慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	イギリス證據法概論 (九)
Sub Title	
Author	峯岸, 治三(Minegishi, Haruzō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1935
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.14, No.3 (1935. 11) ,p.67- 152
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19351108-0067

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

イギリス證據法概論（九）

峯岸治三

目次

一　序論
二　證據の意義
三　證據の種類　第十卷第一號所載
四　舉證責任
1　裁判上當然の承認
2　推定の原則
A　不可動推定
B　可動推定
C　エタイティ上の推定　第十卷第三號所載
3　自認及び自白
A　自認
a　自認の方式　第十卷第四號所載
b　自認の三原則……第十一卷第二號所載

c 代理人其他の者に依る自認……第十一卷第三號所載
d 自認の時期及び狀況……第十二卷第二號所載

E 自白
a 自白の沿革 } 第十二卷第四號所載
b 自白の性質及び方式
c 自白の二原則 } 第十四卷第一號所載
d 自白の種類
e 自白の效果
f 自認及び自白の異同

4 禁反言の原則
A 序論
B 禁反言原則の沿革
C 禁反言の意義
D 禁反言の性質
E 禁反言の種類
a 記錄禁反言
i 序論
ii Res Judicata
iii 國內判決
イ 對世判決及び對人判決
ロ 對世判決及び對人判決の性質

本號所載

d 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 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その效果を十分了知してをることを必要とする。又、裁判上の自白が行はるゝ場合に於ては豫審訊問調書が作成せられ、又は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その根本原理に付て

は異らぬ(Confessio in jure pro judicato haberi placet)。かくの如く、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、その内の一名は有罪の答辯を爲したのである。然るに、他の二名は無罪の抗辯(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、遂にその無罪なることが明かとなつた。この場合に於て Court for Crown Cases Reserrced は、先きに有罪答辯を爲せる被告人に對し、その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、判決錄に報導せられてをらぬ Harold Jones 事件に於ては例外的に之を認めたとのことである。即ちこの事件では若し有罪答辯を認容し、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歳未滿であつて、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歳に達すべく、從つて、有罪の答辯を認容するときは死刑を免れぬからであつた(Taylor, ibid., I, p. 585, § 866, p. 541; Phipson, ibid., of the Law of Evidence and the Practice in Criminal Cases in England and Wales, 1928,(15th ed.), p. 261; Hibbert, ibid., pp. 25—6; Watson, ibid., p. 228.) (1)

第二に裁判外の自白とは裁判官の面前以外の場所、即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その明示たると默示たるとは之を問ふところではないが、その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ィリアム三世の Trial for 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。この意味に於てウィ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附せられ、又少くとも公判開始の二日前陪審員名簿 (panel; jury list) の謄本を交附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その地位を防禦せられ、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その費用を負擔せぬこと固よりである(同法第一條)。(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。但し、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(同法第二條、第四條)。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案するに、かゝる重大なる犯罪に付ては、裁判外の自白は前示ウィ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欠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)を確認する證據(corroborative evidence)となるに過ぎぬ。但し、右外部行爲が國王の暗殺或はその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)

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認せらるゝことなく、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復せられ、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、一般に之を確認する事情が存在するを常とする (R. v. Eldridge [1821], R. & R. 440; R. v. Falker 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その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, ibid., pp. 265-7, §§ 867, 868, pp. 545-7; Roscoe, ibid., pp. 37-8; Phipson, ibid., p. 556; Jenks, E., A Short History of English Law, 1922, pp. 366-7.)

(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拠法に說明せられてをるものであるが(同書二五頁)その年代が餅かでないのは遺憾である。

(2) 前示一六九三年ウィリアム三世の法律は、一八〇〇年ヂョージ三世の法律 (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一八二〇年ウィリアム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、一八四二年のヴィ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その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拠に基き裁判せらるべき旨を規定してをるのである。

なほ前示ウィ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 伯正及びペンサム等の痛烈なる反對があつたのであるが、就中ペンサ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, ibid., pp. 1109-12; Phipson; ibid., p. 468; Taylor, ibid., I, pp. 652-3, §§ 952-8, pp. 635-8; Stephen, ibid., p. 137; Best, ibid., pp 528-31, §§ 618-20)。

(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。かくの如き場合には、自白は直接證拠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、その自白の眞實性が、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、その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, ibid., pp. 455-6, § 524)。

e 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認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認せらるゝことなく、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(七三頁參照)。

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、自白者以外にその效果を及ぼし得ない譯である。そこで、

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、乙が竊奪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, (1832), 1 Moo. 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その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、その一方の帳簿に對する記載は不正行爲遂行上必要欠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である。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し得ないものである。しかし、之はその目的が未だ完了せざるものとしてのことである。故に、その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. 667; 6 Q. B. 126; 66 R. R. 311.)。そこで、この見解に從へば共謀罪に於てその目的が成就せられたるに依り終了するか、又は放棄せられたるに依り終了するか、その就れたるとを問はず、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、その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, ibid., 1, p. 615, § 904, p. 570; Cockle, ibid., p. 79; Phipson, ibid., p. 261.)

第二に本人、代理人、主人、傭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傭人の自白に依り、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、代理人又は傭人の行爲は、かく〳〵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就れの責任を伴ふかは之を問ふことなく、同一證據

に依り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。即ち、代理人又は傭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傭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(本誌第十一卷第三號摘文四四頁參照)

要するに、代理人又は傭人の自白が本人又は主人に對し、その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紙經營者(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(本誌第一四卷第一號摘文八二頁參照)、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、新聞紙經營者はその代理人或は傭人が當該新聞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 の云ふところに從へば、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、而してその發行の管理を自己の選擇したる者に一任し、しかもその者に信賴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その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その代理人又は傭人は何等の權限を有せざること、又は記事掲載に付きその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、以てその責を免るゝことを得るものである(Taylor, ibid., I, pp. 615-16, §§ 905, 906, pp. 570-1; Hibbert, ibid., p. 28)。(1)

第三に曖昧なる自白(ambiguous confession)の效果はどうであるか。自白にしてその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、固より破棄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その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、その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. 513; 9 Cr. App. R. 7; 135 L. T. Jo. 49.)。

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、この場合にはその意義に付ては陪審員が之を判定すべきものであつて、裁判官の立入さ範圍ではない。然るに、刑事々件の自白に付ては破毀せらるべきものなること既に述べた如くである(Phipson, ibid., pp. 260, 227.)。

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。之ウィグモアの所謂欠缺を補正するものとしての、後の事實に依る確定 (Confirmation by subsequent facts, pro tanto effectus) 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の存するに於ては、その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、全くその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。之即ち、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、之に依つてその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、確定せられたる部分のみの認容、即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 by Wigmore, ibid., II, p. 211, § 856.)。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, ibid., I, p. 614, § 902; p. 589; Phipson, ibid., p. 261.)。之に對しウィグモアは次の如く主張するのである。即ち、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、それは自白者並にその自白を聽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、吾々はその全體を疑ふことを止めねばならぬ。アメリカ裁判所のうち或ものはウィグモアのこの見解に從ふものあり、他のものは前示リーチの說を採用してをるものもあるが、後者に從ふ場合でもその多くは竊盜事件であつて、竊取に關する部分を認めることは自白の本質的部分を認容することになるから、前示兩說の孰れに從ふも殆んど實際上の區別は認められないとせち

れてゐる(裁判所が執れの説に従ふかに付ては Wigmore, ibid., II, p. 212, § 857 を參照)。要するに、アメリカ裁判所の多くはこの問題に付き正當なる見解を採るものと云ふことが出來るが、イギリス裁判所に於ては必しもさうではなかつた。即ち、イギリス裁判所に於ては元來かゝる自白は自白としては認容せらるゝことなく、全く排除せられたものであつたが、たゞ基礎的原則即ち被告人の陳述に基き爲されたる搜査に依り發見せられたることを證明し得ると云ふことに對し、間接に效果が附與せられたるに過ぎぬのであつた。(Taylor, ibid., I, p. 614, § 902, p. 503)。しかし、この區別を是認し之を説明する原則は未だ存在しなかつたのであるが、兎に角之がイギリスに於て一定せる法律となりアメリカ裁判所の或るものも之に從ふやうになつた譯である(イギリス、カナダ、アメリカの判例に付ては Wigmore, ibid., II, p. 213, § 858 參照)。

かくの如く、自白と之に依り發見せられたる事實とを區別し、前者は之を排斥すること右に述べた如くであるが、かゝる問題は主として竊盜事件に付て起つたものと云へるのである。そこで、更にウィグモアの説くところに從へば、この場合竊取せりとの自白及びその陳述に從つて贓物が發見せられたるとき、そこに一つの假定(hypothesis)があつて、その自白が贓物の發見に依り確定せらるゝも陪審員はなほ之を信憑し得ないのである。即ち、被告人は竊取の事實及び贓物の隱匿場所を知るとしても、彼はなほ竊盜犯人でないかも知れぬとするのがそれである。ところで、吾々は後者

の事實は之を度外視することを得るとしても、前者の事實は之を無視することを得ない。竊盜事實の自白が眞實なりと云ふことは、之が效果を無からしむることは困難のことに屬するかも知れぬが、被告人が賊物を隱匿せる場所を知れりと云ふことは、之を無效たらしむること全く不可能である。そこで、吾々は理性的動物として承認せねばならぬことを承認するとしても、そこには截然たる疆界線を設けねばならない。之が前示區別を是認する理論的根據であるやうに見えるとせらるゝのである。從つて、一言にして之を云へば、發見に依つて明かにせられたる限りに於ては、被告人は賊物の存在を知るものである。故に、吾々は之に付ては聞かうとする者であるが、それ以上の何物をも聞かうとする者ではないと云ふことになる。そこに疆界線の漠然たる位置を見出し得るのであるが、ウィグモアは更に主張してかゝる疆界線は之を引くべき場所數個在りと爲すのである。即ち、

其一は法律は發見せられたる事實及びその發見は被告人の陳述の結果爲されたものであることを承認しようとする場合で、こゝに疆界線を引かうと云ふのである。

其二は更に一歩を進め、被告人が賊物所在の場合に赴き之を指示したるが如き被告人の行爲の詳細をも承認しようとする場合である。

其三はなほも進んで被告人が贓物及びその所在の場所を説明する陳述にして、しかも竊盜行爲の自白に至らざる陳述をも承認しようとする場合である。

かくの如く、その疆界線は種々のところに之を求め得るとしても、之等は極めて人工的のものであり又反常識的のものなるを免れない。從つて、結局十分なるものと云ひ難いことになる。

最後に不法誘出に依る自白に基き發見せられたる事實の認容性に付き一言したい。かゝる事實は書面では認容し得ざるものと爲されたのであつて、その理由とするところは既に自白にして不法誘出に基きたるものなる以上、その結果發見せられたる事實も亦その影響を被りたるものであるから、自白同樣認容し難きものであると云ふのであつた。しかじ乍ら、かゝる理論は論理的にも原理的にも、將又便宜的立場よりするも到底是認し得ないものであるから、その初めからかゝる見解は一般に支持せられぬところであつた（Wigmore, ibid., II, pp. 211-5, § 856-9; Wigmore's Code of the Rules of Evidence in Trials at Law, 1935, (2nd ed.), pp. 221-2, § 1104; Taylor, ibid., I, pp. 614-5, §§ 902, 903, pp. 569-70; Roscoe, ibid., pp. 51-2; Phipson, ibid., pp. 26-2.）

（一）一八四三年の Libel Act 即ち Lord Campbell's Libel Act (6 & 7 Vict. c. 96) 第七條は次の如く規定してゐる。

"Whenever, upon the trial of any indictment or information for the publication of a libel, under the plea of not

guilty, evidence shall have been given which establish a presumptive case of publication against the defendant by the act of any other person by his authority, it shall be competent to such defendant to prove that such publication was made without his authority, consent, or knowledge, and that the said publication did not arise from want of due care or caution on his part."

文書に依る誹毀の構成が立證せられたる場合、そこに惡意が推定せらるゝのである(Hoare or Harris v. Wilson,[1829], 9, B. & C. 643; 33 R. R. 294.)。之は丁度故意の殺人罪の訴追に於て、殺害事實 (fact of slaying) から惡意が推定せらるゝと同樣である。そこで、若し他人が彼の通常の義務を履行する上に於て誹毀的記事ある文書を他人に實渡したるやうな場合には、前示一八四三年法第七條の規定あるに至りたる後は、少くともそれはかゝる誹毀的記事は主人に依り發表せられたるものとの推定證據(狀況證據)に止るものである (Roscoe, ibid., pp. 815-6; Best, ibid., p. 293, § 331.)。

f 自認及び自白の異同

擧證責任輕減原因としての自認及び自白に付ては以上に於てその說明の大體を終つたのであるが、私はその說明を終了するに當り之等兩者を比較し、以て異同の概觀を試みたい。

第一　大體に於て自認は民事々件に於て行はれ、自白は刑事々件に於て行はれる。しかし、廣い意味に於ては自白も自認の一種であると云ひ得るであらう。即ち、自白は刑事々件に於て被告人が自己に對する主要なる起訴事實又は起訴の要素を爲す或種の事實を、直接に陳述することより成立する自認であるとも見らるゝ。

第二　自白は之を自認に比すれば一層の制限が加へらるゝのである。換言すれば、自白が自認より一層大なる制限に服するところに自白の特質が見出さるゝとも云へるであらう。然らば、その制限とは何を云ふか。これ即ち不法誘出の行はれぬことである。換言すれば自白の信憑力を破壞するが如き不法誘出の行はれざることを要するのである。

第三　自認は自認者以外にその代理人、辯護士、共同原告、共同被告等に依つて行はれ得ることは既に說明した如くであるが、自白は原則として被告人自身に依つて爲されねばならない。

第四　自認及び自白の認容の基礎は同一である。即ち、人は自己の利益に反してまでも眞實に非る陳述を爲すものではないと推定せらるゝのがそれである。

ウィグモアは自認を、自白、强迫の下に行はれたる自認（admission under duress）、及び法律上要求せらるゝ自認（admission required by law）と對比して論じてゐるが、そのうちに次の如く述べてゐる。

自白は單に自認の一種に過ぎぬものであるから、總ての自認は恰も民事々件に於ける當事者に對すると同樣、刑事々件に於ても之を被告人に對して援用することが出來る。即ち、自認が自白の規則を滿足する限り、若しくはその範圍外に在る限り、他の自認と同樣總ての自認に共通なる原則に依り吟味せらるべきである。

自白の規則は刑事々件に於ける被告人の地位に特有のものであるから、民事々件に於て爲された强迫の下に行はれた自認は之

を認容し得るのであるが、勿論この場合に於いてはその信憑力に關する解釋（comment）に從はねばならぬ。

更に、法律上課せられたる義務の下に行はれたる自認は特種の地位を有するものである。かゝる自認は自認を支配する原則よりすれば排斥せらるべきものではないが、他の二個の原則に基き排斥せらるゝことがある。即ち、

