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

Title	イギリスに於ける書證法の改正 (三)
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.2 (1939. 8) ,p.55- 88
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19390831-0055

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.

イギリスに於ける書證法の改正（三）

峯岸治三

四

舊法の下に於ける死亡者に依る陳述が認容せらるゝ場合は、前號（一頁以下）に於て說明した如くである。然らば、新法に於ては文書中の陳述を認容すべきや否やに付てはどうなつてゐるか。この點に付き考察することゝしよう。

新法の下に於ては、文書中の陳述を認容すべきや否やを決するには、當該陳述が既に述べた六個の場合の孰れかに該當するや否やを考慮する必要はないのである。當該陳述が新法第一條第一項の要件を充す以上、之を認容して妨げざるものと云はねばならぬ（本誌第十七卷第四號一四二頁二參照）。從つて、其陳述が陳述者の利益に反するものなりや否や、又は義務履行上に於て爲されたるものなりや否やの如き問題を考慮する必要はないのであるが、たゞ之等は信憑力の問題としては之を考慮せらるべきこと勿

論である。しかし乍ら、陳述が他人の報告に基き爲されたるものにして、しかも之を認容し得る場合に於ては、かゝる陳述が義務履行上に於て爲されたるときにのみ認容せらるべきものであることは云ふまでもない(第一條第一項(b)(i))。更に、舊法の下に於ては、自認及び Children and Young Persons Act, 1933 並に Money Payments (Justices Procedure) Act, 1935 に依る場合は別として、如何なる事情の下に於ても證人として呼出されざる者の陳述を認容することを可能ならしむるものは、たゞ死亡のみであつた。然るに、新法第一條第一項但書に從へば、本法に依り認容可能とせられたる陳述は、左の場合に於ては陳述者は證人として呼出されねばならと云ふ條件を具備する必要なきものとされてをるのである。即ち、

(一)　陳述者が死亡したるとき

(二)　身體的又は精神的狀況の理由に因り證人として出廷することが不適當なるとき

(三)　海外に在り出廷を確保することは之を適當に實行し得ざるとき

(四)　陳述者を發見すべき相當なる努力失收に終りたるとき

如何なる陳述と雖も其認容性に付ての問題を決定するのは總て裁判官の職能である。而して、それは裁判官のみに依る裁判なりや、將又裁判官及び陪審員に依る裁判の場合たるやは之を區別する

ところではない。而して、右認容性に付ての問題のうちには、前示の條件を具備することを免除する右の諸事實が確定せられたりや否やの問題をも包含するものであるとされてゐるのである。(1)

(1) 裁判官と陪審員との職能に付ては、前者は法律問題を決定し後者は事實問題を決定するものであることは云ふまでもない。勿論この原則に對しては制限と例外の存することに注意すべきである(Cf. Hibbert, p. 6 sqq. 田中(和)學士「裁判官と陪審との職分」九州帝國大學法文學部十周年記念法學論文集八頁以下參照)。

そこで、證據を認容すべきや否やに付ての問題は法律問題である。從つて、裁判官に依つて決定せらるべき問題なることは勿論である。然るに證據の信憑力乃至證據價値に付ての問題は、一般的に陪審員に屬する問題とされてゐるのである(Metropolitan Ry. Co. v. Jackson [1877], 3 App. Cas. 193; 47 L. J. C. P. 303; 37 L. T. 679; 26 W. R. 175.)。かくして、證據が存在するや否やの問題は裁判官の決定すべき範圍に在るのであるが、十分なる證據が存在するや否やの問題は陪審員が決定すべき領域であると云はねばならぬのである。

然らば、證據を認容すべきや否やの問題、換言すれば證據の認容性に付ての問題とは、如何なるものを包含してゐるのであらうか。それは大體左の如きものであると云へるのである(Phipson, p. 12; Taylor, 1, §§ 23, 24; Best, § 82.)。即ち、

(一) 陳述(declaration)が res gestae の一部を爲すや否やの問題。

(二) 知覺(knowledge)又は系統(system)を明かにする爲めに十分類似せる事實——類似事實(similar facts)なりや否やの問題。

(三) 特權ある通知(communication privileged; confidential communication)なりや否やの問題。

(四) 自白が不法誘出に依らざるものなりや否やの問題(峯岸二九五頁參照)。
(五) 家系に付ての陳述者が適法に親族關係を有するや否やの問題(本誌第十八卷第一號拙文一四頁參照)。
(六) 瀕死の陳述が回復の希望無くして爲されたるや否やの問題(本誌第十八卷第一號拙文二〇頁參照)。
(七) 判決の抗辯(plea of res judicata)に基き爭點が同一なりや否やの問題(峯岸三九二頁參照)。
(八) 證人が證人としての適格、即ち證人能力を有するや否やの問題。
(九) 證人が訊問に對し答辯を拒絶する特權——證言拒絶權——を有するや否やの問題。
(一〇) 證人が敵意を有する爲之を申請した當事者にに依り反訊問を爲すことを許すべきや否やの問題。
(一一) 證人疾病の爲め出廷し得ざるに依り供述書を朗讀せしむべきや否やの問題。
(一二) 確證する爲めに更に證據を認容すべきや否やの問題。
(一三) 文書が適當に作成せられ、又適當に印紙を貼用せられたるや否やの問題。
(一四) 文書が適當なる保管者の手中より提出せられたるものなりや否やの問題。
(一五) 文書に對し十分なる搜査が行はれたるや否やの問題(第二位證據提出の必要上)(峯岸五〇頁參照)。

新法第一條第五項は、陪審裁判の場合に於ては、裁判所に對し自由裁量權を付與するものである。即ち、裁判所は如何なる理由を問はず、裁判の利害關係上陳述を認容することを不適當であると認めたる場合には、第一條の下に於て證據として認容し得べき陳述であつても、之が認容を拒絶することが出來るのである。從つて、例へば、其陳述に依り惹起せらるゝ不利益が其證據價値よりも遙

かに大なる場合の如き、又は證人の反訊問が極めて重要であるとせらるゝ場合の如きは、こゝに所謂裁判の利害關係上陳述を認容することを不適當なりと認むる場合に該當するものであるとされるのである。

