

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 (3)

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

C. 写真

第三の例として、プロセスベースの証拠の典型である写真について考えてみよう。写真の証拠価値 (evidentiary worth) の多くは、特定のショットの重要性 / 非重要性には関係なく、カメラはある場面の信頼できる描写を提供するという一般常識から生じる⁽¹³¹⁾。私たちは、カメラは、その内部に電子のおよび機械的な装置を備えているため、毎回同じプロセスで写真を生成することを知っている⁽¹³²⁾。したがって、写真がある場面を正確に表現しているかどうかについての問いは、その内部プロセスに焦点を当てるべきである。すなわち、例えば、生成されるすべての写真に現れるようなシステムのエラーがカメラに存在するかどうか、などである。

しかし、アメリカの法システムは、そのプロセスベースの性質を考慮せずに写真証拠を取り扱っている⁽¹³³⁾。繰り返しになるが、私たちの証拠枠組みは、

(131) 一般的に、Jordan S. Gruber et al., *Video Technology*, 58 AM. JUR. TRIALS 481, 525-45 (1996) (さまざまな種類のビデオや写真の技術について説明し、それらが証拠として用いられる可能性について弁護士にアドバイスする) を参照。

(132) *Id.* at 525-35.

(133) 例えば、写真の色相に影響するシステムのエラーが、その証明力にどのような影響を与えるかを検討するものとして、Jessica M. Salerno, *Seeing Red: Disgust Reactions to Gruesome Photographs in Color (But Not in Black and White) Increase Convictions*, 23 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 336, 345-47 (2017) を参照。

陪審員を証言台にいる証人に着目させるものである⁽¹³⁴⁾。標準的な公判実務では、証人は証言台に立ち、写真がある物体や場所の「適正かつ正確な表現」であると認める。したがって、写真は証人の証言を説明するものではあるが、証拠そのものではない⁽¹³⁵⁾。私たちの法システムは、写真がそれ自体で特定の場面に関する非常に証明力の高いものとして成立することを認めるのではなく、写真を、同じ対象に関する証人の説明を裏づけるにすぎないという、少し離れた役割に追いやっているのである⁽¹³⁶⁾。例えば、法廷における写真証拠に対する典型的な審査は次のようなものである。

弁護士：これから、政府提出の証拠物 2 から 4 をお見せします。これらを見てください。これらの写真に見覚えはありますか。

証人：見覚えがあります。

弁護士：その日あなたが目撃したことを、公正かつ正確に表していますか？

(134) Mnookin, *supra* note 7, at 67 (「展示証拠とは、まさしく写真に対する司法の反応から生まれた認識論的カテゴリーのように思われる」) を参照。

(135) BLACK'S LAW DICTIONARY (6th ed. 1990) の展示証拠の項目、連邦証拠規則 1002 条に関する諮問委員会注釈を参照。注釈は一般的な実務を以下のように記述している (強調追加)。

通常、証言台に立つ証人は、写真や動画が、自分が見た出来事や自分がよく知っている場面を正しく表現していると証言する。実際のところ、証人はその写真を自分の証言として採用し、俗に言う「証言を説明するために写真を使用する」のである。この状況では、写真の内容を証明する努力は何ら行われず、この規則は適用されない。

例えば、Scarlett v. Ouellette, 948 So. 2d 859, 863 (Fla. Dist. Ct. App. 2007) (「写真が公正かつ正確な表現であることを知る証人は、写真を許容するために必要な基礎を提供するだろう。」) を参照。

(136) Mnookin, *supra* note 7, at 67 (結論を下すための証拠ではなく、展示証拠あるいは説明証拠としての写真の取扱いについて議論する) を参照。

証人：はい。

弁護人：……裁判官、政府提出の証拠物 2、3、4 を証拠として提出します。

裁判所：異議は？

相手方弁護人：異議はありません。

裁判所：証拠として許容します。

弁護人：政府提出の証拠物 2 から始めましょうか？

証人：はい、これは Nuckles さんの写真です。

弁護士：その日の彼の服装と行動が写っていますね？

証人：その通りです。

弁護士：わかりました。政府提出の証拠物 3 は？

証人：Nuckles さんの車の後部座席から取り出したスーツケースです。

弁護士：……わかりました。政府提出の証拠物 4 は？

証人：これは開いたスーツケースで、スーツケースの中に入っていた薬物を示しています。⁽¹³⁷⁾

このような写真の取扱いは、やはり無駄であり、潜在的に歪んでいる。まず、このような取扱いは、写真自体に明白に描写されていることを証人に不必要に繰り返すよう要求する点で無駄である⁽¹³⁸⁾。また、少なくとも技術的には、法は、写真の独立した、そして多くの場合に強力な証拠価値を認めるのではなく、他の展示証拠（グラフ、図表、ポスターなど）と等しく扱うため、潜在的に歪んだものである⁽¹³⁹⁾。写真の力は、それが単なるスケッチや絵画のよ

(137) United States v. Nuckles, Criminal Case No.1:14-CR-218-ODE-AJB, 2015 WL 1600687 (N.D. Ga. Aug. 22, 2014), *aff'd*, 649 Fed. Appx. 834 (11th Cir. 2016) における証拠異議審問の原稿 21-22 頁。

(138) 例えば、上記の記録では、証人の唯一の責任は、弁護人から提示された写真の特徴を説明することであった。

(139) Mnookin, *supra* note 7, at 67-70 を参照。

うに証人の証言を説明することにあるのではないのは、誰もが知っている。写真の力は、それがあある場面を一貫して確実に描写する機械的なプロセスの結果であることに由来する。独創的なカメラワークによって写真が歪められることは疑いようがないが、その程度は限られており、そのような歪みは目撃証言の場合に比べてはるかに限定的である⁽¹⁴⁰⁾。しかし、写真は展示証拠であるために、弁護士によって証拠として提出されることはなく、事実認定者も、写真証拠を好んで使用することはない。しかしながら、写真は証拠であり、証人の口から出る言葉よりもはるかに優れている。証人は裁判における証明に重要な文脈を提供するが、主役ではない。

