ヲ他ノ犯罪ノ場合ニ適用スルコト能ハス

アンナ第七年條例第二十一章第十一條ヲ以テ反逆罪及反逆隱匿罪ノ場合ニ於テハ公判ニ提出スヘキ證人及陪審官ノ氏名職業住所ヲ記載シタル目錄ヲ公訴狀ノ寫シト共ニ同時ニ被告人ニ送達スヘシ而シテ其公訴狀ノ寫シハ目錄ト共ニ公判前十日內ニ二人以上ノ保證人ノ面前ニ於テ之ヲ被告人ニ渡スヘシト規定セリ

右條例ハ皇帝陛下ノ暗殺若クハ負傷ニ係ル反逆罪及其反逆罪ノ隱匿罪ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス何トナレハ此犯罪ハジヨルジ第三世第三十九年及四十年條例第九十三章ヲ以テ謀殺事件ト同樣ニ被告人ヲ處分スルコトヲ許セハナリ

第十四回

第四章　證人ノ特權 (Privileges of witnesses)

證人ノ特權

特權トハ法律ニ於テ特ニ或人又ハ或事ニ付キ證人トナリ證明ヲナスコトヲ拒ミ得ル權利ヲ與フルコトヲ云フ而シテ此特權ヲ與フルノ理由タル之ヲ要スルニ公益保護ノ精神ニ出テタルモノニシテ法律ハ斯ル權利ヲ與フルノ利益却テ證明ヲ許スニ付キ生スル所ノ害ヨリ大ナリト見做スヲ以テナリ

人ニ付テノ特權ヲ與フル場合

國君

特權ヲ與フル場合ヲ二種ニ分ツコトヲ得即チ(一)人ニ付キテノ特權(二)事ニ付テノ特權是ナリ

第一、人ニ付テノ特權ヲ與フル場合左ノ如シ

(一)國君　國君カ證人トナリ證明ヲナスノ義務アルヤ否ヤノ點ニ付テハ未タ適切ノ判決例ナシト雖モ只舊慣ニ由レハ曾テ國君自カラ證人トナリタルコトナシ判事パーク氏曰ク國君ハ證人タルコトヲ得ス何トナレハ其出廷ヲ强制スルノ手段ナケレハナリト然レトモベスト氏ハ其著書證據ニ於テ國君ト雖モ證人トナルコトヲ得可シト論シタリ曰ク國君カ證人トナルコトヲ得スト論スルモノハ專ラ裁判官カ國君ヲ代表スルニ由リ證明ヲ爲サシムルトキハ自家撞着ナリト云フコアレトモ現ニ其國君ヲ代表スル所ノ撿事長裁判所ニ出テヽ辨論ヲナスコトヲ得レハ必スシモ自家撞着ナリト云フ可カラス只國君ヲ强制シテ證明ヲナサシムルノ方法ナキモノナレハ若シ國君自カラ好ンテ裁判所ニ出テヽ證明ヲナストキハ決シテ不能力者トシテ其證言ヲ排斥スルノ理由ナシト其說當ヲ得タルカ如シ而シテ國君自カラ出廷シテ證明ヲナスニ當リ宣誓ヲ爲スコト必要ナルヤ否ヤニ付キ

議論一定セス一說ニ由レハ已ニ出廷シタル以上ハ他ノ證人ト異ルコトナシ故ニ必ス宣誓セシメサル可ラスト他ノ說ニ由レハ國君ニシテ不正ヲ爲サヽルハ一般ノ原則ナレハ自カラ裁判所ニ出テ不實ヲ陳述スルコトナシ故ニ宣誓ヲ必要トセスト英國ノ學者ハ此ノ下說ヲ是ナリトスルカ如シ然レトモ是亦實例ナキヲ以テ單ニ說タルニ過キス又國君ノ自記シタル書面ハ國君ヲ證人トシテ訊問セサルモ之ヲ證據トナスコトヲ得ルヤ否ヤニ付議論アリ昔時ゼームス王第一世カ自己ノ面前ニ於テ起リタル事實ノ保證書ヲ與ヘ之ヲ證據トシテ提出シタル場合ニ於テ衡平法裁判所ハ其証明ヲ許シタリ然レトモ斯ル證據ノ提出ヲ許サヽルハ現今裁判官一般ノ定說ナレハ其證明ヲ許サヽルハ英國法律ナリト云フコトヲ得ヘシ

國會議員及議院ノ役員

(二) 國會議員及議院ノ役員

國會ノ議事ニ干スル事柄ニ付テハ其國會ノ特別ヲ得タル場合ヲ除クノ外上下院ノ議員ハ勿論其役員ニ對シテ證明ヲ强ユルコトヲ得ス故ニ若シ斯ル事柄ニ付キ訊問ヲ受ケタルトキハ當然答辯ヲ拒ムコトヲ得ヘキナリ是蓋國會ハ無上ノ權利ヲ有シ裁判所ノ權利ト雖モ國會ノ附與スル所ナレハ其附與ヲ受ケタル裁判所ニ

シテ之ニ優リタル權利ヲ主張スルコト能ハスト云フニ起因スルモノナリ

裁判官及仲裁官

(三) 裁判官及仲裁官

裁判官及仲裁官カ職務上審問シタル事實ニ付キ證明ヲナスノ義務アルヤ否ヤノ點ニ付キ適切ノ判決例ナシト雖モ其證明ヲ强ユルコトヲ得ストハ一般ノ定說ナリ左レトモ是特權ヲ與ヘタルニ止マレハ自ラ好ンテ證明ヲ爲スハ敢テ禁スル所ニアラス故ニ若シ其證明ヲナスニ於テハ宣誓ノ上之ヲ爲サヽル可ラサルハ敢テ論ヲ待タサルナリ又職務上審問シタル事柄ニ付テ特權ヲ與フルモノナレハ其事柄ニ間接ノ事柄又ハ干係ナキ事柄ニ付テハ其證明ヲ爲スヘキ義務アルコト他ノ證人ト敢テ異ナルコトナシ

陪審官

(四) 陪審官

陪審官モ亦小陪審官タルト大陪審官タルトヲ問ハス其職務ヲ行フニ付テ知得シタル事實ニ付テハ證明ヲ爲スノ義務ナシ而シテ陪審官自ラ好ンテ證明ヲナシ得ルヤ否ヤハ分明ナラス實例ニ依レハ陪審官ニ於テ其自ラ爲シタル陪判ノ誤謬ニ係ルコトヲ保證シタル書面ハ勿論、裁判所ニ於テ陪審官ノ一人カ陪判ノ事柄ニ付

キ爲シタル陳述ノ如キ之ヲ排斥セラレタリ而シテ其職務外ニ於テ知得シタル事柄ニ付キ證明ノ義務アルコトハ他ノ證人ト敢テ異ナルコトナシ

行政官吏

(五) 行政官吏

行政官吏ハ上大臣ヨリ下屬官ニ至ルマテ其職務上爲シタル事柄ニ付キ之ヲ證明スルノ義務ナシ去レトモ官吏自ラ好ンテ證明ヲナスハ固ヨリ法律ノ禁スル所ニアラス故ニ其證明ヲナスハ他ノ證人ト同樣宣誓ニ由テ之ヲ爲サヽルヘカラス

代言人代書人

(六) 代言人及代書人

代言人及代書人ハ其依頼人ヨリ通知セラレタル秘密ノ事柄ニ付キ依頼人ノ承諾ナクシテ之ヲ證明スルコトヲ許サストハ最モ明白ナル規則ナリ故ニ此場合ハ單ニ特權ヲ與ヘタルニ止マラスシテ一ノ禁止規則ヲ設ケタルモノナリト云ハサル可ラス實ニ或學者ハ代言人及代書人ヲ不能力者ノ一種トシテ論シタリ然レトモ是畢竟依頼人ニ與ヘタル特權ニ由テ生スルモノナレハ依頼人カ拋棄シタルトキハ當然之ヲ證明シ得ルヲ以テ普通ノ不能力者ト同一視ス可ラス要スルニ其中間ニ位スルモノト知ル可シ

代言人及代書人ノ証明ヲ禁スルノ理由タル或學者ノ說ニ依レハ代言人及代書人ヲ保護スルノ目的ニ出テタルモノト然レトモ其非ナルコトハ判事ブルーガム氏ノ公明正大ナル說明ニ由テ明ラカナリ曰ク此規則ノ基礎タル法律カ法律家ノ職務ニ格段ナル必要ヲ附スルノ故ニアラス又其法律家ヲ保護スルノ特別ナル意思ヲ懷クニアラスシテ裁判ノ公平ヲ維持スルノ目的ニ出テタルモノナリ何トナレハ凡テ裁判所ノ審究ス可キ事柄ハ人ノ權利義務ニ干渉ヲ有スルモノニシテ法律ニ練熟セル人ノ助勢ナキニ於テハ其公平ヲ維持スルコト能ハサレハナリト實ニ斯ル通知ニシテ之ヲ秘密ニスルノ特權ヲ與ヘサルトキハ代言人ヲ使用スルコト危險ニシテ訴訟人ハ裁判所ニ出テヽ己レノ權利ヲ主張シ又之ヲ保護スルコト能ハサル場合ニ立至ル可ケレハナリ

本項ノ特權ハ之ヲ代言人及代書人ニ與フルニアラスシテ依頼人ニ與フルモノナリ故ニ若シ依頼人其特權ヲ拋棄スル乎又ハ認諾シタルトキハ之ヲ證明スルコトヲ得ルモノトス左レトモ本項ノ特權ハ訟庭ニ於テ代言人ヲ使用スル爲メニ爲シタル通知ニノミ之ヲ與フルモノト誤信ス可ラス訴訟ノ起ランコトヲ豫知シテ爲

シタル通知ニ付テモ亦其特權ヲ與フル者トス判事ブルーガム氏曰ク此特權ニシテ已ニ起リタル訴訟ニ限ルモノトセハ安全ニ訴訟ノ勝利ヲ得ヘキ前備ヲナスコト能ハス若シ然ラサレハ凡テノ訴訟ハ無用ニ屬スヽ可キナリト又曰ク若シ職務上普通ノ事柄ニ付通知ヲ受ケタルトキハ彼等ハ其事柄ヲ秘密ニスルノ權利アルノミナラス亦之ヲ秘密ニスヘキ責任アリト

然レトモ間接ノ事柄ニシテ代言人代書人カ本人ノ依頼ナク之ヲ知リ得ヘキモノハ特權ヲ與フルノ限リニアラス假令ハ本人ノ筆蹟ノ如キ假令ヒ代言人カ其本人ノ証書ヲ見タルヨリ之ヲ知リ得タルモ其證明ヲ爲スコトヲ得ヘシ又本人ノ人違ヒナキコトヲ證明スルカ如キ假令ヘ本人カ訴訟ノ依頼ヲ爲スニアラサレハ其人ヲ知ルコト能ハスト雖モ其證明ヲ爲スヲ得ヘシ之ヲ要スルニ特權ハ本人カ通知シタル如何ナルコトニ付テモ之ヲ與フルニアラス而シテ特權ノ廣狹ヲ知ルノ表準ハ通知ノ事柄カ代言人代書人ノ職務上依頼セラレタル事ニ付キ必要ナルヤ否ヤヲ見テ以テ之ヲ決セサル可ラス

茲ニ一ノ疑問アリ依頼人ノ通信ニ由ラスシテ自ラ依托セラレタル事件ノ事實ヲ

知得シタルトキハ之カ證明ヲ爲シ得ルヤ否ヤ是ナリ或ル判決例ニ由レハ此場合ニ於テ代言人代書人ハ證人タルコトヲ得ス何トナレハ依頼人ノ爲ニ利益ノ陳述ヲ爲スノ恐アルノミナラス若シ無シトスルモ依頼人ニ不利益ノ證明ヲ爲スカ如キハ道德ニ背キタルモノナレハナリト然レトモ現今ノ判決例ニ依レハ法律上之ヲ許サヽルノ理由ナシト判定シ又訴訟人カ代言人若クハ代書人ナリト信認シテ通知シタル事柄ニシテ其實否ヲサルトキハ之ヲ證明ス可キ義務アリト判定セリ」

代言人若クハ代書人ニ通知シタル事柄ニテモ第三者ヲ以テ之ヲ證明スルハ敢テ妨ケナシトス例ヘハ依頼人カ認諾ノ申込ヲ代書人ニ依托スルニ當リ第三者側ニ在テ之ヲ聽キタル場合ニ於テ其第三者ヲ以テ證明スルハ妨ケナシト判決セラレタリ又原被雙方ノ面前ニ於テ爲シタル通知例ヘハ依頼人カ對手人ニ通知シタル事柄ハ代言人若クハ代書人ニ於テ之ヲ證明スルコトヲ得可シ之ヲ要スルニ以上二個ノ場合ニ於テハ公然ノ通知ニシテ特權ヲ與フヘキ通知ニアラサルナリ判事バーク氏曰ク是秘密ノ通知ニアラスシテ一方ヨリ他方ニ爲シタル公然ノ通知ナリ只代書人ハ立會ヲ爲シタルニ過キスト

特權ヲ與フヘキ通知ハ代言人代書人ヲ職業者トシテ爲シタル通知タラサル可ラス故ニ職務上ニアラサレハ假令ヒ秘密ノ通知ニテモ特權ヲ與ヘス

原被雙方同一ノ代書人ヲ用ヒタル場合ニ於テ其一方カ爲シタル普通ノ通知ハ他方ニ於テ其代書人ヲシテ之ヲ證明セシムルコトヲ得可シ去レハ此場合ニ於テ與フヘキ特權ハ自己ノミノ代書人ニ與フルト同一ノ特權ニ止マルモノトス

代言人若クハ代書人ニ爲シタル通知ニ對シ特權ヲ與フルハ其代言中之ヲ與フルノミニ止マラサルナリ例ヘハ其代言人代書人ヲ解雇スルモ又ハ事件ノ落着スルモ又ハ代言人ノ職ヲ辭スルコトアルモ之ヲ證明スルコトヲ許サス判事ブラル氏曰ク事件ノ終結シタリト云フヲ以テ足レリトセス其人ノ終生間之ヲ閉鎖シタルモノナリト

代言人代書人ハ依頼人ノ爲シタル通知ノミニ止マラス其本人ヨリ依托セラレタル記錄ヲ提出スルコトヲ拒ムコトヲ得ヘク又其記錄ニ記載セル事實ヲ證明スルコトヲ拒ムコトヲ得ヘシ去レトモ單ニ其記錄ノ署名ヲ見定ムル爲ニハ之ヲ提出セサル可カラスト判決セラレタリ此事件ニ於テ代書人ハ劵狀ヲ提出スルコトヲ

拒ミ之ヲ許可セラレタルモ判事ハ證人ヲシテ劵狀ノ表面ニ記載ノ署名ヲ證人ニ示ス可キコトヲ命シタリ何トナレハ特權ハ劵狀ニ記載ノ事實ヲ發露スルヲ防クカ爲メニ與フルモノナレハナリ判事コレリツヂ氏曰ク若シ見定ニシテ記載ノ事實ヲ發露スルノ恐レアルトキハ之ヲ許ス可カラスト固ヨリ然ルヘキナリ

又代言人代書人ニ通知シタル事柄ニシテ罪ヲ犯スノ目的ヲ以テ之ヲ爲シタルトキハ代言人代書人ニ於テ其證明ヲ爲スモ妨ケナシト判定セラレタリ又直接ニ其通知ヲ受ケサルモ犯罪ヲ表示ス可キ事實ナルトキハ之ヲ證明スルモ妨ケナシトス

何人ニ於テ特權ヲ主張シ得ルヤト云フニ職務上ノ通信ナルニ由リ特權ヲ主張スルハ通例代言人代書人ニ於テ之ヲ爲スモノトス然レトモ若シ代言人代書人ニ於テ之ヲ主張セサルトキハ本人ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ然ルトキハ本人ニ於テ職務上通知ヲ爲シタルコトノ證明ヲ爲サヽル可ラス而シテ何レノ場合ニ於テモ其特權アルヤ否ヤヲ決スルハ裁判官ノ權内ニアリトス

本項ノ特權ハ特リ代言人代書人ノミニ止マラス其書記及通事ニモ亦之レヲ與フ

ル者トス何トナレハ是等ノ人ハ代言人代書人ノ代人タルニ過キサレハナリ

醫師

(七) 醫師

醫師ハ其職業上患者ヨリ通知セラレタル事柄ニ付キ證明ヲ爲スノ義務アリト決定セラレタリ而シテ醫師及僧侶ノ如キ秘密ノ通知ヲ受ク可キ職業ヲ營ム者ニ對シ其通知ヲ證明セシムルノ不當ナルコトハ大ニ學者ノ論スル所ニシテベスト氏曰ク是苛酷ニシテ疑ハシキ政畧ニ出テタル規則ナルノミナラス佛國ノ實例及ヒ合衆國中或ル劦ノ實例ニモ反スル所ナリトス

僧侶

(八) 僧侶

僧侶ニ於テ信徒カ吐露シタル密事ヲ證明スルノ義務アルヤ否ヤニ付キ幾分カ疑ノ存スル所ナレトモ方今ノ有樣ニテハ其義務アリトスルモノヽ如シ而シテ前項ニ於テ述ヘタル如ク僧侶ニ斯ル密事ヲ證明セシムルハ不當ナリト論難シタル者實ニ少シトセス而シテ英國裁判官ニシテ反對說ヲ主張シタル人亦少ナカラス判事ケニヨン氏曰ク斯ル證據ヲ許可スル以前ニ予ハ躊躇セサル可ラスト判事ベスト氏曰ク予ニ於テハ被告人カ僧侶ニ爲シタル通知ヲ開陳セシムル爲メ僧侶ヲ强

代言人ニ通知シタル密事

制スルコトハ決シテナサヽル可シ左レトモ彼レ若シ開陳スルコトヲ好ムニ於テハ予ニ於テ之ヲ證據トシテ受理スル可シト實ニ判事アルデルソン氏ハ斯ル證據受理スルコトヲ得ストヾテ斷言セリ然レトモ舊來ノ實例ト一般學者ノ定說ニ依レハ其當否ハサテ置キ僧侶ニ特權ヲ與ヘサルコトニ畧ホ決定セラレタルモノヽ如シ

第二 事ニ付テノ特權ヲ與フル場合左ノ如シ

(一) 代言人ニ通知シタル密事

代言人ニ通知シタル密事ニシテ其代言人自ラ證明ヲ拒ミ得ル場合ニ於テハ依賴人ニ於テモ亦其證明ヲ拒ムコトヲ得可シ而シテ舊來ノ判決例ニ由レハ爭論ノ生シタル前ニ爲シタル通知ト其後ニ爲シタル通知トノ區別ヲ爲シ第一ノ場合ニ於テハ證明ヲ爲スノ義務アリト爲シ第二ノ場合ニ於テハ證明ヲ爲スノ義務ナシトセリ然レトモ元來代言人ニ吐露シタル密事ニ付キ特權ヲ與フルハ代言人ヲ保護スルノ目的ニアラスシテ其本人ヲ保護スルノ目的ニ出テタルモノナレハ代言人ノ特權ト本人ノ特權ノ間ニ斯ル區別ヲ爲スヘキ道理ナシトノ說頗リナリシカ終ニミチット對モ

ルガンノ事件ニ於テ此區別ヲ癈止シ一般證明ヲ拒ムノ特權ヲ與フルニ至レリ

（二）刑事ノ告訴ヲ受ケ又ハ民事ノ罰金若クハ沒收ノ言渡ヲ受クヘキ事柄

證人又ハ其夫若クハ妻ニシテ刑事ノ告訴ヲ受ケ又ハ民事ノ罰金若クハ沒收ノ言渡ヲ受ク可キ恐アル事柄ニ付キ訊問ヲ受ケタル時ハ證人ニ於テ其答辯ヲ拒ムノ權利アリ

告訴又ハ罰金若クハ沒收ノ言渡ヲ受クヘキ事柄

舊來ノ判決例ニ依レハ訊問ノ事柄ニシテ告訴ヲ受ケ又ハ罰金若クハ沒收ノ言渡ヲ受ク可キ恐レアルモノナルヤ否ヤハ證人自ラ宣誓ヲナシ之ヲ定ム可キモノトセリ然ルニ近時ニ於テハ裁判官ニ於テ之ヲ決ス可キモノニシテ證人自カラ之ヲ決スルコトヲ許サス故ニ證人自ラ然リト云フモ事件ノ摸樣ニ依テ然ラスト決スルコトヲ得可シ然レトモ裁判官ハ事件ノ摸樣及訊問ヲ受ケタル事柄ノ性質ニ由テ決ス可キモノニシテ證人ヲシテ明ラカニ其害ヲ蒙ムルノ結果ヲ惹キ起スカ如キ事柄ヲ說明セシメス何トナレハ若シ斯ル說明ヲナサシムルニ於テハ其證人ニ與ヘントスル所ノ目的ヲ無効ニ歸セシムレハナリ

證人ノ品格ヲ落スヘキ事柄

證人ニ於テ自己ノ品格ヲ落スカ如キ訊問ニ對シ答辯ヲ拒ミ得ルヤ否ヤニ付キ幾分乎疑點ナシトセス即チ證人カ曾テ罪ヲ犯シ刑ノ宣告ヲ受ケタルヤ否ヤノ訊問ノ如キ是ナリ然レトモ其訊問ニシテ爭點事實ヲ決スルニ付キ必要ナルトキハ其特權ヲ與ヘサルコト明カナルノミナラス現今ノ實例ニ由レハ證人ノ信用ヲ攻擊スル爲メ斯ル訊問ヲ爲シタル場合ニ於テハ其答辯ヲ拒ムコトヲ許サヽルコト通例ナレハ其答辯ヲ拒ミ得ルハ本案ニ對シ不必要ニシテ無用ノ日時ヲ消失セシムルカ如キ場合ニ限ルモノト云フコトヲ得可シ果シテ然レハ是無用ノ事柄ナリトシテ訊問ヲ許サヽルモノニシテ證人ノ品格ヲ害スルトノ主意ニ出テタルモノニアラサルナリ

又舊時ニ在テハ民事ノ訴訟ヲ受ク可キ事柄金錢上ノ損失ヲ生ス可キ事柄負債ノ責任ヲ負フ可キ事柄ニ付テモ亦特權ヲ與フルモノトセリ然レトモ有名ナル判事ロード、メルヴサルカ被告事件ニ於テ多數ノ裁判官ハ證人ニ答辯ヲ爲ス可キ義務アリトノ說ヲ出シタリ而シテ遂ニショルヰ第三世第四十六年條例第三十七章ヲ以テ證人ハ訊問ニ對スル答辯カ單ニ政府若クハ他人ノ陳告ニ依リ自己ノ負債ヲ負フコト又ハ民事ノ訴訟ヲ受クヘキ懼レヲ引キ起サシムルト云フヲ理由トシテ

法律上爭點ノ事柄ニ干係アル訊問ニ答フルコトヲ拒ムヲ得ス但其事柄ニシテ證人カ告訴ヲ受ケ又ハ罰金或ハ沒收ニ處セラルヽノ傾向アルトキハ此限リニアラスト規定セリ

本項證人ノ有スル特權ハ書面提出ノ場合ニ於テモ亦之ヲ與フルモノトス故ニ提出ヲ命セラレタル書面ニシテ證人カ告訴ヲ受ケ又ハ罰金若クハ沒收ノ言渡ヲ受クルノ恐レアルトキハ之ヲ理由トシテ其提出ヲ拒ムコトヲ得可キナリ

證人ニ於テ答辨ヲ拒ミ又ハ書面提出ヲ拒ミ得ルノ特權ハ之ヲ證人其人ニ與フルモノニシテ訴訟人タルノ資格ニ付テ與フルモノニアラス故ニ代言人ニ於テ其特權ヲ主張スルコトヲ得ス又其特權ヲ主張スル爲メニ殊ニ代言人ヲ使用スルコトヲ許サス

舊來ノ判決例ニ依レハ證人一度好ンテ答辨ヲ爲シタルトキハ其干係ノ事柄ハ總テ之ヲ證明スルノ義務アリトセリ然レトモ此判例ハ遂ニ破毀セラレ現今ニ於テハ證人ヲ宣誓ヲ爲シタル後審問ノ如何ナル度ニ於テモ其特權ヲ主張スルコトヲ許シ其之ヲ許シタル後ハ證人ニ告訴ヲ受ケシムル如キ訊問ヲ爲スコトヲ許サス

姦通ヲ爲シタルヤノ嫌疑ヲ起ス可キ事柄

證人ニ於テ其告訴ヲ受ク可キ事柄又ハ罰金若クハ沒收ノ處分ヲ受クヘキ事柄ニ付キ已ニ期滿免除ヲ得タルトキハ又ハ犯罪ノ特赦若クハ罰金沒收ノ拋棄ヲ受ケタルトキハ其得タル特權モ亦自ラ消滅スルヤ論ヲ待タス故ニ訊問ニ對シテ答辨ヲ拒ムコトヲ許サス

(三) 姦通ヲ爲シタルヤノ嫌疑ヲ起ス可キ事柄

本項ノ特權ハ曩キニ已ニ述ヘタル如クウサクトリヤ第三十二年及ヒ三十三年條例第六十八章ヲ以テ與ヘタル特權ニシテ姦通訴訟ノ場合ニ限ルモノナリ而シテ自ラ姦通ヲ爲サヽルノ證據ヲ提出シタルトキハ斯ル事柄ニ付訊問ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ又該條例ハ證人ニ對シ公然餘計ノ苦痛ヲ與ヘサルノ精神ニ出テタルモノナリ故ニ他ニ證據ヲ擧ケテ其證人自ラ姦通ヲ爲シタルコトヲ證明スルハ敢テ妨ケナシ

夫婦ノ間ニ吐露シタル事柄

(四) 夫婦ノ間ニ吐露シタル事柄

本項ノ場合ハヴイクトリヤ第十六年及第十七年條例第八十三章ヲ以テ與ヘタル所ノ特權ニシテ其精神タル明白ニシテ斯ル證明ヲ許ストキハ夫婦幸福ノ基礎タ

ル相互ノ間ニ存スル信用ヲ破リ從テ一家ノ平和ヲ毀損スルノ怒アレハナリ

本項ノ特權ヲ與フルハ夫婦間ニ爲シタル秘密ノ談話ニ止マラス總テ夫婦間ニ爲シタル談話ハ其性質ノ如何ニ關ラス之カ證明ヲ拒ムコトヲ得ルモノトス

夫婦間ノ談話ハ條例ノ明文ノ如ク結婚中ニナシタルモノニ限ルモノトス故ニ結婚前ニ爲シタル談話ハ後ニ結婚シタルモ之カ證明ヲ爲スノ責任アリ

條例ニハ單ニ結婚中ニ爲シタル通知トノミアリ故ニ離婚者又ハ寡婦若クハ寡夫ニ於テ夫婦結婚中ノ通知ヲ證明スルノ責任アルヤハ少シク疑ノ存スル所ナリ然レトモ舊來ノ普通法ニ依ルニ結婚中ニ爲シタル通知ハ縱令夫若クハ婦ニ於テ死去スルモ又離婚シタル後ニ在テモ之ヲ證明スルノ責任ナキモノトセリ離婚婦ノ場合ニ於テロード、オルバンレー氏ハ明ラカニ法律ノ精神ヲ公言セリ曰ク雙方ノ者カ人間總テノ干渉中最モ親密ノ場合ニ於テ法律カ作リタル信用ヲシテ一方ノ者ノ過失ニ依リ其干係ヲ解散シタルトキ其信用ヲ破リ得ルコトハ決シテ許スヘキノ限リニアラスト之ニ由テ之ヲ見レハ該條例發布ノ後ト雖モ同一ノ法律ヲ適用スヘキヤ疑フ可ラスト雖モ其實例ナキヲ以テ疑ヒヲ存スルノミ

(五) 國政ニ關スル密事

國政ニ關スル密事トハ行政官廳ノ爲シタル事務ヲ指スモノニシテ其行政官吏自ラ之ヲ證明スルノ責任ナキコトハ既キニ已ニ述ヘタル所ナリ官吏猶且ツ然リ況ンヤ一私人ニ於テヲヤ故ニ一私人ニシテ斯ル密事ヲ知ルモ其官廳長官ノ特許ヲ得ルニアラサレハ之ヲ證明スルノ責任ナシ假令ハ「カナダ」州ノ檢事長ヨリ同州ノ知事ニ爲シタル通信ハ檢事長ニ於テ之ヲ證明スルコトヲ拒ムコトヲ得ト判定セラレタリ又內務省ノ官吏ヨリ內務大臣ニ具申シタル事柄ノ如キ其官吏ニ於テ具申書ノ事柄ノ證明ヲ拒ムコトヲ得ト判定セラレタリ

本項ノ特權ハ政府官吏ノ間ニ爲シタル通信ニ止マルモノナリ故ニ政事ノ事柄ニ對シ一私人ヨリ政府ノ官吏ニ爲シタルモノハ此限ニアラス例ヘハ一私人驛遞長官ニ對シ其附屬官吏カ爲シタル不正ノ所爲ニ付上申シタリ斯ル上申ハ特權ヲ與フルノ限リニアラスト判定セラレタリ

政事上ノ事柄ニ付其通信ヲ秘密ニス可キモノナルヤ否ヤハ官廳ノ長官之ヲ決スヘキモノトセリ故ニ上官ニ於テ秘密ニスヘキモノナリト述ヘタルトキハ裁判官

ハ之ヲ排斥セサルヘカラス但裁判官ノ意見ニ放任シタルトキハ自カラ之ヲ決セサルヘカラサルハ論ヲ待タス

實ニ有名ナル七僧事件及ストラッフォルド公事件ニ於テハ樞密院ノ書記ヲシテ其院ニ於テノ議事ハ勿論國王自ラ述ヘラレタル事柄マテモ證明セシメラレタリ然レトモ是非常ノ場合ニ於テ然リシモノニシテ後世ニ於テハ之ヲ法律ニ背反シタルモノナリト判決セラレタリ

(六)・所有權券狀

所有權券狀トハ財産所有者カ其財産ノ所有權ヲ有スルコトヲ證明スル所ノ證書ヲ云フ而シテ英國ニ於テハ動産所有權ヲ證明スルコト必要ナラサレハ所有權券狀ハ不動産ノ場合ニ於テノミ必要ナルモノト知ルヘシ

凡ソ不動産ノ所有權ヲ有スル者ニシテ自カラ訴訟人タラサル以上ハ他人ノ訴訟ノ爲メニ其券狀ヲ提出シ又ハ其券狀ニ記載ノ事柄ヲ陳述スルノ義務ナシトハ英國法律ノ規定スル所ナリ是蓋英國ニ於テ不動産所有權證明ノ方法一定セス故ニ之ヲ證明セシムルニ於テハ證人ニ非常ノ困難ヲ與フルコト明カナレハ斯ル法律

ヲ設ケテ證人ヲ保護スルノ場合ニ立至リシナリ

本項ノ特權ハ獨リ不動産ノ所有者ニノミ之ヲ與フルニ止マラス其所有者ヨリ券狀ノ委托ヲ受ケタル者ニモ亦之ヲ與フルモノトス即チ代言人受信托人及質取主是ナリ此等ノ者ハ其本人ニ於テ特權ヲ有スル場合ニ於テハ亦其券狀ノ提出若クハ券狀記載ノ事柄ヲ陳述スルコトヲ拒ミ得ルモノナリ是蓋一ハ本人ニ困難ヲ與フルノ害アリ一ハ本人ノ信用ヲ破ルノ幣アルヲ以テナリ

(七) 銀行帳簿

銀行又ハ銀行ノ役員ハ其銀行カ訴訟人ニアラサル場合ニ於テハ裁判所ノ命令アラサル以上ハ銀行ノ帳簿ヲ提出シ又ハ其帳簿ニ記載シ事柄ヲ證明スルノ責任ナヲ誤發キニ已ニ述ヘタル如クヴヰクトリヤ第四十二年及四十三年條例第十一條ヲ以テ規定シタル所ナリ

(八) 犯罪ノ密告人又ハ密告ヲ受ケタル人ノ姓名ヲ發露スヘキ事柄

證人ニシテ斯ル事柄ヲ陳述スヘキ責任アリトセハ遂ニ犯罪ヲ搜査スルノ手續ヲ失フニ至ル可シ即チ公益ヲ保護スル爲メ止ムヲ得ス設ケタル規則ナリト云フ可

シ判事長エール氏曰ク被告人ニ對スル證據ノ眞實ヲ審理スルニ付テハ凡テノ機會ヲ與ヘサルヘカラス然レトモ茲ニ犯罪ヲ豫防スル爲メ公衆ニ必要ナル一般ノ原則アリ即チ其犯罪豫防ノ媒介者タル人ヲ猥リニ發露スカラサルコト是ナリト又判事ブラル氏曰ク密告人ノ姓名ヲ公言セシムルニ於テハ密告ヲ爲スモノナキニ至リ遂ニ公ケノ秩序ヲ破壞スルニ至ルヘシト

