

東吳大學
法學院

證據法學講義



上海图书馆藏书



A541 212 0009 6607B

- ① 证据抗辩与反证之区别
- ② 间接证据与直接证据之区别
- ③ 法律上推定与事实上推定有何不同？其与本证转化者有何关系？
- ④ 自由心证为裁判基础之要素如何？
- ⑤ 自认与认诺之意义及其功用，并举
- ⑥ 人从祖推定其心神不健全者，乃法律上公设之原则，但于下列事情则不适用：甲、结婚；乙、因两证请确定认诺；丙、因甲、结婚；丁、乙、因此而甲病时死亡，不认为器证中况其有故
- ⑦ 证明之法律化与供证法律化之真意并例证之
- ⑧ 英美法对于传闻证据之限制如何？其例外所据证明原理根据何在？试由升同探证原则作一比较。
- ⑨ 证据法上之机会证明 (probable cause) 之自由证明其证明之解释方法如何？例证之
- ⑩ 供证程序中反证方面对于举证方面之辩论原则有几种例证？
- ⑪ 试述一例以说明举证责任之分配与比较
- ⑫ 试就美国诉讼法上证明之制度与英美法作一比较

證據法學論

| 目次 | 頁數 |
|---------------|----|
| 緒論 | 一 |
| 導言 | 二 |
| 證據法學之意義 | 三 |
| 證據之性質 | 四 |
| (一)原因說 | 五 |
| (二)方法說 | 六 |
| (三)結果說 | 七 |
| 證據法定義 | 八 |
| 證據法上之各種術語 | 九 |
| (一)推論與理論 | 一〇 |
| (二)證明與釋明 | 一一 |
| (三)證題與證科 | 一二 |
| (四)本證與反證 | 一三 |
| (五)證據抗辨 | 一四 |
| (六)原證與佐證 | 一五 |
| (七)揀證與心證 | 一六 |
| (八)完全證據與不完全證據 | 一七 |
| (九)直接證據與間接證據 | 一八 |



| 目次 | 頁數 |
|-----------------------|----|
| (十)畸重證據與積極證明 | 一九 |
| (十一)證據分離主義與證據結合主義 | 二〇 |
| (十二)法定證據主義與自由心證主義 | 二一 |
| (十三)實體真實發現主義與形式真實發現主義 | 二二 |
| 證據法對於事實及法律之聯系與重要性 | 二三 |
| 緒論註解 | 二四 |
| 本論 | 二五 |
| 第一編 證之通則 概言 | 二六 |
| 第一章 舉證責任 | 二七 |
| 第一節 證責之性質 | 二八 |
| (一)權利說 | 二九 |
| (二)義務說 | 三〇 |
| (三)效果說 | 三一 |
| 第二節 訴訟上一般事實之證責 | 三二 |
| 第一目 民訴上形式舉證責任 | 三三 |
| 第一款 當事人主張責任之分擔 | 三四 |

證據法學論目次

8

OK

P. 26 42

證據法學論目次

| | | | | | |
|------|-------------|----|------|---------------|----|
| 第一項 | 權利主張之分配 | 二二 | 第十五目 | 保險法上問題 | 三八 |
| 第二項 | 事實主張之分配 | 二三 | 第十六目 | 商標法上問題 | 三八 |
| 第二款 | 當事人證明責任之分擔 | 二四 | 第十七目 | 刑事責任問題 | 四〇 |
| 第一項 | 權利證明之分配 | 二五 | 第十八目 | 國際私法問題 | 四〇 |
| 第二項 | 事實證明之分配 | 二六 | 第十九目 | 國際公法問題 | 四一 |
| 第三款 | 事實狀態之決定 | 二七 | 第四節 | 證責之移轉 | 四一 |
| 第二目 | 刑訴上實質舉證責任 | 二九 | 第一目 | 主張責任之設定不變 | 四二 |
| 第三節 | 實體法上特定事實之證責 | 三〇 | 第二目 | 供證責任之相互轉換 | 四二 |
| 第一目 | 法律行為 | 三一 | 第三目 | 舉證責任之合意約定 | 四三 |
| 第二目 | 法律明定問題 | 三一 | 第五節 | 證責之效用 | 四三 |
| 第三目 | 特別抗辨問題 | 三一 | 第六節 | 法制史上關於證責之比較 | 四四 |
| 第四目 | 聲請事項問題 | 三二 | 第一目 | 吾國古昔律例關於證責之學說 | 四四 |
| 第五目 | 權利行使問題 | 三二 | 第二目 | 羅馬法關於證責之規定 | 四七 |
| 第六目 | 債之發生與給付 | 三三 | 第三目 | 大陸法制關於證責之規定 | 四七 |
| 第七目 | 損害賠償問題 | 三三 | 第四目 | 英美法關於證責之學說 | 四八 |
| 第八目 | 僱傭賠償問題 | 三四 | 第一款 | 說明證題 | 四八 |
| 第九目 | 代理權所有權問題 | 三四 | (甲) | 證題說明之不信危險 | 四九 |
| 第十目 | 親屬關係問題 | 三五 | (乙) | 證題說明之分配標準 | 四九 |
| 第十一目 | 繼承關係問題 | 三五 | 第二款 | 提供證料 | 五一 |
| 第十二目 | 票據法上問題 | 三六 | (甲) | 提供證料之次序 | 五一 |
| 第十三目 | 公司法上問題 | 三六 | (乙) | 提供證料之分配標準 | 五二 |
| 第十四目 | 海商法上問題 | 三七 | 第三款 | 證責轉移 | 五二 |

民刑法

29 ✓

第一章 註解

第二章 免證限度

第一節 事實已顯著或為法院所已知者

第一目 顯著事實

第二目 職務上所已知事實

第二節 事實為當事人所承認者

第一目 民訴上之自認

第一款 自認之性質

第二款 自認之類別

(一) 審判上與非審判上自認

(二) 完全與限制自認

(三) 準自認

(四) 本人與代理人自認

第三款 自認之效力

第四款 自認之撤銷與追復

第二目 刑訴上之自白

第一款 自白之性質

第二款 自白之類別

(一) 審判上與非審判上自白

(二) 各個自白與共同自白

(三) 直接自白與間接自白

五六

五七

六〇

六一

六三

六四

六五

六六

六七

六八

(1) 犯罪行為之表示

(2) 犯罪行為之解釋

(3) 犯罪事實外之陳述

第三款 自白之效力

(一) 積極說素

(1) 自白須與犯罪事實相符

(2) 法院應調查必要之證據

(二) 消極要素

(1) 自白非出於強暴者

(2) 自白非出於脅迫者

(3) 自白非出於利誘者

(4) 自白非出於詐欺者

第三目 自白於法制史上之比較

中國法制史

大陸法系—英美法系

第三節 事實為法律上或已明瞭之他事實

所推定者

第一目 法律上之推定

第一款 確推定之事實

第二款 假推定之事實

第二目 事實上之推定

第三目 推定之例解

六九

七〇

七一

七二

七三

七四

七五

七六

| | | | | |
|-----|-----------------|-----|-------------|--------------------|
| 第一款 | 實體法上之確推定 | 七七 | (二) 給付憑證之占有 | |
| 第二款 | 實體法上之假推定 | 八九 | 第六項 | 所有權問題 |
| 第三款 | 程序法上之確推定 | 九三 | 第七項 | 婚姻問題 |
| 第四款 | 程序法上之假推定 | 九四 | 第八項 | 男女貞操生殖能力問題 |
| 第五款 | 訴訟上之推定 | 九五 | 第九項 | 人或物之同一問題 |
| 第一項 | 遵循自然順序問題 | | 第十項 | 文書問題 |
| | 天時—地理—人事 | | 第十一項 | 外國法與國際法問題 |
| 第二項 | 生死存續問題 | | 第十二項 | 隱毀證據問題 |
| (一) | 生命存在之推定 | 九六 | 第十三項 | 刑事責任問題 |
| (二) | 死亡推定 | | (一) | 無辜之推定 |
| (三) | 船舶行蹤 | 九七 | (二) | 惡意不得推定 |
| (四) | 保險責任 | | (三) | 防衛與不知 |
| 第三項 | 心神健全問題 | 九八 | (四) | 窩藏失物 |
| (一) | 契據訂立 | | (五) | 行為能力 |
| (二) | 遺囑效力 | | 第四節 | 推定之效用 |
| 第四項 | 過失問題—與有過失 | 九九 | (一) | 特殊推定與普通推定 |
| (一) | 寄託物損害賠償之推定 | 一〇〇 | (二) | 自然推定與偶然推定 |
| (二) | 急死暴亡之推定 | 一〇一 | (三) | 有效推定與無效推定 |
| (三) | 過失責任內所有權及代理權之推定 | 一〇二 | (四) | 無辜推定與有罪推定 |
| 第五項 | 消滅時效與給付問題 | 一〇三 | 第五節 | 推定於法制史上之比較 |
| (一) | 消滅時效 | | | 羅馬法制—大陸法制— 英美法制 |
| | | | | 一一四 |
| | | | | 一一五 |

119 P.

第二章 註解 一一五—七

第三章 證據調查 一一八

第一節 調查之權限

第一目 不必要之證據

第二目 必要證據之職權調查

第三目 已舉證據之調查

(一) 習慣 (二) 地方法規

(三) 外國現行法

第四目 釋明證據之即時調查

第二節 調查之程序

第一目 實施調查之機關及人員

第一款 國內之調查

(一) 受訴法院

(二) 受命推事或受託推事

(三) 公署學校商會交易所或其他團體

團體

第二款 國外之調查

(一) 本國駐外大使公使或領事

(二) 外國管轄官署

第二目 實施調查之期間

第一款 言詞辯論期日之調查

第二款 言詞辯論期日前之調查

第三款 特定期日之調查

第四目 實施調查之處所

第五目 實施調查時當事人之在場

第三節 實施結果之辯論

第三章 註解

第一節 證人之意義

第二節 證人之性質

第三節 證人之資格

第一目 資格之類別

種族—年齡—性別—宗教—心神—性格—情感

第四節 證人之拒却

第五節 證人之作證

第一目 作證之內容

第一款 到案

第一項 到案之義務

自由心証

自由心証

自由心証

自由心証

自由心証

自由心証

證據法學論目次

五

第二項 到案之免除

一三九

(一)完全無屬到案者

(一)親屬關係

一五一

(二)在證人所在地待訊者

(二)財產損害

一五三

(三)受命受託推事隨時地訊問者

(三)受刑事追訴或蒙恥辱

一五四

者

第二款 具結之意義

第一項 具結之意義

一四一

第二項 具結之免除

一四二

第一——絕對之免除

一四三

(一)未滿十六歲者

一四四

(二)精神障礙

一四四

(三)刑事關係

一四四

(四)刑事親屬關係

一四五

(五)法定代理人

一四五

(六)同居人或受僱人

一四六

第二——相對之免除

一四六

(一)親屬關係

第四項 嗅覺

一六六

(二)受僱人或同居人

一四七

第五項 觸覺

一六八

(三)訴訟結果之利害關係

一四八

第三款 供述

第一項 供述之意義

第一項 記憶之喚醒辦法

一六八

第二項 供述之免除

一五〇

第二項 記憶之回復狀態

一六九

第三項 記憶之比較程度

一七〇

(一)強弱程度之種類

一七〇

第六節 證人之證力

第四款 法制史上之拒證觀念

一五七

第一目 作證之正確要素

一六一

第一款 觀察力

一六二

第一項 視覺

一六二

第二項 聞覺

一六四

第三項 嗅覺

一六六

第四項 味覺

一六七

第五項 觸覺

一六七

第二款 記憶力

一六八

第一項 記憶之喚醒辦法

一六八

第二項 記憶之回復狀態

一六九

第三項 記憶之比較程度

一七〇

(一)強弱程度之種類

一七〇

(二)強記之輔助

第四項 記憶之錯誤種類

第三款 傳述力

第一項 傳述之方式

(一)連續傳述與問答傳述

(二)口頭傳述與表演傳述

(三)文字傳述與圖模傳述

(四)直接傳述與翻譯傳述

第二項 傳述之虛偽

第四款 判斷力

第二目 作證之正誤測驗

第一款 試驗方法之選擇

(一)材料 (二)間隔時間

(三)露示時間 (四)報告方式

(五)訊問方式 (六)問題選擇

第二款 試驗方法之成績

第三款 科學上之測驗

(一)催眠術 (二)血壓法

(三)意聯法

第七節 證人之權利

第八節 法制史上證人制度之比較

大陸法

英美法——聞述律

(一)臨終陳述

(二)不利陳述

(三)家族史績

(四)職務記錄

(五)公認事務

(六)公證書

例外史觀

第一章 人證註解

第二章 鑑定

第一節 鑑定人之意義

第二節 鑑定人之性質

第三節 鑑定人之資格

第一目 任命要件

第二目 任命之機關

法院選任制

當軍人選任制

合選制

第三目 選任之標準

通曉現代學識——明瞭當地情形——

切合案情經驗

185

186

187

188

189

190—12

193

194

195

196

197

198

199

199

七

七

七

七

七

七

七

七

證據法學論目次

第四節 鑑定人之拒却

事由—限制—釋明—裁定

二〇〇

第五節 鑑定人之義務

到案—具結—陳述

二〇一

第六節 鑑定之準備

第七節 鑑定之實施

處所—方式—客體

1. 人體 2. 科學物 3. 外國法

4. 物價 5. 術語 6. 算跡

二〇二

第八節 鑑定之證力

第九節 鑑定人之權利

第十節 鑑定證人

第十一節 通譯

第十二節 通譯之類別

第十三節 通譯之設置

第十四節 通譯之責任

第十五節 鑑定人於法制史上之比較

羅馬法—大陸法—英美法上

意見律—限制—區分—近今

原則—例解—適用事項—

專家證述之採捨

第二章 鑑定註解

第三章 書證

第一節 證書之意義

第二節 證書之性質

第三節 證書之類別

第一日 因作者而區別者

第二日 因內容而區別者

第三日 因來源而區別者

第四節 證書之審定

第一日 審定之程序

第一款 訴訟一造執有文書之提供

第二款 訴訟他造執有文書之提供

第三款 訴訟外第三人執有文書之提供

(一) 提供

(二) 拒絶 (三) 費用

(四) 保留

第四款 法院之職權調取

第五款 刑訴上之證書審定

第二日 審定之實施

第一款 原證書之提出

第二款 原證書之鑑定

第三款 繕本提出之釋明

二二七

二二八

二二九

二二一

二二三

二二四

二二五

二二六

二二七

二二八

二二九

二二五

二二六

(一) 存在與遺失之證明

(二) 成立與內容之證明

(三) 內容與遺失之證明

第四款 證書提出之選擇

第五節 證書之證力

第一目 法院得用法定證據之事項

第二目 法院得用推定之事項

第三目 法院得用心證之事項

第六節 法制史上書證之比較觀

中國法—古埃及法—羅馬法—

大陸法—英美法

第四章 書證註解

第四章 勘驗

第一節 勘驗之性質

第二節 勘驗之資格

第一目 推事與檢察官

第二目 訴訟關係人與鑑定人

第三節 勘驗之檢查

第一目 檢查之程序

第二目 檢查之實施

第一款 實施之客體

一一三〇

(一) 處所之履勘

(二) 人體之檢查

(三) 屍體之檢驗與解別

(四) 案情有關物體之檢查

第二款 實施之報告

第四節 第三人請求勘驗費用之權利

第五節 勘驗之證力

第六節 法制史上勘驗之比較觀

羅馬法—大陸法—英美法

第四章 勘驗註解

第五章 情狀證

情狀證之性質

情狀證之類別

情狀推論之方式

(甲) 演繹法

(乙) 歸納法

(丙) 經驗法則

(一) 因果關係說

(二) 併存關係說

(三) 排除關係說

情狀證之危險限制

(一) 理智被情感操縱之危險

二四〇

二四一

二四二

二四三

二四四

二四五

二四六

二四七

二四七

二四七

二四七

二四七

二四七

二四七

二四七

二四七

二四七

二四七

二四七

二四七

證據法學論目次

(二) 爭點被掩隱混亂之危險

(三) 猝然提證有失公平之危險

情狀證法之分類

第一節 人類行為之證明

第一目 事前證法

第一款 品性

品性—名譽

—品性探證原則—例解

第二款 習慣

—日常狀態—發信習例

第三款 意思

—動機—計謀

第四款 能力

第二目 事後證法—遺跡要件

第一款 實體物遺跡

—推證事例—辯解事例

第二款 有機性物遺跡—事例

第三款 心手上遺跡

(一) 湮滅犯罪所用工具

(二) 假造證據

(三) 犯罪後行為

(四) 拒絕檢驗或觀察

第三目 當時證法—機緣

第一款 當時機緣證

(一) 不在場之辯解

(二) 第三者之參預

—機緣事例

第二款 當時遺跡證事例

第二節 人類性狀之證明

第一目 品性

—特殊行為

—證明方法

第二目 能力—事例

第三目 知情—事例

第四目 意思

—計謀證明

—動機證明

第五目 故意

故意證明及例解

第六目 習例—例解

—同類事例之推證

第七目 同一

—人之同一—物之同一

connected with each other

J

264 Proo. 10

二四八

二四八

二四九

二五〇

二五一

二五二

二五四

二五四

二五五

二五六

二五七

二五八

二五九

二六〇

二六一

二六二

二六二

二六三

二六三

二六四

二六五

二六五

二六六

二六七

二六八

二六八

二六九

二七〇

二七〇

二七一

二七一

二七二

二七三

二七三

二七四

二七四

二七五

二七五

constituted
 1. 構成
 2. 2

✓

—科學上之同一

第三節 無生物性質或情狀之證明

二七八

第一目 事之發生

二七八

第二目 事之存在

二七九

第三目 事之趨勢

二八〇

第四節 情狀證之證力

二八一

—情狀與供述證力聯用圖解

二八二

—七何法言

二八三

第五節 法制史上關於情狀證之比較觀

二八四

羅馬法—大陸法—英美法

二八四

第五章 情狀證註解

二八五—二八六

第三編 證之保全 概說

二八七

第一章 民事上證據保全程序

二八八

第一節 證據保全程序之實施

第一目 保全之要件

二八九

第二目 保全之聲請

二九〇

第一款 聲請之法院

二九一

第二款 聲請之表明

二九二

第三款 聲請之裁定

二九三

第四款 聲請之調查

二九四

第三目 保全之職權裁定

二九三

第四目 調查程序之費用

二九四

第二節 法制史上證據保全之比較觀

二九五

第一章 民事證據保全程序註解

二九六

第二章 刑事上證據保全程序

二九六

第一節 扣押

第一目 扣押之事物原因及方法

二九七

第二目 扣押事物之限制

二九九

第三目 扣押之程序

三〇〇

—機關—封緘—效力

三〇一

—發還—筆錄

三〇二

第二節 搜索

第一目 搜索之客體

三〇三

(甲)對於被告者

三〇四

(乙)對者第三人者

三〇五

(丙)另案罪證

三〇六

第二目 搜索之限制

三〇七

—處所—物件—身體—時間—例外

三〇八

第三目 搜索之程序

三〇九

第一款 搜索之機關

三一〇

第二款 搜索票

三一〇

證據法學論目次

—簽發—提示—免除

第三款 搜索之在場

第四款 搜索之必要處分

第五款 搜索之抗拒

第六款 搜索之筆錄

第四目 搜索之要素

第一款 搜索前之準備

第二款 搜索時之注意

第三款 搜索後之推測

第三節 法制史上扣押及搜索之比較觀

—中國法—羅馬法—大陸法—英美法

第二章 刑事上證據保全程序註解

第四篇 證之辯論 概說

第一章 訊證程序

第一節 證據之聲請

第二節 證據之傳訊

第三節 證人之訊問

第一目 訊問順序

(一)法官之訊問

(二)當事人之發問

三〇五

三〇六

三〇七

三〇七

三〇七

三〇八

三〇九

三一〇

三一

三一三

三一四

三一五

三一六

第二目 訊問處所

—受審法院內—受審法院外

第三目 訊問方法

—一場訊問—隔別訊問

第四節 訊證於法制史上之比較觀

中國法—羅馬法—大陸法—英美法

(一)職權詰問

(二)當事人直詰

(三)反詰

(四)覆詰—再直詰—再反詰

第一章 訊證程序註解

第二章 證據辯論

第一節 辯論順序

(甲)普通辯論 (乙)合併辯論

(丙)分別辯論 (丁)一造辯論

第二節 供證方式

第一目 舉證辯論之方式

(甲)本證 (乙)佐證

第二目 舉證辯論之法則

(一)合同法 (二)別異法

其他法則—(三)同異連合法

三一七

三一八

三一九

三二〇

三二〇

三二一

三二四

三二五

三二六

三二六

三二八

三二八

三三一

三三一

三三一

三三四

中... 代... 二...

中... 代... 二...

中... 代... 二...

中... 代... 二...

(四) 共變法 (五) 歸納法
(六) 類比法 (七) 合併法

第三目 反證方式及其法則

(甲) 反證辯論方式

(乙) 反證辯論法則

(一) 辯解

(1) 矛盾情形之辯解

(2) 不同狀態之辯解

(3) 累積相反事實之辯解

(二) 否認

(三) 另舉相反事實

第四目 結論

第三節 法制史上辯護制度之比較觀

第二章 證據辯論註解

第三章 評證標準

第一節 證明之程度

第一目 民訴上之量度

第二目 刑訴上之量度

(一) 嫌疑——偵查

三三五

(二) 證明——判罪
第二節 判斷之準則

第一目 自由心證

第二目 法定證據

第三目 心證與法證之應用

第三節 法制史上評證之比較

第三章 評證標準註解

三三七

三四七

第四章 供證圖解

第一節 符號之說明

(一) 關於證料之圖解

(二) 關於各個證料相互關係之圖解

(三) 關於推論所得暫時證力之圖解

(四) 關於事實證明後效力之圖解

第二節 圖解之運用

實例

剖解

三三八

三四九

三三九

三四九

三四〇

三五〇

三四一

三五一

三四二

三五二

三四二

三五三

三四二

三五四

三四三

三五五

三四四

三五五

(完)

證據法學論

緒論

導

言

社會日進。人事多更。爭訟遂益形囂張。人權更難於保障。往往以一人心理。鑄成萬劫不拔之冤獄。事之黑白。未加審察。情之虛實。未與細核。完全本個人自由主觀。昧然衡之於法。懼之於刑。而世之萬惡。遂假法律之名。紛紛作矣。自昔犯罪之人。重於自白。三木之下。何求不得。口供昭昭。讞由是定。而冤獄以成。曩昔嚴刑問供之例。廢之已久。設不於采證之學。多所研究。以今人作惡之程度論。欲法官全憑一己見聞。衡斷是非。其判決將更不得其平。奸宄者。藉其油辭利說。使聽訟者。惑於一時之直覺。遽減免其刑章。厚鈍者。往往懾於法律威嚴。法庭顯赫。口未述而心已餒。刑未加而身已慄。淺識之有司。不將本其至高無上之職權。而謂曰。斯誠犯人。何口吃而色沮。非心虛之證象何。或有言其心證爲武斷。則謂此關審判獨立。他人何得干預。噫，執法者若是曲解法理。昧

於證據之學。而欲我國吏治澄清。法權獨立。不貽外人齒冷。斯實難矣。然則小言之。欲裁判官。采證允當。定罪持平。俾當事人所執一切證據。不復以一己之感情而爲取舍。大言之。欲社會人士。減少訟端。循規就範。致力於文化。以求共享太平。除依證據法學。聽訟決獄外。實不足以語此。斯本書之所由作也。美國證據法專家有言曰。「訴訟案件。四分之三。由於事實證據不明瞭」。法儒亦云。「手續法之不良。影響及於民衆之全體」。旨哉斯言。證據在訴訟程序上之重要。概可知矣。證據若不詳不實。尙何期於公道。更何望於民利之保障。且證據於裁判之公正與否。關係至巨。其影響甚或及於國家之治安。其重要更非可以言宣。吾人豈可忽諸。

證據法學之
意義

自古以來之賢法官。莫不於判案決獄時。再三致力於案情之真確，以公道爲依歸。夫公道者。真善美之結合體也（註一）。不善不美。固不足以言公。不真。更難以得持平之道。然而求真之途。舍證據外奚屬。邊沁氏（Bentham）謂「證據卽公道之基礎」。良有以也。法律有實體法與程序法之分。實體法爲規定事物之權利義務與責任等問題。程序法乃標明訴訟手續。審判進行。而爲實施實體法之用者

。證據法在法律中之地位。通常指謂程序法之一部份。惟亞拿氏(Aron)則謂「證據法乃研究事物真偽之實體法也。得與規定權利義務之實體法。及標明訴訟手續之程序法。鼎足而立」(註二)。

夫證據法學者。卽證據法中之學理與規律。用以爲審判上裁判真確之根據。凡研究此類事物證明之方法。既宜合於科學之原理。又須不背於公道之實施也。美國散由(Thyer)教授曰。「證據法學。乃審判合於理性化之結晶。爲鑒衡一切證據之科學。經悠久之經驗所蛻化而成。其構成之元素。非僅藉諸羅輯也」。誠哉斯言(註三)

證據之性質

證據之性質。學說頗不一致。然分析論之。不外左列諸說。

(一)原因說 證據使法院確信不疑一事物或狀態。爲其待證事態之原因。在形式舉證主義。須具備法定方式。如履行宣誓儀式等。在實質舉證主義。須爲法院所有確信之元素。

。主張原因說者有左列各家。

證據爲使事理明顯之原因。故凡使某事實或某法則明顯之原因爲證

據也。(石志泉)(註四)

任何事物。其效果趨勢或形式。在使心意上發生一種信服。足徵或否認其他事物之存在者。均得稱之曰證據。(培生姆 Bentham)(註五)

(二)方法說

證據爲確認待證事物之材料。然此說可有二解釋。

(1)指供給確認事物之材料而言。如證人鑑定人證書及勘驗之標的物等。

(2)指利用確認事物之材料而言。如訊問證人察閱證書勘驗標的物等。

主張方法說者有左列各家。

證據係研究事物之根源。蒐集及證明之方法。及探討該證明力之價值也。(葛祿 Garraud)(註六)

凡一切法律上之方法。除辯論外。用以證實或否認司法調查中各事項之真情者。謂之證據。(推婁 Taylor)(註七)

(三) 結果說

證據乃對於待證事物之存在或不存在之認定也。換言之。凡法院對於待證事物之真實與否具有確信時。即為舉證或證據調查之結果。此種確信程度並非絕對者。乃根據吾人之理智經驗。在相當範圍及法定期限內。所能獲得之最可信之認識也。

主張結果說者有左列各家

證據者。舉證與證據調查之結果也。在民事訴訟法中。證據為使法院認識當事人所主張事實之真否。以及認識法則及實驗法例之內容而存在等之一種制度也。(松岡義正)(註八)

凡足以演明。表白。估定。一造所爭執之事實之真情者。皆得謂之法律上之證據。(勃來克斯東 Blackstone)(註九)

總上所述。關於證據定義。論者紛紜。莫衷一是。要之。證據乃一種根據事實。以證明他種不明事實之用者。故證據以證明原因(證明資料)之說為當。

證據法者。乃規定明顯事理原因之律則。為訴訟程序中。因確定當事人之權利義務。所規定之舉證責任。系爭事物範圍。與其證明手續。及證料保全等之規例

也。

證據法上之
各種術語

(一) 推論與理論

凡每一特定證據事物。對於任何中間證題。得發生推測力之作
用者。謂之推論。

凡足以使法院對於推論發生信服或疑慮之評述。謂之理論。

(二) 證明與釋明

證明係指當事人提出關於實體上事物之證據方法。使法院生強
固心證之行爲。而確信其證據爲真實者。

釋明係指當事人提出關於程序上事物之證據之方法。使法院生
薄弱心證之行爲。僅大致信用該證據爲真實者。惟因釋明提出
之證據方法。應以一切證據。逕行提供於法院。使法院即時得
爲訊問者爲要件。

通常當事人所提出之事物。均應證明之。倘有法律特別規定時
。僅爲釋明已足。

(三) 證題與證料

凡係爭事物中所主張之命題。謂之證題。又稱系爭事實。
凡以證據方法證實此證題者。謂之證料。又稱證明原因。

證據乃相對之名稱。處於主體證題。即欲證之事物。與客體證料。即證明之事物。兩者之間。前者爲一種假定。後者舉而視爲實情。用以證明前者之假定。亦爲真情。無論任何待證問題。設於此二者間之關係。未爲詳明。不能得其任何證明之結果。是以遇有任何問題。首應列舉二端。以資進行。(1)待證者何。(2)供證者何。此即證題與證料之說也。

(四)本證與反證

凡負舉證責任之當事人。證明其主張事物存在者。稱曰本證或主證。或有罪證據。

相對當事人。另提他事物。證明主張事物不存在。用以防禦其利益者。稱曰反證。或無罪證據。

(五)證據抗辯

訴訟一造。對於訴訟他造所提證據。就其本身。因不合法或屬虛僞。加以辯擊者。稱曰證據抗辯。與反證之另提他事實。以反對對造之證據者有別。

(六)原證與佐證

凡當事人間所提出之事實。直接對於係爭之事實發生證明效力

者。稱曰原證。

凡所提出之事物。用以輔助辯正或加強原證者。稱曰佐證。

(七) 揀證與心證

法院於兩造當事人所提供之證據。按其淵歷。決定其與待審之案件。有無切要或相當之關係。俾得預加甄別。以定舉證之範圍者。謂之揀證。

法院準乎人情。揆諸事理。就當事人間既陳之證據。辨其真偽。衡其輕重。以推求一適當真情。爲裁判之基礎者。謂之心證。

(八) 完全證據與不完全證據 法院於調查證據之結果。因此而取得確實心證之原因者。謂之完全證據。

凡不能取得完全之心證而爲真實之憑信者。謂之不完全證據。
(九) 直接證據與間接證據 凡一事物。對於發生法律上效力之係爭事實。可直接單獨證明者。謂之直接證據。或自然證據。

凡須綜合其他情狀。因而得爲推理之證明者。謂之間接證據。

或稱人爲證據。又稱論理證據。

(十)畸重證據與積極證明 訴訟兩造。所提供之證據。其一造之可信力較大。堪用作爲裁判之依據者。謂之畸重證據。爲民事案件中所常採用。 すゝくしほ

刑事案件。不採畸重證據。被告之有罪無罪。須有「起信遠疑」之積極證明方可。 同くしほ

(十一)證據分離主義與證據結合主義 凡當事人之事實上主張。祇許在證據裁決以前之本案程序內爲之。其舉證行爲。祇許在證據裁決後之程序中爲之者。稱曰證據分離主義。

凡當事人得於同一程序中。或爲事實上之主張。或聲明證據。均無不可者。稱曰證據結合主義。

(十二)法定證據主義與自由心證主義 凡法律規定證據取舍之範圍與種類。及其證明力之真確與否。而法院於審判時。應受其拘束者。稱曰法定證據主義。或曰形式證據主義。

凡法院於審判時。對於當事人辯論之趣旨。證據之取舍。及其證明力之強弱。得憑學理與經驗。本其所確信而判斷事實真偽者。稱曰自由心證主義。或曰實體證據主義。

形式證據主義。雖不適於真實之發現。然使當事人易於自為證明。足以防止審判官之專橫。實體證據主義。雖適於真實之發現。然當事人不易自為證明。又不能防止審判官之專橫。前者祇須完成法定前提條件。不論有無確信實質。(德古法採用之) 後者。非依法定規限。而由於審判官之確信。(古羅馬法採用之)。近世立法。均採折衷制。以併用此兩主義為通例。我國以自由心證為原則。法定主義為例外。

(十三) 實體真實發見主義 形式真實發見主義 法院於審判時。關於證據事物。不為當事人之意思所拘束。而得自行搜集或須調查各種證據。以便證明事實之真情者。謂之真實發見主義。又稱職權調查主義。

法院於審判時。以當事人所提出之證據事物爲限。以之爲裁判之基礎者。謂之形式真實發見主義。又稱不干涉主義。

法律爲人之行爲的規範。援用法律發生爭執時。常就左列方式。爲裁決依據。

(甲)大前題 法律規定。(例如)。與人約定。實施一指定行爲。若未予履行者。應負違反契約之責任。

(乙)小前題 某乙對於某甲。約定實施一指定行爲「X」。今某乙未予履行。

(丙)結論 某乙對於某甲。依法應負違反契約之責任。

(甲)項大前題。爲法律上規定。非事實上規定。(乙)項小前題。爲具體事實的表現。非法律也。但於裁判時。爲求(乙)項事實之徵信起見。恆發見此小前題。或非盡爲一種純事實的表現。乃爲一種法律與事實之混合體。釋明如左。

(乙)A (事實)某乙與某甲。藉電信往還。約定爲某甲實施一指定行爲「X」。某乙後未履行之。

(乙)B (法律)某乙與某甲間之電信往還。及某乙之後未履行情事。在法律上。分別構成一種有拘束力之契約行爲。及違反契約之行爲。

(丙)結論 因此。某乙對於某甲。依法應負違反契約之責任。

照上述方式。所有(丙)項結論。(乙)B項之法律命題。其成立與否。全恃(乙)A項事實命題之存在與否以爲斷。故裁判者。就(乙)A項之事實命題。必先予以徵信方可。舉凡一切資料。足助徵信理解。或直接發生徵信效用者。均在採集之列。採集時。所用之方法如何。採集後。是否必予採用。此爲裁判者與爭執當事人間所必予探求者。然則。是稱採集與徵信。究竟有無適當規例。足爲依據。曰有之。斯卽證據法規之謂也。

實體法之得能充分實施。固首重事實。事實之得能徵信真僞。捨證據法莫爲功。事實。猶布疋也。法律。猶衣樣也。以布成衣。必先予以設計剪裁。設計剪裁之得其方。則樣合而成衣。(卽裁判允當之謂)。設計剪裁之不得其方。則布毀而樣無用。(卽裁判不當之謂)。法律等于具文。實施云何哉。設計剪裁之方者。證據法規之實用之得其當也。然則。證據法于法律及事實二者間。所處地位之重要。及其聯係之深切。固無待明詳者矣。

緒論 註解

- (一) 吳經熊著法學論叢
- (二) Aron: Notes on Proof The Probative Law
- (三) Thayer: Cases on Evidence, second edition, pp. 1-3
- (四) 石著民事訴訟條例釋義第二編七七頁
- (五) Bentham: Rationale of Judicial Evidence Vol. 1, 1827 p 17
- (六) Garrand: Traite theorique et pratique d'instruction criminelle et de procedure penale
- (七) Taylor: On Evidence
- (八) 松岡義正著民證據事論二頁八頁
- (九) Blackstone Book 3 (1789) p. 367 c. 23

此
页
空
白

本論

第一編 證之通則

概說

法院認定事實。應憑證據。是故凡一切事物與法院待審之案件。有必要之關係者。均應舉述之。爲該案件裁判時之證據。反之。凡當事人所提出之證據。于所欲證明之事實。并非必要。或于待證事物。已無關係。或顯然不能得預期結果者。法院通常自可衡情捨棄。不予審究。雖云。何種證據爲必要。何種證據爲無關係。大陸法系全憑法官自由心證斷定之。英美法例因採用陪審制度。規定頗詳。是故凡證據之得爲法院證訊者。須具備切要適當及相關諸要件。至事實而不爲當事人所事執者。無須證明。自不待言。

法院對於未知事物。通常除依職權調查或依法律推定外。應究其舉證之要否。與證責之由何方負擔。而後再爲必要之證明。證之證明與證之徵免。於吾國法典內。以明文分條列論者。所見頗多。本編特將舉證責任。先行討論。並審酌各學者

東吳法學院講義

對於舉證之學說。以資參考。然後再論證之徵免。

第一章 舉證責任

舉證責任者。即訴訟當事人。爲求有利於己之結果。或避免受敗訴之裁判。既非訴訟一造之義務。又非法院或訴訟他造得以要求之權利。乃爲證明特定事實之必要行爲也。蓋任何法律行爲之發生存續變更或消滅。統稱之曰法律現象。均須有法律事實爲基礎。法律事實取得後。該訴訟行爲之關係。頗易解決。然法律事實。並非恆常明顯。是故凡擬對於該法律事實有所應用者。先須證明其事實存在之必要焉。否則事實有無尙且不明。法律云何哉。舉證責任之說。即以討論此法律現象中之權利主張。及法律事實中之事實主張之證明責任之誰屬諸問題。俾法院於裁判案件時有所憑依也。

舉證責任之法則。究屬於實體法。抑屬於程序法。學者頗有爭論。倘屬於實體法。則凡適用法律以確定實體上之權利義務關係時。其舉證責任問題。即不能依訴訟法決定之。但舉證責任之法則。除於私法上法律關係之主張得適用之外。亦且施行於公法上訴訟關係之主張。如訴訟要件之存在與否等。故近來立法趨勢。大都主張其將規定於訴訟法。法蘭西系諸國法律。以從來實體法上多直接規定舉證

責任。因而或誤解爲實體法上問題。吾國立法例以一般舉證原則歸入於訴訟法。而將特定事實證明之範圍。編入於實體法。此項規定較爲合理也。

第一節 證責之性質

證責性質

證責云者。指須負證明責任之謂也（註一）。然此責任。非普通權利義務中之責任。乃指訴訟證明行爲上之必要而言也。設或當事人于訴訟上請求或主張之關係事件不甚明確。則法院雖未拒絕裁判。其裁判終難望有利於該當事人。是以當事人既已提起訴訟。欲求國家予以法律上有效之制裁。理須先將其主張或請求之正當與否證明之。是故舉證者。乃當事人欲法院確信其主張或請求係屬真實爲目的之行爲也。

自來學者於證責之學說頗不一致。約有左列諸說：

權利說

（一）權利說 主張權利說者。謂舉證爲允許舉證之當事人。對於不許舉證之當事

人之權利。（1）在採取形式證據主義之訴訟法中。每有允許一造當事人爲之。而不准他造爲之之規定。如宣誓及神裁等舉證方法是也。故又種此權利爲一造獨有之權利。（2）在採用實體證據主義之訴

訟法中。兩造當事人均得自由提出其主張真確之證料。故此舉證權利。爲兩造共享之權利。

雖云。舉證責任。通常須於法院認訴訟中所爭執之事實爲切要。而對於其事之真確與否不加肯定時爲之。若法院認其事爲非切要。或已臻明顯者。當事人無須再爲之證明。故舉證責任非當事人之權利也。

義務說

(二) 義務說

主張義務說者。謂法條中既稱曰舉證之責任。則此責任必係義務也。當事人對此義務不履行時。必受敗訴之害。

豈知義務係指權利而言。負證責之當事人倘不爲證明時。對於他造不生損害賠償之責。故舉證責任。亦非對於他造負擔義務之說也。

效果說

(三) 效果說

主張效果說者。謂舉證責任者。卽當事人爲避免敗訴起見。而有證明其主張事實及權利之必要也。換言之。卽倘負證責之當事人不爲之證明。則在訴訟上不發生有利益之效果也。

此說現爲多數學者所採納。

證責類別

第二節 訴訟法上一般事實之證責

當事人對於特定事實之舉證責任。於實體法上規定者甚多。此外凡一般事實之證明。均適用訴訟法上之舉證原則。茲先將訴訟法上規定一般事實之證責。予以討論。

通常訴訟法上因民事案件與刑事案件之性質不同。故其舉證之責任亦互有出入。茲爲明瞭起見。特分別述之。

第一目 民訴上形式舉證責任

民事訴訟法采不干涉審理主義。故法院通常對於訴訟上之證料。僅就當事人於訴訟上所提出之證據方法。爲其裁判之基礎。當事人既已提出證據之事實時。其訴訟要件。業經存在。法院卽須行使實體裁判。不得以不確信當事人主張之事實是否真實爲理由。而拒絕此實體裁判也。至此證據之應由何造提出。其證明力若何。法院得共通參酌之。自不待言。

第一款 當事人主張責任之分擔

民事訴訟法以辯論主義爲原則。因是凡當事人爲得有利於己之裁判者。不問其爲

原告或被告。亦不問其主張爲實體法上權利或訴訟法上權利。更不問其爲積極事實或消極事實。均非有所主張不可。伸言之。卽當事人對於所需要主張之事物而不主張。或主張而不證明者。法院得逕行駁斥之也。且當事人之一造。非僅對於一般事物之主張。須於必要時負舉證之責。卽其對於他種特定事實之主張。於必要時亦須證明之。此乃當事人間證責相互之分配也。此種規定。在使權利之實行。不致有不適當之困難。

證據法上之主張責任。卽論理學上之建立命題之謂也（註二）。蓋任何事物。在提倡之時。必有一命題。當事人須就此命題發揚之說明之。使他人先知此命題之內容如何。而後可證明其命題中情形之確實與否。至其證題初舉出時。必係假設的。一俟其主張證明後。則此抽象的假設命題。一轉爲具體之事實矣。例如古昔猶太國有甲乙二婦。甲婦之兒丙與乙婦之兒丁。同睡一室。翌日其中一孩忽夭亡。甲婦主張此死孩爲乙之子丁而非丙。乙謂死者確爲甲之子丙。各有主張。不能證明。因而同赴國王蘇羅門處。請求裁判。王命將存留之一活孩。剖爲兩份。命甲與乙各執其半。乙聞王命。卽向王哀求。請將此活孩與甲。而甲則請求維持原判

。王斷曰。此活孩必係乙之兒丁也。因而決定乙之主張爲真確事實（註三）。夫當兩造各稱活者爲其子時。單係一主張。尙無真確之證明。在未證明以前。其主張爲抽象的假說的。既證明以後。則此主張。轉爲可信之真確事實也。

第一項 權利主張之分配

訴訟當事人向法院爲請求時。必須有一特定權利之聲明在先。爲請求者。首先爲此權利主張。此種權利。乃依當事人間所成立之法律關係而發生。其發生所形成之結果。卽法律現象。權利主張。卽法律現象之主張。亦卽法律關係之主張。此種具體之法律關係。卽權利成立或不成立之謂也。是故當事人在訴訟上。對於法院請求裁判。應先有此權利之主張也。否則。請求無目標。裁判云何哉。

主張權利之當事人。稱爲攻擊者。其對造稱曰防禦者。攻擊之一造。應使法院確信其攻擊之正當（卽權利主張之正當）而有充分理由。至防禦之一造。其所處境遇。常居被動地位。故因防衛自己之利益而否認攻擊方面之主張者。無庸擔負任何責任也。若攻擊者已證明其主張。則防禦者。應抗辯之反證之。

第二項 事實主張之分配

權利之成立與否。須視其關於權利發生所必要之各個事實（法律事實）之存在或不存在而決定焉。此種各個事實之存在與否。即法律附與其效果之事實之存在與否。是故當事人欲得法律上之效力。除主張權利存在外。尚須主張此種事實（構成權利主張之法律事實）之存在也。凡使法律上發生效力所需之事實。約有二種。一曰一般要件事實。如當事人之有無權利能力是也。一曰特別要件事實。如請求權中之賣主交貨買主付款是也。

凡主張法律上之效力存在者。應負主張特別要件事實存在之責任。其一般要件事實存在之責任。姑予免除。不然。非僅手續錯綜。實行困難。抑且規定太酷。殊欠公允。

至主張當事人之對造。祇否認主張者之特別要件事實之存在者。不負任何責任。如不僅限於否認。而提出獨立之攻擊者。或另主張妨礙發生法律上效力事實之存在。或消滅或變更發生法律上效力事實之存在。亦應負責主張他造欠缺發生法律效力之一般要件事實（註四）

權利主張。為訴之目的。有目的後。方論及其目的所依據之構成事實的問題。否

則。目的未立。範圍未定。訴之事實。從何進行。訴之目的云者。卽向法院爲聲明應受判決或裁定之事項也。有者直接的。單純的。有者間接的。複式的。全視案情之繁簡而各異焉。

第二款 當事人證明責任之分擔

舉證責任之
分擔

民事訴訟案件。當事人主張利己之事實者。就其事實應負證明責任。伸言之。卽當事人之能否舉證證明。爲其勝訴之要件也。然其證明之程度有無止境。不無疑義。倘兩造當事人各有事實提供。其證明程序。應如何分配。尤不可不先確定之。否則。其結果必致爭點紊亂。事物夾雜。舉證責任。究屬何人擔負。始終不明。猶如莊子與惠子互爭魚遊之樂。而各爭詰其舉證責任。「莊子曰，魚出遊從容。是魚樂也。惠子曰。子非魚。安知魚之樂。莊子曰。子非我。安知我不知魚之樂。惠子曰。我非子。固不知子矣。子固非魚也。子之不知魚之樂。全矣。莊子曰。請循其本。子曰。女安知魚樂云者。既已知吾知之。而問我。我知之濠上也。」由此以觀。證責不明。糾紛隨時可以發生。茲爲明瞭起見。特將證明責任。剖爲權利證明。與事實證明二項研究之。

第一項 權利證明之分配

證明責任。在原則上。由主張責任之當事人負擔之。故證明責任之分擔。亦隨主張責任如何分擔。而以之分配於事實人間。通常關於權利證明之責任。每因當事人所處地位之不同。其分配程序。亦由是而分別如左。

(甲)屬於證明之一造者：

(1)關於訴訟標的之實體法上權利。例如爲請求權(給付之訴)形成權(形成之訴)及確認權(確認之訴)之證明是也。

(2)關於訴訟程序上權利。例如請求法院爲裁判之有管轄權之證明是也

(乙)屬於證明之對造者：

(1)關於訴訟標的之實體法上反對權存在之權利。例如證明消滅反對權中之契約解除。及制限反對權中之永佃權存在是也。

(2)關於訴訟程序上權利。例如證明訴訟成立要件之缺欠。及法院管轄錯誤等是也。

第二項 事實證明之分配

事實證明之
分配

當事人于權利主張責任。既已決定。則對於該權利基礎之一切事實（法律事實。即構成權利主張之法律關係之事實）。應妥為分配。且於必要時證明之。

（甲）屬於證明之一造者：

（1）關於權利構成之事實之存在。即法律關係必須具有後始發生法律上效果之特別要件之事實之存在。例如出賣人約定將財產移轉于買受人。買受人支付價金之事實。（最高法院判例民十七年上字第九一七號）

（2）關於消極確認之訴時。原告對於其否定權利的一般要件之事實之不存在。例如相對方當事人之無權利能力或行為能力（前者為享有權利之資格。後者為實行權利之資格）之事實是。

同是。對於妨礙權利發生或行使之事實之存在。（最高法院判例民十九年上字第三八五號）。

（乙）屬於證明之他造者：

（1）關於權利效果發生之一般要件之事實之不存在。

（2）關於妨礙權利效果發生之事實之存在。例如債權之附有條件。意思表示

事實證明先
於權利證明

讓上者
權利主張
消滅時效
清償。抵銷。免除。及債之移轉之事實是。

之。不合法。與有背公俗良序之事實是。

(3) 關於權利效果已發生後之消滅或變更之事實之存在。例如消滅時效完成。清償。抵銷。免除。及債之移轉之事實是。(最高法院判例民十八年上字第二八五五號)。

(4) 關於消極確認之訴時。被告對於自所主張之權利所必須具有之特別要件之事實之存在。(最高法院判例民二十年上字第七〇九號)。

雖然。苟當事人應證明之事物。為免證章中所涉及者。或為訟訴他造當事人所獨悉者。揆之公平原則。得免其證責。不然。非惟證據缺乏。抑且殊欠公允也。權利主張。應先於事實主張。固有其形式上之主從關係。但權利主張。能否獲致法院信服。必該權利所基礎之必要事實。已經相當適法證明後。方可認定其主張之權利之是否成立或存在。與形式上事實主張及權利主張之主張關係。適得其反。此謂之實質上的主從關係。

第三款 事實狀態之決定

事實狀態。有積極與消極之區別。積極事實。有占據時間及空間之現象。而消極

事實性質

之事實則無之（註五）。通常訴訟上之另舉新事實之抗辯為積極事實。其單純之直接否認。或附理由之間接否認或解釋。均認為消極事實。

主張積極事實者。例須證明之。惟主張消極事實者。無庸證明。通常吾人咸謂「一般的否認」事實。不能證明。因其語意含糊。而無確定之範圍也。基爾白（Cairbert）氏謂「言語為事實之表意。苟無肯定言語以主張其事實。則證明亦無從說起」（註六）。雖然。倘否認而有範圍時。則其爭執。要非完全不能證明也。例如甲因無意置產。故稱購地無用。此際甲固不負證明責任。然甲苟係房主。乙係房客。而甲稱乙於本年底遷出時。未將租屋修理完好。則甲仍應證明乙之尙未將該房屋回復原狀也。蓋一般的否認。固無法證明之。然而否認含有時間性空間性及其他情狀或範圍時。則主張否認或消極事實者。原非不可證明。故仍須擔負此「否認」之證明責任。又如英國蘇華特一案內（註七）原告訴被告違約。並否認其答辯上所稱已將房屋刷新等語。艾柄格法官判曰「關於本案之事實證明責任。吾人應先研究其實質上之情狀。然後決定證實之誰屬。至爭點之形式若何。非吾人所宜討論也。蓋通常當事人每可顛倒字句。以求其正負主張之適宜也」。因是將本案之