確かに、証拠規則はこれまで証人に着目してきたとはいえ、それが写真のプロセスに基づく性質を完全に見落としているわけではない。例えば、物言わぬ証人の理論 (silent witness theory) は、展示証拠としては採用されない場合でも、写真を証拠として許容するものであり⁽¹⁴¹⁾、監視カメラの映像には特に有用な学説である⁽¹⁴²⁾。しかし、物言わぬ証人の理論は、重要かつ信頼性のある証拠を排除から救うための、次善の、ほとんど頼みの綱ともいべき試みである。実際、裁判所は「描写された場面を見た証人がいないことが明ら

(140) Richard Zakia, *Perception, Evidence, Truth, and Seeing* (知覚に影響を与えることができる撮影テクニックの例を提供する), in *THE CONCISE FOCAL ENCYCLOPEDIA OF PHOTOGRAPHY: FROM THE FIRST PHOTO ON PAPER TO THE DIGITAL REVOLUTION* 239, 239-50 (Michael R. Peres et al. eds., 2012) を参照。

(141) *United States v. Rembert*, 863 F.2d 1023, 1026 (D.C. Cir. 1988) (「写真の許容性は、それが生成されたプロセスの信頼性に基づいて認められるという『物言わぬ証人』のモデル」を認識している)。Teneille Brown & Emily Murphy, *Through a Scanner Darkly: Functional Neuroimaging as Evidence of a Criminal Defendant's Past Mental States*, 62 *STAN. L. REV.* 1119, 1165 (2010) (写真の撮影対象について個人的に証言できる証人がいない場合の選択肢としての「物言わぬ証人の理論」について論じている) も参照。

(142) Natalie F. Pike, Note, *When Discretion to Record Becomes Assertive: Body Camera Footage As Hearsay*, 20 *VAND. J. ENT. & TECH. L.* 1259, 1256 n.32 (2018) (「監視カメラは、人間の操作や入力、妨害なしに録画するため、しばしば物言わぬ証人となる」)。

かである場合」にのみ、物言わぬ証人の理論が適用可能であると判断している⁽¹⁴³⁾。物言わぬ証人の理論は、証人に対してプロセスが有する利点の認識から生まれたものではなく、証拠採用の必要性から生まれたものに過ぎない⁽¹⁴⁴⁾。証人は依然として証拠の頂点に君臨しているのである。

D. 業務記録の例外

プロセスベースの証拠に最も対応する法理は、やはり的外れである。連邦証拠規則 803 条 (6) は、業務に関わる規則的で標準化された記録は一般的に信頼性があり、したがって伝聞法則のもとで許容されないとみなされるべきではないことを認めている⁽¹⁴⁵⁾。諮問委員会注釈は以下のように記している。

業務記録の際だった信頼性の要素は、体系的なチェック、正確であることが慣例となるような規則性と継続性、それらに依存する実際の業務経験、または継続的な仕事もしくは職業の一部として正確な記録を作成する義務があること、などによって、さまざまな形で供給されると言われている⁽¹⁴⁶⁾。

簡潔に述べると、連邦証拠規則は、業務記録は、潜在的な人的関与はあるにせよ、個人や原供述者からではなく標準化されたプロセスから信頼性を獲得する、典型的なプロセスベースの証拠であることを認識している⁽¹⁴⁷⁾。プロセスベースの証拠に、証人ベースの保護手段である伝聞法則を適用することは非効率を生むため、伝聞例外によってそのような取扱いが回避されている。

しかし、規則 803 条 (6) の歴史は、法システムに証言台という枠にとらわ

(143) Rembert, 863 F.2d at 1026.

(144) 同判決 (X線撮影のように、証人が個人的に対象物を見ることが不可能な状況をカバーするために、物言わぬ証人の理論が発展してきたと論じる) を参照。

(145) 連邦証拠規則 803 条 (6)。

(146) 連邦証拠規則 803 条案に関する諮問委員会注釈。

(147) 同書を参照。

れずに考えさせることがいかに難しいかを示している。業務記録の例外は、銀行取引明細書のような1つの記録の作成に関与した原供述者全員を呼び出すことの非現実性によってもたらされた、大規模な改革の努力の産物であった⁽¹⁴⁸⁾。1927年までさかのぼると、コモンウェルス財団の法律研究委員会による研究は、プロセスベースの標準化が業務文書の信頼性を高め⁽¹⁴⁹⁾、プロセスの規則性と継続性が、伝聞証拠排除法則の根底にある懸念を凌駕するのに十分な信頼性を際だった形で保障すると主張していた⁽¹⁵⁰⁾。しかし、プロセスベースの信頼性が認められているにもかかわらず、伝聞例外が採用されてからの数十年間、業務手続について証言する職員、すなわち証人の採用が依然として必要であった⁽¹⁵¹⁾。規則 803 条 (18) の学術論文の例外と同様に、証人は証言台に立たなければならず、強調された非個人的な証拠のパイプ役としての役割を主に果たさなければならなかった⁽¹⁵²⁾。最近になってようやく、諮問委員会は、証言台で証言する職員の代わりに証明書を伝聞例外の要件として認め

(148) Frank T. Read, *The Business Records Exception: Something Less Than Revolutionary*, LITIG., Fall 1975, at 25, 25.

(149) Sidney Kwestel, *The Business Records Exception to the Hearsay Rule-New Is Not Necessarily Better*, 64 Mo. L. REV. 595, 595 & n.4 (1999) (業務記録の例外がどのようにして広く支持されるようになったかを論じている) を参照。

(150) Anthony J. Dreyer, *When the Postman Beeps Twice: The Admissibility of Electronic Mail Under the Business Records Exception of the Federal Rules of Evidence*, 64 FORDHAM L. REV. 2285, 2305-07 (1996).

