

法學叢書之一

# 民權證據論

日本松岡正義原著

張知本譯

## 上册

學編譯社

會文堂新記書局發行

法學叢書  
**民事證據論**

日本松岡正義原著  
張知本譯

上册

# 民事證據論上冊目錄

## 第一章 總論

第一節 證據之本質

第二節 證據之主義

第三節 證據之意義

第四節 證據之種類

第五節 證據之目的物

## 第二章 舉證之責任

第一節 舉證責任之意義

第二節 舉證責任之效用

目錄



80728006

..... 一

..... 二

..... 三

..... 八

..... 一六

..... 二七

..... 四九

..... 五三

..... 五六

第三節 舉證責任之前提	六三
第四節 舉證責任之分擔	六五
第五節 舉證責任之轉換	一〇〇

### 第三章 自由心證

一〇二

第一節 自由心證主義之意義	一〇四
第二節 自由心證基礎之形成	一〇八
第三節 自由心證之效果	一一一
第四節 自由心證之擴張	一一二
第五節 自由心證之限制	一一五

### 第四章 證據手續

一一九

第一節	證據之聲請	一一〇
第二節	證據之陳述	一二八
第三節	證據之決定	一二九
第四節	證據之調查	一四二
第五節	對於調查證據結果之辯論	一〇〇
第六節	上訴審中之證據手續	二〇三

## 第五章 各個證據方法……………二〇六

第一節	證據方法之性質	一一〇
第二節	證據方法之種類	一一三
第三節	證據方法與證據原因	一一六
第四節	證據方法與證據契約	二一八

民事證據論 上册

四

第五節 證據方法之利用	二一九
第一目 證人	二二三
第一款 證人之意義	二二六
第二款 證人之能力	二三〇
第三款 證人之義務	二三五
第四款 證人之迴避	三〇〇

# 民事證據論 上册

松岡義正著  
張知本譯

## 第一章 總論

民事證據之法則，應全部規定於民法中乎？抑將民事證據法則中關於證據實體之法則（舉證責任、證據種類、證據效力之法則），規定於民法中；而關於證據手續之法則，則規定於民事訴訟法中乎？又或以之全部規定於民事訴訟法中乎？抑獨立的制定為單行法而規定之乎？此為立法上最重要之問題也。但以民事證據多於民事訴訟方面具有效用者，所有民事證據之法則，應以之全部規定於民事訴訟法中，方為適當（參照郝薛氏所著法國民事訴訟法論第一章）。在日本方面，係依法、意、比、荷諸國之立法例，於民法中規定證據之實體；而於民事訴訟法中規定證據之手續，此種趨向，徵之日本舊民法第五卷草案理由書，即可明瞭。現在規定舉證責

任、證據種類、證據效力之日本舊民法證據編，雖已失效；然其專就證據手續而爲規定之民事訴訟法，現尙仍舊施行，未加增訂，以此之故，日本之證據法則，殊欠完備。

## 第一節 證據之本質

### 證據之本質

證據者，卽於民事訴訟上，爲使法院認識當事人主張事實之真否，以及認識「法則」並「實驗規則」之內容而存在之制度也。原來民事訴訟之裁判，不外於就具體的事實（構成具體的法律上效力之原因之事實），而適用法則（確定發生具體的法律上效力與否之法則）及實驗規則（適用法則或推定事實時所利用之經驗結果之生活上規則）所得之結論。故審判官者，須於審判上詳加調查，以求熟知當事人主張事實之真否，並熟知法則及實驗規則之內容者也。在民事訴訟中，舉凡具體的事實之真否，則由法院依據證據認識之；不須審判官當然認識之法則及實驗規則之



內容，則由法院依據爲證據一種之鑑定認識之。故謂證據者，爲使審判官認識當事人主張事實之真否，以及認識法則並實驗規則之內容而存在之制度也。

## 第二節 證據之主義

證據之主義

證據就理論方面言之，有形式的證據主義與實質的證據主義之二種。第一，

形式的證據主義

所謂形式的證據主義 (Formellen Beweissystem) 者，即當事人間爭執之事實，不論審判官就其事實之真否有無確信；然使法院在法律上就該事實之爭執，爲有效之處理時，須完備法定前提條件後，始能有此作用之主義也。故法定前提存在時，即無異對於實際上有爭執之事實，而立法上給與以無爭執之擔保，因之判斷事實，多非由於法院之確信。此種形式的證據主義，因其在法律上須使審判官依據一定之證據材料、證據形式及證據效力而下判斷，故又稱爲法定證據主義 (Gesetzliche Beweis-theorie)。(1)此種主義，爲德國古代法所採用，如所謂神的證據 (Gottesbeweis)

，即係此種主義之肇端。當各個人憑藉自力執行 (Selbstbefriedigung) 而行使其權利時代，既無所謂裁判，斯無所謂證據。及至非依訴訟方式不得行使其權利時，既須確定係爭事實之真否，以判斷權利之誰屬，亦即不得不需要一種證據。在文化尙未發達之社會，人民由於迷信宗教太深，專依賴宗教上之勢力。所有係爭事實之真否及權利之誰屬，完全由神裁判，而非由審判官裁判。因為此種思想盛行，而訴訟手續及證據，遂不得不受宗教上之影響。如中古時代德國所行之神裁 (Gottesurteil) ，決鬥 (Zweikampf) 、及當事人宣誓 (Eid) ，以及日本所行之當神探沸與宣誓儀式等皆屬之。神裁、決鬥、當事人宣誓，俱名之曰神的證據 (參照穗積博士所著法律進化論第一卷、柯列爾氏所著法律哲學、普蘭克氏所著德國民事訴訟法教科書第二卷)。中古時代之德國，既如此依據神的證據以為裁判，故以後雖受統治者權力之影響，致審判官行使裁判之思想，盛行一時，然審判官所為裁判，仍與神意裁判之形式相同，必須依據法律上一定之規則，始認為有證明或否定某種事實之效力，此

即所謂形式的證據主義或法定證據主義是也。例如某種事實，非有二人以上之證言，不得認為證明，必須依據此種證據法則而判定之，方可生效，此即形式的證據主義之一。進至十九世紀時，裁判悉本於審判官之理解，證據均委請審判官之判斷，而形式的證據主義，已不能拘束審判官矣。某種事實究有如何性質，某種證言究有如何意義，已由審判官自由判定矣。此種思想勃興後，於是實體的證據主義，亦即因此而確立。(2)法德兩國民事訴訟法中所謂當事人宣誓之規定(參照法民一二〇及一二一兩條、德民訴四六三條)，自係一種形式的證據主義，原為神的證據之遺物。當十三世紀時，神的證據，曾流行於德意兩國。及後神裁因社會交易頻繁，頗感不便，遂歸於消滅。而決鬥之效用，又祇能行於刑事訴訟，而不適於民事訴訟。於是神的證據，惟殘留當事人宣誓一種而已。第二，所謂實體的證據主義(Materialien Beweisystem)者，即當事人間有爭執之事實，由審判官就其真實與否之確信，而判定為無爭執之主義也。故審判官不論在依據實驗規則之下，對於事實真否

實體的證據主義

之判斷有無確信；然其判斷事實之真否，確非依據法定之規則，而是由於審判官之確信。此種實體的證據主義，因其依審判官之確信，以斷定事實之真否，故又稱爲裁定證據主義 (Rechterliche Beweisrecht) 或自由心證主義 (Irimo p. der freien Beweiswürdigung)。此種主義，爲古代羅馬法所採用，乃係代替形式的證據主義而盛行於近世諸國者也。原來訴訟上之裁判，須以審判官理解爲基礎，故其調查證據時，固當以依據一定之法則或審酌行之爲有效；然於判定證據時，則祇須審判官依據實驗之法則爲之；並且惟限於審判官確信之範圍以內，方爲正確。此卽實體的證據主義，所以優於形式的證據主義者也。於是證據之爲物，乃成所謂人的證據 (Menschensbeweis)，而非神的證據矣。第三，形式的證據主義與實體的證據主義，二者雖各有所長，亦各有所短。形式的證據主義，雖不適於真實之發見，然使當事人易於自爲證明，足以防止審判官之專橫。實體的證據主義，雖適於真實之發見；然而當事人不易自爲證明，又不能防止審判官之專橫。因此之故，一般立法上，大

形式的證據主義  
與實體的證  
據主義之短長

都以併用此兩主義爲通例。例如德國古代法原採形式證據主義；但在未受羅馬法之影響以前，已有兼用實體主義之傾向。此卽先對當事人，令其確定證據目的物之事實，如依當事人主張之事實本身，認爲無法律上之效力時，法院可以不爲證據調查，逕行排斥當事人之主張。卒至對於神裁與決鬥之形式證據而爲審判官不能確信者，不使法院使用之；而對於除當事人宣誓外尚依證人宣誓及書面之形式證據而得有審判官之確信者，方使法院使用之。又如羅馬法本採實體的證據主義；但亦兼採形式的證據主義之當事人宣誓一種。故於證據不完全時，審判官得令舉證者舉行宣誓，以補充不完全之證據；或令對方宣誓，以排斥不完全之證據。此種規定，又係兼用形式證據主義之傾向。再就德法日現行法言之，德國普通法，僅對於人證採用形式主義，所謂完全證據，至少須有二人以上之證言，而間接證據，復不能以完全證據視之。法國民事訴訟法，係以實體證據主義爲原則；而以當事人宣誓爲例外（參照法民訴一二〇及一二一兩條），並有訴訟物非達一百五十佛郎之價額，不許用人

證之規定(參照法民一三四一條)。德國民事訴訟法，亦以實體證據主義為原則，而以當事人宣誓(參照德民訴四六三條)為例外，並為易於證明應證事項之確實起見，對於特殊證書，亦採法定證據主義(參照德民訴四一五至四一八條)。日本民事訴訟法，亦以實體主義為原則；而其例外，則對於辯論記錄。送達證書及舉證者呈出證書之繕本等。有兼採形式主義之規定(參照日民訴一三四、一五五、三四一等條)。(又參照自由心證之說明)。

### 第三節 證據之意義

證據之意義

證據之意義，總括言之，即為舉證(立證)或證據調查之結果。分別言之，或指為舉證(舉證之責任或立證之責任)，或指為證據之原因，或指為證據方法(當事人有證據或無證據)，或指為舉證之結果(證據完全或不完全)，茲為逐一說明之。

#### (一) 舉證

舉證(立證)(Beweisführung; Beweistätigkeit)者，即當事人對其主張之事實，以期審判官確信其真實爲目的之行爲也。就舉證之目的言之，原與證據調查無異；但就其行爲之主體言之，則與證據調查不同。舉證爲當事人之行爲；而證據調查則爲法院之行爲（在刑事訴訟上，有稱認識事實之作用爲證據者，似於舉證之外，尙以證據調查爲證據）。原來舉出證據之作用，在使有爭執之事實成爲無爭執之事實，而舉證，即使此種結果發生之行爲也。然則此種行爲，在訴訟上，究應委之於審判官乎？或使當事人爲之乎？抑使審判官及當事人各於法律上一定界限內而分別爲之乎？此爲立法政策上之問題。日本民事訴訟法之規定，因以不干涉審理主義(Verhandlungsprinzip)爲原則，故以舉證爲當事人之行爲。又於其人事訴訟手續中以干涉審理主義爲例外，故以證據調查爲法院職權上之行爲，藉作舉證之補充(參照日人訴一四條)。在形式證據主義方面，既然審判官對於有爭執之事實，不論確信其真否，須依法定之前提條件以爲斷，以故舉證須由當事人履行法定之方式而爲之

，當事人如能完成此種方式時，則其主張即爲無爭執之事實，足以排除對方之異議或法院之疑問；如其不能完成時，則確定其主張爲不當，而裁判上即涉及於當事人是否履行法定方式之問題矣。又在實體證據主義方面，既然對於事實之真否，須依審判官之確信以爲斷，故舉證須由審判官具有確信之行爲而成立。因之在形式的證據主義方面，舉證之目的物，乃爲法院在法律上就某種事實爲有效之處理，而判定爲無爭執之法定前提條件之事實，非爲當否原因之主張事實。反之，在實體的證據主義方面，舉證之目的物，乃係當否原因之主張事實，而非當事人所主張之當否判斷（當事人法律上之主張）。

## （一）證據原因

證據原因

證據原因 (Beweisgrund) 者，即審判官對於當事人之主張事實之真否，具有確信之

原因之元素或事情 (Element; Umstand) 也。故證據原因，必須有使審判官對於當事人之主張事實，具有確信爲無爭執之理由。是以在形式證據主義方面，則證據原因



，即係允許具備法定要件之當事人履行法定之方式。德國民事訴訟法中所謂當事人之宣誓，即屬於形式主義中之證據原因（德國民事訴訟法四六三條第一項「履行宣誓，即爲宣誓之事實之完全證據」、又其四六四條第二項「拒絕履行宣誓，即認爲完全證明應行宣誓之事實不確」）。又在實體的證據方面，則證據原因，即爲使審判官對於當事人事實上主張之（證據目的物）真否，具有確信之各種原因之元素，基於審判官本人之實驗及他人實驗之報告而認識之。審判官本人之實驗者，凡由審判官單獨所爲之實驗，或依他人（尤其是鑑定人）輔助所爲之實驗，如重要之檢證屬之。他人實驗之報告者，即由當事人或審判以外之第三者向審判官所爲之報告也。例如不利於當事人一方之自己陳述（即審判以外之自認，此雖非證據方法；但學者通稱之爲證據原因）。及當事人本人被訊問時之陳述（參照日民訴二六〇條），屬於前者；而證人供述中之重要部分，及鑑定人鑑定中之重要部分，則屬於後者。至於證書重要部分，是否爲證據原因？本爲學者間所爭論；但在積極方面加以斷定，實較適

當（德之克蘭費納氏即係主張證書為證據原因者，然普蘭克氏則主張證書為證據原因之媒介，而非證據原因之本體）。

### (三) 證據方法

證據方法

證據方法 (Beweismittel)，即舉證者為使審判官確信其所證明之事項而利用之各種方法也。因其僅於供給證據原因時，始有證據之價值。故又可稱為審判官在確信上之認識淵源 (Erkenntnisquelle)。在形式的證據主義方面，證據方法（形式的證據方法），即係當事人一方要求他方所為之一種宣誓，此為德國民事訴訟法所採用（參照德民訴四六三條）；而日本民事訴訟法則無此種規定。在實體的證據主義方面，證據方法（實體的證據方法），則在認定事實上所可利用之人或物。依據日本民事訴訟法之規定，共有證人、鑑定人、訊問中之當事人、證書、檢證物等五種。

第一，在民事訴訟上，如採用當事人處分權主義，則使用何種證據方法，應依當事人之意思定之（證據之提出），而法院不得漠視當事人之意思，以職權增加其所可利

用之證據方法。但法官於發見真實之必要時，得於不違反證據法則之限度內，利用當事人所提出之證據材料（參照日民訴二一七條）。反之，如採用法院職權調查主義，則不論當事人之意思如何，法院得以職權決定何種證據方法之使用（參照日人訴一四、三九、五九等條）。第二，當事人之呈報，及法院決定證據方法之利用（證據調查），得與本案同時爲之，或依特別手續爲之，前者爲即時調查之證據方法（*Schleunigen Beweismiteln*）；後者則爲依特別手續調查之證據方法（*Langsame Beweismiteln*）。各種證據方法之調查，雖有此等規定（參照日民訴二一五條）；但對於當事人提出之證書，則以即時調查爲通例，故稱證書爲即時調查之證據方法。

第三，當事人僅利用一個證據方法時，稱爲單純的舉證（單純證據 *Einfache Beweisführung*），同時利用數種證據方法時，則稱爲綜合的舉證（綜合證據 *Zusammengesetzte Beweisführung*）。又當事人對於同一之主張，同時提出數種證據時，稱爲內部（*Intensiv*）之綜合的舉證，對於數種主張，同時提出數種證據方法時，則稱

爲外部(External)之綜合的舉證。

#### (四) 舉證之結果

使審判官對於事實之真否具有確信時，卽爲舉證或證據調查之結果(Powersicht  
ort)。原來此種結果，有依當事人之舉證，證明其主張事實爲無爭執者(審判官得  
能確信，或於審判上得認爲確實者)；有依舉證而仍有爭執者(審判官不能確信，  
或於審判上不能認爲確實者)；又有依據對方所主張之反對事實而至於無爭執者，  
前者爲舉證之成功，後者則爲舉證之不成功。日本民事訴訟法所規定之證據，卽屬  
於前者(參照赫爾曼氏所著德國民事訴訟法教科書)。惟既以審判官確信，事實之真  
否爲舉證之結果，則須以發見證據原因爲前提。是以在形式的證據主義方面，形式  
的證據原因，原爲法定方式之履行，故當事人履行法定方式時，卽已完成審判上知  
其主張事實爲真實之目的(依據德國民事訴訟法之規定，當事人舉行宣誓時，卽已  
證明其宣誓之事實)；如不履行法定方式時，卽不能完成裁判上知其主張事實爲真

實之目的（依據德國民事訴訟法之規定，當事人拒絕宣誓時，即已證明其應行宣誓之事實不確）。日本民事訴訟法既無此宣誓制度之規定，故無此種法律關係之存在。又在實體的證據主義方面，實體的證據原因，既為審判官確信事實真否之原因，故審判官確信當事人主張事實為真實時，即已完成裁判上知其主張事實為真實之目的；否則確信其非真實時，又已完成裁判上知其與主張事實相反之事實為真實之目的。惟審判官對於某種事實確信其真實之程度，除檢證外，實無絕對的確實（*Certitudo absoluta; absolute Gewissheit*）之可言；其所謂確信者，不外根據較高度即一般之實驗法，對於認有反對可能之事實，加以相當程度之推測（或然性 *Wahrscheinlichkeit*）而已。審判上之證據，即在使審判官具有此種推測，以達到證明之目的，固無須具有絕對的確實之信念。且此種推測已足達其目的時，亦無須最高度之確信，因最高度之確信，非人類知識進於完全之境不易為功。惟在可以認識反對為極可能，或認識反對尚為真實之時，則審判官不得謂為對於某種事實之真否，具有一種確

信也。

## 第四節 證據之種類

證據之種類

證據之種類，有因直接或間接證明發生法律上效力之係爭事實，分爲直接證據及間接證據者；有因當事人證明本身之主張事實，與推翻對方主張事實而證明爲相反之事實，分爲本證及反證者；有因審判官具有信念之強弱，而分爲證明及釋明者。茲逐項說明之。

### (一) 直接證據及間接證據

直接或間接證明發生法律上效力之係爭事實，卽爲區別直接證據與間接證據之標準。

直接證據及間接證據

直接證據

(1) 直接證據 對於發生法律上效力之係爭事實有直接證明之證據，卽爲直接證據 (Preuve directe; direct od. unmittelbare Beweis)。例如金錢債務訴訟事件，

僅據證人供述金錢借貸事實之經歷，即作爲本案之證據；因其自然的或單純的證明發生法律上效力之係爭事實，故又稱爲自然的證據(Natürlich Beweis)或單純的證據(Einfache Beweis)。

#### 間接證據

(2) 間接證據 依據某種事實(間接事實)之證明，對於發生法律上效力之係爭事實(直接事實)可以由此推知之證據，即爲間接證據(Preuve indirecte; indirect od. mittelbare Beweis)。換言之，即對於係爭事實，雖然不能有直接之證據；但能以此事實爲推知之資料，以證明彼事實，依實驗之法則，即可間接推知係爭事實之證據也。例如金錢債務訴訟事件，即令對於借貸事實之經驗，無證人爲之供述；但有證人供述債務者被告方面，雖處貧困情況之中，亦曾售回其已買田產之經歷，即足爲本案之證據，此即所謂證明情況之證據(情況證據 Indizienbeweis)或事實上之推定(Présomption de fait)是也。此種證據，因係證明情況(間接事實)，由人爲的以推知直接事實之證據，故又謂爲人爲上之證據(Künstlicherbeweis)，而與自然上之

證據相對立；又因係綜合二種以上之情況，從理論上以推知直接事實之證據，故又稱爲綜合的證據(Zusammengesetzter Beweis)或理論的證據(Logische Beweise)，而與單純的證據相對立。第一，因間接事實(間接證據)所證明之事實，即係依實驗法則而推知直接事實之事實，故爲屬於證據目的物之事實，而非證據方法。此兩種事實，又係同等之事實，當事人固得同時提出證明此兩種事實(包含審判以外之自認)之證據；審判官亦得於未有間接事實而爲法律上之推定時，對於事實之真否，加以自由的判斷(參照日民訴二二七條、德民訴二八六條)。故當事人關於可爲法律上推定之間接事實，務須在證據決定前主張之。第二，間接事實，須與證據之輔助事實(Hilfsfaktachen)相區別。證據之輔助事實，即當判斷證據方法或間接證據之價值時，可以參酌之事實，而成爲主要的證據抗辯之材料(參照日民訴二二四條)。例如證言信用之情況(參照日民訴三一二條三二二條)及證書真實之情況是也。然就輔助事實爲證據目的物之事實言之，亦與間接事實相同。故輔助事實，得依間接



證據推知之。例如核對筆跡真否之證據，即爲輔助事實之間接證據是也。

## (二) 本證及反證

本證及反證

區別本證及反證之標準，由當事人證明自己之主張事實，與證明對方主張事實爲相反之事實而定之。本證及反證，如均不能達到目的時，應對負有舉證責任之當事人加以不利益之裁判，此即適用舉證責任之原則也。

本證

(1) 本證 本證(Hauptbeweis)者，即負舉證責任之當事人所舉出之證據也。

例如原告爲證明所訴之事實起見而舉出之證據，或被告爲證明其抗辯事實起見而舉出之證據是也。

反證

(2) 反證 反證(Gegenbeweis)者，即當事人爲辯駁對方之主張事實起見，而將與之相反之事實予以證明之證據也(參照日民訴二二三條第一項)。故反證即爲防止本證成功之證據。換言之，即爲當事人對於對方之主張事實，防止審判官確信其真實而提出之證據。第一，反證之提出，有爲防止本證之成功，於本證提出之前

爲之者；有與本證同時舉出之者（例如訊問當事人雙方舉出之證人）；有爲推翻調取以後之本證舉出之者。第二，反訴，有許其爲否定法律上推定之事實起見而提出之者。學者亦有主張證明否定此種事實之證據爲本證，而非反證。因爲對於可爲法律上推定之事實而援用之當事人，固可以免除舉證之責任；而在其對方，則負有證明反對事實之舉證責任，故對方所舉出之此種證據，乃本證也（參照克蘭費納氏所著德國民事訴訟法教科書）。然以反對可爲法律上推定之事實而提出之證據，原爲辯駁此種事實所使用之證據，仍以解作反證爲適當（參照赫爾比西氏所著德國民事訴訟法論）。第三，反證有依直接證據爲之者；有依間接證據爲之者。其在直接證明否定本證之事實時，卽屬於依據直接證據爲之。例如本證係證明一定契約成立之事實，而反證則證明其契約之不成立或無效是也。其在間接證明否定本證之事實時，卽屬於依據間接證據而爲之。例如本證係證明一定契約成立之事實，而反證則證明其契約有不同之內容是也。

反證須與證據抗辯分別視之。證據抗辯者，係當事人對於對方負有舉證責任者之證據方法，主張有不能允許或不能信任者，而妨止其舉證之成功也。反之，反證者，則係當事人對於對方之主張事實，證明與之相反之事實，而妨止其舉證（本證）之成功也。二者各別，不可混同。

### (三) 證明及釋明

#### 證明及釋明

區別證明與釋明之標準，即由審判官具確信程度之強弱而定之。審判官完全具有確信時，是為狹義之證明；反之，具有低度之確信時，是即所謂釋明。德國普通法中，原分證據為完全證據與不完全證據之二種，此種區別，係與形式的證據主義相關聯，已不行於現代。法國亦就其對於證據目的之事實而信為真實之程度強弱如何，而分證據為完全證據及不完全證據二種，究竟何謂完全證據，何謂不完全證據，在原則上，則一任審判官之自由判斷。德日兩國民事訴訟法中所謂證明及釋明之區別，即以此種完全證據與不完全證據之區別為淵源，一若證明為完全證據，釋明

爲不完全證據也（證明及釋明，究與完全證據及不完全證據同係證據之種類乎？抑不屬於證據之種類，而屬於舉證之一種乎？學說尙不一致。德之赫爾比西氏以之爲證據之種類；而赫爾曼氏史丁氏等則以之爲舉證之一種）。

(1) 證明 (Beweis) 者，即使審判官對於某種事實之真否具有完全確信 (Volle Überzeugung) 之作用也。但其事實爲過去之事實者，當然僅以高度之或然 (Höchst Wahrscheinlichkeit) 爲已足。固然舉證之目的，在使審判官對於某種事實具有完全之確信；然而此種完全確信，乃爲審判上之確實 (Juristische Gewissheit)，而非數學上之確實 (Mathematische Gewissheit)，因訴訟法上所要求者，屬於彼而不屬於此也。在民事訴訟法上雖以絕對的或客觀的確實爲理想；但以人事難免於錯誤之故，乃不得不以相對的或主觀的確實爲已足，此即所謂審判上之確實是也。此審判上之確實，不外如前所述，依據一般實驗法。對於認有反對可能之事實，加以相當程度之推測而已（參照證據之意義）。

(2) 釋明 (Glaubhaftmachung) 者，即使審判官依據即時能行之證據調查，對於某事實之真否，具有低度確信之證據也。故釋明乃為內部的不完全之證據，其目的不在惹起審判官完全之確信；而在惹起低度之或然(大半為應然) (Eingeringeres mass von Wahrscheinlichkeit; eingeringerer grad von Wahrscheinlichkeit; der blossen Wahrscheinlichkeit; richterlicher Vermutung für die wahrheit) (參照日民訴二二〇條、德民訴二九四條)。原來裁判在某種特定之場合，本有僅以釋明為已足者，若在釋明已足時，必欲再為證明，即與訴訟經濟之原則相違背，此其所以承認釋明之制度，而法律上特將可為釋明之情形而明白規定之也。日本民事訴訟法係在第三十五條，五十七條，一百七十一條，一百七十六條，二百〇六條，二百一十四條，二百七十二條，二百八十四條，三百〇四條，三百四十六條，三百六十七條，三百七十二條，四百一十四條，四百一十六條，四百七十七條，五百條，五百〇三條，五百〇四條，五百四十九條，五百六十五條，七百〇六條，七百二十條，

七百四十條，七百五十六條，七百八十條以及八百〇三條等等之中，將釋明爲詳細之規定。由此等條文觀之，其能爲釋明者，多係法院得由當事人一方之聲請，不必審訊對方而爲裁判者。即令不然，在法律上所規定，必須審訊對方或必須經言詞辯論後而爲裁判者，亦係單純的訴訟法上之問題，而與訴訟之實體無關（關於訴訟之實體，其性質上，非有證明不能裁判；否則不能完成權利之保護）。蓋以在此等情形之下，雖依釋明而爲裁判，亦無損於對方，且於訴訟上有簡便之利益故也。關於釋明之規定得在他種場合準用與否？尙屬一種疑問；但在根據言詞辯論而爲裁判時，日本似無準用釋明之規定。至日本民事訴訟法第四百五十五條與四百五十六條及五百四十四條所規定之情形，又以解作可以準用爲適當，因在此等場合，純係對於訴訟法上之問題而爲裁判故也。又在可爲釋明者，是否尙須另爲證明？亦係一種疑問；但法律上如無以釋明爲已足（參照德民訴一〇四及六〇五兩條）之規定時，即當認爲尙須另爲證明，否則必至於不合日本民事訴訟法第二百二十條但書之規定。再

釋明爲證據之  
一種

者在實體法上必須釋明者，亦得適用釋明之規定，則不待言矣。第一，釋明爲證據之一種。故釋明必於需要證據時而爲之，因之對於當事人無爭執之事實，尤其對於自認之事實，顯著之事實，法律上推定之事實，認爲已可釋明者，無須再爲釋明。又因審判官雖能憑其自由之見解，評定釋明之價值；然而對於釋明，僅以具有低度之確信爲已足。故釋明比之證明，在審判官主觀的裁量上，可謂爲較有高度之裁量。其次，釋明雖得使用一切證據方法；但非即時能爲證據調查之證據方法，則不許用作釋明方法。即時能爲之證據調查，即係在言詞辯論時，不須延期不須繼續而能爲之；在未爲言詞辯論前而聲明主張時，即能爲之證據調查也（德之史丁氏雖有此種見解；但卓義費爾多氏則將即時能爲之證據調查，解作迅速能爲之證據調查，而主張某種證據調查得能即時舉行與否？須從審判官之意見以爲斷）。先就依據人證及鑑定之釋明言之，其在言詞辯論時之證人及鑑定人須與當事人一同在庭，不得單傳證人及鑑定人爲之。又當事人無請求傳喚證人及鑑定人之權利。當事人隨同證

人及鑑定人到案一事，其於證言及鑑定之憑信，亦無何等之影響。反之，在未爲言詞辯論時，則須當事人提出記載證人鑑定人所供述之書面，尤須提出依證據保全規定所作成之證據文件（參照日民訴三六五條）以及在公證人前所記載證人供述之書面（德之史丁氏主張在言詞辯論時，亦得依提出記載證人鑑定人所供述之書面而爲之）。在以上兩種場合，均無須證人鑑定人之宣誓，而以法院自由心證判斷證人鑑定人所供述之價值。次就依據書證之釋明言之，在言詞辯論時，當事人須於辯論中即時提出之。故不許依據聲請催令對方提出證書（參照日民訴三三五條），與聲請確定取回證書期間（參照日民訴三四二條），以及聲請囑託送交書類（參照日民訴三四六條）等規定，而爲證據之聲請。反之，在未爲言詞辯論時，則證書須於聲請時提出之。第二，釋明不必限於審訊當事人一方之場合，即在必要的言詞辯論之場合（參照日民訴二〇六條及二七二條第二項），或在審訊對方之場合（參照日民訴一七一條），均得爲之。此種場合，聲請人之對方，祇須爲推翻聲請人之釋明以及證明自

應爲釋明之場合



己之異議起見，與聲請人爲同樣之釋明。其超越釋明範圍以外之證據，不但不必要，亦且不能允許。故法院常於證明存在時，亦得僅就釋明而下裁判（參照日民訴七四五條）。但在能爲任意的言詞辯論之場合，法院爲使當事人在此種辯論中以提出即時能爲證據調查之證據方法起見，得令其進行此種辯論。

## 第五節 證據之目的物

證據之目的物

證據之目的物 (Thema pro' andum; Beweisatz, Der Gegenstand des Beweils)

有三。(一)係當事人主張之事實，(二)係法院可依職權調查之事實 (三)係法則及實驗之法則。

### (一) 當事人主張之事實

當事人主張之事實

當事人主張之事實，而能爲證據之目的物者，即當事人主張之事實，係關於具體的法律關係之發生、變更或消滅，而在法律上最關重要，且以證據爲必要者也。

## 第一章 總論 第五節 證據之目的物

事實之主張

(1)事實之主張 證據之目的物，乃係事實之主張(Belangung)，或係主張之事實；而非事實之本體。元來某種事實之真否，雖有客觀的確定，毫無爭執之餘地；但在訴訟上，則係當事人就某種事實之真否而為主張，再由審判官就事實真否之事實上的判斷，予以審酌後而為裁判，其證據，是以審判官對此判斷認為正當之心證為目的也。故證據之目的物，為當事人對某種事實真實與否之主張，而非事實之本體。

具體的法律關係之發生與變更或消滅之事實

(2)具體的法律關係之發生與變更或消滅之事實 屬於證據目的物之當事人主張之事實，須為關於具體的法律關係之發生與變更或消滅之事實。蓋以非係此種事實，即與裁判上不生關係故也。然此種事實，不必為過去之事實，即現存之事實，亦足為證據之目的物。以故法律行為之事實(過去之事實)，固然可為證據之目的物；即具體的法律關係，必須效力繼續之現在事實，尤其是扶養權利者對於扶養義務者為扶養金之請求，而以現在扶養為必要之事實，以及所有者對於占有者請求歸還

其所有物，而現爲對方占有事實等，皆足爲證據之目的物。又此種事實，不必爲外部的事實，即內部的事實，亦足爲證據之目的物。以故契約之事實或不法行爲之事實（外部的事實），固然可爲證據之目的物，即對於某種事實之明知或不知，以及故意或過失，善意或惡意之事實等（內部的事實），皆足爲證據之目的物。他如某種事變到來之積極的事實，固然得爲證據之目的物；即某種事變未到來之消極的事實，亦得爲證據之目的物。

法律上重要之事實

(3) 法律上重要之事實 屬於證據目的物之當事人主張之事實，須爲法律上重要之事實。此無他，因法律上重要之事實，其真否足以影響於裁判也。如非此種主張之事實，即無立證之必要（參照日民訴三三九及三四五兩條）。故凡關於訴訟關係成立之事實（尤其關於訴狀之呈出，法院管轄原因之事實）、訴訟手續中斷、中止、休止並承受之事實、訴之合法與否之事實（尤其是訴訟屬於普通法院權限之事實）（參照日法編一二條、日民訴二〇六條第一項第一號）、訴訟實施上有必要之第三者

同意之事實（參日民訴一二、一四、八七八、九二九等條）、互相擔保之事實（參照日民訴五一五條第二項第五號）、本案及其前提關係之事實、證據方法之證據力之事實（尤其關於證言信用之情況）（參照日民訴三二二條）等等皆屬之。

以證據爲必要  
之事實

（4）以證據爲必要之事實 證據目的物之當事人主張之事實，應以證據爲必要。所謂以證據爲必要之事實者，即當事人間爭執之事實，在法院尚未顯著之事實，且不能由法律上推定爲不許舉出反證而爲抗辯之事實是也。蓋以當事人間無爭執之事實，在法院已顯著之事實（參照日訴二一八條）；以及可由法律上推定爲不許舉出反證而爲抗辯之事實等，均不以證據爲必要之故也。

當事人間無爭  
執之事實

（甲）當事人間無爭執之事實 當事人間無爭執之事實者，即當事人於審判上自認之事實，以及依據日本民事訴訟法第一百十一條第二項之規定（顯然無爭執之事實，原告或被告不以他之陳述表示其欲爭之意思者，當視爲自認），視爲自認之事實也。第一，此種自認之事實，即係當事人於言詞辯論上或於受命

推事或受託推事前自認之事實，可以無須對方同意，而認爲無爭執之事實。以故祇於審判外自認之事實，即令記之於準備書面，亦不得謂爲無爭執之事實；但在審判上已爲自認之當事人，證明其自認係出於錯誤而取消時，其效力，自當回復其自認之事實而認爲有爭執之事實（參照德民訴二八八至二九〇條，又日本大正十一年二月十日大審院判決例）。第二，當事人間顯然無爭執之事實，既不以他之陳述示其欲爭之意思者，自當視爲自認之事實矣。以故無爭執之事實，自不以證據爲必要（*Prinzip der Kongruenz*）。然而此種推定上之自認，却與裁判上之自認不同，以後仍得隨時追述其未經陳述之事實，消滅以前推定之效力（參照日民訴四一七條）。反之，在裁判上已爲自認之當事人，則非證明其出於錯誤而取消之，不得失其效力（參照日民訴四一八條）。（推定上之自認，究爲對於不履行陳述義務之裁判？抑係訴訟達到某種程度時，因其對於對方主張之事實不爲應當爭辯之陳述，而使喪失其爭辯權利之效力？原有一種爭

論，德之蛙志哈氏係主前說，而畢右羅氏則主後說）。

在法院已顯著  
之事實

(乙)在法院已顯著之事實，在法院已顯著之事實，即令當事人間尚有爭執，亦不須何等證據，而判定其爲真實或不真實（參照德民訴二九一條，日民訴二一八條）。因已顯著之事實，原與審判官依調查證據之結果所認識者相同，均係根據職務上之實驗或各人所得使用之方法而認識之周知事實。故顯著之事實，不但在通常訴訟上勿庸立證；即在證書訴訟及缺席手續上亦然，當事人雖尚有爭執或自認相反之事實，亦皆無效。因而所謂顯著者，既非證據方法，亦非證據之目的物。證據方法，則係促令審判官就某種主張事實而獲得心證之立證手段；證據之目的物，則係當事人間在係爭上須要立證之事實。反之顯著者，乃因法院已有當然之認識，勿庸立證之謂也。故顯著既非證據方法，又非證據之目的物，而是勿須立證之審判官一種認識也。然而此種顯著之事實，雖然勿庸立證，却不可直認爲不許提出不真實之反證。在審判官依調查證據之結果所認

識之事實，既可允許提出不真實之反證，本此同一理由，則審判官認為顯著之事實，當亦可許提出不真實之反證。至於已顯著之事實，如顯著係真實者，固然不須何等證據，可作為真實者處理之；即令顯著係不真實或係顯然不能者，亦可勿庸立證，直認為不真實者處理之。而對方是否在審判上自認其真實，抑在法律上應當視同自認其真實（參照日民訴二四八條），均所弗問也。因當事人事實之主張，其顯著係不真實者，亦屬於日本民事訴訟法第二百十八條所謂顯著之事實也。第一，在法院已顯著之事實者，即審判官於職務上所認識之事實，或審判官所認識之周知事實也（參照日本大正十年一月二十七日大審院判決例）。茲為分析言之。（1）顯著之事實，原係在各個場合之具體的事實。以故一般經驗上或知識上之實驗規則（一般的事實），皆不屬於顯著之事實。實驗規則是否屬於民事訴訟法中所謂顯著之事實，學者間之主張原不一致。總之，實驗規則在其性質上，原係一般多數人所知者，雖不論法院認識實驗規則之

方法，係本於職務上之實驗，或本於一私人之研究，可以謂為顯著；但不得視為即屬於民事訴訟法中所謂顯著之事實。由此論之，是應以消極的論斷為適當（德之威士曼氏雖有積極的論斷；然大都以消極的論斷為通說）。(2) 審判官於職務上所認識之事實，即係法院依其職務上之實驗所認識之事實。以故雖於審判外僅為利害關係人認識之事實，或為任何人不認識之事實；然因審判官依其職務上之實驗所認識者，因之法院中認識之而成為顯著者，此即所謂審判上顯著之事實 (Gerichtshindgeleit) 也。審判上顯著之事實，是否屬於法院顯著之事實，亦為學者所爭論，然就審判上顯著之事實勿庸立證言之，應以積極的論斷為適當（德之普蘭克氏維年畢爾氏等，雖有消極的論斷，然大都以積極的論斷為通說）。而且審判上之顯著，係審判官作為職務上之行為而處理或由職務上之實驗而達成者，故單獨法院之單獨推事或合議法院之多數推事，因其須有充分之確信，尚以記憶之事實為必要。此所以審判官不依記錄而依記憶之事



實，不論其職務上之區別如何（或爲訴訟事件之推事而認識者，或爲非訟事件之推事而認識者，或爲執行事件之推事而認識者，或爲破產事件之推事而認識者），皆爲審判上顯著之事實。如某人爲訴訟代理人出庭之事實，在不動產登記簿上爲登記之事實，當事者於前次辯論期日已爲自認之事實，某人被處刑罰之事實，某人曾受扣押之事實，某人曾受破產宣告之事實等是也。反之，審判官基於法院記錄而能認識之事實，則不屬於審判上顯著之事實。如不動產登記簿中之登記事實，商業登記簿中之登記事實等是也。而且訴訟上需要此種事實，如依日本民事訴訟法第三百四十六條之規定，則須寄送記錄，作爲證據提出之。又就審判官於其職務上所認識之事實言之，此固審判上顯著之事實；但審判官私人所認識之事實，及其過去爲他種官吏（尤其是行政官）時所認識之事實；如審判官偶於途中得知訴訟原因之不法事實，及行使檢察官職務時所認識之事實等，均不屬於裁判上顯著之事實。蓋以此等事實，僅依審判官官能之實驗

，其與證人之認識，並無不同之處故也。又在訴訟中某種事實已記載於文書中者，是否以之屬於審判上顯著之事實？此亦學者所爭論，此種爭論，在審判官更調時，就其更調前記載於文書中之事實，決定是否為顯著之事實而言，雖亦有其實益；然終以消極的主張為適當（德之史丁氏係消極的論斷；而赫爾比西氏則係積極的論斷）。又審判官對於以前訴訟中當事者之陳述，及證據調查之結果等所記憶之事實，是否得於以後訴訟中探酌之？雖亦學者所爭論；然亦以消極的論斷為適當（德之史丁氏係積極的論斷；而赫爾比西氏則係消極的論斷）。蓋以當事者之陳述及證據調查之結果，僅於所為陳述及所為調查之訴訟，有其效力故也。（3）審判官所認識之周知事實，原係一般傳佈之事實，而為審判官於其職務上之實驗以外，尚得依其私人利用之方法所認識者。故此種事實，能在審判外，為多數不定之人所認識，而審判官因為亦能認識，於是法院內認識之而成為顯著之事實，此即所謂一般顯著之事實或顯然周知之事實（*Alte*

meinkindigkeit; Offenkindigkeit) 是也。此種周知之事實，不必人人皆知之，而以多數不定之人知之爲已足，凡於世界上，或某一集團（屬於某一國民某一階級之人，或營某一職業之人），某一地方所知之事實，皆爲周知之事實（例於歷史上之事實，天災及其他之事變等）。又此種周知之事實，不必永久知之，而以一時知之爲已足（例如世界偉人之生死，或某一地方某年之豐凶等）。而且不必爲多數人實驗之事實，僅以隨時得能實驗且無疑惑者，或雖無從實驗，然依官報及新聞並其他歷史上之傳說，傳布成爲真實，而無嚴格之異議者爲已足（例如年月日、地理、路程或歷史上之事實等）。至於學問上之真理，因其爲一般的事實（尤其屬於實驗之法則），非具體的事實，故不屬於周知之事實（學問上之真理，是否屬於周知之事實？此爲德國學者所爭論，卓意費爾多氏史丁氏等係消極的論斷；而羅意干普氏，批爾爾鄭氏等，則係積極的論斷）。周知之事實，在法院爲已顯著者，必須於審判官，亦能認識之，如係審判官不

認識之事實，即令爲周知之事實，亦不得謂爲法院顯著之事實。至於審判官認識周知事實之方法，法律上原無規定，故不問其在訴訟前，或在訴訟進行中，或依直接事實，或依閱讀新聞書籍以及他人之說明等間接之事實，但憑其得能使用之方法而認識者，均足謂爲法院顯著之事實。因而周知之事實爲審判官所不認識者，審判官得依閱覽書籍並於調查證據以外之其他方法認識之。如依此種方法不能認識者，得依鑑定認識之（參照日民訴一一七條）。鑑定人供述其事實爲真實者，不但可爲該訴訟上之證明，亦且對於將來成爲顯著之事實（顯著之事實，非日本民事訴訟法第三百三十三條所謂經驗之具體的事實，乃由專門知識所得之論斷（即*Res iudicata*），因其爲供述者，係鑑定人非證人。又所謂顯著者，係心證之原因，非證據之目的物）。（參照蛙志哈氏所著德國民事訴訟法講義，赫爾比西氏所著德國民事訴訟法要倫）。第二，就法院顯著之事實之前提條件言之：某種事實於法院爲顯著者，如係單獨法院，則須構成單獨法院之

