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 (五)
Sub Title	
Author	峯岸, 治三(Minegishi, Haruzō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1940
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.19, No.1 (1940. 7) ,p.1- 51
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19400715-0001

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　第十九卷　第一號

イギリスに於ける書證法の改正（五）

峯岸治三

第三は捺印證書（deed）である。捺印證書に對する署名は、一九二六年以前に於ては、其有效性に付き何等必要條件を爲さなかつたところである。勿論署名は事實上、普通爲さるゝところではなかつた。從つて、署名は捺印證書の作成（execution）の一部を爲すものと云ふことを得なかつたのである。ところが、現在に於ては捺印證書に對する署名の性質は變つたのである。即ち、個人の捺印證書の場合に於ては、署名と捺印とが必要條件とせらるゝに至つたのである（峯岸四六六頁二三頁參照）即ち、一九二五年の財産法（Law of Property Act, 15 Geo. 5, c. 20.）第七三條第一項は次のやうな規定を設けてゐる。

「個人が捺印證書を作成する場合に於ては、彼は當該證書に署名するか又は彼の記號（his mark）を附することを要すべく、捺印のみを以てしては十分とせらるゝことなし。」

斯の如き次第であるから、右に述べた如く個人の捺印證書には署名が法律上不可缺の要素を爲すに至つた譯であるが、法人（corporation）の場合に於ては、依然として捺印のみを以て十分とされてゐるのである。しかし乍ら、捺印證書上の署名が證明せられ、又證明條項（attestation clause）が通常の方式を具へてゐる場合に於ては、捺印及び引渡が推定せらるゝのである（Phipson, p. 498; Phipson, Manual, p. 244; Taylor, 1, § 149）。

次に、捺印とは如何なることを意味するか。有效なる捺印と爲るがためには、印章蠟（wax）、印章紙（wafer）を用ふること、又は印章紙に非ざるも單なる紙片（piece of paper）を使用すること等を必要とせず、更に又、恐らく印痕（impression）さへも必要ではないとせらるゝのである（Hall v. Bainbridge [1848] 12 Q. B. 699; 17 L. J. Q. B. 317; *Re* Sandilands [1871], L. R. 6 C. P. 411; 24 L. T. 273; 19 W. R. 641.）。勿論かゝる場合に於ては、提出せられたる證據又は狀況等に依つて捺印が事實上推斷せられねばならぬのである（Nat. Prov. Bank v. Jackson [1886], 33 Ch. D. 1; 55 L. T. 458; 34 W. R. 597.）、換言すれば、證書上に何等押捺の痕跡をとゞめざる場合と雖も、當該證書が捺印證書である以上、適當なる印紙の貼用なくも、證明條項に於て適法に署名せられ、かつ引渡されたる旨の陳述がある

に於ては、特にそれが古き證書（ancient instrument）なるときは、捺印あるものと推定せらるゝのである（*Re* Sundilands, *supra*; R. v. St. Paul's Covent Garden [1845], 7 Q. B. 232; 14 L. J. M. C. 109.）。勿論この場合に於ても反對の證據存するときは、この限りでないこと固よりである。例へば債務負擔證書（bond）にして何等押捺の痕跡なく、而して、將來爲さんとする遺言處分が之に代るべきものなることを示すものであつて、それが死亡せる債務者（obligor）の書類中に發見せられたるが如き場合に於ては、縱令證明條項中に同樣なる陳述ありとするも、反對の證據に基き、かゝる債務負擔證書を證據として認容することを拒絶し得るものである（*Re* Smith, Oswell v. Shepherd [1892], 67 L. T. 64.）、更に又、讓渡證書（transfer）にして圓內に捺印の場所（Place for seal）と印刷したるものが、事實上捺印なきが如き場合に於ては、當該證書が署名捺印の上引渡ありたる旨の證明條項に於ける陳述あるも、單に之のみを以てしては、それは捺印證書たり得るものではないとされたのである（*Re* Balkis Co. [1888], 58 L. T. 300.）。

なほ法人の印章（corporation seal）の場合に付て考察して見るに、それが裁判上當然承認せられざるものに付ては、之を證明するの必要がある。而して、之を證明するが爲めには當該印章を知る證人に依り立證すればよいのであつて、右印章が押捺せられたるを見たる證人を呼出すの必要はないのである（*Per* Lawrence, J., in Moises v. Thornton [1799], 8 T. R. 307.）。テーラーはこの點に付き法人に依り作成せられたる證書に

して、かゝる證書が立會證人（attesting witness）を呼出すことなく、單に押捺せられたるものが法人の印章なることを立證することに依り、十分に證明せられたるものと見るべきや否や、未だ決定されてをらぬところであるとしてをるのであるが（Taylor, 2, § 1852；ロスコーも赤同樣である、Roscoe, p. 202）、フィップソンはテーラーのこの見解に對しては疑を抱くものである（Phipson, p. 499.）。即ちテーラー（及びロスコー）は右見解の根據としての判例中に Doe v. Chambers 事件（[1836], 4 A. & E. 410; 6 N. & M. 539; 5 L. J. K. B. 123. (S. C.)）を引用してをるのであるが、この事件が直接に定めたところは、會社の秘書役（secretary）にして、印章を押捺したればとて、それは立會證人たるものではないと云ふ點に在る。勿論彼にして立會證人なる場合に於ては、彼を呼出すことを必要とするであらうとしたのであつた。要するに、會社の取締役又は秘書役にして會社の印章の押捺せられたのを目擊したる者の署名は、證書作成の一部を爲すのではあるが、かゝる取締役又は秘書役は立會證人として考へらるべきものではないと云ふことになるのである（Phipson, pp. 499, 501.）(1)。更に又、法人の印章は權限ある者に依つて押捺されたものであると推定されるのであるが、之固より可動推定なるが故に、其者が權限を有せざりしことを立證して、之を覆すことが出來るのである（Clarke v. Imperial Gas Co. [1832], 2 L. J. K. B. 30; 4 B. & Ad. 315; 1 N. & M. 206.）。會社に對する訴訟に於ては、會社の印章は縱令其押捺が無效の方法に依り行はれても、なほ有效たり得べく（County of Glos. Bank v. Rudry Co. [1895], 1 Ch. 629; Biggerstaff v.

Rowatt [1896], 2 Ch. 93; *Re* Bank of Syria [1901]), 更に又、會社は自己の過失に依り印章の不存在若くは無效なることを爭ふことに付き禁反言せらるゝのである(Hoarce v. Lewisham [1903], 17 T. L. R. 774; Vagliano v. Bank of England [1891], A. C. 107.)。

押捺すべき印章は必しも法人の印章たることを要しない。若し適當なりと考へる場合に於ては、個人の印章 (private seal) を用ふることが出來るのである(R. v. St. Paul's Covent Garden [1845], Q. B. 232; Jones v. Galway Town Commiss. [1874], 11 Ir. L. R. 435.) (米岸四八九頁註(2)參照)。一九二五年以後に作成せられたる捺印證書に關しては、同年の財產法 (Law of Property Act, 15 Geo. 5, c. 20) 第七四條第一項に次の如き趣旨の規定がある。即ち、社團法人の書記 (clerk)、秘書役 (secretary) 其他の常置職員 (permanent officer) 又は其代表者 (deputy)、及び取締役會の一員 (a member of the board of directors)、會議 (council) 又は法人の其他の理事者 (governing body) の面前に於て法人の印章が押捺せられ、又之等の者に依り證明せられたる (attested) 場合に於ては、捺印證書は買主の爲めに正當に作成せられたるものと看做されるのである。而して又、法人の印章とせらるゝ印章が捺印證書に押捺せられ、右に述べたるが如き職に在りとせらるゝ人々に依り證明された場合に於ては、當該捺印證書は本條の要件に從つて作成せられたるものであり、之に依つて其效力を生じたるものと看做されるのである(Phipson, p. 499, Taylor, I, § 149; Cockle, p. 369.)。

更に捺印證書には引渡 (delivery) が其本質的要素を爲すものである。即ち、捺印證書は之に因つ

て其效力を生ずるものであると云ふことが出來る。然らば、如何なる行爲を以て引渡とするか。必しも相手方の手中に渡すことを要しない。即ち、引渡には一定の方式を必要とするものではないのである。從つて、相手方が當該捺印證書を取上げるであらうと云ふ意思を以て、之を机上に投出すが如き、相手方が當該捺印證書を自己のものとして取扱ひ、若くは自己のものとして默受しだるが如き(Ball v. Sunsterville [1791], 4 T. R. 313; 2 R. R. 394. *Re* Seymour [1913] ,1 Ch. 475; 82 L. J. Ch. 233; 108 L. T. 392; 57 S. J. 321.)、又は自己の爲めに署名したる者の署名を是認する (adopt) が如き(Tupper v. Foulkes [1861], 30 L. J. C. P. 214; 9 C. B. (N. S.) 797; 7 Jur. 709; 3 L. T. 741; 9 W. R. 349; 127 R. R. 889.)は、孰れも引渡ありたるものと見るべきものであるとされてをるのである(Phipson p. 499. Phipson, Manual, p. 245.)(2)。

(1) 證書 (instrument) の效力が其形式的證明 (formal attestation) にかゝつてをる場合に於ける、立會證人 (attesting witness) の提出を必要とする一般的規則は甚だ苛酷のものであつた。即ちこの規則は取消されたる捺印證書又は燒失した捺印證書に付ても適用されたのみならず (Breton v. Cope [1791], Peu. 44; Gillies v. Smither [1819], 2 Stark. 528.)、其作成が當事者に依つて承認されたる捺印證書に付ても亦、適用されたのであつた (Abbot v. Plumbe [1779], 1 Doug. 216; 7 T. R. 267; 9 East 187; R v. Harringworth [1815], 4 M. & S. 353; Mounsey v. Burnham [1841], 1 Hare 15; 58 R. R. 11.)。相手方に依つて證人として呼出されたる者は、證書が有效なるが爲めに證明 (attestation) が必要とせらるゝ場合、立會證人の呼出が可能なる限りに於ては、かゝる證書が有效に作成せられたることを、自ら立證することを要求せられ得ないのである (Whyman v. Garth [1853], 8 Ex. 803; 22 L. J. Ex. 316; 91 R. R. 771.)。即ち、立會

證人は必ず之を呼出さなければならないのである。而して、若しかゝる證人が捺印證書作成後失明したるが如き場合に於ても、なほ其者を呼出さねばならぬし（Cronk v. Frith [1839], 9 C. & P. 197; 62 R. R. 744; Rees v. Williams [1847], De G. & Sm. 314, 320）、又立會證人が病氣なる場合、如何に其病狀が重態であつても、裁判所は彼の現席を免除することはなかつたのである（Harrison v. Blades [1813], 3 Camp. 457.）。そこで、證人の病氣が長引くやうな場合には、立證を必要とする當事者は、かゝる病氣の證人に對し、受命官（commissioner）即ち訊問官（examiner）に依る取調を請求すべきであり、又若し證人が突然病氣となりたるが如き場合に於ては、裁判の延期の申立を爲さねばならぬ（R. S. C. Ord. xxxvii, r. 1, 5.）。