(151) この数十年にわたるアプローチは、次のことを認めていた：
伝聞を含む「業務記録」は、「職員またはその他の適切な証人」による以下の基本的な証言がなされれば、許容される：

- (1) その記録の原供述者は、正確な供述をするための個人的知識を持っていたこと
- (2) 原供述者が、報告の対象となった行為と同時期に供述を記録したこと
- (3) 原供述者が業務活動の通常の過程において記録を作成したこと
- (4) そのような記録が事業者によって日常的に保管されていたこと

United States v. Pelullo, 964 F.2d 193, 200 (3d Cir. 1992) (強調追加)

(152) 同判決を参照。

るよう規則を改正した⁽¹⁵³⁾。これは、業務記録の信頼性は、証人という法廷での代理人ではなく、そのプロセスから生まれることを認識した珍しい事例である。

規則 803 条 (6) は、手続ベースの証拠を適切に取り扱うための正しい方向への一歩を示すものではあるが、法廷において標準化された資料を取り扱うための包括的な手順を提供するものではない。当然のことながら、伝聞法則は許容性規則である⁽¹⁵⁴⁾。この許容もしくは排除という二元的な証拠法上の障壁 (binary barrier) は、証拠の証明力を評価する手段を提供するわけではない。このことが業務記録にどのような問題をもたらすかを理解するために、次のように仮定してみよう。ある訴訟当事者が、被告の行為の結果、3 週間余分に電力を使用しなければならなかったことを証明したいとする⁽¹⁵⁵⁾。これを証明するために、彼女は電気料金の請求書を提示する。請求書には、昨年の金額、今年のコスト、および増加額が記載されている。その差額が損害の推定額となる。しかし、請求書の作成に人為的な関与がある場合、それは伝聞証拠であり、伝聞例外とならない限り認められない。そこでその当事者は、請求書が許容されるようにするために、電力会社から証明書を発行してもらわなければならない (もちろん、証明書の存在が伝聞例外の要件として認められる前であれば、電力会社の職員を呼ぶ必要があるだろう)。しかし、ここで問題なのは、

(153) 2000 年の連邦証拠規則 803 条 (6) 改正に関する諮問委員会注釈。現代の枠組みでは、業務記録を許容するために必要な証明は、証人として証言する資格を有する者が行わなければならない。たとえば、*Rambus, Inc. v. Infineon Techs. AG*, 348 F. Supp. 2d 698, 701 (E.D. Va. 2004) を参照。

(154) 連邦証拠規則 802 条を参照 (一般的に伝聞証拠は許容されないと規定する)。

(155) 同様の事例としては、*N.L.R.B. v. First Termite Control Co.*, 646 F.2d 424, 426, 428-30 (9th Cir. 1981) がある。この事件では、第 9 巡回区控訴裁判所によれば、荷為替請求書の真正性を保証するのに十分な資格を持たない補助的証人を荷為替請求書の提出者が召喚したために、荷為替請求書自体を許容することが困難となり、控訴審全体がその困難性を中心に争われた。

証明書はほとんど重要ではないということである。私たちの証拠枠組みに必要なのは、電力会社の証明書ではなく、請求書が当事者の電力使用量を正確に表しているかどうか、特にそのような実務が前年から変わっていないかどうかを確認するための、電力会社のシステムや実務の精査である。

したがって、業務記録の例外は、プロセスベースの証拠に対する不完全な対応である。私たちの証拠枠組みには、単にプロセスベースの証拠の許容性を管理するだけでなく、その証拠価値を探る効果的な手段を提供する道具が必要なのである。

IV. プロセスベースの証拠規則に向けて

それでは、裁判所はプロセスベースの証拠をどのように扱うのが最適なのだろうか。前述したように、伝統的な証拠規則ではこの課題に対応できない。というのも、現行の証拠規則システムは、証人ベースの証拠が他の形態の証拠よりも普及し、かつ規範的に望ましいという仮定の下で発展してきたからである⁽¹⁵⁶⁾。証拠規則システムは、プロセスベースの証拠をまったく念頭に置かずに構築されたのである⁽¹⁵⁷⁾。近年では、実務上の圧力により、業務記録の例外⁽¹⁵⁸⁾、学術論文の例外⁽¹⁵⁹⁾、展示証拠としての写真の扱いなど、一連の回避策が必要とされている⁽¹⁶⁰⁾。しかし、これらの回避策はあくまでもその場しのぎであり、伝統的な証拠枠組みを支え、多大な犠牲を払って証人への着目を維持してきた場当たりの手当てである。それらは、証拠規則の長期的な発展や制度としての一貫性には寄与しないのである。

本パートは、このように四角い穴に丸い釘をはめ込もうとするのではなく、

(156) 一般的に、Fisher, *supra* note 1, at 602-24; Langbein, *supra* note 9, at 1169-72 を参照。

(157) Fisher, *supra* note 1, at 602-24; Langbein, *supra* note 9, at 1169-72. を参照。

(158) 連邦証拠規則 803 条 (6)。

(159) 連邦証拠規則 803 条 (18)。

(160) 連邦証拠規則 1002 条。Mnookin, *supra* note 7, at 67-70.

プロセスベースの証拠を扱うための新しいアプローチを開発することを試みる。しかし、それには、伝統的な証拠法則の完全な否定を必ずしも伴わない。伝統的な規則はプロセスベースの証拠には不適切であるが、その根底にある哲学から多くを学ぶことができる。要するに、伝統的な証拠法則は、プロセスベースの証拠を規律する新しいシステムのひな形として役立つのである。例えば、信頼性のある証人ベースの証拠を確保するために用いられる 3 つの古典的なメカニズムは、宣誓、事実認定者が証人の態度を観察することができること、反対尋問である⁽¹⁶¹⁾。明らかに、これらのメカニズムはどれもプロセスベースの証拠には直接適用できない。裁判所は、機械、ビジネスプロセス、その他の標準化されたシステムを宣誓させたり、その態度を観察したり、反対尋問したりすることはできない。しかし、裁判所は機能的に同等のものを実現するための新しいメカニズムを構築することができる。新しいルールは、プロセスベース証拠の根底にあるプロセスを陪審に対してより透明なものにし、相手方当事者にそれを攻撃する機会を提供し、その信頼性をどのように評価するかについての指針を与えることができる。

このように、広範な概念レベルにおいて、本パートはこれらの規範的目標を達成するためのひな形を提唱している。以下のセクションでは、私たちの証拠枠組みを 21 世紀に導入し、プロセスベースの証拠を効率的かつ効果的に精査できるようにするための一連の改革と再概念化を提示する。この枠組みの下では、証人がもはや必要でない場合には、証人を公判廷に提出することは義務とされるべきではない。

まず第一に、私たちは、強制手続請求権 (compulsory process power) を拡大し、特定の事件で証拠を生み出すプロセスや標準化されたシステムへのアクセスを可能にすべきだと主張する。訴訟当事者がこれらのシステムを直接テストできるようにすることで、プロセスベースの証拠の領域で大いに必要

(161) FISHER, *supra* note 80, at 377-78; Laurence H. Tribe, *Comment, Triangulating Hearsay*, 87 HARV. L. REV. 957, 958 (1974).

