九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

米国連邦刑事訴訟における証言録取手続

田淵, 浩二
九州大学大学院法学研究院 : 教授

https://doi.org/10.15017/16827

出版情報：法政研究. 76 (4), pp.129-168, 2010-03-05. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University
バージョン：
権利関係：

米国連邦刑事訴訟における証言録取手続

田　淵　浩　二

一　はじめに
二　連邦刑事手続規則第一五条
（一）沿革
（二）制定過程
（三）改正経過
（四）運用
三　小括

一　はじめに

近年の刑事司法制度改革においては、直接・口頭主義の実質化がひとつの課題とされた。しかし、直接主義の実質化とも関わる伝聞例外規定の見直しは、伝聞証拠の運用をめぐる現状認識の不一致や、[1]直接・口頭主義と伝聞法則は問題の次元を異にするという理由から、[2]検討の対象にならなかった。もっとも、裁判員制度との関係で、「裁判員の実質的関与を可能とする証拠調べ等の在り方」が検討課題とされ、ひとつの方策として、「供述調書の信用性等については、その作成状況を含めて、裁判員が理解しやすく、的確な判断をすることができるような立証を行うこと」が要請されていた。[3]これに応じて最高検が刑訴法二二七条の証人尋問の活用を提言したことが契機となり、[4]二〇〇四年刑訴法改正では二二七条の要件を緩和する改正（「圧迫を受け」という文言の削除）が行われている。[5]同条改正後、最高検は、「二二七条の証人尋問を積極的に利用し、その結果を検証することを考慮すべきであろう」と述べて、試験的運用を推奨し、[6]さらに同手続の利用基準につき、「公判廷においては真実の証言が得られないおそれがあり、それ以前に裁判官の面前で捜査段階における供述を確認しておく方が適切であると認められる場合には、参考人供述による公判立証を図るための一方策として、供述者の取調べ時の言動、立場、性格等を踏まえ、予想される裁判官の面前での供述内容を把握した上で、尋問範囲をポイントに絞るなどして尋問に要する労力を軽減させつつ、同条の証人尋問を積極的に活用することを考慮すべきであろう。」との基本方針を示している。[7]

刑訴法二二七条の証人尋問の積極的活用は、日弁連も被告人側の立会いを条件に反対していない。[8]しかし、二二七条によって証人尋問調書（三二一条一項一号書面）を作成しても、検察官調書が三二一条一項二号後段に該当する場合はその使用が制限されるわけではないことからすれば、二二七条による証人尋問調書はそれが検察官調書の信用性を裏書きする内容である場合に限り証拠調べ請求され、他方、二二七条の証人尋問において検察官の面前でなされた供述と同

じ内容の証言が得られず、かつ裁判官の面前でなされた証言が後の公判でも維持されたときは、結局は検察官調書が請求されることにならないかという疑念も生じよう。

そもそも刑訴法二二七条の証人尋問請求は、なぜ検察官に認められているのであろうか。刑訴法二二六条は、検察官は取調べのための参考人の出頭を義務付ける権限を有さないことから、これを補うため司法的強制処分を利用する権限を付与した規定である。これに対し、二二七条の立法趣旨については、一般に、捜査機関の作成した参考人の供述調書に三二一条一項二号または三号該当書面としての証拠能力が認められない場合に備えるため、検察官に同項一号に該当しうる書面を作成しておく機会を与えたものと理解されている。[9] この意味で二二七条もまた、検察官の捜査権限（この場合は証拠能力を有する供述書面の作成権限）の制約を補うために、司法的強制処分の利用を認めた強制捜査権限規定と解することができる。[10] もっとも、二二六条の証人尋問が、犯罪捜査に不可欠な知識を有する参考人の協力が得られず、捜査が頓挫しかねない情況において利用できるのとは異なり、二二七条がなくても、検察官は信用できる情況下で参考人の供述調書を作成することで、将来の「相反供述」には十分対応できる。したがって、二二七条は「検察官が特信性を満たす供述調書の作成に失敗した場合」に備えるための規定でしかないことになる。しかしそれは、あまりに捜査機関の便宜に配慮し過ぎた理解というべきだろう。そこで、当初の立法趣旨がどうであれ、二二七条の証人尋問は、捜査機関の作成した参考人の供述調書が伝聞例外として許容されない場合に備えるための手段であるという前提を疑ってみる必要があろう。

当該問題を考えるにあたっては、そもそも司法手続を利用した証拠の保全制度は何のために用意されているのか、その存在意義に戻って議論を説き起こす必要がある。それが単に一方当事者の利益を擁護するためのものなのか、あるいは訴訟上重要な証拠の滅失を防ぐという司法全体の利益をも守るためのものでなければならないのかを検討した上で、二二七条の解釈を展開すべきであろう。

この点、陪審制のもと直接・口頭主義が徹底しているアメリカでは、公判証言に代替する供述証拠の保全手段として「証言録取手続」(depositions) が設けられている。証言録取手続は、予定証人を予め裁判所が指定する法廷外の場所に出頭させ、手続の主宰者の前で宣誓の上、証言させ、その録取書を作成する手続である。裁判所は証言録取手続のためにも罰則付き召喚令状 (subpoena) を発付でき、これにより予定証人に対し出頭の強制や、必要に応じ関連証拠の顕出を義務付けることができる。証人に対する質問は手続に参加した当事者が口頭により行う場合と、当事者が参加できない場合は質問書を送り、手続の主宰者に質問してもらう場合がある。また、証言の記録化は速記によらず、ビデオ録取を行うこともある。証言録取書は、法廷外でなされた宣誓に基づく証言を録取する点で、単なる供述の録取書とは異なる。また、尋問形式で行われた証言を録取する点で、供述者が供述を文書化し、その内容の真実性につき公証人等の権限を有する者の前で宣誓することにより作成される、いわゆる「宣誓供述書」(affidavit) とも異なる。

アメリカの民事手続においては、証言録取手続は単なる自己の予定証人の供述を保全するための手段としてだけではなく、証拠開示に並ぶ、相手側の予定証人に対する重要な事実調査手段としても位置づけられている。これに対し刑事訴訟の場合、現在のところ連邦を含めた多数の法域においては、証言録取手続を公判で予定証人を利用できない場合に備えた証拠保全手段としてのみ位置づけている。また、民事手続においては、裁判所の命令を得なくても当事者間の合意に基づき証言録取手続を行うことができるのに対し、刑事訴訟においては、裁判所の命令による証言録取手続しか認められていない。国外にいる証人に対して証言録取手続をとる必要がある場合、裁判所は証人が所在する地域の米国領事館職員等に対しても証言録取手続を命令できる。[11] これに対し、外国司法機関に証言録取を行ってもらう必要がある場合は、「嘱託書」(letters rogatory) が送付される。[12] このようなアメリカの証言録取手続は、司法手続を利用した証拠保全制度の在り方を考察するための手がかりになるだろう。その第一段として、本稿においては連邦刑事手続規則一五条の定める証言録取手続の概要を示したい。なお、アメリカの刑事訴訟には公判への証人の出頭を確保するため証人拘

禁制度が存在するところ、証言録取手続は保証金を払えない予定証人が早期に拘禁から解放してもらう手段としても利用されている。証人拘禁制度は日本にはない特殊な制度であることから、以下の考察は、特に断りのない限り当事者から申立てがなされた場合の証言録取手続を対象とする。

二　連邦刑事手続規則第一五条

（一）沿革

連邦刑事訴訟における証言録取手続は、それが連邦刑事手続規則（一九四六年三月二一日発効）に規定される以前から、制定法上の規定を根拠に実施されていた。当時の合衆国法律集二八編六四四章（Title 28 U. S. Code section 644）、あるいはその前身の現行制定法集八六六章（Revised Statutes section 866）における、「司法の過誤又は遅延を防止するために必要であるときはいかなる事件においても、すべての連邦裁判所は、一般慣行に従い、dedimus potestatem を発付できる」という定めがそれである。“dedimus potestatem”とは、裁判所が指名する者に対し、その者のもとに予定証人を出頭させ、尋問し、録取書を作成する権限を付与するための命令書のことであり、本稿では「証言録取令状」と訳しておく。[13]

裁判所の証言録取令状を発付する権限は、元々一七八九年の連邦裁判所法に根拠を有していたようであるが、[14] 当該規定は民事手続に関する本文の但書きとして配置されていたことから、はたして裁判所は刑事訴訟においても証言録取令状を発付する権限を有するかは明確でなかった。証人が裁判所の裁判権の及ぶ範囲内におり、当該裁判所が強制処分権限を有する場合、裁判所は刑事訴訟において証言録取令状を発付する権限を有さないとされた事例もみられた。[15] この場

合、当事者は証人を新たに拘禁してもらう権利を有しており、拘禁手続に必要な期間、公判期日の延期を認めれば足りるからである。

連邦裁判所が刑事訴訟における証言録取手続の利用を認めた最初の公刊物搭載判例は、一八八二年のU.S. v. Wilderとされる。本件では、被告人から国外にいる証人の証言録取書を作成するため、現行制定法集八六六章を根拠に証言録取令状が請求された。これに対し、裁判所は、「犯罪で訴追された者が、証人による防御を行う十分な機会を得られないことは司法のあらゆる考え方と相容れない」、「証人尋問の命令書を許可することにより、その費用は当然被告人が負担し、また証拠としての許容性は公判において決定されることになるのであり、いずれにせよ国は重大な不利益を被らない」という理由から、被告人の申立てを許可している。[16]

さらに、翌一八八三年のU.S. v. Cameronでは、被告人側の複数の重要証人が合衆国内の裁判地から非常に遠方に居住しているため、被告人が証人の旅費を負担できなかった事案において、証言録取令状を発付する権限が肯定された。その理由として、（一）現行制定法集八六六章は「司法の過誤又は遅延を防止するために必要である事件において、一般慣行（common usage）に従い証言録取令状を発付する権限」を定めているところ、当該規定は民事事件同様に刑事事件においても適用されるべきこと、（二）同条にいう「一般慣行」とは、コモンローにおいてのみ知られ承認されている慣習ではなく、「連邦裁判所が所在する州の裁判所で支配的な慣行」を意味すること、そして（三）ミズリー州法及び同州の裁判所の一般慣行によれば、裁判所には証言録取令状を発付する権限が認められてきたことを指摘している。[17] Cameron判決以降はこれを支持する判例が続いた。[18]

もっとも、現行制定法集八六六章あるいは後継の合衆国法律集第二八編六四四章は、「司法の過誤又は遅延を防止するために必要」であることを、証言録取手続の要件としており、どの範囲で当該手続の利用を許容するかは、当該要件の解釈運用如何によっていた。一九三八年のU.S. v. Hofmannは、アメリカ国外在住の九人の申請されている証人及

