

公判における事後的な反対尋問と証人審問権の保障  
——アメリカ法を参考に

大 谷 祐 毅

- 一 問題の所在及び検討方針
  - 1 伝統的な議論
  - 2 近時の議論
  - 3 検討課題と検討方針
- 二 アメリカ法における議論
  - 1 証人の以前の供述に関する証拠法則
  - 2 事後的反対尋問のルールの提示——Green 判決
  - 3 Green 判決後の議論状況
- 三 考察
  - 1 証人審問の機能と証人審問権の趣旨
  - 2 公判における事後的な反対尋問の問題性
  - 3 証人審問権の制約の正当化
  - 4 具体的場面の検討

## 一 問題の所在及び検討方針<sup>(1)</sup>

### 1 伝統的な議論

(1) 我が国では、被告人に不利な被告人以外の者による公判外供述<sup>(2)</sup>の証拠使用にあたり、公判における事後的な反対尋問の機会が被告人に与えられる場面がいくつか存在している。典型的には、公判において相反供述等がなされた場合に当該証人の以前の公判外供述が刑訴法 321 条 1 項 1 号後段又は 2 号後段により許容される場面が挙げられるだろう<sup>(3)</sup>。

(2) 公判外供述の証拠使用にあたって、公判において事後的に反対尋問を行う機会が被告人に与えられることは、現行刑訴法の制定当初ないしそれ以前から、憲法 37 条 2 項前段の証人審問権の保障との関係で重要な意味を持つと認識されていた。

すなわち、憲法施行に伴ってその保障を満足させる刑事手続を整えるべく過渡的に施行された「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律」(応急措置法)は、12 条において、「証人その他の者(被告人を除く。)の供述を録取した書類又はこれに代わるべき書類は、被告人の請求が

- 
- (1) 筆者は、拙稿「刑事裁判における公判外供述の証拠使用と証人を審問する権利の役割 (1) - (5・完)」法学協会雑誌 136 巻 2 号・4 号・6 号・8 号・10 号 (2019) (以下、単に「拙稿 (1) - (5)」として引用する。)において、被告人に不利な被告人以外の者による公判外供述が証拠使用される場面で、証人審問権によるいかなる規律があり得るかという問題を取り扱った。本稿は、そこで扱うことのできなかった問題の一部を取り上げるものである。
- (2) 本稿では、特に断りのない限り、単に「公判外供述」とする場合、「被告人に不利な被告人以外の者による公判外供述」を意味する。
- (3) これらの規定に関して、学説上、公判期日において前の供述についても被告人に十分な反対尋問の機会が与えられることが必要であるという見解が多数であり、実務でもそのような取り扱いが通常なされるとされる(平野龍一『刑事訴訟法』205 頁以下(1958)等。この問題をめぐる議論については、青柳文雄ほか編『註釈刑事訴訟法 第三巻』315 頁以下〔西原春夫〕(1978)等参照)。

(2)

あるときは、その供述者又は作成者を公判期日において尋問する機会を被告人に与えなければ、証拠とすることができない」と定めていた。ここには、公判において原供述者を事後的に反対尋問する機会が被告人に与えられることによって、証人審問権の保障は満足されとの理解が反映されていたといえよう<sup>(4)</sup>。

そして、最高裁昭和 24 年 5 月 18 日大法廷判決<sup>(5)</sup>は、公判において反対尋問の機会があったとしても録取の際にその機会がなかった証人の公判外供述を証拠使用することは憲法 37 条 2 項に反すると主張された事案において、応急措置法 12 条は「憲法第 37 条第 2 項の旨を承けたもの」として、同条を合憲としている。現行刑訴法下においても、最高裁昭和 30 年 11 月 29 日判決<sup>(6)</sup>は、前記大法廷判決を引用しつつ、「法律においてこれらの書類〔被告人に反対尋問の機会を与えない証人その他の者の供述を録取した書類〕はその供述者を公判期日において尋問する機会を被告人に与えれば、これを証拠とすることができる旨を規定したからといつて、憲法 37 条 2 項に反するものでないことは、当裁判所大法廷の判例が示すところである」とした上で、「刑訴 321 条 1 項 2 号後段の規定が違憲でないことはおのずから明らかである」としている（亀甲括弧内筆者。以下本稿において同様。）。

このように、早くから、判例上、公判において事後的にその機会が与えられることを前提に公判外供述の証拠使用を許容する旨の規定は憲法 37 条 2

- 
- (4) 現行刑訴法制定にあたっての衆議院司法委員会における政府説明では、「〔応急措置法 12 条のもとでは〕供述者の公判期日における供述と、聴取書または尋問調書の供述記載とが食い違っても、そのいずれを取るかは、裁判官の自由な判断に委ねられていたのであります。憲法実施のための応急的措置としては、それで憲法の要求する最小限度を満たしていると思うのであります」とされている（昭和 23 年 7 月 2 日衆議院会議録）。
- (5) 最大判昭和 24 年 5 月 18 日刑集 3 卷 6 号 789 頁。
- (6) 最判昭和 30 年 11 月 29 日刑集 9 卷 12 号 2524 頁。

項前段に反しない、との理解が確立された<sup>(7)</sup>。

(3) しかし、反対尋問は「供述と同時になされなければなら」ず、事後的な反対尋問を行ったとしても「必ずしも供述直後の反対尋問のような効果をあげることはできない」などとされる<sup>(8)</sup>。そして、現行刑訴法において、伝聞法則との関係で、公判で事後的な反対尋問が行われたとしてもそれだけで伝聞例外として証拠能力が認められるとはされていないのはこの理由であるとされる<sup>(9)</sup>。そうだとすれば、公判において主尋問における供述の直後になされる反対尋問と事後的な反対尋問とでは、証人審問権の保障との関係でも有意な差があるとも考えられよう<sup>(10)</sup>。

刑訴法制定当初から主張された刑訴法 321 条 1 項 2 号後段を違憲とする見解は、まさにこうした発想を反映したものであった<sup>(11)</sup>。

そこでは、公判において事後的に反対尋問が可能とはいえ、公判外供述について証人の供述態度を見ていないため供述態度に基づいて効果的な反対尋問をすることができず、公判における自己側に有利な供述の証明力を維持しながら公判外における不利な供述の証明力を減殺するような反対尋問は技術

---

(7) 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)』24 頁 (1958) 等。また、拙稿 (1) 306 頁以下参照。

(8) 平野・前掲注 3) 205 頁。

(9) 大澤裕「刑訴法 326 条の同意について」法曹時報 56 卷 11 号 8-9 頁 (2004) 参照。大澤は、「伝聞法則が保障しようとしているのは、供述証拠を供する者が公判廷において証人尋問の手續に従って証言し、直ちに相手方当事者の反対尋問に服することであり、伝聞証拠が排除されるのは、原供述が、そのような公判廷における証人尋問の手續によることなく、したがって、供述後直ちに相手方当事者の反対尋問に服することなく、行われたものだからであ〔って〕」、「現在の公判廷において事後的な反対尋問の機会があるか否かは、伝聞証拠が排除される根拠と直接の結びつきはない」とする。なお、このことと憲法 37 条 2 項前段との関係について、同 13-14 頁注 26 参照。

(10) 田中和夫「英米に於ける証人尋問」法曹時報 2 卷 5 号 54 頁 (1950)、同「刑事被告人の証人審問権に関する判例」法曹時報 3 卷 6 号 17 頁 (1951) 参照。

(11) 江家義男『刑事証拠法の基礎理論 (訂正版)』98 頁以下 (1952)、田中和夫『新版証拠法 (増補第三版)』130 頁以下 (1971)。

的に非常に困難であるため、その反対尋問は実質的効果をあげることが困難であるから、反対尋問の機会を「十分に」（憲法 37 条 2 項前段）与えたとするのは疑問である、などとされる<sup>(12)</sup>。

(4) もっとも、このような問題提起にもかかわらず、前述のように判例上同規定を合憲とする判断が早くになされたこともあり、公判における事後的な反対尋問が証人審問権との関係でどのような意味を持つかについて、必ずしも深まった議論がなされることはなかったように思われる。

## 2 近時の議論

### ア 証人審問権に独自の意義を見出す見解

しかし、近時、証人審問権と伝聞法則との安易な同一視を疑問とし、証人審問権に独自の積極的意義を見出そうという見解が複数登場する中で<sup>(13)</sup>、公判における事後的な反対尋問と証人審問権の保障との関係を問い直す主張が一部でなされている<sup>(14)</sup>。

---

(12) 江家・前掲注 11) 98 頁以下。

(13) このような学説の状況を簡潔にまとめたものとして、山口守一「証人審問・喚問権と伝聞法則」現代刑事法 16 号 4 頁（2000）、小山雅亀「伝聞法則の再構築」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法 下巻』813 頁（2007）等。また、拙稿（1）327 頁以下参照。

(14) 堀江慎司「証人審問権の本質について（6・完）」法学論叢 142 巻 2 号 24 頁以下（1998）。また、松田岳士『刑事手続の基本問題』70 頁（2010）参照（憲法 37 条 2 項は、裁判所の事実認定に供される供述の採取過程の「適正性」ないし「公正性」の確保といった観点から、被告人に「公開の対審」を保障するものであるとの理解から、「被告人に、別の機会に、当該供述者に対して『審問する機会』が『十分に』与えられたとしても、そのこと自体は、そのような手続的保障を伴わない同一供述者からの公判外の供述採取に裁判所の実事認定に供される供述の採取手続としての資格を認める根拠とはならない」とする。）。

他方で、これらの見解の中でも、公判における事後的な反対尋問の機会があることで証人審問権の保障に十分であると考えられるものとして、渥美東洋『刑事訴訟法要諦』237 頁（1974）、山田道郎「証人審問権と伝聞法則」『証拠の森—刑事証拠法研究—』13 頁以下（2004）〔初出 1998〕（ただし、「証人が以前にした供述を録取した調書の許容性の問題は、反対尋問権の有効性の

そこでは、「通常の証人審問プロセスは、『それ自体として』保障される、つまり『内在的』価値を持つものである」という理解を前提に、その価値の不実現を甘受し得る場合の一つとして、公判での事後的な証人尋問プロセスが存在する場合を含む「通常の証人尋問プロセスに『準じる』プロセスが存在する場合」が挙げられているが、それは「事後的なりに十分なものでなければならず、とくに供述内容に関連しての尋問は不可欠であろう」ともされている<sup>(15)</sup>。そして、「事後的な証人尋問プロセスは、あくまで原則形態ではなく、したがって、それだけでは対面権・証人審問権の要求するところは未だ完全には充足されないと見るべきである」とされる<sup>(16)</sup>。