此特權ハ他人ノ密告ニ付キ與フルノミナラス證人其人ニモ亦之ヲ與フル者トス故ニ證人ニ對シ自カラ密告ヲ爲シタルヤ否ヤヲ問フコト能ハス此場合ニハ獨リ證人ニ特權ヲ與フルノミニ止マラス更ニ一歩ヲ進メテ裁判官ニ於テ必要ト認ムルトキハ之ヲ禁スルコトヲ得可シ

此原則ハ密告者自ラニ止マラス其密告者ニ使用セラル、人ニ付テモ亦之ヲ適用ス假令ハ探偵吏ニ使用セラレタル人ハ其探偵吏ノ姓名又ハ其命セラレタル事柄ノ證言ヲ拒ムコトヲ得ルカ如シ

(九) 道德ニ背反シタル事柄

猥褻其他道德ニ背反シタル事柄ノ證明ヲ許サストハ英國法學者中之ヲ主張スル

一人ノ證人ヲ以テ證明スルコトヲ許サヽル場合

者アリテグリーンリーフ氏及ヒテーロル氏ハ皆之ヲ其著書ニ掲載セリ左レトモ民刑事訴訟ノ爭點ヲ決スルニ當リ必要ナル事柄ハ其道德ニ背反スルト云フヲ以テ證明ヲ拒ムヲ得サルコトハ兩氏ノ許ス所ニシテ且ツ其例トシテ掲ケタルモノハ賭博ニ關スル訴訟ハ其證明ヲ許サスト云フニアレトモ賭博ノ如キハ畢竟公益保護ノ目的ヲ以テ訴訟ヲ受理セサルニアリテ証明ノ許否又ハ特權ニ關係ヲ有スルモノニアラス而シテ爭點ヲ決スルニ付キ斯ル證明ヲ許スコトハ其判決例數多アリ動カス可ラサル原則ナリ判事ロード、マンスフヒールド氏曰ク證據ノ風儀ヲ害スル如キコトアルモ其民刑事ニ於テ權利ノ判決ニ必要ナルトキハ之ヲ受理スルモ敢テ差支ナシト果シテ然ラハ其證明ヲ許サヽルハ畢竟爭點ヲ決スルニ付キ必要ナラスシテ風儀ヲ害スルカ如キ事柄ニ付キ其證明ヲ許サヽルモノナラン然ルニ佛國ノ學者ポニエー氏ハグリーンリーフ氏ノ著書ニ基キ之ヲ英國ノ法律ナリト云ヘリ故ニポニエー氏ノ書ヲ讀ム者ハ宜シク茲ニ注意セサル可ラス

第五章　一人ノ證人ヲ以テ證明スルコトヲ許サヽル場合

凡ソ法律ニ於テ證言ノ効力ニ分限ヲ與ヘサルハ必要ノ理由ニ基クモノニシテ其之ヲ與ヘントスルモ到底得可ラサルナリ故ニ裁判官ニ於テ一人ノ證言ヲ信用シタル以上其證言ニ充分ノ効力アルヤ論ヲ俟タス之ニ反シテ二人以上ノ證言アルモ之ヲ信用セサルトキハ毫モ其證言ニ効力ナシ格言ニ曰ク證人ハ掛酌スヘシ計算スヘカラスト是古來英國法律ノ原則ニシテ即チ證言ノ價値ハ證人ノ多寡ヲ以テ定ムヘカラスト云フニアリ左レトモ人智未タ開明ニ至ラサル世ニ在リテハ證明ノ原理未タ知ラレス裁判官ニ於テ證言ヲ掛酌スル智識少ナキヨリ人造ノ規則ヲ設ケテ斯々ノ事實ハ二人ノ證人ヲ以テ證明スヘシ斯々ノ事實ハ三人ノ證人ヲ以テ證明スヘシト爲シ以テ證言ヲ測量セントスルコト少ナカラス即チモサイック法及カノン法ニ於テ或ル場合ニハ二人以上ノ證人ヲ必要トシ又羅馬法ニ於テ一人ノ證人ノ陳述ハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ聞ク可ラストノ原則アリテ凡テ二人以上ノ證人ヲ必要トシタルカ如キ是ナリ其慣習次第ニ歐洲諸國ニ波及シ遂ニ英國法律ニ於テモ亦或場合ニハ二人以上ノ證人ヲ必要トスルニ至レリ多數ノ證人ヲ要スルノ當否ニ付テハ學者ノ議論ヲ惹キ起シタルコト少ナカラス

贊成論者曰ク一人ノ證言ヲ以テ判決ヲ與フルカ如キハ實ニ危險ト云ハサルヘカラス何トナレハ一人ノ爲メニ他人ノ名譽財産若クハ生命ヲ損害スルコトヲ得ヘク之ニ反シテ二人以上ノ證人アルトキハ僞證ヲナサントスルモ其證言ノ齟齬スルヨリ容易ニ惡望ヲ防クヲ以テナリト又或論者ハ二人以上ノ證人ヲ要スルコト現ニ聖教ニ明記スル所ナリトマテ論究セリ反對論者曰ク二人以上ノ證人ヲ要スルコトハ壓制又ハ詐僞ヲ防クニ付幾分ノ價値アルモ開明國ニ於テハ其價値却テ少ナシ何トナレハ裁判官ハ證人ノ申立ノミニ依ラスシテ事件全体ノ摸樣ヲ參酌シ以テ判決ヲ下セハナリ之ニ反シテ二人以上ノ證人ヲ要スル爲メ弊害ヲ生スルコト少カラス其著シキモノヲ擧クレハ(一)犯罪ニ價値ヲ與ヘテ一人ノ目前ナレハ之ヲ犯スモ妨ナシト云フニ外ナラス(二)斯ル人造ノ規則ハ之ヲ遵守スヘキカ爲メニ却テ僞證ヲナスノ傾向ヲ與フヘシ(三)此規則ハ其目的ニ反シ裁判官ヲシテ證據ノ輕重ニ依ラス人數ニ依ルノ傾向ヲ生スヘシト反對論者中最モ著明ナル者ハベンザム氏ナリ又折衷論者アリ曰ク二人以上ノ證人ヲ要スルヲ以テ一般ノ原則トスハ不當ナレトモ政畧上之ヲ必要トスル場合尠ナカラサレハ其例外ヲ設クル

ハ妨ナシト然レトモ裁判官ニシテ公平獨立ナルトキハ斯ル例外ヲ設クルノ必要更ニナシト云フコトヲ得ヘシ

以上述ヘタル如ク英國ニ於テハ一人ノ證人ヲ以テ足レリトスルハ一般ノ原則ナリ然リト雖モ或場合ニ於テハ二人以上ノ證人ヲ必要トシ又或場合ニ於テハ補充證ヲ必要トセリ其場合左ノ如シ

第一、二人以上ノ證人ヲ必要トスル場合

反逆罪及反逆隱匿罪

(一) 反逆罪及反逆隱匿罪ノ證明 (Treason and Misprision of Treason)

反逆罪又ハ反逆隱匿罪ノ證明ヲ爲スニ付キ二人以上ノ證人ノ證明ヲ必要トスルコトハウ井ルリヤム第三世第七年及第八年條例第三章ヲ以テ規定シタルモノナリ

曰ク被告人カ公廷ニ於テ任意ニ自白ヲ爲シタル場合ノ外同一ノ反逆罪ニ付キ其同一ノ處爲ニ對シ正當ナル二人ノ證人又ハ一ノ處爲ニ對シ一人ノ證人他ノ處爲ニ對シ一人ノ證人カ宣誓ノ上爲シタル證言ニ依テサレハ被告人ヲ審問宣告スヘカラスト又公訴狀ニ二個以上各別ノ反逆罪ヲ列記シタル場合ニ於テ各別ノ犯罪ニ對シ各二人以上ノ證人ヲ以テ證明セサルヘカラスト

英國ノ法律ニ於テハ反逆罪ヲ證明スルニ付キ被告人ノ處爲アルコトヲ必要トセリ之ヲ外形ノ處爲 (Overt act) ト云フ蓋シエドワルド第三世第二十五年條例第三章ヲ以テ單ニ國王皇后又ハ皇太子ヲ弑サントト企望シタルヲ以テ反逆罪ヲ構成スルモノト規定シタルヨリ彼ノ法律ハ意思ノミヲ罰セサルトノ原則ノ例外ヲ設ケタルモノニシテ意思ハ之ヲ所爲ト見做スヘシトノ原則現ハレ出テタリ左レトモ意思ハ固ト無形ノモノナリ故ニ之ヲ證明スルニ付テハ外形ノ所爲ナカル可ラス是反逆罪ノ場合ニ特ニ外形ノ所爲ナル言語ノ現ハルヽ所以ナリトス而シテ外形ノ所爲ハ固ト意思ヲ證明スルニ付キ必要ノモノナリ故ニ其意思ヲ證明スルニ足ルヘキモノナルトキハ縱令其所爲自カラ罪ヲ構成ス可キモノナラサルモ足レリトス例ヘハ被告人等カ國君ヲ弑スルノ目的ヲ以テ或場所ニ集會シタルカ如キ事實ハ之ヲ證明スルコトヲ得ルモノトス

即チ本條例ノ意味ハ二人ノ證人共ニ同一ノ外形ノ所爲ヲ證明スルモ又二人ノ證人中一人ハ一ノ外形ノ所爲ヲ證明シ他ノ一人ハ他ノ外形ノ所爲ヲ證明スルモ妨ケナシト云フニ在リ

二人以上ノ證人ハ犯罪ヲ證明スヘキ外形ノ事實ヲ證明スルニ必要ナルモノナリ故ニ單ニ其外形ノ所爲ニ干係ヲ有スルモノニシテ犯罪ニ干係ナキモノハ一人ノ證人ヲ以テ之ヲ證明スルモ妨ケナシトス例ヘハ被告人カ英國人民ナルコトノ事實ノ如キ一人ノ證人ヲ以テ之ヲ證明スルコトヲ得ルナリ

又皇帝陛下皇后及皇太子ノ暗殺又ハ負傷ヲ希圖スル如キ反逆罪若クハ其隱匿罪ハジヨルジ第三世第三十九年及ヒ第四十年條例第九十三章ヲ以テ通常ノ謀殺犯罪ト同樣ニ之ヲ審判スルコトヲ得可シト規定セリ故ニ此種ノ反逆罪ニ付テハ一人ノ證人ヲ以テ之ヲ證明スルコトヲ得ヘシ

元來普通法ニ於テハ反逆罪ヲ證明スルニ付キ二人ノ證人ヲ必要トセサルカ如シ然ルニコーク氏ハ其著書ニ昔時普通法ニ於テ既ニ二人以上ノ證人ヲ必要トセリト記載セシモ其實例ヲ掲ケサルヲ以テ頗ル疑ヲ容レサル可カラス左レトモ英國法律ニ於テ二人以上ノ證人ヲ必要トスルコトハ成法ヲ以テ明ラカニ定ムル所ニシテ最初ノ成法ハエドワルド第六世第一年條例第十二章ナリ而シテ現今ノ成法ハ前掲ウヰルリヤム第三世及ジヨルジ第三世ノ條例是ナリ而シテ此條例ヲ設ケ

タル理由タルフィンチ氏ノ說ニ由レハ昔時カノン法ニ於テ耶蘇敎ノ信徒ヲ罰スルニ付キ二人以上ノ證人ヲ要シタルカ當時英國ノ國會議員及ヒ裁判官ノ多數ハ僧侶タリシヲ以テ遂ニ之ヲ宗敎外ノ法律ニ適用シタルモノナリト果シテ然ルヤ否ヤハ之ヲ知ルコト能ハスト雖モ斯ル特別法ヲ設ケタルハ畢竟犯罪ノ性質重大ナルヨリ政府ニ於テ不當ノ告訴ヲ爲スノ弊ナシトセサレハ之ヲ防カンカ爲メニ設ケタルモノナリト云フコト信ヲ措クニ足ルヘシ

遺囑ノ證明

(二) 遺囑ノ證明(Will)

ウヰルリヤム第四世第七年及ヒクトリヤ第一年條例第二十六章及ウィクトリヤ第十五年及十六年條例第二十四章ヲ以テ遺囑書ヲ有効ト爲スニ付二人ノ證人ノ保證ヲ必要トセリ是蓋臨終ノ人ニ對シ詐術ヲ以テ己レニ利益ノ遺言ヲ爲サシムルノ弊害ヲ防カンカ爲メニ規定シタルモノナリ而シテ衡平法裁判所ハ此法律ノ精神ヲ全フセン爲メ他ノ二人以上ノ保證ヲ要スル場合ニ於テハ其二人ノ內一人カ正當ニ成立ヲタルモノナルコトヲ證明スルヲ以テ足レリトスルニモ拘ラス遺囑書ノ場合ニ於テハ總テ保證シタル保證人カ正當ニ成立ヲタルコトヲ證明スル

ヲ必要トセリ

第二　補充證 (Corroboration)

補充證トハ證人カ爲シタル證言ノ眞實ナルコトヲ確實ナラシムル爲メ他ノ證據ヲ以テ之ヲ證明スルコトヲ云フニ在リテ即チ證人ノ證言ヲ補足スルノ用ニ供スルモノナリ而シテ法律ハ或場合ニ於テ一人ノ證人ノ爲シタル證明ヲ以テ足レリトセスシテ他ノ證據ヲ以テ之ヲ補證スルコトヲ必要トセリ故ニ是又一ノ證人ヲ以テ證明スルコトヲ許ス一般原則ノ例外ナリト知ル可シ

補充證ノ場合ハ前項二人以上ノ證人ヲ要スル場合ト異ナル所アリ何トナレハ前項ノ場合ハ二人以上ノ證人ヲ要スルニアリテ即チ人ヲ目的トナシタルモノナレトモ本項ノ場合ハ他ノ事實ノ補充證ヲ必要トスルモノニシテ即チ事ヲ以テ目的ト爲シタルモノナリ故ニ前項ノ場合ニ於テハ必ス二人ノ證人ナカルヘカラサルモ本項ノ場合ハ一人ノ證人ノ證言ヲ以テ補充スルモ差閊ナク又間接ノ事實若ク ハ記錄ノ證據ヲ以テ補充スルモ差閊ナシトス是補充證ナル特別ノ名稱アル所以ナリトス

又本項ノ場合ハ證人不能力ノ場合ト之ヲ區別セサルヘカラス不能力者トハ全ク證人タルノ資格ヲ有セサル者ナレハ其證言ハ當初ヨリ無効ノモノナリ之ニ反シテ補充證ノ場合ハ證人ヲ不能力者トナスニアラスシテ只其補充證ナキトキハ證人ノ證言ヲ採用スルコトヲ得サルモノニシテ其結果トシテ證言ノ無効ナルコトノ同一ニ歸スルコトアルモ若シ補充證アルトキハ毫モ効力ニ影響ヲ及ホサヽルナリ即チ左ノ場合ニ補充證ヲ必要トセリ

第十一回

偽證罪

(一)　偽證罪 (Perjury)

偽證罪ノ證明ヲナスニ付キ一人ノ證人ヲ以テ證明スルヲ以テ足レリトセサルコトハ古來普通法ノ原則ナリ左レトモ或ル學者ハ偽證罪ノ證明ヲ爲スニ付テハ普通法ニ於テ二人以上ノ證人ヲ以テ證明スルコト必要ナリト云ヘリ故ニ疑ノ存スル所ハ二人以上ノ證人カ必要ナルヤ將タ又タ補充證アルヤヲ以テ足レリトスルヤ否ヤノ點ニアリトス之ヲ判決例ニ參照スルニ判事テンテルデン氏ハ明カニ二人以上ノ證人必要ナリト公言セリ然レトモ近時ニ在テハ英國判事中補充證アルヲ

以テ充分ナリトノ說最モ多數ナリ判事長チンダル氏曰ク僞證罪ニ關シテハ法律ハ他ノ一人ノ證人カ宣誓ノ上爲シタル證言ヲ以テ被告人カ爲キニ宣誓ノ上爲シタル證言ヲ打消スヲ以テ充分トセスシテ二個ノ宣誓アルカ又ハ記錄ノ證據アルカ又ハ自認アルカ若クハ他ノ證人ニ代ハルヘキ或情供證據ナカルヘカラスト判事コレリッチ氏曰ク僞證罪ニ於テハ最モ堅强ナル情供證據ヲ以テ補充セラレサルトキハ一人ノ證人ヲ以テ充分ナリトセスト判事パテソン氏曰ク予ハ補充證アルヲ以テ一人ノ證言ヲ陪審官ノ判定ニ任スニ充分ナリト思考スト故ニテーロル氏ハ其著書中ニ二人以上ノ証人ノ必要ナリトノコトハ之ヲ法律ナリトスルモ久シク解放セラレタリト斷言セリ然レハ即チ現今ノ法律ニ依レハ僞證罪ニ付テハ單ニ補充證アルヲ必要トスト云ハサル可ラス

僞證罪ニ付キ一人ノ證人ヲ以テ足レリトセサル理由ハ普通ノ說ニ依レハ既ニ被告人自ラ宣誓ヲ爲シ證明シタルニアレハ之ヲ僞證ナリトスルニ付キ單ニ一人ノ證言ヲ以テ抗擊スルトキハ一ノ宣誓ニ對シ一ノ宣誓アルニ止マリ互ニ其効力ヲ消滅セシムルニ至ルヘシト云フニアリ此說最モ誤レリ抑モ証人ノ證言ハ常ニ同

一ノ價値アルモノニアラス之ヲ取リ彼レヲ捨ツルコト一ニ裁判官ノ權內ニ放任スル所ナレハ裁判官ニシテ證人ノ證言ニ反シ判決ヲ下スコト常ニ少ナカラス故ニ其正當ノ理由ハ證人ヲ保護スルノ目的ニ出テタルモノナリト云ハサルヘカラス凡ソ證人ニシテ容易スク僞證罪ニ陷ルモノトセハ國民一般證人タルノ危險ヲ犯スコトヲ好マス遂ニ訟廷ニ出テヽ證明ヲ爲スモノナキ場合ニ立至ルヘキナリ此精神ニ基キ英國法律中他ノ場合ニ於テモ證人ヲ保護スルコト少ナカラス即チ証人ニ於テ告訴ヲ受クルカ如キ事柄ニ對シ答辯ヲ拒ムノ特權ヲ與ヘ又ハ訟廷ニ於テ陳述シタル事柄ニ付キ証人ニ對シ訴ヲ起スコトヲ禁スルカ如キ是ナリ

法律ハ僞證罪ノ證明ヲ爲スニ付キ補充證ヲ必要トセリ故ニ證人一人ナルトキハ裁判官ニ於テ無罪ノ言渡ヲ爲サヽル可ラス左レトモ其補充證ヲ要スルハ僞證罪ヲ構成スヘキ事柄ノ虛僞ナルコトヲ證明スヘキカ爲メナリ故ニ其犯罪ヲ構成セサル事柄ハ補充證ナキモ妨ケナシトス例ヘハ裁判ノ摸樣、宣誓ヲ爲シタル事實、被告人ノ爲シタル證言ノ如キ一人ノ證言ヲ以テ之ヲ證明スルコトヲ得ヘシ

茲ニ一ノ疑問アリ法律カ補充證アル一人ノ証人ノ證言ヲ以テ足レリトスル原則

ノ結果トシテ證人ナキノ情供證據ノミニ依リ有罪ノ判決ヲ爲シ得ルヤ否ヤ是ナリ此點ニ付テハ英國ニ於テハ判決例ナキモ米國ニ於テハ記錄及ヒ其情供證據ノミニ依リ有罪ノ言渡ヲナスコトヲ得ヘシト判定セラレタリ此事件ニ於テ第一被告人カ先キニ證人トナリ證明シタル事柄ノ虚僞ナルコトヲ被告人ノ手ヨリ出テタル記錄ヲ以テ證明シタルトキ第二被告人カ先キニ證明シタル事柄カ被告人カ宣誓ノ當時認知シタル公正記錄ヲ以テ反對セラレタルトキ第三被告人カ必然眞實ナルコトヲ承知シタル事柄ニ反シテ宣誓ヲ爲シタリトノ告訴ヲ受ケ而シテ其陳述ノ虚僞ナルコトヲ被告人自身ニ認メタル書狀若クハ被告人ノ所持シタル他ノ書面ヲ以テ證明セラレタルトキハ有罪ノ判決ヲ下スコトヲ得可シト決定セラレタリ左レトモ書面ナクシテ單ニ情供證據ノミヲ以テ有罪ノ判決ヲ爲シ得ルヤ否ヤハ尚ホ疑ノ存スル所ナリトス

破婚訴訟

(二) 破婚訴訟 (Breach of promise of marriage)

民事ニ於テ婚姻ヲ爲スノ契約ヲ破リタル者ニ對シ損害要償ノ訴訟ヲ起シタルトキハ原告人ハ其契約ヲ破リタル事實ヲ證明スル爲メニ己レノ證言ノ外補充證ヲ

提出セサル可ラス若シ其補充證ナキトキハ敗訴ノ言渡ヲ受ケサルヘカラス是先キニ已ニ述ヘタルウヰクトリヤ第三十二年及第三十三年條例第六十八章ヲ以テ規定シタルモノニシテ陪審官カ婦女ノ爲メニ漏着セラルヽノ弊ヲ防カンカ爲メニ設ケタルモノナリ

私生兒ノ父ニ對スル訴訟

(三) 私生兒ノ父ニ對スル訴訟

本項ノ場合ハビクトリヤ第八年及第九年條例第十章及ビクトリヤ第三十五年及三十六年條例第六章ヲ以テ規定スル所ニシテ治安判事若クハ控訴ヲ受理シタル巡廻裁判所ハ私生子ノ母ノ證言ニ對シ其必要ナル事柄ニ付キ補證ナキトキハ父ナリト陳告セラレタル人ニ對シテ其子タルノ命令ヲ下スコトヲ得ス是レ蓋不品行ノ婦人ニシテ往々不實ノ陳告ヲ爲スノ弊害アルヲ防クカ爲ニ設ケタルモノナリ

共犯人ノ證言

(四) 共犯人ノ證言

共犯人ハ己レノ利益ヲ計リテ他人ノ利益ヲ顧ミルノ遑アラサレハ他人ニ罪ヲ歸シテ自己ノ罪ヲ免レントスルハ其常情ナリ故ニ英國學者中共犯人ノ證言ニ補充證ノ必要ナルコトヲ論シタル人尠ナカラス然レトモ近時ニ在テハ斯ル補充證ヲ

必要トセス只裁判官ニ於テ陪審官ニ對シ共犯人ノミノ證言ニハ信ヲ置クニ足ラスト勸告スルノ責任アルニ止マレリ然レトモ是裁判官ノ責任ヲ定メタルニ止マリ爲ニ補充證ナキ共犯人ノ證言ヲ無効トナスニアラス又陪審官ニ於テ其勸告ニ從フヘキノ義務アルニアラス故ニ陪審官ハ其勸告アリシニモ拘ラス共犯人ノミノ證言ヲ信用シテ正當ニ有罪ノ陪判ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ判事エレンバラ氏曰ク單ニ共犯人ノ證據ニヨリ與ヘタル有罪ノ判決ノ正當ナルコト敢テ疑フヘキモノニアラス只裁判官ニ於テ一己ノ見込ニ依リ補充證アルニアラサレハ共犯人ヲ信スヘカラスト勸告スルモノナリ然レトモ其證言ヲ信用シタル以上事實ヲ定ムルニ付キ充分ノ効力アルモノナルコト疑ヒナシ故ニ共犯者ノ證言ヲ信用シタルトキハ他ニ補充證ヲ要セサルコトハ其結果トシテ免ル可カラスト即チ現今ノ法律ヲ明白ニ示シタルモノナリ

裁判官ニ於テ補充證ヲ必要トスルニ當リ補充證ノ如何ナル度ヲ以テ足レリトスルヤニ付キ一定ノ說ナシ或裁判官ハ本件ノ必要ナル部分ニ付テ補證セラルレハ充分ナリト云ヒ又或裁判官ハ罪ノ實体ニ付キ補充證アレハ充分ナリト云ヘリ然

レトモ現今流行ノ說ニ依レハ被告人其人カ罪ヲ犯シタリトノ事實ニ對シ補充證ナキトキハ充分ナラスト決定セリ判事ロードアビンヂヤー氏曰ク必要ナル事實ニ對スル共犯人ノ證言ニシテ他ノ證據ヲ以テ補充セラレサルトキハ之ニ意ヲ用ユ可ラスト勸告スルコトハ裁判所カ常ニ實行スル所ナリ予ノ說ニ於テハ其補充證ハ被告人カ其犯罪者ト同一ノ人ナルコトヲ示スヘキモノタラサル可ラス而シテ共犯人ハ常ニ其自ラ犯シタル罪ノ事實ハ之ヲ誠實ニ陳述スヘシト雖モ其犯罪者カ被告人ト同一ノ人ナルヤ否ヤニ付テハ之ヲ誠實ニ陳述スヘシトハ保シ難シ故ニ補充證ニシテ人ヲ同一ナリト證明セスシテ單ニ其事實ノ眞實ナルコトヲ證明シタルニ止マルトキハ之ヲ眞正ノ補充證ト爲ス能ハスト此說ニシテ正當ナル。ハ敢テ論ヲ待タサルナリ故ニ被告人數人アル場合ニ於テハ其各被告人ニ對シ斯ル補充證ナキトキハ其各被告人ニ有罪ノ判決ヲ下スコト能ハサルナリ

又證人タルヘキ共犯人ノ員數ハ補充證ヲ要スルニ付キ毫モ影響ヲ與ヘス故ニ其犯人數人アルモ其補充證ヲ要スルコトハ共犯人一人ナル場合ト敢テ異ナルコトナシ

第六章　證人訊問前ノ手續

證人訊問ノ手續ハ普通ノ訴訟手續ニ屬スヘキモノナレハ之ヲ證據法ニ於テ講スルハ穩當ナラサルカ如キモ證據法ニ干係ヲ有スルコト大ナルヲ以テ其大意ヲ示スハ敢テ無用ノコトニアラサルヘシ

第一　證人召喚ノ方法

證人召喚ノ方法ハ民事ノ場合ト刑事ノ場合トニ於テ異ナル所アレハ左ニ之ヲ區別シテ說明スヘシ

一　民事ノ召喚

民事ノ訴訟ニ於テ證人ヲ召喚スルノ目的ニ二種アリ(一)證人ノ證言ヲ得ルコト(二)證據タルヘキ記錄ヲ提出セシムルコト是ナリ而シテ此二個ノ目的ヲ達スルニ付キ發スル所ノ召喚狀ヲ異ニセリ

(一)證人ノ證言ヲ得ル爲メニ發スル召喚狀之ヲ證明召喚狀ト云フ

(二)證據タルヘキ記錄ヲ提出セシムル爲メニ發スル召喚狀之ヲ提出召喚狀ト云フ」

右二個ノ召喚狀ハ其効力ニ於テ差異アルコトナシ只其目的ヲ異ニスルヲ以テ召

喚狀ニ之ヲ明記シ證人ヲシテ召喚ヲ受ケタル理由ヲ明知セシムルニ在リ

茲ニ又一ノ召喚方法アリ監獄ニ在ル囚人ヲ證人トシテ召喚スルコト是ナリ而シテ囚人ノ召喚ヲ爲スニ付テハ裁判所ニ請求シテ普通召喚狀ノ代リニ證明人身令ヲ得サル可ラス裁判所ハ其請求ヲ至當ト看認メタルトキハ人身令ヲ發シ訊問ノ爲メニ囚人ヲ引致スヘキコトヲ典獄ニ命スルモノトス

召喚狀ノ送達ハ直接ニ本人ニ之ヲ爲スヘキモノトス若シ同一ノ召喚狀ヲ以テ數名ノ證人ヲ呼出サントスルトキハ證人ニ召喚狀ノ謄本ヲ送達シ同時ニ其原本ヲ示スコトヲ必要トス

送達ハ審問ノ前相當ノ期限內ニ之ヲ爲サヽル可ラス故ニ審問當日ニナシタル送達ハ證人カ故障ナク召喚狀ヲ受取リタル場合ノ外通例不完全ノ送達ナリトス

證人裁判所ノ管轄外ニアルトキハ高等裁判所ノ召喚狀ハ何レノ地ニ至ルモ効力ヲ有スルモノナレトモ其他ノ裁判所ノ召喚狀ハ管轄外ニ於テハ効力ヲ有セス故ニ委員ニ命シテ其訊問ヲ爲サヽル可ラス

二　刑事ノ召喚

刑事ニ於テ證人ヲ召喚スルノ目的モ亦證言ヲ得ルト記錄ヲ提出セシムルノ二個ノ外ニ出テス然レトモ其召喚ノ方法ニ於テハ異ナルモノアリ

(一)保証書ヲ出サシムルコト　重罪輕罪ヲ問ハス豫審判事若クハ檢視官ニ於テ事件ノ取調ヲ爲シ證人ノ公判廷ニ出頭スルコトヲ必要ナリト見認メタルトキハ其證人ニ對シ公判廷ニ出頭スヘキノ保證書ヲ出サシムルノ權利アリ保證書トハ證人ニ於テ其證書ニ指定シタル場所及時幷ヒニ出廷シテ證明スヘキコトヲ約シ且ツ出廷セサルトキハ證人ノ財産ニ對シ指定セラレタル保證金ヲ沒收セラルヽモ苦シカラサル旨ヲ記載セル一ノ契約證書ナリ而シテ保證書ヲ以テ證人ノ出廷ヲ要スルハ最モ有効ノ方法ナレハ刑事ニ於テハ此方法ヲ用ユルヲ通例ナリトス」

保證書ハ特リ原告官ノ證人ニノミ之ヲ要スルニ止マラス下調ヲ受ケタル被告人ニ於テ己レノ爲メニ證人ノ召喚ヲ請求シタルトキハ亦其證人ニ對シ保證書ヲ差出サシムルコトヲ得而シテ豫審判事又ハ檢視官ハ下調ノ際被告人ニ對シ證人ノ召喚ヲ請求スルヤ否ヤヲ問ハサルヘカラス若シ其請求アリタルトキハ其證人ヲ召喚シ訊問シタル後調書ヲ作リ原告官ノ證人調書ト共ニ之ヲ公判廷ニ移シ且ツ

同時ニ被告人ノ證人ニ對シ保證書ヲ差出サシメサル可ラス

保證書ヲ命セラレタル證人ニ於テ其保證書ヲ差出スコトヲ拒ムトキハ豫審判事又ハ檢視官ニ於テ其證人ヲ拘留スルコトヲ得ヘシ

豫審判事又ハ檢視官ニ於テ必要ト認メタルトキハ證人ノ承諾證ノ外其證人ニ對シ他人ノ保證ヲ命スルコトヲ得ヘシ左レトモ證人自カラ承諾證ヲ差出シタルトキハ保證ヲ得ルコト能ハサルモ其證人ヲ拘留スルコトヲ得ス

豫審判事又ハ檢視官ニ於テ下調ヲ爲スニ當リ證人ノ召喚ヲ爲シ之ニ應セサル時ハ其證人ニ對シ拘引狀ヲ發スルコトヲ得ヘシ

(二)召喚狀ヲ發スルコト　證人若シ承諾證ヲ以テ出廷ヲ要セラレサルトキハ民事ト同一ノ方法ニ依リ證明召喚狀又ハ提出召喚狀ヲ以テ其召喚ヲ爲スコトヲ得ヘシ

證人不參處分

第二　證人不參處分

召喚ヲ受ケタル證人若シ期日ニ出廷セサルトキハ之ヲ處分スルノ方法左ノ如シ

(一)罰金及費用ノ賠償　エリサベス第五年條例第九章及ヒクトリヤ第二十六

年及第二十七年條例第百二十五章ヲ以テ證人ニ於テ相當ノ理由ナク出廷ヲ怠リタルトキハ十磅ノ罰金ニ處シ且ツ請求者ニ對シ相當ノ費用ヲ償却セシムヘシト規定セリ而シテ其費用ノ相當ナルヤ否ヤヲ定ムルハ裁判官ノ權内ニ在リトス

(二)損害賠償ノ訴訟　本項ノ場合ハ請求者ニ於テ別ニ損害賠償ノ民事訴訟ヲ起シ得ルコトヲ示シタルニ在リテ其前項條例ヲ以テ規定シタル場合ト異ナル所ハ罰金ヲ科セサルト裁判官カ直チニ賠償ノ言渡ヲナサス普通ノ手續ニ由リ訴訟ノ審判ヲ爲ストニ在リ

(三)引致　召喚狀ノ送達ヲ受ケタル證人正當ノ理由ナクシテ出廷ヲ怠リタルトキハ訟廷ヲ侮辱シタルモノトス故ニ裁判所ハ其證人ノ引致ヲ命スルノ權利アリ左レトモ引致ノ請求ヲ爲スニ付テハ請求者ニ於テ召喚狀ヲ送達スルト同時ニ證人ノ費用ヲ拂ヒ又ハ拂フコトヲ申出テ其證人カ出廷スルニ付キ必要ナル相當ノ手續ヲ盡シタルコトヲ證明セサル可ラス

