The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	量刑手続と被告者の「対面権」
Author(s)	島田, 良一
Citation	阪大法学. 2004, 54(4), p. 105-132
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55371
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

量刑手続と被告人の「対面権」

島田良一

一　はじめに
二　Williams 判決及び Fatico 判決
三　批判的学説
四　若干の考察
五　我が国法への示唆
六　おわりに

一　はじめに

我が国において、量刑資料たる証拠の信用性をいかにして確保するかという問題については、従来、「厳格な証明」と「自由な証明」という証明方式の枠組みの下に論じられてきたといえよう。すなわち、学説及び判例における通説的見解によれば、犯行の動機、手段方法など犯罪事実に属するものに関しては厳格な証明によるところとなる一方で、犯人の経歴、生活態度、犯行後の改悛の情、被害弁償の有無、被害感情の強弱や被害者の事件に対する

（阪大法学）54（4-105）1061〔2004.11〕

意見や心情など狭義の意味で情状と呼ばれているものについては、自由な証明で足りるとされている。そして、前者においては、証拠能力及び適法な証拠調べを経ることが要求されることから、伝聞証拠など証拠能力を欠く証拠は排除され、証人に対しても尋問するなどできるのに対し、後者においては、必ずしもこうした制限は要求されないことになる。もっとも、学説においては、自由な証明といえども全く無制限ではなく、単なる量刑事情、すなわち情状事実についても、当事者に対して十分な防御の機会を与える必要があることもまた有力に論じられている。(1) しかしながら、一般的に、自由な証明の内容は、手続の種類、証明の対象となる事実、当事者の要請などに応じて個別的に論定されるべきであるとされていることもあり、(2)「十分な防禦の機会」の具体的内容について必ずしも一義的な帰結が得られているわけではない。(3)

そこで、本稿では、少し別の角度からこの問題について考えてみたいと思う。すなわち、例えば、アメリカにおいては、量刑手続における被告人の防禦権の範囲について、主として憲法上の規定にその根拠を求めることによってその解決が図られている。そして、量刑資料たる証拠の信用性の問題についても、量刑手続において被告人が「対面権」を有しているかどうかという観点から論じられており、こうした憲法を中心としたアメリカ法の発想は、我が国における同様の問題を考えるにあたっても有益な示唆を与えてくれるように思われる。なお、近時、我が国においても、合衆国憲法修正六条の対面条項を手掛かりに憲法三七条二項の証人審問権に関する新たな見解が展開されているが、そこから得られる知見についてもこの問題を検討する際の手掛かりとしたい。

二　Williams 判決及び Fatico 判決

1　ここではまず、量刑手続における被告人の「対面権」の有無に関する裁判所の見解を見ていくことにする。

現在のところ、この点については否定的に解するのがアメリカの判例における支配的な見解となっているが、判例上、最初にこれを認めたのは一九四九年の連邦最高裁による Williams v. New York[4] である。

右判決の概要は以下の通りである。被告人 Williams は、第一審で、第一級謀殺罪で陪審によって有罪の評決を受けた。このとき、陪審は被告人の刑罰について量刑裁判官に終身刑を勧告したが、量刑裁判官は判決前調査書の内容を斟酌して被告人に死刑を宣告した。これに対し、被告人は、裁判官が量刑の際に依拠した判決前調査書に情報を提供した証人に対して、被告人が対面し、反対尋問あるいは反駁する機会はなかったにもかかわらず、量刑裁判官がこうした伝聞証拠に基づいて死刑判決を言い渡したことは合衆国憲法修正一四条のデュープロセス（適正手続）条項に違反していると主張し、そのことを理由として New York 州の控訴裁判所に上訴した。しかし、同裁判所も当該量刑手続は州法に反するものではないことを理由として第一審の量刑を維持したため、被告人は引き続いて連邦最高裁に上訴したものである。

問題とされた判決前調査書には、被告人が近隣地域及びその周辺で殺人を含む三〇余りの夜間侵入盗を行っていたことが記載されていた。これらの事件のうち、数件については被告人がその犯行を認めていたとの情報も記載されてはいたが、これらの事件について有罪判決を受けているわけではなかった。しかも、同調査書には被告人が病的な性衝動をも有しており、被告人が社会にとっての脅威である旨が記載されていた。[5]

被告人の上訴に対し、連邦最高裁は以下のような理由に基づいてこれを棄却した。まず、アメリカでは植民地時代以来、伝統的に量刑手続においては事実認定手続のような当事者主義を採るものではなく、裁判官に広範な裁量が与えられてきたことを挙げる。そして、被告人の改善更生を主眼に置いた刑罰理念に従って、刑の量定のためには被告人の性格や生活状況等も含む多種多様な資料を収集する必要があり、そのためには事実認定の場合に要求さ

れるような証拠法則を厳格に適用することは現実的ではないと説示する。[6] そして、判決前調査書についても、同調査書の作成者である保護観察官は被告人の味方ではあっても検察官の味方ではないことを強調した上で、これらの調査書は改善更生という刑罰理念を具現化するための情報源として大変重要であり、それがなければ裁判所は当て推量や不適切な情報に依拠することになってしまうであろうことを論じた。[7] また、連邦最高裁は、被告人に関する網羅的な情報の中のある一部分に関して争いがあるたびに保護観察官や情報提供者を証人として公判廷に召喚し反対尋問等を行うのであれば、量刑審理は小型の事実審のようになってしまい、訴訟は遅延極まりない状態に陥るであろうという懸念を示した。[8] これらの理由から、連邦最高裁は、量刑審においては事実審で適用される証拠法則は適用されず、判決前調査書など量刑に関する資料の内容が伝聞法則に抵触する場合においてもこれを刑の量定のために考慮しうるという判断を示したのである。

加えて、連邦最高裁は、デュープロセスに関して次のような見解を示す。すなわち、デュープロセス条項は、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というものである。[9] 要するに、量刑審においては、適切な刑の量定のために多種多様な証拠を考慮する必要があることから有罪か無罪を決定するだけの事実審を念頭に置いた証拠法則の適用は妥当ではなく、それゆえ、伝聞証拠を含むあらゆる証拠を使用することも認められ、その結果、被告人の対面権が制限されることもやむをえないとされるのである。

2　その後、一九六五年に連邦最高裁がPointer v. Texas[10]において、いわゆる選択的編入(selective incorporation)理論によって憲法修正六条の対面権が憲法修正一四条のデュープロセス条項を介して州の手続にも適用される旨判示して以来、量刑審における対面権の問題についても憲法修正六条に基づく議論がなされることに

