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

Title	米國證據法の基本的特質 (二・ 完) : 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.2 (1948. 2) ,p.19- 54
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19480201-0019

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（二・完）

——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（以上前號）
五、一元的構成　六、陪審審理制度　七、規制證據主義　八、法定序列主義　九、反對訊問
一〇、證據能力　一一、結び（以上本號）

五　一元的構成

わが國に於いて訴訟法が、民事と刑事とに分たれることは、理由のないことではない。團藤教授の表現によれば、「民事法では平均的正義從つて處分主義・辯論主義が支配するに對して、刑事法では配分的正義從つて職權主義が支配する」（六二）。かやうな根本理論の對立が、實際の手續の面に於いても、個々の規定の解釋に於いても、輕からざる相違を來さしめて居り、兩者を統合することは甚しく困難である。かやうな實狀に鑑みるならば、證據法の想定も、民事のそれと刑事のそれとを分つのでなければ、わが國の法部門としては差當つて成立することが難しいであらう。わが國に於ける民事と刑事との分別は、非常に根强いものがある。松岡博士の證據論も、嚴密に民事の證據に限られた

ものであつた。

米國に於いても、民事證據法と刑事證據法とを分つことが、有力に主張せられてゐる。此の傾向を最も顯著に代表するものは、アンダアヒルであらう。『教科書の筆者達によつても、判例に於いても』と彼は言ふ。『民事々件と刑事々件とに、證據規則の別はなく、一方で是認せられるものは他方でも是認せられ、一方で排斥せられるものは他方でも排斥せられる、と述べられてゐる。さうして、さやうな規則は、正當且つ論理的と思はれるばかりでなく、證據の唯一の目的が眞實の確認にあること、換言すれば、各個の證據がすべて一つの目標へ向つての一つの手段たるに過ぎずその目標が不知若くは爭ある事實の確立若くは發見であることを考へるときは、必要なものであるとも見えるかも知れない。かやうな一致の原則がコモン・ロウの初期の形成時代にどんなに普遍的なものであつたとしても、とうの昔にさうではなくなつてしまつた。現在の趨勢は、民事法學と刑事法學との領域の間に存する限界と境界地とを擴大し刑事證據を、適用せらるべき爭點に於いてのみならず、使用せらるべき方法に於いても、提出せられ得る事實に於いても、民事證據とは異るに至らしめてゐる。』現在の證據法についても、一般的な問題としては、民事證據の規則と刑事證據のそれとが、共通の提題に對する共通の解答をなすものであることは、アンダアヒルもこれを否定してゐるわけではない。けれども、重要な點は、彼によれば、さやうな原則論ではない。限られた範圍の例外とは言ひ乍ら、刑事に見られる特有の諸規則が、刑事證據をそのものとして顯著に特色づけてゐるものであることを、我々は沒却してはならない。斯うした諸規則の第一の、最も重要なものは、被告人についての無罪の推定である。刑事の證據法は此の原理に發し、此の原理を基底として動いて行く。民事の證據法について、かやうな推定の不要であることは言ふまでもあるまい。刑事の證據原理の中軸をなす斯やうな推定規則の存在は、刑事證據法の性格をして根本的に、民事

証拠法のそれから、袂を分たしめてゐるものと、言はなければならぬ。被告人の無罪を推定する此の基本的な原理から、刑事に特有の、第二の規則が派生する。即ち『刑事審理に必要な證據の量を定め・陪審員の全員が合理的な疑を越えて被告人の有罪を信じなければならないことを要求する・規則である。……民事上の權利のみが包含せられる事件に於いては、證據の重要度に關して、嚴格な證明は必要でない。……證據がどんなに對蹠的なものであらうとも、事實の優勢的に證明せられた當事者に有利にしさへすれば、陪審の評決は支持せられる。刑事々件に於いては、陪審は、單なる證明の優勢に基づいて有罪の評決を下すことを許されない。』『刑事々件に特有な他の規則として、自白や臨終の宣言を許容するものもある。……かくして、專ら刑事手續のみに必要とせられる二三の證據規則があるのである』（六三）。

右の二元論は、しかし、米國では寧ろ異說である。通說は、證據法に民刑の別を認めない。ウィグモアの論旨を掲げよう。應酬の對手方として何人が意識せられてゐるのかは明かでないが、恰も前段の趣意によく對應する。曰く『許容性の規則は一般に、民事訴訟の審理についても、刑事訴訟の審理についても同一である。……證據たる事實と特定の命題（證明の對象たる事實―後述）との間の關係は、その命題が證明せらるべき訴訟の種類に拘りなく、常に同一である。いかにも一定の許容規則は刑事々件にのみ適用がある。……けれども、これは、之によつて證明せられる爭點が、刑事々件に於いてのみ生起するに由るのである。また、一定の規則が一定の刑事爭點のために修正若くは創造せられてゐる、と言ふのもその通りである。……併し、此等は數に於いて少く、必然的若くは通例的に刑事々件に包含せられる一般的政策によるといふよりは、寧ろ、特定の爭點若くは特定の證據に關する特殊の考慮によるものである。更にまた、……特に擧證責任と陪審の確信の度合とに於いて、刑事々件一般に異つた政策が行はれてゐると

言ふのも事實である。けれども之は許容性の規則には關係がない。……民事の審理と刑事の審理とに、規則の體系は唯一つしかない』（六四）。

二元論の主張は、主として刑事の方面から爲されるものであつて、刑事證據法と題する單行書が相當の數に上るに數へては、民事證據法と題する著作は、非常に少い。民事を標榜するテキストの中には、至る所に刑事判例を引用し刑事のみに適用ある規則を詳細に說明してゐるものさへある（六五）。けれども、若し刑事證據法が完全に獨立するとするならば、消極的にでも、民事證據法の分野が確定せられることであらう。證據法そのものが分量の尨大といふ極めて實際的な必要をその獨立の契機として持つことを考へるならば、更にその後の判例の增加が證據法の分裂を餘儀なきに至らしめることは、有り得べきことと言はなければならない。併乍ら、理論的にはウィグモアも言ふやうに、分割の根據は極めて薄弱である。今日刑事の證據法に見られる特殊性は、證據外の原因に基づくか、局部的な變態であつて、刑事の全體に通ずる證據法原理そのものの特殊性ではない。斯やうな意味での相違を論ふならば、刑事中特定の犯罪、民事中特定の事件にのみ適用せられる規則を考へなければならぬに至る。かくして『若し孰れかの種類の事件の先例が無視せられるならば、學說も判例も』之に從はない（六六）と言ふのが今日の實際であり、大多數の著作は民事と刑事とを分けない統一的證據法たらんことを期してゐるのみならず、合衆國對ウィンチェスター事件（2 McLean U. S. 135, 138）に於けるマクリーン判事の附隨意見を始として、大多數の判例は一元論に立つてゐる（六七）。民事訴訟と刑事訴訟とについて別個の法典（Civil Practice Act, Code of Criminal Procedure）を有するニューヨークの如きに於いても、證據法の著作が民事と刑事とに亘ることに疑問が懷かれてゐないのである。

米國に於いても、民事訴訟と刑事訴訟とは二つの概念である。一つの著作が兩者を扱ふ場合にも、民事手續と刑事

手續とに分けた章節が必ず設けられなければならぬ。これは、兩者に手續が相違するに基づくのであつて、たとへば準審の問題・人身保護狀の問題・訴提起の方式の相違・執行上の問題等は、並行的に說明し難いこと、我々の訴訟に於けると同樣である。理念的にも平均的正義及び形式的眞實と配分的正義及び實質的眞實との對立は、此の地の訴訟法にも同じく認め得ると思はれる。然るにも拘らず、わが國に於けるが如く證據法に民刑の別なきは、何故であるか。惟ふに、その原因は刑事訴訟に於ける職權主義の原則的否定にある。わが國に於いては、平均的正義が辯論主義によつて形式的眞實に導かれるやうに、理念としての配分的正義を概念としての實質的眞實に結びつけるものは、法律上の手續としての職權主義に外ならない。かやうな辯論主義と職權主義との手續面の對立が、證據法を二分する要因となつてゐる（六八）。之に對して『證據提出の仕事を當事者に振當てるのが、英米裁判制度の最も顯著な特質の一つである。歐洲大陸の傳統は之と反對であつて、それは（少くも刑事の事件に於いては）證人召喚の責任を裁判官に歸してゐる。此の相違は、大陸に於ける糺問方式と英國に於ける訴訟方式との發達の間の六世紀前の分裂に遡る。此の相違の重要な結果の一つが、全證據を當事者の搜索と提出とに委ねる英米法の態度となつたのである。』（六九）。米國法に於いては、配分的正義の理念に基づく實質的眞實の探究が、被告人の無罪の推定にその全力をかけ、從つて、前述したやうに、陪審は單なる證據の優勢を以てしては足らず合理的な疑を完全に超克しなければ事實の認定をなし得ないと言ふ理論によつて到達せられ手續の面に民刑の相違を現出せしめることをしない。と言ふことは、刑事訴訟の本質が大陸法系に於けるそれと異るものと考へられてゐるからではなく、かやうな手續の形態が『糺問手續の內容を當事者訴訟主義の形式を以て包容したもの』（七〇）に過ぎないこと、我々の刑事訴訟と同斷である。相違は、訴訟主義の形式の一層の徹底にあり、辯論主義に對する職權主義といふやうな對立が手續の側面に見られない點にある。勿