(四)承諾金ノ沒收　承諾證ヲ出シタル證人公判當日ニ出廷セサルトキハ其承諾金ヲ沒收シ公力ヲ以テ其取立ヲ爲サシムルモノトス而シテ承諾金ヲ沒收セラ

レタルヲ以テ證人ハ出廷ノ義務ヲ免レタルモノニアラス故ニ裁判所ハ其證人ニ對シ引致ヲ命スルコトヲ得ルモノトス

第三　證人ノ費用

證人ノ費用ニ付キ民事ト刑事トノ間ニ區別アリ左ノ如シ

(一)民事　民事ニ於テハ召喚ヲ受ケタル證人ニ當然費用ヲ請求スルノ權利アリ是前掲エリサベス第五年ノ條例ヲ以テ規定シタル所ニシテ若シ請求者ニ於テ其費用ヲ拂ハサルニ於テハ出廷ヲ拒ムコトヲ得ヘシ故ニ請求者ハ召喚狀送達ノ當時又ハ審問前相當ノ期限内ニ證人ノ費用ヲ拂フカ又ハ拂フヘキノ申出ヲ爲サヽル可ラス而シテ其費用ノ額ハ舊來裁判所書記ノ撰定ニ任シタルモ方今ハ場所ノ遠近及證人ノ位置ニ依テ裁判官カ定メタル一定ノ額ヲ與フルニ至レリ

證人ノ費用ハ其證人カ出廷當日ニ失ヒタル活計ノ爲メニ與フルモノナリ故ニ其費用ノ外相當ノ旅費ヲ要シタルトキハ請求者ニ於テ固ヨリ之ヲ償却セサルヘカラス

證人費用ヲ受領シタル後ト雖モ其出廷ヲ要セサル旨ノ通知ヲ受ケタルトキハ證

人ニ於テ其費用ヲ返還セサル可ラス

(二)刑事　刑事ニ於テハ通例告訴人カ請求シタル證人ニ費用ヲ與ヘス故ニ費用ヲ與ヘサリシト云フヲ以テ出廷ヲ拒ムノ權利ナシ左レトモ證人ニ於テ管轄外ノ地ニ住シ又ハ遠隔ノ地即チスコットランドアイルランドノ如キ地ニ住スルトキハ召喚狀ト共ニ費用ヲ受領セサリシト云フヲ以テ出廷セサルノ理由ト爲スコトヲ許セリ其他裁判官カ旅費ヲ支辨シ能ハサル者ト見認メタルトキハ證人カ出廷セサルモ引致ノ命令ヲ發セサルコトアリ

證人保護

第四　證人保護

證人トシテ訟廷ニ出頭スルハ國民タルモノヽ一ノ責任ナリ故ニ此ノ責任アル者ハ亦相當ノ保護ヲ與ヘサル可ラス然ラサレハ證人タルコト危險ニシテ遂ニ好ンテ出頭スル者ナキノ場合ニ立至ル可ケレハナリ而シテ證人ニ與フル所ノ保護ニ二種アリ(一)訴訟ノ保護(二)捕縛ノ保護即チ是ナリ

(一)訴訟ノ保護トハ證人カ訟廷ニ於テ正當ニ陳述シタル事柄ニ付テハ設令ヒ他人ノ名譽ヲ害スルコトアルモ之カ爲メニ名譽毀損ノ訴訟ヲ起シテ證人ヲ被告ト爲

スコトヲ許サヽル場合ヲ云フ

(二)捕縛ノ保護トハ證人カ裁判所ニ出頭スヘキ時間中民事上ノ捕縛ヲ保護スルコトヲ云フ故ニ若シ民事裁判所カ證人ヲ捕縛シタルトキハ其捕縛ヲ命シタル裁判所又ハ召喚ヲ爲シタル裁判所ニ向テ捕縛解放ノ請求ヲ爲スノ權利アリ左レトモ此保護ハ民事上ノ捕縛ニ付テノミ與フルモノナリ故ニ刑事上ノ捕縛ニ付テハ此保護ヲ與ヘス

證人不參ノ結果

第五　證人不參ノ結果

民事ニ於テハ通例證人ノ不參ヲ理由トシテ審問ノ延期ヲ請求スルノ權利ナシ然レトモ保證書ヲ出シテ其證人ノ必要ナルコトヲ證明シタルトキハ裁判官ニ於テ延期ヲ許可スルコトヲ得ヘシ然ラサレハ必ス事件ヲ開始セサルヘカラス又原告人ナルトキハ訴訟ノ願下ヲ爲サヽル可ラス

刑事ニ於テ證人出頭セサルトキハ委員ノ訊問書及豫審調書ヲ以テ其證人ニ代用スルコトヲ得ルモノナリ故ニ又通例延期ヲ許サス

證人ノ宣誓

第六　證人ノ宣誓

證人召喚ニ應シテ出廷シタルトキハ其證明ヲ爲スコ先タチ必ス宣誓若クハ之ト等シキ方法ニ依リ自己ノ證言ノ眞實ナルコトヲ保證セサルヘカラス而シテ宣誓ニ付テハ曩キニ已ニ講述シタルヲ以テ茲ニハ只宣誓ヲ爲スノ方法ヲ示スコ止マルモノトス

通例證人ニ於テ宣誓ヲ爲スノ方法ハ裁判所ノ書記ニ於テ證人ニ對シ汝ハ裁判所ニ對シ眞實ノ申立ヲナスヘシ凡テ眞實ノ申立ヲ爲ス可シ眞實ノ外他ノ申立ヲ爲ス可ラス

ト勸告シ而シテ證人之ヲ惟諾シテ聖經ヲ吸禮スルコアリ

證人若シ普通ノ方法ニ由テ宣誓スルコトヲ拒ムトキハ左ノ如ク保證公言ヲ爲サシム

予ハ宣誓ヲ爲スハ予ノ宗教ノ許サルヽコトヲ茲ニ嚴正ニ保證公言ス因テ亦予ハ嚴正保証公告ス云々

又裁判官ニ於テ証人ニ宣誓ヲナサシムルモ効力ナキモノト認ムルトキハ左ノ約束公言ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ

予ハ茲ニ予カ裁判所ニ向テナス所ノ證明ノ眞實ナルコト凡テ眞實ナルコト眞實ノ外他ナキコトヲ嚴正ニ約束公言ス

保證公言ト約束公言トハ敢テ異ナルコトナシ只保證公言ハ宗教信者ニシテ宣誓ヲ拒ム者ノ爲メニ設ケタル式ナリ約束公言ハ宗教ヲ信セサル者ノ爲メニ設ケタル式ナリ

右三個ノ方法ノ外證人ニ於テ眞實ヲ保證スルニ足レリト爲ス所ノ式アルトキハ其式ノ如何ヲ問ハス之レニ由テ宣誓セシムルコトヲ得ヘキナリ即チ支那人ニ破皿ノ式ヲナサシメスコットランド北部ノ人ニ擧手ノ式ヲ爲サシムルカ如キ是ナリ

第十二回

第七章　證人訊問ノ方法

証人宣誓ヲ終リタルトキハ三個ノ訊問ヲ受ケサル可ラス即チ左ノ如シ

一主訊問

二反對訊問

主訊問

三再訊問

第一　主訊問

主訊問トハ證人ヲ召喚シタル者ニ於テ爲ス所ノ訊問ニシテ其目的ハ自己ノ主張スル事柄ヲ證明スヘキ爲メニ必要ナル事實ヲ證人ヨリ得ルニ在リ此場合ニ於テハ證人カ本人ノ利益ヲ計リ事實ヲ相違セシムルノ傾向アルコト常例ナレハ誘導訊問ヲ爲スコトヲ許サヽルヲ以テ一般ノ原則トス

誘導訊問トハ訊問者カ將サニ得ント欲スル答辯ヲ惹キ起スヘキ訊問ヲ云フ即チ證人カ言ハントスヘキ答ヲ與ヘ又ハ證人ニ於テ單ニ然リ若クハ否ト答辯スルヲ以テ足レリトスルカ如キ訊問ヲナス場合ヲ云フ斯ル訊問ハ主訊問ノ場合ニ於テ之ヲ爲スコトヲ許サス何トナレハ証人訊問ノ目的ハ其証人カ感知シタル事實ヲ有リノ儘マニ口述セシムルニアレハ若シ誘導訊問ヲナストキハ其目的ニ反シ本人ノ爲シタル陳述ト異ナラサルノ結果ヲ生スヘケレハナリ例ヘハ甲者ニ於テ乙者所有ノ時計ヲ窃取シタリトノ告訴ヲ受ケタル場合ニ於テ証人ナル丙者ニ對シ甲者カ乙者ノ店ノ戸棚ヨリ時計ヲ取出シタルヲ見タルカト問フカ如キハ誘導訊

問ナリ何トナレハ之ニ對スル答辯ハ犯罪ヲ構成スル所ノ元素ニ付キ直接ニ告訴人カ得ント欲スル所ノ答辯ヲ提出セシムルモノナレハナリ故ニ斯ル場合ニ於テハ證人ニ對シ被告人ハ如何ナルコトヲ爲セシヤト問フヲ以テ相當トス

反對訊問ヲ許サヽル規則ハ其訊問カ爭點事實ニ影響ヲ及ホスヘキ場合ニ之ヲ適用スルモノトス故ニ外形上誘導訊問ナルモ爭點事實ニ影響ヲ及ホサヽルトキハ之ヲ爲スモ妨ケナシトス例ヘハ前例ニ於テ審問ノ時間ヲ節減スル爲メニ甲者カ戸棚ノ傍ラニ居リシヤト問フコトヲ得ヘシ何トナレハ此訊問ハ直接ニ甲者ヲ罪ヲ犯シタリトノ答ヲ惹キ起サヽレハナリ左レトモ次第ニ爭點事實ニ接近シ被告人ノ罪ヲ定メントスルニ付テハ被告人カ如何ナルコトヲ爲セシヤト問ヒ得ルモ斯々ノコトヲ爲セシヤト問フヲ許サス

主訊問ニ於テ誘導訊問ヲ許サヽルハ一般ノ原則ニシテ動カスヘカラサルモノナリ然レトモ或場合ニ於テハ尚ホ之ヲ爲スコトヲ許セリ即チ左ノ如シ

主訊問ニ反對訊問ヲ爲スコトヲ得ル場合

(一)證人カ反對ノ傾向ヲ有スルトキ

反對ノ傾向トハ證人カ對手人ノ利益ヲ計ル如キ意思ヲ有スル場合ヲ云フ而シテ

反對ノ傾向アルヤ否ヤハ證人ノ答辯ノ摸樣又ハ擧動ニ依テ之ヲ定ムヘキモノナリ故ニ証人カ被告人ト別懇ナリト云フカ如キ事實アルモ直チニ誘導訊問ヲ爲スコトヲ許サス元來誘導訊問ヲ許サヽルハ証人カ本人ニ利益ヲ與フルノ傾向アルヘシトノ推測ヨリ起リタルモノナリ故ニ反對ノ傾向即チ對手人ノ利益ヲ計ル意思アリト見認ムルトキハ假令爭點事實ニ影響ヲ及ホスヘキ訊問ナルモ之ヲ爲スコトヲ許セリ是蓋斯塲合ニ於テハ誘導訊問ハ其實反對訊問ニ性質ヲ變シタルモノナレハナリ

(二)證人カ答辯ヲ好マサル時

(三)誘導ノ形容ヲ用ヒサレハ訊問ヲ爲スコト能ハサル時

例ヘハ已ニ證明アリタル後被告人ヲ指示シテ其罪ヲ犯シタル者ハ此者ナルヤト問フカ如シ

(四)証人カ事實ノ摸樣ヲ忘却シタル時

證人ニ於テ事實ヲ忘却シタルコト明カニシテ間接ノ問ヲ發スルモ證人ノ記憶ヲ喚起スルコト能ハサルトキハ誘導訊問ヲ爲スコトヲ許セリ例ヘハ證人ニ於テ人

ノ姓名ヲ忘却シタルトキハ其人ノ姓名ヲ指示シテ其記憶ヲ喚ヒ起スカ如キ是ナリ

第二　反對訊問

證人主訊問終リタルトキハ對手人ニ於テ其證人ヲ反對訊問スルノ權利ヲ有セリ」

反對訊問ノ目的ハ對手人カ提出シタル證據ノ眞否其他對手人ニ於テ證明シタル一般事實ノ價値ヲ攻擊シテ自己ノ主張スル事柄ヲ維持スルニアリトス而シテ對手人ノ出シタル證人ハ常ニ其本人ノ利益ヲ計ルノ傾向アルモノナリ故ニ誘導訊問ヲ許シテ直接ニ事實ヲ知ルヤ否ヤヲ問フコトヲ得可シ左レトモ是レ畢竟己レニ反對ノ傾向ヲ有スルモノト見做スヲ以テナレハ設令對手人ノ證人ナルモ若シ己レニ利益ノ傾向ヲ有スルモノナルトキハ通例裁判官ニ於テ誘導訊問ヲ爲スコトヲ許サヽルヘシ左レトモ實際ハ通例之ヲ爲セリバロンアルデルソン氏曰ク反對訊問ニ於テ誘導訊問ヲ爲スコトヲ得ヘクシテ證人カ好ムト好マサルトニ拘ハラスト

反對訊問ヲ爲スト否トハ固ヨリ訴訟人ノ自由ナリトス而シテ對手人カ主訊問ニ

依リ明白ナル證明ヲナシ之ヲ動カスコト能ハスト見認メタルトキハ反對訊問ヲ試ムルハ得策ニアラス何トナレハ之カ爲メニ對手人ノ證據ヲ薄弱ナラシメスシテ却テ鞏固ナラシムレハナリ

反對訊問ノ場合ニ於テハ主訊問ト異ナリ裁判官ニ於テ幾分ノ自由ヲ與フルヲ常トス故ニ其訊問カ爭點ニ干係ナキコト明ラカナル時ニアラサレハ之ヲ停止セス且ツ實際主訊問ノ場合ニ於テ爭點ニ干係ナキモノモ反對訊問ノ場合ニ於テ干係ヲ有スルモノナルコト尠ナカラス例ヘハ證人ノ信用ヲ攻擊スル爲メ證人カ處刑ヲ受ケタルヤ否ヤ對手人ノ親屬若クハ朋友ナルヤ否ヤ對手人ニ對シ義務ヲ負ヒ居ルヤ否ヤ對手人ト共ニ商業ヲ營ミ居ルヤ否ヤ又ハ證人ニ於テ記憶ヲ喪失シタルヤ否ヤノ問ヲ發スルカ如シ

主訊問ニ由テ生シタル結果ヲ變動シ又ハ證人ノ信用ヲ攻擊スルヲ以テ反對訊問ノ主眼トス故ニ此目的ヲ達セサルカ如キ不必要ノ訊問ハ爭點ニ干係ナキ訊問トナシテ之ヲ許可セス

第三　再訊問

反對訊問終リタルトキハ證人ヲ召喚シタル訴訟人ニ於テ再訊問ヲナスノ權利アリ

再訊問ノ目的ハ主訊問ト反對訊問トノ間ニ生シタル證人陳述ノ齟齬ヲ救正スルニアリトス故ニ其訊問ハ反對訊問ヨリ生シタル事項ニ付キ之ヲナシ得ルニ止マリ之ニ干係ナキ新ナル事項ニ付キ訊問スルコトヲ許サス主訊問ノ際訊問スヘキ事項ヲ忘却シタルトキハ代言人ノ請求ニ依リ裁判官必要ト見認ムルトキハ訊問スルヲ適例トス

再訊問ヲ以テ實際ノ訊問ヲ終局スルモノトス然レトモ時トシテハ攻擊セラレタル證人ノ品行ヲ保護スル爲メ又ハ攻擊シタル證人ノ品行ヲ攻擊スル爲メ他ノ證人ヲ召喚シテ之ヲ訊問スルコトアリ

證人ノ訊問終局シタルトキハ之ヲ召喚シタル訴訟人若クハ代言人ニ於テ其證人ノ證言ニ付キ終局ノ陳述ヲ爲スノ權利アリ而シテ對手人ニ於テモ亦之ニ對シテ終局ノ權利ヲ有スルモノトス

第八章　證人信用ノ攻擊

證人信用ノ攻擊トハ自己若シハ對手人ノ證人ノナシタル陳述ハ信用ヲ措クニ足ラサルモノナルコトヲ裁判所ニ向テ明示スルニ在リテ其方法五種アリ

一反對訊問

二他ノ反對陳述ノ證明

三他ノ陳述ノ證明

四品行ノ證明

五證人不公平ナルコトノ證明

六他ノ證人ニヨリ同事實ノ證明

右第一ノ方法ハ直チニ證人ニ付テ訊問シ其信用ノ攻擊ヲ爲スニアレハ證明ニ依テ攻擊スルニアラス又第二乃至第六ノ方法ハ直チニ證人ニ付テ訊問スルニアラスシテ他ノ證人ノ證明ニ依テ信用ヲ攻擊スルモノナリ

右第一乃至第五ノ方法ハ直接ニ證人ノ信用ヲ攻擊スル方法ナレトモ右第六ハ間接ニ證人ノ信用ヲ攻擊スルノ方法タルニ過キス

以下各方法ニ付キ順次説明スヘシ

第一　反對訊問

反對訊問ハ對手人ノ證人ヲ訊問スルノ方法ニシテ其目的數多アリト雖モ證人信用ノ攻擊ハ其目的ノ著明ナルモノトス

證人ノ信用ヲ攻擊スル爲メ反對訊問ニ於テ訊問シ得ヘキ事柄ハ千種萬樣ニシテ一々之ヲ擧示シ得ルノ限リニアラス然レトモ其訊問ヲ爲シ得ル事柄ハ證人ノ信用ヲ攻擊スルニ足ルヤ否ヤニ依テ之ヲ決セサル可ラス故ニ信用ヲ攻擊スルニ足ラサルモノハ之ヲ訊問スルコトヲ許サヽサルナリ只信用ヲ攻擊スル爲メニハ普通ノ規則ニ依リ爭點ニ干係ナキ事實トシテ證明ヲ許サヽルモノニテモ之ヲ訊問スルコトヲ許スノ別アルノミ例ヘハ證人カ先キニ刑事ノ宣告ヲ受ケタル事實ノ如キ爭點ニ干係ナキ事實ニ相違ナキモ信用攻擊ノ爲メニハ之ヲ訊問スルコトヲ許スヘキナリ

又茲ニ一ノ制限アリ證人ニ對シ罪ニ陷ラシメ又ハ罰金若クハ沒收ノ言渡ヲ受クルカ如キ事實ニ付テ訊問スルヲ得サルコト是ナリ蓋シ是等ノ事實ニ付テハ先キニ述ヘタル如ク證人ニ於テ答辯ヲ拒ムノ特權ヲ有スルモノナレハナリ

反對陳述ノ證明

第二　反對陳述ノ證明

對手人ノ證人カ訊問ノ當時爲シタル事實ノ陳述ニシテ裁判所外ニ於テ爲セシ同一ノ事實ノ陳述ト反對牴觸スルトキハ其反對ノ陳述ヲ證明シテ證人ノ信用ヲ攻擊スルコトヲ得ヘシ之ヲ反對陳述ノ証明ト云フ

反對陳述ヲ爲スニ付テハ先ツ反對訊問ノ方法ニ由リ其基礎ヲ立テザルヘカラス基礎トハ何ソヤ證人カ反對ノ陳述ヲ爲シタルコトヲ自認スルヤ否ヤヲ確ムルコト是ナリ抑モ證人カ反對ノ陳述ヲ爲シタル場合ニ於テ証人ヲシテ之ヲ自認シ若シハ説明スル機會ヲ與ヘスシテ直チニ反對ノ証明ヲナスカ如キハ證人保證ノ精神ニ背馳スルノミナラス無用ノ手續ヲナスカ如キ弊ナキヲ保シ難シ故ニ第一着ニ證人ニ反對陳述ヲ爲シタル事實ヲ訊問スルコト必要ニシテ若シ此條件ヲ欠クトキハ反對陳述ノ證明ヲ爲スコトヲ許サヽルヘシ

證人カ先キニ陳述ヲ爲シタルコトニ付キ反對訊問ヲ受ケ之ヲ自認シタルトキハ即チ信用攻擊ノ目的ヲ達シタルモノナリ故ニ反對陳述ノ證明ヲ爲スコトヲ必要トセス然レトモ若シ證人ニ於テ反對陳述ヲ爲シタルコトヲ非認スル乎又ハ記憶

セスト答辯シタルトキハ茲ニ其證明ヲ爲スノ必要生スルモノトス

反對訊問ハ爭點ニ干係ノ事實即チ證人カ本案ニ於テ證明スルコトヲ許サレタル事實ニ付キ之ヲ爲サヽル可ラス故ニ本案ニ干係ナキ事實ニ付キテ訊問シ證人之ヲ非認スルコトアルモ其反對陳述ノ證明ヲ爲シ以テ信用ヲ攻擊スルコトヲ許サス

反對訊問ヲ爲スニ付テハ前キニ爲セシ反對陳述ノ模樣ヲ明示シテ證人ノ記憶ヲ喚起セシメサル可ラス故ニ漠然反對陳述ニ付キ反對訊問ヲ爲シ證人之ヲ非認スルモ反對陳述ノ証明ヲ許サス即チ證人ニ對シ斯々ノ陳述ヲ爲シタルヤト訊問スルヲ以テ足レリトセスシテ其陳述ヲ爲シタル時日場所及ヒ之ヲ聞キタル人ノ姓名等ヲ明示セサル可ラス

反對陳述ハ其口頭ヲ以テ爲シタルモノニテモ又記錄ヲ以テ爲シタルモノニテモ同シク之ヲ證明スルコトヲ得可シ然レトモ二者ノ間ニ差異ノ存スルアルアリテ疑點ヲ生シタルコト少ナカラス遂ニ成法ヲ以テ之ヲ規定スルニ至レリヴ（非クトリヤ）第十七年及十八年條例第百二十五章是ナリ左ニ之レヲ解説スヘシ

一口頭ノ陳述ニ關スルモノハ第二十三條ナリ曰ク證人ニ於テ爭訟ノ事柄ニ關係ヲ有スル現時ノ證言ト抵觸シタル前陳述ニ對シ訊問ヲ受ケタル場合ニ於テ明カニ其陳述ヲ爲シタルコトヲ承認セサルトキハ實際其陳述ヲ爲シタルコトヲ証明スルヲ得ヘシ然レトモ其證明ヲ爲ス以前其特別ノ場合ヲ指示スルニ足ルヘキ陳述ノ模樣ヲ證人ニ告知シ而シテ證人カ斯ル陳述ヲ爲シタルヤ否ヤヲ證人ニ訊問セサル可ラスト是即チ從來ノ規則ヲ認メタルモノナリ

二記錄ノ陳述ニ關スルモノハ第二十四條ナリ曰ク訴訟ノ事柄ニ關シテ記錄ヲ以テ爲シタル前陳述ニ對シテハ其記錄ヲ證人ニ示サスシテ證人ヲ反對訊問スルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ其記錄ヲ以テ證人ヲ攻擊セントスルトキハ反對ノ證明ヲ爲ス前其反對證明ノ材料ニ使用スヘキ記錄ノ部分ニ付キテ證人ニ注意ヲ加ヘサル可ラス但シ裁判官ハ審問中何時ニテモ檢閲ノ爲メ其記錄ノ提出ヲ要スルコトヲ得ヘシト

本條ハ之ヲ二段ニ區分セサル可ラス第一反對訊問第二反對ノ證明是ナリ第一ノ場合ニ於テハ從來記錄ヲ證人ニ示スコトヲ必要トセリ蓋記錄ニ記載セル事

實ハ其記錄ヲ以テ證明セサル可ラスト云フ原則ニ基キタルモノナリ故ニ本條ヲ以テ從前ノ規則ヲ改正スルニ至リシナリ第二ノ場合ハ從前ノ規則ヲ認メタルモノナリ然レトモ其但書ヲ以テ裁判官ニ記錄ノ提出ヲ要スルノ權利ヲ與ヘタルヨリ或論者ハ如何ナル場合ニテモ若シ其提出ヲ要セラレタルトキハ之ヲ提出セサルヲ得サルニ依リ記錄カ對手人ノ手ニアルカ又ハ之ヲ紛失シタル如キ場合ニ於テハ到底反對證明ヲ爲スコト能ハスト斷言セリ然レトモ此條例ノ精神ハ記錄カ自己ノ手ニ現存スル場合ニ於テ單ニ其一部ヲ指示スルカ如キ不公平ヲ防止センカ爲メニ設ケタルモノナレハ正當ノ理由ニ依リ提出シ能ハサルトキハ其提出ヲ爲サヽルモ他ノ方法ニ依テ證明スルコトヲ得可シ即チ證人ノ證言若クハ記錄ノ謄本ヲ以テ證明スルコトヲ得ルカ如シ今此方法ヲ研究スルニ付キテ左ノ區別ヲ爲サヽルヘカラス

(一)記錄ノ自己ノ手ニ存在スル時

(二)記錄ノ對手人若クハ第三者ノ手ニ存在スル時

(三)記錄ノ所在不明ナル乎又ハ之ヲ紛失シタル時

(一)ノ場合ニ於テハ記錄カ自己ノ手ニ存在スルモノナルヲ以テ裁判官カ之ヲ要スルトキハ何時ニテモ提出スルヲ得可シ(二)ノ場合ニ於テハ先ツ以テ對手人若クハ第三者ニ記錄提出ノ通知ヲ爲スコト必要ナリ若シ此通知ヲ爲シ提出セサルニ於テハ二等ノ證據即チ證人ノ證言若クハ謄本ヲ以テ記載ノ事實ヲ證明スルコトヲ得ヘシ左レトモ若シ其通知ヲ怠リ裁判官ニ於テ記錄ヲ要セラレタルトキハ二等ノ證據ヲ以テ證明スルコトヲ得サルナリ(三)ノ場合ニ於テモ亦(二)ノ場合ト同樣二等ノ證據ヲ以テ證明スルコトヲ得可シ然レトモ記錄ヲ提出シ得サルコトハ當初ヨリ明白ナレハ提出通知ヲ發スヘキ必要ナシト雖モ先ツ以テ記錄ノ所在不分明ナルコト又ハ之ヲ紛失シタルコトヲ證明セサル可ラス何トナレハ其證明ヲ爲サヽルニ於テハ二等ノ證據ヲ以テ證明スルコトヲ得サレハナリ

記錄ヲ以テ反對陳述ノ證明ヲ爲スニ付テハ其記錄ノ全部ニ由テ之ヲ爲サヽル可ラス蓋シ自認ハ其全部ヲ取ラサル可ラスト云フ原則ノ主意ニ基キタルモノナリ故ニ若シ其一部ニ由テ反對セントスルニ於テハ裁判官ハ本條例ニ依リ必

ラス其全部ノ提出ヲ要スヘキナリ又對手人ニ於テモ其提出セラレサル部分ニ對シ當然反對訊問ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ

他ノ陳述ノ證明

第三　他ノ陳述ノ證明

自己ノ證人自己ニ不利ノ陳述ヲ爲スコトアルモ單ニ之ヲ原由トシテ一般ニ其證人ノ信用ヲ攻擊スルコトヲ得ス何トナレハ自ラ信用ヲ措クニ足ルヘキ人ト見認メタレハコソ證人トシテ召喚シタルモノニシテ單ニ自己ニ不利ノ陳述ヲ爲シタレハトテ其證人ノ信用ヲ攻擊セントスルハ自己ノ信用ヲ攻擊スルニ外ナラサレハナリ然レトモ自己ノ證人ニシテ其證言カ前キニ爲シタル陳述ニ反對スル場合ニ於テハ其反對ノ陳述ヲ證明シ以テ間接ニ自己ノ證人ノ信用ヲ攻擊シ得ルヤ否ヤニ付キ從來疑問ノ存スル所ナリシカ終ニ前條例ヲ以テ之ヲ規定スルニ至レリ其第二十二條ニ曰ク證人ヲ出シタル訴訟人ハ不品行ナル一般ノ證據ヲ以テ其證人ノ信用ヲ攻擊スルコトヲ許サス然レトモ裁判官ノ意見ニ依リ其證人カ反對ノ傾向ヲ有スルコト明カナルトキハ他ノ證據ヲ出シテ其證人ニ反對シ又ハ裁判官ノ許可ヲ得テ其證人カ或時本件ノ證言ニ反對スル陳述ヲ爲シタルコトヲ證明スルコ

トヲ得ヘシ但シ其證明ヲ爲スニ付テハ前ノ陳述ノ摸樣ヲ指示シ而シテ斯ル陳述ヲ爲シタルヤ否ヤヲ訊問スルコトヲ必要トスト即チ第一段ニ於テ一般ニ證人ノ品行ニ由テ證人ノ信用ヲ攻擊スルコトヲ禁シ第二段ニ於テハ他ノ證據ヲ以テ自己ノ證人ニ反對スルコトヲ許セリ是即チ證人ノ爲シタル陳述ト異ナリタル陳述ヲ他ノ證人ヲシテ證明セシムルモノニシテ間接ニ信用ヲ攻擊スルニ外ナラス而シテ證人カ反對ノ傾向ヲ有スル場合ニ限ルモノナレハ普通ノ場合ニ在テハ斯ル證明ヲ許サヽルコト論ヲ待タス且ツ裁判官ノ意見ニ依リトアルヲ以テ裁判官カ反對ノ傾向アリト見認メサルトキハ其證明ヲ許サヽルカ如シ然ルニ舊來ノ規則ニ依レハ證人ノ證明シタル事實爭點ニ必要ノモノナルトキハ反對ノ傾向及裁判官ノ意見ノ有無ニ拘ラス當然代言人ノ意見ニ依リ他ノ證人ヲ以テ證明スルコトヲ得タリ故ニ此點ニ於テハ舊來與ヘ來リタル權利ヲ剝奪シタルモノヽ如クナレトモ終ニ其舊來ノ權利ハ剝奪セラレタルニアラスト判定セラレタリ第三段ニ於テ前反對ノ陳述ヲ以テ攻擊スルコトヲ許セリ然レトモ其證人ノ反對ノ傾向アルコト豫メ裁判官ノ許可ヲ得ルコト及陳述ノ摸樣ヲ指示シテ訊問スルコトヲ必要ノ條件トス而シテ反對ノ傾向トハ單ニ證人カ不利益ノ陳述ヲ爲シタリト云フヲ以テ足レリトセスシテ本人ヲ敵視スルノ意思アルコトヲ必要トス其敵視シタルヤ否ヤハ裁判官自カラ證人ノ言語擧動等ニ依リ之ヲ決セサルヘカラス

第十三回

第四　證人品行ノ證明

證人ノ信用ハ其證人ノ品行ヲ證明シテ以テ之ヲ攻擊スルコトヲ得ヘシ而シテ品行トハ世間ノ評判ニ掛ル一般ノ行爲ヲ指シタルニアレハ特別ノ所爲ニ由テ攻擊スルコトヲ許サヽルハ亦敢テ辯ヲ待タサルナリ蓋特別所爲ノ證明ヲ許スニ於テハ無數ノ爭點ヲ生出シテ訴訟ヲ澁滯セシムルノミナラス證人ハ品行ノ攻擊ニ對シ防禦ノ用意アルモノト見做シ得ヘキモ特別ノ所爲ニ對シテハ特ニ通知ヲ受クルニアラサレハ豫メ答辯ノ用意ヲナシ出廷シタルモノト見做スヲ得ス爲メニ證人ヲシテ狼狽畏怖セシムヘキヲ以テナリ

品行ノ證明ヲ爲スニ付キ自己ノ證人ニ對シ如何ナル訊問ヲ爲シ得ヘキヤハ其訊問ノ摸樣ニ依テ之ヲ決セサル可ラスト雖モ普通ノ方法ハ自己ノ證人ニ對シ對手

證人品行ノ證明

人ノ證人ノ品行ニ關スル評判如何其評判ハ如何ナルモノナルヤ及一歩ヲ進メテ其評判ニ依ルトキハ宣誓スルモ對手人ノ證人ヲ信用スルコトヲ得ヘキヤト訊問スルニ在リ而シテ其證人ヲ信用スルコトヲ得ルヤ否ヲ訊問スルハ取リモ直サス自己ノ證人ノ意見ヲ聞クニ外ナラサレハ品行證明ニ於テ證人ノ意見ヲ許サヽル一般ノ原則ニ反對スルモノナリグリーンリーフ氏ハ米國ニ於テハ斯ル訊問ヲ爲スコトヲ許サヽルハ判決例ニ照シテ明カナリト斷言セリ然ルニハミルトン對ピープルノ訴件ニ於テハグリーンリーフ氏ノ說ハ判決例ニ照ラスモ信ヲ措クニ足ラスシテ却テ其判決例ニ依レハ英國ノ規則ヲ適用スルモノナリト明言セラレタリ而シテ米國ノ判決ハ二途ニ出テ今尙ホ決セサルカ如シト雖モフヰリツプス對キングフヰールドノ訴件ニ於テ判事シエフレー氏ノ爲シタル說明ハ之ヲ服膺セサル可ラス氏曰ク證人ノ意見ハ或ル特別ノ場合ヲ除クノ外正當ノ證言ト爲スヲ得ス例ヘハ學術者ノ意見遺囑證書ニ對スル證人ノ意見及吾國ニ於テハ財產ノ價額ニ付テノ意見是ナリ其他ノ場合ニ於テハ證人ハ自己ノ意見ヲ以テ陪審官ノ意見ニ代フルコトヲ得ス亦陪審官ニ於テモ證言ノ全部ヲ觀察シテ自カラ判斷ヲ爲ス

