合女子が懷胎して既に二十八週間又はそれ以上と爲るときは、子は生きて出生し得べきものと推定されるのである。而して、この場合には擧證責任は訴追者側に在ることは云ふまでもない。ニュー・ヨーク州に於ては、七歳以上十四歳未滿の未成年者に關するこのコンモン・ロー上の推定を改めて、七歳以上十二歳未滿とし、十二歳以上の未成年者に付ては、法律は其犯罪行爲に對する刑事責任を免除しないのである(Hibbert, p. 14; Taylor, 1, § 189;)。

存續の推定

**五　存續の推定**(presumption of continuance)　この推定は吾々の經驗に依る事物の繼續性又は不變性に其基底を有するものである。故に、或る人的關係又は事物の狀態等が一度證明せらるゝに於ては、かゝる關係又はかゝる狀態は其反對が證明せられざる限り、依然として存續するものと推定せらるゝのである。從つて、債務の存在が一度證明せられたる以上、辨濟其他の事由に因り、それが消滅したることが證明せられざるに於ては、其債務はなほ存續するものと推定せられ、又一般に各人は健全なる心神狀態に在るものと推定せられ(Sutton v. Sadler (1857), 26 L. J. C. P. 284; 3 C. B. (N. S.) 87; 111 R. R. 553 に於ては之を以て事實推定とす)、或は又、先天的若くは後天的の心神喪失

人の生命に關する推定

狀態が一度證明せられたるときは、其狀態は反證の存せざる限り、存續するものと推定せらるゝことになるのである(Jackson v. Irvin (1800), 2 Champ. 60; 11 R. R. 653; Smith v. Tebbitt (1867), L. R. 1 P. & D. 399; 36 L. J. P. & M. 35.)。ウヰルスは之等の場合を以て總て事實推定となし、たゞ慣習に付て其慣習の存在が證明せられたるときは、爾後かゝる慣習は存續するものとせらるゝ場合の推定のみが、法律推定たるの性質を有し得るものと見てゐる(Wills, p. 48.)。存續の推定が行はるゝ場合は甚だ多いのであるが、私は今、其内で人の生命に關する推定に付て述べることゝする。ローマ法に於ては死亡が證明せられざる限り、人の生命は出生の時より百年を經過することに依つて終焉するものと推定されたが(Vivere etiam usque ad centum annos quilibet praesumitur, nisi probetur mortuus. Corpus Juris Glossatum, tom, 2, p. 718, n. (q).)、スコットランドに於ても之と同樣なる推定が行はれたのである。イングランドに於ては人の生命に付て確定期間の推定はないのであるが、人の生存が一度證明せられたるときは、其人の消息が七年間分明でないと云ふ證據が存在しない限り(之に付ては後の死亡の推定參照)、其人はなほ生存する者と推定せらるゝのである。しかし乍ら、この推定と雖

死亡の推定

も自然に矛盾する範圍にまで及ぶべきものではないから、普通人の生存期間から考察して其限度を超過してゐる程時日が經過してをるやうな場合には、この推定の行はるゝ餘地無きものと云はねばならぬ。

存續の推定は大體以上に説明した如くであるが、理論上其性質が果して法律推定なりや將又事實推定なりやに付き、論議の餘地は在るとしても、實際上に於ては可成り重要なる役割を演ずるものである。或る時期に於ける或る事物の存在又は其狀態を證明することに付き、困難を感ずることは往々經驗せらるゝところである。かゝる場合に於て、この推定の力をかりて、過去の或る時期に於ける或る事物の存在又は狀態を證明し、以て問題となれる時期までそれが存續することを推定し得ることになるのである(Taylor, I. §§ 197, 198; Watson, p. 270; Cockle, pp. 29, 30.)。

**六　死亡の推定**(presumption of death)　人の生命に付て存續の推定が行はるゝことは前示の如くであるが、若し或る人にして生存してゐるとしたならば、當然其人の消息に接すべき者が何等の情報に接しないときに於ては、そこに他の推定が行はるゝことになるのである。從つて、この場合には最早存續の推定は行はれぬのであつて、こゝに行はるゝ他の推定は、以下に於て説明しようとする所謂死亡の推定に外ならぬのである。

死亡の時期に付ての推定はない

まづコンモン・ロー上の死亡の推定に付て考察して見ると、或る人の消息が七年間絶たれたとき、即ち前に述べたるが如く當然消息に接すべき者が其者に付き七年間何等の消息に接しない場合には、其者は死亡したものと推定せらるゝのである。之は丁度我が民法の失踪宣告の場合に當るところであらうが(民法、第一項參照三〇條)、固よりこの兩者間には根本的の相違あることに注意しなければならぬ。即ち、我が民法は失踪の宣告に因つて「死亡シタルモノト看做ス」のであるから(民法、第一條三)、之に對しては反證を擧げて其效果を左右することは許されぬ譯である。然るに、イギリス法は單に死亡を推定するに止まつてをるから、反證を擧げてこの推定を覆すことを得るのである。ところで、七年間消息不明者は以上の如く死亡したものと推定されるのであるが、其死亡の時期に付ては法律上何等の推定を爲さぬのであるから、其時期を確定せんとする者は證據に依らねばならぬのである。例へば、或る人が其甥に遺贈を爲して

一八六一年に死亡した。ところが、受遺者たる甥は一八五八年以來其消息は全く不明となつてゐたので、其遺産管理人は遺贈に對する權利を主張しようとしたのであるが、其甥が遺言者より後に死亡したことを證明することを得なかつたゝめ、遂に其權利を主張することを許されなかつたのであつた(Re Phene's Trusts (1869), L. R. 5 Ch. App. 139; 39 L. J. Ch. 316; 22 L. T. 111; 18 W. R. 303; Cf. Doe v. Nepean (1838), 5 B. & Ad. 86; Nepean v. Doe d. Knight (1847), 2 M. & W. 894)。

この死亡の推定は、死亡を推定せらるゝ者が、外國に行きしことが明かなる場合にのみ適用があるのであつて、單に七年間其消息が分明でないと云ふ場合に適用せらるゝものではないと主張する者がある(例へば Wills, p. 50)。前示判例の場合に於ては、消息不明なりし甥は最初アメリカに渡りたることは事實であるが、しかし、死亡の推定は一般的性質を有するものであつて、被推定者の所在如何に依つて、或は推定が行はれ或は行はれぬと云ふ根據は無いと云はねばならぬ。のみならず、被推定者にして外國に行かざる場合に於ては、却つて死亡の推定の蓋然性を強めるものと云ふべきであらう。何となれば、外國に在らざる場合に於ては、其者に付ての消息は一層容易に得らるべき狀態に在るのであるから、若し其者の消息が七年間不明なるに於ては死亡したと考ふべき理由は、外國に在る場合よりも更に一層深めらるゝことになるからである。

消息不明が當然なる場合

しかし乍ら、こゝに考ふべき一つの場合がある。即ち、七年間消息不明と云つても、そこに消息不明が却つて當然であると云ふやうな事情が存すること之である。例へば逃亡犯人が七年間消息不明と雖も、直に死亡の推定を爲し得べきであらうか。故にかゝる場合に於ては、死亡の推定は行はれぬものとせられたのである(Cockle, p. 32.)(2)。

特別事情の存する場合

以上説明せるが如く、一般には七年間消息が不明なれば死亡の推定が行はれるのであるけれども、特別なる事情の存するときはこの限りでない。例へば、被推定者が老年又は病氣の場合、或は戰地又は沈没船上に在つたとか、或は又暴風雨に遭遇したと云ふやうな場合に於ては、陪審員は七年以内に於ても死亡の事實を定めることが出來るのである。この場合に於ては、コンモン・ロー上の推定とは何等關係を有することなく、全く陪審員の事實の認定に俟つものである(R. v. Harborne (1835), 2 A. & E. 544; Watson v. King (1815), 4 Champ. 272; 16 R. R. 790.)。

殘存の推定

## 七　殘存の推定(presumption of survivorship

死亡の推定と關聯して考察すべきは殘存の推定である。殘存の推定は數人が同一の危難に因つて死亡した場合に、孰れが先に死亡したかを定めるために行はるゝのである。故に殘存の推定は、同一危難に遭遇した者の、死亡時期に付ての推定と云ふことが出來る。同一危難に因つて死亡したる者の、死亡の時期を證明することは至難であるが、死亡した者が親族關係を有するに於ては、相續問題に關聯して甚だ重要なことゝなるのである。そこで、かゝる場合に於て古來推定が行はれたのであるが、其推定の基底をなしたるものは體力、年齢、性の區別等であつた。先づローマ法に依ると、父子が難船又は戰爭等に於て死亡したときは、子が婚姻適齢(pubertas; 男、十四歳、女、十二歳)に達しない場合には、子が先きに死亡し、子が婚姻適齢に達してをる場合には、父が先きに死亡したる者と推定された。又フランス民法も殘存の推定(la présomption de survie)を是認し、十五歳未滿の者に付ては最年長者は最後に死亡し、六十歳以上の者に付ては、最年少者が最後に死亡せる者と推定される。一方が十五歳未滿にして他方が六十歳以上なるときは前者が後に死亡したる者と推定される。又前示年齢の中間に位する男女兩性存在する場合には、女子は男子よりも先きに死亡したる者と推定される。但、この場合男子が女子よりも一年以上年少なるときはこの限りではない。男若くは女の間に於ては年少者が後に死亡せる者と推定される(民佛第七二〇條—第七二二條、第一三五〇條、第一三五二條參照)。

ローマ法

フランス民法

無罪又は無責の推定

イギリス法

さて、イギリス法に於ては殘存の推定は如何に取扱はれてをるかと云ふに、同一危難に遭遇した者の死亡時期の前後に付ては、何等の推定も行はれぬのであるし、又之等の者が同時に死亡したものともしないのである。故に、畢竟死亡の時期は證據に依つて確定するの外ないのであるけれども、若し證據に依つて之を確定することが出來ぬ場合には、それは決定出來ぬ事項として取扱はるゝことになるのである(Wing v. Angrave (1860); 8 H. L. C. 183; 30 L. J. Ch. 65; 125 R. R. 99.)。この點はアメリカに於ても同樣であつて、特に殘存の推定に付き成文的規定を設けてゐる州以外には、特別の推定は行はれぬのである(Taylor, I, §§ 200—203; Stephen, art. 108; Hilbert) (3)。

## 八　無罪又は無責の推定(presumption of innocence)

この推定は可動推定中

最も重要なるものゝ一つである。而して、之は單に刑事々件に止らず、民事々件に於ても行はるゝものであつて、要するに、行爲の違法性の主張せらるゝ總ての場合に行はるゝものである(Williams v. East India Co. (1802), East 192; R. v. Twyning (1819), 2 B. & Ald. 386; Mather v. Ld. Maidstone (1856), 1 C. B. (N. S.) 273.)。刑事々件に於ては、被告人に對し疑はしきは被告人の利益に從ふ (*in dubio pro reo*) と云ふ、所謂疑の利益(benefit of a doubt)を與ふるものであつて、この場合この推定を覆すためには道德的確實性を以て犯罪性を有する事實を十分に確證せねばならぬとせらるゝのである。左にこの推定の行はるゝ場合の一、二を例示して見よう。

原告は被告たる保險會社に對し、自己の家屋の火災に因る損害塡補として保險金の支拂を求めた。ところが、會社側では原告は故意に自己の家屋を燒失せしめたのであるから、保險金の請求には應ずることは出來ぬと主張したのであつた。この場合に於て、原告に對し無罪の推定が一應行はるゝのであるから、陪審員が原告に對し不利なる評決をなし得るが爲めには、先づ原告が放火罪として有罪なることを正當なりとする明確なる證據に依つて之を證明し、以て陪審員をして其尤なることを確信せしめねばならぬ。從つて、會社は其主張するところを貫徹するがためには、この推定を覆す必要があるから擧證責任も亦會社側に在ることになるのである(Thurtell v. Beaumont (1823), 1 Bing. 339; (2 L. J. (O. S.) C. P. 4; 25 R. R. 644.)。又傭船者たる被告は引火し易き危險物を積載するに當り、船長に其積荷に付て何等報告するところがなかつた。ところが、それが原因で該船舶が燒失したのである。そこで、船舶所有者たる原告は損害賠償請求訴訟を提起した譯である。この場合被告に對し、前と同樣に一應無罪の推定が行はるゝから、原告はこの推定を覆す爲めには、被告が當然に爲すべき船長への報告を爲さなかつたと云ふ、消極的事實に付て證明しなければならぬのであるから、擧證責任は原告側に在ることになる。Ld. Ellenborough はこの事件に於て判決を言渡したのであつたが、次の如く述べてをるのである。即ち、當事者の一方に法律上或る行爲を爲すべきことが要求せられてをり、若し其當事者にして之を怠ることあらば刑法上の責に任ぜねばならぬ場合に於ては、法律は積極的又は肯定的推定を爲すものであるから、この推定と反對なる事實の擧證責任は

相手方に在る次第である。即ち、本件の如き場合に於ては、消極的又は否定的事實の擧證責任は原告側に存することになる。被告が何等の報告なしに危險物を積載したと云ふ主張は、被告に刑法上の過失あるものとすることになるから、この點に關しては輕々に疑念を挾むことは出來ない。積載することを違法なりとするがためには、其積載物の危險性を知らねばならぬ。而して、其危險性を知り、しかも之に因つて生ずべき危險を慮て報告を爲さゞりしとせば、それはかゝる物件を積載せることに關係ある者をして義務違反たらしむるもので、之に對しては其者は責に任ずべく、從つて又、處罰せらるべきであると(Williams v East India Co. (1862), *supra*.)。

無罪の推定と行爲の當然の結果

無罪の推定は行爲の當然の結果に對してまでも行はるべきものではない。例へば犯罪行爲ある者に對して、一應無罪の推定が行はれたとしても、之が爲めに其者は自己の爲した行爲の當然の結果に付ては何等の意思を有せざりしと主張することは許されぬところである。この點に付ては既に述べた不可動推定が行はるべき範圍に屬するからである(Taylor, 1, §§ 112, 113; Wills, pp. 46, 47; Watson, p. 270; Cockle, pp. 27, 28.)。

正當性の推定

## 九　正當性の推定(presumption of regurality)

この推定は普通にOmnia præsumuntur rite esse acta(總てのものは正當に爲されたるものと推定せらる)と云ふ法諺を以て表されてゐるのであるが、このうちに含まるゝ場合は種々あるのである。而して、この法諺に依つて表される推定は、或る場合には不可動推定の性質を有することもあるけれども、大多數の場合に於て、それは反對が證明せらるゝまで(donec probetur in contrarium)の推定であるから、即ち可動推定たる性質を有するものである。

第一に公の行爲及び義務(public and official acts and duties)は正當に(regularly and properly)之を爲し又は履行せられたるものと推定せらるゝ。次に又、公の職に在る者は(persons acting as public officers, or in public capacities)(4)正當に(regularly and properly)其職に就いた者と推定されるのであるから、一應正當なる權限を有するものとせらるゝことになるのである。從つて、例へば辯護士(attorney, 一八七三年の裁判所構成法以來Solicitors of the Supreme Court となつた)が自己の職業上のことに付て加へられたる言辭に對して訴を起したやうな場合には、彼が辯護士たることを證明するの必要はないのであつて、たゞ彼は辯護士として行動したることを證明すれば十分で

あるとせられたのである(Berryman v. Wise (1792), 4 T. R. 331; 2 R. R. 413.)。

第二に婚姻式が禮拜堂に於て擧行せられたる場合には、其場所は婚姻式擧行に付ては、正當に其權限を有するものと推定せらるゝのである。

第三に捺印證書中に變更が爲された場合に於ては、其變更は當該證書作成以前に爲されたものと推定せらるゝのである。何となれば、捺印證書作成後に於ける當該證書の變更は、之を無效とするのみならず、又一つの犯罪とせらるゝからである。斯の如く、正當性の推定は種々の場合に行はるゝので、こゝに示した場合のみに限る譯ではない。こゝではたゞ其大體に付て說明を試みたに過ぎぬ(Hibbert, pp. 18, 19; Cockle, pp. 33, 34; Wills, pp. 51–3; Taylor, 1, §§ 171, 173; Stephen, art. 94, 110.)。

不正行爲者に對する推定

## 一〇　不正行爲者に對する推定(presumption against a wrongdoer or a spoliator)

この推定は通常 Omnia præsumuntur contra spoliatorem 又は Omnia præsumuntur in odium spoliatoris (總てのものは不正行爲者に對し不利益に推定せらる)と云ふ法諺に依つて表現されてをるところのものであつて、一面に於ては自然的衡平觀に其基底を有するものであるが、他面に於ては人工的法律政策に依つて大いに强力化せられてをるものである。而して、この推定は既に述べた無罪又は無責の推定と反對なる立場に在るものと云ふことを得べく、當事者が證據を湮滅し又は毀損する行爲に出でたる場合には、無罪又は無責の推定は最早行はるゝの餘地なく、之と全く反對なる推定、卽ち不正行爲者に對する推定が行はるゝことになるのである。この問題に付き最も有名なるは Armory v. Delamirie 事件((1721), 1 Str. 505.)である。之に依ると、或る貧しい地位の人が寶石を發見したので其價値を調査して貰ふ爲め、之を金細工人の所へ持參した。ところが、細工人は右寶石の目方を計ると稱して之を取出し、安い値段で之を買受けようとしたが、右發見者は之を承知しないので、既に寶石を取出して空になつてをるソケツト丈けを返したのであつた。こゝに於て、發見者は右細工人を相手取つて動產冒認の訴(action of trover)を提起し、當該寶石を抑留せられたることに依つて被つた損害の賠償を求めたのである。そこで、陪審員はこの場合次のやうに命ぜられたのである。卽ち、被告が當該寶石を提出し以て最良の品質に非ることを證明しない限り陪審員は細工人に對し最も强力なる推定を爲し、このソケツトに適する

最良の寶石の價額を以て損害賠償額の標準となすべきであるとされたのである。故に、不法に物を占有し、しかも之を返還することを拒むときは、こゝに不正行爲者に對する推定が行はるゝことゝなり、不法に占有する其物は、其種類のうちで最良の物と推定せらるゝことゝなるのである。又或は、受遺者が後の遺言書を毀損した場合には、之に依つて、後の遺言に於て遺贈は取消されたものと推定せらるゝのである(Harwood v. Goodright (1774), 1 Cowp. 87.)。次に又、ドイツの病院船が拿捕せられてイギリスの捕獲審檢所の審判に附せられたのであるが、其理由とするところは、當該船舶が不法の目的に使用せられたと云ふに在る。と云ふのは、其船舶が拿捕せらるゝや船長は船舶書類を海中に投棄したゝめ、之に依つて其書類は當該船舶が不法なる目的のために使用せられたることを示すものなりと推定せらるゝに至つたからである(The Ophelia (1916), 2 A.C. 206; 85 L. J. P. 169.)。斯の如く捕はれたる者が書類を毀損する行爲は、ヨーロッパ大陸諸國に於ては總て之を以て不法意思の確定證據となすのであるが、イギリス及びアメリカに於ては必しもさうではないのである(Taylor, 1, §§ 107, 116.; Hibbert, p. 19.)。

不正行爲者に對する推定の最も普通に行はるゝ場合

右に示したところに依つても、この推定の最も普通に適用せらるゝ場合は、文書其他の證據と爲る證書を隱匿、抹消、毀滅又は僞造し、以て裁判上不正行爲ありたる場合、若くは訴訟手續中に虛僞(falsehood 又は詐欺(fraud)を導入し、以て裁判を阻害するが如き場合(crimen falsi)である。而して、この推定を受け得る文書は單に不正行爲者に對し本來不利となる性質を有し、從つて又其相手方にとつての證據としては一層有利なるものとして認容されるものばかりに止らず、不正行爲者に依つて提出せらるゝ證據にして、嫌疑をかけ得べき性質のものをも包含するのである。しかし乍ら、この不正行爲者に對する推定は、それが如何に有益のものであり又衡平觀に合致するものとは云へ、必しも其適用に於て度を過したことは無いとも云へぬ。例へば、當事者の手中に在る書證を當該當事者が提出せざりし事實を以て、直に彼に不利益となるへき强烈なる推定を行ふべきものと爲したるが如きはそれである。從つて、この種の推定は適度に之を行ふべきことが肝要であると云はねばならぬ。

不正行爲者に對する推定と刑事々件

更になほ留意すべき點は、この推定を刑事々件に於て適用する場合には最

も注意をせねばならぬとせらるゝことである。例へば、證據を僞造又は毀滅したる事實は、かゝる當事者の有罪たることを立證する最も有力なる證據と爲るには違ひない。しかし乍ら、之と同時に何等罪なき者が證據を僞造又は毀滅したるが如き例必しも稀でないことを知らねばならぬ。卽ち、之等の者は自己に不利益なる證據が確定的性質を有せざるにも拘らず、たゞそれが自己に不利益なる點のみに驚き、反證を擧げて自己の立場を有利に展開し得る途のあることを知らぬ爲め、當該證據を或は隱匿し又或は毀滅若くは僞造して、以て自己を防禦し得たと思考する徒輩である。この點に付き、左にかのエドワード・コークに依つて示された例を紹介して置かう。

コークに依る例

叔父が其姪を育てゝゐたのであるが、姪は父の遺贈に依り物的財產を取得することになつてゐたが、それは彼女が十六歲に爲つて始めて之を占有し得るのであつた。而して、叔父はこの財產に對し次順位の受遺者であつた。ところが、彼女が八・九歲の頃或る日叔父は彼女の行狀を矯正しようとして叱つたのであるが、この時彼女が「叔父さん！　どうぞ私を殺さないで」と叫んでゐたのが聞かれたと云ふのである。然るに、この事があつて以來彼女の消息が不明となり、如何程搜査しても分らない。そこで、叔父は其姪を殺害したとの嫌疑で拘禁されたのであるが、巡回裁判官は次の巡回裁判の時までに姪を搜し出すやうにと說諭の上彼を釋放したのである。しかし、叔父は遂に其姪を發見することが出來なかつた爲め、他の子供を恰も姪の如くに仕立てゝ誤魔化さうとしたが、其僞なることを看破られて、姪殺害の廉で死刑に處せられたのである。ところが、其後になつて次の如き事實が明かとなつた。卽ち、姪は叔父に叱られ毆打された時から隣國に逃去り、そこで十六歲に成る迄暮して居たが、十六歲に成つたので遺贈せられたる物的財產の請求を爲すために歸つて來たのであつた。

以上がコークに依る例示であるが、之に付て彼の云ふところに從へば、この事件は二つの警告の爲めに示されたものである。先づ第一は裁判官に對しての警告である。卽ち、裁判官は人命に係る事件に於ては、濫りに推定の原則の適用に急なることを止めよと云ふのがそれである。第二は無罪にして眞

實なる人に對する警告である。卽ち、かゝる人は虛僞又は不法の手段を以て、自己の責を免れようとしてはならぬ。若しかゝる方法に依るに於ては、それは神――眞實の創造者(the Author of truth)――の怒に觸れ右の叔父の如き運命を辿ることゝなるのである(Best, §§ 411–415.)。

以上に於て可動推定の主なるものに付き其概略を說明したのであるが、これ以外に於てもこの種の推定はまだ多いのである(岡村博士、前揭書五四八頁以下參照)。例へば、普通に Ex diuturnitate temporis omnia præsumuntur rite et solenniter esse acta (時の經過に因り總てのものは正當に又正確になされたるものと推定せらる) と云ふ法諺を以て表示せらるゝ適法なる權源の推定(presumption of legal origin; presumption of lawful origin)、又は一八八二年の爲替手形法(第二七條第三〇條)、一九〇四年の兒童虐待防止法(第三條)、一九〇八年の兒童法(第一四條、第一八條第一二三條)等に依つて行はるゝ推定などがそれである。しかし、今は之等は總て省略することゝして、次のエクイティ上の推定に付き筆を進めることゝしたい。

其他の推定

(1) s. 47: Any presumption of law that an offence committed by a wife in the presence of her husband is committed under the coercion of her husband is hereby abolished, but on a charge against a wife for any offence other than treason or murder it shall be a good defence to prove that the offence was committed in the presence of, and under the coercion of, the husband.

(2) この死亡の推定に於ける七年と云ふ期間に成文的效力を付與した法律が二つある。其一は一六六七年のチャールズ二世法律第六章であつて(Cestui Que Vie Act—之に依ると例へば甲が乙の生存中を條件として丙に土地を貸したとき、この場合乙を cestui que vie と稱するのであるが、其一生が權利の存續の標準となつてをる人の義である)、乙が海外に在るか、或はイギリス國內に在つても、七年間消息不明にして其生存に付て何等の證據が存しない場合には、甲が其土地を回復する訴訟に於ては、乙は當然死亡した者とせらるゝのであるから、裁判官は陪審員に對し之に從つて評決すべきことを命じなければならぬ(同法第二條參照; Cf. Doe v. Andrews (1850), 15 Q. B. 765.)。其二は一八六一年ヴィクトリア女王法律第百章(Offences against the Person Act)であつて、之に依ると或る者の配偶者が七年間消息不明であつて、其期間內に於て生存することが、其者に依つて知られざるときは、其者には重婚の刑罰は及ばぬとせらるゝのである(同法第一七條參照)。從つて、七年を經過しない場合に於ては、被告人は自己が再び婚姻を爲す以前に、最初の配偶者は既に死亡したと信じたるものと、陪審員が推斷すべき事實を證明しなければならぬことになるのである。

(3) 一九二五年の財産法(Law of Property Act)第一八四條に依るときは財産に對する權利に關する限りに於ては、年長者は最初に死亡した者とせらるゝことは既に述べた如くである(二四頁參照)。

(4) 公職に在る者とは churchwardens, overseers, attoneys, solictors, incumbents, deputy county court judges, vestry clerks, official principal surrogate 等を云ふのであつて、Town Clerk や Tithe Collector の職は private office とせらるゝのであるから、其職に任ぜられたことは辭令等によつて證明しなければならぬ。

二重分與財産に對する推定

## 第四項　エクイティ上の推定

エクイティに依る推定はコンモン・ローに依る推定に對するものであつて、其多くは可動推定に屬する。以下其主なるものを列擧しておかう。

**一　二重分與財産に對する推定**(presumption against doubble portions)　子に對し分與財産が遺贈せられたる場合に、其後かゝる子に對し贈與(gift)、若くは捺印證書に依る契約(covenant)を以て豫め財産が與へられたるとき(advancement)、或は捺印證書に依る契約を以て財産が與へられ、其後分與財産が遺贈せられたるときは、前の場合に於ては、與へられたる財産に依つて遺贈せられたる分與財産の一部又は全部に代へらるゝものと推定せられ、後の場合に於ては、與へられたる財産に對する責任は分與財産に依り全部又は其範圍に於て解除せらるゝものと(satisfaction)推定せらるゝのである。例へば、或る人が其子の一人に遺贈(動産)をした。ところが、其子の婚姻に際して或る金額を與へたのであつた。かく財産を與へた後遺言書に追加(codicil)を爲したのであるが、財産を與へられたる子の遺贈は別に之を變更しなかつた。けれども、この場合與へられた財産は遺贈に代るべきものとせられたのである(Hopwood v. Hopwood (1860), 7 H. L. Cas. 728.)。

信託の推定

**二　信託の推定**(presumed trust)　信託は大體に於て事實信託(actual trust)及び法定信託(constructive trust)の二つに分つことが出來る。而して、事實信託は更に又宣言信託(declared trust)と推定信託(presumed trust)とに分たれるのである。宣言信託は當事者の宣言に依つて信託關係を生ずるのであるが、かゝる宣言のない場合でも或人に財産が與へられた場合、其事情から考察してこゝに一つの推定が行はれるのである。卽ち、其事情からして、財産を與へた者が之を

與へられた者に對し、自己の利益の爲めに授與したものと推定し得るときは、其關係を以て信託關係となし、こゝに所謂推定信託を認むることゝなるのである。故に、例へば甲が乙より或る物を買求め、之を無償にて丙に讓渡したやうな場合には、丙は一般に甲の受託者なりと推定せらるゝのである。

履行に關する推定

**三　履行に關する推定**(presumption as to performance)　或人が土地を買入れ之を以て信託財産と爲さんことを捺印證書に依つて契約を爲し、其後信託財産と爲すべきことを契約せられたる土地と同種類の土地を買入れ、其者の死亡の時に至るまで未だ當該土地を以て信託とすべきことを定めなかつた場合には、エクイティはかゝる土地を以て先きに爲したる契約履行の爲めに買入れたものと推定するのである。

次に又、甲が乙に對し遺贈を爲すこと或は甲の人的財産(personalty)の相當の部分を遺贈すべきこと、又或は遺言執行者をして或る金額若くは年金を與へしむべきこと等を捺印證書に依つて契約し、其後無遺言にて死亡し、又は遺言に依つて、先きに契約したる金額若くは年金と異れる額を與ふべきことを定めた場合には、乙が無遺言に依つて取得した甲の遺産、若くは甲の遺言に基く異れる金額又は年金は、先きに爲された契約の全部の(又は其範圍に於ける)履行と推定せらるゝのである。

右の如くであるから、freeholdの土地を買入るべき契約の場合に、leasehold又はcopyholdの土地を買入れたときは、同種類の土地と云ふことを得ないから、履行の推定は行はれぬものであり(Lechmore v. Earl of Carlisle (1735), 3 P. Wms. 229)、又契約に因つて生ずる責任が契約者の生存中に發生すべき場合、例へば、婚姻二ヶ年後に或る金額を信託とすべきことを契約し、二ヶ年後なほ生存するにも拘らず信託を爲すべき契約を履行せざるやうなときは、履行の推定は行はれないである。斯の如き場合に於ては契約違反に基き其責任は債務となり、他の一般債務と同樣に取扱はれるのである(Garthshore v. Chalie (1804), 10 Ves. I.)。　以上述べたるエクイティ上の推定は、ademption, satisfaction, trust, performanc に關するものであつて、エクイティ上最も注意に値するものとせらるゝのである(Cockle, p. 26; Hibbert, pp. 21, 22; Taylor, II, §§ (1227, 1228; Strahan, pp. 55 sqq., 67 sqq., 277 sqq.)(1)。

ademption, satisfaction 及び performance

(1) ademption と云ふのは財産の讓渡にして、受贈者(donee)が欲すると否とを問はず、法律上贈與者(donor)の先きに爲したる遺贈にして死亡に際し取消されざるものに、全部又は其範圍に於て代る效力を有するものであり(Strahan, p. 265.)。

satisfaction と云ふのは財産の讓渡を意味し、受贈者(donee)にして受領するに於ては、法律上贈與者(donor)に對し先きに存せる法律上の責任の全部若くは其範圍に於ける解除の效力を有するものである(Strahan, p. 265.)。

performance と云ふのは財産の讓渡を意味し、受贈者(donee)の意思の如何を問はず、法律上贈與者(donor)に對し先きに存せる法律上の責任の全部又は其範圍に於ける解除の效力を有するものである(Strahan, p. 265.)

## 第三款　自認及び自白

### 第一項　總說

訴訟當事者の一方が承認する事實又は事項に付ては、其範圍に於て擧證責任は輕減せらるゝことになるのである。斯の如く、或る事實又は事項を承認する場合が以下に於て論ぜんとする自認(admission)及び自白(confession)である(1)。ベンタムはこの自認及び自白の兩者を self-regarding evidence なる語を以て表してゐるのである。而して、若しそれが自認又は自白を爲す者の利益となる場合には之を self-serving evidence と稱し、然らざる場合には self-disserving evidence と名附けてゐる。そこで、一般に self-serving evidence は之を證據として認容することを得ないとせられてゐるのである。蓋し、かゝる證據は自己の爲めに兎角之を揑造し易いことになり、結局欺詐又は虛構を助長するの虞があるからである。しかし乍ら、この原則に對しては一個の例外が認められる。卽ち、陳述又は文書の一部が一方の當事者に對して證據として提出せられたるとき、之を提出せられたる他の一方の當事者卽ち相手方が、當該陳述又は文書の全部を裁判所に提示した場合、裁判所はかゝる當事者が之に依つて自己の裁判上の立場が、有利に展開せらるゝやうになることを考慮したるとは否とを問はず、かゝる場合に於てはそれを證據として認容し得ることになる

ベンタムの所謂 self-regarding evidence 及び self-serving evidence 並に self-disserving evidence

のである(Cf. Randle v. Blackburn (1813), 5 Taunt. 245; Thomson v. Austen (1823), 2 D. & R. 361; 1 L.)。

self-disserving evidence

次に self-disserving evidence に付ては、一般に之を證據として認容することを得るものである。其理由は、吾々の經驗の示すところに依ると、吾々は自己の利益を考慮し又之を追求するのが最も普通の狀態である。從つて、自己の利益に反して陳述すること又は自己の利益に反する事項を是認することは、先づ大體に於て眞實を述べ又は之を認むるものであるとして、信賴すべき安全性を有するものなりと見て差支あるまいと云ふ所に在るのである。固より自己の利益に反する陳述でも、それが眞實でないと云ふ反對の證據が現出するに於ては、之を認容すべからざるは當然にして、敢て多言を要しない。ベンタムに從へば、self-disserving evidence を以て證據中最善のものであり、又最も完全なるものであるとせらるゝ。即ち、第一にこの證據は裁判に對し最も信賴すべく、又最も完全なる基礎を與ふることに依つて、誤判若くは正義の失信なきやう確保することであり、第二にこの證據は證據の闕缺のための誤判並に正義の失信に對する、最善の保障であるとせらるゝのである(Cf. Slatterie v. Pooley, (1840), 6 M. & W. 664; 55 R. R. 760; 10 L. J. Ex. 8;)。1 H. & W. 16; 4 Jur. 1033.)