第一は前示自認の義務を課する成文法はその陳述を行政官廳に對する報告の形式に於て爲すことを要求するものである。例へば、藥劑師の藥劑、酒類（liquor）の賣却に關する記錄、法人財産の報告、運送業者（common carrier）の損害の報告等は即ちそれである。かゝる場合に於いては成文法は時として之を秘密通知とし、以て特權を明示的に附與することがある。若し成文的に明示せられずとも、政策的に必要と認めらるゝときは、特權は默示的に與へらるゝのである。從つて、かゝる場合には之を自認として認容し得ないのである。

第二は刑事々件に於ては右の法律上要求せられたる報告の形式に依る自認の如きは、所謂 self-crimination に對する特權に依り保護せらるゝところである（Wigmore, ibid., II, pp. 507-8, § 1050.）。

4　禁反言の原則

A　序論

私は擧證責任輕減原因としての裁判上當然の承認、推定の原則、自認及び自白に付て一應の說明を終つたのであるから、最後に禁反言（estoppel）の原則を考察し、以て擧證責任輕減の考究を終了したいと思ふのである。(1)

云ふまでもなく、禁反言の原則は英米法に於ける一特色を爲すものであるが、之に付ては既に我

が學界にも相當紹介せられてをり、諸學者の有益なる研究の成果が發表せられてをる次第である。左に之を掲げて置かう。

花岡敏夫　禁反言ノ法理ニ關スル概論（法學協會雜誌第三二卷第一一號）

同　エストッペルの法理より見たる表見代理（日本辯護士協會錄事第二〇卷第一一號）

同　エストッペルの法理より見たる判例の既判力（大正五年著書）

同　Agency by Estoppel ノ法理ト我表見代表（土方教授在職二十五年記念私法論集）

伊澤孝平　英法に於ける表示に依る禁反言と其の商事への適用（法學協會雜誌第四六卷第三號乃至第六號）

宮本英雄　英法に於ける禁反言法理の發展過程（法學論叢第二三卷第二號）

〔右に示した如く花岡博士は禁反言に付き多くの研究を發表せられてをらるゝのであるが、私は不幸にして博士の著書及び日本辯護士協會錄事の論文の兩者を遂に手にすることを得なかつた。從つて、甚だ遺憾ながらこれ等兩者を參照することが出來ない。一言記して博士並に讀者の諒恕を乞ふ次第である〕。

禁反言の原則は一般に證據法上に於て論ぜられてゐるところであるが、恰も推定の原則の場合に於けるが如く（本誌第十卷第三號拙文二七頁參照）、それは果して證據法上の原則であるか、或は又實體法上の原則であるかに付ては論議の存するところである。Low v. Bouverie 事件（[1891], 3 Ch. 82; 60 L. J. Ch. 594; 65 L. T. 533; 40 W. R. 50）に於て Bowen, L. J. は禁反言は單に證據法上の規則に過ぎぬものとし、その理由として禁反言に基

き提訴し得ないことを示してゐる。然るに Williams v. Pinckney 事件（[1898], 67 L. J. Ch. 87.）に於て Vaughan Williams, L. J. はエクイティ上に於ては禁反言に基き訴を提起し得るものとしてゐる（Holdsworth, W. S., A History of English Law, IX, pp. 144, 147）。しかし、現在に於ては單に訴權の發生の如何に依り禁反言が有する本質を確定し得べきものではなからう（伊澤學士前掲論文一四五頁一四六頁參照）。ホールズウォース、フィッツソン、ハルスベリー等は證據法上の原則なりとする說を採り（Holdsworth, ibid., p. 144; Phipson, ibid., p. 655; Halsbury's Laws of England, (2nd ed. or Hailsham ed.) XIII, 1934, p. 398, § 498. 宮本學士も亦同樣である、同學士前掲論文法學論叢第二三卷第二號一七一頁）、ベスト・ウィグモア、レヴィ＝ウルマン等は實體法說に從ふものである（Best, ibid, p. 642, § 533; Wigmore, ibid., V., p. 605, § 2588; Wigmore's Code, p. 542, § 3130; Lévy-Ullman, H., The English Legal Traditions its Source and History, 1935, p. 131; 西田學士「英法に於ける善意不實表示に就いて」法學協會雜誌第五三卷第七號九三頁參照）。

次に、禁反言を論ずるに當つても諸家の見解は必しも同一ではない。例へば、テーラーは禁反言を以て不可動推定の一種として論じてをり（Taylor, ibid., I, p. 94, § 89, p. 86.）スミスは自認の一種とし、しかも自認中最も效力の强く確定的のもの、換言すれば嚴肅なる自認としてをり（Smith Leading Cases, II, (13th ed.), p. 667.）、又或は禁反言と確定證據とを同一視するものもある（Cf. Cockle, ibid., p. 40.）。しかし、之等は當を得たるものとは云へない。即ち、禁反言權利者は之を拋棄することが出來る點に於て推定の場合と異るべく（2）第三者は必しも常に禁反言を援用し得ざる點に於て、推定並に自認と同一と云ふことを得ないし、更に、

證據の確定的效果は特定訴訟に於ける論理的證據價値又は信憑力から生ずるのであるが、法律上の規則から確定的效力が生ずる場合は、それは總ての人の利益、不利益に關係なく發生するものである。この點に於て禁反言は確定證據とも同一視することを得ないとせらるゝ(Phipson ibid., p. 686.)。

(1) 禁反言と云ふ譯語は古くから我が國に行はれてゐるところである。即ち、明治二十三年七月十一日出版の浦部章三氏譯ブービエー「法律字彙」にも既に禁反言の譯語が見えてゐる(同書七九頁)。又、明治二十五年一月八日出版の山田喜之助氏譯テーラーの「英國證據法」に於ても同樣である(同書四一頁)。尤も伊澤學士は之を禁悖言とした方が一層よく眞意を表し得るものではないかとの提言をしてをらるゝ(同學士前揭論文、法學協會雜誌第四六卷第三號一三三頁)。兎に角、禁反言の語は現在では一般に行はるゝところとなつたが明治二十二年の岡村博士の「英國證據法」には强認と譯してをらるゝ(同書五六〇頁)。この譯語は一見スミスなどの影響を受けて自認の效力の殺も强いものゝ意味から生じたのではなからうかとも思はれるが、同博士は「總テノ自認ヲ强認ト云フ事能ハス又總テノ强認ヲ自認ト云フコト能ハサルヲ以テ强認ヲ自認ノ一種ト爲スハ穩當ナラサルカ如シ」とせられてゐるから(同書五六三頁)、禁反言を自認の一種と見る說の影響ではない。又、明治十八年の秋山源藏氏口譯北畠秀雄氏筆記「斯丁邊編纂英國證據法註解」には遏止と譯し(同書八一頁)、明治十七年の岸小三郎氏譯「斯丁文氏英國證據法」には阻遏とある(同書七五頁)。右の如き次第であるから、禁反言と云ふ譯語が用ひらるゝやうになつたのは明治二十三年頃からのことではなからうか。

(2) 禁反言の利益それ自身の拋棄と一般に權利の拋棄とは異ること云ふまでもないが、禁反言と權利の拋棄との關係も密接なるものがあるから左に一言して置かう。

禁反言原則と權利抛棄との間には廣い共通なる基底があるとせらるゝ。即ち、兩者の目的並に作用は善意と云ふことを保護し、以て取引の安全を確保しようとするに在る。取引の當事者が相手方に對し或權の行爲を要求するの權利を有し、若しその行爲が爲されない場合には當該當事者の側に於ても自己の義務を免れ、又は少くともその取引に依つて拘束せられぬことゝなる場合がある。換言すれば、全然交渉を絶ち (cut off) 得ることゝなるのである。そこで、當事者がかゝる權利を有し、しかも相手方がその權利に基き要求することを得べき行爲を爲さざることを知るに拘らず、なほ自己の權利を主張せざる場合に於ては、事態は恰も萬事正當に爲されたと同樣に進行し、彼が自己の權利を主張せざることは權利を抛棄したるものと推斷せられ、後に至つて行爲の爲されざりしことに對し異議を唱へることを許されない。果して彼が權利を抛棄したるや否やは彼の意思に付ての行爲から推斷せらるべき事實問題であるから、彼は權利を抛棄するなどゝ云ふ意思なかりしことを明かにし得るのであるが、彼の行爲にして相手方に權利の抛棄ありたるものと信ぜしむる相當なる根據を與へ、相手方は之を信頼して取引を爲したる場合には、彼は自己のかゝる表示に拘束せられて權利を抛棄せるものに非ることを主張し得ないのである。こゝに禁反言原則が作用するのであつて、云はゞ禁反言原則が抛棄の補助作用を呈することゝなるのである。そこで、かゝる場合に於ては禁反言と抛棄との兩語は屢々區別なく用ひらるゝのである。禁反言の依據する他人を誤らしめたる行爲 (misleading conduct) は、爲すべきを爲さざりしこと、即ち不作爲 (omission) を看過し、恰もそれが爲されたるかのやうに萬事を進行せしむるものゝ如く信ぜしむるところに在るのであつて、相手方をして爲さるべきことが爲された如く信ぜしむるところに在るのではない。何となれば、禁反言を主張する者がそれが爲されざりしことを最もよく知る者であるからである (Cabaig, M., The Principles of Estoppel, 1888, pp. 104-7.)。

B 禁反言原則の沿革

ビグローは禁反言原則の發達過程を大體三期に分つてゐる。しかし、その各期は明確に之を區別し得ないのは勿論である。而して、その第一期は之を古代と稱しローマ法より繼受した語を以てすれば所謂 Res Judicata の原理の時代であり、第二期は中世と呼び Estoppel by Deed 及び Estoppel in Pais の原理の時代であり（コーク以前より、コークの時代に至るまで存在してゐた）、而して、第三期は近代と稱し Estoppel in Pais の近代的法理發展の時代であるとしてゐるのである（Bigelow, M. M., Treatise on the Law of Estoppel and its Application in Practice, 1876, (2nd ed.), Introduction) xliii-xliv.）。

禁反言原則の基底を爲すものは正義及び衡平の觀念である。勿論法律上の諸原則にして之等の觀念をその終局の基礎とせぬものはないであらうが、禁反言原則には吾々の正義及び衡平の觀念が直接かつ强烈に働きかけてをるものと云ふことが出來るであらう。しかし乍ら、禁反言原則をかく思惟することは決してその初めからのことではない。寧ろ久しい間、それは一種の嫌惡すべき原則であるかのやうに考へられてゐたのであつた。從つて、裁判所の態度も亦しかくあつたと云ふことが出來る。而して禁反言原則と Ld. Coke（一五五二年—一六三四年）とは深い關係を有するものであると云ふことが出來るのである。蓋し、彼が下した禁反言の定義は之が法律上の適用に根據を與へたものであるとせらるゝからである。そこで、先づ彼の定義を左に掲げて置かう。

"Estoppe" cometh of the French word estoupe, from whence the English word stopped: and it is called an estoppel or conclusion, because a man's owne act or acceptance stoppeth or closeth up his mouth to alleage or plead the truth (Coke upon Littleton, II., 1832, 352 a.)。

右の定義に付ては後に述べることゝするが、たゞこの定義が全然正しいものとすれば、禁反言原則は依然として嫌惡せらるべきものであると爲さるゝのであるが、それは兎も角、コーク時代に於ては禁反言原則は一般より余り好意を持たれなかつたことは確かである。而して、その理由とするところは禁反言原則は眞實を排斥し、理性と適切なる政策に反するものであると云ふに在る。從つて、現在の禁反言原則に對する基礎觀念と對照するときは、全然相反するものがあることを認めねばならぬ。即ち、近世禁反言原則は既にその嫌惡的基礎を解消し、最も重要にして正しき法律上の作用であると觀念されてゐるからである。故に、禁反言原則は最早眞實排斥の具ではなく、當事者が一度承認した事項に付て之を不安定狀態に放置することを、當事者並にその關係人に對し禁止するものとなつたのである。從つて、現在に於ける禁反言原則の基底は正義と衡平に在ること既に述べたるが如くである。從つて又、健全なる政策と善良なる道德にその基礎を置くものであるとも云へるのである(Bigelow, ibid., Introduction, p. xliv.)。

かくの如く、禁反言原則に對する考へは漸次變化し來たつたものであるが、之と共に禁反言原則それ自身に於ても大なる發展を爲した。そこで、以下に於てはその發展過程を概觀しようと思ふのであるが、私は近代的の禁反言原則の發展とその前身を爲した Estoppel in Pais とを區別して四期に分つて述べたいと思ふ。勿論各期はピゲローの云へる如く相互に截然たる區別があるのではなく、寧ろ互に相交錯してゐる部分があるのであるが、禁反言原則の發達段階を示すために便宜上之を各期に分つことにした。而して、禁反言原則の沿革的說明に付てはホールズウォースの說くところに從ひつゝ之が說明を試みることを許されたい(Holdsworth, W. S., A History of English Law, IX, pp. 147-63.)。

第一期　禁反言態樣の最古のものは記錄に依る禁反言(estoppel by matter of record, 以下記錄禁反言と略す)である。記錄禁反言の基礎觀念は苟も國王裁判所(king's court)に依つて嚴肅に記錄せられたる事項は之を證據として認容すべく、何人と雖も之に反對なる主張を許すべきでないと云ふに在る。かくの如く、裁判所の記錄にとゞめられたる事項が確定的性質を具有するに至つたのは正に第十二世紀の初葉である。そこで、こゝに所謂裁判所の記錄とは判決は勿論それ以外の事項と雖も、苟も裁判所の記錄にとゞめられたるものは總て之を包含するものであるから、例へば誓約(recognizances)又は土地移轉手續(fine)の如きも亦禁反言の效力を有するに至つたのである。かく

の如く記錄が禁反言たり得たのは所謂記錄裁判所(courts of record)の記錄であるが、後に至つて禁反言原則は次第に擴張せられ記錄裁判所に非る裁判所(courts not of record)及び宗教裁判所(ecclesiastical courts)等に付てもその適用を見るに至つたのである。

かくして、裁判所の記錄事實は確定力を有するすことゝなつたのである。このことは既に一二九三年、一三〇七年、一四二五年に於ける判決錄(Year Books)に報導せられた事件に於て之を窺ふことが出來るのである(之に付ては Holdsworth, ibid., pp. 148-9 を參照せられたし)。

コークも云へるが如く裁判記錄は陪審員の評決又は訴訟當事者の主張に依り之に反對することを得ないものであるが(Coke, ibid., 260. a, 11.)、こゝに注意を要すべきことは、コーク時代に於ける記錄禁反言に對する觀念は十二・三世紀時代のそれと異る傾向を示すに至つたことである。即ち、Hynde's Case ([1591], Co. Rep., 11, p. 456)に於て記錄(matter of record)の確定性は、法律が嫌惡する爭訟の際限なく繼續することを避けんとする爲であるとされたのがそれである。そこで、この時代に於ては人々の裁判に對する觀念が變化して來たゝめ、記錄禁反言は記錄の提出を以て證明方法なりとする觀念にその基底を有するものと云はんより、寧ろ裁判所の判決は相當なる終局(decent finality)を必要とするものであるとの考へにその基底を置くことゝなるに至つたものであつて、かゝる考へは既にローマ法學

