

被害者供述と対質権

伊 藤 睦

一 はじめに

アメリカ連邦憲法修正6条は、すべての刑事被告人に対して、「自己に不利益な証人と対質せしめる権利（以下、対質権という）」を保障する。2004年のCrawford判決⁽¹⁾（Crawford v. Washington）は、この権利の目的を、被告人に対する不利益証拠として「一方的な宣誓供述書」を使用する過去の悪名高い裁判実務を阻止することにおいた。そして、対質手続なしに公判外供述を使用することが対質権侵害に当たるか否かの基準は、当該供述が以前に対質の機会を与えられることなく録取された「証言的」な供述にあたり、それを用いることが、「一方的な宣誓供述書」を用いたのと同じ結果をもたらすか否かにあること、そして原則として、権利創設時点で起草者が例外として予定した以外の例外は認められないことを示した。

このCrawford判決は、「事実認定過程の正確性」を確保するという究極目的を達成するための手段として対質手続を捉えていた従来の判例⁽²⁾よりも、対質という手続自体の価値を厳格に保障しようとしたものとして好意的に受け止められている一方で⁽³⁾、児童虐待、性犯罪、DV等の被害者保護を重視する立場からは厳しい批判も相次いだ⁽⁴⁾。というの

は、その種の事例では、被害者とされる者の供述が唯一の証拠であるのに、被害者自身が公判廷で証言することが困難な場合も多いため、被害者が公判前に医療機関、カウンセラー、親や知人等に物語ったことが、「一方的な宣誓供述書」に類似する「証言的」供述であるという理由で証拠として使用できなくなるとすると、訴追が非常に困難になるからである。それゆえ、少なくともこの種の事例においては、対質権の分析においても特別な配慮が必要であることが強く主張されてきた。

特に最近示唆されてきているのは、被告人が証人威迫等の「違法な行為（wrongdoing）」を行ったことによって証人を出廷不可能にした場合、対質権を「喪失（forfeiture）」させるべきであるという論理を、公判廷で証言することができなかった被害者等の公判外供述にあてはめる可能性である。実際、2008年のGiles判決⁽⁵⁾（Giles v. California）では、被告人が現に今訴追されているところのDV行為を行ったことが、被害者等の証言不能をもたらしたという点で、証人威迫と同等の「違法な行為」にあたり、対質権を「喪失」させる理由となるかということが問題となった。犯罪被害者の供述を獲得するために被告人の憲法上の権利を制限する動きは、近年日本でもみられているところであるが、連邦最高裁

がこれを是認してしまうと、訴追を円滑に行うための何らかの必要性があれば、安易に被告人の対質権を失わせてもよいとする傾向が助長されかねないし、そこでの結論は、この種の問題をめぐる日本の議論にも影響を及ぼす可能性が強い。そこで以下では、権利喪失ルール適用範囲をめぐる学説・判例上の議論と Giles 判決における連邦最高裁の結論について概観し、その議論が意味するところを明らかにしたい。

二 対質権喪失ルール

被告人が証言威迫等の自らの違法な行為によって、公判外供述の原供述者に対して公判廷で尋問をすることが不可能になった場合に、対質権の保障が及ばないことは、かねてから判例上認められてきた。連邦最高裁も、1878年の Reynolds 判決 (Reynolds v. U.S.)⁽⁶⁾ においてすでに、憲法が被告人に対して対質権を保障したとしても、「自らの違法な行為から合理的に生じる結果からの保護を与えることはない」ことから、被告人が「自ら違法に招いた (procurement) 結果として証人が不在になった場合」には、それによって生じた穴を埋めるために別の証拠が許容されたとしても、憲法上の異議を申し立てることはできないことを示していた⁽⁷⁾。Reynolds 判決のこの判旨は、「人は自己の違法な振る舞いから利益を得てはいけない」というエクイティの原理と、自らの行為の結果に異議を唱えられないという禁反言の原理とを示すものとして理解されている。その言うところの「自らが招く」という文言がどこまでの内容を含むものかは必ずしも明らかではないもの

の、エクイティの原理や、Reynolds 判決と依拠した先例のいずれもが、証人の証言を妨げることが意図した行為に関係するものであったこと等から、このルールは一般に、「権利放棄 (waiver)」という、自己の権利について熟知した上での「意図的な譲渡ないし放棄」であることを要求する法理⁽⁸⁾のもとで扱われてきた。すなわち、証人の証言を妨げることが意図し、当該証人への対質の機会がなくなることが認識した行為に適用するものとされてきたのである。

これに対して、Crawford 判決は、被告人の「違法な行為 (wrongdoing)」に基づいて対質権を失わせるというこの法理を、「権利喪失 (forfeiture)」ルールと表現した。「権利喪失」は、「権利放棄」の概念とは異なり、通常は、行為者の意図を問題とすることなく適用される。Crawford 判決自体は、Reynolds 判決を引用した上で、エクイティの原理に基づいて従来から認められてきた対質権例外として「権利喪失」ルールを位置づけているので、Reynolds 判決における「権利放棄」の法理を踏襲する趣旨であったことに疑いはないが、「権利喪失」という文言があらわすとおり、行為者の意図的な行為以外にも適用範囲を拡張すべきか否かについては見解がわかれてきた⁽⁹⁾。実際、Crawford 判決以降の下級審判例の中には、エクイティの原理のもとでは被告人が不法な行為から利益を得ることは許されないのに、被告人の行為によって証言が妨げられる限り、意図的な行為でなくても権利喪失ルールを適用すべきだと結論づけるものもある⁽¹⁰⁾。しかしこの点につき、連邦最高裁は、Davis = Hammon 判決 (Davis v. Washington, Hammon v. Indiana)⁽¹¹⁾ におい

て、Crawford 判決のもとでの「権利喪失」ルール根拠の根拠と基準が、連邦証拠規則 804(b)(6)と同様であると述べることににより、「権利喪失」ルールが、「権利放棄」ルールのもとで扱われてきたものと同じく、被告人の「意図」的な行為に限定されることを示唆した。

