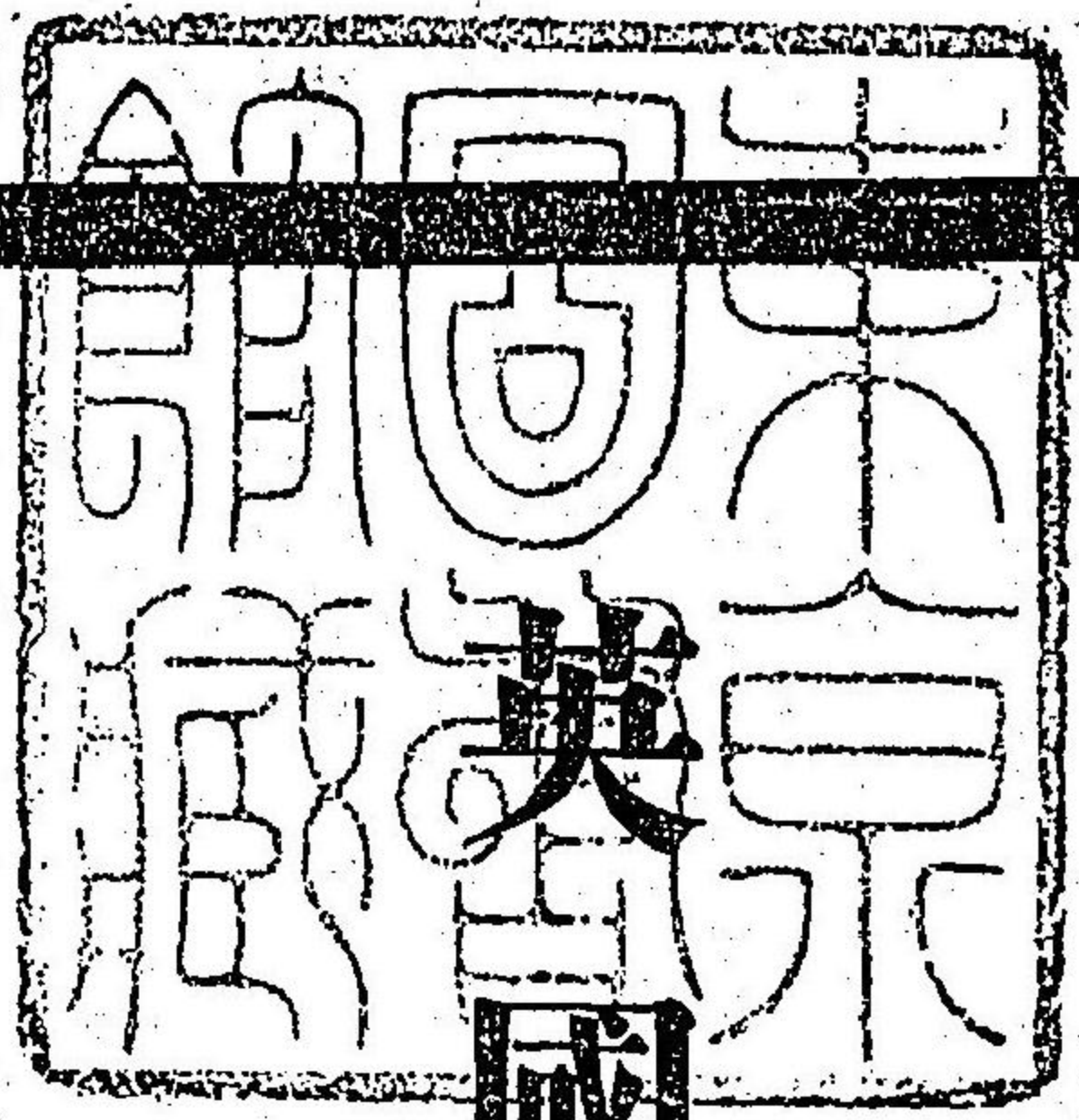


法學士 水野鍊太郎講義



英國證據法 完

東京專門學校藏版

英國證據法目次

緒言

第一編 總論

第一章 證據の定義

第二章 證據の種類

第三章 證據の分類

第四章 裁判上の認知

第五章 推測

第六章 舉證の責任

第二編 證明方法に關する規則

第一章 最良證據

第二章 書證

第一節 書證總論

第二節 私成證據

第一項	一等證據	三一頁
第二項	二等證據	三三頁
第三節	二等證據を提出し得べき場合	三五頁
第四節	提出通知に關する規則	三七頁
第五節	記録の驗眞	三九頁
第一項	加署證人の召喚	三九頁
第二項	手跡の證明	四三頁
第三項	文字の改竄及挿入	四六頁
第四項	記録記載事項の證明方法	四八頁
第六節	證書の解釋	五二頁
第七節	公正證書	五九頁
第三章 人證		
第一節	人證總論	六二頁
第二節	證人の能力	六四頁

第三節	證人の特權	七八頁
第四節	證人の訊問	八八頁
第四章 證據の排斥		
第一節	傳聞證據	九三頁
第二節	意見證據	九四頁
第三節	品行證據	一〇三頁
		一〇四頁

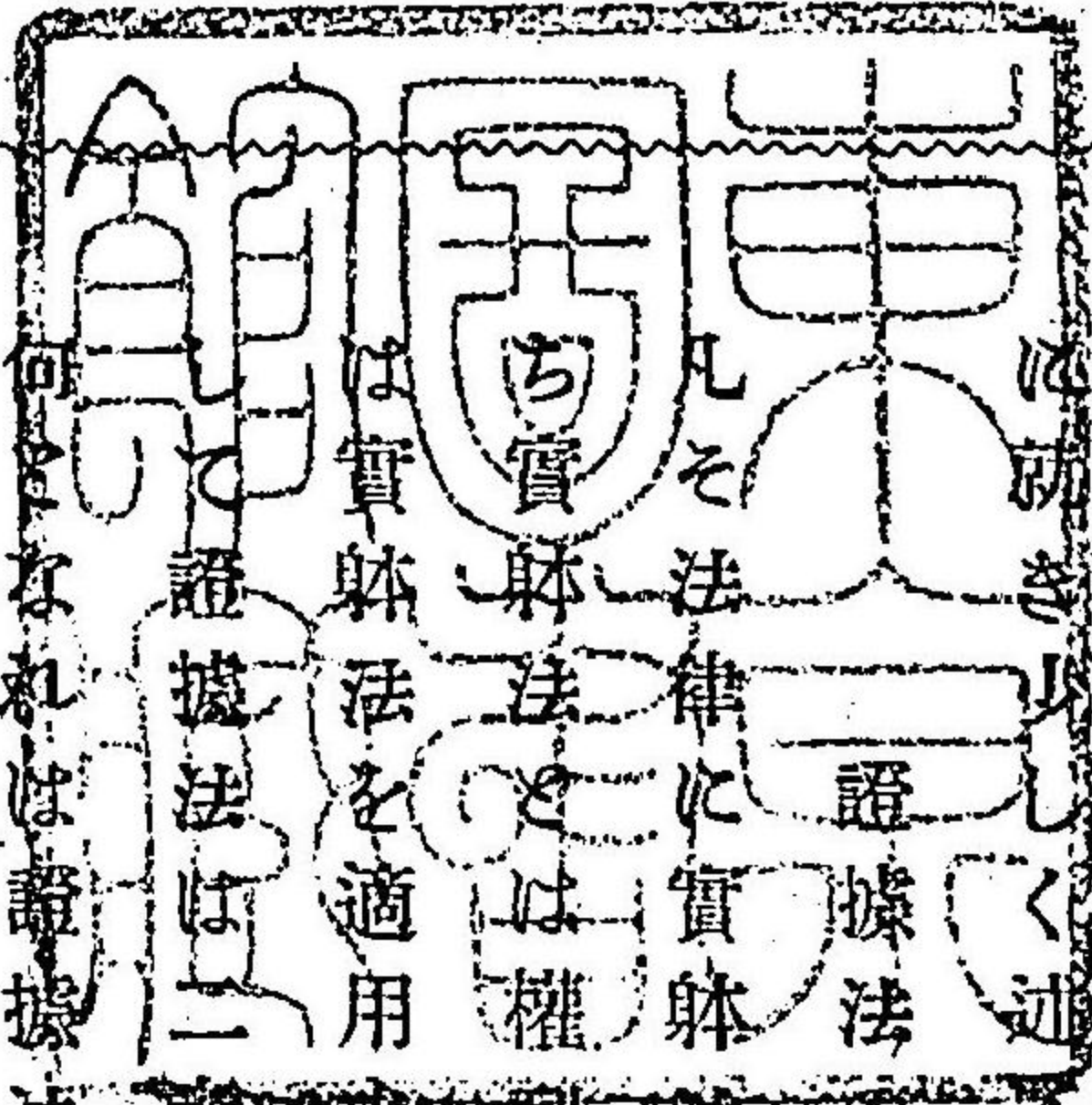
第一章 證據法の概論
第二章 證據の種類
第三章 證據の取扱い
第四章 證據の証明力
第五章 證據の排除
第六章 證據の保全
第七章 證據の提出
第八章 證據の立証力
第九章 證據の立証力
第十章 證據の立証力

英國證據法

法學士 水野鍊太郎 講義

緒言

予は本日より英國證據法を講述すへし。而して本論に入るに先ち證據法の本質



事實より未知の事實を推定するものなるが故に苟も此目的を達するに足るものなれば如何なる事實にても悉く證據として之を採用するも敢て差支なきものなり。

如し。然りと雖も若し證據の範圍にして此の如く廣汎なるときは徒らに無用の手數と無益の時間とを費すのみならず却て事實の(既實を發見することを得ざるに至るべし是に於てか便宜上法律を以て證據を制限するの必要を生ず。例へば傳聞は法律上證據たるの効力なく又我民法證據編に依れば價額五十圓を超過するの事件には人證を許さざるが如し。又或は假令證據と爲すに足るべきものにも其提出の方法如何によりては十分其目的を達する能はざることあり故に必要上必ず法律を以て證據提出の方法を規定せざるべからず。又或る事實を證明するに當りては何人にてても之か證人たることを得るに非ず。例へば訴訟關係人若くは陳述を爲すの能力なき者は證人たるの資格を有せざるが如し。斯の如く種々の點より證據を制限するの必要あるを以て法律上證據なるものは一般に證據と稱するものよりも其範圍狭小なり。而して證據法の目的も一に證據を制限するに存するものゝ如し。我證據編に於ては種々の證據の種類を定め法律を以て其證據力を定むと雖も英國法律に依れば各種の證據力を規定すること實に少くなく。證據法の主たる部分は一一般に證據提出の許否を規定するものなり是れ我

證據編を讀むに當り大に注意すべきの點なりとす

英國證據法の學者にして有名なるスチーブン氏は其著書證據論の緒言に於て證據法の範圍を論し左の三部より成立するものとせり即ち

- 第一 如何なる事實を證明すべきか
- 第二 證明すべき事實を證するには如何なる種類の證據を提出すべきか
- 第三 何人に依り又如何なる方法に因り事實を證明すべきかの三點是なり。換言すれば(一)證明すべき事實(二)提出すべき證據の種類(三)證據の機關是なり。予は簡單に以上の三個の場合に就き説明すべし

第一 證明すべき事實

證明す可き事實とは争點事實及び争點事實に關係ある事實に限るものとす。争點事實とは其事實の存否如何により訴訟上の權利義務の定まるものを云ふ。争點事實に關係ある事實とは其事實の存否如何により争點事實の存否を判定し得べき者を云ふ。例へば謀殺事件に於て甲は乙を殺せりとの事實若くは被告甲は發狂者なりとの事實は争點事實なり又犯罪あるも其當時甲は遠隔の地に在りし

この事實若くは甲は性質善良順孝なりとの事實は争點事實に關係ある事實なり。甲の事實が乙の事實に關係ありとは如何なる場合なるやと云ふに(第一)甲の事實が乙の事實の原因なるか又は其原因の一なるとき。(第二)甲の事實が乙の事實の結果なるか又は其結果の一なるとき。(第三)甲の事實が單獨に若くは他の事實と合併して事物の通性に従へば乙の事實の存否を信す可く又は信す可からざらむるとき是なり

第二 提出す可き證據の種類

争點事實若くは争點事實に關係ある事實を證明す可き方法に關し最も主要なる規則を列擧すれば左の如し

- 第一 總ての争點事實は訴訟當事者に於て證明せざる可からざるものにあらず或る事實は假令原被兩造に於て相争ふことあるも之が證明を爲すを要せざることあり。蓋し是等の事實に就ては裁判官に於て裁判上ジュディシャルの認知を爲すことあればなり例へば成文不文の法律規則、四時の氣候等の如き是なり
- 第二 證明を要すべき事實は言證若くは書證に因り證明せざるべからず

第三 通常或る事實は言證に因て證明するを常とすれども書類に記載の事項は必ず書證を以て之を證明せざるべからず

第四 言證は必ず直接ならざるべからず。換言せば證言を爲す者は其事實を直接に感觸したるものなるを要す

第五 書證を分て第一證據(Primary evidence)及び第二證據(Secondary evidence)の二と爲す。第一證據とは書類其ものにして、第二證據とは書證の性質に従て異同あれども書類其ものにあらずして其謄本若くは其書類記載の事項に關する言證を云ふ。而して私書の場合に於ては書類の記載事項を證明するには正當の理由あるに非されば第一證據を以て之を證明せざるべからず。然れども公書なる時は謄本にても之を爲すことを得べし

第六 或る行爲取引を書類に記載したる時は其證書は其行爲取引の完全なる證據と爲るべし。而して其記載事項は或る特定の場合を除く外言證を以て變更することを得ず

第三 證據の機關

(甲) 事實の眞否が争點と爲りたる時は其争點の性質上若くは法律上の推測により舉證の責任あるものに於て之が證明を爲さざるべからず

(乙) 事實を證明する者は證人たるの資格及び能力を有せざるべからず。例へば智覺精神の不充分なる幼者、發狂人、犯罪人若くは訴訟に利害の關係ある者等の如きは證人たる能はざるなり

英國に於ては證人の能力に關し從來種々の制限ありしと雖も近來之を改正し今日にては一二の取除の外は何人たりとも證人と爲るを得べく只其効力に關して輕重の差あるのみ。而して同國證據法に斯る改良を加へ一大變動を來さしめたるは實にベンザム氏の力に因れり。氏は有名なる證據法原理なるものを著し證據に制限を設くるの非なるを痛論せり。是に由て獨り英法學者從來の迷夢を攪破したるのみならず延て佛國學者の思想に侵入し遂に各國とも證人の資格制限を廢するの傾向を生ずるに至れり

以上は證據法に於て論すべき範圍に就き英國法律家スチーブン氏の論述せしものにして證據法と他の法律との分界を明にし以て證據法の範圍を確定したるは

實に氏の卓見なりと謂ふべし

第一編 總論

第一章 證據の定義

證據なる語は通常人の使用する語にして其意義甚だ簡明なるが如しと雖も之を法學の術語として其本意を研究するとき其真相を發見すること甚だ困難なり。歐米法學者中證據法を研究せしもの少なからざれども未だ完全に證據なる語の定義を與へたるものあるを見ず。或は證據を以て眞實を得るの方法と爲すものあり或は證據より得たる結果を以て證據と爲す者あり或は證明を爲すの所爲を指して證據と爲すものあり。如此證據の本質に關する學説は區々として歸着する所なく實に我輩をして五里霧中に彷徨せしむ。故に予は先づ初めに歐米法學者の下したる證據の定義を擧げ以て之か批評を試み次に自ら信する所の説を陳述せんと欲す。英國證據法學者として有名なるベスト氏は曾て證據の定義を下して曰く證據とは積極的若くは消極的に一の事實の存否の心證を起さしむる傾向ある一切の事柄を云ふと。此定義は概括的に證據の本質を示したるものにして

