

Title	米國證據法の基本的特質 (一) : わが國と比照して
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1948
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.21, No.1 (1948. 1) ,p.26- 48
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19480120-0026">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19480120-0026</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.

## 米國證據法の基本的特質(一)

——わが國と比照して——

伊 東 乾

- 一、問題の所在
- 二、問題の周縁
- 三、證據法の意義と範圍
- 四、證據法の地位(以上本論)
- 五、一元の構成
- 六、陪審理制度
- 七、判例證據主義
- 八、決定序列主義
- 九、反對訊問
- 一〇、證據能力
- 一一、結 び

## 一 問題の所在

訴訟は、與へられた多様な條件の下に、具體的に妥當する法規範を判斷し、これを國家の權力を以て強制的に實現することによつて、理念態としての社會的調和生活への現實的な接近を志す一つの人間の努力の法制上の顯現である。個別的な訴訟は、確定手續について言ふならば、具體法の發見へ向つて凝集せられた一聯の人間行爲の有機的な連續であり、此の目標を志向して不斷に發展する目的的過程を形成する。かやうな過程は、集團的に見ても個別的に見ても、一面的な眞實の探究を許すものではなく、絶えず法價値の見地から嚴重な規制を受けて居らなければならぬ。従つて、具體法の判斷が、確定せられた事實の上に解釋せられた抽象法をたゞ當嵌めることによつて、三段論法の結論として自ら生産せられるとする考へ方は、訴訟の本質を距ること遠いものがある。法價値の判斷を離れた事實確定の段階といふものは、生命ある訴訟を分析する限り、何處にも存在してゐない。けれども、考察の便宜のために一應の抽象が許されるならば、手續過程 (Verfahrensreihe) と不可分になひませられた事物形成過程 (Sachgestaltbildung) (一)のうちには、事實形成と法形成との二つの側面を區別することが出来よう(二)。訴訟は飽くまでも法的制度であり、法的過程である。それは、赤裸々な眞實を露することを、必ずしも要求はしないのであるが、法の規律を受くべき對象の存在と、その對象が具體法の規制を受けることによつて法目的を妥當に實現し得るだけの資格の専有とは、訴訟の生命に不可欠の要件でなければならぬ。事實の確定が法の評價を離れては意味を持たないのと同様、法の判斷は、事實が與へられなければ成立することが出来ない。此の意味に於いて、事實確定の問題は法形成の重要性と並んで、等しく訴訟の死活を制する重要な要素であると言はなければならぬ。

事實の確定は、勿論、事實そのものではない。訴訟に現れる事實の、法の立場からする形成は、訴訟目的に照らして行はれる一つの事後的判断である。従つて、そこには、判断内容と客観的な事實内容との相應としての、判断の眞實性が、問題とせられなければならない。けれども、不眞實の可能性が論理的に絶対に否定せられると言ふことは、此の場合、不可能でもあり、不必要でもある(三)。要求せられるものは、數學的眞實 (mathematical truth) ではなくして、精神的確實性 (moral certainty) である(四)。さうして、與へられた事實について精神的確實性に到達することとは、第三者の判断たることを根本的な特性とする裁判の手續に於いては、自知力(五)によつて成就せられる僅少の範圍を除き、概ね、何らかの外在的資料に依存して下される判断の過程とならなければならない。歴史的發達の結果たる夫々の法的規制の下に於いて、證據の法學的概念は、今日、各國に於いて争の存する所であるが、その孰れの考へ方も、何らかの外在的資料に依存する第三者の判断といふ包括的な範疇を、その論理的淵源としてゐる點に相違はない。最も廣い意味に於いては、ここに既に證據による裁判と言ふことが考へられるのであり、これを規制する法規範を一應總て「證據法」と名付けることが出来る。

證據、従つて證據法の、右のやうな規定は、個別的な各國家の法體系にとつては不當に廣汎に過ぎ、明かに不正確である。けれども、一國家の法秩序の内部に於いてその解釋學的な定義を試みるのではなく、發達の經路と根柢的な考へ方とを異にする二つの法域に跨つて、その對照を企てるときは、もはや之以上の制限を加へることが出来ない。專斷的な制限は、始から、到達せらるべき結論を、恣に色彩づけてしまふからである。嘗てジェレミイ・ベンサムが、「……證據とは、何か他の事實、その存在が確立せられるならば一定の効果を伴ふ裁判がそれによつて裁判官から求めらるべき何らかの事實の、存在について、裁判官の心中に説得力を生ぜしめる目的を以て提出せられ、裁判官に認

察せられることの期待せられる總ての事實に與へられる一般的名稱である」と規定したことがあり(六)。此の定義は、廣汎に失するものとして、後の學者の等しく痛撃する所となつた。我が國に於いても、峯岸治三博士は、ベンサム  
の論ずる所が「一方に於ては、證據價値の問題までも包含することになり、他方に於ては、裁判上の費用、訴訟の過  
越、公益と云ふやうな方面から考へて除外せらるべきものまでも包含することになる」と言つて(七)、之を非難して  
居られるのであるが、解釋としてではなく立法論として證據を論じたベンサムには、證據に關する當時のイギリス法  
體系よりは、寧ろ證據についての人間理性の作用そのものが問題であつたのであつて(八)、彼の考へた證據が法體系  
の教を破つた廣汎な概念として現れたことは、當然の成行きであつたと言はなければならぬ。わが國の證據法とアメ  
リカの證據法とは、その概念を異にする。少くともそのニュアンスは、始めから非常に異つてゐる。此の二つのもの  
を比較するには、一應個別法體系を離れた無色の地帯にまで降り立たなければならぬ。何らかの外在的資料に依存  
する第三者の事實判斷にして、訴訟過程の一面をなすものが、法の規制を受けるとき、そこに證據法が存在すると言  
ふことは、可成り大雑把な規定の仕方ではあるが、比較法學的課題にとつて致し方のない疏漏である。