これは、証人審問権の趣旨との関係で、公判における事後的な反対尋問は、何らかの意味で、公判で供述直後に反対尋問がなされる場合の証人審問に劣後するものであって、それだけで直ちに証人審問権の保障を満足させるものではなく、この場合にはさらに一定の正当化が要求されるという主張であると理解できる。公判において事後的な反対尋問の機会が与えられさえすれば証人審問権の保障に十分であると考えることに対する、理論的に重要な問題提起を含むものといえよう。

#### イ 被害者保護立法における議論

さらに、公判における事後的な反対尋問と証人審問権の保障との関係如何という問題は、近時の立法動向との関係で、喫緊の課題として浮上している。

(1) 平成12年に、いわゆる犯罪被害者保護二法によって、被害者等の供

---

問題としてとらえることができる」とする。) などがある。

(15) 堀江・前掲注14) 25頁。

(16) 堀江・前掲注14) 30頁注17。堀江は、この観点で、事後的な反対尋問が行われたとしても、なお「信用性の情況的保障」の存在などが要求されるとする(同27頁)。

(6)

述の繰り返しを回避してその負担を軽減することを意図した制度が導入された。新設された刑訴法 157 条の 4 第 2 項（現 157 条の 6 第 3 項）は、ビデオリンク方式による証人尋問を行った場合で、その証人が後の刑事手続において同一の事実につき再び証人として供述を求められる可能性があるときには、証人の同意を得た上で、その尋問の様態を録音・録画記録媒体に記録できるとし、刑訴法 321 条の 2 は、その記録媒体を一部とする公判調書を公判で取り調べたのちに、訴訟関係人に対しその供述者を証人として尋問する機会を与えることを条件として、その証拠能力を認めている。

そして、同様の関心から、近時の新時代の刑事司法制度特別部会では、訴訟関係人に尋問の機会を与えることを条件としつつ、被害者等の捜査段階での供述の録音・録画記録についても同様に主尋問に代えて証拠とできる制度が検討され、特に第一回公判期日前の証人尋問の録音・録画について具体的な制度案に検討が及んだ<sup>(17)</sup>。結局、先般の改正においてこの制度の導入は見送られることとなったが、今後も重要な立法課題の一つと位置付けられるだろう。

特に最近では、主に犯罪等の被害を受けた児童について、その精神的な負担を最小限にしながらできる限り正確な情報を得るための聴取方法として、司法面接の手法が注目されている<sup>(18)</sup>。そして、司法面接の結果得られる供述を刑事手続においてどのように利用するかに関して、その選択肢の一つとして司法面接の記録媒体を主尋問に代替して取り調べた上で、被告人に反対

---

(17) 具体的制度案及び関連する議論の概要について、「法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会 第 23 回会議配布資料 作業分科会における検討結果（制度設計に関するたたき台）」51 頁以下（2014）参照。

(18) 佐久間佳枝「年少者の取調べ（司法面接）」高嶋智光編集代表『新時代における刑事実務』45 頁（2017）、「児童虐待事案に係る子どもの心理的負担等に配慮した面接の取組に向けた警察・検察との更なる連携強化の推進について」（平成 30 年 7 月 24 日子家発 0724 第 1 号）等参照。司法面接の手法について、仲真紀子編著『子どもへの司法面接』2 頁以下〔仲真紀子〕（2016）参照。

尋問の機会を与える制度が検討されているところである<sup>(19)</sup>。

(2) これらの制度では、公判外供述の原供述者が当該供述に関して公判で事後的に反対尋問を受けることが予定されているところ、ここで、公判における事後的反対尋問と証人審問権の保障との関係が問題となる。

たとえば、前述の特別部会における議論では、次のような意見の対立が見られた。

すなわち、一方で、「主尋問の部分だけ録音・録画を使い、被告人側が被害者証人に反対尋問する機会は十分与えるということですので、憲法 37 条の要請は、十分満たされているのではないか」<sup>(20)</sup>、「被告人の証人審問権の保障という点からは、主尋問を記録媒体の再生で代替した上で反対尋問の機会を付与すればよい」<sup>(21)</sup>といった意見が述べられている。これらの意見の趣旨は必ずしも明らかではないものの、公判における事後的な反対尋問の機会は、そのみで証人審問権の保障を満足させるものであるという理解に立つようにも思われる。

他方で、当該供述がなされた直後に反対尋問がなされ得ず、事後的に反対

---

(19) 性犯罪に関する施策検討に向けた実態調査ワーキンググループ「性犯罪に関する施策検討に向けた実態調査ワーキンググループ 取りまとめ骨子（案）」3頁（2020）では、「聴取の録音録画を裁判における主尋問の代わりに用いることができる制度の創設」が、ヒアリング等において指摘された課題として指摘されている。また、緑大輔「刑事手続における司法面接結果の録音録画媒体の使用」法律時報 92 巻 3 号 40 頁（2020）参照。

(20) 「法制審議会 新時代の刑事司法制度特別部会 第 16 回会議議事録」27 頁〔井上正仁委員発言〕（2012）。

(21) 「法制審議会 新時代の刑事司法制度特別部会 第 16 回会議議事録」29 頁〔川出敏裕幹事発言〕（2012）。この意見は、捜査段階での供述の録音・録画には、捜査機関による取調べの録音・録画と第 1 回公判期日前の証人尋問の録音・録画の両方が考えられるものの、いずれにせよ、証人審問権の保障の問題はないとの趣旨で述べられている（なお、川出は、伝聞法則との関係では、事実認定を行う裁判所による証言態度の観察の有無という点で両者に相違があり得ることも指摘している。）。川出敏裕「刑事手続における被害者の保護」ジュリスト 1163 号 46 頁以下（1999）参照。



尋問を加えることについて、主尋問の直後に証人と直接対面して反対尋問を行わなければ十分な反対尋問を行うことは困難であり、記録媒体を主尋問に代えて用いた後に反対尋問の機会が与えられても不十分であるといった意見もあり、「まさに証人審問権の侵害の要素が当然ある」<sup>(22)</sup>とも述べられている。反対尋問が供述直後ではなく事後的に行われることが、何らかの意味で証人審問権の保障を十全なものとしないのではないかという懸念が示されていたといえよう。

(3) しかし、ここでは、公判における事後的な反対尋問の機会が与えられることでもって証人審問権の保障に十分と考えるか否かという双方の立場の主張がされるにとどまり、必ずしも実質的な議論がなされていなかったように思われる。公判における事後的な反対尋問には、供述直後になされる反対尋問に比して、どのような問題があり得るのか、そのことは証人審問権の保障との関係でどのような意味を持つのか、仮に公判における事後的な反対尋問の機会が与えられたとしても証人審問権の保障を必ずしも満足しないとすれば、その場合に公判外供述の証拠使用はどのような論理で正当化され得るのか。このようなよりきめ細やかな議論が、証人審問権の観点からなされなければならないだろう。

証人、特に犯罪被害者の保護がなお重要な政策課題である今、刑法 321 条の 2 の適切な運用のあり方やさらなる立法の可能性等を探るためにも、こうした点を証人審問権の観点から検討すべき必要性は大きいように思われる。

### 3 検討課題と検討方針

以上の問題意識から、公判における事後的な反対尋問には、供述直後にな

---

(22) 「法制審議会 新時代の刑事司法制度特別部会 第 24 回会議議事録」28 頁〔小坂井久幹事発言〕(2014)。

される反対尋問に比して、どのような問題があり得るのか、そのことは証人審問権の保障との関係でどのような意味を持つのか、仮に公判における事後的な反対尋問の機会が与えられたとしても証人審問権の保障を必ずしも満足しないとすれば、その場合に公判外供述の証拠使用はどのような論理で正当化され得るのかという点について検討を加える。

この検討にあたっては、被告人の対面権（Confrontation Right）を保障し、我が国の憲法 37 条 2 項前段の母法であるとされる合衆国憲法第 6 修正（対面条項（Confrontation Clause））<sup>(23)</sup>を有するアメリカ法における議論を検討するのが有用だろう。アメリカでは、証人の以前の公判外供述が実質証拠として使用される場合に、公判における事後的な反対尋問の機会が対面権の保障との関係でどのような意義を有するかという点に焦点を当てた議論が、連邦最高裁判例に指導されて蓄積している。この議論は我が国でも既に多数紹介、検討されているところであるが<sup>(24)</sup>、右に述べた問題意識から改めて分析を行い、示唆を得ることを試みる。

---

(23) アメリカ合衆国憲法第 6 修正

すべての刑事訴訟において、被告人は、……自己に不利な証人に対面させられる権利を有する

(24) 証人審問権又は伝聞法則を主題としてアメリカ法を参照する中で、公判における事後的な反対尋問に関する議論も含めて紹介・検討するものとして、たとえば、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（1） - （6・完）」法学論叢 141 巻 1-5 号・142 巻 2 号（1997-98）、津村政考「証人对審権の歴史的展開—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 19 巻 151 頁（1984）、伊藤博路「伝聞法則の適用範囲に関する一試論（1） - （5・完）」北大法学論集 48 巻 4 号・5 号・49 巻 1-3 号（1997-98）、伊藤睦「検面調書の証拠能力」法学 64 巻 2 号 172 頁（2000）、小早川義則『共犯者の自白と証人対面権』（2016）などがある。また、特に事後的反対尋問の問題に関心を置くものとして、小早川義則「事後的反対尋問と証人対面権」名城ロー 23 号 1 頁（2012）。

## 二 アメリカ法における議論

アメリカでは、1965年の *Pointer v. Texas*<sup>(25)</sup>において、合衆国憲法第14修正のデュープロセス条項を通じた州事件への対面条項の適用が認められて以降、対面条項に関し多数の連邦最高裁判例が集積している。

そのような一連の連邦最高裁判例の中で、アメリカでは、公判外供述の原供述者が公判に出頭し、それについて公判で「反対尋問」を行う機会が被告人に与えられているならば、対面権の保障として充分であるというルール（以下、「事後的反対尋問のルール」と呼称する。）が発展してきた。

近時には、2004年の *Crawford v. Washington*<sup>(26)</sup>によって、公判外供述の証拠使用の場面における対面権による規律に関する代表的先例であった1980年の *Roberts v. Ohio*<sup>(27)</sup>が大きく変更されたが、なおこの事後的反対尋問のルールは維持されているとされる<sup>(28)</sup>。

以下では、関連する証拠法則について簡単に確認した上で、事後的反対尋問のルールに関する議論を見ていくこととしたい。

### 1 証人の以前の供述に関する証拠法則

(1) アメリカにおいて、公判で証言する証人の公判外供述は、様々な証拠法則の規定に従って実質証拠として使用され得るが、最も典型的には、連邦証拠規則 801 条(d) (1)<sup>(29)</sup>のように、公判で証言する証人の公判外供述を

---

(25) *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965).