證據標的要素が刑事訴訟に全く存在しないわけではなく、裁判官は必要あるときは自ら證人を召喚することが出來る（七一）。けれどもそれは、民事に於けると全く共通の規則であるのみならず、飽くまでも補充的手段に外ならない。斯くして、米國の訴訟法は、證據の手續に關する限り、刑事訴訟をも『民事と同樣に取扱ひ』（七二）、刑事訴訟の手續が『民事訴訟に於けるそれと同樣』になる（七三）のである。ここに證據法の一元性の基礎がある。

法體系の一元的統一――これを我々は米國證據法の第五の特質と認めなければならない。

（六一）　團藤三三九頁。
（六二）　H. C. Underhill: A Treatise on the Law of Criminal Evidence, 4 ed., 1935 §§ 6 & 7., p. 7.
（六三）　Wigmore, Treatise, § 4 (2) Vol. 1, p. 16.,
（六四）　例（は Tompkins 前掲書。
（六五）　Wigmore, Treatise, § 4 (2) Vol. 1, p. 17.
（六六）　Ibid., p. 17 note.
（六七）　團藤三三九―三四一頁。なほ本文に形式的眞實といふのは前時代的證據代用の意味で用ゐてゐるのでばない。
（六八）　Wigmore, Textbook, Sec. 445, p. 442.
（六九）　團藤三八頁。
（七〇）　Wigmore, Textbook, Sec. 445, p. 443.
（七一）　田中和夫『英米法の基礎』八九頁。
（七二）　同法典第一三〇號三〇六頁。
（七三）　同法典第一三〇號三〇六頁。

六　陪審審理制度

米國證據法の第六の、さうして最も根源的な特質は、陪審による事實の確定である。陪審の問題は、ひとり證據法

の分野に限つたことではなく、米國法全體の、否、英米法系全體の顯著な特色であるとせられる（七四）。訴訟法は勿論、實體法でさへも、陪審制度を頭に置かなければ理解することが出來ない（七五）。けれども、證據法に於いてその影響は殊に顯著である。『證據法は、素人たる陪審の事實判斷を出來る限り誤なきものたらしめることを目的として出來上つたものであ』り、『論理上事實認定……に役立つ證據であつても、陪審の判斷を誤らしめる虞が多い場合には、之を證據として利用することを禁ずる……』（七六）。證據法にとつては、陪審の制度は、生命に關する重要性を持つものである。

大正一二年法律第五〇號を以て、日本の裁判所にも陪審の制度が導入せられた。從つて我々にとつても陪審制度は決して未知の經驗でない。併乍ら、法制度上、それの行はれるのは、刑事々件に限る（陪審法一條）のであり、陪審不適事件（四條）が相當に廣いばかりでなく、實際の運用に於いては、請求陪審事件（三條）についてこれを請求せず、法定陪審事件（二條）についてこれを辭退（六條）する被告人が寧ろ大部分であつて、『陪審の評議に付せられる事件は極めて寥々たるものであつた』と言はれてゐる（七七）。斯やうな不成績は、これに要する手數と費用とを償ふに足りないものであつた爲に、準戰時體制への切換と共に、陪審法はその施行を停止せられるに至つた（昭和一八年法律第八八號）。最近に至つて、司法の民主化の觀點から、再び陪審に對する要望は昂まりつゝあり、參審制度の採用と共に、陪審制度こそは『民主裁判の眞髓である』と言はれる（七八）。イギリス若くはアメリカに於ける長い間の經驗の結晶が、素人を法廷に侍らせるだけで直ちに模倣せられ得るものではなく、彼の地に於いてさへ『裁判所へ出るのを嫌がるのが特長』と言はれてゐる陪審員（七九）が、公共心と科學的精神の低いわが國に於いて、訴訟の遲滯のみを結果するのでなければ寧ろ奇蹟である。孰れにしても、我々の陪審制度は、現在並に近い將來に於いて

は、例外的な現象なること疑がない。

之に對して、米國の訴訟は、民事と刑事とを通じて、陪審裁判をその原則とする。合衆國憲法修正第七條前段は、『係爭の金額が二〇ドルを超過するコモン・ロウ上の訴訟に於いては、陪審による審理の權利が維持せられなければならない』と民事の陪審について規定を置き、同修正第六條前段は、『有らゆる刑事の訴追に於いて、被告人は、犯罪の實行せられた州及び地區の公平な陪審によつて迅速且つ公開の審理を受け……る權利を、享有しなければならぬ』と刑事の陪審について規定を設けてゐる。各州の憲法も、概ね、陪審制度の廢止せらるべからざるを規定し（八〇）、かくて米國の全土に亘つて憲法の保障の下に、原則的に陪審裁判が行はれてゐるのである。規定の面ばかりでなく、實際に於いても、訴訟は陪審列席の下に行はれるのが大部分であつて、陪審なき審理は例外である。訴訟手續が例外なく陪審を中心として說明せられるに徵しても、そのことは明かであるが、實に、證據法の著書の氾濫そのものが陪審制度の普遍性を物語る。

陪審の本質は素人なる點にある。適當にこれを指導するのでなければ、訴訟の過程と結果とは、徒らに混亂するばかりである。此の見地から陪審をコントロールする方法が現在重要なものとしては二つある。一つは『裁判所が、法律問題として證據の許否を決定し、陪審をして誤つた評決をなさしめる虞ある證據を排斥することであり、』いま一つは『陪審が甚しく證據の價値に反する評決をなした場合に裁判所がその評決を取消』すことである（八一）。さうして、此の第一の方法から各種の禁止規則が生まれて來たのであり、これが正に證據法の重點をなす證據規則に外ならない。裁判官と陪審との職務の分配に關する證據法のもう一つの重要な問題も、陪審制度の必然的產物である。若し米國法が陪審制度を原則としてゐないならば、證據法に今日の重要性はなく、若し陪審制度を全く採用してゐないな

らば、證據法の形態は今日とは全く異つてゐた筈である。

尤も、現在陪審制度に決して例外がないわけではない。聯邦の裁判所について言ふならば、民事の陪審は、強制的に非ずと解せられ、從つて當事者は陪審の審理を拋棄することが出來る（八二）。拋棄せられた場合には、裁判所のみがその審理に當り『その審理手續は、多くの點に於いて、陪審に依る審理の場合のそれと類似』はしてゐるけれども『證據を認諾するに當つて必ずしも同樣なる注意を固守するの要がない』（八三）。また、陪審の制度はコモン・ロウに特有のものであつて、衡平法上の訴訟には原則として陪審裁判は行はれない（八四）。此の場合にも實際上はコモン・ロウ上の證據規則が喜んで準據せられる（八五）のであるが、さやうな論理的必要があるわけではない。刑事々件については、憲法の規定は命令的と解せられ從つて被告人は陪審々理を拋棄し得ないとせられるが、此の制限は輕罪には及ばない（八六）。各州の制度は區々であるが、エクキティの訴訟は勿論として、コモン・ロウの訴訟についても、『法律を以て陪審なしに判事の面前に於て事實問題を審理することを許してゐる州が澤山ある』（八七）。殊に、最近に至つては、陪審を用ゐない審理の禮讃せられる傾向が、特に民事について、次第に顯著になりつゝあると言はれて居り（八八）、イギリスが一九三三年に民事に關しては六種の訴以外一切陪審を廢止する法律を制定したこと（八九）は、米國の傾向と併せて一考せらるべきものがあらう。

