OUKA
Osaka University Knowledge Archive

Title	量刑手続における被告人の説明・反駁の機会について
Author(s)	島田, 良一
Citation	阪大法学. 2003, 52(6), p. 237-257
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55120
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

Osaka University

量刑手続における被告人の説明・反駁の機会について

島田良一

一　はじめに
二　アメリカにおける判例の展開
三　若干の検討
四　おわりに

一　はじめに

昨今、刑事裁判をとりまく状況は大きな転換を見せているが、それは量刑の領域においても例外ではない。例えば、平成一二年には被害者対策の一環として法廷における被害者の意見陳述制度（刑事訴訟法二九二条の二）が設けられたが、そこでは、一般に被害者によってなされた意見陳述は量刑資料のひとつとして考慮することができると解されている。(1) 右制度のこうした点については、被害者の意見陳述が裁判官の心証を通じて被告人の刑の厳罰化

（阪大法学）52（6-237）1703〔2003.3〕

を招く可能性が指摘されているが、[2] そもそも被告人の量刑については、その軽重をめぐってこれまでも活発な議論がなされているところでもあり、加えて、近時、司法制度改革によって裁判員制度を導入することが決定され、一般市民が裁判員として罪責認定手続だけでなく刑の量定にも携わることが予定されていることに鑑みると、かかる指摘は全く当を得ていないものとは言い切れないであろう。一方で、被害者の意見陳述に対して、被告人は手続上どのように応じることができるのであろうか。この点、法は、被告人に反対尋問権を認めておらず、ただ意見陳述者に対する質問権のみを付与している（同条第四項）。しかも、この質問権は意見陳述の内容を確認するものに過ぎず、被害者も質問に対して回答の義務を有するものではないとされている。[3] このように、同制度においては、被害者の意見陳述が量刑上考慮されうるにもかかわらず、被告人がその内容に関して実質的に争う手段や機会については必ずしも明確にされていない。

このような問題について、一般に我が国においては、従来から、いわゆる「厳格な証明」と「自由な証明」という証明方式の違いに沿って論じられてきた。すなわち、通説・判例においては、量刑事情に関しては、犯罪事実に属するものについては「厳格な証明」によらなければならないが、それ以外の事情、特にいわゆる情状と呼ばれるものについては、「自由な証明」で足るものとされている。しかしながら、その一方で、学説においては、量刑事情となる事実が多種多様な事実の集合体であり、その中には伝聞証拠等も含まれうることから、そのすべてが「厳格な証明」になじむものではないということを認めつつも、「自由な証明」であっても被告人に争いのある場合は説明、反駁の機会を保障すべきであるという立場が有力であり、[4] さらには、実際の裁判で刑の量定が被告人の主な関心事になっていることに加えて、狭義の情状と犯罪事実との区別が必ずしも明確になされないこと、我が国では法定刑の幅が広く情状の果たす役割が極めて大きいことなどを理由として、情状事実についてもすべて厳格な証明

で行うべきであるとの主張もみられる。[5] しかしながら、かかる機会の根拠を何に求めるのかという点については、必ずしも明確にはされていないように思われる。なるほど、これらの学説の多くは当事者主義や適正手続といった理念にその根拠を見いだしているものの、その意味するところは論者によって微妙に異なっており、とりわけ、量刑事情にも「厳格な証明」を要するとする立場にあっては、当事者主義と適正手続が重畳的に用いられている感は否めない。

以上のような状況に鑑みると、量刑手続における被告人の権利についてはなお検討の余地が残されていると思われるのであり、とりわけ、当事者主義や適正手続の意味内容を確認しながら量刑事情に対して説明あるいは反駁する機会の根拠を追究していくことは、かかる手続的権利の射程範囲を明らかにするという観点からも有意義であると思われる。本稿は、かかる問題意識の下に、右の点について、アメリカの量刑審における伝聞証拠の扱い及び被告人の権利に関する議論を参考にしながら考察するものであり、量刑手続における被告人の権利に関する考察の準備作業として位置づけられるものである。

二　アメリカにおける判例の展開

1　アメリカの量刑手続においては、通常、刑の量定の際に判決前調査書が量刑資料として考慮されるが、これは、量刑裁判官の指示を受けた保護監察官が、被告人の経歴、前科前歴、性格及び周囲の環境のほか、被告人の刑の量定に資すると思われる情報を主として法執行機関の資料や被告人を始めとする事件関係者への聴き取り調査などから得て作成するものであるため、その内容は自ずから伝聞あるいは再伝聞にあたることになる。もとより、アメリカにおいては、手続二分を前提として、伝聞証拠も量刑資料として使用されてきたが、そのことは、現在、連

