

Title	イギリスに於ける書證法の改正 (二)
Sub Title	
Author	峯岸, 治三(Minegishi, Haruzō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1939
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.18, No.1 (1939. 4) ,p.1- 31
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19390430-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19390430-0001</a>

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.

# 法學研究 第十八卷 第一號

イギリスに於ける書證法の改正 (二)

峯 岸 治 三

## 三

舊法の下に於ては既に死亡せる者に依る陳述(口頭、書面)は或る場合には之を證據として認容し得ることは既に一言したところである(本誌第十七卷第(四號一三八頁)。而して、この場合は次の六個であるとされてゐる(Phipson, P. 267; Mannal, p. 129.)。即ち、

一 利益に反する陳述 (declarations against interest) 生存者に依る利益に反する陳述は一般に

之を證據として認容することを得ないのであるが、若し訴訟當事者にして自己の利益に反する陳述を爲したる場合に於ては、自認又は自白としてかゝる陳述を認容し得るものである(峯岸一五二頁以下参照)。と

(1)

イギリスに於ける書證法の改正

ところが、現在は既に死亡してをる者が嘗て爲したる利益に反する陳述は、生存者の場合とは之を同一に取扱ふことを得ないのである。即ち、この場合に於ては次の諸點に注意しなければならぬ。

第一は死亡者は最早之を證人として呼出すことが不可能となれることである。

第二はかゝる者は之を反訊問することを得ないことである。

第三はかゝる者が其利益に反し陳述を爲したる事實は、右陳述の眞實性を保障することである

(本誌第十七卷第四)  
號一三八頁參照)

かくして、既に死亡せる者にして事實に付き相當なる知覺 (competent knowledge) を有する者の陳述は、其口頭たるを將又書面に依ることを問はず、其者の財産の利益の爲め又は不利益の爲めに自由證據として認容せらるゝのみならず、死亡者の人格代表者又は直系卑屬等が何等關係を有せざる訴訟に於ける第三者の利益の爲めにも亦之を認容し得るものである。而して、こゝに注意を要する點は、例へば記載の或る部分が利益に反する陳述として之を認容し得るものとすれば、其記載の全部を證據として認容し得べきであつて、單に直接利益に反する文言の部分のみを證據として認容すべきではない。従つて、死亡者が債務の辨濟に對し受取を與へたるが如き場合に於ては、單に「支拂濟」と云ふやうな言葉のみを認容するものではなく、受取全部を認容し以て之を陪審員に讀聞か

すことを得るものである(この點に關する指導判例となつたものは *Higman v. Kidway* [1808], 10 East 109; 10 R. R.)。次に一言すべきは、陳述者が傳聞に基き事實を知覺した場合であつても、それが利益に反するに於ては、之を第三者に對する證據として認容することを得るものとせられた(*Crease v. Barrett* [1835], 5 L. R. 779; 41 R. R. 888.)。(1) 即ち、陳述者は陳述の當時それが自己の利益に反することを知覺せねばならぬとしても、其事實に付ては親しく之を知覺することを要せぬこととなるのである(Phipson, p. 668 sqq.; Tregarthen, pp. 109, 110; Best, § 500; Stephen, art. 29.)。

要之、利益に反する陳述を認容するの基底は第一は陳述者の死亡及び第二には利益に反する陳述は眞實の蓋然性を有するものとの推定に在ると云はるのである(Taylor, 1, § 669; Phipson, p. 269;)。

(1) ホーワルに従へば、かくの如く傳聞に基き事實を知覺した場合と雖も、金銭的利益(pecuniary interest) 以下に陳述は之を認容し得るも、財産的利益(proprietary interest)に反する陳述は然らずと思はるゝと云はれる(*Trimblestone v. Kennis* [1843], 9 Cl. & Fin. 780)(Powell, p. 267; Cl. Tregarthen, p. 111)。

二 義務履行上の陳述 (declarations in the course of duty) 之に付ては既に一言したごとくや

はあるが(本誌第十七卷第一四號一三八頁)更に少しく述べることとする。

既に死亡せる者が其義務を履行する上に於ける通常の過程に於て (in the ordinary course of duty)

(4)

爲したる陳述(口頭、書面)は、それが事實 (facts stated) と同時に爲されたる場合に於ては之を以て證據として認容することを得るものである (Phipson, p. 278; Phipson, Manual, p. 137; Powell)。そこでこの場合には次の諸點に注意せねばならぬ。

第一はかゝる陳述は第三者に對する義務履行上に於て爲されねばならぬことである (R. v. Worth, M. C. 47; 4 Q. B. 132; 3 G. & D.)。従つて、單に自己満足の爲めに爲られたるものゝ如きは固より證據として認容し得べきではない。而して、こゝに云ふ義務は特定の義務を意味するものであつて、一般的義務を指稱するものではない。即ち、時に依つて異なることあるべき各種の行爲を包含するが如き義務は、一般的義務に該當するものであるから之を除き、特定の行爲を爲し更に之を記録に留め又は報告する義務はこゝに云ふ特定の(及び二重的)義務に該當するものである (L. J. Q. B. 156; L. R. 2 Q. B. 362; 8 B. & S.)。しかし乍ら、若し之を嚴格に遵守するときは、既に證據として認容した數個の判例と相抵觸することあるは勿論なりとせられてゐるのである (Phipson, p. 279; Phipson, Manual)。

第二はかゝる陳述は事實と同時に (contemporaneously with the facts stated) に爲されねばならぬことである (Doe v. Turford [1832], 1 L. J. K. B.)。同時に云ふ觀念に付ては既に述べたところであるが (本誌第十七卷第(四號一四四頁)要するに餘りに嚴格に解して、陳述は *res gesta* の一部を成すものとするの必要な

く、又餘りに緩やかに解して、證人の記憶を新たにするための公の登記簿、手控等に爲せる記載と爲すべきではないとせらるゝのである。約言すれば、陳述は行爲の爲されたる時、又は行爲の爲されたる時に近き時期に於て行はれねばならぬことになるのである。而して、果して陳述がかゝる時期に於て爲されたるや否やを決定すべき標準は、陳述が義務と矛盾せざる期間内に爲されたるやの點に在る。従つて、義務と兩立せざる程度の長き期間を経た後陳述が行はれた場合には、最早事實と同時に行はれたものと云ふことを得ないから、之を證據として認容し得ないこと、ならう(Phipson, Manual, p. 139; Taylor, I, § 704)。