なる。そして、この点から初めてこの問題に言及したのが第二連邦控訴裁判所におけるUnited States v. Fatico[11]である。

本件の概要は次のとおりである。被告人Faticoは共犯者とともに武装強盗罪で有罪とされたが、その量刑審において、被告人が自己に不利な判決前調査書の内容について異議を申し立てたため、検察官は、当該内容に関して、被告人が犯罪組織であるCarlo Gambino一家の仲間であるという連邦捜査局（ＦＢＩ）の捜査官の証言を証拠として申請しようとした。ところが、この証言の内容は、右捜査官がやはりCarlo Gambino一家の一員であるところの信頼しうるが秘密の情報提供者（reliable but confidential informant）の供述から得たものであったことから、本件では、量刑審においてもこうした（再）伝聞証拠を許容しうるかどうかが争われたものである。

この点につき、原審のWeinstein裁判官は、憲法修正五条におけるデュープロセス条項と憲法修正六条における対面条項の双方の観点から検討を行った。そして、同裁判官は、右ＦＢＩ捜査官の証言が証拠として提出された場合、被告人側が当該証言の情報提供者の信頼性（credibility）及びその情報自体の信用性（reliability）に対して他の証拠あるいは反対尋問を通じて十分に攻撃することができないことを理由に、憲法修正五条のデュープロセス条項及び憲法修正六条の対面条項を侵害するものとして検察官の証拠申請を却下した。

Weinstein裁判官は、まず、デュープロセス条項について、Williams判決によって指摘された量刑手続の歴史的、実際的側面の重要性に理解を示す一方で、同判決においては、量刑のために使われる情報の正確性と信用性については重視されなかったことを指摘した上で、Townsend v. Burke[12]及びUnited States v. Tucker[13]を引用し、誤情報や誤解、誤った推測などの存在する量刑はデュープロセスを侵害するものであり不当であることを強調する。[14]また、同裁判官は、パロール及びプロベーション取消審問や刑務所の懲戒手続に関する過去の判例を引用しつつ、

敵性証人と対面し反対尋問を行う権利は、事実審のみならず有罪認定後の刑事手続においても全てではないが一定の段階においては被告人に与えられるものであり、「デュープロセスからの最低限の要求のひとつ」であるとする。[15] そして、これらの判例を検討し、対面権適用のメルクマールが、被告人の自由の利益（liberty interest）が危険にさらされているか否かという点にあるとした上で、量刑手続も、現在有している自由の喪失が問題とされるという点において、パロール及びプロベーション取消審問手続と類似していると考えられることから、量刑手続においても被告人に対面権が認められる余地があるとする。[16][17]

次に、修正六条の対面条項に関して、過去の最高裁判例を引用しつつ、以下のように論じる。すなわち、同裁判官は、第一に、対面権の重要性について Pointer v. Texas が修正六条によって被告人に与えられる敵性証人と対面する権利は反対尋問権を含むものであり連邦裁判所でも州裁判所においても公正な裁判（fair trial）のために必要不可欠な基本的権利である旨判示したことを強調する。そして、第二に、California v. Green を引用して、[18] 対面権が保護されるべき理由を説明する。すなわち、Green 判決によれば、対面は、①供述が宣誓の下でなされることを確実にすることによって事の重大性を証人に認識させるとともに偽証罪の適用可能性によって虚偽の供述を防ぎ、②「真実発見のために発明された最も優れた法的手段である」反対尋問を受けることを証人に義務づけ、③被告人の運命を決することになる陪審が証人の供述時の態度を観察できるようにすることによって、陪審による証人の信用性の評価を補助する、という三つの重要な目的を持っており、それゆえ慎重な配慮をもって保護されることになるとされる。さらに、対面権が絶対的な権利ではないことを認めつつもそれが制限されるためには対面権と競合する利益を厳格に吟味する必要があることを述べる。[19] そして、第三に、量刑手続の重要性が論じられる。Weinstein 裁判官は、ここで過去の判例を引用し、量刑手続は、「重大な、そしてしばしば最も重大な刑事裁判過

程の段階であり」[20]、「有罪認定された犯罪者に対する憲法上及び証拠法上の保護の欠如は、同人が有罪とされる以前に有していた保護と著しい対照をなすが、刑事裁判で弁護に携わる法律家は皆、しばしば有罪認定は初めからわかりきっている結果であり真の論点は刑罰の重さにあるということを知っている」[21]ことについて言及する。そして、合衆国の刑事手続における有罪判決の大多数が有罪答弁あるいは不抗争の答弁によるものであることに鑑みると、こうした見解は当を得ているとする[22]。

そして、これらのことを踏まえて、対面条項の量刑手続への導入可能性が検討されることになる。まず、Weinstein 裁判官は、修正六条の歴史も過去の判例も、同条項によって被告人が保護される範囲を明確にしてはいないとしながらも、いくつかの基本原則は確認できるとする。同裁判官によれば、第一に、Green 判決からは、伝聞法則と対面条項は一般に同種の価値を保護することが狙いとされているが両者は必ずしも同一のものではないということを学ぶことができるとされる。すなわち、ある供述がたとえ伝聞例外の下で許容される場合でも対面権の侵害が起こりうると連邦最高裁が判断した事例が一度ならずある一方で、証拠が長年確立されてきた伝聞法則を侵害して許容されたというだけで、そのことが自動的に対面条項の侵害という結論を導くわけではない。第二に、Berber v. Page[23]からは、対面条項は証人を提出することについて検察官に少なくとも誠意の努力(a good faith effort)を科すということを学ぶことができる。そして、第三に、再び Green 判決からは、「利用しうるわずかな情報によれば、対面条項の目的は、著しい濫用、悪意の告発者による裁判、在廷していない証人に対する防禦を憲法化することにある」という点を学ぶことができるとされる[24]。

以上のことから、Weinstein 裁判官は、対面条項は少なくとも刑事手続の重要な段階で、被告人の実質的な自由の利益(a substantial liberty interest)に直接影響を与える重要な情報に関して、供述者の知覚(knowledge)が検

察官によって提出される場合、検察官は被告人が宣誓の下で供述者を吟味することを積極的に妨げることはできないことを要求しているという結論を導き出し、原供述者による情報に被告人がアクセスすることを否定することは右のような状況に当たるとした。そして、こうした要求は量刑手続に対して不当に負担をかけるものではなく、それが満たされることによって被告人に憲法上要求される対面権の保護が与えられるという結論に至る。[25]