證實仍歸諸原告。觀乎此。可知法律規定證明事實之責任。乃在實質上探求之，而不在形式上觀察之矣。（最高法院判例民十八年上字第六七一號）。

然則。舉證責任之分担。其概括之立論。又爲何耶。曰。「綜合民事訴訟法之意。與諸私法及實體法中。關於舉證責任分担之各種法則而認識之」。斯可矣。

第二目 刑訴上實質舉證責任

刑事實訟法。採取國家干涉主義及法院職權主義。故法院須以職權調查事實真相。負實體上舉證之責任。即應先就被告犯罪行爲之構成要素。予以提證。被告當事人。雖亦有舉證之行爲。然此係其權利。爲補充法院之證據調查。故其舉證。非爲勝訴之要件。因而亦無使其分擔證責之必要。換言之。訴訟上之被告。未提出無罪主張。或主張而不提供證料。或提供而無佐證時。法院不應即宣告其敗訴。尚須調查原告（即檢察官或自訴人）證據之是否舉實可信。及被告有無其他無罪之證據。可以利用。

惟原告提供有罪證據後。而法院認此證據有相當證力時。被告爲其利益故。亦應行使其權利而提供無罪之證據。以供法院參酌。否則。被告將有敗訴之危險

也。

第三節 實體法上特定事實之證責

證責例解
吾國法律。於舉證責任之規定。除於民事訴訟法有一當事人主張有利於己之事實者。就其事實。有舉證之責任」之一般規定外。其他關於特定事項之舉證責任。或則明白列入實體法中之相關各章內。或則包含其語意於實體法之正文內。茲分別舉述之而左。

第一目 法律行爲

法律行爲
凡主張法律行爲之有效者。應先負責證明該行爲之成立與存在。欲證明法律行爲之合法成立與有效與否。則應有左列四項之證責(註八)

(甲)法律行爲之制定 包含其目標之是否合法。條款是否明確。意思表示是否決定等。

(乙)法律行爲之完整 凡作成一法律行爲之條件。已附成一體於該行爲者。則其他以外之事物狀態。不足以證明此行爲之內容也。

(丙)法律行爲之要式 法律行爲成就時。宜有特定形式者。例如簽名蓋章。備案

具證等。倘法律規定上述諸形式。係要式行爲。則須說明之。

(丁)法律行爲之註釋 法律行爲之成就內容。遇有文字或符號者。則應將其語意解釋之。以免日後解釋上之糾紛。

若法律行爲。已合法成立與存在。而當事人主張無效者。則主張者應負舉證其爲無效之責。(已見前第二節第一目第二款)。然法律行爲。尙未確立之前。主張其爲無效之當事人。固無庸證明其爲無效也。

茲就我所遇關於各項證責之問題。略舉數則於後。以資釋明。然其詳例。未遑枚舉。學者宜參閱免證推定與舉證等之論解而細研之。藉可明悉證責之誰屬也。

第二目 法律明定問題

法律存在

(甲)當事人主張法律有明文規定者。應負責證明之。但其法律爲法院所認知者。得適用免證之規定也(參閱民法第一條刑法第一條又本編免證一章)

事實存在

(乙)凡法律行爲之存在。已不爭執。而主張其事實在規定範圍之外者。應負責證明之責。

第三目 特別抗辯問題

特例

凡主張法律有特別規定。例如「但」「非經」「除……外」「另有訂定」「不在此限」「有……列諸情者」等字樣。或又主張事物狀態。爲異乎常例者。應負證明之責。蓋按推定而言。事物各遵循自然順序。通常吾人亦屬安分守職者。是故任何人對於推定有所抗辯。應負舉證責任。

第四目 聲請事項問題

凡法律准許「有利害關係者得聲請之權利」時。該聲請人應將其聲請事物之存在與合法證明之。

第五目 權利行使問題

自助

(甲) 凡主張因自助或自衛而行使權利者。應負舉證之責。

逾限制

(乙) 凡主張對造自助或自衛之程度已逾限制者。應負舉證之責。

第六目 債之發生與給付

債未成立

(甲) 當事人間。經互相表示必要之點。意思一致後。而仍主張債之契約未成立者

。應負舉證之責。

債務履行

(乙) 債權之發生已不爭執。而債務人主張該債務已履行。或給付者。應負舉證之

責。

第七目 損害賠償問題

遲延給付

(甲)債務人主張縱不遲延給付。而於債權人因不可抗力。仍不免發生損害者。應負舉證之責(參閱債編231 II)。

利息外之損害

(乙)當事人因金錢爲給付標的之債務之遲延履行。而主張於遲延利息以外。又受有其他之損害者。就該項損害。應負證明之責(參閱債編233 III)。

寄託物

(丙)受寄人。主張縱不使用寄託物。而仍不免發生損害者。應負舉證之責(參閱債編591)(又債編593)。

運物

(丁)運送人主張運送之喪失毀損或遲到。係因不可抗力。或因運送物之性質。或因託運人。或受貨人之過失而致損失。應負證明責任。(參閱債編634)。

責任限制

(戊)運送人主張。旅客同意免除或限制運送人責任之記載者。負證明責任(參閱債編659)。

未怠注意

(己)承攬運送人主張。未怠注意於託運物品之喪失毀損或遲到等事項者。應負責證明之(參閱債編661)。

第八目 僱傭賠償問題

凡因受僱人不法侵害他人之權利。被害人對於(一)行爲人須爲僱用人之受僱人。(二)受僱人之行爲。須不法侵害他人之權利。(三)受僱人須因執行職務侵害他人之權利。負舉證責任。至選任監督之注意。或縱加注意而仍不免發生損害者。其證責由相對方(所有權人即僱用人)負之。僱用人之經濟狀況。由被害人舉證之。(參閱民法一八八條)

第九目 代理權及所有權問題

凡主張有代理權者。應負證明之責任(參閱債編167)。
當事人向物之占有人。主張所有權者。應負證明之責。蓋法律上推定占有人。對於占有之物。有事實管領之優先權者。(參閱物權943)。

第十目 親屬關係問題

(甲)當事人主張夫婦財產制度。除法定財產制以外。另有契約規定者。應負證明之責任(參閱親屬1005)。

(乙)凡主張在婚姻存續中所生之子。非爲婚生子女者。應負證明責任(參閱親屬

1063)。

第十一目 繼承關係問題

分割遺產

(甲) 凡主張繼承人不得隨時請求分割遺產者。應負舉證之責。蓋法律明定得隨時分割。惟又謂另有法律或契約訂定者。不在此限。則按理主張不在此限者。應負證明責任(參閱繼承編1164)。

遺囑效力

(乙) 主張遺囑有效者。應負證明責任。蓋遺囑爲要式行爲。故按理主張該法律行爲有效者。應先證明其事實之合法也(參閱繼承編1189)。

第十二目 票據法上問題

承兌

(甲) 執票人於獲一部分承兌後。對於未獲承兌之一部分。應作成拒絕證書證明之(票據法44 II)。

付款

(乙) 執票人於獲一部分付款後。對於未獲付款之一部分。應作成拒絕證書證明之(票據法70 II)。

拒絕憑書

(丙) 匯票不獲承兌。或不獲付款。或無從爲承兌提示時。執票人應請求作成拒絕證書證明之(票據法83 I)。

通知

(丁)執票人應於拒絕證書作成後。四月內。對於背書人。發票人。及其他匯票上債務人。將拒絕事由通知之。又背書人應於收到前項通知後二日內通知其前手(票據法86)。

又通知得用任何方法爲之。但主張於第八十六條(即前文)所定期限內曾爲通知者。應負舉證之責(票據法88)。

未提示

(戊)匯票上雖有免除作成拒絕證書之記載。執票人仍應於所定期限內爲承兌或付款之提示。但對於執票人主張未爲提示者。應負舉證之責(票據法92)。

第十三目 公司法上問題

報酬

(甲)無限公司之執業股東。欲向公司主張報酬者。應負責證明特約之存在(參閱公司法23條)。

退股

(乙)無限公司股東。欲隨時退股者。對於不得已退股之事由。應負責證明責任(參閱公司法40 II)。

設立登記

(丙)股份有限公司。欲發行股票者。對於設立之登記事項。應負責證明責任(參閱公司法114)。

第十四目 海商法上之問題

海事報告

(甲) 海事報告。未經船員或旅客證明。不能發生裁判上之證據力。是故凡擬主張已經船員或旅客證明之海事報告。應負舉證之責(參閱海商法51)。

航海能力

(乙) 凡主張船舶非不堪航海者。應負責證明有官署在航海記事簿上簽證(參閱海商法52)。

責任免除

(丙) 船舶所有人。應擔保船舶於發行時。有安全航海之能力。
船舶所有人為免除前項責任之主張時。應負舉證之責(海商法90)。

無責證明

(丁) 因不可歸責於船舶所有人。運送人。或其代理人之事由所致之滅失或損害。船舶所有人。運送人。不負責任。

為前項不負責之主張者。應負舉證之責(海商法91)。

第十五目 保險法上問題

危險時期

(甲) 凡主張保險契約。因訂立時。危險已消滅或已發生。而該契約無效者。應負責證明之。(保險法9)。

不實聲明

(乙) 凡主張訂明保險契約時。有不實之聲明者。應負責明證之。(保險法16)。

使用先後

凡二人以上。於同一商品。以相同或近似之商標。各別呈請註冊時。應准實際最先使用者註冊。惟主張實際最先使用者。應負責證明之（參閱商標法33）。

第十七目 刑事責任問題

犯罪行為

（甲）刑事案中。凡主張被告有犯罪行為者。應負舉證之責。惟取證之方法。古今不同。昔日定讞。每用刑訊服辯。近代文明國家。法律上均禁止用私刑求供。又證明之程度。各國立法例之規定。亦不一致。英美法咸謂犯罪事實。「須證至使常情起信而遠疑」。其證始立。查吾國大理院判例。謂認定犯罪事實。應憑證據（十五年上字第六九四號）。又謂審判官有自由取舍證據之權（四年上字七十三號）。然於被告犯罪行為仍非查有「積極」之證明。不能定讞（七年上字第八五九號）。

心神喪失

（乙）被告之心神狀態。應由原告證明其健全。抑由被告證明其有恙。學說紛歧。惟最近判例。趨勢傾向於後說（參閱刑訴305條）。換言之。即主張被告心神喪失者。應負舉證之責。

自白

證人陳述

證人缺席

自衛

黨節非常

犯罪在場

(丙) 凡被告主張自由爲出于強暴脅迫利誘詐欺。其或他不正當之方法者。應負舉證之責。蓋法律上推定法官克盡厥職(參閱刑訴280條)。

(丁) 凡主張證人之陳述。由強暴脅迫利誘詐欺。及其他不正當方法而得者。應負責證明之。其理由與前條同(參閱刑訴112條)。

(戊) 凡證人經傳喚託故不到庭者。或到庭而拒絕證言者。按理應負責證明該項主張之責任。

(己) 凡被告主張其行爲。係屬自衛範圍以內者。應負責證明之(參閱刑法第36條)。

(庚) 凡犯罪事實已屬證明。而被告抗辯異常情節。冀以減輕或免除其刑者。應負責證明之。例如被告之竊表事實已證明無疑。惟被告主張年齡未滿十四歲。無刑法責任能力。則按理應證明之。或被告主張彼係瘖啞人。則按理亦得減輕本刑也(參閱刑法30條33條)

(辛) 凡主張在犯罪行爲時。被告在場者。應證明之。而被告無庸先證明其不在場也。但犯罪事實證明。已臻明瞭。而被告否認其事。更主張犯罪時。彼未在场

場者。應負反證之責。

按吾國刑事訴訟。采實體發見真實主義。故除原告舉證外。法官仍須依職權調查之。至事實已爲法院之職責所知者。當事人雖無須更行舉證。然爲妥善起見。不妨自行準備。庶免有所貽誤也。

第十八目 國際私法問題

國籍之證明。通常視當事人之住所而決定。然住所之證實。仍須憑當事人之意思表示與其居住事實爲依據。尙當事人主張久住於一地者。法律卽推定該地爲其意思表示上之住所也。是故凡主張當事人之住所。非在該地者。應負責證明之。

第十九目 國際公法問題

(甲) 凡捕獲國主張船舶及載貨。係屬戰時違禁品者。應負責證明之。

(乙) 交戰國在公海上。捕獲船舶及載貨與船員後。經被捕者提出公文證明非屬敵國人員或戰時違禁品者。國際捕獲法院得命捕獲者開釋船員。反還貨物。或再予以損害賠償。

(丙) 敵國之船舶若在戰爭開始前。實行改懸中立國旗者。捕獲國倘欲沒收之。須

住所

違禁品

捕獲物

沒收

負責證明此項移轉。係爲逃避捕獲之行爲。

按吾國古昔慣例。倘兩國絕交。亦有交戰宣言。通知各邦。且列舉事實。以證明敵方之罪責。徐傳保氏於其所著「先秦國際法之遺跡」內。詳論及之。其例如「宋人殺昭公。趙宣子請師於晉靈公。以伐宋。公許之。…乃使旁告諸侯」（國語第十一）。

舉證責任以明文訂定於國際法者。實屬少覩，故凡遇證明問題發生時。論者大都按證責之學理。與國內法之證責規定。詳加研究。而以類推方法解釋之。

第四節 證責之移轉

第一目 主張責任之設定不變

主張證題之責任。在訟訴辯論中爲一大前題。永不變更。提出此主張之當事人。如已具有充分之表面證據。或訟訴之對造無抗辯主張。或僅有空言主張而無事實佐證。則原主張之一造可得勝訴之裁判。然若對造亦權出主張。以攻擊其證題。致該證力發生疑惑時。則原主張之一造。應將該證題再予說明。使法院對其證力較對造攻擊主張之證力。更爲堅強。否則。倘法院於原主張一造之證題。稍有懷

主張責任不
變

疑時。則該原主張人必蒙敗訴之害也。

第二目 供證責任之相互轉換

供證責任轉
換

訟訴當事人於證明主張之時。其所提供之證料（註八）。使表面證據臻於充分者。法院固應認其主張有暫時勝訴之相當效力（註九）。此際對造當事人應即提供理由。抗辯原主張所根據之事實不足采信。或另舉新事實。反證原主張不成立。否則此對造之敗訴。必無幸免。然既提出有效之抗辯理由。或新主張事實後。則原主張之當事人。亦應再提供證料。駁詰對造之抗辯理由及新主張之事實為不足憑。如此一來一往。兩造當事人互提證料。學者稱為證責轉換（註一〇）。或謂凡當事人對於原主張之一造所憑藉之實驗法則有否認之主張者。則須提出特別事物以反證之。如在不能締結信用交易契約之買賣中。應推定其有當付現金之事實。對於此主張提出否認主張之當事人。須證明並無當付現金之特別事實。又凡妨礙任何主張之一造之舉證責任者。則除該妨礙證責之當事人有反證外。應認被妨礙之事實為真實。如在樣本買賣時。買主認為不合樣本。將貨物退還於賣主者。應由賣主證明其與樣本相同也。但買主若毀損此樣本。致賣主不能提出時。

則應由買主證明其貨物之不合樣本也。學者有稱此乃證責之轉換。惟亦有謂此係法官自由裁量之作用也（註一一）。

第三目 舉證責任之合意約定

當事人間。對於舉證責任之一般合意約定。是否有效。不無疑義。學者通常以為舉證責任。乃為訴訟上之必要行為。如認為當事人間得一般自由約定。其結果必侵害法官之裁判權。故均否認之。惟當事人間。事前約明以特定具體事項。作為訴訟係爭時之標準。此類以舉證責任之約定形式。就實體上之權利所定之契約。則不能否認其為無效。

第五節 證責之效用

舉證責任之效用。在使訴訟之當事人。就其主張之事實。盡量提供證料以證明之。法院須斟酌兩造辯論全部意旨。及證據調查之結果。而行使實體裁判。

民事訴訟法採辯論主義。故當事人倘未盡證明責任者。難望勝訴之裁判。設當事人之兩造。均有利己之主張。而各能舉出事實證明者。則法院可不問其主張及證據之屬於何造。得參酌任何一造之證據。詳審該證明力之強弱而為之裁判（註一二）

通共參酌

舉證合意約定

。且通常凡任何一造所提供之證據。其證明力較對造稍強(畸重證據)者。應得勝訴之裁判也。

刑事訴訟法。採職權主義。故證據之蒐集及調查。均爲法院之職責。在未證明被告有罪之前。法律上推定其爲無辜。原告方面。除所提供之事物。能確實無疑證明被告有罪外。法院應爲被告無罪之審判。質言之。卽凡法院對於有罪無罪之證據。有所懷疑。或有罪之證力甚爲薄弱時。應判被告無罪也(註二三)

第六節 法制史上關於證責之比較

第一目 吾國古昔律例關乎證責之學說

按吾國法律思想。向來趨重刑法。歷朝司法法規。並無民法刑法之區別。故訴訟制度。亦祇有關於刑事訴訟者。梁啓超氏在先秦政治思想史嘗謂「初民社會之政治。除祭祀鬥爭以外。最要者。便是訟獄。而古代所有權制度未確立。婚姻從其習慣。故所謂民事訴訟者殆甚稀。有訟皆刑事也」茲將古昔關於訴訟制度制度之學理。附錄於后。

尙書 大禹謨「帝曰皋陶。惟茲庶民。罔或于予正。汝作士。明于五刑。以弼

五教。期于予治。刑期于無刑。民協于中。時乃功。懋哉。皋陶曰。帝德罔愆。臨下以簡。御衆以寬。罰弗及嗣。賞延于世。宥過無大。刑故無小。罪疑惟輕。功疑惟重。與其殺不辜。寧失不經。好生之德。洽於民心。茲用不犯於有司」。

周禮

秋官司寇「以兩劑禁民獄。入鈞金三日。乃致於朝。然後聽之」。鄭氏註「獄謂相告以罪民者。劑今券書也。使獄者各齎券書……」。

秋官司士「凡有責者。有判書以治則聽」鄭氏註「判半分而合者故書判」。地官司徒「司市以質劑結信而止訟」。

禮記

王制「疑獄汜與衆共之」。方慤云「汜與汜愛之汜同。可信則斷之以法。可疑則諮之於衆也」。

「衆疑赦之。必察小大之比以成之」。

尚書

呂刑「五辭簡孚。正於五刑」。鄭氏註云。五辭簡核信有罪驗則正之於五刑。「無簡不聽」。

孟子

「國人皆曰可殺。然後察之。見可殺焉。然後殺之。故曰國人殺之也」。

漢律

春秋決獄攷兒寬傳「張湯爲廷尉。以寬爲奏讞掾。以古法義決疑獄。甚重之」。齊川王傳「有司案驗因發淫亂事奏立禽獸行請誅。太中大夫谷永上疏曰。春秋爲親者諱。今梁王年少。頗有狂病。始以惡言。按驗既亡事實。而發閨門之私。非所以爲公族隱諱。天子由是寢而不治。

唐律

鬪訟告人罪須明註年月日「諸告人罪皆須明註年月。指陳事實。不得稱疑。違者答五十。官司受而無理者。減所告罪一等。卽被殺被盜及水火損敗者。亦不得稱疑。雖虛皆不反坐。其軍府之官。不得輒受告事辭牒。若告謀叛以上及盜者。依上條」。

清律

大清律例刑律訴訟告訴不受理「每年自四月初一日。至七月三十日。時正農忙。一切民詞。除謀反叛逆盜賊人命及貪贓壞法等重情。并姦牙舖戶騙劫客貨。查有確據者。俱照常受理外。其一應戶婚田土等細事。一概不准受理。自八月初一日以後。方許聽斷。若農忙期內受理事者。該督撫指名題參」。

又誣告條例內「凡詞狀止許一告一訴。告實犯實證。不許波及無辜及陸

續投詞。牽連原狀內無名之人等」。

觀乎上述律例。可知古代法吏斷獄。亦依佐證爲要。蓋佐證不具。枉直難明。推其證料。或由主張者。自行提供，或由法院拷訊而得者。並無確定之責任也。

第二目 羅馬法關於證責之規定

羅馬法關於舉證責任。採用雙務主義。因此在民訴上。有證責分配之說。倘當事人有所主張而不能提供證料。則必不爲法院所信服也。

考羅馬法於事當人之舉證責任。有二大原則。如次（註一四）

（一）凡事實之陳述。主張者。有立證之責。否認者無之。

（二）設兩造均無證據。則將敗訴者。其人負立證之責。

今之論證責者。大都導源於此。雖間有不同。要其大旨。無甚差異也。

第三目 大陸法制關於證責之規定

大陸法系。若德法意日等國之法規。咸認定當事人之有主張者。應負舉證之責。惟此種法則。或規定於實體法中。或委諸於學說。於訟訴法上。確未詳細載明。不免失當（註一五）

g

第四目 英美法關於證責之學說

英美法系程序法上。採用陪審員制度。故任何證據。欲用爲裁判之基礎者。必經過二種階段。一爲法官之採納。或稱揀證。一爲陪審員之認定。或稱心證。揀證之作用。乃決定當事人所提供之證據。與待審之案件。是否爲切要者。而心證之功用。爲詳細審察所提供證據之證力若何耳。茲特分述之如左(註一六)。

第一款 說明證題

第一意義

(甲)證題說明之不信危險 證責云者。卽當事人對於法院或陪審員。勸說不信之危險之謂也。例如甲乙二人。爲一問題而起爭執。延丙作公正員。雙方勢必就各自之利害主張之。並要求丙爲有利於己之判斷。假定甲有某項企業。希望丙加入投資。而乙爲反對丙之向甲投資者。今丙若信服此種投資。確爲有利益。則當然向甲投資。然此際甲乙二人間之情形。乙較爲有利。蓋除非甲能使丙信服其說。方得發生投資行爲也。否則。丙若維持現狀。則甲已失敗。而乙之勝利。則可不勞而獲也。或曰此種勸信失利之危險(卽證責之所在)。對乙決非絕無影響者。設有時丙爲一投機家。一聞甲說。立即決定投資矣。是以爲乙之利益計。無論如何

。終須於自己所執之主張。亦有所勸說。未必對於上稱不勸信之危險。永可豁免也。雖然兩相比較。則乙之地位固較勝於甲也。蓋設經乙勸說之後。丙仍處於疑慮不決情形中。則又爲甲敗而乙勝矣。然則。凡有勸信之責之一方。必使公正員聽而服之。毫無疑慮。此爲成功之先決條件也。

夫實際事物中所得勸信失利之危險。若更形之於訴訟中。其所負擔之危險。愈爲重大。蓋法律訴訟中。除換公正員爲法官與陪審員外。尙有其他之區別在。卽法律上之權利義務關係也。蓋訴訟行爲。必首本於實體法上之法律關係。換言之。卽何者爲權利。何者爲義務。何者爲適法行爲。何者爲違法行爲也。譬如甲欲向丙請求賠償。因丙之代理人或僱員乙在其行使職權時侵害甲之權利。此際丙必要求甲先行證明乙之行爲係違法者。然後再定賠償責任之誰屬。

(乙) 證題說明之分配標準 上述證責意義之應用。於法律爭執中。卽對於各當事人間。分配一般特種事實。相互轉置。而爲請求有利於己之判決。至此分配之標準。究以何種程式而決定之。學者之說不一。約可分爲左列數種。

(1) 凡在形式上爲正面主張者。恆負有此種證責。例如訴追案件中。債權

人主張一契約之尙未履行者。其證責乃在債務人證明其爲已履行者是也。

(2) 凡案情側重於訴訟一造當事人時。該當事人對於側重之事件。負舉證之責。如侵權行爲中。對於過失之存在與不存在之問題是也。通常主張有過失之一造者。應負舉證之責。

(3) 訴訟事物。爲一造特別知曉者。該方應負證責，證責分配既無定則。其日常應用之標準。全爲各種不同環境下。就經驗所得而確定其公平政策者。若夫侵權行爲案件。對於被告之自衛。原有憑照等情。皆須原告一一與以反證。未免不公。且反乎常例。故原告祇須證明其傷害之性質。又此傷害確爲被告所加害者可矣。至於其他情形。足以擊敗原告之請求者。皆歸責於被告而證明之。此其一。刑事告訴案件中。原告告訴之是否出於善意。或本於適當見解。原告須負立證之責。此其二。他如毀敗名譽案件中。對於被告所申述之虛言。不使原告負證明其言辭虛偽之證責。而使被告負證明其言辭真實之證責。此其三。刑事被告。以神經錯亂。作宥減罪形之請求者。被告負證明神經疾病

之證責。此其四。他若侵權行爲中之原告。是否須證明其曾用適當之注意。或被
告是否須證明原告之疏忽。皆根據於經驗之所得。而定其分配。擇其便利之方法
而實施之。

第二款 提供證料

(甲)提供證料之次序 英美法院。爲法官與陪審員合組所成立。特自古以來。法
官對於陪審員有管理權。故陪審員居於附屬之地位。爲法院中之一分子。其作爲
皆限於相當範圍內。所有一切實施時法則。吾人應所注意者。厥有三端。

(1) 凡關於切要證據之提出。其最後決擇權。非定爲陪審員之責任。







(2) 雙方當事人於起訴時。對於各自提供之證據。應先由法官決定其採舍。

(3) 法官於實施法律時。須限制陪審員。於一定範圍內爲合理之事實判斷。

要言之。陪審員對於證據。有先經法官攷慮是否得稱滿意之必要。夫如是陪審員
方有合理之事實判斷。此種規定自有其特殊功用。蓋失於此者。當事人之敗訴。
可由法官直接決定之。固無須俟諸陪審員之論斷也。觀夫左列圖解。此種情形。
自可瞭如指掌矣。

主張者

圖序程行進之料證供提

| | | | |
|-----|--|---|--|
| | 官 法 | 員 審 陪 | 官 法 |
| | (丙) | (乙) | (甲) |
| |  |  |  |
| | (甲) | (乙) | (丙) |
| 反證者 |  |  |  |

釋圖明表

- (甲) 爲法定證據之揀證審
- (乙) 爲事實認定之心證審
- (丙) 爲適用實體法之證明完成審
- (子) 爲原告起始點。此處負有勸說失利之危險——即證實
- (寅) 爲原告勸服成功。即證明至勝利之點
- (丑) 爲被告對於反證之起始點
- (卯) 爲被告完成勸服或證實之點

圖中原告起始提出之證據。乃處於甲格。如所證不充足者。法官得駁回之。若既抵乙格。則法官對於原告提出之證據。已認定其爲適當。而爲有利於原告之裁決。換言之。即原告對於提出證據之責任已過。祇負有對於陪審員勸說失利之危險矣。倘於此時。陪審員亦信服焉。則原告藉有利之斷定。即達於丙格。而將提出反證之責任。轉置於被告。此種轉置之功效。或因適用普通推定。或因對於原告所提一切證據。均爲法律上有益者。

被告證責既發生。即自丑點起而謀抵禦之方。設其所舉之證欠充分。不能達到乙格（即法官認爲不能滿意者）。則頓受法官不利之裁決。若能達乙格。則使法官滿意之責任已盡。復入於陪審員管轄之範圍。於此所應注意者。即對於陪審員勸說失利之危險。仍在諸被告之身。進之。設被告已至丙格。則又可將證責置於原告。設原告於此而不再提出其證據者。法官即可對於被告爲有利之判斷。若原告欲勝訴也。則仍須依照前式而提出證據。

此來彼去。終歸一式。但普通訴訟。鮮有進行至二次以上者。設案情正處於乙格間。即對於陪審員勸說失利之危險的斷定時。斯時之孰勝孰負。則有恃於比較畸

重證據。及能起信而遠疑(註一七)等原理。而衡定之矣。

(乙)提供證料之分配標準 提供證料之分配標準。通常約有二說。

(1)於絕無證據或有其他證據證出時。究竟何造應操勝利。

(2)任何一造負有此種責任。設無證據或其他證據提出時。勝敗誰屬。

通常於任何案件中。上列提供證料之責任。恆先歸於負有第一證責(說明證題。勸說失利之危險)之一造。除非藉諸法律關係。如推定免證等。乃可轉置於對造。對造亦可以同一程式。將此證責返還於原告。由此觀之。吾人曾不能一時決定此證責之誰屬也。然此中程序。最先應就證責第一意義。決定何造有此供證責任。就此證題。轉而決定原告是否須提供此種證料。次之。原告是否已另將該證料提完。轉置疑點於被告。使其提供證料。再次之。原告是否已將證料提出。而又轉置疑點於原告。以此類推。終達於最後之一步。即訟訴之成敗系之。

第三款 證責轉移

就第一意義言。即說明證題之證責。乃固定不移者。法院就訴訟雙方提出之事實。本訴訟法規或習慣定例決定之。若者應由原告證。若者應由被告證。使兩造

說明證題與
提供證料之
移轉



於訟案開始時。即可知曉彼案中所應提出之一切證據。昧於此者。未有不受勸說失利之危險者也。證責之來。既有定時。且分配清確。絕不兩可其間。原被告彼此各自證實其先後提出之證題。即各自證實其訴訟之命題。此乃相互證明之說。不論案情進行至若何時期。一成不易者也。

至於證責第二意義。即提供證料之證責。確有轉移之特性。原被告二造所處之方位均同。不過負有證責之時期。各有差次耳。始也任何一造。均不能確定此證責之來在何時。去在何時。用何種證料可以轉移之。創造之。除非藉諸法律關係。有如推定或免證等例。更有言者。於第一證責說明證題繼續進行不變時。此第二證責即證料之提供。亦得於彼此間相轉移也。

英美法院。有法官與陪審員共同合作。我國尙未實施陪審制度（於審理特種案件時。已適用之）。對於證責之分配。自不能一如他人之所云。特其所確定之原理。用於我國訴訟程序舉證中。要無不合之處。學者其亦鑒其切要。而思有以比較發明之歟。

第一章 舉證責任註解

- (一) Onus Probandi: Burden of Proof.
- (二) Factum Probandum.
- (三) 舊約全書列王記上四章
- (四) 石志泉 民事訴訟條例釋義二編七九頁
- (五) 岡村玄治 舉證責任論
- (六) Gibert: On Evidence, 4th Ed. p. 145.
- (七) Sowarb v. Leggatt 7c, p. 613.
- (八) Factum Probandum
- (九) Powell: On Evidence, 10 Eb. p. 422, prima facie case.
- (一〇) The Burden of Proceeding.
- (一一) 松岡義正 民事證據論一〇二頁
- (一二) 大理院判例三年上字八五三號
- (一三) Jenks: The Book of English Law, p. 96.
- (一四) Senper necessitas probandi incumbit ei qui agit (Just. lid. 2 tit 20 § 4; Dig. li. 22 tit. 3, 1, 21).
- (一五) Engelmann: History of Continental Civil Procedure (Translated by Millar)
- (一六) Wigmore: On Evidence, Vol V. The Burden of Proof. Verdict.
- (一七) Preponderance of Evidence. Beyond reasonable doubt.
- (一八) Legal Acts:
 - 1. Creation on Enaction, 2. Integration, 3. Solemnization, 4. Interpretation.

第二章 免證限度

訴訟經起訴開始之後。欲其勝利。須有相當之事實證明之。否則訴訟雖經提起。不發生實質上之效用。自不待言。然而爲求裁判合於切實簡明之故。凡法律有明文規定「事實於法院已顯著。或爲其職務上所已知者。無庸舉證」。則法院固可不待訴訟當事人之舉證。而逕認該事實爲真確焉。蓋舉證之必要。由於決定權利義務之事實。有所爭執也。若係爭事實業經確定不疑。且當事人亦承認而顯然不爭辯者。法院自應卽予審究其法律上請求之當否。於事實之真偽。自無須再予斟酌。使審判之進行。致受遲延也。

無庸舉證之事實。約有三種。曰事實爲法院已知者。曰事實爲當事人所承認者。曰事實爲法律或其他事實所推定者是已。茲分述之如後：

第一節 事實已顯著或爲法院所已知者

第一目 顯著事實

顯著事實。卽一般人所公知之事實也。此事實不須各個人盡行知悉。而以通常一般知有此事實爲已足。郭雲觀氏於其所著法官采證準繩。謂顯著事實。乃「兩間

自然之物理。振古如茲者。與夫當時人民生活之常態。普通之常識。人人所共喻者。境內非常之大事。人人所共聞者。胥屬之……」茲例如左(註一)：

凡諸一定之物理。如飢食渴飲晴乾雨濕海鹹河淡鱗潛羽翔之類。人人所共喻而莫之或疑者。

凡國內名山巨川。省道縣邑之所在。及國史上丕顯之事實。與夫所轄區內城鎮村市丘渠通衢等之大致。及鄉土志上彰著之事蹟。

凡年月日時之計算。節季例假之翻查。某月日是否星期六。某期日在何月日之類。

法定及本區通行之度量衡貨幣利率等類。

區內鄰境之巨災浩劫。如水旱火颶兵燹厲疫蝗蝻之類。

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

通常文字之句讀意義。及習用之典故諺語。

他如學術上之真理。屬於經驗法則。雖爲一般事實。但非具體的事實。不屬於周

知事實之範圍內。故顯著事實。乃指在各個場合下之具體的事實而言。

考羅馬法中曾有「法之顯者無庸證」之一語（註二）。後進法系奉爲圭臬。如美國昔時實行禁酒。法令森嚴。適有某甲因出售杜松子酒。被人控訴於法院。法官宣諭陪審員曰。「設公認此酒爲杜松子酒者。可不顧其他證明麻醉性之實情如何。即可爲相當之判斷」。被告於此。提出抗告。謂「杜松子酒是否有麻醉性。應先證明之」。法官答曰。「杜松子酒是否有麻醉性。任何人皆知之。又何須有麻醉性事實發生後。而始得斷定其爲有麻醉性也乎」（註三）。

雖然。苟一般人均認知之事實。而法院不認知者。仍得採爲裁判之基礎乎。不無滋議。依吾國民訴法及大陸法系諸國之立法例論之。多採用法院主觀說。伸言之。卽凡一事實。在裁判者心理狀態中。認爲已了解者。則可斷定其爲顯著矣。至英美法上。所稱顯著事實之立論。適與吾國民訴法中之意旨相反。蓋英美法採用法院客觀說。其所稱顯著之事實。以一般人所已知之事物爲標準。蓋凡事物爲一般人所已知者。法院不容不之知耳。至關於法律之存在及不存在等顯著之事項。法院依其職務應知之也（註四）。

所謂法院者。在單獨制之法庭審判時。法官一人知其情事已足。但在合議制之法庭審判時。須以多數法官認知其情事。方得認爲已知。又第一審法院認爲顯著之事實。上訴審亦確信不疑者。固無須再爲證明。如上訴審認爲該事實尙未顯著者。則仍不得不予以證明也。

第二目 職務上所已知事實

法院於其職務上所已知者。指法官之知此情事。係依其職務上之行爲視察或經驗而認識之事實也。至法官對於該事實之記憶。抑在本訴訟事件得知之。或係其他訴訟事件或非訟事件而得知之。均非所問。然而苟法官之得知其事。須由閱錄法院之記錄而來。不得謂爲職務上之已知。因須當事人爲相當之舉證。或職權予以調查故。此所以吾國最高法院判例謂「當事人於利己事實之主張。除事實於法院已爲其職權上認知者外。應負立證之責也」。(十八年上字一六八五號)。

第二節 事實爲當事人所承認者

凡訴訟當事人之一造。對於他造在訴訟上所主張或提出於己不利之事實。表示承認者。法院得免除他造主張該事實之證明責任。雖然。此類事實承認之表示。須

職務上已知
事實

事實承認

認諾或捨棄

出於當事人之自動而非強迫者。與和解或讓步無關。當事人於承認事實時。其訴訟上之本身利害關係。須繼續存在(註五)。

認諾一稱訴訟標的之認諾。爲當事人於言詞辯論中。承認他造關於法律上效果之主張者。如義務之擔承。權利之拋棄是也。倘原告之訴係合法者。法院除依法限制被告得爲認諾者外。應本其認諾。認作裁判基礎。爲被告敗訴之判決(民訴三八四)。總之。事實主張之承認。謂之自認。於訴訟上。可免證責。權利主張之承認。謂之認諾。於訴訟上。可資判決。由此以觀。認諾與事實承認。非可混同也。

第一目 民訴上之自認

民訴上自認
民事訴訟法係採不干涉主義。卽法院審判訴訟事件。受拘束於當事人之聲明及其陳述之範圍。當事人之一造對於他造所舉述之事實既不爭執。法院自無強令其爲辯詰之必要(註六)。因此法院得不待證明而逕據其自認之事實爲裁判之基礎也。

第一款 自認之性質

自認之性質如何。自來學者主張不一。有謂自認係當事人因欲發生法律上之效果

起見。故有此意思表示。至事實之真相若何。概可不問。由自認當事人以自由意志處分之。此乃效果意思說也。或謂自認係當事人依其自己經驗。表示他造所主張之事實。確係真實無偽。因此而承認之。此乃事實表示說。一稱觀念通知說。

讓步與和解

讓步與和解是否自認。律無明文。未能詳悉。然攷美國梅恩州高等法院。有一判決。關於該問題。頗有深切之討論。茲特轉譯。以資借鏡（註七）。甲在乙電話公司爲僱員。因於工作時受傷。向乙起訴。請求損害賠償。甲爲證明乙之過失起見。在法院聲稱當渠受傷數日後。尙未向乙公司訴追之前。有乙公司經理。遣人致送銀票於甲。並請甲於銀票收據上。書明對於甲所受之傷害。乙公司並無過失責任。甲拒絕其請求。職是之故。乙公司將銀票收回。甲於初級法院審理本案時。提供上述情事。作爲乙對於自認過失之證據。法院駁斥之。甲不服。上訴高等法院。豈知高等法院仍維持原判。並稱「凡以息事寧人而請求和解之要約。不得視爲過失承認之證據」。且再引證魏格模氏（Wignote）證據法論之學理。謂「請求和解之要約。不得視爲過失承認之證據。蓋通常當事人之請求和解。無非藉以避

免訴訟糾紛也。且訟則終兇。兩害相權。取其輕者。故與其興訟。不如無訟。此所以當事人請求和解之要約。爲息事寧人計耳。非承認過失之謂也」。由是以觀。足見允讓或和解之請求。非過失之承認也。雖然。倘當事人於和解之本意外。尙有承認過失之表示者。則法院應審察其詳情而斷定之。

第二款 自認之類別

自認類別

(一) 審判上與非審判上之自認 凡當事人之一造所主張。不利於他造當事人之事實。經他造當事人於(1)本訴之準備書狀。(2)或言詞辯論。(3)或在受命推事前。(4)或受託推事前。確切承認者。謂之審判上之自認。一稱訴訟上之自認。

凡當事人之一造所主張不利於他造之事實。經他造當事人於審判外承認者。謂之非審判上之自認。或簡稱非認自認(註八)。

完全與限制自認

(二) 完全與限制自認 當事人對於他造所主張不利於己之事實全部承認者。謂之完全自認。若其承認之表示有所附加或限制。則此類承認。爲條件式之承認或限制承認。其效力若何。法院應詳審一切情形定之(民訴二七九)。然如何

審定詳情。法條未有明文規定。

查英儒倍斯脫氏(Best)於其所著證據法謂。「法院於裁判時。須注意於係爭事實之真情。如發見訴訟書狀或言詞辯論。對於係爭事實互有殊異之處。應先決定其爭點先後。並將事實加以確定。再就確定事實之爭點。依舉證責任所規定者判斷之」(註九)。試舉例以明之。設甲原告主張乙被告違約。謂乙未於約定期限內將屋築成。乙承認逾期。惟亦主張甲失信延付工料。此際最初之爭點。係乙有否違約。嗣因乙於承認違約後。而又主張甲延付工料。故法院於此首應決定之爭點。爲甲是否延付工料。然後再審問其他違約爭點。

(三)準自認 當事人除明白自認外。對於他造主張之事實。已受應爲陳述之曉諭而不爭執。並不能因他項陳述。顯其爭執意思者。視與自認同。學者稱此項自認爲準自認(民訴二八〇)。或擬制自認。蓋通常當事人於其訴之勝敗。視同本身之利害關係。決無由他造伸述而自己已不爭執者。今已受應爲陳述之曉諭而仍不辯論陳述。必承認該事實之存在也(註一〇)。又當事人對於他造主張之事實。爲不知或不記憶之陳述者。應否視同自認。法院應詳審一切情形定

之。

(四)本人與代理人之自認。當事人除自己得爲自認外。其代理人於訴訟上經本人同意後之自認。通常亦得拘束其本人。但經當事人或其法定代理人撤銷或更正者。不在此限。

第三款 自認之效力

審判上之自認。有拘束法院之效力。法院對於該項自認之事實。除法律於人事訴訟另有規定者外(民訴五七〇・五八四・五九〇・六一一・六一〇・六二五)。得不待其他證據。確認該事實爲真情而以之爲裁判之基礎。即原主張之當事人。對於他造自認之行爲。不表示接受時。法院亦可免除舉證之手續也。

非審判上之自認。係屬證料之一種。用以證明當事人間於訴訟事項之真情。其效力等於通常之證據。凡當事人主張對造曾爲審判外之自認者。應負舉證之責。此項自認之方式。不知凡幾。有屬書面者。有屬言詞者。有向對造人表示者。有向第三人表示者。有自言自語爲他人竊聽而得者。有默無一言既不承認又不否認者。總之此種自認只可供作證料之用。不得引爲法院認知之證明。

追復

第四款 自認之撤銷與追復

經訴訟上自認之事實。該當事人至後不得爭執之。且不得任意撤銷之。至擬制自認之事實。當事人于言辭辯論終結前。得隨時追復爭執之陳述。卽至第二審亦得爲之。（民訴一九六·四四四）經追復後。該視同自認之事實。卽有舉證之必要。

撤銷

當事人於訴訟時承認事實以後。可否撤銷其自認。不無疑義。依事實表示或觀念通知說之解釋。不可撤銷。然在採用效果意思說之證據法。則承認之。惟無論如何撤銷自認。須有下列之三種情形（註一一）。（1）當事人能證明其自認反於真正之事實。並出於錯誤者。（2）因他人有刑事上應罰行爲（詐欺脅迫等。參照民訴四九二—6）而爲自認者。（3）得訴訟對造之同意者。蓋自認係承認主張一造之事實。今該主張之一造。既許其撤銷。卽係表示無須其承認。此時法院似可無須過分干涉（辯論主義）之。但當事人之矛盾輕率。得爲心證之資料。故吾國民事訴訟法規定「當事人撤銷自認及於自認效力之影響。由法院審酌情形定之」（民訴二七九）。

第二目 刑訴上之自白

凡刑事訴訟上之被告人。於犯罪事實發覺後。聲明承認其行爲者。法院得採用其陳述爲證料。而認定其犯罪事實之真確與否(註一三)。

吾國刑事訴訟法。因採用實體真實發見主義。故被告雖經自白。法院仍應以職權調查必要之證據。以察其是否與事實相符(刑訴二七〇)。

第一款 自白之性質

自白性質

自白者。于犯罪事實發覺後。行爲人承認該事實之觀念表示也。吾人得依論理學上之雙連式推論。演明白白與犯罪事實之相互關係如下(註一三)。(1)由自白之供認。推測至犯罪之覺悟及其原因。(2)由犯罪之覺悟。推測至犯罪行爲之確實成立及存在。

雖然。如該自白與犯罪事實不符。則其供認之動機。非爲犯罪之覺悟。而爲其他原因焉。奧儒漢格羅斯氏(Han Gross)於其所著犯罪心理學。將自白之原因。詳爲分析如下。(1)或期減輕罪刑。(2)或爲崇尚虛榮。(3)或爲期免凍餒。(4)或爲援救知好。(5)或因希圖銷滅罪跡。(6)或因掩飾另一重案。(7)或以宗教

上之懺悔。(8)或以死期將臨留作遺言。(9)或以良知摧促不容不供等(註一四)。凡此種種。予法官在自由心證判斷證據時。對於自白與犯罪之真正事實。是否確切相符。俾資參考焉。

第二款 自白之類別

(一)審判上與非審判上之自白 凡於犯罪發覺後。被告在法院向實施刑訴程序之公務員供述其犯罪行為者。為審判上或訴訟上之自白。

被告對於犯罪之事實。於前述諸人以外為之者。謂之非審述上自白。

(二)各個自白與共同自白 通常被告個人之供述。稱為各個自白。共同被告之供述。稱為共同自白。在法理上。個人自白。固得採用之。然共同被告之供述。對於其他被告之犯罪行為。祇能視作證言。不得認為自白。蓋民訴上代理人之自認。於刑訴上不適用之也(註一五)。

(三)直接自白與間接自白 直接自白。為被告直認被控事實之謂。間接自白。祇得認為情狀證。不得視為自白。民事案中有準自認。而刑事案中無準自白也

。例述如左。

(1) 犯罪行為之表示 蓋此乃環境上之事實。祇可作為證據上參考。較之犯人口頭陳述之重要。相差遠甚。例如犯人見逮捕而逃逸。隱滅犯罪痕跡。偽造證據。隱匿證言。以及其他為犯罪自覺的種種行為是也。

(2) 犯罪行為之解釋 被告之剖白陳述。藉以拒絕承認犯罪事實者。決不在自白之列。例如謀殺案中被告解釋謀害原因。乃為防衛起見。對造遂根據被告先前之種種口供。指其自相矛盾之處。謂為被告之自白。要知此種陳述絕非自白。乃防衛之辯論。蓋乃說明其所以殺害之者為迫於自救生命之故也。

(3) 犯罪事實以外之陳述 犯人自白。應限於被訴罪部分所為之陳述。若舍此重要部分。而旁及於非被訴之各節行為者。在控訴方面。實無採用之必要。又何所用其自白行為。

第三款 自白之效力

審判上之自白。得經法院職權調查後。認作證據而為裁判之基礎。惟須有左列之條件(刑訴二八〇)。

自白效力

(一) 積極要素

(1) 自白須與犯罪事實相符 被告往往因受人利用。有爲護衛真兇起見。承認犯罪行爲。以冀原犯得逃法網。又有因避免訟累之故。與其久延不決。不如含冤受誣之爲得計。此法律所以明定自白須與事實相符也。

(2) 法院應調查必要之證據 吾國刑訴採用職權調查主義。故被告雖經自白。法院仍須調查必要之證據。以察其與事實是否相符。

自白應否附有積極要素。學說紛歧。法儒霞西氏 (Joussé) 謂「刑事訴訟上之各種證據。惟被告之自白。有最強固之證力」。然路哀氏杜美氏及圖不利斯氏等則稱「若被告所犯之罪。得判死刑者。被告之自白。應有其他相當證人。或法律上之推定爲之佐證」。又首必隆氏亦主張「被告之自白。應與犯罪事實符合。不然被告得利用自白。以求較輕於犯罪事實之裁判」(註一六)。查我國刑訴。亦謂被告雖經自白。法院仍應調查必要之證據。

以察其是否與事實相符。

(二) 消極要素

(1) 自白非出於強暴者 強暴係指武力。或用私刑也。若一犯人經過電刑或三木之後。其身體心靈之自由。完全一任施刑者之支配。卽有供述。決非出於自願。故此項證據不可憑信。

(2) 自白非出於脅迫者 脅迫卽強迫脅從之謂也。對於犯人以脅迫取得之口供。亦非真實之陳述。蓋被告往往希圖免於一時之苦痛。遂憑空設想。虛構事實。使聽供者。信其爲真實焉。

(3) 自白非出於利誘者 利誘指對於供述者許以利益也。以利誘方法而得之口供。實不無可疑。蓋犯人因側重於求利己之故。事實之真情。因此反而隱飾。或言之過甚焉。

(4) 自白非出於詐欺者 詐欺指以虛僞之事實欺騙供述也。此種取供之手段。決非法院所應爲。故亦認爲違法焉。

茲以明瞭前述諸名稱起見。特舉數例以釋之。甲乙丙丁四人。被控爲誣告罪之共犯。在審判時。其法官先用棍擊甲使其供述。既又絕止乙之食糧。以迫其供認。再向丙揚言。倘丙承認。可減刑免罪。因此取得丙之自白。最後對丁僞稱。自白

