

翻 訳

# 証人を超えて：現代の証拠法にプロセスの 視点を導入する (1)

Edward K. Cheng, G. Alexander Nunn  
横山優斗 訳

## 1. イントロダクション (Introduction)

何世紀もの間、英米の裁判の基礎は証人であった<sup>(1)</sup>。証人は、個人的な観察を報告し、〔被告人の〕性格について意見を述べ、科学的な説明を提供し、当事者の場合には自身のストーリーを語る<sup>(2)</sup>。実際、書証やその他の客観的証拠であっても、証人はしばしば、そうした証拠が事実認定者に到達するためのパイプ役を務める<sup>(3)</sup>。書証や物的証拠がそれ自体で証拠として成立することは、ほとんどない<sup>(4)</sup>。

- 
- (1) 一般的には、George Fisher, *The Jury's Rise as Lie Detector*, 107 YALE L.J. 575, 583-84 (1997) (13 世紀イギリスの刑事裁判を皮切りに、歴史上一貫して証人が重要であったことを論じる) を参照。
- (2) これらの形態の証言を支配する現代の証拠法については、連邦証拠規則 607-609 条、701-704 条を参照。
- (3) 連邦証拠規則 803 (18) 条を参照 (科学論文がそれ自体で証拠として成立することを認めるのではなく、専門家にその論文を陪審に対して読み上げるよう要求する) ; *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305, 308-09, 311, 329 (2009) (法科学鑑定の結果について、報告書がそれ自体で証拠として成立することを認めるのではなく、ラボの技術者に証言することを要求する) を参照。
- (4) 連邦証拠規則 803 (13) 条 ; *Melendez-Diaz*, 557 U.S. at 311, 329 (書証や報告書は、証人が反対尋問にさらされない限り許容されないと判示) ; *Bullcoming v. New Mexico*, 564 U.S. 647, 659 (2011) (報告書を許容する前に、証拠を提出した分析官を反対尋問する機会を与えることを要求する)。

それゆえに証拠法は、当然のことながら、証人に焦点を当て、あるいはおそらく証人に固執してきた。伝聞法則(Hearsay Rule)と対面条項(Confrontation Clause)は、原供述者が、交互尋問を受けられるように、公判廷で利用可能な証人であることを要求している<sup>(5)</sup>。専門証拠規則(Expert Evidence Rule)は、専門家証人の資格、基礎、手法を強調する<sup>(6)</sup>。しばしば説明を要しない証拠である写真を許容するための枠組みも、証人中心的である。裁判実務では写真を展示証拠(demonstrative evidence)として扱い、その役割を、証人による証言を単に説明するものに限定することが一般的である<sup>(7)</sup>。

私たちは、この証人中心の視点は時代遅れで逆効果だということを主張する。それは、非常に限定的であり、究極的には歪んだレンズである。そして、法制度は、そのレンズを通して現代世界において公判廷で利用可能な証拠を見ているのである。たしかに、歴史的には、個々の証人に焦点を当てることは理にかなっていたかもしれない。機械化、産業プロセス、企業ポリシーのない世界では、個人が観察して行動し、ケースバイケースで主観的な根拠に基づいて判断を下していた<sup>(8)</sup>。そして、そのような個人的な観察、行動、判断を明らかにしてテストするためには、その個人を法廷に呼んで証言させるのが自然な方法であった<sup>(9)</sup>。例えば、争点が、椅子を作るのに家具職人に過

---

(5) アメリカ合衆国憲法修正6条、合衆国憲法3条、連邦証拠規則801-802条。Michigan v. Bryant, 562 U.S. 344,358 (2011) (「対面条項の基本的な目的は、……被告人が原供述者の反対尋問の機会を奪われることを避けることにある。」); Davis v. Washington, 547 U.S. 813, 821-22 (2006) (証言としての性格を有しておらず対面条項の対象ではない供述と、証言としての性格を有しており対面条項の対象となる供述を区別する)を参照。

(6) 連邦証拠規則702-704条。

(7) 連邦証拠規則1002条、Jennifer L. Mnookin, *The Image of Truth: Photographic Evidence and the Power of Analogy*, 10 YALE J.L. & HUMAN. 1, 73 (1998)も参照。

(8) 一般的には JOHN LANGBEIN ET AL., HISTORY OF THE COMMON LAW: THE DEVELOPMENT OF ANGLO-AMERICAN LEGAL INSTITUTIONS 297-98, 366, 376-77 (2009) (個々の受け答えと説明に焦点を当て、弁護人による反対尋問を受容した18世紀イギリス大法官府裁判所の証言に関する実務を概説する)を参照。

