

586.6  
818  
3

新時代法學叢書

證據法要論

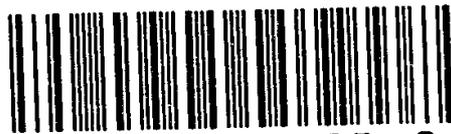
周榮編著

新時代法學叢書

周榮編著

證據法要論

商務印書館發行



3 0601 0175 9

## 敘言

邇來法學名著，如雨後春筍，日有出版，惟證據法學，則未見有專書。夫民刑訴訟之勝負，均以證據爲斷。是證據法於法之實用方面，至爲重要，而爲治法學者所不可不研究者也。

吾國證據法採自由心證主義，自由心證云者，仍須取雙方當事人之證據，依法權其輕重，定其取捨，非不論證據之如何，而任意爲之者。英美證據法則採法定證據主義，規定詳密。本書之作，以吾國證據法爲根據，而於英美證據法，亦略爲敘述。吾國民刑事訴訟法與修正民刑事訴訟法關於證據法之規定，本書均詳爲論列。且於每章之末，附錄中外判解例，藉供參考。

本書編著時，參考下列諸書：松岡義正先生著民事證據論，盛振爲先生編著證據法學講義，司法儲才館之證據法，民刑事訴訟法講義，法官訓練所之民刑事訴訟法實用講義，美國法學家魏格模著證據法學原理等，謹對各書著作者表示謝忱。

證據法要論

二

本書倉卒編成，錯誤之處，實所難免，尙祈高明予以指正，不勝幸甚！

二十四年六月一日

# 目錄

第一章	緒論	一
第一節	證據之意義	一
第二節	證據法之性質	二
第三節	證據法之範圍	三
第四節	證據法之主義	四
第五節	證據之分類	八
第六節	證明與釋明	一三
第二章	係爭事實與關係事實	一五
第一節	係爭事實	一五

第二節 關係事實·····	一六
附中外判解例·····	一九
第二章 舉證責任·····	二二
第一節 舉證責任之意義·····	二三
第二節 刑事訴訟上與民事訴訟上之證責·····	二五
第三節 舉證責任之通例·····	二八
第四節 舉證責任之特例·····	三一
附中外判解例·····	三一
第四章 免證之事實·····	三五
第一節 顯著之事實·····	三五
第二節 法院於職務上已知之事實·····	三七

第三節	法律上推定之事實	三八
第四節	事實上推定之事實	四〇
第五節	經當事人承認之事實	四一
第一項	自認	四一
第二項	自白	四八
第三項	自白與自認之區別	五〇
附中外判解例		五一
第五章	證據調查	五四
第一節	調查之範圍	五四
第二節	調查之程序	五九
第一項	調查之機關	五九

第二項	調查之期日	六一
第三項	調查之處所	六二
第四項	調查之補充及再行	六三
第五項	調查結果之辯論	六三
第六項	調查之筆錄	六四
第七項	調查之費用	六四
附中外判解例		六五

第六章 人證 六八

第一節	證人之意義	六八
第二節	證人之資格	七〇
第三節	證人之義務	七一

第一項	到案之義務	七二
第一款	到案義務之內容	七二
第二款	到案義務之強制	七二
第三款	到案義務之免除	七四
第一目	絕對免除	七四
第二目	相對免除	七四
第二項	具結之義務	七六
第一款	具結義務之內容	七六
第二款	具結義務之強制	七七
第三款	具結義務之免除	七八
第一目	絕對免除	七八
第二目	相對免除	八〇

第三項 陳述之義務·····	八二
第一款 陳述義務之內容·····	八二
第二款 陳述義務之強制·····	八三
第三款 陳述義務之免除·····	八四
第一目 民事訴訟上陳述義務之免除·····	八六
第二目 刑事訴訟上陳述義務之免除·····	九六
第四節 證人之權利·····	九八
第五節 訊問證人之程序·····	一〇〇
第六節 英美法系之詰問制度·····	一〇四
第一項 詰問制度之意義·····	一〇四
第二項 原詰·····	一〇六
第三項 反詰·····	一一〇

第四項	覆詰	一一二
第五項	詰問之監督指揮及法院之職權訊問	一一三
第六項	詰問制與大陸制之比較	一一四
第七節	證言	一一六
第一項	證言之根據及傳聞證言	一一六
第二項	證言之正確要素	一一一
第一款	認識力	一二四
第二款	記憶力	一二九
第三款	陳述力	一三二
附中外判解例		一三四
第七章	鑑定	一三九

第一節	鑑定及鑑定人之意義及性質	一三九
第二節	鑑定之客體	一四三
第三節	鑑定人之資格	一四六
第四節	鑑定人之義務	一四九
第一項	到案義務	一五〇
第二項	具結義務	一五一
第三項	鑑定義務	一五二
第五節	鑑定人之權利	一五三
第一項	請求費用之權利	一五三
第二項	實施鑑定時之權利	一五四
第六節	鑑定人之拒卻	一五五
第一項	拒卻之意義	一五五

第二項	拒卻之原因	一五六
第三項	拒卻之時期	一五八
第四項	拒卻之聲明	一五八
第五項	拒卻之裁判	一五九
第七節	關於鑑定之程序	一五九
第一項	鑑定之聲請	一六〇
第二項	鑑定人之選任	一六〇
第三項	鑑定人之免除及撤換	一六一
第四項	鑑定人之傳喚及訊問	一六二
第五項	鑑定之實施	一六三
第八節	鑑定之證力	一六四
附中外判解例		一六五

第八章 書證……………一六九

第一節 書證與證書之意義及性質……………一六九

第二節 證書之分類……………一七二

第二項 公證書與私證書……………一七二

第一款 公證書……………一七二

第二款 私證書……………一七四

第二項 處分證書與報告證書……………一七四

第一款 處分證書……………一七五

第二款 報告證書……………一七五

第三項 原本與繕本……………一七六

第一款 原本……………一七六

第二款	繕本	一七七
第四項	編入卷宗之證書與不編入卷宗之證書	一七七
第五項	逾三十年與不滿三十年之證書	一七八
第六項	自認證書與證言證書	一七九
第七項	一等證書與二等證書	一七九
第三節	證書之證據力	一七九
第一項	形式證據力及實質證據力之區別	一七九
第二項	公證書之證據力	一八〇
第一款	公證書形式上之證據力	一八〇
第二款	公證書實質上之證據力	一八一
第三項	私證書之證據力	一八一
第一款	私證書形式上之證據力	一八一

第二款	私證書實質上之證據力	一八三
第四項	證書證據力之評判	一八三
第四節	證書提出之義務	一八四
第一項	提出證書義務之內容	一八四
第二項	提出證書義務之性質	一八七
第三項	提出證書義務之強制	一八七
第四項	提出證書義務之免除	一八八
第五節	第三人請求提出證書費用之權利	一九〇
第六節	關於書證之程序	一九一
第一項	書證之聲明	一九一
第二項	書證聲明之裁判	一九二
第三項	法院職權調取或命令提出證書	一九四

第四項 證書之發還·····	一九五
附中外判解例·····	一九五
<b>第九章 勘驗·····</b>	<b>二〇二</b>
第一節 勘驗之意義及性質·····	二〇二
第二節 勘驗之機關及勘驗物·····	二〇五
第一項 勘驗之機關·····	二〇五
第二項 勘驗物·····	二〇五
第三節 勘驗之種類·····	二〇六
第一項 履勘·····	二〇六
第二項 直接勘驗與間接勘驗·····	二〇七
第三項 廣義之勘驗與狹義之勘驗·····	二〇七

第四節 勘驗之證據力	二〇八
第五節 提出勘驗物及勘驗承受之義務	二一〇
第六節 第三人請求勘驗費用之權利	二一一
第七節 勘驗之程序	二一二
第一項 職權命令勘驗及勘驗之聲請	二一二
第二項 勘驗之實施	二一三
第三項 勘驗之筆錄	二一五
附中外判解例	二一五
第十章 證之保全	二二〇
第一節 民事訴訟上之證據保全	二二〇
第一項 證據保全之意義及性質	二二〇

第二項	證據保全之要件	二二二
第三項	證據保全之程序	二二三
第一款	證據保全之聲請	二二四
第二款	證據保全之管轄法院	二二五
第三款	證據保全之裁判	二二七
第四款	證據保全之實施	二二八
第四項	證據保全之效力	二三〇
第五項	證據保全之費用	二三〇
第二節	刑事訴訟上之扣押及搜索	二三一
第一項	扣押	二三一
第一款	扣押之意義	二三一
第二款	扣押之機關	二三一

第三款	扣押之客體	二三三
第四款	扣押之程序	二三五
第五款	扣押之筆錄	二三八
第六款	扣押物件之發還	二三九
第二項	搜索	二四〇
第一款	搜索之意義	二四〇
第二款	搜索之機關	二四〇
第三款	搜索之客體	二四一
第四款	搜索之程序	二四二
第五款	搜索之筆錄	二四六
附中外判解例		二四六
第十一章	證之評判	二五一

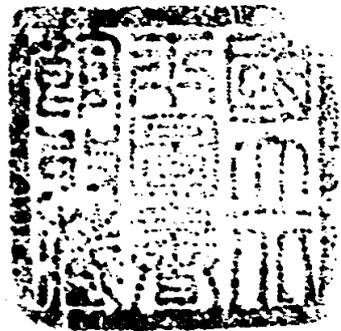
第一節 評證之主義·····	二五一
第二節 法定證據主義及自由心證主義之比較·····	二五二
第三節 自由心證主義之研究·····	二五三
第一項 自由心證之標準·····	二五三
第二項 自由心證之條件·····	二五五
附中外判解例·····	二五六

# 證據法要論

## 第一章 緒論

### 第一節 證據之意義

證據之意義，從來學者解釋頗不一致。一說認為證據乃一切使法院確信不疑一事物或一狀態，係其待證事物或狀態之原因。是為原因說。一說認為證據乃認定一待證之未知事物或狀態之存在或不存在，注重其結果。是為結果說。一說認為證據為一切可知之事物或狀態，所以別於抽象之辯論而言。是為本質說。一說認為證據乃以確信之可知事物或狀態，作為基礎，而推測待證之事物或狀態。是為證明說。要皆因觀察點之不同，各異其說。簡言之，證據客觀之意義，謂確認待證事實



之材料，即證據方法。其主觀之意義，謂證據方法於確認事實時之效果而言。

凡以某項事物或某項方法，表明所主張事實，以證明其真實，存在或不存在者為證據。

## 第二節 證據法之性質

證據之目的在發見真相。證據法為發見事實真相之法則，蓋法院審理案件時，因已過之事實，不克重見於法庭，加以有利害關係之當事人或關係人，又各盡其智力，以相掩飾，在此情況之下，審判者欲得真相，惟有以證據法則準繩耳。

證據法為訴訟法之一部，規定關於證據之一切法則者也。證據法學者，研究證據法律及其學說之科學也。

證據法上之證明，須達於可資憑信之程度，就其正面之證力言，可深信其事實之存在。就其反面之證力言，同時可深信反乎其所信之事實為不存在。是則證據之價值，乃依審判者之心證為斷。同一憑證，在一人心理中，已認為正確無疑，而在他人心中，往往猶認為不足置信者。故證據之證明

力，其唯一客觀標準，即以一般人之通達事理者如何判斷而定耳。

證據法通說認為訴訟法之一部份。吾國立法例，亦將民刑事證據法則，分別規定於民事訴訟法及刑事訴訟法中。然證據法則究應屬於實體法中，抑屬於訴訟法中，學者主張不一。實體法為規定人民權利義務之法則；訴訟法為規定訴訟手續之法則。多數國家立法例，認證據法為訴訟法之一部，然於實體法中每多舉證責任之規定。吾國法亦然。最近有學者主張，另列證明法，與實體法訴訟法三者鼎足而立。因證據法之性質，乃介乎實體法與訴訟法二者之間者，既不如實體法之對象為法律關係，亦不如訴訟法之對象為手續關係，其對象實為事實關係，蓋為研究事實之法律也。非法律關係，故不應規定於實體法中，非單純手續關係，故不應規定於訴訟法中，則應另列一門矣。依愚所見，誠不失為較佳之編制也。

### 第三節 證據法之範圍

證據法為關係證據之全部法則，故其範圍所及，主要者為下列數項：

(一)當事人得提出何種事實，爲其主張之證明。換言之，何種證據得提出之；何種證據，不得提出之。何者爲關係事實，何者非關係事實。

(二)何方當事人應負舉證之責任，何方當事人不負舉證之責任。何時當事人須負舉證之責任，何時當事人得免舉證之責任。

(三)當事人欲證明其主張之事實，應舉出何種證據，即證據之方法。例如人證物證書證等是。

(四)當事人所提出之證據，法院應加以信任至如何程度，即證據之證明力。各項證據之證明力，亦各不同。例如公文書有形式上之證據力，私文書則無之。

(五)法院就已證明之事實，應如何爲待決問題之推斷，即採證之法則。

#### 第四節 證據法之主義

證據法因各國法系及歷史之不同，故其立法例所採主義，種類不一。茲擇其主要者，略述其梗

概如下：

判

乙

(一) 實體真實發見主義與形式真實發見主義

實體真實發見主義者，法院於審理案件中，對於有關係之證據，不受當事人意思之拘束，應自行探求事實之真相，自行搜集或調查各項認為必要之證據。故不問當事人之主張如何，其提出之證據如何，與其對於某項事實有無爭執，須發見真相，而後可以裁判。刑事訴訟，為國家實施刑罰權，事關公益，故吾國刑事訴訟之證據法則採實體真實發見主義。

形式真實發見主義者，法院於審理案件中應受當事人意思之拘束。即僅在當事人主張事實及其所提出證據之範圍內，認定事實。對於當事人二造所不爭執之事實，則不應再為調查，而逕認為真實。民事訴訟為確定私法上權利義務關係之程序。夫私權以許人民自由處分為原則，故吾國民事訴訟之證據法則，不採用實體真實發見主義，而採用形式真實發見主義也。

(二) 法定證據主義與自由心證主義

法定證據主義者，法律就證據方法之可否提出，及其種類，與其有無證明力，或其程度之強

弱，皆設明文，詳細規定。法院審理案件時，不得違反此項規定，而應受其拘束。

自由心證主義者，證據之取捨判斷，一憑諸法院根據經驗與學識自由判斷之。法律不設明文規定。當事人提出之證據是否可採，與其證力之強弱，皆憑審判者之自由確信。然此所謂自由心證，並非毫無限制，仍須合乎證據法則。例如調查證據須合法是。

自由心證主義，係以審判者之自由確信，為判斷證據之標準。審判者具有相當之學識經驗與能力者，固能對之加以正確之判斷；而採為裁判基礎。然亦有任意取捨，致裁判失當之虞。反之，在採法定證據主義之國家，審判者既須受法律之拘束，以為判斷之標準。則規定證據方法及證據力之法律適於實際上之經驗時，固能得適當之判斷。然或審判者因受法定證據方法及證明力之拘束，其結果，勢必依其經驗學識所不能確信之事實，亦不能不認定之。是為此主義之缺點。簡言之，自由心證主義，易得事實之真相。法定證據主義，可防法官之專橫。二者蓋各有利弊者也。

吾國民刑訴訟證據法則，原則上皆採自由心證主義，而以採法定證據主義為例外。英美法例因歷史上之關係及採陪審制度之結果，有至詳之證據法，故採法定證據主義。

### (三) 職權調查主義與當事人調查主義

職權調查主義者，證據之調查，全憑法院之職權爲之。當事人調查主義，則證據之調查，由當事人自行爲之。英美制度，對於證據皆由當事人之代理律師自行調查，此雖可輔助法院使事實臻於明瞭，然非有富有經驗及稱職之律師，不足以利進行，否則反不易得事實真相，不如法院調查之便利也。

吾國刑事訴訟之證據法則，採職權調查主義，而民事訴訟之證據法則，原則上亦採用職權調查主義，而例外則採用當事人調查主義。

### (四) 證據分離主義及證據結合主義

證據分離主義者，謂訴訟程序分爲本案程序及證據程序。在本案程序，當事人不許提出證據，而僅能主張事實，或對於事實上之主張，加以陳述或辯論。在證據程序，則當事人方能提出證據，或爲關於證據之陳述或辯論，及進行調查證據，此時不許更有事實上之主張矣。所謂本案程序及證據程序，乃以證據判決爲分離之標準，證據判決以前，爲本案程序，證據判決以後爲證據

程序。

證據結合主義乃於當事人之主張事實及證據之提出與調查，得結合爲之。得隨時任意爲之，不受分離主義之限制。故在結合主義，當事人初主張事實，嗣提出證據，最後再行主張事實，或同時主張事實及提出證據，均無不可。

夫證據分離主義，限制過嚴，不免有削足適履之嫌，其保護當事人之利益不周。證據結合主義則無此弊，有利於當事人。故吾國證據法則採用證據結合主義也。

### 第五節 證據之分類

證據之範圍至廣，其分類之方法亦甚多。茲述一般學者所採用之主要分類如下：

#### (一) 本證與反證

(甲) 民事訴訟上，證據因其所提出之當事人不同，而分爲本證與反證。

本證者，有舉證責任一造當事人所提出之證據也。詳言之即不問原告或被告，凡就其利己

事實舉出者曰本證，或即稱爲證據。反證者，對於對造所主張，證明其相反事實之證據也。

(乙)刑事訴訟上，證據因是否證明被告犯罪爲區別而分爲本證與反證。

本證又稱爲主證據或有罪證據，謂不利於被告，證明被告犯罪事實存在之證據也。反證又稱無罪證據或防禦證據，乃有利於被告證明犯罪事實不存在之證據也。

反證不可與證據抗辯相混淆。證據抗辯者，係一造當事人，對於對方之證據方法，主張有不能允許或不能信任者，而防止其舉證成功。反證則係當事人對於對造主張之事實，證明相反之事實，以推翻本證也。

## (二)直接證據與間接證據

直接或間接證明係爭事實或證題，爲區別直接證據與間接證據之標準。凡直接證明係爭事實者爲直接證據。例如係爭事實爲甲是否傷害乙，證人當庭供述甲實施傷害之行爲，或係爭事實爲甲乙間之債務關係，甲債權人提出乙債務人所書之借據，直接證明其主張是。

間接證據係依據某種間接事實之證明，對於係爭事實可由此證明或推知者。換言之，間接

證據所證明者非證題之本身，而由其所證明者，可從而證明或推斷證題之證據也。如前例乙訴甲傷害，證人供述者，僅爲甲與乙因有仇隙曾生圖謀傷害乙之意思云云。或甲訴乙欠款，因借據遺失，不能提出，由證人證明遺失借據之事實。此等證言，皆爲間接證據。

直接證據之效力較強，間接證據之效力較弱，在採法定證據主義之國家，法律有明文規定；在採自由心證主義之國家，則其證力，法院得依自由心證判斷之。

### (三) 本原證據與傳替證據

本原證據即原來之證據，傳替證據者，代替本原證據之一種證據也。例如借據之提出，以證明其債權，爲本原證據；若因借據已遺失，無法提出，提出其繕本，則爲傳替證據。

凡本原證據存在者，依法自不得提出傳替證據爲證。惟遇本原證據滅失，遺失，或不能提出者，法律必責其提出，爲事實上所不可能，若可歸責於當事人之事由，致證據滅失時，則尙可言。若因不可歸責於當事人之事由，致不能提出證據時，法律必予以敗訴或不利益之效果，誠爲情理所不許，且爲國家公益計，亦有予以便利之必要。故救濟之道，乃在一定限制之下，許提出他項證

據以代替之，即傳替證據是。

傳替證據又分爲傳替書證與傳替人證二種。其採用之限制，寬嚴不同。蓋傳替書證所慮者，在乎繕本或證人所能背誦者，有無錯誤，是否可信而已。而在傳替證言，足滋無窮之疑慮，現時證人傳述第三者所言之事，是否能臻詳盡；當日曾否悉聞其言，並無錯誤；證人之記憶力，是否可靠；陳述時之傳述是否相符，有無增損偽飾情事，是難得與當日第三者所言完全相符之證言；故在書證遺失滅失時，或爲對造所藏匿湮沒時，當事人得提出繕本或請求傳喚知悉該證書內容之人爲證。若因原證人已經死亡，或無從尋覓，致不能立證時，不能提出其他證人，陳述其聞諸原證人之言，以爲證據。蓋傳聞 (Hearsay) 在英美法定證據主義國家，法律規定除少數例外，俟證言節說明外，不得採爲證據。吾國判例亦認爲傳聞不得採爲有效之證據。

傳替證言須與本原證據分別清楚。證人若據自己親知或其親見親聞之事，而爲陳述者，其證言爲本原證據。若背述案外第三人傳述之事，以爲陳述者，其證言爲傳聞，不得採爲證據。例如甲訴乙損害名譽，丙作證陳述其所聞當日甲之言語，此爲本原證據。甲訴乙竊盜，即令全城人民

具結陳述，謂據傳說，乙竊取甲物，亦不足以定乙罪，蓋為傳聞也。

(四)實證情狀證與言詞證

英美證據法學家魏格模 (Wigmore) 氏所為證據之分類，為一般學者所採用。魏格模氏將證據分為二大類。第一類為實證 (Autoptic Preference)，或稱直接證據，或稱真證。其本身即為證據，不必俟推論而證明。例如證明手上有刀傷，而以手供法官觀察是。第二類證據，則須推論方得證明者，此又分為二種，第一種為情狀證，第二種為言詞證。情狀證為廣義之物證，包括除去證言以外之一切證據而言。言詞證則為以言詞作為推論之根據者，即證言是。

(五)人證鑑定書證勘驗

吾國立法例及大陸法系如德日等國家證據法，證據分為人證、鑑定、書證、勘驗四種，學者間頗多分為人證與物證二類者，以人證包括證人及鑑定人。物證包括書證及勘驗之標的。亦有分為人證、物證、書證三種者。

## 第六節 證明與釋明

法院本於證據，對於係爭事實所得之認識，即證據之結果，謂之心證。心證因其程度之強弱，而分爲證明與釋明。

當事人就其主張之事實，通常皆應證明之。但法律有明文規定時，則提出足可釋明之證據已足，所以節省時間也。

證明者，當事人就其主張事實，提出證據，使法院確信其真實之謂。釋明者，當事人所提出之證據，使法院信其大概爲真實之謂。證明與釋明之重要區別，有下列三點：

- (一)關於法院之心證有強弱之差別。證明之心證強；釋明之心證弱。
- (二)證明多關係實體法上之事實；釋明則多適用於訴訟程序上，且須有特別規定時，方得爲之，否則仍應證明之。
- (三)釋明之責任，常應由當事人或第三人負擔。證明之責任則否，無論當事人曾否舉證，法

院均應依職權調查。

凡釋明事實上之主張者，應注意民事訴訟法第二百七十二條，修正民事訴訟法第二百八十四條之規定。

(一)得用可使法院信其主張為真實之一切證據

釋明僅使法院大概信其主張為真實，故凡使法院信其主張為真實之證據，皆得為釋明方法。

(二)須可即時調查者

查立法意旨，規定當事人釋明其主張為已足者，要因其簡易，急待解決。故不能即時調查之證據，不得用為釋明方法。例如以人證為釋明方法，則應與證人同時到庭，若猶待傳喚，即不得為釋明方法。

## 第二章 係爭事實與關係事實

### 第一節 係爭事實

係爭事實者，一造當事人所主張，對造當事人所否認或爭執之點也。在證據法上，即為證題。在主張證題之當事人，應舉出證據，提供證料，以證明其主張為真實。在對造當事人，則提供反證，以證明其不真實。在用書狀辯論之場合，一造於訴訟所主張，對造於答辯狀所否認者，即為係爭事實。如無書狀辯論或為書狀辯論所不詳時，則凡可認為構成請求原因或抗辯理由之事實，其請求或抗辯為一造所主張，對造所否認者，皆為係爭事實。在刑事訴訟，係爭事實即為被告是否犯罪。證據之與係爭事實，猶箭之與的耳。

## 第二節 關係事實

訴訟當事人提出之證據，應以有關本案者爲限。蓋法院審理案件，應使當事人之權利義務關係，或國家之刑罰權早得確定。且無關本案之證據，不獨不能證明係爭事實，且每易淆惑聽聞，自不應許其提出。故證據惟爲關係事實者，方得提出之。否則法院應不爲調查，或逕將此項證據之聲明駁回。

關係事實者，與係爭事實具有密切之關係，若舉其一事，就因果或影響而論，即可證明或推定其他事實之存在或不存在。例如甲爲殺人罪之嫌疑犯，如證明甲素患廢疾，不能自舉兇器，足以推論甲實無犯罪之可能，蓋其無能力實施也。或甲與被害人素有嫌隙，則此項證明，足以推論其預謀或犯罪之動機。又如犯罪之地點係在上海，而當犯罪之時日，被告確在天津，證明不在場等，皆爲關係事實。

凡當事人提出之證據，苟可以直接證明爭執之事實，或於爭執事實有重大關係，或有其他方

法足以證明事實關係，使益臻明確者，法院自應詳為調查，或係惟一之憑據者，法院苟無正當理由，自不得濫行捨棄。吾國證據法則，對於關係事實，採概括規定，蓋審判之法官，習知證據法學，自能衡情取捨也。

英美法採陪審制度，故審理事實者為陪審員。夫陪審員不能盡悉證據法則，故證據之提出，須先經法官之採納，認為有關係者，方得提出於陪審員。證據法上，稱為揀證。為英美證據法最繁曠之一部，往往一經開庭，一有證題，一造提出證據，即以關係事實之範圍，為雙方劇爭之焦點，而由法官口頭裁定。對此裁定，不許聲明抗告，仍繼續開庭審理。惟日後得據為上訴理由。故英美法例對於關係事實之範圍，規定至詳。茲略述其概要，在吾國不失為一種條理也。

(一)當事人於處理本案時，所言所行之事，除受一定限制外，應認為有關係，得提出為證。當事人於處理本案外，所言所行之事，除有特別規定外，應認為無關本案不得舉出為證。例如本案爭點為甲曾否允許乙通行其地，乙不得提出甲曾允許丙通行其地，以為證據；蓋甲曾否允許丙通行一點，與本案無涉。又例如甲曾賣有瑕疵之貨於乙，與甲賣於丙之貨，是否有瑕疵一點無涉。

惟所賣之貨，若係出於同一來源，或係屬同一種類者，則認為有關係，不在此限。又例如當事人雙方締結契約，經幾次磋商後，始訂立書面，則關於當事人間權利義務之爭執，不問當事人間之原議若何，法院應依文字意義為斷。但若當事人因契約文字錯誤，致提起更正之訴，或所立契約確係僅載一部份之締約內容時，則得提出口頭契約為證。

(二) 凡當事人於處理本案以外事件時所言之事，若確足釋明或印證本案事實者，亦應認為有關係，得舉出為證。例如甲被告被控偽造文書，捏簽乙之姓名，現經發見他項文件，證明甲曾摹倣乙之字跡者，得舉出為證。蓋此種摹寫係證明實施犯罪之準備。又例如甲向乙購貨，同時出賣其貨與丙，買得之貨及應償之價，皆由丁收付，乙對於丁涉訟時，前時丁甲丙之買賣行為，認為與本案丁甲之委任代理問題有關係。又例如出賣人甲，買受人乙，乙患瘋症，甲與乙締結契約時，是否確知乙有心疾，乙於結約前後曾向丙丁等商議締結買賣契約，丙丁等見其舉止錯亂，均知其心疾，認為與本案知情問題有關係。

(三) 凡當事人於本案以外之舉止，足以釋明或印證處理本案時之心志，例如惡意預謀知

情之類者，皆爲有關係。例如甲被告被控犯行使僞幣罪，在甲寓所發見僞幣多枚，或甲於昔時常使用僞幣，均得爲知情之證明。又例如甲被告被控侵占其主人財物，其所管賬款，頗多不符，足爲故意，非出偶然錯誤之證明。

(四) 凡實際上有關係之事實，依照法例，有不得舉出爲證者。例如甲被控殺人，被害人乙瀕死時，自白犯罪實係自己，並非被告。此項證據，不問實際上是否有關，依法不許提出。

(五) 凡實際上無關係之事實，有法例認爲有關係者，得提出爲證。例如甲被告被控犯罪，甲平日之品性，實際上雖與犯罪問題無涉，然法例上許其提出，爲無罪或酌減罪刑之證明。惟此項證力，原極薄弱，由法院自由裁斷之。

### 附中外判解例

一、當事人爲證明其利己事實，提出惟一之證據方法，審判衙門不得輕予捨棄。(六上三四

○)

二、不必要之證據，毋庸調查之。（三上六二）

三、當事人所提出之證據，於所證明之事實毫無關係，或於證明事實已無必定，或顯然不能得預期結果者，審判衙門無須用以審究。（三上六〇一）

四、傳訊證人與否，法院自有權衡，非被告人所請求者，皆須傳喚。（二上七）

五、契約關係之存在與否，在通常情形，雖應證明契約締結之事實，而因特別情形，契約締結之事實，已無從證明者，則僅證明契約履行之事實，亦足推定其契約關係之存在。（四上一二五七）

六、認定事實，應憑證據。凡當事人提出之證據，苟其於訟爭事實有重大關係，或有其他方法，足以證明事實關係使益臻於明確者，審判衙門即應詳予調查，以應職權上應盡之能事，自難以主觀的推論，為斷定事實關係之根據。（四上四二六）

七、審判衙門就當事人聲明之證據方法中，駁斥其不必要者，亦屬依法所為之處置。（三上一九四）

八、當事人所聲明之重要證據方法，不得駁斥。（三上三〇一）

九、訴訟外之書狀，不能認為當事人之自認，法院得以職權調查其內容。如與本案有關係者，自可作為一種證物，以資判斷。（三上六七二）

一、僅解決法律上之問題，足定其事件之勝敗。或無須當事人所欲立證之事實，據其他事實理由，得定其事件之勝敗者。此際聲明之證據方法，即所謂不必要者，裁判所得以職權駁回其聲明。

二、雖係惟一之證據方法，如非直接與係爭事實相關，裁判所仍得拒絕調查，且於拒絕之後，更得認定與其立證旨趣相反之事實。

三、傳訊證人之聲請，係在確定證書之解釋，而該證書之意義，已經裁判官據其字句認為明確無疑者，自得以職權駁斥之。

四、當事人聲請之證據於事實認定上毫不影響者，事實承審官得自由駁斥之。

五、待證事實重要，而所聲明之證據方法，又非顯無可信之價值者，不得拒絕調查證據。

## 第三章 舉證責任

### 第一節 舉證責任之意義

法院審理案件，適用法律，乃以事實為基礎。無事實則無法律之適用。故訴訟之第一步，為認定二造訟爭之事實。在此發生證據法上最重要之問題，即為應由何方當事人證明事實。證據法上稱為何方當事人負舉證之責。

舉證之責者，證明係爭事實之責任也。即當事人就其主張之事實，有提出證據，使法院就其主張得生心證之責任。

舉證責任，立法例有規定於實體法中者，例如在法國民法，舉證責任為民法債編之一部份。蓋認舉證責任為權利義務關係而解為實體法問題。但舉證責任之法則，除於私法上法律關係之主

張適用外，亦適用於公法上訴訟關係之主張，如訴訟要件之存在否等問題。故立法趨勢大都主張將其規定於訴訟法中。吾國立法例以一般舉證之原則，歸入訴訟法，而將特定事項應證明之責任歸入實體法中。

舉證責任之性質，從來學者之見解，有下列三說：

### (一) 權利說

主張權利說者，謂舉證為得舉證之一造當事人提出證據，以證明有利於己之事項，而對造當事人則不得為此訴訟行為，故實為一種權利。此為權利說之理論，在昔羅馬訴訟法，此項舉證之責任，每偏於一造當事人，故此權利為一造所獨享。在近代各國立法例，則採舉證責任分擔主義。二造當事人各有舉證責任，則此權利為二造當事人所共享。惟查訴訟進行時，舉證之責任，性質上究與一般權利之行使不同。蓋此責任，須於法院認為訴訟中所爭執之事實為必要者，方始有之。其已臻明顯者，當事人無須再為證明，故舉證責任，非當事人之權利也。

### (二) 義務說

主張義務說者，謂舉證爲法律上命令一造當事人舉證，否則將受不利之裁判，故爲一種法律規定之義務。且法條中既稱曰舉證之責任。夫責任者，義務也。故舉證之責，爲義務而非權利。惟義務係指權利而言，二者爲相對之名詞。有權利方有義務，無權利則亦無義務。一造有義務，則對造必有權利。今負舉證責任之一造當事人不爲舉證時，對於對造當事人不負賠償之責，故舉證之責亦非單純之義務也。

### (三)效果說

舉證責任既非權利，又非義務。多數學者主張效果說。謂舉證責任者，即當事人爲求得利己之心證起見，而有證明其主張事實之必要。若不舉證，則將發生不利之心證，是舉證之目的，全在其效果。故其性質非權利非義務而爲效果也。三說之中，以此說爲最是。

## 第二節 刑事訴訟上與民事訴訟上之證責

夫刑事訴訟案件與民事訴訟案件性質不同，民事訴訟法與刑事法所採之主義又各不同，故

關於舉證責任一項，刑事訴訟上各不相同。

刑事案件上之證責，為法院之實質舉證主義，因刑事訴訟法係採用實體真實發見主義，與國家職權干涉主義。法院對於追訴犯罪，應自行探求事實之真相，以為符合實體真實之裁判。國家干涉訴訟，故法院須以職權蒐集及調查事實之真相，負實體上舉證之責任。訴訟當事人雖亦有舉證之責，然此僅係補充法院之證據調查。故其舉證，非為勝訴之要件。因亦無民事訴訟上由當事人分擔證責之必要。由主張被告犯罪者，負舉證之責。故在證據確能證明被告有罪，毫無疑義外，法院應為被告無罪之裁判。法院對於有罪無罪之證據，有所懷疑，或有罪證據之證力與無罪證據之證力相等時，皆應為被告無罪之裁判。被告犯罪之行為，非有積極之證明，不能定讞。蓋現行各國刑事訴訟法律，無不採用無辜推定之原則，即推定被告無罪。吾國刑事訴訟法第二百八十一條，修正刑事訴訟法第二百六十七條規定，訊問被告後，審判長應調查證據。刑事訴訟法第二百八十二條，修正刑事訴訟法第二百六十八條，規定犯罪事實應依證據認定之。其立法意旨，蓋即就此推定而設也。

