

博士論文

刑事裁判所の証拠採否裁量を規律する準則
—「証拠の厳選」論に対する批判的考察—

角田 雄彦

一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

JD040013

STANDARD OF LIMITING CRIMINAL-TRIAL-JUDGE'S DISCRETION TO
EXCLUDE RELEVANT EVIDENCE:
CRITICAL INQUIRY ON THE IDEA OF "STRICT SCREENING OF
ADMISSIBILITY OF RELEVANT EVIDENCE"

KAKUTA, Yuhiko

Doctoral Dissertation

Graduate School of Law

Hitotsubashi University

目次

凡例

序章 問題意識と本研究の意義	1
1 証拠調べを尽くしてもらうことの重要性	1
2 証拠採否の基準に関する明文規定の欠如	1
3 証拠採否の基準に関する従来議論状況	2
4 裁判員制度導入を控えての議論状況の変化	3
5 裁判所の証拠採否裁量を規律する具体的な準則を提示することの重要性	4
6 本論文の目的と構成	5
7 本研究の射程範囲と基礎研究性	7
第1章 証拠採否裁量に関する判例・学説の展開経過	9
第1節 判例・裁判例について	9
1 最高裁判例	9
(1) はじめに	9
(2) 最大判昭和23年6月23日（刑集2巻7号734頁）	9
(3) 最大判昭和23年7月14日（刑集2巻8号856頁）	11
(4) 最大判昭和23年7月29日（刑集2巻9号1045頁）	11
2 下級審裁判例	12
(1) はじめに	12
(2) 大阪高判昭和29年11月27日（判時41号22頁）	12
(3) 高松高決昭和30年5月26日（高裁特2巻10号496頁）	14
(4) 大阪高判平成3年10月11日（判時1409号127頁）	15
(5) 福岡高判平成5年4月15日（判時1461号159頁）	16

3 小括	16
第2節 学説の流れ.....	17
1 はじめに	17
2 平野教授の見解.....	17
3 鴨教授の見解	18
4 当事者主義の精神に着目する見解.....	21
5 当事者主義とともにドイツ法における証拠調べ請求権論に着目する見解	22
(1) はじめに	22
(2) 光藤教授の見解	22
(3) 白取教授の見解	23
6 裁判所の裁量をある程度広く認める見解	24
7 小括	25
第3節 公判前整理手続導入後の変化.....	26
1 はじめに	26
2 平成18年度司法研究における強固な「証拠の厳選」論	28
(1) 審理期間の大幅な短縮を指向	28
(2) ベストエビデンスの要求	28
(3) 取調べの必要性の厳格判断.....	28
(4) アメリカ合衆国連邦証拠規則403条との比較	30
3 広島高判における批判的反応	30
(1) はじめに	30
(2) 控訴審に関する平成19年度司法研究.....	31
(3) 広島高判平成20年9月2日について.....	32
① 事案の概要	32

② 殺人未遂についての殺意認定の審理不十分	32
③ 殺人についての第三者関与可能性に関する審理不十分	33
④ 取調べの必要性に関する判断の誤り	34
⑤ 検討	34
(4) 広島高判平成20年10月2日について	35
① 事案の概要	35
② 2号前段書面の取調べの必要性の判断に関する誤り	35
③ 検討	36
(5) 広島高判平成20年12月9日について	37
① 事案の概要	37
② 任意性が争われた被告人供述調書の必要性判断の誤り	37
③ 原審手続の進行経過	38
④ 検察官の訴訟追行姿勢に対する批判	38
⑤ 原審の不十分な訴訟指揮に対する批判	39
⑥ 検討	40
(6) 小括	41
4 最高裁研究報告「模擬裁判の成果と課題」に見る「証拠の厳選」の緩和	41
(1) はじめに	41
(2) 審理期間の機械的短縮ではなく合理的な審理計画の策定	41
(3) 証拠の必要性判断において考慮すべき事項とすべきでない事項	42
① 証明力の先取り評価の問題性	42
② 情状事実に対する評価の多様性に留意	44
(4) 検討	44
第4節 まとめ	45

第2章	アメリカにおける証拠採否裁量基準論からの示唆	47
第1節	はじめに	47
1	本章の目的	47
2	先行研究との関係について	48
第2節	連邦証拠規則とその解釈判例に見る証拠採否裁量基準	51
1	連邦証拠規則の基本構造	51
(1)	アメリカ刑事証拠法の法源とその特徴—連邦証拠規則の統一的規範性—	51
(2)	連邦証拠規則の基本構成	53
(3)	連邦証拠規則403条の位置づけについて	54
2	証拠の採用許容性としての「関連性」	55
(1)	relevancyとmateriality	55
(2)	狭義のrelevancyと証拠の十分性との違い	57
(3)	厳格にmaterialityを要求することの問題性	59
(4)	緩やかに関連性を認める精神	60
3	Relevancy概念と「自然的関連性・法律的関連性」との関係	60
(1)	はじめに	60
(2)	法律的関連性とは	61
(3)	自然的関連性とファンデーション	62
4	403条の要求する比較衡量の性格—biased in favor of admissibility—	64
5	判例における「採用（許容）推定原則」のあらわれ	65
(1)	はじめに	65
(2)	事実審による証拠採否判断に対する上訴審の審査基準	65
(3)	事実審裁判所による証拠採否判断手続—公判前手続と公判手続—	68
(4)	ドバート事件判決からの示唆	70

(5) ビーチ・エアクラフト事件判決からの示唆	72
(6) アベル事件判決からの示唆.....	74
(7) スミス事件判決からの示唆.....	75
(8) 小括	77
6 403条の裁量権行使にあたっての具体的な衡量の方法について.....	77
(1) リーディングケースとしてのオールドチーフ事件判決.....	77
(2) 事案の概要.....	78
(3) 多数意見の内容	80
① 具体的罪名にも関連性があり，403条の裁量問題である	80
② 403条の下での衡量方法	81
③ 本件における前科証拠の意義.....	82
④ 当事者が自由に立証方法を選択する裁量の尊重	83
⑤ 本件の特殊性—一般的な立証方法選択裁量論が妥当しない場面—.....	84
⑥ 多数意見の結論	86
(4) 反対意見.....	86
① 反対意見の要旨	86
② 「不公平な」偏見を生じないとする点について	86
③ 訴追側による立証方法の選択の自由を害しているとする点について.....	88
(5) オールドチーフ事件判決の意義	89
① はじめに—多数意見と反対意見との相違.....	89
② 争いのない事実に関する証拠の関連性.....	90
③ 当事者による立証方法選択の自由—物語性の重要性	91
④ materialityが衡量に与える影響.....	91
⑤ 代替立証手段の存在が衡量に与える影響.....	93

⑥ 証拠排除を正当化する弊害要素と排除によらないその除去	94
(6) 小括	95
7 まとめ	96
第3節 憲法上の証拠提出権保障に基づく証拠採否裁量に対する制約	96
1 はじめに	96
2 ワシントン事件判決	98
(1) 意義	98
(2) 事案の概要と判旨	98
(3) 検討	99
3 チェンバーズ事件判決	101
(1) 意義	101
(2) 事案の概要と判旨	102
(3) 検討	104
4 グリーン事件判決	105
(1) 意義	105
(2) 事案の概要と判旨	105
(3) 検討	106
5 クレーン事件判決	107
(1) 意義	107
(2) 事案の概要と判旨	107
(3) 検討	109
6 ロック事件判決	110
(1) 意義	110
(2) 事案の概要と判旨	110

(3) 検討	112
7 テイラー事件判決	112
(1) 意義	112
(2) 事案の概要と判旨	112
(3) 検討	115
8 ルーカス事件判決	118
(1) 意義	118
(2) 事案の概要と判旨	119
(3) 検討	122
9 シェファー事件判決	124
(1) 意義	124
(2) 事案の概要と判旨	125
(3) 検討	127
10 ホームズ事件判決	129
(1) 意義	129
(2) 事案の概要と判旨	130
(3) 検討	131
11 小括	133
第4節 予想される批判に対する反論	135
1 はじめに	135
2 公判審理に費やされる時間について	136
(1) はじめに	136
(2) 連邦裁判所における審理期間	137
(3) シンプソン事件の場合	159

(4) 小括	161
3 潜在的な証拠量に差があるという指摘に対して	161
4 陪審裁判と裁判員裁判では異なるという指摘に対して	162
5 小括	163
第3章 ドイツにおける裁判所の証拠採否裁量に対する制約原理	164
第1節 はじめに	164
1 ドイツにおける証拠採否裁量制限論を検討する意義	164
(1) なぜ職権主義であるドイツなのか	164
(2) 旧法の職権主義の影響の残存	164
(3) 証拠採否と職権進行主義との関わり	164
(4) 職権主義と当事者の証拠調べ請求権が整合しないという考え	165
(5) ドイツにおける証拠採否裁量の厳格な規律を理解する重要性	166
2 先行研究との関係	167
第2節 ドイツ刑事手続における一件記録の機能	168
第3節 ドイツ刑事証拠法における基本原理について	170
1 自由心証主義と証拠採否裁量との関係	170
2 職権主義と裁判所の事案解明義務	171
3 事案解明義務が導く証拠調べの範囲に関する綿密な規定	171
(1) 証拠調べの範囲に関する綿密な規定	171
(2) 証拠取り調べ請求却下事由限定の意義	172
第4節 証拠予断禁止原則と証拠取り調べ請求却下事由の限定	173
1 はじめに	173
2 在廷証拠の取り調べ請求に対する却下事由の限定	173
3 在廷証拠以外の取り調べ請求に対する却下事由の限定	174

(1) 却下事由の制限列举	174
(2) 取調べの必要性がないとされる場合	174
① 必要性がないとされる類型	174
② 証拠予断禁止原則の適用	175
③ 反対事実の公知性は却下事由とならない	175
④ 要証事実が重要でない場合とは	176
⑤ 真実推定による証拠調べの省略が許される範囲	176
(a) グリュンヴァルトの見解	176
(b) 田淵教授による見解	178
(3) 証拠が無意味とされる場合	179
① 証拠の無意味性認定における証拠予断禁止原則のあらわれ	179
② 全く不適当な場合とは	179
③ 入手不能な場合とは	180
(4) 訴訟遅延目的認定における証拠予断禁止原則のあらわれ	180
第5節 証拠予断禁止原則の成立過程と本質	181
1 はじめに	181
2 帝国刑事訴訟法における在廷証拠取調べ義務の法定	182
3 証拠申請却下基準の解釈判例による証拠予断禁止原則の確立	182
4 証拠予断禁止原則と事案解明義務との関係	183
(1) 事案解明義務理論の成立	183
(2) ナチス法制下での事案解明義務理論の変化	184
(3) ナチス法制廃止後も踏襲された事案解明義務理論	184
(4) 却下事由制限と事案解明義務との関係	184
5 証拠予断禁止原則の本質	185

第6節 「証拠申請」と「証拠調査申請」の違い.....	186
1 「証拠申請」と「証拠調査申請」の違いの重要性.....	186
2 「証拠申請」とされる要件である「証明事実の特定」と「証拠方法の特定」	186
(1) 問題の所在.....	186
(2) 「証明事実の特定」の要件について	187
(3) 「証拠方法の特定」の要件について	188
(4) 「特定」に関する裁判所の釈明義務	189
3 対象となる「証明事実」の限定.....	189
第7節 実際の運用.....	189
1 はじめに	189
2 重大否認事件における審理経過の実例.....	190
3 平均開廷回数	192
第8節 まとめ.....	196
1 ドイツにおける証拠採否裁量規律のなされ方	196
(1) はじめに	196
(2) 直接主義に基づく規律.....	196
(3) 事案解明義務に基づく規律.....	197
(4) 「証拠申請」に対する応答義務としての規律	197
① 規律の厳格性とその緩和との調和.....	197
② 厳格性のあらわれ.....	198
③ 緩和している要素.....	198
④ 緩和に対する引き締め.....	199
2 ドイツの制度から得られる示唆—間接事実の評価をめぐって	199

第4章 「解明度」原理による証拠採否裁量に対する規律	203
第1節 はじめに	203
第2節 太田教授による「解明度」概念について	204
1 はじめに	204
2 「証明度」と「解明度」について	205
3 設例を通じての検討	205
4 アメリカの判例における「解明度」的発想の現れ	207
5 「疎明」と「証明」との区別における「解明度」概念の機能	210
6 証拠採否判断における「解明度」概念理解の重要性	211
第3節 Best Evidence Ruleに関する正確な理解の必要性	212
1 はじめに	212
2 Best Evidence Ruleに関する正しい理解	213
3 小括	214
終章 証拠採否裁量を規律する準則を基礎づける注意則	215
1 はじめに	215
2 証拠採否に際しての基本的視点	215
(1) 迅速化の目的を誤らない	215
(2) 事実認定者の職域を侵してはならない	216
(3) 証拠価値は取り調べた後に初めてわかるという経験則の存在	217
3 具体的な判断手順における注意則	218
(1) はじめに	218
(2) 関連性と十分性の峻別	218
① 関連性概念の確認	218
② 関連性判断における立証趣旨記載の斟酌の仕方	219

(3) 弊害要素の存否の検討.....	219
① 斟酌できる弊害要素	219
② 偏見・混乱を斟酌するに当たっての注意.....	220
③ 重複証拠か否かを判断するに当たっての注意	220
(a) 基本的姿勢	220
(b) 証明予定事実記載書面との関係	221
④ 不当な訴訟遅延といえるか	221
(4) 証拠価値と弊害要素との衡量判断.....	222
① 衡量基準	222
② 弊害の程度	222
③ 証拠価値の程度の見積もり方.....	223
(a) 基本的姿勢	223
(b) 基本的には要証事実のmaterialityの程度を重視する	223
(c) 要証事実が間接事実である場合の特殊性.....	224
(d) 要証事実に関する主張態度から証拠価値を見積もってはならない.....	224
(e) 既に採用した証拠の証拠価値の見積もりを斟酌してはならない	225
(f) 既に取り調べた証拠から得た心証を斟酌してはいけない.....	226
(g) 証拠方法の類型的性質から証拠価値を割り引いてはならない.....	226
(h) 代替立証方法が存在することの斟酌における注意点.....	226
4 まとめ.....	227

凡 例

法令については、刑事訴訟法・規則は、特に断らない限り、「法…条」・「規則…条」と示している。

頻繁に参照する邦語文献の引用は、以下の略記法によった。それ以外は、通常
の引用法に従った。

池田＝前田	池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義 第3版』（東京大学出版会，2009年）
太田	太田勝蔵『裁判における証明論の基礎』（弘文堂，1982年）
グリュンヴァルト	ゲラルト・グリュンヴァルト（福井厚監訳）『ドイツ刑事証拠法』（成文堂，1999年）
白取	白取祐司『刑事訴訟法 第5版』（日本評論社，2008年）
田淵	田淵浩二『証拠調べ請求権』（成文堂，2004年）
森本	森本哲也『概説 アメリカ連邦刑事手続』（信山社，2005年）
ロクシン	クラウス・ロクシン（新矢鋭二・吉田宣之訳）『ドイツ刑事手続法』（第一法規出版，1992年）

英文による各種法律関係情報については、”*ALWD Citation Manual: Professional System of Citation* (Association of Legal Writing Directors ed., 3rd ed., Aspen 2003).” に基づいて引用表示している。

以下、上記マニュアルに基づいて本論文脚注で使用している代表的な略記法に

ついて説明する。

(a) 連邦証拠規則

Fed. R. Evid. 403.

“Fed. R. Evid.” は “Federal Rules of Evidence” を示し、後に続く数字は、条文番号を示す。

(b) 連邦刑事手続規則

Fed. R. Crim. P. 17(a).

“Fed. R. Crim.” は “Federal Rules of Criminal Procedure” を示す。

(c) 連邦最高裁判所判例

Old Chief v. United States, 519 U.S. 172, 174 (1997).

当事者名（上告受理申立事件の場合、申立人・被申立人の順となる。刑事事件での訴追側の表示としては、原審が連邦事件の場合には合衆国となり、州事件の場合には州名となる。）、判例集の巻の番号、判例集の名称（“U.S.” は、連邦最高裁判所判例集を示しており、この表示があれば、連邦最高裁判所判決である。）、その判例が判例集に記載されている最初の頁番号、特定された引用頁番号、言い渡された年の順で示されている。

(d) 連邦控訴裁判所判例

United States v. DiPasquale, 740 F.2d 1282 (3d Cir. 1985), *cert. denied*, 469 U.S. 1228 (1985).

“F.2d” は、「連邦控訴裁判所判例集の第2シリーズ」であることを示す。“3d Cir.” は、言渡し裁判所が「第3管区連邦控訴裁判所」(U.S. Court of Appeals for the Third Circuit)であることを示す。“*cert. denied*” は、この判決に対する連邦最高裁判所への上告受理申立てが受理されなかったという判決後の経過を示す。

(e) 州最高裁判所判例

Smith v. Rapid Transit, Inc., 317 Mass. 469 (Mass. 1945).

“Mass.” は、マサチューセッツ州最高裁判所判例集を示す。括弧内に州名の略号があることは、これが州最高裁判所判決であることを示す。各州で、実質的意味の最高裁判所がどのように呼称されていて、どのように略記されるかについても、上記マニュアルに詳細な記載がある。”Supreme Court”と呼ばれていても、事実審裁判所であったり、逆に、最高裁判所が”Court of Appeals”と呼ばれている州もあったりするので、注意を要する。

(f) 書籍

Paul C. Grinnell, *Understanding Evidence*, 10 (2d ed., Lexis Nexis 2006).

著者名、題名（斜体表示）、引用頁番号、版、出版社、出版年の順である。

(g) 定期刊行物掲載論文

Janet C. Hoeffel, *The Sixth Amendment’s Lost Clause: Unearthing Compulsory Process*, 2002 Wis. L. Rev. 1275, 1354 (2002).

執筆者名、題名、定期刊行物の通巻番号、名称の略号、その論文が掲載されている最初の頁番号、特定して引用する頁番号、掲載年の順に示されている。

刊行物の略号についても、マニュアルが詳細に掲記している。

(h) 直前引用文献の再引用

Id. at 123.

前注で引用した文献を再引用する場合に用いる。同一頁の場合には、”*Id.*”のみ、異なる頁の場合には、”at”を付して、頁番号を添える。

(i) 前掲注の参照

Younger, *supra* n. 129, at 47.

前掲注 129 で引用した”Younger”の著作の47頁を再引用するという意味である。法令・判例の引用の場合には、”*supra*”を利用せずに、当事者名を簡

略するなどして，” *Old Chief*, 519 U.S. at 180.” などと記載する。

(j) 参照

See Younger, supra n. 129, at 47.

“*See*” は，続く判例や文献に，注をつけた記述を間接的に合理付ける内容が含まれていることを示す。

以 上

序章 問題意識と本研究の意義

1 証拠調べを尽くしてもらうことの重要性

刑事訴訟における証拠裁判主義が、証拠に基づかない事実認定を禁ずるにとどまらず、事実認定に必要な証拠を取り調べ尽くすことをも要請しているのは、素朴な感覚としても、当然のことと考えられる。

個々の証拠の証明力についての自由な心証に基づく判断を許された事実認定者に対し、採り挙げ方に偏りのある証拠（群）だけを取り調べて心証形成をするのを許したのでは、適正な事実認定を期待できないのは明らかである。

特に、有罪認定にあたって必要とされる「合理的な疑いを差し挟む余地の程度の立証」の成否について、「抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても」必ずしも否定されるものではなく、取り調べられた証拠を総合的に評価したときに、そうした「疑いに合理性がないと一般的に判断される場合」には成立が認められるという判例¹の立場を前提にすれば、「抽象的な可能性」としての疑いに留まらない「具体的な疑い」であると認めってもらうために、疑いをいれさせる余地のある証拠の取調べを尽くしてもらえるか否かが、被告人の防御にとって極めて重要な問題となる。

2 証拠採否の基準に関する明文規定の欠如

このように、取調べを請求した証拠の取調べが認められるか、すなわち、裁判所によって証拠採用されるかは、極めて重要な問題であるにもかかわらず、現行法は、当事者による「証拠能力も関連性も備えた証拠」の取調べ請求に対する採用ないし却下の裁判をする際に裁判所が用いるべき基準を全く定めていない。

すなわち、現行法は、憲法37条2項が「すべての証人に対して審問する

1 最決平成19年10月16日（判タ1253号118頁）。

機会を十分に与へられ、又、公費で自己のために強制的な手続により証人を求める権利」を被告人に保障するほか、刑事訴訟法298条1項が検察官、被告人・弁護人の証拠調べ請求権を、同条2項が裁判所の職権による証拠調べ権限を規定し、請求ないし職権に基づいて証拠調べを行う旨、または、請求を却下して証拠調べを行わない旨の裁判が「決定」という形式でなされなければならないことを刑事訴訟規則190条1項で規定するに留まっている。

戦前の刑事訴訟法から現行刑事訴訟法への変化は、職権主義的訴訟構造から当事者主義的訴訟構造への変化であるといわれ、訴訟追行の担い手が裁判所から当事者である検察官、被告人・弁護人へと変化したことを中核とするとされる。そして、ここにいう訴訟追行の中心が立証活動であることは明らかであるから、現行法が旧法から変革を遂げるにあたって、当事者の証拠調べ請求がいかに尊重されるか、より具体的に言えば、どのような場合に裁判所が当事者の証拠調べ請求を却下できるのかを明らかにすることは、必要不可欠だったはずである。にもかかわらず、現行法は、この点に関する具体的な定めを何ら設けていない。

こうした明文規定の欠如も影響してか、判例は、裁判所は「証拠能力も関連性も備えた証拠」の取調べ請求に対しても取調べの必要性を否定して却下する自由裁量を有していると判示してきた。

3 証拠採否の基準に関する従来議論状況

これまで、学説の大勢は、当事者の証拠調べ請求を取調べの必要性なしとして却下する裁判所の権限の自由裁量性を強調してきた判例に対し、当事者主義の観点やドイツにおける証拠予断禁止の考え方を援用するなどして、批判的立場をとり、裁判所の裁量には限界があり、合理性を欠く裁量行使は違法の問題を生じるとしてきた。しかし、裁判所の証拠採否裁量を規律する準

則を確立する上で必要な視点を網羅的にとりあげるまでには至らなかった。

しかしながら、判例・裁判例も、必要性を否定して請求を却下できる明確な基準を一般論として示すものではなかったので、学説としても、抽象的な判断に対する批判に留まり、裁判所の証拠採否裁量をいかに規律すべきかという議論がとりたてて盛んになることはなかった。

こうした議論状況となった背景には、刑事証拠法関係の課題として、伝聞法則や科学的証拠の許容性といった証拠能力の問題に関心が注がれる傾向が強くなり、取調べの必要性の問題を含め、証拠能力が認められた後の証拠の採否の問題に目が向けられてこなかったという事情があると考えられる。

4 裁判員制度導入を控えての議論状況の変化

しかし、司法改革の中核としての裁判員制度の導入を控えて、裁判所が短期集中迅速審理の必要性をかつて考えられないほどに強調するに至って、議論状況が大きく変化した。

最高裁判所は、司法研修所における研究会での議論結果の報告などというかたちをとって、裁判員制度を成功させるためには、市民である裁判員に時間的負担をかけないように、短期集中迅速審理の実現が不可欠であるとして、当事者に対し、個別事案における判断を超えて、一般論として、「証拠の厳選」を求める明確なメッセージを発するに至った。その集大成ともいえるのが、平成18年度司法研究「裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方」である。そこでは、証拠の徹底的な厳選を当事者に義務付ける姿勢が明確に示され、裁判所の証拠採否裁量の行使にあたっては、証拠能力を備えていて関連性も認められる証拠であっても、取調べの必要性を従来以上に厳密に判断し、不要な証拠を排除する努力の必要性が強調されている。

こうした最高裁判所からの極端ともいえる「証拠の厳選」論の投げかけ方

があまりにも矢継ぎ早であったため、弁護士会や研究者からは、ラフ・ジャスティスに陥る危険や被告人の証拠提出権・防御権が侵害される危険を指摘する批判は展開されてきたものの、裁判所の証拠採否裁量を規律する準則を確立するために必要な視点が網羅的に提示されるには至っていない。

5 裁判所の証拠採否裁量を規律する具体的な準則を提示することの重要性

全国各地で実施された法曹三者による裁判員模擬裁判での模擬公判前整理手続において、各地の裁判所が平成18年度司法研究の示した厳格な「証拠の厳選」論に基づく証拠採否裁量を行行使したところ、当事者から強い反発を受けたり、公判前に主張や証拠を整理しすぎてしまった結果、裁判員が公判で事件の全体像を把握できなくなったりする事態も見られた。そうした模擬裁判の結果も踏まえ、「模擬裁判の成果と課題—裁判員裁判における公判前整理手続、審理、評議及び判決並びに裁判員等選任手続の在り方」という最高裁判所事務総局刑事局編集にかかる報告文書では、極端な「証拠の厳選」論はなりをひそめ、裁判所が取調べの必要性を否定して当事者の証拠調べ請求を却下すべきという点での積極性にも後退が見られるに至った。

しかし、この報告文書でも、「合理的期間内に審理を終え、参加する国民の負担をできるだけ少ないものにする」という要請の重要性を堅持しており、「証拠の厳選」を重視する姿勢には変化が見られない。しかも、極端な「証拠の厳選」論に対して一定の批判的な姿勢をとってはいるものの、証拠採否裁量の行使に当たって、証拠に関するいかなる事情要素を資料として、いかなる基準に基づいて採否を決すべきであるかについて、具体的な指標を示しているわけではない。

こうした状況に照らせば、裁判所が証拠採否裁量を行行使するに際して、特に、「証拠能力も関連性も備えた証拠であっても、取り調べる必要性に欠ける

として、取調べ請求を却下できるかを判断する場面」で、いかなる事情を斟酌しなければならぬのか、逆に斟酌してはならぬのか、そうした斟酌資料についていかなる判断基準を適用すべきなのかに関する注意則を網羅的に指摘して、裁量を規律する準則を確立していく必要があることは明白である。

6 本論文の目的と構成

そこで、本論文は、「証拠の厳選」論の登場とその後退に至るまでの「裁判所の証拠採否裁量」に関する判例・学説状況を俯瞰して、これまで、裁判所の証拠採否裁量を規律する準則を基礎づける注意則が網羅的に提示されることがなかったことを確認した上で、主に比較法的視点から、当事者による証拠調べ請求に対して裁判所がその証拠の取調べの必要性を判断するに当たって、いかなる事情を斟酌しなければならぬのか、逆に斟酌してはならぬのか、そうした斟酌資料についていかなる判断基準を適用すべきなのかに関する注意則を網羅的に提示することを目的とする。

第1章では、裁判所の証拠採否裁量に関する判例・学説の展開経過を概観する。憲法37条2項後段に基づく被告人の証拠提出権に関する最高裁判例が裁判所による証拠採否の自由裁量性を強調し続けてきたのに対して、学説の大勢は、その裁量も合理的制約に服するとし、主に、現行法における当事者主義の精神や比較法制を根拠として、当事者が取調べを請求した証拠能力も関連性もある証拠は原則として採用されなければならないと指摘してきたものの、証拠採否判断にあたって考慮すべき注意則を網羅的に提示するには至らなかったことを確認する。その上で、裁判員制度導入を控えての極端な「証拠の厳選」論の台頭とそれ以降の議論状況の変化、とりわけ、裁判員模擬裁判における極端な「証拠の厳選」の試行結果の不具合を踏まえて、極端な「証拠の厳選」論からの後退が見られるに至ったものの、いまだ、裁判所

による証拠取調べの必要性判断を規律する具体的準則が指摘されるには至っていないことを明らかにする。

第2章では、アメリカ合衆国連邦証拠規則とその解釈判例の分析を通じ、陪審制が採用されて集中審理の要請も高いとされるアメリカ刑事手続においてさえも、当事者による証拠調べ請求に対する「採用推定法理」が確立されており、「当該証拠を取り調べることによって生じる弊害が、取り調べることによって得られる事実認定への寄与の利益を著しく凌いでいる」場合にのみ、その証拠を排除することができる」とされていることを指摘する。これまでの学説でも、被告人の証拠提出権保障に関するアメリカ連邦最高裁判例を分析するかたちで被告人の証拠調べ請求権保障を論じたものはあるものの、本章では、証拠採否裁量に関わるアメリカ証拠法理論を広く検討するものである。極端な「証拠の厳選」論は、「陪審制を採用していて集中審理の要請が高いアメリカでは、事実審裁判所が極めて広範な証拠却下裁量を有している」という誤った俗説的理解に基づいて正当性を確信してきた側面がある。そのため、アメリカにおける証拠採否裁量に関する議論を正確に理解しておくことは極めて重要である。特に、第3章で紹介するドイツにおける証拠予断禁止原則の精神をアメリカ証拠法も共有していることを確認しておきたい。

第3章では、職権主義を基調とするドイツの刑事手続でも、証拠予断禁止原則を中核として、裁判所の証拠採否裁量が厳格に規律されていることを紹介する。「証拠の厳選」論においては、公判前整理手続における主張整理・証拠整理の進め方について、裁判所が主導的・積極的に進めるべきであるとして、職権主義的な指向性が極めて強いところ、実務においては、いまだ、当事者主義の現れの最たるものである当事者の証拠調べ請求権保障を強調することと職権主義的進行とは基本的に相容れないという考えが根強い。しかし、

職権主義を基調とするドイツの刑事手続においても、裁判所の証拠採否裁量が厳格に規律されているのであって、これを改めて確認しておくことは極めて重要である。

第4章では、証明が成功したといえるためには、「取り調べられた証拠(群)によって、要証事実が存在するという蓋然性の高いことが十分に示された」という「証明度」が充たされるだけでは足りず、その前提として、「判断の確実性が保障される程度に証拠調べを尽くした」という意味での「解明度」が確保されていることが必要であるという議論を紹介する。既に採用された他の証拠調べの結果に基づく「証明度」の十分さを理由として、その「証明度」を減殺する可能性のある証拠を取り調べる必要性を否定してしまうことは、「解明度」が必要であることを忘れた誤りであることを示し、その問題性を明確にする。加えて、「証拠の厳選」論が、「解明度」の要請を忘れ、取調べの必要性を認めるための要件として、個々の証拠に十分な「証明度」を要求してしまう背景には、英米証拠法における Best Evidence Rule (最良証拠法則)とされる法理の内容を誤解しているという要素があることから、その誤解を正し、1個単独で抜群の「証明度」を持つような証拠の提出を要請する法理が存在しないことを確認しておく。

終章では、以上での議論を踏まえて、裁判所がその証拠の取調べの必要性を判断するに当たって、いかなる事情を斟酌しなければならないのか、逆に斟酌してはならないのか、そうした斟酌資料についていかなる判断基準を適用すべきなのかに関する注意則を網羅的に指摘した上で、裁判所の証拠採否裁量を規律する準則を確立すべきであると提言する。

7 本研究の射程範囲と基礎研究性

このように、本研究は、証拠調べが尽くされるべき範囲という刑事証拠法

全般に関わる問題の中でも、これまであまり具体的に論じられてくることのなかった「裁判所の証拠採否裁量を規律する準則」を基礎づける注意則を網羅的に指摘することを試みるという意味で、極めて限定された分野に関する言及に留まるものである。

しかしながら、証拠調べの範囲の問題は、総論的視点からしても、証拠構造を指標とした主張整理・証拠整理が実際にどの程度可能なのか、当事者間での証拠偏在があるなかでは、弁護人に独自の証拠収集権限を付与したり、証拠開示を受けることのできる範囲がさらに拡大されたりするのでなければ、両当事者間で公平に証拠調べの必要性を判断することなどできないのではないかと、事実合意（合意書面）の活用によって、どれほど証拠調べを簡素化できるのかなどといった問題とも密接に関わっており、これらを検討しなければ、根本的な解明は難しい。

また、各論的視点からしても、関連性はあるものの事実認定者に不当な偏見を与えるおそれのある性格証拠の許容性をどのように考えるか、量刑の判断資料として、いかなる範囲で情状事実が取り調べられるべきなのか、とりわけ、死刑制度が存置されており、裁判員裁判対象事件でも死刑の選択が問われる事案がかなりの割合で存在する現状では、死刑を選択することもやむを得ないとの認定をするためには、いかなる範囲の情状事実が認定されなければならないのかといった問題を検討する必要がある。

そうした意味で、証拠調べの範囲に関する研究としては、今後、上記のような総論的・各論的検討の展開が必要であることを十分に認識した上で、本論文では、その序論的考察として、「証拠採否の裁量性とこれに対する規律」という根本的問題を扱うものである。

第1章 証拠採否裁量に関する判例・学説の展開経過

第1節 判例・裁判例について

1 最高裁判例

(1) はじめに

最高裁大法廷は、日本国憲法が昭和22年5月3日に施行されてから、昭和24年1月1日に現行刑事訴訟法が施行されるまでの間、日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急措置に関する法律12条1項²が憲法37条2項後段に反しないかの問題として、被告人が取り調べを請求した証人の採否について、度々判示してきた³。

その中で、最高裁は、裁判所による証拠採否の自由裁量性を強調し続けてきた。

(2) 最大判昭和23年6月23日（刑集2巻7号734頁）

最初の判断である最大判昭和23年6月23日（刑集2巻7号734頁）では、「事案に関係のないと認められる証人を調べる必要が不要であるは勿論、事案に関係あるとしても其間おのずから軽重、親疎、濃淡、遠近、直接間接の差は存するのであるから、健全な合理性に反しない限り裁判所は一般に自由裁量の範囲で適当に証人申請の取捨選択をすること

2 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るべき書類は、被告人の請求があるときは、その供述者又は作成者を公判期日において訊問する機会を被告人に与えなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は、著しく困難な場合には、裁判所は、これらの書類についての制限及び被告人の憲法上の権利を適当に考慮して、これを証拠とすることができる。

3 日本国憲法の成立に伴って、これに整合する刑事訴訟法の制定が進められたものの、その完成に時間がかかったことから、応急措置法の下で、憲法に整合する手続運用がなされたものである。

ができると言わねばならぬ。所論の憲法第37条第2項に、『刑事被告人は、公費で自己のために強制手続により証人を求める権利を有する』というの、裁判所がその必要を認めて訊問を許可した証人について規定しているものと解すべきである。この規定を根拠として、裁判所は被告人側の申請にかかる証人の総てを取調べべきだとする論旨には到底賛同することができない」と判示した。

こうして、最高裁は、被告人が取調べを請求した証人の採否も、裁判所の自由裁量に服する問題であることを表明した。

その裁量の限界についても、「健全な合理性に反しない限り」は問題を生じないとした。

その上で、事案に関する判断として、「既に第一審では兇行現場の検証が行われ、本件に最も重要な証人2名は訊問せられており、事件の全貌は被告人の供述と相まって原裁判所に明瞭に印象づけられ、殊に第一審判決が殺人罪を認定したにかかわらず原審は傷害致死罪を認定している点から推理すれば、原裁判所は当時既に事案に対する自由心証を形成することができていたから、前述のような文身の有無や遺骸の引取等についての証人申請は事案に必要なきものとして却下したものと考えることができる」としている。

自由心証主義と証拠採否判断との関係について、取調べ済みの証拠に基づいて形成された自由心証に基づいて、新たな証拠調べの必要性がないと判断することも正当であると考えていることに留意する必要がある⁴。

4 この点は、後に第3章において、自由心証主義と証拠採否裁量との関係の問題として詳述する（特に後掲注308）。

(3) 最大判昭和23年7月14日（刑集2巻8号856頁）

続いて、最大判昭和23年7月14日（刑集2巻8号856頁）も、前掲最大判昭和23年6月23日の判断を踏襲し、「起訴事実についてどの程度に証拠調をするかということは事実審裁判所の裁量に委せられている」として、証拠採否が裁判所の自由裁量に委ねられているとの立場を改めて示した。

その上で、「日本国憲法第37条第2項が『刑事被告人はすべての証人に対し審問する機会を十分に与えられる権利を有する』といているのは裁判所自身が必要と認めないすべての関係人を論旨のように職権で以て証人として採用し被告人に直接訊問する機会を与へなければならないと云う意味のものとは解せられない」として、結局、憲法37条2項が被告人に証拠提出権を保障している対象は、裁判所が必要性を認めた証拠に限られるとの判断を示した。

(4) 最大判昭和23年7月29日（刑集2巻9号1045頁）

さらに、最大判昭和23年7月29日（刑集2巻9号1045頁）も、「刑事裁判における証人の喚問は、被告人にとりても又検察官にとりても重要な関心事であることは言うを待たないが、さればといって被告人又は弁護人からした証人申請に基きすべての証人を喚問し不必要と思われる証人までをも悉く訊問しなければならぬという訳のものではなく、裁判所は当該事件の裁判をなすに必要適切な証人を喚問すればそれでよいものと言うべきである」とし、「いかなる証人が当該事件の裁判に必要適切であるか否か従って証人申請の採否は、各具体的事件の性格環境、属性、その他諸般の事情を深く斟酌して当該裁判所が決定すべき事柄である」として、改めて、採否の自由裁量性を表明した。

しかし、一方では、「裁判所は、証人申請の採否について自由裁量を許されていると言っても主観的な専制ないし独断に陥ることは固より許され難いところであり、実験則に反するに至ればここに不法を招来することとなるのである」とした。

すなわち、証拠採否について、自由裁量とはいえ、実験則に反する裁量行使は違法の問題を生じるとしたのである。

もっとも、事案に対する判断としては、「本件において原裁判所は弁護人から申請のあった証人Bについて申請を却下したのであるが、つぶさに本件の具体的性質、環境その他諸般の事情を斟酌すれば、該証人の喚問は必ずしも裁判に必要適切なものでないと認めても実験則に反するところはないから、右却下は何等の違法を生ずることがない」としている。

結局、どのような場合に実験則に反する恣意的な却下となるのかについての基準論は示されていない。

2 下級審裁判例

(1) はじめに

このように証拠採否の自由裁量性を繰り返し判示した最高裁判決を受けた下級審は、自由裁量性を前提としながら、一面、その裁量の限界性を具体的に示す判断も示してきた。

(2) 大阪高判昭和29年11月27日（判時41号22頁）

大阪高判昭和29年11月27日（判時41号22頁）は、「思うに、当事者主義の訴訟構造の下においては、当事者の訴訟追行権を十分に尊重しなければならないことは当然であるから、当事者の請求する証拠調を裁判所が自由裁量によって却下するには、合理的な理由がなければならない」とし、当事者主義を根拠として、当事者による証拠調べ請求を却下す

るには、合理的な理由が必要であることを強調した⁵。

そして、合理的理由を欠く一場面として、「検察官側の証拠によって既に有罪の心証を得たからといつて、弁護人側の反証を不必要なものとして却下するようなことは、予断による裁量であって、決して合理的な自由裁量とはいえない」として、予断による証拠採否裁量の行使が違法となりうることを示した点に注目しなければならない。

取調べ済みの証拠から得られた心証に基づいて、新たな証拠を取り調べたところで心証に変化を生じることはないであろうという形で、取調べ請求された新たな証拠の証拠価値に関する不当な予断を持つことを不合理としている点で、証拠予断禁止原則⁶の考えを採り入れた判示といえる。

さらに、具体的に、審理の成熟の必要性に着目し、「争ある事実に対して、一方の当事者の請求した証拠だけを取調べて結論を下すことは、合理的な判断とはいえないのが原則である。ただし、相当数の証拠を取調べた結果、それ等の中には争ある事実を肯定するものもあり、争ある事実を否定するものもあり裁判所はその双方の信用力を十分に斟酌した上、どちらかの心証を得た場合においては、それ以上申出られた他の証拠を取調べてみても、その心証の覆らないことについて客観的に相当な理由があるならば、更に同等の証拠を取調べる必要がないものと解すべきである」と判示している点にも留意すべきである。

これは、証明の成功について、取調べ済みの証拠から要証事実が存在するという蓋然性が高く示されているという「証明度」が充たされているだけでは足りず、前提条件として、判断結果の确实性を保証する程度に証拠

5 本章第2節で検討する学説における当事者主義に着目したものと類似する。

6 「証拠予断禁止原則」については、第3章において、詳しく検討する。

調べが尽くされているという「解明度」が確保されている必要があるという立場を示唆している⁷。

ただし、事案との関係での判断としては、「原審としては、〔取り調べられた証拠内容〕を総合した上で、被告人の弁解をしりぞけて原判示のような心証を得たものと認められる。これに対して、論旨に述べているような証人2名を弁護人から申請したのであるが、それ等の証人の地位…及び立証趣旨から考えて、右の心証を覆すに足るほどの優越な証明力を提供するものとは到底認められない。かような事情の下においては、その必要なしとして証拠調の請求を却下しても審理不十分とはいえない」とした。

当該証明が成功したとしても心証を動揺させない証拠かという形で、立証趣旨を斟酌することが正当である場合があるとしても⁸、証人の地位を考慮したのは、その地位に照らして、仮に証言を得ても、信用性の高いものが得られるわけがないと事前判断してしまっているものであり、判示自体が否定した証拠予断を自ら犯してしまっているといわざるを得ない⁹。

(3) 高松高決昭和30年5月26日（高裁特2巻10号496頁）

高松高決昭和30年5月26日（高裁特2巻10号496頁）は、証拠取調べ請求を却下した裁判官の忌避申立に関する判断であり、証拠決定を直接の判断対象としたものではない¹⁰ものの、「凡そ刑事訴訟における証拠調の限度については刑事訴訟法に明記しないところであり採否の判定は原則として裁判所の裁量に委ねられていることは認めなければならない

7 「証明度」と「解明度」については、第4章第2節で詳しく論ずる。

8 立証趣旨（要証事実）の考慮と証拠予断禁止との関係については、第3章で論ずる（特に、後掲注324。）

9 いかなる要素の斟酌が証拠予断に当たるとされているかについては、第3章で検討する。

10 証拠採否に違法があったとしても、それでは、忌避事由には当たらないとしている。

が当事者訴訟主義を強化した現行刑事訴訟法の性格から考えて証拠能力があり、事件と関連性があり、既に取り調べた証拠と重複せず、当事者の攻撃、防禦に必要なして欠くことができないと認められるものについては証拠調べを行わなければならないものと解すべき」であるという一般論を述べる。

裁判所による証拠採否の裁量性を認めながらも、当事者主義の精神から、当事者による証拠調べ請求を尊重すべきであるとし、その結果、証拠採否裁量にも一定の限界があることを示している。

その上で、事案に対する判断としては、「N弁護士請求の証人廉田善蔵の如きは右証人川口健二外6名と共に本件違反行為の行われたという当時第八盛漁丸に乗組んでいたものであり事件と関連性のあることは勿論重複する立証方法でなく寧ろ被告人の唯一の防禦方法というも過言でない。然るに検察官の立証としては既に取り調べられた証人の供述の証明力を争うためにも証拠調べが行われているに拘らず弁護士請求の証拠調べを全部排斥し去った係裁判官の措置は裁量の限度を超えて違法の疑を容れる余地あることを否定できない」とした。

「重複証拠」でなく、「唯一の防禦方法」である点を重視して、請求却下が違法である疑いがあるとしているところ、証拠調べの必要性として、「唯一の防禦方法」性や必要不可欠性を要求するのは、厳格に過ぎると考えられる。

(4) 大阪高判平成3年10月11日（判時1409号127頁）

大阪高判平成3年10月11日（判時1409号127頁）は、前方不注視による業務上過失致死事件の審理で、検察官が請求した現場検証の実施にあたり、検察官が被害者の服の色を考慮しなかったため、視認が困難

であるとの検証結果になり、その結果に不満を持った検察官が服の色を変えての再度の検証を求めたのに対し、原審がこれを却下した点について、立証事項の重要性、必要性、補充立証にさほどの日時を要しないことを考慮すると、「証拠の採否に関する裁判所の合理的裁量の範囲を著しく逸脱し、検察官の立証の機会を奪い審理不尽の違法を犯した」とした。

(5) 福岡高判平成5年4月15日（判時1461号159頁）

福岡高判平成5年4月15日（判時1461号159頁）は、「当事者から証拠調べの請求がなされた場合において、裁判所は、そのすべてを取り調べなければならないものではなく、各具体的事件の特質、審理の経過、その他諸般の事情を深く斟酌し、いかなる証拠が当該事件の裁判に必要適切かを判断して、証拠の申請の採否を決定すれば足りるのである。しかし、証拠の採否が裁判所の裁量に委ねられているからといって、まったく自由な裁量に委ねられていると解するのは相当でなく、事案の真相解明に必要なかつ十分な審理を尽くすとの観点から、被告人の防禦権行使にも配慮して、公正かつ適切に行うべきである」とした上で、速度違反を争う事件で、違反を現認した警察官に対する主尋問が終了した後に弁護人が選任された場合、真相解明のためにも被告人に適切な防御の機会を与えるという適正手続保障のためにも弁護人による反対尋問の機会を与えることが必要不可欠であるから、弁護人の証人申請を却下して判決をしたのは、必要かつ十分な審理を尽くさない違法があるとした。

3 小括

このように、判例・裁判例は、一義的には、裁判所による証拠採否が自由裁量に委ねられたものであるという立場を堅持してきたのであり、裁量に一定の限界があることも認めながらも、個別事例での判断としては、必要不可

欠な証拠の取調べ請求を却下したような場合にのみ、その裁量行使の違法性を問題にしたに過ぎなかった。

第2節 学説の流れ

1 はじめに

判例・裁判例が裁判所の証拠採否裁量の問題を専ら被告人による取調べ請求に対する関係で、憲法37条2項の解釈問題として論じてきたことから、学説においても、被告人による証拠取調べ請求をどのような場合に却下することが違法となるのかを憲法問題として論じてきたものもある一方で、当事者主義の導入を根拠に、「当事者主義なのだから、当事者による証拠調べ請求を尊重すべきである」という論調のものが大勢を占めてきた。

もともと、日本国憲法37条2項後段の「刑事被告人は、公費で自己のために強制手続により証人を求める権利を有する」という規定は、その制定過程から、アメリカ合衆国憲法第6修正条項の「被告人は自己に有利な証人を得るために強制手続をとってもらふ権利を有する」という規定をモデルとしていることは明らかである¹¹とされているにもかかわらず、アメリカにおける議論を参考にした議論は、ごく一部¹²を除いては、見られなかった。