顯著事實之審酌

單獨審判官認識之，如係合議法院，則須構成合議法院之過半數審判官認識之（自無須全員認識之）。蓋以事實是否顯著，應否允許不須立證？此與證據取捨之問題，並無不同故也。又某種事實於法院為顯著者，必須於判決法院為顯著。某種事實，有於下級法院認為顯著，而於上訴法院不認為顯著者；或於下級法院不認為顯著，而於上訴法院認為顯著者，因而上訴法院否認第一審法院所認定之顯著者，固須立證；然上訴法院除自行調查或認定某種事實是否顯著之外，尚可信任第一審法院所認為顯著者而認定之。上訴法院所謂顯著之認定，因其已成一種事實上之確定，故有拘束上告法院之效力（違背顯著之法則，固為上告理由；但認定顯著之當否，不為上告之理由）。然在上告法院因自為事實上之確定而為裁判者（參照日本民訴四四六條），亦須從一般之規定，而認定其是否顯著也。第三，就審酌顯著之事實言之：法院作為顯著事實而審酌之者，須係當事人所主張之事實；否則雖為顯著之事實，亦不得審酌之。蓋法

院審酌顯著之事實，祇須不要證據，並非不要當事人之主張也（參照日民訴二一八條）。學者亦有主張對於當事人所主張事實之徵憑（情況 *Indice*，例如當事人資產之程度）及證據之補助事實（例如證人之人格）並得以法院職權調查之事實（參照日民訴一一二條），祇須於法院為顯著；雖當事人無此種事實之主張，法院亦得審酌之（德之史丁氏即主張此種見解）。又有主張發生權利之顯著事實，雖依不干涉審理主義之原則，要有當事人之主張；然阻碍權利，或消滅權利之顯著事實，其與自認不實或不能之事實相同，而不拘束審判官者，審判官得毋須當事人之主張而審酌之（德之赫爾比西氏即主此說）。但此種區別，在法律上却無何等根據，故不能承認之（參照卓義費爾多氏所著德國民事訴訟法註釋）。不過顯著與否，當然繫於法院之認識，固無庸當事人之主張也。第四，就自認與顯著之關係言之：當事者所主張之事實，雖係對方所認之事實；但其不實已顯著於法院者不得供作裁判之資料。蓋以自認顯著不實之事實為無效

自認與顯著之  
關係

故也。此種場合，法院是否不應審酌？原為學者所爭論，或有主張當事人所主張之事實為對方自認者，即令其不實為顯著時，法院亦須認為真實之事實，因自認之事實，雖其不實為顯著者，亦有排斥調查真否之效力；而其不能為顯著者，更無論矣。亦有主張自認之效力，對於不能之事實及顯著之事實，自當受其限制者。即依據自然法則或實驗法則而不能獲得真實之事實，以及在法院以不實之顯著事實而主張為真實者，縱有對方之自認，亦不得以之為裁判之資料。其所以有此限制者，蓋以法院對於不能獲得真實之事實，無從調查其真否；而對於顯著不實之事實，則不要證據，復當與不能獲得真實之事實同一看待故也（德之威爾莫斯基赫爾曼氏等，係主張前說；史丁氏卓意費爾多氏等，則主張後說）。第五，就顯著之理由應否判示言之：當事者所主張之事實，固須示之於判決（參照日民訴二三〇條）；但已信其為顯著之理由，則不須判示之。蓋顯著之事實，應與調查證據結果所認識之事實相同；而且由審判官本其

心證所生之理由，並無判示之責任也。

不許反證之法  
律上推定事實

(丙)法律上推定不許舉出反證而爲抗辯之事實 不許舉出反證之法律上推定 (Præsumtiones iures et de jure) 者，即視某種有疑惑之事實爲無疑惑之事實，不許反證之法律上之推定也。故不可以此與法律上之擬制相混同。因法律上之擬制，係以不是現存而無疑之事實，視爲現存之一種法律上之規定（參照日民訴四三及九六八兩條）故也；但與法律上之推定，卻具有同一之效力。法律上之推定，原以防止由適用立證責任之原則而發生過酷之結果爲目的也。凡有主張事實，與對方所取之地位相反者，皆須就其事實之真實，負立證之責任，此即所謂立證責任之原則。惟因嚴格的適用此種原則，勢必生出失於過酷之結果，故法律於特種場合，對於向對方主張權利或禦防方法者，就其主張事實之真實，免除立證責任，此即所謂法律上之推定。此法律上之推定，有得舉反證與不得舉反證之二種，前者所謂簡易之法律上之推定 (Proes iuris)，後者則爲不



得非難之法律上之推定 (*Procs juris et de juro*; *Presomption legale infra-  
evidio*)。對於向對方主張權利或主張防禦方法者，一面賦與以免除其立證責任  
之利益；同時而又禁止對方爲反證之提出。此種法律上之推定，雖在民法無之  
(參照民法一三五二條)；然在民事訴訟法中(參照日民訴三〇條)，却有明白之  
記載。

## (二) 法院可依職權調查之事實

法院可依職權  
調查之事實

當事人間雖無爭執之事實，而法院應以職權調查者，即爲證據之目的物。例如  
關於當事人能力、訴訟能力、有無代理權限之事實(參照日民訴四五條)，以及關於  
送達訴狀、有無管轄權之事實是也(參照日民六條及一九五條)。

## (三) 法則

法則

對於當事人主張之事實所欲適用之法則 (*Rechtsätze*)，審判官不可不知之，  
故法則當然非狹義之證據目的物。然而民事訴訟法基於事實上之關係，在此當然之

法則之發見

原則中，亦設有界限。審判官對於本國現行之制定法（不論是否為國際條約）固須當然知之；但地方習慣法、規約及外國現行法，則無須當然知之（參照德民訴二九三條、日民訴二一九條）。雖事實上為審判官所未知之法則，因得為證據之目的物，應使審判官認知，以適用於當事人主張之事實；然審判官就此種法則，得有正當之認知者，乃其絕對之職權及職務，而當事者之自認，則不能拘束法院也。第一，就法則之發見言之：發見可以適用之法則，係以法院職權調查行之為原則；而地方習慣法、商事習慣法、規約及外國現行法得為證據目的物者，則為例外。日在此場合所指出之特別法則（即當事者之立證行為），亦不過為審判官之輔助，故不論當事人從事證明與否，審判官得以職權為必要之調取；且認為不必要者，得不為證據之調查。（子）受訴法院所屬國現行之本國制定法，審判官負有當然認知之職責，故此種制定法，不論是否為法律為命令，或基於條約之命令，審判官認為必要時，須以職權調查之職權審理主義）。（丑）地方習慣法（一般習慣法，更不待言）、商

事習慣法（日本民訴訟法第二百一十一條所規定之商事習慣，亦須解作商事習慣法。商事習慣，係一種實驗規則，非法則）、規約（基於自治權之團體規約，如城市鄉村之條例規則等是也。公司其他法人之定章，不屬於此。定章為法律行為，而非產生規則之行為。德之史丁氏主此見解；赫爾比西氏則主反對之見解）及外國現行法（依據德國民事訴訟法第二百九十三條之規定，係指他國之現行法，非指外國之現行法，故除外國現行法之外，尚指有德國各聯邦之現行法。又據日本民事訴訟法第二十九條之規定，係指外國之現行法而言，故其內地以外之內國法。特別關於臺灣朝鮮之法令，均與內國法令相同，內地審判官負有當然知之之職責）等，皆為審判官無須當然知之之法則；惟限於事實上為審判官所不知者，可證之於當事者。（1）不須審判官當然認知之法則，其存在成爲問題時，自勿須當事人特定之主張，且勿須為法定之證據調查。法院基於某種原因，將知此種法則時，能以職權審酌之，故勿須當事人特別作為證據，且對當事人之提出，有駁斥之權限。反之，法院不知此種

法則時，雖有以職權行使其適當調查之權利；然法院對於毋庸認知之法則，却無必須調查之職責，即不爲之，亦非違背法則，而以此作爲上告之理由。蓋法院惟於法律上所認定之權限內，而爲其適當之行使，因而審判官亦惟以保持其職務上之分位，盡此適當之義務耳。而且法院對於此種法則之調查，亦無異於事實之調查，不必拘於證據之界限及證據之手續，得利用其各種認識之方法（特別是利用參考書），如對於官署或公署，得請其提出報告（普魯士以製成現行法則之證明書，爲司法行政之一事項）或記錄，調取在他種訴訟中之陳述書或參考資料，其關於外國法者，亦得徵其官署之意見，在言詞辯論終結後，爲此種法則之調查。且由證據之決定，得對於主張外國法存在之當事人，令其提出必要之證據以證明之；然此種命令，僅在使當事人得有輔助審判官職權行動之機會，非令其負立證之責任，因之當事人亦無聲請調查證據之必要。又當事人不依此項命令而提出證據者，法院以無當事人之輔助，得就法則之存否，視爲證據上之利害問題而下判斷。且不能發見法則時，亦不

過具有必須駁斥當事人據此以爲聲請之效力（雖有當事人雙方之合意，法院亦不得因此確定其適用法則之存否。此爲法律上之問題，與事實上之問題不同之要點）。以故雖係當事人之主張；但因其依據無從立證之習慣法之聲請，亦須駁斥之。又依國際私法之原則，可以適用外國法而爲裁判；然未發見外國法之內容時，亦須駁斥當事人據此所爲之聲請（未發見可以適用外國法之內容時，是因未有可以適用內國法之法則也，故不能以此卽謂爲可以適用內國法）。（2）不須審判官當然知之之法則，其存否成爲問題時，對此法則之證據方法，則從一般之規定，故關於公布法令並規約之事實，以及構成習慣法要素之慣行之事實，得依人證以證明之。關於法則之內容，得依鑑定以證明之。第二，就法則之解釋及適用言之：此係審判官專屬之職務，應以其職權爲之，不受當事人行爲之拘束。以故就此而訊問鑑定人，則爲法律所不許也。

法則之解釋及  
適用

#### （四）實驗規則

## 實驗規則

實驗規則(經驗規則 Erfahrungssätze)者，即由吾人日常生活之實驗、交易上之實驗、歷史上之研究、數學上之指示以及事物性質上之實驗等所得之結果，簡言之，即各種經驗之結果也。當審判官從事審判時，除法則外，尚須以實驗規則爲前提。蓋法則雖規定權利上之發生與消滅及變更等事實，但不能包羅無遺，於是前提上，乃不得不借助於吾人經驗所得之結果(即生活上之規則 *Lebensregeln*)，以爲其補充。因而審判官或應用通常實驗之規則，以發見可供適用之法則之意義及範圍，或就證據內容與證據判斷及事實之認定，而應用實驗之規則，蓋以此等事項，非依實驗法不克確定故也(例如確定有無過失、是否違反善良風俗、是否通常價額、以及文筆事項，或爲文學上抑爲美術上之事業等)。第一，先就實驗規則之適用言之，實驗規則，不論當事人援用與否，審判官須以職權適用之。然此非爲顯著之事實，乃係一般之事實，例如電氣非有機物，乃內藏於有機物中之力，此種物理學上之規則，爲一般所認知之真理，以之爲實驗規則，亦與法則相同，不論當事者援用

實驗規則之適用

### 實驗規則之認識

與否，審判官須適用之。不過實驗規則存否之確定，並非事實之確定，故第二審法院雖然確定實驗規則之存否，却無拘束第三審法院之效力（參日民訴第四四六條）。

第二，次就實驗規則之認識言之：實驗規則，亦無須審判官當然知之；然審判官適當行使法律上之權限，因係適於保持其職務上之分位者，故亦得與認識法則相同，利用各種方法，以認識實驗之規則。而且審判官正當認識實驗規則時，亦與認識法則相同，以其絕對之職權及職務行之，不受當事人自認之拘束。又審判官於事實上所不知之實驗規則（尤其是非有特別知識不能認識之實驗規則），亦得依鑑定認識之。故實驗規則為鑑定之目的物亦即證據之目的物。蓋認識一切之實驗規則，終不能以此期諸審判官一人之身也（參照日民訴一一七條）。

## 第二章 舉證之責任

### 證明之必要

舉證之責任者，簡言之，即當事人為避免敗訴之結果，而有證明特定事實之必

### 第二章 舉證之責任

要(Notwendigkeit)也。舉證責任之法則，雖未完全規定於民法及民事訴訟法之中；然在民法及民事訴訟法中，以此種法則之存在爲前提者，得依推定之法則認識之。

舉證責任之法則

舉證責任之法則，僅於訴訟法上發揮其效力，故應以之屬於民事訴訟法，不屬於私法。從來學者對於舉證責任之法則，究屬於民法，抑屬於民事訴訟法之問題，頗有爭論，茲爲分舉於下。(1)就法國言之：法國於一千六百六十七年之勅令，曾將證據之法則，悉規定於訴訟法之中；厥後制定法國民法時，則將證據一般之法則規定於債務關係之中，而將其他證據之法則規定於民事訴訟法之中，顯係以民事訴訟法爲民法中規定證據之補充。此種編纂，實緣於起草民法者之錯誤，早爲識者所批評。原來法國民法多本於婆傑氏(法國法學者)之債務關係論(*Traité des Obligations*)，既係債務關係論，當然論及證據時，祇能限於債務關係；法國民法起草者忽焉不察，竟於制定民法時，直以載諸債關係論中之事項定爲條文；因而證據僅就債務關係而爲規定，此外物權關係及其他法律關係，悉遺忘之矣。此所以法國民事訴



認法必須補此缺點，另行規定證據調查之法則，而與民法共同完成證據之法則也。由此觀之，法國規定證據之法則，其非以之屬於民法之見地，已可明瞭矣（法之祚薛氏亦主張證據法則應規定於訴訟法中）。（2）就德國言之：德國係以舉證責任之法則屬於民法者。緣德國民法第一草案中，曾規定舉證責任之法則（參照德氏第一草案一九三至一九七條）；而不以之規定於民事訴訟法之中。厥後德國民法第二章案，雖經刪除此種規定，亦非完全根據反對之見地（舉證責任之法則不屬民法之見地）；認爲舉證責任之基本法則應委諸學說，而以舉證責任之特種法則規定於民法及其他私法之中，方爲適當（參照德民三四五條三五八條三六三條）。因之德國方面，則依私法中爲表明法律事實之效力所規定之舉證責任之一種慣例，以致將舉證責任之問題，遂誤解爲私法上之問題矣。（德之赫爾比西氏普蘭克氏史丁氏蛙志哈氏等多數學者皆主張舉證責任之法則爲訴訟法上之法則，非私法上之法則；而列翁哈爾多氏則主張爲私法上之法則）。（3）就日本言之：其對於舉證責任之法則，則以之爲

私法上之法則。究竟是否具有不以之規定於民事訴訟法中之旨趣，亦不無疑問。若以之爲私法上之法則，則在實體上可從外國法判斷法律關係時，即可依據規定私法關係之外國法以決定舉證責任之問題；不得依據確定訴訟關係之法院所在地法以決定之。若以之爲訴訟上之法則，則舉證責任法則之違背，卽爲違背訴訟手續之規定（參照日民訴四三八條第三項、德民訴五五九及五五四條）。以故此爲實際上頗有利害關係之問題，不能僅以單純之理論問題視之。學者或主張日本民事訴訟法，係與德國民事訴訟法相同，非以舉證責任之法則規定於民事訴訟法；實係以之爲私法上之法則，此種旨趣，在沿革上確係以德國民事訴訟法爲模範。然而立證責任法則之內容，若在當事人之主張適當或立證殘缺時，卽係指示審判官應如何裁判以避免不爲裁判之結果。是舉證責任之法則，乃單爲訴訟而存在，且爲實用之法則，故應謂爲訴訟上之法則。固然應當裁判之法律關係及其先決問題之事項，就其效力之規定言之，如此種法律關係及事項，爲私法上之關係及事項時，誠然屬於私法上之法

則；但舉證責任之法則，不但施行於私法上法律關係之主張，亦且施行於公法上法律關係之主張（尤其是訴訟關係之主張。如訴訟要件之存在），由此觀之，舉證責任之法則，不屬於私法上之法則也明矣。

舉證責任與當事者之合意

當事人對於舉證責任之合意，不能認為有效，如認為有效，勢必侵害審判官之判斷權（Substantiationsfrei）。然以舉證責任之約定形式，就實體上之權利所定之契約，則不能認為無效。此種契約是否無效，須從一般之法則規定之。依赫爾比西氏之例示觀之，某圖書館之圖書付諸火災保險時，保險契約者約定須依圖書目錄證明其損害者，固然保險契約者製成圖書目錄，並應記載之書目加以保險等等，在私法上為有效，且保險契約者，應當證明，亦為當然之道理；但僅依圖書目錄之提出，而為損害之證明者，則不能認為有效（參照赫爾比西氏所著德國民事訴訟法要論）。

## 第一節 舉證責任之意義

舉證責任之意

義

舉證之必要

舉證責任者，即當事人爲避免敗訴之結果或蒙受利於自己之裁判起見，有就其主張之特定事實加以證明之必要（*Nathwendigkeit*）也。茲爲分析說明之。第一，舉證責任，原爲舉證之必要；並非舉證之權利（*Beweisrecht*），且非舉證之義務（*Beweispflicht*）。（一）在德國古代訴訟法採取形式的證據主義時，所謂當事人之宣誓及神裁等，即爲舉證之方法，因對於舉證有允許當事人一方爲之不許他方爲之之規定，故舉證爲允許舉證之當事人對於不許舉證之當事人之權利，有此權利之當事人不行使其權利時，即因此成爲敗訴者。又在羅馬法採用實體的證據主義時，因當事人雙方均得自由提出其主張真否之材料，故舉證爲雙方當事人之權利，非一方之權利。反之，依據德國普通法之規定，審判官對於當事人間有爭執之事實而無證明者，得認爲不明確之事實，勿庸致力爲其不真實之證明。證明必須於審判官認其爭執之事實爲真實而有不加肯定之危險時爲之。從事證明，係居攻擊地位者之責任（*onus probandi*），非居防禦地位者之責任。又因從事證明而無效果時，採取勿庸證明之觀念，

遂至認定攻擊者負擔舉證責任(或舉證之義務)，防禦者具有反證權利之法則。學者常謂此種舉出反證之權利，在證據判決中必須明示的保留之。此種法則，原係德國古代法之遺物(參照普蘭克氏所著德國民事訴訟法教科書)。由此觀之，德日兩國民事訴訟法在沿革上確係承襲德國普通法上舉證責任之觀念。故舉證責任非舉證之權利。(2)在德日兩國民事訴訟法中，因有舉證義務或證據義務之文句(參照德民訴五九七條、四四七條、五九八條，又日民訴四八九條四九〇條)，亦有視舉證責任為舉證義務者；此種法律文句之不適當，原為學者所批判(Unpassenden Ausdruck)。(參照佛金古氏所著德國民事訴訟法教科書)。又舉證責任係對自己之義務，非對他人之義務，當事人不證其應證之事實時，不過因此受不利益之影響，非對他人不履行義務，而負賠償之責。(3)在民事訴訟法上，審判官對於當事人主張之事實，不得以不確信是否真實為理由，拒絕實體裁判(參照日民訴二一七條)。故當事人各種主張之事實必須證明者，須由當事人證明之。若無證明時，則以此種主張之

事實爲不真實者處理之，而此當事人遂受不利益之影響。當事人此種證明之必要，即稱爲舉證責任。故謂舉證責任者，即當事人爲避免敗訴起見，而有證明其主張事實之必要也。第二，有舉證責任之事實，即係當事人之主張事實。原來可以適用之法則，係以法院職權調查之者，故勿庸證之於當事人。且在採用不干涉審理主義之民事訴訟中，法院非就當事人所主張之事實，則於審判上不加以斟酌，以故非當事人主張之事實，即無證明之必要。第三，當事人負擔舉證責任之事實，即就審

審判上應加審酌之事實

判上所斟酌者而有利害關係之事實。故主張發生法律效力之當事人，須證明權利成立或權利存續之事實。又主張不發生或消滅法律效力之當事人，則須證明權利不成立或權利消滅之事實。因而當事人達其證明之目的時，則受利於自己之裁判，不達其目的時，自受不利於自己之裁判，事理顯明，勿庸多述。

## 第二節 舉證責任之效用

舉證責任之效用  
第一效用

舉證責任之效用，可分爲以下數種言之。第一，當事人對於性質上可以爭論之主張事實，在爭執中而不立證者，法院得認爲不真實或不存在之事實處理之。惟對於此種事實之斟酌，因使有利益之當事人歸於不利益之故，所以訴訟要件一經存在，則須行使實體裁判，不得以不確信當事人主張之事實是否真實爲理由而拒絕實體裁判（*Beweislastablenkung*）。原來民事訴訟法，亦與刑事訴訟法相同，其目的，即在行使適於真實之裁判（實體的真實主義）；不在專於發見形式的真實（形式的真實主義）。以故法院行使裁判時，不問當事人持任何主張提出任何證據，均須詳加斟酌之（斟酌抗辯權之主張，須有抗辯者之意思表示，此爲例外。如日本民法第五百三十三條所規定之同時履行之抗辯權）。所謂主張及證據之共通斟酌者是也（*Gemeinschaftlichkeit der Partei behauptungen; Gemeinschaftlichkeit der Beweis*）。又審判官發問時，對於認定真實事件之關係，有使之爲必要陳述之權限，並對於應證之事實，有使之提出證據方法之權利（參照日民訴一一二條、德民訴一三九條

第二章 舉證之責任 第二節 舉證責任之效用

五〇二條），所謂釋明權者是也（Aufklärungspflicht）。此外對於當事人間爭執之事實是否真實，可依審判官自由之、證判斷之（參照日民訴二一七條、德民訴二八六條），不僅應斟酌當事人提出之證據，且應斟酌當事人陳述之內容及當事人之舉動（例如當事人藉口舉證責任，拒絕釋明全部事件關係之舉動），所謂自由心證主義者是也。（Freie Beweiswürdigung）（自由心證主義，因非單就當事人提出之證據加以斟酌者，故學者認定Beweiswürdigung之語失於過狹）。民事訴訟法既已設此種種法則，努力適於真實之裁判；而仍不免對於事件真實之關係，難於明確者，並無他故，實即由於未提出適當之證據方法，以及適用非就當事人之主張並其提出之證據不得斟酌之原則故耳。又民事訴訟法，有與刑事訴訟法受同一原則之支配者，即於行使實體裁判上，必要之訴訟要件一經存在時，皆須以原告之請求為正當，或以被告之主張為正當，而行其實體之判決。以故法院不得以事件關係不明確而拒絕裁判，一如不得以法則不明確而拒絕裁判者，顯係同一之理由。此種繫屬於法院之事件，



其所以必須行使實體的終局裁判而終結之者，亦無他故，實即出於司法上最高利益之政策，縱有不適於真實之裁判，亦須犧牲之，而以實體裁判作事件之終結。然而民事訴訟法，亦有與刑事訴訟法不同者，在刑事訴訟法上，國家對於應加處罰之行為而行處罰者，雖有其利益，但代表國家之檢察官，非居當事人一方之地方，一方面除蒐集被告有罪之材料外，尚須蒐集無罪之材料，提出於法院，保護被告；一方面負有不令法院誤判之職責，且得主張被告方面作爲當然利益之無罪材料，並提出其事實之證據，如犯罪事實爲不確定者，須對被告爲無罪之裁判。然在民事訴訟上則不然，一方面須使當事人分擔主張責任(Auführungsverantwortung)，及舉證責任(Beweislast)，當事人一方對於特定事實之主張，須於必要時負立證之責任；其對方對於他種特定事實之主張，亦須於必要時負立證之責任；對於無主張之事實及有主張而不立證之事實，皆可作爲不存在者處理之。因之對於不明確之事件關係，亦得爲實體之裁判；一方面，又因當事人在言詞辯論中有其利害關係，或由法院明權之應用（參

照日民訴一一二條），而提出應行提出之材料，發見真實之事情，務期作成適於真實之裁判。由此觀之，可知主張責任及舉證責任，係為對於不明確之事件關係尙得行使實體裁判而設也。主張責任之效用，即在對於當事人所要主張之事情，而當事人之一方或其對方不為主張時，法院得認為未有主張此種事實之存在者而處理之。例如金錢債務訴訟事件，不論被告償還與否，如其未主張償還之事實，即認為無此事實，而判令償還之是也。又舉證責任之效用，即在當事人就其應當爭執之事實而無證明者，法院得認為不真實之事實而處理之，因對這種事實之斟酌，致有利益之當事人，不得受不利益之裁判。例如金錢債務訴訟事件，如原告（債權者）自認被告（債務者）已經償還之事實時，則被告對於償還之事實，自不負舉證之責任；但於償還事實有爭執時，則被告對於此種償還事實，不得不負舉證之責任是也。又如原告之主張本係顯著之事實（不得爭執之事實），被告雖有爭執，原告亦不負舉證責任（參照日民訴一一八條）是也。以故主張某種權利之成立，如無證據時，則在訴訟上

## 第二效用

，即已明其權利之不成立。又主張某種義務之消滅，如無證據時，則在訴訟上，亦已證明其義務存在。此所以當事人主張之事實，在其能否證明之關係上，實負有重大之責也。第二，在終局裁判前，一方面當事人須就其主張之事實，盡量提出證據，同時法院亦須避免無益之證據調查。依據德國普通法之規定，則在證據調查以前，即已確定以證據裁判證之事項與由舉證責任者負之事項。反之，依據德日民事訴訟法之規定，則屆終局判決時，已不為舉證責任之裁判，此種規定即採取不使主張與舉證分離之主義（*Beweisverbindungstheorie*），而結合主張與舉證為一個之言詞辯論也。以故舉證及證據調查之責任問題，須於裁判前定之，當事人雖能準據舉證責任之原則，繼續舉出證據；然此非對於舉證責任之裁判。又法院對於證據調查，雖限於特別訴訟手續時，得為證據之決定（參照日民訴二七四條第二項、德民訴三五八條）；然此係訴訟指揮之裁判，法院並不受其拘束，得能隨時將證據決定變更之，補充之，廢棄之，或終止其施行。而且當事人主張之事實，一經依據調查

之證據證明後，即不論提出證據方法者，究係舉證責任之當事人，或其對方，法院須根據證據共通斟酌之原則而斟酌之。但法院於發問時，須注意當事人應當提出證據之旨意（參照日民訴一一二條），就其立證責任而下判斷，蓋此種職務之執行，即係以此種判斷為前提要件故也。惟行此種職務，因係法院之訴訟指揮權，故不受其拘束耳。又法院於證據決定前，不可不考量舉證之責任問題。聲明舉證責任之當事人，如非舉證責任者，則其證據調查，即成為目的之欠缺。因負有舉證責任之當事人，不證明其主張之事實時，即可依據舉證責任之原則，蔑視其主張之事實。惟證據決定所以為訴訟指揮之裁判而法院不受拘束者，實即由於能使法院在有疑義時，不下舉證責任之裁判；免其錯誤裁判之不當結果，藉以阻止其行使無目的之證據調查也。由此觀之，可知舉證責任原則之效用，即在終局裁判前，當事人須就其主張之事實，以盡量舉證為準則；法院亦須以避免無益之證據調查為目標也明矣。第三，法院務須斟酌辯論之全部旨趣，及證據調查之結果而下裁判（參照日民訴二一

七條)。蓋以法院所應斟酌者，不僅負舉證責任之當事人所主張之事實及其提出之證據；尤須注意辯論之全部旨趣及證據調查之結果故也。例如原告已經被告受一部償付而主張抗辯事實時，或被告對於原告所應證明之事實而聲請證據時，法院均須斟酌此種主張事實及證據調查之結果而下裁判；但對於斟酌實體上抗辯權之主張，必須權利者之意思表示，是為例外，因其為權利者之當事者，故須就其當事人所主張之事實斟酌之。

## 第二節 舉證責任之前提

舉證責任之前提

舉證責任法則之施行，係以不干涉審理主義（*Offizialverfahren*）為前提要件。蓋在採取不干涉審理主義之訴訟上，必須當事人提出訴訟材料於法院，法院無以職權蒐集之職責。故認定有主張責任及舉證責任之必要；但在採取干涉審理主義（*Verhandlungsmaxime*）之訴訟上，法院負有蒐集訴訟材料之職責，當事人不負提出訴

訟材料之義務。故不認定當事人有主張責任及舉證責任之必要。此所以在于干涉審理主義中屬於民事訴訟及刑事訴訟之人事訴訟，不行舉證責任之法則。學者有分舉證責任爲實體上之舉證責任 (Materielle Beweislast) 及形式上之舉證責任 (Formelle Beweislast) 之二種。在採取干涉審理主義之刑事訴訟及人事訴訟上，當事人亦有舉證之必要者，此即所謂實體上之舉證責任；惟在此種場合，當事人之舉證行爲，係由法院之證據調查而補充者，故其舉證非爲勝訴之條件，因而亦無使其分擔舉證責任之必要。反之，在採取不干涉審理主義之民事訴訟上，法院無以職權蒐集訴訟材料之權限，僅能就當事人於訴訟上所提出之證據方法，供其判斷之資助者，此即所謂形式上之舉證責任，既然當事人之舉證，可爲勝訴之條件，因而有使當事人分擔舉證責任之必要。此種區別，雖係無益而且失當之主張，然亦有應加注意者：

- 一、對於法院應以職權調查之事項 (Die Prüfung von answeign)，因法院無負以職權蒐集訴訟材料，發見真實之責任，僅能就當事人提出之訴訟材料，勿須其聲請 (

Partenitive)而加以調查者，故有當事人之主張及舉證之必要，於是能行舉證責任之法則。第二，對於公法上之事實，而在民事訴訟上爲其判斷時，亦行舉證責任之法則，例於犯罪行爲之事實、訴訟要件、訴訟費用等事實，又訴訟上之事實、民事訴訟前提之行政法上之事實等是也。

#### 第四節 舉證責任之分擔

舉證責任之分擔  
分擔之根據

舉證責任之分擔者，既與主張責任之分擔同係根據於不使權利之實行，有不適當的困難之條理也(Billigkeit; Zweckmäßigkeit; C'est un principe de raison et de sensibilité sociale tout à la fois que d'imposer la preuve à celui qui veut innover)。不干涉審理既爲舉證責任之前提條件，自能由此明瞭除有主張責任外，尚有舉證責任；但以不能明瞭某一當事人負有舉證責任之故，所以依據不干涉審理，不能說明舉證責任分擔之關係。如是對於當事人間舉證責任分擔（即原告勿須證明一切主張之事實

，尤其是權利不消滅之事實）之法則，遂發生種種之爭論。有謂此係對於各當事人利益之主張，可以期望之民事訴訟組織（Kontradiktorischen Gestaltung des neores）之結果者（德之史丁氏等主張之）；有謂係對於一旦成立之權利或一旦發生之事實，推定其存續之結果者（德之列臥拉爾多氏佛金古氏等主張之）；有以之爲論理上之要求（德之斯鐵最爾氏等主張之）或條理上之要求者（赫爾比西氏等之主張）。總之法院對於當事人間有爭執之事實上之主張，不能確信其真否時，則以其事實爲真否不明確之事實。此種不明確之事實，不得全然歸於原告之不利。蓋對原告要求其現在所主張之請求權須有一切積極與消極之證明，不僅足使權利之實行發生困難。且使裁判上實行多數之請求權歸於無益，其所以如此者，非由於其原因之權利有缺欠，乃由適當證據有欠缺故也。由此觀之，可知舉證之責任，實以當事人間分擔爲適當，換言之，即於應證之事實不明確時，則視其事實與依訴訟所主張之請求權之關係，而使不利益歸於原告與被告。此即舉證責任分擔法則存在之起因，而德之休味得氏



則稱之爲習慣法上之條理(Gewohnheitsrechtliche Billigkeitgründe)也(參照休味得氏所著德國民事訴訟法教科書)。

舉證責任與真實供述之義務

舉證責任之分擔，與主張責任之分擔相同，皆不能違反供出真實事實之義務，因各當事人皆負有舉證責任，故對於事件之關係，非僅有利於己者之主張之權利，而且各當事人不論是否負有舉證責任，須在確定事件之關係上，皆負有履行必要陳述之義務。

舉證責任分擔之法則，亦與主張責任分擔之法則相同，皆由便於權利之實行起見，特存在於民事訴訟中之法則，非存在於刑事訴訟中之法則。故舉證責任分擔之法則，能行於應加判斷之當事人事實上之主張(出訴原因之事實、抗辯原因之事實)，不能行於其他之事實。又舉證責任分擔之法則(亦與主張責任分擔之法則相同)，僅於民事訴訟中發揮其效力。故屬於民事訴訟法，非屬於私法。然在立法便利上，當制定民法及其他實體法時，因斟酌舉證責任分擔之法則，常設種種舉證責任之

規定。所以舉證責任分擔之法則，必須綜合探究民事訴訟法之法意與私法及其他實體法中關於舉證責任分擔之各種法則而認識之。依此方法認識之舉證責任分擔之法則，就其旨趣言之，究不外當事人之權利主張而為對方所否認者，則主張一切必要之事實，使之為正當；且於必要時證明之（參照日民訴二四八條「以請求為正當」，又四八四條「所舉請求理由之一切必要之事實」）。因不證明此種事實之當事人，即於訴訟上蒙受不利於己之結果故也。

### （一）當事人權利之主張

當事人權利之主張

各當事人須先為權利之主張（參照日民訴一一〇條）。原來各當事人所請求之法律上之效力，係由當事人間所成立之法律關係而發生，故當事人須主張此種具體的法律關係（如某種權利成立或不成立之旨意）之權利。在民事訴訟上，當事人單為事實上之主張者，自係失當之見解。第一，權利之主張，可分為原告之主張與被告之主張二種。（子）原告或依請求判決之形式，主張實體上之權利，或依一定之聲

原告之主張

請，主張訴訟上之權利。(1)原告須於訴狀上表示其所據為請求之一定目的物及其一定之原因，請求判決(參照日民訴一九〇條第二項第二號)。在刑事訴訟上，法院可不斟酌當事人之聲請，而能確定法律之效力，故向法院僅以表示應加判斷之具體的事實為已足。反之，在民事訴訟上，因法院須受聲請之拘束(參照日民訴二二二條)，故原告須於應受判決事項之聲請中，表示其所欲主張之法律上特定之效力，係發生於某種特定之事實。所以請求給付之原告，須有主張以給付為目的之權利，例如根據所有權請求歸還某種物件，或根據占有權請求歸還某種物件是也。若原告根據占有權請求歸還某種物件時，縱然由原告主張之事實，得認其有所有權，亦不能認為根據所有權之請求而為判決。因給付事件，非從原告所表示之原因及目的物，則不得判令被告負此義務故也。又請求形成之原告，須以變更權利為目的而形成成權之主張。例如根據離婚請求權請求判決離婚之形成是也。無此形成權之主張，法院即不得為此形成判決。其他請求確認之原告，必須主張其所要求確認之法律關

係。例如主張所有權之法律關係或占有權之法律關係是也。蓋表示請求之原因及目的物，不外在請求之特定的表示中，表示出訴原因之必要事實也。所以不屬於此種事實之事項，而屬於法律上重要關係之列舉（例如對於出訴目的之債權，作為其債權者之承繼人，而有承繼權之事件）以及事實上重要關係之列舉（例如以千元買賣房屋之事件）者，須於以後言辭辯論中主張之。（2）原告須依一定之聲請，表示其要求判決之種類（如給付判決，形成判決或確認判決）及內容（參照日民訴一九〇條）。換言之，即原告須依一定之聲請，主張其訴訟上之權利。例如原告對於法院有主張權利保護之請求權，或法院對於原告有權利保護之義務是也。（丑）被告對於原告之請求，得承認或否認之。如在承認時，則係被告認定原告所主張之實體上之權利及由此所主張之訴訟上之權利（要求有一定內容之判決之權利）為有理由，而為承認之意思表示。以故在此承認時，對於原告權利之主張，被告自無權利之主張。反之，在被告否認原告之請求時，則被告對於原告權利之主張，即依其爭執旨意之主

張及反對權之主張，而爲其權利主張（被告不爲辯論時，不過視爲對於原告事實上之言詞供述之自認；仍須以原告權利之主張爲有爭執者處理之）。（參照日民訴二四八條、德民訴二三一條）。（1）在被告具有爭執旨意之主張中，包含對於原告所主張之實體上之權利存在及由此所主張之訴訟上之權利存在，均有爭執旨意之主張。或以無訴權，法院管轄錯誤，原告訴訟實施權之欠缺（當事人資格之欠缺）、權利保護利益之欠缺等爲理由，而對於訴訟上之權利存在，主張有爭執之旨意；或以訴訟要件之欠缺爲理由，而對於此種權利之存在，主張有爭執之旨意。（2）被告反對權之主張中，有對於原告所主張之實體上之權利者，與對其訴訟上之權利者。前者卽所謂民事上之抗辯或抗辯權（*Einrederecht*），對於給付之請求而主張之；且其主張，有對於給付之請求完全不得舉行者，或一時不得舉行者，或於一定之限度內得舉行者等等之效力。又後者卽所謂訴訟上之抗辯或抗辯權（*Prozessualen gegenrechte*），其主張，有使原告要求判決之權利不得舉行之效力。第二，各居攻擊地位者

原告地位者

## 第二章 舉證之責任 第四節 證責任之分擔

七一

之說明義務

，須依據權利之主張，說明其聲請之正當；而其對方，却勿須說明此種聲請之不當。原來訴訟當事人，即在爭取法律上之效力，努力於其認定或否認；而其事實上之主張，則係出於促使審判官能下判斷之目的。故居攻擊地位者，不論原告或被告，均須依據權利之主張，說明其聲請之正當，否則攻擊者之聲請即不能謂為正當也。以故原告為說明其出訴為正當，及其訴訟中之聲請（例如要求訴訟上之救助）為正當起見，必須為權利之主張；或被告已提出訴訟上或實體上之抗辯權時，為說明其聲請為正當起見，亦須為權利之主張，例如已行使取消權或抵消權者是也。且為說明聲請正當起見，如對某種法律關係主張其不成立時，則為此聲請者，亦須有此種權利之主張。例如消極的確認之訴，原告須有某種法律關係不成立之權利主張是也（消極的確認之訴，是否須使原告證明其聲請為正當之事實，則屬另一問題）。

## （二）當事人事實之主張

當事人事實之

各當事人事實之主張，於必要時，須證明之。原來當事人所請求之法律上之效

力，係發生於當事人間所成立之法律關係，即為結合法律上之效力於某種事實之法律上之形成物。當事人一方權利之主張為他方否認者，法院惟依形成其請求原因之法律關係之事實，認為其實在後，始能認識其請求之當否。法院如已確定此種事實為真實時，即足承認當事人之請求，否則即須否認之。以故當事人權利之主張一經對方否認後，為使其成為正當起見，即須主張一切必要之事實，且於必要時證明之。依據德國普通法之規定，主張事實之責任，委諸各當事人之判斷；但舉證責任，為使當事人省略判斷勞力起見，則以證據判決，斷定應證之事實及舉證之責任。依據日本民事訴訟法之規定，則與法德民事訴訟法之規定相同，不僅主張事實之責任委諸當事人之判斷，而舉證責任亦如之。此所以當事人於其利害上，不可不判斷舉證責任之有無，而提出證據也。但法院無妨由發問而促起舉證責任問題之注意（參照德民訴一三九及五〇二兩條、日民訴一二五條）。

法律上之效力

(I) 法律上之效力由法定事實發生者 在此場合，舉證責任之分擔，得審究此

由法定事實發生者

種法定事實之構成認識之，尤其法定事實係私法決定之事實時，得審究私法之規定認識之。此處雖不能詳述各種舉證責任之法則；但法律上之效力由法定事實發生者，其舉證責任分擔之通則，就其旨趣言之，即在主張法律上之效力之當事人，必須主張與法律上之效力相結合之法定事實爲同一之具體的事實，且於必要時證明之。原來當事人在民事訴訟上所應努力者，即在承認或否認法律上之效力；而事實上之主張，不過在使法院能作承認或否認之結論。故主張法律上之效力之當事人，必須主張與此種效力相結合之法定事實爲同一之具體的事實，且於必要時證明之。又因法律上之效力，不論爲權利之發生與權利發生之妨害，或爲權利之消滅或變更等區別，而主張法律上之效力之當事人，其所主張之具體的事實，究不外權利發生之事實與妨害權利發生之事實，或爲權利之消滅或變更之事實。由此觀之，可知使權利主張爲正當之事實，則爲權利發生中必要之事實，與妨害權利發生之事實，以及變更或消滅權利並妨害其行使之事實。又因權利之存在，除權利發生中必要之特別事



實以外，尚須有屬於一般前提要件之成立事實（例如意思能力，行為能力，錯誤等事實），以及一旦發生之權利而不消滅不變更或不發生妨害其行使事項之事實。故主張權之存在者，必須主張權利發生中必要之特別事實與權利成立之一般前提要件之事實，以及權利不消滅不變更或不妨害其行使之事實，且於必要時證明之。然而此種理論上之法則，因使權利之實行，頗感困難，且生權利歸於烏有之結果，故立法政策之旨趣，則採取一般原則，即主張權利之存在者，必須主張權利發生之事實，且於必要時立證之，及主張妨害權利發生之事實者，或主張權利變更消滅或妨害其行使之事實者，皆須立證之。而使主張權利存在者，對於妨害權利發生事項不存在之事實，以及權利無變更無消滅或無妨害其行使事項之事實，皆免除其主張或立證之責任。由此觀之，舉證責任之問題，可謂與主張責任之問題相同；且可謂舉證責任，即係舉證責任之效果（Der Frage nach der Beweislast ist somit identisch mit der Frage nach der Behauptungslast; Die Beweislast ist also nur eine Folge der

## 第二章 舉證之責任 第四節 舉證責任之分擔

Behauptungslast)。(參照赫爾曼氏所著德國民事訴訟法論)。(德之威士曼氏，則認定論斷立證責任問題與主張責任問題相同，或認為立證責任之結果者為不當。彼以為當事人固須主張應當證明之事實；然不得謂當事人主張之事實，在理論上均須證明之。如以契約不履行為事由而行違約金之請求者，在理論上，固須主張不履行之事實；但勿須證明之。又如以債務不履行為事由而行損害賠償之請求者，在理論上，固須主張債務不履行應由債務者負責之事由；但亦勿須證明之。然在此種場合，因須主張且證明債務者妨害權利發生之事實，故彼之說明，實不足否定前述之論斷)。蓋以當事人必須主張且證明自己之主張為正當者，係從一般之法則，非僅從實體法之規定故也。學者亦有主張實體法係以發生當事人所請求之法律上之效力為前提要件者，故認定舉證責任分擔之法則雖屬於訴訟法；而當事人主張之事實，且於爭執時必須證明之事實，則須依實體法決定之。然此種見解，亦不免失當，蓋以訴訟要件存否發生爭執時，須依民事訴訟法，以決定當事人應主張證明之事實。固