ノ代リニ斯ル意見ヲ採用スルヲ得ス然レトモ陪審官ニシテ品行ノ評判ノ善惡ニ關スル證言及事實ノ摸樣ニ關スル他ノ證言アルニ於テハ正當ニ證言ニ信ヲ措クニ足ルヤ否ヤヲ斷スルノ材料ヲ有スルモノナリ而シテ陪審官カ證人ヲシテ他ノ證人ヲ信ス可ラスト云フカ如キ意見ヲ出スコトヲ許ストキハ其證人ノ情實ヲシテ多少判決ノ原由トナラシメタルモノナリ實ニ證人ヲシテ他ノ證人カ宣誓スルモ信ス可ラスト答フル如キ訊問ヲ許スハ法律上良善ナル規則ニ背馳スルモノニシテ且ツ陪審官カ判決ヲ爲スノ義務ニ背馳スルモノナリ加之公正ナル裁判所ニ於テ各人及黨派ノ敵心ヲシテ判決ヲ感動セシムルノ基礎ト爲スコトヲ許スモノナリト此說當ヲ得タルカ如シ

善行ノ證明ヲ爲シテ證人ノ信用ヲ維持スルコトハ第一着ニ之ヲ爲スコトヲ許サス然レトモ對手人カ惡行ノ證明ヲ爲シテ證人ノ信用ヲ攻擊シタルトキハ之ニ對シ善行ノ證明ヲ爲シ信用ヲ維持シ得ルハ論ヲ待タス

訴訟人ニ於テ自己ノ證人ノ品行ヲ證明シテ以テ其信用ヲ攻擊スルヲ得サルハ前項說明ノ如シ故ニ條例ノ規定ニ基キ只反對陳述ノ證明ヲ爲シ間接ニ信用ヲ攻擊

シ得ルニ止マルモノトス

證人ノ信用ヲ攻擊スルニ當リ特別所爲ノ證明ニ因テ之ヲ爲スコトヲ許サヽルハ一般ノ原則ナリ然レトモ或場合ニ於テハ尙其證明ヲ許セリ即チ前科ノ證明是ナリ

前科ノ證明ヲ爲スニ付テハ先ツ以テ反對訊問ノ方法ニ依リ前科ノ訊問ヲ爲スコトヲ必要トス而シテ從前ハ若シ證人前科ノ事實ヲ非認シタルトキハ反對ノ證明ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付判決例一致セサリシカ遂ニ成法ヲ以テ之ヲ規定スルニ至レリ即チビクトリヤ第十七年及第十八年條例第百二十五章是ナリ其第二十五條ニ曰ク證人ニ對シ重罪又ハ輕罪ヲ犯シタルコトニ付キ訊問スルコトヲ得ヘシ若シ其證人其事實ヲ非認スルカ又ハ答辯ヲ拒ムトキハ反對訊問者ニ於テ其宣告アリタル事實ヲ證明スルコトヲ得ヘシ而シテ其證明ヲ爲スニ付テハ裁判所ノ書記及其裁判所ノ記錄ヲ管督スル相當官吏ノ作リタル宣告ノ證明書ヲ提出シタルトキハ別ニ其官吏ノ自署及官吏タルコトヲ證明セスシテ之ヲ以テ宣告ノ證據トナスコトヲ得ヘシ但被告人ノ人違ナキ事實ハ之ヲ證明セサル可ラスト即チ本

條ノ證明ヲ爲スハ反對訊問ノトキニ限ルモノトス何トナレハ斯ル證明ハ直接ニ信用ヲ攻擊スルモノナレハ自己ノ證人ニ對シテハ固ヨリ之ヲ爲スコトヲ得サルナリ

證人ノ不公平ナルコトノ證明

第五　證人ノ不公平ナルコトノ證明

證人ノ信用ヲ攻擊スルニ當リ反對訊問ニ於テ證人カ不公平ナルコトヲ爲シ又ハ云ヒタルコトニ付テ之ヲ訊問スルコトヲ得ヘシ而シテ若シ其爲シタルコト又ハ云ヒタルコトヲ非認シタルトキハ他ノ證人又ハ記錄ヲ以テ之ヲ證明スルコトヲ得ヘシ例ヘハ證人カ他ノ證人トナルヘキモノニ僞證ヲ爲スヘキコトヲ促シタル場合ニ於テ若シ證人其事實ヲ非認シタルトキハ他ノ證人又ハ記錄ヲ以テ之ヲ證明シ其信用ヲ攻擊スルコトヲ得ルカ如シ

不公平ノ證明ヲナスニ付テハ先ツ以テ反對訊問ヲナスコトヲ必要トス何トナレハ前ニモ述ヘタル如ク證人ニ說明ノ機會ヲ與フヘキノミナラス若シ證人ニ於テ其事實ヲ承認スルニ於テハ之カ證明ヲ爲スノ必要アラサレハナリ

不公平ノ證明ヲ爲スニ付テハ其證明スヘキ事實自ラ其證人ノ信用ヲ攻擊スルニ

足ルヘキモノタラサル可ラス故ニ其信用ヲ攻擊スルニ足ラサルモノハ之ヲ證明スルコトヲ許サス例ヘハアトル子ーゼネラル對ヒチコックノ訴件ニ於テ政府ヨリ出シタル證人ニ對シ政府ノ役人カ證明ヲ爲スニ付キ二十磅ヲ其證人ニ提出シタリト其証人自ラ陳述シタルコトアルヤ否ヤヲ訊問セラレタリ而シテ其証人カ其陳述シタル事實ヲ非認セシヨリ對手人ニ於テ反對ノ証明ヲ爲サントシタルモ裁判所ハ之ヲ聽許セサリキ何トナレハ二十磅ヲ提出シタルモ之ヲ受領セサルニ於テハ毫モ証人ノ信用ヲ攻擊スルニ足ラサレハナリ若シ本件ニ於テ証人カ二十磅ヲ受領シタリト陳述シタルコトアリヤ否ヲ訊問シ之ヲ非認シタルトキハ其反對ノ證明ヲ許可セラレシコト論ヲ待タス

不公平ノ證明ヲ以テ證人ノ信用ヲ攻擊シ得ルコトハ畧ホ確定シタルモノヽ如シ然レトモ間接ニ其證人ノ意思利益所爲等ニ依リ反對ノ證明ヲナシ得ルヤ否ヤニ付テハ判決例大ニ抵觸スルヲ以テ其何レニ決スヘキヤ未タ定マラステーロル氏曰ク陪審官ノ注意ヲ成ル可ク爭點ノ事實ニ限ルコトノ大ニ必要ナルハ疑フ可ラス然レトモ亦陪審官ハ相反對セル證言ヲ量定ス可キ役目ヲ有スルモノナレハ眞

他ノ證人ニ由リ同事實ノ證明

實發見ノ爲メニハ公平不公平ノ證人ヲ鑑別スルコト最モ必要ナリ而シテ利益ノ有無ヲ鑑別スルニハ證人ノ行爲ニ因ラスンハ他ニ之ヲ爲スノ長手段アラサルナリ論者曰ク證人ハ通知ナキ特別ノ所爲ノ攻擊ニ對シテ防禦ノ用意ヲ爲シ來ラスト此論ハ證人カ事件ニ關係ナキ特別ノ罪ヲ犯シタル證明ヲ許サヽル規則ノ理由ト爲スニ足ルヘシ去レトモ其事實ノ證明アルモ證人カ僞證ヲ爲シタリトノ推測ヲ爲スコハ甚タ不充分ナルノミナラス此論ハ證人カ僞證ヲ爲スノ意思ヲ懷クト云フカ如キ攻擊アル場合ニハ適用スルコトヲ得サルナリ且ツ又斯ル攻擊ハ常ニ近時ノ所爲ニ付テ爲スモノナレハ證人ニ於テ之ヲ說明シ若クハ抵抗スルハ容易ノコトナレハナリ加之斯ル行爲ノ證明ハ現今ニ至リ益々其必要ヲ感スヘキナリ何トナレハ證人ノ利益ノ干係若クハ犯罪ハ最早證人不能力ノ原由ト爲スヲ得サレハナリ此論其當ヲ得タルカ如シ

第六　他ノ證人ニ依リ同事實ノ證明

自己若クハ對手人ノ證人ニ於テ事實ノ證明ヲ爲シタル場合ニ於テ他ノ證人ヲ出シテ其事實ニ付キ反對ノ證明ヲ爲スハ直接ニ證人ノ信用ヲ攻擊スルニアラスシ

テ單ニ事實ノ證明ヲ爲シタルモノナリ故ニ信用ノ攻擊ハ間接ニ生スル所ノ結果ナリトス例ヘハ丙ナル證人ニ於テ甲カ乙ヲ毆打スルヲ見タルコトナシト證明シタル場合ニ於テ丁ナル證人ヲ出シテ毆打スルヲ見タリト證明セシムルカ如シ此場合ニ於テ丁ハ毆打ノ事實ヲ說明シタルニ止マリ直接ニ丙ノ信用ヲ攻擊シタルニアラス然レトモ若シ丁ノ證言ニシテ信認セラルヽニ於テハ其結果トシテ丙ノ證言ノ信認セラレサルモノナレハ間接ニ信用ヲ攻擊シタルモノナリ

他ノ證人ヲ以テ事實ヲ證明スルニ付テハ其事實ノ爭點干係ノ事實ナルヤ否ヤヲ識別スルコト最モ必要ナリ何トナレハ其事實ノ證明ヲ許サヽルニ於テハ亦タ他ノ證人ヲ以テ反對ノ證明ヲ爲スコトヲ許サヽレハナリ

第九章　證人記憶ノ回復

證人ハ自カラ感知シタル事實ヲ有ノ儘ニ陳述スヘキ義務アルモノナリ故ニ自己ノ意見ヲ陳述シ又ハ記錄ニ由テ事實ヲ陳述スルコトハ法律ノ許サヽル所ナリ然レトモ茲ニ一ノ例外アリ證人ノ記憶ヲ喚起スル爲メ記錄ヲ參照スルコト是ナリ

記錄ヲ參照スルコトハ證人ノ記憶ヲ喚起セシメンカ爲メナレハ證人ニ於テ證明スヘキ事實ヲ忘却シ其記錄ヲ參照スルコアラサレハ證明シ能ハサル場合ニ限ルモノトス故ニ若シ證人ニ於テ記錄ヲ參照セサルモ充分ニ事實ヲ證明シ得ルトキハ其參照ヲ許サヽルナリ

證人カ事實ヲ忘却シタル場合ヲ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ

一　事實ノ一部ヲ忘却シタル時即チ事實ノ大意ヲ承知スルモ其詳細ヲ忘却シタル時此場合ハ眞ニ記錄ヲ以テ記憶ヲ補助スルモノナリ而シテ其記錄ヲ提出スルノ必要ナルヤ否ヤハ判然セスグリーンリーフ氏ハ其提出ハ必要ナラサルモ對手人ハ其提出セサル事實ヲ以テ陪審官ノ注意ヲ促スノ材料トナスコトヲ得ヘシト云ヘリテーロル氏ハ之ヲ提出スルコト普通ニシテ且ツ相當ナリト云フモ必ラス提出スヘキモノトマテハ斷言セサルナリ蓋シ記錄ヲ裁判所ニ提出スルハ對手人ニ於テ之ヲ一見シ反對訊問ヲ爲スニ最モ必要ナレハ其提出ヲ必要ト爲スハ條理ニ適シタルモノヽ如シ

二　事實ノ全部ヲ忘却シタル時此場合ニ於テハ參照シタル記錄ハ必ラス之ヲ裁

判所ニ提出セサルヘカラス

證人ニ於テ事實ヲ忘却シタルノミナラス尚ホ參照スヘキ記錄ニ付テ如何ナル記憶ヲ有スルヤ否ヤヲ研究スルコト必要ナリ今其場合ヲ區別スレハ左ノ如シ

一　證人カ證明スヘキ事實ノ記錄ニ記載シアルコトヲ承知スルトキ此場合ニ於テハ前ニ述ヘタル如ク提出ノ必要ナルヤ否ヤ判然セス

二　證明スヘキ事實カ記錄ニ記載シアルヤ否ヤハ承知セサルモ其記錄ハ承知スルモノニシテ之ニ記載シアル事實ハ眞正ナルコトヲ承知スルトキ此場合ニ於テハ必ラス其記錄ヲ提出セサルヘカラス

三　證明スヘキ事實ノ記錄ニ記載シアルコト及其記錄ノ何ナルコトヲ承知セサルモ其記錄ニ自己ノ署名又ハ筆蹟アルヨリ之ニ記載ノ事實ハ眞正ナラント陳述シ得ルトキ此場合ニ於テモ亦其記錄ヲ提出スルコト必要ナリ

以上三個ノ場合ハ記錄ニ對シテ證人ノ有スル記憶ノ度ノ厚薄ヲ示シタルモノニシテ其記憶薄弱ナルニ隨テ益々記錄ヲ提出スルノ必要生スヘキナリ

記錄ヲ作リタル時ト事實ノ起リタル時ノ關係ヲ知ルコト必要ナリ何トナレハ其

關係隔絶スルニ於テハ之ヲ以テ參照ノ材料ト爲スコトヲ許サヽルナリ今其場合ヲ掲クレハ左ノ如シ

一事實ノ起リタルト同時ニ記錄ヲ作リタルトキ此場合ハ最モ適切ノモノナリ

二事實ノ起リタル近時ニ記錄ヲ作リタル時此場合モ亦事實ヲ承知シタルトキ作リタルモノト見做シ得レハ別ニ承知シタル事實ノ證明ヲ要セサルナリ而シテ其近時ナルヤ否ヤハ事實ヲ尚ホ承知シタルヤ否ヤニ因テ之ヲ決セサルヘカラス故ニ事實ヲ承知シタルヤ否ヤハ最モ必要ノ條件トス

記錄ヲ參照スルニ付テハ其記錄ハ何人ノ作リタルモノナルヤ否ヤヲ認知スルコト最モ必要ナリ即チ左ノ如シ

一、證人自カラ作リタルモノナルトキ此場合ハ最モ適切ノ場合ナレハ辨明ヲ要セス

二、他人ノ作リタルトキ此場合ハ左ノ二個ニ細別スルヲ要ス

(一)全ク證人ノ知ラサルトキ此場合ハ無論參照スルコトヲ許サヽルナリ

(二)證人カ記錄ヲ一見シ記載ノ事實ノ眞正ナルコトヲ認メタルトキ此場合ニ於テハ他ノ條件即チ證人カ事實ヲ承知スルトキニ認メタルモノナルトキハ其

參照ヲ許スヘキナリ

如何ナル種類ノ記錄ヲ參照シ得ルヤヲ見ルコト必要ナリ

一、原本　即チ事實ヲ記載セル記錄其モノナレハ之ヲ參照シ得ルコト論ヲ待タス」

二、謄本　即チ直接ニ事實ヲ記載シタルニアラスシテ其記載シタル記錄ヨリ謄寫シタルモノナリ此種ノ記錄ヲ以テ記憶ヲ喚起シ得ルヤ否ヤニ付テハ幾分カ疑ノ存スル所ナリ而シテ其謄本ハ證人自カラ作リタルカ又ハ證人ノ面前ニ於テ他人ノ作リタルモソナルカ又ハ其他ノ方法ニ因テ原本ト相違ナキコトヲ證明シ而シテ證人カ謄本ヲ一見シ明ラカニ事實ニ對シ陳述シ得ルトキハ之ヲ參照スルコトヲ得ヘシト判決セラレタリ

原本ノ存在スルニ拘ラス謄本ヲ參照シ得ルヤ否ヤニ付テモ亦疑ノ存スル所ナリ判事パテソン氏曰ク最上ノ證據ヲ必要トスル規則ハ記錄ヲ證據トシテ提出スル場合ニテモ亦記憶ヲ喚起スル爲メニ提出スル場合ニテモ同一ニ之ヲ通用スルコトヲ得ヘシト之ニ因テ之ヲ見レハ原本ノ現存スル場合ニシテ之ヲ提出シ能ハサル正當ノ理由ナキ以上ハ謄本ヲ參照スルコトヲ許サヽルナリ

參照ノ用ニ供スヘキ記錄ハ平心以テ之ヲ作リタルモノタラサルヘカラス故ニ特ニ事件ノ爲メニ作リタル記錄ハ之ヲ參照スルコトヲ許サヽルナリ故ニ此理由ニ因テ豫審判事ノ作リタル調書ハ之ヲ參照スルコトヲ許サスト判定セラレタリ

記錄ノ効力ニ付テ講述スヘキ一要件アリ抑モ記錄ノ參照ハ證人ノ記憶ヲ喚起セシカ爲メニ之ヲ許スモノナリ故ニ記錄其モノカ證據トナリタルニアラス其結果タルヤ記錄自ラヲ證據ト爲スコトヲ許サヽルモソニシテ記憶喚起ノ爲メニハ之ヲ參照スルコトヲ許スヘキナリ例ヘハ印紙ヲ貼用セサル受領證書ハ之ヲ證據トシテ提出スルコトヲ許サヽルナリ然レトモ證人ノ記憶ヲ喚起スル爲メニハ之ヲ參照スルコトヲ得ヘシ

證人カ盲目トナリタル場合ニ於テハ其記憶ヲ喚起スル爲メ記錄ヲ證人ニ讀ミ聞カスコトヲ得ヘシト去レトモ是證人ノ記憶ヲ喚起セシカ爲メナレハ證人カ盲目トナリタルカ其記憶ヲ亡失シタルヤ否ヤヲ認知セス直チニ記錄ヲ讀ミ聞カセ得ルヤ否ヤハ疑ヲ容レサルヘカラス而シテ記憶ノ亡失ヲ必要トスルニ於テハ他ノ場合ト敢テ異ナル所ヲ見ス只其差異タルヤ證人自カラ記錄ヲ見ルコト能ハサル

ヲ以テ他人ニ於テ之ヲ讀ミ聞セサルヲ得サルナリ

証人記錄ヲ參照シタルトキハ對手人ニ於テ之ヲ檢閲シ反對訊問ヲ爲スノ權利アリ蓋不當ノ記錄ヲ使用スルコトヲ防キ證人カ事實ノ全部ヲ知ルヤ否ヤヲ確メ而シテ證人ノ證言ヲ其記錄ト比照セシカ爲メナリ左レトモ其檢閲反對訊問ヲ爲シタルヲ以テ記錄ヲ證據ト爲シタルニアラス故ニ之ヲ朗讀スルコトヲ必要トセサルナリ左レトモ證人カ記錄ノ一部ヲ參照シタル場合ニ於テ其參照セサル部分ニ付キ反對訊問ヲ爲ストキハ其部分ハ證據トシタルモノナリ故ニ之ヲ朗讀セサルヲ得サルナリ對手人ハ記憶ヲ喚起セシカ爲メニ參照シタル記錄ヲ檢閲スルノ權利アルニ止マレリ故ニ筆蹟證明ノ爲メニ提出セラレタル記錄ハ之ヲ檢閲スルノ權利アラサルナリ

記錄ノ證據

第十章　記錄ノ證據

凡ソ事實ヲ記載スル所ノ記錄ヲ稱シテ記錄ノ証據ト云フ記錄ノ證據ヲ分チテ二種ト爲ス即チ一等ノ證據二等ノ證據是ナリ

一等ノ證據トハ事實ヲ記載シタル記錄其モノヲ云ヒ二等ノ證據トハ一等ノ證據ニ代用スヘキ所ノ記錄ヲ云フ

一等ノ證據

第一　一等ノ證據

記錄ニ記載ノ事實ハ或特別ノ場合ヲ除クノ外一等ノ證據ヲ以テ之カ證明ヲ爲サヽルヘカラス是證據法ニ關スル原則中最モ著名ナルモノヽ一ナル法律ハ事件ニ必要ナル最良ノ證據ヲ要ストノ原則ヲ適用シタルモノナリ此原則ノ意味ハ訴訟事件ニ付キ最良ノ證據トナルヘキモノアルニモ拘ラス次位ノ證據ヲ提出スルハ其之ヲ提出スル者ニ於テ其證據ハ自己ニ不利益ノモノナルカ又ハ詐欺ニ由リ成立シタルカ又ハ大過失ニ由リ最良ノ證據ヲ提出スル能ハサルカ爲メ次位ノ證據ヲ提出シタルナラントノ推測ニ依リ法律ハ其弊害ヲ除去センコトヲ望ミ正當ノ事由ナキ限リハ次位ノ證據ヲ提出スルコト能ハスト命シタルモノナリ例ヘハ貸金ノ訴訟ニ於テ金錢ヲ貸シタル事實ヲ記載セル借用證書ハ本案ニ對シ最良ノ證據ニシテ其證書ノ謄本又ハ證書ヲ讀ミタル證人ノ證言等ノ如キハ次位ノ證據ナルカ故ニ借用證書ノ燒失スルカ又ハ紛失シタルカ如キ正當ノ理由トナルヘキ事實ヲ證明スルニアラサレハ直ニ其證書ノ謄本若クハ證人ノ證言ヲ以テ證明ス

ルコトヲ許サヽルナリ此原則ハ口頭ノ證據及物品ノ證據ニモ亦之ヲ適用スヘキモノニシテ夫ノ口頭ノ證據ハ直接タラサルヘカラストノ原則ハ右ノ原則ヲ適用シタルニ過キサルナリ然ルニ英國ノ學者中ニハ此原則ヲ以テ單ニ記錄ノ證據ニノミ適用スルモノナリト思ヒ誤ル者少ナカラス蓋記錄ノ證據ニ付テ右ノ原則ヲ適用スルコト普通ニシテ必要ヲ感スルコト最モ著名ナルヲ以テノ故ナラン而シテ右ノ原則ヲ記錄ノ證據ニ適用スルトキハ其最良ノ證據ヲ一等ノ證據ト云ヒ次位ノ證據ヲ二等ノ證據ト云フ法律ハ記錄ノ證據ニ付キテ一等ノ證據ヲ提出スヘシト命スルモ如何ナル證據ヲ以テ一等ト爲シ如何ナルモノヲ二等ノ證據ト爲スヤヲ明示セス故ニ之ヲ決スルハ裁判官ノ職權ナルモ事ニ當テ困難ヲ惹キ起スコト亦少ナカラス然ルトキハ二者何レニ依テ最モ正確ニ事實ノ眞ヲ得ルヤ否ヤヲ見テ以テ決定セサル可ラス例ヘハ借用證書ト同時ニ證人ヲ提出シタル場合ニ於テハ其證書ハ之ヲ一讀シタルカ如キ證人ノ證言ヨリハ正確ニ眞ヲ得ルモノナルコト明ラカナレハ其證書ヲ以テ一等ノ證據ト爲シ其證言ヲ以テ二等ノ證據ト爲サヽル可ラス

又一等ノ證據タルヘキ資格ヲ有スル記錄數個アル場合無シトセス斯ル場合ニ於テハ各記錄ヲ一等ノ證據ト爲スヲ以テ其何レヲ提出スルモ敢テ妨ナシトス何トナレハ同等ノ効力ヲ有スルモノニ付キ階級ヲ立ツルコト能ハサレハナリ例ヘハ一ノ證書ヲ數個ニ分チ調成シタルトキハ其各箇ハ證書全体ニ對シ各一等ノ證據ナリ又同一ノ證書ヲ二通作リテ相形トナシタルトキハ互ニ一等ノ證據ナリ故ニ其何レヲ提出スルモ敢テ妨ナシトス

一等二等ノ區別ハ二者相互ノ効力ヲ對照シ立テタルモノナレハ一ニ對シテ二等タルモ他ニ對シテハ一等ノ證據ト爲ル場合ナシトセス例ヘハ木版石版及寫眞等ヲ以テ同時ニ調成シタル數個ノ寫本ハ其原本ニ對シテハ二等ノ證據タルモ其各寫本ニ對シテハ一等ノ證據ナリトス

法律ヲ以テ記錄ニ保證人ノ保證ヲ必要トスル場合アリ此場合ニ於テハ其記錄カ一等ノ證據タルヘキ資格ヲ有スルモノナルモ尚ホ保證人ニ於テ正當ニ調成セラレタルコトヲ證明スルニアラサレハ證據トシテ提出スルコトヲ許サス例ヘハ遺囑證書ノ如キ之ニ保證シタル保證人ニ於テ其正當ニ成立シタルコトヲ證明セサ

ル限リハ之ヲ提出シテ遺言アリシコトヲ證明スルヲ許サス

又法律ニ於テ二人以上ノ保證人ヲ必要トスル場合アリ斯ル場合ニ於テハ二人ヲ召喚シテ證明ヲ爲サシムルコト固ヨリ當然ナリト雖モ強テ二人ヲ必要トスルニアラス故ニ其中一人ヲ提出シテ其證書ノ正當ニ成立シタルコトヲ證明シタルトキハ其證書ヲ一等ノ證據トシテ提出スルモ妨ナシトス

又保證人ヲ法廷ニ呼出シテ證書ノ正當ニ成立シタルコトヲ證明セシムルコト能ハサル場合アリ即チ保證人ノ死去シタルトキ又ハ保證人ノ所在不分明ナルトキ又ハ盲目ト爲リタルトキ是ナリ此場合ニ於テハ其證書ニ記載セラレタル保證ハ保證人ノ自記ニ係ルコト及本人ノ署名ハ本人ノ自署ナルコトヲ證明セサル可ラス左レトモ單ニ保證人カ疾病ニ罹リタルカ如キ場合ニ於テハ尚ホ其保證人ノ證明ヲ必要トセリ何トナレハ一時ノ病氣ナルトキハ訊問書ヲ送達シテ以テ證明セシムルノ方法アレハナリ

又法律ニ於テ保證人ノ保證ヲ必要トスルモ或場合ニ於テハ保證人ヲ召喚シ其證書ノ正當ニ成立シタルコトヲ證明セシムルヲ必要トセス即チ左ノ如シ

一　記錄カ對手人ノ手裏ニ存シ提出通知ヲ發スルモ之ヲ提出セサルトキ　此ハ二等ノ證據ヲ講スル際説明スヘケレハ茲ニハ述ヘス

二　期限ノ經過ニ依リ正當ニ成立シタリト推測スルトキ即チ三十年ヲ經過シタル證書ハ之ヲ相當ノ人ヨリ提出シタル場合ニ於テハ其證書ニ記載セル署名ハ名前人自署シタルモノト推測シ又保證人ノ保証アルトキハ保證人自記シタルモノト推測ス故ニ其證明ヲ必要トセス

三　記錄提出ノ通知ヲ受ケタル對手人ニ於テ之ヲ提出シ且ツ其記錄ニ依リ利益ヲ受クヘキモノナルコトヲ主張シタルトキ　此場合ニ於テハ對手人已ニ利益ヲ主張スル以上ハ其記錄ノ正當ニ成立シタルコトヲ自認シタルモノナリト見做シ得ヘキヲ以テ別ニ正當ナルコトヲ證明スルノ必要ナシ左レトモ此原則ヲ適用スルニ付テハ二個ノ條件ヲ具備セサル可ラス即チ左ノ如シ

(一)　利益ノ請求ハ本案ノ事件ニ付テ之ヲ爲サヽルヘカラス故ニ本案ニ關係ナキ他ノ事柄ニ付キ請求シタルトキハ尚ホ正當ニ成立シタルノ證據ヲ必要トス例ヘハ原告ニ於テ被告ト共ニ遺囑贈與ヲ受ケタリト主張シ而シテ其遺囑

證書カ被告ノ手裏ニ存在スルヨリ之ヲ提出スヘキ通知ヲ被告ニ爲シタル場合ニ於テ被告人之ヲ提スルモ己レ一人遺囑贈與ヲ受ケタルモノニシテ原告ト共同ニアラスト主張スルカ如キハ本案ノ事柄ニ付キ利益ヲ主張シタルモノナリ之ニ反シ右ノ例ニ於テ被告人カ前訴訟ノ對手ニ對シ己レ一人遺囑贈與ヲ受ケタルモノナルコトヲ主張セシカ如キハ本案ノ事柄ニ干係ナキ請求ナリトス

(二) 對手人ニ於テ主張スル所ノ利益カ本案審問ノ當時尙ホ現存スルコトヲ要ス例ヘハ前例ニ於テ被告人ニ爲シタル遺囑贈與ハ已ニ遺囑者ニ於テ取消シタルカ如キ場合ニ於テハ本案審問ノ當時現存セサルモノナリトス故ニ其證書ノ正當ニ成立シタルノ證明ヲ爲サヽルヘカラス

四 相當官吏ニ於テ記錄ノ正當ニ成立シタルコトヲ承認シ其取扱ヲ爲シタルトキ 相當ノ官吏トハ法律上記錄ヲ取扱フヘキ權利ヲ有スル官吏ヲ云フ而シテ若シ其官吏カ異議ナク取扱ヲ爲シタルトキハ單ニ其取扱ヲ爲シタリト云フ事實ヲ證明スルヲ以テ足レリトシ別ニ正當ニ成立シタルコトヲ證明スルコトヲ

必要トセス例ヘハ破産者ニ於テ破産裁判所ニ證書ヲ提出シ裁判所ハ異議ナク之ヲ受取リ保護ノ命令ヲ與ヘタル如キ場合ニ於テハ其證書ヲ該官吏カ受理シ及保護ノ命令ヲ與ヘタルコトヲ證明スレハ敢テ保證人ノ召喚ヲ必要トセサルナリ

五 對手人ニ於テ證書ノ正當ニ成立シタルコトヲ自認シタルトキ 此場合ニ於テハ通例自認ノ有無ニ拘ハラス保證人ヲ出シテ其證書ノ正當ニ成立シタルコトヲ證明セシメサルヘカラス然レトモ自認ノ性質嚴正ニシテ眞ヲ得ルニ近キ場合ニ於テハ其自認ヲ以テ足レリトシ別ニ保證人ノ召喚ヲ必要トセス例ヘハ對手人ニ於テ證書ノ正當ナルコトヲ自認シタルコトヲ特ニ約束シタル如キ場合ニ於テハ其自認ヲ證明スルヲ以テ足レリトス

第二 二等ノ證據

前項ニ於テ講述セシ如ク如何ナルモノヲ以テ二等ノ證據ト爲スヘキヤハ其證據ノ性質ニ依リ裁判官ノ判定スヘキモノナレハ之ヲ一定スルコト能ハスト雖モ今實例ニ由リ其二等ノ證據ナリト判定セラレタル著名ナルモノヲ掲クレハ左ノ如

二等ノ證據

シ

一　記錄ノ謄本　謄本ハ其原本ト相違ナキコトノ明瞭ナル以上ハ二等ノ證據タルニ付キ疑ナキヲ以テ別ニ裁判官ノ判定ヲ要セス而シテ其謄本ハ縱令正當ニ調成セラレタルノ保證アル場合ト雖モ尙ホ二等ノ證據タルニ過キス

二　同時ニ作リタル二通ノ記錄　結約者雙方カ同一ノ契約書二通ヲ作リ各通ニ署名シタルトキハ各一等ノ證據ナルモ若シ一方ニ於テ一通ニ署名シ他方ノ對手ニ於テ一通ニ署名シタルトキハ之ヲ「カンテルパート」ト云ヒ其署名者ニ對シテハ一等ノ證據ナルモ署名セサル他ノ對手人ニ對シテハ二等ノ證據タルニ過キサルナリ例ヘハ借地人ヨリ地主ニ地代ヲ拂フヘキ借地證書ヲ差入レ地主ヨリハ何ケ年間ハ貸渡スヘシトノ證書ヲ同時ニ借地人ニ差入レタル場合ニ於テ借地證書ハ借地人ニ對シテハ一等ノ證據ナレトモ地主ニ對シテハ二等ノ證據ナリ之ニ反シ貸地證書ハ地主ニ對シテハ一等ノ證據ナレトモ借地人ニ對シテ二等ノ證據ナリ故ニ其一等ノ證據ヲ提出シ能ハサル正當ノ理由ヲ證明スルニアラサレハ二等ノ證據ヲ提出スルコト能ハス

三　記錄ヲ見タル人カ其記載セル事實ニ對シ爲シタル口頭ノ陳述　此場合ニ於テハ其記錄ヲ提出スル能ハサル相當ノ理由ヲ證明シ且ツ其見タル事實ヲ證明シタル後ニアラサレハ正當ニ口頭ノ證據ヲ以テ証明スルコト能ハス

