

証人審問権についての予備的考察

多田辰也

(大東文化大学法学部助教授)

- 一 はじめに
- 二 修正六条の証人対面権をめぐる判例・学説の状況
- 三 憲法三七条二項の証人審問権の意義
- 四 おわりに

一 はじめに

刑訴法三三〇条一項は、英米法に由来する伝聞証拠排斥の法理（伝聞法則）を規定したものと解されている。伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする証拠で、供述内容の真实性を立証するためのものと定義されるが、このような伝聞証拠が排斥されるのは、次の理由による。すなわち、証人が公判に出廷し証言する場合には、(1) 真実を述べる旨の宣誓と偽証罪による処罰の予告、(2) 不利益を受ける相手方当事者による反対尋問、(3) 裁判所による供述態度の観察という方法によって、供述の信用性を吟味・確認することが可能であるのに対し、公判廷外でなされた供述が、書面という形で、あるいはこれを知覚した証人の証言という形で法廷に提出される場合には、右のような

証拠の吟味・確認のための手段が十分には保障されず、その真偽を確認することができないためである。⁽¹⁾ただ、伝聞証拠とは反対尋問によるテストを経ていない供述証拠をいうとする実質的定義がみられることから明らかなように、伝聞証拠排斥の最大の理由が反対尋問の欠如にあることは明らかであろう。⁽²⁾

ところで、憲法三七条二項の証人審問権は、被告人の反対尋問権を保障しているため、伝聞法則との関係が当然問題となる。この点、判例は、「憲法三七条二項に、刑事被告人は、すべての証人に対して審問をする機会を十分に与えられると規定しているのは、裁判所の職権により又は訴訟当事者の請求により喚問した証人につき、反対尋問の機会を十分に与えなければならない」趣旨を規定したにすぎないとする。⁽³⁾すなわち、判例によれば、憲法三七条二項は、公判に出廷した証人に対する反対尋問を保障したにとどまり、証人たりうべき者に対する審問権まで保障したのではないということになるから、証人審問権と伝聞法則とに直接的関連はないことになる。⁽⁴⁾これに対し、通説は、伝聞法則の根拠を憲法三七条二項に求める。より正確にいえば、憲法三七条二項の証人審問権は、被告人の側からする伝聞法則を規定したものと解するのである。⁽⁵⁾

憲法上の証人審問権と伝聞法則とを等置する学説の立場は、判例に比べて、被告人の権利をより手厚く保護するようにも思われる。しかし、両者を等置することから、信用性の情況的保障があり、かつその証拠を用いる必要性がある場合には、証人審問の機会が与えられなくとも、憲法問題はおきかないことになる。そして、この点にこそ、大きな落とし穴が潜んでいたといわなければならない。なぜなら、現行法上、伝聞例外の要件が比較的緩やかであるだけでなく、判例によってそれ—特に、信用性の情況的保障の要件—がさらに緩和されることに伴って、憲法の保障する証人審問権じたいが形骸化される危険を生み出してしまったからである。⁽⁶⁾

この点、松尾教授は、アメリカ法を検討されたうえで、「憲法の定める被告人の対質権と、証拠法としての伝聞法則とを分離して検討するという考えかたには、学ぶべき点があるように思われる。わが国でも……憲法が被告人

に何を保障したのかをまず考え、それと既存の伝聞法則……とを対比するという手法が、今後は必要になってくるかも知れない」と主張されていた⁽⁷⁾。そして、その後、学説の中にも、証人審問権の内容や伝聞法則との関係を問い直そうとするものがみられるようになったことは事実である⁽⁸⁾。

しかし、証人審問権の内容および伝聞法則との関係をどう捉えるかという点については、まだ検討の余地があるように思われる。そこで、本稿は、アメリカ合衆国憲法修正六条の証人対面権をめぐる判例・学説の状況をも参考にしながら、わが国の憲法三七条二項の証人審問権の内容および伝聞法則との関係について、もう一度検討しようとするものである⁽⁹⁾。ただ、ここで結論だけを示せば、憲法三七条二項前段の証人審問権は、利益、不利を問わず、すべての証人に対する審問権を付与することによって、検察側の供述証拠を争い、吟味する権利を被告人に保障したものであり、その内容は、①対面権の保障、②検察官の証人出廷確保義務、③検察側証拠の吟味権の保障、④被告人の在廷権の保障からなる、というものである⁽¹⁰⁾。

二 修正六条の証人対面権をめぐる判例・学説の状況

一 アメリカ合衆国憲法修正六条は、弁護権や陪審裁判を受ける権利とらんで、被告人の証人対面権を保障している。これを文字どおり厳格に解釈すれば、被告人に不利な法廷外供述はすべて排除されることにもなりかねない。しかし、合衆国最高裁は、そのような極端な立場をとっていない⁽¹⁰⁾。そのうえで、後にみるように、証人対面権の保障の中核が反対尋問にあることを認めている。そのため、同じく反対尋問権の保障を中核とする伝聞法則およびその例外との関係が問題となる。すなわち、証人対面権をめぐる最大の論点は、法廷外供述の証拠としての許容性であり⁽¹¹⁾、そこでは当然のことながら、伝聞例外との調整が中心課題とならざるをえないのである。

本章では、両者の関係をめぐる合衆国最高裁の判例および学説を検討するが、本格的な議論が行われるようになったのは、一九六五年以降のことである。また、証人対面権の起源についても見解が一致しているわけではなく、⁽¹²⁾修正六条の立法者意思も必ずしも明らかでない。⁽¹³⁾そのため、アメリカにおいても、証人対面権をめぐっては、今なお活発な議論が展開されている。しかし、そのような動きの中にこそ、合衆国憲法の影響を受けたとされる、わが国の憲法三七条二項の意義等を考える際の参考になるものが含まれているといえよう。⁽¹⁴⁾

二 証人対面権に関する最初の主要な判決は、一八九五年のマトックス判決であるが、そこでは、証人対面権の主目的について、次のように述べられている。すなわち、その目的は「民事事件で許容されているような証言録取書 (deposition) あるいは一方当事者のみによる宣誓供述書 (ex parte affidavit) を、証人の尋問および反対尋問——そこでは、被告人は証人の記憶をテストし、良心をふるいにかけるだけでなく、陪審が証人を観察し、証言台での態度や証言の仕方から、証人の信頼性について判断しうるように、証人を陪審と対面させる機会ともなる——なしに、被告人に不利に用いることを防止することにある。⁽¹⁵⁾」と。証言録取書等の排除を前面に押し出しているが、これはおそらく歴史的背景からくるものであり、公判における証人尋問および反対尋問の保障に力点が置かれていたとみることは許されよう。

ところで、マトックス判決においては、伝聞 (hearsay) という言葉は使われていない。⁽¹⁶⁾しかし、合衆国最高裁は、憲法の解釈にあたってはその制定当時の法に照らして合理的な例外が認められることを強調するために、「臨終の陳述」(dying declaration) を例に挙げているが、⁽¹⁷⁾そこでは、必要性和信用性の観点からのみ検討が加えられている。その意味で、マトックス判決は、証人対面権を証拠法則たる伝聞法則と関連させて捉えていたといえよう。

その後の判例は、証人対面権の保障の核心が反対尋問権にあることを明確に認めるに至った。⁽¹⁸⁾このような合衆国最高裁の考えに最も強い影響を与えたのは、ウイグモアだといわれている。⁽¹⁹⁾ただ、ウイグモアと合衆国最高裁の見

解が完全に一致しているわけではない。すなわち、ウイグモアは、証人対面権と反対尋問権とは名称は異なるものの同一のものであるとしたうえで、反対尋問権は伝聞法則を実行するための権利であり、「真実発見のために考案された、最も優れた法律上の装置」であるとする⁽²⁰⁾。これに対し、合衆国最高裁は、証人対面権と伝聞法則が同じ価値の実現をめざし、同じルーツに由来することは認めつつも、両者を完全に同視することは避けているのである⁽²¹⁾。

しかし、合衆国最高裁は、証人対面権の保障の中核たる反対尋問の目的が真実発見にあることは、以前から認められていた。そしてついに、一九七〇年のダットン判決において、対面条項の目的が「事実認定過程の正確性に対する実務的関心の増進 (to advance a practical concern for the accuracy of the truth-determining process)」にあることを明言するに至ったのである⁽²²⁾。しかも、それは、反対尋問によって、事実認定者が供述の真実性評価のための十分な基礎をもちうるのかという観点から問題とされている⁽²³⁾。