不得作爲證據。丁信以爲真而供認矣。以上列任何方法所得之自白。均出於不正當手段。故依法不得作爲證據也。

不自無拘束
法院之效力

不甯惟是。凡擬取用自白爲證據者。應審察自白之全部。不得斷章取義。曲解證言。致供述者。蒙不白之冤。故刑事上之自白。無拘束法院之效力。倘法院認有可疑者。竟得擯棄之。至非審判上之自白。其效力殊爲薄弱。法院採用時。應極爲審慎也。

第三目 自白於法制史上之比較

昔時吾國律例。以自白爲定讞之一要件。苟犯人服罪。則審判官即可按律科刑。因此流弊叢生。私刑百出。徐朝陽氏於中國古代訴訟法謂。「古代詢問被告。崇尚刑訊。實施強暴。掠捶逼供。被告既無真實之確供。國家滋多誣服之罪人。於人民之利益既悖謬。於訴訟之本旨亦違乖。甚非善制也」。

近年來吾國判例。對於被告犯罪自白之證據。於裁判上認爲有相對證力。而非爲絕對要件。故前大理院判例謂「訴訟通例。犯罪人之自白。雖作爲證據之一種。然衆證俱確。可不待犯罪之自白而爲判決。即使自白。設有他種反證。足以證明

其爲虛僞時。亦無採用之餘地」。又謂「訴訟通例。自白固可爲證據之一種。然證據定罪。不必斤斤以自白爲重。控告審衙門。苟據確實之人證物證而行裁判。卽屬合法」。其意誠周且深也（大理院判例三年上字三六三號又二年上字六六號）。考十九世紀之初。歐洲大陸諸國之刑事訴訟法。採用法定證據主義。以法律規定證據證明力之強弱。苟被告於犯罪事實不爲供認。法官不得裁判。職是之故。法官爲取供便利起見。濫用私刑。不足爲奇。然近世各刑事訴訟法。多以判斷證據之權。授諸法官。故拷問等弊。已爲廢止。然在法院管轄範圍以外。實際上恐尙未能根本剷除也。因此亦有規定被告雖經自白。法院尙應調查犯罪之客禮是否存在。否則此自白證據。不足爲憑（註一七）。

英美諸國。在十八世紀以前。法院對於自白證據之採用。並無限制。迨至十八世紀末年。自白證據。非由被告自願供認者。法院不得採用。降及十九世紀。法院以拒絕自白證據爲原則。而引用該項證據爲例外。近年來。法院對於被告在審判上自願供述之自白。亦一律認爲有強固之證力而採用之。至若被告於非審判上所供之自白證據。得視爲情狀證焉（註一八）。

推定事物性質

第三節 事實爲法律上或已明瞭之他事實所推定者

推定云者。通常指吾人以常識。在慣遇之情狀中。度得一可信之推測也（註一九）。茲稱法律的推定者。乃法理學上之一證明法則。用以推測未知事實之真相。此種法則。爲輔助訴訟程序進行之一有效行爲。蓋法官得利用此法則。以決定訴訟中證責之誰屬。是故訴訟時當事人之一造。所主張於己有利之情事得爲推定者。則除他造有反證外。無庸舉證明之（註二〇）。

推定非訴訟上之證據。依狹義解釋。證據爲證明程序中之證料。而推定爲證明程序中之法則。非證據方法。亦非證據之目的物。吾人通常既得藉論理學中歸納或演繹方法以測驗事物之情態。法官於訴訟上亦可準已往之證明或物理之常情。以推測待證事實之狀況。至於推定所得之事實。自可認爲證據。固不待言。法條中所用之術語除「推定」外。尙有用「視爲」字樣。惟稱「推定」者。通常指許爲反證之情狀。稱「視爲」者。指不許反證之情狀也。

第一目 法律上之推定

推定以形式之方法區別之。得分爲法律上之推定。與事實上之推定二種。法律上

推定類別

之推定。因證力強弱之不同。又可分爲確推定。與假推定二種。茲特分別述之如左(註二一)。

第一款 確推定之事實

法律上確推定之事實。乃指訴訟當事人所提出之事物。得法律上之確認。絕不容對造有反證之餘地之謂也。例如吾國民法謂「胎兒以將來非死產者爲限。關於其個人利益之保護。視爲既已出生」(民法七條)。又如吾國刑法以追訴權時效之停止原因。繼續存在之期間如達於各消滅時效所定時間四分之一者。其停止原因。視爲消滅云云。此類規定。皆法律上之確推定。即訴訟當事人於提出此類法律上推定所需要之情狀後。對造之一切反證。皆非所問。即由以確認其法律上之權利義務。或決定其罪責焉。惟英儒奧斯丁氏(Austin)。否認此確推定之說。指其爲實體法上而非訴訟法上之問題。且又謂此名詞於羅馬法上從未見之。而爲後人所捏造(註二二)。或謂此確推定即法律上擬制說也(註二四)。雖然。擬制與法律上之推定。不盡相同。蓋擬制每有事實上全屬子虛烏有。而亦認其具體存在者。如國際公法上之浮泛領土

是。我國民事訟法。對於不許反證之法律上確推定之事實。認爲係「事實上擬制」。乃係甲事實視作乙事實。使其生同一之法律上效果。與舉證責任無關。自無民訴法第二八一條之適用。顯爲實體法上之問題。

第二款 假推定之事實

法律上假推定之效用。在移轉證責於對造也。換言之。即原告既已證實其訴訟原由。進一步藉法律上暫時之推定。得有法官於彼爲有利益之裁判。除對造能提出充分之反證事實外。將受勝訴之結果。例如民法謂「受死亡宣告者。以判決內所確定死亡之時。推定其爲死亡。前項死亡之時。應爲前條各項所定期間最後日終止之時。但有反證者。不在此限」(民法九條)。由是可知關於死亡之宣告。雖已推定。其他利害關係人尙得爲反證也。吾國民事訴訟法謂「法律上推定之事實。無反證者。無庸舉證」(民訴二八一條)。

第二目 事實上之推定

事實上之推定。一稱審判上之推定。吾國民事訴訟法謂。法院於審判時「得依已明瞭之他事實。推定應證事實之真偽」(民訴二八一條)。凡由一明瞭之事實。推

法律上假推定

法律上假推定

法律上假推定

法律上假推定

事實上推定

定其他未知事實者。其證明之方法。係根據論理學上之推論。及通常事例之經驗。且其所推定之事實。係指一特定者而言。例如於某案件中。甲姊向乙弟借款。乙死後有人疑甲尙未將該款償還。惟班必甯法官。推定該款已於乙生存時還清。蓋有三事足資證明。(1)甲與乙之感情非常融洽。(2)乙未向甲索取該款。(3)甲與乙常有款項往來。然始終未述及該款(註三五)。茲於上述三事。如只有其一。則此款是否付清。未可確定。然其已明瞭之事實。已有三種之多。則其未知之事實。即該款已經付清。得由此明白推定矣。

事實上之推定。均係假推定而非確推定。且得由對造提出反證。其推定證力有強弱之分。證力強固者。自可將證責移轉至對造。然證力之薄弱者。仍不得轉移證責。惟其所提供之事實。可供法官自由心證之參考耳。總之。事實上推定。乃由已知事實。用論理經驗法則。推知欲證事實之真偽。其推論基礎。在于既知事實為前提。依推論而得未知之事實為結果。此結果。非證明。乃釋明也。

第三目 推定之例解

第一款 實體法上之確推定

(1) 胎兒以將來非死產者爲限。關於其個人利益之保護。視爲既已出生（民法第七條）。

(2) 遇有左列情形之一者。其居所視爲住所。

一、住所無可考者。

二、在中國無住所者。但依法須依住所地法者不在此限（民法第二十二條）。

(3) 因特定行爲選定居所者，關於其行爲視爲住所（民法第二十三條）。

(4) 前條契約相對人。得定一個月以上之期限催告法定代理人。確答是否承認。於前項期限內，法定代理人不爲確答者，視爲拒絕承認（民法第八十條）。

(5) 因條件成就而受不利益之當事人。如以不正當行爲阻其條件之成就者。視爲條件已成就。

因條件成就而受利益之當事人。如以不正當行爲促其條件之成就者。視爲條件不成就（民法第一百〇一條）。

(6) 法律行爲經撤銷者，視爲自始無效。

當事人知其得撤銷或可得而知者。其法律行爲撤銷時準用前條之規定（民法第一百四十四條）。

(7) 時效因請求而中斷者，若於請求後六個月內不起訴。視爲不中斷（民法第一百三十條）。

(8) 時效因起訴而中斷者。若撤回其訴。或因不合法而受駁回之判決。其判決確定視爲不中斷（民法第一百三十一條）。

(9) 時效因送達支付命令而中斷者。若訴訟拘束失其效力時。視爲不中斷（民法第一百三十二條）。

(10) 時效因和解傳喚而中斷者。若相對人不到庭。或和解不成時。視為不中斷（民法第一百三十三條）。

(11) 時效因報明破產債權而中斷者。若債權人撤回其報明時。視為不中斷（民法第一百三十四條）。

(12) 時效因告知訴訟而中斷者。若於訴訟終結後。六個月內不起訴。視為不中斷（民法第一百三十五條）。

(13) 時效因開始執行行為而中斷者。若因權利人之聲請或法律上要件之欠缺。而撤銷其執行處分時。視為不中斷（民法第一百三十六條）。

時效因強制執行而中斷者。若撤回其聲請。或其聲請被駁回時。視為不中斷。

(14) 契約之要約人。因要約而受拘束。但要約當時預先聲明不受拘束，或依其情形或事件之性質。可認當事人無受其拘束之意思者。不在此限。

貨物標定賣價陳列者。視為要約。但價目表之寄送。不視為要約（民法第一百五十四條）。

(15) 承諾之通知。按其傳達方法。依通常情形在相當時期內可達到而遲到者。要約人應向相對人即發遲到之通知。

要約人怠於為前項通知者。其承諾視為未遲到（民法第一五九條）。

(16) 遲到之承諾視為新要約。

將要約擴張，限制，或變更而為承諾者。視為拒絕原要約而為新要約（民法第一六〇條）。

(17) 撤回要約之通知。其到達在要約到達之後。而按其傳達方法。依通常情形應先時或同時到達者。相對人應向要約人即發遲到之通知。

相對人怠於爲前項通知者。其要約撤回之通知。視爲未遲到（民法第一六二條）。

(18) 無代理權人以代理人之名義所爲之法律行爲。非經本人承認。對於本人。不生效力。

前項情形。法律行爲之相對人。得定相當期限。催告本人確答是否承認。如本人逾期未爲確答者。視爲拒絕承認（民法第一七〇條）。

(19) 數人共同不法侵害他人之權利者。連帶負損害賠償責任。不能知其中孰爲加害人者。亦同。造意人及幫助人。視爲共同行爲人（民法第一八五條）。

(20) 損害賠償。除法律另有規定。或契約另有訂定外。應以填補債權人所受損害及所失利益爲限。依通常情形。或依已定之計畫設備或其他特別情事。可得預期之利益。視爲所失利益（民法第二一六條）。

(21) 訂約當事人之一方。由他方受有定金時。其契約視爲成立（民法第二四八條）

(22) 前條債務人或承擔人。得定相當期限。催告債權人於該期限內確答是否承認。如逾期不爲確答者。視爲拒絕承認。

債權人拒絕承認時。債務人或承擔人得撤銷其承擔之契約（民法第三百〇二條）。

(23) 價金雖未具體約定。而依情形可得而定者視爲定有價金。

價金約定依市價者。視為標的物清償時清償地之市價。但契約另有訂定者。不在此限（民法第三四六條）。

(24) 買受人應按物之性質。依通常程序從速檢查其所受領之物。如發見有應由出賣人負擔保責任之瑕疵時。應即通知出賣人。

受買人怠於為前項之通知者。除依通常之檢查不能發見之瑕疵外。視為承認其所受領之物。

不能即知之瑕疵。至日後發見者。應即通知出賣人。怠於為通知者。視為承認其所受領之物（民法第三五六條）。

(25) 買賣之物。缺少出賣人所保證之品質者。買受人得解除契約或請求減少價金。而請求不履行之損害賠償。出賣人故意不告知物之瑕疵者。亦同（民法第三六〇條）。

(26) 出賣人於買賣契約保留買回之權利者。得返還其所受領之價金。而買回其標的物。前項買回之價金。另有特約者。從其特約。

原價金之利息。與買受人就標的物所得之利益。視為互相抵銷（民法第三七九條）。

(27) 標的物經試驗而未交付者。買受人於約定期限內。未就標的物為承認之表示。視為拒絕。其無約定期限。而於出賣人所定之相當期限內未為承認之表示者。亦同（民法第三八六條）。

(28) 標的物因試驗已交付於買受人。而賣受人不交還其物。或於約定期限或出賣人所定之相當期限內。不為拒絕之表示者。視為承認。

買受人已支付價金之全部或一部。或就標的物爲非試驗所必要之行爲者。視爲承認（民法第三八七條）。

(29) 按照貨樣約定買賣者。視爲出賣人擔保其交付之標的物。與貨樣有同一之品質（民法第三八八條）。

(30) 不動產之租賃契約。其期限逾一年者。應以字據訂立之。未以字據訂立者。視爲不定期限之租賃（民法第四二二條）。

(31) 租賃期限屆滿後。承租人仍爲租賃物之使用收益。而出租人不卽表示反對之意思者。視爲以不定期限繼續契約（民法第四五一條）。

(32) 如依情形。非受報酬。卽不服勞務者。視爲允與報酬。

未定報酬額者。按照價目表所定給付之。無價目表者。按照習慣給付（民法第四八三條）。

(33) 如依情形。非受報酬。卽不爲完成其工作者。視爲允與報酬。

未定報酬額者。按照價目表所定給付之。無價目表者。按照習慣給付（民法第四九一條）。

(34) 前二條所定之受領。如依工作之性質。無須交付者。以工作完成時視爲受領（民法第五一〇條）。

(35) 如依情形。非受報酬。卽不爲著作物之交付者。視爲允與報酬。

出版人有出數版之權者。其次版之報酬。及其他出版之條件。推定與前版相同（民法第五二三條）。

(36) 有承受委託處理一定事務之公然表示者。如對於該事務之委託。不卽爲拒絕之通知者。視爲允受委託（民法第五三〇條）。

(37) 委任關係消滅之事由。係由當事人之一方發生者。於他方知其事由。或可得而知其事由前。委任關係視為存續（民法第五二條）。

(38) 經理人對於第三人之關係。就商號或其分號。或其事務之一部。視為其有為管理上一切必要行為之權（民法第五四條）。

經理人除有書面之授權外。對於不動產。不得買賣。或設定負擔（同上）。

(36) 經理人。就所任之事務。視為有代表商號為原告或被告或其他一切訴訟上行為之權（民法第五五條）

(40) 稱代辦商者。謂非經理人而受商號之委託。於一定處所或一定區域內。以該商號之名義。辦理其事務之全部或一部之人。

代辦商對於第三人之關係。就其所代辦之事務。視為其有為一切必要行為之權。

代辦商。除有書面之授權外。不得負擔票據上之義務。或為消費貸借。或為訴訟（民法第五八條）。

(41) 如依情形，非受報酬。即不為報告訂約機會或媒介者。視為允與報酬。

未定報酬額者。按照價目表所定給付之。無價目表者。按照習慣給付（民法第五六六條）。

(42) 經紀人得自為買受人或出賣人時。如僅將訂立契約之情事通知委託人。而不以他方當事人之姓名告知者。視為自己負擔該方當事人之義務（民法第五八八條）。

- (43) 分配損益之成數。未經約定者。按照各合夥人出資額之比例定之。僅就利益或僅就損失所定之分配成數。視為損益共通之分配成數。
- (44) 合夥所定期限屆滿後。合夥人仍繼續其事務者。視為以不定期限繼續合夥契約（民法第六七七條）。
- (45) 指示人於被指示人。未向領取人承擔所指示之給付或為給付前得撤回其指示證券。其撤回應向被指示人以意思表示為之。
- (46) 指示人於被指示人未承擔或給付前。受破產宣告者。其指示證券。視為撤回（民法第七一五條）。
- (47) 果實自落於鄰地者。視為屬於鄰地。但鄰地為公用地者。不在此限（民法第七九八條）。
- (48) 稱永佃權者。謂支付佃租。永久在他入土地上為耕作或牧畜之權。永佃權之設定。定有期限者。視為租賃。適用關於租賃之規定（民法第八四二條）。
- (49) 商人間因營業關係而占有之動產。及其因營業關係所生之債權。視為有前條所定之牽連關係（民法第九二九條）。
- 惡意占有人。負返還孳息之義務。其孳息如已消費。或因其過失而毀損。或怠於收取者。負償還其孳息價金之義務（民法第九五八條）。
- (49) 非婚生子女。其生父與生母結婚者。視為婚生子女（民法第一〇六四條）。

(50) 非婚生子女經生父認領者。視爲婚生子女。其經生父撫育者。視爲認領。

非婚生子女。與其生母之關係。視爲婚生子女。毋須認領（民法第一〇六五條）。

(51) 家置家長。

同家之人。除家長外，均爲家屬。

雖非親屬。而以永久共同生活爲目的同居一家者。視爲家屬（民法第一一三三條）。

(52) 繼承人得限定以因繼承所得之遺產。償還被繼承人之債務。

繼承人有數人。其中一人主張爲前項限定之繼承時。其他繼承人視爲同爲限定之繼承。

爲限定之繼承者。其對於被繼承人之權利義務。不因繼承而消滅（民法第一一五四條）

(53) 第一千一百七十八條所定期限內。有繼承人承認繼承時。遺產管理人。在繼承人承認繼承前所爲

之職務上行爲。視爲繼承人之代理（民法第一一八四條）。

(54) 繼承人或其他利害關係人。得定相當期限。請求受遺贈人於期限內爲承認遺贈與否之表示。期限屆

滿尙無表示者，視爲承認遺贈（民法第一二〇七條）。

(55) 遺囑執行人。有管理遺產並爲執行上必要行爲之職務。

遺囑執行人。因前項職務所爲之行爲。視爲繼承人之代理（民法第一二一五條）。

(56) 前後遺囑。有相抵觸者。其抵觸之部分。前遺囑視爲撤銷（民法第一二二〇條）。

(57) 遺囑人於爲遺囑後所爲之行爲。與遺囑有相抵觸者，其抵觸部分。遺囑視爲撤銷（民法第一二二一

條)。

(58) 遺囑人故意破毀或塗銷遺囑。或在遺囑上記明廢棄之意思者。其遺囑視為撤銷(民法第一二二二條)。

(59) 解散之公司在清算中。於清算範圍內。視為尚未解散(公司法第五二條)。

(60) 清算人應於清算完結後。十五日內造具決算報告書。送交各股東。請求其承認。如股東不於一個月內提出異議。即視為承認。但清算人有不正當之行爲時。不在此限(公司法第六六條)。

(61) 各項表冊經股東承認後。視為公司已解除董事及監察人之責任。但董事或監察人有不正當行爲者。不在此限(公司法第一六九條)。

(62) 清算完結時。清算人應於十五日內造具清算期內收支計算書損益計算表。連同各項簿冊。提交股東會。請求承認。

股東會得另選檢查人。檢查前項簿冊是否確當。

簿冊經股東承認後。視為公司已解除清算人之責任。但清算人有不正當之行爲者。不在此限(公司法第二一一條)。

(63) 就匯票金額之一部分所爲之背書。或將匯票金額分別轉讓於數人之背書。不生效力。背書附記條件者。其條件視為無記載(票據法第三三條)。

(64) 執票人應以背書之連續證明其權利。但背書中有空白背書時。其次之背書人。視為前空白背書之被

背書人。

塗銷之背書。關於背書之連續。視為無記載（票據法第三四條）。

(65) 承兌應在匯票正面記載承兌字樣。由付款人簽名。

付款人僅在票面簽名者。視為承兌（票據法第四〇條）。

(66) 付款人承兌時。經執票人之同意。得就匯票金額之一部分為之。但執票人應將事由通知其前手。

承兌附條件者。視為承兌之拒絕。但承兌人仍依所附條件負其責任。

執票人於獲一部分承兌後。對於未獲承兌之一部分。應作成拒絕證書證明之（票據法第四四條）。

(67) 保證未載明被保證人者。視為承兌人保證。其未經承兌者。視為為發票人保證。但得推知其為何人

保證者。不在此限（票據法第五七條）。

(68) 通知得用任何方法為之。但主張於第八十六條所定期限內曾為通知者。應負舉證之責。

付郵遞送之通知。如封面所記被通知人之住所無誤。視為已經通知（票據法第八八條）。

(69) 複本應記載同一文句。標明複本字樣。并編列號數。未經標明複本字樣。并號數者。視為獨立之匯

票（票據法等一一二條）。

(70) 以支票轉帳或為抵銷者。視為支票之支付（票據法第一二五條）。

(71) 除給養品外。凡於設備上及營業上必要之一切成分及屬具。皆視為船舶之一部（海商法第九條）。

(72) 屬於同次航海之優先債權。其位次依第二十七條各款之規定。一款中有數債權者。不分先後。比例

受償。

第二十七條第三款及第五款所列債權。如有二個以上屬於同一種類。其發生在後者。優先受償。因同一事變所生之債權。視爲同時發生之債權（海商法第三十條）。

(73) 委付經承諾或經判決爲有效後。自發生委付原因之日起。保險標的物即視爲保險人所有（海商法第一六八條）。

(74) 要保人或被保險人自接到貨物之日起。一個月內。不將貨物所受損害通知保險人或其他代理人時。視爲無損害（海商法第一七二條）。

(75) 保險契約。應以保險單或臨時保險書爲之。變更保險契約或恢復停止之契約效力時。保險人於接到通知後十五日內。不爲拒絕者。視爲承諾。前項規定不適用於人壽保險（保險法第七條）。

(76) 債務人聲請和解後。其無償行爲。不生效力。配偶間。直系親屬間。或同居親屬或家屬間。所成立之有償行爲。及債務人以低於市價一半之價格而處分其財產之行爲。均視爲無償行爲（破產法第一五條）。

(77) 左列各款爲財團費用。

- 一、因破產財團之管理。變價及分配所生之費用。
- 二、因破產債權人共同利益所需審判上之費用。

三、破產管理人之報酬。

破產人及其家屬之必要生活費及喪葬費。視為財產費用（破產法第九五條）。

(78) 附期限之破產債權未到期者。於破產宣告時。視為已到期（破產法第一〇〇條）。

(79) 破產債權人依調協或破產程序已受清償者。其債權未受清償之部分。請求權視為消滅。但破產人因犯詐欺破產罪而受刑之宣告者。不在此限（破產法第一四九條）

(80) 刑法上之確推定。有如第二百二十一條第二項規定「姦淫未滿十四歲之女子以強姦論」。第三百四十九條第三項規定「因贓物變得之財物以贓物論」。及第三條。第十三條第二項。第十五條第一項。第四十四條。第七十九條。均是之。（刑法）。

第二款 實體法上之假推定

(1) 受死亡宣告者。以判決內所確定死亡之時。推定其為死亡。

前項死亡之時。應為前條各項所定期間最後日終止之時。但有反證者。不在此限（民法第九條）。

(2) 二人以上同時遇難。不得證明其死亡之先後時。推定其為同時死亡（民法第十一條）。

(3) 年齡自出生之日起算。

出生之日無從確定時。推定其為七月一日出生。知其出生之月而不知其出生之日者。推定其為該月十五日出生（民法第一二四條）。

(4) 當事人互相表示意思一致者。無論其爲明示或默示。契約卽爲成立。

當事人對於必要之點。意思一致。而對於非必要之點。未經表示意思者。推定其契約爲成立。關於該非必要之點。當事人意思不一致時。法院應依其事件之性質定之（民法第一五三條）。

(5) 契約當事人約定其契約須用一定方式者。在該方式未完成前。推定其契約不成立（民法第一六六條）。

(6) 因故意或過失。不法侵害他人之權利者。負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法。加損害於他人者。亦同。

違反保護他人之法律者。推定其有過失（民法第一八四條）。

(7) 讓與債權時。該債權之擔保及其他從屬之權利。隨同移轉於受讓人。但與讓與人有不可分離之關係者。不在此限。

未支付之利息。推定其隨同原本移轉於受讓人（民法第二九五條）。

(8) 關於利息或其他定期給付。如債權人給與受領一期給付之證書。未爲他期之保留者。推定其以前各期之給付爲已清償。

如債權人給與受領原本之證書者。推定其利息亦已受領。

債權證書已返還者。推定其債之關係消滅（民法第三二五條）。

(9) 買受人對於由他地送到之物。主張有瑕疵。不願受領者。如出賣人於受領地無代理人。買受人有暫

爲保管之責。

前項情形，如買受人不即依相當方法證明其瑕疵之存在者。推定於受領時爲無瑕疵（民法第三五八條）。

(10) 標的物交付定有期限者。其期限。推定其爲價金交付之期限（民法第三七〇條）。

(11) 出版人有出數版之權者。其次版之報酬。及其他出版之條件。推定與前版相同（民法第五二三條）。

(12) 寄託物爲金錢時。推定受寄人無返還原物之義務。但須返還同一數額（民法第六〇三條）。

(13) 一定之事務。如約定應由合夥人全體或一部之過半數決定者。其有表決權之合夥人。無論其出資之多寡。推定每人僅有一表決權（民法第六七三條）。

(14) 終身定期金契約。關於期間有疑義時。推定其爲於債權人生存期內。按期給付。

契約所定之金額有疑義時。推定其爲每年應給付之金額（民法第七三一條）。

(15) 數人按其應有部分，對於一物有所有權者。爲共有人。

各共有人之應有部分不明者。推定其爲均等（民法第八一七條）。

(16) 占有人於占有物上。行使之權利。推定其適法有此權利（民法第九四三條）。

(17) 占有人推定其爲以所有之意思。善意和平及公然占有者。

經證明前後兩時。爲占有者。推定前後兩時之間。繼續占有（民法第九四四條）。

(18) 妻之受胎。係在婚姻關係存續中者。推定其所生子女。爲婚生子女。

前項推定。如夫能證明於受胎期間內未與妻同居者。得提起否認之訴。但應於知悉子女出生之日起。一年內爲之（民法第一〇六三條）。

(19) 票據經變造時。簽名在變造前者。依原有文義負責。簽名在變造後者。依變造文義負責。不能辨別前後時。推定簽名在變造前（票據法第十三條）。

(20) 表示匯票金額之貨幣，如爲付款地不通用者。得依付款日行市。用付款地通用之貨幣支付之。但有特約者。不在此限。

表示匯票金額之貨幣。如在發票地與付款地名同價異者。推定爲其付款地之貨幣（票據法第七二條）。

(21) 保險契約。得依委任或無委任爲他人之利益訂定之。

受益人有疑義時。推定要保人爲自己之利益而訂定（保險法第四條）。

(22) 要保人無須經保險人之同意。得指示以保險金額之全部或一部。給付其所指定之受益人一人或數人。

前項指示。推定其以受益人於請求保險金額時尙生存。爲有效之條件（保險法第六七條）。

(23) 保險金額。約定於被保險人死亡時。應給付於其所指定之受益人或其繼承人者。其金額不得視爲被保險人之遺產。

受益人對於保險金額。直接享有其權利。其受益之承諾。雖在被保險人死亡之後。仍溯及於訂約之日。享受權利（保險法第七〇條）。

(24) 債務人不能清償債務者。依本法所規定和解或破產程序。清理其債務。

債務人停止支付者。推定其為不能清償（破產法第一條）。

第三款 程序法上之確推定

(1) 休止訴訟程序問題

當事人兩造遲誤言辭辯論期日者。除別有規定外。視為休止訴訟程序。（民訴第一九一條）。

(2) 訴之變更或追加問題

被告于訴之變更或追加。無異議而為本案之言辭辯論者。視為同意變更或追加。（民訴第二五五條

第二項）

(3) 擬制自認問題

當事人對於他造主張之事實。于言辭辯論時。不爭執者。視同自認。為不知或不記憶之陳述者。應否視同自認。由法院審酌情形斷定之。（民訴第二八〇條）

第四款 程序法上之假推定

(1) 文書之真偽問題

文書依其程式。及意旨。得認作公文書者。推定其為真正。(民訴第三五五條第一項)

外國之公文書。其真偽。由法院審酌情形斷定之。但經駐在國之中華民國大使公使或領事證明者。

推定為真正。(民訴第三五六條) 私人文書。經本人或其代理人。簽名畫押蓋章。或按指印。或有法院或公證人之認證者。推定其為真正。(民訴第三五八條)

(2) 文書主張之正當問題

當事人無正當理由。不從提出文書之命者。法院得認他造關於該文書之主張為正當。(民訴第三四五條)

當事人對於法院。命其提出文書原本。而不提出。或不能提出者。法院得依其自由心證。斷定該文書繕本之證據力。(民訴第三五三條第二項)

文書之作成名義人。無正當理由。不從書寫之命者。法院得認他造關於該文書之主張為正當。(民訴第三六〇條第一第二項)

當事人因妨礙他造使用。故意將文書隱匿。毀壞。或致不堪使用者。法院得認他造關於該文書之主張為正當。(民訴第三六二條)

第五款 訴訟上之推定

推定之例。除於法律上已有明文規定者外。於審判事物中。亦有若干推定。在訴

訟進行中。得轉移雙方之證責者。茲特詳列於左。以便闡明推定與證責之密切關係。

第一項 遵循自然順序問題。

凡事物或其狀況。迭次措施。經常不變者。可推定其爲自然循序之結果也。主張反於此「自然推定事實」情事者。負舉證之責。

天 時
地 理
人 事

(一) 一年必有四季。循環不已。其氣候則春溫夏熱。秋爽冬寒。一日之間。又有晨曦夕陽之別。

(二) 東方與西方對立。南方與北方對立。又近赤道諸地。恆風雨較多。草木茂盛等。

(三) 長久禁食。必致餓死。又年老力衰。不易生育。更若人類之慾望與情感。大致相同等。

第二項 生死存續問題。

此謂一物生存於一定時間者。得推定其即可繼續其生命。或已歸死亡者也。詳說如左。

(一)生命存在之推定。法院得本訴狀情形。決定此生命證實之屬於何方。或藉所提供之證據。假推定其生命在該時間之存在。而以生命不存在之證實。移轉於對造。

(二)死亡推定。通常以十年(在英美法中以七年)不聞音信爲準。於此推定中。對於是或不在一管轄區域內。是否尙可得有音信。各法院皆無一定準度。然十年後而未得音信者。即可有此推定。其反對此推定之說者。應負舉證未曾死亡之責。但此推定。爲法律上之假推定。其範圍不及於其死亡之日。及死亡時之有無生出等情。但死亡宣告之期間。在法固不同也(民法第八九條)。

考羅馬法亦有數人約在同時遭難。而不能確定其先後者。卽作同時斃命之推定。大陸法系與英美法系各國民法均沿用其說。雖然。此係原則。尙有例外在焉。卽因發生財產上承續問題時。則其遭難之先後。推定其未適婚之子。較父先死。而已適婚之子。較父後死。又夫婦死於同時者。則推定其夫後死。法國民法對此例外。稍加以限制。而仍採用之。卽如凡夫婦年齡相等而同時遭難者。推定其妻爲先死也。

凡一般人之死於同一天災人禍。而無確定事實。足以決定其死亡之先後者。可以根據其體力。年齡。性別。歸列於左述之規則中。

- (一)年皆在十五歲下者。其最長或較長者。爲後死之人。
- (二)年皆在六十歲上者。其最幼或較幼者。爲後死之人。
- (三)年在十五歲下。六十歲上者。則在十五歲下者。爲後死之人。
- (四)年在十五歲下。六十歲上。及十五歲至六十歲間者。則後述年齡之人爲後死之人。

船舶行蹤

(五)年在十五歲上。六十歲下者。如有性別。則男性者爲後死之人。

(六)年在十五歲上。六十歲下者。如無性別。則最幼者爲後死之人。

(三)凡屬船隻。自出口後。經長久時間(可依風潮情形。行駛時間。及距離遠近衡定之)而無音信者。且船舶行蹤不明。已逾四個月者(海商法163 164)。得推定其已遇險。此種推定。於船隻保險時。尤爲切要。有種法庭。推定任一船隻。皆適於航海。故保險者。欲免賠償責任時。須負證明不適於航海之責任。有種法庭。於被保險人。既已提出請求賠償之訴。則彼應將其船隻之適於航海性。先行

保險責任

證實。爲被請求之最要部分。此二意義。各有其見地。要亦斟酌各案所具之特種情形。然後妥爲援引。方不失其平。

第三項 心神健全問題。

通常言之。凡人對於其任何行爲。均係知情者。故除特定之法規外。凡主張心神有恙。意思錯誤等情者。應負證明責任。

(一) 出立契據(普通)之人。在爭執方。面恆以立據人之精神失常。爲抵抗其效力之事實。但提出契據之人。祇負提出原契之義務。至於契據之真僞。立據人之精神失常等情。應由對抗人反證之。

(二) 原告提出之遺囑。普通皆承認其有證明立遺囑人心神無恙之責任。蓋無恙一點。爲遺囑存立之唯一要件。但法官於此關於證責之進行。具有不同之觀察。第一點若原告證明該遺囑之成立。經過法定方式者。則立遺囑人之心神(立遺囑時)可以推定爲無恙。以立遺囑人心神失常之證責。移於相對方。第二點若祇有提明該遺囑已經過一定之方式者。不足以建立此種推定。原告仍須用其他證據(非必重大者)證實「證題」該立遺囑人之心神無恙是。凡此二者。隨遇而定。是故。祇用

第一觀念。不得謂爲違法。若用第二觀念。亦可視爲補充第一觀念之失點（有時或竟有之）。不過有一變例。如「甲歿。遺田其子。乙將繼承焉。丙謂甲嘗囑畀之。乙曰甲疾篤時遺囑。直亂命耳。則丙應證其爲非亂命。不得利用此推定是也」。

第四項 過失問題。

此推定在英美法中。稱爲「與有過失」。爲效甚著。蓋此推定於無反證時。卽足使被害人（原告）敗訴也。吾國法制規定。倘被害人與有過失者。法院得減輕或免除加害者之責任（民法217）。依著者意。可分左列二項。

（甲）在有規則物件動作時。而發生損害者。則被害者。應受此推定之影響。

（乙）在無規則物件動作時。而發生損害者。則被害者。自不受此推定之影響。

蓋物件於有規則下爲動作。當有一定規則及例章。預示於人。使人人知所警備。或避免。且該動作之進行。在法自有循職而行之推定。故於損害發生時。在被告方面。卽可本循職作爲。或自不謹慎之任一推定。而予原告以反證之責。原告設不能證明自己已實施特殊注意。或證明被告於動作時。有越常規者。自受此任一推定之影響。而蒙敗訴之結果矣。此（甲）說之所由來也。

若夫物件在無規則下爲動作。則法律情形。迥不相同。蓋動作之無規定者。常人祇須負擔通常注意之義務。若干損害發生後。在被告(動作者)絕不能得「自不謹慎之推定」之利。蓋換言之。被告即應證明其環境上所需要之要素(消極的)。如速率。路規。區域。照會。天時。地理等。在在足以證明被告爲已實施注意而爲不可避免之結果後方可。此(乙)說之所由起也。

上列二說。著者采合中西學理。鑒衡社會實際情形。秉裁判公正定則而爲之詮釋。總之。此之推定。同時即爲裁判時之推論。全恃審判者。運得其當。初無一定之準則也。

寄託物損害
賠償責任之
推定

(一)無論何物。寄託於人。若有遺失或損傷時。受寄人之賠償與否。自以其是否怠於注意。及其所實施注意之程度如何爲定。在法寄託人。自有受寄人怠於注意之推定之利益。觀夫民法第五百九十一條第二項。及第五百九十三條之規定。卽爲怠於注意及實施注意程度之分別規定也。在寄託人。既得「怠於注意推定」之利益。則受寄人。欲免除其賠償責任時。自不得不依第五百九十一條第二項規定。負反證之責。他若民法第六百三十一條。及六百三十四條。運送業之規定。準

急死暴亡之
推定

此亦可推而明解之。

(二)急死暴亡。爲就死亡之發生急烈情形下者而言。茲分左列之三項推定。

(甲)被害人。若被火車類似物件所碾死。如無其他情形。足資反證外。得以被害人已實施適當之注意。爲有利於彼之推定。但應審察實質情形。對於「與有過失」之推定。亦適用之。

人壽保險上
之致死過失

(乙)人壽保險之要保人。除自殺及重大過失致死外。若死因混載於保單上。則於死亡後。誰負該驟然死亡性質之責任。依契約原理言。應由保險人證明其死亡爲列於不得賠償之列。在要保人。或被保人。在法自可有推定其死亡爲非故意或重大過失而死之利益(保險法第十二條第二項之規定卽是之)也。

(丙)若死亡之情形及原因。詳載保單上。則遇有死亡時。受益人應負該死亡爲非意料所及(偶然事實)之證責。蓋保險人所負責任。限於要保人所認定特種之死亡。在要保人即被保人方面(即受益人)。未有確切證明爲偶然死亡時。保險人自不負任何賠償之責任。但保單內有明文限制之者。不在此限。同時若爲履行人道上之義務。而致死亡者。則仍應由保險人負賠償責任。此中詳情。其證責方面

過失責任內
所有權及代
理權之推定

之移置。即推定之移交故也。閱保險法第十二條第一款及第十三條之規定。可知之矣。

(三)社會交通日繁。車輛肇禍之事日益多。請求賠償案件。亦因之而加煩。往往對於所有權及代理權上。發生爭執。而生左列之推定。

(甲)車輛上之名號。得以推定爲某某所有之物。他若簽條上之號碼。牛馬身上之火印等。皆有此同一之推定。

(乙)侵權行爲。爲受僱人所實施者。在被害人方面(原告)。祇須證明車輛之所有權。及受僱人于執行職務而爲者足矣。於法律上。無復擔負任何之證實(如實施注意等情)。將所有一切反證。盡歸於被告方面。設有已盡法定注意責任。(選任與監督)。而禍患仍不免發生者。僱用人不負賠償責任。但因保護被害人。法院就聲請仍得使爲相當之損害賠償。民法第一百八十八條之規定。於此亦詳述之。

上述二項。爲法律就所有權及代理權上之推定而生之衡平的裁奪。亦所以提高車主注意之標準。轉而影響社會交通之安全也。

第五項 消滅時效與給付問題。

(一)消滅時效之規定。均於民法第一百二十五條至一百二十七條內載明。例如請求權。因十五年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者。依其規定。再民法第一百四十四條。謂「時效完成後。債務人得拒絕給付」。觀此規定。凡一債權於十五年或法定較短期間內不為請求給付之訴者。債務人即不負清償之責任。換言之。即該債權已在法律上推定其為已行清償者矣。

給付憑證之占有

(二)給付收據。或債權憑據。為債務人所占有時。在法律上。即推定該債務已行清償。蓋收據為已給付之證物。而債權憑證之入於債務人手中。即可推定該債務已行清償。而債權人已返還債據於債務人者也。

第六項 所有權問題。

動產與不動產之占有

凡物之所有權。遇有爭議時。則現時占有人之占有狀態。即足以推定其即為該物之所有權人。抗爭者完全須負反證之責。應即提出先期之契約。或文書等類之證件。方可。

契據占有

契約票據等之持有人。遇有權利爭執時。一如上述情形。而尤以支票及憑票（卽期票）爲尤甚。蓋票據之持有。卽爲權利取得唯一憑證。法律所以給予此推定利益者。亦減免無端糾紛之故也。

第七項 婚姻問題。

同意推定

男女同居。社會上認定其已結婚者。則非特將其事實可作爲唯一證據。且可作爲已行正式結婚之推定。至於結婚儀式。乃視地而異。可置不問。此其一。若雙方同居之一方。於同居起始時。爲未成年人。不得成爲正式之結婚。逮後將此不利情形移去（年已長成）。仍繼續同居。在儀式無須之地方。此結婚同意。卽可推定之。此其二。在結婚儀式所需要之地方。自儀式之舉行。卽可推定其結婚爲合意。此其三。

效力推定

婚姻一方。同時曾爲昔日另一婚姻之當事人。則後者婚姻之效力。完全視前者婚姻（方後者婚姻舉行成立時）之是否已行解除。或該前者婚姻之本身是否根本有效爲斷。因此引起種種問題。有如中途死亡。離婚。或對方人（在第一婚姻）之無行爲能力時。然則於決定此第二婚姻之效力。對於前述種種。亦應推定其成立。

而以證明該問題不存在之證責。歸之於後者婚姻之對方人乎。是誠無定。若更以無罪推定。生命推定等原理加入。則情形將更複雜。不過。謂一定須對方人（即被告）提出反證（因有此假推定故）者。則非也。依著者意。此種證責。應歸於有受直接利益之當事人。簡言之。即請求確認或抗爭之當事人也。

第八項 男女貞操及生殖能力問題。

男女貞操得以推定之。爭執者須反證其不貞操之責任。又通常人人皆有延嗣之機能。惟女子在過五十歲之年齡後。得推定其不能生育。然亦有例外者。

第九項 人或物之同一問題。

人名之相同
物之同一

姓名皆同者。得推定爲同一之人。但須注意其職業之類別。身度之形態。所關區域之廣狹。經過時間之長短。是否足以歸納於此推定之可能。不然使證明非同一人之證責。歸之對方。他若物之名類名狀品質記號皆同。亦得斟酌情形。推定其爲同一之物。

第十項 文書問題。

文書上之推定爲例頗多。茲略分說如左。

電信投遞

簽字日期

委託書

公文印鑑

私文書合同

地契註冊

買賣契約

外國法

國際法

拒絕作證

(一) 信緘。電報。載有詳細住址姓名。付有充足郵電費用。或司法文件。依照送達規則而為郵遞者。核算其時間之長短。而推定其為已行接收或送達。

(二) 簽字日期。可從交付日期。及公文中所準定之日期推定之。但得反證。

(三) 代理人權限。經切實文書證明後。得推定代理人之行爲。即本人行爲。

(四) 公文來往文件上官印。與蓋印人之權限。可推定其為正確。

(五) 契約既稱成立。即可推定其必經過多次考慮者。

(六) 地契並未註冊。為人取得。而經註冊手續者。則註冊人所得的地契。在法自得推定其為出價買來者。

(七) 凡契約自買賣形式中作成者。得推定其非以欺詐行爲取得之者。

第十一項 外國法與國際法問題。

外國法與本國法。出於同系者。其學理得推定相同。

國際法之任一部分。施行於本國者。得推定為國內法所準用者。

第十二項 訴訟上隱毀證據問題。

(一) 凡藏有。或知悉證物之人。經法院命其提供作證而不願。且又無拒證之權利

者。得推定其披露。將不利於彼。

(二) 凡持有證物之人。應保存而不保存。或將其證物如賬簿記錄。無故捏飾。或毀滅其一分或全部者。得推定其據實提供。必不利於其人。

第十三項 刑事責任問題。

吾國刑事訴訟法。採用實體真實發見主義。故法院於審判時。對於犯罪事實。一應以職權調查其積極證據。不以被告之有無辯白爲首要。此其間。存有左列各種推定之原理在焉。

無辜推定

(一) 無辜之推定。乃爲保護人民非法的攻擊者。在刑事案中。指人有惡意及不法舉止者。其人應負舉證之責。絕無例外之可言。我國刑訴規定。法院於訊問被告後應調查證據。犯罪事實應依證據認定之。其立法意旨。卽就此推定而設者也。他如民事案中則不然。例如甲遺囑曰。若乙直至甲死之日。歷來不曾犯罪者。畀以千金。甲歿。其繼承人丙勿給乙。乙自謂不曾犯罪。訟丙於官。然則乙之曾否犯罪。乃此案獨一之主要爭點。乙應照常負其證責。證明其自至甲死之期。並無

犯罪之行爲。固不得利用此推定。而反須丙負證實其曾犯罪之責者也。（民事上權利主張與事實主張之證實。不得與刑事上罪行證實相混淆）。或曰無辜推定者。乃虛飾之辭。斯文之談耳。試就全部刑訴法觀之。自始至終。何一非側重於有罪之推定。而摻絕無辜之推定者。所謂保釋也。未言先具結也。當衆逮捕也。罪未定而先施拘禁也。在檢察言論未終止前強制被告之不得發言也。審詢時之強立於犯人地位也。凡上種種。何一而非爲有罪推定之表現。又何無辜推定之足云。不然法律又何所根據強制其發言。束縛其自由。保釋而具結。迫立於犯人地位耶。若猶言反證之未立也。在法應推定人人爲無辜者。實矛盾欺人之言。蓋人既推定有罪而以犯人目之矣。又何用其無辜之推定耶。言固然也。但亦未免言之過甚。而未審察立法之用意所在耳。原立法者之用意。在未有確切證明罪狀前。人人不得執而刑之。設既被人舉發矣。則被告之有罪無罪。尙在是非非之間。若證據確切。則犯人所經一切手續。自亦得其所當。若證據不確切。則犯人自可依法向舉發人追求其誣告之罪。不然。法律對於未證實罪狀之人。任之聽其自由。設在罪責既立後。方使被告受上述種種之手續。則法律將無實施之執行機會。貽害

惡意不得推定

防衛與不知情

社會。曷可勝言。况縱觀全法律中明文所規定者。在在對於犯人方面。尙有種種爲有利的載明耶。此非法律推定有罪之謂。乃司法行政中所應採之政策也。

(二)「惡意不得推定。應由主張惡意之人證明之」。大理院判例(四年上字二三三六號)。他若對於犯罪事實外表之一切行爲。有足以構成此惡意之推定者。在法規中各有明文規定(即犯罪行爲之律文)。或有作爲事實上之推論者。但終不使被告負反證之責也。

(三)在普通刑事案中。凡證明罪狀之責。皆委諸自訴原告或檢察官。是以無論其是否爲一特殊行爲。若在民事中爲正式恕免之原由者。在刑案中其責任亦仍歸諸自訴原告或檢察官。但一般法院。所采原則。各有不同。約可分爲下列四種。

(甲)凡對於恕免減輕之情節。被告須負證責。法院亦得審察情形定之。

(乙)被告有證明因正當防禦而作爲之責任。

(丙)被告無先證實其不知情之責。即舉告者有先證明被告知情之責。

(丁)其他各類之較小案件中。凡一般另舉新事實之抗辯。被告負舉證之責。

(四)凡占有竊物者於一般情形下。恆不易即認定其爲行竊之人。法律處於特種情

窩藏失物

形下。有推定其爲行竊之人。使彼負反證（證明其非行竊之人）之責。但法律之有此推定。亦應有三種先決條件。（1）占有來源。並未能證明其非由行竊而來者。（2）占有必須在最近短時期內者。（3）占有之人。必須確定者。有此三者。則被告方得爲原告藉推定而決定其卽爲行竊之人。如被告欲證明其爲非行竊者。須負提出其他有力反證之責也。

行爲能力

（五）行爲能力。於刑案中爲檢察官對於犯罪人所應舉證之一。但按吾國刑法。於相當情形下。有左列各項之推定（刑法第十八條）。

（甲）絕對無行爲能力。而不負刑事責任者。……未滿十四歲者。

（乙）相對無行爲能力。而相對負刑事責任者。……十四歲以上未滿十八歲者。

（丙）絕對有行爲能力。而絕對負刑事責任者。……十八歲以上者。

又刑法第十九條謂「心神喪失人之行爲不罰」。此節所云。雖被告得不罰推定之利。但於必要情形下。仍有保安處分之必要者也。

前述各項推定。非可一成而不變。有隨時代爲遞進。本區域而轉移者。讀者審思而推論之可也。

結
論

第四節 推定之效用

遞進推定

推定與證責。關係綦切。衡之於法律上之推定。則證責轉移尙有定準。若合之於審判上之推定。卽法官個人自由心證所得之事實上的推論。則未免易入於任意與武斷。故急應明揭準繩。以示限制。察諸英美法及大陸法。俱無明文限制。全恃法官個人之良知。及其司法之經驗。符於公平之原則。鑒於環境之需要。而爲推移者。足見對於此證責之鑒核。具有十分之注意。一面許法官量情推定。一面又叮嚀其義曰。「惟嚴。惟切。惟諧。蓋嚴則辭義精。切則不離正鵠。而諧則異途同歸」。夫如是。羣情乃翕。而負舉證責任者。庶可以無怨矣。

推定有時以矛盾稱。但嚴格言之。凡當事人兩造彼此推定所發生之證責。絕不能矛盾者也。蓋法律對於舉證責任。原有規定。絕不於同時而分擔於兩造當事人。其唯一結果。或因彼此之推定而爲證責轉移之標準。但欲停止法律上推定之效力。必須先有充足證據之提供。觀夫各種不同推定之引用。恆易發生難於解決之複雜狀態。但與其稱矛盾推定。不若稱以遞進之相對推定之爲愈。此種複雜狀態惟一觀決之方法。乃全藉舉證責任之確定在何方耳。至相對推定之意義。卽謂對造

當事人非僅提出證據。用以抵制此造當事人。必也進而提出其他事物。另行建立有利於彼之法律上的推定。則此舉證責任。方足以復行轉移於原告。此種情形。實少遇見(註二六)。

凡兩造當事人。援引意義相反。或性質不同之推定時。何者證明力較爲強固。頗滋疑義。茲將其應用時之順序前後。及證力大小。分別述之如左(三七)。

(一)特殊推定與普通推定 普通推定。爲通常吾人對於事物觀察所得之經驗也。而特殊推定。爲對於一特定事物之測驗。自應較勝於通常之推定。例如凡有潮汛之江河。推定其皆可行駛船舶。然某河面積極淺。則又可推定其不利於航行也。

(二)自然推定與偶然推定 自然推定。爲物理上之天然情形。亙古不變者。而偶然推定。爲吾人根據事物狀態所得之意測也。夫天然之情形。自較人爲事態爲可信耳。例如一體強力壯之蠻女。控其鄰居之白髮老叟以強姦罪。此種事實。頗難置信。盡人皆知。

(三)有效推定與無效推定 吾人所爲之事。通常均認其爲有意識者。故除一二特

殊事物外。凡人之行爲。皆推定其有相當之效力也。例如刑法規定對於公務員依法執行職務時。施強暴脅迫者。定有相當處罰。某甲茲加害一身穿制服之警察後。諱稱不知該人係公務員。此種否認。鮮有效果。法院應推定其行爲。乃對於公務員而實施者。

(四)無辜推定與有罪推定 與其殺無辜。寧失不經。此吾國經史上對於無辜人民之格言也。此種推定與各文明國法律上無罪推定之意旨極相吻合。蓋在犯罪事實未證明以前。通常均應認被告爲無罪者。不然人人自患。腹誹之謗。莫須有之罪。隨時可發生耳。

第五節 推定於法制史上之比較

法制史上之
推定

吾國舊律

吾國古昔斷獄。亦有以推定論罪諸說。御覽六百四十載有「甲父乙。與丙爭言相鬪。丙以俄刀刺乙。甲卽以杖擊丙。誤傷乙。甲當何論。或曰毆父也。當梟首。論曰臣愚以爲父子至親也。聞其鬥。莫不有怵慎之心。扶杖而救之。非所以欲詬父也。春秋之義。許止父病。進藥於其父而卒。君子原心。赦而不誅。甲非律所謂毆父。不當坐」(董仲舒決獄)。又唐律獄拷囚限滿不首篇亦謂。「諸拷囚限滿

而不首告。反拷告人。其被殺被盜及家人親屬告者。不反拷。拷滿不首。取保並放。違者以故失論」。上述二例雖同爲推定證據。然前者乃事實推定。而後者乃法律的推定。蓋略有區別也。

羅馬法制

嘗考羅馬法制史。法官於審判時。對於事實之分析。不厭求詳。其討論案情。大都就事實之本身價值。決定其真僞。而不單憑諸學理也。故與其謂羅馬人以學理斷獄。不如謂由案例而創說學理。斐斯克氏 (Fiscus) 曾謂「羅馬人首創判例法」。誠哉斯言。(註二八)。推判例數量。每與案件之增多成正比例。換言之。案件愈增。判例亦愈多。判例愈多。則事實之因果關係。亦愈爲明顯。是故法官審判時每有依前例定讞者。而推定學說。遂由此被認爲證明方法之一矣。羅馬優帝於紀元後六世紀 (吾國梁武帝時) 所編纂之國法大全內。曾述及推定學理。嗣後意大利法學家沿用其說。惟將推定之證明力分強固。薄弱。中庸等類。法國民法關於推定之說有曰。「推定乃結果也。其事實或爲法律上所規定者。或爲審判上。由已知事物。推測未知事物。而斷定者」(註二九)。德國法律解釋亦有「法律推定之事實。無舉證責任之說」(註三〇)。

大陸法制

英美法於推定學理。原亦濫觴於羅馬法。蕭規曹隨。互相沿擊。其說之最初見於判例者。爲紀元後一七四三年（約前清乾隆八年）之哀爾蘭一案（註三一）。惟關於推定之分爲法律上推定與事實上推定等類。學說紛紜。莫衷一是。

第二章 免證限度 註解

- (一) 郭著法官采證準繩上編三頁
- (二) *Manifesta non indigent probatione*
- (三) *Commonwealth v. Peckham* 2 Gray 514 (1854)
- (四) Thayer: *A Preliminary Treatise of Evidence*, p. 299
- (五) Aron's *Notes on Proof*, p. 48.
- (六) Engelmann: *History of Continental Civil Procedure*, § 123, 132, 135.
- (七) *Finn v. New England Telephone and Telegraph Co.* 101 Maine Report 279; *Wignmore on Evidence* Vol. 11 Sec. 1061.
- (八) *McKelvey on Evidence*, 3rd Ed. Chap. VIII.