しかし、証拠予断による証拠調べ請求却下の問題性を指摘する見解については、現行法施行後の早い段階から見られてきたものであり、こうした議論の流れも含めて、確認しておこう。

2 平野教授の見解

平野教授は、当事者による証拠取調べ請求について、「裁判所は、…請求が適法であり、かつ証拠能力があるときでも、必要がないと認めるときは却下で

11 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）236頁。

12 後掲注36。

きる。憲法37条2項は、被告人の証人を求める権利を規定しているが、これも、請求した証人をすべて取り調べなければならないという趣旨ではない」と前置きした上で、「しかし、その〔憲法37条2項の〕精神からみて、被告人の証拠調の請求を却下するのは、これを必要としない十分な理由がある場合でなければならない。単なる裁量の問題ではないのである」とする¹³。

そして、このように「必要としない十分な理由がある場合」について、「関連性がない場合、証拠が重複している場合、などがこれにあたる」とした上で、「しかし、立証済みと思われる場合でも実はそうでない場合もあるから、反証を拒否することは原則として許されない」と指摘する¹⁴。

この「立証済みと思われる場合でも…反証を拒否することは…許されない」という指摘は、後に紹介するアメリカ連邦最高裁のホームズ事件判決¹⁵が「検察官立証が強力な有罪証拠を提出したからといって、それを理由に被告人の反証を許さないのは不合理である」旨を指摘している視点、ドイツの証拠予断禁止原則の議論において、「当該証拠の要証事実が既に証明されていることを証拠却下の理由とできるとしても、その反対事実が証明されているということを、証拠却下の理由とできるか」という点が問題にされている¹⁶視点と共通している。

3 鴨教授の見解

裁判所の証拠採否裁量の問題を主に当事者の証拠調べ請求権の保障の観点から意識的に論じた先駆的な例は、鴨教授による刑事証拠法に関する研究で

13 平野龍一『法律学全集43 憲法』（有斐閣，1958年）246頁・247頁。

14 同上247頁。

15 後掲注266。

16 後掲注320。

ある¹⁷。

鴨教授は、旧法から現行刑事訴訟法への変化として、当事者主義が採用され、証拠調べについても当事者の果たす役割が極めて大きくなったことを重視し、なかでも、「証拠調べに関与しうる当事者の権限のうちで最も重要なものは、証拠調べの請求権である」¹⁸と述べ、当事者の証拠調べ請求権の重要性を強く指摘する。

しかしながら、「現行法は、このように最も基本的な重要な課題である証拠調べの請求権については、詳細な規定を設けていない」¹⁹ことも指摘し、当事者の証拠調べ請求権に関する問題については、「実定法では、規定が不十分なので、けっきょく、…理論の上で解決する以外にない」²⁰と述べ、大陸法と英米法の理論が微妙に交錯している現行法の下では、当事者主義と職権主義との間での均衡を考えた解釈をするほかないと考える。

すなわち、民事訴訟と同様の英米法流の当事者処分権主義を押し進めると、当事者による証拠調べ請求に対して裁判所の裁量が介入する余地はほとんどなくなり、当事者の請求した証拠を裁判所が原則として採用して取り調べなければならないと考えられるのに対し、現行法では、当事者主義を採用したとはいっても、大陸法的な自由心証主義を採用し職権審理も認めていることからすれば、当事者が請求した証拠の採否について裁判所の裁量の余地がないという見解は採り得ないというのである²¹。

もともと、刑事訴訟規則189条が要求する請求の要件、すなわち、請求

17 鴨良弼『刑事証拠法』(日本評論新社, 1962年) 270頁～292頁。

18 同上270頁。

19 同上271頁。

20 同上273頁。

21 同上271頁・272頁。

対象とする証拠の特定，当該証拠による要証事実の明示及び要証事実が訴訟に関連していることの明示を満たしている場合には，原則として，請求された証拠を採用しなければならないとする²²。鴨教授が強調するのは，請求にあたって対象証拠の証拠価値を表示する必要はなく²³，裁判所が証拠の予測を行うことによって請求を制限することも許されない²⁴という点である。

この点で，鴨教授は，ドイツ法で一般に「証拠予断禁止の原則」と呼ばれる法理²⁵を重視し，裁判所が請求対象証拠を取り調べる以前に請求者に不利益に証拠価値を評価してはならないし，それまでの証拠調べの結果から請求対象証拠を請求者に不利に評価してもならないという²⁶。

鴨教授は，ドイツ法で認められる「証拠予断禁止の原則」が我が国の現行法においても認められるべきだとする根拠として，この法理が「真実発見の原則や自由心証主義，証拠裁判の原則から見て当然の法理である」こと，現行法が手続面では英米法的な当事者主義を強化しながら，「裁判所の事実認定についてはドイツ法的な自由心証主義をと」っていることを挙げている²⁷。特に後者の視点については，「英米法では，当事者が主体となって証拠調を行うのであり，証拠の申立人，事実の認定者，証拠申立の採否の決定者は，それぞれ，主体を異にしているので，かような法理を特に強調する必要はない²⁸。大陸法のように，事実の認定者と証拠決定者とが同一の主体に属し，し

22 同上289頁。

23 同上285頁。

24 同上276頁・277頁。

25 鴨教授は，「証拠に対する事前評価の禁止の法理」と呼称している（同上289頁）。

26 同上289頁・290頁。

27 同上290頁。

28 しかし，実際には，英米法においても，本来事実認定者が行うべき判断を証拠採否決定者

かも当事者の証拠申立を裁判所の事実認定の協力的な手段と解するような法制では、特にこの法理の適用が考えられなければならない²⁹としている。

後に詳論する「証拠の厳選」の問題において、裁判所が公判前整理手続で当事者による証拠調べ請求に積極的に介入して証拠採否を進めようというような立場³⁰に立つ場合、鴨教授の視点に立っても、大陸法的な職権主義的な手続の中で、証拠予断禁止の原則が強調されなければならないことになる。

4 当事者主義の精神に着目する見解

こうした現行法で大陸法と英米法の理論とが微妙に交錯している点に注目した見解がある中で、現行法が旧法にかわって基調とした当事者主義の観点から、証拠採否裁量を論ずる見解も多い。

田宮教授は、「裁判所は、請求手続が適式でない場合、証拠能力がない場合、事件に関連性がない場合、すでに取り調べたものと重複する場合などのように、明らかに取調べを不当・不要とする場合は請求を却下してよい（すべきである）が、そうでなければ、当事者主義のたてまえ上、原則として当事者から請求のあった証拠は取り調べるべきである」とし、「取調べ請求には拘束力があり、採否は純然たる裁量事項であるわけではない」とする³¹。

鈴木茂嗣教授も、「裁判所は、証拠能力のない証拠、取調べが法律上禁じられあるいは事実上取調べ不可能な証拠、事件と関連性のない証拠等の取調べ請求、あるいは方式違反の証拠調べ請求は、当然却下すべきである。しかし、一応適法な証拠調べ請求がなされている以上、その請求が明らかに不要と認められる

が先取り評価してはならないという意味で、証拠採否段階における証拠予断禁止は重視されるのである（後掲注 270 参照）。

29 前掲注 17 の 290 頁。

30 後掲注 52。

31 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣，1996年）313頁。

合理的な理由が積極的に認められる場合以外は、当事者主義の建前からいって、これを認めて取調を行うべきであろう³²として、当事者主義の建前を強調する。

5 当事者主義とともにドイツ法における証拠調べ請求権論に着目する見解

(1) はじめに

こうして当事者主義を前面に出す見解がある中で、やはり現行法における英米法的要素と大陸法的要素との交錯に留意して、当事者主義とともに、ドイツ刑事証拠法における証拠予断禁止原則を指摘して証拠採否裁量の限界を説く見解も見られる。

(2) 光藤教授の見解

まず、光藤教授³³は、「証拠調の請求が不適法であるとか、証拠能力のない場合に却下すべきは当然です。その他の場合には、当事者を対等に扱い公平な審理の仕方をなすべき当事者主義からして、当事者の請求する証拠はこれを取り調べるのを原則とすべきです。刑事被告人のばあいには、憲法37条2項で証人強制喚問権が保障されているだけに、なおさらです」として、検察官請求にも被告人請求にも妥当する当事者主義に加えて、被告人請求について、憲法上の要請を指摘する。

そして、自由心証主義との関係にも触れ、「現行法は自由心証主義をとっているから、証拠申請の採否も、経験則、論理則に反しない限り、裁判所の自由裁量により決してよいとする見解³⁴がありますが、証拠調の範囲の

32 鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（青林書院、1990年）170頁。

33 光藤景皎『口述 刑事訴訟法 中〔補訂版〕』（成文堂、2005年）74頁・75頁。

34 山本卓「証人申請の採否」熊谷弘ほか編『証拠法大系IV』（日本評論社、1970年）26頁・28頁；石丸俊彦『刑事訴訟法』（成文堂、1992年）465頁。

問題と、取り調べた証拠から心証を形成するに当たってのルールを混同したものだといってよいでしょう」と指摘する³⁵。

その上で、ドイツ法における証拠予断禁止の原則、証拠却下事由の限定列挙に触れ、例外的に却下が許されるのは、「すでに取り調べた証拠と同一の趣旨で重複した証拠の取調べ請求があった場合、証拠により証明すべき事実が公知の事実である場合、証拠が証明すべき事実にとって全く不適合と思われる場合、証拠の取調べ請求がもっぱら訴訟遅延を目的としていることが明らかな場合」に限られるとする。

光藤教授は、実際、我が国の刑事被告人の証拠調べ請求権の保障のあり方について、アメリカ連邦最高裁判例の分析を通じて³⁶、ドイツ刑事証拠法の分析を通じて³⁷、議論しており、英米法と大陸法の双方の理論を取り入れて、証拠調べ請求権保障の重要性を説いている。

そして、こうしたドイツ刑事証拠法の下での被告人の証拠調べ請求権の強力な保障をめぐる議論については、光藤教授に師事した田淵浩二教授による網羅的な研究があるので、第3章で詳しく扱う。

(3) 白取教授の見解

白取教授³⁸も、「証拠調べをもっぱら当事者の請求にかからしめている現行法の趣旨からみて、当事者の請求する証拠は取り調べるのを原則とすべきである」とした上で、この原則が必ずしも当事者主義とのみ結びつくわ

35 自由心証主義と証拠採否判断との関係については、後掲注 308。

36 光藤景皎「証拠調請求権の再生」『刑事証拠法の新展開』（成文堂、2001年）126頁；同「被告人の証拠提出権」同154頁。

37 光藤景皎「証拠調請求権の復権」『刑事証拠法の新展開』（成文堂、2001年）68頁。

38 白取328頁・329頁。

けではないとして、光藤教授の論文³⁹を引用している。

その上で、「例外として却下が許されるのは、すでに証拠調べを十分行い、裁判所が心証を得た事実について、同一趣旨で重複した証拠の取調べ請求があったとき（ただし、重複かどうかは請求者の言い分を十分に聞いたうえで判断すべきである）、『公知の事実』で立証を要しない事実について取調べ請求がなされたとき、明らかに訴訟遅延を目的とした濫用的な証拠調べ請求（規則1条2項参照）がなされたとき、などに限られる」として、光藤教授と同様に、却下事由について制限的に理解している。

そして、「要証事実につき、すでに十分な心証を得たと裁判官が考えている場合でも、その事実の不存在を立証（反証）するために証拠調べ請求がなされたときは、得られた心証が反証によって影響を受ける可能性がなくはないから、却下すべきではない」として、「立証ずみと思われる場合でも実はそうでない場合もあるから、反証を拒否することは原則として許されない」⁴⁰とする平野教授と同趣旨の指摘をしている。

6 裁判所の裁量をある程度広く認める見解

このように当事者が請求した証拠であれば原則として採用すべきであるという見解に対して、裁判所が証拠調べの必要性を判断する裁量をある程度広く認める見解もある。

例えば、松尾教授は、「裁判所は、適法に請求された関連性もある証拠についても、なお取調べの必要性の有無を判断して、必要ないと考えればその請求を却下できる」とし、具体的には、「訴訟の合理的運営という側面」から「同一立証趣旨の証人を数十人も請求したような場合、訴訟経済の観点からその

39 前掲注 37。

40 前掲注 14。

一部について却下する」ことができるし、「すでに取り調べた証拠によって形成した自己の心証に基づく必要性の判断」として、「被告人の飲酒量などからみて心神耗弱の状態になかったとの心証をすでに形成した後に、弁護人から飲酒酩酊による心神耗弱を立証するためとして精神鑑定の請求があった場合、これを必要なしとして却下する」こともできるとする⁴¹。

「すでに取り調べた証拠によって形成した自己の心証に基づく必要性の判断」を認めている点で、「要証事実につき、すでに十分な心証を得たと裁判官が考えている場合でも、その事実の不存在を立証（反証）するために証拠調べ請求がなされたときは、得られた心証が反証によって影響を受ける可能性がなくはないから、却下すべきではない」、「立証済みと思われる場合でも実はそうでない場合もあるから、反証を拒否することは原則として許されない」⁴²とする平野教授とは異なる立場に立っているといえる。

7 小括

こうして、学説の大勢は、当事者主義の下での当事者による証拠調べ請求の重要性や証拠予断禁止の考え方を根拠として、当事者による証拠調べ請求を原則として認めるべきであるとし、その範囲で裁判所の証拠採否裁量には限界があると指摘してきた。

しかし、裁判所が証拠採否にあたって、具体的にいかなる事情を斟酌することが許され、その斟酌すべき事情にどのような基準を適用して、証拠調べの必要性を判断するべきであるのかが網羅的に示されるには至っていない。

41 松尾浩也『刑事訴訟法Ⅱ』（有斐閣，1992年）185頁・186頁。

42 前掲注14。

第3節 公判前整理手続導入後の変化

1 はじめに

こうして、関連性がある証拠の必要性を判断して採否を決する裁判所の裁量について、判例は、裁判所の合理的な自由裁量のもとにあるとし、学説は、それぞれ根拠を多少異にするものの、裁判所の裁量が規律されるべきであるとする見解が大勢を占めるという形で、判例と学説とは多少の緊張関係にはあつたものの、議論が活発化する様子は見られなかった。

しかし、裁判員制度を前提とした公判前整理手続における裁判所による証拠採否のあり方をめぐる議論が進められる中で、状況は一変した。

刑事訴訟規則189条の2が新設され、「証拠調べの請求は、証明すべき事実の立証に必要な証拠を厳選して、これをしなければならない」と定められ、必要性のある証拠の取調請求として「厳選」が求められることが明示された。

この「証拠の厳選」の流れを受けて、平成18年度司法研究「裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方」⁴³では、裁判員裁判における立証の在り方について、一般論としても、また、間接事実積重ね型立証においてさえも、立証対象を限定し、ベストエビデンス（最良証拠）⁴⁴を厳選しての立証が求められるとの立場に立ち、これに該当しない証拠の請求は却下すべきであるという強い姿勢が示された。

もともと、こうした過度の「証拠の厳選」の要請については、この要請に沿ってなされた第一審での証拠取調請求却下決定に対し、控訴審が批判的な

43 司法研修所編『裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方』（法曹会、2008年）。

44 ここで言われている「最良証拠」という考えは、英米証拠法におけるいわゆる「最良証拠法則（ベスト・エヴィデンス・ルール）」にいう「最良証拠」とは異なっていることに注意を要する（後掲注385）。

判断を下す例も見られるようになり⁴⁵、極端な厳選には抑制的な見解も見られるようになった。

最高裁判所事務総局刑事局が平成21年2月に公表した「模擬裁判の成果と課題—裁判員裁判における公判前整理手続、審理、評議及び判決並びに裁判員等選任手続の在り方」⁴⁶でも、極端な「厳選」論はなりをひそめ、当事者による選択を基本的に重視することとし、証拠の証明力に踏み込んだ議論によって証拠の採否を決することには消極的な姿勢が示されている。

この流れで興味深いのは、平成18年司法研究では、後に詳説するアメリカ合衆国連邦証拠規則403条の文言から示唆を受けたと思われる記述として、関連性があっても必要性がないという理由で証拠取調請求を却下する必要性を強調していた⁴⁷のに対して、「模擬裁判の成果と課題」では、後に詳説するオールドチーフ事件判決⁴⁸から示唆を受けたかに見えるように、当事者による立証戦略を尊重する立場が示され⁴⁹、職権主義的に「証拠の厳選」を図ることには多少の躊躇を示すようになっている点である。

こうして、アメリカ証拠法を表面的に理解した場合に生じる「必要性がな

45 主として、広島高等裁判所第1部（檜崎康英裁判長）による判決であり、広島高判平成20年9月2日（平成20年（う）第57号）・裁判所ウェブサイト登載；広島高判平成20年10月2日（平成20年（う）第69号）・裁判所ウェブサイト登載；広島高判平成20年12月9日（平成18年（う）第180号）・裁判所ウェブサイト登載（被告人上告受理申立て平成21年2月10日受理決定）。

46 最高裁判所事務総局刑事局編「模擬裁判の成果と課題：裁判員裁判における公判前整理手続、審理、評議及び判決並びに裁判員等選任手続の在り方」判タ1287号8頁（2009年）。

47 後掲注54。

48 後掲注189。

49 後掲注68。

いと理由で証拠取調請求を却下できる事実審裁判所の裁量は広い」という考えから、解釈判例も踏まえて採用を緩やかに考える立場に多少の軌道修正が図られてきてはいるものの、未だに、裁判所が「証拠の厳選」を求める姿勢は強い。

そこで、ここに概説した変化の流れを以下に詳説し、裁判所が推し進めている「証拠の厳選」論の下での裁判所の証拠採否裁量がいかにとらえられているのかを明らかにしておきたい。

2 平成18年度司法研究における強固な「証拠の厳選」論

(1) 審理期間の大幅な短縮を指向

平成18年度司法研究は、事実関係が深刻に争われ、相当数の証人尋問が必要となる大型否認事件について、一般国民が裁判員として参加可能と考える期間を意識し、従前の審理の在り方に比べて大幅に審理期間を短縮しなければならないという問題意識から、「核心司法の立場にたち、…証拠を裁判員が理解可能な範囲に厳選し、無駄を省いた証拠調べを実施する」ことを指向している⁵⁰。

(2) ベストエビデンスの要求

検察官に対して、「立証対象を徹底的に厳選した上、証拠や立証事項も厳選して」の立証を求め、ベストエビデンス（最良証拠）を要求している⁵¹。

(3) 取調べの必要性の厳格判断

その上で、裁判所としても、公判前整理手続において、「証拠構造や他の証拠の存在に照らし、取調べの必要性に疑問がある証拠については、その必要性について検察官に釈明を求めるべきである」とし、事実関係に「争

50 前掲注43の1頁・2頁。

51 同上6頁・7頁。

いのある部分〔に関する証拠〕についても、当事者の請求に流されるのではなく、最も的確な証人から必要な数及び尋問事項に絞り込んで採用すべき」であるとして、その余の請求は原則として却下する方向で考えるべきだとする⁵²。

このように証拠を絞り込むことが必要であるとする理由については、「裁判員裁判においては、証拠の総量を可能な限り削減する必要がある、そのためには、事実認定における当該証拠の必要性についても、厳密に考えていくべきである」からだとしている⁵³。

そして、従来の証拠採否裁量行使の運用について、「これまでの必要性の判断は、もっぱら関連性の観点のみが重視され、当該証拠の取調べに伴う審理時間等の負担や、当該証拠の証明力が過大視される危険、弊害等については余り考えられてこなかったように思われる」とした上で、これに対し、「裁判員裁判…のもとでの必要性の概念は、…法律専門家以外の者も加わった…特性を踏まえたものでなければならない」とする。

具体的には、「当該証拠の証明力が大きくないのに、その取調べに反証も含め相当の時間を要し、審理が遅延するといった事情がある場合には、必要性を肯定しないという選択肢が考慮されるべきである」、「当該証拠を調べることで裁判員がこれを過大評価し、かえって誤った判断を招く危険があるといった場合も、必要性の判断において考慮すべき」というのである⁵⁴。

52 同上16頁。

53 同上25頁。

54 同上26頁。

(4) アメリカ合衆国連邦証拠規則403条との比較

このように、必要性判断において、関連性や証明力だけではなく、審理時間の負担・当該証拠の証明力が過大視される危険といった点も考慮すべきであるという指摘は、後に詳述するアメリカ合衆国連邦証拠規則403条において、事実審裁判所が関連性ある証拠であっても却下することができる理由となる弊害要素として「時間の浪費」・「不公平な偏見」が指摘されていることと共通している⁵⁵。

ただし、この司法研究では、証明力と弊害要素を等価的に衡量して必要性の有無を判断できるかのような指摘となっている点で、「採用推定原則の下で、等価的的利益衡量ではなく、弊害が証明力を大幅に凌いでいるのでなければ却下は許されないと解釈されているアメリカでの実際の運用」と異なっていることには留意しなければならない⁵⁶。

いずれにせよ、平成18年度司法研究は、裁判員制度の実施に向けて、公判前整理手続における「証拠の厳選」を強く迫るものであった。

3 広島高判における批判的反応

(1) はじめに

このように厳格な「証拠の厳選」を求める流れを受けて、実際に、第一審裁判所において、公判前整理手続で、一方当事者が請求した証拠について、反対当事者が取調べに同意した場合でも、取り調べる必要性がないという理由で証拠取調べ請求を却下するような運用も見られた。

しかし、こうした流れに対し、控訴審として、当該証拠の取調べ請求を却下して取り調べなかったために審理不済となっていると第一審判決を破

55 後掲注99。

56 後掲注148。

棄して差し戻す判決が見られるようになった。

代表的なものは、いずれも、檜崎康英判事が裁判長を務める広島高等裁判所第1部によるもので、平成20年秋から冬にかけて、立て続けに3件言い渡されている。

(2) 控訴審に関する平成19年度司法研究

このように、第一審が証拠調べの必要性の判断を誤った違法を理由とする控訴については、平成19年度司法研究⁵⁷は、第一審が裁判員裁判で審理された場合であっても、控訴審がそれを理由に審査基準を変える必要を認めない旨を指摘している。

すなわち、裁判員制度の下でも「訴訟手続の法令違反の問題が生ずる場面として特に問題になるのは、第一審において本来審理されてしかるべき争点が審理されていない、あるいは、争点を判断する上で本来取り調べられるべき重要な証拠が取り調べられていないため、第一審の判決が事実を誤認している場合である」とする。

そして、こうした審理不尽の「原因としては、①公判前整理手続において、当事者から主張や証拠請求があったのに、裁判所が争点を絞り込みすぎたり、必要な証拠請求を却下したりしたような場合と、②公判で、公判前整理手続ではされなかった主張や証拠請求があった場合において、(a)刑事訴訟法316条の32第1項の『やむを得ない事由』を認めて証拠調べをすべきであったのに、これを却下した場合、あるいは、(b)『やむを得ない事由』は認められないが、その証拠を取り調べれば結論に重大な影響を及ぼすことが明らかであるのに、同条2項の職権証拠調べをしなかったよ

57 司法研修所編『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』（法曹会、2009年）。

うな場合が想定できる」とする。

その上で、「以上のような理由で第一審が事実を誤認しており、これが結論に重大な影響を及ぼす場合には、控訴審は第一審の判決について訴訟手続の法令違反があるとして破棄できることにもなろう」と結論付けている。⁵⁸

こうした平成19年度司法研究の姿勢と同様に、第一審における過度の「証拠の厳選」に対して、訴訟手続の法令違反があると指摘した広島高裁による3件の判決の内容と意義をそれぞれ確認しておこう。

(3) 広島高判平成20年9月2日について

① 事案の概要

広島高判平成20年9月2日（平成20年（う）第57号）は、殺意をもって、女性に対し所携の包丁で切りつけたものの殺害するに至らず、男性に対し同包丁で多数回突き刺すなどして死亡させて殺害したという殺人未遂、殺人、銃砲刀剣類所持等取締法違反被告事件について、有罪とした原判決に対し、原審で取り調べた証拠によって認められる事実からだけでは、女性に対する殺意が認められないなどとして、原審における審理不尽を理由として原判決を破棄し、差し戻した事案である。

② 殺人未遂についての殺意認定の審理不尽

この判決は、原審が殺人未遂を認定した点について、原審が取り調べた証拠によって認められる事実だけでは、「被告人が、本件包丁で、被害女性の顔面のどの部位を、どの程度の力で切りつけたのかは全く不明といわざるを得ないのであって、その切りつけた部位や、その際の力加減次第では、同人の生命に対する危険が生じていたとはいえない可能性

58 同上101頁。

も十分に考えられ」、「原判決が説示するように、本件包丁で顔面を切りつけること自体、生命に対する危険性の高い行為であるとは断定し難い」とする。

そして、「原審記録…によると、検察官が取調べを請求し、弁護人が同意意見を述べたにもかかわらず、原審裁判所が証拠調請求を却下した書証の中には、被害女性の負傷の部位・程度等を明らかにし、殺意の存在等を立証するために取調べを請求された、被害女性の負傷状況を立証趣旨とする写真撮影報告書、被害女性の負傷状況及び成傷状況等を立証趣旨とし、同人の創傷の深さ等について担当医師が詳細に述べた内容を録取した警察官調書、被害女性に対する犯行態様、殺意の存在等を明らかにするため、被害女性の本件被害当時の着衣の状況等を立証趣旨とする捜査報告書が存することが明らかである」ところ、「これらの証拠を取り調べれば」、「指摘した原判決の説示についての疑問点は、氷解する可能性がある」とする。

③ 殺人についての第三者関与可能性に関する審理不盡

そして、原審が殺人を認定した点については、「原判決は、…本件包丁には被害男性の血液が付着しており、これが被害男性に対する攻撃の凶器であることは明白であるところ、本件現場には、被告人、被害男性及び被害女性以外の者はいなかったから、被告人以外に被害男性に対する攻撃ができる者はいないとして、被告人が犯人であることは疑いを入れる余地がない旨説示している」ところ、「たしかに、原審記録中には、本件現場に被告人、被害男性及び被害女性以外の者がいたことを窺わせる証拠はない」ものの、「その事実を積極的に認定し得る証拠も、また存しないのであるから、原審弁護人が、本件殺人について、第三者によ

る犯行を積極的に主張するものではない旨述べていることを考慮しても、なお、被告人の弁解状況に照らすと、少なくとも、被害女性が本件殺人未遂の被害を受けてから被害男性が本件殺人の被害を受けるまでの時間を客観的に明らかにして、本件殺人について第三者の関与の可能性を検討するため、検察官が取調べを請求し弁護人が同意意見を述べた、被害女性の110番通報状況等を立証趣旨とする捜査報告書や、同様に弁護人が同意意見を述べた、本件包丁の発見状況等を立証趣旨とする実況見分調書の抄本等を取り調べるのが相当であったと考えられる」とする。

④ 取調べの必要性に関する判断の誤り

その上で、本判決は、原審審理経過を踏まえて、上記で「指摘した証拠を取り調べなかった理由は、全く不明である」とし、「原審裁判所は、弁護人が同意の意見を述べており、かつ、取り調べることが必要な証拠を取り調べていないというべきであり」、「これらの証拠能力があり、取り調べるべき証拠を取り調べなかったために、原審は審理が不十分であったといわざるを得ない」としたものである。

⑤ 検討

本判決の判示のみからでは、原審で実際に取り調べられて、認定資料とされた証拠の内容が定かでないものの、「立証対象の厳選」、「証拠の厳選」と言っても、限界があることを示したものといえる。

すなわち、殺人未遂の点については、殺意の有無に関し、立証対象を「被害女性が被告人により本件包丁で顔面を切りつけられた」事実のみに限定して、これを証明する限りでの証拠のみ取り調べた原審の証拠採否について、殺意立証に必要な基礎付け事実の範囲の問題として、立証

対象の限定が狭きに失したと批判しているものと考えられる。

また、殺人の点については、たとえ深刻な争いがない事実であっても、被告人と犯人との同一性を直接基礎づけるような重大な事実については、当事者が選択した証拠調べを拒否すべきでないことを示しているものといえる。

(4) 広島高判平成20年10月2日について

① 事案の概要

広島高判平成20年10月2日（平成20年（う）第69号）は、被告人が、自分を襲ってきた男性Aを殺害し、同人と行動を共にしていた男性Cに傷害を負わせたという殺人、傷害被告事件において、殺人につき過剰防衛の成立を認めて被告人を懲役4年に処し、傷害につき正当防衛の成立を認めて被告人を無罪とした原判決について、傷害の被害者及び被告人の各供述の信用性判断を誤った結果、事実を誤認し、さらに、刑事訴訟法321条1項2号前段に基づく目撃者の検察官調書の取調請求を却下した原審の訴訟手続には法令違反があり、これら事実誤認及び訴訟手続の法令違反が判決に影響を及ぼすことは明らかであるとして、原判決を破棄し、原裁判所に差し戻した事例である。

② 2号前段書面の取調べの必要性の判断に関する誤り

原判決は、被告人とA・Cとの攻防状況について、Cの証言と被告人供述とが対立してする証拠構造にあったところ、Cの証言に信用できない点があり、被告人供述を排斥できないとして、被告人供述に沿って、Aとの関係での過剰防衛、Cとの関係での正当防衛をそれぞれ認めたものである。

これに対して、本判決は、客観的証拠との符合性の観点から、被告人

供述の信用性を安易に肯定できず、他方、Cの証言の信用性を安易に否定することもできないとし、少なくとも、本件当時、本件現場付近にいて、被告人とA・Cとの攻防状況を至近距離から目撃していたDの検察官調書を検察官が刑事訴訟法321条1項2号前段に基づいて取調請求したのに対して、原審が刑事訴訟法321条1項2号前段の要件を満たしている⁵⁹のに、「必要性なし」との理由で却下したのは、「必要性判断において裁量を逸脱した違法がある」とし、Dの検察官調書も取り調べた上で、Cの証言及び被告人供述の信用性を慎重に検討する必要があるとした。

Dは、本件当日に被告人を呼び出して本件直前まで被告人と食事をしてきた人物であり、Aらに被告人の襲撃を指示した背後者と通じて被告人を本件現場に誘い出した人物であることが窺われるから、Dの検察官調書の信用性については、相当慎重に判断すべきであるのは当然としても、これを取り調べる必要性を否定することはできないとしたものである。

③ 検討

本判決は、取り調べられた重要供述が対立を示している、その信用性の判断に慎重さが求められる場面では、たとえ信用性を相当慎重に判断しなければならない「伝聞例外にあたる伝聞証拠」であっても、その原供述者が現場を至近距離で目撃しているという重要性に鑑みれば、その

59 原審では、Dの検察官調書について不同意の意見が述べられたことから、その取調請求を撤回した上、Dの証人尋問を請求して採用されたものの、Dは、証人尋問予定期日であった原審第1回公判期日に出頭せず、Dの所在調査を経ても所在不明であったことを受け、延期された証人尋問期日も取り消され、証人尋問採用決定も取り消されたという流れをたどっている。

取調べの必要性自体を否定することはできないとしたものと考えられる。

(5) 広島高判平成20年12月9日について

① 事案の概要

広島高判平成20年12月9日（平成18年（う）第180号）は、わいせつ目的で女兒を殺害し、その死体を遺棄したという強制わいせつ致死、殺人、死体遺棄等被告事件について、犯行場所を確定するために検察官調書を取り調べる必要性が高いにもかかわらず、検察官から証拠調請求のあった被告人の警察官調書1通及び検察官調書10通の全部について、その請求を却下した原審の訴訟手続には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反があるとして、原判決を破棄し、原裁判所に差し戻した事例である。

② 任意性が争われた被告人供述調書の必要性判断の誤り

本件における控訴趣意は、被告人については、訴訟手続の法令違反、事実誤認、法令適用の誤り及び量刑不当、検察官については、量刑不当と多岐にわたるものの、本判決が実質的な判断を示しているのは、これら控訴趣意に含まれるものではない。

原審が、任意性に争いのある被告人供述調書について、任意性を立証してまで取り調べる必要性はないとして、その検察官による取調べ請求を却下した点を問題にしているのである。

すなわち、原審について、「証拠の必要性についての判断を誤り、合理的な理由なくして不当に証拠調べ請求を却下したといわざるを得ない」ものであって、「この点において、原審は審理を尽くしておらず、これは訴訟手続の法令に違反している」としている。

③ 原審手続の進行経過

原審では、検察官が、第1回公判前整理手続期日に先立って、被告人供述調書（11通）の証拠取調請求をしたところ、弁護人は、公判前整理手続期日において、これら調書の取調べに不同意との意見を述べ、裁判所は、これら調書の採否を留保したまま、公判を開いた。

そして、原審第4回公判期日で、弁護人がこれら被告人供述調書の任意性を争うとの意見を述べ、検察官から主に殺意の存在及び被告人の責任能力を立証するために取り調べる必要性があるとの意見が述べられたにもかかわらず、裁判所は、任意性を立証してまで取り調べる必要性はないとして、取調請求を却下したものである。

本件では、検察官は、当初訴因（訴因変更前のもの）で、本件犯行場所が被告人方内であると主張していたのに対し、被告人は、わいせつ目的や殺意を争った上で、被告人が被害児の口鼻付近に手を置くなどしたり、同児の死亡後にその陰部・肛門付近に触るなどしたりした現場は、被告人方アパート1階の階段付近（屋外）であると主張していた。訴因変更は、この被告人主張に一部沿う形で、本件犯行現場を「被告人方アパート及びその付近」と変更するものであった。

④ 検察官の訴訟追行姿勢に対する批判

本判決は、こうした原審の経過に照らして、犯行場所が被告人方内であったのか屋外であったのかが重大な争点であったはずであると考えられる。

そして、被告人供述調書に犯行場所が被告人方であるのか屋外であるのかに関係する重要な供述内容が含まれていることが窺われることに鑑みて、検察官の訴訟態度が不合理なものであったと批判する。

すなわち、「検察官としては、当然、本件検察官調書の立証趣旨としてその旨主張するか、少なくとも、原審第4回公判期日で、本件検察官調書の必要性について意見を述べた際、そのことを指摘しなければならないというべきである。しかるに、検察官は、本件検察官調書が本件犯行場所特定のために必要であるという主張を全くしていない。そして、検察官は、本件検察官調書が『主に殺意の存在及び被告人の責任能力を立証するため、取調べの必要性がある』旨述べただけであり、原裁判所の証拠調請求却下決定に対する異議申立ての際にも『本件犯行を立証する上で必要不可欠』と述べたに過ぎない。本件検察官調書の立証趣旨や取調べの必要性についての検察官の態度も、まことに不可解である」というのである。

⑤ 原審の不十分な訴訟指揮に対する批判

また、原審裁判所の証拠却下判断についても、「原裁判所が、本件検察官調書について、〔犯行場所が被告人方であるのか屋外であるのかに関係する重要な〕供述の存否を調査し、その供述が存した場合には、その任意性・信用性を検討するということをせず、本件検察官調書の任意性の調査すらしないまま、必要性がないという理由で証拠調請求を却下したのは、まことに不可解であるというほかない」と指摘する。

その上で、本判決は、原審公判前整理手続の進行のさせ方の問題点として、検察官による被告人供述証書の取調べ請求に対して弁護人が不同意との意見を述べたのを受けて、わいせつ目的や殺意を被告人が争っていることを認識していた裁判所としては、検察官に対しては、刑事訴訟法322条1項の「不利益事実の承認」を含む被告人供述調書としての請求の意思を確認し、弁護人に対しては、任意性を争うのかどうか、争う

とすれば、任意性を疑わせる事情を具体的に主張するように釈明するべきであったと指摘する。

結局、原審公判前整理手続の進め方について、「連続開廷をするための公判期日の日程を優先するあまり、被告人供述調書の任意性をめぐる争点の顕在化や整理等、公判前整理手続において当然行うべき準備を十分にしないまま、公判前整理手続を終結したのではないかと考えざるを得ない」と批判している。

⑥ 検討

本判決は、公判前整理手続において、検察官による被告人供述調書の取調請求に対して弁護人が不同意との意見を述べた場合に、裁判所としては、安易に採否を留保して、公判に入るべきではなく、公判前整理手続内で、供述調書での供述内容が争点に影響を及ぼすものとなっているのかに留意し、検察官に対して、どこまで請求を維持する意思であるかを確認し、弁護人に対して、任意性を争う趣旨であるかを確認することを怠ってはならないとしている。これを怠って、採否を留保していた調書を公判で安易に「必要性なし」との理由で却下するようなことがあれば、必要性判断の裁量を逸脱することになりかねないというのである。

これは、平成18年度司法研究において、任意性の厳しく争われる自白調書の扱いについて、「事実認定や量刑判断上不可欠とまでいえないことが明らかとなった場合には、当該自白調書の任意性の判断を経るまでもなく、その必要性が否定される場合があり得ると考えるべきである」とされ、そのような場合には、「必要性を否定して却下することも

考慮すべきである」とされていた⁶⁰ことを受けて、「任意性が争われている自白調書の採否を留保して、被告人質問を先行させ、被告人質問を通じて必要な供述が得られた場合には、自白調書の任意性の判断を経るまでもなく、必要性を欠くものとして取り調べない」という実務運用がなされてきたのに対し、当該自白調書に被告人の公判供述では足りない「事実認定や量刑判断上不可欠な内容要素」が含まれていないかを厳密に吟味する必要を示したものと言える。

(6) 小括

これら一連の広島高判は、「証拠の厳選」にはやるあまりに争点との関係での必要性の吟味を怠ることがあれば、必要性判断の裁量を逸脱した違法を生じかねないという警告を發したものといえる。

4 最高裁研究報告「模擬裁判の成果と課題」に見る「証拠の厳選」の緩和

(1) はじめに

こうして、過度に「証拠の厳選」を推し進めてきた流れに対する反動ともいえる「抑制を求める反応」があった中で、全国各地で500回以上の回数を重ねた法曹三者裁判員模擬裁判の結果を踏まえた裁判官による研究会での多数意見を集約した最高裁判所事務総局刑事局編「模擬裁判の成果と課題：裁判員裁判における公判前整理手続、審理、評議及び判決並びに裁判員選任手続の在り方」⁶¹でも、平成18年度司法研究に見られたような「証拠の厳選」を強く求める姿勢は後退を見せている。

(2) 審理期間の機械的短縮ではなく合理的な審理計画の策定

この「成果と課題」で示されている公判前整理手続の在り方に関する基

60 前掲注43の69頁。

61 前掲注46。以下、「成果と課題」ともいう。

本姿勢として、公判前整理手続の目的を「審理にどれほどの日数を要するかという明確な見通しを立てること」⁶²ととらえていることが挙げられる。

平成18年度司法研究で強調されていた「審理期間の大幅な短縮」という目的論は後退し、必要な証拠を調べるのであれば、それに必要な期間の審理を要するのはやむを得ず、たとえある程度長期間に及ぶとしても「どれほどの日数」かが明確になればよいという考えに至ってきていると考えられる。

そのことは、「成果と課題」が「裁判員制度のもとでも、事案の真相解明は、審理期間の短縮以上に重要な課題であること」を銘記しなければならない⁶³としていることからみてもとれるであろう。

「証拠の厳選」についても、「証拠の厳選に当たっては、証拠の数を減らすのみことに注力するのではなく、本事案の真相の解明に必要不可欠な証拠は何かをまずよく考え」るべき⁶⁴であるとしている。

(3) 証拠の必要性判断において考慮すべき事項とすべきでない事項

① 証明力の先取り評価の問題性

そして、公判前整理手続において、「証拠の具体的な証明力にまで踏み込んで議論するようなことは、基本的に差し控えられるべきであろう」⁶⁵という姿勢も大きな変化といえる。

平成18年度司法研究では、個々の間接事実についても、その持つ証拠価値を吟味して、厳選した主張・立証がなされるべきであるとされて

62 同上10頁。

63 同上11頁。

64 同上14頁。

65 同上10頁。

いた⁶⁶。

「成果と課題」でも、「裁判所がその必要性や合理性に疑問を覚える間接事実については、当該事実を主張する合理性等について当事者と議論をし、必要なものに整理されていくことも考えられてよい」⁶⁷とはされているものの、「整理されていく」という文言にもあらわれているように、裁判所が職権主義的に整理していくという発想は明らかに後退しており、「当事者の訴訟戦略には介入しない」⁶⁸という基本姿勢⁶⁹のもとで、「ある主張事実を立証するためにどの間接事実を取捨選択するかは当事者とその権限と責任において行うべきものであるから、当事者において当該間接事実を主張する一定の必要性・合理性を説明している場合には、裁判所としてもそれを尊重すべき」⁷⁰としている。

こうした姿勢の変化は、補助事実の扱いについても及んでおり、「公判前整理手続において供述の信用性の根拠にまで踏み込んだ議論をすることは原則として差し控えるべきである」⁷¹とされ、補助事実に関する争点整理をする場合であっても、公判の先取りのようなかたちにならないように配慮する必要があるので、「補助事実を立証する補助証拠の内容に立ち入ってその証明力の程度を問題にするのではなく、補助事実としての合理性（結局は必要性に帰着することとなろう）についての意見

66 前掲注43の47頁～50頁。

67 前掲注46の11頁。

68 同上。

69 こうした姿勢は、後に詳述するアメリカ連邦最高裁オールドチーフ事件判決（後掲注189）の多数意見・反対意見双方に共通する基調として見られるところと共通する。

70 前掲注46の11頁。

71 同上12頁。

を当事者に開陳してもらい、これをもとに意見交換をしていく」⁷²に留めるべきであるとされる。

② 情状事実に対する評価の多様性に留意

情状事実に関する争点整理に関しては、裁判員も含む事実認定者の権限領域に入っている問題について、裁判員を差し置いて、先取りの法曹三者のみで決することの不合理性という新たな視点が示されている。すなわち、「法曹三者のみの公判前整理手続で情状事実の評価をし、主張を整理し切ってしまうこと自体疑問である」⁷³としているのである。

このように、事実認定者の領域の問題を先取りの事実認定者以外が決してはならないという姿勢は、後に詳述するアメリカ合衆国連邦証拠規則の基調としてもあらわれているところである。

(4) 検討

こうして、「成果と課題」が考える裁判所の証拠採否の在り方については、平成18年度司法研究のような「証拠の厳選」を過度に追求する立場からは大きな後退が見られるものの、必要性判断について完全にリベラルな立場になったと評価できるものでもない。やはり、「証拠の厳選」は必要だとしているし⁷⁴、公判前整理手続において、裁判所が「当事者に対して証拠の必要性について求釈明することも求められる」⁷⁵という姿勢は変わっていないのである。

72 同上。

73 同上13頁。

74 同上。

75 同上14頁。

第4節 まとめ

このように、裁判所の証拠採否裁量に関する判例・学説の展開経過としては、現行法施行当初から、最高裁が証拠採否の自由裁量性を強調し続けてきたのに対し、学説の大勢は、当事者主義の精神や証拠を調べ尽くすことを通じての自由心証主義の合理化の必要性などを根拠に、当事者による証拠調べ請求については、証拠能力も関連性もある証拠についての適式なものであれば、原則として却下してはならないとして、取調べの必要性がないという判断が安易になされてはならないという立場を採ってきた。しかし、学説としても、どのような場合に取調べの必要性を否定する判断が違法となるのかについて具体的に指摘するまでには至っていなかった。

裁判員制度導入を控えて、短期迅速集中審理の必要性をこれまでになく強調するようになった最高裁は、公判前整理手続における証拠採否において、厳格な「証拠の厳選」を図るべく、証拠能力も関連性も備えた証拠であっても、その取調べの必要性を従来と異なる基準で厳密に審査し、ベストエビデンス（最良証拠）と呼べるものでない限り、採用することを控えるべきであるという強力な「証拠の厳選」論を、研究会で多数を占めた意見などとして、強く主張するようになった。

こうした最高裁の意向を踏まえて、各地の裁判所における実際の公判前整理手続で、反対当事者が取調べに同意した証拠書類であっても必要性がないものとして取調べ請求を却下するといったかたちで「証拠の厳選」を実践する運用が見られ、また、全国各地での法曹三者による裁判員模擬裁判での模擬公判前整理手続でも、厳格に「証拠の厳選」を図る証拠採否が試行された。

しかし、「証拠の厳選」という目標が形式的に一人歩きしたためか、実際の第一審における取調べの必要性を否定した判断に対して、控訴審によって、

違法性を指摘して審理不尽を理由とする破棄の判断がなされたり、模擬裁判でも、過度の証拠整理に対して当事者から反発を受けたり、公判で取り調べられる証拠が整理され過ぎていたため、裁判員が事案の全体像をつかめなかつたりするなど、過度の「証拠の厳選」の問題性が浮き彫りになってきた。

こうした状況も踏まえて、最高裁は、裁判員模擬裁判の成果を踏まえての検討結果として、過度な「証拠の厳選」論を後退させ、一定程度、当事者の立証戦略を尊重し、取調べ請求対象証拠の証明力を先取り評価して取調べの必要性を判断してしまうことを自制する姿勢を示すに至った。

もっとも、最高裁は、裁判員裁判では、大幅な審理期間の短縮が求められており、そのため、「証拠の厳選」が必要であるという基本的姿勢を変えたわけではない。

しかしながら、適正な「証拠の厳選」であると認められるための基準、すなわち、取調べの必要性を判断する際に考慮すべき事項や判断基準は、いまだに確立されていないのである。

したがって、比較法制的な視点も踏まえて、そのような基準を確立することは、「証拠の厳選」に名を借りた「違法・不当な立証制限」を防止するためにも、必要不可欠な状況にある。

第2章 アメリカにおける証拠採否裁量基準論からの示唆

第1節 はじめに

1 本章の目的

日本における証拠採否を合理的なものとする基準，すなわち，証拠の取調べの必要性に関する判断基準を定立するべく，アメリカ合衆国の刑事裁判所における証拠採否のあり方が日本に示唆するところを探ろうというのが本章の目的である。

具体的には，アメリカ合衆国の刑事裁判所における証拠採否裁量を規律する法規範としての連邦証拠規則403条とこれを解釈した判例との分析を通じて，「アメリカでは，陪審制がとられているために，集中審理の必要性が高く，裁判所は，関連性のある証拠であっても，かなり広範な裁量をもって，証明力がさほど高くないとの理由で取調べの必要性を認めず，その取調べ請求を却下することができる」という通俗的な理解⁷⁶が誤りであることを示すことを大きな目的とする。