連邦証拠規則 804(b)(6)は、Crawford 判決が用いたのと同じく「違法行為 (wrongdoing) による権利喪失 (forfeiture)」という文言をタイトルとして、「原供述者が利用不能であり」、かつ「原供述者を証人として利用不能にすることを意図し、そして実際に利用不能にする違法な行為に関与した、あるいは違法な行為を黙認 (acquiesced) した当事者に対して不利益なものとして提出される供述」を伝聞例外と認める。この規定は、1990 年代以降、組織犯罪や麻薬関係犯罪等における証人威迫事例の増加が問題視されたことを受けて、1997 年の規則改正時に、その種の「刑事司法システムの尊厳を崩壊させる」忌まわしい行為を阻止するために、国家の統一的な予防的ルールとして創設されたものである。この立法趣旨からすれば、「権利喪失」という文言が用いられたのも、国家の強い対応を示すためであったと考えられるが、立法者は文字通り「権利喪失」といえるところまで適用範囲を拡張することを狙っていたわけではない。諮問委員会は、この規定が従来から「不法な行為 (misconduct)」による「権利放棄」の原理として判例上認められてきたものを成文化したものにはすぎないことを明らかにしており⁽¹²⁾、条文上も、当事者の「意図」が明確に要求されている。条文に含まれている「黙認」という文言は、一見すると、行為者が意図しない場合にも、証人が不在となるという

結果を甘受した以上は「権利喪失」が生じてもやむを得ないことを示唆するようにも見える。しかしこれは、組織犯罪や共謀関係の事例においては、証人威迫等の行為を第三者に依頼するとか共謀者の一人に行わせることによって責任を免れようとする例が往々にして見られるという認識のもとで、別の共謀者が証人を殺害することを知りながら阻止しなかった場合⁽¹³⁾等を想定したものであり⁽¹⁴⁾、単に「証人の不在によって利益を受けた」というだけで安易に被告人の責任を問おうとするものではない。諮問委員会が用いた「刑事司法システムの尊厳を崩壊させる」という文言も、ルールの適用範囲が、証人威迫等の行為のように、将来の公判で対質する機会を失うことを明確に意識して、まさしくその証拠を失わせて訴追を不可能にさせる目的で行われ、刑事司法システムを直接攻撃する悪質な行為に限定されることを示唆している⁽¹⁵⁾。

このような 804(b)(6)条の理解をもとにすると、対質権喪失の範囲も、従来の「権利放棄」法理のもとでのものと同じく、当事者が証人の証言を妨げる意図を持たなかった場合を含まないと解するのが適切となる。審理にかけられている事件がいかに関悪な犯罪に関するものであろうと、対質権は、その犯罪から生じた「違法な収益」としてではなくて⁽¹⁶⁾、審理を受ける際に必須の、防御権の中核となる基本的権利として、全ての人に保障されているものである。しかも、もともと、被告人にとって不利益な証人を提出して対質の機会を実現させる義務は、原則として訴追側にある。訴追側が証人に証言拒絶権を告知した結果、証人が権利を行使して証言を拒絶したとしても、証人の証言を妨げたことの責任をとって

訴追側の立証を不可能にすべきと言われることはないこと⁽¹⁷⁾とのバランスからみても、証人が不在になったというだけでむやみに被告人にその責任を負わされることがあってはならないことは明らかである⁽¹⁸⁾。

三 権利喪失ルールの緩和

上述のとおり、Crawford 判決、Davis 判決のもとでの権利喪失ルールは、証言を妨げる被告人の「意図」を前提とする。しかし判例は、被告人が証人の不在を引き起こしたという事実の証明や、証言を妨げる「意図」の証明に関する基準を引き下げ、あるいは適用の段階で緩やかな認定をすることにより、事実上ルールを緩和してきた。

例えば、かつて先例とされた Thevis 判決 (U. S. v. Thevis) では、証言を妨げる被告人の「意図」を証明するためには、「明白かつ確信を抱くに足る証明」が必要だとされていた⁽¹⁹⁾。その理由は、対質権という事実認定手続の正確性を担保するための中核的な権利を喪失させることと、証拠を排除することにかかる国家の利益とのバランスを考慮するためには、「合理的疑いを超える証明」ほど厳格にする必要はないとしても、「証拠の優越」よりは高いレベルでの証明を訴追側に対して要求すべきであることにあった。ところが、近年の判例は、行為時の被告人の「意図」を証明することは困難であり、厳格な「明白かつ確信を抱くに足る証明」を要求すると、権利喪失ルールの適用が不可能となるため、被告人が不法な行為から利益を得てしまうことを根拠として、むしろより緩やかな「証拠の優越」基準を採用してきた⁽²⁰⁾。そしてその判例を前

提として、Davis 判決における連邦最高裁も、連邦証拠規則 804 (b)(6)の諮問委員会も、対質権喪失ルールのもとでの証明には「証拠の優越」基準が適切であることを認めてきた⁽²¹⁾。このような証明基準の緩和は、「意図」が状況証拠から推認されうること⁽²²⁾等ともあいまって、安易な運用を導きかねない。

特に最近、DV 事例や児童虐待事例のような特定の類型の審理に関しては、通常の場合以上に緩やかに「意図」要件の充足を認める可能性が示唆されてきている。論者によると、虐待行為等は反復されるのが常であり、被害者を支配するために、被害者を孤立させ、被害者が周囲に被害を訴えて救済を求めることを阻止する行為が含まれる場合が多い⁽²³⁾。もちろん、被害者に対する攻撃は、通常は、怒りや妬み、不適切な欲求等から生じるものであり、特別に将来の公判を意識して行われるものではない。しかし、被害者への攻撃の「主たる」目的や「唯一」の目的とはいえないとしても、「複数の目的のうちの一つ」として、被害者の告発を阻止する気持ちがあると推定される場合には、継続的な虐待行為を証明することによって、証言を妨げる「意図」を認定してよい⁽²⁴⁾、というのがその主張である。