- (九) Bentham on Evidence, 12 Ed. 656
- (一〇) Nehrman Proc. civ.
- (一一) 邵勳 民事訴訟法論 第一四七頁
- (一二) Esmein: History of Continental Criminal Procedure, p. 622.
- (一三) Wigmore: Principles of Judicial Proof, 2nd Ed. §222.
- (一四) Han Gross: Criminal Psychology
- (一五) 陳瑾昆 刑事訴訟法通義 三版一九六頁
- (一六) Jousse: "Common Tordorn de 1670, Lonet Lotter C.N. 34 Domat Le droit publice Book III"
- (一七) Esmein: History of Continental Procedure, Chap. I.
- (一八) Wigmore: Cases on Evidence, 2nd Ed. Hearsay Rule.
- (一九) Phillips on Evidence, Vol II 155.
- (二〇) Greenleaf on Evidence 16 Ed. §34.
- (二一) Presumption of Law and Presumption of Facts.
Conclusive Presumption and Reputable Presumption.
- (二二) Austin on Jurisprudence Vol 1507, 1873.

- (一一三) Assumption.
- (一一四) Fiction. Maine Ancient Law. Tontoulon Philosophy in the Development of Law.
- (一一五) *Evans's Pother Case of Papinion*
- (一一六) *Wignmore on Evidence Vol V Conflicting of Counter Presumption.*
- (一一七) *Best on Evidence 12 Ed. p. 290.*
- (一一八) *Fisk: The Law of Proof in Judicial Proceeding, p. 201.*
- (一一九) *French Civil Code §1349.*
- (一二〇) 左德敏 德國民訴法附錄第五一頁
- (一二一) *Annesley v. Anglesee, 17 St. Tr. 1130, 1430.*

第三章 證據調查

證據調查者。乃法院以發見證據內容爲目的之訴訟行爲也。法院認定事實。雖云惟憑證據。但證據之採用。必就其與所需證實之事項。有相當之證明力而後可。致證明力之強弱。非僅以該證據之形式與實質。是否完備爲斷。亦應視其對造證據之證明力強弱如何。互用比較。以資評定。是故凡審理事實之法院。對於當事人所提出之證據。未爲相當之調查。則心證之根據已失。其裁判必不能確信無誤也。此所以法律有明文規定「法院爲判決時。除斟酌全辯論意旨外。應調查證據之結果」(民訴二二二條)。又「訊問被告後。審判長應調查證據也」(刑訴二六七條)。

在民事訴訟簡易程序內。行調解時。法院應審究事件關係。及兩造爭議之所在。「於必要時。得調查證據」(民訴四一八條)。此係例外之規定也。

第一節 調查之權限

第一目 不必要之證據

當事人所聲明之多種證據。與訴訟案件有關係者。固應詳爲調查。惟依當事人所

不必要證據

聲明之意旨。與本案應證之事實。毫無繫屬者。或法院已得相當之心證者。則爲防止訴訟遲延計。法院自可將不必要之證據。不爲之調查也。蓋證據之取舍及應否調查。法院得於法定範圍內衡情酌定之（民訴一八六刑訴一七九）。然而「當事人所提出者。若係惟一證據。或於釋明事實有重大關係。或與他證據有互相發明之用者。仍應予以調查」（註一）。

第二目 必要證據之職權調查

必要證據

「法院不能依當事人聲明之證據而得心證。或因其他情形認爲必要時。得依職權調查證據」。此乃法律予法院依職權調查證據之權也（民訴一八八條）。民訴上調查證據之主義。爲各國所採用者有二。一爲聲明主義。即須經當事人聲明而後爲之也。一爲職權主義。即證據之蒐集。不僅爲當事人之責任。法院亦負相當之義務焉。本條爲民事訴訟法所新增者。乃民事訴訟不干涉主義之例外也。

調查證據。依辯論主義。原應本於當事人之聲明爲之。因期裁判合於真實。例外規定准予職權進行。以救其窮。適用時。當體會法律精神。仍以當事人聲明證據爲原則。行使闡明權。促其聲明。不得已時。方行之。

已舉證證據

第三目 已舉證證據之調查

國家法律之存在與否。法官依其職務有應知之責任。蓋此種法規可認為國內之顯著事實。無庸當事人更爲證明。惟左列諸項。如爲法院所不知者。當事人有舉證之責任。但法院得依職權調查之。惟當事人如不盡其舉證責任。且法院亦不爲調查而不採用爲裁判之基礎者。當事人不得指爲違法也（註二）

習 慣

（一）習慣 依通例言之。習慣爲一事實問題。是故當事人主張習慣。以爲攻擊或防禦方法者。除該習慣於當事人間。已無爭執。或係顯著事實。或於法院職權上已認知其事實外。應負舉證責任也。法院依職權調查時。亦須審查該習慣是否具備下開四種之條件。（1）法律無明文規定。（2）確定於一定期間內。就同一事項。反覆爲同一之行爲。（3）該地方之人。均共信爲有拘束其行爲之效力。（4）不違背公共秩序善良風俗。蓋凡不具備此條件者。不足稱爲合法習慣也。

地方法規

（二）地行法規 地方制定之法規。如自治團體制定之條例規則等。往往隨地而異。不能責法院盡皆知之。其爲法院所知者。固可依職權逕行適用。若爲法院所不知。則應使其主張適用有利益之當事人。負責證明之。

(二)外國之現行法 外國現行法規。亦非法院所能盡知。且依其職務。更無必知之責任。故法院不知其法規之存在時。而當事人主張適用之者。自應負證明之責也。惟法院認為爭疑時。亦得選任專家鑑定之。蓋外國法規之有無。其內容若何。亦可認為事實問題也。

第四目 釋明證據之即時調查

當事人就其事實上之有利於己之主張者。通常應證明之。但法律上規定僅為釋明已足者。自無庸證明使法院確信其證據為真實之程度也。是故吾國民事訴訟法謂「釋明事實上之主張者。得用可使法院確信其主張為真實之一切證據。但不能即時調查者。不在此限」。如以書證為釋明方法是。再聲請推事迴避者。應當場或三日內提出原由釋明之(民訴三四條)。若法院不能大概信其證據為真實。更須予以詳確之調查者。自不適用此釋明之規定也。

調查程序

第二節 調查之程序

第一日 實施調查之機關及人員

第一款 國內之調查

(一) 受訴法院 調查證據依直接審理及自由心證之原則而言。通常應於受訴法院行之。否則法官對於證據。不能有直接之認識也。若受訴法院不能或不便於言詞辯論期日調查者。得於適當時。使庭員一人爲受命推事或囑託他法院之推事調查證據(民法二九〇條)。此乃使人民得減輕訟累也。所謂適當時者。係概括之規定。不採用列舉主義。以期便於適用(註三)。

(二) 受命推事或受託推事 受命推事或受託推事調查證據時。通常以受訴法院調查證據之規定爲其法則。如受訴法院內之調查證據不公開者。受命推事或受託推事調查時。亦不公開之。又如於調查證據時。倘當事人間發生爭執。受命推事或受託推事得按照訴訟法上之規定審理之。

惟「囑託他法院推事調查證據者。審判長應告知當事人。如於受託推事調查證據之期日到場。應即赴該法院所在地。指定應受送達之處所。或委任住居該地之人爲訴訟代理人。陳報受囑託之法院」。否則如必須傳喚當事人到場。恐有妨礙訴訟之進行也。至「受託推事調查證據之期日。僅傳喚已爲陳報之當事人或訴訟代理人」。此係必然之程序也。如當事人不爲陳報者。受託推事於調查證據期日。

毋庸再傳喚之（民訟一九一條）。

又「受託推事如知應由他法院調查證據者。得代爲囑託該法院」。不然。若必使原受訴法院。更爲囑託之程序。則非惟徒增無益之費用及勞力。抑且致訴訟延滯不進。甚或有發生重要證據毀滅之虞。惟受託推事於轉託後。應將其情形「通知於受訴法院及當事人使知準備或屆期到案」也（民訟一九一條）。

（二）公署學校商會交易所或其他團體 吾國幅員廣大。各地法院尙未普遍設置。調查證據。殊多不便。故法律又予規定「法院得囑託公署學校交易所或其他相當之團體爲必要之調查」（民訟二八九）。所以便法院實施證據調查之程序也。

第二款 國外之調查

（一）本國駐在外國之大使公使或領事 凡證據之存在外國者。則法院可囑託本國駐外之外交官或商務官調查之。蓋非如此。必感極大困難也。

（二）外國管轄官署 凡囑託外國官署調查證據者。須根據國際條約中之規定爲之。學者稱曰法律上之共助。於「外國官署調查證據。雖違背該國法律。如於本國之法律無違背者仍有效力」（民訟一九五條）。蓋採用訴訟地法之原則也。惟於外

國調查證據。對於外國法上之程序不違背。而於本國法違背者。或其證據調查之程序於外國法及本國法均為違背。可否仍採用之。不無疑義。學者有稱法院亦得以自由心證決定之（註四），

第二目 實施調查之期間

第一款 言詞辯論期日之調查

當事人對於證據。有所聲明。應於言詞辯論時。以言詞表明其所用之證據。求為調查。蓋法院調查證據。通常於言詞辯論期日行之也（民訴二〇九條）

第二款 言詞辯論期日前之聲明

法院為便於調查證據之準備。應許當事人可於言詞辯論期日前。為證據之聲明使裁判時。所有證據得迅速終結。以免訴訟之遲延。此所以法律新規定「聲明證據於言詞辯論期日前。亦得為之」（民訴二八五條）。及「當事人或辯護人得於審判期日前。提出證據及聲請法院為前條之處分」（刑訴二五四）。至刑訴案件中。法院以職權調查之情事。得於審判期日前。先為準備提調。更不待言。

第三款 特定期日之調查

期前調查

期日調查

證據調查。應預定調查時期。然若證人所在不分明。或證人在外國。則調查時期即不能預定。訴訟不免有延遲之虞。故如當事人無重大過失或惡意纏訟。法院得依聲請定其期間。但經限期滿後而方提出證據且可不致延滯訴訟之進行者。（如在辯論終結前傳到證人）。法院仍應爲調查也（民訴二八七條）。

第三目 實施調查之處所

調查證據。通常由受訴法院。在管轄區域內行之。但於必要時。如證人垂死。或如應履勘之土地跨連兩法院之管轄區域者。受訴法院受命推事或受託推事。亦得在管轄區域外之本國領域內調查證據。若於非必要時。得依「法律上之協助」囑託有管轄權之法院代爲調查也（法院組織法八四條）。

至在外國調查證據者。則除囑託該國管轄官署。或駐在該國之中華民國外交官（如大使或公使）。或商務官（如領事）等代爲調查外。不得自行職權調查證據。固不待言。

第四目 實施調查之筆錄

調查證據於言詞辯論時爲之者。則言詞辯論之紀載。即爲其筆錄。無庸另作筆錄

也。言詞辯論前調查證據者。則無論由受訴法院爲之。或受託推事爲之。法院之書記官應作調查之筆錄。且受託推事之調查證據筆錄。應送交受訴法院。以便裁判時採用（民訴二九四條）。

又筆錄之如何製作。準用言詞辯論時關於筆錄應有之各項規定（民訴二一二條二一三條又二一五條至二一九條。刑訴四四條至五五條）。惟此項筆錄之效力。不得拘束法院之裁判。故前大理院解釋謂「審判衙門不受檢察廳筆錄之拘束。第二審衙門不受第一審訊問筆錄之拘束也」（大解字四九四號）。

第五目 實施調查時當事人之到場

調查證據時。應令當事人到場。使其直接得知調查證據之結果而利用之。然而當事人之一造或兩造不到場時。除因其不到場不能調查者外。法院亦得依職權調查之。以防訴訟之延滯及證人等之拖累也（民訴二九六條）。

第三節 實施結果之辯論

法院調查證據後。對於該證據之調查結果。應曉諭當事人令爲辯論。蓋證據非使當事人得認識利用其機會者。不能供裁判之採用也。其在受訴法院以職權調查之

證據。亦猶是也。（民訴二九七條）。惟刑訴案件卷宗內之有罪證據。法院應將要旨告知被告（刑訴二七一至二七二條）。且調查證據完畢後。原被告均依次有辯論之機會也（刑訴二八二條）。

至於受訴法院外調查證據者。爲適合直接審理及言詞審理之故。當事人應於言詞辯論時。陳述其調查之結果。惟當事人之兩造。均採用此證據時。何方應負陳述之責。可依兩造當事人之協議。或視證責之屬於何方。而後決定之。通常由舉證人。或就其結果有利益之當事人爲之。當事人陳述調查證據之結果。按之筆錄。如有乖誤脫落。審判長或獨任推事。應令其更正或補充之（民訴一九九）。如認爲適當時。除得自行朗讀外。亦得令庭員或書記官朗讀調查證據筆錄代之。以便節省時間。而使訴訟速完結（民訴二九七條）。若先行言詞辯論而後調查證據者。則非正當程序。蓋大理院判例謂「證據調查之結果。應使當事人得就此爲言詞辯論。故於言詞辯論終結後。始行調查證據。卽爲判決者。顯非合法」（註五）

第三章 註解

（一）大理院判例三年上字五五一號

-
- (二) 石志泉 民事訴訟條例釋義第九一頁
 - (三) 立法院 民事訴訟法修正案要旨第二〇條
 - (四) 松岡義正 民事證據論第四章四節
 - (五) 大理院判例四年上字三一二號

第二編 證之方法

訴訟上之證責。免證。及證據調查諸問題。既經決定。則當事人宜提供證料。向法院求取案情確信之準備。此種程式。普通稱爲證據之方法。然細察其內容。實係各種證明之資料也。或謂與其稱爲證據之方法。無寧稱曰證明之方法。或證之方法。使名實較相符合。

證之方法有廣狹二義。前者指審判中所應斟酌之一切材料。故包含爲裁判基礎之全辯論意旨。後者祇認審判中被利用之材料而言。故辯論意旨不屬矣。

學者通常於證料之分類。不一其說。法儒邊沁氏(Bentham)將各項證據分爲九種。(1)即時證與報告證。(2)物證與人證。(3)自由證與強制證。(4)誓證言詞證與文書證。(5)口頭證與誓書證。(6)直接證與情狀證。(7)普通證與權且證。(8)約定證與非約定證。(9)原證與傳聞證(註一)。

大陸法系訴訟法。如德日等。則分爲(1)人證。(2)鑑定。(3)書證。(4)勘驗。(5)宣誓。(6)受訊問之當事人等。

英美法上關於證據之分類。亦不一致。美國魏格模氏 (Wigmore) 則分之爲三大類。曰(1)實證。(2)情狀證。(3)言詞證。而英國柏韋爾氏 (Powell) 則分爲(1)口頭證。(2)書文證。(3)實證是也(註二)。

吾國民事訴訟法以人證之適用最廣。故首先列之。鑑定因依證人之規定居多。故列於人證之後。書證因以鑑定之觀念爲前提。故居鑑定之後。勘驗則尤以鑑定及書證爲前題。故列於末位。刑事訴訟法則祇分證人鑑定人及勘驗。

本編就吾國訴訟法上之分類。參以各種學說。分爲(1)人證。(2)鑑定。(3)書證。(4)勘驗。(5)情狀證。五類依次討論之。

第一章 人證

人證

凡法院或當事人提出訴訟關係以外之第三人。報告其從實驗所知之過去具體事實。以證明待審案中所係爭之事實者。此種證據之調查。謂之人證。此報告事實之第三人。通常稱曰證人。其所認識之事實報告。謂之證言。所稱過去事實。指成立於證言以前之事實。不問其訴訟關係發生之在前或在後也。又從事實驗。指已經證人經驗之事實而言。

第一節 證人之意義

證人之意義

證人者。通常指訴訟關係以外之第三人也。故訴訟當事人。及其現在法律上之代理人。均非證人。至訴訟當事人已脫離訴訟者。與諸參加人。訴訟代理人。輔佐人。均得爲證人。

又證人者。係依據法院之命令。報告實驗結果之第三人。故仲裁事件上之證人。非此處所謂之證人也。

法人非證人

證人爲自然人。法人及其他團體可否爲證人。不無疑義。按言詞審理之意旨言。爲證人者。應面述其所證之事實於法院。法人既無認識力。又不能自作報告。焉

得在法院詳述一事實之經過。故與其以法人作證。不如以法人之代表人作證。較為妥當。

第二節 證人之性質

證人所經過之具體事實。有依其五官作用而認識者。稱曰外部實驗。有依其內心作用而獲得者。謂之內部實驗。如感覺意見等是也。採法官自由心證之說者。認為法官得向證人訊問其關於內外部之實驗結果。惟採揀證主義者。對於證人內部之報告。不得採納之作爲裁判之基礎。

證人對於待審中係爭之具體事實。或爲其直接經驗者。或得之傳聞者（另詳聞述證）。依法官自由心證論。均得採作證料。惟依揀證主義言。通常祇有證人所直接經驗之事實報告。方得採用之。

至凡案情發生在場之第三人。不問其係偶然在場。或預先約定者。均得爲證人。證人既係對於法院陳述其自己關於一待審案件經過之具體事實。故與鑑定人不同。蓋鑑定人非以自己實驗之經過。而爲就其特別經驗與知識。報告意見之第三人。鑑定人可由他人代之。證人則非本人陳述不可。

第三節 證人之資格

第一目 資格之類別

證人之資格

證人經法院傳訊後。是否不問其資格如何。即可作證。抑係另有其他限制。學說不一。茲特分述之如次。

種族籍貫

世界各國。貿易來往。日趨煩雜。內外國人之交相接觸者甚多。處此混雜狀態中。得失利害。在所不免。而目睹接近者。亦未必定爲同族之人。是故往往有由甲國人證明乙國人之行爲者。或數國人證明一國人之行爲者。卽訴訟當事人。亦有處兩國籍以上者。若以國籍不同。加以歧視。或謂異種人不得爲本國人民作人證。此則殊失其當。且於真情之探得。亦非易易也。然則以種族之不同。遂於人證間。有所取舍者。處今之世。已不復可採矣。雖然。證人或激於民族觀念。而於作證時。難免不有所偏袒。故法官於審問時。宜注意耳。

年齡

年齡大小。有關發育充足與否。卽對於一切事務識別記憶力之爲強爲弱。示其準度者也。吾國民法以滿二十歲爲成年。則先於二十歲者。皆爲未成年人。其智慧上之發展。不能以一概論。應就環境不同。本於心理上研究。由法院自由心證推

斷之。漢格羅史 (Han Cross) 氏對於證人年齡。稱曰「無論男女。在七歲至十歲間。其心理上思想上之感應。有如鏡面。直者直之。曲者曲之。絕少參加個人意志於其間者。蓋斯時之行爲。最爲天真。偶或陷入歧途。稍經輕責後。即將事之本末。盡爲吐出。無復狡辯飾非者。尤以十二至十四五歲間青年學子爲最真誠。既成年後。則環境各別。其言辭亦因之而異。凡具有純正道德人士。及養育較爲優良之婦女所爲之言辭。較爲可靠。凡年老力衰者。每涉於恕宥宗教方面。其所爲陳述。恆帶有回憶的隱痛之心理。且其記憶力。與年齡少壯者各別。以其善於記憶久遠事。而健忘於初過情景也。簡言之。未成年人具有天真性者。爲最善之人證。年老者應使之證爲時久遠之事物。較善於證初過之事件。壯年者最爲難處。應以其環境。事之性質。及平日言行。爲之綜斷方可」(註三)

吾國民事訴訟法謂。「未滿十六歲人……爲證人。而詢問之者。不得令其具結」。揣其立意。並非禁止十六歲少年不得爲證人。惟於具結方式。不使其負責耳。其爲證人也。亦爲法所准許。特其證言之宜否採擇。是在法官之心證也矣。

男女一律平等。早已明載典章。證人之性別問題。當無討論必要。惟其證言之采

納方面。因男女心理上影響不同。不無研究之價值。就識別方面而論。女子善用本能。常就事之本身而爲陳述。其利害關係未之詳審。故其觀念殊較男子可恃。惟女子對於事物。通常知其然。而不甚研究其所以然（註四）。至決斷方面。男子以理性爲軌範。女子以情感爲經緯。故對於理智方面。往往不能有深切之認識。又言行方面。女子恆於不知不覺中。得有穎慧之表示。但一經詰問。卽變爲毫無主張。且其所爲陳述。每不願以全真面目示人。此其大概也。

昔時歐美各國。證人作證時。必強令對天或上帝宣誓。設證人無宗教信仰。則宣誓之效果等於具文。又倘證人所信之宗教與審判地法院之宗教不同。則其誓言亦非可信。職是之故。法律嚴定凡證人無宗教信仰者。或其宗教信仰與審判地法院所奉信之宗教相異者。均褫奪其爲證人之資格。然近年來。科學昌明。神道設教之說。均予廢止。故宣誓意旨。亦由宗教上之限制。改爲天良上之制裁。凡證人對於「是非」觀念。能有明白認識者。法律上均予以有作證之資格。吾國訴訟法上證人作證。並無宗教信仰之限制。

證人之心神不健全者。法院於其作證時。固應免除其具結。使不負刑事責任。然

其證料之可否採取。自屬另一問題。法律既無明文規定。故法院於採證時應先注意該證人於作證時之精神狀態。及其得悉事物時之認識力。嚴爲調查。而後決定其證力之強弱。蓋患精神病者。於其心神清醒時與常人初無二致。且於或種事實。較常人所受之印像。更爲明晰(註五)。

至心神錯亂之病態。通常約有三種。(1)對己者。(2)由己及人者。(3)由人及己者。患第一二兩種者。祇害及自己。然患第三種者則人盡受害焉。蓋病人因誤認環境之惡劣。每思報復之。其結果則他人均受其累矣(註六)。

證人性格有善良與惡劣之分。通常證人之證言。可否採取。並不以其性格之善惡爲斷。然證人性格不良者。其證言難免遭人懷疑。法院於採證時。似宜稍加甄別。尤宜注意其認識力之是否健全。倘證人前爲惡徒罪犯。現已改惡從善。且其爲證人時。確係自願。并非受人利用。對於事物之認識。又係親人目覩者。則其證言。未始不可採作證料也。一言以蔽之。吾人應審研者。證言之真僞也。非證人性格之善惡也。

吾人試於日常生活之種種情感。一加審察。則知情感往往於不知不覺中。影響於

吾人之理智。是故證人之陳說。涉及有利害關係之親友者。則其偏袒之危險性。勢所難免（註七）。雖然。法律通常亦不禁止有關係之證人作證。惟對其不作證時。不強制其陳述。故證人每遇當事人之一造爲親屬時。法律許其「得拒絕證言」。倘該證人不迴避陳述時。則法院不得不先審查其言證之是否確實。然後決定應否採取也。

第四節 證人之拒卻

證人到法院作證時。聲請傳喚之他造當事人。可否因證人有特種消極資格而拒絕其作證。或因證人與當事人有特殊利害關係而聲請其迴避。學者對此議論不一。或謂法院既以自由心證判斷證據之價值。則不當杜絕其證言。或謂證人若爲社會上擯棄之人。則不如不令其作證之爲愈也。古來寺院法。規定證人得被排斥者。種種甚多。如未滿十四歲男子。未滿十二歲女子。盲人或聾啞。奴隸罪犯及異教徒等。均不得作證。惟近世立法例。多數採用前說（註八）。

第五節 證人之作證

凡服從中國司法權之人。於證人能力無關礙之範圍內。對於他人之訴訟。皆有服

從法院命令作證之義務。此爲公法上之義務。對於國家而存在。非對於當事人而發生者也。

作證之內容

第一目 作證之內容

第一款 到案

第一項 到案之意義

到案

證人作證。乃對於法院負有公法上之義務。遇法院傳訊時。證人應依其傳票上所指定之日期時間處所到案。且在待審期日終了前。非經審判長之許可。不得離去訊問處所(民訴三二六)。惟證人已到案。且依法定程序業經訊問。並無疑義者。法院亦不得再行傳喚。強令二次到案(刑訴一八二)。

不到案之處罰

證人經合法傳喚。無正當理由而不到者。民訴法規定。法院得科以五十元以下之罰鍰。證人已受前項裁定。仍不遵傳到場者。法院除得再科百元以下之罰鍰外。且得拘提之(民訴三〇三)。又刑事訴訟法規定。證人經合法傳喚。無正當理由而不到場者。法院得以五十元以下之罰鍰。並得拘提之。再提不到者亦同(刑訴一六五)。

希臘法制史上之到案規定

罰鍰係秩序罰性質。應製作裁定。如有不服。得聲明抗告。至不到案之正當理由。通常指天災及其他不可抗力。以及誤傳等事是也。

關於證人作證。應親自到案。各國律定原則。大致相同。即如古希臘國。審理案件時。證人亦須親自到案宣誓陳述。倘因正當理由不能到場時。須於審案前。將其言證密封蓋印。在受命推事前親自面呈。俾將副本送達訴訟兩造。以備於審理時提出辯論（註九）。由是以觀。證人作證。務須親自到案陳述。乃證據法上之一原則也。

英美法制

英美法以證人被傳而不到案者。認為藐視法庭。處罰甚嚴。

第二項 到案之免除

到案免除

證人除有正當理由得不到案之外。尚有到案免除之情形。得完全免除到案或不到案。而由法院另指就近之處所訊問之。茲特分別述之如次。

第一 完全無庸到案者。

絕對免除

證人有左列情形者得完全免除到案。

免證之人

（一）在公法上得免除作證之義務者。例如享有治外法權（正常）或領事裁判權（特

拒證之人

殊)之人等。若外交官等。

(二)在訴訟法上得拒絕證言之證人。於訊問日期以書狀或言詞釋明其拒證之原因者。例如父子互為證人等。

第二 在證人之所在地待訊者。

證人有左列情形。得在其本人或官署所在地待訊。因其職務重要。不能遠離也。

(一)(1)國家元首。(2)中央各院部會長官。(3)地方最高行政長官為證人者。應於其公署所在地訊問之。如駐在他處時。於其所駐地訊問之。

(二)在事實上礙難到場之(1)現役軍人或軍屬。(2)在監所人。惟前項證人不到場時。該長官應通知其事由於法院。

第三 由受命推事或受託推事隨時隨地訊問者。

證人有左列諸情形者。得於受訴法院。免除到案。惟其待訊之方法。由受命或受託法院。按其情形輕重。令行使審判權限之人。分別舉行。

(一)因須查明真相。有當場訊問證人之必要者。例如確定境界之訴。必須證人前往指明。

普通證人

相對免除
政府長官

(二)於受訴法院訊問證人。有重大之障礙者。例如證人陳述之報告。須查閱賬簿。而該項賬簿冊數。極爲浩繁。如必令其到案。既無實益。且多不便。

(三)證人不能到受訴法院者。例如證人衰老患病。而有繼續性者。此所以減輕訟累也。

(四)證人若到受訴法院。須多費時間及費用者。例如證人路途遙遠。而得於受命或受託推事前待訊之。

第二款 具結

第一項 具結之意義

證人於陳述時。應確切保證其言述均係真實無僞。具結意義。於吾國訴訟法上。含有二種解說。一係向法院擔保其證言之真實。一係示證言虛僞者必構成僞證之罪責。審判長於證人到案陳述時。應命其具結。在未具結之前。應告以具結之義務。及僞證之處罰。如證人應否具結有疑義者。得於訊問後行之（民訴三一二刑訴一七五）。蓋前者爲具結之通則。而後者爲具結之特則。

具結之方式如何。吾國訴訟法中。未有詳細規定。通常由法院命書記官朗誦具結

具結方式

文。且於必要時說明其意義。具結文內應記明爲真實之陳述。無匿飾增減等語。具結文內應命證人署名或按指印(民訴三二二刑訴一七四)。倘證人有數人時。應命其各別具結。

不具結之處罰

至證人無正當理由而不具結者。法院得科以五十元以下罰鍰。但證人對於前項裁定。得提起抗告(民訴三二五刑訴一八〇)。

吾國及歐
法史上之
宣誓觀念

吾國古代訴訟法亦有宣誓制度。如周禮秋官司盟云「有獄訴者則使之盟詛」。蓋古代人民。信賴神權。中外一致也。

考歐美諸國關於具結制度。採用法定證據主義中之宣誓式。含有宗教性質。即證人須向上帝作誓。擔保其證言之真實無僞。其儀式則於設誓時。或舉起右手。或以一手按在聖經上。口中朗誦特定誓言。古時更有所謂宣誓輔佐人者。其目的專爲證明訴訟人確係一誠實君子。其誓言必無虛僞。故於訴訟人宣誓時。此種宣誓輔佐人。亦照例陪同宣誓。初不問其對於案情之事實有無認識也。

第二項 具結之免除

具結手續。原係附屬於陳述之義務。故證人無庸陳述時。則具結亦隨之免除。倘

證人陳述而不具結。其證言是否可採用。學者主張不一。英美法規定未具結之證言。法院不得採作審判之基礎。大陸法則謂其證明力。應由法院以自由心證認定之。查我國最高法院二〇年上字第二四九〇號判例。謂「法院採用證言。應命證人到場。以言辭陳述所知事實。或並須於訊問前。命其具結。始能就所爲證言。斟酌其能否採用。若證人僅提出書面。并未經法院訊問者。自不得採爲合法之憑證」。自又同英非法制之規定。至於證人年齡未滿十六歲者。其供述祇可作爲事實參攷。不能認爲判決唯一依據。茲將證人具結免除之情形分述如左。

絕對免除

未滿十六歲者

第一 絕對之免除。

(一)未滿十六歲者 訴訟通例。凡年幼者知能尙未發達。不解具結之意義。故不得令其具結。然是否應以十六歲爲標準。不無疑義。苟立法意旨。以爲年幼者無行爲能力。且恐其具結後負僞證之罪。則其原則。與刑事法規上責任年齡。民事法規上成年人行爲能力。不盡相符。蓋吾國刑法(一八條)祇限於未滿十四歲之行爲不罰。又吾國刑法對於未滿十八歲人之行爲。得減輕其刑。倘立法意旨。因此規定而免除其具結者。則何以刑法規定八十歲人之行爲。同樣得減輕其刑。而訴

訟法上無免除具結之明文。民法第十二條規定以滿二十歲爲成年。第十三條以未滿七歲之未成年人無行爲能力。滿七歲以上之未成年人有限制行爲能力。其所舉各年齡。與訴訟法上十六歲之規定亦不相符。則此「未滿十六歲不得命其具結」之年令限制。實際上祇應用於十四歲至十六歲之一般證人矣。（民訴三二四刑訴一七三一刑一八）。

英美法制上
之幼童證

英美法制。證人到庭作證。均應宣誓。其格式隨證人之宗教信仰而定。孩童作證。通常不命其宣誓。但其知識力已能了解事實之有無。分別行爲之善惡者。法院亦得採用其證言。法律上並無幾歲以下之幼童。不得作證之規定。

精神障礙

（二）因精神障礙不解具結之意義及效果者 夫證人而患精神病。則其證言必難置信。烏可令其具結。但於得知待證事實時。其精神甚爲清楚。而在法院作證時。其精神亦無障礙者。則雖於該待證事實發生之前後。偶或患有精神障礙。於審理本案時。仍得命其具結（民訴三二四刑訴一七三二）。

刑事關係

（三）與本案刑事有關係者 證人與本案刑事有關者。其到庭作證時。必將對於自己不利之事實諱言隱飾。倘因此而更觸犯刑章。未免戾乎人情。故法院於下列諸

人與本案有關係嫌疑者。不得命其具結。(1)共犯。(2)藏匿犯人罪。(3)湮滅證據罪。(4)偽證罪。(5)贓物罪。(刑訴一七三〇)。

(四)與刑與被告或自訴人有親屬關係者 按吾國數千年來之禮教。對於親屬間遇有犯罪者。均互爲容隱。故孔子有「子爲父隱父爲子隱」之論。孟子有「瞽瞍殺人。舜竊負而逃之」之說。夫法律之效用。於人情之適合與否。莫不互有關係。證人既於法院不拒絕作證。法院似不宜強令其具結也。雖其親屬關係業已消除。證人仍得拒絕具結(刑訴一六七1。親屬指五親等內之血親三親等內之姻親。或家長家屬者。)

未婚配偶

證人爲被告或自訴人之未婚配偶者。亦得拒絕作證。蓋未婚之配偶雖不得稱爲夫婦。然其婚約業已訂定。男女之一造。對於他造法律上已有相當拘束。故上述諸人作證。不得命其具結。於法理人情。允稱恰當。(刑訴一六七II)。

法定代理人

(五)爲刑事被告或自訴人之法定代理人者 刑事自訴人或被告。以其法定代理人爲證人。不論現時或曾爲之法定代理人。或現由或曾由被告或自訴人爲其法定代理人者。在學理上。其關係與上述者相同。故法院對於上述不拒絕證言之人。亦

不得令其具結也。(刑訴一六七III)。

同居人或受僱人
(六)爲刑事被告或自訴人之受僱人或同居人者 在刑事採取證言時。亦不得令其具結。(刑訴法一七二五)。

本項不得責令具結之規定。除(一)(二)關於民事部分外。餘均於刑事偵查中。得不令其具結。(刑訴法一七三第二項)。

相對免除

第二 相對之免除。

尙有證人。並非無具結之能力。惟法院得不令其具結。因其與當事人有利害關係也。故應否具結。法文規定「得」字。予法院以隨時斟酌之權。與前項法文明定「不得」令其具結者有別(民訴三二四II刑訴一七三第二項)。

親屬關係
(一)與民訴當事人有親屬或監護關係者 證人到庭作證。既係公法所規定人民對於國家之義務。凡遇法庭傳證。除特種情形外。必遵傳蒞庭作證。倘所述事實。有關其親屬利害者。則該證人所處境地。實屬左右爲難。述矣哉。親屬恩義。或因此而離絕。隱矣哉。國法刑罰。卽由是而觸犯。故法律爲顧全人情起見。有「得不令其具結」之規定。

受僱人或同居人

至親屬與監護關係之範圍。不外下列二種。(1)證人爲當事人之配偶(前配偶未婚配偶均同)。四親等內之血親。或三親等內之姻親。或曾有此親屬關係者。(2)證人所爲證言。於其本人或與其有前種關係。或有監護關係之人足生財產上直接損害。或致受刑事上訴追或蒙恥辱者。其在親屬關係或監護關係消滅後亦同。(民訴法三〇七123)。

雖然。苟證人自己不拒絕證言。則法律無庸免除其具結也。蓋通常言之。具結之證言。較未具結之證言。其供述更爲鄭重正確也。

(二)與民訴當事人有受僱或同居之關係者 受僱人對於僱傭人之事。有應守秘密不可向外人道者。苟強令其陳述。則該項證言。恐難正確。若因此而干犯刑章。未免情有可憐。故不如由法院斟酌情形。不令其具結之爲愈也。當事人之同居人爲證人者。法院亦得不令其具結。所謂同居指營業共同生活者而言。不問其係親屬故舊。悉在其內。倘僅同屋居住。而各自獨立者。非本文所稱之同居。

查唐律同居相爲隱條。謂「諸同居若大功以上。及外祖父母外孫。若孫之婦夫之兄弟。及兄弟妻。有罪相爲隱。部曲奴婢爲主隱者。皆勿論。卽漏露其事。及擿

唐律

大清律例

語消息。亦不坐。其小功以下。相隱減凡人三等。蓋犯謀叛以上者。不用此律。又大清律例。親屬相爲容隱條。亦有同樣規定。惟家長不許爲奴婢僱工容隱。蓋以義相臨。當治其罪。不當隱其過也。

訴訟結果之利害關係

(三)與民訴當事人之訴訟結果有直接利害關係者 本條內所舉之利害關係。指法律上之利害關係爲限。且須直接影響於其共同權利義務者。例如保證債務等。此項證人每爲袒護自己利益。故其證言未可盡信。若因此而處以責罰。未免失之苛酷。故法院得不令其具結也。

第三款 供述

第一項 供述之意義

供述

證人之義務。除到案與具結外。尙有供述之必要。否則法院於事實之真情。未能均詳。惟此所述事實之範圍。就原則而言。應以證人本身所認識之事實爲限。至證人所傳聞自他人之事實。雖因訴訟法上採用自由心證主義。法官得向之訊問。然其證力究非強固。吾國大理院判例。謂「證人所供係屬傳聞並非目睹。不能認爲有效之證力」。

陳述須以言
詞爲之

證人於供述時。應將其所記憶者直接陳述之。不應取閱札記。朗誦書狀。以代陳述。吾國大理院判例亦謂「他人書面之陳述。不能作爲言證採用」。又「證人以呈詞函件代當庭陳述者。不得采爲認定事實之根據」(註一)

證人因記憶力模糊。而於認識該事實時。確係明瞭無誤者。得以該時所記之正確筆錄。予以閱覽後。再命其陳述此筆錄有無錯誤。倘證人答稱該筆錄並無錯誤。則法院得採用此筆錄中所記載之事實。以爲裁判之基礎。例如甲於十數年前。在某乙公司爲記賬員。平日公司中之賬目。均由其親自抄錄。對核無誤。茲因發生乙公司盈虧問題。法院命甲爲證人。甲雖對於該賬目之確數。不能記憶。然苟能認識該賬簿確爲其記載。而已核對無誤者。則法院亦可確信甲之證言。而認賬簿內之數目爲真情。

尚有稱謂書面證言者。指在民事簡易程序。法院得命證人於法院外。以具結之書狀爲陳述。但以預料其陳述可信者爲限。(民事四三二II III)。其性質。與在推事前。以言詞陳述者無異。惟英美法規定。聲請之一造於取錄證言時。應通知其對造。予以抗辯之機會。

拒絕證言之
釋明

證人因正當理由。須拒絕陳述者。應陳明其拒證之原因事實並釋明之。但法院得命具結以代釋明（民訴三〇九刑事一七〇）。倘證人於訊問期日前。拒絕證言者。於審理日期。無庸到場。法院書記官應該拒證事由。通知當事人。前項拒證之當否。法記於訊問到場之當事人後裁定之。如有不服。得即時抗告。抗告中應停止執行（民訴三二〇）。刑事訴訟法。規定證人有數人者。應隔別訊問之。未經訊問者。不得在場。有必要情形時。得命陳述之證人。與證人或被告互相對質。以便法院衡情取舍（刑訴一七一民訴三一六一）

至證人應陳述而無正當理由拒證者。則法院得裁定科以五十元以下之罰鍰（民訴三一刑訴一八〇）。此種制裁與拒絕具結者相同。

第二項 供述之免除

供述免除

證人因特殊情形不能供述案情事實之真相者。法律爲保障其自衛之權利。與成全其家室之安寧起見。亦有免除其供述者。惟證人行使該項免證權利時。應向受訴法院陳述拒證之原因事實並釋明之。或以具結代釋明。其拒證之當否。由法院裁定之。此項裁定得爲即時抗告。抗告中應停止執行。茲特分別述之如左。

第一 因親屬關係而得拒證者。

證人因訴訟時與當事人有親屬關係之故。而得拒證之事類。其問題至多。學說綦衆。分別述如次。(民訴三〇七第一款。刑訴一六七第一款)。

拒供於親屬之範圍

(甲) 拒供關於親屬之範圍 證人與民事當事人或刑事被告。或刑事自訴人。有左列親屬關係者。不論其身系之尊卑。如父爲子證。或女爲母證。均得拒絕證言。惟證人與民事當事人之兩造。均有前述之親屬關係。倘到庭陳述。則其證言於當事人之一造有利。於其他一造有害時。應否作證。法無明文。或謂凡值此情形。不妨以容隱爲原則。以作證爲例外。再由證人審察情形。自行決定後。聲請法院裁定之。

至親屬之範圍。吾國民刑訴訟法之規定略有不同如左。

(1) 民訴 (子)配偶。(丑)四親等內之血親。(寅)三親等內之姻親。(卯)曾有此親屬關係者。(辰)前配偶或未婚配偶。(民訴三〇七工)

(2) 刑訴 (子)配偶。(丑)五親等內之血親。(寅)三親等內之姻親。(卯)家長或家屬 (辰)訂有婚約者。(刑訴一六七工)

拒供之限制

(乙) 拒供關於親屬限制。證人於左列事項。仍不得拒絕證言。(民訴三〇八)

(一)同居或會同居人之出生。死亡。婚姻。或其他身分上之事項。除此等親屬證人之證言外。外人不易探知者。故法院不得不令其作證。

(二)因親屬關係所生財產上之事項。本文與前述證人因證言於其親屬足生財產上直接損害者得拒絕證言之條。似相矛盾。不知本條所謂財產上之事項。須由證人與當事人因屬親關係而所生者。而前條則指證人自身於財產并無牽連者而言。

(三)爲證人而與聞之法律行爲之成立及意旨。

(四)爲當事人之前權利人或代理人而就相爭之法律關係所爲之行爲。

拒證與推定

(丙) 拒供關於當事人利害之推定。證人請求拒絕證言。在法院許可後。得免處罰。前經述及矣。然法院對於拒絕者可否予以不利之推定。不無疑義。查吾國法條中。未有明文規定。惟英國著名法官蓋斯斐爾氏曾謂通常案件。證人拒證。殊屬可疑。然事關父子間之拒絕證言。未可相提並論(註一三)。又美國密希干高等法院開姆培法官。對於律師因免證人拒絕證言而攻擊者指爲不當(註一四)。由是以觀。證人因援用法律上所賦予之權。而絕證言。法院不得予以不利

因證言而受
直接財產損
害者

之推定也。

第二 因有財產損害而得拒證者。

證人爲減免其財產上之直接損害者。亦得拒絕證言。夫通常吾人對於財產觀念。極爲重視。耶穌曾謂「人之財產在何處。則其心神亦在該處」。(註一)此足見財產之影響重大矣。故法律上對於損害證人財產之證言。亦准免供述。惟以其有直接損害者爲限。如因證言而致證人受間接損害諸情。則證人仍不得拒絕證言也(民訴三〇七)。

第三 因證人或其親屬將受刑事訴追或蒙恥辱而得拒證者。

證人有據實陳述之義務。倘其陳述係屬虛僞者。刑法有僞證之罰。固不待言。然證人如有犯罪之嫌疑。而法院強令其陳述。致證人暴露其自己之犯罪行爲者。是不啻以嚴刑強迫犯罪人供述也。於情實爲難堪。於法亦屬不合。蓋吾國訓政時期約法第八條前段謂「人民非依法。不得逮捕拘禁審問處罰」云云。所謂依法。指合乎法理人情之法律也。前述問證追供之例。顯與立法意旨不符。故證人因陳述恐致自身或其親屬受刑事追訴者。得拒絕證言。該項追訴。不僅指原審而言。卽上

自身或其親
屬受刑事追
訴或蒙恥辱

訴審與再審亦包括在內（民訴三〇七刑訴一六八。）

又證人所爲之證言。足使其本人或與親屬蒙恥辱者亦得拒絕之。孟子有云。「羞惡之心。人皆有之」。又曰。「無羞惡之心。非人也」。法律若強令證人作自辱之證言。未免反乎天理。背乎人情矣。

職務關係

第四 因職守上義務而得拒證者。

公務上應守之秘密

（一）公務上應守之秘密 此指法院向政府之長官或其他公務員。不問其曾任或現任之人。就其職務上應守秘密之事項爲訊問者。該公務員等除得該監督長官允許外。得拒絕作證也。惟法院既經請求。並通知該證人後。該監督長官。於不妨害國家利益之範圍內。不得拒絕其允許。所謂國家利益。應權衡兩者間之利害輕重而以客觀之態度決定之。