て別に非難す可きの點なしと雖も證據を於て一切の事柄なりと爲すに至つては少しく茫漠に失するの感なき能はず。又スチーヴン氏は證據の意義を説明して曰く證據とは(一)問題の事實に關して法律の制裁の下に證人が裁判所に於て爲す陳述即ち人證(二)裁判官の閱覽に供する爲めに提出したる書類即ち書證を云ふと。此説明の如きは只實際に就き證據の何ものたるやを指示するに止まり固より學理上の定義と云ふとを得ず。又ベンサム氏其他の學者は證據とは推理の基礎と爲るべき一の事實若くは事實の結合を云ふと説明し證據を以て事實と爲したるものゝ如し。然れども是れ證據の一部分を示したるに過ぎずして此説に従へば書證及び物件等の如きは證據と云ふを得ざるに至らん。若し事實なる文字の中に證書類及び物件をも包含せしめたるものとすれば是れ不當に事實の意義を擴張したるものと云はざるべからず。其他英米法學者にして證據の定義を與へたるもの少なからずと雖も何れも多少の缺點あるを免れず。而して其中予が最も正當なりと信する所のものは米のグリーンリーフ氏の定義なり曰く法律上證據と云へる語は争點事實を證明し又は非認する總ての手段を包含す

と。テロール氏も又殆んど同様の文字を用ひ證據の定義を下したり曰く證據とは問題の事實を證明し又は非認する傾向ある總ての法律上の手段を云ふ

と此二氏の定義は稍簡明にして其要を盡したるものと信ず。予は以上諸家の定義を参照し試に左の如き定義を下さんと欲す證據とは争點事實の眞否の眞相を惹起せしむる材料にして推理の基礎と爲る可きものを云ふ

故に予の定義に従へば證據は得たる結果即ち眞實其ものを指すに非ずして眞實を得るの材料なり。即ち一の事實の眞否を決するに當りて其事實は果して眞なるや否やの信任を吾人の腦中に感せしむべき材料たるべきもの即ち是なり。換言せば其材料を基礎として吾人の推理力に依り他の事實を推究し以て眞實を見するの道具機關を指して證據と云ふ。例へば舟子が一片の黒雲を見て風雨起るを知り又判事が證書を見て署名者に返金の義務あることを推究する如き場合に於て其黒雲若くは證書は風雨起り又は返金の義務あることを推理するの材料と

爲るものなるが如し。故に證據は如何なるものなるやの間に對しては予は證據とは眞實發見の材料なりと言はんと欲す。茲に注意すべきは證據と證明との區別是なり。或る學者は此二者を混同し證據に依りて得たる結果其ものを以て證據と爲すものあり例へば佛國のポードレ¹氏の如きも此誤りに陥りたるが如し。蓋し佛國法に於ては證據を Preuve と云ひ Evidence なる語を用ひす。羅馬法に於ては Probatio なる語ありて證明と證據との二個の意義に用ひたり。而して佛語の プルーフ は羅馬のプロバシテなる語より來りたるものなるべし故に證據と證明とを混同するも尤なり。英語にては證據を Evidence と云ひ證明を Proof と云ひ二者共に一定の法語たるを以て混同するものなきが如くなれども英米の學者にして尙ほ此二者を混同するもの少からず。然れども此二者は大に其性質を異にするものなれば區別せざるべからず。即ち證據は一の事實の眞否を證明する材料にして證明は證據を材料として得たる結果なり。換言すれば證據は手段にして證明は成果なり。例へば殺人事件に於て甲者曾て乙者に恨ありて常に之を殺害せんと企たりとの事實或は犯罪の所爲ありし數分前甲者刀を提て乙者の家に入れりとの事實は甲者が加害者なりとの證據と爲すことを得れども未だ以て證明と爲すことを得ず。何んとなれば甲者は其後乙者を殺害するの企を抛棄したるか又は實際甲者は乙者の家に入りしも其時乙者は既に他人に殺害せられ居りしやも知るべからざればなり。是等の事實を材料とし判事は推理力に因て之を判斷し始めて證明したるの効果を生すべきものなり。

證據と證明とは其性質を異にすること前述の如し。然るに我民法證據編(第五條)に於ては判事の考覈を以て證據の一種とせり是れ全く證據と證明とを混同したるものにして證據の本質を誤解したるものと信す。尙ほ證據の本質に就ては歐米法學者中に種々の説あるを以て諸君は充分に研究あらんことを望む。

第二章 證據の種類

歐米の法學者中證據の本質を論したる者少なからざれども其正鵠を得たる者なきとは前章に於て述べたるが如し。従て證據の種類を論するに當りても亦誤謬に陥るは勢ひ免れざる所なり。パウエル氏は證據を分て口證、書證、物證の三と爲

し更に物證を細別して直接證據、間接證據の二と爲せり。直接證據とは例へば判事の面前に於て犯罪を爲したるが如き場合に於て判事が直接に犯罪の事實を感知するを云ひ。間接證據とは或る物件を材料として證明すべき事實の存在を推定するを云ふ。又ベスト氏も證據を分て口證、書證、物證の三とし更に物證を分て直接物證及び傳聞物證の二とせり。直接物證とは判事が自ら物件を見聞するを云ひ。傳聞物證とは證人若くは書面を以て物件の存在を認知するを云ふ。予は此區別は證據と證明とを混同したるの結果に非ざる無きかを疑ふ者なり。二氏の所謂直接證據の如きは證據と稱すべき者に非ざるを信す。例へば殺人事件に於て銃殺なりや刀殺なりやを争ふ場合に其死躰を法廷に提出して判事の檢視に供するときには判事は一見以て之を判定することを得べし故に斯る場合には其檢視は直ちに證明と爲るものにして推理の餘地なきなり。則ち其物件が判事を目を透して事實の眞否の心證を起さしむるに過ぎずして推理の基礎と爲るべき材料なし故に斯る場合には證明と證明の材料との間に毫末の關係なし。是れ予が直接物證を以て證據と爲さざる所以なり。之に反して間接物證の如きは予の下

せし定義に従ふも矢張一の證據なりとす。例へば死躰の傍に落ち居りし血刀の如き是なり。何となれば是れ直ちに證明たるの効果を生ずる者に非ずして他の事實を推理するの基礎なればなり。佛國法學者中には人證、物證の區別を爲す者あり。而して此區別は實に正當にして能く證據の範圍を示すに足るべき者なり。而して此區別たる一の證據か法廷に提出せらるゝ有様を標準として形式的に分ちたるものなり。抑も一の物件或は事實が證據として現はるゝ形式は證人を經て現はるゝか若くは物件として出づるかとの二様に外ならず。故に此區別に従へば書證も亦物證中に包含せらるゝものなり。而して物證中所謂直接物證の如きは證明にして證據に非ざるを以て物證中に包含せられざるものとす。乍併證據の種類に就ては學者間に議論あることにして前述せし所は只余が一己の卑見に止まれば其當否は一に諸君の判斷に任せんのみ

第三章 證據の分類

證據の種類を分つて人證、物證の二と爲すこととの正當なるは前述の如し。而して又證據の性質上種々の類別を爲すことを得れども其最も主たるものは左の如し

第一 口頭證據及び記録證據

口頭證據とは證人の陳述を云ひ。記録證據とは事實を記載する記録を云ふ。スチーブン氏は證據は此二者より成立すと云ひ以て物證を證據中に包含せしめざりし。是れ實に證據の範圍を不當に狹隘ならしめたるものにして論理上其當を得たるものに非ず。佛國法學者は口頭證據又は記録證據と云はずして人證、物證と呼べり。而して人證、物證と云ふときは其範圍頗る廣きを以て寧ろ口頭證據、記録證據と云ふに優らん歟

第二 豫定證據及び偶然證據

豫定證據とは豫しめ他日の用に供する爲めに作りたる證據にして偶然證據とは豫しめ證據と爲す爲めに作らざるものを云ふ。例へば遺言書、契約書は豫定證據にして書狀、日記等は偶然證據なるが如し

第三 元來證據及び傳聞證據

元來證據とは證人が直接に感知したる事實に對する陳述を云ひ。傳聞證據とは證人が他人より聞知したる事實の陳述を云ふ。傳聞證據に就ては他日別に章を

設け説明する所あるべし

第四 第一證據及び第二證據

此類別は書證の小類別にして第一證據とは書類其ものを云ひ。第二證據とは書類の謄本若くは書類記載事項に關する證人の陳述を云ふ。是亦後章に於て詳述する所あるべし

第五 直接證據及び間接證據

直接證據とは證言、物件若くは書類に依り直接に争點事實を證明すべき證據を云ひ。間接證據とは争點事實に關係ある傍係事實を證明すべき證據にして其傍係事實の存在如何により争點事實の存否を推定し得べきものを云ふ。例へば殺人事件に於て甲者か乙者を殺害するを見たりとの證據は直接證據にして甲者常に乙者に對して恨を含み居りしとの事實は間接證據なるが如し。此直接證據若くは間接證據の區別の基礎に就ては英法と我民法とは大に異なる所あるを以て其詳細に至つては日本民法を講ずるときに譲るべし

第四章 裁判上の認知 (Judicial notice)

凡そ争點事實又は争點に關係ある事實にして訴訟當事者の證明を要せざるものあり。蓋し此等の事實は何人たりとも必ず認知すべきものにして裁判所に於ても之を認知するを以て特に訴訟人が其證明を爲すの必要なきものあり裁判上の認知これなり。換言すれば特に證明を要せずして裁判官が或る事實の真正なることを認むることを云ふ。若し夫れ此等の事實をも悉く當事者に於て證明せざるべからざるものとせば徒に無用の手續と無用の時間とを費すのみならず其得る所の利益甚だ少なきを以て裁判上認知の必要を生ずるに至れり。而して如何なる事實は裁判上認知すべきものなるやと云ふに一々枚擧に違あらざれども其原則を摘言せば自然の順序、氣候、時日、其他種々政治上、司法上若くは社會上の事柄に限るものとす

スチーブン氏か裁判上認知すべき事實として列擧したるものを擧れば左の如し

- 第一 裁判所に於て施行する所の不文の法律規則及び原則
- 第二 議院に於て發布したる成文法律
- 第三 上下兩議院の特權、議事の手續、開院の時日及び其場所

第四 裁判所に於て法律の効力ありと認めたる一般の慣習并に裁判所に於て登録したる慣習

- 第五 高等裁判所に於て實行する手續及び規則
- 第六 皇帝陛下及び皇子の即位及び自署
- 第七 皇帝陛下及び皇子に於て承認する外國の成立及び其君主の稱號
- 第八 高等裁判所の裁判官の就職、姓名、官位、職務及び自署
- 第九 御璽、國璽及び高等裁判所の印章等
- 第十 皇帝と他國の皇帝との間に起りたる戦争の開始、繼續及び結局
- 第十一 皇帝及び皇后の支配する土地の廣狹、區劃
- 第十二 自然の順序及び四季の變遷
- 第十三 英語の意味

以上の事實は訴訟人に於て裁判上認知すべき事實たることを主張するときには裁判官に於て之を認知すべき義務ありと雖も裁判官之を知らざるときは如何と云ふに裁判官は其事實を熟知するものに質問し又は記録若くは書類を檢閲すること

とを得べし。又訴訟人より此等記録若くは書類を提出するまでは其事項を認知せざることをあるべし

第五章 推測(Presumption)

推測とは一の事實より他の事實を推知することを云ふ。抑も推知なることは各人の智識と経験とに一任するものなれば法律は敢て是に干渉するものに非ず。故に證據法中推測なることを論ずるの當否に就ては各國法學者各其説を異にしスチーブソンの如きは推測の多くは主法に屬すべきものにして證據法中之を論ずべきものに非ざることを主張し以て從來學者の誤謬に陥れるを極論せり。證據法中推測を論じたるは羅馬法學者の主張せる所にして現今歐洲諸國の法制に於て推測を證據法中に規定したるは全く羅馬法の影響を受けたるに因る者なり。去れども推測と證據とは全く別體のものにして推測は證據に據り以て其眞實を發見する方法たるべき心理上の作用に過ぎざるなり。羅馬法にては推測を分つて法律上の推測(presumptiones juris)及び人の推測(presumptiones hominis)と爲し。更に法律上の推測を細別して一を法律及法律に據る推測(presumptio juris et de jure)と

なし他の一を單純なる法律の推測(Presumption juris)とせり。英國證據法に於ては第一種の推測を確定推測と云ひ第二種の推測を不確定推測と云ふ。而して羅馬法の所謂人の推測なるものは英國法の事實の推測と符合するものなり。我民法に於ける推測の分類も亦此羅馬法の分類に倣ふたるものにして只其名稱を異にしたるに過ぎず。即ち我民法に於ては第一種の推測を完全なる法律上の推測と云ひ。第二種の推測を輕易なる法律上の推測と云ひ。第三種の推測を事實の推測と名けたり。予は今順を追ひ此三種の推測を簡略に説明すべし

第一 確定推測(Conclusive Presumption)

確定推測とは其推測が法律上確定せるものにして反證を擧げて之を攻撃することを得ざる推測を云ふ。例へは何人も法律を知れりとの推測判決は正當なりとの推測又は夫婦結婚中に生まれたる子は適正の子と看做すが如き是なり。スチーブン氏は確定推測を確證(Conclusive evidence)と名けたり。即ち氏の説によれば反證を許さざる推測は推測即ち證明なるを以て之を證明と云ふを以て適當なりと云ふにあり。元來推測なるものは一の假定に過ぎざれば他の證據を以て攻撃す

るを得ざるべからず。然るに若し其推測は已に確定し如何なる證據を以てするも之を動かすことを得ずとせば之れ推測に非ずして一の證明なり。スチーブ

ン氏の説は實に正當なりと云はざるべからず
スチーブ氏又曰く此種類の推測は權利義務を定めたる法律規則にして證據に關するものに非ざるを以て須らく主法に屬すべく決して助法に屬すべきものに非ずと。即ち氏の説によれば法律の推測の多くは或る目的を豫期したる格段なる事實より他の事實を推測したるものなるが故に之れ法律規則にして決して證據に非ず。例へば保險したる船舶が定期内に目的の港に到着せざるときは沈没したりと看做すが如きは保險法の一部にして保險人と被保險人との權利義務を定めたるものなり。又後見人が被後見人の財産を買受けたる場合には法律が詐欺の推定を下すが如き之れ後見人の義務を規定したるものなり故に此等の推定は凡て主法に屬すべきものなり。而して特に證據法中に規定すべき推定は或る格段なる結果を豫想して單に法律上の効果を付する爲めに下したる推定に非ずして事實を事實の推定として下したるものなり。例へば三十ヶ年前の證書は眞

正のものとして看做すが如き又は七年間不在にして音信なきときは死亡したるものと看做すが如き是なり

要するに法律が人爲的に推測を設けて其反證を許さざるは全く公益保護の目的に出でたるものにして或は事實に反對することある可し。蓋し法律は社會普通の情態を以て眞實なりと看做すを以て所謂可信の理由に基き或る現象を以て眞實なりと認定し之に對し反證を擧ぐることを許さざるなり

確定推測の場合には法律に據りて定まるものにして一々之を枚擧するに遑あらず。然れども通常確定推測として英國法に於て論し居る所のものを擧ぐれば大略左の如し

(第一) 法律を知るの推測 羅馬法の格言に「法の不知は宥恕せず」と云へるとあり

即ち國民たるものは皆其國の法律を知らざるべからずとの義なり。故に假令實際法律の存在を知らざればとて反證を以て其罪を免るゝとを得ず

(第二) 判決の正當なる推測(民法證據編第七十八條) 凡そ一の訴訟にして判決を経て其判決確定したる後は之を正當なるものと推定す故に他日再び同一

の事件に就き訴訟を提起するを許さず。是れ訴訟濫起の弊を矯めんとする公益上の理由に基きたるものにして佛國學者は之を一事不再理の原則と爲す

(第三) 不能力の推測 七歳以下の幼者は重罪を犯すの能力なきものと推測し。

又十四歳以下の男子は強姦を爲すの能力なきものと推測するが如し

(第四) 約因の推測 英法に於ては捺印證書を以て取結ひたる契約は正當の約因ありたるものと推測す故に反證を擧げて約因の缺無を證明することを得ず

(第五) 期滿得權の推測 這是法定の期間中間斷なく無形の財産を使用するの事實あるときは其使用者を以て其財産の所有者と推定するを云ふ。例へば合同使用權に就ては六十年、用水、權通行權其他の地役權に就ては四十年の經過を以て確定推測と爲すが如き是なり

以上は重なる確定推測の例にして此他義務履行の推測、古昔證書の推測等あれども一々之を説明するの違なきを以て茲に之を省く。乍併以上の例に依りて確定

推測の何たるかは已に諸君か了解せられたるを得ず

第二 不確定推測(Rebuttable presumption)