端的に言えば，連邦証拠規則の下では，いくばくかでも訴訟に係る事実の存否の蓋然性に影響を与える証拠（このような証拠を「関連性ある証拠」という）であれば，取り調べるべきであるという精神があり，その証拠を取り調べることによる訴訟の遅延や事実認定者の混乱といった弊害が認められ

76 同様にこうした俗説的理解から問題意識を喚起しているものとして，前掲注36のiii頁（はしがき）及び126頁がある。ただし，光藤教授は，アメリカでは，事実審裁判所が比較的広範な証拠採否裁量を有しているとの前提に立った上で，被告人側からの証拠取調べ請求については，被告人の憲法上の証拠提出権に基づいて，その裁量が制約を受けるという観点から論じている。この点で，アメリカ刑事証拠法が，請求当事者が訴追側であるか被告人側であるかに関わらず，取調べ請求証拠を許容しようという精神を持っていることにも着目する本論文と異なっている。

る場合でも、証拠価値と弊害回避の必要性とを等価的に利益衡量して弊害がまさっている場合には却下してよいというような考えはとっておらず、原則として取り調べようという姿勢で臨み、弊害が著しく勝っていて、取り調べない以外に弊害を避ける方法がないというような場合に限って、却下を認めようとしているのである。

しかも、そのような形で正当化されうる却下であっても、さらに、憲法上保障された被告人の証拠提出権を侵害しない限りでしか認められないという制約に服することを一連の連邦最高裁判例が示している。

このようなアメリカ刑事証拠法における裁判所の証拠採否裁量論は、迅速・集中審理のために、公判前整理手続で、関連性がある証拠でも取調べの必要性を厳しく吟味して取調べ請求を却下することを辞さず、必要最小限の証拠調べにとどめようとする日本の裁判所の姿勢に鋭い批判を浴びせるものとなるだろう。

2 先行研究との関係について

アメリカの状況から日本の裁判所における証拠採否のあり方への示唆を得ようとした先駆的な取組みとして、光藤教授が、1993年に、本論文でも後に紹介するワシントン事件判決⁷⁷、チェンバーズ事件判決⁷⁸、グリーン事件判決⁷⁹をとりあげて、アメリカでは、憲法第6修正条項による被告人の証拠提出権保障に基づいて、裁判所が被告人に有利な証拠を却下する裁量行使には制限があるという考えを紹介している⁸⁰のを挙げることができる。

77 後掲注 229。

78 後掲注 233。

79 後掲注 235。

80 光藤景皎「証人喚問請求権の蘇生」福田平・大塚仁博士古稀祝賀『刑事法学の総合的検討

もつとも、光藤教授の視点・関心は、裁判所が「証拠能力を備えていて関連性も認められる証拠であっても、取調べの必要性を否定して排除することができる」裁量という本論文の関心とは異なり、「伝聞証拠として一般には証拠能力を否定される証拠であっても、被告人に有利な証拠である場合には、伝聞法則を機械的に適用して排除することは許されないのではないか」という点⁸¹にあった。

実際、光藤教授は、前述の3つの連邦最高裁判決を紹介した論文を発展させるかたちで、日本でも被告人が自らに有利な証拠を提出しようとする場合に伝聞法則の機械的な適用を排した証拠採用を認め得ないかを論じている⁸²。

光藤教授に限らず、アメリカ証拠法を参照しようという日本での取り組みにおいては、証人对質権と伝聞法則の問題に重点が置かれ、科学的証拠の許容性に関する一部の研究⁸³を除けば、それ以外の問題に目が向けられてこな

(下)』(有斐閣、1993年)669頁。後に、「証拠調請求権の再生」と表題を改め、同『刑事証拠法の新展開』(成文堂、2001年)126頁に所収。

81 なお、伝聞法則の機械的適用による弊害を防ごうという問題意識については、連邦証拠規則では、803条及び804条に詳細な伝聞例外規定を設け、かつ、807条が、落穂拾いの伝聞例外規定(Residual Exception)として、「803条ないし804条の定める類型に該当しない供述であっても、同様の信用性の情況的保障があり、(A)主要事実に関する証拠として提出された供述であって、かつ、(B)証拠取調べ請求者が一般的に期待される努力をすれば入手可能と考えられる他の証拠のいずれよりも、要証事実との関係で、当該供述の証拠価値が高いと認められ、かつ、(C)当該供述を証拠として許容することが本規則の趣旨及び正義の利益に適うと認められる場合には、その供述は、伝聞として排除されるものではない」と定めることで解決を図っている。

82 光藤景皎『『被告人の証拠提出権』試論』吉川経夫古稀祝賀論文集『刑事法学の歴史と課題』(法律文化社、1994年)435頁。後に、「被告人の証拠提出権」と表題を改め、同『刑事証拠法の新展開』(成文堂、2001年)154頁に所収。

83 後掲注173及び同175を参照。

かったきらいがある⁸⁴。

アメリカ証拠法に関する判例を精力的に紹介してきた小早川義則教授の研究においても、関心の大半は、伝聞法則を中心とする証拠能力の問題に向けられてきたといえる⁸⁵。

裁判所による証拠採否に一定の関心が向けられた研究として、小早川教授による強制的証人喚問請求権に関する連邦最高裁判例の紹介⁸⁶、野々村宜博教授による修正第6条に関する研究⁸⁷及び連邦証拠規則403条に関する研究⁸⁸などがあるものの、いずれも、アメリカにおける議論状況が紹介されているに留まり、日本の状況との比較や日本の制度に対する示唆に関する具体的な言及に及んだものではなかった。

そこで、本章では、これまであまり触れられてこなかった「証拠能力も関連性もある証拠の採否の問題に関するアメリカの議論状況」を確認し、その結果を、証拠採否裁量を規律する準則を基礎づける注意則の指摘に活かそうとするものである。

84 「証人審問権」という表題であるものの、やはり、アメリカにおける証人対質権・伝聞法則に関する議論を中心とした研究として、堀江慎司「証人審問権の本質について(1)～(6)・完—アメリカにおける議論を中心に—」法学論叢141巻1号～5号、142巻2号(1997年)がある。

85 名城法学52巻2・3号338頁(2003年)に掲載の著作目録を参照。

86 小早川義則「デュー・プロセスをめぐる合衆国最高裁判例の動向(3)」名城法学51巻1号33頁(2001年)。

87 野々村宜博「アメリカ合衆国憲法修正第6条 強制手続条項 (the Compulsory Process Clause) に関する一考察—日本国憲法第37条2項後段規定検討の手懸りとして—」法と政治38巻3号491頁(1987年)。

88 野々村宜博「アメリカ合衆国連邦証拠規則403条の意義に関する一考察」法と政治53巻1号159頁(2002年)。

第2節 連邦証拠規則とその解釈判例に見る証拠採否裁量基準

1 連邦証拠規則の基本構造

(1) アメリカ刑事証拠法の法源とその特徴—連邦証拠規則の統一的規範性

まず、なぜ、連邦証拠規則をして、アメリカ合衆国における刑事証拠法としての統一的法規範と扱うことができるのかを確認しておきたい。

そもそも、アメリカ合衆国の裁判所とはいっても、周知のように、アメリカ合衆国は連邦制をとっており、基本的には各州が独自の法制定権限を有しており、連邦としては、憲法によって許された範囲でしか法制定権限を有していないので、アメリカ合衆国の裁判所全てを規律する統一的法規範というものを想定することは困難である⁸⁹。しかも、これまた周知のように、アメリカ合衆国は連邦も各州も判例法主義を採っているので、法規範といえば、成文化された制定法というよりも、判例法の集積ということになるのが一般である⁹⁰。

しかしながら、裁判所の証拠採否に関わる証拠法の領域について言えば、少数の例外を除いて、連邦にも各州にも適用される統一的な法規範が存在するということができる。それが、連邦証拠規則⁹¹である。

連邦証拠規則は、形式的には、連邦最高裁判所規則制定権に基づいて制定された連邦裁判所規則、すなわち、直接的には、連邦裁判所のみを規律する規則（制定法ではない）法規範であるものの、連邦議会が連邦最高裁

89 アメリカ合衆国の連邦制とこれに基づく連邦と州との間での法制定権限の分散について、刑事法分野との関係で簡潔に概説した邦語文献として、森本7頁。

90 アメリカ合衆国の判例法主義と法源の多元性について概説した邦語文献として、トニ・M・ファイン（牧野和夫監訳）『入門 アメリカ法制度と訴訟実務』47頁～63頁、97頁～114頁（レクシスネクシス・ジャパン、2007年）。

91 Fed. R. Evid.

判所による規則案に修正を加えて承認を与えたことにより効力を有するに至ったものなので、実質的には、制定法としての性質を併せ持っている⁹²。

しかも、各州もごく一部の例外を除いて、この連邦証拠規則と同一内容の制定法ないし裁判所規則を制定して、これを証拠法としている⁹³。

そのため、連邦証拠規則及びこれを解釈した連邦裁判所判例が実質的な意味ではアメリカ合衆国における証拠法に関する統一的法規範であるといえることができるのである⁹⁴。

したがって、本章でも、連邦証拠規則及びこれを解釈した連邦裁判所判例を資料として、アメリカ合衆国の裁判所における証拠採否のあり方を見ていくこととする。

なお、連邦証拠規則は、ごく一部の規定について民事訴訟手続または刑事訴訟手続に限定して適用されるとの留保が付されているほかは、両手続に共通して適用される証拠法として制定されており、刑事証拠法の法源と

92 連邦証拠規則の制定過程の詳細については、法務省刑事局（堀田力）『アメリカ合衆国連邦証拠規則注釈』（刑事基本法令改正資料第22号，1976年）1頁以下；中村恵「米国における連邦証拠規則の制定について」警察学論集28巻8号143頁以下（1975年）；法務大臣官房司法調査部（中村恵）『アメリカ合衆国連邦証拠規則』（法務資料第425号，法曹会，1976年）3頁以下；安富潔「余罪の証拠—アメリカ合衆国連邦証拠規則第404条(b)項制定経緯を中心として—」『慶応義塾創立125周年記念論文集（法学部法律学関係）』（1983年）418頁以下。

93 各州及び軍事裁判所を含む40を超える法域が連邦証拠規則類似の証拠法を採用していることについて、Paul C. Grinnell, *Understanding Evidence*, 10 (2d ed., Lexis Nexis 2006).

94 邦語文献で、連邦証拠規則の統一的法規範性を指摘しているものとして、小早川義則「ポリグラフ検査について—米連邦最高裁判例を契機に—」名城法学48巻2号95頁，106頁（1998年）。

もなるものである。

(2) 連邦証拠規則の基本構成

連邦証拠規則⁹⁵は、(1)総則、(2)司法上の確知⁹⁶、(3)民事訴訟における推定、(4)関連性とその限界、(5)秘匿特権⁹⁷、(6)証人、(7)意見及び専門家証人、(8)伝聞、(9)真正及び同一性、(10)書証・記録媒体・写真、(11)雑則の11章から成り立っている⁹⁸。

本論文の課題である「証拠能力ある証拠であっても必要性がないものとして取り調べない」という裁判所の証拠採否の問題に直結しているのは、第4章「関連性とその限界」に関する規定である。

第4章においては、「関連性」の定義を規定した401条、関連性ある証拠は全て許容されるとの原則論を示した402条及び「関連性がある証拠であっても、取り調べることに弊害があるものについては、取り調べないことができる」という裁判所の裁量を定めた403条の3か条が総則的規定であり、その余である404条ないし415条は、特定場面における証拠に関する関連性と取り調べることによる弊害との均衡を考慮しての

95 連邦証拠規則の原文を容易に閲覧する方法として、<http://www.law.cornell.edu/rules/fre/>

連邦証拠規則の各条文の日本語訳については、前掲注92の法務省刑事局（堀田）；同中村；同法務大臣官房司法調査部（中村）。ただし、これらは、1975年の制定当初の条文を翻訳したもので、後の度重なる改正を反映していない。このうち、法務大臣官房司法調査部（中村）による翻訳については、その後の改正を一部反映した形で、最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 米国編Ⅲ—陪審の事実認定を中心として—』（司法協会、1996年）413頁～446頁に再録されている。

96 “judicial notice.” 日本の刑事証拠法で言えば、「不要証事実」の問題である。

97 “privilege.” 証人拒否権・証言拒否権の問題である。

98 連邦証拠規則の概要を解説した邦語翻訳文献として、チャールズ R・ウォリ（椎橋邦雄訳）「アメリカ民事証拠法の概要」山梨学院大学法学論集51巻489頁（2004年）。

採否を具体的に定めた各則である。

「証拠能力ある証拠であっても必要性がないものとして取り調べない」という裁判所の証拠採否の問題を論ずる上で、重要なのは当然403条であり、その具体的採否のあらわれである404条以下も検討の対象となる。

(3) 連邦証拠規則403条の位置づけについて

403条⁹⁹は、「偏見，混乱，時間の浪費という理由に基づく関連性ある証拠の排除」との表題の下に、「たとえ関連性があっても，その証拠価値よりも，不公平な偏見のおそれ，争点の混乱，陪審の誤導，不当な遅延，時間の浪費，重複証拠の不必要な提出等の弊害の方が著しく凌いでいるときには，その証拠は排除され得る」¹⁰⁰と定めている¹⁰¹。

これは，原則規定である402条の例外を定めたものである。402条¹⁰²は、「関連性ある証拠の原則的許容，関連性なき証拠の不許容」という表

99 [Exclusion of Relevant Evidence on Grounds of Prejudice, Confusion, or Waste of Time] Although relevant, evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury, or by considerations of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence. Fed. R. Evid. 403.

100 前掲注 92 法務大臣官房司法調査部（中村）7頁では，” its probative value is substantially outweighed by ...” を「その証明力が...によって実質的に減殺される」と訳出しているものの，掲記された各弊害要素は，証拠の証明力を「減殺」するものではない。403条は，証拠の証拠価値と弊害とを衡量（しかも，当価値的利益衡量ではなく，採用推定を働かせた上での衡量が求められている）した上での証拠採否判断を求めるものであるから，「その証拠価値よりも，弊害の方が著しく凌いでいる」と訳出するほうが適切である。

101 連邦証拠規則403条の趣旨を概説した邦語文献として，前掲注 88。

102 [Relevant Evidence Generally Admissible; Irrelevant Evidence Inadmissible] All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution of the United States, by Act of Congress, by these rules, or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority. Evidence which is not relevant is not admissible. Fed. R. Evid. 402.

題の下に、「全ての関連性ある証拠は許容される。ただし、合衆国憲法、議会制定法、この規則、最高裁判所規則制定権に基づいて規定されたその他の規則に別段の定めがある場合には、この限りでない。関連性のない証拠は許容されない」と定めている。

そして、402条及び403条における「関連性ある証拠」の定義について定めているのが401条である。401条¹⁰³は、『「関連性ある証拠」の定義』という表題の下に、『「関連性ある証拠」とは、その証拠がないよりもあった方が訴訟における判断に重要な影響力を有する何らかの事実の存在をより確からしくするかより不確かにする性質を持っている証拠をいう』と定めている。

このように、関連性ある証拠は採用されるという402条の原則の下で、裁判所は、403条に基づいて、例外的に、関連性ある証拠でも採用しないことができる場合があるとしている規則の構造からすれば、まず、関連性ある証拠は採用されるという原則論の理解が極めて重要であり、この原則論の理解にとって、401条にいう「関連性がある」というのはどういう意味であるのかを正確に理解しておく必要がある。

2 証拠の採用許容性としての「関連性」

(1) relevancyとmateriality

401条が定義する「関連性」¹⁰⁴の理解にあたっては、狭義のrelevancy

103 [Definition of "Relevant Evidence"] "Relevant evidence" means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence. Fed. R. Evid. 401.

104 "relevancy."

とmateriality¹⁰⁵という2つの概念の理解が重要である¹⁰⁶。

狭義のrelevancyは、要証事実と証拠との関係を示す概念であるのに対し、materialityは、要証事実と訴訟の争点との関係を示す概念である。

そして、この狭義のrelevancyとmaterialityがともに満たされる場合に、「関連性がある証拠」¹⁰⁷とされる。

401条は、materialityを”fact that is of consequence to the determination of the action”¹⁰⁸という文言で示している。要証事実の立証に成功したとしても、訴訟における判断に重要な影響力を有しない場合には、materialityがないとされるのである。このように要証事実がmaterialであることを前提にして、そのような事実について、「その証拠がないよりもあった方が存在をより確からしくするかより不確かにする性質を持っている」¹⁰⁹証拠かどうかは狭義のrelevancyの問題である¹¹⁰。このような理解は、連邦証拠規則の諮問委員会註釈¹¹¹にも示されている。

105 要証事実の重要性

106 両概念の区別の重要性を指摘する邦語文献として、田中開ほか『刑事訴訟法（第3版）』（有斐閣、2008年）251頁－252頁。

107 “relevant evidence.”

108 「訴訟における判断に重要な影響力を有する事実」

109 “having any tendency to make more probable or less probable than it would be without the evidence.”

110 Grinnell, *supra* n. 93, at 106-107.

111 “Notes of Advisory Committee.” 連邦証拠規則の原案を起草した諮問委員会による逐条註解であり、連邦証拠規則の解釈にあたって最も重要な二次的資料とされており、連邦証拠規則を解釈する判例でもしばしば引用されている。前掲注95の規則原文が閲覧できるサイトでは、諮問委員会註釈も閲覧できる。

(2) 狭義のrelevancyと証拠の十分性との違い

そして、狭義の relevancy を有しているというためには、その証拠が要証事実を「証拠の優越」により証明できるまでの性質を要求されているわけではなく、単に「その証拠がないよりもあった方が事実の存在をより確からしくするかより不確かにする性質を持っている」ことが要求されるだけである。

ひとつひとつの証拠が関連性を有するかを判断するにあたって、「証拠の優越」により証明できる程度の性質を求めるのは、証拠の許容性¹¹²を証拠の十分性¹¹³、すなわち、証明責任を満足させる証拠提出をした否かの問題と混同したものであるとの指摘がなされている¹¹⁴。

判例も、繰り返し、証拠の許容性、すなわち、採否の問題と採用されて取り調べられた際にどれだけの証拠価値を持って事実認定者に影響を与えるかの問題を混同してはならないと判示してきた。

一例として、スノー事件判決¹¹⁵では、登録されていない銃器の所持を禁じた法律に違反したものとして被告人が有罪とされた事案において、中から銃器が発見された鞆に貼られていた被告人の氏名が印字された名札を証拠として認めた事実審裁判所の判断が伝聞法則に違反していないかが争われたところ、控訴審裁判所は、記述された内容の真実性を立証するために用いるものではないから伝聞証拠にあたらないとした上で、「被告人の氏名が記載された名札が貼ってあったとしても、他人が貼った可能性も

112 “admissibility.”

113 “sufficiency.”

114 Grinnell, *supra* n. 93, at 108-114.

115 *United States v. Snow*, 517 F.2d 441 (9th Cir. 1975).

あり、被告人の所持品であるという確証などないのであるから、その名札を、それが貼られていた鞆が被告人の所持品であることを示す証拠として用いることは許されないはずである」という被告人の主張に対して、「確かに、他人が貼った可能性を完全に払拭することはできず、名札が貼られていたものが名札の名義人の所持に属するとの確証はない。しかし、名札の存在は、その名義人の所持に属するという推認を導くという意味で関連性がある証拠であることは明らかである。関連性がある以上、採用が妨げられることはない。他人が貼ったなどの理由で名札の名義人の所持に属さない可能性があるから、名義人の所持に属すると推認することが許されるか否かの問題は、名札が証拠として採用されて取り調べられた後に、当事者が推認の可否に関する意見を述べあい、それを聞いた事実認定者が判断すべき問題である」とした。許容性を判断する段階で、取り調べたら完全に信用できるような証拠か否かを先取り評価すべきではないのである。

この点について、401条に関する諮問委員会註釈も、マコーミック教授¹¹⁶の「レンガ1個は壁ではない」¹¹⁷という言葉、そして、マクベイン教授¹¹⁸の「全ての証人がホームランを打つことを期待されているわけではない」¹¹⁹という記述を引用して、401条が求める以上の要求をするのは非現実的であるとしている。

116 Prof. Charles Tilford McCormick.

117 “A brick is not a wall.”

118 Prof. James Patterson McBaine.

119 “[I]t is not to be supposed that every witness can make a homerun.”

(3) 厳格にmaterialityを要求することの問題性

以上のような、証拠の採否、すなわち、許容性判断の段階では、要件を緩やかにとらえる考えは、狭義のrelevancyだけではなく、要証事実のmateriality¹²⁰の判断においても妥当する。それは、間接証拠による立証の場面を考えれば明らかであろう。

間接証拠による立証の場合、その要証事実自体が、直接事実との関係では証拠という地位に立ち、その要証事実の証明がないよりも証明があった方が直接事実の存在をより確かからしくするかより不確かにするかどうかという狭義のrelevancyの問題としてとらえられるからである。すなわち、間接証拠における要証事実は、直接事実との関係で、materialityの問題であると同時に、狭義のrelevancyの問題でもあるわけである。

したがって、ひとつひとつの要証事実については、過度にmaterialityを要求しないで、いくつもの要証事実の集積の結果として、直接事実の証明をすることも認めるべきなのである。

なお、後に詳説する被告人の憲法上の証拠提出権に関する一連の連邦最高裁判例は、証拠にはrelevancyとmaterialityが求められるとしながら、materialityの意義を明らかにしてはいない¹²¹。

この点、連邦量刑ガイドラインマニュアルは、「materialな証拠とは、信用性が認められれば、判断を求められている争点に影響を及ぼす性状を有する証拠をいう」と定義している¹²²。この定義を引用して、偽証罪の構成

120 重要性

121 Janet C. Hoefel, *The Sixth Amendment's Lost Clause: Unearthing Compulsory Process*, 2002 Wis. L. Rev. 1275, 1354 (2002).

122 “‘Material evidence’ ... means evidence ... that, if believed, would tend to influence or affect the

要件について、「偽証とは、materialな事柄に関する虚偽供述でなければならぬ」とした判例がある¹²³。また、代表的な法律辞典であるブラック法律辞典は、material evidenceの項で、”material”とは、「重要な事実との間で何らかの論理的結びつきを持つこと」¹²⁴であると定義している¹²⁵。

こうした定義も、証拠の許容性の要件としての materiality に厳密なものを求めている法の態度があらわれているといえよう。

(4) 緩やかに関連性を認める精神

このように、連邦証拠規則は、1つの証拠に過度に「狭義のrelevancyとmateriality」、すなわち、広義のrelevancy、つまり、証拠価値¹²⁶を期待して、証拠価値がそれほど高くなければ、その証拠を調べなくともよいという姿勢をとっていない。ひとつひとつとしては、証拠価値がそれほど高くない証拠であっても、きちんと調べ上げた上で、証拠の十分性を判断するべきであるとされているのである。

3 Relevancy概念と「自然的関連性・法律的関連性」との関係

(1) はじめに

証拠の関連性の問題を論じるに際して、日本では、自然的関連性と法律的関連性という分類概念が用いられることが多いため、混乱を避けるべく、連邦証拠規則における関連性概念とこれら分類概念との関係を明らかに

issue under determination.” Federal Sentencing Guidelines Manual 3C1.1 cmt., at n.6 (2001). なお、連邦量刑ガイドライン及び同マニュアルについて概観している邦語文献として、森本151頁～198頁。

123 *United States v. Chavez*, 229 F.3d 946, 954-55 (10th Cir. 2000).

124 “having some logical connection with the consequential facts”

125 Black's Law Dictionary 991 (7th ed. 1999).

126 “probative value.”

しておきたい。

(2) 法的関連性とは

日本では、証拠の「関連性」という場合には、要証事実に対して必要最小限度の証明力を有していることをいう「自然的関連性」と、自然的関連性があっても、不当な偏見の排除、争点の混乱の防止、不当な不意打ちの排除などの要請から関連性を否定する場合の「法的関連性」との2種類に区別して論ずることが多い¹²⁷。

ここにいう「法的関連性」の問題は、ほぼ、連邦証拠規則403条における証拠価値と弊害要素とを衡量しての採否の問題に相当する。ただし、日本では法的関連性を否定する弊害要素と考えられている「不当な不意打ち」については、連邦証拠規則403条では、その諮問委員会註釈によると、許容性を否定する弊害要素として考えられておらず、不意打ちが問題となった場合には、証拠取調請求却下ではなく、公判延期の方が望ましいとされている¹²⁸。

連邦証拠規則が制定される以前から、アメリカ証拠法理論において、“logical relevance”と“legal relevance”とを区別した議論がウィグモア¹²⁹を中心になされてきた。すなわち、“logical relevance”が「要証事実と証拠との論理的関係性」としてとらえられ、この“logical relevance”が認められる証拠であっても、「これを排除すべきとする法政策が働く」場合には、“legal relevance”に欠ける証拠として、許容されないものとされるとい

127 白取343頁など。

128 *United States v. DiPasquale*, 740 F.2d 1282 (3d Cir. 1985), cert. denied, 469 U.S. 1228 (1985).
前掲注88の190頁注(4)。

129 John Henry Wigmore.

うのである¹³⁰。

(3) 自然的関連性とファンデーション

これに対して、「自然的関連性」の問題は、アメリカ証拠法では、ファンデーション¹³¹の問題として扱われるものに相当すると言える。

「ファンデーション」¹³²とは、コモンロー証拠法理論で形成されてきた証拠の許容性を認めるための前提条件を示す概念であり¹³³、連邦証拠規則では、概念自体を直接的に用いてはいないものの、ファンデーションに相当する前提条件を定めた条項を多数設けている。

例えば、602条1文は、「証人は、ある事項について、個人的知識¹³⁴を有していると認めるに足りる十分な証拠が提出されない限り、その事項について証言することはできない」と定める。証言のファンデーションとして、証人の「個人的知識」の存在、例えば、他でもない証人自身が目撃しているということを要求している¹³⁵のである¹³⁶。

130 Herman L. Trautman, *Logical or Legal Relevance – A Conflict in Theory*, 5 Vand. L. Rev. 385, 389-390 (1952).

131 “foundation.”

132 ファンデーションについて概説した邦語文献として、森本138頁～140頁。

133 See Irving Younger, Michael Goldsmith & David A. Sonenshein, *Principles of Evidence*, 70-97 (5th ed., LexisNexis 2007).

134 “personal knowledge.”

135 602条2文は、「証人が個人的知識を有していることを証明する証拠は、その証人自身の証言で足りるが、それに限られない」と定めており、一般に、「個人的知識」の存在は、当該証人の証言によって立証されている。

136 [Lack of Personal Knowledge.] A witness may not testify to a matter unless evidence is introduced sufficient to support a finding that the witness has personal knowledge of the matter. Evidence to prove personal knowledge may, but need not, consist of the witness’ own testimony. This rule is subject to the provisions of rule 703, relating to opinion testimony by expert witnesses.

また、901条(a)は、「(証拠採用の)許容性の前提条件としての真正¹³⁷や同一性¹³⁸の証明」について定めており、証拠物¹³⁹や展示証拠¹⁴⁰について、ファンデーションとして、真正や同一性が要求されることを前提としている。例えば、写真を証拠とするためのファンデーションは、その写真が撮影された対象を正確かつ忠実に再現していることとされる¹⁴¹。

さらに、科学的証拠に基づく鑑定意見については、後に採り挙げるドバート事件判決¹⁴²によって、その基礎となる原理や方法について「信頼性」の認められることがファンデーションとして要求されている。

このように、日本でいうところの「自然的関連性」は、アメリカ証拠法でいうところのファンデーションに相当する問題であり、先に述べた”logical relevance”に相当する連邦証拠規則401条における関連性とは問題を異にしていることに留意すべきである。

この点、自然的関連性は、「狭義の証明力」(「関連性 (probative value)」)¹⁴³ととらえれば足りると説明する立場もある¹⁴⁴。しかし、連邦証拠規則401条ないし403条における概念としてのrelevancyやprobative valueを前提とする限り、やはり、自然的関連性とされる問題は、relevancyや

Fed. R. Evid. 602.

137 “authentication.”

138 “identification.”

139 “real evidence.”

140 “demonstrative evidence.”

141 Grinnell, *supra* n. 93, at 361-364.

142 後掲注 174。

143 広義の証明力(証拠価値)の問題から信用性(その証拠がどの程度信用できるのか)の問題を除いた問題ととらえて説明しているようである。

144 池田=前田 349頁, 347頁。

probative valueという問題とは分けて考えるべき「ファンデーション」の問題というべきである。

さらには、「自然的関連性と呼ばれるものと法律的関連性と呼ばれるものとの間に本質的な違いがあるわけではない」ので、「これらの用語を使用しない」という立場もある¹⁴⁵。しかし、自然的関連性がファンデーションに相当するもので、法律的関連性が連邦証拠規則403条による衡量の下での採否の問題に相当すると考える限り、やはり、日本における議論でも、両者を分けて考えることに意味がないとはいえないであろう。

4 403条の要求する比較衡量の性格—biased in favor of admissibility—

こうして、ひとつひとつの証拠については、過度に証拠価値を要求しないで、少しでも事実の存否の判断に影響を及ぼす証拠であれば採用して取り調べようという精神を有している連邦証拠規則の中にあつて、403条は、関連性があり、証拠価値がある証拠であっても、取り調べることによる弊害が証拠価値を著しく凌いでいる場合には、その証拠を取り調べないことができるとしているのであるから、弊害の程度が相当に上回っていない限り、取り調べる方向で考えているという解釈が合理的である。

結局、403条に基づいて取り調べないものとすることができるかを判断するにあたっては、まず、当該証拠の証拠価値を評価し、次に、当該証拠を調べることで生じる弊害の程度を評価し、両者を比較衡量することになる。その際に重要なのは、403条の「著しく凌いでいる」¹⁴⁶という文言である。

145 田中開・寺崎嘉博・長沼範良『刑事訴訟法（第3版）』（有斐閣，2008年）252頁〔長沼執筆部分〕。

146 “substantially outweighed.”

403条での判断に当たっては、「採用（許容）の推定」に傾いた¹⁴⁷判断が求められており、証拠価値と弊害との等価的利益的利益衡量をして、弊害が証拠価値よりも少しでも勝っていれば採用しないという態度は許されない¹⁴⁸。

5 判例における「採用（許容）推定原則」のあらわれ

(1) はじめに

このように、連邦証拠規則が基本的に証拠を広く採用しようという精神を有しているとの解釈は、判例においても繰り返し確認されてきた。これらの判例は、事実審裁判所の証拠採否判断を不服とした上訴に対する上訴審としての判断である。

(2) 事実審による証拠採否判断に対する上訴審の審査基準

事実審裁判所の証拠採否判断に関する判例は、その判断の当否を上訴審が審査したものであるため、これら判例の意義を理解する前提として、事実審による証拠採否判断に対する上訴審の審査基準を明らかにしておく必要がある¹⁴⁹。

まず、証拠採否判断に関わる問題は、証拠法の解釈自体の問題と一定の解釈を前提としての特定の事案への適用の問題とに分けて考えることができ、一般に、前者については、法律解釈の問題として、覆審的に事実審の判断にとらわれずに新規に判断する¹⁵⁰ものとされ、後者については、裁量を逸脱しているかの問題として、裁量権の濫用があったかどうかを判断

147 “biased in favor of admissibility.”

148 Grinnell, *supra* n. 93, at 118-124.

149 上訴審における審査基準について概説した邦語文献として、森本200頁・201頁。

150 “De novo review.” *United States v. Raddatz*, 447 U.S. 667, 690 (1980).

する¹⁵¹ものとされる¹⁵²。

その上で、事実審裁判所の判断に誤りがあったと考えられる場合でも、その誤りが裁判結果に影響を及ぼさない無害なもの（ハームレス・エラー）¹⁵³であるか、裁判結果に実質的に影響を及ぼすもの¹⁵⁴であるかを判断し、前者にあたる場合には、事実審裁判所の判断を維持することになる¹⁵⁵。この点、連邦証拠規則 103 条(a)柱書は、「瑕疵ある決定の効果」と題して、「当事者の重要な権利に影響を生じたものでない限り、証拠の採否に関する決定について瑕疵があったと認めることはできない」と定め¹⁵⁶、ここにいう「重要な権利」とは何かを定義していないものの、かかる定めは、上述のように、誤りが裁判結果に影響を及ぼさない無害なもの（ハームレス・エラー）である場合には原判断を維持するというハームレス・エラーの法理¹⁵⁷を採用したものと理解されている¹⁵⁸。

そして、事実審段階で一定の手續履践を経た証拠採否判断の瑕疵でなければ、上訴理由として主張することが認められないとされている。この点

151 “Abuse of discretion standard.” *United States v. Abel*, 469 U.S. 45, 54-55 (1984).

152 Grinnell, *supra* n. 93, at 82.

153 “Harmless error.”

154 “Prejudicial (reversible) error.”

155 Grinnell, *supra* n. 93, at 81.

156 [Effect of erroneous ruling.] Error may not be predicated upon a ruling which admits or excludes evidence unless a substantial right of party is affected, Fed. R. Evid. 103(a). なお、前掲注 92 の法務大臣官房司法調査部（中村）1 頁は、本条の”predicate”という語について、「記録する」の意味にとらえ訳出しているが、正しくは、「主張の根拠となる」という意味である。

157 違法収集証拠排除法則との関係での分析ではあるものの、ハームレス・エラー法理を研究した邦語文献として、小早川義則「排除法則とハームレス・エラーの法理—不任意自白を中心に—」名城法学 5 2 巻 2・3 号 203 頁（2003 年）。

158 Grinnell, *supra* n. 93, at 82.

については、連邦証拠規則 103 条(a)の(1)号・(2)号が定めを置いている。すなわち、(1)号では証拠採用判断の瑕疵を主張する場合について、その証拠採用がなされた際に適時に異議申立て¹⁵⁹または削除（排除）の申立て¹⁶⁰がなされ、それが記録に留められていなければならないとされている。しかも、異議申立ての具体的な理由が手続経過からして明白であるとは言えない場合には、具体的な理由が述べられた異議申立てでなければならないとされている。そして、(2)号では、証拠取調請求却下の判断の瑕疵を主張する場合について、取調請求対象である証拠の内容が裁判所にわかる形での証拠取調請求¹⁶¹がなされていたか、尋問がなされた経過からして採用を求めていた証拠内容が裁判所に明白であったことが必要であるとされている。ただし、(1)号・(2)号いずれの場合でも、公判前¹⁶²にせよ公判中にせよ、記録に留められた終局的な証拠採否判断がなされた場合には、その判断を受けて、改めて異議申立てをしたり、再度の証拠取調請求をしたりしなくとも、その判断の瑕疵を上訴で主張することができるものとされている¹⁶³。

なお、証拠採否判断に関わる手続に関する記録の作成のあり方については、103 条(b)が事実審裁判所の職権行使の問題として定めているものの、上述したように、記録に留められた手続履践が上訴で瑕疵を主張するための前提要件とされていることから、「記録に留めさせること」は、法廷弁護士（訴追側代理人（検察官）を含む）にとって、最も重大な職責と考え

159 “objection.”

160 “motion to strike.”

161 “offer of proof.”

162 公判前の段階でも証拠採否判断がなされていることについては、次項で詳説する。

163 Grinnell, *supra* n. 93, at 67-74.

られ、弁護士には、異議申立てや証拠取調請求が適切に記録に留められているかを確認することが求められているのであって、異議申立てが記録に留められていない場合は、瑕疵の主張が上訴審で認められない場面の典型例とされている¹⁶⁴。

このように、異議申立てなどが事実審記録に留められていない場合には、原則として、瑕疵を上訴理由として主張できないとされているところ、103条(d)は、例外として、「上訴裁判所は、事実審裁判所の注意が喚起されなかった瑕疵の問題であっても、当事者の重要な権利に影響を及ぼす明白な瑕疵を採り挙げて審査することを妨げられない」と定め、いわゆる「明白な瑕疵の法理」¹⁶⁵を採用していることを明らかにしている¹⁶⁶。

以上のように、上訴審で審査の対象となる事実審裁判所の証拠採否判断における瑕疵は、事実審記録に異議申立てや証拠取調請求が具体的に留められているものに限られるのが原則であり、例外的に、異議申立てなどが記録に留められていなくとも、いわゆる「明白な瑕疵」については審査対象とできるものとされているのである。そして、証拠法解釈の問題であれば、覆審的に審査し、具体的事案への適用の問題であれば、裁量の濫用がなかったかを審査するというものである。

(3) 事実審裁判所による証拠採否判断手続—公判前手続と公判手続—

前項で見たような形で上訴審での審査対象となる事実審裁判所による証拠採否判断がどのような手続・場面でなされているのかを確認しておく

164 *Id.* at 79-80.

165 “Plain error rule.”

166 *Luce v. United States*, 713 F.2d 1236 (6th Cir. 1983), *aff'd*, 469 U.S. 38, 41 n.4 (1984). See *Grinnell*, *supra* n. 93, at 80-81.

ことも、上訴審判決を理解する上では重要であろう。

事実審裁判所による証拠採否判断は、公判中にも、公判前にも行われている。403条による衡量に基づく証拠採否判断について、例を挙げれば、公判手続において、証言内容が不公平な偏見を招くものであるとして排除の申立てがなされたのに対する判断がなされるのが典型例であろう。公判前に、予定証人に対して不公平な偏見を生じさせる一定内容の質問を禁ずることを求める申立てがなされたのに対する判断をする場合もある。

公判前の証拠採否判断手続としては、連邦証拠規則にも連邦刑事手続規則にも特段の定めがないものの、「不適切証拠排除申立て」¹⁶⁷手続¹⁶⁸が広く用いられている¹⁶⁹。また、州ごとに独自の公判前手続が用意され、その中で、連邦証拠規則403条に基づく判断に相当する判断もなされている¹⁷⁰。

なお、連邦刑事手続規則17.1条は、公判前の打合せ¹⁷¹手続に関する定めを設けているものの、ほとんど利用されておらず、公判前の証拠採否

167 “Motion in limine.”

168 “Motion in limine”を紹介している邦語文献として、丸田隆「刑事陪審裁判における不適切証拠の事前排除—Motions in Limine（不適切証拠排除申し立て）について—」法と政治43巻4号1195頁（1992年）。

169 Grinnell, *supra* n. 93, at 74-76.

170 各州における公判前手続に関する邦語文献としては、テキサス州について、ローク・M・リード、井上正仁、山室恵『アメリカの刑事手続』（有斐閣、1987年）218頁以下；ワシントン州について、島伸一『アメリカの刑事司法—ワシントン州キング郡を基点として』（弘文堂、2002年）162頁以下；ニューヨーク州について、目片浩三「ニューヨーク州刑事手続における『争点』と『証拠』の整理について」日本弁護士連合会ニューヨーク州調査報告団『市民が生きる裁判員制度に向けて—ニューヨーク州刑事裁判実務から学ぶ』（現代人文社、2006年）30頁以下。

171 “Pretrial conference.”

判断がなされる手続としても利用されていないのが実状である¹⁷²。

いずれにせよ、留意すべきは、どの公判前手続においても、日本の公判前整理手続で推進されている運用のように、裁判所が争点整理・証拠整理を図るべく、証拠調べの必要性の観点からも積極的に証拠取調請求を却下していくようなことは行われていないということである。あくまでも、当事者主導の申立てに対する判断の手続になっているということである。

以上のような事実審裁判所における証拠採否判断手続及びこれに対する上訴審における審理の特徴を踏まえつつ、証拠採否のあり方に関する判例を確認していこう。

(4) ドバート事件判決からの示唆

まず、日本でも、科学的証拠の許容性に関する重要判例として広く紹介されている¹⁷³連邦最高裁判所のドバート事件判決¹⁷⁴にあらわれている「採用推定法理」に関する判示を確認しておこう。

ドバート事件判決は、科学的証拠が関連性を有すると認められるための基準について、その基礎となる原理や方法がその属する特定分野で「一般的承認」を獲得しているものでなければならないとしていたフライ基準¹⁷⁵

172 岡田悦典「刑事訴訟における準備手続の役割と構造(2)―当事者主義訴訟における公判前整理手続に関する比較研究―」南山法学31巻1・2号241頁、249頁以下(2007年)。

173 井上正仁「科学的証拠の証拠能力(1)(2)」研修560号3頁・同562号6頁(1995年)；前掲注94の109頁；野々村宜博「刑事訴訟におけるFrye法則の意義について」法と政治46巻3号75頁(1995年)；徳永光「DNA証拠の許容性―Daubert判決の解釈とその適用―」一橋法学1巻3号807頁(2002年)。

174 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

175 *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (Col. D.C. 1923). フライ基準を紹介した邦語文献としては、前掲のドバート判決に関する紹介文献のほか、長沼範良「科学的証拠の許容性」『内藤謙先

を破棄して、信頼性が認められれば、採用・許容の余地があるとしたものである。

まず、フライ原則よりも、新たに制定された連邦証拠規則が優越する¹⁷⁶とした上で、連邦証拠規則の解釈方法について、他の制定法を解釈する場合と同様に、機械的に文言どおりの解釈をするべきだとし¹⁷⁷、401条と402条の規定振りからして、連邦証拠規則が要求する証拠の「関連性」は極めて緩やかなものである¹⁷⁸ことを確認している。

そして、専門家証言の許容性について定めた702条が「一般的承認」なるものを何ら要求していないことから、フライ基準を採り得ないとしたのである。

さらに、判決は、事実認定者の判断の助けになる証拠であればなるべく採用すべきだという姿勢を打ち出している¹⁷⁹。取り調べることによって生じる弊害を恐れて、取り調べないという事前排除的な判断をするよりも、十分な反対尋問や反証の提出、証明責任等に関する陪審に対する注意深い

生古稀祝賀論文集』457頁（有斐閣，1994年）；光藤景皎「証拠の関連性について—『条件付関連性』概念の提唱—」『刑事証拠法の新展開』（成文堂，2001年）1頁；野々村宣博「刑事訴訟における関連性概念について—その序論的考察(1)—」法と政治40巻2号339頁（1989年）；野々村宣博「刑事訴訟における関連性概念の再検討—伝聞法則との関係をも考慮して—」法と政治42巻1号63頁（1991年）。

176 “[T]he Frye test was superseded by the adoption of the Federal Rules of Evidence.” *Daubert*, 509 U.S. at 587.

177 “We interpret the legislatively-enacted Federal Rules of Evidence as we would any statute.” *Id.* “mechanical ‘plain meaning’ approach.” Grinnell, *supra* n. 93, at 11-13.

178 “The Rule’s basic standard of relevance thus is a liberal one.” *Daubert*, 509 U.S. at 587.

179 “Rule 702 further requires that the evidence or testimony ‘assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue.’” *Id.* at 591.

説示といった形で、取り調べた上で弊害をできる限り除去する方策を模索したほうが合理的であるとの立場を示している¹⁸⁰。

こうしたドバート判決の判示は、裁判所が403条の証拠採否裁量を使用する場合にも、弊害を恐れて安易に証拠取調請求を却下することを許さない姿勢を示しているものと言えよう。

(5) ビーチ・エアクラフト事件判決からの示唆

ドバート事件判決と同様に、連邦証拠規則が証拠採用を広く許容しようという緩やかな精神を持っていることを判示した判例として、ビーチ・エアクラフト事件判決¹⁸¹がある。

この事件は、海軍の訓練用飛行機の墜落事故をめぐって、死亡した操縦士の配偶者が原告となって、飛行機を製造したビーチ・エアクラフト社を被告とし、製造物責任に基づく損害賠償請求に及んだ事案である。

墜落原因が操縦士の操縦ミスにあったのか飛行機の欠陥にあったのが事実関係での争点であったところ、被告会社側は、この争点に関する重要証拠として、「最も可能性の高い事故原因として考えられるのは操縦士の操縦ミスである」という意見を含む「海軍法務部長による事故調査報告書」の取調べを請求した。

原告が当該報告書は伝聞証拠であるとして取調請求の却下を求めたところ、事実審裁判所は、「当該報告書は、連邦証拠規則803条(8)(c)が伝

180 “Vigorous cross examination, presentation of contrary evidence, and careful instruction on the burden of proof are the traditional and appropriate means of attacking shaky but admissible evidence...These conventional devices, rather than wholesale exclusion under an uncompromising "general acceptance" test, are the appropriate safeguards where the basis of scientific testimony meets the standards of Rule 702.” *Id.* at 596.

181 *Beech Aircraft Corporation v. Rainey*, 488 U.S. 153 (1988).

聞例外として許容する『公的記録・報告書』に該当する」という被告会社側の主張を受け容れ、当該報告書の取調べを許容した。なお、連邦証拠規則 803 条(8)(c)は、「公務所またはその機関による記録・報告書・供述書・データ編纂資料などのうち、法が認めた権限に基づいてなされた調査の結果得られた事実認定資料¹⁸²については、民事訴訟で提出されるとき、または、刑事訴訟での訴追側に対する反証として提出されるときには、その原告の供述者に対する証人尋問が可能な場合であっても、伝聞法則によって排除されるものではない。ただし、情報源やその他の状況により、信用性の欠如が明らかである場合には、この限りでない」と規定している。

原告は、事実審で敗訴したことから、控訴し、「問題となっている報告書は、事実だけでなく、意見を含んだものであるから、連邦証拠規則 803 条(8)(c)で伝聞例外とされる『事実認定資料』には当たらない」として、事実審裁判所が当該報告書の取調べを許容したのは違法であると主張した。

しかし、控訴審裁判所は、事実摘示以外の意見部分も 803 条(8)(c)の「事実認定資料」に当たるとする見解と当たらないとする見解とで同数に割れたので、この論点について判示することなく、他の論点について、事実審の判断は破棄を免れないとした。そこで、被告会社側が「事実摘示以外の意見部分も 803 条(8)(c)の『事実認定資料』に当たるか」という論点についても含めて、連邦最高裁に対し、上告受理を申し立てたところ、受理されたものである。

連邦最高裁は、結論として、事実摘示以外の意見部分も 803 条(8)(c)の「事実認定資料」に当たると判示した。その理由付けとして、①条文の文

182 “Factual findings.” Fed. R. Evid. 803(8)(c).