權利發生之事實

然法律上之效力所結合之法律上之事實，如係私法上之事實時，應依私法之規定，決定某種事實必須當事人之主張及其證明；但係民事訴訟法上之事實時，則須依據民事訴訟法之規定，而決定某種事實必須當事人之主張及其證明也。今就權利發生之事實 (Rechtsbegründen Thatsache; Rechtserzeugenden Thatsache) 言之，此即請求權成立上必要之事實。至於何種事實屬於此種事實之問題，則從一般之法則規定之。例如根據贈與契約請求給付之債權者，須證明贈與契約成立之事實，勿須證明贈與者之行為能力；又如根據買賣契約請求交付其目的物之買主，須證明其契約成立之事實，勿須證明賣主之真意。蓋行為能力之有無及是否為虛偽意思之表示，乃係妨害其權利發生之事實；而債權者或買主所主張之權利成立之事實，却仍然成立也。所以根據債務不履行 (例如遲不給付以致目的物之滅失而請求損害賠償之債權者，僅就此種請求權發生原因之債權而證明其成立為已足，勿須證明債務不履行應歸債務者負責之事由。反而債務者却非證明已用相當之注意而仍不能履行之事由

妨礙權利發生  
之事實

，不得免除其責任。蓋以此種損害賠償請求權發生之原因，乃係不履行之法律關係，而非應由債務者負責之事由故也（參照德民訴二七五條）。又根據不法行為而請求損害賠償之債權者，只須證明權利侵害之事實及債務者之故意或過失。蓋以此種請求權之原因，係為債務者所加之侵害行為故也。又主張以債務者不作為為目的之債權者，須證明債務者違反其不作為之義務，蓋以此種債務者，惟於違反其不作為之義務時，即能敗訴故也。又根據不當利得而請求歸還之債權者，須證明債務者無法律上之原因而從他人之財產或勞務上受取得之事實，蓋以此種請求之發生原因，即係此種事實故也。次就妨礙權利發生之事實（*Rechtsindernde Thatsache*）言之，有係徵諸實驗法則反於常規之事實（反於事物普通狀態及經過之事實），而妨礙法律上效力之發生者；有由特別規定認有例外之事實，而妨礙法律上效力之發生者，此種事實，統稱為妨礙法律上效力發生之事實（由規定某一事實為發生法律上效力之事實，而規定另一事實為妨礙法律上效力發生之事實者，即稱此事實為妨礙法律上

權利消滅變更  
之事實或妨礙  
權利行使之事實

效力發生之事實)。至於何種事實屬於此種事實之問題，須從一般之法則規定之。例如意思能力(心神喪失)、行為能力、虛偽之意思表示、詐欺、強迫、錯誤及關於權利取得者之惡意等事實，屬於前者；又如使用人選任被用人及監督其事業，已加相當之注意，或加相當之注意而仍不免加害於第三者之時，使用人不負損害賠償責任之事實，則屬於後者是也。且對此種事實發生爭執時，負有立證之責者，乃主張其存在之當事人，非主張其不存在之當事人。此學者所以不稱阻礙法律上效力之特別事實為推定，而稱此種事實之不存在為推定也。再就權利消滅變更之事實或妨礙權利行使之事實(Hochtsunfahendood Verändende Thatsoe; rechtshemmende Thatsoe)言之，此係將一旦發生之法律上之效力，隨即使之消滅或變更之事實，以及妨礙一時法律上效力主張之事實。權利消滅或變更之事實，即係否認權利之存在；而妨礙權利行使之事實，則不否認權利之存在，此須分別視之。然在訴訟實際上，似亦無此區別之實益。究之何種事實屬於此種事實之問題，亦須從一般之法則決

定之，例如金錢債務因償付而消滅之事實，以反對金錢債務已允定期償付之事實是也。對於此種事實發生爭執時，負有立證之責者，乃主張其存在之當事人，非主張其不存在之當事人。此學者所以主張一旦成立之權利或義務，即推定其存續也。故就債務因履行不能而消滅言之，則須債務者立證履行不能之事實，並其履行不能之責任不在自己之事實（參照德民二八二條）。又就違約金之請求言之，則債務者須於合法時期證明債務之履行（參照德民三四五條）。又就根據債務不履行而求解除契約言之，則須債務者立證履行債務之事實（參照德民訴三五八條）。（推定一旦成立之權利或義務之存續，雖係正當；但根據一旦成立之事實，而推定其事實的狀態之存續，則未免失當。蓋以成立之事實，其事實上之狀態，是否可以承認其存續，則須法院從實況決定之，例如占有的支配是也。不得因有一時占有的支配之事實，而當然斷為永久占有的支配）

第一，使權利主張為正當之事實，不論其為直接必要之事實與間接必要之事實，亦不論其為私法上之事實與公法上之事實，均須從舉證

使權利主張為  
正當之事實內  
容

責任分擔之法則證明之。蓋以間接必要之事實及公法上之事實，亦能爲證據目的物之事實故也。又使權利主張爲正當之事實，不論其爲積極的事實或消極的事實，均須立證之。至於主張消極的事實者，乃係援用不能證明即勿須證明之原則；却爲德法日三國及其他近世諸國之民事訴訟法所否認，此種原則，係對於羅馬法之誤解，毫無何等正當之根據，原爲學者所批評（羅馬法中所謂“*Probatio incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*”，專指對於自己否認所主張之事實者，爲排斥其主張，自無須何等立證而言；非指主張消極的事實者無須立證而言）。又使權利主張爲正當之必要事實，亦不論爲積極的事實或消極的事實，均須立證之。雖於法律上無特別明文之規定，亦不得以立證不能或困難之故，而違反舉證責任之原則。而且消極的事實並非不能證明者，有由否定某種事實之證言而直接證明之，有因證明積極的事實而間接證明之（證明某日確在南京者，得能證明同日必不在東京）。消極的事實亦須證明者，原爲法律所豫期。法律上之效力若繫於某種事情不明（善意之證據）之時

，則欲依此而得利益之當事人，必須主張此不明之事情，且證明之。若債務者主張債權者所主張之法律行為之停止條件附或主張在他人名下已為交付時，則債權者即須證明債務者此種主張之不確實。又若債務者對於債權者主張其已償出不存在之債務或請求其退還時（參照日民七〇五條），則債務者即須證明債務不存在之事實。又若自稱為無主物之先占者，而主張其權利時，則須證明無所有權之事實。又若自稱為地上權者，而主張占有土地者無此地上權時，則須證明占有者無地上權之事實（參照日民一八八條）。第二，使權利主張為正當之事實，其立證責任應由其主張者負之，其於當事人所居原告或被告之地位，均無何等之關係。原來對於舉證責任，亦有主張須從當事人之地位而使其分擔之學說（參照赫爾曼氏所著德國民事訴訟法教科書）；然在原則上，則以當事人之地位不影響於舉證責任之分擔為通說（參照史丁氏所著德國民事訴訟法註釋第一卷，威士曼氏所著德國民事訴訟法教科書）。因舉證責任須從其應證事實之性質而使分擔之也（羅馬法中所謂 *Actori incumbit*

使權利主張為  
正當之事實與  
立證責任者



onus probandi; reus exipiendo fit actor'者，即指凡係主張事實者不論其為攻擊方法與防禦方法，均負立證之責任而言，非謂依從當事人之地位而分擔立證責任之意。以故權利發生之事實，則須證之於主張此種事實之當事人；而居原告之當事人無須證明之。又權利消滅之事實，則須證之於主張此種事實之當事人，而居被告地位之當事人無須證明之。例如消極的確認之訴，因原告為否認權利發生之事實者，而被告則為主張其事實者，故其舉證須由被告為之，又為質物歸還之訴，乃質權設定者之原告以由質權擔保之債務消滅為理由，訴請質物之歸還，而質權者之被告對此發生爭執時，則原告須證明此種債務消滅之事實（一旦成立之權利，如無反對事實可資立證者，即可推定其存續）是也。第三，使權利主張為正當之事實，其主張者須於必要時證明之。事實上主張之證明，須於其主張者之對方在合法上對此主張發生爭執時而為之。惟於法院已為顯著之事實，雖有爭執，亦勿須證明之；又在採取干涉審理主義之訴訟上，當事人間雖無爭執，亦須證明之（參照日人訴一〇條

對於使權利之主張為正當之事實有證明之必要時

## 第二章 舉證之責任 第四節 舉證責任之分擔

）。蓋對法律上之主張發生爭執時，僅於法律上陳述其反對之見解者，原於事實上之主張無所抵觸也。（1）事實上之主張者，係依單純之否認或附加理由之否認所爲之爭執也。單純之否認，即當事人之一方，對於對方事實上之主張，否認其全部或一部之真實；附加理由之否認，即當事人之一方，對於對方事實上之主張，爲事實上不同之說明，而否認其全部或一部之真實。前者即所謂直接否認，或單純否認（Direktes Tengenung; einfaches Tengenung）；後者即所謂間接否認或附加理由之否認（Indirektes Inugoren; motiviertes Tengenung）。間接否認亦不能以之與附加文句之自認（Qualifiziertes Geständnis）相混同，蓋間接否認，因使否認得有信認起見，乃附加反對事實之說明，故其陳述中，僅具自認之外觀，不能包含自認之內容；反之，附加文句之自認，因係結合他種事實上之爭執或反對事實之主張所爲之自認，故其陳述中包含自認之內容。例如原告根據消費借貸對於被告訴求千元之償還，而被告則主張曾經受領五百元未曾受領千元者，此卽千元受領之間接否認；又在此同一

之訴訟中，被告如主張雖曾受領千元，但已償還五百元爲其一部之請償者，此卽一面自認原告主張之事實，同時又附加獨立之防禦方法，而爲附加文句之自認是也。當事人之主張，究係間接否認，抑係附加文句之否認，在實際上，頗關重要，因在間接否認時，則由事實之主張者負舉證之責任；如在附加文句之自認時，則由自認之當事人對其附加之事實負舉證之責任故也。(2)由事實上主張之爭執，發生證明之必要時，則須其爭執爲合法(Ordnungsmässigkeit)。舉凡當事人明白表示其爭執意思者，與當事人對於非係自己之行爲或非實驗之事實而爲不知之陳述者，以及欲爭之意思顯然而爲別種陳述者，皆爲通常合法之爭執(參照日民訴一一一條)。

法律行爲之內  
容有爭執者

(2)法律行爲之內容有爭執者 在法律行爲之內容上發生爭執時，當事人須依前述之法則，證明其主張之事實。原來法律上之效力，發生於法律行爲之內容時，則其內容須爲法律上一定之事實。組成法律行爲之成分，有要素與常素及偶素之三種(Essentialia, Naturalia, Accidentalia Negotii)。要素爲組成法律行爲性質上之成

對於法律爲法律行爲要素之事實有爭執者

分，故缺此成分之法律行爲，卽不能成爲當事人所豫期之法律行爲。常素爲附隨於通常法律行爲構成中之成分，非組成法律行爲性質上之成分，故當事人得依反對之意思表示而將此常素排除之。偶素既非法律行爲構成中必要之成分，又非附隨於通常法律行爲構成中之成分，乃係依據當事人之特約，爲變更常素而附加於法律行爲之成分。第一，對於爲法律行爲要素之事實發生爭執時，則由根據法律行爲主張法律上效力之當事人負立證之責任，此通說也。然而設有某甲根據市價請求某乙交付相當之賣款，而某乙則主張已出一定代價買進之事實，以致彼此發生爭執時，然則應由甲方立證未得一定代價賣出之事實？抑由乙方立證已出一定代價買進之事實？此爲學者所爭論；但以此時依市價確定之相當代價而賣出之事實，爲甲方請求之基礎，故應斷論須由甲方主張，且於爭執時立證之，方爲適當。又設有某甲請求某乙爲法律行爲，而某乙則認爲條件附之法律行爲，以致申述異議時，然則應由甲方立證非條件附之法律行爲？抑由乙方立證爲條件附之法律行爲？此亦學者所爭論；

法律行爲之常  
素是否爲偶素  
變更而有爭執  
者

但此時之條件，如係停止條件，則應斷論須由甲方立證法律行爲無停止條件附之事實；如係解除條件，則應斷論須由乙方立證法律行爲有解除條件附之事實。蓋以條件如係停止條件時，則乙之主張，即爲附加理由之否認；如係解除條件時，則乙之主張，即爲獨立抗辯之事實（即主張基於解除條件之成就，以致權利消滅之事實），而非爭執法律行爲之效力故也。第二，法律行爲之常素，是否能爲偶素所變更？換言之，即常素是否能爲補充法（即通常依當事人所特約之附隨事項）所排除？以致發生爭執時，應由何方負立證之責任？此亦學者所爭論。或謂規定常素之補充法，除補充當事人意思之欠缺而有實體上之效力外，尙由此而有訴訟上之效力。又常素在法律上，係作爲通常狀態之當然存在；而偶素則爲依當事人之特約而存在。故適用普通法時，依據法律上之推定，惟有反對事實之立證者，方能推定常素之存在。所以主張依偶素而排除常素之特約者，須以其特約爲抗辯而主張之，且於發生爭執時立證之。此即所謂抗辯主義也（Einredelehre）。（惟德之史達布氏主張之，

## 第二章 舉證之責任 第四節 舉證責任之分擔

參照其所著德之商法註釋)。如從此種主義，則在某甲對某乙爲賣出代價之請求，而乙方主張特約代價支付期未到之旨意時，卽爲對於甲方提出之抗辯，故須乙方立證其期限之特約。或謂規定常素之法規，既係補充法，則僅於當事人未立不欲依據補充法之特約時，方適用之。故欲適用補充法之當事人，卽須立證無此特約之事實。而其對方聲明此種特約存在之主張，卽不外附加理由之否認。此卽所謂否認主義也 (Imgunngstheorie)。(德之斯鐵茨爾氏首倡之，參照其所著民實習)。如從此種主義，則至某甲對某乙爲賣出代價之請求；而乙方主張清償支付期未到之旨意時，則爲對於甲方附加理由之否認，故須甲方立證無此特約之存在。總之此種問題之當否，不能根據條理而下決定。無論由原告負立證責任，或由被告負立證責任，皆不免於不條理，不得依據實驗法則決定之。且無實驗之法則，規定原告是否負有立證之責任。然就法理上之見解言之，則當事人主張常素有爲偶素變更之特約，究不外對於對方爭執是否完全開列法律行爲之內容，是其爭執，乃屬於否認對方之主張。

故應以依據否認主義爲適當。

### (三) 舉證責任之規定

舉證責任之規定

舉證責任之分擔，在實際上頗爲困難之問題，故於民法及其他實體法中，直接或間接規定舉證之責任。用明文直接規定舉證責任之實例，能於德國法典中見之（參照德民訴一七九、二八二、三八五、四四二、二三六等條）；然在日本法典中，直接規定之例甚少；惟間接以明文規定之，例如爲使無能力者信認能力者起見，以使用詐術之事實，爲妨礙取消效力發生之事實者，則須無能力者之對方主張之，且於必要時證明之。又如以認識某種事實或以惡意，爲妨礙發生法律上之效力之事實者，則須其主張者證明之是也（參照日民訴二〇、一八六、一八九、一九二、四二四等條）。又在條理上對於適用舉證責任分擔之通則，爲避免失於過酷起見，亦有與此不同之舉證責任分擔之規定，例如債務履行之事實，因係權利消滅之事實，故以債務者證明之爲原則；然債權者並無何等保留，已作爲債務者之履行，而於收受

提供之給付後，欲不認為債務之履行時（即債權者主張給付不適用於債務之本旨或為不完全時），則須債權者立證其事實是也（參照日商二八八條、德民三六三條）。

#### （四）舉證責任分擔法則之適用

今就確認之訴與給付之訴及形成之訴，說明其舉證責任分擔法則之適用。第

舉證責任分擔  
法則之適用  
反訴原告之主  
張

一，先就積極的確認之訴與給付之訴及形成之訴言之：（甲）原告（反訴原告）有為權利之主張，而主張本案（應受判斷之具體的法律關係之成立）及訴訟要件之存在者；有為事實之主張，而主張本案之事實（即使請求為正當之事實，係以權利發生之事實為原則；而以妨礙權利發生之事實、權利消滅或變更之事實、妨礙權利行使之事實為例外；所謂訴訟原因之事實是也）及訴訟要件之事實者。（一）當事人有無能力之問題（尤其是對於法人及視為法人之社團和財團所發生之當事人能力之問題），係事實問題，非法律問題，故主張其存在之當事人，須立證之。舉凡當事人合格訴訟實施權之問題（例如破產管財人起訴時，是否為破產管理人之問題），乃係事實問題



，故須原告立證爲破產管財人之事實。又權利保護必要之問題，亦爲事實問題，非法律問題，故須原告主張以權利保護爲必要之事實，且於爭執時立證之。又無訴權之問題，則爲法律問題，非事實問題，故不發生立證之問題，惟裁判之前提成爲問題時，始成爲事實之問題（參照日民訴一二一條。例如依據日本土地收用法之規定，對於補償金額之決定，出訴於通常法院時，如就其前提上有無收用審查之裁決而發生爭執者，卽形成無訴權之前提問題，必須原告證明有此裁決之事實）。又訴訟能力之問題，則爲事實問題，非法律問題，故主張訴訟能力之存在者須立主張其事證之。又管轄權之問題，更爲事實問題，故主張其起訴之法院有管轄權之原告，須由，且立證之。又訴訟代理權之問題，當然更爲事實問題，故主張有代理權之代理人須立證之（從日本民事訴訟第二百四十六條與二百四十七條之規定，被告對於代理人之起訴與居原告地位，而根據該兩條之規定，請求闕席判決時，是否必須被告證明原告之代理人有無起訴代理權？係一疑問）。（2）被告對於妨礙權利發生之事

實或權利變更消滅之事實而爲抗辯時，須立證其抗辯之事實，尤其是被告主張原告係心神喪失者與被告係禁治產者及法院管轄之合意已被解除等等時，更須立證主張之事實。又主張原告或被告爲未成年者之旨意而爲抗辯之被告亦然（德之赫比西氏主張訴訟能力之問題，如係是否爲未成年者之問題時，則須原告證明其爲成年者）。

（3）法院可以職權調查之事項，亦適用舉證責任之法則，已如前述。訴訟要件雖屬於法院以職權調查之事項；然其對於當事人之責任，却無何等之影響。以故原告不證明其應證之訴訟要件之事實時，法院得對此原告之訴爲駁斥之判決（拒絕裁判之判決）。反之，被告對於訴訟要件之事實，即不證明妨礙權利發生或消滅權利之事實（例如被告爲禁治產者之事實），亦無礙於本案之裁判。但在原告不證明其應證之訴訟要件之事實時，被告自己得證明其事實，而受本案之裁判。（乙）被告（反訴被告）有對原告權利之主張爲防禦方法，而否認原告所主張之實體上之權利並訴訟上之權利（受有一定內容之判決之權利），或提出抗辯權（實體上之抗辯權訴訟上之

抗辯權者。又有對於原告事實之主張爲防禦方法，而否認原告所主張之事實（尤其  
 是訴訟原因之事實或訴訟要件之事實），或不但不否認，且進而爲各種事實上之主張（  
 例如訴訟上之抗辯；尤其妨礙權利發生事實之主張，權利消滅或變更事實之主張、  
 抗辯成立事實之主張）者。（對於抗辯權而主張妨礙權利發生之事實，或主張權利消  
 滅或變更之事實不存在之旨趣者，勿須被告爲之）。（1）異議（參照日民訴四八九  
 條第二項，及五四四與五四五兩條）與抗辯之區別，雖屬大有疑義之問題；然就異  
 議言之，實與防禦具有同一之意義，統稱爲對於對方主張之否認及抗辯。學者亦有  
 主張異議爲使請求權歸於消滅之事項者；但以無法文上之根據，不能謂爲正當之見  
 解。又就抗辯言之，卽除否認對方之權利主張或事實主張以外之防禦方法也。雖不  
 排斥對方所主張之事實上之權利並訴訟上之權利（求有一定內容判決之權利），却能  
 一時或永久使其行爲無效者；或雖與限制之反對權之主張以及與對方所主張之真  
 實爲一致，却與其效力相反者，統稱爲事實上之主張。由此反對權之主張所行之抗

辯，即稱爲抗辯權；由此事實上之主張所行之抗辯，則稱爲訴訟上之抗辯（由民法上之反對權所生之抗辯權，即稱爲民事上之抗辯權，例如時效之抗辯、同時履行之抗辯權是也。由訴訟上之反對權所生之抗辯權，則稱爲訴訟上之抗辯權，例如權利拘束之抗辯、基於仲裁契約之抗辯、以前訴訟費用未繳之抗辯、訴訟費用保證欠缺之抗辯等是也）。（參照日民訴二〇六條）。學者亦有將抗辯與羅馬法中所謂 *Exceptio* 混同者；然此種誤解，夙爲識者批評矣。（2）妨訴抗辯者，即具有種種內容之異議

## 妨訴抗辯

之總稱，非訴訟上之抗辯 (*Einrede im prozessualen Sinne*)。如權利拘束之抗辯，訴訟費用保證欠缺之抗辯、以前訴訟費用未繳之抗辯等，皆爲訴訟上抗辯之主張。而法院管轄錯誤之抗辯、無訴權之抗辯、訴訟能力之欠缺或法律上代理之欠缺之抗辯等，皆爲訴訟要件之否認。此等抗辯，皆爲共通之形式，須於同時提出之，並須於被告就本案之辯論前提出之。而其共通之效力，亦不過妨礙本案之裁判而已（參照日民訴二〇六與二〇七兩條）。由此觀之，可知妨訴抗辯，實即訴訟上具有此種

### 再抗辯

形式及此種效力之異議之總稱也。(3)再抗辯(參照日民訴二〇九條)者，即爲原告對於被告之主張所持之異議也。如係權利之主張，則爲否認被告所主張之反對權，或對於被告所主張之反對權而主張反對權；如係事實之主張，則爲否認被告所主張之抗辯事實，或主張獨立之再抗辯之事實。例如被告主張已有免除，而原告再抗辯此係虛僞之意思表示，應爲無效；又如被告主張已取消買賣，而原告再抗辯已追認如前；又如被告主張已因時效而消滅，而原告則再抗辯時效因中斷而不完全；又如被告主張法院管轄錯誤，而原告再抗辯已有管轄之合意等等是也。又原告得於被告抗辯之先，主張再抗辯，而令被告之抗辯成爲無益之舉，此即所謂豫先的再抗辯也。原告之再抗辯，雖於被告之抗辯前提出之，然於訴訟上之性質，不受何等之變更。

### 第二抗辯及第三抗辯

(4)第二之抗辯(Duplicah)者，被告對於再抗辯之抗辯也。又第三抗辯(Triplicah)者，原告對於被告就再抗辯之抗辯而爲之抗辯也。訴訟惟依此種種抗辯之提出，始得充分之發展。(丙)原告須立證出訴原因之事實，被告則須立證抗辯原因之事實

## 第二章 舉證之責任 第四節 舉證責任之分擔

之事實

。又原告須立證再抗辯原因之事實，被告則須立證對於再抗辯而為抗辯之事實 (*Ad orinonumbit probatio, eus recipiendo fit actor*)。此種出訴原因之事實及抗辯原因之事實，可謂為係從舉證責任分擔之法則而判明事實之旨趣。以故各當事人不論對於積極的事實或消極的事實，亦不論為原告或被告，皆須就其主張之事實而有爭執者，立證之。因而積極的確認之訴與給付之訴及形成之訴，均須原告立證。權利發生之事實；而被告則須立證妨礙權利發生之事實與權利消滅或變更之事實及抗辯成立之事實。又原告須立證訴要件存在之事實 (*Klagbarkeitsvoraussetzungen*)；而被告則須立證關於訴訟要件之抗辯之事實 (*Klagbarkeitsseinrede*)。(1)原告欲避免敗訴，須就其主張之權利發生之事實而於被告有爭執者立證之。當事人雙方之主張不同時，其爭點存在與否，純係事實問題 (原告勿須立證一切爭執之事實，只須立證其所主張之權利成立上屬於必要之事實。此種事實，稱為法律上之重要事實 (*Guts-tischerhehohen Thatsachen*)。原告如不立證此種事實，即不能達其攻擊之目的。

故原告已足立證此種事實時，被告即勿須爲何等之防禦。反證祇須於原告立證其所主張之事實時，爲駁擊其所使用之證據而提出之（*Actore non probante reus absolvi*）。然被告抗爭原告主張之事實，並主張異議時，得提出其證據。又被告欲避免敗訴，須證明其防禦上必要之事實（被告勿須立證關於防禦之一切事實，只須證明防禦上必要之事實。此種事實，亦稱爲法律上重要之事實）。被告如不立證此種事實時，即不能達其防禦之目的（*Reus excoipindo actor fit*）。故被告須立證妨礙權利發生之事實與權利變更或消滅之事實及抗辯權成立之事實。例如被告對於原告所主張之權利發生事實之買賣，則須立證因當事人意思無能力而不成立之事實，或立證原告所主張之權利已由清償而消滅之事實，又或立證自己所主張之反對債權成立之事實等是也。此種原則，對於抗辯或就再抗辯而爲抗辯者，得能施行之；並對於訴訟要件之存否有爭執者，亦得施行之。以故原告須立證再抗辯之事實，被告則須立證對於再抗辯而爲抗辯之事實；而妨礙由再抗辯或就再抗辯之抗辯所主張之權利發

生之事實，或使之消滅或變更之事實，均須於對方立證之。又被告對於訴訟要件之存在發生爭執時，須原告立證之；而關於訴訟要件之事實，使妨礙權利之發生或使之消滅者，則須被告立證之。(2)原告或被告須依此舉證責任分擔之法則，立證其主張之事實；然各當事人能以單純或附具理由之否認，已足否認對方主張之事實者，亦無何等立證之必要，蓋以立證之目的物，終不外於係爭事實故也。而其附加否認之理由，祇能謂為法律上之見解，例如對方之主張，徵諸其自身，已有法律上之失當是也，又其附加否認之理由，祇能謂為主張與對方主張之事實為不符合之事實，例如主張對方所主張之買賣，非單純之買賣，乃停止條件附之買賣是也(附具理由而為否認之當事人，欲利用其作為理由之事實，以駁擊對方主張之事實及其立證者，須提出反證)。以故誰負舉證責任之問題，可由審究對於主張事實之陳述是否否認而決定之。第二，就舉證責任法則適用於消極的確認之訴路言之；有原告就其權利之主張，而主張法律關係之不成立者；或就其事實之主張，而主張妨礙權

消極的確認之  
訴



利發生或權利消滅變更之事實者，皆與當事人所居之地位無關。此種事實，須從舉證責任分擔之法則立證之。反之，如在被告主張法律關係存在而原告否認時，則被告、無關於當事人之地位（須從舉證責任分擔之法則，立證此種法律關係成立之事實。例如根據契約而為法律關係之消極的確認之訴時，如原告只否認此種契約之法律關係，則被告即須立證契約成立之事實是也。從來對於消極的確認之訴，應如何分擔舉證責任之問題，亦為學者所爭論，或有認為消極的確認之訴訟原因，原係被告主張某種一定之法律關係，害及原告權利範圍之安全；且因原告主張對於此種法律關係不存在之即時確定，具有法律上之利益，故原告惟就此發生利益之事實，負有立證之責任；而對於法律關係不存在之主張，不負立證之責任。究之，原告否認此種法律關係，足以維持請求時，則應認定須由被告立證此法律關係成立之事實，方為適當。蓋以根據法律關係不成在之即時確定之利益，原係根據須由主張其法律關係存在之被告承認之之論點；若仍須原告立證之者，實於實際上毫無何等意義故也。

## 第五節 舉證責任之轉換

舉證責任之轉換

舉證責任之分擔，有依特別之事件而與舉證責任一般之分擔不同者，即所謂舉證責任之轉換 (Beweis umkehrung) 是也。故舉證責任之轉換，不可與舉證責任之免除相混同，因舉證責任之免除，係基於不必舉證之事由（如對於事實之自認，事實已顯著，法律上之推定存在等）而免除之者，自須與舉證責任之轉換區別視之。

第一，凡欲否認對方所主張之實驗法則者，則須提出特別之事由以反對對方依此規則所認定真實之事實；且須證明之，換言之，即主張可依實驗法則推定存在之事實者，勿須證明其事實；反之，其對方則須主張無此事實之特別理由，且須證明之。例如依實驗之法則，對於通常不能締結信用交易契約之買賣，應推定有當付現金之事實時；如對方否認者，則須證明無此當付現金之特別事實。又如依實驗之法則

，對於以損害行為爲原因之損害賠償請求，應推定此種行為爲損害之原因時，如對方否認者，則須證明此種行為非損害原因之特別事實是也。第二、舉證責任者之對方，故意令其舉證責任者不能立證或顯然困難時，而舉證責任者之主張，有反對事實足資證明者，即可推定爲真實。例如在樣本買賣時，買主認爲不合樣本而退還其商品於賣主者，賣主固須證明此種商品合於樣本之意旨；但買主因毀損其樣本以致不能提出時，則須由買主證明其商品不合樣本之意旨是也（舉證責任之轉換，其所根據之原則，即在無論何人不能故意妨礙某種事實之到來或使之到來而不能爲主張權利之根據，此種原則，昔爲德之赫爾比西氏所主張，且爲多數學者及實例所承認者也。然而德之史丁氏，則否認舉證責任之轉換，其所主張之理由，認爲舉證責任之轉換，畢竟非與舉證責任法則不同之法則，仍係依據事件及審判官之自由裁量而定之事項。原來審判官得依實驗之法則，以其自由之證據判斷而成爲無爭執之事實，或已被證據確定之事實爲根據而下論斷。所謂舉證責任之轉換者，不過爲此實

判官自由裁量之作用而已，非認爲一種與舉證責任不同之強制的法則，而與審判官之自由裁量無關也）。

### 第三章 自由心證

證據之判斷或證據之評定(*Beweiswürdigung*)，一任審判官本其學識經驗以爲自由之確信(*Freie Überzeugung*)者，誠爲近時文明各國通認之原則，所謂自由心證之原則(*Freie Beweiswürdigung*)是也。從來對於證據之判斷，分爲自由心證主義(*Principe de libre Conviction du juge; Ter grundsatz der freien Beweiswürdigung*)及法定證據主義(*l'héroie de la preuve legale; gesetzlich geregelt e Beweisheorie*)之二種。自由心證主義者，即依審判官之學識經驗所得自由之確信而判斷證據之主義也。此種主義，極爲羅馬法所採用。反之，法定證據主義者，即審判官取捨證據之標準，惟依規定證據方法及證據力之法律而下斷定之主義也。此種主義，爲德國

自由心證之原則

古代法、寺院法、普魯士一般裁判法等所採用。近代各國之民事訴訟法，多以採用自由心證主義爲原則，而以採用法定證據主義爲例外（參照日民訴二一七條、德民訴二八六條、奧民訴二七二條、匈民訴二七〇條）。自由心證主義既以此自由之確信，爲判斷證據之標準。則審判官具有相當之學識經驗與其適當之能力者，固能獲得判斷適當以致裁判正當之利益；然亦有任意判斷以致裁判失當之弊害。反之，法定證據主義，既須審判官受此法律之拘束，以爲判斷證據之標準，則規定證據方法及證據力之法律適於實際上之經驗時，固能獲得判斷適當以致裁判正當之利益，且能避免任意判斷不致裁判失當之危險，爲其所長；然而審判官因受法定證據方法及證據力之拘束，其結果，勢必依其學識經驗證明不能確信之事實，亦不能不認定之，又其所短。此二種主義既各有短長，以故捨短取長，兼容並納，方爲立法上適當之政策，近代各國，大都以採用自由心證主義爲原則，以兼採法定證據主義爲例外者，職是故耳。

## 第一節 自由心證主義之意義

自由心證之意義

審判官具有學識經驗或思考者依據客觀的原因所得之確信

自由心證者，簡單言之，即法院斟酌辯論全部旨趣及證據調查之結果，認定事實上之主張是否真實，一任自由之心證以為斷判之原則也（參照日民訴二一七條、德民訴二八六條）。茲為分析言之。第一，自由心證，即係審判官具有學識經驗或思考者，根據客觀的原因所得之確信。（1）自由心證之本旨，非謂悉聽審判官之任意，乃在不受證據法之拘束（即法律上關於證據之強制，例如非有二人以上之證言不能採其證言；證人供述無宣誓者，即認為不充分等）。審判官當調查事實時，須依一般之法則（理論並實驗之法則），以作真實之確定；凡依曖昧之感覺，或漠然之推測者，皆為法律所不許。德國民事訴訟法為防止心證之自由流於審判官之任意起見，規定判決上須開具審判官用為心證標準之理由，以備上級審之調查（參照德民訴二八六條第一項）。以故僅就當事人之辯論或證據調查之結果，附以一般的說

爲自由心證基礎之事項

明，而認爲明瞭者，尙欠完備；必須記載其心證之由來，開具其單獨的或綜合的所得心證之理由，方爲合格。日本民事訴訟法雖無此種明文之規定，然亦不能因此而謂心證之自由，卽爲審判官之任意，自勿待言。(2)自由心證，卽係具有吾人實際生活上引爲確信之程度(卽具有使疑惑歸於沉默之確信程度，並非除盡疑惑之確信程度)。故具有除去數理上之疑惑，或有反對之可能等確信程度，均非民事訴訟法所要求之證據。然就釋明言之，亦不能以僅有單純確信之程度爲已足(參照日民訴二二〇條)。第二，自由心證之基礎，卽係證據調查之結果，或辯論之全部旨趣。當法院斟酌證據調查之結果及辯論之全部旨趣而爲裁判時，當事人所引爲主張或立證之事實，皆不受法律之拘束。(1)某種證據調查之結果，爲心證之基礎者，卽由證人鑑定人之供述或解釋及其行動，證言之拒絕及間接證據等所認識之事實，法院得以之爲證據調查之結果，而構成心證之基礎。關於證人信用之專屬的印象，惟記載於下級審或受命推事受託推事前之文書中或判決中者，方得爲上級審及受訴法院

心證之基礎。(2)辯論之全部旨趣(辯論之全部內容)，亦爲心證之基礎(參照日民訴一〇三條)。舉凡當事人及其代理人之行爲(辯明、辯明方法)、不行爲(對於對方之質問不加陳述，拒絕提出證據物等)、舉動(輕浮態度、欺瞞態度)及當事人之人格等，法院皆得以之爲心證之基礎(當事人供述中屬於自認者，有拘束法院之效力，不得以之爲自由心證之基礎)。若依辯論之內容已能確信其真否者，法院勿須調查證據；否則，即須依據證據調查，補充辯論之全部旨趣，以達於確信之程度。故證據調查，惟於法院依據辯論內容不能確信其真否時，始認爲必要。日本民事訴訟法第二百七條所謂「及斟酌證據調查之結果」者，意即若已調查證據者，則斟酌其證據調查之結果，並非謂常須調查證據而斟酌其結果也。此種規定，係本於德國民事訴訟法第二百八十六條所謂「Und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme」，已無疑義。可知法院不爲證據調查時，即係以某種爭執之他種事實或已確定之他種事實爲基礎，而認定某種爭執之事實爲真實也。由此觀之，自由心證之原



依據自由心證  
法則而下判斷  
之目的物

則，乃係判斷事實真否之法則，並非判斷證據之原則也明矣（參照赫爾比西氏所著德國民事訴訟法要論）。又惟於雙方當事人對於必須舉證之事實，均無證據提出時，法院始得根據舉證責任而下裁判。若依被告之行爲，確信原告主張之事實爲真實者，則舉證責任應轉屬於被告，法院卽不能根據舉證責任，宣告原告敗訴之判決。可知依據辯論之全部旨趣，而法院仍不能確信其真否者，始有舉證責任之效用也。

第三，事實上所主張之真否，卽係依據自由心證而下判斷之目的物。故國內法則之發見，自非依據自由心證法則之結果。（1）事實上之主張，卽爲裁判上必須確定之一切事實（參照日民訴二二三條）。故在不干涉審理時所應立證者，爲一切有爭執之事實，對於無爭執之事實，自無證據之必要。且因法院不得認無爭執之事實爲不真實，故自由心證之原則，不能施行於無爭執之事實。又在職權調查時，其所調查者，乃一切之事實，不論是否爲當事人間爭執之事實。（2）實驗規則，非各個之事實，乃一般之事實（生活之規則）。然其否認，則與鑑定人之意見相同，皆須依據自

由心證之原則。又間接事實(情況)爲證據(間接證據)之目的物時，亦從自由心證之原則。在證據上，固無間接事實及間接證據優先於直接事實及直接證據之法則也。

## 第二節 自由心證基礎之形成

自由心證基礎  
形成

自由心證之基礎，法院只能依據法律規定而搜集之，不能自由搜集之。心證之判斷，固許自由，而形成心證之基礎，則不許自由也。故就斟酌證據調查之結果言之，其前提要件，須於調查時爲合法，而其結果，須爲言詞辯論之目的物。又就斟酌辯論之全部旨趣言之，其前提要件，須遵守言詞審理主義之法則及直接審理主義之法則。第一，證據調查之合法，即係一切重要方式之遵守。在人證及鑑定時，

證據調查之合  
法

則爲證人及鑑定人之訊問，宣誓或不宣誓(參照日民訴三〇六條、三一〇、三二九等條)；在書證時，則爲其內容之口頭供述(參照日民訴一〇三條)。其他關於證據調查之直接審理(參照日民訴二七三條)，證據調查中當事人之會同(參照日民訴二

七三條、二八〇條）及文書等規定，爲證據調查合法計，皆應遵守之。故證人被訊問時，固須宣誓；但證人不行宣誓之供述，則因責問權之拋棄，而不補正瑕疵者，不得採爲裁判之憑證。然在法律上不令宣誓（參照日民訴三一〇條）之證人而爲不宣誓之供述者，雖不宣誓，亦得採爲裁判之憑證。又證人已行不法宣誓之供述者，雖不得認爲宣誓之供述，判斷其價值；亦得認爲不宣誓之供述，而判斷其價值。又訊問後，證人因罹急病而不能宣誓之證言（參照日民訴三〇六條第二項、三〇七條第二項），而認爲不宣誓之供述者，亦爲法律所不禁止。又前受訊問之證人，後爲訴訟之當事人，或其法律上之代理人時，其宣誓，不但不因證人資格之變更而失其效力；而且成爲應加斟酌之全部辯論內容之一部。故當事人於訴訟進行中所爲之供述，得同爲法院自由心證之基礎。此外，證據調查之結果，須爲言詞辯論之目的物（參照日民訴二一六條）。蓋不如此，則證據調查之結果，勢必違反言詞審理主義及直接審理主義也。故不爲言詞辯論目的物之證據調查之結果，卽不能作爲裁判之憑

辯論之全部內  
容不違反言詞  
審理主義及直  
接審理主義者

證。第二，辯論之全部內容，須不違反言詞審理主義及直接審理主義（參照日民訴一〇三條）。故記載於準備書面之事項，不述之於言詞辯論者，不得以之爲裁判之憑證。又載在以前訴訟文書中或判決中之證人鑑定人之供述，不得以之代爲以後證人鑑定人之訊問，直爲裁判之憑證。然當事人在無法律上特別之禁止規定時，亦得對於以前訴訟中法院依據民刑訴訟法之規定所調取之證言或鑑定所作成之文件，作爲書證利用之；且得爲法院自由心證之基礎。此種證言或鑑定，不問有無宣誓之區別，一任審判官依其學識經驗，自由判斷其價值。用作證明書或意見書之私證書（尤其是醫生證明書）亦然。惟通例上，此種私證書，原無證據力。若用爲代替證人鑑定人之訊問所作成之證明書或意見書，而免用直接審理之原則者，則爲法律所不許。然在例外上，若由釋明或官署爲之者，亦爲法律所允許。而且在此點中之瑕疵，亦得依責問權之拋棄而補正之。依此書面之代用證據，既爲法律所允許，故當事人在其範圍內，得勿須其對方之同意或合意，提出依據書面之代用證據。但其對方

得隨時聲請對於證人或鑑定人之訊問。且對此聲請，不得因有此種代用證據之提出而駁斥之；如爲駁斥時，則須有下節所述明之理由（本此同一理由，當事人得依書證，證明以前訴訟中當事人或證人所爲之供述。對於以前訴訟中之自認亦然）。

### 第三節 自由心證之效果

自由心證之效果

自由心證，原係法院以自由之心證，判斷事實上之主張是否真實之原則。以故法院已對某種重要事實上之主張是否真實，具有充分之心證時，即得排斥聲請此種事實之證據。蓋以即令對此證據之聲請而爲證據調查；究其結果，亦不能影響於法院既得之心證故也。然法院亦有對於應確定之某種重要事項，雖無充分之心證，而豫斷調取當事人所聲請之證據，有不能影響心證之結果者。此種豫斷，原爲法律所不許。故法院不得豫先以不信認當事人聲請訊問證人爲事由，排斥其聲請。而且不得以不信認當事人聲請訊問之證人會於其他訴訟中已受訊問而載於文書中之供述爲

事由，排斥其聲請。法院違背此種法則，排斥其聲請證據時，即構成上告之理由。

#### 第四節 自由心證之擴張

自由心證之擴張  
法制沿革

擴張自由心證之原則，使之應用於損害賠償之訴訟，而為適當之裁判者，為近代立法上所採用之政策。第一，依據羅馬法及德國普通法之規定，如係損害賠償之訴訟，原告（權利者）亦須依據一般之原則，立證其重要且有爭執之事實；惟於被告（義務者）行使詐欺時，原告方有以宣誓確定其損害之權利。然而此種立法，一方面因舉證責任者有立證之困難（尤其是不能提出侵奪或滅失之被害物），且無熟知加害事實之第三者足資證明，致受不利益之裁判；同時因他方面且有因原告之宣誓，致被告負擔過當賠償之危險，凡此種種，皆是發生極不條理之結果，於是近代諸國之法律，乃依自由心證原則之擴張之應用，力求除此種種不良之結果，如德（參照德民訴二八七條）澳（參照澳民訴二七三條）匈（參照匈民訴二七一條）等國之民事訴

訟法也。第二，依據德國民事訴訟法之規定，就其擴張自由心證之原則，應用於損害賠償之訴訟者言之，其對於損害賠償請求之原因，不問係保險契約，抑係債務不履行或不法行為；其請求權主張之形式，亦不問爲出訴與抗辯（不問是否係因最初請求物之消滅或變更而要求賠償）；又其方法，亦不問爲原狀回復與金錢支付；其數額，亦不問是否限於消極的損害，要之法院對於損害之存否及其額數，均須斟酌一切之事情，以其自由之心證而裁判之。以故對於請求契約上爲債務履行之訴訟，與請求損害賠償額未確定違約金之訴訟，以及請求歸還不當利得之訴訟，皆無自由心證原則之擴張的應用。又損害賠償義務原因之事實，就其存否言之，亦無此種擴張的應用。仍採一般的原則。然就此種事實，與損害之因果關係及損害範圍言之，却有自由心證原則之擴張的應用者：（1）法院對於因果關係及損害範圍，雖在辯論及證據調查之結果上無充分之把握，亦能斟酌一切之事情（不僅當事人已經陳述之事情；而且凡屬已經認識之事情），以自由之心證而爲裁判。因而法院已確信其