不確定推測とは反證を擧げて攻撃することを得る推測なり。故に此推測は前述の確定推測の如く確然動かす可からざるものに非されども法律の命したる推測なるを以て其反證なき限りは裁判官は法律に據り命せられたる如く推定を爲さざる可らず。故に此推定は學證の責任を移轉するの効力あるものにして此推定の利益を受くるものは自ら證明するの必要なく反對の當事者に此推測を破るに足るの證據を提出するの義務を負はしむるものなり

英法學者が不確定推測なりとして論ずるもの左の如し

(第一) 惡意なき推測 凡そ法律は人は善意にして他人に對して惡意なきものと推測するものなり。之れ全く社會公益上の理由に基きたるものにして若し此推定なきときは人は一々自己に惡意なきことを證明せざる可からず是豈社會の公益を保護するの道ならんや。孟子の所謂人性は善なりとの説も全く此理に外ならざる可し即ち此推測は彼の人間現時の有様を以て當然と看做すとの

原則より生したるものなり

(第二) 所有權の推測 法語に曰く、占有は所有權を組成すと即ち或る財産を占有せる者は其財産の所有權を有すと推測せらるゝものなり。是れ社會普通の有様に於て物件の所有權を有する者は其物を占有するを以てなり。而して占有は時期の長短に依り推測の効力に差違あり或る場合には確定推測と爲り或る場合には不確定推測と爲ることあり。例へば三十年間動産の占有を繼續したるときは其動産の所有權を得るが如き是れ確定推測なり

(第三) 生存の推測 人にして一たび生存したりとの事實あれば其死亡したりとすることを主張する者は反證を擧げて之を證明せざる可からず

(第四) 死亡の推測 七年間不在にして音信なきときは死亡したりと推測す。而して其七年間の何時に死亡せしやに就ては法律の推測なきを以て之を定むること困難なり。七年の最終日に死亡したるや又は七年間不在なりしときは既に往に遡りて七年の初日に死亡せりと看做すや是れ一の疑問なるを以て今之を決定せず

(第五) 最良質の推測 例へば他人の物品を毀損し若くは之を隠匿して提出することを肯んせざるときは其物品は最良質最高價のものと推測するが如し。此推測は重に私犯法に關するものにして此推測に關する英國有名なる判決例はアメモリイ對アラミリーの訴件なり

以上は英國法に於て不確定推測として掲げたる所の重なるものなり。其他行爲の正當なる推測、義務繼續の推測等の如き種々の推測ありて一々之を枚擧するに違あらず。此推測の基礎は社會現時の有様を以て眞正なりとする公益上の理由より出でたるものなり

第三 事實の推測 (presumption of fact)

事實の推測なるものは法律に於て命せざる推測なり。故に此推測を爲すは事實審判官の權内にありて其人の經驗と智識とに在つて存す。我民法證據編に於ても事情より生ずる心證に従つて争を決することを得云々とあり(第八十八條即ち普通事物の關係よりして推知すべきの意なり。羅馬法に於ては事實の推測を人の推測と稱したり之れ此種類の推測は法律に於て毫も干渉せず各人に放任する

の意を示したるものなり。又此推測を自然推測と名くる者あり即ち自然の關係よりして事物を推知するとの意味にして法律推測、人造推測 (Artificial presumption) と云ふに對したるものなり。

事實の推測は法律の命したる推測に非ざるを以て裁判官に於て如何なる推測を爲すも之を以て上訴の理由と爲すことを得ず。何となれば事實の推測を爲すは各人の智識に在つて存すればなり。英國學者の通常主張する所の説に由れば事實の推測を分つて二とせり。曰く硬強推測、軟弱推測これなり。硬強推測とは一應の證據と爲るべきものにして舉證の責任を移轉するの効果を生ずるものなり。軟弱推測とは一應の證據と爲らざるものにして從て舉證の責任を移轉するの効力なきものなり。例へば竊盜のありし近時に被告人が其贓品を所持する事實の如きは硬強の推測を生ずべく他人か嘗て所有せる物件を被告人か所持せし事實の如きは軟弱の推測を生ずるに過ぎざる可し。之を要するに事實の推測は其事の模様依て事實審判官が爲す可きものなるを推て法律の推測に於ける如く一々其場合を明示するを得ず。而して此頃英國學者は推測は法律を以て之を

命せずして裁判官の權内に放任することの利益なるを主張し其曾て法律推測中に置きたるものも漸次事實推測に移すの傾向あり。是れ法律推測は所謂人爲的のものにして事實に反する場合少なからざるを以てなり。

第六章 舉證の責任

舉證の責任を定むる原則に就ては既に我民法證據編に於て講述したるを以て茲には只英國證據法に於ける舉證の責任に二様あるを説明するに止む可し。舉證の責任は英語にて之をパーデシ、チア、ブルーフと云ふ。故に其意義より云ふときは之を證明の責任と云ふを以て當れりと思惟す。然れども英國法に於てはパーデシ、チア、ブルーフなる辭を二様に用ゆるものあるを見る即ち第一證據提出の責任(第二證明の責任)これなり。

第一 證據提出の責任 證據提出の責任とは或は之を特別舉證の責任とも云ふ即ち對手人か證明したる事實を攻撃する爲めに特別の證據を提出して之を證明するの責任を云ふ。換言せば對手人に於て一應の證據を提出したるに因り他の一方は更に之を打破るの證據を提出す可きものなれば此責任は常に移轉

するものにして結局證據を提出すること能はざる者敗訴に歸す可きなり。例へば原告に於て貸金返還の訴を起すに當り被告に於て既に返金したる旨を主張して原告の請求に應せざるときは原告に於て其事實を證明せざる可からず。而して又被告に於て之に關する一應の證據を提出したるときは原告に於ては更に之を打破るの證據を提出せざる可からず此の如く此責任は不斷移轉するものなり

第二 證明の責任 證明の責任とは或は之を一般の責任と稱して特別の時期に特別の證據を提出するの責任に非ずして自己の訴權を維持するの責任なり。故に此責任は移轉する者に非ずして絶へず原告にあり即ち一の訴訟を提起したるものは何處迄も訴訟を起すの權あることを證明して之を維持せざる可からず。故に被告に於て原告の請求に對して反對の證據を提出したるときは原告は之を攻撃する爲めに更に新なる證據を提出するか若くは其他の方法を以て自己の訴權を維持せざる可からず是を以て原告は如何なる場合に於ても此責任を免かるゝことを得ず

第二編 證明方法に關する規則

第一章 最良證據 (Best evidence)

本編に於て證明方法に關する規則を述ぶるに方り先づ最良證據の何ものたるやを説明すべし。最良證據とは訴訟事件の性質に適合する第一等の證據を云ふ即ち一の争點事實を證明するに當ては種々の方法あれども其方法中眞實を得るに最も適當なる證據これなり。而して一の事實を證明するには必ず最良證據たらざる可からず是れ英國證據法の大原則なり故に他の劣等なる證據を提出するも裁判官は之を採用せざるなり。抑も此の如き原則を設けたる理由たるや元來一の事實を證明するに就て最も完全なる證據を有するにも拘らず更に劣等なる證據を提出するときは之を提出する者に於て其最良證據は自己に不利なるが若くは詐欺に出でたるものなるか必ず其間に惡意ある可しとの推測に出でたるものにして換言せば法律は元來證據のある以上は代用的證據を提出することを許さず畢竟此原則は詐欺を防ぐの趣意に出たるものなり。例へば債權を證明するに借用證書の元本は其證書の謄本若くは其證書を一讀したる證人の證言よりは

一層確實なるものなるを以て借用證書の元本は債權を證明するに就ての最良證據なり。故に其證書の紛失したるか又は焼失したる場合の如き正當の理由あるに非ざれば其謄本若くは證人の證言を以て證明することを許さず。最良證據の問題は重に書證に於て起るべきものなり即ち書證に一等證據二等證據の別あるは之が爲めなり。然れども此原則は口證にも之を適用することを得即ち口證は直接たらざる可からずとの原則これなり。故に直接の口證は最良證據にして間接の口證は次位の證據なり尙ほ委しきは書證の部に譲る。

第二章 書證

第一節 書證總論

書證に關する詳細なる規則を述ぶるに先ち書類即ち記録の何ものたるやを述べざる可からず。記録の法律上の意義に就ては學者間種々の説ありて一定せず。スチーブン氏曰く記録とは讀まれ得べき記載を以て示されたる事柄を有する所の總ての物質を云ふと。ベスト氏曰く記録とは書物に因り若くは便宜上の徽標に因り人の思想が表示さるゝ所の總ての有形上の物質を云ふと。氏は牛乳販賣

者が記載する所の木版の如きも亦之を記録とせり。然れども或る場合に於ては記録證據と物件證據とを區別すること甚だ難し例へば模形圖畫の如きは物證なるべきや明なれどもベスト氏の定義に依れば之を記録中に包含せしむるも敢て差問なきものゝ如し。要するに物證は實物の代表にして記録は記號の代表なり。故に記録とは文字又は記號を以て記載したる物件にして讀まれ得べきものなりと云ふを以て穩當なりと思惟す。記録を分て私成記録及び公成記録の二とす。公成記録とは官衙の調成したる記録を云ひ。私成記録とは一個人の作りたるものを云ふ。而して其證據力に至ては二者の間に大なる差違あり。予は是より順次之を詳論す可し。

第二節 私成證據

第一項 一等證據

記録に記載したる事實を證明するに二の方法あり即ち一等證據及び二等證據是なり。此區別は證據の證明力に關する區別にして記録に記載したる事柄を尤も正確に證明す可き證據の効力あるものを一等證據と云ひ其證明力の一等證據に

及ばざるものを二等證據と云ふ。例へば貸借事件に就て借用證書の元本は一等證據にして其證書の謄本或は其證書を一讀したる證人の陳述の如きは二等證據なり。凡そ記録に記載したる事柄を證明するには正當の理由あるに非ざれば二等證據を以て證明するを得ず之れ前述したる一の事實を證明するには最良證據を提出す可しと云へる原則の適用なり。故に二等證據を提出するに當ては先づ第一に一等證據の存在せざることを證據立てざる可からず。一等證據二等證據の區別の標準は此二の證據を比較して其何れか一の事實を證明するに尤も正確なるやと云ふに在り。例へば或る契約に關して契約證書と證人を出したる場合に於て證書は證言より一層正確なる可きものなるに因り證書を以て一等證據と爲し證言を以て二等證據と爲すが如し。又原本と謄本との存在する場合には原本の一等證據にして謄本の二等證據なるは明なるも或る場合に於ては如何なるものを原本と爲すやの問題起ることあり。此點に關しては法曹スチーアン氏が論述したるものを擧ぐれば左の如し(スチーアン氏證據法第六十四條)

- (一) 同一の證書を同時に數個調製したるときは其各證書は一等證據なり
- (二) 同一の證書を二通以上合形(Counterpart)として作りたるときは其各證書は之を作りたる者に對しては一等證據にして所謂合形原本これなり
- (三) 數多の記録が木板、石盤、寫真等に依り作られたるときは其各謄本の記載事項に就ては一等證據なれども其原本の事項に對しては二等證據なり

第二項 二等證據

前述したる如く記録登載事項を證明するには一等證據を以てせざる可からず所謂最良證據の規則是なり。然れども一等證據を提出すること能はざる正當の理由あるときは二等證據を提出することを得。左に二等證據に關し其大要を講述せん

第一 證據法の法語に曰く「二等證據に階級なし」と即ち二等證據が數多ある場合に於ては其何れを以て證明をなすも差支なしと云ふに在り。例へば契約證書の原本紛失したること明なるときは其證書の謄本を以て其契約事項を證明するも若くは之を一讀したる證人の證言を以てするも隨意なるが如し

第二 二等證據を提出したるに拘らず其對手に於て之か故障を爲さずして提出を許したるときは後に至り故障を爲すことを得ず。蓋し二等證據の提出を許さるは畢竟其證書を以て對抗せらるる者を保護するの精神に出でたるものなるを以て其對手が別に故障を爲さるる以上は法律が特に干渉す可き理由なければなり

第三 謄本の謄本は二等證據として採用せられず若し其各謄本が同一人に依りて書かれたるときは其各謄本は原本に對しては二等證據なれども一人が原本より移して他人か又其謄本を寫したるときは第二の謄本は證據たるの効力なし

第四 如何なるものを以て二等證據となすべきやは各場合によりて異なれども通常二等證據として認められたるものは左の如し

(甲) 原本の謄本

(乙) 反對の合形 反對の合形とは當事者双方が同一の契約證書二通を作りて一方の者其一通に署名し又他方の者他の一通に署名し之を取換はしたる各通を云ふ。而して其反對の合形は署名せざる者に對しては二等證據なり

(丙) 記録を一見したる者の陳述

第三節 二等證據を提出し得べき場合

前述したる如く一の事實を證明するには通常一等證據を以てす可きものなれども若し正當の理由ありて一等證據を提出し得ざるるときは二等證據を以て證明することを得べし。而して二等證據を提出し得べき場合は通常左の如し

第一 對手に於て原本を所持し且提出の通知を爲すも之を提出せざるるときは此場合に於ては二等證據を提出せんとする者は二個の事實を證明せざる可からず即ち(一)原本が對手の手に存在すること。(二)對手に原本提出の通知をなしたることと是なり

第二 原本が法律上提出すべき義務なき第三者の手に存在し且提出召喚狀を受くるも其提出を肯せざるるとき若くは第三者が證人として出廷し原本を法廷に持参したることを自認するも提出を拒むとき

第三者が原本を提出することを拒む場合に於ては二等證據を提出し得ることは明なるが是れ第三者が法律上其原本を提出するの義務なき場合に限るものとす。

然れども若し第三者が正當の理由なくして之が提出を拒みたるときは如何と云ふに此の如き場合には當事者は二等證據を提出することを得ず從て舉證の責任者は敗訴するの不幸を被ふるべし。而して敗訴者の唯一の救済は只其提出を拒みたる第三者に對して損害賠償の訴を起すの一途あるのみ。

第三 原本破壊せられ若くは紛失し且正當の搜索の手續を盡したるとき

此場合に於ては舉證の責任者は(一)一等證據は存在したるも之を毀壞し若くは紛失したること。(二)相當の注意を用ひて搜索に従事したることの二點を證明したる上に非されば二等證據を提出することを得ず

第四 原本が容易に動かし難き性質の物なるとき若くは移轉することを得ざる場處に在るとき

例へば墻壁墓碑等に記載したる事柄を證明するには其原本を提出することは極めて困難なるか故に斯る場合には其謄本を以て證明することを得

第五 原本が公成記録なるとき

第六 原本が商業帳簿なるとき

第七 原本が數多の記録より成立ち法廷に於て檢閲すること不便にして且證明せらるべき事實が其全軀より生ず可き結果なるとき

例へば原本が數多の帳簿の書類より成立ち之を法廷に提出するは極めて不便にして且繁雜を來す場合の如き是なり

第八 原本が裁判所管轄外に在るとき

以上は二等證據を提出し得べき重なる場合なり。要するに一等證據を提出すること能はず若くは之を提出するは極めて困難にして且不便なるときは二等證據を提出することを許すものとす。而して其正當の理由あるや否やを認定するは一に裁判官の權内に在つて存す

第四節 提出通知に關する規則

二等證據を提出せんとする者は左の手續を盡さる可らず

第一 一等證據が對手の權内に在るときは裁判所に於て正當なりと認むる提出の通知を其人に與へざる可らず

第二 一等證據が第三者の手に在るときは提出召喚狀を發送せざる可からず。

然れども左の場合に於ては其提出通知を爲さずして直ちに二等證據を提出することを得

- (一) 提出を要する記録が通知書なるとき
- (二) 訴訟の性質上對手に於て記録を提出せざる可からずと見做し得べき場合、訴訟の性質に因ては記録の提出を目的とすることあり斯る場合に於ては其對手に特に記録提出の通知を爲す必要なし。例へば證書取戻の訴訟の如き證書其物が訴訟の目的物なるを以て其對手に於ては證書を提出するの請求を受くべきこと明なるが故に特に提出の通知を爲すを要せず
- (三) 對手に於て提出召喚状を受けたる第三者より記録を得たるとき、此場合には對手は其提出を請求せらるべきことは豫しめ承知せりと見做し得べきを以て特に提出通知を爲すを要せず
- (四) 對手又は其代人が記録を法廷に持参したるとき、元來提出の通知を爲すは記録を法廷に持参せしむる爲めなるを以て其對手に於て既に記録を法廷に持参したるときは別に通知書を發するの必要なきは明なり