(26) *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

(27) *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980).

(28) *See, e.g.*, 2 *McCORMICK ON EVIDENCE*, § 252 (7th ed. 2013); *MUELLER & KIRKPATRICK, EVIDENCE*, § 8.87 (6th ed. 2018).

(29) 現在の規定は以下のとおりである。

FRE 801 (d) 次の各号の条件を満たす供述は伝聞証拠ではない。

(1) 供述者が、証言し、以前の供述について反対尋問に服して、かつ、当該供述が次のいずれかに該当するもの。

(A) 供述者の証言と一致せず、偽証罪の制裁の下で、公判、審理その他の手続

(一定の要件のもとで) 伝聞証拠ではないとする規定に従って、証拠使用され得る<sup>(30)</sup>。

同規定は、証人の以前の公判外供述について、証人が公判においてそれにつき反対尋問に服することを要件に、伝聞証拠に当たらないとする規定であり、具体的には、証人の以前の不一致供述のうち、「偽証罪の制裁の下で、公判、審理その他の手続又は証言録取においてなされたもの」(連邦証拠規則 801 条(d)(1)(A))、一致供述のうち、信用性に対する弾劾への反駁等の目的で提出されたもの(連邦証拠規則 801 条(d)(1)(B))及び証人が以前に行なった識別供述(連邦証拠規則 801 条(d)(1)(C))は、実質証拠として許容される<sup>(31)</sup>。

その他の多くの法域でも、同様に、一定の場合に証人の以前の供述を実質証拠として許容する規定が設けられている<sup>(32)</sup>。こうして、連邦を含む多く

---

又は証言録取においてなされたもの。

(B) 供述者の証言と一致し、かつ、以下のために提出されたもの。

(i) そのように証言するにあたり、供述者が最近それをでっち上げた、又は最近の不当な影響若しくは動機のもとで行動したという、明示又は黙示の非難に反駁する。

(ii) 供述者の証人としての信用性が他の根拠に依拠して攻撃された際に、それを回復させる。

(C) 供述者が以前に知覚したとして人を識別するもの。

(30) 連邦証拠規則を含む証人の以前の供述に関する議論を検討する我が国の文献として、注 24 に挙げた各文献のほか、小早川義則「不一致供述と伝聞法則(1) - (4)」名城法学 35 卷 1-4 号(1985-86)、山田道郎「以前の不一致供述の実質的許容」法律論叢 59 卷 4 号 82 頁以下(1987)等がある。

(31) アメリカでは、伝統的に、公判で証言する証人の公判外供述は、内容の真实性の立証に用いられる限りでは伝聞証拠であって、特定の伝聞例外に該当しない限り実質証拠としては許容できないとする見解(正統説)が採用されていたところ、Wigmore が、証人が在廷し反対尋問に服するならば証人の以前の供述は伝聞証拠でなく実質証拠として許容されるという見解に改説して以来 (see 3 JOHN H. WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW § 1018 n.2 (3d ed. 1940).), 同様の立場から多くの批判が加えられ、これを背景に、連邦証拠法則では、正統説を否定する立場が採用されている (see 2 McCORMICK ON EVIDENCE, § 251 (7th ed. 2013).)。

(12)

の法域で、一定の場合に、証人の以前の供述は実質証拠として許容され得ることとなり、この場合には、対面権の保障との関係で事後的反対尋問のルールが問題となる。

(2) さらに、仮に公判で証言する証人の公判外供述が伝聞証拠に当たるとされたとしても、当該公判外供述は、制定法上の個別の伝聞例外規定に該当すれば、そのもとで実質証拠として許容され得る。

また特に、1980年代以降、性犯罪被害児童の保護を中心的な関心として、事前に公判外でビデオ録画された児童の供述等を許容するなどの法律が各州で相次いで制定されたところ、その一部には、原供述者たる児童が、公判において利用可能であって被告人が当該児童に対し反対尋問を行う機会を有していることを、その許容の要件とするものがある<sup>(33)</sup>。

このような制定法の規定に従って公判外供述が許容される場合にも、対面条項との関係で事後的反対尋問のルールが問題となり得る。

## 2 事後的反対尋問のルールの提示——Green 判決

### ア Green 判決の判示

(1) 事後的反対尋問のルールが連邦最高裁によって初めて一般論として述べられたのは、1970年の *California v. Green*<sup>(34)</sup> においてである。同判決

---

(32) もっとも、各法域における具体的な規定は様々に異なっている。連邦証拠規則とほとんど同一の規定を制定する法域も複数存在する一方で、特に以前の不一致供述について、連邦証拠規則における「偽証罪の制裁の下で、公判、審理その他の手続又は証言録取においてなされたもの」という限定を設けず、より広範に許容性を肯定する法域なども多く存在する。また、少数の法域では、証人の以前の供述の実質証拠としての使用は認められていない（特に以前の不一致供述についての各法域の状況について、*see Jennifer L. Hilliard, Substantive Admissibility of a Non-Party Witness' Prior Inconsistent Statements: Pennsylvania Adopts the Modern View*, 32 VILL. L. REV. 471, 489-96 (1987)）。

(33) 3ウで後述。

(34) *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970). 事案の概要は次のとおりである。

は、訴追側証人が、公判で、被告人に有利な供述に供述内容を変更するような事案を想定し、以下のように述べる。

「歴史的に見れば、原供述者が証人として証言し、全面的かつ効果的な反対尋問 (full and effective cross-examination) に服する限り、その原供述者の公判外供述を許容しても対面条項は侵害されないと結論付けることには、十分な理由があるといえる」<sup>(35)</sup>。

そしてこのことは、次のように、原供述者が公判に出頭して証言するならば「対面」の3つの目的が一定程度果たされることから支持できるという。

対面は、①宣誓により事柄の重大性を証人に印象付け、偽証罪の制裁の可能性により虚偽を防止すること、②「真実発見のために発明されたもっとも偉大な法的装置である」反対尋問に証人が服することを強いること<sup>(36)</sup>、③陪審員が供述時点における証人の供述態度を観察することを可能にし、証人の信用性を評価するにつき陪審員を助けること、という3つの目的を有している。そして、公判外供述については、通常これらの目的が達成され得ないものの、「原供述者が公判に出頭して証言するならば、その公判外供述は、

---

覆面捜査官にマリファナを譲渡し逮捕された当時16歳のPorterが、警察官に対し、Greenが供与者であると供述した。その後の予備審問においても、Porterは概ね同趣旨の証言を行なった。Greenは、未成年者にマリファナを交付した罪で起訴され、その公判において、Porterは訴追側の主たる証人として証言したが、主尋問で供与者を尋ねられると、どのようにマリファナを入手したかを覚えていないと供述した。そこで、検察官は予備審問証言の抜粋を朗読し、証人はこれによって記憶を喚起されてマリファナ入手の状況を供述した。しかし反対尋問で、喚起された記憶は予備審問証言についての記憶であって、実際の出来事については未だによく分からないと述べた。そのため、Porterの警察官に対する供述についての警察官の証言と検察官が朗読した予備審問証言が実質証拠として許容され、Greenは有罪とされた。連邦最高裁では、これらの供述の許容が対面条項に反するのではないかが問題とされた。そのうち、事後的反対尋問のルールに関係するのは、Porterの警察官に対する供述についての警察官の証言を許容したことについての判断である。

(35) *Id.* at 158.

(36) *Id.* at 158 (quoting 5 Wigmore, *supra* note 31, § 1367).

實際上、失われた保護の大半を取り戻す」<sup>(37)</sup>。

すなわち、①証人は偽証罪の制裁の下に以前の供述の真実性を確認、否認し又は修正しなければならないこととなるし、公判での供述と以前の供述とのいずれが真実かを判断する際に、偽証罪の制裁の有無という相違があることを、陪審員は考慮することができる。また、②「タイムリーな反対尋問を公判での事後的な反対尋問で代替することの主たる危険」は、「虚偽の証言は固まり真実の打撃 (blows of truth) にも屈しなくなる」可能性にあるところ<sup>(38)</sup>、証人が供述を変えそれを否定するような場合には、このような危険は消滅しているし、「証人が自分の話を変えず、それゆえ訴追側証拠を提供する『敵対的』証人」である場合とは異なり、「被告人に好意的な証人は……自身の以前の供述の不正確さについての……説明を喜んで行う」であろう。以前の供述が為された時点における最も成功した反対尋問でも、当該証人が現在不一致供述を行っているという事実、被告人にとって有利な供述を行っているという事実によって達成されていること以上のことを達成するとはほとんど望めない。そうだとすれば、証人が以前の供述をした時点において反対尋問できなかったことは、被告人に全面的かつ効果的な反対尋問が公判時に保障されている限り、決定的に重要というわけではない。さらに、③供述時点の態度こそ観察できないものの、陪審員には、証人が以前の供述を否認しあるいは修正する際のその態度を観察しかつそれを綿密に評価する機会が与えられている<sup>(39)</sup>。

確かに、供述がなされた時点で陪審員の前で反対尋問がなされた方が、陪審員は、その供述の真実性をより良く評価することができるだろうが、問題

---

(37) *Id.* at 158.

(38) *Id.* at 159 (quoting *State v. Saporen*, 362, 285 N.W. 898, 901 (Minn. 1939)).

(39) *Id.* at 158-60.

は、どちらの方がより良い局面に陪審員が置かれるかではなく、公判における事後的な反対尋問でもなお、「事実認定者に対して、以前の供述の真実性を評価するための満足のいく基礎を提供するか」ということである。この観点からは、供述直後になされる反対尋問が、事後的な反対尋問よりも、対面条項の違反の有無を分けるほどに効果的であると考えらるべき理由はない<sup>(40)</sup>。

(2) Green 判決は、このように述べて事後的反対尋問のルールを示したが、具体的な事案の解決としては、その適用を留保している<sup>(41)</sup>。本件では、公判外供述の原供述者が、公判において、当該供述で述べられた事項について記憶がないと主張していたという事情があった。そこで、このことが「対面条項の適用において決定的な相違をもたらすほどに被告人の反対尋問の権利に影響を与えていたか」が問題となるものの、これに関して州裁判所等の認定や評価がなかったため、これを判断するに期が熟していないとされ、事件が差し戻された<sup>(42)</sup>。

## イ 分析

(1) Green 判決は、偽証罪の制裁による威嚇、反対尋問、事実認定者による供述態度の観察などが達成されるという、公判における対面によって実現される諸要素に着目する。そしてそれらを、「事実認定者に対して供述証拠の真実性を評価するための満足のいく基礎を提供する」という機能を持つものと理解し、その機能こそが対面の「目的」であるとして、対面条項は「事実認定者に対して供述証拠の真実性を評価するための満足のいく基礎を提供する」ことを求めるものとする。

---

(40) *Id.* at 160-61.

