

○論説：対審権の歴史に関する連邦最高裁の理解について—証拠法研究ノート(2)

津村政孝*

目次

- 1 はじめに
- 2 連邦最高裁が挙げる根拠—Crawford判決
- 3 連邦最高裁の根拠は根拠たりえているか
- 4 その他の議論
- 5 終わりに

1 はじめに

前稿¹でイングランドにおける証拠法の成立に関する最近の研究を紹介したが、それは2004年のCrawford判決²以降のアメリカ連邦最高裁が権利章典制定時におけるイングランドのコモンロー上の対審権に関する判例等に基づいて、対審条項と伝聞法則を完全に切断する立場を採用したために、イングランドにおける証拠法の成立時期が現代においてどのように理解されているかが重要性を増したからであった。

連邦最高裁の原意主義的アプローチからすれば、権利章典制定者の意思が重要であるから、イングランドの証拠法、とくに伝聞法則の成立とは別に、アメリカの権利章典制定者が対審権と伝聞証拠についてどのような理解を有していたかが重要になる。本稿ではこの点について、まず、連邦最高裁が自身の対審権の歴史に関する理解の根拠を何に求めたかを紹介し、次にそうし

* 1991年より学習院大学法学部法学科教授。刑事訴訟法担当。

1 拙稿「イギリス証拠法の成立—伝聞法則を中心として—証拠法研究ノート(1)」学習院法務研究2号65頁(2010年)。

2 Crawford v. California, 541 U.S. 36 (2004)。本判決については、拙稿「対審権と伝聞法則の関係」ジュリスト1430号79頁(2011年)参照。

た理解がどのように評価されているかを紹介する。Crawford判決時に同判決の法廷意見を執筆したスカリア裁判官のロー・クラークであったKryが論争に関わっているところが興味深い。その後で連邦最高裁と異なる歴史理解を紹介する。

2 連邦最高裁が挙げる根拠—Crawford判決

法廷意見、結論同意意見の順で紹介する。

- 1 憲法制定の世代が告発する者と対審する権利を直接認識したのはコモンローによってである。刑事裁判における証人の証言のあり方について、コモンローの伝統が当事者主義的検討に服する法廷における生の証言であったのに対し、大陸法は裁判官が秘密裏に尋問するのを許してきた。イングランドでも、ときに大陸法の実務の要素が導入され、治安判事その他の裁判官が公判前に容疑者や証人を尋問し、その尋問が生の証言に代えて公判で読み上げられたにもかかわらず、不利な証人を被告人の面前まで引致すべきであるという被告人の要求が拒絶されることもあった。eg., Raleigh's Case 2 How. St. Tr. 1, 15-16, 24(1603). 公判前の尋問が16世紀のメアリー女王時代の2つの制定法(1 & 2 Phil. & M., c. 13 (1554) and 2 & 3 id., c. 10 (1555))の下で日常的なものとなり、尋問結果が証拠として使われる事案もあった。大陸法の尋問が行われたもっとも悪名高い事例は、16、17世紀の重要な政治裁判であった。1つは1603年のローリ卿(Sir Walter Raleigh)に対する反逆罪の裁判である。ローリの共犯者とされたコバム(Cobham)は枢密院における尋問でローリの犯罪への関与を認め、また私信でも同様であった。ローリは、コバムがコバム自身を救うために嘘をついていると主張した。コバムが供述を撤回するか疑いながら、ローリはコバムを召喚するように裁判官に要求し、「コモンローの証明は証人と陪審によらなければならない、コバムを召喚し、供述させなければならない。わたしを告発する者をわたしの面前に引致せよ」と述べた。裁判官はこれを拒否したため、「スペイン流の糾問手続」による裁判だとローリは抗議したが、陪審は有罪の評決を下し、ローリは死刑を言い渡された。

一連の制定法および裁判所による改革によって、イングランド法はこうした濫用を制限する対審権を発展させた。たとえば、反逆罪に関する制定法は、罪状認否に際して、証人が被告人に直接対審することを要求した。その間に裁判所は相対的に厳格な供述不能に関するルールを設定し、証人自身が公判で証言できないことの立証を要求した。Lord Morley's Case, 6 How. St. Tr. 769, 770-771 (H.L. 1666) ; 2 Hale, Pleas of the Crown 284 (1736). また、いくつかの判例は、被疑者の自白はその者のみに対してしか使用しえず、自白によってその関与を認めた他の者に対して不利に用いることはできないとした。

供述不能の証人の公判前の尋問の許容性は、被告人の反対尋問の機会があったことを要件としたかは繰り返し問題にされたものの1つである。1696年の王座裁判所の King v. Paine, 87 Eng. Rep. 584 判決は軽罪の名譽毀損事件であるが、要件にすべきであるとした。この問題は議会における私権剥奪法 (bill of attainder) に基づく Fenwick に対する悪名高い手続の中で長々と論議されたが、僅差で反対尋問の機会のなかった尋問が許容された。Fenwick's Case, 13 How. St. Tr. 537 (H.C. 1696). しかし、「反対尋問権を保障するルールが決定的に重要であることを一般的な意識に焼き付けることになったに違いない」。Paine 判決がコモンローの問題として以前の反対尋問の機会を要求するルールを確立させた。メアリー女王下の制定法が重罪事件におけるそうしたルールの例外を規定したかについて疑念を抱く者もこの制定法がコモンローからの逸脱であることを認めた。King v. Eriswell, 100 Eng. Rep. 815, 817 (K.B. 1790) (Grose, J) (dicta) ; id., at 823-824 (Kenyon, C.J.) (same). にもかかわらず、第6修正が承認された1791年までには、裁判所は重罪事件における治安判事の尋問に対してできえ、反対尋問ルールを適用した。King v. Dingler, 168 Eng. Rep. 383, 383-384 (1791) ; King v. Woodcock, 168 Eng. Rep. 352, 353 (1789) 参照。なお、King v. Radbourne, 168 Eng. Rep. 330, 331-332 (1787). イギリス議会は1848年にこの制定法を改正して反対尋問の要求を明示的に規定したが、この改正は「法の衡平による解釈によって」被告人にすでに

与えられていたものを明文化したにすぎない。Queen v. Beeston, 29 Eng. L. & Eq. R. 527, 529 (Ct. Crim. App. 1854) (Jervis, C.J.). (注2)

注2: 以前の反対尋問の機会の要求がメアリー女王下の制定法で認められた検死官により聴取された供述にも同様に適用されるかについては幾分かの疑問がある。イングランドのルールがどうであれ、いくつかの初期のアメリカの判例は、検死官に対する供述についての特別の扱いを明確に否定した。State v. Houser, 26 Mo. 431, 436 (1858); State v. Campbell, 30 S.C.L. 124, 130 (App. L. 1844).

議論を呼んだ尋問の実務はまたアメリカの植民地においても用いられた。たとえば、18世紀初頭にヴァージニア参議会は、総督が「一方的に一定の者に不利な証人を尋問する命令を秘密裏に出す」ことに抗議し、「起訴された被告人は被告人を非難する者と対審し、自らを防御することが認められていない」と不服を述べた。独立宣言の10年前にイギリス本国は印紙条例違反について海事裁判所に管轄を認め、同裁判所はコモンローの手続によらず大陸の手続によっていたため、証言録取書あるいは秘密裏の裁判官による尋問に基づく証言が日常的に行われていた。植民地の代表者たちは、同条例が古くからの限界を越えて海事裁判所の管轄を拡張することで、自分たちの権利を失わせたと抗議した。John Adamsは、以下のよう論じた。「質問書に基づく証人の尋問は、大陸法によってのみ行われている。質問書はコモンローでは知られておらず、イングランド人やコモンローの弁護士は憎悪まではしないまでも嫌っている。」

多くの権利章典は、独立戦争までには対審権を保障していた。しかし、提案された連邦憲法はそうでなかった。マサチューセッツ州の憲法承認会議において、Abraham Holmesは、対審権を規定していないことについて、まさしく、それは大陸法の実務を招来するという理由で反対した。「公判の様態はなお明確でない。被告人が証人と対審できるのか、反対尋問の機会は与えられるのかについては、知らされていない。スペインの一定の裁判体、すなわち糾問手続とほとんど変わらない不吉な裁判所を設ける権限を連邦議会が有していることを認識すべきである」と。同様に、Federal

Farmerの偽名で書かれた著名な反連邦主義者の著作は、「書面証拠」の使用を批判し、裁判地に関する権利の剥奪に異議を唱えた。すなわち、「一般に当該事実認定者の面前における証人の反対尋問ほど不可欠なものはいえぬ。…書面証拠はほとんど有用でない。なぜなら、しばしば一方的に録取され、適切な真実発見に役立つことはめったにないからである」。第1議会は第6修正に対審条項を含めた。

初期の州判例はコモンローの権利についてのオリジナルな理解に光をあてる。第6修正制定後のState v. Webb, 2 N.C. 103 (1794)判決は、イングランドの先例を広く解釈することを拒否し、以下のように判示した。「反対尋問の機会のなかった証拠によって何人も不利益を被らないとするのが、自然的正義に基づく、コモンローのルールである」と。同様に、State v. Cambell, 30 S.C.L. 124, 1844 WL 2588 (S.C. 1844)判決でサウス・カロライナ州の最上級裁判所は、被告人の立会いのない検死官の作成した証言録取書を排除した。「コモンローの確立したルールに従ってこの問題を判断しなければならないのであれば、反対意見はありえない。なぜなら、証人の死にもかかわらず、また証言録取書を作成した裁判所が尊敬に値すること、状況の厳粛性、証言の重要性が何であれ、そうした証言録取書は一方的に作成され、したがって全く証拠能力がない」とした。同裁判所は、州憲法が黙示的に保障する「不可欠の条件」の1つは、「被告人が対審し、被告人自身による尋問を受けた証人によって被告人に対する有罪判決まで訴追が到達する」ことであると判示した。

他の多くの判例も同様である。いくつかの初期の判例にはさらに、たとえ被告人にその際に反対尋問の機会が与えられたとしても、以前の証言は刑事事件では許容されないとしたものもある。ほとんどの裁判所はこの立場を否定し、以前に反対尋問の機会があれば、許容されることを再確認した。United States v. Macomb, 26 F. Cas. 1132, 1133 (CC Ill. 1851) ; State v. Houser, 26 Mo. 431, 435-436 (1858) ; Kendrick v. State, 29 Tenn. 479, 485-488 (1850) ; Bostick v. State, 22 Tenn. 344, 345-346 (1842) ; Commonwealth v. Richards, 35 Mass. 434, 437 (1837) ; State v. Hill, 20

S.C.L. 607, 608-610 (App. 1835) ; Johnston v. State, 10 Tenn. 58, 59 (Err. & App. 1821).