併乍ら、陪審を排除する範圍はなほ狹小であり、これを緣忌する動向はなほ微弱である。米法を支配する體制は依然として陪審による裁判といふことであり、證據法の生命源は決して涸渴してゐないのである。

事實の認定が陪審に委ねられ、此の制度と證據の法規範とが生命的に連つてゐること――此處に米國證據法の第六の特質がある。

（七四）田中基礎七頁。
（七五）田中基礎八八、九頁。
（七六）田中論文二四頁。
（七七）國藤七三三頁。
（七八）鈴木義男「司法制度の改革」法律時報一八巻六號九頁。
（七九）司法資料一三〇號一三六頁。
（八〇）Tompkins, 88 45, p. 22.
（八一）田中基礎八一頁。
（八二）（八三）司法資料一三〇號一七八頁。
（八四）同二三七頁。なほ田中基礎八二頁は、普通法に關する事件のみと言ふ。
（八五）Wigmore, Textbook, Sec. 6, p. 17, (1).
（八六）Tompkins, 88 47 & 48, pp. 29-31.
（八七）司法資料一三〇號一七八頁。
（八八）同一七九頁。
（八九）田中基礎八二頁。

七　規制證據主義

歴史的には陪審制度を淵源としその一つの結果であるに過ぎないとしても、性質的には米國證據法を根本的に規定する最も重大な特質は、それが規制證據主義をとると言ふ點にある。

元來、證據による事實の認定については、自由心證主義（Prinzip der freien Beweiswürdigung）と法定證據主義（Theorie der gesetzlichen Beweisregeln）との對立があると言はれ、我が國の訴訟法はその前者をとるものとせら

れてゐる。民訴一八五條が『裁判所ハ……自由ナル心證ニ依リ事實上ノ主張ヲ眞實ト認ムヘキカ否ヲ判斷ス』と規定し、刑訴三三七條が『證據ノ證明力ハ判事ノ自由ナル判斷ニ任ス』と規定するのが、その法文上の表現であると解せられるのである（九〇）。けれども、自由心證主義といふ言葉は、わが國に於いて、必ずしも一義的に用ゐられてゐない。嚴格な意味に於けるそれと、粗放な意味に於けるそれとが、不知不識混用せられてゐるやうに思はれる。

嚴格な意味に於いては、自由心證主義とは、『證據の證明力に法律上差等を設けず、これを全然判事の自由なる心證に一任するものであ』り、『自由なる證據評價の主義にほかならない』（九一）。『自由なる判斷に任されるのは證據の證明力であ』つて（九二）、證據能力は此の場合全く關係がない。言ひかへれば、既に與へられた證據資料を前にしてこれを判斷する過程に支配する自由を意味し、證據顯出の過程は問題でない。わが訴訟法は證據能力にも本制限を設けないのを原則とする（九三）のであるが、假に何らか證據能力の制限があつたとしても、それは全く證據顯出の過程に關するものであつて、顯出せられた證據が自由な判斷に委せられる以上は、自由心證主義と言ふに妨ない。

けれども、粗放な意味に於いては、自由心證主義は、證明力に影響を及ぼすいかなる法規制をも撤廢することを意味する。證據の價値判斷は勿論、これに影響を與へるものとして、前段階たる證據能力の問題にも、法が拘束を加へないことを要求する。例之、愛子教授が『資料の範圍や採否に關し何等法律上の拘束を設けぬ原則』と規定せられる（九四）のは、此の立場に立つものではあるまいか。『一定の事實の認定には必ず一定の證據あるを要する』とすることは、その反對に『一定の證據があれば必ず一定の事實を認定すべし』とすることとは異つて、必ずしも直接に證明力の問題とはならないに拘らず、教授は、孰れの場合にも自由心證主義ではなくなるものとせられるのである（九五）。

證據に關する完全な無規制。これが此の場合の自由心證主義の意味であらう。

粗放な意味に於いて自由心證主義といふ言葉を用ゐるならば、米國證據法は明かに此の主義に反する。證據能力を幾多の規則によつて拘束する所にこそ、彼の地の證據法の特色があるのだからである。中村宗雄教授が『英法の如きは、一種の法定證據主義に支配せらるゝものと看ることも出來る』と言はれ（九六）、峯岸博士が『イギリス證據法も亦、この法定證據主義を是認するものである』と言はれる（九七）のは、此の意味に於いては正當である。けれども、嚴格な意味に於いて自由心證主義といふ言葉を用ゐるならば、米國證據法は全くこれに一致する（九八）。證據顯出過程に幾多の規制があるとしても、悉くそれは事實認定官の判斷を誤らざらしめんが爲に判斷の基礎を置くものに外ならず、證據の評價は飽くまでも陪審員の自由に委せられ、終局的にはその確信に係るのだからである。確信を生ずると否とに拘らず一定の條件あるときに一定の事實を認定すべしといふ前時代的な命令を、それは文明社會に强行してはゐない。此の意味に於いては、それが法定證據主義と呼ばれるのは誤である。

自由心證主義・法定證據主義といふ言葉が、嚴格な意味で用ゐらるべきか、粗放な意味で用ゐらるべきかは、それ自體困難な問題であらう。證據能力といふものが、證明力ある場合を定型化したもの（九九）に外ならないからである。證明力の如何を自由に判斷せしめると言ふには、前提段階としての證據顯出過程に於いて證據資料の範圍や性質に證據能力としての定型化を行はないのでなければ、趣旨が徹底しないであらう。加之、現文化段階に於いて確信を經ない事實確定に滿足する法制のある筈がないに拘らず、認定官の合理的判斷を誇稱する意義は甚だ疑はしい。けれども、もと、自由心證主義は、寺院法・イタリア法に發達した形式證據主義（Formelle Beweistheorie）に對する反動（一〇〇）として、裁判官の判斷の非合理性からの解放をその主たる使命とし、裁判の理性の回復を意味するも

のであつた。斯やうな歴史的な意義と、ドイツ法學に於ける解説が裁判官の確信（Überzeugung der Richters）を要請する證據評價（Beweiswürdigung）の建前といふ文字を用ゐるのを通例とすること（一〇一）とを考へるならばわが國に於いても自由心證主義は嚴格に證明力に限つて用ゐらるべきであらう。從つて、『例ヘバ二人以上ノ證人ノ一致シタル證言は完全ナル證據力（本文にいふ證明力に當る）ヲ有シ……公正證書ノ證據力ハ私署證書ニ優ルト云フカ如ク』證據の價値を『一々法律ノ規定スル』ものが法定證據主義であり（一〇二）、かやうな拘束を設けず、顯出せられた資料について、自由に判斷をなさしめるものが自由心證主義である。

斯やうな分類に從ふならば、わが國の證據法も米國の證據法も共に自由心證主義に立つものであつて、法定證據主義によるものではない。異る所は、前者が、前提段階たる證據能力の側面をも出來る限り拘束せざることによつて證明力について如何なる意味に於いても法のコントロールを認めまいとするに對して、後者が證據能力の側面から間接にコントロールを加へようとするにある。我々は、便宜のために造語し、前者を放任證據主義、後者を規制證據主義と呼んで、この區別を表示することにしたい。放任證據主義に對する規制證據主義――ここに米國證據法の第七の特質がある。

『多くの他の法體系と同じやうに』とウィグモアは言ふ。數會法の證據規則は『やがて現像過度になつた。それは單なる拘束の規則――道案内ではなくて自己滿足的な公式――になり始めた』。たとへば、主要事實の證明が、完全證人二人を以てなされるものとして、不完全證人を數等に分ち、價値二分の一の證人、價値四分の一の證人、といふやうな格づけに從ひ、その算術的計算によつて二に達するか否かを考へる。それが裁判官の職能であり、これが當時の事實認定なのであつた。公式的法體系である。『斯やうな體系は一八世紀の末までに盛りを過ぎた。フランスが