この規則は又、證書が如何なる目的の爲めに作成せられたるかを問はず、等しく適用されるのである（Manners v. Postan [1803], 4 Esp. 239; R. v. Jones [1777], 1 Lea. 174.）。しかし乍ら、右に說明したるが如く、證人は先づ第一に呼出されねばならぬとされたのではあつたが、それは當事者の證人と云はんより、寧ろ裁判所の證人たるの觀があつた。そこで、かゝる證人の訊問方法に付ては大なる自由の範圍が認められるのであつて、若し必要なる場合に於ては、裁判官は反訊問の性質を有する訊問までも之を爲すことを許すのである（Bowman v. Bowman [1843], 2 Moo. & R. 501.）。それのみではない。證人を呼出した當事者は、證人が作成せられたる證書を見て事實を否定し、又は事實を想起せざる場合に於ては、更に他の證書を提出することを禁ぜらるゝものではなかつたのである（Leg v. Ballard [1790], 3 Esp. 173 n.; Fitzgerald v. Elsee [1811], 2 Camp. 635; Lemon v. Dean [1810], 2 Camp. 636 n.; Talbot v. Hodson [1816], 7 Taunt. 251.）。

ところが、右に述べた規則に對しては數個の例外が認められるゝのである。即ち、次の如くである。

第一は證書が三十年を經過したる場合である。かゝる場合に於ては、證人は既に死亡したるものと推定されるから、か

ゝる證書に署名したる證人、即ち立會證人を呼出す必要なきものとされたのである。之法律が三十年を經過したる古文書に付て、適法に作成せられたるものとの不可動推定を設けたるに依るものである(拙稿、一〇五頁參照)。然るに、新法に於ては其第四條に於て二十年を經過せる文書に付ての推定に關し規定してをる結果(本誌第一七卷第四號一三三頁參照)、二十年又はそれ以上を經過したる文書は之を古文書と看做されることゝなつた。そこで、立會證人の呼出に付ても、現在に於ては、二十年を經過したる文書に付ては、縱令立會證人生存する場合と雖も、之を呼出す必要なきものと云はねばならぬ(Wills, p. 384.)。なほ新法第四條に付ては後に述べるであらう。

第二は立會證人が單に或る裁判所に於ける規則に從つて證書に署名し、かゝる裁判所が後に至り之に基き行爲することに依り、當該證書の有效なることを認めた場合である。而して、この例外は特別なる性質を有し、かつ又、制限された性質を有するものであるから、其適用を擴張すべきではないとされるのである(Streeter v. Bartlett (1848), 5 C. B. 562; 17 L. J. C. P. 140.)。この例外の場合の一例を示して見れば、被告が無資力者として一八四二年の無資力債務者法(Insolvent Debtors Act, 5 & 6 Vict. c. 116)に基き、保護の申請(petition for protection)を爲したることを立證する必要ある場合には、右保護の申請書の提出及び破產裁判所が之に依り保護命令(order of protection)を付與したるものと思はるゝ、正當に捺印されたる破產裁判所の手續は、保護申請を爲したる事實の十分證據となるのである。勿論それは保護申請の內容の證據とはならぬ。而して、この場合破產裁判所の命令により、當該申請書に證明を爲せる(attested)辯護士を證人として呼出す必要はないのである(Bailey v. Bidwell (1844), 13 M. & W. 73; 13 L. J. Ex. 264; 67 R. R. 517.)。

第三は證書が相手方の手中に在ることが立證せられ、しかも其相手方が右證書を提出すべき豫告に從つて、之を提出することを拒絕したる場合である。この場合には、證書の內容に付ての第二位證據を提出することを餘儀なくされた當事者

は、立會證人を呼出す必要はないのである（Cooke v. Tanswell [1818], & Taunt 450; Poole v. Warren [1838,] 8 A. & E. 588.）。

第四は相手方が豫告に從つて捺印證書を提出し、しかも、其事件に於て當該捺印證書に基き權利を主張する場合である。かゝる場合に於ては、證書即ち捺印證書を提出せる當事者は、他の當事者に對し證書作成の立證を要求することは出來ない譯である。何となれば、當該證書に基き權利を主張することは、即ち其有效なることを自認するに外ならぬからである（Pearce v. Hooper [1810], 3 Taunt. 60; Reurden v. Minter [1843], Mac. & G. 204; 12 L. J. C. P. 139.）。而して、かく立證を要せずして、證書を提出したる當事者の不利益の證據として之を認容し得るが爲めには、證書に基き主張する權利は、裁判の當時なほ存在してゐるものでなければならぬ（cf. Collins v. Bayntum [1841], 1 Q. B. 117; 10 L. J. Q. B. 98.）。なほ、豫告に從つて提出されたる證書に基き、兩當事者が同一の權利を主張する場合に於ては、當該證書提出を要求したる當事者は、其作成を立證する必要はないのである（Knight v. Martin [1818], Gow. 46; 21 R. R. 787.）。

第五は事案に付て相手方に依り爲されたる嚴肅なる自認（solemn admission, 要式自認）（峯岸、一六四頁參照）の場合である。この場合には、右の自認ありたることそれ自身が、證書作成に付ての十分なる證據となるものである。例へば、當事者又は其ソリシターが費用を避けんが爲めに、特定事實を承認すべき豫告（notice to admit）（峯岸、一七一頁、一七六頁註(3)參照）を以て要求せられたる證書の作成を自認することに付き合意したる場合に於ては、後に至り立會證人の訊問を求むることを得ざるが如きである（Freeman v. Steggall [1849], 14 Q. B. 203; 19 L. J. Q. B. 18.）。

第六は文書が官吏（public officer）に對し、證據として提出せられたる場合である。即ち、この場合に於ては當該官吏が法律上右文書の正當なる作成を爲さしむべき義務があり、而して、之を正當に作成せられたる文書として取扱ひたることを要する。例へば動產占有回復（replevin）の訴に於ける動產返還保證書（replevin bond）に基き不十分なる保證（普

通は保證書と共に二人の保證人を要する）をとらたることに付き、執行官（sheriff）に對し提訴したる場合に於て、原告は執行官が右保證書を引渡したることを立證し得たならば、當該證書の作成、立會證人を呼出して立證するの必要なしとされたのである（Plummer v. Brisco〔1847〕, 11 Q. B. 46; 17 L. J. Q. B. 158.）。尤も現在に於ては、動產處置保證書は州裁判所の記錄官即ち書記（registrar）が付與するのであつて、執行官がこれを付與する權限は消滅してゐる（County Courts Act, 1888, 51 & 52 Vict. c. 43, ss. 133-137.）。

第七は當事者が事實上又は法律上證人を出すことが不能なる場合である。かゝる場合に於ては、證人の呼出は出來ぬ譯であるが、それは例へば、次の如き場合である。即ち

（一）證人が死亡せしことが立證せられたるとき（Adam v. Karr〔1798〕, 1 B. & P. 360.）。

（二）證人が心神喪失狀態に在るとき（Currie v. Child〔1812〕, 3 Camp. 283.）。

（三）證人が裁判所の管轄權外に在るとき（Barnes v. Trompowsky〔1797〕, 7 T. R. 265; Prince v. Blackburn〔1802〕, 2 East 250; Ward v. Wells〔1809〕, 1 Taunt. 461; 10 R. R. 581.）。

（四）緊急なる理由を信じたるにも拘らず證人を發見することを得ないとき（Cunliffe v. Sefton〔1802〕, 2 East 183; Crosby v. Percy〔1808〕1 Taunt. 364; Ld. Falmouth v. Roberts〔1842〕, 9 M. & W. 469; 11 L. J. Ex. 180; 60 R. R. 790.）。

（五）證人が相手方たる當事者と共謀して裁判に出廷せざるとき（Egan v. Larkin〔1842〕, A. M. & O. 430; Ld. Clanmorris v. Mullen〔1837〕, Cr. & Dix. Ab. Cas. 8.）。

右の場合に於ては大體に於て痕跡を證明すれば十分とされるのである（R. v. St. Giles〔1853〕, 22 L. J. M. C. 54; 1 E. & B. 642.）。而して、若し證書が滅失し、立會證人が何人なるや知れざるが如き場合に於ては、かゝる證書の作成は、

他の證據に依りて之を立證せられねばならぬのである（Keeling v. Ball (1796), Peake Add. Cas. 88.）。

第八は法人に依り作成せられたる證書の場合である。この點に付ては既に本文に於て說明したる如く、テーラーは疑問としてをるのである。スティーヴンも亦この點に付ての、テーラーの典據とするところは、以て彼の見解を支持するに足らぬものであるとしてゐる（Stephen, p. 89, n. 1）。

第九は其有效なるが爲めには登記せられたと云ふ事實が必要なりとされる捺印證書の場合である。この問題に付てもテーラーは疑を抱くものである。而して、近頃の事件にしてこの點に付き明かに判決せられたるものなしとし、勿論實務上に於ては、かゝる捺印證書を登記の證據に基いて、證據として認容するもの、必しも異例なりとはしないと云つてをるのである。斯の如く、捺印證書を證據として認容することの原則は、其承認の下に捺印證書が登記せられたる當事者に對するものは別として、Buller, J. に依つても亦疑問とされてをるのである（B. N. P. 255.）。スティーヴンはこの點に付ても亦前の場合と同樣にテーラーの見解を是認しないのである（Stephen, ibid.）。

第一〇は Merchant Shipping Act(1894, 57 & 58 Vict. c. 60) の下に生ずる場合である。即ち、同法に依り證人(any witness or witnesses) の面前に於て又は其證明に依り、作成すべきことを要求せらるゝ文書なる場合に於ては、其文書は立會證人又は其內の或者を呼出すことなく、所定の事實を證明し得る者の證據に依り立證することが出來るとされてをるのである(第六九四條)。

以上が例外の大體である（Taylor §§ 1843-1853 a; Phipson, pp. 503, 504; Phipson, Manual, p. 245; Stephen, art. 70.）。

(2) 捺印證書の引渡の沿革的考案に付き、ウイグモアは次の如く述べてをるのである。即ち、古代の法律に於ては形式主義(formalism) を以て其一つの特徵を爲してをるものと云はねばならぬ。而して、このことは傳統——それに對して近世法

が苦闘せねばならぬものであつたが――を正しく理解する上に、常に心にとゞめてをかねばならぬのである。書面制度(regime of writing)の下に於ても亦この形式主義は固執せられたのであるが、それはアングロ・ノーマン歴史の初期に於ても、等しく注目に値するものである。而して、捺印證書の引渡に關する專門的規則に於ても、この形式主義は其痕跡を殘してをるのである。ボーロック及びメートランドの說明するところに依れば、ブラックトン(Bracton,?―1268)の時代に於ては、土地の移轉に付て所謂占有の引渡(livery of seisin)と云ふことが絶對的必要條件を爲すもので、かゝる占有の引渡がない以上は、移轉が生じないのであつて、たゞ不完全なる移轉の試みがあるに過ぎないとされるのである。ドイツ古代法を見るに土地の移轉に付ては、一方の當事者は當該土地より立退き、他の當事者は其所有權が讓渡される意思を表示して、其土地を占有するのである。しかし乍ら、この占有の變更、並に之に伴ふ意思表示は一定の方式に從つて行はれねばならぬものであつて、若し然らざる場合に於ては、證人なきものとなり、又立證し得ざるものともなるのであるが、それは畢竟土地の移轉は法律上無效であると云ふことになるのである。勿論其方式は時代に依り、又地方に依り、異るものがあることは云ふまでもないが、今其一つを示して見れば、土地讓渡人と讓受人の二人が各々其證人と共に當該土地に現れるのである。而して先づナイフを取出して、地面の芝を切り、小枝を折取るのである。そこで、この芝と小枝とを、讓渡人から讓渡人へ渡すのであつて、之等は即ち土地の縮寫(miniature)とも云ふべきもので、かくして、土地は手から手へと移轉することになるのである。この場合右のナイフも、芝や小枝と共に引渡されるのであつて、之は讓受人が保存して置くことになるのであるが、これこそ右土地の移轉に付ての重要なる證據となるのである。從つて、このナイフは之を他のナイフと區別するため其先端は之を折り、又は其刄は之を曲げると云ふやうなことが行はれたのであらうとされるのである。この外にもまだ種々なることが行はるゝのである。かくの如きドイツ古代法の形式主義が、イギリス法に於ても現れてをるのであるが、ローマの影響を被ふ時代に至ると、土地の移轉に付き證書が用ひらるゝやうになり、この證書が