- 2 こうした歴史からすると、第6修正の意味について2つの推論が可能となる。第1に、対審条項が狙う主要な悪は、大陸法の刑事手続の態様、とくに被告人に不利な証拠として一方的に作成された尋問書の使用であった。ローリーの裁判等で用いられ、メアリー女王下の制定法が招来したものであり、イングランド法が対審権を主張して禁止しようとしたものであり、アメリカ建国期の巧みな弁舌が非難したものである。第6修正はこの点を意識して解釈しなければならない。

したがって、対審条項は公判における証言のみに適用されるとする立場や公判に提出された公判外供述への同条項の適用は「そのときの証拠法」によるとする立場は再び斥けられることになる。公判外供述に関する規制を証拠法に委ねることは、対審条項をはなはだしく糾問的な実務の防止に無力なものとする。

こうした点からすると、すべての伝聞が第6修正の核心にある関心に係わるわけではないことになる。事前の用意なしに偶然聞いた供述は、信用性に乏しい証拠であるかもしれないが、したがって伝聞法則からは排除にふさわしいものであるかもしれないが、対審条項が標的とした大陸法的な濫用とは全く似ていない。他方、一方的に作成された尋問書は現在の証拠法則ではときに許容されることがあるが、権利章典制定者は確実にこれを容赦しなかつたろう。

対審条項の文言はこうした関心を反映する。同条項は、被告人に不利な「証人」、換言すると、「証言を行う」者に適用される。2 N. Webster, An American Dictionary of the English Language (1828). 「証言」とは、典型的に「一定の事実を明らかにしまたは証明する目的でなされる厳粛な宣明あるいは確認」である。Ibid. 政府職員に対して公式の供述をなす告発者が証言をする者だとすると、知り合いにたまたま供述した者はそうではないことになる。コモンロー上の対審権の基礎にある歴史と同様に、憲法の文言もしたがって、一定のタイプの公判外供述へのとくに明確な関心を

反映している。

核心にある「testimonialな」供述のクラスについてはさまざまな公式化がありうる。「一方的な公判証言またはそれに匹敵するもの、すなわち、宣誓供述書、身柄拘束中の尋問、被告人に反対尋問の機会のなかった以前の証言、またはそれに類似した公判前供述で訴追に用いられることが供述者に合理的に予想されただろうもの」、「宣誓供述書、証言録取書、以前の証言、または自白のような公式のtestimonialな書面に含まれる供述」、「客観的な証人であれば、合理的に当該供述が後の公判において使用されうると予測できる状況でなされた供述」。こうした公式化はすべて共通の核をもっており、さまざまな抽象のレベルで、本条項の適用範囲を示すことになる。予備審問における一方的な証言はいずれの定義にも該当し、取調べの過程で警察官が録取した供述もまた狭い基準の下でさえ testimonial といえ、イングランドにおける治安判事の尋問に極めて類似する。宣誓の欠如は決定的でない。コバムの尋問には宣誓がなかったが、ローリの裁判は長年典型的な対審権違反と考えられてきた。メアリー女王下の制定法においても、容疑者は通常は宣誓しなかった。(注3)

注3：首席裁判官はとくにローリの裁判の史料に基づいて、対審権がとくに宣誓のないtestimonialな供述に係わるものではないとするが、宣誓のない伝聞の一般的な禁止によって宣誓のないtestimonialな供述への対審条項の適用は不確定になるとしても、そのことは単に関心の焦点を第6修正のオリジナルな意味に関する直接の証拠から合理的推認に移すだけにすぎない。宣誓のある一方的な宣誓供述書による裁判を確実に非難した規定が宣誓のない一方的な宣誓供述書による裁判を完全に許すと考えたということはあるそうにない。制定時に存在しなかった現象に憲法規定を適用すべきかどうかを判断するすべての試みには首席裁判官が「代理 (proxy)」の使用と呼ぶ評価がある程度含まれるが、それは可能な限り評価を正確にすることにならないとする理由とはならない。たとえ第6修正が宣誓のない証言に当初どのように適用されたかについて直接証拠が存在しないとしても、その適用が

どのようなものであったかについて疑いは存在しない。

取調官が治安判事でないというのも重要でない。メアリー女王下の制定法によって尋問を行った治安判事は、本質的に捜査、訴追機能を有していた。testimonialな証拠の創出へ政府職員が関与すれば同じリスクを生じさせるのであり、その職員が警察なのか治安判事なのかで違いはない。要するに、第6修正がtestimonialな伝聞にのみ係わるものではないにしても、それが主たる目的であり、法執行官による取調べはまさにこのクラスに該当する。

- 3 歴史的記録は第2の命題も支持する。権利章典制定者は供述者が供述不能であり、被告人に以前に反対尋問の機会があったのでないかぎり、公判に出廷しない証人のtestimonialな供述の許容を許さなかつただろうという命題である。第6修正の文言は、判例が発展させてきた対審の要求からの制限のないいかなる例外も示唆していない。むしろ、本条項は、権利章典制定時に確立していた例外のみを許容するコモンローの対審権に言及したものと理解するのがもっとも自然な理解である。Mattox v. United States, 156 U.S. 237, 243 (1895)；cf. Houser, 26 Mo., at 433-35. 1791年のコモンローは、公判に出廷していない証人の尋問書の許容性について、供述不能と以前の反対尋問の機会を条件としていた。第6修正はそれゆえ、これらの制限も包含する。同一のテストを適用する多数の初期の州判例も、これらの原則がアメリカにおけるコモンローの一部として受容されたことを確認する。（注5）

注5：首席裁判官は権利章典制定当時のイングランド法のtestimonialな供述の扱いが一貫していなかったとするが、引用された例はメアリー女王下の制定法の下での尋問に関するものである。メアリー女王下の尋問が許容されたのは制定法がコモンローから離反したからであるにすぎない。さらに、1791年までに制定法による離反であると理解は以下の判例で明示的に治安判事の尋問について否定された。すなわち、前出のWoodcock, Dingler両判決である。Radbourne判決は黙示に否定した。

首席裁判官が引用したものはこれと異なるものを証明するものでない。King v. Westbeer, 168 Eng. Rep. 108 (1739) 判決は1791年の法に関する正確な記述と言えない。首席裁判官が引用する時期的に適切な判例は Eriswell 判決であるが、実質的な支持とならない。なぜなら、同判決は刑事裁判でなく、傍論でメアリー女王下の制定法が論じられたにすぎない。Buller 裁判官は一方的なメアリー女王下の尋問は許容されるとした先例に依拠した。しかし、証拠法の著作者は直ちに先例にそうした判示がないことを指摘した。他の Grose, Kenyon 裁判官は、Buller の議論に対し、メアリー女王下の証人尋問を制定法によるモンローの例外として区別できると応じたが、彼らの指摘の文脈とその調子からすれば、少なくとも治安判事の尋問に関して独立の検討なしに Buller の議論の前提の正確さを想定されたにすぎないことを示している。実際に判例リポーターは具体的に脚注で彼らの前提が誤っていると指摘する。注意すべきは、Buller の立場がわずか10年後の King v. Ferry Frystone, 102 Eng. Rep. 289 (K.B. 1801) 判決において徹底的に否定されたものであることであり、権利章典制定時の主流でなかったことを示している。要するに、首席裁判官の史料はいずれも、1791年の法がメアリー女王下の制定法の下での治安判事の尋問についてさえ確立していなかったことを示すものでないということである。さらに重要なことには、1791年における制定法上のルールに疑いがあったとしても、多数の初期の州裁判所の判例によって第6修正がモンロー上の対審権を統合したものであり、メアリー女王下の制定法から想定される例外を統合したものでなかったことは明らかである。

歴史史料は、以前の反対尋問の機会の要件が決定的であって、信用性を示すいくつかの方法の1つにすぎないわけではないことを示唆する。これは、伝聞証拠排除の一般原則には常に例外が存在したことを否定するものでない。1791年にはいくつかのものがすでに確立していた。しかし、刑事事件において被告人に不利に testimonial な供述を許容するために例外が援用されたかについての証拠は乏しい。ほとんどの伝聞例外はその性質

上 testimonial でない供述を含んでいる。たとえば、業務記録や共謀過程における供述である。このことから、権利章典制定者が以前の証言についても例外が適用されると考えたと推測することはできない。(注7) (注8) (注9)

注7: testimonial な供述であるという事実は伝聞例外の叡知を害するものでないとする首席裁判官の主張には同意できない。公判を意識した証言の創出に対する政府職員の関与によって権利章典制定者が鋭く意識した歴史を通じての訴追側の濫用の可能性のユニークなおそれを生じさせる。こうした考慮は、証言がたまたま広範な現代の伝聞例外に該当し、右例外が他の状況では正当であっても、消え失せることはない。

注8: 当該供述が testimonial である場合に以前の反対尋問の機会を要求するルールと適合しないとも言うる判例が1つ存在する。White v. Illinois, 502 U.S. 346 (1992). 子どもの被害者が捜査を行う警察官に対してした供述が自発的供述として許容された事案であった。1791年にそうした理由で testimonial な供述が許容されただろうかについては疑いが残る。自発的供述に関する伝聞例外が存在したとしても、「被害を受けた直後で自身に有利なことを企む時間もなしに」なされた供述であることが要求された。Thompson v. Trevason, 90 Eng. Rep. 179 (K.B. 1693). White 判決における唯一の争点は当該供述のタイプに供述不能が要件となるかであって、たとえ証人が供述不能であっても、testimonial な供述であるがゆえに一定の供述が排除されるかは問題となっていない。

注9: 首席裁判官は、当裁判所の先例が United States v. Burr, 25 F.Cas. 187 (CC Va. 1807) 判決と他の判例を区別しなかったとする。しかし、これらの判例で矛盾するものはない。Mattox, Kirby 判決は被告人に反対尋問の機会があったかどうかで伝聞証拠を排除、許容した。首席裁判官の Burr 判決の理解には同意できない。対審条項へのついでと言及 (passing reference) があるが、事案は基本的に共謀過程におけ

る供述に関する伝聞法則に関するものであった。同判決は、「侵害」がなされてきた「真に重要な原則」は、「単なる伝聞証言を排除する証拠規則」であったとする。同判決は testimonial な供述の対審条項による排除の例外を認めなかった。首席裁判官は、以前の反対尋問の機会ではなく、信用性の徴憑に基づいて testimonial な供述を許容した先例を特定していない。

4 レンクイスト首席裁判官の結論同意意見は以下の通りである。

法廷意見の testimonial な供述と nontestimonial な供述の区別は、歴史的にも現在の判例理論にもその根拠をもたない。コモンローの下で、判例は決して一貫しておらず、被告人以外の者の公判外供述で宣誓なきものは、一方的な証言録取書や宣誓供述書と異なり、有罪判決の根拠となる実体証拠とは一般的に考えられていなかった。たとえば、King v. Brasier, 168 Eng. Rep. 202 (K.B. 1779) 参照。しかし、その理由は法廷意見の理由づけと異なり、宣誓に欠けるためである可能性が高い。King v. Woodcock, 168 Eng. Rep. 352, 353 (1789) 参照。したがって、権利章典制定者が主として宣誓のある宣誓供述書や証言録取書に関心があったからといって、法廷意見の testimonial な供述についての広範なカテゴリーに制定者が同様に関心をもっていたことにはならない。2 N. Webster, An American Dictionary of the English Language (1828) (「証言」を以下のように定義する。「一定の事実を明らかにしまたは証明する目的でなされる厳粛な宣明または確認。法的手続におけるそうした確認は、口頭であれ文書によるものであれ、宣誓がなされなければならない」) 参照。コモンローにおいて nontestimonial な供述と異なった扱いを宣誓のない testimonial な供述は受けていなかったのであり、宣誓のある宣誓供述書や証言録取書以外に供述を testimonial であると分類することは幾分恣意的であり、それは権利章典制定者の意図についての代理(proxy) にすぎない。(注4)

注4：1603年のローリ卿の裁判で訴追側が宣誓のない尋問結果を提出したという事実は、法廷意見の testimonial な供述と nontestimonial な供述の区別についてほとんど何も語らない。当裁判所の先例からすれ

ば、宣誓のない testimonial な供述は、一定の nontestimonial な供述と同様に対審権の問題を生じさせる。主張したいことは、18世紀後半の裁判所が宣誓のない testimonial な供述を宣誓のなされた供述と同じに扱ったかは明らかでないということである。

それゆえ、法廷意見の行方区別が先例よりも好ましいとする理由を見出せない。1807年の巡回裁判官としての首席裁判官 Marshall の解釈から始まり、当裁判所は testimonial な供述と nontestimonial な供述の区別をこれまでしてこなかった。United States v. Burr, 25 F.Cas. 187, 193 (CC Va. 1807).