本稿は、此の意味に於ける「證據法」の、北米合衆國に於ける顯現形態を、基本的な點について我が國のそれと對  
比して、その特質を明かにすることを目的とする。

(一) 手續過程と事物形成過程との分類は、假にザツアに従つた(W. Sauer: Grundlagen des Prozessrechts, Auf. 2, §  
7, I, S. III.)彼は獨り進行過程(Verfolgungslinie)と言ふものを擧げてゐるが、その當否に疑はれぬ。

(二) 「概念的な事物形成については、特に、事實の確定と法の評價との間に區別を設けることが出来る。」Sauer, § 11, A. I,  
S. 189.

(三) 同法資料二九五號ジータラスト民事訴訟に於ける證據法上の根本問題詳譯一四頁。

(四) 「事實の真相を識するを云ふことは、」醫學上の推理の必然的結果を承認すると云ふことは異なり、其の開程度の高低が存在し、その程度之最も高いものは精神的確實性である……」司法資料二六六號ウィルス情況證據の原理考、上一二頁。

(五) 自能力による判断といふ言ひ方は、極めて曖昧であつて、正確ではないと考へるが、姑く岡村輝彦「英國證據法」再版二頁、二六頁、に従ふ。

(六) J. Bentham: Rationale of Judicial Evidence, Bowring's ed., vol. VI, p. 208. (J. H. Wigmore: A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law, 3 ed. 1940, vol. I, p. 4. (引用による))。

(七) 法律治三「イギリス證據法研究」三九頁。

(八) 「九世紀初頭の法は」當然のことではあるが、單に受繼いだもめ、傳統的のもの、と言ふだけのもの、ちんちくりんなつて、すり切れたものを、多く含んでゐた。これら總てに明かな理由を與へる努力こそ、不十分な理由をペンクさせ、矛盾する理由を申辯しにすることを比較的容易ならしめたのである。これがヘンサム<sup>1)</sup>の使命となつた。J. Wigmore, Treatise, 3 ed. vol. I, p. 289. ヘンサムが證言メーターを提唱したことは、よく知れた話である(岡村三一頁)。なほ岡村四七頁参照。

## 二、問題の周縁

北米合衆國の證據法が日本の證據法と比較せられた場合の基本的特質如何といふ問ひ方は、實は極めて多様の問題を包含し、豫め此處に本稿の範圍を限定して、その意圖を明瞭ならしめると共に、隣接の問題との接觸を明かにして置きたい。

(一) 第一に、比較の基準とせられるものは、我が國の(現行の)證據法である。元來我が國の訴訟法典は、主としてドイツ法を繼受して制定せられたものである(九)。従つて、我が國の學說と言ふものも、概ね、ドイツ訴訟法學のそれを移植したものと見て差支へない。證據法の分野に於いても、取調方法の概要・自由心證主義・證據必要の大綱等、主要な部分の制度と理論とは、全く兩者相一致するのを見る。勿論、個々の點に至つては、必ずしも同じで

はないのであつて、例へば證人の訊問につき『宣誓は訊問の後に行はれる』と規定する獨民訴三九二條は、わが國の訊問前宣誓を原則とする建前(民訴二八五條)と注意すべき相違を示してゐる。また刑事について我が國の學説は、民事に於けるとは異り、裁判所に顯著な事實にも證據が必要であると解釋し、従つて、之と公知の事實とを區別するのが、通説であるが、ドイツでは、裁判所に顯著な事實についての要證性に争があり、これと公知の事實とを區別しない傾向がある(一〇)。斯やうな差異は決して少くはないのであるが、而も、基本的な構造に於いては、少くとも證據法に關する限り、兩者全く同型のものと言ふことが出来ようかと思ふ。更に遡れば、ドイツの訴訟法典は、フランスその他の主要諸國と共に、所謂ローマ法の繼受にその源頭を見出すものである(一一)。其處にヨーロッパの大陸諸國の法制が大陸法系として一括せられる所以があり、たとへばフランスの刑事訴訟法が一八世紀の末にイギリスの法制を輸入した(一二)と言つても、イギリス證據法の基底を支へる判例法主義は歴史を異にするフランスには竟に繼受せられ得なかつたのであつて、基本の構造に關する限り、ドイツの證據法について言ひ得ることは、概ね、大陸法系證據法の一般について亦言ひ得る所である。けれども、一般化は危険を含む。我々は、我國法を基準とする對照が、實は多くドイツ人の眼を借りてする比較に外ならず、結果としては大陸法を基準とする對照にまで類推せられ得るものと豫想しなければならぬけれども、本稿は、他の大陸系諸法と一致するとしないとを顧慮することなく、對照の基準を何處までもわが日本の證據法に限り、これのみを考へて行く。