言から直ちに許容対象が事実部分に限られるとは解釈できないこと、②立法経過からしても、特に、上院と下院とで見解の相違があったことから、立法意思を通じて解釈するのが困難であること、③諮問委員会註釈も事実と意見という二分論に言及していないことを挙げ、文理解釈や立法者意思解釈からは、意見と事実の間で線引きがなされていたと考えるのは困難であるとする。

その上で、連邦最高裁は、「規則 803 条(8)(c)との関係でも広く許容性を認める姿勢が…『意見』証言に対する伝統的な障壁を緩めようとする連邦証拠規則の一般的な姿勢にも整合する」¹⁸³と述べて、803 条(8)(c)が意見や評価にわたる記載部分をただそれだけの理由で排除するものであると解することはできないとした。

こうしたビーチ・エアクラフト事件判決における規則の解釈手法も、連邦証拠規則が証拠の許容性を緩やかに認めるように求めていることを示している。

(6) アベル事件判決からの示唆

また、連邦証拠規則の解釈として、規則に明記された証拠に限って許容しようとする趣旨ではなく、規則に明記されていなくとも関連性ある証拠であれば採用しようとする姿勢を示した判例の一例として、アベル事件判決¹⁸⁴を挙げることができる。

アベル事件判決は、証言の弾劾方法について、608 条に明記された証

183 “A broad approach to admissibility under Rule 803(8)(C), ...is also consistent with the Federal Rules' general approach of relaxing the traditional barriers to ‘opinion’ testimony.” *Beech Aircraft Corporation*, 488 U.S. at 169.

184 *United States v. Abel*, 469 U.S. 45 (1984).

人の性格・行動についての証拠や609条に明記された前科の証拠以外のもの、具体的には、証人が偏見を抱いているとか買収されているといった証拠を提出することによってもなし得ることを示したものである。アベル事件判決は、その判示の理由として、連邦証拠規則には、偏見や買収を指摘して証言を弾劾することに関する明示の規定が存在しないものの、401条及び402条が証拠の関連性を緩やかに解した上で関連性ある証拠を広く採用しようとしていることに照らせば、偏見の指摘を証言の弾劾方法として認めない理由はないと述べている¹⁸⁵。

このように、単に連邦証拠規則に明示されていないという理由で、証拠として許容しないことは許されないとしているのである。

(7) スミス事件判決からの示唆

一方、連邦証拠規則があえて許容性を明示した証拠について、403条の裁量に基づく却下を許さないとした例として、スミス事件判決¹⁸⁶がある。

スミス事件では、証人が不正直さ又は虚偽陳述を包含した犯罪についての有罪判決を受けたという証拠がその証人の信用性を弾劾する目的で当

185 “One commentator, recognizing the omission of any express treatment of impeachment for bias, prejudice, or corruption, observes that the Rules ‘clearly contemplate the use of the above-mentioned grounds of impeachment.’ E. Clearly, McCormick on Evidence § 40, p. 85 (3d ed. 1984)... We think this conclusion is obviously correct. Rule 401 defines as ‘relevant evidence’ evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence. Rule 402 provides that all relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the United States Constitution, by Act of Congress, or by applicable rule. A successful showing of bias on the part of a witness would have a tendency to make the facts to which he testified less probable in the eyes of the jury than it would be without such testimony.” *Id.* at 50-51.

186 *United States v. Smith*, 551 F.2d 348 (D.C. Cir. 1976).

時の609条(a)(2)に基づいて取調請求されたのに対して、裁判所が403条に基づく裁量で却下できるかが問われた。

制定当時の609条(a)は、「証人の信用性を弾劾する目的で、かつてその証人が、ある犯罪で有罪の裁判を受けたという証拠を提出することは、その犯罪が次のようなものである場合に限り許される」との柱書のもとで、(1)号が「有罪となった罪の法定刑が死刑又は1年以上の拘禁刑に当たる場合で、裁判所がかような証拠を許容することの証拠価値が被告人に対する不利益な影響を差し引いてなお余りあるものと判断した場合」と定め、(2)号は、「刑罰のいかんにかかわらず、その有罪事実が、不正直さ又は虚偽供述を包含している場合」と定めていた。

スミス事件判決は、609条(a)がこのように(1)号の場合と(2)号の場合とを明確に区別し、(1)号の場合についてのみ、証拠価値と不利益との衡量を要求していることと、そのような規定振りに至った立法過程を重視し、(2)号に基づいて、証人が不正直さ又は虚偽陳述を包含した犯罪についての有罪判決を受けたという証拠をその証人の信用性を弾劾する目的で提出する場合には、自動的に許容されるのであって、裁判所が403条の裁量に基づいて却下する余地はないとした¹⁸⁷。

このように、連邦証拠規則があえて許容性を明示した証拠について、裁判所が403条の裁量に基づいて取調請求を却下することは許されないとされているのである¹⁸⁸。

187 “The new Rule provides that a prior conviction for a crime involving dishonesty or false statement is automatically admissible for impeachment purpose. With respect to such evidence, the trial court enjoys no discretion.” *Id.* at 365

188 なお、609条(a)は、1990年に、スミス事件判決の趣旨に沿って(1)号のみに403

(8) 小括

以上、見てきたように、一連の判例は、連邦証拠規則に明示されたものを超えた制約を課して証拠提出を制限することに消極的であり、連邦証拠規則に明示されていないというだけの理由で証拠としての許容性を否定することを認めないし、逆に、連邦証拠規則があえて許容性を明示している証拠を裁判所が403条の裁量に基づいて安易に却下することにも消極的なのである。

6 403条の裁量権行使にあたっての具体的な衡量の方法について

(1) リーディングケースとしてのオールドチーフ事件判決

このように、連邦証拠規則を基本的法源とするアメリカ刑事証拠法は、403条の裁量に基づく安易な証拠取調請求却下を認めていないところ、裁判所は、具体的に、403条の裁量権行使にあたって、どのような衡量判断をすべきものとされているのであろうか。

この問題について、リーディングケースとされているのが、オールドチーフ事件判決¹⁸⁹である¹⁹⁰。

関連性は備えている証拠について、その要証事実をより弊害のおそれが少ないかたちで立証できる代替的立証方法がある場合に、弊害のおそれの相対的な高さを理由として、403条で排除できるのかが問われた事案である。

条に基づく排除が及び得ることを明示する形での改正がなされた。Younger, *supra* n. 133, at 304.

189 *Old Chief v. United States*, 519 U.S. 172 (1997).

190 *See Younger, supra* n. 133, at 47.

(2) 事案の概要

オールドチーフ事件¹⁹¹は、重罪¹⁹²の前科がある者が銃を所持することを禁じた法律¹⁹³に違反して銃を所持したとの訴因を含む合計10個の訴因で起訴された被告人に関する事案である。

事実審では、訴追側が被告人の前科の具体的罪名を含んだ証拠の取調べを請求したのに対し、被告人が上記法律適用の要件にあたる重罪の前科が

191 オールドチーフ事件判決を紹介した邦語文献としては、前掲注88の167頁以下。原語評釈文献は、以下にあげたもののほかにも、多数存在するものの、多数意見・反対意見を紹介するに留まっており、独自の評釈を加えているものは、見当たらなかった。Amina Quargnali-Linsley, *Evidence Law-Boundaries, Balancing, And Prior Felony Convictions: Federal Rule of Evidence Rule 403 After United States v. Old Chief*, 28 N.M.L. Rev. 583 (1998); Terry W. McCarthy, *The Use of Unilateral Stipulation as a Trial Tactic in Alabama After Old Chief: The Effect of the Federal Rules of Evidence on an Infancy State*, 50 Ala. L. Rev. 237 (1998); Lynn Amanda Wyers, *Judicial Discretion and A Prosecutor's Right to Prove the Case: An Analysis of Old Chief v. United States*, 42 St. Louis L.J. 917 (1998); Kathryn Cameron Walton, *An Exercise in Sound Discretion: Old Chief v. United States*, 76 N.C.L. Rev. 1053 (1998); Jana L. Torok, *The Undoing of Old Chief: Harmless Error and Felon-in-Possession-of-Firearms Cases*, 48 Kan. L. Rev. 431 (2000); Michael J. Pavloski, *Old Chief v. United States: Interpretation and Misapplication of Federal Rule of Evidence 403*, 33 New Eng.L. Rev. 797 (1999).

192 “Felony.” 1年を超える拘禁刑又は死刑に処せられる可能性のある犯罪。連邦刑事手続規則7条(a)(1)に規定がある。See Fed. R. Crim. P.7(a)(1). こうした犯罪類型を説明している邦語文献の1つとして、森本47頁。なお、連邦刑事手続規則の翻訳については、法務省刑事局付検事執筆「アメリカ合衆国連邦刑事訴訟規則概説その(1)～(19)」判タ(1)657号46頁, (2)665号51頁, (3)670号62頁, (4)675号12頁, (5)681号38頁, (6)687号21頁, (7)697号43頁, (8)704号68頁, (9)709頁40頁, (10)719号28頁, (11)725号38頁, (12)733号33頁, (13)742号35頁, (14)757号25頁, (15)763号60頁, (16)765頁52頁, (17)778号14頁, (18)841号32頁, (19)859号39頁(1988年～1994年)。

193 18 U.S.C. § 922(g)(1).

あるという抽象的事実の存在を事実合意¹⁹⁴するので前掲証拠の取調べは必要ないと申し出たところ、訴追側は、訴追側の独立した方針に従って立証する権限があると主張して、その事実合意に応じず、前掲証拠の取調請求を維持した。事実審裁判所は、訴追側の主張を受け容れて、被告人の前科の具体的罪名を含んだ証拠を採用して取り調べることを許し、結果、被告人は、10個の訴因全てについて、陪審による有罪評決を受けた。

そこで、被告人は、事実審裁判所が被告人の前科の具体的罪名を含んだ証拠の取調請求を却下しなかったことには、403条の裁量権行使を誤った違法があると主張して控訴したものの、控訴審は、被告人の主張を受け容れなかった。

これに対し、連邦最高裁は、被告人の上告受理申立てを受理し、問題となっている前科証拠を事実審裁判所が取り調べたことについて、403条の裁量権を濫用した違法があるものとして、控訴審判決を破棄したものである。

この判決において、連邦最高裁は、5対4という僅差で、ソーター判事執筆による多数意見（スティーヴンズ判事、ケネディー判事、ギンズバーグ判事及びブレヤー判事が同調）とオコナ判事執筆による反対意見（レー

194 “Stipulation” is “an agreement, admission or concession made in a judicial proceeding by the parties thereto or their attorneys, in respect of some matter incident to the proceeding, for the purpose, ordinarily, of avoiding delay, trouble, and expense.” *People v White*, 73 N.Y.2d 468, 476 (N.Y. 1989). 訴訟上の合意とは、訴訟手続において、両当事者またはその代理人が、手続に関係する事項について、通常は、遅延・混乱・負担を避けることを目的としてなす合意・自認・譲歩をいう。例として、連邦刑事手続規則23条(b)は、当事者の合意によって陪審員の人数を減らすことができると定めている。日本の刑事訴訟法327条が規定する合意書面は、この合意の制度を採用したものである。

ンクイスト首席判事，スカリア判事及びトーマス判事が同調）とに割れている。

(3) 多数意見の内容

① 具体的罪名にも関連性があり，403条の裁量問題である

連邦最高裁は，まず，前科証拠が少なくとも具体的罪名を含む部分で関連性を欠くという被告人の主張に対しては，401条における関連性の定義に照らしても，具体的罪名部分についても関連性があるものとした¹⁹⁵。

401条に関する諮問委員会註釈が要証事実について必ずしも争いのある事実であることを要しない，すなわち，争いのない事実に関する証拠であるからといってそれだけで関連性が否定されるわけではないとしていることも引用して，401条の求める関連性は，同一の要証事実について代替可能な立証方法があるという理由で否定されるものではないと明言している¹⁹⁶。

その上で，本件における法律上の論点は，関連性がある証拠でも場合によっては排除できるとする403条に基づく事実審裁判所の裁量権行使として，具体的な罪名を含んだ前科証拠の取調請求を却下するとい

195 “A documentary record of the conviction for that named offense was thus relevant evidence in making Old Chief’s § 922(g)(1) status more probable than it would have been without the evidence.” *Old Chief*, 519 U.S. at 179.

196 “Nor was its evidentiary relevance under *Rule 401* affected by the availability of alternative proofs of the element to which it went, such as an admission by Old Chief that he had been convicted of a crime “punishable by imprisonment for a term exceeding one year” within the meaning of the statute. The 1972 Advisory Committee Notes to *Rule 401* make this point directly: “The fact to which the evidence is directed need not be in dispute...”” *Id.*

う裁量権行使をしなかったことが裁量権の濫用に当たるか¹⁹⁷という点につきるとする¹⁹⁸。

② 403条の下での衡量方法

判決は、「不公平な偏見」を中心とする弊害要素と証拠価値の衡量方法について、「個々の証拠ごとに証拠価値と弊害要素とを衡量して採否を判断する手法」と「事件で取調請求されている証拠全部を見て、問題となっている証拠を取り調べる価値と弊害とを総合的に衡量判断する手法」の2つがあり、後者による場合、不公平な偏見を生じるおそれがより少ない代替的な立証方法で同一立証目的を果たせると認められるときには、不公平な偏見を生じるおそれが大きい方の立証方法の証拠価値は減じて考えられ、その減じられた証拠価値よりも弊害の方が大いに凌いでいるかどうか判断されるとする¹⁹⁹。

197 前掲注 151。

198 “The principal issue is the scope of a trial judge's discretion under *Rule 403*, which authorizes exclusion of relevant evidence when its ‘probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury, or by considerations of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence.’” *Old Chief*, 519 U.S. at 180.

199 “As for the analytical method to be used in *Rule 403* balancing, two basic possibilities present themselves. An item of evidence might be viewed as an island, with estimates of its own probative value and unfairly prejudicial risk the sole reference points in deciding whether the danger substantially outweighs the value and whether the evidence ought to be excluded. Or the question of admissibility might be seen as inviting further comparisons to take account of the full evidentiary context of the case as the court understands it when the ruling must be made. This second approach would start out like the first but be ready to go further. On objection, the court would decide whether a particular item of evidence raised a danger of unfair prejudice. If it did, the judge would go on to evaluate the degrees of probative value and unfair prejudice not only for the item in question but for any actually available substitutes as well. If an alternative were found to have substantially the same

一般に訴追側の意思による立証方法の選択を制限できるものではないとしても、代替可能な立証方法の存在を考慮してはならないとするような不合理を証拠規則は認めていないとし、403条に関する諮問委員会註釈も引用しながら、401条の要求する関連性が代替立証方法の存在によって影響を受けるとは考えられないのに対し、403条の衡量においては、代替立証方法の存否を考慮要素にするべきであるとして、後者の方法を選択する²⁰⁰。

③ 本件における前科証拠の意義

その上で、訴因事実の罰条が構成要件要素として重罪の前科を必要としていることの意義を分析している。

まず、具体的な罪名や性質を含んだ被告人の前科証拠が被告人に対する不公平な偏見を招くおそれがある²⁰¹ことには疑いがないとする²⁰²。

or greater probative value but a lower danger of unfair prejudice, sound judicial discretion would discount the value of the item first offered and exclude it if its discounted probative value were substantially outweighed by unfairly prejudicial risk.” *Id.* at 182-183.

200 “Thus the notes leave no question that when *Rule 403* confers discretion by providing that evidence ‘may’ be excluded, the discretionary judgment may be informed not only by assessing an evidentiary item’s twin tendencies, but by placing the result of that assessment alongside similar assessments of evidentiary alternatives.” *Id.* at 184-185.

201 この点、連邦証拠規則では、404条(b)が「別罪、不正行為、素行に関する証拠を、一定の行動が性格と一致していることを示すべく、性格を証明するために利用することはできない。ただし、これらの証拠は、例えば、動機・機会・意図・準備・計画・知識・同一性・錯誤や偶発性の不存在を証明する証拠としてなど、他の目的のためであれば利用できる。なお、この場合、刑事事件で被告人からの要求があった際には、訴追側は、公判で提出することを予定している上記のような証拠の一般的性質を合理的な方法・内容で告知しなければならない。その告知時期は、原則として公判前でなければならない、裁判所が十分な理由を示して公判前の告知義務を免除した場合には公判中で足りる」と定め、609条

そして、事実審裁判所が被告人による事実合意の申出という形で関連性を有し許容性のある代替証拠の提示を受けていたことを指摘し、訴因とされる罰条においては、立法意思としても、前科の具体的罪名や性質には関心が払われておらず、事実合意対象が前科の具体的な罪名や性質を含んでいないものであるにしても、それで十分に構成要件要素の立証ができることを指摘する²⁰³。

④ 当事者が自由に立証方法を選択する裁量の尊重

しかしながら、訴追側には自らの意思に基づいて自由に立証方法を選択する裁量を有していることも指摘する。

すなわち、具体的な罪名を伴わない事実合意や自認では、訴追側が選

(a)(1)後段が、被告人が証人として証言することを選択した場合において、その被告人の証言を弾劾する目的で、「被告人がかつて重罪 (Felony) で有罪の認定を受けたという証拠を提出することは、裁判所がそのような証拠を許容して得られる証拠価値がそれによって被告人に生じる不利益を凌いでいると認めた場合に認められる」と定められている。このように、被告人の前科証拠や悪性格証拠の提出を原則的には許さないという考えは、連邦証拠規則制定にはじまるものではなく、コモンロー上の証拠法則としても認められてきたものである。そして、その理由は、「悪性格は関連性を欠く、つまり、事実認定者の判断に影響を与えないからではなく、むしろ、逆に、陪審にあまりに強力で説得的な証拠となって、悪い前歴がある者に対する予断を抱かせてしまい、実際に訴追されている罪状に対して防御する公正な機会を奪ってしまうからである」と理解されている。”The inquiry is not rejected because character is irrelevant; on the contrary, it is said to weigh too much with the jury and to so overpersuade them as to prejudge one with a bad general record and deny him a fair opportunity to defend against a particular charge.” *Michelson v. United States*, 335 U.S. 469, 475-476 (1948).

202 “[T]here can be no question that evidence of the name or nature of the prior offense generally carries a risk of unfair prejudice to the defendant.” *Old Chief*, 519 U.S. at 185.

203 “[A]lthough the name of the prior offense may have been technically relevant, it addressed no detail in the definition of the prior-conviction element that would not have been covered by the stipulation or admission.” *Id.* at 186.

択した立証方法と同じ価値を持たないという訴追側の指摘にも理解を示し²⁰⁴、一般論として、当事者に立証方法を自らの意思で選択する裁量があることを認める。

その理由として、立証は、抽象的なものでは説得力に欠け、物語的なものであることを要する²⁰⁵点を挙げる。陪審は、物語的に理解ができる立証を期待しており²⁰⁶、訴追側がそれを満たさなければ、訴追側に不利な判断をするという流れがある²⁰⁷というのである。事実の一連の流れを描写する証言に比べて、事実合意内容や自認事実を告知するという方法では、陪審の共感を得ることは困難である²⁰⁸とも指摘する。

⑤ 本件の特殊性—一般的な立証方法選択裁量論が妥当しない場面—

このように、一般論としては、物語性を重視した立証を選択しようとする訴追側の裁量に理解を示すものの、本件のように、被告人に具体的

204 “To substitute for such a picture a naked admission might have the effect to rob the evidence of much of its fair and legitimate weight.” *Id.* at 187.

205 “Evidence thus has force beyond any linear scheme of reasoning, and as its pieces come together a narrative gains momentum, with power not only to support conclusions but to sustain the willingness of jurors to draw the inferences, whatever they may be, necessary to reach an honest verdict.” *Id.*

206 “This persuasive power of the concrete and particular is often essential to the capacity of jurors to satisfy the obligations that the law places on them.” *Id.*

207 “If [jurors'] expectations are not satisfied, triers of fact may penalize the party who disappoints them by drawing a negative inference against that party.” *Id.* at 188.

208 “The use of witnesses to describe a train of events naturally related can raise the prospect of learning about every ingredient of that natural sequence the same way. If suddenly the prosecution presents some occurrence in the series differently, as by announcing a stipulation or admission, the effect may be like saying, “never mind what’s behind the door,” and jurors may well wonder what they are being kept from knowing.” *Id.* at 189.

な罪状を問うために、前歴に基づく法的地位を問題にしている場合には、その一般論が妥当しないとする。

本件のような場合には、立証対象とされているのは、抽象的な地位に他ならず、物語性が要求される場面ではないというのである。法的地位を立証する限りにおいて許容されるものであるから、多様に有効な立証が必要とされる場面ではなく、訴追側による立証方法選択の裁量が奪われるという評価も当たらないとする。

本件で問題とされるべきは、前科の具体的で詳細な内容に陪審の注意を惹くべきかどうかではなく、前科の罪名や性質が明らかにされるべきかどうかであり、構成要件要素の定めが重罪の中でどのような犯罪であるのかを問題にしていない以上、罪名や性質が明らかにされる必要はない²⁰⁹とする。

被告人の法的地位としての前科の立証は、訴追されている罪状に当たる事実の流れには関係ないものであって、物語的立証の選択を尊重する「訴追側の立証方法の自由な選択は尊重されるべきである」という一般的な推定が妥当する場面ではない²¹⁰と結論付ける。

209 “The issue is not whether concrete details of the prior crime should come to the jurors' attention but whether the name or general character of that crime is to be disclosed. Congress, however, has made it plain that distinctions among generic felonies do not count for this purpose; the fact of the qualifying conviction is alone what matters under the statute... The most the jury needs to know is that the conviction admitted by the defendant falls within the class of crimes that Congress thought should bar a convict from possessing a gun...” *Id.* at 190-191

210 “Finally, the most obvious reason that the general presumption that the prosecution may choose its evidence is so remote from application here is that proof of the defendant's status goes to an element entirely outside the natural sequence of what the defendant is charged with thinking and doing to commit the current offense.” *Id.* at 191.

⑥ 多数意見の結論

多数意見は、結論として、こうした本件における被告人の法的地位としての前科という立証対象の特殊性からして、一般論としての当事者による立証方法選択の尊重の法理を妥当させず、事実合意の申出というより弊害の少ない代替証拠が存在したにもかかわらず、具体的な罪名を含む前科証拠を取り調べた事実審裁判所の判断には、連邦証拠規則 403 条の裁量を濫用した違法があるとした²¹¹。

(4) 反対意見

① 反対意見の要旨

この判決には、4名の裁判官による詳細な反対意見がある。前科の具体的な罪名や内容を含む証拠を取り調べても「不公平な」偏見を生じさせるとはいえないし、訴追側に被告人からの抽象的な前科の存在に関する事実合意の申出を受け容れるように強制するのは妥当でないとしたのである。

② 「不公平な」偏見を生じないとする点について

反対意見は、まず、403条が問題にしているのが単なる偏見ではなく、「不公平な」偏見であることを強調する。「およそ証拠は、偏見・先入観を抱かせる性質を有しており、逆にそうでなければ証拠としての重要性を欠くことになる」²¹²と指摘し、諮問委員会註釈も引用して、「不公

211 “The issue here is whether a district court abuses its discretion if it spurns such an offer and admits the full record of a prior judgment, when the name or nature of the prior offense raises the risk of a verdict tainted by improper considerations, and when the purpose of the evidence is solely to prove the element of prior conviction. We hold that it does.” *Id.* at 174.

212 “Virtually, all evidence is prejudicial or it isn’t material.” *Id.* at 193.

平な」偏見とは、「不適切な根拠での結論を過度に促す傾向」²¹³を持っていることを意味するのであって、本件での前科証拠が罪名等を含むことで、そうした性質を持つとはいえないとする。

そして、人間は、単に抽象的な「罪」や「重罪」で有罪とされているわけではなく、特定された犯罪で、ほとんどの場合、特定の禁止法規に違反することで有罪とされているのであって、前科の具体的な罪名と基本的な性格は、前科の存在という事実と切り離せない関係にあり²¹⁴、前科を立証する必要がある以上、罪名と性格については許容しないとする合理性はないとする。

さらに、殺人事件では、厳密な意味では陪審は被害者の名前を知る必要はないし、また、被害者というものは特に大衆的に深い同情が注がれる存在である（から陪審に対する影響力が大きい）にもかかわらず、検察官は、被害者の人定事項を立証することを許されていることを指摘し、本件でも具体的な証拠での前科立証が許されるべきであるとする²¹⁵。

加えて、「前科を具体的な罪名や性質まで含めて立証させてしまうと、陪審に、被告人には犯罪傾向があると思込ませ、今回の訴追対象についてまで犯したと思込ませてしまう危険性がある」という多数意見には納得できないとし、適切な説示の利用によって十分に弊害は除去できるはずだと指摘する。「ある目的のためには許容されるが、他の目的の

213 “an undue tendency to suggest decision on an improper basis.” *Id.*

214 “The name and basic nature of petitioner's crime are inseparable from the fact of his earlier conviction and were therefore admissible to prove petitioner's guilt.” *Id.* at 194.

215 “[T]he Government ought to be able to prove, with specific evidence, that petitioner committed a crime that came within § 922(g)(1)'s coverage.” *Id.* at 195.

ためには許容されない証拠」について定めた連邦証拠規則 105 条²¹⁶が「裁判所は、当事者からの求めに応じて、その証拠の立証趣旨を適切な範囲に限定し、そのことを陪審に説示しなければならない」と定めていることを挙げ、実際に本件の事実審裁判所が「前科証拠を現在審理されている訴追対象事件の有罪を認める証拠としてはならない」旨を説示していたことにも触れ、説示によって、偏見を防ぐことができたと指摘する²¹⁷。

③ 訴追側による立証方法の選択の自由を害しているとする点について

反対意見は、多数意見が訴追側の立証方法の選択に関する裁量を害している点も問題にする。

多数意見が一般論として訴追側の立証方法の選択に関する裁量を認めながら、被告人の法的地位に関する証拠としては、事実合意と具体的な証拠とで証拠価値に違いが出ることはないから選択裁量が狭まるという発想自体に矛盾があるという。罪名を伏せた立証では、「失われた章立て」²¹⁸を生じることになり、具体的には、「伝統的に銃を持つ自由があるこの国で、なぜ被告人が銃を持つことは違法なのか」と陪審を困惑させることになる²¹⁹という。

216 [Limited Admissibility.] When evidence which is admissible as to one party or for one purpose but not admissible as to another party or for another purpose is admitted, the court, upon request, shall restrict the evidence to its proper scope and instruct the jury accordingly. Fed. R. Evid. 105.

217 “The jury is presumed to have followed this cautionary instruction, [citation omitted], and the instruction offset whatever prejudice might have arisen from the introduction of petitioner's prior conviction.” *Id.* at 196-197.

218 “missing chapter.” *Id.* at 198.

219 “The jury may wonder why it has not been told the name of the crime, or it may question why the

「双方当事者がある事実の存在に関して合意している場合には、その合意を証拠として受け容れ、その事実が証明されたとみなすこともできます。しかし、あなたがた陪審が唯一の事実認定者である以上、そのように証明されたとみなさなければならぬというわけでもありません」²²⁰という事実合意に関する一般的な説示の言い回しも引用して、訴追側は、被告人が争わない事実についても立証責任から解放されるわけではなく、事実合意も立証責任を免除するわけではないことを指摘し、訴追側による立証方法の選択の自由を制限する合理性がないとする。

そして、訴追側が被告人から申し出られた事実合意に応ずることを強制されるいわれもないとしているのである。

(5) オールドチーフ事件判決の意義

① はじめに一多数意見と反対意見との相違

多数意見も、反対意見も、裁判所が当事者の訴訟戦略に介入すべきでない、すなわち、当事者による立証方法の選択の自由を尊重すべきであるという原則論では一致している。

そして、反対意見は、403条に基づく裁量行使に当たっての証拠価値と弊害要素との衡量方法として多数意見が採用する総合的手法を特に批判しているわけでもないのに、この点でも、多数意見と相反しているわけではないと考えられる。

しかし、反対意見は、多数意見がこの総合的な衡量の際に「より弊害

defendant's firearm possession was illegal, given the tradition of lawful gun ownership in this country..." *Id.* at 198-199.

220 "When the attorneys on both sides stipulate or agree as to the existence of a fact, you may accept the stipulation as evidence and regard that fact as proved. You are not required to do so, however, since you are the sole judge of the facts." *Id.* at 200.

の少ない代替的立証手段がある場合には、弊害が多い方の立証手段について、『弊害の方が証拠価値を大いに凌いでいる』と認定できる」裁量を広く認めている点に同調していないのである。

両意見の間では、当事者による立証方法の選択の自由を認めるべきであるとしても、どの程度の自由を認めるべきか、特に、事実認定者に不当な偏見を生じるおそれのある方法を選択する自由をどれほど認めるべきかについて、隔たりがある。その背景には、403条によって証拠排除が正当化される「不公平な偏見のおそれ」の程度、物語性を持った立証の重要度、証拠排除というかたちではなく採用した上でも弊害を極小化する方法への信頼度に関する理解の相違が見られる。

② 争いのない事実に関する証拠の関連性

争いのない事実に関する証拠、進んで、事実合意が成立している事実に関する証拠であるからといって、それだけで関連性が否定されるわけではないというのは、両意見に共通の理解である。また、同一の要証事実について代替可能な立証方法があるという理由だけで、関連性が否定されるわけでもない。

関連性はあるとして、弊害が著しく凌いでいる証拠である場合に、403条によって排除される可能性があるのである。

この理解は、「証拠の厳選」を図ろうとする際に、争いのない事実に関する立証を制限しようとする姿勢に対し、再考を迫るものである。

弁護側立証においても、外形的には争いのない事実についても、事実認定者に対し、具体的な流れを伴った事実経過を示さなければ、その争いがないとされる事実に対する評価が異なってくる場合が多く見られる。動機や事後行動との関係などが外形的事実を超えて事実認定者に影

響を与えることはしばしばである。

これは、後に触れる「物語性を持った立証展開の必要性」とも関係するものの、抽象的・外形的事実に争いが無いことを理由に、争点との関連性を軽視して、立証方法を制限することは、弁護側立証にとっても、十全な防御の機会を奪うことになりかねない。

③ 当事者による立証方法選択の自由—物語性の重要性

本判決が、陪審が物語立証を要求していることを根拠に、当事者による立証方法の選択の自由を認めるべきであるとしている点は、裁判員裁判における証拠採否のあり方に対しても、重要な示唆に富んでいる。

公判前に争点整理・証拠整理をあまりに厳格に行って、公判での立証が争点中心とはいえ、時系列的に飛び飛びで、物語性を欠いたものになると、裁判員は心証を形成できないのである。

これは、検察官立証のみならず、弁護側立証にも妥当することである。弁解内容についても、核心部分のみの立証を迫られると、裁判員に物語性があるかたちで弁解内容を理解してもらえなくなってしまう。

④ materialityが衡量に与える影響

本判決において、多数意見と反対意見とで大きく意見が分かれたのは、構成要件要素である「重罪前科」という被告人の地位が果たして物語性をもって立証されることが必要な対象といえるか否かであった。

この点、反対意見は、アメリカ合衆国では、銃の所持が原則として認められていることから、銃の所持が犯罪とされるのは例外的局面であることを重視し、過去に「重罪」を犯した者であるからこそ、銃の所持が犯罪となるのだということが陪審の腑に落ちるように流れをもって立証されなければならないというのである。「重罪前科」という要素を陪

審が抽象的要件としてではなく、具体的なイメージをもった実像として捉える必要があるというのである。

これに対して、多数意見は、「重罪前科」は抽象的な要素に過ぎないと考え、陪審が具体的なイメージを持った理解をするべき対象について、被告人が銃を所持している場面に限った理解をしている。

結局、この違いは、本件構成要件要素としての「重罪前科」について、抽象的な地位を超えた「罪名」や「態様」までもが *relevancy* の中でも *materiality* を有しているか否かの問題である。

反対意見は、銃の所持が犯罪とされているのが例外的場面であることを重視し、陪審が被告人による銃の所持の犯罪性を理解するにあたっては、被告人がどのような犯罪を犯した前科があるのかを具体的に認識する必要があるというのである。

これに対し、多数意見は、陪審が「一定の地位にある者による銃の所持を犯罪とした」立法意思を個々の事件で具体的に理解する必要はなく、陪審は基本的に被告人が銃を所持していたか否かを認識できればよいのであって、陪審に個々の事件で被告人に「重罪前科」があることの具体的な意味を認識してもらう必要はないと考えていると見える。

反対意見が「罪名」・「態様」にも *materiality* があるとしているのは、銃の所持が犯罪とされることの「例外性」に大きく依拠しているのであるから、反対意見の立場について、およそ広く犯罪要件要素の具体的な詳細な立証を認めるものとするのは、適切ではない。

例えば、検察官の請求により、殺人の被害者の遺体が切り刻まれた後の肉片・骨片の映像が証拠として取り調べられたことが問題となった東

京都江東区マンション女性殺人事件公判²²¹について考えれば、この事件では、殺害方法自体が解体であったわけではなく、死体遺棄の方法として解体がなされたところ、およそ死体遺棄の方法としては解体と同様に尊厳を害する方法が想定されており、解体をした方法を超えて、肉片・骨片となったという結果状態までもが、それを取り調べることによる感情を煽る弊害を考慮しても、取り調べるべきmaterialityを有していたとは考えがたいといえよう。

⑤ 代替立証手段の存在が衡量に与える影響

同一の要証事実について、相対的に弊害のおそれの低い証拠が存在する場合には、それだけの理由で、相対的に弊害のおそれの高い証拠は、403条で排除されるのであろうか。

多数意見もそのように考えていないのは明らかである。あくまでも、相対的に弊害のおそれの高い証拠の方の証拠価値を割り引いて考えることができるとしているだけである。多数意見が、総合的な衡量手法においても、一般に当事者の「立証方法の選択を制限できるものではない」としているのも、かかる趣旨である。

そうだとすると、総合的な衡量手法においても、一義的には、個々の証拠ごとに、証拠価値と弊害のおそれとが衡量されることになる。その上で、同一要証事実について相対的に弊害のおそれが低いかたちで立証できる代替的証拠が存在する場合には、証拠価値が減じて見積もられるだけである。

本件でも、多数意見には、「罪名」・「態様」を具体的に伴った「重罪前科」立証では、弊害のおそれが証拠価値を著しく凌いでしまうという判

221 東京地判平成21年2月18日（公刊物未登載）。

断があったと考えられる。その判断を後押しするかたちで、事実合意という相対的に弊害のおそれの低い代替的立証手段があったことは、具体的立証の証拠価値を減じさせるものと判断されたのである。

ここで留意すべきは、同一の要証事実としながら、実際には、証拠方法の選択で、想定されている要証事実の範囲が異なっていることである。すなわち、具体的立証では、罪名や態様も要証事実に含まれているのに対し、事実合意では、抽象的地位のみが要証事実とされているのである。

こうしてみると、結局、具体的立証まで許すべきか、事実合意までしか許さないのかは、この事件において、「罪名」・「態様」にまで、高度の materiality があるとするのか否かによって、分かれていると理解できる。

反対意見では、銃の所持が犯罪とされることの例外性に基づいて、「罪名」・「態様」にも高い materiality を認めているからこそ、具体的立証を許すと見るのが合理的である。

⑥ 証拠排除を正当化する弊害要素と排除によらないその除去

反対意見では、「罪名」・「態様」の高い materiality に照らせば、前科証拠が陪審に与える偏見という弊害を考えると、弊害が証拠価値を著しく凌いでいるとは言えず、「罪名」・「態様」を含めた具体的立証を許容すべきであるとされていると理解される。

これに対し、多数意見では、そもそも、「罪名」・「態様」に高い materiality を認めていないので、前科証拠が陪審に与える偏見という弊害が証拠価値を著しく凌ぐとされているものと理解される。

前科証拠が陪審に極めて強い影響力を持つと考えられることは、ミケ

ルソン事件判決も明確に示しているところであり²²²、反対意見といえども、本件における「罪名」・「態様」のmaterialityの高さという特殊性を根拠とせずして、一般的に、前科証拠が「不公平な偏見」を生じさせるものでないという見解に立つことはできないであろう。

結局、反対意見は、「不公平な偏見」のおそれを認めながらも、適切な説示によって、その弊害は除去できるのであり、その方が証拠排除という方法よりも適切だと考えている。

この考え方自体は、ドバート事件判決²²³などとも共通しており、アメリカ証拠法が基調とする採用推定法理にも沿っている。

(6) 小括

以上のように、証拠価値と弊害のおそれとを衡量して証拠採否を判断するに際しては、同一の要証事実について相対的に弊害のおそれが低い立証手段がある場合には、相対的に弊害のおそれが高い立証手段の方の証拠価値を割り引いて評価することが検討されてよい。

しかし、立証手段が異なるのに、本当に、要証事実が同一であると考えてよいのかは慎重に判断する必要がある。他の立証手段と比較して、他にはない高いmaterialityを備えた要証事実を含んでいないかを確認する必要がある。そのようにして、一義的には、当事者による立証方法の選択を尊重しなければならない。

そして、弊害のおそれが認められる場合であっても、証拠排除という方法によらずに、適切な説示などによって、弊害のおそれを除去できないかを検討し、除去できる場合には、証拠採用の方向で考えるべきである。

222 前掲注 201。

223 前掲注 174。

7 まとめ

本節で見てきたように、アメリカ証拠法においては、要証事実が当該事件の解決に及ぼす重要度である *materiality* についても、証拠が要証事実の存在する蓋然性をどれくらい高く示すかという狭義の *relevancy* についても、厳格なものを要求せずに、証拠を許容しようという態度をとっている。

これら *materiality* と狭義の *relevancy* とを合わせた広義の *relevancy* が認められれば、証拠として許容するのを原則とした上で、その証拠を取り調べることによって生じる不公平な偏見などの弊害のおそれが証拠価値を著しく凌いでいる場合に初めて、例外的に取り調べずに排除することが認められる。

こうして証拠価値と弊害のおそれとを考慮する場合にも、当事者による立証方法の選択を尊重しなければならないとされ、弊害のおそれがある場合でも、適切な説示などによって弊害のおそれを除去できる場合には、排除を避け、採用の方向で検討するべきであるとされている。

しかも、証拠法の条文の文言解釈においても、なるべく広く証拠採用しようという方向での解釈がなされている。

このように、アメリカ証拠法では、なるべく広く証拠を採用していこうという採用推定の法理が確立されている。

アメリカの事実審裁判所が証拠取調べ請求を却下する広範な権限を有しているという日本での俗説的理解は誤ったものなのである。

第3節 憲法上の証拠提出権保障に基づく証拠採否裁量に対する制約

1 はじめに

前章では、連邦証拠規則とその解釈判例、特に規則403条とその解釈判例の検討を通じて、連邦証拠規則が基本的に証拠を広く採用して取り調べようという姿勢をとっており、「採用推定原則」が採用されていることを明らか

にしてきた。これは、訴追側立証にも被告人側立証にも妥当するものであった。

こうした両当事者に妥当する採用推定原則に加えて、被告人側立証については、合衆国憲法第6修正の強制手続条項に基づく被告人の証拠提出権²²⁴の保障によっても、関連性ある証拠の取調べ請求を規則403条に基づいて却下できる事実審裁判所の裁量が制約される。

もともと、採用推定原則による証拠許容の拡大と被告人の憲法上の証拠提出権による証拠許容の拡大とは、歴史的に見て、別個独立したかたちで発展してきたわけではない。

被告人の憲法上の証拠提出権保障の重要性を宣言して伝統的なコモンロー上の類型的な証拠排除に批判的な姿勢を示した初期の連邦最高裁判例の影響も受けるかたちで、証拠をできるだけ広く採用していこうという方向性を持った連邦証拠規則の条文が起草されていった。そして、連邦証拠規則が定着し、その解釈判例が形成されていく過程では、逆に、連邦証拠規則の解釈判例が事実上、被告人の証拠提出権保障の在り方に関する憲法解釈にも影響を及ぼすようになる²²⁵。このように、憲法判例と証拠規則判例の一方が他方をリードするというかたちが固定することなく、相互に影響を及ぼしあって、

224 なお、第6修正の強制手続条項の保障が、証人に限らず、証拠一般に及ぶことについて、「強制手続条項に基づく権利は、被告人に有利な証人及び証拠書類を得る権利を包含する」としたアラスカ州最高裁判例がある。"[T]he right to compulsory process includes the right to obtain witnesses and documentary evidence in the defendant's favor. *Braham v. State*, 571 P.2d 631 (Alaska 1977) cert. denied, 436 U.S. 910... (1978). "*States v. Murtagh*, 169 P.3d 602, 607 (Alaska 1977).

225 「証拠法の判例が憲法判例を変更する効力を持つことがあろうか、あるとすれば、法秩序の転倒である」という趣旨の皮肉めいた批判を受けるほどである（後掲注263参照）。

証拠許容の拡大の流れを形成してきた。

そして、連邦証拠規則自体も、刑事事件における事実審裁判所の証拠採否裁量が被告人の憲法上の証拠提出権によって制約を受ける余地のあることを当然に明示的に定めている。例えば、412条(b)(1)(c)は、「性的被害供述者の過去の性的行為や性的傾向に関する証拠提出」の禁止原則²²⁶が「刑事被告人の憲法上の権利を侵害する場合」には除外されると定めている。

そこで、証拠許容拡大の流れを示す憲法判例の中でも重要と考えられている²²⁷ 9件²²⁸を順次確認していこう。

2 ワシントン事件判決²²⁹

(1) 意義

まず、連邦最高裁が、被告人がその防御のために証人や証拠の取調べをしてもらえるとという権利が憲法上のデュー・プロセスに基づく最も基本的な権利であることを初めて明示的に確認したワシントン事件判決を検討しておこう。

(2) 事案の概要と判旨²³⁰

被告人は、テキサス州裁判所の陪審公判によって、殺人罪で有罪とされ、50年の拘禁刑に処せられた。被告人は、公判で、同一の殺人罪について

226 詳しくは、後掲注 251。

227 See generally e.g. Janet C. Hoefel, *The Sixth Amendment's Lost Clause: Unearthing Compulsory Process*, 2002 Wis. L. Rev. 1275 (2002); Richard A. Nagareda, *Reconceiving the Right to Present Witnesses*, 97 Mich. L. Rev. 1063 (1999).

228 前掲注 86 は、本論文後掲の 9 件のうちホームズ事件判例を除いた 8 件に加えて、チェンバーズ事件判決に先立つ判決で、憲法判断を示していない 2 件 (*Benson v. United States*, 146 U.S. 325 (1892); *Rosen v. United States*, 245 U.S. 467 (1918).) も紹介している。

229 *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14 (1967).

230 *Washington*, 1967 U.S. LEXIS 1083.

既に有罪評決を受けて刑に処せられている第三者が被害者を撃った人物であって、被告人自身は撃つのを止めようとしたと主張した。

被告人は、その第三者にそうした事実を証言させるべきだと主張し、その第三者に対する証人尋問を請求した。

しかし、訴追側は、「同一の犯罪についての主犯、共犯または従犯として訴追された人物は、互いのために証言することができない」という法律上の規定に基づいて、異議を申し立て、これが認められた。

テキサス州控訴審裁判所は、「当該第三者を証人として許可しなかったのは、自己に有利な証人を得るために強制的手段をとるよう求めることができるという被告人の憲法上の権利を侵害するものである」という被告人の主張を退け、有罪評決を是認した。

被告人による上告受理申立に対し、これを受理した連邦最高裁は、これらの判断を覆した。裁判官8人全員が参加したウォーレン首席判事執筆の多数意見は、「自己に有利な証人を得るために強制的手段をとるよう求めることができるという第6修正条項に基づく被告人の権利は、極めて重要不可欠のものであって、それゆえ、これを第14修正条項のデュー・プロセス条項に組み入れて理解するべきであり、本件では被告人がそのような権利を侵害された」と判示した。

ハーラン判事は、多数意見の結論には同調しながら、補足意見として、「本件ではデュー・プロセスが侵害されているものの、判決理由として、第6修正条項の強制手続条項に依拠するべきではない」と述べた。

(3) 検討

ワシントン事件判決において注目すべきは、共犯者という類型に該当すれば、機械的・自動的に、弁護側証人としての適格性を認めないというか

たちで、個別具体的事情を考慮せずに、「類型的・機械的な全面的禁止」を採用している証拠制限を「恣意的」なものとして、恣意的であるがゆえに違憲であるとしている点である。

すなわち、弁護側証人としての共犯者の適格性を否定する根拠を「共犯者間では偽証のおそれが高い」という点に求めるとしても、共犯者に訴追側証人として被告人に不利な証言をさせることは許されるというのであるから、なぜ、訴追側証人であれば偽証のおそれがないといえるのかの実証性を全く欠いていて、馬鹿げているとしている。むしろ、自らの処分が確定していない共犯者の場合、訴追側に取り入って処分を軽くしてもらおうと考え、訴追側の意に沿った偽証をするおそれが高いという点を問題にする²³¹。

さらには、テキサス州法の下では、共犯者という嫌疑をかけられたものであっても、無罪判決を受けた後であれば、共犯関係を疑われていた被告人のために証言することが許されるとしているところ、このような立場の者は、同一犯罪について重ねて裁かれて有罪とされる危険がないから、むしろ、他の被告人のための証言としては、不安なく自己負罪的な証言をしても、仲間を救おうとすることができるとも指摘している。このように、テキサス州法の規定は、むしろ偽証の可能性の高い証言を許容し、偽証の

231 “The rule disqualifying an alleged accomplice from testifying on behalf of the defendant cannot even be defended on the ground that it rationally sets apart a group of persons who are particularly likely to commit perjury. The absurdity of the rule is amply demonstrated by the exceptions that have been made to it. For example, the accused accomplice may be called by the prosecution to testify against the defendant. Common sense would suggest that he often has a greater interest in lying in favor of the prosecution rather than against it, especially if he is still awaiting his own trial or sentencing.” *Washington*, 388 U.S. at 22.