しかし、虐待者が行為後に、「誰かに話したら、もっと怖い目に遭うぞ」等と児童を脅すような場合はともかくとして、現に今、存在したかどうか審理の対象となっているところの DV 行為や児童虐待行為そのものを、被害者の証言を妨げる「意図」に基づく行為と認定して、それを理由として被告人の対質権を喪失させることが可能だろうか。この点、権利喪失ルールの緩和を主張する論者等は、

被害者が証言を固辞する理由は、怯えや心理的トラウマ等様々であるとしても、そもそもそのような状態に被害者を陥らせた責任は被告人の行為にあるので、何の問題もないと主張する⁽²⁵⁾。しかしすでに指摘されているとおり、少なくとも現に審理にかけられているDV行為や虐待行為が問題となる限り、被告人がDV行為や虐待行為をしたことを理由として権利喪失ルールを適用し、DV行為や虐待行為に関する証拠を許容することは、明らかに循環論法である。判例上、共謀の証明に関しても同じ方法をとることが認められており⁽²⁶⁾、また陪審制度のもとでは証拠採否に関わる判断と事実認定とは判断者が異なるので問題がないという見方もあるが⁽²⁷⁾、少なくともDV行為や虐待行為を裏付ける独立した証拠を別に要求しない限り⁽²⁸⁾、事実認定を誤る危険は払拭できないであろう。また、特定の犯罪類型に当たる全ての事例において、自動的に対質権がないとすることが適切であるとは到底思われない⁽²⁹⁾。

さらに、権利喪失ルールの緩和は、事実認定の正確性の観点からも重大な問題を生じさせる。権利喪失ルールが適用された初期の判例は、主として以前の公判証言等、信頼性の情況的保障が一定程度認められる手続においてなされた供述をめぐるものであったために問題は顕在化してこなかったが⁽³⁰⁾、権利喪失ルールは、もともと公判外供述の信頼性を考慮することなく例外的使用を許すものであり、現に連邦証拠規則 804(b)(6)も信頼性の情況的保障の存在を例外要件とはしていない。学説の中には、対質権の重要性に鑑みて、被告人は、面と向かって証人を対質する権利は放棄することができるとしても、対質権のも

う一つの中核的価値であるところの、事実認定の正確性を確保する価値までを失うことはできないとして、内在的に信頼性を欠く証拠について十分な吟味を受ける権利を被告人は持ち続けることを指摘するものもあるが、一般に判例は、対質権喪失の結果は、対質権に関する異議を唱える地位を完全に失うと同時に、伝聞証拠に関して異議を述べる権利も失うとしている⁽³¹⁾。従って、権利喪失ルールのもとで一旦公判外供述が許容された場合には、供述についての証人尋問や信頼性についての疑いも挙げるができない⁽³²⁾。勿論この場合でも、完全に関連性のない証拠までが採用されるわけではないので、明らかに証拠価値を上回るほどに誤りの危険性が高い公判外供述は排除されるとしても、もともと関連性ルールが証拠排除に関して持ちうる機能は高いものではないし⁽³³⁾、その危険性を証明する挙証責任が被告人側に課されていることからしても⁽³⁴⁾、問題が残ることは否定できない。

さらに、学説の中にも、権利喪失ルールのもとで証拠の信頼性に問題が生じること自体を否定するものがある。つまり、被告人が証人を遠ざけて公判廷での証言の吟味を不可能にしたという事実が、証言が真実であることを裏付けるという見解である⁽³⁵⁾。しかし、共犯者とされる者の供述や被害者とされる者の供述は、たとえその供述が虚偽や誤りを含むものであっても、被告人にとって致命的な効果を持つ⁽³⁶⁾。むしろ無実の被告人の方が、虚偽であるとか誤りを含む証言によって有罪とされることを回避したいという気持ちは強いかもしれない。また、共謀に関する事例においては、証人自身が犯罪に関与していたか、知りながら傍観していた場合が多く⁽³⁷⁾、自己

の責任を回避するために責任転嫁的な供述をする動機がある⁽³⁸⁾ため、慎重な吟味が必要であるし、第三者や被害者の供述であっても信頼性の問題から完全に免れるわけではないことは、従来それらの供述を信用性の保障を欠くものとして排除してきた連邦最高裁判例からみて明らかであるだろう⁽³⁹⁾。

上記の学説は、この点についても、たとえ権利喪失ルールのもとで証拠の信頼性に疑問が生じても問題はないと答える。すなわち、被告人は、証人が捜査機関に対して供述するところから、大陪審証言、予備審問証言、公判証言へと至るまでの手続の過程を、通常通りに見守っていれば、その証言の信頼性を確保する機会を得ることができたはずであるのに、敢えてそれを阻止したのであるから、信用性の情況的保障のない公判外供述を使用されるのは自己責任であるというのである⁽⁴⁰⁾。しかし、たとえ証人を利用不能状態にしたことにつき被告人に非があるとしても、公正な裁判や適正手続を受ける権利までが失われて良いわけではないし、信頼できる証拠に基づく有罪判決を受ける権利を放棄させることも到底許されないだろう⁽⁴¹⁾。そもそも、信頼できる証拠に基づかない、誤判の可能性のある有罪判決は、真実発見の見地や正義の観点からも受け入れがたいはずである。

結局、権利喪失ルールの拡張を正当化する根拠は、いずれも、証人威迫等を未然に阻止する必要性であるとか、被害者たる証人の供述を確保する必要性などの政策的理由にすぎない。確かに、刑事司法の適正な運営を守るために、証人威迫等の悪質な行為は妨げられるべきである。しかしながら、権利喪失ルールがそのための十分かつ必要な手段かという