び今後追加で申請されるかもしれない証人に対する証言録取手続が申し立てられた事案である。これに対し裁判所は、連絡先が明示されており、また証言の重要性が疎明されていた一名の申請証人についてしか、令状発付を認めなかった。司法の過誤または遅延を防止する上での証人の録取の必要性、当該証人の証言の重要性の立証責任は申請者が負うべきところ、その責任が果たされていないというのが理由である。[19] また、一九四一年のWong Yim v. U.S.は、麻薬密輸に関する法律違反の共謀及び同法律違反行為で起訴された被告人が、被告人が海外に送金したのは海外在住の義理の妹を戦争から助け出す目的であったことを証明するため、国外在住の二名の証人につき証言録取令状の発付を申し立てた事案であるが、控訴裁判所は、証言録取手続が司法の過誤を防止するために不可欠であるというためには、当該二名の証人の証言が「争う余地のないこと（conclusive）」の立証を要求し、本件は「陪審がそれらの証人を信用しないかもしれない」からそのような場合に当たらないという理由から、原裁判所が当該申立てを認めなかったことの違法性を否定した。[20] さらに、一九四四年のU.S. v. Dumnは、種子の虚偽広告を出したことが連邦種子法に違反するとして起訴された被告人が、海外から購入した種子が本物であることを証明するため、購入元のアルゼンチン在住の証人二名に対する証言録取令状の発付を申し立てた事案であるが、これに対し裁判所は、被告人はアメリカ国内の種子の専門家の利用可能性を否定されていないから、被告人は司法の過誤または遅延の防止のために当該証言録取手続が必要であることの立証責任を果たしていないことや、また、当該申立てを認めるとかえって公判を不当に延期させることになるという理由から、これを却下した。[21]

このように、Cameron判決以降、連邦法域においては、刑事訴訟においても証言録取令状の発付する権限を有することや、証言録取の手続は連邦裁判所が所在する州の裁判所で支配的な慣行に従って行うべきとの判断がほぼ確立するものの、裁判所に証言録取手続の必要性を認めてもらうための立証責任は決して低くなかったことから、申立てがあれば基本的には許容されるというわけではなかったようである。

（二）制定過程

連邦刑事手続規則は、一九四四年一二月二六日に連邦最高裁長官から司法長官に送付され、議会の承認を得た後、一九四六年三月二一日に発効している。一九四四年規則の原案作りは最高裁刑事手続規則諮問委員会において行われた。同委員会は四一年九月から四二年秋にかけて第六次に至る試案（すべて非公表）を作成した後、四三年五月に連邦最高裁の承諾を得て第七次案（第一次仮案）を公表している。[22] 続いて、四四年二月に第一次仮案に対する意見を踏まえた第二次仮案が公表され、さらに同年七月に委員会報告書（最終案）が公表された。最終案は同年八月に連邦最高裁に答申され、これを基に、連邦最高裁により規則案が成文化された。[23] 連邦刑事手続規則制定の大きな目的は、①客観的真実の確認のための道具としての手続の向上、②当該司法過程における民主的価値の一層の充実、③不必要な労務、経費及び遅延の除去による手続の単純化、及び④全国ベースでの連邦裁判所における手続の統一性の向上にあったとされる。[24] それまで裁判所所在地の一般慣行に従った方法で実施されていた連邦刑事手続における証言録取手続規定の整備も、当然ながら課題のひとつとなった。

諮問委員会における議論の内容を直接知る資料は持ち合わせていないが、同委員会委員であったLester B. Orfieldにより、諮問委員会における証言録取手続に関する検討経過と各試案に対する意見の概要が公表されており、[25] そこから間接的に議論の状況を把握できる。Orfieldによれば、諮問委員会では大きく分けて、（一）証言録取手続の利用の条件をどう設定すべきか、証拠開示目的での証言録取手続の利用を認めるべきか、（二）検察官にも証言録取手続の利用を許容すべきか、許容する場合、その際の被告人の防御権をどう実質的な形で保障すべきか、（三）合衆国憲法修正第六条の証人対面条項との関係で、検察官側の証言録取書を証拠として許容するための条件をどう設定すべきか、という三つが論点となっていたことが分かる。

まず、第一次案（一九四一年九月四日付）では、一九三七年に制定されていた連邦民事手続規則上の証言録取に関する手続規定（当時の二六条乃至三二条）をそのままモデルとして、刑事手続規則二六条から三二条が作成された。[26] 第二次案（一九四二年一月一二日付）では、証言録取手続関連規定は一カ条に整理された。その際、民事の証言録取手続規定は技術面でモデルとされつつも、利用条件等は変更された。すなわち、民事規則は証言保全目的だけでなく、証拠開示目的での公判前調査として、証言録取書を作成することを奨励し許容していたのに対し、刑事においては証言録取書が頻繁に使用されるべきでなく、奨励されるべきでないとの立場が取られた。そして、刑事訴訟における証言録取手続の利用が例外的なものであることを明確にする観点から、民事手続規則二六条（当時）に定められていた当事者の告知により同手続を開始する制度は採用せず、裁判所の命令に基づいてのみ実施することとした。命令の要件については、合衆国法律集二八編六四四章と同様、「司法の過誤または遅延を防止するための必要性」の基準を採用した。また、被告人と検察官の双方に証言録取手続の利用を認めることとし、検察官による利用の際は、被告人の憲法上の権利である証人審問権を保障するため、被告人が証言録取手続に立ち会えるものとされた。その他に、保証金を納付できず拘禁された証人にも証言録取手続の申立権を認め、証言録取手続を受けたときは釈放されるべきこと、[27] 証言録取書の全部または一部を証拠にすることに対する異議申立のルールなどを盛り込んだ。[28] 第三次案（一九四二年三月四日付）では、証言録取手続における被告人の弁護人選任権の告知や、被告人及び弁護人が証言録取手続に立ち会うために必要な費用の国庫負担に関するルールが盛り込まれた。[29] 第四次案（一九四二年五月一八日付）では、作成された証言録取書を公判での使用を許可するための要件に関する規定が追加された。証言録取制度の基本的枠組みは第四次案の段階で固められ、第五次案以降は基本的に細部の修正作業となるが、第六次案（一九四二年～四三年付け）では国選弁護規定が盛り込まれている。[30]

もっとも、検察官による証言録取手続の利用については、諮問委員会報告書（最終案）まで残っていたものの、連邦

最高裁はこれを削除する形で成文化した。最高裁はその理由を公表していない。Orfieldによれば、最高裁は既に諮問委員会第五次案に対する意見として、検察官による証言録取手続の利用を認めることに対し、「証言録取制度はその価値以上に検察官にとって負担とならないか。検察官がより頻繁にそれを利用する蓋然性があり、被告人にとってより不公平に利用されることにならないか。当該規則は、検察側の証言録取書に関する限り疑問である。」とのコメントを出していたことが分かる。[31] また、諮問委員会第二次仮案に対する各団体や個人の意見からは、検察官による証言録取手続の利用に反対する理由として、公判の場で証言させることの重要性や、検察官による証言録取手続は被告人及び弁護人の立会権の保障を前提条件とすべきところ、そのために遠隔地までの旅行を必要とするときの被告人側の負担が大きいこと等の指摘もなされたことがわかる。[32] もっとも、検察官による証言録取手続の利用を認める提案は、公判において証人を利用できないことを条件とすることや、また、被告人及び弁護人が立会うために必要な旅費その他の必要経費を国が負担すべきことと合わせて提案されていたことからすれば、必ずしも上記の点が、最高裁が最終案から検察官による証言録取手続の利用を削除した決定的理由でもあったか否かまでは分からない。

（三）改正経過

連邦刑事手続規則が制定後も、引き続き検察官による証言録取手続の利用を可能にする方向での改正論議が続けられていたようである。そして、一九七五年改正規則では、検察官にも証言録取手続の申立権を認められることになった。この改正に影響を与えた出来事として、連邦議会による一九七〇年の組織犯罪対策法の制定を指摘できる。同法第六編（合衆国法律集一八編三五〇三章）[33] は、組織犯罪から証人を保護するための一つの手段として、組織犯罪に関与したと考えられる被告人に対する訴訟であると法務長官により認定された事件に限定して、検察官による証言録取手続を設け

た。その内容は連邦刑事手続規則一五条をベースに、①検察官による利用のための過重要件の追加（a項）、②検察官の申立てによる場合の被告人及び弁護人が立会いに要する費用補償の追加（c項）、③検察官の申立てによる場合の被告人側の反対尋問の準備のための証拠開示規定の追加（e項）を盛り込んだものである。あわせて公判において証言録取書を使用するための要件である証人の利用不可能性に該当する事由として、連邦刑事手続規則一五条（e）項には列挙されていなかった、公判における証言の拒絶（f項参照）が追加された（詳しくは後掲資料参照）。

組織犯罪対策法施行後のいくつかの事件において、修正第六条の証人対面条項違反を理由に、合衆国法律集三五〇三章の規定に基づき作成された証言録取書の証拠使用の合憲性が争われたが、いずれの事件においても合憲と判断されている。その際、裁判所が依拠したのが一九七〇年のCalifornia v. Green[34]である。Green事件は、検察官の誠実な努力にも関わらず証人が公判において利用不可能であったことから、以前の「予備審問において行われた証言」が、カリフォルニア証拠法典一二三五条に基づき公判における実質証拠として許容された事案である。当該予備審問における証言は、宣誓のもと行われ、被告人には弁護人が選任されており、後に公判に出席した人物と同じ弁護人が証人を反対尋問することができ、かつ同手続は審問を記録化する装置の備わった法廷で行われていた。そこで最高裁は、「予備審問における証人の供述は典型的な公判を取り巻く状況とほぼ等しい状況下で行われた」という理由から、証人の予備審問における証言は、憲法に関する限り、被告人が後の公判において有効に証人と対面する機会を有したかという問題とは切り離して、許容できると判示した[35]。一九七二年のU.S. v. Singletonは、Green判決が示した基準に依拠し、「証言録取手続に弁護人が立会い反対尋問を行う完全な機会が与えられていた」ことを理由に、公判において証人が実際に利用不可能であり、その原因が検察官の故意または過失による作為・不作為に帰するものではないときに、証言録取書の証拠使用を許容することは、修正第六条の証人対面条項に反しないと判示した（多数意見）[36]。同様の事案である一九七四年のU.S. v. Ricketsonでも、Singleton判決の多数意見が指示された[37]。

なお、上記二事件はいずれも証言録取手続において被告人側の十分な反対尋問が実施された事案であったのに対し、一九七六年のU.S. v Kingでは、被告人側の反対尋問が不完全な形でしか行われなかった事案において、証言録取書の使用が合憲と判示された。[38] 当該事件は、横須賀米軍基地において証言録取手続が実施された点でも興味深い。本件において、証言録取手続に参加するため横須賀を訪れた被告人と弁護人は、日本側による警備上の理由からの厳しい行動制限により反対尋問のための十分な準備ができなかったことに抗議し、録取手続の途中で帰国してしまった。被告人側は憲法違反を理由に本件証言録取書を証拠として使用することに異議を申し立てたが、第九巡回区連邦控訴裁判所は、Green判決に依拠しながら、合衆国法律集三五〇三章の合憲性を肯定した上で、当該事件において適正手続や有効な弁護を受ける権利の侵害を裏付ける事情は認定できないことを理由に証人対面条項違反の事実も否定し、さらに「証言録取手続の途中で被告人側が退去した行動による被告人側の異議の放棄」を認め、十分な反対尋問が行われなかった証言録取書の証拠使用を適法と判断した。[39]

このように、Green判決の示した証人の公判前の供述の使用の許容性に関する合憲性基準に依拠する限り、検察官による証言録取書の作成と、証人が公判において利用不可能な場合にその利用を認めることの憲法上の懸念は回避可能との認識が形成されたことが、連邦刑事手続規則一五条の改正を、理論面で支えていたということができる。さらに、同時期、連邦最高裁が連邦証拠規則の作成に着手していたことも、検察官による証言録取手続を許容する方向での刑事手続規則の改正の障害の除去に寄与したものと思われる。連邦証拠規則の制定作業は一九六一年に開始され、長年の議論が積み重ねられた。一九七二年一二月に連邦最高裁が公表した同規則案は、八〇四条（b）（1）項において、証人が利用不可能である場合の「以前の証言」に関する伝聞例外規定が盛り込まれた。[40] この時点で、証拠規則の制定者の間では、検察官による証言録取書の証拠使用について、どのような条件を満たせば合憲性が認められるかに関する論議の決着が付いていたといえる。