(41) *Id.* at 168.

(42) *Id.* at 168-69. なお、連邦最高裁は、証人 Porter の予備審問証言が実質証拠として許容されたことについても検討を加え、予備審問においてすでに反対尋問の機会があったことをもって、対面条項に反しないと結論づけている。



この理解を前提とすれば、公判において供述直後に反対尋問を行うことがそれ自体として対面権の保障の不可欠な内容とはならない。Green 判決は、事後的反対尋問が「事実認定者に対して供述証拠の真实性を評価するための満足いく基礎を提供する」程度を問題とし、それは、公判における供述直後の反対尋問による場合には劣るもののほとんどそれに近い程度となる場合（「全面的かつ効果的な反対尋問」の機会があるといえる場合）があると考え、事後的反対尋問のルールを基礎付けたものといえる。

(2) Green 判決が「全面的かつ効果的な反対尋問」の機会があるといえる場合として想定しているのは、訴追側証人が、公判で、被告人に有利な供述に供述内容を変更した上で、以前の公判外供述が自己のものであることを認めつつ、それが不正確な知覚・記憶・叙述等に基づくものであることを防御側に協力的に供述するような事例である<sup>(43)</sup>。

このような場合には、Green 判決の指摘する対面の3つの要素のうち、特に反対尋問との関係では、以前の公判外供述の知覚・記憶・叙述等について証人の口から語られ、これらについて直接的に批判的吟味を加えることができるため、「事実認定者に対して供述証拠の真实性を評価するための満足いく基礎を提供する」程度は公判において供述直後に反対尋問を行う場合とほとんど同程度になる。

(3) もっとも、Green 判決の判示からは、右のような事例以外に、どのような場合に「全面的かつ効果的な反対尋問」の機会があったといえるかは、必ずしも明らかでない。

少なくとも本件で判断を留保して事件を差し戻している点からは、行われ得る反対尋問の内容によっては、事後的反対尋問が「事実認定者に対して供

---

(43) この関係では、「虚偽の証言は固まり真実の打撃にも屈しなくなる」危険は存在していないという指摘が重要である。この危険は公判外の一一致供述の許容が問題となる場合にはまさに顕在化するだろう。3ウ参照。

述証拠の真実性を評価するための満足のいく基礎を提供する」ものとはいえないと評価される余地があると考えられているものといえよう。そして、本件のように証人が供述事項について記憶喪失を主張しているような場合の一部が、これに当たり得るとの認識があったといえるかもしれない。

### 3 Green 判決後の議論状況

#### ア 連邦最高裁による適用——Owens 判決

Green 判決以降、特に、記憶喪失が主張されたり、事実上証言が拒絶されたりするなどして、以前の公判外供述に関連する質問に対して、証人が必ずしも実質的な回答をしない事例、すなわち、いわば証人の供述が以前のものから消極的に後退する事例について、裁判例の蓄積がある<sup>(44)</sup>。

(1) この点で重要なのは、連邦最高裁による 1988 年の *States v. Owens*<sup>(45)</sup> である。

同事件では、暴行の被害者 Foster が頭部に傷害を負い著しい記憶障害が生じていたところ、入院中に捜査官と面会した際に、Foster は暴行者として Owens を識別したとされる。公判で Foster は、頭を殴られるのを感じたことや病院で Owens を犯人として識別したことは思い出せると証言したが、反対尋問において、暴行者を見たことや捜査官以外に多くの見舞客に会ったこと、見舞客の誰かが Owens を暴行者として暗示していたかどうかと

---

(44) そのほかに、公判で被告人に有利な供述に供述内容を変更し、防御側に協力的に尋問に応じるも、以前の公判外供述を行ったこと自体を否定するという事案を扱った連邦最高裁判例として、*Nelson v. O'Neil*, 402 U.S. 622 (1971) がある。同判決は、共同被告人たる証人が、公判における尋問において、問題の以前の供述をしたこと自体を否定し、その内容も虚偽であるとした上で、そこでの供述事項について被告人と自身に共通する積極的な無罪方向の内容の証言をしたという事案で、原供述者が供述を行ったこと自体を肯定する場合にしか公判における反対尋問によって対面条項が満足されることはないとの主張を退け、当該公判外供述の証拠使用は対面条項に違反しないとした。

(45) *States v. Owens*, 484 U.S. 554 (1988).

いうことについて、いずれも思い出せないと述べた。そこで、捜査官の聞いた Foster の公判外における識別供述の許容性が問題となった。

これについて、法廷意見は、「対面条項は、『被告人が望むどのような点またどのような程度においても有効な反対尋問をではなく、有効な反対尋問のための機会』のみを保障する」と強調した上で<sup>(46)</sup>、大要次のような類比を行う。通常の公判証言の場合でも、証人が現在自分が正しいと思うところを証言しつつ、なぜそれを正しいと思うかについてはもはや記憶がないなどと証言し実質的な回答をしないということもあり得るが、その場合でも、公判での反対尋問において当該証人の偏見や注意不足、視力や記憶力が悪いという事実を指摘するなど、「記憶喪失が主張されている際に証人の供述を攻撃するために利用可能な武器」があるのであって、対面権の保障に欠けるとは考えられていない。そうだとすれば、以前の公判外供述として、過去において証人が正しいと思っていたところが顕出されつつ、なぜそれを正しいと思っていたかについて証人から実質的な回答が得られずとも、対面権の保障としてはそれで十分である<sup>(47)</sup>。

証人が以前の供述で述べられた事項について記憶喪失を主張し、その事項について公判で証人から実質的な回答が得られない場合であっても、公判における事後的な反対尋問によって、対面権の保障は満足されるとの判断が示されたものといえる<sup>(48)</sup>。

(46) *Id.* at 559 (quoting *Kentucky v. Stincer*, 482 U.S. 730, 739 (1987) (quoting *Delaware v. Fensterer*, 474 U.S. 15, 20 (1985))) (emphasis in original).

(47) *Id.* at 559-60.

(48) *Owens* 判決では、証人の以前の供述は、連邦証拠規則 801 条(d)(1)(C)の以前の識別供述として許容されており、証拠法則上の不一致供述として扱われるべき供述に、事後的反対尋問のルールの射程が限られるわけでもない。なお、以前の一致供述については最高裁の判断はなく、異なる理解もあり得るとの指摘がある (see Roger W. Kirst, *The Procedural Dimension of Confrontation Doctrine*, 66 NEB. L. REV. 485, 503-04 (1987)). また、3ウ参照。)

(2) これに対し、反対意見は、Green 判決を引用して、対面条項は「事実認定者に対して以前の供述の真実性を評価するための満足のいく基礎を提供する」のに十分な反対尋問を行う権利を被告人に保障しており<sup>(49)</sup>、事案における反対尋問が「事実認定者に対して以前の供述の真実性を評価するための満足のいく基礎を提供」しているかどうか、それが効果的な尋問といえるかの基準となると示唆されてきたと指摘した上で<sup>(50)</sup>、「本件では被告人は Foster の以前の供述時における記憶の欠陥を徹底的に審査し暴露する機会を与えられていなかった」ため、その許容は許されないとする<sup>(51)</sup>。

この反対意見は、「事実認定者に対して以前の供述の真実性を評価するための満足のいく基礎」が提供されるといえるためには、事後的反対尋問において、証人の以前の公判外供述の知覚・記憶・叙述等の各過程について、実質的な吟味が可能であったことが必要であるとの理解に立つものといえるだろう。

これに対して法廷意見は、前述のような公判証言の場合との類比からすれば、そもそも、供述証拠の知覚・記憶・叙述等の各過程について実質的な吟味が実際上可能であるかどうかは、対面権の趣旨との関係で重要ではなく、それが実際には不可能であったとしても、証人の信用性に関する弾劾等が可能という意味で「証人の供述を攻撃するために利用可能な武器」があるため、「事実認定者に対して供述証拠の真実性を評価するための満足のいく基礎を提供する」という対面の目的は達成される、という理解に立つものと考えられる。

しかし、こうした理解は、もはや、実際上行われ得る反対尋問の内容は重

---

(49) States v. Owens, 484 U.S. 554, 565 (1988) (Brennan, J., joined by Marshall, J., dissenting).

(50) *Id.* at 568.

(51) *Id.* at 572.

要ではなく、証人が単に公判に出席して反対尋問に服し得た以上は、対面権は満足されるとの理解であるともいえそうである。反対意見は、まさにこの点を捉えて、法廷意見は「対面権を空虚な形式におとしめる」ものであると批判している<sup>(52)</sup>。

(3) この Owens 判決に指導され、事後的反対尋問のルールは、Green 判決における「全面的かつ効果的な反対尋問」という文言から一見して受ける印象以上に広がりを見せることになる。

もっとも、Owens 判決の反対意見が批判するように、連邦最高裁が、果たして証人が単に公判に出席して反対尋問に服し得たということのみで対面権の保障に十分であるとの立場に立ったといえるかは、その後この点について正面から扱う連邦最高裁判例が他にないこともあり、必ずしも明らかではない。

Owens 判決の法廷意見を執筆した Scalia 判事は、2004 年の Crawford 判決の法廷意見で、Green 判決を引用しつつ、「原供述者が反対尋問に服すべく公判に出席している (appear for cross-examination) 場合、対面条項は、その者の以前の証言的供述の使用に、何らの制限も与えない」として、事後的反対尋問のルールを確認している<sup>(53)</sup>。この文言は、証人が単に公判に出席して反対尋問に服し得たことで十分であるという読み方に親和的だろう。ただし、同じところで、Crawford 判決は、「対面条項は、供述者が公判に出席して当該供述を擁護し又は説明する限り、その供述の許容を禁じない」とも述べており、ここでは、行われ得る反対尋問の内容も重要な要素となり得るとの理解が表れているようにも思われ、やはり連邦最高裁の立場は明らかでないのである<sup>(54)</sup>。

---

(52) *Id.* at 572.

(53) *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 59, n.9 (2004).