失があったかどうかであった場合、原告は職人を証人として公判廷に呼び出すかもしれない。その職人は、自分の職人技、仕入先や材料、デザインの多様な選択肢について証言するだろう。職人の選択は、おそらく時間の経過とともにルーティーンとなっていくが、これらの決定はその人特有のものであり、しばしば主観的で、どこか他の場所に記されることはおそらくないだろう。したがって、人による証言は、その者が適切に行動したかどうかを測定するための決定的な方法であった<sup>(10)</sup>。

しかしながら、現代社会では、特に商業的および技術的な文脈において、システムやプロセスが個人の判断に取って代わっている<sup>(11)</sup>。また、完全にコンピューター化または機械化されているプロセスもある<sup>(12)</sup>。他にも、人間の行為が非常に規則化されているために、特定の人間の行為者よりもプロセス自体の方が、証拠の信頼性にとってはるかに重要であるものもある<sup>(13)</sup>。この場合に、人は、たとえあったとしても限定的な個別判断を行使する歯車であ

- 
- (9) John H. Wigmore, *A General Survey of the History of the Rules of Evidence* (「18 世紀までには、常に陪審の主要な情報源として証人が採用されるようになり、根本的な変化が起こった。ここに、現代のシステムの実現可能性が極めて直接的に現れるのである」), in 2 SELECT ESSAYS IN ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY 691, 692 (1908); John Langbein, *The Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 COLUM. L. REV. 1168, 1169-72 (1996) (陪審員に対して正確な証言を提出する必要性をめぐる証拠法の発展について論じる) も参照。
- (10) Joel N. Bodansky, *The Abolition of the Party-Witness Disqualification: An Historical Survey*, 70 KY. L.J. 91, 96 (1981) (反対尋問を「人間の創意工夫によって考案された、誤りを明らかにするのに最も完全に効果的なシステム」と表現する) を参照。
- (11) 一般に、Andrew L. Russell, *Standardization in History: A Review Essay with an Eye to the Future* (国際的なプロセスにおける標準化について論じる), in THE STANDARDS EDGE: FUTURE GENERATIONS 247-60 (Sherrie Bolin ed., 2005); THE LAW, ECONOMICS AND POLITICS OF INTERNATIONAL STANDARDISATION (Panagiotis Delimatsis ed., 2015) [以下、本書を INTERNATIONAL STANDARDISATION と略称する] を参照。
- (12) 例えば、写真は、プロセススペースの証拠のうち、完全に機械化された形態の証拠である。下記第Ⅲ部 (C) を参照。

る。このようにシステムとプロセスが関与する場合、法制度は、もはや個人とその証言に焦点を当てるべきではない。結局のところ、信頼性の審査そのものは、もはや個人の行動や観察に依存しないのである。

椅子の欠陥の例を再度考えれば、そのことがよくわかる。大量生産ラインで作られる椅子の安全性は、もはや個々のライン作業者の問題ではない。確かに、どの椅子についても、個々のライン作業者が不注意やその他の過失を犯す可能性はある。しかし、椅子の数およびライン作業者の数が多すぎるため、現代の実務では、システム全体を一つの実体として扱う。焦点は、デザインと製造プロセス全体の信頼性、品質管理のチェック、その他の企業ポリシーと慣行である<sup>(14)</sup>。個々の証人は問題ではない。確かに、従業員を呼んでポリシーについて証言させることはできるが、重要な証拠はポリシーそのものであり、従業員の証言ではない。ポリシーと品質管理が、会社の製造過程の適切さに関する重要な詳細を明らかにするのに対して、従業員が重要であるのは、従業員個人の行動に関する疑問が存在する場合のみであり、それはめったにない<sup>(15)</sup>。

---

(13) ここで、DNA テストを監督する法科学ラボの技術者について考えてみよう。この技術者は、テストのためにサンプルを準備しなければならないが、DNA 証拠、とりわけ DNA 対照分析の証明力は、DNA タイピングと呼ばれる、人間の主観を排除した客観的で非人間的なプロセスから生じるのである。4 DAVID L. FAIGMAN ET AL., MODERN SCIENTIFIC EVIDENCE § 30:2 (2018) (DNA に関する専門用語、および鑑定システムの分類法へのイントロダクションを提供する。) 下記第Ⅲ部 A も参照。

(14) 例えば、製造上の欠陥を主張する訴訟の焦点は、一個人の主観的な行動ではなく、標準化された生産ラインから生じる問題であることが多い。JAMES R. BENIGER, THE CONTROL REVOLUTION: TECHNOLOGICAL AND ECONOMIC ORIGINS OF THE INFORMATION SOCIETY 278-79 (1986) (19 世紀の生産能力の著しい上昇に起因する製造コントロールの危機に対して、プロセスがいかに必要な対応をしたかを詳細に説明する) ; David G. Owen, *Manufacturing Defects*, 53 S.C.L. REV. 851, 865-82 (2002) (製造に万全を期した場合であっても、意図した設計からの逸脱によって生じた製造物責任を認める法理が発達したことについて論じている)。