点については疑問も挙げられている。なぜなら、被告人は、審理にかけられているのが軽微な犯罪でしかない場合には、不利益を覚悟してまで証人威迫を行うことはないであろうから、権利喪失ルールはただ不必要ないしは過剰な手段となり、また逆に、審理にかけられているのが重大犯罪である場合には、たとえ将来の対質の機会を失う危険を冒してでも、著しい不利益を与えるはずの証人を退けることで訴追ないしは重大な刑罰を免れようとする可能性があるため、権利喪失ルールでは不十分だからである⁽⁴²⁾。

しかも、権利喪失ルールの適用範囲の拡張は、訴追側の不適正な行為を招く可能性もある。というのも、訴追側は、本来、被告人に対して対質権を保障するために、利用可能な証人を提出する義務を負う。通常の場合、証人威迫等の行為と被告人の意図を証明することよりも、証人の供述の信頼性を証明することの方が訴追側にとっては容易であるので、たとえ捜査段階で証人の供述が得られているとしても、訴追側は、証人を提出する義務を果たすための誠実な努力をする。しかし、権利喪失ルールの証明基準が緩和され、証人が利用不能となった責任を被告人に負わせることが容易になると、証人の証言を対質と尋問による攻撃にさらすよりも、取調官等による揺らぎにくい証言を通じて伝聞供述を提出する方が訴追側にとって利益をもたらすことになる。従って、訴追側は、証言的伝聞が利用できる状況があれば証人尋問を求めない実務を奨励されることになり、それによって適正な司法運営がかえって妨げられる可能性があるのである⁽⁴³⁾。勿論、訴追側が実際に不適正な行為を選択するとは限らないとしても、被

告人の違法行為を妨げるという政策的利益だけで、ルール緩和を正当化することには疑問も残る。

また被害者たる証人の供述が問題となる場合に、供述を確保する必要があることは間違いないとしても、それを理由として権利喪失ルールを緩和してよいかはまた別の問題である。例えば、謀殺事件の被害者や重傷を負って入院中の被害者の供述が問題となる場合に、かりに被告人が真犯人であるとするならば、たしかに証人が公判で証言できないことの責任は被告人にあることになるが、しかしどのような裁判においても、被告人に対して対質権を保障する責任は訴追側にある。訴追側は、証人が死亡する等して本当に利用不能になるまでの間に、速やかに被告人に通知して、被告人に対して尋問の機会を保障した形で証言を録取しておくなど、責任を果たすための努力をしなければならない。そしてそのような努力を訴追側が怠る場合には、被告人が敢えてそれを阻止するような悪質な行為を行わない限り、証人が利用不能となった責任が明確に被告人側にあるとはいえないので、挙証責任の原則に従って訴追側が危険を負担すべきである⁽⁴⁴⁾。児童虐待等の事例においても、児童を重大なトラウマ等から保護することは必要だとしても⁽⁴⁵⁾、訴追側が、児童の証言なしでは訴追が不可能であるとわかっていながら、敢えて児童に証言させないことを選択するのであれば、本来は訴追を断念すべきである⁽⁴⁶⁾。唯一の有罪証拠が失われる場合に訴追が不可能になるのはどの裁判でも同じである。それを避けたいのであれば、少なくとも、ビデオリンクを通じた証言等の、二次的な証拠を獲得するための努力を先にすべ

きである。被告人が明らかに児童の証言を妨げるような脅迫的な行為を行い、児童が証言を拒否する原因がその年齢に起因するものではなく、被告人の行為によるものであることが証明された場合には、権利喪失ルールを用いることは当然許されることになるとしても、その証明がなされる前に、被告人が犯人であるという推定に基づいて、被告人に権利を宣言しておきながらその行使を一律に禁ずることでバランス的な解決が図られてはならない⁽⁴⁷⁾。大人のDV事例等の場合にも同様のことが言いうるであろう。

五 連邦最高裁 Giles 判決⁽⁴⁸⁾

上記のような議論のある中で、連邦最高裁が扱ったのが、DVがエスカレートした結果として被害者の殺害に至ったとみられる事件の審理において、当該殺害行為を理由として、被告人に対して権利喪失ルールを適用できるかという上記の問題である。

殺害されたのは、被告人の元ガールフレンドAであり、被告人も殺害の事実自体は争わなかった。しかし、被告人は、審理において、殺害の故意を否定し、正当防衛を主張した。すなわち、Aは非常に嫉妬深い性格で、以前にもナイフで人を脅したり、被告人の車や家を壊すなどの行動をとったことがあり、事件当日も、Aは祖母の家にいた被告人のところまで押しかけてきて被告人を呼び出し、被告人と被告人の新しいガールフレンドを殺すと脅迫したという。そして被告人が自分の身を守ろうとして銃を手にとったところ、Aが手に何かをもって襲いかかってきたように見えたため、発砲したのだと。

しかし A が何も武器にあたるものを携帯していなかったこと、発砲は6度にわたって、そのうちの何発かは、横側から、あるいは A が地面に倒れてからのものであることは証拠から明らかになっていた。

訴追側は、被告人の主張を否定する証拠として、事件の3週間ほど前に録取された、警察官に対する A の供述を提出しようとした。A のこの公判外供述は、A の浮気を疑った被告人が口論の末に逆上し、A を吊り上げて首を絞め、また倒れた A の顔や腹部を殴り、ナイフを突きつけて脅迫する等の DV 行為を行ったことにつき詳述するものだった。

カリフォルニア州の控訴審裁判所と最高裁は、「違法行為 (wrong doing) による権利喪失 (forfeiture)」理論のもとで、A に対する対質の機会を被告人に与えなくても、A の公判外供述を許容できると判断した⁽⁴⁹⁾。その理由は、公判外供述の原供述者である A を公判廷で証人として出廷させることが不可能になったのは、A を殺害するという、被告人自身の行為の結果であったということであった。