3　右のような原審の判断に対し、検察官が中間控訴(interlocutory appeal)を行った結果、原審は破棄される。その理由として、控訴審は、判決を下すに先立ち、連邦証拠法が原則として量刑手続には適用されないこと[26]及び18 U.S.C.§3577[27]を踏まえた上で、証拠の排除については、単に証拠の伝聞的性質(hearsay nature)のみならず、デュープロセス条項や対面条項の含意に基づかなければならないとして、量刑手続におけるデュープロセスの実質的な内容について検討を加える。[28]

同判決の法廷意見を書いたOakes裁判官によれば、まず、デュープロセス条項に関して、同条項が量刑にも適用されることは連邦最高裁によるWilliams判決やTownsend判決、及び、Gardner判決[29]を見れば明らかであるが、もっとも、そのことは、デュープロセスが事実審におけるあらゆる手続的保護及び厳格な証拠法上の制限を量刑審においても常に要求するということを必ずしも意味するわけではないとされる。とりわけ、伝聞証拠の問題に関しては、Williams判決を引用し、刑の量定のためには多様な証拠が必要であることや被告人に反対尋問を認めた場合に訴訟が不当に遅延する可能性があること、さらには、「デュープロセス条項は、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ろう」ことに触れて、被告人が対面も反対尋問もできない証人によって提供された情報に依拠することは量刑審におけるデュープロセスの否定ではないとされる。[30]確かに、過去の判例によれば、デュープロセ

スが「誤った情報によって刑の量定をされない権利」を被告人に保障していることはよく認識されているところであり、また、誤情報の可能性が高い場合、量刑裁判所が検察官に当該情報の内容を裏付ける（verify）ことを要求することは正当であるとされている。しかしながら、検察側が提出しようとしている供述の真実性（truth）の点について被告人側に争いのない場合や、あるいは他の証拠によって十分に補強されている場合には、伝聞証拠は量刑手続において許容されることになるとされる。(31)

以上の理由から、Oakes 裁判官は、本件においては、二人の共謀者による証言、犯罪自体の性質、Gambino 一家の構成員と一緒にいる被告人を見た者の証言からそのような補強証拠が得られたのであり、それゆえ、かかる伝聞証拠に十分な信用性があることは明白であるからその使用は違法ではないという結論を導くのである。(32)

その一方で、Oakes 裁判官は、対面条項に関して次のような意見を述べる。すなわち、本件においては、デュープロセス条項も対面条項も、反対尋問による対面権が被告人に与えられなければならない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を狙いとしているものであり、その意味において、両者は殊更区別される必要はないというものである。(33) こうして、控訴審においては、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ところ、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が示されることになる。

三　批判的学説

1　Williams 判決及び Fatico 控訴審によって示された判断は、その後、連邦裁判所の量刑手続における量刑事

情の審理の方向性を決定付けることになる。[34] すなわち、刑罰の目的として改善更生の理念が支配的な量刑手続の下では、被告人の刑を量定するために役立つ情報を考慮するために裁判官に広範囲にわたる裁量が認められ、なおかつ、その情報は、被告人の生活や特徴に関する可能な限り完全なものであることが要求されることから、そこでは被告人の対面権を制限することもやむをえないという発想である。こうして、量刑手続における対面権保障は、デュープロセス条項（憲法修正五条及び一四条）と憲法修正六条の対面条項のいずれに基づいた場合でも否定されることとなるのであるが、その一方で、学説の中には、確かに旧来の量刑制度の下では被告人に対面権を与えなくても問題とはならなかったかもしれないが、連邦量刑ガイドライン（以下、単に「量刑ガイドライン」と呼ぶ）の施行以後、量刑手続の性質が大きく転換したがゆえにこの点についてはあらためて検討する必要があるとする見解が見られる。[35] 以下では、その主な論旨について見ていくことにしたい。

2　まず、これらの学説においては、量刑ガイドライン以前と以後の量刑手続の相違に関する指摘がなされる。すなわち、第一に、量刑ガイドライン以前の量刑手続においては、裁判官が広範な裁量を有していた上に判決には量刑の理由を付す必要もなかったことから、いかなる事実が裁判官の最終的な量刑決定にとって重要であるかは被告人にとって不明なままであったが、量刑ガイドラインが設けられたことによって、特定の事実は具体的で予測しうる結果を有することとなり、量刑事実について争うことが被告人の関心事になったことが指摘される。つまり、量刑ガイドライン制度の下では、特定の量刑事実について量刑裁判官が事実認定を行い、その結果、かかる事実の存在が立証されたならば、それを量刑基準表に当てはめて刑期が算定されることになる。それゆえ、所与の量刑事実の存在・不存在は被告人の刑期を直接的に左右することとなり、被告人の主要な関心事となりうるのである。そして、第二に、量刑ガイドライン以前においては、被告人の改善更生を達成することは、被告人にとっても社会に

とっても有益であるという点において、検察官と被告人が共通の利益を有していると「もっともらしく」主張されていたのに対して、量刑ガイドライン以後、刑罰理念としての改善更生は否定され、検察官は応報と予防目的のために被告人に対して最大限の刑を要求する一方で、被告人が最小限の刑を望むことはいわば当然であり、このような意味において、両者の関係は対立的なものであることが指摘される。そして、第三に、刑罰理念の変化に伴い、量刑ガイドライン下においては、考慮される事情が被告人の性格や生活状況などよりもむしろ有罪とされた犯罪や他の関連する犯罪に関するものに変わったため、Trial-type の証明がより可能になったことが指摘される。(36)

このように、学説は、主に右の三点を指摘することによって、量刑ガイドライン後の量刑手続が、裁判官の広範な裁量が主体であったものから、事実認定を基礎とした、より当事者主義的な色彩の濃い手続へと変化したことを強調し、そのような手続の下では被告人の対面権についても拡大しうる余地があるとする。そして、このような事情を踏まえながら、学説は、量刑ガイドライン下における被告人の対面権保障の是非について検討を行うのであるが、そこでは、憲法修正五条及び一四条のデュープロセス条項と憲法修正六条の対面条項にその根拠が求められるとされている。この両条項は、Fatico 控訴審判決の中で、量刑手続において同一の権利（対面権）を保障するものとして理解されており、その根拠として殊更区別して解釈することは否定されたが、反対に、学説においては、両条項の違いを明確に区別し、その上で、改めていずれの条項からも量刑審における対面権の保障を導き出しうるとしている。(37)

