

Dale A. Nance の当事者主義の修正原理としての最良証拠主義論 : 最良証拠の原則の研究 (二)

田淵, 浩二
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/7153207>

出版情報 : 法政研究. 90 (1), pp.1-29, 2023-07-19. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics)
Kyushu University
バージョン :
権利関係 :

Dale A. Nance の当事者主義の 修正原理としての最良証拠主義論 ——最良証拠の原則の研究（二）

田 淵 浩 二

- 1 問題の所在
- 2 ナンスの最良証拠主義論
 - 2.1 当事者主義との整合性
 - 2.2 最良証拠主義の法的構成
 - 2.3 証拠の許容性ルールの最良証拠論的解釈
- 3 最良証拠主義の各論的展開

1 問題の所在

英米証拠法におけるいわゆる「ベスト・エビデンス・ルール」は、現在ではその名称に関わらず、文書、写真又は録音・録画記録を証拠とするときは可能な限り原本・原物又はその正確な複製物（以下、「原本等」と記す。）を提出させることを原則とする「オリジナル・ドキュメント・ルール」と同義に用いられている⁽¹⁾。しかし歴史を遡れば、ベスト・エビデンス・ルールは、18世紀のイギリスの裁判例の中で、証拠の種類を問わず事件の性質上許される最良の証拠を要求する意味で使用され始め⁽²⁾、19世紀の終わり頃までは証拠法の一般原則（general rule）として理解されていた⁽³⁾。1756年にイギリスで初版が出版されたギルバート判事による証拠法の体系書

(1) Robert P. Mosteller et. al., McCORMICK ON EVIDENCE, 8th ed. (2020), 568.

(2) 例えば、Ford v. Hopkins, (1700) 1 Salkeld 283, 91 Eng. Rep. 250; Altham v. Anglesea, (1709) 11 Mod. 210, 213, 88 Eng. Rep. 994, 996; Omychund v. Barker, (1744) 1 Atk, 21, 49; 26 ER 15, 33.

(3) 英米法におけるベスト・エビデンス・ルールの沿革を紹介する邦語文献として、田中和夫「最良証拠の法則」法學新報46巻8号（1936年）1218-1222頁、同「英米證據法の沿革（二）」法政

の中には、次の一節がみられる。⁽⁴⁾「証拠に関する第一の故に最も注目すべきルールは、物事の性質上可能な最高の証拠を獲得しなければならないということである。すなわち、法の目的にとって重要なのは、権利事項の厳格な証明を行うことである。そして、物事の性質上可能な最高の証拠なくして事実の証明はできない。劣位する証拠は意見や推測しか生み出さず、証明によって可能になるところの、人の完全な満足を達成することはできない。なぜなら、職務上顕著に見られるように、不提出の証拠がいくつかあるときは、まさに提出しなかったこと自体が、提出された証拠以上のことを解明できたかもしれないことを推定させるからである。それゆえ、物事の性質上可能な最良の証拠より劣る証拠に黙って精神が従うということはない。」また、ブラックストーン判事による『イギリス法釈義』の中にも、「公判のあらゆる法理を貫くひとつの一般原則は、入手可能であれば、常に事案の性質上許される最良の証拠が要求されるべきであり、それが可能でなければ、入手可能なものうち最良の証拠が許容されるべきであるということである。なぜなら、もし提出されたものより良質の証拠が存在することが判明すれば、まさにそれを提出しなかったことが、現在隠されている何らかの虚偽が探知されていたかもしれないことを推測させるからである。」との記述がみられる。⁽⁵⁾

ベスト・エビデンス・ルールを証拠法の一般原則とする説明は、19世紀のアメリカにおいても同様であった。ハーバード大学教授のグリーンリーフが1842年に出版した証拠法の体系書の中では、陪審への証拠の顕出を統制する諸ルールの上位にある四つの一般原則の四番目に、常に事案の性質上可能な最良の証拠が提出されなければならないというベスト・エビデンス・ルールが掲げられている。⁽⁶⁾彼は同書にお

研究15卷3・4号(1948年)29-31頁。

(4) Load Chief Baron Geoffrey Gilbert, *The Law of Evidence*, 3rd ed. (1769), 45.

(5) Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book 3rd (1768), 368.その他、Thomas Peake, *A Compendium of the Law of Evidence* (1804), 7; S. M. Phillipps, *Treatise on the Law of Evidence*, 2nd ed. (1814), 167; Thomas Starkie, *A Practical Treatise on the Law of Evidence*, Vol.1 (1826), 389; John Pitt Taylor, *A Treatise on the Law of Evidence, as Administered in England and Ireland*, Vol.1 (1848), Sec. 142; W. M. Best, *A Treatise on the Principles of Evidence and Practice as to Proofs in Courts of Common Law with Elementary Rules for Conducting the Examination and Cross-examination of Witnesses* (1849), Sec. 82においても、事件の性質上可能な最良の証拠を提出しなければならないことが、証拠の提出を統制する一般ルールに位置づけられている。

(6) Simon Greenleaf, *A Treatise on the Law of Evidence* (1842), §50.なお、四つの基本原則の

いて、ベスト・エビデンス・ルールの目的は、「当事者が提出した証拠からより良質の証拠の保有を推測できるにもかかわらず、当事者が何等かの悪意からより良質の証拠の使用を抑えることで誤魔化そうとすることを防止すること」にあり、それは「潔癖な司法運営のためには必須のルール」であると説明している⁽⁷⁾。加えて彼は、当該ルールは自ずと証拠を一次的なもの⁽⁷⁾と二次的なものに区別することになるとも説明している。すなわち、「最良証拠とは一次的証拠のことであり、考えられるいかなる状況下においても、当該事実問題につき最大の確実性をもたらすことのできる証拠のことである。文書事案を例にして説明すれば、法律文書自体は常にその存在と内容に関する一次的ないし最良の証拠に該当する。法律文書の作成を証明しなければならないときの一次的証拠は署名した証人である。一次的証拠の提出が当事者の権限外であることが証明されるまでは、原則として別の方法による証明は許されない。一次的証拠に該当しない証拠はすべて二次的証拠である。証拠が一次的か二次的かは事案の性質により抽象的に決まる問題であり、公判の個別原因により当事者がおかれ得る具体的事情によって決まるわけではない。それは法的区別であって、事実の区別ではない。それは証拠の質のみに関する問題であり、証明の強度の問題ではない。一見してより良質の証拠が保留されていることを窺わせない証拠は、二次的証拠ではなく一次的証拠である。全ての情報につき可能であればその出所を辿るべきではあるが、一般的に、同一事実に関するいくつかの異なる情報源があるときに、それらをすべて調べ尽くしたことを証明しなければならないわけではない。」⁽⁸⁾というのが、グリーンリーフの最良証拠の理解であった。

しかし、ベスト・エビデンス・ルールを二次的性質の証拠より一次的性質の証拠を優先させる原則（代用証拠の禁止原則）とする理解が、やがてベスト・エビデンス・ルールをその主要例として取り扱っていたオリジナル・ドキュメント・ルールと同義のものと解する契機を与えることになる。ハーバード大学教授のセイヤーが1898年に出版した証拠法の体系書はその転機となった著作である。本書においてセ

一番目は、証拠は主張と一致し、争点に限定されていなければならないこと、二番目は、争点の実体要件（substance）が証明されれば十分であること、三番目は、命題ないし争点を証明する責任はそれを主張する当事者にあること、とされている。

(7) Id. at § 82.

(8) Id. at § 84.

イヤーは、ギルバート以来、ベスト・エビデンス・ルールは教科書において証拠法の主要な一般原則として取り扱われてきたが、今ではそこにはより簡明かつ厳密な説明の必要性を示す数多くの解説や条件が付加され、当該ルールを我々の制度の実効的ルールと呼べなくしており、もし当該ルールが文書内容の証明に関するルールの簡便な表現として使用されるようになっていなければ、おそらくそれはずっと以前に自然に使用されなくなっていたであろうと述べている⁽⁹⁾。また、理論的に考えてベスト・エビデンス・ルールに実効性を持たせることができるとすれば、「一見してより直接的でより良質の証拠が残されていることを示す証拠の使用を禁止するルール」としてであるが、ベスト・エビデンス・ルールをこうした代用証拠の禁止という法的性格を有するルールと考える場合、当該フレーズには、少なくとも、(1) 陪審に証人の供述を顕出しようとするときは証人本人を出廷させなければならないこと（伝聞法則）、(2) 陪審に文書の内容を顕出しようとするときは文書自体を提出しなければならないこと（オリジナル・ドキュメント・ルール）、及び(3) 陪審に認証文書の作成を証明しようとするときは認証証人を出廷させなければならないこと（認証証人による真正証明ルール）の、三つの個別のルールが含まれると考えられてきたこと、しかしこれら三つの個別のルールはいずれも由来が異なり、ベスト・エビデンス・ルールが作用して形成されたと理解することは事実と反し、またほとんど意味も持たないから、実効的な証拠排除のルールの意味ではこの言葉を使用すべきでないこと、ベスト・エビデンス・ルールは証拠法（rule of evidence）が未発達な時代に、厳密な法のルールとしてではなく、大まかな道徳原理として有用であったこと、いずれ裁判所の裁量が拡大する時代が来れば、裁量の指針を示す一般原理として有用性を保つかもかもしれないこと等を説いた⁽¹¹⁾。

ここで注意を要するのは、セイヤーは「法のルール（法準則）」を道徳原理や裁量の指針と区別している点である。彼は法のルールを、それを正しく適用すれば同

(9) James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898), 497.