第五節 記録の驗眞

記録驗眞とは證書の眞正なることを確むるの手段にして是に種々の方法あり今之を左の數項に分つて論究せん

第一項 加署證人の召喚

記録を調製するに當つて一人若くは數人の證人を立會はしめ以て之に加署せしむることあり此の如き場合に於ては其證人を召喚して其記録が正當に成立したるものなることを證明せしめざる可からず。此に二个の場合あり

(第一) 法律が證人の立會を必要とする場合

法律が證人の立會を必要とする場合には苟も其證人の生存し居る以上は其證人を出して其記録が正當に成立したることを證明するに非ざれば假令一等證據なるも之を證據として採用せざるものとす(スチーブン氏證據法第六十二條參照)。而して又法律に於て二人以上の證人を必要とする場合に於ても(例へば遺言證書必すしも二人以上を出すを要せず其内一人を出して證明を爲さしむるときは十

分なり。證人加署證書の場合に於ては先づ其證人を呼出して記録が正當に成立したることを證明せざる可からざるも實際證人を出すこと能はざる場合あり。例へば其證人が死去したるとき、或は盲目と爲りたるとき又は能力を喪失したるとき若くは裁判所管轄外に移轉したるとき、或は是なり。此等の場合には其證人を出さざるも其證書を提出することを得べし。但其證書に加署したる證人中の少なくとも一人の署名が自署に係ること并に本人の署名が自署に係ることを證明せざる可からず。又假令其證書に一人若くは數人の證人が加署するも之を出すことを要せざる場合あり。此場合に於ては法律が其證人を出すことを必要とせざるものなるが故に前の證人を出すこと能はざる場合とは異にして證人の署名及び本人の署名が自署に係ることを證明するを要せず。今其場合を擧ぐれば左の如し

(甲) 記録が相手方の手に存して提出通知を發したるも之を提出せざるべき、此場合に於ては前述の如く二等證據を提出し得るを以て一等證據に付したる證人を出すことを要せず

(乙) 提出通知を受けたる相手方が記録を提出し且其訴訟の本體に對し是に由りて利益を請求したるとき、既に相手方に於て其記録に因りて利益を請求したるときは其記録の正當に成立したることを認めたるものと見做さざる可らず、故に特に證人を出して其記録の正當なることを證明するの必要なし。只爰に注意を要するは其利益の請求は訴訟の本體(Subject matter)に對して爲したるものならざる可からざること是なり。故に訴訟の本體に關係なく他の事柄に對し之を爲したるときは此限りに非ず(コリンズ對メインナー判決參觀)

(丙) 相當官吏に於て記録が正當に成立したることを認め且其取扱を爲したるとき

(丁) 記録が古昔證書なるとき、例へば三十個年を経過したる記録にして正當の人の手中に存在したるときは法律は其證書は正當のものなりと推定するが故に特に加署證人を呼出して之を證明せしむるを要せず

(戊) 相手方に於て證書の正當に成立したることを自認したるとき

(己) 相手方に於て加署證人召喚の主張を拋棄したるとき、此に所謂拋棄とは

必ず法廷に於て爲したるもの并に其事件に就て爲したるものならざる可らず以上は加署證人を召喚することを要せざる場合なり。故に只其證書を提出することを得べく又若し加署證人が證書の調製を否認し若くは記憶せずと答ふるときは此答辯を以て其證書が絶對的に効力を失ふに非ずして他の方法を以て正當に成立したることを證明することを得るなり

(第二) 法律に於て證人の立會を必要とせざる場合

法律に於ては證人の立會を必要とせざるも尙ほ本人に於て必要と思惟し以て證人を付する場合あり。斯る場合には證人を出して其證書の正當に成立したることを證明す可きものなるが此點に關しては種々の議論ありて判決例亦一定せず。普通法に於ては法律が證人を必要とする場合と同じく證人を出して證明するを要せしむるに非ずトリア第十七年第十八年の條例第百二十五章同第二十八章第二十九年の條例第十八章を以て前第一の場合と異なり無證人の記録と同一に見做すことと定まりたり。故に證人を出して其證明を爲すの必要なきものとせり。亞米利加に於ては一般に普通法の主義行はれ斯る場合にも證人を出して其

證書の正當に成立したることを證明せざる可からず

第二項 手跡の證明

證書の真正なることを確むるには其證書の手跡が署名者のものなるや否やを知らざる可からず所謂手跡の證明なるものは是なり。而して手跡を眞實なりと證明したる結果は唯其證書は署名者の手に出たるものなることを證明するに止まり其記載事項の眞正なるを證明するに非ず。手跡の眞否を定むるに筆者自身が其記録を認めたるを自白し若くは其筆記するを現に目撃したる人の陳述の如きも手跡の眞偽を定むる所の方法に相違なきも此等の場合は極めて明瞭にして別に説明するの必要なきを以て今此に所謂間接の證明方法を説明す可し手跡の眞偽を他の證據に依りて間接に推知する方法に三個の場合あり即ち左の如し

(第一) 他の時に於て筆者が筆記するを見たる證人の陳述 即ち其證人は曾て筆者が他の書面を筆記したるを見たるに依り本件の手跡は其人の手跡と相似たりとの意思を述ぶる場合なり。而して其曾て見たりと云ふは或は數十年前の事な

るも又或は紙に一回一片の書面を認めたるを見たる場合にも可なりとす。唯裁判官の心證を得るに於て厚薄の差あるのみ。畢竟其證人の陳述の信用力は證人が筆記を見たる時と本件の手跡を見たる時との間に経過したる時期の長短并に其見たる回数之の多少及び其他の事情に因り差異あるものとす

(第二) 筆者の認めたるものと看做されたる書面を見たる者の陳述 即ち筆者に宛て、書面を送りしに其人か返書を送りたるに因り若くは特に筆者に宛て、書面を送らざるも業務上平常の取引に於て筆者か認めたりと看做す可き書類に因り其手跡を知りたる人が意見を述ぶる場合なり。此方法はマンスフィールド卿に因りて始めて許されたるものにしてエルドン卿の如きは此の如き證據を採用するを許さざりし。而して其證人の陳述の信用力は時間の長短往復の度數其書類の出所等に因り差異を生ず可きものなり。英國に於ては證人か其手跡を知るには必ず普通業務上の取引より得たるものならざる可からずとし決して豫しめ之を知るを許さず

(第三) 手跡の比較 手跡の比較とは眞實なりと認められたる他の手跡と本件の

手跡とを比較して其眞偽を定むる方法を云ふ。故に此場合には鑑定之業務に従事して特別の智識を有する者に依らざれば之を爲すを許さず。此場合に於ては先づ第一に比較の標準と爲る可き他の手跡の眞實を證明すること必要なり若し其標準にして正確なるに非されば到底問題に係る手跡の眞否を定むる能はず故に英國普通法に於ては此の如き證明方法を許さず其理由二あり

(一) 其標準と爲す可き手跡を撰擇するに詐欺の行はるゝ危険あること

(二) 其標準と爲す可き手跡の眞偽に就き爭論を生し従つて其爭點が枝葉に亘るの憂あること

是なり。併し實際此方法に因りて手跡の眞否を定むるは極めて有益なるを以て遂に條件を以て之を許すに至れり。又陪審官の前に於て自己の證人をして手書せしめ以て疑問に係る手跡と對照するを許さず蓋し其理由は若し斯くすれば其證人は摸擬す可しとの恐あるに由るなる可し。然れども再訊問に於ては其證人をして手書せしむることを得るものとす。手跡の比較鑑定は證人をして之を爲さしむるの外裁判官並に陪審官自ら手跡を比較して其眞偽を判定することを得

是れ裁判官及び陪審官の認定方法に因るものにして其認定は各自の自由なり

第三項 文字の改竄及び挿入

記録を調製するに當り錯誤其他の理由により文字を改竄し若くは挿入することあり。斯る場合には其改竄若くは挿入の理由を説明せざる可からず。而して其改竄せることを證書中に記載し且其改竄が同一の手跡同一の墨を以て記されるときは特に其理由を説明するに及ばず。蓋し此場合には其改竄は記録調製前に爲され且其署名者に依つて記されたること明なればなり。然るに若し其改竄せしことを證書中に記したるときは此に其改竄は何時爲されしやの問題を生ず而して其改竄の時期如何によりては證書の効力に大なる影響を生ず。スチーブソ氏は此點に關して推測を設け捺印證書と遺言證書とに分つて其改竄の時期に差あるを論せり同氏證據法第八十九條即ち捺印證書に於ては其改竄は證書調製完結前に爲されたる者と推測すべく遺言證書に於ては完結後に爲されたるものと推測すべきものなりとせり。其理由は氏は別に説明を爲さゞれども元來捺印證書は其調製するや直ちに権利者の手に渡るべきものなるを以て其調製したる

後は其文字を變更することなかる可きも遺言證書は調製後直ちに権利者の手に渡るべきものに非ずして通常遺言者の手裡に存するものなるを以て之を變更すること容易なるを以てなるべし。同氏は此の如き推測を掲ぐれども之を判決例の實際に徴するに未だ必ずしも氏の言の如くならず。要するに記録の改竄にして其跡怪しむべき所あれば其記録を提出して利益を求むる者其改竄の正常なるを證明し以て其疑を解かざる可からず。スチーブソ氏の述べたる改竄の時期に關する推測は全く氏の一個の説にして法律上確實なるものにあらず

記録の改竄に主要の點に關するものと否らざるものとあり。而して主要の點に關する改竄なれば其證書を提出する者に於て其改竄は證書の調製完結前に爲されたること若くは當事者の合意に因りて爲せしことを證明するに非ざれば其證書に因り權利を主張することを得ず。茲に主要の點に關する變更とは當事者の權利義務に差異を來たす可き個條を變更したるを云ふ。蓋し此の如き場合に其證書を提出する者に變更の理由を説明せしむる義務を負はしむるは其證書面に改竄ありたるときは幾分の信用を減し人をして疑を起さしむるものなるを以て

其證書に因り利益を得んと欲する者は其改竄の正當なるを證明し其疑惑を解かしめざる可からざればなり。之を要するに此原則は詐欺を防かんとする公益上の理由に出てたるものなり

第四項 記録記載事項の證明方法

記録に記載せる契約贈與又は財産讓渡等を證明するには記録其物を提出して證明せざる可からず決して口證其他の外證を以て證明するを得ず。所謂最良證據の規則なるもの是なり。又其記載事項は外證を以て變更し若くは附加するを許さず。外證とは記載事項に對する他の記録若くは口證を云ふ。例へば借用證書に借用期限二年とあるに口證若くは手紙を以て其實一年なりと主張するを得ざるが如し。此原則の理由は元來契約等を記載するとき是一片の口頭約束を爲すと異なり充分の思慮と充分の注意とを以て爲すものなるが故に他日口頭を以て種々に之を變更するは不可なりと云ふに在り。是れ全く詐欺を防ぐの趣意に出てたるものなり。然れども如何なる場合にも外證を以て記録記載の事項に就き争ふを得ずと云ふにあらず即ち記録記載事項を變更するに非ずして其成立

并に其効力を争ふこととは固より之を爲すを得べし。其場合左の如し

(第一) 契約贈與又は財産讓渡等を無効とし又は取消し得るものとする原因を證明すること。其原因左の如し

(イ) 詐欺 (ロ) 強迫 (ハ) 錯誤 (ニ) 不法 (ホ) 當事者の無能力

(ヘ) 約因の欠乏 (セ) 方式の欠缺

(第二) 特別の契約、特別の契約とは同種の事項に就き主たる契約の外に尙ほ他の契約ある場合を云ふ。而して其二つの契約互に抵觸するときは一を以て他を變更するを得ずと雖も。特別契約の文言が主たる契約と抵觸せず且其事件の事情よりして當事者は主たる記録を以て其取引の完全なる記載を爲さしむと推測し得らるるときは後の特別契約を以て記録記載事項を證明するを得。例へば賃借證書に於て甲が乙に其貸家を若干の賃金にて貸さんと約し且同時に口頭を以て其修繕は乙の負擔たる可なりと約したるときは其口頭契約を提出し得るを得。蓋し此場合に此特別契約は記録契約を變更するに非ずして唯之を補充し得る止まるものなり。故に之を變更と云ふは當らざるなり

(第三) 前期條件 記録契約を結ひたる場合に其契約は特定の條件發生したる場合に履行す可しと約したるときは外證を擧げて其條件の發生不發生を證明するを得。例へば甲者より乙者に賃借權を讓渡すへき記録契約を取結ひ且同時に此契約の履行は其虛有權を有したる丙者の承諾如何に由る可しとの事を口約したるときは口證を以て丙者の承諾の有無を證明するを得。

(第四) 後の契約 記録契約を取結ひたる後其同一の事項に就き口頭契約を取結ひ前契約の事項を變更するとあり斯る場合には後の口頭證據を提出するを許すものとす。蓋し後の契約は新契約なるを以て前契約と相抵觸せずと看做すを以てなり。故に此場合には其口頭契約が記録契約より後に成立したるを必要とす。故に若し同時に成立したるときは口頭契約を以て記録契約を變更するを許さず。此點に就き余は疑を抱けり。凡そ物は之を組成したると同一の方法を以て解かざる可からすとの原則あるを以て口頭にて取結ひたる契約は口頭にて之を解除するを得るも書面にて取結ひたる契約は之を解除若くは變更するには同じく書面に依らざる可らずと信す。例へば捺印して一定の方式を履み以て取結ひたる

契約は之を解除し若くは變更するには亦同様なる嚴正の方式を履みたる證書に依らざる可からず。又詐欺條例に依りて書面を必要としたる契約を解除し若くは變更するにも亦書面を以てせざる可からず。尤も此點に關しては英國に於ては學說區々として判決例も亦一定せず。有名なる判事マン氏の如きは書面を以てするを要せずとせり(ゴッス對ロイドニユーセントの訴件)。併し余を以て之を見れば氏の説は其當を得ざるものと信す。此問題は我民法證據編に於ても起るべきものと信すれば尙ほ諸君に於ても研究あらんことを望む(證據編第六十條第六十三條)

又法律を以て記録を必要とせざるも當事者が随意に記録契約を取結ふことあり斯る場合にも後に口頭契約を結ひ以て記録契約を變更するを得す。何となれば記録に記載せるときは其事項に就ては當事者は深思熟考するとの推測あるを以て容易に口頭を以て之を變更するを許すは不可なればなり。要するに此例外は英國法は之を認むるも余は全く原則と抵觸するものにして且不當なるを信す。

(第五) 慣習 地方慣習又は商業慣習にして苟も契約の條項と抵觸せざる限りは

口頭を以て其慣習を證明するを得。以上は外證を以て記録記載の事項を變更し得る重なる場合なり。蓋し記録記載事項は口頭を以て之を變更するを得ずとの原則は其記録を以て契約の主眼と爲す場合にのみ適用すべくして假令記録を調製するも當事者が其記録を以て法律上の効果を生ず可きものとなさざる限りは口頭を以て記録記載の事項を證明するを得べし。

第六節 證書の解釋

證書の解釋とは證書に記載したる文字若くは記號の意義を確定し若くは其文字又は記號と事實との關係を定むる方法を云ふ。英語に於ては解釋なる文字に二種あり。一をコンストラクションと云ひ一をインクルージョンと云ふ。而してコンストラクションは文字と事實との關係を知る場合に用ひ。インクルージョンは文字の意義を確定する場合に用ゆ。乍併我國に於て解釋と云ふときは通常此二つの意義を混同して用ゆる者なり。抑も證書の解釋は權利義務を定むる方法なるを以て主法に屬す可き者にして證據法の如き助法に於て論ず

可きものに非ず。然れども如何なる證據を提出して證書に記載せる文字の意義を説明することを得るやの點に至ては手續法に屬するものなるを以て此點に關しては證據法中に論ずるも決して不當に非ず。故に本節に於て論ずるものは主として此事たるを知る可し。