(二) 第二に、比較の對象とせられるものは、北米合衆國の證據法である。これについて注意せらるべき點が二つある。

1. 先づ、一口に合衆國の證據法と言つても、それが決して一つの體系を指すものではないと言ふことである。聯

邦と各州とはそれぞれ獨立の證據法を有し、斯くて先づ四九種の體系を區別しなければならぬ。けれども、合衆國の證據法と呼ばれるものは、これに盡きるものではない。アラスカ及ハワイの二領土、コロムビア地區、合衆國支那裁判所、領事各裁判所、及び、フェルト・リコ、フィリピン群島、運河地帯、ヴァージン群島と言つた屬領若くは租借地が、夫々獨立の法域を構成し、夫々獨立の證據法を有してゐるのである。殊にルイジアナ州、フェルト・リコ、フィリピン群島、運河地帯の四法域は、元來大陸法系の法組織を採用してゐるものであつて、今日なほ證據法の上にもその痕跡を幾多とゞめてゐると言はれる(一三)。米國には、ウイグモアの言ふやうに「法としての證據規則の、單一の統一的な系統は、決して存在してゐない」のである(一四)。此等の多數の法體系を悉く比較の對象に置くことは、餘りにも困難な問題であると共に、縱へ成就せられたとしても、如何程の價值あるものか疑はしい。幸にして聯邦を殆ど大部分の法域は、英米法と總稱せられる同種の構成を採用し、些細な諸點に於いて相違し乍らも、その基本的構成を同じうする。勿論、ニューヨーク州の如き進歩的な傾向を有する國家が、法典を整備し歴史よりも理性を尊重して目覺ましい脱皮を遂行しつゝある動向は、他州との間の些細な相違と言去ることは出來ないのであるが、而もなほ資本法との間の相違に比べては、決して基本的な相違とは言ひ得ない。大陸法の系統を引く諸法域は、合衆國の極めて小部分に限られ、それも次第に諸州の法と足並みを揃へる傾向にあると言はれる(一五)のであるから、例外の現象と考へれば足るであらう。アメリカ人自身も此等の證據法に全部通曉することを必要と認めることなく、教科書風の著作はすべて、明示若くは默示の約束を以て、聯邦と主要諸州とのみに限つて論述するのを常とする(一六)。我々が對象として北米合衆國の證據法と言ふものも、英米法系統に屬する諸法域に普遍的若くは有力に妥當する法規範によつて構成せられた言はゞ抽象的な體系を想定するのである。



2. 米國の法體系は、オーストラリア、カナダ等と共に、イングランド・アイルランド法の生みの子であつて（一七）、殊に證據法については「多數の細目を離れて考へるならば、英法の、アメリカに於いて最も多く手を附けられず維持せられてゐる部分」であらう、と言はれてゐる（一八）。けれども、イギリス法とアメリカ法との間には、極めて注意すべき根本態度の相違がある。大陸法から英米法を區別する根源的な特質は、判例に強力な拘束性を認め判例法を第一次の法源として扱ふ判例法主義にある（一九）。英米法の諸特性は、よい意味に於いても、悪い意味に於いても、殆ど總て是にその源を發するものである。然るに、アメリカに於いては此の理論は、イギリスに於けるやうに嚴格には固守せられてゐないばかりか、今世紀に入つてからは「判事の態度も法の變化性を高調する傾向が相當つよく學者の説にも判例拘束性についての懐疑的傾向が著しい」（二〇）。イギリスの貴族院（House of Lords）が過去に於ける自己の判例を變更（to overrule itself）することが出来ないとせられるに對して、アメリカの聯邦最高裁判所（Supreme Court of the U. S.）に斯かる制約のな（二一）と（二二）も、その制度的な現れであるが、「判例の拘束性よりもむしろ判例の合理性に注意をむける」（二三）は、實にアメリカ法の英米法的性格そのものへの脅威であると言はなければならない。此の問題の研究は、廣くアメリカ法一般とイギリス法一般との比較を重要な要請とするものであるが、證據法にとつてもそれは重大な意味を持つ。後に述べるやうに、アメリカ法に於ける規制證據主義（私の論題——第七節に説明する）には、此の點に起因する、意味の特異性を認めなければならない。些細の點に至つても、美國民の保守的色彩と美國民の進取的色彩とは、歴史的條件の相違と相俟つて、少なからず個々の證據規則に相違を來せしめてゐる。例へば、甲證人の性格（character）を證明する手段として、イギリスは、甲の性格に關する乙、丙、丁等の個人的知識（personal knowledge）を正統的なものと考へ、元來甲の性格に關する評判（reputation）の

證明を許さなかつたものであるが(二三)、アメリカでは、當初から評判證據のみを以て之を證明することを原則としてゐる(二四)。最近になつてイギリスに於いても、評判證據を許容するに傾いてゐるが、なほ之を正統的方法と考へない點に於いて、アメリカと異なる(二五)。また、被告人の自白 (confession) が確證 (corroboration) なくして充分であるかの問題について、イギリスの法は、『不幸にも曖昧の状態にあり』(二六)、殺人事件の場合を除いては、なほ態度が決定してゐない(二七)。イギリス法の此の状態を前にして、アメリカは獨自の決定を行ひ、僅少の例外を除いては、各地域とも確證を必要とするに一致し、既に進んでその程度が問題となつてゐる(二八)(二九)。斯うして、イギリス法とアメリカ法との相違は、理論的にも實際的にも、極めて重要なものがあると言はなければならぬのである。現行の法制としてはなほかつ同種の系統に屬すること疑なく、少もとも靜態的には、證據法の基本原則は殆ど同一に歸する。アメリカ法の解明は、廻ればイギリス法の検討であり、これを通して英米法系一般の特質を窺ふことも難しげことではなからうと思はれる。けれども我々は、此處でも一般化を避ける。本稿の對象は前段所述の意味に於ける北米合衆國の證據法に限られ、イギリス法と一致するや否やは原則として無視せられる。

(三) 第三に、比較の範圍は、證據法一般の基本的差異の解明を限界とする。アメリカ法の紹介と研究とは、今なほ我々にとつて、架橋せられない彼岸へ一氣に跳越えなければならぬ不安を、解消するまでに行つてゐない。法源理論に於いて極めて一般的に検討せられ或は自白・推定・状況證據等個々の問題について特殊的に研究せられるアメリカ法の特質は、その我が國法との差異を解明することによつて、跳越えなければならぬ溝に橋を架けるに役立たうとしてゐる。證據法は、併し、かの國に於いて極めて尊重せられる部門であるに拘らず、恰度これだけを對象としてその差異を究明したものは、また之を發見することが出来ない。従來行はれたイギリス證據法の紹介は、意識的に