ベスト及びテーラーの見解

ベストは民事々件に於て、自己に不利なる陳述を爲す場合は通常之を自認と云ひ、刑事々件の場合に於ては之を自白と云ふと說明してゐるのであるが(Best, § 523)、テーラーはこの兩者の區別を、もう少し詳細なる點に求めようとしてゐる。即ち彼に從へば、自認は一般に民事々件に於て行はれ、刑事々件に於ても犯意を包含しない事實に付て行はるゝものであるが、自白は一般に有罪の承認(acknowledgment of guilt)の場合に限り行はるゝものであるとするのである(Taylor, 1, § 724)。自認及び自白はたゞ民事及び刑事の各場合に於ける、單なる名稱の差異とばかりは斷定し得ないものと考へる。この兩者を區別するの實益を全然否認することは當を得たものと云ふを得ないから、私は以下に於て各別にこの兩者に付て說明を試みようと思ふのである。尤も、ローマ法學者(civilians)及び寺院法學者(canonists)は自認及び自白の兩者を confessio なる語を以て表してをるのである(Best, § 523, インド證據法に於てはイギリス法に於けるが如き admission 及び confession の區別を認めない、同法第一七條—第二二條參照)。

自認及び自白と傳聞證據との關係

最後に一言すべきは、自認及び自白を以て傳聞證據に關する原則に對して

一つの例外を爲すものと見るのが通說である。フィップソン、ウキルス、ステーヴン、ヒッバート、トレガーセン等はみなこの見解を採る者である(Phipson, pp. 220, 228; Phipson, Manual, p. 101 sqq; Wills, p. 149; Stephen, art. 16, 22; Hibbert, p. 88; Tregarthen, p. 35.)。

テーラーの見解

テーラーはこの點に付き次の如く云つてをる。卽ち、傳聞證據を排斥する規則に對する例外の項目の下に、自認及び自白を論ずることが從來一般に行はれてゐたところである。之卽ち、之等自認及び自白は之を爲す者の利益に反する陳述であり、從つて又、恐らく眞實ならんと考へられたからである。しかし乍ら、多くの自認特に行動(conduct)又は假定せらるゝ性質(assumed character)より暗示される自認に關しては主たる陳述又は行爲の當時、當事者は自己の利益に反したる陳述又は行爲を爲してをると自ら信じてゐる者とは云へぬばかりでなく、屢之に反對なる場合があるのである。故に、かゝる證據は普通及び法律上の證據(ordinary and legal proof)に代るものとして一層適當に認容し得るものと思はれるのであつて、それは明示及び嚴肅なる自認の場合に於けるが如く、當事者の直接の承諾及び利益の拋棄(direct consent and waiver)に依ることもあり、又假定せらるゝ性質默受(acquiescence)又は行動から暗示せらるゝ場合に於けるが如く、公益(public policy)及び便宜(convenience)に基くこともある」(Taylor, 1)(2)。

ベストの見解

然るに、ベストは右通說には從はぬものであるから、自認及び自白を以て傳聞證據則に對する例外と見ない譯である(Best, §§ 493-500.)。

ウイグモアの見解

ウイグモアも亦この見解を支持する者であると云へる。卽ち曰く、「傳聞證據則の理論は裁判外の斷言(extra-judicial assertion)は自己の不利益に提出せられたる當事者に依る反訊問に依つて、當該斷言が吟味される十分なる機會が與へらるゝに非んば、之を證據として除斥すべしと云ふのである。例へば、ジョーンズが裁判外に於て『反對當事者(party-opponent)たるスミスがこの五〇弗を借したのです』と云つたとする。然らば、スミスは右ジョーンズの斷言に付きジョーンズを反訊問するの機會を有し得るのである。しかし乍ら、若し裁判外に於て『私はこの五〇弗を借したのであります』と云つた者がスミス自身であつた場合には、スミスはこの自己の斷言が彼に對する證據として認容せらるゝ以前に、彼自身を自ら反訊問するの機會なかりしことに對し不服を云へぬのは勿論である。かゝることを要求するのは不條理

である。從つて、傳聞證據則の反對は解消する譯である。何となれば、傳聞證據の基礎其者が缺如してをる、卽ち、反訊問の機會を與ふべき必要と考慮(prudence)とが缺如してをるからである。換言すれば、傳聞證據則は滿足させられてをるのである。卽ち、スミスは彼自身を反訊問する機會を既に有してゐたのである。更に他の言を以てすれば、彼は今や相手方として自ら主張し、以て彼の前斷言を說明する十分の機會を有してゐるのである。

岡村博士の見解

「從つて、傳聞證據則は相手方の斷言が、彼の不利益の爲めに提出せられたる場合、之に反對する根據とはならぬのである。卽ち、かゝる場合に於ける後の斷言は、之を "Admissions" と云ふのである。しかし乍ら、相手方の斷言が彼の利益の爲めに提出せられたる場合には、傳聞證據則は第一の當事者に依つて反對せらるゝ根據となるものである。而して、かゝる場合の陳述は之を "admissions" とは云はぬのである」(Wigmore, 2, §§ 1048, 54 ほ §§ 1046–1051 參照)。岡村博士も亦反對說を主張せられてゐる。卽ち曰く「自認、自白ハ證據法中何レノ場所ニ於テ論スヘキヤハ未タ一定ノ說ナシト雖モ英國學者中之ヲ傳聞例外ノ一種トシテ論スル人少カラス蓋シ證人トナラサル者ノ陳述ニシテ己レノ利益ニ反スルヲ以テナリ然レトモ傳聞例外ノ場合ハ陳述者カ出廷スルヿ能ハサルヲ必要トスレモ自認、自白ノ場合ニ於テハ其陳述者カ出廷シ得ルヤ否ハ問フ所ニアラス且ツ自認、自白ハ之ヲ陳述者若クハ權利、義務ノ繼承者ニ對シ證明シ得ルニ止マレモ傳聞例外ノ場合ハ第三者ニ對シ之ヲ證明スルコトヲ得ヘシ況ンヤ或ル種ノ自認、自白ハ人ノ行爲ヨリ推知スルモノナレハ之ヲ以テ傳聞例外ノ一種ト爲スハ穩當ナラサルカ如シ」(岡村博士、前揭書一、九三頁、一九四頁)。更に又、ポーウェルも自認を以て傳聞證據と見ず、自認の正確なる言葉は最も重要とせらるゝところであるから、第一位證據に依つて證明せられねばならぬとしてをるのである(Powell, p. 363.)。

ポーウェルの見解

(1) admission を自認と譯したのは既に久しい以前からである。例へば、秋山源藏氏口譯北畠秀雄氏筆記英國證據法詳解(原著者スティーヴン、明治一八年)三五頁、岡村博士英國證據法(明治二二年)一九一頁、浦部章三氏譯ブービエー「法律字彙(明治二三年)八頁、山田喜之助氏譯英國證據法(原著者テーラー、明治二五年)三七五頁等は皆自認なる譯語を用ひてをるが、

岸小三郎氏譯斯丁文氏英國證據法(明治一七年)三二頁には許諾と譯されてゐる。

次にconfessionに付ても之また自白と譯してをる者が多い(秋山氏前掲書四五頁、岡村博士前掲書二一九頁、浦部氏前掲書四七頁、山田氏前掲書四三一頁)。たゞ岸氏前掲書は首白と譯してゐる四二頁)。

テーラーの見解に付てのガルソンの說

(2) ガルソンはテーラーのこの說に對して次の如く述べてゐる。「しかし乍ら、嚴格に云へば、何等の證據を必要とせざるものは、之を證據に對する完全なる代用(a complete substitute)と目することは正當でない。申立書に依る自認の場合に於けるが如く、裁判所が自認を當然に承認する(judicial notice)場合に於てのみ、この見解(卽ちテーラーの見解)は全く眞實であると云ひ得る」(Gulson, § 463, なほ §§ 283, 284, 461, 462 等參照)。

## 第二項　自認

### 第一目　自認の方式

自認の意義

自認とは民事訴訟に於て、當事者に依り又は當事者の爲めに係爭事實又は之と關聯せる事實に付き、當事者の利益に反し爲さるゝ承認である。而して、こゝに承認と云ふのは、口頭又は書面に依る陳述を以て爲す場合は固より、明示又は默示の動作に依つて之を爲す場合も亦包含せらるゝものと云はねばならぬ(第一七條參照)。故に、スティーヴンが自認を以て口頭若くは書面に依る陳述なりとするは、稍狹隘に失するの觀はないであらうか(Stephen, art. 16, p. 93.)。

要式自認及び不要式自認

自認に付ては特に方式を必要としないのが一般である。故に前述したるが如く、或は口頭又は書面或は默示又は明示なると妨ぐる所はないのである。たゞしかし、或る場合に於ては方式に依るを必要とすることがある。かゝる場合を稱して要式自認(formal admission)と云ひ、其他の場合を不要式自認(informal admission)と稱するのである。要式自認は後に說明することゝして、先づ不要式自認から考察を進めて行くことゝしよう。この場合に於ては、他人との談話、通信、又は或る行爲等に依つて自認が行はるゝこともあり、時としては沈默それ自身が自認となることもあり得るのである。しかし乍ら、かゝる自認は確定的效力を有せず、從つて、當事者は其自認が誤解に基いて爲されたるものなることを證明するのは固より妨ぐるところではないが、禁反言原則が作用する場合に於てはこの限りではない。不要式自認は、其自認が行はれた

行爲及び沈默に依る自認

事實又は事項と牽連關係を有する總ての訴訟に於て認容することが出來る。

私は以下に於て行爲及び沈默が自認となる場合に付て、例を擧げて說明して置かう。或る行爲の存在することから、之に對して推定が誘導せらるゝことに付ては既に述べたところであるが(以下一四〇頁參照)、丁度之と同じやうに或る行爲がなされたことに依つて、それが自認とせらるゝ場合があるのである。例へば、原告は鐵道會社に對し同會社の過失に因つて其妻が傷害されたことに付き訴を提起したのであるが、被告たる鐵道會社は、原告は其事件發生當時現狀を目擊しない數人の者をして、證人として僞證せしめ、以て自己の立場を支持しようとする者であると云ふ事實を明かにするため證據を提出したのであつた。之に對し裁判所は其證據を認容し、原告のかゝる行爲は當該訴訟に於て、原告は正當なる訴訟原因を有せざることの自認なりとしたのであつた(Moriarty v. Lond. Chat. D. Ry. (1870), L. R. 5 Q. B. 314; 39 L. J. Q. B. 169.)。次に沈默が自認となる場合は、當事者が自ら行爲をなし又は陳述をせずして他の者の陳述を默認し、而して其場合の狀況から推察して、其默認が同意と同樣なるものと思考することを尤なりとせらるゝ場合である。かゝる場合の沈默は、其陳述を聞きたる當事者が其眞實なりや否やを知るの手段を有せざる場合に於ては、大した價値を認むることは出來ぬのであるが、若し之を知るの手段を有する場合に在りては甚だ重要なるものとなるのである(Hayslop v. Gymer (1834), 3 L. J. K. B. 149; 1 A. & E. 165; 3 N. & M. 479; 40 R. R. 276.)。そこで、例へば婚約を履行しないと云ふので訴訟となつた場合、原告は被告に對し「常に私と婚姻することを約しながら、其約束を履行しない」と云つたのであるが、之に對して被告は何等の回答もしなかつたと云ふことが證明せられたのであつた。この場合、裁判所は被告の回答せざりしことは、婚約の存在を支持するに最も重要なる證據であるとし、かゝる場合に於ては何等かの回答を豫期するのが普通の狀態であるから、沈默卽ち回答を爲さゞりしことは、原告の陳述するところが正確であるとの自認に外ならないとしたのである(Bessela v. Stern (1877), 46 L. J. C. P. 467; 2 C. P. D. 265; 37 L. T. 88; 25 W. R. 561. Cf. Evidence Further Amendment Act, 1869, s. 2.)。本書二〇頁參照)。

しかし乍ら、回答を爲さゞることは常に必しも自認となる譯ではない。それが自認であるか否かは、各場合の狀況を考察して定るべき問題である。故

に、例へば之も同じく婚約を履行しないための訴訟であるが、原告は被告に對し手紙を以て婚約を履行すべき旨を要求したのであつたが、被告は何等返書を認めなかつたのである。この場合、被告が返書を認めず何等の回答を與へざりしことは、未だ以て自認なりと云ふことを得ないとされたのである。この事件に於てLd. Esherの意見に從へば、本件に於ける回答爲さゞりし事實を以て、若し之を自認としたならば、次の如き場合と對照するときは、聊か不當の觀あるを免れまい。即ち例へば、甲が乙に對し、乙は或る非行を敢てしたのであるが相當の金圓を甲に支拂はざれば、甲は乙の非行を公にすべし、と云ふ旨の手紙を送つたとき、乙若し之に回答しなかつた場合には、之を以て直に乙の自認と見て、乙は正にかゝる非行を敢てしたものとすることは出來ぬであらう。故に、人類の普通の慣行に照し省察して見るときは、かゝる場合に於ては沈默は最も普通にしてかつ賢明なる方法である。從つて、本件の如き場合に於ける沈默、即ち返書を認めざりしことは、被告が原告に對して婚約を爲したる自認と解すべからざることは、毫も疑ふの餘地がないと云ふのである。一



言にして云へば、かゝる事情の存在する場合には、回答せぬのが普通であり、かつ又賢明な方法であると云ふ理由で、沈默を以て自認と爲さぬことになるのである(Wiedemann v. Walpole (1891), 2 Q. B., 634; 60 L. Q. B. 762; 40 W. R. 114.)。故に、事情が異るに於ては返書を認めぬことが、却つて自認とせらるゝ場合も勿論存すべきである。例へば商取引の如き場合に於ては、其取引上の通信に對しては回答を爲すのが最も普通の狀態である。從つて、斯の如き場合に於ける沈默は、之を自認と見るのが一般であると云はねばならぬ(Wills, pp. 153–7; Taylor, 1, §§ 804, 811, 816.; Watson, pp. 213, 214; Hibbert, pp. 21, 22.)。

次に、私は要式自認に付て述べるのであるが、之は又嚴肅の自認(solemn or ceremonial admission)或は裁判上の自認(judicial admission)とも云はるゝものであつて、確定的效力を有するのである。換言すれば、自認せられたる事實に付ては、最早それ以上論議することを禁ぜらるゝものであり、又かゝる事實に反對なる證據を提出して以て其眞實ならざることを證明し得ないのである(Wigmore, 5, § 2590.)。元來要式自認は純手續上の問題であるから、其詳細に付ては勿論こゝに述ぶべき性質のものではない。この問題に關してはアニュアル・プラクティスな

要式自認の種類

どに依つて其實際を研究すべきである。要式自認には種々あるが大體次のやうになるのである。

申立書中に包含せられたる自認

**一　申立書中に包含せられたる自認**　この場合に於ては、かゝる自認は之を爲せる當事者を、其訴訟の總ての目的に對して拘束するものであるが、其以後の訴訟に於ては、之を以て自認と見ることは出來ぬのである。しかし乍ら、當該訴訟に於ては確定的效力を有するものであるから、申立書を訂正することに付き、又は自認を撤回することに付き裁判所の許可を得たる場合以外には、一度爲したる自認に牴觸するが如きことあるは固より許されぬところである(Hibbert, p. 23.)。

辯護士に依る自認

ソリシターに依る自認

**二　辯護士に依る自認**　辯護士に依る自認はソリシターに依る自認及びバリスターに依る自認の二つに分つて考察することが出來る。

第一はソリシターに依る自認である。ソリシターは民事々件に於ては自認を爲す權限を默示的に認められてゐるから、其自認は訴訟上の審理並に訴訟の進行に關係ある總ての事項に付て、其訴訟依頼人を拘束することになるのである。而して、かゝる自認は證明を省略するが爲めになさるゝことあり又事件の或る事實に付て附隨的になさるゝこともあるのである。前者に於ける自認は一般に確定的效力を有し(Elton v. Larkins (1832), 1 M. & Rob. 196; 34 R. R. 676.)、後者のそれはたゞ一應の證據となるに止るものである(Holt v. Squire (1825), Ry. & M. 282.)。しかし乍ら、ソリシターが單なる談話中に於て爲したる自認の如きは、縱令それが相手方に對して爲されたものであつても、又第三者に對して爲されたものであつても、而して又それが係爭事實に關係するものであつたとしても、之を訴訟依頼人に對する自認として認容することは許されぬところである(Petch v. Lyon, (1846), 15 L. J. Q. B. 393; 9 Q. B. 147; 72 R. R. 205.)。其理由は、之をソリシターの權限の性質と範圍とに求むることが出來る。卽ち、ソリシターは訴訟行爲(management of the action in Court)に付てのみ訴訟依頼人との間に委任關係を生ずるものであつて、それ以外には何等の權限を認められぬものであるからである。訴訟開始前ソリシターに依り自認が爲されたる場合に於て、ソリシターと訴訟依頼人との間に訴訟に付き委任關係が既に成立してゐることを證明せられたるときは、其自認は勿論拘束力を有するもの

であるが、前示の關係の存在せることに付て何等の證據も存しない場合には、自認を爲すの權限ありしことに付ての他の證據を示さゞる限り、かゝる自認は有效なるものではない(Wagstaff v. Wilson (1832), 4 B. & Ad. 339; Burghardt v. Augerstein, (1834), 6 C. & P. 695; Pope v. Andrews (1840), 9 C. & P. 564.)。ソリシターは自認を爲すに當つては、誠實と相當の熟練とを以て之を爲さねばならぬ。故に、訴訟依頼人はソリシターに對し、彼が訴訟上の各種の事務を處理する上に於て、相當なる熟練と判斷とを以て之に當ることを要求するの權利あるものと云はねばならぬ。從つて、一度訴訟依頼人との間に或る事件に付き委任關係が成立した以上は、ソリシターの事務員(managing clerk)又は其代理人等に依つて爲されたる自認は、訴訟依頼人に對して效力を有するものとせらるゝことなく、ソリシター自身の自認たる性質を有するに止るものなるのみならず、却つて訴訟依頼人の利益の爲めにソリシターに對するものとせらるゝのである(Taylor v. Williams (1831), 2 B. & Ad. 845; 856; 1 L. J. K. B. 17; 31 R. R. 379; Ashford v. Price (1823), 3 Stark. 185; Dow. Ry. N. P. 48; 25 R. R. 787.)。何となれば、右に述べた如く訴訟依頼人はソリシター其人に對して相當なる熟練と判斷とを要求するものであつて、それ以外の者に對しては之を要求しないばかりでなく、之等の者には決して滿足すべきではないからである。故に以上の如き場合に於ては、其自認は訴訟依頼人に對しては效力を生ずる者ではない。ソリシターが訴訟依頼人を欺瞞して爲したる自認も亦、訴訟依頼人に對して何等の效力を生じないことは多言を要せぬところであらう(Williams v. Preston (1882), 51 L. J. (Ch.) 925; 20 Ch. D. 672; 47 L. T. 265; 30 W. R. 555.)。

バリスターに依る自認

第二はバリスターに依る自認である。バリスターに依る自認も大體に於てソリシターに依る自認と同樣なる基礎の上に立脚するものであるが、ソリシターは一事案全體を通じて終始一貫して訴訟依頼人を代理するものであるけれども、バリスターは彼が委任を受けたる特定の場合に於てのみ訴訟依頼人を代理するものであるから、其範圍に於てのみ自認を爲し得ることになるのである。從つて、ソリシターに比して代理する範圍が狹隘なるの點に於て兩者間に差異を認めることが出來るのである(Richardson v. Peto (18.0), 1 Man. & G. 96; 9 D. P. C. 73; R. v. Greenwich (1885), 15 Q. B. D. 54; 54 L. J. Q. B. 392; 53 L. T. 902; 33 W. R. 47.)。故に右の如き自認を爲し得べき範圍の廣狹の差異を除いては、自認に關する原則は兩者間同樣であるから、證據を省略する目的の爲めに

なされたる自認は確定的效力を有し、其他の場合には一應の證據となるに止り、又バリスターは自己の判斷を誠實に行つて、訴訟依賴人の爲めに適當と考へる自認を爲す權限を有するなど、總てソリシターに付て述べたるところと其趣を同じうするものである。從つて原被兩造が申立書に依ることなく、訴訟上に於ける法律問題を說明陳述し、以て裁判所の意見に一任せんとする所謂特別事案(special case. Cf. R. S. C. Ord. XXXIV, r. 1. 裁判所が證據提出以前に法律問題を決定することを便宜なりとみくる場合には特別事案の形式に於て提出し以て裁判所の意見を求むることを命じ得るのである ibid., r. 2.)に付て書類を作成し、原被兩造のバリスターに依り署名されたる場合に於て、其書類から或る重要なる事實が脫漏してゐたゝめ、改めて裁判が行はるゝやうな場合に於ては、先きの特別事案は說明陳述されたる總ての事實に付ての自認として第二の裁判に提出することが出來ることになるのである(Van Wart v. Woolley [1823], 3 L. J. (O. S.) K. B. 51; 3 B. & C. 439; 5 D. & R. 374; Ry. & M. 4.)。或は又訴訟手續に於て當事者間に或る事實に付き之を自認したるものなることが、バリスターの行動の全體から推斷し得らるゝときは、之を以て當該事實の默示的自認として證據と爲し得るものである(Strecy v. Blake [1836], 1 M. & W. 168; Tyr. & Gr. 528.)。斯の如く、バリスターは自認を爲す一般的權限を有するものであるが、之は勿論訴訟依賴人に依つて制限することを得るのであるけれども、この制限を無視した場合に於ても、バリスターが或る事項に付て自認を爲すべき權限を有せざるの事實は、相手方をして其自認を援用することを阻止し得るものではない。但其旨を豫め相手方に通知したるときはこの限りではない。之はソリシターの場合に於ても亦同樣であると云はねばならぬ(Wagstaff v. Wilson, [1832]; *supra*; Bulter v. Knight [1867]; (Taylor, I, §§ 772–774; Phipson, pp. 242–4; Wills, pp. 169–71, 177; Watson, p. 213; Hibbert, p. 23; Ranchhodlas & Thakore, pp. 54, 55.)。

特定事實を承認すべき豫告に對して爲されたる自認

### 三　特定事實を承認すべき豫告に對して爲されたる自認

高等裁判所手續令(Rules of the Supreme Court, 1883.)の定めるところに依れば、當事者は書面に依る豫告を以て裁判の通知(notice of trial)(2)が與へられたる日より九日を下らざる以前に於て、係爭點の爲めにのみ豫告中に記載した特定事實に付て、自認を爲すべきことを相手方に對し要求することが出來る。而して、かゝる豫告が送達せられてより六日以内若くは裁判所に依つて許可せらるべきそれ以上の期間内に於て、自認を爲すことを拒絕し若くは懈怠した場合には當該

事案若くは係爭點の結果の如何を問はず、かゝる特定事實の證明に付ての費用は、自認を拒絕又は懈怠したる當事者の負擔となるのである。尤も、裁判の際裁判所又は裁判官が自認の拒絕が正當なることを證明(certify)したる場合、若くは裁判所又は裁判官が證明費用の負擔に付て前示と異る命令を爲した場合に於ては格別である。斯の如き豫告に從つて爲されたる自認は、かゝる事案又は係爭點の爲めにのみなされたものであるから、他の場合に於てはかゝる自認は之を爲した當事者に對して援用することは固より出來ぬところであり、又豫告を與へた當事者以外の者の爲めに之を用ふることも出來ぬのである。而して又、裁判所又は裁判官は何時に於ても正當に爲された自認を修正し又は撤回することを許すことが出來るのである(R. S. C. Ord. XXXII, r. 4.)。以上の場合に於て所謂「九日を下らざる以前」と云ふことは、豫告の送達の日及び裁判の日の兩者を除外するものと云ふべく、卽ち nine clear days と解すべきである(Cf. R. S. C. Ord. LXIV r. 12.)(3)。

文書の提出及び之に關する自認の豫告

**四　文書の提出及び之に關する自認の豫告**　高等裁判所手續令の定むるところに依れば、訴訟當事者双方の孰れも他の一方に對して、總て正當なる異議を留保して文書を自認することを要求し得るのである。而して、斯の如く自認すべき豫告ありたる後、自認を爲すことを拒絕し又は之を懈怠したる場合には、かゝる文書を證明するために要したる費用は當該事案の結果如何を問はず、拒絕し又は懈怠したる當事者の負擔となるのである。尤も裁判に際し、裁判所又は裁判官が自認の拒絕が正當なることを證明(certify)する場合はこの限りではない。而して、前示の如き豫告が爲されない以上、文書を證明するに要した費用の負擔と云ふことは許されぬところであるが、豫告を與へざりしことが、訴訟費用審査官(この場合には Master of the Supreme Court Taxing Office)の意見に於て費用の節約であるとせらるゝ場合はこの限りではないのである(R. S. C. Ord. XXXII, rr. 2, 3; Ord. LXI, r. 1 B.)。

正當なる異議を留保して爲す自認

正當なる異議を留保して自認を爲すと云ふことは、元來自認を要求することは、證據として認容し得べき文書を證據として提出するの必要を省略することを意味するものであるから、自認を爲したる當事者は其自認は係爭事實と何等牽連關係を有せざるものであるとか、或は又自認に依つて證明せられ

んとする事實を證明するがためには、認容し得べき方法ではないと云ふ異議を申立ることが可能であると云ふことになるのである。次に、前示の手續令は如何なる場合に自認を拒絕することが正當なるかの點に付ては明示してゐないのであるが、自認を得るも大して利益あることなきやうな場合に於ては、勿論正當なる理由あるものと云へるであらう。又、豫告に對する期間に付ても別段の定めがないのであるから、之も矢張り裁判開始前相手方が自認を爲すに相當と考へらるゝ期間を與ふべきものと解せねばならぬ(Cf. Tinn v. Billingsley (1835), 2 Cr. M. & R. 251.)。

自認を求むるの豫告は豫告を送達せらるゝ當事者の有する文書の原本、並に騰本を有するも所持せざる原本に付き、其自認を確保するに在る。當事者が現に所持する原本に關する豫告は、其文書は記載せられ署名せられたこと、卽ち作成せられたと云ふ自認を要求するものであり、謄本を有するも所持しない原本に付ては、原本は送達されたとか或は引渡されたとか云ふことに付ての自認を要求するものである(Taylor, 11 th. ed., §§ 724A—724 I; Wills, pp. 381) (4)。

質問書に對する回答

**五　質問書(interrogatories)に對する回答**　高等裁判所手續令の定むるところに依れば原告若くは被告は裁判所又は裁判官の許可を得て、其相手方に對し質問書を提出することが出來るのである。而して、かゝる質問書は之を提出するに當り、其下部に相手方數人あれば何人はどの質問に對し回答すべきであるかを明示せねばならぬ。但、當該事件に於て問題となれる事項に關係なき質問は、勿論其事件に於て何等牽連關係を有せざるものとせらるゝのであるが、斯の如きは證人に對する口頭上の反訊問の場合に於ては固より許さるゝところである(R. S. C. Ord. XXXI, r. 1. 之は一九一七年修正されたのである)(5)。而して、かゝる質問書に對する回答は宣誓せる書面に依つてなさるゝのであつて、かく宣誓の上爲したる回答は回答者に對し、其回答が牽連關係を有する訴訟に於ては自認として確定的效力を有するものである(Hibbert, p. 23; Wills, pp 176, 177; Watson, 123; Taylor, I, § 731; Ibid., 11th ed., II, p. 1253; Annual Practice, pp. 495–515; Powell, p. 362 sqq.)。

右に述べたところが要式自認の大體であるが、この種の自認は既に一言せる如く純手續上の問題である。

アウに要のイ關式見ゲすに自解モる認

(1) 要式自認に付てウイゲモアの說くところを窺つて見よう。彼は要式自認を以て證據に代るものとする。從つて證據提出の必要を除去するものである(この點に付ては Gulson, ss 463 參照)。そこで、この要式自認と普通の自認卽ち不要式自認(彼は之を準自認quasi-admission とも云ふ)との區別に付ては次の如く云ふのである。先づ眞の自認—自認と云ふ語の最も完全なる意義に於ける—は證據提出の必要を免れしむる方法に關するものであつて、之が卽ち要式自認に外ならぬ。ところが、不要式自認と云ふのは實は數多くある證據のうちの一種に過ぎぬ。從つて、自認と云ふ要式自認と同じやうな名稱を有することすら、相應しからざるところであるとされるのである。更に又要式自認と不要式自認の效果に付て考へて見ても、前者は確定的であるに反し、後者は確定的でない。この點は既に本文に於ても一言した如くである(Wigmore, 2, ss 1048, 1057, 5, ss 2588.)。

(2) 裁判の通知とは原告が被告に對してなす訴を提起せんとするの通知であつて、其詳細に付ては R. S. C. Ord. XXXVI, rr. 11—14 を參照されたい。

(3) この場合の方式を左に示して見よう(The Appendices to the R. S. C., 1883, App. B. Pt. 11. Nos. 12, 13.)。

Notice to admit Facts

**Notice to admit Facts** (Ord. XXXII, r. 5.)

19 . [*Here put letter and number.*]

In the High Court of Justice.

Division.

Between A. B., Plaintiff,

and

C.D., Defendant.

Take notice that the plaintiff [*or* defendant] in this cause requires the defendant [*or* plaintiff] to admit, for the purposes of this cause only, the several facts respectively hereunder specified; and the defendant [*or* plaintiff] is hereby required, within six days from the service of this notice, to admit the said several facts. saving all just exceptions to the admissibility of such facts as evidence in this cause.

Dated, &c.

G. H., solicitor [*or* agent] for the plaintiff [*or* defendant].

To E. F., solicitor [*or* agent] for the defendant [*or* plaintiff].

The Facts, the admission of which is required are—

1. That John Smith died on the 1st of January, 1890.
2. That he died intestate.
3. That James Smith was his only lawful son.
4. That Julius Smith died on the 1st of April, 1896.
5. That Julius Smith never was married.

Admission of Facts, pursuant to Notice

**Admission of Facts, pursuant to Notice.** (Ord. XXXII, r. 5.)

In the High Court of Justice.

Division.

Between A. B., Plaintiff,

and

C. D., Defendant.

The defendant [*or* plaintiff] in this cause. for the purposes of this cause only, hereby admits the several facts respectively hereunder specified, subject to the qualifications or limitations, if any, hereunder specified, saving all just exceptions to the admissibility of any such facts, or any of them, as evidence in this cause.

Provided that this admission is made for the purposes of this action only, and is not an admission to be used against the defendant [*or* plaintiff] on any other occasion, or by anyone other than the plaintiff [*or* defendant, *or party requiring the admission*].

Delivered, &c.

E. F., solicitor [*or* agent] for the defendant [*or* plaintiff].

To G. H., solicitor [*or* agent] for the plaintiff [*or* defendant].

| Facts admitted. | Qualifications or Limitations, if any, subject to which they are admitted. |
|---|---|
| 1. That John Smith died on the 1st of January, 1870. | 1. |
| 2. That he died intestate. | 2. |
| 3. That James Smith was his lawful son. | 3. But not that he was his only lawful son. |
| 4. That Julius Smith died. | 4. But not that he died on the 1st of April, 1896. |
| 5. That Julius Smith never was married. | 5. |

(4) この場合の方式を左に示して見よう(App. B, Pt. II, Nos. 11, 6.)°

Notice to admit Documents

**Notice to admit Documents** (Ord. XXXII, r. 3.)

19 .[*Here put letter and number.*]

In the High Court of Justice.

Division.

Between A. B., Plaintiff,

and

C. D., Defendant.

Take notice that the plaintiff [*or* defendant] in this cause proposes to adduce in evidence the several documents hereunder specified, and that the same may be inspected by the defendant [*or* plaintiff], his solicitor or agent, at , on , between the hours of ; and the de-

fendant [*or* plaintiff] is hereby required, within forty-eight hours from the last mentioned hour, to admit that such of the said documents as are specified to be originals were respectively written, signed, or executed, as they purport respectively to have been; that such as are specified as copies are true copies; and such documents as are stated to have been served, sent, or delivered, were so served, sent, or delivered respectively; saving all just exceptions to the admissibility of all such documents as evidence in this cause.

Dated, &c. (Signed)

G. H. solicitor [*or* agent] for plaintiff [*or* defendant].

To E. F., socilitor [*or* agent] for defendant [*or* plaintiff].