ナポレオンの下に一九世紀の初頭にその法典を構成したとき、此の體系は、邪魔になるばかりであるとして、廢止せられた。他の大陸諸國も總て、ラテン・アメリカの諸國と共に、此の體系を拋擲した。これが法定證據（legal evidence）の體系として知られてゐたものである。その代りに今度は全然何の體系も存在しないことになつた。即ち、裁判官（と陪審）は、法律上の制限なしに自由に、いかなる證據をも聽取評價することが出來た。フランスでは此の原則は自然的證明（natural proof）若くは精神的證明（moral proof）として、ドイツでは自由證明（free proof）、イタリアでは合理的說得（rational persuasion）として、知られてゐる」（一〇三）。斯やうにして大陸に於いては、「過去一世紀の間、理解し難い・案内のない・それ故に安全ならざる精神過程によつて、裁判所の審理が行はれて來てゐる」のであるが、若し警戒を怠るならば、「歷史は繰返して、我々は、ヨーロッパ大陸の現在の狀態に自己を見出さねばならぬことになるであらう」（一〇四）。アメリカ人が放任證據主義を嫌ふこと、斯くの如くであつて、此處に我々との顯著な相違があるのである。併乍ら、放任證據主義の嫌忌は、法定證據主義の體讃ではない。米國に發達してゐる「師のやうな、規則の網細工」は、「當事者・證人・及び陪審員と共にした、裁判官の長い間の經驗の所產である」つて、「それは陪審に不關聯・混同・詐欺といふやうな既知の危險を出來るだけ免れる證據だけを與へることを目的とする。」「それは許容性に關する規則の體系であ」つて、決して「證據評價（weighing evidence）の規則ではない」のである（一〇五）。許容性（後にも說明する）といふのは、「陪審に渡されるに足る」といふこと、「他の證據と共に評價せられる目的を以て法廷によつて受理せられる」といふことであつて、「特定の事實が證明せらるべき命題を確實若くは證明した」と言ふことではない。「我々が證明と呼ぶものは、終局的には、陪審がその總體的效果を決定するのである」（一〇六）。斯くの如く、米國の證據法は、證據の評價を統制するものではなく、此の點に於いて、法定

證據主義に對立する。我々が茲に勝手な造語を案じて規制證據主義と呼んだものは、かやうな構造を指すのである。

それならば、放任證據主義を避けて規制證據主義をとらなければならない理由は、何處にあるか。それは、事實の認定が審理裁判官とは別個の素人の集團に委ねられる制度に在る。『證據の評價に熟練してゐない陪審員は、道案内を持たなければならない。いかにも、裁判官の註釋即ち「說示」によつて、幾分かの案内は與へられたであらう。けれども、案内以上のものが必要であつた。陪審員が不關聯によつて、或は偏見に立つ・若くは詐欺の・證言によつて或はまた彼ら自身の衝動・同情・及び偏見によつて、誤り導かれることがないやうに、正面からの證據許容の制限規則が必要であつた。』かくして『色々な種類の證據を閉出す無數の排斥規則の漸次の成長を見る』ことになつたのであつて、『此の成長は一九世紀の始に急速複雜な膨脹を示した。要するに、裁判官は、合理的な・安全な・價値ある材料だけが陪審に與へられるやうな篩のやうな、規則の網細工を發展せしめたのである』（一〇七）。我々は此處に米國證據法の陪審制度との特殊の結びつきを見なければならない。

次に、それならば、規制證據主義は、法定證據主義のやうな危險を持たないであらうか。わが國に於いて法定證據主義は、『千變萬化の現實は到底僅少の判斷法則に依り捕捉し得るものではない』（一〇八）と評せられるのが定例である。規制證據主義は、前にも述べたやうに、證明力には直接の關係なく、裁判官の判斷を拘束するものではないが、陪審を誤らしめる虞のある事實から豫め證據能力を奪ふことによつて間接に判斷を拘束することは慥かである。若しその規則にして形式化し硬直せんか。規制證據主義が單なる桎梏と化し去ることは、法定證據主義と全く同斷である。併乍ら、こと米國に關する限り、近い將來に此の主義が生命を失ふといふ事は、先づ無からうと思はれる。

理由の第一は、法の體制が判例法主義に立つて居り、法による證據の規制といふときに、それは成文法によつてで

はなく、判例法によつてコントロールされることを意味することである。判例法は、先づ、成文法と異つて具體的な法規を宣明する。從つて、一箇の判例法規範によつて固定せられる問題は、成文法のそれよりも遙かに狹いのである。加之、レイシオ・デシデンダイ（ratio decidendi）をオビタ・ディクタ（obiter dicta）から區別する操作を嚴密に行ふならば、一箇の判決によつて固着せられる法規範は益〻狹いものとなる（一〇九）。さうして、所謂千變万化の無數の事件から新たな條件を拾ひ出すことは、決して難しいことではない。斯やうな、法の欠缺する分野に於いては、裁判官は、立法者と同一の地位に立ち、當時の合理的思惟をつくして妥當な規範を判斷することが出來るであらう。次に、判例の一たび固定した問題については、裁判官は先例に從はなければならない。判例法主義と言ふことは、言ふまでもなく、判例に拘束性を持たせることを意味するのであり（一一〇）、此の故にそれが成文法主義以上に固定したものと論ぜられることもある（一一一）。けれども、判例法の流動性は、判例法主義自體を拋棄しなくても、拘束性の理論を緩和することによつて、伸張せしめられることが出來るのであつて、前述したやうに、既に米國では（英國と異り）合衆國最高裁判所の判例變更權（overruling itself）が認められてゐる。緩和せられた拘束性理論の下に「不文」の規範（一一二）を合理的に解釋して行くならば、法的安定性の必要以上に法が固定することは、容易に避けることが出來る。成文法の進歩性は非連續的な改革を齎すに過ぎず、而もその手續は概して面倒である。連續的に發展する流動的な判例法による規律は、成文法による證據の拘束とは頗る趣を異にするのである。

米國には、成文法の數が極めて多い。さうして、證據法の規則にして、刑法・民事訴訟法・刑事訴訟法等の成文法典中に規定せられてゐるものも、決して少くない有樣である（一一三）。けれども、彼の地に於ける制定法は、飽くまでも『一つの例外的な法である』り、『なるべくこれを狹く、嚴格に解釋すべきものであるとせられる』（一一四）。

例之、ニューヨーク州の民事實務法（Civil Practice Act）第三七四條は、「……事件の……記錄は、……受訴裁判官が之を事務の規則的過程に於いて作られたものにして、且つ、斯やうな……事件の當時若くはその後の相當の時間內にかやうな……記錄を作ることが然やうな事務の規則的過程であつたものと、認めるならば、當該の……事件を證明する證據として許容性がある。記入者若くは作成者の個人的知識の缺除を含め他の總ての、斯やうな……記錄作成の狀況は、その重要性に影響を及ぼすことを證明せられ得るも、その許容性に影響を及ぼすことはない」と規定してゐる。その後段の意味は、事務の規則的過程に於いて作成せられた記錄ならば、作成者が他人から聞いて記入したのであつてもよい、と言ふに在る。此の法律の施行の後、自動車事故を原因とする訴訟があつて、原告は、事故を證明するために、警官の記錄を提出した。その巡査は、自動車事故を目擊したのでなく、偶〻現場に居合はせた通行人から聞いて之を記入したものであるが、斯やうな警官の警察記錄作成は當然彼の規則的事務過程に屬するものであるから、第一審の裁判所は、本條により、これを證據として提出することを許容した。然るに、上告裁判所（the Court of Appeals）は之を違法として取消したのである。曰く、本條は『事務に從事し、若くは之に關する何等かの義務を負うてゐるのではない第三者のなす、任意の傳聞的陳述に基づく記入を、證據として許容することを意圖したものではない』と（ジョンソン對ラッツ 253 N. Y. 124, 170 N. E. 517）（一一五）。法文が何等の制限を置かないに拘らず、裁判所は、作成者に情報を與へる第三者も亦、事務の規則的過程に於いて之をなし、若くは作成者に對して情報提供の義務を負ふ者でなければならない、と解釋したのである。これ實に、此の制定法の制定以前に行はれた判例と略〻等しい範圍（一一六）まで、制定法の縮小解釋を行つたものに外ならい。斯くして、局部的な成文法の存在とひふことも、判例法主義の性格をさほどに變更するものではない。