右の如き裁判所の自由裁量權行使の範圍外に於ては、裁判所は陳述が事實上確定的のものなることを確信する場合に於ては、既に述べたる第一條第一項但書に規定せられたる、證人を呼出さざることに付ての四個の理由（五六頁參照）を承認しなければならぬ。勿論右理由中(三)及び(四)に付ては、陳述を證據として提出せんとする當事者が、果して其擧證責任を十分果したりや否やを決定する上に於て、可成りの自由裁量權を有することは云ふまでもない。故に例へば、陳述者が單に海外に在ると云ふ事實を立證するのみにては、未だ十分其擧證責任を果したるものと云へぬであらう。この場合に於ては、更に陳述者をして出廷せしむることは、事實上適當に實行し得ざるところであると云ふことを立證する必要があるのである。然らば、陳述者即ち證人の出廷を確保するため適當に實行し得べき方法とは如何なるものであるかに付き、裁判官の意見は必しも同一なりと云へぬかも知れぬ。更に又、裁判官は一事件に於ては適當に實行し得べき方法なりと思考するものも、他の事件に於ては實行し得べからざる方法なりと思料することが有り得べきである。要するに、この問題は具體的

の場合に臨んで決定せらるべき性質のものであつて、この點に付ては將來の判例を注目すべきであらう。しかし乍ら、裁判官が證據は委託して之を提出し得べきものであるとか、又は誓約書に依り之を提出し得べきものであるとの意見を有する場合に於ては、陳述を包含する文書の提出を拒絶し得るものではないと考へられてをるやうである。

この(三)及び(四)の理由は他の法律に類推適用なきものである。相手方たる當事者の取計ひに依り證人が防害と爲らざるやうにせしめられたる場合、之は一九二五年の Criminal Justice Act 第一三條に規定せられてをるものであつて、かゝる場合に於ては證人の供述書を證據として認容し得るものであるが(兼岸二九頁參照)、この場合は特に新法に於ては何等の規定の存せざるところである。しかし乍ら、かゝる場合は之を(四)の理由中に包含せしむべきものであるとされてをるのである。

(一)の理由に付ては可能とされる方法に於て、死亡が證明せられねばならぬのである。而して、第一條第五項の定むるところに依れば、或者が證人として出廷することに適するやを決定する場合に於ては、裁判所は登錄せられたる臨床醫師の證明書なりと云はるゝ證明書に基き行爲を爲すことが出來るのであるが、この場合右證明書以外の證據をも認容し得ることは勿論である。たゞこの規定は前示一九二五年の Criminal Justice Act 第一三條と對比せらるべきである。即ち、同條の定むる

ところは、出廷することを得ない證人の供述書を朗讀する理由たるべき精神障礙又は疾病等は、裁判の際信賴し得べき證人の宣誓に依り之を立證しなければならぬとされてをるのである（米岸二九頁參照）。

陳述者が證人として呼出されぬ場合でも裁判所は其陳述を證據として認容せねばならぬことは、既に說明し來りたるところであるが、この外になほ第一條第二項は、縱令陳述者を證人として利用し得る場合であつても、之を證人として呼出す必要なき場合に付て規定してをるのである。即ち、事件の總ての狀況を考慮し不當の遲延と費用とを生ずるものと裁判所が確信する場合がそれである。この目的の爲めには裁判所は次の如き手段を採ることが出來るのである。即ち、

第一は裁判所は訴訟の如何なる程度を問はず、陳述は證據として認容すべきことを命ずることが出來る。

第二は右の如き命令を爲すことなく、審理の際かゝる陳述を證據として認容することを得るのである。

斯の如き次第であるから、當事者は訴訟の審理開始前陳述を證據として認容すべき命令を申請することを得べく、若し其命令が拒絕せらるゝに於ては、證人の出廷を得るために可能なる總ての手段を採ることを得るものであり、又、證人の證據を裁判所に提出せしむる爲めに、採り得べき總て

の方法に訴ふることが出來るのである。而して、若しかゝる方法が失敗に終つたとしても、裁判官は裁判に際して、かゝる陳述を證據として認容することに決定することを得るものである。更に又、審理開始前には當事者の孰れも重要なるものであるとは思考せず、從つて、陳述者を證人として直ちに利用することを得ざるが如き場合に於て、審理を爲すに當り文書中のかゝる陳述が突然重要なるものと爲るに至りたるが如き狀況の下に於ては、裁判所はかゝる陳述を直ちに證據として認容し得る權限を有するものである。故に、證人の出廷を求むる手段を講ずるために、審理を延期するの必要はないのである。

斯の如く證人の出廷を必要とすることなく、直ちに其陳述を證據として認容し得ることに付き二つの法律に注意すべきであるとされる。即ち、

第一は一九三三年の Children and Young Persens Act (23 Geo. 5, c. 12.) である。同法第一〇〇條に依るときは、同法の下に於ける如何なる訴訟に於ても、使用者が其賃銀帳簿に爲せる記載の謄本、賃銀帳簿存せざる場合には、使用者又は雇傭に付ての責任者に依り署名された陳述書は、既に支拂はれたるものとして記載又は陳述せられたる賃銀は、事實上支拂はれたるものであると云ふ證據となるのである。

第二は一九三五年の Money Payments (Justices Procedure) Act (25 & 26 Geo. 5, c. 46) である。同法第一條に依れば、或金額の賃銀が或期間内被傭者に對して支拂はれたる旨の陳述書にして、使用者に依り、又は使用者の爲めに署名せられたるものは、治安判事の下に提出せられたる如何なる訴訟に於ても、以下の目的の爲めには右陳述書中に陳述せられたる事實の一應の證據とせらるゝものである。即ち、

(a) 即決裁判所の有罪宣言又は命令に依り、支拂はるべきものと判決せられたる金額の賃銀が既に支拂はれたと陳述されてをる者に依り其支拂の强行を求むる訴訟。

(b) 右の者に依り又は對し、私生子事件に於て命令を申請し又は私生子扶養命令として强行し得べき命令を申請する手續、或は又、かゝる命令の强行、變更、取消、免除(discharge)又は更新(revival)を申請する手續。

(c) 或る金額を支拂はるべきことを判定せられたる右の者に依る、其金額支拂の强行を求むる訴訟。

一九三三年法及び一九三五年法に付ては右の如き次第であるが、之等兩者の間には次の如き差異が存在してをるのである。即ち、一九三三年法に於ては提出せられたる文書は賃銀帳簿の謄本、又

は使用者若くは責任者に依り署名せられたる陳述書であると云ふ口頭證據を必要とするに反し、一九三五年法に於ては使用者に依り又は使用者の爲めに署名せられたとされる陳述書を提出するを以て足りるのである。而して、右兩法と新法即ち一九三八年法との間に存する差異は、文書提出のこの問題に付き、兩法は民事及び刑事の孰れの訴訟にも適用あるものであるに反し、新法は單に民事訴訟にのみ限られてをる點である。