邦量刑ガイドライン §6A1.3 において明白に認められている。すなわち、§6A1.3(a) の後段は、「量刑にとって重要な事情（factor）に関する争いを解決する際、裁判所は、関連する情報が正確であることの蓋然性を十分に裏付ける信頼性の徴憑（sufficient indicia of reliability to support its probable accuracy）を有する限り、これを考慮することができる」と規定しており、さらに、その註釈も同様に、「関連事実を決定するに当たり、量刑裁判官は事実審で許容されうる情報に制限されない。あらゆる情報は、それが正確であることの蓋然性を十分に裏付ける信頼性の徴憑を有する限り、審理されうる。信頼しうる伝聞証拠は、考慮されうる」としている。このように、量刑ガイドライン下においては、伝聞証拠の使用が原則的に認められているが、それは必ずしも無制限なものではなく「信頼性の徴憑」がその要件とされることになる。そこで問題となってくるのがこの「信頼性の徴憑」の実質的内容である。なぜなら、それによって許容されうる伝聞証拠が左右されることになるからである。すなわち、「信頼性の徴憑」によって具現化される要件を厳格なものと解すれば量刑資料として使用できる伝聞証拠の範囲は狭まるであろうし、逆にかかる要件を緩やかに解するのであればその範囲も当然広がることになるからである。事実、判例においても、その解釈は概ね広狭二通りに分かれており、さらにそこではこうした解釈と深く関連して、量刑審における被告人の権利、より具体的に言えば、被告人の対面権の扱いをめぐる議論もなされている。そこで、以下では、本稿の関心に照らし、こうした判例の典型的な例として、量刑審における対面条項の適用を認めた United States v. Fortier[6] と、これを否定した United States v. Wise[7] を見ていくことにする。これらの判決はいずれも第八連邦控訴裁判所によるものであるが、Wise 判決の中で Fortier 判決は無効なものとして退けられており、その一連の流れを見ることによってアメリカの量刑審における被告人の権利に関する判例の展開が明らかになると思われるからである。

2　まず、Fortier 判決であるが、本件は、被告人の量刑審問の際、原審が被告人の刑を加重するために被告人が有罪の答弁を行わなかった訴因の中に挙がっていたコカインの量を追加して考慮した際、このコカインが被告人の所有にかかるものであるという事実を立証するために検察官によって提出された伝聞証拠を許容することは、憲法修正六条の対面条項によって定められた被告人の敵性証人に対する対面権を侵害するものであるとされた事案である。

被告人はコカインの営利目的所持に関する三つの訴因で起訴されたが、答弁取引の結果、コカイン一三九グラムの営利目的所持に関する第一の訴因についてのみ有罪の答弁を行い、残る二つの訴因については取り下げられることになった。しかしながら、原審は、判決前調査書及び検察官による陳述に基づき、第二の訴因にかかるコカイン二四九グラムをも考慮に入れて量刑の算定を行った。右コカインは秘密の情報提供者が麻薬取締官に提出したものであるが、判決前調査書によると、この情報提供者は右捜査官に「第三者が自分（情報提供者）にコカインは被告人のものであると言った」旨供述したとされる。しかも、同調査書は、被告人がコカイン密売の首謀者であるとも結論づけているが、その証拠として別の情報提供者と被告人との録音された会話を挙げており、その中で、被告人は情報提供者に渡した右コカインが自分のものであることを主張したとされている。これに対し、被告人は、右コカインが被告人の所有にかかるものであるということを証明するのに検察官が提出した証拠は不十分で信頼できないものであると主張した。すなわち、検察官は、右調査の中で言及された録音会話の反訳調書を持っており、その中で被告人はコカインが自分のものであることを認めていると裁判官に説明したが、その反訳調書も会話のテープも裁判所に提出されなかったのである。それでも結局、原審は、問題となっている右コカインが被告人の所有にかかることは証拠の優越によって証明され、それゆえ、量刑算定において考慮されるべきであると判示した(8)。

これに対し、上訴裁判所は、検察官が提出した証拠に依拠することは、対面条項によって具現化される被告人の権利を侵害するものであるとして、原審の判断を覆した。すなわち、裁判所は、判決前調査書が明らかな伝聞証言を用いて被告人と右コカインを結びつけたこと、及び、録音会話について、反訳調書の中で被告人が右コカインの所有を認めたと検察官が主張しているにもかかわらず、こうした事実の立証のために反訳調書も情報提供者も原審には提出されなかったことを重視する。その上で、過去の連邦最高裁判決に基づき、次のように判示する。すなわち、「証拠法は量刑審においては適用されないが、証拠法と独立して機能する対面条項は適用される。対面条項は、伝聞法則を定めるものではなく、それゆえ、伝聞法則の適用の誤りが自動的に対面条項の侵害となるわけではない（California v. Green）[9]。しかし、被告人に不利な証拠として伝聞供述を許容することは、裁判所が供述者の利用不能性及び伝聞供述の信頼性を裏付ける信頼性の徴憑を認定しない限り、対面条項を侵害する。伝聞法則のよく知られた例外はそれ自体信頼性の徴憑である（Bourjaily v. United States）[10]。そして、伝聞供述が伝聞排除に対するよく知られた例外のどれにも該当しない場合、当該供述が「信用性の個別的保障（particularized guarantees of trustworthiness）」を有するのであれば、信頼できない供述者からの証拠は対面条項に基づく異議に反して許容されうる（Ohio v. Roberts）[11]」と。これを踏まえて、本件においては、情報提供者による証言もテープあるいは反訳調書の提出もなされなかったことから伝聞供述の信頼性についていかなる認定もなしえなかったこと、反訳調書の内容に関する検察官の説明は一方当事者によって提出されているものであり会話を聞いた証人によるものではないこと、及び、判決前調査書に「確立した伝聞例外（a firmly rooted hearsay exception）」は到底適用できないことを理由として、被告人の対面権が侵害されたと結論づけたのである[12]。