(54) 「対面条項は、供述者が公判に出席して当該供述を擁護し又は説明する限り、

## イ 連邦下級審及び州裁判所における適用の状況

(1) こうした連邦最高裁の判断を受け、連邦下級審及び州裁判所では、概して、証人が以前の供述で述べられている事項について記憶喪失を主張する場合も含めて、事後的反対尋問のルールが広く適用されている<sup>(55)</sup>。

さらに、そこでは、単に証人が出席していて反対尋問を行い得たという事実のみで対面権の保障に十分であるとの立場に立って、以前の供述で述べられている事項のみならず、以前にその供述をしたことや供述の際の状況などについても、公判で証人からほとんど回答が得られないような事案において、事後的反対尋問のルールが適用され対面権の侵害はないとされる例も相当数存在しており、特に Crawford 判決後にはその傾向が強く現れている<sup>(56)</sup>。

(2) しかし他方で、前述のように連邦最高裁の立場が必ずしも明らかでないことを背景に、Owens 判決後や Crawford 判決後にも、有力な連邦控訴裁判所による判断を含むいくつかの裁判例において、単に証人が出席していて反対尋問を行い得たというだけでは十分でなく、行われ得る反対尋問の

---

その供述の許容を禁じない」という文言については、「供述者が実際に当該供述を擁護し又は説明したことを示す記録は要請されず、なお証人が出席していることとそのように行動することができるということに焦点を当てている」との分析もある。See Roger W. Kirst, *Does Crawford Provide a Stable Foundation for Confrontation Doctrine?*, 71 BROOK. L. REV. 35, 76 (2005).

(55) See Christopher B. Mueller, *Cross-Examination Earlier or Later: When Is It Enough to Satisfy Crawford?*, 19 REGENT U.L. REV. 319, 339-43 (2007).

(56) See, e.g., *State v. Gorman*, 854 A.2d 1164, 1177 (Me. 2004); *Fowler v. State*, 829 N.E.2d 459 (Ind. 2005); *State v. Price*, 146 P.3d 1183, 1192 (Wash. 2006); *State v. Holliday*, 745 N.W.2d 556, 566-67 (Min. 2008)。なお、事後的反対尋問のルールの適用が問題となる場面において、Crawford 判決以前には、その適用が否定されたとしても、その許容が対面条項に反しないとされる余地が理論的にはあったが、同判決の示した枠組みのもとでは、その適用が否定されれば、当該公判外供述はほとんど許容される余地はない(1(1))。Crawford 判決以降に事後的反対尋問のルールが広く適用されていることの背景には、このことも指摘できるように思われる。

内容によっては対面条項に反し得るということが示唆されている。

たとえば、United States v. Torrez-Ortega では、刑事免責を受けた訴追側証人が、自己負罪拒否特権は無効であると告げられたにもかかわらず、その証人の以前の供述として顕出された公判外供述が自己のものであることを否定した上で、自己負罪拒否特権を執拗かつ繰り返し主張して、両当事者の質問にほとんど応答しなかったところ、訴追側がひとたび（事実にではなく）法的に反対尋問に服し得る状態の証人を宣誓させ証言台に立たせたならば対面条項は満足されるという訴追側の主張を退けた上で、本件で被告人は効果的な反対尋問の機会を妨げられているとされている<sup>(57)</sup>。

また、United States v. Spotted War Bonnet は、児童証人が問題となった事案で、「児童をその精神的成熟度にかかわらず単に証言台に立たせるのでは、あらゆる対面条項の懸念を排除するに十分ではなく、たとえば、児童が全く反対尋問され得ないほどに幼い場合や、児童が『単純にあまりに幼く、完全な主尋問または反対尋問に服することをあまりに恐れている』場合には、児童が物理的に法廷に存在しているという事実は、そのみでは、対面条項の要請を満足させるとすべきではない」とする<sup>(58)</sup>。

さらに、Crawford 判決後にも、Cookson v. Schwartz では、Crawford 判決では「供述者が公判に出席して当該供述を擁護し又は説明する限り」と述べられているのであるから、「原供述者が反対尋問に服すべく公判に出席

---

(57) United States v. Torrez-Ortega, 184 F.3d 1128, 1132-34 (10th Cir. 1999). なお、Green 判決以前に、連邦最高裁は、公判における事後的な尋問において自己負罪拒否特権が主張され、一貫して証言が拒絶されたという事案において、証人の証言拒絶が有効な特権主張によるものであるかについては判断の必要がないとしつつ、当該公判外供述について反対尋問ができなかったことによって、「被告人は明らかに対面条項の保障する反対尋問権を否定された」としていた (Douglas v. Alabama, 380 U.S. 415, 419-20 (1965).)。

(58) United States v. Spotted War Bonnet, 933 F.2d 1471, 1474 (8th Cir. 1991) (quoting United States v. Dorian, 803 F.2d 1439, 1446 (8th Cir. 1986)).

している場合、対面条項は、その者の以前の証言的供述の使用に、何らの制限も与えない」という言辭は「問題解決の方向性を決定づける (dispositive)」ものではないとされている<sup>(59)</sup>。そして、Gorforth v. State は、同判決を引用し、対面条項は単に供述者が出席し質問され得る以上のことを要求しているとするものとして、目撃証人が警察に提出した犯行についての書面による供述の許容が問題となった事案で、交通事故による記憶障害のため、目撃した犯行についても、警察に対して書面による供述を提出したことも覚えていないという状況では、「完全な記憶喪失によって、被告人は潜在的な偏見や証人の供述を取り巻く状況について吟味する機会をすべて奪われてしまっている」などと指摘し、対面権の侵害があると結論づけている<sup>(60)</sup>。

これらの判断は、Green 判決が示していたように、公判での反対尋問によって「事実認定者に対して供述証拠の真实性を評価するための満足のいく基礎が提供されるか」を問題とした上で、記憶喪失や証言の拒絶等によって証人がほとんど実質的な回答をしないような場合に、少なくとも単に証人が出席し反対尋問され得るということのみでは、そのような「満足のいく基礎」は提供され得ないという認識を示すものといえよう。

(3) 同様の認識は学説の一部でも示されており<sup>(61)</sup>、中でも、有力な証拠法学者である Mueller は次のように主張している。

Mueller は、右で見た一連の裁判例と同様に、記憶の減退や（事実上の）証言の拒絶等によって公判で供述が消極的に後退する場合を念頭に置きつつ、Green 判決のいう「全面的かつ効果的な反対尋問」があるといえるため

---

(59) Cookson v. Schwartz, 556 F.3d 647, 651 (7th Cir. 2009).

(60) Gorforth v. State, 70 So.3d 174, 186 (Miss. 2011).

(61) See, e.g., JAMES J. TOMKOVICZ, CONSTITUTIONAL EXCLUSION: THE RULES, RIGHTS, AND REMEDIES THAT STRIKE THE BALANCE BETWEEN FREEDOM AND ORDER, 379-80 (2010); Lisa Kern Griffin, *The Content of Confrontation*, 7 DUKE J. CONST. L. & PUB. POL'Y 51 (2011).



には、証人が反対尋問において以前の供述の供述事項及び以前の供述それ自体についての質問に実質的な回答をしていることが必要であると主張する<sup>(62)(63)</sup>。

その理由は次のように説明される。以前に当該供述をしたということは認めるものの、以前の供述で述べられている事項について記憶喪失や供述の拒絶があるという場合、証人の経歴など一般的な信用性に関する事情や、以前の供述がなされた際の圧迫や影響を明らかにし得る回答が得られるかもしれないが、以前の供述の前提にある知覚や記憶、以前の供述の表現の曖昧さなどをチェックすることができない<sup>(64)</sup>。また、以前の供述で述べられている事項について現在の記憶に基づき十分に回答するものの、問題の以前の供述それ自体に関して記憶喪失や供述の拒絶がある場合には、以前の供述の基礎となっている知覚などについてある程度吟味することができるかもしれないが、その供述がなされた際の圧迫や影響、またここでもその供述の表現の曖昧さなどについて審査することができない。そのため、これらの類型での事後的な反対尋問はなお「効果的」とはいい得るかもしれないが、少なくとも

---

(62) See Mueller, *supra* note 55, at 334-35. Mueller は、この主張の前提として、反対尋問の意義について、供述証拠の知覚や記憶、叙述などについて吟味するという「審査モデル (Testing Model)」と、論理的なアピールに加えて感情的なアピールも行うことで、証言を受け入れないよう陪審員を説得するという「ドラマモデル (Drama Model)」という二つの捉え方を提示する (*id.* at 321-29.)。本文中で述べた主張は「審査モデル」に依拠するものであるが、証人が現在の供述と以前の供述との相違を突きつけられ、以前の供述が何を意味しているかを説明することを求められることで、証人が何かの供述で誤っている又は虚偽を述べているということを陪審員に示すことができることが重要であるため、反対尋問の「ドラマモデル」からも同様に基礎付けられるとする (*id.* at 335.)。

(63) Mueller は、そのような理想には多少及ばない場合、たとえば反対尋問においてほとんどの質問に証人が答えつつ、時折記憶喪失を主張するような場合にも、反対尋問は「全面的かつ効果的」といい得る余地もあるだろうとする (*id.* at 336.)。

(64) *Id.* at 339-41.

「全面的」とはいえない<sup>(65)</sup>。さらに、以前の供述で述べられている事項についても、以前の供述それ自体についても、記憶喪失や供述の拒絶などによってほとんど回答が得られない場合には、もはや被告人のとり得る手段は証人の性格や動機などについて攻撃するしか残されておらず、これは「全面的」といえないのはもちろん、もはや「効果的」ともいえないだろう<sup>(66)</sup>。

Mueller はこのように述べた上で、それにもかかわらず、連邦下級審や州裁判所は、広くこれらの場合についても、事後的反対尋問のルールをあまりに「寛大に又は弛緩して」適用していると批判している<sup>(67)</sup>。

この批判は、右で述べた一部の連邦下級審及び州裁判所に見られる認識をさらに押し進めるものであると位置付けられよう。反対尋問において、証人が以前の供述の供述事項及び以前の供述それ自体についての質問に実質的な回答をしていることで、以前の供述の知覚・記憶・叙述等の各過程について批判的な吟味を加えて「事実認定者に対して供述証拠の真实性を評価するための基礎を提供する」ことが可能になるのであって、それらについての実質的な回答がないならば、対面権の目的を満足させるほどに「事実認定者に対して供述証拠の真实性を評価するための基礎を提供する」ことはできないとの主張である。

#### ウ 児童のビデオ録画供述に関する制定法をめぐる議論<sup>(68)</sup>

(1) 児童、特に性犯罪の被害者たる児童の供述が証拠使用される場合に關して、特定の州の制定法との關係で、事後的反対尋問のルールが問題とな

---

(65) *Id.* at 341-42.