第三はかゝる陳述は陳述者が記載すべき義務ある正確なる事實に付ての證據である。従つて、陳述者が親しく其事實を知覺することを要するものである。この點は先きに述べた利益に反する陳述と其趣を異にするところである。而して、かゝる陳述は右に示したるが如く正確なる事實に付ての證據であるから、縦令同一陳述中に包含せらるゝ事實たりと雖も、單にそれが附隨的 (collateral) 性質を有する他の事實に付ての證據たり得ないのは勿論である (Chambers v. Barnasoni [1834], 1 C. M. & G. 347; 3 L. J. Ex. 373; 40 R. R. 604.)。更に又、不實の陳述を爲す動機に付ての證據ある場合に於ては、かゝる陳述は之を證據として認容することを得ないものである。この問題に付ては The Henry Coxon 事件 (1878), L. R. 3 P. D. 156; 47 L. J. ADM. 83; 38 L. T. 819.)

を擧げることが出来る。之は船舶衝突事件であつたが、一等運轉士(既に死亡せる)の爲した航海日誌への記載は之を證據として認容することを得ないものとせられたのである。而して、其理由とするところは次の三點に在りとされた。即ち、

其一。右記載は事件發生後二日後に於て爲されたものである(實際は衝突後三十六時間程經過してゐたのである)。然るに、前示一等運轉士の記載義務は事件發生直後(immediately)に爲すべきものであつた。

其二。一等運轉士は不實の陳述を爲すことに付き利害關係を有してゐた。即ち、彼は彼自身の過失並に船員の過失を否定せんとする者であつたのである。

其三。航海日誌への彼の記載は單に彼自身の行爲に關するものゝみに止らず、船員の行爲に付てのものまで包含されてゐたのである。従つて、かゝる陳述即ち記載は他の者(一等運轉士以外の者)の行爲に付ての證據として之を認容し得ない。

右のうちこゝに注目せらるゝのは其二であることは固よりである (Phipson, p. 279; Phipson, Manual, p. 140; Taylor, I, §§ 704, 705; Best, § 501; Cockle, p. 214.)

要之、義務履行上の陳述を認容するの基底は、第一は陳述者の死亡(之は利益に反する陳述の場

合と異らぬ。及び第二は眞實の推定である。而してこの眞實の推定は、義務履行上爲されたる記載の機械的性質及び一般的没利害の性質より生ずるものであり、又義務者の不斷の責任は、若しそれに付き虚偽の點あらば、其上長者 (superiors) に依つて發見せらるゝことから生ずるものであるとされてゐる (Phipson, p. 278; Phipson, Manual, p. 137.)。

なほこの義務履行上の陳述が證據として認用せらるゝに至つた沿革に付ては、Phipson, p. 278; Wigmore, 3, §§ 1518, 1519 を参照せられたる。

三 公權に付ての陳述 (declarations as to public rights) 既に死亡せる者にした相當の知覺 (competent knowledge) を有する者の陳述 (口頭、書面) (この點に付ては Phipson, p. 287; Phipson, Manual, p. 147, Form of the declarations を参照せられたる) にして等ひの生ずる以前 (ante litem motam) 爲られたるものは、公的又は一般的性質 (a public or general nature) を有する古來認められたる權利 (ancient rights) の證據として認容することが出来る。そこでこの問題に付ては次の諸點を考察しなければならぬ。

第一は公的又は一般的利益事項 (matters of public and general interest) とは如何なるものであるかと云ふことである。先づかゝる利益乃至權利は金錢的又は財産的性質を有するものでなければならぬとされてゐるのである (R. v. Bedfordshire (1855), 43 E. & B. 595; 24 L. J. Q. B. 81; 3 C. L. R. 442; 1 Jur. 600. (n. s.) 218; 6 Cr. C. C. 505; 3 W. R. 505; 24 L. T. (o. s.) 268; 99 R. R. 600.)。

而して、公權及び一般的權利とは如何なるものを意味するかと云へば次の如く解されてをるのである。即ち、

其一。公權 (public rights) このうちには公道通行權 (right of highway)、渡船權 (right of ferry) 潮河に於ける漁業權 (right of fishery in tidal rivers) 等を包含するものである。要之、公權とは國民一般に共通なる權利を指稱するものであるとされてゐるのである。

其二。一般的權利 (general rights) 之は公權の場合の如く國民一般と云ふが如き廣範圍ではなく、社會の或る範圍——其範圍は相當大なることもあらうが——の人々に影響を及ぼす權利を云ふのである。例へば教會區 (Parish)、莊園 (manor) 等の疆界權の如き、イギリス王土の地域的區劃に付ての權利である。従つて、私人保有の土地疆界に付ての權利の如きは固よりこのうちに包含せらるべきものではなく、それは私權 (private rights) に屬する問題である。

元來 Public 及び General の兩語は時として同一意義に用ひられ、多人數 (a multitude of persons) に關することを意味することがある。しかし乍ら、傳聞證據認容上の場合に於ては、この兩者は之を嚴格に區別すべきことは右に述べた如くである (Phipson, p. 253; Phipson, Manual, p. 142; Hibbert, p. 78; Taylor, 1, § 609; Powell, p. 296; Best, § 427; Stephen, art. 31.)。第二は相當なる知覺に付てゐる。この場合も公權及び一般的權利の兩者に區別して考へなければ

ばならぬ。即ち、

其一。公權の場合 この場合に於ては何人と雖も相當なる知覺を有するものとされるのである。蓋し、公權は國民一般に關するものであるが爲めである。従つて、知覺に付ての特殊な方法を缺如するこゝ (absence of peculiar means of knowledge) は、之を嚴格に云ふときはたゞ信憑力の問題に關するものであつて、認容性に付ての問題ではない。

其二。一般的權利の場合 この場合に於ては相當なる知覺を有することは之を立證せられねばならぬ。蓋し、一般的權利は前にも述べた如く社會の或る範圍の人々に關するものなるが故である。従つて、この場合には一定の地方 (locality) に或る關係を有するとか、又は陳述が爲された場合の

事情の如きを以て立證する必要があるのである (Case v. Barrett [1895], 5 L. J. Ex. 8; 1 C. M. & R. 919; 2 Phillips [1816], 4 M. & P. 286; Phipson, Manual, p. 143; Taylor, 1, § 619. C. M. & R. 738; 40 R. R. 779; 41 R. R. 653; Freeman v. S. 486; 16 R. R. 524.)