特質を抽出しようとはしなかつたのである。それより大きくも小さくもないアメリカ證據法の全體を對象として、そこから我々の證據法との差異を引出すことが、手を着けられてゐない仕事の一つになつてゐる。此の場合、注目せられる差異は、證據法の全體にとつて基本的な意味を持たなければならぬ。枝葉の比較に亘ることは、實際のない仕事を惹起し、必ずしも意味を持つものではない。我々自身が母國の證據法に意識的にそれだけの改造を加へ、以てアメリカ證據法に對する時に、個々の手續・規則・構造等の特質と動態とについて、飛躍し來つた不安なしに之を理解し得るだけの橋渡し。それが、理想的な意味に於いての、基本的差異の、範圍であり、要件である。勿論、法源論に於いて扱はれる一般的な指示は、始に豫定せられてゐなければならぬ。問題の範圍は、かやうな擴がりの法部門のかやうな程度の特質を抽出することを命ずる。さうして本稿は、かやうな方向への一つの捨石である。

(九) 民訴法典につき金子一『民事訴訟法概論』三七頁。刑訴法典についてはヨリ多くフランス法の影響を認むべきものとせられるが、寧ろそれはドイツ法を道しつと云ふに近い。小野清一郎『刑事訴訟法講義』全訂三版四四—四五頁。

(一〇) 關藤重光『刑事訴訟法概要』三五一—二頁。

(一一) 民訴法典につき中田淳一『獨逸民事訴訟法總則』外國法典叢書所收(1)一頁。刑訴法典につき小野二九頁。

(一二) 小野三六頁。

(一三) Wigmore: A Student's textbook of the Law of Evidence, 1935, Sec. 5, p. 15.

(一四) Wigmore, Textbook, p. 16.

(一五) 例へば、司法制度のシラブ、司法資料一三〇號オランダ米國裁判所の組織邦譯二八頁。

(一六) 例へば、W. P. Richardson: The Law of Evidence, 5 ed. 1936; Wigmore, Textbook.

(一七) 田中保太郎『英米法序説』外國法典叢書所收(1)一頁。

(一八) Adolf Hartmann: Die Strafrechtspflege in Amerika, 1906, S. 132, VII, 1.

(一九) 眞藤三『英法講義』第一卷增補版五二—三頁。

- (一〇) 前掲一二五頁。
- (一一) 前掲九九、一〇〇頁。
- (一二) 前掲一二六頁。
- (一三) Wigmore, Treatise, § 1982, Vol. 7, p. 147.
- (一四) Ibid., § 1985, Vol. 7, p. 168.
- (一五) Ibid., § 1982, Vol. 7, p. 161.
- (一六) Ibid., § 2070, Vol. 7, p. 398.
- (一七) Ibid., § 2070, Vol. 7, p. 395.
- (一八) Ibid., § 2071, Vol. 7, pp. 395-.
- (一九) 證據を必要とすると言ふことは我が新憲法三八條三項と同一ではない。

### 三 證據法の意義と範圍

(一) わが國に於いて、證據法と言ふ言葉は、それ程重要性を持つてゐない。證據に關する法規は、實體法典と訴訟法典とに分けて規定せられ、訴訟法典の證據に關する規定も一處に集められてゐるわけではない。時機に後れた證據の申出を民事裁判所が却下し得ること(民訴一三九條)は、證據の運用について極めて重要な規定であるに拘らず、一般化せられた形態を以て總則編中に掲出せられ、舉證責任の如きは、舉證の努力について忽せにすべからざる重大な点であるに拘らず、證據と題せられた條下には一つもその規定なく、訴訟法典の範圍をも逸出して、私法典の中に僅かに間接にその表現を見せてゐる(民一〇條・一八六條・商五二六條・等)に過ぎない。法典のかやうな状態に應じ、學問に於いても、證據法が獨立に論ぜられることは殆どない。訴訟法學者が主として訴訟法典中の證據法規を纏めて論ずる場合に時として證據法と題することがある(三〇)が、それは専ら便宜のためであつて、これに獨立の地位

を興へようとするものではない。嘗て松岡義正博士が『民事ノ證據ニ關スル法則』を綜合的に取扱つて一つの著作を著されたときにも、民事訴訟法の一部分といふ立場を貫かれて、終始「證據法」といふ文字を用ゐられることがなかつた。證據を貫く特殊の法則の存在することなく、主要な過程が擧げて裁判官の裁量と心證とに委ねられてゐる我が國法に於いて、法典として若くは學問の分野として、便宜以上の理由から、證據法を一箇に總括し、之に獨立の地位を與へる餘地と實益とは、差當つて發見出來ないであらう。

これに對し、米國法は、證據法を概ね常に一箇に總括し、法學上之に獨立の地位を與へてゐる。その全法體系中の地位については次節に之を論ずる。ここには證據法といふ一つの體系が存在するといふ事實に着目しよう。證據法(Law of Evidence)といふ文字は、米國の文献に於いて、豫め約束せられた或種の法集團を指すものとして、頻繁に用ゐられる。證據法のみを扱つた著書が、それだけで時には數卷に亘り乍ら、極めて多く刊行せられてゐる。法理學・刑法・契約法等の專攻者と言ふのと同じ意味で、證據法の專攻者と呼ばれる學者があり、ジョン・ウィグモアの如きはその最大の一人である。かやうな一箇の法集團の概念と限界とは、併し、米國に於いて通常規定せられてゐない。それは何であるか「規定する公式を作ることとは、大して實際的な重要性を持たない」(三一)。「法に於ける定義が危険であると言ふことは、法學史上早くから認められた公理である」(三二)。これが米國法學者の態度である。けれども、各種の著作が扱ふ内容は殆ど項目を同じうし、詳細と簡略との差異はあつても、廣狹の相違の存在しないのを見れば、證據法の概念が暗黙に承認せられた概念として存在してゐることを認めなければならぬ。