おそれがさほどない証言を排除してしまっている点で、あまりに不合理だ
というのである²³²。

こうした合理的理由を欠いた類型的・機械的判断に基づく全面的排除が
「恣意的」であるとされ、被告人の憲法上の証拠提出権を侵害するとした
のである。

高度に信頼できる経験則や論理法則などによって一定の証拠類型に信
頼性を認め得ないと確実に認められるということでもない限り、排除対象
とする証拠類型を定めて、機械的に排除することは許されないという姿勢
を示している。

これは、証拠の類型性から、その証拠価値を先取り評価して、恣意的に
証拠価値を認めずに、当該証拠の取調べの必要性を否定することがあつて
はならないという意味で、証拠予断禁止原則と同じ精神を有するものと言
える。

3 チェンバーズ事件判決²³³

(1) 意義

次に、(1)「自らが取調べ請求した証人の証言を弾劾することは許されな
い」というコモンロー上の証拠法則に基づく保証人原則を機械的に適用し
て、敵性証人に対する反対尋問の機会を与えなかったこと、(2)重要供述に

232 “Moreover, under the Texas statutes the accused accomplice is no longer disqualified if he is acquitted at his own trial. Presumably, he would then be free to testify on behalf of his comrade, secure in the knowledge that he could incriminate himself as freely as he liked in his testimony, since he could not again be prosecuted for the same offense. The Texas law leaves him free to testify when he has a great incentive to perjury, and bars his testimony in situations where he has a lesser motive to lie.” *Id.* at 23.

233 *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973).

ついて伝聞法則を機械的に適用して排除したことについて、ワシントン事件判決も引用して、被告人の憲法上の証拠提出権の侵害にあたりと判示したチェンバーズ事件判決を検討する。

(2) 事案の概要と判旨²³⁴

ミシシッピ州アミテ郡地区裁判所において、殺人罪で訴追された被告人は、第三者が当該殺人について書面での自白をしたことがあることを立証するため、当該第三者を証人尋問した。

しかし、訴追側による反対尋問に対して、当該証人は、自白を覆し、アリバイを主張した。

被告人は、それを受けて、証人が否認に転じてアリバイを主張し出したという状況、証人が上記の書面での自白以外にも口頭で自白していたことに鑑みて、証人を敵性証人として反対尋問することの許可を求める申立てをした。

しかし、事実審裁判所は、「一方当事者は、自らが請求した証人を弾劾することを許されない」というミシシッピ州法に基づいて、これを認めなかった。

また、事実審裁判所は、上記第三者が犯行直後に3人に対してそれぞれ口頭で自白したことを立証するために被告人が取調べを請求した当該3人の証人尋問について、許容されない伝聞証拠であるとして、請求を却下した。

陪審は、有罪評決を下した。これに対し、被告人は、事実審裁判所による州の証拠法の適用が公判を根本的に不公平なものにし、被告人の第14修正条項に基づくデュー・プロセスを侵害したと主張して、再審理を求め

234 *Chambers*, 1973 U.S. LEXIS 107.

たものの、事実審裁判所は、これを認めなかった。ミシシッピ州最高裁判所では、被告人が改めてデュー・プロセス違反の主張をしたものの、裁判所は、憲法判断を明示することなく、被告人の有罪を是認した。

上告受理申立てを受けた連邦最高裁は、原判断を破棄し、差し戻した。

8人の裁判官が参加したパウエル判事による多数意見は、(1)被告人によるデュー・プロセス違反の主張は、州裁判所において判断対象とされるべく十分に提起されており、当最高裁判所でも判断対象とされるべきものである、(2)本件における状況のもとでは、州の証拠法を適用して、当初自白して後に否認に転じた証人を被告人が反対尋問するのを禁じ、また、その証人の口頭での自白に関して、不利益供述としての伝聞供述を提出することも禁じたのは、敵性証人と対面して反対尋問を行う権利及び自己に有利な証人を提出する権利を含む公正な裁判実現のための被告人のデュー・プロセスの権利を侵害したものである、(3)こうした誤った判断の集積の効果として、有罪評決の破棄が求められると判示した。

ホワイト判事は、補足意見において、憲法問題は、連邦最高裁の管轄権が認められるのに十分な程度に、州裁判所でも訴えられていたと述べた。その理由として、(1)憲法上の主張に基づくものではないにせよ、証拠却下に対する異議申立てが繰り返されていたこと、(2)争点が連邦デュー・プロセス問題として州最高裁にも示されていたこと、(3)争点が適正に連邦最高裁の判断対象として提起されていないという主張を州側がしていないことを挙げている。

レーンクイスト判事は、被告人が州裁判所で憲法問題を適正に提起するという連邦法上の要件を満たしていないので、連邦最高裁は管轄権を有しないとして、反対意見を述べる。被告人は、陪審による有罪評決後の再審

理申立てまで、明示的に憲法上の主張をしてこなかったという時機の遅れがあるとする。また、その再審理申立てでさえ、第14修正条項に基づく根本的な公正さが否定されたという一般論的な主張をしているに過ぎず、それでは、証拠却下の誤りに関する個別的な主張との結びつきが特定されているとは言いがたいから、十分に憲法問題を提起したといえるかは疑わしいというのである。

(3) 検討

チェンバーズ事件判決においても注目すべきは、やはり、特定類型に該当する証拠を機械的に排除することを問題にしている点である。

すなわち、保証人原則の問題について言えば、訴追側の選択によっては、弁護側が敵性証人の取調べを請求しなければならない事態となるにもかかわらず、紋切り型の発想で、「信用できないような証人を法廷に連れて来ることは許さない」という考えを全ての場面で押し付けて、敵性証言に対する弾劾という立証の機会を奪った点が問題とされている。

伝聞証言の問題については、機械的に伝聞法則を適用して排除するのではなく、伝聞であっても証拠とすべき必要性和伝聞であっても信頼できる事情がないかを個別具体的事案との関係で吟味すべきであって、本件では、第三者による自白の存在の立証が被告人の防御にとって極めて重要であった以上、この自白の存在立証は憲法上の証拠提出権と密接に関わるものといえ、伝聞法則を機械的に適用して排除するのでは、正義に反するというのである。

4 グリーン事件判決²³⁵

(1) 意義

チェンバーズ事件でも問題とされた伝聞法則の機械的適用が量刑資料としての採用の場面で問題とされたのがグリーン事件であり、チェンバーズ事件判決も引用して、やはり機械的適用を違憲としている。

(2) 事案の概要と判旨²³⁶

州裁判所で、被告人X・Yが共同被告人として起訴され、公判では分離して審理され、2人とも同一人物を殺害した罪状で有罪とされた。

死刑が選択されるべきかを判断するために開かれた2回目の公判において、被告人Yが「自分自身は、殺害現場にはいなかったもので、殺害に直接関与し得なかった」ということを示す証言を取り調べてもらおうと考えた。Yが提出しようとしている証言は、被告人Xの公判で訴追側証人として、「Xは、Yのいないところで殺害に及んだことを認めていた」と証言した証人の証言である。

州の事実審裁判所は、取調べ請求された証言は、州法に照らして、許容されない伝聞供述に当たるとして、これを採用しなかった。

被告人は、死刑判断を受け、ジョージア州最高裁も、その有罪・量刑判断を維持した。

上告受理申立てについて、原判断が死刑判断を是認している点を審査対象とする限りで受理し、かつ、訴訟救助を求める申立てを許可した連邦最高裁は、原審の量刑判断を破棄し、差し戻した。

バーガー首席判事、スチュワート判事、ホワイト判事、ブラックマン判

235 *Green v. Georgia*, 442 U.S. 95 (1979).

236 *Green*, 1979 U.S. LEXIS 120.

事、パウエル判事及びスティーヴンズ判事が参加した執筆者匿名の法廷意見は、被告人Yの供述に関する証言の取調べ請求を却下したのは、第14修正のデュー・プロセス条項に違反していると判示した。その理由については、(1)排除された証言が公判の量刑段階における極めて重要な争点に高度な関連性を有していたこと、(2)当該証言が自発的になされ、かつ、「不利益供述」としての自認供述に関するものであったこと、(3)自認供述の存在を補強する証拠が十分にあったこと、(4)訴追側が当該証言に十分な信頼性があるものとして、Xの公判で、Xを有罪にし、Xに死刑が相当であるとする証拠として用いていたことに照らせば、伝聞法則の機械的な適用は正義の要請に反し適切でないと説明している。

ブレナン判事及びマーシャル判事は、「死刑は、いかなる場面においても、第8及び第14修正条項が禁ずる残酷で珍奇な刑罰にあたる」という見解に基づいて、差し戻すまでもなく、死刑の量刑を破棄するべきであると述べた。

レーンクイスト判事の反対意見は、「連邦憲法は、裁判所に対して、州の証拠法について、それを裁判所の考えるところの正義の要請に反するという理由で否定して、他の規範を樹立するというような権限など一切与えていない」という見解を表明している。

(3) 検討

このグリーン事件判決では、チェンバーズ事件判決が機械的適用を不合理とした理由に加えて、当事者間の公平の観点が盛り込まれている。すなわち、訴追側が被告人Xの有罪・死刑相当立証に用いた証言であるのに、被告人Yとの関係では信用性を認めないというのでは、均衡を欠くというのである。

5 クレーン事件判決²³⁷

(1) 意義

自白の信用性が事実認定者（陪審）の判断すべき問題であるのに対し、自白の任意性は、法律問題であって、事実認定者（陪審）が判断に関与すべきものではないとして、自白の任意性に影響する自白の録取状況に関する証拠について、自白の信用性を争う証拠として、事実認定者（陪審）の前で取り調べることを認めなかった事実審裁判所の判断が争われたのがクレーン事件である。

(2) 事案の概要と判旨²³⁸

16歳の少年が強盗容疑で逮捕され、関係のない酒店銃撃事件について自白し、殺人で起訴された。

少年は、自白は違法に強要されたものであるという理由でその排除を求めた。そして、少年は、後に、ケンタッキー州裁判所における審問で、窓のない部屋に長期間にわたって拘束され、取調べの際には6人もの警察官に囲まれ、母親に電話したいと繰り返し申し出ても許されず、根負けして嘘の自白をしたと証言した。

裁判所は、強要はなかったとして、証拠排除申立てを退けた。

公判では、弁護側は、自白が録取された際の状況が自白の信用性に疑いを生じさせると主張したのに対し、裁判所は、弁護側にそうした証言の取調べ請求を認めるべきではないとする訴追側の申立てを認めた。

陪審は有罪評決を下した。上訴審で、ケンタッキー州最高裁は、上述の証言の取調べ請求却下が第6及び第14修正条項に基づく被告人の権利

237 *Crane v. Kentucky*, 476 U.S. 683 (1986).

238 *Crane*, 1986 U.S. LEXIS 89.

を侵害したとする主張を退け、有罪評決を是認した。ケンタッキー州最高裁は、「取調べ請求された証言は、自白の任意性にのみ関わるものであって、その信用性には影響せず、確立されたケンタッキー州手続法の下では、事実審裁判所による公判前の自白の任意性判断は終局的なものであり、公判において改めて争うことが許されていない以上、こうした証言を陪審に触れさせなかったことに誤りはない」と理由付けた。

上告受理申立てを受理した連邦最高裁は、原判断を破棄して差し戻した。

オコナ判事による全裁判官一致の法廷意見は、「(1)自白の録取状況は、その任意性という法律問題のみならず、究極的な事実上の争点である被告人の有罪・無罪についても関連性を有している。(2)被告人が自白を録取された際の物理的・精神的環境に関する証言の取調べ請求を却下したことは、以下のような事情に鑑みれば、第14修正のデュー・プロセス条項と第6修正の強制手続条項・対質条項とのいずれに基づくかはともかく、防御を尽くして提出する公正な機会を得るという憲法上の権利を侵害した。すなわち、(a)被告人の防御は、犯罪と被告人とを結びつける物証がないという点と被告人の当初の自認供述は信用できないという点とに尽きており、(b)被告人は、問題とされている証言を自白が信用するに値しないと証明するために提出しようとしたのであり、(c)その請求された証拠の提出は、この防御にとって、唯一かつ不可欠のものであったのであって、(d)この証拠の取調べ請求却下についての合理的な理由は一切示されていない。(3)もっとも、証言の取調べ請求却下決定の違法については、ハームレス・エラーの法理²³⁹による審査に服するものである。(4)そこで、『結果的には同様の立証は他の証人を通じてなされていたので、この違法は、判決に影響を及ぼさ

239 前掲注 153 参照。

ない〔ハームレスな〕ものである』という訴追側の主張について、審理を
尽くさせる必要があるので、州裁判所に差し戻すべきである」と判示した。

(3) 検討

このグリーン事件判決は、裁判員裁判における自白の任意性判断のための
証拠取調べ（事実取調べ）を行うべき時期に関する議論、とりわけ、公
判前整理手続で任意性判断のための事実取調べを行って任意性が認めら
れた場合でも、改めて公判で信用性判断のために同種の証拠取調べを行う
ことは重複・煩雑であって、許されないのではないかという議論との関係
で示唆に富んでいる。

グリーン事件判決の姿勢は、まず、任意性に疑いのある自白を事実認定
者に示すべきではないから、公判前に任意性判断を行うべきであって、そ
のために公判前に証拠取調べを行うべきであるというのである。その上で、
任意性に疑いがないと認められた自白についても、公判で、信用性を争う
ために公判前と重複する自白採取状況に関する証拠取調べを行うことを
認めるのである。

我が国では、公判前整理手続では任意性判断をせずに、公判で、任意性・
信用性に関わる証拠取調べを一括して行って、裁判員の意見も聴取しなが
ら、裁判官が任意性を判断し、その判断を踏まえて、裁判官・裁判員が信
用性を判断するという考えが主流である。しかし、公判前に任意性に疑い
があるとして排除できるものは排除した上で、排除されなかったものにつ
いては、公判でも証拠取調べを認めるという重複を厭わない姿勢もありう
るということに留意しなければならない。

すなわち、仮に公判前に自白の任意性に関する事実取調べが行われて任
意性に疑いがあるとは認められなかったとしても、それと重複する証拠に

ついて、自白の信用性の有無を立証趣旨として、公判での取調べが請求された場合、重複を理由に取調べの必要性を否定することは許されないのである。

6 ロック事件判決²⁴⁰

(1) 意義

催眠療法によって記憶を喚起されて供述できるようになった証言について、そうした証言は本質的・生来的に信用できないものとして全面的に禁止した州における証拠制限の合憲性が問題とされたのがロック事件である。

(2) 事案の概要と判旨²⁴¹

被告人は、夫を銃で殺してしまったという故殺の罪状で起訴された。

被告人は、銃を撃ったときの詳細を思い出すことができなかつたので、記憶を甦らせるため、資格を有する神経心理学者による催眠療法を受けた。催眠療法の後、被告人は、銃が発射された際に銃の引き金には指をかけていなかったこと、夫とつかみ合いになっている最中に夫が被告人の腕をつかんだ際に発砲があったことを思い出すことができた。

この新しい情報を受けて、新たに銃の検査が実施されたところ、この銃には欠陥があり、引き金が引かれなくても、ぶついたり落としたりするだけで発砲してしまうおそれがあることが判明した。

しかし、公判では、裁判所は、被告人に対し、催眠療法を受ける前に思い出して供述することができた内容以外を証言することを認めなかつた。

そして、陪審は、被告人を故殺罪で有罪とする評決を下した。上訴審で、

240 *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987).

241 *Rock*, 1987 U.S. LEXIS 2732.

アーカンサス州最高裁は、(1)このような被告人の証言制限は被告人の防御権を侵害するという被告人の主張を退け、(2)催眠療法によって喚起された被告人の供述を採用して取り調べることによる弊害は、その証拠価値を凌いでいると結論付け、(3)催眠療法によって喚起された証言は全面的に証拠禁止の対象となると判示し、(4)被告人の証言を排除したことは被告人の憲法上の権利を侵害するものではないと判断した。

上告受理申立てを受理した連邦最高裁は、アーカンサス州最高裁の判断を破棄し、審理を尽くすことを求めて差し戻した。

ブレナン判事、マーシャル判事、パウエル判事及びスティーヴンズ判事も加わったブラックマン判事による多数意見は、被告人の公判で被告人の催眠療法によって喚起された証言の取調べを認めなかった州の証拠決定が被告人の憲法上の権利を侵害したものであると判示した。すなわち、第5修正の自己負罪拒否特権、第6修正の強制手続を得られ、防御をなすことができる権利及び第14修正のデュー・プロセスの権利を侵害したものであると判示した。その理由として、(1)州による証拠法則が「およそ催眠療法によって喚起された被告人供述は常に信用できるものでない」という根拠に基づいて、そうした供述を全面的に排除するものであって、(2)事実審裁判所が個々の事案において催眠療法で喚起された証言を採用できる余地がないかを検討することを許していない点を挙げている。

ホワイト判事、オコナ判事及びスカリア判事が同調したレーンクイスト判事による反対意見は、自己の防御のために自ら証言することができるという被告人の憲法上の権利は、催眠療法によって喚起された証言を排除する州の証拠法則を無効とする根拠にはなり得ないという見解を表明している。その理由として、(1)こうした証言は、本質的に信用性を欠くもので

あって、刑事公判における真実解明という機能に奉仕するものでないこと、(2)自己に有利な証拠を提出できるという権利も絶対無制約のものではなく、合理的制約に服するものであること、(3)各州が独自に刑事公判における証拠規則や手続規則を制定して実施することは伝統的に尊重されてきたことを挙げている。

(3) 検討

このロック事件でも、やはり、特定類型に該当したことをもって機械的に排除するという全面的排除の姿勢が問題とされている。個別具体的事情を勘案しても、本当に証拠価値よりも不当な偏見を生じるおそれの方が大いに凌いでいるのかという個別判断を許さない規律は、恣意的であって、被告人の証拠提出権を侵害するものと評価されるのである。

7 テイラー事件判決²⁴²

(1) 意義

弁護人による証拠開示（弁護側証人一覧表提示）の不遵守に対する制裁として、この不遵守に被告人個人が関与していない場合であっても、開示されていなかった証人予定者の取調べを認めないものとするのは、被告人の憲法上の証拠提出権を侵害しないかが問われたのがテイラー事件である。

(2) 事案の概要と判旨²⁴³

路上抗争に参加した男性が殺人未遂罪で起訴され、イリノイ州クック地区裁判所で審理を受けた。

公判に先立って、訴追側は、弁護側証人の一覧表を要求する証拠開示の

242 *Taylor v. Illinois*, 484 U.S. 400 (1988).

243 *Taylor*, 1988 U.S. LEXIS 573.

申立てをなした。

第1回公判期日において、弁護人は、2人の目撃証人の名前を追加するというかたちで、証拠開示申立てに対する回答を修正することを許可されたものの、その2人の証人はいずれも召喚されることはなかった。第2回公判期日に、訴追側の主要証人らに対する尋問が終わったところで、弁護人は、さらなる2人の証人の追加を含むかたちで証拠開示申立てに対する回答を修正したいとの申立てを口頭で行った。この申立てを正当化する理由として、弁護人は、これら証人の存在を知ったばかりであり、これらの証人は問題となっている事件の全体を目撃しているであろう人物であると述べた。裁判所からの釈明に応じて、弁護人は、被告人が以前にこの2人の証人について話してくれていたことを認めたものの、被告人が2人目の証人の居所を知らなかったとも説明した。

翌日、その2人目の証人が弁護人とともに出廷し、陪審の目に触れないところで証言することを許可された。その証言の結果、(1)この証人は事件を目撃していなかったこと、(2)被告人と初めて会ったのは事件から2年以上経った後であったこと、(3)公判がはじまる前の週に弁護人の訪問を受けていたことが明らかになった。

事実審裁判官は、証拠開示の規律が守られなかったこと及び証人の真摯性が疑わしいことを判断して、証拠開示違反に対する制裁として証言を認めない旨の決定をした。

被告人は有罪評決を受け、イリノイ州控訴裁判所も、事実審裁判所が証言を認めなかった判断はその裁量の範囲内のものとして許されると判示して、有罪評決を是認した。被告人は、控訴裁判所に再審理を求める申立てをするに当たって、連邦憲法第6修正の下での自己に有利な証人を得る

ために強制手続をとってもらおうという刑事被告人の権利に基づく主張を明示した。イリノイ州最高裁は、許可上訴の申立てを認めなかった。

上告受理申立てを受理した連邦最高裁は、原判断を是認した。

レーンクイスト首席判事、ホワイト判事、オコナ判事及びスカリア判事が同調したスティーヴンズ判事による多数意見は、(1)被告人は、連邦最高裁が管轄を持って審理の対象とできるのに十分な程度に州裁判所で第6修正の強制手続条項に関する主張を提示していた、(2)被告人に自己に有利な証拠を提出する権利を保障する強制手続条項は、裁判所が証拠開示に関する規律に違反したことに対する制裁として弁護側立証を禁ずることを妨げるものではない、(3)本件における事情に鑑みれば、弁護人側が意図的に違反行為を行ったとの強い推認があり、これは、証拠提出禁止という厳しい制裁をも正当化するものといえ、これが不必要に厳しいということはいえない、(4)弁護人の違反行為の責任が被告人に及ぶことも不公平であるとはいえないと判示した。

マーシャル判事及びブラックマン判事が同調したブレナン判事による反対意見は、(1)被告人は、州裁判所で、イリノイ州法の問題について、連邦憲法上の問題であるとの主張をしていなかったものの、そのことが直ちに連邦最高裁が連邦法の問題として審理することを妨げるものではない、(2)証拠開示に関する規律違反に被告人の個人的関与があったという証拠がない場合には、証拠開示規律違反に対する制裁として弁護側の証拠提出禁止という方法をとることは、強制手続条項によって絶対的に禁止されている、(3)裁判所は、弁護士の違反行為に基づく制裁をその依頼者に課すことを許されるべきでないとの見解を表明している。

ブラックマン判事による反対意見は、「一般的な当事者相互間の証拠開

示に関する規律というよりむしろ、特定類型の証拠を意図して規定された規律を遵守しなかったことに対する制裁に関する事案であるならば、州がそのような立法をする利益がより強く認められ、本件で導かれるべき結論、すなわち、不遵守に対する制裁としての証拠提出禁止は許されないとの結論とは異なった結論、すなわち、証拠提出禁止という制裁も許されるといふ結論が導かれたであろう」という見解を表明している。

(3) 検討

連邦控訴裁判所の先例は、証拠提出が反対当事者に対する不意打ちとなることを関連性がある証拠でも取調べを認めないことを正当化する根拠となるとは考えておらず、不意打ちに対する救済は、公判を延期して反対当事者に準備期間を与えることで図るべきだという考えをとってきた²⁴⁴。

それに対して、本判決は、不意打ちが関連性ある証拠でも排除する正当化根拠となりうると判断したもののようにも見える。

しかし、多数意見が問題にしているのは、単なる不意打ちではなく、故意に情報を隠蔽して反対当事者による効果的な反対尋問や反証提出を妨げようとした弁護人の不公正な態度であった。すなわち、「事実審裁判所は、取調べ請求予定証人の人定事項を公判前に明らかにしなければならないという要請に従わなかった当事者に対しては、当然に釈明を求めることができる。その釈明内容によって、事前開示しなかった理由について、故意によるもので、しかも、反対尋問の効果や反証提出の機会を最小化しようという戦略的な優位性を得ようという動機に基づいていることが明らかになった場合には、端的に事前開示されなかった証人の取調べ請求を却下することが、合衆国憲法第6修正の強制手続条項の趣旨にも完全に沿う

244 前掲注 128。

というべきである」²⁴⁵というのである。

多数意見は、「強制手続条項について、[証拠開示を遵守しない場合でも、]当然に審理の継続や再審理が約束されるというかたちで偽証となるおそれがある証言が陪審に示されるのを許してしまう絶対的な権利を導くというような解釈をとるとすれば、強制手続条項自体の高次の目的を害することになってしまう」²⁴⁶とさえ述べる。

結局、強制手続条項の目的について、真実発見を重んじて、効果的な反対尋問や反証にさらされる機会の保障こそが本質的な価値と考え、証拠開示の不遵守によって、そうした奪われていて事実認定を誤らせるおそれの高い証拠を取り調べることを許さないという姿勢をとっている。

反対意見は、同様に真実発見の要請を重んじながら、むしろ、真実発見の要請を重んじるからこそ、証拠開示不遵守に対する制裁として証拠排除という方法をとることに合理性がないと考えている。すなわち、「本件で問題とされているのは、証拠開示の規定遵守を徹底すべきかどうかではなく[徹底すべきであることについては異論がない]、証拠開示不遵守を改めさせたり、思いとどまらせたりする必要があるからと言って、そのために、刑事事件において無罪を示す重要証拠を排除するというかたちで、それ自

245 “A trial judge may certainly insist on an explanation for a party's failure to comply with a request to identify his or her witnesses in advance of trial. If that explanation reveals that the omission was willful and motivated by a desire to obtain a tactical advantage that would minimize the effectiveness of cross-examination and the ability to adduce rebuttal evidence, it would be entirely consistent with the purposes of the Compulsory Process Clause simply to exclude the witness' testimony.” *Taylor*, 484 U.S. at 415.

246 “It would demean the high purpose of the Compulsory Process Clause to construe it as encompassing an absolute right to an automatic continuance or mistrial to allow presumptively perjured testimony to be presented to a jury.” *Id.* at 416.

体が真実解明手続を害してしまうような制裁まで必要なのかということなのである。結論として、少なくとも、被告人自身が不遵守について個人的に責任がない事案では、不遵守を改めさせて思いとどめさせるには、証拠排除などしなくとも十分であるし、証拠排除以外の方法の方が証拠排除による制裁という恣意的で不適切な罰則よりもはるかに優れていると考える」²⁴⁷というのである。

弁護人の違反行為による不利益を個人的には責任のない被告人に及ぼしてよいのかという問題についても、反対意見では、許されないとの視点が強調されているのに対して、多数意見では、弁護人の方針選択による不利益を被告人が被ることは一般的に避けがたいやむを得ないことであるという視点をとっている。すなわち、多数意見では、被告人側が証拠提出したり、反対尋問をしたりする場面では、常に、弁護人の独自の裁量的判断が存在しており、その判断が結果的に被告人に有利に働くこともあれば、不利に働くこともあるのであって、不利に働いた場合には、被告人は、それを受け容れざるを得ない立場にあるというのである。「弁護人が強制手続条項によって与えられた宝刀を用いるときには、常に、依頼者である被告人をその宝刀で傷つけてしまうかもしれないというリスクを負ってい

247 “The question in this case, however, is not whether discovery rules should be enforced but whether the need to correct and deter discovery violations requires a sanction that itself distorts the truthseeking process by excluding material evidence of innocence in a criminal case. I conclude that, at least where a criminal defendant is not personally responsible for the discovery violation, alternative sanctions are not only adequate to correct and deter discovery violations but are far superior to the arbitrary and disproportionate penalty imposed by the preclusion sanction.” *Id.* at 419.

るのである」²⁴⁸。

いずれにせよ、多数意見も単なる不意打ちが証拠取調べ請求却下の正当化理由になるとは考えていない。また、本件での弁護人による情報隠蔽は意図的なものであったという事情があり、しかも、意見が5対3に割れていることからしても、連邦最高裁として、証拠開示不遵守に対する制裁として、一般に証拠排除が適切であると考えていると理解することはできないであろう。

8 ルーカス事件判決²⁴⁹

(1) 意義

アメリカ合衆国では、多くの法域で、「性的被害供述者の過去の性的行為や性的傾向に関する証拠を提出したり、これらに関する事項に及ぶ反対尋問をしたりして、その被害供述を弾劾すること」を禁ずる強姦被害者保護法制²⁵⁰を採用している²⁵¹。

また、多くの法域では、かかる証拠禁止の例外として、「性的犯罪につ

248 “Whenever a lawyer makes use of the sword provided by the Compulsory Process Clause, there is some risk that he may wound his own client.” *Id.* at 418.

249 *Michigan v. Lucas*, 500 U.S. 145 (1991).

250 こうした強姦被害者保護法制を含め、アメリカにおける性的傾向に関する証拠の許容性について概説している邦語文献として、野々村宜博「アメリカ合衆国における性的な傾向に関する証拠の許容性についての一考察」東大阪大学・東大阪大学短期大学部教育研究紀要4号49頁（2007年）。

251 連邦証拠規則も、412条(a)項が「【原則として許容されない証拠】以下の証拠は、(b)項及び(c)項に定められている場合を除いては、性的違法行為があったという主張を含んだ民事訴訟及び刑事訴訟のいずれにおいても許容されない。(1)被害供述者が他の性的行為を行っていたことを証明するために提出される証拠。(2)被害供述者の性的傾向を証明するために提出される証拠」と定めて、強姦被害者保護法制を採用している。

いて訴追された被告人が、被害供述者との間で性的行為に関する合意があったことを立証するために、被害供述者と被告人との間における具体的な性的行為の存在を示す証拠」の提出を認めている²⁵²。

もつとも、このように例外的に提出が許される場面でも、原則として、公判前に提出許可を求める申立てをすることが必要であるとされ、しかも、公判裁判所が事前に非公開での聴聞を開いて許容性を審査することも必要とされている法域が多い²⁵³。

こうした強姦被害者保護法制の下で、被告人が同意の存在を立証するために被害供述者との過去の性的関係を立証しようとしたところ、例外要件とされる事前の申立てをしていなかったために提出が認められなかったことの合憲性が問われたのが、ルーカス事件である。

(2) 事案の概要と判旨²⁵⁴

ミシガン州の強姦被害者保護法の規定によれば、強姦罪で訴追された被告人がアレインメント手続から10日間以内に書面による申立てと請求を提出した場合には、被害供述女性との過去の性的関係に関する証拠を提出することを許している。この法律は、さらに、事実審裁判官が裁判官室で請求された証拠を採用して取り調べることを許されるかを判断するための審問を行うことができると定めている。すなわち、その証拠に関連性

252 連邦証拠規則も、412条(b)(1)(B)で、「性的犯罪について訴追された被告人とその被害供述者との間における特定具体的な性的行為の存在を示す証拠について、被告人が同意の存在を証明するために提出する場合、または、訴追側が提出する場合」には許容されると定めている。

253 連邦証拠規則も、412条(c)項(1)(A)で、少なくとも公判期日から14日前における申立てを要件とし、同条項(2)で、事前の聴聞を必要的としている。

254 *Lucas*, 1991 U.S. LEXIS 2778.

があり、かつ、証拠価値に比して偏見を生じさせるおそれがないかを判断するためである。

被告人は、ミシガン州の事実審裁判所で、被告人の過去の恋人を被害者とする性的行為を訴因とする審理を受けた。

公判の初めに、弁護人は、被告人と被害供述者との間に以前性的関係があったことを示す証拠の提出を許可するように求めた。

事実審裁判所は、被告人が法律の定める期間内に書面による申立てと請求を提出していなかったこと、そのため、裁判官室で（非公開で）証拠の許容性を判断するための審問が行われていないことを理由として、許可しなかった。

陪審ではない職業裁判官による事実審理において、同意が存在したという防御がなされたが、被告人を有罪とする判決が下された。

ミシガン州控訴裁判所²⁵⁵は、有罪判決を破棄し、その判示において、(1)控訴裁判所は、先例において、10日以内の事前告知条項と審問要求に関して、これらが被告人と被害供述者との以前の性的関係に関する証拠を排除するという特定の場面での適用については違憲となる旨を判示してきたことを特筆し、(2)被告人と被害供述者が長期間にわたって関係を有しており、関係が終わってから犯罪が起こったとされるまでの間が短いことを示す証拠があり、同意が存在したとの争点は有効な証拠価値を持つ以上、本件の状況の下でも先例は有効であると述べ、(3)記録上、関連性がないか、もしくは、不公平な偏見を生じさせるおそれがあるとして、証拠排除が適

255 “The Court of Appeals of Michigan.” ミシガン州の最高裁判所の名称は、“Supreme Court”であり、“Court of Appeals”は、控訴審裁判所である。本件上告受理申立ては、州控訴裁判所での連邦憲法解釈を不服とした訴追側（州政府）が申し立てたものである。

切であったとすることを示すものはないとした。

上告受理申立てを受理した連邦最高裁は、原判断を破棄し、差し戻した。

レーンクイスト首席判事、ホワイト判事、スカリア判事、ケネディー判事及びソーター判事が同調したオコナ判事による多数意見は、「(1)被害供述者と被告人との間の過去の性的関係を示す証拠を排除するというかたちで事前告知要求が適用される場合には常に連邦憲法第6修正に違反するという事前告知要求の絶対的禁止論をとっている点で、控訴裁判所の判断は誤っている。その理由としては、以下の2点が挙げられる。まず、(a)事前告知要求は、被害供述者を不意打ち、困惑やいわれのないプライバシー侵害から保護し、また、訴追側に対する不意打ちや不当な訴訟遅延を防ぐという正当な州の立法利益に適うものである。次に、(b)こうした事前告知要求が遵守されなかった場合、一定の事案では、排除という制裁も正当である。(2)よって、(a)本件法律がこうした証拠の排除を正当化するものであるか、(b)本件での事実関係に照らして、本件証拠排除が被告人の第6修正に基づく権利を侵害するものであるかについて審理を尽くさせるため、州裁判所に差し戻す」と判示した。

ブラックマン判事の補足意見は、「(1)第6修正は、排除という制裁が真実解明の手続を不当に歪めるものではなくて州の正当な立法利益のために行われるものであれば、特定の証拠の排除を許さないとするものではない。(2)ミシガン州における事前告知と聴聞の要求を遵守しなかった場合には、一定の事案では、排除という制裁も正当である。」という見解を表明している。

マーシャル判事が同調したスティーヴンズ判事の反対意見は、「(1)控訴裁判所の判断は、多数意見が指摘するような絶対的禁止を採用したもので

はなく、むしろ、事実審裁判所が限定された種類の強姦事件においては違憲というべき事前告知要求条項に依拠して潜在的に関連性のある証拠を排除した場合には、再審理が必要であるとしているに過ぎない。(2)10日以内の事前告知要求は過度に制限的であり、そうした事前告知要求が本件証拠を排除するために用いられたという事情は、控訴裁判所による本件法律を違憲とする判断の十分な論拠となる。(3)控訴裁判所の判断は、被告人と被害供述者との間に過去に性的関係があつて、被告人が同意の存在を主張している事案との関係で、一般論として、事前告知の不遵守があつた場合に証拠排除という方法をとることは不必要に厳しい制裁を加えるものであると考えている点で正当である」という見解を表明している。

(3) 検討

本件も、先に扱ったテイラー事件と同様に証拠開示不遵守に対する制裁として証拠排除という方法によることが許されるかが問題とされている。

もっとも、テイラー事件判決の反対意見におけるブラックマン判事の指摘を引用すれば、テイラー事件が「一般的な当事者相互間の証拠開示に関する規律」に関する問題であつたのに対して、本件は「特定類型の証拠を意図して規定された規律」に関する問題であるという違いがある。

実際、ブラックマン判事は、テイラー事件判決反対意見で示していたとおり、「特定類型の証拠を意図して規定された規律」に関する本件では、あえて、補足意見として、「証拠提出禁止という制裁も許されるという結論」をとることを明確にしている。

結局、多数意見は、「当裁判所は、テイラー事件で、証拠開示が遵守されなかった場合に常に証拠排除が許されると判示したわけではない。むしろ、ほとんどの事案では、証拠排除以外の方法による制裁で十分であり適

切であることを認めたものである。しかしながら、証拠排除よりも厳しくない制裁では、訴追側に対する不利益や当事者主義手続に対する阻害を抑えることができず、むしろそうした弊害を存続させてしまうような場合には、証拠排除が正当化される余地があることも明確に判示したところである」²⁵⁶として、制裁としての証拠排除が正当化されるか否かは、事案における個別具体的事情にかかっていることを明らかにしながら、具体的にどのような事情が認められなければ証拠排除が正当化されないのかについては、明らかにしていない。

多数意見は、本件における具体的事情として、「被害供述者が予備審問で被告人との過去の性的関係の存在を認めており、訴追側にとって不意打ちではなかったこと」、「開示を怠ったのは、故意によるものではなく、過失によるものであると主張されていること」を挙げながら、具体的に本件で証拠排除が正当化されるのかについての判断を示すのを控え、差戻審に判断を委ねている。とはいえ、列挙された事情を見れば、多数意見としては、反対当事者の実質的な不意打ちの有無や不遵守が意図的なものかという要素を重視していることがうかがえる。

連邦最高裁は、テイラー事件判決に続いて、証拠開示不遵守の場合に、単なる不意打ちを理由とした証拠排除を許すものではなく、ほとんどの事案では証拠排除という厳しい制裁を加えることは適切でなく、より大きな弊害の存在があつて初めて証拠排除が正当化されるという立場を明らか

256 “We did not hold in *Taylor* that preclusion is permissible every time a discovery rule is violated. Rather, we acknowledged that alternative sanctions would be ‘adequate and appropriate in most cases.’... We stated explicitly, however, that there could be circumstances in which preclusion was justified because a less severe penalty ‘would perpetuate rather than limit the prejudice to the State and the harm to the adversary process.’” *Lucas*, 500 U.S. at 152.

にしたものといえる。

9 シェファー事件判決²⁵⁷

(1) 意義

ポリグラフ検査結果に証拠能力を認めるべきかについては、我が国でも議論が対立しているところであり、事例判断として証拠能力を認めた最高裁判決²⁵⁸に対しては、学説からの批判も激しいところである²⁵⁹。

連邦証拠規則は、ポリグラフ検査結果のような科学的証拠の許容性について、特段の規定を設けておらず、702条における専門家証人による意見証言の許容性の問題として扱われており、この点のリーディングケースがドバート事件判決であることは、先に説明したとおりである²⁶⁰。

こうしたポリグラフ検査結果の証拠としての許容性について、軍法会議規則707条は、明示的に許容されないことを定めている。一般軍法会議において、薬物自己使用を含む訴因で訴追された被告人が、以前にした否認供述の信用性を弾劾されたのに対して、当該供述時に虚偽を述べている兆候を示していなかったというポリグラフ検査結果を提出して反駁しようとしたところ、上記規則によって許容されなかったことから、同規則の合憲性が争われたのがシェファー事件²⁶¹である。

257 *United States v. Scheffer*, 523 U.S. 303 (1998).

258 最判昭和43年2月8日（刑集22巻2号55頁）。

259 浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』（有斐閣，1994年）129頁；前掲注32の194頁；白取347頁；田口守一『刑事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂，2009年）354頁；前掲注31の332頁。

260 前掲注174。

261 シェファー事件判決を紹介している邦語文献としては、小早川義則「ポリグラフ検査について—米連邦最高裁判例を契機に—」名城法学48巻2号95頁，153頁（1998

(2) 事案の概要と判旨²⁶²

志願して空軍内の薬物捜査に関する情報提供者となった合衆国空軍航空兵が、尿検査とポリグラフ検査を受け、後に、覚せい剤自己使用を含む複数の訴因について、一般軍法会議の審理を受けた。この航空兵が休暇をとらずに空軍からいなくなった後に、空軍当局が覚せい剤検出を認める尿検査の結果を知った結果、訴追に至ったものである。

この航空兵は、薬物と認識して使用したことはないという自らの証言の信用性を高めるための証拠として、この航空兵が薬物使用を否定する供述をした際に虚偽を述べている兆候は見られなかったという検査官の意見が付されたポリグラフ検査結果を提出したいとの申立てを行った。

軍法会議裁判官は、(1)ポリグラフ検査結果、(2)ポリグラフ検査官の意見、(3)ポリグラフ検査を受けようとしたこと、受けなかったこと、受けたことといったことに言及する一切のいずれをも軍法会議では証拠として認めないとする軍法会議証拠規則707条に依拠して、申立てを退けた。

航空兵は全ての訴因について有罪評決を受け、空軍刑事控訴裁判所は全ての重要論点について一般軍法会議の判断を是認した。

しかし、合衆国軍事控訴裁判所は、「被告人証言の信用性を弾劾されたのに対する反駁として被告人がポリグラフ検査結果を提出するのを全面的に禁止することは、連邦憲法第6修正に基づく被告人の防御権を侵害する」として、空軍刑事控訴裁判所の判断を覆した。

年) ; 松尾浩也「ポリグラフ検査結果に関する専門家証言の許容性」法律のひろば1999年11月号58頁 ; 小早川義則・大西一雄「ポリグラフ検査と黙秘権」名城法学51巻4号29頁, 39頁(2002年) ; 前掲注86の67頁。

262 *Scheffer*, 1998 U.S. LEXIS 2303.

上告受理申立てを受理した連邦最高裁は、原判断を破棄した。

レーンクイスト首席判事、オコナ判事、スカリア判事、ケネディー判事、ソーター判事、ギンズバーグ判事及びブレヤー判事が同調したトーマス判事による多数意見は、その一部において、規則707条は、(1)航空兵の憲法上の防御権を侵害していない、(2)刑事公判で信頼できる証拠のみが提出されることを確保するという正統な政府の立法利益に適っている、(3)規則707条が、航空兵から、(a)罪状自体に関する事実関係の証拠や証言を提出する機会も、(b)自己のために証言する機会も奪ってはいない以上、航空兵の重要な利益に何ら関係するものでもない」と判示した。加えて、レーンクイスト首席判事、スカリア判事及びソーター判事が同調したトーマス判事の意見の部分では、「規則707条は、上記に加えて、(1)刑事公判において、証拠の信用性判断を行うという陪審の職責の中核を維持し、(2)訴訟が被告人の有罪・無罪を超えた争点を扱うものになるのを防ぐという正当な政府の立法利益にも適っている」という見解を表明している。

オコナ判事、ギンズバーグ判事及びブレヤー判事が同調するケネディー判事による補足意見では、「(1)規則707条が違憲とされるほどに恣意的であったり、均衡を欠いていたりするものではないという点では多数意見に賛成するものの、(2)(a)今後、本件に比べて、ポリグラフ検査に関する証言を提出することを余儀なくされるような事案が想定されることであり、(b)連邦裁判所にしても、軍事裁判所にしても、主要事実を判断する陪審の職責の領域を侵すのではないかという旧態依然とした懸念を理由として、ポリグラフ検査結果は証拠として認められないというのでは説得力に欠ける」という見解が表明されている。

スティーヴンズ判事による反対意見では、「規則707条は、(1)連邦地

方裁判所の刑事公判において一般的に認められている証拠法を実現可能な限り軍事裁判所における証拠法としても施行させる大統領権限を認めた連邦法規定に違反しており、(2)全ての事案においてポリグラフ検査結果を証拠として許容しないという類型的排除を正当化できる程度に、この排除をする必要があることを認めさせる政府の利益を見出せない以上、憲法にも違反している」との見解が表明されている。

(3) 検討

多数意見がポリグラフ検査結果を証拠として許容しない軍法会議規則の合憲性を認めた根拠は、大きく分けて、(1)ポリグラフ検査には信頼性を認め得ないという点と、(2)供述の信用性の判断者は、事実認定者（陪審）であるべきであって、専門家意見が介入すべきでないという点にある。

このうち、信頼性を認めがたいとする根拠として、多数意見は、ポリグラフ検査には信頼性があるという意見の一致が科学界で見られていないことを挙げている。結局、フライ原則が要求していた「一般的承認」を要件としているのと同じであり、ドバート事件判決が信頼性を要件のみを要件として広く許容しようとしたのに逆行するものである。

実際、多数意見は、「ドバート事件判決以前には、連邦裁判所にしても、州裁判所にしても、第6修正が類型的排除法則採用の障害になるとの考えをとってきたことはなかった。もともと、ドバート事件判決においてさえ、憲法上の問題としては、一定の類型に属する専門家意見証拠や科学的証拠に対する全面的排除法則の採用を妨げるような判示は一切なかった。証拠規則が改正されたり、証拠規則の解釈がなされたりすることで、その内容に対応して憲法解釈も変化するというのなら、法の体系秩序の奇異な転倒

と言わざるを得ない」²⁶³とまで指摘して、実質上、ドバート事件判決を退ける姿勢を示している。

次に、「供述の信用性に関する科学的証拠を許容することは、供述の信用性判断が事実認定者（陪審）の専権に属することに反する」という見解²⁶⁴については、法廷意見を支持する8人の判事の間でも一致を見ていない²⁶⁵。「事実認定者の判断の助けになる証拠であればなるべく採用するべきであり、取り調べることによって生じる弊害を恐れて、取り調べないという事前排除的な判断をするよりも、十分な反対尋問や反証の提出、陪審に対する注意深い説示といった形で、取り調べた上で弊害をできる限り除去する方策を模索した方が合理的である」というドバート事件判決やオールドチーフ事件判決反対意見の考えに照らせば、ポリグラフ検査結果を証拠と

263 “Prior to *Daubert*, neither federal nor state courts found any *Sixth Amendment* obstacle to the categorical rule. ... Nothing in *Daubert* foreclosed, as a constitutional matter, *per se* exclusionary rules for certain types of expert or scientific evidence. It would be an odd inversion of our hierarchy of laws if altering or interpreting a rule of evidence worked a corresponding change in the meaning of the Constitution.” *Scheffer*, 523 U.S. at 312.

264 こうした見解の表れの1つとして、連邦控訴裁判所判決には、目撃者による識別供述の信用性に関する専門家証言を許容しない傾向が見られる。識別供述の信用性判断は、陪審の職域に属するものであって、専門家意見を資料とするのになじまない性質があるというのである。E.g. *United States v. Welch*, 368 F.3d 970, 975 (7th Cir. 2004); *United States v. Lumpkin*, 192 F.3d 280, 289 (2d Cir. 1999).