このようなプロセスベースの証拠(process-based evidence)にはプロセスベースの証拠枠組みが必要であるが、法制度は、プロセスベースの証拠を従来の証人ベース(witness-based)のスキームに押し込め、ほとんど成果を挙げている。伝統的な枠組みは、プロセス証拠の使用を妨げ、その提出を妨げ、その信頼性を確保していないのである。例えば、写真をめぐる、画像についての証言理論(pictorial testimony theory)<sup>(16)</sup>、Merendez-Diaz v. Massachusetts<sup>(17)</sup>における、認証された鑑定結果の対面条項による拒絶、学術論文についての伝聞法則の例外<sup>(18)</sup>は、間違いなくすべて、法が伝統的に証人に焦点を当ててきたことにより引き起こされた異例の事態である。たしかに、業務記録に関する伝聞法則の例外を筆頭に、いくつかの原則は、プロセスの重要性を強く意識している<sup>(19)</sup>。しかし、それらは例外であり、プロセスベースの証拠と証人ベースの証拠との間の基本的な緊張関係に対する一時的な修正に過ぎないのである。

伝統的に証拠規則は証人に焦点を当ててきたため、法制度はプロセス証拠を取り扱う準備ができておらず、この欠陥が多大なコストを生んでいる。P

(15) Owen, *supra* note 14, at 875-78 (さまざまな製造欠陥事件における誤作動法理 the malfunction doctrine の適用を調査したが、従業員の行為を事件の中心的な争点だとみなしたものはなかった)を参照。

(16) 連邦証拠規則 1002 条。証拠規則案に関する諮問委員会注釈(証人に写真を使って証言を説明させる実務について考察する)、Mnookin, *supra* note 7, at 73 (19 世紀においては写真証拠が口頭の証言を単に説明するものとしてみなされていたと考察する)を参照。

(17) 557 U.S. 305, 308, 329 (2009).

(18) 連邦証拠規則 803 (18) 条。

(19) 連邦証拠規則 803 条に関する諮問委員会注釈。注釈は以下のように説明している。「業務記録の並外れた信頼性を構成する要素は、体系的なチェック、精確さを有する傾向を生む規則性と継続性、それらに依存する実際の業務経験、あるいは継続的な仕事や職業の一部として正確な記録を作成する義務、によって、さまざまな形で供給されると言われている。」

プロセス証拠は、今日の世界に広く普及しているだけでなく、多くの場合、高度の証明力を有している<sup>(20)</sup>。しかし、証人ベースの証拠規則は、このプロセス証拠を許容することを妨げ、その信頼性を確保していない。

したがって、本稿の目的は、業務記録の伝聞例外のような個別の手当てを提案することではない。むしろ、証人に対する枠組みに匹敵するような、プロセス証拠をテストし異議を申し立てるための適切な枠組みを構築することが目的である。このような枠組みには、類推的思考と創造的思考の両方が必要である。例えば、反対尋問は証人に関しては「真実を発見するために発明された、これまでで最も偉大な法的エンジン」<sup>(21)</sup> かもしれないが、プロセスを検証する手段としては不十分である。したがって、プロセスの枠組みは、対面 (confrontation) の概念の拡張や、伝聞を構成するものの再考を必要とするかもしれない。プロセス証拠は、証人喚問の強制手続や反対尋問ではなく、プロセスへのアクセスやそのテストを容易にするような、証拠開示のルール of 充実を必要とするかもしれない。結局のところ、われわれの法制度は、プロセスの信頼性は証言台 (witness stand) だけで十分に評価可能であるという根強い虚構に依存しない、プロセスベースの証拠の信頼性を評価する手段を必要としているのである<sup>(22)</sup>。

本稿は、以下のように論を進める。このイントロダクションに続いて、第

---

(20) 例えば、Edward J. Imwinkelried, *Computer Source Code: A Source of the Growing Controversy over the Reliability of Automated Forensic Techniques*, 66 DEPAUL L. REV. 97, 97-102 (2016) (自動化された法科学技術の普及について論じ、被告人は遺伝情報を対照分析するプログラムのソースコードをテストする権利を持つべきであると主張する)、Andrea Roth, *Machine Testimony*, 126 YALE L.J. 1972, 2000-22 (2017) (「機械の行為や発言のいかなるものが信頼性に影響するのか、そして裁判所はどのようにそれを規制しようとしてきたのか」を検討する) を参照。

(21) 5 JOHN H. WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW § 1367, at 32 (4th ed. 1974); *Lilly v. Virginia*, 527 U.S. 116, 124 (1999) も参照。