二等ノ証據數個アル場合ニ於テハ何レヲ以テ証明スルモ妨ケナシトス格言ニ所謂二等ノ證據ニ階級ナシト此場合ヲ指シタルモノナリ例ヘハ借用證書ノ紛失シタル事實明白ナルトキハ其證書ノ寫シ若クハ之ヲ一讀シタル證人ノ證言ヲ以テ其證書ニ記載セル事實ヲ證明スルモ妨ケナシ蓋シ法律ハ一等二等ノ區別ヲ爲スニ止マリ其二等ノ證書中尙ホ眞ヲ得ルノ度ヲ量リテ區別ヲ爲サヽルナリ故ニ復寫ノ如キモ同シク二等ノ證據ナルヲ以テ原寫若クハ口頭ノ陳述ニ換ヘ之ヲ提出スルヲ得ヘシ何トナレハ其一等ノ證據ニ對シテハ共ニ二等ノ證據タルニ過キサレハナリ判事パーク氏曰ク若シ保證アル謄本ヲ以テ一級ト爲ストキハ保證ナキ謄本之ニ次キ其拔キ書亦之ニ次キ而シテ又證人中ニテモ何レカ完全ナル記憶ヲ有スルヤ否ヤヲ吟味セサルヘカラストスルトキハ余輩ハ實ニ其底止スル所ヲ知ラサルナリト左レトモ是レ止ムヲ得サルニ出テタル規則ニシテ條理上其區別ヲ

爲スヘキコト固ヨリ當然ナリ即チ復寫ノ如キハ原本ト照合セサルコトナク又復寫ヲ爲スノ際寫シ誤リナキヲ保シ難ケレハ之ヲ以テ第一ノ寫シト同一ナルトハ何人ト雖モ主張スルコト能ハサルヘシ然レトモ證人ノ記憶力ヲ測量スルカ如キハベンサム氏ヲ除ク外何人ト雖モ其困難ヲ許スナルヘシ是ニ於テ英國ノ法律ハ二等ノ證據ヲ細別スルコトヲ好マスシテ右ノ原則ヲ設ケタルナリ而シテ英國ノ學者中證據ニ階級ヲ附セサルコト獨リ二等ノ證據ニ限ルカ如ク思考スル者アレトモ發キニ已ニ述ヘタル如ク一等ノ證據ニ付キテモ亦同樣ノ規則ヲ適用シ得ヘシ又或學者ハ二等ノ證據ノ提出ヲ許シタル以上ハ其證據ハ一等ノ證據トナリタルモノナリト云ヘリ是蓋二等ノ證據ニ由リ證明ヲ爲スモ裁判官ニ於テ事實ヲ眞實ト見認メタルトキハ一等ノ證據ニ依リ眞實ト認メタルト同一ノ結果ヲ生スルヨリ斯ル決定ヲ下シタルナラン然レトモ證據ニシテ性質上二等タル以上ハ其一等ノ證據ニ對シテハ如何ナル場合ト雖モ二等タルノ性質ヲ變スヘキ道理アラサルナリ二等ノ證據ハ左ノ場合ニ於テ之カ提出ヲ許可セリ但シ此許可ノ理由トナルヘキ事實ハ其證據ヲ提出スル以前ニ於テ之ヲ證明セサルヘカラス

一　原本ヲ毀壞シ又ハ紛失シタルトキ　此場合ニ於テハ二等ノ證據ヲ提出スル以前ニ一等ノ證據ノ嘗テ存在セシ事實及之ヲ毀壞シ若シクハ紛失シタル事實ヲ證明セサルヘカラス

毀壞シタル事實トハ直接ニ之ヲ火中ニ投入シタル如キ事實又ハ間接ニ不用ノモノトシテ紙屑籠ニ投シタル事實ヲ以テ證明シ得ヘキナリ然レトモ紛失シタル事實ハ直接ニ之ヲ證明スルコト能ハス只間接ニ之ヲ推測シ得ヘキニ過キス即チ戸棚ニ入レ置キタル箱中ヲ捜索スルモ發見セサルカ如キ事實ヲ以テ證明シ得ヘキナリ

毀壞シ又ハ紛失シタルコトヲ間接ニ證明スルニ付テハ捜索ヲ爲スコトヲ必要トス然レトモ如何ナル注意ノ度ニ依リ捜索スルヲ以テ足レリトスルヤ否ヤハ法律ヲ以テ明示セス故ニ事件ノ摸樣ニ依リ總テノ方法ヲ盡シタルトキ即チ相當ノ注意ヲ用ヒタリト見做シ得ルヲ以テ程度トス例ヘハ原本ヲ窃取セラレタリト見做シ得ルトキハ其事實ヲ證明スルヲ以テ足レリトシ敢テ盜人ヲ捜索スルヲ必要トセサルモ之ニ反シ故意ヲ以テ隱匿シタルノ疑アルトキハ充分ノ捜

索ヲ必要トス又紛失シタル記錄ノ價値ナキモノナルトキハ容易ニ之ヲ紛失シタリト見做シ得ルヲ以テ格別ノ注意ヲ以テ捜索スルヲ要セサルモ其書類若シ價値アリ又ハ大切ノモノナルトキハ最大ノ注意ヲ以テ捜索スルコトヲ必要トスヘキナリ又記錄ヲ相當ノ場所ニ置キタルトキハ其場所ヲ捜索スルヲ以テ足レリトス記錄ヲ置ク可キ役所其他特定ノ場所ニ置キタルカ如キ場合是ナリ之ニ反シ相當ノ場所ナルコト判然ナラサルトキハ他ノ場所ヲモ捜索スルノ必要ヲ生スヘキナリ

法律ハ捜索ヲ爲スニ付キ本案ノ起リタル近時又ハ殊更ニ本案ノ爲メニ捜索ヲ爲シタルコトヲ必要トセス故ニ本案ノ起リタル時ヨリ數年前ニ捜索ヲ爲シタルモ妨ナク又他ノ目的ヲ以テ捜索スルモ妨ケナシトス勿論本案ノ爲メニ本案ノ起リタルト同時ニ捜索スルハ尤モ確實ナルモノナリ

(二) 事實上一等ノ證據ヲ提出シ能ハサルトキ又ハ之ヲ提出スルコト最モ不便ナル時 墻壁、墓碑、境界碑等ニ彫刻若クハ記載セラレタル文字又ハ據ニ貼付セラレタル報告ノ如キ實際之ヲ提出スルコト能ハス又提出シ得ルモ困難ヲ感スル

コト甚タシ故ニ斯ノ如キ場合ニ於テハ其彫刻若クハ記載アル事實及提出シ能ハサルカ又ハ提出スルノ困難ナル事實ヲ證明シタルトキハ二等ノ證據ヲ以テ其彫刻若クハ記載ノ事實ヲ證明シ得ヘキナリ曾テ人アリリバープール府監獄ノ壁ニ誹謗ノ事柄ヲ記載セリ而シテ其筆蹟カ壁ニ現存スルコト相違ナキノ證明アリタル後直ニ有罪ノ判決ヲ受ケタリト

裁判所ノ記錄若クハ登記所ノ帳簿ニ記載ノ事柄ヲ證明スル爲メ之ヲ提出スルトキハ最モ不便ナルヨリ正當ノ謄本ヲ以テ證明スルコトヲ許セリ其詳細ハ公正記錄ノ場合ニ講述スヘケレハ茲ニハ省畧シテ述ヘス

(三) 對手人原本ヲ所持シ其提出通知ヲ發スルモ提出セサル時 此場合ニ於テハ第一ニ原本カ對手人ノ手裏ニ存在スルコトヲ證明セサル可ラス然レトモ其原本カ當然對手人ノ手裏ニアルヘキモノナルトキハ之ヲ證明スルニ付キ僅少ノ證據ヲ以テ足レリトスヘキナリ譬ヘハ借地事件ニ於テ借地證書カ地主ノ手ニアル事實ノ如キハ借地人カ現ニ其地所ニ住スル事實ヲ證明スルヲ以テ足レリトセリ

第二着ニ對手人ニ提出通知ヲ發シタルコトヲ證明セサル可ラス而シテ其通知ハ對手本人ニ對シテ之ヲ爲スコト最モ適切ナレトモ又其代理人ノ手裏ニ存在スルコト明白ナル場合ニ於テハ其代理人ニ通知ヲ爲スカ如クハ本人ニ爲スモ敢テ妨ケナシトス例ヘハ船長ノ如キ常ニ船舶ニ干スル書類ヲ船主ニ代リ所持スルヲ以テ船長又ハ船主ノ何レニ提出通知ヲ發スルモ敢テ妨ケナキカ如シ

通知ハ口頭ヲ以テ爲スモ又書面ヲ以テ爲スモ其効力ニ差異ナシトス又通知スヘキ事柄ニ付キ一定ノ規則ナシ只特ニ如何ナル記錄ノ提出ヲ要スル乎ヲ示スニ足ルヘキ事柄ヲ通知スルヲ以テ足レリトシ却テ精細ニ記錄ニ記載セル期日條件記者ノ姓名等ヲ通知スルハ却テ害アリ何トナレハ若シ必要ナル條項ニ誤記アルトキハ對手人ニ於テ之ヲ以テ口實ト爲シ其提出ヲ拒ムコトヲ得可ケレハナリ去レトモ通知ノ事柄中誤記ニ出ツルコトアルモ必要ナル條項ニアラサルトキハ其通知ノ効力ヲ害スルコトナシ又通知ヲ爲スヘキ時期及場所ニ付キ一定ノ規則ナシト雖モ通知ヲ受クル者ヲシテ其通知ニ應シ得ヘキ相當ノ時限及場所ニ於テ之ヲ爲サヽル可ラス例ヘハ對手人カ他管ニ住スルトキハ其住地

ニ於テ通知ヲ爲シ且ツ本案管轄裁判所ニ提出シ得ヘキ猶豫ノ時間ヲ與ヘサルヘカラス而シテ事件ヲ取扱ヒタル代書人又ハ書記ニ通知シタルコト及其通知シタル時間ノ保証書ニ通知書ヲ添ヘ法廷ニ提出スルトキハ其通知及時間ノ充分ナル證據ナリトス

左ノ場合ニ於テハ提出通知ヲ必要トセス

(イ)提出セントスル記錄カ一等ノ證據ナルトキ　例ヘハ「カンテルパート」ノ如キ對手人ニ對シ一等ノ證據タルヲ以テ別ニ提出通知ヲ要セサルナリ

(ロ)證明スヘキ記錄其モノカ通知書ナルトキ　此場合ニ通知ヲ必要トセサル理由ハ通知ノ爲メニ通知ヲ要スルトキハ終ニ其程度ナキヲ以テナリ

(ハ)訴訟ノ性質ニ依リ對手人ニ於テ提出ノ請求アルコトヲ通知シ得ルトキ　此場合ニ於テハ提出ノ請求ヲ受クヘキコトハ當然覺知スヘキコトナレハ別段通知ヲ爲スノ必要ナキナリ例ヘハ證書取戻ノ訴訟事件ノ如キ其訴名ノミニテ提出ノ請求アルコト對手人ニ於テ承知シ得ヘキナリ故ニ再ヒ提出通知ヲ爲スノ手數ヲ要セス

(ニ)對手人ニ於テ詐術又ハ脅迫ヲ以テ第三者ヨリ記錄ヲ得タルトキ　此場合ニ於テ通知ヲ必要トセサル理由ハ其取戻若クハ提出ヲ請求セラルヽコト固ヨリ承知シ得ヘキコトヽスレハナリ即チ對手人ニ於テ猥リニ提出呼出狀ヲ發シ證人ヨリ記錄ヲ受取リタル如キ場合是ナリ

(ホ)商船ノ水夫ニ於テ船主ニ對シ雇契約ヲ證明スルトキ　此場合ニ於テハ成法ヲ以テ契約書ヲ提出セシムル爲メ船主ニ通知ヲ爲スコトヲ要セスシテ直ニ二等ノ證據ヲ提出スルコトヲ許セリ蓋水夫ハ不學ニシテ訴訟ニ慣レサルヨリ斯ル保護ノ規則ヲ設ケタルモノナリ

(ヘ)對手人又ハ其代書人カ記錄ヲ訟廷ニ持參シタルトキ　元來通知ノ目的ハ對手人ニ記錄ヲ提出スルノ機會ヲ與ヘ而シテ最良ノ證據ヲ得ソトスルニアリテ或學者ノ說ノ如ク對手人ニ抗擊ヲ爲スノ猶豫ヲ與フルニアラサレハ其記錄ヲ提出スルト否トハ對手人ノ自由ナレトモ已ニ訟廷ニ持參シタル以上ハ別ニ提出ノ用意ヲ爲スヘキ爲メニ通知ノ必要ナキナリ

(四)記錄カ法律上提出スヘキ義務ナキ第三者ノ手裏ニアリテ提出呼出狀ヲ發スルモ其提出ヲ拒ムトキ又ハ提出呼出狀ヲ發セスシテ第三者證人トナリ宣誓ヲ爲シタル場合ニ於テ記錄ヲ訟廷ニ持參スルコトヲ自認スル其提出ヲ拒ムトキ」英國ノ法律ニ於テ記錄カ第三者ノ手裏ニ存スルトキハ其記錄ヲ訟廷ニ提出セシムル爲メ提出呼出狀ト名クル呼出狀ヲ發スルコトヲ必要トセリ蓋シ其呼出狀ニ記錄ヲ提出スヘシトノ命令ヲ記入シアルヲ以テ斯ク名ケタルナリ而シテ其呼出ヲ受ケタル證人記錄ヲ所持スルトキハ正當ノ理由ナクシテ其提出ヲ拒ムコトヲ得ス若シ拒ミタルトキハ訟廷侮辱罪ヲ以テ處分シ且ツ證書差押ノ處分ヲ受クヘキナリ而シテ提出ヲ拒ミ得ヘキ正當ノ理由トハ先キニ講述シタル特權ノ場合ヲ指シタルモノナリ例ヘハ之ヲ提出スルカ爲メニ證人ニ於テ罪ニ陷ルヽ恐アルカ如キ場合是ナリ、

本項第三者ニ法律上提出ノ義務ナシトハ即チ正當ノ理由アリテ提出ヲ拒ミ得ヘキ場合ヲ云フモノニシテ猥リニ其提出ヲ拒ム場合ヲ云フニアラス何トナレハ理由ナクシテ提出ヲ拒ムトキハ訟廷侮辱罪ヲ以テ處分シ提出セシムルコトヲ得ヘケレハナリ而シテ此場合ニ於テ二等ノ證據ノ提出ヲ許ス理由ハ通知ヲ

受ケテ提出セサル場合ト同樣二等ノ證據ヲ出スモノニ於テ其一等ノ證據ヲ得ルニ付充分ノ手續ヲ盡シタルモノト見做スヲ以テナリ

證人カ訟廷ニ記錄ヲ持參スルコトヲ自認スル場合ニ於テモ亦正當ノ理由アリテ提出ヲ拒ムトキハ之ヲ强ユルコト能ハサルノミナラス已ニ訟廷ニ持參シタル上ハ別ニ提出呼出狀ヲ發スルノ必要ナシ是レ二等ノ證據ノ提出ヲ許ス所以ナリトス

(五) 一等ノ證據カ公正ノ記錄ナルトキ(此項ハ公正ノ記錄ニ付テ別ニ講述スヘケレハ茲ニ省畧シテ述ヘス)

(六) 一等ノ證據カ數多ノ記錄ヨリ成立スルヲ以テ訟廷ニ之ヲ提出檢閲スルニ不便ナルトキ　此場合ニ於テ提出スヘキ二等ノ證據ハ其證明スヘキ事實ニ對シ一般ニ證明シ得ルモノナルコトヲ必要トス故ニ特別ニ證明シ得可キモノナルトキハ之カ提出ヲ許サス何トナレハ一般ニ証明シ得ルモノナルトキハ誤解ノ恐少ナキモ特別ニ證明シ得ルモノナルトキハ事細密ニ渉ルヲ以テ誤解ナキコトヲ保證シ難ケレハナリ例ヘハ原被告雙方ノ間ニ爲シタル計算書ヲ檢閲セシ

證人ニ於テ其計算ノ總計ヲ證明シ得ルモ計算ノ各項目ニ付テハ證明ヲ許サヽルカ如シ而シテ此場合ハ計算書ヲ分割シテ訟廷ニ提出シ檢閲ヲ受クルノ不便ナルトキニ限ルコト勿論ナレハ一小冊ニシテ提出ニ便利ナルトキハ固ヨリ之ヲ提出セサル可ラス

第十一章　公正ノ記錄

公正ノ記錄トハ相當官吏ノ作リタル記錄ニシテ其記錄ハ官吏ノ作リタルモノナルヲ以テ原本タルト謄本タルトヲ問ハス之ヲ私成ノ記錄ニ比シテ不正ニ成立ヲ又ハ不實ヲ記載スルノ恐少ナキモノトス故ニ等級ノ區別ヲ爲サスシテ其何レヲ提出スルモ妨ケナキモノトセリ

公正ノ記錄ニ記載セル事實ヲ證明スルニ付キ二個ノ方法アリ即チ左ノ如シ

第一　原本ヲ提出スルコト

原本ヲ提出スルハ最モ確實ナル證明ノ方法ナルコト論ヲ待タス然レトモ之ヲ提出スルニ先チ其公正ノ記錄ナルコト即チ相當官吏ノ手ヨリ出テタルコト及其公正ノ記錄ナリト云フモノト同一ナルコトヲ證明セサル可ラス

第二　謄本ヲ提出スルコト

提出スヘキ記錄カ公正ノ記錄ナルトキハ之ヲ提出スルカ爲メニ公私ノ不便ヲ惹キ起スコト尠ナカラサレハ其謄本ニ依リ證明スルヲ以テ足レトス而シテ謄本ニ數多ノ種類アリテ多少其證明ノ方法ヲ異ニセリ即チ左ノ如シ

(一)　讀合セタル謄本　讀合セタル謄本トハ一私人カ證據トナスヘキ爲メニ原本ニ從リ作リ之ヲ其原本ト讀合セタルモノヲ云フ故ニ之ヲ以テ公正ノ記錄中ニ掲クルハ穩當ナラサルカ如キモ其効力ニ於テ公正ノ謄本ト異ナルコトナケレハ英國ノ學者多クハ之ヲ公正ノ記錄中ニ掲ケタリ因テ茲ニモ亦掲示スルモノトス

此謄本ニ依リ證明ヲ爲スニ付テハ先ツ證人ヲ以テ其原本ト讀合セタルコトヲ證明セサル可ラス而シテ其讀合セハ一人ニテ原本及謄本ヲ讀ミ合シ又ハ二人ノ内一人カ原本ヲ讀ミ他ノ一人カ謄本ヲ讀ミ之ヲ爲スモ妨ケナシトス而シテ二人互ニ原本及謄本ヲ讀コトハ必要ナラス

(二)　保證シタル謄本　凡テ「マスタル、ヲフ、ロルス」(Master of Rolls)ニ於テ管督スル處

ノ記錄ノ謄本ハ副管督者又ハ管督試補ニ於テ眞正ノ謄本ナリト保證シ役所ノ印ヲ押捺シタルトキハ之ヲ以テ記錄ノ原本ニ代ヘ證明スルコトヲ得ルモノトス「マスタル、ヲフ、ロルス」トハ衡平法裁判官ニシテ英國一般ニ關スル記錄即チ裁判所ノ記錄議院ノ記錄行政官廳ノ記錄等ヲ常ニ監督保護セリ元來是等ノ記錄ハ各官廳ニ於テ監督シ來リシモ人民ノ撿閲ニ不便ナルノミナラス其監督ノ方法モ亦充分ニ行屆カサルヨリ終ニ成法ヲ以テ衡平法裁判官ニ監督ノ權ヲ與ヘタルモノナリ

(三)　「エキセムプリフィケーション」(Exemplication)　トハ國璽ヲ押捺シタル裁判所ノ記錄ノ謄本ナリ凡テ他裁判所ノ記錄ヲ以テ證據ト爲サントスルトキハ衡平法裁判所ニ其請願ヲ爲スヲ必要トス而シテ衡平法裁判所ハ他裁判所ノ記錄ヲ取リ寄セ其謄本ヲ作リ國璽ヲ押捺シテ之ヲ附與スルモノトス此謄本ハ其効力大コシテ原本ト敢テ異ナルコトナシ

(四)　裁判所ノ謄本　裁判所ノ謄本トハ裁判所ノ官吏カ法律又ハ裁判所ノ規則ニ依リ調成シタル謄本ヲ云フニアリテ法律ニ依リ作リタル場合ニ於テハ原本ト

同一ノ効力ヲ有スルモノトス又法律ヲ以テ作ルヘク責任ナキモ訴訟人ノ便宜ヲ計リ裁判所ノ規則ヲ以テ作ルヘキモノナルトキハ其謄本ハ同一事件ニシテ同一ノ裁判所ニ於テハ原本ト同一ノ効力アリト雖モ他ノ事件又ハ他裁判所ニ於テハ單ニ讀合セタル謄本トシテ之カ提出ヲ爲サシムルニ止マルモノトス

以上述ヘタル場合ノ外成法ヲ以テ公正ノ記錄ヲ提出スル代リニ其謄本ヲ提出スルヲ以テ足レリトスル場合尠ナカラス然レトモ之ヲ要スルニ官吏ノ作リタル謄本ハ直ニ之ヲ以テ證明スルコトヲ許シ一私人ノ作リタル公正記錄ノ謄本ハ證人ヲ以テ其眞正ノ謄本ナルコトヲ證明シタルトキ之ヲ以テ證明スルコトヲ許スモノトス

法律上記錄ヲ必要トスル場合

第十二章　法律ニ於テ記錄ヲ必要トスル場合

或ル事柄ニ付テハ法律上記錄ノ證據ヲ必要トシ如何ニ適切明白ナル口頭ノ證據アルモ之ヲ以テ其事柄ヲ證明スルコトヲ許サス是蓋其事柄ノ重要ナルカ又ハ詐欺誤聞ヲ防カンカ爲メニ設ケタルモノニシテ何レノ國ニ於テモ斯ル法律ヲ設クルノ必要ナシトセス今英國ニ於テ記錄ノ證據ヲ必要トスル重ナル場合ヲ掲クレハ左ノ如シ

第一　無形ノ財産

無形ノ財産トハ吾人カ目擊シ得サルモ尙ホ財産トナリ得ヘキモノヲ云フニ在リテ英國ニ於テ相續ノ目的物件トナリ得ヘキ財産ヲ二種ニ區別セリ(一)有形ノ財産(Corporeal hereditaments)(二)無形ノ財産(Incorporeal hereditaments)是ナリ有形ノ財産トハ土地家屋其他目擊シ得ヘキ物品ヲ云ヒ無形財産トハ獲得ノ權利使用ノ權利及其他ノ權利ヲ云フ是等ノ權利ハ假令其結果トシテ有形ノ物件ヲ生シ得ルモ普通法ノ原則トシテ必ス捺印證書ヲ以テ之ヲ授受セサル可ラス故ニ若シ捺印證書ナキトキハ裁判所ニ於テ其成立ヲ見認メス

此原則ヲ嚴正ニ適用スルヨリ實ニ劇場ニ入ル權利競馬場ニ入ル權利ノ如キ其入場劵ヲ以テ之ヲ證明スルコト能ハス必ラス捺印證書ヲ提出セサル可ラスト判定スルニ至レリ然レトモ原告ニ於テ入場劵ヲ賣リタル者ニ對シ破約ノ訴ヲ起ス場合ハ此限リニアラス

第二　會社(Corporation)及商社(Company)ノ契約

凡ソ會社及商社ノ爲シタル契約及其他ノ取引ハ其社印ヲ押捺シタル證書ヲ以テ證明スルコトヲ必要トセリ蓋會社商社ハ無形人ナルヲ以テ一個人ト異ナリ其行爲ヲ表示スルニ付キ嚴正ナル證書ヲ必要トスルニ至リシナリ然レトモ此規則ヲ實際施行スルコト難キヨリ數多ノ例外ヲ置クニ至レリ

(一)會社ノ爲シタル事柄カ輕易ニシテ會社ノ本務ニ附隨スルトキ又ハ必要ナルトキ例ヘハ會社ノ家屋ヲ修繕シ又ハ會社ノ僕婢ヲ雇入ルヽカ如シ

(二)商社ノ行爲ニ付テハ左ノ區別ヲ爲サヽル可ラス

(イ)法律ニ於テ一私人ニ對シ捺印契約ヲ必要トスル場合ニハ商社ニ於テモ亦捺印證書ヲ以テ契約ヲ爲サヽル可ラス

(ロ)法律ニ於テ一私人ニ對シ自署シタル證書ヲ必要トスル場合ニハ商社ニ於テモ亦其委員若クハ支配人ノ自署シタル證書ヲ以テ契約ヲ結ハサル可ラス

(ハ)法律ニ於テ一私人ニ對シ口頭ノ契約ヲ許ス場合ニハ商社ニ於テモ亦其委員若クハ支配人ノ口頭ヲ以テ契約ヲ爲スコトヲ得

右ノ如ク商社ノ場合ニ於テハ一私人ト異ナルコトナシ只其委員若クハ支配人ヲ

以テ契約ヲ爲スノ別アルノミ

第三　株券讓渡

商社ノ株券ヲ讓渡ストキハ相當ノ印紙ヲ貼用シ且ツ正實ニ其價額ヲ記載シタル捺印證書ヲ以テ之ヲ爲サヽル可ラス

第四　船舶ノ賣買

船舶ノ賣買ハ法律ヲ以テ定メタル條件ヲ記載セル賣買證書ヲ以テ之ヲ爲サヽル可ラス

第五　詐欺條例ニ因テ記錄ヲ必要トスル場合

此條例ヲ設ケタル目的ハ猥リニ口頭ノ證據ヲ許ストキハ僞證ノ機會ヲ與フルノ恐アルヨリ遂ニ記錄ヲ必要トシ其弊害ヲ防カントスルニ在リ然レトモ此法律ノ精神ハ契約ヲ無効トスルニアラス(特ニ無効ト記載シタル場合ヲ除ク)只訟廷ニ於テ口頭ヲ以テ證明ヲ爲スコトヲ禁シ救正ヲ與ヘサルニ止マレリ故ニ其契約ハ法律上尙ホ存在スルモノト知ル可シ今其重ナル場合ヲ揭クレハ左ノ如シ

(一)土地ニ關スル權利

例ヘハ畢生間ノ借地權、年期借地權ノ如キ是ナリ是等ハ契約者若クハ其代人ニ於テ署名シタル書面ナキトキハ單ニ隨意借地權ヲ得ルニ止マルモノトセリ而シテウイリヤム第四世第一年及九年條例第百六章ヲ以テ右ノ法律ヲ改正シ凡テ土地ニ關スル權利ハ捺印證書ヲ以テ其契約ヲ取結フヲ必要トシ若シ證書ナキトキハ契約ヲ無効トセリ

(二)管財人ノ爲シタル契約

管財人カ特ニ其管理スル財産ヨリ損害金ヲ拂フコトヲ約束シタルトキハ其約束ハ管財人カ自署シタル證書ヲ以テ之ヲ爲サヽル可カラス

(三)擔保

他人ノ負債錯誤若クハ不行爲ニ對シ第三者カ爲シタル擔保ノ契約ハ其擔保者ノ自署シタル證書ヲ以テ之ヲ爲サヽル可ラス

(四)婚姻ヲ約因トシタル契約

婚姻ヲ約因トシテ取結ヒタル契約ハ義務者若クハ其代人ニ於テ自署シタル証書ヲ以テ之ヲ爲サヽル可ラス

(五)一ケ年内ニ履行シ得可ラサル契約

此契約ハ義務者若クハ其代人ニ於テ自署シタル證書ヲ以テ之ヲ爲サヽル可ラス然レトモ法律ハ必ラス一年ヲ越ヘサル可ラサル契約ノミヲ指シタルコアレハ其契約ヲ爲シタル日ヨリ一ケ年内ニ履行シ得ヘキモノナレハ假令一ケ年ヲ超過スルモ妨ナシトス

(六)信托ヲ爲スノ明言

土地及其他不動産ノ信托ヲ爲スノ明言ハ其信托ヲ爲ス者ノ自署シタル證書若クハ遺囑書ヲ以テ爲サヽル可ラス若シ否ラサルトキハ其信托ヲ無効ノモノトス

(七)價額十磅以上ノ物品賣買契約

此場合ニ於テハ左ノ條件ノ一ヲ履行スルニアラサレハ以テ其契約ヲ無効トス」

(イ)買主ニ於テ物品ノ一部ヲ受取ルコト

(ロ)買主ニ於テ取引ヲ確實ナラシムル爲メ手付金ヲ渡シ又ハ代價ノ一部ヲ拂フコト

(八)契約者雙方若クハ其代人ノ自署シタル書面ヲ作ルコト

(八)遺囑

凡テ遺囑ハ遺囑者自カラ署名スルカ又ハ本人ノ命令ニ從ヒ其面前ニ於テ他人ノ自署シタル書面ヲ以テ之ヲ爲サヽル可ラス

(九)期滿免除條例ニ由リ免除ヲ得タル負債ノ回復

法律ニ由リ免除ヲ得タル負債ハ負債主ニ於テ自署シタル書面ヲ以テ承認又ハ約束スルコアラサレハ其契約ヲ回復スルコトヲ得ス

(十)他人ノ行爲ニ付テノ表示又ハ保證

他人ノ行爲信用、伎倆、商業、若クハ取引ニ付キ其他人ニ於テ信用金錢又ハ物品ヲ得セシメンカ爲メニ爲シタル表示又ハ保證ハ之カ爲メニ責任ヲ負フ可キ者ニ於テ自署シタル書面ヲ以テ爲サヽルトキハ訴訟ヲ起スコトヲ許サス

第十四回

第十三章　記錄證據ノ變更

前章ニ於テ講述シタル如ク或ル事柄ニ付テハ普通法又ハ成法ヲ以テ特ニ記錄ノ

記錄證據ノ變更

證據ヲ必要トセリ而シテ又法律ヲ以テ必要トセサルモ結約者雙方ノ合意ニ依リ特ニ契約ヲ記錄ニ記載スルコト少ナカラス凡テ是等ノ場合ニ於テハ外證ヲ以テ其記錄ヲ變更スルコトヲ許サヽルヲ以テ一般ノ原則トス何トナレハ契約ヲ記錄ニ記載スルニ當リ其事項ニ付キ沈思熟考スルハ人情ノ當サニ然ルヘキ所ナレハ之ヲ偶然爲シタル口約ノ如キモノニ比シテ錯誤ノ恐ナキコト明ラカナレハナリ」

外證トハ記錄ニ記載シタル契約ニ對スル他ノ記錄又ハ口頭ノ證據ヲ云フ例ヘハ借用證書ニ記載セル契約ニ付キ結約者ノ間ニ往復シタル手紙又ハ口約ノ如キ是ナリ

記錄ノ變更トハ外證ヲ以テ其記錄ニ記載セル事柄ヲ攻擊增減又ハ改正スルコトヲ云フ例ヘハ借用證書ニ年二割ノ利子ヲ附スヘシト記載アルモ其實一割ノ約束ナリト口頭ノ證據ヲ以テ證明スルカ如シ

右ノ場合ヲ例外トシ外證ヲ以テ記錄ノ證據ヲ變更スルコトヲ許セリ

一詐欺脅迫又ハ不法ニ由リ契約ノ成立シタルトキ(Fraud, undue influence, and illegality)

凡ソ詐欺脅迫ニ原因シテ成立シタル契約及不法ノ契約ニ付キ法律上ノ結果ニ

差異アルヲ以テ左ニ之ヲ區別シテ説明スヘシ

(イ)詐欺ノ契約ハ法律上取消シ得ヘキ契約ニシテ之ヲ取消スマテハ依然成立スルモノトス此場合ニ於テ詐欺ヲ受ケタル結約者ハ外證ヲ以テ詐欺ヲ證明シ其契約ヲ無効ト爲スコトヲ得ヘシ然レトモ詐欺ノ契約ハ如何ナル場合ト雖モ盡ク之ヲ無効ト爲シ得ルモノニアラスシテ下ノ如キ二個ノ制限アリ曰ク

(一)結約對手ノ雙方カ詐欺ノ契約ノ幾分ヲ履行シタルカ爲メニ之ヲ取消サントスルモ契約ヲ結ハサリシ前ノ位地ニ復スルヲ得サル場合(二)詐欺ニ依リテ爲シタル契約ニ基キ已ニ第三者ニ對スル關係ヲ生シタル場合以上二個ノ場合ニ於テハ縱令其契約ハ詐欺ニ由テ成立シタルモノナルモ之ヲ取消スコトヲ得スシテ只詐欺ニ由テ受ケタル損害ヲ要償スルニ止マルモノトス

(ロ)脅迫ニ依テ結ヒタル契約ハ其捺印契約タルト單純契約タルトヲ問ハス脅迫ヲ受ケタル對手ニ於テ外證ヲ以テ脅迫ヲ受ケタル事實ヲ證明シ以テ其契約ヲ取消シ得ルモノトス而シテ脅迫ヲ受ケタリトノ理由ヲ以テ契約ヲ取消サントスルニハ結約者ノ身体ニ對スル脅迫ナルヲ要ス物品ヲ毀損シ若クハ之