連邦最高裁の中でも、Breyer 裁判官等は、権利喪失ルールの根拠となるところのエクイティの原理からすれば、人を殺害することほど違法な振る舞いはないのだから、そこから被告人が利益を受けてはいけなことは当然であるし、A を殺害すれば A の証言を妨げる結果となることは被告人自身もわかっていたはずであり、殺害行為が人の証言を妨げる最も確実な手段であることは合理的な人であれば誰でもわかるはずだから、そのような結果の認識をもって、証言を妨げる「意図」と認定することに問題は生じないとして、権利

喪失ルールの適用を主張していた。それによると、認識を超えて、証言を妨げることを「目的」としていたことや行動の「動機」としていたところまでの証明を求めると、被告人は自らの行為から利益を得ることとなってしまうし、妻を暴行した後で証言しないよう脅迫した場合には権利喪失ルールが適用されるのに、暴行した後で怒りにまかせて殺害にまで及んだ場合は権利を喪失しないという矛盾や、被告人は正当防衛について様々な発言をすることができるのに対して、死んだ方は反論できないという矛盾等が生じるので、そのような矛盾を増大させないためには、将来の公判を念頭においていたという証拠がないだけで公判外供述を排除すべきではないのだという。

また Breyer 裁判官は、権利喪失ルールが主として関係するのは DV 事例における被害者の過去の供述であり、その被害者の多くが、反復的な暴力を受けた結果として、殺害や傷害の被害を受けるという最悪の状況をもたらされており、しかも被害者が証言を拒否するか供述不能であるため加害者の訴追が困難であることに目を向けた。そして、DV 事例の被害者がとりわけ、証言を妨げるために脅迫されたり、証言拒否を唆されたりしやすいことを考えると、DV 事例においてはなおさら、被告人の殺害の「目的」を強調して被告人を不当に有罪から免れさせるべきではないことを主張した。

法廷意見を書いた Scalia 裁判官も、本件が DV 事例であるという点に関しては配慮を示して、「DV はしばしば被害者が外に助けを求め、警察や刑事訴追の協力者に証言することを妨げる行為を含む」ので、「虐待関係がエ

スカレートして謀殺にまで至った場合」には、当該審理の対象となった犯罪そのものが、「被害者を孤立させ、刑事訴追の協力者や訴追当局に虐待を報告することを妨げる意図」を証明することがあり得ることを述べた。従って、DV事例においては、当該事件が発生する前から、被害者に対して外に助けをもとめる気持ちを失わせることを意図した継続的な虐待行為が行われるか、その脅威に被害者がさらされていたことが証明されれば、審理にかけられている当該行為が、証言を妨げる「意図」をもって行われたものであると認定され、権利喪失ルールの対象となる可能性があるという⁽⁵⁰⁾。

しかし Scalia 裁判官は、上記のように、DV事例において、証言を妨げる「意図」の証明に特別な判断方法が用いられ得ることを認めながらも、DV事例であるからという理由で憲法上の基準を引き下げることが拒否した。そして、Scalia 裁判官は、DVがいくら甘受しがたい犯罪であり、立法者がそれを撲滅するためのあらゆる措置をとることを求められるのだとしても、現に審理にかけられているところの犯罪が立証される前に、憲法上の権利を失わせてはならないと述べて、本件のようなDV事例の場合にも、通常の場合と同じく、権利喪失ルールを適用するためには証言を妨げる被告人の「意図」が証明されなければならないことを明確に述べ、DV事例であることを念頭においてそれだけで「意図」の有無を考慮することなく権利喪失ルールの適用を認めた州最高裁の判断を覆した。

Scalia 裁判官は、まずは権利喪失ルールの歴史的沿革について検討する。それによると、コモンローでこのルールをめぐる用い

られてきた、被告人が用いた「手段」により、あるいは被告人が「唆した」ことにより証人が「出廷を妨げられた」か「遠ざけられた」という文言は、権利喪失ルールが、被告人が証人に証言させないことを「企図した」行為に従事したときだけに適用されることを示唆する。「被告人が証人に証言させないことを企図した」という証明を抜きにして、対質手続を経ていない証言を許容してはならないことは、そのルールが適用されてきたこれまでのやり方を見れば明らかである。被告人が証人の不在を引き起こしたが、しかし証言を妨げようとしたわけではなかったことが証拠によって明らかな場合には、証人による公判外供述は臨終の供述の例外に含まれない限り、排除される」。

Scalia 裁判官はまた、臨終の供述の例外が適用されなかった事例において、権利喪失ルールを適用した例は存在しないことを指摘し、違法な行為を犯した被告人が利益を受けることは許されないとしても、ここでの「違法な行為」は証言を妨げることを「企図した」行為を意味し、「被告人が起訴されたとおりの犯罪を行った」という事前の評価に基づいて、憲法が公正な審理の本質とみなしている権利を奪ってよいという考えは……『被告人が明らかに有罪であるために審理無しで済ませて良い』というのと同じである」ことを述べている。Scalia 裁判官によると、Breyer 裁判官等がいう、結果を認知していたなら「意図」が認定できるという緩やかなルールは、判例によって支持されず、権利喪失ルールの「基本的目的と対象」からも否定される。なぜなら、権利喪失ルールの「基本的目的と対象」は、証人威迫等の動機を被告人から奪い、

それにより「裁判所が手続の尊厳を保護することを可能にすること」に根拠づけられており、権利喪失ルールが対象を限定した理由は、「陪審裁判を前提とした我々の憲法上の刑事司法システムとの原理的な矛盾を避けるため」であるので、被告人は、たとえ裁判官が有罪と判断したとしても、公正な審理を受ける権利を奪われるべきではないからである。「裁判官が前もって有罪と判断したことを理由として裁判上の権利が失われるというルールが規範たり得ないことは極めて確実であり、……立法者は、陪審の面前で、憲法が信頼でき、許容できるとした証拠に基づいて、刑事手続において有罪と判断させる権利を被告人から奪うことにより、被告人の邪悪な行為を『処罰』することはできない」。