なほこの陳述者が相當なる知覺を有すべき問題と共に陳述者の同一性 (identity) が確定せられねばならぬ。而して、文書に依る陳述の場合に於ては署名又は筆跡が立證されなければならぬ。従つて、署名なきもの又は證明なき (unauthenticated) ものは、縱令それが正當なる保管者より提出せられたとしても、之を證據として認容することを得ないものである (Phipson, p. 286.)

第三は陳述は所謂 *ante litem motam* に爲されたものでなければならぬことである。こゝに争ひの生じたる以前と云ふのは、必しも訴訟提起以前に爲されたことのみを意味するものではない。この點に付てはローマ法と其趣を異にするものと云はねばならぬ。即ち、ローマ法に於て *lis mota* と云へば之を嚴格に適用して訴訟の開始 (*commencement of the action*) を意味し、訴訟以前の時期 (*any earlier period of the dispute*) を指稱するものではなかつたのである。然るに、イギリス法に於ては *lis* なる語は之をクラシカルな、而して又廣い意義に解するものである。従つて、イギリス法上 *lis mota* と云へば訴訟の開始を意味するものではなく、廣く一般に争ひ (*controversy*) の開始を意味するものである (*Per Sir J. Mansfield in Berkeley Peerage*)。換言すれば、單に訴訟と云ふ形式に於て現れたる争のみならず、訴訟に先立つ争ひ (*controversy preparatory to a suit*) が事實上生じたことを意味するものである (*Taylor, l.*)。 (1)

斯の如く、陳述に制限を加へたのは陳述者の偏頗心を防止せんが爲めである。而して、陳述者が提起しようとする企圖してゐる訴訟を直接支持する爲めに爲されたる陳述、又は自己の利益を助長するが爲めに爲されたる陳述の如きは之を證據として認容することを得ないのであるが、若し争訟關係を惹起せず又提訴が企圖せられざるに於ては、陳述が陳述者の權利を支持し又は陳述者が其陳述に

倚據する當事者と法律上同一の地位に在り、又は在りと信ずる事實は、以て當該陳述を直ちに認容し得たるものとすることなく、たゞ其信憑力に影響を及ぼすに過ぎぬのである (Brooklebank v. Thompson [1905], 2 Ch. 344; 72 L. J. Ch. 626; 89 L. T. 209; Doe v. Davies [1847], 16 L. J. Phipson, p. 286; Phipson, Manual, p. 144; 72 L. J. Ch. 618; 10 Q. B. 314; 6 Jur. 990; 61 R. R. 326.) (Taylor, 1, § 680; Wigmore, 3, § 1483.)

(1) Alderson は「争ひの開始」を以て審て次の如く定義したのじゆん。即ち「請求 (claim) の基礎を爲す事實状態の發生」  
としだのじゆん (Walker v. Beauchamp [1834], 6 C. & P. 552, 561.) 即ち「」の長解を後以 Ld. Cottenham の支持  
しだのじゆん (Davies v. Lowndes [1843], 6 M. & G. 517; 12 L. J. Ex. 506; 64 R. R. 783.) 後以て  
しだのじゆん (Shedden v. Att. Gen. and Patrick [1861], 30 L. J. P. & M. 217; 2 Sw. & Tr. 170; Reilly v. Fitzgerald  
[1843], 6 Ir. Eq. R. 335.) (Taylor, 1, § 629.)

第四は陳述は一般的權利 (general right) に關するものでなければならぬ。従つて、之を支持し又は否定する特殊の事實に關するものであつてはならぬのである。何となれば、かゝる特殊事實は一般に知られてをるところではなから、或は誤傳せられ又或は誤解せられ易く、更にかゝる事實は他の事實と結合することあるべく、而して、之等他の事實は、若し知らるゝならば、右特殊事實を或は制限し或は説明することゝなるのである (Crease v. Barrett [1835].)

(1) 斯の如く、陳述は一般的權利に關するものなることを要するのであるが、一般的權利を直接に否

定するものでなくとも、間接に之を否定する陳述は證據として認容し得らるゝものとされたのである。例へば、一般的權利と兩立することを得ない私的請求權 (private claim) を主張するが如き、又は一般的權利に付き陳述することが豫期せらるゝを相當とされる場合に、かゝる陳述を爲さるゝが如きがそれである (M. of Anglesy v. Hatherton [1842], 10 M. & W. 218; 12 L. J. Ex. 57; 62 R. R. 57h.)

更にかゝる陳述に付ての確證 (corroboration) の問題を考察するに、かゝる陳述は權利が現存する人々の記憶の範圍内に於て (within living memory) 行使せられてゐたと云ふ證據に依つて確證せらるゝことは、認容に付き根本的要素を爲すものではない。従つて、確證は單に信憑力の問題であつて認容性の問題ではない (Crease v. Barrett) (Phipson, p. 287; Phipson, Manual, p. 146; Taylor, §§ 617, 620.)

要之、公權に關する陳述を認容するの基底は、第一は陳述者の死亡、第二は古き事實は直接證據に依り立證することの一般的に不可能なること、第三は權利の公的性質 (public nature) に依つて與へらるゝ眞實の保障——之は個人的偏頗心を防止し又不斷の反駁乃至反對に遭遇せしむることに依つて誤れる陳述の危険を減少するものである——等であるとされる (Phipson, p. 285; Phipson, Manual, p. 141.)