五

新法に依り認容し得る文書中の陳述を證據として提出せんとする場合には、一應は原本を提出すべきものである。しかし乍ら、第一條第二項の規定に從ひ、裁判所は訴訟の如何なる程度たるを問はず、かゝる陳述を證據として認容すべき命令を爲し、又はかゝる命令が爲されないときでも裁判に當りかゝる陳述を認容することが出來るとしてをるのであるが、この場合に於ては文書の原本の代りに其謄本が提出せられ、或は命令に特定せられたるやうな又は裁判所が是認するやうな方法に依り其眞實の謄本なることを證明された、原本の重要部分の謄本が提出されても之を證據として認容し得るこゝなつてをるのである。そこで、この第二項は要するに第一項の原本中の陳述を謄本に

依り證據と爲し得ることを定めたものであると云ふことを得るであらう。換言すれば、原本の代りに謄本提出を認めたものであると云ふことが出來る。從つて、裁判所が原本の提出を要せずとの命令を爲したる場合に於ては、裁判所は其命令中に於て、當該謄本が證明又は立證せらるべき方法を特定せねばならぬのである。

原本の代りに謄本を以て立證し得ることは右の如くであるが、この問題に付き新法とは別に、謄本を以て證明し得る場合の一般的考察を試みることゝしよう。而して、問題を公文書及び私文書の兩者に分つて觀察しよう。

一　公文書　このうちには裁判上の文書をも包含せしめる。そこで、公文書及び裁判上の文書(public and judicial documents)の內容は第一位證據又は第二位證據に依つて之を立證し得るのであるが、第二位證據に依つて立證する場合が寧ろ普通である(Phipson, p. 513; 峯岸五〇頁參照)。

抑も文書(document)とは如何なるものを意味するものであるか。之に對しては種々の定義が行はれてゐるが(1)、裁判上に於ては、文書は次の如く解されてゐる。即ち、文書とは證據と爲し得る書面(writing)又は印刷物(printing)であつて、其記載せられたる物件の如何は之を問ふものではないと云ふのである(R. v. Daye [1908], 2 K. B. 333; 77 L. J. K. B. 659; 99 L. T. 165; 72 J. P. 269.)。而して、文書は證據上の目的から、之を公文

書、裁判上の文書及び私文書に分類することが出來るのであるが、こゝでは公文書中に裁判上の文書を含め、之を私文書と對照して説明しようと思ふことは右に一言した如くである(Cf. Chamberlayne, § 20.)。

(1) 文書に對し諸家の與へた定義を紹介すれば大體次の如くである。

(一) スティーヴン　文書とは讀み得べき記號(marks)に依り、其上に如何なる事項を問はず、表示又は記述されたる物件(any substance)を意味する(Stephen, art. 1.)。

(二) ベスト　文書と云ふ語は人の思想(thoughts)が文字(writing)又は傳統的記號若くは表徴に依つて表示せらるゝ總ての有形的物件(material substances)を包含するものである(Best, § 15.)。私も大體に於てベストの見解に從ひかく定義を與へたのであつた(峯岸五四頁參照)。

(四) ダーリング　之に付ては峯岸五四頁參照

(五) ワートン　先づ、書證に關する規則に於て用ひらるゝものとしての文書なる語は、廣汎なる意義を有するものであるとなし、近頃の成文法は文書なる語を、僞造並に或る範圍に於ける竊盜の目的物を指稱するに用ひてをるから、先づ第一に文書なる語が如何なるものを包含してをるかを檢討するの必要があるとしてをるのである。而して、この意義に於ては、文書なる語は一つの書面(instrument)であつて、其上に文字、形狀(figure)、又は記號に依り、證據上用ひらるべき事項を記載せられたるものであるとしてをるのである(Wharton, 2, § 783.)。

(六) チェバレーン　證據上の目的に對しては、文書とは讀み得べき文字を以て之を記し得る物件(any substance)上に認められたる書面(writing)であつて、必要ある場合には裁判所に提出し得べきものと定義し得るであらう(Chamberlayne, § 1019)。

（七）ガルソン　ガルソンは文書を以て物的證據と見てゐる。從つて、文書の內容を裁判所の判斷に對し表示することは即ち物的證據の形相に外ならぬとしてゐるのである(Gulson, § 313; なほ § 313 以下即ち第六章に於てガルソンのこの問題に付ての意見が開陳されてゐる)。しかし乍ら、フィップソンは之に對しガルソンが裁判所に依り直接に知覺されるものであるが故に、文書は之を物的證據だと解するならば、之は何も文書のみに限ることはなく、證人に付ても同樣のことが云はれるであらうとしてゐる (Phipson, p. 495.)。

（八）インド證據法　インド證據法第三條は文書を次の如く定義してゐる。即ち

「文書とは文字、形狀 (figure) 又は記號、若しくは之等方法の一つ以上に依り物件上に表示又は記述せられたる事項にして、右事項を記錄する目的の爲めに用ひらんとするもの又は用ひ得べきものを意味す。」この規定と先きに示したワートンの定義とは同趣旨のやうに見受けられるが、Ranchhoddas & Thakore はこの規定の註釋の下に於て、この定義はインド刑事法 (Indian Penal Code) 第二九條に於ける定義と等しいものとし、更にベストの見解其儘を述べてをるところを見ると、本規定の精神はベストの說明と全く同一の基礎の上に立つてをるものと見ることが出來るであらう (Ibid., p. 7)。

文書に對する諸家の見解は概ね右の如くであるが、文書は元來無生物である。從つて、必然的に人の證言に依つて裁判所の認容するところとなるのである。この故に、嘗てはかゝる證據は之を probatio mortua (死證) と稱せられたのである。之に對し證人の如きは之を probatio viva (生證) と呼んだのである (Best, § 216; Ranchhoddas & Thakore, p. 7.)

第一に公文書 (public or official documents) とは如何なる文書を意味するのであるか。固より特定文書が果して公文書なりや將又私文書なりやを決定することは、常に必しも容易のことであるとは云へぬであらう。しかし乍ら、Ld. Blackburn は Sturla v. Freccia 事件 ([1879], 50 L. J. Ch. 86; 12 Ch. D. 411; 5 App. Cas.