一九七四年四月二二日、連邦最高裁は刑事手続規則の改正案を公表し、連邦議会の承認を得るためにこれを送付した。連邦最高裁の改正案における一五条の改正部分は、既存の（a）項から（f）項の全てに及ぶとともに、新たに（g）項、（h）項を追加する内容であった。主要な改正点は以下のようなものであった。（a）項：両当事者に証言録取手続の申立権を認めるが、その場合、各当事者は自分側の証人に対する証言録取手続のみを申し立てることが許されること、（b）項：拘禁中の被告人についても証言録取手続への立会権を実質化すること、（c）項：検察官の申立てまたは資力のない被告人の申立てにより証言録取手続が行われるときは、それに要する費用は政府が支払うべきこと、（e）項：公判において証人が利用不可能な場合だけでなく、証人が証言録取書と一致しない証言を行ったときも、証言録取書の一部又は全部につき使用可能とすること、（g）項：証人の「利用不可能」の定義規定を設け、それを次のようにすること。被録取者が、（一）供述事項に関する証言拒否特権を理由に、裁判官により証言義務を免除された場合、（二）裁判所の命令に係わらず、供述事項に関して証言拒否に固執した場合、（三）供述事項につき記憶の欠如を供述した場合、（四）死亡又はその時の身体的若しくは精神的な病気若しくは衰弱により、審理に出席又は証言できない場合、（五）審理に欠席し、かつそれが、供述の申請者が手続上又はその他の合理的手段により供述者を出席させることができなかった結果である場合。ただし、証言義務の免除、証言拒否、記憶の欠如の主張又は欠席が、当該証人が出席し証言することを妨げることを目的とした、証言録取手続申請者の周旋又は違法行為によるものであれば、被録取者は利用不可能ではない。

連邦最高裁の改正案は、上院及び下院の委員会で審議され、改正点の修正や追加が行われた。[41] 上院と下院の修正案が一致しなかったことから両院協議会を開かれ、最終的に上院の修正案が採択され、[42] 一九七五年七月三一日に成立（同年一二月一日発効）した。[43] 最高裁の改正案に対する議会による主な修正点として、（b）項に拘禁中の被告人が証人録取手続の際に妨害行為を行った場合の退席規定を追加された。（c）項により政府が負担すべき費用には証言録取書の謄

写費も含まれることが明記された。また、「利用不可能性」を定義した（g）項を削除し、代わりに連邦証拠規則八〇四条（a）項の定義を準用する等の変更が行われた。

さらに、一九八四年に（a）項の文言の技術的改正がなされた後、二〇〇二年には用語や表記方法を分かりやすいものにするための改正や、いつくかの内容に亘る改正が行われている。（a）項においては、証言録取手続に被録取者に提示命令できる対象に「データ」そのものが加える改正が行われた。（b）項のうち、被告人の立会権に関する規定が新（c）項として分離し、以下の項目記号をひとつずつ後にずれた。費用の国費負担を定めた（d）項において、旧（c）項が裁判所は政府に費用の支払い命令「できる」とされていたのが、命令「しなければならない」という表現に変更された。新たに（f）項が設けられ、本条によって作成された証言録取書の証拠としての許容性については、連邦証拠規則の定めに準拠することが明確にされた。

（四）運用

最後に、現行連邦刑事手続一五条の解釈運用状況につき、証言録取手続の命令ないし許可の要件と、作成された証言録取書を証拠使用するための要件に焦点を絞って概観しておく。

（1）証言録取手続の許可

制定時の規則は、証言録取手続の許可の要件として、①予定証人が公判又はその他の審問に出頭できない虞又は出頭を妨げられる虞があり（この要件は「物理的利用不可能性」と呼ばれている）、②その者の証言が重要であり、かつ③司法の過誤を防止するためその者の証言録取書を作成する必要があると認められるとき、という三要件を明記していた。

したがって、証人録取手続は、証人が公判その他の審判において物理的に利用不可能となる虞のあるときの証拠保全手段としてしか利用できないと解されていた。[44] これに対し、七五年改正により、検察官にも証言録取手続の申立権を認めると同時に、証言録取手続の要件は「例外的事情により司法の利益に適うとき」という抽象的表現に改められた結果、どのような場合に証言録取手続を許可するかの裁判所の判断余地は広がった。[45]

「例外的事情」の判断においては、一般に（a）予定証人の「重要性」と「利用不可能性」が考慮されるべき基本要素として用いられている。[46] あるいは、（b）これら二つに、「司法過誤の防止の必要性」を加えた三つを構成要素とする判例も多くみられる（この中には前二者が満たされれば通常は三つめの要素も満たされるとする判例も含まれる）。[47] 少し表現の異なるものとしては、（c）「重要性」の要素のかわりに、当該証言を欠いた場合の「不当性（injustice）」を「利用不可能性」に並ぶ基本要素とし、「事件にとっての証言の重要性ゆえに、当該証言を欠いた場合は不当になる」[48]とか、「被告人にとって不可欠な無罪証拠となるかもしれないものを奪うことは不当になる」[49]と説明する判例も見られる。さらに、（d）「重要性」と「利用不可能性」が証言録取手続の必要性を根拠付ける方向の要素であるのに対し、証言録取手続を申立人以外の当事者にとって不当にする「対抗要素の不存在」の検討を求める判例[50]、あるいは当該証言が証拠として許容される見込みや申立ての時期も加味し、申立ての証言録取手続の実施が他の当事者にとって不公正となるかという「対抗要素との比較考慮」を行った上で、前者が後者を上回る場合に許可できるとする判例[51]もみられる。その他に、（e）被録取証人が証言録取場所において利用可能であること（証言意思があることを含む）の立証を求める判例[52]、（f）①予定証人の利用不可能性と予定証人を公判に出廷させようとする申立人の誠実な努力、②期待される証言の有益性、及び③予定証人の証言録取手続における利用可能性と証言意思の立証を求める判例[53]もみられる。

このように、例外的事情の有無の判断枠組みについては必ずしも統一的な説明がなされているわけではない。しかし、少なくとも「重要性」または「利用不可能性」のいずれかの立証を欠けば、裁判所による証言録取手続の不許可が「裁

量の濫用」になることは考え難いとされている。[54] もっとも、「重要性」と「利用不可能性」はいずれも予定証人がどのような証言を行うことができるか、公判で証言することは可能かという予測に基づく判断であることから、証言録取手続の許容性審査の段階で「確定的な立証」まで要求されているわけではない。[55] そこで、微妙な判断を要するときは、とりあえず証言を保全するために証言録取手続を命令し、証言録取書を証拠として利用するか否かの許可は公判まで判断を留保するという運用もみられるようである。[56] 最終的には、証言録取書の伝聞例外証拠としての許容性が審査される段階で、確定的な審査がなされることになる。したがって、重要性と利用不可能性が肯定されて証言録取手続が行われたからといって、そこで作成された証言録取書が自動的に証拠として許容されることにはならない。

1　重要性

証言録取手続の許可を得るために要求される証拠の重要性については、検察官の請求事案において、当該証言が「事件にとって決定的」であることを求めた判例もみられる。[57] これに対し被告人側からの請求事案においては、連邦最高裁がBrady判決[58]において、検察官が被告人の罪責を否定する重要な証拠の開示を怠ったことが適正手続違反になる場合の基準として定義したところの意味と同一であり、すなわち、予想される証言が、①被告人の罪責を否定する証拠であって、かつ②他の証拠の単なる補強的又は重複的な証拠に止まらないものでなければならないと解されている。[59] Bradyも連邦刑事手続規則一五条（a）項も、被告人が基本的に公正な裁判を受けることを保障することをその目的としているから、というのがその理由とされている。[60] なお、予想される証言内容につき、被告人自身が陳述できるであろうことを理由に重複証拠として扱うことは、被告人の黙秘権保障との関係で不適切とされる。[61]

証言録取手続の許可を得るためには予想される証言内容の重要性の立証が必要であるが、証言録取の対象とされた証人が重要な証言を行うことができるか否かは、証言録取手続を申し立てた当事者にとって常に確実に知り得るわけでは

ない。そこで、証言録取手続を請求した当事者に、見込まれる証言の内容につきどの程度の証明を要求すべきかが問題となる。この点については、「非現実的な見込みを超えて」当該証人が被告人の罪責を否定するであろうことの立証が必要であり、[62] あるいは、少なくとも、証人が予想どおりに証言するだろうと信じる「何らかの信頼、信用できる基礎」がなければならないとされている。[63] 重要性の立証においては、見込まれる証言の要旨を裁判所及び相手当事者に明らかにすることが必要であるともされる。[64] 立証手段としては、宣誓供述書、証言内容の提示、証人尋問等を用いることができる。

2　利用不可能性

証人の「利用不可能性」については、七五年改正前の規則では物理的意味での利用不可能性が要求されており、これに基づき運用されていたことから、七五年改正後も、証言録取手続は証人が公判に出席できないおそれがある場合にのみ利用できると述べる判例もみられた。[65] しかし、七五年改正の際に、証言録取書の証拠使用のための要件である「利用不可能性」については、連邦証拠規則八〇四条（a）項の定義によるものとされたところ、同条項は当該利用不可能性の定義に証言拒否や記憶欠如も含めていた。そこで、七五年規則改正により、証人の物理的な利用不可能性は、「例外的事情」の有無を判断するための重要な要素であっても、必須の条件でなくなったとの理解が支配的である。[66]

利用不可能性の程度について、「申出のなされた証人が公判において証言しない相当高度な蓋然性」が要求されている。[67] そのための最も信頼される方法は被録取者による宣誓供述書による立証であるが、これに限られるわけではなく、請求当事者の公開法廷における陳述によるだけで十分とされたケースもある。[68] 過去の判例においては、証人の単なる心理的な拒絶だけでなく、証人が物理的または経済的に公判に出頭する能力を欠くことの立証を要求したものもみられる。[69]

利用不可能性の有無は、証人が罰則付き召喚令状の効力の及ばない国外に在住しているケースにおいて特に問題にな

る。一般に、単に証人が国外に在住しているというだけでは、証人が任意に渡航し公判に出頭する可能性はあることから、「利用不可能性」は認められず、加えて証人の公判で証言しない意思が明確であることが要求されている。そこで、国外在住の予定証人が現時点では証言する意思を示しているが、公判の時点で意思が変わるおそれがある場合、証言録取手続を申し立てることができるかが問題になる。この点、「証人が合衆国の罰則付き召喚令状の効力が及ばない領域に居住しており、かつ公判で証言する意思がないことを明言しているとき、あるいは、証言意思を明言していても、その者が意思を変えれば召喚できないとき」、利用不可能性を認定してよいと判示された例もみられるし、[70]「証言に応じる意思のある証人が公判前に気が変わるかもしれないという、単なる憶測」だけでは、国外で証言録取手続を行う費用を正当化するには不十分と判示された例もみられる。[71] 複数の在外証人の取調べを予定しており、そのうちの一部の証人は公判に出頭する意思がないことを明言しており残りの証人はそうでないときは、いずれにせよ証言意思がないことを明言している予定証人に対する証言録取手続を許可すべきであるから、その機会に残りの予定証人に対する証言録取手続を実施してもさほどの費用の増加にはならず、全予定証人につき例外的事情を認めてよいと判示した例もある。[72]

