を支える正当根拠は、訴訟法上の権利を制約する正当事由よりも、要件が厳しくしなければなるまい。検察側証人の出廷の確保が検察官の挙証責任の一部であるとみるなら、証人の出廷は弾劾主義の要請であると同時に、証人に対する反対尋問の実施が被告人の重要な反証手段であるとみるなら、証人の召喚は当事者論争主義の要請ということになる。したがって、証言利用不能の要件は、一部を当事者論争主義に、一部を弾劾主義に、源を発するものと考え⁶⁴⁾。

また、証言利用不能という要件は、単に証人が出廷できない事実・情況の立証に止まる問題ではなく、そのような事態を生じさせた原因にも配慮が求められることを、この事例は示唆してくれるであろう。それは、わが国の最高裁が、証言利用不能となった事態の経緯や原因に対しても言及していること、すなわち、平成7年6月20日判決(前記判例)の趣旨にも適合しよう。供述の記載された書面を伝聞例外とする正当根拠は、その供述者を法廷に召喚しえない事情が何であるか、そして、その事情はやむをえない事情と認められるか、供述の信用性(証拠価値)の度合い、供述の証拠としての必要性、被告人側に権利を制限される原因があるか否か等を、複合的に考慮して決められることになる。証拠としての必要性があれば、自動的に、証拠の信用性が認められることにはならないし、信用性の特に高い供述であれば、当然に、伝聞例外とされてよいことにはならな

64) 対決権の保障範囲に関し、伝聞例外要件を厳格に設定しないことは、検察官の権限濫用の温床となりやすいことを指摘していた、マーガレット・バーガーの論文が、検察官の権利濫用の基準に際しても想起されてしかるべきであろう。Margaret A. Berger, *The Deconstitutionalization of the Confrontation Clause: A Proposal for a Prosecutorial Restraint Model*, 76 Minn. L. Rev. 557, 561 (1991).

い⁶⁵⁾。

供述証拠の証拠能力が問題とされはじめる以前、すなわち、伝聞法則の確立以前は、証人適格、証言能力が議論の中心であった⁶⁶⁾その時代は、被告人側に無罪の立証責任、あるいは、訴追事実に対する弁明義務が課され⁶⁷⁾、現代のような自己負罪拒否特権があるようでないような曖昧な状態であった⁶⁸⁾有罪無罪の証明の程度に関する複数証人の存在の要件は、後に、陪審審理による信用性評価というものにとって代わられていくことになる⁶⁹⁾。

Giles v. California⁷⁰⁾

事実

2002年9月22日、申請人 Giles は、祖母宅のガレージ前にて、前交際相手のアヴィーを射殺した。申請人の姪は、居室内で、申請人と被害者の話す声、および、「グラニー」と叫ぶ被害者の声に続いて数発の銃声を聞いており、その姪と申請人の祖母が犯行現場に駆けつけたとき、けん銃を所持した申請人が被害者の脇に立っていた。被害者は武器を所持しておら

65) White v. Illinois, 502 U. S. 346 (1992). ホワイト事件でオコナー裁判官は、証拠とする必要性が認められても、信用性の充分でない供述証拠は伝聞例外として証拠能力を付与しないとの考え方を明示していた。さらに、クローフォード事件の法廷意見は、ロバーツ事件の採用していた「信頼性の徴憑」という抽象的な伝聞例外基準の短所を指摘している。

66) Holdsworth, 9 A HISTORY OF ENGLISH LAW p. 186. 教会法の影響、被告人の証言能力については同書195頁。C. J. W. Allen, THE LAW OF EVIDENCE IN VICTORIAN ENGLAND. Cambridge University Press paperback edition (2010). また、前号注3 Landsman p. 593, p. 597.

67) 前掲注66 Holdsworth p. 199.

68) 前掲注66 Holdsworth p. 200. R. H. Helmholtz/Charles M. Gray/John H. Langbein/Eben Moglen/Henry E. Smith/Albert W. Alschuler, THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION ITS ORIGIN AND DEVELOPMENT (1997).

69) 前掲注66 Holdsworth p. 205 206.

70) 544 U. S. 353 (2008).

ず、6か所を撃たれていた。犯行現場より逃走した申請人は、2週間後に警察に逮捕され、謀殺で起訴された。

公判で申請人は正当防衛を主張した。また、被害者の嫉妬深い性格、被害者が過去に銃で人を撃っていたり、ナイフで他者を脅迫したり、家屋や車を破壊したりしていることを申請人は証言し、犯行当日の日に新しい交際相手を殺害する旨被害者より脅迫されていたと証言した。事件当日、被害者の来訪に身の危険を察した申請人は、車庫においてある銃をとり、安全装置を外し、勝手口に向かって歩いてくる被害者が手に何かを持っているようにみえたため、目を閉じて数発撃ったが殺意はなかったと主張している。

一方、検察官は、事件の3週間前に警察官が作成した供述録取書、すなわち、被害者が申請人よりDV(domestic violence)を受けた旨の供述を内容とする書面の証拠請求をした。その供述録取書には、「申請人と口論になった際、首を絞められ、顔面等を殴打され、『馬鹿にした口をきくと殺す』と脅かされた」との記載がある。公判裁判所は、申請人の異議を認めず、カリフォルニア州証拠法 §1370(同条は、供述者の身体に傷害を与える旨の告知若しくは脅迫の言辞・供述に関し、証言利用不能と公判前供述の特信性を要件に証拠能力を認めている)に基づき、当該供述に証拠能力を認めた。