63; 43 L. T. 209; 29, W. R. 217; 44 J. P. 812.)に於て公文書を次の如く定義してゐる。即ち、公文書とは「公衆に利用し得る目的の爲め、及び之を調査する裁判上の義務又は準裁判上の義務存する場合に於ては、之を參照し得る目的の爲めに作成せられたる文書」であるとしてをるのである。そこで、この定義に於ける公衆(public)なる意義に付ては注意を要するのであつて、それは一般の人々(whole world)と云ふが如き廣範圍に亘るものとは限らない。莊園の帳簿への記載も亦、それが當該莊園に利害關係ある總ての人々に關係を有すると云ふ意義に於ては、公的性質を有するものであると云はるゝのである(Beaufort v. Smith事件[1849], 19 L. J. Ex. 97; 4 Ex. 450; 80 R. R. 652に於ては特別法が訴判の證據として提出せられたものではなく、單に公文書として提出せられたとの理由で證據としては拒絕されたのである)。更に又、法人の事項又は法人の總ての社員が關係ある事項に關する法人の帳簿への記載は、矢張り公的性質を有するものであらうとされるのである(Sturla v. Freccia, [1879] *supra*.)。しかし乍ら、單に一時的目的の爲めに官吏に依つて作成せられたる文書の如きは公文書たり得ないものである(Mercer v. Denne [1905], 2 Ch. 538; 74 L. J. Ch. 723; 93 L. T. 412; 54 W. R. 303; 3 L. G. R. 1293; 21 T. L. R. 760.)。

ブラックバーンの右の定義は一九〇四年の Mercer v. Denne 事件(2 Ch. 538; 74 L. J. Ch. 71; 91 L. T. 513; 53 W. R. 55; 68 J. P. 479; 20 T. L. R. 609.)に於て、Farwell, J. が採用するところであつて、彼は更に次の如く附加してゐるのである。即ち、「ブラックバーン卿に依り提唱されたる公知性(publicity)の吟味は公衆が之[文書]に利害關係

を有し之を閲覧する權利あり、從つて、若し誤謬ある場合には抗議し得る權利あることに在るのである。其意義に於て、それは公衆が之に對し抗議し爭ふために公衆に開放さるべき陳述と爲るべく、この故に、それは或程度の權威を有するのである。公文書に關する規則の全要點は公知性が同時性を有することであり、而して、公知性は誤謬あるところは之を訂正する機會を與ふるが如き公知性を意味するものである」としてゐるのである(2 Ch. pp. 541, 544.)。之に對し Vaughan Williams, L. J. は右の說明の後の部分はブラックバーンの見解をブラックバーン自身が考へたよりも更に廣汎なる範圍にまで擴張するの嫌なしとせずとしてをるのであるが、Cozens-Hardy, L. J. は文書の認容性に關し Farwell, J. の判決せる總ての點に付き、彼と全く同意見である旨を表明してをるのである(2 Ch. p. 568.)(Powell, pp. 212, 213, Phipson, pp. 344, 345.)。

公文書中には如何なるものが包含されるか。之に付ては既に述べたのであるが(本誌第十七卷第四號一四〇頁)、なほ次の如きものが包含せらるゝのである。即ち、(一)條約、(二)勅許狀、(三)特許狀、(四)詔勅、(五)勅令、(六)議會の議事錄、(七)イギリス王土の一般的記錄(General Records of the Realm)、(八)調査書、(九)會社規程(Companies Clauses Consolidation Act, 1845, 8 & 9 Vict. c. 17, S. 127.)、(一〇)莊園帳簿(Manor-books)等である(Phipson, Manual, p. 256 sqq.; Powell, pp. 212, 213; 坂野判事「英國に於ける刑事裁判の採證の法則と其運用に關する研究」司法研究報告書第二六輯五・一四五頁)

第二は裁判上の文書（judicial documents）である。裁判上の文書中主なるものは判決であるが（判決に付ては Phipson, p. 392 sqq.; Phipson, Manual, p. 194 sqq.; 米岸三九七頁以下參照）、之以外のものとしては、（一）高等裁判所の記錄、（二）記錄官簿（Registrar's book（County Courts Act, 1934, 24 & 25, Geo. 5, c. 53, s. 23.））、（三）遺產管理命令、（四）遺言檢認書、（五）誓約書、（六）供述書、（七）申立書、（八）令狀、（九）陪審の評決、（一〇）仲裁判斷等がある（之等に付ては Phipson p. 418 sqq.; Phipson, Manual, p. 280 sqq. 參照）。之等各の證明方法に付ての說明は今こゝに之を述べることは省略し、たゞ裁判上の文書とは如何なるものを包含するかを例示するに止める。

所謂公文書に付ては二つの特別の規則が存してをるのである。即ち、

第一は公文書中の陳述は何人に對しても證據たり得ると云ふことである。

第二は公文書中の陳述は常に第二位證據、即ち其謄本に依り之を立證し得ることである。

右の規則のうちでこゝに關係を有するものは第二の規則であるから、左に其大體を說明しよう。

多くの成文法が各種の公文書の證明方法に付き規定を設けてをるのであるが、（1）大體に於て之を四種の主なる方法に分つことが出來るのである（Cockle, p. 363.）。

第一は審査謄本（examined copies）に依るものである。之に從ふと、先づ謄本を原本と對比審査し、而して、原本と異らざること、即ち原本と謄本とが一致したることの口頭證據に依り、當該謄

本が證明されなければならぬ。證人は自ら謄本を原本と對比審査することは固より差支ないのであるが、證人自らがかく原本、謄本の兩者を自ら對比審査することなく、他人(證人に非る者)をして原本を讀ませしめ、自らは謄本を審査するも妨げざるところである。

第二は證明謄本(certified copies)に依るものである。之は原本を保管する官吏に依り其正確なることを證明され署名されたる謄本を以て證明するものである。この種の謄本は種々の成文法に依つて證據とすることを許されてをるのであるが、登記簿上の記載、法人、會社等の手續、規程等を證明するために用ひらるゝのである。

第三は官廳謄本(office copies)である。之は裁判上の文書を保管する官吏に依つて作成せられ、裁判所の印章を押捺された謄本である。この種の謄本は通常裁判上の文書を證明する爲めに用ひらるゝ方法である。

第四は印刷師に依る謄本である。印刷師には王室印刷師(King's Printer)(峯岸七六頁參照)と政府印刷師(Government Printer)(峯岸二二頁參照)とあるが、之等印刷師に依りて作成されたもの、又は印刷局(Stationery Office)(峯岸二一頁參照)の權限に基き作成せられたる謄本に依るものである。この種の謄本は議會法、詔勅、命令等を證明する普通の方法であり、又適當なる方法でもある。

(1) なほ公文書の證明方法に付き其詳細は、Taylor, 1. § 394 sqq.; Phipson, p. 513 sqq.; Best, § 472 sqq., § 492 sqq.; Powell, p. 211 sqq.; Stephen, Art. 60 sqq.; Wigmore, 2, §§ 1218-1292, 1273, 1267, 1268, 3, §§ 1677-1683, 1684, 4, § 2110, etc. 等を參照せられたい。