3　しかし、この Fortier 判決は二年後の United States v. Wise で結局は覆される。この事件では、当初、合

議（panel）によって判決が言い渡されたが、その後、職権で（on our own initiative）裁判官全員（en banc）による再審理が行われた結果、Fortier 判決及びこれに基づいたWiseの合議判決が否定されることになったのである。本件は、通貨偽造罪につき有罪答弁を行った被告人の量刑審問において、原審が、判決前調査書の中の伝聞供述に基づいて、被告人がこの事件の首謀者であると認定し、これに基づいて刑の加重を行ったことから、こうした伝聞供述の使用が争われた事案である。

これについて、最初の合議判決では、被告人が首謀者であるということを認定する際に原審が依拠した証拠は伝聞でありその使用は対面条項に反するという理由で原審の破棄差戻が言い渡された。判決に至る経緯は以下の通りである。量刑審において提出された被告人の判決前調査書には、被告人が自分のシルクスクリーン印刷店で連邦準備券（federal reserve notes）を偽造したこと、共犯者の Terry Lankford に聴き取り調査を行い、その結果、被告人が Lankford に額面五〇ドルの偽造準備券三枚を渡したとの供述が得られたこと、また、被告人の妻がシークレットサービスの係官に対して、偽造準備券を使うために被告人と一緒にオクラホマへ行ったと供述したこと、その他四名に聴き取り調査を行った結果、被告人から偽造をやっていることを聞いた、あるいは被告人が準備券を偽造しているのを見たといった供述が得られたことが記載されていた。これを踏まえて、判決前調査書は、被告人が五人あるいはそれ以上の犯罪行為の首謀者又はリーダー（an organizer or leader）であったとして、量刑基準表における犯罪レベルの増加を勧告した。(13)

この内容について、量刑審では同調査書の作成者である保護観察官が証言することとなり、被告人は争点となっている事実に関して彼に反対尋問することができた。保護観察官は、共犯者である Lankford と Earl Dean Laughlin, Jr. 及び公判前ディバージョンにある他の二人が被告人のために売り捌くよう（distribute）被告人から偽

造準備券を受け取ったと供述した旨証言した。また、この偽造計画へ関与した結果、パロールが取り消された者がいたことについても言及した。この保護観察官は、これら全員が被告人のために働いたと確信していた。被告人は判決前調査書について争い、それに答える形で自ら証言した。その結果、原審は、被告人の首謀者としての役割及び少なくとも五名以上が関与していたことに関する判決前調査書の事実認定を採用した。(14)

これに対して、合議判決は、「Fortier 判決によって要求された対面条項分析を行わないままに、保護観察官の伝聞供述に基づいて事実認定を行うことは誤りであった。例えば、原審は、法廷外の供述者が証人として利用可能かどうか調査すべきであった。もしこれらの者が利用不能であるならば、その伝聞供述は次の場合を除いて許容されないであろう。それは、①伝聞供述が確立された伝聞例外に該当する場合、あるいは②他の特別な信頼性の徴憑がある場合、である。例えば、Lankford、被告人の妻、Laughlin の伝聞供述は、刑事上の利益に反する供述として証拠とすることが許容されたであろう」と判示し、原審を破棄した。(15)

これに対して、再審理判決は事実審と量刑審との相違を強調することで合議判決を破棄する。すなわち、同判決は、連邦最高裁による Specht v. Patterson(16) を引用し、デュープロセスが被告人に対面及び反対尋問権の実現を要求するのは量刑手続が「別個の刑事手続（a separate criminal proceeding）」を構成する場合であるとし、量刑ガイドライン下における量刑手続がこうした手続に当てはまる程度にまで変化したか否かを判断する必要があるとする。(17) Specht 判決は、量刑審において新たな事実認定が行われ、それによって被告人に新たな責任（charge）が加えられることになるにもかかわらず、被告人に告知あるいは通常の意味における審問の機会が与えられないような場合にはデュープロセスが侵害されることになることを判示したものであり、Wise 再審理判決も量刑ガイドライン実施以降の量刑手続がこうした状況に該当するかどうかを問うたのである。そして、最終的に同裁判所は、量刑ガ