申請人は、第1級謀殺で有罪となり、控訴し、その控訴の審理中に、クローフォード対ワシントンの連邦最高裁判決がなされた。カリフォルニア・コート・オブ・アピールズは、申請人は故意の犯罪行為により被害者の証言不能の事態を惹起しているため、対決権・反対尋問権を喪失したものと解されるとし、警察官に対する被害者の生前の供述を許容することは、対決権侵害とならないと判示し、州最高裁もその判断を支持した。

スキャーリア裁判官執筆の法廷意見

破棄差戻し

合衆国憲法第6修正の対決権条項は、「刑事被告人は、自己に不利な証

言をするすべての証人に対して、対決する権利を有する。」と規定する。そして、クローフォード事件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供述（testimonial statements）については、証言利用不能が立証され、被告人側に反対尋問の機会が保障されていない限り、その供述を証拠とすることはできないことになった。もっとも本件においては、捜査官作成にかかる被害者の供述録取書の内容が、法廷証拠となることを知ってなされる供述に該当することを訴追側は争っていない。被害者の法廷外供述が testimonial なものであっても、自己の不正行為により供述者の証人喚問不能の状態を生ぜしめた者は、対決権の権利を剥奪されることになり、死亡した供述者の供述録取書は証拠能力が認められるべきであるというのが、検察側の主張である。当法廷はクローフォードにおいて、対決権条項の解釈は憲法起草者意図に従うべきとしているところから、自己の不正行為により証言利用不能を惹起した者は、憲法上の権利を喪失することになると起草者が想定していたか否かを争点として、検討を進める。

被告人が法廷で対決し反対尋問する機会を欠く testimonial な供述であっても、コモン・ロー上、伝聞例外として許容されてきた供述類型は2つある。

一つ目は臨終の供述であり、供述者が死に直面し自己の最期を認識してなした供述である。本件被害者の供述はこれに当たらない。二つ目は、供述者が証人となることを、被告人が司法妨害の企図で、物理的手法（供述者の不法な拘束）、精神的手法（脅迫等）により不能たらしめた場合には、コモン・ロー上、証拠能力を認められてきた法廷外供述である。被告人の憲法上の権利を剥奪する効果をもたらすほどの不正行為と叫ぶためには、単に結果として被告人の行為が供述者の出廷を妨げたということのみでは足りず、その不正行為が、明確な司法妨害の企図のもとになされる必要があるとみるべきである。

供述者の法廷外供述を伝聞例外とするためには、コモン・ロー上の基準にしたがえば、供述者が法廷で証言することを不正に妨害する意図が、被

告人に存したことが要件となり、その立証責任は検察側にある。そのことは、謀殺の被害者の法廷外供述を許容しなかったウッドコック事件およびディングラー事件から明らかである。また、被害者が自己の死を認識していたという事実のみによっては、その被害者の法廷外供述を証拠とすることはできず、証言不能となった被害者の供述内容のいかんを問わず、被告人の積極的な証言不能の事態への寄与、すなわち、不正行為をもって供述者の証言を阻止する、殺害の故意とは独立した別の不正な意図の存在が必要となる。

検察側は、自己の不正行為により供述者の出廷および証言を妨害した被告人は、対決権条項に基づき憲法上の権利を主張する資格自体を剥奪されるべきであるとするが、そのような見解を採用する判例は存在しない。検察側および反対意見は、「何人も自己の不正により利得すべきでない。」との法格言・条理を援用している(ギルバート証拠法参照)。しかし、注釈書等に示される「不正」とは、犯罪結果発生の意図・認識とは別個の、独立した供述者の証言を妨害する意図と解するべきであり、憲法上の権利である対決権が否定されてよい場合の要件というものは、限定的に解してしかるべきである。

当法廷が、証人に対する故意の司法妨害の効果に関する争点を初めて扱ったのは、1879年のレイノルズ事件である。被告人が自己の不正行為によりその妻を証言不能に至らしめたため、裁判所は、前の公判での妻の証言調書に証拠能力を認めた。レイノルズでは、その理由として「何人も自己の不正により利得すべきでない」との、コモン・ロー上の法格言が用いられた。そして、1997年、当法廷はデイヴィス事件において、連邦証拠法804条の規定するところを、権利剥奪法理 *forfeiture doctrine* と位置づけ、数々の注釈書もその法理を支持しているものと思われる。その法理が適用(発動)されるのは、証人を証言不能たらしめる具体的な目的・意図が被告人に存するときということで、おおむね一致を見ており、その論拠は以下の4点に集約されるものである。コモン・ローの文言の自然な解釈、被告人の積極的な証言妨害のないときは、一貫して法廷外供述が許

容されずにきていること、謀殺の被害者の法廷外供述の必要性、反対意見の支持する、被告人から権利を剥奪する場合を広く認める立場は、これまで採用されたことがない点。

反対意見は、コモン・ロー上 forfeiture doctrine が問題とされたのは、被告人に反対尋問の機会を認めうる場合であり、その法理を、反対尋問の機会がない場合に適用するのは不適切である旨主張する。しかし、元来、権利剥奪法理が作用することに関して、反対尋問の機会の存否は何ら要件ではない。ハリスン事件をはじめ、これまでの先例は、被告人の積極的な司法妨害が認められるときは、反対尋問の機会の存否に関係なく、その法理を適用してきた。そのことはコモン・ローの先例の理由づけおよび注釈書の記述によっても根拠づける。