対審条項がカテゴリーカルに testimonial な供述の排除を要求していることに納得できない。1791年以前に多くの州で対審条項が存在したが、制定されて間がなく日常的に解釈されることはなかった。第6修正制定後の州判例は統一的でなく、法廷意見が引用する19世紀初期の州判例は、法廷意見よりも厳格な立場を採り、証人が反対尋問を受けていたとしても、以前の証言の使用を禁止した。また、権利章典制定時のイングランド法が testimonial な証拠の取扱いについて完全に一貫していたわけではなかった。一般的に、一方的な宣誓供述書や証言録取書は法廷意見が指摘するように排除されたが、そうした命題でさえ普遍的でなかった。King v. Eriswell, 100 Eng. Rep. 815 (K.B. 1790) (賛否同数であったために、原供述者が供述不能であったことを理由とする一方的な尋問結果の許容を是認した), King v. Westbeer, 168 Eng. Rep. 108, 109 (1739) 参照。ウィグモアは、一定の事件における治安判事による宣誓した証人の尋問が1700年代の終わりまで許容され、検死官の面前での証人の宣誓供述は1800年代の制定法によって排除されるようになったとする。宣誓のない testimonial な供述については、伝聞法則が成立すると、しっかりと定着した例外に該当しても、裁判所がそうした供述を排除したことを示すものはない。Eriswell, (Buller, J.), (Ashurst, J.) 100 Eng. Rep. 819-822 (一方的尋問は当事者の自身の状態に関する供述であったので、伝聞法則の例外として許容されると結論した) 参照。臨終の陳述もその例である。たとえば、

Woodcock, 168 Eng. Rep. 353-354 ; King v. Reason, 16 How St. Tr. 1, 22-23 (K.B. 1722) 参照。

1700年から1800年の間に公判外供述の許容性に関するルールはなお発展段階にあって、排除に関する一般的ルールにはつねに例外が存在し、権利章典制定者がカテゴリカルにさらなる例外を排除しようとしたかは明らかでない。実際に、権利章典制定当時の法が十分に確立していなかった場合に、権利章典制定者がtestimonialな供述の許容性について型にはまったルールを設定したと考えるのは奇妙である。

本条項の下で排除に対する例外を見出すことは、法廷意見が指摘するほど、同条項を傷つけるものではない。Marshall首席裁判官は伝聞法則の排除的要素に対する例外、すなわち彼が対審権に対する侵害と考えるものが存在することを認めていた。対審の例外は常に、供述のなされた状況のゆえに、一定の公判外供述が反対尋問を受けた公判証言と同様に信用できるとする経験から派生してきた。供述がtestimonialであることは、そうした例外の叡知を否定することと関係がない。

3 連邦最高裁の根拠は根拠たりえているか

- 1 法廷意見の根拠を具体的に検討する前に触れるべきことが存在する。まず、法廷意見は第6修正が州の承認によって成立した1791年を問題にするが、どの時点を基準とすべきかにつき、州には承認に際して提案を受け入れるか拒否するかしかなかったことを理由に連邦議会によって修正条項が提案された1789年を問題にすべきとする議論³、イングランド法の関係については独立戦争によってイングランドとの関係が断絶したので1776年を基準とすべきだとする議論も存在する⁴。

3 Davies, What Did the Framers Know, and When Did They Know It? Fictional Originalism in *Crawford v. Washington*, 71 Brooklyn L. Rev. 105, 117 (2005) [以下、Davies Iとして引用する]。

4 アメリカ独立当初の13州のイングランド・コモンロー採用のパターンは独立戦争開始時のそれであり、独立戦争以降のイングランド・コモンローの判例のアメリカ法形成における役割は不確かであり、さらに史料が存在する場合もアメリカ人がイングランド・コモンローに関心をもっていったが、自身が拘束されるとは考えなかったことが分かる

また、反逆罪はいわば貴族が行う犯罪であることも注意する必要があるかもしれない。公判への弁護人の関与が認められたのは反逆罪では1695年の制定法によってであるが、重罪についてはずっと後のことであり、しかも活動範囲が制限されていた⁵。普通の人びとは反逆罪の裁判には関心も知識もなかったかもしれないとする議論もある⁶。さらに、反逆罪に関する裁判が掲載されたState Trialsに対する植民地の法律家のアクセスの問題もある⁷。

さらに、当時の判例は私的にレポートされ、1つの判例に複数のレポートが存在したり、いくつかの版が存在し、その後に編集されたEnglish Reportsに安易に依拠することができない⁸。さらにレポートの公刊が判決時と大きくかけ離れる可能性もあった⁹。

2 法廷意見は権利章典制定時に反対尋問の機会なしには testimonial な供

とする指摘もある。Mosteller, *Testing the Testimonial Concept and Exceptions to Confrontation: "A Little Child Shall Lead Them"*, 82 *Indi. L. J.* 917, 924 n.15 (2007). Daviesも同様である。Davies I, at 153-55.

- 5 1695年の制定法、重罪について明示的に弁護人の援助を受ける権利を承認した1836年の制定法、その間の弁護人の活動に対する制約については、椎橋隆幸・刑事弁護・捜査の理論50頁(平成5年)参照。Old Baileyでは1730年代から刑事裁判に対する弁護人の関与が始まった。LANGBEIN, *THE ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL TRIAL* 171, 254-55 (2003).
- 6 Graham, *Confrontation Stories: Raleigh on the Mayflower*, 3 *Ohio St. J. Crim. L.* 209, 211-12 (2005).
- 7 Daviesによれば、権利章典制定期の法律図書館は個人所有のものであり、State Trialsは1776-81年刊行の第4版では11巻にまで拡大し、非常に高価なセットでもあった。したがって、反逆罪の裁判や議会における私権剥奪手続のレポートがアメリカの弁護士や裁判官、とくに1775年以降の彼らにとって大きな実務的な価値を有していたかは明らかでないので、多くのアメリカ人が権利章典制定前にこうしたレポートを手に入れたかは疑わしい。さらにこのセットにアクセスできたとしても、権利章典制定前の版は索引が貧弱だったので、膨大なレポートから具体的な手続的問題に関する史料を見出すことは決して容易でなかった。Davies, *Revisiting the Fictional Originalism in Crawford's "Cross-Examination Rule" - A Reply to Mr. Kry*, 72 *Brooklyn L. Rev.* 557, 597-98 & n. 147 (2007) [以下、Davies IIとして引用する]。この点に対するKryの立場は、Kry, *Confrontation Under the Marian Statutes- A Response to Professor Davies*, 72 *Brooklyn L. Rev.* 493, 502 (2007)。
- 8 本判決の結論同意意見に登場し、Davis判決の法廷意見に登場するBrasier判決で実際に問題となったことは後述する。
- 9 Daviesによれば、結論同意意見が引用した1739年のWestbeer判決のレポートが初めて公刊されたのは1789年5月だったという。Davies I, at 156 n. 162.

述は許容されない「反対尋問」ルールが存在したとし、その根拠として、1696年のPaine判決を挙げ、さらにFenwick事件における議論、さらには1787年以降のイングランドの3判例を挙げる¹⁰。

メアリー女王下の制定法は、重罪の被疑者を拘禁するか否かを判断する審問において治安判事に告発人や証人の尋問を行うように義務づけていたために、証人等が後の公判で供述不能となった場合に、その尋問結果は証拠として許容された。Paine判決は軽罪に関するものであり、軽罪についてはメアリー女王下の制定法のような制定法が存在しなかった。Daviesによれば、同判決の裁判官たちが軽罪事件では何人も証言録取書を作成する権限を有しないと結論していることからすれば、同判決は実際には軽罪事件の手続では同判決以降証言録取書を作成することはできず、証拠としても許容されないと理解された可能性が高く、また同判決の裁判官たちは重罪事件で供述不能の証人のメアリー女王下の証言録取書が許容されるというルールと関係がないことを明確に認めており、さらに明示的に重罪事件でのそうした証言録取書の許容性を認めていた。法廷意見が軽視または無視した18世紀の刑事手続または証拠に関する主要な著作は、明示的に重罪裁判において供述不能の証人のメアリー女王下の証言録取書が許容されるとするルールを肯定し、同判決はこれを変更するものではないとしていることからして、このことは明らかである。メアリー女王下の証言録取書の許容性が反対尋問の機会で決まることを示唆する著作はない。したがって、同判決は重罪裁判に適用可能な反対尋問ルールを生みださなかった¹¹。これに対してKryは、同判決には5つのレポートがあり、証言録取書排除の根拠がそれぞれ異なっており、それらを併せると、反対尋問の機会の欠如とメアリー女王下の制定法の重罪への限定という2つの要素がとも

10 裁判の中でローリ自身は供述不能の場合あるいは証人の出廷が便宜に合わない場合の公判外供述の使用を容認していたとする指摘もある。Davies I, at 124 n.54.

なお、法廷意見の「いくつかの判例は、被疑者の自白はその者のみに対してしか使用しえず、自白によってその関与を認めた者に対して不利に用いることはできないとした」とする指摘について、それは宣誓がないためであり、対審権を考慮すると否とを問わないとする指摘がある。Davies I, at 196 n. 298.