證據法の統一的形成——これが米國證據法の特質の第一である。

(二) 今かりに、日本の法規範から證據に關するものを抽出して、之を統一的に構成したとするならば、そこに成

立する證據法は、訴訟に於ける事實確定の性質・方法・手續・責任・及び保全に關する法であると、特色づけることが出来るであらう。時として爲される便宜的な證據法の命名も、かやうな法體系が可能であることを假定し、暗黙に之を豫想するものであると言ふことが出来る。松岡博士の「民事證據論」が、證據の意義・種類・及び目的物を扱ふ議論に大いので、舉證の責任・自由心證・證據手續・各個の證據方法・證據保全の五章を編成し、以て一書を纏めてゐるのは、わが國に於いて暗黙に想定せられた證據法の範圍をも同時に暗示するものである。

米國の證據法は、併し、その範圍に於いて稍これと異なるものであらう。リチャードソンは、ニューヨークの現行法を主として證據法を論述するに方つて、全體を二七の章に分ち、先づ各種の術語を説明した後、證據を要せぬ事實、關聯性から見た證據の種類・舉證責任・裁判所と陪審との職分・證據の排斥規則・證人の能力と訊問・書證の順を以て、並列的に各部を説明し、殊に排斥規則を十數章に亘つて詳論してゐる（三三）。その記述の順序がいかなる原理を以て擇ばれたものか、殆ど理解することが出来ないのであるが、米國證據法には殆ど公認せられた體系がなく、重要なトピック毎に一章を編成し、之を並列的に叙述するのが通常である。トムプキンズの如きも、全冊を五七章に分ち、リチャードソンとは全く異つた順序でトピックを並列する（三四）。例へばリチャードソンが物的證據を卷の始に配するに對して、トムプキンズは恰度中頃に置き、前者が続いて狀況證據を論ずるに對して、後者は、狀況證據と題する章を設けることなく、三ヶ所に之を分屬せしめる。斯やうな體系化の缺除には、之を困難ならしめる理由が見出せないわけではない。總ての證據法則が判例から成立してゐるために、その通讀が一日一〇〇頁讀むことによつて八年を要すであらう（三五）と言はれた判例集の洪水を前に、拂つただけが精一杯であらうことが、その一つであり、判例の成立してゐない事項については筆を省かなければならないことが、その二つである。此の後の點は、例之、甲が臨

終つては、回復の念慮を絶ちながら發言した事項は、一定の條件の下に、これを聽いた證人乙の證言によつて、證據を以て、原告若くは被告Xのために之を法廷に顯出し得る(三六)のであるが、Xの相手方Yは、甲の信用を害する目的を以て、甲が以前にこれと矛盾する陳述をなしたことがあることを證人丙によつて證明することが出来るか、と言ふ問題がある。聯邦の最高裁判所は一八七六年に之を肯定する判決をした。此のことを説明した後には、リチャードソンは、此の問題はまだ上告裁判所(ニューヨークの最高裁判所)に持出されたことがないのであるから、此の點に關するニ、*スミス*の法はなほ不確定である』と述べてゐる(三七)。斯やうにして、ニューヨークの證據法教科書は此の問題の記述を缺除することにならなければならぬ。かやうな事實が既に判例のあつた地域と比較して特に説明せられるべきならば、必ずしも要請せられてゐないのである。此の例について考へても、矛盾する宣言を證明することによつて宣言者乙が非難し得るかの問題は、理論上、ひとり臨終の宣言(vinc declaration)についてののみ生ずべき問題ではない。判例甲の宣言が、臨終に際して爲されたものでなく、健康な間に爲されたものであつても、それが甲の當時の金錢上の利害に關する内容を有する場合は、これを利益に反する宣言(declaration against interest)と稱し、同じく、一類の條件の下に、乙によつてXのために證言せられることが出来る(三八)。此の場合にも、Yが矛盾宣言の證明によつて甲の非難し得るか否か、が問はれなければならない筈であるが、同じ著者によつて此の方の説明が省かれてゐる(三九)は、専ら此の點について係争の問題が無かつた爲と考へる外ないであらう。體系化の困難は、かやうな資質の不揃ひが、*スミス*方に於いては、判例集の洪水とによるものであるが、米國人の實際的性格と相俟つて、ここに體系の缺點を顯し出してゐるのである。尤も、體系化の企が全く見られないわけではなく、かの大著及び教科書に於いて、*スミス*が著者は、夫々明快な分類を試みてゐる。一、如何なる事實が證據として提出せられ得るか、二、何人によつて