3　まず、対面条項については、被告人の利益が単に国家あるいは州（statement）の利益よりも重要であるかどうかということに依存するものではないことが指摘される。すなわち、デュープロセスが個人と国家の利益衡量の上に成り立つものであるのに対し、対面条項は絶対的な権利ではないにしろそれ自体固有の権利として成り立つも

のである点が指摘される。[38] その上で、対面条項が量刑手続に適用できるかどうかは、対面条項の文面、とりわけ「刑事訴追(criminal procedure)」をどのように解釈するかにかかっているとする。判例では明白な文言がないことを理由に対面条項の適用が否定されたが、学説では反対に、最高裁はこの点については判断を下してはいないとした上で、同条項が作り出された当初においては事実審と量刑審とは区別されておらず「刑事訴追」は単一の手続であったことから、本来的に量刑手続の過程をも含むものであり、それゆえ、量刑手続は同条項の保障を受けなければならないとされるのである。[39] そして、過去の連邦最高裁判例[40]において、修正六条の弁護人の援助を受ける権利が量刑手続においても適用されることが判示されていることを引き合いに、修正六条のうちのひとつが量刑手続に適用されるのならば、残りも同様に適用される余地があるとされる。[41]

さらに、刑事裁判と軍法会議との異同が問題とされた判例[42]から、手続が当事者主義的であるとされる要件を摘示した上で、その中で量刑ガイドライン下の手続において欠けているのは証拠法則の適用だけであり、この点を除けば、量刑ガイドライン下の量刑手続は当事者主義的な特徴をほぼ兼ね備えているとされる。そして、対面条項の目的が手続の公平性を保障することにあり、そのために被告人に当事者主義的に争う機会(adversarial test)を保障していることに鑑みると、量刑手続であってもそれが当事者主義的な性質の強いものであるならば対面条項は適用されるべきであることが論じられる。[43]

4　次に、デュープロセス条項についてであるが、学説においては、連邦最高裁の判例によって確立された二段階審査によって量刑手続における被告人の対面権保障を検討するという手法が採られている。これは、まず、第一段階として、デュープロセス条項によって保護されるべき実質的利益、すなわち、法律上の強制に対する「個人の生命、自由、財産の利益」の有無を問い、こうした利益の存在が認められる場合に、第二段階として、こうした利

益を保護するためにいかなる手続が適正であるかという点を問うというものである。そして、この第二段階における答えは Mathews v. Eldridge[44] によって示された方法によって与えられることになる。これは、いわゆる Mathews test と呼ばれるもので、「公的行為によって影響を受けるであろう個人の利益」、「その利益が誤って剥奪される危険性及び付加的手続によって得られるであろう潜在的価値」、「国家の利益（付加的手続に応ずることによって被る負担を含む）」の三要因を比較衡量することでいかなる手続が適正であるかを判断するというものであり、量刑における対面権保障の議論もこうした考え方に沿って進められていくことになる。[45]

まず、第一段階についてであるが、ここでは量刑手続においてデュープロセス条項によって保護される利益、すなわち、ここでは自由の利益 (liberty interest) が存するかどうかが問われることになる。この点について、学説は、確かに、量刑ガイドライン以前の量刑手続においては、刑期の算定にあたって裁判官の裁量が行使される範囲が非常に大きかったことから、被告人においては、自分がどのような量刑を受けるか全く予想できず、それゆえ、刑期に関して被告人に自由の利益はなかったとしながらも、[46] その一方で、量刑ガイドライン以後の手続においては、被告人は自分の受けうる刑を量刑ガイドラインの量刑基準表から合理的に予測することが可能となった点を重視し、こうした量刑手続の下においては被告人に自由の利益が生み出されたものと理解する。[47]

そして、その法的根拠について、連邦最高裁は、自由の利益の法源として、デュープロセス条項それ自体と制定法の二つを認めているとされるが、このうち、前者については、近年の連邦最高裁判例によって受刑者や有罪確定者への適用が否定されていることから、量刑手続における被告人の自由の利益の法源となりうるのは後者のみということになるとされる。[48] そこで、いかなる制定法が存在する場合に自由な利益が作り出されるかということが問題となる。この点、学説は、連邦最高裁による Greenholtz v. Inmates of the Neb. Penal & Correctional Complex[49]

において、明白な文言の使用が特定の実質的な予測を要求することと結びついた時に、保護されるに値する自由の利益が作り出される旨判示したことを指摘する。同判決において、連邦最高裁は、州のパロール法が自由の利益を作り出しているかどうかを判断するために、制定法の文言を綿密に読み込んだ。その上で、連邦最高裁は、もし受刑者の行為が一定の基準を満たすならばパロールが付与されることを要求する規定は、パロールにおいて自由の利益を生み出していると判示する。すなわち、「特定の明文化された要求的記述」（すなわち、「受刑者がある一定の基準を満たさない限り」）と結びついた「明白な指示文言の使用」（すなわち、「自由が与えられなければならない」）は、自由の利益が作り出されているという帰結を要求する、というものである。

学説は、こうした判例の分析に基づいて、量刑ガイドラインがその一定の範囲内にある量刑を受ける場合において自由の利益を作り出していることは明らかであるとする。なぜなら、量刑委員会によって適切に考慮されていない加重軽減事由がない限り、量刑ガイドラインは、算定された範囲内において刑を科すことを裁判官に指示しており、命令的性質を持つ文言を通じて量刑裁判官の裁量を制限するものであるといえるからである。(50)

5　このように、量刑ガイドラインは被告人に自由の利益を作り出していると理解されることになるが、続いて、第二段階として、この自由の利益に対して前述のMathews testによる検討が行われることになる。そこで、Mathews testによって示された三要因を量刑手続に当てはめると、まず、「個人の利益」が自由の利益となることはこれまで論じてきたとおりということになる。これに対して、「国家（州）の利益（付加的手続に応ずることによって被る負担を含む）」については、必ずしも一様ではないとされる。というのも、国家（州）は、犯罪を統制し、犯罪者を罰することに強い利益を有するのと同時に、長期間にわたって犯罪者を矯正施設に収容することによって生じるコストも負うことになるからである。さらに、政府の利益を考える際には、付加的手続に従うことに由