ウイグモアは傳聞證據の原則に對する例外としての Public documents と云ふ語は不適當のものでもあり、又誤解を招く虞もあるとしてをるのである (Wigmore, 3, § 1630)

其理由としては次の如きものを擧げてゐる。即ち、

第一は public なる語は曖昧であると云ふことである。この public なる語には種々の意義あり、其各は夫々異つてをるのである。例へば、次のやうな各種の意義がある。

其一　總ての者に開放されてをる (open to all) と云ふ意義。

其二　總ての者に依つて知られ又は認められ得べき (capable of being konwn or observed by all) と云ふ意義。

其三　一般の人々に對して利害關係がある (having an interest for persons in general) と云ふ意義。

其四　政府の官吏に依つて爲された (made or done by an officer of the government) と云ふ意義。

斯の如く極めて曖昧なる意義を有する public と云ふ語を使用することを避け、寧ろ official と云ふ語を用ふることが正當である。

第二には document と云ふ語はこの場合不適當である。勿論例外はたゞ written statement のみを包含するものではあるが、しかし傳聞證據則は證言的供述に依りて提出せらるゝ陳述又は斷言にのみ適用せらるゝものであるから、この例外は、それが例外としての限りに於ては、陳述又は斷言に付き陳述又は斷言として關係を有するものであつて、文書 (writings or documents) に付き文書として關係を有するものではないのである。傳聞證據則は之等文書を證言的斷言を包含するものと

してのみ之を除外するものであるから、この例外は之等文書をたゞ斷言としてのみ取扱ふものである。そこで、statement と云ふ語は之等に對する異論の根據を示すものであるが、document と云ふ語はさうではないのである。

第三に document なる語は、傳聞證據則とは全く別異なる他の規則をも示唆する限りに於ては、曖昧なるものである。document 又は writings には、かゝるものとして、(一)原本を提出することを要する規則の適用あるべく、又、(二)或種の證明の方法 (certain modes of authentication) を必要とする規則の適用あるべく、更に又、(三)或種の文書に對しては他の規則が特に適用されることもあるのである。そこで、之等の獨立した規則は相互に又傳聞證據則との關係に於て明かに區別をして置かねばならぬのである。ところが、傳聞證據則の例外を指稱するために document なる語を使用することは、之等別個獨立なる原則の區別を妨害する傾向を有するものである。

右に示されたところが、ウイグモアが傳聞證據則の例外を指稱するものとしては、documents よりも "Official Statement" の方が望ましいとしてをる理由である。

次に、各種の公文書の證明に付ては多くの成文法に規定のあることは本文に一言した如くであるが、之に付ては Wills on Evidence の Appendix A (ウヰルスの證據法は最近其第三版が公にされたのであるが、私は未だ之を手に入れてゐない。尤も其内入手することゝはなつてゐる。新版に於ては右のアッペンデックスにも相當變更が加へられてゐることゝ思ふ)及びスティーヴンの第十一版 (第十二版に於ては之は削除されてゐる) のアッペンデイックス (大體ウヰルスに據つてをるが、多少の追加が爲されてゐる) を參照せられたい。

二　私文書(private documents)

私文書とは例へば捺印證書、遺言書、契約書の如きを包含するも

のであるが、一般に私文書に付て第二位證據の提出を許さるゝ場合は次の如くである(Phipson, p. 522 sqq.; Phipson, Manual, pp. 255, 256; Stephen, art. 75, 76; Powell, p. 314 sqq.; Hibbert,)。即ち

第一は原本が相手方の手中に在り、其相手方に對し之を提出すべきことを催告したに拘らず、相手方其提出を拒絶したるときである(巻末五一頁参照)。こゝに相手方に對する催告とは、即ち文書提出の豫告(Notice to Produce)を云ふのであつて(1)、この文書提出の豫告の目的とするところは、相手方をして其有する文書を裁判所に提出せしめることに在るのは勿論であるが、若し、相手方にして之を提出せざるに於ては、豫告者をして當該文書に付き其第二位證據を提出せしめ、以て豫告者が原本を取得することに付き相當の手段を講じたりや否やに關する論議を排斥せんとするものである。この豫告は民事事件に於ては書面に認められねばならぬ(R. S. C. Ord. XXXII, r. 8.)、但裁判所又は裁判官に依り口頭を以てかゝる豫告を爲すことに付き、明示的授權ありたるときはこの限りではないのである(R. S. C. Ord. LXVI, r. 1.)。而して、この豫告の送達は通常の週日に於ては午後六時以前に爲さるべく土曜日は午後一時以前に爲すべきである(R. S. C. Ord. LXIV, r. 11.)。

(1) この場合の方式を左に示して見よう(The Appendices to the R. S. C. 1883, App. 1t. II, No. 14)。

Notice to Produce (general form) (Ord. XXXII, r. 8).

19 . (*Here put the letter and number*).

In the High Court of Justice,

Division.

Between A. B. Plaintiff,

and

C. D. Defendant.

Notice filed ,19

To Mr. X. Y.

Take notice, that you are hereby required to produce and show to the Court on the trial of this all book, papers, letters, copies of letters, and other writings and documents in your custody, possession, or power, containing any entry, memorandum, or minute relating to matters in question in this ,and particularly

Dated the day of ,19

To the above named h solicitor or agent } (Signed) ,of agent for ,solicitor for the above-named

第三者は原本が第三者の手中に在り、而して、かゝる第三者が法律上當該文書の提出を强制されゐることである。從つて、第三者が法律上當該文書の提出を强制される場合、即ち其文書を法廷に持參

すべき命令（次頁五一参照）に基き右文書の提出を強制されたるとき、之に從はず其文書を提出せざる場合に於ては、第二位證據の提出は許されないのである。勿論かゝる場合に於ては、提出を命ぜられたる者は之に服從せざるの故を以て、處罰せらるゝことにならう（R. v. Llanfaethly [1853], 23 L. J. M. C. 33; 2 W. R. 61; 2 C. L. R. 230; 2 E. & B. 940; 22 L. T. (o. s.) 117; 18 R. R. 916.）。ところが、法律上文書の提出を強制せられざる者が、或は文書持參命令を以て證人として呼出されたる場合なると、將又かゝる命令なくして證人として宣誓するも、彼は當該文書を所有することを裁判所に於て自認する場合なるとを問はず、かゝる文書の提出を拒絶するに於ては、當該文書の內容に付ての第二位證據を提出し得るものである。而して、こゝに所謂文書提出の拒絶と云へることに付ては少しく注意を要するのである。即ち次の如くである。