[*Here describe the documents, the manner of doing which may be as follows*:—]

ORIGINALS.

| Description of Documents | Dates. |
|---|---|
| Deed of covenant between A. B. and C. D. first part and E. F. second part ··· ··· ··· ··· ··· ··· | January 1, 19 . |
| Indenture of lease from A. B, to C. D. ··· ··· ··· | February 1, 19 . |
| Indenture of release between A. B. and C. D. first part, &c. ··· ··· ··· ··· ··· ··· ··· ··· ··· | February 2, 19 . |
| Letter—defendant to plaintiff ··· ··· ··· ··· ··· | March 1, 19 . |
| Policy of insurance on goods by ship "Isabella" on voyage from Oporto to London ··· ··· ··· ··· ··· | December 3, 19 . |
| Memorandum of agreement between C. D., captain of said ship, and E. F. ··· ··· ··· ··· ··· ··· | January 1, 19 . |
| Bill of exchange for at three months, drawn by A. B. on and accepted by C. D., indorsed by E. F. and G. H.··· | May 1, 19 . |

COPIES.

| Description of Documents. | Dates. | Original or Duplicate served, sent, or delivered, when, how, and by whom. |
|---|---|---|
| Register of baptism of A. B. in the parish of X··· ··· ··· | January 1, 19 . | |
| Letter—pliantiff to defendant.··· | February 1, 19 . | Sent by General Post, February 2, 19 . |
| Notice to produce papers. | March 1, 19 . | Served March 2, 19 . on defendant's attorney by E. F. of |
| Record of a judgment of the Court of Queen's Bench in an action, *F. S.* v. *F. N.*··· ··· | Trinity Term. 10 th Vict. | |
| Letters patent of King Charles 11. in the Rolls Chapel. ··· | January 1, 1680. | |

Interrogatories

(5) この場合の方式を左に示して見よう(App. B. Pt. II. No. 6.)。

**Interrogatories** (Ord. XXXI, r. 4.)

19 . [*Here put letter and number.*]

In the High Court of Justice.

Division.

Between A. B., Plaintiff,

and

C. D., E. F., and G. H., Defendants.

Interrogatories on behalf of the above-named [*plaintiff*, or *defendant C. D.*] for the examination of the above-named (*defendants E. F.* and *G. H.*, or *plaintiff*).

1. Did not, &c.
2. Has not, &c.

&c. &c. &c.

[*The defendant E. F. is required to answer the interogatorries numbered* .]

[*The defendant G. H. is required to answer the interrogatorries numbered* .]

Answer to Interrogatories

**Answer to Introgatories** (Ord. XXXl, r. 9)

19 . [*Here put letter and number.*]

In the High Court of Justice.

Division.

Between A. B., Plaintiff,

and

C, D., E. F., and G. H., Defendants.

The answer of the above-named defendant E. F, to the interrogatories for his examination by the above-named plaintiff.

In answer to the said interrogatories, 1, the above-named E. F., makes oath and say as follows:—

自認全部と部認とは併せしを證其ならられぬ

## 第二目　自認の二原則

自認に付ては之を支配する二個の原則がある。尤も更に第三の原則も存在してゐたが、之は後述の通り現在では行はれないものであるけれど、現在に至るまでの變遷を知る必要上一應説明を加へる事とゝした。以下順次之等に付き考察しよう。

**第一**　自認は其全部を證據として認容せられねばならぬ（條例民訴第三編第一章三五條六）。何



的とすると云ふは自認者が自己の利益に反し認めたること、從つて又眞實と

となれば、縱令自認の一部が自認者に對し有利であるとしても、自認其者の目

思料せらるゝことを確定するに在る。ところが、自認の全部を證據として認容しない限り、其中の一部分――しかも其部分が自認者に對して證據となる部分――の眞正なる意義を確定することが出來ぬであらう。故に、自認は全體として之を認容すべきことになるのである。斯の如く、自認は之を全體として認容すべきであるけれども、之が爲めに其總ての部分は悉く同樣なる信憑力を有するものであると云ふことを得ない。陪審員はかゝる場合に於ては其狀況に從つて、自認全體のどの程度まで之を信賴し得るかを考慮せねばならぬのである(Thomson v. Austen (1823), 1 L. J. (O. S.) K. B. 99; 2 D. & R. 361; Fletcher v. Froggatt, 87, 21 C. & P. 566; Coblett (v. Gray (1849), 4 Ex. 729; 19 L. J. Ex. 137; R. v. Gray (1911), 6 Cr. App. R. 242; Berrion v. Woodbridge (1781), 2 Doug. 788; Smith v. Blandy (1825), Ry. & M. 259; アメリカの判例としては Waltwell v. Wyer (1814), 11 Mass. 6, 10; Garvy v. Nicholson (1840), 24 Wend. 350; Kelsey v. Bush (1842), 2 Hill, S. Car. R. 440.)。

如何なる程度を以て自認の全部とするか

この第一原則の適用上最も困難とせらるゝ點は、如何なる程度を以て所謂自認の全部とするかを決定することである。この問題は、例へば自認の陳述が一文書中に收められてをると云ふが如き、形式的標準に依つて決定せらるべき性質のものではなく、各陳述の性質及び相互の關係と云ふ實質的標準に依らなければならぬ。故に、次の二つの場合を包含することになるのである。



即ち、(イ)或る當事者の自認の內容が同一當事者の同じ時期に於て爲した他の陳述に依つて限定せられ若くは說明せられ、この陳述が自認の意義及び自認に對する眞意思を提供する上に於て必要となさるゝ場合には、當事者は其自認が自己に對する證據として提出せらるゝに於ては、前示の限定的若くは說明的陳述を自認の一部として、證據と爲すことを要求し得るものである。次に又、(ロ)或る當事者の自認が自己又は其相手方若くは第三者が嘗て爲した陳述に言及せるが如き場合には、かく言及せられたる陳述は本原則の意味する範圍に於ての自認の一部を構成するものと見なければならぬのである。一例を示して見れば、原告たる辯護士が其訴訟費用計算書(a bill of costs)に基き被告に提訴したところ、被告は原告に對する物品賣却代金との相殺を主張し、原告に依り與へられた貸借計算書を證據として提出したのであるが、之に依ると原告は被告に對し物品代金支拂の債務を負擔してゐるが、なほ被告に對しては(相殺しても)訴訟費用の債權を有してをる。そこで右計算書は被告に對しては其債務項目の證據となり、原告に對しては債權項目の證據となるの

である。要するに右計算書全體が自認として認められねばならぬことになるのである(Randle v. Blackburn (1813), 5 Taunt. 245.) (Taylor, I. §§ 725, 7.6; Ibid., 11th ed., p. 503, n. (u); Watson, pp. 214, 215; Wills, pp. 159, 160; Phipson, pp. 225, 228.)。

自認が文書の內容に關するものであり、而してかゝる內容が直接爭點である場合に於ても之を證據として認容し得るものである。この原則が樹立せらるゝまでには幾多の論議が行はれたのであるが、遂に一八四〇年 Court of Exchequer に於て、Slatterie v. Pooley 事件(10 L. J. Ex. 8; 6 M. & W. 664; 1 H. & W. 16; 4 Jur. 1038; 55 R. R. 760.)に對し、Parke, B. Alderson, B. Gurney, B. Rolfe, B. 等に依つて前示の原則を承認し確立するに至つたものである。

自認と書證

元來口頭證據と文書の內容との關係に付ては、(一)法律上書面たることを要するもの、例へば公文書、裁判上の文書、公の報告書、土地移轉證書、遺言書等の如きものに付ては、口頭證據を以て之に代へることを得ない。(二)當事者が書面の形式を以てしたる契約書に代ふるに口頭證據を以てすることを得ない。(三)書面の存在又は其內容に付て爭あり、しかもそれが當事者間の爭點に付て實質的に重要なものであつて、單に他の事實に付ての覺書と云ふやうな程度に止るものでない場合には、かゝる書面に代ふるに口頭證據を以て爲すことを得ない——と云ふ三つの原則が認められてをるのである。

口頭證據と內容關係にの原則付ては三

ところが、之等の原則に對しては口頭の自認及び自認と認め得べき行爲に付ては、默示的に例外が許さるゝのである。即ち、かゝる場合にありては以上の如き自認が直接爭點たる捺印證書若くは其他の證書の內容に關してをるとしても、當事者に對しての第一位證據として認容せらるべきものとなさるゝのである。然らば、何故にかゝる例外が許さるゝのであるかと云ふ理由に付ては、前示 Slatterie v. Pooley 事件に於て Parke は次の如き趣旨を述べてゐる。

Parkeの見解

即ち、何故に證書提出の豫告を與へず又は證書不存在の證明を爲さずして、かゝる陳述又は行爲を認容し得べきであるかと云ふのに、それは書證を提出せしむべきやうな場合には他の原因からして口頭證據を許し難い反對理由が存在するのであるが、自認の場合には其反對理由が存在しないのである。何となれば、かゝる自認は一層有力なる證據が提出せられぬ場合に於て、其事件本來の性質其者から生ずる、眞實に非ずと云ふ推定から除外されるからである。而して、一方に於ては又、當事者自身が眞實として認むるとこ

テーラーの見解

ろのものは、之を眞實として推定するも敢て不當ではないと云ふに在るのである(1)。之に對してテーラーの見解に從ふときは、次の如き觀察が爲さるゝのである。卽ち、當事者の自認は之を眞實なるものと推定することは正當であるとしても、其自認が據つて以て證明せらるゝ口頭證據は決して然あるべき必要はない。而して、この種の口頭證據は第二位證據が提出せられ最上證據が提出せられぬやうな場合に存するよりも、更に一層大なる不都合(objection)に直面すべきである。自認が裁判所に於て爲された場合には、それが指示する證書の提出を不必要ならしむることは之を是認し得るであらう。何となれば、かゝる場合に於ける問題は單に其自認は眞實なりや否やの點に存するからである。しかも、人は自己の利益に反する虛僞の陳述をなすものに非ずと推定するのは必しも不合理ではないからである。ところが、證人が召喚せられ相手方たる當事者が證書の內容に關して或る陳述を爲したことを、當該證人が聞き及んだことに付き證人の陳述を要求せられた場合には、更にこゝに一つの問題が存することになるのである。それは、卽ちかゝる陳述は果して爲されたるや否やの問題である。而して、この場合かゝる口頭證據を文書其者の提出と同樣に證書の內容を證明するにあたり認容することは、誤解、僞證、詐欺等の餘地を甚だ多からしむることになる。然るに、書面に認められたることは書面其者に依つて證明せらるべしとの原則が、この場合に於ても他の場合と同樣行はるゝならば、前示の誤解、僞證、詐欺等の餘地は全く阻止せらるゝことになるであらう。故に、Ld. Tenderden 及び Justice Maule 等もかゝる見解を支持すべきことに付ては、最も熱心に力說してをるのである。一方 Baron Parke 自身も、自認に關する口頭證據は或る場合に於ては陪審員に對して全く不十分たるの感なきを得ない。故に、かゝる證據は餘りに之を過信すべきでない。何となれば、證人は屢當事者の云へることを誤解することがあるばかりでなく、故意でなくとも事實用ひられた言辭を變更することに因り、最初の意思とは全然變更された效果を、其陳述に與へるが如きことある事實を認めてゐるのである。

更に、この例外に付て注意すべきことは、證人の證明(attestation)を必要とする

證書にして、裁判所に提出せられたるものに付て、其作成を自認の方法に依つて證明すること丶、提出せられてをらぬか丶る證書に依つて或る行爲が爲されたと云ふ當事者の自認を證明すること丶の間には、根本的相違の存在することである。一般に其有效なるが爲めには證人の證明を必要とせらる丶證書が、裁判所に提出せられ其作成を相手方に對し證明すべき場合に於ては、其證書が正當に作成せられたと云ふ自認のみでは未だ以て十分とせられないのである。

文書にして既に述べた三つの場合に該當しないものに付ては、口頭證據を排除する理由はない。故に、或る事項に付て之に關し書面と口頭の陳述との兩者が存在するときは、口頭の陳述は書面とは別に獨立して證據たり得るものである。尤も、それは書面の內容を證明する爲めではなく、又書面に代る爲めでもないことは固よりである(Taylor, 1, §§ 399, 401, 409—415, II, §§ 1843, 1849; Hilbert, pp. 3, 105, seqq.; Philpson, pp. 517, 222, 226; Wills, p. 158; Watson, pp. 216, 217.)。

以上が自認に付ての二原則であるが、更に嘗て行はれた一つの原則に付て說明して置かう。

當事者の口頭又は書面による自認は、直接に爭點に置かれたるものか、從つて又之に對して辯明又は反證の機會なきものは、之を全部拒絕すべきであり、少くとも之に倚據することを得ないとのことは、原則として認められ、而して又、如何にしてこの原則が廢止せらるゝに至つたかを窺つて見たいと思ふ。抑も、一八五二年以前に於ては舊チャンセリー裁判所の制度としては、裁判前相手方の面前に於てゞなく、調査官(examiners)をして證人を訊問せしめ以て證據を聽取したのであつたから、原告が訴狀(bill)に於て、自己の立場を支持するために倚據しようと欲する被告の自認が、被告に依つて爲されたことを明かに主張しない限り、被告はかくして主張せられたる自認に對して自己の立場を辯明するの機會がないことになる。之と同樣に原告も亦被告に依つて原告に對し主張せらるゝ原告の自認は、被告の答辯書若くは反訴

之に依ると、當事者の口頭の自認又は申立(verbal declaration)にして申立書に依り直接爭點に置かれないもの、從つて又之に對して辯明又は反證の機會なきものは、之を全部拒絕すべきであり、少くとも之に倚據することを得ないとせられたのであつた(Austin v. Chambers (1837), 6 Cl. & F. 1; 49 R. R. 1.)。蓋し、かゝる狀況の下に於ては僞證を容易ならしむるものと考へられたからであつた。しかし乍ら、この原則は既に行はれぬものであることは前に述べた如くである。故に、私は如何にしてこの原則が認められ、而して又、如何にして廢止せらるゝに至つたかを窺つて見たいと思ふ。抑も、一八五二年以前に於ては舊チャンセリー裁判所の制度としては、裁判前相手方の面前に於てゞなく、調査官(examiners)をして證人を訊問せしめ以て證據を聽取したのであつたから、原告が訴狀(bill)に於て、自己の立場を支持するために倚據しようと欲する被告の自認が、被告に依つて爲されたことを明かに主張しない限り、被告はかくして主張せられたる自認に對して自己の立場を辯明するの機會がないことになる。之と同樣に原告も亦被告に依つて原告に對し主張せらるゝ原告の自認は、被告の答辯書若くは反訴

狀(cross bill)に於て原告に對し明かに主張せられぬ限り、原告は之に對して辯明するの機會を有せぬ譯である。斯の如き理由に基き、舊チャンセリー裁判所に於ては前示の如き原則を認め、當事者の口頭の自認は申立書中に直接爭點として置かれてをらぬものは、之を全部拒絶して證據と爲すことを得ず、又之に倚據することを得ないと云ふ原則が成立するに至つたのである。ところが、この原則は一八五二年 English Chancery Act (15 & 16 Vict. c. 86.)に依つて廢止せられた手續を基礎として成立してゐたものであり、近世の手續上に於ても之に相當するものはないのである。從つて、この原則は既に其成立の基礎を失つたものであるから、廢止せられたものと云はなければならない。而して、近世の訴訟手續に於て之に最も類似するものを求むるならば、恐らく次の如き手續上の規則であらう。卽ち、申立書若くは之に依つて提出することを要求せられた顚末書(particulars)(Cf. R. S. C. Ord. XIX. Annual.)の孰れかに於て、十分詳細に或る事項(例へば詐欺の如き)を主張する必要ある場合に於ては、かゝる申立書若くは顚末書の範圍內に在らざる證據は之を拒絶すべしとするのがそれである。而して、前示の原則は書面に依る自認に付ては適用がなかつたのであるが、しかし、其自認が申立書中に於て爭點に置かれてゐないと云ふ事實は、必然的に其信憑力を減ずることになるのである。之かゝる自認が證據として提出せられた當事者は、かゝる場合之に付て辯明する機會を有しなかつたからである(McMahon v. Burchell [1864], 2 Ph. 127; 64 R. R. (211); Crosbie v. Thompson [1847], 11 Ir. Eq. R. 401.)。

實質的緊要事實の陳述

次に、高等裁判所手續令の定むるところに依ると、各申立書には當事者が主張し若くは防禦する場合の執れたるとを問はず、倚據しようとする實質的緊要事實を要約せる形式に於て陳述すべく、又其陳述のみを爲すべきものであつて、其事實が證明せられんとする證據を包含すべきではない。而して、必要ある場合に於ては右陳述を各項に分ち、之に連續的に番號を附せなければならぬ。バリスターの署名は必しも之を要しない。けれども、申立書がバリスター又は申立書作成人(special pleader)に依つて作成せられたときは、之等の者はかゝる申立書に署名すべきである。若し申立書にして、之等の者に依つて作成せられぬときは、ソリシターに依り、又は當事者自ら訴を起し又は防禦の

緊要事實の簡明なる陳述

地位に立つ場合には其當事者に依つて署名せられねばならぬ(R. S. C. Ord. XIX. r. 4.)。そこで、以上の規定に付て省察して見ると左の如くである。

第一に或る事實を主張しようとする當事者は、申立書に於て當該事案に緊要なる關係に在る事實を簡明に陳述しなければならぬ(Cf. per Brett J., in Lord Hanmer v. Flight (1876), 24 W. R. at p. 347.)故に、事案を證明する法律若くは證據に付て陳述すべきではない(N. W. Salt Co., Ltd. v. Electrolytic Alkali Co., Ltd. (1913), 3 K. B. 425.)。從つて又、陳述せられた之等の事實を基礎として推斷せらるゝ法律に付ては、申立書に於て之を陳述する必要はないのである。故に例へば、原告は單に或る財産に付き權利あることを主張したり、又被告は或ることを爲すべき義務ありと主張したりすべきではない。何となれば、之等は事實と法律との混合せる結論に外ならぬからである。そこで、原告は其申立書に於て、自己の信ずるところに從ひ、原告をして右の權利を有せしむるものと思考する事實、又被告に於てかゝる義務若くは責任ありと考へらるゝ事實を陳述すればよいのである(Gautret v. Egerton (1867), L. R. 2 C. P. 371; 36 L. J. C. P. 191; 16 L. T. 17; 15 W. R. 638.)。之と同樣に被告も亦彼が防禦として倚據しようとする事實を主張すべきであり(R. S. C. Ord. XXI. rr. 1—3.)、又原告に依つて主張された事實に付て論ずべきである。

主張せらるゝ事實は緊要事實に限る

第二に以上の如くして主張せらるゝ事實は、事案に對する緊要事實でなければならぬし、又かゝる事實のみであらねばならぬ。然らば、如何なる事實がかゝる緊要事實であるかと云ふことは、勿論各場合の特殊な事情に依つて定るべき問題である。故に、被告が或る事實を知ること、被告に對する豫告、被告の意思等は場合に依つては緊要事實と爲り得るものである。而して又、被告の動機も時として緊要事實と爲ることもあるのである。當事者相互間の法律關係は一般に之を陳述すべきであり、又場合に依つては、時、場所、家系(pedigree)等に付ては、其詳細を陳述する必要がある(Cf. Palmer v. P. (1892), 1 Q. B. 319.)。一般に文書の正確なる文字は緊要なるものとせらるゝことはない。故に、たゞ簡明に其意義を陳述すれば十分であり(R. S. C. Ord. XIX. r. 21.)、又法律が有利なる推定を下す事實に付ては之が陳述の必要はないのである(R. S. C. Ord. XIX. r. 23.)。以上說明した如くであるから、或る事實を申立書に於て主張しようと欲する者は、其訴訟の現在の階程に於て緊要ならざる事實を陳述することは許されぬところである。故に、其後に於て、

緊要なる事實となるべきことを信ずる相當な理由があるとしても、固よりかゝる事實を陳述するを得ないのである。例へば、原告は停止條件の成就せられた場合の事實を陳述するの必要なく、却つて被告の側に於てこそ條件の成就せざることを主張するの必要が存するのである(R. S. C. Ord. XIX. r. 14; Cf. Ord. XIX. r. 25.)。

緊要事實が證明せらるべき證據に付き陳述し得ない

第三に申立書には緊要事實が證明せらるべき證據に付て陳述することを得ない。たゞ緊要事實の陳述のみに止らねばならぬ。爭點となれる事實を證明すべき總ての事實は、裁判上に於ては相互に牽連關係を有するものであらうが、申立書の目的上に於ては緊要事實と云ふことを得ない。Ld. Denman の言に從へば、或る事實に倚據しようと欲するときは、其事實を單純に主張するを以て十分とし、當該事實を證明するの方法たる從屬的事實、又は其主張を支持すべき證據等に付て陳述するのは、申立に於ける基礎的根本的原則であると云はねばならぬ(Williams v. Wilcox (1838), 8 A. & E. 331; Cf. Steward v. Gladstone (1878), 10 Ch. D. 626; 47, L. J. Ch. 423.)。

右に述べた如くであるから、現在に於ては禁反言原則に依るは格別、申立書中に相手方の自認に付き陳述することは正當ではないのである(Davy v. Garett (1878), 7 C. D. 473; Lumb v. Beaumont (1884), 49 L. T. 772.)(Taylor, 1. § 789a; Watson, p. 215; Anual Practice, pp. 341-3.)。

Slatterie v. Pooley 事件

(1) Slatterie v. Pooley 事件は既に先きにも引用してあるが、この事件の內容は左の如きものである。

原告は捺印證書に基き被告を訴へたのであるが、被告はこの捺印證書に依り原告に對し、更に他の捺印證書及び明細書(schedule)に於て定められた總ての債務に付き補償すべきことを約したのであつた。そこで、原告は債務に關する右捺印證書並に明細書を證據として提出したのであるが、適當に印紙が貼用してなかつた爲め認容されなかつたのである。こゝに於て、原告側の辯護士は問題たる債務に付て被告の爲したる口頭の自認を證據として提出したのであるが、それは前示明細書に記載されてをる債務と口頭で自認した債務とは全く同一のものであると云ふのであつた。ところが、かゝる證據の認容は反對されたのである。其理由とするところは、證書(written instrument)の內容は—しかも今の場合この證書は適當なる印紙の貼用を缺いてをるから、それ自身既に證據として認容出來ぬものである—如何なる種類の口頭證據を以てしても之を證明することは許されぬところである、と云ふのである。Gurney, B. もこの理由を相當とし巡囘裁判(nisi prius)に於ては原告の訴を却下した。ところが、エクスチエッカー裁判所に於ては遂にこの第

二の原則の確立を見たのであることは本文に於て述べた如くである。この原則は其後の多くの事件に於て踏襲されたのであつたが、勿論之に對して峻烈なる批判を下した裁判官もある。例へば Lawless v. Queale 事件(〔1845〕, 8 Ir. L. R. 382.) に於ける Lord Chief Justice Pennefather の如きはそれである。この事件は土地の使用及び占有回復の訴 (action for use and occupation)であつたが、原告側の證人の一人は被告に依る當該土地の占有を立證したる後、反訊問に於て契約書 (written agreement) の存在を承認したのであつた。そこで、裁判所は縱令被告が一定の地代を拂へる借地人なることを自認すると雖も、右文書即ち契約書を提出せねばならぬと判決したのである。

**Pennefather の見解**

この事件に於て前示 Pennefather の述べたところは大要次の如きものである。即ち、Slatterie v. Pooley 事件に於て確立せられたる原理は最も危險なるものである。之に依り、人は一萬磅の土地 (an estate of £10,000) を年毎に奪はれることゝなるであらう。即ち、證人又は共謀者 (conspirator) にして、被告が右土地に於ける利益を捺印證書に依り讓渡したと云へるを聞いたとか、又は其土地を賣渡擔保としたとか若くは其他の方法に依り擔保に供したと云へるを聞いたと宣誓する如き者に依り、祖先傳來の右土地を奪はれることになるであらう。かくして、前示の如く證人又は共謀者等の陳述に依り容易に土地が失はるゝことは詐欺に對する絶好の機會を與へることゝなるべく、この詐欺又は不正 (dishonesty) に對する誘惑に因つて、人は其土地を奪はるゝことがあるのである―と云ふのである。

**ベストの見解**

ベストは之に對し次の如き反對意見を述べてゐる。即ち曰く、「社會 (community) に於ける最も尊敬すべき又最も潔白なる人でも共犯者なりと僞れる者の不確定の證言 (unsupported testimony) に因り、殺人犯として死刑に處せらるゝこともあらうし又公然たる賣笑婦の不確定なる宣誓 (unsupported oath) に基き、强姦罪として懲役を言渡さるゝこともあらう。しかし乍ら、之を以て共犯者又は賣笑婦に依る證據の認容性に關する法律を變更すべき理由と爲すべきであらうか。或は又潔白なる人々は之が爲めに危險を感ずることであらうか」(Best, § 526.)。勿論ベストの云ふが如く右の如き種類の不確定なる證據は十分證據たり得ることは明かであつても、裁判官は之を以て滿全證據とは考へない (Cf. R. v. Stubbs 〔1855〕, 4 W. R. 85; R. v. Tate 〔1908〕, 2 K. B. 680; R. v. Barnard 〔1823〕, 1 C. & P. 88.)。從つて、裁判官が陪審員に對し共犯者の證據のみに基いて有罪の評決を爲すべきでないことを說示せざる限り、それは裁判官の義務の懈怠であるから、共犯者のかゝる證據のみに基く有罪の判決は破毀せらるべきである。更に、公然たる賣笑婦であらうが、之に對して强姦を爲せる場合には、其行爲は明かに犯罪を構成すること云ふまでもない。しかし乍ら、現在では陪審員は相手が賣笑婦である場合には、かゝる女子の性質に留意し、彼女の證據のみにては有罪の評決を爲すことを躊躇するであらう (Criminal Law Amendment Act, 1885; Bastardy Acts 參照)。右の如き次第であるから、ベストの主張するところは必しも誤りではないにしても、實際に於ては陪審員は裁判官の警告中に示さるゝところに從ふことゝなるのが普通であると云はねばならぬ。

そこで、Slatterie v. Pooley 事件に於て確立せられた原則は、改められねばならぬと云はるゝのである。勿論當事者が自認するところの事實は眞實なりと推定することは至極衡平であると云ひ得るであらうが、かゝる自認に付ての口頭證據は必しも眞實なりとは云ひ得ないのである。而して、一方に於ては裁判上の自認は裁判所が當該自認が眞實なりや否やを決定せねばならぬと云ふ理由に基き、之を適當に認容せしめ、以て證書の提出を不必要ならしめ、又人が其利益に反する陳述を爲したる場合には、それは正確(accurate)なりと推定することを得べきと共に、他方に於ては、若し彼をして證書の內容に關し相手方の陳述を聞きたることに付き、證據を提出することを許すとすれば、裁判所は更に一歩を進め、爲されたと主張せらるゝ前示陳述が、眞に爲されたるものなりや否やを決定すべき權能を有せねばならぬのは明かである。而して右の場合に於て、證書其者の提出と同樣に他の證據を認容し得るものとすれば、それは少くとも誤解を惹起することあるべく、場合に依つては、詐欺又は僞證をさへ行はしむることになるのである。一八五〇年の Boulton v. Peplow 事件(9 C. B. 493. に於て、判決錄の編者は次の如く云つてをるのである(Ibid., 501, n. e.)。即ち、「Slatterie v. Pooley 事件に從へば、當事者たる乙が見たところの文書の內容に關し述べたることに付き、甲の爲せる陳述は之を證據として認容することを得るものであるが、甲自身が自ら見たる文書に關する甲の陳述は、之を證據として認容することを得ないのである、縱令後者の場合に於ては、過誤(error)の機會は單一(single)であり、前者の場合に於てはそれは二重(double)であるにしても」と。そこで、文書の證明は證人が裁判所に出頭し、文書其者を提出することに依つてのみ行はるゝものとするのが、より安全なる規則であるとせらるゝのである。勿論文書に依る通知(written communication)と共に、之と同一內容の口頭に依る通知(verbal communication)存する場合に於てはかゝる口頭通知は獨立の證據として認容することを得るものであるが、之は文書の內容を證明するが爲めではなく、又內容其者に代るべき爲めでもないのである。例へば、金錢の支拂は受取證が存する場合であつても、口頭證據に依り之を證明することを得べく、或は又債務の自認は、其辯濟に付ての契約書が存する場合であつても、口頭證據を以て之を證明し得るが如きである。而して、當事者が文書を有する場合には、之が提出を强制すべきである。何となれば、かゝる文書は或は其方式の闕缺に因り、又或は貼用印紙の不足に因り、無效なることがあり得るからである。要するに、最上證據則(best evidence rule)が適用せらるべきものであるとされるのである(Watson, pp. 275, 276, Wigmore, Select Cases, pp. 441—3; Powell, p. 384.)