なほこの公權に付ての陳述が證據として認容せらるゝに至つた沿革に付ては Phipson, p. 285; Thayer, p. 520 を参照せられたる。

この公權に付ての陳述は所謂 reputation の問題として屢一般的に論述されてきたものであるが、reputation, opinion 等の問題に付ては他の機會に於て之が説明を試みる考へであるから本稿に於てはこの問題に觸れぬこととした。従つて又、地圖等を證據として認容する問題に付ても、之を reputation の問題を論述する場合に讓ることとする。

四 家系に付ての陳述 (declarations as to pedigree) 既に死亡せる者にして家系が問題となれる當事者と血縁又は婚姻に依り親族關係を有する場合、かゝる者が争ひの生ずる以前に於て爲したる陳述 (口頭、書面) (この點に付ては Phipson, p. 300; Phipson, Manual, p. 152, Form of declarations を参照せられたる) は家系を説明する證據として認容することを得るものである。そこで、この問題に付ては次の諸點を考察しなければならぬ。

第一は家系とは如何なることを意味するかと云ふことである。家系又は家系事項 (matter of pedigree) とは大體に於て次の如きものを包含するものと云ひ得るのである (Phipson, p. 208; Phipson, Manual, p. 148; Best, § 498.)

其一。親族の相續問題 (有遺言及び無遺言の場合)、親族關係、及び嫡出 (legitimacy) の問題

其二。家族 (members of the family) の出生、婚姻及び死亡、之等事件又は事實發生の時及び場所、家族の獨身狀態 (celibacy)、直系卑屬の有無等の如き事項と直接關聯し又はかゝる事項を立證する爲めに必要とせらるゝ家の系統乃至歴史 (family history) の特殊なる附隨的事項——なほ家族

(18)

の職業 (occupation)、居所 (residence) 及び之と同様なる家族の同一人なることを證明するに必要なる家の歴史に附隨する事項も亦このうちに包含せらるべきものであらうとされるのである (Kidney v. Cockburn [1831], 2 Russ. & M. 167.)。しかし乍ら、かゝる附隨事項が直接家系問題と關聯するところなく、又は家系上の目的のために必要とせられぬ場合に於ては、縱令それ等が家系問題を證明するものと推斷せらるゝことあるも、之を證據として認容し得ないものである (Phison, p. 208; Phison, Manual, p. 148; Taylor, 1. §§ 642, 644; Wigmore, §. § 1494; Stephen, art. 32; Hibbert, p. 79.)。

第三は陳述者に付てある。陳述者は適法に血縁關係を有する者、又は夫婦關係ありたる者にし、既に死亡せる者でなければならぬ。従つて、次の者に依る陳述は之を認容することを得ないものである。

其一 家族の友人、雇人、近隣者

其二 私生子——私生子は所謂 *filius nullius* (何人の子にも非る子) とされてゐるから親族關係

を有し得ないとされてゐる (Doe v. Barton [1837], 2 M. & R. 28.)。しかし乍ら、私生子が自己の私出

なることに付ての陳述を爲したる場合には、之を以て自認として證據と爲すことを得べく、或は又之を以て自己の利益に反する陳述として認容することを得るものである。

其三。夫婦關係に在る者の陳述は之を認容し得ることは前示の如くであるが、この場合には必しも法律上の婚姻關係の現存せしや否やを問ふものではないとされてゐる。しかし乍ら、かゝる夫又は妻の單なる親族の如きは陳述者たり得ないものである (Shrewsbury Peagee (Phipson, p. 298; [1857], 7 H. L. C. 23.) (Phipson, Manual, p. 149; Taylor, ) (1) 1, §§ 696-698.)

(1) 陳述者の親族關係は陳述者自身の陳述に依つて之を確定することを得ないものである。それは他の方面から立證されなければならぬ (Berkeley Peagee [351], 4 Camp. 401; 14 R. R. 782.)。換言すれば、それは家系に付ての陳述とは全く別個獨立の證據に依りて確定せられねばならぬのである。しかし乍ら、陳述者と其陳述が提出せらるゝ人との間に於ける親族關係の正確なる程度即ち親等の如きは之を明かにする必要はないのであるが、たゞ血縁關係が存在するか又は婚姻關係が存在するか云ふことを立證すれば十分であるのである (Vowles v. Young [1806], 13 Ves. 140; 9 R. R. 154.)。而して、同一の家 (family) に屬する者と考へられてゐる二人の間に如何なる親族關係があるか、又果して親族關係が存在してゐるかどうかと云ふことが問題となつた場合に於ては、陳述者とそのうちの一方との親族關係を立證確定することが必要であり、これを以て十分とせらるゝ (Monkton v. At-Gen. [1831], 2 Russ. & M. 161; 34 R. R. 38.)。かゝる場合に於ては陳述者と右兩者間の親族關係を有する證據を提出することを要するものとすれば、陳述は既に確定した關係を立證するに過ぎぬこととなり不必要なこととなること云ふ不條理を來す結果になるとされるのである (Phipson, p. 299; Taylor, 1, § 640; Wigmore, 3, § 1491.)。

第四は相當なる知覺に付てゝある。即ち、この場合に於ては、陳述者は陳述する事實に付き親しく之を知覺することを必要としなない。従つて、陳述者の知覺が他の親族より得られたるもの、又は一般的家の評判より得られるものは固より、傳聞に基くものであつても差支ないことゝなるのである。即ち、傳聞に基く傳聞(Hearsay upon Hearsay)であつても之を證據として認容し得るものであるが、この場合に於ては、それが同一の家に屬する他の家族の陳述に基くものでなければならぬものであつて、全く他人の陳述に基くものであるときは、之を證據として認容することを得ないものである。従つて、例へば既に死亡せる寡婦の陳述にして、それが彼女の夫の陳述——夫が自己の從兄弟が何人であるかと云ふ——に關するものなる場合には之を證據として認容することを得るのである。斯の如く傳聞に基く傳聞を認むるに非れば、證據法上の普通の規則を緩和したる主なる目的は没却せらるゝことゝなるのであらう。何となれば、既に死亡せる親族の陳述は其自ら知覺せる事項を包含することは極めて稀であるからである(Monkton v. Alt., Gen. [1881], *supra*)。

次に、陳述はそれが關係してをる事件と同時に爲されたことを明かにする必要もないのである。何となれば、かゝる制限を加ふることは陳述が證據として提出せらるべき陳述者の生涯以前に、傳聞が溯ることを防ぐることに依り、家系に於ける傳聞を認容する目的を破壊することになるからであ

るとは、かの Lord Brougham の説明するところである。換言すれば、若しかゝる制限を是認するとせば、既に死亡せる者が其祖母の幼名即ち少女時代の名に付ての陳述を爲すも、之を證據として認容することを得ざるものとなるべく、其不當なるは云ふを俟たざるところであらう (Monkton v. Att. Gen. [1881])。要するに、數世代前に惹起したる事項に付ての陳述と雖も之を證據として認容し得るもの *supra*。)。  
2202 ぶんぶである (Davis v. Lowndes [1843]) (Phipson, p. 299; Phipson, Manual, p. 150; Taylor, 1, § 639.)