ヲ抑留セントスルカ如キハ契約ヲ取消スニ充分ナル脅迫トハ見做サヽルナリ

(ハ)不法ノ契約トハ條例ヲ以テ禁シタル契約習慣法ニ於テ不法ノモノトスル契約道德ニ反スル契約及ヒ政略ニ反スル契約ヲ云フ此等ノ契約ハ法律上全ク無効ノ契約ナルヲ以テ外證ヲ以テ其不法ナル事實ヲ證明スレハ其契約ハ最初ヨリ成立セサルモノト見做ス而シテ不法契約ハ履行前ナレハ違約スルモ其責ナク一旦履行シタルトキハ之ヲ取戻スコトヲ得ス是不法契約ヲ以テ訴訟ノ根據ト爲スヲ得ストノ原則ニ從テ生スル自然ノ結果ナリトス

二結約者カ無能力者ナルトキ(Incapacity of parties)

無能力トハ幼者、結婚婦、白痴、瘋癲者及醉狂者ヲ意味スルモノニシテ凡テ是等ノ者ハ法律上有効ナル契約ヲ結フノ能力ナキモノト見做スニ由リ外證ヲ以テ其無能力者ナルコトヲ證明シ其契約ヲ無効ト爲スコトヲ得ルモノトス

(イ)幼者ノ契約　舊來ノ法律ニ依レハ幼者ノ契約ハ取消シ得ル契約ニシテ之ヲ取消スマテハ成立スルヲ以テ丁年ノ後法律ニ從ヒ書面ヲ以テ之ヲ認諾スル

トキハ再ヒ之ヲ取消スコトヲ得サリキ然ルニヴイクトリヤ第三十七年及三十八年條例第十四章ヲ以テ幼者ニ物品ヲ賣渡シ若クハ賣渡スノ契約又ハ金錢ヲ貸渡シ若クハ貸渡スノ契約ハ其捺印契約タルト單純契約タルトヲ問ハス凡テ之ヲ全ク無効ノモノトシ丁年ノ後之ヲ認諾スルモ訴ヲ起スコトヲ得スト規定セリ是幼年ノ學生ニシテ猥リニ金錢ヲ借入レ爲メニ身ヲ誤ル者少ナカラサリシヨリ其弊害ヲ防カンカ爲メニ設ケタル法律ナリ然レトモ舊來ノ法律ニ於テ有効ノモノトセシ契約即チ幼者ノ必要品ニ關スル契約ハ尙有効ノモノトス

(ロ)結婚婦ノ契約　結婚婦ノ契約ニ付テハ其結婚前ニ爲シタル契約ト結婚後ニ爲シタル契約トノ區別ヲ爲スヲ必要トス結婚前ニナシタル契約ノ場合ニ於テハ舊來ノ法律ニ依レハ夫タル者ニ於テ全ク其義務ヲ負ハサル可ラサリシカ千八百七十年ノ結婚婦財産條例及千八百七十四年改正條例ヲ以テ夫タル者ハ其婦ノ持參シタル財産ノ價額限リ婦ノ結婚前ノ契約ニ對シ義務アルモノト規定セリ

結婚後爲シタル契約ノ場合ニ於テハ妻ノ必要品若クハ特ニ獨立シテ契約ヲナシ得ル場合ノ外凡テ其契約ヲ無効ノモノトス而シテ衡平法ニ於テハ結婚婦ト雖モ信托ノ方法ニ由リ夫ト特別ニ財産ヲ所有スルコトヲ得而シテ其特別財産ヲ有スル者ハ結約ノ能力ヲ有ス然レトモ結婚婦ニ於テ結フ契約ハ其特別財産ニ付キ結ヒタルモノトスルカ故ニ其金額ニ超過スルノ義務ヲ負フコトナシ後千八百七十年及千八百七十四年ノ條令ニ由リ信托ノ方法ヲ用ヒスシテ直ニ別有財産ヲ處有スルコトヲ得ルニ至リ其別有財産ニ付テハ未婚婦ト同シク結約ノ能力ヲ有ス然レトモ其契約ノ義務ハ別有財産自カラ之ヲ負フモノトス

(ハ)瘋癲、白痴、醉狂者ノ契約　是等ノ者ハ知覺精神ノ不充分ナル者ナリト雖モ其不充分ナルコトニハ各程度アリテ一樣ナラス而シテ其程度是非曲直ノ辨別ナク且ツ其取引ノ性質如何ヲ認知スル能ハサルモノナルトキハ其契約ハ取消シ得ルモノトス然レトモ又對手人ノ利益ヲモ保護セサル可ラサルニ依リ法律ハ其契約ヲ取消スニ左ノ制限ヲ付シタリ即チ一方ノ對手他ノ對手ノ無

能力者ナルコトヲ知レルカ又ハ事實之ヲ知ラサルモ相當ノ注意ヲ施セハ知リ得可キ場合ニアラサレハ是等ノ無能力者ヨリ其結ヒタル契約ヲ取消スコトヲ得ス以上取消スコトヲ得ル場合ニハ外證ヲ以テ其無能力ナルコト及他ノ對手ニ於テ其事實ヲ知レルコトヲ證明スルヲ得可シ

三契約ノ式ヲ欠キタルトキ(Want of the form of contract)

或ル契約ニ付キテハ一定ノ式ヲ履行スルコトヲ必要トセリ故ニ其式ヲ履行セサルトキハ契約ニ瑕瑾アルモノトシ之ヲ無効トス即チ捺印契約是ナリ此場合ニ於テハ其契約ノ事項ヲ記錄ニ記載スルヲ以テ足レリトセス必ラス印影ヲ押捺シ且ツ契約者ノ作リタル捺印證書ナルコトヲ公言シテ之ヲ引渡スヲ必要トス故ニ此式ヲ履行セサルトキハ契約ヲ無効ノモノトス

四錯誤ニ出テタルトキ(Mistake)

錯誤ニ二種アリ法律ノ錯誤事實ノ錯誤即チ是ナリ而シテ法律ノ錯誤ニ付テハ夫ノ著明ナル「法律ノ不知ハ何人ト雖モ宥恕セス」トノ原則ニ依リ錯誤ヲ理由トシテ契約ノ取消ヲ主張スルコトヲ許サス故ニ外證ヲ以テ其證明ヲ爲スコトヲ

得ス

又事實ノ錯誤ニ付テハ普通法ニ依レハ法律ノ錯誤ト同シク之ヲ以テ契約取消ノ理由ト爲スコトヲ許サヽリシモ衡平法ニ於テハ實際錯誤ノ存在スルコト及其錯誤ハ之ヲ救正シ得ルモノナルコトヲ証明シタルトキハ契約ヲ取消シ得ルモノトセリ而シテ千八百七十五年訴訟手續改正條例ニ普通法ト衡平法ト抵觸スルトキハ衡平法ニ從フ可シトアルヲ以テ同一ノ場合ニ付テハ普通法ニ於テモ亦救正ヲ與フ可キナリ

茲ニ注意ヲ加フ可キコトアリスチーブン氏ハ法律錯誤ノ場合ニ於テモ亦外證ヲ以テ契約ヲ變更シ得可シト云ヘリ然レトモ法律ノ錯誤ヲ以テ契約ヲ變更シ得可ラサルコトハ爭フ可ラサル原則ナレハ外證ヲ以テ之カ證明ヲ許サヽルモ亦自然ノ結果ナリト云ハサル可ラス然ルニ氏ノ如キ學者ニシテ斯ノ如キ誤謬ヲ惹起シタルハ如何ナル理由ニ出テタルヤ未タ之ヲ知ルコト能ハス

(五)約因ノ欠乏(Want of consideration)

約因ハ契約ヲ有効ト爲スニ付キ最モ必要ノ條件ニシテ其約因ニ欠乏アルトキ

ハ契約ヲ無効トス此場合ニ於テ外證ヲ以テ約因ノ欠乏ヲ證明スルコトヲ得可シ然レトモ捺印契約ノ場合ニ於テハ其嚴正ノ成立ニ信ヲ措キ法律上常ニ約因アリト推測スルヲ以テ外證ヲ以テ其欠乏ヲ證明スルコトヲ許サス故ニ本項ハ專ラ單純契約ニ適用スルモノトス而シテ單純契約中亦タ法律ニ於テ正當ノ約因ニ由リ成立ヲタルモノト推測スル場合アリ爲替手形約束手形ノ如キ場合即チ是ナリ左レトモ此等ノ場合ニ於テハ其法律上ノ推測不確定ノモノナルヲ以テ外證ヲ擧テ約因ノ欠乏ヲ證明スルコトヲ得之ニ反シテ捺印契約ノ場合ニ於テハ全ク其外證ヲ擧クルコトヲ許サス

(六)特殊ノ契約(Separate contract)

特殊ノ契約ハ契約證書ニ記載ノ事柄ト抵觸セサル限リ縱令同一ノ事柄ニ係ルモ外證ヲ以テ之ヲ證明スルコトヲ得例ヘハ船舶借用証書ニ依リ契約ヲ取結ヒタル原被告カ同時ニ口頭ヲ以テ其契約履行ノ後一定ノ期限內尙ホ船舶ヲ使用セシムルコトヲ約束シタル場合ニ於テ口頭ヲ以テ其約束ヲ證明シ得ルカ如シ

(七)未必ノ條件(Condition precedent)

記錄契約ヲ取結ヒタル當時其契約ハ或ル特定ノ條件ヲ生シタルトキ之ヲ履行スヘシト約束シタル場合ニ於テハ外證ヲ以テ其條件ノ發生ヲ證明スルコトヲ得例ヘハ甲ヨリ乙ニ專賣權ヲ賣渡スヘキ記錄契約ヲ結ヒ同時ニ口頭ヲ以テ其契約ハ丙ニ於テ之ヲ贊成スルニアラサレハ履行ス可ラストノ條件ヲ附シタル場合ニ於テハ口頭ヲ以テ其條件ヲ證明シ得ルカ如シ

(八)後ノ契約(Subsequent agreement)

後ノ契約トハ記錄契約ノ成立ヲタル後ニ取結ヒタル契約ニシテ其後ノ契約ハ縱令口頭ナルモ尙之ヲ以テ前ノ記錄契約ヲ變更シ得ルモノトス是蓋後ノ契約ヲ以テ特殊ノ新契約トシ前ノ契約ト相抵觸セサルモノト見做セハナリ故ニ之ヲ以テ前契約ノ一部若クハ全部ヲ變更スルモ敢テ妨ケナシトス而シテ其後ノ契約ナルコトハ前記錄契約ノ變更ヲ許スニ付キ最モ必要ノ條件ナリトス何トナレハ記錄契約ノ成立以前ニ取結ヒタル口頭ノ約束又ハ之ト同時ニ取結ヒタル口頭ノ約束ハ其記錄ニ記載シタル契約ト抵觸スルモノト見做シ之ヲ以テ其變更ヲ許サヽレハナリ然ルニ英國ノ學者ハ其時ノ前後ノ必要ナルコトヲ明知セ

サルヨリ遂ニ誤謬ヲ惹キ起スコト少シトセス

後ノ口約ヲ以テ記錄ヲ變更スルニ付キ捺印契約ト單純契約ノ區別ヲ爲スコト亦必要ナリトス何トナレハ此區別ニ依リ其証明ノ許否ニ差異アレハナリ

(一)捺印契約　捺印契約ハ印影ヲ押捺シ一定ノ式ヲ履行シタルヲ以テ單純契約ニ比シテ嚴正ノモノナリ故ニ其變更ヲ爲スニ付キ亦嚴正ノ方法ヲ必要トセリ格言ニ曰ク凡テ物ハ其之ヲ組成シタルト同一ノ方法ヲ以テ釋放セサル可ラスト即チ後ノ契約カ捺印契約ナラサルトキハ之ヲ以テ前ノ捺印契約ヲ變更スルコトヲ許サヽルナリ

(二)單純契約　單純契約ニ付テハ法律ヲ以テ記錄ヲ必要トスル場合ト私ニ記錄ニ記載シタル場合トノ區別ヲナサヽル可ラス何トナレハ二者ノ間ニ亦幾分カ差異アレハナリ

(イ)法律ヲ以テ記錄ヲ必要トスル場合　此場合ニ於テハ彼ノ口頭契約ヲ以テ前ノ記錄契約ヲ變更シ得ルヤ否ヤニ付キ判決例一定セス論者曰ク法律ヲ以テ記錄ヲ必要トスルハ詐欺ヲ防クノ目的ニ外ナラサレハ後ノ口頭契約ヲ以テ

之ヲ變更スルコトヲ許スニ於テハ法律ノ精神ヲ無効トスルニ外ナラスト然ルニゴッス對ロードナゼントノ訴訟ニ於テ詐欺條例第三條ノ解釋ヲ與フルニ當リ判事デンマン氏カ條例中契約ノ釋放ニ付キ記錄ノ必要ナルコトヲ明記セス故ニ該條ノ土地賣買ノ契約ハ後ノ口頭契約ヲ以テ之ヲ釋放スルコトヲ得可シトノ說ヲ出セシヨリ英國ノ裁判官及ヒ學者中或ハ之ヲ是トシ或ハ是ヲ非トシ一定ノ說ヲ得ルコト能ハス然レトモ夫ノ遺囑條例ニ從ヒ爲シタル遺囑證書ノ如キハ後日口頭ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ許サヽルヤ明瞭ナレハ法律ニ於テ記錄ヲ必要トスル場合ニ於テハ宜シク先ツ其法律ノ明文及其精神ニ付テ之カ許否ヲ論究決定スルノ外他ニ方法ナシトス

(ロ)私ニ記錄契約ヲ取結ヒタル場合　此場合ニ於テハ後ノ口頭契約ヲ以テ前ノ記錄契約ノ全部若クハ一部ヲ變更スルヲ得ルコト明カナリトス

(九)第三者ノ場合 (Thrid partie)

口頭ヲ以テ記錄ノ變更ヲ許サストハ結約者雙方ノ間ニノミ適用スヘキ規則ナレハ之ヲ以テ契約ニ關係ナキ第三者ニ適用スルコトヲ得ス故ニ若シ第三

著其契約ノ爲メニ己レノ權利ヲ害セラレタリトスルトキハ如何ナル事柄タルヲ問ハス外證ヲ擧テ之ヲ證明シ以テ其契約ヲ變更スルコトヲ得可シ

第十四章　記錄ノ解釋

記錄ノ解釋トハ記錄ニ記載シタル文字若クハ記錄ノ如何ナル意味ニ用ヒタルモノナリヤ又其文字若クハ記號ト事實ノ關係ハ如何ナルモノナルヤヲ解知スルニアリテ元來記錄ノ解釋ハ主法ニ直接ノ關係ヲ有シ助法即チ證據法ニ間接ノ關係ヲ有スルモノトス故ニ之ヲ以テ證據法ノ一部ト爲スハ穩當ナラサルカ如キモ英國ノ學者多クハ之ヲ證據法ノ一部トシテ論スルニ依リ茲ニモ亦其轍ヲ踏ンテ講述ス可シ而シテ記錄ノ解釋カ證據法ニ間接ノ關係アリトハ即チ記錄ニ記載セル文字若シクハ記錄ノ意味ヲ說明スル爲メ他ノ證據ヲ提出シ得ルヤ否ヤヲ決定スルニ在リトス

或學者ハ文字ノ意味ヲ解釋スルト文字ト事實ノ關係ヲ知ルノ區別ヲ爲シ一ヲ「インテルプレテーション」(Interpretation)ト云ヒ二ヲ「コンストラクション」(Construction)ト云ヘリ此區別ハ米國ノ學者リーバー氏カ其著書法律上及政治上ノ解釋學ニ於テ

始メテ主唱セシモノニシテ歐米ノ學者其正當ナルコトヲ承認セサルモノナシ蓋右ノ區別ヲ爲シ得ルコト固ヨリ當然ナリト雖モ實際二者ノ關係密着スルヲ以テ明カニ其區別ヲ爲スコト甚タ困難ナルノミナラス强テ之ヲ爲スモ大ナル利益アルヲ見ス何トナレハ文字ノ意味ヲ解釋スルニ付テハ前後ノ事實ヨリ之ヲ推知セサル可ラス又事實ヲ知ルニ付テハ文字ノ意味ヲ解セサル可ラサレハナリ故ニ本章ニ於テハ右ノ區別ヲ爲サス單ニ之ヲ解釋トシテ講述セントス

(一)讀ミ得ヘカラサル文字

例ヘハ前後共ニ磨滅シテ一字ノミ殘リタルカ如シ此場合ニ於テハ口頭ヲ以テ其文字ノ意味ヲ証明スルコトヲ得可シ

(二)解シ得ヘカラサル文字

例ヘハ外國語不用語(曾テ用ヒタルモ其記錄ヲ作リタル當時ハ已ニ廢シタル語ヲ云フ)略語ノ如シ是等ノ場合ニ於テモ亦口頭ヲ以テ文字ノ意味ヲ證明スルコトヲ得可シ

(三)特別ノ意味

例ヘハ學術的ノ用語一地方ノ用語商業上ノ用語又ハ普通ノ語ニシテ前後ノ關

係ヨリ特別ノ意味ニ用ヒタリト解釋シ得ル場合ノ如シ是等ノ場合ニ於テモ亦口頭ヲ以テ其意味ヲ證明スルコトヲ得可シ

(四)兩解 (Ambiguity.)

兩解トハ一字一句ニシテ兩樣ノ意味ヲ有シ其何レニ用ヒタルヤ不明瞭ナル場合ヲ云フ而シテ兩解ハ之ヲ二種ニ區別ス左ノ如シ

(一)顯然ノ兩解 (Patent ambiguity.) 顯然ノ兩解トハ記錄ノ表面ニ顯ハレタル兩解ヲ云フ即チ記錄ニ記載シタル字句不充分ニシテ裁判所カ記者ノ位地ニ立ツモ之ヲ解スルコト能ハスト看做ス場合是ナリ例ヘハ遺囑證書ニ受囑者ノ姓名ヲ記載セサルカ如シ斯ル場合ニ於テハ外證ヲ以テ遺囑者ノ意思ハ斯々ナリト證明スルコトヲ許サス何トナレハ若シ之ヲ許スニ於テハ記錄ハ最良ノ證據ナリトノ原則ヲ破リ口頭ノ遺囑ヲ許スニ均シケレハナリ故ニ斯ル欠點アル記錄ハ無効ノモノトス

(二)闇然ノ兩解 (Latent ambiguity.)

闇然ノ兩解トハ記錄ノ表面ニ顯レサルモ他ノ摸樣ニ依リ兩解ヲ惹キ起ス場

合ヲ云フ即チ記錄面ニ於テハ毫モ疑フ所ナキモ實際之ヲ適用スルニ當リ疑點ヲ生シ如何トモスル能ハサル場合是ナリ例ヘハ甲ニ於テ所有地[イ]號ヲ乙ニ與ヘントノ遺囑證書ニ記載シアル場合ニ於テ乙ナル者二人アリ又ハ[イ]號ノ土地二ケ所アリテ其何レヲ指シタルヤヲ知ル能ハサルカ如シ然ルトキハ此乙ヲ指シタルナリ彼ノ[イ]號ヲ指シタルナリト外證ヲ以テ之ヲ証明スルコトヲ得可シ

兩解ニ付テ外證ヲ許スコト右ノ如シ然レトモ闇然ノ兩解ナルヤ否ヤヲ決スルニ付テハ左ノ規則ヲ適用セサル可ラス

(イ)記錄全体ノ摸樣ヲ調査セサル可ラス　記錄ニ記載シタル文字ハ之レヲ事實ニ適用スルニアレハ其文字ノ意味ヲ知ルニ付テハ亦事實ヲ知ラサル可ラス語ヲ換テ云ヘハ記者カ如何ナル意思ヲ以テ記錄ニ記載シタル文字ヲ用ヒタルカヲ知ルニ付テハ其文字ヲ適用スル事實ニ付テ之ヲ探知セサル可ラス故ニ記錄ノ表面ニ於テハ顯然ノ兩解ノ如キモ事實ノ摸樣ニ依リ其意味明確ナレハ之レヲ闇然ノ兩解ナリトシテ記錄ヲ無効トセス故ニ事實ノ摸樣ヲ調

査シ尚ホ意味ヲ解シ能ハサル時ヲ以テ眞ノ顯然ノ兩解トス

(ロ)相當ノ人ニ於テ兩解ト爲スコトヲ必要トス　單ニ文字ヲ讀ミ能ハサル人又ハ讀ミ得ルモ其事柄ヲ知ラサル人ニ於テ兩解ナリトスルモ充分ナラス且ツ裁判官ニ於テ其事柄ヲ詳知セサルカ爲メ兩解ナリトスルモ未タ以テ兩解ナリトスル能ハス故ニ一般其事柄ヲ知ル人ニ付テ如何ナル意味ニ用ヒタルヤヲ知ラサル可ラス若シ然ラサレハ裁判官ノ知得ノ度ニ由テ有効ト爲シ又ハ無効ト爲スニ至ル可ケレハナリ

(五)誤記(Mistake)

記錄面ニ誤記アルモ之ヲ以テ兩解ト爲ス可ラス何トナレハ誤記ト兩解ハ異別ノモノニシテ誤記アルモ兩解ナク兩解アルモ誤記ナキコトアレハナリ例ヘハ遺囑者ニ於テ家屋ノミヲ有スル場合ニ於テ遺囑證書ニ土地ヲ與フト記載シタル如キ即チ誤記ニシテ兩解ニアラス之ニ反シ遺囑者ニ於テ甲ノ子乙ニ家屋ヲ與フ可シト記載シタル場合ニ於テ甲ニ乙ナル子二人アルトキハ即チ兩解ニシテ誤記ニアラス而シテ誤記ノ場合ニ於テハ事實ノ摸樣ニ依リ其誤記ナルコト

明カナレハ外證ヲ以テ之ヲ證明スルコトヲ得セシメ以テ記錄ヲ無効ト爲サス

第十五回

第四編　證明ノ責任(Burden of proof)

第一章　責任ヲ定ムル原則

責任ヲ定ムル原則

凡ソ原被告ノ爭點定マルニ方リ茲ニ其爭點事實及爭點干係ノ事實ヲ證明スルノ責任ヲ生ス而シテ其責任カ原被告ノ内何レニ在ルヤヲ決定スルハ頗ル困難ナル而已ナラス證據法中ニ於テ最モ緊要ノ事柄トス何トナレハ有責者ニ於テ其責任ヲ盡サントルトキハ遂ニ敗訴ノ裁判ヲ受クルノ場合ニ立至ル可ケレハナリ

證明ノ責任ヲ定ムルノ原則ニ付テハ古來學者ノ論シタルモノ少ナカラス因テ諸說ヲ擧ケテ其當否ヲ研究スルハ亦無用ノ事柄ニアラス即チ左ノ如シ

一　推測ニ依テ定ムルコト

二　申立(Assertion)ノ有的無的ニ依テ定ムルコト

三　原被告ノ地位ニ依テ定ムルコト

四　訴訟ノ勝敗ニ依テ定ムルコト

推測ニ由テ定ムルコト

一、推測ニ依テ定ムルコト

凡ソ法律ハ社會現時ノ有樣ヲ正當ナリト推測スルモノナレハ何人ト雖モ苟モ其現在ノ有樣ヲ變更セントスル者ハ自カラ進ンテ其推測ヲ破ルニ足ル可キ理由ヲ證明セサル可ラス是蓋社會必需ノ理ニ基因シタルモノニシテ固ヨリ當然ノ事柄ナリ何トナレハ現時ノ有樣ヲ變更セントスル者ニ證明ノ責任ナクシテ其將サニ變更セラレントスル者ニ之アリトセハ社會ハ一日モ其堵ニ安スルコト能ハサルナリ證據法ニ於テ責任ヲ定ムルノ原則モ亦此理由ノ外ニ出テス然レトモ英國學者中明カニ此理由ヲ認メテ以テ責任ヲ定ムルノ原則ト爲シタル人甚タ稀ナリウヰルス氏曰ク凡ソ人カ社會ニ於テ有スル權利ヲ正當ニ奪却セントスルニハ其人カ法律上奪却スヘキ所爲ヲ犯シタリトノ證據アルコトアラサレハ之ヲ奪却スルコト能ハス何トナレハ法律ハ現時ノ有樣ヲ尊重スルニ依リ其反對ヲ證明スルマテハ各人ヲ無罪ト看做スヲ以テナリト是氏カ刑事ノ場合ニ證明ノ責任ヲ論シタルモノニシテ均シク之ヲ民事ノ場合ニ適用シ得ルコト勿論ナリ而シテ推測ニ依テ證明ノ責任ノ移轉スルコトハ英國法律ノ明ラカニ認ムル所ニシテ以下掲クル所ノ

申立ノ有ニ的無的ニ依テ定ムルコト

諸說ノ如キモ亦此理由ノ外ニ出テスシテ只其說明ヲ異ニスルノミ

二、中立ノ有的無的ニ由テ定ムルコト

原被告ノ申立ニ有的ノモノアリ無的ノモノアリ而シテ其有的ノ申立ヲ爲ス者ニ證明ノ責任アリトハ羅馬法律ニ淵源シタルモノナリ「ダイゼスト」第二十二卷第三章ニ證明ノ責任ハ論告スル者ニアリテ非認スル者ニナシ」ト又「コード」第四卷第十九章ニ「非認シタル事實ハ其性質上證明スルヲ得ス」トアル即チ是ナリ右羅馬法ノ明文ヲ解スルニ當リ茲ニ二個ノ問題アリ

(一)無的ハ証明シ得可キヤ否ヤ

(二)中立トハ如何ナルモノナルヤ是ナリ

(一)無的ハ證明スルコト能ハス」ト爲スハ羅馬法ノ字句ニ拘泥シタル說ニ過キスシテコーク氏ノ書中ニモ證人ハ無的ヲ證明スルコト能ハストハ法律ノ原則ナリト明記シタリ然レトモ無的ニシテ證明シ得可キ場合アルノミナラス單ニ文字上無的タルニ過キスシテ之ヲ有的ニ變シ得ヘキモノアリ凡ソ無的ノ事實ニシテ單ニ對手人ノ主張シタルモノヲ非認シタルモノナルニ於テハ之ヲ證明スルコト困難ナ

ルノミナラス多クノ場合ニ於テハ之ヲ証明スルコト能ハスト断言シ得可シ然レトモ若シ無的ノ事實ニシテ之ヲ人、場所、時、及ヒ其他ノ摸様ヲ以テ制限シ得ルトキハ有的ノ事實ト等シク其證明ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ原告ニ於テ單ニ被告カ竊盜ヲ爲シタリト主張シ被告ニ於テ單ニ之ヲ非認シタルニ止マルトキハ其有的無的ノ事實共ニ之ヲ證明スルコト困難ナリ然レトモ若シ原告ニ於テ被告カ何年何月何日何時頃ニ何ノ誰ノ家宅内ニ於テ何ノ誰ノ金側時計ヲ竊取シタリト主張スルニ於テハ原告ニ於テ其事實ヲ證明シ得ルハ勿論被告ニ於テモ亦其何年何月何日何時頃他ノ場所ニ在リシ事實ヲ證明シ以テ被告カ竊盜ヲ爲シタルニアラサリ事實ヲ間接ニ證明スルコトヲ得可シ又或場合ニ於テハ無的ノ事實ニシテ之ヲ直接ニ證明スルコトヲ得ヘキナリ例ヘハ原告ニ於テ被告何年何月何日何時頃何所ニ於テ原告ヲ毆打セリト主張スル場合ニ於テ被告ハ其年月日時場處ニ居合ハセタル證人ヲ以テ被告ハ毆打セスト直接ニ證明スルコトヲ得可キナリ左レハ無的ハ證明スルコト能ハストノ論ハ一般ニ之ヲ主張スルコトヲ得スシテ英國ノ學者モ亦之ヲ主張セサルナリ左レトモ無的ナルモノハ其之ヲ直接ニ證明シ得ル場

合ハ甚タ少ナキヲ以テ英國學者中無的ハ其證明困難ナルカ故ニ証明ヲ許サストノ断言シタル人少ナカラス

又單ニ文字上無的ノモノアルニモ拘ラス羅馬法ノ原則中ニ此區別ナキヨリ文字上無的ノ場合モ尚責任ナシト信シタル人ナシトセス然レトモ文字上無的ノ申立ニシテ少シク其文字ヲ變更スルトキハ容易ニ之ヲ有的ト爲シ得ルノミナラス此場合ニ於テ證明ノ責任ナシトセハ輙スク申立ヲ無的ニ變シテ彼ノ重大ナル責任ヲ免ルヽノ弊ヲ生スルコト明カナリ例ヘハ原告ニ於テ被告カ借金ヲ拂ハスト申立ツルハ原告ニ貸金請求ノ權利アリ被告ニ借金返濟ノ義務アリト申立ツルト同一ニシテ即チ文字上無的ノ申立ナリ故ニ英國法律ハ斯ル申立ヲ爲ス者ハ其實有的ノ申立ヲ爲スニ過キサルモノトシテ責任ヲ免レシメス原則ニ曰ク證明ノ責任ハ實際爭點ノ有的ヲ主張スル者ニ在リト即チ特ニ實際ナル語ヲ以テ文字上ノ無的ヲ此原則中ニ包含セシメサルモノナリ

(二)羅馬法ニハ單ニ論告スル者ニ責任アリトアリ又英國ノ原則ニハ爭點ノ有的ヲ主張スル者ニ在リテ其論告スル者及爭點ノ有的ヲ主張スル者トハ如何ナルモノ

ヲ指シタルヤヲ知ルコト緊要ナリ元來羅馬法ニ於テ論告スル者トハ原告ヲ指シタルニ相違ナク亦英國ノ原則ニ於テ爭點ノ有的ヲ主張スル者トハ即チ原告ヲ指シタルモノナリ抑モ英國法律ニ於テ爭點ト云フハ論辯法ニ規定シタル方式ニ依リ訴訟人ノ一方ニ於テ是認シ他方ニ於テ非認シタル事柄ニシテ其事柄ノ決定ニ依リ權利義務ニ確定スヘキモノナリ故ニ爭點ノ有的ト云ヘハ訴訟全体ノ有的ト云フ義ニシテ其結局ノ中立有的ナルニ於テハ縱令理由トナルヘキ事實カ無的ナルモ結局有的ノ主張者ニ於テ之ヲ證明セサル可ラス例ヘハ原告ニ於テ被告カ無鑑札ニテ遊獵ヲ爲シタレハ罰金ニ處セラルヘキモノナリト主張シタル場合ニ於テ其結局ノ罰金ニ處セラル可キモノナリトノ中立有的ナレハ無鑑札ノ事實カ無的ナルニモ拘ラス原告ニ於テ之ヲ證明セサル可カサルナリスチーブン氏曰ク何人ト雖モ裁判所ニ對シ是認シ又ハ非認シタル事實ニ由リ權利義務ノ判決ヲ乞フ者ハ其事實ノ成立又ハ不成立ヲ證明セサル可ラスト即チ此意味ヲ示シタルニアリ然レトモ訴訟結局ノ無的ヲ主張スル者ニ於テ其證明ヲ爲スヘキ責任ヲ生スル場合アリ即チ對手人ニ於テ一應有的ノ證明ヲ爲シタルニ依リ之ニ反對ノ證明ヲ

爲サヽル可ラサル場合即チ責任ノ移轉シタル場合是ナリ此ノ場合ニ於テハ己レノ中立カ無的ナルニモ拘ラス特ニ證據ヲ擧ケテ證明ヲ爲サヽル可ラススチブーン氏ハ之ヲ特別事實ノ證明ト云フ例ヘハ前例ニ於テハ原告ニ於テ被告カ金側時計ヲ窃取ヲタル事實ヲ證明スルノ義務アルヤ論ヲ待タス然レトモ若シ原告ニシテ被告カ窃取シタルナラントノ推測ヲ爲シ得ヘキ證據ヲ提出シタルトキハ被告ハ一歩ヲ進メテ原告カ主張スル年月日時ニ他ノ場所ニアリシコトヲ主張シ若シハ其他ノ證據ヲ擧ケテ特ニ其事實ヲ證明セサル可ラス

右ノ如ク中立ノ有的ヲ主張スル者ニ證明ノ責任アリトスルモ是畢竟推測ノ有無ニ因テ生スルモノニシテ其責任タル推測ノ移轉ニ由テ亦移轉スルモノナリ詳細ハ次ノ章ニ於テ之ヲ論ス可シ

被原告ノ地位ニ由テ定ムルコト

三、原被告ノ地位ニ因テ定ムルコト

證明ノ責任原告ニアリトハ佛國學者ノ主張スル所ニシテ羅馬法律ヲ適用シタルモノナリ曰ク訴訟ヲ提起シテ權利ヲ主張スル者即チ原告ハ常ニ被告ノ地位ヲ變更セント企圖スルモノナリ故ニ原告ハ常ニ證明ノ責任ヲ負担セサル可ラスト是