記録の解釋に關する證據法の原則を擧ぐれば左の如し

第一、證書中に畧言、外國語、古文字、熟語等ありて読み難く且了解し難きことは口證を以て其意義を説明することを得へし。

第二、商業上の用語、船中の言語、地方の僻言、其他證書の前後の關係より當時者か特別の意義に用ひたりと看做さるときは外證を以て其意義を説明することを得へし。例へば紙千枚とあるを慣習上千枚は九百六十枚を意味するときは口頭を以て之を證明することを得。然れども普通の語辭にして前後の關係より特別の意義に用ひたりと看做されるときは外證に依り之を證明することを得ず。

第三、一の文字にして二様に解せらるゝことありて筆者か何れの意義に用ひた

るや分明ならざることあり法律上之を疑義(Ambiguity)と云ふ。而して疑義に二種あり明顯疑義及び隱匿疑義是なり。明顯疑義とは記録の表面に顯はれし疑義にして隱匿疑義とは記録の表面上は極めて明なりと雖も之を事實に適用するに當り疑義を惹起すを云ふ。例へば甲者が乙者に其家屋を半年若くは一年貸與す可しと書せしときは明顯疑義なり、又甲者か乙者に某村に在る土地を贈與す可しと證書に認めたるに其某村に甲者の所有地二ヶ所ありて其何れを指したるや分明ならざる如きは隱匿疑義なり。右二ヶ所の疑義を解釋するに當り茲に如何なる證據を提出す可きやの問題を生ず。而して此問題を決するには證書を解釋するに其筆者の意思の證據を許す可きや否やを述べざる可からず。此點に就ては種々の議論あるよりして其場合を分つて論せざる可からず。凡そ自ら證書を認め普通の意義に於て或る文字を用ひしときは他の意義に用ひたるものなりとして抗辯することを得ざるは法理上の原則なり是れ即ち禁反言の理論に基くものにして實に正當のことなりとす。例へば自ら白と認めたるに他日之を黒の意義を以て認めたりと抗

辯することを得ざるが如し。此原則は證書の解釋に關する問題を決するに於て實に必要なる事柄なり。今證書に明顯疑義のありしときは其筆者の意思は何れに在りやとの證據を提出するを許さす。又文字の疑義極めて不明瞭にして普通人か了解することを得ざるが如きときも亦筆者の意思の證據を許さす。乍併隱匿疑義の場合に於ては筆者の意思の證據を許すことあり。例へば前例に於て某村内に甲者の所有地二ヶ所ありし時は甲者は其何れを意味したるやとの意思の證據を提出することを得るが如し。ウォイグラム氏は如此場合を同稱の場合と名づけたり。何故に證書を解釋するに筆者の意思の證據を許さるやと云ふに是れ全く詐欺を防ぐの主義に出たるものなり。若し意思の證據を許すときは筆者は其證書を調製する當時に於て思考せざりしことと他日自己の都合に依り其意思なりと主張して反對當事者の不利益に證書を曲解し以て相手方を傷つくることとあればなり。茲に特に注意す可きは直接意思の證據と筆者の意思を顯はす可き事情の證據(或は事件の情況とも云ふ)との區別是なり。前者は筆者の意思其ものを指し後

者は文字と事實との關係を推知する材料を云ふ。例へばシヨウ對ウィルソンの訴件に於て甲者は千七百四年に自己の財産を耶蘇の説教者を保護する爲めに贈與すとの遺言書を認めたり。此場合に其當時耶蘇説教者と云ふは如何なる人を意味したるやは種々の情況所謂事件の情況より之を證明することを得べし。故に直接意思其ものは證據として提出することを得ざるも事件の情況よりして當事者の意思を推測することは自由なりとす。以上記録を解釋するには如何なる證據を提出す可きやの疑問に關し其大要を述べたり。今本節を終るに臨みウィングラム氏の遺言書解釋方に關する七大原則を掲げて参考に供せんと欲す。蓋し此原則は主法に屬する部分多きも證據提出の場合にも亦之を適用し得べきを以て今茲に之を論述するも敢て無用の業に非ざる可し。

第一則 遺言者は常に嚴正普通の意義に於て文言を使用したるものなりとの推定を受く但其前後の關係に依り特別の意義に用ひたりと看做さるべきは其意義に於て之を解釋せざる可からず。

第二則 若し證書の前後の關係より遺言者が其文言を嚴正普通以外の意義に用ひたりとの事情見へす且普通の意義に之を解釋して外界の事情と適合するときは假令第二の意義に解釋せらるるも又遺言者の意思は明かに第二の意義に用ひたりとの證據あるも嚴正普通の意義に於て之を解釋せざる可からず。

第三則 證書の前後の關係よりは遺言者は其文言を嚴正普通の意義以外に用ひたりとの事情見へざるも之を普通の意義に解釋するときは外界の事情に適合せざるときは裁判所は其事件の狀況を看察し以て之を特別の意義に解釋することを得べし。例へば單に「兒」と記載したるときは普通の意義に依れば適出子を意味するものなるも若し遺言者に適出子なきときは庶子を意味するものと解釋するを得るが如き是なり。

第四則 遺言書中に在る文字にして讀難く若くは其意義を解し難きときは此の如き文字を讀み又は遺言書の文言を解するに熟練したる者を召喚し以て其者の陳述を採用することを得。

第五則 受贈若くは遺言物若くは其利益の分量を確むる爲め裁判所は遺言の利

益を請求す可き者并に其遺言物件若くは利益の分量に關し遺言者の事情に就て種々の材料を参照することを得

第六則 遺言書中の文字が事件の状況に徴するも其意義を定むること能はざるときは遺言者の意思如何を斷定したる證據を提出することを許さず從て其遺言書は不明瞭なりとの理由を以て無効に歸す可きものとす

第七則 遺言書中の文字が不明瞭にして遺言者の意思を知ること能はざるときは其遺言書は無効に歸す可きは前則に定むる所なりと雖も或る特別の場合には遺言者の意味したる者若くは物件を確むる爲め意思の證據を許すことある可し左に特別の場合を掲げん

遺言者の恩惠の目的物即ち受贈者若くは贈與の主體即ち遺言物二個以上ありて其何れにも適合するときは遺言者は其人若くは其物の何れを意味したるやの意思の證據を提出することを得べし。是れ前述したる同稱の場合なり。今一二の例を擧げて之を説明せん例へは甲者其遺言書に我甥太郎に我財産を贈與すと認めたり然るに此場合に甲者の兄に太郎なる子あり又甲者の妻の兄

にも亦同しく太郎なる子ありとせば何れの太郎が甲者の財産を受く可きやとの問題起る。然るときは甲者は妻の兄の子を意味したることを口頭證據を提出して證明することを得べし(グランド對グランドの訴件)又甲者あり遺言して其所有の不動産を乙者の長男丙に贈與したり然るに乙者の長男は丁にして丙は次男なりしも丙は再婚の長男なり。此場合に甲者の贈與を受く可き權利に就て丁と丙との間に争訟起りたりとせば裁判所は甲者の意思の證據を採用せず乙者の家族の事情を参考し以て丙に權利を與ふることを得(ドー對ホスマツクスノ訴件)

第七節 公正證書

公正證書とは官吏か其職務上作りし證書にして一個人の作りし私署證書に對するものなり。前述せし如く私署證書に於ては一等二等の階級ありて一等證據を提出すること能はざる理由を證明するに非ざれば二等證據を提出することを得す。然るに公正證書に於ては其原本たると謄本なるを問はず其何れを提出するも差支なし。蓋し公正證書は官吏か職務上作りたるものなるを以て虚欺の事

實を記載し若くは不正に成立するの恐なきを以てなり。公正證書記載事項證明の方法に關する規則を畧言すれば左の如し(スチーブン氏證據法第七十三條以下)

- 第一 原本を提出して證明することを得。此場合には先づ其證書が相當官吏の手より出てたることを證明せざる可からず。
- 第二 檢閲謄本を以て證明することを得。檢閲謄本とは原本と照合して作りたる證書を云ふ。斯る謄本を以て原本の記載事項を證明するには必ず原本と照合したること且之と一致したることを證明せざる可からず。證書の照合と云ふは其謄本を原本と讀合はすと云ひ。其讀合せは一人にて之を爲すも可なり。又二人の中一人が原本を讀み他の一人が謄本を讀むも差支なし故に各自交代に原本と謄本とを讀まざるも可なり。只英國に於てスレイソン對ヒヤレンの訴件に於ては二人互に原本及び謄本を讀むを要すとの一裁判例あるのみ。
- 第三 國璽謄本を以て證明することを得。國璽謄本とは國璽若くは裁判所の印章を押捺したる證書の寫を云ふ。此謄本は國璽若くは裁判所の印章ある故に確實なること通常謄本の比に非ず故に特に原本と對比したることを證明せず。

して提出することを得。法律並に裁判所の規則に依りて謄本を作るべき義務ある裁判所の官吏の作りたる謄本は通常官廳の謄本と名づけらるゝも是れ國璽謄本に均しきものなり。而して法律上作る可き義務あるに非ざるも裁判所の規則に依りて之を作る可き權利ある裁判所の官吏の作りし謄本は其法廷並に其事件に就ては國璽謄本と看做さるゝも他の法廷並に他の事件に關しては檢閲謄本たることを證明するに非ざれば之を提出することを得ず。

第四 保證謄本を以て證明することを得。保證謄本とは公正記録を管理する官吏が職務上作りて附與したる謄本なり即ち其官吏に於て眞正の謄本たることを保證して其官衙の印章を押捺して附與したる謄本なり。此謄本のこと就き英國にては數多の條例を以て規定せり。其詳細は今之を略す。

右の外公正證書の謄本を提出し得る場合は多しと雖も餘り必要のことに非ざるを以て茲に之を省略す。蓋し書類記載事項は必ず原本に依り證明せざる可からざるの原則を墨守して之を公正證書の場合にも亦適用するときは官廳の事務の滯滞を來し其不便少なからざれば法律は直ちに謄本を提出することを許すに至

りしなり。且公正證書は其調製も私署證書よりは嚴格にして詐欺錯誤等少なかるべきを以て或る方法を以て謄本の真正なることを證明せしときは之を提出することを許せしなり

第三章 人證

第一節 人證總論

人證とは證人として裁判所に召喚せられたる者か或る方式を踐て裁判所に於て爲したる事實の陳述を云ふ。凡そ證據に書證、人證、物證の區別ありて書證、物證の如きは裁判官か其書類或は物件を見て事實を判斷することを得るも人證の如きは只一私人の陳述に過ぎざるを以て容易に之を信することを得ず所謂片言以て訴を定む可からざるものなり。故に英法に於ては人證に種々の制限を付して證人の能力證人の特權若くは證人の訊問等の手續に關して詳細の規則あり。我法典に於ても書證に就ては法律を以て其證據力を規定し裁判官に隨意の認定を爲すとを得せしめざるも證人の陳述に就ては特別の證據力を規定せずして判事は證人の言語に依て拘束せらるることなく其心證に従ひて判決すとの明文あり(日

本證據編第四十三條)。蓋し證人の陳述は千差万別にして其信用力も時と場合とに依り異なるを以て法律は豫しめ其證據力を規定するを得ざるなり。英法に於ては證人調又は證人の能力のとも亦證據法中に於て論ずれども我法律にては此等の事項は民事訴訟法に譲りたり(民事訴訟法第二百七十三條乃至第三百二十一條) 英法に於ては人證に關する原則三あり

(一) 證言は直接ならざる可からず 即ち證人が陳述する事實は必ず自己が直接に感知したる事實ならざる可からずとのこと是なり。更に之を詳言せば證人自ら之を視之を聞き之を味ひ若くは之に觸れしものならざる可からず故に他人より聞知したる事實即ち傳聞事實は證據たるを得ざるなり。佛國にては別に成文の之を規定するなきも學者の説に依れば傳聞事實も亦證據たるを得るが如し。蓋し證據は眞實を得る方法なりとせば傳聞事實を以て證據たるを得せしむるも敢て差支なきが如し但傳聞事實を證據として許すときは其間に詐欺錯誤の行はるとは免かる可からざるを以て裁判官に於て注意せざる可からず

(二) 意見の陳述は證據に非ず。語を換へて之を言へば證人は自ら感知したる事實を其儘述べざる可からずと云ふことにして證人は其間に決して自己の意見を挿むを得ず。例へば甲は乙に怨ありとの事實は陳述することを得るも故に恐らくは甲は乙を殺せりと思ふ等のことは證明することを許さず。

第二節 證人の能力

凡そ證人として裁判所に出廷し事實の證明を爲すは國民たるもの義務なれば正當の理由あるに非されは決して之を拒むを得ず。而して苟も法律を以て除外を設けざる以上は何人も證人たることを得るものにして即ち證人たる能力を有することは法律上の原則にして證人たるを得ざるを以て例外とす(スチーブン氏證據法第百六條)。故に其無能力者たることを主張する者は必ず之を證明せざる可からず。

抑も證據は眞實を得る方法なるを以て如何なる種類の證據にても之を採用して差支なきものゝ如し只之を信用するに於て斟酌すべきのみ。然れども如何なる人たるを問はず之を證人として法廷に出頭せしめ以て事實を證明することを得

せしむるときは爲めに陪審官を誤らしめ却て事實の眞正を攪亂するの結果を生ずるとなきを保せず故に何れの國法に於ても國民の或る部分は證人たるの能力なき者として法律は其證言を禁せり。例へば未成年者、瘋癲、白痴者の如き是なり。蓋し此等の者の證言を拒絶するの理由は其證人は眞實を陳べざるに由ると云ふに非ずして之を許す時は危険なりと云ふに在り。然れども法律を以て何年以下の人若くは或る資格を有せざる者は證人たるの能力なしと規定して其證言を排斥するは實に事實に反するものにして却て眞實を得るの道を絶つことあり。英國に於てベンザム氏の如きは夙に此に着眼して法律を以て證人の能力を定むるの非なることを痛論したり。氏の議論一たび出てより證據法に一大革命を與へ現今に至つては漸次證人の無能力者の數を減するに至れり。

如何なる人は證人たる能力を有せざるやと云ふに何れの國に於ても通常左の證人の言は排斥するものとす。

(一) 自己の證明すべき事柄を記憶すること能はざる者

(二) 自己に向て發せられたる問を了解すること能はざる者

(三) 其問に正當なる答を爲す能はざる者

(四) 眞實を陳述せざる可からざることを知らざる者

以上の場合を他の語を以て言顯はすときは左の場合に歸す

一、 證人か智識及び理解力を有せざる場合

二、 證人か犯罪者たるとき

三、 證人か訴訟の勝敗に關係を有するるとき

四、 證人が其證言の眞實なることを保證せざるるとき

左に簡單に此等不能力者に就て一言せん

第一、 證人か智識及び理解力を有せざる場合 智識及び理解力を有せざるに依りて證人たる能力なきものは分つて之を二種と爲すことを得

甲、 智識及び理解力の發達の不充分なるもの、即ち幼者、白痴者の如き是なり

乙、 智識及び理解力を喪失したるもの、即ち瘋癲の如き是なり

英國法に於て此等の證言を拒む理由に二つあり。或は此等の人は宣誓の何者たるを知らざるに因り證人たるを得ずと云ひ或は其感知したる事實を記憶せざる

に因り證人たるを得すと云ふ者あり。蓋し此等の證言を排斥する理由は此二者中の一に居るものにして必ず其一を以て他を排することを得ず。何となれば何れにしても此等の人の證言は正當の思考力を以て陳述したるものに非ざるを以て時に誤りたる事實を陳ぶることあるか故に法律は其證言を排斥するものなり。此種に屬する無能力者を大別すれば通常左の如し

(一) 幼者

(二) 瘋癲白痴者

(三) 醉狂者

(四) 暗啞者

幼者とは丁年に達せざる者を云ふものにして常に證人たることを得ざるのみならず法律上の取引をも爲すを得ず又刑事上の行爲を爲すも通常の罪を以て論せざるものなり。或る國法に於ては何年以下の者は證人たることを得ずとして年齢を以て限界を爲す者あれども是れ非なり。凡そ人には賢愚の別あるか故に豫しめ年齢を以て之か限界を爲し得べき者に非ず英吉利に於ては之を判決例に徴