第五は陳述は所謂争ひの生じたる以前に爲されたものでなければならぬ。換言すれば、それは争ひの生じたる後 (post litem motam) のものであつてはならぬ。而して又、それは所謂利益を助長するものであつてもならぬのである。之等は公權に付ての陳述のところと説明したところと其趣旨に於て異らぬのであるから再述の必要を認めない (10 頁及び Wigmore, 3, 5)。(1433; Phipson, p. 300 参照)

要之、家系に付ての陳述を證據として認容するの基底は、第一は陳述者の死亡、第二はかゝる問題即ち家系に付ての調査は極めて少數の者のみ知られたる家の歴史に付ての遠隔の事實 (remote facts) を包含するのが一般である。従つて、直接證據を以て立證することの不可能であることであり、而して、第三は陳述者の知覺の特殊の方法及び陳述者が不實の陳述を爲すべき利害關係の缺如であ

(17)

(Phipson, p. 297; Phipson, Manual, p. 148; Taylor, 1, § 635.) (一)

(1) 雇人、友人、隣人等の陳述は之を認容すべきでないかどうかに付ては、長い間疑ひの存するところであるとせられてゐたのであつたが、現在に於てはこの問題は一定したのである。即ち、現在に於ては問題となる家族 (family) と血縁又は婚姻に因つて法律上連絡する者、従つて又、家系の問題に付ての知識乃至知覺を取得する最もよき機會を求め、而して右知識乃至知覺を偽るべき理由を何等求むべきでないことに於て最大の利害關係を有する者なりと考へらるゝ者からの傳聞にのみ限つて之を認容すると云ふ規則が確立した譯である (Johnson v. Lawson [1824], 2 Bing. 86; 2 L. T. (O. S.) C. P. 186; 27 R.R. 558; Crane v. Barrett [1885], 1 C. M. & R. 928.) (Taylor, 1, § 635)。

なほこの家系に付ての陳述が證據として認容せらるゝに至つた沿革に付ては Phipson, p. 297; Wigmore, 3, §§ 1483, 1503 を參照せられたる。

五 殺人に付ての瀕死の陳述 (dying declarations as to homicide) 故意又は過失に因る殺人 (murder or manslaughter) の裁判に於ては、一定の條件の下に於て瀕死の陳述を證據として認容し得るのである。而して、こゝに所謂瀕死の陳述とは、陳述者が其陳述を爲したる當時、死亡の事實上の危険に直面し、かつ死亡を豫期したる場合の陳述を云ふのである (Phipson, p. 308; Phipson, Manual, p. 163; Hibbert, p. 43; Stephen, art. 27; Powell, p. 70; Roscoe, p. 31;)。 (1) Wharton, 1, § 525; Ford, 2, § 207.)

(1) ニューヨーク州刑事訴訟法 (Code of Criminal Procedure) 第三九八條に於ては次の如く規定されてゐる。即ち、

刑罰法 (Penal Law) 第六條に基き及び之に従ひ爲されたる總ての訴追に於ては、同條に定めたる方法の孰れかに依り女子の死亡が惹起せられたる場合、かゝる女子の瀕死の陳述は殺人 (Homicide) の場合に加へらるゝ制限と同一制限の下に、之を證據として認容すべし。

殺人に付ての瀕死の陳述に關しては次の諸點が考察せられねばならぬ。

第一は瀕死の陳述は殺人に付てのものでなければならぬ。従つて、殺人以外の訴追に於てはかゝる陳述は之を認容することを得ないものであり、又陳述者が殺害せられたる場合以外の殺人に於ても、かゝる陳述を認容し得ぬものである (R. v. Hind [1860], 8 Cox<sup>o</sup>. (1) (300; 29 L. J. M. C. 147.) 右の如く、瀕死の陳述は殺人に付てのみ認容し得るものであるが、之は論理上民事、刑事の兩事件に於ても認容せらるべきであるやうに思はれるが、瀕死の陳述を認容するの基礎は、元來殺人に於ける必要と公益に存在したものである。と云ふのは、かゝる犯罪は通常秘密のうちに行はれ、しかも斯の如き犯人はかゝる犯罪を敢て爲すことを許さるべきでないのみならず、同一行爲即ち其犯罪に依つて、犯人の有罪なることを確定し得る唯一の人—證人—の口を永劫に緘せしむることも亦許さるべきではないとされるからである。従つて、現在に於ては瀕死の陳述は之を殺人の場合にのみ認容し、民事々件に於ては之を認容せざることは、一般に確立したる原則と云はねばならぬ。この故に、不法なる行爲に因り死亡

(19)

(20)

なる事實が惹起し、之に對する損害賠償を請求する民事訴訟に於ては、因より瀕死の陳述を認容すべきではない。要するに、瀕死の陳述はたゞ死亡其者が訴追の目的たる刑事訴訟に於てのみ之を認容し得るものと云ふべきである (Phipson, 308; Phipson, Manual, p. 153.)  
(Wharton, 1, § 527; Hibbert, p. 43.)