民事訴訟法乃採用形式真實發見主義，國家不干涉主義。故民事上證責為法院之形式舉證

責任。即法院僅就當事人自己所提出之證據，加以調查，不另爲職權之證據調查，以爲其裁判之基礎。故舉證責任，應由二造當事人分擔。訴訟當事人之一造提出證據，以證明其主張時，法院應認其主張有暫時勝訴之效力。在此場合，對造當事人，即應提出反證，或另舉出新主張，以證明其爲無理由，否則將受敗訴之裁判。蓋法院祇負形式舉證之責任也。若一造能提出有效之新主張，則原主張之當事人應再提證據，證明其新主張不成立。故舉證責任，爲二造所分擔，此項二造當事人之互提證據，舉證責任之由一造移轉於對造，證據法上稱爲證責之移轉。負舉證責任之當事人，苟未能證明其證題，即其主張，將受敗訴之裁判。然在當事人之二造，各有相當之證據時，則法院應依其證明力之強弱而判斷強者勝訴，弱者敗訴。與刑事訴訟絕不相同也。

惟在人事訴訟則不然，蓋其性質與通常訴訟不同。在財產關係之訴訟，僅影響當事人之私益，而人事訴訟則影響於國家之公益。故普通民事訴訟程序，採用國家不干涉主義，而人事訴訟則採用國家干涉主義。是以法院應依職權調查二造之證據，並審酌當事人所未提出之事實，以爲裁判之基礎。民事訴訟法第五百四十一條第一項規定，法院因維持婚姻，得依職權調查證據，並審酌當

事人所未提出之事實。查前民事訴訟條例第六百七十五條，德國民訴法第六二二條，奧國婚姻事件程序法令第九條第十條，匈牙利民訴法第六六九條，均規定法院因確定婚姻之無效或不成立，亦得依職權調查證據，並審酌當事人所未提出之事實。民事訴訟法將此刪去，實屬失當。故立法院最近公布修正民事訴訟法第五百七十一條，仍增入該項規定也。又民事訴訟法第五百五十七條第一項，規定親子關係之訴訟，法院得依職權調查證據，並審酌當事人所未提出之事實。修正民事訴訟法第五百九十一條，則規定否認或認領子女，與認領無效，或撤銷認領之訴，或就母再婚後所生子女確定其父之訴，及宣告停止親權或撤銷其宣告之訴，法院得斟酌當事人所未提出之事實。

### 第三節 舉證責任之通例

民事訴訟法規定當事人主張有利於己之事實者，就其事實，有舉證之責任。此為舉證責任之大原則也。茲將舉證責任之通例，略述如下：

(一) 凡主張者，負舉證之責。一造當事人提出主張，其對造當事人予以否認。在此場合，應由

主張之一造負舉證之責，不應由否認之一造負舉證之責。蓋若令否認之一造負舉證之責，則其所證之證題爲消極的，決不如由主張之一造證明積極之證題爲易也。苟主張之一造當事人，不能證明其主張時，不論對造有無證據，應令其敗訴也。例如甲爲原告，乙爲被告，甲訴追前出售於乙貨物之價金，如乙否認，謂其未曾向甲購買貨物，則甲負舉證之責，應證明乙確曾向其購買貨物，且未付價金之事實。如乙承認其向甲購買貨物，但云已付甲一支票爲價金，如甲否認有此支票，則此項支票問題，應由乙負責證明之。如甲承認收到該項支票，但主張該項支票爲空頭支票，則又應由甲負舉證之責矣。

(二) 刑事訴訟之檢察官，民事訴訟之原告，應負舉證之責。刑事訴訟應由檢察官負責證明被告之犯罪行爲，已如前述。在民事訴訟，其係爭事實，舉證之責，一讀訴狀，即可明瞭。凡認爲可構成請求原因之事實，均應由原告負舉證之責。然訴訟開始以後，原告所主張之事實，已爲被告所承認，而被告另主張新事實，以攻擊或推翻原告所主張之事實者，則舉證之責任，因之移轉。簡言之，舉證責任之決定，有下列二項標準：

甲、就訴訟開始時而言，若二造均不能舉證，應歸何造當事人敗訴，則該將敗訴之一造，應負舉證之責。

乙、於訴訟進行中，關於特種事實，應由何造舉證，當先調查，若無此種事實，應歸何造當事人敗訴，則將敗訴之一造，關於勝訴必須之事實，應負舉證之責。

(三) 被告對於原告之主張，業已承認，並另主張新事實，而為本案之抗辯者，關於其抗辯事實，應負舉證之責。例如被告主張業已清償為請求支付之抗辯；主張契約不成立，為履行契約之抗辯；主張正當防衛，為犯罪之抗辯。被告對於債務契約，或犯罪之事實，業已承認，惟主張新事實以攻擊原告所主張之事實，其抗辯之事實，係屬另成一事實，應由被告負舉證之責。

(四) 負舉證責任之一造當事人，關於其主張之事實，已有相當之證明，其舉證責任即移轉與對造當事人。非經對造當事人提出有效之反證，即應推定原舉證人一造所主張為真實。蓋負舉證責任之當事人，就其主張之事實，責令提出完全證據，按之事理，勢所不能，故當事人提出相當之證明時，其舉證責任，可謂已盡，應由對造提出反證以推翻之矣。此係指民事訴訟而言，刑事

訴訟則不然，已如前述。

#### 第四節 舉證責任之特例

對於特定事項之舉證責任，法律有特別規定時，則應優先適用。此項特例，除訴訟法規定外，其散見各實體法中者頗多，或明白規定應由何方負舉證之責，或由其文字解釋上，可推知其意旨。例如民法第二百三十一條，同法第二百三十二條，同法第五百九十一條，同法第五百九十三條，同法第六百三十四條，同法第六百五十九條，同法第六百六十一條。票據法第四十四條第三項，同法第七十條第二項，同法第八十三條第一項，同法第八十六條第一項，同法第八十六條第三項，同法第八十八條第一項，同法第九十二條。海商法第九十條，同法第九十七條，等皆是。

#### 附中外判解例

一、各當事人就其主張有利於己之事實，均應負舉證之責任。（三上一九五）

二、當事人若未盡舉證責任，他造雖不能提出反證，或提出而不能證明，或審判衙門採用反證有瑕疵，均可不問。（三上二四五）

三、各當事人就其所主張有利於己之事實，均應負舉證之責。故一方已有適當之證明者，相對人欲否認其主張，即不得不更舉反證。（三上三四三）

四、若契約當事人一造主張係代理他人之行爲，應由所稱爲被代理人者，負擔義務。則就代理關係人之存在，即不能不有適當之證明。（三上一〇九九）

五、以脅迫爲理由，主張撤銷法律行爲，及因脅迫而生錯誤爲理由，主張法律行爲無效者，應由主張撤銷或無效之人，證明脅迫之事實。（四上一一九三）

六、惡意不得推定，應由主張惡意之人證明之。（四上二二三六）

七、選舉訴訟原告無確鑿證據，空言主張，被告雖未到場，自得爲駁回之判決。（十統一五九

四）

八、原告應盡舉證之責任。（十四上一八九五）

九、對於占有人告爭所有權者，應由告爭人負舉證之責。如不能舉出確切可信之憑證，則無論占有人能否舉證，或所舉證據有無瑕疵，均應認告爭人之主張為不成立，逕予駁回。（二十一上九六二）

十、當事人應就其所主張之利己事實盡舉證之責。若所舉證據不足為利己主張之證明，則相對人即無舉出反證之必要。至部刊之民商習慣調查錄所載習慣，係據縣承審員個人之報告，祇足以供參考，無法之效力，自應另為審認。（二十一上二一三一）

一、主張事實之人，非已舉有相當證據力，可以證明其主張之證據，不得謂自己盡立證之責，而嫁其責於對手人。

二、主張異常之事實或反於既存狀態之事實者，有舉證之責。

三、主張契約無效者，應就此事實舉證。

四、舉證責任應依實體法定之。

五、原告作爲訴之原因所主張之契約，被告主張其附有解除條件，並其條件已成就者，應由被告證明其事實。

六、在消極確認之訴，須由被告證明法律關係之成立。

七、爲認知私生子之請求者，除證明甲男與乙女通情之事實外，並須證明其懷胎時，乙女未與他男子姦通之事實。

八、謂未成年人所爲之法律行爲係關於法定代理人所許可之營業而爲主張其不得撤銷者，應就其受許可之事實，負立證之責。

## 第四章 免證之事實

除法院認為非切要證據者，即非關係事實，或法院認為某項事實，已臻明瞭，不必舉證外，凡當事人主張事實，應負舉證之責。但對於顯著之事實，法院職務上所知之事實，法律上推定之事實，事實上推定之事實，與當事人承認之事實，則法律規定無庸舉證，當事人免舉證之責任。

### 第一節 顯著之事實

顯著之事實，一般公知之事實也。凡一國內一地內或一社會內所共知之事實，一般經驗法則皆屬之。郭雲觀氏所著法官探證準繩一書中，所謂兩者自然之物理，振古如茲者，與夫當時人民生活之常態，普通之常識，人人所共喻者，境內非常之大事，人人所聞者，皆為顯著事實，舉證如下：

凡諸一定之物理，如飢食，渴飲，晴乾，雨溼，海鹹，河淡，鱗潛，羽翔之類，人人所共喻而莫之或疑者。

凡國內名山，巨川，省道，縣邑之所在，及國史上不顯之事實，與夫所轄區域內城鎮村市丘渠通衢之大致，及鄉土志上彰著之事蹟。

凡年月日時之計算，節季例假之翻查，某月日是否星期六，某期日在何月日之類。

法定及本區通行之度量衡貨幣，利率，等類。

區內鄰境之巨災浩劫，如水旱，火颶，兵燹，厲疫，蝗蝻之類。

本區歷久相傳之習俗，一時盛行之風尚，及某處至某處常經之途，與其程期川資之納計。

通常文字之句讀意義，及習用之典故諺語。

此項顯著事實，當事人主張之已足，不必舉證，但法院如欲採為裁判之基礎，亦應使當事人就其事實有辯論之機會。惟此項顯著事實，所謂顯著之標準，究以一般人之認識為準，抑以法院之認識為準耶？英美法例以一般人認識為標準。蓋凡事為一般人所知悉者，法院亦為一般人之一部分，亦必知悉之無疑。大陸法系立法例則多採法院認知為標準。蓋法院為一般人之一部分，若法院不知悉該項事實，則該事實不能成為一般顯著之事實也。二說比較。如以法院認知為標準之說較佳，

且適用上亦較爲便利。某事實是否顯著，由法院專權認定之，免多爭執。又此所謂法院認知者，在單獨制之法庭，審理時，固爲審判之法官無疑。但在合議制之法庭審理時，則所謂法院認知，究應全體法官皆認知，抑其多數法官認知爲已足，學者間見解不同，然既稱顯著事實，則人人所知，自以解爲全體法官知悉爲是，否則不能謂爲顯著也。

## 第二節 法院於職務上已知之事實

事實爲法院於其職務上所已知，當事人亦不必舉證。此所謂法院職務上已知之事實，包括通常應知之事實，及經調查而後知悉之事實而言。凡審理之法官於職務上所爲之行爲，或其所觀察之結果，而爲該法官所知悉者，皆屬之。不論其知悉係由本訴訟事件，或係由其他訴訟事件，或係非訟事件，亦不論其得知之方法如何。若法院已經知悉，則此事實之真相已明，一造當事人縱有爭執，主張之一造當事人亦無復再爲舉證之必要，故無庸舉證也。例如訴狀繕本於某日送達被告之事實，或已經裁判之事實，或法院應爲何種之判決等，皆爲法院職務上所已知，不須當事人舉證也。且當

事人縱未主張，法院亦得斟酌之。惟法院斟酌當事人未經主張之事實，亦應使當事人有就其事實辯論之機會，否則裁判有法律上之疵累也。

法律爲法院職務上所應知之事實，其不知者，亦應由法院自行調查，當事人無庸舉證。惟對於習慣法地方制定之法規，法院不能盡悉，其爲法院所不悉者，當事人仍負舉證之責，對於外國法亦然，蓋外國法雖爲法律，亦爲一種事實也。

### 第三節 法律上推定之事實

法律上推定之事實，而無反證者，主張之一造，亦無庸舉證。法律本於他事實而認定某事實爲真實者，爲法律上之推定。但對造提出反證時，則仍須負舉證之責。

此項推定，實體法與訴訟法中皆有之。實體法上，例如婚生子女之推定，死亡先後之推定等是。訴訟法上，例如文書真正之推定，訴之變更或追加同意之推定等是。

查推定之性質，並非證據之一種，而爲一種證明法則。蓋證據係指證明程序中之證料而言，而

推定爲證明程序中之一種法則也。

法律上之推定，可分爲完全推定與不完全推定二類，或稱確推定與假推定。茲分述如下：

(一) 法律上之完全推定

完全推定或確推定者，某項事實得法律上之確認，不容當事人有提出反證之餘地。法律因某事實存在，而確定另一事實亦必存在。例如法院既爲合法之公示送達，則不問事實上該受送達人是否知悉，即推定該受公示送達人已經收受送達，不得再主張或提出反證，證明其實際上並未知悉矣。又如胎兒以將來未死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲已出生，以及姦淫未滿十六歲之女子，以強姦論等皆是。

(二) 法律上之不完全推定

不完全推定或假推定者，謂某項事實，在未有反證以前，推定其爲真實。故其推定爲不完全的。當事人得提出反證推翻之。其在證據法上之效用，在移轉舉證之責。即在當事人之一造所主張之事實，爲法律上之不完全推定時，即無庸舉證。法院暫時信其爲真實，而對造當事人有舉出

反證之責，否則該暫時推定之事實，成爲確定之事實矣，因而將受敗訴或不利之裁判。例如私文書經本人或其代理人簽名者，推定其爲真正。對造當事人如欲否認之，應舉出有效之反證，證明其確非真正，否則法院應認該私文書爲真正。又例如宣告死亡判決內所推定之死亡時間等類皆是。

#### 第四節 事實上推定之事實

事實上之推定，或稱審判上之推定。民事訴訟法第二百七十條修正民事訴訟法第二百八十二條，規定法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽。此所謂已明瞭之事實，例如依經驗法則所知之事實，或顯著之事實，或當事人間已無爭執之事實，或其他證據所證明之事實皆是。法院因之可推定另一事實之真偽或存在否。蓋某種事實常與其他事實有因果關係，或主從關係，或相反不相容之關係。知其一可知其二矣。故凡此項推定之事實，亦得免證。

事實上之推定皆爲不完全推定，當事人得提出反證。故苟無反證，法院爲此項推定時，當事人

就該推定之事實，即無庸舉證。例如甲乙二地，於某時期內，交通斷絕，即可因之推定，在該時期內甲乙二地之人民並未往來。又例如因學校於國慶日放假，而推定是日學生並不上課等是。

#### 第五節 經當事人承認之事實

凡經當事人承認之事實，則已無爭執，自無舉證之必要，故亦為免證之一種。刑事訴訟與民事訴訟性質不同，故對於當事人承認之事實，規定亦各不同。在民事訴訟上為自認，在刑事訴訟上為自白。茲分二項述之：

##### 第一項 自認

自認者民事訴訟上，一造當事人所主張不利於對造之事實，經對造當事人承認之謂也。當事人一造主張之事實，若為對造所否認或爭執者，主張之一造應負舉證之責。但若為對造所不否認不爭執而承認者，自再無舉證之必要，故無庸舉證。蓋民事訴訟係採不干涉主義及形式真實發見主義，苟對於某項事實，當事人既不爭執，法院自應受該自認之拘束，不能再令當事人負舉證之責。

凡當事人於言詞辯論以及書狀內承認者，皆爲自認。

惟自認與認諾不同。後者謂當事人於言詞辯論中承認對造關於法律上效果之主張，若義務之承擔，權利之拋棄等。例如債權人追訴欠款，債務人承認應清償該項債務，則法院應本此認諾，爲債務人敗訴之判決。要之自認係對事實而言，故與認諾不同也。

又當事人讓步與和解之表示，亦與自認不同。蓋訟則終凶，私人之權利義務，以得自由處分爲原則。訴訟乃出萬不得已，故當事人爲息事寧人起見，互相讓步，以謀和解，無非藉免訴訟糾紛，不致虛費時間精神，其允讓與和解，決不能認爲自認，而加以不利之效果。否則當事人將不敢和解，有違立法本旨也。

關於自認之性質，學者間或主張自認爲一種效果意思者，或主張自認爲一種事實表示者。前者爲效果意思說；後者爲事實表示說，或稱觀念通知說。

(一)效果意思說

主張效果意思說者，謂自認係自認之一造，因欲發生法律上之效果起見，故爲自認之意思

表示其所注意者，爲訴訟法上賦予自認之效果，而並不在自認之事實是否真實一點。是故當事人自認之事實，非必真實也。查當事人在訴訟程序中，對於不真實之事實，爲便利起見，或爲其他理由起見，不爭執而自認者，亦往往有之。

## (二)事實表示說

主張事實表示說或觀念通知說者，謂自認係當事人表示對造主張之事實爲真實，從而承認之。其主要之旨，在自認事實之真實，而法律賦予自認之效果，乃其副作用，不能解爲其性質也。依是說，則當事人自認之事實，必係真實。通常當事人之自認，自以真實者爲多。

凡當事人已經自認某事實後，可否撤銷其自認，亦視解釋自認之性質而不同。在主張事實表示說者，自認者既爲事實之真相，應無撤銷之可能。故一經自認，即應受其拘束，不得再行主張撤銷。在主張效果意思說者，自認僅爲一種效果意思，故得許當事人撤銷也。

吾國民事訴訟法第二百六十七條，修正民事訴訟法第二百七十九條規定，當事人撤銷自認及於自認效力之影響，由法院審酌情形定之。蓋當事人之自認或係出於錯誤，若必以此拘束之，不

許其主張撤銷，有失公平之虞，故法院得斟酌情形判斷之。然主張撤銷自認者，須證明其自認係出錯誤，且反於真正之事實，所以防止當事人之濫行主張撤銷也。自認經撤銷後，其效力亦由法院自由心證判斷之。若撤銷自認，既得對造當事人之同意，則法院自應准許之。蓋一造自認，對造得享免證之利益，茲對造既同意其撤銷，法院自無干涉之必要。至訴訟代理人從參加人及輔佐人等，於得本人同意後所為之自認，亦有拘束本人之效力，但經本人或法定代理人即時撤銷或更正者，則不生效力。

自認之分類，約有下列三種：（一）審判上之自認與審判外之自認。（二）完全自認與限制自認。（三）自認與準自認。

（一）審判上之自認與審判外之自認

審判上之自認者，一造當事人主張之事實，經對造於準備書狀內，或於言詞辯論時，或在受命推事受託推事前，所為之自認也。

審判外之自認者，一造當事人主張之事實，經對造於審判程序外所為之自認也。

審判上之自認與審判外之自認，其效力之強弱不同。審判上之自認，其效力強，故能拘束法院，當事人得免舉證之責。且於一審級所爲之自認，於各審級皆有效力。至審判外之自認，僅爲證據之一種，以證明爭執事實之真相。凡當事人主張對造曾爲審判外之自認者，仍負舉證之責。

又在審判上之自認除須自認當事人有訴訟能力外，自認之事實，須適於自認者，方可發生效力。若該事實性質上不適用自認者，該項自認，自屬無效。例如婚姻事件等是。

## (二)完全自認與限制自認

完全自認者，一造對於對造所主張不利於己之事實，所爲全部之自認也。

限制自認者，一造對於對造所主張不利於己之事實，有所附加或限制而自認也。

吾民事訴訟法第二百六十七條，修正民事訴訟法第二百七十九條，規定當事人於自認有所附加或限制者，應否視爲自認，由法院審酌情形斷定之。例如原告訴追欠款，被告自認曾借受該款，惟謂業已償還一部分，則此被告所承認之借款事實，有自認之效力。若被告雖自認收受該款，而主張非借款，而爲贈與者，則不得認爲附加之自認。所謂限制自認者，例如原告訴追欠款一

千元，被告祇認借洋五百元等是。

(三) 自認與準自認

別於自認者，有所謂準自認。準自認，或稱擬制自認，謂當事人對於對造所主張不利於己之事實，已命其陳述而不爭執，並不能因他項陳述顯爭執之意思者，雖未明白自認，法律上視爲自認也。蓋當事人在此情形之下，並不爭執，必係承認其事實爲真實也。準自認須具備下列二要件，方可成立。

一、須爲已受令其陳述之曉諭而不爭執，若未有應爲陳述之曉諭，則雖不爭執，不得謂爲準自認。通常當事人對於對造主張之事實，應爲陳述，若不陳述或陳述不明不完全者，由法院加以曉諭，令其陳述，至受此曉諭後，仍不陳述或不爭執時，乃爲準自認。此爲保護無法律常識之當事人所設者也。

二、須不能因其他陳述，顯其爭執之意思。雖當事人已受應爲陳述之曉諭而仍不爭執，若由其他陳述，可知其爭執之意思者，則其爭執之意思已屬顯然，自不得謂爲自認。

當事人對於對造主張之事實，爲不知或不記憶之陳述者，吾民事訴訟法第二百六十條第二項，修正民事訴訟法第二百八十條第二項，規定其應否視同自認，由法院審酌情形斷定之。

準自認之效力，亦與自認不同。蓋在準自認，當事人得於言詞辯論終結前，或至第二審追復之。準自認一經追復，卽失效力。

查民事訴訟之目的，在確定私權，私權以許當事人自由處分爲原則，故審判上之自認，有拘束法院之效力。惟民事訴訟中之人事訴訟部分，則與普通訴訟程序迥乎不同。其目的不僅爲保護人民之私權，且兼爲保護國家之公益。故關於審判上自認效力之規定，不適用之。

民事訴訟法第五百四十條第二項規定：關於審判上自認及不爭執事實之效力之規定，於婚姻撤銷，無效，不成立，離婚，或拒絕同居之原因事實，不適用之。查前民事訴訟條例第六百七十四條，德國民法第六一七條，日本人事訴訟法第十條，奧國婚姻事件程序法令第十條，匈牙利民法第六六九條，均皆規定，審判上自認及不爭執事實之效力，於婚姻有效，或成立之原因事實，亦不適用，蓋亦有關國家之公益也。民事訴訟法將此項刪去，實無理由。故修正民事訴訟法，仍增入此項。該

法第五百七十條第二項規定關於訴訟上自認及不爭執事實之效力之規定，在撤銷婚姻，離婚，或夫妻同居之訴，於撤銷婚姻，離婚或拒絕同居之原因事實，不適用之。在婚姻無效，或確認婚姻成立或不成立之訴，於婚姻無效或不成立，及婚姻有效或成立之原因事實，不適用之。

又民事訴訟法第五百五十六條，規定關於審判上自認及不爭執事實之效力之規定，於親子關係事件之訴訟不適用之。惟新修正民事訴訟法第五百九十一條，僅規定關於訴訟上自認或不爭執事實之效力之規定，於否認或認領子女，與認領無效，或撤銷認領之訴，或就母再婚後所生子女確定其父之訴，及宣告停止親權，或撤銷其宣告之訴，不適用之。

## 第二項 自白

自白者，刑事訴訟之被告於犯罪事實發覺後承認其犯罪事實之陳述也。查刑事被告，雖為當事人，亦復兼為證據方法之一種，且實施犯罪，是否被告，其真相如何，深知其情者，亦莫如被告。其陳述自足為認定事實之根據。法院得採用其陳述以為裁判之基礎。然自白若出於強暴脅迫利誘詐欺或其他不正方法，則其陳述非出於自己之意思，或與事實不符，自不得採為證據。蓋刑事訴訟，應

實質發見真實，故被告雖經自白，法院仍應調查必要之證據，以察其是否與事實相符。換言之，無瑕疵之自白，方得採為證據，而為裁判之基礎。所謂無瑕疵者，須具備下列之要件：

(一) 自白須與犯罪事實相符

被告自白犯罪，往往有與事實真相不符者，其目的或為減輕罪刑，或為崇尚虛榮，或為期免凍餒，或為援救他人，希圖銷滅罪跡，或為掩飾另一犯罪或為受人之愚，以圖真犯脫逃法網，或因避免訟累，而自承犯罪，則其自白與事實不符，自不能採為證據。

(二) 法院應調查必要之證據

自白之陳述，既非必為事實之真相，依實質真實發見主義，職權調查主義，法院自應調查必要之證據，以察被告之自白，是否與事實相符。

(三) 自白須非出於強暴脅迫利誘詐欺或其他不正方法者

凡自白若出於強暴脅迫利誘詐欺或其他不正方法者，決非出於自己之意思，若此項陳述，可認為自白，則被告之含冤受誣，十之九矣。

自白亦分爲審判上之自白與審判外之自白二種。凡於犯罪發覺後，被告在法院向實施刑事訴訟程序之公務員，承認犯罪之陳述，爲審判上之自白。其向實施刑事訴訟程序之公務員以外之人，自承犯罪之陳述，爲審判外之自白。本節所謂自白之效力，係指審判上之自白而言，審判外之自白，則無此效力。

### 第三項 自白與自認之區別

民事訴訟之自認與刑事訴訟之自白，雖同爲當事人自己承認對造所主張事實之陳述，然因性質上不同，二者不盡相同。茲爲明瞭起見，再將二者之主要區別，列舉於下：

#### (一) 效力不同

自認有拘束法院之效力，而自白則無之。此爲民事訴訟法採不干涉主義與形式真實發見主義，及刑事訴訟法採干涉主義與實質真實發見主義之結果。

#### (二) 自認有準自認而自白則無準自白

自白不得推定，故凡可認爲犯罪行爲之表示，例如被告見逮捕而逃逸，或隱滅犯罪之痕跡，

或偽造證據等，皆不能因而推定被告自承犯罪也。

(三) 自認可由代理人爲之自白則否

被告之犯罪，不能由他人代爲承認，故共同被告一人之供述，對於其他被告，只可視爲證人之證明，而不得認爲自白。自認則爲訴訟行爲之一種，可由代理人爲之。

### 附中外判解例

一、當事人於裁判上已有自認者，卽有拘束當事人及法院之效力，除確實證明出於錯誤或得相對人之同意外，不得無故撤銷。(四上一一四)

二、當事人主張有特別習慣以爲請求根據者，如其習慣已係顯著，而又無背於法令害於公益者，法院自應根據其習慣而審究其請求之當否。(三上三四二)

三、當事人曾爲不利於己之自白卽自認時，其相對人關於自由之事實，卽不負舉證之責，審判衙門自可依據以資判斷。(五上九四)

四、兄弟未析產時，所積之家財，應推定爲共有。在私有之事實有反證外，毋庸舉證。（十五上一八六五）

五、對於現在占有告爭所有權者，應由告爭人提出確實憑證，以證明其主張之真實，如果告爭人不能爲切當之證明，則現在占有人自無須提出何等反證。（十八上一五九）

六、撤銷自認，須於控告審辯論終結前爲之。（四上一二二九）

七、自認出於錯誤者，應許其撤銷。（六上七四七）

八、審判外之自認，雖亦爲證據原因，其證據力，得由審判衙門自由判斷。惟亦須係對於相當人，或其代理人，以言詞或書面明白陳述者，始爲審判外之自認。（十六上九二二）

九、明顯之習慣事實，不必更爲調查，只審究其能否適用。（六上九四五）

十、於審判衙門顯著及職務上已知之事實，或有自認之事實，不依證據，得認定之。（二上一

四一）

一、法令所規定之事項，或由該規定得推知之事項，或一般公著之事項，縱令屬於犯罪構成事實，亦毋庸明示其認定之證憑。

二、町村收入員之任命，屬於公著之事實，毋庸明示依證憑認定之理由。

三、如流行病之流行迅速並極劇烈之事實，即顯著之事實。

四、銀行之貸金利率，性質上應依各銀行與承借人間各自所訂契約而定，原非一定不易之物，故不得謂係不待證明之顯著事實。

五、買賣目的物之交付與價金之支付同時履行，並不互換收條之事實，非民事訴訟法所謂顯著事實。

六、自白惟在同一事件法庭，或其第二審有效力，在他事件或他裁判無效力。

七、據人生普通狀態推定人之壽命，並非不法。

八、在官廳登記之事實，並非以登記而顯著，因法院之推事實際知其事實，始為顯著。

## 第五章 證據調查

### 第一節 調查之範圍

開始證據調查，即應先定調查之範圍。簡言之，調查之範圍應以構成係爭事實之證據，及足以印證或證明關係本案事實之證據為限。吾國刑事證據法無詳細規定，由法院衡情認定之。斟酌案情，本乎事理，凡惟一之證據或其他重要證據，有互相證明之用，或於釋明事實，有重要關係者，自應調查。民事訴訟法第二百七十三條，修正民事訴訟法第二百八十六條規定，當事人聲明之證據，法院認為不必要者，得不為調查。若無關本案之證據，或事實已臻明瞭等是。否則無益於發見真實，且將遲延訴訟也。又修正民事訴訟法第二百八十八條，規定法院不能依當事人聲明之證據，而得心證，或因其他情形，認為必要時，得依職權調查證據。

英美法例對於係爭事實及關係事實之原則，已如第二章所述。茲將關於證據調查範圍之原則，略述如下，以供參考。

(一)處理本案時，當事人所爲之事，或其所施之準備行爲，或事後基於該事件所行之事，如爲構成事件之一部者，認爲有關係，應行調查。例如在舟車互撞事件，當時衝撞及受損等事，並不足以解決本案之爭執，及賠償之責任。故凡載重量，行駛速率，以及駕駛者之資格等情，皆應調查。

(二)惟言詞則與行爲不同，僅限於當事人處理本案當時所言之事，得提出爲利益或不利之證明，若在處理本案以前或以後所言之事，則僅得爲其不利益之證明。例如原告甲訴被告乙妨害名譽，提出被告一部分所言之事，爲妨害名譽之證明。被告得提出當時所言其他言語，以爲並不妨害名譽之反證。法院應調查被告言語之全部，不應限於原告所提出之一部也。

(三)當事人於處理本案以外事件時所爲之事，既與本案無關，自不在調查範圍之內。例如當事人甲乙因債務涉訟，甲債權人提出乙債務人對於其所欠另一債權人丙之債務，尙未清償，

以證明其對本人之債務，亦未清償。此項本案以外之事，與本案無涉，自不必調查。但下列情形，則爲例外，蓋有調查之必要也。凡案外之事件與本案係同種類或係本於同一原因，或參觀先後二事，可證明當事人之習慣，或足以釋明其處理本案時之心志情狀者，得提出爲證，法院應調查之。例如乙病人至甲醫生處診病，因甲醫生處刀器不潔之故，致得傳染病。在審判中，乙得提出丙丁二人，亦在甲醫生處傳染得同樣之病之事實，以證明甲醫生之過失。甲醫生爲丙丁診病，雖爲本案以外之事，但法院應調查及之，以定甲之過失問題。又例如甲保險行訴乙縱火案件內，甲行得提出乙前在丙丁二保險行所保之房屋，亦先後遭火情形，爲本案縱火之證明。

(四) 第三人於當事人前所爲之事，若足以釋明當事人當時之言行舉止者，得提出爲證，應調查之。蓋此項第三人之行爲，往往與當事人之行爲有連帶關係。因之可推知事實之真相也。例如甲乙爲夫婦，乙殺死其子，並告甲實施情形。警吏往拘捕時，甲於乙前背述乙所述之言語，以告警吏，乙於甲陳述時，放聲慟哭。在訴訟進行中，甲之所言，足以釋明乙慟哭之緣由，故得提出爲乙不利之證據，法院應調查之。

(五) 第三人於當事人前所爲之事，若當事人不應守緘默之時，而默不發言者，得提出爲推定其承認該事實之證明。惟在應守緘默爲正當之場合，則不在此限，故不必調查。例如甲被告被控犯竊盜罪，乙被告被控收受贓物罪，甲乙二被告在警署中，甲被告當乙被告之面前，承認竊盜，並稱贓物係售諸乙。乙被告默不作一語抗辯。在審判中，乙被告之緘默，得提出爲推定收受贓物之釋明。若被告被控犯竊盜罪，當法院開庭時，於證人陳述被告竊盜之事實時，依法不許出而爭論，故被告之緘默爲正當，並不能爲其不利益之印證。又例如甲男迭次致信於乙女，責乙女背信不踐婚約，乙女均置之不答，此緘默不足以推定甲男乙女間有婚約之情事。蓋在通常營業上，若一造當事人致函對造，謂已訂契約，對造欲加否認，自應作覆，其緘默通常可推定該契約之存在。若婚約事件，則與當事人之名譽有關，其置之不理，實爲正當，不能爲婚約承認之推測。

(六) 第三人於當事人背後所爲之事，自與當事人無涉。蓋當事人既不在場，無從主張異議。故原則上自不許提出爲證，法院不必調查之。但若足以回證或釋明本案事實關係，或與本案具有密切因果關係，因之可推定本案之存在與不存在者，不在此限。例如竊盜案件，第三人於無人

時，曾暗標記號於被竊之物件上之事實，得提出爲證，法院應調查之。

(七)共同當事人間，若有結夥同謀之情事者，例如合謀共同犯罪，共同爲侵權行爲，或共同充契約之一方當事人，則因進行共同事業所言所行之事，不問其他共同當事人是否到場，得提出爲其他共同當事人不利之證明。若非爲進行共同事業者，則不得爲證。例如甲海關稽查與乙串謀舞弊偷稅，關於漏稅之數額，即可依據乙處之賬簿爲證。蓋賬簿爲進行共同事業所設也。又例如甲乙丙共同犯罪，甲致書其妻，述其自己分擔犯罪之事實，此項書函，非爲進行共同事業而發，故不得爲乙丙不利之證明。

(八)第三人對於本案之意見，完全與本案無涉，法院自不得調查之，以爲裁判之基礎。第三人對於本案之陳述，應以親見親聞者爲限。若其意見，即不得爲證據。蓋就本案應爲如何之推斷，乃法院之職權也。惟關於此項原則，有下列二項例外：