反対尋問の機会という要件を不要とするのに十分な根拠があるわけではない。しかし、先例の精緻な検討を待たずとも、反対意見のように、権利剥奪法理が反対尋問の機会のあった供述にのみ適用されるとの基準を採用してしまうと、反対尋問の機会どころか、証人の主尋問そのものを不当に妨害しようとした被告人に対する制裁という、権利濫用による憲法上の権利の否定の論理枠組みがかえって歪められることになる。

さらに、反対意見は、先述の自己矛盾に富んだ主張に加え、クローフォードで新規に採用された基準を暗に否定し、以前のロバーツ事件の基準に立ち返るような、しかも歴史の裏づけのない立論を試みている。

憲法上の権利が被告人の不正行為により否定される際の「不正」の程度は、相応の悪質さをともなうものである必要があり、その不正の程度をはかるためには、被告人の不正行為の目的を審理することが不可欠である。だが一方で、禁止する司法妨害行為は、司法の完全性を維持できる程度に限定してもなんら支障はなく、不正行為の目的でもって禁止行為の要件に限定を加えない、一律かつ広範な forfeiture doctrine を採用することは賢明でない。反対意見の見解に存するさらに大きな問題点は、対決権の保障範囲を抽象的な尺度で扱ってしまうところにある。第6修正が公正さを命令していることは事実だが、その公正さを体現するための基準は、可能な

かぎり具体的であることが望ましい。

下級裁判所は、被告人に、権利剥奪法理を適用するほどの、意図的な不正行為が存在したかどうかについて、審理を尽くしていない。よって、審理不尽を理由に本件を差し戻す。また、私たちは、憲法起草者が、対決権条項の権利保障の例外を想定していたとは考えない。

トマス裁判官の補足意見

(省略)

アリトー裁判官の補足意見

アリトー裁判官は本件被害者の供述録取書の許容性が、第一に、対決権の問題となるのかに疑問を示し、反対意見の立場にも理解を示しつつ、一方で *forfeiture doctrine* を「間接的に」は対決権の保障範囲の問題であることを認容している。

ソータ裁判官の補足意見

ソータ裁判官は、法廷意見の歴史の検証は健全であるとしながら、権利剥奪法理を確実に論証するための理論構成は、これまでの先例で十分に発達しているとは思えないとの懸念を示している。

ブライヤ裁判官の反対意見

私たちは、クローフォード事件で、供述者の testimonial な法廷外供述に証拠能力を認めるためには、証言利用不能の立証がなされ、反対尋問の機会の存在が立証されないかぎり、第6修正違反となることを確認した。また、同時にデイヴィス事件において、自己の不正行為により、証人の出廷および証言を妨害した者は、対決権の保障を喪失することもある旨判示した。本件で捜査官が作成した被害者の供述録取書は、法廷証拠となることを知ってなされた供述であるから、その前提により権利剥奪法理の適否を検討しなければならない。

被告人の不正行為による権利剥奪，すなわち，対決権条項の保障の例外の根拠にはいくつかのものがある。一つ目は，コモン・ローの先例および注釈書が示す，contrive 計略する，や procure 不正にもたらす等の文言の存在である。二つ目は，憲法起草当時，既に存在した注釈書に forfeiture doctrine の制度趣旨や目的に関する記載のあることである。三つめは謀殺による保険金詐欺の場合，権利濫用を認めないと正義に反する結果を招来しやすい点である。

本件において，被告人による被害者の殺害行為は，証言の積極的な妨害行為と評価されてかまわないと思うが（刑法上の故意・意図の解釈を扱ったアレン対合衆国），被告人の不正行為が，積極的な司法妨害の目的を有するか否かは，その目的や意図を別個の要件としたところで，殺人という犯罪行為においては判別が難しい。そして，権利剥奪法理が被告人の憲法上の権利の保障範囲を狭めてしまう危険を持つとの法廷意見の批判は一理あるが，立法府の政策決定にゆだねることによりさほど悪い結果を生じるとも思えず，また，forfeiture doctrine の発動に際し，被告人の不正行為に限定を加えるということは，レイノルズ事件でも明確に判示されているわけではない。司法妨害行為の存否に関しては，被告人が行為したことが問題なのであって，その行為の動機は問題ではなく，反対尋問の機会のない法廷外供述の証拠能力の有無と権利剥奪の法理が同時に問題となった先例は存在しない。

証人の証言を不可能たらしめる企図で殺害する場合と，殺人をなし，単にその結果，殺人の被害者が証言しえなくなったただけの場合，本件がそのいずれにあたるかが，本件の下級裁判所の審理では明らかでない。

6 被告人の権利との関係

被告人の憲法上の権利である証人審問権（37条2項）は，単に事実認定の正確性が担保されていればよいとか，供述証拠に特別の信用性が備わっていれば，被告人の権利は制約されて当然であるとかということを内容と

している規定ではなく、被告人に、自己に不利な証拠に対し積極的かつ能動的に反論、反証する機会が現実存在することを要請し、その機会が認められなくとも供述に証拠能力を認める場合(伝聞例外の許容)というものは極力狭く解釈されることを求める権利とよむのが、現代憲法の命ずるところに沿う考え方かと思う⁷¹⁾。憲法上の権利が絶対のものでないということは、その権利が政策的な理由により容易に制限されてよいことまでを意味しない。