(10) セイヤーは、(1) は伝聞法則に由来するルールで(2) や(3) のルールより歴史が新しく、(2) は、訴答における「書証の申出」(profert) の法理に由来するもので、(3) は、非常に古いゲルマン法に由来すると説明している。(Thayer, *supra* note (9) at 498-505.)

(11) *Id.* at 505.

一の結論が導き出されるものに限定している。それゆえ、証拠の許容性判断の際のbalancingを、次のような理由から法のルール適用と区別すべきだと述べている。すなわち、陪審法廷に顕出する証拠の関連性は明白でなければならず、単なる仮定的なものでも間接的なものでも不十分である。それは不必要に争点を複雑化したり、陪審員の混乱、誤導若しくは心理的疲労又は争点からの注意の過度な拡散を招くものであってもならない。これらの判断においては法的に裁判官の裁量が認められている。そして裁量の濫用事例から裁量を限界づけるための副次的ルールが形成されることはあるが、当該法律問題は良識、日常的体験、実務家の健全な判断といった非法律的基準に結び付いており、通常法律問題とは異なる。こうした実務上の利益のバランスの問題を論理的関連性と区別し法的関連性と呼んだとしても、当該法律問題の審査の性質は法のルール適用ではない。なぜなら、裁判官による当該問題の判断は、たとえ法のルールについての完全な合意があり、かつそれが遵守されたとしても、異なり得るからである。⁽¹²⁾

1904年に出版されたウィグモアによる証拠法の体系書においても、セイヤーの歴史分析に依拠した解説が行われている。彼は、最良証拠の提出に関するフレーズは、①文書の文言は当該文書自体を提出して証明しなければならないというルール、②伝聞法則、③認証人に代表される特定の種類の証人による証明の優先ルール、④裁判所の記録書面は当該記録に係る手続の最良証拠であるとするルールなど、様々な個別ルールを表すための大まかで内容の定まっていない名称に過ぎないという。そして、それぞれの個別ルールは固有の根拠と当該フレーズから独立した歴史を有しており、当該フレーズが意味する原理からの演繹により形成されたわけではなく、既に存在していた諸ルールを説明するために使用され始めた。こうした理由から、語り継がれてきた証拠提出に関するフレーズを「ルール」とは呼ばずに、なるべく早く当該成句を使用しないことが望ましいと述べている。⁽¹³⁾ さらに、マコーミックは

(12) Ibid. at 516-518. セイヤーは著書の何か所かにおいてJohn Austin, Lectures on Jurisprudence (1873 ed.)を引用しており、法準則とそれ以外の裁判の規準を明確に区別しようとする法実証主義の影響がうかがえる。

(13) John Henry Wigmore, A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law including the Statutes and Judicial Decisions of All Jurisdictions of the United States (1904), § 1174 (Vol.2).

1954年に執筆した証拠法の教科書において、裁判例の中には「ベスト・エビデンス」のフレーズを今なお一般的な統制原理として用いているものもあるが、大半はそのような一般原則は存在しないという見解を採用しており、今日このフレーズが意味する唯一のルールはオリジナル・ドキュメント・ルールと同義であると説明している⁽¹⁴⁾。そして現在はこのマコーミックの見解が通説と理解されるに至っている。

こうした通説的理解に対し、ナンス (Dale A. Nance) は、1988年にアイオワ大学ロー・レビューに掲載した「最良証拠主義」(Best Evidence Principle)において、ドゥウォーキン (Ronald Dworkin) が⁽¹⁵⁾1977年に出版した『権利論』における法実証主義批判にヒントを得て、法準則としてではなく、「原理」としての最良証拠主義の規範性を論じた⁽¹⁶⁾。彼は、証拠法の領域で起きた歴史的変遷は、オリジナル・ドキュ

(14) Charles T. McCormick, Handbook on the Law of Evidence, Hornbook Series (1954), S.195.

(15) ドゥウォーキンの権利論については、木下毅ほかによる共訳『権利論』(木鐸社、1986年)が出版されている。ドゥウォーキンは同書の第一章において、法実証主義の骨格となる命題を、(a) 法とは特定の「法準則」(rule)の総体を意味し、これら特定の法準則は、特定の規準ないしテストにより識別され他のルールから区別できること、(b) ある事案が法準則により明瞭にかバーされないような場合、この事案は「法の適用」により解決されることはなく、公務担当者が「裁量を行使することにより」裁定されなければならないこと、(c) ある人が「法的義務」を有するということは、彼に一定の履行ないし不履行を要求する妥当せる法準則が存在することであり、このような妥当する法準則が存在しなければ、法的義務を存在せず、それゆえ、裁判官が裁量を行使しつつ争点を判断するような場合、裁判官は当該争点に関する法的権利を認め、これを執行していることにはならないことの三点にまとめている(同前7-8頁)。その上で、ドゥウォーキンは、法律家が法的権利義務につき推論や論証を行う場合、またなかでも、この概念をめぐる問題が先鋭化すると思われる難解な事案に際し、彼らは、法準則として機能するのはなくこれとは異なった仕方で作作用する諸規準、すなわち「原理(principle)や政策その他のタイプの規準」を利用しているのが事実であることを指摘し、法について単一の基本的テストが存在するという法実証主義の中心的考え方は、法準則以外の上記の様々な規準がもつ重要な役割を我々に見失わせると批判する(同前15頁)。そして、法実証主義者との議論、難解な事案や憲法上の事案における法の適用の分析等を通じて、最終的に法実証主義モデルに対して裁判の「解釈学的モデル」を提唱している。ドゥウォーキンの説く解釈学的モデルは、実定法(制定法、判例法、慣習法)と「完全なる法(full law)」を区別する。そして前者が明確な形で宣言された法であるのに対し、後者は政治的倫理に関する一群の諸原理を意味し、これら諸原理は全体として実定法の最良の解釈を提供するという(同前329頁)。そして、解釈学的モデルは実定法を解釈の対象とするが、法の支配の範囲は解釈対象たる実定法により決まるのではなく、実定法の解釈の結果「完全なる法」として識別されるものにより決まるという(339頁)。このように、ドゥウォーキンの解釈学的モデルによれば、複雑な事案に適用できる実定法がない場合に事案の解決を裁判官の裁量の問題としてしまうことは正しくなく、難解な事案を解決に導くために、実定法に示されている政治的決定を最も正当化しよう、政治的倫理に関する一群の諸原理を用いて実定法を解釈することで、「完全な法」が定まり、それにより法的権利義務の有無も確定することになる。

(16) Dale A. Nance, The Best Evidence Principle, 73 Iowa L. Rev. 227 (1988).

メント・ルールとしての意味以外における最良証拠主義の否定ではなく、最良証拠主義を適用する中での法の変遷として理解することができるという。例えば、前記の「認証人による真正証明ルール」は古いコモン・ロー上のルールであり、現在は、その不便さから、認証者を出廷させることができないことが明らかでない限りにおいて、認証人による証明を要求するルールに修正されている。このことは最良証拠主義の否定ではなく、最良証拠主義の適用が、無理なく使用可能な最良証拠の顕出を要求する形に変化したものとして説明することができる。また、コモン・ローにおいて当事者や利害関係者証人の証人適格につき否定から肯定に変化したことも、かつてはこれらの者はそれより良質の証拠の存否に関わらず証人適格が否定されていたため良質の証拠を使用できないことが頻繁に生じたからこそ起きた変革であり、高い証明力を有する証拠を提出するための法的障害が除去されたという意味では、最良証拠主義からの離反ではなく、その影響とみることができる。そこで、彼は上記論文において、当事者主義の修正原理という視点から最良証拠主義の有効性を論証しようと試みた。そして、ナンスは本論文をベースにして、いくつかの証拠法上の個別のルールに関して最良証拠主義の視点からの再解釈も展開している。

ナンスの最良証拠主義論はアメリカの証拠法の分野では一定の注目を集めたが、彼の学説を詳しく紹介している邦語文献は見当たらない。日本では英米法のオリジナル・ドキュメント・ルールが採用されているわけでもないので、それと同義の意味でベスト・エビデンス・ルールの言葉を用いる必要性は乏しい一方、当事者主義の修正原理としての最良証拠主義論を知ることは、当事者主義を原理とし、とりわけ刑事法分野ではアメリカ証拠法の影響も受けている日本の刑事訴訟にとっても有益であろう。そこで本稿においては、最良証拠の原則に関する研究の一環として、まずはナンスの「最良証拠主義」論の検討を通じて理解を深め、当該理論が個別の証拠の許容性ルールの解釈・運用にどのような影響を及ぼし得るか、その可能性を考察することにした。