者の抱懷するところであつた。かくの如き思想的變化は、その結果に於ては訴訟當事者に對し大した變りはないのであるが、たゞ禁反言原則の立場から考察するときは、一面に於ては禁反言原則の或者は專ら舊思想に適應するものありと云ひ得ると共に、他面に於ては新思想は禁反言原則に對し、より多くの理論的基礎を與へたものであると云ひ得べく、特に訴訟手續上の事項に關する近代的觀念に適合するものであるとせらるゝのである。

記錄禁反言は國王裁判所の記錄から生じたことは既に一言した如くであるが、國王裁判所の活動はこの禁反言原則適用に付ての多くの規則を生み出したのである。而して、中世紀の末葉に至つて確立せられたるものに左の如き規則がある。

第一は禁反言を生すべき陳述(statement)に付てのものである。既に一四三四年に於て管轄權を有せぬ裁判所の陳述は禁反言の效力なきものとすることは一般に是認せられたるところである。又。申立書中の陳述にして之に基き判決が與へられざりしもの、及び陪審員の評決にして之に基き判決の與へられざりしものは孰れも禁反言たり得ないとせられたのであつた。

第二は禁反言せらるゝ當事者に付てのものである。即ち、訴訟當事者のみがその訴訟に於ての判決に依り禁反言せらるゝものであると云ふことは、既に久しい以前から是認せられてゐたところで

ある。或る訴訟に於ける記錄はその訴訟當事者のみに效力を及ぼし得るものであつて、訴外者には效力を及ぼし得ないとするのは記錄禁反言の原始的觀念である。しかし乍ら、訴訟の種類に依つては必しもさうとばかりは限らない。例へば物的訴訟(real action)の如きがそれである。そこで、かゝる場合に於ては單に當事者のみならず關係人(privies)も亦禁反言せらるゝものとなつたのである。而して、その所謂關係人は土地利益、血統、法律上等の相互的若くは連續的關係を有する總ての者を包含するのである(本誌第十一卷第三號拙文六四頁—六五頁參照)。(1) かくして、記錄禁反言の效果は擴大せらるゝことゝなつたのであるが、更に場合に依つてはその效果は一層大なるものがあつた。即ち、破門(excommunication)、法律上の保護停止(outlawry)、農奴の身分(villeinage)、民事上の權利及び能力の喪失者(attaint)等の地位に置かれたる者は、一般人に對しその地位を否定することを禁ぜられてゐたのである。一四一〇年には或者が私生子であると云ふ僧正の證明書は、その者の身分に關しては確定的效力を有するものなることが認められたのであつた。更に又、或者が訴訟に於てその農奴に非ることを立證したならば、その者の身分は最早再び爭ふべからざるものであると云ふことが一般に考へらるゝ傾向となつた。かやうな次第で、身分を宣告する判決は他の判決に比し遙かに廣範圍の效果を有するものであつて、單に訴訟當事者間に止らず一般の人々に對しても拘束力を有するもの

であることが確立したのである(2)かくして、近世に於ける對世判決(judgment *in rem*)と對人判決(judgment *in personam*)との區別の基礎が與へらるゝことになつたのであるが、海法の發達は人の身分に關する對世判決に加ふるに船舶の地位に關する對世判決を以つすることゝなつたのである。

第三は禁反言を生ずるがために陳述(statement)が有しなければならぬ性質に付てのものである。之に關する規則の發達をホールズウォースは三つの原因に求めてゐるのである。即ち

其一は訴訟法上の規則の影響である。禁反言を生ずべき言辭は判決せられたる爭點に對し本質的重要部分を爲すものでなければならぬとせらるゝのがそれである。(3)而して、かゝる規則は第十五世紀に確立したものであるとのことである。

更に、禁反言は相互的(reciprocal)のものでなければならぬとせらるゝのである。こゝに相互的とは當事者双方を拘束するものなることを意味するものであつて、之は當事者並に關係人のみを拘束するものなりとの規則の直接の結果であると云はるゝのである(1)(參照)。

其二は實體法上の規則の影響である。實體法上の規則の影響は、先づ(一)禁反言を是認するがために不法なる行爲(illegal act)が容易に行はるゝことゝならば記錄は禁反言の效力を生じないとす

ふこと、及び(二)被禁反言者が無能力狀態(personal disability)に在り、之が爲め元來爲し得ざる行爲を爲したることが禁反言に依り立證せられんとする場合には記錄は禁反言を生ぜぬものとせらるゝのがそれである。

其三は常識に起因する規則である。コークが禁反言に對する禁反言はその事項を拘束せず」(estoppel against estoppel doth put the matter at large)(Coke, ibid., II, 352. b.) と云ふのは正にこの場合を說明するものであつて、互に矛盾せる二つの陳述が存在するとき、若しその內の孰れか一方のみであつたならば禁反言となるべきであつても、二つ存在するために當該事項は全く自由となり何等拘束せらるゝところがない、換言すれば禁反言は中和すると云ふのである。之は畢竟吾々の常識を法律的に表現したに過ぎぬものであつて、一般推定の原則に對しても行はるゝ常識則なりとせらるゝのである(Best, ibid., p. 465, § 537.)。

第二期　記錄禁反言に次いで生じたのは捺印證書に依る禁反言(estoppel by deed, 以下證書禁反言と略す)であつて之を以て禁反言發達過程の第二期と見ることが出來る。證書禁反言と雖もその元來の根本的原則に於ては記錄禁反言と異るものではないが既に第十六世紀頃に新なる存在の基礎を得ようとするに至つたもので、この新基礎は記錄禁反言とその趣を異にし、行爲に依る禁反言の

近代的發達を偲ばしむるものである。捺印證書中に包含せられたる事實は確定的性質を有するが故に禁反言の作用を呈するものであつて、證書當事者は證書の內容に反する事實を主張し得ないのである。證書禁反言は記錄禁反言より發達したることは云ふまでもないが、その過程に付てはウィグモアの說明がありホールズウォースも亦之を引用してゐる。以下ウィグモアの論ずるところを窺つて見よう。抑も印章の出現は證書(instruments)に新時代を齎したものである。何となれば、それは一方に於てはその證書の眞正なることを證明するの方法となるのみならず、他方に於ては取引の條件に付て之を必要欠くべからざるものとし、以て證人の立會を不必要ならしめたからである。そこで、印章と取引立會人との關係を見れば、前者が盛んとなれば後者は衰へざるを得ない運命に在る而して、印章の法律上の價値は「上から下へ」、即ち「國王から庶民へ」と云ふ法律上の取扱を受けたことから生じたものとされる。ゲルマンに於ては、國王の言葉は爭ふべからざる絕對的性質を有してゐた。從つて、國王に虛言せる者は、その生命をさへ失ふたのである。而して、文書に國王の印章あらばその文書の眞實性を保證するものであつて、その眞僞を爭ふべくもないのである。之が裁判記錄の眞實性の淵源を爲すものであると云はるゝのである。かくの如く、國王の印章は文書の眞實の絕對性を表徵したのであるが、この印章使用の風習が次第に人民に及んで來ると、その印章の

屬性たる眞實性の表徵と云ふことも亦之と共に下に及んだ譯である。而して、最初は貴族又は僧侶と云ふが如き階級のみが印章を有することになつたのであるが、遂には一般自由民も之を有するやうになつた。かくして、その印章を押捺したる文書は少くとも本人自身に於ては之を爭ふことを得ない性質を有するものとなつた。かくの如く、印章使用の範圍が擴大せられしことは紀元一〇〇〇年代に始まり一三〇〇年代に至つて完成したるものと云はれてゐる。そこで、往時の取引立會人に依る證明方法は漸次その影を潛め、遂に一三〇〇年代には一種の贅物視せらるゝやうになつたのである。即ち、取引が證書に依つて行はるゝ場合には、當事者が將來の證明方法として依據しようと欲するものは、取引當時の證人を呼出すことではなく、その證書面に押捺された相手方の印章である。故に、その印章は當事者間に於ける取引條件の眞正なることを表示するものであるから、その條件は最早之を爭ふことを得ないのである(Wigmore, ibid., V., pp. 2445, § 2426.)。

右に述べた如き次第で、最初國王の印章に始まつたものが後には一般の人々の間にも行はれ、遂に證書禁反言の原則が生れた譯であるが、記錄禁反言と證書禁反言とは等しく一種の證明方法たるものであるから、この兩者間には同樣なる規則の適用を見るのである。即ち

其一は記錄禁反言は管轄權ある裁判所の記錄にして始めてその效果を有し得るが如く、證書禁反

言がその效果を有し得るが爲めには有效に成立したる證書でなければならぬことは云ふまでもない。

其二は禁反言として主張しようとする捺印證書中の陳述は、爭點の本質的重要部分を爲してゐなければならない。而して、記錄禁反言を主張する場合に於てその確實性(certainty)が要求せられてゐるに對して、第十六世紀頃に於て證書中の陳述は正確(precise)にして特定(particular)することを要すると云ふ規則が認められることゝなつたのである(4)

其三は恰も記錄禁反言が土地を拘束し土地に隨伴して行はるゝと同樣、證書禁反言も土地を拘束し之と共に行はるゝものである。

其四は記錄禁反言の效果は通常當事者及びその關係人に及ぶやうに、證書禁反言も亦之と同樣當事者並に關係人にその效果を及ぼすものである。

其五は記錄禁反言が通常相互的、即ち兩當事者を拘束すると同樣證書禁反言も亦相互的である。

從つて、證書中の當事者一方のみの陳述に過ぎない所謂說明的部分(recital)、又は一人の當事者に依つて作成せられたる捺印證書即ち deed poll の如きは禁反言を生じ得ない。

かくの如く、證書禁反言は記錄禁反言と同樣なる軌道に從つて發展した範圍が相當にあるのであ

るか、一方は裁判所の記錄他方は捺印證書であるから、その本來の性質上の差異からして、之等より生ずる禁反言は常に全く同一であり得ないことは固よりである。そこで、機會あらば當事者は禁反言を主張すべきであるが、若し當事者が機會あるに抱らず證書禁反言を主張せず事件をそのまゝ進行せしむるが如き場合には、陪審員は全く自由に眞實を發見することが出來るとせられてゐる(Godder's Case, (1584), Co. Rep. Vol. 1. P. 43; Cf Everest and Strode's Law of Estoppel, 1923, (3rd. ed.), pp. 318, 319.)。從つて、この點に於て證書禁反言が記錄禁反言と異るものであつて、前者は右の如く陪審員を拘束することなしとせらるゝに反し後者は之を拘束するものである。更に、最も重要なる差異は證書中の陳述が何故に禁反言を生ずるに至つたかの理由に於て之を見ることが出來るのである。

記錄禁反言を生ずるに至つた理由の基礎附けとしての新しい思想は、訴訟の終局性であることは既に一言したところである。しかし、この理由は直に以て證書禁反言發生の理由とは爲し得ない。證書禁反言は一方の當事者が他方に義務を負ふ如き文書に捺印し、以てその事實を證明する行爲にその基礎を有することが次第に明かと爲つて來たのである。かゝる思想は既に存在してゐたもので、第十二・三世紀頃には捺印した證書に基く責任に付ての規則があつたとのことである。そこで、この古い規則はアングロ・サクソン法に現れたる危險行爲に對する責任の原始的觀念にその一部の

基礎を有するものであることは疑を容れぬところであると云はるゝのである。しかし乍ら、Granvil 及び Bracton の時代には前示の規則は合理化せられ印章所有者の責任は過失ある行爲に基くものとなされたのであるが、未だ過失の觀念が十分に發達してゐなかつた當時のコンモン・ローに對しては余りに精練せられたる觀念と云はねばならなかつた。しかし、之は證書禁反言は文書に捺印したる當事者の行爲に起因するものなりと云ふ觀念を生ぜしむるに與つて力ありしものと云へるであらう。而して、第十五世紀に至りこの觀念が表面化して來た徵候が窺はれると云はるゝのであつて、遂に證書禁反言はコークの所謂自己自身の行爲又は承諾が眞實の主張を禁止する（九三頁參照）と云ふ原則に、その基底を有するものとの考へを生じたのである。かく考へらるゝに至つては、證書禁反言と記錄禁反言との基礎は異るものと云はざるを得ないのである。そこで、この兩者の基礎の差異が看取せられざる以前に發達した規則は最早證書禁反言に適用せらるべきではないことゝならう。從つて、證書禁反言に於てはそれが必然的に相互的であらねばならぬとか、又は、何故に證書の說明的部分又は一當事者のみに依つて作成せられたる捺印證書は禁反言を生ぜぬか、と云ふ理由を發見するに苦しむことゝなつたのである。かくして、既に一四八一年には、Brian, C. J. は當事者双方に依つて作成せられたる捺印證書(indenture)中の說明的部分は禁反言となる旨を主張してゐるので

あるが、禁反言は相互的のものであらねばならぬとの原則及びその效果は、コーク時代に於ては既にその基礎堅牢にして、しかも證書禁反言の基礎觀念に對する變化は未だ一般に了知せられぬ有樣であつたから、直に消滅し得る機運には向つてゐなかつたのである。

第三期　禁反言原則の發達段階の第三期は行爲に依る禁反言(estoppel by matter of pais, 以下行爲禁反言と略す)の出現であると云ふことが出來る。この行爲禁反言が認められたのは一四四五年の事件(Y. B. 21 Hy. VI. H. 1 Pl. 5, pp. 24-25.) (cited by Holdsworth, ibid, IX, p. 159.) であるとせらるゝのであるが、この事件に於て Newton は地代の受領、土地の交換或は分割 (exchange or partition)は禁反言たる作用を爲し得るものとしたのである。かくて、この種の禁反言が認めらるゝに至つたのは、或者の行爲が禁反言の基底を爲すものと云はねばならぬ。即ち、當事者の行爲がその者をして他の異れる事實狀態の存在を主張することを禁ずるやうになつた譯である。この行爲禁反言が依據せる原理は廣汎なる性質を有してゐたのであるが、第十六・七世紀の頃にはそれは未だ廣い方面に十分發展し得なかつたのである。コークの說明するところに依れば、行爲禁反言は土地法に關してのみ適用せられたのであつて、又土地法に付て發達したのであつた。從つて、借地人はその借地關係に基き土地を占有する間又はその借地關係の繼續中は、地主の土地に對する權利を否定することを禁ぜられ、又之と反對に地主はかゝ