とされている透明性をもたらされ、不必要な証人がプロセスの信頼性判断を歪めるリスクもほぼ排除される。同時に、プロセスベース証拠に関する伝聞法則と対面条項を再概念化することは、このアクセス拡大の提案を補完するものである。証拠に関する申立てが個人ではなくプロセスに関係する場合、(公判廷に証人がいなくとも) プロセスに対する適切な精査は、これらの法理を満たすはずである。最後に、そしておそらく最も重要なこととして、法廷におけるプロセスベース証拠の信頼性を精査するための全体的な枠組みを提唱する。プロセスの信頼性を代理人である証人の信頼性と同一視するのではなく、プロセスベース証拠の証拠価値は、その基礎となるプロセスの透明性、改ざん可能性、客観性に直接依拠すべきであると主張する。

A. 召喚手続の再構築

証人ベースのシステムにおける主役は公判廷での証言であるため、裁判所は証人の出席を確保するための強力な手段を開発してきた⁽¹⁶²⁾。例えば、召喚権 (subpoena power) や強制手続条項 (the Compulsory Process Clause) は、知識のある証人が証言台に立って有益な情報を提供することを保証する⁽¹⁶³⁾。実際、陪審員による相手方の反対尋問の観察など、裁判システムの基礎となる部分のいくつかは、証言台での証人なしには不可能である⁽¹⁶⁴⁾。強制手続は、多くの点で、証拠法全体の基礎となっているのである。

(162) 確かに、伝統的な証拠規則には、いくつかの形態の伝聞証拠、司法確知 (judicial notice) の対象となる情報、証拠の展示方法などに対する証人提出の例外が列挙されているが、情報を得るための第一の手段は、紛れもなく、証人による公判廷での証言台での証言である。

(163) 例えば、アメリカ合衆国憲法修正 6 条、連邦民事訴訟規則 45 条 (民事訴訟における召喚権について規定する)、連邦刑事訴訟規則 17 条 (刑事訴訟における召喚権について規定する)、GEORGE FISHER, EVIDENCE 730-31 (3d ed. 2013) (裁判所が被告 (人) を証言台に立たせるために、どのようにして修正 6 条を解釈してきたかを詳述する) を参照。

(164) FISHER, *supra* note 80, at 377-78.

しかし皮肉なことに、強制手続は、プロセスベースの証拠に異議を唱える者にとって、少なくとも伝統的に理解されているようには、役に立たない。強制手続が保証するのは、写真、業務記録、法科学検査結果を提出する証人の出廷だけである。さらに、第 III 部で論じたように、相手方当事者が異議を申し立てる必要があるのはプロセスそのものであり、プロセスの代理人である証人ではないため、証人に対する反対尋問はほとんど意味がない⁽¹⁶⁵⁾。代理人である証人は、プロセスの内部構造について限られた知識しか持っていない可能性があり、それ以上のことを聞く尋問には抵抗する可能性がある⁽¹⁶⁶⁾。

したがって、プロセスベースの証拠に必要なのは、従来の証人に対する召喚手続と機能的に類似する、「証言台に立たせる」手続である。証人にとって、証言台に立つことは透明性を生み出す。すなわち、事実認定者と公衆は証人を見て、精査することができる⁽¹⁶⁷⁾。証言台に立つことは、証人を反対尋問にさらすことにもなる⁽¹⁶⁸⁾。それゆえに、プロセスベースの証拠は、これらと同様の結果をもたらす手続上のツール、すなわちプロセスベースの証拠をより透明化し、精査を受けやすくするツールを必要としている。

証拠開示の拡大は、まさにそのようなツールである。従来、証拠開示というと、書類が詰まった銀行員のボックスや、ファイルでいっぱいハードディスクを思い浮かべる。場合によっては、それこそが相手方がプロセスベースの証拠に異議を唱えるために必要なものとなる。評価基準の調整結果や、パフォーマンスレビュー、標準的な操作手順、会社方針、設計文書などの証拠開示により、相手側はプロセスベースの証拠を作成したプロセスを精査し、

(165) 上記第 III 部 (A) を参照。

(166) Imwinkelried, *supra* note 20, at 97-98 (「今日、法科学証人は、手作業による科学的分析を説明するために裁判に出廷することはない。むしろ証人は、自分が監督した自動的法科学的手法の結果について証言するのである」)。

(167) Tribe, *supra* note 161, at 958.

(168) *Id.*

その信頼性に異議を唱えることができる。

しかし、「プロセスを証言台に立たせる」には、従来の証拠開示以上のものが必要な場合もある。結局のところ、すべての機械や業務手順が評価基準の調整やパフォーマンスレビューを受けているわけではない⁽¹⁶⁹⁾。代わりに、相手方は機械やプロセスそのものへのアクセスを求めるかもしれない。質量分析計が訴訟の重要な証拠となる場合、相手側は既知のサンプルを使ってその機械をテストすることを望むかもしれない。ある研究所がコカインの検査に標準的な手順を用いていた場合、相手側は盲検化された（しかし既知の）検査サンプルを送って、その研究所の正確さに異議を唱えたいと思うかもしれない。

当然、裁判所はそのような証拠へのアクセスを注意深く監督し、制限する必要がある。機械は依然としてもう一方の当事者のものであり、相手方が（不注意であれ故意であれ）機械に損害を与えるおそれもあるだろう。また、内部手続に企業秘密が含まれていたり、市場での競争に影響を及ぼしたりする可能性もある⁽¹⁷⁰⁾。しかし、このような形での裁判所の関与は、法廷における証人へのアクセスや証人とのやり取りを裁判所が監督するのと、おそらく違いはない。早い段階で、裁判所は研究所の設備や内部プロセスへの適切なアクセスを提供する方法を考え出さなければならなくなるだろう。しかし、何事もそうであるように、標準的な法慣習が時間の経過とともに生まれてくるだろう。その時期には、血中アルコール検査装置の調整に異議を唱えること