損害所由發生者，當事人即無庸涉及細目之計算及立證；但法院不得駁斥其請求。例如侵害商標權，請求損害賠償之訴訟，法院得依原告主張被告違法使用其商標，以致引誘顧主蒙受損害，而形成對此損害發生，具有確信之程度時；當事人即無庸說明其損害之不能也。而且法院據為心證之理由，亦無須開列於判決之中。至於應否命令從事於已為聲請之證據調查；或應否以職權命令鑑定人從事於鑑定及其限度，皆依法院之意見而決定之。(2) 法院得令應由宣誓評定損害額之旨意於請求損害賠償之當事人。惟法院須同時確定不得以宣誓超過評定額之額數。原告以宣誓確定損害額之制度(*Juramentum in Litem*)，雖經廢止；然而當事人懈怠期日者，却無自由心證原則之擴張之應用，此即由於對此損害原因關係及損害範圍之主張，既屬於事實上之主張，自能為自認之目的物，以阻礙法院之判斷故也(德之史丁氏哇志哈氏等主此見解；參弄布爾古氏柯列爾氏等則反此見解。對於此種旨趣，日本無明文規定，亦係立法上之缺點)。



## 第五節 自由心證之限制

自由心證之限制

依據法定證據主義之限制

自由心證之法則，依民法（私法）及其他法律之規定而受其限制，此即所謂依據法定證據主義而受法律上之限制（參照日民訴二一七條、德民訴二八六條第二項）是也。但不受當事人意思之限制及刑事判決之限制。第一，法定證據主義，原係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，可知法定證據之法則，乃證據判斷之法則，不能以之與法律上之推定（舉證責任之法則）相混同。例如言詞辯論方式之遵守，則規定以書件證之（參照日民訴一三四條）；又如送達，則規定以受託官署或官吏已經送達之證書證之（參照日民訴一五五條）；又如規定舉證者呈出證書之繕本視為正當者（參照日民訴三四一條）皆屬於法定證據之法則。然而已受失蹤之宣告，得視為已經死亡者；又前後兩時占有已有證據時，而推定其繼續者，則屬於民法之規定（參照日民訴三一一條、一八六條）。又對於運送人失滅毀損或遲延運

送品之損害賠償者，則屬於商法之規定（參照日商三三七條）。又公證書或已驗真之私證書，而推定非有偽造或圖改之裁判，不得認為不真實者，則屬於民事訴訟法之規定（參照日民三五一條）等，皆不屬於法定證據之法則是也。（1）法定證據之法則，可分為積極的法定證據之法則，與消極的法定證據之法則，前者即為法定前提要件存在時，能使審判官認為某種事實已被證明之法則（參照日民訴一三四、三四一等條）；後者即為法定前提要件存在時，不能使審判官認為某種事實已被證明之法則。例如德國普通法中之間接證據，不能認為完全之證據（須以當事人之宣誓補充之），法國民法中規定目的物之價額超過一百五十佛郎之訴訟，不許人證（參照法民一三四一條）等法則是也（日本法例，似無消極的法定證據法則之規定）。又對於依據法定證據法則所得之結果，亦有允許反證或不許反證者。例如依據德國民事訴訟法第四百六十四條之規定，為不許反證者；依據日本民事訴訟法第一百三十四條之規定，則允許提出偽造及圖改之反證是也（參照德民訴一六四、三一四、四六三等

條)。(2)法定證據之法則，乃民法及其他法律之所規定。日本舊民法因係以法國民法爲準則，故規定法證據法則之例多；然其現行民法，關於證據法則之規定，則多讓於其他法律之中，就其民法施行法第四條所規定之事項觀之，則可謂爲規定於民法中之法定證據。民法中所規定之法律上之推定，雖不許反證；究係舉證責任之法則，不屬於法定證據之法則(參照日民訴八二〇、三一、一八六等條)。又民事訴訟法對於書證及書件，極少採取法定證據主義之法則(參照日民訴一三四、一五五、三四一等條)。此外如民事訴訟法中關於自認之規定，以及規定法院對於訴訟行爲懈怠之結果，不調查其事實之真否，而有裁判其事實之基礎者(參照日民訴一一一條第五項、一四三條第三項、一七八條第三項、一八一條、二九六條第二項、三四一條第一項、三五三條第五項、四二九條、五九八條第二項、六〇一條等)，皆不屬於法定證據之法則。蓋依此等規定時，卽不能爲證據之判斷也。其他關於日本公證人法第二條之規定，則屬於法定證據之法則，此種規定之旨意，卽在具備法定要

基於當事人意  
思之限制

件之公證人所作成之證書，自有公證之效力（完全之證據）也。第二，自由心證之法則，乃係絕對法則。（1）當事人不得因其處分，排斥自由心證法則之適用，或變更之。因而當事人不得依其合意，使審判官依據自由心證法則以外之法則而為裁判。又關於豫定不使用一定證據方法之契約，或豫定限制的使用之契約（即證據契約（*Beweisvertrag*）），在民事訴訟法上，皆無其效力。故聲請違背證據契約之證據，在訴訟上亦不得忽視之；惟對於違背此種契約之當事人，僅有損害賠償請求權之成立耳。（2）刑事判決中已確定之事實，得拘束民事法院，而自由心證之法則，即為其所排斥。故法院對於刑事判決中已確定之事實之真否，不得獨立而為判斷。且因民事訴訟法之法則與刑事訴訟法之法則，各有不同，而調查之結果，自難歸於同一，故法院須於刑事訴訟完結時，方得中止民事訴訟（參照日民訴一二二條）；並得自由判斷刑事訴訟記錄中關於證據調查之文件為書證，以免再行此同一之證據調查。但在實際上，除有重大原因外，大都以民事判決事實之確定，與刑事判決事實之確

定爲相同。上述之法則，對於曾經宣告之民事判決事實之確定，亦能施行之；但僅有既判力之問題耳（刑事之判決，仍係民法上事實之一構成部分者，則能拘束民事法院（參照日民法九百六十九條第一號），因其判決中具有民法上之效力也）。

## 第四章 證據手續

證據手續(Beweisverfahren)，有廣狹二義，狹義之證據手續，即指調查證據而言；廣義之證據手續，則係證據方法之聲請，證據方法之陳述，及命令調查證據之決定，並調查證據或調查證據之結果等等之總稱。而地方法院第一審之證據手續，如無特別規定者，則準用下級法院及上級法院之證據手續，蓋以地方法院第一審之訴訟手續，如無特別規定者，亦準用初級法院及上級法院訴訟手續故也（參照日民訴三七三、四〇八、四四四等條）。

## 第一節 證據之聲請

證據之聲請

證據之聲請，各當事人應於辯論進行中發生證據之必要時隨即爲之。對於證據之需要及舉證責任，勿須先以法院之裁判爲要件（參照日民訴二二三條第一項、德民訴二八二條第一項），此即證據結合主義（Beweisverbindung）之採用也。德國普通法，原採證據分離主義，而分訴訟手續爲當事人事實上主張之手續與當事人立證之手續，在第一次訴訟手續中，當事人應爲各事實之主張及爭執之陳述，在第二次訴訟手續中，當事人應爲證據之聲請與證據之陳述以及證據之調查。此種訴訟手續之分離，係依證據判決行之，而證據判決，即係法院確定應證之重要事項與立證責任者之裁判，得以上訴聲明不服者也。反之，日德奧匈諸國之民事訴訟法，皆採證據結合之原則，對於訴訟手續，不分爲當事人事實上之主張之手續與當事人立證之手續，使各當事人得自由爲事實上之主張後，繼爲立證行爲；或爲立證行爲後，再

爲事實上之主張；或就事實上之主張及立證行爲，交互行之，以至於緊接判決之言詞辯論終結時，亦無礙於提出證據方法及抗辯證據之權利（參照日民訴二一四條、德民訴二八三條、奧民訴一七九條、匈民訴二二一條）。在此證據接合主義上，亦有證據決定；但其證據決定，僅一指揮訴訟之裁判，法院不受其拘束，並非對於如何之事實爲重要且須立證之問題，及對於如何之當事人負有立證責任之問題，而下列裁判，此等問題，皆爲法律所判定，非由法院所判定；惟法院於法定之限制以內，有由發問及命令，使其提出適當證據之職責耳（參照日民訴一一二條一一四條至一一六條）。此所以證據分離主義，與辯論一體之原則不相適合也。

### （一） 聲請證據之性質

聲請證據之性質

聲請證據者，卽請求調查證據之聲明（Antrag）也（參照日民訴二七四條）。在原則上，調查證據須以聲請爲要件者，原係採取不干涉審理主義之民事訴訟之本質；然而例外上，採取不干涉審理主義之民事訴訟，日本則限於其民事訴訟法第六條

第二項及一百十七條所規定之情形；採取干涉審理主義之民事訴訟，則由法院以職權從事證據之調查（參照日人訴一四條二六條）。學者亦有主張法院可以職權審酌之訴訟行為之前提要件（如當事人之訴訟能力，法律上代理人之資格，回復原狀之聲明，故障之聲明，上訴或再審之訴是否合法等要件），應由法院以職權從事調查之（參照卓義費爾多氏所著德國民事訴訟法注釋第一卷）。究之此類事項，僅屬於法院以職權調查之事項（*Prüfung von Anträgen*）（參照日民訴二五二條第一項第一款），並非干涉審理主義之施行，故不得謂為法院以職權為其調查也。第一，證據之聲請，在調查證據之必要程度上，除表示應證之事實外，尚須依據證據方法之種類，列具法定之事項（參照日民訴二一三條第二項、德民訴二八二條第二項），詳言之，即在人證時，則須指定證人而為聲請（參照日民訴二九一條）；在鑑定時，因鑑定人之選定及其員數係由法院決定，僅聲明鑑定便足（參照日民訴三二四、三二三條）；在書證時，如書證為舉證者所有，則須聲請提出之，如係對方或第



三者又或官署所有，則須分別聲請提出之（三四二、三四六等條）；在檢證時，則須表示審判官所應實驗之目的物而聲請之（參照日民訴三五七條）。第二：聲請之證據，不能直認為應與提出證據方法相結合。在書證時，聲請證據，固然與提出證據方法相結合（參照日民訴三三四條）；但他種證據方法，則限於法院認定即時調查證據為適當者，方得以證據之聲請與證據方法之提出相結合。例如當事人聲請以出庭之第三者為人證是也（對於證據之調查須為證據決定者，不得以證據之聲請與證據方法之提出相結合）。

## （二）聲請證據之撤回

聲請證據之撤回

證據之聲請，得於其聲請之裁判前撤回之；且此撤回之效力，法院即不得就其聲請而為裁判。然在撤回人證及鑑定之聲請時，則聲請證據之當事人，雖於訊問證人及鑑定人之開始以前，得自由拋棄此種證據方法；但開始以後，須得對方之承認，方得拋棄之（參照日民訴三二〇、三二二條）。又在書證時，舉證者提出證書以

後，亦須得對方之承認，方得拋棄之（參照日民訴三五〇條）。此種法則，實用於受訴訟法院調查證據者雖少；而實用於受託推事或受命推事調查證據者實多（參照日民訴二七三條）。蓋在前一情況之下，當事人所處之地位，得依證據之聲請，將對方所拋棄之證據方法，自由爲自己所利用；然在後一情況之下，却非立於此種地位，若欲再將對方所拋棄之證據方法自由爲自己所利用，則須以之爲證據方法，向受訴法院聲請之；且此種法則，並不適用於法院以職權調查證據之場合，蓋以當事人所拋棄之證據方法，而法院認爲必要者，亦得以職權調取之故也。

### （三） 聲請證據之時機

聲請證據之時機

證據之聲請，得於緊接判決之言詞辯論終結前爲之（參照日民訴二一四、二〇九條、德民訴二八三、二七八條）。此即對於證據方法，亦排斥辯論集中主義（訴訟行爲同時主義（*Einvernahme*）之故也。所以辯論已經終結後，當事人即失聲請證據之權利。當事人不聲請必要之證據時，法院雖由發問負有促令相當注意之職責

(參照日民訴一一二條)；但當事人仍不注意，或法院疎忽此種職責，以致當事人不聲請必要之證據時，而有一部判決或中間判決者，當事人即在同一審級中，就其判決中所包含之爭點，已失其聲請證據之權利，此種限制，即係重視判決之效力。然而證據決定，一如前述，不過為訴訟指揮之裁判，並非德國普通法中所謂之證據判決，故當事人雖由證據決定已經調查終結，但苟非屆於緊接判決之辯論終結後，仍得聲請證據；且能因此使已經完成之調查結果，歸於無益。不過當事人雖於辯論終結前仍有聲請證據之權利，然亦不許因此遲延訴訟，蓋不如此，不足以防止權利之濫用也。日本民事訴訟法第二百十四條之規定，原為防止遲延訴訟起見，故對於逾此時機之聲請證據，如法院得心證當事人之不及早提出，係由其故意遲延訴訟或出於怠慢者；或允許之，即足遲延訴訟者，得由對方之聲明，駁斥之。且此法則之適用，而有日本民事訴訟法第三百四十七條之規定。但法院不駁斥此種聲請而據之以為調查時，卒至結果上遲延訴訟者，得使由此得到本案勝訴之當事人，負擔由

此發生之訴訟費用（參照日民訴七五條）。又德國關於逾時機而聲請證據者，係準用其民事訴訟法第二百七十八條第二項之規定，不準用其二百七十九條之規定，故由逾時機而聲請證據，以致遲延訴訟之完結時，法院得依自由之心證，對於以適當之時機而始聲請證據之勝訴者，令其負擔訴訟費用之全部或一部，並不駁斥其聲請；惟對於人證及書證設有特別之明文，得對於逾時機之聲請駁斥之（參照德民訴二八三、三七四、四三三等條）。

#### （四）聲請證據之駁斥

聲請證據之駁斥

茲就聲請證據之駁斥：分析言之。第一，對於聲請調查證據，不得豫斷其不能影響於心證而駁斥之，已說明於前矣。然欲以其聲請之證據用為證明之事實已被證明者（已有真否之心證者），或與已被證明之事實相矛盾者，又或由其他聲請之證據方法而證明其聲請之證據無價值者，皆得駁斥之，蓋在此等情形之下，實無聲請調查證據之必要也。第二，欲依其聲請之證據而為證明之事實，如係重要者，

不得駁斥之；然其事實不關重要者，却得駁斥之。蓋以不關重要之事實已被證明，而尚以此爲基礎而下裁判者，殊覺失當也（開始認爲重要事實，命爲調查證據；但以後認爲不重要者，得取消其命令）。至於何種事實方爲應證之重要事實，則以是否於裁判上爲必要，而作判定之標準。故與乙事實相結合始成爲必要之甲事實，如對乙事實無證據之聲請，則成爲不重要之事實。又欲依本證而爲證明之事實，如無本證之聲請，則欲依反證而爲證明之事實。卽成爲不重要之事實。又就出訴原因之事實如無證據之聲請，則抗辯事實，卽成爲不必要之事實。又抗辯事實已被證明時，如就出訴原因之事實而爲證據之聲請，卽成爲不必要之聲請等是也。第三，欲依其聲請之證據而爲證明之事項，如係審判官所不認識之實驗法則，不得駁斥之；如爲審判官所認識之實驗法則，却得駁斥之，蓋此種證據實無調查之必要也。第四，如其聲請之證據方法爲唯一無二者，若駁斥之，勢必杜絕提出證據之途，以致不能證明時，不得駁斥之；如其聲請之證據方法係檢證或鑑定，法院得以職權調查

者（參照日民訴一一七條），或由法院依據辯論之全部旨趣以及其他調查之結果，而認為無調查證據之必要者，雖為唯一之證據方法，亦得駁斥之（參照日本明治四一年三月二日大審院第二民事部判決例）。第五，逾時機而為證據之聲請，得依聲明駁斥之（參照日民訴二一四條第二項）。駁斥聲請證據之裁判，原係訴訟指揮之裁判，故法院得隨時取消之。對此裁判，得與對於本案判決之上訴，一同聲明不服（參照日民訴三九七、四三三條）。

## 第二節 證據之陳述

### 證據之陳述

證據方法之陳述者，即對方就當事人證據之聲請所為之陳述也。當事人一方為證據之聲請時，須令其對方有陳述此種聲請為證據方法所不允許者或無效用者之機會，以保護其利益，此即所謂對於證據方法之陳述也（參照日民訴二一三條第一項、德民訴二八二條第一項）。證據抗辯，亦為陳述證據之一種，且為對於證據方法

所允許者或有憑信力者（證據之價值）所持之異議，其與證據之聲請相同，得於緊接判決之辯論終結時主張之。逾時機而始提出之證據抗辯，亦與證據聲請之逾時機者相同，得駁斥之（參照日民訴二一四條、德民訴二八〇條）。

### 第三節 證據決定

證據決定者，即依特別之手續，對於命令調查證據之訴訟指揮所下之裁判也（參照日民訴二一五條）。至於即時得能調查證據者，則無須此種裁判。例如可供訊問之證人在庭時，或當事人以其所持之證書或檢證物提出於言詞辯論時，則僅以決定允許調查證據為已足。反之，如不能即時為證據之調查時，換言之，即於受訴法院或其他法院應特別指定日期為證據之調查時，則須對於具備特別形式之訴訟指揮而下裁判，此即所謂證據決定也，例如可供訊問之證人在庭時，因須就此證人從事證據之調查，而為證據決定者；或就對方所持之證書從事證據之調查時，因其不提

出證書，而爲證據決定者（參照日民訴三三九條）；或因臨時檢證物，而爲證據決定者是也。又依當事人之書面，聲明須於言詞辯論日期前爲證據之調查，而於言詞辯論日期爲證據之調查者，則須具有特別形式之命令。例如當事人於言詞辯論日期前以書面聲明要求訊問證人時，法院則催告對方應於七日限期內申述意見，期滿後，即以證據決定送達於當事人，而於言詞辯論日期爲其證據之調查是也（參照日民訴二七七條）。由此觀之，可知證據決定，實係依據特別手續，對於命令調查證據之訴訟指揮所下之裁判；並非應加釋明時，及能爲任意辯論之手續上而不開始辯論時，所應允許之也（參照日民訴二二三、一〇三、二二七等條）；然以職權爲證據之調查時（參照日民訴六、一一七、二一九、七八九等條及日人訴一四、二六等條），是否應爲證據決定，亦不能無疑；究之法律上未設何等之區別，應以積極的論斷爲適當（德之史丁氏主張在法院以職權命爲證據之調查時，則以命爲無方式之調查爲已足，勿須爲證據決定。威爾莫斯基氏主張恰如日本民事訴訟法第二百七十四



條第二項之德國民事訴訟法第三百五十八條之規定，不適用於職權調查證據之場合。普蘭克氏主張以職權調查證據之決定，與證據決定相同，應準用證據決定之規定。然而赫爾比西氏則持反對之見解。至於日本民事訴訟法第二百七十三條以下所載者，則為證據決定之內容及手續之規定（參照日民訴二一五條二七四條第二項、德民訴二八四、三五八條）。

### （一）證據決定之性質

證據決定者，即訴訟指揮之命令（*Prozessleitende Anordnung*），換言之，即就

質

係爭之事實，依據特別之手續，而為證據調查之一宣示也。並非如德國普通法在證據判決中，因裁判應證之事實與舉證之責任，而分辯論為事實上之調查與證據之調查。以故證據決定，不但法院不受其拘束，即當事人亦不受其拘束，所以法院得取消其證據決定，或變更之（參照日民訴二七七條、德民訴三六〇條）；惟受命推事或受託推事為證據之調查時，有拘束之效力（參照日民訴二七三條）非如德國普通

法中所謂證據判決之視為判決者，而有拘束法院及當事人之效力。又對於證據決定，不得獨立聲明不服，惟在日本民事訴訟法第三百九十七條及第四百三十三條所謂終局判決前所下之裁判，方能受上級法院之審判；非如德國普通法之對於證據判決，得獨立聲明不服也。似此證據決定，既係僅就係爭事實，依特別之手續為調查證據之宣示，並非判斷應證事實與舉證責任之判決，因而當事人於證據決定後，尙得就新事件而為辯論，且得提出新事實及新證據方法，此種理由，即不外於證據結合主義之採用。

## (二) 證據決定之內容

證據決定之內容

證據決定，既係依據當事人之聲請，就係爭之事實，而為調查證據之命令。故於證據決定中，自須表示對於如何之事實，依據當事人如何之聲請，應就如何證據方法而為調查之內容（參照日民訴二七六條、德民訴三五九條）。第一，在證據決定中，須從當事人事實上之主張，表示應證之係爭事實（參照日民訴二七六條）

。如非當事人主張之事實，或非聲稱證據之事實，因非證據之目的物，故無須表示之。又係爭事實之表示，以適合於當事人事實上主張之旨趣者爲已足，無須表示當事人主張之文言。其他關於係爭事實之表示，皆以達到調查目的之程度爲已足。以故受訴訟法院爲證據之調查時，以一般的表示爲已足；然在受託推事爲證據之調查時，則須盡量爲詳細之表示，蓋不如此，卽不能達到調查之目的也（德之史丁氏主張一般之表示，非民事訴訟法所能允許者）。但於準備書面或記錄中記載應證之係爭事實，在證據決定中足以表示係爭事實者，不妨於證據決定中引用之。且證據決定中須特將證據方法表示之，尤其在訊問證人鑑定人時，須將其姓名，住址，職業表示之，如其姓名職業等項不能明瞭時，審判長須依必要之發問，明瞭之。但鑑定人之任命，係委之於受命推事或受託推事者，則不須表明鑑定人（參照日民訴三三一條三五八條第二項）。此外在證據決定中，無論主張應證事實之當事人是否爲原告，無論負舉證責任之當事人是否爲原告，皆須表示聲請證據方法之原告或被告，

蓋以證據決定，並非對於原告或被告所應主張之事實及舉證責任而下裁判也。而且證據決定不列具法定之事項者，受託推事得拒絕調查證據之囑託，蓋在此場合，受託推事不能就調查證據為法律上之共助也。故證據決定是否具備法定之事項，在受託推事調查證據時，頗關重要也。第二，日本民事訴訟法第二百七十六條之規定，僅係規定通常證據決定之內容，故在證明習慣法及實驗規則時，可為適當之變更。又法院以職權調查證據時，當然勿須表示聲請證據方法之當事人。其他證據決定中，關於調查證據之方法，係由受命推事人為之者，在通例上，須將調查證據之日期及續行言詞辯論之日期合併指定之（參照日民訴二七八、二八七兩條）。

### (三) 多種之證據決定

在同一審級中基於當初之證據決定，而於調查證據終結後，為新證據方法之聲請時，或另外發生證據之必要時，則有多種之證據決定。此種證據決定數，在法律上別無限制。又在同一審級中依據言詞辯論之內容，就同一爭點而聲請多種證據方

多種之證據決定

法者，或就多種爭點而聲請多種證據方法者，法院亦不必以同一之證據決定，就一切證據方法，命令作一次之調查；得依其自由之意見，就某種證據調查之結果足以裁判而無須他種證據調查者，則以多種之證據決定，命為各別之調查（尤其得於各別之事實或證據方法中為限制之調查）。蓋以當事人所聲請之多種證據，其中應加調查之限度，得由法院決定之也（參照日民訴二七四條第一項）。在德國方面，對於同一爭點或多種爭點而有多種證據方法之聲請時，法院是否得以同一之證據決定，命令就一切必要證據方法為一次調查之問題，因其民事訴訟上無特別之規定，故為學者所爭論。或有主張無條件的用同一證據決定，就一切必要證據方法，命為一次之調查，殊為不當，因實際上往往有此不必要之調查故也（史丁氏休味德氏威士曼氏等主此見解）。或有主張用多種證據決定，命為各別調查者，殊為不當；在原則上，仍須用同一證據決定，就一切必要證據方法，命令為一次之調查，方為適當，以故根據實際上往往有此不必要之調查為理由，實不足否定此種原則上之觀念。

也（赫爾比西氏普蘭克氏等注此見解）。又對於同一爭點或多種爭點而為多種證據方法之聲請者，法院是否得為豫備的證據決定（即當初施行之調查證據結果，不能豫期完成時，命為調查證據之決定）之問題，亦因德國民事訴訟上無特別之規定，故為學者所爭論，或有主張豫備的證據決定，即在當初施行之證據調查結果，難期完成時，所應施行之證據調查，且證據調查結果，是否如期完成，僅得由受訴法院依據言詞辯論而下判斷（參照日民訴二一七條），故允許豫備的證據決定，並非毫無意義也（史丁氏主此見解）。或有主張法院在第一次調查證據不成功時，並非不能為第二次調查之證據決定，此種證據決定，雖致證人之傳喚為無效，但比之法院以多種證據決定，命為各別調查證據所得之結果為妥當；且行此法則所得之結果，亦不至發生訴訟終結之遲延（赫爾比西氏斯鐵爾氏等多數學者主此見解）。在日本方面，則於其民事訴訟法中，特設第二百七十四條之規定，自無此種爭論之餘地，故聲請多種證據方法時，法院為防止訴訟遲延起見，得以同一之證據決定，就一切

必要之證據方法命爲一次之調查；或爲避免無益之證據調查起見，得以多種之證據決定，就一切必要之證據方法，命爲調查，或爲豫備的證據決定。

#### (四)證據決定與舉證責任之關係

證據決定與舉  
證責任之關係

證據決定，只係對於應證之重要事項，命爲調查證據之決定，並非對於聲請證據之事實認爲重要事實之裁判，且非對於聲請證據者負有舉證責任之裁判，因此種裁判，係在判決時爲之也。故證據決定，不過就當事人主張之事實，以其所聲請之證據方法而爲證據調查之宣示耳。但法院亦須於證據決定前，審酌何種當事人應負舉證之責任，蓋在聲請證據之當事人，不負舉證責任，反須其對方負之，且其對方又不聲請證據時，則欠缺調查證據之目的也。故法院雖對於負舉證責任之當事者已無疑惑，然並非爲就不負舉證責任之當事者所聲請證據方法之證據調查，而爲證據決定。證據決定，係訴訟指揮之裁判，故負舉證責任之當事人有疑義時，法院亦可不判斷舉證責任，而爲證據決定，蓋以不爲此種判斷，亦得完結訴訟也。例如被告

對於原告所主張之權利消滅時效而提出抗辯時，法院則在就原告所主張訴訟原因之事實而為調查證據之前，對於抗辯事實而為證據決定是也。然亦不能以此即認定法院具有無目的之調查證據權，苟非不判斷舉證責任亦得完結訴訟者，則不得直為證據決定，而不判斷舉證責任。而且證據決定前對於舉證責任之判斷，因係訴訟之指揮，並不拘束法院，故與審判長於聲請證據方法前依發問而下舉證責任之判斷相同（參照日民訴一一二條第二項）。至於對於當事人主張之事實認為應證之重要事實之判斷，以及對於舉證責任之判斷，皆為判決中所包括之裁判，自有拘束法院之效力（德之佛金古氏主張不問舉證責任，亦應斟酌各種證據之聲請，又威爾基亞諾氏亦主張有舉證責任時，仍許各種證據之聲請。然而卓義費爾多氏史丁氏等多數學者，則以證據調查與舉證責任，並非全無關係）。

### （五）證據決定之成立

證據決定，以由言詞辯論為之為原則（參照日民訴二七四條第二項、德民訴三



五八條），故須宣示之（參照日民訴二四五條），然在例外上，不由言詞辯論而為證據決定時，則須送達之（參照日民訴二七七條第二項）。

### （六）證據決定之變更

證據決定之變更

證據決定，得變更之。第一，證據決定，既係訴訟指揮之裁判，故在證據決定之施行完結前，法院不僅有取消其證據決定之權限，且有變更之權限。例如法院於證據決定後，而將調查證據之事實，認為應證之重要事實之意見變更之；或依法院構成之變更，而將必須為證據決定之意見變更之是也。此種證據決定之變更，在受訴法院之言詞辯論中始能為之，因調查證據之受命推事或受託推事，祇有完結證據調查之權限也。但證據調查之拋棄，當然能在受命推事或受託推事前為之（參照日民訴三二〇條）。又當事人亦得隨時對於法院之證據決定，聲請變更之。民事訴訟法會為防止當事人因聲請變更證據決定足令阻礙證據決定施行之完結或遲延起見，規定證據決定之變更，惟在證據決定之施行完結前，有新辯論者，始得聲請之（

參照日舊民訴二七七條第一項、德民訴三六〇條），以故新辯論，即由當事人於證據決定之施行完結前，聲請欲變更其決定時，開始爲之，或由當事人提出新事實及證據於受訴法院之辯論中或證據決定一部分施行完結後，爲使其他部分之施行在原來之證據調查結果上歸於不必要，或由和解拋棄（尤其是對於某種主張某種證據方法之拋棄）等新事由，而使之歸於不必要，而聲請不爲此種部分之證據調查時，開始爲之，且惟於受訴法院依此事由而爲辯論者，方得聲請變更證據決定。然就現代之規定言之，當事人不僅隨時得向受訴法院聲請變更證據決定，且於言詞辯論前亦得以書面聲請變更，此時法院即須催令其對方於七日以內提出意見，期滿後，已決定變更者，則送達言詞辯論之日期於當事人，如期調查證據。此種規定之旨趣，一方面在期訴訟之迅速，同時且能保護當事人之利益也（參照日民訴二七七條第二項）。

。反之，如在證據決定之施行完結後，則不得爲證據決定之變更只能爲內容不同（即與施行完結後之證據決定之內容不同）之新證據決定，或在終局判決時因施行

完結之證據決定，而不斟酌調查證據之結果。徵諸日本民事訴訟法第二百四十條之規定，顯然在某種證據決定後，得爲新證據決定；又就法院在證據決定後，對於係爭事實爲終局判決時，得變更其認爲應證重要事實之意見觀之，可知在終局判決中，得因施行完結之證據決定，而不斟酌調查證據之結果也明矣。此種不加斟酌之證據調查，當然不必載於判決理由之中；惟須列於判決事實之中，蓋以判決事實中，應將一切主要訴訟事項備載之，且施行之證據調查，雖有時不能影響法院裁判之見解，亦屬重要之訴訟事項也。第二，證據決定中之錯寫，及其他顯著之錯誤（如證人姓名之錯記），法院得隨時依聲明或依職權更正之（證據決定之變更）。不依此種更正手續而變更證據決定者，則須依第一所述之手續。

### （七）證據決定之施行

證據決定，係法院以職權施行之（參照日民訴二七七條），蓋以證據決定，屬於訴訟之指揮也。故法院須以職權傳喚證人及鑑定人（德國方面，亦如日本民事訴

證據決定之施行

訟法第二百七十七條第三項所載之旨趣，雖無明文之規定，然證據決定之施行，係以法院職權爲之，則爲學者間無爭論之問題。對於此點，可參照德國民事訴訟法第三百七十七條、第四百二條、第四百三十二條之規定。

#### 第四節 證據之調查

##### 證據之調查

證據之調查者，即法院以發見證據方法之內容爲目的之訴訟行爲也。日本民事訴訟法第二百七十三條以下之規定，皆係調查證據之手續（參照日民訴二一五條、德民訴二八四條）證據之調查，得分爲內國之調查，外國之證據調查，當事人之在場，調查證據之限度，調查證據不定時間之障礙，調查證據費用之豫繳，調查證據之終結及其完成並補充等等，以下逐項說明之。

茲依日本司法事務共助法之規定，凡其內地及樺太，朝鮮，臺灣，關東州，南洋羣島並其領事裁判權所能行使之地域內辦理司法事務之官署，皆得相互而且直接

爲調查證據之囑託。依其內地官署（受訴法院之審判長或初級法院之推事）之囑託，而在樺太，朝鮮，臺灣，關東州或南洋羣島等處辦理司法事務之官署所爲之調查，雖得謂爲內國之調查；然依內地官署之囑託，而在行使領事裁判權之地域辦理司法事務之官署（駐在外國之領事）所爲之調查，則爲外國之調查，不得謂爲內國之調查，蓋以外國原非本國領土之地域，即駐在外國之本國領事雖得行使其領事裁判權，亦不得因此而謂外國爲內國也。學者亦有謂此爲內國裁判權之擴張，而得謂爲內國之調查者；但以違反日本民事訴訟法第二百八十一條之法意，不能謂此主張爲正當。依據此條之規定，囑託駐在外國之本國領事調查證據，不論其領事有無領事裁判權，其能於外國調查證據，自不待言。或有主張依內地官署之囑託，而於樺太朝鮮等處辦理司法事務官署之調查證據，與依內地官署之囑託，而於行使領事裁判權之地域辦理司法事務官署之調查證據，由其一同依據司法事務共助法之法意觀之，可知後者亦爲內國之證據調查；然此種見解，亦不得謂爲正當，因不能以此手續

之同一，即謂外國爲內國故也（德國民事訴訟法規定德之保護領土與外國同）。（參照日本司法事務共助法一二兩條）。

### （一）內國之證據調查

內國之證據調查

內國之證據調查，以受訴法院行之爲原則；而以民事訴訟法有別項規定者，則命受訴法院部員一人或囑託初級法院行之爲例外。對於此種命令之決定，不得聲明不服（參照日民訴二七三條、德民訴三五五條）。第一，受訴法院調查證據之原

受訴法院調查證據之原則

則，即係直接審理主義（*Vunittoharkeit*）之應用，而與自由心證主義，有密切之關係。如非受訴法院調查證據，則不能爲其調查之直接審理，因而不能就其調查之結果，爲自由心證之判斷。且受訴法院之審判官，對於證據之價值，非有直接之認識，亦難以自由心證而下判斷。例如受訴法院未訊問證人，則對於證人之舉動及其他證言是否足爲信認，即不能實驗，故受訴法院僅就訊問記錄而判斷證據價值者，自不能以充分之自由心證而下判斷。所以受訴法院必須調查證據者，實即由於適用自

受命推事或受  
託推事之委託

由心證主義之原則。若於受訴法院調查證據後與其調查書作成前而審判官有更調時，則須再行其證據調查（參照日民訴一〇六條二一六條）。惟訴訟實際上，往往因受訴法院推事之更調或其合議法院之事務繁多等事由，而不能充分行此原則耳。

第二、受訴法院命其部員一人或囑託初級法院調查證據者，原爲日本民事訴訟法第二百九十六條三百十八條三百二十二條三百三十一條三百四十八條三百五十八條所規定。除其二百九十六條外，是否命部員一人或囑託初級法院調查證據，則依受訴法院自由之意見決定之。此所以在其二百九十六條之場合，則規定「從事訊問」或「訊問」；而於其他之場合，則規定「調查證據，得命受訴法院部員一人或囑託初級法院爲之」也。（一）受訴法院得命其部員（即組成屬於該事件部分之推事一人）調查證據，即所謂受命推事是也。此外之部員，不得命其爲之。又受訴法院得命初級法院（即依日本法院編制法第一百三十一條之規定，爲法律上之輔助之初級法院）調查證據，即所謂受託法院是也，辦理此種事務之受訴法院之推事，則稱之爲受託

#### 第四章 證據手續 第四節 證據之調查

推事。故此外之法院，不得囑其爲之。凡爲法律上之輔助之初級法院，則不問其法院是否與受訴法院居同一地域，皆得囑託之（法律上無特別之區別）。但在實際上，受訴法院囑託同一地域之初級法院調查證據，殊爲不當，因命其部員爲之，較爲適當也。（2）受訴法院命部員一人或囑託初級法院調查證據之裁判，原係訴訟指揮之裁判，故以決定之形式爲之（參照日民訴二七三條第三項）此卽所謂委任調查證據之決定（Beschluss über die Vebortragung），須與證據決定分別視之。此種決定，有與證據決定合併爲之者（參照日民訴二七四條第二項「證據決定」）；有於證據決定以後，法院以職權或經言詞辯論爲之者。例如依證據決定，應於受訴法院受訊問之證人不能到案時，受訴法院卽爲委任調查之決定是也（參照日民訴三一八條），因此種決定，在證據決定之施行上，原係訴訟指揮之處分，故法院認爲適當時，亦得不經言詞辯論而爲之（德之史丁氏普蘭克氏等多數學者，均主張須經言詞辯論；而斯柯利茲基氏赫爾比西氏等則主張勿須經過言詞辯論，德國最高法院判決例亦



對於委任決定  
不得聲明不服

然)。又此種決定後，得不經言詞辯論而取消之，因其屬於審判官之指揮，故勿須經過言詞辯論也（德之史丁氏則主張委任決定，須由言詞辯論後，始得取消之）。其他關於此種決定之變更亦然（參照日民訴二八二條）。(3)受命推事或受託推事受受訴法院之命令或囑託調查證據，不得從事於其範圍以外之調查。而證據決定，對於調查證據之實施，則有一定之權限，受命推事或受託推事不得超過之。但有當事人之同意時，如無實害，亦得涉及於證據決定之事項以外，從事其調查（德之史丁史批鐵爾鄭氏等主張反對之見解；而斯托羅苦曼氏則主張受命推事或受託推事得當事人之同意時，方得涉及於證據決定以外之證據調查）。（參照日民訴二七四條）。**第三**，對於受訴法院委任其部員一人或初級法院調查證據之決定（參照日民訴二七三條第三項「命令證據調查之決定」、德民訴三五五條第二項），不得聲明不服。不僅不得以抗告聲明不服，而且不得以對於判決之上訴，間接聲明不服（參照日民訴三九七、四三三、四五五等條）。(1)依受訴法院自由之意見，對於調查

證據，得確定由受訴法院爲之，或由受命推事或受託推事爲之，此種決定，卽有不當，亦不得聲明不服，蓋以此種決定，純係對於調查證據方法之裁判，其於當事人之利害，並無重大影響也。至於受訴法院在法律上可爲委任決定，而決定應由受訴法院調查證據者，或於法律上不許爲委任決定，而仍然爲之者，是否得能聲明不服，亦有兩種學說。或有主張日本民事訴訟法第二百七十三條所謂「命令證據調查之決定」者，僅指受訴法院依其自由之意見，得爲調查證據之委任之決定時所爲之決定而言；故對受訴法院違法之決定，仍得聲明不服（德之普蘭克氏恩格曼氏等主此見解）。或有主張調查證據方法之決定，法律上既無區別其決定係由於受訴法院裁量之不當，抑係違法，故皆不得聲明不服（德之史丁氏卓義費爾多氏批鐵爾鄭氏等多數學者，主此見解）。然而日本民事訴訟法第二百七十三條第三項所謂「命令調查證據之決定」者，就其文理觀之，不但不能斷論受訴法院依據此條第二項之決定，係僅指調查證據之委任決定而言；且無對於受訴法院爲此違法或不當之決定而得聲

明不服之實益。兩說相較，應以後說爲適當。又依日本民事訴訟法第二百八十一條之規定，受訴法院決定委任居於外國之官署調查證據時，對其決定，是否得能聲明不服，亦有兩種學說。或有主張日本民事訴訟法第二百七十三條第三項之規定，在其文理上及論理上，顯係指內國之證據調查而言，故對於委任居於外國官署調查證據之決定，得能聲明不服（德之赫爾比西氏主此見解）。或有主張依據日本民事訴訟法第二百七十三條第三項之準用，而不得聲明不服者（德之史丁氏斯托羅苦曼氏批鐵爾鄭氏等主此見解）。然而對於此種決定，因無得能聲明不服之別項理由，故以消極的論斷爲適當。（2）對於駁斥委任決定之聲請，駁斥委任決定變更之聲請，駁斥委任居於外國官署調查證據之聲請等等之決定，皆不得聲明不服，因允許對此種種之決定得爲不服之聲請，勢必對於調查證據方法之決定，亦須允許聲明不服，而違反日本民事訴訟法第二百七十三條之規定也。（3）受訴法院得不經言詞辯論，隨時變更調查證據方法之決定，因此種變更，係對於證據決定之施行所下之裁判（訴

訟指揮之裁判），受訴法院認為適當時，自得隨時變更之。故對此變更之決定，無令聲明不服之實益，且具有學識經驗之審判官遇有違法之決定時，當然變更之。

受訴法院調查證據

（一）受訴法院之調查證據 受訴法院得能接續當事人之陳述而調查證據時，可勿須為證據決定，即能調查證據，例如在言詞辯論日期，訊問在庭作證之第三者，或調查當事人提作書證之文書是也。此即證據結合主義之應用。在此情形之下，法院固得下調查證據之決定；然此種決定，乃廣義之證據決定，並非如日本民事訴訟法二百七十六條所載具有要件之證據決定。反之，受訴法院不得接續當事人之陳述而調查證據時，換言之，即非在新日期不得調查證據時，則由證據決定，命令調查證據，且由審判長指定新日期為之，蓋以證據決定之施行，法院得以職權行之也（參照日民訴二七四條第二項、二七七條第三項、二八六條、又德民訴三五八條三六九條）。  
第一，受訴法院對於調查證據之日期，未與證據決定一同宣示時，即須傳喚當事人（參照日民訴一六一條二四五條）。據此同一理由，在繼續調查證據日

調查證據之日

期

接行言詞辯論  
之日期

期或延期時，而未宣示者，須以職權如傳喚當事人。又於變更調查證據日期時，而未宣示日期者，則須於新日期，傳喚當事人。第二，受訴法院調查證據時，其調查證據之日期，同時即為接行言詞辯論之日期（參照日民訴二八七條、德民訴三七〇條第一項）。此即法院除以職權行為（*Offizialha. i. g. ket*）完結證據決定之施行外，尚依證據之調查，對於中心言詞辯論之本案，進而指定接行言詞辯論之日期也。（甲）受訴法院調查證據時，依據法律之規定，其調查之日期，既為接行言詞辯論之日期，故不須審判長指定之。然法院亦得因此調查證據日期之指定，隨而指定另一日期，為接行言詞辯論之日期；且得以指定調查證據之日期，專為調查證據之日期，例如調查證據極其繁雜，非短時間所能完結者是也。蓋所謂受訴法院調查證據之日期，同時為接行言詞辯論日期者，即謂調查證據之日期，如無別項規定時，則於調查證據完結後，旋為言詞辯論之日期也。學者亦有主張調查證據之日期，既依法律之規定，為接行言詞辯論之日期，故不得一面指定調查證據之日期，同時又

指定另一接行言詞辯論之日期，而喪失調查證據日期，同時即為接行言詞辯論日期之性質（德之史丁史卓義費爾多氏批鐵爾鄭氏等主此見解）。究之受訴法院在訴訟進行上認為適當時，亦得依其訴訟指揮權，指定專為調查證據之日期；如依反對論者之見解，不過得到拘於法文形式之結論（德之蛙志哈氏普蘭克氏斯托羅苦曼氏等主此見解）。（乙）受訴法院調查證據終結後，同時即為接行言詞辯論之日期。固然調查證據包括於廣義的言詞辯論之中，却不能包含於狹義的言詞辯論之中，狹義的言詞辯論者，即當事人依言詞而提出訴訟材料於法院之行爲也，故純為當事人之行爲。反之，調查證據者，則為法院以發見證據方法之內容爲目的之行爲，故純為法院之行爲（Die Beweisaufnahme ist Richteract, nicht parlicact）。（參照蛙志哈氏所著德國民事訴訟法講義）。因而狹義的言詞辯論，得於繼續調查證據時，中止之，得於調查終結後，接續之。又受訴法院調查證據終結後，當事人得依證據結合主義之原則，在同一日期，直就調查證據之結果而爲辯論（參照日民訴二一六條第