レ固ヨリ推測ヲ基礎ト爲シタルモノニシテ當然ナリト云ハサル可ラス然レトモ之ヲ以テ一般ノ原則ト爲スニ於テハ欠點アリト云ハサル可ラス何トナレハ前段ニモ述ヘタル如ク被告ニ證明ノ責任アル場合アルヲ以テナリ例ヘハ原告ニ於テ貸金ノ請求ヲ爲スニ當リ其證明ノ責任アルハ論ヲ待タサレトモ若シ被告ニ於テ其借金ヲ返濟シタリト抗辯スルニ於テハ被告自ラ返濟シタル事實ヲ證明セサル可ラス此場合ニ方リ論者曰ク被告ハ已ニ原告ノ位地ニ變シタルモノナリ何トナレハ被告ハ原告ノ位地ヲ變セントスルヲ以テナリト然レトモ被告ハ原告ノ地位ヲ變セントスル者ニアラスシテ却テ原告カ變セントスル己レノ位地ヲ維持スルノ目的ヲ以テ抗辯ヲ爲スコト尙單ニ借金ナシト答フルト敢テ異ナラス又一般ニ原告ニ證明ノ責任アリトスルノ不當ナルコトハ刑事ノ場合ニ於テ最モ著名ナリ例ヘハ甲カ竊盜ヲ爲シタリト云フ事件ニ於テ甲カ其犯罪ノ當時乙ノ家ニ一泊シ他出セシコトナキハ乙ノ知ル所ナリト申立テタルトキ甲ニ其證明ノ責任アルヤ論ヲ待タサレトモ甲カ原告トナリタリトハ決シテ云フコト能ハサルナリ宜ナル哉論者ト雖モ刑事ノ場合ハ例外ナリト自認スルヲヤ畢竟スルニ原告ナル文字ヲ

用ユルヨリ斯ル誤謬ヲ生スルモノナレハ之ヲ推測ヲ破ラントスル者ニ證明ノ責任アリトスルトキハ其目的ヲ達ス可キナリ

證明ノ責任被告人ニアリトハベンサム氏カ之ヲ首唱セシモノナリトシテ佛國ノ學者カ其非ヲ論スル者少ナカラス然レトモ氏ノ證據法原理ヲ見ルニ氏ト雖モ直接ニ被告人ニ證明ノ責任アリト論シタルニアラス故ニ今氏ノ所論ヲ揭ケテ其主意ノアル所ヲ示サントス曰ク凡ソ證據ヲ提出スルノ責任ハ常ニ最小ノ不便即チ最小ノ澁滯費用及艱難ヲ以テ之ヲ提出シ得ヘキ者ニアリト云ハサル可ラス然レトモ如何ナル方法ニ由テ訴訟人ノ一方カ提出スルニ便益ナル地位ヲ有スルコトヲ知リ得可キヤ人造ノ訴訟手續ニ於テハ之ヲ定ムルノ方法ナシト雖モ自然ノ訴訟手續ニ於テハ訴訟人カ裁判官ノ面前ニ出ツルト同時ニ輙スク之ヲ定メ得ヘキナリ而シテ訴ヲ起ス者即チ申立ヲ爲ス者ニ其眞實ナルコトヲ證明スルノ責任アリト云フナカランカ此原則ハ一應明白ニシテ甚タ賞賛スヘキモノナルカ如クナレトモ實際適切ニ之ヲ遵奉スルトキハ其得ント欲スル目的ヨリシテ余輩ヲ次第ニ遠隔ナラシム可キナリ何トナレハ之レカ爲メニ澁滯費用及艱難ヲ增加スルヲ以テナ

リ之ニ反シ自然ノ方法ニ依レハ此原則ノ反對コソ眞實ナリト云ハサル可ラス即チ疑問ニ係ル事實ニシテ對手人ノ覺知スル者ナルトキハ其對手人ニ於テ證據ヲ提出セサル可ラス何トナレハ斯ル對手人ハ容易ニ之ヲ提出シ得可ケレハナリト右ベンサム氏ノ論タル畢竟氏ノ特論ニ係ル實利主義ニ基キタルモノニシテ事ノ是非ヲ究メス被告人ノ證明ノ責任アリト主張シタルニアラス故ニ氏モ亦論シテ曰ク然レトモ原告人ハ主トシテ證據ヲ提出スルニ利害ノ干係ヲ有スル人ナルコトハ認許セサル可ラス何トナレハ其申立ニシテ信認セラレサルトキハ彼ノ敗訴ト唱フル不利ノ結果ヲ生スルヲ以テナリト是レニ由テ之ヲ見ルニベンサム氏ト雖モ證明ノ責任ハ必ス被告人ニアリト云フニアラス蓋氏ハ證據法原理中推測ヲ論スルニ當リ民事ノ場合ハ被告人ニ對シ常ニ不利益ノ推測ヲ爲ス可シトノ說ヲ出セシヨリ佛國ノ學者ベリーム氏ノ如キハ之ヲ以テ擧證ノ責任ニ論究シタルモノトシ非難ヲ試ムルニ至リシナリ勿論被告人ニ不利ノ推測ヲ爲ストキハ遂ニ被告人ニ證明ノ責任ヲ負ハシムルノ結果ヲ生ス可キモベンサム氏ノ說タル被告人ニ不利ノ推測ヲ下シ以テ訴訟ヲ自由ナラシメントスルノ趣意ニ出テタルモノナリ

訴訟ノ勝敗ニ依テ定ムルコト

四、訴訟ノ勝敗ニ依テ定ムルコト

凡ソ證明ノ責任ハ原被告雙方カ證據ヲ提出セサル場合ニ於テ敗訴ノ判決ヲ受クヘキ者ニアリト」ハ判事アルテルソン氏カ始メテ主唱シタル所ニシテ英國裁判官中此原則ヲ適用シタル人少ナカラス是全ク推測ヲ以テ責任ヲ定ムルモノニシテ其結果ヲ云ヒタルニ過キス例ヘハ原告ニ於テ被告カ相當ノ技倆ヲ用ヒテ更紗ヲ摸樣付ケセサルニ依リ契約ニ背キタリト主張シタル場合ニ於テ原告ニ證明ノ責任アリト判定セラレタリ蓋被告カ相當ノ技倆ヲ用ヒサリシモノト推測スルコト能ハサルニ依リ若シ雙方ニ於テ證據ヲ提出セサルトキハ被告ニ勝訴ノ判決ヲ與ヘサル可ラサルヲ以テナリト即チ推測ノ有無ニ依テ責任ヲ定メタルニ外ナラサルナリ

以上述フル如ク證明ノ責任ヲ定ムルニ付キ學者ノ主張シタル原則數多アリ然レトモ之ヲ要スルニ同一ノ理由ニ出テタルモノニシテ唯其說明ノ方法ノ異ナルト其區域ニ多少ノ廣狹アルニ過キス而シテ其最モ適切ナルモノハ第一ノ推測ニ依リ

ルカ又ハ第四ノ勝敗ニ依テ定ムルコト明晰タリ然レトモ英國學者通例第一ノ推測ニ依ラサルヲ以テ左ニ英國ノ原則ヲ再説セソトス

證明ノ責任ニ二種アリ(一)一般ノ責任(二)特別ノ責任是ナリ

一般ノ責任

(一) 一般ノ責任　即チ事實ノ有的若クハ無的ヲ主張シテ推測又ハ義務ニ付キ判決ヲ求ムル人ニ其事實ヲ證明ス可キ責任アル場合即チ證明ノ責任ハ實際爭點ノ有的ヲ主張スル者ニアリト云フ原則是ナリ此場合ニ於テハ其理由トナルヘキ事實ハ縱令無的ナルモ之カ證明ヲ爲サヽル可ラス

特別ノ責任

(二) 特別ノ責任　即チ訴訟ノ全体ニ直接ノ關係ヲ有セサル事實ニシテ其證明ヲ爲サヽル可ラサル場合是ナリ

茲ニ又一種ノ證明責任アリ他ナシ證明ノ許否ヲ決ス可キ事實ヲ證明スルノ責任即チ是ナリ凡ソ證明ノ許否ニ付キ爭論アル場合ニ於テハ裁判官ニ於テハ先ツ其許否ヲ決セサル可ラス而シテ許否ス可キモノナルコトヲ主張スル者ハ宜シク先ツ之カ證明ヲ爲サヽル可カラス例ヘハ甲ニ於テ乙ノ爲シタル臨終明言ヲ以テ證明ヲ爲サントスルトキハ甲ニ於テ先ツ乙ノ死シタル事實及乙ニ回復ノ念慮ナカリシ事實等凡テ臨終明言ヲ證明シ得ルノ材料トナルヘキ事實ハ之ヲ證明セサル可ラサルナリ而シテ其材料トナル可キ事實ハ縱令有的ナルモ又無的ナルモ之ヲ證明セサル可ラサルヤ勿論ニシテ且ツ此責任ハ本來ノ責任カ一般ナルモ又特別ナルモ共ニ之ヲ盡サヽルヲ得サルヤ勿論ナリ

第二章　刑事ノ證明

刑事ノ證明

凡ソ證明ノ責任タル民事ト刑事ノ間ニ差違アルヤ否ヤハ學者ノ論究シタル所ナレトモ其一般ノ原則ニ於テハ二者ノ間ニ差違ナキモノトハ遂ニ決定シタル所ナリ然レトモ尚刑事ノ場合ニ於テ英國學者カ特ニ主張スル原則アリ曰ク犯罪ヲ犯シタリト主張スルモノハ疑ヒナキ點ニ達スルマテ之カ證明ヲ爲サヽル可ラスト是全ク刑事ノ場合ニ於テ特ニ人ハ常ニ無罪ト推測スル原則アルト同一ニシテ畢竟刑事ハ直接ニ人ノ身体生命ニ關スルモノナルヲ以テ一層注意ヲ加ヘタルニ過キサルナリ凡ソ裁判ヲ下スニ當リ民事タリト刑事タルトヲ問ハス疑ヒアルモ尚判決ヲ下ス可シトハ決シテ法律ノ命スル限リニ非ラサルナリ然レトモ實際裁判ヲ下スニ當テハ裁判官ノ心証採ルニ當リ二者ノ間ニ差異ナシト云フ可ラス則チ

民事ニ於テ足レリトスル證據ニテモ刑事ニ於テハ之ヲ充分ナリトシテ裁判ヲ下スコト能ハサル場合アリ是特ニ刑事ニ於テ斯ル原則ヲ顯出シタル所以ナリ

第十六回

第三章　開始ノ權利

開始ノ權利

開始ノ權利トハ何ソヤ原告若クハ被告ニ於テ自己ノ主張スル所ヲ陪審官ニ向テ第一着ニ陳述スルノ權利ニシテ平易ニ之ヲ換言スレハ一番先キニ論辯スルノ權利ナリ英國ノ學者ハ實際上此權利ヲ有スルコトヲ最モ必要ト爲シ事實審問ノ場合ニ當リ其開始ノ權利ヲ定ムルニ付キ爭論ヲ惹キ起スコト少ナカラス而シテ其權利ノ有無ヲ定ムルハ証明ノ責任ノ有無ニ依テ定ムルヲ以テ一質ノ原則トセリ即チ證明ノ責任アル者ハ必ス事件ヲ開始スルノ權利アリ左レハ英國ニ於テ證明ノ責任ニ付キ爭論アリタルモノハ多クハ此開始ノ權利ヲ得ンカ爲メニ生シタルモノナリ何故ニ開始ノ權利ヲ得ルコトヲ望ムヤ他ナシ事件ヲ當初ニ於テ陳述スルトキハ陪審官ニ己レニ利益ナル感觸ヲ與フルノ機會アリテ所謂先入主トナリ容易ニ其感觸ヲ除去シ得サルノミナラス若シ對手人ニ於テ反對ノ證據ヲ出シタルトキハ之ニ對シテ最終ノ陳述ヲ爲スノ權利ヲ得テ充分ニ己レノ事件ヲ維持スルコトヲ得ルヲ以テナリ去レトモ開始ノ權利ヲ有スル者ハ必ス利益アリト斷言スルコト能ハス何トナレハ己レノ證據薄弱ニシテ對手人ノ證據ヲ利用セント欲スルカ如キ場合ニ於テハ却テ事件ヲ開始スル爲メニ敗訴トナルコト少ナカラス故ニ開始ノ權利カ孰レニアリトスルモ格別大ナル差違ナシ只事件ノ摸樣ニ依リテ幾分ノ利益アルノミ

證明責任ノ移轉

第四章　證明責任ノ移轉

證明責任ノ移轉トハ一方ニ於テ證明ノ責任ヲ盡シタルニ付キ他ノ一方ニ於テ反對ノ證明ヲ爲スノ責任ヲ生スル場合ヲ云フ

凡ソ有責者ハ如何ナル點ニ至ルマテ證明ヲ爲スノ義務アリトスルヤト云フニ英國ノ法律ニ於テハ一ト通リノ證據ヲ出スヲ以テ足レリトス一ト通リノ證據トハ對手人ニ於テ反對ノ證據ヲ呈出スルマテハ其證據ニ依リ一方ノ申立ヲ眞實ナリト推測スルニ足ルヘキ證據ヲ云フ例ヘハ甲者ヨリ乙者ニ對シ貸金請求ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テ甲者ハ先ツ金ヲ貸シタル事實ヲ證明スルノ責任アリ而シテ甲

者カ借用證書ヲ提出シタルトキハ一ト通リノ證據ヲ提出シタルモノトス何トナレハ其借用證書ニ依テ乙者ニ借金ヲ仕拂フ可キ義務アリト推測スルニ足レハナリ茲ニ至リ乙者ニ證明ノ責任ヲ移轉シタルモノトス何トナレハ乙者ニ於テ借用證書ノ無効ナル事實即チ證書カ僞造ニ係ルカ如キ事實ヲ證明スルニアラサレハ遂ニ已レニ不利ノ判決ヲ受クル場合ニ立至レハナリ

如何ナル證據ヲ以テ一ト通ノ證據ト爲スヤ之ヲ定ムルニ付テハ推測ノ性質ニ依ラサル可ラス而シテ推測ニ付テハ次章ニ於テ特ニ講述スルヲ以テ先ツ其責任ノ移轉ニ必要ナルモノヲ左ニ掲ケントス

一　法律ニ於テ推測ヲ命シ反證ヲ擧クルコトヲ許ス場合

二　法律ニ於テ推測ヲ命セサルモ裁判官ニ於テ推測スルニ足レリト爲ス場合

三　裁判官ニ於テ推測スルニ足レリトセスシテ陪審官ノ判定ニ任ス場合

(一)　法律ニ因テ推測ヲ命シ反證ヲ擧クルコトヲ許ス場合トハ不確定ノ法律推測ヲ指スモノナリ英國ノ學者ハ此場合ヲ以テ一ト通リノ證據ト云ハス左レトモ其作用即チ責任ノ移轉ニ付テハ次ノ推測ノ場合ト毫モ異ナルコトナケレハ此場合

モ亦一ト通ノ證據ト云フヲ以テ其當ヲ得タルモノトス

(二)　法律ニ於テ推測ヲ命セサルモ裁判官ニ於テ推測ヲ爲スニ足レリトスル場合トハ堅強ナル事實ノ推測ヲ指スモノナリ即チ法律ニ於テ命セサルモ裁判官ニ於テ反證ヲ擧クルマテハ推測ヲ爲スコト當然ナリト思考スルモノナリ例ヘハ占有ノ事實ニ依テ所有權ヲ推測スルカ如シ斯ル推測ヲ爲スニ足ルヘキ證據ヲ稱シテ一ト通リノ證據ト云フ其結果タル證明ノ責任ヲ他方ニ移轉スルニ在リトス

(三)　陪審官ノ判定ニ任ス場合トハ薄弱ナル事實ノ推測ヲ指シタルモノナリ此場合ニ於テハ裁判官カ推測ヲ爲スニ足ルヘキモノト見做サヽレハ專ラ陪審官ノ判定ニ放任ス故ニ其結果トシテ證明ノ責任ヲ移轉セシメス

以上述ヘタル如クナルヲ以テ一ト通リノ證據ニ二種アリト云ハサル可ラス(一)法律上一ト通ノ證據即チ不確定ノ法律推測ヲ生ス可キ證據(二)事實上ノ一ト通ノ證據即チ堅強ノ事實推測ヲ生ス可キ證據是ナリ此二個ノ證據ハ共ニ證明ノ責任ヲ對手人ニ移轉スル効力アリ然レトモ二者ノ間ニ大ナル差違アリ第一ノ場合ニ於テハ反證ヲ擧クルマテハ必ス法律ノ命スル推測ヲ爲サヽル可ラス故ニ裁判官ニ

シテ此推測ヲ爲サヽルトキハ當然覆審ノ理由トナルヘキナリ之ニ反シ第二ノ場合ニ於テハ裁判官ハ陪審官ニ對シ推測ヲ爲ス可シト勸告スルノ義務アルニ止マリ陪審官ハ必スシモ其勸告ニ從ヒ推測スルノ義務ナシ故ニ陪審官ニシテ此推測ヲ爲サヽルモ當然覆審ノ理由トナスコトヲ得ス只其覆審ヲ許スト否トハ全ク裁判官ノ判定ニ放任スルモノトス而シテ又第一ノ場合ニ於テハ裁判官カ判定ヲ爲スト陪審官カ判定ヲ爲ストヲ問ハス共ニ法律ノ命スル推測ヲ爲スヘキ義務アリ之ニ反シ第二ノ場合ニ於テハ陪審官カ判定ヲ爲スニ由リ其効アルモノニシテ裁判官カ事實及法律ヲ判定スルノ制ナルトキハ薄弱ノ事實推測ト同樣其効力ナシトス何トナレハ裁判官ハ當初ニ於テ其推測ノ度ヲ明示セサルヲ以テナリ

茲ニ注意ス可キ事項アリ英國ノ學者ハ責任ノ移轉ト云ヘハ一方ノ負ヒタル責任カ他方ニ移轉スルモノト解スルコト是ナリ然レトモ一方ノ負ヒタル責任ハ固ヨリ他方ニ移轉スルノ道理ナシ唯一ト通リノ證據ヲ出シタルトキハ其責任ヲ盡シタルニアレハ之ト同時ニ反證ヲ擧クルノ責任ノ他方ニ生スルニ在リ其反證ヲ擧クルノ責任ヲ生スル場合之ヲ責任ノ移轉ト云フ宜シク注意スヘシ

第五章　推測

推測トハ一ノ事實ニ因リ他ノ事實ヲ推知スルニ在リ故ニ凡テ證據ニ因テ事實ノ眞否ヲ推知スルハ皆ナ推測ナリト云フコトヲ得可シ然レハ如何ナル理由ニ依リテ特ニ推測ナル名稱ヲ附シテ以テ之ヲ證據法中ニ掲載スルノ必要アル乎抑モ普通ノ知ハ其之ヲ爲スコト各人ノ智識ト經驗ニ放任スル所ナレハ固ヨリ法律ノ關係スヘキ限リニアラスト雖モ或場合ニ於テ法律ハ公益保護ノ目的ヲ以テ自ラ干渉シテ推知ヲ命スルコトアリ之ヲ推測ト云フ是推測ナル名稱ノ證據法中ニ顯出スル所以ナリ

推知ト推測ノ異ナラサルコト斯ノ如シ然レトモ推測ハ一ノ事實ニ因テ他ノ事實ヲ推知スルコト即チ更ニ之ヲ詳言スレハ一ノ事實ヲ原因若クハ結果トシテ他ノ事實カ結果若クハ原因ナルコトヲ發見スルノ方法ヲ云フニアレハ彼ノ記錄證據若クハ物品證據ニ依テ事實ノ眞否ヲ推知スル場合ハ之ヲ推測ト云ハサルナリ是即チ英國法律ニ於テ直接證據ト間接證據ノ區別アル所以ニシテ其間接証據ヲ名ケテ亦タ推測上ノ證據ト云フ蓋シ推測ノ材料タルヘキ事實即チ證據ト云フノ義

ナリ左レトモ此名稱タル推測ヲ以テ直ニ證據ナリト誤解セシルムノ弊ナシトセス何トナレハ證據其モノト推測トハ異別ノモノニシテ推測ハ證據ニ依テ眞實ヲ發見スルノ方法タル智力ノ作用タルニ過キサレハナリ

推測ハ羅馬ノ法律ニ於テ既ニ之ヲ使用シタルモノナリ爾來歐洲諸國ノ法律ニ於テ其影響ヲ及ホシタルモノ少ナカラスシテ英國ノ法律モ亦幾分乎羅馬ノ法律ニ依據シタルモノナリトス

凡テ推測ヲ分チテ二種トス曰ク法律ノ推測曰ク事實ノ推測是ナリ法律ノ推測トハ法律ヲ以テ或特定ノ事實ヨリ他ノ或特定ノ事實ヲ推知スヘシト命シタルモノヲ云ヒ事實ノ推測トハ法律ヲ以テ命セサル事實ノ推知即チ各人ノ智力ニ放任スルモノヲ云フ然レトモ法律ノ推測ト雖モ事實ノ推測タルニ過キス只二者ノ間ニ存スル所ノ差異ハ法律ニ於テ推測ヲ命スルト否トニ在リ故ニ論理上明ラカニ此區別ヲ爲サント欲セハ一ヲ法律ノ命スル推測ト云ヒ他ヲ法律ノ命セサル推測ト云フコト穩當ニシテ法律ノ推測ハ事實ノ推測ニアラスト誤解ス可ラス

法律ノ推測ヲ二種ニ細別セリ曰ク確定ノ推測曰ク不確定ノ推測是ナリ確定ノ推

測トハ反證ヲ擧ケテ攻擊スルコトヲ許サヽル推測ヲ云ヒ不確定ノ推測トハ反證ヲ擧ケテ攻擊スルコトヲ許ス推測ヲ云フ

事實ノ推測モ亦之ヲ二種ニ細別セリ曰ク堅强ノ推測曰ク薄弱ノ推測是ナリ堅强ノ推測トハ裁判官ニ於テ證明ノ責任ヲ移轉スルニ足ルヘキモノト見做ス處ノ推測ヲ云ヒ薄弱ノ推測トハ裁判官ニ於テ證明ノ責任ヲ移轉スルニ足ラサルモノトシテ陪審官ノ判定ニ放任スル處ノ推測ヲ云フ

右ノ區別ヲ解說スレハ左ノ如シ

推測
- 一 法律ノ推測
  - (一) 確定ノ推測
  - (二) 不確定ノ推測
- 二 事實ノ推測
  - (一) 堅强ノ推測
  - (二) 薄弱ノ推測

或ル學者ハ事實ノ推測ヲ三種ニ細別シタリ曰ク劇烈ノ推測曰ク可信ノ推測曰ク薄弱ノ推測是ナリ而シテ其說明ニ依レハ劇烈ノ推測トハ多クノ場合ニ於テハ充分ノ證據トナルヘキモノヲ云ヒ可信ノ推測トハ稍々陪審官ノ心證ヲ動カスニ足

ルヘキモノヲ云ヒ薄弱ノ推測トハ陪審官ノ心證ヲ動カスニ足ラサルモノヲ云フト又或學者ハ其劇烈ノ推測ハ法律上効力ヲ有スルモノナリトマテ斷言シタリ即チ劇烈ノ推測ハ法律ノ推測ナリト云フニ在リ今右諸學者カ劇烈ノ推測ナリトシテ掲ケタル例ヲ見ルニ人アリ己レノ家ニ住居シタルニ他人ノ爲メニ刀劍ヲ以テ襲擊セラレ遂ニ即死シタリ此時一ノ血ニ染ミタル刀劍ヲ携帶シテ該家ヨリ逃走スル人ヲ見タル人アリテ當時家内ニ此人ノ外他人ハアルヲ見スト是劇烈ノ推測ナリ何トナレハ其血痕凶器幷ニ逃走シタル事實ハ斯ル凶惡ナル所爲ニ必要ナル元素ニシテ其殺害ヲ直接ニ見タル場合ニ於テハ必要ノ證據ナリト此實例タル近時學者ノ非難ヲ免レサルモノナリ何トナレハ斯ル場合ヲ以テ逃走シタル人カ殺害シタルモノト推測スルノ外他ニ推測ナキモノトセハ實ニ危險ノ推測ト云ハサル可ラス死者自ラ刀劍ヲ以テ負傷シタルモ計リ知ル可ラス死者カ誤テ刀劍ニ觸レタルモ知ル可ラス其他數多ノ反對推測ヲ爲シ得可キレハナリ之ヲ要スルニ推測ヲ三種ニ細別スルコトハ畢竟專横ノ非難ヲ免カレサルモノニシテ只英國ニ於テ當然爲シ得可キ區別ハ堅强薄弱ノ二種ニ外ナラサルナリ

羅馬法ニ於テハ推測ヲ二種ニ大別シ一ヲ法律ノ推測二ヲ人ノ推測ト云ヒ法律ノ推測ヲ二種ニ細別シ一ヲ法律及法律ニ由テノ推測ト云ヒ二ヲ單純ナル法律ノ推測ト云フ即チ英國法律ノ區別ト同一ニシテ只少シク異ナリタル名稱ヲ附シタルニ過キサルナリ即チ其法律及法律ニ由テノ推測トハ確定ノ推測ヲ云ヒ單純ナル法律推測トハ不確定ノ推測ヲ云フ羅馬法ハ不確定ナルコトヲ以テ推測ノ本質ト爲シタルモノナリ故ニ確定ノ場合ニ於テハ特ニ「法律ニ由テノ」ナル語ヲ用ヒテ形容セシメタルニアリ益法律カ單純ナル場合ト異ナリ特ニ効力ヲ付スルト云フノ意ヲ示シタルモノナリ又事實ノ推測ヲ人ノ推測ト云フハ法律ニ於テ毫モ干渉セスシテ各人ニ放任シタルモノトノ意ヲ示シタルモノナリ羅馬法學者ハイサ知ラス今時コシテ斯ル名稱ヲ譯用シタランニハ頗ル解釋ニ困マサル可ラス

推測ニ種々ノ名稱アリ法律ノ推測ヲ人造ノ推測壓制ノ推測ト云ヒ事實ノ推測ヲ天然ノ推測自然ノ推測若クハ單ニ推理ト云フカ如キ是ナリ又確定ノ推測ヲ抽出ノ推測攻擊シ得可ラサル推測ト云ヒ不確定ノ推測ヲ未必ノ推測攻擊シ得ヘキ推測ト云フカ如キ是ナリ要スルニ是等ハ皆ナ同一ノ事柄ニ異樣ノ名稱ヲ付シタル

モノト知ル可シ是ヨリ法律ノ推測ヲ設クルノ可否如何ニ論究ス可シ

モンテスキユー氏曰ク法律ノ推測ハ遙カニ事實ノ推測ニ優レリト是容易ニ同意ヲ表ス可ラサルノ原則ニシテ氏カ此原則ヲ主張スルノ理由タル事實ノ推測ノ場合ニ於テハ裁判官カ甚タ曖昧模糊タルノ點ヲ裁判セサル可ラサルモ法律ノ推測ノ場合ニ於テハ法律カ一定シタル規則ヲ與フルヲ以テ裁判カ明確ナリト云フコアリテ要スルニ事實ノ推測ハ裁判官ニ放任スルヲ以テ一樣ナラス法律ノ推測ハ法律ヲ以テ一定スルニ依リ一樣ナリト云フニ過キス然リ而シテ法律ノ推測ニシテ明確ナリトスルモ其明確ナルカ爲メニ生スル所ノ弊害タル却テ少小ナラサルナリ凡テ法律ノ推測タル或種ノ事實ニ對シテハ一般ニ之ヲ爲スコトヲ命スルニアレハ特別ノ事實ニ對シテハ却テ眞實ニ反スルモノナシトセス而シテ一般ニ之ヲ爲スコトノ當然ト見做シ得ヘキモノニテモ深ク之ヲ吟味スルニ方リ其反對ヲ發見スルノ場合ナシトセサレハ立法官タル者ハ最モ注意セサル可ラサル所ナリ何トナレハ一般ニ推測ヲ爲スハ取リモ直サス法律ヲ設置シタルモノナレハナリ左レハ或ル學者カ法律推測ハ人造ニ出テタルモノニシテ壓制ノモノナリト云ヒタ

ルモ亦過言ニアラス例ヘハ二十ケ年ヲ經過シタル捺印契約ハ法律ニ於テ之カ義務ヲ盡シタルモノト推測スルカ如キ其人造ニ出タルヤ明晰タリ何トナレハ二十年ヨリ僅カニ一日ヲ減スル時ハ斯ル推測ヲ爲サヽレハナリ實ニ一日ノ差ニ由テ斯ル推測ヲ爲スコトノ當然ナリトハ何人ト雖モ之レヲ良心ニ正當ナリト感スル者ハアラサル可シ故ニ法律ノ推測ニシテ眞實ニ反對スルコトアルハ免ル可ラサルノ弊ナリトス然レトモ或ル場合ニ於テハ法律カ其推知セル事實ノ眞否如何ニ拘ハラス單ニ公益必需ノ原則ニ基キ之ヲ爲シ得可キ場合アリ其公益必需ノ原則ニ適フ場合ハ左ノ二個ノ外ニ出テス

一　事實ノ眞實カ不必要ナルトキ

二　事實ヲ發見スルノ困難ナルトキ

右第一　事實ノ眞實カ不必要ナルトキトハ即チ單ニ法律上ノ効果ヲ付スル爲メニ事實ノ推測ヲ爲スモノニシテ其推測シタル事實ハ直接ノ目的ニアラサルナリ是レ取リモ直サス間接ノ立法方法ナリ故ニ此種ノ推測ノ實益ヲ見ント欲セハ其推測シタル中間ノ事實ヲ除去シ以テ法律上効果ノ當否如何ヲ見サル可ラス

語ヲ更ヘテ云ヘハ其法律規則ハ善良ナルヤ否ヤニ注意セサル可ラス例ヘハ前例二十年ノ經過ニ由テ契約ヲ履行シタルモノト推測スルカ如キ其契約ヲ履行シタル事實ハ只法律カ契約履行ノ義務ナシトノ効果ヲ付センカ爲メニ用ヒタル道具ニシテ立法上二十年ヲ經過シタル契約ハ履行ノ義務ナシト規定セルト敢テ異ナル所ナシ

右第二　事實ヲ發見スルノ困難ナルトキ　トハ即チ其推測ス可キ事實カ時其他ノ摸樣ニ依リテ之ヲ發見スルコトノ困難ナル場合ヲ云フ此場合ニ於テハ前ノ場合ト異ナリ推測ス可キ事實ハ必要ナレトモ法律ハ社會ノ便益ヲ計リ概シテ一般ノ推測ヲ爲スコト之ヲ各事實ニ付テ審理スルヨリ優レルモノト看做スニアリ例ヘハ二人何レカ前ニ死シタルヤ否ヤノ場合ニ於テ老年者幼年者ヲ以テ中年者ノ前ニ死シタルモノト推測スルカ如キ斯ル場合ニ於テ其何レカ前ニ死シタルヤヲ見ルノ證據ヲ得ルコト困難ニシテ爲ニ無用ノ日時費用ヲ消費セシムルノ弊少ナカラサルヲ以テ茲ニ法律カ補充ノ推測ヲ爲スニ至リシナリ又三十年ヲ過經シタル記錄ヲ正當ニ成立シタルモノト推測スルカ如キ其年限ノ經過スルニ從ヒ

正當ニ成立シタル證據ヲ見出スコト甚タ困難ナルヲ以テ遂ニ法律ノ補充ノ推測ヲ要スルニ至リシナリ

前陳ノ如ク第一種ノ推測タル一ノ法律ヲ設定シタルニ外ナラサレハスナーブン氏カ之ヲ主法ニ屬ス可キモノトシテ證據法中ヨリ除去シタルハ固ヨリ當然ノ事柄ナリ之ニ反シテ第二ノ推測タル其推測シタル事實カ必要ナルコトハ第一ノ場合ト異ニシテ其事實ノ眞否カ確定スルモ尙一歩ヲ進メテ之ヲ種々ノ權利義務ニ適用セサル可ラス假令ハ三十年ヲ經過シタル證書ヲ正當ニ成立シタリト推測スルカ如キ之ヲ契約ヨリ生スル權利義務結婚ヨリ生スル權利義務遺囑ヨリ生スル權利義務及其他ノ權利義務ヲ決スルニ適用セサル可ラス故ニ此種ノ推測ハ之ヲ當然證據法中ニ置カサル可ラス

法律ノ推測ニシテ尙且ツ必要ノ場合アルヤ右ノ如シ然レトモ是レ一般ノ規定トシテ利益アルニ止マリ特別ノ場合ニ於テハ甚タ不確定ニシテ幣害ナシトセス殊ニ刑事ノ場合ノ如キ最モ其危險ヲ感ス可キアリ彼ノジエームス第一世第二十一年第二十七章ヲ以テ私生子ノ母其子ヲ隱匿シタルトキハ之ヲ謀殺シタルモノト