II部では、現代の法廷に蔓延している証人への執着についての検討から始める。問題となっている証拠の性質が、目撃者の証言、書証、法科学鑑定結果であろうと、今日の法廷における圧倒的な傾向は、代理として出廷する証人を通じて当事者が間接的に証拠を検証することである<sup>(23)</sup>。証人は、ほとんどすべての証拠の信頼性が評価されるパイプ役としての役割を果たす<sup>(24)</sup>。前述のように、この証人中心の裁判制度は、歴史的には理にかなっていたかもしれない。証拠の信頼性は、何世紀にもわたって、人間の観察、行動、主観と切り離せないほど密接に絡み合っていた。初期の事例では、目撃者の証言に全面的に依拠することが多く、裁判では客観証拠も役割を果たしていたが、その信頼性はしばしば、その客観証拠を生み出した職人の技術に依存していた<sup>(25)</sup>。主観的でアドホックな行動で動く世界では、裁判実務と裁判手続が証言台を中心として存在することは自然な選択だった<sup>(26)</sup>。

しかし、標準化 (standardization) の出現は、いわゆる人ベースの証拠 (person-based evidence) にのみ焦点を当てた時代の終わりの始まりを告げた<sup>(27)</sup>。

(22) 例えば、Imwinkelried, *supra* note 20, at 128-30 (ソースコードの開示の前にプログラムのテストを許容することにより、機械へのアクセスと企業秘密の保護のバランスを取る証拠開示制度の提案をする) ; Roth, *supra* note 20, at 2027-30 (機械証拠のソースコードが公判前に開示されアクセスされるようにするための、各法域が採りうる方法を検討し、提案する) を参照。

(23) Nicholas Klaiber, *Note, Confronting Reality: Surrogate Forensic Science Witnesses Under the Confrontation Clause*, 97 VA. L. REV. 199, 228 (2011) (代理として出廷する証人が、法科学的方法、結果、分析について十分に証言することを可能にするための、法科学ラボのプロトコルが近年変化していることを論じる) を参照。

(24) 一般に、Fisher, *supra* note 1, at 624-56 (証人の信頼性に対する争いの歴史的発展および法的対応を詳述する) ; Langbein, *supra* note 9, at 1169-72 (公判における重要な事実を陪審に提出するための証拠法の発展と証人の役割について分析する) を参照。

(25) LANGBEIN ET AL., *supra* note 8, at 34-35, 48-49 (目撃者の証言の重要性とその一貫性に焦点を当てる13世紀の事例を含む) ; Robert J. Kaczorowski, *The Common-Law Background of Nineteenth-Century Tort Law*, 51 OHIO ST. L.J. 1127, 1131 (1990) (18世紀以前の過失事件における、大工である被告人の技術の重要性を指摘) を参照。

ここ数十年、証拠の信頼性は、特定の個人の主観的な観察やスキルではなく、人間の主観をほとんど排除した、標準化されればしばしば客観的かつ機械的なプロセスにますます依存するようになってきている<sup>(28)</sup>。

第三部では、人ベースの裁判制度が、これまでいかにプロセスベースの証拠の台頭に適切に対応できていなかったかを示す。プロセスベースの証拠それ自体を精査しようとするのではなく、プロセスベースの証拠を管理する現代の証拠規則は、証言台からその信頼性をテストしようとする不安定なフィクションに依存している。基本的に、プロセスベースの証拠は、凝り固まった人ベースのシステムの中に詰め込まれているのである。第三部で詳述するように、このタイプのミスマッチは、法科学鑑定の結果、写真、学術論文、業務記録の証拠としての扱いに重大な失策をもたらすことになった。

そこで、第四部では、プロセスベースの証拠を扱うための新しい概念上の

---

(26) 一般に、Fisher, *supra* note 1, at 602-24 (初期のイギリス法における陪審裁判と証人の利用について詳述し、証人が主観的経験を証言した具体的な例を提供する)；Langbein, *supra* note 9, at 1169-72 (証人が陪審員に重要な事実を伝える、指導的陪審 (instructional jury) について記述する) を参照。

(27) Imwinkelried, *supra* note 20, at 97-98 (現代の自動化された法科学鑑定手続を 20 世紀初頭の個別の検査と比較する)；Roth, *supra* note 20, at 2009-20 (基本的な科学機器から生体認証機械までの、標準化された証拠の発展について記述する) を参照。また、一般的には、INTERNATIONAL STANDARDISATION, *supra* note 11, at 1 (国際的な基準設定の基盤についての論考をまとめる)；Russell, *supra* note 11, at 247-56 (政治、ビジネス、経済、科学、技術、労働、文化における標準化に関する最近の学術研究を論じ、グローバリゼーションとコンバージェンスが国際標準化の今後の動向に与える影響を推測する) も参照。