規制證據主義が米國に於いて桎梏と化し去らない第二の、さうしてヨリ大きな原因は、米國人の科學的精神にある。『我々は陪審裁判の證據規則の知識が審理に於ける實務の充分な裝備であると考へる誤を犯してはならない。科學（science）……が此裝備を補完するために加へられなければならない。……陪審裁判の證據規則は、證明學（the science of proof）の原理に基礎を置いてゐる。論理學と心理學とが、夫々應分の寄與をしながら、證明學、即ち合理的なデータから確信に到達する精神の作用を記述する科學、を作り上げてゐる。確信といふものは、法廷内でも法廷外でも離て、意識的無意識的に、一定の過程に從ふものである。これは避けることの出來ないことである。或場合には此等の過程は正しい確信に到達し、或場合にはそれは正しからぬ確信に到達する。證明學は、此等の過程を分析して、我々に正しい確信に到達するに役立つものを教へる。陪審裁判の證據規則は、此等の諸原理の或物を利用し、之に依存する。それであるから、これを學ぶことは、此等の規則を用ゐるについて非常に役立つのである』（一一七）。現在行はれてゐる諸種の證據規則は總てヴィヴィッドな理由を有してゐる。單なる束縛と化す虞のある規則は常に新たに更新せしめられてゐる。有らゆる分野に於いて顯著な米國人の合理的精神は、證據法の運用にも亦極めて能動的である。『法曹にとつての證據原理の研究は二つの異つた部分に分たれる。一つは、一般的な意味に於ける證明――即ち論理的な說得の推論的過程に關する部分――心から心へ・辯護士から裁判官若くは陪審員へと・原被兩側が法廷の心を動かさうとすることである。他は、許容性――誤つた推論に對して法廷（殊に陪審）を防禦するための・法によつて案出せられ訴訟の經驗と傳統とに基づく・手續の規則である。從來、後者が極めて大きく我々の形式的研究中に擴大せられてゐた――否、これを獨占してゐた。一方、前者は、事實上無視せられ、實務の過程に於いて偶然的且つ經驗的に後から獲得する機會あるに委ねられて來た。此處に我々の誤謬があつた。』『許容性に關する裁判規則は、發

建の次の期間には、相對的な重要性を減小する運命にある。證明が重要な地位を占めることであらう。それ故に我々は、重點の移動に對して準備をしなければならない。我々は、自然的證明（"natural" proof）と呼ばれるもの——從來無視されて來た過程——の原理の、科學的理解を獲得することに努めなければならない。』斯やうな提言も米國に於いては爲されてゐる（一一八）。これは慥かに證據法の前途を憂へるものであらう。けれども、既にして憂へる者があり、それが建設的な意見として現れてゐることこそ、却つて證據法の生命を保障するものでなければならない。現に、許容性の分野に於いて、一々の規則についてその理由の研究と反省とがどの著作に於いても必ず行はれて居りチェムベレンのやうに『證據の目的は知覺力と推理力との使用による眞理の確立といふ科學的探究のそれである』（一一九）と明言する者があるばかりか、アドラー（M. J. Adler）・アーノルド（G. F. Arnold）・ケーディ（H. M. Cady）・ウィグモア（J. H. Wigmore）等々によつて實證的な研究が公刊せられてゐる（一二〇）ことは、彼の地の合理的精神を如實に示すものである。ウィグモアが英米法の訴訟にはフェア・プレイの精神が流れてゐると言つた（一二一）のは、もう一段根柢のものを指摘したのかも知れない。

之と關聯して、注意しなければならないのは、判例法に於ける性格の變動である。『アメリカでは』と高柳教授は言はれる『大學に於ける法學研究が十九世紀末から異常の進歩を遂げ、法の各部門に渉つて專門家が輩出し、しかもそこには判例の洪水があり、判事の取扱ふ訴訟事件數も激增して來たので、判事は昔のやうに充分の熟慮と研究との時間を費すことが困難となつて來てゐる。從つて各部門の法の知識について、判事は專門學者に依據せざるをえない情勢が齎された。從つてそこでは實質的に學者の作つた法に、形式的に判例法たるの形式を與へるといつた傾向が起つてゐる。たとへば "judge-made-law" から "professor-made-law" に移る傾向がある』と（一二二）。即ち、それは、

例と言ふものが、寧ろ一つの純合理的な、思惟の分析に近づいて行くことを意味する。科學の裏付けを以て純理的に思考せられた法則が法として裁判を拘束すると言ふことは、法定證據主義の下に考へ得ることであらうか。米國の規制證據主義は、正にかやうな意味での法のコントロールであり、また、あらうとするものであつて、形式化の危險はそれ故に、差當つて考へられないのである。

（九〇）　泉子二七七頁、園藤三七一頁。
（九一）　園藤三七一頁。
（九二）　園藤三七二頁。
（九三）　泉子二七七頁、園藤三五九頁。
（九四）　泉子二七七頁。
（九五）　ジークリスト（前掲譯書による）も、自由心證主義は證據能力に及ぶとするが如くである（司法資料二六五號四八頁）
（九六）　中村宗雄『民事訴訟法原理』第一卷四五九頁。
（九七）　峯岸二頁。
（九八）　譯書（司法資料二六五號）によれば、ジークリストも英米系の證據法を自由心證主義と見てゐる（五七頁）。けれども同書に開陳せられた彼自身の論議に從へば、その所謂消極的法定證據主義（三六頁註三）に列すべきではなかつたかと疑はれる。孰れにせよ、彼は英米法については自ら直接に觀察してゐるのではないから、依存するに足らない。我國に於いて、英米證據法を自由心證主義に立つものと規定せられるのは、田中和夫教授（自由心證主義と證據法、民商一一卷五號二八―三〇頁）である。
（九九）　園藤三六〇頁。
（一〇〇）　山田正三『日本民事訴訟法論』第二卷三四四頁。
（一〇一）　Leo Rosenberg: Lehrbuch des D. Zivilprozessrechts, 2 Aufl., § 113, IV. 3, S. 369.
（一〇二）　山田三四四頁。
（一〇三）　Wigmore, Textbook, Sec. 1, p. 3.
（一〇四）　Wigmore: The Science of Judicial Proof, 3 ed., 1937, p. 4.

(一〇五) Wigmore, Textbook, Sec. 1, p. 5.
(一〇六) Wigmore, Treatise, § 12, Vol. 1, p. 296; p. 299, (2).
(一〇七) Wigmore, Textbook, Sec. 1, pp. 4 & 5.
(一〇八) 兼子一七七頁。
(一〇九) 高柳一二一頁。
(一一〇) 高柳六九頁。
(一一一) 高柳一一九頁以下。
(一一二) 高柳一二二頁。
(一一三) Richardson, § 518, p. 414; § 670, p. 544; § 411, p. 313; etc.
(一一四) 高柳二二〇頁。
(一一五) Richardson, § 290, pp. 212 & 218. による。
(一一六) Ibid., § 285, p. 208.
(一一七) Wigmore, Textbook, Sec. 4, p. 12 f.
(一一八) Wigmore, Science, § 1, p. 3 f.
(一一九) Tompkins, § 80, p. 10. の引用する所による。
(一二〇) Wigmore, Science, Index, p. 1029 ff.
(一二一) Wigmore, Textbook. Sec. 1, p. 4, (8).
(一二二) 高柳一七二、一七三頁。

八 法定序列主義

わが國の刑事訴訟は、辯論主義を採入れてゐる（刑訴四八條・三四四條・三四九條等）とは言へ、證據は裁判所により職權を以て蒐集せられるのが原則（一二三）であるから、職權を補充するだけの證據調の請求について、その時

期の制限は實際上考慮に値しない。これに反して、民事訴訟に於いては、證據の提出がいかなる時期になされるべきかは大きな問題でなければならない。民訴一三七條は『攻擊又ハ防禦ノ方法ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外口頭辯論ノ終結ニ至ル迄之ヲ提出スルコトヲ得』と規定し、攻擊防禦方法には證據方法が包含せられると解せられるから、口頭辯論の終結に至るまで、孰れの當事者が、如何なる證據を、いかなる段階に提出するも自由であることになる。此の建前は、一般に隨時提出主義と呼ばれ、法定序列主義若くは同時提出主義に對立するものと稱せられる（一二四）。法定序列主義は、訴訟資料の提出について、失權の制裁の下に、法定の順序若くは時期の制限を置く建前と言はれるのであるから、米國證據法の證據提出の方法を此の分類の下に呼稱するならば、それは法定序列主義をとるものと言ふべきであらう。

元來、アメリカの訴訟は、刑事と雖も、徹底した辯論主義を貫いてゐる。合衆國憲法修正第五條は『何人も……刑事の件に於いて自己に不利益な證人たることを强制せらるべきではない』と規定し、ニューヨーク州憲法第一條第六項をはじめ（一二五）諸州の憲法も概ね之に倣つてゐる。斯やうな憲法上の保障の下に、被告人は辯護人に一切を委ね、默秘によつて不利を蒙らしめられることなく、辯護人と檢事との間に民事訴訟と類似の攻防が行はれる（一二六）。殊に、證據提出の順序に關しては、兩者は全く同一である（一二七）。