私職上應守之秘密

（二）私職上或業務上應守之秘密 此指人民私人間所有之事業而言。夫人民因謀生之故。不得不有相當業務。然無論何種業務。每有秘密情事。除當事人外。不得向外人道及者。該項之秘密。在適法行爲之內。應受法律之保障。不然。證人將受刑法妨害秘密罪之處罰。故下列諸人或其業務上佐理人。因業務知悉有關他

人之秘密之事實。除得本人允可外。得拒絕證言(民訴三〇七45刑訴一六九)。

(1)醫師 (2)藥師 (3)藥商 (4)助產士 以上諸當人於疾病或產婦身體上之秘密。較他人更爲明瞭。若法律不予以拒絕證言之保障。則病人等未敢將其病源詳細說明。因此社會一般人之衛生安全。將受其影響。故法律應予以守秘密之義務。

(5)宗教師 此項規定。起源於寺院法。考歐美人士。於宗教上有一種信仰。以爲吾人犯罪後。倘在宗教師前(例如天主教之神父)認過或懺悔者。則死後可不入地獄。該種信條。已深入民心。倘法律不予保障。則宗教上之重要禮節。固得破毀殆盡。而民間之敦厚風俗。亦將剷除無遺。故立法者爲保全民衆習慣之故。仍留用之。吾國約法上規定人民有信仰宗教之自由。則此項拒絕證言之權利。於一般信服天主教之人民。亦得適用矣。

(6)律師 (7)辯護人 (8)會計師 以上諸人係代表當事人之一造者。其爲計謀當事人之利益起見。法律亦應予以拒絕證言之保障。不然無異將法律上允可之律師制度會計師制度。自行毀除也。

(9) 公證人 上述之人爲公正作證起見。於搜集事實。不厭其繁。審查法理。不厭其詳。倘法律無拒絕證言之保障。則一般人民爲免招人怨尤之故。必不願將事實真相資其參考。其結果則公證人信用掃地。而人民之訟事。由是滋興。不寧惟是。凡證人無本人之業務關係。不論其爲義務性質者。或前曾居此等地位者。或本人現已死亡者。或本人與證人通信談話時有第三人在場者。均應視爲祕密事項。而證人皆得拒絕證言也。且此項拒絕證言之權利。法院於訊問前或知有前項情形時。應告知之。但經本人允許其陳述者。證人無免證權利矣。

技術上應守
之祕密

(二) 技術上須守之祕密 所謂技術上之祕密。指證人於其專門學問上所知悉之祕密事實。例如工程師製造器械之方法。建築師繪畫房屋之圖案等。本條之設立。爲保護證人之權利。與第一條之目標。專以保障本人之利益。稍有區別。故法文謂「證人非洩漏其技術上或職務上之祕密。不能爲證言者」。得拒絕證言也。又本條祇見於民事訴訟法上。而刑事訴訟法上未有明文。不若前條之於民刑訴訟法上均有規定也。

代理人關係

第五 因法定代理人之關係而得拒證者。

法定代理人係對意定代理人而言。其代理權。由法律直接或間接規定授與者。法定代理人。尤可分爲監護人與保佐人。前者爲監督保護未成年人。或受禁治產之宣告者而設立。後者爲受準禁治產之宣告者而設立。又監護包括財產之管理。及能力之輔助。而保佐只關於財產而不及身體。以上諸人。均有忠誠處理被保護人各種行爲之義務。故關乎不利於被保護人之事實。法律不强人以所難。亦許其有拒絕證言之權利（刑訴一六七三）。

第四款 法制史上之拒證觀念

吾國制史上
關於拒證之
記載

古昔吾國聽訟決獄。於親屬爲證人時。亦有相爲容隱之說。茲就經書及律令上可供考據者。述之於左。

秋官朝士「凡屬責者以其地傳而聽其辭」。鄭謬註。「屬字當爲親屬。以財相貸。蓋有不用判書。而與之者。及其有責而相訟。不可以其所親之人爲證。何則。彼以親故。或不能無相容隱之情。證其曲直。或至於傷恩。故於法親不爲證。但以其地相傳之近人作證人。乃爲之聽其辭」。

檀弓上「事親有隱而無犯」。

禮記

子路「葉公語孔子曰。吾黨有直躬者。其父攘羊。而子證之。孔子曰。吾黨之直者。異於是。父爲子隱。子爲父隱。直在其中矣」。

盡心下「桃應問曰舜爲天子。皋陶爲士。瞽瞍殺人。則如之何。孟子曰。執之而已矣。然則舜不禁與。曰夫舜惡得而禁之。夫有所受之也。然則舜如之何。曰舜視棄天下。猶棄敝屣也。竊負而逃。遵海濱而處。終身訴然。樂而忘天下」。

宣帝是年五月詔「自今(子)子首匿父母(丑)妻匿夫(寅)孫匿大父母皆勿坐(卯)其父母匿子(辰)夫匿妻(巳)大父母匿孫殊死。皆上請廷尉以聞」。程樹德氏謂「漢時去古未遠。論事多傳以經義」。讀下列決獄案例。益信其言之不誣也。

通典六十九。「甲無子。拾道旁棄兒乙養之。以爲子。及乙長有罪。殺人以狀語甲。甲藏匿乙。甲當何論。仲舒斷曰。甲無子振活養乙。雖非所生。誰與易之。詩云螟蛉有子。蜾蠃負之。春秋之義。父爲子隱。甲宜匿乙。詔不當坐」。

梁統傳「統上疏曰。孔子曰。刑罪不衷。則人無所措手足。衷之爲言。不輕不重之謂也。春秋之誅不避親戚。所以防患救亂坐安」。衆庶注曰。左傳大義滅親。又曰周公殺管叔。夫豈不愛王室故也。

唐律

同居相爲隱條謂「諸同居若(子)大功以上親(丑)外祖父母(寅)外孫(卯)若孫之婦(辰)若夫之兄弟(巳)及兄弟妻有罪相爲隱皆勿論」……其小功以下相隱。減凡人三等。若犯謀叛以上者。不用此律。

又告祖父母絞條疏義曰「父爲子天。有隱無犯。如有違天理。須諫爭起敬起孝。無令陷罪。若有忘情棄禮而告者絞」。惟「嫡繼慈母殺其父。及所養者殺其本生。並聽告」。

宋律

宋刑統所載同居親屬。相爲容隱條。與唐律所規定者相同。惟其註有云「親屬自相殺者依常律」。

明律

親屬相爲容隱條謂「凡同居者(子)大功以上親(丑)及外祖父母(寅)外孫(卯)妻之父母(辰)女婿(巳)若孫之婦(午)夫之兄弟(未)及兄弟妻有罪相爲容隱者。皆勿論」。

惟其纂註有「容隱謂應首告而不首告。或曲爲回護。扶同保結皆是」。

清律

大清律例親屬相爲容隱門。謂「凡同居(子)大功以上親(丑)外祖父母(寅)外孫(卯)妻之父母(辰)女婿(巳)孫之婦(午)夫之兄弟(未)及兄弟妻有罪。相爲容隱者

。皆勿論。(申)其小功以下相隱。減凡人三等。(酉)無服之親。減一等。若犯謀叛以上者。不用此律。又子女因父母間犯罪而隱忍者。亦當分別處罰。例如。「父爲母所殺。其子隱忍。於破案後始行供明者。照不應重律。杖八十。如經官審訊。猶復隱忍不言。照違制律杖一百。若母爲父所殺。其子仍聽依律容隱免科」。(乾隆五十四年例)。

又倘證人於律得相容隱。而法院強令其作證。則依律亦當處罰。薛允升氏於讀例存疑老幼不拷訊條有云「凡應入議之人。及年七十以上。十五以下。若廢疾者。並不合拷訊。皆據衆證定罪。違者以故失人人罪論。其於律得相容隱之人(以其情親有所諱)。及年八十以上。十歲以下。若篤疾(以其免罪有所恃)。皆不得令其爲證。違者答五十。(此仍明律順治三年添入小註)」

考大陸系法制。與英美系法制。關乎證人因親屬關係得拒絕證言者。其範圍之廣狹殊異。

大陸法系。關於證人因親屬關係得拒絕作證之規定。其範圍與中國法制。頗相類似。現將其法文中。所規定者。述之於後。

德意志 (子)配偶 (丑)直系血親 (寅)直系姻親 (卯)三親等內之旁系血親

(辰)二親第內之旁系姻親

法蘭西 (子)配偶 (丑)四親等內之血親 (寅)及其姻親

意大利 (子)配偶 (丑)直系血親 (寅)姻親

日本 (子)配偶 (丑)六親等內血親 (寅)三親等內姻親 (卯)配偶之親屬

英美民族。富於獨立性。對於親屬觀念。不甚濃厚。法院爲易於採擇事實真情起見。除配偶外。不准他人因親屬關係而拒絕證言。惟此係舊例。近時判例。或法律制定。對此已不拘守。故今英美配偶間相互作證。祇須合於作證條件。不論何種案件。均可准許。但夫婦間有關私情祕密之談話或通訊。Private or Confidential Conversations and Communications 則不在證述之例。

第六節 證人之證力

第一目 作證之正確要素

證人證言。得用作事實裁定基礎者。須具有四種要素。卽證人對於作證事物之觀察力。記憶力。敘述力。及判斷力是也。法院採納證言之先。必須經過上述四種

審察。否則。證明力量。殊爲薄弱。

第一款 觀察力

觀察云者。卽證人就一特殊事物所得之一種正確觀念也。此項觀察須由證人親自經驗而得。不然其證力易滋疑義。吾國古時決獄。以五聲聽獄訟。求民情。茲者證人對於事物之認識。亦須本其五官識別各種實情。比之初無二致。

第一項 視覺

視覺之功用

視覺。乃指證人向法院爲證明之事物。爲其所親見之謂也。爲五覺中之最著者。在刑事案件中尤屬重要。古語曰。「百聞不如一見」。卽闡明任何作爲。任何形跡。任何複雜狀態。爲其他知覺所認知者。曾不若眼前一見所得認知之深且多也。雖然。同一目覩者。因所處方位不同。光線各別。目力差分。往往於同一事物。有不同證明之紛歧。作證者。固本其所見而爲真誠之陳述。但在聽證者。若不爲之詳審。未免據謂必有一者誑言於其間矣。今舉一例以明之。設同在一旅舍內。甲將一啤酒瓶靠在乙之頭上時。在十人觀衆中。五人必曰「是乃甲擊乙也」。他五人又曰「是乃甲將瓶擲去也」。若十人對於瓶如何靠在乙之頭部。均屬未曾

目覩。則首五人必立誓而謂此必甲擊乙也。後五人亦必誓曰。此乃甲將瓶由乙首部而擲棄之也。各就所見。各爲真情之證實。所得之結果。則因之而各別。然則審判者。將執誰而定爲僞證耶。此爲識別力上之差別。非作證者之真僞的問題。里谿門氏 Lichmann 曰。「此乃人之心視力之變相也」。人之心視力者。卽以人爲視覺之中心物之謂也。又曰。「吾人所見一切物狀。皆就其透視之狀態。（卽因物之接近遠離變位所置成一種之視角）。而定物狀之現象者也。吾人日常生活。每見一正方立體。立其右。則右邊之物像。立其左。則左邊之物像。上視之。則上視之像。下視之。則下視之像。更有平面爲一直線狀。正方爲一傾斜態等等。體像各不相同。究其故。皆就各種不同視角所見之故也」。然則。一物體之表面狀態。通常乃指在一某種距離時。就其視角所得之假狀態而言。此中變化。卽通常所謂「物體方位間之關係說」也。

宇宙間一切物體。就哲理解。皆無真正之形態。均各就環境之不同。而表現其狀態耳。此中原理。上節已言其概略。茲不復述。但爲醒顯起見。舉吾人日常所見所知之普通事物。以證斯言之不謬。聊作吾人眼中幻影之研究焉。兩等線垂直相

交。其垂直之線。似較平放者爲長。平行長方形。擇其較長邊而平置之。則視之幾爲一正方者。若擇其短邊而置之。則形更扁長矣。此就物體所置方法不同。所生眼幻之例一也。視未裝修完竣之室。似較已裝理之同室爲小。方場積雪後。視較滿佈青色者爲小。此就一物本身外加物質之不同。致生眼幻之例二也。他若鐵軌唧接。同一物體。置於甲方位時。則似大。置於乙方位時。則似平。以及在車中。不覺車行之速。及伸首車外。則車行有如飛者之種種情態。無一非人目中之幻像。亦前所謂物體方位變化之說也。然則凡人之目睹者。既無一非幻影。更無所定其準度。此乃審判之謎。亦審判者所應審理其所以然之要旨者也。然則審判之標準又何如。曰不外下列之兩大原則。(1)審理其物體方位間之關係變化。(2)設身處地而探察其情狀之究竟。

第二項 聞覺

聞覺之要旨
證人除目覩外。尙有耳聞之功。就其耳聞種種。以爲陳述。然則法院必謂斯稱耳聞者。真確否耶。此卽最感困難之問題。茲就其困難淵源。分述於左。

聲浪方向
(一)聲浪之方向 凡一聲浪傳達。自占有特殊方向。清夜獨坐。忽聞救命聲。初

耳鼓強弱

聽之似來於右。細聞之。又似來於左。恆於頃刻之間不辨真情者。設聲浪之來也頻。則尙有補救之方法。設一來而卽不再。又將何以挽救之。此中困難。誠非易解。今試就華特氏 Wende 之觀察。略爲進一研究之機會。彼曰。聲自左右來者。恆易識別。自前自後自斜右自斜左及斜右下或斜左下來者。則最難辨別之。雖然。言固如是。但終不免傾入於常形錯誤之一途。然則法定準則。固難求之。特藉日常經驗。亦可稍謀補救之。

(一) 耳鼓之強弱 次如個人之耳。在其聽聞時。抑雙耳全用。或專用一耳。或雙耳有病。或一耳有病等情。在決定其聲來方向之前。必須檢驗之。但亦終不能離諸經驗之技能及方位之認識也。

(二) 年齡之大小 至若人之年齡。對於聲浪之來去。亦頗關重大。茲就統計者言。百人中年過五十者。幾無一人能於十六密特距離間聆悉對話之語。他若學校兒童。則百分之四六·五(七至十八歲間)能驗語於二十密特間。

(四) 性別之不同 年老婦女。聽覺亦勝於年老男子。處於四密特至十六密特間。女子與男子之對比爲三四與十七。此中原由。乃因男子日受有傷身心之勞工。及

一切鬧聲之職業。故上述比較。初視之似不關重要者。但於測量年齡差別之證人時。確定其聽聞之是否聽正。則補益誠非淺也。

聞覺之幻覺

聲之方向。爲耳識幻覺中之最易發生者。卽一般動物聽覺勝於吾人百倍者。亦不免之。至於耳識幻覺之最普通者。例如外科醫生。在剖割時。恆不聞病人之高聲極呼。因專心於工作故。但病人之長詠沈痛之怨嘆。則恆聞之清晰異常。再如睡着之婦女。對於巨聲街車之經過。並不警覺。但身旁孩兒之偶一轉身。則頓聞聲醒來矣。事之更覺普通者。有種人處市場中。竟不能辨鐘聲之來自何處。及軋車之來去何方焉。凡此種種。皆足以引起不正之識別。設不詳爲試驗與審察。恆足貽莫大之錯誤。於此曾有一確定要則曰。任何觀察。其本身並非卽爲證據。乃求得證據之一種方法。其得認爲可信也。必擇其若干平立之動作。證明其確形符合不易者方可焉。

第三項 嗅覺

嗅覺爲人之鼻識。雖云偶有特殊之技能。但用之於司法裁判中者。曾不易多見。普通以之爲辨別一物之味之爲人所好惡的情狀而已。但鼻覺之辨別力。自較其他

嗅覺之幻覺

諸識爲難確。特亦偶然用之耳。

鼻識之幻覺。亦有其實現之可能。譬如發一舊棺。在既掘之後。未揭示之前。掘者必謂「臭氣難當」。但既揭示之。乃一空棺耳。是以鼻識所生之幻覺。另占有一種神經過敏。及相引感應之流病。礙難作證。除非有確切之實證時。始用之焉。

第四項 味覺

味覺之要旨

味覺爲辨物味。於法律價值上。曾少見之。但於毒物案情時。則較任何識別爲重要。惟一人有一人口味。情形不同。有如人面。欲以一人口味。定爲一種物味之特殊情形者。曾未可也。卽以普通甜酸苦辣等味嘗之。幾無一人稱述。一定不易之理。祇可從此而求得其近似之準度也。

味覺之幻覺

味覺作用之幻覺。往往有神經作用於其間。試執一雪茄而燃吸之。自始至終。以目閉之。必有烟已熄滅。而口仍在吸者。他若人犯瘧疾病後。恆於物味覺有銅臭。若以之別味。則失之過當。是故以舌辨味者。最應注意。不得預先有知味之心理。以致發生個人心理上之變化。面失其真情焉。

第五項 觸覺

觸覺卽通稱之身識。包含方位壓力溫度等情狀。通常身識之最爲可靠者。莫如觸視二覺之同時並用。同時互爲糾正之爲得也。例如紙張之厚薄。皮革之堅實。平面之油滑第等。一面入之於目。一面觸之以手。而個中真情。畢露無遺。雖然。盲目耳聾者。其觸覺之靈敏。亦未嘗稍遜於常人也。蓋失之於視聽者。其多餘之能力。卽加重於其他四覺中。以維其平。故一盲人行於途。對於一巨大軋軍之來。恆於數百步之外。卽已知之。聾者對於鑼鼓喧天之聲浪。亦覺有一自可表率之特殊狀態。振動其耳鼓。他若盲童摸字讀書作工等等。益證盲童之觸覺。獨厚於常人。然則其所證明事物之關於觸覺者。於盲聾人。自益可信矣。

觸覺之幻覺

觸覺之幻覺。通常狀態亦各別其例。譬如槍彈刀刺重擊等之始加於人身時。曾不覺痛苦。不過冷物或笨重物件之刺壓。及見流血而知痛苦。其中已經過若干分鐘矣。然則人之受擊後。若在背部者。恆不得指出其方位。若又來一擊。更不辨何者先入。何者後入矣。若一證人得於此中區別其先後。辨解其痛苦者。或竟飾詞耳。是以在常人間。以觸覺爲獨一之識別證明者。實有未可焉。

第二款 記憶力

證人觀察力。既屬可靠。則第二步所宜調查者。即審察其記憶力之是否健全。然後決定其證力之強弱也。通常吾人對於記憶力之強弱程度。恆就其人之體格。情所在。與機聯。而取決之。

第一項 記憶之喚醒方法

凡已遺忘之事實。能否喚醒。其學說有左列三種。

第一 後加事物之除去 思念中已接受之事物。久後印象逐漸消失。變為一種遺痕。蓋已被諸新知所掩蓋。設將後加事物除去。則舊有遺痕。復歸明顯矣。

第二 記憶力量之增加 一般觀念。經久之後。自應沉寂迷盲而至於散離。設遇有援助或力量添加。自可仍歸清顯。

第三 意外事物之重合 觀念既已分解。即喪失其部位。設遇外界事物使之重合。而恢復已失之部位時。則該觀念又歸完全矣。

綜上所述。乃催喚記憶力之概略。其間均有互相連絡之關係。讀者自可貫通之。

第二項 記憶之回復狀態

記憶力回復時。其事物真偽之狀態。種類甚多。茲舉數例。以明其說。

第一 驚恐事物之回憶 驚恐事物回復時。恆不能道出其真相。例如人經苦痛或被擊後。絕不能詳稱其當時情狀。此中情形。於聽證時。甚爲重要。其不能以一時身體苦痛或火警之餘。及恐怖後之真情爲陳述時。並非其中有不可述者。實因當時確無明晰之記憶。而現在復無相當事物足與比較衡量之故也。

第二 習慣事物之回憶 習慣事物回憶時。每於不知不覺中來之。例如琴師奏琴。手撥琴音。忽調子中斷。久思不能繼續。若自首至尾。一而再。再而三。不斷的重複演奏。或稍停散步後再演之。則恆於不知不覺中。能繼續奏完前調矣。然則於作證時。凡證人強索不答者。過急之。強答之。未免不智焉。

第三 特殊情形之回憶 特殊情形回憶時。可於觸境生情中喚起之。古時斯巴達人。常提孩童至兩國國境交界處所界石上。而鞭撻之。使其感受特殊苦痛。成年後。每因觸境生情而憶及國界之實狀焉。

第三項 記憶之比較程度

第一 強弱程度之種類

吾人之記憶能力。其程度之高底。人各不同。約可分爲左列四種。

(一)速記健忘者 此類證人。對於事物之記憶力。速度甚高。然事過境憑。則早已遺忘矣。

(二)難記慢忘者 此類證人。於認識事物之時。頗非易易。然一旦被其牢記在心。則時刻不忘矣。

(三)切要少記者 此類證人。所記之事物。種類不多。然所記者。均甚精細切合。要而不繁也。

(四)廣博略記者 此類證人。所記之事物。範圍甚廣。然均略知一二。並不詳細周密也。

又通常吾人之理知強固者。則記憶力較爲薄弱。反之其記憶力銳利者。則理知力亦較遜也。

第二 強記之輔助。

夫記憶力之強固者。於作證時。既較爲優勝。則吾人平時對於記憶事物之方法。不得不注意之。以備日後之用。通常學者。以下列五事爲強記之輔助。(1)情緒之濃厚。(2)位置之適值。(3)重複之隔離。(4)特殊之記法。(5)聯想之再認

是也(註一三)。

第四項 記憶之錯誤種類

關於事物發生之記憶。有時未必與事實全相符合。或竟完全係無中生有。此即記憶之錯誤也。普通約分左列三種。

(一)再認之虛僞 例如再認之某事物。與本人始終絕無關係。蓋外界本無是刺激。而為感有刺激者。如無聽之成聽。無物之見物也。

(二)事後發生之誤記 例如甲前與乙訂立合同。茲錯認與乙之弟丙立此合同。蓋當上項合同成立時。丙為證人。而非立合同之人也。

(三)期日之誤記 例如孔子生日。為陰曆八月二十七日。誤指為陽曆八月二十七日者。耶穌生於紀元前四年。誤認生於民國紀元前一千九百十一年是。

諸此錯誤。乃復置狀態之結果(註一四)。即現在之印象。與已往或未來之印象。互相重疊。而至此變易狀態也。

第三款 傳述力

證人既已視察矣。記憶力。方得向法院為詳細之陳述。是即人證之第三要素。對

於作證之可靠性。缺陷之機會亦多。是當予以注意者。傳述唯一責任。即證人將作證事物真誠的回憶。確切呈露於法院之前。使之明解。若證人之回憶切合彼所具之知覺。而彼之陳述又符合彼所具之回憶。并得法院之明解者。則證人之作證已全矣。設陳述時。知覺與回憶二者中。任缺其一。則證值因之而遽減。普通一切缺陷。皆發生於陳述與回憶不相切合。至於法院之能否明瞭證人之陳述各種問題。尙屬不多。

第一項 傳述之方式

證人傳述。其方式不外連續傳述與問答傳述。口頭傳述與表演傳述。文字傳述與圖畫傳述。直接傳述與翻譯傳述(註一五)。分述之如左。

第一 連續傳述與問答傳述。

證人作證時。法院命其將事物始終敘述。而中間不加問語。由證人自己傳誦其記憶者。謂之連續陳述。此種方式。對於事物之發生經過與終結之陳述。較爲有系統。然吾人記憶力程度。各有不同。每有須經發問後。方得提醒回憶而作答者。此種人作證時。法院可採用問答式之陳述。

第二 口頭陳述與表演陳述。

通常證人作證時。均用口頭陳述。而由法院書記官筆記之。然遇證人係啞子或患口吃者。則不妨用手勢表演其對於證明事物之回憶。且口述係抽象的。而表現爲具體的。故每遇口述不能說明者。得兼用表演解明之。

第三 文字傳述與圖模傳述。

文字與圖畫。咸屬書面傳述。但文字較爲深奧。凡遇一般不識字之人。或方言不通之人作證時。得用圖畫或模型以代文字。有種傳述。非圖畫不能明其真相者。則法院又不得不舍文字而就圖畫矣。有時文字與圖畫并用之。例如房屋之構造。甲地與乙地及丙地之距離等等。前述之例。雖文字亦能道其大概。然終不若圖畫較爲明晰也。

第四 直接傳述與翻譯傳述。

中外人士。言語與文字。各有不同。在在生聽證之困難。例如外國人證明中國人之爭執事實。恆以言語不通。或譯述錯誤。失之毫釐。差以千里。其補救方法。不外置通譯員耳。然通譯員設有誤譯之處。應由何人負責。換言之。通譯員係傳

述人之代理人。抑爲聽證者之代理人。當先視該通譯員係何人設置者。倘爲法院所設置。則應爲法院之代理人。如有誤譯之處。證人雖已具結。不負任何責任。反之設該通譯員爲證人所聘請者。則如有錯誤。其責任應由證人負之（註一六）。

第二項 傳述之虛偽

第一 傳述與思想之關係。

言語爲思想之媒介。思想每藉言語而得傳達。然言語非卽思想。蓋言語有窮時。而思想無限制也（註一七）。證人於作證時。雖已將其觀察與回憶向法院詳述。然後者是否完全明瞭其陳述。不無可疑。聽證者。似宜注意於傳述時之環境與形態。而後決定其證之虛偽與否。

第二 謊言之種類。

謊言。通常分爲積極與消極二種。前者如捏造事實。無中生有。後者如圖賴事實。有變爲無（註一八）。說謊者。明知其證言與事實真情。不相符合。故通常於撒謊時。心理上發生一種不自然境况。發言時之音調以及舉止行動。恆有變態之象徵。苟能與問答時之時間距離。句子中之語氣短長。態度之忸妮與自然。細加審察

。自能探得其是否真偽也。

第四款 判斷力

概念要旨

外界事物。由五覺接應後。非即可陳述於外。作爲證據。必先經過吾人慎密的推攷與察驗。而後承受其最可能的意義者方可。此慎密之思考。對於一特定事物言。即吾人對該事物之概念也。概念乃意義之所寄託。意義的獲得與了解。即概念的獲得與了解。了解指領會事物所蘊含之意義之謂。因習聞常見的關係。事物與其意義。混而不分。一觸即解。毋待深究者。曰直接的了解。反覆推攷。始得其意義者。曰間接的了解。前者敏迅捷速。後者迂曲遲緩。有了解之結果者。曰思考。求其了解之結果者。曰思維。非有已知(經驗的)以爲根據。了解幾不可能。非有未知(論理的)以爲誘掖。了解亦莫由推及。Thinking與Thought二字。通譯作思想。惟前者指思想的歷程言。(即思維)。後者指思想的結果言。(即思考)。從經驗得來之了解或思考。謂之經驗的概念。從論理得來之了解或思考。謂之論理的概念。(註一九)

然則。此稱判斷力者。指吾人就外界事物。接應於中。藉有經驗的或論理的思維

力。得達於一種概念者而言。合於此者。其爲陳述。方屬可資徵信。失於此者。卽屬諸概念之幻覺。幻覺。普通可分爲二項。卽「誤認」與「幻影」是。所謂誤認者。卽以甲物誤認爲乙物。幻影者。卽無中生有之謂。前者有如認驢爲馬。後者有如清夜獨坐。聞風聲而生鬼影之屬是之。是故在作證者。就其既覺事物。受過經驗或論理的決斷。(心理的融合)。再行證之於外。在聽證者。於注意證人之五覺外。更須就其既聞之說。同樣返諸其本有經驗。或論理推想。再行決定其正確與否。此作證判斷力之說也。

觀察力中之五覺。合諸本項之判斷力。猶如心經中「六根」之說。六根者。除眼。耳。鼻。舌。身五識外。尙有意識之一種。此之意識。卽心理上之概括作用。就外界一切事物。所得一般觀念之狀態。與本文所稱之概念不同。本文所稱概念。基於論理的經驗的推想。非屬玄虛者類。觀夫宇宙事物。雜亂措綜。接之五覺時。若無論理或經驗的推考。以爲糾範。每易入於武斷或臆度的結果。了解固無以達。概念卽無由成。正確之判斷。作證之採信。復何云哉。

尙書呂刑有云。「五辭簡孚。正於五刑。」孫星衍謂。「五辭卽周禮之五聽」。

周禮：「以五聲聽訟獄。求民情」。一曰辭聽。謂觀其出言。不直則煩。二曰色聽。謂觀其顏色。不直則赧然。三曰氣聽。謂觀其氣息。不直則喘。四曰耳聽。謂觀其聽聆。不直則惑。五曰目聽。謂觀其眸子視。不直則眊然。均爲意識之表徵。究其所得的結果。卽判斷力之所由來。未曾非根據於諸經驗及論理的思考而形成者。初非擅斷臆測者可比。以古質今。就今論古。如出一轍。執此而論證言之採信力。捨具有判斷力而作證者外。復何可信。

第二目 作證之正誤測驗

測驗之主要目的。不僅在決定觀察力記憶力傳述及判斷力之能力如何。卽其所用表意之狀態如何。亦須決定之。乃爲日常生活上測驗之問題。具有特殊價值而堪注意者也。

報告過去經驗之能力。乃綜合注意。觀察。保留。回憶。以及組成口頭報告之諸種能力也。吾人於研究證人心理學中。已知報告之信實。未必盡關報告人觀察及記憶能力之良否。換言之。報告之矛盾及不當。非盡由注意上觀察上及記憶上之謬誤。其間於陳述時。亦有由於缺乏審慎。不求精確。用字太少。誤解成語。其

意存欺騙者。亦常有之。(註二〇)。

第一款 試驗方法之選擇

試驗之方法。須經過左列幾種選擇。

(一)材料之選擇 爲研究報告而精選之各項材料。如畫圖測驗。事實測驗。消息測驗等。當以畫圖測驗。爲最切適用。

(二)露示時間之選擇 於畫圖測驗時。約由五秒鐘至七分鐘。而以四十五秒至六十秒。尤爲常用。蓋規定此項時間長短。要以確能容許普通受驗者。一度詳審之機會爲原則。

(三)間隔時間之選擇 爲簡捷起見。於露示標的物後。卽令其報告所見。惟測驗人如認爲有延長時間之需要。且爲事實所允許者。得延長至數分鐘。或數小時。甚至數星期。但延長間隔時間之效果。是否圓滿。尙未決定也。

(四)報告方式之選擇 (1)陳述式。係由受驗人。或以口頭。或以文字爲自由陳述。測驗人。不加評註。不加問題。亦不予暗示。(2)訊問式。係以預先編成之問題。連續訊問。由各個答語組成口供。其陳述或訊問之各重要部分。則稱之爲

各「事項」。此兩法各有優點。應用時得併用之。

(五)訊問方式之選擇 如問題遍及於經歷之事實。并向各受驗人。以同樣之態度。及次序詢之者。則問題尙稱完備。否則如僅及於受驗人未經陳述之事項。則問題即不爲完備。

(六)問題之選擇 問題之方式。對於受驗人之口供。極關重要。尤以暗示式之問題爲甚。至少可將問題別爲左列五類。

(1)斷定者。即如先斷定某圖畫內已有一犬。然後再問受驗人對於上述之說。作一答覆。猶如「畫圖中」有一犬是否。

(2)完全離接式者。即強迫報告人於兩項特定答案內。擇一作答。如「在該圖畫內有一犬否」

(3)不完全離接式者。雖使報告人就兩答案中。擇一作答。但對於第三答案之可能性。並不完全排除。如「此犬係白色乎。抑黑色乎」。

(4)期望式者。係對答案含有強力之暗示。如「那幅圖畫上沒有一隻犬麼」。

(5)干連式者。其問題中已假舍一事之存在。如「此貓之色澤如何」。

依司西亞氏之測驗報告(註二)。則謂(1)凡問題中用「有定區指詞者。則暗示謹慎。與確信等力。較爲減少。(2)凡問題中用「是否」字者。則謹慎與信力減少。而暗示力增加。(3)凡問題中不說證人有未見聞。而謂該事物有未發生。則暗示謹慎確信等力。均爲減少。(4)凡干連式之問題。其暗示謹慎及確信力。較任何問式爲薄弱。(5)凡用不完全離接式者。其暗示力殊強。而謹慎與確信力甚薄弱。總之。凡問題中不用有定區指詞與反面字句。且係直問證人對於該事物是否親眼目睹者。則其答辭必較屬正確耳。

第二款 試驗方法成之績

通常受驗人答辭之精確程度。可區別之爲四種。(1)完全不確定者。如我不知。或已忘等詞。(2)狐疑者。如我想或我信。(3)平常真確者。(4)最精確者。如表示自願發誓。以證明其陳述之無誤。

查測驗結果。受驗人於最合宜之情狀下。其報告完全無誤者。實係例外。依普通情形言之。關於人類與其行動事物以及空間關係之報告。均甚精確。關於數量及顏色方面之報告。則極不精確。如受驗人之觀察係由視聽混合而獲者。其報告最

佳。如徒由視覺而得者。其結果較劣。

第三款 科學上之測驗

科學上測驗
夫言證之正確。與審判之關係。既如是之重要。故學者有主張用以下諸方法。測驗證人之陳述。是否虛僞（註二二）。

（一）催眠術 此乃使受驗人失去一部分知覺。由催眠者問其經過之事實。使受驗人憑其所記憶之認識。而從實報告。

（二）血壓法 此法乃以血壓機。接近受驗人之身體。向之訊問案情經過。由受驗人答覆。視訊問時受驗人血壓之高低。決定其有無隱匿諸弊。蓋通常吾人作僞時。其心必虛。而血壓亦隨之增高也。

（三）意聯法 此法乃由試驗人。先向受驗人朗誦一字。即使其答覆有聯想關係之另一字。設受驗人所答覆中之一字。與本案風馬牛不相及者。可知其對於本案事實無關。設受驗人接聽所問之字後。答覆之字。與此案有關係者。或不即答覆。思之再三。而答覆一不相涉之字。則受驗人與本案事實不無有相關之嫌疑。

第七節 證人之權利

證人之權利

證人既經到院作證。可向法院請求法定之日費及旅費。此項費用。得由受訴法院預向舉證之當事人徵收。或由國庫墊付。而後作爲訴訟費用之一部份。令敗訴之一造反還之。惟當事人能否給付。與證人不涉。證人所需旅費。得聲請預行支給。前項請求。通常應於訊問完畢後十日內爲之。蓋期日久長。則案經結束。當事人分散。法院不易令其繳納也。

又關於前項請求之裁定。證人得爲即時抗告。

第八節 法制史上證人制度之比較觀

吾國古代證人制度

吾國古時於人證之制度。亦已行之。如周禮地官小司徒云。「凡民訟以地比正之」。賈疏「民訟六卿之民。有爭訟之事。是非難辨。故以地之比鄰知其是非者。正斷其訟」。又如周禮秋官司朝士云「凡屬責者。以其地傅而聽其辭」。王昭禹云「屬責。謂以己之財產。屬之於人而使責也」。李嘉會云「地傅者。當土之人。當時爲傅別者。若今牙保也。屬責於人有地傅爲之證。則聽其辭而理之」。以上二則。足資證明古昔吾國審理案件時。亦頗重視證人也。

考羅馬法。關於人證制度。早已盛行。惟其作證資格。規定頗嚴。祇有自由人得

羅馬法

爲證人。倘當事人因證人與對造有親屬關係。或因證人爲乞丐者。得排斥之。若奴僕爲證人。則法院於訊問時。得施用私刑證。又如關於法律行爲之證明。則非於此在場之人。不得用爲證人(註二三)。

大陸法

德國古代法中之證人宣誓。爲證明當事人之主張爲真實而已。法院每視當事人之人格可信與否而判斷案件。德意志普通法。規定作證係公法人之義務。證人違背法院命令不到案時得刑罰之。通常對於事實之證明。須有(1)二證人。(2)其言證係確實可信者。(3)對於所證之事實確係親自目睹而認識者。(4)證人所陳述之言證須互相符合。(5)其證言更須經過訊問與反詰云云(註二四)。

法蘭西法律上。關於證人之訊問等。規定於民法債編中者較多。當事人之一造。擬用人證者。須向法院聲請之。對造倘有反對理由。得於受命推事調查證據時提出。且同時得提供其他證人反證之。又凡訴訟標的逾一特定之數(如一百五十佛郎者)。則不得援用人證。以杜當事人因重大案件。賄買證人也。

英美法對於採取證言。初不限於訴訟以外之第三人。即當事人亦視作證人。其所爲供述。與專家之鑑定意見。及訴訟外第三人(即我國之人證)之證言。統稱之

「供述證」。Testimonial Evidence 其採取證言。與吾國直接訊問之原則相同。其供述證言。以證人親自認識者爲限。凡風聞傳說之事實。除例外規定外。一概不予置信。吾國關於傳聞證。絕無例外可予採證之規定與學理。一切均包括在「心證」範圍內。茲就英美法上「聞述證」。擇要論列如後。以供參攷。

聞述證者(註二五)。或稱傳聞證。卽以所聞情事。向法院爲傳述也。英美法稱曰。Hearsay Evidence 其原則(聞述律)卽「凡證人。對於待審係爭事物。非由其直接認識者。不得於法院供述之」。例如甲向法院報告在某處曾聞乙述及本案係爭事實之真相。法院不得採用甲之報告。證明該案待證之事物。必傳乙至法院而訊問之。推其所以限制之故。不外防止(1)原發言人所未經宣誓。或被反詰而出之不負責言論。(2)原意經傳述後之減損。(3)舞弊於採證後之易啓。(4)法定訊問之延長趨勢。(5)強固證明之爲薄弱證明所替代。但合於左列例外規定之事物者。均採證之。

(一)人於臨終時之陳述 鳥之將死其鳴也哀。人之將亡其言也善。古今中外。同出一理。但人將死時所爲陳述。經他人向法院傳述得爲證據者。有左列四限制。

(一)須在死神迫臨時所爲之陳述。迫速。肯定。而有知覺的。

(二)陳述之情事。須直接牽引到死亡者。

(三)案件爭點。須爲殺人罪之刑訴。

(四)陳述者。卽爲案內被殺之本人。

前二限制。普通而合理。故其適用也廣。後二限制。狹制而不合理。故有時不予採用。

近四十年前。美國麻省 Massachusetts 中。由著名證據法學家賽原氏 (James Bradley Thayer) 之提議。通過一律。該律稱「凡死亡人生前所爲之陳述。依據於一般觀察。在訴訟開始前爲之者。均採證之」。若此律加以普遍適用。當可減少一般「傳聞律」過分的限制與諸不切實際的頑固性。亦智者之所取也。

不利陳述

(二)於己不利之陳述 人類天性。除迫於環境及良心之驅使。鮮有願爲自害之陳述者。故於「傳聞律」。有採納此陳述之例外。爲此陳述者。其不利之事實。在陳述時。卽屬存在。其不能到案作證之原由。或因死亡。或因遠出。或有精神病。所稱不利情形。包括

(一)金錢上的 例如在損害請求賠償之原告甲。爲丙開之車內一乘客。丙車與乙車相衝。丙受傷致死。在受傷後未死前。丙對人說。「我們的受傷。我不小心所致」。

(二)物權上的 例如妻甲被訴變造夫乙所立之婚姻財產處分書。內稱以屋及基地贈予妻甲。妻甲得以夫乙在結婚時。將該財產贈甲之信件。提出作爲辯護。

右列不利陳述。於刑事上。不適用之。例如某甲被訴殺人。雖無目擊證人。但有強固的情狀證。開審前。有某乙者。臨死時。向朋友稱。「甲是冤屈的。兇手是我」。此種陳述。不合理性。不採證之。

(三)家族史績 如家簿族譜。以及相傳留存之史述均屬之。其限制如左。

(一)陳述者之不能到庭。因死亡遠出或精神病等情事。

(二)其陳述須在爭議發生之前。

(三)傳證者。須先聲明與該家族之姻親與血親之關係。

考查其可予採證之理由。不外因其爲一家一族公同信憑之敘述故也。

(四)職務上之正常記錄 左列五項。爲此項採證論理上之限制。

(一)記錄人必已死亡。或其他如前述不能到案之情事。

(二)其記錄必爲職業正常狀態下連續行爲之一部分。職業類別。無關重要。

(三)記錄必須在交易時。或緊接時間內所爲者。

(四)記錄人對於記錄之事物。必須合於個人認知者。

(五)有記錄原本時。須提原本。

至於依據多人分別認知。合行口頭或書面報告而記錄者。其採證須傳記錄人直接訊問。或傳其能確悉該記錄編製之方法者證之。

(五)社會公共認知之事務 公有土地之疆界。私產歷傳之指明。地方習俗。歷史。均爲一般可予公同認知之情事。當屬可採。於調查時。尤關重要。

品性善惡。出衆人口。方是真實。特其供給此項陳述者。必爲在同一或鄰近區域內之人。有時可就其工作處所。經商界內。調查之。

男女同居。爲夫婦或非夫婦。易滋混淆。(一)因男女雙方疏忽於保有其結婚證書。(二)因婚姻登記制度尙未普及。(三)尤以在若干區域內(美國及英之Scott

and)。結婚不重儀式者爲最。遇有此類情事時。恆以男女雙方。在社會中。就其同居生活之行爲及狀態。以一般觀察之所得。認證之。

他如人之清償能力。合作事務。精神狀態。心理變易。體力強弱。以及秦樓楚館之處所。呼么喝六之場地。證之惟有恃諸衆人口中也。

(六)公證書 公證書。當在可採之列。但亦有若干限制。

(一)陳述須屬書面。

(二)必依職務而爲者。

(三)必屬於自己(指制作公證書之人)知情者。但簽字於現成例行之公事。則爲例外。

凡國家機關登記簿。法院記錄。執達員送達回證。報告單等。均類是之。

凡在法院外之陳述。不論其受過「反詰」制限與否。於勢實有難以全予擯棄。故在司法經驗過程中。有許多聞述律例外之創生。每一例外。各有其歷史與淵源。

總其形成此類例外之基本思想。不外左列三者。(註二六)

(一) 因在外陳述之不可靠。遂有「聞述律」之發生。但於若干情形下。儘可

將「反詰」程序補加之。以減免其不可靠之危險性。

(二) 凡自同一淵源。別無其他證據可以冀求。或在任何情形下。別無其他或較佳之證據。可以取得。則確有採用此種傳聞陳述之特殊需要。

(三) 凡被採證之在外陳述。該為陳述者。若予傳證。必為合格證人。

尤有進者。彼陳述所依據之事物。依法推定其有相當之認知。有右列之三大思潮。經過歷代司法家之涵淘。及歲月人事之變易。遂形成今時一般公認聞述律之例外與限制。

第一章 人證 註解

(1) Bentham's classification:

(1) ab intra and ab extra; (2) Real and personal; (3) Voluntary and Involuntary Personal; (4) Depositional, Testimonial and Documentary; (5) Oral and Scriptions Depositional; (6) Direct and Circumstantial; (7) Ordinary and Makeshift; (8) Preappointed and Unpreappointed; (9) Original and Unoriginal.

(11) Wigmore on Evidence: (1) Autopic preference; (2) Circumstantial evidence; (3) Testimonial evidence.

Powell on Evidence: (1) Oral; (2) Documentary; (4) Real.

- (三) Wigmore on Evidence.
- (四) Ross: *Social Psychology*, pp. 16-17.
- (五) Arnold: *Psychology to Legal Evidence*, p. 138.
- (六) Mercier: *Sanity and Insanity*, p. 382.
- (七) Wellman: *The Art of Cross-examination*, p. 149.
- (八) Salmond: *Essays in Jurisprudence*, 29.
- (九) Wigmore: *Panorama of the World Legal System—Greek Legal System*.
- (一〇) Wigmore on Evidence—*Past Recollection and Present Recollection*
- (一一) 大理院判例四年上字第四一三號又六年上字第三三四號
- (一二) 新約全書馬太第六章二十一節
- (一三) Arnold: *Legal Psychology*; James: *Psychology*; Wundt: *Human and Animal Psychology*.
- (一四) Coalescence—*termed by Professor Stout*.
- (一五) (1) Uninterrupted and interrogatory; (2) Oral and dramatic; (3) Written and Pictorial; (4) Direct and interpreted.
- (一六) Holmes: *Theory of Legal Interpretation*, 12 *Hard. L. Rev.* 417 (1899)
- (一七) Whitney: *Oriental and Linguistic Studies Language and The Study of Language*.
- (一八) Duprat: *Le mensonge*, p. 120.

(一九) 劉仁甫編：論理學

(二〇) Whipple: Manual of Mental and Physical Tests, p. 286

(二一) Brown: Legal Psychology, p. 104.

(二二) Wigmore: Principles of Judicial Proof, p. 605.

(二三) Sherman: Roman Law in the Modern World.

(二四) Fangelmann: History of Continental Civil Procedure.

(二五) Wignoro: A students' Text Book on the Law of Evidence (1) Dying Declarations;

(2) Statement against Interest; (3) Family History; (4) Regular Entries; (5) Facts of Public Recognition; (6) Official Statements.

(二六) (1) Cross-Examination; (2) None the other means; (3) Originally Qualified.