(66) *Id.* at 342-43.

(67) *Id.* at 344.

(68) *See generally* Robert P. Mosteller, *Remaking Confrontation Clause and Hearsay Doctrine under the Challenge of Child Sexual Abuse Prosecutions*, 1993 U.ILL. L. REV. 691 (1993).

ることがある。

すなわち、1980年代以降、性犯罪被害児童の保護を中心的な関心として、事前に公判外でビデオ録画された児童の供述等を許容するなどの法律が各州で相次いで制定されたところ、その一部には、原供述者たる児童が、公判において利用可能であって被告人が当該児童に対し反対尋問を行う機会を有していることを、その許容の要件とするものがある<sup>(69)</sup>。この種の規定のもとでは、典型的には、事前の供述採取の際に防御側が立ち会うことは予定されておらず、また、録画の形式や証拠提出前の事前の閲覧等の形式的要件以外に追加的な要件が要求されることもない。そこで、この種の規定に従って公判における事後的な反対尋問の機会が与えられることをもって、対面条項の要請が満足されるかという、事後的反対尋問のルールの問題が生じるのである<sup>(70)</sup>。

(2) この問題については、この種の規定を設ける州においていくつかの司法判断が出されているが、その結論は別れている。

たとえば、ミズーリ州最高裁は、*State v. Schaal*において、*Green*判決の指摘する対面の3つの目的を引用しつつ、本件は（同判決と異なり）矛盾供述が問題となった事案ではないものの、この点は憲法上重要ではなく、児童が公判で宣誓のもと事実認定者による供述態度の観察に晒されつつ証言可能であることが要件とされていることから、問題の規定は対面条項を満足さ

(69) *E.g.*, Arizona, ARIZ. REV. STAT. ANN. § 13-4252; Illinois, ILL. REV. STAT. ch. 38, para. 106 A-2(b) (6) & (7) (repealed); Louisiana, LA. REV. STAT. ANN. § 15:440.5; Missouri, MO. ANN. STAT. § 492.304 (amended). 併せて信頼性の徴憑の認定を要求するものとして, *e.g.*, Kansas, K.S.A. 1985 Supp. 22-3433 (repealed); Wisconsin, WIS. STAT. ANN. § 908.08.

(70) この種の規定については、児童を訴追側が公判に提出するのではなく、実際に児童を公判に召喚するかどうかを防御側に委ねる点で、反対尋問権の行使を断念するか陪審員への悪印象等を招くリスクを冒して児童を召喚するかの選択を被告人に迫るものであって、デュープロセス条項に反するのではないかも問題とされている。See *Long v. State*, 742 S.W.2d 302 (Tex. 1987).

せると一般的に述べている<sup>(71)</sup>。

これに対して、イリノイ州最高裁は、*People v. Bastien*において、問題の規定が対面条項に反するとする。そこでは、対面条項は「同時的な反対尋問の権利」を被告人に保障しているかが中心的な問題であるとされた上で、*Green* 判決を参照しつつ、同判決と本件とでは前提が異なっていることが指摘される。すなわち、*Green* 判決では、以前の矛盾供述が問題となっており、そのため「虚偽の証言は固まり真実の打撃にも屈しなくなる」という事後的な反対尋問の孕む危険が解消されるのに対し、本件におけるような、ビデオ録画供述に対する場合によっては数月も後の公判での事後的な反対尋問では、その間に児童が検察官や影響を与え得る者に接触するだろうから、まさにそのような危険が存する。よって、同時的な反対尋問を禁ずる問題の規定は対面権を侵害すると結論づけられた<sup>(72)</sup>。

(3) このように、この種の規定に関しては、特に、*Green* 判決の指摘していた「虚偽の証言は固まり真実の打撃にも屈しなくなる」という事後的な反対尋問の孕む危険をどのように評価するかという点の相違から、州ごとに異なる判断が見られるところである。

その危険は、この種の規定に関してのみならず、一致供述について事後的に反対尋問の機会が与えられる場合一般に顕在化するものである。しかし、この種の規定が問題となった事案を含め、一致供述の場合について事後的反対尋問のルールを取り扱った連邦最高裁の判断はなく、必ずしもその立場は

---

(71) *State v. Schaal*, 806 S.W.2d 659, 663 (Mo.1991), *cert. denied*, 502 U.S. 1075 (1992).

(72) *People v. Bastien*, 541 N.E.2d 670, 674-76 (Ill.1989) (併せて、供述者の児童が公判で証言可能であるため必要性に乏しいこと、児童証人以外の重要証人の供述にも広くビデオ録画による顕出の道を開きかねないことが理由として挙げられている。)。また、同判決に大きく依拠して、同様の規定を対面条項に反するとしたテネシー州最高裁の判断として、*see State v. Pilkey*, 776 S.W.2d 943 (Tenn. 1989), *cert. denied*, 494 U.S. 1032 (1990).

明らかでない<sup>(73)</sup>。

## エ 分析

(1) 特に証人の供述が消極的に後退する場合を念頭に、Owens 判決以降、事後的反対尋問のルールに関して、単に証人が公判に出席し反対尋問に服し得るということのみで対面権の保障に十分であると考えるか、行われ得る反対尋問の内容によっては対面権の侵害があり得ると考えるかという点で見解の対立がある。

前者は、「事実認定者に対して供述証拠の真实性を評価するための基礎を提供する」という Green 判決による対面権の趣旨理解に沿って分析すれば、次のようにいえる。すなわち、供述証拠の知覚・記憶・叙述等の各過程について、實際上、実質的な吟味が可能であるかどうかは、対面権の趣旨との関係で重要ではなく、それが実際には不可能であったとしても、証人の信用性に関する弾劾等が可能という意味で「証人の供述を攻撃するために利用可能な武器」があるため、「事実認定者に対して供述証拠の真实性を評価するための満足のいく基礎を提供する」という対面の目的は達成されるとの理解である。Owens 判決以降、連邦最高裁はこの考えに立っているようにも思われ、同様の立場の裁判例も相当数見られる。

これに対して、後者は、事後的な反対尋問において、問題の公判外供述の知覚・記憶・叙述等の各過程を実質的に吟味することができなかつたような場合などには、「事実認定者に対して供述証拠の真实性を評価するための基礎」は十分に提供されないとの理解である。Owens 判決以降の連邦最高裁

---

(73) Owens 判決以降、連邦最高裁が、証人の供述が消極的に後退する場合に、単に証人が公判に出席し反対尋問に服し得るということのみで対面権の保障に十分であるとの理解に立っているとすれば、一致供述の場合も同様に考えるのが親和的といえるだろうか (see Mosteller, *supra* note 68, at 693.)。

の立場は定かでないものの、少なくとも Green 判決はこのような理解に親和的であったように思われる。さらに、Owens 判決の反対意見はこの立場であり、それ以降にも一部の裁判例でこの理解が示され、学説でも同様の趣旨の主張がある。

ここでの実質的な対立点は、「事実認定者に対して供述証拠の真实性を評価するための基礎を提供する」という Green 判決による対面権の趣旨理解との関係で、事後的反対尋問において公判外供述の知覚・記憶・叙述等の各過程を実質的に吟味することができることを必要と考えるか否かという点にあると分析できるだろう。

(2) また、事前に公判外でビデオ録画された児童の供述等を、原供述者たる児童が、公判において利用可能であって被告人が当該児童に対し反対尋問を行う機会を有していることを要件に許容する法律との関係では、そのような事後的反対尋問の機会が対面条項の要請を満足させるかにつき、州ごとに異なる判断が見られる。

これは、一致供述の場合の事後的な反対尋問において顕在化する「虚偽の証言は固まり真実の打撃にも屈しなくなる」という危険が、対面権の保障との関係で有意なものといえるかどうかという点の評価の差異と捉えることができるだろう。

### 三 考察

以上のアメリカ法における議論を踏まえつつ、以下では、証人審問権を保障する憲法 37 条 2 項前段が付与を要請する反対尋問の機会とはどのような内容のものであるか、公判における事後的な反対尋問の機会はその要請を満たすかについて、若干の考察を行いたい。

## 1 証人審問の機能と証人審問権の趣旨

アメリカにおける見解の実質的な対立点は、事後的反対尋問において公判外供述の知覚・記憶・叙述等の各過程を実質的に吟味することができることを必要と考えるか否かという点にあった。我が国において、公判における事後的な反対尋問の機会が与えられることをもって証人審問権の保障に十分であるかという問題も、このような観点に還元できるだろうか。まずは、我が国の証人審問権の趣旨に立ち返って検討する必要がある。

この点、Green 判決は、公判における対面の機能に着目し、対面権の趣旨を「事実認定者に対して供述証拠の真实性を評価するための満足のいく基礎を提供する」ことであるとしていた。そこでこの分析は次のようなものである。

事実認定者は、供述証拠を前にして、様々な資料をもとに、その供述証拠の知覚・記憶・叙述等の過程を検討し、その信頼性を評価することが求められる。そして、供述証拠が公判証言という形で顕出されれば、すなわち公判での対面が実現するのであれば、事実認定者による供述態度の観察や偽証罪の制裁による威嚇、反対尋問などが可能となり、これらによって、事実認定者には、供述者の供述態度や、偽証罪の制裁による威嚇がある中で当該供述をしているという事実などの、当該供述証拠の信頼性をより確実に評価することを可能とする資料が提供される。なかでも反対尋問は、当該供述によって不利益を被る当事者が、供述の知覚・記憶・叙述等の各過程について批判的に吟味することを通じて、反対尋問に対する応答という、主尋問で述べられた供述の知覚・記憶・叙述等の過程を検討し信頼性をより確実に評価することを可能とする非常に有用な資料を事実認定者に対し提供する。

公判における対面は、このような意味で、本質的には、「事実認定者に対して供述証拠の真实性を評価するための満足のいく基礎を提供する」という機能を果たしているといえる。そして、Green 判決は、この機能を直截に対

面権の趣旨理解に反映させるのである。

ここでの公判における対面の果たす機能の分析は、我が国において公判における証人審問が果たす機能についても同じく妥当する。証人審問は、本質的には、「事実認定者に対して供述証拠の真実性を評価するための満足のいく基礎を提供する」、すなわち、供述証拠の信頼性について事実認定者がより確実に評価できるようにするという機能を果たしているのである。

そして、証人審問権の趣旨は、この証人審問の本質的機能に沿って把握されるべきである。すなわち、証人審問権は、事実認定者が供述証拠の信頼性を十分確実に評価できるようにすることを趣旨とする権利であると理解できる<sup>(74)</sup>。