法制上四つの證據提出形態が考へられる、と米國では說明せられる。その一は、當事者をして好む時期に好むだけの證據を提出させることである。此の方法は陪審制度と調和しない。その二は、爭點をいくつかの論點に分け、論點毎に證據を盡くさせることである。此の方法は、豫め論點を知り得ないことのある事と、同一證人から論點毎に區切られた斷片的な證言を聞くことは話の繋りを察し難いといふ缺點がある。その三は、段階を二つだけに分けることで

ある。先づ一方の當事者が自己の證據の全部を提出し、次いで他方の當事者がその欲する證據を全部提出する。さうして、それ以上の提出を一切認めない。此の方法は、甚だ簡明であるが、相手方の擧證によつて新たに現れた事實に對し反對の證據を提出する機會のないこと、及び相手方の證人を反對訊問することの出來ないことが、致命的な缺陷である。さればと言つて、反對の擧證を許すならば、反對は反對を呼んで盡きることがないのであるから、何らかの形で打切ることは必要である。斯くして最後に、此の第三の方法を然るべく改造した方式が考へられる。それが英米法の採用する形態であつて、『嘗て考案せられたことのある最良の方式であらう、』と言ふのである（一二八）。

即ち、米國法に於いては、先づ爭點を肯定する當事者（proponent）が自己の側の證據を全部提出する。次に相手方（opponent）が、第一當事者の提出した事實を否認するための證據、及び自己の側から主張すべき事實に關する證據を、全部提出する。第一當事者は、第二當事者が新たに提出した事實によつて新たに必要となつた證據だけを提出し得る。更に必要ならば、第二當事者が、第一當事者の二度目の擧證によつて新たに必要となつた限度に於いて、證據の提出を許される。以下同樣である（一二九）。

右の各段階に於ける證人（witness）の訊問も、同樣の方式によるのであつて、證人を召喚した當事者の直接訊問（direct examination）に於いて、先づその當事者の必要とする證言は悉く提出せられなければならない。次に同一證人に對して相手方が反對訊問（cross-examination）を行ふ。はじめの當事者は、反對訊問を反駁するに必要な限度に於いて、再訊問（redirect exam.）を許される。これによつて再び必要となることがあれば、その必要の限度に於いてのみ、再度の反對訊問（recross exam.）を許される。以下同樣である（一三〇）。

之を要するに、『證據はすべて提出の適當可能なる最初の段階に於いて提出せらるべく』『それ以前の段階に提出可

能であつた證據は提出を許されない』と言ふことになる（一三一）。

けれども、斯やうな方式を飽くまでも墨守することになると、具體的な場合には、公平を缺くやうなことがある。譬定した證人が思はぬ證言をし、辯護士の不熟練のため證據の整理せられない場合などがそれである（一三二）。斯やうな場合のために、裁判官が右の順序を緩和する權限を認められてゐる。バースン對マリガン事件（77 App. Div. 192, 79 N. Y. S. 31）に於いて、裁判所は、『審理に於いて當事者は、事件の自己の側面を終結する前に、自己の證據を全部提出しなければならないのであつて、彼が自己の事件を終結して休止した後に、脱落を補足し若くはヨリ以上の證言を受理するために、事件を再開することを許すべきか否かは、裁判所の裁量にかかつてゐる。併し、さやうな裁量の行使は出來るだけ差控へなければならぬ』と言つてゐる（一三三）。（此の裁量の如何は、濫用でない限り、上告理由とならないものである（一三四）。

米國證據法が斯やうな制度を採用した理由は、規制證據主義に於けると同じく、陪審制からの要請にあると思はれる。勿論、この形態そのものは、無陪審々理にも適用せられ得るのであるけれども、素人の加はらない場合になほ且つ證據を集中しなければならぬ必然性はあるまい。今日無陪審々理に於いて此の方式の用ゐられてゐるのは、米國人がこれに演練してしまつてゐるからに外ならず、陪審々理に於いてのみ、その存在意義を有するのであると共に、陪審制を採用する以上は、これより優れた方式を考へることが出來ない。

わが國に於いて法定序列主義は、『審理を硬直不融通ならしめ、無用に當事者の責任を加重する反面、訴訟資料の老大を來たす弊がある』と批判せられる（一三五）のが通常である。米國の實狀は之を知ることが出來ないのであり、無陪審々理の迅速を喜ぶ傾向もある（前掲）ことを考へるならば、必ずしも此等の弊害が彼の地に於いて避けられて

ゐるとは信じられないが、なほ且つウィグモアをして古來最良の方式と自賛せしめてゐるものは、一體何であらうか。惟ふに、それは、一面に於いて、ゴルトシュミットの指摘するやうな、判例法の體制が具體的な法規範から成るために成文法主義に見られない確定性（certainty）を有し、これが訴訟の生起を豫防し、その數を減少せしめてゐるといふ傾向（一三六）、及び證據法の詳細な定と判事並に辯護士の長い間の經驗とが、消極的にこれらの缺陷をカバーしてゐると共に、他面に於いて、積極的に、陪審制度への未だ充分なる確信と、それ故にこれに最適の方式を堅く維持しようとする信念とが、此の形態を强力に推進してゐるものであらう。

證據提出の順序につき法定序列主義を採用してゐること――これが米國證據法の第八の特質である。

（一二三）國藤五五四頁、三三九頁以下。
（一二四）參考二六五頁、河本喜與之『全訂民事訴訟法提要』二七〇頁。
（一二五）Richardson, § 600, p. 501.
（一二六）Hartmann, p. 104; p. 282; 司法資料二六二號リュッグ初等英法教科書邦譯三〇六頁。
（一二七）（一二八）Wigmore, Textbook, Sec. 431, p. 427.
（一二九）Ibid., p. 428, (A).
（一三〇）Ibid., p. 428, (B).
（一三一）Ibid., p. 428, after (B).
（一三二）Ibid., p. 428 f.
（一三三）Richardson, § 537, p. 455 による。
（一三四）Ibid., § 537, p. 456.
（一三五）參考二六四頁。
（一三六）Goldschmidt, p. 29.

九　反對訊問

反對訊問は、證人の取調のみに關し、從つて、基本的な問題であるよりも、各論的な問題と言ふべきであらうが、米國證據手續を事實上全體として極めて顯著に色づけてゐるものであるから、此處に簡單な考察を加へる。

我々の訴訟に於いては、例外の場合（民訴二九九條一項後段・刑訴三三八條三項・刑訴應急一一條）を除き、證人の訊問はすべて裁判所の側に於いて之を爲し、當事者は、當該證人によつて利益を受ける者も、不利益を受ける者も飽くまでも消極的に待機しなければならない。之に反して、米國の當事者は、雷に證據を蒐集し得るのみならず、自ら進んで證據の顯出を行ふのであつて、證人の訊問も、擧證者と相手方との言はば "True sport" として（一三七）當事者の能動的な活動によつて行はれるのを原則とする。裁判官も陪審も、證人に對する發問の權を有し、前者は屢々、後者は稀に、實際このことを行ふのであるが、それは我が國と反對に當事者の訊問を補充するものとして扱はれる（一三八）。

かやうな過程を背景として、反對訊問の方式が制度化してゐることは、その著しい特色である。わが國に於いても從前から、當事者が裁判長の許可を得て自ら發問することは、法制上認められてゐなかつたわけではなく、實際にも少なからず行はれてゐたのであるが、刑訴應急措置法一一條は更に之を擴大（刑事被告人に及ぼす）し、强化（裁判長に「告げる」を以て足るとす）した。併し、それは、裁判長の訊問を補充する使命を有するに過ぎない。米國に於いては、一般的訊問權としてではなく、特に反對訊問が、權利として構成せられ、直接訊問を終つた證人は相手方に『引渡される to be turned over』といふ表現さへ用ゐられてゐる（一三九）。若し反對訊問が相手方によつて妨害せられ若くは事故のために施行し得なかつ