そして Scalia 裁判官は、その時々で裁判所が「公正」と考える例外を採用することは対質権の保障の実質を失わせるため、適切ではないことを述べて、結論として、カリフォルニア州が認めた、「証人の証言を妨げる意図」を証明することなく広範囲に権利喪失ルールを及ぼすやり方は、対質権創設時点で予定された例外とはいえないため、対質権のもとでは認できないとして、有罪判決を破棄したのである。

六 おわりに

DV や性犯罪、児童虐待等の被害から女性や子どもを保護することは当然必要であるし、また、犯罪被害者の精神的・身体的ダメージを理解し、不適切な対応による二次的被害を与えることを避ける必要があることにも疑いはない。しかしアメリカ連邦法域において

は、この種の犯罪被害者が証人となる場合にも、証人を保護するためにむやみに被告人の権利を制限するという考え方は認めてこなかった⁽⁵¹⁾。勿論、被告人は、不必要なプライバシーを暴露する権利や、不当に被害者の落ち度を追求する権利を与えられるわけではないが、被害者の供述が犯罪の立証にとって重要である限り、その供述を公判廷で吟味することは、被告人の正当な防御権の行使であり、公正な裁判のために必要不可欠なものであるからである⁽⁵²⁾。虐待等により深刻な被害を受けた者の多くが、自分の受けた被害について公の場では語りたがらないという事実は、確かに、従来の裁判と同じ方法では対処し得ないとの印象を与えるかもしれないが、これまで被害が埋没してきた原因の一端には、被害を受けた女性に対する偏見であるとか、DV や児童虐待等を家庭内の問題とみて適切な対処を怠ってきたことなどの社会的な問題もあるので、被告人の権利を制限すればそれで全ての問題が解決するということにはならない。しかも被告人が犯罪者であることはまだ証明されていないのであるから、犯罪者であることを前提としたような憲法上の権利の制限は到底許されない。犯罪被害者の保護を強く主張する立場からの批判が、下級審の判断にも影響を生じさせてきている現時点において、連邦最高裁があくまで原則論を貫き、被害者保護や訴追上の政策的利益だけでは、被告人にとって最も基本的で重要な権利である対質権を失わせることを論理的に正当化しえないことを示したことは、極めて意義深い。

日本においても、近年、犯罪被害者保護の必要性が強調され、公判廷での証人尋問の際

に遮蔽措置などの特別な措置を設けたり、被害者という特別な立場で訴訟に参加することを認める等、様々な形でその利益に配慮することが法律によって認められ、それとの対比で、無罪推定原則や黙秘権、証人審問権等の被告人の権利が制限されざるを得なくなっている。犯罪被害者を支援する立場からの主張の中には、犯罪被害者を保護する施策によって被告人の権利行使に萎縮効果が生じるとしても、被告人が真犯人である以上は仕方がないとの見方があるようにも見えるが、そのような考え方が妥当たり得ないことは、アメリカ連邦法域における議論からも明らかであろう。

また、日本においては、被告人の責任を強調してその権利を制限する以前に、そもそも被告人に対する十分な権利保障が実現されてきていないことも注意する必要がある。というのは、日本においては、公判廷で供述不能となった犯罪被害者の公判外供述は、通常、刑訴法 321 条 1 項 2 号のもとでの伝聞例外として特信性の要件を問題とすることなく用いられてしまっているからである。しかしアメリカ連邦法域における議論からは、犯罪被害者等の保護を考える政策的立場を重視したとしても、被告人がことさらに証人を威迫して供述不能に陥らせた場合でもない限り、そのような公判外供述を用いることは被告人の防御権を不当に侵害することになり、またたとえ用いられるとしても、信頼性のない供述に基づいて有罪判決を下すことは許されないと考えられるべきであることが明らかになる。安易に現状以上の権利制限を認める前に、証人が利用不能になったというだけで公判外供述に安易に依拠し、被告人の権利を制限して

いる現状の実務こそがまずは反省されるべきであるだろう。

なお、本論文は、科学研究費補助金「裁判員制度の下における証人尋問の意義と調書の用い方に関する研究」(平成 19～22 年若手研究(B)課題番号 19730055)による研究の一部である。

注

- (1) 541 U.S. 36 (2004) 謀殺事件の審理において、目撃者である被告人の妻が配偶者特権を主張して公判証言を拒否したため、警察官に対する公判外供述が使用できるかどうかが問題とされた事例。
- (2) *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980)
- (3) see Richard Freedman, *The Confrontation Right Across the Systemic Divide*, *Crime Procedure and Evidence In A Comparative and International Context* (2008) Hart Pub. at 261 ff.
- (4) 例えば, Myrana Reader, *Remember the Ladies and the Children Too Crawford's Impact On Domestic Violence and Child Abuse Cases*, 71 *Brook. L. Rev.* 311 (2005) Robert P. Mosteller, *Crawford's Impact on Hearsay Statements in Domestic Violence and Child Sexual Abuse Cases*, 71 *Brook. L. Rev.* 411 (2005). また, Crawford 判決の「証言的」という枠組みが、この種の事例では判断が困難であることを指摘するものも少なくない。例えば Josephine Ross, *Criminal Law: After Crawford Double-Speak: "Testimony" Does Not Mean Testimony and "Winess" Does Not Mean Witness*, 97 *J. Crim. L. & Criminology* 147 (2006)
- (5) _ U.S. _ (2008) (No. 07-6053)
- (6) 98 U.S. 145 (1878) 重婚罪のかどで訴追を受けた被告人に対し、妻による以前の証言(同じ犯罪に関する別の審理での証言)を不利益証拠として許容できるかどうかが問われた際に、証人として出廷を求められていた妻の居所を故意に隠し、官吏が再三召喚のための努力をしたにもか

かわらず、出廷させることができなかったという点が問題とされていた。

(7) Id. at 158

(8) Jhonson v. Zerbst, 304 U. S. 458, 464 (1938)