## 第三目　代理人其他の者に依る自認

一般に或る者に依つて爲されたる自認は、他の者に對して自認の效力を生ずるものではない。從つて又、或る者が或る資格に於て爲したる自認は、其者

が他の資格に於て爲したることに對する證據となし得るものではないのである(Legge v. Edmonds (1856), 25 L. J. Ch. 125; 4 W. R. 71; 26 L. T. 117; 20 J. P. 19.)。

法律上同一視せらるゝ者の間に於ける自認

ところが、法律上同一視せらるゝ者の間に於ては、一方の自認は他方に對しても其效力を有することになるのである。私は以下に於てかゝる場合の夫々に付て考察吟味することにしよう(Hibbert, p. 24.)。

代理人に依る自認

第一には代理人に依る自認である。代理人が其權限内に於て第三者に對し爲したる自認は、本人に對して效力を有するものである。從つて、Qui per alium facit, per seipsum facere videtur (他人に依つて或ることを爲したる者は自身之を爲したる者と看做さる)又は Qui facit per alium facit per se (他人に依つて或ることを爲したる者は自ら之を爲す者である)などゝ云はるゝのである。代理關係は明示の授權に因つて發生することは固より、默示の授權に因つて生ずることもあり、又一般的事項に付き若くは限定せられたる特種の事項に付て行はるゝこともあるのである。代理人の自認は原證たるの性質を有するものであつて、傳聞證據たるものではない。

民事に於ける自認

先づ民事の場合に付て考察して見ると、代理人の行爲、契約、陳述等は之が本人の明示又は默示の授權の下に行はれたるとき、又は本人に依つて追認せられたるときは本人に對して其效力を生ずるものである。そこで、本人の爲めに其營業を爲す代理人は、普通の方法に於て當該營業を行ふことに付ては默示の授權あるものとせらるゝ。而して、かゝる場合に於て其營業を遂行する上に必要と思考せらるゝものは、其營業の性質及びかゝる營業に從事する者の間の慣行等に依つて決定せらるべき問題である。從つて、何が營業の目的上必要とせらるゝかに付ては、之を決定すべき前示二個の標準に付ての證據を認容し得るものである(Re Cunningham (1887), 36 Ch. D. (582; 57 L. J. Ch. 169; 58 L. T. 16.)。代理人が權限内に於て爲したる行爲であれば、それは本人を拘束すること既に述べた如くであるが、右の場合に於て代理人の行爲が本人の明示的指圖に反してをるとき、詐害的であり又代理人個人の利益を目的としたるとき、過失ありたるとき、若くは惡意あるときと雖も本人を拘束することになるのである(Watteau v. Fenwick (1893), 1 Q. B. 364; 5 R. 143; 67 L. T. 831; 41 W. R. 222; 56 J. P. 839; Lloyd v. Grace (1912), A. C. 716; 81 L. J. K. B. 1140; 107 L. T. 531; 56 S. J. 723; 28 T. L. R. 547; Penny v. Wimbledon U. D. C. (1899), 2 Q. B. 72; 68 L. J. Q. B. 704; 80 L. T. 615; 47 W. R. 665; 63 J. P. 406; Fitzsimons v. Duncan (1908), 2 Ir. R. 438, 513; Citizens' Co. v. Brown (1904), A. C. 423; 73 L. J. P. C. 102; 90 L. T. 733; 53 W. R. 176; 20 T. L. R. 497.)。而して、代理人の行爲が代理權の範圍内なり

や否やは陪審員の決定すべき問題に屬するのであるが、代理人の行爲が明かに權限外なることに付き何等の疑の存しないときはこの限りではない。

刑事に於ける自認

次に、刑事の場合に付て考察して見ると Nemo reus est nisi mens sit rea（何人と雖も犯意有るに非んば有罪とならず）と云はるゝ如く、一般に何人と雖も他人の行爲又は陳述に對して、刑法上の責に任ずるものではない。尤も、之等の行爲又は陳述を爲すことを明かに命令し、又は之等を爲すことに付き明かに同意を與へたる場合はこの限りではない（Mousell v. L. & N. W. Ry. Co. [1917], 2 K. B. 837; 81 J. P. 305; 15 L. G. R. 708.）。ところが、この原則に對しては或る種の例外が認められるのであるが、かゝる場合に於ては、各種の營業を爲す上に於て其代理人、雇人、又時としては全然之に關係のない者に依つて行はれた準犯罪行爲（quasi-criminal act）に對しては、本人が其責に任じなければならぬ（Parker v. Alder [1899], 1 Q. B. 20; 68 L. J. Q. B. 7; 79 L. T. 381; 47 W. R. 142; 62 J. P. 772; 19 Cox C. C. 191.）。而して、この場合は本人はコンモン・ローに依つて處罰せらるゝのである。或は往々にして取締法規（regulative statute; by-law）に依つて處罰せらるゝのである。

代理權に關する證據

民事及び刑事に於ける代理關係は大體右の如くであるが、私は更に代理權に關する證據に付て一言することゝする。代理權の付與に付き明示又は默示の場合が有り得ることに付ては既に述べた如くであるが、明示に依る授權の場合には、或るものに付ては、かゝる授權は書面又は捺印證書に依つて行はれねばならぬものがある。而して、默示に依る場合には或る者を自己の代理人として取扱ふ行爲から、代理權の存在を推側せらるゝものである。特別代理人は其代理權の範圍内に於ける行爲を如何に多く行ふと雖も、以て一般代理人たることを得ないものである。所謂 public agency（之に付ては Phipson, p. 105 以下を參照せられたい）の場合には、其資格に於て行爲を爲すことが、其代理權の存在十分なる證據となるのであるが、所謂 private agency（之に付ては Phipson, p. 107 以下を參照せられたい）の場合には、本人の授權ありたることを證明するに非んば、一般に代理人の行爲又は陳述は本人に對し何等の證據とならぬものである。代理人の代理權は、法律に依り又は慣習に依り制限せらるゝことがある（O'Neill v. Dreelan [1914], 2 Ir. R. 41; Baines v. Ewing [1866], 35 L. J. Ex. 194; L. R. 1 Ex. 320; 4 H. & C. 511; 14 L. T. 733; 14 W. R. 782; 148 R. R. 751.）。而して、代理人が第三者と書面を以て契約を爲し、代理關係の存在を其書面中に表示せざるときは、口頭を以て之を證明することを得る。又、代理權の範圍

外の行爲は本人の追認あるに因つて、本人に對して效力を有することゝなるのは既に說明した如くである。

過去の行爲に關する代理人の陳述

代理人の陳述は過去の行爲(例へば取引の如き)に關しては、之を認容すべからずと云はるゝことがある。而して、其理由とするところは、普通に代理人の陳述は所謂 res gestæ の一部を構成しなければならぬとせらるゝところに、其基底を置くやうに思はるゝのであるが、かゝる見解は到底之を正當視することを得ない。この場合に於ける res gestæ の意義は單に營業 (business) と云ふことを表示するに過ぎない。而して、其營業に於ては法律は本人と代理人とを同一視するのであるから、代理人の陳述は res gestæ の一部を爲さねばならぬと云はるゝ場合の res gestæ は、之を證據法上の意義に解すべきではない。卽ち、苟も代理人の陳述にして本人の營業に關する限り、又其營業を遂行する上に於て爲されたる限り、かゝる陳述が過去又は現在の孰れの事項に關するかは之を問はざるものと云ふべきである(Phipson, p. 239; Curtis, §§ 281, 282.)。

代理人の報告

次に、代理人の報告 (report) に付て一言すれば、代理人が本人に對して爲したる報告は本人の爲めの證據ともなることなく、又自認として本人の不利益となるものでもない(Turner v. Hutchison (1886), 3 L. T. 815; 124 R. R. 844; Splents v. Lefevre (1863), 11 L. T. 114; 16 Jur. 62; *Re* Devala Co. (1883), 52 L. J. Ch. 434; 22 Ch. D. 593; 48 L. T. 259; 31 W. R. 425; *Re* Djambi Rubber Estates (1912), 107 L. T. 631; 57. S. J.; 48; 29 L. T. R. 28; Swan v. Miller (1919), 1 Ir. R. 151.)。しかし乍ら、本人にして其報告中の陳述を認用(adopt)したるときは、其陳述は本人に對する證據となるべく、又本人にして代理人の報告に對し返書を認めたるときは、當該返書は代理人の陳述の說明として之を認容することを得るものである(Djambi Rubber Estates Co., (1912), *supra*; Coats v. Bainbridge (1828), 6 L. J. C. P. 220; 5 Bing. 58; 2 Moo. & P. 142.)。

代理人の陳述を認容することは、代理人は法律上本人と同一視せらるゝところに其基底を有するものであるから、代理人にして陳述を爲すの權限を有する限りに於てのみ、代理人の陳述は本人に對して效力を有するものである。從つて、代理人の陳述乃至行爲は未成年者たる本人に對して拘束力を有すべきものではない。蓋し、未成年者は自身代理人を定むることを得ないからである(Phipson, pp. 85–7, 239; Taylor, I. §§ 602, 605; Best, § 531; Watson, p. 216; Powell, p. 378; Hibbert, p. 24; Stephen, art. 18; Curtis § 276 sqq; Ranchhoddas & Thakore, p. 51.)。

私は以上に於て代理人の自認に付き其大體を說明したのであるが、以下に於ては各個の場合に付き、其主なるものゝ說明を試みることゝしよう。

會社と其役員との關係

**一　會社と其役員との關係**　會社の取締役は業務の遂行上第三者との關係に於ては、會社の爲めに自認を爲すことが出來る(Meux's Executors' Case (1852), 2 De G. M. & G. 52.)。故に、この場合には取締役の自認は卽ち會社の自認としての效力を生ずることになるのである。しかし乍ら、株主總會に於ける取締役の演說、定足數に滿たざる取締役會(board meeting)の席上に於ける取締役の自認は、之を認容することを得ざるものであり、又會社の祕書役(secretary)は會社に對する自認を爲すこと能はざるものである。又、株主の自認は其如何なる目的に於て爲されたるものなるを問はず、決して會社を拘束する效力を有し得るものではない。たゞ祕書役は、原則として自認を爲し得ぬこと右に述べた如くであるが、取締役に依つて自認を爲すことを明示的に命ぜられ、之に基いて爲したる場合は固より別問題である(Components Tube Co. v. Naylor (1900), 2 Ir. R. 1; Ridley v. Plymouth Banking Co. (1868), 17 L. J. Ex. 252; 2 Ex. 711; 19 Jur. 542; 76 R. R. 742; Bruff v. G. N. Ry. Co. (1858), 1 F. & F. 344; 115 R. R. 918; Barnes v. Pennell (1849), 2 H. L. C. 497; 13 Jur. 897; 81 R. R. 244.)。以上說明したる如く、取締役は會社の代理人として自認を爲し得るものであるが、このほか之と同樣なる理論に依り銀行のマネーヂャー、驛長等の自認が夫々銀行、鐵道會社等に對して效力あるものとされてをるのを始めとして、種々の場合にこの理論が適用せられてをるのである(Phipson, pp. 240, 241; Wills, pp. 164–7; Powell, p. 379.)。

商人と其店員

**二　商人と其店員**(trader and shopman)　店員が其營業遂行上の普通狀態に於ける範圍內の事項に付て爲したる自認は、其雇主に對して證據たり得るものである。例へば、商品の受領の如きがそれである。しかし乍ら、營業遂行上の普通狀態の範圍外に屬する事項に付ては、店員の自認は雇主に對して何等の效力を及ぼすものでないことは云ふを俟たざるところである。故に、例へば質屋の店員が特殊の條件を以て貸金を爲したる場合に付ての店員の自認は、之を雇主に對する證據として認容すべきものではない(Garth v. Howard (1832), 1 L. J. C. P. 129; 8 Bing. 451; Moo. & S. 628; 5 C. & P. 346; Phipson, p. 211; Wills, p. 161; 34 R. R. 753.)。

地主と其代理人

**三　地主**(landlord)**と其代理人**　土地管理人(land-agent)又は地代取立人(rent-collector)の自認は、地代の受領を證明する爲めの證據と爲るものである。しかし乍ら、地主の權利を證明するが爲めには、かゝる自認は之を認容することを得ない(Ley v. Peter (1858), 27 L. J. Ch. 293; 3 H. & N. 101; 6 W. R. 357; 30 L. T. 367; 117 R. R. 600.)。又、土地が二人以上の者に屬し、其所屬部

分が生籬及び溝渠に依つて區劃せられて居る場合には、其生籬は一應溝渠の存せざる部分の土地の保有者に屬するものと推定せらるゝのであるが、若し溝渠が兩側に存在してをるときは、生籬の所有權は之を證據に依つて確定せねばならぬことになつてをるのである。そこで、Henniker v. Hoard 事件(1901, 90 L. T. 157.)に於ては溝渠の存在する部分の土地保有者が、殆んど五十年間も生籬や樹木の手入を爲し又溝渠の掃除をしてをつたと云ふ證據は、未だ以て前示の推定を覆すに足るものではないとせられたのである。蓋しかゝる行爲は其生籬の推定上の所有者は何人なるかを知つて爲したと云ふ證據が無かつたからである。彊界線上の生籬に付ては右の如き次第であるが、かゝる生籬の所有權が爭點となつてをる場合に、之に關して土地管理人又は地代取立人の爲したる自認は、勿論之を認容することを得ないものである(Phipson, p. 241; Taylor, I, § 120, p. 181, n. (f).)(1)。

荷送人及び荷受人

**四　荷送人(委託者)(consignor)及び荷受人(受託者)(consignee)**　荷送人が貨物の運送上に於ける過失に對して、船舶所有者を訴へたる場合には、其結果に付て實質的利害關係を有する者は荷受人であるから、荷送人が爲したる、貨物は適當に又指圖に從つて積載したと云ふ自認は之を認容することを得べく、而して、荷送人に對しても其自認として效果を及ぼすものである(Bauerman v. Radenius (1798), 7 T. R. 653; 2 Esp. 653.)。次に、甲が其製品の積込並に外國に於ける販賣方をイギリスに於ける乙代理店に委託したるとき、其代理店の外國に於ける取引先(correspondent)に依つて作成せられたる賣上勘定書(account sales)は賣却に因つて取得した價額の一應の證據たるべしと云ふことは、荷送人に依る當該委任契約中の默示條項を爲すものと解すべきや否やは問題とせらるゝところであるが、刑事訴訟に於ては、外國からの所謂送狀は其內容の眞實たることに付ての、證據となるものではないとせらるゝのである(Smith v. Blackey (1867), 36 L. J. Q. B. 156; L. R. 2 Q. B. 326; 8 B. & S. 164; 15 W. R. 492; R. v. Barker (1915), 11 Cr. App. R. 191. Philpson, p. 241; Wills, pp. 95, 172.)。

船舶所有者及び船員

**五　船舶所有者(shipowner)及び船員(ship's officesrs)**　船長は航海日誌(official log-book)、船用航海日誌(ship's log-book)、海難報告書(protest)等に於て自認を爲したるときは、船舶所有者に對し效力を有することになるのである。又、船長が第三者に對して爲せる通信若くは第三者との會話中に爲せる自認も、等しく船舶所有者に對して效力を及ぼし得るものであらうとせらるゝのである(The Midlothian

(1851), 15 Jur. 805; The Manchester (1859), 1 W. Rob. 62; The Europa (1849), 13 Jur. 856.)。そこで、例へば衝突した船舶の一方の船長が他方の船長に對し「大失敗であつたが致し方がない。本船が相手の船舶に非常に接近して始めて之を認めたのであるから」と云ふやうな陳述を爲した場合、船長は其當時甲板上にをらなくて單に傳聞に基いて右の如く述べたとしても、それは船舶所有者に對する證據たり得るのである(The Actæon (1853), 1 Sp. 176.)。　次に又、Hannen は船長が船舶所有者に對し衝突の事情を報じた書簡も、船舶所有者に對する證據として認容すべきものとしてゐる。而して其理由とするところは、航海の狀況を報告するのは船長の一つの義務なりとするに在る。勿論この場合に於ても、右書簡中に表示せられた船長の意見の如きは、之を認容すべきではないとしてゐるのである(The Solway (1885), 54 L. J. P. 83; 10 P. D. 137; 53 L. T. 680; 34 W. R. 232; 5 Asp. M. C. 482.)。　しかし乍ら、この見解は既に述べた如く、報告は自認となるものではないと解すべきであるから、正當なりと云ふことを得ないであらう(Taylor, L. § (63 は Hannen の見解と同趣旨である。が Phipson p. 244 は之に反對なるものである)。船長以外の船員卽ち海員(officers and crews)は、航海日誌、船用航海日誌、機關日誌(engineer's log-book) 等以外に於ては船舶所有者に對する自認を爲し得るものではない。水先案内人は一般に船舶所有者に對する自認を爲すことが出來ぬものとせられてゐる(The Solway (1885), *supra*; The Earl of Dumfries (1885), 54 L. J. P. 7; 10 P. D. 31; 51 L. T. 6; 3 Asp. M. C. 312; The Schwalbe (1859), Sw. 62; (1860), 14 Moo. P. C. 241; 134 R. R. 44; The Mellona (1846), 10 Jur. 992; 3 W. Rob. 7; The Lord Seaton (1845), 9 Jur. 603; 2 W. Rob. 201.)。

以上に於て說明せる如く各種の日誌又は海難報告書の記載事項は之を自認として認容し得るのであるから、船舶所有者に對する證據となり得る譯であるが、船舶所有者の利益の爲めの證據とはなり得ないのである(The Singapore (1866), L. R. 1 P. C. 378; 4 Moo. P. C. 271.) (Phipson, p. 244; Tregarthen, p. 38.)。

夫及び妻

**六　夫及び妻**　妻の代理權に付ては既に說明した(一二三參照)。妻は妻たるの故を以て、其自認は當然に夫に效力を及ぼすものではない。たゞ妻が夫の代理人と爲りたる場合に於ては、其權限内にありてのみ夫に對する自認を爲し得るものである。そこで、妻の代理權は夫婦關係と云ふことから、法律の作用に因つてのみ當然發生するものとは限らない。それは一個の事實問題として他の代理權の問題と同樣、陪審員に依つて決定せらるべき性質を有してをるのである。何となれば、夫婦關係は其性質上又は其相互の親密程度からして

特殊の事情の下に在る者とは云へ、之に適用せらるゝ法律上の根本原則には何等特殊なるものが存しないからである。妻が夫に依り明示的に代理權を付與せらるゝ場合の存することは云ふまでもないが、自認に付ての問題の多くは殆んど默示の場合である。而して、或る狀況から妻の代理權の存在を推斷することに付ては代理の事實及び自認の時期の兩者に關し、陪審員は之を決定するの自由を、大なる範圍に於て有してをるのが常であつた。卽ち、例へば夫の營業に付て其會計室卽ち帳場に於て、夫の營業上の特定取引に付ての業務を行つてをることが二度見られたと云ふこと、又一度は監督者に對して妻自身命令を與へてゐたと云ふやうな事情から、夫のかゝる營業上の右特定取引に關しては、妻は他より通知又は指圖を受ける權限あるものと推斷することを相當なりと考へられたのであつた(Plimmer v. Sells (1834), 3 N. & W. 422.)。　ところが、其後に至つて陪審員のかゝる自由なる推斷範圍に付ては、愼重嚴密に考慮しなければならぬとせらるゝやうになつたのである。故に、例へば夫が其不在中自己の營業を妻に爲さしめたやうな場合に、其營業に關する商品の受領又は之に對する金錢の支拂の如き、所謂營業遂行上の普通狀態に於て妻の爲したる自認は夫に對する證據となるものであるが、妻が以上の場合に於て家賃の金額に付き自認を爲すも、之は勿論當該營業の範圍外の事項に屬するものであるから、夫に對する證據としては認容し能はざるものと解せらるゝに至つたのである(Meredith v. Footner (1848), 12 L. J. Ex. 183; 11 M. & W. 202; 63 R. R. 581.)。



次に、通常妻に依つて行はるゝ事項に付ては、妻の之に關する自認は夫を拘束するものであると解すべきであるから、この種の妻の自認は認容すべきである。例へば、妻が其子の乳母に一週幾志支拂ふべしと約したることに付ての自認の如きはそれである。ところが、夫の口頭誹毀を證明するがための妻の自認は、之を認容することを得ないとせられたのである(Tait v. Reggs (1905), (Phipson, 2 Ir. R. 525, pp. 241, 242; Taylor, I. § 771.)。

## 七　辯護士(barrister; solicitor)

辯護士が訴訟依賴人の代理人として自認を爲し得ることに付ては既に說明したところであるから(一六六頁以下參照)、こゝに再び之を述べない。

組合員及び連帶債務者の自認

第二には組合員(partners)及び連帶債務者(joint-contractors)の自認である。數人が結合して共同の事業若くは計畫を遂行するやうな場合には、其結合關係は通常組合であるが、組合に於ては組合員相互間には、其組合の目的の爲めには代理關係が存在するものとせらるゝのである。從つて、組合員中の或る者が組合事項に關し、又は組合業務遂行上の通常狀態に於て自認を爲したとすれば、それは他の組合員に對して證據と爲るものである(2)。

組合員又は連帶債務者の自認を認容し得る爲めの要件

連帶債務者中の或る者に依り連帶債務に關して爲されたる自認に付ても同樣、他の連帶債務者に對して證據となり得るもので、この場合債務者全體に對し訴を提起せられたると、將又各別に訴を提起せられたるとを問はぬのである。

斯の如く、組合員又は連帶債務者の自認を認容し得るが爲めには次の要件を必要とする。

共同利害關係の存在

其一は共同の利害關係(joint interest)の存在である。從つて、其利害關係が單に共通(common)であると云ふ程度のものでは、未だ以て十分なりと云ふことを

保證債務

得ない。例へば、手形が裏書讓渡せらるゝ場合の各被裏書人は、共同利害關係を有してをる者と云ふことを得ないのであるから、被裏書人中の一人が爲したる自認は、他の被裏書人に對して何等の效力を及ぼし得るものと云ふことは出來ぬ。勿論、被裏書人が共同被裏書人(joint indorsees)である場合はこの限りではない。次に又、共同被告(co-defendants)のうちの或る者がたゞ共同被告として爲したる自認は、他の者に對して何等の效力を及ぼすものではない。何となれば、被告相互間に於ては何等共同の爭點が存在しないものであり、又反訊問の機會も存しないからである。更に又、共同被告間に於ける文書に付ての自認であつて、之に付ては原告は何等の關係なきもの卽ち當事者たる關係に在らざるものは、原告に對する證據と爲し得ないものである(R. S. C. Ord. XXXII. r. 2; Dodds v. Tuke [1884], 53 L. J. Ch. 598; 25 Ch. D. 617; 50 L. T. 320; 32 W. R. 424.)(3)。

次に、保證債務の場合に付て考察して見ると、主たる債務者の自認は保證人に對する訴訟に於て之を證據として認容し得るや否やの問題がある。勿論總ての場合之を認容し得ないと云ふ譯でもないが、寧ろ認容し得る場合は僅

少なりと云はねばならぬ。卽ち、主たる債務者の陳述にして、保證人が拘束せらるゝ行爲(transaction)が爲されてをる間に行はれたるものであつて、しかも res gestæ の一部を構成するものに付ては、右の陳述を主たる債務者の自認として保證人に對する證據と爲し得るものである。其他の場合に於ては、主たる債務者の單なる自認は保證人に對する證據として認容することを得ない。何となれば、保證契約は保證人と債權者との間の契約であるから、主たる債務者と保證人との間には所謂相互關係(privity)が存在しないからである。故に特約のなき限り、主たる債務者に對して與へられたる判決又は仲裁判斷は保證人を拘束するものではない。從つて、債權者が保證人に對して訴を提起しても、之等は保證人に對する證據とはならぬのである(*Ex p.* Young, *re* Kitchen (1881), 17 Ch. D. 668; 50 L. J. Ch. 824; 45 L. T. 90.)。ところが、アメリカに於ては保證人の自認は保證人並に主たる債務者の兩者に對して、證據となり得るものとせられた(Chapel v. Washburne (U. S. A.), 17 Ind. 393.)。

共同利害關係の存續中及び共同利害關係に關して爲されること

其二は共同利害關係の存續中及び共同利害關係に關して爲されねばならぬことである。從つて、例へば組合員が組合成立以前又は解散以後に爲した

る自認は、他の組合員に對して證據となり得るものではない。尤も解散以後の場合に於て、組合員の共同責任が未だ消滅しないときはこの限りではない。而して、かゝる場合には共同利害關係が未だ消滅しないものと看做さるゝのである(Tunley v. Evans (1885), 14 L. J. Q. B. 116; 2 D. & L. 747; 69 R. R. 877; Parker v. Morrell (1848), 17 L. J. Ch. 226; 2 Ph. 453; 2 C. & K. 59; 12 L. T. 1; 12 Jur. 233; Pritchard v. Draper (1830–34), 1 Russ. & M. 191.)。

組合員又は連帶債務者の自認は自己に對するものとしては格別、組合又は連帶債務の存在を證明するが爲めに之を認容することは出來ぬものである。故に、例へば共同利害關係の存在が爭點となれる場合には、之を證明するにはかゝる利害關係を有すとせらるゝ者の自認に依つて爲さるゝものではなく、他の別個の證據に依つて其事實を證明せねばならぬものである。從つて、數人を組合員として訴を提起しようとするとき、其中の一人が組合の事實に付て自認を爲すも、之を以て他の者に對し組合其者を證明する證據として認容することは出來ぬ。故に、組合それ自體に付ては別個の證據を以て十分に其存在を證明したる後、始めて組合員の一人の自認を他の者に對して證據として認容し得る次第である(Nicholls v. Dowding (1815), 1 Stark. 81; 18 R. R. 746; Gibbons v. Wilcox (1817), 2 Stark. 43; アメリカの例としては Van Reimsdyk v. Kane (1813), 1 Gall. 635; Harris

出訴期間法と共同利害關係を有する者の自認

v. Wilson [1831], 7 Wend. 57; Burgess v. Lane [1824], 3 Greenl. 165; Dutton v. Woodman [1852], 2 Cush. 225, 260.)。組合員の一人が他の組合員(firm)を詐害するが爲めに自認を爲し、しかも其自認は當該組合員と其相手方との共謀に依つて行なはれたときは、他の組合員に於てかゝる事實を證明したる場合には、裁判所は斯の如き自認を認容することを拒絶するものである。從つて、組合員の一人が組合の業務に付き虚僞の陳述たる自認を爲すも、當該組合員が之に付き相手方と共謀しない以上、それは他の組合員に對し證據として認容し得るものである(Farrar v. Hutchison [1839], 9 A. & E. 641; 1 P. & D. 437; 2 W. W. & H. 105; 8 L. J. Q. B. 107; Rapp v. Latham [1819], 2 B. & Ald. 795; 21 R. R. 495; Partnership Act, 1890, 53 & 54 Vict. c. 39, s. 15.)。

以上に於て述べた如く、共同利害關係を有する者の間に於ては、かゝる共同利害關係に關する或る者の自認は他の者に對して證據と爲るのであるが(共同不法行爲の場合は別である(3)參照)、この原則に付ては所謂出訴期間法(Statutes of Limitation)と關聯して考察すべき問題がある。先づ連帶債務の場合から考察して見ると、單純契約に基く訴訟が出訴期間法に依つて阻止せられたるとき、其債務を復活せしめんとする場合には、當該債務の承認は之を承認せんとする當事者卽ち債務者又は其代理人の署名ある書面に依らねばならぬが右の方法に依つて當該債務を承認しても、之に依つて他の債務者又は代理人理人は出訴期間法に依り享受する利益を喪失するものではない。換言すれば、當該債務を復活せしめんとする連帶債務者の一人又は其代理人に依りて爲されたる債務の承認は、他の債務者又は其代理人を拘束する效力を生ずるものではないのである。又、連帶債務者中の或る者が元金、利息、其他の金錢を債權者に對して支拂ふことあるも、之に依つて他の債務者は前と同樣出訴期間法の利益を喪失するに至るものではない(前揭、Statute of Frauds Amendment Act, s. 1; Mercantile Law Amendment Act, s. 14 參照)。次に、組合の場合を考察して見ると、之は連帶債務の場合とは稍其趣を異にしてをるものである。卽ち、各組合員は反證の存せざる限り、債務の承認を爲し又は一部履行を爲す上に於ては、他の組合員の代理人なりと推定せらるゝのであるから、組合員は連帶債務の場合と異り出訴期間法の利益を享受し得ないのである(Goodwin v. Parton [1880], 42 L. T. 568; Watson v. Woodman [1875]; 45 L. J. Ch. 57; L. R. 20 Eq. 721; 24 W. R. 47.)。そこで、かゝる代理關係が組合の解散後なほ繼續するものなりや否やの問題は、各個の具體的場合の狀況に

(Statute of Frauds Amendment Act, 1828, 9 Geo. 4, c. 14, s. 1.); (Mercantile Law Amendment Act, 1856, 19 & 20 Vict. c. 97, s. 13.)。

從つて決定せらるべき事實問題である。要するに、組合の場合には組合員間に代理關係の存在するものとせらるゝ結果、組合員中の一人の爲したる債務の承認は、他の組合員に對しても其效力を及ぼすことになるのである(Phipson, pp. 236, 237; Powell, p. 376, Taylor, L. §§ 598–601, 749, 753, 785, 786, p. 490, n. (c); Ibid., 11th ed., p. 528, n. (x); Watson, p. 218; Annual Practice, p. 546; Ranchhoddas & Thakore, p. 54.)。

事實上の當事者及び名義上の當事者の自認

第三には事實上の當事者(real party)及び名義上の當事者(nominal party)の自認である。先づ事實上の當事者と云ふのは訴訟の目的に付き實質的利害關係を有する者であるが、訴訟上當事者として現れてをる者ではないのである。そこで、法律はかゝる場合に於ても事實上の當事者に相當の重點を置き、斯の如き者の自認をして名義上の當事者、卽ち實際訴訟上に當事者として現れてをる者の自認と同一效果を有せしむるものである。從つて、名義上の當事者は事實上の當事者の自認に依りて影響せらるゝことになるのである。けれども、斯の如き自認は事實上の當事者が眞に利害關係を有する間に爲されたるものでなければならぬ。又、かゝる自認は事實上の當事者の利害關係が關する限りに於てのみ、之を認容することが出來るものである。故に、例へば受益者(*cestui que* trust)の自認は其利害關係が同一なる範圍內に於ては受託者に對する證據となるものである(Harrison v. Vallance (1822), 1 Bing. 45; 7 Moo. 304; Doe v. Wainwright (1838), 8 A. & E. 691; 7 L. J. Q. B. 222; 3 N. & P. 598; 47 R. R. 705; May v. Taylor (1843), 12 L. J. C. P. 314; 6 M. & G. 261; 7 Jur. 515; 61 R. R. 778.)。

次に、妻と受託者との關係に付て一言すれば、妻の爲めの受託者が訴を提起し若くは提起せられ、其相手方が妻以外の者(stranger)なるときは、妻の自認は一般受益者の自認と同樣受託者に對して證據となり得るものである。而して相手方が夫である場合に於ても、妻の自認は原則として妻の證言(*viva voce* testimony)と同一範圍に於て夫の爲めに認容せらるべきものであらう。從つて、別居證書(separation deed)に基き妻の爲めの受託者から夫に對して未だ支拂はれない扶養料を請求する訴を提起したるとき、夫は妻の姦通の事實を以て抗辯したやうな場合に於て、妻が自己の犯罪行爲(criminal misconduct)に付て爲せる自認の證明は之を認容して妨なきものと云ふことが出來よう。尤も、この點に付ては以前は反對の見解が採られてゐた(Scholey v. Goodman (1823), 1 Bing. 349; 2 L. J. (O. S.) C. P. 11.)。以上の如く信託關係に付ての外、なほ種々なる場合があるのである。例へば、船長が傭船契約に基き船舶所有者の爲めに傭船者に對し訴を

提起した場合に、被告たる傭船者は船舶所有者の自認を證據として提出し得るが如きは其一つである(4)。

今迄述べて來たところは、事實上の當事者の自認が名義上の當事者に對し其效力を及ぼす場合であつたが、之と反對に、名義上の當事者の自認も亦事實上の當事者に其效力を及ぼすものである。例へば、受託者の自認は其資格を保持する間に爲されたものであるならば、受益者に對して證據となり得るが如きである。更に、未成年者に付て考察して見ると、未成年者は訴訟上自認を爲し以て自己を拘束する事を得ない(R. S. C. Ord. XIX, r. 13; Cf. Ord. XXVII, r. 11, Ord. XXXII, r. 6.)。或は未成年者の訟訟上の代理人(未成年者が原告なるときは next friend.被告なるときは guardian *ad litem.*)の自認も亦、同樣に未成年者に對して之を認容することを得ないものである。蓋し、之等の者は縱令訴訟上の當事者從つて又名義上の當事者ではあるけれども、裁判所に依つて未成年者の利益保護の爲めに任命せられたる者に過ぎぬからである(5)。しかし乍ら、未成年者及び其訴訟代理人は質問書、文書の提出等に付ては一般の規則に從ふべきである(R. S. C. Ord. XXXI.)(Phipson, pp. 290—2; Taylor, 1 § 756; Wills.)。(rr. 29, 15. pp. 172, 173; Stephen, art. 17; Hibbert, p. 25.)