る借地關係を否定することを禁ぜられてゐたのである。一六〇三年には寄託者と受寄者の關係が右の地主借地人關係と同視せんとするの考へが窺はれたのであつて、この兩者間に明かに行爲禁反言の適用せられたのは一八六五年の Biddle v. Bond 事件(34 L. J. Q. B. 137; 6 B. & S. 225.)であるとのことである。かくして、行爲禁反言は近代的原則を成すに至つたのであるが、それが更に近世コンモン・ロー上の原則として發達するに至つたのは、コンモン・ローの他の部門に於けると同樣、第十七世紀の末葉に於て大法官に依り發展せしめられた規則の影響並に第十八世紀に於ける商事法の範圍に生じた新なる影響を考へなければならない(伊藤學士前揭論文、法學協會雜誌第四六卷第三號一五五頁—一五九頁、宮本學士前揭論文、法學論叢第二三卷第二號一四頁—一六頁參照)。

第四期　近代的行爲禁反言の發達段階が正にこの時期に相當する。換言すれば、行爲禁反言が近代的發展を爲したる時代であつて、エクイティの影響を受けたる時代であると云ふことが出來る。そこで、先づ注目せらるゝのは一六四九年の Hunt v. Carew 事件(Nels. 46.)である。この事件に於ては父は終身土地保有者(tenant for life of land)であり、子は限嗣殘余權(remainder in tail)を有してゐた。ところが、原告は父は非限嗣土地物權(fee simple)を有してをる者と考へ、被告たる子に對し父がその土地の賃貸借(lease)をするやう援助することを依賴したのであつた。被告たる子は恰も父にその權限あるかの如く確言し、以て賃貸借關係を成立せしめ三〇〇磅を取得したと云

ムのである。この事件に於て裁判所は父が權限ある旨の陳述を爲し原告をして賃貸借を爲すに至らしめた被告は、父と共に賃貸借關係の存在を確認せねばならぬ旨を判示したのである。この判決の基底を爲せるものは、子の詐害的斷定(fraudulent confirmation)が原告の出費を招來するに至つた事實に在ることは明かである。而して、この原則は最初は詐害的斷定にのみ適用せられたものであつて、一六八二年には Nottingham は善意不眞實の陳述には適用なきものとしてゐるのである(Dyer v. Dyer, 2 Ch. Ca. 108)。換言すれば行爲禁反言は惡意の場合に生ずるものとせられたのである。更に、右判決に於てノッティンガムは善意に付き過失の存せしものなりや否やの點を考察したかどうかは明かにされてゐないから過失の有無に依つて、判決の結果に相違を來すべきや否やの點は確定せられてゐない譯である。然るに、この點に付ては同じく一六八二年の Hobbs v. Norton(1 Vern. 136.)に於て、Ld. North は行爲禁反言は過失の有無に關せず生ずるものであるとするゝに至つたのである(Cf. White and Tudor's Leading Cases in Equity, 1928, (9th ed.), 1, p. 401.)

かくの如く、行爲禁反言の原則は漸次樹立せらるゝに至つたのであるが、之に付き注意を要する現象がある。それは右に示した如きエクイティ上の判決がコンモン・ローに取入れられたと云ふことである。即ち、Montefiori v. Montefiori 事件([1762], 1 Sir, W. Bl. 363.)がそれである。左にこの事件の事實

を示して置かう。

Joseph Montefiori と云へる男は既に婚約が出來てゐたのであるが自分を金持に見せる爲めその兄 Moses に依頼して、兄が自分に對し多くの債務を負擔するが如く裝はせ、約束手形を振出さしたのである。ところが、ジョセフは婚姻後右約束手形を兄に返還することを拒絶したのである。

右の如き場合マンスフィールドはジョセフに對し約束手形返還の義務なしと判示したのである。而して曰く、婚姻の申込に際し第三者が眞實となる重要事項の表示を爲したる場合には、縱令その表示が夫と共謀の上爲されたる場合と雖も、之等の者は表示せるが如き事項を有效とせねばならぬ。即ち、表示せられたる通りにしなければならない。何人と雖も自己の不正を訴の原因と爲し得ざると同樣之を抗辯（defence）とは爲し得ない」と云と云ふのである（Cf. White and Tudor, ibid., 1, p. 400.）。

マンスフィールドのこの判決は Neville v. Wilkinson 事件（[1782.] 1 Bro. C. C. 543.）に於ても是認せらるゝところと爲つたのである。この事件も亦前の事件と同樣なる性質を有する者である。即ち、ネヴィルなる者が婚姻を爲すに際しその妻となるべき女の父はネヴィルに何程の債務があるかを調査したのであるが、この時ウィルキンソンはネヴィルの依頼に依り自己がネヴィルに對して有したる債權を隱秘したのである。(5) そこで、この事實を信頼して婚姻が行はれた次第であるがウィルキンソ

ンはその後に至り隠秘せられた債務の辨済を求めたところ、ネヴィルはその救済をエクイティ裁判所に求め、以て反對事實の主張を禁じようとしたのである。そこで、Ld. Thurlow は右事件に於てウィルキンソンの不眞實表示（misrepresentation）は彼をして自己の表示に從はしむるものであるとし、その根據を説明して曰く「かゝる契約（婚姻）に於ける信頼（faith）は當事者並に子供の幸福に對して基本的重要事項であるから、かゝる場合に欺罔的行爲を爲せる者は、之に依つて利益を受くべからざるは勿論、損失をさへ招くことあるべし」と。かくして、ウィルキンソンの隠秘行爲はネヴィルが彼に對し何等債務を負擔せざることの表示に十分なりとの理由を以て、ウィルキンソンの請求は斥けられたのである（Cf. Torden v. Money, [1854], 5 H. L. Cas. 185; 2 De. G. M. &G. 218; 15 Beav. 372; White and Tudor, ibid., 1, pp. 407, 503.）。

かやうな次第で、行爲禁反言の根本的原則は事實上第十八世紀の末葉に於てコンモン・ロー裁判所並にエクイティ裁判所の兩者に依つて認められたと云ふことが出來る。既に一言せる如く、近代的行爲禁反言の原則はマンスフィールドに依つて把握せられたところであつたが、この原則は決してコンモン・ローに直接反對するものではなく、その根本に於て舊來の estoppel in pais の基本原則と調和するものである。而して、第十八世紀の末葉及び第十九世紀の初葉に於て商事法の影響はこの種禁反言を認むることゝなり、爲替手形の振出人（drawers）引受人（acceptors）及び裏書人

(indorsors)等の行爲にも適用せらるゝことゝなつたのである。かゝの如くして、行爲禁反言(estoppel by conduct) 又は表示に依る禁反言 (estoppel by representation, 以下表示禁反言と略す) の基礎は完備することゝなつたのであるが、それが後に Ld. Denman に依り一八三七年 Pickard v. Sears 事件 (6 Ad. & E. 469; 2 N. & P. 488; 45 R. R. 538.) に於て、コンモン・ロー上の原則として確立したのである。(伊藤博士前掲論文、參考法學協會雜誌第六卷第一號六頁、宮本博士前掲論文、參考法學協會雜誌第五卷第一二三頁、第六卷第一二〇頁參照)。(6)

かくて、以前の行爲禁反言より遂に今日の如き表示禁反言を發達せしめた次第であるが、之に付ては後に詳論したい考へである。

(1) [d] First, that every estoppel ought to be reciprocall, that is, to bind both parties; and this is the reason, that regularly a stranger shall neither take advantage, nor be bound by the estoppel: [c] privies in bloud, as the heir; privies in estate, as the feoffee, lessee, &c.; privies in law, as the lords by escheat; tenant by the curtesie, tenant in dower, the incumbent of a benefice, and others that come under by act in law, or in the post, shall be bound and take advantage of estoppels; and that a rebutter is a kinde of estoppell. (Coke, ibid., II, 352. b.)

(2) [p] Ninethly, where the record of the estoppell doth run to the disabilities or legitimation of the Rerson, there all strangers shall take benefit of that record; as outlawrie, excommengement, profession, attainder of *premunir* of felonie, &c.

bastradie, mulietrie, and shall conclude the partie, though they be strangers to the record. *Vide in Littleton, cap. Villenage, Sect.* 196, 197, &c. But of a record concerning the name of the person, qualitie, or addition, no estranger shall take advantage, because he shall not be bound by it. But *nota*, reader, that in case of the *muliertie primâ facie*, an estranger shall take benefit of it, &c. But yet because he may be a *mulier* by the ecclesiastical law, and a bastard by the common law, therefore against such a certificate pleaded, the adverse partie may alleage the special matter, and confess the certificate of the bishop according to ecclesiastical law, and alleage further the special matter according to the common law, whereunto the adverse partie must answer; and so are the books that treat of this matter to be reconciled. (Coke, ibid., II, 352. b.)

(ぬ) [i] Forthy, a matter alleaged that is neither traversable nor materiall, shall not estoppe. (Coke, ibid., II, 352. b.)

(ね) [g] Thirdly, every estoppell ought to be a precise affirmation of that which maketh the estoppell, and not be spoken impersonally; as if it be said, *ut dicitur quia impersonalitas non conduit nec ligat: impersonalis dicitur, quia sine personâ.* (Coke, ibid., II, 352. b.)

(の) 此場合ニテハキタイルハ其ノ代理人ニ依リ、キタイルノ債務状態ヲ文書ニ作成シ、以テキタイルノ現在ノ財産状態ガ、妻ニナツテカラ夫ニ知ラシメタノデアツタガ、その婚姻ノ債務ヲ記載セザルコトヲ管理シテ夫ヲ知ラシメナカツタノデアル。

(は) Pickard v. Sears 事件ニ於テホルトハ次ノ説明ヲシテヰルコトハ其ノ如クデアル。

"Where a person by word or conduct causes another reasonably to believe the existence of a certain state of things and that it was meant he should act on that belief, and thereby induces him so as to act upon it as to alter his previous position, the former is precluded fom averring against the latter a different state of things as existing at the same time."

(8 Ad. & E. at p. 475)

C　禁反言の意義

禁反言の意義に付ては古來多くの人々がその定義を試みてゐる。左に之等定義の主なるものを掲げることゝしよう

(一)　元來 estoppel と云ふ語はフランス語の estoupe なる語から來たもので、更にそれから stopped と云ふ意味が出て來たものであつて、それは禁反言 (estoppel) 又は確定 (conclusion) と呼ばれるのである。何となれば、或者自身の行爲又は承諾はその者が眞實を主張することを阻止し (stoppeth) 又は緘脣せしむるが故である。これ云ふまでもなくコークが禁反言に下した定義であつて既にその原文を示して置いたのである(九三頁參照)。　コークのこの定義に對してはピゲローも樂觀的態度を示してをらぬことは既に一言したところであるが(九三頁參照)、　ペストも亦之に對して非難を加へてゐるのである。曰く、若し右のコークの説明を以て之を禁反言に對する定義とすれば論理の法則を無視するとの非難が其一である。即ち、類概念(genus)に依り之を定義し非本質的差異 (non-essential difference) 或は偶性 (accident) を擧げて定義を下さうとするのは不當であると云ふのである。更に、若し右説明を以てコーク自身も云へるが如く禁反言の性質の敍述 (description) と見る

も亦不當たるを免れぬとする非難が其二である。何となれば、コークの右の説明に依れば眞實は敵となる。この敵を排除するが爲めに禁反言原則が發見せられたことゝなるからであると。しかし、禁反言の目的は詐欺的訴訟及び困惑的訴訟を抑制し、以て人々をして眞實に從ひ行爲せしめんとするものであるから、禁反言の原則を正當に理解し適當に適用するに於ては、その收むる效果は大なるべく司法上有益なる助力となるであらうとしてゐるのである(Best, ibid., pp. 523, & 533)。

(二) 人が或る行爲を爲し又は或る捺印證書を作成したるときは、その者は之と反對なることの主張を禁ぜらるゝ場合に禁反言は生ずるものである、と説明するのはブラックストーンである(Blackstone, Commentaries, III, p. 308)。

(三) 禁反言は一種の無能力狀態(disability)であつて、その無能力狀態を惹起せしめた事項に依る現出した事實と異れることを訴訟手續上主張し又は立證するを禁ぜらるゝことを云ふものである。之はハルスベリーの Laws of England に見えるところである(Halsbury's Laws of England, 1934, [Halsham Ed.], XIII, p. 398 & 459)。

(四) 禁反言とは縱令事實上眞實を云ふ場合であつても、人が自己の行爲又は捺印證書に反對なることを主張することを法律上阻止及び禁止(concluded and forbidden)せらるゝを云ふ(Terms de la Ley, tit.

Estoppel, cited in Ashpitel v. Bryson [1863], 3 B. & S. 474, at p. 489)。之に對しベストは又非難をしてをるのであつて、眞實を主張することを禁止すると云ふ表現が嚴しい感を與へるので、何となく耳障であるとし、更にコークの定義と共に不完全にして禁反言の適用せらるゝ總ての場合を包含しないものとしてをるのである(Best, ibid., p. 463, § 533.)。

(五) 禁反言とは事實上又は法律上爲されたるものと推定せらるゝ、承認から生ずる法律上の結果又は確定であつて、之が效果を及ぼす總ての人を拘束するものである(Cf. Everest and Strode, ibid., p. 1.)。

(六) 禁反言は人が眞實に非るものを眞實として承認し、眞實に反する理論に基いて行爲することを强制せらるゝ場合に存するものである。之 Bramwell, L. J. が Simm v. Anglo-American Telegraph Co. 事件([1870], 5 Q. B. D. 188; [1871], 6 Q. B. 392.) に於て云へるところであつて、Everest and Strode もこの定義を是認してをるやうである(ibid., p. 1.)。

(七) 禁反言とはその眞實なりや否やには關係なく、或る事實狀態 (state of facts or fact) を承認することであつて、それは所與の取引から生ずる權利義務の關係を確定するが爲めには、その取引の當事者は相互に强制し (exact) 若くは一方が他方を强制する權利を有するものである(Cababé, ibid., p. 108)。

(八) 禁反言は訴の原因ではない。それは訴訟法上の規則であつて或人が以前に於て自ら爲した

る陳述を否定することを阻止するものである。之 Lindley, L. J. が Low v. Bouverie 事件 (1891, 3 Ch. (C. A.) 82; 60 L. J. Ch. 594) に於て與へた定義であるが、ヒッバートも亦同樣なる見解を持してゐる。しかし、彼は更に之に對し、自己に不利益なる判決に基く事實の存在を否定するを許さぬことをも附加し得るであらうとしてゐる (Hibbert, ibid., p. 30)。

(九) 禁反言とは之に依つて當事者が以前に主張した事實狀態 (some state of facts) の存在を否定することを阻止せらるゝ規則である (Phipson, ibid., p. 665.)。