(1) 乙と丙とが菓子を食べた爲めに死亡した。而して、其菓子のなかに甲が毒薬を混入して置いたと云ふので訴追されたのである。そこで、甲が乙を殺害した一故意の殺人一ことに付ての裁判に於て、乙の死亡後丙は次の如き瀕死の陳述を爲したのである。即ち、丙は甲の面前で問題の菓子をつくつたのであつて、何等悪いものを混入しなかつたと云ふのである。この瀕死の陳述は、同一毒害に依つて惹起された乙、丙兩者の死亡は總つ一つの事件 (Transaction) であると云ふ理由で、右丙の瀕死の陳述は認容されたのである (R. v. Baker [1857], 2 M. & Rob. 53)。しかし乍ら、斯の如く乙、丙兩者の死亡を同一に見ることは正當ではない。この死亡丙の死亡は各別個のものとして觀察すべきではなからうか。そこで、前示 R. v. Hind 事件に於ては Pollock C. B. 44 R. v. Mead 事件 ([1894], 2 B. & C. 605; 4 D. & R. 120; 26 R. R. 484) に依つて定められた原則を採用し、瀕死の陳述は陳述者を殺害した場合の訴追に限定せらるべきものである旨を判示したのである。ウィグモアもこの點に付き同様な見解を持してゐる。即ち問題たる死亡は陳述者の死亡でなければならぬ。即ち死亡した陳述者の死亡が訴追の目的でなければならぬと主張してをる (Phipson, p. 308; Taylor, 1, § 715; Wigmore, 3, § 1483.)

第二は陳述を爲したる當時の心裡状態である。之に付ては次の如き要件を具備しなければならぬ。即ち、死亡者—陳述者—は其陳述を爲したる當時死亡の顯著なる危険 (Imminent danger of death)

の状態に在り、回復の希望を抛棄したものであると云ふことを、裁判官をして満足せしむるまでに立證しなければならぬ (*Sussex Peerage* [1844], 11 C. & F. 108.)。従つて、陳述者が單に漠然と死亡を豫期したと云ふのでは十分でない。其豫期は相當なる根據あるものでなければならぬと云ふべきである (*R. v. Van Bitchell*)。しかし乍ら、陳述者が切迫せる死亡を感じてをることを語ることは必要としなす。陳述がかゝる状態の認識の下に行はれたことが明かであれば十分である。例へば親族、友人等に最後の訣別を爲したとか、死亡後の葬儀に付て指圖を爲したとか云ふが如きである。要するに、陳述を爲した場合の總ての状況を斟酌し、以て陳述者の心裡状態を確定せねばならぬことゝなるのである (*R. v. Woodcock* [1789], 1. 右に述べたるが如き状態の下に於て陳述が爲されたる以上、陳述者が陳述後數日乃至數週間生死の間を彷徨してをつたと云ふ事實は、陳述を認容する上に何等障害を來すものでないのみならず、後に至つて回復の希望を抱くことあるも之又差支なきものと云ふべきである (*R. v. Hubbard*) (*Phipson*, p. 309; *Phipson*, Manual, p. 46.)。

第三は陳述者は證人としての資格ある者でなければならぬことである。即ち、陳述者にして若し生存してゐたとするならば證人たり得べき者でなければならぬのである。従つて白痴、幼年の如きは陳述の障害を爲すものであると云はねばならぬ (*R. v. Drummond* [1784], 3 C.) (*R. v. Pike* 事件 [1820], 3 C.)

に於ては四歳の子供の瀕死の陳述は之を認容することを得ないとせられた。蓋し、かゝる瀕死の陳述を認容するの根據は將來の狀態に對する信念 (belief) であるのであるから、四歳の子供の如きは將來の狀態に對する知覺を有し得るには餘りに幼年なりと考へられたからである。この問題は瀕死の陳述者は宗教的信仰を有せねばならぬと云ふこと、關聯して考察せらるべきであらう。即ちモン・ロー上に於ては無神論者又は非キリスト教徒の如きは證人能力なきものとせられた。但、偽證を罰する神を信仰する者はこの限りではないとせられた (*Onychund v. Barker*)。従つて、幼者の陳述の如きは宗教的信仰を缺如するのみならず、かゝる證據の信憑力に於ても其基礎たる「吾々の審判者」(Judge of us all)——神——の面前に出でる恐怖心をも缺如してをるものと考へられたのである。然るに、一八六九年の Evidence Further Amendment Act 第四條及び一八八八年の Oaths Act 第一條に依りかゝる證人無能力は撤去されたのである (*Phipson, 487; Taylor, 2, § 1382; Best*)。従つて、現在に於ては宗教的信仰の缺如は證人能力には何等影響するところはない譯である (*Phipson, p. 309; Phipson, Manual, 155; Hibbert, pp. 43, 44; Taylor*)。 (1)

(1) 瀕死の陳述は裁判外の證言であるから陳述者の信賴性 (credibility) は證人の信賴性と同樣に之を攻撃することを得るものではないといふのである (*Phipson, p. 309; Phipson, Manual, p. 155; Cf. Stephen, art 146; Taylor, 2, § 1470; Roscoe, p.*

36; Wigmore, 3, § 1446)。而して、アメリカに於ては陳述者の悪評 (bad character) 矛盾的陳述、以前の有罪の宣告等の證據は之を認容し得べきものとする規則が確立せられたのである (Wigmore, 3, § 1446)。そこで既に死亡せる者が例へば墮胎罪の共犯者の如き場合に於ては、陳述は更に他の證據に依り確證せられねばならぬとされてゐるが (R. v. Sadler [1911], 75 J. P. Jo. 256)。然らざる場合に於ては、確證せられざる陳述は以て有罪の宣告を與ふるに十分であるとされる (R. v. Fitzpatrick [1931], H. v. St. Tr. 420)。更に、白痴、幼年等は證人無能力の原因たることは、本文に於て述べた如くであるが、共犯者の證據は他の共犯者に對する證據として之を認容し得るものであるから、自殺者に依る瀕死の陳述は、其自殺を幫助したることに依り訴追せられたる者に對する證據として之を認容することを得べく (R. v. Tinkler [1781] 1 East P. C. 354)。又之と同一理由に依り配偶者の一方が他方を故意に殺害したる場合に於ても、被殺害者の瀕死の陳述は之を他方に對する證據として認容し得るものとされる (R. v. Woodcock [1789], 1 Leach 500) (Phipson p. 309; Taylor, 1, § 717)。