推測シ以テ謀殺ノ刑ニ處シ又ジョルヂ第三世第四十五年第八十九章ヲ以テ正當ノ理由ナク僞造ノ銀行手形ヲ所持スル者ハ其僞造タルコトヲ知テ所持スル者ト推測シテ重罪ノ刑ニ處シタルカ如キ已ニ廢棄セラレタルモ今尚人ヲシテ其心ヲ寒カラシムルモノナリ左レハ其之ヲ推知スルコトヲ裁判官ニ放任スルコトノ利益アルコトハ近時英國學者ノ主張スル處ニシテ英米裁判官ハ其曾テ法律推測中ニ措キタルモノモ之ヲ次第ニ事實推測ニ移轉セシムルノ傾向アルノミナラス之ヲ實例ニ照スモ、一ノ裁判官ニ於テ法律ノ推測ナリト判定シタルモノニシテ他ノ裁判官ニ於テ之ヲ事實ノ推測ト判定シタル場合少ナカラス米國ノ法律學者ホワルトン氏曰ク法律ノ推測ハ今尚ホ存在スルモノナリト云フモ其明確ナル種類ハ之ヲ發見スルコト能ハスト以テ徵ス可シ

第十七回

是ヨリ亦一歩ヲ進メテ法律ノ推測ト事實ノ推測ノ間ニ存スル所ノ差異ヲ示ス可シ

一、法律推測ハ法律ノ命スル所ナルヲ以テ裁判官陪審官ハ常ニ之ヲ遵奉セサル可ラス只不確定法律推測ノ場合ニ於テハ反證ヲ擧ケテ攻擊スルコトヲ許スノミ之ニ反シテ事實推測ノ場合ニ於テハ常ニ陪審官ノ智力ニ放任スル所ナリ

二、法律推測ノ場合ニ於テハ裁判官ニ於テ單ニ推測ノ材料タルヘキ事實ノ成立ヲ認ムルヲ以テ足レリトシ其推測スヘキ事實ハ法律自ラ之ヲ推測スルヲ以テ裁判官ノ力ヲ借ラス之ニ反シテ事實推測ノ場合ニ於テハ推測ノ材料タルヘキ事實ハ勿論推測スヘキ事實モ亦陪審官ニ於テ之ヲ推知セサル可ラス

三、法律ノ推測ハ一般ニ同種類ノ事實ニ適用スルモ事實ノ推測ハ單ニ特別ノ事實ニノミ之ヲ適用ス語ヲ更ヘテ云ヘハ法律ノ推測ハ一定ナレトモ事實ノ推測ハ一定ナラス例ヘハ他出シタル人ヨリ七年間通知ナキトキハ其人ヲ死去シタルモノト推測スルカ如キハ其他出ク事實ヲ證明シタルトキハ常ニ死去シタル推測ヲ爲スコトヲ得可シ之ニ反シテ特ニ七年內ニ死去シタル時日ヲ推測セントスルニハ他ノ證據ニ依テ其死去シタル時日ヲ證明シ以テ推測ヲ爲サヽル可ラス

四、法律ノ推測ハ裁判官自ラ之ヲ爲シ事實ノ推測ハ陪審官之ヲ爲スモノトス

五、法律ノ命スル推測ヲ爲サヽルトキハ之ヲ當然控訴ノ理由ト爲スコトヲ得可キモ事實ノ推測ノ場合ニ於テハ單ニ不當ノ推測ヲ理由トシテ控訴スルコトヲ許サス

以上掲ケタルモノハ推測ニ關スル一般ノ說明ナリ是ヨリ以下順次各推測ノ種類ニ付テ說明ス可シ而シテ前ニモ述ヘタル如ク法律ノ推測ニシテ主法ノ部類ニ入ルヘキモノ少ナカラス然レトモ英國學者ハ概シテ其區別ニ從ハサレハ茲ニモ亦其區別ヲ爲サスシテ掲載スヘケレハ前ニ示シタル標準ニ照シテ宜シク自ラ其區別ヲ爲ス可シ

第一　確定ノ推測

確定推測ノ較著ナル効果ハ反證ヲ擧ケテ之ヲ攻擊スルコトヲ許サヽルニ在リ故ニ此推測ハ法律規則ニ外ナラサレハ若シ其推測ニ背反シテ反對ノ判決ヲ與ヘタルトキハ之ヲ以テ當然覆審ノ理由ト爲スコトヲ得可キナリ而シテ其規定ニ係ル場合ハ之ヲ枚擧スルニ遑アラス今特ニ學者カ推測ナル名稱ヲ附シタル著明ノモノヲ掲クレハ左ノ如シ

一、期滿免除ノ推測

單純契約ニシテ六ケ年ヲ經過シタルトキハ義務者ノ承認シタル場合ノ外其義務ヲ尽シタルモノト推測ス故ニ反證ヲ擧テ其義務ノ現存スルコトヲ證明スルヲ得ス其他私犯ノ場合ニ於テモ六ケ年ノ經過ヲ以テ期滿免除ヲ與フルヲ通例トス但シ毆打及不法監禁ノ場合ニ於テハ四ケ年讒謗ノ場合ニ於テハ二ケ年災害ニ掛リ死シタル人ノ家族ニ對スル賠償ノ義務ハ十二ケ月ヲ經過スルトキハ期滿免除ヲ得ルモノトス又土地ニ關スル訴ニ付テハ無形ノ財產ヲ除クノ外十二ケ年ヲ經過スルヲ以テ期滿免除ヲ得ルモノトス

二、期滿得權ノ推測

期滿得權ノ推測ハ無形ノ財產即チ收獲ノ權土地使用ノ權ノ如キ場合ニ於テ之ヲ與フルモノナリ今其重ナルモノヲ掲クレハ共同使用權其他土地ヨリ生スル利益ニ付テハ三十年ノ經過ヲ以テ不確定ノ推測ヲ爲シ六十年ノ經過ヲ以テ確定ノ推測ヲ爲ス又用水權、通行權、其他ノ地役權ニ付テハ二十年ノ經過ヲ以テ不確定ノ推測ヲ爲シ四十年ノ經過ヲ以テ確定ノ推測ヲ爲スモノトス

三、古昔記錄ノ推測

三十年ヲ經過シタル記錄ニシテ正當ノ人ヨリ出テタルモノナルトキハ之ヲ古昔ノ記錄ト云ヒ正當ニ成立タルモノト推測ス故ニ提出スルヲ以テ足レリトスルノミナラス他ニ證人ノ生存スルコトアルモ其證書ヲ以テ其推測ヲ動カスコトヲ得ス

四、適生ノ推測

夫婦結婚中ニ生レタル子或ハ離婚ノ後ニ他ノ婚姻ヲ爲ス前ニ先夫ノ子タリ得ル期限中ニ生レタル子ハ其夫又ハ先夫ノ適生ノ子ト推測ス但夫婦交接シ得可ラサル事情例ヘハ別居シタル事實又ハ夫カ交接ヲ爲シ得可ラサル病ニ罹リタル如キ事實ヲ證明シタルトキハ此限リニアラス

五、判決ヲ經タル事柄ノ推測

凡テ訴訟ニ依リ判決ヲ經タル事柄コシテ其判決確定シタル後ハ之ヲ正當ノモノト推測ス故ニ再ヒ同一ノ事柄ニ付キ訴ヲ提起シテ其當否ヲ論スルヲ許サス是政畧上止ムヲ得サルノ規則ニシテ何レノ國ニ於テモ之ヲ採用セサルコトナ

シ佛國學者ハ之ヲ一事再理セサルノ原則ト云フ羅馬法學者曰ク判決ハ白ヲ黑ト爲シ黑ヲ白ト爲ス又曲ヲ直トシ若シクハ直ヲ曲ト爲スト蓋此趣意ニ出テタルモノナリ

六、不能力ノ推測

七歳以下ノ幼者ハ重罪ヲ犯スノ能力ナキモノト推測ス十四才以下ノ男子ハ强姦ヲ犯スノ能力ナキモノト推測ス故ニ反證ヲ擧ケテ其能力アルコトヲ證明スルヲ得ス

七、約因ノ推測

捺印契約ハ正當ノ約因ニ由リ成立シタルモノト推測ス故ニ反證ヲ擧ケテ約因ナキコトヲ證明スルヲ得ス但シ詐欺ノ證明ヲ以テ之ヲ無効ト爲スハ此限リニアラス

八、法律ヲ知ルノ推測

凡ソ法律ノ支配ヲ受クル人ハ常ニ其法律ヲ知ルモノト推測ス此推測ハ夫ノ法律ノ無知ハ宥恕セストノ原則ト同一ニシテ其反對ヲ示シタルモノナリ

九、海上法ノ推測

海上法中數多ノ推測アリ今其重ナルモノヲ掲クレハ左ノ如シ

(一)適航ノ推測　航期保險狀即チ航海ヲ期シテ保險ヲ爲シタルトキハ被保人ニ於テ適航即チ船舶カ航海ニ適スルモノナルコトヲ擔保シタルモノナリト推測ス故ニ其船舶カ實際航海ニ適セサルモノナルトキハ假令保險人ニ於テ適航ノモノト誤認シタルモ保險人ニ於テ損害ヲ負擔スルノ責ナシ

(二)沈沒ノ推測　船舶出帆ノ後相當ノ期限內ニ其安否ノ通信ナキトキハ之ヲ沈沒シタルモノト推測ス故ニ實際ノ如何ニ拘ラス保險人ニ於テ其損失ヲ負擔セサル可ラス即チ畝傍艦ノ如キ新喜坊(シンカボール)ヨリ日本ニ到達ス可キ相當ノ期限ヲ經過シタルヲ以テ之ヲ沈沒シタルモノト推測シ佛國ノ保險會社ハ已ニ數百萬[フランク]ヲ支拂ヒタリ然レトモ該船ハ今尙ホ北洋ヲ漂泊スルヤモ計リ難シ

(三)出帆ノ推測　保險狀ニ出帆ノ期限ヲ明記セサル塲合ト雖モ相當ノ期限內ニ出帆ス可シト約シタルモノト推測ス故ニ不當ノ延滯アリタルトキハ保險人ニ於テ契約ヲ無効トスルコトヲ得

(四)變航ノ推測　保險狀ニ到着港ヲ定メ既ニ航行ヲ始メタルトキハ變航セサルコトヲ約シタルモノト推測ス故ニ相當ノ理由ナクシテ航路ヲ變シタルトキハ危險ノ有無ニ拘ラス保險人ニ於テ契約ヲ無効トスルコトヲ得

第二　不確定ノ推測

不確定ノ推測ハ法律ニ於テ命シタル推測ナレトモ之ニ對シ反證ヲ擧クルコトヲ許スモノナリ凡ソ或事實ノ證明アルトキハ何人ト雖モ當然法律カ命スルカ如キ推測ヲ爲ス可キ塲合アリト雖モ之ヲ確定推測ニ比シテ誤謬ノ恐ナシトセス故ニ反證ヲ擧ケテ其推測ノ不當ヲ證明スルコトヲ許セリ然レトモ固ヨリ法律ノ推測ナルヲ以テ其反證ナキトキハ裁判官ニ於テ法律ノ命スル推測ヲ爲スノ義務アリ若シ之ヲ爲サヽルトキハ當然覆審ノ理由ト爲スヲ得可キナリ而シテ此種ノ推測ハ前章ニ於テ講述シタル一ト通ノ證據ニ相當スルモノニシテ證明ノ責任ヲ移轉スルノ効果ヲ生スルモノトス今英國學者カ不確定ノ推測ナリトスル重ナル塲合ヲ掲クレハ左ノ如シ

(一)惡意ナキノ推測

法律ハ人ニ惡意ナキモノト推測ス蓋社會必要ノ理由ニ基クモノニシテ若シ此推測ニ反シ常ニ惡意アルモノト推測シタルトキハ社會ノ秩序ヲ紊ル可キヤ必セリ然レトモ是特ニ歐州人カ發明シタル原則ニアラス三千年ノ昔ニ於テ周ノ孔子カ人ノ性ハ善ナリト言ヒタルモ乃チ此趣意ニ出テタルナリ而シテ當時荀子ノ如キハ此說ニ反シ人ノ性ハ惡ナリト論シタルモ其推測ノ本意ニ反スルコトハ今日ニ至ルマテ此反對說ヲ取ルモノナキヲ以テ明ラカナリ然レトモ此推測タル社會必要ノ一大原則ナレハ夫ノ人間現在ノ有樣ヲ以テ當然ト見做ス可シト云フカ如キ原則ト同樣特ニ法律ヲ以テ之ヲ命スルコトヲ必要トセサルカ如シ何トナレハ法律ノ命令ナキモ其之ヲナスハ當然ニシテ如何ナル裁判官ト雖モ反對ノ推測ヲ下サヽル可ケレハナリ

(二)行爲ノ正當ナル推測

或場合ニ於テ人ノ行爲ニ付キ正當ニ出テタル推測ヲ下セリ是レ凡ソ事ハ正當ニ爲シタルモノト推測ス」ナル格言ヲ適用シタルモノナリ然レトモ此推測ハ何

レノ場合ニ於テモ之ヲ爲スモノニアラスシテ公益上必要ナリト看做ス場合ニ於テノミ爲シ得ルモノトス故ニ其行爲ノ性質ニ付キテ之ヲ定メサル可ラス

(甲)行政上ノ行爲

行政上ノ行爲トハ行政官吏ノ行爲ヲ指シタルモノニシテ凡テ行政官吏ノ爲シタル事柄ハ常ニ之ヲナスノ權力ヲ有シタルモノト推測ス故ニ其權力ハ書面ヲ以テ附與セラレタルモノト雖モ反證ナキ限リハ書面ヲ提出シテ證明ヲ爲スノ必要ナシ

本項ノ推測ハ官吏ノ行爲ニ付テノミ之ヲ爲スニアレハ一私人ノ行爲ニ付テハ他人ヨリ與ヘラレタル權力ナリト雖モ之ヲ爲サヽルコト論ヲ俟タス例ヘハ管財人又ハ地代取立人ノ如キ遺囑者又ハ地主ヨリ與ヘラレタル權力ニ從ヒ爲シタルコトヲ證明ス可キ義務アルカ如シ

(乙)裁判上ノ行爲

裁判上爲シタル凡テノ手續ハ常ニ相當ノ權力アリテ之ヲ爲シタルモノナリト推測ス例ヘハ罰金ノ言渡ヲ爲シタルトキハ正當ノ報告ニ依リ爲シタルモ

ノト推測スルカ如シ

(丙)普通ノ行爲

普通ノ行爲トハ官吏タラサルモノヽ行爲ヲ云フニアリ此場合ニ於テ法律ハ通例正當ノ權力アリテ爲シタルモノトノ推測ヲ下サス然レトモ或場合ニ於テハ正當ニ爲シタルモノトノ推測ヲ下セリ即チ三十年ヲ經過シタル記錄ノ如キ之ヲ正當ニ成立タリトノ確定推測ヲ爲シ又記錄ノ紛失シタルトキ若シハ對手人ノ手ニアリテ通知ヲ受クルモ提出セサルトキハ其記錄ニ相當ノ印紙ヲ貼用シタルモノトノ不確定ノ推測ヲ爲スカ如シ

(三)所有權ノ推測

財産ノ占有ヲ爲ス者又ハ准占有ヲ爲ス者ハ其財産ノ所有權ヲ有スルモノト推測ス格言ニ曰ク占有者ノ地位ハ完全ノモノナリト例ヘハ現ニ土地ヲ處持スル事實又ハ現有者ヨリ地代ヲ領收スル事實ニ因リ完全ナル所有權ヲ推測スルカ如シ此推測ニハ階級アリテ其効力一樣ナラス例ヘハ占有ノ時間長キコト又ハ占有ニ間斷ナキコトノ如キハ最モ堅强ナル推測ヲ生シ其所有權ハ正當ノ原因

ニ出テタルモノト推測スルノミナラス之ニ附隨シタル間接ノ事柄モ亦正當ニ成立チタルモノト推測ス而シテ其時間ノ最モ長キモノハ確定ノ推測ヲ生シ期滿得權ノ原因ト爲スコトヲ得ベシ

(四)義務繼續ノ推測

負債及其他ノ義務ニシテ其成立ノ證明アリタルトキハ常ニ繼續スルモノト推測ス故ニ反證ヲ擧ケテ義務ノ消滅ヲ證明セサル可ラス

(五)生存ノ推測

人ニシテ一度生存シタルノ證明アリタルトキハ年限ノ長短ヲ問ハス現ニ生存スルモノト推測ス故ニ反證ヲ擧ケテ死去シタルコトヲ證明セサル可ラス

(六)死亡ノ推測

死亡ノ推測ニ二アリ左ノ如シ

(甲)七年ノ經過ニ由リ生スル推測

人カ最終ニ生存シタル時ヨリ七年ノ間所在不明ニシテ且音信ナキトキハ死亡シタルモノト推測ス然レトモ此推測ハ單ニ死亡シタル事實ノ推測ヲ爲ス

ニ止マリ其死亡シタル時日ノ推測ヲ爲スノ限リニアラス故ニ其時日ハ特ニ之カ證明ヲ爲サヽル可ラス又此推測ハ法律ニ於テ之ヲ爲スニアレハ證據ニ由テ死亡ノ推測ヲ爲スハ七年内ト雖モ妨ナシトス

(乙)同一ノ危險ニ由リ生スル推測

同一ノ危難即チ地震沈沒火災戰爭等ニ由リ同時ニ數人死亡シタル場合ニ於テ其死亡ノ前後ニ由リ第三者ノ權利ニ影響ヲ及ホスコト勘ナカラス是本項推測ノ必要ナル所以ナリトス此推測ハ已ニ羅馬法學者カ喋々論述シタル所ニシテ羅馬法ニ據レハ死亡シタル者親子ニシテソノ子未丁年ナルトキハ子ニ於テ最初ニ死亡シタルモノト推測シ又死亡シタル者夫婦ナルトキハ常ニ夫ニ於テ後ニ死亡シタルモノト推測ス佛國ニ於テモ亦羅馬法ノ原則ヲ適用シ凡テ身体强壯ナル者ハ死ニ臨ンテ怯弱ナル者ヨリ永ク煩悶ス可ク故ニ男子ハ女子ヨリモ永ク煩悶シ青年者ハ幼者若クハ老年者ヨリモ永ク煩悶シタルモノト推測セリ然レトモ此推測タル法律上ノ推測ニシテ若シ之ニ反證ヲ擧クルコトヲ禁スルニ於テハ却テ事實ニ背戻スルコト勘ナカラス何トナレハ

危難ノ摸樣死者ノ位置身体ノ强弱等ニ由リテ差異ヲ生ス可ケレハナリ實ニ近時生理學者ノ說ニ依レハ或種ノ死ニ付テハ强者却テ最初ニ死スルコトアリト英國ニ於テハ斯ル人造ノ推測ヲ爲スヲ好マス實際ノ摸樣ニ付キテ陪審官ノ判定スル處ニ放任スルヲ以テ證明ノ責任ヲ移轉セス故ニ數人中一人カ最終ニ死去シタリト申立ツル者ニ於テ其證明ヲ爲サヽル可ラス而シテ其證明ナキニ於テハ如何ニ判決ス可キヤ宗教裁判所ニ於テハ數人同時ニ死去シタルモノト推測セリ然レトモ普通裁判所ニ於テハ單ニ證憑不充分トナスニ止マルカ如シ要スルニ英國ノ法律ニ於テ此種ノ推測ハ事實ノ推測中薄弱ノ部類ニ屬ス可キモノトス

(七)毀損者ニ對スル推測

毀損者トハ他人ノ物品ヲ毀損スルカ又ハ之ヲ隱匿シテ提出スルコトヲ拒ム者ヲ云フニアリテ若シ他人ノ物品ヲ毀損シ又ハ提出セサルトキハ其物品ハ最良最高價ノモノト推測ス格言ニ曰ク凡テ事物ハ其毀損者ニ反對シタル推測ヲ爲スト此原則ハ專ラ私犯法ニ於テ適用スル所ノ推測ナリ即チ有名ナルアーモリ

ト對デラメリーノ訴件ニ於テ一少年道路ニ於テ一ノ寶石ヲ拾ヒ得テ寶石商ナル被告人ニ其鑑定ヲ乞ヒタリ然ルニ被告人其寶石ヲ取隱シタル儘原告人ニ返サス是ニ於テ裁判官ハ陪審官ニ向ヒ其寶石ハ最良品ニシテ且最高價ノモノナリト推測スヘシト勸告シ陪審官ハ其勸告ニ從ヒ判定ヲ與ヘタリ又此推測ハ記錄ノ證據ニ適用スルコト少ナカラス即チ對手人カ記錄ヲ毀損スルカ又ハ其提出ノ通知ヲ受クルモ提出セサルトキハ對手人ニ最モ不利益ノ推測ヲ爲スカ如キ場合是ナリ

第十八回

第三　事實ノ推測

事實ノ推測トハ法律ニ於テ命セサル所ノ推測ナリ故ニ其之ヲ爲スコトハ全ク事實裁判官ノ權內ニアレハ法律ノ推測ニアラサルモノハ皆ナ事實ノ推測ナリト云ハサル可ラス而シテ事實ノ推測ヲ堅强ノ推測薄弱ノ推測ノ二個ニ區別スルコト先キニ已ニ講述シタルカ如シ此二個ノ推測ハ共ニ事實ノ推測ナルヲ以テ陪審官ノ判定ニ放任スルモノナリト雖モ堅强ノ推測ニ於テハ一ト通リノ證據トナルニ

依リ證明ノ責任ヲ移轉スルノ効果ヲ生ス故ニ裁判官ハ其反證ヲ擧クルマテハ常ニ推測ヲ爲スヘシトノ勸告ヲ與ヘサル可ラス勿論其勸告ニ從フト否トハ陪審官ノ權力ナレハ之ニ從ハサルモ當然覆審ノ理由トナスコトヲ得ス之ニ反シテ薄弱ノ推測ノ場合ニ於テハ證明ノ責任ヲ移轉スルコトナク又裁判官ニ於テ推測ノ勸告ヲ爲スヘキ義務ナシ故ニ其判定ハ全ク陪審官ノ權內ニアリ例ヘハ竊盜アリタル近時ニ被告人カ贓品ヲ所持スル事實ノ如キ堅强ノ推測ヲ惹キ起スヘキナリ之ニ反シテ他人カ曾テ所持セシ品物ヲ被告人カ所持スルカ如キハ薄弱ノ推測ヲ惹キ起スニ過キサル可シ要スルニ事實ノ推測ハ事件ノ模樣ニ依リテ陪審官カ爲スヘキモノナレハ固ヨリ其場合ヲ明示スルニ違アラス且堅强ノ推測ノ如キモ陪審官ヲ用ヒスシテ裁判官自ラ事實ノ判定ヲ爲スニ於テハ全ク其効用ヲ失フニ至ル可シ何トナレハ裁判官ハ薄弱ノ場合ト同樣別ニ一ト通ノ證據ナルコトヲ勸告セスシテ直ニ推測ヲ爲シ判決ヲ下ス可ケレハナリ

第六章　强認

强認トハ或行爲ニ對シ其反對ノ申立ヲ爲スヿヲ禁スル法律規則ヲ云フ凡ソ人ノ

行爲ニシテ他人ヲシテ之ヲ信實ナリト見認メ遂ニ其地位ヲ變セシムルニ至ル場合少ナカラス然ルトキハ法律ハ公益ヲ保護スルノ目的ヲ以テ行爲者ニ對シ實際然ラサルコトヲ證明スルヲ許サス故ニ强認ハ外證ヲ許サヽル一ノ法律規則ニシテ證據法中ニ之ヲ說クハ穩當ナラサルカ如シ現ニ英國學者ハ契約篇中ニ之ヲ揭クル者少ナカラス然レトモ其結果トシテ反證ヲ許サヽルニ由リ又之ヲ證據法中ニ論スル者アリグリーンリーフ氏ハ確定ノ推測中ニ於テ强認ヲ論シタリ是其反證ヲ禁スルノ點ヨリシテ見タルモノナリ然レトモ推測ハ一種ノ推定ニシテ强認ハ一ノ法律規則ナレハ二者ノ間ニ差異ナシト云フコトヲ得ススチーブン氏曰フ推測ト强認トハ自ラ區別アリ强認ハ特定ノ地位ニ立チタル人ニ對シ特定ノ事實ヲ證明スルコトヲ許サヽル一ノ法律規則ニシテ推測ハ特定ノ事實ヨリ特定ノ推知ヲナス可シト命スル一ノ法律規則ナリト此說幾分カ其差異ヲ示スモノヽ如シ又或學者ハ强認ヲ自認ノ部類ニ置テ論シタリ然レトモ先キニ已ニ講述シタル如ク自認ハ反證ヲ許スヲ以テ最モ緊要ナル條件トナスニアレトモ强認ハ反證ヲ許サヽルヲ以テ最モ緊要ナル條件トス故ニ自認トシテ證明ス可キ事實ハ或場合ノ外之

ヲ强認トナスコトヲ得サルナリ

强認ヲ三種ニ區別セリ即チ左ノ如シ

一、記錄ノ强認

記錄ノ强認トハ裁判上爲シタル事柄ニシテ其記錄ニ登記シタルモノハ眞正ノモノナリト見做ス處ノ規則ヲ云フ故ニ先キニ講述シタル裁判ヲ經タル事柄ニ對スル確定ノ推測ト同一ノモノニシテ實際眞實ナラサルモ反證ヲ擧ケテ其當否ヲ論スルコトヲ許サス而シテ此强認中最モ著明ナルモノハ確定裁判ナリトス然レトモ確定裁判カ强認ノ効ヲ生スルニハ左ノ條件ヲ具備セサル可ラス

(一)判決ヲ受クル訴訟人若クハ其權義ヲ繼續ス可キ資格ヲ有スル者ニ對シ効力ヲ有スルニ止マルモノトス故ニ第三者ニ對シテハ其効力ヲ及サス夫ノ他人ノ間ニ爲シタルコトハ之ニ干係ナキ者ヲ害ス可ラストノ原則是ナリ

(二)訴訟物件同一ノモノナラサル可ラス

二、捺印契約ノ强認

捺印契約ノ强認トハ捺印證書ヲ以テ契約ヲ取結ヒタル者若クハ其權利義務ヲ繼

綴ス可キ資格ヲ有スル者ニ對シ互ニ其證書ニ記載セル事實ノ眞實ナラサル證明ヲ禁スル法律規則ナリ

三、普通ノ强認

普通ノ强認トハ記錄又ハ捺印契約ニ由ラサル强認ヲ云フモノニシテ專ラ人ノ行爲ニ付キ與フル處ノ强認ナリ元來此種ノ强認ハ捺印契約ノ如ク嚴正ノ式ヲ履マサルモ或行爲ニシテ著名ナルモノナルトキハ之ニ對シ反證ヲ擧クルコトヲ許サストノ公益保護ノ目的ニ出テタルモノナリ即チ土地ノ引渡土地ノ分割ノ如キハ一定ノ式アリテ之ヲ履ムコトヲ必要トスルニ由リ其式ヲ履ミタル後ニ於テ反對ノ證明ヲナスコトヲ許サヽルカ如シ然ルニ英國裁判官ハ次第ニ此規則ヲ擴張シ總テ言語其他ノ行爲ヲ以テ他人ニ或事ヲ信認セシメ而シテ其信認ヨリ終ニ他人カ現在ノ地位ヲ變スル場合ニ立至ラシメタルトキハ後ニ至リ其否ラサル申立ヲ爲スコトヲ許サストノ規則ヲ設ケタリ例ヘハ完全ナル所有權ヲ有スル者カ所有權ナキ第三者ニ於テ己レノ土地ヲ完全ナル所有權ヲ有スルモノト信シ處置スルヲ知リナカラ其儘マニ閣キタルカ如シ又他人カ自己ノ土地ト信シ家屋ヲ建設スルヲ知リナカラ其儘マニ閣キタルカ如キ場合ニ於テ後日ニ至リ吾カ所有地ナリト主張スルヲ許サヽルカ如シ

右ノ外普通强認ノ場合尙少ナカラス今其重ナルモノヲ揭クレハ(一)借地人ハ地主ノ所有權ナキコトヲ主張スルコトヲ許サス(二)代理人ハ代理ノ事項ニ付キ本人ノ權利ナキコトヲ主張スルコトヲ許サス(三)爲替手形ノ引受人ハ拂出人ノ自署ヲ非認シ又ハ拂出若クハ裏書スルノ權利ナキコトヲ主張スルヲ許サス

强認ハ反證ヲ禁スルヲ以テ其最モ必要ナル條件トス然レトモ對手人ノ詐欺若シクハ不正ノ行爲ニ出テタルトキハ之ヲ證明シテ强認ヲ無効トナスコトヲ得是法律ハ不正ヲ保助セサルノ精神ニ基ク一般ノ原則ナリ

第七章　假定

假定トハ或不眞實ノ事實ヲ眞實ナリト假定スル法律規則ヲ云フ故ニ假定ハ法律上ノ推測ニ似テ非ナルモノナレハ推測ト假定ノ二者決シテ之ヲ混同ス可ラス何トナレハ推測ニ於テハ其推測シタル事實ノ眞實ナルコトアリ又不眞實ナルコトアルモ其推測ノ當時ニアツテ眞實ト見做シタルモノナリ之ニ反シ假定ニ於テハ

其假定シタル事實ノ不眞實ナルコトハ當初ヨリ明白ナレハナリ例ヘハ七才以下ノ幼者カ罪ヲ犯スノ能力ナシトノ推測ハ概シテ眞實ナル可キモ特別ノ場合ニ於テ眞實ナラサルコトアルヘシ之ニ反シテ海上ニ於テ取結ヒタル契約ヲ英國ニ於テ取結ヒタルモノト假定スルカ如キハ當初ヨリ不眞實ナルコト明ラカナリ

假定ノ性質斯ノ如シ然ルニ法律ハ如何ナル理由ニ由リテ之ヲ適用スルニ至リシカ抑モ立法官タル者ハ自ラ眞實ト認ムル事柄ニ付キ直接ニ法律規則ヲ設ケ得ルヲ以テ假定ヲ用ユルノ必要ナシト雖モ裁判官ハ否ラス唯立法者カ制定シタル法律規則ヲ遵守スルノ責任アリ故ニ如何ニ不正不法ト認ムル規則モ自己ノ意見ヲ以テ之ヲ變更スルコト能ハス玆ニ於テ一面法律ヲ依然存在セシメ一面其法律ヲ適用スヘキ事實ヲ假定シテ救正ヲ與フルノ手段ヲ試ミタルモノナリ是假定ノ法律中ニ顯ハル、所以ナリトスブラックストン氏曾テ假定ヲ評シテ曰ク一見之ニ接スルトキハ人ヲシテ覺ヘス愕然タラシム可シ然レトモ其實用ニ至テハ有益ニシテ且必要ナルコトヲ感セシムト假定ハ已ニ羅馬法ニ於テ見ル所ニシテ羅馬ノ開化次第ニ進歩スルモ夫ノ普通法ハ依然存在シテ其効ヲ失ハス玆ニ於テ「プレート

ル」(裁判官ノ名)ハ假定ヲ使用シテ人民進歩ノ度ニ適用シタル裁判ヲ與フルコトヲ試ミタルナリ是畢竟方今ノ如ク法律ヲ制定スルノ容易ナラサルヨリ惹キ起シタル結果ナリ故ニ現今ノ如ク法律ヲ變更スルノ容易ナル時世ニ在テハ固ヨリ之ヲ使用スルノ必要ナク終ニ英國ニ於テモ其法律中殆ント跡ヲ絶ツニ至レリ

學者假定ヲ三種ニ區別セリ左ノ如シ

一、有的ノ假定

即チ實際成立セサル事實ヲ成立シタルモノナリト假定スルヲ云フ例ヘハ死シタル人ヲ尚生存スルモノト假定スルカ如シ

二、無的ノ假定

即チ實際成立スルモノヲ成立セストタリト假定スルカ如シ

三、干係ノ假定

即チ人、物、場處若クハ時ノ干係ニ付キテ爲ス處ノ假定ヲ云フ例ヘハ家僕ノ行爲ヲ以テ主人ノ行爲ト爲スカ如キハ人ニ付テノ假定ニシテ動産ヲ以テ不動産ナリト

スルカ如キハ物ニ付テノ假定ナリ又海上ニ於テ取結ヒタル契約ヲ英國ニ於テ取結ヒタル契約ト見做スカ如キハ場處ニ付テノ假定ニシテ去年取結ヒタル契約ヲ今年取結ヒタル契約ト見做スカ如キハ時ニ付テノ假定ナリトス

假定ハ固ト公平ヲ維持スルノ目的ヲ以テ之ヲ爲スモノナリ故ニ左ノ規則ヲ遵守スルヲ必要トス

(一)假定シタル事實ハ必然起リ得可キ實事ニヨラサル可ラス故ニ起リ得可ラサル事實ハ假定スルコトヲ許サス例ヘハ甲カ三千年活キタリト假定スルカ如キハ無効ナリトス

(二)假定ヲ以テ害ヲ與ヘルノ材料ト爲ス可ラス

(三)假定ハ其救正セントスル目的ノ外ニ之ヲ及ホス可ラス

明治二十二年十一月十八日合本記入

14
493

14
493

036779−000−3

14−493

証拠法

岡村　輝彦／述

[M21?]

BBS−0213