前權利者の自認

第四には前權利者(predecessors in title)の自認である。財產を有する者が其財產に關する權利に付て制限を爲し、又は之に直接影響を及ぼすが如き陳述を爲したるときは、之を以て自認とし其後に當該財產上に權利を取得したる者に對する證據となるのである。斯の如く、一方の自認が他方の證據として認容せらるゝのは、兩者間の利益が同一視せらるゝからである。換言すれば、之等兩者間に所謂 privity が存在するからである。從つて、この意義に於ては既に第二のところで述べた場合と其根本精神を同じうするものであらう。

privity

然らば、privity とは如何なることを意味するかと云ふに、之は同一財產權 (the same right of property) に關する相互的若くは承繼的關係を指示するものである。而して、この關係は之を三つに分つことが出來る。卽ち其一は土地相互關係(privities in interest or estate)、其二は血緣相互關係(privities in blood)及び其三は法律相互關係(privities in law)がそれである(6)。

右の如く、この種の自認は利益の同一性と云ふところに其基底を有するのであるから、前權利者の陳述は同一視せらるゝ利益の繼續中に於て爲されね

ばならぬことになるのである。從つて、前權利者が財産、身分若くは利益を有し、之あるが爲めに陳述を爲す資格ある間に自認を爲すべきであつて、若し彼にしてかゝる財産、身分乃至利益を喪失するに至つた後に於て自認を爲すも、それは前權利者の自認として何等の效果をも有し得べきものではない。故に、例へば爲替手形を讓渡したる者が讓渡したる後に於て爲したる自認は、如何なる事情の下に於ても現在の所持人に對して證據として之を認容することを得ないものである(Pocock v. Billing (1824), 3 L. J. (O. S.) C. P. 264; 2 Bing. 269; 9 Moo. 449; 1 C. & P. 250; Ry. & M. 127.)。而して又、前權利者の陳述は其權利を制限し若くは之に直接影響を及ぼすべき性質のものでなければならぬことは、既に一言した如くであるから、從つて又、其陳述は之と關係なき事項に付て爲されたるものであつてはならない。例へば、前權利者が自己が債務を負擔する旨の陳述を爲した場合に、其陳述から彼が或は其財産を讓渡することあるべしと云ふことを推斷せらるゝとしても、かゝる陳述は之を自認と認むべきではない(Coole v. Braham (1849), 18 L. J. Ex. 105; 3 Ex. 183; 77 R. R. 566.)。以上の如き要件を具備するに於ては、前權利者の自認は後に其權利を取得したる者に對し證據となるものであるが、この場合證據として認容し得るが爲めには、當該自認者が生存すると否とを問ふものではない。例へば、原告は被告に對して土地侵害(trespass to a close of land)の訴を提起し、當該土地は原告の獨占的財産なることを主張した。之に對し、被告は原告の父の自認を證明する爲め證人を申請したところで、被告は現在の土地に對する權利を原告の父から取得したのであるが、其父は當該證人に對して口頭を以て其土地は放牧入會權(common rights of pasture)に服するものなることを認めたのである。而して、被告は正にこの權利を主張してをるのであるが、其父は生存してをりしかも當時法廷に在つたのである。かゝる場合に於て、其父の自認を證明する爲め證人を申請することは、正當なりとして是認せられたのである(Woolway v. Rowe (1834), 3 L. J. K. B. 121; 1 A. & E. 114; 3 N. & M. 849; 40 R. R. 264.)。

次に、自認を爲したる者が前權利者にあらずして、前權利者より或る制限せられたる權利を取得した者であると云ふが如き場合に於ては、一般にかゝる自認を以て訴訟當事者を拘束することは不當であるとされる。例へば甲が乙なる相隣者に對し訴を提起し、甲は乙の土地に在る池に於て自己の家畜に

水を飲ましむる權利あることを主張し、其證據として乙の借地人たる丙に依り甲の利益の爲めに爲されたる自認を提出したのである。しかし乍ら、斯の如き場合に於ては、被告卽ち乙の借地人丙は乙に依つてかゝる陳述を爲すの權限を付與せられたと云ふ證據の存在せざる限り、かゝる自認は到底證據として之を認容することを得ざるものであるとせられた(Scholes v. Chadwick (1843), 2 M. & R. 507; 62 R. R. 827; Phipson, pp. 232, 233; Taylor I, §§ 787–793; Wills, pp. 173–5; Stephen, art. 17; Hibbert, p. 25.)。

第三者に依る自認

第五には第三者に依る自認である。こゝに所謂第三者とは訴訟に關係を有せざる者(strangers to the suit)を云ふのであつて、かゝる者に依る自認を認むることは勿論一般原則に對する例外と云はねばならぬ。然らば、かゝる例外は如何なる場合に之を認め得るかと云ふに、訴訟上の爭點が特定時期に於て、かゝる第三者の相互的な權利に本質的に其基礎を有してをる場合である。故に、例へば破產管財人に依つて提起せられたる訴訟に於て、破產者が其破產行爲(act of bankruptcy)前に爲したる自認は、破產を申請せる債權者の債務に付ての證據として之を認容することを得るのである。ところが、破產行爲後に於て爲されたる自認に付ては、破產者自身に對するものとしては格別、破產管財人又は債權者に對しては之を認容することを得ないものである。蓋し、かゝる場合に之を認容するときは、詐欺の行はるゝ虞があるからである(Grindell v. Bass (1920), 2 Ch. 487; 89 L. J. Ch. 591; 36 T. L. R. 867; 124 L. T. 211.)。或は又執行官(sheriff)が債權者の爲めに執行手續を行はざるを以て、之に對して訴を提起したるとき、債務者が執行を求むる債權者に對し債務を負擔することを自認したる場合には、かゝる自認は執行官に對する證據として認容することが出來る(Coole v. Braham (1848), *supra*; Phipson, pp. 245, 246; Taylor I, § 750; Stephen, art. 19.)。

被指定者に依る自認

第六には被指定者(referee)に依る自認である。之も第三者の自認を訴訟當事者に對して認容するの點に於て、第五の場合に類似してをるものであるが、しかし、この場合の第三者は訴訟當事者の指定に基く點に於て其性質を異にしてをるのである。卽ち、訴訟當事者が爭點たる事項に付き第三者を指定し、以て其問題に關する報告若くは意見を要求したるときは、この要求に基き第三者が指定者(referrer)に對し與へたる報告若くは意見は、其指定者に對し自認として之を認容することを得るものである。例へば、或る物品を賣却したる

場合、其物品の配達が問題として爭はれたるときに、被告が若し配達人(carman)にして當該物品を配達したることを言明するならば、其物品の代金を支拂ふべしと云へる場合に於ては、被告は配達人の報告を求め以て自己の債務の辨濟を爲さんとする者である。而して、右配達人は確かに配達したと云ふ事實を言明したるに依り、被告は之に依つて拘束せらるゝことになるのである

指定は明示又は默示

被指定者の報告若くは意見は決定的効力を有する

(Daniel v. Pitt (1806), 1 Camp. 366, (n.); 6 Esp. 74; 10 R. R. 760, n.)。

被指定者の報告又は意見を當事者の自認と同一效果あらしむるが爲めには、指定行爲は必しも明示たることを要しない。默示に依る場合、卽ち當事者の行爲に依つて、第三者の陳述を正當なるものとして之に倚據すべき意思が、暗默のうちに表示せらるゝも妨なきところである。

被指定者の報告若くは意見は、當事者に對し決定的效力を有するものと云ふべきであらう。何となれば、第三者の報告若くは意見に從ふべきことを提議せるにも拘らず、報告若くは意見の述べられたる後に於て之に從はざることは、單に不正の甚しきものなるのみならず、之に依つて指定者は自己の證據が如何なる程度まで自己を有利に支持するものであるかを試みるの手段とする弊がある。要するに、當事者間に第三者を指定する合意がありたるとき、又は證據を提出する當事者の地位が之に依つて變更せらるゝに至るときは、決定的效力を有するものなることを原則とする。

第三者に要求する報告若くは意見の性質

次に、第三者に對して要求する報告若くは意見は如何なる性質を有するものなるかと云ふに、事實問題なると將又法律問題なると之を問はぬものである。而して、被指定者は當該問題に付き特殊の智識を有してをる者なりや否やも亦關せざるところである。更に又、被指定者の陳述は契約に基く訴訟に於ても、或は不法行爲に基く訴訟に於ても之を證據として提出することを妨げぬものである。そこで、こゝに注意を要することは、例へば兩當事者が成文法の解釋に付てバリスターの意見に從ふべきことを約したるときは、バリスターの意見が自己の利益に反する當事者は其後の訴訟に於ては其意見に拘束せらるゝことになるのであるが(Price v. Hollis (1813), 1 M. & S. 105.)、斯の如く第三者を指定して所與の問題に付き其意見若くは報告を求むることゝ、當事者間の係爭問題を

第三者の判斷に一任することゝの間には區別をせねばならない。卽ち、後の場合に於ては判斷を求められたる者は所謂仲裁人(arbitrator)として其任務を行ふことになるのであるから、既に法廷に於て爭へる當事者が或る問題に付て第三者の陳述を要求するのとは異るものであつて、それは卽ち仲裁判斷の場合に外ならぬ(Phipson, pp. 244, 245; Taylor, I, §§ 750, 753; Stephen, art. 20.)。

以上に於て各場合に於ける自認の主なるものに付て說明を爲したのであるが、自認にして證據と爲し得ないものがある。之は所謂 admission made "without prejudice" と稱せらるゝものであるが、この問題に付ては次に自認の時期及び狀況に付ての說明をするに當り合せて述べることゝしたい。

互有の推定

(1) かくの如き場合、我が民法は疆界線上に設けたる界標圍障、牆壁及び溝渠は相隣者の共有に屬するものと推定してゐる第二二九條)。これ卽ち互有の推定である。フランス民法に於ても疆界線上の生籬樹木は、相隣者の共有物(mitoyens)としてをる(第六七〇條、第六七三條)。ところがドイツ民法では疆界線上の界標、圍標等に付て相隣者の共同利用權(Mitbenutzung)を推定するに止り、我が民法の如く進んで共有權の推定は行はぬのである(第九二一條、第九二二條)。

(2) 一八九〇年の組合法(Partnership Act, 53 & 54 Vict. c. 39.第一五條の規定に依つて、定められてをるところである。組合員に依る自認は組合員以外の者に依つて證據として提出せられたる場合には、組合員を拘束することになるのであるが、組合員相互間に於て證據として提出せられたる場合には必しも前の場合と同樣なる效果を有するものではない。例へば、組合帳簿は組合員に於て容易に之を閲覽し得るし、又大體に於て組合員各自の管理の下に保管せらるゝものであるから、組合員相互間に於ては一應の證據として之を認容することを得るものである。ところが、帳簿上の記載は詐欺に依つて行はれたと云ふ事實が證明せられたるとき、又は或る組合員が其記載事項を知らず、しかも其者に對してこの記載事項を證據と爲すが如き場合には、かゝる記載事項は之を認容することを得ないとせらるゝのであるから(Hutcheson v. Smith (1842), 5 Ir. Eq. R. 117.)右に述べた如く自認が組合員以外の者に依つて提出せられたる場合と、然らざる場合とに於ては異る結果を生じ得るのである。會社の取締役などに付ても、之と同樣なる規則が行はるゝものである(Phipson, pp. 238, 250, 88, 89.)。

(3) respondent(訴action)が提起せられたる者を defendant と一般に稱するのであるが、petition ——其主なるものは離婚事件であるが——が提起せられ又は summons が發せられ或は appeal が行はれたる者を respondent と云ふのである)の自認は co-respondent 例へば妻が姦通

したるが爲めに夫が妻に訴を起したときは、妻と通じたる男子は妻と共に共同被告、即ちco-respondentとなるが如きである。Matrimonial Causes Act, 1857, 20 & 21 Vict. c 85, s. 28.)に對する證據としては之を認容することを得ない。又respondentからco-respondentに宛てたる書簡にして、到達しなかつたものも同樣である。前示の如き場合に於て之をpetitioner(petitionを爲す者、即ち原告である。petitionとは國王、裁判所等に對して救濟を求むべき事實を認めたる書面である。High Courtの檢認、離婚、海事部の訴訟手續、破產事件及び貴族院並に樞密院司法委員會の訴訟手續等もpetitionの形式に依つて開始せらるゝ。次に又petitionはチャンセリー部に於ける訴訟開始の一方法でもあるに對して證據と爲し得ざるは尙更のことである。共同不法行爲者又は共犯者の或る者の自認は、其他の者に對し證據として認容することを得ない。勿論之に對しては多少の例外はあらう(Philpson, p. 236.)。

(4) なほ各種の場合に付てはPhipson, p. 230及びWigmore, 2, § 1076參照。

(5) ヒッバートは名義上の當事者の自認は事實上の當事者に對して證據となると說明し、例へば未成年者の訴訟代理人(next frierd of an infant)に依る訴に於て爲されたる自認の如しと述べてをる(Hibbet, p. 25.)。之に依つて見ると同氏は未成年者の訴訟代理人の自認は未成年者に其效力を及ぼすものとの見解を採つてをるやうに見える。果して然らば、かゝる見解は失當なりと云ふべきではなからうか。

(6) 其一の例としてはdonor, donee; lessor, lessee; joint-tenants; vendor, purchaser; grantor, grantee; successive bishops; rectors; vicars, 等である。

sheriff, under-sheriff, bailiffの自認に付ての關係

自認は訴訟の當時爲したるものに限らぬ

其二の例としてはheir, successor; co-parceners; co-heirs in gavelkind 等であるが、子が獨立せる成文法上の權利(statutory title)に基いて訴を提起したときは、父と子との間にはprivity in bloodは存しないものとせらるゝ。

其三の例としては遺言者に對するexecutor又は無遺言者に對するadministrator(時として privities in representation とも稱せらるゝ)、妻の權利を主張し又は防禦する夫、土地の復歸(escheat)に因る領主(lord)の如きである(Phipson, p. 232; Taylor, 1, § 787; Powell, p. 382; Hibbert, p. 29; Holdsworth, IX p. 151.)。

(7) sheriff, undersheriff, bailiffの自認に付ての關係を見るに、undersheriffが其資格に於て爲したる自認はsheriffに對する證據となるものであるが、sheriffとundersheriffとの關係は本人と代表者(deputy)若くは準本人(quasi-principal)の關係であつて、本人と代理人の關係ではない。從つて、undersheriffに對してはsheriffに對して訴を提起し得ない。次にbailiffは一般に其自認を爲すことを得ないからである(Phipson, p. 246.)。

## 第四目　自認の時期及び狀況

自認は何時に於て之を爲すべきであるか。當事者が代理人に依ることな

く、自ら訴を提起し又は提起せられたる場合には、かゝる當事者がそれ以前に爲したる自認と雖も、之を其當事者に對する證據と爲し得るものである。從つて、自認は訴訟の當時に於て爲したるものに限定するの要なきものと云はねばならぬ。故に、若し當該當事者が自認を爲したる當時は未だ成年に達せざりし場合と雖も、其自認を證據と爲すことを妨げない。從つて、成年者に對し彼が未成年なりし當時に於て必需品を供給したることに關する訴を提起したる者は、彼が未成年の當時に爲したる自認又は認めたる書簡の如きを、彼に對する證據と爲し得るものである(O'Neill v. Read, (1845.)(二二四頁參照)。次に代理關係の存在する場合には、代理人の自認は本人に對し其效力を及ぼすものであることは、既に說明したところである(二〇二頁參照)。從つて、代理人として訴を提起し又は提起せらるゝ場合に於ては、本人は代理人が代理人たる資格を有する以前に於て爲したる自認、又は其資格を喪失したる後に爲したる自認に依つて影響せらるゝことなきは云ふを俟たざるところである(New, France and Garrard's Trustee v. Hunting (1897), 1 Q. B. 658; see on appeal (1897), 2 Q. B. 19.)。故に、代理關係の存在する場合には、代理人は其代理權を有する間に於て自認を爲す以上、かゝる自認は本人に對して其效力を及ぼすものである。

自認は何人に對し之を爲すか

要するに、當事者若くは代理人の自認は何時之を爲すも、證據として認容し得るのが原則である。ところが、第三者の爲したる自認に付ては、本人と法律上同一の利害關係を有する者と云ふことを得ないのであるから、かゝる第三者が現に生存してをる場合には、一般にかゝる自認は之を排斥すべきものとせらるゝのである(Spargo v. Brown (1829), 9 B. & C. 935; 8 (L. J. (O. S.) K. B. 67; 4 M. & R. 638.)。而して、かゝる第三者が既に死亡せる場合に於ても、其自認は一般には之を認容し得ないものであるが、(一)一般公衆の利害に關係ある事項、(二)家系 (pedigree) に關係ある事項、(三)永年の占有 (ancient possession) に關する事項、(四)利益に反する陳述 (declarations against interst)、(五)事務又は業務遂行上の陳述 (declarations) 及び(六)瀕死者の陳述 (dying declarations) 等はこの限りではない(Phipson, P. 223; Taylor, 1, §§ 740, 607; (Curtis, § 55; Hibbert, p. 78 seq.)。

次に、自認は之を何人に對して爲すことを要するか。この點に付ては、一般に相手方の何人なるかは重要なりとせらるゝところではない。從つて、第三者に對して爲されたる自認と雖も、當事者たる相手方に對して爲されたるも

のと同樣に之を認容することを得べく、又相手方若くは第三者に對し嘗て提示したることなき覺書の如きも、之を認容し得るものである。蓋し、かゝる場合には自己に對する獨語的自認と見ることが出來るからである(Bruce v. Garden (1869), 17 W. R. 99); R. v. Simons (1834), 6 C. & P. 540)。

相手方に對して爲すことを要する自認

其信憑力に於て遙かに他に優ることあるは固より多言を要せぬところであらうが、之は自認の效果の問題であつて、自認の認容性の問題ではないのである。斯の如く、自認は何人に對しても之を爲すことを妨げぬと云ふのが原則であるが、或る場合には相手方に對して爲すことを要するものがある。例へば、第一はソリシターの自認である。ソリシターの自認が訴訟依賴人に其效力を及ぼすが爲めには、相手方たる當事者に對して爲されねばならぬ(一六六頁以下參照)。第二は金錢債務承認(account stated)の自認である(account stated に付ては守屋學士「英法に於ける豫契約の素描」、法學協會雜誌第五一卷第八號五二頁、田中學士「英法概論」三六四頁參照)。この場合には債權者又は其代理人に對して爲すべきである。第三には第三者に對して爲したる單なる債務の承認は出訴期間法を阻止するものではない。換言すれば、債權者又は其代理人でないところの、第三者に對して債務の存在に付ての自認を爲すも、之が爲め出訴期間法を阻止するの效果を生ずるものではない。蓋し、單なる債務の承認は法律上辨濟の默示の意思表示たるものではないから、之を以て辨濟を爲すべき合意の證據と爲すことを得ないからである(Stamford, &c., Bank v. Smith [1892], 1 Q. B. 765; 61 L. J. Q. B. 405; 66 L. T. 303; 40 W. R. 356; 56 J. P. 229. Philpson, pp. 223, 224; Taylor, II, § 1075; Best, § 523; Watson, p. 218; Curtis, § 295; Ranchhodlas & Thakore, p. 52.)。

自認の認容性と信憑力

自認の認容性と信憑力とは異る觀念に屬することは右に一言した如くであるが、自認の認容性は自認の爲されたる狀況と密接なる關係を有するものである。從つて、一般にかゝる狀況は自認の信憑力を或は增大し或は減少する目的の爲めに之を證明するの必要がある。故に、自認はそれが禁反言の程度に達せざる限り、自認を證據として提出せられたる當事者は、當該自認が眞實に非ること、又は法律若くは事實の錯誤の下に行はれたること、或は又不知、輕躁若くは普通の精神狀態に在らざる間に爲されたること等を證明し得るものである(1)。從つて、陷酊せる者の自認と雖も之を認容し得るものであるけれども、其信憑力に至つては普通人の自認に比し遙かに薄弱たるものなる

強制に依る自認

ことは云ふまでもない(R. v. Hedges (1909), 3 Cr. App. R. 262.)。而して又、自認の信憑力は自認者の智識若くは熟慮の程度に從ひ影響を被ることは固より、自認を爲す場合の嚴肅なりや否やの點にも亦大なる關係を有するものである。

更に、強制(compulsion)に依つて行はれた自認に付て考察して見るに、民事訴訟に於ては強制の下に行はれた自認と雖も、之を當事者に對する證據と爲し得るものである。從つて、以前の訴訟に於て一當事者に依つて爲されたる誓約書(affidavit)、質問書に對する回答、又は彼に依つて提出せられたる證據若くは破産の場合に於ける調書(Bankruptcy Act, 1914, 4 & 5 Geo. 5 c. 59, s. 15, sub-ss. 1, 8.)等は、其後の訴訟に於て彼自身に對する證據となるものである。以上の如き場合に於て、相手方たる當事者が前訴訟のそれと異ることあるも(Grant v. Jackson (1793), Peat. 203; Ashmore v. Hardy (1836), 7 C. & P. 501; 48 R. R. 867.)、或は又質問に對し抗辯を爲し得べかりしとき、更に又、回答が與へられたるときに於てそれが牽連關係を有せざる場合、又或は、證言に付て十分の證明を爲すの機會を與へられざりしとき等の場合に於ても、之を證據とすることを妨げぬものであり、又破産委員(commissioners in bankruptcy)の面前に於ての陳述が其全部を書面に認められざる場合に於ても、之を自認と爲し得るものとせられたのである(Smith v. Beadnell (1807), 1 Camp. 30; Stockfleth v. De Tastet (1814), 4 Camp. 10; 15 R. R. 720; Phipson, pp. 224, 225; Taylor, 1, § 798; Collett v. Keith (1803), 4 Esp. 212; Milward v. Forbes (1803), 4 Esp. 171; Best, § 529; Watson, pp. 218, 219.)。

條件附自認

而して、所謂強制は適法なるものに限るや否や。テーラー、フィップソン等は之を適法なるものに限るとする(Taylor, 1, § 798; Phipson, p. 225.)。從つて、強迫に基く自認(admission under illegal duress or compulsion)は之を認容し得ざるものと見ることにならう。然るに、ウイグモアは自認は決して確定的性質を有することなく、自認者の過誤又は錯誤(inadvertence or mistake)の爲めに、自認者に依り常に之が辯明が行はれたり、又は其信憑力が害せらるゝことがあるのであるから、強迫の理論に基くかゝる自認排除の規則を認むるの必要はないとしてをるのである(Wigmore, 2, § 815.)。

次に、條件附の自認に付て考へて見るに、かゝる自認は其條件の成就するに於ては、之を認容することを得るものである。更に又、或る事實の假定(hypothesis)に基いて爲されたる自認は、他の事實の假定に基いては當事者を拘束するものではない。例へば、甲は丙の馭してをる馬に依り傷害を被り、其馬は乙の所有に屬することが明かとなつた。そこで、甲は乙に對し損害賠償請求訴訟

を提起し、次のやうな證據を提出したのである。卽ち、乙は甲の娘に對し當該馬が自己の所有に屬することを認め、右娘が其馬は乙より丙に貸し與へたるものなりと信じたる旨を乙に對して述べたところ、乙は之に付て稍不滿の色を見せたのであるが、しかし、乙は娘に對し若し娘の父を病院から家に連れ歸るならば、總ての費用を支拂ふであらうと附け加へたと云ふのであつた。この場合裁判所の見解は、乙は何等賠償の責に任ずるの要なしとしたのである。其理由とするところは次の如くである。

第一に乙が當該馬を所有し丙が之を馭してゐたと云ふ事實は、丙は乙の雇人であり丙は其雇傭關係の範圍內に於ける行爲を爲したものとの推定を生ずることゝはならない。

第二に縱令かゝる關係卽ち雇傭關係を特に乙に於て意識するものとしても乙はかゝる關係の存在を否認することを要求せられなかつたと云ふ事實は、甲に於て其關係の存在を證明すべき擧證責任の轉換を生ずるものではない。

第三に乙が總ての費用を支拂ふべしとの提言を爲したことは、乙は單に當該馬を丙に貸與したのであるから、何等の責に任ずべきではないと云ふ假定に基いて之を爲したものである故に、之を以て主人及び雇人の關係を基底とする責任の自認であると見做すべきものではない、と云ふのが裁判所の見解であつた(Powell v. M'Glynn (Philpson, pp.) (1902), 2 Ir. R. 154, 224, 228.)。

Admission made "without prejudice"

次に、私は所謂 admission made "without prejudice" と稱せらるゝ場合に付て考察することゝしよう。凡そ訴訟當事者間に於て和解の祕密的提言を爲すことは、其明示又は默示たると將又如何なる狀況の下に之を爲すとを問はず、かゝる提言は法律上保護せらるゝものである。換言すれば、祕密事項に付て其如何なる條件の下に於て爲さるゝも、第三者に對して爲されたる自認は法律上之を公示することを妨げぬのが原則である。然るに、かゝる自認が相手方たる訴訟當事者に對し爲され、しかも、之を以て自認を爲したる當事者の不利益の爲めに援用せずとの了解の下に行はれたる場合に於ては、それは法律上に於ても保護を受くることになるのである。これ卽ち援用せられざる自認、

「不利益なくして爲さるゝ自認」が行はるゝ場合

換言すれば「不利益なくして爲さるゝ自認(admission made "without prejudice")」に外ならぬのである。

然らば、この種の自認は如何なる場合に於て爲さるゝのであるか。それは通常訴訟の目的と爲るべき事項に付き、和解の目的を以て當事者又は其代理人との間に交渉の行はるゝ際に爲さるゝものである。而して、かゝる場合に於ては當事者又は其代理人をして、當該和解の目的を達成せしむるが爲めには、自由に其思ふところを述べしめ、以て和解を成立せしめようとする事案の内容を或る程度に於て相互に腹藏なく披瀝せしむるの必要がある。しかし乍ら、之と同時に考ふべきことは、かく必要と認めらるゝ意見開陳の自由は、和解交渉の際行はれた總ての陳述又は自認が、和解不成立に終つた場合に於て、悉く證據として之を提出し得るものとしたら、其實質的意義を失ふに至るべく、又自由に意見を交換し事案を披瀝するが如きことは、實際上全く行はれぬところとなるであらう。これ卽ち援用し得ざる自認を認むる所以である。更に之を觀察すれば、單に假定的なる讓歩(和解交渉の場合の)を以て當事者の眞念(actual belief)を表示する主張と見ることが出來ぬ。この故に、之を以て自認と爲し得ないものである。これに反し、無條件的主張は其爲された狀況の如何を問はず、之を自認として認容することが出來るものと云ひ得るであらう。援用し得ざる自認を認むる理由は右に述べた如くであるが、この問題に付ては從來種々の論議が行はれたところである。

特權說

第一に曾てアメリカ(マサチュセッツ州)に於ては、相手方たる當事者に對し爲されたる和解の申入は、總て祕密事項として保護するの特權が存するものとせられたのである(Dickinson, v. Dickinson (1885), 9 Metc. 471, 474.)。之を特權說と稱することが出來よう。この說は所謂祕密通知(confidential communication)と其原則を同じうするものと考へるのであつて、ウキルスも之を特權と見てをる點に於ては多少この見解に類似してをるものと思はれるのであるが、寧ろ後に述べる契約說に從ふものと解すべきであらう。而して、ウイグモアはこの說を以て所謂特權ある通知(privileged communication)の原理と矛盾せざるものとしてゐる。卽ち、迅速にしてしかも裁判外の協定は之を奬勵すべく、而して、之を奬勵するが爲めに

は通知の祕密(privacy of communication)は必要である。かゝる場合に於て、當事者が例へば裁判官(judge; juvenile court)、調停人(conciliator)、仲裁人(arbitrator)等に對して爲したる陳述に付ては、特權を有することになるのである(2)。ところがかゝる特權を是認することは政策上の見地からして、事實上私的協定(private settlement)を助長する爲めに必要とせらるべきであるか。又、かゝる特權の下に於ける訴訟の減少に依つて收めらるゝ效果は、特權を否認して證據を自由に利用せしむることに依つて行はるゝ裁判よりも、果してより大なる利益あるものなりや否や。之等の點に付ては頗る疑問とせらるゝところである。更に又、政策上の議論は暫く措くとしても、特權說の致命傷とも云ふべき點は、この所謂特權が一般に是認せられ適用せらるゝ法律上の規則に適合せぬところに在るとされてゐるのである。この故に、マサチュセッツ州以外の所ではこの說を明確に支持する所なく、しかも同州に於て之を解釋する者さへも、この說が眞の法律上の規則を說明するものでないことを認めてゐるのである。コックルも亦この特權說を非難するものである。卽ち曰く、特權は證

特權說の致命傷

人が事實を開陳し、又は文書を提出することに反對する場合に生ずるものである。從つて、之は證人の利益となる場合である。然るに援用し得ざる自認、換言すれば「不利益なき旨の下に爲さるゝ陳述」(statement made without prejudice)の場合には、法律が彼をして事實の開陳を禁止するものであつて、彼が如何程之を欲するとしても爲し得ざるところである。故に、この場合は相手方の利益となるものである(Wigmore, 2, § 1061; Wills, pp. 298–300; Cockle, pp. 54, 55.)。

第二に和解の申入は契約の申込と其性質を同じうするものなりと解する說がある。之を契約說と云ふことが出來よう。故に、例へば不利益無き旨(without prejudice)を明示して送付したる書簡の如きは、卽ち祕密の留保であつて、結局に於ては之に依つて和解の申込を爲したると異るところなく、相手方が前示書簡に定められたる和解條件を承諾せざるに於ては契約は成立することなく、從つて又、證據法上の效果も生じないとするのである(Re River Steamer Co. [1871], L. R. 6 Ch. 822; Walker v. Wilsher [1889], 23 Q. B. D. 335; 58 L. J. Q. B. 501; 37 W. R. 724.)。ウヰルスに從へば、第三者(stranger)に對して爲したる自認は、祕密に關し如何なる條件の下に於て爲したるを問はず、法律上保護せら

契約說

るゝものではないが、相手方たる當事者に對しかゝる自認を爲したる當事者のため、不利益に援用せられないと云ふ了解の下に爲されたる自認に付ては特權がある。かゝる自認は通常當事者又は其代理人の間に和解を爲すの目的を以て爲さるゝものであつて、自認を爲す當事者がこの特權を確保する方法は、通知(communication)は不利益なき旨(without prejudice)を約することに依つて行はるゝものである。而して、かゝる條件が申込に附せられてをる場合には、相手方たる當事者は之に對し承諾を與ふることを得る。相手方が承諾するに於てはこゝに新なる契約が兩當事者間に成立するものであつて、この契約は勿論之を證明し强行することが出來る。然るに、若し申込に對し承諾が與へられぬ場合には、かゝる自認を援用して以て之を爲したる當事者の不利益と爲すことを得ない。之は勿論かゝる自認を以て、之を爲したる當事者に對する證據と爲し得ないことを意味するものである。由之觀之ウヰルスも亦契約說を主張するものであることは明かである。

さて、右の如く契約法理をこの場合に類推することは、かゝる自認を立證方法として用ふることに付て、何等の意義を有し得ぬものと云はねばならぬ。

契約說に對する非難

何となれば、縱令承諾を與へられない申込が契約上何等の效果を生じないとしても、なほ之に付ては效果を生じ得なかつた契約の目的以外に、證據價値は依然として存してをるものと云はざるを得ない。しかのみならず、この說に對する實際上の非難は特權說と同樣、一般法律上の規則の說明として甚だ不適當なりと云ふにある。卽ち、所謂「不利益無き」旨を明示せざる和解の申込も、なほ證據として之を認容し得ざるからである。たゞしかし、イギリスの實務家的傳統として「不利益無き」旨を記載することが、後に至つて之を自認として援用せられざる安全性あるものとしたゝめに、かゝる言葉が自認の援用を保護する上に於て必要とせられたのであつて、之が爲めに、かゝる傳統が援用し得ざる自認に付ての論議を混沌たるものに至らしめたのである(Wigmore, 2, § 1061; Wills, p. 208.)。

公益說

第三に和解の申入は當事者間の平和(peace)を希望することを意味するものであつて、不法なる行爲の讓步を意味するものではない。而して、かゝる平和の希望は公益(public policy)の理由に基き、之を證據より除外するものであると

云ふ見解がある。之を公益説と云ふことが出來よう。和解の申入に對し法律上斯の如き保護を與へられない限り、平和的示談に對する方法は之を見出すことが困難となり、結局に於ては公益を害することにもならう(3)。マンスフィールドの言に從へば、各人は和解の申入が不成功に終りたる場合に於ては不利益を被ることなく、彼等は彼等の平和を購求することを許されねばならぬ。何となれば、かゝる申入は訴訟を止めることを目的としてなさるゝのであつて、相手方は當然に請求權あり、從つて、其相手方の請求に從はねばならぬかどうかと云ふ問題とは全然無關係に爲さるゝものであるからであると。故に、若し百磅の請求訴訟を提起せられたる被告が、原告に對し二十磅を提供し、しかも、この提供が所謂「不利益無き」旨の提供として爲されたる場合には、之を以て證據法上自認と爲し得ないものである。何となれば、之は爭點と何等の牽連關係を有することなく、被告は之に依つて債務の存在を自認し又は確認するものではない。たゞそれは、被告が訴訟手續から免脫するために二十磅を與へようと云ふことを意味するに過ぎない。テーラー、ベスト、フィッツ

ウイグモアの見解

ソン、ワトソン等は總てかゝる見解に從ふ者である(Taylor, 1, § 795; Best, § 528; Phipson, p. 224; Watson, p. 219.)。

なほ、ウイグモアも亦大體に於てこの説と同傾向の見解を持つものであると云ふことが出來るのであるが、少しく彼の所説を考察して見るに、和解の申入が證據として排斥せらるゝ理由は、相手方の請求が正當なる根據あるものとする信念から由來するものでもなく、又かゝる信念を意味するものでもない。寧ろ相手方の請求が正當なる根據ありや否やを問はず、請求權の實行を繼續するに於ては、或る金額を支拂ふことに因つて避け得べき煩累なる事柄(annoyance)を惹起すべしと云ふ信念から由來するものであり、又之を意味するものであると見るべきであらう。從つて、約言すれば和解の申入は既に一言したる如く、平和の希望を意味するものであつて、不法なる行爲の讓歩を意味するものでないと云ふことになるのである。かゝる見解は現今相當廣く承認せられてをるのであるが、特にイギリスに於ては、永年間の數多い判例はこの見解と調和し難いものがある(4)。しかし、ウイグモアが和解の申入を以て平和の希望と見る點は、マンスフィールドの所謂平和の購求と云へる觀念と

相通ずるところがあると云ひ得るであらうから、私は公益説を述ぶるに當り、合せてウイグモアの見解を探究する次第である。

ウイグモアの右の如き見解に依れば、和解の申入は、單に解釋(interpretation)と推斷(inference)の問題であつて、それ自體何等自認を意味するものではないのであるから、證據としては排斥せらるゝことになるのである。從つて、和解の申入には明示又は默示による讓歩(concession of claim)と云ふことは認めることは出來ない。然るに之に反して、明かに自認が爲されたる場合には、縱令それが和解の申入の一部を爲してをるとしても、之を證據として認容し得るものである。例へば、甲が乙に對し百弗を請求し乙は二十弗を提供して和解を申入れたる場合には、この申入は證據と爲し得ざること既に同樣なる例に依つて示したところである。然るに、かゝる場合に於て乙が明かに二十弗は當然甲に對して支拂ふべきものなることを自認して右金額を提供したるときは、右の自認並に金額提供の事實の兩者は共に之を證據と爲し得るものである。蓋し、申入(右の場合に於ては金額の提供)が或る事實の自認に其基底を有し、其事實が後に當事者間の爭點と爲れる場合には右申入の證據を排斥すべき何等の根據も存在しないからである(アメリカの判例、Sanborn v. Nelson [1898], 4 N. H. 501, 509.)。

要するに、和解申入の陳述が果して證據として排斥せらるべきものなりや否やに付ては、其如何なる場合に於て爲されたるかは決定的のものではなく、其爲されたる形式が最も肝要なるものであると云はねばならぬ。若しも周圍の狀況から推測して、相手方の請求は訴訟を避くるための交渉に付ての目的に於ては、理由ありと思考して其陳述が爲されたる場合には、其陳述は假定的(hypothetical)のものと云ひ得るのであるから、陳述其者には何等眞の自認は包含せられてをらぬものと云はざるを得ないのである。從つて、かゝる場合には特に「不利益無き」旨を明示せざるときと雖も、右の陳述は之を證據と爲し得ない。然るに之に反し、其陳述が絶對的(absolute)のものであつた場合には「不利益無き」旨を明示するとも、或は又それが和解交渉中に於て爲されたにしても、孰れも證據として排斥せらるべき性質のものではない(アメリカの判例として Hartford Bridge Co. v. Granger [1822], 4 Conn. 142, 148; Colburn v. Groton [1889], 66 N. H. 151, (Wigmore, 2, 156; 28 Atl. 95; Pentz v. Ins. Co. [1901], 92 Md. 444; 48 Atl. 139, 88 1061, 1062.)