来する負担についても考慮しなければならないが、この点については、量刑資料の情報源たる秘密の情報提供者の使用とも関連してくることになるとされる。[51] なぜなら、被告人に証人と対面する権利を与えることは、被告人がその証人の身許を知ることを可能にするが、このことは、身許を開示することによって証人を復讐の危険性にさらすか、あるいは、そのような証人を利用しないかという選択を州に余儀なくさせることになるからである。また、これらの点に加えて、完全な反対尋問を伴う審問を開くことに関する裁判所のコストの問題についても考慮する必要があるとされている。[52] 最後に、「その利益が誤って剥奪される危険性及び付加的手続によって得られるであろう潜在的価値」については、被告人に単に情報を提出する機会のみを付与する現行の制度と量刑で使われる検察側のあらゆる情報源に対して反対尋問権を有する制度との比較ということになるが、ここで学説は、反対尋問権の役割を強調する。というのも、秘密のあるいは身許不明の情報提供者による情報の信頼性は非常に疑わしく、対面権なしでは被告人はこうした情報に対してほとんど反駁できないと考えられるところ、反対尋問権は、そのような情報提供者の開示を要求するだけでなく、被告人が検察官によって提出された証言の信用性を減ずることを可能にするものであり、こうした役割からすれば反対尋問権が量刑情報の正確性に寄与することは明らかであると考えられるからである。[53]

そして、学説によれば、個人の利益（自由の利益）と量刑情報の正確性の重要性が際立っているにもかかわらず、これを相殺するほどの国家（州）の利益は存在しないとされる。なぜなら、例えば、被告人が対面するために秘密の情報提供者の身許を明らかにすることによって生じる情報提供者の安全のリスクは他の情報源を使用することによって回避しうるものであるし、また、被告人に対面権を保障することによって被る国家（州）の負担についても、パロール手続の廃止による行政の節約などといった量刑改革法によって生じた他の変化をも考慮に入れるならば、

その程度はさほど大きくないと考えられるからである。[54] それゆえ、Mathews test を量刑手続に適用するならば、「個人の利益」と「その利益が誤って剥奪される危険性及び付加的手続によって得られるであろう潜在的価値」とを上回るほどの「国家（州）の利益」は認められず、よって、これらの三要素のバランスを考えるならば量刑手続においても対面権が保障されるべきであるという結論が得られるとされるのである。[55]

四　若干の考察

1　以上、アメリカの連邦裁判所における判例とそれに関する学説を概観してきたが、ここで簡単に整理をしておくことにする。まず、これらの学説の基本的立場としては、量刑ガイドラインの制定によって個々の量刑事情が明確に量刑に反映されるようになった以上、量刑手続においても被告人に対面権を認めるべきであると考える。量刑ガイドライン前後を通じて、量刑審における対面権を否定する判例は主として Williams 判決及び Fatico 判決に基づくものであるが、その根底にあるのは、事実審と量刑審との峻別及び従来の量刑手続実務に対する支持である。しかしながら、その理論的根拠は改善更生という刑罰理念の実現にある。かつてはこの理念の下、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ていた。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こうした作業の妨げとなるのであり、その帰結として証拠法則からの解放が求められることになったのである。そして、こうした手続の性質を理由として、事実審との区別が図られたのである。

しかしながら、量刑ガイドラインは、事実上、刑罰理念としての改善更生を放棄し、これに代わって応報など他の目的を前面に押し出しているのであるから、Williams 判決に基づく量刑手続の正当化はもはや説得力を失い、

従来の量刑手続を維持するのであれば、説得力のある新たな理由が求められるか、あるいは十分な理由がないのであれば新たな手続が定められることになるはずである。ところが、現実には、量刑ガイドライン制定の際に、連邦議会及び量刑委員会は量刑手続については細かな規定は設けず、その多くを実質的に裁判所の実務及び判断に委ねたものであり、その結果、量刑ガイドライン以前の量刑手続がそのまま維持されるということになったのである。(56) もっとも、こうした状況に照らして、量刑手続における対面権を否定する判例の中には改めて事実審と量刑審とを峻別する理由を述べるものもある。例えば、第三連邦控訴裁判所におけるUnited States v. Kikumuraは、こうした区別を正当化する理由として、審理に多くの時間が費やされることによる裁判所の負担の増加に加えて、被告人の無罪推定について言及している。すなわち、被告人に与えられる手続的保護が量刑審よりも事実審において厳格なのは、後者では被告人には無罪推定の適用があるためだとされるのである。(57) だが、この点に関して言えば、対面権の問題は、必ずしも無罪推定の原則とは直接に関連するものではないように思われる。むしろ、重要なことは事実審と量刑審とを機能的に区別することではなく、量刑手続それ自体がいかなる手続的性格を有しているかということになると思われるのであり、この点において、判例より学説の方がより現実に即した評価を下しているように思われる。

2　次に、対面権の根拠についてであるが、もとより事実審においては対面条項がほぼ問題なく適用されるはずであるから、対面条項とともにデュープロセス条項の適用による対面権の保障が議論される余地があるのはもっぱら量刑手続においてであるように思われる。そこで、実際に量刑手続において被告人に対面権を保障するとした場合、いずれの条項が優先されることになるのであろうか。この点について明確な見解を示した学説は見当たらないが、各条項の存在意義ということからすれば、本来的には対面条項によって対面権の保障がなされるべきであり、

デュープロセス条項は、むしろ、量刑手続においても対面権を適用しうるその根拠を提供するものとして理解できるように思われる。もっとも、「当事者主義的」色彩を帯びた量刑手続において対面条項が適用されない以上、手続の適正性を確保し公正な裁判を実現するべく、学説が示すようにデュープロセスそれ自体を敷衍して対面権を導く根拠としうる余地は十分にあろう。しかしながら、デュープロセス条項があくまで競合する利益を衡量した上で適正な手続を実現するものであることを考えると、個々の事件の事情次第によっては利益衡量の結果が変わりうることも当然想定しうるところであり、デュープロセスが常に対面権を保障できるかどうかについてはなお疑問が残されよう。例えば、先述したように、学説の中には Mathews test に関して、証人喚問されることで秘密の情報提供者に及ぶ危険を回避するためには他の手段を採ることができることを指摘するものもあるが、[58] かかる代替手段が存在するということだけでなくその実効性、すなわち、かかる代替手段で最初の情報源から得られる情報と同程度の重要性を有した情報が得られるかどうかという点についても当然 Mathews test で検討されるべきであろう。また、秘密の情報提供者の身許を開示するといった問題は、個々の事案によって事情が大きく異なるであろうから、検討の結果、かかる情報提供者の安全を十分に保証できない蓋然性が極めて高く、なおかつ、他の情報源では代替できないということになれば、被告人に対面権の保障が認められない場合が生じることも十分に考えられよう。このように、デュープロセスに依拠した場合、「権利」というかたちで被告人に対面の機会を常に付与することは必ずしも易しいことではないように思われる。ただ、それでもなお、デュープロセスは、対面条項が適用されない場合の担保として機能しうるものであり、よしんば、対面までは不可能であっても、それに準ずる次善の策を得る手段となりうることは確かであろう。