たならば、直接訊問はその效力を失ふのであつて、現に、突然のひきつけの爲に反對訊問を受け得なかつた證人の證言を削除することを拒絶した第一審の判決を、上告裁判所が取消した實例（國民對コール 43 N. Y. 508）がある（一四〇）。尤も、反對訊問の權利を有する當事者はその權利を拋棄することが出來る。反對訊問を行ふことが却つて直接訊問によつて顯出せられた證言を强化するに過ぎない場合には、當事者は權利を拋棄するのが賢明であり、事實拋棄は屢〻行はれる（一四一）。米國に於いて反對訊問の尊重せられることは非常なものがある。反對訊問を行ひ得ない場合には、進んで豫め證據資料を除外すべきものとせられ、これを理由とする排斥規則が成立してゐる（一四二）。斯くして、反對訊問は、證據法の全體に重大な影響を有するのである。

然らば、反對訊問は何故に尊重せられるのであるか。言ふまでもなく、それは、證言の信憑性を吟味するの必要に出でる。觀察及び記憶の正確性、偏見及び利害關係の有無、さうしたものを吟味することなしには、證人の直接の證言は容易に信憑し難いものである（一四三）。斯くして、反對訊問權者は、直接訊問中に現れた證言の正確性と證人の信憑性を攻擊する目的を以てする新事實との質問を許される（一四四）。斯やうな方式は、陪審を用ゐない審理に於いても極めて有效であらう。これに伴つて裁判官の輕信を防げることが出來るからである。米國の裁判所が無陪審の審理を含めて之を權利に構成してゐるのは、尤もなことである。惟ふに、併し、無陪審の審理に於いては、反對訊問は、有益ではあつても必然ではない。熟練した裁判官は容易に證言の眞僞信否を判定し得べきであるのみならず、却つて裁判の迅速を缺くことも考へなければならない。陪審を用ゐてする審理に於いては、事情は之と異る。證據評價に熟練しない素人には、信否の程度が瞭然としない。信ぜよ、信ずべからず、或はどの程度に信ぜよと直接に指示すること（それは法定證據主義若くは無陪審々理に等しい）を避ける以上は、陪審の面前に於いてかやうな一種の實

驗を展示する外は、之を指導する適當な途はない。反對訊問の制度も亦、陪審の制度に淵源するのである。斯やうな反對訊問が制度として確立してゐること――此處に米國證據法の第九の特質がある。

（一三七）Wigmore, Textbook, Sec. 1, p. 4, (3).
（一三八）司法資料一三〇號、一五七頁。
（一三九）Richardson, § 566, p. 474.
（一四〇）Ibid., § 567, p. 474 f.
（一四一）Ibid., § 567, p. 475.
（一四二）Ibid., § 568, p. 474.
（一四三）Wigmore, Textbook, Sec. 242, (2), p. 238 f.
（一四四）Richardson, § 568, p. 475 f.

一〇　證據能力

證據の表示する效力は、わが國に於いて、證據能力と證明力とに分たれる。證明力が證據の實質的價値であるに對して、證據能力は、證據方法が證明の資料として用ゐられ得る效力、即ち形式的に證據として利用せられ得る能力を言ふものとせられるのである（一四五）。證據能力がその意義を有するのは、それが制限若くは剝奪せられることのあるに由ること言ふまでもないが、我々の訴訟法が證據能力の制限として論ずるところを見れば、それは殆ど證據方法の種類に限られてゐる。證據方法の表示する事實については、大正年間の刑事判例が風聞を排斥したのを機緣として、これを證據能力の觀點から注目してゐる學說（一四六）もないではないけれども、事實の認定が裁判官の專權に屬する制度の下に幾何の實益があるかは疑はしい。斯うして、わが國に於ける證據能力の概念は、證據事實とは區別

せられた證據方法の適格のみを包攝するものであるか、然らずとするも、證據方法の適格に重點を置いた統一的な概念である。ドイツ法學の用語を借りて「許容性」と呼ぶ場合にも、それは證據方法の許容性（Zulässigkeit des Beweismittels）を意味するであらう（一四七）。

米國の用例はやゝ之と異る。第一にそれは、證據能力といふ統一的な概念を有しない。そして第二に、許容性といふ言葉が我々のやうな證據方法の適格を意味しない。

米國法の概念は一般に論理的反省に缺け、證據能力に相當する術語も、樣々な表現が屢〻混同して用ゐられる。さやうな狀況の中から根柢に概念せられてゐるものを明確に拾ひ出すことは、極めて困難な仕事であるが、凡そ次のやうに整理せられ得るかと思はれる。

證據が證明の資料として形式的に利用せられ得る資格の第一は、證據の許容性（admissibility）である。證據による證明の過程は、事實に還元して考へるならば、證明せらるべき事實（factum probandum）と證明を與へる事實（factum probans）との關係、言ひかへれば、命題（proposition）と證據事實（evidentiary fact）との關係である。そこで先づ、Pといふ命題に對してf_1といふ事實、f_2といふ事實、或はf_3といふ事實は、表示を許さるべきか否かが、問題となる。たとへば、被告人の横領罪不實行といふ命題に對して、被告人が正直な人間である事實を提出することは許されるけれども、被告人が酒を飲まない男であるといふ事實を提出することは許されない（一四八）。これが「許容性」の問題である（一四九）。

證據の許容性は、三つの要件によつて決定せられる（一五〇）。第一に、證據事實は、論理上命題を證明する傾向を持たなければならぬ。此の傾向を立證力（probative value）と呼び、立證力を有するときその證據事實は關聯性

（reasons）があると言はれる。次に、證據事實は、法廷（殊に陪審）を誤らせないだけの安全性を持たなければならぬ。單なる傳聞の如きは、陪審を誤らしめる危險が非常に大きい。さうして最後に、證據事實は、判斷過程外からの外來的制約を免れてゐなければならぬ。證據を提出することが他人の特權を侵害するが如き場合には、さやうな證據の提出は許されない。關聯性と安全性とを有する事實が、外來的制約を免れてゐるときに、その事實は、證據としての許容性を有するのである。

右に擧げた三つの要件は、各種の條件に應じて無數に分岐し、反撥と融合とを繰返し乍ら、禁止規則の網目を作り上げてゐる。これが所謂證據規則（rules of evidence）である。例を擧げよう。年齢が爭點となつてゐる時に、當の本人を陪審は觀察せしめることは、許される所であるが、二人の人間の類似を決定するためには斯やうな方法は許されない（一五一）。前の場合には立證力があるが、後の場合には論理上立證力がないものとせられる。物的證據（real evidence）に關する證據規則と呼ばれるものの一つである。また、鐵道事故の現場に信號旗手がゐなかつたことを證明しようと思ふ者は、不在を目擊した者を證人として證言せしめるべきであつて、不在を聞いた者を證人として立てることを許されない（一五二）。旗手は居なかつたさうだといふ證言は、俄に信用出來ない許りでなく、不在であつたと彼に告げた者が法廷に現れないため、之に對する相手方の反對訊問の機會がなく、從つて安全性なき證據に歸するからである。これ、傳聞證據規則（hearsay evidence rule）と呼ばれる規則である。更にまた、患者の恥辱となるが如き事實を、その醫師は證言することが出來ない（一五三）。わが國に於ける醫師の證言拒絕權（一五四）とは異つて患者の側の暴露を受けげる證據法上の特權として構成せられ、特權に抵觸するが故に許容性がないと論ずるのである。これ、特權（privilege）に關する規則の一事例である。

かやうにして、許容性といふ概念は、證據事實の適格を意味する。

之に對して、證據方法の適格は、別個の概念を構成する。證據が證明の資料として形式的に利用せられ得る資格の第二としての、證據方法の能力（competence）が之である。許容性は、特定の命題に關して或事實を提出し得るかの問題であるが、能力は、抽象的に、凡そ此の證據方法は法廷に顯出せられる資格を有するかといふ問題である。例之、公文書は、原本若くは法定の三種に屬する孰れかの謄本によらなければ、これを提出することが出來ない（一五五）。精神的能力に缺ける者・酩酊してゐる者等は、證人として證言を行ふことが出來ない（一五六）。總てこれらは證明せらるべき事實の如何に拘らずさうなのであつて、許容性とは意味を異にする。