また、対面要求の例外について、バーバー判決は、①必要性から生じる供述不能と、②以前の裁判手続における反対尋問が対面要求の背後にある目的と実質的に一致すること、という二つの要件を挙げている⁽²⁴⁾。対面要求の背後にある目的というのは、事実認定過程の正確性の促進のことであるから、それは、信用性の問題に直結することになる。事実、対面条項と伝聞法則の問題に初めて正面から取り組んだグリーン判決においては、対面要求の例外として、供述不能 (unavailability) と信用性の徴表 (indicia of reliability) が要件とされている⁽²⁵⁾。これらの要件は、ウイグモアによって示された、伝聞例外についての「必要性」と「信用性の情況的保障」に対応する⁽²⁶⁾。そしてついに、ロバート判決において、合衆国最高裁は、許容しうる伝聞証拠の範囲に対して加えられる対面条項による制約として、必要性と信用性の徴表を挙げるに至ったのである⁽²⁷⁾。

ところで、必要性のルールは、対面の優先に基づく法則で、そこでは通常の場合、検察官は、被告人に不利に用いようとする供述をなした原供述者を証人として出廷させるか、あるいはその供述不能を証明しなければならない

というものである(供述不能ルール)⁽²⁸⁾。この供述不能の証明については、例えば公判における対面の効果が著しく低い場合には、検察官は供述可能な証人を出廷させることは要求されないことも示されていた⁽²⁹⁾。しかし、それ以外の場合には、検察官が誠実な努力(good-faith effort)をしたにもかかわらず原供述者を出廷させることができなかった場合でなければ認められないとされており、その意味では厳格な要件だともいえた。

しかし、イネイディ判決において、この供述不能ルールは共謀者の法廷外供述(co-conspirator's out-of-court statements)には適用されないと判示された。その理由は、共謀者の法廷外供述を許容することは、実際のところ、対面条項の目的たる「事実認定過程の正確性」を促進することになるからだとされている⁽³¹⁾。つまり、事実認定の正確性という、まさに証拠法的関心から、供述不能ルールの適用が排除されたのである⁽³²⁾。しかも、ホワイト判決では、供述不能ルールは、法廷外供述が先行する司法手続の過程でなされたものである場合にのみ適用されることになった。供述不能ルールは事実認定過程の正確性の促進にほとんど貢献しないかわりに、検察官に余計な負担をかけることが、その理由とされている⁽³³⁾。ただ、この点は、信用性の徴表の問題と密接に関連している。

信用性の徴表は、原供述者が供述不能の場合に、事実認定の正確性確保という観点から要求される要件である⁽³⁴⁾。ある証拠が要件を満たすか否かは、次の二つの方法により判断される。すなわち、それが「確立した伝聞例外」(firmly rooted hearsay exception)に該当する場合にはそれだけで信用性の情況的保障の存在が推定されるのに対し、それ以外の場合には「信用性の個別的保障」(particularized guarantees of trustworthiness)の立証が必要とされるのである⁽³⁴⁾。

ロバーツ判決では、供述不能の判断と信用性の徴表の判断が、ともに必要とされていた。しかし、ホワイト判決では、一定の確立した伝聞例外にあたる場合には、供述不能の認定は不要とされるに至った。その理由は、そのような例外に該当する証拠は高度の信用性をもつから、それだけで対面条項の要件を満たすということである⁽³⁵⁾。つま

り、対面条項の目的は事実認定過程の正確性の促進にあるのであるから、もともと信用性があるとして伝聞例外とされている証拠については、反対尋問を認めても意味がないというわけである⁽³⁶⁾。

こうして、法廷外供述が一定の確立した伝聞例外にあたる場合には、それだけで証拠能力が認められるだけでなく、検察官が伝聞供述の正確性ないしは信用性を立証することによって、反対尋問に代えることが可能となったのである⁽³⁷⁾。このことは、対面条項が証拠法則の内容を規定するのではなく、逆に証拠法則が証人対面権を支配していることを意味する⁽³⁸⁾。しかも、「信用性の個別的保障」の立証は、それほど厳格なものではなく、検察側に対する実質的な制約になっていないとさえいわれている⁽³⁹⁾。

このように、合衆国最高裁は、一連の判決において、対面条項による規制の大幅な緩和をはかってきたわけであるが⁽⁴⁰⁾、それは、伝聞法則ないしは伝聞例外の憲法化と捉えることも可能であろう⁽⁴¹⁾。

三 それでは、学説は、証人対面権と伝聞法則ないしは伝聞例外との関係を、どのように捉えているのであろうか。この点は、被告人の権利を保護しつつ、いかにして証拠法改革を進めていくのかという問題とも絡むだけに、種々の見解が表明されている⁽⁴²⁾。

まずは、対面条項を伝聞法則と関連させない見解からみてみよう。ウイグモアは、証人対面権と反対尋問権を同視し、反対尋問権は伝聞法則を執行するための権利であるとするが、修正六条の対面条項は、いかなる種類の供述が公判廷でなされるべきかについては言及しておらず、裁判時の証拠法によって公判廷でなされなければならないことが求められている証言は、反対尋問に服さなければならぬというものを規定しているにすぎないとする⁽⁴³⁾。つまり、ウイグモアによれば、証人対面権と伝聞法則とが衝突することはありえず、その限度では、証人対面権の保障は絶対的なものとなる。しかし、結局のところ、証人対面権の保障範囲は伝聞法則に支配されることになり、その意味では合衆国最高裁の立場と同視しうることになる。

これに対し、ハーラン裁判官は、グリーン判決の補足意見において、修正六条が検察側に要求しているのは供述可能な証人を出廷させることのみであり、証人が供述不能なら、検察側は法廷外供述を証拠として提出しうるのであり、この点については対面条項はまったく関与せず、そこにはデュー・プロセス条項による信用性の観点からの規制が加えられるとの見解を示した。⁽⁴⁴⁾ この考えの最大の特徴は、事実認定の正確性を問題とする証拠法則から対面条項を分離し、検察側に対する行為規範と捉えた点にある。もつとも、ハーラン裁判官は、ダットン判決において、右のような理解は訴追側に過度の負担を強いることになるとして放棄し、ウイグモアの見解を支持するに至っている。⁽⁴⁵⁾

しかし、その後の多くの学説は、ハーラン裁判官によって示された見解の厳格な適用に問題のあることは認めつつも、それを基本的に支持している。そのうえで、「被告人に不利な証人」という文言を狭く解釈することによって、原供述者が供述可能な場合でも、ある種の伝聞供述が許容されるようにしようとするのである。例えば、ベーカーは、検察側に課されている証人の出廷確保義務は、原供述者を出廷させることの困難さの程度と当該証拠の重要性の程度によって判断されるとの立場から、供述可能な証人を出廷させるため検察側には合理的努力が求められるが、原供述者の法廷外供述が単に日常的かつ副次的なものである場合には、その者を出廷させる義務を負わないと主張する。⁽⁴⁶⁾ 一方、K・グラハムは、原供述者が検察側の主たる証人 (principal witness) であるときにのみ、憲法上対面が要求されるとする。⁽⁴⁷⁾ また、M・グラハムは、原供述者が公判廷で証言可能であり、供述のなされた状況から、その供述が告発的 (accusatory) である場合のみを問題にする。⁽⁴⁸⁾ さらに、ウェステンは、対面条項における「証人」は、同一条文に規定されている証人喚問条項における「証人」概念と統一的に理解すべきであるとの立場から、「被告人に不利な証人」を、公判において証言可能であり、しかも、その供述を検察側が被告人に不利な証拠として提出し、かつ、その時被告人が反対尋問を望むであろうことを検察側が合理的に予測しうるすべての者と

解釈することを提案している。⁽⁴⁹⁾

右にあげた学説は、いずれも、原供述者が公判で供述可能な場合でも対面条項の「証人」にはあたらなことがありとするものであり、供述不能の場合、すなわち対面条項が問題とならない場合については、修正五条ないしは修正一四条のデュー・プロセス条項によって、信用性の観点からの規制が加えられることは認めている。