2 ナンスの最良証拠主義論

2.1 当事者主義との整合性

ナンスは、訴訟当事者が最良証拠の提出義務を負うべき理由について、司法の中

心的役割が事実に関する争点の正確な解決であることと関連付けながら次のように説明している。訴訟における事実上の争点の正確な解決の質的要素は帰納法であるため、合理的な裁判所は、帰納的推論の有効性に関する十分に承認された条件、すなわち、事実命題の推論の前提に使用可能で論理的関連性を有する全ての証拠が含まれることを満たそうと努力する。コストのかからない世界を想定してよいならば、争点に関する最良証拠とは全関連証拠の意味になるだろうが、現実世界における訴訟は当然ながら合理的な時間、費用及びその他の資源の制約の中で最終的解決を探らなければならない実践的な営みである。したがって、事実認定者が事実問題を判断するために有用な情報源が訴訟当事者の下にある場合、訴訟の諸費用と不都合から生じる制約と最終的解決の必要性の中で最も証明力を持つだろう一連の証拠を提出することは、訴訟当事者の共同義務である。「事案の性質上許される最良の証拠が提出されなければならない。」という18世紀に生まれた格言は、こうした考え方を純粋に反映している。(233-234頁)⁽¹⁷⁾

ナンスのいう最良証拠義務を訴訟当事者の共同義務として課すことと当事者主義との整合性が問題になり得るところ、この点については次のような説明が行われている。コモン・ローの当事者主義の最も顕著な性質は、司法の情報収集面における裁判官及び陪審の相対的な受動性であるが、基本的に当事者主義は、当事者の私益による徹底調査と活発な立証上の対立が、そこから相対的に距離を置く事実認定者に最もよく真実を見分けることを可能にするという理由により正当化される。当事者主義は、当事者の提出する証拠に重大な偏りが生じることを受け入れた上で、アダムスミスのいう「見えざる手」のメカニズムが消費者の選好を最大化する上で経済主体の私益を利用するのと類似する形で、真実を見分ける上でそれを利用しようとするものである。そこで、供給メカニズムの修正を必要とするような市場システムの運用の「失敗」を語る事が賢明であるように、これに類する修正的対応を必要とする当事者主義の失敗についても語る事が賢明であるという。(234-235頁)

ナンスは、当事者主義の失敗を修正するための最良証拠主義の必要性については、いくつかの批判を想定した詳論を展開している。第一に、最良証拠義務を観念

(17) 第2節の本文に記載のページ数は、Nance, *supra* note 16 論文のページ番号である。

しなくても、両当事者の自然で純粋に利己的な動機が当事者に争点に関する無理なく使用可能な最良証拠の提出を誘引するのではないかという議論である。これに対し、当該議論は、理性的な事実認定者の視点からの最良証拠と当事者の視点からの戦略的に最適な証拠は一致するという疑わしい前提に立っており、実際は当該前提に反する例は枚挙にいとまがないと反論している。また、当事者が訴訟準備にかかる手間を怠る事例があることに鑑みれば、無理なく証拠にアクセスできるか否かの当事者の判断が裁判官のような中立的立場の者の行う判断と一致するわけではないとも述べている。(264頁)

第二に、一方当事者が劣った証拠を提出したならば、相手当事者がより良質の証拠を提出する十分な誘引となるだろうとする議論である。これに対し、当該議論は最良証拠を提出しないことの正当化ではなく、提出しなくても問題は生じないことの弁解に過ぎないこと、しかも、相手当事者がより良質の証拠にアクセスできること、相手側から当該証拠を提出することに法的または戦術的な障害がないこと、相手方の弁護士がより良質の証拠を収集し提出することに十分熱心であること、及びより良質の証拠を後から対抗的に提出することで十分であることを前提にした弁解であって、これらの前提が常に成り立つかも疑問であるという。(265頁)

第三に、当事者主義は必ずしも当事者による最良証拠の提出を約束しないとしても、当該問題はルールの特強を要するほど重要か、重要であるとしても当事者に対して戦略的には最適でないかもしれない最良証拠を収集し提出する義務を課すことが問題を公正な解決に導くか、について検討が加えられている。前者については、オリジナル・ドキュメント・ルールの存在やその他の最良証拠主義に依る諸準則が存在していること自体が当該問題の重要性を語っているという。後者の公正性の問いは、そもそも証拠の申出当事者にとって、それが特定の事実を証明するための最良証拠かどうかは、より良質の情報源の存在を知り得てこそ判断可能であり、当事者がどの程度証拠の発見や収集に努力するかによって結論が変わり得ることを踏まえ考えれば、軽視できない論点であろう。かつての一般原則としてのベスト・エビデンス・ルールの主唱者たちは、当事者が申し出た証拠自体からより良質の証拠の存在を直接的に推測できる場合にその適用を肯定していた。それは公正性の問題への配慮からと言うこともできる。オリジナル・ドキュメント・ルールは原文書の

代用証拠によって原文書の存在及び内容を証明しようとする場合に適用されるルールであり、代用証拠が原文書の存在を推知させるものであることを織り込み済みである。この点はナンスも、最良証拠主義の運用の際にそうした限定が適切に施されているかどうか、オリジナル・ドキュメント・ルールの文脈外における英米法の証明のルールの生命力とみなされるべきと述べている。(269-270頁)

ナンスは、実際に当事者主義の下でも最良証拠主義の考え方が繊細に作用していることを示す二つの裁判例を紹介している。一つは暴行を受けた被害者からの損害賠償請求が行われた Linkhart v. Savely⁽¹⁸⁾ 事件である。本件原告は、被告の攻撃によって視力が減退したと主張していたにもかかわらず、当該主張を補強する医学的証拠を提出しなかった。第一審が原告の主張を認めたのに対し、被告から控訴が行われた。これに対し、控訴裁判所は、原告はそもそも答弁の中で視力低下を特別損害に含めていなかったという手続的理由により、原告の証言を許容した点に瑕疵があるとして、原判決を破棄差し戻した。破棄理由の中では、「答弁されなかった特別損害の証拠を排除するルールは、目のような繊細な器官に対する傷害の場合は特に適用可能である。一般に視力状態が医学的専門家の診断に基づき主張することを可能にする正確かつ科学的検査が利用可能であることは、裁判所にとって顕著な事実である。被告は、公判前に告知を受け、原告の視力の診断を確保する機会を与えられる権利を有すると解する。原告が視力障害を答弁しなかった瑕疵によって、被告はそうした告知を受ける機会を奪われた。」との説明が行われていた。ナンスは当該判決につき、まず、暴行によって被った身体傷害は特別損害ではなく一般損害であって、答弁において暴行による身体傷害の詳細まで述べることは必要事項ではなく、それを怠っても、事後的に回復することが妨げられるべきでないとの説も有力であることを指摘した上で、本件結論にとって決定的に重要であったのは、特別損害の答弁がなかったことではなく、原告から提出されなかった証拠が、通常、原告が医学的診断と治療を受けたときは原告が容易にアクセスすることを期待できる種類の証拠であった点であり、当該判決には、合理的に使用可能な最良の証拠が提出されるべきであったことへの裁判所の関心が潜っていると読み説いている。(237-238頁)

(18) Linkhart v. Savely, 190 Or. 484, 227 P.2d 187 (1951).

(19) 190 Or. 493, 227 P.2d 192.

また、同様の問題関心が顕在化した刑事事件として、People v. Park⁽²⁰⁾事件を紹介している。当該事件は大麻不法所持の刑事事件であるところ、被告人が所持していたものが大麻であるかどうか大麻検査キットによる簡易検査しか行われていなかった。検察官は簡易検査の結果を証拠として提出しようとしたが、予備尋問において州は大麻検査キットによる簡易検査の証明力と信頼性について十分な説明ができなかったため、裁判所は大麻検査キットに関する証拠を排除した。そこで検察官は、簡易検査を実施した保安官の公判供述と捜査段階の被告人の口頭自白により、被告人が所持していたものが大麻であることを立証しようとした。保安官の証言は、「感覚、匂い、手触り及び見た目」により、大麻と同定できたというものであった。これらの証拠に基づき第一審は被告人を有罪としたが、被告人が控訴し、控訴裁判所は合理的疑いを超える証明がないことを理由に有罪判決を破棄した。検察官の申告に対し、イリノイ州最高裁判所は、被告人が所持していた物が大麻であったかどうかという専門的知識を要する事実につき、専門的検査の訓練を受けていない保安官の経験に基づく立証を認めたことは、専門家証人の能力の有無の判断に関する裁判所の裁量権の濫用であること、及び保安官の証言を除く情況証拠からは被告人の大麻所持につき合理的疑いを超える証明があったと認定することはできないことを理由に、原判決を是認した。本判決の理由は、大麻に関する信頼できる検査方法が広く普及していること自体が本件のような方法で州が挙証責任を果たそうとすることに多くの問題があることを示していることを指摘して、締めくくられている。最良証拠主義には、当事者が自己に都合の悪い最良証拠の提出を控えることで、事実認定者を欺こうとすることを防止する効果がある。ナンスは、Park判決は、検察官の最良証拠義務はデュー・プロセスの保障に関わる面もあることを示唆している⁽²¹⁾という。彼は、こうした裁判例その他の多くの議論は、当事者主義とそれが訴訟当事

(20) People v. Park, 72 Ill. 2d 203, 380 N.E.2d 795 (1978).