先述の英米法の権利剥奪法理との関係でも、権利剥奪の効果を発生させるがごとき不正な意図や不正行為が被告人に存するときは伝聞法則の適否の問題とならないが、権利剥奪となる事由がないかその立証が充分でないときは、やはり伝聞法則の適否の問題に立戻ってくる点や、憲法上の権利の剥奪事由は一定程度悪質な不正行為や不正の意図が存する場合に限られるという点においても、証人審問権は、少なくとも、単なる事実上の召喚不能事由を根拠に制約されてよい権利ではないと推論するのが正しかろう。もし、反対尋問権が単に事実認定の正確さのみを求める規定であれば、おそらく、その権利が失効する事情を重大な不正行為に限定する必要も少ないことになるはずである。それに、当事者論争主義の刑事裁判においては、被告人からのあらゆる挑戦的防御、反証のルートが確保されていないのであれば、両当事者が対等の地位にあることを前提とするクリーン・ハンドの原則を、形式的に適用することはできない⁷²⁾。

公判前の証拠保全手続等(刑訴法226条~228条)の段階での被告人の

71) Crawford v. Washington, 541 U. S. 36 (2004). Ohio v. Roberts, 448 U. S. 56 (1980). クローフォード対ワシントンでロバーツ事件が変更されたことの意味。Richard D. Friedman, *Confrontation: The Search for Basic Principles*, 86 Geo. L. J. 1011 (1997). 前掲注64 Margaret Berger. Randolph N. Jonakait, *Restoring the Confrontation Clause to Sixth Amendment*, UCLA L. Rev. Vol. 35 p. 557 (1988).

72) 小山貞夫編『英米法律語辞典』175頁。渥美東洋『全訂刑事訴訟法第2版』265頁, 285頁。弁護権放棄の要件が厳格であることも、同じ理由からと思われる。最判昭和54年7月24日刑集33巻5号416頁。

反対尋問の機会が、公判段階での反対尋問の機会に比肩するとみるべきなのかという争点に関して、私見としては消極に解している。しかし、一方で、すべての刑事手続の経過を通して一度でも反対尋問の機会が存したか否かは、その機会があった場合となかった場合ではたしかに大違いという見方もそれなりの説得力を有する。犯罪類型の差異(大逆罪か重罪か軽罪か)、つまり、重罪であれば軽罪事犯より被疑者の身柄確保の必要が高くなること、そして、歴史上、予備審問手続での証人尋問は治安判事の権限であったこと⁷³⁾、不当な身柄拘束からの解放というものが、監獄等の非衛生な状態により被疑者の死活問題となっていたため、不当な身柄拘束が人身の自由に反するという理由とは少しベクトルの異なる配慮から、治安判事に罪を犯した相当の嫌疑を欠く被疑者の釈放権限を与えたこと、それらにかんがみると、少なくとも、予備審問段階の反対尋問は、公判の事実認定者の面前における反証活動としての性格は薄いと言わざるをえない。なぜなら、公判前手続段階における裁判官の関与の主目的は、公判段階でなされる正式の事実認定を行うことではなく、不当な身柄拘束を早期に解消するということにあるからである⁷⁴⁾。しかしながら、受訴裁判所の裁判官ではなくとも中立公正な審判者たる裁判官の面前で、自己に不利な証人に対して反論する機会が存したことを考えれば、現代のその被告人側からの反対尋問の機会は、公判廷の反対尋問に及ばずながら類似の性質を持つものと捉えることは可能となり、反対尋問の機会の存在は相応に評価されることは可能で、また、法廷証言と同等の機能を果たす供述(testimonial

73) この点に関し、弁護権が大逆罪についてのみ認められ、いまだ弁護人の陪審に対する説得行為が許されていなかった時代に、弁護権の拡充を目指した当時の議会議員が、弁護権は重罪か軽罪かを問わず被告人に保障されるべきことを主張していたことが想起される。John Hostettler, THE POLITICS OF CRIMINAL LAW REFORM IN THE NINETEENTH CENTURY, p. 45-55 (1992). 前号注18 Langbein.

74) 栗原真人『18世紀イギリスの刑事裁判』203頁。わが国の刑訴法158条(公判期日外の証人尋問)は、英米における予備審問とは異なる性質の公判期日外の証人尋問を想定した規定と解される。

statements)の証拠能力を決する基準として、考慮されてよい要件の一つとなりうるものとする⁷⁵⁾。陪審の審理がさほど綿密でなく⁷⁶⁾、国家規模の警察機関が未整備であった時代には、伝聞証拠の制限というものが、不当な身柄拘束や不当な起訴を防止するために、勾留の正当性や被疑者の嫌疑の程度を審査する基準として機能していたことも、一面で考慮しておく必要がある。悪質な賞金稼ぎによる無辜の市民の逮捕、不当逮捕が社会問題となった時代に、マジストレイトが身柄拘束の適法性を審理する場面で、伝聞証拠の制限という必要が生まれてきた⁷⁷⁾。伝聞法則は、捜査段階の政府の活動を規律する基準として発達した側面と、陪審による事実認定を中心とする公判段階における立証・反証活動の原則として発達した側面とを、歴史的には有している⁷⁸⁾。ちなみに、「合理的疑いを容れる余地のない証明」や「逮捕の相当理由」等の証明基準の発達過程に関しても、パラレルな現象をみてとれる⁷⁹⁾。

わが国では、伝聞例外の要件を決する際に、当該供述が、法廷供述と同等の供述 (testimonial statements) かそうでない供述 (non-testimonial

75) 法廷証言の代替物たる供述、前号注11クローフォード事件。拙稿「法廷証拠となる供述と対決権条項」法学新報121巻3・4号163頁。

76) J. S. Cockburn, A HISTORY OF THE ENGLISH ASSIZES 1558 1714 p. 109 (1972).