これに対し、対面条項と伝聞法則とを関連させて理解するものとして、次のようなものがあつた。マコーミックは、伝聞法則と対面条項の機能の同一性を肯定したうえで、現在までに認められている伝聞例外を含めた意味での伝聞法則を憲法化したのが対面条項だとする。そして、将来認められるかもしれない伝聞例外については、立法による例外の拡張には制約があるものの、裁判所による法創造はかなり自由に行いうるとの立場に立っていると見えよう。⁽⁵⁰⁾ また、サイデルソンは、立法または判例法によって認められているにすぎない伝聞例外は、憲法上の対面権を制約することはできないが、いかなる伝聞例外も許容されないとするのはいきすぎだとして、①伝聞証拠の絶対的必要性、②高度の信用性、および③供述時に無害であり、告発的でないことの二つの要件を満たす証拠の提出は、対面条項に違反しないとす。⁽⁵¹⁾ さらに、ナタリは、被告人の証人対面権を完全に補うだけの信用性があれば法廷外供述も許容されるが、ただし、留置場などのように、一方当事者の支配下にある場所でなされた供述については、検察側は、それが任意になされたものであることを証拠の優越の程度にまで立証するとともに、被告人の有罪を支持する他の証拠を提出しなければならぬと主張していた。⁽⁵²⁾

いずれも、必要性と信用性とを基本にすえつつも、それ以外の要件を加えることによって、対面条項と伝聞法則との調和をはかろうとしていたといえよう。

このように、対面条項と伝聞法則とを関連させる立場からも、関連させない立場からも、多くの解釈が示されていた。しかし、合衆国最高裁は、対面条項の「証人」はすべての証人を意味することを前提に、対面条項の例外要

件として、まずロバーツ判決において、必要性⁵³ 供述不能と信用性の徴表という基準を採用したのである。しかも、ホワイト判決に至る一連の判決によって、証人対面権侵害の有無は、原則として信用性の有無のみで判断されるようになったことは、既にみたとおりである。

対面条項に事実認定過程の正確性の促進という意義のみを認めようとする合衆国最高裁の立場に対しては、修正六条の証人喚問条項によってバランスをはかることが可能であり、それによって被告人の証人対面権の保護がはかれるとの見解もないわけではない。⁵³ しかし、ほとんどの学説は、合衆国最高裁の立場に批判的である。⁵⁴ 批判の多くは、合衆国最高裁の立場は被告人の憲法上の権利を形骸化するという観点からのものである。⁵⁵ しかし、もう一方には、伝聞法則の憲法化は証拠法改革を阻害するとの批判も存在する。⁵⁶ そのため、対面条項をめぐる⁵⁷ は、現在でも多くの見解が示されている。

まず、マサロは、対面条項は被告人に焦点を合わせた告発をした供述者のみを対象とするとし、フリードマンは、原供述者の供述不能が被告人の責任によるものでない限り、対面条項は、犯罪捜査あるいは訴追の際に利用されるであろうことを期待してなされた供述を排除すると主張している。⁵⁸ いずれも、供述者の意図という観点から、対面条項の「証人」の範囲を限定しようとするものであるが、グリーン判決でのハーラン裁判官の考えが前提にな⁵⁹ っていることはいうまでもない。

これに対し、基本的に証拠法的観点から対面条項を検討するものもみられる。カークパトリックは、供述不能要求は、供述の重要性、信用性、反対尋問によるテストの有効性、および反対尋問に代わる方法の充分性に左右されるとする。すなわち、供述内容が些細で、副次的なものであれば、経験豊かな弁護士は反対尋問は必要ないと判断するであろうし、高度の信用性が立証されればそれだけ反対尋問の効果は減少し、また、通常の業務過程で作成される記録等については作成者を尋問してもあまり意味がないし、学術論文の内容等については、著者を反対尋問す

るよりも、他の論文や鑑定人による吟味のほうが効果的な場合があるとするのである。⁽⁶⁰⁾ 反対尋問以外の方法による証拠の吟味という点に特徴がある。

つぎに、信用性と供述獲得の際の手續を問題にする見解もみられる。スカーランは、対面条項の解釈にあたっては、証拠法的側面、手續的側面および社会的側面からの考察が必要であるとしたうえで、もし、原供述者が死亡するなどして、検察側がその者の出廷を確保できない場合には、検察側は証拠法的側面および手續的側面の保護に最善を尽くさなければならぬのであり、そのためには、伝聞供述が高い信用性の基準を満たすとともに、その供述が訴追手續あるいは糾問手續において得られたものでないことを立証しなければならぬとする。⁽⁶¹⁾

これに対し、対面条項に独自の意味を見いだそうとする見解もみられる。バーガーは、証人対面権は政府の糾問的権力を抑制するための手續的保障の一つであるとの前提に立ち、政府機関によつて引き出された公判外供述は、原供述者が出廷するか、あるいは特別の手續的保障がなされない限り排除されるとする。そして、その手續的保障とは、例えば、子供や情緒不安定な者の取調べにあつてのテープ録音、共謀者の取調べ時に誘導尋問が用いられた場合の共謀者の法廷外供述の排除、身柄拘束中の取調べにより得られた供述の排除等である。⁽⁶²⁾ 手續的保障を重視している点に最大の特徴がある。⁽⁶³⁾

また、ジョナカイトは、対面条項の真の目的は、修正六条に規定されている他の権利とともに、当事者主義構造を保持することであり、事実認定の正確性はその目的ではなく結果だとする。そして、当事者主義の中核的構成要素は反対尋問であるから、もし事実認定者が反対尋問なしでも証拠を適正に評価できるのであれば、証人対面権の侵害の問題はおきないが、反対尋問が否定された結果、事実認定者が証拠の評価を誤る合理的可能性が存在する場合には、証人対面権が侵害されることになるとする。そのため、被告人に不利な伝聞証拠を提出するためには、検察側は、被告人の立場からみて、反対尋問が何ら役に立たないものであることを立証しなければならないと主張す

るのである。⁽⁶⁴⁾

さらに、モストラーは、対面条項は糾問手続によって得られた証拠の導入に対して被告人を保護しようとするもの、つまり手続的保障を重視しているものであり、これは供述が信用できるものであることで満足させられるものではないとする。そのうえで、ある証拠が、なされた時に告発的かつ供述的なもので、訴追側の一方的手続により得られたものである場合、それが証拠として許容されるためには、対面条項のもとで反対尋問権以上の保護―証人は当事者主義的状况において主尋問に答えなければならず、また、被告人は、証人の証言拒否や記憶喪失等によって制限されない、完全な反対尋問の機会を保障されなければならない等―を被告人に与えることが必要になると主張するのである。⁽⁶⁵⁾ これは、対面条項の適用範囲を限定したうえで、より手続的に強力な保護を被告人に与えようとの見解であるといえよう。

なお、ネッソンらは、伝聞証拠が許容されるためには、①伝聞証拠の個々の断片が、他の証拠から独立して、基礎的正当性についての司法審査をパスすること、②有罪判決は、供述内容が他の証拠によって補強されない伝聞証拠に基づくものであってはならないこと、という二つの要件をクリアしなければならないとする。①については、「私はサムが銃を取り出し、ビルを撃つを見た。」という供述は、「私は事件の時にその場に居た」という基礎的主張と、「サムがビルを撃つた」という本質的主張とからなるが、伝聞証拠が許容されるためには、裁判官が前者の正確性について判断しなければならず、その際被告人は争うことができる―証人は当時別の場所に居た等―というものである。また、②については、反対尋問が保障されない場合には、供述内容が他の証拠によって裏付けられることが必要で、被告人はこの点でも争うことができる⁽⁶⁶⁾。かなり独特な見解ではあるが、検察側の証拠を争う機会を被告人に与えようとしていることは明らかである。

四 以上検討してきたように、対面条項と伝聞法則との関係について、合衆国最高裁は、両者の同一性を否定し

ながらも、対面条項を証拠法則と捉えることによつて、結局は伝聞法則による証人対面権の支配という方向に動いてきた。そして、この傾向は、今後もしばらくは続くともみてよいであろう。

これに対し、学説は、対面条項を伝聞法則と関連させるものから、その独自の意味を見い出そうとするもので、種々の見解が主張されている。ただ、伝聞証拠に対する信用性という観点からの規制は、修正六条の対面条項ではなく、修正五条ないしは修正一四条のデュー・プロセス条項によるべきであるとの主張は、傾聴に値すると思われる。また、最近の一つの特徴として、証人対面権を手続的保障という観点から捉えるとともに、検察側の証拠を吟味するという被告人の利益を重視しているということができるとはないだろうか。このことは、証人対面権は、一方当事者のための供述を自動的に排除するものではなく、証拠を吟味する(challenge the evidence)権利である⁽⁶⁷⁾とか、証人が死亡したため、法廷外供述(既に反対尋問済)を証拠とする場合でも、その供述を、あるいは証人を弾劾する権利を被告人に与えなければならないという主張⁽⁶⁸⁾に、典型的に現れているように思われる。