又移轉の表徴となつたのである。而して、この證書は土地の名に於て引渡されたもので、土地移轉をして有效ならしむる行爲は、右證書に對する署名及び捺印に非ずして、署名捺印されたこの證書即ち捺印證書の引渡であつたのである。そこで、この捺印證書の羊皮紙が恰も前述したるナイフの如く、有效なる土地の表示であつた。土地が引渡される爲め、嘗ては土地から芝が切取られたやうに、今では土地許與の證書即ち捺印證書（charter）が地上に置かれ、之を嚴かに取上げるのである（levatio cartae）。ところが、土地の移轉は遂には裁判所に於て、假裝的訴訟の形式で行はるゝことゝなつたのである。而して、裁判所で元來移轉に付て行はれた方式の一部が行はれたのである。即ち、讓渡人は法廷に於て土地の引渡（surrendering）又は抛棄（renouncing）の嚴肅なる方式を履踐することが出來るのであつて、棒（festuca）が證人の面前に於て一方の當事者から、他方の當事者に渡されるのである（Pollock & Maitland, The History of English Law, 1923, 2nd. ed., p. 83 sqq.）。其後種々の變遷があつたが、證書が兎に角土地を有效に移轉する一方式となり始めたのであるが、かゝる證書――それは極少數の者しか之を作成する術を心得てゐなかつたと云ふ有樣であるから――は神秘的畏怖の念を以て目され、かの festuca と相並んで行はれたのである。この證書に手を觸れることが、即ち stipulatio であつて、それは小枝や芝等と共に土地の表徴として相手方へ引渡されたのである（Pollock & Maitland, ibid., p. 192 sqq.）。

かくして、其後に於ては捺印證書の引渡は、窮極性の專門的又不變的表徴となつたのである。一七〇〇年代の初葉に於て、Chief Baron Gilbert の云へるところに從へば、引渡は捺印證書の要素に不可缺のものであつて、引渡と云ふことから、捺印證書は效力を生ずるものである。從つて、引渡が立證せられざる限り、捺印證書に付て完全なる立證があつたものと云ふことを得ない、とされてゐるのである。ところが、之に對する伸縮性の徴候が現れて來たのである。それは準備された捺印證書（prepared deed）即ち escrow――捺印の上當事者以外の者に引渡し、或條件成就まで之を保管し、成就の上は捺印證書として效力を生ずる爲めに當事者に引渡さるべきもの――又は單なる scroll――捺印としての走書

(sprig) 又は飾文字 (flourish) あるもの ——の如きものが、後に至り當事者に引渡される爲めに、先づ當事者以外の者の手に渡されても、之を以てなほ有效なるものとしないことを認めたところに、先づ其徵候が現れたと云はるゝのである。しかし、この場合に於ても亦形式主義 —— 現在に於ては效力なき證書の外觀即ち形式 (dead bark) となりつゝある —— が規則を蔽ふてをるのであつて、引渡の要件は、證書作成者自身の手と固有の關聯なきやうに、たゞ抽象的なものとされてをるのである。しかし乍ら、右に示した如き準備された捺印證書の效力を認めないと云ふやうな傾向は、將來或事件の發生に效力を生ぜしむべきことを豫期して、相手方に直接引渡した豫備捺印證書 (draft deed) の場合には認められなかつたのである。即ち、相手方に對しては條件成就に依り效力を生ずべき捺印證書 (escrow) の如きは之を認め得ないとしたのである。換言すれば、かゝる場合には、相手方に直接引渡したことそれ自身が、直ちに捺印證書としての效力を生ずることゝなつたのである。然るに、之と同時にこの專門性の缺點を排除し精練せんとするの努力、並に相手方自身に直接手交する場合、若しそれが證書の眞の引渡たるの意味ならざるとき、又は右證書が單に豫備的のもの (draft)、若くは效力發生が條件的なるもの (escrow) なるときに於ては、其有效性を否定せんとするの努力が、既に現れてゐたのである。しかし乍ら、Coke や Sheppard 等の著作が權威を有し又一般に讀まれたことは、この進步的觀念を早計にも暗沒し又抑壓したのである。而して、この原始的形式主義の殘骸を打破することは、極めて近世に至るまで殘されたところであつた (Wigmore, 5, § 2405; なほ § 2408 以下參照)。

證人の證明 (attestation) を必要とする文書、古文書 (ancient documents) 等の問題に付ては後に別に論ずることゝし、文書作成の從來の立證方法に付ての說明は以上に止めることゝする。

そこで、新法第一條第五項は第一條の諸規定に依り、陳述を證據として認容し得るや否やを決定するが爲めに、次の如く規定してゐるのである。即ち、

「裁判所は陳述が包含せらるゝ文書の形式又は內容、若くは其他の事情より相當なる推斷を爲すことを得」

この規定は裁判官をして、陳述が包含されてゐる文書を審査したる後、それ以上何等の證據を必要とすることなく、右陳述を證據として認容する權限を有せしむるものであると思はるゝのである。

七

新法第一條第三項の規定は、特に訴訟上用ひらるべき證據の僞造に對し、最も重要なる保障たるものと云はねばならぬ。即ち、同項の規定するところを見るに、新法第一條に於ては「陳述が確定し得べき事實に付ての爭を包含する訴訟が繫屬し又は豫期せられたる當時、利害關係ある者に依り爲されたるかゝる陳述を證據として認容し得るものと爲すことなし」とされてゐるのである。

そこで、陳述が證據として認容せらるゝが爲めには、それが所謂「爭ひの開始前」(ante litem motam)に爲されたものでなければならぬことゝなるのである(本誌第一八卷第一號一〇頁參照)。而して又、かゝる陳述は陳述者の利益を助長するものであつてはならないのであるが、之等のことは、夙にイギリス法

上認められてゐる原則である。從つて、それは既に死亡せる者に依る公權に付ての陳述の場合（本誌第一八卷第一號七頁參照）、又既に死亡せる者に依る家系に付ての陳述の場合（本誌第一八卷第一號一三頁參照）等に於ても行はれてをるところである。次に、所謂「爭ひの開始前」と云へる言葉は、單に訴訟開始前と云へる意味を有するものでないことは、既に說明したるところであるから（本誌第一八卷第一號一〇頁）、こゝに改めて論述する必要はない。

然らば、右の場合陳述が證據として排除せらるゝには、如何なることを立證すべきであるか。それは、即ち次の如くである。

（一）陳述が爭ひの生じたる後（post litem motam）爲されたるものなること

（二）陳述は明かに陳述者の利益を支持する爲めに爲されたるものなること

訴訟の目的たる事項に付き一度爭ひが生じたる以上、陳述者が訴訟に於て利害關係を有し又は有したりと云ふことを立證する必要はないのであるが、陳述者が陳述を爲すことに於て利害關係を有してゐたと云ふ事實だけでは、當該陳述を證據として排除することゝはならぬのである。しかし乍ら、陳述者が自己の利益を助成する爲めに、陳述を爲したることが明白なる場合に於ては、訴訟が事實上提起せられんと企圖されてゐたと云ふことを立證する必要はないのである。ところが、この

ことは後の爭ひ (any subsequent dispute) を防止する爲めに、作成せられたる文書に付ては適用されぬのである (Taylor, 1, § 630; Phipson, p. 286.)。

第一條第三項の規定するところは、從來の規則を踏襲するものであると云ふことが出來る (Phipson, p. 286)。即ち、陳述が爭ひの生じたる後に爲されたるものに非ざれば、單なる利益あるのみにては、直ちに右陳述を證據として排除することにはならぬのである。而して、爭ひの生じたる後と云ふは、新法に依り認容し得るものとされる陳述に依り、證明せられんとする事實に付て生じたる爭ひの後に於てと云ふことを意味するものであつて、爭ひは訴訟の目的事項に付て生じたるや否やは之を問ふところではないのである。ところで、從來の規則に從ふと、爭ひが生じたる後に爲されたる陳述は、如何なる場合に於ても、之を證據として排除すべきことは確定してをるところである。勿論爭ひの存在してゐたことが、陳述者に知られてゐなかつたと云ふ證據があつても、爭ひの生じたる後の陳述なれば之を認容することを得ないものである (Shedden v. Att.-Gen. and Patrick [1861]; 30 L. J. P. & M. 217; 2 Sw. & Tr. 170.)。而して、其理由とするところは、各場合に於て、爭ひの存在が陳述の當時知られてゐたか、又知られざりしかと云ふことを調査するものとせば、多大の時間が浪費せらるゝことゝ、非常なる混亂を惹起することになると云ふところに在るとされてゐるのである (Berkeley Peerage [1811]; per Sir J. Mansfield in 4 Camp. 401; 14 R. R. 782.) (Taylor, 1, § 643; Phipson,

pp. 300, 306.)。

斯の如く、舊法に於ては爭ひの生じたる後の陳述は、之を證據として排除したのであるが、新法に於ては、それが利害關係ある者に依つて爲されたる場合には、證據として排除すべきであるが、然らざる限り、之を證據として排除せざるの點に於て、異つてをるものと云はねばならぬ。新法第二條第一項に於ては「陳述者が事實を隱匿し又は不實の陳述を爲す動機を有したるや否やの問題」は其價値を評價する上に考慮に入れるべきであると規定してをるのであるから、この點から考察するときは、單に利害關係 (interest) と云ふ事實だけでは、直に以て陳述を排除するに十分でないと云ふことは、極めて明白なるところである。新法第一條第三項に「訴訟が繫屬又は豫期せられたる當時利害關係ある・・・」(interested at a time when proceedings were pending or anticipated.....) と定められてゐるが、この句は、「利害關係ある」と云ふ字の前にある「者」(a person) にかゝるものであつて、「爲されたるかゝる陳述」の「爲されたる」(made) と云ふ字にかゝるべきものではないのである。從つて同項の解釋としては、陳述者が訴訟が繫屬し豫期せられたる當時、利害關係を有したる場合に於ては、其陳述は證據として排除せらるべく、縱令陳述を爲したる當時に於ては何等の利害關係を有してゐなくとも、之は問題とならないことゝなる。從つて、陳述を證據として排除

すべきや否やは、訴訟が繫屬し又は豫期せらるゝ當時を以て標準と爲すべく、陳述を爲したる當時を以て標準とすべきではない。換言すれば陳述の當時は利害關係を有せざりしも、訴訟が繫屬し又は豫期せられたる當時は、利害關係を有するに至りたる場合に於ては、陳述は排除せらるゝものと解せねばならぬことゝなるであらう。しかし乍ら、この解釋に對しては勿論異說があり得るであらう。即ち、右の如き解釋は第一條第三項の自然的解釋を曲解するものであつて、第一條全體の一般的趣旨に反するものである。蓋し、一般的趣旨としては陳述者が直接的知覺(direct knowledge)を有し、不實の陳述を爲さんとする動機を有せざる場合に於ては、文書中の總ての陳述を認容せんとすることは、明かなるところであるからであるとするのである。しかし、第三項は其文理解釋として右の如く解すべきではなからうか。