(21) 72 Ill. 2d 214, 380 N.E.2d 801.

(22) なお、検察官には意図的に事実認定者を欺かず、また検察側の証人が虚偽の証言により事実認定者を欺罔しようとするのを許さない適正手続上の義務が肯定されてきた。See Giglio v. United States, 405 U.S. 150, 153-54 (1972) (捜査担当検事補がその権限を有さないにもかかわらず被告人の共謀者に不起訴の約束をし、検察側証人として協力させた事実を隠し、公判担当検事にも連絡していなかった事案において、当該検察側証人の協力により被告人の正式起訴が可能になった場合、当該検察側証人との間で不起訴の合意があった事実を開示せず、陪審に証

者に与える動機に由来する弱点に対する反応であり、それをありのままに受け止め、そこに表れている原理としての最良証拠主義の力を評価し、当該原理の持つ可能性を提示することが、彼の説く当事者主義の修正原理としての最良証拠主義論であって、それは当事者主義の大胆な変更でも、ましてやその否定を説くものでもないことを強調している。(238-239頁)

2.2 最良証拠主義の法的構成

(1) 最良証拠の指標

最良証拠主義を論じる上では、何をもって「最良証拠」と呼ぶか、当事者はどのような事情の下では最良証拠を提出しなくても義務に違反しないかを明確にする必要がある。最良証拠主義が当事者主義の弱点を修正するための原理である以上、最良証拠は当事者が勝訴するための戦略的に最適な証拠とは必ずしも一致することにはならない。ナンスは、最良証拠の指標として、「当事者が無理なく使用可能な一連の情報であって、理性的事実認定者が事実問題を解決する上で最も有益なもの」を「認識論的最良」(epistemically best)、「証拠の証明力と完全に理性的とまではいえない事実認定者が予断や誤導等によって証明評価を誤る危険との最適な衡量を行った上での一連の情報」を「懐疑論的最良」(cynically best)と呼び分けている。その上で、かりに全体として一つの義務を問題とするならば後者の意味の最良を問題にすべきことになり、この点は認識論的最良証拠の提出を原則とした上で、当該原則と事実認定者を誤導したり偏見を生じさせる試みをしてはならないという原則との衝突が生じる事案においては、両原則を調整すればよいという捉え方をしている。(240頁)

次に、最良証拠義務違反か否かを判断する上では、証拠調べのために当事者又は

拠出しなかったことは適正手続違反にあたるとされた事例)；*Napue v. Illinois*, 360 U.S. 264, 269-70 (1959) (謀殺事件の共犯者である重要な検察側証人が、事実反して検察官との間で証人として協力する代わりに量刑上有利に計らってもらい合意がなかったと証言したことを、検察官が虚偽の証言であることを知りつつは正しなかったことが適正手続違反にあたるとされた事例)；*Alcorta v. Texas*, 355 U.S. 28, 30-32 (1957) (妻に対する謀殺罪で起訴された被告人が犯意を争ったのに対し、事件の目撃者である検察側証人が、被告人の妻が当該証人と駐車中の車の中でキスをしていたとの被告人の主張を否定する証言を行ったが、実は当該証人は被害者の妻と性的関係にあり、検察官もそのことを知りつつ、証人に対し質問されない限り当該事実を自ら明かさなくてもよいと助言したことが、適正手続違反にあたるとされた事例)。

裁判所が負うことになる費用や負担への配慮が欠かせない。この点、ナンスは、最良証拠の要求が当事者や裁判所に証拠調べのために不合理なコストや不都合を負わせることになってはならないことを、最良証拠主義の内在的考慮事情として位置付けている。加えて、認識論的最良証拠主義との関係では外在的考慮事情として、(a) 法廷を侮辱しない義務（例えば、事実認定者に対する認識外の危険を伴う主張、証人に対する嫌がらせ又はその他の法廷で非行しない義務）、(b) 司法の直接の目的とは関係しない承認された利益（訴訟目的からは外在的な利益を保護するための種々の特権）との衝突を回避する義務が含まれるという。（241-242頁）

さらに、ナンスは、最良証拠主義が当事者の証拠提出活動にどのような影響を及ぼすかは、民事訴訟と刑事訴訟では異なるという。民事訴訟の場合、それぞれの当事者は十分な証明力を有するいかなる証拠も自分の立場に都合の良い形で提出する特権を有するが、そこには、証拠の申出当事者が申出の際に除外したより良質の証拠は相手当事者によって効果的な形で法廷に顕出されるだろう、と合理的に信じていることができる場合という条件が伴う。これに対し、刑事訴訟においては、検察官が挙証責任を負う一方、被告人は犯罪事実の立証において検察官を補助することを拒否する憲法に根拠を持つ特権を有する。そこで、被告人側の証拠提出権には上記の条件は伴わない。逆に、検察官は単なる有罪の獲得に尽きない司法を説得する義務を負っているため、最良証拠主義は検察官に対して最良証拠を提出させる方向に特別に作用する。それゆえ、刑事訴訟において、被告人の証拠提出権は最良証拠主義に対抗することができ、自分の立場に都合の良い形で証拠を提出する以上のことは要求されない。これに対し、検察官の証拠提出には最良証拠主義が無条件に妥当し、被告人側からより良質の証拠が提出されることを期待できたとしても、最良証拠の提出を控えてはならないという。（242頁）

なお、ナンスは最良証拠主義を裁判所に直接向けられた義務として構成することには否定的である。その理由について、彼は、無理なく使用可能な最良証拠を法廷に顕出することを裁判所の責任にしてしまうことは、英米における支配的な実務とは一貫せず、裁判所の相対的に受動的な役割を維持しつつ制度が十分な成果を果たすことを約束するためには、証拠を収集して提出する一次的役割を果たすべき当事者とその代理人にとって、手続上のルールに従い証拠を提出することは当事者の権

利であるという考え方の下で許される範囲において、司法制度の目標を当事者の果たすべき役割の中に組み込む必要があるという。この部分からも、彼が最良証拠主義論をあくまで当事者主義の修正論に止めようとしていることが分かる。(243頁)

(2) 義務違反の是正措置

当事者が最良証拠義務を負っているとしたとき、当該義務違反は、「一定の事情の下で、当事者が無理なくアクセスできる（又はできた）より良質の証拠が存在する（又は存在した）にも関わらず、当該当事者が不適切な理由から提出しなかったと結論付けることは妥当か」という形で問われることになる。この場合、裁判所の役割は、当事者の証拠の選択の幅に合理的な限界を設定することであり、具体的には、当事者が不合理な戦術的利益を得るために最良証拠を提出しないよう試みた場合、あるいは、当事者が最良証拠の提出に要するコストの不合理な評価を行った高い蓋然性が認められる場合に限り、裁判所が当事者による証拠の選択の範囲に介入すべきことになる。この意味での当事者の最良証拠義務違反があったときの是正措置としては、申出証拠の排除以外にも、無効審理宣言、訴えの却下、不利益推定、証人喚問、証拠不十分の判断が考えられ、あるいは、より強制性を伴わない形での、判決理由中やそれ以外の形での公的非難なども考えられるという。そして、ベスト・エビデンス・ルールをオリジナル・ドキュメント・ルールと結び付けて考えれば証拠の許容性に焦点が当てられがちになるが、義務違反の是正は他の手続的場面においても問題にすることができ、どの是正措置が適切であるかは、義務違反における当事者の責任の程度、義務違反によって裁判所が被った不利益の程度、証拠法上の制裁が良質の証拠の提出を促進させる蓋然性などの考慮事情によって決まるとされる。(244-245頁)

ナンスは、ベスト・エビデンスの提出が争点のひとつになった *United States v. Gonzales-Benitez* 事件を素材に、最良証拠義務違反があった場合の具体的な是正措置をシミュレーションしている。本件は、被告人がヘロインの輸入及び譲渡しの罪に問われ陪審により有罪とされた事件である。被告人が本件はおとり捜査であるとして「わなの抗弁」を主張したことから、ヘロイン輸入前に被告人と情報提供者との間で行われた会話内容が争点となった。第一審の裁判官は、被告人と情報提供者との会話現場の録音テープがあるにもかかわらず、情報提供者の証人尋問によって

(23) *United States v. Gonzales-Benitez*, 537 F.2d 1051 (1976).