265 なお、事例判断としてポリグラフ検査結果の証拠能力を認めた我が国の判例(前掲注 258)の原判決(東京高判昭和42年4月26日・判タ215号139頁)も、ポリグラフ検査結果の証拠能力を一概に否定するのを相当でないとする根拠として、「我が国における刑事裁判が陪審制によっていないこと」を挙げていた。しかし、その趣旨は、職業裁判官であれば、一旦証拠能力を認められた証拠であっても、その信用性を吟味する能力を有しているとした趣旨であったと考えられ、ポリグラフ検査結果の証拠としての許容が陪審の職域を侵すものであるという発想は持っていなかったと思われる。

して許容すると、陪審が供述の信用性判断にあたって検査結果に依拠してしまうというかたちで「不公平な偏見」を生ずることになると安易に考えるのではなく、検査結果を証拠として許容した上で、反対尋問や反証の機会を十分に与えたり、陪審に対する説示を注意したりするというかたちでの解決を図るべきであろう。

いずれにしても、本判決によって、ワシントン事件判決、チェンバーズ事件判決、ロック事件判決を通じて、類型的な全面的排除法則に対して批判的な態度を示してきた連邦最高裁の姿勢が後退したように見えるのは明らかである。

もっとも、次に見るホームズ事件判決において、改めて、個別具体的事情を斟酌しない類型的な排除思考に対する批判的な判断が示されることになる。

10 ホームズ事件判決²⁶⁶

(1) 意義

チェンバーズ事件と同様に、被告人が、第三者が犯人であることを示す証拠を提出しようとしたところ、「第三者が犯人である」ことを示す証拠が許容されるには、その証拠が独立して被告人が無罪ではないかという合理的推測を生じさせる程度の証拠価値を持っていなければならないという州規則によって退けられたため、その合憲性が争われたのがホームズ事件²⁶⁷である。

266 *Holmes v. South Carolina*, 547 U.S. 319 (2006).

267 ホームズ事件判決に触れた邦語文献は見当たらなかった。評釈文献としては、以下の3つに行き当たった。いずれも、本論文と同様に、ワシントン事件判決にはじまる各判例を追いつつ、解説したものである。Martin A. Hewett, Student Author, *A More Reliable Right To*

(2) 事案の概要と判旨²⁶⁸

サウス・カロライナ州裁判所の殺人罪の公判で、訴追側は、様々な科学的証拠に過分に依拠する立証を行っていた。

これに対し、被告人は、第三者が当該殺人の犯人であるという証拠を提出しようと考えた。

しかし、事実審裁判は、「第三者が犯人であることを示す証拠の提出は、かかる証拠が『第三者が犯人かもしれない』という単なる疑いや憶測の域を出ない推測を生じさせるに過ぎない場合には、認められない」というサウス・カロライナ州最高裁判例を引用して、被告人による証拠調べ請求を却下した。

被告人は、有罪評決を受け、死刑判決を受けた。

サウス・カロライナ州最高裁は、控訴審において、被告人の有罪を示す強力な証拠、とりわけ、強力な科学的証拠が存在する場合には、被告人が取調べを請求した「第三者が犯人である」という証拠では、被告人が無罪であるという合理的な推測を生じさせるものではないとして、事実審裁判所がサウス・カロライナ州最高裁判例を適用して被告人の証拠調べ請求を却下した判断を是認した。

被告人による上告受理申立てを受理した連邦最高裁は、原判断を破棄して差し戻した。

Present a Defense: The Compulsory Clause After Crawford v. Washington, 96 Geo. L.J. 273 (2007); John H. Blume, Sheri L. Johnson and Emily C. Paavola, *Every Juror Wants A Story: Narrative Relevance, Third Party Guilt And The Right To Present A Defense*, 44 Am. Crim. L. Rev. 1069 (2007); Lissa Griffin, *Avoiding Wrongful Conviction: Re-examining the "Wrong-Person" Defense*, 39 Seton Hall L. Rev. 129 (2009).

268 *Holmes*, 164 L. Ed. 2d 503, 503-504.

裁判官全員一致のアリトー判事による法廷意見は、以下に述べるような理由から、サウス・カロライナ州最高裁による「第三者が犯人である」という証拠に関する証拠制限は、防御を尽くす機会を実質的に意義のあるかたちで保障されるという被告人の連邦憲法上の権利を侵害していると判示した。

(1)このような証拠制限の下では、訴追側の立証が十分に強力な場合には、たとえ、「第三者が犯人である」という証拠が、(a)独立させて見てみると、大きな証拠価値を有していて、(b)混乱、偏見、争点の乱雑化といった不当な弊害のおそれを生じさせるものでない場合であっても、却下されてしまうことになる。

(2)このような証拠制限では、訴追側証言の信用性や訴追側証拠の信頼性の吟味を、仮に多少はするとしても、ほとんど考慮しないで証拠制限してしまうことになる。

(3)こうした証拠制限は、その証拠制限の目的とされる(a)公判の中心的争点に極めて低い論理的関連性しか持たない証拠を排除することで公判が中心的争点に集中できるようにするという目的や(b)その他の正当性ある目的のいずれにも適っていない点において、恣意的である。

(3) 検討

特に、留意すべきは、連邦最高裁が、州による証拠制限では「訴追側証言の信用性や訴追側証拠の信頼性の吟味を、仮に多少はするとしても、ほとんど考慮しないで証拠制限してしまうことになる」という趣旨の判示との関係で、「注目すべきは、一方当事者の立証の強度を評価するだけでは、反対当事者が弾劾や疑いを生じさせるために対抗して取調べ請求した反対証拠の証拠価値の強度に関する論理的な結論など導けないということ

である」²⁶⁹と強調している点である。

すなわち、「訴追側の証拠が、仮にその信用性が認められれば、有罪評決の強力な根拠となるというだけの理由で、第三者が犯人であるという証拠が事案の中心的争点と弱い論理的関連性しか持っていないなどという評価が導かれるものではない」²⁷⁰というのである。かかる連邦最高裁による批判は、まさに、次章で検討するドイツの証拠予断禁止原則の考えのなかでも、「それまでの証拠調べの結果から得た心証に照らして、請求された証拠がその心証を動揺させることはないであろうという理由で、証拠調べの必要性を否定すること」の禁止と全く同様の考えである。

そして、「仮に信用性が認められれば」という前提で評価すること自体の問題性も指摘されている。すなわち、「訴追側の証言の信用性や証拠の信頼性が認められていない段階では、ある種の事実認定がなされない限り、訴追側の立証の強度を見積もることなどできないはずであるのに、州裁判所は、本件でこうした事実認定〔による訴追側の立証の強度の見積り〕をしようとしていないのである。ましてや、この事実認定の職責は、伝統的に事実認定者〔である陪審〕に専属するものであるという点にも留意しなければならぬ」²⁷¹というのである。

269 “The point is that, by evaluating the strength of only one party's evidence, no logical conclusion can be reached regarding the strength of contrary evidence offered by the other side to rebut or cast doubt.” *Holmes*, 547 U.S. at 331.

270 “Just because the prosecution's evidence, *if credited*, would provide strong support for a guilty verdict, it does not follow that evidence of third-party guilt has only a weak logical connection to the central issues in the case.” *Id.* at 330.

271 “And where the credibility of the prosecution's witnesses or the reliability of its evidence is not conceded, the strength of the prosecution's case cannot be assessed without making the sort of

いまだ訴追側証拠の信用性が認められているわけでもないに、訴追側に有利に信用できると推定、すなわち、被告人に不利に推定されて、被告人側証拠の証拠価値評価の基準とされてしまうのは、あまりに不公平である。ましてや、仮に事実審裁判所が実際に訴追側証拠の信用性を判断した上で資料としているとしても、それは、本来陪審の職責である信用性判断を事実審裁判所が領域を侵して行うことになるのであり、やはり問題なのである。

さらに、「訴追側による有罪立証が強力である場合に、『第三者が犯人である』という弁護側証拠が許容されるには、その証拠が被告人の無罪に関する合理的推測を生じさせる程度のものでなければならない」という発想は、証拠の許容性と十分性を混同したものであると指摘することもできる。許容性判断の段階では、十分性を要求するべきではないのである²⁷²。

11 小括

連邦最高裁における憲法上の被告人の証拠提出権に関する一連の判例を見てくると、「取調べ請求証拠があらかじめ定めた特定の類型に該当することを根拠として、自動的・機械的に、当該証拠が全面的に許容されないとする事」を拒否する姿勢が顕著である。高度に信頼できる経験則や論理法則などによって一定の証拠類型に信頼性を認め得ないという確信がない限り、機械的・類型的排除を許さない態度が強く見られる。

結局、個別具体的事情を勘案しても本当に証拠価値よりも弊害のおそれの方が著しく凌いでいるのかという事案ごとの衡量判断を一切許さないような

factual findings that have traditionally been reserved for the trier of fact and that the South Carolina courts did not purport to make in this case.” *Id.*

272 前掲注 114。

硬直的な規定では、恣意的制限とされ、被告人の証拠提出権を侵害していると評価されている。連邦証拠規則403条のような衡量判断を一切否定する規定を問題視しているわけである。

それ以外には、当事者間に不公平・不公正を生じる場合については、証拠排除もやむを得ないという判断になびく傾向が見られる。訴追側が利用した利用を被告人側に利用させないことを問題視したグリーン事件判決や、証拠排除という厳しい制裁を認める根拠として、意図的に証拠開示を怠って反対当事者による適切な反対尋問の機会を奪おうとしたことを重視したテイラー事件判決などは、そのあらわれである。

いずれにせよ、これらの判例は、憲法判断を示しているとはいえ、被告人の証拠提出権の本質に関する解釈から演繹された理論というよりも、本質的には、「関連性があって事実認定者に供されるべき証拠が恣意的に制限されてよいのか」を問題にしており、連邦証拠規則403条における衡量判断の視点に立っているといえる。

そうした意味で、シェファー事件判決多数意見が皮肉めいて「証拠規則やその解釈判例が憲法判例に優位するようなことがあってよいのか」と批判したことは、現実を衝いているのであり、アメリカ証拠法における「証拠を広く採用していこう」という精神は、被告人側提出証拠についても含めて、憲法解釈というよりも、証拠法解釈を通じて確立されてきたという側面を認めることができるのである。

こうしたアメリカの議論状況をみると、日本でも、とりわけ、陪審と同様に職業裁判官以外の事実認定者が参加する裁判員制度の導入を考えたとき、被告人の証拠調べ請求権に関する理論から演繹的に証拠調べの範囲を議論するだけではなく、「事実認定者には、いかなる証拠が提供されるべきか、提供

することが制限されてはならないのか」という観点から、事実認定者の総体ではない職業裁判官が公判前整理手続でどのように証拠採否を判断するべきかを議論することも必要であると思われる。

第4節 予想される批判に対する反論

1 はじめに

関連性ある証拠を広く許容しようとしているアメリカ証拠法の姿勢を紹介すると、以下のような観点から、これを我が国にそのまま取り込むのは困難であるという批判が予想される場所である。

すなわち、まず、(1)アメリカでも、関連性ある証拠を広く許容しようというのは理屈の上での話で、実際には、陪審制の下で連日開廷・集中審理が求められることから、取り調べられる証拠の数量はそれほど多くなく、審理期間も短いというのが実情ではないかという懐疑的な考えがありうる。

次に、(2)アメリカでは、起訴前の捜査が簡素で、捜査結果資料の数量も少なく、潜在的に証拠となりうる資料の数量が少ないから、関連性がある証拠を広く取り調べたとしても、それほどの数量にならず、証拠の必要性の有無による絞りかける必要性に乏しいのに対して、日本では、起訴前に精緻な捜査が積み上げられて膨大な捜査結果資料が存在し、潜在的に証拠となりうる資料の数量が多いから、やはり必要性の有無による絞りかける必要性が強く認められるのではないかと両国間の隔たりを指摘する見解がありうる。

さらには、(3)アメリカでは陪審制をとっているのに対して、日本では、職業裁判官も事実認定に参加する裁判員制度をとっているから、結局は証拠の信用性評価に参加する職業裁判官が取調べ請求された証拠の証拠価値を事前に見積もって、取調べの必要性の有無を判断するとしても、問題がないのではないかと手続構造の違いを指摘する批判も予想される場所である。

そこで、本節では、こうした予想される批判について、反論を試み、結論として、アメリカでの考え方を日本で受け容れるのに障害となる事情が見当たらないことを明らかにしておきたい。

2 公判審理に費やされる時間について

(1) はじめに

アメリカでは、実際のところは、公判審理にそれほどの時間を費やすことはなく、取り調べられている証拠もそれほど多くないということがあるのであろうか。

アメリカでの公判審理期間に関する資料を調査すると、むしろ、関連性のある証拠を取り調べることを厭わず、そのために公判審理に費やす時間が長くなってもやむを得ないという考えがあることがわかる。「合衆国では、審理期間に対する関心が日本のようには高くないので、陪審裁判の審理期間を扱った文献は予想外に少ない」²⁷³のもそうした事情によるものと考えられる。

実際、アメリカでは、司法統計の整備されていない法域も多く²⁷⁴、陪審裁判の審理期間に関する最新の網羅的な統計資料を入手するのは困難である。

州裁判所における審理期間の調査としては、ニュージャージー州・コロラド州・カリフォルニア州の3州にわたる計9郡に所在する一般管轄裁判所における審理時間を調査した全米州裁判所調査センターによる調査報

273 山室恵「事件処理状況」最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 米国編 II—公判手続を中心として—』（司法協会、1994年）434頁，457頁。

274 同上434頁。

告²⁷⁵が最も詳細な調査として紹介されている²⁷⁶ものの、この調査報告では、統計的処理として、「全体の半分の事件がどれくらいの時間以下で処理されているか」を示す「中央値」(median length) という数値を用いているため、実際の審理日数の多寡の分布がどのようなになっているかを知ることができない。これでは、立証に時間をかけることが必要であれば、適切に審理時間を設けているのかを検討することが難しいのである。

各州の裁判所は、受理件数や平均的な処理時間に関する統計については、公開しているものの、その統計では、公判審理に要した時間は明らかにされていないのである²⁷⁷。

そこで、審理罪名などの詳細が明らかにされていないものの最新の審理日数が紹介されているアメリカ合衆国連邦裁判所事務総局長年次報告²⁷⁸に基づいて、連邦地方裁判所における審理期間の実際を確認して、アメリカ陪審制の下でも、それほど短期間に審理が終了する事件ばかりではないことを指摘しておきたい。

(2) 連邦裁判所における審理期間

2006年ないし2008年にかけての連邦地方裁判所における審理(公判)期間は、表1-1のとおりである。

275 Dale A. Sipes, Mary Elsner Oram & National Center for State Courts, *On Trial: The Length of Civil and Criminal Trials* (Natl. Ctr. for St. Cts. 1988).

276 前掲注 273。

277 一例として、カリフォルニア州裁判所は、以下のように公表しているものの、やはり、公判審理時間には触れていない。

Judicial Council of California, Administrative Office of the Courts, *Court Statistics Report: Statewide Caseload Trends*. http://www.courtinfo.ca.gov/reference/3_stats.htm

278 James C. Duff, *Judicial Business of the United States Courts 2006-2008*, Annual Report of the Director, Administrative Office of the U.S. Courts. <http://www.uscourts.gov/judbususc/judbus.html>

年度ごとの審理罪名別事件件数の統計資料も公表されていないので、審理期間を要している事件と審理罪名の相関関係を特定できないものの、刑事公判で、4日以上の日数を要している事件が20%程度を占めていることがわかる。

日本の裁判員裁判対象事件が殺人などの重大犯罪を訴因とするものに限られていることをあわせ考えると、アメリカでの実情に照らして、日本の裁判員裁判でほとんどの事件を3日程度の審理で終えるというのは、無理があると考えられる。

20日以上を審理日数をかけている事件も、年間あたり1%は存在しているのであって、日本でもこうした審理期間が必要な事件があることを想定しなければならない。

20日以上を審理期間を要した事件については、裁判所名、被告人名、事件内容、審理日数及び陪審審理の有無（Bench Trialが選択されていないか）に関する資料が公開されている²⁷⁹。そのうち、2005年10月1日から2008年9月30日までの刑事事件を取り上げて、整理した内容は、表1-2-1のとおりである。

また、表1-2-1を罪名ごとに並べなおすと表1-2-2のようになる。

279 <http://www.uscourts.gov/judbus2008/appendices/C09Sep08.pdf>

<http://www.uscourts.gov/judbus2007/appendices/C09Sep07.pdf>

<http://www.uscourts.gov/judbus2006/appendices/c9.pdf>

○ 表 1 - 1 連邦地方裁判所における民事・刑事公判の審理日数²⁸⁰

(前年の10月1日から当年の9月30日までで計算)

年度	事件種別	事件総数	審理日数の分布					
			1	2	3	4-9	10-19	20-
2008	民事	5283	2652	673	561	1194	182	21
			50.2%	12.7%	10.6%	22.6%	3.4%	0.4%
	刑事	7973	4786	1016	760	1144	206	61
			60.0%	12.7%	9.5%	14.3%	2.6%	0.8%
2007	民事	5600	2822	712	588	1254	198	26
			50.4%	12.7%	10.5%	22.4%	3.5%	0.5%
	刑事	7849	4552	1081	731	1230	180	75
			58.0%	13.8%	9.3%	15.7%	2.3%	1.0%
2006	民事	5121	2381	748	541	1217	207	27
			46.5%	14.6%	10.6%	23.8%	4.0%	0.5%
	刑事	7491	4055	1147	846	1185	184	74
			54.1%	15.3%	11.3%	15.8%	2.5%	1.0%

280 以下の統計資料に基づいて、再構成したものである。

<http://www.uscourts.gov/judbus2008/appendices/C08Sep08.pdf>

<http://www.uscourts.gov/judbus2007/appendices/C08Sep07.pdf>

<http://www.uscourts.gov/judbus2006/appendices/c8.pdf>

○ 表 1 - 2 - 1 連邦地方裁判所刑事公判審理が 20 日以上だった事件²⁸¹

符号	罪名	審理日数	順位	陪審
2008- 1	Continuing Criminal Enterprise	159	1	○
2006- 1	Health Care-Soliciting Remunerations	121	2	○
2008- 2	Murder, First Degree	105	3	○
2006- 2	Racketeering	100	4	○
2006- 3	Fraud	93	5	○
2007- 1	Mail Fraud	89	6	○
2008- 3	Explosives	81	7	○
2007- 2	Kidnapping, Hostage	77	8	○
2006- 4	Firearms	69	9	○
2006- 5	Racketeering/Murder	66	10	○
2006- 6	Securities & Exchange Fraud	60	11	○
2007- 3	Mail Fraud	58	12	○
2007- 4	Fraud	58	13	○
2007- 5	Monetary Laundering	57	14	○
2006- 7	Securities & Exchange Fraud	56	15	○
2006- 8	Postal, Wire, Radio Fraud	56	16	○
2006- 9	Bank Fraud	56	17	×

281 符号は、例えば、2008-1 である場合、2008 年度（2007 年 10 月 1 日から 2008 年 9 月 30 日まで）の事件の中で審理日数の長さが 1 番であったことを示す。順位は、3 年度を通じての審理日数の長さの順位である。

2008-	4	Racketeering, Violent Crime	55	18	○
2007-	6	Firearms	54	19	○
2007-	7	Murder	53	20	○
2006-	10	Health Care Fraud	53	21	○
2006-	11	Murder	53	22	○
2007-	8	Witness Intimidation	52	23	○
2008-	5	Postal, Interstate Wire, Radio, Etc.	48	24	○
2008-	6	Explosives	48	25	○
2008-	7	Explosives	48	26	○
2006-	12	Racketeering/Murder	48	27	○
2008-	8	Income Tax, Evade or Defeat	47	28	○
2006-	13	Postal, Wire, Radio Fraud	47	29	○
2007-	9	Immigration Laws	45	30	○
2007-	10	Income Tax, Evade or Defeat	45	31	○
2006-	14	Assault	45	32	○
2007-	11	Drug Laws	44	33	○
2007-	12	Firearms	44	34	○
2008-	9	Witness Tampering	43	35	○
2006-	15	Obstruction of Justice	43	36	○
2006-	16	Terrorist Activity	43	37	○
2008-	10	Controlled Substance–Sell, Distribute	42	38	○
2006-	17	Burglary-Interstate Commerce	42	39	○
2006-	18	Income Tax Evasion	42	40	○

2007- 13	Drug Laws	40	41	○
2007- 14	Drug Laws	40	42	○
2007- 15	Racketeering, Violent Crime	40	43	○
2007- 16	Murder, First Degree	40	44	○
2006- 19	Drug Laws	40	45	○
2006- 20	Terrorist Activity	40	46	○
2006- 21	Extortion/Racketeering/Threats	40	47	○
2007- 17	Monetary Laundering	39	48	○
2007- 18	Kidnapping, Hostage	39	49	○
2007- 19	Monetary Laundering	39	50	○
2006- 22	Drug Laws	39	51	○
2008- 11	Firearms	38	52	○
2008- 12	Money Laundering	38	53	○
2008- 13	Money Laundering	38	54	○
2007- 20	Racketeering	38	55	○
2006- 23	Drug Laws	38	56	○
2006- 24	Drug Laws	38	57	○
2006- 25	Drug Laws	38	58	○
2008- 14	Wire, Radio, & Television Fraud	37	59	○
2007- 21	Postal, Wire, Radio Fraud	37	60	○
2006- 26	Firearms	37	61	○
2008- 15	Income Tax, Evade or Defeat	36	62	○
2006- 27	Racketeering	36	63	○

2008- 16	Racketeering	35	64	○
2007- 22	Racketeering	35	65	○
2006- 28	Drug Laws	35	66	○
2006- 29	Income Tax	35	67	○
2008- 17	Racketeering, Violent Crime	34	68	○
2008- 18	Postal, Interstate Wire, Radio, Etc.	34	69	○
2008- 19	Mail Fraud	34	70	○
2008- 20	Murder, First Degree	34	71	○
2007- 23	Racketeering	34	72	○
2007- 24	Racketeering	34	73	○
2006- 30	Kidnapping	34	74	○
2008- 21	Fraud	33	75	○
2008- 22	Peonage	33	76	○
2008- 23	Controlled Substance–Sell, Distribute	33	77	○
2008- 24	Bankruptcy	33	78	○
2007- 25	Income Tax Evasion	33	79	○
2007- 26	Racketeering	33	80	○
2007- 27	Monetary Laundering	33	81	○
2007- 28	Bank Fraud	33	82	○
2006- 31	Firearms	33	83	○
2006- 32	Drug Laws	33	84	○
2006- 33	Murder	33	85	○
2008- 25	Firearms	32	86	○

2006-	34	Securities & Exchange Fraud	32	87	○
2006-	35	Racketeering	32	88	○
2008-	26	Controlled Substance–Sell, Distribute	31	89	○
2008-	27	Securities & Exchange	31	90	○
2008-	28	Narcotics–Importation/Exportation	31	91	○
2007-	29	Racketeering	31	92	○
2007-	30	Furtherance of Violence	31	93	○
2007-	31	Murder, First Degree	31	94	○
2007-	32	Monetary Laundering	31	95	○
2006-	36	Securities & Exchange Fraud	31	96	○
2006-	37	Postal, Wire, Radio Fraud	31	97	○
2006-	38	Firearms	31	98	○
2008-	29	Furtherance of Violence	30	99	○
2008-	30	Continuing Criminal Enterprise	30	100	○
2008-	31	Health Care Fraud	30	101	○
2007-	33	Fraud and Misuse of Visa/Permit	30	102	○
2007-	34	Racketeering	30	103	○
2006-	39	Extortion/Racketeering/Threats	30	104	○
2008-	32	Narcotics–Importation/Exportation	29	105	○
2008-	33	Money Laundering	29	106	○
2008-	34	Controlled Substance–Sell, Distribute	29	107	○
2007-	35	Racketeering	29	108	○
2007-	36	Racketeering	29	109	○

2006-	40	Firearms	29	110	○
2008-	35	Racketeering, Violent Crime	28	111	○
2007-	37	Racketeering, Violent Crime	28	112	○
2007-	38	Racketeering	28	113	○
2007-	39	Embezzlement	28	114	○
2007-	40	Murder, First Degree	28	115	○
2006-	41	Drug Laws	28	116	○
2006-	42	Intimidation of Witnesses/Jurors	28	117	○
2006-	43	Bank Fraud	28	118	○
2008-	36	Controlled Substance–Sell, Distribute	27	119	○
2008-	37	Racketeering	27	120	○
2008-	38	Controlled Substance–Sell, Distribute	27	121	○
2008-	39	Sexually Explicit Material	27	122	○
2008-	40	Securities & Exchange	27	123	○
2007-	41	Bribery	27	124	×
2008-	41	Narcotics–Importation/Exportation	26	125	○
2008-	42	Securities & Exchange	26	126	○
2008-	43	Influence/Injuring Officer/Juror/Witness	26	127	○
2007-	42	Perjury	26	128	○
2007-	43	Conspiracy to Murder and Kidnap	26	129	○
2007-	44	Postal, Wire, Radio Fraud	26	130	○
2007-	45	Securities & Exchange	26	131	○
2006-	44	Counterfeiting	26	132	○

2006-	45	Conspiracy to Murder and Kidnap	26	133	○
2006-	46	Securities & Exchange Fraud	26	134	○
2008-	44	Narcotics-Importation/Exportation	25	135	○
2008-	45	Health Care Fraud	25	136	○
2007-	46	Kidnapping Hostage	25	137	○
2007-	47	Mail Fraud	25	138	○
2007-	48	Drug Laws	25	139	○
2007-	49	Racketeering, Violent Crime	25	140	○
2007-	50	Drug Laws	25	141	○
2007-	51	Explosives	25	142	○
2007-	52	National Defense	25	143	○
2007-	53	Burglary-Interstate Commerce	25	144	○
2006-	47	Embezzlement	25	145	○
2006-	48	Computer Fraud	25	146	○
2006-	49	Drug Laws	25	147	○
2006-	50	Intimidation of Witnesses/Jurors	25	148	○
2006-	51	Burglary-Interstate Commerce	25	149	○
2008-	46	Conspiracy to Murder	24	150	○
2008-	47	Securities & Exchange	24	151	○
2007-	54	Kidnapping, Hostage	24	152	○
2007-	55	Counterfeiting	24	153	×
2007-	56	Racketeering	24	154	○
2007-	57	False Claims & Statements	24	155	○

2007-	58	Fraud	24	156	○
2006-	52	Extortion/Racketeering/Threats	24	157	○
2006-	53	Postal, Wire, Radio Fraud	24	158	○
2006-	54	Postal, Wire, Radio Fraud	24	159	○
2006-	55	Health Care Fraud	24	160	○
2008-	48	Lending, Credit Institutions	23	161	○
2008-	49	Continuing Criminal Enterprise	23	162	○
2008-	50	Health Care Fraud	23	163	○
2007-	59	Racketeering	23	164	○
2007-	60	Bank Fraud	23	165	○
2007-	61	Murder	23	166	○
2007-	62	Securities & Exchange Fraud	23	167	○
2007-	63	Racketeering	23	168	○
2006-	56	Fraud	23	169	×
2006-	57	Racketeering/Murder	23	170	○
2006-	58	Fraud	23	171	○
2008-	51	Controlled Substance–Sell, Distribute	22	172	○
2007-	64	Health Care Fraud	22	173	○
2006-	59	Attempt to Evade Tax	22	174	○
2006-	60	Drug Laws	22	175	○
2006-	61	Drug Laws	22	176	○
2006-	62	Drug Laws	22	177	○
2006-	63	Fraud	22	178	○

2006-	64	Health Care Fraud	22	179	○
2006-	65	Fraud	22	180	○
2006-	66	Health Care Fraud	22	181	○
2008-	52	Controlled Substance–Sell, Distribute	21	182	○
2008-	53	Escape, Jumping Bail	21	183	○
2008-	54	Intimidation or Force Against Witness	21	184	○
2008-	55	Tampering With a Witness, Victim	21	185	○
2008-	56	Postal, Interstate Wire, Radio, Etc.	21	186	○
2007-	65	Racketeering	21	187	○
2007-	66	Racketeering	21	188	○
2007-	67	Securities & Exchange	21	189	○
2007-	68	Drug Laws	21	190	○
2007-	69	Health Care Fraud	21	191	○
2007-	70	Drug Laws	21	192	○
2007-	71	Racketeering	21	193	○
2007-	72	Securities & Exchange	21	194	○
2006-	67	Drug Laws	21	195	○
2006-	68	Intimidation of Witnesses/Jurors	21	196	○
2008-	57	Fraud	20	197	○
2008-	58	Firearms	20	198	○
2008-	59	Money Laundering–Postal, Interstate Wire	20	199	○
2008-	60	Transportation for Illegal Sexual Act	20	200	○
2008-	61	Identification Documents and Information	20	201	○

2007- 73	Firearms	20	202	○
2007- 74	Firearms	20	203	○
2007- 75	Monetary Laundering	20	204	○
2007- 76	Health Care Fraud	20	205	○
2006- 69	Drug Laws	20	206	○
2006- 70	Drug Laws	20	207	○
2006- 71	Postal, Wire, Radio Fraud	20	208	○
2006- 72	Drug Laws	20	209	○
2006- 73	Civil Rights	20	210	○
2006- 74	Fraud	20	211	○

- 表 1 - 2 - 2 連邦地方裁判所刑事公判審理が 20 日以上だった事件
(罪名順に並べたもの)

罪名	符号	審理日数	順位	陪審
Assault	2006- 14	45	32	○
Attempt to Evade Tax	2006- 59	22	174	○
Bank Fraud	2006- 9	56	17	×
	2007- 28	33	82	○
	2006- 43	28	118	○
	2007- 60	23	165	○
Bankruptcy	2008- 24	33	78	○
Bribery	2007- 41	27	124	×

Burglary-Interstate Commerce	2006- 17	42	39	○
	2007- 53	25	144	○
	2006- 51	25	149	○
Civil Rights	2006- 73	20	210	○
Computer Fraud	2006- 48	25	146	○
Conspiracy to Murder	2008- 46	24	150	○
Conspiracy to Murder and Kidnap	2007- 43	26	129	○
Continuing Criminal Enterprise	2006- 45	26	133	○
	2008- 1	159	1	○
	2008- 30	30	100	○
	2008- 49	23	162	○
Controlled Substance–Sell, Distribute	2008- 10	42	38	○
	2008- 23	33	77	○
	2008- 26	31	89	○
	2008- 34	29	107	○
	2008- 36	27	119	○
	2008- 38	27	121	○
	2008- 51	22	172	○
	2008- 52	21	182	○
Counterfeiting	2006- 44	26	132	○
	2007- 55	24	153	×

Drug Laws	2007- 11	44	33	○
	2007- 13	40	41	○
	2007- 14	40	42	○
	2006- 19	40	45	○
	2006- 22	39	51	○
	2006- 23	38	56	○
	2006- 24	38	57	○
	2006- 25	38	58	○
	2006- 28	35	66	○
	2006- 32	33	84	○
	2006- 41	28	116	○
	2007- 48	25	139	○
	2007- 50	25	141	○
	2006- 49	25	147	○
	2006- 60	22	175	○
	2006- 61	22	176	○
	2006- 62	22	177	○
	2007- 68	21	190	○
	2007- 70	21	192	○
	2006- 67	21	195	○
	2006- 69	20	206	○
	2006- 70	20	207	○
	2006- 72	20	209	○

Embezzlement	2007- 39	28	114	○
	2006- 47	25	145	○
Escape, Jumping Bail	2008- 53	21	183	○
Explosives	2008- 3	81	7	○
	2008- 6	48	25	○
	2008- 7	48	26	○
	2007- 51	25	142	○
Extortion/Racketeering/Threats	2006- 21	40	47	○
	2006- 39	30	104	○
	2006- 52	24	157	○
False Claims & Statements	2007- 57	24	155	○
Firearms	2006- 4	69	9	○
	2007- 6	54	19	○
	2007- 12	44	34	○
	2008- 11	38	52	○
	2006- 26	37	61	○
	2006- 31	33	83	○
	2008- 25	32	86	○
	2006- 38	31	98	○
	2006- 40	29	110	○
	2008- 58	20	198	○
	2007- 73	20	202	○
	2007- 74	20	203	○

Fraud	2006- 3	93	5	○
	2007- 4	58	13	○
	2008- 21	33	75	○
	2007- 58	24	156	○
	2006- 56	23	169	×
	2006- 58	23	171	○
	2006- 63	22	178	○
	2006- 65	22	180	○
	2008- 57	20	197	○
	2006- 74	20	211	○
Fraud and Misuse of Visa/Permit	2007- 33	30	102	○
Furtherance of Violence	2007- 30	31	93	○
	2008- 29	30	99	○
Health Care Fraud	2006- 10	53	21	○
	2008- 31	30	101	○
	2008- 45	25	136	○
	2006- 55	24	160	○
	2008- 50	23	163	○
	2007- 64	22	173	○
	2006- 64	22	179	○
	2006- 66	22	181	○
	2007- 69	21	191	○
	2007- 76	20	205	○

Health Care-Soliciting Remunerations	2006- 1	121	2	○
Identification Documents and Information	2008- 61	20	201	○
Immigration Laws	2007- 9	45	30	○
Income Tax, Evade or Defeat	2008- 8	47	28	○
	2007- 10	45	31	○
	2006- 18	42	40	○
	2008- 15	36	62	○
	2006- 29	35	67	○
	2007- 25	33	79	○
Influence/Injuring Officer/Juror/Witness	2008- 43	26	127	○
Intimidation of Witnesses/Jurors	2007- 8	52	23	○
	2006- 42	28	117	○
	2006- 50	25	148	○
	2006- 68	21	196	○
	2008- 54	21	184	○
Kidnapping	2007- 2	77	8	○
	2007- 18	39	49	○
	2006- 30	34	74	○
	2007- 46	25	137	○
	2007- 54	24	152	○
Lending, Credit Institutions	2008- 48	23	161	○

Mail Fraud	2007- 1	89	6	○
	2007- 3	58	12	○
	2008- 19	34	70	○
	2007- 47	25	138	○
Money Laundering	2007- 5	57	14	○
	2007- 17	39	48	○
	2007- 19	39	50	○
	2008- 12	38	53	○
	2008- 13	38	54	○
	2007- 27	33	81	○
	2007- 32	31	95	○
	2008- 33	29	106	○
	2007- 75	20	204	○
	2008- 59	20	199	○
Murder	2008- 2	105	3	○
	2007- 7	53	20	○
	2006- 11	53	22	○
	2007- 16	40	44	○
	2008- 20	34	71	○
	2006- 33	33	85	○
	2007- 31	31	94	○
	2007- 40	28	115	○
	2007- 61	23	166	○

Narcotics–Importation/Exportation	2008- 28	31	91	○
	2008- 32	29	105	○
	2008- 41	26	125	○
	2008- 44	25	135	○
National Defense	2007- 52	25	143	○
Obstruction of Justice	2006- 15	43	36	○
Peonage	2008- 22	33	76	○
Perjury	2007- 42	26	128	○
Postal, Interstate Wire, Radio, Etc.	2006- 8	56	16	○
	2008- 5	48	24	○
	2006- 13	47	29	○
	2008- 14	37	59	○
	2007- 21	37	60	○
	2008- 18	34	69	○
	2006- 37	31	97	○
	2007- 44	26	130	○
	2006- 53	24	158	○
	2006- 54	24	159	○
	2008- 56	21	186	○
	2006- 71	20	208	○

Racketeering	2006- 2	100	4	○
	2007- 20	38	55	○
	2006- 27	36	63	○
	2008- 16	35	64	○
	2007- 22	35	65	○
	2007- 23	34	72	○
	2007- 24	34	73	○
	2007- 26	33	80	○
	2006- 35	32	88	○
	2007- 29	31	92	○
	2007- 34	30	103	○
	2007- 35	29	108	○
	2007- 36	29	109	○
	2007- 38	28	113	○
	2008- 37	27	120	○
	2007- 56	24	154	○
	2007- 59	23	164	○
	2007- 63	23	168	○
	2007- 65	21	187	○
	2007- 66	21	188	○
2007- 71	21	193	○	

Racketeering, Violent Crime	2008- 4	55	18	○
	2007- 15	40	43	○
	2008- 17	34	68	○
	2008- 35	28	111	○
	2007- 37	28	112	○
	2007- 49	25	140	○
Racketeering/Murder	2006- 5	66	10	○
	2006- 12	48	27	○
	2006- 57	23	170	○
Securities & Exchange	2006- 6	60	11	○
	2006- 7	56	15	○
	2006- 34	32	87	○
	2008- 27	31	90	○
	2006- 36	31	96	○
	2008- 40	27	123	○
	2008- 42	26	126	○
	2007- 45	26	131	○
	2006- 46	26	134	○
	2008- 47	24	151	○
	2007- 62	23	167	○
	2007- 67	21	189	○
2007- 72	21	194	○	
Sexually Explicit Material	2008- 39	27	122	○

Tampering With a Witness, Victim	2008- 9	43	35	○
	2008- 55	21	185	○
Terrorist Activity	2006- 16	43	37	○
	2006- 20	40	46	○
Transportation for Illegal Sexual Act	2008- 60	20	200	○

表 1-2-1 を見ると、審理期間が 100 日を超える事件が一定数見られることがわかる。また、表 1-2-2 によれば、証拠関係が複雑になって審理期間を要することが予想される経済・金融事件以外でも、すなわち、恐喝 (Racketeering) や銃器所持 (Firearms), 殺人 (Murder) などでも多くの審理日数を要しているものがあることがわかる。

(3) シンプソン事件の場合

アメリカンフットボールの元有名選手が元妻を殺害したとの訴因で起訴されて世界的にも有名となった O.J.シンプソン事件の公判は、非常に長い審理期間を要した刑事裁判としても有名である。

ロサンゼルス郡上級裁判所 (Los Angeles County Superior Court) で行われた公判では、表 2 のように、訴追側冒頭陳述がなされた 1995 年 1 月 24 日から、評決が朗読された 10 月 3 日まで、実に、審理に 252 日を要している。

証拠関係としては、訴追側証人 68 人、弁護側証人 53 人、証人以外の証拠として、訴追側 488 点、弁護側 369 点を取り調べられ、公判中の様々な申立て (Motion) も、双方合わせて 393 件に及んだ²⁸²。

282 以上について、四宮啓『O.J.シンプソンはなぜ無罪になったか—誤解されるアメリカ陪審

○ 表2 O.J.シンプソン事件の審理過程²⁸³

日 程	進 行
1994. 9. 26	陪審選定手続開始
11. 3	陪審選定手続終了
1995. 1. 11	陪審員をホテルに隔離
1. 24	訴追側冒頭陳述
1. 25	弁護側冒頭陳述
1. 31	訴追側立証開始
2. 12	現場など検証
4. 3	警察鑑識技官の尋問開始（9日間）
5. 8	DNA立証開始
7. 6	訴追側立証終了（証人58名）
7. 10	弁護側立証開始（証人49名）
9. 12	訴追側反論立証（証人10名）
9. 21	弁護側反論立証終了（証人4名）
9. 26-27	裁判官説示，訴追側最終弁論
9. 27-28	弁護側最終弁論
9. 29	訴追側反論弁論，裁判官説示，陪審長選任
10. 2	陪審員評議，評決に到達
10. 3	評決朗読

制度』（現代人文社，1997年）。

283 同上の巻末「シンプソン事件年表」参照。

(4) 小括

このように、アメリカの裁判所では、やはり、証拠調べを必要とする事件については、きちんと時間をかけて審理している実態があり、「実際には、陪審制の下で連日開廷・集中審理が求められることから、取り調べられる証拠の数量はそれほど多くなく、審理期間も短いというのが実情ではないかという懐疑」には、合理性がない。

3 潜在的な証拠量に差があるという指摘に対して

アメリカには、起訴前の捜査が簡素で、捜査結果資料の数量も少なく、潜在的に証拠となりうる資料の数量が少ないから、関連性がある証拠を広く取り調べたとしても、それほどの数量にならず、証拠の必要性の有無による絞りかける必要性に乏しいという実態があるのであろうか。

確かに、一般論としては、アメリカに比べて、日本の起訴前の捜査が異常に綿密であると指摘されているところではある²⁸⁴。

しかし、前述したシン普森事件の例は極端であるとしても、前掲の表1及び表1-2-1で確認したように、アメリカでも、取調べ対象となる証拠が多数にわたり、長期間の審理を要する実態が存在するのである。

反対当事者からの十全な証拠開示 (full disclosure) を受けられることによって潜在的な証拠量が非常に多い民事事件における審理期間との比較を踏まえ

284 刑事訴追のあり方の日米比較研究を行ったデイビッド・ジョンソンは、「日本の刑事司法は『超精密』であることを志向している。…検察官と警察は徹底した捜査を実行し、詳細な調書を作成する。…日本の刑事司法はアメリカの『粗雑な司法』とは大きな相違がある。つまり、アメリカでは、捜査はそれほど徹底して行われない」と指摘する。D・T・ジョンソン（大久保光也訳『アメリカ人のみた 日本の検察制度 日米の比較考察』（シュプリングー・フェアラー東京、2004年）354頁。David T. Johnson, *The Japanese Way Of Justice: Prosecuting Crime in Japan*, 265 (Oxford U. Press, 2002).

でも²⁸⁵、アメリカの刑事事件における証拠の潜在的な分量が日本に比べてかなり少ないのではないかという疑問には、合理性がないと考えられる。

すなわち、連邦民事訴訟手続規則 26 条(b)(1)項は、民事訴訟手続において反対当事者に「証拠開示を求めることのできる対象範囲」²⁸⁶について、「当事者は、いずれかの当事者の請求または抗弁に関連性を有する事項に係わるものであれば、秘匿特権の対象とならない限り、開示を得ることができる」²⁸⁷と極めて広範に認める旨を定めている²⁸⁸。したがって、民事訴訟では、取調べ請求され得る証拠の潜在的な分量は非常に多いことになろう。

しかし、前掲の表 1 を見てもわかるように、連邦地方裁判所において 20 日以上²⁸⁹の審理期間を要した事件の割合は、刑事事件では、約 1 %であるのに対して、民事事件では、その半分の約 0.5 %である。

証拠の潜在的な分量が多い民事事件よりも長く審理期間を要する刑事事件が存在する実態は明らかであり、「アメリカの刑事事件では、証拠の潜在的な分量が少ないから、厳格に必要性を判断する必要がないであろう」という指摘にも合理性がないと言える。

4 陪審裁判と裁判員裁判では異なるという指摘に対して

「陪審裁判では、本来事実認定者である陪審が公判で評価すべき『証拠

285 連邦証拠規則の下では、民事事件における証拠採否も、基本的には刑事事件におけるのと同様になされるから、比較には意味がある。前掲注 94 参照。

286 “scope of discovery.”

287 “Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense...” Fed. R. Civ. P. 26(b)(1).