するに證人たるの能力を定むるに年齢を以てせずして全く裁判官の認定に委任するものゝ如し是れ實に正當なりとす。瘋癲白痴者は生來若くは疾病に罹り智覺精神を失ふたる者なるを以て證言を爲す能力なきは當然にして別に説明を要せず。醉狂者も亦其醉狂中は敢て瘋癲者と異なるとなきを以て證人たることを得ざるは明かなり。然れども證言の義務を免かれんか爲め故らに大酒したるものは法律の制裁を被ふらざるを得ず。

暗啞者も從來は無能力者として瘋癲白痴者と同しく民事刑事共に義務を免かるゝを得る者とし又證人たるの能力も無かりしなり。然るに近時は暗啞者の教育倍々盛んなるに至りしを以て此等の者も普通人と同視し文字若くは形容を以て其事實を證明するを許すに至れり。ステートマン氏は其文字は必ず書面に認め其形容は特に公開の法廷に於て爲さる可からすと云ひしか予を以て之を看れば斯る制限を付するの必要なきものと信す。

第二 證人が犯罪者なる場合 凡そ犯罪の爲め刑を受けたる者は證人たるの能

力を有せず。蓋し斯の如き者は既に廉耻の何物たるを知らず虚言を吐くも敢て意とせずとの理由より出たる者なり。而して其罪を犯すにも種々の原因ありて或は其事情の憐む可き者あり或は其意思の惡む可き者あり故に罪の輕重を問はず如何なる罪を犯したる者にて一度刑の宣告を受けたる者は最早良心を失ふたる者として其證言を排斥するは啻に事實に反するのみならず反て眞實を妨ぐるの恐あり故に英國にても犯罪人を無能力者と爲すは唯刑を受けたりとの事實に因らずして其罪の性質に因て之を定む可きものとせり。即ち不名譽の罪 (Infamous crime) を犯したる者は證人たるの能力なしとし現に判決例に因るも羅馬法の所謂虚偽罪 (Perjury) を犯したる者に限りて證人たるを得すとせり。即ち虚偽罪とはグリーンリフ氏の説明に依れば啻に詐欺者を包含するのみならず公安に關する罪を犯したる者を意味するものなり。斯の如く犯罪者の證言は從來證據の拒否に關するものなりしも近來は單に其眞否に關するものとして此の如き證人の證言も之を採用するに至れり。唯其證人の性質に依て其證據の効力に強弱の差あるのみ。蓋し此改革は有名なるベンサム氏の説與かつて大に力あり。

氏の説に依れば證言の眞否は場合に依り異なるものにして單に罪を犯したりとの單純なる事實を以て直ちに其人の陳述を信用するを得すと斷言するを得ず。又况んや其犯罪は如何なる原因に出でしか分明ならざることあるに於てをや。又矧んや其犯罪は數十年前以前に爲したるものにして爾來其行を悔ひて善人と爲りたる事實なきに非ざるに於てをや。故に絶對的に犯罪人の證言を排斥するは正當に非ずと。我訴訟法に於ては新主義を採用し此等の人は證人としては召喚せざるも宣誓を爲さしめずして参考の爲め之を訊問することを得ることとせり(民事訴訟法第三百十條)。即ち此等の者の證言は裁判官の心證の材料に供するものにして絶對的に拒絶したるものに非ず

第三 證人が當事者に或る關係を有する場合凡そ證人は自己か直接に感知したる事實を其儘陳述するものなり。然るに苦し其證人にして訴訟當事者に或る關係を有するとき例へば其當事者の親屬たるとき或は訴訟の勝敗如何に因て自己に利害の關係を來すときは人情として偏頗の證言を爲すことを免れず。故に從來の法律に於ては此等の者は證人たる能力を有せざりしなり今此等の者の重なる

場合を擧ぐれば通常左の如し

(イ) 訴訟の對手 訴訟の對手は從來證人たるを得ざるを原則とせり。其理由は其事件に直接に利害の關係を有すると云ふに在り。而して此場合に就ては民事刑事並びに原告若くは被告の地位に由て異なるか故に之を別つて論述す可し

(甲) 刑事の場合 刑事に於ては告訴人は一般に證人たるを得る者なり。元來刑事訴訟は告訴人と被告人との訴訟に非ずして國家若くは帝王と被告人との訴訟にして國家若くは帝王は國家の平和社會の安寧を維持する爲めに自ら原告と爲りて訴を起す者なり。故に法理上より之を云ふときは告訴人は訴訟の對手たるに非ずして第三者なり故に刑事にては告訴人が證人と爲り得るは固より正當なり但刑事の被告人は現今に於ても尙ほ證人たるを得ざるなり。蓋し被告は自己證言の如何に依て直接に自己の身上に影響を及ぼすものなるか故に事實を蔽ふの恐あるを以てなり

(乙) 民事の場合 從來の法律に於ては民事の場合に於ては原被兩造共證人

たるとを得ざりしもベンサム氏一度其非を鳴してより遂に此制限を廢するに至れり

(D) 訴訟相手の夫若くは妻 訴訟相手は自ら其訴訟の證人たるを得すとの原則は其相手の夫又は妻にも亦之を適用することを得斯氏證據法第百八條。而して其理由に二あり。(一)元來夫婦は同一體にして利害の關係を同ふすと云ふにあり。(二)公益の理由に出でたるものにして即ち夫婦間には平和親密の存するを社會の公益とす。然るに若し夫の罪惡に對して其妻か證人たることを得るとするときは夫婦の平和を破り從て社會の公益を害すと云ふに在り。然るにベンサム氏は此理由の非なるを論せり。其旨趣に曰く夫婦が相互に反對して證明するは家内の平和を亂たすの虞ありと云ふものあれども是れ非なり。何となれば家内の平和を亂たすは公安を破りたる者の家内の平和を亂すに過ぎずして社會の安寧に關すると無ければなり。加之若し其妻の證明を許さざるものとせば苟も結婚したる機會を有したるときは社會に害毒を流したる惡人も爲めに刑の宣告を免るゝとを得るに至ると。氏の説も亦一理なきに非ざ

れども立法上孰れか正當なるやと云ふに至ては吾輩は容易に之を斷言するを得ず

夫又は妻を證人として許す可きや否やの點に關して茲に一の問題あり。即ち夫の承諾したるときは其妻は夫の利益と爲る證言を爲すを得るや否やと云ふと是なり。此點に關して英國に於ては學說區々として一定せず。ロイド、ハードウイツク氏の説に依れば元來妻をして夫の利益若くは不利益に於て證人たることを得せしめざるは家内の平和を維持せしむるに出でたるものなるか故に假令夫婦間に承諾あるも之を許さざるを正當とすと。然れども氏の説に反對する學者も亦少なからず暫らく茲に記して疑を存す

夫又は妻は互に證人たるを得すとの原則に例外あり。即ち左の如し

(甲) 毆打創傷罪の場合 夫にして其妻を毆打し又は妻にして其夫を毆打したる場合には其被害者は證人たることを得。蓋し此場合には家内の平和既に破れ且夫婦間の利益之れ無きに至るを以て不實の證言を爲すの虞なきか故なり

(乙) 誘拐罪の場合 誘拐罪とは腕力或は詐欺に依り他人の子女を奪掠する罪を云ふ。而して誘拐されたる婦女か其男兒の妻と爲りたるときは其妻は其男兒に對して證人たることを得。何となれば此場合は真正の合意を以て結婚したるものに非ざるか故に正當の夫婦と云ふことを得す且其妻は誘拐されたる者なるか故に夫婦間の利益も同一なりと云ふを得されはなり

(丙) 國事犯の場合 國事犯とは國家に對する罪にして其罪たる極めて重大なるものなるが故に夫婦間の利益も之か犠牲に供して其配偶者に對して證明せざる可からず故に此場合にも夫婦は互に證人たることを得。此點に就ては學說未だ一定せず此場合にも夫婦は證人たるを得すと論する學者も少なきに非す

以上陳述したる所は普通法の原則にして其後種々の條例を以て改正を加へたり。其結果として今日にては訴訟の對手並ひに其夫妻は全く無能力者たるの地位を脱するに至れり其條例は繁雜且數多なるを以て茲に之を陳せず

(ハ) 共犯者 共犯者は他の共犯者を庇補するか若くは反對に他の共犯者に罪

を歸して自ら其刑を免れんとするの傾きあるか故に共犯者の證言は信用を措くに足らざるも英法にては之を無能力とせず。蓋し共犯者の證言を排斥するときは數多の犯罪者を刑せずして止むの結果を生ずることあるを以てなり

第四 證人か其證言の眞實なることを保證せざる場合 證人か法廷にて證言を爲すに當ては其證言の眞實なることを保證せざる可からず。而して之を保證する方法は證人か法廷に於て宣誓の儀式を爲すに在り。宣誓は其本來の性質は天帝に對して自己の陳述の確實なることを確言するものにして若し其證言にして虚偽なるときは天罰を被むるも敢て辭せざること公言するものなり。故に證人か其證言の眞實なることを保證することは宗教上の信仰と關係を有するものなり従て證人にして天帝の存在を知らざるか若くは或る宗教上の儀式に従て宣誓するとを肯んせざる者は證人たるの能力なきものとして其證言を排斥せり。故に此點に關し證人の能力なきものを區別せは左の如し

(イ) 無宗教者 即ち天帝の存在を信せざるものにして従て宣誓を拒む者なり。

此等の者は自己證言の眞實なることを保證することを得ざる者にして嘘言を

吐くも宗教上の制裁なき故に其證言は信するに足らず故に從來は此等の者の證言を排斥せり。然るに其後ヱクトリア第三十二年第三十三條例第六十八號を以て此等の者に證人たるの能力を得せしむるに至れり。即ち同條例の旨趣は刑事又は民事の訴訟に於て裁判所より證人として召喚せられたる者が宣誓を爲すことを拒み裁判官に於て假令之に宣誓を爲さしむるとも其者の良心を拘束するの力なしと認めたるときには宣誓の代はりに約束公言(Promise and Declaration)を爲さしめて以て證明せしむ可しと云ふに在り。即ち此條例に據て無宗教者も單純なる約束を爲して證人たることを得るに至れり。

(ロ) 宣誓するを拒む者 從來英國にては耶蘇教信者は聖書を接吻して神に誓ひ以て證明するを宣誓の儀式とせり故に此儀式を履まざる者は證人たるの能力なかりしなり。然るに社會の進歩と共に信教の自由も盛になり他國人にして耶蘇教を信せざる者も増加せしか故に斯る宣誓の儀式に従ふことを欲せざるものあるに至れり。而して此等の者は舊來の法律に依れば素より證人たるの能力なきも斯くては事實を證明するに難く且宣誓は自己の信する宗教に對

して本心に誓ふものなるか故に必ずしも一定の儀式に依るを要せず各宗教の儀式に従て宣誓を爲せば可なりとの説起り竟に耶蘇教信者以外の者も證人たることを得るに至れり(オミチヤンド對ベーチーの訴件に因て定まる)。故に今日にては回々教徒猶太教徒の如きも其宗教の儀式に依て宣誓するときは證人たることを得るに至れり。

又或る宗教信者は全く宣誓を爲すことを拒むことあり。即ち其宗教に於て宣誓を許さざることあり。此等の者は素より證人たるの能力なかりしもヱクトリア第十七年第十八條例第百二十五號を以て宣誓の代りに確證公言(Affirmation and declaration)を爲さしめて證人たることを得せしむるに至れり。

如此英國にては從來は其證言の眞實なることを保證せしむるに宗教上の關係を有するものなりしか今日にては必ずしも宗教に關係を有するに非ず。要するに證人の意思を拘束する方式を履めは足れりとす。我國にても證人には宣誓を爲さしむるも元より宗教上の關係を有するものに非ずして唯意思に従て眞實を陳へ何事をも黙秘せず又何事をも附加せざる旨を宣言するに過ぎず(民

事訴訟法第三百七條第二項

第三節 證人の特權 (Privilege of Witness)

凡そ證人と爲りて證言を爲すは國民の義務にして何人も自己の知り居ることは必ず之を陳言せざる可からず。然るに或る種類の人若くは或る種類の事件に就ては證言を爲すことを拒み得ることあり之を證人の特權と云ふ。如此法律か或る種類の人并ひに或る種類の事件に就て證言の義務を免かれしむる理由は公益上の必要より生したるものにして今之を分拆すれば畢竟左の三點に歸す

- (一) 各人の秘密を公にせざること
 - (二) 各人の恥辱に歸し及び訴追を受く可き事實を告白せしめざること
 - (三) 社會の秩序を保つこと
- (一) 凡そ各人間相信任して秘事を打明けたるときには其秘密を守り他人に口外せざるとは獨り徳義上必要なるのみならず、社會の平和を維持するにも亦必要なり。故に法律は如此秘事を發くことを強制せず。是れ蓋し此等の人を強制して密事を陳述せしむるに於ては人々か互に事實を打明かして眞實

を話すこと無きに至るか故なり。而して此理由に因りて證言を拒むの權を有する者は通常左の如し

- (イ) 官吏公吏にして職務上黙秘すべき義務ある者
- (ロ) 醫師
- (ハ) 僧侶神官
- (ニ) 辯護士公證人(執達吏)
- (イ) 官吏公吏にして職務上黙秘すべき義務ある者

(甲) 裁判官及陪審官 此等の者は訴訟關係人を審問するに當つては其人々の秘密を知るとあり。而して若し裁判官及陪審官にして此等の密事に就ても之を證明するの義務ありとせば各人の秘密は容易に公と爲るを以て其審問を受くる者は妄りに自己の秘密を打明かさざるに至る從て訴訟の眞實を得る能はざるの結果を生ず。故に法律は陪審官及び裁判官をして職務上知得したる事に就ては證言を拒むことを得ることゝ爲したり。但其拒み得る事柄は職務上知得したる場合に限るべきものにして職務外

にて知得したる事柄に就ては證明の義務あること通常の證人と異なる所なし

(乙) 行政官吏 行政官吏が職務上知りたる事柄にして秘密に屬す可き者は其官廳の許可を得るに非されば之を證明することを得ず。故に此等の人か證言を拒むことは一方に於ては權利なるも他の一方に於ては義務なりとす

(丙) 國會議員 國會議員は官吏なるや公吏なるや將た一種特別の性質を有する者なるやは公法上研究す可き者なるか故に茲に之を述べず。而して國會の議事に關する事柄に就ては議員は之を證明するの義務ありや否やは我國にては一問題なれども英國に於ては國會の許可を得るに非されば證明を爲すを要せず。蓋し英國にては議會の勢力至大にして裁判所の上に位するものなるか故に斯る説の行はるゝものなるべし。乍併我國にては議會も裁判所も共に主權者の機關にして其間に甲乙なきか故に英國法の法理を適用するを得ず。唯我憲法及び訴訟法の解釋より之を斷定

せざる可からざるなり

(ロ) 醫師 醫師は患者より職務上秘密を聞知するか故に證書を拒む權利を與ふるを妥當なりとす。然るに英國普通法にては醫師は患者より聞知したる事柄に就き證明すべき義務あるものと爲せり。米國諸州にては條例を以て證明の義務なきものとせり

(ハ) 僧侶及神官 此等の者も亦其信徒より懺悔したる密事を聞知するが故に此等の事實に付ては總て證言を拒まざる可からず。然れども英國にては此點に就ては學說區々にして或は證明の義務ありと云ふ者あり。或は僧侶に如此密事を證明せしむるは不可なりと論する者あり。有名なる判事ケニオン氏ベスト氏アンダーソン氏の如きは後説に左袒する者なり

(ニ) 辯護士及公證人 凡そ吾人が辯護士(及び公證人)に訴訟事件を依頼せんとするには吾人は訴訟に關する一切の事柄を擧げて之を示さざる可からず従て秘事も之を打明かすに至るものなり。而して若し辯護士及び公證人に於て證人と爲りて此等の事實を證明するの義務ありとせば吾人は辯護士に