三 憲法三七条二項の証人審問権の意義

一 憲法三七条二項の証人審問権について、通説は、これを被告人の側からみた伝聞法則の憲法化として捉えている。このような通説に最も大きな影響を与えたのは、おそらくウィグモアであろうが、前章でみたように、彼は対面条項を証拠法則とは捉えていない。その意味では、ウィグモアの見解を誤解していたといえなくもない⁽⁶⁹⁾。しかし、通説の考えは、結果的に、近時の合衆国最高裁の立場と同じであることも否定できない。

ところで、アメリカにおける修正六条の対面条項に関する判例・学説を詳細に検討した論者の中にも、その証拠法的機能を否定すべきではないとの見解もみられる⁽⁷⁰⁾。しかし、対面条項を証拠法則として捉えることを拒否し、それに独自の意味を与えようとの考えを支持する見解も示されている。具体的には、グリーン判決におけるハーラン

裁判官の立場、すなわち、対面条項は、証人が供述可能な場合には検察側に証人を公判に出廷させる義務を負わせ、供述不能の場合にはその義務を免除すると解するのである。⁽⁷¹⁾

それでは、わが国の憲法三七条二項については、どのように解すべきであろうか。わたくしは、基本的に、証人審問権を証拠法則から切り離して理解すべきだと考える。その主な理由は、次の二つである。まず第一は、証人審問権を事実認定の正確性を問題とする証拠法則と捉えたと、誤った裁判からの救済という消極的な意味が強調されることになるが、それは、証人審問権を被告人の積極的権利として規定している憲法三七条二項の解釈として妥当でないことである。⁽⁷²⁾そして第二は、証人審問権の証拠法的側面を重視することは、結局のところ、権利侵害の有無が供述の信用性判断に支配されてしまうからである。このことは、合衆国最高裁の判例を検討したところからも明らかであろう。

以上の理由から、わたくしは、憲法三七条二項の証人審問権について、それを被告人に対する手続的保障規定と解すべきであると考え。しかし、グリーン判決におけるハーラン裁判官の立場を支持することはできない。なぜなら、証人審問権は、公判に出廷した証人に対する被告人の反対尋問権の保障範囲をも問題にするものだからである。⁽⁷³⁾

二 さて、憲法三七条二項については、前段が被告人に不利な証人に対する反対尋問権を、そしてその限りで伝聞法則を、後段は被告人に利益な証人に対する喚問請求権を保障したものと解されている。⁽⁷⁴⁾このような解釈は、わが国の憲法三七条二項の母法とされているアメリカ合衆国憲法修正六条が、両者を書き分けていることに由来するといえよう。⁽⁷⁵⁾しかし、憲法三七条二項の母法が合衆国憲法修正六条であるとしても、両者の文言は必ずしも同じではない。⁽⁷⁶⁾そうであれば、合衆国憲法修正六条と同じ様に解釈しなければならない必然性はないであろう。⁽⁷⁷⁾憲法三七条二項については、次のような解釈も可能なのではないだろうか。すなわち、憲法三七条二項前段は、被告人に不

利であれ利益であれ、すべての証人に対する審問権を保障したものであり、後段は、被告人が申請する証人について公費による強制的喚問手続を保障したものと解するのである。

当事者主義のもとでは、自己側証人として申請しようとする者については、自己の責任で出廷させるのが原則である。しかし、その置かれた立場から、被告人に証人を出廷させる義務を負わせることは難きを強いることになり、その結果、手続の適正さが損なわれてしまう危険が大きい。そのため、後段は、被告人が申請する証人について、公費による強制的喚問手続を保障したわけである。

これに対し、前段は、不利あるいは利益を問わず、すべての証人に対する審問権を保障したものと解するわけであるが、その証人が被告人に不利なものであれば、反対尋問等によって檢察側証拠を弾劾することになる。しかし、被告人の無罪立証したいが、すべて檢察側の有罪立証の弾劾たる性質をもつ⁽⁷⁸⁾。そうであれば、不利な証人を反対尋問することも、利益な証人を喚問することも、ともに檢察側の有罪立証を弾劾することを意味する。つまり、憲法三七条二項前段は、檢察側の供述証拠を争い、吟味する権利を被告人に保障した規定と解するのである。⁽⁷⁹⁾

三 憲法三七条二項についての右のような解釈からは、次のような結論が導かれる。すなわち、憲法三七条二項は、①対面権の保障Ⅱ檢察官の証人出廷確保義務、②檢察側証拠の吟味権の保障、③被告人の証拠調べ請求権・証人尋問権の保障、④弁護権の保障、そして、⑤被告人の在廷権の保障を、その構成要素とするというものである。以下、一つひとつについて、もう少し詳しくみてみよう。

① 対面権の保障Ⅱ檢察官の証人出廷確保義務 証人が裁判官や相手方当事者の面前に立つことを一般に「対面」と呼ぶが、被告人に刑罰を科するためには、弁護人の援助を受けたうえで防御の準備を整えることができる公判において、被告人に檢察側の証拠を十分に検討させ、その面前で事実を明らかにする必要がある。そのため、当事者主義のもとでは、挙証責任を負う檢察官には、法廷において証人として利用しうる供述者は必ず法廷に出頭さ

せ、被告人に対面させなければならないという義務が課されることになる。⁽⁸¹⁾ しかも、この義務が果たされたといえるためには、バーバー判決でいうところの「誠実な努力」が尽くされたことが必要であることはいうまでもない。⁽⁸²⁾ 検察官がこの義務を果たさなかった場合には、その義務違反を理由に、伝聞証拠は排除されることになる。

これに対し、原供述者が既に死亡しているなどの理由で公判に出廷できない場合には、検察官に証人出廷確保義務を課することはできない。したがって、検察官がその正当性を立証すれば、原供述者の法廷外供述を証拠として提出することが許される。ただ、その場合でも、つぎに述べる証拠吟味権が被告人に保障されなければならないことはいうまでもない。

② 証拠吟味権の保障 一般に、憲法三七条二項の証人審問権は被告人の反対尋問権と同義であり、伝聞法則を要求すると解されている。しかし、同条項は、反対尋問以外の方法をも含めて、広く検察側の供述証拠を吟味する権利を被告人に保障したものと解すべきである。⁽⁸³⁾ しかも、同条項は、事実認定の正確性を問題とする証拠法則を規定したのではなく、あくまで手続的保障規定である。したがって、証拠吟味権が十分に保障された場合に、信用性の観点から伝聞証拠を⁽⁸⁵⁾ 実質証拠として許容するか否かについては、同条項は関知しない。⁽⁸⁴⁾ それは、デュー・プロセスの問題である。⁽⁸⁵⁾ 逆にいえば、必要性および信用性の情况的保障が認められる場合でも、証拠吟味権は保障されなければならないことを意味する。⁽⁸⁶⁾

証拠吟味権については、証人が公判に出廷した場合と、検察官の誠実な努力にもかかわらず証人の出廷が確保できなかった場合に分けて検討してみよう。

まず、証人が出廷した場合には、基本的に反対尋問によって検察側の証拠を吟味することになるが、その際には、弁護人が収集した証拠によって、供述内容や証人の性格等を争うことも許される。ただ、証拠吟味権が手続的保障として機能するためには、被告人に十分な反対尋問の機会が与えられるだけでなく、反対尋問の対象となる証

言じたいが、当事者主義的状况下でなされなければならない⁽⁸⁷⁾。しかも、伝聞証拠が許容されるためには、公判廷における証言だけでなく、伝聞証拠じたいが吟味の対象とされなければならないことはいうまでもない⁽⁸⁸⁾。したがって、証人が出廷しても、記憶喪失や黙秘権を主張して、主尋問すら十分に行えない場合には、公判証言および伝聞証拠とも不許容となる。また、証人が主尋問に答えた後、反対尋問前に死亡するなどして、反対尋問が行いえない場合にも、被告人の証拠吟味権が十分保障されたとはいえないから、公判証言は証拠としては認められぬ。このような不都合を避けるためには、争点ごとに主尋問と反対尋問とを繰り返す、いわゆるテキサススタイルを採用することも必要であろう⁽⁸⁹⁾。もちろん、反対尋問の制限は合理的なものでなければならず、また、関連性の判断も慎重でなければならない。

なお、主尋問が適正に行われなければ、反対尋問の効果も期待しえない。また、真に有効な反対尋問を行うためには、主尋問には現れていない供述内容の変遷や強調の度合いの違いなどのほか、証人の性格、被告人に対する予断等の有無などをも資料として用い、主尋問後直ちに反対尋問がなされるべきである⁽⁹⁰⁾。このように、主尋問の適正および反対尋問の有効性を担保するためには、事前の証拠開示が必要不可欠である。判例は、証拠開示を裁判所の訴訟指揮権の問題としているが⁽⁹¹⁾、むしろ、憲法三七条二項の証人審問権の問題として考えるべきである⁽⁹²⁾。