## 2 公判における事後的な反対尋問の問題性

(1) 公判における事後的な反対尋問が、主尋問での供述直後に反対尋問がなされる場合の証人審問に比して、事実認定者による供述証拠の信頼性のより確実な評価を可能とする程度において、少なからず劣っていることは疑いない<sup>(75)</sup>。

公判における事後的な反対尋問がなされる場面で、問題の公判外供述は偽

---

(74) 拙稿 (5) 2211 頁以下参照。

(75) Green 判決が述べるように、供述者は、問題の公判外供述について、公判で偽証罪の制裁による威嚇のもと尋問されることになり、そこでの供述態度が観察される。その上で、公判における反対尋問において、当該供述証拠について証人が実質的な回答を示すこともあろうし、そうでなくとも証人の回答は公判外供述の信頼性を評価するにあたっての有用な資料となる。このような意味で、公判における事後的な反対尋問においても、供述証拠の信頼性のより確実な評価を可能とする資料は相当程度提供されることになる。しかし、そうだとすると、それは、Green 判決もまさに認めていたとおり、せいぜい「失われた保護の大半を取り戻す」にとどまり、本文で述べる理由で、公判における事後的な反対尋問が、供述証拠の信頼性のより確実な評価を可能とする程度において劣っているのは確かだろう。



証罪の制裁による威嚇のもとでなされたものでは必ずしもなく、事実認定者が当該供述の際の供述者の供述態度を観察することも基本的にはできない。証人の供述態度が観察できないことは、それに依拠した防御側による批判的吟味の可能性を一定程度失わせることにもなる。

(2) さらに、証人審問の特に重要な要素である反対尋問に関しては、次のような差異が指摘できる。

ある供述をする者は、過去におけるある出来事についての知覚内容を、その供述時点で記憶していて、それを正確に叙述している、という立場に立っている。この供述が公判における主尋問で述べられ、その直後に反対尋問が行われる場合、供述者は、当然、その立場をなお維持している状態である。反対尋問では、そのような供述者に対して、たとえば知覚の条件が危ういものでないかを問いただし、記憶に影響するような暗示などがなかったかを問いただし、現在の何らかの状況によって叙述等が歪められていないかを問いただすなどして、その供述の知覚・記憶・叙述等の各過程に誤りがないかを批判的に吟味することが試みられる。それに対して、証人は、現在自分が依拠している知覚・記憶・叙述等について基本的に説明することができるはずであろうから、それらの各過程の詳細が明らかになり、あるいは現在依拠しているはずの知覚・記憶・叙述等について説明することができないという事実が露呈することになる。こうして、供述直後の反対尋問では、その供述の知覚・記憶・叙述等を直接的に吟味することが可能となる。

これに対して、証人の公判外供述に対して事後的な反対尋問が行われる場合はどうだろうか。そこでの反対尋問によって批判的な吟味が試みられる対象は、あくまでその公判外供述時点で証人が依拠した知覚・記憶とその時点での叙述等の正確性である。しかし、証人は、その供述から時間的間隔があるがために、その供述の時点で依拠していた知覚とその記憶をもはや維持しておらず、叙述等に影響があり得る状況がすでに変化しているということが

あり得る。そうすると、ここで、事後的な反対尋問に対して、証人は、その供述の知覚・記憶・叙述等について説明することができるはずだという前提は成り立たない。それらの各過程の詳細は明らかにならないかもしれず、仮にそれらについて説明することができなかつたとしても、それは時間的間隔があるが故のことであるかもしれない。こうして、事後的な反対尋問では、その供述の知覚・記憶・叙述等を直接的に吟味することが制限され得ることになる<sup>(76)</sup>。

(3) アメリカにおいて、Owens 判決の法廷意見やその後の相当数の裁判例は、實際上、事後的反対尋問において公判外供述の知覚・記憶・叙述等の各過程を実質的に吟味することができるかという点は重要でなく、単に証人が公判に出席し反対尋問に服し得るならばそれで対面権の保障に十分であるとの理解に立っていたと分析できる。この立場は、まさに、右に述べた、事後的な反対尋問では供述の知覚・記憶・叙述等を直接的に吟味することが制限され得るという点が、対面権ないし証人審問権の趣旨との関係で重要でないと考ええるものだといえよう<sup>(77)</sup>。

しかし、一般に反対尋問権の保障は証人審問権の保障の中核をなすと理解されているところ、それは、問題の供述証拠によって不利益を被る当事者が

---

(76) 田中・前掲注10)「刑事被告人の証人審問権に関する判例」17頁は、憲法37条2項前段に関する判例について論ずるなかで、次のように述べている。「法廷外でした供述と法廷でした供述とが異なる場合には、〔法廷で反対尋問を行なっても〕法廷外でした供述について反対尋問したことにはならない。たとえ法廷外でこれこれの供述をしたのではないかといって反対尋問しても、証人は法廷外でそういう供述をしたことがないということもあろうし、忘れたということもあろうし、そうでなくとも時間を経てからの反対尋問のことであるから、少くとも、十分に反対尋問をする機会を与えたとは言い難い」。

(77) これは、実質的には、証人審問権は反対尋問が供述直後に行われるべきことをその保障内容とはしておらず、その保障する「原則形態」としての証人審問手続に、公判における事後的な反対尋問も含まれるとする理解である。堀江・前掲注14)30頁注17参照。

直接的にその知覚・記憶・叙述等の各過程を批判的に吟味することで、事実認定者による供述証拠の信頼性のより確実な評価を可能とする非常に有用な資料を提供するからこそであって、そのような直接的な吟味が制限され得ることは、証人審問権の趣旨との関係で決定的な差異であるというべきである<sup>(78)</sup>。(1)で述べたような差異もあることも併せて考えれば、単に公判における事後的な反対尋問の機会が与えられるということのみから、証人審問権の保障に十分であると考えらるべきではなく、そこでは証人審問権の制約が生じていると見るべきである。

### 3 証人審問権の制約の正当化

このように、公判外供述について公判における事後的な反対尋問の機会が与えられたとしても、その証拠使用は証人審問権の制約を生じさせるものであるが、一定の場合にはその制約は正当化され得るだろう。

(1) Green 判決は、訴追側証人が、公判で、被告人に有利な供述に供述内容を変更した上で、以前の公判外供述が自己のものであることを認めつつ、それが不正確な知覚・記憶・叙述等に基づくものであることを防御側に

---

(78) Owens 判決が類比していたように(二3ア)、証人が現在自分が正しいと思うところを証言しつつ、なぜそれを正しいと思っているのかという基礎となる知覚・記憶等についてはもはや記憶がないなどと証言する場合でも、証人審問権の保障に欠けるとは考えられていない。そうだとすれば、以前の公判外供述について、記憶の減退等により、証人から実質的な回答が得られず、当該供述の知覚・記憶・叙述等の各過程について直接的に批判的な吟味が十分に行えないことは重要でないとの理解もあり得よう。しかし、証人が今現在信ずるところとしてある供述をしているにもかかわらず、それがどのような知覚・記憶に基づいているかを答えられないという事情は、それだけで直ちにその知覚・記憶が危ういものであることを浮き彫りにし、当該供述の信頼性評価を(信頼できないという方向に)より確実にできるようにする一要素である。これに対し、当時は何らかの知覚・記憶をもとに供述をしていたらうにそれをもはや検証できないというのは、当該供述のより確実な信頼性評価の可能性の確保には何ら寄与しない。これらには証人審問権の趣旨との関係で有意な差があると見るべきである。

協力的に供述するような事例を典型的に想定し、その場合の事後的反対尋問は対面権の保障を問題なく満足させると考えていた。そして、Owens 判決以降も、一部の裁判例や学説では、事後的な反対尋問において問題の供述証拠の知覚・記憶・叙述につき実質的な吟味が可能であるかという観点で、事後的反対尋問によって対面条項が満足させられるかどうかについて、行われ得る反対尋問の内容が重視されていた。

我が国でも、公判における事後的な反対尋問の内容によっては、当該供述を許容しても証人審問権の保障に反しない場合があるといえるだろう。すなわち、まさに Green 判決が典型的に想定していたような、公判における事後的な尋問において、証人の依拠する知覚・記憶・叙述等が変化していたとしても、当該供述時点における知覚・記憶・叙述等に立ち返って証人が尋問に実質的に応答し得る場合である。

この場合には、当該供述の知覚・記憶・叙述等の各過程について批判的な吟味を直接的に行うことが可能となり、事実認定者はその批判的吟味に対する証人の応答と併せて信頼性評価の基礎を獲得することになる。ここでは、供述直後に反対尋問が行われる場合の証人審問と公判における事後的な反対尋問との決定的な差異として 2 で指摘した点は解消されているのであって、当該公判外供述を許容しても証人審問権の制約は正当化されるとして良いだろう。

また、同様の議論は、当該供述時点における知覚・記憶・叙述等が現在でもなお維持されている場合<sup>(79)</sup>にも当てはまるように思われる。その場合にも、公判において証人に対し当該供述の知覚・記憶・叙述等の各過程につい

---

(79) たとえば、我が国では、刑訴法 321 条の 2 に従って以前のビデオリンク方式の証人尋問の録音録画が主尋問に代えて証拠とされる場合に、証人が仮に通常どおり証人として証言することになったとしても全く同一の証言をするであろう場合には、証人の以前の知覚・記憶・叙述等は維持されているといえるだろう。

て批判的な吟味を直接的に行うことが可能であって、そうであれば、この場合に証人審問権の制約は十分に正当化されると考えられる。

なお、この場合には、2で検討した事後的な反対尋問の問題性に加えて、Green判決が指摘していたように、「虚偽の証言は固まり真実の打撃にも屈しなくなる」、すなわち誤った記憶の固着化ないし反対尋問への用意周到な準備というプロセスで虚偽供述が固まるという危険があり得る。しかし、この危険は、供述と反対尋問との間に時間的間隔があることによって生じるというよりも、本質的には、供述者が供述事項について知覚してから供述するまでに時間的間隔があることによって生じるものであるといえ、事後的な反対尋問に固有の問題ではないと考えるべきだろう。

(2) さらに翻って考えると、事実認定者が供述証拠の信頼性を十分確実に評価できるようにするという証人審問権の趣旨は、必ずしも反対尋問のみによって実現され得るものではない。そうだとすれば、公判において証人に対し当該供述の知覚・記憶・叙述等の各過程について批判的な吟味を直接的に行うことが可能でなくとも、証人審問権の趣旨が代替的に十分に実現されるために、証人審問権の制約が正当化されることはあり得るといえるだろう。