訴件を依頼せんとするに當つても容易に其秘事を打明かさず従て訴訟上都合の結果を生ずるに至らん。故に何れの國法に於ても辯護士は其依頼人より通知せられたる秘密の事件に就ては依頼人の承諾なくして之を證明するを得ざる旨を規定せり。此規定は辯護士又は公證人を保護する理由に出たるに非ずして依頼人を保護するの目的に出てたる者なり。故に依頼人が承諾したる以上は辯護士は其事實を證明せざる可からず。辯護士か其依頼事件に就て證明を拒むは只其事件の繼續する間のみに非ずして其事件の落着後にも之を拒むことを得るに在り。乍併其秘事は必ず秘密に通知したるものたるを要す故に他人の在る所に於て依頼人か公に辯護士に事實を陳述したる時には辯護士は其事實に就ては證明せざる可からず。何となれば此場合には最早秘密事實には有らずして之を公にするも差問なきか故なり。又依頼人より之を聞知したるにあらざして他より偶然に之を聞知したるときには辯護士は之か證明を爲し得べきや否やに就ては英國に於ては議論あれども現今にては如此場合には證明するを得と爲すに至れり

以上の人々は或は其身分に依り或は其職業に依り他人より秘密を聞知する地位に在る者なり。而して若し裁判所に於て此等の者に證言の義務を負はしめ制裁力を以て其事實を陳述せしむるときには通常の人々は此等の者に對して決して自己の秘密を吐露せず従て醫師辯護士の如きは十分力を盡すこと能はずして治すべき病も爲めに治せず勝つ可き訴訟も爲めに敗を取るの結果を生ず。是れ公益上決して欣ぶ可きことに非ず。故に法律は此等の人には特權を與へて證言を拒むことを得と爲したり我民事訴訟法に於ても同様の規定あり。是れ皆各人の秘密を公にすることを妨ぐるの精神に出てたるものなり(民事訴訟法第二百九十八條第二項)

(三) 各人の耻辱に及ひ訴追を受くべき事實を告白せしめざることを凡そ何人も自己の恥辱に及ひ訴追を受くべき事實を陳述するは之を忌憚するものなるを以て縱令強制して告白せしむるも眞實を得ると難きを以て法律は證人をして此の如き事實を陳述せしめず。故に證人か刑事の告訴を受け又は民事上沒收の言渡を受くべき事項に就て訊問を受くるも之が答

辯を拒むことを得るなり。米國に於ては此等の事件に關して證人か答辯を拒むの權利あることは憲法に於て之を明言せり

グリンリーフ氏は此點に關する證人の特權に就て左の區別を爲せり

(イ) 證人の答辯か刑法上の責任を生ずる場合

此場合には證人は證言を拒むことを得へし

(ロ) 證人の答辯か單に民事上の訴追を惹起し若くは金錢上の損失を生ずる場合

此場合に於ても往古は證人に特權を與へて答辯を拒むとを得せしめたるも有名なるロイド、メルヒルの訴訟に於て斯る場合には證人は答辯の義務ありとの説を爲すの裁判官ありて終にショーヰ三世第四十六年の條例第三十號を以て證人の答辯にして單に自己に負債を負はしめ又は民事上の訴追を受けしむるの結果を生ずる場合に於ては其證言を拒むを得すと定めたり

(ハ) 證人の答辯が沒收の言渡を受くるの恐ある場合

此場合は(イ)の場合と均しく證人は其證言を拒絶することを得

(ニ) 證人の答辯か其恥辱に皈する場合

證人は此場合に於て答辯の義務なきや否やに就ては種々議論の存する所なりと雖も多數の學説は若し其訊問せらるゝ事柄にして争點事實の一部を形成するに於ては其答辯は假令如何に自己の恥辱に皈する事柄なるも之を證明せざる可からずとするに在り。我訴訟法に於ては單に自己の恥辱に皈すべき事柄に就ては證明の義務なしと規定せるに因り斯る場合に其證言を拒絶し得るものとす

此の如く證人は刑事上の訴追を受くべき事柄に關しては之か答辯を拒むとを得るも雖も其答辯か果して訴追を受くべき者なるや否やは何人か之を決するやと云ふに往古に在ては證人自ら宣誓して之を決定するを得たりしか輒近の判決例に依れば其答辯を拒むの權利あるや否やは裁判官の決定に依るべきものとせり。故に場合に因りて證人此特權を主張するも裁判官之を許可せざることある可し

次に此點に就て一疑問の存するは刑事上の訴追を受くるの恐れあるとを理

由として其答辯を拒絶せずして一旦證言を爲したるときは其事項に就ては半途に至り其證言を拒むを得るや否やの問題是なり。此問題に就ても英國法學家中頗る議論のある所にして一旦答辯を爲しなから半途に之を罷め得るものとせば反對當事者の利益を害するを以て既に其答辯を始めたる以上は凡て之を證明せざる可からすと主張せしもの少なからざりしか近時に至り此説大に其勢力を失ひて假令一旦其答辯を始むるも其審問の程度如何に拘はらず證人は其特權を主張し得るものとすに至りたり

(三) 公の秩序を保つこと

社會の公安を維持するの目的より證人に證言を拒むの特權を與ふることあり。而して證人の證言が果して社會の公安を破るや否やは裁判官の見込に因て決すべきものなりと雖も其重なる場合は左の如し

(イ) 國事の秘密

國政に關する密事を公にするときは國家の安寧秩序を害するものなるを以て之を證言するを許さず通常官吏は其職務内に於て爲したる事項に就ては

其長官の認可を受くるに非されは之を證言するを得ず是れ單に證人の特權なるのみならず又其義務なり

(ロ) 公の道德に背反したる事項

風儀を害し或は道德に背反する事項に就ては其證言を許さず。例へば或る婦人か子を儲けたるや否やに關して賭博の契約を爲したる場合に於て其婦人が果して子を儲けたるや否やは之を證明するを許さず。此説はグロインリ
イフ氏及びテロール氏の唱道したる所にして學者中二氏の説を非難するもの少なきに非すと雖も二氏の説を論評せんには宜しく之を區別して論せざる可からず。即ち民事刑事の訴訟の争點を決するに當ては假令一般の道德に背反し又は風儀を害する者なるも尙ほ之を證明せざる可からざる場合あるへしと雖も權利義務を決するの必要あるに非ずして單に社會の風儀を害すべきものなるときは之を證明を許さざるを以て正當とす而して前述の賭博契約の如き即ち是なり

(ハ) 夫婦間の談話

凡そ夫婦間の談話は夫又は婦に於ては之を證明するの義務なし。此特權は特に條例に因て與へられたる者にして其理由とする所は若し此等の事實に就て尙ほ答辯するの義務あるものと爲すときは夫婦間の親密を破り一家の平和を損し隨て社會の秩序を紊亂するに至ると云ふに在り。而して夫婦間の談話は其結婚中に爲したるものに限ると雖も其婚姻の解除されるとき又は其配偶者の死亡したる後に於ても離婚者又は其配偶者の一方に於て尙ほ之を證明するの責任なきものなり。只茲に一疑問の存するは配偶者の一方は此特權を拋棄するを得るやの問題是なり。換言すれば配偶者の一方の許諾を得ずして證言するを得るや否やなり。英國法に於ては配偶者一方の承諾なき場合にも此特權を拋棄し得る者とし印度證據法に於ては結婚者の一方の承諾なき以上は其密事を證明するを得すとせり

第四節 證人の訊問 (Examination of Witness)

證人の訊問は單に訴訟の手續に關するものなるも英國に於ては證據法中之之を論するを常とす。英國法に於ては證人の訊問如何に因て當事者の利害に關係を

及ぼすこと大なるを以て其訊問に關する詳細の規則存せり。元來英國法の特性として證人を訊問するは代言人にして其訊問の巧拙に因て訴訟の勝敗を卜するに足る而して證人の訊問に關し三個の方法あり今序次を逐ふて左に之を陳述せん

第一 主問 (Examination in Chief)

英國に於ては裁判所に於て原被相對して口頭辯論を開くに當ては先づ原告代理人は開始演述Opening Statementを爲すものなり。即ち原告代理人は第一着に簡單に事件の要領と其請求とを述ぶ。此演述終るや原告の爲めに召喚せられたる證人に對して原告代言人を訊問するものとす。之を主問と云ふ。主問とは證人を召喚したる者より爲す訊問にして自己の主張する事實を證明するの目的を以て之を爲すものなり。今主問に關して重なる規則を擧ぐれば左の如し

誘導訊問 (Leading Question) は之を爲すを得ず

誘導訊問とは訊問者か其欲する所の答辯を得んか爲め故らに爲す所の訊問を云ふ。而して通常證人に於て單に「然り」又は「否」と答辯し得るものは即ち誘導訊問な

り。主問の場合に誘導訊問を禁ずるは訊問者に利益あるの答辯を得せしむるの恐れあるか故なり。英國に於ては訴訟の實際に於て誘導訊問を發する者あるときは直ちに反對の代言人より之か故障を述べて其答辯を妨ぐるものとす。此の如く主問に於て誘導訊問を許さざるは原則なりと雖も又或る場合に於ては之を許すことあり。其場合左の如し

(第一) 證人に於て訊問者に敵意を挾むとき

即ち證人が反對當事者の利益を圖るか如き場合なり。斯る場合に於ては誘導訊問を發するを得。元來誘導訊問を許さざるは證人が訊問者に利益ある答辯を爲すことを防ぐの旨意に出でたるものなるを以て若し其證人が訊問者に對して反對の意思を表したる以上は最早此危険の恐れなく隨て誘導訊問を許すも毫も差支なきなり結局此場合に於ては主問は變して反問となりたるものなり

(第二) 證人の記憶を喚起するとき

證人に於て事實を忘却したるか爲め訊問者の問に答辯し得るときは訊問者

は其記憶を喚起するが爲め誘導訊問を發するを得べし。例へば甲なる人の姓名を忘却したる場合に當り訊問者は特に其姓名を告知したる上其人に關する訊問を爲すか如き是なり

(第三) 特別の人又は物を指示せされは證人が答辯を爲すことを得るとき
例へば手紙其他の物件を示して其物件は甲者の所有品に相違なきやを問ひ又は或る人を指定して其犯人は此者なるや否やと問ふの類なり

(第四) 證人が答辯を好まざるるとき
右四個の場合に英國法に於て主問に關し誘導訊問を許さざるの例外なり。以下反問に就て説明すべし

第三 反問(Cross-Examination)

一方の代言人自己の證人に對して訊問を終りたるときは反對代言人は更に其證人を訊問するを得。之を反問と云ふ。反問とは反對當事者に於て證明する事實を攻撃するが爲め證人を訊問する方法にして結局自己の訴權を維持するを以て目的と爲すものなり。蓋し或る證人は時に或は其一方の當事者と共謀して

特に其當事者の爲めに利益なる證言を爲して反對當事者を害するとあり。故に反對當事者は斯る奸策を防かんか爲め反問に於て極めて嚴密に訊問を爲すものとす。併し反問を爲すは素より訴訟人の自由にして只自己に利益ある場合に於てのみ之を爲すものにして必ずしも之を爲さざる可からざるものに非ず。又反問に於ては主問に於けるか如き嚴格なる規則に支配せらるることなし。故に誘導訊問を爲し得るは勿論争點に關係なき事實をも訊問することを得へし。反問に關する一の問題は反問は主問せられたる事項にのみ限らるべきものなるや否やなり。換言すれば反問の區域は主問より大なるを得ざるや否やなり。英國に於ては皆に主問せられたる事項にのみ限らす凡ての事項を反問し得るものとせり。米國に於ては之に反し反問の區域は主問せられたる部分に限りて若し他の事項に關して訊問せんと欲するときは先づ其證人をして自己の證人たらしむるの手續を爲さざる可からすとせり。反問の性質より之を論するときは米國の法律は蓋し正當のものならん。然るに其法律の適用は其國の法律に依るべきものとす。右の如く反問は反對當事者に取りて實に必要なる事柄にして只主問のみにして

反問なきときは證人の陳述は必ずしも信用し得べきものに非ず。英國に於て傳聞證據を證據として採用せざるは全く此精神に出てたるものなり。而して證人が主問に於て答辨を爲し未だ反問を受けざる内に既に死亡するか。或は無能力者となるか如き場合に於ては其證人の證言は有効なるや否や。英國にては之を以て有効なりと判決したることあるも米國の判決例は全く正反對に出て、斯る證言を無効とせり。予は此點に就ても亦米國の判決例を以て正當なりと認む

第三 再訊問(Re-examination)

反問を終りたるときは證人を召喚したる當事者に於て更に訊問を爲すことを得。之を再訊問と云ふ。再訊問の目的は反問に於て證人が答辨したる事項を整理修正するか爲め之を爲すに在り。故に再訊問の區域は反問の區域と同一にして其以外に涉り訊問するを得ず。而して證人訊問は再訊問を以て終了する者とす。證人の訊問終りたるときは之を召喚したる當事者に於て其證言に就て陳述を爲し反對當事者に於ても又之に就て終局の陳述を爲す

第四章 證據の排斥(Exclusion of Evidence)

茲に證據の排斥とは通常證據となり得べき事柄なるも英國法律に於て之を採用せざるものを云ふ即ち左の如し

第一節 傳聞證據 (Hearsay)

人證に關する英國法の第一原則は證人の陳述は證人の感知したる事實ならざる可からざる是なり。隨て傳聞證據は證據となる者に非ず。英國法に於て傳聞なる語の意義に關して種々の説あるも其最も正確なるものは證人たらざる者か争點事實又は争點關係事實に就て陳述したる事實即ち傳聞なりと云ふにあり。例へば甲者か乙者の家に侵入したるを見たりと云ふ丙者の陳述を丁者か聞きたる如きものなり。而して傳聞證據を證據として採用せざる理由に二あり (第一) 凡そ陳述を爲すものは宣誓若くは其他の方法を以て其陳述の真正なる旨を保證せざる可からず。然るに傳聞に於ては斯る方法を以て其陳述を爲したるものに非ざるを以て其陳述は證據たるの價値なし (第二) 證人の陳述は其相手方に於て反問を爲したるに非されは其効力なし。然るに傳聞の場合に於ては其陳述を爲したる者證人たらざるを以て素より反問を

爲すの機會なし。故に其陳述は證據を爲さず 傳聞證據を證據として許すべきものなるや否やは法理學上の一問題にして之を攻究するは有益のことなりと雖も其餘暇なきを以て之を省く 前述したる如く英國法律に於ては古來傳聞證據を排斥して證據と爲さずと雖も往々種々の不便に遭遇したるより此規則も稍寛大となり。今日に於ては終に他に眞實なることを保證し得るの方法存するときには傳聞證據も亦證據として之を許すに至れり。於是乎英國法律の人證に關する原則に種々の例外を生したり。 以下之を説明せん

第一 牽聯事實 (Res Gestae)

牽聯事實とは主たる事實と關係を有する事實にして其性質上主たる事實の一部分となり得べきものを云ふ。而して此等の事實に就ては假令傳聞なるも之を證據として採用する者とす。例へば甲か乙の爲めに狙撃せられて逃くる際丙に乙の爲め狙撃せられたることを陳述したるときは丙は其事實を陳述して證言と爲すを得へし。乍併甲の陳述は必ず狙撃のありたると同時に爲したるものならざる

公共又は一般の権利とは國民一般の有する権利又は一地方の人民に關する権利を云ふ。此等の権利に就ては其明言を聞きたる者に於て之を證明することを得べし。例へば道路に關する明言の如き、又は境界に關する明言の如き是なり。此場合に於て傳聞證據を許す理由は左の二點に在り

(一) 此種類の事柄は數年の慣行に因て起る者にして其起源を知らんとせば遠く古昔に溯らざる可からざればなり

(二) 公共又は一般の権利に關する事柄は各人皆之を知り居るものにして特に二人の製造に係るものに非ず。故に此種類の明言は眞實のものと推定し得らるればなり

然れども此明言を證據として採用するには必ず左の條件を充さざる可からず

- 第一 其明言は争の起りたる前に爲したること
- 第二 明言者に於て證人として出廷し能はざること
- 第三 其明言者は其社會の近傍に住居したること
- 第四 明言者が其事實に關して十分なる智識を有したること

第五 臨終の明言(Dying declaration)