犯罪事実を立証することを許可した。そこで、被告人が、録音テープが会話内容の最良証拠であったにもかかわらず、会話の相手当事者であって情報提供者の証人尋問で済ませたことの違法性を主張し、控訴した。本件控訴に対し、連邦第9巡回区控訴裁判所は、連邦証拠規則1002条の定める「ベスト・エビデンス・ルール」は、文書や録音の内容から推認できる事実を証明しようとするために許容されるべき証拠の優先順位を定めたものではなく、文書や録音の内容自体を証明しようとするときにのみ適用できること、それゆえ、問題のテープにどのような音声記録されているかが証拠調べの最終的な目的であれば録音テープが最良証拠といえるが、本件の事実的争点は録音内容自体ではなく、証拠調べの関心は会話内容にあったことを指摘した上で、「録音が明瞭であればテープも証拠として許容することはでき、同様に会話当事者の証言も許容することもでき、かつそれで立証には十分であった。」との理由により、被告人の主張を退けた。

本件における争点は、被告人と情報提供者との間でどのような会話が行われたかであって、どのような内容の録音テープが作成されたかではないから、それがどのような文書であるか自体が証拠となる場合に適用されるオリジナル・ドキュメント・ルールの適用対象ではないことは明らかである。それにもかかわらず本件被告人が録音テープこそが会話内容の「最良証拠」と主張したのは、オリジナル・ドキュメント・ルールを適用すべきという趣旨からではなく、「最良証拠主義」に従った主張と理解できる。これに対し、控訴裁判所は連邦証拠規則1002条の適用範囲外であることを確認した上で、録音が明瞭でなく証拠としての価値が高くないことと、証言による立証で十分であったことを理由に被告人の主張を退けた。本件は、テープの録音状態が悪くなく、録音テープが最良証拠とはいえない事案であったが、かりに当該事件において録音テープが情報提供者の証人尋問よりより良質な証拠といえる程度に明瞭に録音されていると認められるにもかかわらず、検察官が録音テープの証拠提出を拒否した場合、あるいは裁判所が録音状態を確認するためのテープの提示を検察官が拒否した場合、最良証拠主義の考え方に基づけば裁判所はどのような是正措置を選択できるかについて、ナンスは次のように説明している。ひとつの選択肢は二次的証拠にあたる情報提供者の証言の排除である。しかしながら、二次的証拠の排除が論理的に一次的証拠の要求に結び付くわけではない（二次的証拠

の排除だけでは、「わなの抗弁」をしている被告人に及ぼす不利益は解消されない)。そこで、他の是正措置として、不利益推認、陪審への説示、録音テープの提出命令を列挙している。また、二次的証拠を許容した上で、検察官が立証の責任を果たすのに失敗したことを理由とする被告人側からの訴えの却下の申立てを認める選択もある。当該申立ての成否は、検察官の立論が有罪を支えるために十分か否か、また二次的証拠により立証の責任は満たされるか否かにかかっている。最後に、裁判所は何もしない選択もあるという。この選択が合理的であるのは、被告人側がわなの抗弁の立証のために録音テープを現実に利用でき、検察官の情報提供者の証言による立証には陪審を誤導する意図がなく、かつ双方による立証がそこから生じる証明力のある情報の追加と比較して過度な時間的負担とならないと、裁判所が判断できる場合である。(246-247頁)

このようにナンスは最良証拠主義を、最良証拠義務に違反する二次的証拠の排除だけでなく、それで問題が解決しない場合には、不利益推認の当否や一次的証拠の提出命令の要否等の判断、二次的証拠を取り調べた後に立証責任を果たしていないことを理由とする訴えの却下の申立が行われたときの判断、あるいは二次的証拠の使用が手続的不公正をもたらさない場面では、上記のような対応をとらず当事者の攻防に委ねてよいかの判断、さらには一次的証拠を取り調べた後の二次的証拠の取調べの要否の判断などの様々なレベルで作用しうる、広い射程を持つが柔軟性を持つ原理として位置付けている。

2.3 証拠の許容性ルールの最良証拠論的解釈

ヨーロッパ大陸法と比較した場合の英米法の特徴として証拠の許容性ルールが比較的発達している点を指摘できる。英米法における複雑な証拠の許容性ルールの特徴は陪審制度と関連付けられてきた。とはいえ、陪審法廷か否かに関わらず妥当すべき許容性ルールがあることも理解されてきた。ナンスは英米法における証拠の許容性ルールの特色を陪審の能力への配慮を理由に説明する考え方を「陪審不信論的解釈」(jury distrust rationale)と呼び、これと「最良証拠論的解釈」(best evidence rationale)を対置している。そして、最良証拠主義に基づき、セイヤー以来の通説的な証拠の許容性の基本枠組みを再解釈することを試みている。

（１）証拠の許容性に関する基本命題

現代証拠法の基礎を築いたセイヤーは、英米証拠法における証拠の許容性に関する枠組みを二つの基本命題にとりまとめた。一つ目は、「関連性（＝論理的証明力）を欠く証拠は禁止される」という命題であり、これはかつての英米法の形式的機械的証拠体系とは対象的な、合理的証拠体系の大前提となる原理である。この基本命題に例外はない。もう一つは、証拠法を語る上で前置されるべきものであり、「論理的証明力を有するあらゆる証拠は、何らかの法のルール又は原則によって排除されない限り許容される。」という命題である。二つ目の基本命題は多くの例外や条件を伴っている。セイヤーは、法の概念を明確にするためには、論理的証明力を有する証拠の原則的許容性を基本命題としておくことが重要であるという。というのも、歴史的には、裁判官がその時々であれこれの証拠を拒絶していたが、しだいにひとつのルールの下での排除と認識され、またこれらの証拠排除法則もその例外を伴う形で、一連の原則的な証拠排除法則とこれらのルールの一連の例外が形作られてきたからである⁽²⁴⁾。セイヤーは、論理的証明力を有する証拠であっても何等かの実践的理由から形成された法のルール又は原則によって排除される場合があることが、「陪審制度の申し子」と刻印されている英米証拠法の特徴であると述べている⁽²⁵⁾。

ウィグモアもセイヤーが二つにまとめた証拠の許容性に関する二つの基本命題に従い、証拠の許容性の基本枠組みを、「合理的証明力を有する事実以外のものは許容されない。」「合理的証明力を有するあらゆる事実は、何らかの個別ルールにより禁止されない限り許容される。」という二つの基本命題を立てている。そして、後者の基本命題のいう証拠排除法則を、証明力を高め又は保護することを目的とした「補助的証明政策ルール」(rules of auxiliary probative policy) と、証明力とは無関係の外在的政策に関するルール（証人の免責や事実の秘匿に関する特権）に二分している⁽²⁶⁾。彼は補助的証明政策ルールによる排除と外在的政策に基づくルールによる排除の違いにつき、前者は証拠を強化することを目的としている点や、証明上の危険の回避ルールであり、良質の証拠の保護とは関係のない危険の回避ルールで

(24) Thayer, *supra* note (9) at 264-265.

(25) *Ibid.* at 266.

(26) Wigmore, *supra* note 14, § 9-11 (Vol.1).

はない点において、後者と異なると説明している⁽²⁷⁾。具体的には、補助的証明政策ルールを、その機能の仕方の違いによって、①優先ルール（証拠顕出の優先順位を定めたルール）、②分析・吟味ルール（一定の種類の証拠の弱点を分析・吟味し、正確な証明力評価を可能にするための手続を許容性条件として定めたルール）、③予防ルール（危険又は信用できない証拠の顕出を予防するための手段を定めたルール）、④簡易化ルール（関連性を有していても、一定の場合に証明手続を混乱させる危険のある証拠の排除ルール。他の四つのルールが一定の手続を踏むことを条件に証拠として許容するのに対し、単純に証拠排除で対応する点が異なる）、⑤量的・総合ルール（一定種類の証拠につき、その証明力を補う他の証拠を伴うことを条件に許容するルール）に五分類している⁽²⁸⁾。

セイヤーが提示し、ウィグモアにも引き継がれた証拠の許容性に関する二つの基本命題は現在も妥当性を維持しており、連邦証拠規則402条においても採用されている。その一方で、関連性のある証拠の例外的排除に関する複雑なルールの整理が英米証拠法の課題とされてきた。ウィグモアは非陪審手続においても様々な種類の証拠排除法則が驚くほど頻繁に適用されてきた事実を受け、非陪審手続における証拠法則の目的は何か、その答えが陪審裁判における証拠法則の機能について何を語るかを問いかけているが、これだという解答は示していない⁽²⁹⁾。ナンスの立場からは、非陪審であるが当事者主義の手続における証拠排除法則の存在を説明するための解答の少なくとも重要部分を提供できるのが、当事者主義の修正原理としての最良証

(27) Ibid. § 1171.