77) 前号注18 Langbein p. 74. 前号注3 Landsman p. 578. 有罪獲得時の検察官への報償制度の問題点については、Treason Trial Act of 1696やThe Prisoner Counsel Act 1836によって解消されたといわれている。

78) 拙稿「陪審機能の変遷と刑事法の作用領域」法経論集196号17頁。

79) Barbara J. Shapiro, "BEYOND REASONABLE DOUBT" AND "PROBABLE CAUSE": HISTORICAL PERSPECTIVES ON THE ANGLO-AMERICAN LAW OF EVIDENCE (1991). 英米の刑事裁判制度初期の心証の用語について同書13頁、「合理的疑い」の用語の起源・17頁。最初に用語を導入したのが裁判所か検察かの争い・21 23頁。倫理学との結びつきで概念が形成されていったという主張に関し29頁。大陪審の基準との比較・47頁、起訴陪審の基準の変化・97頁。大陸法との関連は125頁、情況証拠と推定の理論は外国法域に由来していること・126頁。治安判事の職責と心証基準について同書164頁、マジストレイトの釈放権限と心証・178頁。伝聞証拠排除と直接主義の峻別は198 200頁。

statements) かとで、区別を設けていない。ただ、少なくとも、証言利用不能を要件とする伝聞例外の供述（法321条1項各号）に関しては、前の不一致供述を除いて、法廷供述と同等の供述とみることはできそうであり、証言利用不能が要件とならない刑訴法323条各号の供述は、後に法廷証拠となることを期してなされた供述とはいえない類型のものがほとんどである。

証言利用不能は、被告人の憲法上の権利を制約する場合の一要件であることにかんがみると、その要件を充足する事実の有無は慎重に認定されなければならない。昭和期の判例はいささか広範な事実には、証言利用不能の認定を認めてしまっていたようだが、平成時代の判例に関しては、証言利用不能の事態の認定に一定程度の絞りをつける姿勢があるものとみえる。ただ、平成7年6月20日（前記判例）の最高裁判決は、検察官が不正入国者の国外退去を「殊更」に「利用」しているとまではいえない場合については、原則として、検面調査は伝聞例外として許容されると判示したとも解しうるのであり、供述者の出廷が著しく困難であることの原因が不法入国者の国外退去以外の場合については、別途の考察や基準設定を要することになる。

被告人の権利濫用が認められる場合、すなわち、被告人側に証人の出廷を妨げる不正な意図と積極的な妨害行動がある場合は、被告人は対決権や証人審問権を主張できなくなる。そのような権利濫用により、被告人が憲法上の権利を喪失するか否かの議論は、直接には伝聞法則の問題ではなく、伝聞法則の適用如何が問題とされる場面というものは、少なくとも、そのような権利濫用がないことを前提としている。ただ、被告人の憲法上の権利が剥奪されるのは、被告人に不正な意図・積極的な妨害行為がある場合に限るという連邦最高裁の見解は、間接的に、対決権や証人審問権が重要な権利であることを示唆しているとみてよいのではないか。一方、訴追側（検察官側）には、もともと憲法上の対決権や証人審問権が存しないため、訴追側の権利濫用は、被告人の憲法上の権利を間接的かつ実質的に無効ならしめるという意味での権利濫用であり、証言利用不能の事態を奇

貨として反対尋問にさらされない供述を証拠利用する意図が検察官に存するかどうかの問題となる。ジャイルズ事件は、両当事者の権利濫用の効果に性格の違いがあることを教えてくれ、伝聞法則が当事者論争主義訴訟構造のみの問題ではないことに気づかせてくれる。

7 特信情況との関連の有無

歴史を振り返ってみると、特信情況の存在よりも、むしろ、ある供述証拠を証拠とする必要性の要件のほうが、証拠能力を認める主要な理由であったことはたしかなようである⁸⁰⁾。伝聞法則の確立前の英国裁判を参照すれば、なおさら、そのように考えるのが自然であろう⁸¹⁾。ただ、その証拠の必要性のみでは伝聞法則の例外を設ける根拠として充分でないと懸念されたためか、伝聞例外を証拠となしうる場合があることの付加的な理由づけとして、度々特信情況の存在が併せて援用され、さらに、結果として事実認定の正確性は害されないとか、供述証拠の信用性を高めるための反対尋問を経る必要が、伝聞例外の供述については元々からない等の説明が反復されてきたものと思われる⁸²⁾。供述証拠の信用性に関しても、供述の類型により差別化した理論体系が必要であろう⁸³⁾

「証拠とする必要性」の内容も多様であり、証人の出廷を確保できない事由といっても、証人が死亡している場合、証人が遠隔地に所在する場合、証人が犯罪による PTSD (心的外傷後ストレス障害) により出廷しても証言できない虞の高い場合、寝返り証人対策として前の不一致供述を証拠とする必要のある場合、各々の証言利用不能の事態には量的な差異では

80) 前号注3 Gallanis p. 536.

81) 拙稿「陪審機能の変遷と刑事法の作用領域」法経論集196号17頁, 34頁。

82) オハイオ対ロバーツ事件以来、クロフォード事件での判例変更のときまでアメリカ最高裁判例が維持してきた理論構成。

83) 例えば、共犯者の一人が相共犯者に対して証人となるときに関しては、Lilly v. Virginia, 572 U. S. 127. 柳川重規・アメリカ刑事法の調査研究82(リリー事件評釈)比較法雑誌33巻4号211頁参照。前掲注79 Shapiro p. 199.