臨終の明言とは刑事の事件に於て將さに死せんとする者か其死の原因に就て爲したる明言を云ふ。此の如き陳述は之を聞きたる者に於て之を證明することを得るなり。而して此陳述を爲すものは必ず謀殺又は故殺の被害者たらざる可からず。此場合に傳聞證據を許すの理由は他なし。凡そ臨終の明言は最早生存の望なき者に於て爲したるものなれば利益を希望するの念慮なく隨て虚偽の陳述を爲すの恐れなしと云ふに在り。換言すれば臨終の明言は法廷に於て嚴正なる宣誓の式を踏んで爲したるもの同一なりと云ふに在り。古昔は英國に於て凡ての事件に關して臨終の明言の證據を許したるも今日に至ては刑事の殺人犯の場合の外之を許さざることとなりたり。蓋し殺人犯の場合に於ては被害者の外其死の原因を知る者なきを以て斯る場合に尙ほ傳聞證據を許さずとせば犯罪人をして往々刑罰を免かれしむるの結果を生ずるを以てなり。而して其臨終明言の證明を許す條件は左の如し

- 第一 明言者に於て回復の望を絶ちたるとき

可からず。若し時日を隔てて之を爲したるときは丙者の陳述を以て證據と爲すを得ず。蓋し斯る場合に傳聞證據をも尙ほ證據として採用するの理由は其陳述が急遽に出てたるものにして詐欺の憂なしと云ふに在り

第二 系統に關する明言 (Declaration about Pedigree)

系統に關する事實とは一家親族の關係に關する事實にして此等の事實に關して親族の爲したる陳述は假令傳聞なるも證據たることを得るものなり。其理由は凡そ親族の關係は之を知るもの極めて少なく獨り親族の者のみ之を知るべきものにして且系統の事たる其親族中一人の爲したる明言に徴するに非されは之を知ること極めて困難なり。然るに若し直接の證據に非されは之を採用せずせんか殆んど證據を得ること能はざるに至るを以てなり。斯る必要より系統事實に關しては傳聞證據を許すものとす。乍併此證據は凡ての場合に採用せらるる者に非ず。必ず次の場合に限るものとす

第一 系統が争點なること

第二 親族の爲したる明言なること

第三 明言者の死亡したること

第四 争の生ずる前に爲したる明言なること

第五 明言は正當に爲されたること

第六 明言者が證人の能力を有せしこと

第三 前訴訟に於て爲したる證言 (Testimony in former trial)

前訴訟に於て爲したる證人の陳述は之を聞きたる者に於て之を證明するを得。其理由は則ち前訴訟の證言は宣誓の上爲したるものにして且其當事者に於て反問を爲すの機會を有したるものなればなり。而して此證言が證據となるには次の條件を具備せざる可からず

第一 訴訟當事者の同一なること

第二 前後の訴訟の争點同一なること

第三 前證人を出廷せしむる能はざること

茲に訴訟當事者の同一なることとは本人なるを要し其承繼人、相續人を含有せず

第四 公共又は一般の權利に關する明言 (Declaration as to Public or general interests)

公共又は一般の権利とは國民一般の有する権利又は一地方の人民に關する権利を云ふ。此等の權利に就ては其明言を聞きたる者に於て之を證明することを得べし。例へば道路に關する明言の如き又は境界に關する明言の如き是なり。此場合に於て傳聞證據を許す理由は左の二點に在り

(一) 此種類の事柄は數年の慣行に因て起る者にして其起源を知らんとせば遠く古昔に溯らざる可からされはなり

(二) 公共又は一般の權利に關する事柄は各人皆之を知り居るものにして特に二人の製造に係るものに非ず。故に此種類の明言は眞實のものと推定し得らるればなり

然れども此明言を證據として採用するには必ず左の條件を充さざる可からず

第一 其明言は争の起りたる前に爲したること

第二 明言者に於て證人として出廷し能はざること

第三 其明言者は其社會の近傍に住居したること

第四 明言者が其事實に關して十分なる智識を有したること

第五 臨終の明言(Dying declaration)

臨終の明言とは刑事の事件に於て將さに死せんとする者か其死の原因に就て爲したる明言を云ふ。此の如き陳述は之を聞きたる者に於て之を證明することを得るなり。而して此陳述を爲すものは必ず謀殺又は故殺の被害者たらざる可からず。此場合に傳聞證據を許すの理由は他なし。凡そ臨終の明言は最早生存の望なき者に於て爲したるものなれば利益を希望するの念慮なく隨て虚偽の陳述を爲すの恐れなしと云ふに在り。換言すれば臨終の明言は法廷に於て嚴正なる宣誓の式を踏んで爲したるものと同一なりと云ふに在り。古昔は英國に於て凡ての事件に關して臨終の明言の證據を許したるも今日に至ては刑事の殺人犯の場合の外之を許さざることとなりたり。蓋し殺人犯の場合に於ては被害者の外其死の原因を知る者なきを以て斯る場合に尙ほ傳聞證據を許さずとせば犯罪人をして往々刑罰を免かれしむるの結果を生ずるを以てなり。而して其臨終明言の證明を許す條件は左の如し

第一 明言者に於て回復の望を絶ちたるとき

- 第二 明言者に於て死亡したるとき
- 第三 明言者か死の原因に就て明言を爲したるとき

第六 職務上の明言(Declaration made in regular course of business)

官吏商人其他の者か其職務を行ふに際して其職務に關することを陳述したるときは傳聞なるも之を證據として採用するを許す。其理由は職務執行中に爲したる明言は必要上爲したる者に於て故意に爲したる者とするを得ず隨て虚偽の恐れなしと云ふに在り。此明言の證據を許すには左の條件を具備するを要す

- 第一 職務を盡すべき人の爲したる明言なること
- 第二 職務執行に際して爲したる明言なること
- 第三 職務に直接の關係を有する事項に就て爲したること
- 第四 明言者に於て出廷する能はざること
- 第五 明言者か直接に感知したること

第七 利益に反したる明言(Declaration against interest)

利益に反したる明言とは其明言か自己の身軀上若くは財産上に不利益を來すへ

き場合を云ふ。此明言を證據として許す理由は自白の場合と同じく凡そ自己に不利なる陳述を爲すを憚るは人情の常なるを以て若し自己に不利なるに拘はらず其事實を明言したるときは其陳述たる熟慮の上之を爲し且誠意に出でたるものと看做し得るを以てなり。此明言の證據となる必要條件左の如し

- 第一 明言者の金銭上又は身軀上の利益に反對して爲したるものなること
- 第二 明言者の死亡したること
- 第三 明言は其事實と同時に爲されたること

第八 古昔所有權に關する明言(Declaration as to ancient Possession)

古昔所有權に關する明言は古昔證書は真正なりとの確定推測に基くものにして即ち三十年以上を經過せる記録に記載したる土地の所有權に就ては其證書を以て之か證明を許すものなり。而して此明言は記録を以て爲したるものに限り口頭を以て爲したるものは之を許さず。蓋し古昔所有權に就ては直接證據を得ること極めて困難なるを以て法律は必要上其記録を以て之か證明を許すに至れり。其之を許す條件は左の四個なり

- 第一 三十年を経過したること
- 第二 所有権移轉の際爲したる明言なること
- 第三 明言者に於て死亡したること
- 第四 此明言に關する記録が正當なる人の管理に存在せしこと
- 此明言は傳聞證據と爲すへきや將た本來證據と爲すへきやに就ては學者間に議論の存する所にして有名なる證據法學者グロインソール氏テール氏ステーブンの如きは本來證據なりとの説を主張せり。即ち此明言は必ず所有権移轉の際爲したるを要するものなるを以て移轉の一部を爲すものなれば連絡所爲の一部なりと云ふに在り。乍併一般學者の説に依れば此明言を以て傳聞證據を證據とせざるの例外とせり

第九 遺囑に關する明言 (Declaration on Wills)

遺囑に關する明言とは遺囑書に記載したる事柄にして遺囑者に關する明言を云ふ。蓋し此明言を證據として採用するの理由は遺囑書に關して認識を有するものは遺囑者一人なるを以て若し此明言の證明を許さるときは遺囑に關して眞

實を得る能はずと云ふに在り。乍併此明言を證據として採用するに至りたるは實に近來のことにして古は傳聞として證明を許さしりしものなり。此明言の證明を許す必要條件は左の如し

- 第一 明言者の死亡したること
- 第二 争の起る前に明言を爲したること
- 第三 明言者か明言の事柄に就て認識を有すること
- 是なり

第二節 意見證據 (Opinion Evidence)

意見證據は證據に非ずとは證據法の格言なり。英國法に於て證據と云ふは證人か自ら感知したる事實の陳述を指すものにして決して其間に意見を挾むを許さず。抑も意見とは一的事實より他の事實を推定して得たる斷定にして自ら感知したる事實を其儘述ふるものに非ずして必ずや其間に推知力を用ゐたるものなり。例へば甲か乙の家に入したるを見たりと云ふ丙の陳述は感知したる事實を述ふる者なるも故に甲は犯人なりと云ふに至ては意見なり。而して意見を證

據として採用せざる理由は元來證人の職務は只自己の識得せる事柄を述べて裁判官の斷定の材料に供するにありて裁判官は證人の陳述に因り自己の推理力に依て事實を判定するものなればなり。故に若し證人にして意見を陳述し得る者とせんか是れ裁判官の職權を侵害するものなり。且又證人に於て意見を述べ得る者とせば證人は随意に自己の推理力に訴へて訴訟人を庇ふの結果を生ずるに至る可し。是れ意見證據は證據に非ずとして排斥する所以なり。乍併場合の如何を問はず一切意見を述ふるを得すと云ふに非ず裁判官は自己の推理力に訴へて事實を判斷し得るときは特別の智識經驗を有する者を證人として召喚し其事實に關して意見を述べしむることあり。英國法に於ては此の如き者を證人と汎稱すれども這は正當に證人と云ふべき者に非ず我國の所謂鑑定人なり。而して這は證據法に於て論すべき事柄に非ずして寧ろ訴訟法の部類に屬すべきものなるを以て之を畧す

第三節 品行證據(Character Evidence)

品行とは人の性質並に平常の行爲に關する世間の風評を云ふ。而して品行は其

品行が争點となり居る場合の外は之か證明を許さざるを以て原則とす。是れ蓋し一の行爲を證明するに當て其人平常の行爲並に性質に關する世評を以て之を證明するに極めて危険なるを以てなり。乍併此原則にも亦例外ありて品行の證明を許す場合あり。左の如し

第一 有罪無罪の推定を下すか爲めなるとき

刑事の場合に於ては被告人の品行の證明を許すとあり。古昔英國に於ては死刑に該當する事件に非されば品行の證明を許さざりしも近時に至ては凡ての刑事上の行爲に之を許すに至りたり。乍併現今に於ても身體上の刑を受くべき場合に非されば之を許さず故に單に罰金の刑に處せらるべき場合に於ては之を許すものに非ず

次に刑事の場合に於て品行の證明を爲すに就き告訴人より第一着に被告に對し悪行の證明を爲すを許さす。是れ蓋し告訴人は其告訴を維持し被告の行爲を證明せんに鞏固なる證據に依らざる可からされはなり。故に品行の證明は被告に於て原告の證明を打破するか爲め善行の證明を爲すに始まるものとす。而し

て被告に於て既に善行の証明を爲したるときは原告に於ても悪行の証明を爲すことを得るなり

第二 損害の額を定むる爲めなるとき

民事事件に於て原告又は被告の品行に因て損害の金額に影響を及ぼす場合に於ては品行の証明を爲すことを得。而して此場合に於ける品行の証明は原告の請求に對して被告か原告の悪行を證明するに始まり原告より先きに善行の証明を爲すを許さず故に原告は只被告の主張したる悪行を打破するか爲めのみ善行の証明を爲し得るものとす

第三 證人の信用を攻撃し又は保護するか爲めなるとき

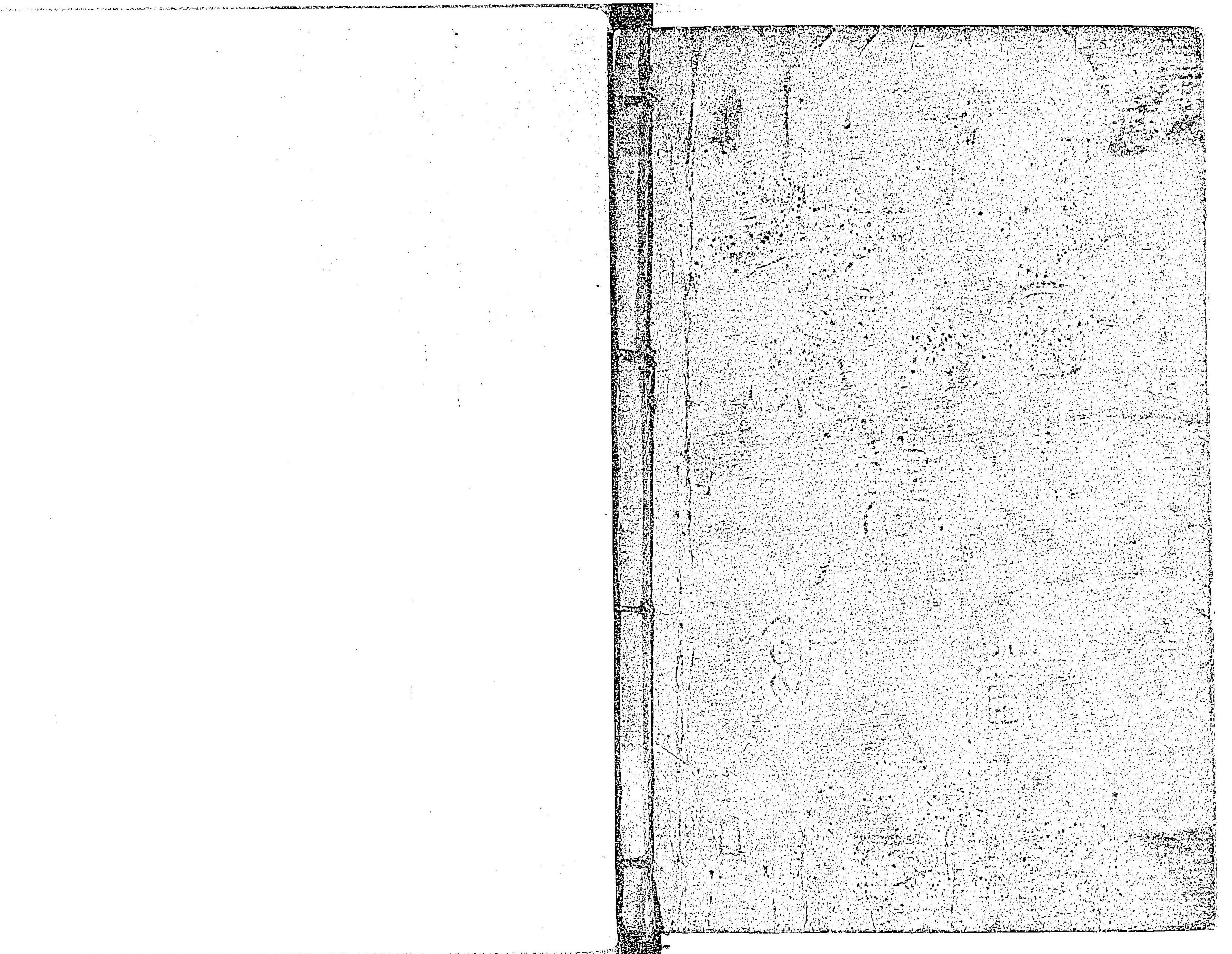
法廷に於て證人の訊問を爲すに當て反對當事者は證人の證言の効力を薄弱ならしめんか爲め證人の品行を攻撃するを得。又他方の當事者は自己の證人の陳述に重きを置かんか爲め其善行を證明するを得るなり。要するに品行證據は裁判官の認定を爲すの材料に供する迄にして實際上完全なる證據たる効力を有せざるものとす

附言

以上を以て英國證據法の大要を講了したり尙ほ此外に自白、自認及び其他の攻究すべきとあるも餘り必要ならざるにより之を略するとせり。想ふに吾人か今日に於て外國法を攻究する所以のものは其法理の蘊奥を究めて以て我法典研究の参考と爲さんとするに在るなり。而して英國證據法は實に此點に向て大に有益なる材料を供するものと信す。故に余は尙ほ諸君か奮進して益々之か研磨の勞を取られんことを望む

14
501

6/法
3



東草書河抄
法林
中台圖
中台圖
海系
英
水野鍊太郎
水野鍊太郎

14
501

036601-000-7

14-501

英国証拠法

水野 鍊太郎 / 述

[M29?]

BBS-0014