(9) たとえば Joshua Deahl, *Expanding Forfeiture Without Sacrificing Confrontation After Crawford*, 104 Mich. L. Rev. 599 (2006) は、殺人や DV 事例における被害者の供述が問題となる場合には拡張的な権利剥奪ルールが適用されることを Crawford のもとで結論づけられると主張している。反対に, Joan Comparet-Cassani, *Crawford and the Forfeiture by Wrongdoing Exception*, 42 San Diego L. Rev. 1185, 1202-05 (2005) は、エクイティの原理から、権利喪失ルールには被告人の悪質な意図が必要であることを示す。

(10) Gonzalez v. State, 2004 Tex. APP. Lexis 1198, (Ct. App. Tex. 2004) また、被告人が被害者を殺害したという証拠が存在する場合には、被告人の殺害の意図を問わずに権利喪失ルールを適用して被害者の供述を用いようとするものもある。例えば State v. Meeks, 2004 Kan. Lexis 234, (Kansas. 2004)

(11) Davis v. Washington, Hammon v. Indiana, __ U. S. __ (2006)。どちらも DV に関する被害者の供述が問題とされた例であるが、Davis 事件では、現に起きている事件について説明する 911 コールでの会話が問題とされ、Hammon 事件では、駆けつけた警察官に対して事件の説明をした供述が問題とされた。連邦最高裁は、前者については、差し迫った危機を回避するために救済を求めるための供述であり、「証言的」供述ではないとして許容性を認めたが、後者については、事件後に行われた「証言的」供述であり、権利喪失に該当する事実も認定されていないことから、対質権の例外には当たらないため供述を許容できないと結論づけた。

(12) Advisory Committee's Note to 1997 Amendment

(13) 例えば U. S. v. Mastrangelo 693 F. 2d 269, (2d Cir. 1982) では、被告人が証人暗殺の計画を

知りながら捜査機関に対して連絡するなどの阻止行為を何ら行わなかったことが権利放棄とみなされた。このような結論に対しては、共謀にあまり深く関与していなかったために情報を認知できず、実質的に阻止する力を持たなかった被告人ほど不利益を被るとの批判もあるが、この Mastrangelo 判決の裁判官が 804 (b)(6) の制定に係わったことから、この趣旨が条文に盛り込まれていることがうかがわれる。

(14) 実際、この趣旨を受けて、例えば U. S. v. Cherry, (10th Cir. 2000) では、証人を不在にさせる違法行為が、継続中の共謀を促進するため、共謀の範囲に含まれ、そして必要ないし当然の結果として合理的に予見可能なものである限りでは、被告人が証人威迫の実行犯ではなくとも権利放棄とみなすことを認めている（但し、具体的事例においては、予見可能性を認めず、放棄を認定しなかった。）。もっとも、この点については、被告人に殺害阻止義務等を科すと、共謀に深く関与していなくて情報を認知していなかった被告人ほど不利益を被ることを指摘して、被告人が殺害等に関与した直接の証拠がなければ対質権喪失に至るべきではないことも主張されている（see James F. Flanagan, *Forfeiture by Wrongdoing And Those Who Acquiesce in Witness Intimidation: A Reach Exceeding Its Grasp And Other Problems With Federal Rule Of Evidence 804 (b) (6)*, 51 Drake L. Rev. 459 (2002) at 504）。判例においても、個別の被告人につき「証言を妨げる意図」が証明されるべきとする例も少なくない。たとえば U. S. v. Houlihan, (1st Cir. 1996))

(15) 下級審の中には、現に今審理されている殺人事件が、別事件の目撃者を抹殺するために行われたためである可能性が強いことを理由として、殺人事件の審理で証人と対質する権利を、「証言を妨げる意図をもって行為した」という理由で喪失させた例もあるが（State v. Filed, (Min. 2004)）、一般には、当該審理で証人を利用不能にしたことが要件とすべきであると解されている。