一、法院所調查之事實，非有特種專門學識技能經驗，不能明瞭時，法院令鑑定人鑑定之，而採用其意見也。詳後鑑定章。

二、遇有特別案件，其真相確無其他任何證據足資證明時，法院得調查第三人之意見，以資參證，其證力由法院定之，通常則甚薄弱也。

## 第二節 調查之程序

### 第一項 調查之機關

證據調查之機關，依直接審理主義之原則，自應由受訴法院行之。但受訴法院不能即行調查者，吾訴訟法設有例外之規定。故證據調查之機關，有下列四種：

#### (一) 受訴法院

證據調查，通常由受訴法院爲之。受訴法院調查證據，應於言詞辯論期日爲之，或定調查證據之期日爲之。凡證據之可即行調查者，應即行調查之。

#### (二) 受命推事或受託推事

凡證據因法律上或事實上不能由受訴法院調查者，如國民政府委員爲證人時，國民政府

各部會長官及地方最高行政長官爲證人時，因發見真實有當場訊問證人之必要時，於受訴法院訊問證人有重大之障礙時，證人不能到受訴法院時，證人如到受訴法院，須多費時間及費用時，文書因恐散失毀損或有重大障礙，不能於言詞辯論時提出時，因標的物之性質，或有重大障礙，不能於受訴法院行勘驗時等場合，則由受訴法院命受命推事或託受託推事調查之。新修正民事訴訟法第二百九十條規定，法院於認爲適當時，得使庭員一人爲受命推事，或囑託他法院之推事調查證據。第二百九十一條規定，囑託他法院推事調查證據者，審判長應告知當事人，於受託推事調查證據之期日到場，應即赴該法院所在地，指定應受送達之處所，或委任住居該地之人，爲訴訟代理人，陳報受囑託之法院。受託推事調查證據之期日，僅傳喚已爲前項陳報之當事人或訴訟代理人。

受命推事或受託推事調查證據，訴訟關係人間如發生爭議，致不得續行調查時，就該爭議，有權裁判者，則自行裁判解決之。若不能自行裁判其爭議者，例如拒絕證言之爭議，則應以爭議之事，通知受訴法院就該爭議爲裁判，然後繼續進行調查。惟新修正民事訴訟法則無此項限制

之規定。

(三)外國管轄官署或駐在外國之中國大使公使或領事

證據不能由中國法院調查者，由受訴法院囑託外國管轄官署，或駐在外國之中國大使公使或領事調查之。囑託外國管轄官署，應有條約或慣例，囑託駐在外國之中國大使公使或領事，則應經由外交部爲之。

外國官署調查證據，如違背該國之法律，而不違背中國法律者，仍屬有效。若不違背外國法律而違背中國法律者，則亦應認爲有效。蓋從訴訟行爲地法之原則也。但調查之結果，其證力之強弱如何，自應依中國法定之。若兼違背中國法及外國法者，則由法院依自由心證判斷之。

(四)公署學校商會交易所或其他相當之團體

新修正民事訴訟法規定，法院認爲適當時，得囑託公署，學校，商會，交易所，或其他相當之團體，爲必要之調查，蓋爲便利調查起見也。

第二項 調查之期日

凡受訴法院得爲即時調查之證據，於言詞辯論期日調查之。然爲明瞭案情起見，亦得於言詞辯論前之特定期日行之。其不能即時調查者，則另定期日，或由受命推事受託推事指定期日行之。然調查證據如有窒礙，例如證物難於調取，證人在交通不便之處所，或所在不明等，不能預定期日，或應於外國調查者，法院得依當事人之聲請，定相當之調查期間，此項期間，得依一般規定延展之。在此期間之內，如該證據未曾調查終結，法院不得捨棄該證據於不問，遽爲判決。至期間已屆滿，而窒礙如故，則法院雖可不予調查而爲裁判，但苟不致遲延訴訟者，仍得調查之。例如在言詞辯論終結前，傳到證人，提出證物是。惟無論何項證據，如因經過期間，遲延訴訟，而被駁回者，仍得於上訴審主張之。

### 第三項 調查之處所

受訴法院調查證據，通常在法院內或於法院外指定受命推事行之。如不能於受訴法院管轄區域內調查者，則囑託調查地法院爲之。蓋法院行使職務，有一定之管轄區域，不能逾越區域之外行使之。但於必要時，爲求得事實真相起見，例外規定，不論受訴法院受命推事受託推事，均得於各

該管轄區域之外，調查證據。惟應將調查之事由，通知調查地法院，以免誤會。蓋證據或因不為即時調查，有立即湮滅，日後無從調查之虞者，例如證人垂死，非急速訊問，即不能調查其證言等是。

#### 第四項 調查之補充及再行

調查證據應至如何程度，足以證明待證事實，由受訴法院本於自由心證認定之。受訴法院認為調查之結果不合法或不完備時，如有必要，得命補充調查或再行調查。例如證人之陳述，鑑定人之報告不明瞭等是。法院命補充或再行調查，得依聲請或依職權為之。即因此再開已閉之言詞辯論，或再使受命推事或受託推事或外國官署中國大使公使領事調查，亦無不可。

#### 第五項 調查結果之辯論

調查證據，不論為受訴法院受命推事或受託推事，均應將其期日通知當事人，令其到場。然令當事人到場，不過使其知悉調查之結果，或得主張利己之事實，並非以到場為調查之要件，故雖當事人一造或二造不到場，仍得調查。但受訴法院調查證據時，其調查之結果，應曉諭當事人，令其辯論。於受訴法院外，由受命推事受託推事或向外國官署或大使公使領事等調查者，受訴法院應使

當事人，於言詞辯論時，陳述其結果。但審判長得令庭員，或書記官朗讀調查證據筆錄代之。否則如採爲裁判之基礎，該裁判違反直接審理主義與言詞審理主義，自有法律上之疵累也。故於言詞辯論後，調查證據，顯非合法。受訴法院於開始辯論後，因調查證據延展期日者，審判長應指定其他期日，爲言詞辯論之續行期日。通常審判長能逆料調查之終結時期者，卽先指定該期日，告知當事人，其不能逆料其時期者，則於證據調查終結後，再行傳喚之。

#### 第六項 調查之筆錄

受訴法院於言詞辯論中調查證據者，將調查之結果，記明言詞辯論筆錄，自不必另作筆錄。惟於言詞辯論前調查證據，或由受命推事受託推事調查證據者，書記官應製作調查證據筆錄。此項筆錄，準用言詞辯論之規定。但經受命推事受託推事，將調查證據筆錄，送交受訴法院時，受訴法院書記官將該筆錄附卷者，則不必另製筆錄。

#### 第七項 調查之費用

調查證據之費用，爲訴訟費用之一部，其負擔應由敗訴人爲之爲原則。惟法院因當時卽須支

出此項費用，故得命舉證之一造先行預納，或命二造當事人共同預納之，亦無不可。

### 附中外判解例

一、調查證據後，應使當事人得就此爲言詞辯論。故於言詞辯論後始行調查證據，卽爲判決者，顯非合法。（四上三一二）

二、審理事實衙門採用證言，應以直接訊問爲原則，縱有不得已情形，亦應依據法律囑託有權限之審判衙門代行調查，若係證人以呈詞函件代當庭之陳述者，不得採爲認定事實之根據。（六上三三四）

三、審理事實衙門調查事實關係，應依據法則爲直接之調查，或按一定程序爲調查之囑託。其採集之訴訟資料如非合法，如承發吏之勘驗報告，而據以爲判決之基礎者，卽有破毀之原因。（三上七八二）

四、調驗煙癮，不外實施調查證據程序。至於言詞辯論，雖可委任代理，然法院因必要情形，得

命當事人本人到場。如傳喚不到，尙得在審判衙門外，實施調查。（十統一六六一）

五、證據不問係由當事人提出，或由法院依職權蒐集調查，均應使當事人辯論後，始得據以判決。（三上四三九）

六、鑑定結果應使當事人辯論。（五上三七四）

七、囑託調查證據，不問受囑託者曾否參與本案審理。（七上七五四）

八、豫審或公判中，檢廳認爲應訊問被告人者，得請求豫審推事或審判衙門訊問。若係偵查他案，應行訊問，得逕行訊問。其筆錄中足供預審或公判案件之參考者，應送交預審推事或審判衙門。（四統三〇九）

一、調查證據，依法律之規定而行，實自由心證之條件，故應宣誓之證人，未經宣誓而爲陳述者，不得斟酌其證言，以判斷事實。

二、民事訴訟法規定裁判所得調查外國法，僅係定其有此職權，並非定其有責務。

三、受訴裁判所未爲使受命判事調查證據之決定，及裁判長未指定受命判事時，庭員無以受命判事資格，調查證據之職權。

四、調查釋明方法，毋庸依證據程序之形式規定，故如證人雖未經宣誓，其證言亦無妨供釋明之用。

五、當事人不到場時，雖亦得調查證據，但須其日期曾通知該當事人。

六、外國官廳調查證據，合於外國法律者，雖不合於內國法律，亦應認其效力。

## 第六章 人證

證據方法中，人證之用最廣。人證係以證人爲證據方法，以證人之證言，供證明之用。故人證非以其人爲證據，乃以其陳述爲證據。

### 第一節 證人之意義

證人者，依法院或其他司法機關之命令，於他人訴訟上陳述其所經歷事實之第三人也。分析言之。

(一) 證人須爲第三人。此所謂第三人者，指參與該案件之法院職員及訴訟關係人以外之人而言。

凡法院職員如推事檢察官書記官通譯等不得爲證人，其曾於該案件爲證人者，應行迴

避不得執行職務。但於該案非於其職務上所知之事實，則得爲證人。

一切訴訟關係人，不得爲證人。共同被告於本案，亦不得爲證人。但其供述，對於自己不利者，或得採爲證言。其對於自己有利者，則絕對不得採爲證言也。

(二)證人係就其所經歷之事實爲陳述。故其陳述，爲見聞之事實，實驗之事實，關於其事實之認識，或其觀察之結果，並非陳述其判斷之意見。苟爲經歷之事實，則不問其爲過去，抑爲現在，均無不可。若陳述須有特別之知識經驗始得知悉之事實者，則爲鑑定證人，仍爲證人之一種。

(三)證人係依法院或其他司法機關之命令，應爲陳述者。即指定證人，或因當事人之聲請而傳喚及訊問者，須爲法定之機關，除受訴法院外，受命推事受託推事檢察官以及司法警察官，依法亦得傳訊證人。

證人係陳述其認識之事實，故所謂人者，係指自然人而言。法人雖有人格，但法人既無認識力與傳述力，事實上自無從爲證人，故凡法人或團體之代表人作證時，乃以其自己之名義作證，並非以法人爲證人也。

## 第二節 證人之資格

古時各國立法例，關於證人之資格，限制甚嚴，範圍甚狹。往往因種族國籍年齡性別宗教階級地位能力，而定證人之資格，以及與當事人有利害關係人，或證人爲親屬者，或曾犯罪之人，皆規定無充證人之資格，不得到庭作證。職是之故，於本案情形見聞最詳之人，或爲僅有之知悉真相之一人，往往因之而經擯絕。致當事人幾無可立證，而事實真相，無從明瞭。法院審理，諸多不便。夫人證之目的，在陳述事實，與種族國籍等無涉，故近世各國立法例，於上述一切資格之限制，皆已廢除。凡有知覺見解之人，依法皆得爲證人。蓋吾人所應研究者，爲證言之真偽，非證人本身之資格也。

吾訴訟法規定，證人爲未滿十六歲者，法院不得令其具結，故並非未滿十六歲者，不得爲證人，不過不令其具結。至其證言之可採與否，自在法院之自由心證，雖不具結，其證言仍有同樣之效力。英美法例，於年幼之人，應否許其作證，亦無年齡之限制。若其知識漸臻完備，有辨別能力者，自皆得爲證人，其證言皆可採取。

證人因精神障礙，不解具結之意義及效力者，不得令其具結，亦與未滿十六歲之證人相同。非認心神不健全者，無證人資格也。法院自應注意此項證人作證時及其得悉事實時之心神狀態，以爲採取其證言之參考。其心神完全喪失者，果不能作證，其一部心神障礙者，於其心神清晰時期，則與常人無異，自無不可作證也。

聾啞之人，不過一部機能之缺乏，不過不能言不能聽而已，利害是非之辨別，初無不同，自無不可爲證人者。

### 第三節 證人之義務

凡服從中國法權之人，除法律另有規定外，於他人訴訟，受法院傳喚後，皆有爲證人之義務，此項義務，係公法上之義務，對於國家而發生，非對於訴訟當事人而發生。若證人與當事人約定應爲證人時，則爲契約上之責任，係私法上之義務，與公法上之證人義務無涉。

證人之義務，爲到案具結陳述三項，茲分述於後：

第一項 到案之義務

第一款 到案義務之內容

到案義務之內容，即證人在法院傳喚後，應於指定時日處所到案，且在待審期日終了前，非經法院審判長之許可，不得擅自離去訊問之處所。此應到之時日處所，通常固係由法院先行記明傳票，依法送達之，或當場告以下次應到之時日處所，但證人如係在場者，亦可逕命候訊也。應到之處所，通常固在法院之內為多，但亦有在法院之外者。

證人已到案，且依法定程序訊問後，如其陳述無疑義者，法院不得再行傳訊，但有特定事項應為必要之訊問者，不在此限，法院得更傳喚之，證人仍有到場之義務也。

第二款 到案義務之強制

到案義務之強制，即法院對於不遵守或違反此項義務之證人，加以制裁，強制其到案也。蓋作證既為公法上之義務，則如有違者，法院得用職權干涉，加以處罰強制證人到案，故民事訴訟法及修正民事訴訟法規定，法院得以裁定科五十元以下之罰鍰。證人已受前項裁定，仍不遵傳到場者，

得再科百元以下之罰鍰。且應受第二次科罰鍰裁定之人，並得拘提之。拘提證人，通常由司法警察執達員執行。但證人爲現役軍人或軍屬者，則應囑託該管長官執行，證人對科罰鍰及命拘提之裁定，得爲抗告，抗告中停止執行。但受命推事或受託推事爲此項裁定時，應向受訴法院聲明異議。

刑事訴訟法規定除上述之制裁外，得令證人賠償因不到所需之費用。其無力繳納罰鍰者，得以二元易科拘留一日。但科罰鍰前後不得過二次。修正刑事訴訟法則僅規定得科以五十元以下之罰鍰，並得拘提之。再傳不到者亦同。

此項制裁，須證人受合法之傳喚後，方得適用。所謂合法之傳喚，乃指傳票之發出制作送達等均須合法。

惟證人因正當理由，得不到場，茲所謂正當理由，乃指不能遵傳到案之事由，例如天災，不可抗力，患病，道途阻隔，火車誤時等是。有無正當理由，由法院酌量情形判斷之。

所謂不到案，凡點呼時，或至該期日終了不到案，或於期日終了前未經審判長之許可擅自離去訊問處所，或證人妨害法庭秩序，或有不當行爲，經法院命令退出者，均包括在內。

罰鍰乃屬行政罰性質，不可與罰金相混，自不適用刑法上之規定。

第三款 到案義務之免除

民刑事訴訟法，對於證人到案義務，因特定證人，或因證人有特別情形，設有下列例外規定。

第一目 絕對免除

證人有下列情形之一者，得無庸到案，完全免除其到案義務。

(一)不服從中國法權者，如享有治外法權之人若大使等是。

(二)依法得拒絕證言之人，但須於訊問期日前已經呈明並釋明其拒絕證言之原因。若事前不呈明，或呈明而被法院駁回，其駁回已確定者，仍須到案。

第二目 相對免除

(一)有一定身分之政府長官為證人時，得免除其到案義務之一部，此為恐妨礙其執行職務而設之規定也。民事訴訟法之規定，分為二項：

(甲)國民政府委員為證人者，應由受命推事或受託推事，就其所在訊問之。法院不得傳

喚其到案。

(乙)國民政府各部會長官及地方最高行政長官爲證人者，應於其公署所在地訊問之。若駐在他處時，於其駐在地訊問之。於其公署所在地或駐在地訊問者，指不得將此等證人傳至其公署所在地或駐在地以外而言。並非法院絕對不得傳喚。但傳喚此等證人時，法院不用傳票，而應用通知書，通知作證之案件及內容等。

修正民事訴訟法規定，元首中央各院部會長官及地方最高行政長官爲證人者，應於政府公署所在地或公務員駐在地訊問之。

(二)證人因事實上障礙，不能到案或有其他必要情形時，得就其所在地訊問之。

(甲)因發見真實，有當場訊問證人之必要者，例如設置不動產界標之訴，在係爭地點訊問，方能明其界限等是。

(乙)於受訴法院訊問證人，有重大障礙者，例如證人心神喪失或精神耗弱，於開庭時訊問有障礙等是。

(丙)證人不能到受訴法院者，例如證人患病衰老，不能應傳到案是。但不能之原因，以有繼續性者為限。若僅於某特定日期不能到案者，不在此限。

(丁)證人如到受訴法院，須多費時間及費用者，例如證人所在地，係在遠方，傳其到案，所費之費用時間，與訴訟事件相比，輕重不相稱者是。

(三)現役之軍人軍屬與在監所人為證人而礙難到案時，由該管長官通知其事由於法院，得不到案。

法院違背免除義務之規定時，不過關於到案之程序違法。該證人雖得拒絕到案，並不到案時，不得加以制裁，但如該證人仍到案受訊問，則訊問之程序，仍屬有效。其證言之效力，並不因此受影響也。

## 第二項 具結之義務

### 第一款 具結義務之內容

具結者，證人於陳述時，確切保證其證言均屬真實無偽，附屬於陳述義務之一種擔保也。此項

擔保，在歐美則爲宣誓。蓋具有宗教意義者，由證人向上帝作誓爲之。吾國則係對法院保證其證言爲真實。刑法上之僞證罪，乃以具結爲要件，故具結義務乃與僞證罪互爲功用，而期收得擔保證言真實之效用。故其制裁爲單純法律上之處罰。

審判長於證人到案陳述時，應令其具結。在具結之前，應告以具結之義務及僞證之處罰。但應否具結有疑義者，得命於陳述完畢後行之。具結文內應記載，當據實陳述，決無匿飾增減等語；其於訊問後具結者，結文內應記載，係據實陳述，並無匿飾增減等語。是項結文，應朗讀之。於必要時，並說明其意義。具結文內應命證人署名或按指印。證人有數人時，應命其各別具結。

## 第二款 具結義務之強制

證人無正當理由，拒絕具結者，刑事訴訟法規定，法院得命賠償因拒絕所需之費用外，科以一百元以下之罰鍰。其無力繳納者，得以二元易科拘留一日。再行拒絕者，得再科罰鍰，但前後不得逾二次。罰鍰及賠償費用之處分，偵查中由檢察官聲請該管法院，審判中由法院或受命推事裁定之。證人得於前項裁定送達後五日內抗告。修正刑事訴訟法規定，得科以五十元以下之罰鍰。又於證

人爲不實之具結而拒絕證言者，亦同。前項罰鍰之處分，由法院裁定之。檢察官爲傳喚者，應請所屬法院裁定之。對於前項裁定，得提起抗告。

民事訴訟法規定，證人不陳明拒絕具結之原因事實，而拒絕具結，或以拒絕爲不當之裁定已確定後，而仍拒絕者，法院得裁定科五十元以下之罰鍰。對於前項裁定，得爲即時抗告，抗告中應停止執行。修正民事訴訟法規定，得以裁定科五十元以下之罰鍰。前項裁定，得爲抗告，抗告中應停止執行。

### 第三款 具結義務之免除

訴訟法上對於有特別情形之證人，或在一定時期之證人，例外設免除具結之規定。茲依新修正民刑事訴訟法，分爲絕對免除及相對免除二目，分述如後。

#### 第一目 絕對免除

證人有下列情形之一者，不得令其具結。

(一) 未滿十六歲者

查立法意旨，規定未滿十六歲之證人，不得令其具結者，蓋認十六歲以下之證人，年齡幼稚，知識未開者多，不解具結之意義與效果，故認為無具結能力。

(二) 精神障礙者

已滿十六歲之證人，若因精神障礙，不解具結之意義及效果，亦不得令其具結。此項精神狀況，應以陳述時為準，非以認識事實時為準也。

(三) 證人與本案犯罪有特別關係者

所謂與本案犯罪有特別關係者，即與本案有共犯或有藏匿犯人及湮滅證據或贓物之關係或嫌疑者是。蓋令此等人作證，必使其陳述不利於己之事項，其諱言隱匿不利之事項，乃人情之常。其陳述不能保證為真實。強其具結，不過使犯偽證罪而已。有失立法本旨，故不得令其具結。

(四) 證人與刑事被告或自訴人有特殊身分關係及恐受刑事訴追者

此項證人，本得拒絕證言，不拒絕而陳述時，亦多隱諱。令其具結，亦不合人情，故不得令其具結。因身分關係而不具結者，為(一)證人現為或曾為被告或自訴人之配偶，五親等內之血親，三

親等內之姻親或家長家屬者。(二)與被告或自訴人訂有婚約者。(三)現為或曾為被告或自訴人之法定代理人，或現由或曾由被告或自訴人為其法定代理人者。又證人恐因陳述致自己或上述關係之人受刑事訴追或處罰者，皆不得令其具結也。

(五)證人為刑事被告或自訴人之受僱人或同居人者

證人為受僱人或同居人者，其地位與通常之第三人不同。例如受僱人對於僱傭人之事務，有應守祕密者，其證言自難正確。令其完全依實陳述，強其所難，不合人情，故不得令其具結。受僱人指由僱傭契約而產生者而言。僱傭期間須較長久。若一日二日之臨時受僱人，解釋上不在其內。同居人係指營共同生活之人，不論親屬故舊，若僅同居而非營共同生活者，則不能稱為同居人。

第二目 相對免除

刑事案件在偵查中，得不令具結。又下列證人，與當事人有利害關係，故法院得不令具結。其應否令其具結，由法院斟酌情形，自由心證判斷之。

(一) 證人與民事案件當事人有特殊身分關係者

(二) 證人爲當事人之配偶前配偶未婚配偶，或四親等內之血親，三親等內之姻親，或曾有此姻親關係者。(三) 證人所爲證言，於證人或與證人有親屬關係之人，足生財產上直接損害者。(三) 證人所爲證言，於證人或與證人有親屬關係或監護關係之人，受刑事訴追或蒙恥辱者。皆與本案當事人有特殊關係，本得拒絕證言。茲雖不拒絕證言，但法院得酌量情形，免除其具結義務也。

(二) 證人爲民事案件當事人之受僱人或同居人者

證人爲受僱人及同居人時，其陳述自多顧忌，故增損偏頗，爲人情之所難免，故亦不得令其具結。

(三) 證人與民事案件當事人之訴訟結果有直接利害關係者

證人因訴訟結果有直接利害關係，爲袒護自己利益起見，其所陳述，自多偏頗。若因而犯僞證，情有可原。故法院得酌量情形，不令具結。所謂利害關係，指訴訟裁判之效力，或於訴訟標的有

利害關係，直接影響其權利義務而言。如共同權利人，共同義務人，保證債務人等是。

具結乃為訊問證人之必要程序，故未經法律免除具結義務者，若不令具結，則證人所為證言，無證據力，不得採為裁判之基礎也。依法免除具結義務之證人，若仍令其具結時，雖亦屬不合法律之規定，但其證言，係屬完全有效，以此為裁判之基礎，不得謂為違法。

### 第三項 陳述之義務

#### 第一款 陳述義務之內容

證人之主要義務為陳述，到案義務僅為陳述之預備，具結義務僅為陳述之保證。人證為證據方法，證人之陳述，方為證據。故證人除到案具結義務外，應有陳述之義務。

陳述義務者，證人對於法院訊問之事項，應據實陳述。其不知者，則答不知。其知悉者，則不得匿飾增損。若法院訊問時，證人默不陳述，或陳述不實，或有匿飾增損情事，則為違反此項陳述義務。證人陳述之內容及範圍，應以法院所訊問者為準。凡經法院訊問者，不論其為何種事項，除另有規定者外，證人皆有陳述之義務。若證人違反此陳述義務，為不實之陳述者，具結後，依法即應成立偽證。

罪。

凡服從我國法權之證人，皆有此項陳述義務，例外則許證人拒絕證言。具結義務，雖係附屬於此項陳述義務，然二者不可混爲一談。故凡依法免除具結義務者，仍有陳述之義務。其依法得拒絕證言者，方可免除陳述之義務。然苟當事人並不拒絕證言，則仍有陳述之義務也。

證人之陳述應直接陳述其記憶所得。原則上不得朗讀文書文件札記等以代之。蓋陳述須以言詞爲之。例外場合，例如證人於認識經歷某事實時，著有日記，與事實完全相符。茲因不能記憶，無從作證時，法院得許其閱覽或朗讀該項日記以爲陳述。至於該項日記，是否真實，及是否爲其本人親筆所書諸問題，皆應詳爲調查也。

## 第二款 陳述義務之強制

證人除有特殊情形，依法得拒絕證言者外，如有違反陳述義務，法院自得強制之，以利審判。

對於證人陳述義務之強制。民事訴訟法設有第二百九十九條之規定。修正民事訴訟法設有第三百一十一條之規定。凡證人不陳拒絕之原因事實而拒絕證言，或以拒絕爲不當之裁定已確定

後而仍拒絕證言者，法院得以裁定科五十元以下之罰鍰。此項裁定，得為抗告。抗告中應停止執行。刑事訴訟法第一百十三條亦規定，證人無正當理由，拒絕證言者，除得命賠償因拒絕所需之費用外，科以一百元以下之罰鍰。其無力繳納罰鍰者，得以二元易科拘留一日。再行拒絕者，得再科罰鍰，但前後不得逾二次。罰鍰及賠償費用之處分，偵查中由檢察官聲請該管法院，審判中由法院或受命推事裁定之。證人對於前項裁定，得於五日內抗告。修正刑事訴訟法第一百八十條規定，得科以五十元以下之罰鍰。

又刑法上偽證罪之處罰，實亦為陳述義務之一種強制也。

### 第三款 陳述義務之免除

證人應就法院所訊事項，為真實之陳述。但在特種場合，不能陳述真相者，法律不強人所難，故設例外規定，凡證人有法定情形者，得拒絕證言，免除陳述之義務。

證人拒絕證言，應於訊問期日前或於訊問期日，向法院受命推事或受託推事陳明拒絕之原因事實，並應釋明之。但法院受命推事或受託推事，酌量情形，亦得命證人具結以代釋明。蓋此項事

項，或係不易釋明。一經釋明，往往與拒絕證言之旨不符。故許以具結代之。證人於訊問期日前拒絕證言者，無庸於該期日到場。法院書記官應將拒絕證言之事由，通知當事人。拒絕證言之當否，應由法院裁定之。證人拒絕證言，若當事人以為有理由，則等於將該人證捨棄，自無爭執，毋庸再為裁判。若證人拒絕證言，當事人主張為無理由時，證人與當事人間發生爭執，則由法院裁定之。對此裁定，得為抗告。抗告中停止執行。

依法得拒絕證言之證人，拒絕陳述，乃其權利。如證人不知法律而不主張時，法院於訊問前或知有可拒絕證言情形時，應告知該證人，若證人捨棄拒絕證言之權利，對於法院所訊事項，並不拒絕證言，自願陳述，則訊問之程序乃屬合法，其證言完全有效。其實質上之證據力，與一般證言相同，由法院自由心證判斷之。且此時除依法得免除具結者外，仍應具結，蓋具結與陳述乃屬二事也。證人先經拒絕證言，而其後不拒絕時，其所為證言，亦屬有效，與自初不拒絕者無異。

依法得拒絕證言者，在民事訴訟法上為（一）因身分關係而得拒絕證言者（甲）親屬（乙）未婚配偶及前配偶。（二）因職務業務上之關係而得拒絕證言者（甲）公務員（乙）醫師藥師藥商助

產士宗教師律師辯護人公證人會計師及其業務上之佐理人。(三)因證言有特別影響而得拒絕證言者。(甲)證人恐陳述須洩漏其技術上或職業上之秘密者。(乙)證人恐陳述而致自己或其親屬或與其有監護關係之人受刑事追訴或處罰者。(丙)證人恐陳述而致自己或其親屬或與其有監護關係之人蒙恥辱者。(丁)證人恐陳述而致自己或其親屬生財產上直接損害者。

在刑事訴訟法上，爲(一)因身分關係而得拒絕證言者。(甲)證人爲被告或自訴人之親屬者。(乙)證人爲被告或自訴人之未婚配偶。(丙)證人與被告或自訴人有法定代理人之關係者。(二)因職務業務上關係而得拒絕證言者。(甲)公務員。(乙)醫師藥師藥商助產士宗教師律師辯護人公證人會計師及其業務上之佐理人。(三)因證言之特別影響而得拒絕證言者，爲證人恐陳述而致自己或其關係人，受刑事追訴或處罰者。

第一目 民事訴訟上陳述義務之免除

(一)因身分關係而得拒絕證言者

(甲)凡證人與當事人有親屬關係者，得拒絕證言。茲所謂親屬，爲配偶，四親等內之血親，三

親等內之姻親等，或曾有此姻親關係者。蓋此等證人，必令其為真實之證言，則陳述之結果，有害親屬間之和諧。其證言不利於親屬者，終為人情所不忍為。強使陳述，殊乖親屬容隱之義，有違善良風俗，故法律上承認具有此項關係之人，有拒絕證言之權利。但苟法院所訊問者，為下列事項之一者，則證人仍不得拒絕證言。蓋此等事項，捨此外絕少證據，可資證明也。

一、同居或會同居人之出生死亡婚姻或其他身分上之事項。此種事項，外人不易知悉，惟證人知之最詳，故不得拒絕證言。所謂同居人，不僅指家屬而言，凡事實上同居而營共同生活者，皆包括在內。

二、因親屬關係所生財產上之事項。此種事項，係基於證人之親屬關係所生之財產事項，並非當事人間之訴訟事件，係基於此種親屬關係也。例如親屬間關於繼承之爭執等情是。

三、為證人而與聞之法律行為之成立或意旨。例如中人證明人等是。

四、為當事人之前權利人或代理人，而就相爭之法律關係，所為之行為。蓋此等證人，使其證明從前所為之行為，最易得事實之真相，前權利人，不限於直接前主，即間接之前主，亦包括

在內。代理人解釋上應包括輔助人在內。

(乙)證人爲當事人之未婚配偶及前配偶者，得拒絕證言。查民事訴訟法規定，得拒絕證言之證人，不及當事人之未婚配偶。前民訴條例，則有此項規定。夫未婚配偶與當事人之關係，較曾有姻親關係人，關係自較親切，誠應許其有拒絕證言之權利也。又民事訴訟法，未規定證人與當事人之婚姻關係消滅後，亦得拒絕證言。德國日本立法例，皆有此項規定。民事訴訟法對於與當事人曾有姻親關係之人，許其拒絕證言，而證人爲當事人之配偶，於婚姻關係消滅後，反不加規定；立法意旨，不能一貫。且事實上此項證人，每因消滅婚姻關係前破傷情誼，其陳述頗多不實，誠有許其拒絕證言之必要也。故新修正民事訴訟法已加入未婚配偶及前配偶得拒絕證言之規定。

證人與共同訴訟人中之一人，有身分關係者，得拒絕證言。但法院訊問之事項，若僅對於別一共同訴訟人之裁判有必要者，則不得拒絕證言。以在此場合，實無拒絕證言之理由也。

查證人因親屬關係而得拒絕證言者，其親屬之範圍，殊可研究。若失之過廣，則於法院之發

見真實有礙，不便於審理，若失之過狹，則不能貫徹立法本旨，不便於立證，依愚所見，新修正民事刑  
事訴訟法之規定，頗爲允當也。茲將各國立法例，錄述於下，以資參考：

修正民事訴訟法 配偶，前配偶，未婚配偶，四親等內之血親，三親等內之姻親，或曾有此  
親屬關係者。

修正刑事訴訟法 現爲或曾爲被告或自訴人之配偶，五親等內之血親，三親等內之姻  
親，或家長家屬者，與被告或自訴人訂有婚姻者。

民事訴訟法 配偶，七親等內之血親，五親等內之姻親，或曾有此姻親關係者。

刑事訴訟法 爲被告之配偶，四親等內之宗親，三親等內之外親，二親等內之妻親，其親  
屬關係消滅後亦同。與爲被告之未婚配偶者。

民事訴訟條例 配偶，未婚配偶，或親屬。此所謂親屬爲祖父母，高曾同，父母，妻於夫之尊  
親屬與夫同。夫妻，本宗服圖期服以下者，外姻服圖小功以下者。妻親服圖總麻以下者，妻爲夫  
族服圖大功以下者，出嫁女爲本宗服圖大功以下者。

**德國法** 配偶，未婚配偶，直系血親，直系姻親，或有養子關係之人，三親等內之旁系血親，二親等內之旁系姻親，其生配偶或姻親關係之婚姻消滅後亦同。

**法國法** 配偶，四親等內之血親及姻親等。

**意國法** 配偶，直系血親姻親。

**匈牙利法** 配偶，未婚配偶，直系血親，或兄弟。

**英國法** 配偶。

**美國法** 配偶。

**日本法** 日本舊民法規定爲配偶，六親等內之血親，三親等內之姻親，生姻親關係之婚姻消滅後亦同，改正法則規定，有配偶或親族關係者，不得拒絕證言。必其證言足致配偶或親族受刑事上訴追，或蒙恥辱，或生財產上直接損害者，方得拒絕證言。

(二) 因職務上業務上之關係而得拒絕證言者

證人因公職上或私職上應守祕密之原因，而得拒絕證言者，在公職上爲公務員，在私職上

爲醫師藥師藥商助產士宗教師律師辯護人公證人會計師及其業務上之佐理人。

#### (甲)公務員

以曾任或現任政府公務員之人爲證人，而就其職務上應祕密之事項爲訊問者，該項證人皆得拒絕證言。蓋此項公務員，有應守祕密之義務，令其陳述，是強令證人違背職務上之義務，故法律上許其有拒絕證言之權利。方能避免其職務上之義務與證人之義務衝突，不致使證人無所適從也。

但該項祕密之義務，已經免除者，則無上述許其拒絕證言之理由，故不得拒絕證言。是以凡已得該管監督公署或公務員之允許時，此項拒絕證言之權利，即屬消滅。此項允許，由受訴法院請求之。並應於訊問前，將已得允許一點，通知該證人。

主管機關對於法院之請求，應權衡輕重，以決定允許與否。其於不妨害國家利益之範圍內，則不得拒絕其允許。

公務員爲證人，對於其職務上應守祕密之事項，法院未得該管監督公署或公務員之允許

而訊問，該證人苟不拒絕證言，而陳述時，雖在職務上或將受懲戒之處分，與本案無涉。然在證言之效力上，頗滋疑義。蓋訴訟法規定為應得允許，自不能解為任意法規，故違反此項規定，乃採證之程序不合法。但該證言則仍屬有效也。

(乙)醫師藥師藥商助產士宗教師律師辯護人公證人會計師及其業務上之佐理人

醫師藥師藥商助產士宗教師律師辯護人公證人會計師及其業務上之佐理人，或會居此等地位之人，因此等私職所知秘密之事項，多係不可對外宣布者，否則有損他人之利益。該項秘密義務，本為其職務之一種責任，在適法之範圍內，應受法律之保護，強令其為真實之陳述，無異強之違反職務上之責任，且妨害其信用。故法律上規定，亦有拒絕證言之權利也。所謂業務上所  
知悉之事項，有關他人之秘密者，其為執行業務上所必知悉之事項固屬之。即在執行業務時，偶然得知之事項，亦以解為包括在內為是。且亦不論其為直接得知之事項，抑為間接得知之事項也。