第四は瀕死の陳述は死亡を惹起せる事件の原因又は狀況を立證する場合に於てのみ之を認容し得るものである。従つて、縱令争點に對し牽連關係を有するとしても、それ以前又は以後の事件を立てる爲めには、かゝる陳述を認容することを得ないのである (R. v. Mead [1824], 2 B. & C. 605)。アメリカに於ても亦陳述は陳述者の死亡を結果するに至つた不法なる行爲 (injurious act) に導き又は關し若くは伴ふ事實に付てのものでなければならぬとせられ、其理由はかゝる事實に對してのみ陳述を認むべしと考へらるゝ必要が存在するからであるとされてゐるのである (Wigmore, 3, § 1434)。

更に又、陳述は一般に傳聞又は牽連關係なき事項を包含してはならぬのである。換言すれば、陳述は一般に事實のみを物語るべきものであつて、争點に牽連關係あるもののみ限定せらるべきである。しかし乍ら、陳述はそれが誘導訊問 (leading questions) に對する答辯と云ふ形式で爲されてゐ、又供述書 (depositions) の形式でなされ、しかもそれが供述書としては無効なるものとなつても敢て妨ぐるところではないのである (R. v. Smith [1865], 10 Cox 82; R. v. Clark [1889], 2 F. & F. 2.)。たゞ問題となるは陳述が單に意見を表示するものである場合である。テラーはかゝる陳述は之を認容すべきでないとの見解を採る者であるが (Taylor, l. § 730; R. v. Selens) フランソムは同一性に付ての意見、又は證人の供述を認容すべき事項 (other matters admissible from the mouth of a witness) に付ての意見等は之を認容し得るものとしてゐるのである (Phipson, p. 310; R. v. Scalfé)。

ウイグモアのこの點に付ての見解は次の如くである。即ち、意見に付ての規則は瀕死の陳述には適用なきものである。意見に付ての規則は次の如きものである。即ち、證人に依つて觀察された詳細の事實を證人が特定の陳述なし得る場合には常に、之等事實から下さるべき推斷は陪審員に依つても亦等しく下し得るものである。故に、證人の爲す推斷は不必要なものと爲るのである。ところが、瀕死の陳述の場合に於ては、陳述者は既に死亡してゐるのであるから、陳述中に包含されて

をること以上に、訊問に依り彼から一層詳細なる論據を得ることは最早不可能と云はねばならぬ。従つて、陳述者の推斷はこの場合に於ては不必要のものでないのみならず、却つて不可缺のものとならざるを得ないのである。この故に瀕死の陳述の場合に於ける意見は一般意見の規則の理論と異なるから、この一般規則を適用し得ないこととなる譯であるが(1)、アメリカに於ける大多數の裁判所はこの意見に付ての規則の適用を是認してをるのみならず、裁判所の或るものによつては、この規則を適用することから結果する普通の不條理以上のものを、瀕死の陳述に付て生せしめる有様である。即ち、裁判所がこの問題に對し採つた態度決定のあるものは頗る術學的専門的性質のものであつて、理性と常識とに其基底を有するものとされる證據制度に對する一大誹謗である。斯の如くウイグモアは論じてをるのである。故に彼は瀕死の陳述に於ける意見は之を認容すべきことを力説すると同時に、意見認容を排斥する論者に對し痛烈なる批難を加へてをるものと見らるのである。

(Wigmore, 3, § 1447; 4, § 1918 參照)

(1) 勿論この場合に於ても、陳述者の意見が單なる推測であつて何等自己の觀察に其基底を有するものでないと解せらるゝときは、他の理由からかゝる陳述を認容し得ないこととなるのである (Wigmore, 3, § 1447, n. 1; 4, 參照 Ibid., § 1445; 1, § 658 參照)。

第五に瀕死の陳述は完了せるものでなければならぬ。換言すれば、陳述者が云はんと欲する總ての、ことを包含するものでなければならぬ。従つて、未だ終了するに至らざりし陳述、又は他の者により阻止せられたる陳述の如きは之を認容することを得ない。しかし乍ら、こゝに注意を要すべき點は所謂陳述の完了とは如何なる意義を有するかと云ふことである。換言すれば、それは客觀的に完了することを要するや否やの問題である。この點に付ては之を主觀的に解すべきものであらう。即ち、陳述者が其爲さんと欲する陳述を終了したる以上、彼が語り得べかりしところのものゝ一部を語りたる場合と雖も之を認容して妨なきものと云ふべきである (Wigmore 3, § 1448; 4th Taylor, 1, § 721; Phipson, p. 310 参照)。

要之、瀕死の陳述を認容するの基底は、第一は陳述者の死亡、第二は陳述者即ち殺害せられた者は、この殺人罪なる犯罪に對する唯一の目撃證人 (eye-witness) であるから、この者の陳述を排斥することは裁判の目的を破壊するに至ること、及び第三は切迫せる死亡感であつて、之に依り宣誓義務と同一の確認を生ずることである (Phipson, p. 308; Phipson, Manual, p. 158; Roscoe, p. 31; Jacobs, p. 397.)

なほこの瀕死の陳述が證據として認容せらるゝに至つた沿革に付ては Phipson, p. 308; Thayer pp. 519, 520; Wigmore, 3, § 1430 等を参照せられたる。

六 遺言者に依る陳述 (declarations by testators) 遺言書の作成 (factum)、内容、解釋等を包含

する問題に付て、死亡せる遺言者の陳述は、其當時に於ける遺言者の心裡状態を明かにする證據として、之を認容することを得るものである。従つて、かゝる陳述は主張せられたる事項の眞實なることの證據として之を認容することを得ないものである (Phipson, p. 313; Phipson, Manual, p. 157.)。そこで、この遺言者の陳述に付ては次の諸點を考察する必要がある。

第一は遺言者の陳述は原證として之を認容し得るものである。換言すれば、之は傳聞證據として認容し得るものではない。之に付ては場合を二つに分つて考察しなければならぬ (Phipson, p. 313; Phipson, Manual, p. 157.)。