證據は提出せられなければならないか、三、何人に對して證據は提出せられなければならないか、四、證據を要しない命題は何か。これが大著の劈頭に彼の提出した問である。さうして、此の四つの問に對する四つの答が、第一編許容性・第二編舉證責任及び推定・第三編裁判所及び陪審・第四編證明不要事實の各編を成し、これを以て九卷の内容が構成せられてゐる。教科書の方は、右の第一編から證據に關する形式的手續と口頭證據規則とを抽出して二編を増し小部分に若干の順序變更を行つた上、大著の内容を簡約したものである。これらの體系的及び非體系的な著書を通じて兼攝はれてゐる範圍は略々同一であつて(四〇)、それは又われわれが我々の立場から想定する證據法の範圍に相當する。舉證責任・證據手續・證明の対象・證明不要事實等が當然にその範圍に入れられてゐると言ふことは、事實の性質上生じた歸結には相違ないが、完全に我々の想定に一致する。たゞ一つ疑問になるのは、證據保全法に對する米國法の態度である。米國法には、わが國の證據保全・ドイツの Beweissicherung に相當する術語が、今なほ成熟してゐない。證據保全の方法は、證據法の著作に於いて、事の序でに言及せられることあるに止まり、獨立に纏めて論ぜられることがないばかりか、教科書によつては、證據を保全する to secure and preserve evidence と言ふ言葉若くは之に相當する言葉が全巻を通じ一回として現れないものさへある。けれども、證言録取書 (deposition) の證言 (testimony) との關係は證據法を論ずる者の必ず取扱ふ所であり、證言録取書にはデ・ベネ・エッセ (de bene esse) と稱せられる證言保全の手段たる文書を包含する(四一)のであつて、少くとも或種の保全手續の効果だけは必ず取扱はれる題目であると言はなければならぬ。證據保全の内容方法は勿論わが法とは異なるものであるが、これを證據法外に懸置しなければならぬと見てゐるとは必ずしも考へられないのであつて、證據法の範圍としては、此の點に於いてもわが法と相應せざるには非ずと見るを妥當としよう。



かうして、證據法の範圍は、想定せられた我が證據法と、概ね相一致するのではあるか、併し、全く相一致するものではない。留意すべき點は二つある。その一つは、證據に關する各種の禁止規則を取扱ふ部面である。甲の觀察は、自身によつて法廷に提出せらるべく、甲の發言を乙が紹介することは原則として許されぬ。文書Aの内容を證明しようとする阿は、尤もな辯明の出來ない限り、必ずA文書そのものを提出すべきであつて、證人丁の證言その他の方法を證據として提出することは許されない。甲乙間の商議が證書Bの作成に到達したときは、甲も乙も、B證書の内容と異なる先行的商議を證據として法廷に提出してはならない。凡そ斯やうな多數の禁止規則と、殆ど無數のその例外とが、所謂證據規則 (rules of evidence) として、米國證據法の取扱ふべき重要な課題となつてゐる。事實認定に對する基本的態度の相違に基づいて、わが國に於いて構成せらるべき證據法は、かやうな規律の對象を持たず、従つてかやうな方向へその範圍を擴げることはないのである。留意すべき今一つの點は、禁反言原則を取扱ふ部面である。禁反言 (estoppel) の原則については、印度の證據法に規定せられる所が、最も包括的な規定として、理解に役立つであらう。一八七二年印度證據法の第一一五條は、「自己の陳述・行爲・又は不行爲により、故意に他人をして或る事實を眞實なりと信ぜしめ、又は斯く信することを放任し、且斯る信念に基き行爲するに至らしめたる者、及其の代表者は、其の者等と右の行爲を爲したる者又は其の代表者との間の訴訟に於て、右の事實の眞實なることを、否定することを得ず」と規定してゐる(四二)。此の原則の法理が實體法に論ぜらるべきであるが證據法に論ぜらるべきであるかは、學者の見解の岐れる所である(四三)。米國に於いては、證據法の著作は、嘗てのイギリスと異り、統一的にこれを説明することなく、通常は自認 (admission) 又は關聯して些か論及するに止まるものであつて、到底證據法のみに関するものと考へてゐるとは見られないのであるが、而も、性質上これに觸れずに論議することが出來ないのみな

らず、場合によつては此の原則の一般的沿革の如きを論述してゐる態度(四四)を考へるならば、米國學者が證據法外に之を驅逐することに安んじ得ないことを知らなければならぬ。極めて曖昧な態度乍ら、米國證據法は、禁反言原理(一般)外延を擴張することあるも敢て阻止せられないことなく、此の限度に於いてこれを自己の範圍内に包攝するものと主張することが出来る地位にある。わが國に於いて、此の原理は、英法の學者を通じて既に攝取せられてゐるとは言へ、なほ消化せられたものとは言ひ得ないのみならず、證據法はおるか訴訟法の範疇をも離れて、實體法上の原則とせられるのが通説であるから、米國證據法の此の部面は、わが國證據法と外延を異にする點と言はなければならぬ。

林言はれる所の證據法が範圍に於いて稍廣いこと——之が米國證據法の特質の第二である。

(三) 我が國に於いて證據法中特に關心せられるものは、自白と舉證責任との二點である。他は概ね 單調な手續の問題として、教科書の體裁を整へるために論ぜられる。これに對して、米國の證據法が、その重點を異にすることが、注意せられなければならない。『證據法』とセイヤアは言ふ。『裁判所の調査に於ける使用のために裁判所に事實を供給する行爲を取扱ふべきものである。』これを分説すれば『(一)公開の法廷に於いて自ら出頭し、反對訊問に服し、事實を知れる者によつて提出せられることを要求し、或は斯く斯くの方法によつて作られた證言録取書によつて提出せられるは妨なしとするやうに、それは證據提出の態様を規定し、(二)また證人の資格を特權及びこれを訊問する方(三)それから、主としては、……如何なる種類の事實が受理せられてはならないかを決定する。』此の表現は、甚だ不正確であるが、要するに、前述した證據法の範圍を平易に啓蒙的に現したものである。さうして、セイヤア曰く、『此の排斥機能(excluding function)が、我々の證據法の特徴である』と(四五)。事實米國の證據法は、そ