つぎに、検察官の誠実な努力にもかかわらず、証人の出廷が確保できなかった場合について考えてみよう。この場合、公判での反対尋問による証拠吟味は不可能である。しかし、それ以外の証拠吟味手段を考えることは可能であろう。例えば、第一回公判期日前の証人尋問に関して、判例は、裁判官の面前で、宣誓のうえ行われたという点に信用性の情況的保障があるとして、尋問調書の証拠能力を認めている⁽⁹³⁾。しかし、憲法三七条二項は被告人に証拠吟味権を保障したものであると解すると、右のような判例の立場には問題があることになる。確かに、被疑者・被告人または弁護人の立会いが認められ、反対尋問が行われる場合がないわけではないであろう。ただ、その場合で

も、時期的に、被告人の防御準備が整っていない等の事態も考えられる。しかし、それ以上に問題なのは、仮に証人尋問に際して反対尋問が認められたとしても、それは必ずしも、事実認定に被告人の立場を反映させることにはならないことである。換言すれば、証拠吟味権は公判における権利なのである。したがって、証拠吟味権が保障されたといえるためには、公判において、供述内容の変遷や、供述者の性格、被告人に対する予断の有無等の観点から、供述の信用性を争う機会を被告人に保障しなければならないことになる。

なお、捜査機関による参考人取調べに被疑者・弁護人を立ち会わせ、質問の機会を与えたとしても、その取調べの場は「公正さ」を担保するものとはいいがたいから、第一回公判期日前の証人尋問の場合以上に問題が多いことはいうまでもない⁽⁹⁴⁾。立会いが認められない場合はなおさらである。

しかし、例えば、唯一の目撃者が捜査機関の取調べを受け供述した後死亡してしまったような場合でも、被告人の有罪確保が不可能になるわけでは決してない。なぜなら、事実認定に被告人の立場を十分に反映させようとするならば、反対尋問に代わる証拠吟味手段が確保されていけば⁽⁹⁵⁾、少なくとも憲法三七条二項との関係では、当該供述調書の証拠能力を認めることに問題はないからである。そのような吟味手段としては、例えば、証拠開示をうけて供述内容に矛盾があることを示したり、弁護人の収集した証拠によって供述者には虚言癖があることを示したり、あるいは、目撃が夜間で、しかも一瞬であったなどの目撃当時の状況を明らかにすることによって、当該供述を弾劾することなどが考えられる。

証人審問権といえども、検察官に不可能を強いるものではない以上、原供述者の出廷が不可能な場合には、右のような証拠吟味手段が保障されていけば、憲法上の要請は満たされるといわなければならない。繰り返しになるが、証人審問権との関係で重要なことは、法廷外供述が許容されるためには必要性和信用性の情況的保障が存在しなければならぬということではなく、そのような場合でも、当該証拠を争い、吟味する機会を被告人に保障しな

ければならないということなのである。その意味で、私見は、証人審問権の保障を、必要性和信用性的情況的保障という点についての裁判所の裁量的判断によつてではなく、当事者主義訴訟における被告人の防御権という観点から捉え直そうとするものである。⁽⁹⁶⁾

③ 被告人の証拠調べ請求権・証人尋問権の保障　被告人が自己の利益となる証人の喚問を請求することも、結局は検察側の有罪立証を弾劾(吟味)する一つの方法であるから、被告人の証拠調べ請求権を不当に制限してはならない(規則一九〇条)。つまり、証拠調べの必要性については、原則として被告人(弁護人)の判断を尊重すべきことになる。⁽⁹⁷⁾

また、被告人に利益な証人の主尋問についても、同様の趣旨から、関連性判断および相当性等の判断(二九五条)は、ある程度緩やかであるべきであろう。⁽⁹⁸⁾

④ 弁護権の保障　反対尋問等による検察側証拠の吟味は、素人である被告人には困難なことが多い。したがって、被告人の証拠吟味権を実質的に保障するためには、弁護権の保障が必要不可欠である。⁽⁹⁹⁾ 村井教授が、「反対尋問権は、その(供述過程―筆者)の誤りをチェックするというだけではなく、それ自体被告人の弁護権の現れとして憲法上の基本権の行使としての意味がある(憲法三七条二項)。」⁽¹⁰⁰⁾とされるのも、同趣旨であろう。その意味で、憲法三七条は、アメリカ合衆国憲法修正六条と同様、全体として刑事裁判の当事者主義構造を保障したものと解すべきことになる。⁽¹⁰¹⁾

⑤ 被告人の在廷権の保障　反対尋問を含む証拠吟味権の保障は、その当然の前提として、被告人の在廷を求めている。⁽¹⁰²⁾ したがって、裁判長による法廷警察権の行使(二八八条二項)や、裁判所による証人尋問の際の被告人の退廷決定(三〇四条の二)は、慎重になされなければならない。もし、これらが正当な理由もなしに安易に行われた場合には、被告人の証人審問権を侵害するものとして、憲法三七条二項違反の問題を引き起こすことになる。⁽¹⁰³⁾

四 おわりに

憲法三七条二項の証人審問権を反対尋問権の保障と捉え、被告人の側からする伝聞法則を規定したものであると解する見解は、むしろ被告人の権利を形骸化することにならないであろうか。これが、本稿の出発点であった。

この点、憲法三七条二項の母法とされるアメリカ合衆国憲法修正六条の証人対面権について、合衆国最高裁は、証人対面権と伝聞法則が同じ価値の実現をめざし、同じルーツに由来することは認めつつも、両者を完全に同視することは避けている。しかし、証人対面権を証拠法則と捉えるため、結局のところ、伝聞証拠の信用性判断が証人対面権保障の中心問題になってしまった。しかし、このような判例の立場には批判が強く、証人対面権を、証拠法則としてではなく、手続的保障という観点から捉えるとともに、検察側の証拠を吟味するという被告人の利益を重視する見解が主張されるに至っている。

そこで、本稿は、わが国の証人審問権についても、右と同様の観点から捉え直してみたわけである。その結果、憲法三七条二項前段の証人審問権は、利益、不利を問わずすべての証人に対する審問権を付与することによって、検察側の供述証拠を争い、吟味する権利を被告人に保障したものであり、その内容は、①対面権の保障、②検察官の証人出廷確保義務、③検察側証拠の吟味権の保障、④被告人の証拠調べ請求権・証人尋問権の保障、⑤弁護権の保障、および⑥被告人の在廷権の保障からなる、との結論に至った。そして、検察官手持ち証拠の事前開示は、②の証拠吟味権を実質的に保障するために必要不可欠なものとなる。

右のような私見は、証人審問権の保障を、必要性和信用性の情況的保障という点についての裁判所の裁量的判断によってではなく、手続的側面を重視し、当事者主義訴訟における被告人の防御権という観点から捉え直そうとしたものである。