すなわち、(1)で述べた場合でなくとも、たとえば当該公判外供述がなされた経緯が他の証拠によって明らかになっていたり、当該証人の他の機会における供述との比較検討が可能であったり、あるいは供述内容と照合できる他の証拠が存在しているなどの事情によって、供述証拠の信頼性を十分確実に評価できるようにするという証人審問権の趣旨が実現される場合はあるはずである。このような場合にも、当該供述の証拠使用が証人審問権に反しないとされ得るだろう<sup>(80)(81)</sup>。

---

(80) 筆者は、別稿で、公判外供述の証拠使用の場面の中でも、反対尋問を行う機会が被告人に一切与えられないような場合を念頭に、本稿と同様に証人審問権の

#### 4 具体的場面の検討

最後に、以上で示した証人審問権による規律が、我が国において公判における事後的な反対尋問の機会が被告人に与えられる具体的場面において、実際にどのように働き得るかについて、若干の検討を加える<sup>(82)</sup>。

##### ア 公判で相反供述等がなされた場合

公判で相反供述等がなされ証人の以前の公判外供述が証拠使用される場面では、以前の供述時点における知覚・記憶・叙述等は、証人において維持されていないということに注意が必要である<sup>(83)</sup>。

---

趣旨を理解した上で、その制約の正当化について概ね同様の理論枠組みを示している（拙稿(5)2210頁以下。）。公判における事後的な反対尋問の機会があるといえる場合と、反対尋問を行う機会が被告人に一切与えられていないと評価される場合とは、截然と区別できるものではない。事後的な反対尋問の機会がある場合について、同一の証人審問権の趣旨理解をもとに、証人審問権の制約の正当化の論理を検討して、反対尋問を行う機会が被告人に一切与えられないような場合の理論枠組みと同一のものにたどり着くのは、むしろ必然であろう。

- (81) 一 2アで挙げた堀江の見解も、公判における事後的な反対尋問の機会が与えられたとしてもなお証人審問権の制約がある点で、私見と同様の主張である。もっとも、私見は、堀江の見解とは証人審問権の趣旨理解を異にしており、そのため、証人審問権の制約が正当化される場合についての理解も異なっている。
- (82) 本項で挙げるほか、捜査機関の検証の結果を記載した書面や鑑定経過及び結果を記載した書面が、刑訴法 321 条 3 項又は 4 項で許容される場合も、公判における事後的な反対尋問の機会が与えられる一場面である。これらの書面の作成者は公判で尋問に服し、そこで被告人は、検証又は鑑定内容の正確性ないし真実性についても（少なくとも一定程度）反対尋問を行うことができると一般に解されている。

これらの書面の作成者は、公判における尋問で、以前の知覚・記憶・叙述等に立ち返って作成者が尋問に実質的に応答し得ないこともあるだろうから、証人審問権の保障はそれだけで直ちに十分となるわけではない。しかし、そのような場合でも、鑑定や検証等の処分の性質上、処分者の知覚・記憶等やその際の状況等は、書面の記載等から客観的に検証可能であることが多く、当該公判外供述の信頼性評価は十分確実に行うことができるといえる場合がほとんどであろう。

(38)

ここで、公判における尋問において、証人が以前の供述時点の知覚・記憶・叙述等を取り戻す場合や、以前の供述時点での知覚・記憶・叙述等に立ち返って証人が尋問に実質的に応答し得る場合には、証人審問権の制約は正当化されることになる<sup>(84)</sup>。公判における尋問では、まずはこのことが目指されるべきことになる<sup>(85)</sup>。

---

(83) 刑法 321 条 1 項 1 号後段については、以前の公判外供述の方が明確であるといった場合にも、その供述の証拠使用が認められ得る。この場合には、以前の公判外供述と現在の公判証言は、同一の知覚・記憶等に依拠し、同一の状況でなされているということもあるだろう。

(84) 学説上、公判で相反供述等がなされ証人の以前の公判外供述が証拠使用される場合には、公判外供述の供述内容について反対尋問する機会が与えられることが、憲法 37 条 2 項前段との関係で、伝聞例外を許容する条件となつて見解が多数である（注 3）。このことが刑法 321 条 1 項 1 号後段及び 2 号後段の解釈論として導かれるかはともかくとして、証人審問権の保障との関係では、公判外供述の知覚・記憶・叙述等の各過程を直接的に吟味できるかを問題とする以上、供述内容についての尋問が可能であることはその前提である。尋問の機会が一切ない公判外供述すら例外的に許容され得るのだから、供述内容について尋問できなかつたとしても、それが直ちに証人審問権の違反となるわけではないだろう。しかし、当該供述証拠の信頼性のより確実な評価を可能とすべく、供述内容についての尋問の機会を与えることは、少なくとも事実上証人審問権から要請されていると見るべきである。

なお、供述内容についての事後的な反対尋問の機会を与えることについて、法定の要件のもとで伝聞例外が認められることを前提として、当該伝聞証拠の証明力を争うために、憲法 37 条 2 項ないし刑法 157 条、304 条及び 308 条によって直接保証されるものと理解されるべきとする見解として、松田・前掲注 14）71 頁注 143 参照。

(85) 近時、刑法 321 条 1 項 2 号後段について、検察官としてはまずもって法廷における証人尋問の中で真実を語らせることに努めるべきであつて、同伝聞例外規定は、それでもなお必要がある場合に限って用いられるべき最後の手段として、当初から頼られるべきものではないという理解が、現在では実務家の間でも共有されつつあり、公判で相反供述がなされた場合には、検察官は、誘導尋問等を活用して公判外供述の内容を摘示しつつ必要な尋問を尽くし、弁護人も供述内容に立ち入って証人の言い分をつくさせるべきであるとの指摘がある（伊藤雅人「刑法 321 条 1 項 2 号書面の請求と訴訟活動」松尾浩也・岩瀬徹編『実例刑事訴訟法 III』44 頁以下（2012）等。）。本文で述べた趣旨から、証人審問権の保障を十全なものとするためにも、こうした運用の徹底が求められるといえる。

しかし、それがかなわない場合、典型的には以前の供述時点での知覚・記憶・叙述等（の全部又は一部）について記憶が失われているといった場合には、その他の事情も併せて考慮して、当該公判外供述の信頼性評価を十分確実に行うことを可能とするという証人審問権の趣旨が実現されるかということが問題とされなければならない。場合によっては証人審問権の制約が正当化されないこともあり得るということを十分に意識して慎重な検討が必要となる。

もちろん、公判では現在の状況で現在の知覚・記憶等に基づいた供述がなされているのであるから、この公判における供述自体も、問題の公判外供述の信頼性評価をより確実に行うことを可能とする一つの資料となる。また、特に刑訴法 321 条 1 項 2 号後段では、証拠能力要件として、いわゆる相対的特信状況が要求されている。これは、公判における供述と公判外供述とを比較してどちらが信頼できるかという観点による要件<sup>(86)</sup>であって、公判外供述について信頼性をより確実に評価することを可能とするかという問題とは観点を異にする。しかし、相対的特信状況の認定の前提には、その供述がなされた状況が一定程度明らかになっているということがあるため、その意味では当該証拠について信頼性をより確実に評価できるようにするための資料が一定程度あることが確保されている。こうした事情からすれば、公判で相反供述等がなされ証人の以前の公判外供述が証拠使用されようとする場合には、その多くは、証人審問権の制約は正当化されることになるだろう。

---

また、刑訴法 321 条 1 項 2 号後段に関して、合憲性の条件として書面の内容への反対尋問が十分に行われる必要があり、そのためには、主尋問において検面調書の内容が再現されようとする必要があるとする見解があるところ（田口守一『刑事訴訟法 第 7 版』433-34 頁（2017）。）、この見解も、本文で述べた趣旨に理解することができるだろう。

(86) 供述内容同士の比較によって判断すべきことを主張するものではない。



イ 公判外供述を主尋問に代えて証拠とする場合

刑訴法 321 条の 2 では、以前に行われた共犯者等の事件におけるビデオリンク方式による証人尋問の録音録画が、主尋問における供述に代えて証拠とされ、その再生後、供述者は被告人を含む訴訟関係人による尋問に服することになる。

ここでも、このことから直ちに証人審問権の保障に十分であると考えべきではない。以前の供述時点での知覚・記憶・叙述等が維持されている場合や、それが既に変化していたとしても、以前の供述時点での知覚・記憶・叙述等に立ち返って証人が尋問に実質的に応答し得る場合には証人審問権の制約は正当化されるだろうが、そうでない場合もあり得るのである。

もっとも、刑訴法 321 条の 2 では、証拠使用される公判外供述は、裁判官の面前で宣誓下で行われるものであり、共犯者等による一定の吟味もその場でなされているものである。このことは、当該供述証拠の信頼性をより確実に評価することを可能とする資料を相当程度提供するだろう。併せて公判における尋問に対する証人の応答という資料が得られるのであるから、証人審問権の制約が正当化されない場合は、あったとしても例外的な場合に限られるように思われる。

他方で、新時代の刑事司法制度特別部会での検討対象にもなっていた、捜査段階の取調べにおける供述の録音録画を主尋問に代えようという場合については、そういった資料は、現在の制度に比べて乏しいことは否定できない。事案ごとに、事実認定者が当該供述証拠の信頼性を十分確実に評価することを可能とするという証人審問権の趣旨が実現されるかという観点で、慎重に判断すべきこととなる。

このことは、特に司法面接の記録媒体を主尋問に代替して取り調べる制度についてはよりいっそう妥当するだろう。児童による供述の信頼性評価は時に非常に困難である一方で、この制度のもとでは、事件等の直後に司法面接

が行われてから公判までに相当な時間的間隔があることもあり得、児童という特殊性も加味すれば、公判において司法面接時点での知覚・記憶・叙述等の各過程について直接的な吟味が加えられない可能性は相当大きく、場合によっては、公判における尋問からは当該供述の信頼性評価に寄与する資料がほとんど得られないということもあり得よう。そのため、司法面接の結果得られた供述について、公判における尋問以外の要素からも事実認定者がその信頼性を十分に確実に評価することを可能とするような制度設計や運用が、特に重要となる。たとえば、司法面接における聴取の状況を十全に記録することや、他の証拠との照合が可能な情報を聴取すること、司法面接に至るまでに児童が置かれていた状況（他者から影響を受けた可能性がないか）について調査すること、児童の親や児童相談所職員等の尋問を別途行うこと、（司法面接に関わった）専門家による心理学的見地からの供述の分析を確保することなど、様々な工夫が要請されるだろう。

※本研究は、JSPS 科研費 18K12656, 16H01985 の助成を受けたものである。