次に、第三項に所謂「繫屬又は豫期せられたる」訴訟とは如何なるものを意味するか。之は單に文書が證據として提出せられたる訴訟のみを指示するものではなく、更に右陳述が確定せんとする事實に付ての爭ひを包含する訴訟は、如何なるものでも、之を指稱するものであるとされるのである。而して、右孰れの場合に於ても、かゝる訴訟は、其後の如何なる訴訟に於ても、陳述を認容し得ざるものと爲すに十分であるのである。第三項の文言に依ると、利害關係を有せざる者に依つて爲さ

れたる陳述は、それが第一條の他の要件を具備してゐる以上、縱令當該裁判に於て證據として提出せられんとする明かなる目的の爲めに爲されたる場合であつても、之を證據として認容し得ることゝなるのである。從つて、利害關係が陳述を證據として排除するに十分なるが爲めには、如何なる程度のものなることを要するか。換言すれば、利害關係の程度を考察することが極めて重要なる事柄と爲る譯である。

公權に付ての陳述（本誌第一八卷第一號七頁）又は家系に付ての陳述（本誌第一八卷第一號一三頁）等の場合に於ては陳述が所謂爭ひの生じたる以前のものである以上、單に利害關係と云ふだけの事實が存在するのみでは、右陳述を排除するに十分ではないのである（本誌第一八卷第一號一〇頁、一一七頁參照）。更に又、利益に反する陳述（本誌第一八卷第一號一頁、第一七卷第四號八頁）の場合に於ては、そこに所謂利益とは金錢的又は財產的利益を意味するものである（本誌第一七卷第四號一三八頁參照）。かゝる次第であるから、新法第一條第三項に所謂利害關係の問題に付き、其程度如何を考究するに當り、之を舊法の下に於ける利害關係乃至利益の問題と對比考察することは、何等の效果をも有するものではないとされるのである。從つて、この場合には寧ろ別個に、この問題に付き考察すべき必要があるのである。

そこで、第三項には「利害關係ある」、即ち interested と云ふ語が使用されてをることに注意しな

ければならぬ。而して、之は陳述者が陳述を爲すことに依り或る種の取得し得べき利益（some possible advantage）が存在したることを意味するものでなければならぬ。單に陳述者が當事者の一方に對し他方に對するよりも、有利な傾向を有してゐたと云ふことを立證したゞけでは、陳述を排除するに十分とはならぬのである。新法第二條第一項を見るに「陳述者が事實を隱匿し又は不實の陳述を爲す動機」は「本法に依り證據として認容せらるゝ陳述に附せらるべき價値」を評價する上の問題である。換言すれば、それは證據の價値のみに關するものなることは明白なるところである。從つて、例へば自働車事故ありたる場合に、之が傍觀者は固より「利害關係ある」者ではないが、更に右事故に於て一方の自働車を運轉してゐた者の友人と雖も、其者が自己の爲めに、或る請求を爲し又は爲さんとする者でない限り、かゝる友人も亦「利害關係ある」者ではない。なほ又、病院の醫師若くは家庭出入の醫師にして、出頭して證言すべき爲めに、適當の費用が支拂はれたる者であつても、之を「利害關係ある」者と云ふことを得ないのである。

意見證據（opinion evidence）、即ち專門家證據（expert evidence）は、新法第一條第一項の要件から除外されてをるのであるかち、專門家の證人（expert witness）はこれが爲め、彼等の證據は多くの場合口頭にて之を提出せねばならぬことを豫期すべきである。しかし乍ら、このことは專門家

に對し依託された事物又は文書の調査の報告書、又は彼等に依つて行はれた實驗に付ての報告書を、必しも排除することゝはならぬのであるが、右調査又は實驗より演繹せらるゝ結論に付ては、專門家は自ら出頭して口頭證據を提出せねばならぬのである(1)。

(1) 或る行爲を爲したる當時、當事者が考へ又は信じたることは、民事及び刑事兩訴訟に於て、係爭事項と爲ることがある。しかし乍ら、原告又は被告でもなく、更に刑事被告人でもない者、換言すれば、第三者が問題たる事項に付き、考へ又は信じたることは、一般には爭點と牽連關係を有せざるものとされるのである。從つて、かゝる第三者の思考乃至確信は之を證據として認容することを得ない譯である。

然らば、かく第三者の思考乃至確信を排除する原則は、如何なる目的を有し又如何なる效果を有するものであるか。それは、裁判官並に陪審員の職能を侵害せしめざるところに在るものと云はねばならぬ。蓋し、或る事實から推斷を爲すことは、一般に裁判官又は陪審員の爲すべき領域に屬するからである。

ところが場合に依りては、眞の意見を構成するが爲めには、特殊の經驗又は特殊の教育を必要とすることがある。かゝる場合に於ては、之等經驗又は教育ある者の意見が、裁判所をして正確なる判決を爲す上に必要となるのである。換言すれば、第三者の意見が重要なる役割を演ずることゝなるのである（Powell, p. 37.）。

抑も、意見則（Opinion Rule）は之を意見（opinion）と云ふ言葉と比較すれば、狹隘なる範圍を有するものであつて、單に特別なる意義に於ける意見を取扱ふに過ぎないものである。然らば、この意見則が如何にして形成されたか、又證言としての意見に作用する他の規則と如何なる點に於て區別せられたか。之等の點に付き、ウイグモアに從つて觀察したい

と思ふ（Wigmore, 4, § 1917）。

一七〇〇年代に至るまでは、意見又は之に類するものに付て、之に耳を傾けることが、果して適當であるか又は適當でないかと云ふことに付き、傳統的な又は一般に容認された觀念は存してゐなかつたし、更に又、現在の證據法上の普通とされてゐる、他の多くの觀念と同樣、この意見の問題に付ては殆んど顧みられなかつたと云ふ有樣である Chief Baron Gilbert も Mr. Justice Buller も、之に付ては一言もしてゐない。要するに、この當時に於ては云ふべき何ものもないと云ふことになるのである。

ところが、其當時又それ以後間もなく、一つの重要なる原則を認別すると云ふ、傾向が現れて來たのである。而して、この原則は後に至つて、完全に確立せらるゝところとなつたのである。然らば、この原則は何であるか。之即ち證言的知覺の原則（principle of testimonial knowledge）に外ならぬ。この原則に從へば、證人は智覺者（knower）として供述しなければならぬ。單なる推測者（guesser）としてゞあつてはならぬ。例へば物品の賣買に付ての證人が、賣買がなされたものと考へるとか、信ずるとか、或は確信するに至つたと供述したとする。かゝる場合に於ては、この證人が問題たる賣買が現實に成立したのを目擊したのではなく、たゞ評判又は風評に基きかく信じ、又は推測によりかゝる結論に到達したものであるに過ぎぬとしたら、かゝる證人は之を認容することを得ないとせらるゝのである。斯の如く、證人の直接の觀察に基くべきものであるとする原則は、早くより行はれたところであつて、それは單なる傳聞に基き供述する證言の非妥當性を强調するものであつた。このことは一六二二年の Adams v. Canon 事件（Dyer, 536）に於て、コークが既に心中に抱きたるところであらうとされるのである。即ち曰く「證人がかく考へ（thinketh）又は確信した（persuadeth himself）と供述することは、證人に對し以て十分なりとは云へない。其理由に二つある。第一は裁判官は絶對的な判決を與へねばならぬことである。而して、これが爲めには單に考へる（thinking）と云ふことより、一層確かな根據を持たねばならぬ。

第二は證人の僞證に對して之を訴追することが出來ぬことゝなるからである。

そこで、この證人知覺の原則を表現する爲めに用ひられた言葉が、極めて重要なるものとなるのである。即ち、裁判所は證人に對して、次の如く云ふであらう。「それは單なる意見に過ぎない。吾々の欲するところは、證人の知覺することであつて、證人が考へ又は信ずるところのものではない。」由之觀之、右の言葉は一つの對照を表現するものと云ふことが出來る。即ち、知覺すること（knowing）（親しく觀察すること）と推測すること（opining）（十分なる觀察なくして信ずること）との、兩者の對照である。ところが裁判所は又かうも云ふであらう。「吾々は證人の推測を欲してをるのではない。證人は何か事實（facts）を有してゐるか。なぜなら、吾々は證人と同樣に推測することは出來るのである。だから、證人が何か事實を有してゐるならば、それを話して貰ひ度い。」この場合、裁判所が證人に向つて事實を要求することは、證人に付き知識の或る實在的（real）若くは現實的（positive）根據を有することを意味するもので、この點は前例と異るところはないのである。

右兩例に於て、裁判官が心中抱くところは、正に同一であると云はねばならぬ。即ち、證人は知覺を有するであらう、意見ではない、又證人は事實を有するであらう、意見ではない――と云ふことになるのである。この時代に於ては、而して又、意見參考に對する蔑視の念の判然たる主意の如く、法律家は證人にして訊問の上、何等役立つべき事實を有せず、又供述してゐる事件に付き、何等の智識無く、或は何等親しく之を智覺することなき者あることを、心に抱いてゐたのである。しかし乍ら、かゝることが要求せらるゝ以上、そこには何等新たなる原則の存在の餘地なかるべく、又獨立したる意見則の存在を認めらるゝものではない。たゞ從來確立した證言的制約（testimonial limitations）の一般的原則の認識があるばかりである。而して、この證言的制約の原則と云ふのは、證人にして、苟も證人能力を有し得べき者は、親しく觀察したる者でなければならぬと云ふのがそれである。若しこの問題がこれ以上發展しなかつたならば、獨立した意見則と云

ふものもなかつたであらう。而して、たゞ證言能力(testimonial competency)に付ての普通の原則の、特別的適用があるのみであるとされるのである。

ところが、この原則が認められると同時に、又はそれ以後間もなく、當時に於ては、この原則に對する例外と目されるところのものが、一般に認められるやうになつた。そはは即ち、練達せる證人(skilled witness)、換言すれば、專門家を用ふることに外ならぬのである。呼出されたる證人が係爭問題に付き何等親しき知覺を有せざる場合に於て、吾々はかゝる證人の單なる意見のみを、どうして聞くことが出來るであらうか。この疑問に對して辯護士達は、この證人は所謂練達せる證人、即ち專門家であるが故に、心配する必要はないと云ふのである。しかし乍ら、專門家であらうと無からうと、苟も事實に付て何等知らない以上、同じことではないかと云ふ疑が抱かれるのである。しかし、この疑問を解決する爲めの答は、最初は言葉の上では之を云ひ表すことがなか〳〵容易ではなかつたのである。固より一般の人々は、かゝる疑問に對する十分なる回答は存在し、專門家たる證人は之を認容せねばならぬと云ふことを認めてゐないのではあつたが、之を表現するのは容易のことでなかつたことは、右に一言した如くである。かゝる專門家の證言を認容するの先例並に慣習は、過去に於て既に久しい以前から行はれてゐたところであるが、其元來の而して又長い間存續してゐた形式に於ては、それは陪審員に對する證據としては殆んど考へられぬところであつて、裁判所に依つて求められるゝ援助と目されてゐたのである。從つて、それは陪審員に對し並立的又は並行的地位を有するものと云ふべく、而して、陪審員は理論上裁判所を援助する審判者の一團に外ならなかつたのである。

斯の如く、專門家は最初に於ては、裁判所の援助者たるの地位を有してゐた譯であるが、之が爲めに、陪審員に對する證言と云ふ見方に於ける、かゝる專門家の知識に付ての問題は、自然蓋起することはなかつたのである。しかし乍ら、一七〇〇年代の末葉に於ては、かゝる專門家は他の證人と同樣、陪審員に對して單なる證人であると云ふ地位を有すること