イドラインの実施が量刑手続に実質的な変化をもたらしたことを認めつつも、以下の四点を指摘し、本件はSpecht判決で示されたような状況には該当しないと結論づけた。すなわち、同裁判所は、第一に、量刑ガイドラインは量刑上考慮される情報の範疇を縮小したが、その中にはなお被告人の有罪・無罪とは関連のない情報も含まれるのであり、かかる情報を得るために量刑裁判官はこれまでと同様に広範な調査を行う必要があることから、量刑ガイドラインは量刑審における情報収集の方法を根本的に変化させるものではないとする。第二に、量刑ガイドラインの実施によって、個々の情報が量刑に与える影響が明確化されたが、これは単に量刑裁判官の裁量を制限するという連邦議会の意図を反映したものに過ぎず、量刑審における被告人の手続的保護を強化することに理由を与えるものではないとする。第三に、刑罰理念の変化に言及し、確かに、刑罰理念としての改善更生は衰退し、量刑改革法も量刑において達成されるべき目的として、応報（punishment）、予防（deterrence）、無害化（incapacitation）の次にこれを置いているが、これらの目的に適した量刑決定を行うためにも情報収集は必要であり、そのためには、対面権で制限されない従来からの手続がなお維持される必要があることを指摘する。そして、最後に、関連行為の使用が量刑手続を新たな罪責認定手続へと巧みに変換しているとする一部の指摘に応じる形で、かかる関連行為はそもそも犯罪の構成要素ではなく、従前より量刑事情として扱われてきたものであることを強調する。この点について、さらに裁判所は、McMillan v. Pennsylvania[18]において、「合理的な疑いを超える」基準は有罪認定に必要な事実の証明に適用されるが、量刑手続においては、たとえそこで考慮される事実の証明が被告人の量刑を加重するものであったとしても事実審と同じ基準が適用されることになるわけではない旨判示されたが、それはあくまでデュープロセスに照らして著しい量刑の不均衡が生じない限りにおいてであることも付言していることに触れて、デュープロセスの観点から見た場合、対面権の保護についても同様であり、単に量刑審で証明される事実が被告人の刑

を加重することになるからという理由で、同じ保護が量刑審においても適用されるということになるわけではないとする。以上の点を踏まえて、裁判所は、量刑ガイドラインの実施により量刑手続に変化は生じたが、それは Specht 判決で示されたような状況に及ぶものではなく、よって、量刑審において対面条項は適用されず、Fortier 判決及び Wise 合議判決は破棄を免れないとしたのである。(19)

三　若干の検討

1　右で示した判例については概ね次のように整理できよう。まず、Fortier 判決や Wise 合議判決で見られたような、量刑審においても被告人に対面権を認めるべきであるとする立場は、たとえ量刑審であってもそこで事実認定が行われる点を重視して対面条項の厳格な適用を促す（以下、こうした立場を「肯定説」と呼ぶ）。すなわち、例えば Fortier 判決では、「対面条項は検察官に信頼できる様式で証明を行うことを要求するものであり、証人に対する適切な対面の欠如は事実認定過程の廉潔性（integrity）に疑義を差し挟むことになる」ことを指摘すると同時に § 6A1.3 が「十分な信頼性の徴憑」を伝聞証拠使用の要件としていることに触れ、そこから § 6A1.3 の「信頼性の徴憑」を対面条項に結びつけて理解する。(20) すなわち、連邦最高裁は、Ohio v. Roberts において、対面条項との関係で公判廷外の供述（伝聞供述）を許容する一般的要件を示したが、肯定説もこれに従い、伝聞証拠に対しては、まず原供述者の利用不能性を問題とするものであり、原供述者の喚問が不可能な場合にあって初めて伝聞供述を許容する要件として「確立した伝聞例外」に該当することか、それ以外の場合には「信用性の個別的保障」の立証が必要になるとするのである。(21)

これに対して、量刑審における対面権を被告人に認めない立場（以下、便宜的に「否定説」と呼ぶ）においては、

量刑審における対面条項の適用は第一義的にデュープロセスの問題であるとして、Specht v. Patterson に従い、量刑手続が量刑ガイドラインの実施によって対面権の適用が要求されるほど劇的に変化したかどうかを最初に問う。その上で、否定説は、量刑ガイドラインの実施がこうした変化をもたらすものではないとして対面条項の適用を否定する。

そして、§6A1.3 の「信頼性の徴憑」をめぐる解釈についても、否定説はこれをデュープロセス上の要求として捉える。例えば、Wise 再審理判決では、「対面条項は量刑手続において適用されないが、だからといって、このことは量刑手続における伝聞証拠の使用に憲法上の制約がないことまでを意味するわけではない。被告人は『憲法レベルの重大性をもった誤情報（misinformation of constitutional magnitude）』に基づいて刑を量定されない（United States v. Tucker）[22]。補強証拠のない伝聞証拠は、被告人にその証拠を説明あるいは反駁する機会が付与される限り、裁判所によって適切に考慮されうる（United States v. York）[23]」ことを示した上で、量刑ガイドラインがこうした原則を明確に理解していることは §6A1.3 で信頼性の十分な徴憑を要件として伝聞証拠の考慮を認めていることによって窺い知ることができるとしている[24]。