醫師藥師藥商助產士因執行業務而得知病人或產婦身體上之秘密，社會上本期其保守

祕密，故在訴訟上爲證人時，亦應許其有拒絕證言之權利。否則社會上對於此等職業之人，勢必恐其洩漏祕密，病人不敢將其病源完全說明。不便公開之疾病，或將不敢延醫診治。於一般人之衛生上，將有妨害。故是項規定，實爲必要。例如醫師醫治病人之花柳病，在法院傳喚之以爲離婚事件之證人時，得拒絕證言。

宗教師得拒絕證言之規定，其適用在我國頗少，似無規定之必要也。考其起源，乃倡於寺院法。蓋教徒不可告人之祕密，往往盡情告知宗教師，以爲懺悔。法律因此習俗，故有此項之規定也。律師辯護人得拒絕證言之規定，尤過於醫師等。否則律師制度或辯護制度將有名無實，當事人不敢將祕密告知律師或辯護人，律師辯護人不能執行職務，故此項規定，實爲律師制度及辯護制度之當然結果。

會計師之地位，猶如律師。民事訴訟法未設規定。茲新修正刑事訴訟法已加入規定。公證人爲公正判斷起見，搜集資料，不厭其繁。當事人亦爲使其明白事實起見，往往告以祕密之事項。故亦應許其有拒絕證言之權利。否則公證制度，不能發達，自非所宜。

上述諸人業務上之佐理人，或曾屬此等地位之人。因同樣之理由，故亦得拒絕證言。

此項拒絕證言之權利，在秘密義務免除後，則不得再行主張。所謂義務免除之謂，即指經本人承諾而言。蓋此項拒絕證言之權利，並非為證人而設，乃為保護本人而設。茲本人已允許證人陳述此等事項，證人自無拒絕之理由。若本人有數人時，則須得其全體之承諾，自不待言。

(三) 證人因證言有特別影響而得拒絕證言者

證人因證言有特別影響而得拒絕證言者，在民事訴訟上，可分為四種：

(甲) 因技術上職業上之秘密而得拒絕證言者

法院所訊問之特定事項，苟為技術上職業上須守秘密者，若強令證人據實陳述，則此等秘密一經公開，證人將蒙其不利。因他人之故，而有損於本人，實非人情，故許其拒絕證言。此項規定，乃保護證人之權利，與前述職務上應守秘密不同。例如某項器械之構造方法，某種商品之原料，某項契約之內容，技術上或職業上有守秘密之必要者皆屬之。

(乙) 證人恐陳述而致自己或其親屬或有監護關係之人受刑事上之訴追或處罰者

凡曾犯罪或有犯罪嫌疑之證人，令其據實陳述，則其陳述，有引起刑事上訴追或處罰之危險，故得拒絕證言。若陳述足致證人之親屬或有監護關係之人，受刑事上之訴追或處罰者，亦許其有拒絕證言之權利。其在親屬關係或監護關係消滅後亦同。

凡陳述並非恐引起刑事上之訴追或處罰，而僅恐引起懲戒時，不能適用本款而拒絕證言。

(丙)證人恐陳述而致自己或其親屬或有監護關係之人蒙恥辱者

證人恐陳述而致自己或其親屬或有監護關係之人蒙恥辱者，亦得拒絕證言，其在親屬關係或監護關係消滅後亦同，蓋恥辱之心，人皆有之。令其陳述，亦屬不合人情。例如法院訊問證人或其關係人有無通奸情事，證人得拒絕證言。凡陳述足以推測證人或其關係人有不名譽之情事已足，勿必有此等不名譽情事之表明也。

(丁)證人恐陳述而致自己或其親屬生財產上直接損害者

證人恐陳述而致自己或其親屬生財產上直接損害時，亦得拒絕證言。其在親屬關係消滅後亦同。蓋法律應以社會為準，今日社會上，財產不啻為人之第二生命，故陳述恐致減少財產者，

亦許其拒絕證言。然此財產上之損害，僅限於直接的，間接之損害並不在內。否則範圍過廣，有礙審理也。民事訴訟法規定，則及於證人恐陳述而致與其有監護關係之人生財產上直接損害者，其監督關係消滅後亦同。新修正民事訴訟法則不設此項規定。

所謂財產上之直接損害者，指因證言而致受損害者而言，若因裁判或其他事項方發生損害者，不能謂為直接。故陳述本身，須為減少財產之近因，而非遠因，或僅為減少財產之可能性。例如就損害賠償之訴，證人或其親屬是否為共同侵權行為人。或在債務糾紛之訴，是否為共同債務人或保證人等，皆為直接之損害，故得拒絕證言。反之，若證人之陳述，為使原告勝訴，而減少債務人之支付能力，以致證人或其親屬，不得全部之清償時，或因陳述而致證人，或其親屬與當事人一方在交易上發生損害時，為間接之損害，故不得拒絕證言。

又此項拒絕證言之權利，亦不適用於前述不得拒絕證言之場合。

## 第二目 刑事訴訟上陳述義務之免除

(一)因身分關係而得拒絕證言，修正刑事訴訟法與刑事訴訟法有一重要之區別。在刑事

訴訟法上，僅規定證人爲被告之關係人者，得拒絕證言。而在新修正刑事訴訟法上，則規定證人爲被告或自訴人之關係人者，皆得拒絕證言。其範圍較刑事訴訟法爲廣也。

(甲) 證人現爲或曾爲被告或自訴人之配偶，五親等內之血親，三親等內之姻親，或家長家屬者。

(乙) 證人與被告或自訴人訂有婚約者。

(丙) 證人現爲或曾爲被告或自訴人之法定代理人，或現由或曾由被告或自訴人爲其代理人者。

(二) 因職務業務上關係而得拒絕證言者，亦爲下列二類：

(甲) 公務員

(乙) 醫師藥師藥商助產士宗教師律師辯護人公證人會計師及其業務上之佐理人

(三) 因證言之特別影響而得拒絕證言者，刑事訴訟上僅許證人恐因陳述致自己或其關係人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。其恐因陳述致蒙恥辱者或生財產上之直接損害者，或

洩漏其技術上或業務上之祕密者，皆不得拒絕證言。蓋民事訴訟，僅為私權之爭執，而刑事訴訟關於國家之刑罰權，且對於被告之利害關係至巨。證人得拒絕證言之範圍，自不宜過廣。故權衡輕重，除恐因陳述致受刑事追訴或處罰者外，雖有其他情事，仍不得拒絕證言也。

#### 第四節 證人之權利

證人之權利，即得請求法定之日費及旅費。蓋證人已依法盡其作證之義務，自應許其有相當之報酬，方不失公允。凡證人遵傳到案，則不論法院訊問與否，或因當事人捨棄使用該證人為證據方法時，或因證人有拒絕證言之原因而拒絕證言時，仍得同樣請求法定之日費及旅費。即證人係屬誤傳到場，對於本案完全無關者，但一經到案，即得請求此項費用。

證人若屬違反證人之義務者，若被拘提及無正當理由而拒絕具結或證言者，則無此項費用請求權，自不待言。

查證人得請求法定日費及旅費之請求權，乃基於訴訟法所發生，係公法上對於國家之權利，

故應向代表國庫之法院請求，而由國庫給付之，不得向訴訟之當事人請求。雖法院所給較少，或因逾期不得請求時，亦不得向當事人求償也。

法院一方負有給付證人此項法定費用之義務，他方則有責令舉證之當事人繳納此項費用之權。

此項請求權，原則上應於訊問完畢時或完畢後爲之。但證人若因事實上無力墊付，或有其他必要情事時，得聲請法院預行酌給旅費。所謂法定費用之標準者，現依修正訴訟費用規則第十五條所規定，卽到庭每次五角，因就訊滯留一日以上者，到庭費外，更給付每日滯留費五角，在途旅費，則按實數計算。

此項費用之請求，應於訊問完畢後十日內聲明。過此期間，卽喪失此項請求權，不得再行主張。蓋期日久後，案已結束，法院不易令當事人繳納也。

對於法院關於請求所爲之裁定，證人得爲抗告。對於受命推事受託推事所爲之裁定，得向受訴法院聲明異議。

### 第五節 訊問證人之程序

訊問證人之程序，除證據調查章及本章前節所及，不復贅述外，茲將其他程序略述如後。

人證之程序，由聲明人證而開始。聲明人證，應表明證人及訊問之事項。所謂表明證人者，須不與他人相混，以便送達。故不獨表明其姓名，必要時並應表明其住址性別職業身分等。

證人除當事人偕同到案，或證人在場得逕行訊問者外，其傳喚，應由書記官製作傳票，依法送達於證人。

民事訴訟證人傳票，應記明下列各款事項：

- 一、證人及當事人
- 二、證人應到場之日時處所
- 三、證人不到場應受之制裁
- 四、證人請求旅費及日費之權利

五、法院審判長如認證人非有準備不能為證言者，於傳票記載訊問事項之概要。

刑事訴訟證人傳票，發票之權，偵查中屬於檢察官。審判中屬於審判長或受命推事。發票之公務員，應於傳票署名蓋章。傳票內應記載下列事項：

一、證人之姓名性別住居所

二、案由

三、應到之日時處所

四、無正當理由不到者，得罰鍰及命拘提

五、證人得請求日費及旅費

刑事傳票除應急速處分者外，至遲應於到案日期二十四小時以前送達。到案之證人，當場告以下次應到之日時處所及無正當理由不到之制裁，並於筆錄內記載者，以已經送達傳票論，不必再行票傳。

證人為現役之軍人或軍屬者，除向該管長官或囑託該管長官送達傳票外，並應通知該管長

官，令其到場。若被傳之證人，礙難到場，該管長官應通知其事由於法院。

證人爲在監所人者，除向該監所長官送達傳票外，並應通知該監所長官，請其提送到場。若證人礙難到場時，該監所長官應通知其事由於法院。

法院訊問證人，令其提出傳票。先問其姓名年齡職業住址籍貫等，或以其他方法，確定其人無誤。並應訊問證人與當事人之關係，以及其他關於證言探證方面有關之事項，例如有無嫌隙等，凡此皆屬於一般之訊問事項。

關於特定事項之訊問，即待證事項，通常應令證人連續陳述，對於訊問事項所知之始末。證人陳述後，爲使其陳述臻於明確或判其真偽起見，應爲必要之訊問。

證人之陳述，不得朗讀文件或筆記代之。但經審判長許可者，不在此限。

訊問多數之證人時，須隔別訊問之。訊問先受訊問之證人時，後受訊問之證人，應不在場。蓋恐前者之陳述，影響後者之陳述，致有附和雷同，或故爲反對陳述之弊。其已訊問者，則可任其在場。證人之陳述互異者，得命證人對質，以發見真實。

訊問證人時，當事人可以在場。若法院認為證人在當事人前，不能盡其陳述者，得於陳述中，命當事人退場。但證人陳述完畢後，仍應就其陳述，訊問當事人，使得主張其權利。

訊問證人有令通譯在場之必要者，則令通譯在場，其訊問證人為鑑定之資料者，鑑定人亦得在場。

訊問證人不得用強暴脅迫利誘詐欺及其他不正之方法。

證人在訊問期日終了前，不得離去訊問之處所。其得審判長之許可者，不在此限。

證人已依法陳述無疑者，不得再行傳喚。但有特定事項，應更為必要之訊問者，不在此限。證人到案後，應即訊問。

訊問證人應製作筆錄，蓋證言之採取，完全根據筆錄，其利害關係至巨也。

法院訊問證人時，通常由審判長發問。當事人或其代理人，原則上不得對證人自行直接發問，僅得將其所欲問之事項，聲請審判長轉問證人。但審判長亦得許當事人或其代理人直接訊問證人。

關於當事人或其代理人訊問證人之程序。大陸法系與英美法系完全不同。在英美法採用詰問制度 (examination)。訴訟事件之開始，即由代理律師訊問其當事人及證人，對於二造證人，皆由代理律師訊問。查詰問制度，實為英美證據法之主要部分，故特設後節，略加說明，俾資參考。

## 第六節 英美法系之詰問制度

### 第一項 詰問制度之意義

吾國及大陸法系諸國調查證據之立法例，係以法院職權調查主義為原則。訊問證人之權，屬之法院。當事人僅於得法院之許可時，方得直接訊問證人。英美法例則與此相反，蓋採當事人調查主義為原則，故訊問證人，由當事人之代理律師為之。

在英美制，當事人以人證為證據方法時，通常由當事人逕自偕同到庭，其非當事人所能邀約偕同到庭者，則於開庭期日前，請求法院傳喚之。開庭時訊問證人，則由二造律師分司其事。

英美證據法規定，證言須經過詰問 (examination)，方得採為裁判之基礎，否則不能發生證

據之效力也。證人於宣誓後，先受舉證一造之律師，即原傳該證人律師之詰問，原傳律師訊問完畢後，則由對造律師加以反詰，此後原傳律師覆加詰問，最後對造律師又得覆加反詰。是故詰問分爲原詰，反詰，及覆詰三項：

原詰或稱直詰 (Direct Examination) 爲原傳證人之訴訟當事人或其代理律師訊問其證人，其目的在使法官與陪審員明瞭證人對於某爭點所知之事項，以爲證據。

反詰 (Cross Examination) 爲原傳證人之對造當事人或其代理律師詰問該證人，對於原詰所爲之陳述，以檢查其是否真實，及攻擊其瑕疵，使該陳述，不能採爲有效之證言，故爲反駁性質之質問也。

覆詰 (Reexamination) 係包括覆原詰 (Redirect-Examination) 與覆反詰 (Recross-Examination) 二者而言。蓋爲反詰後之詰問。覆原詰爲原傳一造之第二次詰問證人，對於反詰所涉及發生之事項，加以解釋，使其顯明。覆反詰爲對造之第二次詰問證人，爲對於覆原詰再加以反詰也。

第二項 原詰

原詰應守之規則，法例上有嚴格之規定，其主要者爲下列四項：

(一)舉證之一造當事人不得攻擊其所舉之證人

出爾反爾，卽在通常情事，亦非所宜。其在訴訟上舉證，自應鄭重出之。故凡一造舉出之證人，不能無故自行推翻，蓋當事人舉出之證人，其陳述自有利於舉證之一造，否則該當事人又何必舉以爲證。法院認該當事人既舉出該證人，在此場合，卽已對法院表示其人係屬正當，其陳述可資憑信。卽令該證人之陳述，或於舉證之一造當事人有不利時，亦不應許其否認之，或攻擊其證言爲不實，或攻擊其資格與品行，主張其爲不足採證也。

對此原則，若絕對遵守，毫無限制，則在少數場合，因有特別原因情事時，對於當事人，頗失公平，且不便發見真實，故亦設有例外之規定。凡證人於受詰時，就其舉止行爲，可見其與舉證之當事人有嫌隙等情，或受對造之運動者，法院得許舉證之一造不受前項規例之拘束也。

(二)原詰之範圍應以關係事實爲限

夫原詰之目的，既爲對於特定係爭事實，或構成請求權之原因或抗辯事實之一種證明，其範圍自應以關係事實爲限。關係事實之法例，已詳第二章。蓋詰問逾此範圍，卽與本案無涉，此項詰問，並無實益，且有遲延訴訟之流弊，自非所許，故發問必限於確有關係，並合乎正當證明方法者，方得提出之，以訊證人。若詰問以法律而非事實，或訊以對某事實之意見，而非實驗之情事等，皆爲法例所不許。對造得主張異議。法院得依聲請或逕以職權禁止此項之詰問。是以原詰律師務使其證人之陳述簡直易明，有條不紊，證人陳述有曼衍鋪張時，宜卽糾正之。有非分攻擊對造當事人或偏袒己方當事人時，宜卽禁止之。其愚笨健忘者，宜做醒引導之。必期其無冗贅，亦無遺漏。

### (三) 引問之禁止提出

原詰時不得使用引問 (Leading question)，凡發問暗示應答之事項者爲引問。如發問者先假定爭執之事項而使證人因其暗示而爲對答者，不得提出之。蓋原傳之一造，訊問證人。該人之陳述之有利於該造，自可預期。若於詰問時，許以應答之事項暗示之，則其對答，爲發問之回聲，

而非證人之對答。故有限制之必要。凡屬本案主要情事，應使證人自行陳述，自擇其詞，不得用任何暗示對答之問句。至於發問時之音調態度，尤為重要，蓋雖同一字句之問句，因音調態度之不同，其暗示之對答，亦因而不同，故應注意之。

引問例如在本案中，係爭事實為該證人是否於民國二十三年十月三十一日下午二時，在上海南京路，見甲竊取乙之金表。若原告代理律師於原詰時，逕問證人曰：「民國二十三年十月三十一日下午二時，你在上海南京路，看見甲竊取乙之金表麼？」是問句已將竊物為金表，竊取之年月日時間，犯罪之地點，竊賊及事主之姓名等，完全授意於證人，該證人即可不加思索，隨聲附和。如斯詰問，無異當事人假口證人主張事實，而非第三人之證明，自不得謂為證據，其流弊不言而喻。故此項問句，禁止提出，凡遇此項情事，原詰律師應將該問句分開，各別發問，例如「民國二十三年十月三十一日上午你在何處？」「該日下午可否出外？」「往何處去？」「路上可遇何事？」「何處？」「所遇何事？」「你見賊下手竊取麼？」「何以知其為賊？」「你認識麼？」「賊在法庭上麼？」等是。但引問在下列場合，則不禁止。蓋在是項例外規定，並無上述之流弊也。

(甲)所問之事實，爲二造所不爭，而爲引入主要問題而設者。例如因違約請求賠償涉訟。關於契約之締結，爲二造所不爭。其係爭之點，爲有否違約情事。故原傳律師於原詰時，得逕問證人：「民國二十年一月一日甲與乙訂立契約之條款係如何規定？」則爲法所許可。不僅無害，且較爲簡明也。

(乙)僅爲否認對造所提出之證據而設者。例如在因貨物有瑕疵，請求解約及賠償涉訟時，被告舉出證人，供稱貨物雖與定貨之樣品不符，但後遇原告之代理人時，原告代理人謂如你能將貨價照八折計算，原告可以照收等語。則原告律師得卽引用該證人所述之詞，以爲問句，而訊問證人也。

(丙)證人雖知其事，然因記憶衰弱，一時頓難索悟，或證人所爲證言，殘缺不全，須喚醒者。例如人名地名，證人一時不能記憶時，原詰時得告以數人名或地名，令其指出其一。

(丁)證人若有受對造之運動，不願據實陳述，或有反噬情事時，得訊以引問，令其對答。若前竊取金表一例，證人不依實陳述時，得逕訊以「民國二十三年十月三十一日下午二時，你在南

「京路看見甲竊取乙之金表麼？」

### 第三項 反詰

原詰完畢後，對造律師對於該證人之陳述，若有所反駁，應即起為反詰，加以反問。若不利用此機會，即為對於該證人所為之證言，並不爭執。法院得推定其為已承認該證人之證言為真實矣。反詰之目的，在揭出證人是否可信，其陳述是否真確詳盡，其先後證言，有無抵觸矛盾遺漏錯誤等情，其效力如何。凡已經成立者，設法搖動之，其有隱匿掩蓋者，設法以明之。其有機可乘者，因而攻擊之。蓋其陳述，一有瑕疵，自失相當之效力，有關訴訟結果之勝負也。

反詰時宜明示承認與否認之範圍，俾法院明白反詰之意旨所在。凡原詰之結果，證人之證言，有已確切明瞭，無可乘之隙得否認者，不如不加反詰。蓋已確鑿之證言，雖經盡力攻擊，亦屬勞而無功，且使更臻鞏固，反足增其憑證之效力，不如不加詰問之為善也。

反詰之目的，與原詰相反，其方法亦不相同，故反詰時之規定亦異，其主要者，為下列三項：

(一) 反詰可不受原詰應受之限制

反詰之目的，既如前述。原詰之規則，自不必遵守。否則無以達反詰之目的。

(二) 不得訊問無關係之問題

反詰之發問，若其對答，並不能推翻或變更原詰之陳述者，則虛費時力，無反詰之實益，故不得訊問。

(三) 反詰時得攻擊證人之操行

攻擊證人之操行，為英美法例所嚴禁，但在反詰時，則不在此限。夫證人之證言，法院以之為裁判之基礎，蓋因證人可信也。若證人果有操行不端，或干犯法禁等情事，其人不足深信，其證言之效力，亦因之減損。此項情事，自應使法院知悉之，以定該證言應否採取，及其效力何如。其影響至大，自應許於反詰時攻擊之。然證人僅為一種證據方法，以解決本案當事人間之糾紛。若捨本逐末，聚訟於證人之操行，則去本案益遠，亦為法所不許。故於反詰時，雖許律師為攻擊證人之操行名譽信用之詰問。然證人若具結否認時，應即認否認之對答為真實，不許更相爭執。惟在下列情形，則仍得另行舉證。

(甲)證人否認曾受罪刑宣告者，於具結否認後，仍得提出為該罪刑宣告之判決書為證。

(乙)以證人前為之陳述或書證，以推翻後為之陳述時，於該證人具結否認後，仍得舉出該陳述或書證為證。

(丙)證明證人平素之劣跡，於證人具結否認後，得另舉證人為證。

(丁)證人與當事人有嫌隙或受對造之運動賄賂時，於證人具結否認後，得舉出其他證據以證明之。

#### 第四項 覆詰

##### 覆原詰

反詰完畢後，舉證一造得再行詰問其證人，是為覆原詰。其目的在扶直反詰時被推翻之證言，與補救反詰時發生之己方證言之瑕疵，使該證言有最大之效力。覆原詰係對於反詰而發，故若於原詰後，對造不為反詰，則舉證之一造，亦不得對其證人，更為覆原詰。覆原詰應守下列之規則：

(一)原詰應守之各項規則，覆原詰時，亦適用之。蓋覆原詰猶如原詰之繼續。其性質目的，完

全與原詰相同。故原詰之規定，自應適用之，其理至明。

(二)覆原詰應以反詰所涉，及因之發生之事項為範圍。若原詰時應行提出之事項，於原詰時並不提出，則不許假覆原詰之機會提出之。否則當事人於覆詰時，始舉出新事項，而對造又可起而反詰，詰問之程序，將無終結之時，自非所宜。其於原詰時，已訊問之事項，亦不得為同樣重覆之詰問，以免駢冗。

#### 覆反詰

覆原詰完畢後，舉證之對造得為覆反詰，以攻擊覆原詰所涉之事項。覆反詰與覆原詰之關係，猶如反詰與原詰也。覆反詰應守下列之規則：

(一)反詰應守之規則，覆反詰時亦適用之。

(二)覆反詰應以覆原詰所涉及，或因而發生之事項為範圍。

#### 第五項 詰問之監督指揮及法院之職權訊問

二造律師為上述之原詰反詰覆詰時，應受法院之監督及指揮。凡一造對於上述應守之規則

有違反時，對造自得聲明異議，詰問因而暫行中止，由法院口頭裁定之。當事人對於此項裁定，不得抗告，詰問繼續進行，但將來上訴時，得提出為上訴理由。凡其他一切關於訴訟程序上諸問題，亦以法院之口頭裁定為斷。蓋指揮訴訟，為法院之職權。否則詰問制度將無從進行也。

法院對於二造所詰問之證人，不論程序何如，有必要時，得隨時逕行訊問之。又法院對於二造所未請傳訊之人，得逕依職權傳訊之。蓋蒐集及調查證據，非絕對為當事人之責任，法院自得依職權為之。

通常法院之訊問證人，係在原詰反詰覆詰完畢之後，逐一細加訊問。凡因此法院訊問所涉及或發生之事項，則當事人無反詰及覆詰之權。

凡法院為發見真相起見，逕依職權傳訊之證人，因不能謂為何造當事人之證人，自不能指出應由何造為原詰，何造為反詰，故規定二造均無詰問之權。但於法院訊問完畢後，該證人所為證言有不利於一造當事人時，該造當事人僅得請求法院，許其加以必要之訊問而已。

#### 第六項 詰問制與大陸制之比較

英美當事人詰問證人制度之本旨，蓋以證人所能陳述之事項，及其陳述是否真實，與有無匿飾增損諸情事，惟當事人本人知之最詳，法院不易知之，故畀二造律師以訊問之權，使其反覆推敲，各盡其攻擊防禦之能事。事實之真相，乃因而發見。法院於詰問進行中，僅爲必要之監督及指揮，猶如處於第三者旁聽之地位，旁觀者清，故能爲適法之裁判。不如大陸制之由法院訊問證人，每限於一人一時之主見，或見一而不見其二。故法院不如畀律師以詰問之權，以節法院審理之時力。律師之職務，固所以協助法院發見真實也。

或謂上述英美詰問制度得防制證人之虛僞陳述，及律師之協助法院，僅爲理論上之優點而已。考之實際情形，則不但不能防制證人虛僞之陳述，使法院易得真相，且多無益之詰問，無理之辯論，攻擊防禦之間，離本題益遠。法院反不易求得真相。反不如大陸制法院自行訊問證人爲簡易，易於發見真相。在詰問制度，時間心力，虛費於無謂之爭執者居多，亦不如大陸制之爲善也。

然愚以爲此項詰問制度之弊端，非關於制度之本身，乃適用不善所致，自不足以非制度之本身。至大陸制法院職權訊問證人，誠能節省時間，然訴訟之結果，有關國家之刑罰權或人民之權利

義務，關係重大，爲求發見真實起見，不應拘以時間之長短也。惟應研究者，英美詰問制度之實施，須有發達之律師制度，有勝任之律師，方能得實效。否則有損無益，自非所取。所謂勝任之律師，不僅須有充分之學識，且須有高尙之道德方可。

## 第七節 證言

### 第一項 證言之根據及傳聞證言

證言之根據，簡言之，應限於證人本人自己親見親聞親知之事實，須爲其經歷之事項，故爲對於特定事項之認識，或其觀察之結果。若爲對於某項事實之意見，則不得爲證言之根據。若爲經驗之事實，則不問其爲過去經歷之事實，抑爲現在經驗之事實，均無不可。

若證言根據之事實，須有特別知識技能經驗，方得知悉，而非一般人所能知悉者，仍爲證人之一種，學者稱爲鑑定證人，而非鑑定人。蓋鑑定人者，係依法院之命令，本諸自己之特別知識技能經驗，陳述意見之第三人。其主要之職務，爲根據其特別知識爲判斷，以其判斷供法院爲證據。故其主

體爲意見也。茲在鑑定證人，法院並不訊問其意見，而訊問其對事實之認識。故其陳述，應限於事實，抽象之判斷意見不與焉。故鑑定證人與鑑定人二者，雖同爲以特別知識技能爲條件，但前者之陳述爲事實，後者之陳述爲意見，不可混爲一談也。

證言根據之事實，須爲本人所經歷者，方得爲之。若非其本人經歷，而爲他人經歷者，則爲傳聞證言。依證據法學法理而論，不得認爲有效之證據。立法例有規定不准傳聞證言之提出者，吾國立法例雖未有限制之規定，然其效力頗弱，觀歷來判例可明。立法意旨所以不規定絕對排斥傳聞證言者，或因在特種場合，傳聞證言亦有可採爲證據者。在通常情形，其不應採用，準之一般證據法學法理自明。雖不規定，亦無妨礙，故未爲絕對排斥之規定也。

關於傳聞證言之規定，以英美法爲至嚴密詳盡。在英美證據法，傳聞證言 (hearsay) 原則上絕對禁止提出。較吾國法律規定爲嚴，對於少數例外場合，亦有詳細規定。余意英美法例之規定，在吾國實可作爲一種條理適用，有研究之價值。茲將英美法例關於傳聞證言規定之概要，說明如下。

英美法因證據之根據，有分證據爲本原證據及傳替證據二種。已於第一章緒論內證據之分

類節內述及，茲不復贅。凡證人之證言，係根據其親見親聞親知之事實者，為本原證據。若非其本人親歷之事實，而為背述案外第三人傳述之事項，以為陳述者，則為傳替證據內之傳替證言，即傳聞是。依一般原則，不得提出為證。例如甲乙因契約涉訟，甲主張乙口頭承諾其要約，故契約業已成立。乙則否認之。證人丙到庭陳述其當日聽聞乙所云承諾之言詞，是其陳述為丙所親聞也。若證人丁到庭作證，謂聞諸多人，均謂乙已承諾甲之要約，契約早已成立。是則非丁之親聞，乃背述案外第三人之言論，故為傳聞，不得提出為證。

惟在少數場合，因社會公益及實際上便利起見，例外規定，有下列情事之一者，傳聞證言，亦得提出為證。

(一) 殺人案件，被害者自知必死。臨死所言之傳聞，得提出為證據。殺人案件包括謀殺及誤殺。但其他各罪，不得適用。

例如甲誘乙至河邊，推之落水。後乙為丙所救，自知即刻將死，因將如何被誘，何人推之落水等情形告之丙。乙即死亡。甲被控預謀殺人。證人到庭作證，述丙所聞，得提出為證。

(二)傳聞係證明對造人或其代理人之自認者

例如甲欲證明乙爲破產人，提出證人，述其所傳聞乙之代理人丙所云，「乙爲破產人」得提出爲證。

(三)對於本人財產上有不利之陳述

凡已死之人，曾以言詞或文字爲陳述，當時對於其本人之財產有不利益者，得許其提出爲其本人或第三人利益或不利益之證明。若所述之事，雖僅一部分不利於其財產，則並不限於該不利部分，即其他部分，亦得採爲證據。蓋就通常一般人心理而言，凡對於其本人財產有不利之事項，決不肯輕易陳述也。

例如甲乙二人間因事涉訟，其解決之標準，應以甲之年齡爲準。丙爲產科醫生，現已死亡。檢丙醫生所遺日記內，載有某年月日爲甲接生，收到診費洋若干元等事項，經斷定所記清償診金事實，依不利於丙本人財產之陳述，可推定該項日記爲真實，故不僅診金部分，即其年月日亦得爲甲年齡之證據。

(四)處理職務時之陳述

凡已死之人於處理職務所述或所記之事項，若其記述，別經證明，為職務上所必須之行爲，以其應盡之義務爲限，得爲第三者不利益之憑證。

例如甲商號與乙買受人涉訟，係爭之點爲甲商號貨物是否交卸於乙。甲商號雇丙充運夫，任乙爲賬房，依甲商號服務規則，應送之貨，每晨點交運夫，每晚由運夫將送貨件數，送達地點，報告賬房，由賬房記錄入賬簿，交運夫簽名。茲查丁處賬簿，乙貨已經丙送達，現雖丙已死亡，然該賬簿業經丙簽名，經丙簽名，經認定得爲乙不利益之憑證。

(五)關於公益之陳述

凡已死之人，於未起爭執以前，關於地方公益或一國公法上法律關係之事項，曾爲陳述，若所述之事，爲人所周知，得以其傳述爲憑證，蓋地方或國家公益之事，爲鄉里所習知，必非少數人所能掩飾，此等傳聞之事，較爲真實也。

例如行政機關與人民涉訟，係爭之點爲某處某路，是否爲公路，抑爲鄉村所有之私路，人民

舉出耆老，陳述其聞諸先輩，該路係村中公築，並提出已死村人捐冊爲證，經認定得提出爲憑證。

#### (六)關於家族系統之陳述

凡已死之人，於未起爭執以前，關於家族人員統系，婚姻，出生，死亡等之陳述，若該陳述所述之人與之確有同宗姻親關係，或確係往來切近，有密切之關係者，得以證人所述傳聞該死者之陳述爲憑證。

例如先代遺言是。

(七)在性慾犯罪案件，被害人之怨言或訴苦，雖在事後，亦得提出爲證。

例如被告被控強姦十三歲以上十六歲以下之女子，該女事後曾將其事告訴其女主人，雖其時被告並不在場，此項怨言之傳聞，經斷定得提出爲證。

#### 第二項 證言之正確要素

證人所爲證言之是否正確，實爲人證之主要問題，以決定該項證言之可否採用。法院審酌證人之證言時，應注意關於證人本身之一切情事，例如證人之種族宗教性別性格情感地位年齡等，

若證人之陳述，是否因種族宗教之異同，而有所偏頗。又通常男子之理智較強，女子之情感較深，與證言亦有相當影響。至證人之年齡，則尤為重要。查證人所為之證言，往往以年幼者為最可靠。蓋年幼天真，直者直之，曲者曲之。作偽掩飾者絕少，故能將事實真相，完全陳述無遺。且年幼者之感覺及記憶，亦較年長者為善，其證言自較為正確可信。海士格羅士(Hans Gross)氏於所著犯罪心理學(Criminal Psychology)書中，述之頗詳。其言曰：最善證人之年齡，自不能確定，但通常以七歲至十歲之兒童為最可靠。彼等不知愛憎，不知偽善，無野心，無宗教，階級，地位，財產之考慮，無先入之見。無神經上之刺激，無已成之習慣，經驗，故不致為外物所影響。其心猶一鏡耳。青年人則不及兒童，蓋其觀察力至劣。青年為人生至愉快之時代，富於希望，豐於理想。其所注意者，僅為其本人及其需要之情事，除其本人而外，其他情事皆無足輕重。青年人最自負，其觀察僅及其本人部分，其他事情之觀察，往往錯誤。中年人則事業已成，善者善，惡者惡。或愛或憎，每有先入之成見。其陳述不為其個人成見所左右者至少。老年人則其感覺記憶既衰。且其陳述，每涉於宗教恕宥方面，遠不及兒童作證之為善也。

法院既斟酌上述關於證人之事項外，應再研究證言本身之正確要素。證言若不具備此項條件，即屬不可採用。證言之正確要素有三：其一、為認識力，包括感覺力及觀察力。其二、為記憶力，包括記性及追想力。其三、為陳述力或傳述力。

(一) 證人之認識力是否健全其認識是否正確

證人之感覺力或觀察力不正確者，其證言不足置信。蓋證人之感覺如不健全，或其觀察不正確，其認識之事實與真正之事實不符。例如證人在泥醉中所得之印象，自不可憑信。又證人在認識事實時，非具有必要之感官，不能實驗者。若證人缺乏該項官能時，自不能作證。例如對於非依視覺不能認識之事實，盲者自無作證之資格。對於非依聽覺不能認識之事實，聾者自無作證之資格。此項官能不健全者，證言之是否可靠，應斟酌各別情事定之。