第二章 鑑定

凡以具有特別智能之人。辨別案內係爭事物之真確與否。此種證據調查。稱曰鑑定。爲證明方法之一。其功用在輔助法官判斷事物之真假。故法院於鑑定事物時。應就鑑定者之特別學識。詳爲審察。卽訊問之字句。程序之先後。亦宜予以注意。蓋鑑定人之能力。亦有限制者。况今科學昌明。事物分析研究。愈爲周密詳細。所稱專家特別經驗。較前愈爲狹小。一知半解之鑑定言詞。固非可靠。泥守成法之鑑定意見。亦難盡信。如鑑定人費用。爲當事人一造給付。其鑑定結果或於該造較爲有利。故法院應廣集專家。多方探察。然後方得採納其鑑定而確信無疑（註一）。

鑑定之人。既須具有特別智能或經驗。然此種智能與經驗之界說如何。不無疑義。通常所稱特別智能。應以鑑定者於該事實確有深切研究。或就其職業上所素知者爲斷。所云經驗。乃指習常遭遇該事實之經過。因而熟諳其詳情之謂也。關於鑑定之法則。除有特別規定外。通常準用關於證人之規則。（民訴三三四。刑訴一八四）。

鑑定人意義

鑑定人爲本諸特別專門智能陳述意見。而爲訴訟關係外之第三人也。故法院之職員及訴訟當事人。不得爲本案之鑑定人。以免鑑定有偏頗之虞。

鑑定人爲自然人。法人不適於調查證據之直接審理主義。不得爲鑑定人。苟法院囑託相當公署或法人。陳述鑑定意見或予以審查者。此種調查。應依關於書證之規定辦理。又鑑定人爲依法院之命令。而爲陳述意見者。苟法院不爲擇定。得命當事人指定應行選任之人。惟法院認爲不勝任者。得撤換之。

第二節 鑑定人之性質

鑑定人性質

鑑定性質。究係證據方法。抑係法院輔助機關。或爲包含兩者而有之。學者議論不一（註二）。主張鑑定爲證據方法者。謂鑑定法則。既規定於訴訟法證據調查中。故爲證據方法之一種。又鑑定結果。法院既得依自由心證判斷之。如以鑑定爲法院之輔助機關。則法院不能有此自由判斷之權限也。或謂鑑定既以法官對於特種事項。缺乏專門知識。因而輔助之使其得一正當裁判。是則鑑定確爲法官之輔助機關也。爰此種主張之所以差異。實因各方觀察點之不同。蓋鑑定人在確定實

驗法則時。固與證人爲事實上之證據方法相同。然在應用實驗法則時。猶如法官之判斷事實也。吾國大理院判例則謂「鑑定只係一種調查證據之方法」(註三)。至鑑定人之供證。在以自己知識。提供於法院。使得藉以爲事實上或法律之判斷。與證人之報告觀察事實之結果者不同。惟本於自己之一種判斷而爲陳述。則固與證人無異也。

第三節 鑑定人之資格

鑑定人之資格。非如證人之限於特定人也。凡就鑑定事實。具有特別知識經驗之人。不問其國籍性別與年齡之限制。倘其心神無恙。知識充分者。均得爲鑑定人。又凡經公署委任有鑑定職務者亦得充之(刑訴一八五)。

第一目 任命要件

鑑定人員。既爲專家。於訴訟關係之確立。極爲重要。設其選擇不慎或有未周時。固訴訟之勝敗係之。而民情之屈伸。亦將不得確定其公平。故在用鑑定方法之前。應有兩前題。(1)即普通證人是否不足證明之。蓋倘待證事物。普通證人已能證明者。無庸另行鑑定也。吾國大理院判例謂「審判衙門。對於係爭事物。必

於該事物之鑑別。非有特種之知識技能。不足以資認定者。方始有選任鑑定人之必要。否則。無須實施鑑定。致徒延遲訴訟之進行」(註四)。(2)凡具有何種特殊智能。方足鑑定之。此乃決定鑑定人於任命時資格之證明也。通常此種資格之決定。得由法院調查之。吾國大理院判例謂「鑑定人是否有相當學識經驗。足以勝鑑定之任。自應由該管審判衙門。於職權上爲公平之認定」(註五)。

第二目 任命之機關

吾國訴訟法以法院任命爲原則。當事人選任爲例外。惟受命推事或受託推事。依鑑定調查證據者。除經受訴法院選任之鑑定人外。得選任鑑定人。民訴法三二六條謂「鑑定人由受訴法院選任。並定其人數。法院得命當事人指定應選任之鑑定人。已選任之鑑定人。法院得撤換之」。同法第三二七條又云「受命推事或受託推事依鑑定調查證據者。有前條所定法院之權限。但經受訴法院選任鑑定人者。不在此限」。均著有明文規定。(參閱刑訴法第一八五條)。

法院選任制

法院選任制。普行於大陸法系諸邦。其所實施之方法。如左列三種。

(一)定期之鑑定人 關於特殊案件之鑑定。由法院選任一般有定期之鑑定人員。

不支薪。不稱官。所有鑑定費用。臨時徵收。惟其報酬極微。不足代償其因工作所費之光陰也。如德國之永久鑑定人。法國之醫學上常年鑑定人是也。

(二)臨時之鑑定人 此項鑑定人。由審理案件之法官臨時任命之。其鑑定意見。法官得確信之。以爲裁制之基礎。

(三)陪審員式之鑑定人 此制爲美國學者所擬設。而尙未實行者。卽將一般有特殊才學之人員組成如陪審員之集合體。以之鑑定訴訟事物。殊不知一切訴訟事物。普通陪審人員已足應付之而有餘。蓋因其爲普通人員。方能造成一種可資信實之結果。若採用陪審員制而爲鑑定之用時。則將發生若干瑣細與實驗上之種種困難。損害訴訟之進行殊大也(註六)。

當事人選任制

當事人選任制。爲英美法系最通行之法制。由訴訟雙方合意或各別選定之。設鑑定人意見不同時。亦祇可聽之。法官得詳細審察其意見及證言。拒收或採納。悉憑法官個人意思。以爲定奪。此法旣得當事人之自由信任。又不背公平實施之主張。此中大有伸縮於其間焉。

合選制

合選制。盛行於意國。先由當事人之一造選定一鑑定人。提出其對於該案事實之

意見。然後由對造復選任一鑑定人。駁詰第一鑑定人之意見。最後由法院更任命一鑑定人。審查以上二鑑定人之意見。而參加其討論。其最後之決定。由此三鑑定人。以票決之多寡決定之。

第三目 選任之標準

選任之標準
鑑定人非人人得而爲之者。前已言之。特其選任之標準。又爲何如。茲略爲討論之如左。

通曉現代學識
鑑定人之知識。須選擇其富有現代之學識者。即合於所處之潮流而認爲最可信任之人也。蓋鑑定非僅就其習學年限之久長。而定其經驗之可否。往往一事物。數年前之學說。與現代之學說。迥不相同。此亦恆見之也。故吾人所需之鑑定。以合乎現代之學識爲宜。

明瞭當地情形
鑑定人須擇其對於案件發生地之情形。較爲明瞭者。蓋鑑定人所持爲鑑定之工具者。其專門之學識耳。經驗其法則耳。然每一學識與經驗之形成。必有其各殊之背景。甲地之情狀。與乙地之境遇迥異。因是其兩種學說。亦互有出入。故欲鑑定之得爲平允切當。鑑定人之學識與經驗。須取合乎案情發生地之狀況也。

凡善於講述一般事物者。未必於本案事物發生與經過。亦洞悉無遺。又習於事物一方面經驗者。非必即可認定其於不同之其餘各方面。亦具有若何經驗。故鑑定人之選擇。須對於平常事物。略有經驗。於本案事實。更有特殊習能者始可。

第四節 鑑定人之拒却

鑑定人之拒却。鑑定人雖有前述資格。得實施其鑑定工作矣。然遇有偏頗之情因時。當事人仍得拒却之（民訴三三一至三三三。刑訴一八七至一八八）。

事由

訴訟當事人之任何一造。得拒却鑑定人之事由。不外下列六種。（1）定人或其配偶（前配偶或未婚配偶）為該訴訟事件當事人者。（2）鑑定人為該訴訟事件當事人。七親等內之血親。或五親等內之姻親。或曾有姻親關係者。（3）鑑定人或其配偶。（前配偶或未婚配偶）。就訴訟事件與當事有共同權利人。共同義務人。償還義務人之關係者。或鑑定人為刑事被告或被害人之未配偶者。（4）鑑定人為該訴訟事件當事人之法定代理人或家長家屬者。（5）鑑定人於該訴訟事件。現為或曾為當事人之訴訟代理人或輔佐人。或辯護人或曾居此地位者。（6）鑑定人於該訴訟事件曾參於前審裁判或公斷者。（7）鑑定人於刑事案件。曾執行檢查官或司

限制

法警察官之職務者。(民訴三三二。刑訴一八七)。

當事人得拒却鑑定人之聲明。苟漫無限制。則訴訟進行。必因而遲滯。故鑑定人已就鑑定事項有所陳述。或已提出鑑定書後。自不得再予拒却也。惟此種拒却之原因。發生在鑑定人任命之後。實施鑑定工作之前。或當事人從前不知有此原因。而最近知悉者。則不在此限。又該鑑定人於該案件。曾爲證人或鑑定者。亦不得作爲拒却之原因。

釋明

當事人聲請拒却鑑定人者。應將其拒却之理由釋明之。蓋鑑定程序。原係輔助審判之方法。不容訴訟人任意左右者也。至聲請之機關。應向選任鑑定人之法院或推事爲之。其方式或以書狀或以言詞均可。總以便利迅速裁判爲要。

裁定

當事人拒却鑑定人之理由。是否正當。應由選任鑑定人之法院或推事裁定之。刑事事件。偵查中由檢察官裁定之。審判中由審判長或受命推事裁定之(刑訴一八八)。其拒却之理由。經法院或推事裁定爲不當者。民訴案件得於五日內抗告。惟以其拒却爲正當者。不得聲明不服(民訴三三三)。亦不得向受訴法院聲明異議。所以防訴訟之延滯也。然雖不許其提起抗告。仍許其向受訴法院提出異議。

俾得受訴法院之裁判。但僅指以由受命推事或受託推事。所爲拒却裁定不當者準用之。如受訴法院以其異議爲不當時。仍得對受訴法院之裁定抗告之。所以保護其利益也。

法院認當事人聲請拒却鑑定人之理由。確爲正當者。除應另行選定鑑定人。重復實施鑑定工作外。關於被拒却鑑定人所有已作成之報告。自當棄絕不用。不得引爲裁判之基礎。

第五節 鑑定人之義務

鑑定人之義務

鑑定人鑑定義務。與證人作證義務相同。吾國民訴規定「從事於鑑定所需之學術技藝或職業或經公署委任有鑑定職務者。於他人之訴訟有爲鑑定人之義務（民訴三二八）。惟鑑定人有正當理由拒絕鑑定者。法院得免除之。（民訴三三〇）

到案

鑑定人爲自然人者。應親自到法院所指定之處所待訊。惟鑑定人倘不到案。不得拘提。或將罰鍰易科拘留。祇能科以罰鍰。蓋法院所需於鑑定人者。乃其特別學識耳。苟其不到案。尙可選任他人。非舍彼莫屬也（民訴三一九刑訴一八六）。鑑定人若接受法院之委任。或當事人之聘請。則於實施鑑定前應具結。具結文內

具結

陳述

須記載本其所知爲公正誠實之鑑定等語。

鑑定人有陳述意見及到場說明鑑定書之義務。卽訴訟法所謂「受訴法院受命推事或受託推事得命鑑定人具鑑定書陳述意見。鑑定書須說明者。得命鑑定人到場說明」是（民訴三三五刑訴一九三）。至鑑定人有數人時。得命其共同或各別陳述意見（民訴三三六刑訴一九三）。又當事人關於鑑定事項。得向鑑定人詰問。惟其有不當者。審判長得禁止之。（刑訴二七四）。

鑑定準備

第六節 鑑定之準備

檢閱卷宗

通常檢閱卷宗。除法院之相當職員外。僅訴訟代理人或辯護人有之。然鑑定人於實施鑑定時。不免需用資料。倘非深悉案情。不能盡鑑定之能事。故關於鑑定所需資料。在法院者。應告明之。准其利用。或鑑定人有請求時。亦應准許之（民訴三三七刑訴一九二）。

訊問證人或當事人

爲調查事實明悉起見。鑑定人認爲應直接自行向當事人或證人發問者。法院自當准許之。蓋鑑定人既爲專家。則關於鑑定事物之發問。自較法官爲詳明。故與其由法官代問。不如由其直接訊問之爲愈也（民訴三三七刑訴一九二）。

第七節 鑑定之實施

凡民事案件由當事人聲請鑑定者。應將其鑑定事項表明之（民訴三二五）。否則法院不知其所欲鑑定之事物。因選任鑑定人。事前應須審慎。鑑定人之訊問。除特別規定外。通常準用關於人證之程序。又刑訴規定鑑定有不完備者。得命增加人數或命他人繼續或另行鑑定（刑訴一九四）。其訊問之程序亦同。

處所

鑑定實施。通常於法院內或調查證據之處所爲之。惟刑訴規定。於必要時。得使鑑定人於法院外爲之。且得將關於鑑定之物交付鑑定人。蓋法院對於鑑定應用之器具設置。恐未具備也。又因鑑定被告心神或身體之必要。得預定期間將被告送入醫院或其他適當處所（刑訴一九〇）。

方式

鑑定之方法。約有二種。（一）爲具體之陳述。即鑑定人以其特別知識。或經驗法則。適用於其指定之事物。再就其事物陳述其判斷。例如一外國籍律師。報告其對於同一國籍某夫婦之婚姻。是否合法之意見是也。（二）爲抽象之陳述。即鑑定人。祇陳述學理上之原則。例如化學上對於水之分析。含有輕二養一等等。又如鑑定人之報告。謂假定一事物在某種情形之下。則其結果必爲何如等等。

客體

鑑定之事物。範圍甚廣。故鑑定人之選擇。亦因而稍有區別。法院通常對於所應鑑定之事物。可分爲左列數類。

人體鑑定

(一)人體之鑑定 法院於察看人體或物體之外形時。不能得有案情之真實情形者。應使鑑定人鑑定之。故刑訴有「鑑定人因鑑定之必要。得經審判長受命推事或檢察官之許可。檢查身體。解剖屍體或毀壞物體」之規定(刑訴一九一)。

科學上事物

(二)科學上之鑑定 科學上諸問題。非普通人所咸知者。不得不求諸專家。例如醫學上關於病人之病狀。是否能醫治。食物中有無毒質。能使食者中毒致死等等。均須由醫生鑑定之。再如某鐵路公司。於某甲房屋旁邊。設置鐵軌。駛行火車。該屋因受震動而被損壞。倘某甲茲擬向鐵路公司請求賠償。則法院應徵求鐵路工程師之意見也。

外國法

(三)外國法之鑑定 外國法非法院應知之事物。故主張者應證明之。證明之方法不外請求鑑定耳。至鑑定人之資格。或爲該外國籍律師。或爲講述該外國法教授。或爲曾任該外國政府之官吏熟悉法律者。例如法國領事。得在英國法院陳述法國商法上之規定(註七)。又如波斯駐英公使館之祕書。得在英法庭陳述波斯國

物價

法律也(註八)。

(四)物價之鑑定 商業上之行情。公司資本之盈虧。通常均可由熟悉市價之人鑑定之。吾國大理院判例謂「物產時價究值若干。兩造協議未請求審判衙門爲裁判者。自可實施鑑定程序爲其鑑定額數」(註九)。

術語

(五)術語之鑑定 凡本地或外國各種營業中之術語。得請用專家解釋其意義。然倘該項術語爲一般人所習知者。則雖無專家。亦可了解。例如上海商界上所稱「跑街」。「捐客」者是。是無須再爲鑑定之也。

筆跡

(六)筆跡之鑑定 筆跡之真偽。關於法律行爲是否有效。極爲重要。通常證明之方法如左(註一〇)。

第一 由親自見聞者之證明

凡於本案(1)親見簽名人作成書狀。(2)或親聞簽名人自己承認作成書狀者。得供述其筆跡之真偽。

第二 由素來習知者之證明

凡素知一人筆跡者。雖非親自見聞其作成。亦得到案作證。惟所稱「素知」者。

須有下列三種條件。(1)曾見該人書寫其他書狀者。(2)曾見其他書狀而確知爲該人所書寫者。曾閱見該人之其他書狀者。

至「曾見」云者。非必爲常見或近見。凡作成書狀人之(1)交閱。(2)或暗示默認。(3)或常見其來往信札中之筆跡而認識者。(4)或前在作成書狀人處爲書記。或保管文件時所知悉者。均得證明其筆跡之同一也。

第三 由專家比較審定者。

凡作成書狀人之筆跡。既無證人親自見聞其書寫。又無他人習知其體裁。則不得不委請專家審查之。人各有其特殊個性。其書法及筆跡。恆與此個性有連帶關係。若待證之筆跡。酷肖其人之個性。則此筆跡。必係該人所書寫焉。至鑑定之方法。約有二種。(1)將待證之筆跡。與一已認定筆跡互相核對。是否符合。(2)將二份未認定之筆跡。互爲對照。察其是否同一。

惟專家於審查時。應注意書狀作成人所用之紙質樣式。墨質濃淡。筆畫粗細。書法先後。體裁正斜等等。吾國大理院判例。認爲由法院自行核對筆跡。以其所得心證爲判斷。已足判別。而未予實施鑑定程序。亦難指爲違法。

資格。故訊問此種證人。適用關於證人之規定（民訴三三九。刑訴一九七）。

第十一節 通譯

通譯
法院於審判時。應用中國語言。然訴訟當事人證人或鑑定人。如有不通中國語言者。或法官所用語言而訴訟人等不了解者。得選任通譯以傳達其意思（民訴二〇七）。至訴訟法上關於通譯之法則。得準用鑑定之規定（刑訴一九八）。夫通譯依其特別知識所得之結果。供給於法院。此與鑑定人相同。惟鑑定爲證據方法之一。而通譯僅係輔助法院。殊非證明之行爲也。

第一目 通譯之類別

（一）語言與文字上之繙譯 訴訟人間。每因言語不通。致法院不能了解其供述。故置用通譯。以便傳達語言之意思。如法官爲中國人。而訴訟人爲外國人。或訴訟人亦爲中國人。然祇能聽講本地土語。而不知普通話者。又案件中常有關於法律上之證明文件。而未用中國文字者。訴訟人雖已譯爲中文。然於譯文倘有爭執時。則法院爲求事實明瞭起見。不得不命通譯繙譯之也。

（二）意思上之繙譯 訴訟人或證人。倘係聾啞之人。法院欲使其有所供述焉。則

非由通譯代爲轉達。不能知悉其意思。蓋聾啞之人。通常以手勢表意。非熟諳此道之人。於該種表演。直不知其所云爲何也。

第二目 通譯之設置

通譯之設置。或由法院任命者。或由當事人自置者。前者於案情之出入。並無偏頗之虞。然於繙譯時之意見。難免有所誤解遺忘。後者於事實之認識。較爲清楚。譯意自當確切。但不無僞飾之弊。兩者各有利弊。故以折衷主義爲允當。即以法院所置之通譯爲法定官員。但當事人之通譯員。得舉其錯誤更正之。夫如是。案情之事實既可明瞭。權利之保障。亦得有恃無恐矣。

第三目 通譯之責任

通譯於其所繙譯之事實。倘有錯誤。其責任由何人負之。不無疑義。關於此點。吾人可審查其任命之主體。而後決定之。倘通譯由法院任命者。則設有誤譯之處。當事人無須負責。倘通譯由當事人選任者。則其所居之地位。爲當事人之代理人地位。設或有錯。須由當事人負其責任也。

其他關於通譯之權利義務等項。自可準用鑑定人之法則。茲不贅述。

中國法

羅馬法

大陸法

第十二節 鑑定人於法制史上之比較觀

吾國舊時。對於殺人命案。亦有「印官帶領件作前往相驗」之規定。所稱件作。卽驗吏之謂。猶如今之鑑定專家也。關於鑑定之典籍。有洗冤錄一書。始自宋淳祐閒提刑宋慈。蓋取疑獄集及內恕錄等書參酌而成者也。

考羅馬法。通常祇關於土地涉訟之案件。如境界地價之決定等。採用鑑定人之制度（註一二）。

德奧訴訟法。凡民事案當事人。擬用鑑定之證者。應聲明鑑定之事項。並舉出鑑定人。使法院選擇之。鑑定人應於指定之日期到案。鑑定人宣誓後。應將待審之事實。向之報告。法院於訊問鑑家人時。兩造當事人得不在場。惟鑑定人之意見。應通知訴訟人。令其知曉（註一三）。

法國法謂民事當事人。聲請鑑定者。通常得由兩造訴訟人。合意聘定鑑定人。自一員至三員之數。倘訴訟人間。不能決定。由法院選擇之（惟醫學上鑑定人須聘用上訴院所擬定之常年鑑定人）。鑑定人宣誓後。得開始鑑定工作。訴訟人並得在場向之陳述事實。或爲其他請求。鑑定終了時。應作鑑定書。鑑定人之意見。

倘各有不同時。得以投票之多數表決之。惟投票人之姓名須守祕密(註一四)。

意大利法。關於民事鑑定人任命。由兩造當事人各選一員。再由法院指定一員。

鑑定人得祕密訊問證人。鑑定人意見倘有互異時。得以多數取決之(註一五)。

英美法中之專家作證。指專家評論關係訴訟上懷疑事物之鑑定而言。此種專家證人。須對於一特定事物有深切之研究。其是否依其所研究事物爲職業。可不問焉。事前應研究者。(一)是否專家之證明。(二)是否需要專家證述。至專家證人之合格與否。與應否須用專家作證。均爲法官之權限。而其鑑定之證力若何。由陪審員斷定之。

通常關於待證事實情狀之意見。祇有專家證人得爲陳述或實驗之。於供述時。且得引證其他專家之著作。惟關於人之同一問題。以及容貌之類似。年齡之大小。品格之優劣等。非專家證人。亦得作證之。雖然。證言無論爲專家所供述。或非專家所提供。均須經兩造當事人之詰問後。方得採用也(註一六)。茲就英美法上意見律(註一七)。簡述如後。

證人僅能就自己觀察所得事實結果。向法院爲陳述。不能對該事實之結果。擅加

意見律

意見。例如一警士。可以證述尋到一斧頭之情事。不能證述該斧柄之折斷。是最近的或久遠的。所稱意見者。乃「就一般過去事物之觀察。所得之推論」也。然則。英美法上之意見律 Opinion Rule 又爲何耶。

限制

「在一般過去事物。如經觀察真切。傳述完全。使陪審員從所述事物。得發生同一推論者。則該傳述證人。不需供給意見。有亦棄之。」
一般富於進步思想之法官。對此「意見律」。常生非議。因若干有價值之供證。恆因此律之頑劣。不得不擯棄之。茲將此律。於引用時之限制列后。

(甲)證人意見。不得引用於案內唯一的「事實爭點」。例如被告有無過失是。蓋以防止「僭奪」陪審員之職權故也。

(乙)證人意見表示前。必在全般過去事物已行傳述之後。

關於專家作證與普通作證間。引用此意見律時。常發生左列之區分。

(一)需用專家作證時。凡專家所觀察之事物。當非普通人(陪審員亦是之)之所知。除受(甲)項限制外。法院准其自由發表意見。

(二)普通人作證時。凡證人所能見及之事物。任何門外漢(陪審員亦是之)。均能

引用時之區分

見及之。不論在法院內的事物。陪審員固可直接觀察及之。卽在法院外者。但既經證人證述無誤後。該證人意見之表示。不准提出之。

但以近今原則言。凡事物之在法院外者。有如容量。重量。度量。時間。距離。速度。形式。大小。溫度。形狀。以及其他日常慣見之種種。普通證人。皆准表示其意見矣。

茲舉例以明之。某霧夜。有輛汽車。同電桿木相衝。發生傷害。旁觀之某甲。被傳作證。

問一。 那夜霧重否？

問二。 相衝時。路燈是否明亮的點着？

問三。 這燈光。可以看到多少遠？

問四。 這燈柱折斷的鉄條。似新裝置的麼？

問五。 汽車速度。是否太快？以致到交叉路口。不克停車。

問六。 受傷人被扶起時。肋骨已否折斷？

第(一)(二)(三)問題。不能因意見律的關係。阻止證人甲之回答。第(四)問。如

由普通人證。亦准其回答。若既經用專家作證時。則僅專家能證述之。第(五)問。許多法院。因意見律關係。不採證之。至第(六)問。僅專家得以證述之。由此可知。在引用意見律前。首應決定該情事。是否需用專家鑑證。若普通人均可證述之者。意見律方有適用之可能。

左列事項。有者適用意見律。有者則不適用之。

證人意見適用事項

(一)精神狀態 普通證人。可以證述立遺囑人之精神狀態。但以詳述所知一切依據之情事後。其供述較爲可信。

(二)物價 普通證人。無論對於動產或不動產。均可作證估定其價值。

(三)注意。合理。安全等 關於個人行爲之注意。動作之合理。處所之安全等問題。普通證人。不能供述意見。

(四)法律點 任何人證。不能就法律點。發表意見。例如遺囑人之能力等。但於間接發生法律效力者。例如清償能力。所有權。權力等。大都准許陳述之。

(五)心靈情形 凡意思計劃感情等項。可表示意見與否。評解各有不同。(參證情狀證)。

(六) 因果關係 一種情事之因果。是否可以發生。是否如此發生。是否有此發生。常不准表示意見。

(七) 筆跡 證實筆跡是否同一。准其發表意見。

專家作證。其供述之意見。所依爲基礎之事物。自己不必有直接之觀察或認知。可由其他普通證人供述之。普通證人所供給情事。真實與否。尙在審究之列。故專家作證所依據之情事。均囑「假定」者。陪審員既可對於普通證述。予以不採。則依據此陳述如發表之專家證見。自亦可自由權衡其取捨也。

第二章 鑑定 註解

(一) The Value of Experts

(二) 松岡義正著民事證據論第五章

(三) 大理院判例五年上字第一〇二五號

(四) 大理院判例五年上字第五六四號

(五) 大理院判例四年抗字五號

(六) Wigmore: Principles of Judicial Proof.

- (七) *Lacon v. Higgins* 3 Stark 178.
- (八) *Re Dostaty Klan* 6p D. 6
- (九) 大理院判例四年上字第一二二二號
- (一〇) *Wigmore on Evidence—Topics on Hand writing.*
- (一一) *Bornier Traite de Preuves*, §74.
- (一二) *Cf. Code III 39, 1.5*
- (一三) *History of Continental Civil procedure* p. 557.
- (一四) *Glasson & Tissier Prec. I* 874-894.
- (一五) *Capucinus II* pt. 20. 13.
- (一六) *Phillipson on Evidence* 7th Ed. p. 373.
- (一七) *Wigmore: A Student's Text-book on the Law of Evidence: Opinion Rule.*

第二章 書證

凡用文書記載法律行爲之內容。以供證明之用者。稱曰書證。此種證據調查。於訴訟時。得作爲證之方法使用之。古時人民識字者少。風俗較爲敦厚。每遇訟事。概用人證爲證明之唯一方法。自今社會進步。人事關係。日益複雜。世俗人心。愈形奸詐。口頭承諾不足爲憑。必持書證以爲日後證明之用。各國法制史上。殊爲明顯。但其證明之事物。大概均屬於民事方面者。

證書效力。初視爲主權之代位。執有證書者。猶如主權在握。證書遺失。則主權亦隨之消滅。迨後證書之觀念稍稍變更。認證書爲主權之證明。非卽爲主權。原有證書雖遭失落。苟能提供繕本者。亦得使用之以證明其主權（註一）。

吾國民事訴訟。原有證書訴訟程序之規定。訴訟原告。請求給付可代替物。或一定數量之有價證券時。法院爲使其得速受判決以資執行起見。關於其請求之證據方法。限定祇須用證書。及卽時提出之程序。此所以免除訴訟終結之遲滯。乃民事上特別之訴訟規定也。（舊民事訴訟條例五八三—五九五）。惟現行民事訴訟。以證書訴訟。可依督促程序之規定辦理（民訴法五〇四—五一七）。無庸另行規定

。故無明文。

至文書以外之物件。有與文書相同之效用者。民事訴訟法(第三六三條)許其準用關於書證之規定。然他國之法例亦有以其關係重要。專設節目者。本編特從後例。另設專章討論之。

第一節 證書之意義

證書乃以文字或代文字之其他符號。記載吾人思想之物件也。通常有狹義與廣義兩解釋。狹義言之。凡以字句表示意思於紙上。謂之文書證。廣義言之。則「文」之一字。不僅限於字句也。即符號亦可。例如號碼標記照相有聲片等。但對於傳示吾人意思或思想之物件。如使用之記號爲一般人所不能了解者。或全無記號如界標紀念碑字帖等。則不屬「文」也。

又「書」之質料。亦不僅限於紙料也。凡金石竹木布革。均可以不問。至記載方法。或以書寫。成以攝印。或以彫刻。均無不可也。且其制作。非必需二人以上之合意。即一人之單獨行爲。亦能行之。

第二節 證書之性質

證書之爲證明方法。係指證書之外體而言。是否須注重其內容。學者議論不一。夫證書既爲證明制作人之確定意思。則其內容自較外形更爲重要。或又謂法院之審定證書。與法院之觀察勘驗標的物。初無二致（註二）。豈知法院於勘驗證書形體時。乃直覺之證明。然以之得悉其所載意思時。其證明方法。乃推論式之信服也。猶證人到案作證。法院雖得察驗其人。然證人之供述。要不失爲言證也（註三）。或謂書證乃無機體物件。其提供於法院作證時。須有證人之輔助。因此稱爲死證。而以證人爲活證。惟近世立法例。多數認書證爲證據方法之一種。

第三節 證書之類別

第一目 因作者而區別者

公文書。爲官署或公務員。按其職務。依照法定方式所制作之書狀也。有公務員之資格而無其權限者。或有其權限而未照法定方式者。其所作成之文書。均非公文書。至其作成之權限。只須有事物上之權限。不必有地域上之權限。蓋後者僅於證書上所載之效力。發生影響。並不有礙其爲公文證書之性質也。

公文書上所載事物。無論其爲私法關係或公法關係。其所載事物內容。無論完全

或不完全。概不影響於其公文證書之性質。

外國公署。依其所屬國法律。於其權限內。依照法定方式所作成之公文書。與本國之公文書。有同樣之證力。

公文書中。有司法上公文書。與普通公文書之分。前者。祇對於當事人間有拘束力。後者。其效力及於一般人。

私文書。指無公文書效力之證書。而為個人私作之證書均屬之。私文書文件末端上之簽名蓋章。無須如公文書之應有同一式樣。

私文書之制作者。或為舉證之當事人。如商業賬簿。或為當事人之對造。如借據收條。或為第三人。如律師之證明書等。至其用語。國語或外國文。均可之。至私文書雖經公署證明屬實或認可者。仍不失為私文證書。

私文書上簽名蓋章。無須為法律上之姓名。即事實上之稱號。亦無不可。且除特別規定外。不必制作者之親自簽名或蓋章。其代理人亦得為之。

私文書之證力。不若公文書有強固之推定。凡提私文書作證時。應提出原本。非若公文書之提出正本已足也。

勘驗證書

第二目 因內容而區別者

證書記載人之意思或其他陳述者。曰勘驗證書。法院觀察此證書之內容。爲待證事物之證明。其行爲與勘驗無異。故有是名。

處分文書

勘驗證書中。記載意思表示。以冀發生法律效果爲目的之文書。謂之處分文書。例如契約遺囑票據告發狀及官廳之命令書等是。非處分之勘驗證書。例如問候。情愛信札等是。

報告文書

記載某人觀察事實之結果者。謂之報告文書。如賬簿日記醫生診斷書法院筆錄送達書等是也。倘處分文書上記載事實經過。有年月日及場所者。則此種書狀。兼有處分及報告證書之性質。

報告證書又可分爲事實報告。及意見報告等。

第三目 因來源而區別者

原本繕本

凡最初作成之原稿。謂之原本。如判決原本或公正證書原本是。依原本製作之文書。謂之繕本。一稱抄本。文書之照片。認爲繕本。

正本副本

繕本爲有職權者所製作。且與原本業經對照無異者。稱之曰正本。與原本有同等

節本譯本

效力。正本以外。惟與正本製作相同者曰副本。凡自原本摘錄一部份。而並未全抄者。曰節本。至以外國語言翻譯原本之意旨者。稱爲譯本。

第四節 證書之審定

訴訟人聲明書證。應提出文書審定之（民訴三四一）。否則。祇憑證人記憶而爲陳述。則舉凡文書內容之一般。決不能有以全行揭示而無遺漏者。至提出書證之義務。有爲舉證之當事人負之。有爲他造執有證書之當事人負之。有爲第三人執有證書者負之。總之。凡持有證書之人。對於舉證人在其證據上有利害關係者。均負提出之義務。茲將提供證書程序。分述之如左。

審定之程序

第一目 審定之程序

第一款 訴訟一造執有文書之提供

文書之提供

一造執有之提供

當事人既於訴訟上。關於文書有所主張。依法自有提出之義務。（民訴三四四）（一）於訴訟上曾經引用者 提出證書之義務。乃證書所有人。爲使舉證人用之爲證據方法。而將其證書提供至法院也。苟證書所有人。卽爲舉證當事人。自可隨

時提出使用之。其不爲提出者。自受其不利之結果。然若證書所有人。非當時執有者。法院得延展辯論日期。以便使該證書之提出。舉證人執有證書之提出。以於準備書狀或言詞辯論時引用者爲原則。惟證書所有人。因防止該證書之散佚損毀。或因重大窒礙而不能於該時提出者。法院爲保護其利益。得命於受命推事或受託推事調查證據時提出之。受訴法院得記明其事項於筆錄內（民訴二五四）。其繕本或節本並得附於筆錄。惟應予對造有在場及閱覽之機會。至當事人雖有證書。而非引用爲證據方法者。自無提出之義務。然一經引用後。而將該證據方法捨棄者。該當事人仍負有提出之義務（註四）。

（二）他造依法得請求者 他造當事人對於訴訟上證書。依法律規定。有使執有證書之當事人提出時。自應提出證書。交付他造閱覽。例如甲向乙訴追借據上所約定之借款利息。乙得向甲索閱借據是也。

（三）爲他造之利益而作者 此種證書之制作。不限於專爲舉證人之利益。亦可包括與他造當事人或第三人之共同利益而作者。如遺囑與委任書是也。

（四）就當事人間法律關係所作者 常事人間法律關係。範圍甚廣。不以現時有效

成立爲必要。不限於單獨能證明全體法律關係。且不必爲共同作成之證書。祇須有記載法律上必要事實之確定意思爲要。如借據賬簿收據存摺等是也。

(五)商業帳簿 商業帳簿內之各項記載。非盡爲訴訟關係當事人法律關係之證。惟當事人亦有提出其全部或有關部分帳簿之義務。

第二款 訴訟他造執有文書之提供

訴訟上之舉證人。欲使用他造當事人所執有之證書者。應聲請法院。命他造提出之(民訴三四二)。稱他造當事人者。指訴訟係爭中之對造而言，居相對地位，共同訴訟人。而有共同利害關係者亦屬之(註五)。惟脫離訴訟之當事人訴訟代理人。及參加人等。皆爲第三人。而非得以訴訟他造論。

法院如認此聲明書證正當。且其應證事實係重要者。應以裁定命他造提出文書(民訴三四三)。至當事人命他造提出證書者。應表明左列事項。

- (一)應命其提出之文書 此係使他造當事人。知其係求提出如何之證書。
- (二)依該文書應證之事實 此係備法院調查該證書與待審案件之有無重要。
- (三)文書之內容 此係舉述應證事實有關部分已足。他造執有繕本時。得將繕本

他造執有之
提供

提出之。

(四)文書爲他造所執之事由 此係表明該文書爲他造所執有之事由。并其主張所根據之情形。

(五)他造有提出文書義務原因 此係表明他造提出其文書之原因。(民訴三四四)

第三款 訴訟外第三人執有文書之提供

第三人執有
之提供

舉證人聲明書證。係使用第三人所執有之文書者。應聲請法院爲之。此項聲請須表明下列各款事項。(1)應命其提出之文書。(2)依該文書所證之事實。(3)文書之內容。(4)文書爲第三人所執之事由。其事由並應釋明之。(5)第三人有提出文書之原因。其原因應釋明之(書訴三四六)。至該證書由舉證人自行取到者。應命定該證書提出於法院之期間(民訴三四六)。

法院認應證之事實重要。舉證人之聲請正當者。應以裁定命第三人提出文書。或由舉證人提出文書之期間(民訴三四七)。至第三人提出文書之義務。限於(1)他造依法律規定得請求交付或閱覽者。(2)爲他造之利益而作者。(3)就當事人間法律關係而作者(民訴三四八)。

拒絕

提供之拒絕 第三人無正當理由。不從提出文書之命者。法院得裁定科以五十元以下之罰鍰。(此裁定得抗告。抗告中。應停止執行)。且於必要時得爲強制處分(民訴三四九)。至何謂正當理由。法律亦未規定。要不外(1)實未執有該證書。(2)無提出義務。(3)不能提出該證書之障礙等是之。英國有一判例。於印度曾王能度可麥案內。法院擬調取東印度公司之文書。以資參考。該公司拒絕提供。辯稱公司記錄。倘予披露。則公司將受莫大損害。但法院仍命其提供。謂「倘該公司與他人因事涉訟。既得提供其記錄。用作證據。則他人被控爲犯罪時。若關於有利益於被告(或無罪)之證據。現爲公司執管者。則公司亦應將其提供到案」。惟法院對於此類文書。應慎重保管。祇可於審理時拆閱。事後即宜歸還提供者。以免洩漏消息也(註六)。

費用

提供之費用 第三人於提出證書時得請求相當之費用。如法定之日費及旅費。此種費用應於訊問畢後十日內爲之。惟所需旅費得依聲請預行酌給。關於此項請求之裁定得爲即時抗告(民訴三五二)。

保留

提供後之保留 凡於訴訟上所提出之文書原本。法院於調查完竣後。本應發還原

法院職權調
取

提供之人。就其繕本或節本附卷。然疑有偽造或變造之情形。則於訴訟未終結前。應由書記科保管之。至訴訟終結後。再予發還。亦無不可。但應交付其他官署者。例如因刑事訴追應交付檢察處。則不在此限（民訴三六一）。

第四款 法院之職權調取

凡與訴訟有關係之文書。爲公署所保管。或公務員所執有者。則不問其有無提出之義務。法院得依職權調取之（民訴三五〇）。訴訟當事人。非有聲請之權。僅可促法院之職權發動。此種職權調取。應依囑託之方法行之。惟於證據執有人不提出時。不可強制之。因此義務。非訴訟法上提出之義務可比。惟公署或公務員。於職務執行上。別無妨礙者。自須應其囑託。將該文書。送交法院。以盡其協助之義務。

第五款 刑訴上之證書審定

刑訴上審定

刑事訴訟法上。關於證據之調查。既採職權主義。故證書之提供等。固無庸明白規定。卽證書之效力。亦不問其類別如何。除有特別規定外。均由法院依自由心證判斷之（註七）。

審定實施

第二目 審定之實施

第一款 原證書之提出

原證書提出
凡以證書之內容爲證明之資料者。應將其原證書提出。蓋書證之證明力。原以證書之真實與否爲要件。原證書者。具有最強固之據力也（註八）。吾國大理院判例謂「當事人以文書內容爲證明方法者。應提出原文。不得僅以繕本爲證」。

第二款 原證書之鑑定

原證書鑑定
證書之真偽。除由法院核對筆跡。證人到案證明。與鑑定人實施鑑定程序外。得因其他情狀。審定其是否正確如左。

年代久遠
（一）年代久遠者 凡一證書之發現或存在。已歷數十年者（英美法規定三十年以上）。則其正確之情形。較爲可信。蓋通常吾人僞造一文書。以備數十年以後使用者。未之聞也。且期日既已久遠。人證恐亦無法傳喚。至其他證明方法。更難調查。惟該證書安藏處所。必在相當地方。且其表面形式。須無僞造嫌疑者。

內容真實
（二）內容真實者 證書真假。得將其所記載之文字。或印就之圖章。與該案當時之情形。互相比較後。察核其是否確實。設一證書內。蓋有真正印記。或其封面

上。經郵務局蓋印。或曾經郵遞者。則可證明此證書確非偽造。故吾國大理院判例謂「一回信之內容。與去函之語氣相接連者。可證明該回信。確係真實者。且證書內之形式或畫押。縱有可議。然其真實之證據確已顯明者。要無卽予否認之理」(上字五七號)。

保管可靠

(二)保管可靠者 證書爲正當機關所執有與保管者。自屬可靠。不問其爲公文書或私文書。凡經公共機關。依其職權收藏者。事前必經調查屬實。方可收藏也。然倘當事人能反證。該證書於未呈案時。已非真確者。自許提供證據證明之。

第三款 繕本提出之釋明

繕本提出

凡不能提出證書原本者。法院得命釋明其不能之理由。又原證書如經遺失。自可提供其繕本。然於「其遺失之經過。不可不予以證明。始可免諸不利情狀之推定也」(上字一三七號)。論述如左。

先證存在後
證遠失

(一)存在與遺失之證明 任何證書遺失時。應將其成在之事實。先予以證明。俾法院得調查其是否有該證書。大理院判例謂凡用繕本證明一證書之成立者。先證明其原本業已遺失。惟在證明證書遺失之先。尙須證明其確曾存在。不然倘該證

先證成立後
證內容

先證成立後
證內容
以證成立後
證內容
以證成立後
證內容

先證遺失後
證內容

從未有存在。則必無遺失之可能也(上字五二六號)

(二)成立與內容之證明 證書原本不能呈證時。則證書之成立與內容。須有恃乎人證或繕本。特是否以證書之成立證明在先。或其內容之證明在先。頗難解決。例如甲持有一田地文契。後遺失之。則所有該證書內已訂立之一切權利範圍性質等。頗難證明之。若先將該文書內容。先予證明。又恐事後該文契成立。一被推翻。落諸空泛。故就常理言。或就經驗論。證明證書之成立須在先。證明證書之內容應在後也。

(三)內容與遺失之證明 凡原證書經遺失後。設不就其內容之性質範圍。予以聲敘。誠難以證明之。通常於證書內容有所爭執。除提供原證書。以證明其權利義務外。不得另用其他證料。故為便利證明起見。如能證明原證書之確係遺失。與其曾經成立之情形者。然後得用繕本或其他證據證明其內容焉。

總之。證書遺失。以繕本或其他證料提證時。先證其「存在」。次證其「遺失」。再證其「成立」。後證其「內容」。方能水到渠成。事半功倍也。

第四款 證書提出之選擇

效力或解釋

證書證力

筆錄

凡證書效力或解釋有爭執者。得提出繕本(民訴三五二)。此種爭點。於證書成在成立內容。均無問題。就其效力或解釋上。發生爭執。其繕本提出。自無不可。

第五節 證書之證力

第一目 法院得用法定證據之事項

關於言辭辯論所定程式之遵守(民事)。審判期日之訴訟程序(刑事)。以審判筆錄證之(民訴209刑訴47)。其筆錄內引用附卷之文書。或表示將該文書作爲附件者。其文書所載之事項。與記載筆錄者。有同一之效力(民訴215刑訴48)。

第二目 法院得用推定之事項

該文書依其程式及意旨。得認作公文書者。推定其爲正真。蓋公文書於制作時。已經相當監督。且爲公所知悉。其保管亦屬可靠也。惟有增刪塗改等可疑情形時。得令作成該文書之公務員或公署。到案陳述其真僞(民訴二五五)。

外國公文書。經駐在該國之中國外交官或商務官證明者。亦推定其爲真正。其未經上述官吏證明者。其可信與否。則由法院審酌情形決定之(民訴三五六)。或責令利用該文書之當事人。負舉證之責。在既審定爲真正後。其抗爭之當事人。自

又應負其反證之責。

私文書

私文書經本人或其他代理人。簽名畫押蓋章或按指印。或有法院或公正人之認證者。推定爲真正。否則法院得以核對筆跡或印跡證之（民訴三五八、三五九）。無適當之筆跡可供核對者。審判長受命推事或受託推事。得指定文字。命該證書之作成人書寫。以供核對之用（民訴二六〇）。

第三目 法院得用心證之事項

凡法院得用自由心證之各事項。對於左列五項規定。固可適用「推定」方法。以衡定其證力。但其證力究於何造有利。未可確定。仍須按一般原則。依其自由心證。而爲斷判。其情形如左。

文書不提出
故意隱毀等

（一）當事人無正當理由不從提出文書之命者（民訴三四五）。

（二）舉證人不遵從法院之命不提出原本。而祇能提出繕本者（民訴三五三二）。

（三）私文書之作成人。無正當理由。不遵法院之命。不書寫筆跡。以供核對者（

民訴三六〇）。

（四）當事人因妨礙他造使用。故意將文書隱匿毀壞或聲不堪使用者。法院得認他

造關於該文書主張爲正當(民訴二六二)。

(五)文書真僞。得依核對筆跡印跡證之。(民訴三五九)。

第六節 法制史上書證之比較觀

吾國法制史上。關於書證之制度。在春秋以前。已有所聞。周禮秋官司「凡以財獄訟者。正之以傳別約劑」。訂義易氏曰「傳謂地傳以爲之保。別謂判書以爲之合。約謂書其期約也。劑爲之要書者」。此非以書證決獄之說乎。

古昔埃及法律。於書證制度。亦已承認。婚姻事項。地產購賣。普通抵押賣買。以及繼承遺囑等。無不以證書行之(註九)。

羅馬法於書證之證明方法。久已奉行。最初時。書證上祇有證人蓋印。而當事人並不簽名。以後法律改爲當事人與證人。須共同簽名。方生效力。倘書證業經遺失。或有不確時。得由人證證明之(註一〇)。

大陸法關於書證之規定。均認爲證據方法之一種。訴訟人間得將其權利義務。用證書說明之。日後倘有爭執。可提供證書。以資證明。惟法國法律。規定金錢在一特定數以上者。及凡關於生死年齡婚姻諸問題。非用書證不可(註一一)。

中國法

古埃及法

羅馬法

大陸法

英美法規定。凡當事人間合意用書證者。則嗣後關於該法律行為之證明。咸以此證書為憑。不得傳喚人證。以變更說明其書證內原有之記載。引申言之。凡關於書證之證明。該證書為最有力之證據。雖然。倘於私證書之存在與否。發生爭執時。或關於該書證之備忘錄及習慣等之證明。均得提出繕本(註一二)。

第三章 書證之註解

- (一) Thayer: Preliminary Treatise on Evidence.
- (二) Gulson: Philosophy of Proof, pp. 313-20.
- (三) Chamberlayne on Evidence Vol I, pp. 23-5.
- (四) 仁井田民訴要論三五頁
- (五) 細野民訴要義五一四頁
- (六) Trial of Maharajah Nundocomar 20 How St. Tr 1057.
- (七) 羅瑾峴刑事訴訟法通義二編六章二節
- (八) Authentication of Documents.
- (九) Wigmore: Panorama of The World Legal System, p. 26.
- (一〇) Rudroffs Romische Rechtsges chichte II 252 Sg.f.
- (一一) Ord. Civ. Tit XX.
- (一二) McKelvey on Evidence—Documentary Evidence.