288 See Mary Kay Kane, *Civil Procedure*, 131 (5th ed., West 2003). 邦語文献として、メアリ・K・ケイン（石田裕敏訳）『アメリカ民事訴訟手続』（木鐸社，2003年）115頁；浅香吉幹『アメリカ民事手続法』（弘文堂，2000年）82頁。なお、これらの文献は、直近の改正に対応していない。前注の文言は、最新のものである。

価値』を、事実認定者ではない事実審裁判官がその取調べの前に評価して、取調べの必要性の有無を判断してしまうことには、陪審の職責の領域を侵すものとして許されないかもしれないが、裁判員裁判では、職業裁判官も事実認定者として加わるのであるから、その裁判官が公判前に『証拠価値』を評価することは、さほど問題とならないのではないか」という指摘は、妥当であろうか。

まず、裁判員裁判における職業裁判官は、事実認定者の総体ではなく、一部にしか過ぎないのであるから、総体の職責の領域を侵すことはやはり許されないというべきであろう。

そして、特に、広く証拠を許容しても、適切な説示によって、取り調べることの弊害は可及的に除去できるという考えをとる限り、陪審ではなく、そもそも説示内容を理解している職業裁判官による事実認定を前提とするのであれば、なおさら、弊害を心配する必要はない以上、取調べの必要性を否定する必要もなくなるというべきである。

したがって、「裁判員裁判では、陪審制と異なって、職業裁判官も事実認定に加わるから、陪審制の下で形成されたアメリカ証拠法の考えを裁判員裁判や職業裁判官による裁判に移入することは困難である」という指摘にも合理性がないことになる。

5 小括

以上のように、アメリカ証拠法における「採用推定法理」を中心とした考えを日本に移入するには障害があるという指摘として想定される議論には、いずれも合理性がなく、そのような障害はないというべきである。

第3章 ドイツにおける裁判所の証拠採否裁量に対する制約原理

第1節 はじめに

1 ドイツにおける証拠採否裁量制限論を検討する意義

(1) なぜ職権主義であるドイツなのか

当事者主義を基調とするとされている日本における刑事裁判所の証拠採否裁量の問題を検討するに当たって、職権主義を基調とするドイツにおける刑事裁判所の証拠採否裁量に関する議論を参照すべき意義は、どこにあるのであろうか。

(2) 旧法の職権主義の影響の残存

まず、日本の現行刑事訴訟が当事者主義を基調としているといっても、当事者主義がすべての側面を完全に支配しているわけではない。一般論として、現行刑事訴訟法は、当事者主義が強く支配するアメリカの刑事訴訟法を継受したものであるとされながら、実際の運用において、旧法の職権主義の影響が色濃く残っていると指摘されることもしばしばである²⁸⁹。

(3) 証拠採否と職権進行主義との関わり

とりわけ、証拠採否については、訴訟手続の進行を支配する裁判所の訴訟指揮権（法294条）との関わりが強いものとして、職権主義になじむという理解の成立する余地がある。

法297条は、裁判所が「証拠調の範囲、順序及び方法」を定める権限を有することを規定しており、この権限は、訴訟指揮権の一内容であると理解されている²⁹⁰。

当事者主義を基調とする現行制度にあっても、裁判所に訴訟指揮権、す

289 池田＝前田30頁参照。

290 池田＝前田251頁，白取296頁。

なわち、訴訟手続進行を主宰する権限を付与するという職権主義的な職権進行主義が採用されている²⁹¹趣旨は、訴訟追行を当事者の攻防に委ねるとはいつでも、対立当事者間では調整がつかない事態も想定されることから、手続進行については、調整役として公平な裁判所が介入することとしたものと理解されている²⁹²。

証拠採否についても、一方当事者が取調べ請求した証拠が採用されるか否かに関しては、反対当事者が当然に強い利害を有し、意見の対立も予想されるから、職権主義的な訴訟指揮権による統制になじむという理解がありうる。

実際、公判前整理手続で裁判所が積極的に介入して「証拠の厳選」を図ろうという考えの背景には、かかる理解が横たわっていると考えられる。

もともと、証拠採否については、法297条の権限に基づいて当然になされるものではなく、個別に決定を要する(規則190条)のであるから、上記のような理解は単純に過ぎるものであることはいうまでもない。

とはいえ、かような理解が実務に横たわっている可能性を否定し去ることとはできないのである。

(4) 職権主義と当事者の証拠調べ請求権が整合しないという考え

このように証拠採否に関する職権主義的発想がありうるなかで、少なくとも、実務では、職権主義と当事者の証拠調べ請求権とが整合しないとい

291 刑事裁判所が訴訟指揮権を有していることから、刑事訴訟でも「職権進行主義」が採用されているとの理解が明示されていることは、あまりないものの、民事訴訟と比較しても、やはり採用されていると考えて間違いのないであろう。

292 白取296頁。なお、民事訴訟でも、当事者に進行を委ねると訴訟遅延も生じることから、職権進行主義が採用されているとされる(民事訴訟法148条、中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』(有斐閣、2000年)152頁参照)。

う理解には根強いものがある。

かつては、職権主義的審問構造を採用する少年審判における少年の証拠調べ請求権の保障の可否をめぐる議論において、裁判官の中では、「証拠調べ請求権の規定は、当事者主義の最たるものであって…職権主義的手続構造における準用はない」という理解が圧倒的であった²⁹³。

さすがに、近時は、裁判官による研究においても、職権主義を採用しているドイツにおいても被告人の証拠調べ請求権が手厚く保障されていることを無視するわけにもいかず、「比較法的にみて職権主義的審問構造を採用しつつ当事者の証拠調べ請求権を肯定する例もある」とするものの、結論においては、「現行〔少年〕法の解釈として付添人、検察官等の証拠調べ請求権は肯定し得ない」としている²⁹⁴。

いずれにしても、依然として、職権主義においては、「当事者の証拠調べ請求権の尊重」はなじまないという理解が根強いのである。

(5) ドイツにおける証拠採否裁量の厳格な規律を理解する重要性

このように、少なくとも、裁判官実務において、証拠採否には職権主義的対応が必要であるという発想が根強いなかで、極論するに「職権主義は当事者の証拠調べ請求権を否定する」という傾向の理解も横たわっている状況²⁹⁵に鑑みれば、こうした理解が誤りであることを比較法的に明らかに

293 見田明夫「少年事件への刑訴法の準用」判タ996号（1999年）320頁；野間洋之助「少年保護事件と刑事訴訟法の準用」別冊判タ6号（1979年）77頁；内園盛久ほか「少年審判手続における非行事実認定に関する実務上の諸問題」司法研究報告書37輯1号（1987年）113頁。

294 佐藤卓生「少年法14条2項及び15条2項について—少年保護事件の職権証拠調べにおける刑事訴訟法等の準用」家裁月報57巻6号（2005年）18頁。

295 筆者は、東京家庭裁判所において、非行事実が争われた少年審判事件多数に付添人弁護

するため、職権主義を採用するドイツにおいてこそ、証拠採否裁量に対する厳格な規制がなされていることを確認しておくことは、極めて重要と考えられる。

2 先行研究との関係

ドイツにおける裁判所の証拠採否裁量に対する規律のなされ方については、証拠調べ請求権の保障のなされ方という視点からの研究として、先駆的に鴨教授によって採り挙げられ²⁹⁶、平成に入ってから、光藤教授が紹介された²⁹⁷のに続いて、光藤教授に師事された田淵浩二教授によって、網羅的な研究が

士として関与してきた経験がある。その際、家庭裁判所は、職権主義を標榜して、少年側の証拠調べ請求権を否定しておきながら、自らが積極的に証拠調べの必要性を検討することではなく、証拠調べが必要であることを基礎付ける詳細な主張の提出を付添人に要求し、その意見が説得的であるならば、証拠調べを採用するという姿勢をとっていることが目立った。「職権主義は証拠調べ請求権を否定する」との理解に立った上で、しかも、裁判所が自ら証拠調べを尽くそうとせず、一件記録の検討結果のみから得られた自由心証に基づいて証拠調べの必要性がないと判断しても許されると考えているのであって、極めて偏向した「職権主義」理解であるといわなければならない。拙稿「触法（傷害）保護事件（不処分）：効果的な審判計画の提示と適切な職権尋問対応が必要」季刊刑事弁護34号106頁（2003年）；同「事実関係を争う少年事件について」二弁フロンティア36号16頁（2005年）；同「麻薬取締法違反保護事件（不処分）：麻薬施用の実行行為性・麻薬性認識を争う」季刊刑事弁護44号115頁（2005年）；同「少年否認事件における弁護活動」日本弁護士連合会子どもの権利委員会編『第15回全国付添人経験交流集会報告集』72頁（2006年）；同「非行事実を争いがある少年審判における証拠調べの範囲と方法」日本弁護士連合会子どもの権利委員会編『第16回全国付添人経験交流集会報告集』244頁（2006年）；同「少年審判における事実認定のあり方：職権主義に対する規律の観点から」日本弁護士連合会子どもの権利委員会編『第17回全国付添人経験交流集会報告集』110頁（2007年）。

296 前掲注25。

297 前掲注37。

なされている²⁹⁸。

田淵教授は、日本の現行法において「裁判所が証拠の採否と評価の両方を行う権限を有している点は旧法時から変わらない」点に着目し、「その旧刑訴法はドイツ法をモデルとしていたにもかかわらず、戦前にすでに確立されていたドイツ刑事訴訟における証拠調べ請求権の保障に関する理論や立法が、日本に継受されることはなかった」ことに問題意識を寄せ、日本において、当事者の証拠調べ請求権の保障の充実を考える上で、ドイツの理論を参照することの重要性を訴えている²⁹⁹。

そこで、田淵教授の研究成果を参照するとともに、ドイツを代表する刑事法学者であるクラウス・ロクシンの体系書³⁰⁰、ドイツ刑事証拠法に関するゲラルト・グリュンヴァルトの著書³⁰¹も引用しながら、ドイツにおける証拠採否裁量に対する規律がどのようなものであるかを確認していきたい。

第2節 ドイツ刑事手続における一件記録の機能

ドイツにおける裁判所の証拠採否裁量に対する規律のなされ方を確認するに先立って、ドイツでは、検察官から一件記録（捜査記録）が裁判所に引き継がれることから、その意味するところを確認しておきたい。というのも、この一件記録を証拠として扱って、そこから心証を形成することが許されているならば、信用性の吟味が尽くされていない証拠のみに基づいて有罪認定がされないように、新たな証拠調べを求めるべく、証拠採否裁量が規律されるのも当然であるという議論になりかねないからである。

298 田淵浩二『証拠調べ請求権』（成文堂，2004年）。

299 田淵 i 頁（はしがき）。

300 クラウス・ロクシン（新矢鋭二・吉田宣之訳）『ドイツ刑事手続法』（第一法規出版，1992年）。

301 ゲラルト・グリュンヴァルト（福井厚監訳）『ドイツ刑事証拠法』（成文堂，1999年）。

ドイツでは、起訴法定主義がとられ（ドイツ刑事訴訟法170条1項）³⁰²、裁判所は、公判手続を開始するか手続を終結するかについて、「捜査の結果により、被告人に、犯罪についての十分な嫌疑があると認められる」か否かを判断して決定するものとされている（同199条1項，203条）ため、当然に、捜査結果である一件記録を検察官から引き継ぐこととされている（同199条2項）³⁰³。

裁判所は、こうして引き継いだ一件記録を、公判手続を開始するか否かの判断資料として利用する以外に、公判手続開始決定後に、公判準備として、公判に召喚すべき証人が誰であるか（同法214条）や取り寄せておくべき証拠がないか（同221条）などを判断するためにも利用することができる³⁰⁴。

しかし、この一件記録を、公判で、そのまま犯罪事実を認定するための実質証拠として利用することは、直接主義の要請（同法250条）³⁰⁵によって、許されていない³⁰⁶。

そして、ドイツでは、一定の事件で参審制度が採用されているところ、参審員は、一件記録に触れることが許されていない³⁰⁷。

以上のように、ドイツでは、裁判所は、引き継いだ一件記録をそのまま実

302 ロクシン104頁。

303 ロクシン408頁～413頁。

304 田淵262頁。

305 ロクシン465頁～466頁；グリェンヴァルト142頁～144頁。

306 ロクシン466頁；福井厚「少年法改正論議とドイツ刑事手続——一件記録による予断の問題を中心として」〔梶田英雄判事・守屋克彦判事退官記念〕『刑事・少年司法の再生』（現代人文社，2000年）613頁。

307 前注の福井614頁。

質証拠として心証形成することを許されていない。ドイツにおいて、裁判所の証拠採否裁量が規律されるのは、一件記録の引継ぎによる心証の引継ぎに対する抑制を考えてのことではないのである。

第3節 ドイツ刑事証拠法における基本原理について

1 自由心証主義と証拠採否裁量との関係

本論文の冒頭で、証拠採否裁量を規律していくことが必要である理由として、「証拠の証明力を自由な心証のもとで判断してよいという信頼をおかれていた事実認定者が偏った証拠だけを採り挙げて調べて、心証形成をしてしまうことを許したのでは、適正な事実認定を期待できない」ことに触れた。

この点について、グリェンヴァルトは、取り調べるべき証拠の範囲を限定する裁判所の裁量を狭く制限して、入手可能な証拠を使い尽くさせることは、自由心証主義に反するものではなく、むしろ、裁判官に証拠評価の自由を認めるための必然的な前提となると力説している。

すなわち、「〔ドイツ〕刑訴法は、一方で261条において自由心証主義を規定し、他方で取り調べられるべき証拠に関し裁判所の裁量の余地を狭く制限した、証拠調べのための詳細な諸規定を設けている。これは矛盾ではない。もっとも、帝国裁判所は最も初期の判例においては（しかしこれらにおいてのみ）、別の見方をしていた。（中略）帝国裁判所は、裁判所が裁判にとって重要な事実につき確信に達したならば、証拠調べを終結できることが、自由心証主義に合致するものと考えた。しかしまもなく、これは誤った推論であることが認識された。入手可能な証拠を使い尽くす義務は、まさに証拠評価の自由の必然的な補完である。この義務によって、裁判所が、最初に採用された証拠によって決められる早すぎる判断—不完全な知識に基づく被告人の有罪の確信、あるいは罪責は認定できないであろうという性急な確信—に至

る危険に対処できる」というのである³⁰⁸。

自由心証主義を根拠として、証拠採否も自由裁量に委ねられているとする
ことには、合理性がないのである。

このように、ドイツの刑事裁判所が「入手可能な証拠を使い尽くす」こと
で真相解明を図るべきとされていることは、職権主義の下での事案解明義務
にも端的に現れている。

2 職権主義と裁判所の事案解明義務

ロクシンは、ドイツ刑事訴訟における証拠法上の基本原理として、職権調
査主義と裁判所の事案解明義務を挙げる。

すなわち、ドイツの刑事訴訟においては、「実体的真実主義又は審問主義な
いし糾問主義と呼ばれている職権調査主義が妥当する」。ここにいう「職権調
査主義」とは、「裁判所が事実関係を自ら捜査し（自ら『調査し』）、事実に関
しては訴訟関係人の申立てや陳述に拘束されないこと」を意味するとされる。

このことは、ドイツ刑事訴訟法において、155条2項が「この（すなわ
ち訴えによって画された）範囲内で、裁判所は、独立して職務を行う権限を
有し、義務を負う」と定め、244条2項が「裁判所は、真相究明のため、
裁判にとって意義のある全ての事実及び証拠について職権によって証拠調べ
を行わなければならない」と定めていることによって、明示されているとし
ている³⁰⁹。

3 事案解明義務が導く証拠調べの範囲に関する綿密な規定

(1) 証拠調べの範囲に関する綿密な規定

こうして、ドイツ刑事訴訟法は、職権主義の下で裁判所に事案解明義務

308 グリュンヴァルト93頁。

309 ロクシン117頁。

を負わせているために、「公判における証拠調べの範囲に関する綿密な規定を置いている」とロクシンは指摘する³¹⁰。

すなわち、まず、裁判所が事案解明義務を負う帰結として、(1)不要証とされる「公知の（一般的に顕著な、そして裁判所に顕著な）事実」を除いては、「裁判所は、原則として裁判に重要なすべての事実に関する証拠を調べる」ものとされ、(2)「裁判所に委ねられるすべての証拠、特にこれまでに知られている事実からその使用が容易に推測されるような証拠を、しかも、訴訟関係人がそれに対応する申立てをしたか否かにかかわらず、使用しつくさなければならない」とされる。

その上で、(3)訴訟関係人による「証拠申請」という証拠取り調べ請求を却下できる事由を限定するドイツ刑事訴訟法244条3項・4項が設けられている³¹¹とする。

この証拠取り調べ請求却下事由の限定こそが証拠予断禁止原則の具体化である。

(2) 証拠取り調べ請求却下事由限定の意義

グリュンヴァルトは、ドイツ刑事訴訟法244条3項が証拠取調請求の却下事由を制限列举して規定していることについて、次の2つの原則に由来すると解説している。

まず、「裁判所は、法律上許容されかつ事実上可能である、あらゆる申請された証拠調べを、もしそれが裁判にとって重要でありうるならば、実施しなければならない」という原則をあげる。裁判所の事案解明義務に対応するものである。

310 ロクシン451頁。

311 ロクシン452頁。

次に、「重要性の判断においては、『証拠予断』の禁止が遵守されなければならない。すなわち、裁判所は、次のいずれの場合も、証拠調べを行わない理由とすることはできない」とし、許されない理由付けの仕方として、「当該証拠は申請者の主張を確証しないだろう、と裁判所に予想される場合」と「先取りの証拠評価により、当該証拠はあらかじめ信頼できないとみなされるか、または、それまでの証拠調べの結果を動揺させることはできない、と考えられる場合」の2つを挙げる。

そして、許されない証拠予断の例として、「7歳の少年がアリバイ証人として指名されたとき、裁判所は、その少年は当の事件をもはや思い出せないだろうと考える理由や、さらにまた、当該供述は、証人が少年であるゆえに、あるいは多くの目撃証人が被告人は犯人であると指摘しているがゆえに、信用できないという理由で、彼の尋問を行わないことは許されない」と指摘している³¹²。

第4節 証拠予断禁止原則と証拠取り調べ請求却下事由の限定

1 はじめに

「証拠申請」という証拠取り調べ請求に該当する場合には、限定列挙された事由の下で、かつ、正式な裁判所の決定によってしか却下できないとされている。そして、なかでも、在廷証拠の「証拠申請」については、とりわけ、却下事由が制限されている。

2 在廷証拠の取り調べ請求に対する却下事由の限定

既に裁判所に取り寄せられている在廷証拠については、取調可能な適法な証拠である場合には、「証明すべき事実が既に証明されているか又は公知の事実であるとき、及び証明すべき事実と判決発見の対象との間に何ら関連性が

312 グリュンヴァルト101頁・102頁。

ないとき、証拠が全く不相当であるとき」に限って、裁量的に却下できるものとされている（ドイツ刑事訴訟法245条2項）³¹³。

そして、ここにいう「何ら関連性がない」とされるためには、「証拠が事案の解明を僅かに促すにすぎないというだけでは、足りない」のであって、「全く有意性がない」場合に限ると理解されている³¹⁴。すなわち、先に検討したアメリカ連邦証拠規則での関連性理解³¹⁵と同様の趣旨が見られる。

3 在廷証拠以外の取り調べ請求に対する却下事由の限定

(1) 却下事由の制限列举

これに対して、取調請求対象が在廷していない「証拠申請」であって、請求が証拠の収集を第一義的な目標としている場合には、対象が許容されない証拠でないかぎり、(1)必要性がないとき、(2)無意味なとき、(3)訴訟遅延目的のときに限り、裁量的に却下できるとされている（ドイツ刑事訴訟法244条3項）³¹⁶。

(2) 取調べの必要性がないとされる場合

① 必要性がないとされる類型

まず、必要性がないとされるのは、要証事実が、①不要証とされる公知の事実該当するか、②法律上、事実上の理由から重要でないか、③既に証明されているか、④被告人の免責のために証明されるべき重要な主張対象であって真実と扱われ得る（いわゆる真実推定）ときである³¹⁷。

313 ロクシン455頁。

314 ロクシン456頁。

315 前掲注125。

316 ロクシン456頁・457頁。

317 ロクシン456頁・457頁。

② 証拠予断禁止原則の適用

ここで留意すべきは、いわゆる証拠予断禁止の原則の存在である。すなわち、既に他の証拠の取調結果に基づいて、要証事実と矛盾・反対する事実が存在するとの心証を形成していることをもって、要証事実が重要でないとか、要証事実が存在しないと既に証明されているなどとして、必要性を否定して却下することは許されない。

例外的に、鑑定人の尋問を求める証拠調べ請求の場合には、要証事実と矛盾・反対する事実が他の鑑定によって既に証明されていることを理由として、却下することが明文で許されている（ドイツ刑事訴訟法244条4項2文）³¹⁸と理解されている³¹⁹。

あえて鑑定についてこのように明文を置いていることから、その他の証拠については、要証事実との矛盾・反対事実の立証の先行を根拠として却下することは許されないことが確認される³²⁰。

③ 反対事実の公知性は却下事由とならない

グリュンヴァルトは、取り調べの必要性がないとされる「要証事実が公知の事実である場合」とは、要証事実の反対事実が公知である場合を含まないということを明確に主張している³²¹。

要証事実が公知であって証拠調べを経ずとも判決の基礎とできる場合には、証拠調べが不要であるからこそ必要性がないと言えるのに対して、

318 ロクシン462頁。

319 ただし、あくまでも「他の鑑定」が実施済みである場合であって、鑑定以外の証拠調べの結果に基づいて、鑑定の必要性を否定することは証拠予断禁止原則に抵触するとされている（田淵54頁～58頁）。

320 ロクシン462頁。

321 グリュンヴァルト104頁。

要証事実と反対・矛盾する事実が公知であるとされている場合には、「公知」という評価を反駁することが許されなければならないし、要証事実と公知とされている事実とが本当に両立し得ない事実であるかについても吟味する機会が与えられなければならないからである。

ここにも、ロクシンが指摘している244条4項2文との関係での反対解釈の精神³²²が及ぶというべきであろう。

④ 要証事実が重要でない場合とは

田淵教授は、「要証事実が重要でない」というところの「重要性」は、「関連性」よりも広い概念として理解されていると説明する。

「重要性」は、①法的重要性と②事実的重要性に区別され、事実的重要性は、「審判対象との関連性」と「間接事実の重要性」に区別されるという。

そして、マイヤーによれば³²³、「間接事実の重要性」は、「一般的には関連性を否定できないが、たとえそれが事実であったとしても裁判への結論は必然性がなく可能なものに過ぎず、かつ具体的事案において裁判所がこの可能的結論を引き出すつもりがない場合」にも否定してよいと理解されているという³²⁴。

⑤ 真実推定による証拠調べの省略が許される範囲

(a) グリュンヴァルトの見解

グリュンヴァルトは、真実推定によって証拠調べの必要性を否定で

322 前掲注 320。

323 Lutz Meyer-Großer, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 50. Aufl. (2007), § 244 Rn.56 ; Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweis Antrag im Strafprozeß, 5. Aufl. (1983), S. 587ff.

324 田淵 15 頁。

きる場合について、要証事実が直接事実である場合に限られ、間接事実である場合を含まないと強く主張する³²⁵。

そうした論旨から、直接事実Yの情況証拠となる間接事実Xの真実性を推定して、当該間接証拠の取調請求を却下した上で、他にYを否定する証拠を採り挙げて、Yの存在を否定する事実認定をなしうるとする判例を批判する。

具体的には、「2人の少女に対する性犯罪を理由に起訴された被告人[が]、ひとりの少女の母親を、その2人が『売女』と呼ばれていることの証人として指名し、それにより少女らの供述の信用性がないことを明らかにしようとした」ところ、「裁判所が『指摘された事実が真実であると推定し、それにより、当該事実が罪責証明の評価の際、被告人の利益に考慮されるべきことを約束(した)』にもかかわらず、少女らの供述に基づき被告人を有罪としたことに、法的瑕疵はないとした」帝国裁判所判決(RGSt 46, 278)に対し、以下のように批判する。

すなわち、まず、この判決の発想の基礎に「裁判官の確信形成において、真実とみなされた事実も、認定された事実と同様に要素として加えうるという観念が存在する」ことを問題にする。現実には、「証拠評価という複雑な事象の中では、ある事実の推定はそれについての証拠調べの代替ではない」。特に、情況証拠による立証の場面では、抽象的にその情況証拠の要証事実が真実と推定されるのと、その情況証拠が具体的に周辺事情を伴って証人の口から供述されるのとでは、最終的に直接事実の存否の蓋然性判断に与える影響力が大きく異なってくる。本件で言えば、「『母親は証人たちを売女と呼んだ』という推定は、

325 グリュンヴァルト106頁・107頁。

証拠評価においては、『母親は彼女らを売女と呼んだかもしれない』ということにしかならない」というのである。「ある事実の状況証拠としての価値は確定的な値ではなく、通常は証拠調べによってのみ知りうる具体的事情に依存して」おり、本件で言えば、「売女という表現は、〔母親がそれを述べた機会などの具体的事情によっては、〕非常に重要な場合もあるし、ほとんど意味はない場合もある」とする。

そして、グリュンヴァルトは、結論として、「間接事実から徴憑された事実への推論を否定した上での、間接事実の真実推定は、実際は、—その他のあらゆる仮定的証拠評価の場合と同じように—禁止された証拠予断である」とする。それは、「裁判所〔が〕、ある事実の証明のための証人尋問の申請を、当該証人はその事実を供述するだろうと推定しながら、その他の当該事実と反する証明結果に鑑みれば、そのような供述から事実の真実性を結論づけることはできないと理由で却下した」場合と同様だということである。

(b) 田淵教授による見解

間接事実に関する真実推定に対してグリュンヴァルトが抱く懸念について、田淵教授も、「確かに、ある事実のもつ意味はその細部につき吟味するのでなければ、正しく評価できないだろう。例えば、『凶器に被告人の指紋が付着していた』という間接事実の証明力を、その凶器の発見状況や指紋の付着状況を調べることなく正確に評価できない。たとえ被告人に有利な事実であれ、細部について吟味することなく真実とみなすならば、証拠評価の際に、その事実の重要性が実際よりも

軽視される危険がないとはいえない」と賛同を示している³²⁶。

もともと、田淵教授は、その上で、「ドイツの判例によれば、裁判所が認定されておらず、あるいは主張にも含まれていない事実に関する特定の見解に基づき、真実推定された間接事実からの被告人に有利な方向への推認を否定することは禁止されている」こと、さらに、判例理論に照らせば、「被告人に有利な結論を導き出す可能性のある間接事実につき、その証明力が付随事情や具体的事実関係に依存する場合、そうした事実の主張を真実とみなす一方で、認定もされていなければ主張にも含まれていない可能性を理由に、そこから被告人に有利な結論は引き出せないと結論付けることは許されない」ことを指摘し、「証明力の程度が具体的事実関係に大きく依存しているような場合は、被告人に有利な事実を真実とみなした上でその証明力を消極的に評価することを禁止するならば、間接事実の真実推定に対するグリュンヴァルトの懸念はほとんど解決される」としている³²⁷。

(3) 証拠が無意味とされる場合

① 証拠の無意味性認定における証拠予断禁止原則のあらわれ

「証拠が無意味である」場合とは、①全く不適當であるか、②入手不能なときであるとされ、この場面でも証拠予断禁止の原則が妥当する³²⁸。

② 全く不適當な場合とは

証人が適性を欠くとの認定は、証拠評価の先取りを意味するため、客観的に明白な稀な例外事例に限定すべきであるとされる。例えば、当初

326 田淵182頁。

327 田淵182頁～184頁。

328 ロクシン457頁。

共同審理を受けていて弁論を分離された後に既に確定判決を受けている分離前の共同被告人、被告人の配偶者、あるいは何回も偽証で有罪判決を受けた者などであっても、初めから不適格とされるべきではなく、取調べは認めた上で、証言の信用性を厳しく吟味すればよいとされる。

裁判所として、公判前に、予定証人が事案解明に役立つ供述をする意思がないであろうという考えを固めたことを理由に、その証人を不適当とみなすことには疑問が残るとする³²⁹。

③ 入手不能な場合とは

入手不能との判断についても、証人が遠く離れた外国に居住しているとか、他の機会に証言拒絶権を行使しているとか、供述を管轄官庁が許可していないといったことから、直ちに入手不能との認定をすることは許されず、裁判所が当該証人の証言を得るためのあらゆる努力をしたにもかかわらず入手できない場合に限って、入手不能とされるべきであるとする³³⁰。

(4) 訴訟遅延目的認定における証拠予断禁止原則のあらわれ

さらに、訴訟遅延目的とされるのも、証拠価値のない証拠の取調べ請求をして時間延ばしを図っているといった安易な証拠予断からの却下とならないように、証拠取調べを請求した訴訟関係人において当該証拠調べによっても手続の有利な転換をもたらすことが不可能であることを認識しているとの疑いのない証明がある場合に限られるとされる。

遅延目的という動機の証明が厳格に要求され、客観的にも手続の本質的な遅滞が予想されるのでなければ、「遅延目的」と認定することは許され

329 ロクシン457頁・458頁。

330 ロクシン458頁～460頁。

ない。

特に、鑑定に関する244条4項2文が反対事実の立証先行を却下事由とできるとしているのに対して、その他の証拠に関する244条3項2文がそのような定めを含んでいないことの反対解釈から、「裁判所が既に反対事実について確信を得ていて（事案が既に解明されていて）、そのため、証人又は文書をもはや信用しないであろう」といった理由や「請求に係る証拠については、信用できる他の証拠の取調べで十分に代替できる」といった理由で、証拠価値のない証拠調べによって訴訟が遅延するとして、証人尋問や文書取寄せの請求を却下することは許されないとされる³³¹。

第5節 証拠予断禁止原則の成立過程と本質

1 はじめに

田淵教授は、1877年2月1日に公布されたドイツ帝國刑事訴訟法³³²の制定にまで遡って、ドイツにおいて、証拠予断禁止原則が形成されて訴訟関係人による証拠取調べ請求に基づく証拠取調べ強制が確立されていった経過、すなわち、裁判所による証拠採否裁量の厳格な制限が図られていった過程³³³

331 ロクシン460頁・461頁；田淵203頁・204頁，210頁。

332 田淵教授に倣って、以下、「1877年刑訴法」という。

333 なお、田淵教授は、訴訟関係人の「証拠調べ請求権の発展」の過程として検証している。

しかし、田淵教授自身が後に引用しているアルスベルクの見解が示すように、『「証拠申請」は証拠調べ請求権の主張であり、かつ、証拠調べ請求権は、証拠予断の禁止の確立により法的請求権となった』という理解が、田淵教授の論述内容にも沿うように思われる。すなわち、形式的な「証拠調べ請求権」なる権利が保障されても意義はあまりないのであって、請求によって証拠取調べを強制できること、すなわち、裁判所による証拠採否裁量を厳格に制限できていることに大きな意義があるというべきである。とりわけ、当事者に明文で証拠調べ請求権を認められているものの、請求対象たる証拠の取調べの必要性の有無を判断しての証拠採否が裁判所に自由裁量に委ねられているかに解釈されているために、実質

を検証している。

以下、田淵教授による検証を参照して、ドイツで、証拠予断禁止原則が確立され、裁判所の証拠採否裁量が規律されていった経過を確認しておこう。

2 帝國刑事訴訟法における在廷証拠取調べ義務の法定

まず、1877年刑訴法制定の過程としては、当初の法案が裁判所による証拠採否に完全な自由裁量性を認めていたところ、議会で、証拠調べの充実の重要性を唱える反対意見も出されて、法案修正が重ねられ、最終的には、少なくとも在廷証拠については裁判所が取調べ義務を負うことを原則とする法文が成立した³³⁴。

3 証拠申請却下基準の解釈判例による証拠予断禁止原則の確立

この1877年刑訴法では、訴訟関係人による「証拠申請」を却下するには「決定」によることを要する旨が定められただけで、却下が正当とされる基準については、定められなかったことから、解釈の問題とされた。

これについて、初期のライヒ裁判所判例は、見解を二分し、第1の立場は、在廷証拠に関するような取調べ義務規定がないことの反対解釈の結果として、採否が自由裁量にかかるという見解であり、第2の立場は、却下理由の内容が不当であれば上告理由を構成するという見解であった。もっとも、自由裁量性を主張する第1の立場にあっても、却下決定に理由付記が要求されていることに鑑み、理由付けが不十分である場合には上告理由を構成するという見解であった。

このように、いずれの立場も、結局は、却下理由を問題としたなかで、裁

的な証拠調べ請求権が保障されていない状態に陥っている日本への示唆を探る上では、証拠採否裁量に対する規制の展開の観点から確認していく必要があると考える。

334 田淵29頁～38頁。

判所が本来取り調べた後ではじめて評価できるはずの証拠価値を実施済みの証拠調べ結果との関係で否定することは、真実発見義務・職権探知主義との関係で許されず、そうした先取りの証拠評価を却下事由とすることを認めない判例理論が確立されていった。

その結果、判例が認めた証拠申請却下事由の類型化が進められ、先に紹介した現行ドイツ刑事訴訟法244条3項が制限列挙しているのと基本的に同一の却下事由が確立された³³⁵。

4 証拠予断禁止原則と事案解明義務との関係

(1) 事案解明義務理論の成立

1877年刑訴法153条2項は、公訴事実の解明に当たって裁判所が独自に活動する権限と義務を定め、同243条3項は、裁判所に職権証拠取寄せ権限を付与したので、1877年刑訴法の下では、裁判所が職権証拠調べを通じて事案を解明すべき義務を負うとの理論が確立された。

もともと、職権証拠調べが実施されなかったことが直ちに上告理由を構成するわけではなく、事案解明の可能性が公判に顕在化していたにもかかわらず、その可能性を利用することを怠った場合にのみ、上告理由を構成するとされた。

すなわち、裁判所が公判に現れた結果に基づいて新たな証拠調べをしても更なる解明は期待できないと判断した場合には、それは裁判所の自由裁量の範囲内にあるものとされ、その判断が客観的には誤りであったとしても、上告理由を構成しないとされた。

こうした意味で、当初、証拠予断禁止原則が職権証拠調べ義務との関係

335 田淵40頁～48頁。

で認められることはなかった³³⁶。

(2) ナチス法制下での事案解明義務理論の変化

しかし、この状況は、ナチス立法が実質的に証拠申請権を廃止して裁判所による証拠採否を完全な自由裁量に委ねたことによって侵害された被告人の防御権を上告審で救済するために、被告人に有利な証拠が採用されなかったことを事案解明義務違反と構成し、上告理由として認めるという態度を判例がとったことによって変化した。

すなわち、証拠予断禁止原則に違反する「証拠申請権」侵害という法的構成を採用できないところを、事案解明義務違反という上告理由として構成することで、実質的に、証拠予断禁止原則違反を問題にしたのである³³⁷。

(3) ナチス法制廃止後も踏襲された事案解明義務理論

その後、ナチス立法が廃止され、実質的な「証拠申請権」が復活した後にも、事案解明義務違反が上告理由を構成するという判例の姿勢は踏襲され、結局、事案解明義務との関係でも証拠予断禁止原則の適用があるという理解が有力に確立されていったのである³³⁸。

すなわち、裁判所が自らその存在を知るに至った証拠を取り調べないで済ましても事案解明義務に反するとされないのは、その証拠が証拠申請却下事由の類型に該当する場合だけであるという見解である。

(4) 却下事由制限と事案解明義務との関係

この点、ロクシンも、一般的には証拠取調べ請求の却下事由が事案解明義務の限界、すなわち、事案解明義務を尽くしたと評価される水準を示す

336 田淵48頁～50頁。

337 田淵50頁。

338 田淵50頁～52頁。

ものと考える。

もっとも、証拠取調べ請求を244条3項・4項に基づいて却下したことは正当とされる場合でも、当該証拠を職権で取り調べないことが事案解明義務違反とされる場合があるとしている。

具体的には、鑑定人が前提とした事実とは異なる事実を前提として、裁判所が鑑定結果と異なる評価の心証に至った場合には、事案解明義務は、裁判所が前提とした異なる基礎事実に関する発言を鑑定人に求めることを要請するというのである。

ただし、逆に、証拠取調べ請求却下事由の制限に基づいて取調べを強制される証拠であっても、事案解明義務に基づいては取調べを要請されないものもあるとしている³³⁹。

5 証拠予断禁止原則の本質

ワイマール時代に活躍したドイツの弁護士であるマックス・アルスベルクは、「証拠申請権は、証拠予断禁止原則が確立された、すなわち、申請却下事由が制限されたことによって、法的権利性を持った証拠調べ請求権（証拠調べを強制できる権利）として保障されるに至った」と説明している³⁴⁰。

フリスターの整理によれば、こうした意味における証拠予断禁止原則は、①「証拠申請人によって行われた証拠の選択は、原則として裁判所の判断よりも優先されなければならない」という規範として機能することで、「裁判所と訴訟関係人との間での権限分配」を図り、また、②「証拠価値を取調べ前に先取り評価することによっては決して合理的な有罪の確信は形成できない」という規範として機能することで、「自由心証主義に対する合理的規制」

339 ロクシン452頁・453頁。

340 田淵65頁。Max Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozeß, Berlin 1930, S. 45, 59.

を図っているとされる³⁴¹。

第6節 「証拠申請」と「証拠調査申請」の違い

1 「証拠申請」と「証拠調査申請」の違いの重要性

以上で確認してきたように、「証拠申請」に該当するとされる証拠取調べ請求に対しては、限定列挙された却下事由に基づいて、しかも、正式な裁判所の決定によってのみ却下が許されるというかたちで、裁判所の証拠採否裁量は極めて厳格に規律されている。

しかし、訴訟関係人による裁判所に対する証拠調べに関する働きかけの全てがこのように裁判所に対する強い拘束力を有する「証拠申請」として扱われるわけではない。

すなわち、「証拠申請」とされるには、「特定の事実に関し、訴訟法により許容される特定の証拠方法を使用すること」の要求でなければならないとされる。そして、証明事実たる特定の事実主張が欠けているか、取調べ対象たる証拠方法の特定が欠けている場合には、実施済みの証拠調べを超えた証拠調べを裁判所に促す「証拠調査申請」としての効力しか持たず、この場合、裁判所の証拠採否裁量は、事案解明義務によってしか規律されない。

このように、「証明事実の特定」と「証拠方法の特定」があるか否かは、重要な意味を持つことになる³⁴²。

2 「証拠申請」とされる要件である「証明事実の特定」と「証拠方法の特定」

(1) 問題の所在

この「証明事実の特定」と「証拠方法の特定」とを厳格に要求しすぎる

341 田淵70頁。Frister, Das Verhältnis von Beweisantragsrecht und gerichtlicher Aufklärungspflicht im Strafprozeß, ZStW105 (1993), S. 347f.

342 ロクシン453頁・454頁。

と、証拠調べを強制できる範囲が狭くなり、証拠調べの充実が図られなくなる反面、要求を緩やかにしすぎると、取調べが強制される証拠の範囲が広がりすぎ、訴訟の迅速な進行が過度に妨げられ、取調べ強制の制度の合理性自体が疑われかねない状況にもなる。

そのため、どの程度の特定を要求するべきであるかが問題となる。この問題は、証拠取調べの必要性を基礎付ける事情として当事者に主張するように求める内容を緩やかにしすぎると、重複証拠などを許容して訴訟遅延を招きかねないという懸念が表明されがちな日本で、裁判所による証拠採否裁量を厳格に規律していこうという見解を述べるにあたって、考慮しておかなければ、見解に説得力を欠いてしまうことになりかねないという意味で、極めて重要な視点である。

(2) 「証明事実の特定」の要件について

まず、推測に基づく事実主張でも、特定された証明事実の主張といえるのかが問題となる。この点では、推測に基づく主張であるというだけの理由で「証明事実の特定」性が否定されるとするべきではなく、推測に基づく主張が全く根拠を欠くものであって、裁判所の釈明に対しても根拠を示すことができないような場合にはじめて「証明事実の特定」の要件を欠くことになるとするべきである。というのも、結局、申請者に確信を求めることになれば、その確信の基礎としての客観的根拠の提示を求めることになり、それを求めることは、証拠を取り調べる前にその信用性を先取り評価し、信用できそうでなければ取り調べないという証拠予断を許すことに他ならないからである³⁴³。

また、「敵性証人が信用性を欠く」というような抽象的な指摘でも「証

343 田淵77頁～84頁。

明事実の特定」があったといえるのか、特定には「具体的事実の摘示」まで要求されるのかも問題となる。この点でも、申請者が被告人・弁護人であるような場合には、必ずしも事前に証拠内容を調査・確認できるわけではないからである。しかし、ドイツでも、近年の判例では、抽象的な評価の指摘では足りず、その「評価の基礎となった事実」の摘示が必要であるという立場を採っているという³⁴⁴。

(3) 「証拠方法の特定」の要件について

「証拠方法の特定」としては、例えば、証人申請の場合に証人の氏名及び住所等を具体的に摘示することが常に求められているわけではなく、裁判所が申請された証拠の存在をつきとめ、取り寄せることができる程度の手がかりを示すことで十分である。というのも、裁判所は、事案解明義務を負っているため、その程度の手がかりがあれば、証拠の所在を自らつきとめるべきであって、訴訟関係人が証拠の所在を事前に確認しておく義務を負わされるべきではないとされているからである。

特定がなされているかで問題となるのは、集合体のなかに目的の証拠が含まれているとする場合に、集合体全体を対象とした申請をして、集合体の中での特定をしていない場合である。例えば、一定事件の裁判記録の中に含まれている特定の文書の取調べを求める趣旨で対象を当該事件の「裁判記録全部」としても、「証拠方法の特定」があったといえるかの問題である。この点について、判例は、証人であれ書証であれ、証拠群の取調べ請求については、そのうちの重要性を持つ部分を特定していない限り、「証拠方法の特定」があったとは言えないとしている³⁴⁵。

344 田淵84頁～90頁。

345 田淵92頁から96頁。

(4) 「特定」に関する裁判所の釈明義務

なお、判例は、「証明事実の特定」・「証拠方法の特定」という要件が満たされているか否かについて、申請において明示された文言内容のみに基づいて判断すれば足りるというものではなく、裁判所は、疑問があるのであれば、不十分と考えられる点について申請者に釈明を求め、申請者が必要な補正をできる機会を付与しなければならないとしている³⁴⁶。

3 対象となる「証明事実」の限定

そして、「証拠申請」とされるためには、対象となる証明事実が、犯罪事実の経過、行為者の罪責及び刑の量といった「罪責及び刑罰問題」に意義のある事実である場合に限られると理解されている³⁴⁷。

その他の訴訟上の事実といった事実を証明事実としている場合には、「証拠申請」の形式をとっていても、「証拠調査申請」としかみなされない。

このように、ドイツにおける「厳格な証明」とは、その対象事実を証明事実とする証拠取り調べ請求が「証拠申請」とされ、却下事由の限定によって、その採否裁量が極めて厳格に規律されている証明のことをいう。一方、「自由な証明」とは、「証拠調査申請」の問題として、採否裁量に対する規律が緩和されている証明を示すことになる³⁴⁸。

第7節 実際の運用

1 はじめに

このように、ドイツでは、裁判所の証拠採否裁量は、直接主義（引き継いだ一件記録の実質証拠としての利用の禁止）、事案解明義務に基づく入手可能

346 田淵97頁～102頁。

347 ロクシン222頁。

348 田淵132頁～143頁参照。

な証拠を取り調べ尽くす義務、「証拠申請」に対する却下事由の限定と却下事由の存否の判断における証拠予断禁止原則によって、厳格に規律されていると説明されているところ、現実の手続では、どのように証拠調べが尽くされているのであろうか。

理論と実務が乖離していないかの確認をしておく意味でも、実際の審理内容の実例を見ておく必要がある。

2 重大否認事件における審理経過の実例

最高裁判所が判事を研究員として行ったドイツにおける参審制度の調査³⁴⁹の報告で、研究員は、デュッセルドルフ地方裁判所刑事部大法廷重大事件部で、被告人がアリバイを主張して全面否認した「拳銃による謀殺事件」の審理を傍聴した経過を表3のようにまとめている。

○ 表3 デュッセルドルフ地方裁判所での重大否認事件における審理経過³⁵⁰

期 日		審 理 内 容
1	11月25日	起訴状朗読のみ（弁護人の都合による）
2	11月28日	被告人質問（1時間5分）、証人1（目撃者 2時間7分）、 鑑定証人1（解剖担当医 19分）、鑑定証人2（銃痕の位置 45分）、 証人2（被告人の取調警察官 4分）、 証人3（証人1の取調警察官 19分）、 証人4（証人18・21の取調警察官 8分）、証人5（前同 6分）、 証人6（前同 17分）

349 最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 ドイツ編』（司法協会，2000年）。

350 同上138頁。

3	12月2日	<p>証人7（現場臨場警察官 17分），証人8（前同 5分），</p> <p>証人9（現場の実況見分担当警察官 19分），</p> <p>証人19（現場臨場警察官 7分），</p> <p>証人11（アリバイ関係 11分），証人12（証人1の知人 6分），</p> <p>証人13（証人19の姉 5分），証人14（アリバイ関係 19分），</p> <p>証人15（アリバイ関係 7分），証人16（現場の隣人 13分），</p> <p>証人11（再尋問 5分），証人17（現場の隣人 19分），</p> <p>証人18（目撃者 1時間6分），証人19（アリバイ関係 供述拒否），</p> <p>証人29（前同 供述拒否），証人21（目撃者 59分），</p> <p>証人22（証人21の弾劾 3分），証人21,18（再尋問 合計7分）</p>
4	12月5日	<p>証人23（アリバイ関係 18分），証人24（現場臨場警察官 11分），</p> <p>証人25（証人1の娘の取調警察官 5分），証人26（前同 7分），</p> <p>証人27（前同 3分），証人28（現場の実況見分担当警察官 3分），</p> <p>証人29（証拠物関係の検査担当警察官 3分），</p> <p>証人39（検視担当医 6分），証人31（検視補助），</p> <p>証人29（再尋問 証人31と合計5分），証人32（検視補助 4分），</p> <p>証人33（現場の隣人 6分），証人34（前同 4分），</p> <p>証人35（アリバイ関係 6分），証人36（前同 4分），</p> <p>証人37（前同 5分），証人38（前同 4分），</p> <p>証人39（現場の隣人 1分），証人49（被害者の弟 6分）</p>
5	12月12日	<p>証人41（アリバイ関係 9分），証人1（再尋問 6分），</p> <p>証人8（再尋問 6分），証人9（再尋問 現場の照明実験 19分），</p> <p>証人21（再尋問 19分），証人18（前同 2分），</p>

6	12月15日	鑑定人1（責任能力 39分）， 鑑定人2（前同 9分）， 証人9（再々尋問 5分）， 鑑定人3（被告人の視力 45分） 鑑定人3（再尋問 17分）
7	12月27日	論告（39分）， 弁論（72分） 評議（1時間6分）， 判決宣告（19分）

なお、傍聴した研究員は、本論文でこれまで確認してきたような証拠採否裁量に対する厳格な規律があることを理解した上で、表3のような証拠採用と審理経過に対して、「合計42人の証人が召喚されているが、日本であれば、その半数以上は必要性がないものとして、取り調べられていないものと思われるし、例えばそれほど争いのない事実に関する証人について、弁護人の同意により捜査段階の供述調書を取り調べれば、証人の数は10人余りで押さえられたのではないかと思われる。つまり、ドイツにおいては、裁判所が職権により真実を解明しなければならないという考え方が強すぎるために、公判手続で取り調べる証人の数が非常に多くなっており、参審員の負担を増やす原因となっていると思われる」³⁵¹と批判的に捉えている。

ともかく、実際に、証拠を調べ尽くすという実務が必要に応じて行われていることは、確かである。

3 平均開廷回数

表3のように、重大否認事件では、証人が42人も取り調べられ、7回の開廷を要するようなことがあるとはいえ、平均的には、どの程度の審理期間がかけられているのであろうか。

351 同上151頁。

○ 表 4 - 1 裁判所別での平均開廷日数³⁵²

		区裁判所	地方裁判所 (第一審)
開 廷 回 数	平均開廷回数	1.0 回	2.8 回
	1 回	97.9%	50.8%
	2 回	1.7%	20.8%
	3～5 回	0.4%	19.0%
	6～10 回	0.0%	5.5%
	11～20 回	0.0%	2.7%
	21～50 回	-	0.8%
	51 回～	-	0.2%

352 旧西ドイツ地域全体及び東ベルリン，1993年終局事件。同上102頁の表をもとに再構成した。

○ 表4-2 裁判体構成別での審理期間・平均開廷日数³⁵³

		参審裁判所	刑 事 部 大 法 廷 ³⁵⁴		
			通常部	経済刑事部 ³⁵⁵	重大事件部
複 数 開 廷 事 件 間	1月以内	X	91.1%	72.4%	92.2%
	2月以内		4.2%	12.9%	3.3%
	3月以内		2.4%	6.7%	1.6%
	6月以内		1.7%	6.1%	1.6%
	12月以内		0.2%	0.6%	0.4%
	12月超		0.3%	1.2%	0.8%
開 廷 回 数	平均開廷回数	1.0回	2.2回	6.5回	3.8回
	1回	98.8%	58.1%	25.6%	25.5%
	2回	1.0%	22.1%	16.9%	23.9%
	3～5回	0.2%	14.2%	24.7%	39.0%
	6～10回	0.0%	3.3%	16.4%	7.4%
	11～20回	0.0%	1.7%	13.2%	2.8%
	21～50回	-	0.5%	1.8%	1.2%
	51回～	-	0.1%	1.4%	0.3%

353 ノルトライン・ヴェストファーレン州，1993年。同州は，ドイツ最大の人口を要する州で，デュッセルドルフ市を州都とする。同上103頁の表をもとに再構成した。