(一〇) 禁反言は一つの承認である。或は法律上自認と同樣に取扱はるゝものであつて、その性質たるや非常に優れたるものであり又確定的のものであるから、之に依つて效果を及ぼさるゝ者は反對を主張し又は反證を擧げることを許されない。勿論、彼は禁反言を主張する相手方は却つて之が主張を禁ぜらるゝ者であることを立證し得る。何となれば、それは彼自身に對する禁反言の效力を否定する者に非して相手方が禁反言の利益を受くる資格なきことを主張するものであるからである。之スミスの主張するところであつて、彼は要するに禁反言は嚴肅なる自認であると考へるのである (Smith, ibid., III, p. 657.)。Jacobs も亦之と同樣なる見解に從ふ (Jacobs, B., A Short Treatise on the Law of Bills of Exchange, Cheque, Promissory Notes and Negociable Instrument Generally, 1930 (3rd ed.), p. 39, n. (a))。しかし、禁反言を自認と同樣に見るのはどうであらうか (この點に付ては二五五頁—二八六頁—二八七頁參照)。

（一一）禁反言とは承認せる眞實を否定する證據は之を排除する法律の作用（agency of law）である（Bagelow ibid, Introd-uction, pp. xliv, xlv）。ビグローのこの見解は禁反言に付ての正しき見解としてブービエーの辭書には次の如く說明せられてゐる。即ち、當事者に依つて或る行爲又は陳述が爲されたる場合には、その眞實性或は效果（truth or efficacy）を當事者の側に於て否定若くは損傷することは（controvert or impair）詐欺と爲らう。禁反言の性質は然らざれば單に證據事項に過ぎぬものに與へらるゝものである（Bouvier's Law Dictionary, (Baldwin's Students' Edition), 1934, p. 365.）。

（一二）禁反言とは相手方が之に基いて行爲したる表示（representation）であつて、實體法上の權利を發生せしむることに依り、表示を爲したる當事者（即ち阻止せらるゝ當事者 estopped party）をして自己の表示を有效ならしむることを余儀なくするものである。換言すれば、不正確ではあるが、確定的效果（conclusive）あるものである（Wigmore, ibid, II, p. 519, § 1059）。

かくの如く、禁反言の意義に付ては種々なる見解が存在するのであるが、或者が一定の事實狀態を存在せしめたならば後に至つて之を覆すが如き行爲又は陳述を許すものとすれば、之に依つて法律關係の安定は到底保持することを得ないが故に、かゝる擧に出づることを禁止するのが禁反言の根本觀念であらう。從つて、禁反言の原則は一方に於ては正義衡平乃至常識にその基底を置くもの

であつて、この故に又同原則が近世に於てエクイティ上に一大發展を爲すに至つたことも當然であると云ひ得べく、他方に於てはそれは又前示の如く法律生活の安定と云ふことに深く結附いてをるのではあるまいか。故に、エクイティ上に著しき發達を見た同原則もやがては法律一般に認められるべき歸趨を有したることも亦當然のことであらう。即ち、コンモン・ロー上に於ても近世禁反言の原則を取り入れるやうにもなり、更に又成文法上に於ても之を認むるに至つた次第である。(1)

次に、禁反言原則はその最初に於て思考せられたるが如く、嫌惡すべきものでもなく、又ベストの云へるが如く眞實の敵でもない。それはカバヘの所謂「眞實とは無關係に」或る事實狀態を確定しようと云ふのである。換言すれば、Brett, C. J. の云へるが如く狀況(circumstances)の現實性(reality)に對しては何等の效果を有するものではないのである(Simm v. Anglo American Telegraph Co. [1870], 5 Q. B. D. at p. 206.)。從つて、禁反言は黑を白と變へる作用を呈するものでもなく、又黑の黑たるところに效果を生ぜしめたり、白の白たるところに效果を生ぜしむるものでもない。要するに、禁反言はたゞ特定人たる甲をして黑の黑たるところに依據することを阻止し、他の或る者の爲め若くは特定取引の目的の爲めには、甲を强制して白と云はしむるまでのことである(Cababe, ibid., p. 112.)。而して、かくすることが却つて所謂相對的眞實でもあり、衡平を保持する所以でもあり、結局法律秩序乃至社會秩序を確保することにもなる

(補) [illegible]

(一) [illegible] (Bills of Exchange Act, 45 & 46 Vict. c. 61) [illegible] [illegible]

54 The accepter of a bill, by accepting it.....

(2) Is precluded to a holder in due course:—

(a) The existence of the drawer, the genuiness of his signature, and his capacity and authority to draw the bill;

(b) In the case of a bill payable to drawer's order, the then capacity of the drawer to indorse, but not genuiness or validity of his indorsement;

(c) In the case of a bill payable to the order of a third person, the existence of the payee and his then capacity to indorse, but not the genuiness or validity of his indorsement.

55 (1) The drawer of a bill, by drawing it .....

(b) Is precluded from denying to a holder in due course the existence of the payee and his then capacity to indorse.

(2) The indorser of a bill, by indorsing it.....

(b) Is precluded from denying to a holder in due course the genuiness and regularity in all respects of the drawer's signature and all precious indorsements;

(c) Is precluded from denying to his immediate or subsequent indorsee that the bill was at the time of his indorsement a valid and subsisting bill, and that he had then a good title thereto.....

更に又、一八九〇年の組合法(Partnership Act, 53 & 54 Vict. c. 39)第十四條には左の如き規定がある。

(14) Every one who by words spoken or written or by conduct represents himself, or who knowingly suffers himself to be represented as a partner in a particular firm, is liable as a partner to any one who has on the faith of any such representation given credit to the firm whether the representation has or has not been made or communicated to the person so giving credit by or with the knowledge of the apparent partner making the representation or suffering it to be made.

D. 禁反言の性質

第一に禁反言は Allegans contraria non est audiendus (4 Inst. 279. 矛盾する事實を主張する者は聴入れられず)その基底を有するものである。而して、禁反言を以てチーターの如く不可動推定(本誌第十卷第三號拙文二八頁、三〇頁以下參照)の一種と見る者もあること既に一言した如くであるが、禁反言の場合に反對を主張することを禁ぜらるゝ事實は一般人に對して對抗することを得るものではなく、たゞ或る行爲が爲されたとの理由で特定人にのみ對抗し得るのが普通である。そこで、禁反言は所謂反詰論(argumentum ad hominem)の一種と見るべきであらう。從つて、禁反言は確定證據(conclusive evidence)とも區別せられねばならぬ。即ち、禁反言は特定事實よりして當事者(其他關係人等)に對して法律上下さるゝ結論であるが、後者はコンモン・ロー又は成文法に依り裁判所の心裡に對し確心を生ぜしむるに十分なる一個若くは數個の證據を意味するものである。或は又、コンモン・ロー若くは成文法に依り當事者に對し

確定力ある一個若くは數個の證據を意味するものである(Best, ibid, P. 463, § 533; Everest and Strode, ibid, P. 3; Broom's Legal Maxims, 1924, (9th ed.) P. 166 sqq.)。

第二に禁反言は自認と同一ではない。禁反言の依つて生ずるところは或る事項又は事實の承認であるが、之が爲め直に自認より常に禁反言を生ずるものなりとは云ひ難いのである。

(一)自認は必しも當事者のみが之を援用し得るものとは限らないが、禁反言はたゞ當事者及びその關係人を拘束するのみである。尤も對世判決(judgement in rem)より生ずる記錄禁反言の場合はこの限りではない。

(二)自認は相手方たる當事者に非ざる第三者に對して爲さるゝも、又場合に依つては何人にも表示せられざるものにても妨ぐるところではない。然るに禁反言にありては、直接相手方に對して或る行爲又は陳述が爲され、之に基いて相手方が行爲することが必要である。

(三)自認は必しも提訴前に之を爲すべきものとは限らぬ。從つて、提訴後に於て爲されたるものも亦自認たり得るのであるが、禁反言の基底たる行爲乃至陳述は提訴前なるべきことは云ふまでもない。自認は總て確定的效力あるものとは云へない。即ち、確定的に非る場合と確定的である場合とがある。後者は所謂方式に依る自認に於て之を見るのであるが(本誌第十卷第四號拙文一〇頁以下參照)、この場合特に

禁反言との區別に付き注意せねばならぬ。效力の確定的なる點に於ては兩者相類似するものがあるのである。即ち、禁反言も事實に付ての爭を確定する效果を生ずるものであるが、この兩者の區別としてウイグモアの主張するところに依れば、禁反言は實體法上の規則に依りて生ずる義務であることと契約等と異るところがない。而して、それは義務者側に對し附加的損害行爲(additional act or detorirment)を要求するものであつて、當事者間の永久的法律關係に付て絕對的のものであり、當事者間の特定訴訟手續に對し假定的若くは相對的のものではない。この點に禁反言と確定的效力ある自認との區別を求めようとするのである(Wigmore, ibid., II, pp. 516-8, § 1057; Wigmore on Evidence, Supplement, 1934, p. 457, § 1057 a; Everest and Strode, ibid., pp. 2-3, 伊澤學士前揭論文、法學協會雜誌第四六卷第三號一四六頁—一四七頁)。

第三に禁反言は相互的(mutual or reciprocal)性質を有するものであると云はるゝのである。之コークの說明せるところであり、コーク時代にはこの原則が確固たる基礎を有してゐたことは既に述べたところであるが(二六四頁、二七六頁)、之は決して一般的のものではない。例へば、土地の讓渡人(feoffer)、贈與者(donor)、賃貸人(lessor)等の如きは一方のみに依り作成せられたる捺印證書(deed poll)に依つて禁反言せらるゝことになるが、之と反對に讓受人(feoffee)、受贈者(donee)、賃借人(lessee)等は決して禁反言せらるゝことはないのである。故に、この原則は當事者双方が拘束せられんとする

意思ある場合にのみ適用あるものと云はるゝのである。更に、國王は禁反言せらるゝことはないが、之を援用し得るものとせらるゝのである。記錄禁反言の場合には國王は記錄に對する當事者ではないが、國王は常に法廷に在りと考へらるゝところから、記錄禁反言を援用することを得るものであつて、之は證書禁反言に付ても同樣であるが、行爲禁反言の場合には一般に必しも援用し得るものとは限らぬのである。次に、刑事訴訟上の禁反言に付て見るに國王は必然的に當事者と考へらるゝところから、禁反言の適用を受くるものと云はるゝのである(Best, ibid., p. 464, § 535; Everest and Strode, ibid., pp. 8-9; Cabbe, ibid., p 137 sqq.)。

第四に禁反言は一般に當事者及びその關係人を拘束するものであるが、第三者は之に依つて拘束せらるゝことはない。從つて、第三者の側に於ても禁反言を援用し得ない譯である(二七六頁(1)參照)。元來禁反言は特定當事者間の個人的事項に屬するものであるが、その目的を完全に達成せしむるが爲めには單に當事者のみを拘束するのでは不十分である。之關係人をも拘束する所以である。而して、相互關係を有する者は總てこのうちに包含せらるゝのであるから、遺言執行者(executor)、遺産管理人(administrator)、破産管財人(trustee in bankruptcy)、買主(purchaser)、讓受人(assignee)等を包含することは云ふまでもない(二六三頁參照)。しかし乍ら、禁反言を生ずる記錄が人の無能力(disability)又は準正(legitimation)に關する場合には第三者と雖もその效果を受くべく、從つて、禁反言を援用

禁反言との區別に付き注意せねばならぬ。效力の確定的なる點に於ては兩者相類似するものがあるのである。即ち、禁反言も事實に付ての爭を確定する效果を生ずるものであるが、この兩者の區別としてウイグモアの主張するところに依れば、禁反言は實體法上の規則に依りて生ずる義務であること契約等と異るところがない。而して、それは義務者側に對し附加的損害行爲(additional act of detriment)を要求するものであつて、當事者間の永久的法律關係に付て絕對的のものであり、當事者間の特定訴訟手續に對し假定的若くは相對的のものではない。この點に禁反言と確定的效力ある自認との區別を求めようとするのである(Wigmore, ibid., II, pp. 516-8, § 1057; Wigmore on Evidence, Supplement, 1934, p. 457, § 1057 a; Everest and Strode, ibid., pp. 2-3, 伊澤學士前揭論文、法學協會雜誌第四六卷第三號一四六頁—一四七頁)。

第三に禁反言は相互的(mutual or reciprocal)性質を有するものであると云はるゝのである。之ニークの說明せるところであり、ニーク時代にはこの原則が確固たる基礎を有してゐたことは既に述べたところであるが(一九八頁—二〇〇頁)、之は決して一般的のものではない。例へば、土地の讓渡人(feoffer)、贈與者(donor)、貸貸人(lessor)等の如きは一方のみに依り作成せられたる捺印證書(deed poll)に依つて禁反言せらるゝことになるが、之と反對に讓受人(feoffee)、受贈者(donee)、賃借人(lessee)等は決して禁反言せらるゝことはないのである　故に、この原則は當事者双方が拘束せられんとする

意思ある場合にのみ適用あるものと云はるゝのである。更に、國王は禁反言せらるゝことはないが、之を援用し得るものとせらるゝのである。記錄禁反言の場合には國王は記錄に對する當事者ではないが、國王は常に法廷に在りと考へらるゝところから、記錄禁反言を援用することを得るものであつて、之は證書禁反言に付ても同樣であるが、行爲禁反言の場合には一般に必しも援用し得るものとは限らぬのである。次に、刑事訴訟上の禁反言に付て見るに國王は必然的に當事者と考へらるゝところから、禁反言の適用を受くるものと云はるゝのである(Best, ibid., p. 464, § 535; Everest and Smode, ibid., pp. 8-9; Cababé, ibid., p 137 sqq.)。

第四に禁反言は一般に當事者及びその關係人を拘束するものであるが、第三者は之に依つて拘束せらるゝことはない。從つて、第三者の側に於ても禁反言を援用し得ない譯である(一一〇頁(1)參照)。元來禁反言は特定當事者間の個人的事項に屬するものであるが、その目的を完全に達成せしむるが爲めには單に當事者のみを拘束するのでは不十分である。之關係人をも拘束する所以である。而して、相互關係を有する者は總てこのうちに包含せらるゝのであるから、遺言執行者(executor)、遺產管理人(administrator)、破產管財人(trustee in bankruptcy)、買主(purchaser)、讓受人(assignee)等を包含することは云ふまでもない(九七頁參照)。しかし乍ら、禁反言を生ずる記錄が人の無能力(disability)又は準正(legitimation)に關する場合には第三者と雖もその效果を受くべく、從つて、禁反言を援用

行はるゝものでもなく、又人が結局に於て免れ得ざる損害を補償する爲めに行はるゝものでもない。要するに、禁反言はカバペの所謂楯の役を務むるものであつて、劍の使命を果すものではないのである。私は以下に於て更にこの點に付き、カバペの主張するところを窺ふことゝしたい。