なお、この Tucker 判決は、そもそも一九四八年の連邦最高裁による Townsend v. Burke[25] に由来するものである。Townsend 判決は、弁護人によって代理されていなかった被告人の量刑手続において、検察官によって誤った情報を提出されたかあるいは裁判所によって記録が誤読されたため、誤った過去の刑事記録に関する推測（assumption）に基づいて量刑が行われたことにつき、最高裁が、このような情況においては、修正一四条のデュープロセス条項が侵害されているとする判断を示したものである。そして、Tucker 判決は、量刑手続において原審が被告人の三つの重罪前科を考慮に入れて法定の最大限の刑を被告人に科したところ、数年後、この三つの重罪前科

の認定のうち二つが被告人の弁護権が侵害されていたとして憲法上不当なものであったと判断されたことから、その妥当性が問題とされた事案である。判決の中で、最高裁は、Townsend 判決を引用しつつ、「我々がここで扱っているのは、裁判官の裁量において科された量刑ではなく、少なくとも部分的に、憲法レベルの重大性をもった誤情報に基づいた量刑である」と述べ[26]、かかる誤情報を量刑のために考慮することはデュープロセスの侵害になることを確認した[27]。さらに、こうした立場は他の連邦控訴裁判所においても確認されている。例えば、第一〇連邦控訴裁判所において United States v. Beaulieu[28] は、再伝聞となる判決前調査書の中の供述を量刑のために使用したことにつき、被告人は著しく誤った情報に基づいて刑を宣告されないデュープロセス上の権利を有しているとして、Tucker 判決に基づき次のように判示している。すなわち、「デュープロセスは、憲法レベルの重大性をもった誤情報に基づいて被告人の量刑がなされないことを要求している（United States v. Tucker）。この権利は、被告人に不利益に使用される情報に対して告知を受け当該情報に反駁あるいは説明をする機会が与えられることを要求することによって保護される。それが伝聞情報と関連する場合、デュープロセスは、当該情報が信頼性の最低限の徴憑を有し、それが単なる主張（allegation）以上のものであることを要求する」とするのである[29]。

要するに、否定説は、デュープロセスが「（憲法レベルの重大性を伴うような）著しく不正確な情報によって刑の量定をされない権利」を被告人に保障することは認めるものの、それが量刑審において被告人に対面権を付与することまでは認めるものではなく、かかる理解の範囲内で§6A1.3における「信頼性の徴憑」を捉えるのである。それゆえ、§6A1.3における「信頼性の徴憑」は、伝聞証拠の使用に対するデュープロセス上の制約として理解されるのであり、対面条項とは切り離して論じられることになる。例えば、United States v. Petty[30] は、共犯者の公判廷外の供述について、それは「推定的に信頼できないもの」として扱われるが、他の被告人を含む事件関係者や

捜査官の供述や証言によって補強され、右供述の非信頼性が論駁されることによって右供述に信頼性の実質的な徴憑が表れるとの判断を示した。[31] 事実審においてこうした伝聞証拠の非信頼性の推定を論駁するために当該伝聞証拠と独立した補強証拠（extrinsic corroborating evidence）を使用する方法は連邦最高裁による Idaho v. Wright[32] において否定されているが、Petty 判決は、United States v. Kikumura[33] を引用することによって量刑審においてかかる方法をとることは不当ではないことを示す。すなわち、Kikumura 判決は、Wright 判決が事実審においてのみ妥当するものとされる Ohio v. Roberts に由来するものであることを理由に、Wright 判決の射程も事実審に限定されるものであり量刑審には及ばないと判示しており、[34] Petty 判決もこれに従ってかかる方法の正当性を支持するのである。[35] こうして、否定説においては「信頼性の徴憑」の実質的内容は広く捉えられることになり、さらに言えば、「伝聞証拠が信頼できるものであるかどうかは各事件の個別的事情（the particular circumstances of each case）に依拠する」[36] ことになるとされるのである。

そして、デュープロセスの下における被告人の手続的権利は、例えば、第八連邦控訴裁判所における United States v. Papajohn[37] が示しているように、「量刑の文脈において、デュープロセスは信頼性の必要性とあらゆる関連情報の考慮を認める必要性とのバランスを要求するものである。量刑を決める際に裁判所が依拠した判決前調査書の記載事項について争いのある被告人にはその内容に対して説明あるいは反駁する機会が付与されなければならないが、反駁のための手続は、量刑裁判官の十分な裁量（sound discretion）の範囲内にあるものであり、その行使における明白な誤りや濫用がない限り、覆されることはない」[38] とされるのであり、デュープロセス条項に基づいて被告人の利益と他の関連する利益とを衡量した上で付与されるものとして捉えられることになる。[39]