其一　單に文書提出を拒絶するのみでは、直ちに第二位證據を認容し得ないのである（Jesus Coll. v. Gibbs [1834], 1 Y. & C. Ex. 156.）。

其二　從つて、文書提出の拒絶に付ては正當なる理由が存在しなければならぬことゝなるのである。蓋し、若し然らずとせば、當事者は提出を拒絶したる者に對する以外には、何等の救濟手段を有し得ないことになるからである（R. v. Llanfaethly [1853], *supra*.）。然らば何故にかゝる規則が是認せらるゝに至つたか。それは豫告ありたる後相手方が其手中に在る捺印證書の提出を拒絶したる場合、口頭證據を

認容し得る理由と全く同一であるとせらるゝのである。即ち、第二位證據を提出せる當事者は原本たる文書を取得するために、其爲し得る總てを盡したと云ふことである(Doe v. Ross [1840], 7 M. & W. 102; 10 L.J. Ex. 201; 56 R.R. 639.)。

其三。 縱令正當なる理由に因り文書の提出を拒絶したる場合と雖も、或種の文書に付ては、それが公益上の理由から保護されてをる場合には、かゝる文書の第二位證據は認容せられざることがある。例へば、警官は犯人を逮捕するに至らしめた彼に對しする密告の書簡の如きは、之を提出するの要はないのである(R. v. Hardy [1794], 24 How. St. Tr. 200.)。 ベストに從へば、公益の理由に基き拒絶せらるべき證據とは、若し之を認容するに於ては第三者又は社會に對して或種の附隨的弊害を惹起する虞あるが故に、かゝる證據の認容を拒絶するものであるとされ、かくして拒絶せらるゝ事項は、之を次の四種に分つことが出來るとしてをるのである(Best, § 578 seq.; なほこの問題については Phipson, p. 130; Taylor, § 88; 英國 sec. 905 seq.; 米國 Wigmore, § 2378; Greenleaf, pp. 180, 181; 參照)。

即ち、

其一。 政治的事項(political matters) 之には國家の總ての秘密事項が包含されるのである。例へば、國家の文書、政府と官吏との間に行はれる通知の如きである。かゝる場合に於ける提出拒絶の特權は、其秘密を有する者に屬するものではなく、一般公衆の特權と云ふべく、即ちかゝる秘密の受託者として之を拒絶し得るものと云はねばならぬ。

其二　裁判上の事項(judicial matters)　其主たるものは陪審員の場合である。即ち、(一)大陪審員(grand jurors)は大陪審として行爲してをるうちに、彼等の間に於て、又彼等の面前に於て如何なることが起つたかに付ては、一般に訊問されることはないのである。(二)小陪審員(petty jurors)の證據は彼等自身の不正行爲(misbehaviour)、又は彼等の爲したる評決が錯誤に因るものなることを立證する爲め、之を認容することを得ないものである。陪審員の評決に付き其誤解に對し之を防ぐためには、かゝる評決を爲したる總ての陪審員が出廷するに非れば、評決を認容しないことが裁判所の實務上確立したるところであるから、其評決が記錄せられたる後、この評決を之等陪審員に職員が記錄せられたものとして繰返して讀聞かせ、果してそれが全陪審員の評決なりや否やを質すことになるのである。而して、陪審員をして自身又は他の者の事實上の不正行爲又は錯誤若くは不正行爲又は錯誤と看做すべきものを立證することを許すとすれば、評決を攻擊せんとする事件に於て、詐欺及び不正行爲を爲すべき機會を與へることゝならう。

其三　專門的事項(professional matters)　之は主として當事者と辯護士(バリスター、ソリシター)との間に取交される通知—通信—を意味するのである。而して、このうちには之等の者の間に於ける通知の總ての媒介手段をも包含されるものである。例へば、書記(clerks)、通譯者又は代理人の

如きである(Taylor v. Forster [1795], 2 C. & P. 195; 31 R. R. 669; Du Barré v. Livette [1791], Peo. 77; Parkin's v. Hawkshow [1817], 2 Stark. 239; 19 R. R. 711.)。しかし乍ら、この場合の文書提出拒絶の特權は、辯護士が其訴訟依頼人との間の秘密通知(confidential communication)以外の方法に依つて知覺するに至りたる事實には及ばないのである。而して、右事實は當該辯護士が訴訟依頼人より事件の委任なかりせば恐らく知ることがなかつたであらうと云ふ場合に於ても亦、何等異るところはないのである(Dwyer v. Collins [1852], 7 Ex. 639; 21 L. J. Ex. 225; 86 R. R. 770. Cf. Cockle, p. 354.)。なほこの特權は辯護士の特權ではなく、訴訟依頼人の特權であるから、訴訟依頼人はこの特權を拋棄すると否とは其自由である(Procter v. Smiles [1886], 55 L. J. Q. B. 587.)。

この原則に對する例外としては、訴訟依頼人が其犯罪以前に右犯罪に付て指導を受け又は援助を求むる目的の爲めに爲したる通知であつて、之に付ては其內容を開示することを拒む特權は認められぬところである(R. v. Cox [1884], 14 Q. B. D. 153; 54 L. J. M. C. 41.)。而しかこの例外は單に犯罪の場合のみならず、民事々件に於ける詐欺の場合に於ても亦認めらるゝ所である。例へば、ソリシターが詐欺を行ふ上に於て最も巧妙なる方法を問はれたる場合の如き、其內容の開示を拒絶する特權存せざるものである(Bullivant v. Att.-Gen. for Victoria [1901], A. C. 196; 70 L. J. K. B. 646; Williams v. Quebrada Ry. Co. [1895], 2 Ch. 751; 65 L. J. Ch. 68.)。

次に、この特權の問題に關聯して考慮すべき一、二の點に付き說明して置かう。

（一）醫師に對する通知(communications to a medical man)　この場合には其內容の開示を拒絕すべき特權はないとせらるゝのである。而して、それが專門的な嚴秘の問題であつても特權が認められぬとされるのであるが(The Duchess of Kingston's Case [1776], 20 How. St. Tr. 572.; R. v. Gibbons [1823], C. & P. 97.)、之は餘りにも嚴格すぎる政策で、其當否は疑はしいとも云はれるのである。(1)