禁反言は右の如き目的を有するのであるから、之が誤用せられざるが爲めには、以下の諸點を心得ねばならぬ。

其一。承認は行爲と爲れる表示(representation)に付てのみ行はるべきである。

其二。誤られた當事者の行爲は誤らしめたる當事者の行爲に基いて行はれたることを要する。

其三。承認を强制し得る場合はかゝる誤らしむべき行爲に依據して行爲したる者が、之に依つて損害を被りたるときに限る。

其四。承認を强制せらるゝ者も又之を强制する者も、共に承認に依つてその地位が、承認が事實眞實である場合よりも或は一層不利となり又或は一層有利となることは許されない。こゝに禁反言が衡平の保證であることが窺はれるのであつて、禁反言を利用して或は不當なる利益を獲得し又或は過重なる不利益を被らしむることを得ない譯である。Garland v. Jacomb 事件 ([1873], L. R. 8 Ex. 216; 38 L. T. 877; 21 W. R. 868)に於て Blackburn, J. は「禁反言から生ずる原告の權利は、被告が否定することを禁ぜられて

ある總てのことが、文字通り眞實であつた場合に存すべかりしものよりも優るものであり得ない」と云つてをるのである(Cf Dunstan v. Paterson, (1857), 26 L. J. C. P. 267; 2 C. B.(N. S.)495.)。

かくの如く、禁反言が防禦的性質を有することに留意すれば、之に依り種々の問題が解決せらるゝことゝなるのである。

其一。甲の表示に信頼し乙は百圓を支出したとする。この百圓は甲の表示なかりせば乙に於て支出せざりしこと固より云ふまでもない。而して、若し甲の表示にして眞實なれば右百圓の支出が乙に對し五百圓の利益を齎すことゝなる。この場合、乙は甲に對し五百圓を受くる目的を以て、若くは五百圓を取得するまで、その表示を承認することを强制し得るか。それとも、百圓を受くる目的を以て、若くは百圓を取得するまで、承認を强制し得るに過ぎざるか。この問題に對しては五百圓を得るが爲めに禁反言の適用を爲すことが出來るやうに思はれるのであるが、之は正當なる見解ではない。かく解することは、禁反言の性質を正確に把握せざるための誤謬である。抑も、禁反言を適用し得る場合は他人の表示に信頼して行爲せる者を、その表示が無かりし場合に、行爲者が在るべき地位を現出し、その地位に於て行爲者が得べかりし利益を與へんとするときである。換言すれば、以前の狀態(status quo ante)を回復せしむる場合なのである。故に、この點に注目して右の問題を

觀察するときは、乙は甲の表示に依つて積極的に何等の損害を被つた譯ではなく、たゞ消極的に利益を得られなかつたまでのことである。しかし、その利益と雖も甲の表示無かりせば、乙に於て元來得べかりし性質のものではないのである。從つて、乙はこの場合百圓を得るためにのみ禁反言を主張し得るものと云はねばならぬ。

其二。禁反言は國法を變更する目的のために之を適用し得ざるは勿論、その適用の結果國法の變更を來す場合にも亦是認することは出來ぬ。この點に付ては先づ人の能力制限の問題があるが、之は既に第五に於て考究したところである。次は、財產の讓渡に一定の方式を定めたるが如き、所謂財產の附隨物性質の問題がある。例へば、事實さうでなくとも特定當事者が財產の讓渡は法律に從つて行はれたと云ふことを承認せねばならぬにしても、かゝることに依つて財產が法律上許されざる方法に依り讓渡し得べきものなりとの效果を生じ得るものではない。從つて、如何なる方法に依るも法律上存在せぬ、又は法律上禁止せられたる附隨的效果を財產に認むることを得ないものである(之は特に流通證券の場合に於て明かであるが、この點に付ては Cababé, ibid., p. 138 sqq. 參照)(Cababé, ibid., p. 119 sqq.; Phipson, ibid., p. 656.)

(1) 未成年者の場合にも同樣である。從つて、未成年者が詐術を用ひたる場合のエクイティ上の原則と禁反言とは區別せねばならぬ (Phipson, ibid., p. 265; Cababé, ibib., p. 128, n. (a))。

E　禁反言の種類

コークが禁反言を以て By matter of record, By matter of writing 及び By matter in paiis の三種として以來(Coke, ibid., 252 a.)、一般に三分法が行はれてゐる。之固より沿革的見地よりする分類であるが、記錄禁反言と他の禁反言との性質上の差異に著目し、禁反言を判決に依る禁反言(estoppel *per rem judicatam*)と表示に依る禁反言(estoppel by representation)とに二分することは Bower に依つて提唱せらるゝところである(伊澤學士前揭論文、法學協會雜誌第四六卷第三號一五〇頁—一五三頁、宮本學士前揭論文、法學論叢第二三卷第二號一頁—二頁)。

私は矢張り從來の沿革的分類法に基き、記錄禁反言、證書禁反言及び行爲禁反言の順序に從つて考察し、最後に近代的禁反言としての表示禁反言に付き說明を試みたいと思ふのである。

a　記錄禁反言

i　序論

コークの說明するところに依れば、記錄禁反言は種々なる場合に生ずるものであつて、例へば特許狀(letters patent)、申立書(pleading)、承認委任狀(warrant of attorney)等の如きものであるが(Coke, ibid., II, 352 a.)。記錄禁反言の最も重要なるものは裁判所の判決であるから、之を主として考察すれば記錄禁反言は次の如く解せらるゝのである。即ち、記錄禁反言とは裁判所に依り判決せられたる事

實はその後に於て當事者が當該事實と反對なる事實を主張することを禁ずることを云ふのである。而して、記錄禁反言は Interest reipublicæ ut sit finis litium（訴訟を終結せしむるは國家の利益とすることである。Cf. Coke, ibid., II, 303, b, (a).）及び Nemo debet bis vexari pro eadem causa（何人も同一原因に付き再び煩はさるゝことなし―一事不再理）等の法諺にその基底を有するものなりと云はるゝのである。

記錄禁反言は記錄裁判所たると然らざるとを問はず、民刑兩裁判所の判決に付て行はるゝものであり、又イギリス裁判所たると外國裁判所たるとを區別せずその判決に適用せらるゝものである。たゞ記錄裁判所に非ざる裁判所の判決に依る禁反言は、記錄裁判所の判決に付ての禁反言を擴張したものであるから、之を準記錄禁反言(estoppel quasi of record) と稱するのである。之に付ては後に一言したい考へである。

抑も記錄(record)と云ふ語はコークの說明するところに從へば、ラテン語の recordor から由來したものであつて、「記憶にとゞめる」と云ふ意義である。而して、法律上の記錄は記錄裁判所の文書(rolls)に限らるゝものであつて、下級裁判所又はイギリスの法律及び慣習に從つて(secundum legem et consuetudiem Angliæ)訴訟手續の行はれない裁判所の文書を意味するものではない。裁判所の文書は裁判官の記錄であるから、それ自身絶大なる信用と眞實とを包含するものであるが故に、之に

對しては反對の主張乃至證據を許さぬものであると云はれたのである(Coke, ibid.,[illegible])。從つて、記錄は Monumenta, quae pro recordo vocamus, sunt veritatis et vetustatis vestigia (Coke, ibid., II, 188, 「吾々の記錄と呼ぶ所謂モニメンタは眞實の古事の足跡である」)と云はるゝのである。一八六五年の Irwin v. Sir George Grey 事件(19 C. B. (N. S.) 585; H. L. 29, 36 L. J. C. P. 149)に於て Willes, J. も記錄の確定的效力に付て述べ「上級裁判所の記錄は判決に必要なる方式を審議して行はれたる訴訟手續の確定的陳述である」と云つてゐる。かくして、記錄は確定性を具有するものであるから之に依つて生ずる禁反言は、他の何物よりもその效力が強いものであると云はれたのである(Evans and Stokes, ibid., pp. 4—5)。

次に裁判所の記錄は之を二つに分つことが出來る。

第一は實體的部分(substantive portion)である。實體的部分と云ふのは裁判所がその手續並に行爲を記載し、又は證明するものを云ふのである。從つて、之は法律上誤なき眞實を表示するものとせられてゐるから、何人も誰も之等の點に關して反對なる主張を許されないのである。更に、かく記錄にとゞめられ又は證明せられたる事實は記錄その者又はその謄本を提出することに依つて之を立證する以外に、他の立證方法を許されないのである(Nemo potest contra recordum verificare per patriam, 2 Inst. 380, 「何人も誰も陪審員の評決に依つて記錄に反對することを得ず。Quod per recordum probatum, non debet esse negatum, 記錄に依り立證せられたるところのものは之を否認すべからず」)。

第二は裁判上の部分(judicial portion)である。裁判上の部分とは係爭事項に付ての裁判所の表明せる判決即ち意見である。この意見は訴訟當事者双方から提出せられたる證據並に兩當事者の論議を參照して構成せられねばならぬものである。勿論、かくして確定せられたる裁判所の見解たる判決は終局的のものでない限り、上訴が認めらるゝ譯であるが、裁判上の部分たる記錄としての判決の第三者(當事者又はその關係人以外の者)に對する關係は、單に res inter alios judicata (他人間に於ける判決)に過ぎぬものであるから、之を拘束するものでないのが原則である(Best, ibid., pp. 509—10, § 599.)。

ii Res Judicata

ダイヂェストに依れば「有罪の宣告たると無罪の釋放たるとを問はず係爭問題に對し判決に依つて終結したる事項をレース・ユディカータと云ふのである(Dig. lib. 42, tit. 1. 1. 1, Res judicata dicitur quæ finem controversiarum pronunciatione judicis: quod vel condemnatione vel absolutione continetur.)。即ち、判決せられたる事項を意味するに外ならぬ。Ld. Blackburn はこのレース・ユディカータの規則の目的は次の二點に在りとしてゐる。即ち、

(一) 公益(public policy)—訴訟に終局の存在することは國家の利益とするところである(Interest reipublicae ut sit finis litium)。

(二) 一事不再理—同一原因に付き再度裁判せらるゝことは人々の苦痛とするところである

(Nemo debet bis vexari, si constet curiæ quo sid pro una et eadem causa, 何人も嘗も裁判所が同一原因と思考するときは再び惱まされるべきことなし。Cf. Broom, ibid., p. 225 sqq. Nemo debet bis puniri pro uni delicto, 何人も嘗も同一犯罪に對して再び處罰せらるべきことなし。)。

King v. Hoarse 事件(1844, 14 L. J. Ex. 29; 2 D. L. 392; 13 M. & W. 494.)に於て、Ld. Wensleydale はまたレース・ユディカータの規則を說明して次の如く述べてゐる。即ち、或る訴訟原因に基き提訴し記錄裁判所の判決あらば、この判決は元來の訴訟原因(original cause)に對しては之を阻止するものとなるのである。何となれば、それは判決に依つて一つの確定狀態と爲つたもので、その段階に於ける訴訟の目的は能く丈け達せられたのである。從つて、同一目的を達する爲め再び被告を裁判に服せしむることは無益でもあり、又煩しきことでもある。故に、それはレース・ユディカータと爲つたものである。(transit in rem judicatam)。即ち、訴訟原因は記錄(matter of record)と變つたものであつて、それはより優れたる性質(higher nature)を有することになり、劣れる救濟(inferior remedy)は優れる救濟に吸合(merger)せらるゝところとなると云つてをるのである(Everest and Strode, ibid., pp.12-3; Best, ibid., p. 508, § 589.)。

レース・ユディカータがその效果を有し得るが爲めには、管轄權ある裁判所の判決でなければならない。即ち、共同管轄權(concurrent jurisdiction)又は專屬管轄權(exclusive jurisdiction)を有せねばならぬ(Judicium a non suo judice datum, nullius est momenti, 10 Coke, 76. b. 管轄權を越えたる裁判官の判決は何等の價値なし)。かゝる權限ある裁判所の判決は取消又は

破毀せらるゝまでは確定力を有するものである。そこで、終局的に確定力ある判決即ち終局判決は、(一)最早それ以上の上訴を認められざるとき、(二)當事者が當該判決に服從したるとき、(三)上訴の期間を經過したるとき等に存するのみである。而して、判決の確定力は判決に依り事實決定せられたる爭點に付て生ずるものであつて、附隨的に問題と爲つた部分には及ばぬものである。之、The Duchess of Kingston's Case(1776), 20 How. St. Tr. 355, 537.)に於て、Sir William De Grey, C. J. の明かにするところである(Cf. Cockle, ibid., 43)。しかし乍ら、判決するに必要なる事項であつて事實判決その者の基底を爲せるものは、縱令それが直接爭點に非ずとも判決の確定力は及ぶものである(R. v. Hartington Middle Quarter, (1855), 24 L. J. M. C. 98; 4 E. & B. 780; 3 C. L. R. 554; 1 Best, ibid., pp. 508-9, § 589. Jur. 586; 3 W. R. 285; 24 L. T. 327; 99 R R. 746.)。

レース・ユディカータが有效なる爲めには管轄權ある裁判所の判決たるべきことは右に說明した如くであるが、縱令管轄權ある裁判所の判決であつても、次の如き場合に於ては效力なきものとせらるゝ(Best, ibid., p. 510, § 591.)。

(一) 判決に依つて宣告せられたる目的が不確定なる場合(Sententia debet esse certa, 判決は確實たるべきである)。

(二) 判決の目的が不可能なる場合(Lex non cogit impossibilia, Hob. 96. 法律は不可能を要求せず)。

(三) 判決が明かに法律違反を宣告する場合

（四）判決が矛盾的性質を包含する場合

（五）判決が要求せられざることを宣告する場合（Judex non redit plus, quam quod petens ipse requirit, 2 Inst. 286, Case 84, 裁判官は原告の要求する以上のものを與へず。Droit ne donne plus qui soit demande.）

レース・ユディカータを禁反言として主張するが爲めには、訴訟原因の同一なることを明かにすべきは勿論、原告が現に第二の訴訟に於て要求しつゝあるものを、原告に於て過失なかりせば第一の訴訟に於て同復し得べかりし機會を有したることを明かにすべきである。そこで、第二の訴訟に依つて要求せらるゝものと、第一の訴訟に依つて要求せられたるものと同一でなければならぬのであるが、この原則は余りに文字通り嚴格に解せらるべきでないとせらるゝ。例へば、第一の訴訟に於て羊群を要求したる者が第二の訴訟に於て同一原因に基き再び羊群を要求したるが如き場合に於てその要求する羊群が第一の訴訟に於ける羊群と全然同一に非ざるときと雖も之を以て同一物であると云ひ得るのである。次に、又、人的條件の同一（eadem condito personarum）と云ふことが必要である。從つて、レース・ユディカータを主張せらるゝ者は、その判決が與へられたる訴訟に於ける當事者又はその關係人でなければならぬ。故に、主張せらるゝ者が之等の者以外の者である場合には、レース・ユディカータは證據として認容し得ないのが普通である。なほ又、當事者が同一でないと云ふ見地

からしても刑事判決は民事々件に於て之を認容し得ないものとせらるゝのである（なほこの點に付ては三一五頁(1)參照）Beg. ibid., p. 511, § 692; Halsbury, ibid., XIII, pp. 411-2, § 466.）。