検察官が証言録取手続を請求する場合、憲法の保障する被告人の証人対面条項との関係で、実務基準に照らして、検察官が当該情況下で証人を公判に出頭させるための「誠実な努力」(good-faith effort) を払ったと判断できることが、「証人の利用不可能性」の要件を満たすための条件とされている。[73] 例えば、予定証人が召喚令状の効力が及ばない外国に在住する場合、検察官が当該証人に任意の出頭を要請し、かつそのための旅費と日当の支払を申し出ることにより、誠実な努力が払われたと認められとされる。[74] なお、連邦最高裁は一九六八年の Barber v. Page[75] において、訴追側当局が証人を公判廷に出頭させるために「誠実な努力」をしたのでない限り、合衆国憲法修正第六条の証人対面権の保障に対する例外を許容する意味において、証人が利用不可能であるとはいえないと判示し、その後の証人の出廷確保につき訴追側の誠実な努力を強調する一連の判例の嚆矢となったとさる。[76] 証人の利用不可能性は、「以前の証言」を伝聞例外

として証拠使用するための要件であると同時に、証言録取手続を許可するための基本要素でもあるところ、許容性要件の解釈にあたっても、これらの連邦最高裁判例が影響を及ぼしている。[77]

3　対抗要素

重要性と利用不可能性が認められても、これに対抗する重要な要素が存在する場合、証言録取手続が不当になる場合がありうると解されている。そこで、対抗要素として実際にどのような事情が考慮されているかが問題になる。この点に関し、例えば、罰則付き召喚令状の効力が及ばない、国外逃亡中の証人が任意に国内の法廷に証人として出頭することは拒んでいるとき、当該証人の利用不可能性を理由に、被告人から証言録取手続が申し立てられる事案は少なくない。このようなケースにおいて、たとえ逃亡者が重要かつ公判において利用不可能であるとしても、国外において逃亡者の証言録取手続を行うことは不当になると判示した事例がみられた。[78] 国外逃亡者に対する証言録取手続に反対する一般的な理由としては、第一に、裁判権が及ばない地域での証言録取手続であれば偽証されても制裁を課すことができないことが指摘されることがある。第二に、被告人には証言録取手続に立ち会い反対尋問を行う機会を保障する必要があるところ、被告人が拘禁中であり国外における証人録取手続に立ち会わせることが不適切な場合もある。しかし、後者については、被告人が自らの反対尋問権を放棄して証言録取手続を請求するのであれば問題は生じない。[79] また、第一の点についても、事実認定者は偽証の可能性も含め証言の信用性を評価する能力を有することからすれば、予定証人が証言録取手続において偽証するおそれがあることを理由にすることは不適切であり、証言録取を求められた証人が逃亡者であることのみを理由に証言録取手続を不当とすることは裁量の濫用に当たるとする立場が、今日の指示を得ている。[80]

（2）証言録取書の使用

現行連邦刑事手続規則一五条（f）項は、証言録取書を証拠として使用するための許容性基準を連邦証拠規則に委ねている。連邦証拠規則は、まず八〇一条（d）（1）項において、「非伝聞供述」として扱われる「証人の以前の供述」を定義しており、その一部として「供述者が公判又は審問において証言し、以前の供述に関して反対尋問を受け、かつ当該供述が、（a）供述者の証言と矛盾しており、かつ公判、審問若しくはその他の手続において偽証罪による刑罰の対象となる宣誓の下で行われたものか、若しくは証言録取書に記録されたものであるとき…」と定めている。したがって、証人が法定で証言し、以前の自己矛盾供述についても反対尋問を受け、かつ以前の自己矛盾供述が証言録取書に記録されているものであるならば、この証言録取書は非伝聞として使用可能である。しかし、上述のように証言録取手続の許可要件として予定証人の公判における利用不可能性の立証が求められており、予定証人の公判における自己矛盾供述に備えるために証言録取手続を請求できるわけではないため、証言録取書が八〇一条（d）（1）項により非伝聞証拠として使用されるのは偶然の結果に過ぎない。

証言録取書の証拠使用との関係で重要であるのは、連邦証拠規則八〇四条（b）項の伝聞例外である。同条項は、供述者が証人として利用不可能であることを条件とする伝聞例外を定めており、同（b）（1）項において、「以前の証言」が伝聞例外となる場合を次のように定義する。「同一若しくは別の事件の他の審理において証人として行った証言又は同一若しくは別の訴訟の過程において法に従って作成された証言録取書に記載された証言で、当該供述の使用を申し立てられた相手当事者又は民事訴訟若しくは事件においては被利益承継者（predecessor in interest）に対し、主尋問、反対尋問又は再主尋問により証言を引き出す機会及び類似の動機が与えられたとき。」したがって、証言録取書が伝聞例外となるのは法に従って作成されたもので、かつ証言録取手続の際、相手当事者に反対尋問の機会が付与されていたものに限られている。

上述のように、一九六八年のBarber判決以降、合衆国憲法修正第六条による証人対面権の保障との関係で、検察官が公判に証人を出頭させるための「誠実な努力」を払ったことが、伝聞例外要件としての「利用不可能性」の前提条件と解されるようになった。一九七二年に制定された連邦証拠規則は、八〇四条（a）項（5）号において、証人を公判に出頭させることができなかった場合の利用不可能性につき、供述者が「審理に欠席し、かつそれが、供述の申請者が召喚手続又はその他の合理的手段により供述者を出席…させることができなかった結果である場合」と定義し、「利用不可能」と言えるためには、申請者が証人を出頭させるための「合理的手段」を尽くす必要があることを明確にしている。当該規定の求める、証人を公判に出頭させるために申請者が負う合理的手段を尽くす義務と、合衆国憲法修正第六条の証人対面条項から検察官に要求される誠実な努力義務は、特に区別して議論されておらず、同義に理解されているものと思われる。[81] したがって、被告人の証人対面権の保障との関係で検察官に要求される、公判に証人を出頭させるための誠実な努力は、あらゆる可能な手段を尽くすまでの努力ではなく、[82] 事案に即して期待される結果と実現のためのコストや時間を比較考慮した上で、検察官に期待できる合理的手段を尽くす努力ということになろう。

さらに、八〇四条（a）項は、同項（1）～（5）号に定義する利用不可能な情況の発生が、「証言義務の免除、証言拒否、記憶の欠如の主張又は欠席が、当該証人が出席し証言することを妨げることを目的とした供述の申請者の周旋又は違法行為によるものであれば、供述者は利用不可能ではない。」とも定めている。この意味において証人の公判への出頭を妨害した当事者は、当該証人の「以前の証言」を伝聞例外として申請する資格は認められない点は、証人の公判への不出頭の場合に限らず、その他の原因により証言が得られない場合に共通に妥当する。

三　小括

以上、アメリカの連邦刑事手続規則一五条の定める証言録取手続を概観してきた。その特徴を要約すると次のようになる。第一に、証言録取手続の利用は証拠保全目的に限られ、相手側証人に対する証拠開示目的での利用は認められていない。第二に、証言録取手続は「例外的事情により司法の利益に適う」ときに許可され、少なくとも対象とされる証人の証言の「重要性」と公判における証人の「利用不可能性」が立証されなければ、当該要件は満たさないと解されている。公判証言が証言録取書の内容と一致しないときに証言録取書が実質証拠として許容されるとしても、将来の不一致供述のおそれに備えて証言録取手続が利用できるわけではない。第三に、証言録取手続が実施される場合、請求者の相手当事者にも立ち会った上で反対尋問する機会が保障される。第四に、証言録取書は、公判における証人の「利用不可能性」を要件として、伝聞例外としての証拠能力が認められる。第五に、検察官は証人を公判に出頭させるための「誠実な努力」を行うのでなければ、証言録取手続の許可の際であれ、証言録取書の証拠使用の際であれ、「利用不可能性」の立証があったとは認められない。第六に、合衆国憲法修正第六条の証人対面条項との関係で、証言録取手続の際、被告人に反対尋問の機会を与えていることが、伝聞例外として検察側の証言録取書を許容する前提とされている。詳しく紹介しなかったが、その他にも、証言録取手続は裁判所が指名する証言を聴取し記録を作成する地位に相応しい者の面前で実施され、必ずしも裁判官の面前で実施される必要はないこと、検察官の申立てや資力のない被告人の申立てにより証言録取手続が行われる場合、被告人及び弁護人が証言録取手続に出席するために必要な経費は国が負担すること、検察官は、被告人又は弁護人に対して、証言録取手続の利用に供するために、公判における被告人の権利として認められる範囲で保有する被録取者の供述書面の開示義務を負うこと、証言録取の結果はすべての当事者がその全部または一部を証拠として使用できること等の特徴がある。このように連邦証拠規則一五条の証言録取手続は、いずれの当事者が

申し立てる場合であれ、単に申立人の便宜を図るための手段ではなく、両当事者の参加する適正な手続の下で証拠を保全することで、後の公判における真実の探究に役立てようという、司法全体の利益を図るための手続ということができる。

一九四六年に制定された当初の連邦刑事手続規則が、検察官に証言録取手続の申立権を認めなかった理由は定かでないが、合衆国憲法修正六条の証人対面条項をめぐる判例の進展もあり、一九七五年の改正時には検察官の申立権が認められた。なお、連邦最高裁は二〇〇四年のCrawford v. Washingtonにおいて[83]、供述（statement）を、①ある事実を証明する目的で手続に従い行われる供述のような、「証言的供述」（testimonial statement）[84]と、②そうでない「非証言的供述」に分け、後者の証拠としての許容性については、判例による伝聞法則の発展に委ねられてよいが、法廷外で行われた証言的供述については、証人対面条項上の要求として、公判で利用不可能であり、かつ被告人に事前に証人に対する反対尋問の機会が与えられていない限り、その供述が裁判所にとって信用性が高いと思われるものか否かに関わらず、許容されないと判示するに至っている[85]。「証言的供述」か「非証言的供述」かの判定が容易でない場合もあるが、少なくとも捜査機関が訴追証拠を得る目的で質問し、回答として得た供述は、証言的供述に当たると理解されており、捜査機関が一方的に質問して作成した供述調書は、当該供述者が将来、公判において利用不可能となっても、証人対面条項上の要求として証拠として許容されない。

これと比較すれば、日本における刑事訴訟の現状は、①証言録取手続の際の反対尋問権の保障の要否に対する理解、②証人を公判に出頭させるために検察官に要求されるべき努力に対する理解、③司法的な証拠保全手続及び保全された証拠の利用における当事者間の平等性に対する理解において、連邦刑事手続規則の考え方とはかなり差がある。

まず一点目につき、最高裁が昭和二七年四月九日大法廷判決[86]において、被告人のため反対尋問の機会を与えていない証人の供述又はその供述を録取した書類であっても、刑訴三二一条一項二号前段書面につき、その供述について既に被

告人のため反対尋問の機会を与えたか否かを問わなくても、必ずしも憲法三七条二項の規定に背反するものではないと判示して以降、ほとんど判例の展開が見られない。学説をみれば当初は三二一条二号前段違憲説が主張され、[87] 一定の支持を得たが、[88] 今日の多数説を形成しているのは、信用すべき情況下で作成されたものである限りにおいて、二号前段書面を合憲とする限定的合憲説である。[89]