なく質的な差異がある⁸⁴⁾。ある供述を証拠とする必要性が強く作用する場合において、必ずしも、純粋に当該供述の信用性が高いとは限らない。そして、証拠の必要性和特信情況の存在は相関関係にありながらも、一方が認められればもう片方が自動的に認められる関係にはないということをも、端的に、認めるべきではないだろうか。

不正な意図や不正行為により証人の法廷証言を事実上不可能に至らしめた当事者は、自己の権利を主張しえなくなるというのが、権利剥奪法理、あるいは、権利濫用法理であることがアメリカ最高裁のジャイルズ事件では示された⁸⁵⁾。その合衆国判例の示唆するところから、両当事者は、公正な立証・反証活動に不可欠な証人尋問の実現、また、適正な事実認定に必要な証人の出廷を、不当な意図・行動により、互いに阻害してはならないとの要請を導きうるように思う⁸⁶⁾。適正な事実認定に「必要な証人」の範疇に関しては、訴訟経済の要請から一定限度で、裁判所の裁量に委ねられてよいことになる（前記 判例）。そして、起訴事実の犯罪の立証責任が検察官にあり、被告人側には無罪推定の原則が働くことで⁸⁷⁾、検察側が不利益を甘受すべき場合の要件と、被告人が権利を失う場合の要件とでは、先述したとおり、基準や限界が異なるとよいものとする。したがって、権利失効理論は、伝聞法則そのものではないが、証言利用不能の要

84) 拙稿「伝聞例外と特信情況」比較法雑誌41巻2号119頁、124頁、130頁、133頁。

85) もっとも、前号注22 McCormick『証拠法第7版』第2巻241頁では、ジャイルズ事件の特殊性、つまり、当事者の権利濫用の場合は testimonial な供述への該当性を検討する以前の問題となることが指摘されている。

86) 当事者論争主義の理念からすれば、論争の充実を経て合理的な認定結果がみえてくるとされている。加えて、被告人に防御を尽くさせることは、不意打ちの防止や訴因制度の趣旨（刑訴法256条2項・3項）、告知聴聞の法理（憲法31条）の実践にも資するはずである。

87) 無罪推定原則は弾劾主義の要請であり、検察官が公訴事実の立証に成功してはじめて被告人は有罪となる。そして、裁判所の有罪心証の基準は、合理的疑いを差し挟む余地のない立証である。前号注51渥美502頁。刑訴法335条1項。

件を解する上での参考や前提として資する判断枠組みと位置づけられるように思う。また、証人となりうる者が被害者である場合に、被告人が積極的な証拠破壊の目的で証人(被害者)を害した場合は、権利剥奪法理の適用の問題になってくる。被告犯罪事実の類型によっては、例えば殺人(刑法199条)傷害罪(刑法204条)等の場合は、犯罪行為を行った被告人の具体的な動機・意図によって、また、別事件の証人の証言を妨害する具体的意思が被告人にあったか否か、殺人行為等の刑事責任を負担させれば足り権利剥奪の必要まではない場合かどうか、等を総合的に考慮して失権効の有無を決することになる⁸⁸⁾。

書面に記載された供述は、書面に対する反対尋問は物理的に不可能なため、一般的に伝聞証拠の範疇に入ってくるが(刑訴法320条1項)、相手方当事者の反対尋問の成果が反映されている裁判官面前調書や公判調書は、通常の捜査機関作成の証人の供述録取書、検察官面前調書とは、扱いに差を設けられてよいものと思う。ただ、反対尋問の効果を内在させているからといって、そのような書面が常に反対尋問を経た法廷証言(人証)と同等の扱いを受けて当然とまでは、その理を敷衍しえまい⁸⁹⁾。書証はあくまで書証なのである。宣誓供述書や供述録取書の弊害がこれまで唱え続けられてきたのは、供述者の一方的な主張に対して、カウンター・バランス(反対尋問を経たことの効果)の作用していない書面の性格に起因し、それこそが、法廷の事実認定者(陪審)の面前での証人(live testimony)に対する反対尋問の実効性には及ばない性質をもつことにあった⁹⁰⁾。ただ、

88) Aという罪をすでに犯した被告人が、A罪の証人の出廷・証言を妨害する目的で、その証人に対して別の日付、場所において危害を加えるといったB罪を犯した場合と、Aという犯罪のみについて、偶然、証人(A罪の被害者)が害された場合とを区別する必要があるように思われる。そして、その先は刑罰法規(実体法)の評価の問題となつてこよう。

89) 裁面調書を「単に直接主義に反しているだけの場合」と表現することが適切かどうかは慎重な判断を要しよう。司法協会『刑事訴訟法講義案(四訂版)』290頁。

90) 3 W. Blackstone, THE COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND p. 373. 公開法