(169) すべての証人が、その誠実さを攻撃もしくは裏付けるために、眼科検査、精神鑑定、性格証人を利用できる（あるいはそれを受け入れられる）わけではないのと同じである。

(170) 企業秘密の問題は複雑であり、さらなる展開が必要である。しかし、証人の特権に類似した制度を作ることはできるはずである。さまざまな特権が、証言台での特定の質問から証人を保護するように、営業秘密特権法は、プロセスベースの証拠開示において特定の情報を開示する必要性から企業を保護する。しかし、証人の特権が一定の状況下では制限されるのと同様に、企業秘密の特権も一定の状況下では制限されるだろう。

は、証人を反対尋問するのと変わらなくなるだろう。

証拠開示の拡大に関するこうした関心は、ソースコードへのアクセスや機械証拠に異議を唱えるための新たな枠組みを提案する最近の研究と一致している。例えば、Edward Imwinkelried 教授は最近、DNA が一致するかどうかを判定するために使用されるコードのようなコンピュータのソースコードは、そのソースコードが法廷で証拠となる結果を生成する場合であっても、一般的に訴訟当事者による精査の対象から除外されてきたと認識している⁽¹⁷¹⁾。証拠を生み出しているのはプロセスであり、一個人ではないため、弁護側がソースコードを直接精査する限定的なアクセス権を持つべきであるという点で、私たちは Imwinkelried に同意する⁽¹⁷²⁾。Andrea Roth 教授も同様に、いわゆる機械証言、すなわちカメラ、温度計、その他の機械システムなどのプロセスによって提供される情報が、これまで法廷で誤って扱われてきたことを認識している⁽¹⁷³⁾。Roth にとって、これまでに登場したつぎはぎだらけの法理は、「知的には支離滅裂であり、陪審員が機械の信頼性を評価する力を十分に与えられない」⁽¹⁷⁴⁾ ものである。Roth は、Imwinkelried と同様、証言台ではなく機械の内部プロセスに信用性と信頼性の評価を集中させることで、機械の証言に独自の観点から関与しようとしている⁽¹⁷⁵⁾。

証拠開示の拡大を支持する私たちの提案は、Imwinkelried や Roth と一致しているが、私たちの提案は、より広範なカテゴリーであるプロセスベースの証拠にまで及ぶものである。機械、業務慣行、さらには出版手続など、特定の事件で証拠を生み出すシステムへの直接アクセスを増やすことで、信頼性評価は速やかかつより有意義なものとなり、証人ベースを原因とする難問は

(171) Imwinkelried, *supra* note 20, at 98-101.

(172) *Id.* at 97, 101.

(173) Roth, *supra* note 20, at 2000-22.

(174) *Id.* at 1972.

(175) *Id.* at 2022-23.

排除される。

B. 伝聞と対面の再構築

召喚権の改革は、それだけでは不完全な解決策である。補完的な改革は、他の証拠規則においても必要である。強制手続は、伝聞法則や対面条項と密接な関係にある。召喚状は、裁判における証人の出席を確保するのに役立つ。当事者が証人を提出しなかった場合、伝聞法則と対面条項により、一般的にその証拠は除外される⁽¹⁷⁶⁾。しかし、上述したように、伝聞法則や最近の対面法理は、極度に証人ベースのものであるため、それをプロセスベースの証拠に適用すると、無駄で歪んだ結果を招く。したがって、伝聞法則と対面条項もプロセスベースの世界に順応させない限り、プロセスベースの証拠の基礎となるシステムへのアクセス拡大を認めても、結局は実りのないものになってしまうだろう。

1. 伝聞

従来の伝聞法則は、機械によるものであれ、人によるものであれ、プロセスベースの証拠に適切に対処することができない。機械が作成した証拠に対しては、伝聞法則は適用できない。なぜなら、伝聞法則は人が行った主張のみを対象としているからである⁽¹⁷⁷⁾。人が作成したプロセス証拠については、伝聞法則は厳しすぎると同時に緩すぎでもある。厳しすぎるといえるのは、伝聞法則は原供述者に証拠について証言することを要求するからである。先にも述べたように、プロセスベースの証拠の信頼性は、それに関与した個人ではなく、その背後にあるプロセスから生じる。同時に、伝聞法則は、しばしば業務記録の例外という回避策を与え⁽¹⁷⁸⁾、業務記録をフリーパスにしている

(176) 合衆国憲法修正 6 条、連邦証拠規則 802 条を参照。

(177) 連邦証拠規則 801 条 (a) (「『供述』とは、人の口頭による主張、書面による主張、または、非言語行為であり、人がそれを主張であると意図したものをいう。」)

点で、甘すぎる。確かに、日常的な業務の過程で行われる供述は、典型的には、1 回限りの供述に比べて信頼性がある。しかし、そのプロセスに根本的な欠陥があったとしたらどうだろうか。ある特定の状況における業務手続が、従業員に数字を誇張したり歪めたりする動機を与えているとしたらどうだろうか。相手方当事者は、そのような業務手続や、その他の伝聞を生み出すプロセスに、有意義にアクセスし精査する機会を必要としている。

したがって必要なのは、プロセスベースの証拠に対する伝聞法則に類似したものであり、有意義なアクセスとプロセスに異議を唱える機会を提供するものである。再概念化されたプロセスベースの伝聞法則は、伝統的な証人ベースの伝聞法則が求めるのと同じ目的、すなわち、反対者が法廷で証拠の主張を検証する機会を得ることを達成しようとするものであるが、それは、2つのタイプの証拠間の重大な概念的相違を十分に認識した上で行われるものである。