刑事法上の伝聞例外およびその関連判例と私見との関係についてより深く考察することが、今後の課題となる。

- (1) 以上の点については、田宮裕¹¹多田辰也・セミナー刑事手続法証拠編(一九九七年)一八五—一八六頁参照。
 - (2) 平野龍一・刑事訴訟法(一九五八年)二〇三頁、安村和雄¹²杉山英巳「伝聞の意義」証拠法大系III(一九七〇年)一二頁等参照。
 - (3) 最大判昭二四・五・一八刑集三卷六号七八九頁。
 - (4) 青柳文雄・五訂刑事訴訟法通論下巻(一九七六年)三四二—三四三頁も、両者の関連を否定する。
 - (5) 江家義男・刑事証拠法の基礎理論〔訂正版〕(一九五二年)六二頁、平野・前掲書〔注2〕二〇三頁、鴨良弼・刑事証拠法(一九六二年)一三八頁、田中和夫・新版証拠法〔増補第三版〕(一九七一年)九五頁、高田卓爾・刑事訴訟法〔二訂版〕(一九八四年)二二—二一頁等参照。
- ちなみに、検察官による主尋問終了後、反対尋問前に証人が死亡したような場合、憲法三七条二項との関連で、証人の主尋問に対する証言の証拠能力を問題にする見解もみられる。例えば、江家・前掲書五六頁、栗本一夫「伝聞法則」法律実務講座刑事編第八卷(一九五六年)一八四七頁、鈴木茂嗣・刑事訴訟法の基本問題(一九八八年)二三八頁等。もし、伝聞証拠について、反対尋問によるテストを経ない供述証拠という定義をするのであれば、右はまさに伝聞法則の問題になるのに対し、公判証言は伝聞ではないとの立場からは、憲法三七条二項を単に被告人の側からする伝聞法則の憲法化と捉えているわけではないことになろう。
- (6) この点については、小早川義則「伝聞証拠の証拠能力」庭山英雄¹³森井暉編・刑事訴訟法一〇〇講(一九八六年)一八〇頁、上口裕「身許不詳者の公判外供述と証人審問権(一)」南山法学三卷三号(一九七九年)一二四頁、同「身許不詳者の公判外供述と証人審問権(二・完)」南山法学四卷三号(一九八〇年)二〇頁参照。
 - (7) 松尾浩也「証拠法の一断面—刑訴三二一条一項を中心に」研修三三四号(一九七六年)一一—一三頁。
 - (8) 前掲〔注6〕の上口論文、および、後掲〔注14〕の山田論文等参照。
 - (9) ちなみに、本稿では、アメリカ合衆国憲法修正六条の権利を「証人対面権」、日本国憲法三七条二項の権利を「証人審問権」と呼ぶ。
 - (10) *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237, 243 (1895). Cf. *Griswold, The Due Process and Confrontation*, 119 U. Pa. L. Rev. 711, 713 (1971).
 - (11) もう一つの論点は、証人が出廷している事案における、対面制限の合憲性の問題である。Cf. *Delaware v. Fensterer*, 474 U.S. 15, 18 (1985); *Shapiro, The Supreme Court's Bifurcated Interpretation of the Confrontation Clause*, 17 *HAST. CONST. L. Q.* 383, 386 (1990).
- この点、法廷外供述の許容性が問題になる場合には、対面条項の目的は事実認定の正確性に求められるのに対し、公判廷における対面制限が問題となる場合には、その目的は当事者主義の保障に求められるといわれることもある。Note, *The Supreme Court, Confrontation Clause-Right of Face-to-Face Confrontation*, 102 *HARV. L. REV.* 151, 160 (1988). しかし、後者の問題を扱った *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988)

〔本件については、津村政孝「証言中のスクリーンの使用と被告人の『対面』権」ジュリスト九六五号（一九九〇年）八六頁参照〕は、対面条項の中核に反対尋問ではなく「対面」そのものを据えるが、そのうえで、対面は手続の公正さにとって必要であるとともに、対面によって証人が嘘をつくのがより困難になるため、事実認定過程の完全性が確保されるとしており、ここでも証法的関心が示されている。

ちなみに、*Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990)〔本件については、津村政孝・「一九九四」アメリカ法三七五頁参照〕でも、対面そのものが対面条項の中核であることが認められたが、しかし、対面条項のその他の要素である証人の出廷、宣誓、反対尋問、事実認定者による供述態度の観察という要件が満たされていれば、対面なしでも対面条項に反しないとされており、コイ判決との関係が問題となる。

(12) 従来、証人対面権の起源は、サー・ウォルター・ローリーの裁判に対する反省から認められるようになった、コモン・ロー上の権利に求められてきた。Cf. F. HELLER, *THE SIXTH AMENDMENT* 104 (1951) ; Pollitt, *The Right of Confrontation : Its History and Modern Dress*, 8 J. Pub. L. 381 (1959) ; Note, *Preserving the Right to Confrontation-A New Approach to Hearsay Evidence in Criminal Trials*, 113 U. Pa. L. Rev. 741, 747 (1965).

しかし、最近では、犯罪というものの捉えかたや弁護権保障の程度が、当時のイギリスとアメリカでは異なっていたことから、修正六条の歴史的背景を正確に理解するためには、コモン・ローだけでなく、植民地時代のアメリカの一般的な刑事裁判の検討が必要であるとの見解も示されてきた。Jonakait, *Foreword : Notes for a Consistent and Meaningful Sixth Amendment*, 82 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 713, 742 (1992) ; Jonakait, *The Origins of the Confrontation Clause : An Alternative History*, 27 RUTGERS L. J. 77 (1995) ; Lilly, *Notes on the Confrontation Clause and Ohio v. Roberts*, 36 U. Fla. L. Rev. 207, 208-209 (1984).

(13) Note, *Reconciling the Conflict Between the Coconspirator Exemption from the Hearsay Rule and the Confrontation Clause of the Sixth Amendment*, 85 COLUM. L. REV. 1294, 1301 (1985) ; Read, *The New Confrontation-Hearsay Dilemma*, 45 S. CAL. L. REV. 1, 6 (1972).

(14) アメリカにおける証人対面権と伝聞法則との関係については、既にすぐれた論文が存在する。本稿もこれらに負うところが大きい。堀江慎司「証人審問権の本質について——アメリカにおける議論を中心に——」(一)～(三)「法学論叢」一四一巻一頁、同二巻一頁、同三巻一頁(いずれも一九九七年)、津村政孝「最近の連邦最高裁判決における証人対審条項と伝聞法則」(学習院大学法学部研究年報二四号(一九八九年)二四三頁、同「証人対審権の歴史的展開——連邦証拠規則研究のための準備作業——」(学習院大学法学部研究年報一九号(一九八四年)一五一頁、山田道郎「対面条項の理論的考察」(法律論叢五七巻四号(一九八四年)一四九頁、同「対面条項と伝聞法則」(法律論叢五六巻四号(一九八三年)一二九頁、同「対面と伝聞」(法律論叢五三巻一―二合併号(一九八〇年)一二七頁、佐藤文哉「刑事司法に関する米連邦最高裁判例の動向——ウォーレン・コートからバーガー・コートへ——」(3)「判例タイムズ」二七二号(一九七二年)一五頁、松原芳博「証人対審条項と伝聞法則をめぐる問題状況——性犯罪の被害者である子供の供述に関する近時のアメリカ合衆国連邦最高裁の諸判例を手掛かりとして——」(鈴木義男先生古稀祝賀・アメリカ刑事法の諸相(一九九六年)二二五頁、小早川義則・共犯者の自白(一九九〇年)五七―七五頁。なお、レナード・W・リーヴィ著『古賀正義監訳・最高裁の逆流(一九八一年)四九三―五三五頁参照。

(15) *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237, 242-243 (1895).

- (16) 同じくは、訴追側の過失で証人の出廷を確保できなくなった場合に、予備審問の結果を証拠として利用することは対面権を侵害するとして、*Motes v. United States*, 178 U.S. 458 (1900) 及び *Wigmore* である。
- (17) *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237, 243-244 (1895). Cf. *Nesson & Benkler, Constitutional Hearsay: Requiring Foundational Testing and Corroboration under the Confrontation Clause*, 81 VA. L. REV. 149, 160 (1995).
- (18) *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 404-405 (1965). ポインター判決は、証人対面権は公正な裁判にとって必須の基本的人権であるとして、修正一四条により州をも拘束するものと認めた。本件については、田宮裕・〔一九六六〕アメリカ法三二三五頁参照。
- (19) *Read*, supra note (13), at 6-8; *Mosteller, Remaking Confrontation Clause and Hearsay Doctrine under the Challenge of Child Sexual Abuse Prosecutions*, 1993 U. ILL. L. REV. 691, 755 (1993).
- (20) 5 WIGMORE, EVIDENCE § 1367, at 32, § 1397, at 158 (*Chadbourn rev.* 1974). もともと、ウィグモア自身は、対面条項を反対尋問を保障するための手続規定と解しており、証拠法的機能をもたせているわけではない。
- (21) *California v. Green*, 399 U.S. 149, 155 (1970).
- (22) *Dutton v. Evans*, 400 U.S. 74, 89 (1970) [本件については、鈴木茂嗣・〔一九七四〕アメリカ法三九七頁参照]。See Also, *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284, 295 (1973); *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 64 (1980); *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012, 1020 (1988). そして、*「事実認定過程の完全性 (integrity of the fact-finding process)」の促進という表現が用いられる。*
- (23) *Dutton v. Evans*, 400 U.S. 74, 89 (1970).
- (24) *Barber v. Page*, 390 U.S. 719, 722 (1968). ちなみに、バーバー判決は、証人対面権を基本的に「公判の権利」と捉え、そこから、証人対面権には反対尋問の機会との付与と陪審による証人の態度観察の機会の付与が含まれるとしたが、後者は証人対面権が直接保障したものではないとの批判がある。Mosteller, supra note (19), at 715-716; Scallen, *Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: Toward a Three-Dimensional Confrontation Clause*, 76 MINN. L. REV. 623, 638 (1992).
- (25) *California v. Green*, 399 U.S. 149, 161-162 (1970).
- (26) 5 WIGMORE, EVIDENCE § 1420 et. seq. (*Chadbourn rev.* 1974).
- (27) *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 65 (1980) [本件については、鈴木義男編・アメリカ刑事判例研究第二卷(一九八六年)一〇五頁(中空壽雅執筆)、渥美東洋編・米国刑事判例の動向III(一九九四年)二九七頁(安富潔執筆)参照]。
- (28) *Id.* ちなみに、連邦証拠規則上の供述不能の定義については、2 MCCORMICK ON EVIDENCE 131 (4th ed. 1992) 参照。
- (29) *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 65 n.7 (1980).
- (30) *Barber v. Page*, 390 U.S. 719, 725 (1968).
- (31) *United States v. Inadi*, 475 U.S. 387, 396 (1986).
- (32) *Jonakait, Restoring the Confrontation Clause to the Sixth Amendment*, 35 UCLA L. REV. 557, 569 (1988) は、その理由として、単