11 Davies I, at 115-16.

に重要であったようであり、Daviesの理解も可能な理解であるものの、それぞれが独立した根拠となるとする理解も可能であるとする。軽罪の尋問がおよそ許容されず、重罪の尋問結果がつねに許容されたのであれば、なぜ同判決は反対尋問について言及したのかという疑問があり、そうした理解を支持するイングランドの19世紀の著作や19世紀のアメリカの州判例がある一方、Daviesが援用する著作はいまいなものもあるが、Daviesが指摘するように理解するのが自然な著作や2つの18世紀のイングランド判例があることも認める。しかし、19世紀のアメリカ州判例は統一的に同判決が反対尋問を要件とすると解釈したのであり、権利章典制定後の判例であるからといって関連性は否定されないとする。すなわち、同判決自体が権利章典制定者にも利用可能であり、同判決は表面的にはあいまいだったが、メアリー女王下の審問に反対尋問が適用されることを確立したものと何十年間にわたり広く解釈された事実は、1789年あるいは1791年に同判決がどのように解釈されたかについて関連性ある証拠であるからとした¹²。これに対して、Daviesは権利章典制定前の著作に被逮捕者の立会い、反対尋問のルールが存在しなかったことを論じた上で¹³、5つのレポートすべてが同判決の判示がメアリー女王下の証人尋問の許容性に影響を及ぼさないことを明示的に示していたので、同判決は一般的な反対尋問ルールを論じなかったと結論したのだとする。また、権利章典制定期の著作に現れる同判決に関する議論も軽罪と重罪の区別をしていたことを指摘して、権利章典制定期のアメリカ人が同判決を重罪裁判におけるメアリー女王下の証人尋問の許容性に関する先例と理解したと考えるべき理由はないとする。そして、19世紀のイングランドのコメンテータやア

12 Kry, *supra* note 7, at 505-11. 反対尋問の観点からの検討は、*Id.*, at 528-35. なお、Kryは結論同意意見が言及する1739年のWestbeer判決に言及し、共犯者が拘禁審問で被告人の関与を認めたものの公判前に死亡したその証言録取書を、被告人の反対尋問権を侵害する旨の弁護人の異議を斥け、裁判所は許容したと事案を紹介し、この時点で裁判所はいまだ許容性の要件として立会いまたは反対尋問の機会を認めようとしなかったとする。もっとも、拘禁証言録取書の通常の特徴に欠ける通常でない場合にはその許容性が争われていたとする。*Id.*, at 530-31.

13 Davies II, at 584-94.

アメリカの裁判官が同判決を当時広まっていた立場に適合するように広く解釈したという事実は、権利章典制定時にそのように理解されたことの証拠とならないとする¹⁴。

Fenwick事件について、Daviesは前述したState Trialsへのアメリカの法律家のアクセスの問題を指摘し、Blackstone, Hawkinsの著作で同事件が論じられていたとするKryの指摘に対し、両著作で論じられたのは反逆罪の2人の証人ルールからの離反のゆえであり、Fenwickの立会いなく作成された証言録取書についてではないとする¹⁵。

Daviesによれば、1787年以降のイングランドの3判例について、問題とすべき権利章典制定の時期は起草時である1789年であり承認時の1791年でないとする、起草時のアメリカ人の注目を引くほど早くには刊行されず、1791年判例は1792年に刊行されたので、権利章典制定者がそうした判例を知らなかったことはほぼ確実であるとする。さらに、3判例は供述不能の証人のメアリー女王下の証言録取書の許容性を否定したものでなく、1787年のRadbourne判決は許容し、1789年のWoodcock判決、1791年のDingler判決はメアリー女王下の手続に従い逮捕時に作成されたのではない証言録取書は有効な宣誓のある証拠でないとしたにすぎないとする。これらの判例についてせいぜい言いうることは、メアリー女王下の証言録取書では反対尋問が可能であった可能性があることをほのめかしているということである。しかし、対審条項制定前にアメリカ人がアクセスできた公刊史料で反対尋問がメアリー女王下の手続の一部であったことを示唆するものは見出せないがゆえに、これらの判例をどのように解釈するにせよ、対審条項のオリジナルな理解の証拠とはならないとした¹⁶。

Kryは、まず3判例の刊行時期からして有効な証拠とならないとする議論について、3判例はそれに先行する数十年間にイングランドでメアリー女王下の審問がどのように行われたかについての重要な証拠であり、多くの植民地の弁護士がロンドンで訓練を受け、直接イングランドの実務や考

14 Id., at 595-97.

15 Id., at 598-99.

16 Davies I., at 117-118.

えに接していたこと等からすれば、植民地に到達した公刊された著作または判例リポートであると否とを問わずイングランドの証拠は重要であるとす¹⁷。次に、メアリー女王下の拘禁審問における証言録取につき、被疑者が証人尋問中に隔離されたことを示唆するものはないから、被疑者は立ち会っていたと合理的に推認でき、さらにもっとも説得的な証拠として残存する1789年の27の拘禁の証言録取書のサンプル中22件で明示的に被疑者は証言に立ち会ったとされることから被疑者の立会いは日常的な特徴であったといえ、それが手続的権利であったことを示すのが1787年以降の3判例であるとする。Radbourne判決のリポートは具体的に「被疑者の立会いの下で尋問が行われ」、「被疑者が尋問した」、「被疑者の立会いの下で読み上げが行われた」とし、Woodcock判決のリポートはメアリー女王下の証人尋問を許容しなかった理由として、被疑者を引致した場所で実施されず、そのため被疑者に反駁の機会がなかったことを判決は指摘したとし、Dingler判決はWoodcock判決を引用した異議を認めたこと、法廷意見が引用するアメリカの1794年の州判例であるWebb判決も「我々の[拘禁法]は明らかに証言録取書が朗読されるためには被疑者の立会いの下で作成されなければならないとする」と判示して同様の推認を行っていたことを指摘した。Daviesが後の論文で行う3判例の解釈にも反論を加えるが、結論同意意見が指摘する1790年のEriswell判決の存在によって、被疑者の立会いルールは普遍的には受容されなかったことを認める。Kryによれば、同事件では、精神障害となった貧困者の一方的な審問が同人に対するケアについて町を告発する訴訟で許容しうるかという点で王座裁判所の裁判官の判断が分かれた。許容すべきとするBuller裁判官はメアリー女王下の制定法に関する解釈からの類推に基づき、「裁判所の行った行為である場合、それによって影響を受ける者が不利益を被るとしてもその許容にその者の立会いは必要ない。Radbourne判決ですべての裁判官がそのように判断した」と主張した。Grose, Kenyon裁判官はこれに同意せず、一方的なメアリー女王下の証言録取書が許容されるという前提も争わな

17 Kry, *supra* note 7, at 522.

かったが、コモンローのルールの制定法による例外としては認められないとした。4人目の裁判官である Ashhurst は、先例に従えば、Buller の立場にならざるをえないと考えたが、それが新たな判例であれば、伝聞証拠として許容すべきでないという意見を支持するとした。したがって、Kry も、同判決が一方的なメアリー女王下の証言録取書の許容性が権利章典制定期にも争われていた証拠となることを認める¹⁸。

Davies は、Kry が検討した Eriswell 判決までの判例からすれば、1789 年の時点ではイングランドの弁護士会は立会い、反対尋問ルールを要求し

18 Id., at 512-25. Eriswell 判決の3年後の判例にも似た裁判官のコメントが登場することも認めた。Id., at 526 n.137. もっとも、判決後のコメンテータのネガティブな反応から、Buller の立場が法を誤って説明した可能性を見出す。Id., at 527. なお、法廷意見が挙げる根拠は、3判例以外は19世紀初期の注釈書である。

Davies は、Radbourne 判決の1789年版のリポートではメアリー女王下の制定法への言及がなく、同法下の証人尋問との関連性もあいまいであり、また被疑者が尋問に積極的役割を果たしたことを示していないとする。Woodcock 判決はメアリー女王下の制定法に基づく権限行使の事案でなく、拘禁審問における被疑者の尋問の記録は公判でつねに許容され、陪審に対して日常的に朗読されていたため、逮捕時に告発を否認、すなわち告発に「反駁」しなければ、公判での否認の信用性は尋問の記録によって弱められてしまうことからすると、同判決は必ずしも被害者の尋問に被疑者が立ち会ったことを意味しないとする。Dingler 判決が初めてリポートされたのは1800年だったことが重要であり、同判決は「Woodcock 判決からは」本件被害者の尋問は許容されないとしたにすぎないとする。同判決のリポートは、被害者の尋問時に被告人はすでにジェイルに拘禁されていたことを明確に指摘しており、メアリー女王下の制定法に基づく権限の外での尋問であることがかなり明らかだとする。Woodcock 判決を先例と扱っているので、Woodcock 判決も似た状況であったことを示すとする。そこで、3判例は、権利章典制定時にイングランドのメアリー女王下の制定法に基づく手続が確立していなかったことを示唆すると結論する。なぜなら、被疑者立会いルールが右手続について確立していたのであれば、被逮捕者が立ち会っていないにもかかわらず、証人尋問を実施する権限があるとなぜ治安判事たちは考えたのかという疑問が残るからである。Davies II., at 605-14.

Eriswell 判決を管轄する王座裁判所は刑事法や刑事手続の問題について主導権を有していたので、同判決は重要であると Davies は指摘する。そして、Buller 裁判官は Radbourne 判決に対する12裁判官 (The Twelve Judges) による審査に関与していたのであり、同判決の最初のレポートとも矛盾しないので、同裁判官の意見を簡単に斥けるべきでないとする。Ashhurst 裁判官は Woodcock 判決の Old Bailey における裁判の裁判官の1人であり、同裁判官が Buller 裁判官の言明に異議を唱えていないという事実は、Woodcock 判決では被逮捕者の立会いを要求する判断をしていないことを示唆するとする。他の裁判官もメアリー女王下の制定法に基づく尋問に関し「立会い」ルールが存在するとはしていないことも重要であるとする。Id., at 614-17.

ていたが、裁判所はこれに抵抗していたことになるとする¹⁹。また、ロンドンにおけるプラクティスの重要性につき、そうしたプラクティスがイングランドの他の地域でも通常であったか明らかでないほか、ロンドンで訓練を受けた植民地の弁護士がいるとする指摘もそれは独立戦争前のことであり、1789年からみて早すぎるとし、ロンドンに留学したアメリカ人がその注意の多くをメアリー女王下の拘禁手続に向けたかはほとんど明らかでないとする²⁰。

法廷意見は注2においてイングランドにおけるメアリー女王下の制定法に基づく検死官の審問について反対尋問ルールが確立していたかを問題にしなかった。検死官の審問は被告発者または被逮捕者が出てくる前にも行われえたので、最終的に被告人となる者が立ち会ったと想定する明確な根拠は存在しないとするDaviesの指摘にKryも同意する。しかし、Kryは、検死官の審問に出席した者が証人を尋問することができた証拠が存在するとし、1742年のロンドンの公判で弁護人がその旨証言したこと、Eriswell判決でKenyon首席裁判官が検死官の証言録取の許容性を「検死官の面前での審問が職務上の審問 (inquest of office) であること、何人もアクセスする権利を有する悪名高い業務であること」を理由に挙げて説明したことを指摘した。そこで、検死官の証言録取書は、審問に誰でも出席できることが前提とされる悪名高い手続であるがゆえに、反対尋問のために姿を現さなかった者は自身の権利を行使しなかったにすぎないという理由で許容されたとする。そして、法廷意見と同様に1830年代以降のアメリカの州判例を援用する²¹。これに対して、Daviesは、対審条項のオリジナルな理解を判断するために重要な事実、権利章典起草時の著作物や治安判事マニュアルがメアリー女王下の制定法に基づく検死官の証人尋問に適用される面前ルールまたは反対尋問ルールのいずれも示唆せず、供述不能の証人に対する検死官の尋問の許容性を被告人の立会いまたは反対尋問の下での尋問に係らしめていなかったことであるとする。そして、Kryが引用した

19 Davies II, at 618.

20 Id., at 619-22.

21 Kry, supra note 7, at 546-47.

Eriswell判決の1797年版の Reporter が付した脚注には権利章典起草の後でさえ検死官の審問の許容性にそうした条件が存在しないことが指摘されていたとする²²。