(28) Ibid. § 1172. なお、ウィグモアの証拠法理論の全体像を紹介する邦語文献として、平野龍一＝森岡茂訳のJ・H・ウィグモア『証拠法入門』（東京大学出版会、1964）がある。

(29) ウィグモアは、陪審法廷の経験の中から形成された証拠法から、非陪審法廷にも共通に適用されるべき証拠法の基本原則を選び出す試みも行っている（Wigmore, *Jury-Trial Rules of Evidence in the Next Century*, 1 LAW, A CENTURY OF PROGRESS, 1835-1935 (1937), 347.）。そこでは、証拠の許容性を統制する諸原則は、関連性の原則とそれ以外の諸原則に大別され、後者は、①優先の原則（犯行の目撃証人の優先、遺書やその他の文書の作成の認証人の優先、原文書をその謄写物より優先）、②分析の原則：伝聞法則（反対尋問の機会を与えることのできない公判外供述の原則的排除と信用性の情況的保障に基づく例外）、③補強の原則（一定の種類の供述につき補強証拠を条件に許容）、④言葉の全体性の原則（文書や口頭供述を証拠とする場合は原則として当該文書や口頭供述の一部のみを証拠とすることを禁止）、⑤認証に関する原則（書証の作成の真正の認証）、⑥特権に関する原則（証言拒絶権、内密情報の秘匿特権）、⑦証拠を不要とする原則（相手当事者による自認、顕著な事実）に分類されている。

拠主義だということになる。(281頁)

(2) ナンスによる最良証拠論的解釈

ナンスの最良証拠主義の考え方によれば、当事者による関連性のある証拠の選択への裁判所の不介入と証拠排除の判断の自制は、当事者が最良証拠義務を果たすことを前提に成り立っており、最良証拠主義によって当事者に当該義務を順守させるための司法的介入が正当化されることになる。そして、最良証拠主義を理由とする介入は三つの特徴的な形で行うことができるという。

まず、(1) 最良証拠主義は、当事者の自由な欲求によっては必ずしも充たされるとは言えない、全ての関連性のある証拠を入手させる方向への合理的な原動力となる。したがって、最良証拠主義は、当事者が自己の利益となる戦術的又は経済的考慮から裁判所に提出する気になるかもしれない範囲以上に、証拠品目全体を増強する方向に作用する。この最良証拠主義の増強的局面は、後で述べるいくつかの証拠法上のルールや原則並びにディスカバリーのルールにおいて現れている。さらに、相手方に関連性のある証拠を許容させない権利を認めているルールを除去ないし弛緩させる方向の法の一般的傾向も、最良証拠主義によって説明できる。

他方で、(2) 関連性を欠く証拠は争点の合理的判断に何ら役立たず、当事者及び公共の資源を消耗する。このことは、全ての関連性のある証拠あるいは全ての無理なく使用可能な関連性のある証拠が提出されていたとしても異ならない。また、証明力を有していても、関連性のある証拠のあらゆる一つ一つの発見と蓄積を待つことは合理的でないため、最良証拠主義は所在し得る全ての関連情報を要求するものではない。争点の重要性によってそうした全ての情報を入手、提出、評価するための費用を正当化することはできない（縮減的局面）。

最後に、(3) 上記の最良証拠主義の増強的側面と縮減的側面が組み合わせれば、それは、当事者及び法廷の資源の消耗との最適な交換のために論理的な証明力を有する全ての証拠を提出させるべきではない場合に、論理的関連性のあるいくつかの証拠を他より優先させるべき理由になる（代替的局面）。これは、古典的な最良証拠主義の解説者が、伝聞法則やオリジナル・ドキュメント・ルールを例に用いて頻繁に記述していた効果である。(272-274頁)

ナンスは、最良証拠主義の増強的局面や代替的局面を反映している個別ルール

をいくつか例示している。例えば、コモン・ローには「言葉の全体性」(verbal completeness)のルールがある。当該ルールは、最初に証拠として提出された部分の重要性を理解するために、事実認定者にとって必要な証拠の全体性を優先させるものであり、口頭のやり取り又はこれと関連する一連のやり取りの記録の一部を証拠とすることによって生じる歪みを是正することを目的としているルールである。そこには二つの内容が含まれており、まず、口頭のやり取りの記録の一部を証拠として申し出た当事者の相手方は、反駁のために、そうでなければ適用されるほとんどの排除法則とは無関係に、より広範な部分を証拠として提出することができる。また、裁判所は、口頭のやり取りの記録の一部を証拠として申し出た当事者に対し、それを許容するための条件として、より広範部分の記録の提出を要求することもできる⁽³⁰⁾。ナンスは、前者には当該準則の有する最良証拠主義の増強的要素が反映されており、また、後者には代替的要素が反映されているという。

また、コモン・ローにおいては証人の個人的知識の保有や実物証拠の真正証明がこれらの証拠の許容性条件とされてきた。現在はこれらのルールは、「条件付き関連性」(conditional relevancy)の概念に含める形で整理されている。後で説明するようにナンスは、条件付き関連性の許容性ルールが、証拠の申出当事者に条件事実の立証のための資料を提出させる方向に機能していることに着目し、条件付き関連性論を最良証拠主義の増強的局面を反映したルールとして正当化する試みを行っている。さらに、最良証拠主義の代替的局面が反映されている個別ルールの典型例として、伝聞法則やオリジナル・ドキュメント・ルールの他にオピニオン・ルールをあげている。オピニオン・ルールは、一般証人が知覚した事実からの推測を証言することを制限することを通じて、できる限り推測の基礎にある事実を述べる形で証言させることを目的としたルールである⁽³¹⁾。このように、同一ソースに由来する情

(30) 後者は連邦証拠規則106条にも採用されている。連邦証拠規則106条は「当事者が書面または記録された供述の全部又は一部を証拠顕出するときは、相手当事者は、同時に考慮しなければ公正でない他の部分又は他の書面若しくは記録された供述を顕出するよう求めることができる。」と定めている。

(31) 連邦証拠規則701条はピニオン・ルールを定めているところ、一般証人が意見の形で証言することを許容するための条件として、(a) 証人の知覚に合理的に依拠しており、(b) 証言を明確に理解するため、又は争点事実を判断するために有用であり、かつ (c) 702条の適用範囲内の科学的、技術的又はその他の専門的知識に依拠していないことの、三つ要件を定めている。

報をより良質な形で顕出させるためのルールが、最良証拠の代替的局面を反映したルールということになる。(284-286頁及び注277)

ナンスは、最良証拠主義の代替的局面が反映されたルールとして伝聞法則やオリジナル・ドキュメント・ルール等を例示しているが、これらのルールの理論的根拠が全く同じだと考えているわけではなく、この点について少し補足しておきたい。ナンスは別の論稿において、特権の保護を理由とするもの以外のほとんどの証拠排除法則に見られる特徴として、「免責的優先構造」という表現を用いた説明を行っている。例えば、オリジナル・ドキュメント・ルールが、文書内容の二次的証拠の原則的排除を正当化している理由は、文書内容の証拠を除く全証拠のパッケージが文書内容の二次的証拠を含む全証拠のパッケージより優位性を持つからではなく、原文書を含む全証拠のパッケージが文書内容の二次的証拠しか含まない全証拠のパッケージよりも優位性を持つからである。そこで、証拠の申出当事者は無理なく原文書を提出できることが期待できない特別の状況においては、原則的排除に対する免責の余地が生じる。ナンスによれば、こうした意味での免責的優先構造を持つ証拠排除法則(優先的排除法則とも呼んでいる)はオリジナル・ドキュメント・ルール以外の多くの排除法則にも共通しているという。そして、優先的排除法則の関心は、排除すべき証拠の証明力と当該証拠に内在する危険との衡量というよりは、むしろ排除すべき証拠の証明力と、それを排除することにより当事者が提出するよう誘導されることになると考えられる他の証拠が、申出証拠を排除しないことで提出されずに終わるときに生じる歪みとの衡量にあり、それは法廷に顕出される関連情報のパッケージを増強する方向に当事者を誘引することにより、⁽³²⁾証拠提出において当事者を教化、規律するよう作用するものであると説明している。

その際に誤解してならないことは、ナンスは、伝聞法則を当事者により良質の証拠の提出を誘導することを目的としたルールという視点だけから説明できると考えているわけではない。彼はまた別の論稿において、証拠排除法則の理論的根拠を、「汚点理論」(taint theory)と「誘導理論」(inducement theory)を対比することで説明している。伝聞法則を例にすれば、伝聞証拠をH、原供述者による証言をT、

(32) Nance, Missing Evidence, 13 Cardozo L. Rev. 831, 836 (1991).

これらの証拠を除く全ての証拠パッケージをEとしたときに、E+Hに基づき事実認定するよりEだけにに基づき事実認定する方がより正確性の目標はより良く達成できるという理由に基づき、Hを排除することを正当化するのが汚点理論である。この場合、Eの証拠能力の判断においてTの使用可能性は全く考慮されないことになる。これに対し、誘導理論によれば、E+HはEだけよりは良質かもしれないとしても、E+HよりもE+Tが良質であるから、Tの公判への提出を促すために、Hの排除が正当化されるとの説明になる。この場合、Tが使用可能ではないか、または既に公判に提出されているときはHを排除すべき理由はなくなる。オリジナル・ドキュメント・ルールの根拠は誘導理論によって説明できる⁽³³⁾。これに対し、伝聞法則はより複雑であり、汚点理論と誘導理論のいずれか一方だけで説明し尽くすことはできない。それゆえナンスは、英米法の伝聞法則の歴史は、その説明と解釈においてこれら二つの理論の複雑な相互作用の観点から見ることができ、歴史的視点からも理論的正当性の問題としても、これら二つのアプローチの相対的重要性を理解するよう努力することが肝要と考えている⁽³⁴⁾。このように、ナンスが免責的優先構造を持つ証拠排除法則はいわゆるベスト・エビデンス・ルール以外の多くの排除法則にも共通していると述べている趣旨は、一次的証拠を提出できないことにつき当事者を免責できる場合は、常に二次的証拠の使用が許容されてしかるべきという意味ではなく、汚点理論と誘導理論の複眼的アプローチから証拠排除法則を解釈することの重要性を説くためであると受け取ることができる。

ナンスは、以上に説明してきた最良証拠主義の考え方に基づき、いくつかの各論を展開している。また、ナンスの主張に示唆を得た他の論者による議論も展開されている。本稿でその詳細をフォローする余裕はないが、最後に、ナンス本人が関心を持ち最良証拠主義の立場から議論を展開した論点にはどのようなものがあるかを紹介する形で、今後の検討課題を整理しておきたい。

(33) Nance, Commentary: Hearsay Reform Conference: A response to Professor Damaska, 76 Minn. L. Rev. 459 (1992), 461-462.