なほレース・ユディカータの詳論に付てはビゲロー前掲書五頁以下を參照せられたい。

國內判決（Domestic Judgment）

判決を對世判決（judgment *in rem*）及び對人判決（judgment *in personam*）に區別する。以下之等に付き各別に說明を試みよう。

イ　對世判決及び對人判決

第一に對世判決とは人又は物の身分又は狀態に關する判決である。換言すれば、管轄權ある裁判所の判決にして人の身分又は物の狀態若くは處分（訴訟當事者がその物に付て有する特定利益とは區別して）を決定するものである（Hibbert, ibid., p. 24; Halsbury, ibid., XIII, p. 405, § 460.）。そこで、Everest and Strode に從ひ左に對世判決を列擧することゝしよう（ibid., pp. 96—7, その詳細に付ては九七頁以下參照）

(一)　エクスチェッカー廷の財產沒收判決及び國產稅務局（commissioners, or sub-commissioners, of excise, inland revenue, or customs）の財產沒收の言渡

(二)　遺言の檢認、遺產管理人の任命
(三)　離婚判決
(四)　捕獲に關する判決
(五)　破產宣告
(六)　カレッヂ（college）よりの罷免及び放校の申渡
(七)　法律保護停止（outlawry）の判決及び準正（legitimacy）の言渡
(八)　治安判事の命令に依り救貧法の下に救濟を受くべき者が、この救濟を求むる場所（settlement）に付ての申渡（この申渡に對する不服が Court of Quarter Sessions に申立られない場合であると、又申立を爲して右裁判所に依り確認せられたる場合なるとを區別せぬ）

對世判決的效力を有するか、又は對人判決的效力を有するか疑問とせらるゝものは

(一)　特別なる成文法上の權限の下に即決裁判所に依り與へられたる判決、命令（一般に證明書（certificates）の效果をも包含す）
(二)　軍法會議の判決
(三)　所謂如何なる權限に基くかを審問する令狀（writ of *quo warranto*）に依る訴訟手續に於け

る判決

（四） 刑事裁判に於ける有罪の宣告及び陪審員の訊問書（inquisitions）

對世判決は之を二種に分つことが出來る。其一は何人に對しても確定力を有するものであり、其二はかゝる確定力を有しないが、他の訴訟に於て之を認容することを得るものである。離婚判決、捕獲に關する判決の如きは前者に屬し、精神障礙の檢査書（inquisition of lunacy）の如きは後者に屬すると云はるゝのである（Everest and Strode, ibid., pp. 96—7; Taylor, ibid., II, p. 1136, § 1764, p. 1050.）。

第二に對人判決（judgment *in personam* or *inter parties*）（1）とは係爭事項（subject-matter in dispute）に對する、又は係爭事項に於ける當事者間の權利を決定するものであつて、その係爭事項は有體財產の如何なる種類なると之を問ふことなく、又確定又は不確定金額の請求（liquidated or unliquidated demand）たるとは之を區別するものではないが、之等に於ける權利關係の決定は人又は物の身分又は狀態に影響を及ぼすことはないのである。而して、それは又財產の處分を爲すものでもなく、更に又、訴訟當事者間は別としその財產に於ける利益を決定し若くは之を宣言するものでもないのである（Halsbury, ibid., XIII, p. 408, § 463.）。

（1） 對人判決は judgment *in personam* と云ふよりも judgment *inter parties* と云つた方が之を judgment *in rem* と區別す

る上から一層正確なる用語であるとスミスは主張してゐるが(Smith, ibid., II, p. 666)、フィップソンは之に對し對世判決も亦當事者間 (inter partes) にもその效力を有するものであるから、矢張 judgment in personam の方が望ましいと云つてゐる (Phipson, ibid., pp. 396-7.)。

ロ　對世判決及び對人判決の性質

對世判決と對人判決との差異は、前者に於ては判決の效果が人の身分又は物の狀態に關して一般人に對し確定的であるに反し、後者に於てはその判決は身分又は狀態に付てゞはないから單に當事者及びその關係人に對してのみ確定的であると云ふ點に存するものである (Ballantyne v. Mackinnon, (1896), 2 Q. B. 455, 462; 65 L. T. Q.) (Taylor, ibid., II, p. 1136, § 1674, p. 1050; Halsbury, ibid., XIII, p. 420, § 473. B. 916.)。そこで、之等兩判決に依つて拘束せらるゝ者、從つて又禁反言の當事者と爲る者に付き考究することゝしよう。

第一に對世判決の場合を考へよう。對世判決は前示の如く當事者のみならず、その他總ての者を拘束するのであるから、當事者は固より當事者以外の者と雖も、判決せられた事實に反對なる主張を爲すことを許されぬものである。その理由とするところは

(一)　判決の性質上當事者以外の者と雖も、何人たるを問はず必要なりと認ひるときは、自らも當事者と爲り自己の權利を主張し得ること

(二)　對世判決は單に事物の狀態 (人の身分 物の狀態) を宣言するのみならず、事實その者に依つて事物の

狀態を判決に依り宣言せられたるが如きものと爲すこと

(三) 公益に基くこと、即ち社會構成員の關係が常に疑はしきものとして放置せらるゝことなく、疑點に付き一度嚴肅なる判決あり以て之を明かにしたる以上、その問題をして以後は確乎たる安定狀態に置くことは社會平和に欠くべからざるものとせらるゝこと(Taylor, ibid., II, pp. 1139—40, § 1676, p. 1054; Phipson, ibid., p. 397.)。

かくの如く、對世判決に付ては當事者並にその他の者(同一裁判所及び他の裁判所をも包含す)、即ち總ての者は禁反言せらるゝのであるが、その確定力又は既判力に付ては次の諸點に留意することを要する。

(一) 既判力は實際決定せられたる爭點にのみ限る。從つて、眞の爭點に關し從屬的關係に在る事項又は判決より推斷せらるゝ事項はかゝる確定力を有し得ない(Castrique v. Imrie, (1870), L. R. 4 H. L. 414; Concha v. Concha, (1886), 11 A. C. 541; 56 L. J. Ch. 257.)。之對世判決たると對人判決たるとに依り、敢てその趣を異にするところではないのである。しかし乍ら、實際上困難を生ずるのは判決せられたる爭點と之に附隨的に認められたる事項との區別である。そこで、對世判決が之に依つて確定した狀態又は權利(status or title)以外の事實の判定に關し、第三者が反對事實の主張を阻止せらるゝが爲めには、右事實の判定が判決に對し本質的なるものであることを要し、判決その者から何等の疑なく斷定し得べき性質のものでなければならぬ。從つて、依據せんとする判定事實が單に判決理由を熟讀吟味して初めて發見し得るが如

き性質のものである場合には、對世判決は固より對人判決に於ても禁反言を生ずることはあり得ないのである（Taylor, ibid., II, pp. 1140—1, § 1677, pp. 1054—5; Halsbury, ibid., XIII, pp. 421—2, § 474.）。

（二）ところが、こゝに注意を要する點は、訴訟の表面からは（on the face of the proceedings *in rem*）主たる爭點が依據してをる事實それ自身も直接係爭點に置かれてゐるやうに見え、實際裁判所に依つてその事實も決定せられたるが如き場合である。かゝる場合に於ては、主たる爭點に對する部分のみが禁反言の效力を有するものではなく、その主たる爭點の依據する事實全體も禁反言の效力を有するものと云ふべきである。例へば、遺產管理訴訟に於て原告被告の孰れが無遺言死亡者の近親（next-of-kin）であるかと云ふのが主たる問題であつた。そこで、裁判所は證據調の結果被告を以て死亡者の近親なりとの判決をしたのである。この場合に於ては云ふまでもなく原告被告孰れが近親なるかを決定したのであるが、後に至つて右兩當事者間に遺產分割の訴訟が起つたのである。かゝる場合、先きの訴訟の判決が當事者の親族關係に付ては確定力を有することになるのであるから、之に反對なる主張を爲し得ない譯である（Brass v. Jackson, [1845], 1 Phil. 582, 587, 588; 14 L. T. Ch. 433; 65 R. R. 457; Bouvier v. Taylor, [1776], 14 Bro. P. C. 708; Doglioni v. Crispin, [1866], L. R. 1 H. L. 301; 35 L. J. P. & M. 129.）（Taylor, ibid., II, p. 1141, § 1678, p. 1055.）。（一）

第二に對人判決の場合を考へよう。對人判決は訴訟當事者及びその關係人を拘束するものである

から、禁反言も亦之等の者に付てのみ行はるゝのである。從つて、第三者には何等の影響を及ぼし得べきではない。之 Res inter alios actæ alterè nocere non debet（他人間に行はれたることは之に對する當事者に非る者を害することなし。）と云はるゝ所以である。

對人判決が當事者並にその關係人を拘束するが爲めには、第二の訴訟に於ける爭點に付き直接決定せるものでなければならぬ。換言すれば、前後兩訴訟に於て爭點が同一でなければならぬ。而して、爭點が同一である以上兩訴訟の形式は必しも同一たることを要しない（Krishna Behari Roy v. Brojeswari Chowdrance, (1875), L. R. 2 Ind. App. 283.）。しかし乍ら、訴訟原因が同一であつても、原告が最初の訴訟に於て自己の要求を滿足せしむる機會を有せざりし場合には、第二の訴訟を提起することを阻止せらるゝものではない（Nelson v Conch, (1863), 15 C. B. (N. S.) 99; 137 (Taylor, ibid., II. p. 1153, § 1696, p. 1667); R. R. 413. (Everest and Strode, ibid., pp. 65, 69.）。

次に、訴訟原因（cause of action）に付き一言したい。訴訟原因とは原告に不平の原因（cause of complaint）を與へる被告の行爲であつて（Jackson v. Spittal, (1870), L. R. 5 C. P. 542; 39 L. J. C. P. 321.）、原告が勝訴するが爲めには立證することを必要とする總ての重要事實を包含するものであるとせらるゝのである。而して、若し立證せられなければ直に被告を勝訴せしむることゝなる事實も亦訴訟原因の一部である（Cook v. Gill, (1870), L. R 8 C. P. 107; 42 L. J. C P. 98.）（Everest and Strode, ibid., p. 71.）。

(三)　對人判決の效果は原則として第三者に及び得ないことは既に說明せる如くであるが、之に對しては次の如き例外がある。即ち、公の性質を有する問題に付ての判決訴決等の場合である。そこで、こゝに云へる公の性質を有する問題とは左の如きものを包含する。

(一)　慣習 (customs) 及び時效 (prescriptions) (Bery v. Banner, [1792], Pea. 156; 3 R. R. 674.)

(二)　通行稅 (tolls) (Buller's Nisi Prius 233)

(三)　教會區 (parishes) 州 (counties)、莊園 (manors) の區別線 (Briscoe v. Lomax, [1838], 8 A. & E. 198; 7 L. J. Q. B. 148; 47 R. R. 549; Evans v. Rees, [1839], 10 A. & E. 151, 153; 50 R. R. 366)

(四)　渡船權 (right of ferry) (Pim v. Curell, [1840], 6 Y. & W. 234; 55 R. R. 600; Hemphill v. M'Kenna, [1845], 8 Ir. L. R. 43.)

(五)　道路修繕義務 (R. v. St. Pancras, [1794], Pea. 220; R. v. Haughton, [1853], 1 E. & B. 501; 22 L. J. M. C. 89; 92 R. R. 264;)

(六)　防波堤 (sea-walls) 修繕義務 (R. v. Leigh, [1840], 10 A. & E. 398; 50 R. R. 463.)

(七)　金錢等に依る十分一稅の支拂 (moduses) (Croughton, v. Blake, [1843], 12 M. & W. 205; 209; 13 L. Ex. 78; 67 R. R. 310.)

右に示したるが如き場合に付ての判決は所謂評判 (reputation) に付てのものとして之を認容し得るものである。(2) 而して、第二の訴訟に於て當事者が第一の訴訟に於けると同一なること將又全く異なることは之を問はないのであるが、その效果は當事者が同一なる場合と然らざる場合とは全然同

つなりとは云ひ得ない。即ち、同一當事者である場合には當事者は勿論以前の判決に依つて拘束せらるゝのであるが、當事者が異れる場合には前判決は之を認容し得るのであるが確定力を有し得ぬものとせらるゝのである（Taylor, ibid., II, pp. 1144-5, § 1683, pp. 1058-9.）。

次に、當事者（parties）、關係人（privies）及び第三者（strangers）に付て考察することゝしよう。

一　當事者

對人判決に依り拘束せらるゝ當事者とは法律上裁判記錄上に個人的にその氏名の記載せられたる總ての者を包含するものである。(3) そこで、提訴する者、之に對して防禦の地位に立つ者、證據を提出し得る者、反訊問を爲し得る者、上訴を爲し得る者等は總て當事者と云ひ得るのである。要するに當事者とは判決が與へられたる事件即ちその訴訟手續に參加したる者、若くはその訴訟手續に服すべき義務ある（amenable）者と云ふことにならう（Taylor, ibid, II, p. 1146, § 1686, p. 1060; Everest and Strode, ibid., p. 53; Bigelow, ibid., p. 47.）。例へば、遺言者の相續人（heir-at-law）がその近親者の一人として遺言檢認の訴訟に於て被告たりし場合、その後右遺言に依り影響を受ける物的財產に關する訴訟に於て、前示相續人は前訴訟に於て相續人として出廷を求められたのではなくとも、前示遺言の有效なることを爭ひ得ぬものとせられたのであるから（Beardsley v. Beardsley, [1899], 1 Q. B. 746; 86 L. J. Q. B. 270.）、之また當事者と云ふことを得るのである。

次に未成年者に付て考察するに、未成年者と雖も判決に依り拘束せらるゝ者である。たゞ未成年者はその提訴に付ては所謂原告代理人 (next-friend; prochein ami) (Cf. R. S. C. Ord. XVI, r. 16, 17.) に依らねばならぬのである。この場合に於ては、法律上當該未成年者が幼少の者なると將又意思能力に於て相當發達したる者なるとを區別しない。而して、未成年者の原告代理人たる者が適法に任命せられたる以上、本人たる未成年者の授權なく又は本人の知ると否とに拘らず、提訴並に訴訟行爲を爲し得るものとせらるゝのである。例へば、未成年者たる夫が外國に居る間にその妻姦通を爲したるに因り、未成年者の父は原告代理人に任命せられ子の名に於て妻を訴へたのであるが、この場合子は固より之に付き何等知るところはなかつたのである。しかし、この訴訟に於ける判決は子を拘束するものであるとせられたのである (Morgan v. Thome, [1841], 7 M. & W. 400; 10 L. J. Ex. 125.)。しかし乍ら、能力者 (sui iuris) の場合に於てはその者が知らずして、又は承諾を與へずして訴訟當事者と爲れる場合に於ては固より之に依つて拘束せらるゝことはない。そこで、債務者が提訴せられたる結果その債務の辨濟をソリシターに爲したのであるが、ソリシターは債權者の名に於て債務者を訴へたのであつたけれども、實は債權者の授權を欠くものであつた。かゝる場合に於ては債務者は右辨濟を以て自己の債務を免るゝことを得ないのである (Robson v. Eaton, [1785].)。