に連邦証拠規則のよ様な現代の証拠法と相容れないからだとする。See also, Kirkpatrick, *Confrontation and Hearsay: Exemptions from the Constitutional Unavailability Requirement*, 70 MINN. L. REV. 665, 666-670 (1986).

(33) *White v. Illinois*, 502 U.S. 346, 354-355 (1992) [本件については、松原芳博「公判廷外の供述の証拠としての許容性と修正六条の対質条項」九州国際大学法学論集二巻二号（一九九五年）一二六頁参照].

(34) *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 65-66 (1980). ちなみに、信用性の有無は、供述時の状況のみから判断しなければならないとされている。*Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805, 822 (1990) [本件については、岡上雅美「性的虐待の被害者たる子供の公判廷外供述の採用とアメリカ合衆国憲法修正六条の対質条項」比較法学二七巻二号（一九九四年）五一頁参照]. しかし、この原則は短命であるともいわれている。Allen, *Forward-Evidence, Inference, Rules, and Judgment in Constitutional Adjudication: Intriguing Case of Walton v. Arizona*, 81 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 727, 753-756 (1991).

(35) *White v. Illinois*, 502 U.S. 346, 356-357 (1992).

(36) ホワイト判決は、自然発生的供述 (spontaneous declaration) と治療を求めた過程でなされた供述 (statements made in the course of securing medical treatment) が確立した伝聞例外にあたることを認めた。しかし、前者が信用できるという点については疑問が呈されている。また後者については、確かに怪我の原因等については信用できるであろうが、犯人の同一性に関する部分はそうではないから、合衆国最高裁の立場は証拠法的な規制にもなっていないことの批判もある。Scallen, *supra* note (24), at 651-652.

また、*Bourjaily v. United States*, 483 U.S. 171 (1987) は、共謀過程における共謀者の供述は確立した伝聞例外にあたることを認めた。しかし、共謀者の供述は、それが信用できるという理由からではなく、実体的な代理論に基づいて許容されてきたのであるから、対面条項の目的たる事実認定の正確性の要求に合致しないとも指摘されている。Cf. Note, *Sixth Amendment: The Co-conspirator Exemption to the Hearsay Rule: The Confrontation Clause and Preliminary Factual Determinations Relevant to Federal Rule of Evidence 801 (d) (2) (E)*, 78 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 915, 927 et. seqq. (1988).

(37) Haddad, *The Future of Confrontation Clause Developments: What Will Emerge When the Supreme Court Synthesizes the Diverse Lines of Confrontation Decisions?*, 81 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 77, 83 (1990).

なお、Note, *Inculpatory Statements Against Penal Interest and the Confrontation Clause*, 83 COLUM. L. REV. 159, 183 (1983) は、対面条項のもとで要求される信用性と伝聞法則のもとでのそれとは、その程度に差があるべきだとするが、合衆国最高裁の判例には、そのような違いはみられない。

ちなみに、ホワイト判決以降の対面条項違反の判断基準については、Mosteller, *supra* note (19), at 732 参照。

(38) Jonakait, *supra* note (32), at 574.

(39) Imwinkelried, *The Constitutionalization of Hearsay: The Extent to Which the Fifth and Sixth Amendments Permit or Require the Liberalization of the Hearsay Rules*, 76 MINN. L. REV. 521, 527-528 (1992).

- (2) Note, *White v. Illinois*: The Confrontation Clause and the Supreme Court's Preference for Out-of-Court Statements, 46 VAND. L. REV. 234, 262 (1993).
- (3) ALFREDO GARCIA, *THE SIXTH AMENDMENT IN MODERN AMERICAN JURISPRUDENCE* 94 (1992).
- (4) 矢野龍雄, Read, supra note (13), at 41 et. seq. 矢野龍雄の『読』 The Federalist Approach, ② The Constitutional Purist Approach, ③ The Availability Approach, ④ The Due Process-Cross Examining Procedure Approach, ⑤ The McCormick Exception Approach, ⑥ The Traditional Approach 矢野龍雄.
- (5) WIGMORE, *EVIDENCE* § 1397, at 158 (Chadbourn rev. 1974).
- (6) California v. Green, 399 U.S. 149, 172 (1970). 同様の取扱いを『読』 Note, Confrontation and the Hearsay Rule, 75 YALE L. J. 1434, 1439 (1966) 同様の取扱いを『読』 See also, Younger, *Confrontation and Hearsay: A Look Backward, A Peek Forward*, 1 HOFSTRA L. REV. 32 (1973).
- (7) Dutton v. Evans, 400 U.S. 74, 94 (1970).
- (8) Baker, *The Right to Confrontation, the Hearsay Rules and the Due Process*, 6 CONN. L. REV. 529, 545 (1974).
- (9) K. Graham, *The Right of Confrontation and the Hearsay Rule: Sir Walter Raleigh Loses Another One*, 8 CRIM. L. BULL. 99, 129 (1972).
- (10) M. Graham, *The Confrontation Clause, the Hearsay Rules and the Forgetful Witness*, 56 TEXAS L. REV. 151, 192 (1978). See also, M. Graham, *The Confrontation Clause, the Hearsay Rule, and Child Sexual Abuse Prosecutions: The State of Relationship*, 72 MINN. L. REV. 523, 593 (1988).
- (11) Westen, *Confrontation and Compulsory Process: A Unified Theory of Evidence for Criminal Cases*, 91 HARV. L. REV. 567, 617 (1978); Westen, *The Future of Confrontation*, 77 MICH. L. REV. 1185, 1206 (1979).
- (12) 2 MCCORMICK ON EVIDENCE § 252, at 125-129 (4th ed. 1992).
- (13) Seidelson, *Hearsay Exceptions and the Sixth Amendment*, 40 GEO. WASH. L. REV. 76, 92 (1971).
- (14) Natali, Green, Dutton and Chambers: Three Cases in Search of a Theory, 7 RUTGERS L. J. 43, 62-63 (1975).
- (15) Note, *Sixth Amendment-Right to Confront One's Accuser When the Victim Does Not Testify*, 83 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 868, 882 (1993). 同様の取扱いを『読』 Jonakait, supra note (32), at 613.
- (16) Kirst, *The Procedural Dimension of Confrontation Doctrine*, 66 NEB. L. REV. 485, 487 (1987); Jonakait, supra note (32), at 584-586; Lilly, supra note (12), at 211-212; K. Graham, supra note (47), at 132-133; Seidelson, *The Confrontation Clause and the Supreme Court: Some Good News and Some Bad News*, 17 HOFSTRA L. REV. 51, 81-82 (1988).
- (17) そのため、被告人の証人対面権を保障するためには、州裁判所は、州憲法の解釈をとおして、合衆国最高裁の示す以上の保護を被告人に与

Restraint Model, 76 MINN. L. REV. 557, 605 (1992); Scallen, supra note (24), at 653.