(16) see James F. Flanagan, *Confrontation, Equity,*

- And The Misnamed Exception For “Forfeiture” By Wrongdoing, 14 William & Mary Bill of Rights Journal 1193 (2006), at 1237
- (17) see *Webb v. Texas*, 409 U. S. 95 (1972)
- (18) 下級審でも、たとえば *State v. Wright*, (Minn. 2005) は、別の理由で公判外供述を許容したものの、権利喪失ルールについては、「被告人が証人を利用不能にしたかどうかの証明がなされていない」場合には、証人が不在であるというだけで適用されないことを認めた。(その後の審理でも是認された。see *State v. Wright* (Minn. 2007))。もっとも、判例の中には、被告人が被害者を殺害したという事実を認めている場合には、被害者を利用不能にしたことに責任があるという理由だけで、対質権喪失を認める例もある (see *U. S. v. Garcia-Meza*, (6 th. Cir. 2005), *State v. Bauder*, (Mich. Ct. App. 2005)。また、共謀の事例の場合にも、証人の決定に多かれ少なかれ被告人が影響を与えたはずであるという推定のもとに、権利を喪失させる例もある。see *Commonwealth v. Edwards*, (Mass. 2005))
- (19) *U. S. v. Thevis*, 1982 U. S. Appp. Lexis 22706, (5 th. Cir. 1982) and see *People v. Geraci*, 1995 N. Y. Lexis 696, (N. Y. 1995)
- (20) *Mastrangelo*, supra note (13), *Giles*, supra note (5), *Houlihan*, supra note (14) and see *Steel v. Taylor*, 684 F. 2 d. 1193 at 1202, (6 th. Cir. 1982)
- (21) supra note (12)
- (22) see *Mastrangelo*, supra note (13) and see *People v. Cotto*, 699 N. E. 2 d. 394, (N. Y. 1998)
- (23) Andrew King-Ries, *Forfeiture By Wrongdoing: A Panacea For Victimless Domestic Violence Prosecutions*, 39 *Craigton L. Rev.* 441 (2006) 469-470.
- (24) これに対して Flanagan は、「一つの」ではなく、「主たる」要素として、被告人の意図と、被告人の行為が証人の利用不能性を引き出したことの証明が必要だとして、証人が不利益証言をするという可能性がなければ被告人が証人に対する行動を起こさなかったことと、被告人が威迫しなければ証人が証言していたことを問う「but for」テストを用いるべきであると主張する。see James F. Flanagan, *Foreshadowing the Future of Forfeiture/Estoppel By Wrongdoing*: Davis V. Washington and The Necessity of the Defendant’s Intent To Intimidate the Witness, 15 J. L. & Pol’y 863 (2007) at 895
- (25) Paul T. Markland, *The Admission Of Hearsay Evidence Where Defendant Misconduct Cause The Unavailability Of A Prosecution Witness*, 43 *Am. U. L. Rev.* 995 (1994)
- (26) *Bourjaily v. U. S.* 483 U. S. 171 (1987)
- (27) see Friedman, *Confrontation And The Definition Of Chutzpa*, 31 *Isr. L. Rev.* 566 (1997) at 523ff.
- (28) Flanagan, supra note (24) at 899-900
- (29) see Flanagan, supra note (14) at 546
- (30) *Id.* at 522 and see John R. Kroger, *The Confrontation Waiver Rule*, 76 *B. U. L. Rev.* 835, at 888-893.
- (31) *U. S. v. Balano*, 618 F. 2 d. 624 (10 th. Cir. 1979)
- (32) *Cotto*, supra note (22) and *Geraci* supra note (19)
- (33) see D. Craig Lewis, *Proof and Prejudice: A Constitutional Challenge to the Treatment of Prejudicial Evidence In Federal Criminal Cases*, 64 *Wash. L. Rev.* 295 (1989) 315 ff. and see *Kroger* supra note (30) at 861-862.
- (34) see Flanagan, supra note (16) at 1249
- (35) see Markland, supra note (25) at 1014
- (36) see *Bruton v. U. S.*, 391 U. S. 123 (1968)
- (37) see Michael H. Graham, *Witness Intimidation*, (1985) at 177. ff.
- (38) see *Lilly v. Virginia*, 000 U. S. 98-5881 (1999), see *Lee v. Illinois*, 476 U. S. 530
- (39) see *Idoho v. Wright*, 497 U. S. 805 (1990), and see *Freedman*, supra note (27) at 523
- (40) Markland, supra note (25) at 1014
- (41) see Flanagan supra note (14) at 491 and see *In re Winship*, 397 U. S. 358 (1970) and see Kelly Rutan, *Procuring the Right to an Unfair Trial: Federal Rule of Evidence 804 (b) (6) and the*

- Due Process Implications of the Rule's Failure to Require Standards of Reliability for Admissible Evidence, 56 Am. U. L. Rev. 177 (2006) at 195-196.
- (42) Freedman, *supra* note (27) at 516-518. and see Anthony Bocchino and David Sonenshein, Rule 804(b) (6) -The Illegitimate Child of the Failed Liaison Between the Hearsay Rule and Confrontation Clause, 73 Mo. L. Rev. 41 (2008)
- (43) *Id.* at 520 ff. and see Flanagan, *supra* note (16) at 1249
- (44) Freedman, *supra* note (27) at 515
- (45) see *Maryland v. Craig*, 497 U. S. 836 (1990). もっとも、Freedman は、証言することによって重大なトラウマを被るおそれがあるのは児童に限られないし、むしろ児童の場合には、大人の性犯罪被害者等に比べて、公判そのものから受けるトラウマは少ない可能性もあること等から、児童を特別に扱うこと自体に疑問を投げかけている。
- (46) Freedman, *supra* note (27) at 531 ff.
- (47) see Richard D. Friedman, *Forfeiture of the Confrontation Right After Crawford and Davis*, 19 Regent Uni. L. Rev. 489 (1997)
- (48) Scalia 裁判官が法廷意見を書き、Roberts 裁判官、Thomas 裁判官、Alito 裁判官は全面的に同意したが、Souter 裁判官と Ginsburg 裁判官が一部に留保をつけたため、その部分では法廷意見が形成されず、また Breyer 裁判官は、DV 事例には別の基準が当てはまることを主張して反対意見を書き、Stevens 裁判官と Kennedy 裁判官も反対意見に同調した。判例について紹介したものとして、Constitutional Law The Supreme Court, 2007 Term Leading Cases: I, 122 Harv. L. Rev. 336 (2008) 336 ff. 等。
- (49) 事実審理裁判所は、当初、自らに加えられた身体的被害やその恐れについて説明する意図で話された供述を伝聞例外とする州の証拠法のもとで A の供述を許容したが、Crawford 判決によりこの種の伝聞例外が対質権と抵触することが明らかであったため、控訴審では違法行為による権利剥奪のもとで供述の許容を適切と結論づけようとした。
- (50) Breyer 裁判官等は、以前に対質の機会が与えられた証言等に該当しない限り、コモンローで用いられてきた、「違法な意図」に限定されるルールは適用されないため、それ以外の公判外供述の許容性はそれによって左右されないと主張していたが、Scalia 裁判官は、かつて用いられてきたルールに関する説明が、以前の供述が対質を経ていたかどうかを考慮していないこと、Breyer 裁判官等の説明を採用すると、自身等が主張する広範囲なルールの先例も存在しないことになること等を挙げて否定している。
- (51) see *Michigan v. Lucas*, 500 U. S. 145 (1991).
- (52) 連邦法域や各州のレイプ・シールド法においても、被害者たる証人の保護は、被告人の権利を制限しない限りで認められるものとなっている。この点については拙稿「刑事手続における性犯罪被害者の権利」齊藤豊治・青井秀夫編『セクシュアリティと法』（東北大学 21 世紀 COE プログラムジェンダー法・政策研究叢書、2006）301 ～ 318 頁。