右に述べた如くであるから、未成年者は訴訟當事者として拘束せらるゝものであるが、前示原告代理人の如きはかゝる判決に依つて拘束せらるゝものではない。從つて、當事者たるものではないのである。一般に自己の權利に基くに非して、他人の權利に於て提訴する者は禁反言の目的上第三者と考へらるゝものである (Farquharson v. Seton, [1828], 5 Russ. 45.) (Taylor, ibid., II, pp. 1146–7, § 1086, pp. 1060–1; Everest and Strode, ibid., p. 52; Cf. Bigelow, ibid., p. 49.)。

二　關係人

關係人とは既に屢々述べたところであるが、コークの分類したるが如く血統に於ける關係人 (privies in blood) 法律上に於ける關係人 (privies in law)、及び土地利益に於ける關係人 (privies by estate) の三種になるのである。而して、之等關係人は或者と法律上或る財產權に對しては相互的若くは連續的關係に在るのであるから、訴訟者 (litigant) とかゝる關係に在る者は法律上利益に於て同一視せらるゝ結果、判決に依つて拘束せらるゝものである。從つて、關係人は總てその種類の如何を問はず、之等の者とかゝる關係に立つ者に對し利益若くは不利益の判決ありたるときは之に依つて拘束せられ、之等の者もその判決に反對の事實を主張し得ない譯である。そこで、血統に於ける關係人の例として相續人と被相續人 (ancestor) の關係を擧げることが出來る。かゝる場合に於ては、被相續人に利益又は不利益の判決又は評決は之を相續人の利益又は不利益の爲めに主

張し得るのである。しかし乍ら、相續人が被相續人の下に權利を主張せざるときはこの限りではない（Lock v. Narbone, [1687]. 3 Mod. 147.）。法律上に於ける關係人の例としては遺言執行者（executor）又は遺產管理人（administrator）を擧げることが出來る。從つて、遺言者又は無遺言者に對する判決又は評決は之等の者を拘束することになるのである（R. v. Hebden, [1738], Andr. 389.）。更に又、妻に對する評決は縱令それが婚姻以前のものであつても、その後夫と爲りたる者を拘束するものであるとせられた（Outram v. Morewood, [1803], 3 East. 364.）。（4）次に土地利益に於ける關係人の例としては、殘餘權者（remainder-man）を擧げることが出來る。そこで、捺印證書に依り數個の殘餘權が限定せられたる場合に、殘餘權者の一人に對し、その土地に付き與へられた評決は、同一土地に付き他の殘餘權者に對し提起せられたる訴訟に於て、證據と爲るものとせられたのである。而して、この場合後に提訴せられたる殘餘權者が最初の殘餘權者の下に自己の土地に對する權利を主張することを要せぬのである。蓋し、之等の者は同一捺印證書に基いてその權利を主張するからである（Pyke v. Crouch, [1696], 1 Ld. Ray. 730.）。しかし乍ら、終身土地保有者（tenant for life）と復歸權者（reversioner）との間には何等相互關係は存在しないものである（Everest and Strode, ibid., pp. 55—6; Taylor, ibid., II, pp. 1146—9, § 1699, pp. 1052—3.）。

三　第三者

當事者及び關係人以外の者は總てこゝに云ふ第三者に該當する者であつて、原則として判決の效力は之等の者に及ぶことなく、從つて之等の者は判決に依り拘束せらるゝことはないのである。たゞ所謂評判が證據と爲る場合、即ち公の性質を有する問題に付ての判決に關し例外の存することは既に說明したるところである（一四二頁參照）。（5）

次に、共同責任（joint liability）の場合に付き考察しよう。この場合は之を二つに分つて觀察することが出來る。

其一。責任が共同的にしてしかも個別的（joint and several）の場合　この場合に於ては一方の者に對する判決は、他方の者に對する訴訟を阻止するものではない。例へば、妻に對し婚姻前妻が負擔したる債務の辨濟を一八八二年の既婚婦人財產法（Married Women's Property Act, 45 & 46 Vict. c. 75）に基き請求する訴訟を提起したが、その判決を執行するも債權者は滿足を得られなかつた。蓋し、妻は特有財產を所有しなかつたからである。そこで、この場合かゝる判決はその後に於て夫に對する當該債務辨濟の請求訴訟を阻止するものではないとせられた。何となれば、夫の責任は單に共同責任のみではないからだと云ふのである（Beck v. Pierce, [1889] 25 Q. B. D. 316; 58 L. J. Q. B. 516.）。即ち、責任が共同的かつ個別的のものなるときは、判決に依り滿足を得られざる場合には前判決は後の訴訟を阻止する

ものではない。しかし乍ら、滿足を得たる場合に於ては後の訴訟を阻止することゝなるのである(King v. Hoare, (1844), 13 M. & W. 494; 504; 14 L. J. Ex. 29; 67 R. R. 694.)。

其二　單に共同的(joint)の場合　この場合に於ては、一方の者に對する判決は他方の者に對するその後の訴訟を阻止することゝなるのである。而して、その共同責任は債務に對するものなると、契約違反に對する損害賠償に付てのものなると、將又不法行爲に因る損害賠償に對するものなると之を問ふものではない。しかし乍ら、之は同一原因に基く訴訟に限らるゝものであるから、訴訟原因が異るに於ては、前判決が後の訴訟を阻止することはないのである。例へば、甲は連帶債務者(joint contractors)の一人であるとし、この甲のみに依つて連帶債務の爲めに振出されたる小切手に付ての訴訟にして、その判決の結果は債權者を滿足せしめ得なかつた場合、その後債權者が他の連帶債務者に對し元來の契約(original contract)に基き提訴するも、甲に對する先きの判決は之を阻止し得るものではないのである(Wegg-Prosser v. Evans, (1895), 1 Q. B. 108; 64 L. J. Q. B. 1.)。かくの如く、數人の連帶債務者中の一人に對して與へられたる判決は、他の者に對する訴訟に於て確定的防禦若くは抗辯となるのであるが、數人の連帶債務者中の一人に關してのみ與へられたる判決は他の連帶債務者に對するその後の訴訟に於て、同一訴訟原因に關し抗辯とはならぬのである。但し、前判決が全部の責任を免除

せしむると云ふ效果を生ずる理由の下に得られたる場合にはこの限りではない (Phillips v. Ward, [1863], 2 H. & C. 717; 33 L. J. Ex. 7; 133). (6) R. R. 758.

最後に一言すべきは、甲乙間には丙に對し共同責任關係もなく、又共同的かつ個別的關係も存しないが、たゞ甲乙孰れか一方を選擇して (alternative) 責任あらしめ得る場合である。そこで、丙は甲を選擇して訴を提起したるも判決の結果一部の滿足を得たるのみか若くは全然滿足を得られなかつたとしても、之はその後に於ける乙に對する訴を阻止するものであるから、丙は乙に對しては提訴し得ないものとせらるゝのである (Maier v. Corporation of Dublin, [1912], 2 Ir. R. 129. 以上 Everest and Strode, ibid., pp. 60—2; Taylor, ibid., II, pp. 1150—1; 8 1691, pp. 1064—5.)。

(1) 對世判決は刑事訴訟に於ても確定力を有するや否や。之に付ては論議の存したところで、可否兩說があつた。

第一否定說　その論據は左の如くである。

(一) 宗教裁判所の判決が俗界刑事裁判所に於て確定力を有し得るものとせば、公益に反する。何となれば、宗教裁判所の判決は當事者の良心に訴へるのであつて、コンモン・ローの認容せざる證據に基くものである。

(二) 若しその判決が被告人の利益の爲めに確定力を有し得るものとすれば、同樣に不利益の爲めにも被告人を拘束することゝならう。然らば、被告人が果して罪を犯したるや否やを發見する機關を有せぬ裁判所の判決が、被告人の生命、自由、名譽、財產等を左右することになつて不當を免れぬ。

第二　肯定說

異れる裁判所間にその判決が抵觸することは不便でもあり危險でもある。故に、若し對世判決が總ての裁判所を一樣に拘束するに非れば、甚しき變則狀態を現出することゝならう。

右の如く、この問題に付ては主として宗教裁判所と俗界裁判所との關係に付て論議せられたのであつたが、テーラーは未だこの問題に付ては十分なる解決を與へたる判例なしとしてゐる(Taylor, ibid., II, pp. 1142-3, §§ 1680—1, pp. 1056—7; Cockle, ibid., pp. 41—5; The Duchess of Kingston's Case, [1776], How. St. Tr. 355, 537.)。ハルスベリーはこの問題に對し、刑事々件に於て對世判決は第三者間又は一當事者と第三者間に於ては、狀態又は權利に關し宣言若くは創設したるものに限り、又はそれに依つて實際行はれたる處分に限り、確定力を有するものであつて判決の基底たる事實に付ては確定力なしとしてゐるのである(R. v. Buttery and Macnamara, [1818], R. & R. 342; The Duchess of Kingston's Case, supra.) (Halsbury, ibid., XIII, p. 425, § 478.)。

テーラーは更に曰くR. v. Buttery and Macnamara 事件は The Duchess of Kingston's Case に於ける裁判官の意見を確認するものとして引用せられてゐるが、縱令その意見を支持することはありとするも、本問題解決には餘り役立たぬ。何となれば、この事件に於て決定せられたる點は遺言證書僞造に付き起訴せられたる者に對し、單に遺言檢認書を提出するのみにては當該遺言證書の有效なることを確定する證據とはならぬと云ふことであつた。勿論之は正當であるが、その目的が遺言執行者の權利を爭ふものでないから、民事訴訟に於ても亦同樣なる原則の適用を見るからであると(Taylor, ibid., II, p. 1143, § 1681, p. 1057)。

對世判決にして互に衝突するものあるときは、その效果は何等の確定力を有し得るものではないから、禁反言を生ずるものと云ふべきであらう(R. v. Wye, 1838, 7 L. J. M. C. 18; 7 A. & E. 761; 3 N. & P. 6; 45; R. R. 829; R. v. Hutchins, [1878], 6 Q. B. D. 300; 50 L. J. M. C. 35; 44 L. T. 364; 29 W. R. 724; 45 J. P. 504; Poulton v. Ad-

justable, etc., Co., [1908], 2 Ch. 430; 77 L. J. Ch. 780; 24 T. L. R. 782.) (Phipson, ibid., 397.)。

(2) 評判 (reputation) が證據となる場合と云ふのはイギリス臣民 (His Majesty's subjects) の總てに關係する一般的權利 (general rights) を包含する場合で、かゝる場合に於ては當事者間の直接爭點たる事項に對する判決又は評決は他の當事者間にあつても之を證據とすることが出來る。而して、それはその時に於ける特定事實 (specific fact) の證據である爲めではなく、その時に於ける事實狀態 (state of fact) 及び習俗の問題 (question of usage) に對する管轄權ある裁判所の最も嚴肅なる種類の判決の證據として認容するものであるとせらるゝ。本文に於て公の性質を有する問題として示したるところのものは、この場合總て所謂評判の一種と目されるのである (Evenat and Strode, ibid, pp. 59-60)。

(3) 當事者と云ふ觀念のうちに、記錄中にその氏名の記載せられてをらぬ者にしてその者の直接又は個人的利益の爲めに或は提訴し又或は自己に對し提起せられたる訴に對し之を防禦する場合、かゝる者をも包含せしむべきや否や。之に付ては左の判例がある。

原告甲は漁場に於て乙の傭人丙が漁獵したるに因り、丙に對し違約金 (penalties) 請求の訴訟を提起したのである。而して、甲はその漁場に對する權利あることを主張する證據としては、乙の他の傭人丁が以前甲の漁場に對する權利侵害に付き甲が丁より違約金を取得し得たる場合の評決及び判決の記錄以外には何物もなかつたのである。この前後兩訴訟に於て、丙丁共にその主人乙の命令に依り行爲したるものであるが、乙は問題たる甲の漁場に對し權利あることを主張してゐるのである。そこで、巡回裁判官 (Judge at Nisi Prius) は乙を以て眞の當事者とし評決及び判決記錄は確定力あるものとし、原告の請求を認めたのである (Kinnersley v. Orpe, [1780], 2 Doug. 517.)。この見解に依れば、當事者の觀念は廣くなり記錄中に包含せられざる者をも指稱することゝなるのであるが、かゝる見解は一般に正當視せらるゝものではないとせらるゝ。尤も前示の判決に對しては後に至つて再審が命ぜられたのであつて、それに依ると前の記錄は

證據としては之を認容し得るものであるけれども、確定力を有するものではないとせられたのであるが、之に對し何等の理由を說明してをらぬから、この事件は何等權威あるものと云ふことを得ない。ところが、Outram v. Morewood 事件 ([1803], 3 East 366; 7 R. R. 473.) に於ては右の如き場合に禁反言を可能ならしめたことを不審とし、被告は前訴訟に於ては當事者ではないから、記錄は全然之を認容し得ない旨を明かにしたのである (Taylor, ibid., II, p. 1147, § 1687, p. 1601.)

(4) この點に付ては一八七〇年の Married Women's Property Act (33 & 34 Vict. c. 93.) 第一二條、一八七四年の Married Women's Property Act (37 & 38 Vict. c. 50) 第一條、第二條、一八八二年の Married Women's Property Act (45 & 46 Vict. c. 75) 第一四條、第一五條の關係を考察することを要する (Taylor, ibid., II, p. 1149, n. (i), p. 1063, n. (p))。

(5) 刑事判決は、(一)評判の證據として、又は(二)訴追と共に承認せられた證據として認容せらるゝ場合 (Brew v. Haren, [1877], I. R. 11 C. L. 198) 以外には、之を民事訴訟に認容して當該刑事判決の基礎事實の眞實なることを確定し得ない。之と同樣に、民事判決並に仲裁判斷 (award) を刑事訴訟に於て證據として承認することを得ないものである。又正犯に對する有罪の宣告は、その後に於ける從犯に對する訴に於てその有罪なることの證據として之を認容し得ないとせらるゝ (Taylor, ibid., II, pp. 1151—2, § 1063, pp. 1065—6.)。

(6) 本人と代理人との關係存する場合に於ては、代理人に對して與へられたる判決は本人に對する訴訟を阻止することゝなる。例へば、妻が夫の代理人として債務を負擔したる場合、妻に對し債務辨濟の請求訴訟を起し、その判決の結果十分なる滿足を得なかつたとしても、その判決は夫に對する訴を阻止することゝなるから、改めて夫に對し辨濟の請求を目的とする訴を起し得ないのである (Salivan v. Salivan, [1912], 2 Ir. R. 116.)。

船長に對する判決も亦之に依つて十分なる滿足を得られなかつた場合に於て、船舶所有者に對する訴を阻止するものである (Priestley v. Fernie, [1865], 34 L. J. Ex. 172; 3 H. & C. 977.) (Everest and Strode, ibid., pp. 62—3.)。

(未完)