2　なお、こうした立場の相違を考察するにあたっては、アメリカ特有の事情として手続二分制の存在があり、

とりわけ否定説がこれを前提に事実審と量刑審とで異なる手続が適用されるとしていることにも留意しておく必要があろう。この点につき、否定説に立つ判例のリーディングケースとして強い影響力を有するものに一九四九年の連邦最高裁による Williams v. New York[40] がある。同判決は、量刑審における伝聞証拠の使用を是認したものであるが、その理論的根拠は改善更生という刑罰理念の実現にあった。すなわち、同判決では、この理念の下、多種多様な量刑資料を集めそれを検討することが適切な量刑決定にとって必須であると考えられたのであるが、そのためには、伝聞法則を始めとする証拠法則を適用することは作業の妨げとなるのであり、それゆえ証拠法則からの解放が必然的に求められたのである。同判決において事実審と量刑審との差異が強調されたのはかかる理由によるものであり、また、それゆえに量刑審における対面権の保障についても消極的に解されたのである。しかも、同判決は、「デュープロセスは量刑審における証拠手続を事実審の型の中に嵌め込むための道具ではなく、同条項をそのように扱うならば刑事司法の運営を改良する進歩的努力を妨げることになる」[41]として、こうした峻別はデュープロセスの観点からも是認されることも併せて示したのである。

Williams 判決は証拠法とデュープロセスの観点から伝聞証拠の扱いについて検討したものであったが、さらに、一九六五年に連邦最高裁が Pointer v. Texas[42] において、いわゆる選択的編入（selective incorporation）理論によって修正六条の対面条項が憲法修正一四条の適正手続条項を介して州の手続にも適用される旨判示して以来、対面条項の観点からもこの問題に対する検討が行われることになる。その代表的な判例としては、第二連邦控訴裁判所による United States v. Fatico[43] があるが、この事件でも、原審においては連邦最高裁判例に基づき量刑審における対面条項の適用が是認されたが、最終的にこの判断は控訴審によって覆されることになる。同控訴審で裁判所は、Williams 判決に全面的に依拠して、量刑審におけるデュープロセスに基づく対面権の適用を否定する一方で、対面

条項についても、反対尋問による対面権が被告人に与えられるべき情況を明らかにすることによって刑事手続の公正さを保障することが狙いとされているという点でデュープロセス条項と区別される必要はないとして、対面条項のみを取り上げて検討することはしなかった。すなわち、裁判所は、デュープロセス条項も対面条項も対面権という同じ権利を保障するものであるが、Williams 判決に従えばデュープロセス条項に基づく対面権は量刑審においては否定されることになるから、それが対面条項に基づくものであったとしても結論は同じであるという判断を下したのである。(44)

このように、いずれにしても対面権の適用を否定する理由は、被告人の改善更生を達成するのに適切な刑罰を決めるために広範な情報が必要とされたことに求められた。(45) この点に関連して、学説の中には、刑罰理念の変化に伴い、量刑ガイドライン下においては、考慮される量刑事情が被告人の性格や生活状況等よりもむしろ事実審で認定された犯罪事実や関連行為等に関するものに推移したため、Trial-type の証明がより可能になったことを指摘して、判例を批判するものもある。(46) もっとも、Wise 控訴審判決のように刑罰理念の推移があっても量刑手続自体は変化しないことを示すものもあるが、実際のところ、否定説に立つ判例の多くは、Williams 判決で示された（量刑審の側から見た）手続二分の理由を改めて検討することなく、むしろ、これを当然の前提として、量刑ガイドライン下の手続が「別個の刑事手続」を構成するかどうかだけが議論の対象とされているといえよう。(47)

四　おわりに

以上、本稿においては、アメリカの量刑審における伝聞証拠の扱いと被告人の対面権の状況について簡単に紹介、検討してきた。本稿で扱った判例は主に一九九〇年代前半のものであるが、現在においてもこの問題をめぐる状況

に特に変化が見られるものではないことを付言しておくとともに、最後に、本稿で展開してきたアメリカにおける状況を参考にして、我が国における量刑手続においても触れておくことにする。

冒頭にも述べたように、我が国においては、被告人が量刑事情に対して説明、反駁する機会について、学説の多くは当事者主義や適正手続といった理念にその根拠を見いだしているものの、その根拠は必ずしも明確ではない。これに対し、アメリカでは、デュープロセス条項による場合であれ対面条項による場合であれ、少なくともその根拠は明確にされているといえよう。そして、その上でこれらの条項に則って量刑審における対面権適用の是非に関する議論がなされ、かかる機会の射程範囲が定められることになる。つまり、否定説と肯定説の相違は、量刑審においても被告人固有の権利として対面権を認めるか否かという点に集約されるのであるが、このことは、それぞれの解釈の根拠となるデュープロセス条項と対面条項の性質の差異に起因するものであるといえよう。すなわち、前者が関連する利益の衡量の上に成り立つものであるのに対し、後者は、絶対的なものではないにしろ、それ自体被告人の権利として成り立つものであって、かかる性質に則って量刑審における被告人の権利が議論されているのである。