証拠請求者でない相手方当事者の反証の効果が不十分ながらも作用している書面であれば、その書面の性格は、一方当事者の主張に偏向した宣誓供述書の性格とは異なってくる。よって、そのような書面は直接主義とは無関係に、「相手方当事者の反対尋問の効果が及んでいる書面」として、一方当事者の主張のみに偏向した内容の供述書面ではない書面と概念を定義するのが妥当であろう。ただ、伝聞法則は、事実の直接体験（知覚）をした者に対して供述証拠を提供する資格を認め（証言適格）、その当人が法廷において相手方当事者からの反対尋問を受けることにより、その供述証拠に内在する不安定性（信用性の脆弱さ）を解消することを目的とする原則である。であれば、書面や調書は、その存在形式自体が「伝聞証拠」なのであり、反対尋問の機会が存在した環境下で作成された書面が存在したとしても、本来は、書面記載の供述を提供している供述者を法廷に召喚し証言させるのが本筋で、より望ましいことには変わりはない⁹¹⁾。ちなみに、実況見分調書と相手方当事者が手続に立会う機会があった裁面調書（刑訴法321条1項1号、321条2項）とは異なる性格を持つ。前者は客観的事実の機械的記録の性格を有する故に、書面作成者の真性立証を条件に証拠能力を認められる書面であるが（刑訴法321条3項）、後者は、あくまで証言利用不能を条件として（321条1項1号の場合）、相手方当事者に反対尋問の機会が与えられていた事実から、書面の記載事実・記載内容に相手方当事者の反証（反対尋問）の成果を含んでいることを理由に証拠能力が認められるのである。また、鑑定書（刑訴法321条4項）に関しては、鑑定の中立性・公正さを確認する必要という、一般証人が反対尋問を受ける理由

廷における人証への反対尋問の有用性は、一部の書面を除いて、現代でも妥当する基本原理であろう。

91) 刑訴法321条1項1号の立法形式をみても、少なくとも、同法321条2項の場合よりは、書面の証拠採用より証人の召喚を優先する姿勢をみてとれないであろうか。重要証人は出廷が原則とされるのであり、証言利用不能や供述不能が例外の場合なのである。もっとも、裁面調書の内容に関して判例は、最決昭和29年11月11日刑集8巻11号1834頁、最大決昭和25年10月4日刑集4巻10号1866頁。

とは別の理由・目的で、鑑定人・鑑定受託者は反対尋問を受けるのである。さらに、証人の体験事項と推測事項、そして、一般証人の意見と鑑定人(専門家)の意見の扱いについて確認しておくならば、元来、証人が推測や意見を述べてはならないことと伝聞法則は同じものではない⁹²⁾。体験事実を語るのが証人の役務であり、事実認定者の判断に一番必要とされるのは証人の体験事実の供述である。鑑定人は犯罪事象を体験した者(目撃者等の一般証人)ではなく、犯罪の証拠に対して解析・分析を実施する者である。

「反対尋問を経ない供述証拠」という伝聞証拠の古典的な定義⁹³⁾、現代の複雑化した伝聞法則の実態に照らし基準としての有用性を欠くようにもみえるが、公判期日の法廷供述(証言)が供述証拠の典型であるべきことを率直に物語っている。また、書証はその存在形態自体が既に伝聞であり、書証記載の供述の証明力は人証の証明力に及ばないという前提⁹⁴⁾、現代法の伝聞規定解釈に際しても、やはり、柱とされる基準であろう。また、公開法廷においては一般的に偽証が少ないとの経験則も⁹⁵⁾、基準としては抽象的にすぎるとの非難があろうが、注目してよい事柄である。

ところで、本稿で紹介したジャイルズ事件との関係では、特情情報の要件はどのように関係してくるのであろうか。憲法上の権利たる対決権保障の有無に関しては、被告人側の権利濫用が認められれば権利は失効することになり、対決権侵害の有無の議論は解消することまでは前項目6で検討

92) 前掲注66 Holdsworth p. 211. 但し、わが国の刑訴法156条では、証人に推測事項を述べることを許している。陪審ではなく職業裁判官が事実認定者であれば、証人の推測事項の評価を誤るおそれは低いということか。

93) 前掲注66 Holdsworth p. 214.

94) 前掲注66 Holdsworth p. 219.

95) Akhil Reed Amar, *Foreward: Sixth Amendment First Principles*, Georgetown Law Journal p. 641, 680 (1996). 同書では647頁で伝聞例外の合憲性, 648頁で対決権と物証, 659頁で公判前段階に関する第6修正の起草者意思, 661頁で第6修正の立法趣旨・制度目的, 684頁では刑事陪審が汚職に強い事実認定機関であることが、それぞれ検討されている。

し確認した。しかし、対決権の適否が明確になった後も、すなわち、多くは被告人の積極的司法妨害により反対尋問が不可能となった場合でも、依然、事実認定の正確性の要請が完全に消失するわけではない。おそらく、ジャイルズ事件のプライヤ裁判官の反対意見やアリトー裁判官の補足意見が、反対尋問の機会の有無に関心を寄せているのは、対決権の剥奪あるいは喪失の問題に止まらず、被告人の権利が失効した後にも刑事裁判の公正さを確保するために、権利剥奪の効果を受ける供述に対しても、その内容の信用性を担保する何らかの要件を用意しなければならないのではないかという配慮なのであろう。積極的な司法妨害をした被告人の刑事裁判において、被害者（証人）の法廷外供述が自動的に、かつ、無制約に証拠能力を認められることになるという点を懸念し、司法妨害行為の制裁を受けるべき被告人の権利との関係では問題が解消していたとしても、正確な事実認定の要請（真実解明）という裁判の公正さの要求を根拠に、伝聞例外の要件の一つに相当する特信情況の要件を求めるとする立場にも理があることになろう。