- 3 Kirstによれば²³、連邦憲法の承認に関し法廷意見が引用した Abraham Holmes, 匿名の Federal Farmer はいずれも法律家でなく、対審権に限らず広く権利章典で保護すべき権利について語っており、いわば政策的議論を行なった。したがって、こうした議論を対審権の正確な範囲または裁判所が承認すべき伝聞例外の要素に関する議論だったと考える者がいた証拠はないことを意味する。さらに、彼らはイングランドのコモンローにも言及していない。

法廷意見が引用する1794年の Webb 判決について、Davies は権利章典制定期にアメリカで刊行・使用された治安判事マニュアルは通常、重罪裁判における供述不能の証人のメアリー女王下の制定法による証言録取書の許容を支持するイギリスの著作の引用であったが、反対尋問への言及はなく、この判例の価値は相殺されるとする²⁴。Kry は、同判決において被告人の拘禁審問への立会いにつき、最高法律顧問 (Attorney General) がメアリー女王下の制定法に対応する州法を援用して一方的に作成された供述不能の証人の証言録取書の許容を求め、Davies が反対尋問ルール否定の根拠とする Hale, Hawkins, Buller の著作を援用したが、裁判所はこれを斥けたことを指摘する²⁵。Kry は、法廷意見の挙げた州判例で不適切なものを除き、さらに州判例を追加したが、1830年代以前の判例は3つあるにすぎず、Webb 判決は適切な争点を含んでおらず、他の2つは単に同判決の子孫に

22 Davies II, at 622-23 & n. 261.

23 Kirst, Does Crawford Provide a Stable Foundation for Confrontation Doctrine?, 71 Brooklyn L. Rev. 35, 79-82 (2005). なお、Kirst は、憲法反対派の議論は憲法制定に反対しているにすぎず、その限りで理解すべきだとする。Davies は、法廷意見が引用した Federal Farmer の一節は「民事事件における陪審裁判」の中の議論であるから、その文脈で引用部分を理解すべきとする。Davies, Not “the Framers’ Design”: How the Framing-Era Ban Against Hearsay Evidence Refutes the Crawford-Davis “Testimonial” Formulation of the Scope of the Original Confrontation Clause, 15 J. L. & Pol’y 349, 384 n.81 (2007) [以下、Davies III として引用する].

24 Davies I, at 118.

25 Kry, supra note 7, at 502-03.

すぎないとDaviesは指摘する。すなわち、同判決の証人は供述不能の要件を満たさないようにみえるからであり、そうであれば、イングランドの著作で示された許容性ルールが適用されないと判断しても驚くべきことではないとする。そして、州裁判官は、州のメアリー女王下の制定法が民事事件における証言録取書の許容性に関するコモンローの反対尋問基準を統合したかのように解釈したようにみえるとする。「自然的正義」という文言は民事訴訟における「証言録取書」の許容性に関する権利章典起草前のイングランドの著作の多くの箇所で見出すことができること、州の制定法に出てくる用語は「尋問」であるのに「証言録取書」という表現を用いていることを理由とする。もっとも、Kryが引用するState v. Moody, 3 N. C. 31 (Super. L. 1798) 判決も法廷意見が引用するJohnston判決も被逮捕者の前でなされた被害者のメアリー女王下の尋問の許容性が争われたものであり、前者はWebb判決と同一の裁判所であり、1人の裁判官がWebb判決と同旨の指摘をしたが、裁判所は適法な宣誓がないことを理由に被害者の供述を排除した。Daviesはまた、これらのノース・カロライナ州判例は1787年以降のイングランドの判例を引用せず独自の理論を宣明したようにみえることに注意すべきだとする。なぜなら、アメリカ人はイングランドの判例をすぐによく知るようにならなかったか先例と考えなかったことをWebb判決は示しているからである。Johnston判決は、おそらくテネシー州が旧ノース・カロライナ州の地域から誕生したために、ノース・カロライナ州法が同州に引き継がれたと解釈し、Webb判決を適切な解釈と認めた。それゆえ、Kryが引用した1830年以前の3判例はWebb判決から派生したものと結論する。そして、これ以降の判例は権利章典起草時に近接しているとは言えないとした。1820年代までにアメリカの裁判所が対審権に関する新たな理解を生みだし始めたか、あるいはKryが引用する19世紀イングランドの注釈書が1820年代までにアメリカに流通したため、Kryが引用するアメリカの判例はメアリー女王下の手続に関するイングランドの新しい理解を輸入したものにすぎないかもしれないとする。Kryの挙げる他の権利章典起草後のアメリカの史料も検討し、権利章典起草時に

立会いルールが存在したことを明らかにする史料を提示していないと Davies は結論した²⁶。

- 4 testimonial な供述と nontestimonial な供述の区別について、法廷意見はローリの裁判で争われた供述のタイプを問題にする。ローリの裁判について、法廷意見はもっぱらコバムの枢密院における尋問での供述と枢密院裁判官に宛てた私信を取り上げる。私信については、コバムが政府の身体的統制下でありその供述は政府の圧力によって引き出されたと見ることもできるし、出された時期が裁判官による取調べの後であり、ローリ訴追の動きが生じた後であることからすれば、testimonial とする評価も可能だろう²⁷。しかし、実はローリ裁判の証拠にはポルトガル人の供述に関する船員の伝聞供述があった。全く私的な会話であり、法廷意見からすれば、nontestimonial となるだろう。この供述の見方についてはさまざまありうるが、およそ言及しないのは恣意的とされる²⁸。

次に法廷意見が挙げた1828年の Webster の辞書には、法廷意見が指摘しなかった「証人」、「証言」の意味も存在する。Janakait によれば²⁹、法廷意見は「証人」について「証言を行う者」という5番目の意味を援用したが、「何かを知りまたは見た者で、自身が立ち会う者。証人、目撃証人など」という意味もあった。この意味は、他動詞としての“witness”の最初の意味と結びついていて、最初の意味は「その者自身の経験によって見たり知ったりすること」というものである。この意味でも刑事事件では意味をなす。関連性ある出来事について自身が立ち会ったために何らかのを知るに至った者も法廷意見が選択した意味と同様に対審条項の証人の意味となり

26 Davies II, at 626-33.

27 Mosteller, Crawford v. Washington: Encouraging and Ensuring the Confrontation of Witnesses, 39 U. Rich. L. Rev. 511, 545-46 (2005).

28 Raeder, Remember the Ladies and the Children Too: Crawford's Impact on Domestic Violence and Child Abuse Cases, 71 Brooklyn L. Rev. 311, 318-19 (2005); Mosteller, Confrontation as Constitutional Criminal Procedure: Crawford's Birth Did Not Require That Roberts Had To Die, 15 J. L. & Pol'y 685, 713-18 (2007). 後者はローリが許容に抗議したとする。Id., at 713.

29 Jonakait, "Witnesses" in the Confrontation Clause: Crawford v. Washington, Noah Webster, and Compulsory Process, 79 Temple L. Rev. 155, 159-60 (2006).

うる。そして、この定義に従えば、testimonialな供述を行わなくとも証人たりうることになる。さらに、Jonakaitによれば³⁰、Websterの「証言」の定義には「証人、証拠、何らかの事実の証明」というものがあり、「証人」が「証言を行う者」に限定されるとしても、何らかの事実について証明する者は「証人」であり、伝聞供述者はこの定義に該当するとする。そこで、Jonakaitは、Websterの辞書に基づく文言解釈は同様のものもらしさをもって別の結論にも至りうるとする。

権利章典制定当時のイングランド法のtestimonialな公判外供述の扱いが一貫していたか否かは法廷意見と結論意見で理解が異なる。法廷意見が挙げるWoodcock, Dingler両判決を検討したDavies³¹によれば、両判決とも権利章典制定者の理解に関する有効な証拠でないとする。Dingler判決の争点は当該供述がメアリー女王下の制定法の下での証言として許容できるかどうかであったが、権利章典制定期の証拠に関する先例は、死亡した証人の宣誓した右制定法の下での証言を許容できることを認めていた。し

30 Id., at 164-65. 本論文は、証人という文言を含む他の憲法規定、すなわち第3条の反逆罪条項、第5修正の自己負担拒否特権条項、第6修正の証人出頭強制手続条項について、「証人」にtestimonialな供述をする者という意味をもたせると、これらすべての規定における意味と抵触し、法廷意見の選んだ「証人」の意味に疑いを投げかけるとする。Id., at 166.

Daviesは、権利章典起草期の史料においてtestimonialという形容詞はこの時期の法的証拠のカテゴリーの説明に用いられなかったことからすれば、この時期にtestimonialという言葉が形容詞として使われたのかは疑わしく、1828年のWebsterの辞書も名詞としてのみ扱っているとする。形容詞として用いられるようになったときも法廷意見のような限定的なものでなかったとする。Davies III, at 369-71 & n. 50.

31 Davies III, at 434-38. Daviesは、訴訟や判例リポートは未解決または活発に争われる争点を反映する傾向があるところ、宣誓のない非公式の供述に適用される伝聞例外が認められていれば、そうした伝聞供述の許容が争点として提起されただろうことが予想されるが、そうした例外が認められていなければ、どうして論理的に権利章典制定者が対審条項をnontestimonialな伝聞に適用しなかっただろうと推認できるのかという疑問を示し、権利章典制定時の法が宣誓のある公判外供述の一定の型のみを許容し、宣誓のない伝聞供述を厳格に排除したのであれば、弁護士が刑事裁判で宣誓のない公判外供述を証拠申請しなかったことは想像でき、そうすると、権利章典制定時における宣誓のない伝聞に適用可能な伝聞例外の不存在は、なぜ「初期の」対審権の判例でtestimonialな宣誓のある公判外供述しか問題にならなかったのかを完璧に説明できるとする。また、そうした伝聞例外の不存在は、対審条項において「証人」のみに適用すればなぜ権利章典制定者が満足したかを説明するのに十分となるとする。Id., at 380-82. 実際にも、そうした例外は存在しなかったとすることについては4参照。

たがって、右制定法の要件を満たしているかが問題になったが、本件の治安判事の証言録取は拘禁審問の際のものでなかった。弁護人はWoodcock判決を引用し、同判決も拘禁審問とは無関係になされた尋問を不許容とした。公判裁判官も同判決を先例と認め、当該供述を排除した。重要な点は、両判決ともに排除された供述のtestimonialな性格への言及がないことである。同様に、両判決ともに宣誓のないnontestimonialな伝聞供述が許容されうることを示唆する判示をしていない。逆に、Woodcock判決で裁判長は、有罪証拠として許容される公判外供述の2つしかない型を特定する指摘をしていた。すなわち、臨終の陳述とメアリー女王下の制定法に基づく証言である。結論同意意見に登場するBrasier判決はDavis判決の法廷意見では伝聞が排除された事案として登場する³²。しかし、1789年刊行の最初の版では伝聞や対審は問題になっていない³³。

法廷意見と結論同意意見でその理解が争われたBurr判決では、共謀者の1人と公判証人の間の公判外の会話に関する証言の許容性が問題になったが、Marshall裁判官は「単なる伝聞証言を排除する証拠規則は、一般的に正しい司法に不可欠だと考えられてきたのであり」、「被告人の立会いの下でなされたのでない単なる供述が被告人に不利な証拠となるならば、なぜ人は不利な証人と対審する憲法上の権利を主張しうるのであるのかその理由が分からない」と指摘し、Daviesによれば、当該供述が被告人の関与を認める供述であったため、共謀の一般的存在を証明するための伝聞の使用を許す限定的な例外の範囲を超えて排除した。法廷意見と異なり、共謀過程における供述に関する伝聞例外が問題となった事案でない³⁴。法廷意見と異なり、伝聞法則と対審権を結びつけて理解することも可能であり、

32 Davis v. Washington, Hammon v. Indiana, 547 U.S. 813, 828 (2006). 拙稿「対審条項が適用される testimonial な供述とは何か？」ジュリ1373号126頁(2009年)参照。

33 Mosteller, supra note 4, 923-31. Davis判決が引用した1925年刊行の判例集は1815年刊行の第4版を収録した。18世紀イングランドにおける供述不能の子どもの伝聞証拠の許容性について、以下の論文参照。Lyon and LaMagna, The History of Children's Hearsay: From Old Bailey to Post-Davis, 82 Indi. L. J. 1029 (2007).