再概念化された伝聞法則は、プロセスベースの伝聞証拠を2つの経路で認めることになる。第一の方法は、反対尋問の対象となる証言台での証言に類似しているが、実際には、上記の第 IV 部 (A) の証拠開示の拡大案で述べたように、相手方に基本的なプロセスへのアクセスと精査する機会を提供することである。訴訟当事者が、特定の事件で証拠を生み出したシステムを直接精査できるようにすることで、相手側当事者は、信頼性を決する重要な部分を検討しその証拠の弱点を陪審員に明らかにする機会を与えられる。こうして、プロセスベースの伝聞法則は、従来の伝聞法則と同じ機能的目標を達成する⁽¹⁷⁸⁾。同時に、プロセスベースの伝聞法則は、プロセスベースの証拠の信頼

(178) 連邦証拠規則 803 条 (6)

(179) この解決策を、人ベース証拠について証人に反対尋問することで得られる (ほぼ同様の) 利益と比較してみよう。Tribe, *supra* note 173, at 958 (人に対する反対尋問は、供述の対象と証言そのものとの間の推論の鎖の不正確さを明らかにする、と記述する) を参照。

性が主に代理人である証人に依存していることを示す、不必要かつ実際に不正確な手続に終止符を打つことにもなる。

プロセスベースの伝聞を許容するための第二の道は、証人ベースの証拠のための規則 803 条および 804 条に類似した、プロセスベースのタイプの新たな伝聞例外を列挙することであろう。拡大された証拠開示と証拠へのアクセスに対する伝聞例外は、プロセスベースの証拠が証拠能力を有しており陪審による検討にさらしても良いほど十分信頼できるものであると裁判所が推定できる場合を含む。伝聞例外をルールベースで構築することにより、統一性、効率性、予測可能性が促進されるだろう⁽¹⁸⁰⁾。例えば、政府機関が認証した機械によって生み出された証拠や、独立した第三者が認証したプロセスによって生み出された証拠に対する例外が考えられる⁽¹⁸¹⁾。カメラ、電話、コンピュータなど、標準化され、商業的に利用可能なプロセスについても例外とすることができる（あるいは、司法確知によって処理することもできる）。最後に、規則 804 条に類似するものとして、信用性についての一定の文脈的保証が満たされる場合には、もはやテストされえない機械やプロセスによって生み出された証拠を、例外的に認めることができるかもしれない⁽¹⁸²⁾。

間違いなく、伝聞法則の下で現在認められているのと同じ種類の証拠の多くは、新たな枠組みの下でもそのまま認められるだろう。しかし、重要なのは、拡大された証拠開示規則とその例外は、プロセスベースの証拠を扱うために独自に構成されるということである。私たちはここで、もはや、伝聞法則にそれが想定していない仕事をさせるために、伝聞法則を歪めようとはしない。

(180) Liesa L. Richter, *Goldilocks and the Rule 803 Hearsay Exceptions*, 59 WM. & MARY L. REV. 897, 947 (2018)（「制度全体を根底から覆す」あるいは「単一の例外にのみ適用される独自の制限を導入する」のではなく、規則 803 条の伝聞例外の拡大を提唱する）を参照。

(181) 連邦証拠規則 803 条 (8)（出所やその他の状況が信頼性の欠如を示さない限り、公文書に対する伝聞例外が認められることを規定する）も参照。

(182) 連邦証拠規則 804 条（原供述者が利用不能の場合の例外）連邦証拠規則 807 条（必要性と信用性のある場合には伝聞を許容する残余の伝聞例外規定）も参照。

そして、人ベースの証拠とプロセスベースの証拠の間の決定的な違いは、伝聞法則の現在の定義が示唆するような、人が関与したかどうかではない。決定的なのは、人がその場限りの判断に関与したかどうか、もしくは標準化されたプロセスが関与したかどうか、である。前者の場合は、証人ベースの伝聞ルールが適用されるべきである。他方で、後者の場合には、その場合は新たな枠組みが適用されるべきである。

2. 対面条項

プロセスベースの証拠は同様に、対面法理 (Confrontation doctrine) の再考を必要とする。Melendez-Diaz とその後の判例は、科学的証拠を提出する際、検察側が証言台に証人を提出することを要求している⁽¹⁸³⁾。しかし第 II 部 (A) で論じたように、この要件は中身のないものにすぎない。1 日に数え切れないほどのサンプルを処理するラボの分析者は、特定のサンプルをどのように分析したか覚えているはずがない。その者が行う証言は、現実には文書 (すなわち伝聞証拠) に由来するものであり、証人の存在は単なる形式にすぎない。その上、信頼性の最終的な源泉は分析者ではなく、むしろラボの特徴であるチェックと手続のシステムである。検察側がラボの分析者を証言台に立つ証人として提出することを要求するのは、法廷劇にとっては素晴らしいかもしれないが、対面条項の目的を達成することにはほとんどならない。それよりも、被告人に対し、ラボの手順や設備に関する証拠開示の拡大を提供するような対面条項の方がはるかに良いだろう。

もちろん、対面条項は憲法解釈の問題であり、単なる証拠法政策ではない。

(183) Melendez-Diaz v. Massachusetts, 557 U.S. 305, 324-25 (2009). Melendez-Diaz とその後の一連の判例を見ても、誰を呼ぶ必要があるのかがはっきりしない。最低限わかっていることは、(a) 証言台に証人のいない宣誓供述書では不十分であること (同判決)、(b) その人物は無関係の同僚であってはならないこと (Bullcoming v. New Mexico, 564 U.S. 647, 652 (2011)), (c) その人物は他の人物の検査結果に依拠する専門家でも良いこと (Williams v. Illinois, 567 U.S. 50, 58 (2012)), である。

では、プロセスベースの証拠という私たちの新たな理解を説明するために、どのように対面条項の法理を再構成すればよいのだろうか。結論から言えば、プロセスベースの証拠を対面条項に適合させるためには、若干の組替えが必要なだけである。プロセスベースの証拠については、被告人に対して有罪方向に働く人物すなわち「被告人に不利な証人」⁽¹⁸⁴⁾は、その証拠の基礎となるプロセスであり、プロセスに寄与した可能性のあるさまざまな人々ではない。したがって、対面権は、被告人がそのプロセスに異議を申し立てる機会に関するものであり、証言台に立つ証人に質問する機会に関するものではないのである。