(34) Ibid. at 463-464

3 最良証拠主義の各論的展開

証拠の許容性ルールに最良証拠論的解釈を加味すれば、証拠の採否の基準が関連性の有無だけで決まらない理由の原理的な説明を補強することができる。ナンスがこのことを意識的に展開した個別の論点に、条件付き関連性の許容性基準の当否をめぐる議論がある。議論の大まかな流れは以下のようなものである。条件付き関連性の概念を提唱したのは、1929年のモーガン (Edmund M. Morgan) の論文とされている。モーガンは証拠の許容性の前提となる事実を裁判官と陪審のいずれが、どのような形で、判断するべきかという問題を取り扱った論文の中で、証拠の許容性の前提事実であっても裁判官ではなく陪審が判断すべき場合があることの例として、事実Aと事実Bが結合することで初めて要証事実Cとの関連性を肯定でき、いずれか一方を欠けば重要性を失う事実を取り上げ、これが後に「条件付き関連性」と呼ばれるようになる。⁽³⁵⁾モーガンが提唱した条件付き関連性の概念は通説化し、現在では連邦証拠規則104条(b)、⁽³⁶⁾カリフォルニア州証拠法典403条、⁽³⁷⁾統一州法委員会

(35) Nance, Conditional Relevance Reinterpreted, 70 B.U. L. Rev. 447 (1990).

(36) なお、モーガンから1990年に至るまででのアメリカにおける条件付き関連性をめぐる議論の全体像については、野々村宜博「刑事訴訟における条件付き関連性概念の意義について—アメリカ合衆国の状況を対象として—」法と政治42巻4号(1991)39頁が参考になる。また、条件付き関連性論に展開している論稿として、光藤景皎「証拠の関連性について——「条件的関連性」概念の提唱」法学雑誌38巻3・4号(1992)762頁(後に一部表題を改め同「刑事証拠法の新展開」(成文堂、2001)に所収)がある。もっとも、日本において条件付き関連性の研究が進んでいるといえる状況にはない。

(37) Morgan, Functions of Judge and Jury in the Determination of Preliminary Questions of Fact, 43 Harv. L. Rev. 165 (1929)。本稿において、彼は、Pの所有する自動車による事故で障害を負ったTがPに損害賠償を請求した場合の、Aが運転する車がTに追突した事実と、AがPの従業員としての業務中に事故を起こした事実の関係を例示しながら、それだけでは争点との関連性をもたない事実が、他の事実が存在することにより争点と関連性を持つ場合、すなわち複数の事実が結合することで初めて争点との関連性を肯定できる場合の例を挙げ、この場合はいずれの事実の存在も陪審が判断すべきであることを説いた。また、モーガンは、Basic Problems of Evidence, 45-46 (1963)において、条件付き関連性の例として、(i) MがXを死亡させたとして起訴された事件において、Mの犯行動機との関係で、XがMを受取人とする生命保険に入っていた事実、当該事実に関するMの認識がなければ関連性を欠く場合や、(ii) PがDを契約違反で訴えた事件において、PからXに対して行われた口頭による契約の申出とXがDのために行った当該申出の承諾は、XにDの代理権がなければ関連性を欠く場合をとりあげ、許容性審査の在り方を解説している。

(38) 連邦証拠規則104条

(a) 裁判所は、証人の適格性、特権の有無、または証拠の許容性に関する先決問題を決定しなければならない。

(b) 証拠の関連性が特定の事実の存否に依存するときは、当該事実の認定を支える十分な証明

全国会議による統一証拠規則 (Uniform Rules of Evidence) 104条(c) 等に採用されている。これに対し、バル (Vaughn C. Ball) は、1980年に執筆した「条件付き関連性の神話」と題する論文⁽⁴⁰⁾において、条件付き関連性の理論を痛烈に批判した。バルの批判論の要点は、条件付き関連性の理論は申出証拠の関連性の有無の問題と最終的に条件事実を認定できなかった場合に申出証拠の重要性が失われる問題を混同しており、連邦証拠規則等が採用する関連性の定義と矛盾し、また、条件付き関連性の理論に従った陪審に対する説示は証拠法全体にとって有益というより有害であるというものである。ナンスは、バルの批判論に説得力があることを認めつつも、なお当該ルールが果たしてきた役割には肯定的に評価すべき部分があるとの立場をとる。そして、条件付き関連性のルールは、証拠の申出当事者が主張に含めることを選択した事実問題について事実認定者により考慮されるべきひとまとまりの証拠を「増強」することを目的としており、証拠の申出当事者が条件を満たさなかった

が行われなければならない。裁判所は後から十分な証明が行われることを条件として申出証拠を許容することができる。

なお、連邦証拠規則は602条や901条 (a) において、証拠の許容性を肯定する条件として、証人の個人的知識 (personal knowledge) の保有や申出証拠の真正・同一性 (authentication and identification) を認定できるだけの十分な証拠の提出を要求している。規則諮問委員会の注釈によれば、これらの規定も104条 (b) の定義する条件付き関連性のカテゴリーに含まれるとの説明が行われている。

(39) カリフォルニア証拠法典403条

(a) 以下のいずれかの場合は、証拠の申出当事者は先決事実の存在について証拠を提出する責任を負う。申出証拠は、裁判所が先決事実の存在の認定を支えるための十分な証拠は存在しないと認定しない限り、許容される。

- (1) 申出証拠の関連性が先決事実の存在に依存しているとき、
- (2) 先決事実が証人の証言事項に関する証人の個人的知識であるとき、
- (3) 先決事実が文書の真正であるとき、または
- (4) 申出証拠が特定人物の供述またはその他の挙動であり、先決事実が当該人物が自らその供述または挙動を行ったか否かであるとき。

(b) 702条に従い、裁判所は本条に基づく申出証拠を、先決事実の証拠が後から公判審理の中で提出されることを条件に、許容することができる。

(c) 裁判所が本条に基づき申出証拠を許容する場合、裁判所は、

- (1) 陪審に対して先決事実の存在を判断し、陪審が先決事実が存在すると認定できないときは、申出証拠を無視するよう説示することができ、かつその請求があればこれを行わなければならない。
- (2) 裁判所が事後的に陪審は先決事実の存在を合理的に認定できないだろうと判断したときは、陪審に申出証拠を無視するよう説示しなければならない。

(40) Vaughn C. Ball, *The Myth of Conditional Relevancy*, 14 Ga. L. Rev. 435 (1980).

(41) *Ibid.* at 437-438.

ときに申出証拠を排除するのは、申出証拠の関連性の欠如ないし「汚点」によるものではなく、「免責されない不完全性」だけが残るが故であると説明している（上記の誘導理論に基づく正当化ということができるだろう）。この意味で、条件事実の認定を可能にするための十分な証拠の提出がないことを理由とする証拠の排除は、申出証拠の証明力よりも事実認定者を誤導する危険の方が相当に上回っているとき、とりわけ、無理なく使用可能であるにもかかわらず欠けている証拠が申出当事者にとって不都合なものである疑いがあるときは、当該証拠を排除できる裁判所の裁量権の行使と互換的なものだという⁽⁴²⁾。

条件付き関連性論の上記のような解釈は、アメリカにおいて条件付き関連性の理論が、証明力の乏しい情況証拠を要証事実の認定に参加させないための安全装置として機能してきたことを意味する。陪審制の下、評決の理由を示す必要がないアメリカにおいて、事実認定の過程を可視化していく仕組みを設けることへのニーズは強いはずであり、証拠の許容性ルールもその役割の一翼を担ってきたということが出来る。条件付き関連性の理論とこれに基づく裁判官による陪審への説示が行われてきた現実を見ると、それは関連性概念の誤解だとして切り捨ててしまうわけにはいかないことは十分に理解できる。他方で、ナンスの最良証拠主義論に批判的立場から、条件付き関連性の審査が果たしている証明力の不確かな情況証拠を要証事実から取り除く機能を、基礎を欠く証拠の汚点の視点から正当化しようとする試みもある。注目に値する学説として、シュウォーツ (David S. Schwartz) は、証拠の同一性・真正の証明や証人の個人的知識の保有に限定して理解されてきた「関連性の基礎」(foundation) の概念を全ての証拠に対して一般化し、証拠の関連性の基礎として、証拠となる事実には「事件固有性」、「断定性」、「蓋然的真実性」が備わっていることを要求することで、ナンスの最良証拠主義とは異なる視点から、不確実な証拠を要証事実の推認の根拠から除去するための理論を唱えた⁽⁴³⁾。したがって、最良証拠論的解釈がその正当性を維持

(42) Ibid. at 473-474. また、「条件付き証明力」という言葉に呼び換えることで、条件付き関連性を証拠の許容性ルールとしてきた従来の実務を擁護している論文として、Friedman, Conditional Probative Value: Neoclassicism without Myth, 93 Mich. L. Rev. 439がある。