次に二点目に関し、日本の最高裁は、平成七年六月二〇日判決[90]において、外国人証人が退去強制によって喚問不能となった事案において、検察官が供述不能になることを認識しながらことさらそのような事態を利用しようとした場合や、証人尋問決定されたにもかかわらず強制送還が行われた場合など、その供述調書を刑訴法三二一条一項二号前段書面として証拠調べ請求することが「手続的正義の観点から公正さを欠く」と認められるときは、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともあることを示唆するに過ぎない。当該判決が例示した事由はいずれも国側に防御活動ないし司法手続に対する妨害意図を含む場合である。この点、連邦証拠法八〇四条（a）項（5）号は、「利用不可能性」の定義に、供述の申請者が召喚手続又はその他の「合理的手段」により供述者を出席させる努力を盛り込んでおり、たとえ検察官の「悪意」によらず退去強制になった証人であっても、検察官には公判に出席させる合理的手段を尽くすことが要求されている。[91]

三点目については、日本の刑事訴訟法では、供述証拠の保全のための証拠能力ある供述録取書の作成能力につき、検察官は三二一条一項二号の要件を満たせばよく、被告人側は同項三号のより厳しい要件を満たさなければならない。また一号書面化のための司法手続の利用についても、被告人は一七九条の証拠保全請求による必要があるが、検察官の場合、二号前段書面については特信性の要件がなく、そもそも一号前段書面と対等であると解されていることから、司法手続を利用して保全しておく必要すらない。また、特信性が要求される二号後段書面については一号書面化しておくことは無意味ではないことから、二二七条が用意されているものの、一七九条の証拠保全手続とは異なり、単に検察官の

利益を図るための手続に終わる可能性がある。

こうしてみると、日米の刑事訴訟法は共に当事者主義を原理としているとはいえ、日本では被告人の防御権に関する憲法上の保障の射程は狭く解釈され、他方、検察官の捜査権限は相当強い。現状のままでは、今後も争いのある事件において捜査機関が一方的に作成した供述調書の信用性が訴訟の行方を決める構図は変わらないだろう。直接・口頭主義の実質化のためには集中審理の実現が不可欠となるが、現状ままでは捜査段階の供述調書の信用性をめぐる攻防に審理時間を要する事件は減らないだろう。集中審理を実現するための最善策は、争いのある事件において捜査機関の作成した供述調書の使用を減らすことであり、そのためには刑訴法三二一条一項二号及び二二七条を削除し、その代わりに検察官にも一七九条の申立権を認めることを検討すべきである。こうした法改正が果たされないならば、せめて二二七条の改正は、三二一条一項二号により検察官に与えられた強大な捜査権限を抑制する趣旨と捉え直すべきであろう。

具体的には、第一に、二二七条から「圧迫を受け」という要件が削除され、単に「公判期日においては前にした供述とは異なる供述をするおそれがあり」とされたのを機に、三二一条一項二号前段書面の使用をできる限り回避する目的でも二二七条の証人尋問が利用可能になるよう、二二七条の要件を緩やかに解釈してよかろう。第二に、二二七条の証人尋問を実施する場合は、被告人の証人審問権を保障するため二二八条二項による被告人側の立会いを許可すべきである。二二八条二項が「尋問に立ち会わせることができる」となっているのは、明らかに取調べに代わる手段として実施される二二六条による証人尋問と合わせて規定されていることによるもので、立ち会いの許可が裁量的であるのは後者の場合に限られると解することも可能だろう。なお、被告人側の立会いを認める場合は、総則規定（一五七条三項）に基づき証人に対する尋問権も与えられることは言うまでもない（二二八条二項は立会権に関する特別規定に過ぎない）。第三に、証人尋問の記録は検察官に送付すべきことになっているが、その写しを被告人にも送付すべきである。第四に、二二七条の証人尋問の結果が、それ以前の検察官の面前での供述内容と異なった場合において、検察官が公判において

検察官面前調書を二号前段または後段書面として証拠調べ請求したときは、被告人側が必要に応じて、二二七条による証人尋問調書を証拠として取調べ請求することが可能になるよう、裁判所は検察官に当該書面を提出させるための配慮をすべきである。公判証言が二二七条の証人尋問の結果と異なり、後者が被告人により有利である場合に、被告人側から三二一条一号一号後段書面として二二七条の証人尋問の結果を申請したときも、同様である。こうした運用面での工夫を行うことによって初めて、二二七条の証人尋問は司法全体の利益に結び付く得る方法として、その存在意義を認めることが可能となるだろう。

【参考条文】＊いずれも試訳である。

◎一九四四年規則（一九四六年三月二一日発効）

第一五条

（a）証言録取手続の要件　裁判所は、予定証人が公判又はその他の審問に出頭できない虞又は出頭を妨げられる虞があり、その者の証言が重要であり、かつ司法の過誤を防止するためその者の証言録取書を作成する必要があると認められるときは、正式起訴または略式起訴が提起された後いつでも、被告人の申立及び当事者への告知に基づき、証言録取手続によりその者の証言を録取し、また特権で保護されるものを除き、指定の帳簿、書類、文書または有形物を同一時間及び場所において顕出するよう命令できる。証人が公判又は審問で証言するために出頭することの保証金を納付できず拘禁されたときは、裁判所は当該証人からの書面による申立及び両当事者への告知により、その者の証言録取書の作成を指示できる。証言録取書に署名された後、裁判所は当該証人の釈放を命令できる。

（b）証言録取手続の告知　証言録取手続を申し立てた当事者は、他の当事者全員に対して、合理的期間内に書面により証言録取手続の日時及び場所を告知しなければならない。告知には各尋問対象者の氏名及び住所が記載されていなければならない。裁判所は、告知を受けた当事者からの申立により、その理由に応じて時間を延長又は短縮することができる。

（c）被告人の弁護人及び費用の支払　被告人に弁護人がいない場合、裁判所は被告人に対しその者の権利を告知し、被告人が弁護人なしで手続を進めるか、または自ら弁護人を付すことを選択しない限り、被告人のために弁護人を選任しなければならない。証言録取手続を申し立てた被告人がそのための費用を負担できないと認められるときは、裁判所は被告人の弁護士が証言録取手続に参加す

るための交通費及び必要経費を国が支払うよう命令できる。その場合、裁判所執行官は命令に従って支払いを行わなければならない。

（d）**証言録取手続の方法**　証言録取書は民事訴訟において定める方法により作成されなければならない。裁判所は被告人の要求があれば証言録取書を民事訴訟において定める方法により質問書に基づき作成するよう命令できる。

（e）**証言録取書の使用**　公判又はその他の審問において証言録取書の一部又は全部は、証拠規則に基づき別途許容される場合を除いて、次の場合にのみ使用することができる。証人が死亡した場合、証人が国外におり、それが証言録取書を申し出た当事者により仕組まれたものでない場合、証人が病気若しくは虚弱により出頭若しくは証言できない場合、又は証言録取書を申し出た当事者が罰則付召喚令状により証人を出頭させることができなかった場合。また、いずれの当事者も、被録取者が証人として行った供述を否定又は弾劾する目的で、証言録取書を使用することができる。一方当事者から証言録取書の一部のみ証拠として提供されたときは、相手当事者はその者に対し、提供部分に関連する証言録取書の全部を提供するよう要求できる。いずれの当事者も他の部分を提供できる。

（f）**許容性に対する異議**　証言録取書またはその一部を証拠として受理することに対する異議申立は民事訴訟における定めどおりに行うことができる。

◎合衆国法律集一八編三五〇三章（組織犯罪対策法第六章）

（a）当事者の予定証人の証言を録取し保全することが例外的事情により司法の利益に適うときは、裁判所は正式起訴又は略式起訴が提起された後いつでも、当該当事者の申立と当事者に対する告知によりその証人の証言を録取すること、及び、特権で保護されているものを除き、いかなる指定された帳簿、書類、文書、記録、録音又はその他の資料も同一時刻及び場所において顕出すべきことを命令できる。証人が公判又は審問で証言するために出頭することの保証金を納付できず拘禁されたときは、裁判所は当該証人からの書面による申立及び両当事者への告知により、その者の証言録取書の作成を指示できる。証言録取書に署名された後、裁判所は当該証人の釈放を命令できる。検察官による本条の定める命令の申立には、法的手続が組織犯罪活動に参加したと考えられる者に対して行われていることの、検事総長又はその指名する者による認証が含まれていなければならない。

（b）証言録取手続を申し立てた当事者は、他の当事者全員に対して、合理的期間内に書面により証言録取手続の日時及び場所を告知しなければならない。告知には各証言録取対象者の氏名及び住所が記載されていなければならない。裁判所は、告知を受けた当事者からの申立により、その理由に応じて時間を延長若しくは短縮し、又は証言録取の場所を変更することができる。被告人の拘禁施設の職員に対し、予定の尋問の時間及び場所を連絡しなければならない。連絡を受けた拘禁施設の職員は尋問の間、被告人を証人のいる場所に立ち会わせなければならない。拘禁されていない被告人は尋問に立ち会う権利を有する。ただし、告知と費用の配慮を受けたにもかかわらず正当な理由なく出頭を怠ったときは、当該権利並びに当該権利に基づく証言録取書の作成及び使用に対する異議の

放棄とみなす。

(c) 被告人に弁護人がいない場合、裁判所は被告人に対しその者の権利を告知し、被告人が弁護人なしで手続を進めるか、または自ら弁護人を付すことを選択しない限り、被告人のために弁護人を選任しなければならない。検察官の申立により証言録取手続が行われる場合、または証言録取手続の費用を負担できないと認められる被告人の申立により証言録取手続が行われるときは、裁判所は被告人の弁護士が証言録取手続に参加するための交通費及び必要経費を国が支払うよう命令できる。その場合、裁判所執行官は命令に従って支払いを行わなければならない。

(d) 証言録取書は民事訴訟において定める方法により作成されなければならない。ただし、(1) 当事者である被告人の証言録取書は本人の同意がない限り作成することができない。(2) 主尋問及び反対尋問は公判で行われた場合に許容される範囲で行われなければならない。被告人の要求又は放棄により、裁判所は民事訴訟において定める方法により質問書に基づき証言録取書を作成するよう命令できる。この要求は、質問書に基づくものであることに依拠する証言録取書の作成及び使用に対する異議の放棄とみなす。

(e) 検察官は被録取証人の供述書で、自己が保有し、証人が公判で証言する場合は被告人に対し利用可能にする必要があるものについては、被告人が調査し、証言録取手続の際に使用できるよう、被告人に対し利用可能にしなければならない。

(f) 公判又はその他の審問において証言録取書の一部又は全部は、証拠規則に基づき許容される場合を除いて、次の場合にのみ使用することができる。証人が死亡した場合、証人が国外におり、それが証言録取書を申し出た当事者により仕組まれたものでない場合、証人が病気若しくは虚弱により出頭若しくは証言できない場合、証人が公判若しくはその他の審問において証言録取の対象事項若しくはなされた供述の一部に関して証言を拒んだ場合、又は証言録取書を申し出た当事者が罰則付召喚令状により証人を出頭させることができなかった場合。また、いずれの当事者も、被録取者が証人として行った供述を否定又は弾劾する目的で、証言録取書を使用することができる。一方当事者から証言録取書の一部のみ証拠として申出があったときは、相手当事者はその者に対し、申出があった部分に関連する証言録取書の部分をすべて提供するよう要求できる。いずれの当事者も他の部分を証拠として申し出ることができる。