二項），或就本案而為辯論，因而受訴法院調查證據所定之日期，自然同時即為接行言詞辯論所定之日期。故謂受訴法院調查證據終結後，同時即為接行言詞辯論之日期也（Der Beweisaufnahmetermin zugleich eventueller Verhandlungstermin sei）。（參照蛙志哈所著德國民事訴訟法講義）。於是：（1）在調查證據日期因有某種故障不能舉行時（如被傳之證人或鑑定人，不如日期到案時），法院則以職權指定新日期，舉行之（參照日民二八六條）。即令雙方當事人在調查證據日期均未到場，亦不得謂為訴訟手續之休止；或一方當事人在此日期到場，其他一方，亦不能謂其懈怠日期（參照日民訴二八六條），因調查證據之日期，在調查證據終結後，即為接行言詞辯論之日期也。學者亦有主張調查證據日期因故障不能舉行時，若一方當事人如期到場，而其他一方不到者，則到場之當事人，可對不到之當事人，聲請法院為闕席判決，為完結證據之調查起見，不得駁斥其聲請。此種主張之理由，即依日本民事訴訟法第二百八十六條之適用，係以必須完結證據之調查為前提要件，

若有闕席判決之聲請時，即無調查證據之必要，故依此條之規定，並非駁斥闕席判決之聲請，另定新日期調查證據之旨趣（德之威爾莫斯基氏主此見解。並參照日本大正九年六月二十九日大審院判決例一因受訴法院調查證據之日期，同時即為接行言詞辯論之日期，故於其日期，可以同時併行調查證據與言詞辯論，因之調查證據雖未終結，亦不妨接行言詞辯論）。究之言詞辯論，須於調查證據終結後，即行開始，以故於調查證據日期到場之當事人，對於不到之當事人，聲請闕席判決時，法院即須延期令其就此種聲請而行辯論（參照日民訴二五四條第一項第一號）。此種見解，較為適當（參之蛙志哈氏史丁氏羅意干普氏等多數學者主此見解）。（2）調查證據之日期，僅終結其調查之一部分時，則有另定新日期從事其調查之必要，故當事人之一方或雙方不於調查證據日期到場者，法院則以職權指定新日期為之（參照日民訴二八六條）。（3）既然在調查證據日期終結其調查時，即接行言詞辯論，故當事人雙方皆未到場時，則休止訴訟手續（參照日民訴一八八條）；而其一方到場



言詞審理主義  
之原則

時，則對於未到場之一方，不論其調查之結果如何，皆得爲闕席判決之聲請（參照日民訴二四六條至二四八條）。法院祇能就其聲請，限於不得延期辯論者，始爲闕席判決（參照日民訴二五二條二五四條）。於是調查證據，自當由此闕席判決，失其暫時之效力；後由聲明闕席判決之故障，而回復其效力（參照日民訴二六〇條）。且調查證據，不僅在證據決定已行其全部調查時，或應共同爲力之當事人未如期到場時，又或被傳之證人已死亡而不能實施時，以及法院取消證據決定時，而告終結；卽舉證者拋棄證據方法時，亦告終結。故舉證者之當事人於調查證據日期到場，而其對方不到場時，則因拋棄證據方法，終結證據之調查，而得對其對方聲請闕席判決。但對方聲請闕席判決之故障時，則拋棄證據方法之當事人，亦不妨重新聲請同一之證據方法。惟須負擔因新聲請所生之訴訟費用，且就其聲請，應受日本民事訴訟法第二百十四條第二項之適用耳。第三，受訴法院調查證據，與當事人之辯論，皆依言詞審理主義之原則爲之（參照日民訴一〇三條），因不依言詞審理主

義，即不能直接審判，故能接續當事人之陳述直為證據調查時，則不為證據決定，亦能調查證據；如不能接續當事人之陳述直為證據調查時，則須以證據決定，命令調查證據，且審判長亦應指定調查證據之新日期（參照日民訴二七四條第二項又二八六條）。（1）受訴法院調查證據，既依言詞審理主義為之，故證人之供述，須以言詞為之，不許代以書面，惟鑑定方許為書面上之供述（參照日民訴三三〇條）。（2）受訴法院調查證據，應公開為之，因法院中之辯論，包含證據之調查故也（參照日民訴一〇三條、日憲五九條、德法編一七〇條）。（3）當受訴法院調查證據時，如當事人相互間發生爭執，或當事人與第三者（尤其是證人鑑定人）相互間發生爭執，則由受訴法院裁判之。（4）受訴法院調查證據時，應從一般之規定，令書記作成調查證據之記錄（參照日民訴一三〇條）。而且調查證據終結時，得依其調查，接行當事人之辯論（參照日民訴二八七條第一項）。

受命推事或受

（2）受命推事或受託推事之調查證據 受命推事或受託推事調查證據時，因其

託推事之調查證據

不能接續當事人之陳述直行調查（即非於新日期不能調查），故依證據決定，命其調查（參照日民訴二七四條第二項、德民訴三五八條）。受命推事調查證據時，審判長當宣示證據決定之際，得指定受命推事，或指定受命推事調查證據之日期，或以日期之指定，委諸受命推事定之。又受託推事調查證據時，審判長則發其囑託書，指定受託推事調查證據之日期，蓋以證據決定之施行，係法院以職權爲之也（參照日民訴二七七條第三項、二七八條第一項、二七九條第二項、二七七條第二項、又德民訴三六一條三六二條三七〇條）。第一，受、訴、法、院、之、部、員、調、查、證、據、時（即受命推事調查證據時），（參照日民訴二七三條第二項、二七四條第二項、二七八條第一項）受訴法院之審判長，當宣示證據決定之時，得指定受命推事，或指定受命推事調查證據之日期。或以其日期之指定，委之於受命推事。此種委任之裁判未經宣示者，則須以職權送達於當事人（參照日民訴二四五條）。審判長若已宣示調查證據之日期者，則勿須於其日期傳喚當事人（參照日民訴一六一條二三五條）。

受命推事之調查證據

第四章 證據手續 第四節 證據之調查

受託推事之調查證據

反之，審判長若已委任受命推事指定日期之權，則受命推事須指定其日期，以其職權通知其日期及場所於當事人，因當事人有在場之權利故也（參照日民訴二八〇、一七三、一六一等條）。本此同一理由，在接續調查證據之日期或延期時而未宣示其新日期者，則須以職權通知其日期於當事人。受命推事若因疾病或更調及其他事由，以致阻礙其任務時，審判長得另委其他部員爲之。此種命令未經宣示者，則須以職權送達之（參照日民訴二四五條、德民訴三二九條）。又其他法院調查證據時，換言之，即受託推事調查證據時，受訴法院審判長（如在初級法院，則爲初級法院推事），則以命令調查證據之決定，發出調查證據囑託書於初級法院，使從事於法律上之輔助。此種囑託書之發出，係由法院書記官以職權爲之。受此囑託之初級法院承諾爲法律上之輔助時，則受託推事即須指定調查證據之日期，且須通知其日期及場所於當事人，因當事人於調查證據時有在場之權利也（參照日民訴二八〇條一七二條一六一條）。所以囑託書中，應表示當事人及其代理人。調查證據日期之

調查證據之日  
期

通知，因在法律上無別項之規定，概以送達裁判指定日期之正本爲之（參照日民訴一六一條二四五條第三項）。第二，受命推事或受託推事調查證據時，其日期，並非同時卽爲接行言詞辯論之日期，因在此情形之下，辯論與調查證據不能直相結合也。以故審判長得能豫定調查證據之終結時期者，方得於命令受命推事或受託推事調查證據之決定中，合併指定受訴法院接行言詞辯論之日期；若不能豫定其終結時期因而不能指定其日期者，則於調查證據終結後，以職權（不以聲請）定接行言詞辯論之日期，並以之通知於當事人（參照日民訴二八六條第二項、德民訴三七〇條第二項）。在證據決定中，合併指定接行言詞辯論之日期者，確有易於進行訴訟手續之利益，且能節省通知其日期之費用，因宣示證據決定，同時卽已宣示接行言詞辯論之日期也。又接行言詞辯論日期之通知，在法律上因無別項之規定，概以送達裁判指定日期之正本爲之（參照日民訴一六一條二四五條第三項）。（依據日本民事訴訟法第一百五十九條之規定，顯然指定日期乃係審判長之職權；然而依其二

百八十七條所規定之「受訴法院」，在文理上似可解作受訴法院指定調查證據之日期，若以之與德國民事訴訟法第三百三十五條第二項所規定之「在受訴法院接行言詞辯論之日期，得以命令受訴推事又受託推事調查證據之決定同時定之」之文意相對照，可知理論上，並非受訴法院指定調查證據日期之法意。第三，受命推事或受託推事調查證據時，係以依據受訴法院調查證據之法則為通則（參照日民訴一五〇條第三項一七二條三一九條、又法編一一二條）。然在特則上，則有：（甲）受命推事或受託推事固然祇有依據證據決定之旨趣，加以施行之權限，並無調查其決定是否合法（Gesetzmäßigkeit）或適當（Zweckmäßigkeit）之權限；然而受命推事或受託推事以後發生其所調查之事項應以其他法院為之為適當之原因時，不僅得能要求撤回其調查證據之委任或囑託；並得豫先不徵受訴法院之同意，逕行轉囑適於調查之法院為之（參照日民訴二八二條、德民訴三六五條）。此種法意，即係盡量能使訴訟手續迅速進行，且能節省訴訟費用之旨趣。（1）受命推事或受託推事，乃指內

調查證據之法則

法院之受命推事或受託推事而言，不能包括本國具有領事裁判權之駐外領事及屬於本國領地之法院推事，因此等領事及推事，並非民事訴訟法中所指之受命推事或受託推事也。故依日本民事訴訟法第二百八十二條之規定，凡由內地法院囑託本國駐外領事及樺太朝鮮台灣等處之法院推事調查證據者，皆不得轉囑其他官署爲之（德之史丁氏則認爲依據德國民事訴訟法第三百六十五條之規定，凡依民事訴訟法之規定而辦司法事務之領事，於其行使領事裁判權之區域內受託調查證據者，或保護領土之法院推事，於其保護領土之區域內受託調查證據者，似乎包括得能轉囑其他法院推事之中）。（參照日本司法事務共助法一二兩條）。此外，受託調查證據之外國官署，是否得能轉囑其國中之他種官署行之，則依海牙民事訴訟國際會議議定書之規定（參照一千九百五年六月十七日民事訴訟國際會議議定書一二條）。（2）受命推事或受託推事所能轉囑之其他法院，乃指內地之初級法院而言（參照日法編一三一條），不能包括本國駐外行使領事裁判權之領事，保護領土之法院，外國管轄

之官署，駐外之大使公使及領事，因對於此等官署或官吏，惟受訴法院始有囑其調查證據之權限也（參照日民訴二八一條、又其司法事務共助法一二兩條）。故受命推事或受託推事認定囑託此等官署調查證據為適當時，則須通知其情形於受訴法院，同時且須送還記錄。受命推事或受託推事轉囑調查證據之法院，原與受訴法院囑託調查證據之法院相同，當然可以辦理司法事務，故依日本民事訴訟法第二百八十二條之規定，得再囑託其他之法院為之。（3）受命推事或受託推事得能囑託其他法院調查證據之原因，即係受訴法院命令部員一人或囑託初級法院調查證據之後，受命推事或受託推事所認識之原因，換言之，即係以其他法院調查證據為適當之原因，亦不一定發生於為此命令或囑託之後。例如受訴法院囑託初級法院訊問證人，而其證人非居於此初級法院管轄地域以內者（即無管轄權者），或受訴法院囑託初級法院訊問證人時，其證人本居於初級法院管轄地域以內，而此後移居於其他法院管轄地域者是也（在德國民事訴訟法第二百六十五條之中，係規定「[Ergeben]」，非規



定[Einsetzung]；在日本民事訴訟法第二百八十二條之中，則係規定「發生」。若依立法上之見解，應以德國民事訴訟法之規定爲適當。又如日本法院編制第十條第一款之事由存在時，則受命推事或受託推事應依日本民事訴訟法第二十八條之規定，不能依據二百八十二條之規定，因此種事由，並非其他法院調查證據之適當原因也。(4)受命推事或受託推事囑託其他法院時，須通知當事人，以便當事人行其在場之權利。通知之方法，以得能證明之傳達爲已足，不必拘於送達之形式，因此種通知，並非日期之通知也(參照日民訴二八七條第二項之說明)。(5)受調查證據囑託之法院，得能拒絕其囑託與否，因法律上無別項之規定，雖不免爲學者所爭論；然以消極的論斷爲適當。固然囑託之法院及受囑託之法院，均應調查管轄權之有無及其事務是否爲法律所允許；但此二重之調查，實以委諸受囑託之法院行之較爲簡便也。故受囑託之法院，不得以無管轄權爲理由，或以法律上不允許之事務爲理由，拒絕其囑託；若囑託之法院誤認受囑託之法院有管轄權，而行囑託時，則受囑

託之法院，即可轉屬於有管轄權之法院爲之，原無拒絕囑託之必要。又施行囑託之事務，於事實上爲不能者（如應加訊問之證人已死亡或其住址不明者），則受囑託之法院以此通知於囑託之法院爲已足，亦無拒絕其囑託之必要（依據德國法院編制法第一百五十九條之規定，囑託之法院，如係受託法院之上級法院時（即管轄初級法院所在地之上級法院時），固然受託法院不能拒絕其囑託；但如係其他法院時（依德國民事訴訟法第三百六十五條之規定，原係囑託之法院時），則受託之法院對於囑託之事務，却得以無土地管轄權爲理由，或以其囑託之事務爲受託法院所在地之法律所不許施行者爲理由，拒絕其囑託）。（乙）受命推事或受託推事之調查證據

不公開之證據  
調查

，非以公開形式行之，蓋公開行之者，惟判決法院中之辯論（包括調查證據）及判決之宣告也（參照日憲五九條、德法編一七〇條）。然亦不能因此直認爲不公開於當事人（Parteien Offenheit）。在民事訴訟上，却與刑事訴訟不同，不受何等之限制，採用公開之法則，當事人並有一同到場調查證據之權利，以及閱覽訴訟記

錄之權利（參照日民訴二二四條二八〇條五三八條、德民訴二九九條三五七條七六〇條）。受命推事或受託推事公開之證據調查，不能以其公開而謂爲無效，蓋以公開原無損於當事人之利益也。（丙）當受命推事或受託推事調查證據時，如當事人相互間發生爭執（參照日民訴三四八條），或當事人與第三者（如證人或鑑定人）發生爭執（參照日民訴三〇一條三一九條三二二條），則非完結其爭執，不得接行調查證據，且其推事如無裁判其爭執之權限，則應由受訴法院完結之，否則即不得施行證據調查也（參照日民訴二八三條、德民訴三六六條）。（1）當受命推事或受託推事調查證據時，當事人相互間發生之爭執，或當事人與第三者發生之爭執，不論其完結關係於證據調查之接行與否，受訴法院當然得能完結之，因受訴法院就訴訟事件之全體，皆有完結之權限也。依據日本民事訴訟法第三百一條第一項及第三百二十二條之規定，卽爲此種原則之適用；然在例外上，受命推事或受託推事得依法律之規定，對於調查證據日期之指定，變更，延期及接行日期之指定等而有裁判（

參照日民訴一七二條二七八條）之權限，並對於無正當理由而不到場之證人或鑑定人，有科以罰金或取消科罰之權限，以及對於無正當理由而拒絕證言或拒絕宣示之證人及鑑定人，有處令賠償費用及罰金之權限（參照日民訴二一九條三二二條）。此外，受命推事或受託推事並認定施行其調查證據之當然結果上，而就施行方法，得發種種之命令，且下種種之裁判。例如受命推事或受託推事，因傳喚證人鑑定人之不合法以致延展調查證據之日期，得就檢證之方法發必要之命令，掃除妨礙檢證之事實上之障害，且得對於此種爭執而下裁判等等是也（對於宣示秩序罰之權限，可參照日本法院編制法第一百十二條）。受命推事或受託推事對於法律明文上當然能下裁判之中間爭執，自無須受訴法院完結之。又當受命推事或受託推事調查證據時當事人間或當事人與第三者間所發生之中間爭執，受命推事或受託推事雖無裁判之權限；然其爭執之完結，無關於調查證據之接行者（非前提要件者），可於調查證據完結後，再以此完結於受訴法院，不必令受訴法院在此調查證據之施行前完結

之。然而此種爭執之完結，若關係於調查證據之接行者，則須令受訴法院先行完結之，否則即不能施行證據調查。例如依據日本民事訴訟法第三百五十一條之規定，而下中間爭執之判決者；又如依其三百十九條第二項第三項之規定，對於證人鑑定人證言之拒絕或宣誓之拒絕並發向之拒絕，而裁判其當否者是也（參照日民訴三一九條三〇一條三二二條）。（2）受命推事或受託推事調查證據時，對於種種爭執而下裁判之手續，法律上雖無特別之規定；然而通常則由受命推事或受託推事將其發生爭執之通知書附於訴訟記錄之中，送諸受訴法院，受訴法院或以中間判決裁判之，或以決定裁判之。為中間判決之裁判者，審判長（在初級法院則為單獨推事）須以職權指定日期，除傳喚當事人之外，尚須傳喚證人及鑑定人，當事人則就爭執之關係而為供述，法院則依言詞辯論而下判決（日期，有單就其爭執而為辯論之日期，有合併本案而為辯論之日期，若係單就其爭執而為辯論之日期者，則對於當事人之懈怠，應適用日本民事訴訟法第二百六十五條第二項之規定）。又為決定之裁判

調查證據之終  
結

者，受訴法院應依任意辯論之一般規定而下裁判；且於裁判之後，尚有接行調查證據之必要者，應再通知此意於受命推事或受託推事。(丁)受命推事或受託推事既依一般之規定，從事調查證據，自須令法院書記官作成調查證據之記錄（參照日民訴一三三條）。受命推事終結調查證據時，法律上雖無特別之規定；但爲使受訴法院進行訴訟起見，應以其職權通知受訴法院。又在受託推事終結調查證據時，則爲使受訴法院進行訴訟起見，應檢同關於調查證據之書類（如關於調查證據時當事人所提出之證書之原本繕本等）送於受訴法院之書記，其書記爲使當事人閱覽起見，則將受領書類之情形通知於當事人。此種通知，因非日期之通知，故僅以郵信或其他足以證明之方法爲之，不必拘於送達之形式（參照日民訴二七九條第二項、德民訴三六七條第二項）。此外關於受訴法院接行言詞辯論日期之指定，則依日本民事訴訟法第二百八十七條之規定，已如前述矣。

(二) 在外國調查證據

在外國調查證據

在外國（即不屬於本國領土之地域）調查證據，審判長（在初級法院則爲初級法院之推事）應依日本民事訴訟法第一百五十二條及一百五十五條之規定，囑託外國管轄官署或本國駐在該國之大使公使領事行之（參照日民訴二八一條、德民訴三六三條）。受訴法院對於證據方法之在外國者（如證人鑑定人之住於外國者），並不能移諸內國而爲調查，然在實際上却有極大之困難。內國法院爲在內國訊問住於外國之證人起見，依日本民事訴訟法第一百五十三條之規定，亦得逕傳喚證人之書狀於外國（參照日民訴二九二條），然在事實上因各種強制手段之欠缺，故非出於此種證人之好意，則不得於內國訊問之。又內國法院爲在內國訊問住於外國之證人起見，亦得對於外國之官署，囑其命此證人到內國法院，然以外國官署無承認此種囑託之國際習慣或國際條約，故難期望此種證人之到案。又因內國之民事裁判權不能行及於外國，故內國法院不得於外國調取其所存在之證據方法（尤其是住於外國之證人）。於是證據方法存在於外國者，即有囑託外國之管轄官署調查證據之

必要，此即所謂國際上之法律輔助是也。然此必要之實現，得依法令習慣及條約所允許之範圍，利用駐在外國之本國大使公使及領事等官署，授以調查證據之權限而爲之，此即所謂在外國調查證據之共力是也。因之證據方法之在外國者，遂發生囑託外國之管轄官署或駐在外國之本國大使公使領事調查證據之通則（在特別上，亦有證據方法雖在外國，得在內國行其調查者）。由此觀之，可知在外國之證據調查，實係由於實際上有使證據易於實施之必要故也。第一，在外國調查證據者，受訴法院一方面須爲證據決定，同時且須決定應在外國調查證據之意旨，蓋在外國調查證據時，因不能繼續當事人之陳述而爲調查，故依日本民事訴訟法二百七十四條第二項之規定，須下證據決定，且因應否在內國或外國調查證據，乃係調查證據之方法，故依日本民事訴訟法二百七十三條之規定，須下決定。對於此種決定，依日本民事訴訟法二百七十三條之規定，不得聲明不服，已如前述矣。又在外國調查證據時，必須審判長（在初級法院則爲初級法院之推事）之囑託（參照日民訴二八

受訴法院之決定



一條、一五五條），因其屬於簡易訴訟指揮之事項故也。在外國調查證據時，究應囑託外國管轄官署爲之，抑應囑託本國大使公使領事爲之，對於此種之裁判，則屬於審判長之權限，非屬於受訴法院之權限，蓋依日本民事訴訟法二百八十一條之旨趣，此種裁判，應由審判長決定之也。學者亦有主張此種裁判既係調查證據方法之事項，依日本民事訴訟法二百七十三條之規定，應由受訴法院決定之（德之威爾莫斯基氏萊因克氏等主此見解）。究之此種囑託，乃係調查證據之囑託，故應以審判長決定之爲適當（德之史丁氏斯托羅苦曼氏等主此見解）。第二，受訴法院之審判長（在初級法院則爲初級法院之推事）認定調查證據應由外國管轄官署爲之爲適當時，則囑託其官署爲之。（1）外國管轄之官署者，即係依證據應爲調查之證據方法存在之外國法律，而有調查權限之官署也，此種官署，通例上皆爲外國之法院。此種外國管轄之官署，是否負有承認此種囑託而爲調查之職務，則依制定法，習慣法，國際條約或國際間之習慣（*Staatspraxis*）等定之（國際上法律之輔助）。依據日

本大正九年三月三十日民事第一〇八三號民事局長之通告，日本已於大正二年十二月與瑞士，大正五年十二月與阿根廷等國相互間，即彼此開始行此調查證據之司法共助事務矣。歐洲諸國且多參加一千九百五年海牙國際私法會議，承認各有調查證據之國際輔助義務，以助長訴訟上之便利矣（參照該議定書第一一條）。凡未參加之國家，實以參加為適當。（2）對於外國管轄官署囑其調查證據之囑託方法，法律上雖無別項之規定，然不外行此二種方法，即或由內國法院直接寄送囑託書於外國管轄之官署，或由外交手續寄送之（由外交手續寄送囑託書時，有經司法部行之者，有經司法部及外交部行之者，有經本國政府直接行之者，有經駐外大使公使領事及外國之外交部行之者等等方法）。然通常關於此種調查證據之囑託，如本國與此外國管轄官署所屬國之國際條約，未經規定本國受訴法院之審判長得能直接寄送囑託書於外國管轄官署者，則依外交手續行之。故在訴訟實際上，凡囑託外國管轄官署調查證據者，皆經司法部及外交部行之。然在歐洲諸國多已參加國際私法會議，

故此種囑託，概經行此囑託之審判長所屬國之領事行之，以期寄送囑託書之便利（參照該議定書第九條）。（3）外國管轄官署受內國法院之囑託，對於終結調查證據之手續，則依其外國管轄官署所屬國之法律行之，因外國管轄官署非依據其所屬國之現行法，則不能行使其權限也。故有學者主張場所支配行為之原則（*Locus regit actum*），除適用於法律行為之外，尙能適用於訴訟行為。然而內國法院亦得對於外國管轄官署，請其依據內國之法律而為證據之調查；外國管轄官署依此請求而行調查之手續，如不違反其本國之法律。亦得依此請求而行調查。歐洲諸國多因參加國際私法會議，故外國管轄官署受託調查證據者，亦得依據囑託法院所屬國之法律而為其調查，藉以助長訴訟上之便利（參照該議定書一四條）。又對於外國管轄官署依本國法院之囑託而為證據調查時，如不適於外國管轄官署所屬國之法律，而適於內國之法律，是否得能對之聲請異議，此雖法律上無別項之規定，然依日本民事訴訟法四十四條所規定之推論，應以消極的論斷為適當（參照德民訴三六九條）。又

對於外國管轄官署依本國法院之囑託而為證據調查時，如外國管轄官署所屬國之法律及內國之法律皆不適用，則視「手續違背質問權」之拋棄是否補正，而區別為有效或無效。若無禁用此種證據之法則，法院亦得以自由之心證，就此調查證據之結果而下判斷，且利用之（參照日民訴二一七條）。但外國管轄官署受內國法院之囑託調查證據之效力（尤其是證言及鑑定之證據力），則依內國之法律定之。（4）受內國法院囑託調查證據之外國管轄官署，如發見其調查應由其他官署行之為適當時，是否得能囑託其他官署行其調查，則依其所屬國之法律定之。對於依此轉囑所得調查證據之結果，不得聲明異議。此種轉囑調查之規定（參照日民訴二八二條）。雖次於外國調查證據之規定（參照日民訴二八一條），亦得推知之。（5）外國管轄官署因內國法院之囑託，而將證據調查結果之書類寄送於內國法院時，法院書記官應以之通知於當事人。第三，受訴法院之審判長（在初級法院則為初級法院之推事），如認調查證據應以駐外之本國大使公使領事為之為適當時（尤其以在外國有

對於駐在外國  
之本國大使公  
使領事之囑託

治外法權之本國官吏及其家屬並隨從者爲證人時），則囑託之。（1）駐外之本國大使使有調查證據之權限，此爲民事訴訟法之前提，故此等大使公使是否有調查證據之權限，尚須依據民事訴訟法以外之法令定之（德國駐外之大使公使，依其一千九百年四月七日關於領事裁判權之法律第六條第二項之規定，未付以調查證據之權限者，則無此權限，故德國在外国調查證據時，不設囑託駐外大使公使調查證據之規定）。又對駐外大使公使行此囑託時，如在國際條約上無特別之規定者，當然經由司法部及外交部爲之（參照日本明治二五年閣令第四號）。（2）駐外之本國領事，有調查證據之權限，亦爲民事訴訟法之前提，故此領事是否有調查證據之權限，尚須依據民事訴訟法以外之法令及習慣並條約而定之。行使領事裁判權之本國領事，對於其駐在之外國所應調集之證人，須服從其裁判權者，得於法律上依據內國法院之囑託調集之（參照日本明治三二年第七〇號領事官職務之法律第六條）。此種囑託，依日本司法事務共助法之規定，受訴法院之審判長，得直接向此領事囑託之

(參照日本司法事務共助法一二條)。又無領事裁判權之領事，對於其駐在之外國所應調集之證人，如係本國人，在慣例上，多能依據內國法院之囑託調集之；如係外國人，在實際上，則難依據內國法院之囑託調集之，在此情形之下，應依外交手續，經由司法部及外交部對於調查證據之駐外領事囑託之（駐外行使領事裁判權之德國領事，對於應調集之證人，須服從其裁判權者，得依德國法院之囑託調集之；此外無此裁判權之德國領事，則由內閣總理與以調集此種證人之權限，且此證人爲德國人而能任意到場者，則依德國法院之囑託調集之。又駐在瑞典，法蘭西及保加利亞之德國領事，對於應調集之證人如非此等駐在國之人民，在條約上，得依德國法院之囑託調集之；又駐在布列顛，愛爾蘭及布列顛殖民地之德國領事，亦得依據德國法院之囑託而爲證據調查；此外駐在北美合衆國之德國領事，亦得依據德國法院之囑託（經由 *Commission* 而爲證據之調查）。（參照史丁氏所著德國民事訴訟法註釋第一卷）。（3）駐在外國之本國領事，終結調查證據時，則將其調查書類之原本

，寄送於受訴法院之書記官，書記官則以此通知於當事人。

### (三) 當事人之在場

當事人之在場

當事人於調查證據時，有在場之權利，所謂向當事人公開 (Parteilichkeit) 者是也。據德國赫爾比西氏之主張，謂調查證據，固係法院與證據方法 (尤其是證人) 之間所行之事項 (Vorgehen)，然調查證據之結果，對於當事人有重大之利害關係，故於調查證據時，須令當事人在場，此當事人在場權之所由生也 (依據德國普通法及普魯士訴訟法之規定，凡屬調查人證時，當事人不得在場；反之，在德國民事訴訟法方面，則特設第三百五十七條，規定調查證據時，當事人得能在場。日本民事訴訟法雖無此種規定，然依日本民事訴訟法第二百八十二條後段及第二百八十四條之規定，顯然以承認當事人有在場權為前提)。又當事人之在場權，就其效力言之，並非當調查證據之日期，當事人不到場即不能舉行調查；不過通知其日期，使之得有在場之機會，其在場與否，不能拘束調查證據之施行。因

調查證據日期  
之通知

調查證據，乃係法院以職權行之也（參照日民訴二七七條第二項又二八四條）。  
第一，在內國調查證據時，受訴法院得就當事人之陳述接行調查證據者，當人專目能在場，固勿須通知其日期。然因證據決定，而於受訴法院指定之新日期舉行證據調查時，或於受命推事受託推事為其調查時，如不宣示其日期者，則須存有可以在場調查證據之時間，送達調查日期之正本通知之（參照日民訴一六一條一七二條）。以故不通知其日期於當事人之調查及通知不合法之調查，則對於有關係之當事人為無效。原來調查證據日期之通知，所以保護關係當事人之利益，故雖對於此種手續之違背未行質問權者亦得補正之。因之有關係之當事人若於此種手續上違法之調查後接行言詞辯論之日期而不質問其違法者，以後即不得主張其調查為無效。（L）  
調查證據之受訴法院如非初級法院時，則依日本民事訴訟法六十三條第一項二項之規定，當事人得使訴訟代理人在場；如在其他法院為之時，則依該條第三項之規定，得使訴訟代理人在場。又調查證據日期開於法院時，當事人固得在場；然因臨檢



或審問礙難到場之人及其他之事由，而關於當事人一方之住處或第三者之住處時，則不得在場。在當事人一方之住處開始調查證據時，則此一方之當事人，得拒絕他一之當事人進入其住處，因而當事人之在場權，即無由行使，換言之，即當事人之在場權，已被住居權所阻却。其在第三者之住處調查證據者亦同（參照日民訴一六二條）。（2）當事人之一方或雙方不於調查證據日期到場時，亦得就事件之程度所能調查者調查之。當事人固有在場之權利；然亦非謂不在場，即不得調查證據也。因證據決定之施行，原係法院之職權（參照日民訴二七七條第二項），故不論調查證據係由受訴法院爲之，或由受命推事受託推事爲之，即令當事人之一方或雙方不於調查證據日期到場，亦得就事件之程度所能行者行之。例如訊問證人鑑定人時，只須證人鑑定人於調查證據日期到場，即能爲之，原勿須當事人一方或雙方到場；又如調查書證時，只須提出書證於法院即得爲之，亦無當事人一方或雙方到場；又就檢證言之，法院得能實驗其目的物即能爲之，亦勿須當事人一方或雙方到場。反

之，例如鑑定時，鑑定人應實驗當事人提出之物以後始能鑑定者，則非當事人到場不可，否則即不能從事鑑定；又就檢證言之，若其目的物應由當事人之一方提出於法院或允許實驗時，則非其當事人到場不可，否則即不能從事檢證等是也（依據日本民事訴訟法二百八十六條之規定，顯然對於證人鑑定人不於調查證據日期到場，以致不能調查時，法院得以職權，另定調查之新日期，傳喚證人鑑定人）。（參照日民訴二八四條第一項、德民訴三六七條第一項）。（3）受訴法院調查證據時，其調查之日期。同時即為接行言詞辯論之日期，已如前述（參照日民訴二八五條）。故於辯論之先所為之調查，一經終結後，則不論係由施行而終結，或由當事人對於調查證據未提出檢證物及未為其他必要之助力而終結，皆為接行言詞辯論之日期，因而雙方當事人皆不到場時，則訴訟手續歸於休止；一方當事人到場時，則依一般之規定，對於不到場之對方，得宣告闕席判決（參照日民訴二四六條至二四八條又四二八及四二九兩條）。在訴訟手續休止時及在宣告闕席判決時，皆未斟酌調查證

據方之當事人不於調查證據日期到場，似無若何調查之必要；然在訴訟手續休止時，當事人已爲指定言詞辯論日期之聲請者；又在闕席判決時，因故障之聲明，已回復闕席前之訴訟程度者（參照日民訴一八八條二六〇條），皆須接行辯論，調查證據，於是勢必就同一訊問事項，再行傳喚證人鑑定人，致令耗費無益之勞力及時間，以故當事人之一方或雙方雖於調查證據之日期不到場，亦得就事件之程度而爲之，此種法則之效用，即在節省證人鑑定人對於同一之事項重受二次訊問之勞力及時間。所以當事人雙方均於辯論終結前到場者，即令未於調查證據日期到場亦不能休止訴訟手續；又當事人之一方雖於調查證據之日期未到場，而曾於辯論終結前到場者，自不得對之爲闕席判決。次就受命推事或受託推事調查證據言之，其調查之日期非同時接行言詞辯論之日期，亦如前述。如係受命推事終結調查者，則以職權通知受訴法院；如係受託推事終結調查者，須將關於調查證據之書類之正本，送於受訴法院之書記官。

第二，在外國調查證據時，當事人有無到場權，則依此調查證

在外國調查證

#### 第四章 證據手續 第四節 證據之調查

據與當事人之  
在場權

據之外國法定之。如依此外國法之規定，當事人有在場權者，因有迅速進行訴訟手續之必要，法院務以職權令當事人拋棄其在場權。其有領事裁判權之本國領事依民事訴訟法之規定調查證據時，對於當事人有在場權者亦然。至於歐洲諸國多於一千九百五年參加海牙國際私法會議，凡受託調查證據之外國官署，皆得將受託調查之場所及日期，通知於當事人，使其在場（參照該議定書第一一條第二項），故於外國調查證據時，如未通知其日期於當事人令其在場者，即令依外國法無必須通知其日期於當事人之規定；當事人亦得就其調查之有效者，聲述異議。此種國際私法會議，應參加之。第三，從參加人對於調查證據，與當事人相同（參照日民訴五七條第三項），亦須通知調查證據之日期，使其得能在場。至於在任意的言詞辯論中調查證據者，當事人亦有在場權，故須通知日期，使其得能在場（德之史丁氏此見解；羅意干普氏則反此見解）。又在非訟事件手續中訊問證人及鑑定人時亦同（德之羅意干普氏主此見解）。

從參加人之在  
場權

任意的言詞辯  
論中及非訟事  
件手續中之調  
查證據與當事  
人之在場權

德之羅意干普氏主此見解）。

調查證據之限度

#### (四) 調查證據之限度

當事人所聲明之各種證據中，就其應加調查之限度，則由受訴法院定之（參照日民訴二七四條第一項）。蓋使受訴法院本其所有之訴訟指揮權，為防止訴訟遲延計，得就多種之證據，而為一次之調查；且為避免無益之調查計，得就多種之證據中，限定其一二而為調查也。然有應加注意之數點，茲為分別述之。第一，當事人就同一爭點聲述多種證據方法時，或就各種爭點聲述多種證據方法時，法院則就調查之結果，分為有同一價值者（為同一裁判之資料者）與無同一價值者之二種。對於有同一價值者，法院則以自由之意見，得定調查之順序。例如對於法律行為之成否及代理人代理權之有無，買賣效力及代價支付之有無等而有爭執者，法院則以自由之意見，而定調查證據之順序。在此等情形之下，在通例上，法院雖得先就適於達到裁判程度之證據而為調查，換言之，即得先就出訴原因之事實而為調查；然而亦得先就抗辯事實而為調查。蓋就代理人有無代理權之爭執，而能證明代理權

存在之抗辯事實者，得駁斥之；又在訴求支付買賣代價時，而能證明已付代價之抗辯事實者，亦得駁斥之也。反之，若對於無同一之價值者，則須就種種關於證據之攻擊與防禦方法之性質而為調查，否則其調查必歸於無益，而且違反訴訟經濟之原則，例如抗辯起訴及上訴為不合法者是也。在此等情形之下，如不確定起訴及上訴為合法，即不能對於本案為證據之調查。故法院必須先就其起訴及上訴是否合法，調查證據。由此觀之，可知多種證據調查之結果，其有同一之價值者，法院固得限制證據之調查；如無同一之價值者，則須就先決問題之事項為證據之調查，不得直就本案為證據之調查（依據日本大審院之判決例，認為日本民事訴訟法二百七十四條第一項之規定，雖僅對於一種事實之證明而為多種證據之聲請時適用之；然其本旨，則在僅就同一爭點而為多種證據之聲請時適用之，其與此處所說明者，並無不同之處）。第二，法院對於某種事實上之主張之真否已有充分之心證者，原有駁斥對此事實聲請證據之權限；但對於應加確定之事實，而豫斷即令調查當事人所聲

對於聲請無影  
響於法院心證  
者之駁斥

限定調查證據  
之裁判

請之證據亦未必影響於心證者，則不能駁斥其聲請。以故法院對於當事人所聲請之多種證據，只能限定調查其一二，而不能駁斥其他之證據；並對於調查之證據不得結果時，尚須調查其他之證據。惟對於無影響於既得之心證而認為不必要者，得駁斥之。第三，限定調查證據之裁判，原係訴訟指揮之裁判，故法院得變更之或取消之。又因此種裁判，原係對於調查方法之裁判，故不得對此聲明不服（準用日民訴二七三條第三項）。

### （五）調查證據之不定時間之障礙

調查證據之不  
定時間之障礙

調查證據有不定時間之障礙時，受訴法院因舉證者或其對方之聲請，須定相當之期限，排除此種障礙（參照日民訴二七五條，德民訴三五六條）。調查證據之障礙中，有絕對不能調查之障礙（例如聲請之證人已死亡）與非絕對不能調查之障礙（例如聲請之證人之現住所不明）二種。如有絕對不能調查之障礙存在時，法院不能命為調查證據，自不待言，且亦無須明文之規定。如有非絕對不能調查之障礙存

在時，不論其障礙是否係由舉證者負責之事由，法院不得以有障礙之故，拒絕舉行證據之調查。蓋除日本民事訴訟法第二百十條及第三百四十七條之情形外，法院不得以使用證據方法足以遲延訴訟之事由，而駁斥對於證據之聲請也。然而使用非絕對的障礙且得排除（惟時間不確實）之證據方法之權利，若於法院所定之相當期限內未排除其障礙者，當然喪失之。此種法則之行使，在立法政策上，一方面防止訴訟之遲延，一方面付與舉證者或其對方以期限之權利（*Recht auf Bewilligung einer Frist*）（參照威爾莫斯基氏所著德國民事訴訟法註釋第一卷）而保護其利益也。第一，依據日本民事訴訟法第二百七十五條之規定，對於指定相當期限之前提要件，除調查證據有不定時間之障礙（即非絕對不能調查之障礙，而得排除之時間不確實之障礙）外，尚須舉證者或其對方之聲請。徵諸日本民事訴訟法第二百七十五條僅有「因聲請」之規定而不區別因誰聲請之法意，可知除舉證者得能聲請外，其對方亦得為之。且所謂必須有其聲請，而法院不得直以職權指定相當之期限者，係以期

指定排除障礙  
期限之前提要  
件



間之指定屬於當事人之權利也。(1)應定相當期限之聲請，惟於受訴法院言詞辯論中方得行之(參照日民訴一〇三條)。故於委任受命推事或囑託初級法院調查證據之後，對於調查證據發生不定時間之障礙者，當事人須於受訴法院接行辯論之日期聲明之(參照日民訴二八七條)。若欲在此接行辯論之日期前聲明者，則須請求受訴法院指定辯論日期，傳喚對方，不得於受命推事或受託推事前爲之(德之威爾莫斯基氏主張確定期限之裁判既係受訴法院之決定，即勿須經過言詞辯論，因而勿須在言詞辯論中爲其聲請，僅以書面聲請爲已足。但此種主張，並非通說)。(2)因調查證據有不定時間之障礙而聲請指定相當期限時，法院非認定此種障礙爲絕對不能調查者，不得駁斥之。且對於調查證據縱有不定時間之障礙，然無應定相當期限之聲請，而未命令調查證據者，不得下證據決定。反之，已下證據決定者，則爲調查證據之終結。故受訴法院須以職權指定言詞辯論之日期(參照日民訴二八七條第二項)。(德之威爾莫斯基氏此見解；然戈卜氏斯托羅苦曼氏等多數學者，則認

相當期限之指  
定

爲訴訟手續之休止)。(3)當事人聲明之欠缺，得於拋棄實質問權之後，補正之，蓋爲保護當事人之利益也。以故法院儻以職權指定相當期限，而當事人不於適當之時間質問其違法者，以後卽不得主張其爲違法。第二，受訴法院認爲有法定前提要件存在時，須決定相當之期限。(1)此種決定，原係訴訟指揮之裁判，故得變更或取消之。然而此種決定，因係本於言詞辯論所下之裁判，故不得對其抗告(參照日民訴四五五條)。(2)此種期限，因係法院所定之期限，故依日本民事訴訟法第一百七十條及第一百七十一條之規定，得伸縮之。且此種期限，一經空過，卽喪失訴訟行爲之權利，故空過此種期限之舉證者，在法律上，當然喪失聲請同一證據之權利(參照日民訴一七三條)。然在例外上，惟限於不使訴訟手續遲延者，雖此期限經過後，亦得於同一審級，使用同一之證據方法。例如舉證者於緊接判決之言詞辯論終結前，而就調查證據提出不定時間之障礙之證書及證人或隨同證人到場是也(參照日民訴二七七條後段、德民訴三五七條後段)。此種法意，卽在不遲延訴訟手

對於各種證據  
方法之適用

續之限度內，務使當事人得能使用證據方法，以爲適當之裁判。但依日本民事訴訟法第四百十五條之規定，顯然對於當事人在第二審之時，仍得使用以前因空過指定期限已經喪失使用權之證據方法，不受何等之限制。(3)此種期限經過後，法院須因向當事人之聲請，定接行辯論之日期，傳喚當事人；但法院雖定相當之期限，而其間未中止辯論者，當然不在此限。第三，因調查證據有不定時間之障礙而定相當期限之規定，如依立法之旨趣，就其設在調查證據之總則中觀之，顯然得能適用於各種證據方法之中。惟依日本民事訴訟法第三百四十二條之規定，則有對於此點之特別規定之關係耳。

### (六) 調查證據費用之豫納

調查證據費用  
之豫納

法院對於舉證者，應於相當之期限內，命其豫繳調查證據之費用；若不豫繳者，得不爲調查（參照日民訴二八八條、德民訴三七九條）。蓋以舉證者爲接近利害關係之人也。民事訴訟上之費用賠償請求權，原分爲國庫對於當事人，當事人之一