(28) Imwinkelried, *supra* note 20, at 98 (コンピューター化によって均一な分析が可能になったため、DNA ラボの 85% が自動化された法科学分析技術を使用していると述べている) Roth, *supra* note 20, at 2044 (血中アルコール濃度を測定するための標準的な方法の使用と、その判定を行うための「より正確でない、あるいはより主観的な方法」とを対比する、People v. Lopez における Liu 判事の反対意見を引用する (286 P.3d 469, 494 (Cal. 2012) (Liu, J., dissenting)) を参照。



アプローチを提案する。それは、伝統的な証人ベースの出廷、反対尋問、信用性の考え方を、プロセスベースの文脈に再構築している。基本的な問題として、第Ⅳ部では、強制手続と証人喚問権を拡大し、訴訟当事者が特定のケースで証拠を生み出す根本的なプロセスへのアクセスを拡大することに賛成している。それによって訴訟当事者は、代理として出廷する証人を通じてではなく、直接的に証拠の信頼性を評価できるようになる。この改革を補完するものとして、対面条項と伝聞法則の概念の再考が提案される。これは、これらの証拠法則の教義を、その価値ある規範的目的に忠実でありながら、プロセスベースの証拠の特定の輪郭に適合させるものである。こうした前提問題を解決した後に、第Ⅳ部では、包括的で差し迫った問題を取り上げる。プロセスベース証拠の信頼性は、証言台で評価されないのであれば、どのように評価されるべきなのか。

最後に第Ⅴ部では、プロセス・シフトを認めることが裁判の本質を根本的に変えるかどうかを問い、議論を終える。例えば、プロセス証拠をより多く許容することは、従来の証人ベースとは対照的に、より文書ベースの裁判手続につながるのだろうか。裁判の有名な物語構造を破壊することになるのだろうか。また、個々に下される正義を減らすことにつながるのだろうか。

## Ⅱ . プロセスベースの証拠 (Process-Based Evidence)

### A. 証人の台頭 (The Rise of the Witness)

証人は現代の裁判にとって中心的存在である<sup>(29)</sup>。有罪か無罪か、責任はあるかないか、を判断する際に、事実認定者は、知識を有している人物から情報を受け取り吟味するために、しばしば証言台に目を向ける。被告人は、特定の犯罪に必要な犯意 (*mens rea*) を有していたのだろうか。不法行為の被害者自身の行動は、その傷害の一因となったのだろうか。通常、証人はその答えを提供する。

証人は、問題となっている出来事の見聞証言を伝え、事実認定者に関連し

た直接的な情報を提供する<sup>(30)</sup>。彼らは性格に関する意見を提供し、個人が信頼できるか不誠実か、攻撃的か平和的か、を主張する<sup>(31)</sup>。彼らは、複雑なトピックをより好ましい形に洗練させ、専門的知識を事実認定者に伝える<sup>(32)</sup>。また、多くの場合、彼らはパイプ役となる。彼らを通して、第三者の興奮した供述 (excited utterance) や臨終の際の供述 (dying declaration) を事実認定者に知らせ、特定の形式の許容されうる伝聞証拠が法廷に入る<sup>(33)</sup>。

しかし、刑事や民事の裁判において証人が重要性を有してきたことにもかかわらず、私たちが証人に固執するのは、一般に現代社会がそのように意図・熟慮した産物ではないことを認識することが重要である。つまり、証言台に

---

(29) 一般に、Fisher, *supra* note 1, at 602-24 (弁護側証人の台頭について記録する) を参照。William Blackstone 卿や Matthew Hale 卿も、前近代の裁判における証人重視の姿勢を高く評価している。Raymond LaMagna, *(Re)constitutionalizing Confrontation: Reexamining Unavailability and the Value of Live Testimony*, 79 S. CAL. L. REV. 1499, 1526-27 (2006) を参照。例えば、Hale は、「証人が証言を行う際の態度そのものが、その証人が真実を話しているのか、それとも虚偽を話しているのか、その可能性を示すだろう」と書いている。Id. at 1526 (MATTHEW HALE, THE HISTORY AND ANALYSIS OF THE COMMON LAW OF ENGLAND 252 (1713) を引用)。

(30) Richard A. Wise et al., *How to Analyze the Accuracy of eyewitness Testimony in a Criminal Case*, 42 CONN. L. REV. 435, 441 (2009) (目撃証言は、「刑事被告人に対して提出される可能性のある最も強力なタイプの証拠」であると記している) ; Matthew J. Reedy, *Witnessing the Witness: The Case for Exclusion of Eyewitness Expert Testimony*, 86 NOTREDAME L. REV. 905,906 (2011) (目撃証言が提出される一例を提供する) も参照。

(31) 連邦証拠規則 607-608 条 (証人が他の証人の信頼性あるいは性格について質問することを許容する)。

(32) 連邦証拠規則 702-704 条 (専門家証人の証言について規定し、潜在的に許容されない可能性のある事実を、その証拠価値が偏見をもたらす可能性を上回る場合に、許容する) を参照。また、Ronald J. Allen & Joseph S. Miller, *The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?*, 87 Nw. U. L. REV. 1131, 1137-42 (1993) (専門家証人の証言についての2つの概念、すなわち尊重と教育 (deference and education) の間の緊張関係について論じる) も参照。