其一 陳述が事實 (facts stated) の眞實なることを立證する爲めに提出せられたのではなく、遺言者の知覺、意思、健全なる精神状態、其他の心裡状態を明かにする爲め提出せられたる場合。この場合に於ては、この種陳述を以て傳聞證據則に對する例外と見るは誤解を生ずる虞あるものとされてゐるのである。之等陳述の認容性は右に示した諸状態の全部又は其一部に倚據するものではなく、次の孰れかとして認容せらるべき原證であると言はれるのである。即ち、

(一) *res gesta* の一部として認容されるもの (Johnson v. Lyford [1868]). この場合に於ては陳述は遺言行為 (testamentary act) と同時に爲されねばならぬとされる。

(二) 陳述が表示する精神状態の状況證據として認容されるもの。この場合に於ては陳述は遺言

行爲の前、當時又は後に於て爲なるも、又は陳述が將來の意思を表示する形式又は過去の事實を明示する形式に於て爲なるも、認容性に對しては何等重要なるものでなく、たゞ信憑力に關係あるのみである(Keen v. Keen [1833], L. R. 3 P.)。

其二。陳述が遺言事實 (testamentary facts asserted) 即ち遺言書の作成、遺言の撤回、遺言書中の變更の年月日等を立證する爲めに提出せられたる場合、この場合に於ては一般にかゝる陳述は傳聞證據として之を排斥すべきものであるとされてゐるのであるが、之に付ては次の説明を参照せられたる (Doc. v. Palmer [1851], 20 L. J. Q. B. 367; 16 Q. B. 747; 15 Jur. 836; 33 R. R. 716; Atkinson v. Morris [1837], 3 P. 8)° (1) D. 253

(1) Sugden v. Lord St. Leonards 事件 ([1876], L. R. 1 P. D. 146; 46 L. J. P. 49; 1 P. D. 154; 34 L. T. 36; 24 W. R. 478.) はこの場合に對する例外を認めた注目すべき判決であるとされるのである。即ちこの事件に於て控訴院は後の遺言上の陳述 (post-testamentary declarations) は滅失した遺言書の内容を立證する爲め之を認容し得るものとしたのであつて、之を傳聞證據に對する例外とし、知覺に付ての特殊なる方法と不實の陳述を爲すべき利害關係を有せざる者に依る陳述として認容されたのである。しかし乍ら、控訴院の裁判官の大多數は之を是認する意見を持つてゐたのであるが、Melish, L. J. だけは意見を異にし、Thayer も亦其不當なることを論じておられる (2 Harv. Law Rev. 94 cited in Pitson, p. 314.)° 要するに、この事件に對する控訴院の態度は之を正當と認めざることを得ざるべく、Melish の意見を以て正しきものと見ざるべし

であらう（なほこの事件に付ては *Cockle*, p. 250 sqq. 及び p. 256 参照）。

第二は遺言者の陳述は遺言書の作成を立證する爲めに傳聞證據則に對する例外として之を認容することを得ないものである。即ち、遺言書作成前、當時又は後に於ける遺言者の陳述は、遺言書が正當に作成せられたと云ふ推斷を或は支持し又或は覆す原證として認容せらるゝものである（*Clarke v. [1879] 5 L. R. 11. 47.*）。而して又、かゝる陳述は遺言書の同一性、其構成部分たる文書を立證するため認容することを得べく、更に又、遺言書に遺言意思 (*animus testandi*) を以て署名したるや否やを立證し、詐欺を原因として遺言の有効なることを攻撃する爲めにも認容せらるゝのである（*Phipson*, p. 315; *Philp.* v. *Lord St. Leonards* 事件に付て前に一言したところであるが、勿論之に付ては異論のあるところも亦既に述べた通りである——遺言者の陳述は又遺言内容の變更は遺言書作成後に爲されたものであると云ふ推定を覆すために認容せられたのである（*Doe v. Palmer [1851] 15 Q. B. 747; Re Jessop [1924] p. 221.*））。なほ前示 *Doe v. Palmer* 事件に於て、*Campbell, L. C. J.* は問題たる遺言が作成されたと考へらるゝ時以後に於て、遺言者に依り爲されたる陳述は、當該遺言書が法律の要求する通りに署名され、證人の立會ありたるもの

(29)

(30)

なることを立證する爲めに之を認容することを得ないとされてゐるのであるが、この點に付ては種々の説があるけれども、今は總て省略することゝする(之に付ては Wigmore, p. 1736 参照)。更に又、遺言者が言葉の意義を知らざる爲め誤つて其言葉を遺言中に挿入したるものなることを明かにする陳述は、かゝる言葉の削除を申請する場合の證據として認容せらるゝものとされた(Morrell v. Morrell, Paipson, p. 316; [1882], 7 P. D. 68.) (Paipson Manual, p. 160.)

第四は遺言者の陳述にして其意思の狀況證據たるものと、其意思の直接の陳述との間に存する區別である。前者は單に遺言者の知覺狀態、感情、言葉の癖等を明かにする狀況證據であつて、一般に遺言解釋の補助として認容せらるゝものであり、後者は遺言の曖昧なる言辭を解決するためにのみ認容し得るものとされる(Paipson, p. 317; Phip.)

要之、遺言者の陳述を認容するの基底は利害關係の缺如(absence of interest)と云ふことに在る。勿論場合に依つては之に特別な知覺方法(special means of knowledge)と云ふことが附加せらるゝことがある。しかし乍ら、遺言者の陳述の認容は傳聞證據則に對する例外を爲すものと考へ、其理由として、(一)遺言者の死亡、(二)特殊の知覺方法、(三)遺言者が不實の陳述を爲すべき利害關係の缺如を擧げらるゝのであるが、之は正しい見方ではなかられる(Paipson, Manual, p. 313; [186; Phipson, p. 313])。

以上に於て私は死亡せる者に依る陳述の六個の場合に付て一應の説明を爲したのであるが、之は次に述べようとする新法の下に於ける文書中の陳述を認容すべきや否やの問題と對照せらるべきものであるから、新法の説明を試みる前提として、舊法に付て多少長引いた説明を爲した次第である。

(未完)