（二）精神的助言者(spiritual advisers)　精神的助言者—僧侶—に對して爲したる通知に付ては特權が認められるかどうか。この問題は可成り困難なるものであるとせらるゝのである。宗教改革前に於てはこの問題に付ては、餘り疑問を生ずるところはなかつた。何となれば、僧侶に對—爲されたる陳述にして自白の印章あるものは其內容開示拒絕の特權を認められてをるのみならず、之を開示した者は嚴罰に處せられたのであつた。この問題に付き一般には R. v. Gilham 事件(1828), 1 Moo. C. C. 186.) 及び R. v. Wild 事件(1835), 1 Moo. C. C. 452.) が之を否定的に決定したものであると思考せられてをり、裁判所の實務上も亦、この問題を右の考へに從ひ否定的に取扱つてをるのである。勿論右の事件其者に付ても論議のあるところでもあり、この問題に付ては他にも考察すべき種々の事件があるのである。しかし乍ら、之等に付ての研究は他日之を試みることゝし、こゝでは省略することゝする(之に付ては特に Best, §§ 583-585)。

(1) 參照

(一) [illegible]

[illegible]

Civ. Prac. Act, § 352:

"Physicians and nurses not to disclose professional information. – A person duly authorized to practice physic or surgery or a professional or registered nurse, shall not be allowed to disclose any information which he acquired in attending a patient in a professional capacity, and which was necessary to enable him to act in that capacity; unless, where the patient is a child under the age of sixteen, the information so acquired indicates that the patient has been the victim or subject of a crime, in which case the physician or nurses may be required to testify fully in relation thereto upon any examination, trial or other proceeding in which the commission of such crime is a subject of inquiry."

§ 354:

"Application of sections relating to confidential communications. – The last three sections apply to any examination of a person as a witness unless the provisions thereof are expressly waived upon the trial or examination by the person confessing, the patient or the client. But a physician or surgeon or a professional or registered nurse, upon a trial or examination, may dislose any information as to the mental or physical condition of a patient who is deceased, which he acquired in attending such paitent professionally, except confidential communications and such facts as would tend to disgrace the memory of the patient, when the provisions of section three hundred and fifty two have been expressly waived on such trial or examination by the personal representatives of the deceased patient, or if the validity of the last

will and testament of such deceased patient is in question, by the executor or executors named in said will, or the surviving husband, widow or any heir-at-law or any of the next of kin, of such deceased, or any other party in interest. But nothing contained in this section or in section three hundred and fifty three shall be construed to disqualify an attoney, or his employees, in the probate of a will heretofore executed or offered for probate or hereafter to be executed or offered for probate from becoming a witness, as to the preparation and execution of the will so offered for probate or of any prior will, whether such attorney is or is not one of the subscribing witnesses thereto. But such attorney or his employees, upon a trial or examination, shall not permitted to dislose any confidential communications which would tend to disgrace the memory of the decedent. In an action for the recovery of damages for a personal injury the testimony of a physician or surgeon, or of a professional or registered nurse attached to any hospital, dispensary or other charitable institution as to information which he acquired in attending a patient in a professional capacity, at such hospital, dispensary or other charitable institution, shall be taken before a referee appointed by a judge of the court in which such action is pending; provided, however, that any judge of such court at any time in his discretion, notwithstanding such deposition, may order that subpoena issue for the attendance and examination of such physician or surgeon or professional or registered nurse, upon the trial of the action, In such case a copy of the order shall be served together with the subpoena. The provisions of this act and rules relating to depositions of witness taken and to be used within the state apply to the examination of a physician or surgeon or a professional or registered nurse, as prescribed in this section. The waivers herein provided for must be made in open court, on the trial of the action or proceeding, and a paper executed by a party prior to the trial providing for such waiver shall be insufficient as such a waiver.

But the attorneys for the respective parties, prior to the trial, may stipulate for such waiver, and the same shall be sufficient therefor."

フランス

Code Penal Art. 378:

"Les médecins, chirurgiens, et authres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages femmes, et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie qui, hors le cas où le loi les oblige à se porter denonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'une emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de cent francs à cinq cents francs.

其四。社會的事項(social matters) この原則が社會生活に適用せらるゝ場合は餘りないとされるが、其主なるものは夫婦の間に爲されたる通知であると云はれる。グリンリーフの言に從へば、かゝる夫婦間の通知は特權ある通知の種類に屬するものであり、從つて、利害關係又は同一性(identity)と云ふ理由とは別に保護せらるゝものであつて、當事者をして相互に其利益又は不利益の爲めに立證することを禁ずるものである。婚姻狀態の幸福と云ふことは夫婦間に最大無限の信賴を要求するものであつて、この信賴を法律は永劫に侵さるゝことなく、保持すべきであると定むることに依つて確保するのである。從つて、離婚に因ると將又夫の死亡に因るとを問はず、婚姻關係解消後と雖も妻は依然として夫となせる對話內容を開示することを禁ぜらるゝのである。勿論、妻はかゝる夫婦

關係に非る者にも等しく取得し得べき方法に依つて、知覺したる事實に付き立證することは許されるところである(Best, §586; Evidence Amendment Act, 1853, 16 & 17 Vict. c. 83, s. 3; Cockle, p. 443; 拙著七頁、等參照)。

第三は原本が滅失し又は毀損せられたときである。原本が滅失し又は毀損せられたるに因り、其內容の第二位證據を提出せんとする者は、先づ原本が嘗て存在したることに付ての證據を提出しなければならぬ(Doe v. Wittcomb [1851], 6 Ex. 601, 605; 20 L. J. Ex. 297; 86 R. R. 407.)。更に又、其滅失に付ては、それが存在し、從つて、之を發見すべき最大の可能性ある場所を搜査したるも遂に成功しなかつたと云ふ證據に依つて確定しなければならぬし、毀損に付ては之を積極的に立證するか、然らずば、推定的に立證すべきである。例へば、當該文書は既に不用のものとして棄去したことを證明するが如きである(R. v. Jhenson [1806], 7 East 65; 3 R. R. 597.)。

原本の滅失の場合に於ける搜査の程度は必しも同一ではない。原本の重要性と事件の事情とに依つて異るところあるべきであるが、果して十分なる搜査を爲したるや否やの問題は、先づ裁判官に依つて決定されねばならぬところである。而して、搜査は必しも最近に爲されたことを要することなく、又裁判の目的の爲めに爲されたるの必要もないのである(Fitz v. Rabbits [1837], 2 M. & R. Rob. 60; 62 R. R. 780.)。原本に關し利害關係を有する者唯一人なる場合に於ては、其者に對し調査を爲すを以て十分なる搜査と爲す