34 Davies III, at 432 & n.203. たがって、首席裁判官の理解も正しくないとする。また、Daviesも本判決が伝聞法則と対審権を結びつけたと理解する。

現にCrawford判決に先立ち、Jonakaitは本判決によれば、「対審は伝聞に対する一般的制限であった」と指摘していた³⁵。さらに、公判証人と共謀者の1人の間の公判外の会話であるので、testimonialな供述でない可能性が高い^{36, 37}。

- 5 法廷意見は、対審条項が権利章典制定時のコモンロー上の対審権と確立したその例外を規定したと解するのが自然であるとし、Mattox判決とミズーリ州判例を引用または参照する。いずれも権利章典制定期のものでない。ミズーリ州判例は、「革命の只中で民刑事の通常の裁判の進行に関する新しい手続規則や証拠原則を憲法または権利章典に導入する試みがなされたと期待することはほとんどできない。我々の祖先はコモンローで満足していた」という理由で、本条項がコモンローを憲法化したものと論じた。Jonakaitは、制定者の意図したことへの考察がないこと、憲法は統治や権利について多くの学習と経験を得た後に制定され、権利章典は直接にはイギリスの略奪と関係がなく、直接の関係があるのは新しい連邦の権力の制限であったこと、第6修正の他の条項がイングランドのコモンローを拒絶しているのに対審条項のみがなぜイングランドのコモンローを憲法化したのかを説明していないことを指摘して、重要な先例とは考えられないし、対審権に関する判示は傍論にすぎないとする。その上、この判例を先例として重視すれば、供述不能による許容は死亡に限られることになるとする。Mattox判決についてもJonakaitは、権利章典制定のほぼ1世紀後の判例であり、現在よりも当時の方が制定者の意図についてよく知っていたということはなく、同判決は根拠なしに対審条項の主たる目的や適切な

35 Jonakait, *The Origins of the Confrontation Clause: An Alternative History*, 27 Rutgers L. J. 77, 122 & n.204 (1995).

36 Kirst, *Confrontation Rules After Davis v. Washington*, 15 J. L. & Pol'y 635, 679-80 (2007).

37 Jonakait は、証言録取書作成時に証人に対する反対尋問の機会があっても、両当事者の同意がなければ、刑事事件において通常の証拠として許容されないとしたUlysses, 24 F. Cas. 515 (C. C. D. Mass. 1800) 判決を指摘し、同判決にはどこにもtestimonialかどうかの要素を重視したことを示すものではなく、testimonialとは言えない私的な雑誌はその著者以外に不利に使用し得ないと判示したとする。Jonakait, *The (Futile) Search for a Common Law Right of Confrontation: Beyond Brasier's Irrelevance to (Perhaps) Relevant American Cases*, 15 J. L. & Pol'y 471, 484-91 (2007).

解釈について論じたのであり、現在では否定された判示も含まれていたことからすれば、同判決を今日重視しなければならない理由は明らかでないとする³⁸。

なお、公判外供述排除に関する一般的ルールにはつねに例外が存在したとする結論同意意見に関し、Daviesは民事と刑事を区別していない点で広すぎるとし、とくに連邦政府のamicus briefが挙げる伝聞例外のリストはさまざまに1789年における伝聞法則を歪曲しているために臨終の陳述以外に有効な根拠が示していないとする³⁹。

4 その他の議論

- 1 Jonakaitは、Crawford判決以前から、標準的な歴史が焦点を当てるイングランドにおける濫用は対審条項の直接のあるいは主たる原因ではなく、対審条項や関連する第6修正の規定は当時の州に存在した刑事手続を憲法化しようとするものであり、権利章典が承認されるまでにアメリカはイングランドとかなり異なる刑事手続を発展させていたと指摘していた。もっとも、決定的な根拠がないことは認めている⁴⁰。

18世紀イングランドのコモンローでは、軽罪と1695年法以降の反逆罪を除き、被告人に弁護人の援助を受ける権利は保障されなかったが、訴追者は訴追のすべての側面で弁護士の援助を受けることができた。被告人は事実認定について弁護人の援助を受けることはできず、裁量により裁判所が許せば、弁護人は法的議論を行うのを助けることができたが、証拠を提出したり、証人を尋問したり、陪審に対して冒頭陳述や最終弁論をすることは許されなかった。もっとも、18世紀初めには両当事者は通常の刑事裁判で弁護士を利用しなかったので、裁判官が証人と被告人の尋問を行ない、技術的には自己負罪拒否特権があるとしても、被告人は実際には応答

38 Jonakait, *supra* note 29, at 183-88. Kirstは、第7修正は「陪審による裁判の権利はこれを維持する」と規定しているのに対し、第6修正はそうした文言になっていないことを指摘する。Kirst, *supra* note 23, at 84.

39 Davies III, at 364 n. 37, 360-61 & n.33.

40 Jonakait, *supra* note 35, at 81, 124.

を拒否することはできなかつた。しかし、1730年頃に変化が始まり、弁護士禁止は放棄されたが部分的であり、弁護人は陪審に対して弁論することができず、事実について論じることができず、証人尋問しかできなかつた。そのために、弁護人はすぐに巧みな反対尋問者となり、この弁護人による反対尋問が公判手続を変容させ始めた。裁判に変化をもたらすような弁護士が制度化されたのは1780年代からであり、イングランドのシステムはますます当事者主義に移行していたが、そうした年代でさえイングランドの弁護人はなお重大な制約下にあった⁴¹。

アメリカでは、独立戦争前に通常の刑事事件で弁護人を容認する法律が成立していた植民地が5つあり、法律はないが弁護人による代理を容認した植民地もあり、独立直後に13州のうちの12州が弁護人による被告人の代理を保障した。弁護士の役割が拡大していた時期にイングランドで法曹教育を受けた植民地弁護士やBlackstoneを通じたイングランドの影響もあるが、アメリカの植民地では1700年頃には君主に直接影響を及ぼす犯罪に限らず公務員が一般的に犯罪の訴追に責任をもつようになり、検察官が出現すると私的訴追は実際には消滅した。この公的訴追がアメリカ人を弁護人の援助を受ける権利やその結果としての当事者主義的システムに向かわせた。アメリカでは弁護士がますます訴追側の主張・立証を行うようになったので、弁護人の禁止の不当さは明白であつたに違いなく、平等化へのこうした衝動はアメリカの手続がどれだけイングランドの手続と異なるかを示している点で重要である⁴²。

コモンローが植民地の法に深遠な影響を及ぼさなかつたわけではなく、立憲世代のすべての者がコモンローを嫌つたわけではないが、独立戦争開始から憲法制定まで多くのアメリカ人はコモンローにとくに敵対的であり、イングランドの先例は多くの者から抑圧者の道具とみなされ、多数の新州はイングランドの判例の引用を禁止したのであり、アメリカの刑事手続は多くの理由からコモンローによって単純に規定されたのではなかつ

41 *Id.*, at 82-93 & n. 23.

42 *Id.*, at 94-100.

た。連邦による侵略に対する関心と連邦裁判官へのチェックを設けたいという欲求から、植民地や州ですでに発展していた刑事手続の憲法化が試みられたのであり、対審が当初は何に関するものであったかを知りたければ、イングランド法ではなく権利章典制定時の州の刑事手続に注目すべきである。第6修正で保持されたのは、アメリカ人が工夫し州裁判所の日常的な実務を通してよく知っていた刑事手続であった。出現した当事者主義的システムの一部として、証人を反対尋問する権利を対審権は被告人に保障した⁴³。

残存する乏しい植民地時代の記録をみると、ニューヨークの裁判所は独立戦争までには予備審問の証言を許容するために証人が検察官と被告人の立会いの下で尋問されることを要求し、ヴァージニア植民地は最良証拠規則に基づき証言可能な証人の証言録取書の公判での許容を禁じ、さらに臨終の陳述を除き、それほど公式でない伝聞を許容しなかったため、証人は公判への出廷を強いられ、公判で弁護人の反対尋問を受けた。さらにヴァージニア植民地では被告人は自己の証人を喚問する権利を有していた。独立前でさえ意味あるかたちで被告人が証拠を提出し証拠を争うことができたヴァージニアは対審権の淵源の1つとしてとくに重要である。以前のものを越えたヴァージニアの公判手続は、独立後も対審条項を含む権利章典第8節によって維持された。ヴァージニア州の対審権は、他の植民地に強い影響を与えたことでもとくに重要である。連邦憲法の論議の中で対審の保障の欠如に関するコメントはわずかだが、承認会議で少なくとも1人の批判者は明示的に対審と反対尋問を結びつけるなど、アメリカ人は公正な裁判にとって反対尋問が重要であると考えていたことを明らかにしている。初期判例も反対尋問が対審の核心であるとする考えを支持する⁴⁴。

公判記録類似の記録が残る4事件で、憲法制定時までにはその核心に弁護人による弁論と反対尋問を備えた現代的な「訴追吟味」型の公判が採用されたかどうかを検討したところ、1770年のボストン大虐殺事件のイギリ

43 Id., at 111-15.

44 Id., at 116-24.

ス兵士に対する裁判では、訴追側、弁護側双方に熟練した弁護士が付き、事実の提示を含む完全な弁護を行った。公判の焦点は被告人の自白の引き出しではなく、そうした変化は明らかに確立しており、手続の変化の鍵は弁護人の完全な代理にあったように見える。こうした当事者主義性と弁護人の弁護の勃興が伝聞に対する関心をもたらした。弁護人の援助を受ける権利について1777年までイングランドのコモンローに従っていたため、ほとんど当事者主義的システムが発展していなかったニューヨーク市の1800年の国事裁判でも政治裁判でもない謀殺罪の裁判では裁判官が支配するパターンリスティックな裁判は完全に消滅し、被告人は弁護人を通じて防御を行ない、当事者主義的公判が行われ、証拠の採否は伝聞に対する関心を明らかにしているが、完全なまたは一貫したものではなかった。興味深いのは、弁護側の異議がなければ頻繁に伝聞が許容され、裁判官の任務は真実発見ではなく、裁判官は主に受動的な判決人であり、両当事者の弁護士を監視していたのであり、ニューヨークの刑事手続では第6修正制定後の数年以内に被告人側の弁護に依拠したシステムが行われるようになっていた^{45, 46}。

- 2 Grahamも対審権はイングランドからの輸入ではなく、アメリカの発明であるとする⁴⁷。まず、チューダー朝による貴族の抑圧の事案におけるイングランドの自由の伝統を維持しようとしてコモンローの裁判官が対審権を生み出したというのが対審権の歴史に関する伝統的な理解であるが、そうした理解はイングランドのコモンローが対審権を承認したことはかつてなかったという事実に抵触することを指摘する⁴⁸。そして、権利章典制定

45 Id., at 124-63. 1741年のニューヨークにおける奴隷暴動の裁判では、この時期までにニューヨークで検察官制度が確立していた。Id., at 151.

46 Daviesは、アメリカの法文化がイングランドと異なるとする考えは誇張されるべきでないとする。権利章典制定期のアメリカで利用可能だった公刊された法資料のほとんどは完全にイングランドのものだった。1789年もそうだが、アメリカの裁判所の判例について公刊されたりレポートはほとんどなかった。アメリカの州判例のレポートが最初に公刊されたのは1789年だった。同様に、アメリカの証拠や刑事手続に関する法的著作は1789年まで刊行されなかった。アメリカで刊行された治安判事マニュアルはほとんどイギリスの著作やマニュアルの引写しであった。Davies I, at 124 n. 55.