五　我が国法への示唆

1　ここでは、以上紹介してきたアメリカの学説を参考にして我が国の量刑手続における被告人の権利について振り返ってみたいと思う。これまで見てきたように、アメリカにおいては、量刑ガイドライン施行以後、量刑手続においても憲法の条項を根拠に被告人の対面権を保障すべきであるという議論が学説を中心に見られるようになった。もっとも、その論拠は、従来、きわめて裁量的であった量刑手続が当事者主義的な性格のものへと変容したことに求められるのであり、この点において、我が国の量刑手続と背景事情を異にするといえよう。我が国の裁判実務においては、刑の量定の際、「応報的な考慮（犯罪の重さと刑の量の均衡）をもとに、教育的な考慮（本人の改善、更生）を行い、その他一般予防をも加味しながら、具体的な宣告刑を決定している」とされる[59]。そして、これらのうち、とりわけ教育的な考慮のためには被告人に関する多種多様な情報を収集する必要があることから、「必ずしも三二〇条一項の制限に拘束されないで、書証あるいは伝聞を含む供述を利用することが考えられる[60]」とされており、この点において、我が国の量刑手続は、むしろ、量刑ガイドライン以前の量刑制度に近いということができる。しかしながら、その一方で、手続の性格という側面から見た場合、我が国では、犯罪事実の立証も情状事実を含む量刑事情の立証も同一の公判手続において行われていることから、量刑事情が証明される手続は少なからず当事者主義的な性格を有したものであるということができよう。したがって、我が国における量刑手続は、手続としては基本的に当事者主義的でありながら、多種多様な情報を斟酌する必要もあることから、そこで取り調べられる証拠には伝聞証拠といったような犯罪事実認定においては原則として許容できないものも入り込んでくる余地が残されているということになるのであり、こうした点において現在のアメリカの量刑手続が置かれている状況との

類似点を見出すことができよう。それゆえ、憲法の条項を論拠に量刑手続における被告人の対面権を保障し、そのことによって、伝聞法則とは異なる立場から証拠の信用性を確保しようとする発想それ自体についても、我が国における量刑手続を考えるにあたって十分に参考になるものと思われる。

2　さらに、近時、我が国の学説においても、合衆国憲法修正六条の対面条項と伝聞法則との間に一線を画し、前者独自の意義を追究することによって、我が国の憲法三七条二項における証人審問権の意義を再構築しようとする動きが見られる。[61] 従来、証人審問権と伝聞法則の関係については、両者を一体的に捉え、憲法上の被告人の証人審問権を法律上具体化したものが伝聞法則であるというのが我が国の学説における一般的な見解であり、それゆえ、被告人の反対尋問権についても伝聞法則に基づいて理解され、その主たる目的は証拠の信用性を確保することにあるとされてきた。[62]

これに対し、新たな学説は、右のような理解では証人審問権の本質を理解するには不十分であるとして、両者の理論的な相違を重視する。すなわち、伝聞法則が証拠法上の一般的原則に過ぎず、もっぱら証拠の信用性の確保という点に重きがおかれるのに対し、証人審問権は被告人固有の手続的権利として理解されるべきであり、その意味において、必ずしも証拠の信用性の確保だけを目指すものではないとの理解がこの立場の出発点となる。そして、かかる理解の下に考究が重ねられた結果、証人審問権の本質的意義として、次のような点が指摘される。すなわち、証人審問権の本質的意義には、反対尋問によって証拠の信用性を確保することのみならず、尋問プロセスそれ自体が保障されることも含まれるのであり、それが実現されることによって、「被告人の『納得』というものが生まれ、そこから手続当事者としての被告人の、当該手続の公正ささらには法及び法的権威の正統性に対する信頼を生むという効果をもたらすであろう」という点である。[63] もちろん、この見解は犯罪事実認定の場を念頭に置いたものであ

るが、証人審問権と伝聞法則との異同を明らかにし、なおかつ、証人審問権の本質的意義に「手続の公正さ」を生み出すことも含まれるとしたという点において、量刑手続における適正性を考える際にも有益な示唆を与えてくれるように思われる。

例えば、刑訴法二九二条の二に基づいて犯罪被害者が公判廷で意見陳述を行う場合について考えてみよう。そこでは、原則として被害者が直接公判廷において口頭で意見陳述をなすものとされており、なおかつその意見は量刑資料として斟酌されうるとされているが、その一方で、被告人には被害者に対して反対尋問をすることは認められていない。(64) そして、その理由として、意見陳述は裁判官の面前において口頭でなされることが原則であること、また、その内容は主として事件についての心情や意見など心理状態に関するものであることから、基本的には伝聞法則に抵触するものではなく、証拠能力の点が問題となるものではないこと、さらに、意見陳述の内容が伝聞法則に抵触すると思われるような場合であっても、一般に量刑資料として使われる場合には狭義の情状と同じく自由な証明で足りると考えられることが挙げられているとされる。(65) また、我が国の意見陳述制度と証人審問権保障との関係について、「意見陳述において被害者等に陳述させる意見の中心は、被害者等が当該事件に対して抱くいわば所感であって反対尋問になじまないものであるし、その内容は犯罪事実の認定に用いてはならないこと、事実認定や量刑の重要な事実に関わるのであれば、別途証人尋問をすべきものであることから、被告人の証人審問権を侵害するものではない」とする説明も見られる。(66) しかしながら、近時の学説において展開されているような証人審問権の本質的意義についても配慮するならば、これらはいずれも証人審問権およびそれに付随する反対尋問権を伝聞法則との関係のみで捉えている点において問題があるといえよう。すなわち、ここで重要なことは、かかる意見陳述が伝聞証拠であるにしろそうでないにしろ—換言するならば、よしんば、そこでは基本的に自由な証明で足りるとして