(二) 證人之記憶是強是弱其記憶是否正確

證人之記憶力，法院亦應斟酌之。人類之記憶力，通常因時間之經過而薄弱。故對於訊問證人之事項，如係經過已久者，不能遽然信之。又證人天賦之記憶力及其他情事，亦應注意之。記憶

力實可分爲記性及追想力二者。前者謂當認識事實時之記憶效率，後者謂日後之追想。

(三)證人之陳述力是否優良其陳述是否正確

證人之陳述，卽作證時之供述，若不正確者，其證言亦不可憑信。所謂陳述不正確者，指證人記憶之結果，與其實際上所陳述者不符而言。蓋心中所欲陳述者爲一事，而陳述者另爲一事。聽其言者，不悉其真實之思想。換言之，證人缺乏言語之技術或方法。夫言語所以表示其思想，苟其表示之方法不善，聽者無從知其思想矣。證人往往怵於法律威嚴，法庭顯赫，未述心餒，急不擇言。其所述者，往往與其心中之思想不同，故法院亦應注意證人之陳述力。

吾人研究證言之正確要素，應不厭其詳。茲節譯美法學家魏格模 (Wigmore) 氏著證據法學 (Principle of Judicial Proof) 一書以供參考。

第一款 認識力（感覺力觀察力）

證言之第一正確要素爲感覺力，卽各項感覺之程序，須無錯誤。在證據法學上，實爲最重要之問題。

法院審究證人之感覺力時，首應注意證言所包含者，爲何項感覺，及該感覺與待證事實，是否有直接關係二點。例如甲證人所陳述之某項事實，爲乙所目睹，而告之甲者，則甲之證言所包含之感覺，僅爲聽覺而已。故審酌乙之視覺，則爲認定該項事實所必要。若置乙之感覺於不顧，則捨本逐末矣。

關於感覺之研究，以海士格羅士 (Hans Gross) 氏之著作爲最詳盡。茲引錄其要義如下：

吾人研究感覺，應注意其錯誤，卽幻覺是。夫感覺爲認識事實之基礎，故在證據法上，感覺行爲須正確無誤。其感覺正確者，認識者誠爲事實。若感覺不正確者，則認識者，並非事實，而爲感覺者之一種幻覺，豈得採爲證言，以認定事實耶。故吾人須明瞭感覺之幻覺，此項知識，可使吾人避免錯誤之判斷也。

心理學上，關於感覺之研究，始自海來克利脫司 (Heraclitus) 氏。幻覺於吾人日常生活上之關係，甚爲密切，然吾人每不注意及之。幻覺之適用於運動上或科學上，則研究之人較多，故亦爲人所習知。然其於吾人日常生活上之影響，實較其於運動上或科學上之關係，更爲重要。

夫證人受幻覺而不自知，迄今吾人不聞證人對於其感覺，有所怨言。是故從事證據學者，尤應詳加研究，以供審判者之參考。惟此項研究，至爲困難。蓋對此問題，頗少可供參考之書籍也。吾人於幻覺，可分爲下列二方面研究之。其一爲實驗之方法，吾人應注意，當在何種情形之下，發生何項幻覺，及何項幻覺，發生如何之印象。其二爲理論上之方法，亦爲預備之方法，卽吾人預行熟習幻覺之學。其關於醫學上疾病上之一部分，因與吾人此處之目的無涉，略加研究已足。其遮蔽事實真相之一部分，則應細爲研究，不厭其詳也。

幻覺可分爲通常幻覺與異常幻覺二類。通常幻覺爲吾人在同一環境之下，所共有之幻覺。異常幻覺則爲一人一時待有之幻覺。惟其界限，自不能完全明確區分，又除此二者以外，尙有第三種幻覺，不能歸入此二類之內，此項幻覺，係因身體上之一種特殊情況所引起。例如腹中過飽時，血液衝入腦中時，一夜失眠時，用腦用力過度時等，所引起之一種幻覺是。

另一問題爲幻覺與正確感覺之界限。何者爲幻感，何者爲正確之感覺，二者甚難劃分。在理論上，幻覺自與感覺不同。然事實上，一人之感覺程序中，何時感覺發生錯誤，幻覺開始，殊不易分析也。

通常之幻覺，爲多數人所共有，經多次之經驗，其正確感覺與幻覺之判別，誠屬可信。若一人所特有之異常幻覺，則誠無術以判斷之。在某種場合，吾人以觸覺以測驗視覺之是否正確，或用視覺以測驗聽覺之是否正確，自屬可能。但此項測驗方法，非在一切場合，皆可適用。在某種場合，吾人不能爲此項測驗。是故今日吾人僅能爲下列之結論。凡一感覺，於各種不同環境之下，所感相同。他項感覺所得之印象相同，他人觀察之結果亦同，用測驗方法實驗之亦同，則爲正確之感覺，否則爲幻覺也。

吾人應行注意之區別，尙有一項，頗爲重要。蓋卽幻覺與錯誤概念之區別是。吾人每誤以錯誤概念爲幻覺之一種，實則二者似是而非，不可混爲一談。錯誤概念，爲基於錯誤之判斷而發生。幻覺則爲基於錯誤之感覺而發生。例如吾人於左右二側擠壓目瞳，所見一切物件，皆重覆有二，是爲幻覺。若吾人戴紅色眼鏡，遠望風景，而深信山水真爲紅色者，則非幻覺，而爲錯誤之概念。蓋此項錯誤，爲判斷上之錯誤，吾人之概念上，未及紅色眼鏡之功效所致也。又例如吾人於天雨時所見遠處之山，距離爲近時，或以手杖置水中，而信其爲曲折時，吾人之感覺完全正確，並無錯誤。惟吾人之判斷，則係錯誤。

又幻覺與幻想不同。通常吾人亦每誤稱幻想爲幻覺。然二者性質上，絕不相同，故尤應分別清楚。例如吾人在教堂中禮拜時，忽聞一抑鬱遲鈍之聲音，每誤爲琴聲。蓋在此等場合，容易發生此項假定之緣故也。又例如吾人在火車即將開駛之片刻中，每多發生火車開行之幻想。於此情形，感覺並無錯誤也，是耳誠聞其聲，是目誠見其車，二者於腦中所銘之印象，係屬正確。聞覺視覺之作用，至此而止。惟思想引起此項錯誤之判斷，故爲幻想，而非幻覺。

惟於不習慣之感覺，則感覺本身，亦多發生錯誤。蓋吾人於習慣之感覺，自能爲適當之判斷，而得正確之印象。若於不習慣之感覺，則不能爲相當之判斷，故所得印象，並不正確。例如吾人於脫落一牙齒時，感覺口中有一極大之空洞。因吾人不習慣此項脫落牙齒之感覺，故不能盡其判斷之能事，而發生錯誤之幻覺也。又例如吾人自黑暗中走入光明之處所，感覺異常光明時，或吾人於第一次騎馬，而覺騰身天空之間時，皆因不習慣之故也。

是故感覺之研究，於審判上至爲重要。吾人須審究證人之感覺是否正確。其證言是否根據幻覺，抑係根據錯誤概念或幻想，然後方可確定該項證言之可否採取也。

甚多法院裁判之錯誤，其原因實因不悉幻覺所致。某傷害案件中，甲控乙於某夕黑暗中，打擊其雙目，法官判決乙犯傷害罪。蓋其深信甲於黑暗之中，認出加害人爲乙。其在黑暗中，所以能認出乙之面目者，因甲稱當時打擊頗重，受傷時眼見火星，因此火星之光，而得認出乙之面目云云。查此項受傷時所見之火星，在亞理士多德（Aristotle）時代，已知爲一種主觀的幻覺，豈能採爲有效之證言。本案之裁判，實因法官不悉幻覺所致。觀於此案，足見幻覺於審判上之重要。則此案雖如可笑，亦爲吾人應行研究幻覺之一善良教訓也。

## 第二款 記憶力

記憶力苟詳爲分析，可分爲記性及回憶力二部分。所謂記性者當吾人於感覺時，將所得之印象記錄於腦中之程度也。所謂回憶力者，則爲吾人於日後追想前時所得印象之程序也。

在證據法上，關於證人之記憶力，應詳加研究，其重要僅次於感覺力而已。蓋記憶力與作證時之陳述，有直接密切之關係也。證人之是否據實陳述，誠因其他原因而定。然證人苟自願據實陳述，則其證言能否正確，全視其感覺力及記憶力爲轉移矣。若其感覺力記憶力不健全者，其證言仍不

能正確也。

法院審酌證人之記憶力，不僅應注意該證人之記性，及回憶力二者，對於該證人可曾注意某項事物，其注意之程度如何，注意時間之長短如何，何項印象爲深入其心，以及有無錯誤，其錯誤係出於何項原因等情，均應研究之。

關於記憶之學說，學者各有主張，迄今猶無定論。依赫拔脫（Herbart）氏派學者所論，記憶爲對於前時所留於神經節細胞上之印象之認識也。詹姆士穆勒（James Mill）氏則謂，記憶者，不僅爲對於印象之思想，且爲曾經經驗該印象之思想。此二項思想所組成之心情，吾人謂之記憶。

吾人之記憶力，不獨因人而殊，卽以一人而論，亦因外界之情事而不同。吾人於經驗上，亦知凡人於身體健康時之記憶力爲強，身體衰弱時之記憶力爲弱。以及情感，心神，地點，時間，等一切偶然不可再之機會，皆有重大之影響。故此等事項，雖似瑣屑，實則極爲重要也。

解釋記憶之主要學說，可分爲下列三種：

（一）吾人所有之印象，逐漸消失，成一痕跡，而爲新感覺之事項所掩蔽，苟新事項一經除去，

則舊有印象，又明顯於吾人目前矣。

(二)吾人所得之印象，逐漸朦朧沈沒而分散，但一受外力之協助，使其加深，則復歸明顯矣。  
(三)吾人所得之印象，日久分散消失，但苟與外來之事物重合，回復其原來狀態時，則該印象復歸完全矣。

安平霍士 (Ebbinghaus) 氏曾謂，上述三種解釋記憶之學說中，無一為絕對正確，可適用於任何案件者，在甲案中，以此說為是，在乙案中，以彼說為是。誠有識之見也。蓋印象之消滅，猶如房屋之毀損，房屋之毀損或因火，或因水；印象之消滅，或因此，或因彼。是故法院於證人之記憶力，應因時制宜，斟酌情形，選用適宜之方法，以喚醒其記憶，始可得事實之真相也。

凡人於感覺程序中之作用，非純粹為被動的，其間亦參有自動之成分在內。吾人每忽略此點，亦為一重大之錯誤。洛克 (Locke) 氏與龐奈脫 (Bonnet) 氏曾謂，吾人有時不願聽聞一事，有時則專心傾聽，則雖同一事項，所得之印象，並不相同。以此二者比較，可以證實此項學說，信而有據也。是故證人等雖有同一之感官，而其所得之印象，非必相同。法院不能以此責難證人也。此項感覺時

之自動態度，其影響至巨。簡言之，記憶與此項自動態度，成爲一正比例。是以吾人欲解釋證人對於過去已久同時發生之數項事實，所爲詳略不同之陳述時，吾人應比較該證人之記憶力感覺力及其智力，並應注意證人感覺時之態度也。

### 第三款 陳述力

證言之第三要素，爲證人將就其記憶所得之印象，陳述之以告法院。此項陳述力，亦多容易發生錯誤之處，致證言有失真實，故亦不可不詳加研究。

陳述之任務，爲使法院明瞭證人之感覺及其記憶之印象。故最重要者，爲正確描寫或敘述其真純粹之記憶。證人所記憶之印象，苟與其感覺相符合，則陳述與記憶符合，且爲法院所了解時，該項證言之價值，方爲完全。法院自得依之而認定事實。反之若證言缺乏其要素之一者，該項證言，不得採爲裁判之基礎也。凡陳述與記憶不符，或不爲法院所了解者，其價值自必減少。通常證言之缺點，多爲第一種，即證人所陳述者，與其所欲陳述之記憶不符。若第二種缺點，即法院不了解證人陳述之真意者，則較少發生。證人之性別，種族，性情等，對於陳述，亦有密切之關係。惟茲所研究者，僅

爲陳述之本身。

陳述得以言詞爲之，亦得以符號或表演爲之。例如聾啞者之符號文字是。前者爲法庭上通用之方式，後者之用較少。故茲所論者，亦僅限於前者。

吾人首應研究言詞與思想二者，於心理上之關係如何。此項研究與採用證言時，甚有關係也。關於此點，有二問題焉。其一，陳述上之缺陷，是否必爲感覺上或記憶上之缺陷否。吾人依前所論，已知陳述上之缺陷，非必爲感覺上或記憶上之缺陷也。證人之感覺力記憶力雖健全，苟陳述力不健全，其證言爲不正確。然此缺陷，乃在陳述之本身，與感覺力及記憶力無涉。其二，爲吾人能否由此項缺陷之陳述中，發見真確之感覺或記憶乎。則於一般案件中，亦屬可能。例外於特殊案件中，或屬不可能，不可一概而論也。

證人之陳述，通常與其感覺及記憶符合者居多，惟少數場合，證人之陳述，與其感覺及記憶不符。蓋其陳述力，受有障礙之故。此障礙爲何，吾人可稱之爲言語文字之社會性。凡言語文字，及一切社會上通用之字母符號，其使用也，須學習研究後，方能精確無誤，方能以之表示其思想而爲人了。

解。此項言語上之缺點，有下列二方面，吾人應行注意者。其一，證人因其知識之不足，有不能運用適當之言語，以表達其思想者。其二，聽其言者每因不識證人之環境，故聞其言，而為與證人原意不同之解釋也。

又證人之陳述力，除前述者外，尚有一特殊之處，應行注意。蓋當證人於法庭上陳述時，每因受特殊環境或特殊情形之影響，其陳述不能精確，致聽者誤解其意義者，往往有之。例如因法庭上旁聽者衆多，證人與奮受驚，而不盡所言等情是。要之，對於證人之陳述，審究其真意所在，誠為證據法學上之一重要問題也。

### 附中外判解例

- 一、證人之義務，不問其是何職分，均應遵傳到庭作證。（九統一二三五）
- 二、啞子身體上之機能缺乏，不過不能言不能聽而已。苟精神上未有其他障礙，以亂其利害是非之辨別，則無不可以作證人者。（三上七）

三、證人雖目瞎耳聾，亦可爲本案之參證。（四上三三）

四、刑事訴訟採直接審理主義，故證人必須到庭親自陳述。其以書面代陳者，不得作爲證言採用。（二十一上二八六）

五、證人所處罰金，係秩序罰性質，應製作決定，如有不服，亦得聲明抗告。（九統一一九七）

六、訊問證人應告以具結之義務，及偽證之處罰。證人之具結，應於告以具結之義務及偽證之處罰後行之。（二十一上一七）

七、直接訊問證人，須多耗時日費用者，得行囑託訊問。（七上四七四）

八、證人之子若父，代證人所爲之供述，不能爲認定事實基礎。（四上四二〇）

九、傳喚證人，係關於訴訟指揮之命令，不得聲明不服。（八抗八一）

十、隔別訊問證人，以期發見真實，乃法所不禁。（七上一四一五）

十一、第一審已經傳訊之證人，如其證言並不能於舉證者有所利益，而第一審之訊問又已盡其能事者，第二審可不再傳喚。（三上一〇九五）

十二、人證之信憑力，不足以敵物證，雖爲證據法上之原則，但其物證如果未盡可憑，則人證一項，亦足以爲判斷之資，不能謂凡屬物證，法院即應予以採用。（七上一九八）

十三、證言之取捨，應於法律所許範圍內衡情酌定，不得僅以證人人數之多寡爲唯一標準。（七上三三四）

十四、關於證據之取捨，於法定範圍內，審判衙門原有自由之權，即使某人委係不應作證，然遇有非其人不能證明情事，用以供事實上之參考，亦不得謂爲違法，當事人如欲否認其供參考之結果，即有提出反證之責。（四上五五）

十五、審問證人，如其陳述有不充足不明瞭時，審判衙門應爲必要之發問，若有特別情形，更可令當事人與之對質，以期得事實之真相。（四上二四〇四）

一、證人原則應以言詞陳述事實，惟關於物品件數品質等事項，爲期其明確，以書狀記載，亦非違法。

二、對於同一犯人之甲乙被告案件，即令其內容，有密接之關係，形式上既為各別案件，就甲案件訊問證人毋庸查問其在乙案件有無為證人之資格。

三、訊問事項雖關於官公吏有應守祕密之義務者，苟該證人不行使拒絕權，任意供述者，其證言，亦非無效。

四、風聞傳說之類，其根據薄弱，於事實之有無，極不確實，固不得以為斷罪之資料，但並非依傳聞所知之事實，一概不得為斷罪資料。

五、商人買進貨物之價格，亦屬於所謂職業上之祕密。

六、公司董事，在其不自為公司代表之訴訟，原有為證人之資格。

七、關於係爭權利關係實驗之事實，縱係前主，苟非於其為前主所為之行為有關，即與民法所定不合，故不得適用該法條。

八、從參加人得為證人，但依法應視為共同訴訟人者，不在此限。

九、醫師就其診病時所知病人之惡疾，得於離婚之訴拒絕證言。

十、證人與鑑定人異，應陳述自己之見聞，非應陳述意見。證人之意見，非可供裁判所判斷之資料。

十一、直接可生財產權上之損害者，例如證人之答辯，應就未確定之債務，承認其爲自己債務之類是也。

十二、共同訴訟人不得爲證人，雖應證之事實，專關於他共同人者亦然。

十三、某人能否作爲證人訊問，應依訊問時之情事定之。

## 第七章 鑑定

### 第一節 鑑定及鑑定人之意義及性質

鑑定爲證據方法之一種，其內容爲以鑑定人之報告，供證明之用。鑑定人者，依法院之命令，就其所指示之訴訟資料，本諸自己之特別知能，陳述自己意見之第三人也。詳言之：

(一) 鑑定人須爲第三人，所謂第三人者，指參與本案之法院職員，以及訴訟關係人以外之人而言。即訴訟當事人，代理人，法定代理人，輔助人，參與本案之法官，書記官，通譯等人員，皆不得爲本案鑑定人。蓋鑑定人負有報告公平意見之責任。上述諸人，自不宜使之爲鑑定人也。

(二) 鑑定人係具有特別之知識技能者。蓋吾人對於法官，自不能責其於各種事項，均能明瞭。對於普通知識，自毋庸另問他人。但對於非具特別知識技能，不能得知之事項，自須由專家補

其不足。學者間對於鑑定人是否須以特別知能為要件一點，本有爭論。一說則以特別知能為鑑定人之要件。另一說則謂鑑定人固以具有特別知能者為通例，然並非為必要之條件。凡審判上法院命令第三人陳述意見，雖該第三人並無特別知能，亦不失為鑑定人。二說中自以第一說為是。

(三)鑑定人係陳述其意見者，或稱鑑定為意見證據，故其主要之任務，係本其特別知能對於自己無關之訴訟資料，加以判斷，而以其意見提供法院。此項意見，不問其為具體的，仰為抽象的，均無不可。具體的，例如在鑑定筆跡，報告二項筆跡是否出於同一人之手筆是。抽象的，例如鑑定外國現行法之規定是。鑑定人與證人，雖同為證據方法之一種。惟證人係就事實，陳述其見聞之情形，而鑑定人所陳述者，則為其判斷之意見也。又鑑定人與通譯雖同為提供法院欠缺之知識，協助法院探求事實真相。但通譯僅使法院瞭解，鑑定人則進而報告其意見，是其不同。

(四)鑑定人係依法院之命令而陳述者，其為其他機關所委託者，非茲所謂之鑑定人。又鑑定須在訴訟程序中為之，若於訴訟前曾為判斷，在訴訟時再行報告時，則為證人而非鑑定人也。

鑑定人在訴訟上，其性質究為證據方法之一種，仰為法院之輔助機關，或為兼有此二種性質者。學者間議論不一。日本法學家松岡義正氏，在其所著民事證據論一書中，論之頗詳。其言曰：鑑定制度，在羅馬法中已發其端，繼依德國普通法之理論而發達。惟德國古代法中，則無此制度。(1) 德國普通法中，初則以鑑定人與證人同一視之，且以鑑定人為理論方面之證人，而以證人為事實方面之證人。厥後始有鑑定人與證人之區別，並就鑑定人中，又以供述前須為實驗之鑑定人，為實驗的鑑定人。(於檢證時在場，特就檢證物陳述意見之鑑定人，類似證人)。以對於立證之事實或尚須立證之事實，本諸特別知識，擔任判斷之鑑定人，為判斷的鑑定人。以法院調集之鑑定人，為審判官之輔助者。以當事人所聲請之鑑定人，為證據方法。此等區別，為近時所否認，遂至主張鑑定人為審判官之輔助人，並非證據方法之學說，特占優勢，且於近世諸國民事訴訟法之立法上，大受此種學說之影響。例如法國國民事訴訟法，對於鑑定之設立，即本諸鑑定人為審判官之輔助者之見地。又如德國國民事訴訟法草案理由書，即明言鑑定人為審判官之輔助者是也。質言之，即德國普通法初則以鑑定人為證據方法，繼則以之為證據方法及審判官之輔助機關，(折衷論)，最後則以之為

審判官之輔助者，或其輔助機關。(2)近時各國民事訴訟法，皆以不能向審判官要求一切之認識，故有鑑定之設立。如日德奧匈諸國民事訴訟法中之鑑定，皆受德國普通法中鑑定法則之影響。因而學說上，或以鑑定爲證據方法者，或以之爲審判官之輔助機關者，或以之爲證據方法且同時爲審判官之輔助機關者。在主張鑑定人爲一證據方法，並非審判官之輔助人者，其所主張之理由，認爲民事訴訟法既在調查證據之中規定鑑定，是其前提觀念，即以鑑定人爲一證據方法，非爲審判官之輔助機關。否則卽不能將鑑定載於調查證據之規定中，且鑑定人之意見，係依法院自由心證，判斷其價值，若以鑑定人爲補充審判官知識不足之輔助機關，則法院卽不能有此自由判斷之權限。再就證人言之，既謂證人因使審判官確定真正之事實，亦爲審判官之輔助人。然而同時又謂證人爲證據方法，而謂鑑定人非證據方法係審判官之輔助人，是則此種見解，已屬自相矛盾矣。此一說也。或其主張鑑定人爲審判官之輔助人，並非證據方法，其所主張之理由，認爲調查證據之規定中其所以載有鑑定者，不過僅將鑑定手續之形式，使依調查證據之手續爲之，並非認定鑑定之性質爲證據方法。若從日民訴三二四條三三一條三三〇條第四項之法意推論之，足知鑑定人確係

審判官之輔助人。且鑑定人既然補充審判官所缺乏之專門知識，使其易於行使正當之判斷，是鑑定人自係審判官之輔助人，並非證據方法也明矣，此又一說也。究之鑑定人之主要任務，有時對於事實上之訴訟材料，而將其判斷上所必要之實驗規則，且為審判官所不明瞭者，本諸自己之學識經驗確定之。有時又因應用此實驗規定，判斷訴訟上之事實，而與審判官以助力。或因代替審判官獨立為此判斷，而供審判官以實驗規則之知識。由此觀之，可知鑑定人在確定實驗規則時，其為實驗規則上之證據方法也。因與證人為事實上之證據方法相同，然在應用實驗規則而為判斷時，則就事實上之訴訟材料，提供審判官在判斷上所缺乏之知識，非如證人就其過去見聞之事項，供述觀察之結果也明矣。故謂鑑定人一方面為證據方法，同時又對於審判官判斷上之權限而輔助之。證之中訴訟，亦以採取折衷說為是。

## 第二節 鑑定之客體

鑑定之客體，即為法院所指示之一種訴訟資料。凡法院所調查之事項，非具有特別知識技能，

無由鑑別者，皆得以此等事項，命令鑑定人鑑定之。其種類至多，不可列舉。惟通常鑑定之實施，則以下列數種之用最廣：

(一)科學上之鑑定

科學上之知識，非一般人所能盡知。故凡須決定科學上之現象時，勢非令具有該特定一項科學知識技能之專家鑑定不可。例如醫學上之問題，得病致死之原因，藥料之性質與功用，損傷之程度，診治之方法，精神狀態之是否健全等，須令醫生鑑定之，其他各項科學上之問題亦然。

(二)外國法

本國法爲法院職務上所應知悉者。卽事實上法院偶或有不知時，亦不得命令鑑定，但若非本國現行法，而爲本國之古代法者，自得命鑑定。外國法雖爲法律，但通常學者多認之爲事實之一種。蓋外國之法律，其效力僅及於外國領土之內，不能在本國發生效力，否則有侵害本國之主權。故外國法既不發生法律之效力，自以解爲一種事實爲是。且本國之法官，無絕對知悉外國法之可能。其職務亦爲適用本國法，無適用外國法之義務。故法院有不明外國法時，應命鑑定人鑑

定之。惟有一點須注意者，法院於選任此項外國法之鑑定人時，自應以該國現行執行法律職務之人，或為該國官吏，而依其職務，應習知法律者為是。蓋此項鑑定，不僅為解釋法律之條文，其重要者，為其現行效力及施行之範圍也。

### (三) 習慣及習慣法

習慣者，多數人對於同一事項，因繼續反覆為同一行為，而形成一種行為之準則。其通行於全國者，自為法院所知悉。若通行於一地一業者，法院事實上不能盡知，蓋一地有一地之習慣，一業有一業之習慣。法院於調查此項習慣之有無及其內容何如，實以命令鑑定為最佳之方法。

習慣法，為習慣之多年慣行，具有人民之確信，為法律所承認，而發生法律上之效力者。此項習慣法，法院有不知時，亦得為鑑定之標的。

### (四) 筆跡問題

字跡問題之爭執，訴訟中每多發生。對於字跡之真偽，及其是否為某特定人所書，法院本得判斷之，非必需鑑定者。最高法院十七年上字第三四六號判例，謂核對筆跡，除特種書據，須選任

專門鑑定人外，若通常書據，一經核對，即能辨別其真偽者，法院得依心證判斷之，不必選任鑑定人。

通常證明筆跡之方法，約有下列數種：(1)使作書人自爲證明。(2)由在場親見作書之證人證明之。(3)由親聞作書人承認書寫該項文件者證明之。(4)由認識該項作書人之筆跡者證明之。(5)由專家鑑定之。

凡法院不能心證之筆跡問題，及第一至第四項方法不能適用，或適用而其證力可疑時，則自有令專家鑑定之必要。此項鑑定之方法，不外二種：其一，係將待證之筆跡與已認定之筆跡，鑑定其是否出於一人所書。其二，係將二件以上未經認定之筆跡，鑑定其是否符合。

### 第三節 鑑定人之資格

鑑定人雖與證人同爲一種證據方法，且在僅分證據爲人證及物證之分類，其人證即包括鑑定人而言。但證人則凡人皆得充之，而在鑑定人則不然，蓋其資格，係有限制，非人人皆得充之，僅限

於特種人，方有此項資格。夫鑑定人既以提供法院缺乏之知識爲目的，故鑑定人須具該項特別知識技能者，方得充之。否則毫無功用，不僅無益，反有阻發見真實之弊也。

凡具有鑑定所需之特別知能者，則不問其係得自研究，若研究學術技藝而知悉者。仰係得自經驗，若從事職業而知悉之商人工匠等，均無不可，此項鑑定須爲第三人，已如前述。

證人應以自然人爲限，法人不得充證人。對於鑑定人是否亦限於自然人，法人亦得充任鑑定人否一問題，學說紛歧，多數學者主張鑑定人應以自然人爲限者，外國立法例亦有採取此項學說者。惟在吾國訴訟法，則有明文規定，法人亦得充任鑑定人，誠無疑義。惟此項立法例之採取，不無可研究之處。蓋法人充任鑑定人時，不能履行具結及到場之義務，不能負刑事上僞證之責任。且當事人不能質訊鑑定人之意見，對於直接調查之原則，及言詞審理之主義，亦有不合。且事實上法人無意思能力，其本身亦無鑑定之能力。所謂由法人鑑定者，不過爲其代表人之鑑定。故不如直接以該自然人爲鑑定人爲善也。

鑑定人爲法人時，例如法院命令商會鑑定商業習慣之內容或命令醫院鑑定醫學上之爭執，

或學校以及其他機關鑑定或審查他人之鑑定等場合皆是。此項鑑定人之到場及其結義務，自屬免除。法院對於選任法人或自然人為鑑定人，或兼選任二者，斟酌情形裁定之。當事人對此項裁定，不得抗告。

鑑定人之資格，亦無國籍之限制。蓋鑑定所要者，為特別知能。若本國人無具此項特別知能，則自應由外國籍之鑑定人為之。法院所需者，為其意見。國籍與意見，毫無關係。是故內外國人同等主義之學說，為多數國家所採用。吾國法亦然。日本民事訴訟限制外國籍鑑定人之適用，彼國學者多論為失當也。

鑑定人之年齡性別地位等，亦僅為法院選任鑑定人及評判其意見可否憑信時，所應考慮，絕不影響鑑定人之資格也。

對於鑑定人之是否具有相當資格，足任為鑑定人，自應由法院判斷之。大理院四年抗字第五號判例，謂鑑定人是否有相當學識經驗，足以勝鑑定之任，自應由該管審判衙門，於職權上為公平之認定。

#### 第四節 鑑定人之義務

鑑定人之義務，與證人之義務同。蓋皆為對於國家之一種公法上之義務，並非對於當事人而發生者，然亦有與證人之義務不同者，則鑑定人之範圍，較證人為狹。在證人則不問何人，凡服從本國司法權者，皆負作證之義務。而在鑑定人，則僅限於特種人，方負擔鑑定之義務也。民訴法第三一五條，刑訴法第一一八條，新修正民訴法第三二八條，修正刑訴法第一八五條，規定下列諸人，有為鑑定人之義務：

- 一、經公署委任有鑑定職務之人，例如法醫檢驗吏等是。
  - 二、從事於鑑定所需之學術技藝或職業之人，例如醫師工程師等是。
- 證人之義務，係對於特定人而言，鑑定人之義務，雖應由特種人負擔，但不必限於特定人。蓋證人須為經驗特定事實之人，性質上自不可以他人代替。故經驗該特定事實之人，有作證之義務，鑑定人則僅為根據其特別之知能，報告其判斷之意見，故不必限於特定人，凡具有該項特別知能之

人，皆得爲之。故不妨另選他人，性質上自可由他人代替者，是以法院對二者義務之強制，規定亦各不同。例如鑑定人不得拘提是。

鑑定人之義務爲到案義務，具結義務，及鑑定義務三種。但鑑定人爲法人時，則無到案義務及具結義務。

此項鑑定義務，因法定原因，亦得免除者。茲所謂法定原因者，通常卽爲證人依法得拒絕證言之正當理由。故凡鑑定人有與拒絕證言相同之原因者，得拒絕鑑定。惟鑑定人得拒絕鑑定之原因，並不限於上述理由，蓋雖其理由不合該項規定，如法院認爲正當時，亦得拒絕鑑定，而免除其鑑定義務也。

### 第一項 到案義務

到案義務之內容，卽鑑定人在法院選任後，應於應到時日處所到場，且在待審期日終了前，非經法院審判長之許可，不得擅自離去訊問處所。若鑑定人違反此項義務時，其制裁與證人違反到案義務者相同。惟有一點不同者，則對於鑑定人，不得拘提或將罰鍰易科拘留，其立法理由已如前

述。

對於上述規定，亦有例外，即鑑定人得免除到案之義務。若國民政府委員為鑑定人時，法院不得傳喚其到案，應就其所在地訊問之。國民政府各部會長官及地方最高行政長官為鑑定人時，應於其公署所在地訊問之。若駐在他處時，於其所駐地訊問之。蓋此項公務員無到公署或其駐在法院以外之法院為鑑定之義務也。關於證人到案義務之規定，於鑑定人準用之。

## 第二項 具結義務

具結義務之內容，即鑑定人於鑑定前，確切保證其鑑定為公正誠實，本其知能所提供之意見。此項鑑定之報告，雖非必正確無誤，然苟鑑定人並非善意出之，苟能證明其為不公正誠實時，該鑑定人依法自負偽證之責任。

證人之具結，或有在陳述之後為之者，但鑑定人之具結，則必須於鑑定前為之。蓋凡選任之鑑定人，自有鑑定之義務，決非至鑑定後，方悉其有鑑定之義務也。鑑定人具結文內，應記明必為公正誠實之鑑定等語。

此項義務之強制與免除，亦準用人證之規定，惟實際上準用之場合亦不甚多。若如鑑定人訊問時，未滿十六歲或不解其結之意義者，法院應不選任為鑑定人。

### 第三項 鑑定義務

鑑定之義務為鑑定人主要之義務，其內容即為鑑定人應就法院所令行鑑定之客體，實施鑑定，將其經過及意見，向法院報告。此項報告，固得以文書為之。但遇有必要時，應以言詞說明之。

鑑定人有數人時，得依法院之令，共同或各別陳述意見。蓋其意見相同時，自應共同報告之。但其意見不同時，則以各述報告為是也。

當事人因法定原因拒卻鑑定人時，該鑑定人之義務，自屬免除。惟若法院誤令不具鑑定所需特別知能之人為鑑定，該人因無此項特別知能，拒絕鑑定，此項拒絕與證人之場合不同。蓋在證人，雖不知待證事實，亦不得拒絕作證，不過到案陳述為不知。此項不知之陳述，亦為證言。故該證人可謂已盡陳述之義務。但在鑑定人，其對於鑑定事項無鑑定知能者，應解為拒絕鑑定，其所為不知之陳述，不能認為鑑定之實施，蓋非對於鑑定事項之意見也。

## 第五節 鑑定人之權利

### 第一項 請求費用之權利

鑑定人既盡其鑑定之義務，自應許其享有主張代價之權利，故法律規定得向代表國家之法院請求費用也。此項費用之性質與證人得請求者相同。惟證人所得請求者，限於法定之日費及旅費。而鑑定人所得請求之費用，除此以外，尚得請求其實施鑑定之相當報酬。蓋鑑定人爲專家，且多從事於鑑定之事項爲職業者，自應許其請求相當之報酬，否則有失公平也。費用之相當與否，由法院判斷之。若鑑定人爲公署委任爲鑑定人，而有固定之薪金者，若法醫檢驗吏等，則其薪金，卽爲此項費用，自無再行請求之權利。又鑑定所需之費用，得依鑑定人之聲請，預行酌給之，以利鑑定之實施也。