こうしたことに鑑みると、我が国の場合でも、量刑手続において被告人に説明や反駁の機会が与えられる場合に、対面条項に基づく場合のようにこれを被告人特有の権利として捉えるのか、あるいは、あくまで関連する他の利益との衡量に基づいて付与されるものとして捉えるのか、それによってかかる機会の射程範囲は異なってくるものと思われる。この点、我が国では、「厳格な証明」や「自由な証明」といった証明方式の違いに沿って量刑事情、とりわけ情状に関する取調べがなされており、量刑手続における被告人の権利もこれに適合するような形で論じられている。すなわち、量刑事情について「自由な証明」で足りるとする理由として、刑事訴訟法の法文上の解釈の他

に、量刑事情の中には類型性に乏しく複雑多義であり「厳格な証明」にはなじまないことや右のような量刑事情に厳格な証明を要すると考えると量刑資料が極めて限定され実際上は被告人に不利な結果を招来すること、あるいは、当事者が争っていない量刑資料をすべて公判に示して認定すると被告人の旧悪や悪性が不必要に公判で示されたり、審理に不合理なほどの時間を要したりすることなどが挙げられているが(48)、思うに、かかる理由はいわば証明手続のための便宜的側面が強調されているのであり、その意味において、アメリカの否定説に近いもの、すなわち被告人の利益と他の関連する利益（とりわけ裁判の合理化）の衡量の上に成り立っているものと考えられる。

なるほど、アメリカの場合、これまで見てきたように、量刑審において伝聞証拠が使用され、なおかつ被告人の対面権（及びこれに由来する反対尋問権）が制限される理由は、詰まるところ、事実審と量刑審との峻別というところに求められた。そして、かかる峻別については、Williams 判決以来、様々な理由が述べられているところではあるが、いずれにしろ、判例における多数説は、この峻別を前提として、Specht 判決で示されたような状況に該当しない限り、かかる制限は解除されないことになる。しかしながら、我が国においては、アメリカのように罪責認定と量刑とで異なる手続が採られることはなく、いずれも同じ公判手続の証拠調の中で吟味されることに鑑みると、アメリカの場合ほど厳格に量刑手続を区別する理由はないように思われるのであり、単に量刑事情に関する証拠が「厳格な証明」になじむものであるかどうかということだけではなく、対面条項のような当事者主義（adversary proceeding）的性格(49)を有する規定から量刑手続における被告人の権利を引き出す余地も残されているようにも思われる。むろん、アメリカにおけるデュープロセスや当事者主義の内容は我が国におけるものと必ずしも全面的に一致するものではなく、本稿における極めて概括的な考察から我が国の量刑手続における被告人の権利に対する理想的なアプローチを導き出すことは早計であろう。それゆえ、ここでは我が国の量刑手続において当事者主義を

貫徹すべきであるとか、ましてや直接憲法三七条二項に基づいて被告人に反対尋問権を常に保障すべきであるとまで主張するものではない。しかしながら、刑事裁判を取り巻く状況が劇的に変化しつつある現在、量刑手続における被告人の権利についても改めて議論の対象となる可能性は決して少なくないのであり、その際には、単に「厳格な証明」、「自由な証明」という従来の枠組みだけではなく、証人審問権などといった憲法上の規定までも視野に入れる余地があることもまた留意しておく必要があろう。

（1）松尾浩也編著『逐条解説犯罪被害者保護二法』（有斐閣、平一三）一〇一頁。

（2）例えば、斉藤豊治「アメリカにおける死刑の量刑手続と被害者の参加」井戸田侃先生古稀祝賀論文集『転換期の刑事法学』（現代人文社、平一一）五三三頁。

（3）椎橋隆幸＝高橋則夫＝川出敏裕『わかりやすい犯罪被害者保護制度』（有斐閣、平一三）七七頁。

（4）平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、昭三三）一八〇頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（青林書院、改訂版、平二）一九五頁、田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、新版、平八）二九一頁、松尾浩也『刑事訴訟法（下）』（弘文堂、新版補正第二版、平一一）一三二頁、渥美東洋『刑事訴訟法』（有斐閣、新版補訂、平一三）三五七頁、田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂、第三版、平一三）二六頁、二七二頁。

（5）松岡正章「情状事実とその証明手続」立命館法学一〇五・一〇六号（昭四八）一四六頁以下〔量刑手続法序説（成文堂、昭五〇）所収、七一頁以下＝量刑法の生成と展開（成文堂、平一二）所収、二八一頁以下〕、光藤景皎『口述刑事訴訟法（中）』（成文堂、平四）一一四頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』（有斐閣、平五）二〇〇頁。

（6）United States v. Fortier, 911 F.2d 100 (8th Cir. 1990).