も―、被告人が、自分の量刑を左右する可能性のある手続において、（証人審問権に由来する）反対尋問権を通じてかかる意見陳述の信用性を問うことができるかどうかということであり、さらには、こうした尋問プロセスの機会それ自体を確保することによって量刑手続の公正性が保障できるかどうかということであるといえよう。そして、このような観点に立つならば、意見陳述制度における被告人の証人審問権保障はおそらく十分ではなく、それゆえ、「別途の証人尋問」についても、事実認定や量刑の重要な事実に関わるような場合に必ずしも限定されることなく、右のような観点からもその必要性を検討する余地が残されているように思われる。[67]

この点、アメリカの量刑手続を顧みても、例えば、秘密の情報提供者による量刑情報の提供といった問題は我が国にはないアメリカ特有のものであるが、おもうに、アメリカの量刑手続において対面権が問題となるのも、身許不明の情報提供者による証拠（情報）の信用性を確保することに加えて、量刑手続の実質的な内容が「当事者主義化」したにもかかわらず、こうした情報提供者からの情報が量刑手続においては証拠法の適用がないという理由だけで証拠として許容され量刑上考慮されるという手続それ自体に対する不公正感のようなものがあるからではないだろうか。[68] そうであるならば、こうした情報提供者と文字通り「対面」し、反対尋問できるかどうかは、その証言の信用性を確保することに加えて、量刑手続それ自体の公正さを保障することにもつながるようといえよう。そして、この点においてこそ、量刑手続における、単なる伝聞証拠の問題と一線を画した、対面権独自の問題が浮かび上がってくるように思われるのである。

六　おわりに

以上のような所説の展開を踏まえるならば、我が国においても、量刑手続において被告人に証人審問権を保障す

ることによって、刑の量定のために考慮される資料（証拠）の信用性を確保し、さらには、そのことによって「被告人の側から見た」量刑手続の公正性あるいは適正性についても確保するといったような視点から検討を加える余地が残されているように思われる。もっとも、本稿においては、いわば対被告人の関係という観点から量刑手続における対面権ないし証人審問権適用の可否を論じたに過ぎず、この問題については、例えば、被害者政策なども含んだ量刑手続全体としての公正性あるいは適正性といった観点からも論じていく必要があるように思われる。そして、おそらくそこでは被告人の対面権が「合理的に」制限される可能性についても検討する必要が生じることになろうが、そのためには、憲法ないし刑訴法（証拠法）と量刑手続との関係をより掘り下げて追究していく必要があるように思われる。この点に関する本格的な考察は今後の課題としたい。

（1）例えば、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（青林書院、改訂版、平二）一九五頁。

（2）団藤重光「証明の対象」『法律実務講座刑事編第八巻』（有斐閣、昭三一）一七五六頁以下、渥美東洋「厳格な証明と自由な証明」『刑事訴訟法講座第二巻』（有斐閣、昭三九）七四頁。

（3）例えば、自由な証明においては必ずしも適式な証拠調は必須ではなく、証拠を法廷に顕出しさえすれば証拠調の方法が便宜なものであっても当事者主義の要請は充たされるとする説（高田卓爾『刑事訴訟法』（青林書院、改訂版、昭三四）二〇八頁以下）から、量刑の資料についても当事者による批判を必要とするから、証拠能力は不必要だが公判廷における適法な証拠調は必要だといわなければならないとする説（団藤重光『新刑事訴訟法綱要』（創文社、七訂版、昭四二）二三一頁）まで様々な見解が見られる。

（4）Williams v. New York, 337 U.S. 241 (1949).

（5）*Id.* at 244.

（6）*Id.* at 246-247.

（7）*Id.* at 249.

（8）*Id.* at 249–250.

（9）*Id.* at 250–251.

（10）Pointer v. Texas, 380 U.S. 400 (1965).

（11）United States v. Fatico, 441 F.Supp. 1285 (1977), *rev'd*, 579 F.2 d 707 (2 d Cir. 1978).

（12）Townsend v. Burke, 334 U.S. 736 (1948).

（13）United States v. Tucker, 404 U.S. 443 (1972).

（14）Fatico, 441 F.Supp. at 1291–1292.

（15）*Id.* at 1292–1293.

（16）*Id.* at 1293.

（17）なお、Weinstein 裁判官は、過去の同種の判例に触れた上で、必要なことは伝聞法則や他の証拠法則に固執することではなく、量刑手続における不公正から被告人を保護するために何が必要かを見極める健全な法的感覚であることについても指摘している。*Id*. at 1293–1295.

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

（19）Fatico, 441 F.Supp. at 1295–1296.

（20）*Id.* at 1296. (quoting Gardner v. Florida, 430 U.S. 349 (1977)).

（21）*Id.* at 1296. (quoting Smith v. United States, 223 F.2 d 750 (5 th Cir. 1955)).

（22）*Id.* at 1296.

（23）Berber v. Page, 390 U.S. 719 (1968).

（24）さらに、Weinstein 裁判官は、こうした諸原則に加えて歴史を考慮するならば、対面条項の核にあるのは、証人が証言に応じられる場合における検察官の証人提出義務であるとHarlan 裁判官が論じたことも指摘している。

（25）Fatico, 441 F.Supp. at 1297.

（26）FED. R. EVID. 1101 (d) (3).

（27）同条は、量刑改革法の成立により現在では 18 § U.S.C.3661 となっており、そこには、裁判所が適切な刑を量定す

るにあたって、有罪確定者の背景、性格、及び行為に関する情報には何らの制限も置かれない旨が規定されているが、同条は Williams 判決の内容を条文化したものであり、改善更生の理念に基づく量刑制度に由来するものであるとされる。THOMAS.W.HUTCHISON ET AL., FEDERAL SENTENCING LAW AND PRACTICE 2002 Edition, 1526 (2002).

(28) Fatico, 579 F.2 d at 711.

(29) 前掲注（20）。

(30) Fatico, 579 F.2 d at 711–712.

(31) *Id.* at 712–713.

(32) *Id.* at 713.

(33) *Id.* at 713–714.

(34) *See* United States v. Beaulieu, 893 F.2 d 1177 (10 th Cir. 1990) ; United States v. Rodriguez, 897 F.2 d 1324 (5 th Cir. 1990) ; United States v. Kikumura, 918 F.2 d 1084 (3 d Cir. 1990) ; United States v. Wise, 976 F.2 d 393 (8 th Cir. 1992) (en banc) ; United States v. Petty, 982 F.2 d 1365 (9 th Cir. 1993) ; Alan C. Michaels, Trial Rights at Sentencing, 81 N.C.L.REV 1771,1835–1837 (2003).