インド證據法第二三條

訴訟費用と不利益無き旨の表示との關係

インド證據法第二三條の規定するところに依ると、民事々件に於て自認に付ての證據を提出せざる明示的條件の下に自認を爲したるときは、かゝる自認は牽連關係を有せずとしてをるが、右の「自認に付ての證據を提出せざる明示的條件」は、卽ち communication made "without prejudice" を保護するものであるとされるのである。而して、斯の如く「不利益なき」旨を表示して爲す自認は、公益の理由に因り證據より除斥せらるゝものとされてをるから、インド證據法も亦公益說を是認するものであると云ひ得るであらう。なほ、右第二三條は其後段に於て、自認を證據として援用せざる合意の存在を裁判所が推斷し得る場合を規定してゐる(Ranchhoddas & Thakore, pp. 62, 63.)。

和解の申入並に「不利益無き」旨の表示に付ては大體右に述べたやうな次第であるが、第三說を以て正當とすべきであらう。次に訴訟費用と「不利益無き」旨の表示との關係に付き考察するに、若し書簡に「不利益無き」旨の記載あるときは、勝訴當事者より訴訟費用を取立てる上に於て、果して正當なる理由(good cause)ありや否やを決定するが爲めであつても、兩當事者の承諾あるにあらざれば裁判官はかゝる書簡を調査することを得ないとせられたことがある。之は Walker v. Wilsher 事件(1889), 58 L. J. Q. B. 501; 23 Q. B. D. 335; 37 W. R. 723.)に於て判決されたるところであるが、この原則は「不利益なき」旨の表示を爲したる書簡の筆者は、當該書簡を相手方たる當事者の承諾無くして、證據として法廷に於て讀み上げることを得るとした、Williams v. Thomas 事件(1662), 2 Dr. & Sm. 29, 37; 7 L. T. 184.)に於て與へられたる判決を覆へしたものと云ふことが出來る(なほ、この點に付ては Cockle, pp. 56, 57 を參照せられたい)。なほ、ソリシターが其訴訟依賴人の爲めに認めたる書簡にして「不利益無き」旨の表示あるものは、其後の訴訟に於て當該書簡中に記載せられた金錢を、ソリシターが受領したることを證明する爲め、之を法廷に於て讀み上げることを得ない(La Roche v. Arnustrong (1922), 1 K. B. 485; 91 L. J. K. B. 342; 126 L. T. 699; 66 S. J. 351; 38 T. L. R. 347.)。

以上に於て「不利益なくして爲さるゝ自認」に付ての說明を終るのであるがなほ一言すべきは、書簡に「不利益無き」旨の表示ある場合は、和解の希望を以て善意で認められたるに非れば、法律の保護を受くべき理由は有り得ない。故に、若し相手方に對し當方の申入を受諾すべきことを强迫したるが如き場合

には、勿論かゝる書面を以て強迫の事實を證明し得ることに注意せねばならぬ(Kurtz v. Spence (1888), 57 L. J. Ch.) (Taylor, I. §§ 795, 774; Phipson, pp. 224, 225;)。(238; 58 L. T. 438; 5 R. P. C. 161.) (Best, § 528; Watson, p. 219; Hibbert, p. 25.)

曖昧なる自認

最後に一言して置きたいことは、所謂曖昧なる自認(ambiguous admission)に付てゞある。自認にして同時に二個以上の解釋又は推斷を容れ得る事實に付てのものである場合に於ては、陪審員は右自認は孰れの事實に付て行はれたるものなるかを決定せねばならぬのである(Cf. Davey v. L. & S. W. Ry. Co. (1883), 12 Q. B. D. 70; (53 L. J. Q. B. 58; 49 L. T. 739; 48 J. P. 279; Powell v. M'Glynn (1902), 2 Ir. R. 154.)。ところが刑事々件に於ては之と異り、所謂曖昧なる自白のみに基いて爲されたる有罪の宣告は、破毀せらるべきものなることは後に說明する如くである(Phipson, p. 227; 本書三二五頁參照)。

普通の通知

(1) ローマ法學者は Ignorantia facti excusat(事實の不知は之を宥す)、Non videntur qui errant consentire(誤れる者は承諾を與へたる者とせられず)Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit (法律を知らざるに非れば誤れる者は自白する者に非ず)などゝ云つてをるのである。

(2) 普通の通知(ordinary informer's communications)が裁判官に對して爲されたるときは、警察官又は檢察官に對して爲されたる場合と同樣、之に對しては何等の特權を認むることは出來ない。

しかし乍ら、若し報告が裁判官に對し自白又は之と同樣なる祕密事項の性質を以て、法廷外に於て單に私的關係にて爲され、之に依り當事者が自己の犯したる罪又は不法なる行爲に對し其採るべき途につき、裁判官の指導を希望するが如き場合には、かゝる報告に關しては當事者が欲するときは之に特權を認め、以て右報告の內容を他に知らしめぬことは敢て不可とするところではなからう。かゝる祕密を守るべきことを許すとしても、それは司法に關し何等支障を來すべきものではない。裁判官にしてかゝる祕密を打開けられたる場合には、祕密を打開けようと欲する者に對して其祕密(official confidence)を確保することは、司法の上から見て特に必要でもあり又適當でもあるのであつて、このことは檢察官の場合よりも一層明白に感ぜらるゝところである。勿論、英米の裁判官はヨーロッパ大陸の裁判官と異り、かゝる目的のために利用せらるゝ場合は少ないのであるが、しかし原則に於ては兩者間に何等差異を認むべき理由はないのである。そこで、報告に對する特權は單に自ら自己の犯罪其他の非行を告白する場合のみならず、他人の犯罪其他の非行を告げるが如き報告に付ても等しく之を認め得るのである。

裁判官が右に述べたるが如き場合に於て刑事又は民事に關する事項に付き、當事者自身より自己の犯罪又は責任の告白を受け、又は他人の犯罪又は責任に付ての報告に接したときは、かゝる報告が所謂祕密として爲されたる以上當該裁判官に依つて裁判せられ

少年犯罪者の證據

ざる訴訟に於て證人として呼出されたる場合には、右の報告に付て證言を拒む特權があるのである。而して、裁判官は所與の事件に於て其傳統的基準に從ひかゝる報告を受け得るか、或はかゝる報告を祕密を約して受け得るかの問題は、正に司法官道德(judicial ethics)の問題に屬する次第であるが、一度かゝる報告を受け入れた以上は、特權の法理が適用せらるゝことになるのである。

次に近世立法を以て少年裁判所(jevenile court)を認むるものは、少年犯罪者に付て得たる證據は、其後に於て右少年犯罪者の不利益に援用することを得ないとしてをるのである。而して、かゝる立法は特權に付ても明かに規定を設けてをる場合がある(例へばConn. St. 1921, c. 336, § 11; Ky. Stats. 1915, e, Par. 20.)。少年裁判所の裁判は之を公開しないし、犯人の家庭事情等に付ては直接關係のない種々の事項までも之を明かにし、かつ又少年犯罪人に關する總ての事實を知らんとする所謂 Court's objective からしても、若し後に至つて總ての事情が公にせられるとしたなら、其目的を達することを得ないであらう。故に、かゝる場合に法律上特權を認むることは合法的基礎あるものと云はねばならぬ。

更に、既に述べた裁判官に對する特權の法理は之を準司法官(quasi-judical officer)とも云ふべき調停委員會(boa:ds of conciliation)仲裁人(arbitrators)等にも準用し得るものと考へられる(Wigmore, 5, § 2376, 1, § 169.)

(3) これ Interest reipublicæ ut sit finis litium (Co. Litt., 303. 訴訟が終止することは—或は訴訟の遷延せざることは—國家の利益に關するところである)と云はるゝ所以である。

(4) 判例に付ては Wigmore, 2, pp. 527, 528 の註を參照せられたい。

十五世紀以後の自白の沿革

第一期

## 第三項　自　白

### 第一目　自白の沿革

自白は有罪の承認なることは既に一言したところであるが(一五五頁參照)、其性質を考察するに先ち、再びウイグモアに從つて沿革の概要を顧みることを許されたい。

先づ十五世紀以前のことは暫く措き、其以後に付て見るに、大體次の如く考へることが出來る。即ち

第一期は一五〇〇年代及び一六〇〇年代であつて、この時代に於ては自白を認容することに付き何等の制限を加へなかつたのである。換言すれば、この時代にあつては近代的自白の觀念存せず、從つて又、自白を排除する原理は未だ存在しないのであつた。そこで、自己が有罪なることを承認する陳述は

初期の自白は有罪の答辯

總て之を自白と爲し、かゝる陳述が如何なる動機に因つて行はれたかは、全然考慮せられなかつたのである。故に、それが將來赦免せらるゝことあるべき希望に因るか、將又强迫乃至拷問を恐れてゞあるか、斯の如きは問題視せらるゝところではないのである。勿論、其當時と雖も自白なる語は存在し、而して又、之に關する原理も認むることが出來る。しかし乍ら、自白の意義必しも一定せず種々の異れる意義に使用せられ、又自白に關する原理は證據の認容性(admissibility)に關するものではなく、確定性(conclusiveness)に關するものであつた。そこで、吾々は次の諸點に付て觀察することを要する。

第一に初期に於ける自白の法律的意義は有罪の答辯(plea of guilty)を意味するものであると云ふことが出來る。ところが、かゝる有罪の答辯は或る種の事情の下に於ては之を認容せず、又は之を記錄にとゞめずと云ふ裁判實務上の規則があつたのであるが、之に依つて有罪の答辯としての自白は影響せらるゝところがあつたのである。しかし乍ら、右の意義に於ける自白は證據として提出せられた裁判外の自白を包含せぬものであつたから、前示の規則は裁判外に於て有罪なることを承認する陳述に付ては、何等適用せらるゝところはなかつたのである。要するに、かゝる自白は證據とは何等の關係を有せざるものであつた(1)。そこで、先づ Hale 及び Hawkins 等が自白に付て之を如何に解してゐたかを注意せねばならぬ。卽ち、前者は自白を以て犯罪の覺認(conviction)でありとし、後者は犯罪の最高覺認(highest conviction that can be made)であるとするのである。孰れにしても、證據上の問題として之を取扱ふものではない。換言すれば、それは被告人が有罪の答辯を爲したるが故に、之に基き彼を有罪として記錄するの問題であつて、證據調の方法に依る必要なく、從つて又、それに付ての裁判を要しないのである。次に、裁判所がかゝる有罪の答辯を直に記錄することを躊躇した場合に付き考へて見なければならぬ。之に對する前示ヘールの說明は暫く措き、一般には恐怖の念、强迫、其他(fear, menace, duress, weakness, ignorance)の威壓に因り、自白を爲せるが如き事情の存する場合である。勿論、之は其事情に適合した處置と云ひ得るのであるが、近代的制度と全然同一なるものではない。しかし、後代に對する先例の一部を爲

叛逆罪に於ける自白

したものと云ふことが出來る。

第二に叛逆罪に於ける外部行爲若くは公然の行爲(overt-act)の證人二人を免除するものとしての自白である。有罪の答辯卽ち犯罪の確認としての自白と同一觀念は、一五〇〇年代及び一六〇〇年代に於て叛逆罪の外部行爲に對し、二人の證人を必要としてゐる成文法(statutes)に再び之を見ることを得るのである。叛逆罪に對し二人の證人を必要とすることを定めたるとき、この要件は何等の證據調を要せざる場合、卽ち被告人が有罪の答辯(自白)を爲したる場合には、之を要するものに非ずとしたことは明かである。而して、之がエドワード六世の成文法に於て、右の如き場合に於て證人に關する要件を免除した觀念に外ならぬのである(例へば、1547, 1 Edw. 6, c. 12 (Treasons); 1552, 5 & 6 Edw. 6, c. 11 (Forfeiture).)。

右に於て說述し來りたるところが、一七〇〇年代の中葉に至るまでの自白に關する原理である。前示の兩者は自白は有罪の答辯であり、從つて又、證據を不必要ならしむるものであると云ふ觀念を包藏するものである。而して、之等兩者以外には自白に關する何等の原理も存在してをらなかつた。之には付ては、次の諸點を觀察すべきである。卽ち(一)一六〇〇年代の中葉に至るまでの判決錄に依れば、裁判所は被告人を訊問し、而して、自白の方法に依り被告人から獲得したるところに基き、何等の障害なく裁判を進行せしむることを得たのである。(二)少くとも一六〇〇年代の中葉に至るまでは自白を得る爲めにする拷問は一般に行はれたるところであり、かくして得たる自白は何等の躊躇なしに證據として用ひられたるものである。之固より近代に於ける證據認容の原則とは全然相容るゝこと能はざるところである。(三)告白者(approver)(2)が爲す自己に對する不利益なる自白を認容するの原理は前示年代を通じて完全に行はれたものであつて、それが全く廢止せらるゝやうになつたのは一七七五年に於ける Rudd's Case に至つてのことであつた。(四)記錄せられたる裁判のうちにも自白の認容性に付て之を制限する原理あらば、裁判官又は辯護士が之に付き言及すべきであるやうな機會の與へられてをるものが可成ある。然るに、之に付き言及せるものは更にない。(五) Hale (Pleas of the Crown, 1680) 又は Buller (Trials at Nisi Prius, 1767)の兩者は當然其著書に於

第二期

て前示の原理に付き述ぶべきであらうが、就れの初版に於ても何等之に言及してゐない。然るに、Hawkins (Pleas of the Crown, 1721) に於ては自白の認容性に付き何等の制限なきことを明言してゐる。かくして、既述せる原理以外には自白に關する原理の存せざるものと云はざるを得ない。

第二期は自白認容に對する無制限主義を不可とし、自白の必しも信憑し難き場合あるを慮り、或る種の自白は之を認容することを得ないものとした時代である。之卽ち一七〇〇年代の後半に該當する時代である。一六六〇年の王政復古以後の時代に於て、かつ又、刑事裁判の方法に付き遲々たりとは云へ其發展を見るに從ひ、裁判官並に辯護士の兩方面に於て、元來裁判上の自白に特有であつた觀念を裁判外の自白にも擴張しようとする考が、彼等の心裡を支配してゐたものと云ひ得るであらう。勿論之等の考は判決錄などに其直接の現れを見ることは出來ぬのであるが、一七七五年乃至一七八五年に於て、吾々はかゝる考が遂に表面化して顯現せられたることを知るのである。卽ち、一七七五年には既に一言した Rudd's Case (1 Leach C. 135) があるのである。この事件に於て被告人は恩赦の恩典に浴する保障の下に證言を爲せる共犯者 (accomplice) として自白を爲したのであるが、其結果として赦免せられんことを乞ふたのであつた。ところが、之に付てマンスフィールドは告白者の自白を認用するの慣行 (the practice of using approver's confessions) を論じ、之はそれ自身に於て何等不法のものではないと考へてをるやうであるが、之と同時に普通の自白の認容性に付き制限を加ふべきことを始めて裁判上明かにしたものである。卽ち曰く、「强迫又は約束の下に自白を爲す者に付ての場合が起るのであるが、其結果はかゝる場合の訊問及び自白は之等の者の裁判に於て其不利益に援用せられぬことが往々あるのである」と。勿論この場合マンスフィールドは約束又は保障に依つて訊問に答辯するに至つた如き者に付てのみ考察し、自白一般に付て觀察してをる譯ではない。ところが、一八八三年の Warickshall's Case (1 Leach C. 299) に於て近代的意義の規則が確立したものと云ひ得るであらう。卽ち、强迫或は約束に因つて自白を得たる理由に基き之を信憑することを得ないとし、從つて、かゝる自白は證據として之を認容することを得ないとせら

れたのがそれである。これより以後は、自白に關する原理の沿革は自白排除に付ての規則が、其範圍に於て或は狹隘なりしか又或は廣汎なりしかと云ふ點に在るのみであつた。

かくして、この時代に於ける自白原理は極めて合理的のものと爲つた。自白にして、有罪の承認として明かに信憑し難きものは排除せらるゝことになつたのである。しかし乍ら、この原理の下に排除せらるゝものは事實上極めて僅少であつたから、多く其例を見ないものと云はざるを得ない。自白は一般に有罪の最高證據と思考せられ、之と反對なる思想は之また一般に認めることを得なかつたのである。從つて、自白の當否に付き一應の疑念を挾むが如きことは殆んど無かつたものと云ふことが出來る。

第三期

第三期は自白の排除原理の發展時代である。而して、この時代に於ては自白を認容せざることが却つて原則であり、之を認容することが寧ろ例外であると云ふ奇觀を呈したのである。從つて、第三期は自白排除の原理を不當不必要の範圍にまで擴張したものとの譏を免れない。第三期は右に述べた如き有樣であるが、一八〇〇年代の前半が之に該當する。其初葉に至るまでには裁判官の態度は頗る變化した(3)。總ての自白に對し疑念を抱くことが一般となり、自白に對する偏見存し、殆んど取るに足らぬ口實の下に之を排除する傾向までであつた。かゝる態度は半世紀間も持續せられたのであつた。こゝに於て、從來蓄積せる矛盾した判例と、刑事訴訟に於て認められつゝあつた發展とを調和しようと努力したのであるが、其結果は頗る不條理なものであつた。即ち、例へば一杯のジンを與へることを約したと云ふ理由で自白を排除すべしとなしたるが如き、又犯人に對し彼の陳述せることは彼の不利益に援用せざるべしと云へる爲めに、自白を排除すべしと云ふが如きがそれである。かゝる事例は一八〇〇年代の前半に於ては判決錄に之を見ることが出來るのであるが、之等は眞實の發見の名に於てかゝる結果に到達したものであるけれども、吾々は何故にかゝる結果を惹起するに至つたかに付ては其當時の事情を檢討しなければならぬ(4)。

第四期

第四期は正に前期に對する反動的時代なりと云ふことが出來る。即ち、十

九世紀前半の自白原理に對する反動が諸處に現れたのである。しかし、之等の反動的運動は現在的運動を表現すると云はんより、寧ろ將來的運動を表徵するものであつた。即ち、法律又は實務上の慣行を變更すると云ふ方面に於ては、未だ多くが成し遂げられたと云ふことを得ない。既存の法律又は實務上の慣行を變革し、以て自白認容の範圍を擴大せんとするは將來の問題に屬せしものと云ふべきであらう(Wigmore, 2, §§ 817—22; Phipson.)。pp. 255, 256; 本書一〇頁參照)。

approver

(1) それは犯罪申立(criminal pleading)の問題であつて、證據の問題ではないとせらるゝのである。このことはStaundford, Hale等の刑法論を見ても明かなるところであるとして、ウイグモアは之等著書の一節を掲げてゐるから、就いて參照せられたい(Wigmore, 2, § 818.)。

(2) approver (Lat. approbator; appellor)とは叛逆罪又は重罪(felony)を以て訴追せられ召喚せられたる場合、有罪若くは無罪(not guilty)の答辯を爲す、以前に犯罪事實を承認し、而して、共犯者(accomplice)の犯罪事實に付き其知れる範圍に於て總て之を陳述すべきことを宣誓し、以て自己の赦免を受けんとする者である。若し、其犯罪事實を陳述せられたる前示の共犯者(appellee)が事實有罪なること確定するときは、其者は處罰せられ、approverは當然

自白認容の障害となるが爲り不條理

權利として赦免(pardon *ex debito justitiæ*)せらるゝのである。ところが、若し陪審員が前示の共犯者が無罪なることを評決するに於ては、approverは公訴狀の事實を承認したことに基き死刑の判決を受けるのである。因に、斯の如く共犯者の犯罪事實を陳述することは、死刑に該當する罪に付てのみ行はれたのである。なほapproverは prover又はprobator とも云ひ relative confession を爲す者である。之に付ては James A. Ballentine, Law Dictionary, 1930, pp. 96, 1110 を參照? なほ又approverに付て前示の意義以外に他の意義も存するのであるが、それ等はこゝに關係しない故省略するが、之に付ては Walter A. Shumaker and George Foster Longsdorf, The Cyclopedic Law Dictionary, 1922, p. 64 を參照せられたい。

(3)(4) 即ち諸種の不條理が自白認容の法律を阻害し、自白に對する過大の警戒は法律に對する感情的非合理性(sentimental irrationality)を惹起し、而して司法上一つの障害となつたことを否定し得ぬところであり、又裁判官に依つても承認せられたるところである。例へばBaron Parkeの言に從へば、「證據として自白を認容することを防止するために如何なる障害が行はるゝかを考慮するとき、慚愧の念なくして判決を眺めることを得ない。この故に、Pitt Taylor氏の觀察には全然同意見である」。即ち、自白排除の規則は餘りにも廣範圍に擴大せられたるため、正義と常識とは餘りにも屢慈悲の殿堂(shrine of mercy)の犧牲となつた」。Erle, Jも大體に於て右ピット・テーラーの見解と其所論を同じうするものであるが、たゞ同氏の見るところに依れば、自白が排除せらるゝ多くの場合に於て、正義と常識とが犧牲にせられてをるのではあるが、それは慈悲の殿堂に於てゞはなく寧ろ罪

の殿堂(shrine of guilt)に於てゞあつたとしてゐる(R. v. Baldry [1852], 2 Den. C. C. 445.)。

十八世紀の中葉に於ては正規の推論を無視し、法律は推測して以て人々は最も僅少なる誘因に因り僞つて自らを罪有るものと爲すものなりと、辯護士達は眞面目に議論を進むるに至つたのである。かゝる態度の判然たる勢力に對しては何等の制限も加へられなかつたのであつて、遂には被告人は自白を爲すことを思ひ止らすべきであるとさへ論ぜらるゝやうになつた。而して、かゝる觀念は裁判官の方面から非難せられねばならなくなつたのである(R. v. Green [1832], 2 C. & P. 312.)。然らば、何故にかゝる傾向を生じたのであるか。其原因を成せるものは

被告人の性格

第一に被告人の性格である。社會的分裂(social cleavages)と一七〇〇年代及び一八〇〇年代の初葉に於けるイギリス封建制的遺風とを有する國に於ては、犯罪人は其大部分が所謂下層階級に屬する者であつた。このことは、イギリスの選擧法改正案(Reform Bill, 1831—2)の時代に至るまでは特にさうであつて、この頃は殆んど二百の死刑に當る罪が法令集から一掃せられた次第であるが、當時の重大なる犯罪と云ふのは、たゞ財產犯(property-crime)と云ふ實は些細なる形相のものであつた。而して、之等は貧困の自然的結果であつて、潤澤生活又は職業的亂行生活(professional profligacy)の必然的結果ではない。更に、社會的分裂は權力者に對する隸屬關係、屈從關係を伴ふものである。之は、下層階級の側に於ける半ば尊敬半ば無智と云ふことから生ずるのである。かゝる態度は、特に農民の間に之を見ることが出來る。而して、彼等の運命は偏に地主たる優越的地位を占むる者に依つて左右せらるゝところである。かゝる農民が密獵の罪を犯せる者として其地主から自白を迫られたる場合、又は雇人が其主人より犯したる竊盜の罪を自白することを迫られたる場合、かゝる場合に於て吾々は前示の農民又は雇人の地位を考へるならば、同時に又之等の者の精神狀態をも考慮せねばならぬことになるのである。從つて、かゝる場合に於て吾々は合理的原則の適用を躊躇することになるのは、必しも無理からぬことゝ云はねばならぬ。吾々は取るに足らぬ誘因又は詰らぬ强迫の下に、通常人から自白が得らるべきものではないと信ずることが出來る。しかし乍ら、吾々は普通の或は合理的の基準に從つて判斷することを得ない人々の、存在することを忘れてはならぬ。然らば、如何なる斟酌を爲すべきかを演釋的に測定せんとするは、固より無益のことゝ云はざるを得ない。而して、法律上に於ても前示の特別なる場合を考慮し、之に基き明かに斟酌を爲せるものは無いのである。しかし乍ら、裁判官の立場から觀察するときは(十七世紀の末葉に於ては刑法上に於て愼肅(decency)及び人道上の動機と云ふことが感ぜられ始めて來た)、裁判官が其眼前に既に述べた如き者を眺むるならば、社會的優越地位を有する者の勢力の下に、之等弱者が發する言葉には大なる信頼を置くことを拒まんとするは容易に理解し得るところであらう。

以上說述したところが、確かに裁判官が自白を容易に認容せざりし原因の一つであると云ひ得るのである。而して、裁判官はそれ自身に於て極めて僅少であり又非合理的である口實の下に自白を排除したのであるが、しかしそれは事實上確固たる裁判感情を表

現せるものであつて、今日から之を見れば或は了解し難きところなしとしないが、當時に於ては實在的勢力を有してゐたものである。

第二は其當時に於ては刑事々件に於ける上訴權なく、又巡囘裁判に於ける單獨判事が他と協議することなく、獨立の責任に基き實際上自白法を創定したことである。かゝる單獨判事の心中に生ずる疑問を解決するが爲めには、彼は其同僚に當該問題を相談するか、然らざれば裁判官會合の席上に於て、自己の疑問を提出し以て他の者の意見を求むるの外はない。しかし乍ら、かくして自己の疑問を解決することは種々の理由から欲せられぬところであつた。其結果として、疑はしき證據は悉く之を排除し、他の蒐集せらるべき證據に基いて裁判し、裁判官自身が疑問を抱くと否とを問はず、議論の餘地ある問題さへも被告人の利益に解決すると云ふことになるのである。明かに認容し難きの故を以て自白の認容を拒絕することゝ、單に可能なるべき異議が存在するの故を以て自白の認容を拒絕することゝの間に截然たる區別が認められなかつたので、自白に關する法律は判定(rulings)外に於て漸次發達したものであるから、決して判例乃至先例と云ふ性質を有するものではなく、單に注意深き巡囘裁判官の愼重なる態度の表現に過ぎぬのである。兎に角、かゝる狀態であつたから、吾々は自白に關する法律を阻害したところの非合理性は、大體に於て、司法機關組織が其當を得ざりしための自然的影響なりと云はねばならぬ。

第三は被告人に對し證言能力を與へず、又は其地位の防禦の任に當る辯護士を得せしむることを認めずと云ふ、コンモン・ロー上加へられたる異常なる不利益である。一八三六年(Trials for Felony Act, 6 & 7 Will. 4, c. 114, s. 1.)に至るまでは一般に辯護士の助力を求むる權利を認められなかつた。勿論一七五〇年に於て既に辯護士が被告人のために反訊問を爲し、又は陪審員に對し陳述(address)する以外の總ての事柄を爲すことを許すの慣習は存してゐた。而して、この慣習は存續してはゐたが、其效果に於ては遙かに權利には及ばぬものであつた。被告人が自ら爲す自己の爲めの證言能力は久しく許されぬところであり(九頁(ト)參照)、陪審員に對し宣誓を爲さずして陳述を爲すこと(unsworn address)は許されてゐたところであるが、之は勿論自己の爲めに證言を爲す權利とは大いに異るものであり、其效果も大したものではない。被告人に對し "You cannot be trusted to speak here or elsewhere in your own behalf, but we shall use against you whatever you may have said." と申渡すことは甚だしく不衡平であつたから、裁判官はかゝる不衡平を補足し以て衡平を保持せんとして用ひた鈎合の具(makeweight)が卽ち自白の原理に外ならぬのである。卽ち、裁判官はあらゆる口實を捕へて自白を排除し、以て權衡を囘復することに努力したのである。適法に自白に適用せられ、稀なる場合ではあるが、自白を合理的に排除し得る一定の原理はあつた。而して、裁判官はこの原理を無視し衡平觀に從つて、この原理を一般的自白排除の武器として使用せんとしたのである。しかし乍ら、これとてもそれ自身に於て甚だ狹隘なる範圍しか有してをらぬものであつたから、衡平觀の命ずるところを十分に遂行するには甚だしく不十分のものであつた。しかし、其目的に於ては本來正當なものであつたから、前示の原理を抑壓するの結果を生じたのである。この故に、自白排除に

單獨判事の自白法創定

被告人に加へられたる不利益

付て一般に認められたる原理乃至理論と、それが實際に於て其背後の目的のために變則的に行はれてをることゝの間に、衝突を來し兩者が調和し難きものとなるのである。これが爲めに法律上に一つの損傷を及ぼしたことは事實であるが、其損傷は治療し難き程度のものに至らなかつたことは不幸中の幸と云はざるを得ない。蓋し、かゝる狀態に導いた事情が既に少くとも其一部消滅するに至つたからである。

以上の如く考察し來るときは、自白に關する法律は、他の社會他の時代に於ては不條理にして危險なる感情主義と思はるゝところのものに發達したことは極めて見安い事實であり、又正當にして全く合理的なる自白排除の原理を不明ならしめたる牽强附會と非合理的贅物とを之等は一八〇〇年代の初葉に至るまでイギリス裁判所に於て行はれてゐたのである、保存し置くの必要無きことも亦容易に理解し得るであらう。

右に述べた三個の原因は現在の事情の下に於ては最早之を見ることを得ない。現在の共同生活體(community)の精神は或は之を呼んで自由とし又或は無政府(anarchy)とするもそれは暫く措き、それは優越する社會的又は政治的權力に對し何等之を恐れぬところに在るのである勿論それには美點もあれば弊害もあらう)。換言すれば、それは奴隸狀態に對する反抗であり鬪爭である。故に、勿論秩序ある服從ではない。それは又表面的であるとしても、權利主張の大膽なる準備である。故に、要求に對する盲目的降服ではない。即ち、寧ろそれは一般に justice より囘避する可能性を鋭敏に認識するものであつて、如何に壓制的なる權力に對しても之に服從する卑怯ではないのである。更に、上級審に上訴して自白を訂正する權は廣く一般に認められてをるところである。最後に、被告人は自己の爲めに證言を爲し得るものであつて、又辯護士の十分なる助力を得ることも出來る。かくして、過去の時代に於けるイギリスの裁判官の手に不自然の發達を遂げた、自白の法律を說明し辯明する前述した如き總ての事情は存在してをらぬのである。十八世紀初葉の巡囘裁判の原理(Nisi Prius doctrines)を今日なほ存續せしむることは感情主義以外の何者でもなく、有罪者に對する爲の慈悲であり、而して原則からの不必要の離脫である。

眞實ならざる自白を爲さしむる虞ある誘因に因つて、自白が爲されたるときは之を排除すべしと云ふ正統原則は、全く衡平のものであり思慮深きものである。この故に、之は其本來の形相に於て又其純粹の形相に於て適用せらるべきものである(Wigmore, 2, § 865.)。

自白の意義

## 第二目　自白の性質及び方式

自白とは刑事々件に於て、被告人が訴追せられたる有罪事實又は其本質的部分に付き、眞實なることを承認することである。スティーヴンに從へば、自白とは或る犯罪に對し訴追せられたる者に依つて、何時たるを問はず (at any

time)、爲さるゝ犯罪行爲の承認であつて、當該犯罪に付き陳述し若くは當該犯罪の推斷を暗示するものであるとせらるゝのである(Stephen, art. 22.)。之に對し、フィップソンは右に所謂「何時たるを問はず」と云ふ意義が犯罪以前に爲されたる陳述を包含するものとせば、それは廣汎に失するの嫌あるものとしてゐる。蓋し、犯罪の動機意思、豫備、或は以前の關聯せる犯罪等に付ての陳述の如きは、自白に對する制限とは何等の關係なく、或は之を認容し得べく又或は之を認容し得べからざるものであるからである(Phipson, p. 255.)。

被告人の行爲

自白は右に述べたるが如く犯罪事實の承認であるが、之に付ては次の三個の場合を對比考究するの要がある(Wigmore, 2, § 21.)。

第一は被告人の行爲(the conduct of an accused person)である。被告人が逮捕を免るゝが爲めにする行爲、犯跡を隱匿し、證據を僞造又は隱秘し、其他被告人の有罪意識を表示する行爲は、こゝに所謂被告人の行爲に該當するものである。之等行爲は之を自白と區別せられねばならぬ。從つて、之等は自白に關する範圍外に置かるべきものと云はねばならない。

辯疏的陳述

第二は有罪たることを否認する辯疏的陳述(exculpatory statement)である。自白本來の性質に徵するときは、之また自白たり得ぬこと云ふまでもない。然るに、實務上に於ては必しも自白本來の意義が遵守せられて來たものと云ふことを得ないのである。從つて、時には甚だ不條理なる結果を招來することになつたのであるが、若し自白本來の意義が正しく遵守せられたのであつたならば、特に宣誓の下に行はれた自白を取扱ふ上に於て、其不條理の或ものは除去し得たであらうと云はるゝ次第である。兎に角、認容せられたる辯疏的陳述は、一般にかゝる陳述が虛僞のものなることを明かにすることに依つて、有罪意識の狀況證據として用ひらるゝか(1)、或は又、證人としての被告人の信用を疑ふべき矛盾的陳述として用ひらるゝのである(2)。しかし乍ら、被告人の陳述が眞に自白、卽ち有罪事實の承認である場合に於ては、自白の規則に從ひ自白として認容することを得ない以上、前示の後の場合の如きに之を用ふることを許さぬものである。何となれば、自白に關する規則は自白に關してのみ之を適用し得るものであつて、それが如何に證人の信用を疑ふ證據として