ゝなつたのである。そこで、こゝに問題が起るのである。即ち、かゝる專門家の證言を用ふることゝ既に前に說明した、證人は自身の知覺を有すべきこと、意見ではなく事實を陳述せねばならぬと云ふ、一般的原則と調和せしむる問題がそれである。かゝる證言を傳統的に用ひてゐたことは、之を廢止すべからざるは、明かなるところである。しかし乍ら、之を理論的に說明する方法は、最初はなか〳〵面倒であつた。一般的の觀念としては、兎に角陪審員がこの種の援助を必要とし、これ迄も常にかゝる援助を得てゐたものであり、現在に於ても、意見であらうとなからうと、之を得なければならぬと云ふことが明かにされてゐたのである。一七八二年の Folkes v. Cadd 事件（3 Doug. 158）に於て、マンスフィールドは證人の所謂意見にも十分に事實性（flavour of fact）を有するものなることを明かにしようと努めてゐるのである。而して、この觀念はこの種の認容し得べき證言を是認し又は之を記述する爲めに、所謂 matter of science と云ふ言葉が普通に用ひらるゝに至つた理由を說明するものであらうとされるのである。何となれば、當時に於ては、science と云ふ言葉は、單に一般的知識（knowledge in general）の意味を有したものであつて、統制せられ、整備せられ、而して體系化された知識の意義に、用ひられたのではなかつたからである。

かくして、一七〇〇年代の末葉に至つて、この所謂一般的知識事項に練達せる一種の人々の存在を是認することゝなつたのであるが、そこに注目すべき特色を見出すのである。而して、之等の人々は勿論、特定事件の狀況等に付ては個人的には親しく何等知るところはないのであるが、しかもなほ、除外例として、之等の人々は、當該事項に付き、彼等の意見を陳述することが出來るのであつた。こゝに意見證據發展の段階が認めらるゝのであるが、之に付ては、Peake, Evidence, 141) Isaac Espinasse (Nisi Prius, 1st Am. ed., 411) 等の著書に於ては、この意見證據の原理が、個人的知覺（personal knowledge）の規則の一部分として、其地位を占めてをることを、特に明かにしてゐる次第である。

ところが、この除外例の限界と云ふことが、更に論議の範圍となつたのである。即ち、個人的知覺の證言的制約に付て

の規則に對する例外と見るのが、依然としての見解であつた。

そこで、次に注意せらるべきは、普通の證人、即ち專門家ならざる證人（lay witness）が、個人的觀察の事實の基礎を適當に具へるに至つた場合に於ては、かゝる證人の意見、結論、推斷等に付き、何人もなほ之に對し疑問を抱き異議を唱へようとの考を有したる者無きことである。換言すれば、所謂意見を輕視するの念は、他面に於て基礎たるべき自己の觀察に基く事實を有せざる者の證言と云ふことを常に考へてゐたのであつて、之に對しては重きを置かないことゝなるのであるが、たゞ專門家たる證人のみは、この觀念に對する例外を爲すものと見て、之を認容せねばならぬものであつたのである。かくして、普通の證人が、或る事項を親しく知覺してをるが如き場合に於ては、固より其知識の源泉に於て證人能力を有するものであると云ひ得るのであるから、かゝる者が自らの觀察したる事實より偶然的に推斷を爲し、又かゝる事實に基き結論を表明したる如き事情は、之を以て不當のものであるとはされないのである。即ち、かゝる證人は、不當のことを爲してをるものであるとは、裁判官は考へなかつたのである。裁判官が不當のものとして認容することを拒絕したのは、單なる意見、即ち何等の觀察に基くことなき、單なる推測又は信念である。故に、親しく觀察したる事實に基く推斷又は結論としての意見は、之を決して輕視することがなかつたのである。之が普通の證人の意見に對する、裁判官の態度であつたと云へるのである。このことは、アメリカに於ても亦、同樣なるものがあつたと云ひ得るのである。アメリカの裁判官達の云ふところを見るに、彼等が所謂意見に對する唯一の反對は、意見其者が、證人が有すべきである事實に付ての親しき知覺を有せざることを表してをるところに在るのである。從つて、證人が其事實、即ち自ら觀察した事實を現示するや、其瞬間に於て、裁判官達はかゝる證人の意見乃至結論に耳を傾けるに吝でないとされてゐるのである。

そこで、例へばマンスフィールドは、單なる意見（mere opinion）は證據に非ずと云ひ（Carter v. Bohem [1766], 3 Burr. 1905, 1918）、一八〇三年に於てペンシルヴァニア裁判所は「單なる抽象的意見（mere abstract opinion）は證據で

はないと云ひ、更に又「事實と連結なき意見」(opinions not coupled with the facts)。「理由を指示することなき意見」(opinion without assigning a reason) の如きも、等しく證據たり得ないと云はれたのである。蓋し、之等の場合に於ては、證人は個人的知識、即ち親しき知覺を有してをるものと考へられぬからである。ところが、他の時代になると、「意見は證據に非ず」と云ふやうな、從來の考へを全然損壞する如き思想を生じたのである。即ち、之は從來の考へとは甚しく異り、又極めて廣範圍に亙る主張と云はねばならぬ。

さて、この新なる而して又、異端的非正統的言葉と雖も、之に對し其原動力が與へられぬ以上、之が一般に行はれ獨立したる原理を確立することは至難であらう。然らば、如何なる原動力又は原則が與へられたか。而して、それは如何なるものであつたか。之等を見出すが爲めには、吾々は專門家たる證人の場合を再び顧みなければならぬ。即ち一般知識事項 (matters of science) に於ける專門家證人は、これ迄は、單なる意見、即ち事實知識 (fact-knowledge) に基底を有せざる意見は、之を證據として認容し得ずと爲す原理に對する例外として、一般に容認せられてゐたところであることは、既に說明した如くである。

專門家證人が其意見を求められる〻場合に於て、第一に考へらる〻ことは、この種證人と陪審員との區別である。換言すれば、之等兩者間に果して區別が存するや否やの問題である。例へば、こゝに何等の事實を有せざる者があり、この者が自己の意見を陳述しようとする場合、それは合議の爲め退廷したる陪審員が、他の陪審員に對し其意見を求むる場合と少しも變らないのではあるまいか。何故に、專門家證人は陪審員と殆んど同樣なることを爲し得るのであらうか。既に十二人の陪審員が其意見を供するために選ばれてをるのに、その上更に、かゝる專門家證人の意見を聞く爲めに、時間の浪費を敢てするのであらうか。この問題に對しては、たゞ一つの理由があるとされるのである。即ち、この種の證人は、陪審員が眞に其意見に依つて援助せらるゝ如き人であると云ふのがそれである。

一七〇〇年代の初葉に於ける二つの事件に於ては、かゝる意見的證言に對する反對もなく、又之を證據として排除しようと云ふこともなかつた。マンスフィールドでさへ、たゞかゝる證言に對しては、陪審員は之を顧慮すべきではないと云つてをるだけである。從つて、この時代に至るまでは、意見證據に反對なる規則と云ふものはなかつたのであるが、或種の規則に對する理由が漸次認識されるやうになつたばかりである。而して、一八〇〇年代の初葉に至つて始めて、イギリス裁判官が新なる獨立せる規則を設け、意見證據に適用することゝなつたのを見るのであつて、其適用の根據は個人的知識の缺如と云ふことではなく、陪審員に對する援助として、それは冗物なりとするところにあつたのである。ところが、一八二四年に至つて、スターキー（Starkie）は陪審員と專門家證人との區別を一般に論結して、次の如く述べたのである。即ち、陪審員は事實に付て自ら判斷しなければならぬのである。然るに、何等個人的知識なき證人の證言は、問題が利用し得べき特殊の熟練と知識とを必要とすることに依據してをる場合は常に、之を認容することが出來るのである。

このことは係爭事項に付き個人的には何等の知覺なき專門家證人の意見を聞くことに對する、根據として目さるゝのであるが、それは、間も無く特にアメリカに於て發達したる、新たにして廣汎なる原理に對する理由として、役立つことゝなつたのである。イギリスの著者及び裁判官並に初期のアメリカの裁判官等は、彼等が所謂單なる意見を輕視した場合、事實知識（fact-knowledge）を有し、之に基く意見又は推斷を其證言中に包含するが如き、普通の證人のことは考へてゐなかつたのである。ところが、輕卒なる用法に依り、「意見は證據に非ず」と云ふ言葉が行はれるやうになると、事實知識を有せざる專門家證人に對して先きに確立したる區別は、直ちに擴大せられ、事實知識を有する普通證人に適用されることゝなり、而して、意見は一般的に證據に非ずとする、新にして廣汎なる理念を支持するに至つたのである。Beckwith v. Sydebotham 事件（1807）, 1 Camp. 116.）に於て、或る供述書の陳述に基き、果して船舶が耐航性ありや否やに付き意見を供述する爲めに、船舶檢査員（ship-surveyors）が呼出されたのであつたが、この場合、Garrow は之に反對して曰

く、「それは若し事實が保障するならば、陪審員が爲すべき推斷である」と。之即ちガーローが右事件に於て、前述の區別を示したものである。そこで、例へば、普通證人にして事實知識を有する者が、之等事實を陪審員に提示し、然る後、當時爲された如く、其事實に基き、彼の推斷、結論又は意見を附加せんとしたる場合に於ては、この意見乃至推斷を排斥するが爲めに、同樣なる判斷又は區別が行はるべきことは明かなるところである。何となれば、事實は既に證人に依つて陪審員に提示されてをるのである。しかも、陪審員は證人と同樣に前示の如き推斷を爲し得る能力があるからである。このことは、今日に於ては、別に珍しからざるところであるが、意見則に付ての沿革の說明は、之を以て當時、即ち一八二〇年乃至四〇年代に於ては、新しき理論とするのである。ところが、この結果として、最も重要なることは、一擊の下に普通證人の意見的證言の大部分が葬去られたことである。それは恰も樹木の枯枝が一擊の下に切落されたかの觀があるとされる。しかも其枝の健全なることは、今まで殆んど疑はれてゐなかつたのである。

なほこの擴張は、極めて論理的であり、又理論上正當なものであるが、實際上に於ては有害のものであるけれども、之は特にアメリカに於て發展したる原理であることは注意すべきである。イギリスに於ては、それは重要なる程度にまでは發展しなかつた。即ち、テーラーの說明するところに依れば、「或特殊の問題に付ては、積極的な又直接の證據を得ることは屢々不可能となる。そこで、かゝる場合に於ては、證人は彼の確信又は意見に付き證言することを許されるのであるし又他の事實から問題たる事實に關し、推斷を爲すことさへも許されるのである。但之等他の事實は證人が親しく知覺したものでなければならぬ」とされてをる(Taylor, 2, § 1416)。之は普通證人の意見を禁止するものでは、殆んどないことを示してゐるのである。斯の如くして、イギリスに於ては、意見則は事實を知覺する證人 (fact-witness) が、陪審員の面前に提示した事實から爲したる推斷を排除するものであると考へらるゝ傾向を示す判決は無いやうである。先きに一言したこの區別、即ち判斷の標準をば普通證人に及ぼした、廣汎にして論理的擴張と云ふことは、アメリカ法曹會に於けるが如く、