(35) その主な論文として以下のものが挙げられる。Susan N. Herman, *The Tail that waged the Dog : Bifurcated Fact-Finding under the Federal Sentencing Guidelines and the Limits of Due Process*, 66 S. CAL. L. REV 289 ; David A. Hoffman, *The Federal Sentencing Guidelines and Confrontation Rights*, 42 DUKE L. J. 382 (1992) ; Note, *An Argument for Confrontation under the Federal Sentencing Guidelines*, 105 HARV. L. REV. 1880 (1992) ; Deborah Young, *Fact-Finding at Federal Sentencing : Why the Guidelines should meet the Rules*, 79 CORNELL.L.REV. 299 (1994). このうち、本稿では、量刑手続と対面権の問題が比較的簡潔にまとめられている Note, *An Argument for Confrontation under the Federal Sentencing Guidelines* を中心に紹介していくことにする。

(36) Note, supra note 35, at 1885–1886.

(37) *Id.* at 1887 ; Hoffman, supra note 35, at 411.

(38) Note, supra note 35, at 1887 ; Hoffman, supra note 35, at 411–412.

(39) *Id.* at 1887. なお、Hoffman, supra note 35, at 411–415 は、対面条項の「刑事訴追」という文言の解釈のみならず、「自己に不利な証人」という文言についても、量刑審における情報提供者を含むものとして解釈すべきであるとしている。

(40) Mempa v. Rhay, 389 U.S. 128 (1967).

(41) Hoffman, supra note 35, at 414. もっとも、Note, supra note 35, at 1887 n. 70 によれば、陪審による審理を受ける権利など、その権利が行使される場が「事実審 (trial)」に特定されているものについては量刑手続における適用から除かれることになるとされる。

(42) Middendorf v. Henry, 425 U.S. 25 (1976).

(43) Note, supra note 35, at 1889–1890.

(44) Mathews v. Eldridge, 424 U.S.319 (1976).

(45) Note, supra note 35, at 1892 ; Herman, supra note 35, at 345–346 ; Hoffman, supra note 35, at 404.

(46) Note, supra note 35, at 1892.

(47) *Id.* at 1892 ; Hoffman, supra note 35, at 405–407.

(48) Note, supra note 35, at 1892–1893.

(49) Greenholtz v. Inmates of the Neb. Penal & Correctional Complex, 442 U.S. 1 (1979).

(50) Note, supra note 35, at 1893 ; Herman, supra note 35, at 345.

(51) Note, supra note 35, at 1896.

(52) *Id.* at 1896–1897.

(53) *Id.* at 1897–1898.

(54) *Id.* at 1898.

(55) もっとも、連邦最高裁は、被告人の訴訟能力の有無の証明に関する州法の規定について争われた Medina v. Cariffornia, 505 U.S. 437 (1992) において、刑事手続の一部をなす州法の規定の妥当性を評価するのに Mathews test は適切な枠組みを提供するものではない旨判示している。しかしながら、Herman は、Medina 判決が州の手続法に対す

るものでありその効力は連邦の刑事手続には及ばないと考えられることや、連邦最高裁の裁判官のうち三名が Burns v. United States, 501 U.S. 129 (1991) の同意意見において、量刑ガイドライン下の量刑手続においてデュープロセスに関する主張を分析するためには Mathews test を適用すべきであると判断したことなどを理由に、裁判所は、検察側の証人と対面し、反対尋問する権限を被告人が有するかという点等に関して問題が提起された場合には Mathews test を採用すべきであるとしている。Herman, supra note 35, at 340,345-346.

(56) Note, supra note 35, at 1880-1881 ; HUTCHISON ET AL. supra note 27, at 1525-1526 ; Young, supra note 35, at 304.

(57) Kikumura, 918 F.2 d at 1100.

(58) Note, supra note 35, at 1898.

(59) 裁判所書記官研修所監修『刑法総論講義案』(司法協会、三訂版、平一六) 一四頁。

(60) 松尾浩也『刑事訴訟法（下）』(弘文堂、新版補正第二版、平一一) 一三二頁以下。

(61) 堀江慎司「証人審問権の本質について（一）～（六・完）」法学論叢一四一巻一号（平九）一頁以下、二号一頁以下、三号一頁以下、四号一頁以下、五号一頁以下、一四二巻二号（平九）一頁以下。

(62) 田口守一「証人審問・喚問権と伝聞法則」現代刑事法二巻八号（平一二）六頁以下、宇藤崇「伝聞法則の意義」法学教室二四五号（平一三）三〇頁以下。

(63) 堀江・前掲注（61）（六・完）二四頁。

(64) 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) 九七頁以下。

(65) 上田國廣「法制審刑事法部会での議論状況について」刑事弁護二二号（平一二）一〇三頁。

(66) 松尾・前掲注（64）一〇二頁。

(67) ところで、意見陳述を行う犯罪被害者が憲法三七条二項にいう「証人」にあたるかどうかについてはさらなる検討を要する。この点、学説によれば、最高裁はかかる「証人」を「裁判所の職権により、又は訴訟当事者の請求により喚問した証人」に限定しているとされる。堀江・前掲注（61）（六・完）六頁以下。その一方で、犯罪被害者による意見陳述は、制度上、法二九三条第二項の被告人の陳述（いわゆる最終弁論）に類似するものであるとされている。神村昌

道「刑事訴訟法及び検察審査会法の一部を改正する法律の概要等」ジュリスト一一八五号（平一二）六頁。したがって、もしこれらの見解に従うならば、意見陳述を行う犯罪被害者は憲法三七条二項にいう「証人」とはなりえないことになる。しかしながら、この問題は、意見陳述（内容）の有する機能の観点から考える必要があるように思われる。すなわち、その実質的な機能には量刑資料として斟酌されることも含まれるのであり、そうである以上、意見陳述は広い意味での「証拠」であり、その陳述をなす者は憲法三七条二項にいう「証人」として理解する余地があるように思われる。

(68) 例えば、量刑手続における被告人の対面権を認めた判例のひとつとして、United States v. Fortier, 911 F.2 d 100 (8 th Cir. 1990) を挙げることができるが、そこでは、量刑手続が事実認定中心のものであることを重視し、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とした上で、「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」と判示されている。