(g) 証言録取書またはその一部を証拠として受理することに対する異議申立は民事訴訟における定めどおりに行うことができる。

◎一九七五年改正規則（一九七五年一二月一日発効）

第一五条

(a) 証言録取手続の要件　裁判所は、当事者の予定証人の証言を録取し、公判における使用のために保全することが、事件の例外的事情により司法の利益に適うときは、当該当事者の申立及び当事者に対する告知に基づき、証言録取手続により当該証人を録取すべ

きこと、及び、特権で保護されるものを除き、指定の帳簿、書類、文書、記録、録音またはその他の物を同一時間及び場所において顕出するよう命令できる。証人が公判又は審問で証言するために出頭することの保証金を納付できず合衆国法律集一八編三一四四章に従い拘禁されたときは、裁判所は当該証人からの書面による申立及び当事者への告知に基づき、その者の証言録取書の作成を指示できる。証言録取書に署名された後、裁判所は当該証人の釈放を命令できる。

(b) 証言録取手続の告知　証言録取手続を申し立てた当事者は、他の当事者全員に対して、合理的期間内に書面により証言録取手続の日時及び場所を告知しなければならない。告知には各証言録取対象者の氏名及び住所が記載されていなければならない。裁判所は、告知を受けた当事者からの申立により、その理由に応じて時間を延長若しくは短縮し、又は証言録取手続の場所を変更することができる。被告人の拘禁施設の職員に対して尋問の日時及び場所を通知しなければならない。被告人の拘禁施設の職員は、被告人が書面により審理に出席、参加し、審理の間、証人と対峙する権利を放棄するのでない限り、被告人を審理に出頭させ、審理の間、被告人を証人に対峙させなければならない。ただし、妨害行為は被告人を証言録取手続の場所から排除する理由になると裁判所により警告を受けた後、被告人がその場所から排除されることを正当化するような行為を継続するときは、この限りでない。拘禁されていない被告人は裁判所が定めることの期間のうちに要求することにより審理に立ち会う権利を有する。しかし、本条（c）項に応じて告知と費用の申出が行われた後、正当な理由を示すことなく出頭しなかったときは、立会権及び当該権利を根拠とする証言録取書の作成及び使用に対するいかなる異議も、放棄されたものとみなす。

(c) 費用の支払　検察官の申立により証言録取手続が行われ、又は証言録取手続の費用を負担できない被告人の申立により証言録取手続が行われるときは、裁判所は被告人及び弁護士が審理に参加するための交通費及び必要経費並びに証言録取書の謄写費用を政府が支払うよう命令できる。

(d) 証言録取手続の方法　本規則に特別の定めがある場合を除き、証言録取書は、裁判所の定める追加の条件の下、民事訴訟において定める方法により作成、保管されなければならない。ただし、(1) いかなる場合も、被告人の同意なく被告人の証言は録取できない。また、(2) 尋問及び反対尋問の方法及び範囲は公判自体において許容されるであろうものでなければならない。検察官は、証言録取手続における尋問及び使用のために、被告人又は弁護人に対し、検察官が保管し、公判において被告人に開示されなければならない被録取証人のいかなる供述も利用可能にしなければならない。

(e) 証言録取書の使用　公判又はその他の審問において証言録取書の一部又は全部は、証拠規則に基づき別途許容される場合を除き、連邦証拠規則第八〇四条（a）項における利用不可能性の定義により、証人が利用不可能である場合、又は証人が公判若しくは審問において証言録取書と一致しない証言を行った場合に使用することができる。また、いずれの当事者も、被録取者が証人として行った証言を否定又は弾劾する目的で、証言録取書を使用することができる。一方当事者から証言録取書の一部のみ証拠として提供され

たときは、相手当事者はその者に対し、提供部分に関連する証言録取書の全部を提供するよう要求できる。いずれの当事者も他の部分を提供できる。

(f) **証言録取手続における証言に対する異議**　証言録取手続における証言若しくは証拠又はそれらの一部に対する異議及び異議の理由は証言録取手続の時に申し立てられなければならない。

(g) **合意による証言録取手続**　本条は、両当事者の合意と裁判所の承諾により、口頭若しくは質問書に基づき証言録取手続を行い、又は証言録取書を使用することを排除するものではない。

◎二〇〇二年改正規則（二〇〇二年一二月一日発効）

第一五条

(a) **証言録取手続の要件**

(1) **総説**　当事者は公判に向けて証言を保全するため予定証人の証言録取を申し立てることができる。裁判所は例外的事情により司法の利益に適うときに申立を許可できる。また、裁判所は証言録取手続を命ずる際、被録取者に対し、証言録取の際に特権によって保護されていない指定の資料を提出するよう求めることもできる。これにはいかなる帳簿、書類、文書、記録、録音またはデータも含まれる。

(2) **拘禁中の重要証人**　合衆国法律集第一八編第三一四四章により拘禁されている証人は、申立書の提出と当事者に対する告知により、証言録取を受けることを要求できる。この場合、裁判所は証言録取手続を命じることができ、かつ証人が宣誓のもと証言録取書に署名した後に、証人を釈放することができる。

(b) **告知**

(1) **総説**　証言録取手続を求める当事者は、すべての他の当事者に対して合理的期間内に書面により証言録取手続の日時及び場所を告知しなければならない。告知には各録取対象者の氏名及び住所が記載されていなければならない。告知を受けた当事者からの要求があれば、裁判所は正当な理由に基づき証言録取手続の日時又は場所を変更することができる。

(2) **拘禁施設職員に対して**　証言録取手続を求める当事者は、被告人の拘禁施設の職員に対して予定日時及び場所を告知しなければならない。

(c) **被告人の立会い**

(1) **拘禁中の被告人**　被告人の拘禁施設の職員は被告人を証言録取手続に出頭させ、以下のいずれかの場合を除き、審理の間、被告人を証人に対峙させなければならない。

（a）被告人が書面により立会権を放棄した場合
（b）被告人が排除を正当化する妨害行為を行い、裁判所から妨害行為を中止しなければ被告人を排除することになると警告を受けたのちも、それを繰り返した場合

（2）非拘禁中の被告人　拘禁されていない被告人は要求により、裁判所の課す条件に従い証言録取手続に立ち会う権利を有する。政府が一五条（d）項の定めにより被告人の費用の支払いを申し出ても、なお被告人が出頭しないときは、被告人は、正当な理由がない限り、立合権も当該権利に基づく証言録取書の作成及び使用に対するいかなる異議も放棄するものとする。

（d）費用　証言録取手続が検察官の要求であるときは、裁判所は政府に次の各費用を支払うよう命令できる。また、被告人が証言録取手続の費用を負担できないときは、裁判所はこれを命令しなければならない。
（1）被告人及び弁護人が証言録取手続に立ち会うための合理的な旅費及び必要経費、及び
（2）証言録取書の謄写費用

（e）証言録取の方法　本規則又は裁判所の命令によるその他の定めがない限り、証言録取書は民事訴訟と同じ方法により録取され、記録化されなければならない。ただし、
（1）被告人は被告人の同意なく証言録取されない。
（2）証言録取手続における主尋問及び反対尋問の範囲及び方法は、公判中に許容されるであろうものと同じでなければならない。
（3）検察官は、被告人又は弁護人に対して、証言録取手続の利用に供するために、公判における被告人の権利として認められる範囲で、検察官の保有する被録取者の供述書面を提供しなければならない。

（f）証拠としての使用　当事者は、連邦証拠規則の定めるところにより証言録取書の全部または一部を使用することができる。

（g）異議　証言録取手続における供述または証拠に対して異議がある当事者は、証言録取手続の間に異議の理由を述べなければならない。

（h）許可された合意による証言録取書　当事者は裁判所の承認を得て、合意により証言録取書を作成及び使用することができる。

参照：連邦証拠規則

八〇一条（定義）

本章は以下の定義による。

（a）供述　「供述」とは、（一）口頭若しくは書面による陳述又は（二）陳述の意図で行われた人の非言語的行為のことである。

（b）供述者　「供述者」とは、供述を行う人物のことである。

（c）**伝聞**　「伝聞」とは、供述者により公判又は審問において証言する際に行われた供述以外の、陳述事項の真実性を証明するための証拠の中で提供された供述のことである。

（d）**非伝聞供述**　供述は次の場合、非伝聞である。

（1）**証人の以前の供述**　供述者が公判又は審問において証言し、以前の供述に関して反対尋問を受け、かつ当該供述が、（a）供述者の証言と矛盾しており、かつ公判、審問若しくはその他の手続において偽証罪による刑罰の対象となる宣誓の下で行われたものか、若しくは証言録取書に記録されたものであるとき、（b）供述者の証言と矛盾がなく、かつ供述者の近似の虚言又は不適切な働きかけ若しくは動機に対する明示若しくは黙示の非難に反駁するために提供されるとき、又は（c）人物を知覚した後になされた当該人物の識別供述であるとき、又は…

八〇四条（伝聞例外：供述者の利用不可能性）

（a）**利用不可能性の定義**　「証人としての利用不可能性」には次のいずれかの状況が含まれる。供述者が、

（1）供述事項に関する証言拒否特権を理由に決定により証言義務を免除された場合

（2）裁判所の命令にかかわらず供述事項に関して証言拒否に固執した場合

（3）供述事項につき記憶の欠如を述べた場合

（4）死亡又はその時の身体的若しくは精神的な病気若しくは衰弱により審理に出席又は証言できない場合

（5）審理に欠席し、かつそれが供述の申請者が召喚手続又はその他の合理的手段により供述者を出席（又は（b）項（2）、（3）又は（4）号の伝聞例外の場合は供述者を出席又は供述）させることができなかった結果である場合

証言義務の免除、証言拒否、記憶の欠如の主張又は欠席が、当該証人が出席し証言することを妨げることを目的とした供述の申請者の周旋又は違法行為によるものであるときは、供述者は利用不可能ではない。

（b）**伝聞例外**　供述者が証人として利用不可能であれば、以下の供述は伝聞法則により排除されない。

（1）**以前の証言**　同一若しくは別の事件の他の審理において証人として行った証言又は同一若しくは別の訴訟の過程において法に従って作成された証言録取書に記載された証言であり、当該供述の使用を申し立てられた相手当事者又は民事訴訟若しくは事件においては被利益承継者（predecessor in interest）に対し、主尋問、反対尋問又は再主尋問により証言を引き出す機会及び類似の動機が与えられたとき。

（2）～（6）　〈略〉

（1）参照、司法制度改革審議会意見書―二一世紀の日本を支える司法制度―（平成一三年六月一二日）（pdf版）四四頁。

（2）伝聞例外規定の見直しをめぐる検討の要否の議論の詳細については、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会（第一〇回）議事録（http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai10/10gijiroku.html）を参照されたい。

（3）司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第一三回資料「裁判員制度について」（いわゆる「座長ペーパー」）（http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai13/13siryou1.pdf）一二頁以下。

（4）最高検察庁「刑事裁判の充実・迅速化に向けた方策に関する提言」（平成一五年七月一五日）。

（5）最高検の提言については、司法制度改革推進本部第二五回裁判員制度・刑事検討会で検討されている（http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai25/25gijiroku.html）。