適用することを希望せらるゝ場合なりと雖も、又被告人が證人として他の證人と同樣、其信用を疑ふことを得るものでありと雖も、自白に關する規則は之を適用し能はざるものと云はねばならぬ。

**從屬的事實の承認**

第三は從屬的事實(subordinate fact)、卽ち直接に有罪事實を包含せざる事實の承認である。自白は場合に依つては之を信憑し得ざることがある。例へば、現在の制裁又は將來の處罪を免るゝために、强力なる動機が被告人をして其有罪なることを申立たしむる場合がないとも限らぬ。從つて、承認せられたる事實には有罪の實質(quality)が存在しなければならぬのであるから、從屬的事實の承認の如きは之を自白と區別すべきである。

右に述べた三個の場合は、孰れも自白の範疇に屬せぬものであるから、之を自白と混同せざることを要するものである。

**自白認容の理由**

次に、自白は何故に之を證據として認容し得るかと云ふ點を考へたい。之に付ては、一般に何人と雖も故意に自己の利益に反する陳述を爲すものではないから、自己の利益に反する陳述は先づ眞實なるものと推斷すべきであると云ふことは、既に述べて置いたところである(本書一五四頁Roscoe, p. 83.)。事實上に於ても、虛僞の自白の例は之を常態と目すべきでないことは固よりであるが、場合に依つては虛僞の自白の存することあるべく、之が爲めに裁判所又は陪審員は自白の各事實に付き愼重なる注意を拂はねばならぬことはあるけれども、之寧ろ例外的場合なりと云ふことを得べく、之あるが爲め總ての自白を一律に信憑し得ぬものと考へることは勿論不可である。そこで、現在に於ては自白にして愼重にしかも何等の不法誘出(以下九三頁參照)に依ることなく爲されたるものであることが明白に立證せられたる以上、之を以て法律上最も效果ある證據なりとする點に於ては、異論の存せぬところであると云ひ得るであらう。而して、其證據價値は前示の如く、人は眞實並に良心の指示するところに依つて刺戟せらるゝ場合に非れば、自己の利益及び安全に反する陳述を爲すものに非ずと云ふ、健全なる推定(sound presumption)に在るものと云ふことが出來る。故に、かゝる自白はそれが被告人に依り何人に對して爲さるゝとも、又其爲されたる時期及び場所の如何を問ふことなく、コンモン・ロー上之を證據として認

容し得るものとせられたのである(Lambe's Case (1791),2 Lea. 551.)。しかし乍ら、之等自白の信憑力の程度は各具體的場合に應じ、陪審員が評價するところであるから、自ら其間に差異のあるべきことは固より當然である(Taylor, I. §§ 864, 865.)。しかし乍ら、口頭自白の證據(evidence of oral confessions)は之を認容するに當り特に細心の注意が肝要である(之は自認に付ても同樣である)。何となれば、この場合に於ては證人の誤解、惡意、言辭の誤用、自己の包懷する意味を表示し得ざること、記憶の薄弱等は單に錯誤を來す虞極めて大なるのみならず、特に加重犯(aggravated guilt)の場合に於ては、其犯人を發見せんとする熱心と、證據を蒐集せんとする者の傾注する熱誠とは、往々にして僅少なる嫌疑の理由を擴大して、以て十分なる證據と看做すの弊があるのである。之等の事柄は總てこの種の證據價値を減少するものであつて、之が爲めに民事々件に於ける自認ならば認容せらるべき程度のものであつても、自白としては之を認容することを拒絕せらるゝに至る場合が屢起ることになるのである。故に、この點に付ては Foster 判事の觀察は大いに傾聽に値するものと云はるゝ次第である。即ち曰く「この證據

自白を認容し之を信憑する上に注意すべき理由

〔自白〕は通常の場合(in the ordinary course of things)に於ては、消極的證據の如きものに依つては――かゝる證據に依つて有の儘なる事實の立證が反對せられ得るし又屢反對せらるゝのであるが――之を覆すことを得ない」と(Taylor, I. § 862.)。

以上自白の信憑し難き原因に付き觀察したのであるが、更に自白を認容し之を信憑する上に於て、注意せねばならぬ理由がある。今、テーラーの示すところに從つて、之を考察するときは次の如くになるのである(Taylor, I. § 863.)。

一　犯人が自己の境遇の非運に銷沈し、或は又希望、恐怖等の動機に誘導せられ、眞實ならざる自白を爲す爲めである。

二　其惡名を轟かさうとする病的野心に依る爲めである。

三　自己の生命を救はんとする亂心的若くは犯罪的希望に依る爲めである。

四　在來の關係を清算し以て新なる人生の行路に向はんとする尤なる念願に依る爲めである。

五　親族又は同僚を庇護せんとする無理からぬ懸念に依る爲めである。

六　興奮的幻想的妄想に依る爲めである。

右の如くであるから、之等の諸點を考察檢討し、以て具體的場合に於ける自白の信憑力を定めなければならぬ。

自白の方式

更に進んで、私は自白の方式に付て考究の歩を移すことゝしよう。

自白の方式は一般に左程重要なるものではない。從つて、口頭又は書面、明示又は默示たるとは之を問ふものではないのである(一六頁參照)。故に、Non refert an quis intentionem suam declaret verbis, an rebus ipsis, vel factis(其意思を言辭又は實際上の事實にて表示するや否やは重要なるものではない、10 Co. 144 a.)とせらるゝものである。尤も、口頭若くは書面に依つて、他人に對し自白を爲すことは最も普通に行はるゝところであるが、獨語的言辭と雖も、之を自白として認容することは妨ぐるところではなく(R. v. Simons (1834), 6 C. & P. 540.)、又 Acta exteriora indicant interiora secreta(外部的行爲は內部的秘密の證據である、8 Co. 146 b.)と云はるゝ如く、聾啞者等は通事に依つて自己の主張を爲し、又は其地位を防禦することを要求せらるべく、しかも通事は之等聾啞者の手眞似身振(signs)等を裁判所並に陪審員に對し説明するのであるから、かゝる手眞似身振も亦自白と爲り得るものと云ふべきである。更に又、Qui tacet consentire videtur(默する者は承諾せる者と思はる)と云はるゝ如く、沈默それ自身も自白と看做さるゝことがあらう(3)。しかし乍ら、前示の法諺は之を解するに當り相當の制限を附せられねばならぬ。卽ち、右法諺は Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare(沈默する者は自白する者に非ず、然れども彼は否定する者に非ず)と解せらるべきものであり、又 Le nient dedire n'est cy fort come le confession est(打消きゞることは直に以て自白と同樣であると云ふことを得ない)とせらるべきものであるが、之は近世に於て一般に是認せらるゝところである。而して、右法諺は Qui tacet consentire videtur, ubi tractatur de ejus commodo(自己の利益が問題となる場合に沈默する者は承諾する者なりと考へらるゝ、2) Hen. 6, 13 b.)と云ふ法諺に依りて支持せらるゝところである。この法諺の主として適用せらるゝ場合は刑事事件であつて、犯人が何等の答辯をも爲さゞる場合が卽ちそれである(Best, § 521; Phipson, pp. 258, 260.)。

訴訟當事者の不利益の證據

(1) 一般に訴訟當事者が其訴訟の準備又は提起に付き虚僞又は詐欺等の行爲あり、若くは賄賂或は破棄其他之と類似の行爲に依つて、證據を僞造し又は湮滅するが如き場合に於ては、かゝる行爲は、彼の訴訟は薄弱にして何等の基礎を有せぬものであると云ふ意識の表現なりとし、以て彼の不利益の證據として認容せらるゝものである。而して右の意識より事案の事實其者が眞實性及び眞價値を缺如するものであることが推斷せらるゝのである。斯の如き推斷は特定原因事實(specific fact in the cause)に必然的に適用せらるゝものではないが、訴訟原因を構成する事實(alleged facts)の全體に適用せらるゝものであつて、其效果は極めて大なるものがあると云ひ得るであらう(Wigmore, I, § 228)。

矛盾的前陳述

(2) 信用を疑ふは所謂證據の矛盾であるから、前の矛盾的陳述(prior self-contradiction)は之を斷定的に援用し得ない。即ち、吾々は前陳述を論據として信憑すべきではなく、又前後兩陳述の一方を選擇することを得ないのである。この兩者を對比し、以て吾々はたゞ兩者とも眞實に非ずと思惟するだけである。而して又、兩者の執れか一方に於て誤を爲したるものとの結論を爲すが、其執れが誤れるものなるかを決定するものではない。斯の如く、所謂矛盾(repugnancy and inconsistency)は誤(error)を表示するものであつて、前陳述が其信憑力に於て優ることを示すものではないのである。從つて、吾々は前陳述に代位せしむるものとして、認容するの必要はないことになる譯である。要之、前陳述は元來傳聞證據ではない。何となれば、斷定的に爲されたるものではない、即ち、證言的に爲されたるものではないからである。傳聞證據則(Hearsay Rule)は、裁判外の陳述を信憑し得べき證言的斷定として用ふることを禁止するものである。然るに、矛盾的前陳述は信憑せらるべき證言的斷定として爲されたるものではない。從つて、信用を疑ふ爲めに矛盾的前陳述を援用することは、傳聞證據則に抵觸するものに非ずとせらるゝのである。

しかし乍ら、矛盾的前陳述が一應認容せられたるに於ては、何等斷定的證言的價値を有せぬものとして取扱はるべきものではなく、又裁判所は其信憑力を嚴正に否定すべきものでもない。其證據價値を認めず、又は信憑力を否定することは、たゞ傳聞證據に基くより外はないのである。しかし乍ら、傳聞證據則の理論は裁判外の陳述は之を拒絶するものであつて、其理由とするところは、それが反訊問を爲し得ない法廷に在らざる者に依り、裁判外に於て爲されたるが爲めなりとするのである。然るに、矛盾的前陳述の場合は證人は法廷に在り、反訊問に服することを前提とするものである。從つて、彼の前陳述の基礎に付て其眞僞を檢討する機會は十分あるものと云はねばならぬ。されば、傳聞證據則の目的としてをるところは、既に達せられてをる譯であるから、裁判外の陳述に對し證據的信憑力を付與するに於て、裁判所に制肘を加ふべき何物も無い筈である。しかし乍ら、正統派學說の見解は之に反する(ウイグモア自身も其證據法の第一版に於てはこの見解を採つたのである)。即ち、裁判所の見解に從へば、矛盾的前陳述は實質的若くは獨立的證據價値を有するものとして取扱はれぬことは、一般的に是認せられてをるところである。しかし、この理論的人工的形式論乃至精緻論は裁判所の或ものに依つて過重視せられ、其影響するところは、やがて自己の證人に對し矛盾的陳述に依り其信用を疑ふことを禁止

## 沈默

する規則を確立するに至つたのである。而して、裁判所は陪審員に對し彼等の其自然的推理に依つて、そこに發見しようとする證據價値をかゝる矛盾的斷定に於ては無視する爲めに、彼等の智力(mental force)を用ふべきことを告ぐべきであると云ふ意見が存在するのである(Wigmore, 2, § 1018.)

(3) 犯人が答辯を爲さゞること卽ち沈默(non-responsion, silence under accusation)を說明するに當り、之と共に囘避答辯(evasive responsion)及び虛僞答辯(false responsion)に付き一言するを便宜と考へる(Best, §§ 574—576.)。

第一に沈默に付て考察する。或る者が其犯罪に付て訊問せられ又は彼の面前に於て彼が罪を犯したりとの陳述ありたる場合に、彼が之に對し答辯を爲さゞりしことは、之を以て彼が有罪であるとする理由ありとの推斷は必然的に生ずるところである。蓋し若し然らずんば、彼に於て答辯又は反駁すべきであるからである。沈默が總ての場合に於て自白に等しいと思惟することの誤謬なるは、既に本文に於て述べたところである。而して、かゝる事情が如何に被疑者にとつて不利であつても、之を以て直に決定的效力を有するものであると思料すべきではない。從つて、かゝる場合に於ても次の諸點を考慮しなければならぬ。卽ち、

其一は當事者が例へば聾者である爲め訊問を聽き得ぬこともあらう。又若し聽き得たとしても、之に答辯せざれば、それが爲め自己が有罪であるとせらるゝことを了解せぬこともあらう。



其二は當事者が訊問を聽き得、しかも之に答辯せぬことが有罪と爲ることを了知するとしても、彼が瞬間的に沈默することは、或は其言語能力に障害ある爲めか、或は又有罪なることに付ての驚愕感に起因することもあらう。

其三はかゝる種類の證據が裁判外のもの(extra-judicial form)である場合には、事件(transaction)は證人の證言に依り裁判所に傳へらるゝことゝなるが、かゝる場合證人は事件を誤解することもあらうし、又故意に事實を誤る供述を爲すこともあらう。

其四は縱令事件が正確に報道せられたとしても、有罪の推斷力が極めて薄弱なることあるべく、又は全然推斷力を失ふ場合さへあることは、ベンタムの主張する如くである。依つて、この場合ベンタムの意見は大いに注目に値するものである(この點に付ては Best, § 574 參照)。

第二に沈默と關聯して考察せらるべきは囘避答辯(evasive responsion)又は不完全答辯(incomplete responsion)の問題である。或る者が其犯罪に關し訊問せられ又は其面前に於て彼の犯罪に付ての陳述が爲されたる場合、彼が之に對する訊問を囘避し、又は其有罪なることを否認すると雖も彼の無罪を立證することを拒絕し、彼を有罪とし又は犯罪の嫌疑ありとする狀況に付ての答辯又は說明を爲すことを拒絕したるが如き場合は、卽ちこゝに所謂囘避答辯に外ならぬのである。しかし乍ら、右の如き狀況の下に於て有罪の推斷力は次の理由に因り弱めらるゝことがある。

其一は無罪なる者と雖も必しも彼に不利なる總ての事情を說明し得るものではない。

即ち例へば、殺人罪(a charge of murder)に於て、被告人は彼の寢着に何故血痕が附著してゐたかを說明し得なかつたのであるが、事實は彼の同僉者が負傷してゐたゝめ、其血が彼の寢着に附著してゐたことが解つたことがある。或は又、竊盜罪に於て被疑者は贓物は如何にして彼の家に在りしやを說明し得なかつたのであるが、事實は第三者が竊かに右贓物を彼の家に置いたことが知れたのである。かくの如き次第であるから、說明不能なりとの一事を以て直に有罪の推斷を下すことを許されぬ場合があるのである。

其二は被告人又は被疑者は或る特定事情を說明することに依り、他人が刑事訴追を受くる虞あるに至ることあるべく、又當該訴追事件に關係なくとも其事實を祕密に附することを希望する場合もある。更に又、事實現在の罪に對し責任なしと雖も、之を立證することに依り、他の罪あることを明かにする虞がある場合もあらう。

其三は訴追が全然其理由なき場合――共謀の結果若くは僞證に依り支持せられんとする場合――被疑者の側に於ては裁判上要求せらるゝまでは、證據を提出せざることが却つて政策上有利なることもあらう。

第三に考察すべきは虛僞答辯(false responsion)である。虛僞答辯は之を前二者に比すれば遙かに有罪性又は有罪的事實(criminative fact)を有するものと云へる。ベンタムに從へば、質問者側に於ける無資格に基く抗辯は適當のものでもあり、又有力なるものでさへあるが、虛僞答辯に付てはこの原則を擴張適用することは殆んど出來ない(ベンタムの意見に付ては Best, § 576 參照)。なほ虛僞答辯の場合に於ても留意すべき點が二つある。

虛僞答辯

其一は裁判外の對話(extra-judicial conversations)の誤解若くは誤報の可能性である。

其二は無罪の者と雖も恐怖感に因り自己の地位を防禦するに當り、虛僞の證據に依らんとすることがある。虛僞の陳述も亦同樣なる原因に基くことがあらう。この點に關聯して Omnia praesumuntur contra spoliatorem なる法諺が考察せらるべきである(一四〇頁參照)。

自白は其全部を證據として認容せらるべからず

## 第三目　自白の二原則

自白に付ても自認の場合に於けるが如く之を支配する二つの原則がある(一八三頁參照)。以下順次之等に付き說明を試みよう。

第一に自白は其全部を證據として認容せられねばならぬ。之自認の場合と同樣であつて(一八三頁參照)理性(reason)並に人性(humanity)の要求するところであるとせらるゝのである。例へば、被告人が其犯罪の關係に付て文書に依り陳述したるものと考へらるゝ場合に於ても、之を以て其全陳述が一文章若くは數文章中に包含せらるゝものとし、他の部分は總て之を排斥することは固より

當を得たるものと云ひ得ぬであらう。そこで、民事々件の場合を顧るに、文書の意義を定むる上に於ても其全體を照合して之を決定せねばならぬのであるから、例へば、同一事項に關し同時に數通の證書が作成せられたるが如き場合に於ては、當事者の意思を決定するが爲めには、右證書中の一通にのみ依ることは固より是認せらるゝところではなく、其總てを斟酌して以て決定せねばならぬ譯である。故に、刑事々件に於ても犯罪の自白の證據として單に陳述の一部分のみが主張せられたる場合に於ては、被告人は其陳述の全部を證據として提出すべきことを要求する權利ありと云はねばならぬ。或は又、少くとも既に立證せられたる部分の說明的程度に達するものは、之を提出すべきことを要求し得べく、更に又、所謂生命の爲めに(*in favorem vitæ*)論點に關係ある總てを提出すべきことを要求し得るものであると云ひ得るであらう。之全體として考察するに非れば、被告人に對して證據とせらるゝ部分の意義を決定し得ないからであつて、この點は自認に付き述べたところと異らぬのである。

右に說明したるが如く、自白は其全部を證據とせられねばならぬのであるが、訴追者は全體の如何なる部分を否認するもそれは任意である。而して、陪審員は全體として提出せられたる自白に付き考察せねばならぬのであるが、其自白中前後相矛盾する部分あるときは、最も愼重に考究審議すべきであることは固より多言を要せぬところである(R. v. Jones (1827), 2 C. & P. 632.)。しかし乍ら、かゝる矛盾存せざる場合と雖も、自白の總ての部分が同樣なる信憑力を有するものとは限らない。この點も亦自認の場合と異るところはないのである。從つて、陪審員は十分なる理由あるに於ては自白の一部を信憑し、他の部分を排斥することを得るものと云ふべきである。例へば、被告人の不利益の部分を認容し、有利の部分を排斥するが如きである(R. v. Higgins (1829), 2 C. & P. 603.; R. v. Steptoe (1830), 4 C. & P. 397.)。若し、被告人の陳述にして其利益となる部分が訴追者の提出したる證據に依り否認せられぬ場合、或は又、陳述それ自身が眞實性を缺如せざること明かなる場合に於ては、陪審員は之を信憑すること固より當然ではあるが、しかし、かゝる場合と雖も單に反證なく又は眞實性有りとの理由のみに基き、當該陳述を信憑せね

ばならぬと云ふ譯ではない。其之を信憑するや否やは、專ら具體的場合の事情を判斷し全く自由なる立場に於て之を決定し得るものと云はねばならない(R. v. Clewes (1830), 4 C. & P. 221.)。自白中に他人の氏名が包含せらるゝものと推測し得る場合に於ては、其氏名を省略されぬものとして立證せられねばならぬ。しかし乍ら、この場合に於て裁判官は自白は自白者其者に對してのみ、之を證據と爲し得る旨を說示すべきである。故に例へば、Robinson v. Robinson and Lane 事件(1858), 1 Sw. & Tr. 362; 27 L. J. P. & M. 91.)に於ては妻の姦通に基く離婚の訴を提起したものであつたが、妻が其日誌に共同被告との私通關係の事實を記載してあつたのである。而して、この記載は妻の自白として認容したのであるが、右自白は妻の姦夫に對する證據としては之を認容し得ざるものとせられたのである。要之、自白は自白者に對してのみ證據として認容し得るものであることを以て原則とする。しかし乍ら、この原則に對しては次の如き例外が認められる。

其一は主人及び雇人の關係存する場合である。從つて、主人が雇人の行爲に對し刑事責任を負ふ場合に於ては、雇人の自白は主人に對して證據となるのである。なほ、新聞紙に依る誹毀の場合に於て當該新聞經營者の代理人が爲したる自白は、經營者の自白として之を認容することを得るものである。しかし乍ら、この場合右經營者は誹毀的記事掲載に關する當事者にも非ず、又之に關係を有する者にも非ることを立證し、以て其責任を免るゝことを得るものでもあり、又右誹毀的記事の掲載は經營者側に於て何等注意義務の闕缺に基くものではないことを立證して、以て其責任を免るゝことも出來るのである(Lord Campbell's Libel Act (1843), 6 & 7 Vict. c. 96, s. 7.)。

自白は實權ある者の不法誘出に因らざることを要する

其二は所謂 Licensing Acts(三八頁(2)參照)の下に於ても亦同樣に解し得らるゝものである(Taylor, I. §§ 870, 871; Phipson, p. 260; Willis, p. 101; Hibbert, pp. 28, 29; Roscoe, p. 52.)。

第二に自白は實權ある者の不法誘出に因らざることを要する。即ち、實權ある者(person in authority)(1)が自白者に對し其者の自白を不法に誘出(induce)したる場合に於ては、かゝる自白は之を證據として認容することを得ないものである。

實權ある者の意義

然らば、如何なる者がこゝに所謂實權ある者に該當するのであるか。こゝ

に云ふ實權ある者とは逮捕、拘禁、訊問又は訴追等を爲し得る者、及び之等の者の面前に於て之等の者に依り異議なく行爲を爲し得る者を云ふのである。換言すれば、刑罰を要求し又は赦免を請求し得る地位に在る者と云ふことを得るであらう(Philpson p. 257; Hibbert,) p. 28; Watson, p. 225.)。

(R. v. Jenkins (1822), R. & R. 429; R.) v. Upchurch (1836), 1 M. C. C. 465.) 警官(R. v. Shepherd (1836), 7 C. & P. 579.)、治安判事(magistrate)(其事件に關する者たりや否やを問はない。)、(2)捜索者(searcher)(R. v. Windsor (1864), 4 F. & F. 260.)、(3)等

R. v. Drew (1837), 8 C. & P. 140.) 監視人(warder)(R. v. Enock (1833), 6 C. & P. 539.)

である(Taylor, I. § 873; Philpson, p. 257; Wills, p. 302; Watson, p. 225; Hibbert, p. 28; Cockle, pp. 199, 200; Stephen, art. 23; Tregarthen, pp. 40, 41; Wigmore, 2, § 829.)。

實權ある者とは大體に於て右に示した如き者であるが、被告人の主人(master or mistress)はそれのみの關係を以てしては、直に實權ある者とは云ひ難いのである。但主人の身體又は財産に對して犯罪が行はれたる場合に於ては、この限りではないとせらるゝのである(R. v. Moore (1852), 2 Den. C. C. 522; 21 L. J. M. C. 199.)。なほ、訴追者又は警官の配偶者、單に犯人を診察又は治療せる醫師の如きは、之を實權ある者の中に包含せしむべきや否やは疑問である(R. v. Laughter (1846), 2 C. & K. 225; R. v. Kingston (1850), 4 C. & P. 381.)。更に、船長は單に其資格に於ては船員に對し實權ある者と云ふことを得ないとせらるゝ(Cf. R. v. Moore (1852), *supra*.)(Philpson, p. 257; Wills, p. 302; Taylor, I. § 875.)。



次に、所謂不法誘出(illegal inducement)に付て考察しなければならぬ。自白に付き不法誘出が行はれたる場合には之を證據として認容し得ないのであるから、不法誘出はこの點に於て自白の認容性と關聯することになる。然らば、如何なる場合に於て不法誘出ありと認め得べきであるか。この不法誘出の性質に付き檢討するに當つては次の三個の場合を考究しなければならぬ。

即ち、

其一は自白が其眞實なりや否やを考慮せず之を誘出するが如き事情の下に於て行はれたる誘出に非るや。

其二は自白を爲すに付き强迫又は約束が行はれたのではないか。換言すれば、自白者に對し恐怖念又は希望感を與へるが如き誘出に非るや。

其三は自白者が自由意思を奪はれたるが如き誘出に非るや。

右三個のうち最後のものは、自白は自發的(voluntarily)に爲されねばならぬと一般に云はるゝところのものである。換言すれば、自白は自白者の自由意

思に基かねばならぬと云ふことになる。之自白が證據として認容せらるゝ所以であり、又何人と雖も故意に自己の利益に反する陳述を爲すものに非ずとの推定が行はるゝ所以でもあるとせらるゝのである(七一五四頁參照)。しかし乍ら、この點に付きウイグモアの主張するところに依れば、誘出の性質其者が問題とせらるゝ場合に於ては、それは實際上殆んど何等の役に立たぬものと云はるゝのである。從つて、事實上に於て其三の問題は其一若くは其二中に包含せられ、其三が獨立して第一次的に誘出の性質其者を決定する標準となることは殆んどないのである(Wigmore, (2) § 831.)。

ウイグモアの見解

そこで、更にウイグモアの見解に從へば、其一が最も合理的にして、しかも正當なるものとせらるゝのであるが、この點に付きウイグモアの見解に從ひつゝ少しく考察することゝしよう。

先づ、自白が信憑し難き理由は被告人が二者孰れかを選擇せざるべからざる地位に置かれたる場合に於ては、其眞僞の如何に關せず有罪の自白を爲すことが希望せらるゝが如き場合に生ずるのである。故に、この場合に於ける被告人の地位は、(一)被告人は現在の沈默(present silence)(又は無罪の主張)か、又は有罪の自白に依つて生ずる、又は之と必然的に關聯する、他の情勢(prospect)かの孰れか一方を選擇すべき地位に在ること、及び(二)確定的若くは不確定的效果を以てするこの自白が、確定的若くは不確定的效果を以てする沈默に對する相對的利益と云ふことに、其本質的特色が在るのである。然るに、被告人のこの地位は自白を證據より排除する狀況として普通に云はるゝ、利益の約束若くは危害の强迫(a promise of benefit or a threat of harm)と云へることに依り不明瞭となる虞がある。故に、斯の如きは單に被告人の地位の表面的特質を顯現するに止るものであつて、其眞の特質は前示の如く解すべきであるとせらるゝのである。そこで、今假に被告人に對する自白の誘出が赦免の約束(a promise of pardon)に在りとする。然らば、其效果は沈默に伴ふ單なる自由の可能性よりも、虛僞の自白に伴ふ確たる自由を以て、遙かに被告人の心を動かすものがあると云ひ得る。更に又、絞殺するとの强迫の下に自白が誘出せられたものとする。然らば、現在の確實なる安全及び將來の可能なる安全を選ぶ

ことが、現在の確實なる死よりも遙かに心を動かすものあるは當然である。右二個の例示の一方は約束他方は強迫であるが、之等の場合に於て自白は孰れも信憑し難いものである。何となれば、之等自白は自白者に作用する誘出の效果が強大であつて、到底之に抵抗し得ぬ程度のものであるから、眞實の自白を期待し得ない故である。而して、普通に所謂 a promise or a threat と云はるゝこの兩語は、相互に關聯的性質を有するものではないから之を區別して觀念しなければならぬ。卽ち、promise は積極的に或る事實を自白するか又は消極的に或る事實に付き沈默するかと云へる場合、寧ろ自白を選擇することと(confession-alternative)に關聯してをるのであるが、threat は沈默を選擇することと(silence-alternative)に關聯するものであるとせらるゝ。かくして、前者に於ては被告人は其現在の不滿足なる地位(present unsatisfactory situation)に對するものとして、虛僞自白の一般的に望ましからざること(general undesirability)を控除した、約束の純利益(net advantage)を評價するものであるに反し、後者に於ては加へられんとする危害(threatened harm)に對し、自白の一般的に望ましからざることを控除した、現在の滿足なる地位(present satisfactory situation)の純利益を評價するものであると云ひ得るのである。從つて、前二者の場合に於ては其評價(measurements)と均勢(balances)とは著しく異るものと云はねばならぬ。故に、promise と threat とは之を同樣に用ふることは當を得たものではないから、近頃に於ては被告人の自白に影響を及ぼすべき勢力が如何なる形式に依り作用するも、總て之を inducement なる語を以て表すことゝせられたのである。

次に、a promise or a threat と關聯して voluntary と云ふ語に付き考察したい。一般に自白は自發的卽ち voluntary の性質を有するに非れば、之を證據として認容出來ぬとせらるゝところであるが、この自發的と云ふ語が又當を得ぬものとせらるゝのである。自白者の地位は既に一言せる如く、自白か沈默かの孰れか一方を選擇すべきに在るのであるが、この自發的と云ふ語は前示の約束若くは强迫と同じく、自白者のかゝる地位を不明瞭ならしむるものである。苟も、總ての自白は自發的のものであり、又しかあらねばならぬものである。しかも、吾々はかゝる自發的自白を信憑し難き場合があるのであるが、それは

普通に云はるゝ如く、當該自白が自發的に行はれなかつた爲め、卽ち非自發的事情が存在してゐたと云ふ爲めではなく、自白者が虛僞自白を選擇すべき當然の事情が存在してゐた爲めと云はねばならぬ。換言すれば、虛僞自白を爲すことを選擇したことは、自白者の自發的に出でたるものと云はねばならない。たゞしかし、この場合に於て其虛僞自白が、例へば危害より免れんとするが如き或る情勢と關聯し、しかも其情勢は人情として到底抵抗し得ぬ程度の誘引力を有するものである(Wigmore, 2, § 824; § 825, 826 參照)。

要之從來普通に云はるゝ約束又は强迫に因る自白は之を認容することを得ぬとの觀念は、正鵠を得たるものと云ひ難く、之はたゞ不法誘出に因る自白は認容し難しと云ふことになる次第である。然らば、實際上如何なる不法誘出が以て自白を認容し能はざるものとするか。以下に於てこの點に付き考察しよう。

不法誘出の實例

其一は投獄すべしと云ふが如き誘出を以て自白を爲さしめた場合である。例へば、R. v. Parratt 事件(1831, 4 C. & P. 570; 2 M. & R. 518.)は船員が船長の時計を竊取した事件であつたが、この場合船長は船員に對し、"The watch has been found, and if you do not tell me who your partner was, I will commit you to prison." と云ひ以て船員の自白を促したのであるが、かゝる自白は之を認容し得ざるものとせられたのである(Hibbert, p. 17; Philpson.)。

其二は有利に取計ふべしと云ふが如き誘出を以て自白を爲さしめた場合である。例へば、R. v. Cass 事件(1784, 1 Leach 293; n. a.)に於ては、"If you will tell me where my goods are, I will be favourable to you." と云ふ誘出は、これ又自白を認容し能はざるものたらしめたのである(Hibbert, p. 27; Philpson; p. 262; Taylor, I, § 884.)。

其三は警官を呼びにやるべしと云ふが如き誘出に因り自白を爲さしめた場合である。R. v. Richards 事件(1832, 5 C. & P. 318.)に於て、訴追者の妻は犯人に對し次の如く云つたのである。卽ち、"If you do not tell, I will send for a constable in the morning to take you to the magistrate." 而して、本件に於ては犯人は右妻の言に對して何等答を爲さなかつたが、其翌朝遂に逮捕せられ、magistrate の許へ送られたのである。そこで、其途上に於て自白を爲したのであるが、この自白は之

を認容し得るものとせられた。其理由は逮捕及び連行せられたる以上、この時既に誘出は終止したものであると云ふに在る。從つて、この事件に於ける自白は認容せられたるも、前示「警官を呼びにやる云々」の言は矢張り誘出的言辭として認められたもので、この事件に於けるが如き事情なかりせば、自白を認容し得ざるものと解せねばならぬ(Phipson, pp. 262, 262)。

其四は眞實を云へ、而して處罪を免るゝ方よかるべしと云ふが如き誘出に因る自白の場合である。R. v. Thomas 事件(1834), 6 C. & P. 353.)に於ける、"You had better split, and not suffer for all of them." の如き、或は又 R. v. Fennell 事件(1881), 7 Q. B. D. 147; 50 L. J. M. C. 126.)に於ける "The inspector tells me you make housebreaking tools. If so, you had better tell the truth, it will be better for you." の如きは孰れも自白を認容し難きものとする誘出とせられたのである(Hibbert, p. 27; Taylor, I, § 854.)。右に示したる如く、"you had better" と云ふ語は R. v. Jarvis 事件(1867), L. R. 1 C. C. R. 96; 37 L. J. M. C. 1; 16 W. R. 111.)に於て Kelly, C. B. の云へるが如く一種の專門的意義を有するに至つたもので、之に依つて自白の誘出が試みられるものとして、自白を認容せざる場合が可成り存在するのである(Cockle, p. 196.)。

不法誘出とせらるる實例

其五は事實を云はざれば却つて不利な立場になるであらうと云ふが如き誘出に因つて自白が爲された場合である。例へば、R. v. Coley 事件(1868), 10 Cox C. C. 536; 21 J. P. 168.)に於ける "If you don't tell me, you may get yourself into trouble, and it will be the worse for you." の如きがそれである(Phipson, p. 262; Watson, p. 227.)。