イギリス法曹會に於ては決して珍しからざるものではなかつたのである。精神障碍又は價値(value)等の如き問題に付ての、普通證人の意見に關する非常なる論爭が、アメリカ裁判所を騷がしたのであるが、かゝる論爭はイギリス法曹會に於ては夢想だにせざりしところであつた。かゝるイギリスの保守的態度は、多くの判例に依り之を知ることが出來るのであるが、固より個人的見解として、意見則を普通證人に對して擴張すべきことを强く主張する者があつても (Coleridge, J. in Wright v. Tatham [1838], 5 Cl. & F. 690)、それは孤立的見解たるのみならず、かゝる見解それ自身が、其當時の實務上實際に行はるゝところは、かゝる裁判上の暗示に反するものなることを、示すものであるとされるのである。兎に角、全體から云へば、自らの觀察を基底として供述する、普通證人の推斷に對し、排除的原理を擴張適用することは、一種の變革又は新なる制度と目されたのであつて、それは一八〇〇年代以前に於ては、イギリスに於て起らなかつたものであり、又正統派的地位を占めなかつたものと云へるのである。

以上說述したるところを要約すれば、次の如くになるであらう。即ち、

(一) 單なる意見 (mere opinion) に對する本來の、而して又正統派的反對は左の點に在る。

イ かゝる意見は、何等個人的知識を有せざる者の、推測 (guess) に外ならない。

ロ 專門家の單なる意見は、必要的例外として認容せらるゝのである。

(二) 其後の而して又變更された理論は、左の如くである。

イ 陪審員並に證人の兩者に依り、推斷及び結論が爲さるゝ場合に於ては、證人は不必要のものとなる。かくして、專門家の意見は、專門家の練達又は熟練の程度が、陪審員のそれよりも大なる場合に於て、又大なりと云ふ理由に依り、認容せらるゝことゝなるのである。

ロ 一方普通證人の意見は、其事實をして陪審員がこの普通證人の如く、推斷を爲し得るやうに供述し得ない場合に

於て、又かゝる理由に依り、認容せらるゝことゝなるのである。

そこで、この意見證據に對する反對に付き新舊兩者を對比して見ると次の如くである、即ち、

第一に最初の反對、即ち古い時代の反對は、(一)個人的觀察を必要とする、證言的制限の問題であつた。而して、古い意味に於ける「意見」、即ち「單なる意見」は推測(guess)に外ならなかつた。換言すれば、十分なる理由のない確信、即ち一つの信念であつたのである。

第二に近世の反對、即ち新しい反對は、證言の不必要、即ち餘計もの(superfluity)であると云ふことに付ての政策の考慮である。而して、近世の意義に於ける意見は、觀察し傳達し得べき既知事實又は事項からの推斷であるのである。

なほ意見則それ自體に付ては、之に付き他の機會に於て別に詳論したい考へである。

新法の下に證據として提出することを求めらるゝ陳述にして、其陳述者に偏頗又は偏見が存する事實上の虞ある場合に於ては、裁判官は新法第一條第二項に依り有する自由裁量權、即ち陳述者をして出廷することを免除し、又は反訊問に服することを免除する權能を行使しないであらう。新法第一條第一項但書に依り、法律上其出廷を免除される場合は屢起ることはあるまい。而して、陪審事件に於ては、裁判官は新法第一條第五項に依りて與へられたる自由裁量權を行使し、以て其陳述を排斥するのが最上であると考へるであらうし、又、陪審事件に非る事件に於ては、かゝる陳述は大したる價値なきもの、又は全然價値なきものと看做すであらう。

八

新法第一條第五項に於ては、「訴訟が陪審を以て行はるゝ場合に於て、裁判所が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ひる理由あるときは、本條所定の條件を具備するに拘らず、裁判所は其自由裁量に從ひ、かゝる陳述を拒絶することを得」と規定されてをるのであるが、之は新法第一條に依り正に認容し得べき陳述が、かゝる陳述に對し何等の價値をも附し得ざるが如き性質の狀況の下に於て、爲されるやうな場合の存することを考慮したからである。かゝる場合に於ては、裁判所は、かゝる陳述を陪審員に示し、又は之を陪審員に對し讀聞かせることを拒絶し得るのである。然らば、かゝる理由に依り、陳述が果して排除せらるべきものなりや否やを決定するが爲めには、裁判所は、必要の場合に於ては、自ら陳述を包含する文書を調査するのであるが、第一條に依り當該陳述を認容すべきや否やを決するが爲めには、裁判所は「陳述が包含せらるゝ文書の形式又は內容より相當なる推斷を爲す」(第一條第五項)權能を有するのである。

更に、陪審員と裁判官とを比較して見るに、特定の證據に對し附せらるべき價値の評價に付ては、陪審員は裁判官よりも、其經驗に於て遙かに劣るものと云はねばならぬ。そこで、かゝる文書を陪審員に讀聞かせることに依りて生ずる弊害は、右文書の證據力を遙かに凌ぐものがあるであらう。

のみならず、裁判官は訴訟當事者の一方が欲してをる反訊問の機會を省略するが如きは、好んで行はざるところであると云ふべきである。そこで、新法は右に述べたるが如き狀況の下に於ては、陳述を證據として全然拒絶し得るの自量裁量權を裁判所に付與した譯であるが、之に依りて、第一條に依り認容し得る證據に關し、權利濫用の危險除去の爲めに權限を與へたことゝなるのである。

九

新法第二條は陳述に對し附せらるべき價値に付ての、自由量權に關するものである。

先づ同條第一項は「本法に依り證據として認容せらるゝ陳述に附せらるべき價値——若し有りとすれば——を評價する上に於ては、陳述の正確其他に付き適當に行はれ得べき推斷が爲さるゝ總ての事情に對し考慮を爲すべし。特に陳述が陳述せられたる事實の發生及び存在と同時に爲されたるや否やの問題及び陳述者が事實を隱匿し又は不實の陳述を爲す動機を有したるや否やの問題を考慮すべし」と規定されてゐる。

この規定は極めて常識的のものであつて、苟も相當經驗ある裁判官ならば、かゝる規定の精神は常に之を考慮するところであり、從つて、特にかゝる規定を設けなくとも、規定あると同樣の效果を收めることが出來るであらう。然らば、何故にかくも明白なる內容の規定を設けたのであるか。

それは後進年少の裁判官達及び素人たる仲裁人に對する指針たらしめんとの法意に外ならぬのである。而して、之等の者は今や新法の制定に依り、各種の文書を取扱はねばならぬし、又之等文書と雖も各々其證據價値に付ては多種多樣であるから、始めての經驗として之等に對する用意がなければならぬ次第であるが、それには右第一項は、大いに其存在理由あるものと云はねばならぬ。第二條第一項は、他面から考察すれば、證據は時としては餘り價値を有することがない場合、又は全然價値を有せざる場合等のあることを認めてをるものであると云へるのである。而して、かゝる場合に於て陪審裁判なるときは、裁判官は第一條第五項の下に付與せられたる自由裁量權を行使し、以て陳述を證據として拒絕することあるべきは疑の存せざるところである。陳述の正確なるべきことに付ては、陳述は之に依りて取扱はれる事項に付き、親しく知覺すること、即ち個人的知識を有する者に依つて爲されねばならぬ。然らざれば、陳述は證據として認容することを得ないのである。勿論、之に對しては第一條第一項第一號(b)の例外あることに注意すべきである。

陳述者が呼出されたる場合に於ては、從來通り裁判所は、證人席に於ける彼の態度を觀察し、以て彼が事件又は事項を記載する上に於て恐らく用ふべきであらうとされる注意の程度に付て、其意見を定めなければならぬ。若し陳述者が呼出されない場合に於ては、文書の內面的證據に基き、裁

判所は出來得る限りの、最善の意見を定めなければならぬのである。かゝる次第であるから、相當の能力ある者（reasonable competence）ならば何人と雖も注意せねばならぬ事項に付き、其陳述をなさゞるが如き、或は又、極めて異常なる事項を、恰も當然の事柄であるかの如くに記載するが如きは、孰れも陳述者の注意能力を疑はるゝ重大なる原因を爲すものと云はねばならぬ。

次に、證據價値の問題と義務履行上の陳述及び公文書中の陳述等との關係に付て聊か考察をして見たいと思ふ。

第一に義務履行上の陳述に付き觀察する。之に付ては既に說明したるところであるが（本誌第一七卷第四號一三八頁、同第一八卷第一號三頁）、かゝる陳述が證據として認容せらるゝが爲めには、陳述者の死亡、陳述は事實と同時なることゝ云ふことが、舊法上其要件を爲してゐたことも亦先きに說明した如くである（本誌第一八卷第一號三頁）。ところが、新法の下に於ては、陳述者の死亡と云ふことは要件を爲さない（第一條第一項第二號、第二項）。のみならず、文書中の陳述を認容すべきや否やを決するが爲めには、其陳述が義務履行上に於て爲されたるものなるや否やの問題も亦、之を考慮するの必要はなく、それはたゞ信憑力の問題としてのみ考慮せらるべきであるが、陳述が他人の報告に基き爲されたるものであつて、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場合に限り、認容せらるべきものと云は

ねばならない（第一條第一項第一號(b)）。之等の點に付ても既に論述したところである（本誌第一八卷第二號五五頁、五六頁）。次に、陳述は事實と同時なることを要すと云ふ點に付てはどうか。新法に於てはこの點に付ても何等の規定を設けてゐないのであるから、この要件も亦必要としないものであると云はねばならぬ。たゞ、それは證據としてのかゝる陳述に附せらるべき、價値の問題となることは明かである（第二條第一項）。

新法に於ては、かくの如く、舊法に於ける要件を必要とせられないのではあるが、新法の適用範圍外のものは、固よりこの限りではない。即ち、新法はたゞ主として民事々件に於ける書面に依る陳述のみに適用があるのであるから、それ以外の陳述は新法とは關係なく認容せらるべきものであつて、之等の認容性は依然として重要なるものであることは勿論である。

第二に公文書中の陳述に付て觀察する。之に付ても亦既に說明したところである（本誌第一七卷第四號一四〇頁、一四三頁、同第一八卷第二號六五頁以下）。公文書中の陳述に付き、舊法に於ては、かゝる陳述の記載は速かに爲さるべく、然らざれば少くとも、其信憑力（credibility）を害せざる程度の期間內に之を爲すべきものであるとされてゐたのである。從つて、事件發生後一年以上經過したるときに於て爲されたる記載の如きは、之を證據として認容することを得ないとされたのであつた（Doe v. Bary [1828], 8 B. & C. 813; Farrell v. Maguire [1841], 3 Ir. L. R. 187.）(1)。要するに、公文書の記載は適當なる時に於て（in proper time）、適當なる者に依り爲されねばなら

ぬのである。ところが、新法はかゝる記載は事實と同時に爲さるべきことを特に要求してはをらぬし、又適當なる時と云ふことも殊更規定してゐないのである。從つて、事實の發生と記載との間に相當期間が經過することがあつても、之を以て直に認容し得ないことゝなる譯ではあるまいが、しかし、多くの場合に於ては、記載は兎に角相當の敏速を以て行はるべきであると解せらるゝことは既に述べた如くであるから（本誌第一七卷第四號一一四頁）、理論上は事件發生後久しく經過して記載されたる陳述は、之が爲めに認容し得ざることはないと云ふことになるにしても、實際上に於ては、著しく長期間を經過して記載することは、餘り起らないのではあるまいかと考へらるゝのである。勿論經過したる期間の長短は、新法の下に於ては、たゞ證據價値の問題に過ぎざることは、第一の場合と異るところはないのである（第二條第一項）。

第三に事實の隱匿及び不實の陳述に付て觀察する。新法に依れば、事實の隱匿又は不實の陳述等に付ての動機の存在は、縱令それが如何程大なるものであつたにせよ、それのみを以てしては、たゞ證據價値の問題たることは前兩者と異るところはないのであつて（第一條第一項）、陳述の認容を阻止するものとなることはないのである。