しかし、このような再定義には慎重な解釈が必要である。例えば、法科学的毛髪分析者が「顕微鏡による毛髪比較」⁽¹⁸⁵⁾を行い、犯罪現場で発見された毛髪と被告人が「一致する」という報告書を作成した場合、それがプロセスベース証拠に該当し、分析者は証言する必要がない、ということはあるえない。このシナリオでは、被告人は特定の分析者に反対尋問する権利があるように直感的に思える。しかし、さらに考えてみると、そもそもこの例にはプロセスに基づく証拠はまったく含まれていない。分析者は、犯行現場の証拠と被告人の毛髪を主観的に比較したのである。第II部での区別に戻ると、この種の証拠は証人ベースに属することは間違いない。その証拠の信頼性は、分析者という個人に依存し、実際、対面条項の観点からは、分析者は自分が

(184) アメリカ合衆国憲法修正6条。

(185) 顕微鏡による毛髪と比較は、非常に誤りを犯しやすいとして広く信用されておらず、多くの冤罪事件につながっている。一般的に、Edward K. Cheng, *Mitochondrial DNA : Emerging Legal Issues*, 13 J.L. & POL'Y 99 (2005) (顕微鏡による毛髪分析に伴う高いエラー率に言及し、このような分析を「冤罪の死刑判決」と結びつける研究を特定した)、Brandon L. Garrett & Peter J. Neufeld, *Invalid Forensic Science Testimony and Wrongful Convictions*, 95 VA. L. REV. 1, 48-51 (2009) (科学的毛髪鑑定は高い確率で誤りを犯し、後にDNA証拠によって無罪とされた被告人が関与していることが知られていることを指摘する)。

被告人に不利な証人であることを知っている。法廷での証言と反対尋問という、従来の対面条項の要件が適用されるべきである。

では、どのような科学的分析がプロセスベースと認められ、異なる取扱いを受けるのだろうか。先の法科学的毛髪分析者が、代わりにミトコンドリア DNA (mtDNA) 検査を行ったとしよう。この検査は、手作業 (人間) の手続と自動化された (機械の) 手続を含む⁽¹⁸⁶⁾。さらに、分析者は塩基配列の決定にしか関与していないとする。分析者はサンプルの mtDNA プロファイルを被告人と照合することはなく、被疑者が誰であるかさえ知らない。その代わりに、ラボのコンピューターシステムが、あらかじめ指定された経路を用いて、「一致」の判定を下す。この一連の流れは、プロセスベースの証拠となる。告発は、分析者個人ではなく、そのプロセスから生じるのである。このプロセスにおける分析者の役割は、あらかじめ決められた手続に従って作業を実行することであり、精査が必要なのはプロセスであって、分析者個人ではない。

最高裁の既存の対面法理には、このような証人ベースの証拠とプロセスベースの証拠の区別に対応する余地を見出すことができる。Melendez-Diaz と Bullcoming では、科学的証拠に基づく鑑定が行われた。Melendez-Diaz では、分析者の仕事は、ある物質がコカインであるかどうかを判断することであり⁽¹⁸⁷⁾、Bullcoming では、分析者は医療現場以外で血中アルコール濃度を評価していた⁽¹⁸⁸⁾。したがって、分析者の証言台での証言なしにこれらの法科学報告書を証拠として採用することは、対面条項に違反する。

Williams v. Illinois⁽¹⁸⁹⁾ は、まったく異なる状況を示している⁽¹⁹⁰⁾。Williams では、

(186) Cheng, *supra* note 185, at 103-05 (mtDNA 分析は通常の DNA 分析と同じ機械を使用しており、mtDNA 分析者は他の DNA 分析者と同じ原則に従っていると指摘する)を参照。

(187) 557 U.S. at 308.

(188) 564 U.S. at 651.

(189) 567 U.S. 50 (2012).

(190) *Id.* at 58.

外部の研究所が犯罪現場サンプルの DNA 塩基配列を決定し、その DNA 塩基配列は後に証言する専門家によって被告人と「照合」された⁽¹⁹¹⁾。最高裁は、外部の研究所の分析官が証言しなかったとしても、対面条項に違反しないと判示した⁽¹⁹²⁾。確かに、Williams の判示を正当化する第一の根拠は、公判廷で証言する専門家は、規則 703 条に基づいて外部の研究所の結果を自分の意見の根拠として使用しただけであり、したがって、証言する専門家のみが被告人に不利な証人であるというものであった。しかし、より明快な別の理論では、Williams における外部の研究所の DNA 分析は、Melendez-Diaz や Bullcoming とは異なり、プロセスベースの証拠であった、とすることができる。それによれば、Williams の判示は、プロセスベースの証拠は証言台に立つ証人がいなくても許容されるべきである、という理論と完全に一致している⁽¹⁹³⁾。

最後に、証人ベースの証拠と同様に、プロセスベースの証拠のすべてに対して対面条項による保護が適用される必要はない。将来の訴追のための情報を作成する意図なしに運用されるプロセスは、対面条項による規律の対象とはならないかもしれない⁽¹⁹⁴⁾。例えば、通話記録はプロセスベースではあるが、将来の訴追を見据えて作成されたものではない。そこでこのような記録は伝聞法則による規律の対象にはなっても、対面条項の対象にはならないかもしれない。しかし、法科学分析は、その定義からして、ほとんどの場合、対面

(191) *Id.* at 56.

(192) *Id.* at 58.