右に示したところはたゞ小數の例に過ぎぬのであつて、如何なる誘出が自白の認容を不能ならしむるかの問題に付ては、ベストの云へるが如く、判例の數極めて多く、其相互に於て必しも矛盾するものなしと云へぬ有樣である(Best, § 551.)。

次に、縱令或る種の言辭を用ひ以て自白を爲さしめたとしても、それが自白に付き不法誘出が行れたるものとせられず、從つて、かゝる自白は之を認容し得るものとせられたる例を二、三掲げて置かう。卽ち、

其一は眞實を告げるのが最善であると云ふが如き意味の言辭である。從つて、R. v. Court 事件(1886), 7 C. & P. 486.)に於ける "Be sure to tell the truth." の如きは自白の不法誘出とはならない(Phipson, p. 262; Hibbert, 27.)。

其二は眞實を云へば妻に會はすべしと云ふが如きも亦同樣である。例へば、R. v. Llyod 事件（1834, 6 C. & P. 393.）に於ては竊盜犯人は其妻と各別室に拘禁せられてゐたのであるが、夫と同室してゐた一人か彼に向つて "I hope you will tell, because Mrs. Gurner can ill afford to lose the money." と云つたが、之に次で警官は "If you will tell where the property is, you shall see your wife." と云つた。之に依つて、犯人は後に自白したのであつたが、右の言辭は不法誘出とはせられなかつたのである（Cockle, p. 198; Phipson, p. 262.）。

其三は訓戒的又は注意的言辭である。例へば、R. v. Sleeman 事件（1853, Dears. C. C. 244; 23 L. J. M. C. 12; 2 C. L. R. 129; 17 Jur. 1082; 2 W. R. 97; 6 Cox C. C. 246.）に於て、"Don't run your soul into more sin, but tell the truth." の如きがそれであつて、斯の如く訓戒的又は注意的言辭は道德的又は宗教的基礎に於て自白を勸告するに過ぎざるものであるから、不法誘出とはならぬのである。

そこで、裁判所は嘗ては自白を排除することに極めて熱心であつたことは既に自白の沿革に於て說明したところであるが、其結果縱令訓戒的又は注意的言辭と雖も、犯人をして虛僞の自白を爲さしむるの虞ありとしかゝる訓戒的又は注意的言辭の後に於ける自白を認容せざりしことは屢あつたのである。しかし乍ら、現在に於てはかゝる非合理的見解は打破せられたるものと云はねばならぬ（Phipson, p. 262; Taylor, I, § 884; Roscoe, p. 40.）。

其四は不法誘出の方法に非れば如何なる方法に依るも之を以て自白を認容し難きものとすることはない。卽ち、

一、祕密を嚴守すべき旨を約するが如き場合（R. v. Shaw (1834), 6 C. & P. 372.）。

二、犯人を酩酊せしめたるが如き場合（R. v. Spilsbury (1835), 7 C. & P. 187.）。

三、犯人を欺きたるが如き場合（R. v. Derrington (1826), 2 C. & P. 418.）。

アメリカの Cook v. The State 事件（1893, 40 Am. St. R. 756.）に於ては、犯人に對し其犯行を目擊したる旨（實は目擊せざるも）を告げ、以て自白を爲さしめたのであるが、かゝる場合には之を認容し得ぬものとしてをるが、テーラーは之を以てより安全なる原則としてゐる（Taylor, I, p. 555, n. (a).）。

右の如き場合に於ける自白は孰れも認容し得るものとせられたのである

が、かゝる方法乃至手段は固よりそれが法律上不法誘出の程度に達せぬとしても、なほ一般に非難せらるゝことを免れ得ないのみならず、かゝる下に行はれたる自白は其信憑力に於て大いに其價値を減ずべきものと云はざるを得ない(R. v. Gardner & Hancox [1915], 32 T. L.)(Taylor, I. § 881.; (R. 97; 85 L. J. K. B. 206; 114 L. T. 78.) (Roscoe, pp. 48, 52.)。

以上はたゞ僅かの例示に過ぎぬのであるが、この他犯人が逮捕し又は將に逮捕せんとする警官に對し爲したる自白にして、しかも、其際警官が犯人に對しかゝる自白は彼の不利益に援用せらるべき旨を豫め注意せざりしものは不法誘出の行はれざる限り之を證據として認容し得るものとせらるゝのであるが、裁判所は其自由裁量權に基きかゝる證據を拒絶し得るものである(R. v. Knight [1905], 21 T. L. R. 310.); 69 J. P. 103; 20 Cox C. C. 710.)。更に警官が訊問を爲し未だ其者を逮捕するや否やの意思を決定せざる間に爲したる自白は、勿論之を證據として認容し得るものである(R. v. Voisin [1918] 1 K. B. 531; 87 L. J. K. B. 574; 118 L. T. 654; 82 J. P. 96; 14 Cr. App. R. 89; 62 S. J. 423; 34 L. T. R. 623; 26 Cox C. C. 224.)。更に又、共謀犯人(conspirator)の一人が自白を爲す場合、他の犯人よりの復讐に對しては之を保護すべしとの警官の約束ありたるが如き場合に於て、かゝる自白は證據として之を認容し得ることは何等疑の存せざるところである(R. v. Casement [1917], 1 K. B. 98; 86 L. J. K. B. 467; 115 L. T. 217; 25 Cox C. C. 408.) (Hibbert, P. 52.)(4)。

如何なる言辭が不法誘出となるや否やの問題

要之、如何なる言辭が不法誘出となるや否やの問題は、言辭其者の問題と云はんより、寧ろ其言辭が用ひられた各具體的場合に於ける狀況の問題に歸すべきである。從つて、各場合に於ける狀況を吟味することが、果して不法誘出ありしや否やの問題を決定する上に第一に必要とせらるゝところである。不法誘出が行はれざる限り總ては證據として認容し得ること固より云ふまでもなく、其何人に對するものなるかは敢て問ふところではないが、たゞ睡眠中に語りたるものは自白としては認容し難きものである(R. v. Sippet [1839], Maidstone Ass. Taylor, I. p. 555, n. (z).) (Watson., p. 228.)。

a person in authority の沿革的意義

(1) 所謂 a person in authority の沿革的意義を考察するに、一八〇〇年代の前半に於ては未だ其意義の一致したるものがなかつたのであるが、昔から而して又普通に認められてる

た意義は、逮捕及び訴追に付て法律上の利害關係又は權限(legal interest or authority)を有する者とせられたのであつた(R. v. Row [1809], R. & R. 153; R. v. Gibbons [1823], 1 C. & P. 97; R. v. Taylor [1839], 8 C. & P. 734.)。しかし乍ら、其後被告人に對し自白を爲すことを勸めたる者は、總て person in authority のうちに包含せしめようとすることゝなつた(R. v. Dunn [1831], 4 C. & P. 543; R. v. Slaughter [1831], 4 C. & P. 544, n. b.)。ところが、若し斯の如く解するときは、こゝに一つの困難なる問題を生ずるのである。即ち、主人(master or mistress)が其雇人に對し自白を勸めたる場合かそれである。この場合に於ては雇人が訴追せられたることに付き、一般的に主人は法律上利害關係あるものと云ふことを得ないのである。然るに、一面に於ては之等兩者間に於て所謂 authority に基く關係ありと云ひ得るであらう。換言すれば、主人は其事實上の支配權に依り雇人の意思を拘束し、以て自白を爲さしむることがあり得るのである。かくして、person in authority を前示の如く自白を勸めたる者の總てを云ふものと解することが不可能となるに至つた譯である。こゝに於て、一八五二年再び以前の古き見解が是認せらるゝことゝなつたから、法律上の利害關係及び權限を有する者との意義が復活した次第である。即ち、單に社會的又は商業的關係より發生する事實上の支配權又は勢力ではなく、訴追に於ける法律上の利害關係(legal interest in prosecution)と云ふ意義を有することになつたのである(Wigmore, 2, § 829; Taylor, 1, p. 551, n. (r); Cockle, pp. 199, 200.)。

アメリカに於ける傾向

アメリカに於ける傾向としては、前示の如き嚴格なる區別を認めない。其理由は次の二つである。

第一に Simon Greenleaf 教授の主張の影響である。即ち教授は既に引用せる一八五二年 R. v. Moore 事件(この事件に於ては女中が其私生子の出生事實を隱秘したるに因り訴追せられたが、右女中は其主人(mistress)の誘出に因つて主人に對し出生事實を自白したのである。この場合右自白は之を認容し得るものとせられたのであるが、其理由とするところは、前示女中の犯罪は家事とは何等の關係を有するものではないから、前示主人は所謂 person in authority とはならぬと云ふに在る)の數年前に公にせられた證據法(Treatise on the Law of Evidence, 1842)に於て、既に其當時の authority に對する意義が右判決の原則に反することを明かにし、又其見解が右判決の結果を支持してゐたのであるが、このグリンリーフ教授の見解が汎く一般に行はるゝところとなつたのである。

第二は英米兩國間に行はるゝ檢察制度の相違である。而して、この點が最も重要なる原因であると云ひ得るであらう。即ち、イギリスに於ては犯罪に因る被害者はコンモン・ロー上自ら訴追を爲さねばならぬのが普通である。然るに、アメリカに於ては被害者にはかゝる權利なく、檢察官が之を有するのみである。之と共に被害者は立證を爲し得ぬ爲め實際上結果を被告人の有利に至らしむべき權限ある地位に置かれてゐる。從つて、法律上に於てのみ訴追に對し支配權を有する者を絶對的に區別しようとすることは、他面に於ては或る事情の下に明かに或る勢力を加へて誘出を爲し得る者と思考せらるゝ人々を除外することになる譯である。かくして、アメリカの裁判所に於ては次の三法則

の適用を見るに至りたるものと云はるゝのである。

其一　イギリス法上認められたる被害者(injured individual, アメリカに於ては單に prosecuting witness のみ)は所謂 person in authority と看做すべしと云ふ規則は、アメリカに於ても時には適用せられたのである(Sullivan v. State [1899], 66 Ark. 506; 51 S. W. 828; State v. Brochman [1870] 46 Mo. 570.)

其二　右と正反對の見解であつて、公權力(official authority)を有する者以外の誘出は、總て之を無視せんとする規則である(U. S. v. Stone [1881], 8 Fed. 260.)。

其三　折衷的見解であつて、一般に裁判所に依り是認せらるゝものゝやうである。即ち、之に依ると被害者又は主人は必しも其誘出に因りて爲されたる自白を、效力なからしむるに十分なる支配權を有するものではないとせらるゝのである。さりとて、之等の者は全然自白を誘出し得ない者ともせらるゝ譯ではない。結局各場合の事情に依つて判斷せらるべき性質のものであつて、之等の者と自白との事實上の狀態は、誘出が有し得べき事實上の勢力を參酌して考察せらるべきものである。この見解が最も正鵠を得たるものと云ふことを得べく、又グリンリーフ教授の主張にも合致するものとせらるゝのである(Com. v. Morey [1858], 1 Gray 463; Greenleaf, Evidence, 1842, § 224.)(Wigmore, 2, § 830.)。

(2)、(3)　之等兩事件に於ては、犯人が女子たる warder 又は searcher の手に一時引渡されたのであつたが、犯人が之等の者に自白を爲したのであつた。而して、(2)の場合には Park 及び Taunton の兩氏はかゝる自白は之を以て所謂實權ある者に對して爲したるものなりとの理由に依り、證據として認容することを拒絶したのであつた。更に、(3)の場合に於ても Channel 及び Crompton の兩氏も亦(2)の場合と同樣に其自白の認容を拒絶したのである。要するに、警官が單に一時的に監視を委任したる一私人を以て、所謂實權ある者と云ひ得るや否やは疑問とせらるゝところであるが、之を積極に解する者には前示の判例あり、消極に解する者には R. v. Sleeman [1853], Dears. C. C. 249; R. v. Vernon [1872], 12 Cox C. C. 153 等がある(Taylor, 1, p. 550, n. (k); Phipson, p. 257.)

(4)　R. v. Sexton [1822], 3 Russ. C. & M. 462 に於てはビールを與へることを約して自白を爲さしめたのであるが、之は不法誘出なりとし、この自白は認容し得ぬものとせられたのであつたが、かゝる見解は現在に於ては是認し難きものである。從つて、かゝる事情の下に爲された自白は認容して妨げなきものと解すべきであらう(Hibbert, p. 27.)。

なほ如何なる言辭が不法誘出とせられ、又如何なる言辭は然らずとせられたか。之を對照して例示せるものに Phipson, pp. 262—6 がある。實際を知る爲めに極めて便利であるから參照せられんことを希望する。

## 第四目　自白の種類

### 自白は之を裁判上の自白(judicial confession)及び裁判外の自白(extra-judicial

裁判上の自白

confession)の兩者に區別することが出來る。以下之等に付き各別に說明しよう。

第一に裁判上の自白とは訴訟手續上裁判官の面前に於て、卽ち裁判所に於て爲さるゝ自白を云ふのであつて、有罪の答辯(plea of guilty)に外ならぬ。しかし乍ら、有罪の答辯は必しも眞實を物語るものとは云へまい。それは單に被告人に於て公訴狀中に訴追せられたる犯罪を、承認するものに過ぎないのである。從つて、承認あるが爲め直に眞實なりとの結論は生じない譯である。勿論、裁判上の自白の場合に於ても不法誘出の行はれざること、及び被告人が自白の性質並に其效果を十分知覺してをることを必要とする。而して、かゝる場合に於ては法律に從ひ治安判事が豫審訊問調書(preliminary examinations taken in writing)を作成し、又公開法廷に於て有罪の答辯が爲さるゝのであつて、之等は裁判官の當事者に對する利益保護の注意と監督の下に愼重且つ嚴肅に行はるゝのであるから、有罪判決を支持するに十分なる根據となり得るものであることも認めらるべきであらう。故に、寺院法は證據の問題に付ては頗る綿密なるものがあつたが、之又裁判上の自白にして不法誘出に依らぬものは、宗教裁判所の所謂完全なる證據(plena probatio)として之を重視したのである。ローマ法に於ても亦其根本原理に付ては異らぬ(Confessio in jure pro judicato haberi placet.)。斯の如く、裁判上の自白は一方に於ては相當の信憑力ありとせらるゝのであるが、他方に於ては既に一言せる如く、必しも常に眞實を表示するものであると云ひ得ない點は注意を要する。そこで、この點に關聯して有罪答辯の撤回に付て考察しなければならぬ。一例を擧げれば、R. v. Plummer 事件(1902) 2 K. B. 339; 71 L. J. K. B. 805; 66 J. P. 647; 20 Cox C. C. 269.)に於ては、三名が共謀罪(conspiracy)の共同被告人として起訴せられたのであつたが、其内の一名は有罪の答辯を爲したのである。然るに、他の二名は無罪の答辯(plea of non-guilty)を爲したのであつた。こゝに於て之等兩者に付き果して無罪なりや否やを審判したのであるが、遂に其無罪なることが明かとなつた。この場合に於て Court for Crown Cases Reserved は、先きに有罪答辯を爲せる被告人に對し、其答辯を撤回するの權利あるものとし、なほ同人を無罪なりとしたのである。從つて、有罪答辯を爲せ

ることは必然的に有罪判決を伴ふものではない。

有罪答辯は一般に故意の殺人事件(murder trials)に於ては之を認められぬのである。しかし、判決錄に報道せられてをらぬ Harold Jones 事件に於ては例外的に之を認めたとのことである。卽ちこの事件では、若し有罪答辯を認容せず以て處罰するものとせば、死刑を科することは避け難いところであつたからである。而して、被告人が法廷に於て訊問せられたる當時は十六歲未滿であつて、前示の如く有罪答辯を爲したものであるが、裁判の終結に至るまでには十六歲に達すべく、從つて、有罪の宣告を爲すときは死刑の宣告を免れぬからであつた(Taylor, I. § 866; Phipson, p. 90; Best, § 522; Roscoe, p. 261; Hibbert, p. 26; Watson, p. 228.)(1)。

裁判外の自白

第二に裁判外の自白とは裁判官の面前以外の場所、卽ち法廷外に於て爲さるゝ自白を云ふのである。而して、この場合に於ける自白は其明示たると默示たるとは之を問ふところではないが、其孰れも不法誘出に依らざるものであることを要する點に於ては裁判上の自白と異らぬ。この種の自白は他の事實と同樣それが證明せらるゝに於ては、之を證據として認容し得るものである。たゞ、こゝに注意を要すべきは叛逆罪(treason)及び叛逆隱匿罪(misprison of treason)の場合である。之等に關し先づ注目せらるゝのはウキリアム三世の法律卽ちTreason Act (1695, 7 & 8 Will. 3, c. 3.)である。この法律に依り、從來兎角嚴格に失した叛逆罪及び叛逆隱匿罪の裁判が、近世の人道及び正義の觀念に對し、一歩を進めたものと云ふことが出來る。この意味に於てウキリアム三世は英國民一般から感謝せらるゝものと云ひ得るであらう。先づ同法の定むるところを概觀すれば、(一)叛逆罪又は叛逆隱匿罪に依つて起訴せられたる者は、少くとも公判開始の五日前公訴狀の謄本を交付せられ、又少くとも公判開始の二日前陪審員名簿(panel; jury list)の謄本を交付せらるゝことになつてをる(同法第七條)。(二)公判廷に於ては、之等被告人は辯護士に依つて其地位を防禦せられ、又代理せらるゝのであり、更に證人を呼出し宣誓の上證言せしめ得るのである。而して、(三)被告人が貧困なる爲め辯護士を依賴することが出來ぬ場合には、裁判所は被告人の選擇に基き職權を以て二人の辯護士を附せねばならぬのであるから、この場合には被告人に於て其費用を負擔せぬこ

Treason Act, 1695.

と固よりである(一同法、第)。(四)叛逆罪又は叛逆隱匿罪に對する起訴は犯罪の時より三ヶ年後には之を爲すことを得ない。但、國王の生命に對し直接行動を企てたる場合にはこの限りでない(同法、第五條)。(五)叛逆罪又は叛逆隱匿罪の裁判は二人の證人の宣誓に基くに非れば之を爲すことを得ない。而して、之等の證人は犯罪行爲を精密に證明するの要なきも、叛逆罪に付ての證言を爲すべきである(同法、第四條、第二)。右のうち(五)は最も注目に値する規定であつて、この點に關し裁判外の自白との關係を考察するに、かゝる重大なる犯罪に付ては、裁判外の自白は前示ウヰリアム三世の法律に依つて必要とせらるゝ二人の證人の闕缺を補充し得るものではない。從つて、叛逆罪又は叛逆隱匿罪にありては、裁判外の自白が縱令證人に依つて證明せられたとしても、それはたゞ訴追せられたる外部行爲(overt-act)を確證する證據(corroborative evidence)となるに過ぎぬ。但、右外部行爲が國王の暗殺或は其身體に危害を加ふるものである場合には、被告人は普通の故意の殺人(murder)の場合に於けると同樣なる證據に基き處罰せられ得るものである(2)。

不完全證據

重罪(felony)又は輕罪(misdemeanour)に對する公訴狀に付ては、裁判外の自白は犯罪の要素(corpus delicti)に關し他の證明方法に依り確證せらるゝことなく、それのみにて被告人を有罪とするに十分なりや否や。この問題に付ては疑の存するところである。ローマ法に於ては、かゝる不十分なる自白は之を不完全證據(semiplena probatio)とし、以て之のみに基き判決を爲し得ないものとされたのである。しかし乍ら、若しかゝる自白が被害者の面前に於て爲され、又は被害者の面前に非るも時を異にして反覆せられ、或は又、かゝる自白を固執するに於ては、それは完全證據(plenary proof)とせられたのである(3)。イギリス法上この種の證據を以て十分とするものとして引用せらるゝ事件には、一般に之を確證する事情が存在するを常とする(R. v. Eldridge (1821), R. & R. 440; R. v. Falkner and Bond (1822), R. & R. 481; R. v. White (1823), R. & R. 508; R. v. Tippet (1823), R. & R. 509.)。アメリカに於ては、犯罪の要素が他の方法に依り證明せられざる限り、被告人の自白は有罪判決を與ふるに不十分なりとせらるゝのであるが、この見解は刑法の人道主義に最もよく適合するところであるとせられ、又自白を證據として認容し若くは其信憑力を判定する上に於て用ひらるゝ、最善

の注意に適合するものであると云はるゝのである(Taylor, I, §§ 867, 868; Roscoe, pp. 37, 38; Phipson, p. 556; Jenks, pp. 336, 337.)

(1) 一九〇八年の Children Act (8 Edw. 7, c. 67.) 第一〇三條に依れば、十六歳未滿の者に對しては死刑の宣告を禁止したのである。この事件はヒッパートの證據法に說明せられてをるものであるが(同書二六頁)其年代が鮮かでないのは遺憾である。一九三三年の Children and Young Persons Act (23 Geo. 5, c. 12.) に依り、右の十六歳と云ふ年齡は十八歳とせらるゝに至つた(同法第五三條)。

(2) 前示一六九五年ウキリアム三世の法律は、一八〇〇年ヂョーヂ三世の法律(Treason Act, 39 & 40 Geo. 3, c. 93.) に依り制限せられ、同法第二條乃至第五條は一八三〇年ヂョーヂ四世の法律第二四章第一條に依りアイルランドにも行はるゝことゝなつた。又、一八四二年のヴキクトリア女王の法律(Treason Act, 5 & 6 Vict. c. 51.) 第一條は國王を暗殺し或は其身體に危害を加へんとしたる者は、一般故意の殺人(murder)に於けると同樣なる證據に基き裁判せらるべき旨を規定してをるのである。

なほ前示ウキリアム三世の法律が、叛逆罪及び叛逆隱匿罪の裁判に付ては二人の證人を必要とする原則を樹立したことに對し、Burnet 僧正及びベンタム等の痛烈なる反對があつたのであるが、就中ベンタムの非難が向けられたる部分は一八〇〇年法、一八四二年法等に依つて廢止せらるゝところとなつたのである(Cf. Roscoe, pp. 1109—12; Phipson, p. 468; Taylor, I, §§ 952—958; Stephen, art. 132; Best, §§ 618—620.)

(3) 之に關聯して完全自白(plenary confession)及び不完全自白(confession not plenary)に付き一言しよう。前者は自白が信憑せらるゝに於ては確定的效果を有し得るものであつて、例へば殺人事件に於て「私が彼を殺した」と云へるが如き場合である。斯の如き場合には、自白は直接證據の性質を有するものであつて、「最上の證人は自白する被告人なり」(Habemus optimus testem, confitentem reum.) との法諺の行はるゝ所以である。

不完全自白とは、其自白の眞實性が、之に依つて指示せらるゝところと異れる事實狀態の存在と全然矛盾するものではなく、其眞實なることを推測せしむるものであるから、狀況證據たるの性質を有するものである。例へば、Aが殺害せられたる場合、Bたる被告人が "I am very sorry that I even had anything to do with A." と云ふが如きである。Bのかゝる言葉はそれ自身極めて曖昧のものであり、自己の有罪なることを自白する意思と直ちに矛盾するものとは云ひ難く、同時に又、不當なる嫌疑をBに對し與ふる事情の存在に付き遺憾の意を表することゝも矛盾するものではないのである(Best, § 524.)。

完全自白及び不完全自白

## 第五目　自白の效果

自白はそれが適當に爲され十分に(satisfactorily)證明せらるゝに於ては、それ以上更に之を確證する他の證據の必要なく、之に基いて有罪の宣告を爲し得るものである。勿論この一般的原則に對し故意の殺人(murder)等の場合に例外のあることは既に說明したところであり、裁判外の自白が更に他の證據に依り確證せらるゝことなく、それのみにて有罪の宣告を爲し得るや否やに付ても亦考察したところであつた(前參照)。

更に、自白は原則として自白者に對してのみ證據として認容し得るものであるから、自白者以外に其效果を及ぼし得ない譯である。そこで、

共犯者又は第三者の自白

第一に共犯者又は第三者の自白は他の者に效果を及ぼすことは出來ぬ。例へば、甲が乙から贓物を收受したるものとして起訴せられたる場合に、乙が竊盜の事實に付き自白するも、乙の自白は以て收受者たる甲に對する證據たり得ないものである(R. v. Turner, (1892.) 1 Mod. C. C. 347.)。更に他の一例を示せば、甲は荷物檢査稅關吏であり乙は其地に在る輸入商の代理商を營んでゐた。ところが、甲乙共謀して關稅を逋脫したるの故を以て起訴せられた。この場合、乙は二つの帳簿に虛僞の記載を爲したのである。即ち、其一方の帳簿に對する記載は不正行爲遂行上必要缺くべからざるものであつた。しかし、他の一方の帳簿への記載は單に乙の便宜上の問題で、前者の如き必要に出でたものではない。この場合、前者への記載は甲に對する證據たり得るも、後者への記載は證據たり得ぬものてある。之に付き、Ld. Denman の說明するところを見るに次の如くである。即ち、第一の場合の記載は明かに之を認容し得べく、當該帳簿への記載は不正行爲遂行中に行はれたものであつて、他の方法に依つては立證し能はざるものである。然るに、第二の場合の記載は之を以て證據と爲さゞるも共謀罪は十分に認め得べく、この記載は乙の行爲に付ての陳述に過ぎぬ。即ち、共謀者の一人の陳述に過ぎぬものであつて、共謀罪の目的を達する上に於て必要なる行爲ではなく、たゞ乙が自ら好んで爲し得る行爲に外ならぬものである。從つて、之を以て共謀者の他の一人即ち甲に對する證據とはならぬ、とせられたのであつた。又 Coleridge, J. の意見に從へば、共同の目的遂行の爲めにする行爲若くは陳述(acts or declarations)に非れば、之等は證據として認容

本人・代理人・主人・雇人の關係

し得ないものである。しかし、之は其目的が未だ完了せざるものとしてのことである。故に、其目的が到達せられたる場合には、右行爲又は陳述は之を證據として認容することを得ないとせらるゝのである(R. v. Blake and Tye (1844), 13 L. J. (M. C. 131; 8 Jur. 607; 6 Q. B. 162; 66 R. R. 331.)。そこで、この見解に從へば共謀罪に於て其目的が成就せられたるに依り終了するか、又は拋棄せられたるに依り終了するか、其孰れたるとを問はず、苟も終了したる以後に於ては共謀者の一人の後の行爲又は陳述は、他の共謀者に對する證據とは爲り得ない。それはたゞ、其者に對する證據として認容し得るに過ぎぬことゝならう。

要之、共謀者中の一人の行爲又は陳述はそれが共同目的の達成又は遂行に關する限りに於てのみ、他の共謀者に對する證據と爲り得るものであるが、かゝる範圍外の行爲又は陳述である以上は、之を以て他の者に對する證據とは爲し得ないものである(Taylor, L. § 904; Cockle, p. 74; Phipson, p. 261.)。

第二に本人・代理人、主人・雇人の關係に付て考察する。勿論、一般的に云へば代理人又は雇人の自白に依り、本人又は主人が刑事責任を負ふことはないのである。固より代理人又は雇人の行爲は、斯々の行爲が爲されたと云ふことの證明方法として、證據と爲り得るは云ふまでもない。何となれば、一つの事實は刑事又は民事の孰れの責任を伴ふかは之を問ふことなく、同一證據に依つて確定せられねばならぬからである。しかし乍ら、かくして確定せられたる事實に依り本人又は主人が如何なる影響を被るかは、刑事裁判と民事裁判とを區別して考へる上に於ては、全く別個の問題と云はねばならぬ。卽ち、代理人又は雇人の不法行爲若くは詐害行爲は本人又は主人の民事責任を惹起することありとするも、之のみを以て直に刑事責任を生ずるものと爲すことを得ない。刑事責任を生ずるが爲めには、更に本人又は主人が代理人又は雇人に對し之等の者の行爲に付き、命令を爲し若くは少くとも同意を與へたることが證明せられねばならぬ(二〇四頁參照)。

要するに、代理人又は雇人の自白が本人又は主人に對し、其效果を及ぼし得ざることを以て原則とする。しかし之に對する例外として新聞經營者(proprietor of a newspaper)がある。この問題に付ては既に一應の說明を試みたの

であるが(二九二頁參照)、更にこの機會に於て、再びこの點に觸れることを許されたい。即ち、新聞經營者は其代理人或は雇人が當該新聞紙に誹毀的記事を掲載し、しかも經營者がこの事實を知らざる場合に於ても一應刑事責任を負はねばならぬとせらるゝのである。R. v. Gutch 事件(1829), M. & M. 433;)(31 R. R. 744.)に於て、Ld. Tenderden の説明するところに從へば、かゝる事業から利益を得、又かゝる事業經營に付き資金を供し、而して、其發行の管理を自己の選擇したる者に一任し、しかも其者に信頼を置くが如き者は紙上に事實現れた記事を發表せしめた者であると云ふことを得るであらう。從つて、吾々は特にかゝる者が個人的に特定記事掲載に關係したることを立證し得ざるとするも、彼はなほ右記事掲載に對し其責に任ずべきである、と云ふのである。しかし乍ら、こゝに云ふ經營者の刑事責任は既に一言せる如く一應の責任に止るものであるから、經營者にして右記事掲載に付き其代理人又は雇人は何等の權限を有せざること、又は記事掲載に付き其同意を得ざりしこと、或は又全然經營者の關知せざるところであつて、かゝる記事掲載は彼の側に於て相當なる注意義務に缺くることなかりし事實を立證し、以て其責を免るゝことを得るものである(Taylor, I. §§ 905, 906;)(Hilbert, p. 29.)。

曖昧なる自白

第三に曖昧なる自白(ambiguous confession)の效果はどうであるか。自白にして其意義疑はしく曖昧なるものであるにも拘らず、單に之のみに基き有罪の宣告を爲したる場合には、固より破毀せらるべきであらう。例へば、裁判官が常習犯人たる被告人に對し "There is a long list of convictions against you" と云つたところ、被告人は "Yes, sir" と答へたのであつた。しかし乍ら、この "Yes, sir" と云へる答は決して其意義明瞭なるものではない。從つて、之を以て直に前示犯罪表が正確なるものであることを承認したのであると解することは出來ない。或は又、其表中の記載事項の眞實なることを承認したものとも云へないのである(R. v. Metcalfe (1913), 29 T. L. R. 512.; (9 Cr. App. R. 7; 135 L. T. Jo. 40.)。曖昧なる自白は右に述べた如くであるが、之を民事々件に於ける曖昧なる自認と對比すれば、民事々件に於てはかゝる自認の意義に付ては陪審員が之を判定すべきものであつて、裁判官の立入るべき範圍ではない。然るに、刑事々件に於ける自白に付ては破毀せ

不法誘出に依る自白に從つて發見せられたる事實

らるべきものなることは右に述べた如くである(Phipson, pp. 200, 227.)(本書二五六頁參照)。

第四に不法誘出に依る自白に從つて發見せられたる事實は如何になるやを考察したい。之ウイグモアの所謂缺陷を補正するものとしての後の事實に依る確定(Confirmation by Subseqent Facts, as Curing the Defects)に外ならぬ。苟も自白を認容し得るが爲めには、それが眞實と認め得べき狀況の下に爲されたものでなければならぬ。從つて、自白を信憑し難き狀況が存するに於ては、其程度の如何を問はず之を認容し得ざるものとすべきであつて、之自白認容の根本原則なりと云はざるを得ない。然らば、若し法律上自白を信憑し難き虞ありとすることが、全く其根據なきことを明かにする事情發生し、不法誘出が何等の影響をも及ぼさゞることが明瞭となれる場合に於ては、かゝる自白は之を認容して妨げないと云ふべきであらう。之卽ち後の行爲に依る確定の理論に外ならぬのである。この理論に從へば、通常なれば認容し難き自白に基き搜査を爲したる結果或る事實が發見せられ、之に依つて其自白中の重要點が確定せられたるが如き場合には、自白に加へられたる不法誘出は全く

自白の一部認容に對するウイグモアの見解

消滅し、かゝる自白は之を認容すべきであると云ふのである。

Leach の言に從へば、自白は之に依つて發見せられたる事實に嚴格に關係する範圍に於てのみ、之を認容し得るものである。換言すれば、確定せられた部分のみの認容、卽ち一部認容と云ふことになるのである(Leach, Crown Law, 3rd ed., I, p. 301, n., cited in Wigmore, § 85.)。テーラー、フィップソンも亦同樣なる見解に從ふものである(Taylor, I, § 902; Phipson, p. 261.)。之に對しウイグモアは次の如く主張するのである。卽ち、前示の如く自白の一部認容と云ふことは論理に於て一貫せざるところがある。何となれば、重要點に付て之を確定することは、自白全體の信憑性の確信を與ふるに十分である。自白の或る部分までは虛僞であつて、それより後の部分は眞實なりとか、或は又、後の搜査に依り偶々確定し得た部分のみが正確に眞實の部分であると考へることは出來ない。かゝる區別を設けることは全く人工的であつて、それは自白者並に其自白を聞く者兩者の側から見ても、之等の者の眞の精神的過程(actual mental process)に相當せぬところである。吾々が若し自白の如何なる部分でも之を疑ふことなきに至れる場合に於ては、吾々は其全體を