だが、そこで注意が必要なのは、testimonial な供述であるか否かの分類の対象となるべきは伝聞法則の適用のある供述証拠であり、対決権の権利喪失にかかる供述証拠は、ジャイルズ事件の判断によれば、testimonial な供述、non-testimonial な供述の分類を問わず反対尋問も特信情況も要件とならないとされたのであるから、失権効の対象たる供述に裁判の公正さのための「特信情況」を求めるとするのであれば、伝聞例外要件の特信情況とは性格・役割の少し異なる特信情況と考えなければならないかもしれない点である。つまり、伝聞法則が作用する場面における反対尋問の機会の不存在を正当化する根拠としての特信情況（クロフォード事件以後は、とくに non-testimonial な供述に関する証拠能力要件の一つとなっているもの）ではなくて、被告人が対決権の保障を喪失している場合の被害者の法廷外供述の信用性を担保するための「特信情況」、事実認定の正確性を確保するための「特信情況」の要否が、司法妨害の対象となった証人証言に代わる供述証拠（法廷外供述）に関しては問題となりうるのである。

ソータ裁判官の補足意見、ブライヤ裁判官の反対意見がいうように、より厳密には、対決権の権利が被告人から剥奪される場合の、司法妨害の対象となった証言に代わる法廷外供述の証拠能力に関する理論は、これまで十分に議論されていないとみておくのが、より冷静な立場といえるのではないか。よって、そのような法廷外供述に「特信情況」を求めるとの表現を採用するか、権利剥奪の効果を受ける法廷外供述に対して「補強」を求めるとの表現を用いるのがよりふさわしいかは、原時点では各論者の自由に任されている。ただ、クローフォード事件で連邦最高裁が testimonial な供述とそうでない供述とを分類し、前者に対しては反対尋問の機会を絶対要件とし、後者に対してのみ、これまでロバーツ事件で維持されてきた伝聞例外要件の充足で証拠能力を認めるという判例変更をなした理由として、事実認定の正確性を担保する以上の役割・使命を対決権に期待していたことは明確であるから、その判断枠組みとの混同を避けるためにも、対決権保障を喪失した別次元の供述証拠の信用性担保が問題となる場面、すなわち、ジャイルズ事件のような権利剥奪が問題となる事例は、証人審問権・伝聞法則がストレートに問題となる事例とは別株のものとして位置づけ、被告人の対決権喪失の影響を受ける法廷外供述の証拠能力は、伝聞例外要件の特信情況という用語を持ち出さずに、そのような法廷外供述の証拠能力は無制約でよいのかという表現による議論を提案するほうが慎重かつ賢明な立場かと思う。クローフォード事件を判断した当時の合衆国最高裁は、権利剥奪となる事態のあることを充分には想定していなかったものと考えられる。被告人の権利喪失が明白な段階では、既に証人審問権・伝聞法則の保障の問題は解消しているのだから、その時点では裁判所の司法判断の正確性の要請が働いているだけに過ぎず、その正確性の担保としてのシステムの要否が、権利剥奪の影響を直接受ける法廷外供述の証拠能力あるいは信用性の問題なのである。

8 おわりに

これまで検討してきたことから、証言利用不能（供述不能）の要件は、依然、ある法廷外供述を証拠とする必要性を支える一要件であることを確認しえた。ただ、その一方で、証言利用不能の要件を憲法制定者の意図を超えて緩和してしまうと、証人審問権（憲法37条2項）や対決権（合衆国憲法第6修正）の実効性を損なう可能性があることも再確認できた。したがって、証言利用不能が立証されたときであっても、そのことのみによって、安易に証拠とする必要性を推認したり、特信状況の存在が不確かな法廷外供述に対して、本末転倒な発想から特信状況があると判断したりすることは、避けなければなるまい。クローフォード事件においてロバーツ事件の「信頼性の徴憑」というものが批判されることになったのは、この理論構造の一番の短所がそこにあったからという点を銘記すべきである。

また、証言利用不能の判断については、証人自身のおかれていた物理的・精神的な状態だけを考慮するのではなく、その事態に至った経緯や原因にも目を向けることが、真にやむをえない「証言利用不能」を見極めるために不可欠である。そして、検察官側の権利濫用論と被告人の権利剥奪論は、対決権（証人審問権）の保障範囲という点では共通するが、弾劾主義からの視点に関しては判断基準や理念が相違してくることになる。訴追官には、犯罪立責任及び当事者としての権限があるのみで、反証の機会を十分に保障されるべきとの被告人固有の権利のようなものはない。

伝聞法則が、合衆国憲法制定や判例変更とともにその内容を変化させたのであれば、証言利用不能の概念も、その変化にともない内容を修正されるべきことになるのは、修正の幅・程度に関しては争いが残るものの、当然ではないであろうか。そう、少なくとも testimonial な供述については。

参考文献

サヴィニー著 / 小橋一郎訳『現代ローマ法体系 第1巻』

比較法雑誌第49巻第1号(2015)

白取祐司『フランスの刑事司法』

山田道朗「証人審問権と伝聞法則」法律論叢70巻4号23頁

多田辰也「証人審問権についての予備的考察」立教法学49号233頁

辻本典央「伝聞法則の研究」近畿大学法学58巻2・3号337頁

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.

R. Michael Cassidy, "Reconsidering Spousal Privileges after *Crawford*", *American Journal of Criminal Law* 20 p. 349 (2006).

Josephine Ross, "After *Crawford* Double-Speak: Testimony Does not Mean Testimony and Witness Does not Mean Witness", 97 *J. Crim. L. & Criminology* 147 (2006 2007).