(43) Schwartz, a Foundation Theory of Evidence, 100 Geo. L.J. 95 (2011). 当該論文に依拠し、不確実な間接事実に基づく推認の禁止を説く邦語文献として、角田雄彦「不確実な間接事実に基づく推認の禁止——「証拠の基礎」理論に基づいて——」一橋法学15巻2号(2016) 639頁がある。

できる唯一の方法か否かは留保しておくが、アメリカの裁判において条件付き関連性の許容性ルールがどのように機能してきたかは、事実認定論の観点から興味深い問題であり、詳細な研究に値するテーマといえることができる。

単なる関連性の基準を超えた許容性基準の設定は、科学的証拠ないし専門家証言との関係でも展開されてきた。合衆国最高裁は、1993年の *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*⁽⁴⁴⁾において、連邦証拠規則によりフライ・ルール⁽⁴⁵⁾は廃棄されたという立場を明確にし、その代わりに、裁判官が科学的証拠の「信頼性」を実質審査することにより、内実を伴わない科学的証拠を排除するゲートキーパーとしての役割を果たすことを求めた。ドーバート・テストの審査対象は、①専門家証言が依拠する理論や方法の科学的有効性と、②当該理論や方法が適切に争点事実に適用されたかである。理論や方法の適用過程の信頼性も許容性基準に含まれる点では、フライ・テストより審査範囲は広い。その審査は、検証可能性、ピア・レビューと公表、誤判定率と標準の手續の遵守、そして専門分野における一般的承認の有無等を考慮事情として行うべきものとされている。ドーバート事件自体は専門家証言の許容性を定めた連邦証拠規則702条のいう「科学的…知識」の解釈が争点であったが、その後、1999年の *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137により、ドーバート・テストは科学的知識による証言以外の専門家証言にまで拡大された。そして、2000年には判例の立場に沿う形で連邦証拠規則702条が改正され⁽⁴⁶⁾、ドーバート・テストは立法的な根拠を有するに至っている⁽⁴⁷⁾。

(44) 509 U.S. 579 (1993).

(45) *Frye v. U.S.*, 293 F. 1013において示された新規の科学的証拠の許容性基準であり、新しい科学的原理や発見に依拠した専門家証言を許容するためには、「専門家の証言がその結論を導き出すために用いた科学的原理や発見が、それが属する特定分野における一般的承認を得ていること」が必要との基準が示され、一時は連邦を含む多くの法域が採用するところとなった。

(46) 連邦証拠規則702条

知識、技術、経験、訓練又は教育により専門家としての適格性を有する証人は次の場合に意見又はその他の形で証言することができる。

- (a) 専門家の科学的、技術的又はその他の特別の知識が、事実審判者が証拠を理解し、又は争点事実を判断するための補助になること、
 - (b) 証言が十分な事実とデータに依拠していること、
 - (c) 証言が信頼できる原理及び方法の所産であること、かつ、
 - (d) 証人が当該原理及び方法を案件の事実信頼できる形で適用したこと。
- (47) アメリカにおける科学的証拠の許容性基準をめぐる議論については、成瀬剛「科学的証拠の許容性(二)」法学協会雑誌130巻2号(2013年)432頁以下において詳しい紹介がある。

ドーバート・テストの解釈をめぐっては、専門家証言の許容性基準にベスト・エビデンス・ルールを持ち込むべきではないというインヴァンケルリード⁽⁴⁸⁾と、バター・エビデンス主義を提案するフェイグマン⁽⁴⁹⁾らとの間で論争が展開された。ナンスは、ドーバート判決から現行の連邦証拠規則702条に至る専門家証言の許容性基準について、これらの基準は、（１）裁判所がそれぞれの当事者が申し出た専門知識のうち比較的信頼できる形のものを中心に認知リソースを整理すること、及び／又は（２）当事者に対し、そうでなければ裁判所に提出されてしまうであろうものより信頼できる専門知識を発見、開発又は提出させるのに相応しいインセンティブを与えることによって、事実の審判者を支援することができる⁽⁵⁰⁾という。後者は最良証拠主義からの説明になっている。ナンスは後者の注意深い運用によって、許容性判断の内容の意味でも、それらの判断の一貫性・統一性の意味でも、より良い方向への変化が生じうることに期待している。実際にドーバート判決以降の専門家証言の許容性基準が科学的根拠のある専門家証言の使用を増やす方向に作用しているかは、興味深い問題である。

さらに、ナンスの免責的優先構造を持つ証拠排除法則という理解から、複雑化した伝聞法則につき具体的にどのような解釈や改革論が導けるかも、最良証拠主義の各論の展開として注目すべき点である⁽⁵¹⁾。一次的証拠の免責的優先構造という理解に立てば、排除法則の例外ルールの解釈に当事者間の証拠収集能力の差を反映することが正当化できるかもしれない。とりわけ当事者間で証拠の偏在が生じ得る刑事訴訟においてはそのことは重要な意味を持ち得る。

ナンスは最良証拠主義の観点から様々な理由から不提出になっている証拠

(48) Edward J. Imwinkelried, Should the Courts Incorporate a Best Evidence Rule into the Standard Determining the Admissibility of Scientific Testimony?: Enough is Enough even When it is not the Best, 50 Case W. Res. L. Rev. 19 (1999).

(49) David L. Faigman et. al., How Good is Good Enough?: Expert Evidence under Daubert and Kumho, 50 Case W. Res. L. Rev. 645 (2000).

(50) Nance, Expert Admissibility Symposium: What Is the Question? What Is the Answer? How should the Court Frame A Question to Which Standards of Reliability are to be Applied?, 34 Seton Hall L. Rev. 253 (2003).

(51) ナンスの最良証拠主義論に示唆を得て、伝聞法則の改革方向として、「最良証拠的伝聞法則」論を展開している論文として、Michael L. Seigel, Rationalizing Hearsay: a Proposal for a Best Evidence Hearsay Rule, 72 B.U. L. Rev. 893 (1992) がある。

(missing evidence) への司法的対応の在り方をめぐる議論も展開している。⁽⁵²⁾ 真実の解明に役に立ち得る証拠がいずれの当事者からも提出されない原因を、(1) いずれの当事者にもその存在が知られていない場合 (未発見証拠)、(2) その存在は知られているが、当該証拠がいずれの当事者にとっても望ましいものではない場合 (不採用証拠)、(3) 一方当事者にとって望ましい証拠であるが、相手当事者しかそれを使用することができず、かつ相手当事者が提出を選択しない場合 (提出拒否証拠)、(4) 一方当事者による証拠の申出を相手当事者による証拠排除の申立により防がれる場合 (排除証拠) に分類し、類型毎に不提出証拠問題に対する法的対応を分析している。そして、類型毎に当事者主義の下での法的対応の在り方や司法的介入の限界は異なるが、それぞれの対応に共通する面もあり、それは、不提出証拠に対する法的諸対応にとって最も重要であることは、所有権または当事者の特権により免除されていないときは、事件の争点に関する利用可能な最良の証拠パッケージを提出する当事者の義務を強化する性質を有する点だと結論付けている。証拠排除法則も不提出証拠問題の対応のひとつに含まれており、それにより選択した手段が予防的に機能する場合、すなわち、長い視野でみれば正確性を改善する動機を形成し維持させるために個別の結果の正確性を損なう場合であっても、証拠排除法則が見据える目的は判断の正確性であることを説いている。⁽⁵³⁾ このようにナンスは最良証拠主義を、当事者主義の下で発生し得る裁判の正確性の犠牲につながり得る証拠の不提出問題への法的対応を支える原理としても位置付けており、最良証拠論的解釈が影響を与えることのできる領域が広範に及ぶことを示唆している。彼が関心を示している論点だけでも最良証拠主義の各論的展開として検討に値するテーマは相当数に及んでおり、いずれも今後の課題としたい。

最後に、日本でも用いられている「最良証拠の原則」の言葉を、証拠法則としてではなく、証拠の許容性や証拠開示、その他の証拠の採取や顕出方法、挙証責任や証明基準に関する様々なルールの理論的根拠を増やすための原理として理解したとき、同じ当事者主義をとる日本の刑事訴訟法の解釈や改革論に新たな視点を付け加えることが可能になるだろう。⁽⁵⁴⁾ こうした視点からの日本法の考察も今後の課題としたい。

(52) Nance, Missing Evidence, 13 Cardozo L. Rev. 83.

(53) Ibid. at 881-882.

（本稿はJSPS科研費JP20K01350の助成を受けたものである。）

-
- (54) 例えば、無免許運転事件においては運転行為のみならず無免許である点についても補強証拠が必要である旨を判示した最高裁昭和42年12月21日判決（刑集21巻10号1476頁）は、結論として、本件においては、第一審判決が証拠として掲げた司法巡査作成の被告人の同僚の供述調書に、被告人が運転免許を受けていなかった事実を知っていたと思われる趣旨の供述が記載されており、この供述は、被告人の公判廷における自白を補強するに足りるものと認められるとの理由から、刑訴法319条2項の解釈を誤った違法を肯定しつつも職権破棄することなく上告を棄却した。当該判例の結論は、検察官は難なく被告人が無免許であることを知っていたという同僚の供述よりも良質の証拠を提出できるのであるから、最良証拠主義の観点からも支持できるだろう。