47 Graham, *supra* note 6, at 220.

48 Id., at 209. CHOO, HEARSAY AND CONFRONTATION IN CRIMINAL TRIALS 181

者は、第6修正を全体的に考え、彼らは具体的な部分の集合よりもはるかに多くのものを含む刑事司法に関する当事者主義的システムに対する1つの権利を付与するために結びつけられるべき点として列挙された権利を捉えていたとする⁴⁹。

具体的には、ローリ裁判の以前から「告発人」と「証人」は歴史的に区別されており、平民もよく知っていた教会裁判所等の糾問手続の多くの犠牲者が証人とは別に告発人との対審を要求しローリも両者を区別したことから、告発人との対審の要求は反対尋問以上のことを要求したことになり、それが自己負罪拒否特権や公開裁判と結びついたとする⁵⁰。独立戦争時に後に州の対審条項の起草に携わった者たちは、陪審裁判と後に第6修正が保障することになる権利とを結びつけており⁵¹、州憲法の最初の権利章典であるヴァージニア州権利章典の対審条項は「告発人および証人」と対審する権利を規定し、デラウェア州以外にこれに従うものはないが、他の州の規定が異なることが異なる権利を示していることあるいはそれが限定された反対尋問権であると考えられたことを示すものは歴史的記録に何もなく、連邦の権利章典の制定過程でのMadisonの執筆した草案も告発人および証人と対審する権利を規定し、下院の特別委員会が現行規定に修正をしたが、その修正が当初草案の意味を変更する意図をもってなされたことを示すものはないとする⁵²。

こうした検討から、①対審権はアメリカの発明であり、イングランドからの輸入でない、②権利章典制定者は公判に出廷した「証人」だけでなく、陰に隠れる「告発人」と対審する権利を求めた、③告発人と「対審する」ことは反対尋問に尽きず、糾問的でなく当事者主義的な手続による告発に関する裁判を受ける権利を意味したと結論する。つまり、第6修正は共通点のない権利の束に止まらず、公正な裁判に関する全体的な考えを組み込

(1996)を援用するが、Daviesは誇張だとする。Davies III, at 387 n. 86.

49 Graham, *supra* note 6, at 210.

50 *Id.*, at 211-13.

51 *Id.*, at 216-18.

52 *Id.*, at 218-20.

んでいるとする⁵³。

- 3 Crawford判決の歴史的根拠の適切さについて厳しい批判を加えてきたDaviesは、権利章典起草者が立法過程で多くのものを残していないものの、第6修正においてコモンローの陪審裁判の重要な要素を維持しようとしたことにほとんど疑いはないので、コモンローに関する権威となる文書(authorities)が刑事の陪審裁判で同定した権利を少なくとも維持しようとしたと一般的に想定してよく、対審権に関する制定者の理解についての最良証拠は権利章典制定期にアメリカで広く用いられた法的で権威となる文書に出現する刑事裁判証拠に関する原則の記述であるとする。この時期に証拠に関する判断を扱う判例リポートが公開されることは少なかったので、もっとも重要な権威となる文書は、この時期にアメリカ人が用いた刑事手続や証拠に関する法的著作、その派生的な書物、とくに治安判事マニュアルや法律辞典等であるとする⁵⁴。そして、検討結果をまとめると、以下の通りであるとする⁵⁵。権利章典制定期の著作やマニュアル、権利章典制定後数十年間の著作、権利章典制定後のアメリカの判例はすべて驚くほど一貫した有罪証拠としての宣誓のない公判外供述の強力な禁止という扱いを示している。謀殺被害者の臨終の陳述を除けば、有罪証拠として宣誓の

53 Id., at 220. Jonakaitも「告発人」に注目する。Jonakait, supra note 29, at 181. 他方、Kryは、権利章典の当初の草案にあった「告発人および証人」という文言は、代表的なイングランドの裁判官であったHaleが17世紀後半の刑事実務を描いた著書(刊行は1736年)におけるメアリー女王下の制定法で証言を録取された者の表現と同じであることから、権利章典制定者は拘禁審問で被疑者に不利な宣誓証言をする者を対審条項の「不利な証人」として理解したであろうとする。Kry, supra note 7, at 552. なお、DaviesのGrahamに対するコメントは、Davies III, at 387 n. 86.

54 Davies III, at 384-87. 権利章典制定期の史料で「対審」という言葉が用いられることはめったになく、この時期の著作が対審権の主要な特徴に言及するのは、刑事裁判の証拠は被告人の立会いの下で陪審の面前で提出され、反対尋問を受けなければならないとする要件を語るときであるという。「対審」という言葉は、Haleの17世紀中頃の「コモンローの陪審裁判の長所」の1つとしての「不利な証人と対審する機会」への支持にまで遡ることができるようにみえるが、Blackstoneが公判における真実発見の手段としての「不利な証人と対審」の価値をHaleが支持したと1768年に繰り返したことによって、こうした用法は一層明らかなものとなったのだろうとする。ヴァージニア州権利章典で「告発人および証人と対審する」被告人の権利を規定されたときは、Hale, Blackstoneの記述に基づいていた可能性が高いとする。Id., at 387-89.

55 Davies III, at 424.

ない伝聞供述を許容しなかった。むしろ、許容される他の例外は、公判証人の証言の補強（または弾劾）目的か被告人の罪責に直接係わらない共謀の一般的存在のような背景的情報の立証目的に限定された⁵⁶。最低限言えることは、有罪証拠としての宣誓のない nontestimonial な供述を許容する伝聞例外をこうした歴史的で権威となる文書は特定していないことである。原意主義的な testimonial か否かという区別は、対審権と伝聞法則が理論的に区別されることを基本的な前提とする。しかし、権利章典制定期の権威となる文書はこうした区別をせず、それらはむしろ対審権そのものが宣誓のない伝聞の不許容を要求することを示している。

宣誓のない伝聞の不許容の根拠を宣誓と反対尋問の機会に求めたイングランドの Hawkins の 1721 年の著作は 18 世紀を通じて刑法と刑事手続に関する主要な著作であり、この指摘は同書の 18 世紀の版すべてで維持され、権利章典制定期にアメリカで刊行された重要な治安判事マニュアルすべてにも反対尋問権の帰結としての伝聞禁止という Hawkins の立場が現れており、さらに広く用いられた他のいくつかの法的著作でも被告人の反対尋問権と伝聞禁止の結びつきが語られていたことからすれば、権利章典制定期のアメリカの弁護士や裁判官が宣誓のない伝聞証拠の禁止を被告人の対審権の要素と考えた可能性は極めて高いとする⁵⁷。

反対尋問権と伝聞禁止の結びつきはまた、権利章典制定後数十年間に刊行された刑事証拠に関する著作でも顕著であった。Burr 判決における

56 現代の共謀者の供述の例外と異なり、Hawkins の著作が伝聞例外として引用した判例はすべて伝聞の使用を共謀の一般的存在の証明に限定し、陪審に伝聞証拠は被告人自身の関与の証拠として考慮してはならないと説示し、Burr 判決の指摘と一致とする。Id., at 401 n. 126. また、現代の共謀者の供述の例外は少なくとも 1880 年代にまで遡ることができるが、19 世紀前半には認められていなかったようだとする。Id., at 393 n. 106.

臨終の陳述の例外を初めて紹介した 1750 年頃に公刊された著作物が引用する先例は、1720 年の Old Bailey のレポートのない判例と 1722 年の王座裁判所の判決だったが、後者が公刊されたのが 1730 年であるために、Hawkins, Gilbert 等の著作で引用するには新しすぎたようだとする。Id., at 412-14.

Jonakait もアメリカの初期の判例を検討して公判外供述の一般的禁止と伝聞例外が限定されていたことを見出す。Jonakait, supra note 37, at 493.

57 Davies III, at 425-29.

Marshallの指摘も、アメリカ人がなお伝聞禁止を対審権の要素として理解したことを示している。共謀の一般的存在の証明のために伝聞の使用を許す限定的な例外に該当する非宣誓の伝聞供述を許容するかどうかの問題になったが、被告人自身の関与を認めるものであるがゆえに、例外の範囲を超えるとして排除された。Marshallが有罪証拠としての伝聞の禁止は被告人の憲法上の対審権から要求されると理解していたことは疑いない。実際に Marshallは、この時期の法的に権威となる文書と同じ理解を示したにすぎない。権威となる文書が一貫していることからすれば、Marshallの指摘はそうした結びつきに関する権利章典制定前の理解が継続していたことを反映した可能性が非常に高い。

したがって、対審権と伝聞禁止の結びつきを否定する *Crawford, Davis* 判決の指摘とは反対に、権利章典制定期の権威となる文書は、対審権の中心にある反対尋問権と宣誓のない伝聞の禁止を切り離さなかった。*Crawford, Davis* 判決でスカリア裁判官が調べていない直接の歴史的証拠からすれば、伝聞禁止は対審権の要求として理解されたことが分かる⁵⁸。

Davis 判決で testimonial な事案とされた *Dingler, Brasier* 判決は testimonial/nontestimonial な供述の区別に関する権利章典制定者の理解に有効な証拠でない。なぜなら、前者は排除された供述の testimonial な性格への言及がなく、刑事事件において宣誓または宣誓に匹敵するものがないかぎりいかなる供述も証拠とならないとする原則を反映するにすぎない。後者は、レイプされた子どもが家に帰った直後に被害の状況を母親に語った事案であるが、1789年の版によれば、子どもの供述がなされた文脈にかかわらず、母親の供述は許容されないとしており、testimonial/nontestimonial な供述の区別をせず、実際に12裁判官 (Twelve Judges) による最終的な判断は、宣誓のない伝聞供述は許容の余地がないというものだったからである⁵⁹。

また、nontestimonial な伝聞供述を許容した判例も存在しない。

58 *Id.*, at 430-34.