方對於其對方，律師對於委託者三種，德國民事訴訟法即行此三種請求權；日本民事訴訟法則僅有前二種，而律師對於委託者之關係，却非民事訴訟之費用賠償請求權。可知日本之民事訴訟法乃採當事者本人訴訟主義，不採強制律師訴訟主義，故委託者給與受託者之律師之報酬，不得謂為民事訴訟上必要之費用。至於國庫對於當事人之民事訴訟費用賠償請求權，係由手續費及墊費而成，當事人須對於國庫繳納手續費，以爲使用國家營造物之報酬，此即依據民事訴訟費用法之規定，貼用相當之印紙者是也。又當事人並須對於國庫繳納墊費（先由國庫墊用，次須償還之費用），此即民事訴訟費用法中所規定之郵費及證人鑑定人通譯之日費住宿费並爲臨檢之推事書記官之宿費旅費等調查費用是也。至於民事訴訟之費用，應由如何當事人負擔之問題，則依一般原則（參照日民訴七二條以下）定之，故應以民事訴訟之成績爲標準，而定負擔此費用之當事人，不得以實施訴訟之事實爲標準而定之，因而應負此費用義務之當事人，勢必爲其訴訟之無利益計，而豫先避免訴訟費用賠

豫納費用之義務與其不履行之失權

債請求權之執行，爲防止此種危險計，故於訴訟開始時，卽須使有切近利害關係之當事人豫繳將來所應負擔之訴訟費用之一部，或擔保之。此卽國家令舉證者對於國庫墊用之調查費用必須豫繳之理由也。第一，調查證據時，證人及鑑定人可依民事訴訟費用法之規定，對於國庫有請求給付日費宿費旅費及其他墊費（尤其是送達費用）之公法的請求權。臨檢之推事及書記官亦同（參照日民訴費一四條）。至於國庫對於有切近利害關係之舉證者，則有令其償還此種調查證據費用之權利，因保全此種權利，法院得於相當之期限內，命舉證者豫繳此種調查之費用，若於期限內不豫繳者，則不爲證據之調查。（1）調查證據費用豫繳之命令，係由受訴法院爲之，受命推事或受託推事不得有此權限，蓋以此種命令，足令喪失使用證據方法之權利也（參照日民訴二八八條）。又此種命令，係對於舉證者（卽聲請證據之當事人）爲之。故從參加人聲請證據時，尚須輔助此從參加人之當事人豫繳調查證據之費用，因此種當事人亦係舉證者也（參照日民訴五四條）。至於發此命令與否，則依

法院自由意見定之，法院原無發此命令之職責。蓋法院於發此命令之當時，得斟酌舉證者之資產狀態，以定應否發此命令之標準也。若當事人因一般之繼承及其他情形而有變更時，則須斟酌發此命令時當事人之資產狀態。至於從參加人聲請證據時，因須輔助此從參加人之當事人負擔調查證據之費用，當然須斟酌此當事人之資產狀態。法院不得以調查證據須有過多之費用及豫料調查證據之無結果等等為理由，不發此命令。(2) 豫繳調查證據費用之命令，以決定之形式為之，得與證據決定相合併，或於其後發出之。此命令未經宣示者，須送達於雙方當事人（參照日民訴二四五條）。又因此種命令，係基於言詞辯論行之，故不得對此而為抗告（參照日民訴五四四條）。（德之斯托羅苦曼氏威爾莫斯基氏等，主張反對之見解。）(3) 在豫繳調查證據費用之命令中，得斟酌種種情形，定相當之期限命其豫繳。此種期限為法院所定，故依日本民事訴訟法第一百七十條及第一百七十一條之規定，得由法院伸縮之。懈怠此期限者，不論其原因如何，即已喪失其訴訟行為之權利，因之懈

#### 訴訟之進行

意此期限之舉證者，在法律上，當然喪失其聲請同一證據之權利（參照日民訴一七三條）。然亦有例外之規定，即於不遲延訴訟手續之限度內，雖經過此期限之後，亦得於同一審級，使用同一之證據方法。例如舉證者因隨同證人到場之事由，或因除此未於調查證據日期豫繳費用以外之其他事由，以致延期時，而於以後業經豫繳者；且由此調查證據，亦不致遲延訴訟者是也。然依日本民事訴訟法第四百十五條之規定，顯然對於當事人在第一審因懈怠期限以致喪失使用權利之證據方法，亦得令其使用於第二審，不受何等之限制（參照日民訴二八八條後段、及二七五條）。

第二，已納調查證據費用者，法院即進行其調查；反之，未經繳納者，則對於聲請證據不加斟酌，繼行訴訟。如未指定繼行言詞辯論之日期者，須因各當事人之聲請，指定之（參照日民訴二八七條）。若於繼行調查證據中，已覺預繳之費不足者，法院應以職權催令豫繳其欠額。以故法院須定相當之期限，命當事人如期豫繳之，在此期限中，即中止調查，若懈怠其期限，即不為調查。

第三，豫繳調查證據費用

#### 預繳費用之規

#### 第四章 證據手續 第四節 證據之調查

定與其適用之範圍

之規定，對於應受訴訟救濟之當事人，當然不能適用（參照日民訴九七條）。至於法院應以職權調查證據者（參照日民訴一一七條、日人訴一四條），是否適用之，固屬疑問；然在此種情形之下，亦可準用對於舉證者之規定，應以調查結果得有利益之當事人豫納費用為適當（參照日本明治二四年三月二七日民事局長之解答）。

### （七） 調查證據之終結

調查證據之終結

調查證據，有因根據證據決定命為調查之全部完成而告終結者；有因應加助力之當事人不於日期到場，或舉證者不豫繳費用，以及被傳之證人業經死亡（參照日民訴二八四條二八八條）等事由，以致事實上不能施行而告終結者；有因法院取消證據決定及舉證者拋棄證據方法而告終結者。反之，若因證人鑑定人不於日期到場，致令各個調查日期中發生障礙，不能完成其調查之全部或一部時，則調查證據即因之不能終結。調查證據，原係法院以職權施行之（參照日民訴二七七條第二項），故受訴法院受命推事或受託推事須以職權定調查證據及其繼行之新日期（參照日



民訴二八六條、德民訴三六八條)。因而雙方當事人雖於此日期不到場，而訴訟手續亦不休止；或一方當事人雖於此日期到場，亦不得因其聲請，即對於不到場之當事人宣告缺席判決。對於調查證據及其繼行之新日期已經宣示者，則勿須向在場人送達此日期之傳票（依據德國民事訴訟法第二百十八條之規定，對於以宣告之裁判所定之日期，即勿須傳喚當事人；又依日本民事訴訟法第二百六十一條但書之規定，對於在場者如已命其如期到場，則勿須送達之，故對於調查證據及其繼行所定之新日期業經宣告者，只須以前對於當事人已行合法之傳喚，其當事人雖於宣示時不在場，亦可對其發生效力。勿須送達新日期之傳票）。

### (八) 調查證據之追復及補充

調查證據之追復及補充

調查證據之追復者(Nachholung)，即因當事人之一方或雙方不於調查日期到場以致不能調查時，而追行其調查也。調查證據之補充者(Vervollständigung)即將當事人之一方或雙方不於調查日期到場以致不能在場之調查，為使之與在場之調查具

同一之形式，從而補行之調查也（參照日民訴二八四條第二項、德民訴三六七條第二項）。證據決定之施行，原係法院以職權行之（參照日民訴二七七條第二項），故調查證據不論其由受訴法院爲之，或由受命推事或受託推事爲之；且不論當事人之一方或雙方是否於調查日期到場，惟視事件之程度得能舉行調查者，仍須調查之。闕席手續之法則及訴訟手續休止之法則，能行於調查證據終結之後，而不能行於調查證據施行之時（參照日民訴二八四條第一項、德民訴三六七條第一項）。但亦不能因此妨害當事人以合意休止訴訟手續或變更調查證據日期之權利（參照日民訴一六九條一八八條、德民訴二二七條）。此即不干涉審理主義之適用也。第一，當事人之一方成雙方於調查證據日期不到場，致礙其調查之全部或一部時，尤其是當事人之一方係舉證者，不於調查日期到場提出證書及就其他調查證據上爲其應行之必要行爲，以致妨礙其調查時，則認爲當事人懈怠訴訟行爲之結果，因而喪失調查上之權利（參照日民訴一七三條）。但此結果之發生，須先以此調查日期向當事

當事人因懈怠  
之失權

人已行合法之傳喚。且此結果之發生，亦不過僅就當事人因未到場以致不能調查之證據而言，故當事人爲新主張時，仍得使用其已失使用權之證據方法。又當事人之一方或雙方不於調查日期到場仍得舉行調查時（例如證人及鑑定人已到場時），則因此失其在場調查主張自己利益之權利（尤其是對於爲明瞭證人之供述，請求爲必要之發問之聲請權）。（參照日民訴三一五條）。但此結果之發生，須先以調查日期向當事人已行合法之傳喚。第二，當事人之一方或雙方因於調查日期不到場致失其調查上之權利，或失在場調查主張利益之權利之結果，若不遲延訴訟手續，或釋明不到場並非由於舉證者之過失實有不能到場之事由者，得於判決相接之言詞辯論終結前，因舉證者之聲請，追復之，或補充之，此即所謂附帶的原狀之回復也（*in re restitution*）。（1）調查證據之追復及補充之原因，即在並不因此追復及補充而致遲延訴訟手續，以及於前調查日期不到場之事由，實非出於舉證者之過失（並非懈怠訴訟上必要之注意）。後一原因，須釋明之（參照日民訴二二〇條）。例如

未於調查日期到場之舉證者，因須隨同應受訊問之證人於次日到場。始得從事調查，或因天災及其他不可避免之事變以致不能如期到場者是也。(2)請求調查證據之追復及補充者，須於受訴法院緊接判決之言詞辯論終結前爲之，不能向受命推事或受託推事爲之，因受命推事或受託推事雖受調查證據之委任，而無裁判此聲請之權限也(參照日民訴三一九條)。又追復或補充之原因，如非由於舉證者之過失時，尚須於其補充時釋明因未到場致令調查證據有重要欠缺之點(德國民事訴訟法第三百六十七條第二項載有一聲請補充時，須釋明因一方未到場以致調查上發生重大之缺點)之明文；日本民事訴訟法中雖無此種明文，然亦不能因此卽爲反對之結論，蓋以無須明文規定之事項，故無明文也)。但對方同意時，則無須爲此釋明(參照日民訴二二〇條)。此外關於調查證據之追復及補充，須有其必要，故舉證者於調查證據終結後，已提出新證據方法，而無須追復或補充者，則不必爲之。(3)法院認定調查證據之追復或補充之原因及其前提要件存在時，如對方對此聲請之許否已

上訴審中之證據方法提出權

無爭執者，則以證據決定，命爲調查證據之追復或補充；如對方如有爭執者，則以中間爭執之存在，爲允許聲請之中間判決（參照日民訴三〇三條），且須以證據決定，命爲調查證據之追復或補充。反之，法院認定調查證據之追復及補充之原因及前提要件不存在時，則以中間判決，駁斥其聲請，或於終局判決之理由中，宣示對其聲請之駁斥。對於許爲調查證據之追復或補充，或駁斥其聲請之裁判，不得獨立聲明不服（參照日民訴四五五條）。  
第三，關於此種失權之結果，不妨礙當事人提出同一證據方法於上訴審之權利（參照日民訴四一五條、德民訴五二九條）。

茲就調查證據之補充與日本民事訴訟法第二百八十四條之規定言之。當法院認定調查證據終結後，尙有事件未達於判決之程度者，得隨時決定爲調查證據之補充（參照日民訴二八五條二七四條）。例如法院於當事人聲請之多種證據中，定其應加調查之限度時，而其調查之結果，尙有不能達於判決之程度者，則就他種證據而爲調查是也。若於此時有定新日期之必要時，則依日本民事訴訟法第二百八十六條

之規定爲之。故此處所謂調查證據之補充，實與日本民事訴訟法第二百八十四條中所謂調查證據之補充，各有其性質之差異（日本民事訴訟法第二百八十五條之規定，係根據民事訴訟法德文草案第二百八十一條第一項，該條規定法院認爲事件尚未達於判決之程度時，得決定 *Time Ergänzung der Beweisaufnahme*，未規定得決定 *Time Vervollständigung der Beweisaufnahme*。而日本現行民事訴訟法，乃以此二者皆爲調查證據之補充，於是對於二百八十五條中所謂之補充與二百八十四條第二項中所謂之補充，遂發生二者是否同義之疑點。就立法上之見解言之，此二百八十五條之規定，原無設立之必要，故德國民事訴訟法無此明文。）

### 第五節 對於調查證據結果之辯論

當事人須於調查證據終結後，就其結果而爲辯論（參照日民訴二一六條、德民訴二八五條）。蓋法院對於言詞辯論目的物之證據方法，非使當事人得有認識其調

對於調查證據  
結果之辯論

#### 受訴法院調查證據時

查結果之機會，得有對此提出證據抗辯之機會，即不能供爲裁判之資料也。且於調查終結後就其結果之辯論，與前經中止之繼行辯論，彼此皆得援用其調查之結果，合爲訴訟事件之一體辯論（言詞辯論一體），此即民事訴訟法所採之證據結合主義（Beweisverbindung）也。至於對此調查結果之陳述，則視是否係在受訴法院所行之調查，而有不同。第一，受訴法院調查證據時，若於同一日期從事調查及辯論者（參照日民訴二八七條第一項），或於延展日期從事辯論時，而原判法院之推事尚未變更，且其推事尚未遺忘其調查之結果者，則勿須陳述其調查之結果，只須表明訴訟關係，就其調查結果而辯論之，因無反於直接審理及言詞審理之原則故也。若其推事有變更，或因延展辯論日期不接近於調查證據日期，以致推事遺忘其調查之結果者，則須當事人陳述之，不能只以表明訴訟關係，辯論其結果爲已足；否則，即反於直接審理及言詞審理之原則也。至於調查證據之再施，惟於當事人陳述不充分時，始有必要；審判官不得以記於自己筆記中之證言及其他之事項而未記載於調

受命推事受託  
推事調查證據  
時

查記錄者，供爲判斷之資料。第二，受命推事或受託推事調查證據時，依據日本民事訴訟法第二百八十七條之規定，受訴法院必須於言詞辯論日期中，根據調查審問記錄者，舉證者須朗讀此審問之記錄，陳述調查證據之結果（參照日民訴一一〇條第三項）；否則，受訴法院即不能依據言詞審理主義之原則，斟酌此調查之結果也。至於雙方當事人援用同一之證據方法時，究竟應由何方當事人陳述調查證據之結果，則依雙方當事人之協議決定之。（1）對於調查證據結果之陳述而爲更正及補充者，得由未爲陳述之對方依據審問記錄爲之（防禦權之行使），依據日本民事訴訟法第一百十二條之規定，審判長及陪審推事皆得爲之，且法院亦得爲之。若於言詞辯論終結後，發見其陳述有謬誤或不完全者，法院不但不得以當事人未陳述之調查結果，供爲裁判之資料，而且不得依據當事人之謬誤或不完全之陳述，而爲裁判，必須再開辯論（參照日民訴一二四條），使爲更正及補充。（2）未經當事人陳述之調查結果，法院不得以之供爲裁判之資料，蓋以當事人已拋棄此種證據故也。所



在外國調查證  
據時

以調查證據係由法院以職權爲之者（參照日民訴一一七條），或由法院以職權斟酌之者，即令當事人不陳述其調查之結果，法院亦得以之供爲裁判之資料。（3）法院職員代當事人爲調查證據結果之陳述，因其違反言詞審理之原則，故不允許之。又關於未將信任之證人記入審問記錄之情形，以及調查時受命推事所受之印象，皆不得以之爲判斷之資料；此外關於未經記入審問記錄中之事項，即令當事人陳述爲調查之結果，亦不得援用之，因其缺乏確實之擔保故也（參照日民訴二一六條第二項）。第三，在外國調查證據時，法律上雖無別項之規定，然依日本民事訴訟法第二百零八條第二項之規定，當事人須就調查證據之結果，爲其陳述（參照史丁氏所著德國民事訴訟法註釋第一卷）。

## 第六節 上訴審中之證據手續

上訴審中之證

上訴審中之證據手續，除有特別規定之外，概依地方法院第一審訴訟手續之規

第四章 證據手續 第六節 上訴審中之證據手續 二〇三

據手續  
第二審之證據  
手續

定（參照日民訴四〇八條四四四條）。第一，第一審之證據調查，非經當事人陳述其在第一審中之證據辯論，則於第二審中爲無效，此即適用言詞審理主義之原則也（參照日民訴一〇三條四一二條第一項、德民訴一二八條五二六條第一項）。（德之卓意費爾多氏赫爾比西氏蛙志哈氏等主張第二審對於不服第一審判決及訴訟記錄中之第一審訴訟材料等，皆爲第二審法院職務上所認識者，故無當事人之陳述，亦須斟酌之。史丁氏斯托羅苦曼氏普蘭克氏等則主張在第二審中，既無排斥適用言詞審理原則之明文，故此種材料，非於第二審法院爲其陳述，則不得斟酌之）。但第一審法院之推事於訊問證人時對於信用證言之情況所感受之印象，第二審中不得斟酌之；若第二審以此爲必要時，得再訊問此證人（參照日民訴三一七條）。又當事人得拋第一審中之證據（參照日民訴三二〇條）；得就第一審中之證據，追復其未爲之陳述或拒絕之陳述（參照日民訴四一七條）；得提出新證據方法（即未於第一審中提出之證據方法，以及提出後而未爲法院採用之一切證據方法），以增加訴

### 第三審之證據手續

訟材料（參照日民訴四一五條），皆以上訴審判爲第一審之續審故也。關於調查證據，第二審法院亦以受訴法院之地位爲之，並得使受命推事或受託推事爲之（參照日民訴三五八條三一八條三三一條三四八條）。第二，第三審法院，應就日本民事訴訟法第四百三十八條第三項所載之事項及法院應以職權調查之事項，斟酌之，故對於此等事實有調查證據之必要時（即重要而且有爭執時）。得命令調查證據（參照日民訴四四六條，德民訴五六一條）；且當事人亦得提出一切證據立證之。惟關於言詞辯論方式之遵守與否，僅能以記錄證之（參照日民訴一三四條）。關於調查證據，第三審法院亦以受訴法院之地位爲之，且得使受命推事或受託推事爲之（參照日民訴三五八條三一八條三三一條三四八條）。關於應以法院職權調查之事項，如訴訟能力，代理權限等（參照日民訴四四四條）亦然。第三，在抗告審中，不問其抗告爲即時抗告或再抗告，均與第二審相同，得以新事實及新證據方法爲憑證（參照日民訴四五八條，德民訴五七〇條），故抗告人在抗告審裁判其抗告以前

### 抗告審之證據手續

#### 第四章 證據手續 第六節 上訴審中之證據手續 二〇五

，得隨時提出新證據方法，例如得依抗告狀或以後書面上之陳述提出之，或於言詞辯論中提出之。又對方依據同等保護雙方當事人利益之訴訟原則，由抗告法院命其陳述時，亦得提出防禦之證據方法。關於新證據方法之提出，如有日本民事訴訟法第三十五條第二項及第五十七條第二項並第三百條第一項之情形，須依釋明手續（參照日民訴二二〇條）爲之。又關於調查證據，抗告法院得自爲之，或使受命推事或受託推事爲之（參照日民訴四六五條第二項）最高法院調查證據時，亦然（參照日民訴四六五條第三項）。至於抗告法院不斟酌利害關係人所提出之新證據方法而爲裁判時，即成爲再抗告之理由。

## 第五章 各個證據方法

審判官斟酌全辯論之意旨及調查證據之結果，認事實上之主張爲真實與否，既以自由之心證而爲判斷（參照日民訴二一七條、德民訴二八六條），故審判官對於

事件之關係，不得以偏私之認識 (Privatkenntnis Von Sachverhalte) 供其判斷之資 (參照蛙志哈氏所著德國民事訴訟法講義)。且調查證據，原係法院之訴訟行爲，且係證據方法之利用。此類證據方法，徵諸日本民事訴訟法第二百十三條之規定，則爲證人、鑑定人、證書、檢證之目的物及受訊問之當事人等數種。

#### 證據方法之意義

證據方法者，即係證人、鑑定人、證書、檢證之目的物及受訊問之當事人之總稱，而爲審判官確信證據目的物之真否所利用之物體也。原來證據方法，含有廣狹二義，廣義之證據方法者，即爲確定必須證明之事項爲正當，所應斟酌之一切資料也，故爲判決基礎之全辯論意旨，亦屬於證據方法 (參照日民訴二一七條)。狹義之證據方法者，則爲確定必須證明之事項爲正當，供爲利用之物體也，故全辯論之意旨，不屬於證據方法 (參照費夏氏所著德國民事訴訟法教科書)。日本民事訴訟法中所謂證據方法，總稱爲證人、鑑定人、受訊問之當事人、證書及檢證之目的物。自係狹義之證據方法。又證據方法中，尙含有以舉證者爲見地與以審判官爲見地

#### 第五章 各個證據方法

之二義，基於舉證者之見地之證據方法，即爲舉證者欲使審判官獲得確信所利用之方法；基於審判官之見地之證據方法，則爲審判官期得確信所利用之證據方法。此種區別，若採用審判官命爲宣誓（參照德民訴四七五條）之法制，固有實用之處；然在不採宣誓制度之下，則無此區別之必要（此種宣誓。係從審判官之見地之證據方法；非從舉證者之見地之證據方法）。（參照威士曼氏所著德國民事訴訟法教科書）。此外，證據方法中，尚有爲認識事物之物體與爲證言，鑑定，當事人受訊向之供述、證書之內容、檢證之二義。事物之真否，得依五官作用之實驗，認識之，故依自己之實驗，或依他人實驗結果之報告，得能認識其真否。又供爲認識事物原因之物體，亦得依實驗或他人實驗之報告，認識其真否。此外，對於證據目的物之事項，欲確信其真否者亦然。由此觀之，可知證據方法，即爲此種物體也無疑（參照以下第一節）。

規定

證，檢證及當事人之訊問。此排列之順序，各國原不一致，德國民事訴訟法，則排列爲檢證、人證、鑑定證、書證、宣誓證；奧國民事訴訟法，則排列爲書證、人證、鑑定證、檢證、當事人之供述證；甸國民事訴訟法，則排列爲人證、書證、檢證、鑑定、當事人宣誓。然就日本民事訴訟法之規定觀之，則認爲人證之適用最廣，故首先列出之；鑑定因依人證之規定居多，故列於人證之次位；書證因以鑑定之觀念爲前提，故列於鑑定之次位；檢證又以鑑定及書證之觀念爲前提，故列於鑑定及書證之次位；至於當事人之訊問，則因調查當事人所應提出之證據，法院對其應證事實之真否。不能獲得心證時爲之（參照日民訴三六〇條），故以之排列於最後（德之克蘭費納氏則認爲系統上，須排列爲證人、鑑定人、檢證物、證書、當事人宣誓。其所主張之理由，即以檢證係本鑑定之觀念爲前提；書證係以檢證及鑑定之觀念爲前提故也。參照該氏所著德國民事訴訟法教科書）。

## 第一節 證據方法之性質

證據方法之性質

證據方法 (Instrumenta probatoria; Beweismittel; moyens admis par la loi pour faire la démonstration des faits allégués) 者，即就證據目的物之事項，為得

對於證據目的物之事項用為認識之方法

審判官確信其真否所利用之物體也。第一，證據方法，原係對於證據目的物之事項用為認識之方法。究竟證據方法，惟就證據目的物之事實（各個具體的事實），為得審判官之認識所利用之方法乎？抑除此證據目的物之事實以外，尙就實驗規則及法則等，為得審判官之認識所利用之方法乎？此為學者所爭論。或有主張應分證據為歷史的證據 (Historischen Beweis) 及理論的證據 (Logische Beweis) 二種，當事人向法院所舉出之證據，乃係歷史的證據，而非理論的證據；理論的證據之調查，屬於法院之職權及職責，勿須當事人舉之於法院，蓋以歷史的證據係必要之事實（各個具體的事實），審判官可不知之；然理論的證據則係必要之實驗規則及其他法



則，應以審判官知之爲前提，故民事訴訟法中之證據，常爲歷史的證據；且證據方法，係就此種證據目的物之事實，使審判官得有認識之方法；至依鑑定而得明瞭實驗規則及其他法則之存否者，不過補助審判官之知識，不得謂爲證據方法。然而反此主張者，則認爲實驗規則，亦得直接以多種實驗規定之應用爲基礎，歸納以證之，例如檢閱關於借貸契約之多種證書，卽能認識此借貸關係之實驗規則也；又得間接依據供述實驗規則之第三者之意見以證之；並得依據法則以證之，若係成文之法則，則依據事實上之文書以證之，若係不成文之法則，則依據實驗規則中之該法則所應用之多種立證或鑑定以證之，故應證之事項，爲實驗規則及法則所證明者，亦不得不謂爲證據方法。又鑑定人究係證據方法？抑係審判官之輔助？亦爲學說上之爭點；然就法律上觀之，既於民事訴訟法中規定鑑定人爲證據方法，則不能謂爲非證據方法（德之恩格曼氏霍義士列氏等主張前者之見解；而蛙志哈氏史丁氏等則反對之）。

證方法

此證據方法，究係當事人爲使審判官確信其主張之事實所用之方法乎？抑係包括法院以職權調查證據時，爲得審判官之確信所用之方法乎？此亦學者所爭論，或有主張應將取得審判官確信之方法，分爲證據方法 (Beweismittel) 及認識方法 (Erkenntnissmittel) 者。前者係當事人爲使法院明瞭事件之關係所用之手段，後者係法院用爲明瞭事件關係之手段，因民事訴訟中，有當事人之證據 (Parteibeweis)，換言之，卽當事人對於審判官之證據，故審判官爲明瞭事件關係所用之認識方法，與由當事人之行爲所用之證據方法，大有區別，是則民事訴訟法中，惟限於取得審判官之確信而爲當事人所引用之方法，方得謂爲證據方法。然而反此主張者，則認爲就證據方法之內容言之，原爲認識事物之淵源 (Erkenntnisquellen)，並無當事人之證據與審判官之證據之區別，證據之所以分爲由當事人聲明之與由法院以職權調查之者，惟在不干涉審理主義及干涉審理主義上，有區分之關係；實於證據方法之觀念上，毫無何等之影響（德之威爾莫斯基霍義士列氏等主張前者之見解；而蛙志哈

認識下所用之物體

氏威爾曼等則反對之)。第三，證據方法，既為對於證據目的物之事項用為認識之物體（人或物）。是則此證據方法，究係對於證據目的之事項用為認識之物體（即證人、鑑定人、受訊問之當事人本身、證書、檢證之目的物）？抑係證人、鑑定人、當事人之訊問及證書之閱覽並檢證之本身？此亦學者所爭論，或有主張證據方法為提供證據原因之方法，故證人之訊問、證書之閱覽等，皆為證據方法；通常以證人證書等為證據方法者，乃係言詞上不正確之使用，然而反此主張者則認為證據方法，原係對於證據目的物之事項用為認識之淵源；而證人之訊問及證書之閱覽等本身，不過為認識上之形式，故證據方法，仍須謂為事物之認識上所利用之物體（德之卓義費爾多氏主張前者之見解；然而多數學者，均以認識上所利用之物體為證據方法）。

## 第二節 證據方法之種類

證據方法之種類

證據方法，原係對於證據目的物之事項，爲得審判官之確信所利用之物體（即人或物）。徵諸日本民事訴訟法第二百十三條第二項之規定，其種類，可大別爲證人、鑑定人、受訊問之當事人、證書、檢證之目的物等五項（參照普蘭克氏所著德國民事訴訟法教料書第二卷）。蓋審判官既不得以其私見，供爲裁判之資料，故一方面明定證據方法爲認識事物之手段；一方面明定證據方法爲認識事物之淵源，卽就實驗規則或法則及顯著之事實已明確者，皆得利用之（審判官依據參考書之研究及其他不屬於證據方法之方法，亦得確定實驗規則及外國法之存否，或事實之是否顯著）。對於證人，鑑定人，受訊問之當事人，則稱之爲人的證據方法（*Personliche Beweismittel*）。對於書證、檢證之目的物，則稱之爲物的證據方法（*Sachliche Beweismittel*）。以故：第一，情況（*Indizien*）不屬於證據方法。學者或有主張情況若在當事人方面，則爲證據方法，若在法院方面，則爲證據原因（*Indizien sind für die Partei Beweismittel für den Richter Beweisgrund*）。（參照維爾曼氏所著舊

情況

## 自認

奧國民事訴訟法教科書)。然而反此主張者，則認為情況乃係間接事實，且係證據之目的物，故不得謂之為證據方法。德之馮克里斯氏並主張單稱情況，則生證據方法之誤解，故不如稱情況為情況事項 (Indizierobj. Thatsaachen)，較為適當。第二，自認不屬於證據方法。至於裁判外之自認，原係一種情況或間接事實，得為證據之目的物，其不屬於證據方法，自不待言 (參照史丁氏所著德國民事訴訟法註釋第一卷，祁薛氏所著法國民事訴訟法論第一卷)。又裁判上之自認，在刑事訴訟上雖屬於證據方法 (參照日刑訴三四六條三三六條)；然在民事訴訟上，是否屬於證據方法，尚有爭論，依據法國民事訴訟法之規定，則以裁判上之自認，屬於證據方法 (mode de preuve) (參照普拉諾氏所著法國民法論第一卷)；依據德國民事訴訟法之規定，則以裁判上之自認，為一處分行爲 (Dispositivensatz)，並非證據方法及證據原因。依據日本民事訴訟法之規定，亦認裁判上之自認，乃係當事人之一方使他方免除其舉證之處分行爲 (參照日民訴一一一條二四八條，四一八條) 故於結論

當事人之陳述

上，應以裁判上之自認不屬於證據方法，方為適當（因法院對於自認之事實無調查其真否之時機，故不能解作證據方法或證據原因）。第三，當事人之陳述，如非依訊問形式者，審判官可資為判斷之訴訟材料，並非視為具有價值而能引起審判官確信之證據方法。

### 第三節 證據方法與證據原因

證據方法與證據原因

證據方法，係對於證據目的物之事項，為得審判官確信其真否所利用之物體；證據原因，係使審判官就證據目的物之事項，確信其真否之主因（moment），故證據方法，惟在提供證據原因於審判官時，始有證據之價值，始為認識事物之淵源，因而證據方法不足供為證據原因時，即無證據之價值，且審判官對於證據目的物之事物，欲確信其真否時，尚須利用其確信原因所表現之物體（人或物）。蓋以此種物體，得依審判官之實驗或他人實驗結果之報告，引起審判官之確信，例如審判官實驗檢

證之目的物或證書(物)而得察其真否，具有確信，或依證人之供述及鑑定人意見，而得確信其真否是也。此種物體；即謂爲證據方法，依據此種實驗及報告之確信原因，即謂爲證據原因，故質言之，證據方法，即提供證據原因於審判官之物體，證據原因，即從認識證據方法之事物之淵源中所得確信之主因，如檢證物之重要特質、證書之重要條項、證言與鑑定之重要部分、當事人在訊問之形式中所供述之重要部分等是也(參照克蘭費納氏所著德國民事訴訟法教科書)。(德之史丁氏解釋證據原因，謂係證據方法而具有證據力之原因；然其觀念，却無實益，此外德之卓義費爾多氏休味德氏等則解爲審判官或第三者之實驗報告，威士曼氏則解爲確定審判官得能確信之事情，威爾莫斯基氏則解爲成立審判官之確信之事實上之資料；然此等論解，皆近於細末)總之證據方法之本質，應謂爲提供證據原因於審判官之解釋，較爲簡捷(*Das Wesen der Beweismittel besteht darin, dass hierdurch dem Richter Beweisgründe geboten werden*)。(參照柯納氏所著德國民事訴訟法論)。

## 第四節 證據方法與證據契約

證據方法與證據契約

各個證據方法，在法律上，皆具有同等之價值，其對於某種事實之證明，不受何等之拒絕或限制，此原則也。然亦有例外之限制，即言詞辯論所規定之方式之遵守與否，惟以記錄始得證之（參照日民訴一三四條）。（依據法國民法第一千三百四十一條之規定，則有超過一百五十佛郎之法律行為不許人證之限制）。但在契約上，對於某種法律關係之證明，得能排除使用某種證據方法，或限定使用某種證據方法與否，亦有其處理之方法。第一，當事人之一方對於他方約定禁止使用某種證據方法之契約，不得有效，審判官原有斟酌當事人提出之證據方法或以職權調查之證據方法供為使用之權限，當然不受此種契約之影響，即在採用當事人處分權主義之民事訴訟上，當事人亦無權依據此種意旨之契約，玩弄訴訟，致令審判官為無關實際之裁判，且因此種契約，當事人皆負有避免審判官認識事實之義務，更反訴訟

禁止使用特種證據方法之契約



使用民事訴訟法所不承認之證據方法之契約  
不要證據之契約

之本質，故此種契約，當然不能有效，當事人雖違背之，亦無損害賠償之義務；至於在此契約中之違約金之附約，自亦無效。第二，在訴訟上約定使用民事訴訟法所否認之證據方法之契約。不能有效，例如約定由證人證明已違言詞辯論方式之契約是也。此種契約所以無效者，因其違反強行法故也（參照日民訴一三四條）。第三，約定如有特定之前提要件存在時，則視為某種特定事實已經證明之契約，不能有效，因其干涉審判官心證上不能侵犯之內部關係故也。其約定拋棄證人或鑑定人宣誓之契約者亦同（參照柯納氏所著民事訴訟論文集）。

## 第五節 證據方法之利用

證據方法之利用  
當事人聲明之原則

證據方法之利用者，即調查證據之謂也。證據方法，不論係由當事人聲明者，或由法院以職權調取者，皆利用之。第一，究應利用如何證據方法，則以當事人定之為原則（參照日民訴二二三條第一項、德民訴二八二條），而以法院用職權定之為

法院以職權行  
之之外例

例外（參照日民訴六條一一七條及日人訴一四條二六條、又德民訴三條一四四條六二二條）。（1）證據方法之利用，在原則上，係依當事人之聲明爲之，此即由於民事訴訟上以採用不干涉審理主義爲原則也。（2）在例外上，法院對於事物之管轄，確定訴訟物之價額時，得以職權命爲檢證或鑑定，此種例外之規定，即因民事訴訟法否認不能評價之財產權，故法院當定訴訟物之價額而無必要之基礎時，得依檢證或鑑定，獲得其基礎。在此情形下調查證據者，則依聲請命爲檢證或鑑定之規定（參照日民訴一一七條）。其次，法院確定當事人所主張之真否時，在例外上，亦得以職權命爲檢證或鑑定。蓋以法院認此檢證或鑑定爲適當時，即不論訴訟在如何之程度，亦不論當事人間確無爭執僅須法院明瞭不明晰之事實，或當事人間尚有爭執必須證明未確定之事實，皆得以職權命爲檢證或鑑定（此係法院之任意處理，並非其職責），而限制不干涉審理主義之應用，節省其他證據之調查。故於此種情形下之調查證據，須依聲請命爲檢證或鑑定之規定（德之普蘭克氏費爾斯達氏等主張以

職權命爲檢證或鑑定者，乃係明瞭事實關係之方法（即 Aufklärungsmittel），並非證據方法。又蛙志哈氏戈卜氏等則主張檢證爲法院行爲之調查證據，非證據方法之聲明；鑑定爲審判官之輔助，亦非證據方法，故法院得以職權命爲檢證或鑑定之規定，與不干涉審理主義並無抵觸之處。然而此等主張，却爲史丁氏赫爾比西氏卓義費爾多氏等所反對，彼等認爲法院得以職權命爲檢證或鑑定之德國民事訴訟法第一百四十四條之規定，實係對於不干涉審理主義之例外，且此種檢證及鑑定，實屬於證據方法。（3）在人事訴訟中，法院得以職權定證據方法，命爲證據之調查（參照日人訴一四、二六、三七、四六等條），因人事訴訟有關公益，且其判決有對第三者之效力，故應限制不干涉審理主義，而採干涉審理主義也。又在公示催告程序上，法院得以職權命爲詳細之探知（參照日民訴七六九條），亦因依公示催告程序所爲之除權判決。有對第三者之效力，故應限制不干涉審理主義，而採干涉審理主義也。第二，證據方法之利用，必須合法，故調查證據，不可不遵守一切重要之方

式，例如訊問證人或鑑定人，須訊問其本人，不得訊問其代理人，應使證人或鑑定宣誓與否，在日本民事訴訟中，則依三百六條三百十條三百二十九條之規定；又如證書，則須調取閱覽之（勿須供述證書之內容）；又如調查證，在原則上，則須直接審理（參照日民訴二七三條），且須證人在場，並須作成筆錄（參照日民訴一三〇條）等是也。利用證據方法之手續違法時，如當事人拋棄其質問權未經補正者，則由此所下之裁判，即不能認為違反法則之裁判而廢棄之（參照日民訴四三五條四三八條第三項），例如訊問不應宣誓者使之宣誓時（參照日民訴三一〇條），如當事人不於適當之時機申述異議者，即已拋棄其質問權，以後即不得以此為理由，聲明不服是也（參照日本大正九年三月一八日大審院第二民事部判決例）；又如代當事人訴訟之法律上之代理人，應依訊問當事人本身之規定訊問之，若視為證人而訊問之，則其證言，自無證言之效力；設以此為判決之資料，即不免於違法者是也（參照日本大正一三年六月二四日大審院第一民事部判決例）。第三，利用證據方

法之結果，依證據結合主義之適用，得繼續以之爲言詞辯論之目的物，故當事人須對此調查證據之結果而爲辯論，法院勿須述此調查之結果（參照日民訴二一六條、德民訴二八五條，又日本大正十一年三月五日大審院判決例），因而未經當事人辯論之調查結果，如非法院應以職權調查之事項或以職權命爲調查證據者，則不得以之爲判決之資料。

## 第一目 證人

證人，卽係依據法院命令對於過去之具體事實報告其實驗結果之第三者；人證，卽係依此報告而成之調查證據。

證人制度之沿革

證人之制度，起原於羅馬法。在德國古代法中之證人，卽係對於當事人之主張證其真實之宣誓者，法院依據法定之方式，惟視證人對於當事人之主張宣誓其真實與否，以決訴訟之勝敗（證人之人格及其人數等等對於訴訟之勝敗，有極大之關係，此卽形式的證據主義）；反之，在羅馬法中之證人，則爲促令審判官確信當事人

主張之事實爲真實之一證據方法，故證人之宣誓，並非對諸當事人主張之真實爲之，乃係對諸法院之訊問。應爲誠實之陳述所表示之行爲，法院對其陳述具有信否之判斷後，卽以之決定訴訟之勝敗（實體的證據主義），近代諸國民事訴訟法中所謂之證人，皆本此羅馬法之規定。

證人可以視爲各種法律關係及事實之證據方法而使用之，並無單就特種法律關係及事實用爲證據方法之限制，且應調集證人之額數，法律上亦無特別之限制；惟法院得確定應調集之限度耳（參照日民訴二七四條）。在羅馬法中，原許使用證人證明各種行爲；然以易生危險之故，而加以種種之限制，例如法律行爲之證明，則非於此行爲在場之人，不得用爲證人；又如證明事實之真實，須有二人以上之證人（*Testis unus testis nullus*）是也。及至中古時代，歐洲諸國多數之人民，因信仰宗教，昧於文字，故以宣誓及證人爲訴訟上之證據方法，極爲盛行，而使用證書者，寥寥無幾；迨後宗教之信仰漸衰，證人及當事人諸多行其虛偽之宣誓，且證人在較

爲重大訴訟事件上，常爲當事人所收買，逞其毒害，於是法國於一千五百六十六年乃以勅令第五十四條限制證人之證據方法，規定非在價額極少（在一百尼布以下）之訴訟事件上，不許證人作證，此法則爲一千六百六十七年之勅令及其民法（參照法民一三四一條）所採用，依法國民法之規定，惟限於一百五十佛郎以下價額之民事訴訟事件（非商事訴訟事件），方許使用證人，以杜收買證人之幣害，蓋在價額極少之訴訟事件上，而用較多之收買費，固無實益之可言，究之此種收買證人所生之幣害尙小；然在重大訴訟事件上，即支出多額之收買費用亦得實益者，則其幣害實大也。法國此種法則，不但爲意大利比利時等法國法系國所採用，且爲德奧等德國法系國所施行。然現行之德奧兩國民事訴訟法，則否認此種法則，而以證人用作各種法律關係及事實之證據方法，法律上並無何等之限制；日本民事訴訟對於證人之規定亦然。蓋以證據之取捨，既依法院自由之意見定之，則對於證人之許用與否，自無須以法律限制之也（參照日民訴二一七條）。

### 第一款 證人之意義

證人之意義

如前所述：證人即係對於過去具體事實報告其實驗結果於法院之第三者；人證即係依此報告而成之調查證據。

#### (一) 性質

性質

證人既係對於過去具體事實報告其實驗結果之第三者，故與非以自己實驗之事項而用特別知識陳述意見之第三者（鑑定人）不可混同。第一，實驗事實之結果，即係觀察事實所得之判斷力之結果（即對於事實之判斷）。實驗事實，有依五官作用而實驗者，有依內心作用而實驗者，前者謂為外部的實驗，後者謂為內部的實驗，以故法院不但得向證人訊其關於外部的實驗之結果，且得訊其關於內部的實驗之結果，如證人所具之感覺、意見等是也。第二，實驗事實，有須特別之知識者，有不須特別之知識者，此種區別，却無影響於證人之意義，故依日本民事訴訟法第三百三十三條之規定，得以鑑定人為證人也。又實驗事實，有由證人自己為之者



，亦有得之傳聞者，此種區別，亦無影響於證人之意義，此民事訴訟法中所以除採直接證據(Tests de visu)之外，尙採間接證據(傳聞證據 Tests de auditu)也。又實驗事實，有出於偶然得之者，有爲日後必要時供作證據之用，而於當事人爲法律行爲時在場得之者；然此區別，亦無影響於證人之觀念，此民事訴訟法所以許用偶然實驗事實者爲證人而訊問之，且許用此種在場之人爲證人而訊問之也。第三，實驗事實之結果，既係對於事實之判斷，既係法院對於證人由其特別知識所實驗之過去事實所行之訊問，所以證人之陳述，不能謂爲未含判斷，僅係單純事實之報告；且不能謂其判斷勿須特別之知識；不過證人所報告於法院者，惟係判斷事實之小命題(具體的實驗之結果)，非若鑑定人所提供於法院者，乃係判斷事實之大命題(基於特別知識始得認識一般的法則)耳。