法院一方固有代表國庫支付鑑定人上述費用之義務。一方則亦有向當事人一造或二造徵收之權利。然此與鑑定人之權利無涉。

關於鑑定人請求費用，應行主張之期限，亦準用證人之規定。即應於訊問完畢後十日內爲之。若鑑定人已盡到案義務，雖拒絕鑑定或被拒卻鑑定時，對於法定之日費旅費，亦得請求之。但報酬一項，則不得請求之。若鑑定人已爲鑑定，而爲法院撤換時，則仍得請求相當之報酬。

### 第二項 實施鑑定時之權利

鑑定人除爲其本人起見，得請求費用之權利外，因便利其實施鑑定起見，法院許其有下列各項權利：

#### (一) 訊問證人及當事人之權利

訊問當事人及證人，在吾國證據法上，爲法院之職權。他人不得享有之。惟鑑定人爲實施其義務起見，如有訊問當事人或證人之必要時，得聲請法院訊問之，或於得法院許可後，自行直接訊問之。蓋鑑定人對於其專門事項所爲之發問，較法院爲有實益，故法律上許其有此項權利也。

#### (二) 利用訴訟資料及檢閱卷宗或證據物件之權利

鑑定人爲實施鑑定起見，有須利用訴訟資料及檢閱卷宗及證據物件，方得盡鑑定之能事

者，故法院對於訴訟資料在法院者，應告明鑑定人，許其利用。鑑定人有檢閱卷宗及證據物件之必要時，自應許其檢閱也。

### (三) 請求蒐集調取證物之權利

證據調查，在吾國證據法爲法院之職權，其對於證物之調取，自爲法院之職權，惟鑑定人爲盡其鑑定之能事起見，或須檢查法院所未調取之證物，方能爲正確之判斷。故法律上規定許其聲請法院蒐集或調取該項證物，以爲實施鑑定之用。

## 第六節 鑑定人之拒卻

### 第一項 拒卻之意義

法院選任有鑑定人資格之人任鑑定人時，當事人本不得聲明不服。但該鑑定人有特種原因，其鑑定有偏頗不公之虞時，當事人得向法院聲明拒卻該鑑定人。

當事人對於證人之傳喚，不得聲明拒卻，蓋調查證據，由法院依職權爲之，且證人爲特定人，故

不應許其拒卻。惟鑑定人則不限於特定人，凡具有同一特別知識技能之人，皆可充任，故對於鑑定人，則許當事人有拒卻之權利。

### 第二項 拒卻之原因

夫當事人固有拒卻鑑定人之權利，若此項權利，不加限制，則有弊無益，自非所宜。故法律上規定，僅限於有法定原因者，方得聲請拒卻。此項得拒卻鑑定人之原因，不外為恐鑑定人有偏頗不公之事實發生。故訴訟法規定，拒絕鑑定人之原因，與當事人得聲請推事迴避之原因相同。凡有下列情形之一者，方得拒卻鑑定人。

- (一) 鑑定人或其配偶為該訴訟事件之當事人者，此項當事人亦包括參加人在內而言。
- (二) 鑑定人為該訴訟當事人之親屬，或曾有親屬關係者。
- (三) 鑑定人或其配偶，就該訴訟事件，與當事人有共同權利人，共同義務人，償還義務人之關係者。所謂共同權利人，若連帶債權人，共有人等是。所謂共同義務人，若連帶債務人是。所謂償還義務人，如就返還所有物之訴，為標的物之讓與人，如就公司與公司間之訴訟，為原告公司或

被告公司之無限責任股東等是。

人。  
(四) 鑑定人爲該訴訟事件當事人之法定代理人，監督監護人，保佐人，或曾居此等地位之

(五) 鑑定人於該訴訟爲訴訟代理人，輔助人，辯護人，或曾居此等地位之人。

(六) 鑑定人曾參與該訴訟事件之前審裁判或公斷者。

(七) 鑑定人爲刑事被告或被害人之未婚配偶者。

(八) 鑑定人於該訴訟事件曾行使檢察官或司法警察職務者。

(九) 其他情形足認鑑定人執行職務，有偏頗之虞者，如何情事足認爲有偏頗之虞，純爲事實問題，應依各別情形判斷之。例如鑑定人與當事人有嫌隙或友誼關係等類是。

查拒卻鑑定人之原因，學說上有二種不同之見解，外國立法例上亦有二種不同之規定。一說主張當事人得依迴避證人之同一原因，拒卻鑑定人。日本訴訟法及法國訴訟法即採此說。一說則主張當事人得依迴避推事之原因，拒卻鑑定人。德國立法例採此說。吾國訴訟法則本德國法之法

例也。二學比較，自以德國及吾國所採者爲是。

### 第三項 拒卻之時期

當事人拒卻鑑定人，自在法院選任該鑑定人之後，然若漫無限制，許其隨時得聲明拒卻，則易發生流弊，若當事人藉圖拖延，訴訟進行因致遲滯，自非所宜。故法律上規定，凡鑑定人已就鑑定事項，有所陳述，或已提出鑑定書後，當事人不得再行主張拒卻。但此項拒卻原因發生在後，或當事人初時不知，及後方知悉者，則不受上述規定之限制。惟當事人對於此項原因發生或知悉在後，應負釋明之責任。

### 第四項 拒卻之聲明

當事人聲明拒卻鑑定人者，應將其拒卻之原因，或原因發生在後或知悉在後等情釋明，向選任鑑定人之法院或推事爲之。故鑑定人爲受訴法院選任者，不論係受訴法院自行訊問或係使受命推事或受託推事訊問，均應向受訴法院聲明之。若該鑑定人爲受命推事或受託推事選任者，則向受命推事或受託推事聲明之。刑事訴訟在偵查中則向檢察官爲之。其程式或以書狀或以言詞，

均無不可。

#### 第五項 拒卻之裁判

當事人聲明拒卻鑑定人之原因，是否合法，應由選任鑑定人之法院，受命推事或受託推事裁定之。刑事案件在偵查中，則由檢察官裁定之。凡以拒卻為不當之裁定，由受訴法院為之者，得提起抗告。由受命推事或受託推事為之者，得向受訴法院聲明異議。若受訴法院，以裁定認異議為不當者，對此項裁定，得行抗告。凡以拒卻為正當之裁定，不得聲明不服，但由受命推事或受託推事為此裁定者，得向受訴法院聲明異議。

凡以拒卻為正當者，該被拒卻鑑定人之報告，自不得再行採取，以為判決之基礎，應另選其他鑑定人，重行實施鑑定。

#### 第七節 關於鑑定之程序

關於鑑定之程序，除有特別規定者外，準用人證之規定。茲將鑑定之程序，分為鑑定之聲請，鑑

定人之選任，鑑定人之免除及撤換，鑑定人之傳喚及訊問，鑑定之實施，五項說明之。

### 第一項 鑑定之聲請

法院調查證據，認為有鑑定之必要，自以職權命令鑑定。其由當事人之聲請者，則應表明鑑定之事項，以便法院判斷有無鑑定之必要，及應由何項鑑定人爲之。至鑑定人則毋庸表明，蓋由法院選任也。此與聲明證人不同者，若當事人於聲請時指定鑑定人，則其性質上僅爲供法院選任時之參考而已，並無拘束法院之效力。

當事人聲請鑑定，若法院認爲無令鑑定之必要者，則將該當事人之聲請駁斥之。

### 第二項 鑑定人之選任

若法院認爲有鑑定之必要時，則進一步自應由具備鑑定人資格之人中選任鑑定人，令其實施鑑定。蓋吾國立法例，鑑定人採法院任命制。例外則許當事人選任之。若民事訴訟方面，鑑定人已經二造合意者，法院實無干涉之必要。對於鑑定人之人數，亦以法院之意見判斷之。法院不能指定適當之鑑定人時，得令當事人指定應選任之鑑定人。學者間稱爲指定鑑定人之催告權是。

一次鑑定之結果，法院認為不充分，或因其他原因，有重行鑑定之必要時，法院得再令二次鑑定，或仍令第一次鑑定人爲之，或另行選任其他鑑定人爲之，均無不可。

查外國立法例，對於鑑定人之選任，有法院選任制，當事人選任制及折衷制三種。法院選任制，即選任鑑定人之權，操之法院。此爲德日等國訴訟法所採用。當事人選任制，則爲英美法系之通例。英美證據法之所謂專家意見，即鑑定人是。折衷制則爲法院與當事人之合選制，爲意國所採用。一造當事人選任一鑑定人，報告其意見，再由對造當事人選任一鑑定人，參加鑑定而報告其意見，再由法院選任一鑑定人參加鑑定，最後之報告，則由此三鑑定人討論議決之。意見不同時，則取決於多數。

### 第三項 鑑定人之免除及撤換

凡鑑定人因正當理由，拒絕鑑定時，法院得免除該鑑定人之義務，而另選其他鑑定人任之。茲所謂正當理由，亦可準用證人免除義務之規定。但二者非完全相同。法院得免除鑑定人之事由，亦有不得爲證人拒絕證言之理由者。凡法院斟酌情形，認爲係屬適當者，得免除鑑定人之義務。例如

同居人之出生死亡婚姻等事項，雖證人與當事人有拒絕證言之原因，亦不得拒絕證言。然在鑑定人，則可許其免除鑑定。蓋鑑定人可令其他鑑定人代替之。又鑑定人得拒絕鑑定之理由，亦不限於證人章所規定者，凡有其他正當理由，法院亦得免除其義務，若鑑定人知能不足，不勝鑑定之任等皆是。

已選任之鑑定人，法院自有撤換之權。故凡法院認為鑑定人有不勝任不盡職或其他原因，得自由撤換之。法院認為鑑定人無多數之必要時，得限制其人數至一人。

#### 第四項 鑑定人之傳喚及訊問

鑑定人之傳喚及訊問，一依人證之規定。凡應訊問之鑑定人，現時在場者，法院自得逕自訊問，無庸另行傳喚。否則審判長應令書記官製作傳票，依法送達於鑑定人。傳票之內，應記明鑑定之事項及期日處所等項。

訊問鑑定人，法院開始令鑑定人提出傳票後，首訊問其姓名年齡職業住所等一般訊問事項，或以其他方法證明其確係本人無誤時，應諭令具結，且告以偽證之責任及處罰其鑑定人有數人

時，應分別各自具結。然後訊問鑑定人鑑定之意見。

鑑定人之報告，除言詞外，得用鑑定書，提出於法院爲之。法院認爲有必要時，得令鑑定人之一人或數人到場說明。鑑定人有數人時，得共同或各別訊問之。查通常對於鑑定之事項，以專門且不易明瞭者居多，提出鑑定書誠較言詞報告爲善也。

凡鑑定書之提出，須經過法定程式之後，方得爲之。即應經過傳喚具結及訊問之後，方爲合法。若未經上述法定程序而提出者，則不得認爲合法之鑑定書，祇可認爲一種書證適用而已。

鑑定之報告，不論言詞或書面，皆無開具鑑定意見來由之必要，故凡訊問鑑定人，其判斷之理由，鑑定人之報告即有欠缺，亦不得認爲有瑕疵，蓋通常情形，必須開具來由，爲事實上所不可能也。凡鑑定人之報告，須由當事人於言詞辯論中，陳述其內容，否則不得採爲裁判之基礎。蓋爲適用言詞審理法則之故。

#### 第五項 鑑定之實施

實施鑑定，依鑑定之事項而不同。鑑定得於法院內爲之者，自應於法院內爲之，然審判長受命

推事或檢察官於必要時得使鑑定人於法院外爲鑑定。前項情形，得將關於鑑定之物交付鑑定人。因鑑定被告心神或身體之必要，得預定期間，將被告送入醫院或其他適當之處所。

鑑定人因鑑定之必要，得經審判長受命推事或檢察官之許可，檢查身體，解剖屍體，或毀壞物件。檢驗或解剖屍體，應先查明屍體有無錯誤。因檢驗或解剖屍體，得將該屍體或其一部，暫行留存，並得開棺及發掘墳墓。檢驗或解剖屍體，及開棺發掘墳墓，應通知死者之配偶或其他同居或較近之親屬，許其在場。

#### 第八節 鑑定之證力

鑑定在性質上，爲證據方法，亦爲法院之輔助機關。以證據方法而言，其應否採取，自應由法院自由判斷。以法院之輔助機關而言，法院亦無必須採取鑑定人之意見之義務。蓋所謂輔助者，不過貢獻意見而已，並非爲法院之代替。故法院雖令鑑定對於某種事項鑑定，鑑定人之報告，應否採用，及其效力強弱如何，仍絕對由法院自由心證判斷之。鑑定人之報告，並無拘束法院之效力也。

法院既以自由之意見，判斷鑑定之價值，故在訊問多數鑑定人，其意見不同時，法院得捨多數鑑定人之意見，而採取少數鑑定人之意見，以爲裁判之基礎，其選擇採用之權，蓋在法院。

法院評判鑑定人報告之意見，自應注意其人有無資格，可否有偏頗情事，其意見是否完全，可否確信等情，以探求事實真相爲目的也。

### 附中外判解例

一、審判衙門對於係爭事物，必於該事物之鑑別，非有特種之知識技能，不足以資認定者，始有選任鑑定人之必要，否則無須實施鑑定，致徒延遲訴訟之進行。（五上五六四）

二、凡以通常之知識技能不能認定之事實，審判衙門應依法令人鑑定。（五上六六九）

三、現行法例既無外國人不得爲鑑定人明文。北洋醫院外國醫生之鑑定書，自可採用。（七上二〇四）

四、當事人得指定鑑定人，但其勝任與否，仍由審判衙門審認。（四抗五）

五、拳術家之語，果由經驗或技能所得，自可依法命其鑑定，酌予採用。唯審判官取捨證據，本不受何項拘束。當就案件情形審查認定。（十一統一七二一）

六、物產時價究值若干，兩造協議未調，請求審判衙門爲之裁判者，自可實施鑑定程序，爲其斷定額數。（四上二二二）

七、核驗筆跡，依法應由長於專門學識經驗之人，按照法定程序加以鑑定，方足以爲判決之根據。（二十一上一六二八）

八、鑑定人與被告代理人爲同鄉，不足爲拒卻之理由。（十上四五）

九、犯罪當時，是否確無瘋疾，並無專門醫士詳細鑑定，具有診斷書備案，卽犯罪成立與否之基礎，不能斷定。（三上六九）

十、親子認知案件，控告審探證憑容貌時，自得命令明晰攝影附卷，送上告審備核，惟僅憑容貌判斷，有無血統關係，非十分明顯，亦應擇定專門家依法鑑定。

十一、呈案契據花押之是否相同，或僅屬類似，本難作爲裁判上惟一之根據，雖其紙質墨色

新舊不同，亦未始不可據以定案，然應精密鑑定，方可以成信識，第一第二兩審，既未查有他項確證，而花押筆跡及紙色之新舊，又僅由審判官自由推定，並未依法鑑定，自屬難資折服。（二十一上—〇三六）

十二、滴血之方法為現今審判上所不許。（七上一—一三）

一、證言乃謂供述於過去實驗之事實，鑑定乃謂應用依學術職業等所得之特別智能以判斷事實，雖屬過去之事實，若係依學術職業等所得之特別智能以為判斷而陳述其結果，則為鑑定而非證言。

二、定物之價值之陳述，不問屬於現在抑屬於過去，乃係須依特別知識始能確定之一種意見，應屬於鑑定，而非證言。

三、命就現實事實為鑑定，或命就假設問題為鑑定，均屬於預審推事蒐集證據之職權。

四、依推事之命，將其曾為鑑定人或醫生所實驗之結果，於日後陳述，乃為所謂鑑定證人，而

陳述見聞之事實，應以爲證人訊問之。

五、鑑定乃供審判官心證判斷之資料者，其取捨自屬法院之職權。

六、鑑定人之選任，屬於公判法院之職權。已經選任之鑑定人，認爲不適當，或該鑑定人因正當理由，不能到案時，自得選任他人。此時其以前選任之裁決，自歸自然消滅。

七、若無爲鑑定人之義務，縱不到場，不得處罰。雖鑑定人事前怠於爲拒絕之陳述時亦然。

八、鑑定不過輔助判事心證之具，故雖有當事人之聲明，裁判所毋庸必命行之。

## 第八章 書證

### 第一節 書證與證書之意義及性質

除人證鑑定外，第三種證據方法爲書證，書證者，訴訟上，以證書內容之記載，供證明之用之一種證據方法也。茲分析說明如下：

#### (一) 書證爲以證書爲證據方法

證書之意義，有廣義及狹義之區別。狹義之證書，卽以文字表示人類思想之一種紙張，故與吾人日常之觀念相符。廣義之證書，爲以文字或其他符號，表示人類之思想，經視感而理解其意義之一種物件。

(甲) 此項證書之物質，通常自以紙類居多。然凡其他物質，例如布帛，皮革，金石，竹木等，苟

其所載者，爲人類之意思表示者，則皆得認爲證書。

(乙)此項證書記載意思之方法，亦不僅限於文字，凡用其他代替文字之符號，皆無不可。不問其爲本國文字，外國文字，全國通行之文字，一地一業通用之文字，古代之文字，現代之文字，普通之符號，特別之符號，亦不問此項文字或符號，係出於書寫，繪畫，印刷，雕刻，攝影，或其他方法也。

(丙)此項證書須爲人類意思之表示，若其目的，並非表示人類之意思者，則不得認爲證書，例如字帖，音譜，照相等，通常並非爲證書。

(丁)此項證書須經視感能領會其意義者。若證書雖經他人視感，而完全不解其意義者，雖其所表示者，固爲人類之思想，亦不得謂爲證書，若蓄音機，界標，商品之價碼等是。又此項證書意義之領會，不必專憑文字或符號而得，凡基於法令，習慣經驗法則，或其他情形，而可達領會其意義者，亦可認爲證書。例如車票，船票等是。

(戊)此項證書於作成時，是否卽有作證之意思，亦非所問。其於作成時已有供證明之意

思者固是。卽當時並無作證之意思者，苟在訴訟上提出，則當然爲一種證書。

(己)此項證書所記載者，僅須爲人類思想之表示，其思想之內容如何，亦所不問。故記載法律上重要之意思表示，法律行爲，其他有關權利義務者，固不待言。卽有意思表示爲法律關係以外之事項者，亦爲證書之一種。

### (二) 書證係以證書之內容供證明之用

書證係以證書之內容，供證明之用，而並非以其外形供證明之用。蓋書證之效用，在使法院知悉證書內記載之思想，並非使法院知悉證書之本身。此書證與勘驗之區別也。若法院調查證書之外形，以供證明時，則該證書，成爲勘驗之標的物。該項證據方法爲勘驗，而非書證。

惟書證亦相當注意證書之外形，並非完全不問也。蓋證書爲有體物上文字或符號所表示之思想；若書面證言則完全着眼於內容。故證書與書面證言，亦不可混爲一談，證書爲訴訟發生之前，所已作成者；書面證言則爲訴訟中所爲之書面陳述也。

### (三) 書證乃於訴訟程序上以證書供證明之用

在證據法上所謂書證者，指訴訟程序上證明特定事實之證書而言。其非在訴訟上者，非茲所謂之書證。

吾訴訟法稱證書爲文書，其意義相同。又證書以外之物件，有足以表示人類之思想者，爲便利起見，亦準用書證之規定。

## 第二節 證書之分類

證書得因各種標準，而爲下列之分類。其重要者，爲第一至第三三項，餘則備參考而已。

### 第一項 公證書與私證書

證書因作成者資格之不同，而分爲公證書或公文書，及私證書或私文書。此項分類，爲證據法上最重要之分類。蓋與證書之效力，有直接關係也。

#### 第一款 公證書

公證書或公文書，又稱公正文書，爲國家機關或公務員，以其公務員之資格，在其職權之內，依

法定之方式，所作成之證書也。

(一) 公證書係國家機關或公務員所作成者，凡製作者並非國家機關或現任公務員，則該項證書，可不問其他條件，當然不得認為公證書。

(二) 公證書須國家機關或公務員，於合法職權內所作成。故凡合於上述資格之人，苟其製作之證書，其記載之內容，依法並非屬於製作該證書之國家機關或公務員者，則不認為公證書。茲所謂製作之權限，是否祇須具有事物管轄為已足，抑係包括土地管轄之權限而言，學說不一，一說謂所謂權限，僅須國家機關或公務員，關於證書之內容，具有事物上之管轄，該項證書，即可認為公證書，土地管轄之有無，可以不問。蓋土地管轄權限，乃關於證書所載內容，所生效力之條件，與公證書私證書之觀念無涉也。一說則以合法權限，須包括事物管轄及土地管轄二者而言。否則此項權限自有瑕疵，依法不得稱為有權也。吾人比較上述二說，似以第一說為是。又證書所載之內容，亦不問其為公法關係，仰為私法關係，蓋國家機關或公務員製作之證書，通常固以公法關係為多。但關於私法關係者，亦非絕無。苟在其權限內製作者，則皆為公證書。

(三)公證書係依法定方式所作成者，故公證書之方式，法令有明文規定。例如判決書、審判筆錄、裁定等訴訟法上均有規定。是證書雖具備其他條件，而違反法定方式者，亦不得認為公證書，惟證書之方式與證書之內容不同，故具備法定之方式者，雖其內容不備，亦為公證書無疑。

公證書又可分為本國公證書及外國公證書。外國公證書，其公務員資格，與其權限及程式，自以該外國本國法為準，而非以本國法為準。

### 第二款 私證書

私證書或私文書，乃公證書以外之一切證書也。凡公證書欠缺其應具備要件者，或私人製作之證書，皆屬之。私證書又稱私署證書，查法國法律私署證書係以私人之署名為要件。此私署證書令名之起源。然於吾國法律上，私證書並不以署名為要件也。

### 第二項 處分證書與報告證書

證書因其內容之性質不同，可區分為處分證書與報告證書二種：

### 第一款 處分證書

處分證書，或稱表示證書，或稱勘驗證書。凡證書記載之內容，係屬有法律上效力之意思表示者，為處分證書。因其內容為製作證書人之一種處分，故稱處分證書。因其記載者，為意思表示，故或稱為表示證書。又法院就此等證書，直接觀察，而自由心證，與勘驗相同，故為勘驗證書之一種。然勘驗證書，亦有不屬於處分證書者。處分證書例如遺囑，契約，票據書狀，命令等，凡其目的在發生法律上之效力者皆是。

處分證書之意思表示，有屬於公法上之效力者，有屬於私法上之效力者，前者如行政機關之許可證，後者如私人間之契約是。

### 第二款 報告證書

報告證書者，證書記載之內容，為以報告為目的者也。例如日記賬簿，信函等類是。換言之，報告證書為記載觀念表示之一種證書。觀念表示之中，有關於事實者，有關於意見者，故報告證書亦可分為事實之報告證書及意見之報告證書二種。前者例如送達證書是，後者例如醫生之診斷意見

書是。

又報告證書有爲公務作成者，亦有非爲公務作成者。爲公務而作成者，又可分爲在訴訟上作成者，及訴訟外作成者二種。前者如審判筆錄是，後者如登錄簿籍本是。其非爲公務作成者，亦可分爲在訴訟上及訴訟外二種。前者如起訴狀是，後者如商業賬簿是。

又證書性質上兼爲處分證書及報告證書者，亦往往有之。蓋其一部分爲處分證書，一部分爲報告證書也。例如證書內記載以法律上之效果爲目的之意思表示，同時並記載爲意思表示之年月日處所，以及表示意思人姓名等，兼作報告之用是。

### 第三項 原本與繕本

證書以其來源爲區分之標準，有原本與繕本二種：

#### 第一款 原本

證書之原本，爲證書之本身，所以別於繕本或草稿而言。例如推事作成之判決書原本，公證人作成之公正證書等類是。原本之數目，不限於一份，故可有多數原本。每份原本，皆有同等之效力。

## 第二款 繕本

證書之繕本者，依原本製作之證書，其記載則係完全騰寫原本之內容。繕本又可分爲正本副本節本譯本等數種：

正本者，具有與原本同一效力之繕本也。蓋因在某種場合，不能付以原本，故付以有同等效力之正本，使得利用之。

副本者，具有原有證書之內容，而無正本效力之繕本也。

節本者，節錄原有證書內容之一部分，而非完全抄錄其內容之繕本也。

譯本者，以外國文字表示原有證書內容之一種繕本也。

認證繕本者，由公署或公務員證明與原本無異之證書也。爲附於原本之一種公證書，所以表示可資憑信也。

認證節本者，附於節本內，由公署或公務員證明其與原本符合之一種證書也。

第四項 編入卷宗之證書與不編入卷宗之證書

證書之已爲法院書記官編入卷宗者，爲編入卷宗之證書，而成爲卷宗之一部。凡非應由法院保存者，不得編入卷宗。其不編入卷宗之證書，爲不編入卷宗之證書。二者之效力，強弱完全不同。前者爲證據法上最有證力之證書。新修正刑事訴訟法第四十八條規定：審判筆錄內引用附卷之文書或表示將該文書作爲附錄者，其文書所記載之事項，與記載筆錄者，有同一之效力。

第五項 逾三十年與不滿三十年之證書

英美法系採法定證據主義，對於私證書之證明，因其方法之不同，可分爲逾三十年之私證書及不滿三十年之私證書：

逾三十年之私證書，即證書之製成已逾三十年。其證明之方法，較爲簡易，蓋爲日已久，僞造者通常自屬少有。且年代悠遠，證據湮滅，立證自較困難。故法律規定，其證明之方法較寬。

不滿三十年之私證書，又分爲二種：第一種爲不滿三十年及依法毋須第三者作證之私證書。第二種爲不滿三十年依法須有第三者作證之私證書。第一種證書例如通常私人製作之各項證書。第二種證書，例如遺囑是。法律規定第一種證書之證明方法，較第二種爲容易。

### 第六項 自認證書與證言證書

日本舊民法上，又有將證書分爲自認證書與證言證書二種。今日已不採用。自認證書即記載自認之事實爲內容之證書。證言證書係由公務員製作，證明特定之事項，作爲書面證言之用之證書也。

### 第七項 一等證書與二等證書

英法學者，有主張證書之最有證據力者，曰一等證書，例如原本是。其他以一等證書爲基礎而作成之證書曰二等證書，例如繕本是。

## 第三節 證書之證據力

### 第一項 形式證據力及實質證據力之區別

證書之證據力，較其他證據之證力不同。蓋證書之證力，有一特殊之處，即證書之證據力，有形式上證據力與實質上證據力之區別。在其他證據方法，則無此項區別。所謂形式上之證據力者，即

調查證書之外表形式，是否真實，關於證書之成立，是否真正。該證書是否確為其所記載製作人所製作。若為真正者，則法院自確信此項證書為真實可靠，此項使法院確信之證據力，為形式上之證據力。蓋與證書之內容無涉也。證書實質上之證據力，則進一步調查該證書之內容。若法院認為其內容足資憑信，足以證明或釋明其待證事實時，該證書方發生實質上之證據力。故證書有形式上之證據力者，不必皆有實質上之證據力，蓋證書雖係真實，但不能證明其待證事實，不能有實質上之證據力。

故證書發生完全有效之證據力者，須兼具有形式及實質上二者之證據力方可。法院調查證書，應先調查其形式上之證據力，然後再調查其實質上證據力。若無形式上之證據力者，則無庸調查其實質證據力之有無矣。

證書之證據力，公證書與私證書不同，茲分二項說明如下：

## 第二項 公證書之證據力

### 第一款 公證書形式上之證據力

公證書除有反證外，推定其為真正，故有形式上之證據力。凡有形式上證據力之公證書，有拘束法院之效力，法院不得適用自由心證。但該證書有可疑時，法院應為必要之調查。民訴法第三四四條，修正民訴法第三五五條規定，文書依其程式及意旨，得認作公文書者，推定為真正。該項文書之真偽可疑者，法院得請求所載作成名義之公署或公務員，陳述其真偽。又公文書若有增加刪除及其他瑕疵者，則其證據力由法院依自由心證判斷之。但公文書為審判筆錄時，其於改竄文字處，經依法蓋章並記明字數者，仍應受其形式證據力之拘束。

外國之公證書，其形式證據力與本國之公證書不同。原則上外國之公證書，其真偽由法院審酌情形定之。但該證書若經駐在該國之中華民國大使公使或領事證明者，則推定為真正。

### 第二款 公證書實質上之證據力

公證書實質上之證據力，由法院依自由心證判斷之。

### 第三項 私證書之證據力

#### 第一款 私證書形式上之證據力

私證書原則上無形式上之證據力，但有下列情形之一者，應推定為真正，亦有形式上之證據力。

(一) 私證書經本人或其代理人簽名畫押蓋章按指印者。茲所謂簽名畫押蓋章按指印，祇須有其一為已足。

(二) 私證書有法院或公證人之認證者，例如法院官證明私證書之繕本，與原本相符，或證明私證書原本內之簽名，係屬真實等是。

私證書如未經本人或代理人簽名蓋章畫押按指印，或有法院或公證人之認證者，應由舉證人負證明其為真正之責。但經對造已承認其真正者，不在此限。又私證書若有增加刪除及其他瑕疵者，則其證據力由法院依自由心證判斷之。

私證書不備前述要件者，法院得依核對筆跡或印跡之方法，證其真偽。核對筆跡或印跡，適用於關於勘驗之規定。其無適當之筆跡可供核對者，審判長受命推事或受託推事得指定文字，命該文書之作成名義人書寫，以供核對。作成名義人無正當理由，不遵命書寫者，法院得依自由心證判斷。

他造關於該文書之主張爲正當。法院亦得以裁定科五十元以下之罰鍰，並得爲強制處分。法院依其自由心證判斷筆跡之結果，於必要時，得命行鑑定。

#### 第二款 私證書實質上之證據力

私證書實質上之證據力，由法院依自由心證判斷之。

#### 第四項 證書證據力之評判

對於證書證據力之評判，法院應斟酌下列情事：

##### (一) 證書與係爭事實之關係

證書與係爭事實之關係，法院應首加注意。蓋證書若與係爭事實，並無關係，則該證書雖係真正，亦無實益，故無實質上之證據力。

##### (二) 製作證書人之實驗是否正確

製作證書人之實驗，與證書之證據力亦有密切之關係。蓋其實驗確無錯誤者，固有證據力。若其實驗有錯誤時，卽不能發生實質上之證據力。其以傳聞或單純之想像爲內容之證書，應無

證據力，蓋此項資料，不得為裁判之基礎也。

(三) 製作證書人之記載是否正確

製作證書人若於其實驗之結果記憶不全，或記載時發生錯誤，其記載之內容與真真之事實不符，或有虛偽記載等情事，則其記載不正確，不能發生實質上之證據力。

(四) 證書與製作人之關係

證書與製作人及利害關係人之關係，法院亦應注意之。例如證書之內容，是否有利於自己，仰有不利於自己，於判斷該證書之實質證據力時，自宜斟酌之。通常對於自己不利之證書，其證據力較強；其有利於自己之證書，則證據力較弱。

第四節 證書提出之義務

第一項 提出證書義務之內容

訴訟當事人以書證為證據方法，若該證書為其自己所持有時，自可任意自由提出於法院，以

證明其主張爲真實。證書爲對造當事人或第三人所持有時，在特定場合，亦有提出之義務。民事訴訟法第三三二條，修正民事訴訟法第三四四條，規定左列各款文書，當事人有提出證書之義務：

一、於準備書狀或言詞辯論引用爲證據者。若當事人自己舉出證書爲證據方法是。

二、他造依法律規定，得請求交付或閱覽者。例如舉證當事人對於證書持有人，主張證書之所有權，而請求其返還是。

三、爲他造之利益而作者。例如舉證人爲遺囑內之繼承人是。

四、就當事人間法律關係所作者。例如契約等是。

五、商業賬簿，如總賬流水等是。查前民訴條例第四〇七條第五款有商業賬簿之規定，民事訴訟法將其刪去。茲修正民事訴訟法仍增入該款，自較爲允當也。

證書爲第三人所持有時，民訴法第三三六條修正民訴法三四六條規定，有下列情形之一者，亦有提出之義務：

一、當事人於準備書狀或言詞辯論，引用爲證據者。

二、當事人依法律規定，得向第三人請求交付或閱覽者。

三、爲當事人利益而作者。

四、就當事人與第三人間法律關係所作者。

五、商業賬簿。

公文書應提出原本，或經認證之繕本。私文書應提出其原本。但僅因文書之效力或解釋有爭執者，得提出繕本。其不能提出原本者，應釋明不能之事由。惟法院得命提出文書之原本。不從前項命令而提出文書之原本，或不能提出者，法院得依自由心證判斷該文書繕本之效力。

證書之提出，原則上應向受訴法院爲之。但有下列情形之一者，得在受命推事或受託推事前提出之。

一、證書因恐散失毀損，不能提出於受訴法院者。例如恐證書中途被竊等類是。

二、證書因有重大窒礙，不能於言詞辯論時提出者。例如遠地銀行日常所用之賬簿，若一經提出，則短時間內不能迫還，有礙營業等類是。

## 第二項 提出證書義務之性質

提出證書之義務，爲證書所有人，爲舉證人使用該證書爲證據方法起見，而將證書提出於法院之義務也。故此項義務，爲基於訴訟法而發生，爲公法上之義務。並非對於舉證當事人所發生私法上之義務。其性質與證人之義務相同。惟提出證書之義務，與證人之義務，亦有不同。蓋作證爲一般公法上之義務，凡服從一國司法權之人，皆有在他人訴訟作證人之義務。而提出證書之義務，則非一般人所共有，故爲限制公法上之義務。即僅限於持有證書之人，方有提出之義務也。

凡持有舉證人所舉爲證據方法之證書者，皆有提出之義務。故不必爲證書之所有人，方有提出之義務。凡證書持有人，當時占有證書人，亦有提出之義務。即證書爲他人所占有，而隨時有請求返還權利之人，亦爲證書之持有人也。例如持有人將證書出借與他人，得隨時向其索還等情是。

## 第三項 提出證書義務之強制

提出證書之義務，既爲公法上之義務，故持有證書之人，不得違反。民事訴訟法對於此項義務之強制，設有下列之規定。

一、當事人無正當理由，不從提出證書之命者，法院得依自由心證判斷他造關於證書之主張是否正當。此項立法例，頗為適當，蓋違反提出義務之一造，有法院將為不利心證之危險，自以提出為善，運用上頗有實益。

又當事人因妨礙他造使用，故意將證書隱匿毀壞或致不堪使用者，法院得認他造關於證書之主張為正當。

二、第三人無正當理由，不從提出證書之命者，法院得以裁定科五十元以下之罰鍰。此項罰鍰，性質上與證人之罰鍰相同。又於必要時，並得為強制處分，對此項裁定，得為抗告，抗告中停止執行。