59 *Id.*, at 434-48.

Crawford判決で自発的な供述を許容したとされる1694年の民事裁判であるThompson判決について、Gilbertの証拠に関する著作は証人が1人しかない場合に補強目的で伝聞を許容した例だと異なる説明をしていた。また、同判決は1805年以前にリポートされたイングランドの判決で引用されたことがないとされるので、権利章典制定期のアメリカの弁護士がこの判決を知る可能性がもっとも高かった唯一のものがGilbertによる引用だったようであり、そうだとすると、権利章典制定期のアメリカ人はこの判決を知らなかったか、知っていたとしても自発的供述または*res gestae*に関する先例とは考えなかった可能性が高い。したがって、Crawford, Davis判決の裁判官の各意見は実際にnontestimonialな宣誓のない供述を許容した公刊された権利章典制定期の判例を全く提示していないことになる⁶⁰。

ロンドンにある刑事裁判所(Old Bailey)の裁判に関する一般向けパンフレットだったOBSP⁶¹の18世紀後半の説明では、臨終の陳述を除き、法的に正当化された伝聞「例外」を明らかにしていない点では著作やマニュアルと一貫するように見える。また、さまざまな示唆からすれば、*res gestae*や自発的供述の例外が刑事事件で承認されたのは、Thompson判決を先例として初めて引用したように見える民事事件であるAveson v. Kinnaird, 102 Eng. Rep. 1258 (K.B. 1805)判決の後のことのように見える。19世紀前半にはなお刑事事件の伝聞例外は認められていなかったことを示唆するものも存在する。イングランドの刑事証拠に関する著作で19世紀初期の数十年に刊行されたものは臨終の陳述と補強・共謀の存在に関する限定された例外以外にいかなる伝聞例外も認めておらず、民事事件について*res gestae*に言及し始めた注釈書が存在するにもかかわらず1830年代以降のイングランドの刑事判例にはなお被害者の明らかに自発的な公判外供述の内容の許容を禁止したものが存在する。したがって、利用可能な証拠からすれば、刑事事件について、臨終の陳述、補強目的、共謀の一般

60 Id., at 448-52.

61 OBSPについては、拙稿・前注1・67頁以下参照。

的存在その他背景的事実の証明目的の例外以外に権利章典制定前の伝聞例外は存在しなかったとかなり確信してよい⁶²。

5 終わりに

- 1 権利章典制定時にイングランドで「反対尋問」ルールが確立していたかについて、Kryの主張も当時のロンドンの実務ではメアリー女王下の証人尋問が被逮捕者の立会いの下で行われたことを示すに止まり、Eriswell判決が示すように、反対尋問の機会を要求する確立したルールの存在は明らかになっていない。しかし、Kryは、権利章典制定期の法的ルールがオリジナルな意味に重要であるためには、争いが無いほど確立している必要はなく、権利章典制定者がそうした争いを具体的に解決したと考える適切な理由が存在すればよいとする⁶³。これに対してDaviesは、権利章典起草後

62 Davies III, at 452-62. たとえば、Gallanisがさまざまな伝聞例外の存在は1780年から99年の間にイングランドの判例において明らかだったとしたことについて、Gallanisの挙げたリストにはメアリー女王下の制定法による証人尋問、臨終の陳述、限定された補強目的の例外のほかには刑事裁判で適用される伝聞例外の例はなく、とくに刑事上の利益に反する供述または共謀者の供述に関する例外、興奮して出た供述または自発的供述の例外は挙げられておらず、*res gestae*の例として破産事件を挙げていた。Id., at 459-60; Gallanis, *The Rise of Modern Evidence Law*, 84 Iowa L. Rev. 499, 535 (1999). 19世紀の裁判官がさまざまな伝聞例外を発明した理由はおそらく多数の要因や発展が合わさった影響を反映したものでだろうが、推測するしかできないことであるとしつつ、Daviesは以下のような推測を行う。真実や証明に関する相対主義的で確率的な考えを裁判官が受け入れるようになったため一定の伝聞証拠は以前よりも受容可能になっただろうこと、信用性の徴憑としての宣誓の意義が19世紀に低下し、宣誓のない供述の許容に対する厳格な禁止を以前支えていたものの1つが失われたこと、19世紀が進行するに従い刑事裁判がますます当事者主義的で公式化されたものとなり、伝聞禁止により訴追側の主張・立証がより困難となりあるいは有罪判決を免れるという意味でよりコストのかかるものとなったために伝聞例外を創出し、伝聞概念を供述内容の真实性を証明する目的での公判外供述に限定するための圧力が生みだされたかもしれないこと、警察における訴追官または検察官の制度化によって伝聞禁止の緩和への圧力をかける「繰り返し登場するプレイヤー」を生み出したかもしれないこと、現代の捜査手続への移行と関連する警察部門、検察官事務所の発明・制度化によって公の機関が獲得した伝聞に新たに信用性が与えられ、伝聞証拠許容の圧力が高まったかもしれないこと、第三者の告発を待つ通常は逮捕を行う18世紀の治安官 (*constable*) と異なり19世紀の警察官は自身の「相当な理由」に関する判断に基づいて逮捕する権限が与えられて伝聞の情報を利用する余地があった結果として、19世紀の公判の中で警察官の証言が「捜査を遂行するために引き出された伝聞 (*pursuit hearsay*)」をより生み出した可能性が高いこと等を指摘する。Davies III, at 462-64 & n. 285.

63 Kry, *supra* note 7, at 554 n. 287.

の記述に以前の理論との連続性に関する十分な徴表があれば、オリジナルな意味に関する証拠として扱うのが適切な場合のあることを否定しないものの、Kryの挙げるイングランドに関する根拠はいずれもこれに該当しないとする。立会い、反対尋問ルールを支持するとした権利章典制定後のイングランドの史料は、Paine判決、Fenwick事件、3判例を先例や根拠として一切引用しておらず、そうしたルールを裏づけるイングランドの判例としてKryが特定したもっとも古いものは1814年の判例であり、したがって、アメリカの権利章典起草に先立ち立会いルールまたは反対尋問ルールがイングランドで承認されていた証拠とはならないとする⁶⁴。そうすると、権利章典制定時にイングランドで「反対尋問」ルールが確立していたことを示す史料をCrawford判決やKryは示していないことになりそうである。また、Daviesによれば、権利章典制定時に立会いルールが存在したことを明らかにする権利章典制定後のアメリカの史料をCrawford判決やKryは示していない。もっとも、Daviesは新しい論文で、Crawford判決と異なり、アメリカにおける当時の状況から対審権と伝聞禁止の結びつきを肯定していることは前述した。

testimonial/nontestimonialの区別について、Crawford, Davis判決で引用された判例でtestimonialな供述の事案と考えられるもので排除の根拠としてtestimonialな供述であることを指摘するものはなく、nontestimonialな無宣誓の供述を許容した判例もないとするDaviesの指摘、とくにBurr判決の事案がnontestimonialな供述であった可能性が高いこと等からすると、果たしてこの区別の歴史的根拠が十分であるかは非常に疑わしい。Daviesは、非公式の伝聞に対する権利章典制定者の態度が不明確だった理由は、現在のような伝聞法則と多数の例外という理解を有しておらず、刑事裁判における伝聞例外が限定されていたために、非公式の伝聞が現在のように広く許容される可能性を予測せず、そうした伝聞証拠への対審権の適用を考えていなかったからではないかとする。そして、対審条項の適用をtestimonialな供述に限定しようとするFriedman等の学

64 Davies II, at 624-25.

者グループに対して、権利章典制定時に伝聞法則は十分には発展しておらず、当時は伝聞は証拠でないとしたしながら、「証言がどのようになされなければならないかについての基本的な手続原則を表現するに際して、対審条項は伝聞法則を憲法化しなかった」と結論するのは恣意的であると批判する⁶⁵。他の論文もアメリカにおける独自の発展の可能性を示している。

- 2 憲法制定者の意図が明確であれば、原意主義アプローチは一貫性と予測可能性をもたらすだろう。ところが、対審条項については制定者の意図は明確でなく、原意主義アプローチは一貫性と予測可能性をもたらすことはできない。現にCrawford判決の法廷意見と結論同意意見は共有された歴史的証拠から出発しても、出発点が導くものについて異なる解釈をしているし⁶⁶、対審権の権利喪失を扱ったGiles判決でも同じ歴史的史料を扱いながら出てくる結論が全く異なっていた⁶⁷。

そのため、最近の対審条項の判例は、不確かな意味の先例を目的に駆られて理解することに重点を置きすぎている、権利章典制定当時、反対尋問の意味での以前の対審がほとんど強調されないことがあったり、書面の伝聞の重要性がより強調されたりして、伝聞理論が変化していたという事実等に全く注意が払われていない⁶⁸、原意主義の下で裁判官が行う歴史的主張にしばしば存在する重大な欠陥で共通するものは裁判官が到達することを望む結果に適合する実際の歴史理論の一面のみを認識し、望む結論に適合しない他の重要な側面を無視または回避することである⁶⁹などと批判さ

65 Davies I, at 195-200 & 206 n. 322.

66 The Supreme Court-Leading Cases, 118 Harv. L. Rev. 316, 323-24 (2004).

67 Giles v. California, 554 U.S. 353 (2008). 拙稿「対審権に関する権利喪失の要件として証言を阻止する『意図』が要求されるか?」ジュリ1428号112頁(2011年)参照。もっとも、ブライアー裁判官の反対意見は、対審条項制定時に権利喪失で許容された伝聞には被告人に反対尋問の機会があったことを認めながら、反対尋問の機会のない当該事案に権利喪失を認めようとしたため、原意主義アプローチと適合的とは言いがたい。

68 Mosteller, Giles v. California: Avoiding Serious Damage to Crawford's Limited Revolution, 13 Lewis & Clark L. Rev. 675, 688 (2009).

69 Davies, Selective Originalism: Sorting Out Which Aspects of Giles's Forfeiture Exception to Confrontation Were or Were Not "Established at the Time of Founding", 13 Lewis & Clark L. Rev. 605, 607 (2009).

れている。

制定者の意図が明確であっても、制定当時と大きく状況の異なる現代において原意主義アプローチを維持することが制定者の意図にかなうものであるのかは疑わしい。まず、刑事司法システム自体が現在と大きく異なる。現在のような警察は存在しなかった。Daviesは、現代の警察の取調べが権利章典制定時の裁判上の証言録取書に匹敵するとする法廷意見の指摘は、歴史にほとんど根拠をもたないとする⁷⁰。さらに、前節注62で引用した19世紀アメリカにおける刑事司法のさまざまな変化を前提にすれば、対審条項のオリジナルな理解はもはや現代の刑事証拠または刑事手続と比較しえないものであるとDaviesは指摘する⁷¹。他方、権利章典制定者が実際に予想した具体的濫用のみに権利章典の保護を限定する原意主義アプローチの決定的な欠陥は、制定者の経験をうまく避けて通るかたちで政府権力が拡張する傾向のあることを過小評価するところにあるとする⁷²。

70 Davies I, at 204-5.

71 Davies III, at 465.

72 Davies I, at 205.