第四章 勘驗

凡欲使法院信服訴訟上證題。確係真實者。其證明途徑。不外二種。一爲提供使其發生信服之物體本身。例如一謀殺案中兇器之提出。一爲提供使其由推論而獲得信服之其他獨立事物。例如於謀殺案中恐嚇信之供呈。前者爲直接證明。一稱檢證。卽事物自證之謂。後者爲間接證明。一稱旁證。卽事物之證明。須憑論理學上之推論而決定之。

勘驗行爲。在使法院。對於訴訟係爭問題。更能明晰了解（註一）。且與人證及情狀證。所有區別。例如在一待證案件中。茲須決定被告，臂腕狀況如何。法院若根據證人之供述。而信以爲假裝者。此言詞證也。如命被告以手表演姿勢。藉以推測此臂之或真或假者。此情狀證也。然今法院命被告解去內衣親自查驗其臂腕。究屬自然肢體。抑爲人裝木臂。因而斷定其真假者。此卽勘驗也。

第一節 勘驗之性質

勘驗云者。法院以五官之作用。觀察某事實。而查驗某物體之行爲也（註二）。其查驗之物體。稱曰勘驗標的物。學者有稱法院之勘驗。爲證據調查。而勘驗標的

物爲證據方法。如法院察閱文書之是否存在時。此文書之外形。乃勘驗標的物。亦卽證據之方法也。至勘驗之行爲。猶如人證中之訊問證人也。

或曰法官猶是人也。法官勘驗標的物所獲結果。亦以推論方法得之者。然證或鑑定人所認知之事物。須經審問。以免偏袒或錯誤之虞。而法官所認知事物。何不予以同樣調查。詎知法官所勘驗之標的物。究屬少數。且其調查時。訴訟當事人均得在場旁觀。故隱匿徇私諸情。殊不可能。抑且凡遇勘驗標的物時。有費解處。卽可詰問在場之鑑定人。由是以觀。勘驗之實施。比較上利多而弊少也。倘法官更能平心靜氣。而屏除情感。甄別論識。隔絕聯想（註三）。則勘驗標的物之結果。其證力必甚可觀也。

勘驗人資格

第二節 勘驗人之資格

第一目 推事與檢察官

法院勘驗之實施。民訴案中。通常由受訴法院受命推事或受託推事行之。惟於勘驗時。得命鑑定人參與（民訴二六五）。刑訴案件在偵查中由檢察官。審判中由審判長或受命推事行之（刑訴一五四）。

推事與檢察官

查吾國大理院判例謂「事實之認定。須憑證據。而證據之蒐集。則除當事人於證明自己主張。負相當之舉證責任外。審判衙門亦不可不盡其職權上應爲之處置。故當事人提出之證據確實可信者。固無事旁求。若猶有疑義。則不能不由該審判衙門另爲職權上調查。以期案情臻於明瞭」(上字二一號)。所稱職權調查。指由推事親往視察也。惟「遇有應施行不動產檢證時。得指定受命推事。實施程序。如檢證物坐落遼遠。並認爲無逕自派員檢證之必要者。自得囑託該管審判衙門代爲檢證」(上字三九三號)又吾國刑事訴訟法係採用直接審理主義。審判官審理案件應直接調查證據。倘不自行調查罪證。而派書記官承發吏或巡長前往驗屍。則與直接審理主義不合。且屬違法(上字四四一號一〇一號)。

第二目 訴訟關係人與鑑定人

勘驗事物。種類甚多。尙法院不能確定其真情時。得命鑑定人或證人同往參與(民訴三六五刑訴一五六)。或命自訴人及辯訴人共同到場。且檢驗或解剖屍體時。得命死者親屬在場。以便易於調查(刑訴一五九)。

第三節 勘驗之檢查

檢查程序

訴訟關係人
與鑑定人

當事人聲請
及法院調查

第一目 檢查之程序

(一)發動之人 民訴案件。勘驗發動之程序。因當事人之聲請而開始。聲請時。應表明勘驗之標的物及應勘驗之事項。俾法院有所準備(民訴三六四)。刑事訴訟案件。關於勘驗之舉行。由法院以職權行之。吾國刑訴規定「法院或檢察官因調查證據及犯罪情形得實施勘驗」(刑訴一五四)。

拒絕勘驗之
心證

(二)拒絕勘驗 民事訴訟當事人於法院檢查程序中。拒絕提供勘驗標的物。法院可否強制處分之。法律無明文規定。惟學者有謂法院既得以自由心證。斷定當事人間對於訴訟上之誠實狀態。則無庸更有此規定焉。

罰鍰

至訴訟上之第三人。無正當理由不從提出勘驗標的之命者。吾國民訴法規定「法院得以裁定科五十圓以下之罰鍰。於必要時。並得為強制處分。前項裁定。得為即時抗告。抗告中應停止執行(民訴二六七)。

強制處分

刑事訴訟上之勘驗行為。法院得為強制處分(扣押搜索等)。蓋吾國刑訴有規定勘驗得實施「檢查與案情有關係之物件及履勘犯所及其他與案情有關係處所」。(刑訴一五五)。非是。難有所成就也。

檢查實施

第二目 檢查之實施

第一款 實施之客體

客體事物

實施勘驗之標的物。種類不一。舉凡與案情有關係之處所或事物。均可檢查其真實狀態。茲將通常法院所實施勘驗之客體。分別述之於左。

處所履勘

第一 處所之履勘 法院於勘驗時。以在法庭內公開調查之為原則。然倘因勘驗犯罪處所或勘驗標的物性質有重大障礙。不能於法庭內行之。則得於法庭外勘驗之。或令旁聽者退席後行之。凡法官親臨行為地勘驗者。稱曰履勘。勘驗一次未完。得繼續調查之。

人體檢查

第二 人體之檢查刑 事被告及被害人之身體。法院均得檢查之。檢查第三人之身體。以有相當理由。亦得檢查之。但以認為於調查犯罪情形有必要者為限。惟檢查婦女身體。應命醫師或婦女行之（刑訴一五七）。至檢查時之識別標準。不外左列數種。

（一）種族 人之膚色。可以證明人之種族。凡各類案件。欲認定關係人究屬何種族。舍用勘驗外。少有較為妥善之方法。

(二) 血統 容貌類似情形。可用爲證明家屬血統承繼身分等情事。但此非絕對準確。法官應就其他情狀而決定其證力。

(三) 年齡 人之容顏。可作爲年齡長幼之證明。故法官親見訴訟關係人後。方可直接認知該人之年齡。

(四) 性別 人之性別。自成年後在聲帶上極易鑒別。故法官得就本人傳述時之音調而決定之。

(五) 指紋 人之指紋。各不相同。且其縐紋係終身不變者。用以識別人之是否同一。必無錯誤。故其證力殊爲可靠。

屍體檢驗

第三 屍體之檢驗與解剖 凡檢驗或解剖屍體時。得將該屍體或其一部。暫行留存。檢驗時。應先查明有無錯誤。倘屍體已入葬。並得開棺及發掘墳墓。惟檢驗屍體。應命醫師或檢驗吏行之。解剖屍體應命醫師行之。檢驗或解剖屍體及開棺發掘墳墓。應通知死者之配偶或其他同居或較近之親屬。許其在場。備以訊問屍體之有無錯誤等。(刑訴一五八及一五九)。又遇有非病死或可疑爲非病死者。該管檢察官應速相驗。如發現有犯罪嫌疑。應繼續爲必要之勘驗(刑訴一六〇)。

物件檢查

第四 案情有關物件之檢查 檢查此種物件。範圍甚廣。呈驗時。有礙善良風俗公共治安及法庭尊嚴者。得屏除之。

物之識別。應注意其特殊現象。如形狀。顏色。溫度。動靜。質料等。且更須研究其原有狀態。及變形後情狀。以資參考。

第二款 實施之報告

爲明察及保存真跡起見。法院於勘驗後。應卽作成筆錄。記明實施之年月日處所及其他必要事項。且其筆錄應由勘驗之檢察官或推事署名蓋章。於必要時。得製作圖畫。或以照片附於筆錄(民訴二六六)。

第四節 第三人請求勘驗費用之權利

訴訟第三人提出勘驗標的物。或受勘驗時。因此所支出之費用。如日費旅費等。得於調查後十日內請求之。旅費得請求預給。此項請求裁定。得爲卽時抗告。(刑訴並無此規定)。

第五節 勘驗之證力

勘驗既係法官或檢察官以其親自檢查結果。作爲裁判基礎。自屬真確可靠。惟當

勘驗之證力

事人對此勘驗結果有爭執者。得另提證據反證之。

訴訟人之一造。執有勘驗標的。無正當理由。不從提出待驗之命者。法院得依自由心證判斷之。又當事人因妨礙調查。故意將其勘驗標的隱匿毀壞。或致不堪使用者。法院得認他造關於該標的之主張爲正當。

勘驗行爲因違法而無效。其證力自屬不可置信。惟勘驗前之處分程序。如搜索扣押等。倘係違法。而被告已有辯解之機會者。則由勘驗所得之證力。仍可採用之。

第六節 勘驗於法制史上之比較觀

吾國古代法制。關於勘驗之實施。大都於相屍時用之。如明令典檢屍條謂「凡刑部遇有應檢屍傷。該司付行照磨所取到部印屍圖一幅。……委官如法官檢驗填圖。各取結狀繳報」(註四)。

考羅馬法關於勘驗之實施。久已盛行。凡民事案件如土地區域之爭執。法官得偕鑑定人同往該地丈量(註五)。

大陸法關於勘驗之制度。認爲證據方法之一種。訴訟當事人須以書狀聲請之。凡

勘驗實施時。法院應命一推事親往該處察閱。訴訟關係人及鑑定人得到場陳述意見。勘驗後須作筆錄。以資參考（註六）。

英美法規規定凡關於案情上切要之爭執點。法院得親自或偕同陪審員及訴訟人蒞臨事實發生之地視察。倘於閱檢時遇有障礙物者。得命移除之（註七）。

第四章 勘驗 註解

- (一) L. G. O. Co. v. Lowell (1901) 1ch 135.
- (二) Autopic Preference. 石志泉：民事訴訟法釋義第四八九頁
- (三) Commonwealth v. Wilkins, 234 Mass. 536.
- (四) 中國法律發達史第七六八頁
- (五) Judicial Inspection.
History of Continental Civil Procedure p. 360.
- (六) Ibid pp. 558, 719.
- (七) Bentham on Evidence p. 548.

第五章 情狀證

情狀證

凡訴訟人。除用人證，鑑定，書證，勘驗等方法。取得證明外。更就其他一般切要事物。提供到案。用推論方法。以證明案情上待證事物之真偽者。稱曰『情狀證』Circumstantial Evidence（一名物證。因有混於實體事物之證。故以情狀證名。較爲切顯）。依廣義解釋。除勘驗與人證外。其他一切證據。均可稱爲情狀證。蓋其證明方法。無不以間接之推論。而決定也。但其得爲情狀證之資料者。卽人證書證勘驗鑑定等所得之結果。莫不概屬之。吾國程序法上。祇有民訴第二八二條規定。「法院得依已明瞭之事實。推定應證事實之真偽」。立意固合。釋義欠詳。本章參照英美證據法情狀證學理。加以探討。以供啓發真諦。

情狀證性質

情狀證之性質。爲推論式之間接證明。不得以此直接證明訴訟中之證題。是故凡以情狀證爲證據方法者。必先證明系爭事實主體外之其他切要事物之存在。更須視此切要事物與系爭事實主體之關係（因果關係。並存關係。排除關係）如何。然後決定其證明之確信程度。蓋情狀證之情狀。千變萬化。倘各事物之證明。並不一致。則其證力。殊無可採也。（註一）

情狀證之種類綦多。凡宇宙間一切情狀咸屬之。非若人證之有固定軌範也。惟依其效用而區別之。則可分爲兩種。(註二)

(一)有確認之效用者 此種情狀證。一經證實。必有相當之效果。例如在被害人左腕。發現一左手印成之血跡。此可確認死者必爲他人所害也。

(二)無確認之效用者 情狀證尙有視若明顯。然無確認之效果者。例如一被害者之致命傷。爲被槍彈所擊。此情狀證也。然其襲擊。是否故意。抑爲流彈。未能卽予確認也。

情狀證中之推論方式。在論理學上。有演繹法與歸納法(註三)。在日常經驗中。有因果並存排除之三關係說。(註四)

(甲)演繹法 Deductive Method。分大前題小前題與結論三程式。例如(大前題)凡妻爲夫作證。其證言皆褊護於夫方。(小前題)此證人爲訴訟當事人一方之妻。(結論)故此人證言。乃褊護伊丈夫者。總之。凡就供給事物。衡之一定律則。推論及欲證之結果者。皆演繹法也。

其結論真確與否。僅就其與大前題是否符合觀察之。可矣。

歸納法

(乙)歸納法 Inductive Method。即搜集各種事物。推求其一適當之定論是。此法僅採兩種陳述方式。例如(一)此婦爲訴訟當事人一方之妻。(二)故其證言褊護於夫方者。前者爲事物所供給之論題。後者乃其結論也。在此方式中。演繹法之大前題則無之。

測驗其結論正確與否。非如演繹法簡易而確定。全視「從同一事物所能發生一般可能的推論之多少」爲斷。例如某甲在途失足。固因地凍冰滑所致。但同時亦有其他可能推論存在。如因自己雙目昏瞶者是之。某乙被犬所噬。後全身拘攣而死。固因犬有瘋病所致。但同時亦有其他可能推論存在。如某乙本有癩癩者是之。

經驗法則

(丙)經驗法則 Everyday Logic。判斷事實。依經驗定則爲之。此自由心證之所由採也。經驗定則云者。基於人類經驗。歸納所得之定軌。又稱經驗法則。凡吾人由日常生活閱歷。得知之普通人情事理均屬之。依此經驗法則。本於系爭事實主體外其他業證存在之切要事物。用左列三關係說。推證系爭事實之真僞。

因果關係

(一)因果關係說 即就事前原因。推及發生時之狀態。反之。就事後結果。推想及發生時狀態之謂也。前者例如肥料中含有毒質者。灌溉田園。菜穀必遭損

併存關係

爛。後者例如風雨表上度數。驟然上升或下降。氣候溫度。必有變更。

(二)併存關係說 卽一事實存在時。他事實通常亦隨之存在。例如途中車輪轉動。卽車在行駛。吾人寫字時。則紙墨筆硯。通常必隨之存在等類是。

排除關係

(三)排除關係說 卽一事實與他事實之存在。爲積不相容者。此際如有證明某事實存在。卽得推定他事實之不存在。例如在八月一日——二十六年——在某處發生一驚人大謀殺案。被告甲能證明該日不在某處而在他處之事實。則得以推定甲非當場實施犯罪者可知。

情狀證之危險限制

凡具有「理解性」之事物。均有情狀證上相當證力。適用時。不無流弊與危險。其限制如左(註五)。

(一)理智被情感操縱之危險 *Undue Prejudice*。情感作用。超過理智常態。致不能正常發揮。有失持平之危險時。於所供情狀證料。雖有相當證力。甯捨之。

(二)爭點被掩隱混亂之危險 *Confusion Of Issues*。訴訟雙方。盡事提供情狀證料。爲數紛雜。致承審者。對於系爭事實主體。發生離心力。陷於不明狀態時

。雖有相當證力。甯棄之。

(三)猝然提證有失公平之危險 Unfair Surprise。進行訴訟。難免奸僞。若訴訟一造。提出虛僞證料。既使對方猝不及防。復使對方無辯正機會。殊失公平。甯去之。

基右三項危險原因。於後述各節中。遂發生情狀證料採用上種種限制規律。除此。是情狀證料而切合於系爭事實者。均可採用之。

情狀證法之
分類

訴訟上系爭事實。種類不一。其適用情狀證為證明方法者。分左列三類。

第一類 以人類行為為證題。即人類行為之證明。

第二類 以人類情狀為證題。即人類情狀之證明。

第三類 以外界無生物為證料。即無生物性質或情狀之證明。

茲分論之如後三節。

第一節 人類行為之證明

人類行為 A Human Act。即凡一契約之簽訂。一犯罪行為之實施(積極或消極)均屬之。其證明方法。可就事前。事後。及當時。三方面歸解之。

人類行為

第一目 事前證法

事前證法 *Prospectant Evidence* 卽一行爲實施前。所有一般切合情事。有實施該行爲之趨向與可能的理解力者。均爲事前之情狀證。通常可就品性。習慣。意思。能力四項推證之。應用時之推論。爲「因某甲有此品性或習慣或意思或能力。得能發動一種行爲。故此行爲。容爲某甲所實施者」。由此行爲實施之可能性。加以當時情狀證。事後情狀證。則某甲與該行爲之關係。不難證明矣。

第一款 品性

品性
品性又稱品行 *Character or Disposition*。蘊藏於內者。爲性格。宣揚於外者。爲名譽。原有遺傳性上之本質。稱爲個性。後受外界薰陶。教育訓植。失却本來面目。成爲一人工之結合體。故人身發展。乃自然力上。復加養育功能之一種選擇行爲之進程也。(註六)是知。性格乃一種抽象之集合名詞。其中包含各種特質。如誠實。暴行。慈善。奸惡等。其所發動之趨勢與強弱。須視外界情形而定之。又人之性格。因體質及時間之差異。無相漏同者。是故欲以品性證明吾人之行爲。其證力實非可盡信。

試就斯立潘訴密特完斯一案論之。原告主張此證人性格。於四年前即屬惡劣。因此推定其性格現仍未變者。法院謂。人之性格。常在變更。蓋性格之養成。既必注重其內心之情感。又不可忽視其環境之轉移。吾人絕不能使任何人。脫離環境爲生存。更不能使其在變易環境下。始終持其原有狀態。一人之生存宇宙間。似覺非覺的受過去歷程之反應。而過去歷程云者。其額量固非可確定。且常在變易者也。(註七)

名譽

人之名譽。隨品性行爲而轉移。并非內心表示。全爲社會上外表的一種現象。名譽善者。其行爲亦例之以善。名譽劣者。亦例之以劣。此種概論。絕不能用作審判上依據。(註八)蓋人之名譽善。暗中作惡多端者。正不乏人。人以正直交易聞者。有時或竟發覺有偽造貨幣罪。人以誠實待人聞者。有時或竟以被訴殺人罪聞。凡此種種。皆足證明世之所謂名譽。皆身外物。而非具有任何內心根據者。失行喪德。來非驟然。正有待而發也。其蘊藏於中。僅不圖盡現耳。往往聞名社會之君子。確爲作惡多端之小人。執此而爲善惡判別之準繩。不亦乖乎。雖然。名譽固不可恃。品性又非可定。法院遂因此而不予採納爲證之應用歟。曰。非也。

品性探證原則

然則。探證準繩。又當如何。

英美證據法上。關於以品性作爲情狀證者。有左列五原則。(註九)

(一) 刑事原告。不能以被告之惡劣品性。先爲被告實施犯罪行爲之推證。

(二) 刑事被告。不論案情輕重大小。不得以一己之善良品性。作爲辯護。

(三) 被告提證善良品性後。原告始得以被告之惡劣品性。駁擊之。

(四) 品性證料之提出。須與系爭事實主體。有切合關係。

(五) 品性證料之提出。須有時間上與區域間之限制。

基此五原則。茲就訴訟上應用之例解之。

品性例解

(例一) 在強姦案中。被害人之淫佚品性。依法得推證其爲相姦「同意」。

(例二) 在相姦「同意」與否。不足輕重之姦非罪案中。人之淫佚品性。可減弱其

證言之證力。

(例三) 在殺人案中。被告以自衛爲辯護時。被害人之暴烈品性。加以當時緊急公

然之危害舉動。亦可探證之。

(例四) 在以通姦爲離婚之理由案中。得以第三人(訴訟外之第三人。即指名相姦

之人)之品性爲情狀之推證。

(例五)在過失損害。或實施注意之案件中。凡全部責任處於懷疑時。則人之品性得爲有利或不利之推證。

(例六)在損害賠償或原恕案件中。善良與惡劣之品性。得爲衡量計算標準之資料。除右列例舉外。若以「品性爲系爭事實之主體」者。無論民事刑事。均無任何限制。概可自由提證之。否則。其得作爲任何案件中事實之推證者。皆須符合此五原則之規定。及避免前述三危險之限制方可。

第二款 習慣

習慣 Habit or Custom。乃一種重複之特殊動作。不論個人。或多數人。經過長時間。對於同一事項。反覆爲同一行爲者。均是之。乃一種事實上之慣例。構成神筋上(個人或多數人)有組織之聯絡。發出一種自然的狀態。而應合於諸環境者也。以習慣或常例。爲證明一特殊行爲之作爲或不作爲。固屬切實。而無所疑慮。特於適用時。因習慣之立意。礙難確立。不無意見上之歧異。蓋認定習慣。已爲一種準定事由。且爲該行爲發生之必要原因者。則其證力。甚屬強大。但因

習慣作證之
例

日常狀態

人之生活狀態中。所稱習慣或慣例。誠鮮不變之性質者。故其證力。又屬難靠。總之。一種動作。能否稱爲習慣。及其能否視爲一特殊行爲之證明。全視所處案情何如以定之。例如在斯開利康案內。被告某藥商。被控販賣酒料。法官向陪審員曰。「倘事實能證明被告每有機會。必用酒料以代飲品者。則斷定其有此種習慣無疑」。(註一〇)則其適例也。依心理學家言。吾人習慣。是否確定不變。須視(一)慣行之久長。(二)刺激之多寡。(三)連續之堅強。而後決定之。(註一一)在民事案中。以習慣爲行爲證明者頗多。無論個人或團體。其原理則一。不過於人數衆多。或團體無定之行爲進程中。更難求得其證力耳。習慣之固定性。既難以測定。且不得測定。則舉凡一切辯解方法。必羣起而思有以折弱此習慣之證力矣。

惟於有種案件中。得以習慣爲推論基礎。例如一公務員至公署辦公時。首上必戴一帽。至公署而後去之。此日常之習慣也。若某日該公務員。行至公署前。忽不見首上之帽。則其失帽也。或被風所吹失。或被人所途劫。自有日常之習慣。爲其推論基礎者在也。

發信習例

更以史端所著搜集證據一書中之發信習慣言之。「查日理萬端之商業公司。每日來往信件。不下百千。爲職員者。豈能盡憶某信之已否寄出。就公司習慣言發信者。能證明將信會交與速記員。或曾投入其桌上信箱中。後由專司信件來往之職員。收集之。黏足郵票。投至郵局。或一并與其他信件。爲郵差攜去。即可推定此信之已行寄出。故通常若能證明此郵件上之地址。并未誤書。及已放諸郵筒中之事實。法院即可推定爲有發信之事實。如對造否認之。必須提出積極反證之事實。僅空言爲未曾收受者。斷難成立。雖有若干案件 (Fleming & Ayerst Co. V. Evans; Holson V. Queen Ins. Co.) 之例外。但終難違此情狀證之習慣原則。反證其所書地址錯誤。當屬難能。惟指出此郵件已被誤投地址。或郵局藏信處所失火焚去。或郵務專車出險毀滅等情事。則其反證爲未曾收到之事實。較易成立。(註一二)

第三款 意思

意思 Design (Plan, Intention) and Emotion (motive) 爲心理上左右一行爲前進之趨旨。包括動機、計謀二種。動機者。爲領導人類行爲之一種情緒。乃伴觀念而起

動機

之強烈感情。有常存傾向。吾人行爲。每因此情緒而激發。故於一特種行爲而求證明時。可在一特種情緒上推測之。其推論方法。乃「因動機有助成一特種行爲之可能。故推論此行爲或爲該動機所激起」者也。

動機證力之強弱。可就下列諸事觀察之。

(1) 動機與案情是否切要 全恃吾人普通經驗道德與智識上之認識如何而定之。

(2) 動機之阻力若何 動機既能激起一行爲之前進。當亦能阻止一行爲之發動。例如一謀殺案中之被告。苟能證明與被害人。素無憤恨怨仇等情。亦足抵抗對造之控訴也。

(3) 動機有時爲隱沒不顯者 動機之隱沒不顯。非即動機不存在之謂。犯罪行爲。本無各種動機。均須予以證明。祇應將其有特殊關係者。證明之已足。

凡行爲發動前。心意中之預謀狀態。謂之計謀。(一稱意志。或志向)。用計謀。證明一行爲之實施者。雖其效力。非定可實現。然大致能有相當結果。其推論之步驟有二。

(1) 自吾人之動作。推證其計謀。

(2) 自計謀而推證其行爲。

例如某甲被毒殺前。在某乙桌上。發見毒藥。茲欲證明乙爲甲之加害人。則其推論不外。(1) 自乙預備毒藥之動作。推證其有殺甲之計謀。(2) 自乙有殺甲之計謀。推證其有殺甲之行爲。

第四款 能力

能力

能力 Human Capacity (Skill or means)。指一人之體力與智力而言。就此而推證一行爲之作爲或不作爲時。確具有相當之力量。惟通常用於消極方面者居多。例如(一) 三尺童子。殺一力大如牛之莽夫。盡人知其不能也。以其缺乏實際上之體力故。

(二) 如遺囑效力。證明是否爲立遺囑人所自書。則當時立遺囑人之體力衰微。不能執筆之情事。可採證之。

(三) 在竊盜案中。該行竊者。首將店窗玻璃。割裂一洞。次將室內生絲一圈。巧由窗洞取出。被告以當時本人正在沉醉狀態中。爲抗辯決無此智力以行竊。亦可採證之。

(四)於偽造票據簽字案件中。提出被告仿造簽字之特殊技能。可採證之。

(五)通常有以缺乏經濟力。否認曾有金錢之給付者矣。例如某甲訴追某乙於某年某月某日之借款。某乙得以某甲當時。既無銀行存款。又乏手頭現金之情事提證之。再如

(六)某乙持有某甲收款字據。稱欠款已行清償者。某甲既得抗辯該項字據。出於偽造。更得指出在該字據上之日期時。某乙已無清償能力。而抵於破產之情事推證之。(註一三)

第二目 事後證法

事後之證

遺跡要件

事後證法 Retrospectant Evidence。即就事後證物。推證當時之作爲或未作爲。及其他一切情狀者也。所稱事後證物者。即凡一行爲後所留存之一切痕跡之謂也。凡提供痕跡 Trace 爲證料時。同時須具有二種不同之證明。(一)證明該事後證物與當時行爲之切合。(二)證明該事後證物確爲實施行爲之遺痕。夫行爲後之遺痕與行爲時之切合。分別爲何。有何關係。可舉例以明釋之。例如。謀殺案中之被告。其所佩有之槍。配以被害人所受子彈之大小。如適相符合。則被告或即爲兇

手。此就行爲時之切合而爲推論之說也。但此切合說。亦有其弱點。設一社會中。持有該式槍械。非祇一人。若因混同。強入人罪。是又不可。茲欲確定此切合之說。惟有認定該槍及彈。確爲被害人致死之證物。且祇有被告得執有該利器而實施之者方可。祇執事後遺痕之切合。卽推定當時之實施狀態。實有未妥。蓋事後覓得該槍。未必該槍卽爲謀殺時所用者。若該槍爲被告新自友處借來。或該槍雖爲己物。但於事前早已出假於人。或被入偷竊而去。皆可推翻遺跡證力之說也。然則。當時之切合證明。事後之遺痕證明。既俱因推論而得。當非單獨卽可決定一行爲之實施者爲何人。若將此兩種證料合併後。則對於一行爲之實施者。除有積極反證外。當得有強固之證明矣。

遺跡。通分三類。(一)實體物之遺跡。(二)有機性物之遺跡。(三)心神上之遺跡。茲就其推證與辯解二方面。分別釋明之。(註一四)

第一款 實體物之遺跡

實體物遺跡 *Mechanical Traces*。通常有形物體之遺跡均是之。人身上。住宅內。有雜物屑片血痕等物之留存者。常可藉此而推想該行爲之實施人。或竟斷定其

必有相當密切之關係焉。

(一)推證事例 犬入人宅。茲欲證明其主人爲誰。則由犬身上所佩之烙印鐵記審知之。信札上蓋有郵局印戳。則可推定該信件之確由郵寄者。領款人。於取款時。當立收銀收據。故債務人於占有該收據。即可證明該債務之已消滅。

反之。若一種行爲實施後。須發現特殊之形態者。則此特殊形態不發生時。自可決定該行爲之未曾實施也。例如一人遠行。音信杳然。即可推定其爲死亡。但在對造亦可反證該人不願與家鄉人通音訊。及間亦給信於前住該地之其他人士等。次如債權人於清償到期後。理應索之。索之不得。濟之以法。不若是。如債權人之因循不決。自可推證其債權之取得。非出于善意。或早已清償等。但亦有辨解方法。如債務人之屢約屢延。或一方之長期遠出等是之。

(二)辯解事例 竊物之占有。或因不知情之第三者行爲之加入。如兒童搬移。犬類踴動。或由於借貸。或由於贈予。或由於寄託。或由於酒後攜取。或由於途遺拾得等。至於惡意的陷害行爲。有自竊犯直接爲之者。有由第三人轉行爲之者。均是之。

兇器之占有。或因兇手直接擲下。或由途遺拾得。或轉購。或由寄託。或由贈與時。初固未知其爲兇器也。有時該兇器之發見於住宅內。或因兇手之惡意遺置。或因既拾得者。於發見其危險性後轉置之者。亦有之。

血跡遺在人身。或因化學上之變色。或因鼻血衝出所致。或因於被害人或加害人黑夜相衝。或衝於有血物上。他若醫術剖割。雞羊宰殺。皆有染血之可能。

人身上之傷痕與物記。或因工作受傷。或因失足墜傷。或爲該供述人。因記憶力孱弱而錯誤。因傳說而不足憑信等等。

第二款 有機性物之遺跡

有機性物之遺跡 Organic Traces。屬於生物之有機性的。非機械性的表象。例如證明一小孩之是否謫出。可就父子間面貌相似狀態如何而定之。婦女於生產時。曾否有重大驚駭。可在嬰兒身上。查驗其有否特殊痕跡。他如警犬嗅覺衣味。追跡犯人等。皆爲生物上有機性的表象也。

吾國舊時。洗冤錄書內。載有溺死之分自殺與被殺。及死後投河或投河後死種種。皆就實驗而取得之斷定。亦事後證之最顯著者。棠蔭比事載稱。「吳張舉爲勻

章令。有妻殺夫。因放火燒舍。乃詐稱火燒夫死。夫家疑之。詣官訴妻。妻拒不承。舉遂取猪二口。一殺之。一活之。乃積薪燒之。察殺者口中無灰。活者口中有灰。因驗夫口中無灰。以此鞠之。妻果服罪」。此類痕跡之推證與辯解。多爲專門學術或實驗上之結果。有恃諸「專家鑑定」之功。至常人普通認識。固不能概定其爲無誤也。

第三款 心神上之遺跡

凡屬殺傷案件。被害人之臨時掙扎。行兇人之暴烈舉動。往往遺有身上不可塗抹之血跡傷痕與破碎。藉此推定其是否爲實施行爲人者。此就體與體間之接觸所致而言。乃有機性物或實體物推證之說也。此外尙有其他各種遺跡。推證其人之是否爲人爲者。例如品性上。智慧上。心靈上種種變化。在在均足以明顯犯罪之作爲。總稱之曰心神的遺跡 *Mental Traces*。心神推證。爲事後證中關於自由心證之最重要的一部分。其取源事物甚多。記憶力。信仰心。自覺心。智曉程度等均是之。茲就其推證與辯解二方面。詳考其要旨如左。

(一) 湮滅犯罪所用工具 圖免刑罪之一種直接的行爲。凡在進行中而被發覺者。

自屬行兇之人無疑。設行兇人。事後將死屍移於他人土地內。被該地主發現。恐罪禍牽連。卽轉移之者。亦有之。他如兇刀及血衣等物。均可以同式比明之。

(二)假造證據 就直接方面言。如散布流言於人間。若被傳審而作證。則陳述者。悉屬虛僞之辭。並無確切之認知。就間接方面言。指實施一種虛僞形狀。使人傾信於另一情狀。不疑其有犯罪之心理。卽不幸而被審理。在各人心理上的證言。亦可反證其罪之不成立。但有種不知情之第三者。見兇器擲於所有土地內。而移置之。不能以假造證據論。若冒名供證。假供書證。飾事狡辯等。一經證實。無逃罪責。因假造證據。實爲必敗之謀。英美法上。所稱“Fabrication of Evidence Deemed Decisive”。此之謂也。(註一五)

(三)犯罪後之行爲 有如逃亡躲藏。語無倫次等情。在犯人。自有其顯著之功用。但亦有不知情之第三者。因嫌疑而蒙其害焉。例如出走原因。並非畏罪。乃因娛樂。或養病。躲藏之人。或因知人疑己。畏被冤累。暫避爲安者。他如臨急所發言語之不情不實。或由於畏懼。或由如憤恨。要亦不得執此而卽證其爲犯罪之人也。

(四)拒絕檢驗或觀察 此種拒絕行爲。或由於畏罪之發覺。或恐受有害之危險。藉拒絕行爲。圖萬一希望。日常謀害案件中。自不乏其例。但爲情感作用。不忍見自己親人之可怖形狀。而拒絕驗察者。亦復不少。決不可以其拒絕。而卽定其爲畏罪之推證也。

他如法律上關於心神的推證。爲數甚多。書證之不願提出。卽可推證於提出後。爲不利於己者。再如以父母行爲。證明兒女之是否合法產生。及人之人格。藉其個人信仰。一已行動之知識程度。及其家庭歷史等等爲證明者皆是之。

第三目 當時證法

當時證法 Concomitant Evidence。指一行爲之實施人。在該行爲成立之際。必曾在場與當時者之謂也。此種「當時在場」之情事。證據法上稱曰「機緣」。Opportunity。其提供作證之效用者。稱曰當時機緣證。若就行爲人所遺留於行爲處所之一切物具與痕跡。以證明行爲之實施人者。則稱曰當時遺痕證。

第一款 當時機緣證

機緣證力之強弱。與在場「第三人」之多寡成反比例。卽第三人在場。爲數欲多

當時之證

機緣

當時機緣證

。則其證力。欲弱而小。但與「時間」及「處所」之接近成正比例。卽與犯罪時地。欲相接近。則其證力。欲強而大。比機緣證排除性之說也。事屬常情。并無任何採證限制。但此機緣情狀證之提出。亦視案情之各殊而異其效用。

例如在確認親生子女案件中。被告否認其親屬身分。以小孩受胎期間。其母與他人交接之情事提證之。此卽行爲不成立之機緣反證法。若所證非確。則在合法婚姻。關係存續中。妻之受胎。推定其所生子女。爲婚生子女。此卽機緣之正證法也。

不在場之辨解

(一)不在場之辯解法 Proof of Alibi

此種辯解。最屬普通。但因易於偽造此種不在場之證料起見。若干近律。已着令被告於開審前。有供給其不在場之敘述。及其應請傳證之名單之必要。所以杜其弊而徵其實也。

(二)第三者之參預 Third Person's Act

卽被告倘能證明於一行爲發生時。除自己以外。任何第三者。亦有同樣機緣。則舉證方面之證力。立由強固而轉爲薄弱。若干法院。在以第三人參預提供反證時

預
第三者之參

。更須提證該第三人有爲此行爲之意思之存在之限制。

在殺人案中之被告。辯稱死者爲出於自殺。并非被殺。其自殺之行爲。亦視同第三者之行爲。茲舉一例。以明機緣證之要旨如左。

被告某甲。被訴行竊一包珠寶。該包珠寶。置於一旅行袋內。在存放於行李車前。曾予檢視。存放之時間。爲當日下午五時四十分。某甲爲該行李車之看守人。當日下午六時下工。由某乙接班。直至次晨上午二時止。物主於當日下午十時半。將該旅行袋取去。經啓視後。發覺包中珠寶。已不翼而飛。查當日下午五時四十分至六時。行李車內。工作忙緊。在當日下午九時後。卽歸寂靜。某乙自有充裕時間。搜尋任何一行李之可能。以某乙行竊之機緣。及其他證明某乙與該袋之聯繫情形。雖不能坐實某乙卽爲該珠寶之竊犯。至少足證明某甲已確非該珠寶之行竊者矣。

第二款 當時遺痕證

當事遺痕證

當時遺痕證者。指行爲後。於行爲地所留存之遺跡及遺物。用作推論證料之謂也

。茲就白柳氏 (Burrill) 之分析。釋明如左。(註一六)

(一)行爲人之痕跡 例如犯罪人之足跡。踏於地上。或留於雪泥中。足資證明犯罪之人數。行動之方向。及其來去之踪跡。

(二)行爲之工具 例如行爲地附近發現遺留之鑄鑿。足資證明該行爲所用之器具。

(三)工具上之印跡 例如一犯罪工具上。染有左手指印者。足資證明該犯人。必左手使用兇器者。

(四)行爲地遺留之物件 例如犯罪地所存留之物件。前爲某甲所持有。或現爲某乙所執管。則可證明某甲或某乙。與本案不無相當嫌疑。

(五)犯罪工具之分散 例如犯罪地。覓見一無柄之刀。茲在某甲處。發見一刀柄。該刀與刀柄。互相契合。此可證明某甲容爲犯罪之實施人。

上述當時遺痕證。或在行爲地。或在死者身。所得鑑別行爲之爲誰。及如何之情形。非如事後遺跡證。乃就行爲人在行爲後所有之遺跡而言。此乃觀點上之不同。非性質與理論上之各別也。

第二節 人類情狀之證明

情狀

人類情狀 Human Quality or Condition。有者爲實體法上之系爭事實。有者爲事實推論上之間接證料。前者在法固非予以證明不可。後者以轉證直接情狀證關係。亦在應予徵信之列(註一七)。茲分品性。能力。知情。意思。故意。習慣。同一七項。論解之。

第一款 品性

探證限制
特殊行爲

品性 Character 證明。可就人證及情狀證二方面爲之。但人證於英美法上。恆受「意見律」及「傳聞律」之阻礙。甚難採信。不若就人特殊作爲之形態論之。較易徵信。但又常因「危險限制」。致造成若干例外之規定。

例如刑事被告人之不良品性。雖屬切合系爭事實之主體。但於追訴方面。通常不准採用之。除非被告人自己已行提證善良品性之後。方得提證之。此爲避免「理智被情感操縱之危險」限制。他若將被告人以前生活中之某一行爲。提供推證。則非特使被告人。不及準備反擊虛僞之證言(猝然提證有失公平之危險限制)。且使此突兀較小之爭點。有淹滅淆混被訴方面主要爭點之危險。亦在限制之列。故追訴方面。不論經人證述。或直接就被告詰證。均不得以被告人以前生活中之惡

劣品性提證之。(基此頑強限制。一般以犯罪爲慣常之人。受益實非淺鮮。雖有若干區域內之英美司法當局。一再於折衷辦法之嘗試。終於無成)。(註一八)

上述被告人惡劣品性提證之限制。不涉於第三者之品性。(一)殺人案中。死者之暴劣品性。若干法院。仍得准就該死者之特殊行爲推證之。(二)強姦案中。女人品性。可爲同意相姦之推證。故亦准就其特殊淫佚之行爲推證之。

若案情爭點。卽爲品性之本身。則上述諸限制。均無適用餘地。旣無混淆之危(因其爭點卽爲品性)。又無猝不及防致失公平之病(因訴訟當事人。應早知其爭點。卽屬品性)。更無情感操縱理智之虞。(提證聲名狼籍情事。本在應予提證目的之範圍內)。故以品性爲系爭主題時。人之特殊行爲。可予採用推證。但於抽象之品性(名譽)。又不相切合。

證明方法

品性證料之採用。其限制已如上述。其證明方法。又爲何如。

(一)知情人士之個人意見 一人之品性如何。朋友親戚。例屬知情。傳之訊問。

當可證明。但須注意「意見律」之限制。以不採爲原則。惟確屬需用。且有證力者。不在此限。

- (二) 社會上之名譽 卽平日社交上。經商服務場所中。所得公共意見之評斷也。用作品性推證時。須注意「傳聞律」之限制。(如特殊報告。或謠傳等)。
- (三) 一己行爲之顯示 有一般的行爲。有特殊的行爲。其應否採證。已詳本款首段。

(四) 遺傳及養育 此爲先天與後天之說。再就事實發生前後。性格上之變化。採證之。

品性之證。在英美法上。適用於民事者。初僅限於特殊性質之案件(有如詐欺等情)。次採完全予以摺棄制。近乃視案情之不同。而異其取舍。要就其有無實際需要及證力而定之。例如有一婦人訴醫生藉手術行使機緣。實行猥褻。該醫生除證明此種行爲。爲手術上正當必要者外。更可就其執業以來之善良品性佐證之。

第二款 能力

能力 Capacity 之證明。凡就普通經驗認有供證效用者。均可採證之。并無任何限制。其得供採用之材料。不外就人特殊作爲形態。及其身軀容貌等觀察之。

(一) 人之體力 其大小與強弱。可就其舉重情形推證之。

- (一)人之技能 有如仿造簽字及書法。可就其實驗之書寫比證之。
- (二)人之財力 可就其占有現款之多少審察之。
- (三)人之年齡 可就其容貌。聲音。體察之。
- (四)人之智力 可就其言語行為審察之。或就其所處環境之高尙與否決斷之。
- (五)人之心神 心神證法。與智力相似。僅多一與尋常人正常心神比較之標準。合於正常狀態者。心神推為正常。否則。多少占有精神狀態。更可就一人之遺傳性方面觀察之。就其相近血親之患神筋病的事實推證之。設其心神變態。驟然發生者。則可就其所遇外界情事之性質推證之。

第三款 知情

知情即 Knowledge 「知曉」之謂。其推證方法。(一)就外界事物暗示該人對於一事實有知情之傾向者。(二)就知情而發生之行為或言語。可反向推證之者。例如某甲騎一送貨車。越過一「禁止重車通行」之橋。茲欲求證某甲對此「禁止通行」之事實。已否知情。查在橋入口處。有「禁止重車通行」之牌示。因此牌示之存在。可以推證在某甲行近橋入口處。應予知曉。(事前證法)。設某甲已走過該橋

例解

。被交通警察士所阻。責以「無權逾越」。某甲答曰。「吾車并非重車」。或曰。「何謂無權」。則此回答。可反證某甲之早已知情或不知情。(事後證法)。

以人之言行。證明人之知情。若其言行之本身。為犯罪者時。則品性證之第一原則。應予遵守。但亦有例外探證之說。例如被告甲。為典當跑街。被訴收受一輛被竊汽車。若以某甲以前曾三次收受被竊鐘錶之事實。尚不足以供推證收受一被竊車輛之知情。除非前後供給收受之物品。前手均屬於一人(某乙)者。或在該前三次鐘錶原主請求返還時。曾予以警告者。方可採為推證材料。因其有使生「似出不正來源」之嫌疑也。總之。凡以事前同類性質之犯罪行為。基於通常經驗之所知。得有推定其應予知情之可能者。方可採用之。(註十九)

第四款 意思

意思 Intention 分計謀與動機。已知第一節所述。其性質為證明一行為之成立與不成立。鮮有自為事實系爭主體者。其證明方法如左。

計謀證明
(一)計謀之證明 (甲)就法院外所為之陳述。應注意「傳聞律」之限制。(乙)就環境上之外界事物。(丙)就個人行為上之顯示情狀。例解如左。

例(甲)清時楊乃武一案。在刑部審時。葛畢氏在獄向楊乃武悔述設計陷害之詳情。又加現時以收音機收聽訴訟當事人庭外之言述。以作列庭之佐證。

例(乙)被告甲。被訴放火。調查所得。有購買汽油。搬移貨物。預期停放工人等情事。均足爲放火計謀之推證。又加上海滬西周子弑父案。所述謀殺前後。向各商店。所購置之電線刀鋸等件。經調查各該商店之發票。以供參證。

例(丙)。被告丁。被控殺丙。事實上。甲乙丙丁四人。系屬親戚。依次爲一保壽契約上之受益人。今丁業將甲乙二人。先後毒死。則今之殺丙。乃爲丁求得保險賠款計謀中最後之一步。惟以一人過去行爲。求證系爭行爲之計謀者。既須視其前行爲之預備及實施。有類同之必要。更須視其所訴行爲。確屬求達目的全部計謀中之一部分者方可。不然。危險實甚。

(二)動機(統稱情緒)之證明 (甲)就過去環境上之外界事物。(乙)就個人行爲上之顯示情狀。(丙)就甲乙二項證明之參合。推證其存在。

右述三種證法。規例頗多。有者因混淆爭點而去之。有者因引起情感而除之。特於現社會生活中。凡以環境引起動機。及行爲表示動機之事物。不知凡幾。須就

其用意，證力，及案情。定其取捨。要亦不能全予拒絕也。

查情緒 Emotion 爲由內心向外表示之意思。例如「我恨他」。「我要那錢袋」。而動機 Motive 則因外表而發生內心的意欲。例如「甲向乙辱罵。乙遂生怒」。「鈔幣一卷。被乙看見。乙遂生占有心」。實質言之。二者恆相互爲因果。於證明一行爲時。並無區分。更因非犯罪行爲之要素。故無定於求證之必要。雖其用爲一行爲實施之證料。則非不可也。故亦有待予推證者。

茲就上述三種證明方法。例解之如后。

(例甲)甲向乙求償貨款壹萬元。乙稱。我僅爲丙之代表人。實際買方爲丙。應向丙求償之。甲稱。買賣時。丙已宣告破產。當無出賣於丙自願賠累之理。

(例乙)乙女與甲男之前同意相姦。足爲現時該甲男被訴與該乙女姦非行爲動機之推證。

(例丙)報館。載甲侵吞公款。被訴妨害名譽。凡就此登載日期前後數月中之其他誹謗的敘述。均得用以推證其有惡意之存在。但以對於同一之不正行爲爲限。

第五款 故意

故意

故意 Intent 云者。乃附屬於行爲發動時之心意狀態也。爲犯罪行爲或法律行爲構成之要件。具有系爭事實主體之獨立性。非若意思。僅供事前推證一行爲是否實施之用者。查犯罪之意欲。實際上包含知情、動機、計謀、情緒等項。設就上述諸事。均已證明。則故意之存在。隨可確定。故意之特性。爲「熟思」或「審量」。與「不知」或「錯誤」。大有區別。例如吾人明知衣袋中。有假幣一枚。然一不留心。向人兌換。此錯誤也。反之。紅丸販賣人。雖不知紅丸有何毒質。要其行爲。決非偶然不知也。

犯罪之故意。非僅有動作也。亦非徒有意識也。必兩位一體。成爲「有意識之動作」方可。(註二〇)例如證明故意殺人行爲外。更須證明此行爲發生。爲明知而有意使之發生者。刑法第十二條規定。行爲非出於故意者。不罰。及同法第十三條規定「行爲人。對於構成犯罪之事實。明知并有意使其發生者爲故意」。可知故意爲犯罪之要件。必須求予證明者也。

故意。可就(一)人之言行。(二)外界情狀。(三)行爲前後之形態推證之。

以事前行爲之故意。推證今此行爲。亦有故意存在者。固在不採之列。但有如下

習慣

之例外。賬房某甲。被訴侵占。在會計簿上。虛偽記載。則事前數月與事後數月。在同一會計簿上。同有此類虛偽記載者。當可推證今此記載。決非偶然之誤筆可知。然則。凡一行爲之故意。是否存在。其證明時。以該行爲人之事前或事後行爲。衡之通常經驗法則。設無此故意。決不致有此行爲之發生者。例多採之。

第六款 習例

此稱習例。包括習慣 *Habit*。常例 *Usage*。風俗 *Custom*。及身分與他位 *Status* 之數者。同屬於情狀範圍。而具有持久性之事物。其證明方法。(一)就一般認知人士供證之。(二)就其他類同事例求證之。其探證。并無任何限制。其應用。大半及於民事。第(一)類之證法。屬於一般供述證。第(二)類證法。宜予例解。

例如根據保險單。訴追賠款。其爭點在被焚處所。現存貨物。究有多少。可就同業店家。在此時期之存貨。達全年營業額幾分之幾之習例。例證之。

再如汽車軋傷案中。爭點爲出事時車行之速度。可就該車於相衝前五百碼及三百碼間之速率計核推證之。

他若買賣。代辦商等商務契約。均可供參證慣例情狀等用。特須視其是否處於同

證明例解

同類事例之
推證

類情狀下方可。因種類之不同。區域之各殊。不能一概執論也。

若干法院。認此同類事例。爲他人之事務。Res Inter alios Acta。拒絕證用。時至今日。在此商務世界中。已博採自由辯證之主意矣。

例如被告乙。照約將油由丙經手。售予原告甲。爭點在貨轉運時。被告乙之應予保險。是否爲此買賣契約內所包含之條件者。可就乙前次售油予甲。由被告僱用人丁經售之前契約之內容。推證之。

再如原告甲向被告乙請求給償房屋內裝置鉛管之費用。乙稱。伊爲受抵押人。非房屋所有權人。不應代付。甲自得就同時期內工作之泥木工匠等。在同一房屋上。確爲被告乙(非房屋所有權人)所僱用之事實。抵證之。

第七款 同一

行爲同一之
證

行爲或事物之同一(Identity)云者。乃指吾人於不同之時間與空間內。觀察各人之行爲或各事之體質。而推知其實爲相同也。此功用在於證明案情中所提供之行爲或事物。即係該案待證之行爲或事物也。

同一證明。其推論之方法。不外(1)依論理上推測。凡案情中所提供之行爲或事

物之證據。必與待證之行爲或事物。確會同時存在。互相一致者。例如甲於一謀殺案發生時。確曾在場。則甲卽爲加害人也。或甲確在他處。則甲並非加害人也。(2)將二者間之相同各點。詳加審察。以探求其符合度數之強弱。

由是以觀。在「同一」證明之推論中。其證明力強弱。全憑前後二者所有特殊點相同之多寡也。例如設有一行爲或事物之特殊點。爲其他各行爲或事物所未有者。茲若能證明此案情中所提供之證據。發現與彼相同之特殊點。則前後二者之「同一」證明力。必甚強固也。反之。若一行爲或事物所有之特殊點。爲其他各行爲或事物通常所共有者。則茲雖於所提供之證據中。發見同樣特殊點。然未足證明此前後二者必爲同一也。

人之同一特殊點

物之同一特殊點

生理科學上之同一證

至特殊點之關於人之同一者。有如(1)容貌。(2)身材。(3)年齡。(4)膚髮。(5)暗誌。(6)教育。(7)聲音。(8)左手使用。(9)住處。(10)過去歷史等。又關於事物之同一者。亦有六事須注意之。(1)體質。(2)形狀。(3)顏色。(4)數量。(5)臭味。(6)溫度是也。

此外證明同一事物。有應用生理上之事實者。如以人之指印。證明供證情事與待

證情事是否合一。而認定其實施之人。有應用科學上之研究者。如以供證槍口與待證槍彈是否符合。而認定其是否爲兇器。及其占有人之罪嫌。此類同一證明。非實施鑑定程序不爲功。註(二一)

第三節 無生物性質或情狀之證明

無生物情狀
及性質

用外界無生事物 *Facts of External Inanimate Nature* 爲情狀證明時。除與人類行爲及人類情狀區分外。其所涉範圍之廣泛。要無一定。譬如一人趕乘火車。聞見火車已在噴煙吹聲。曰。「車將駛矣。遲恐不及」。煙。無生物也。聲。無生物也。就此無生物之情狀。推證火車將欲開駛之事實。又如商店夥員提貨時。忽見某正布上漏有水跡。自語曰。「此水跡從何而來耶」。水跡。無生物也。就此而推證其所自來之事由。再如一警士。在拾起行兇手槍而加以檢查時。曰。「行兇者。必已發出二彈」。發出二彈。無生物也。以此而推證死者身上二彈爲此槍所發無疑。凡此種種。均爲吾人日常生活中所習見常有之事。既不涉危險限制。自無一般除外之規定。茲爲便利起見。分論左列三款。(註二二)

第一款 事之發生

事之發生

一事之發生 Occurrence of An Event。從可能的原因。爲推論者。謂之事前證法。從可能的結果。爲推論者。謂之事後證法。例如一多年老樹之傾倒。一脆弱帆船之沉沒。即可事前推證有大風暴之將行降臨。一人已否死亡。一文件已否毀滅。可就火後所遺焦骨與片屑。推證之。至於人死肺生泡沫。乃生前爲溺死之因。非死後溺死之果。此間事前事後之因果關係。有者爲普通所認知之事實。有者爲特殊專長之學識。非可擅自強斷之。

第二款 事之存在

事之存在

事之發生 Existence of An Event。其推論方法。有事前、事後、當時之三種。例如六月十五日。行人道上。有一危險洞隙之存在。可就同一所在。於六月一日（事前存在之事實）。或六月三十日（事後存在之事實）。均有此洞隙存在之事實推證之。惟須注意時間之距離。不可相差太久。因易受「辯解」失效之危險。既可辯稱在事前期間內。已予修補完妥。又復可提證在事後期間內。因別生事件。而始存在。皆足以推證六月十五日此洞隙不存在之事實。再如檢驗棧房裝置麥粉之品質。可以規製器具。就其首段中段末段（指一包言）。或四角發出之貨。與其中部