#### 第四項 提出證書義務之免除

當事人或第三人得因特定事項，免除提出證書之義務。吾國立法例未設詳細之規定，僅稱有正當理由者，得拒絕提出證書，而免除其義務，由法院斟酌情形定之，要不外準用證人得免除義務之原因。蓋法律上准許當事人或第三人拒絕提出證書，實與准許證人拒絕證言之意旨相同也。

查外國立法例，關於准許拒絕提出證書之理由，有明白規定者，茲引述如下，以供參考。

英美證據法，對於證書持有人，有下列情形之一者，得免除其提出之義務：

- 一、私證書無關本案者，無關本案之證據，即非關係事實，依法自不得提出為證。
- 二、係相對人與其律師間，關於準備訴訟之一切文件，得保留祕密，拒絕提出，與得拒絕證言之理由相同。
- 三、恐發生刑事嫌疑或訴追者，亦與拒絕證言之理由相同。
- 四、係關於夫妻間之事項者，亦與拒絕證言之理由相同。
- 五、係和解未成之文件，經聲明不得為其不利益之憑證者。蓋當事人於試行和解時，雙方商

權或讓步之文件，若提出為證，顯失公平。查此項文件，依英美習慣，多註明不得為不利益之憑證者，法律上亦規定得拒絕提出也。

奧國民事訴訟法，亦有明文規定，凡證書之意旨，為下列情事之一者，得免除其提出之義務。

- 一、關於家屬生活者。

- 二、足致當事人或第三人受恥辱或刑事上訴追者。
- 三、足違國法上秘密義務者。
- 四、足洩漏其技術或職業上之秘密者。

#### 第五節 第三人請求提出證書費用之權利

訴訟當事人，為確定其爭執之真相起見，自負有提出證書之義務。惟第三人與本訴訟並無關係，僅為他人之利害關係起見，亦負有提出證書之義務。此項義務為公法上之義務，已如前述，然第三人既負有此項義務，自應許其有相當權利，否則有失公平。若因提出證書，所支出之費用，亦由該第三人自行負擔，於法於理，均有不合。故民事訴訟法規定，凡第三人依法已盡其提出證書之義務者，其提出證書所生之費用，得向法院請求之。此項費用請求權，亦為公法上之請求權，應向法院請求之，與訴訟當事人無涉，惟法院得令當事人繳納之。此項費用，應按實數計算，惟此項請求，應於提出證書後十日內聲明。又提出證書所需費用，有預給之必要者，得聲請法院預給相當金額。關於此

項聲請之裁定，得爲抗告。

## 第六節 關於書證之程序

### 第一項 書證之聲明

聲明書證，若證書爲舉證人自己所執者，應將該證書提出於法院。

聲明書證，若係使用對造所執之證書者，應聲請法院命對造當事人提出該項證書，並應於此項聲請，表明下列各款事項：

- 一、應命其提出之文書，例如表明爲契約，遺囑賬簿等是。
- 二、依該文書應證之事實，所以表明其待證事實，備法院判斷其有無令對造提出之必要。無關本案之書證，自無令對造提出之理由，故須表明其爲待證事實或關係事實。
- 三、文書之內容，例如契約中之條款，借據內所載之金額利率等是。
- 四、文書爲他造所執之事由，例如對造爲司賬人執有賬簿等情是。

五、他造有提出文書義務之原因，例如該證書爲舉證人之利益而作者，或就當事人間法律關係所作者，故他造有提出之義務等類是。

聲明書證，使用第三人所執之證書者，應聲請法院，命第三人提出證書，或定舉證人自行提出之期間。聲請命第三人提出證書，應表明下列各款事項：

- 一、應命其提出之文書。
  - 二、依該文書應證之事實。
  - 三、文書之內容。
  - 四、文書爲第三人所執之事由，並應釋明之。
  - 五、第三人有提出文書義務之原因，其原因應釋明之。
- 凡舉證當事人自己執有證書，若僅爲聲明而不提出該證書時，法院應不斟酌其聲明。惟不能即時提出者，法院得酌量情形，延展期日。

## 第二項 書證聲明之裁判

凡舉證當事人聲明書證，不具備法定要件者，法院得以中間判決或於終局判決中駁回之。若對造當事人對於舉證人之聲明，不為陳述時，視為與自認有該項證書，但不得視為已認有提出證書之義務。故法院仍應進行調查其有無提出之義務。調查結果，如有提出義務時，自應裁定命其提出該證書。如無提出義務時，則裁定駁回舉證當事人之聲明，或於終局判決中宣示之。

對造當事人若自認執有該項證書，但不認有提出之義務時，法院應調查其有無提出之義務。調查結果，若認為有義務，並應證事實重要，舉證人之聲請為正當時，應裁定命提出該項證書。而其宣示對造當事人有義務之裁判，得任以中間判決，或於終局判決中為之。此項中間判決，並得與命當事人提出證書之裁定，合併為一。如法院不認對造當事人有提出證書之義務者，應以中間判決駁回舉證人之聲明，或於終局判決中宣示之。又凡對造當事人自認執有該項證書，並自認有提出之義務者，法院應不再為調查，即以舉證當事人之聲明為正當，而裁定對造當事人提出該項證書。舉證當事人所舉之證書，為第三人執有者，法院如認待證事實重要，舉證人之聲明為正當，並第三人提出證書之義務時，應以裁定命第三人提出該項證書，或定由舉證人提出證書之期間。

又命第三人提出證書之裁定，亦得指定其提出之期間。

法院以裁定命第三人提出證書者，應先訊問該第三人，蓋為保護第三人之權利也。第三人對於命其提出之裁定，得為抗告，又舉證當事人聲明使用第三人所執之書證時，若因提出該項證書，將遲滯訴訟，且法院認舉證當事人因故意或過失不速聲明書證者，雖已為命第三人提出證書之裁定後，仍得撤銷該裁定，並駁回舉證當事人之聲明。

### 第三項 法院職權調取或命令提出證書

證書通常固以舉證當事人聲明者為多。但法院為調查事實真相起見，得不待聲明，逕依職權命令提出或調取證書。

一、公署所保管或公務員所執掌之證書，不問其有無提出之義務，法院因確定訴訟關係，得依職權調取之。當事人如欲使用此項證書，因不能直接請求公署或公務員交付時，亦得請求法院調取之。

二、法院因確定訴訟關係，得依職權命令當事人提出證書，惟應以知悉該證書為其所執者

爲限。

#### 第四項 證書之發還

凡訴訟上所提出之證書，不論其爲公證書抑爲私證書，法院於調查完畢後，以卽行發還爲原則。蓋法院對於該證書已行調查，查悉其證力，自無留存之必要。且證書留存法院時，對於提出人甚爲不便，若商業賬簿等尤甚。其證書之繕本或節本等，則應附卷。

若法院疑證書爲偽造或變造者，則於本訴訟未終結前，得暫不發還，留存法院，由書記官保管，所以防湮滅變更證據起見也。至本訴訟終結後，再予發還之。但應交付他公署者，無庸保管。所謂應交付他公署者，例如因發見犯罪行爲，須交付檢察官偵查時，將該項證書移送檢察處。或因公證書有錯誤，須由公署更正時，將該證書移送該公署等類是。

#### 附中外判解例

一、官吏於其職務上所作成之公文書，苟非有切實之反證，當然認爲有完全之證據力。（四

上二三八〇）

二、公證書雖應推定為完全證據力，但仍得舉出反證。（三上一〇九八）

三、相對人對於一造所舉出之公證書，能舉出反證，證明其成立為不正確者，則該證書自係不能置信。（四上二二六四）

四、依公證書作成之情形，有難於憑信者，審判衙門應以職權為相當之調查，或命立證之人更舉其他證據以資印證。（三上一二六二）

五、官文書之記載，如與他種之官文書彼此互異，顯相抵觸，則該文書記載之不實，既有反證，即屬不足採用。（六上三八二）

六、公正證書應以無反證為限，始得推定其為真實，況賣契地圖，係於買賣契約成立後數年，始行呈送投稅，則係爭地役是否在所買地範圍內，究非管理稅契之官吏所能直接得知，按照現行訴訟規例，自不能以其為公正書證之一部，遽予斷定有完全之證據力。（三上三六一）

七、當事人關於其所引用之私證書，已有相當之立證方法，足證明其真實者，相對人非有相

當之反證，不得攻擊之。（三上八四六）

八、書狀必真正而無瑕疵者，始有訴訟法上形式的證據力，此形式的證據力具備，然後審判衙門就其中之所記載，查其是否於係爭事項，確有關係，於是乃有實質的證據力之可言。若其書狀，業於事實審認為有增改或添入之瑕疵者，則其形式的證據力已失，無論實質如何，在舉證人一面，自屬不能據為可受利益裁判之書狀。（三上一〇五八）

九、凡以商業賬簿為事實之證明者，必其記載詳明，首尾銜接，毫無改造捏寫之疑竇，方可引為判斷之基礎。若其記載錯亂，塗改模糊，且有撕去張頁者，審判衙門自難憑信。（四上一九〇〇）

十、商事慣例，債權債務，概以賬簿為憑，故該賬簿經法院依法查核，認為並無作偽之痕跡，而相對人又無較為確切之反證者，則當事人間關於債權債務之爭執，自可據以為斷。（四上一六五三）

十一、法院之訴訟筆錄，非經舉出確切反證，應有完全證據力。（六上九三二）

十二、凡立證人使用相對人所執書證，經審判衙門命其提出而不提出時，苟非該相對人已

自認其執有之事實，或由立證人證明其確有故匿不現等項情事，審判衙門即不得認立證人關於該書證之主張爲真實。（五上九六八）

十三、文契原本已經遺失，呈驗抄本，確係從原本謄出者，審判衙門自可予以採用。（三上一三八）

十四、當事人以相對人所持證書證明自己之主張，而相對人不承認所持屬實者，應由舉證人更證明其所持之事實，法院亦應審究其是否爲相對人所持而爲相當之裁判。（四上二三九七）

十五、畫押不過爲證明同意之一方法，苟依其他事實證明當時已同意或事後已經追認，即不能藉口其未畫押而希圖翻異。（十上五一七）

十六、所爭之地是否民業，法院應就被告提出之證據，加以審究，不得僅以承領執照爲憑。（十八年院四六）

十七、中國當事人以外國文字訂約，提出書證，應附中文繕本，至約內載明依某外國法解決

糾紛，如有事項違反中國強制或禁止之法規，或有關於公共秩序，善良風俗者，不得認為有效。  
(十九院二四七)

十八、譜牒於私人權利義務，不生重大之影響。(十五上一三一二號)

十九、遠年之私證書，法院得依經驗，判斷其真偽。(十五上一一九七)

二十、商號賬簿(如流水總賬)記載明晰，委無作偽或錯誤可言，即應認為有相當之證據力。(十七上三三〇)

一、僅示證據文件之一部而未示全部，乃竟將未示部分，以為罪證，則該項裁判係採未現於審判之證據為斷罪之資料，自屬違法。

二、以為證明犯罪之具而扣押之文書，雖係與被告案件，有密切關係，但係於他案件作成者，亦為證據物件，其調查方法，祇須示被告，使之辯解，毋庸宣讀。

三、雖公證人所作之證書，如其作成違背公證人法之規定而不合程式者，無形式上證據力。

四、第三人作成之證書，苟當事人答稱不知，即視與已爭執其成立同。如非可認其成立之真正，不得採爲裁判資料。

五、民事訴訟上當事人提出之證書，通常應即發還於提出人，當發還時，不必定以繕本附於訴訟記錄。

六、公證書就其爲公證書及記載事項之真實，在無反證時，雖有證據力，然所謂公證書者，必須爲該官吏或公吏，關於其所掌管事項，依法律規定，而作之文書，並須具備法令規定之方式。

七、登記官爲設定抵押權之登記，而於設定契約證書記入已登記之旨者，該記入部分，因係官吏職務上之記載，固得認爲公正之文書，至契約書中其他部分，決無因此記入，而亦變爲公正文書之理。

八、公司清算人於職務上作成之定期總會報告書，經商法附以制裁與私人得任意作成之文書性質不同，故不因他造之陳稱不知，即失其證據力。

九、書證係以其文旨供證據之用，故因證他證書之真正，而以某書類供其筆跡或印章之對

照者，因其非以文旨爲證據，故不得視爲書證。

十、證書之真偽，得依法律所許之一切證據方法證之。

十一、他造所執商業賬簿，若於確定當事人間營業上之關係無涉者，無提出作證之義務，故如因確定他造之財產狀況，不得請求其提出賬簿。

十二、證明作成證書之人實曾爲證書所揭之陳述，乃所謂形式上之證據力。至該證書之實質上證據力，卽所揭陳述之法律上價值如何，則屬另一問題。

十三、當事人提出某證書，主張係他造所作成，而他造否認之者，法院如採用其證書，自不可不說明其成立真正之理由。

## 第九章 勘驗

除人證鑑定書證外，第四種證據方法爲勘驗。凡訴訟上所需之憑證，須待物爲證明時，應提出原物於法院，則其形式色相及其他一切實質狀態，皆無可掩飾。法官憑其五官之作用，推斷真相。若該物係屬土地建築物或其他重大物件，若機械等時，則由法院親臨其場所勘驗之。勘驗爲法官之實驗，故通常其效力頗強，實爲優良之證據方法也。

勘驗或稱檢證，吾國舊民刑訴訟律草案稱曰檢證，蓋從日本訴訟法用語。民刑事訴訟條例，民刑事訴訟法，及最近修正民刑事法則改稱勘驗。

### 第一節 勘驗之意義及性質

勘驗者，法院於訴訟程序上，以五官作用，就物之外形，實驗觀察其現象之行爲也。勘驗時檢查

之標的物，謂之勘驗物。

(一) 勘驗乃憑五官作用，直接認識事物之現象。通常固以視感爲多，但亦有依聽感味感嗅感觸感等官能爲之者，若以嗅覺嗅某物之氣味，以聽感聽某物之聲音等是。但實驗不過爲勘驗之手段，其目的仍在就該事物現象所得之推論。其性質屬於英美法學家所稱之實證。

(二) 勘驗係就其標的物之外形現象實驗者，故其對象，重在外表，而不在其內容。故勘驗所注意者，爲事物之現象，卽其存在與否，以及其形式色相其他狀態等是，故勘驗之標的物爲證書時，雖與書證之標的相同，但書證係認識證書之內容，而勘驗則憑五官作用認識其存在或狀態，例如檢查書面之墨色，或其製作時代等，二者之目的功用不同。學者間亦有謂依訴訟法規定，凡證書依其內容可供證據者，不問其物體屬何種類，概名曰文書，以別於勘驗，而設書證程序之規定，故稱勘驗者，指非屬證書之標的物而言。

(三) 勘驗係訴訟上法院之行爲也。故不在訴訟上之實驗，非茲證據法上所稱之勘驗。若往昔斷獄，往往有由審判官私行察訪等情事，性質上自不得謂爲勘驗。

勘驗之性質，究爲證據方法，抑爲證據調查，爲學者間訟爭之點。一說謂勘驗本身爲證據方法。一說謂勘驗並非爲證據方法而爲證據調查，蓋勘驗係依勘驗物而行之證據調查，勘驗物則爲證據方法。勘驗與訊問證人相等，乃屬法院實驗之作用，卽勘驗物猶如證人，勘驗猶如訊問證人，故爲證據調查，而非證據方法。一說謂勘驗與免證之事實相類似，故與審判上之自認自白，法律上推定之事實，顯著之事實等相同，爲不須舉證之方法，非證據方法亦非證據調查。然觀於訴訟法勘驗之規定，足見最後一說不足採用，故余意勘驗性質上實兼爲證據方法及證據調查也。

又勘驗性質上爲一種強制處分，與扣押及搜索，頗相類似。故對於勘驗物有權利者，得排斥其權利行之。然搜索及扣押，僅爲調查證據實施前之準備處分，或實施後之保存處分，故並非完全相同。惟搜索及扣押自得於勘驗實施前或實施後爲之。然苟於實施勘驗時，認爲有搜索或扣押之必要時，亦得與勘驗同時爲之。

## 第二節 勘驗之機關及勘驗物

### 第一項 勘驗之機關

行勘驗之機關，爲法院，已如前述。所謂法院者，在民事訴訟上，爲受訴法院受命推事或受託推事。在刑事訴訟上，偵查中爲檢察官，審判中爲法院或受命推事。受託推事解釋上亦應認爲有此權限。惟司法警察官及司法警察是否有此權限，學者間主張不一。或主張亦應解爲具有此項權限者。但司法警察官及司法警察究與檢察官有別。故以認爲無此項權限者爲是。且其調查之報告，卽不認爲勘驗，亦得採用，實用上並無障礙。司法院命令亦謂，履勘須推事或檢察官，親自行之。不得委託他人代行。蓋勘驗係五官直接所實驗之現象。若由他人代行，自非直接之實驗矣。前大理院民國八年上字第一二一三號判決例，亦謂原審並未親行履勘，僅飭吏調查呈報，於法自難採用。

### 第二項 勘驗物

勘驗乃就事物之現象爲之，此項實驗之客體，卽勘驗之標的物，簡稱勘驗物。凡因調查證據，以

五官作用所得實驗認識之事物，均得爲勘驗物。其範圍至廣，凡一切事物，均得爲之，並不以民法上所稱之物爲限。亦不以物理學上所稱之物爲限。故不論其爲動產，不動產，有體物，無體物，生物，死物（若人之屍體），以及人之行爲，動作，精神狀態，均包括之。

又勘驗之標的物，尙有一特點。卽兼包括人之本身而言，卽不論當事人或第三人之身體，均得爲勘驗之客體。例如在解決人之年齡，容貌，指紋，或痕跡等場合，卽以該人本身爲勘驗物矣。

### 第三節 勘驗之種類

#### 第一項 履勘

實施勘驗之處所，應依其情形而決定之。有行於法院之內者，亦有行於法院之外者。通常自以前者爲多，故若勘驗物輕便易於提出者，應繳驗其物於法院，使法官得以官能認識其現象而推斷之。若其標的物性質上有重大障礙，不能提出者，例如重大機械建築物田地坐落等類，則由法官親臨其地實施勘驗，謂之履勘。

## 第二項 直接勘驗與間接勘驗

勘驗又可分爲直接勘驗與間接勘驗。勘驗須法院親自實驗，不得委託他人代行，已如前述。茲所謂直接間接者，係基於勘驗與待證事實之關係而爲區別。若法院實施勘驗，其標的物即係待證事實者，謂之直接勘驗。例如就建築物損害賠償有爭執，履勘受損害之建築物，以確定其損害時，或就某項商品之性質有爭執，勘驗該項商品，以明其品質等類是。若法院藉勘驗待證事實以外之其他事物，從其結果，再推斷待證事實者，謂之間接勘驗，例如勘驗犯罪之處所，或供犯罪所用之物件，因此認識該處所物件之真相，從而間接推斷犯罪者爲何人是。簡言之，前者爲直接證據，後者爲間接證據。

## 第三項 廣義之勘驗與狹義之勘驗

勘驗有廣狹二義，狹義之勘驗者，對於須證明有爭執事實所行之勘驗也。廣義之勘驗，則除此以外，亦包括因須釋明無爭執或已有證明之事實而爲之勘驗而言。通常對於當事人所不爭執，或已有證明之事實，本不必再行調查，但對於某項事實，因法院缺乏專門知識之故，不能完全理解之

場合，若法院爲明瞭真相起見，依職權調查之原則，法院得依職權命令當事人提出該物於法院，或親臨其地履勘之，以釋明該事實，實無證據調查之性質。通常所稱勘驗者，係指狹義之勘驗而言。

#### 第四節 勘驗之證據力

勘驗之證據力者，在古代德意志訴訟法，採形式證據主義，認勘驗爲最有價值之證據方法，有排斥其他證據之效力。蓋勘驗爲法官直接實驗者，故認爲無可執爭矣。近世各國立法例，採實體證據主義。故其效力，由法院依自由心證判斷之。其勘驗由受命推事或受託推事實施者，其證據力由受訴法院依自由心證判斷之。事實上，勘驗實不失爲優良之證據方法，其效力頗強也。

法院判斷勘驗之證據力時，應斟酌下列情事定之。

##### (一) 勘驗物與待證事實之關係

實施勘驗，首應注意勘驗之標的與待證事實有無關係，若勘驗物與待證事實，並無關係，則雖勘驗，亦無證據力，是爲證據法關係事實之大原則。

## (二) 勘驗物是否真正

勘驗之標的物須爲真正，若並非待證之事物，則不能發生證據力，其理殊明。勘驗物之是否真正，有爭執時，應由對於待證事實負舉證責任一造當事人證明之。例如買受人對於出賣人，因其所交之貨物與樣品不同，而訴請解除契約，由買受人提出樣品及貨物請法院勘驗時，若出賣人對於樣品之真正有爭執時，應由買受人負證明之責。法院應就其爭執爲裁判，若於受命推事受託推事證據調查中發生此項爭執者，則應由受訴法院裁判之。

## (三) 法院之實驗或認識是否正確

勘驗係依五官之作用爲之。故法院關於實施勘驗所須之特定官能，是否正確，亦應注意之。例如在某物顏色上之爭執，而實施勘驗時，若該法官本人係屬色盲，自不能勝任該項勘驗也。

## (四) 法院之實驗或認識是否完全

勘驗若僅及於勘驗物之一部分，其認識往往不確，故法院實施勘驗時，應及於勘驗物之全部，方能爲正確無誤之判斷也。

又法院實施勘驗之程序違法而無效，則勘驗之結果，亦屬無效，不得採為裁判之基礎。惟蒐集勘驗物之程序違法，例如搜索扣押等程序違法，則對於勘驗，並非當然無效，蓋勘驗與其前提蒐集之程序無涉也。

### 第五節 提出勘驗物及勘驗承受之義務

當事人或第三人執有勘驗物，或應受勘驗時，是否有提出該項勘驗物及承受勘驗之公法上義務，各國立法例不同。或設明文規定此項義務者，若奧國民事訴訟法是。或不設明文規定者，若日本民事訴訟法是。日本學者學說不一，有主張準用提出證書之規定，而有此項義務者，或主張無論何人，皆不負對於法院承受勘驗或提出勘驗物之公法上義務者。余意凡服從一國司法權之人，當然負有此項義務，且勘驗性質上為一種強制處分，此項義務之存在，毫無疑問，亦不必準用書證規定而存在也。

此項提出勘驗物及承受勘驗之義務及其範圍，吾國訴訟上，未有規定，故此項義務為一般之

義務。服從吾國司法權之人，均皆負之。與鑑定及提出證書義務之限於特定人不同，而與證人之義務相同。

舉證當事人本人執有勘驗物，自應提出該物於法院。其應受勘驗時，自應承受之。對造當事人或第三人執有勘驗物或應受勘驗時，苟為服從司法權之人，亦負有同一之義務，已如前述。當事人無正當理由，違反此項義務者，法院得依自由心證，判斷他造關於勘驗物主張是否正當。若其違反此項義務，係因妨礙他造當事人之使用，而故意將勘驗物隱匿毀壞或致令不堪使用者，法院得推定他造關於勘驗之主張為正當。若第三人無正當理由，違反此項義務者，法院得以裁定科五十元以下之罰鍰。於必要時，並得為強制處分，對於此項裁定，得為抗告，抗告中應停止執行。又所謂正當理由者，應由法院自由心證認定之。

#### 第六節 第三人請求勘驗費用之權利

民事訴訟上，凡第三人遵法院之命令，提出其所執有之勘驗物，或承受勘驗時，既盡對於法院

之義務，故得請求因勘驗所生之費用。此項請求權，亦為基於公法所發生之權利。故與舉證當事人，或因勘驗而得利益之人無涉。此項請求，亦應於提出勘驗物或承受勘驗後十日內向法院聲明。關於此項聲明之裁定，得為即時抗告。又所需之費用，若有預給之必要時，得聲請法院預行支給相當數額。關於此項費用之數額，與提出證書之費用同樣計算。又法院付出此項費用時，同時自得令舉證當事人繳納此項費用於法院也。

## 第七節 勘驗之程序

### 第一項 職權命令勘驗及勘驗之聲請

勘驗之實施，由法院依職權命令而開始，或由當事人之聲請而開始，皆無不可。凡法院為發見事實真相起見，認為有勘驗之必要時，自得依職權命令勘驗。

當事人為證明其主張起見，得聲請勘驗。其勘驗物為自己所執有時，應提出於法院。若勘驗物為他造當事人或第三人所執有者，或勘驗物性質上不能提出者，則向法院聲請為已足。當事人聲

謂勘驗，不論提出勘驗物與否，依法均應表明下列事項：

(一) 勘驗之標的物

(二) 勘驗之事項

## 第二項 勘驗之實施

勘驗原則上由受訴法院行之，但因標的物之性質或有重大障礙，不能於受訴法院行勘驗者，受訴法院得命令或委託受命推事或受託推事行之。

實施勘驗時，得令當事人及訴訟關係人在場，有必要時，自得逕為訊問。

凡勘驗之需特別知識技能，方能完全理解者，法院受命推事或受託推事於勘驗時，得命鑑定人參與。關於此項鑑定人參與之勘驗，性質並不改變，固無疑義。若僅由鑑定人實施勘驗時，則為鑑定，而非勘驗矣。

實施勘驗之方法，凡為發見事實真相起見，有必要者，皆得行之。手續繁多，自不能列舉。刑事訴訟法雖有下列各項之規定，亦僅為擇要例示而已。

(一)履勘犯所或其他與案情有關係之處所。蓋查看各該處所，以期發見犯罪情況也。

(二)檢查身體，例如檢查被告或被害人身體上之傷痕等是。檢查第三人之身體，以有相當理由，可認為於調查犯罪情形有必要者為限，始得為之。又檢查婦女之身體，應令醫師或婦女行之。蓋為節操及風俗關係也。

(三)檢查或解剖屍體。檢查屍體，例如檢驗屍傷或調查其特徵是。解剖屍體，例如被害人因飲毒身死，須解剖其屍體以化驗其內部之液體是。檢驗或解剖屍體，應先查明屍體有無錯誤。又檢驗或解剖屍體，須有特別知識技能，故檢驗屍體，應命醫師或檢驗員行之。解剖屍體應命醫師行之。因檢驗或解剖屍體得將該屍體或其一部，暫行留存。並得開棺及發掘墳墓。惟檢驗或解剖屍體及開棺發掘墳墓，應通知死者之配偶或其他同居或較近之親屬，許其在場。又遇有非病死或可疑為非病死者，該管檢察官，應速相驗。

(四)檢查與案情有關係之物件，例如查閱犯罪之凶器是。

(五)其他必要之處分。除上述規定手段外，有必要時，得為其他必要之處分。

勘驗不限於勘驗物之現狀而實驗之。對於勘驗物，有必要時，得破壞其現狀以爲實驗。例如將物件拆封毀損分割化驗等，使其現狀變更或消滅。學者間關於此點，或有主張不得爲之者，要以解爲可以爲是。

凡勘驗物之提出，若有礙法庭尊嚴或有違公共秩序善良風俗者，法院得屏絕其提出。

法院一次實施勘驗後，若認爲有再行勘驗之必要時，自得爲第二次之勘驗。至勘驗之結果，法院應使當事人有辯論之機會，則爲採言詞審理主義之結果也。

### 第三項 勘驗之筆錄

法院實施勘驗時，書記官應製作筆錄，記明實施之年月日，處所及其他必要之事項。有需要時，並應製作圖畫，或以照片，附於該筆錄，以期詳實而資參證。

## 附中外判解例

一、苟未爲職權處置，即對於有舉證責任之當事人，亦不得爲不利益之推定。（三年上字第

一三〇號)

- 二、審判衙門因釋明事實關係，應以職權調查證據。(三上二一〇)
- 三、審理尙未成熟者，應更爲相當處置。(三上三八六)
- 四、承發吏勘驗之案，審判官仍須親自調查。(三上四四一)
- 五、調查當事人之證據猶有疑義者，審判衙門應另爲職權調查。(四上二二一)
- 六、滴血方法，爲審判上所不許。(四上二二六一)
- 七、控告審施行不動產檢證時，如坐落遼遠，並認爲無逕行派員檢證之必要者，自得囑託該管審判衙門，代爲檢證。(三上四七)
- 八、檢證得指定受命推事，或囑託他衙門爲之。(六上三九三)
- 九、派書記官偕巡長驗屍爲違法。(七上一〇一)
- 十、原審並未親行勘驗，僅飭吏調查呈報，於法自難採用。(八上一二二三)
- 十一、兩姓互爭祖墓，如絕無他種證明方法時，得開墓查驗，惟因地方情形，宜先勸諭當事人，

得其同意行之。(八統九二六)

十二、自訴案件如認為應予勘驗者，自應由法院或受命推事行之。(十七解二一二)

十三、偵查中之勘驗，應由檢察官行之。檢驗屍體為實施勘驗之一種處分，由醫師或檢驗吏參預其事，仍應由檢察官負督同檢驗之責。如果專委醫師或檢驗吏單獨檢驗，則為法所不許。基於違法勘驗所得之資料，自不得採為判決基礎。(二十一年上八四四)

十四、洗冤錄之記錄，雖足供檢驗之參考，如於犯罪有無之證明尚有疑義，仍非遴選法醫詳細鑑定，不能以為判決之基礎。(二十一年上九七二)

十五、第一審勘驗之事項，若足以為訟爭關係之闡明，第二審法院即無再行勘驗之必要。(二十一年上二七二六)

- 一、勘驗裁判所得依職權為之，但若認為不必要，雖當事人聲請勘驗，毋庸照行。
- 二、因行勘驗不得對當事人施以強制，但拒絕勘驗之情形，得依自由心證加以斟酌。

三、關於勘驗之處分，並無禁止於日出前日沒後爲之之規定，夜間爲之，亦非違法。

四、公判之審理，固須被告及辯護人在場，公判以外程序之勘驗，自毋庸必須被告或辯護人在場。

五、各訴訟關係人公判庭當然得目睹之被告（證人參考人等）之容貌（聲音舉動等），若欲以之供他項證據之用，毋庸就該徵憑爲勘驗或其他調查證據程序。

六、附屬於勘驗筆錄之圖樣，不過使記載於勘驗筆錄之土地形狀明瞭而製作者，既經連綴於筆錄，並經蓋騎縫印，自爲勘驗筆錄之一部，而非別個獨立之文件。

七、林務官於非現行犯作成之勘驗筆錄，固爲無效。卽其附屬圖樣，亦無勘驗繪圖之效力，以之爲斷罪之資料，亦屬違法。

八、法庭內之勘驗，毋庸特以勘驗筆錄之名目製作筆錄，故在預審庭於預審筆錄，公判庭於公判筆錄，各記載其結果已足。

九、勘驗筆錄一部分有違法之記載，其全部分，亦不因之無效。

十、該管官吏不待法律明文，其職務之性質上，當然得於訟庭內為勘驗。

## 第十章 證之保全

民刑訴訟，事實之認定，一憑證據。本書已述舉證責任及各項證據方法。茲所應研究者，為證之保全。證之保全者，即本訴訟尙未繫屬於法院以前，或訴訟雖已繫屬於法院，但未達調查證據以前，恐該項證據有滅失變更或礙難使用情事，而加以保全也。在民事訴訟上，為證據保全。在刑事訴訟上，為證據之扣押及搜索。茲分二節說明如下：

### 第一節 民事訴訟上之證據保全

#### 第一項 證據保全之意義及性質

證據保全者，證據有滅失或礙難使用之虞，於訴訟未繫屬，或雖已繫屬而未達應行調查之程度以前，預行調查之，以保全其證據也。蓋調查證據，自應於訴訟已繫屬於法院，且達於調查之程度

時爲之。若在起訴之前，或未達調查程度時，該項證據，是否有調查之需要，尙在未定狀態之下。蓋該項證據與待證事實之關係如何，亦未確定。法院本不必加以調查，惟若不加調查，該項證據有滅失或變更，日後有不能應用之虞，有違立法本旨。故爲達到防止證據之滅失或礙難使用起見，特設證據保全制度，以救濟之。

(一)證據保全係在訴訟未繫屬或未達調查程度前之預行調查，凡已達調查程度者，則可逕行聲請調查證據，毋庸更爲保全，故不必亦不得適用此項程序。

(二)證據保全係在法院尙未審查待爭事實是否重要，有無調查必要之前。此點與通常之調查證據原則不同，其特質，亦卽在此。

證據保全，可分爲二種：第一種爲訴訟繫屬前之證據保全。第二種爲訴訟繫屬後之證據保全。此項區別，在性質上固無不同，然在管轄上程序上，有其實益，蓋二者之管轄法院不同也。

證據保全程序之性質，學者間頗有爭論。第一說謂此項程序性質上係屬非訟事件。第二說謂證據保全之一部分，爲非訟事件，一部分爲訴訟事件，其訴訟未繫屬前所爲之證據保全，爲非訟事

件，已繫屬者爲訴訟事件。第三說則謂證據保全與通常之訴訟程序無異。要以第三說爲是。蓋證據保全係施用於本訴訟上程序之一部分，預行之調查證據，並未失訴訟事件調查證據之本質也。

### 第二項 證據保全之要件

不論何種證據，均得爲證據保全，日本民訴法例及吾國前民訴草案規定，得保全之證據方法，限於證人鑑定人勘驗三種，書證則不能爲保全之目的。其理由蓋認爲書證可依確認證書真偽之訴，或依人證鑑定勘驗之證據保全，已足達保全之目的，故毋庸有書證之保全。然依上述方法，有時不能達保全之目的，故民訴條例，民事訴訟法，及最近修正民事訴訟法，皆不設此項限制。一切證據方法，均得保全之。但聲請爲證據保全，須具備下列要件之一者，方得爲之。

(一)證據有滅失或礙難使用之虞者。所謂有滅失之虞者，例如證人或特定鑑定人爲衰弱老人，或身罹重病，恐將死亡。或須行鑑定勘驗之標的，應行提出之書證，將因天然或其他原因，而消滅變更其現狀等情是。所謂礙難使用之虞者，例如證人等將遠適外國，有不知其行踪之虞等情是。

(二)經他造當事人同意者。原則上證據保全須有上述法定原因，方得爲之。但若經他造當事人之同意者，雖無上述原因，依不干涉主義之原則，及使訴訟迅速結束起見，亦許爲保全。例如海上船舶互撞，二造當事人同意保全證據，以確定其損害程度及其賠償責任。雖該項證據，不致滅失或有礙難使用情事，亦得聲請保全也。