（6）最高検察庁「裁判員裁判の下における捜査・公判遂行の在り方に関する試案」（平成一八年三月）六二頁。

（7）最高検察庁「裁判員裁判における検察の基本方針」（平成二一年二月）二九頁。

（8）日本弁護士連合会「最高検察庁「刑事裁判の充実・迅速化に向けた方策に関する提言」に対する意見」（二〇〇三年九月二〇日）（http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/2003_47.html）

（9）平場他編『注解刑事訴訟法中巻〔全訂新版〕』（青林書院新社、一九八二年）一六五頁以下（高田卓爾）、高田編『基本法コンメンタール刑事訴訟法〔第三版〕』（日本評論社、一九九三年）一九五頁（山中俊夫）、藤永他編『大コンメンタール刑事訴訟法第三巻』（青林書院、一九九六年）六一五頁（高崎秀雄）、小田中他編『刑事弁護コンメンタール1刑事訴訟法』（現代人文社、一九九八年）一九八頁、松尾編『条解刑事訴訟法〔第四版〕』（弘文堂、二〇〇九年）四三八頁。さらに、証拠能力のある供述証拠を保全しておくことで事後の捜査継続が可能にする趣旨も加えて理解する見解として、伊藤他編『注釈刑事訴訟法第三巻〔新版〕』（立花書房、一九九六年）二五六頁以下（伊藤＝河上補正）。

（10）このような見解に立つものとして、最大判昭和二七年六月一八日刑集六巻六号八〇〇頁、藤永他編・前注（九）六二五頁（高崎）。

（11）アメリカでは、証人が所在する国内法や、アメリカと当該国との間で取り交わした条約に反しない限り、その国に駐在するアメリカ領事に対し証言録取令状を発付できる。国際司法共助をめぐる英米法と大陸法との差異については、森下忠『国際刑事司法共助の理論』（成文堂、一九八三年）二七頁以下を参照。

（12）なお、letter rogatory という用語は、一九九三年にアメリカの連邦民事訴訟規則二八条を改正した際に、「民事又は商事に関する裁判上及び裁判外の文書の外国における送達及び告知に関する条約」の使用文言に合わせて、「要請書」（letter of request）という文言に改まっている。

(13) 同法に基づく証言録取手続は、正式には、"Deposition under *dedimus potestatem* and in *perpetuam rei memoriam*"と呼ばれている。なお、これ以外に、"deposition de bene esse"と呼ばれる民事訴訟に限定された証言録取手続が存在する。See, U.S. v. Hofmann, 24 F. Supp. 847, 849 (S.D.N.Y., 1938).

(14) See, U.S. v. Cameron, 15 F. 794, 795 (C.C.E.D.Mo. 1883).

(15) U.S. v. Thomas, 28 F. Cas. 79 (C.C.D.C. 1847).

(16) U.S. v. Wilder, 14 F. 393 (C.C.Ga. 1882).

(17) U.S. v. Cameron, 15 F. 794, 795-97 (C.C.E.D.Mo. 1883).

(18) Tom Ung Chai v. Burnett, 25 F.2d 574, 576 (C.A.9 1928); Clymer v. U.S., 38 F.2d 581, 582 (C.A.10 1930); U.S. v. Hofmann, 24 F. Supp. 847, 849 (S.D.N.Y. 1938); U.S. v. Dockery, 50 F. Supp. 410 (E.D.N.Y., 1943). 他方、Thomas判決に依拠し、刑事訴訟においては制定法上の根拠がないことを理由に証言録取手続の利用を否定したものとして、Luxenburg v. U.S., 45 F.2d 497, 498 (4th Cir. 1930).

(19) U.S. v. Hofmann, 24 F. Supp. 847, 849 (S.D.N.Y. 1938).

(20) Wong Yim v. U.S., 118 F.2d 667, 668 (9th Cir. 1941).

(21) U.S. v. Dunn, 55 F.Supp. 535, 536 (S.D.N.Y. 1944).

(22) Lester B. Orfield, The Preliminary Draft of the Federal Rules of Criminal Procedure, 22 Tex. L. Rev. 37 (1943-44).

(23) See, Editorial Note, 43 Mich. L. Rev. 407 (1944).

(24) George H. Dession, The Proposed Federal Rules of Criminal Procedure, 18 Conn. Bar J. 58, 59 (1944),

(25) Lester B. Orfield, Depotions in Federal Criminal Procedure, 9 S.C.L.Q 376 (1957).

(26) Id., 377.

(27) なお、被拘禁証人を証言録取手続の申立権者に加える提案は、その後、証言録取書の作成を条件とする釈放を必要的なものから任意的なものに修正された点以外は、議論なく連邦刑事手続規則に採用された。

(28) Orfield, supra note (25), 378-79.

(29) Id. at 379-80.

(30) Id. at 381.

(31) Id. at 381.

(32) Id. at 388-92.

(33) なお、当該規定は、二〇〇二年一一月二日発効の Pub.L. 107-273, Div. B, Title IV, § 4002 (C)(3)(a) の定めるところにより、廃止された。

(34) California v. Green, 399 U.S. 149 (1970).

(35) Id. at 165. なお、連邦最高裁は、その可能性を既に、Barber v. Page, 390 U.S. 719, 725-726, 88 S.Ct. 1318, 1322 (1968) において示唆していた。

(36) U.S. v. Singleton, 460 F.2d 1148, 1153 (2d Cir. 1972).

なお、本件判決には一人の裁判官の反対意見が付されている。当該意見は、多数意見が依拠する先例はいずれも以前の公判における証言録取書を後の公判における使用が問題となったケースであり、証言録取手続により作成された証言録取書の証拠としての許容性を判断する先例としては不適切であり、また両者の間には二つの重要な点で異なっているという理由から、本件証言録取書を証拠として許容することは合衆国憲法修正六条に反すると批判する。そして、以前の公判証言と証言録取手続における証言との重要な違いの一点目として、以前の公判証言とは異なり、検察側証人の証言録取が行われる時点では、反対尋問のための十分な準備ができないことが指摘されている。また二点目として、以前の公判証言は少なくとも一度は裁判官及び陪審員による法廷内の吟味が行われているのに対し、証言録取手続はどこかの事務所か部屋において公証人の前で行われるに過ぎないところ、連邦の法廷の厳粛で印象的な雰囲気の中、証言は鋭い裁判官や観察する陪審員の目の前で行われる証言であるからこそ、証人の側でより注意や慎重さや正確性が与えられ得るという。そして、この二点の違いの重要性こそ修正第六条の証人対面条項が説くところであると説いている。Id. at 1155-1157.

(37) U. S. v. Ricketson, 498 F.2d 367, 374 (7th Cir. 1974).

(38) U.S. v King, 552 F.2d 833 (9th Cir. 1976).

(39) Id. at 841-844.

(40) 連邦証拠規則案は議会による審議修正の後、一九七五年一月二日に成立している。PL 93-595 (HR 5463).

(41) 連邦最高裁による改正案とこれに対する下院の司法委員会における修正案の詳細は、REP. 94-247, 1975 U.S.C.C.A.N. 674, P. 20 以下において知ることができる。

(42) 両院協議会における合意内容の詳細については、H.R. CONF. REP. 94-414, 1975 U.S.C.C.A.N. 713.

(43) PL 94-64 (HR 6799) July 31, 1975.

(44) In Re U. S., 348 F.2d 624, 626 (1st Cir.1965); U. S. v. Puchi, 441 F.2d 697, 701 (9th Cir.1971).

(45) もっとも、七五年改正規則が用いた表現は、既に一九七〇年に制定された合衆国法律集一八編三五〇三章（組織犯罪対策法第

六章）のそれと同じであるところ、U.S. v. Singleton, 460 F.2d 1148, 1154 (2d Cir. 1972) では、当該制定法のいう「例外的事情により司法の利益に適うとき」という文言の意味については、立法者意思を根拠に、制定当初の規則一五条（a）項が定めていた上記三要件と同旨と解されていた。.

(46) U.S. v. Sun Myung Moon, 93 F.R.D. 558, 559 (S.D.N.Y., 1982); U.S. v. Johnpoll, 739 F.2d 702, 709 (C.A.N.Y., 1984); U.S. v. Trout, 633 F.Supp. 150, 151 (N.D.Cal., 1985); U.S. v. Ismaili, 828 F.2d 153, 159 (3rd Cir.1987); U.S. v. Feijoo-Tomala, 751 F. Supp. 40, 43 (E.D. N.Y. 1990); U.S. v. Gigante, 166 F.3d 75, 81 (C.A.2 (N.Y.), 1999); U.S. v. Campbell, 300 F.3d 202, 215 (C.A.2 (N.Y.), 2002); U.S. v. Liner, 435 F.3d 920, 924 (C.A.8 (Minn.), 2006); U.S. v. O'Keefe, 509 F.Supp.2d 33, 35 (D.D.C., 2007); U.S. v. Cannon, 475 F.3d 1013, 1022 (C.A.8 (Mo.), 2007) et al.

(47) Fuentes-Galindo, 929 F.2d 1507, 1509 (C.A.10 (N.M.), 1991); U.S. v. Cohen, 260 F.3d 68, 78 (C.A.2 (N.Y.), 2001); U.S. v. Rosen, 240 F.R.D. 204, 208 (E.D.Va., 2007); U.S. v. Stein, 482 F.Supp.2d 360, 363 (S.D.N.Y., 2007); U.S. v. Ionia Management S.A., 499 F.Supp.2d 166, 168 (D.Conn., 2007); U.S. v. Vilar, 568 F.Supp.2d 429, 437 (S.D.N.Y., 2008); U.S. v. Kassar, 572 F.Supp.2d 375, 376 (S.D.N.Y., 2008) et al.

(48) U.S. v. Drogoul, 1 F.3d 1546, 1552 (11th Cir.1993); U.S. v. Wag-Aero, Inc., 888 F.Supp. 101, 102 (E.D.Wis., 1995); U.S. v. Groos, 616 F.Supp.2d 777, 790 (N.D.Ill., 2008).

(49) U.S. v. Sanchez-Lima, 161 F.3d 545, 548 (C.A.9 (Cal.), 1998); U.S. v. Williams, 548 F.Supp.2d 1145, 1150 (D.Hawai'i, 2008).

(50) U.S. v. Drogoul, 1 F.3d 1546, 1552 (11th Cir.1993); U.S. v. Ramos, 45 F.3d 1519, 1523 (11th Cir.1995); U.S. v. Valadez, 315 Fed.Appx. 208, 214 (C.A.11 (Fla.), 2008); U.S. v. Jefferson, 594 F.Supp.2d 655, 671 (E.D.Va., 2009).

(51) U.S. v. Thomas, 62 F.3d 1332, 1340-41 (11th Cir.1995); U.S. v. Bunnell, 201 F.Supp.2d 169, 170 (D.Me., 2002); U.S. v. McGhee, 495 F.Supp.2d 1024, 1027 (D.S.D.,2007);. U.S. v. O'Sullivan, 553 F.Supp.2d 1349, 1351 (M.D.Fla., 2008).

(52) U.S. v. Olafson, 203 F.3d 560, 567 (C.A.9 (Cal.), 2000); U.S. v. Bunnell, 201 F.Supp.2d 169, 170 (D.Me., 2002).

(53) U.S. v. Zuno-Arce, 44 F.3d 1420, 1425 (9th Cir.1995); U.S. v. Trumpower, 546 F.Supp.2d 849, 853 (E.D.Cal., 2008).