要之、新法は陳述せられたる事實の發生又は存在と、陳述とが同時なるべきことに付ては何等の

規定を有せざるが故に、同時なるざることは認容性には毫も影響を及ぼすものではないが、陳述の信憑力に付ては、之を減少することゝなる譯である。而して又、陳述者に事實を隱匿し、若くは之に付き不實の陳述を爲すべき動機の存在することに付ても亦同樣である。從つて、例へば商人が自己の有する債權を、明かにする目的を以て爲したる記載の如きは、之を證據として認容することは差支ないのであるが、この場合、債務者に依つて提出せられたる之と反對の證據が存在するときは、先きの商人たる債權者の記載に對しては、餘り其價値を認むることを得ないことゝなる(Wills, p. 435.)。

(1) 一八三六年の Births, Marriages and Deaths Registration Act (6 & 7. Will. 4, c. 86.) 第三八條は一八七四年の Births and Deaths Registration Act (37 & 38 Vict. c. 88.) 第三八條に依り修正されたが、同條には次の如き規定がある。即ち、

"When more than three months have intervened between the day of the birth and the day of the registration of the birth of any child, the entry or certified copy of the entry made after the commencement of this Act of the birth of such child in a register under the Births and Deaths Registration Acts, 1836 to 1874, or in a certified copy of such a register, shall not be evidence of such birth, unless such entry purports, (a) if it appear that not more than twelve month have so intervened, to be signed by the superintendent registrar as well as by the registrar, or, b) if more than twelve months have so intervened, to have been made with the authority of the

Registrar-General, and in accordance with the prescribed rules. When more than twelve months have intervened between the day of a death or the finding of a dead body and the day of the registration of the death or the finding of such body, the entry or certified copy of the entry made after the commencement of this Act of a death in a register under the Births and Deaths Registration Acts, 1836 to 1874, or in a certified copy of such register, shall not be evidence of such death, unless such entry purports to have been made with the authority of the Registrar-General, and in accordance with the prescribed rules"

斯の如く、事件發生と記載との間が、三ヶ月又は一二ヶ月以上のものは、證據として認容されぬ旨の、特別規定を設けた成文法もあるのである。

新法第二條第二項に於ては、法律上又は實務上、證據が更に他の證據に依り確證されることを必要とする場合に於ては、新法に依り證據として認容し得るものとされる陳述は、陳述者に依つて提出された證據の確證として取扱はれるものではない旨を規定してをるのである。之は從來既に「證人は自らを確證することを得ず」(a witness cannot corroborate himself)(R. v. Christie [1914], A. C. 545, 557; Owen v. Moberly [1900], 64 J. P. 88; Hodd'a v. Palfrey [1898], 56 S. J. 172.) と云ふやうな言葉で、漠然と表示されてゐた規則を解釋したものに外ならぬとされるのである。

元來この「證人は自らを確證することを得ず」と云ふのは、自己確證(self-corroboration)の問題で

ある。即ち、確證が法律上必要とせらるゝ場合に於ては、證人自身の證言とは別に、他の重要なる證據を要することは勿論のことである。しかし乍ら、證人として呼出されたると否とを問はず、或者の行動乃至陳述がそれ自身證據たる場合、例へばそれが所謂 res gesta の一部として、又は牽連關係（主たる事實、同一性、心理狀態等の立證及び當事者と事件との結合等に索連關係ある事實）あるものとしての場合の如きに於ては、右行動乃至陳述は彼の其後に於ける證言を確證若くは否認する爲めに、之を援用し得ること勿論である。故に、こゝ意味に於て、證人は自らを確證し得る（a witness may corroborate himself）と云ひ得る場合もあることになるのである（Milne v. Leisler [1862], 31 L. J. Ex. 257; 7 H. & N. 786; 8 Jur. 121; 5 L. T. 802; 10 W. R. 250; 126 R. R. 704; R. v. Fowkes [1856], Times, March 8; O'Gorman v. O'Gorman [1912], 56 S. J. 634.）。而して、證人の行動（conduct）は牽連關係を有せざる場合と雖も、時として其證言を確證するものとして認容することが出來るのである。例へば、專門家證人が自己の意見に基いて行爲したと云ふ事實の如きである（Stephenson v. Tyne Commrs. [1869], 17 W. R. 590.）。

しかし乍ら、法廷外に於ける陳述にして、それ自身では認容し得ざるものに關しては、特別の考究を要するのである。そこで、以前に於ては、證人が彼の法廷に於ける證言に類似する陳述を先きに爲したことがあると云ふ事實は、以て右證言を確證するものとして、常に之を立證することが出

來たのであつた(Lutterell v. Reynell [1670], Mod. 282, 283;)。ところが、後に至つて、この規則は變つたのであつた、現在に於てはかゝる證據は之を認容することを得ないものとなつたのである。この場合縱令其證言を確證するために、證人を直接訊問しても、又以前の矛盾したる陳述の證據に依り問責せられたる場合、其信用を回復する爲めに、證人を再訊問しても、更に又、他の證人の口から立證された場合であつても、孰れにしても、かゝる證據を認容することは出來なくなつたのである(R. v. Parker [1783], 3 Doug. 242; Coole v. Braham [1848], 18 L. J. Ex. 105, 106; R. v. Coyle [1855], 7 Cox 74; R. v. Coll [1889], 24 L. R. Ir. 522; R. v. Christie [1914], A. C. 545, 557, 567-8; Jones v. S. E. Ry. Co. [1918], 87 L. J. K. B. 775; Flanagan v. Fahy [1918], 2 Ir. R. 361, 381-2.)。

右の如き次第であるが、之に對しては次の如き例外が認められるのである。而して、この場合に於ては、主張されたる事實の眞實なることを立證するが爲めではなくして、たゞ證人は自身矛盾してゐないと云ふことを明かにする爲めである。

第一は證人が或陳述を虛構したと云ふ爲めに訴追せられたるが如き場合である。換言すれば、證人が例へば利害關係又は友情關係の如き動機から、虛僞の陳述を爲したと云ふので訴追せられたやうな場合に於ては、證人はかゝる動機の存在する以前に於て、既に同樣なる陳述を爲したことがあると云ふことを、證人自身又は證人から右陳述を聞きたる者に依つて、立證することを得るもので

あるとされるのである（R. v. Benjamin [1913], 8 Cr. App. R. 146; Flanagan v. Fahy, *supra*.）。

第二は強姦及び之と同様なる女子に對する犯罪の場合である。かゝる犯罪に對する訴追の場合に於ては、訴追者が右暴行ありし直後に於て其苦衷の陳述を爲したと云ふ事實は、其陳述の細目と共に、前示訴追者の證言を確證し、又かゝる暴行に對する被害者たる訴追者の同意ありたるものとする證據を否認する證據として認容することが出來るものである。總ての場合に於て、類似の陳述の證據（proof of similar statements）を認容した舊規則が變更されたとき、強姦の場合に於ける昔の實務上の慣行は變更せられたる規則に對する例外として殘ることゝなつたのである（Phipson, pp. 471, 472.）（1）。

自己確證に付ての說明は大體右の如き次第であるが、證人が其記憶力又は正確性（accuracy）に付き攻擊せられ爭はれたるが如き場合に於ては、證人は其證言を確證すべき記錄にして、彼自身に依りそれ以前に作成せられたるものを提出し、以て彼の證言を確證することを得るは固よりである。而して、法律上確證が要求せらるゝ場合に於ては、新法に依りて認容し得べき陳述は總て、陳述者以外の證人の證據に付て必要とせらるゝ確證となるものである（2）。しかし乍ら、之は陪審事件に於ては、かゝる書面上の證據即書證を、排除することに付ての裁判官の自由裁量權に從ふべきものである。たゞこゝに注意すべきことは、新法第一條に依り認容せられ得る陳述は、刑事訴訟に於ては

之を認容し得ざることである。從つて、私生子事件又は契約違反事件等に於ては、かゝる陳述は存在し得る餘地は餘りないであらうから、確證問題が生ずる主なる訴訟は、死者の財産即遺産に對する請求訴訟であると云はねばならぬのである。

（1）　强姦（rape）又は猥褻行爲（indecent assault）及び之等に類似の犯罪の場合に於ては、訴追者（prosecutrix or prosecutor）が暴行が行はれた後間もなく爲したる苦衷の陳述（complaint）は其陳述の細目と共に（尤もワートンは事件の詳細に付ての陳述は認容し得ないとしてゐる、Wharton 1, § 437.）、之を證據として認容することが出來るのは、本文に於て述べた如くである。而して、この場合、右陳述を證據として認容するのは、陳述事項の眞實なることを立證する爲めではなく、次の如き意味に於て之を認容するのである。即ち、

第一は訴追者の證言を確證する爲めである。尤も確證と云ふ點から考へるときは、何も强姦又は猥褻行爲にのみ限るべき理由はなからうと、ヒッパートは主張してをる。しかし、之は後にも説明する如く、主として沿革的理由から來てをるものと云はねばならぬ。

第二はかゝる暴行に對する同意の有無が問題となりたる場合に於ては、其同意のなかりしことを證明するためである。現在に於ては同意なりしことが抗辯と爲らざるときでも、なほかゝる陳述は之を認容し得るものとされるのである（R. v Kiddle [1901], 19 Cox 77.）。

苦衷の陳述はかくして認容せらるゝのであるが、それが苦衷の陳述なることは、訴追者又は其陳述が爲されたる者の、兩者孰れに依りても之を證明することが出來るのである（R. v. Osborne [1905], 1 K. B. 551; 74 L. J. K. B. 311; R.

v. Lillyman [1896], 2 Q. B. 167; 65 L. J. M. C. 195.)。而して、この苦衷の陳述は事件發生後間もなくであることを要するのは、前に一言した如くだが、それは事件發生後最初の機會（earliest opportunity）に爲すことを要すると云ふ意味である。從つて、例へば女子が其懷姙が極めて顯著なるに至つて始めて爲したる陳述の如きは、之を認容し得ないものとされたのである。蓋し、右の場合に於ける陳述は、かゝる狀態になる以前に爲し得べき性質のものであつたからである。換言すれば、それは事件發生後の最初の機會に於てゞなかつたからである（R. v. Whitehead [1929], 1 K. B. 99; 98 L. J. K. B. 67; 139 L. T. 640; 21 Cr. App. R. 28; 28 Cox C. C. 547; 92 J. P. 197; 27 L. G. R. 1.)（Phipson, pp. 110-112; Hibbert, p. 42; Taylor, 1, § 568.)。

次に、この苦衷陳述の規則の沿革に付て考察するに、之は昔は强姦の訴へに對する豫備行爲として、女子は犯人追呼を（hue and cry）爲さねばならなかつた。從つて、犯人は訴訟上の抗辯として、右犯人追呼の叫びがなされなかつたことを、主張することを許されたのである。ところが、其後に至つて、この强姦の訴（appeal of rape）と云ふことが餘り行はれないやうになつて來たのであるが、之に代つて、强姦は公訴狀（indictment）に基いて裁判が行はるゝやうになつた次第で、被害者たる女子はこの場合、證人として認容され得ることゝなつた。而して、證人たる右女子の證言は、彼女が苦衷陳述と犯人追跡（complaint and pursuit of the offender）を爲したることに依つて確證せられ、之を爲さゞることに依り確證せられぬことゝなるのである。このことは、事實上再び犯人の追呼を認めたものと云へるのである。この時代に於ては、證據法の發達は未だ幼稚であつたから、總ての證人の證言を確證することが一般に許されたのであつて、之は證人の以前の類似の陳述の立證に依つて行はれたのである（Lutterell v. Reynell [1677], 1 Mod. 282, 283.)。然るに、後に至つてこの規則は變更されたのである（R. v. Parker [1783], 3 Doug. 242.)。ところが、苦衷陳述はこの變更に對する例外として殘ることゝなつたのである（R. v. Osborne [1905], *supra*; Commonwealth v. Cleary [1898], 172 Mass.