(33) 連邦証拠規則 803-804 (伝聞法則に対する例外を列挙する) を参照。

よる裁判が大勢によって受け入れられてきたのは、証人による証言が、その代替物に対して相対的に、裁判における証拠に関する全ての問題を精査するのに最良の手段であるという現代的な信念のためではない。むしろ、証言台が裁判において傑出した地位を占め続けているのは、それが歴史の産物だからである<sup>(34)</sup>。

証人による証言のルーツを少々調べると、今日においてそれが堅固に守られていることが説明できる。その最も初期の形態においては、陪審員の役割は、現代の陪審員のそれと比較するとほとんど認識できないものであった。12 世紀初頭、英国の法制度は、実用的な紛争解決手段を切実に必要としていた。悪名高い神明裁判の正統性は急速に減少し、「重罪私訴追 (appeal of felony)」として知られるプロセスは、本質的には決闘による裁判であったが、明白な理由によって非常に不人気であった<sup>(35)</sup>。したがって、1166 年、ヘンリー 2 世はクラレンドン勅令 (Assize of Clarendon) を発し、初めて正式な証人 - 陪審システム (witness-jury system) を確立した<sup>(36)</sup>。この初期の陪審は自身で情報を収集する集団だった。なぜなら、陪審員は緊密な農業共同体にいたため、関連する裁判事実について詳しい知識を持つことができ、少なくとも、陪審員は必要な事実を発見するのに最適の立場にあったからである<sup>(37)</sup>。初期の陪審は、受動的で評価をする役割を担うのではなく、問題となる出来事について裁判前に知識を持ち、裁判に「宣誓の下で」参加し、彼らの地域の誰

---

(34) Fisher, *supra* note 1, at 585-602 (陪審裁判の歴史を記し、「15 世紀半ばまでに、イギリスの裁判制度は宣誓した証人による証拠を非常に重要視するようになった」ことを強調する) を参照。

(35) LANGBEIN ET AL., *supra* note 8, at 28-35 (重罪私訴追とその欠点を論じる) を参照。

(36) 上で十分に論じたように、初期の陪審はしばしば、問題となっている出来事の直接の目撃者で構成されていた。2 ENGLISH HISTORICAL DOCUMENTS: 1042-1189, at 440-43 (David C. Douglas & George W. Greenaway eds., 2d ed. 1981); LANGBEIN ET AL., *supra* note 8, at 35-37.

(37) Langbein, *supra* note 9, at 1170-71.

かが、殺人、強盗、窃盗、隠匿を含む特定の重罪について「告発され」または「悪名高く疑われ」ているかどうかを話すことが期待された<sup>(38)</sup>。要するに、最初の形態の証人による証言は、陪審自身によって提供されたのである。陪審による裁判が始まった当初ですら、手続きは知識を持った個人の証言を中心に展開されていた。

その後数世紀にわたり、社会の変化によってこの初期のモデルを根本的に作り直すことが必要とされた。黒死病により、自身で情報を収集する陪審の本質的述語 (essential predicates) であった露地農業は、存続できなくなった。なぜなら、人口規模の大幅な減少により、労働者が独立した囲い込み農業を受け入れざるを得なくなったからである<sup>(39)</sup>。集団生活は消え去り、それとともに、王室が地元の知識を獲得する能力も失われた。「村がなければ、同時代の人々に知られていたような陪審員は不可能であった」<sup>(40)</sup> ため、本来の証人-陪審は消滅の危機に瀕していたのである。しかし、急激な社会経済の変化、すなわち、陪審員の、初期の先んじて自ら情報を収集する証人の機能を、次第に受動的で評価をする責任へと移行させる変化、にもかかわらず、証言台は廃れたものとなることはなかった<sup>(41)</sup>。むしろ、陪審員以外の第三者証人を中心とする裁判がますます一般的になった。

Thomas Smith 卿の『De Republica Anglorum』は、証人中心の裁判が出現した一例を示している<sup>(42)</sup>。Smith による 16 世紀の説明は、「近世の裁判に関して私たちの有する最も初期ののぞき窓」<sup>(43)</sup> であり、被害者と起訴側証人が、暴行の状況について被告人と当事者対抗的に対話する様子を描いている<sup>(44)</sup>。客観証拠は提示されない。専門家が意見を述べることもない。弁護士が陪審に対して弁論をすることもない。その代わりに、Smith は、陪審が、単に第三者証人と被告人との間の証言のやりとりに基づいて有罪を宣告するだけの法廷を描いている<sup>(45)</sup>。裁判は、被害者が被告人に対して「あなたはこんなとこ

---

(38) 2 ENGLISH HISTORICAL DOCUMENTS: 1042-1189, *supra* note 36, at 440-41.