の内容の九〇パーセントまでが各種の證據規則から成立してゐる。一般にそれは證據の許容性（後出第一〇節）に關する規則と呼ばれるのであるが、例へばウィグモアの原著は二六〇〇節に近いその論述の二三〇〇乃至二四〇〇節は、殆ど全く許容性の規則に充てられたものである。此の種の規則こそが米國證據法の核心であり、若しこれが無かつたならば、米國人は殆ど證據法に介意せざるに至るであらう。

即ち、證據法に於ける重點の相違——これが米國證據法の第三の特質である。

- (三〇) 小野二七五頁、附錄三三五頁。
- (三一) Wigmore, *Treatise*, § 1, Vol. 1, p. 3. (證據の定義のりすつ)
- (三二) L. J. Tompkins: *Chamberlayne Trial Evidence*, 1936, p. 1. (定義「概」のりすつ)
- (三三) Richardson 條約書
- (三四) Tompkins 前掲書
- (三五) H. W. Goldschmidt: *English Law from the Foreign Standpoint*, 1937, p. 37.
- (三六) Richardson, § 312, p. 224.
- (三七) *Ibid.*, § 314, p. 236.
- (三八) *Ibid.*, § 292, p. 217.
- (三九) 前註所掲の記述を註三六所掲のそれと比較せよ。
- (四〇) 證據法と言ふ文字が證據規則（許容性規則）の意味に用ゐられることがある（Wigmore, *Treatise*, § 2, Vol. 1, p. 9）が、ちやうな使ひ方をする者自身を含め、諸學者の「實踐」は、證據規則を一部として包含する「證據法」の概念の存在を示してゐる。
- (四一) Wigmore, *Treatise*, § 302, Vol. 3, p. 211; 附錄六一頁『英法辭典』九一頁。
- (四二) 司法資料第二八四號印度及海峽植民地證據法九〇頁。
- (四三) 附錄三三七頁。

(四四) 集解三五二頁所掲による。

(註四) Tompkins, § 28, p. 8. の引く所に依る。

#### 四 證據法の地位

われわれの立場から證據法を考へる場合、それは當然に訴訟法に屬しなければならぬであらう。縱へそれが獨立に研究せられ、獨立に論述せられることがあつても、我々はそれを訴訟法の一環と考へること、強制執行法や破産法が、訴訟法と題せられた教科書の通常取扱はない所であるに拘らず、なほ且つこれを訴訟法の一部門と考へると恐らくは何様になることと思はれる。勿論、舉證責任の問題は、訴訟法に屬すべきや否やが問題とせられてゐる(四六)。

けれども、若し之を訴訟法に非ずとするに於いては、わが國の學者は、むしろ之を實體法に譲り、證據法自體は之を訴訟法中に留めるであらう。松岡博士も言はれるやうに、「證據ハ多クハ……訴訟ニ於テ效用ヲ有スルモノナルヲ以テ……證據ニ關スル法則ハ總テ之ヲ……訴訟法中ニ規定スルヲ可ト」するのである(四七)。我が國にも、證據法を獨立の一部門と認めようとする動向が、絶無なわけではない。母法たるドイツ法について、ヴァルター・ア・ガウチは、「證據法(Beweisrecht)は、訴訟法にも實體法にも屬せしめらるべきでなく、兩者の間の中項(Mittelglied)をなす」と主張し、その性格を、スイングネーヌスの法構造(Rechtsaufbau sui generis)、即ち、獨自の法體系、と規定してゐる(四八)。此の規定は、「舉證責任に關する法規の性質如何」といふ自ら設けた問に對する彼の解答であり、従つて、偶々そこに用ゐられた證據法といふ用語は、我々の言ふ證據法と同じものではなく、舉證責任法だけを考へてゐるものに過ぎないが、舉證責任法にして若し然りとすれば、同じ學者は、恐らく證據法の全體をも獨自の法體系と考へようとするであらう。

らう。わが國に於いて、特に刑事訴訟の學者が、證據の部分だけを特に證據「法」と呼ぶことがあるのは、英米法の  
審判の便宜的な借用であると同時に、何か訴訟法の他の部分との異質的なものを感じてゐるからであることを、否定  
し切つては出来ないやうに思はれる。併乍ら、通説的な一般的な立場は、何處までも證據法を訴訟法として考へて  
行くことであり、疑はしきに於いては一部を實體法に割譲してでも、訴訟法から足を離させまいとすることである。  
米國の證據法は、その法體系上の地位に於いて、稍これと異なるものがある。ヘンス・ゴルトシュミットも言ふやう  
に、「諸部門への法の分類は、必ずしも論理的根據に基づくものではなく……異つた部門が主として實踐的目的に應ず  
るために形成せられたことがある」(四九)。けれども、ドイツ若くは日本に於いて便宜的な法の分類が、直ちに理論  
的な反省を呼び、やがて何らかの論理的根據が之に提供せられるに反して、英米法系統の法體系には、觀念的な理由  
づけが嫌忌せられる。證據法の性質若くは地位を定めるに方つても、我々は、米國の學者が現實に問題を處理して行  
くその實踐的な行動のうちのみ、その適正な解答を求めることが出来る。

證據法が實體法でないと思はれることは確かである。例之、訴訟上の主張を否定するやうな先行的承認は、  
自認(admission)と呼ばれ、證據として提出せられることが出来るのであるが(五〇)、自認者の範圍はひとり當該訴  
訟の當事者に限られることなく、當事者と利害の關係ある者(advies in interest)の承認も、一定の條件あるとき  
は、證據とせられることが出来る(五一)。利害關係の一つは義務の關係(privily of obligation)であつて、リチャード  
ブロンは此の點につき「訴訟當事者(the party to the action)の陳述として或人の陳述を許容するについての義務  
の關係とは何であるかと言ふことは、當事者たる原告若くは被告に對するさやうな者の法律上の關係を定める實體法  
(substantive law)の問題であつて、證據の問題ではない」と言つてゐる(五二)。また、ウィグモアは、證據法の概