前民訴條例規定，有下列情形之一者，雖不備上述二項要件之一者，亦得爲證據保全之聲請。民訴法及最近修正民訴法則不設此項規定。

(一)當事人因物或工作之疵累，得向他造主張權利，而確定其疵累者。

(二)讓受人通知物之疵累於讓與人，或因物之疵累拒絕收受，而讓與人確定其物之狀態者。

(三)定作人通知工作之疵累於承攬人，或因工作之疵累拒絕收受，而承攬人確定其工作之狀態者。

### 第三項 證據保全之程序

第一款 證據保全之聲請

聲請證據保全，以書狀或言詞爲之，均無不可。以書狀聲請者，應遵守書狀之一般規定，以言詞聲請者，於言詞辯論中爲之，或於言詞辯論外，請求書記官作成筆錄爲之。

不論何項聲請證據保全，均應表明下列各款事項：

(一) 他造當事人，即現時提起之訴訟或將欲提起之訴訟之對造當事人是也。若對造當事人不能指定者，其不能指定之理由，亦應表明之。所謂不能指定他造當事人者，例如因侵權行爲所受之損害，往往有不悉出於何人之行爲者，若不許其聲請，未免有失公平，故亦許其聲請。但不能指定對造之理由，應釋明之。例如表明委係無從知悉其相對人，並非聲請人之過失等是。

(二) 依該證據應證之事實，即待證事實之表明。夫證據保全，不問待證事實，是否重要，均得爲之。故不須爲事實上之證明，祇須表明待證事實爲已足。若證據保全之目的爲人證時，即表明證人應受訊問之事項；若爲鑑定時，則爲應行鑑定之事項；若爲書證時，該證書應證之事項；若爲勘驗時，則其應勘驗之事項等是。

(三)應保全之證據，即各項證據方法之表明，若證人鑑定人之姓名住址等是。

(四)請求保全證據之理由，即表明證據恐有滅失或礙難使用之虞，或已經他造當事人之同意等是。蓋為防制證據保全之濫用也。故於必要時，應釋明之。

聲請證據保全，不生拘束權利之效力，亦不生時效中斷之效力。在德國立法例，聲請證據保全，發生瑕疵擔保請求權時效中斷之效力，或為維持某種請求權抗辯權抵銷權之效力。惟在吾國立法例上，則不生此項效力。

聲請證據保全後，聲請人得自由撤回其聲請。此項聲請撤回，無須對造人之同意。蓋聲請證據保全，乃以保護聲請人之權利為目的，聲請人自得任意拋棄之。於他造當事人並無損害，法院無干涉之必要。

證據保全，通常自以當事人之聲請為多。但法院認為有必要時，於訴訟已繫屬於法院者，得依職權為證據保全。

## 第二款 證據保全之管轄法院

保全證據聲請之管轄法院，因訴訟是否已繫屬於法院，即起訴前或起訴後，為聲請而不同。茲分述如下：

(一)起訴前聲請證據保全者，應向受訊問人住居地，或證物之所在地第一審法院為之。蓋此項法院最適於證據保全之調查也。

(二)起訴後聲請證據保全者，應向受訴法院為之。蓋證據保全之程序，屬於訴訟程序之一部，故應由受訴法院行之。凡訴訟繫屬於第一審時，應向第一審法院聲請之。訴訟繫屬於上訴審時，應向上訴審法院聲請之。在下級審已審判未提起上訴時，無論其判決已否送達，應向下級法院聲請之。又受訴法院在保全證據程序中調查證據，得命令或委託受命推事或受託推事行之。

起訴後證據保全之聲請，固以受訴法院管轄為原則，但例外亦得由受訊問人住居所，或證物所在地第一審法院管轄之。蓋在起訴後，如有急迫情形，例如證人即將遠適外國，無從查悉其行踪，或證物容易腐壞，不能遲緩等情，若由受訴法院管轄，有不能達到保全證據之目的之危險，故亦許其向該受訊問人或證物所在地第一審法院聲請。此項法院，適於迅速調查也。是否有急

迫情事，應由法院判斷之。

### 第三款 證據保全之裁判

證據保全之聲請，由受聲請之法院裁定之。通常不經言詞辯論爲之。但法院對於聲請之應否准許有疑義時，且聲請有特定之相對人者，得依職權傳喚當事人，令其爲必要之辯論，而後爲裁判。法院在裁判證據保全之聲請時，應就其要件是否具備，管轄權之有無，聲請是否合於法定程式等項，加以調查。若調查之結果，認爲未具保全之要件，無管轄權，不合法定程式，故不應准許證據保全時，應裁定駁回其聲請之全部或一部。聲請人對於此項裁定，得爲即時抗告。蓋與聲請人之權利，有直接之利害關係也。書記官不問該項裁定會否宣示，應依職權送達於聲請人，但對造人，則無庸送達。

法院對於調查之結果，若認聲請爲正當時，應爲准許證據保全之裁定。此項裁定中，應表明證據及應保全之事實，例如證人之姓名等是，俾當事人得知其詳情。對於此項裁定，不得聲明不服。蓋在聲請人，因達其聲請之目的，自無不服之理由。在對造人因法院爲保全一造證據所爲之行爲，亦

無損害之可言。且為避免遲延訴訟起見，故不許聲明不服。准許保全證據之裁定，未經宣示者，應送達於聲請人及對造人二造。

法院為准許保全證據之裁定後，若發見應行駁斥，不應准許之原因時，得另為裁定，撤銷前所為准許保全之裁定，對於此項撤銷之裁定，得為抗告。

#### 第四款 證據保全之實施

因證據保全而為之證據調查，其程序與普通調查程序無異。亦依一般調查證據之通則，及關於人證鑑定書證勘驗等法則行之。茲將關於證據保全之特別程序，說明於下：

法院准許保全證據時，應依職權指定，或由受命推事受託推事指定，調查證據之期日。期日一經指定，即應傳喚聲請人。並應於該期日前，送達聲請書或筆錄繕本及准許保全證據之裁定，於他造當事人而傳喚之。但已將裁定宣示，並同時告知當事人期日，令其到場者，則無庸送達傳票及裁定。此所以保護他造當事人之利益，亦使其有意見得同時陳述，不至日後猶有異議。但調查證據有急迫情形，無傳喚他造當事人之時間者，得不傳喚他造，不送達聲請書或筆錄繕本及裁定，逕行調

查證據。其他造當事人不明者，自不必傳喚之。蓋調查證據，原則上本不以二造當事人到場爲要件也。

他造當事人不明，或調查證據期日不及傳喚他造當事人者，法院爲保護當事人關於保全證據之權利起見，得爲之選任特別代理人。其應否選任特別代理人，由法院斟酌情形自由判斷之。選任特別代理人之裁定，應送達於該特別代理人。此項特別代理人，享有法定代理人之地位。故前述對於他造當事人之送達及傳喚，亦適用之。又特別代理人爲防禦他造關於調查證據之權利起見，得於他造承當訴訟之前，代理一切行爲。

調查證據時，應製作調查證據筆錄。該筆錄應由准許保全證據之法院保管之，以便日後之利用。其由受命推事或受託推事調查證據者，於調查完畢後，應將筆錄，送交命其調查之法院。此項筆錄，當事人得向書記官聲請抄錄或閱覽之。

證據保全之方法，因其性質而不同。若有非迅速保留其原有狀態，即將消滅或變更其現象者，得應用攝影或測量繪畫等方法，以備日後證明之用。

## 第四項 證據保全之效力

證據保全在訴訟上之效力，即聲請保全證據之當事人及他造當事人，均得於訴訟程序中利用證據保全所調查之結果，他造當事人利用調查證據之結果時，雖於調查證據期日，未受傳喚，或於聲請時，未被表明者，亦得爲之。又當事人既得利用調查證據之結果，亦得對於該證據調查，聲明異議。但不得因不備證據保全之要件，或聲請不合程式，或法院無管轄權而爲異議。蓋此項異議之主張，縱屬真實，實體上殊無將已完結之證據調查，歸於無效之理由。故此項異議，法院應不加審酌。此項調查結果之利用，應於言詞辯論，本於調查筆錄，陳述其結果。蓋需經陳述後，法院始可斟酌之，不得以調查筆錄，作爲書證而利用之。

證據保全程序中，所調查之證據，受訴法院認爲必要時，得依聲請或依職權命行補充或再行調查。已調查之證據，其是否有補充或再爲調查之必要，由法院判斷之。故法院對於事實之真相，已得心證時，則對於當事人請求補充或再行調查證據之聲請，自應駁回之。

## 第五項 證據保全之費用

證據保全之費用，包括證據保全程序中之一切費用而言。例如聲請費，選任特別代理人費用，證人鑑定人之日費旅費，第三人提出證書或勘驗物所需之費用，等等。此項費用，應為訴訟費用之一部，定其負擔。其由一造當事人支出或預納或墊付之費用，應取償於敗訴之一造。至其負擔之多寡，亦依一般原則定之。故此項費用，並不於證據保全中裁定之。而應與已繫屬或將繫屬之訴訟終局判決中，與其他費用，一併定其負擔也。

保全證據後，若其訴訟不繫屬於法院者，則欲令他造賠償此項費用時，應另行起訴，作為損害賠償請求之。

## 第二節 刑事訴訟上之扣押及搜索

刑事訴訟方面，對於證之保全，設有扣押及搜索之規定。扣押係對物之強制處分，搜索則係對人之身體處所，或物件之處分。二者之方法雖異，目的則相同。相互為用，皆所以達防制證據之滅失，保全之以供審理時之應用也。承受扣押或搜索，為公法上之一種義務，凡服從一國司法權之人，皆

應遵守之。

第一項 扣押

第一款 扣押之意義

扣押者特定機關，就證據物件及可以沒收之物件，強制取得占有，并於相當期間持有占有之一種強制處分也。就實質言之，可以沒收之物件，亦為證據物件之一種。證據物件，若不設法保全，恐散失消滅變更，致日後不能利用，故由法院或其他機關強制占有之，妥為保存，俾供審理時事實認定之資料也。

凡可為證據或得沒收之物件，得扣押之。對於應扣押物件之所有人，持有人，或保管人，得令其提出或交付該項物件。其應扣押物件之所有人，持有人，或保管人，無正當理由，而拒絕提出或交付或抗拒扣押者，得由強制力扣押之。

第二款 扣押之機關

扣押之機關，即有權命令扣押之人員。偵查中屬於檢察官，審判中屬於審判長推事或受命推

事。又審判長或檢察官得囑託應行扣押地之推事或檢察官行之。若應在他地扣押者，該推事或檢察官得轉囑託該地之推事或檢察官行之。

又扣押除由檢察官或推事親自實施外，得令司法警察或司法警察官執行之，蓋為事實上之需要也。惟命司法警察或司法警察官執行扣押者，應於交與之搜索票內，記載其事由。

### 第三款 扣押之客體

扣押之客體，乃足為犯罪證據之一切物件。惟性質上自限於有體物，無體物則無從實施扣押。凡屬有體物，則不問其為動產，不動產，物件，或證書，有主物抑無主物，亦不問其為被告或第三人所有或所占有者，以及法律上規定應行沒收之物件，若違禁品，預備犯罪，供犯罪所用，或因犯罪所得之物，均以得行扣押為原則。惟對於下列物件，例外不得扣押。蓋保全證據，固甚重要，然苟不權衡輕重，將一切物件，均予扣押，則有妨重大利益，亦非所宜，故法律上特設下列之限制也。

#### (一) 公署公務員職務上應守祕密者

凡公署，公務員，或曾任公務員之人，所持有或保管之文書，及其他物件，如為其職務上應守

祕密者，非經該管監督公署或公務員之允許，不得扣押。此項限制，蓋為保護國家之利益起見。故除有妨害國家之利益者外，不得拒絕此項允許也。

(二) 郵務或電報機關所持有之郵件或電報

郵務或電報機關，或執行郵電事務之人員，所持有或保管之郵件電報，以不得扣押為原則。蓋通信祕密之自由，為憲法所賦予，自不得任意加以干涉。惟絕對不許扣押，則將不能達保全證據之目的，故凡有下列情形之一者，亦得扣押之，亦權衡輕重之規定也。

- 一、有相當理由可信其與本案有關係者。
- 二、為被告所發或寄交被告者。

(三) 郵務或電報機關所持有被告與辯護人間往來之郵件或電報

郵務或電報機關所持有，被告與辯護人間往來之郵件或電報，不得扣押。蓋此項祕密之權利，為現行法律所賦予被告者，且為採取律師制度所必具之條件，否則被告不能享受辯護之實益，律師制度有名無實，有違立法本旨。惟有下列情形之一者，則不在此限，亦許扣押之。

一、可認爲犯罪證據者。

二、可認爲有湮滅偽造變造證據者。

三、可認爲有勾串共犯或證人之虞者。

四、被告已逃亡者。

前三項情形，並非正當辯護所應有，且爲構成犯罪之行為，故其扣押，自無不合。至第四項情形，被告已逃亡者，自無再加保護之必要矣。

#### 第四款 扣押之程序

除推事檢察官親自實施扣押外，司法警察或司法警察官執行扣押時，應於交與之搜索票內，記載其事由。但執行扣押時，如發見本案應扣押之物件，爲搜索票所未記載者，亦得扣押之。其在執行扣押時，應以搜索票示在場之人；在有人住居或看守之住宅或其他處所內，行扣押者，應命住居人，看守人，或可爲其代表之人在場。如無此等人在場時，得命鄰居之人或就近自治團體之職員在場。

扣押應制作收據，詳記扣押物之名目，付與所有人，持有人，或保管人。扣押物應加封緘或其他標識，由扣押之公署或公務員蓋印。

扣押物因防其喪失或毀損，應為適當之處置。不便搬運或保管之扣押物，得命人看守，或命所有人或其他適當之人保管。易生危險之扣押物，得毀棄之。

得沒收之扣押物，有喪失毀損之虞，或不便保管者，得拍賣之，保管其價金。至證據物件，應留供證明之用，若令拍賣，有失原義，故不適用此項規定。

因扣押得開啓鎖扃封緘，或為其他必要之處分。蓋扣押本為一種強制處分，前已述之，為達到扣押之目的起見，此項規定，實為必要。

有人住居或看守之住宅，或其他處所，不得於夜間入內扣押。稱夜間者，修正刑事訴訟法規定為日出前日沒後。刑事訴訟法規定，為四月一日至九月三十日，午後九時至午前五時止，十月一日至三月三十一日，午後九時起至午前七時止。惟有下列情形之一者，得例外於夜間入內扣押。於夜間扣押者，應記明其事由於筆錄。

(一)經住居人看守人或可爲其代表之人承諾者。蓋夜間之限制，爲保護人民之自由起見，茲已經其承諾，自無守此規定之必要矣。

(二)有急迫之情形者。若不立即爲扣押，有不能達扣押之目的時，故亦許於夜間爲之。

(三)日間已開始扣押，而繼續至夜間者。日間已開始扣押者，爲便利起見，亦許繼續至夜間。

(四)於左列處所爲扣押者：

一、假釋人住居或使用者。蓋假釋人之居住行動，本受限制，故其居住或使用之處所，於夜間亦得入內實施扣押。

二、旅店飲食店或其他於夜間公衆可以出入之處所，仍在公開期間內者。蓋旅店飲食店或其他於夜間公衆可以出入之處所，若戲院遊藝場等，在公開期間以內，本得自由出入，自無不可入內扣押之理由。又凡在公開時間內開始扣押者，得繼續至公開時間以後。

三、常用爲賭博或妨害風化之行爲者。此項不法行爲，爲法所嚴禁，自得於夜間入內爲扣押也。

在公署軍營軍艦或軍事上祕密處所內行扣押者，應通知該管長官或可為其代表之人在場。當事人及辯護人得於扣押時在場，但被告受拘禁或認其在場於扣押有妨害者，不在此限。扣押時如認有必要，得命被告在場。行扣押之日時及處所，應通知前二項得在場之人。但有急迫情形者，不在此限。

扣押暫時中止者，於必要時應將該處所閉鎖並命人看守。

實施扣押時，發見另案應扣押之物，亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。

扣押郵務或電報機關或執行郵電事務之人所持持有或保管之郵件電報，應即通知郵務電報之送發人或收受人。但於訴訟程序有妨害者，不在此限。

#### 第五款 扣押之筆錄

扣押於審判程序中所實施者，不問其為法院或受命推事受託推事，均應令書記官在場作成筆錄。此項筆錄或為單獨之扣押筆錄，或包含於其他筆錄內亦可。偵查中所實施之扣押，亦應由書記官在場作成筆錄。但有急迫情形者，得由檢察官親自作成之。扣押筆錄應記載實施之年月日，處

所，及其他必要之事項。扣押物件應於筆錄內詳記其名目，或別製作目錄附後，以便稽查。此項筆錄應由扣押之推事或檢察官署名蓋章，並命在場之人署名或捺指紋，以昭徵信。製作筆錄之書記官自亦應署名蓋章。

#### 第六款 扣押物件之發還

扣押之目的，原在暫時強制留存扣押物，以供認定事實之資料，故以訴訟結束後發還為原則。但亦有先行發還或不發還者。茲將關於扣押物件發還之規定，分述於下：

- (一) 扣押物若有留存之必要者，待案件終結後，應以法院之裁定，或檢察官之命令發還之。
- (二) 扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定，或檢察官之命令發還之。
- (三) 扣押物因所有人，持有人或保管人之請求，得命其負保管之責，暫行發還。蓋扣押物或為日常需用者，若久存於法院，或致所有人，持有人，或保管人受重大損害，故法院認為無毀損之虞者，得因其聲請，暫行發還，而命其負保管責。

- (四) 扣押物若係贓物而無第三人主張權利者，應發還被害人。

第二項 搜索

第一款 搜索之意義

搜索者，特定機關因發見被告及證據物件並可以沒收之物件，使就特定處所，身體，或物件，強制搜查尋索之一種強制處分也。扣押之客體為物件，搜索則對人之身體，處所或物件為之。搜索有廣狹二義：狹義之搜索係單稱發見證據物件及可以沒收之物件之強制處分而言，故為扣押之手段。廣義之搜索，則係並稱發見被告之強制處分而言，故包括拘捕之手段在內。

第二款 搜索之機關

搜索之機關，即有權實施搜索之人員。偵查程序中為檢察官；審判程序中為審判長推事或受命推事。

搜索得由審判長或檢察官囑託應行搜索地之推事或檢察官行之。若應在他地行搜索者，該推事或檢察官得轉託該地之推事或檢察官。

司法警察或司法警察官，依法律之規定，得執行搜索。

### 第三款 搜索之客體

搜索之客體，爲身體、處所，及物件三種。學者間從而分搜索爲身體搜索、處所搜索，及物件搜索三者。茲分述如下：

#### (一) 身體搜索

身體搜索爲對於人之身體加以搜索。此項搜索，並不限於被告之身體，卽第三人之身體，若有相當理由，可信爲證據物件，及可以沒收之物件存在者，亦得爲之。

搜索人之身體，不問其爲男爲女。搜索婦女之身體，應令婦女行之，因有貞操及風俗關係也。但不能由婦女行之者，不在此限。例如時機緊迫，不能由婦女行之者，亦得由男子行之。

#### (二) 處所搜索

住宅或其他處所，於必要時得搜索之。所謂其他處所，例如船艦營業所等是，皆得搜索之。此項住宅或其他處所，亦並不以被告者爲限。凡有相當理由，可信爲被告或應扣押之物件存在者，對於第三人之住宅或其他處所，亦得搜索之。惟軍事上應祕密之處所，非得該管長官之允許，不

得搜索，蓋恐洩漏軍事秘密也。故若該管長官，認為應保守秘密，不便搜索，而拒絕允許時，則絕對不容實施搜索矣。

### (三) 物件搜索

搜索物件，性質上自限於有體物。此項物件，並不限於被告者為限，凡有相當理由，可信為應扣押之物件存在者，對第三人之物件，亦得實施搜索。若可信為被告存在之物件，則為處所之搜索，而非物件之搜索也。

公署或公務員所持有或保管之文書及其他物件，原則上應請求交付，不得逕行搜索。但於必要時，亦得搜索之。例如有湮滅證據之可虞，非即時搜索，不能達扣押之目的等情是。

### 第四款 搜索之程序

搜索應用搜索票。搜索票於偵查中由檢察官，審判中由審判長推事或受命推事簽名。搜索票應記載左列事情：

- 一、應搜索之被告或應扣押之物件。

二、應加搜索之處所身體或物件。

搜索固以應用搜索票爲原則，但有下列之例外：

(一) 檢察官或推事親自搜索時，得不用搜索票。

(二) 司法警察或司法警察官逮捕被告，或執行拘提羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身  
體。

(三) 有左列情形之一者，司法警察或司法警察官，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處  
所。

一、因逮捕被告或執行拘提羈押者。

二、因追躡現行犯或逮捕脫逃人者。

三、有事實足信爲有人在內犯罪而情形急迫者。

在有人住居或看守之住宅或其他處所內行搜索者，應命住居人看守人或可爲其代表之人  
在場，如無此等人在場時，得命鄰居之人或就近自治團體之職員在場。

司法警察或司法警察官執行搜索，應以搜索票示前述在場之人。

司法警察或司法警察官行搜索時，發見本案應扣押之物，為搜索票所未記載者，亦得扣押之。在公署軍營軍艦或軍事上祕密之處所內行搜索者，應通知該管長官或可為其代表之人在場。

有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索。稱夜間者，新修正刑事訴訟法規定，為日出前日沒後，刑事訴訟法規定，四月一日至九月三十日午後九時起至午前五時止，十月一日至三月三十一日，午後九時起，至午前七時止。惟有下列情形之一者，例外得於夜間實施搜索。於夜間搜索者，應記明其事由於筆錄。

- (一) 經住居人，看守人，或可為其代表之人承諾者。
- (二) 有急迫情事者。
- (三) 日間已開始搜索，而繼續至夜間者。
- (四) 左列處所得於夜間入內搜索：

一、假釋人住居或使用者。

二、旅店飲食店或其他於夜間公眾可以出入之處所，仍在公開時間內者。

三、常用為賭博或妨害風化之行爲者。

當事人及辯護人得於搜索時在場，但被告受拘禁或認其在場於搜索有妨害者，不在此限。搜索時如認有必要，得命被告在場。行搜索之時日及處所，應通知得在場之人，但有急迫情形時，不在此限。

因搜索得開啓鎖扃封緘或爲其他必要之處分。

搜索暫行中止者，於必要時，應將該處所閉鎖，並命人看守。

實施搜索時，發見另案應扣押之物，亦得扣押之。分別送交該官法院或檢察官。

抗拒搜索者，得用強制力搜索之，但不得逾必要之程度。

搜索應保守祕密，並應注意受搜索者之名譽。

經搜索而未發見應扣押之物者，應付與證明書於受搜索人。

### 第五款 搜索之筆錄

搜索於審判程序中所實施者，不問其為法院或受命推事受託推事，均應令書記官作成筆錄。此項筆錄，或為單獨之搜索筆錄，或包含於其他筆錄內亦可。偵查中所實施之搜索，亦應由書記官作成筆錄。但有急迫情形者，得由檢察官親自作成筆錄。搜索筆錄，應記載實施之年月日，處所，客體，結果，及其他必要之事項。此項筆錄應由推事或檢察官署名蓋章，並令在場之人署名或捺指紋，書記官亦應署名蓋章。

## 附中外判解例

### 證據保全

一、凡係惟一之證據，或於該案有重要關係，即於判斷有直接影響之證據，控告審並未予以調查，而上告審認為違法，應予發還更為審判者，為當事人利益計，應認其可利用保全證據程序，以便上告審為發還判決時，原控告審猶得有所憑依，而無坐誤之弊。（三聲一）

二、請求保全證據，應以該證據方法有即將滅失，或礙難使用之虞，或經相對人同意者，始得爲之。如有此種情形，則無論在訴訟繫屬前，或訴訟進行未達調查證據之程序前，均無不可。（三聲一）

三、證據保全程序，應先以決定裁判保全之聲請，如認聲請爲正當，命爲證據調查者，卽適用一般證據法則實施調查，記明筆錄而保管之，以備採用。然不能卽以之拘束審理事實之衙門，強其必採用也。（三聲一）

四、監察員不能提起選舉訴訟，如有合法聲請保全證據者，可於裁判後，將票匭發還。（十統一五八八）

一、證據保全之聲請具備要件時，裁判所卽應准許之。

二、買主苟經通知物之疵累，或拒絕收受，無須有其他要件，法院卽應依賣主聲請行證據保全程序。此際毋庸就其物爲實質上之調查，亦毋庸調查其應證事實之是否重要，更不問該證據

方法有無滅失或礙難使用之虞。

### 扣押及搜索

一、沒收之物，雖不以已經扣押者爲限，但所沒收之物，須於犯罪事實中有具體的認定，方爲合法。（二十一上八二〇）

二、金銀號價買劫盜所得之金銀物，而並不知情，且公然價買者，自應於犯人不明或無力繳價之時，由失主自行備價收回。（七統八五八）

三、扣押之贓物應發還被害人者，如被害人所在不明，經布告而未據聲請發還，應以其物歸屬國庫。其非被害人而對贓物有權利關係者，祇得依民事訴訟程序主張其權利，不得認爲應受發還之人。（二十一院六九三）

四、警所起獲應沒收之物，其與檢察官同其偵查職權之縣知事，基於扣押之權，得命保管於警所者，以已經扣押論。（十四上一四六九）

五、犯人私藏之槍彈，既經有與檢察官同其偵查職權之縣長，基於扣押之權，發交警隊，其飭令具領應用，又不外保管時之一種利用方法，自不能以未經扣押論。（二十一上四六〇）

一、依刑事訴訟法規定為扣押，乃以公法上強制處分而取得物件占有之活動，雖於物件之實體權無何等影響，究係侵害占有而防止物件上權利之行使，故物件之扣押處分，要可謂為對於物件上權利之行使所附加之一種公法上限制。個人因此實負擔有不得拒絕而應容許扣押之公法上義務。至該案件終結為止，均應受其限制，就扣押物件，對於國家無請求返還之私法上權利。且扣押物件原應由法院諭知其處分，苟諭知發還者，檢察官於判決執行時，自有為發還程序之職務。故自判決諭知後為扣押物件發還之程序以前，尚屬公法上之占有，無私法上返還請求權。

二、推事因扣押證據物件，夜間搜索非公衆出入處所之住宅者，其處分無效。本此無效處分所作成之筆錄，亦不得以供斷罪之資料。

- 三、搜索筆錄雖未當場製作，不但不得謂搜索處分無效，即該筆錄亦非無效。
- 四、關於扣押物件處分之諭知，毋庸與本案判決，同時爲之。

## 第十一章 證之評判

### 第一節 評證之主義

當事人既已提出證據，以證明其主張爲真實，法院應就其提出之證據方法，加以評判。查各國立法例，對於評證所採之主義，可分爲法定證據主義及自由心證主義二種；

法定證據主義者，法律就證據方法之可否提出及其證力之強弱，皆設有明文規定，法院審理時，不得違反此項規定，而應受其拘束。簡言之，法定證據主義，爲審判官須受證據方法及證據力之法律拘束，而取捨證據之主義。

自由心證主義者，證據之取捨判斷，一憑法院根據其學識經驗自由判斷之。簡言之，自由心證主義，爲審判官憑自由確信判斷證據之主義也。

英美證據法，係採用法定證據主義，蓋基於其歷史上之關係，且英美採取陪審制度，則非有嚴密之證據法則，及採用法定證據主義不可。

大陸法系諸國立法例，採自由心證主義為原則，而以法定證據主義為例外。吾國證據法亦然。

## 第二節 法定證據主義及自由心證主義之比較

夫自由心證主義，係以審判官自由之確信，為判斷證據之標準，故審判者應有相當之能力，否則無以達發見真實而為適法裁判之目的。蓋審判官具有勝任之學識經驗時，誠能為適當之判斷，而為公平之裁判。然苟審判官無相當之能力，其學識經驗不足為適當判斷之基礎時，則其自由確信錯誤，因不能為公平之裁判矣。且自由心證主義，不僅須審判官具有相當之能力，且審判官應平心靜氣，詳細研究二造當事人之證據，若一有先入之偏見，則必不能為適法之心證。故有任意武斷，致有裁判不當之弊。蓋在自由心證，審判官之權力過大，每易流於專橫，而人民之權利，欠其保障也。

法定證據主義，審判官判斷證據，應受法律之限制，故其標準在法律，審判官之權力較小，任意

判斷之危險，因以減少。然法定之證據方法及其證力，苟適合於實際上之經驗時，固能判斷適當，而為適法之裁判。苟審判官因法律之拘束，其依本人學識經驗不能確信之事實，亦勢必不能不認為已經證明，又依其學識經驗確已可認為真實之事實，因不合法律規定之條件，勢必不能不認為未經證明，是其弊也。

故自由心證主義與法定證據主義，各有利弊。郭雲觀氏於所著法官採證準繩一書，曾謂：「法定證據主義執一成之繩墨，律萬變之物情，遂至桎梏有司之聰明，所傷滋甚，固失之泥。然而自由心證主義，太尚自由，不講矩度，其弊也，衡證無方，騁臆揣斷，則矯枉過正，彼左枉而此右枉也。」是故，捨短取長，兼容並納，方為立法上之良策。吾國證據法採自由心證主義，例外亦有採用法定證據主義者，職是故也。

### 第三節 自由心證主義之研究

#### 第一項 自由心證之標準

自由心證主義者，審判官評判證據，一憑其自由確信，以爲判斷。此項確信，乃審判官根據其學識經驗，所得客觀之認識也。故在自由心證，審判官之確信，係根據客觀之原因，並非根據其主觀之意志，任意判斷，毫不受證據法則之拘束。故審判官調查證據時，須依證據法則及其他一般法則，以求對某項事實之確信。凡依曖昧之感覺，或漠然之推測而判斷者，是不得謂爲自由心證，蓋失立法之本旨矣。

又所謂自由心證，係就審判官之確信爲準，其程度即係具有吾人實際生活上引爲確信爲標準。換言之，即具有使疑惑歸於消散之確信程度，並非絕對毫無反對可能之程度，故證據法上所稱之證明，與科學上之證明，其顯著之程度，並不相同。蓋科學上之證明，須達於一定不易之程度，而證據法上之證明，其證力僅至於當然或可資憑信之程度爲已足，具此程度，即可確信某項事實爲真實，故謂僅具有使疑惑歸於消散之程度而已。凡就證據力之所趨，就正而言，可深信其事實之存在，就負面言，同時可深信，反乎其所信者，爲不存在者，謂之確信。若疑信參半，即不得謂爲確信，應認爲未經證明。或曰：自由心證以審判官之確信爲斷，則同一憑證，在一人心理中，已認爲達確信之程度

者，而在另一人心理中，猶認爲未足置信，是無一定之標準也。然人之所見不同，猶如其身材之不能齊一。惟長短是非之差別，雖其程度不同，究不能越乎一定之範圍之外，若一逾其範圍，則離奇偏頗之處，即可立見。證據法上所稱之確信，不在少數特殊人之所信，而以一般通達事理之人爲標準也。

#### 第二項 自由心證之條件

自由心證之判斷，固由審判官之自由確信，然形成自由心證之基礎，則非自由，仍應受證據法則之拘束。故自由心證之證據調查程度必須合法，其結果須經當事人之言詞辯論，及應受法定證據之限制也。

#### (一) 證據調查程序須合法

合法有效之自由心證，其根據以爲心證之證據調查，須合法定之程序。故法律所規定之一切重要程式，均須具備，不可有違。例如應具結之證人，而漏未具結時，其所爲之證言，不能根據之以爲自由心證也。

#### (二) 證據調查之結果須經言詞辯論

證據應經當事人之言詞辯論，否則調查證據程序，違反言詞審理主義及直接審理主義。該項證據不得為自由心證之基礎，故載在前訴訟文書中或裁判中證人之陳述，未經本案言詞辯論者，不得為本案裁判之基礎。

(三)自由心證須受法定證據之限制

吾國證據法，採自由心證為原則，而兼採法定證據主義為例外。故凡事項若為法定證據所規定之場合，自應受法定證據規定之限制，不得再適用自由心證之法則。例如公證書推定其有形式之證據力，除在有有效之反證外，審判官不得自由確信該項公證書無形式上之證據力，而排斥法定證據之適用也。

附中外判解例

一、所謂審判衙門之自由心證者，原指證據調查後所有之心證而言。若審判衙門本未為相當之證據調查，則心證之根據已失，所為法律上之判斷，決不能保其無誤。(三上三〇三)

二、訴訟記錄於證據法上有相當之效力，非有確切之反證，不得攻擊其為虛偽。（三上八九

一）

三、旗署僕丁冊，係屬公文書，非有確實反證，應有完全之證明力。（六上七六八）

一、調查證據依法律之規定而行，實自由心證之條件。故應宣誓之證人，未經宣誓而為陳述者，不得斟酌其證言，以判斷事實。

二、依某證據能否認某事實，屬於事實裁判所之自由心證判斷權。

參考書

1. 張知本氏譯松岡義正著民事證據論
2. 盛振爲氏著證據法學論講義
3. 司法儲材館證據法學講義
4. 司法儲材館民事訴訟法講義
5. 法官訓練所刑事訴訟法實用講義
6. 郭雲觀氏著法官采證準繩
7. 陳允康煥棟著民事訴訟法論
8. 石志泉氏著新民事訴訟法評論
9. 證人制度考（董其鳴著法學雜誌第七卷第六期）

10. 證據學之研究及其學說（董其鳴著中華法學雜誌第五卷第五號）
11. 證人論（羅從厚陳楷思譯法學雜誌第六卷第五期）
12. 英國證據法（陳廣澧譯中華法學雜誌第二卷第八期）
13. 關於證人能力問題（邵勳法律評論第一九九期）
14. 判斷證言價值之標準（姜笛譯法學新報第六十六期）
15. 自由心證主義（邵勳法律評論第二百五十六期）
16. 客觀的舉證責任與主觀的舉證責任（蹇足渠法治週報一卷四期）
17. 舉證責任之分配（薛光社社會科學論叢月刊三卷十期）
18. Wigmore: Principle of Judicial Proof (2nd and 3rd Edition)
19. Morgan: Law of Evidence 1927
20. Best: Principles of the Law of Evidence 1922
21. Wigmore: Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at

Common Law 1923

22. Stephen: Digest of the Law of Evidence 1930
23. Thayer: Selection of Cases on Evidence 1925
24. Aron's Notes on Proof 1932
25. Wrottesley: Examination of Witness in Court 1931
26. Kenny: Cases on Criminal Law 1931





中華民國二十五年一月初版

(30539)

新時代法學叢書 證據法要論 一冊

每冊定價國幣玖角

外埠酌加運費匯費

編著者 周 榮

發行人 王 雲 五  
上海河南路

印刷所 商 務 印 書 館  
上海河南路

發行所 商 務 印 書 館  
上海及各埠

版權所有  
翻印必究

\*05042

嚴

民國二十五年八月廿五日  
該書店