(54) U.S. v. Ismaili, 828 F.2d 153, 159 (3rd Cir.1987).

(55) U.S. v. Sines, 761 F.2d 1434, 1439 (C.A.9 (Ariz.), 1985); U.S. v. Drogoul, 1 F.3d 1546, 1553 (C.A.11 (Ga.), 1993); U.S. v. Lai Fa Chen, 214 F.R.D. 578, 579 (N.D.Cal., 2003).

(56) See Charles Alan Wright, 2 Fed. Prac. & Proc. Crim.3d § 243 (2009); U.S. v. Mann, 590 F.2d 361, 366 (C.A.Puerto Rico, 1978).

(57) U.S. v. Drogoul, 1 F.3d 1546, 1552 (11th Cir. 1993).

(58) Brady v. Maryland, 373 U.S. 83, 83 S.Ct. 1194, 10 L.Ed.2d 215 (1963).

(59) U.S. v. Hajbeh, 284 F.Supp.2d 380, 384 (E.D.Va., 2003); U.S. v. Rosen, 240 F.R.D. 204, 209 (E.D.Va., 2007); U.S. v. Jefferson, 594 F.Supp.2d 655, 667 (E.D.Va., 2009).

(60) U.S. v. Hajbeh, 284 F.Supp.2d 385.

(61) U.S. v. Jefferson, 594 F.Supp.2d 655, 668 (E.D.Va., 2009). U.S. v. Rosen, 240 F.R.D. 204, 210 (E.D.Va., 2007) は、重要性の判断は被告人の黙秘を前提に行うことが適切とする。

(62) U.S. v. Kelley, 36 F.3d 1118, 1125 (C.A.D.C., 1994); U.S. v. Straker, 567 F.Supp.2d 174, 180 (D.D.C., 2008); U.S. v. Njock Eyong, Not Reported in F.Supp.2d, 2007 WL 1576309 (D.D.C., 2007).

(63) U.S. v. Jefferson, 594 F.Supp.2d 655, 669 (E.D.Va., 2009).

(64) U.S. v. Des Marteau, 162 F.R.D. 364, 368 (M.D.Fla., 1995); U.S. v. Ahmed, 587 F.Supp.2d 853, 855 (N.D.Ohio, 2008).

(65) U.S. v. Rich, 580 F.2d 929, 934 (9th Cir. 1978).

(66) U.S. v. Mann, 590 F.2d 361, 366 FN5 (C.A.Puerto Rico, 1978); U.S. v. Johnson, 752 F.2d 206, 209-210 (C.A.Mich., 1985).

(67) U.S. v. Drogoul, 1 F.3d 1546, 1553 (C.A.11 (Ga.), 1993); United States v. Des Marteau, 162 F.R.D. 364, 368 (M.D.Fla.1995); U.S. v. Daniels, 194 F.R.D. 700, 702 (D.Kan., 2000); U.S. v. Jefferson, 594 F.Supp.2d 655, 665 (E.D.Va., 2009).

(68) U.S. v. Farfan-Carreon, 935 F.2d 678, 680 (C.A.5 (Tex.), 1991); United States v. Des Marteau, 162 F.R.D. 364, 369 (M.D.Fla. 1995).

(69) U.S. v. Soblen, 203 F.Supp. 542, 569 (D.C.N.Y. 1961);

(70) U.S. v. Ramos, 45 F.3d 1519, 1523 (C.A.11 (Fla.), 1995).

(71) U.S. v. Stein, 482 F.Supp.2d 360, 364 (S.D.N.Y., 2007).

(72) U.S. v. Drogoul, 1 F.3d 1546, 1557 (C.A.11 (Ga.), 1993).

(73) U.S. v. Johnpoll, 739 F.2d 702, 709 (C.A.N.Y., 1984); U.S. v. Grossman, Not Reported in F.Supp.2d, 2005 WL 486735, at 3 (S.D.N.Y., 2005); U.S. v. Stein, 482 F.Supp.2d 360, 364 (S.D.N.Y., 2007); U.S. v. Vilar, 568 F.Supp.2d 429, 438 (S.D.N.Y., 2008). U.S. v. Ruiz, 105 Fed.Appx. 254, 257 (C.A.10 (N.M.), 2004).

(74) U.S. v. Johnpoll, 739 F.2d 709.

(75) Barber v. Page, 390 U.S. 719, 724 (1968).

(76)　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（一）」名城法学四九巻三号一頁（二〇〇〇年）二五頁以下。Barber 判決を支持する連邦最高裁判例として、Berger v. California, 393 U.S. 314, 315 (1969); California v. Green, 399 U.S. 149, 162 (1970); Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56, 74 (1980).

(77)　See, U.S. v. Johnpoll, 739 F.2d 709.

(78)　U.S. v. Van Allen, 28 F.R.D. 329, 346 (S.D.N.Y., 1961); U.S. v. Kelly, 349 F.2d 720, 769 (C.A.N.Y. 1965); U.S. v. Rosenstein, 303 F.Supp. 210, 212 (D.C.N.Y. 1969); U.S. v. Murray, 492 F.2d 178, 195 (C.A.Cal. 1973); U.S. v. Richardson, 588 F.2d 1235, 1241 (C.A.Cal., 1978).　なお、これらの判例は事案に応じて国外逃亡者に対する証言録取手続を許可する裁量の余地を否定したものではない。

(79)　U.S. v. Ontiveros-Lucero, 621 F.Supp. 1037, 1039 (D.C.Tex., 1985).

(80)　U.S. v. Gonzalez, 488 F.2d 833, 839 (C.A.2, 1973); U.S. v. Wilson, 601 F.2d 95, 97 (3d Cir.1979); U.S. v. Mills, 760 F.2d 1116, 1120 (11th Cir.1985); U.S. v. Ontiveros-Lucero, 621 F.Supp. 1037, 1038 (W.D.Tex.1985); Guam v. Ngirangas, 806 F.2d 895, 897 (9th Cir.1986); U.S. v. Jefferson, 594 F.Supp.2d 655, 672 (E.D.Va., 2009).

(81)　See, U.S. v. Mann, 590 F.2d 361, 367 (C.A.Puerto Rico, 1978); U.S. v. Sindona, 636 F.2d 792, 804 (C.A.N.Y., 1980); U.S. v. Gifford, 684 F.Supp. 125, 128 (E.D.Pa.,1988); U.S. v. Acevedo-Ramos, 842 F.2d 5, 8 (C.A.1 (Puerto Rico), 1988); U.S. v. Eufracio-Torres, 890 F.2d 266, 269 (C.A.10 (Kan.), 1989); U.S. v. Lopez-Cervantes, 918 F.2d 111, 114 (C.A.10 (N.M.), 1990); U.S. v. Fuentes-Galindo, 929 F.2d 1507, 1510 (C.A.10 (N.M.), 1991).

(82)　U.S. v. Eufracio-Torres, 890 F.2d 270.　なお、U.S. v. Acevedo-Ramos, 842 F.2d 8 FN4 は、「高度な誠実性」が必要であり、単なる「機械的努力」では不十分とする。

(83)　Crawford v. Washington 541 U.S. 36 (2004).　本判例の紹介として、浅香吉幹他「合衆国最高裁判所二〇〇三―二〇〇四年開廷期重要判例概観」アメリカ法二〇〇四年二号二五七頁以下（酒巻匡）二本柳誠（英米刑事法研究会）「英米刑事法研究（四）　アメリカ合衆国最高裁判所刑事判例研究：被告人に不利な妻の法廷外供述の許容性と証人対面権：Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004)」比較法学三九巻三号二〇三頁（二〇〇六年）。

(84)　testimonial statement の翻訳につき、前注(八三)の邦語文献や津村正孝「対審条項が適用される testimonial な供述とは何か?―Davis v. Washington, Hammon v. Indiana, 126 S.Ct. 2266 (2006)」ジュリスト一三七三号一二六頁（二〇〇九年）では慎重に回避されている。tesimony には司法手続上の証言だけでなく、取調べに応じてなされた供述も含まれるところではあるが、証言という言葉を広義に理解することも日本語としては可能であるから、本稿では「証言的供述」と訳しておく。

(85) Id. at 68.

なお、アメリカにおける証人対面条項をめぐる判例の動向については、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（一）、（二）」名城法学四九巻三号一頁（二〇〇〇年）、同四号七七頁（二〇〇〇年）が詳細である。その他に、津村正孝「証人対審権の歴史的展開—連邦証拠規則研究のため「刑事訴訟法三二〇条一項についての準備作業—」学習院大学法学部研究年報一九号一五一頁（一九八四年）、同「最近の連邦最高裁判決における証人対審条項と伝聞法則」学習院大学法学部研究年報二四号二四三頁（一九八九年）、堀江慎司「証人審問権の本質について（一）～（六）・完—アメリカにおける議論を中心に—」法学論叢一四一巻一号一頁、同二号一頁、同三号一頁、同四号一頁、同五号一頁、一四二巻二号一頁（一九九七年）、伊藤博路「伝聞法則の適用範囲に関する一試論（一）～（五・完）」北大法学論集四八巻四号七二一頁（一九九七年）、同五号九九一頁（一九九八年）、同四九巻一号一二三頁（一九九八年）、同二号三四九頁（一九九八年）、同三号五三七頁（一九九八年）、多田辰也「証人審問権についての予備的考察」立教法学四九号二三三頁（一九九八年）、伊藤睦「検証調書の証拠能力—アメリカにおける証人による公判外供述に関する議論を手がかりとして—」法学六四巻二号三四頁（二〇〇〇年）、同「対質権と強制手続請求権を貫く基本理念」法学六九巻五号一三五頁（二〇〇六年）等がある。

(86) 刑集六巻四号五八四頁。

(87) 江家義男『刑事訴訟法の基礎理論〔改定版〕』（有斐閣、一九五二年）九八頁、田中和夫『新証拠法』（有斐閣、一九五九年）一三〇頁以下、平場安治『改訂刑事訴訟法』（有斐閣、一九五四年）一九五頁。

(88) 高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』（青林書院新社、一九八四年）三八頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』（有斐閣、一九九三年）二一九頁、庭山英雄『刑事訴訟法』（日本評論社、一九七九年）一五四頁、

(89) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）二〇九頁、柏木千秋『刑事訴訟法』（有斐閣、一九六九年）二三〇頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改定版〕』（青林書院、一九九〇年）二〇七頁、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、一九九六年）三八一頁、光藤景皎『口述刑事訴訟法中〔補訂版〕』（成文堂、二〇〇五年）二一七頁、田口守一『刑事訴訟法〔第五版〕』（弘文堂、二〇〇九年）三八八頁、『福井厚『刑事訴訟法〔第四版〕』（法律文化社、二〇〇九年）三五四頁、上口裕『刑事訴訟法』（成文堂、二〇〇九年）三七八頁、白取祐司『刑事訴訟法〔第五版〕』（日本評論社、二〇〇九年）三八五頁。さらに、大阪高判昭和四二年九月二八日高刑集二〇巻五号六一一頁も同旨。これに対し、限定的合憲説を明確に否定する判例として、大阪高判平成元年一一月一〇日判タ七二九号二四九頁。

(90) 刑集四九巻六号七四一頁。

(91) 当該問題を論じた国内文献として、上口裕「身許不詳者の公判外供述と証人審問権（二・完）」南山法学四巻三号八頁（一九八

〇年）、山田道郎『証拠の森―刑事証拠法研究―』（成文堂、二〇〇四年）一六頁以下を参照されたい。