ことを得るけれども、利害關係を有する者が二人以上なる場合に於ては、之等全部に對して調査を爲すべく、其内の一人又は數人のみに對して調査を爲すも、之を以て十分なる捜査と云ふことを得ないであらう(Hawker v. King [1900], 108 L. T. Jo. 540.)。(1)要するに、果して十分なる捜査が爲されたるや否やは、其捜査が客觀的に相當性(reasonableness)を有するや否やを標準として定まるべきものと考へらるゝのである。從つて、原本を所持する者と考へらるゝ者よりの回答は、原本に陳述せられたる事實の證據としてゝはなく、捜査の十分なることを立證する證據として認容せられたのである(R. v. Braintree [1858], 28 L. J. M. C. 1; 1 E & E. 51; 4 Jur. (N. S.) 1238; 117 R. R. 137; R. v. Kenilworth [1845], 7 Q. B. 642; 14 L. J. M. C. 160; 9 Jur. 898.)。

(1) 例へば、主人(master)と徒弟(apprentice)、賃主(地主)(lessor)と借地人(lessee)の如き場合に於ては、之等兩者に付き調査を爲すべきであるが、之は嚴格に法律上必要とせられるものではないであらうとされてゐる。何となれば、主人と徒弟との場合に於ては、徒弟の有したる書類のうちを捜査すれば以て十分であるとされ(R. v. Hinckley [1863], 3 B. & S. 885; 32 L. J. M. C. 158; 8 Jur. 1054; 8 L. T. 270; 11 W. R. 663; 129 R. R. 595.)、又地主と借地人との場合に於ては、地主の有する書類のうちを捜査するを以て十分とされたからである(Brewster v. Sewell [1820], 3 B. & Ald. 296; 22 R. R. 395.)(Phipson, p. 526; Taylor, I, § 432.)。

第四は原本を提出することが不可能であり、又は著しく不便であるときである。

（一）原本提出の不可能とは如何なるときであるか。之には物理的不可能(physically impossible)なる場合と、法律上不可能(legally impossible)なる場合とある。

其一。物理的不可能　この場合は例へば壁上の銘書、墓碑銘等の如きものであるとされる(Bruce v. Nicolopulo [1855], 24 L. J. Ex. 321; 11 Ex. 129; 3 C. L. R. 775; 3 W. R. 488; 105 R. R. 446.)。しかし乍ら、場合に依りては墓石其者を提出せねばならぬこともあるとされる(Tracy Peerage [1839], 10 C. & F. 154; Posey v. Davidson [1846], 13 Q. B. 257; 18 L. J. Q. B. 174; 13 Jur. 678.)。柩板又は指環等に爲されたる刻記、銘書等に付ては之等原本を提出することを要するのである。何となれば、之等は移動が可能であるからである(R. v. Edge [1842], Chester Sp. Ass.; R. v. Farr [1864], 4 F. & F. 336.)(Wills on Circumstantial Evidence, 7th ed., 1936, p. 319; 拙著五五頁參照)。

第二。法律上不可能　この場合には物理的には移動は不可能の譯ではないが、法律上移動することが許されぬのである。例へば、掲示を工場の壁に常に貼附して置くことを法律に依り命ぜられたるが如き場合に於ては、縱令當該掲示は事實上壁に懸けてあつたとしても、之を取外すことは許されぬところである。從つて、かゝる掲示に付ては原本の提出は不可能と云はざるを得ないから、其第二位證據の提出を認容すべきことになるのである(Owner v. Bee Hive Spinning Co. Ltd. [1914], 1 K. B. 105; 86 L. J. K. B. 232.)。この事件はフィップソンに依ると第二位證據を認容する理由として、便宜上(on grounds of convenience)とあるが、この場合の掲示は即ち irremovable document たるの性質を有するものであるから、便

宜の問題に屬するものではないと考へる(Cf. Wigmore, 2, § 1200, n. 4.)。

(二) 原本提出が著しく不便であるときとは如何なる場合であるか。繪畫に對する著作權侵害の訴訟に於ては原繪畫を提出するの要なく、法廷に於て右繪畫の著作權を侵害したる繪畫を目擊したる者が、それが原繪畫に類似してをると云ふ陳述を以て之を立證することを得るものとせられたが、之は主として便宜の理由に基くものであるとされるのであるから、原本移動の不便の場合であると見るべきである(Williams v. Lucas [1892], 2 Q. B. 113; 61 L. J. Q. B. 595.)。更に又、原本が外國に在り、而して其國の法律又は慣習に從へば、原本の移動を許されぬが如き場合も亦、こゝに云ふ著しき不便のうちに包含せしめて可なりと考へらるゝのである。從つて、かゝる場合に於ても第二位證據の提出を許さるべきものである(Burnaby v. Baillie [1889], 42 Ch. D. 282; 58 L. J. Ch. 848; Alivon v. Furnival [1834], 1 C. M. & R. 277; 3 L. J. Ex. 241; 40 R. R. 561; Boyle v. Wiseman [1855], 10 Ex. 647; 24 L. J. Ex. 160; 102 R. R. 748; Quiller v. Jones [1855], 14 C. B. (N. S.) 747; Kilgour v. Owen [1889], 88 L. T. J. 7.)。

以上に於て公文書及び私文書に付ての第二位證據提出の可能なる場合の大體を說明した次第である。

さて、新法に於ては其規定の適用上裁判所が原本の提出を不必要と爲し得る條件に付ては、何等の定めがないのである。從つて、この問題は裁判官の自由裁量に一任せらるべきことゝなる譯である。

しかし乍ら、既に述べたる原本提出不要の條件を具備し、其謄本が存在し、しかも右謄本の正確なることが適當に保障せらるゝ以上は、裁判所はかゝる謄本を認容して妨なきものと云ふべく、而して、原本を法廷に提出することが不便なる場合に於ては、裁判所は適當に證明せられたる謄本の作成を命じ得るであらう。この場合最も重要なることは、右命令に於て裁判所は當該謄本の作成者又は其作成方法、或は證明方法等を明示すべきである。ところが、舊法の下に於て認容し得べき文書に付ては、既に述べたる條件を具備するに於ては、右文書の第二位證據は如何なる形式たるを問はず—口頭證據をも包含する—之を提出し得るのであるが、新法の適用を受ける文書の場合に於ては口頭證據は之を認容することを得ないのであつて、原本の謄本又は原本の重要部分に付ての謄本を常に提出せねばならぬのである。從つて、原本を檢分(inspection)することを得ず、爭ひの開始以前(第十八卷第一號一〇頁參照)に謄本存せざる場合に於ては、大體に於て第二位證據の認容は不可能であらうとせらるゝのである。なほ場合に依りては裁判所は、明かに裁判の目的の爲めに何等の利害關係なき者をして、其記憶に基き謄本を作成することを許すことを考へ得るのであるが、勿論かゝる場合は稀であるとしても、裁判官は其謄本作成を命じ得る權限をかゝる方法に於て行使することは、最も注意しなければならぬところであるとされるのである。

（未完）