（7）United States v. Wise, 923 F.2d 86 (8th Cir. 1991), vacated, 976 F.2d 393 (8th Cir. 1992) (en banc).

（8）Fortier, 911 F.2d at 101-103.

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

（10）Bourjaily v. United States, 483 U.S. 171 (1987).

(11) Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980).
(12) Fortier, 911 F.2d at 103-104.
(13) Wise, 923 F.2d at 86-87.
(14) *Id.* at 87.
(15) *Id.* at 87.
(16) Specht v. Patterson, 386 U.S. 605 (1967).
(17) Wise, 976 F.2d at 398.
(18) McMillan v. Pennsylvania, 477 U.S. 79 (1986).
(19) Wise, 976 F.2d at 398-401.
(20) Fortier, 911 F.2d at 103.
(21) 原供述者の利用不能性については Wise 合議判決の中で触れられている。Wise, 923 F.2d at 87.
(22) United States v. Tucker, 404 U.S. 443 (1972).
(23) United States v. York, 830 F.2d 885 (8th Cir. 1987).
(24) Wise, 976 F.2d at 402.
(25) Townsend v. Burke, 334 U.S. 736 (1948).
(26) Tucker, 404 U.S. at 447.
(27) なお、誤情報の程度については、Townsend 判決においても、量刑審において誤情報が提出された場合がすべてデュープロセスの侵害になるわけではなく、その情報が「甚大にかつ著しく (extensively and materially)」誤っていることが求められることが示されている。Townsend, 334 U.S. at 741.
(28) United States v. Beaulieu, 893 F.2d 1177 (10th Cir. 1990), *cert. denied*, 110 S.Ct. 3302 (1990).
(29) Beaulieu, 893 F.2d at 1181.
(30) United States v. Petty, 982 F.2d 1365 (9th Cir. 1993).
(31) Petty, 982 F.2d at 1369.

(32) Idaho v. Wright, 497 U.S. 805 (1990).
(33) United States v. Kikumura, 918 F.2d 1084 (3d Cir. 1990).
(34) Kikumura, 918 F.2d at 1103 n. 21.
(35) Petty, 982 F.2d at 1369.
(36) Wise, 976 F.2d at 403.
(37) United States v. Papajohn, 701 F.2d 760 (8th Cir. 1983).
(38) *Id.* at 763.
(39) なお、本判決は量刑ガイドラインの実施以前のものであるが、Wise 再審理判決においては、本判決と Fortier 判決及びその由来となった United States v. Streeter, 902 F.2d 781 (8th Cir. 1990) との整合性が問題視されており、最終的に後者の二判決が無効なものとして退けられたことによって、結果的に量刑ガイドライン下においても Papajohn 判決の有効性が確認されることになった。
(40) Williams v. New York, 337 U.S. 241 (1949).
(41) *Id.* at 250-251.
(42) Pointer v. Texas, 380 U.S. 400 (1965).
(43) United States v. Fatico, 441 F.Supp. 1285 (1977), *rev'd*, 579 F.2d 707 (2d Cir. 1978).
(44) Fatico, 579 F.2d at 713-714.
(45) なお、その他に、証人尋問に伴う過度の負担を裁判所が強いられることになることも指摘されている。
(46) Note, *An Argument for Confrontation under the Federal Sentencing Guidelines*, 105 HARV. L. REV. 1880, 1885 (1992); David A. Hoffman, *The Federal Sentencing Guidelines and Confrontation Rights*, 42 DUKE L. J. 382, 416-417 (1992).
(47) 例えば、Kikumura 判決は、過去の最高裁判例を羅列して手続二分制の確立していることを説くが、手続二分制の採られる理由については十分な言及はしていない。Kikumura, 918 F.2d at 1099-1100.
(48) 西村清治「量刑手続と自由な証明」判例タイムズ四四六号（昭五六）一九頁、渥美・前掲注(4)三五七頁。
(49) 一般に、当事者主義という言葉は当事者追行主義を意味するものとして用いられるが、ここでは単に訴訟追行の主

導権が裁判所ではなく当事者に委ねられるという本来的な内容だけではなく、渥美東洋教授が「論争・当事者主義」という言葉で示したような、当事者各々の価値、立場を主張し展開する公正な機会を手続的に保障するという点もまた重要になってくるものと思われる。ただし、当然のことながらこれも適正手続と当事者主義とを同視するものではなく、焦点はあくまで当事者の手続追行権の充実に置かれることになろう。鈴木・前掲注(4)一九頁、渥美・前掲注(4)二一六頁、田口・前掲注(4)二二頁参照。なお、アメリカの最高裁判例においては、対面条項と当事者主義との関係に触れて、「対面条項において中心となる関心事は、刑事被告人に不利な証拠を事実認定者（trier of fact）の面前で当事者主義手続（adversary proceeding）の文脈において厳しい吟味にかけることによってその信頼性（reliability）を確保することにある」旨判示されている。Maryland v. Craig, 497 U.S. 836, 845 (1990).