### (二) 目的物

目的物

依存於證人方面之證據目的物，卽爲過去之具體的事實。第一，惟過去(成

立於證言以前之事實；不必爲成立於訴訟關係成立以前之事實）之具體的事實（場所及時日關係上之一定事實），方得爲證人方面之證據目的物；至於現在之事實，以及法則、習慣、實驗規則並未經實驗之過去事實，皆非證人方面之證據目的物，因現在之事實，係由檢證或鑑定證明之事實，而法則、習慣、實驗規則及未經實驗之過去事實，係鑑定人方面之證據目的物也。第二，對於須有特別知識從事實驗之過去事實訊問具有實驗之證人時，固得爲證人方面之證據目的物（參照日民訴三三三條）；然就已實驗之過去事實，係以實驗規則及其他一般學問上之原則爲根據而爲陳述之意見，則爲鑑定人方面之證據目的物，非證人方面之證據目的物（奧之婆拉克氏則主反對說）。例如獸醫對於死馬一頭曾於其死亡前施以診察且由肺結核致死之事實而爲其實驗之陳述者，即係證言；然陳述該馬將於十日內死亡之意見，則係鑑定是也。第三，已爲證人實驗之事實，固爲證人方面之證據目的物；然未經證人實驗之事實，則非證人方面之證據目的物，蓋以無論何人，皆不能就其未實

驗之事實而爲實驗結果之報告，例如對於過去之事實，得由一般歷史上之知識，或探究古代記錄所得之知識而供述其真否者，則屬於鑑定人方面之證據目的物，不得謂爲證人方面之證據目的物是也。

### (三) 第三者

#### 第三者

已如前述：證人者，卽係依據法院之命令，對於過去具體事實報告其實驗結果之第三者也。第一，證人既係負有此種責任之第三者，故訴訟當事人及其法律上之代理人（現在代理當事人實施訴訟者），自非證人，因證人除由法院得以職權調集外，當事人亦得指定之（參照日民訴二九一條），顯係第三者無疑，且證人係就他人間之訴訟事件而爲證言者，其爲第三者更不待言（德國方面，因依其民事訴訟法第四百七十三條之規定，故有主張凡有宣誓能力之當事人，皆得以之爲證人而訊問之；然此種學說，顯將原因與結果混同，殊覺失當）。（參照證人能力）。第二，證人既係依據法院之命令，報告實驗結果之第三者，故仲裁人所訊問之證人（

參照日民訴七九五條）及在場證人等（參照日民訴五三七條），不屬於此處所謂之證人（尤其是在場證人，乃係作為日後證據方法之裁判外之證人）。又證人對於法院之訊問，係以言詞供其實驗之結果為原則（參照日民訴二七三條二八二條三一一條三一八條）；但在例外上，限於以證人為釋明方法，不能本諸言詞辯論而下裁判者，方許以書面報告實驗之結果（參照日民訴二二〇條），故官吏或官署之證明書，或私人之證明書，屬於證書，而不屬於證人之供述；又在以前他種民事訴訟事件、刑事訴訟事件、非訟事件、行政訴訟事件中所調集之訊問證書，亦屬於證書，而不屬於證人之供述，因而此種證明書及訊問證書等，皆從書證之規定。第三，證人原係自然人之第三者，故法人及其他之團體，不得為證人，蓋以民事訴訟法，惟以自然人所實驗之結果為證人方面之證據故也。

## 第二款 證人之能力

證人之能力

證人之能力，即係構成證人之資格。如當事實成立之時而無實驗之能力者，或

法人及其他團體

無報告實驗結果之能力者，斯無證人能力（參照奧民訴三二〇條第一款）。又訴訟當事人及其法律上之代理人對於本案，亦無證人能力，因證人原係對於過去具體事實報告實驗結果之第三者故也。所以具有實驗能力或報告實驗結果能力之自然人而非當事人或其法律上之代理人時，就其法律上具有證人能力之年齡（即是否達於辨識事由之成熟年齡）及康健（即精神是否健全）等言之，不過為證言憑信力之有無問題，並無影響於證人之能力（德國普通法因以宣誓為證人之要件，故凡由法律上之原因或事實上之原因，尤其因年齡及其他之事由，而不適於宣誓者，皆無證人之能力）。又應為證言之事實，是否由在場實驗之或由偶然實驗之，抑是否由自己實驗之或由得自他人之傳聞，皆無影響於證人之能力；又應為證言之人，是否具有治外法權之人，或就訴訟之成績上是否具有法律上經濟上德義上之利害關係（尤其是否為前當事人或保證人而有利害關係之事情）皆無影響於證人之能力。因之，第一，法人及其他團體，均無證人能力，因民事訴訟法只就自然人實驗之結果為證人

前爲當事人或  
共同訴訟人之  
證人

方面之證據故也。第二，當事人在證據決定前爲受訊問之證人（在該決定之當時，非係當事人），亦有證人之能力，例如當事人已脫離訴訟者是也，因證人能力之存否，須以證據決定之時爲標準而定之。又共同訴訟人專對別一共同訴訟人提供裁判憑證之事實，得以之爲證人而訊問之；然對於全體共同訴訟人共通之事實，則不得以之爲證人而訊問之，因前者非當事人，而後者爲當事人故也；但在證據決定前之共同訴訟人（在該決定之當時，非係共同訴訟人），却有證人之能力，例如依據日本民事訴訟法第一百八十條之規定，法院將訴訟分離之後，而以共同訴訟人爲證人而訊問之是也，蓋在此情形之下，共同訴訟之關係已經終結；且證人能力之存否，係以證據決定之時爲標準而定之（德國多數學者認爲在普通共同訴訟中，共同訴訟人對於共同訴訟人之事件，在共同訴訟上雖不分離辯論，亦有證人之能力；若在必要的共同訴訟中，共同訴訟人在其訴訟上，則無證人之能力）。又禁治產之聲請人在其禁治產事件上因非當事人，故得爲此事件之證人而訊問之。第三，無訴訟

法定代理人或

### 法人之代表

能力者之法定代理人及法人之代表而現在代理進行其訴訟者，均得視為當事人，故對於其訴訟，無證人之能力（參照日民訴三六四條、又日本大正十三年六月二四日大審院民事第一部判決例）。反之，此種法定代理人及代表，現未代理其訴訟者，則對於其訴訟，有證人之能力，例如監護人代理未成年之當事人，進行其財產之訴訟時，得以對於當事人（即子）無財產管理權之親權者為證人而訊問之（參照日民九〇〇條）；又如甲董事代表股份公司為訴訟時，得以乙董事為證人而訊問之是也（參照日商一七〇條）；但在證據決定前，係代理當事人為訴訟之法定代理人（在該決定之當時，非係法定代理人）亦有證人之能力，因證人能力之存否，係以證據決定之時為標準而定之也。第四，第三者即令在訴訟上對於自己之權利義務有能實施之關係，且在判決上對於自己有確定力之關係，亦有證人之能力（訴訟信託），例如破產者在破產管財人對於破產財團涉訟時，有證人之能力（破產管財人非係破產者之法定代理人而為訴訟者）；承繼人在承繼財產之管理人，對於承繼財產涉

第三者  
（破產者，承繼人，妻，社員，訴訟參加人）

### 第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 二二三

証時，有證人之能力（參照日民一〇四三條）（在遺言執行者所爲之訴訟中，承繼人是否有證人之能力，固有疑問；究之遺言執行者既係承繼人之代理人，應以消極的論斷爲適當）（又參照日民一一一四條一一一六條）；妻對於夫就自己之財產所爲之訴訟，有證人之能力；法人之社員或等於法人之社團之社員，對於其法人或社團之訴訟，有證人之能力；主參加人或從參加人，在本訴訟上有證人之能力等是也（參照日民訴五一條五三條）（依據德國民事訴訟法第六十九條之規定，若係必要的共同訴訟人之從參加人，則於其訴訟上無證人之能力）。第五，推事及法院書記官，如非本案之當事人或其法定代理人，對於訴訟事件有證人之能力；然一經爲證人受訊問以後，卽不得以其推事及書記官之資格干與同一之訴訟手續（參照日民訴三二條第三款及四一條），又訴訟代理人及輔佐人，如非本案之當事人或其法定代理人，對於訴訟有證人之能力；然訴訟代理人及輔佐人既爲證人，卽不能同時代理當事人或輔佐當事人，故於爲證人受訊問之時，不得行其代理人或輔佐人之職務。

推事及法院書  
記官訴訟代理  
人及輔佐人



以後無能力與  
證言之效力

曾爲證人而受訊問者，以後又爲當事人（例如承繼），或爲代替當事人實施訴訟之法律上之代理人（例如股分公司之董事）時，其以前之證言，亦得有效，蓋以此種證言，不得謂爲無證人能力者之供述故也。

### 第三款 證人之義務

證人之義務

證人之義務者，即以證人之資格，依法院之命令，負有到場、供述、宣誓等公法上之義務也，凡服從本國司法權者，皆須負擔之。

#### (一) 性質

性質

證人之義務者，係爲國家司法上之利益計，凡服從本國之司法權者所應負擔之公法上之義務也。茲爲分析言之。第一，證人之義務，即爲公法上之義務。顧於學說上，關於證人之義務，究係爲國家司法上之利益計，對於法院所代表之國家所負之公法上之義務乎；抑係爲訴訟當事人之利益計，對於當事人所負之義務（或私法上之義務）乎；或係爲司法上之利益及當事人之利益計，而屬於國法上之義務乎

第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 二三五

，此爲從來學者所爭論。究之正確之論斷，宜謂證人之義務者，終不外於爲國家司法上之利益計，對於代表國家之法院所負之公法上之義務。誠以國家欲期司法權行使之正當，則須依據證據；而證據又非常依第三者之輔助不爲功，以故國家爲輔助司法權之行使計，乃不得不應用強制力，使第三者參與訴訟，供其證據，所謂證人義務者，卽爲達此目的之手段也（政策上之理由）。考證人義務，早已起源於德國古代法，德國古代法中所謂證人義務者，原係爲輔助司法權之行使，對於審判官履行之義務；並非爲當事人之利益，對於當事人履行之義務，若係無故拒絕證言者，卽視爲不顧國家之利益，不欲爲國家之公用，而逐之於外國。以後寺院法，遂本此觀念，直以證人義務，爲刑罰所得強制之義務矣（羅馬法對於證人義務，早爲刑事訴訟上所採用；漸至查士丁尼大帝時代，始用於民事訴訟）。日德奧匈諸國民事訴訟法中所謂證人義務者，實卽此種觀念之承襲（沿革上之理由）。故謂證人義務者，卽係吾人爲使國家行使司法權至於正當之途，所應履行之公法上之義務也。（1）

取從本國司法  
權者之一般的  
義務

國家對於人民有使其履行證人義務之權利；訴訟當事人無之，故不履行此證人義務者，國家不待當事人之聲請，除用拘提方法外，尙得處以秩序罰金及費用之賠償；但訴訟當事人對於證人不履行義務所生之損害，不得直接請求賠償。(2)證人已履行其義務時，得請求國家給付日費及旅費等費用(參照日民訴三二一條)；但此費用爲訴訟費用之一部，以由敗訴者負擔爲通例(參照日民訴七二條)故國家對於敗訴者有命其繳納此日費及旅費等費用之權利。第二，證人義務，已如前述，乃係國家爲使司法權用於正當之途，對於服從司法權之內外人民所加之義務也，以故負擔證人義務之標準，卽以是否服從本國司法權者定之，非如是否負兵役義務者之內國人之標準，所以住於本國領土內之外國人雖負有證人義務；但住於外國之內國人則不負此義務，因前者服從本國之司法權，後者否也(或有主張住於外國之內國人得傳爲證人者，亦負證人義務；然此種學說，却無正確根據，不能謂爲正當)(參照日民訴二八九條)。又本國之元首及有治外法權之外國人(例如外國之元首及大

第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 二三七

使等），亦不負此證人義務（領事是否負此證人義務，則依國際條約定之），因其非服從本國之司法權者也，因之，定在原則上，凡屬服從本國司法權之內外人民，皆負證人之義務；然在例外上，依法律之規定，或有對於法院免除到場之義務（參照日民二八九條），或有免除供述之義務（拒絕證言）；或有免除宣誓之義務（參照日民訴二八九條二九六條二九〇條、二九七條二九八條三〇九條）。第三，證人義務，不可與報告義務相混同（參照日民六四五及九二八等條），前者係公法上之義務，後者係私法上之義務；又前者之強制履行方法，係依民事訴訟法之規定，而後者之強制履行方法，乃係權利者對義務者起訴爲之，且須依據民事訴訟法之規定執行之。

(二) 內容

內容

證人對於內國法院或外國法院之訴訟事件，有投到於內國法院及爲供述（爲其證言）並於法律上認爲必要時爲宣誓等等之義務（參照因外國囑託之日本共助法，

證人義務與報告義務

### 到場之義務

又日民訴三六五條以下），故證人義務之內容。即爲到場、證言、宣誓之三種。

(1)到場之義務 在原則上，證人對於傳喚之受訴法院及受命推事或受託推事，負有到場之義務；但在例外上，得依法律之規定，免除此種義務。

### 原則

(甲)原則 凡負證人義務者，須遵合法之傳喚，投到於傳喚之法院，或投到於受命推事受託推事之前（參照日民訴二七三條二九二至三九四條三一九條）。

證人對於出傳法院有無管轄（事物、土地、職分之管轄）無調查之權利，對於訊問無主張異議之權利；且無請求指定自己住在地之法院而受訊問之權利，故受合法傳喚之證人，無正當理由而不到場者，受訴法院受命推事或受託推事得以職權命其賠償因不參與所生之費用，並科二十圓以下之罰金；若二次不到場者，除再命其賠償費用及處以罰金外，尙得拘提之（參照日民訴二九四條第一項三一九條），因證人到場之義務，爲公法上之義務故也。惟此費用之賠償，有關當事人之權利，故當事人得爲命令賠償之聲請，並得對於駁斥聲請之裁判

而爲抗告（參照日民訴四五五條）至於因調查證據日期之變更，以致消滅傳喚證人之效力者，卽令證人不於該日期到場，亦不得宣示賠償費用及罰金；又因舉證者據棄使用證人之證據方法，或因無訊問證人之必要等事由，而無氣提證人之實益者，自爲不拘提之原因；且因此事由既不發生因不參與之費用，自爲不能命其賠償費用之原因，惟對此種不到場之證人，是否成爲不得處以罰金之原因，雖有疑問；究之到場義務，原爲公法上之義務，證人既不到場，卽須科以罰金，故因上述事由而不到場者，亦不免於處罰也。

賠償費用及罰  
金之性質

(a) 賠償費用及罰金之性質 因不參與所生之費用之賠償，係由不履行公法上之義務，而行損害之賠償也，其與敗訴者對於勝訴者之訴訟費用之賠償（參照日民訴七二條），或不履行私法上之義務（證人對於當事人不履行所負之證人義務）之損害賠償，具有不同之觀念，蓋以訴訟費用之賠償，係根據以敗訴者之費用，保護勝訴者之利益之政策，並非以損害賠償爲根據；且以

證人義務係公法上之義務，並非私法上之義務故也。至於此種罰金，原係所謂秩序罰，並非屬於刑罰性質之罰金（德國亦有學說主張為刑罰之罰金者；但此種主張，却非通說）故其執行，須依民事訴訟法之規定，非依刑事訴訟法之規定；且不適用刑法上關於時效之規定（參照日刑三二條）。（惟罰金之關係，自其宣示之決定確定後，經過日本會計法第三十三條所定之期限者，即因時效而消滅）。

(b) 前提要件 宣示賠償費用及罰金者，須具備下列之要件。第一，已行合法之傳喚者。傳票中須備載法定之事項（參照日民訴二九二條），且須依照法定之方式（參照日民訴一三六條以下）送達之（依據日本民事訴訟法第一百四十五條至一百四十九條之規定，亦能送達）。至於調查證據日期與送達傳票之距離時間，法律上雖無明文之規定；然受訴法院或受命推事受託推事自須以其自由之意見，確定足使證人於調查證據日期得能到場之相當時間

，如傳票之送達。第二，並無正當之理由而不到場者。(1)不到場者，即於調查證據日期爲事件之呼點時，不在場之謂也(參照日民訴一六三條第一項)。日本民事訴訟法第一百六十三條第二項所規定者，係適用於當事人，非適用於證人，故不能因此即將證人至日期之終不出席之事件，解爲不到場。又證人在已爲賠償費用及罰金之裁判後到場者，自非解釋其不到場確有正當之理由，不得取消此裁判。惟於事件之呼點後裁判賠償費用及罰金前到場者，是否應有賠償及罰金之裁判，固有疑問；究之裁判係以當時情形爲標準而爲之也，故應以消極的論斷爲正當。至於在訊問前任意退庭之證人，以及依據日本民事訴訟法第一百二十八條之規定已被斥退之證人，自應視爲不到場之證人。(2)無正當理由而不到場者，即係基於自己負責之事由，以致不到場之謂也。故證人因天災及其他不可抗力而不到場者，以及雖已送達傳票而無相當之時間趕到者，皆爲基於正當之事由；然因自己之過失，不知已有



## 二次傳喚

傳票到達而不到場者，亦係無正當之理由。第三，被傳之證人，並非法律上無到場之義務者（參照日民訴二九六條第二項及三〇〇條第二項）。故受傳喚之證人雖不知受訊之事項，或係誤傳者，皆無影響於到場之義務。

(c) 二次之傳喚 舉證者對於前未到場之證人，仍欲用前證據方法而不拋棄者，受訴法院受命推事或受託推事須以職權新定訊問日期，爲二次之傳喚。若二次仍不到場，須再宣示賠償費用及罰金，並得拘提之（參照日民訴二九四條第二項）。第一，所謂二次不到場之證人者，即係依法已受賠償費用及罰金之裁判，再於新定訊問之日期仍無正當理由而不到場之證人也。故於以前訊問日期不到場尙未宣示賠償費用及罰金之證人，或於新日期不到場已受賠償費用及罰金之裁判而已依法取消此裁判之證人，雖於新定訊問日期未到場，亦非此處所謂二次不到場之證人；依據日本民事訴訟法第二百九十四條第一項之規定，此種證人，亦不過已受賠償費用及罰金之裁判，尙未執行

其裁判耳。第二，對於二次不到場之證人，須再宣示賠償費用及罰金。以故是否行此裁判，非依受訴法院受命推事或受託推事之自由意見定之。然而此種裁判，亦不得達於二次以上。學者或有主張法律上既無特別之規定，則對於數次不到場之證人，自應爲此數次之制裁。究之法律上既得對於二次不到場之證人，使用拘提之方法，已足適應實際上之要求，實無爲此二次以上之裁判之必要。第三，證人與鑑定人不同，不得由他人代行之，故對於二次不到場之證人，得命爲拘提（強制到場）。是否命爲拘提。却與宣示賠償費用及罰金不同，得依受訴法院受命推事或受託推事自由意見定之，且勿須當事人之聲請。然無訊問二次不到場之證人之必要時，尤其在舉證者已拋棄此種證據方法時，自勿須拘提之。

裁判及執行之  
手續

(d) 裁判及執行之手續 賠償費用及罰金並拘提之裁判，受訴法院受命推事或受託推事以職權於證人未到場之辯論中或審問日期中爲之，或於審問日期

終了後爲之，無審訊證人之必要（參照日民訴二九四條三一九條）。第一，賠償費用及罰金並拘提之裁判，雖已宣示，亦須以職權送達於證人，因日本民事訴訟法第二百三十五條之規定，惟適用於當事人故也（參照日民訴二四五條第二項第三項）。反之，對於賠償費用之裁判未經宣示者，須以職權送達於當事人（參照日民訴二四五條第二項二三五條）。第二，對於受訴法院所爲之賠償費用及罰金並拘提之決定，證人得以抗告聲明不服；且此抗告，有停止執行之效力（參照日民訴二九四條第三項第四項四六〇條），蓋以此種裁判，對於本案之進行並無直接之關係，即令因此抗告有停止執行之效力，亦無遲延訴訟之弊害故也。對於受訴法院駁斥當事人聲請賠償費用之決定，當事人亦得以抗告聲明不服（參照日民訴四五五條）；又對於受命推事或受託推事之賠償費用及罰金並拘提之命令，證人已先求受訴法院變更此裁判者（參照日民訴四六五條），亦得變更之，且此聲請，亦有停止執行之

效力（準用日民訴二九四條第四項）。對於駁斥當事人請求賠償費用之命令，當事人亦得聲請變更之。第三，處令賠償費用之裁判，因已成爲應執行之債務名義，故當事人得因此請求費用額之決定，並聲請執行之（參照日民訴八四條）。又處以罰金之裁判，則由裁判之受訴法院受命推事或受託推事依據強制執行之規定，使執行機關執行之（罰金之裁判者，即係日本民事訴訟法第五百五十九條第一款所謂得以抗告聲明不服之裁判也；又對於執行機關請其執行，應由受訴法院或受命推事受託推事以職權爲之，故日本在非訴事件手續法中設有第二百八條之規定。又在刑事訴訟上，對於處罰不履行到場義務之證人之執行，在日本刑事訴訟法中則有第五百五十三條之規定）。又命令拘提之裁判，則令承發吏爲之。

（e）對於現役軍人或軍屬之裁判及執行 對於服常備現役及其他役務之軍人軍屬（非豫備後備之軍人軍屬），判令罰金及其執行或判令拘提及其執行，

對於現役軍人  
或軍屬之裁判  
及執行

取消裁判之手續

則由受訴法院受命推事或受託推事囑託軍事法院或該管長官爲之（參照日民訴二九四條第二項三一九條）。故受囑託之軍事官署，須依民事訴訟法之規定。而爲罰金之宣示及命爲拘提之決定。然對此種軍人軍屬之賠償費用之裁判，應由受訴法院或受命推事受託推事爲之，不得囑託於軍事官署。對此裁判之執行，須通知其軍事官署後爲之（參照日民訴五三〇條五五六條）。

(f) 取消裁判之手續 賠償費用及罰金並拘提之裁判，原係對於無正當理由而不到場之證人爲之（參照日民訴二九四條）。以故在此裁判前，證人或第三者（例如證人之配偶者）已辯明其不到場係有正當之理由者，即不應爲此裁判；又在此裁判後，證人或第三者已辯明其不到場之正當理由聲請取消此種裁判時，即應取消之。此種辯明或聲請，得以書面或言詞爲之，並得以非律師之人代理爲之（參照日民訴六三條二九五條）。（日本民事訴訟法第二百九十五條中對於取消拘提之規定竟付缺如，不免爲立法上之缺點）。第。

第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 二四七

一、所謂辯明者，即係解釋自己之行爲或不行爲並非違背義務之舉動；而所謂正當之理由者，即係非由自己負責之事由。故欲不受賠償費用及罰金並拘提之裁判，且欲取消此等裁判之證人或其他第三者，則須解釋證人之不參與，係基於非由證人負責之事由，並非證人違背到場之義務。此種辯明究係正當與否，法院固然應以職權調查之，却不應以職權究詰之，並不應認爲有調查證據之必要；應由行此辯明者負立證之責任，並須負擔因此所生之費用。至於罰金，既係秩序罰，並非刑罰，自不得依刑事訴訟法之類推論斷之。又對於此種辯明，通常僅以釋明爲之；然而日本既無對此辯明事由應加釋明之明文，故不適用該民事訴訟法第二百二十條之規定，因之自無如非即時得能調查證據者不許調查之限制，惟於法院認爲必要者，則依一般之規定，得爲證據之調查。此外，對於此種辯明究爲正當與否，得依法院自由之心證而爲判斷（參照日民訴二一七條）；然而證人因當期疾病之事由，或因有不能猶

豫之要事在身，或因不知傳喚並非基於自己負責之事由，已爲不到場之辯明者，卽足肯定其辯明之正當。第二，辯明確係正當者，受訴法院或受命推事受託推事則以決定或命令而爲取消賠償費用及罰金並拘提之裁判（參照日民訴二九五條三一九條）；但得取消罰金之裁判，維持賠償費用之裁判，例如證人之辯明本係正當，然因過失未於合法時期提出不能參與之理由者，仍當賠償因此所生之費用是也。又取消罰金之裁判，其效果，應由國庫給還證人既經繳納之罰金。此種取消之裁判，應以職權送達於證人；但以此種裁判，有關當事人之權利，尙須送達於當事人（參照日民訴二四五條）。對於受訴法院駁斥聲請取消之裁判，得抗告之（參照日民訴四五五條）；對於受命推事或受託推事之裁判，得聲請變更其處分（參照日民訴四六五條）；至於對於軍事官署依據日本民事訴訟法第二百九十條末項之規定而爲取消之裁判，法律上雖無特別之規定；然依二百九十五條之規定，應由受訴法院爲之。

## 第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 二四九

第三，因辯明而爲取消之聲請，及依日本民事訴訟法第二百九十五條所規定之抗告之聲明，皆爲證人聲明不服之方法，故證人得同時行此二種之聲請或擇一行之；前者之聲請受駁斥後，仍得聲明後者之抗告；且辯明之事由，尙得用爲抗告理由而主張之。

例外

(乙)例外 凡受傳喚之證人，皆須投到於出傳之受訴法院或受命推事受託推事前，此原則也。然亦有例外之規定（參照日民訴二八九條）。

絕對的例外

(a)絕對的例外 如係一國元首爲證人時，須受命推事或受託推事則就其所訊問之，元首無投到於受訴法院或受命推事受託推事前之義務，因之，作證之元首係居於受訴法院所在地者，命受命推事則就其邸內訊問之；如係居於其他法院管轄地或滯在時，則使受託推事就其邸內或旅舍訊問之，此蓋出於尊敬一國元首之法意也。

相對的例外

(b)相對的例外 如係國務員爲證人時，則就其官署所在地訊問之，若滯居



於官署所在地以外時，則於其現住處訊問之（參照日民訴二九六條第二項），國務員無投到於官署所在地或滯在地以外之法院之義務，因之受訴法院在其官署所在地或其滯在地者，得傳訊之；否則，即應囑託管轄其官署所在地或滯在地之初級法院傳訊之。又國會議員爲證人時，若在開會期內滯居於國會所在地者，須於國會所在地訊問之（參照日民訴二九六條第三項），故國會議員在開會中，無投到於其會議所在地以外之法院之義務，因而受訴法院在其議會所在地者，固得傳訊之；否則，即應囑託議會所在地之初級法院傳訊之。此種法意，即在避免證人到場義務與國法上重大職務之衝突也。

拒絕證言之呈明

（○）拒絕證言之呈明 受傳之證人於日期前已爲拒絕證言之呈明者，即於此日期無到場之義務（參照日民訴三〇〇條第二項），此即所謂暫時免除到場之義務也，換言之，即僅於不許拒絕證言之裁決確定前，免除其到場之義務。又受傳之證人，業經以正當之理由辯明不能參與者，則消滅到場之義務（

參照日民訴二九五條三一八條第二款)。

證言之義務

(2) 證言之義務 在原則上，證人對於受訴法院或受命推事受託推事，負有應為證言之義務；然在法律上有特別之規定者，亦有得能拒絕證言之例外。

原則

(甲) 原則 凡負有證人義務者，須就受訴法院或受命推事受託推事訊問之事項，本其真實而為供述，此即所謂證人之義務也(參照日民訴三〇七條二七三條三〇二條三一九條)。惟此證言之義務之範圍，只就證人本身已知之事項，使其供述之；至於證人供述不曾見聞之事項之義務，以及從事於事實之探查或書面之穿鑿之義務，並忍耐搜查自己身體之義務等，當然不包含於證言之義務之中。然亦不能直謂證人於供述真實之必要手段上，不得探查事實，穿鑿書面也；不過證人無從事此等事項之義務耳。但證人於訊問以前為喚起自己之記憶且明確其記憶等手段上之所應盡之義務(例如閱覽自己手中之記錄，明確自己之記憶是也)，是否包含於證言之義務中，原為學者所爭論。究之訊問事項既已載諸傳

## 違背義務之制裁

票，豫使證人明瞭（參照日民訴二九二條第二項），是應以積極的論斷爲正確。蓋以此種事項爲供述真實之必要方法也。此外，對於違背此種證言義務拒絕證言之制裁，受訴法院或受命推事受託推事則以職權處令賠償由此拒絕所生之費用，且科四十圓以下之罰金（參照日民訴三〇二條三一九條），蓋以證言義務爲公法上之義務也。此種賠償費用之事項，因與當事人之權利有關，故當事人得爲此種賠償之聲請，且得對於斥駁此種聲請之裁決，以抗告聲明不服（參照日民訴四五五條）。

## 賠償費用及罰金之性質

（a）賠償費用及罰金之性質 關於拒絕證言之賠償費用及罰金之性質，可參照前述不到場之賠償及罰金之說明。

## 制裁之前提要件

（b）前提要件 處令賠償因拒絕證言所生之費用及罰金之裁決，其前提要件，即在證人不呈明原因而拒絕證言者；或以其呈明原因爲無理由而爲駁斥之裁決已經確定後，仍拒絕證言者（參照日民訴二九七條二九八條）；又或舉

證者仍須用此證人爲證據方法，並不捨棄之等數項。至其對於證言之拒絕，不問是否涉及於訊問事項之全部或一部，其爲拒絕則一也（法律上亦無特別之區分）；且不能因其違背到場義務已受處罰及拘提，而影響於此違背證言之義務之賠償及罰金之裁決（違背證言之制裁與違背到場義務之制裁，均係獨立之事項，免除到場義務，並非免除證言之義務之原因；且有拒絕證言之權利者，未必即能免除到場之義務）。第一，證人於訊問日期前或於訊問日期不呈明原因而拒絕證言者，應以裁決處令賠償因拒絕證言所生之費用及罰金（參照日民訴三〇二條第一項三〇〇條）。至於證人於受訊前任意退庭或命其退庭者（參照日民訴一二八條），雖於日期未到場，却非拒絕證言；惟以拒絕證言之意思，任意退庭者，仍以拒絕證言論。又證人供述一無所知之證言，亦非拒絕證言。反之，證人於受訊日期前或於受訊日期呈明原因而拒絕證言者，即令其原因在法律上不重要或無釋明，亦須裁決之，不得直令

賠償因拒絕證言所生之費用及罰金。此外，證人於裁決其呈明拒絕證言之原因爲不當已經確定後，尙持同一之原因拒絕證言者，應判令賠償因此拒絕所生之費用及罰金，因其拒絕證言無正當之原因故也（參照日民訴三〇二條第一項）。又證人主張拒絕證言之新原因時，不問其原因係存在於裁決前，或於裁決後新成立者，均須裁決之（參照日民訴三一〇條），蓋以認其拒絕原因爲不當之裁決。只能就其所提出之原因，有裁決之確定力，故不得對此新主張之證人，直令賠償因拒絕所生之費用及罰金。第二，在處令證人賠償拒絕所生之費用及罰金前，舉證者已捨棄使用該證人爲證據方法者，卽不得爲此裁決，因無目的物故也。反之，在此裁決後始捨棄者，却不影響於裁決

## 二次拒絕證言

（一）二次拒絕證言 舉證者並不捨棄此拒絕證言者，爲證據方法時，受訴法院或受命推事受託推事一方面須處令賠償因此拒絕所生之費用及罰金，同時

### 第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 二五五

並須定續行調查證據之新日期，再傳喚證人（參照日民訴二八六條），（證人在庭已知宣示日期者，無須再傳喚，以此徵諸日本民事訴訟法第一百六十一條中所謂「在庭者」之明文，自易明瞭；然在德國方面，多有學者根據該國民事訴訟法第二百一十八條中載有「勿須傳喚當事人」之明文，而認定該條只適用於當事人，故雖證人在庭且已宣示日期者，尚須傳喚之）。而受此賠償及罰金之裁決（尙未執行）且受傳於新日期之證人而不如期到場者，當然依據二次不到場之規定處理之；若於新日期到場仍然拒絕證言時，究應如何處理之，法律上雖無特別之規定；然依日本民事訴訟法第三百二條中無二百九十四條第二項所載之明文觀之，當然不得對於二次拒絕證言之證人，再令賠償費用及罰金；且不得強令證言，拘留證人於法院。故其調查證據之手續，勢必因二次拒絕證言而終結。惟法院對此拒絕證言，可依自由之心證判斷其價值（參照日民訴二一七條）。然而德國方面，在強制證言之手段上，

法院得因當事人之聲請，於法定期限內拘留證人；且依其民法之規定，得以拒絕證言之證人爲不法行爲者，而使負擔損害賠償之責任（參照德民訴三九〇條第二項、又德民八二三條八二六條、又史丁氏所著德國民事訴訟法註釋）。

(d) 裁決及執行之手續 處令證人賠償因不履行證言義務所生之費用及罰金，由受訴法院或受命推事受託推事裁決之，勿庸審訊證人（參照日民訴二九四條三一九條）。對於此種裁決及執行之手續，可參照制裁證人不到場之裁決及其執行之手續。且對於此種裁決，亦得抗告；在抗告時，亦有停止執行其裁決之效力（參照日民訴三〇二條第二項第三項），蓋以對於本案訴訟之進行，並不因此遲延故也。又因抗告得以新事實及證據方法爲憑證（參照日民訴四五八條），故得用前經主張拒絕證言之原因爲抗告之理由而主張之，並得以曾受駁斥後從新發生之拒絕證言之原因，用爲抗告之理由而主張之。

對於現役軍人  
軍屬之裁決及  
執行之手續

(e) 對於現役軍人軍屬之裁決及執行之手續 對於此種證人宣示罰金及執行，須囑託軍事法院爲之（參照日民訴三〇二條第三項）。對於其執行之手續，可參照對於軍人軍屬宣示罰金及執行之手續（參照日民訴二九四條第四項）。

例外

(乙) 例外 對於證人應負證言義務之原則，亦於法律上有特別之規定者，有得拒絕證言之例外（參照日民訴二八九條）。日本民事訴訟法第二百九十七條所規定者，爲一般得能拒絕證言之原因；其第二百九十八條所規定者，爲就特種之事項得能拒絕證言之原因，此種原因，惟限於得能拒絕證言之場合，故不得根據此種原因以外之原因，拒絕證言。且得拒絕證言之證人，無論何時，皆得任意行使其拒絕權，例如開始供述後，得能拒絕以後之供述；或於二次訊問時，得能拒絕新供述並於訊問手續終了時，得能取消已爲之供述等是也。此外，法院亦得依其自由之心證，判斷其拒否之價值（參照日民訴二一七條）。又證



人於拒絕證言以前所爲之供述，以後亦得利用之（究應用爲人證？抑應用爲錄取此種供述之書證？雖係疑問，然終以用爲人證，較爲正確，蓋以拒絕證言以前之供述，無書證之效力故也。德之史丁氏則認爲應作書證利用之）。

因身分關係有  
證言拒絕權者

(a) 因證人與原告或被告有親屬、監護、同居、雇傭等關係而得拒絕證言者，證人爲原告或被告之親屬或爲原被告配偶者之親屬時，如非限於日本民事訴訟法第二百九十九條所規定之事項。得能拒絕證言。又證人爲原告或被告之姻屬時，雖已解除婚姻關係，亦得拒絕證言；又證人受原告或被告之監護；或與原告或被告同居；或受原告或被告之雇傭時亦同（參照日民訴二九七條第一項第一款至三款）。審裁長或行使審判長權限之受命推事或受託推事，須於訊問前告知具有此種關係之證人有拒絕證言之權利；且爲得能公證計，法院書記官須記之於筆錄。如不爲此告知，則違背訴訟手續，而成爲上訴之理由。此種法則，原爲保護當事人之利益，故當事人如對此訴訟手續之違

第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 二五九

親屬關係與證  
言拒絕權

背不加質問，或於未爲此種告知時所爲之裁判，並非以具有證言拒絕權之證人所爲之供述爲憑者，則其證言與判決之間，自無因果之關係，既無因果關係，自不能以之爲上訴之理由（參照日民訴二九七條第二項）。所以日本民事訴訟法第二百九十七條第二項所載者，不過爲對於審判官之訓示耳（參照日本大正二年六月二十一日大審院判決例）。第一，證人爲原告或被告之親屬，或爲原被告配偶者之親屬時（參照日民七二五條），其所以得能拒絕證言者，誠以爲證言之結果，不僅有害親屬間之和諧，而且如爲不利親屬之證言，終爲人情所不忍，強使爲之，自有違反善良風俗及陳述不實之弊害，故法律承認有此關係之證人具有證言拒絕之權利。又證人爲原告或被告之姻屬時，其婚姻關係雖因離婚或因婚姻無效或因婚姻取消之判決（參照日民七七八條七七九條八〇八條八一三條以下）已被解除，亦保留證言拒絕權，蓋以在此情形之下，雖使強負證言義務，亦難保其不爲不實之陳述也（參照日

民訴二九七條第一項第一款又三二條第二款)。又證人爲原告或被告之從參加人之親屬時，亦依此同一理由，得能拒絕證言(日本民事訴訟法第一百九十七條所載原告或被告之注文，失於狹隘，宜改爲當事人，較爲適當)。又證人與共同訴訟人中之一人有親屬關係時，亦得拒絕證言；但訊問事項僅對於別一共同訴訟人之裁判有必要者，不得拒絕證言，蓋在此情形之下，實無承認證言拒絕權之理由故也。又證人與根據某種職務之當事人有親屬關係時(例如與破產管財人之原告有親屬關係時)，亦得拒絕證言。具有以上關係之證人，雖有拒絕證言之權利；然依日本民事訴訟法第二百九十九條所載之訊問事項，不得拒絕證言者有四。一爲家屬之出生、婚姻、死亡之事項。茲所謂家屬者，係指事實上凡與證人營家屬共同生活者而言，並非限於法律意義上之家屬，亦無分於爲血族與姻屬或配偶者；惟雇人不屬於此。證人對於此等事項其所以不得拒絕證言者，即由於除令此證人能爲證言以外，再無適

當之證據故也。二爲因家屬關係所發生之財產上之事項。此種事項，係基於證人之親屬關係之財產關係，並非當事人間之訴訟事件。基因於此種親屬關係；而其訊問事項，換言之，即指訊問事項係以證人之親屬關係爲條件之財產關係而言，並非指當事人間之訴訟事件爲證人之親屬關係而言，以故夫婦財產制、近親之扶養、親權者對於子之財產管理、繼承之回復等關係，皆屬於因家屬關係所生之財產上之事項。至關於非親屬者間亦能成立之行爲，而爲偶然成立於親屬者間之財產關係（尤其是關於偶然成立於親屬間之組合事實），及以證人之親屬關係爲條件之人事關係（尤其是屬於離婚及婚姻之取消等關係）等事項，皆不屬於因家屬關係所發生之財產上之事項。蓋以前者爲財產關係，並非基於證人之親屬關係；而後者則爲基於證人之親屬關係，並非財產關係故也。對於此種財產上之事項其所以不得拒絕證言者，亦由於對於此種事項，除由親屬關係所結合之人得能證明以外，難舉適當證人之故

耳（在基於證人之親屬關係之人事事件上，亦有此同一理由，故僅限於財產上之事項不得拒絕證言之規定，未免失於過狹，此為日本立法上之欠缺）。

三、為曾為證人在場得知法律行為之成立及內容。至於證人之在場，究係出於任意，抑係基於法律上之命令；又法律行為，究由言詞成立，抑由書面成立；又證人究為日後裁判上之證人而在場，抑為法律行為之方式上有必要而在場，皆無區別之必要。但作成公正證書之官吏或公吏，當然不屬於此處所謂之證人。對於法律行為成立時曾經在場之證人，其所以對此法律行為之成立及內容不得拒絕證言者，亦由於除此以外，再無適當之證人故也。四、為證人曾為原告或被告之前權利人（為一般或特別之一切被繼承人，其繼承，不問係直接或間接）或代理人（為廣義之代理人，如自然人之法定代理人、法人之代表機關、委任代理人等是也，即事務管理人、傳達機關等亦包含之）時就係爭之法律關係所為之行爲。關於係爭之法律關係之成立所為之行爲，自

勿論矣，即係爭之法律關係上重要之行爲，以及原告或被告於繼承前所爲之行爲，亦屬之。至於證人爲原告或被告之前權利人或代理人時所得之實驗結果及接受之行爲（例如接受解除之意思表示），皆非此處所謂對於法律關係所爲之行爲。究之此等區別，却無正當理由，故在立法上之見解，應以廢除此種區別爲適當（繼承人或本人聲請以其前權利人或代理人爲證人，與對方聲請以之爲證人之區別，在日本民事訴訟法第二百九十九條第一項第一款之適用上，雖不受何等影響；然徵諸該條所載「所爲之行爲」之注文，可知聲請前權利人或代理人爲證人之舉證者，必須主張此證人爲原告或被告之前權利人或代理人曾就係爭之法律行爲所爲之行爲也明矣。在此情形之下，究竟只爲此種主張，抑須進而立證？原爲學者所爭論；然在法律上因無必須立證之特別規定，當以只爲此種主張爲適當。惟經證人之供述或用他種證據方法，證明此證人並非原告或被告之前權利人或代理人者，則證言義務即歸消滅

，而得拒絕證言矣）。對於此種行爲其所以不得拒絕證言者，亦即由於除此證人以外，再難舉出適當之證據故也（在德國方面，認爲一方當事人之前權利人或代理人對於爭執之法律關係有其行爲者，既係第三者，故依德國民事訴訟法第四百四十九條之規定，雖不得向其要求宣誓，或作反對之要求；然依其德國民事訴訟法第三百九十三條第四款之規定，爲此行爲者如於訴訟成績上無直接權利關係，亦可作爲宣誓上之證人訊問之，依此理由，遂認定爲此行爲者就其行爲不得拒絕證言）。第二，受原告或被告監護之證人，得拒絕證言（參照日民九〇〇條）。蓋使被監護人爲不利於監護人之證言，則悖乎人情，強使爲之，不僅違反善良風俗，且恐供述不實，故承認此種證人有證言拒絕權。又受當事人保佐之證人是否與受當事人監護之證人相同，亦無證言拒絕權，法律上却無明文之規定；且其拒絕證言之原因，民事訴訟法亦只有限制之規定，已如前述，故在理論解釋上，應斷論受當事人保佐之證

同居及雇傭關係與證言拒絕權

人無證言拒絕權；然在立法上之見解，則應以之與受當事人監護之證人爲同一之處理。第三，以與原告或被告同居之人爲證人，或以其雇人爲證人時，皆得拒絕證言。茲所謂同居者，並非與原告或被告同居之親屬，乃係處於不得不尊重原告或被告之意思之境遇者（例如家長爲原告或被告時之家屬、食客等）。又茲所謂雇人者，即係與原告或被告有雇傭關係，永續服役之勞務者（例如僕婢等），故日傭者，不屬於此（參照日本大正十一年六月二十四日大審院判決例）。此種證人，既與原告或被告有此關係，若使強負證言義務，不僅違反善良風俗，抑且恐爲不實之供述，故有證言拒絕權。

因負有秘密義務而有證言拒絕權者

(b) 證人因負有秘密義務而得拒絕證言者 以官吏公吏或曾爲官吏公吏之人爲證人，就其職務上應負秘密義務之情況而爲訊問時，如未免除其義務者，皆得拒絕證言（參照日民訴二九八條第一款二九九條第二項二九〇條）。又以醫師藥商穩婆律師公證人僧侶爲證人，或以會爲此等職務者爲證人（法律



上關於曾爲醫師藥商等職務者雖無特別之規定；然以其與現時爲醫師藥商等職務者並無區別之理由，仍以同一處理爲適當），就其身分或職業所受委託之已知事實而應祕密者爲訊問時，如未免除其祕密之義務，亦得拒絕證言（參照日民訴二九八條第三款二九九條第二項）。此爲足使具有此等特別資格者保其對於當事人或第三者所期待之祕密之手段，而與以證言拒絕權也。