354 もととした前掲注349の103頁の表では「大刑事部」と記載されていたが，ロクシン41頁以下の訳語にあわせる記載とした。

355 もととした前掲注349の103頁の表では「財政経済部」と記載されていたが，ロクシン42頁以下の訳語にあわせる記載とした。

なお、これら表で分類されている裁判所や裁判体の違いは、裁判所構成法によって定められており、概要は以下のとおりである。

○ 表5 裁判所の区分と構成³⁵⁶

裁判所	区分	構成	対象事件	根拠規定 (裁判所構成法)
区 裁判所	刑事裁判官	職業裁判官 1 名	軽罪の一部	24・25 条
	参審裁判所	職業裁判官 1 名 又は 2 名 参審員 2 名	1 軽罪の一部 2 重罪の一部	24・25・ 28・29 条
地方 裁判所	刑事部小法廷	職業裁判官 1 名 参審員 2 名	刑事裁判官の判決 に対する控訴	74・76 条
	刑事部大法廷	職業裁判官 3 名 参審員 2 名	1 重大犯罪 2 経済刑事事件 3 軽い国家保護罪 4 その他 a) 受移送事件 b) 参審裁判所の判決 に対する控訴	74・74a・ 74c・76 条

356 ロクシン 46 頁～48 頁の表をもとに再構成した。

こうしてみると、重大事件や経済事件のような証拠関係が複雑な事件については、時間をかけて、証拠調べも充実させている一方で、争いが無い軽罪などについては、迅速な審理を図って、平均的には、それほどの開廷回数を重ねることがない状況にあると推測される。

いずれにせよ、証拠採否裁量が厳格に規律された状況においても、事件処理が不可能なような状態には置かれていないのである。

第8節 まとめ

1 ドイツにおける証拠採否裁量規律のなされ方

(1) はじめに

以上のように、ドイツでは、大きく分けて、直接主義、事案解明義務、「証拠申請」に対する却下事由の限定列挙とその事由判断における証拠予断禁止原則の適用という3つの原理によって、裁判所の証拠採否裁量が規律されていることが確認された。

(2) 直接主義に基づく規律

裁判所は、検察官から一件記録（捜査記録）を引き継ぐものの、原則として、これを公判でそのまま実質証拠として採用することを許されていない。引き継いだ記録以外であっても、供述証拠については、原則として、原供述者を公判で尋問するという方法によってのみ採用することが許される（ドイツ刑事訴訟法250条）。

したがって、被告人が訴追事実を認めている場合であっても、少なくとも、公判で被告人の供述を聞かなければ、有罪認定できない。また、被告人が事実を争っている場合には、何らかの証人尋問が必要となる。

こうした意味で、直接主義は、公判での何らかの証拠調べ、特に人証の採用を強制するというかたちで、裁判所の証拠採否裁量を規律している。

(3) 事案解明義務に基づく規律

被告人が事実を争っていない場合であっても、被告人が当時の状況をよく記憶していないなどの事情がある場合には、事案解明義務の要請により、被告人の供述だけではなく、目撃者などの証人を尋問して、事案の真相を解明する必要がある。

すなわち、まず、裁判所は、裁判に重要な全ての事実に関する証拠を調べ尽くさなければならないとされる。そして、訴訟関係人の主張や申立てにとらわれずに、手元にある証拠は当然のこと、手元のないものでも、存在が容易に推測されるような証拠については、調べ尽くさなければならない。

「証拠申請」の対象とされていない事案解明義務に基づいて採用が要請される証拠の採否判断において適用される証拠予断禁止原則の程度については、限定された「証拠申請」却下事由と同一内容であるかには争いがある。しかし、一般に、入手可能な証拠について、取り調べる前から、「調べたところで証拠価値がないものであろう」という予断を抱いたり、「多少の証拠価値があるとしても、既に終えた証拠調べ結果から形成している心証を覆すほどの価値は持たないであろう」という予断を抱いたりして、これらの予断に基づいて取調べの必要性を否定することは禁じられている。

(4) 「証拠申請」に対する応答義務としての規律

① 規律の厳格性とその緩和との調和

「証拠申請」という類型に該当する証拠取調べ請求に対しては、条文に限定列挙された事由に基づいてしか却下できないとされ、かつ、その却下事由の存否の判断に当たっても証拠予断禁止原則が適用されるとい

うかたちで、採否裁量が極めて厳格に規律されている。

こうして、却下事由が限定され、その該当性判断も厳密になされるかたちで、規律の厳格性が確保されている一方で、どのような証拠取調べ請求でも「証拠申請」に該当するとされるわけではなく、該当要件が要求されるかたちで、規律の緩和も図られている。

もっとも、緩和が過度に進まないように、緩和に対する歯止めもかけられている。

② 厳格性のあらわれ

まず、在廷証拠を対象とする「証拠申請」については、要証事実が証明不要とされている場合か、全く有意性がない場合にしか、却下できない。

在廷証拠以外であっても、証拠予断が排除された心証において、必要性がないか、無意味とされない限り、却下できない。

必要性判断の上で、留意すべきは、実施済みの証拠調べの結果が要証事実の反対事実を証明していることを理由に必要性を否定することが禁じられている点である。

また、有意性の判断においても、「証人の地位などから考えて最低限度の信用性も確保されないであろう」といった類型的判断で有意性を否定することも禁じられている。

③ 緩和している要素

「厳格な証明」の対象となる事実を要証事実として特定して、かつ、証拠方法も特定した証拠調べ請求でない限り、そもそも、「証拠申請」に該当しないとされ、「証拠申請」に該当する場合でも、要証事実が不要証事実であるか、請求が訴訟遅延目的である場合には、却下できるとする

ことで、規律の緩和が図られている。

④ 緩和に対する引き締め

こうした緩和が歯止めのないものにならないように、以下のような対応が主張されている。

まず、要証事実の特定が求められるとはいっても、確信に基づかない推測に基づく事実主張でも許される。そして、過度に具体的事実主張を要求しない。

証拠方法の特定についても、一義的特定は不要であり、裁判所がその存在をつきとめられる程度の情報を提供すれば足りる。

しかも、特定の有無に疑義がある場合でも、補正の機会を与えられるべきであり、裁判所は、不適法と判断する前に釈明する義務を負う。

公知の事実が不要証とされているからといって、要証事実と相反する事実が公知の事実にあたるとして、却下事由とすることを許さない。

被告人に有利な真実推定の対象となる事実を不要証として、却下事由とするについては、対象が間接事実である場合を含まないものとする。もしくは、被告人に有利な事実を真実とみなした上でその証明力を消極的に評価することを禁止する。

訴訟遅延目的の認定に当たっては、時機に後れている事実の存在では足りず、当該証拠提出によっても訴訟の有利な方向への変化があり得ないとの認識が申請者にあり、客観的にも本質的な遅滞発生が予想されることを要するとされている。

2 ドイツの制度から得られる示唆—間接事実の評価をめぐって

裁判官経験者に「証拠採否も自由心証主義の妥当する自由心証の問題であ

る」という見解が依然として見られる³⁵⁷日本の実務にとって、自由心証主義を採用しているからこそ証拠予断禁止原則が必要とされるとするドイツ理論は、その意味だけでも、重大な示唆に富んでいる。

もつとも、証拠予断禁止原則の成立過程とその意味内容については、これまで詳説してきたところなので、ここでは、間接事実の立証に関する議論との関係で得られる示唆を重点的に論じておきたい。

というのも、日本の「証拠の厳選」論において、とりわけ論じられているのが、間接事実積み上げ型立証の場面における状況証拠の必要性の厳格な吟味だからである³⁵⁸。

結論としては、被告人に有利な間接事実を真実と推定して証拠調べの対象から除外し、当該間接事実を立証するための証拠を却下することを証拠予断として否定するグリェンヴァルトの指摘³⁵⁹は、間接事実の主張及びそれを立証する状況証拠の採用を制限して「証拠の厳選」を図ろうとする平成18年度司法研究³⁶⁰の姿勢に再考を迫るものとなろう。

すなわち、平成18年度司法研究は、「それ自体では直接要証事実を推認する力を持たず、他の重要な間接事実を補強する力も強いとはいえない間接事実（要証事実と距離があり、推認力も弱い事実）は、立証対象から除外されるべきである」、「一定の推認力があるにせよ、…事実認定上の効果も高くないと見込まれるような間接事実についても、必要性が否定される場合があり

357 前掲注 34。

358 前掲注 52。

359 前掲注 325。

360 前掲注 52。

得よう」とし³⁶¹、「弁護人は、検察官と異なり、公訴事実が存在することについて合理的な疑いを生じさせれば足りるのであるから、弁護人の主張に基づき、そのような疑いを生じさせる可能性が否定されない限り、公判前整理手続での却下には慎重にならざるを得ない」と留保しつつも、弁護側による情況証拠の取調請求に対しても「必要性を厳格に判断していく必要がある」³⁶²としている。

しかし、情況証拠やそれが示す間接事実が直接事実の認定に及ぼす影響力は、実際にそれを取り調べてみないと把握できないことが多いのであるから、当該間接事実の存否を安易に争点から外して証拠調べの対象としない扱いは、合理性に欠ける。

やはり、「成果と課題」³⁶³が指摘しているように、証拠調べに先立って証拠の採否を決定するにあたっては、「供述の信用性や証明力については、本来公判審理において心証を形成すべきである」³⁶⁴ことを忘れてはならない。

同じく、「成果と課題」が示しているように、事実認定者から間接事実や評価根拠事実と同様の評価を受ける情状事実についても、事実認定者が公判審理での証拠調べの結果から心証を形成すべきものであって、証拠調べに先立って、事実認定者である裁判員を除外した「法曹三者のみの公判前整理手続で情状事実の評価をし、主張を整理しきってしまうこと自体疑問である」³⁶⁵との評価が妥当する。

事実認定者が証拠調べの結果を踏まえて心証を形成すべき領域について、

361 同上48頁。

362 同上50頁。

363 前掲注46。

364 同上12頁。

365 同上13頁

公判前に証拠価値の見積もりをして介入することの問題性は、既に見てきたように、アメリカ証拠法も指摘しているところである³⁶⁶。

366 前掲注 218。

第4章 「解明度」原理による証拠採否裁量に対する規律

第1節 はじめに

これまでの検討によれば、証拠の属性に基づいて、典型的にその証拠価値を先取り評価したり、それまでの証拠調べの結果から得られた心証に基づいて、他の取り調べたところで心証に影響を与えるほどの証拠価値はないであろうという予断を持ったりして、取り調べる必要性を否定してしまう背景には、証拠の採否の段階、すなわち、証拠の許容性を判断する段階で、既に、その証拠の十分性、すなわち、当該証拠が証明責任を満足させる証拠といえるかを問題にしてしまう態度があることも確認された。

とりわけ、弁護側立証について言えば、取調べ請求された個々の証拠を独立させたかたちで検討して、ひとつひとつが単独でも、その要証事実の証明に成功すれば、検察官立証から得られた有罪心証に対する合理的な疑いを容れさせるものかという観点から、取調べの必要性が判断されてしまっている。

より具体的に言えば、弁護側請求証拠の立証趣旨（要証事実）に照らせば、これを取り調べて、仮に証明に成功したとしても、合理的疑いを容れさせるものではないとして、取調べの必要性を否定し、取調べ請求を却下するということが見られる。

先にアメリカ証拠法との関係で挙げた比喻によれば、「全ての証人がホームランを打つことを期待されているわけではない」³⁶⁷はずであるのに、個々の証拠がホームランを打つことを要求されていることになる。シングルヒットやバント、フォアボールでつないで、得点することを許さない考えとも言えよう。

このように、証拠採否裁量を合理的なものに規律するためには、証拠の許

367 前掲注 119。

容性（必要性）の問題と証拠の十分性の問題とを厳密に分けて考える必要があることが明らかである。

証拠の十分性は、あくまでも、許容されて取り調べられた証拠がいろいろと揃った後にはじめて、それらの取調べ済みの各証拠を総合して、証明責任を果たす証明がなされたかというかたちで問題にされるべきものであって、証拠の十分性があるか否かを証拠採否の判断資料としてはならないのである。

このように証拠の許容性と十分性とを峻別することの重要性は、太田勝蔵教授³⁶⁸が証明論分析において指摘している「証明度」と「解明度」との区別によって、一層明確なものとなる。

また、個々の証人にホームランを打つことを要求してしまう背景には、英米証拠法における **Best Evidence Rule**（最良証拠法則）の意味内容が誤解されていることも挙げられる。ホームランのような最良証拠が要求されているという誤解があるのである。こうした誤解も正しておく必要がある。

第2節 太田教授による「解明度」概念について

1 はじめに

太田教授は、証明が成功したと言えるためには、取り調べられた証拠を見たときに要証事実が存在するという蓋然性が十分に高く示されているという「証明度」が充たされているだけでは足りず、前提条件として、その判断の確実性が保証される程度に証拠を調べ尽くしたという「解明度」が確保される必要があると提唱する。

この概念を証拠採否裁量との関係で適用するならば、証拠採否判断時点での「証明度」に関する心証を理由に新たな証拠の取調べの必要性を否定することは不当であり、「解明度」が確保されるまでは、必要性を認めて、証拠を

368 太田勝蔵『裁判における証明論の基礎』（弘文堂，1982年）。

採用しなければならないということになる。

2 「証明度」と「解明度」について

「証明度」と「解明度」という概念の内容については、端的に言うならば、取り調べられた証拠（群）が示す要証事実が存在するとの蓋然性の高さが「証明度」であり、証拠調べを尽くしたことによる審理結果の确实性の高さが「解明度」であるということが出来る。

すなわち、証明が成功しているという判断が許されるためには、判断時に「証明度」が充たされているだけでは足りず、「解明度」も確保されていなければならないのである。

終局判断が許される程度の「解明度」があるか否かについては、実施済みの証拠調べの結果の「証明度」の高さから、もはや、新たな証拠を取り調べても、その「証明度」が減じられることはないだろうという予断によって、もはや「解明度」が確保されているとすることも許されない。

ましてや、取調べ請求された証拠について、取調べ前から「証明度」がないと先取り評価して、取り調べても「解明度」に寄与しないから、取り調べる必要性がないとすることも許されない。「解明度」が「証明度」によって代替されることはないのである。

主旨は、このようなものであるところ、太田教授の分析の流れを追って、さらに本質的意義を確認しよう。

3 設例を通じての検討

太田教授は、(a)「A市で赤いバスに追突されて怪我をしたX」が原告となつて、(b)「その事故当時A市内でバスを運行させていた数社のうち、A市内で運行する赤いバスの90%を所有するY社」を被告として提起した不法行為に基づく損害賠償請求の事案を例として、「証明度」と「解明度」の峻別の重

要性を明らかにしている³⁶⁹。

まず、原告Xが上記(a)と(b)の事情のみを主張・立証した段階で、加害車両を被告Y社が所有していたものであると認定できるかという問題設定をする。

確かに、加害車両がY社の所有するバスであったという統計的な蓋然性の高さは90%であり、Y社側から反証がない限り、加害車両がY社の所有するものであったということが証拠の優越を充たすかたちで証明されているかにも見える。

しかし、太田教授は、この段階で、証明があったとすることはできないという³⁷⁰。

すなわち、さらに、①目撃者、②Y社のバスの修理についての調査、③事故当日のY社等のダイヤグラム、④その他予想される証拠の有無を検討し、これらの証拠調べを尽くさなければ、証明があったとは認定できないというのである。

上記(a)(b)に加えて、①ないし④のような主張・立証を経た後では、Xに有利な証拠もYに有利な証拠も出てくる可能性があるので、(a)(b)の主張・立証のみしかなされなかった段階に比べて、加害車両がY社の所有するものであった蓋然性の高さは90%から高くも低くも変動する可能性がある。しかし、仮に低くなったとしても、他の証拠調べを経た後の方が、裁判官は、迷わずに、加害車両がY社の所有するものであったとの証明があったかなかったかの判断ができるというのである³⁷¹。

こうしてみると、ある要証事実について証明があったかなかったかの判断

369 太田108頁。

370 同上。

371 太田109頁。

は、証拠が示す要証事実が存在するという蓋然性の高さだけではなく、関係する証拠の取調べを尽くしたかどうかに依拠していることになる。

そこで、証拠が示す要証事実の蓋然性の高さの問題を「証明度」の問題とし、関係する証拠調べを尽くしたかどうかの問題を「解明度」の問題とし、証明があったというためには、「解明度」が確保された環境で「証明度」が充たされていなければならないことになるというのである³⁷²。

太田教授は、証明があったというために「解明度」が要求されていることを示す現行法上の現れとして、民事訴訟法243条が終局判決をするについて「裁判をするのに熟した」ことを要件としている³⁷³ことに着目している。証拠調べを尽くして、「裁判をするのに熟した」状態となること、すなわち、「解明度」が確保されていることが要求されているというのである³⁷⁴。

4 アメリカの判例における「解明度」的発想の現れ

アメリカにも、太田教授による設例と同様の事案に関する判例があり、「証明度」と「解明度」との区別と同様の視点に立って、証拠の許容性と証拠の十分性の問題との峻別が重要であることを示している。

それは、自動車を運転していた原告が、バスに進路を遮られたため、避けざるを得ず、駐車中の自動車を激突して傷害を負ったことから、バス会社を被告として、損害賠償を求めた事案に関するマサチューセッツ州最高裁の判断³⁷⁵である。

原告は、進路を遮ったのがバスであったことは認識できたものの、どうい

372 太田109頁・110頁。

373 太田教授の執筆当時の法文としては、旧民事訴訟法182条の「裁判ヲ為スに熟スルトキ」という文言であった。

374 太田110頁・111頁。

375 *Smith v. Rapid Transit, Inc.*, 317 Mass. 469 (Mass. 1945).

うバスであったのかの特定はできなかった。被告会社は、事故が起こった道路でバスを定期運行している唯一の事業者であった。

そこで、原告は、原告の進路を遮ったのがバスであること及び事故が起こった道路でバスを定期運行しているのは被告会社だけであることを主張・立証して、原告の進路を遮ったのが被告会社のバスであるとの主張・立証をおこない、それ以上の主張・立証をしなかった。

これに対して、被告会社は、このような原告の主張・立証のみでは、原告が立証責任を果たしておらず、被告会社の勝訴が明らかであるとして、事実審裁判所に対し、被告勝訴の指示評決³⁷⁶の申立てをした。

これを受けた事実審裁判所が被告勝訴の指示評決をしたものである。

この事実審の判断に対して、原告が州最高裁に異議を申し立てたところ、州最高裁は、以下のように判示して、事実審の判断を是認し、異議を退けた。

すなわち、「被告勝訴の指示評決は正当である。本件でバスが誰の所有に属するかは、推論の問題である。被告会社が〔本件事故現場である〕道路上でバスを〔定期〕運行させている唯一の営業者であるとしても、そうだからといって、自家用や貸切のバスがこの道路を利用するのを妨げられているわけではない。そうだとすると、問題となっているバスが被告会社以外の者によって運行されていた可能性が十分にあるといわざるを得ない。〔先例も明らかに

376 “Directed Verdict.” 事実審理（公判（trial））を終えた段階で、およそ一般に陪審の合理的な判断によれば、一方当事者の勝訴が明らかなる場合には、事実審裁判所は、当該当事者の申立てにより、陪審に評議させるまでもなく、当該当事者の勝訴の判断を下すことができ、これを「指示評決」という。Kane, *supra* n. 288, at 131. 「指示評決」について概説している邦語文献としては、前掲注 288 のケイン 166 頁、浅香 137 頁。なお、連邦民事訴訟手続においては、「指示評決」に当たるものは、「法律問題としての判決」（Judgment as a Matter of Law）と呼ばれている。Fed. R. Civ. P. 50(a).

しているように、) 数学的な可能性の問題として、証明すべき主張にいくぶん有利に働いているだけでは不十分なのである。例えば、今年に製造された自動車の中では黒色のものよりも色付きのものの方が多かったという事実があるからといって、特定されていなくとも今年の自動車であれば、黒色ではなく、色付きであるという認定が正しいとはいえない。また、人間の死因として癌の占める割合が少ないという事実があるからといって、特定の人間について、癌で死んだわけではないという認定が正しいともいえない。本件の証拠からいえることは、せいぜい、数学的な可能性の問題として、被告のバスが事故を起こしたという主張にいくぶん有利に働くというものに過ぎない。これでは十分ではない」³⁷⁷とした。

取り調べられた証拠だけを見れば、確率的には、要証事実が存在した蓋然性の方が高いといえる場合、すなわち、「証明度」はあると考えられる場合であっても、証明が十分といえない場面があるのである。これは、証明が成功したというためには、「証明度」が充たされただけでは足りず、十分な証拠が取り調べられて「解明度」が確保された環境で「証明度」が充たされる必要

377 “The direction of a verdict for the defendant was right. The ownership of the bus was a matter of conjecture. While the defendant had the sole franchise for operating a bus line on Main Street..., this did not preclude private or chartered buses from using this street; the bus in question could very well have been one operated by someone other than the defendant. It was said in [citation omitted], that it is 'not enough that mathematically the chances somewhat favor a proposition to be proved; for example, the fact that colored automobiles made in the current year outnumber black ones would not warrant a finding that an undescribed automobile of the current year is colored and not black, nor would the fact that only a minority of men die of cancer warrant a finding that a particular man did not die of cancer.' The most that can be said of the evidence in the instant case is that perhaps the mathematical chances somewhat favor the proposition that a bus of the defendant caused the accident. This was not enough.” *Smith*, 317 Mass. at 470.

があるという理解があって、初めて合理的な説明ができるといえよう。

5 「疎明」と「証明」との区別における「解明度」概念の機能

こうした「証明度」と「解明度」との峻別の重要性は、「証明」と「疎明」との違いの分析からもより一層明らかになるという。

一般に、「証明」と「疎明」との違いについては、提出された証拠の示す要証事実が存在する蓋然性として要求される高さの違いとして説明されてきた。すなわち、太田教授の概念分類によれば、要求される「証明度」の高さの違いの問題ととらえられているのである。

例えば、刑事訴訟法との関係では、「証明」は、「合理的疑いを超える裁判官の確信を生じさせる必要のある証明」であるのに対して、「疎明」は、「たんにいちおうの推測を生じさせれば足りる証明」であるとされたり³⁷⁸、「疎明」は、「裁判官に確からしいという程度の心証（推測）を生じさせることで足りる」という説明がなされたりしている³⁷⁹。

また、民事保全法13条2項が「保全すべき権利又は権利関係及び保全の必要性は、疎明しなければならない」としている「疎明」についても、「裁判官が事実の存在につき一応確からしいという心証をもった状態」と説明され、「証明が裁判官が確信を得た状態であるのに比べ、疎明は心証の程度が低い」とされている³⁸⁰。

ロクシンも、「証明するとは、裁判官に事実の存在について確信を得させることをいう」とするのに対して、「疎明は、単なる蓋然性で足りる」としてい

378 白取321頁。

379 池田＝前田351頁

380 監修山崎潮・編集代表瀬木比呂志『注釈民事保全法【上】』（きんざい、1999年）207頁〔畠山稔執筆部分〕。

る³⁸¹。

このような一般的な説明に対して、太田教授は、ドイツのライポルトによる議論も紹介しながら、「疎明」でも、証拠の示す要証事実が存在するという蓋然性の高さ、すなわち、「証明度」については、「証明」と同様に要求されているのであって、違いは、「証明」に比べて、証拠調べを尽くしておらず、判断結果の確実性が認められない点、すなわち、「解明度」の低さにあるというのである³⁸²。

すなわち、「証明」が「証明」たる所以は、「疎明」との比較においては、「解明度」が確保されていること、つまり、証拠調べが尽くされていて、判断結果の確実性が極めて高いところにあるのである。

6 証拠採否判断における「解明度」概念理解の重要性

「証明」がなされたというためには、「解明度」が確保された環境で「証明度」が充たされていなければならないという理解を忘れて、「証明度」が充たされているか否かという一元的視点で臨むと、証拠採否の判断において、取調べ済みの証拠で「証明度」が充たされているから、もはや他の証拠を調べる必要がないといった誤った思考に陥りがちである。

そのため、『「解明度」が確保されていない以上、取り調べる証拠は調べ尽くさなければならず、そのためには、『取り調べても証拠価値は低いであろう』といった予断を安易に抱いて取調べ請求を却下するようなことがあってはならない』という思考が生じてこないのである。

そして、証拠調べをどの程度まで尽くせば、「解明度」が確保されたといえるかを決するについては、訴訟に必要な時間的物質的な費用と紛争の重大性

381 ロクシン222頁。

382 太田105頁～108頁。

との比較衡量をせざるを得ない側面はあるものの、少なくとも、判断の結果が身体拘束や名誉の失墜といった重大な不利益を生じる刑事訴訟においては、極めて高い水準での「解明度」が要求されることは明らかであろう。

すなわち、合理的疑いを容れない程度の証明とは、「証明度」として、つまり、証拠の示す有罪であるという蓋然性の高さとして極めて高い水準を求めるということに留まらず、「解明度」として、つまり、入手可能な証拠を取り調べ尽くすことによる判断結果の確実性の高さとしても極めて高い水準を求めるものと理解すべきである。

したがって、刑事訴訟においては、極めて高い水準の「解明度」が確保されるように、取り調べたところで取調べ済みの証拠による「証明度」を揺るがすことがないであろうとか、取り調べたところで「証明度」が高い証拠ではないであろうといった予断によって、証拠取調べ請求を却下することがあってはならないのである。

第3節 Best Evidence Ruleに関する正確な理解の必要性

1 はじめに

平成18年度司法研究³⁸³に代表される「証拠の厳選」論は、「主張する事実の証拠方法は、ベストエビデンスを厳選して請求すべき」³⁸⁴というような語法を使っていることからしても、英米証拠法におけるBest Evidence Rule（最良証拠原則）を意識したものと考えられる。

しかし、正確には、Best Evidence Rule（最良証拠原則）には、証拠を厳選しなければならないといった含意はなく、書面や録音体、写真を証拠とする場合には、複製物ではなく原本を提出するべきであるという原則に過ぎない。

383 前掲注43。

384 同上7頁。

実際には、Original Document Rule（原本提出主義）と呼称した方が誤解を生じない規範内容なのである。

2 Best Evidence Ruleに関する正しい理解

アメリカ証拠法の教科書も、Best Evidence Rule という用語は、その本来の内容について誤解を招きやすいと注意喚起している。

例えば、「この原則は、書類、録音体及び写真についてのみ、しかも、これらの記載・録音・撮影内容を立証しようとしている場合にのみ適用される。最良証拠を要求する一般原則が存在するわけではない。当事者は、一般的に、〔犯行に供された凶器、紛争内容たる権利関係の契約書、欠陥があると主張している製造物などといった〕争点に直接結びついた物証を提出することを要求されているわけではない」³⁸⁵と説明されている。

さらに、詳しく述べているものでは、「この〔Best Evidence Ruleという〕表題は、紛らわしい。楽天的な法律家によるいい加減な話を除けば、入手可能ななかでの最良証拠であれば、常に採用されるといった一般原則が効力あるかたちで存在するわけではない。同じく、ある事実を立証しようとする訴訟関係人は、かき集めた証拠のなかでも最良証拠を提出しなければならないという一般原則があるわけでもない」³⁸⁶としている。

こうした叙述を見れば、英米法に Best Evidence Rule という名前の証拠原則が存在することを根拠に、当事者には、厳選された最良証拠を提出する義務があるという議論を展開することには、説得力がないことが明らかであろう。

385 Grinnell, *supra* n. 93, at 391.

386 John Maguire, *Evidence: Common Sense and Common Law*, 31-32 (1947). See Younger, *supra* n. 133, at 171.

3 小括

Best Evidence Rule は、入手された証拠のなかでも要証事実についての「証明度」が高いものを厳選して提出することを求めるものなどでは全くなく、個々としては低い「証明度」しかもたらさないと考えられる証拠であっても、「解明度」を確保するために、積み上げて提出することを何ら否定するものではないのである。

終章 証拠採否裁量を規律する準則を基礎づける注意則

1 はじめに

本章では、本論文の結論として、これまで見てきたアメリカ及びドイツにおける証拠採否裁量に対する規律のなされ方を参照しながら、平成18年度司法研究が示した厳格な「証拠の厳選」論への批判的な視点から、証拠採否裁量を規律する準則となる注意則を網羅的に提示しておきたい。

そのため、まず、これまでの検討結果から示された「証拠の採否を決するにあたって念頭に置くべき基本的視点」を確認しておきたい。

2 証拠採否に際しての基本的視点

(1) 迅速化の目的を誤らない

「裁判員に時間的負担を課して迷惑をかけては、国民の参加意欲がそがれて、裁判員制度が成り立たなくなる。裁判員制度が国民に受け容れられるように、公判開廷日数の削減が必要であり、そのためには、『証拠の厳選』が必要だ」という発想に立った「証拠の厳選」論は、完全に本末転倒である。

市民感覚を取り入れ、市民の自由心証による事実認定を推し進めようというのであれば、自由心証主義を正しく機能させるための前提条件として、必要な証拠を調べ尽くすことが必要不可欠である³⁸⁷。

必要な証拠を調べ尽くすという要請も含んだ証拠裁判主義を裁判員制度導入のために揺るがせにしてよいはずがない。

陪審制度を採用するアメリカでも、参審制度を採用するドイツでも、公判開廷回数を重ねることを惜しむことなく、必要な証拠調べを尽くしているという現実があることを銘記しなければならない。

387 前掲注 308 参照。

(2) 事実認定者の職域を侵してはならない

個々の証拠の証拠価値を判断するのは、事実認定者である裁判員を含んだ裁判体全体の職域に属する問題である。

裁判体の一部である職業裁判官だけの評価で、しかも、実際に証拠を取り調べる前の評価で、証拠価値の優劣をつけて、過剰に証拠を絞り込み、絞り込まれた証拠だけを裁判員を含んだ裁判体に触れさせることになれば、裁判員の公判を通じて証拠価値を判断する職域を侵しかねないという視点を持つべきである³⁸⁸。

これまで、日本においては、刑事証拠法分野における議論の中心は、証拠能力の問題であった。そして、証拠能力制度は、とりわけ英米の陪審制度の下で必要性・重要性を持つと考えられ、類型的に見て事実認定者である陪審の判断を誤らせやすい証拠が、陪審の目に触れる前に、事実認定に関与しない職業裁判官によって排除されることに意義があるという理解があった³⁸⁹。かかる理解自体に誤りはない。

しかし、こうした理解に立って、裁判員制度の下での証拠採否の問題について、証拠能力制度を厳格に適用することを中心にして、裁判員が触れることのできる証拠を制限していこうという方向にだけ流れるのには、重大な問題がある。

もちろん、証拠能力制度によって、事前に排除しておくべき証拠が存在することを否定しているわけではない。

とはいえ、裁判員も、事実認定者である以上、その職責として、種々雑多な証拠価値に及ぶ玉石混交状態の証拠群に直接触れて、自ら証拠価値を

388 前掲注 271 参照。

389 白取 303 頁・346 頁参照。

判断すべきである。そうして、初めて、事実認定に職業裁判官のものと異なった市民感覚をとり入れることが可能になるのではないか。

事前排除により裁判員が触れられなくなった証拠が採用されていれば、その証拠価値評価にこそ市民の良識があらわれる場面がありうることも否定しきれないのであり、事前排除に弊害があることも留意すべきである。

排除ではなく、採用した上で、当事者が、反対尋問技術によって証拠価値の十分な吟味を図り、証拠価値の評価に関する議論を十分に戦わせ、また、裁判官が適切な証拠説示をすることで、弊害を解決することも視野に入れるべきである³⁹⁰。

この点でも、アメリカ陪審制・ドイツ参審制のいずれもが広く証拠を調べ尽くす姿勢で臨んでいる現実があることを重視すべきである。

(3) 証拠価値は取り調べた後に初めてわかるという経験則の存在

証拠調べの必要性判断は、取調べ前における証拠価値の先取り評価を不可避とする。しかし、証拠価値は取り調べてみて初めてわかるものであり、先取り評価は推測でしかなく、誤るおそれが高いのである。こうした経験則の存在をドイツが証拠予断禁止原則というかたちで確証してきたことを重視すべきである³⁹¹。

これは、公判前・公判中いずれの証拠採否であるか、また、証拠採否判断者が事実認定者も兼ねているかいないかに関わらない「証拠調べの必要性判断」における経験則であるから、裁判員裁判、裁判員裁判でない公判前整理手続、公判段階のいずれの場面での証拠採否にも妥当する。

390 前掲注 180 参照。

391 前掲注 335 参照。

3 具体的な判断手順における注意則

(1) はじめに

以上のような基本的視点を踏まえ、取調べ請求された証拠能力がある証拠の取調べの必要性を具体的に判断していく手順における注意則を示す。

(2) 関連性と十分性の峻別

① 関連性概念の確認

まず、取調べの必要性を判断するに際し、証拠価値を先取り評価するに当たって、個々の証拠が事実認定者に何らかのかたちで役立つ可能性があるかという関連性の問題と取り調べられた証拠（群）が結果的に事実認定者の心証を決定付けたかという十分性の問題とを混同してはならない。

証拠の十分性は、証拠が調べ尽くされて、解明度が確保された段階ではじめて検討することを許される。

対象証拠を取り調べる必要があるかを判断する段階では、取調べ請求者による証拠の説明に基づいて、要証事実と証拠方法を把握し、そこにいる要証事実が訴訟結果に影響を及ぼす事実であり（materiality）、その要証事実が存在するか否かの蓋然性に多少でも影響を及ぼす証拠なのであれば（logical relevancy）、関連性を肯定し、取調べの必要性を認めるのを原則とすべきである。

この入口の段階で、「強い関連性を認められないから、取調べの必要性を認めない」というように、関連性の程度までを評価することは避けなければならない。次の段階でなされる弊害要素との衡量判断が疎かになるからである。

なお、要証事実が間接事実の場合には、その究極の証明目的とする主

要事実との関係性を請求者が説明している以上、関連性があるものとして扱うべきである。取り調べた場合に事実認定者が説明どおりの関係性を認めて主要事実を推認するか否かを先取り評価することは許されないからである。

また、要証事実が争いのない事実であることをもって、関連性が否定されるわけではない。

② 関連性判断における立証趣旨記載の斟酌の仕方

関連性の有無を判断するに当たっては、証拠調べ請求書（規則189条1項）に記載された立証趣旨（要証事実）と証拠方法を、公判前整理手続においては、証明予定事実記載書面（法316条の13第1項、同316条の17第1項、規則217条の20）に明示された「事実とこれを証明するに用いる主要な証拠との関係」を資料とすることになる。

その際、特に、収集能力に乏しく、かつ、事前に証人との接触が困難であることも多く、また、検察官立証に合理的疑いを容れさせればよい立場にある被告人・弁護人からの証拠調べ請求については、要証事実が推測に基づく主張事実であること、明確な具体性に欠けることを理由として、関連性を否定することは許されない。

要証事実に関する主張態度から、請求証拠が要証事実を推認させるものでないであろうとか、要証事実はそもそも存在しないであろうといった予断によって、関連性を否定することは許されない。

(3) 弊害要素の存否の検討

① 斟酌できる弊害要素

こうして、程度の評価を含まないかたちで関連性を肯定して取調べが必要であるとの推定を及ぼした後に、取り調べることによって生ずる弊

害のおそれがあるかを検討する。

取調べの必要性を否定しうる弊害要素として斟酌してよいのは、事実認定者に対する不当な偏見、争点の混乱、立証の重複、不当な訴訟遅延である。

② 偏見・混乱を斟酌するに当たっての注意

偏見・混乱については、反対当事者による反論・反証や裁判官による説示による制御があっても除去し得ないほどに過度の不当なものであるかを吟味しなければならない。

というのも、およそ一般に、一方当事者が取調べ請求する証拠というものは、反対当事者にとって不利な心証を得させようとするものであって、ある意味で偏見を植え付けるものだからである。

また、争点の混乱についても、特に反証活動の場合、反証当事者側が明確なアナザーストーリーを提示することなく、反対当事者のストーリー展開の不合理性や矛盾点を指摘して、疑いを容れさせる方針を採ることも許されるのであるから、混乱を生じさせる側面を有しているからである。

③ 重複証拠か否かを判断するに当たっての注意

(a) 基本的姿勢

証拠が重複しているといえるかについても、要証事実の形式的な重なり合いの有無だけから安易に判断してはならない。

証拠方法が異なるのに、本当に要証事実が同一であると考えてよいのかは慎重に判断する必要がある。ほぼ同一の要証事実を掲げた証拠であっても、他方にはない高い *materiality* を備えた要証事実を含んでいないかを確認する必要がある。

そうした意味で、重複証拠か否かは、次の段階の衡量判断において、materiality の程度との慎重な判断を要する問題であることに留意すべきである。

(b) 証明予定事実記載書面との関係

具体的には、公判前整理手続では、証明予定事実記載書面（法 3 1 6 条の 1 3 第 1 項，同 3 1 6 条の 1 7 第 1 項，規則 2 1 7 条の 2 0）に明示された「事実とこれを証明するに用いる主要な証拠との関係」を資料として、重複か否かを検討することになる。

その際、証明予定事実として一場面と考えられる範囲について、場面を分断して、個々の部分ごとに証拠取調べ請求があつたり、一場面について、複数の証拠取調べ請求があつたりした場合には、どのように対応すべきか。

まず、請求者に対して、なぜ一場面と扱った上での証拠の取調べでは足りないのか、なぜ複数の証拠の取調べが必要なのかを確認してよいし、するべきである。

ただし、請求者からから、要証事実との関係で場面の切り分けが必要な理由や、一場面であっても複数の要証事実が並存していて要証事実ごとに証拠が必要な理由が説明されれば、重複として扱うべきではない。要証事実が本当に同一といえるかを厳密に判断するべきである。

④ 不当な訴訟遅延といえるか

訴訟遅延をもたらす場合とは、まず、関連性があり、しかも、重複とはいえない証拠ではあるものの、それを取り調べることに非常に多くの時間を要する場面に限定される。

この場面で、関連性が認められている以上、要証事実との関係で代替

証拠が見出せない場合には、「不当な」訴訟遅延と認定することはできない。

代替立証方法が見出せる場合であっても、原則として、当事者による立証方法の選択裁量を尊重すべきであるから、取調べに要する時間がより短い代替立証方法が存在するというだけでは、「不当な」訴訟遅延をもたらすと評価することはできない。

取調べに要する時間がより短い代替立証方法が存在することに基づいて、長い時間を要する証拠の証拠価値を多少割り引いて斟酌することは検討されてよいものの、それだけで「不当な」訴訟遅延をもたらすということとはできない。

代替立証方法でも、請求証拠で立証しようとしている **materiality** のある要証事実の全ての範囲を立証できるのかの確認が必要である。

(4) 証拠価値と弊害要素との衡量判断

① 衡量基準

取り調べることによる弊害要素の存在が認められた場合には、取り調べることによって得られる証拠価値と弊害要素とを衡量して、弊害のおそれの方が証拠価値を著しく凌いでいる場合に、取調べの必要性を否定することが認められる。等価値的利益衡量をしてはならず、採用推定の下で衡量することが重要である。

② 弊害の程度

衡量の対象となる弊害の程度については、当事者による主張・立証活動や裁判官による説示などの証拠排除以外の方法で除去しうる部分については、差し引くかたちで斟酌しなければならない。

③ 証拠価値の程度の見積もり方

(a) 基本的姿勢

衡量の対象となる証拠価値の程度の見積もり方については、「事実認定者による証拠価値評価の職域を侵さない」という視点と証拠予断禁止の視点に立って、行わなければならない。

(b) 基本的には要証事実のmaterialityの程度を重視する

証拠価値を見積もるに際しては、請求証拠が要証事実を推認させる力を実際にどの程度持つのかという狭義の relevancy の程度を推測して判断資料とすることは、証拠予断による先取り評価として許されないから、基本的には、要証事実として主張されている事実が訴訟の結果に及ぼす影響度がどれほどであるかという materiality の程度を論理法則や確立された経験則にしたがって判断し、materiality が高度に認められれば、必要性の否定に慎重にならざるを得ない。

なお、争いがない事実を要証事実とする場合であっても、証拠方法の選択によっては、厳密な意味での要証事実の射程範囲が異なり、反対当事者による自認や事実合意（合意書面）という方法では得られないmaterialityを含んだ要証事実の立証がなされる場合があるので、要証事実争いがないことから直ちに証拠価値が低いと見積もることは許されない。この点、争いのない事実については、平成18年度司法研究も「成果と課題」も、合意書面や統合捜査報告書といった証拠書類による簡潔な立証を要求している³⁹²ものの、物語として語る証言によって初めて立証できるmaterialityある要証事実の領域があることも忘れてはならない。

392 前掲注43の39～41頁；前掲注46の23頁。

(c) 要証事実が間接事実である場合の特殊性

ただし、要証事実が間接事実である場合については、間接事実が主要事実を推認させる力をどの程度持つのかの問題は、狭義の **relevancy** の程度の問題と同様であるから、結局、間接事実により証明しようとしている主要事実の **materiality** の程度で判断することしかできない。

これに対して、平成18年度司法研究は、情況証拠の証拠取調べ請求の場面で、請求者に間接事実がどのように主要事実を推認させると理解できるのかという証拠価値評価のあり方に関する主張までも証拠構造というかたちで主張させ、事実認定者もその主張に拘束されるものとすれば、請求者による証拠価値評価を資料として、それが合理的なものかという判断に基づいて証拠採否判断が可能となるとしているようである³⁹³。

しかし、間接事実とは、事実認定者によって多様な評価があり得るものであって、事実認定者が、当事者の証拠価値評価に関する主張に拘束され、主張以外の評価の仕方では推論を重ねることを禁じられるというのは、事実認定者の職域を侵すものとして認められないと考える。

(d) 要証事実に関する主張態度から証拠価値を見積もってはならない

先に、要証事実に関する主張態度について、関連性の有無の判断資料として利用することは許されないとしたところ、証拠価値の程度を判断する資料としても利用することは許されない。「請求者が要証事実の存在を確証していない以上、証拠価値は低いであろう」という推測も証拠予断に他ならないからである。

393 前掲注43の47頁～57頁。

(e) 既に採用した証拠の証拠価値の見積もりを斟酌してはならない

請求証拠の証拠価値を見積もるに際して、既に採用した証拠価値の見積もり結果を斟酌してはならない。

既になされた採否判断において証拠価値を高く見積もられた反対証拠が多数あることに基づいて、「請求証拠を取り調べたところで、採用済みの反対証拠が与えるであろう心証を覆すことはないであろう」と推測して、請求証拠の証拠価値を低く見積もることは許されない。

例えば、検察官から請求があつて採用された証拠の要証事実と証拠方法に照らして、これらを取り調べられ、信用性を認められて、立証に成功すれば、その証明と両立する反論の成立の余地がなく、反証が困難と考へても、それを理由として、反証の必要性を否定することは許されない。

具体例として、強姦殺人事件で、検察官が取調べを請求した「被害者の体内から採取された体液のDNAが被告人のものと同一であったこと」、「その体液が実際の性交渉以外の過程では残留しえない場所から発見されたこと」、「被害者の体内に作為的に注入等がなされた痕跡が一切認められないこと」に関する証拠が採用され、検察官は、これらのみでの立証を終える予定であるという事案を考へる。これに対し、被告人は、被害者とは面識がなく、第三者による犯行であると主張している。被告人は、「被害者宅の近所に住んでいた男性が数年前に被害者を付け回していたことがある」ことを示す証拠の取調べを請求した。この場合、検察官請求証拠に信用性が認められなければ、立証不十分となり、被告人の反証の必要さえないのに対し、反面、信用性が認められれば、第三者による犯行であるという弁解にはほぼ意味がないと

いう推測がなされがちである。しかし、それを理由に、被害者の置かれていた環境として関連性がある被告人請求証拠の取調べの必要性を否定することは許されない。事実認定者が実際には双方の証拠の証拠価値をどのように評価するかについて、先取り評価することはできないのである。

(f) 既に取り調べた証拠から得た心証を斟酌してはいけない

公判における新たな証拠調べの必要性判断に際し、取調べ済みの証拠から得た心証に基づき、「形成済みの心証は揺ぎなく、新たな証拠を取り調べたところで、心証に影響を与えることはないであろう」という推測を理由として必要性を否定することも、証拠予断として許されない。

(g) 証拠方法の類型的性質から証拠価値を割り引いてはならない

被告人が親族をアリバイ証人として請求した場合に「親族であるから被告人に有利な証言をしたとしても信用できない」という類推するように、証拠方法の一般的属性を根拠に類型的な機械的推測によって、証拠価値を割り引いて取調べの必要性を否定することも、証拠予断であって許されない。

(h) 代替立証方法が存在することの斟酌における注意点

同一の要証事実について弊害が少ない代替立証方法が見出される場合に、その事情をどのように斟酌するかについては、注意を要する。

この場合、弊害が多い方の証拠価値を割り引いて考えることは検討してもよいものの、それだけで、必要性を否定できるわけではない。

その割り引かれた証拠価値と弊害のおそれの大きさを衡量して、弊害が証拠価値を著しく凌いでいると判断されなければ、必要性を否

定することはできない。

証拠価値を割り引いても、やはり、代替立証方法では補いきれない materiality を含んだ要証事実を射程としていて、証拠価値が高い場合には、代替立証方法があることを根拠に必要性を否定することはできないのである。

4 まとめ

判例が裁判所による証拠採否の自由裁量性を標榜してきたなかで、裁判員制度導入を控え、時間的負担を嫌う国民の理解を得られるかたちでの裁判員制度の円滑な実現を図るという名目で、「証拠の厳選」論が強力に提唱されてきた。

しかし、安易に証拠調べの対象が狭められて、取り調べるべき証拠を十分に調べて「解明度」が確保された状態で事実認定をするという証拠裁判主義の基本的要請が崩されるならば、良識ある市民による自由心証を事実認定に採り入れるという裁判員制度の趣旨をも侵してしまうことになりかねない。

陪審制を採用するアメリカでも、参審制を採用するドイツでも、裁判所の証拠採否裁量を規律して、事実認定者が十分な証拠に直接接触して、自ら証拠価値を判断できる環境を守っていることを重視しなければならない。

日本でも、裁判員が触れることのできる証拠を制限しようとするばかりでなく、事実認定者である裁判員が十分な証拠に直接接触することができる環境を確保できるようなかたちで、裁判所による証拠採否裁量が行使されなければならない。

そうした意味でも、裁判所による証拠採否裁量は、これまで確認してきた注意則によって規律されなければならないと考える。