175; 12 Harv. L. Rev. 453; 14 Am. L. Rev. 830.)。しかし乍ら、苦衷陳述の證明は、それが女子の證言に甚く限りに於ては、訴追者に對し特權として許さるゝものではなく、事件に對し實際上必要缺くべからざるものとして許さるゝのである。其理由は、かゝる訴追はそれが虛構せらるゝことの極めて容易であると云ふことゝ、かゝる訴追が遭遇することあるべき困難との爲めである。かくして、苦衷陳述の認容と云ふことは、强姦及び之に類する女子に對する犯罪の場合に特有なるものとなつたのである。更に又、强姦其他之に類する犯罪に付ては、他の特徵がある。例へば、被害者たる女子の訴追者に付き、其淫奔なる性質なることの立證を許すとか、又は訴追者と犯人又は其他の男子との間に存在する、不道德的關係の立證を許すとか云ふが如きはそれである (Phipson, p. 110; Stephen, p. 185 sqq.)。

苦衷陳述は强姦其他之に類する犯罪の場合に於てのみ、之を證據として認容し得るものなることは既に說明した如くである。しかし乍ら、かゝる證據は現在に於ては、男兒に對する猥褻行爲の場合に於ては、之を認容し得ることは確定せるところであるが、成熟せる男子に對する重大なる猥褻行爲に付ては、之を認容し得るや否や疑問とされるところである (R. v. Camelleri [1922], 2 K. B. 122.)。かゝる陳述は、縱令同意と云ふことが問題になつた場合と雖も、民事々件に於ては之を認容することを得ないものである。例へば、女子たる患者に對し其同意なくして、外科手術を行つたことに對する訴訟の場合の如きである (Beatty v. Cullingworth [1897], Times, Jan. 14; 60 J. P. 740.)。スティーヴンは、苦衷陳述は總ての犯罪に對し一樣に之を認めようとしてゐるのである (Stephen, art. 6.)。即ち彼に依れば、刑事々件に於ては犯罪が行はれたと云はるゝ人(即ち被害者)の行動、特に犯罪の直後彼が當然爲すであらうとされる人に對し、苦衷陳述は爭點と牽連關係を有するものであるが、其陳述の表現方法たる言葉は牽連關係を有せぬものであるとしてゐる。而して、之に對しては二個の例外を認めてゐる。即ち、

第一に强姦、其他女子或は兒童に對する性的犯罪の場合である。この場合に於ては苦衷陳述の表現方法たる言葉も、牽

連關係を有するものとされるのであるが、それは犯人の行動が右女子又は兒童に依り陳述せられたるところと、一致するものなることを明かにするものとしてゞある。

第二は猥褻行爲の場合である。重大なる猥褻行爲又は鷄姦が成熟せざる男子に行はれたる場合、其苦衷陳述の言葉は、かゝる犯人の行動は被害者に依つて陳述せられたるところと一致することを明かにするものとして、牽連關係あるものと考へらるゝのである。

スティーヴンは右の如く述べてをるのであるが、更に、性的犯罪以外の場合に於て爲されたる苦衷陳述の言葉は、如何なる目的の爲めにも之を認容し得ると云ふことは暗示されてをらぬところであるが、論理的には性的犯罪の場合に於ける苦衷陳述と、其他の犯罪、例へば攻擊罪 (assault) 又は强盜罪 (robbery) の如き場合に於ても苦衷陳述は恐らく爲さるゝところであらうから、之等の場合に於ける苦衷陳述とを、區別することは困難であるやうに思はれるとしてゐるのである (Stephen, p. 188.)。

苦衷陳述は事件發生後間もなく爲されたものでなければならぬことに付ては、既に屢述べた如くであるが、こゝに注意を要すべきことは、かゝる陳述は誘導的若くは誘發的又は威嚇的質問 (leading, inducing or intimidating questions) に因つて爲されたものであつてはならぬことである。換言すれば、苦衷陳述は自發的のものでなければならぬのである。從つて、例へば「甲がお前を攻擊したのか」又は「彼がお前に彼是云つたのか」などゝ問ふことは、孰れも誘導的質問たるの性質を有するものであるから、不適當であるとされるのである。しかし乍ら、「一體どうしたのか」「何故お前は泣いてゐるのか」と云ふやうな質問は誘導的性質を有してゐないものとされるのである (R. v. Osborne [1905], *supra*.)。ところが、女子が泣いてゐて、最初は話すことを拒んだ場合、餘りに追窮したゝめ遂に陳述を爲すに至つた如き場合に於ては、かゝる陳述は之を認容し得ないとされるのである (R. v. Norcott [1917], 1 K. B. 347.) (Phipson, p. 111; 峯岸、二九五頁以下

對照)。

(2) 裁判所は一人の證人の證言に基き、確證なき場合と雖も、裁判を爲し得べく、又正當に立證されたる書證ある場合には、かゝる證人の證言なくとも、之に基いて裁判を爲し得ると云ふのが一般的規則であると云はるゝのである。從つて、確證と云ふことは原則として之を必要とせぬものである。しかし乍ら、若し互に相反する證據が存在する場合に於ては、陪審員は、各證人の缺れを信用すべきであるかの問題、即ち各證人に對し與ふべき信用の程度を決定せねばならぬ。蓋し、一人の證人の證言は、多くの證人の證言よりも信憑し得べきことは往々存するからである。そこで、Ponderantur testes, non numerantur (證言は較量判斷せらるべく數へらるべきではない)と云はるゝのである。尤も右の法諺に於ては、testes よりも testimonia 又は probationes の方がより適當であると云はるゝ。何となれば、右の場合に於ては必しも口頭證據のみに限定されぬことは明かであるからである。故に、スコットランド法の書物には Testimonia ponderanda sunt, non numeranda (證據は較量判斷せらるべく、數へらるべきでない) とされてゐる (Best, § 596.)。要するに、證言に對し疑ふべき狀況の存する場合、又は證人が反訊問に於て反對せられたるが如き場合等に於ては、常に確證を必要とするものと云へるであらう。

然らば確證を要する場合には如何なるものがあるか。之を二つに分つことが出來る。即ち、成文法に依るものと、實務上の規則に依るものとがそれである (Phipson, p. 468; Phipson, Manual, p. 238; Cockle, 156)。

第一　成文法に依るもの　成文法に依つて確證が必要とされる場合、確證なきときは、事案は陪審員から撤回さるべきである (R. v. Baskerville [1916], 2 K. B. 658; R. v. Blatherwick [1911], 6 Cr. App. R. 281.)。そこで、成文法上確證が要求せらるゝものは次の如くである。

其一　一五五八年の Act of Supremacy (1 Eliz. c. 1.) の下に於ける犯罪(峯岸、一一頁)。

其二 一六九五年及び一七九五年の Treason Acts (7 & 8 Will. 3; 36 Geo. 3, c. 7)(峯岸、三一六頁、三一八頁(a)、一一頁)。

其三 一六九七年の Blasphemy Act (9 Will. 3, c. 35) の下に於ける犯罪(峯岸、一一頁)。

其四 一八四三年の Parliamentary Registration Act (6 & 7. Vict. c. 18) に依り、選擧に於ける詐稱(personation)(峯岸一一頁)。

其五 一八四五年の Bastardy Act (8 & 9 Vict. c. 10) 及び一八七二年の Bastardy Laws Amendment Act (35 & 36 Vict. c. 65)に依る、私生子の扶養命令に付てゝある。即ち、一八四五年法に依れば、私生子の母の證據は他の證言に依り、重要事項が確證されなければならぬのであり(同法第六條)、又一八七二年法に依れば、私生子の母の證據が重要事項に於て、裁判官の滿足するまで、他の證據に依り確證されたならば、右私生子の父と主張される者を其推定上の父(putative father)と判示することを得るのである(同法第四條)。

其六 一八六九年の Evidence Further Amendment Act (32 & 33 Vict. c. 68)に依る婚姻豫約不履行(峯岸、二〇頁)。

其七 一九三〇年の Poor Law Act (20 Geo. 5, c. 17) に依れば、貧民が定住 (residence) することに依り取得したと主張される受救場所 (settlement) に付ての移轉命令 (removal order) は、移轉せらるべき貧民の證據にして、治安判事が十分なりと思料する確證なくしては、付與されないのである(第九五條)。

其八 一八八五年の Criminal Law Amendment Act (48 & 49 Vict. c. 69) の下に於ける犯罪 (第二條、第三條)。

其九 一九一一年の Perjury Act (1 & 2 Geo. 5, c. 6) に依る、僞證及び僞證教唆(第一三條)

其一〇 一般に總ての犯罪に於て、訴追者の爲めの幼年者に依る宣誓せざる證據は之を確證することを要するもので

あゝ Children and Young Persons Act, 1933, 23 Geo. 5, c. 12, s. 38)。

成文法上確證を必要とする場合は右の如くであるが、其一乃至其四までは二人の證人を必要とすることが明示されてをるのである。而して、其他の場合、即ち其五から其一〇に至るまでの場合に於ては、たゞ確證を要するものとされてをるのであるから、確證の方法は必しも他の證人に依ることのみを必要とするものではなく、或は行動又或は自認、更に又狀況等に依るも妨げぬところである。要するに、如何なる確證に依るべきかは各場合に於ける事案の性質に從つて定るものであると云はねばならぬ。

前示一〇個の場合に於ては、確證は法律問題である。換言すれば、確證なければ各場合に於ける問題は法律上確定することを得ないものである。

第二　實務上の規則に依るもの　實務上の規則に依つて確證が必要とせらるゝ場合、確證なきときは、事案は陪審員より撤回せらるゝことなく、依然として陪審員に委ねらるゝのである。この點が成文法上確證が必要とせらるゝ場合と其趣を異にするのである (R. v. Baskerville [1916], *supra*; R. v. Blatherwick [1911], *supra*.)。而して、實務上の規則に依り確證を必要とすると云ふのは、念の爲め、又は愼重を期する爲め、裁判所が實務上確證を要求するに至つたものであつて、之には次の如きものがある。

其一　刑事々件に於ては共犯者の確證なき證據に依つて、有罪の宣告をされることはないのである。從つて、裁判官は陪審員に對し、かゝる確證なき證據に基き有罪の評決をなすべきでないことを說示すべきであるが、之は固より實務上かく定つてをるのであるから、かゝる說示ありたるにも拘らず有罪の評決を爲すことは、法律上は爲し得るものと云へるのであらうが、實際上はかゝることは行はれないであらう (R. v. Baskerville [1916], *supra*.)。

其二　遺產に對して權利を主張しようとする場合には、主張者の確證なき證據に基き、かゝる主張は一般には許されぬ

ところである。固よりこの場合に於ても、前の場合と同様、法律上は之を許さぬと云ふ規則は存在しない譯である（Beckett v. Ramsdale [1885], Ch. D. 117; 55 L. J. Ch. 241; 54 L. T. 222; 34 W. R. 127.）。

其三　離婚事件に於ては、裁判所は原告の確證なき證據に基き、行爲すべきでないと、一般にされてをるところである。しかし乍ら、之固より實務上の規則であることは前二者と異らない。從つて、若し原告の陳述するところが眞實であり、且つ原告、被告間に何等の共謀なきものと認めたる場合に於ては、裁判所は確證なき證據に基き行爲することを妨げるものではないとされるのである（Curtis v. Curtis [1905], 21 T. L. R. 676.）。

（未　完）