斯やうに證據の資格を事實に關する許容性と方法に關する能力とに分けることは、米國に於いても、明確には意識せられてゐない。口頭證據規則を規定して『完全有效な證書の、作成に先立ち、若くは作成の當時に、その當事者間に爲された談話若くは商議の證據は……許容性なし（inadmissible）』（一五七）と言ふその同じ著者が、『口頭證據規則の保護を受けようとする當事者は……證據の無能力（incompetency）に裁判所の注意を向けなければならぬ』（一五八）と言ふが如く、言葉そのものは決して明瞭には使ひわけられてゐない。用語を主として推論を行ふならば、寧ろ、反對の結論へ導かれるやうにさへ思はれる。何となれば、先づ一方に於いて、能力といふ言葉は、事實に關して許容性に代へて用ゐられる例あるを除き、方法に關しては、證人の能力についてのみ用ゐられ、その他の證據方法について用ゐられたものは、殆ど之を見出すことが出來ない。のみならず、證據法の文獻中證據方法の能力一般について屢めて之を論じたものは例外のやうに思はれる。大部分は、許容性の規則に附隨して必要な箇所に分散して說明を加へる。他方に於いて、許容性といふ用語が極めて愛好せられ、許容といふに代へて能力と言ふよりも遙に屢々、證據

方法の能力をも許容の語を以て表現する。一例を擧げるならば、リチャードソンが『精神病者が宣誓の義務を理解し且つ爭點たる問題に關して見聞した事を正しく說明することの出來ることが、裁判所に明かになるならば、彼の證言は許容（admit）せられる』と說明する（一五九）ときに、それが證據方法の能力に關することは明かであらう。精神狀態の如何が抽象的な能力に關するものであることは疑なく、たとへば同じ著者が『船舶に加へられた損害の原因に關する船長との會話について、證人の行つた證言は、傳聞事實として許容性なし（inadmissible）と考へられた』と說明してゐる（一六〇）やうな條件の下にあつて、なほ且つ右の精神病者が證言を許容せられるか否かを考へるならば、前の場合が問題の平面を異にするに拘らず同じ言葉を以て表現せられてゐることを知り得るのである。斯やうな實例は極めて多い。ウィグモアが、許容性の概念を factum probandum と、factum probans との關係と規定して詳細にその限界を論じたとき（一六一）にも、意識に上せられた對立者は、實質性（materiality）と關聯性（relevancy）と證明力（weight of evidence）とであつて、證據方法の能力ではなかつた。此等の事情を考へ合はせるときは證據の顯出資格を總じて許容性と考へ、偶々能力と之を呼びかへることがあるに過ぎない、と見る方が、穩當であるかと思はれる。

けれども我々は注意しなければならぬ。第一に、能力といふ言葉は、いかにも證人についてのみ用ゐられ、他の證據方法については滅多に用ゐられないのであるが、而も證人に關しては殆ど常に用ゐられ、證據法の著書に必ず掲出せられる「證人の能力」といふ諸章が、決して「證人の許容性」と題せられることのないのは何故であるか。第二に許容（admit）せられないと言ふ表現は、許容性なし（inadmissible）と言ふ表現とは異つて、輕い廣い意味を示すに過ぎないのではないか。第三に、そして最も重要な點としては、事實の許否と方法の許否とが理論上異ること、而も

彼の地の法制にあつてはその十二分の區別の實益あることを、思はなければならぬ。證據事實の特定の命題に對する關係こそ、米國證據法の特色たる多數の證據規則の對象であり、それが證據方法の方法としての能力と異つた問題であることは明かである。

斯やうにして我々は、米國の證據法が、多少の混亂を示し乍らも、二つの概念の分立を豫定して動きつゝあり、少くとも、論理的に分析せられるときに然樣な二元的構造を露出するものであることを、認めなければならない。

若し此の觀察にして誤がないならば、證據能力概念の構成の相違——これを米國證據法の第一〇の特質に數へなければならない。

（一四五）　同藤三五九、三六五頁。
（一四六）　同藤三六〇頁。
（一四七）　Rosenberg, § 118, II 2, S. 358.
（一四八）　Richardson, § 118, p. 80 f.
（一四九）　Wigmore Treatise, § 2. Vol. 1. p 5.
（一五〇）　Ibid., § 11, Vol. 1, p. 296.
（一五一）　Richardson, § 99, p. 62; § 100, p. 63.
（一五二）　Ibid., § 243, p. 182; § 289, p. 181.
（一五三）　Ibid., § 500, p. 402. に實例あり。
（一五四）　拙著三〇一頁。
（一五五）　Richardson, § 616 ff., p. 513 ff.
（一五六）　Ibid., § 457, p. 358; § 460, p. 361.
（一五七）　Ibid., § 420, p. 330.

（一五八）Ibid., § 462a, p. 354 f.
（一五九）Ibid., § 458, p. 358 f.
（一六〇）Ibid., § 268, p. 188.
（一六一）Wigmore, Treatise, § 2, Vol. 1, p. 5 ff; § 12, p. 296 ff.

一一　結　び

我々は、日本のそれに對して、米國證據法の特質十箇を擧げた。根本的な特質はここに盡きると言つて差支へがない。固より、ただ差異と言ふだけならば、算へるに値するものなほ少くはない。たとへば、證明力の點について、わが國の學說は、抽象的證明力と具體的證明力とを區別しない（一六二）。前者は證明せらるべき命題を離れて兎に角信用し得るか否かの問題であり、後者は具體的に特定の命題を證明し得るか否かの問題である。米國法は之について、證言の抽象的證明力を攻擊（impeach）する場合には信憑力（credibility）といふ文字を用ゐ（一六三）、證明力全般の評價に關して用ゐる重要度（weight）といふ文字（一六四）とは之を區別してゐるのであるから、右の區別をなすものと考へることが、出來ないではない。けれども、斯やうにして區別せられた信憑力は、具體的證明力と同じく、『常に陪審の決定すべき問題である』るとせられる（一六五）のであるから、證據能力に區別を設けるとは異つて、此の區別を强調することは、米國に於いても實益がない。證明の對象に關しては、法律上の推定の問題がある。ドイツ普通法上「覆へし得る推定（unwiderlegbare Vermutung）」といふことが論ぜられ、これと撰制との相違が關心せられたのであつた（一六六）が、現在わが法制はかやうな概念を認めない。これに對して米國證據法に不可動推定（conclusive presumption）と言つて反對の證明を許さない推定がある（一六七）と言ふことは、日本の法制に較べて

珍しい存在であると言はなければならない。けれども、これを證據法上の制度として論ずべきかは疑がある。自認（admission）及び自白（confession）についても、概念の構成は相當色彩を異にする。これを詳細に比較することは益の多いことであらうけれども、その證據法上の考へ方に基本的な相違はない。その他、文書の取扱方法をはじめ、細かい點に至つては、論ずべきこと洵に多いが、孰れも各論的な問題である。

本文に掲げた十箇の特色は、之を必竟するに陪審々理の原則に、歸一せられる。陪審制度を採用してゐればこそ法定序列主義と反對訊問とが必要なのであり、また規制證據主義が發展したのである。規制證據主義の發達に證據能力概念の分化が起因し、かやうな構造の體系として、訴訟法とは區別せられた獨自の・我々のそれとは範圍及び重點を異にした・民刑の別のない・纏つた證據法が成立して來ることになる。夫々に概念上は吸收し盡くされない特質であるが故に、夫々に別個に算へ上げたのではあるが、それが陪審々理を起點としての展開であるといふことは、深い注意を必要とする。われわれの證據法が米國の證據法から學ぶべきもの（一六八）は、陪審制度及びその支柱として準備せられてゐる叡智への鋭い檢討を怠つては、正しく見定めることが出來ないであらう。

（一六二）　關藤三七二頁は之を區別する。但し信憑力と純粹なる證明力と呼ぶ。
（一六三）　Richardson, § 571, p. 477.
（一六四）　Wigmore, Treatise, § 12, Vol. 1, p. 296.
（一六五）　Richardson, § 587, p. 492.
（一六六）　後藤一『民事法研究』第一卷三一六頁。
（一六七）　Richardson, § 56, p. 29.
（一六八）　本文から直ちに飛躍することは極めて非合理な行動であり、學ぶべきものを結論づけることは當然為つかの異つた角度からする檢討の後に讓られなければならないが、時務に省みて假に此の段階からの展望を試みるならば――わが法

は米國法に學んで（一）刑訴の職權審理主義を廢し、（二）民訴刑訴とも證人の訊問は當事者に委ねることが望ましい。此の場合（三）反對訊問制度の確立は必須ではないが有益であらう。（四）證據規則の導入は陪審々理を原則とするのでない限り無用であり、寧ろ（五）判事の素養として證明學を考慮するのがよいのではないか。（六）陪審々理は原則的制度として輸入すべきではない（今日我が國に於いては訴訟の遲滯が既に訴訟制度そのものの命脈を絶たうとする程度にまで達してゐることをも、併せ考へよ）であらう。

――昭和二二年一二月稿――