- (65) Note, supra note (40), at 263; Imwinkelried, supra note (39), at 522; Read, supra note (13), at 3; Griswold, supra note (10), at 718; Van Kessel, Adversary Excesses in the American Criminal Trial, 67 NOTRE DAME L. REV. 403, 495-497 (1992).
- (56) Massaro, The Dignity Value of Face-to-Face Confrontations, 40 U. FLA. L. REV. 863, 870-871 (1988).
- (58) Friedman, Improving the Procedure for Resolving Hearsay Issues, 13 CADOZO L. REV. 883, 885 n. 9 (1991).
- (59) ちなみに、トーマス裁判官は、ホワイト判決の意見の中で、「被告人に不利な証人」を「公判で実際に証言を行うすべての証人」およびこれと同視しうる「宣誓供述書、供述録取書、以前の証言、自白などの公式の供述証拠 (formalized testimonial materials)——これらは、訴追を念頭においた供述証拠といえよう——の提供者に限定すべきとの見解を示している。White v. Illinois, 502 U.S. 346, 365 (1992).
- (60) Kirkpatrick, supra note (32), at 682.
- (61) Scallen, supra note (24), at 626, 644-645. ちなみに、「社会的側面とは、被告人と被告人に不利な供述をした者との関係、および、被告人と形式的な告発者との関係が、裁判結果の信頼性とは無関係に、いかに作用するかということだとされる。Id., at 637.
- (62) Berger, supra note (55), at 561-562, 608-613.
- (63) もっとも、バーガーの見解では、証人対面権は政府機関の権限濫用からの保護という消極的な機能しかもちえない——これは、むしろデュー・プロセス条項の機能である——ことになり、証人対面権を被告人の積極的な権利として規定している修正六条の解釈として疑問があるだけでなく、私人が関与しているにすぎない場合には対面条項の問題はおこらないという不都合もでてくる。Cf. Jonakait, Commentary: A Response to Pro. Berger-The Right to Confrontation: Not a Mere Restraint on Government, 76 MINN. L. REV. 615, 618 (1992); Jonakait, supra note (12), at 730-734.
- (64) Jonakait, supra note (32), at 596-597.
- (65) Mosteller, supra note (19), at 759-760, 767, 805.
- (66) Nesson & Benkler, supra note (17), at 163 et. seq.
- (67) Mosteller, supra note (19), at 768.
- (68) Note, supra note (12), at 758. ただし、この主張は、まだ信用性の保障という観点からのものではあるが。
- (69) 浦辺衛「被告人の証人審問権の範囲」総合判例研究叢書刑事訴訟法(5)(一九五八年)七頁参照。
- (70) 松原「証人対面条項と伝聞法則をめぐる問題状況」前掲(注14)二四三頁、津村「最近の連邦最高裁判決における証人対審条項と伝聞法則」前掲(注14)二七一頁。ただし、両者とも、証拠法的機能のみを認めているわけではない。
- (71) もっとも、対面の場合は必ずしも公判廷である必要はなく、「手続の公正」が保障された場であればよいとする点に違いがみられる。山田「対面条項の理論的考察」前掲(注14)一七二—一七三頁、同「対面条項と伝聞法則」前掲(注14)一四二—一四四頁。ちなみに、対面条項と

- 伝聞法則の違いについては、山田道郎「伝聞法則の再検討」法律論叢五五巻五号(一九八三年)一頁参照。
- (72) Cf. Jonakait, *supra* note (63), at 618.
- (73) Delaware v. Fensterer, 474 U.S. 15, 18 (1985).
- (74) 平野・前掲書(注2)二〇四頁、光藤景皎・口述刑事訴訟法中(一九九二年)一九九頁等。
- (75) 田中和夫「刑事被告人の証人審問権に関する判例」法曹時報三巻六号(一九五一年)一三六頁参照。
- (76) 日本国憲法三七条二項 [he (the accused) shall be permitted full opportunity to examine all witnesses, and he shall have the right of compulsory process for obtaining witnesses on his behalf at public expense] 引用は、Supreme Court of Japan, The Constitution of Japan and Criminal Statutes (1958) 214頁。
- アメリカ合衆国憲法修正六条 [In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right.....to be confront with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor]
- 平野龍一・刑事訴訟法概説(一九六八年)一六六頁は、「この規定の由来するアメリカの憲法がほぼ同じ条文であり」とする。
- (77) ちなみに、栗本一夫・新刑事証法(改訂版)(一九五〇年)三八頁は、「我が憲法第三七条第二項が米連邦憲法修正第六条と全く同一趣旨の規定であるかどうかは、軽々に結論することを許されざる一個の重大問題である」とする。
- (78) 田宮裕・刑事訴訟法入門(三訂版)(一九八二年)二五〇頁。
- (79) 憲法解釈は私見と異なるが、渥美東洋・刑事訴訟法(新版)(一九九〇年)三二四頁参照。
- (80) J・H・ウィグモア著・平野龍一・森岡茂訳・証法入門(一九六四年)一九四頁。
- (81) 渥美・前掲書(注79)三二三頁、同・刑事訴訟法要諦(一九七四年)二三七―三三八頁。例外は、刑訴法三二六条の同意があった場合であるが、この場合の同意は、後に述べる証法吟味権の放棄と捉えることになる。同意の性質については、田宮裕・刑事訴訟法(新版)(一九九六年)三九三―三九四頁、松尾浩也・刑事訴訟法下(新版補正版)(一九九七年)七二―七三頁参照。
- (82) Barber v. Page, 390 U.S. 719, 725 (1968). 上口裕「証人の喚問不能と訴追機関の証人提出義務」南山法学五巻四号(一九八二年)四二頁。
- (83) 上口「身許不詳者の公判外供述と証人審問権(一)」前掲(注6)一三九頁、渥美東洋・レッスン刑事訴訟法(中)(一九八六年)一三六頁等参照。
- (84) グリーン判決では、原供述者が証人として証言し、十分なそして効果的な反対尋問に服する限り、法廷外供述を実質証拠として許容しても、証人対面権は侵害されないとされた。California v. Green, 399 U.S. 149, 167-168 (1970).
- (85) ちなみに、私見とはその論理構成を異にするが、酒井安行「伝聞証拠の意義」田口守一編・争点ノート刑事訴訟法(一九九七年)二三七頁も、伝聞法則の根拠を憲法三一条に求める。
- (86) Cf. Note, *supra* note (12), at 758.
- (87) Cf. Mosteller, *supra* note (19), at 759-760.

- (88) 松尾「証拠法の一断面」前掲(注7)一二頁参照。
- (89) ローク・M・リードⅡ井上正仁Ⅱ山室恵・アメリカの刑事手続(一九八七年)二六六頁参照。
- (90) 田宮Ⅱ多田・前掲書(注1)二九一―二九二頁。
- (91) 最決昭四四・四・二五刑集二三卷四号二四八頁等。
- (92) 小野清一郎ほか・ポケット註釈全書刑事訴訟法(下)(新版)(一九八六年)八六七頁、渥美・前掲書(注79)一九二頁参照。ちなみに、アメリカにおいても、証人対面権保障の一環として、事前の証拠開示が論じられたことがある。しかし、*Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U.S. 39 (1987)において、証人対面権は事前の証拠開示を保障するものではないとされてしまった。
- (93) 最判昭二九・一一・一一刑集八卷二一〇号一八三四頁等。なお、浦辺・前掲(注69)五二―六二頁参照。
- (94) 栗本「伝聞法則」前掲(注5)一八四七頁。
- (95) 渥美・レッスン刑訴法〔中〕前掲(注83)一三六頁。
- (96) もちろん、伝聞法則の採用したいが、訴訟構造の当事者主義化につながることは事実である。栗本「伝聞法則」前掲(注5)一八五三頁、三井誠「伝聞証拠の概念」高田卓爾Ⅱ小野慶二編・刑事訴訟法の基礎(一九七五年)二〇四頁。ただ、私見は、反対尋問のみではなく、それをも含む、より広い手続的保障という点を重視したものである。
- (97) ちなみに、アメリカ合衆国憲法修正六条の証人喚問請求権をめぐる判例等については、光藤景皎「証人喚問請求権の蘇生」福田平Ⅱ大塚仁博士古稀祝賀・刑事法学の総合的検討(下)(一九九三年)六六九頁参照。
- (98) 従来は、反対尋問の場合、関連性の判断は主尋問の場合より寛大でなければならぬとされていた。例えば、註釈刑事訴訟法第三卷(一九七八年)一五五頁〔佐々木史朗〕。
- (99) *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 407 (1965)も、弁護人による反対尋問という点を重視していた。
- (100) 村井敏邦・刑事訴訟法(一九九六年)二二七頁。
- (101) Cf. *Jonakait*, supra note (32), at 558.
- (102) Cf. *Read*, supra note (13), at 49-50; *Westen*, supra note (49), at 573.
- (103) 松原「証人対質条項と伝聞法則をめぐる問題状況」前掲(注14)一三四頁は、刑訴法三〇四条の二の「適用についても、憲法三七条二項との関係で厳格に解する必要がある」とする。

(一九九七年一〇月二〇日脱稿)