第一，官吏公吏（公證人非此處所謂之公吏，依據日本民事訴訟法第二百九十八條之規定，至爲明瞭）或曾爲官吏公吏者就其職務上應守祕密義務之情況，如未經該管官署公署或最後之該管官署公署免除其祕密義務者，皆得拒絕證言。蓋必如此，方能避免其職務上祕密之義務與證言義務之衝突，以杜不條理之結果也。（甲）職務上應守祕密義務之情況，依據法律之規定（尤其是行政法）及事物之性質定之（參照日本服務紀律第四條第一七條）。（乙）官吏及公吏者，乃內國之官吏及公吏也。故外國之官吏及公吏就其職務

除  
祕密義務之免

上應祕密之情況，無證言拒絕權。學者亦有積極主張強使外國之官吏公吏負擔證言義務，而違背職務上之祕密義務者；然在民事訴訟法中所載之官吏公吏，自不包含外國之官吏公吏，故應消極論之。至於國會議員及自治會議員，亦係準公吏，故就其職務上應祕密之情況，有證言拒絕權。（丙）官吏公吏或會為官吏公吏者就其職務上應祕密之情況，已免除其祕密義務時，不得拒絕證言（參照日民訴二九九條第二項二九八條第一款）。關於免除此種祕密義務之手續，為日本民事訴訟法第二百九十條所規定。學者亦有主張職務上應祕密之情況係關於私益者，依日本民事訴訟法第二百九十九條第二項之規定，該管官署有免除之意思表示時，即得免除此種義務；如係關於公益者，則依日本民事訴訟法第二百九十條之規定，須經該管官署之許可，方得免除之，故其第二百九十條所規定者，並非僅係該條第二項所規定之免除祕密義務之手續。究之法文上既無公益及私益之區分，故應認為第二百九十條所

規定者，即係對於以官吏公吏或曾爲官吏公吏之人爲證人，就其職務上應秘密之情況而爲訊問時，免除其秘密義務之手續。依據該條之規定，如聲請應就此種證人訊問時，而未豫先經官署許可者，則須依據以下之手續。(1)受訴法院(究應秘密與否，應由受訴法院判定之)以職權傳喚此種證人之前，須求其官署或其最後官署之允許。在日本方面，若以最高長官爲證人而爲訊問時，則須勅許，法律上對於此種手續雖無特別之規定，亦可推斷須由受訴法院呈由司法部長爲之，因而證據決定，應在其官署許可後方得爲之，或保留此種許可後爲之，自不得於其許可前直爲訊問；若直爲訊問時，證人即得拒絕證言。至於受命推事或受託推事，則無請求此種許可之職權(參照日民訴三一九條)，蓋以此種請求之前提，即在是否屬於秘密情況之判斷，而此判斷權，惟屬於受訴法院故也。(2)受此請求之官署，有判斷應否許可之專權，判斷後，受訴法院不得調查其判斷之當否。當事人對此判斷能否聲明不

服，應依其官署所遵守之國法定之，非屬於民事訴訟法所規定之範圍。究之該管官署所得拒絕請求者，不過恐其證言有害國家之安甯耳；若國庫爲訴訟當事人時，該管官署卽不得以官吏公吏或會爲官吏公吏者所爲之證言對於國家有財產上之損害，而拒絕請求訊問之許可。(3)該管官署許可訊問時，受訴法院須於訊問前通知受訊問之證人。(丁)受訴法院在傳爲證人之官吏公吏拒絕證言之後，認定其訊問事項確屬於官吏公吏應祕密之事項，須有該管官署之許可時，則中止訊問手續，請求該管官署之許可。若傳爲證人之官吏公吏雖不拒絕證言；然爲使其不違背職務上應祕密之義務計，亦不應就其非違背祕密義務不得爲證言之事項，而訊問之。(戊)官吏公吏或會爲官吏公吏傳爲證人時，就其應祕密之事項，是否拒絕證言，固然有其自由(當然足以引起懲戒問題；然證言拒絕權之不行使與懲戒問題，却爲別一觀念)；然依日本民事訴訟法第二百九十條載有受訴法院非得該管官署之許可，不得訊

醫師藥商穩婆  
律師公證人僧  
侶之證言拒絕  
證

問（訊問之禁止）之規定觀之，可知該條之規定，乃命法規，非訓示法規，因而受訴法院於必須請求許可而不請求時，或於無全部或一部之許可而直為訊問時，即已違背訴訟手續，構成上訴之理由。（己）官吏公吏或會為官吏公吏者於職務上應秘密之事項，同時且係對一私人應秘密之事項者，則該管官署許可訊問之規定與免除秘密義務之規定，自應並相適用，故此種官吏公吏拒絕證言時，受訴法院除得該管官署之許可外，尚須已免除對此私人之秘密義務者，方得訊問之。第二，在職之醫師藥商穩婆律師公證人僧侶，或會為此種職務者，就其身分或職業所受委託之已知事實而應秘密者，如未經利於秘密之私人免除其秘密之義務者，則得拒絕證言，蓋必如此，始得避免其秘密義務與證言義務之衝突，而杜不條理之結果也。（甲）現為此等職務者或會為此等職務者由其身分或職業所受委託之已知事實，即係業務上因信守秘密而受委託之一切已知之事實。故此等受託者在執行業務之必要上所

知之事實，固屬於此種事實；然在執行業務時偶然得知之事實，則不屬於此。此外，受託者依委託者之通知直接得知之事實，或依其他方法間接得知之事實，自屬於此種事實，即受託者對於委託者之意見並行爲以及實驗之結果，亦屬之。對於現爲此等職務者或曾爲此等職務者所應祕密之事項，則依法律之規定或事物之性質定之，至於委託者要求受託者應守祕密與否，受託者究爲委託者之代理人，抑爲單純參與委託者之商議，其祕密之義務，究係對於當事人成立，抑係對於第三者成立，皆所不論。依事物之性質應負祕密義務之事實，即係受託者如不違反委託者之信託，他人絕不得知之事實，而確定此種事實，則依審判官自由意見定之；至若利害關係人在其階級上之易交觀念及具體事項，自須斟酌當事人之期望及訊問時之情形而定之。惟周知之事實及公開辯論中顯著之事實等，在事物之性質上，當然不屬於祕密之事項。以故醫師對於某一病者之措施，如非供爲保持某一當事人之健康之用，而

供爲某一當事人訴訟證據之用時，則其醫師得拒絕證言，例如對於診察某一關於性病者之醫師，欲以其措施之事實供爲某一當事人離婚訴訟之證據時，得拒絕證言是也。又律師爲訴訟之受任者，由當事人通知得知之事實，或爲執行自己之業務得知之事實，如對當事人有祕密之利益者，得拒絕證言。此外，公證人對於已加助力之事件之始末，如對當事人有祕密之利益者，即令自己未作成公證書，亦得拒絕證言（乙）醫師藥商等等之業務，在一方面須令公衆期其祕密，而知其爲祕密之事項，在他方面，又須使之成立爲相當之祕密義務；否則，公衆對於此等職務者（尤其是醫師），勢必因其洩露不欲公開之疾病，致有不求其診察之不利，此所以須付與此等職務者以證言拒絕權也。故商業使用人對於其主人職業上屬於祕密之事實，不得拒絕證言，又行業及經紀人就其職業上屬於祕密之事項，不得拒絕證言（參照日民訴二九八條第五款）；然而律師、公證人之輔助者，亦與律師及公證人相同，應有

除  
祕密義務之免

證言拒絕權。此外，新聞記者對於其記事之由來如負有應祕密之義務者，雖法律上無特別之規定，亦應有證言拒絕權。(丙)現為醫師藥商等等職務者，或會為此等職務者，如已免除其祕密之義務，則不得拒絕證言(參照日民訴二九九條第二項二九八條第二款)。(1)祕密義務之權利，並非專屬於權利者一身之權利，乃從祕密事項之法律關係流下之權利，不因權利者之死亡而消滅，因之祕密事項若與財產有關者，則承繼祕密權利之承繼人得對證人免除祕密義務(祕密事項有關被承繼人之名譽或親屬關係時，承繼人是否得對證人免除祕密義務，固係疑問；但以承繼人因被承繼人之死亡，對於屬於被承繼人之名譽或親屬關係，未為權利之繼承，實以消極的論之為正當)。又此種權利者在破產時，若祕密之事項有關破產財團之法律關係者，對於破產者自己如無特別之利益，破產管財人得對證人免除證言之義務。又此種權利者，若當祕密之事項有關財產關係時，得由代理人對於證人免除祕密之義



務。(2)關於免除秘密義務之手續，民事訴訟法中雖無規定，但以秘密義務原為保護有此權利者之利益而存在，應由有此權利者之拋棄權利（免除秘密義務之意思表示）免除之。若數人有此權利時，則須有全體之意思表示。此種意思表示，因法律上亦無特別之規定，故在訴訟前或訴訟中得對於證人或對方為之，或在訴訟中得對於法院為之，例如當事人指定對其自己負有秘密義務者為證人，就其應秘密之事項而聲請訊問是也。(3)此種意思表示，如在訴訟上為之者，即係訴訟行為之一種，其不能撤回也，亦與他種訴訟行為相同。如在訴訟外為之者，則不屬於訴訟行為，得能撤回與否，則依民法之規定。(4)免除秘密義務之立證，應由舉證者為之，自不待言。(5)應為此種意思表示之義務，在私法上如已成立時，當然得能訴求之（參照日民訴七三六條）。

因答辯事項之  
性質而得拒絕

(6)因答辯事項之性質而得拒絕證言者 證人對於訊問之答辯，若於證人或

第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 二七五

證言者

其親族姻族監護者同居者雇傭人蒙受恥辱者，或招刑事上之訴追者，或直接於財產權上有損害者，或非公布證人之技術或職業上之祕密不能答辯者，皆得拒絕證言（參照日民訴二九八條第三款至五款）。此種法意，蓋為證人防禦其自己之利益計，使其對於各個訊問中之特種原因而得拒絕證言也。以故證人雖於各個訊問中有能拒絕答辯者；然亦不得對於全部證言，概為拒絕。

歸於恥辱之事  
項

一，所謂答問而有及於恥辱者，即其答問之特質上而有毀壞證人或其親屬等之名譽之慮也。故就訊問之答辯，只能用為推測證人或其親屬等有不名譽之舉動，勿須有此等不名譽行為之本體之表白，例如私生子對於其父提起私生子認知之訴，以母為證人，而訊其是否同居或與他人私通時，其母對於此種訊問之答辯，因其屬於自己恥辱之事由，得拒絕證言者是也。其次所謂答問而恐招致刑事上之訴追者，即其答問之特質上有令證人或其親屬等於犯罪或

恐招刑事上訴  
追之事項

於財產上有直接損害之事項

違警之刑事上至於訴追之危險也。故就訊問之答辯上所用之證據方法者，祇能用為推測證人或其親屬等於刑事上有訴追之危險，勿須表白其犯行或必須處罰之事項（刑事訴追之危險，非有大赦或因公訴之時效，不能消滅。又恐有刑事訴追而拒絕證言之一事，不能直謂為當有處罰行為之嫌疑；必須依據具體事實，在其拒絕證言之程度上，調查是否有應加處罰之行為）。至於答問恐招懲戒上之訴追者，因視情形足致證人或其親屬於恥辱，故證人得以恥辱之事由拒絕證言。又證人就訊問事項之內容，已足知其得能拒絕證言者，得於受訊以前，拒絕證言，勿須表明拒絕證言之原因，且勿須釋明之，例如訊問事項關於證人與當事人是否通姦者是也。第二，所謂答問而致財產權上有直接損害者，即其答問之特質上，有令證人或其親屬等在財產權上蒙受直接損害之結果也。以故其答問之本體，須為減少證人或其親屬等之財產之近因（即財產權上之直接損害），而非遠因（即財產權上間接之損害，或滅

少財產之可能性），是則因訊問之答辯而使證人或其親屬等發生債務者、保證人、共同債務人、求償義務者（償還義務者）不法行為者等等之責任時，足使證人或其親屬等在財產權上蒙受直接之損害，自得拒絕證言（例如以不法行為原因訴求損害賠償時，對於訊問之答辯，而在證人為單獨不法行為者，或與被告為共同不法行為者是也）；反之，對於訊問之答辯，因使第三者之原告勝訴，而減少債務者之被告之支付能力，以致債權者之證人或其親屬等有損害之慮時，或因其答辯，以致證人或其親屬等與當事人一方在交易上之關係有損害之慮時，只能使證人或其親屬等在財產權上蒙受間接之損害，故此種證人，不得拒絕證言。又對於訊問之答辯，用為請求證人或其親屬等財產上之證據時（尤其是因其答辯，以致主張有債權者用為債權關係之證據方法時），是否得能拒絕證言，原為學者所爭論；然而只能用為證據方法，不過於財產權上有間接之損害，故不能謂為拒絕證言之原因。又其答辯之結

果，須使證人或其親屬等發生財產權上之損害，非單就訴訟之成績上只有直接利害之關係（參照日民訴三一〇條第五款），故其答辯致令證人或其親屬等對於權利者不得不履行其負擔之義務時（尤其是證人負有求償義務，因其答辯而成當事人一方敗訴之事由，以致證人不得不履行其求償義務時），是否成爲財產權上之損害，亦爲學者所爭論；究之此係正當義務之履行，並無法律上之損害，故不得謂爲拒絕證言之原因（對於訊問之答辯，致令在財產權上有直接之損害時，與在訴訟成績上有直接之利害關係時，究爲性質上之區別，抑爲分量上之區別，可參照日本民事訴訟法第三百十條第五款之規定）。至於證人因公布技術或職業之祕密而生財產權上之損害時，此爲日本民事訴訟法第二百九十八條第五款所規定，並非該條第四款所規定。是則證人對於訊問之答辯，如令證人或其親屬等在財產權上有直接損害時，固得拒絕證言；然就日本民事訴訟法第二百九十九條所載之事項，則不得拒絕證言（

技術職業之祕  
密事項

參照日民訴二九九條第一項）。此即對於證言拒絕權之限制，其理由，可參照（a）項之說明。第三，所謂證人非公布其技術或職業之祕密不能答辯者，即證人非將自己或他人之技術職業（日本民事訴訟法第二百九十八條第五號）載有「證人非公布其技術或職業……」文句，似未包含他人之技術或職業；然而該條之規定，原以保護證人及對證人有祕密權利之他人（即使用證人之主人及以契約使證人負營業之祕密義務之營業主營業上之祕密為目的，是應包含他人之技術或職業，因而此種他人以外之第三者之利益，則非該條所過問。又此處所謂職業，係就廣義而言，凡各種繼續之根本活動，如製造及商業等皆屬之）之祕密公布不能答辯，換言之，即非根據其事物之性質，將營業利益上必須祕密之事實公布不能答辯也。舉凡一般不知之某種製造方法、某種商品之銷路、承銷契約之條件、銀行營業者對於存戶之財產狀態（銀行營業者對於存戶之財產狀態，負有應祕密之義務），著作與書業者所

### 宣誓之義務

出版契約之內容等，皆屬於此種事實。至若通常交易中商品之賣價及過去之商品推銷方法，皆無祕密之實益，故不屬於此種事實。第四，在以上第一至第四之場合，證人只有證言拒絕權，並非完全不許訊問證人，故不得直認訊問爲不合法（參照日民訴三一五條第三項）。且依日本民事訴訟法第二百十七條之規定，法院亦得由拒絕證言之中，爲某種之判斷。

(3) 宣誓之義務 在原則上，證人須依受訴法院或受命推事受託推事之命令，爲法定之宣誓；然在例外上，限於法律之一定規定者，勿須宣誓（參照日民訴二八九條）。

### 原則

(甲) 原則 凡負證人義務者，皆須於受訴法院或受命推事受託推事前依其命令，在訊問前或訊問後爲法定之宣誓，以之確保自己供述之真實，此即所謂宣誓義務也（參照日民訴三〇六條三〇七條）。

### 證人之宣誓

(a) 證人之宣誓 證人之宣誓 (Zeugeneid; Serment des témoins) 者，即鞏固

宣誓係對於良心爲之

證言憑信力之適當手段，依法定之文言，應於受訴法院或受命推事受託推事前爲之。第一，證人之宣誓，係擔保證言真實之手段，應對於自己之良心爲之，非對於天神爲之，此卽所謂民事上之宣誓（Serment Civil），非宗教上之宣誓也（Serment Religieuse）。在法國民事訴訟法中，證人之宣誓，卽係證人供述真實之誓詞，其方法，得以與宗教或其他信仰不相衝突之言語爲之，故凡證人皆得依其信奉宗教上之方式而爲宣誓，或依其他方法爲之，因而信奉有神教之證人，得對神宣誓；而信奉無神教之證人，自無須對神宣誓，只對供述之真實爲之。惟不得以係無神教派之故，拒絕民事上之宣誓也。又在德國法系諸國（尤其在德國）方面，證人之宣誓，現尙對天爲之（參照維爾曼氏所著奧國民事訴訟法論）。惟允許教會會員用某種誓式代替對天宣誓而爲供述時，在法律上亦視同宣誓耳（參照德民訴四七八條至四八四條又甸民訴三一〇條）。至於日本方面，昔所盛行者亦係違反神明前之誓詞卽



受神罰之思想；然其現時民事訴訟法中所謂證人之宣誓，其在受訴法院或受命推事受託推事前爲之者，並非對於天神宣誓其供述之真實；乃係對於自己之良心宣誓其供述之真實。蓋以宣誓之義務，爲證人義務之一部，而證人義務，又爲對於國家之義務，無論奉何宗教，凡爲證人者均須負擔之也。第二，證人之宣誓，以在訊問前爲之爲通則，以在訊問後爲之爲特別。原來對於證人之宣誓，究應於訊問前爲之？抑應於訊問後爲之？抑或一任審判官之意見定之？此爲各國立法例所不同，如依羅馬法、寺院法、德國普通法、法國民事訴訟法（二六二條）及英美法等之規定，證人宣誓，應於訊問前爲之；如依普國及薩克遜國之法律，則於訊問後爲之；如依德國職業法院法（四四條），則依法院之意見或當事人之聲請爲之；至若日本民事訴訟法，則與德國舊民事訴訟法相同，皆採折衷主義，對於證人之宣誓，係以訊問前爲之爲通則；如有特別之原因（尤其是在應否宣誓有疑問時），則以訊問後爲之

爲特則（參照日民訴三〇六條三〇七條，又德舊民訴三五六條）。（德國新民事訴訟法，在實驗上，認爲訊問後再使證人宣誓其供述之真實方爲適當，故以訊問後爲之爲通則；而對於一任法院之意見或由當事人之聲請之改正案，未經採用）。（1）受訴法院對於訊問後是否尙有應使宣誓之原因，固得依自由之意見定之；然此原因，純爲日本民事訴訟法三百十條所載之事項存否之疑問；且此原因，法院常依證言之信用情況（尤其就證人與當事人之關係而發問之情況）而得發見之（參照日民訴三一二條），故法院須於證人宣誓前訊問之。（2）對於證人之宣誓，究應使其在訊問前爲之，抑應在訊問後爲之？受命推事或受託推事得調查之，且得裁決之（不論當事人間對於此點有無爭論），因其根據調查證據之委任或囑託，有此調查及裁決之權限也。因而當事人對於此種裁決，不得聲明不服；證人亦同。第三，證人宣誓之方式，在日本方面，則載於民事訴訟法三百七條之中，若證人不通日本語言者

## 證人宣誓之手 續

，則依其法院編制法第一百條之規定（德國法院編制法第九十條，規定證人不通德語者，得以其通曉之語言而爲宣誓）。若欲以其他方式代此法定方式而爲宣誓者，雖有當事人之合意，亦所不許，蓋以偽證之制裁，既然只能對於依法定方式而爲宣誓之證人爲之，故法院不得命爲無關偽證制裁之宣誓也。第四，證人宣誓之手續，如在訊問前命爲宣誓時，法院須命各證人提出其應攜帶之傳票，或以其他適當方法判明證人無誤後（參照日民三一二條），方令宣誓之（日本民事訴訟法三百十二條所規定之發問，既須以宣誓爲擔保，故證人宣誓之後，尙可再行之）；同時有數人爲證人時，則須各別宣誓。一併舉行，實爲法律所不許，蓋所以杜減少宣誓效力之弊也（德國新民事訴訟法三百九十二條則規定數名證人可以同時宣誓）（參照日民訴三〇六條第一項）。至若在訊問後命爲宣誓時，法院卽於訊問終結後命其舉行宣誓，勿須等待作成筆錄之終了，以及日本民事訴訟法三百十一條所定手續之終

宣誓之效力

宣誓之要否

了（然而實際上，却以此等手續終了後舉行之爲適當）；同時有數人爲證人時，則須各別宣誓，亦與前同。第五，證人宣誓之效力，即在對於陳述虛僞之證人，必須處罰之（參照日刑一六九條一七〇條）。至於在訊問後宣誓者，如證言中有得拒絕證言之部分，則不論在宣誓中是否保留此種部分，當然爲宣誓效力所不及。第六，除當事人捨棄證人宣誓之利益，或法律上有一定之規定外，證人必須宣誓；不得從法院之意見，認爲得宣誓，或不得宣誓，所以法院雖認定證言在宣誓上不能影響於其本身之價值時；亦不得不令其宣誓，或以證言不重要認爲無宣誓之必要時，亦不得不令其宣誓，因之如以法律上應宣誓而不宣誓之證言作爲判決之資料時，當事人已補正其曾經拋棄或喪失其質問權者，則成爲上訴之理由，蓋以命令證人宣誓之法則，原爲保護當事人利益之非強行法也（不令證人宣誓之事實爲裁判上之原因時，當然不發生此種補正問題）。又受命推事或受託推事若無正當理由不令證人宣

## 拒絕宣誓

誓而爲訊問時，受訴法院得於以後命令證人補行宣誓，或委任受命推事受託推事命其宣誓；但因證人之死亡及其他之事由，以後不能宣誓者，則以證言之價值，委諸法院自由之判斷（參照日民訴二一七條）。

(b) 拒絕宣誓 違背宣誓義務拒絕宣誓之證人，受訴法院或受命推事受託推事則以職權命其賠償因此拒絕所生之費用，並科四十圓以下之罰金（參照日民訴三〇九條三〇〇條三一九條），蓋以宣誓義務爲公法上之義務故也。但以此種裁決有關當事人之權利，當事人得爲此種裁決之聲請，且對於駁斥其聲請之裁決，得以抗告聲明不服（參照日民訴四五五條）。關於此種賠償及罰金之性質並其裁決之要件（參照日民訴三〇二條二九七條二九八條）、二次拒絕宣誓之裁決及執行之手續、對於現役軍人軍屬之裁決及執行之囑託等，可參照以上對於拒絕證言之說明。

## 捨棄證人宣誓

(c) 捨棄證人宣誓之利益 證人之宣誓，如經當事人捨棄其利益時，得免除

## 第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 二八七

之利益

之。此種利益之捨棄，原係當事人捨棄使用證人之證據方法權之結果，而以當事人之處分權爲根據也。故在採用法院職權調查主義之民事訴訟中（尤其在人事訴訟中），當事人雖不得捨棄證人宣誓之利益；然在不採此種主義之民事訴訟中（尤其在財產訴訟中），當事人却得捨棄此種利益。法國學者多認爲證人之宣誓，有關公共之秩序，故當事人不得捨棄證人宣誓之利益；然依法國上訴法院之判決例，則認爲證人之宣誓，無關於公共之秩序，故雖缺少證人之宣誓，當事人如無異議時，亦不得謂其證言爲無效（參照那薛氏所著法國民事訴訟法論第一卷）。又就德國言之，凡在採用當事人處分權主義之民事訴訟中，當事人固得捨棄證人宣誓之利益；然在採用法院職權調查主義之民事訴訟中，當事人却不得捨棄此種利益也（參照德民訴三九一條第二項，又史丁氏所著德國民事訴訟法註釋）。第一，證人宣誓之有無，不僅聲請調查證據之當事人就其證言之援用有利害關係，即對方亦有之，故對於

捨棄之手續

#### 捨棄之內容

#### 捨棄之效力

此種利益之捨棄，須以雙方當事人之捨棄爲要件，若僅一方當事人捨棄此種利益時，卽令他方當事人未到場，亦須證人宣誓。至於此種捨棄之意思表示，得明示之，或默示之，例如法院未令證人宣誓而訊問之時，雙方當事人皆無何等質問是也（未令證人宣誓之原因成爲裁決時，當事人縱無何等質問，亦不引起捨棄之推定）。此種捨棄之意思表示，得由訴訟代理人爲之，勿須另有特別之委任（參照日民訴六五條第二項）。又此種捨棄之意思表示，須記之於筆錄（參照日民訴一三〇條），僅於單純書面上捨棄之者，殊欠手續之完備。第二，當事人得就各個訊問事項捨棄證人宣誓之利益，或就第一審中訊問事項之全部捨棄之；如無此種限制者，應推定爲捨棄訊問事項之全部（尤其對於第二審中訊問事項）。第三，證人宣誓利益之捨棄，不過爲捨棄使用證人之證據方法權之結果，就此種捨棄之效力言之，法院不能以不令證人宣誓之證言視爲與宣誓之證言具有同一之價值，故法院得依自由之意

見，判斷由此捨棄而未宣誓之證言是否有確信之可能（參照日民訴二一七條）。但法院亦不得忽視此種捨棄，而使證人必為宣誓之證言。

例外

（乙）例外 在原則上，證人固負宣誓之義務；然在例外上，當事人如已捨棄證人宣誓之利益，或有日本民事訴訟法第三百十條所規定之情形者，證人即無宣誓之義務，法院應不令宣誓而訊問之。關於當事人對於證人宣誓利益之捨棄，前已說明矣；此處所欲說明者，惟在日本民事訴訟法三百十條所規定之情形。依該條之規定，凡因證人年齡及其他之情形而不能宣誓者（參照日民三一〇條第一款至三款），以及證人顯有偏頗而以不用宣誓為妥當者（參照日民訴三一〇條第四款至第五款），則不令證人宣誓而訊問之；然是否屬於此種情形，法院須以職權調查之。當事人對於此點之聲明，不過促令法院行其職權行動，不能限定法院必須就其聲請而為裁決。當事人間如對此種情形有爭執時，則成為中間之爭執，法院對此爭執認為有宣誓之必要者，則須以此意旨行其中間判決。



；如認爲不須宣誓者，亦得以此意旨行其中間判決，或於終局判決之理由中明示之（參照日民訴二二七條三九七條）。若受命推事或受託推事調查證據時，當事人間發生以上之中間爭執者，此等推事須將其爭執之記錄送於受訴法院使其便於判決（參照日民訴二八三條）。受訴法院如爲應使證人宣誓之中間判決時，則受訴法院或受命推事受託推事（受訴法院欲令此等推事使證人宣誓時）須定新日期通知當事人，並傳喚證人。但受命推事或受託推事於受訴法院爲中間判決以前暫令證人不宣誓而爲訊問時，如受訴法院須令其宣誓，則須先令證人在宣誓以前對於已爲之供述有訂正及補充之機會。又在不令證人宣誓而訊問之時，法院對其證言之價值，亦得依其自由之心證判斷之（參照日民訴二一七條）。事實上，大都無宣誓之證言較有宣誓之證言爲可信；然亦不得以證言對於一方當事人爲不利，即認爲可信。勿論在不令證人宣誓而訊問時，或在違法使爲宣誓而訊問時，皆依法院自由之心證，判斷其證言之價值（參照日民訴二

一七條，又日本大正十一年七月五日大審院判決例）。

因年齡及其他  
之事由而不能  
宣誓者  
十六歲未滿者

(a) 證人因年齡及其他之事由而不能宣誓者，證人在訊問之當時未滿十六歲者，或不解宣誓之本旨及效用者，又或因刑事上之判決而被剝奪或停止公權者，皆不令其宣誓。第一，證人在訊問之當時如未滿十六歲者，大都不能理解宣誓之本旨及效用，故不得令其宣誓（參照日民訴三一〇條第一款）。對於因年齡免除宣誓義務之規定與主張，各國原不一致，英之卜沙姆氏主張未滿十六歲者，亦應具有理解宣誓本旨之知能，如以年齡而定宣誓能力之有無，殊為失當。又在法國方面，因其民事訴訟法上無特別之規定，故其學者對於證人當訊問時如未滿十五歲者，是否得能免除宣誓之問題，諸多爭論；但祁薛氏則以法國刑事訴訟法第七十九條為根據，而為積極的論斷（參照該氏所著法國民事訴訟法論第一卷）。然在德國方面，則以明文規定證人在訊問之當時如未滿十六歲者無宣誓義務（參照德民訴三九三條第一項第一款）

精神上有限礙者

被剝奪或停止公權者

。第二，證人在訊問之當時因心神之喪失或衰弱，不解宣誓之本旨及效用者，雖令宣誓亦無實效，故不得令其宣誓（參照日民訴三一〇條第二款，德民訴三九三條第一項第一款）。其心神之不健全是否不得令其宣誓，法院得就種種情形為適當之調查（尤其對於證人得為適當之發問），以自由之意見定之。第三，證人因刑事上之判決（確定判決）而被剝奪或停止公權者，在法律上當然喪失宣誓之能力，故不得令其宣誓（參照日舊刑三一一條第六款，日刑施三四條三六條，法刑二八條三四條四二條，德民訴三九三條第一項第二款）。至於由外國刑法而被剝奪宣誓之能力者，如在本國作為證人訊問時，是否得能宣誓之問題，雖然議論紛紜，究以積極的論斷為適當，蓋以證人宣誓能力之有無，應依內國之法律定之也（依據德國民事訴訟法第三百九十三條第一項第二款之規定，載有凡因刑法之規定，證人在宣誓上無受訊問之能力者，不得令其宣誓而訊問之。又依德國刑法第一百六十一條之規定，

則載有除刑法第一百五十七條與百五十八條之外，凡因故意之偽證罪而判決有罪者，則對於被告人已剝奪其在宣誓上被訊爲證人或鑑定人之能力，故受此判決者，以及因日本舊刑法而無證人宣誓之能力者，皆係德國民事訴訟法第三百九十三條第一項第二款所載之宣誓上無被訊爲證人之能力者。惟依外國之刑法，喪失證人宣誓之能力者，是否屬於此種無能力者之問題，却爲學者所爭論。以上第一及第二所述之證人宣誓無能力，則謂爲民事訴訟法上之宣誓無能力；而第三所述之證人宣誓無能力，則謂爲刑法上之宣誓無能力，或稱爲證人宣誓之缺格（在德國民事訴訟法上，對於以上第一至第三所述之宣誓無能力者，則絕對不令其宣誓）。

因恐證人偏頗  
不宜宣誓者

(b) 因恐證人偏頗不宜宣誓者 依據日本民事訴訟法第二百九十七條及二百九十八條第三款第四款之規定，證人有拒絕證言之權利而不行使者，以及證人在訴訟之結果上有利害關係者，皆恐其有偏頗之慮，故以不令其宣誓爲妥

當。第一，依日本民事訴訟法第二百九十七條之規定，證人有拒絕證言之權利而不行使者，法院須不令其宣誓而訊問之（參照日民訴三一〇條第四款，德民訴三七三條第一項第三款）。而且證人與共同訴訟人中之一人有日民訴二九七條所規定之關係者，如其訴訟爲合一的共同訴訟時，應不令共同訴訟之全員宣誓而訊問之。但有日民訴二九七條第一款所規定之關係之證人，對於日民訴二九九條所規定之事項，如無日民訴三一〇條第一款三款及第五款所載阻止宣誓之原因者，則無拒絕證言之權利，故此種事項作證而受訊問時，必須令其宣誓。因而對於有此種關係之同一證人，就日民訴二九九條所規定之事項而爲訊問時，須令其宣誓；若就有拒絕證言權利而不行使之其他事項而爲訊問時，則不令其宣誓。第二，依日民訴二九八條第三款之規定，證人有拒絕證言權而不行使者，法院須不令其宣誓而訊問之（參照日民訴三一〇條第四款，德民訴三九三條第一項第三款）。但關於證言拒絕

權之事項，自以聲請應為證言之事項為限。故對於其他事項而為訊問時，須令其宣誓。又依日民訴二九八條所規定，證人有拒絕證言之權利而不行使時，法院須不令其宣誓而訊問之（參照日民訴三一〇條第四款，德民訴三九三條第一項第四款）。但關於證言拒絕證言之事項，自以聲請應為證言之事項為限。故對於其他事項而為訊問時，須令其宣誓。又有此關係之證人，因對於日民訴二九九條所規定之事項無拒絕證言之權利，故就此事項而訊問之時，須令其宣誓，因而對於有此關係之同一證人，訊問日民訴二九九條所規定之事項時，須令其宣誓；若訊問日民訴二九四條中得能拒絕證言之事項時，則不令其宣誓。第三，證人在訴訟結果上有直接利害關係者，法院須不令其宣誓而訊問之（參照日民訴三一〇條第五款，德民訴三九三條第四款）。德國普通法對於訴訟結果上有直接利害關係者之證言，原認為絕對無價值之證言，不許用為證人而訊問之；然其證言並非絕對不能信用之證言，故在宣誓

義務之原則上，亦能作為例外之原因，並不杜絕用此證人之證據方法，此立法政策上所以有此例外也。所謂訴訟結果上有直接利害關係者，即就他人間訴訟之判決，同時含有判斷自己之權利或義務之關係，換言之，即在他人間之訴訟目的物之法律關係上，受有直接影響之人也，以故對於訊問之答辯，能使證人在財產權上發生直接損害之場合，則屬於訴訟結果上有直接利害關係之一，非其全部，亦無性質之差異。他人訴訟之裁判內容，其效力一經直接及於證人之法律關係，則不問於財產權上有無損害也，例如共同權利者或共同義務者（一經成為被告，即不問其是否已受敗訴之確定判決）、保證人（主債務者在訴訟上為被告時）、賣主、債權之讓渡人（債權讓受人與債務者以成立債權讓渡為目的而涉訴時，即可謂債權讓渡人在訴訟結果上有直接利害關係者，因依否定讓渡債權之判決，則讓渡人即不得不履行其求償義務也。在德國舊民事訴訟法中，債權讓渡人即令未免除擔保責任，亦得對於敗

訴之讓受人證明債權讓渡之事實存在，故大都認定惟有未受訴訟之通知者，始非訴訟結果上有直接利害關係之人；至於債權讓渡人在讓受人催索債權而對債務者為訴訟時，當然在此訴訟結果上有直接利害關係）、從參加人、受訴訟之通知者（不問有無接受通知之意思表示）、承發吏（訴訟係於承發吏送達之合法與否）、破產者（破產管財人在破產財團之訴訟中係當事人時）等等是也。故當訊問訴訟結果上只有間接利害關係（經濟上或事實上之利害關係）者之時，須令其宣誓，例如當事人之債權者、當事人之承繼人、主債務者（對於保證人之訴訟中）、當事人之法定代理人（當事人為法定代理人而涉訟者，應依訊問當事人之規定，故不屬於此）、當事人之商業使用人，（僅有報酬之利害關係之商業使用人；如與當事人之主人共為商業時，則成為在訴訟結果上有直接利害關係者）、股東（股分公司為訴訟當事人時）等等是也（公司及其他社團之有限責任之社員或無限責任之社員在社團及其債



權者間之訴訟中，就其訴訟之結果是否為直接利害關係者，應視社員是否與社團為共同負擔直接責任者以為斷。在德國民事訴訟法方面，因以前德國最高法院。認為德國舊民訴三九三條第四款所載「訴訟結果上有直接利害關係者」，係指權利義務之範圍與訴訟關係在法律上有直接關聯，且因訴訟結果受有影響者而言；因其除開訴訟結果上有經濟利害者（尤其權利讓渡人在訴訟結果上無直接利害關係者），遂將法文解釋過狹，以致縮小訴訟結果上有直接利害關係者之範圍，故於一九〇九年改正為「訴訟上因當事人一方之勝訴而有法律上之利害關係者，及未負擔保責任而於訴訟上讓渡其所主張之請求者」，終將恐有偏頗不令宣誓之證人之範圍擴大矣。其所謂因當事人一方之勝訴而有法律上之利害關係者，即指凡為從參加人得能參加訴訟者而言（參照德民訴六六條），其所謂在訴訟上讓渡其所主張之請求者，即指裁判上將確定裁判之目的或抗辯（例如抵消之抗辯）並先決事項（例如在確認抵

當權成立之訴訟中，債權之存否）之必要請求，而為讓渡或設定（德之史丁氏則除去物權之設定、係爭物之讓渡、查封物之讓渡）者而言。權利之讓渡或設定，既為特定之目的為之，故讓渡人或設定者雖不負擔保責任，亦為有法律上之利害關係者（參照日民訴三一〇條第五款，德民訴三九三條第四款）。對於以上第一至第三所述宣誓義務之例外，在日本方面，乃係絕對的規定；然在德國民事訴訟法上，則為相對的規定，故受訴法院得依自由之意見於訊問後令其宣誓；不過禁止訊問前之宣誓耳（德民訴三九三條第二項）。

#### 第四款 證人之迴避

證人之迴避

證人之迴避者，即聲請人證之當事人之對方，不令證人供述之排斥方法也。考證人迴避之制度，實發源於法國之訴訟法，其在一六六七年之勅令中，早已承認之；惟其原因，則一任法院之自由判斷，未為法令所確定，故大都以極漠然之嫌疑，

因貧困而有被收買之危險，或因刑罰或職業（例如娼妓）而寡恥等等事由爲迴避證人之原因，遂分證人之迴避爲事實上之迴避與法律上之迴避，前者爲基於證人特別之性格或無證言憑信力之事由而迴避者，舉凡基於親屬之關係、主從之關係、當事人一方係債務者之關係、乞食者與娼妓等職業上之地位而迴避者皆是也。後者爲基於證言自身中所存在之事由而迴避者，舉凡基於證言之互相矛盾或證言之躊躇等事由而迴避者皆是也；然所謂法律上之迴避，既係基於證言本身之事由，故成爲當事人間不能終結之論爭原因，此法國民事訴訟法所以廢止法律上之迴避，採用事實上之迴避，而以法定之迴避原因，一任法院之自由判斷（參照法民訴二八三條至二九一條）。時至今日，在學說上，皆認爲立法上應一面採用法院以自由心證判斷證言價值之主義，一面廢止事實上之迴避，方爲適當。日本民事訴訟法，亦與法國法系諸國之民事訴訟法相同，皆採證人迴避之制度。反之，德國民事訴訟法以及德國法系諸國之民事訴訟法（奧匈等），皆否認證人迴避之制度，誠以立法上採用證

人迴避制度之理由，不過爲避免因證言而下誤判；然而迴避證人，杜絕人證，不僅當事人若於立證，阻礙適於真實之裁決，且在採取法院以自由心證判斷證據主義（參照日民訴二一七條）之下，證人雖與當事人一方有親屬關係，但其證言之價值，法院得以自由之判斷而定取捨，故立法上應以不採證人迴避之制度爲適當。

### （一）原因

#### 迴避之原因

原告或被告，對於對方與對方之證人有日民訴二九七條第一款至第三款之關係者，得迴避其爲證人（參照日民訴二〇三條，法民訴二八三條）。因在此種關係之下，依該條之規定，證人得能拒絕證言而不拒絕，仍欲爲其證言者，卽有以證言利於舉證者一方之嫌疑，故爲保護其對方之利益計，而有此證人迴避權之採用也。因之雖有此種關係，然依日民訴第二九九條之規定，證人就不得拒絕證言之事項而受訊問時，則不得迴避其爲證人（參照日本明治四三年大審院判例二二二頁）。

證人迴避之原因，爲法律所列舉，惟其爲限制的列舉，故不許擴充之，因而證

## 迴避之聲請

人爲舉證者之親友、債務者或債權者時，當然不得迴避之。至於共同訴訟中之一人與其所聲請之證人雖無日民訴二九七條所載之關係，而與另一人有此關係時，且對之而有證言之影響時，是否得能迴避證人，固不能無疑；然而徵諸證人迴避之法意，應以積極的論斷爲適當（參照日本大正元年大審院判例一〇八三頁）。

### (二) 聲請

證人迴避之聲請，得以書面或言詞爲之（參照日民訴三〇四條第二項又一三五條）且須釋明迴避之原因（參照日民訴三〇四條第三項又二二〇條），此種法意，即在防止證人迴避之濫用。此外，迴避之聲請，在原則上，須於訊問證人以前爲之（參照日民訴三〇四條第一項，又法民訴二七〇條）；在例外上，惟限於釋明訊問證人以前不能主張迴避之原因者，得於訊問證人以後爲之（參照日民訴三〇四條，又法民訴二八二條）。證人迴避權之存在，既爲保護當事人之利益，當事人自得捨棄之；若於訊問證人以前不爲迴避者，亦得視爲已捨棄其權利。又於訊問證人以後

發生迴避之原因而爲裁決時，其效力，則使證言歸於無效。

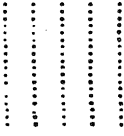
(三) 裁決

迴避之裁決

法院對於聲請迴避之裁決，得經言詞辯論而爲之，因而其裁決之形式，乃爲決定之形式（參照日民訴三〇五條），此即由於對此聲請之當否調查簡單故也。對於宣示有迴避原因之決定，不得上訴，如允許對此裁決而爲上訴，即足遲延訴訟。反之，對於宣示無迴避原因之決定，得以即時抗告，聲明不服，蓋所以保護聲請迴避者之利益也。在即時抗告時，法律上如無特別之規定者，則無停止執行之效力（參照日民訴四六〇條第一項），故對於證人之訊問，雖有即時抗告，亦不可不執行之；否則必至濫用即時抗告，而生助長停滯訴訟之弊也（參照日民訴三〇五條第二項）。對於聲請迴避之裁決，不屬於受命推事或受託推事之權限（參照日民訴三一九條），故當事人於受命推事或受託推事前聲請迴避時，須將其聲請之筆錄送於受訴法院，使當事人得求其裁決。

空前

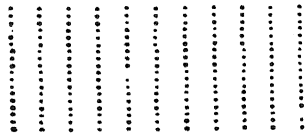
巨刊



前北京大理院。操統一解釋法律之權者凡十餘年。此十餘年中。正值我國改良法律之時期。各級法院對於民刑事件之疑義滋多。而大理院之解釋亦不厭長篇累牘。論述學理。引證事實。備極精詳。於國民政府之下。少數與現行法令抵觸外仍能一律援用。

# 大理院解釋例全文

郭 衛 編 輯



坊間刊本。僅見要旨。閱者斷章取義。誤會原意之處所。難免也。

大理院解釋自統字第一號起至第十二號止。計得往來公文三千餘篇。全文搜入。只字無遺。

附贈檢査表一冊

表之內容可分二部  
一 以統字號次為經  
律名條文為緯  
一 以新舊法律為綱  
解釋提要為目  
全書精義  
一覽瞭然

價目

甲種

道林紙  
皮裝定  
價二十

八元

乙種

瑞典紙  
皮裝定  
價二十

元

丙種

報紙洋  
裝定價  
十二元

實售九折

寄費每部  
另加一元

封 底