(193) 確かに、私たちはここで、対面条項が、被告人にプロセスベースの証拠に対する彼の権利を与えることを主張したが、私たちの提案が Melendez-Diaz、Bullcoming、Williams の判例と矛盾しないことに変わりはない。

(194) *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344, 358 (2011) (「取調べの主な目的が『進行中の緊急事態』に対応することである場合、その目的は裁判のための記録を作成することではないので、[対面] 条項の範囲には入らない。」、*Davis v. Washington*, 547 U.S. 813, 822 (2006) (「供述は、そのような現在進行中の緊急事態がなく、取調べの主な目的が、後の刑事訴追に関連する可能性のある過去の出来事を立証または証明することであることを客観的に示す状況であれば、証言としての性格を有する」) を参照。

条項の懸念を引き起こすものであり、それは当然のことである⁽¹⁹⁵⁾。

C. 信頼性としての信用性

証人ベースの証拠を評価するために、事実認定者はしばしば証人の信用性に大きく依存する⁽¹⁹⁶⁾。すなわち、証人を信じる事ができれば、その証言は信頼できるのである。もし信じる事ができなければ、証言は信頼できない。そして一般的に言って、事実認定者は、証人の態度、反対尋問、または証人の誠実な性格のどれに基づくかはともかく、信用性判断を下すことに慣れている⁽¹⁹⁷⁾。確かに、過去数十年間の社会科学は、そのような評価の正確性に疑問を呈してきたが、ほとんどの事実認定者は、証人の信頼性の判断を下すことに少なくとも慣れ、精通している⁽¹⁹⁸⁾。

他方で、プロセスベースの証拠の評価は、別の問題に思えるかもしれない。

(195) プロセスベースの証拠に対して、伝聞法則と対面条項は、Crawford の下での証人ベースの証拠と同様に、学説上は分離されたままであることに注意されたい。そのため、上記で述べた、利用不可能な証拠や、よく知られた信頼できるプロセスに関する伝聞の例外は、対面には適用されないかもしれない。結局のところ、Crawford を真摯に受け止めるならば、対面とは手続上の権利であり、単なる信頼できる証拠を確保するための運動ではないのである。Crawford v. Washington, 541 U.S. 36, 61 (2004) (「確かに、この条項の最終的な目的は証拠の信頼性を確保することだが、それは実質的な保証ではなく、手続上の保証である」) を参照。

(196) Roth, *supra* note 20, at 1985 (証人の信用性を判断するために、事実認定者に十分な情報を提供するためのツールや法理を特定する) を参照。

(197) Jeremy A. Blumenthal, *A Wipe of the Hands, a Lick of the Lips: The Validity of Demeanor Evidence in Assessing Witness Credibility*, 72 NEB. L. REV. 1157, 1162-63 (1993). Max Minzner, *Detecting Lies Using Demeanor, Bias, and Context*, 29 CARDOZO L. REV. 2557, 2578 (2008) (陪審は証人の態度を分析するのは得意ではないが、状況によってはより良い仕事ができるかもしれないと説明している) も参照。

(198) 事実認定者が証人の信頼性判断をどのように扱うかを改善することは、この論文の検討範囲を超えている。しかし、プロセスベースの信頼性判断の扱い方の改善が、最終的には証人ベースの信頼性判断の扱い方を改善することを、私たちは常に期待することができる。

私たちは、営業担当者の売り込み、同僚からの映画やレストランのお勧め、夕食の誘いを断る友人の言い訳の信憑性を頻繁に判断するが、プロセスの信頼性を評価することはあまりない。実際、私たちは通常、プロセスベースの証拠を尊重し、その正確性を強く推定する。電気料金の請求書が正しいかどうか、銀行が小切手を正しく入金したかどうか、医学検査の結果が正確かどうかを疑うことはめったにない。このような尊重 (deference) の多くは、合理的かつ効率的なものである。プロセスの利点は、その均一性と正確性にある。万が一問題が発生した場合でも、通常はシステム上に広く発生し、当局や利害関係者によって発見される⁽¹⁹⁹⁾。そのため、プロセスの信頼性の調査には、個人的な時間を割くに値しない。私たちには専門知識もアクセス権もないため、他人の努力にただ乗りすることしかできないのである。

しかし、法廷というのは、単純に正確性を推定することができない場面の一つであり、事実認定者は、プロセスの信頼性をどのように評価すればよいのか困惑するかもしれない。プロセスベースの証拠に対処する陪審の能力を高めるにはどうすればよいのだろうか。その一歩は、ロースクールやその後の教育を通じて弁護士にプロセス評価の原則を教えることである。新米の弁護士が反対尋問の技術を習得するように、弁護士はプロセスベースの証拠の弱点を理解し、その弱点を探るために、拡大された証拠開示というツールの使い方を知り、公判廷で陪審員にその弱点を教育することに習熟する必要がある。

第二に、陪審員は、プロセスベース証拠を評価するためのいくつかの簡単な方法を説明する陪審説示を通じて、さらなる支援を受けることができる。以下では、3つの基本原則または要素をスケッチする。注意深く観察すれば、

(199) 例えば、Matt Hamilton, *Did DWP Overcharge You? Customers to Receive Info on Billing Settlement Starting This Week*, L.A. TIMES (Mar. 28, 2017), <http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-dwp-settlement-info-packet-20170327-story.html#> [<https://perma.cc/HZU6-JFZG>].

これらの要素が *Daubert v. Merrell Daw Pharmaceutical* で科学的信頼性の評価に用いられた要素と深い関係性を共有していることを認識するであろう⁽²⁰⁰⁾。このような関係性は、まったく驚くべきことではない。科学の力はそのプロセススペースの性質に由来するものであり、法制度が信頼できる科学的専門家をどのように判断するかは、信頼できるプロセススペースの証拠をどのように判断するかを反映したものでなければならない⁽²⁰¹⁾。*Daubert* はもちろん証拠規則であり、裁判官が陪審員から科学的証拠を選別、あるいは「ゲートキープ」するために適用されるが、その原則はゲートキープにのみ役立つわけではない。それらは、事実認定とプロセススペースの証拠の証明力判断にも役立つのである⁽²⁰²⁾。

(200) *Daubert v. Merrell Dow Pharm. Inc.*, 509 U.S. 579, 592-95 (1993).

(201) プロセススペースの証拠を精査するために、*Daubert* に似た枠組みを考えることもできる。*Id.* at 592-95.

(202) ここでは提案しないが、プロセススペースの証拠を扱うための「ゲートキーピング」の枠組みも考えられる。裁判所は、専門家証拠と同様の議論を用いて、よりパターンリスティックな枠組みを正当化することができる。すなわち、素人である陪審員は、プロセスの評価に不慣れであるのに対して、裁判官は繰り返し触れることでより専門的な知識を身につけることができる。他方で、プロセススペースの証拠の普及を考慮する、ゲートキーピングの枠組みは、裁判官と陪審員のパワーバランスを大きく変えることになるだろう。