界として、次のやうな場合を假定する。Aが今Dに殴打せられたと言つて之を訴へたとしよう。此の訴訟に於いてDが、證人を立て、Aが以前に彼を誹謗したことがある事實を證明しようとしても、裁判所は此の證據を却下するのである。ウィグモアに従へば、それは、「不法行爲法によつて誹謗が言譯にはならないから」であつて、證據規則が之を禁止するからではなく、此の事例には、「實體法……の規則は適用せられてゐる」が、「證據規則は含まれてゐない」(五三)。此等の説明は、限界の場合に關するものであるが、實體法を證據法の外に置いてゐることを察する手續りとする)と出来る。

實體法でないと言ふことは、即ち、手續法 (evidentiary law) と見るに外ならないけれども、手續法申訴訟法の「部」と見るべきか否かは疑はしい。ゴルトシュミットが不用意に表現してゐるやうに、「手續法乃至訴訟法」(五四)といふやうな漠然たる考へ方をするか、訴訟法の他に手續法がないのであるならば、問題は又別にならなければならぬが、米國にも仲裁手續 (arbitration) のやうな訴訟外の手續が存在する(五五)のであるから、訴訟法の一部なりやが問題とせられることになる。用語だけに捉はれて見るならば、訴訟法の一部とせられてゐるやうに思はれる節もあるのであつて、「證據法は訴訟法 (law of procedure) の一節であるから、合衆國の各獨立の法域は、夫々固有の證據法をもつ」と言ふ表現さへ、テキストの中に見出される(五六)。元來、證據法は訴訟に於ける事實認定の法則であつて米國の實際に於いても、たとへば仲裁手續には、原則として證據法は行はれてゐない(五七)。斯やうな點に着目するならば、證據法は訴訟法以外のものではないやうに思はれる。

けれども我々は、考へなければならぬ。米國證據法には獨自の使命が與へられてゐる。その九〇パーセントを占める各種の排斥規則は、誤なき眞實に到達する無数の經路を定型化したものに外ならず、根元的には、論理的證明力

と隨筆の理解力との、歴史的段階に於ける接觸の、跡づけに歸せられる(五八)。無数の禁止規則は、今なほ整然たる體系を缺き、論理的には展開せしめられ得ないとは言へ、その使命は炳乎たるものがあり、その性格は明確である。訴訟の他の部門に於ける理論はここには附隨的にか問題となることなく、證據法の原理は他の部門から借り來ることが出来ない。さうして、禁止規則以外の部分は、證據規則の部分に附隨せしめられてゐる限に於いて生命を維持してゐるのである。言ひかへれば、米國證據法は、訴訟法の他の部分とは異つた生命核を具へてゐる。次に考へなければならぬのは、訴訟以外の手續との關係である。前記述べたやうに、仲裁手續には原則として證據法の適用がない。けれども、それは、原則としてであつて、全部的ではない。縦ば法律上拘束力がないとしても、實際の手續に證據法が判斷手續を導くであらうことは、當然豫想せられることであり、行政裁判所の實際は、此の傾向を示してゐると言はれる(五九)。證據法は、訴訟の世界から生まれたには相違なくとも、それは、學者と實務家との叡智の結晶として、法學の合理性そのものに轉化した一面を持ち、それ故に、訴訟以外の世界へも適用せられる可能性を持つ。これを故らに訴訟法の世界に繫縛して置く理由はなからうと思はれる。分量の上から見ても證據法は正に一部門の獨立的地位を與へられるに相應しいこと、岡村博士の指摘せられる(六〇)通りであつて、證據法と言ふ言葉が彼の地にあつては極めて慣用せられる術語であること、訴訟法の教科書が證據に關する説明を省略することが不思議とせられなほこと等は、米國法學者が、少くとも暗黙のうちに、訴訟法とは獨立の部門として證據法の概念を心中に描いてゐることを示すものであらう。さうして正に、それが米國法の實態に却つて適するものと信ぜられる。ウイグモアは、曩にも言ふやうに、證據法を訴訟法の一部と明言してゐるのであるが、他方に於いて、實體法の規則・證據法の規則・訴訟上の主張規則(Rules of pleading)三者の對立を、極めて屢々力説してゐるのであり、力説せざるを得なかつた

のp.63(大17)。

證據法が、訴訟法の一部門ではないこと——此處にわれわれは米國證據法の第四の特質を認むべきであると考へ  
 9。

- (四六) 松原五郎頁54。
- (四七) 松原「頁」。
- (四八) Walter Gautschi: Beweislast und Beweiswürdigung, 1913, S. 36.
- (四九) Goldschmidt, p. 85.
- (五〇) Richardson, § 350, p. 271
- (五一) Ibid., § 377, p. 289.
- (五二) Ibid., § 379, p. 290.
- (五三) Wigmore, Textbook, Sec. 2, p. 8, (1), & p. 9.
- (五四) Goldschmidt, p. 90.
- (五五) Wigmore, Textbook, Sec. 6, p. 18, (9).
- (五六) Ibid., Sec. 5, p. 15.
- (五七) 論々註「頁」。
- (五八) 田中和夫「英米法に於ける證據法」法律タイムス「卷一第124頁」。
- (五九) Wigmore, Textbook, Sec. 6, p. 18, (12).
- (六〇) 松花山「頁」。
- (六一) Wigmore, Treatise, § 2, Vol. 1, p. 9; Textbook, Sec. 2, p. 7; etc.

(未完)