ろで私を強盗し、私を殴り []、私の馬を奪い []、私の財布を奪った……」と宣誓の下で話すところから始まる<sup>(46)</sup>。被害者の証言に他の起訴側証人たち

- (39) LANGBEIN ET AL., *supra* note 8, at 224-27. 黒死病が、陪審員ではない証人の時代の第一段階に拍車をかけたが、陪審が自身で情報を収集する証人であるというそれまでの機能の名残は残っていた。例えば 1598 年には、陪審員のひとりが、公判廷に許容されていない証拠を提出し、「それをその者と他の陪審員に対して見せた」場合であっても、女王座部は巡回陪審の評議を覆すことを拒んだ。Graves v. Short (1598) 78 Eng. Rep. 857, Cro. Eliz. 616 (QB); LANGBEIN ET AL., *supra* note 8, at 245. それにもかかわらず、陪審員ではない証人の台頭には、いくつかの重要な要因がある。第一に、Anthony Musson は、14 世紀の法廷における宣誓のない供述（被告 / 被告人と証人の両方）の増加に着目することで、陪審が事前情報提供型ではなく説明提供型へと移行したことを明らかにした。ANTHONY MUSSON, PUBLIC ORDER AND LAW ENFORCEMENT: THE LOCAL ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE 1294-1350, at 201-05 (1996)（「14 世紀初頭 … 裁判における陪審は自身で情報を収集するものであるという特徴は、証人が……中世の刑事裁判では容認され時には不可欠なものであったと認識されることによって、緩和された。」）を参照。第三者証人の供述はまた、事情を知らない陪審の台頭を引き起こした。なぜならそれは、Daniel Klerman が強調したように、第三者の「証言は異例であった」、自身で情報を収集する陪審裁判とは大きく異なっていたからである。Daniel Klerman, *Was the Jury Ever Self-Informing?*, 77 S. CAL. L. REV. 123, 142 (2003). 第二に、Langbein が強調したように、陪審員は特定の地域の数百人から構成されなければならないという近隣者要件は、着実に緩和していた。LANGBEIN ET AL., *supra* note 8, at 243-44 を参照。近隣者要件の目的は、自身で情報を収集する証人から構成される陪審が、犯罪や当事者に近接することを確保することであった。したがって、この要件が撤廃されたことは、事情を知らない陪審が、証人席の他者を介して事件の詳細を知らされる必要がある、新しい時代への移行を告げるものであった。
- (40) R.B. Goheen, *Peasant Politics? Village Community and the Crown in Fifteenth-Century England*, 96 AM. HIST. REV. 42, 53 (1991).
- (41) LANGBEIN, *supra* note 8, at 238-48（その後証人の重要性を維持することとなった、陪審に情報を提供する実務と強制手続の発展について記述する）を参照。
- (42) THOMAS SMITH, DE REPUBLICA ANGLORUM 112-14 (Mary Dewar ed., 1982); 同旨, JOHN LANGBEIN, THE ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL TRIAL 13 (2003).
- (43) LANGBEIN, *supra* note 42, at 13.
- (44) *Id.* at 13-16.
- (45) *Id.* at 13-14.

の証言が続く。起訴側証人たちは、宣誓の下、「悪人 (malefactor) に対する証拠」たる証言を提供する<sup>(47)</sup>。その後、被告人が反論し、起訴内容を否認し、「被告人の弁護人と証人としての融合した役割は分かちがたいものである<sup>(48)</sup>」ことを示す。全ての証人が説明した後に、陪審は、彼らが観察した口頭でのやりとりだけに基づいて、判断を下したのである。John Langbein が言うように、陪審は「通常、ほとんど指示を受けずに、彼らがそのやり取りから学んだことに基づいて事件を判断する」ように言われたのである<sup>(49)</sup>。法廷内証言は有罪判決を下すために必要かつ十分なものであった。

時が進むにつれて、証人に着目することの根拠は、実際上の必要性から中心的な執着へと変容していった。その多くは、ある種の制度的経路依存 (institutional path dependency) によるものであった。証人が裁判の支柱となるにつれ、彼らの証言の提出と精査を奨励するためのルールや実務が自然と出現する<sup>(50)</sup>。1555 年の Mary 女王下の拘禁法は、治安判事 (事実上、検察官) に強制手続を認めた最初の法令であり、起訴側証人が証言するために訴訟手続に出席することを要求する権限を治安判事および検察官に与えた<sup>(51)</sup>。John Henry Wigmore は、「1700 年代の初めには、[伝聞証拠排除] 法則が、法の基本的な一部分として、広く確かに受け入れられていた」<sup>(52)</sup> と述べている。証人喚問の強制手続や伝聞法則によって強制的に法廷に立たされた証人は、そ

---

(46) SMITH, *supra* note 42, at 114; 同旨 LANGBEIN, *supra* note 42, at 13.

(47) SMITH, *supra* note 42, at 114; 同旨 LANGBEIN, *supra* note 42, at 13.

(48) LANGBEIN ET AL., *supra* note 42, at 13.

(49) *Id.* at 14.

(50) 一般的には、LANGBEIN ET AL., *supra* note 8, at 559-728 (弁護側証人を禁じる 16 世紀の裁判実務から、立法及び捜査手続の改善の結果として証人とその交互尋問を許容する当事者対抗システムへの移行を探究する); Fisher, *supra* note 1, at 624-55 (証人中心の公判における陪審を導いた手続の発展を概説する) を参照。

(51) LANGBEIN, *supra* note 42, at 51; John H. Langbein, *The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries*, in THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION: ITS ORIGINS AND DEVELOPMENT 82, 91 (Helmbold et al. eds., 1997).

の証言が、その言葉の証拠価値をテストするための、いっそう強固な一連の  
 手続の対象となることを知った。宣誓は、当然、神による報復という脅威に  
 頼ることによって、証人の真実性を確保しようとするものであった。反対尋  
 問は、「これまで人間の創意工夫によって考案された、虚偽を解明するための  
 最も完全で効果的なシステム」<sup>(53)</sup> として出現した。Jeremy Bentham の言葉を  
 借りれば、「誤った、あるいは虚偽の証言に対しては、反対尋問が決定的な安  
 全策である……」<sup>(54)</sup>。このような実務や手続が時間の経過とともに常態化し  
 洗練されていくにつれて、証言台を重視しない裁判の可能性は次第に消滅し  
 ていった<sup>(55)</sup>。代わりに、証人が証拠を公判廷に持ち込むという前提に立って  
 構築された裁判システム全体が、徐々に証人による証拠の持ち込みだけを要  
 求するようになった。

当然のことながら、この初期に、裁判実務と手続の中心的存在として証人  
 が打ち立てられるのは、まったく理解可能である。書証、科学的証拠、そし  
 て物的証拠さえも、比較的不足していた<sup>(56)</sup>。その代わりに、ほとんどすべて

(52) 3 JOHN HENRY WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW § 1364, at 25 (2d ed. 1923).

(53) Bodansky, *supra* note 10, at 96 (*Of the Disqualification of Parties as Witnesses*, 5 AM. L. REG. 257, 263-64 (1857) を引用する)。

(54) 5 JEREMY BENTHAM, RATIONALE OF JUDICIAL EVIDENCE SPECIALLY APPLIED TO ENGLISH PRACTICE 212 (Fred B. Rothman & Co. 1955) (1827).

(55) 証人中心の裁判だけが、これまでに定着した制度だというわけではない。証人中心の現代の裁判に対応するのは、当然のことながら司法取引であり、この実務自体も、過去 1 世紀にわたって、私たちの司法制度において同様の定着プロセスを経てきた。一般に、Jacqueline E. Ross, *The Entrenched Position of Plea Bargaining in United States Legal Practice*, 54 AM. J. COMP. L. 717 (2006) (司法取引によって刑事手続を解決することは、普及し制度上も好まれてきたために、これは定着した制度となっていると主張する) を参照。

(56) 一般的には、LANGBEIN ET AL., *supra* note 8, at 51 (「証人からの証拠、[情況証拠の] 分析、書証の閲覧」に基づく「合理的な立証手段」の発展について論じている (原文を改変)) を参照。

の証拠は「人ベース (person-based)」であった。De Republica Anglorum によって示されたように、事件はしばしば、対立する証人の証言や、少なくともアドホックで主観的な人間の行動の産物である証拠の比較衡量ですべてが決まった<sup>(57)</sup>。証拠の信頼性は主に、裁判所の面前に情報を持ち込んだ特定の人物に依存していたために、アングロアメリカの法システムが証言台を通して証拠の精査を行うことは自然に必要なアプローチであった。しかし、以下のセクションで示すように、この伝統的なシステムは、非人間ベースの証拠 (non-person-based evidence) の出現を予測していなかったのである<sup>(58)</sup>。産業化以前の時代が終わる頃には、アングロアメリカの法システムにおける単なる証人裁判びいきが義務となり、このシステムは新しい時代の証拠に対応するために必要な能力を失っていった。

(未完)

---

(57) SMITH, *supra* note 42, at 114; LANGBEIN, *supra* note 42, at 14.

(58) 一般的には、Fisher, *supra* note 1, at 585-602 (陪審の有する大きな力が、証人による宣誓の有する力に対する半ば神聖な信仰によって、どのように支えられていたかを詳述する) を参照。