之貨取驗之。(指整部言)。此用當時證法。就物之部分品質。而推證其全部品質之說也。

第三款 事之趨勢

凡欲推證一事物之狀態。可就其性狀 Quality。趨勢 Tendency。能力 Capacity。來因 Cause。後果 Effect 等情形審究之。其推證之程序。可分二步。

(一)以事物發生之趨勢及能力為證料。以推論此事物之結果。例如欲知甲屋之傾斜。是否受其鄰近乙工廠震動所致。則不得不研究物理學上。關於震動力之趨勢。及地質上之情狀如何而定之。

(二)以其他性質類同事項為證料。推論此趨勢或能力之是否真確或可能。例如炸藥是否決不能自行爆發。得以前次發生之情勢推證之。

上述情事取證之方法。其推論是否切合。與諸「或然」「或能」「或真」之是否真確。非就系爭事件之本身為推論。即就其類同事件之狀態而認定之。

至於事物之同一問題。除用供述證外。其性質亦屬此節。惟其所持理論。已詳前節第七款。茲不贅述。

第四節 情狀證之證力

情狀證之證力若何。與人證相較。孰優孰劣。自來學者主張不一。或謂情狀證乃以情狀推求案情之真相。故其斷定極爲正確。且情狀證一稱啞證人。因事實不能謊言也。而人證則有偏私情感疏忽等弊。或謂人證乃將證人之見聞。直接供述於法院。倘其所言確爲真實。則案情不難迎刃而解矣。若以人證有殉私錯誤之虞。則情狀證亦難免此弊。蓋事物之作爲證據。須間接由人述之。事物雖不能謊言。但傳述之人。能否擔保其不說謊乎。由斯觀之。情狀證亦未必優於人證也。

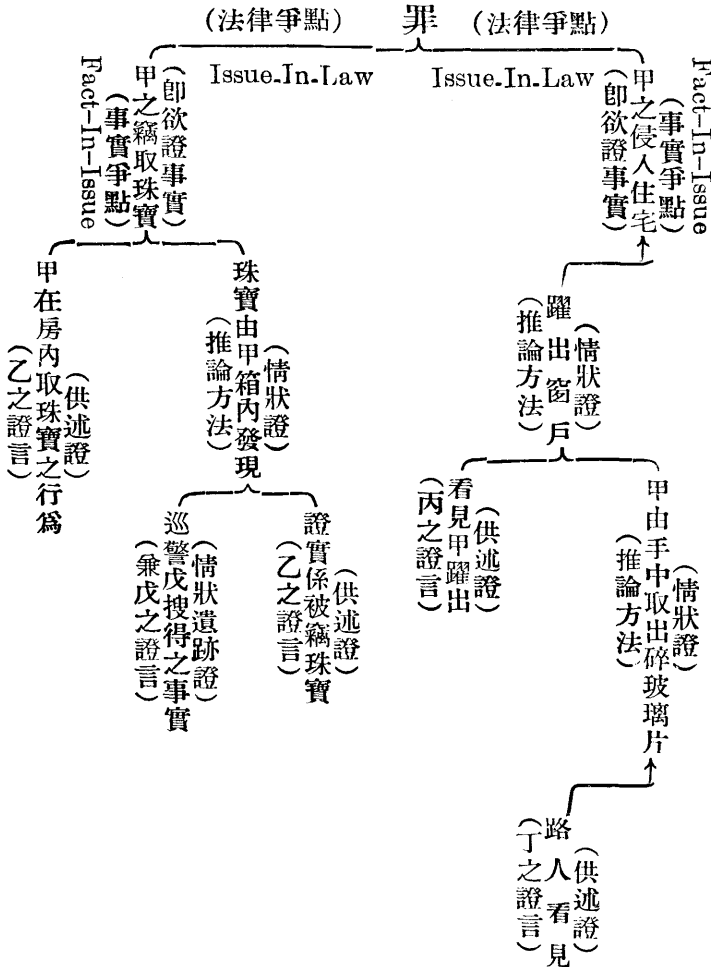
綜觀上說。對於情狀證有三大對立之見解。一則表揚情狀證而置於人證之上。一則反對情狀證。而置之於人證之下。因之。此二種證據。互爲排斥。時時較量。此種見解。實爲謬誤。蓋人證與情狀證。應互相輔助。人證有不足之處。則助之以情狀證。反之亦然。然則二者豈能互相抵觸比較長短乎。

茲將情狀證 *Circumstantial Evidence* 與供述證 *Testimonial Evidence* 二者相關聯適用之情狀。圖解例明如左。

(案情)甲犯侵入住宅竊盜罪。住宅主某乙。見甲在房內取珠寶。住宅僕某丙。見

甲破窗躍出。路人某丁。見甲由手上取去碎玻璃片。戊警在甲衣箱內。搜得珠寶。某乙證述找得珠寶。即被竊者。以此坐實甲之罪責。

侵入住宅竊盜罪



查吾國大理院判例謂「事實之認定。應以證據爲衡。而人證之憑信力。不足以敵物證。雖爲證據法上之原則。但其物證。如果未盡可憑。則人證一項。亦足爲判斷之資。不能謂凡屬物證。審判衙門卽予以採用」(註二三)(雖此物證。非指情狀證言。但作情狀證解。亦可通)。此乃折衷之說也。吾人似應將此二種證據。細心分析綜合研究之。截長補短。衡情取舍。則施用時。庶可得其利而去其弊也。總之。于實施證明時。不論其所採方式爲何。倘能照漢格羅斯氏 Han Cross 所謂牢記法家之「七何」名言。則其結果不致鑄成大錯。何謂七何。卽「(1)何人、(2)何事、(3)何處、(4)何時、(5)何故、(6)若何、(7)所用何物」是也。例如茲有一人、被控犯罪、吾人所宜探討者。卽「(1)犯人何名、(2)所犯何罪、(3)在何處犯罪、(4)在何時犯罪、(5)犯罪有何動機及原因、(6)犯罪之情節若何、(7)犯罪用何兇器」等問題。設每一案件發生時。吾人能將此「七何法言」。銘諸心腑。詳加審察。則案情真相。不難瞭若指掌矣。(註二四)

第五節 法制史上關於情狀證之比較觀

情狀證。通常以間接推論方式取得證力。故學者有稱爲推定證。但情狀證。非盡

羅馬法

爲推定證也。(註二五)吾國法制史上有以五聲聽獄訟求民情。此卽以事物情狀爲證據而斷案也。其例不勝枚舉。如通典(一百六十六)所載「廷尉上囚防年。繼母陳殺防年父。防年因殺陳。依律殺母以大逆論。帝疑之。武帝時年十二。爲太子在旁。帝遂問之。太子答曰。繼母如何。明不及母。緣父之故。比之於母。今繼母無狀。手殺其父。下手之日。母恩絕矣。宜與殺人者同。不宜以大逆論。從之」。羅馬法認以事物之情狀作爲證據者。乃推定證也。其例如「凡自婚姻解除後。十個月以外所生之子女。不得認爲婚生子女」(註二五)。猶如「已婚女子之財產。除另有證明外。認爲由其丈夫所給」。(註二六)

大陸法

大陸法系對於物證或情狀證之名稱。自中古世紀後。已見規定於瑞典之訴訟法內(註二七)。法蘭西帝國時代之訴訟法。亦採用之。其他各國均以推定論之(註二八)。英美法上之情狀證。凡以間接推論式之方法。取得之證據咸括焉。例如在謀殺案中。甲證人謂被告與被害人平日情感欠佳。乙證人稱本案發生之前一日。被告向其借得一槍。丙證人供述在死者被害之日。彼曾見被告與被害人同入一森林。嗣後卽聞一槍聲。丁證人又謂當被告攜槍入森林時。形式慌張。容貌險惡。戊證人

亦稱槍聲發後。被害人即倒地喪命。已證人鑑定被害人傷口之槍子。與被告槍內之子彈。同一式樣。夫此六證人之證言。單獨取之。不足證明本案系爭問題。惟合併之。得推論爲被告殺人之情狀證據也。(註二七)

第五章 情狀證 註解

- (一) Jenks: Book of English Law, ch VIII.
- (二) Best on Evidence, 12 ed P.261.
- (三) Wigmore: Students' Textbook of Law of Evidence, P. 53.
- (四) 石志泉：民事訴訟法釋義第四〇四頁
- (五) Wig: St's T. B. of L. of Evi., p. 52—53
- (六) Galton: Nurture and Nature.
- (七) SneePer v. Van Middlesworth, 4 Denio 481.
- (八) Mckelrey: Eviduce P. 252.
- (九) Wig: Sts T. B. of I aw of Evi., p. 60—63.
- (一〇) State v. Skillicorn, 104 Iowa 97, 108.
- (一一) James Sully: The Human Mind, Vol II p. 221.

- (一一) Stern: *Getting The Evidence*, § 252—p.669, § 250—P.658.
- (一二) Wig: *Sfs T. B. of L. of Evi.*, P. 71.
- (一三) Wig: *Sfs T. B. of Law of Evi.*, P.82—85.
- (一四) Wig: *Sfs T. B. of Law of Evi.*, P. 49, "The Uncle's Case"
- (一五) *Burill's A Treatise of Circumstantial Evidence.*
- (一六) 石志泉：「間接事實之證據。即應證事實之間接證據。」
- (一七) Mekelvey: *Evidence* P.247
- (一八) Wig: *Sfs T. B. of Law of Evi.*, P. 97—103.
- (一九) A Speffi: *Will to Act. Intent.*
- (二〇) Wig: *Sfs T. B. of Law of Evi.*, P.111—112.
- (二一) Wig: *Sfs T. B. of Law of Evi.*, P. 113—116.
- (二二) 大理院判例上字第一九八號
- (二三) Han Gross: *Criminal Investigation*, P. 127.
- (二四) Black's *Law Dictionary*: P. 328, *Circumstantial Evidence.*
- (二五) Roby: *Roman Private Law*, I, 165.
- (二六) Powell on *Evidence*, 10 ed. p. 8.

第三編 證之保全

證據保全。乃防止證據之喪失。或設法使其利用時不發生困難之一種制度也。證據保全亦即法院強制占有證據之處分也。此種手續之性質。為附屬於訴訟程序之一種。在訴訟尙未繫屬於法院以前。或訴訟已繫屬於法院。而未達到證據審理之程度以前。姑不問該證據之證力與待審案件之關係若何。即將其切要之問題略予調查。而決定其有無保存之需要也。

本編所討論者。以民事訴訟上法院對於證據之保全。與刑事訴訟上。法院對於證據之扣押及搜索。為其範圍。搜索為證據調查實施前之準備程序。扣押及保全。則為其實施後之處分程序。二者名稱雖不同。然均為法院職權內應為之事。

凡非與本案有切要關係之證據。無庸保存之。至其證力之強固或薄弱雖屬未定。並不妨礙其保全之實施。吾國前民訴草案於應保全之證據方法。限於證人鑑定人勘驗三種。新訴訟法則包括書證物證與一切之有切要關係之證據焉。

第一章 民事上證據保全程序

民事保全程序

證據保全程序。究屬訴訟行爲。抑爲非訟行爲。學者議論不一。或謂證據保全。既發生於訴訟尙未繫屬於法院時。當然係非訟事件。或謂訴訟法既有規定。在起訴前保全證據之聲請。應向受訊問人住居地或證物所在地之法院爲之。則明指其係訴訟事件也。况訴訟範圍。非必於起訴後。方始發生也。

總之。證據保全。系證據調查之特殊規定。非如普通證據調查。應於訴訟已繫屬後。且有調查必要時爲之。其程序之開始。基於法定原因(要件)。其調查之結果。雙方當事人。均得於訴訟時利用之。其費用則作爲訴訟費用之一部分。謂非訴訟行爲。似有未合。

其如關於將來訴訟所爲之行爲。可生訴訟上之效果者。如定管轄之合意。指定管轄之聲請。均是之。而證據保全。亦其一也。(註一)

實施

第一節 證據保全程序之實施

第一目 保全之要件

證據保全之行爲。乃使法院於着手調查時。對於證明有所憑藉耳。因此凡非與案

件
聲請保全要

件有相當關係之事物。無庸聲請保全。吾國民訴法規定有左列情形之一者。得向法院聲請保全證據（民訴二六八條）。

（一）有滅失或礙難使用之虞。訴訟證據。如有上述情形而不預行防止。則日後於使用時。必致喪失殆盡。審判無從進行。例如要證。衰老患病。恐其死亡。或遠游海外。證據或勘驗標的物。有毀滅變更之虞。准否由法院核定。

（二）經他造當事人同意者。此種規定。意在副當事人迅速終結訴訟之意。有時用之亦可達保全證據保全以外之目的。例如因欲得在訴訟外息爭之材料而爲之聲請者是。

舊民事訴訟條例。規定有以下情形者。亦得聲請保全。如（1）當事人因物或工作之疵累。得向他造主張權利而確定其疵累者。（2）讓受人通知物之疵累於讓與人。或因物之疵累拒絕收受。而讓與人確定其物之狀態者。（3）定作人通知工作之疵累於承攬人。或因工作之疵累拒絕收受。而承攬人確定其工作之狀態者（民訴條例四三七條）。

第二目 保全之聲請

管轄之法院

等第一款 聲請之管轄法院

聲請保全之管轄法院。視聲請時在起訴前或起訴後而分別之（民訴三六九條）。

（一）起訴前。向受訊問人住居地或證物所在地之法院爲之。

（二）起訴後。向受訴法院爲之。（即訴訟現在繫屬之法院。如訴在上訴審。上訴法院亦是之。如下級法院已判決後。尙未提起上訴以前。無論其判決書已否送達。應以下級法院爲管轄法院）。

（三）惟遇有急迫情形時。於起訴後。亦得向受訊問人住居地或證物所在地之法院爲之。所謂急迫情形。如證人忽患急病。或證物極易腐壞之類。

第二款 聲請之表明

表明之事項
保全證據之聲請。經當事人提出者。應表明左列各事項。

（一）他造當事人 按證據保全。既爲訴訟程序一部份。則法院爲顧全兩造利益計。自應於調查日期。傳喚他造到場。倘聲請一造。不能舉出他造者。則應將其理由釋明之。例如擬向加害人請求損害賠償。尙不知加害人爲何人。倘因不明他造姓名。遂不准其聲請。未免失之過酷。且學者更有主張應以公示送達通

知彼造者(註二)。

(一)應保全之證據 此指各項證據方法。例如舉述其證人鑑定人之姓名住址等。

(二)依該證據應證之事實 按在證據保全程序中。法院並不調查其證力之強弱。

故聲請人應將其切要之事項聲明之。毋庸說明其重要。(參照民訴法二九八。

三二五。三四二II 2。三四六II。三六四各規定)。

(四)請求保全證據之理由 按其理由。即恐將滅失。成礙難使用。或經他造當事

人同意等之事實是。

上項聲請。須以書面爲之。抑以言詞爲之。法無明文規定。然通常須用書面爲之。惟於言詞辯論時。亦得以口頭聲請也。

前述聲請。不生拘束權利及時效中斷之效力。得由聲請之一造。自行撤回之。無須對造之承諾也(註二)。

聲請之裁定

第三款 聲請之裁定

保全證據之聲請 由受聲請法院裁定之。法院在裁判前。應調查其管轄權之有無。聲請方式之合否。聲請事由之是否正當等。倘聲請人之理由正當。方式合格者

。則應准許之。此項准許證據保全之裁定。應表明證據及其應保全之事實。通常此項裁定無須經過言詞辯論。惟法院倘有疑問。或聲請之對造已經表明者。法院自須傳喚其到案。斟酌兩造之旨趣。而後裁判之。

准許保全證據之裁定。不得聲明不服。蓋於他造並無重大損害可言。惟駁回保全證據聲請之裁定。當事人得抗告。蓋此與聲請人有利害關係。故不可不予以抗告之機會也(民訴二七一)。

聲請之調查

第四款 聲請之調查

一般情形

(一)調查之一般情形 法院於證據保全之調查程序中。得適用關於證據法之一般規則。於調查日。應傳喚聲請人及他造當事人。除有急迫情形外。於期前且須將聲請書或筆錄及命調查證據之裁定等。送達於他造當事人。予以一辯解及反詰之機會(民訴二七三)。倘他造當事人不明。或調查證據之日不及傳喚者。法院因保護其關於證據保全之權利。得為選任特別代理人(民訴二七四)。

至證據保全中得為調查之事物。類別綦衆。斯脫恩氏 Stern 將其分為兩大類。(註三) 第一 證據經訴訟程序而保全者。如(1)他造當事人之口頭或書面供述。(2)普

通證人之證言。(3)提審時被逮捕拘禁人之陳述。

第二 證據由當事人在法院外蒐集者。如(1)他種案件中之判決書。(2)商業徵信錄。(3)新聞報紙記載。(4)銀行報告書。(5)電話用戶錄。(6)醫院調查表。(7)公署或公證人記錄。(8)其他證人言證。

(二)調查時之筆錄 調查證據之筆錄。應由准許保全之法院保管之。但訴訟繫屬他法院者。應送交該法院(民訴二七五)。至其調查之結果。兩造當事人均得利用該項證據。以備該案件審理時。作為言詞辯論或證明之用。自不待言。

第三目 保全之職權裁定

訴訟案件未起訴前。對於證據之是否應予保全。此項事實。法院無從知曉。故法律於民訴事件。不責成法院依職權保全之。然於訴訟繫屬中。法院倘發見有保全證據之必要時。得不待當事人之聲請。依職權裁定之。所以應實際上之需要也。(民訴二七二)。此為新民事訴訟法所增添者。

第四目 調查程序之費用

證據保全程序一切費用。應作為訴訟費用之一部。至其規定何方負擔(民訴三七

筆錄

職權保全

調查費用

六)。及其負擔之多寡。由法院依一般原則定之。

此項費用。無論調查與否。非可於證據保全程序裁定者。應與現在繫屬或後應繫屬之訴訟。作為訴訟費用之一部。一併裁判。若其訴訟後未繫屬者。如欲他造賠償此等費用。惟有作為損害賠償。另行起訴以請求之。

第二節 法制史上關於證據保全之比較觀

吾國法制史。關於證據保全。無確切規定。通常判官於鞠獄時。認此為當然之行為也。

中國法

寺院法

羅馬法

大陸法

英美法

考證據保全制度。實發源於寺院法。寺院法於訴訟案件。採用間接審理制。凡案件有關之一切證據。如證言證物等。必先妥為保存。以防止日後之喪失也。(註四)羅馬法關於證據保全亦設有規定。凡書證有遺失之虞者。法院得保存之。大陸法系諸國。若德奧日民事訴訟法。皆有此規定。法國判例。亦承認此制度而採用之。以防止證據之消滅而難於使用也(註五)。

英美法於證據保全之制度。亦採用之。惟其規定綦嚴。通常須經反詰之後。方准使用之(註六)。

第一章 民事上證據保全程序 註解

- (一)石志泉 民訴注釋義緒論註：訴訟行為
- (二)松岡義正 民事證據論第六章三節。
- (三)Stern: Getting the Evidence, Part II, Part III.
- (四)Engelmann: History of Continental Civil Procedure Iie, 67.
- (五)松岡義正 民事證據論第六章
- (六)Stephen: Digest of the Law of Evidence, Art. 141.

刑事保全程
序

第二章 刑事上證據保全程序

法院審理案件。首須認定事實。以爲裁判資料。而事實之證明。全憑證據。然證據有滅失及礙難使用之虞。如證人因衰老疾病而死亡。或物證因天然變化而銷滅或喪失其原形。又如文書之保管機關。因宣告破產而封存卷宗等是之。倘證據因滅失或變化。致證明之方法亦同時失其效力。則法院之審理案件。亦無由行使。至其保全之方法。須視其性質之異同而分別實施焉。蓋有者經久不變。易爲保存。有者變化無常。易致消滅。不得不專設條文以明之。行之於民事訴訟。則有證據保全程序之規定。行之於刑事訴訟。則有扣押與搜索程序之規定。

凡將證據物件。或可以沒收之物件。自執有人之手強佔之。妥爲保全。以供作事實認定之資料者。謂之扣押。如因發見犯罪證物或被告。對於人所攜帶之物件。人之住宅。船艦。或其他處所。所實施之強制處分。謂之搜索。扣押與搜索不同。前者爲保全證據而設。後者爲發見證物及可以沒收之物而設。

扣押

第一節 扣押

第一目 扣押之事物原因與方法

扣押之事物
原因與方法

凡足以證明犯罪行為之各項證料。不問其爲何人所有。或佔有。是否動產或不動產。及法律准許沒收之物件。如(一)違禁物。(二)供犯罪所用或預備之物。(三)因犯罪所得之物等。以原則言。均得扣押之。推其扣押之原因。(一)因其物足供證據之用。恐其滅失。卽無可爲判斷基礎之材料。(二)因其物得予沒收。如不設法保全。迨宣告沒收。必致無從執行。至其扣押之情形。約有三種如左(註一)。

- 一、以強制力而直接扣押者。
- 二、命持有人提出而扣押者。
- 三、對於被告遺留之物。或持有人任意提出之物以爲扣押者。

第二目 扣押事物之限制

扣押之限制

因證據保全而扣押事物。於審判上固屬重要。然苟不權衡扣押輕重。計較公私利害。將一切有關物件。悉予強制移轉管占。則其結果。究非所宜。故法律上亦予以限制。設有次述例外之規定。

凡公署公務員或曾爲公務員之人所保管或持有之文書。及其他物件。如爲其職務上應守祕密者。非經該管監督公署或公務員允許。不得扣押。然上述允許。倘不

屬於公署祕
密者

屬於郵電投遞者

妨害國家利益。則不得拒絕。(刑訴第一三四條)。

通常郵務局及電報局所執有之郵件及電報。應予依次投遞。蓋郵電機關。所居之地位。係代理人及運輸人之行爲。無權擅自將他人之消息洩露於外人也。然有二種得予扣押之例外。

第一 郵電機關所執有之普通物件。

(甲)有相當理由。可信其與本案有關係者。例如由該郵電。可資發現證據之用。至相當理由。應以客觀定之。

(乙)爲被告所發。或寄交被告者。但以限於必要情形者爲宜。

第二 郵電機關所執有被告及其辯護人之往來物件。

按被告及其辯護人之商議消息等。法律予以有守祕密之權。其往來郵電等件。不得扣押。但有左列情形者。不在此限。

(1)可認爲犯罪證據者。

(2)被告已逃亡者。

(3)有湮滅偽造變造證據。或勾串共犯或證人之虞者。

扣押程序

前述應扣留之郵電。除於訴訟程序有妨害者（聞風逃匿等情）外。應即通知投遞人或收受人。（刑訴第一二五條）

第三目 扣押之程序

（一）機關 扣押行爲。須由當事人爲之。抑由國家機關爲之。不無疑義。吾國刑訴法第一三六條規定。扣押。除由檢察官（偵查中）或推事（審判中）親自實施外。祇得命司法警察官執行之。行扣押時。（搜索亦同）。如無妨害。或屬必要。得命被告在場。或准當事人及辯護人在場。扣押實施之日期及處所。應通知之。但有急迫情形時。不在此限。（刑訴一五〇）。

（二）封緘 扣押物件。應加封緘。由扣押之公署或公務員蓋印。以昭鄭重。且應製作收據。詳記名目。給予所有人或持有人。以資憑證（刑訴一三九）。

（三）效力 證據物件受扣押處分後。其所有人暫時失去占有。一俟訴訟結束。倘與法律不抵觸。未經諭知沒收。仍得歸還原主。又在扣押存續期內。原主經扣押之機關准許後。亦得查閱該扣押物之現狀。

法院於證據物件之扣押存續期內。固得保持其占有。惟訴訟結束後。除得依法沒

收者外。應立即撤銷扣押。將該扣押物。發還提供之人。或其所有人。

又證據物件。在扣押存續期內。倘其物價易於損壞或喪失者。例如鮮果時花等。則應予立即調查。調查後得命拍賣。將其所獲之貨價歸原主(刑訴一四二)。

(四)發還 扣押物件發還。通常於訴訟結束後行之。至訴訟進行中發還。有如。

第一 暫行保管之發還 扣押機關。對於被扣物件。往往不知保存方法。故每遇調查時。該物件早經失去原有狀態。又或該物件爲原主日常需用者。而審理期日又未決定。致當事人受重大損失者。在此情狀之下。則不待案件終結。應以法院之裁定。或檢察官之命令。暫行發還(刑訴一四二)。

第二 無用贓物之發還 扣押之贓物。若無留存必要者。不待案件終結。應發還被害人。惟第三者對於該物有權利主張者。法院得暫予扣押。一俟該贓物之關係人。在民事訴訟上。確定其權利後。再行發還。

(五)筆錄 扣押應作筆錄。記載實施之年月日處所及其他必要事項。扣押物件。應於筆錄內詳記名目。或別作目錄附後。筆錄應由在場書記官制作之。其行扣押之公務員。應在筆錄內簽名。如無書記官在場。扣押之公務員尙須親自制作筆錄。

搜索

搜索之客體

。且更須命依法得在場之人簽名畫押蓋章。或按指印（刑訴四二）。

第二節 搜索

第一目 搜索之客體

搜索者。檢察官。或審判長。受命推事。因發見被告或應行扣押之物。對於身體物件住宅。或其他處所。所實施之強制處分也。

被搜索之人物。一稱搜索之客體。分左列甲乙丙三項。

（甲）對於被告者。認有必要時。得搜索之。如應扣押之物。非予搜索。即無以達扣押之目的是（刑訴一二二—I）。

（一）處所 此指被告之（1）住宅。或（2）其他處所。例如事務所船艦等。

（二）物件 此指被告所攜帶而可信為（1）證據物件。及（2）其他可以沒收之物件而言。

（三）身體 此指凡被疑有犯罪行為之被告而言。不問其是否為被告人。亦不限其已搜索與否也。

（乙）對於第三人者 第三人之身體物件及住宅或其他處所。以有相當理由。可信

爲被告或應扣押之物存在時爲限。始得搜索之。所謂相當理由可信者。應就客觀定之。不能憑主觀之推測。舊刑訴無此區分。新刑訴以第三人與被告宜異其待遇。故改訂如今文(刑訴二二二—2)。

(丙)另案罪證 實施搜索或扣押時。發見另案應扣押之物。雖與本案無關。亦得扣押之。送交該管法院或檢察官(刑訴一五二)。

第二目 搜索之限制

關於搜索事物上之限制。可分左列四種。

一、處所之限制 凡軍事上祕密處所。非得該管長允許。不得搜索(刑訴一一一)。

二、物件之限制 凡公署保管之文書。及其他物件應扣押者。應請求交付。此係原則。但於必要時亦得搜索之(刑訴一二六)。

三、身體性別之限制 搜索人之身體。應以同性別之公務員行之。故搜索婦女時。除不得已外。應以婦女行之(刑訴一二三)。

四、時間之限制 凡搜索之處分。通常須於日間行之。其日間已開始搜索者

。得繼續至夜間。所云夜間。指日出前日入後之謂也（刑訴一四六）。

惟有人住居或看守之住宅或其他處所。通常不得於夜間入內搜索。雖然。倘經住居人或可爲其代人表之同意。或有左列情事之一者。亦得於夜間搜索之（刑訴一四六至一四七）。

（甲）假釋人住居或使用之處所。

（乙）旅店飲食店或其他於夜間公衆可以出入之處所。仍在公開時間內者。

（丙）常用爲賭博或妨害風化之行爲者。

搜索雖係保全證據必要之行爲。然亦應保守祕密。並須注意受搜索人之名譽（刑訴一二四）。且經搜索而未發見應扣押之物者。更須付與證明書於受搜索之人（刑訴一二五）。

搜索程序

機關

第三目 搜索之程序

第一款 搜索之機關

命行搜索之權。偵查中屬於檢察官。審判中屬於法院。或受命推事。至搜索之實施。除由檢察官或推事親自實施外。可由司法警察官吏執行之（刑訴一二八）。

第二款 搜索之搜索票

第一項 搜索票之簽發

搜索應用搜索票。以免人民無辜受累。及官吏濫用職權。簽發搜索票之權。偵查中屬於檢察官。審判中屬於法院或受命推事，又搜索上應記載下列事項。(一)應搜索之被告或應扣押之物。(二)應搜索之處所身體或物件。發搜索票之公務員且應於搜索票上署名蓋章(刑訴一二八)。

第二項 搜索票之提示

司法警察或司法警察官執行搜索或扣押。應將搜索票提示被搜索之人。或被搜索處所之管理人或其代表。如無此等人在場時。得命鄰居之人或就近自治團體之職員在場(刑訴一四五)。

第三項 搜索票之免除

搜索具有左列四種情事者。雖不用搜索票。亦得行之。

第一 法官之親自搜索 檢察官或推事得不用搜索票親自搜索(刑訴一二九)。蓋檢察官知有犯罪嫌疑者。依法律本得有偵查犯人及證據之權。而法院或推事於審

判時亦須調查證據者。以有權命令搜索處分之官吏。親自搜索人之身體或處所。原無不可也。

第二 執行吏之搜索住宅或其他處所 司法警察官吏遇有左列情形時。雖無搜索票。得逕行搜索其住宅。或其他處所。

一、因逮捕被告或執行拘提羈押者。

二、因追躡現行犯或逮捕脫逃人者。

三、有事實足信爲有人在內犯罪而情形急迫者。

前述官吏。或係受命執行。假冒及濫用職權之流弊。無從滋生。或係因情形急迫。稍縱卽逝。坐失時機。莫此爲能。故雖無搜索票。亦應准其搜索也。

第三 執行吏之搜索被告之身體 司法警察官吏。逮捕被告或執行拘提羈押時。雖無搜索票。亦得逕行搜索其身體。蓋恐其暗藏兇器。意圖抵抗。或湮滅證據。毀除犯跡也（刑訴一二〇）。

第四 搜索票內所未載事物之扣押 司法警察官吏行搜索時。發見本案應扣押之物。爲搜索票所未載者。亦得扣押之（刑訴一二七）。

在場

第三款 搜索之在場

(一)當事人及辯護人或被告 舉行搜索時左列之人得在場。且除急迫情形外。其行搜索之日時及處所。亦應通知之(刑訴一五〇)。

一、被告 但不能命其在場。或認爲於搜索有妨害者不在此限。

二、當事人及辯護人 但被告受拘禁或認其在場於被告有妨害者不在此限。

(二)住宅或其他處所之住居人或看守人 搜索有人住居或看守之住宅或其他處所時。應命住居人看守人或可爲代表之人在場。如無此等人在場。得命鄰居之人。或就近自治團體之職員在場。(刑訴一四八)

(三)公署及軍事機關之長官 搜索在公署軍營軍艦或軍事上祕密處所內執行者。應通知該管長官或其代表人在場(刑訴一四九)。

第四款 搜索之必要處分

舉行搜索。除通常所施之行爲外。得開啓鎖扃封緘或爲其他必要之處分(刑訴一四四)。

必要處分

第五款 搜索之抗拒

抗拒

搜索時。倘被搜索之人。或在其處所。有抗拒之情形者。則執行搜索者。得用強制力以達搜索之目的。但以不逾必要之程度為限（刑訴一二二）。

筆錄

第六款 搜索之筆錄

搜索應作筆錄，記載實施之年月日處所。及其他必要之事項。搜索所獲之物件。應於筆錄內詳記名目。或別作目錄附後。

筆錄應令在場之人簽名畫押蓋章或按指紋（刑訴一四二）。

搜索要素

第四目 搜索之要素

第一款 搜索前之準備

事前準備

夫搜索既係偵查犯罪痕跡之強制處分。故事前應準備周密。凡檢查所需用之物料。如紙。筆。圖表。度量測驗機。化學藥品。自衛器械等。均須隨時妥為配置。以便臨時取用。

第二款 搜索時之注意

當時注意

（一）犯罪之時間 凡欲證明犯罪事實者。於犯罪時之年月日時刻。非先明確不可。否則被告得提供不在場。以為反證。然當重大罪案突發之際。被害人之家族。

多因驚愕懼怖。無冷靜注意時間之餘暇。故此時到場搜索之官吏。即宜先視其所備之鐘表。然後與被害人家中之時計互相核對。以計算犯罪時之時刻。倘被害人家中無鐘表可稽。則可調查附近工廠汽笛。輪船汽笛。火車電車通過之聲響。相差幾何。而後確定其時刻。又倘以上之證據亦無從探悉。更可搜索被害人之日常慣例。及氣候晴雨等以推定其犯罪之時刻(註二)。

(二)犯罪之處所 犯罪人與被害者。大都同住在鄰近之區域內。犯罪人於調查犯罪案情時。每有親自改裝到場。探聽報告者。故當此案發生之時或偵查之際。若能搜索附近在場之嫌疑人。則屢能發見犯罪之真兇。又搜索犯罪處所時。無意中能拾得犯罪人所遺留之凶器。或發見行凶時之印象。如指跡之大小。身體之高矮。爭鬥時之情狀等。根據此種罪跡。因此而調查破案者。殊非少數(註三)。

總之。臨搜索時。必須神志鎮靜。觀察周詳。動作敏捷。思考合理方是之。

事後推測

第三款 搜索後之推測

犯罪案情自經詳密搜索後。犯罪之原因。與犯人之形狀及特徵。不難確定。如於凱恩案中。犯人只將一孩童勒斃。而於室內質物。絲毫未取。此可斷定其犯罪之

原因。必係復仇而非竊盜也（註四）。又如於韋勃斯脫案中。發見被害人之屍體。已被分割數段。而骨格不碎。因是斷定此加害人必知生理醫學者。諸如此類。不勝枚舉。總之吾人苟能將搜索而獲之事實。以科學上之學理。詳加究察。則案情之真相。不難迎刃而解也。

第三節 法制史上關於扣押及搜索之比較觀

吾國獄訟制度。向爲糾問式之判案。故關於證據之扣押及搜索。均由獄吏任意取得之。初無若何規定也。

羅馬法

考羅馬法。始初採用私人追訴式。故於證據之扣押及搜索。均由私人理涉。迨至中世紀時代。改爲糾問主義。故法院得自由扣押及搜索證據。不加限制。嗣又改爲告欵主義。因而始規定法院於扣押及搜索時。須有相當之制裁也（註五）。

大陸法

大陸法系自採用告欵主義後。多數以法國刑訴法爲立法例。對於證據之扣押及搜索。亦設有規定。凡於扣押及搜索時應使被告在場。對於被扣押及搜索之物。被告得解釋或認定之。且可簽名於封緘上以防流弊。

英美法

英美法對於扣押及搜索之規定。殊爲嚴厲。無論在偵查中或審判中。祇有審判官

可發給搜索票。且聲請發搜索票之一造。必須宣誓。釋明對造確有犯罪之嫌疑等
(註六)。

第二章 刑事上證據保全程序 註解

- (一) 載修瓊著新刑事訴訟法釋義一五九頁
- (二) 南波李三郎 犯罪搜索法第六章
- (三) Burrill: A Treatise on Circumstantial Evidence.
- (四) Atlay: Famous Trials of the Century, 1899—the Kent Case.
- (五) Esmein: History of Continental Criminal Procedure.
- (六) Clark: Criminal Procedure, Chap. 2.

第四編 證之辯論

法院判斷事實。應斟酌全辯論意旨反調查證據之結果。通常依自由心證判斷之。惟在採用證據爲裁判基礎時。應予當事人有辯論之機會。證據調查。於受訴法院行之者。當事人毋庸陳述其結果。惟於受訴法院外調查者。當事人應依調查筆錄陳述其結果。爲辯論後。方得作爲裁判之基礎。

上訴審時。當事人得提出新攻擊或防禦方法。在第一審就事實或證據所未爲之陳述。亦得追復之（民訴四四四）。至上訴審對於第一審法院。關於訊問證人時所有之感想或印像等。不得斟酌之。惟於必要時。得親自再訊問此種證人（註一）。

證之辯論。在證明程序中極爲重要。倘法院於言詞辯論時。無確定訊證秩序。承審法官評證時。無權衡標準。對於當事人之提證解說。不規定相當範圍。則非僅審理時程序紛擾。爭點混雜。卽案情真相。亦不易明瞭。是故凡遇證之辯論時。由審判長將其次第先行諭知。倘任何一造當事人請求變更此程序者。除應得審判長許可外。更宜予對造當事人有同樣之辯論機會。如是而後法庭之辯論程序易於

指揮。訴訟上之爭點較爲清楚。而法官評證之標準庶可公允確當焉。

尤有進者。案情簡單者。固可理會裁決之易。案情複雜。變方辯爭抗執之多。每使承審者。有難於澈清認識之苦。故又以供證圖解尙焉。

本編所述。卽以訊證程序。供證方式。評證標準。及供證圖解四章。次第分述之如後。

訊證

第一章 訊證程序

訊證程序。爲訴訟法一部分。審理事實時。能否有充分調查及公平處理。全恃乎該程序之規定適當爲準。本章茲將有關法規及其所具理由。予以討論。

第一節 證據之聲請

證之聲請

聲請證據者。卽訴訟當事人請求調查證據之聲明也。爲民訴程序進行中之必要行爲。此種聲請。其未經當事人提出者。法院不得斟酌之。此爲我民訴採辯論主義之當然結果（民訴一九五。二七七。三八八）。但民訴第二百八十八條規定「法院不能依當事人聲明之證據。而得心證。或因其他情形。認爲必要時。得依職權。調查證據」。乃此原則之例外（參閱本書第一一九頁第二目）。至聲請之時機。應於辯論終結前爲之。自不待言。

刑訴案件。由法院以職權調查爲原則。惟當事人爲輔助法院發見真實起見。亦得爲必要之聲請也。

第二節 證據之傳訊

無論民刑案件。法院審理事實時。須傳集當事人或證人到案詢問之。至當事人之

證之傳訊

傳喚權限

聲明證據。於言詞辯論日前亦得爲之（民訴二八五條）。

（一）傳喚權限 民事案件。傳喚之權限。由受訴法院或受命推事爲之。刑事案件。偵查時屬於檢察官。審判時屬於審判長或受命推事。

傳票送達

（二）傳票送達 法院決定審理日期後。應傳喚訴訟關係人或證人到場。通常以給發傳票爲原則。以法院面諭到案。或命令拘提爲例外。遇簡易訴訟程序。法院得依便宜方法傳喚證人而證人不遵傳到場時。仍應送達傳票（民訴四三二）。

民刑傳票記
明事項

（三）傳票記明事項 民事案件。證人傳票內。應記明（1）證人。（2）到場之時日及處所。（3）其不到場時應受之制裁。（4）證人請求旅費及日費之權利。及（5）傳訊之法院（民訴一九九條）。刑事案件。證人之傳票內。應記明（1）證人之姓名。性別。及住所。（2）案由。（3）應到之日時處所。（4）如無正當理由不到者。得科罰鍰及得命拘提。（5）證人得請求日費及旅費（刑訴一六二條）。

第三節 證人之訊問

關於訊問證人之順序。處所。是否一同在場等問題。分述如左。

證人訊問

第一目 訊問順序

吾國立法意旨。訊證順序。采法院直接審理主義與自由順序主義。故法院調查事物。審問口供。均可自由進行。而當事人之提供證料。辯論訟事。亦得於言詞辯論終結前。隨時提出。惟宣告判決後不能再訊問證人。審判長雖得指揮一切訴訟進行手續。然究不如於審理時。就訴訟案件之繁雜與簡易。預行宣告本案審問序列之爲愈也。不然。倘當事人於訴訟進行中。屢有請求或爭執。其結果易使爭點混雜。訴訟遲延。甚至當事人或因此竊議法院有所偏袒。其實體法上之問題尙未解決。而程序問題忽又發生。此豈「刑期無刑」，「訟使無訟」之旨趨（註二）。

（一）法官之審問 民事訴訟。證據之提供與審理。先由審判長發問。審判長訊問證據時。陪席或列席推事。得告明審判長後。親自向當事人或證人訊問（民訴一九九，三二〇。刑訴二七七）。或由審判長於審理時指定受命推事。命其訊問被告。或調查證據（刑訴二五八）。然後各當事人及證人依次陳述答覆。順序如左。

（甲）原被告分別訊問制

（1）原告之舉證陳述

（2）原告證人之證明陳述

（3）被告之防禦陳述

（4）被告證人之反證陳述

(乙) 原被告混合訊問制

(1) 原告之舉證陳述

(2) 被告之防禦陳述

(3) 原告證人之證明陳述

(4) 被告證人之反證陳述

在刑事訴訟中。由審判長。先查驗被告有否錯誤(刑訴九四)。然後告知被告犯罪嫌疑。及所犯各罪(刑訴九五)。順序如次。

(1) 審判長對被告爲人之訊問

(2) 檢察官陳述案件之要旨(刑訴二六五)

(3) 被告有罪或無罪之答覆

(4) 原告證人證明

(5) 被告之防禦陳述(刑訴九六)

(6) 被告證人之反證

(二) 當事人之發問 民訴當事人。得聲請審判長對於證人爲必要之發問。而審判長亦得准許當事人。直接對於證人發問。關於此項發問之應否許可有異議者。法院應就其異議爲裁定。此項裁定不得聲明不服(民訴三一〇)。

當事人之發問

刑事訊證順序

刑事訴訟除審判長訊問外。兩造當事人亦可詰問證人或鑑定人。惟審判長認其詰問爲不當者。得禁止之（刑訴二七四）。其訊問次序如左。（刑訴二七三）。

（1）由聲請傳喚之當事人詰問（或稱原問直問）。

（2）由他造之當事人詰問（或稱反詰）。

（3）由聲請傳喚之當事人覆問（或稱覆詰）。但以他造當事人詰問所發見之事項爲限。

訊問處所

第二目 訊問處所

（一）受審法院內 法院傳訊證據。確定訴訟關係者。通常須當事人本人親蒞受審法院提出證據待訊。訊問人證。亦須由證人親自到庭候供。然調查證據於當事人之一造或兩造不到場時。亦得爲之（民訴一九六）。

（二）受審法院外 法院傳訊證據。因特定人關係。或因普通人而有特定事故者。得在受審法院外之處所詢查之（民訴三〇四，三〇五。刑訴一六四）。又依民訴簡易程序規定「法院得命證人於法院外以書狀爲陳述。但以預料其陳述可信者爲限。且證人須具結附於書狀提出」（民訴四三一條）。

訊問方法

第三目 訊問方法

(一)一場訊問 法院於審理時。訴訟關係人之原被二造。通常均得同時在場。分別陳述各人之主張。俾訴訟系爭之點。得更爲明瞭。而於言詞辯論時有所準備也

(二)隔別訊問 當事人與證人陳述時。法院應隔別訊問之。使其證言。不致互相附和雷同。或故意匿飾增損。如陳述互異者。得令其對質(民訴三一六。刑訴九七，一七一)。惟於刑事案件中之被告。除特殊情形者外。如證人於被告前不能自由陳述者。得命被告退庭。再行訊問後(刑訴二七六)。轉告於被告。通常法院。應使被告自始至終。在場親聞證人之證言。俾與以機會。使其辯明犯罪之嫌疑(刑訴九六)。

第四節 訊證於法制史上之比較觀

中國法

羅馬法

吾國斷獄。向採糾問制。故訊問證人爲判官之特權。當事人不得參與發問。羅馬法於證人到案時。其聲請傳喚之當事人得先發問。然後由對造反詰之。至當事人間之陳述。亦得互相對質。

大陸法

大陸法關於傳詢證據。採用直接審理主義。與審理自由順序主義。故其於當事人

或證人供證之方式。詢問順序。辯論先後。與吾國法律所規定者。大致相同。英美法於詢證立法例。採用律師訴訟主義。法定順序主義。故其規定。與吾國現行詢證制度。未甚相合。茲特說明之。以資參考。

英美法詢證原則。以當面詢問 *confrontation* 及兩造對質 *cross-examination* 爲要件。其順序分爲左列四種。

第(一) 職權詰問 *examination by court*
蒐集證據。不獨當事人有其責任。法院於闡明或確定訴訟關係。認有詢問證人必要者。亦得依職權命令詢問之。此立法例。英美與吾國均採用之。惟英美法完全本於既有成例。隨案情爲變化。故其設用。既較周詳。法定範圍。自亦圓切。例述如後。

(一) 法院如認爲有詢問證人必要時。可不問程序如何。逕行傳詢之。例如某酒禁案中。在被告與國家律師雙方辯論終結後。審判長不顧被告之抗辯。允許國家律師傳喚其他證人。證明售酒之地。威斯惠耳法官曰。「此乃審判者所有之自由主裁。無論審理進行至任何程度。設法院認爲有需要時。可以變更辯論程序。允許

所未覺察或雙方所未知曉之證據之提供。而不受抗辯之羈縛者」。

(二) 法院得將在場之人。逕行詢問。至於有關係方面之當事人。有無直詰反詰之權。法院應裁定之。例如某私禁案中。俟兩造詢證既畢。法官向陪審員所爲陳述。亦已完竣後。而陪審員遽行請求將兩造所未提出而適到場之被告之子。加以詢問。法院准之。原告辯護人請求反詰。法院拒絕之。歐書法官曰。「凡兩造未提之證人。如法官認有提訊實情必要者。得逕行詢問之。雙方有無反詰權。在未得法院允許前。不得行之。此法官之自由主裁也。設該證人所爲答覆。有背兩造利益者。法官自應准許將其所答覆之點反詰之。故反詰允許與否。全視該證人答覆之性質而定。固非盡可允許反詰者可比」。

當事人直詰 *direct examination*

直詰云者。爲訴訟當事人。對於其所聲請傳喚之證人直接發問之謂。英美法所采主義。非同我國法官直接詰問主義。而爲當事人直接詰問者。故其詰問時之態度範圍。自有一定準則。通常當事人詢證。於法祇可就該證人所欲證明之範圍內爲發問。外此非有必要情形不得爲之。然此種發問。如屬於暗示式之誘語發問(簡

稱誘問)。法院固可阻止之。對造亦可抗辯之。茲就魏格模氏與散由氏所說。分述如左。

事實假定之
發問

(甲)爭執事實之假定 凡一問題。其事實之真偽未確定前。姑假定所爭執之事件爲存在。卽以此假定以推測他事實者。恆易使一證人於答覆他事實問題時。陷入承認該原有爭執事件爲真確之狀態。但實際上固非誠欲如此作爲者也。例如問。「方被告毆辱原告時。原告有何舉動」。夫爭執事件。爲被告有無毆辱原告。倘證人對於前問逕答之。不啻間接已行承認有毆打之情事。此種發問。在法應認爲不合。蓋此發問最易發生引誘之方式。其趨勢有足使證人默認詢證人所提出之事件爲真實者。

「是否」答
語之發問

(乙)「是否」答語之更代 此卽證人之答覆。爲最簡單之「是」與「否」也。例如問「彼豈未說。汝將該要約拒絕乎」。此問題語氣。是求得「是也」之答覆者甚顯。再如問「汝曾謂已將該要約拒絕乎」。此同一問題。語氣大有不同。至其暗示力強弱。完全視其發問時音調與態度而變化之。再如問。「汝是否曾說汝乃拒絕之」。或者「究竟汝拒絕之抑未拒絕之」。此種發問。其暗示色彩。實屬最

誘語發問之
例外

鮮。蓋其答覆時。有予證人正反研究之機緣也。不過各法院。對此所執之准拒意見。各有不同。總括之約分三種。(1)須視環境之情形而定。如詢問時之聲色形態等是。(2)一概准予此類發問。(3)一律應予拒絕此類暗示詢問。

(丙)「誘問」訊證之例外 普通凡有暗示色彩之發問。固應拒絕之。但於若干案件中。有非此類發問爲不可焉。例如證人之(一)忽然反噬。(二)或受對方運動。(三)或不願供給證言。欲得其中之內情。非實施此發類問。不足以舉發而覺察之。再如證人(四)記憶衰弱。往往所供證言。殘缺不完。設欲協助記憶力如求得其印像者。非用暗示色彩之發問不爲功。

總之。任何時。任何境。暗示發問之應用。全恃法院之公平裁判。設被禁止。決不可擅視爲抗告之原由者。

訴訟當事人聲請提出證人後。即應完全信仰之。不准復行攻擊其普通誠實之名譽。或藉其他證據。證明其證言之不可作信等情。然亦有例外。設證人非係自己聲請提出。而爲法定上之證人。則對於彼之通常言行。可施攻擊。又設自己聲請所提證人。於既傳詢後。發覺其證言之變化。爲有利於他造者。亦得以誘問反詰

之。

第三 反詰 cross-examination

當事人反詰

凡一證人。於連續陳述後。言辭中恆不免有所遺漏或錯誤處。其救濟方法。即藉此直詰與反詰二種方法。有以補救或發覺之。反詰者。對造當事人向他造當事人所傳喚之證人。於直詰後。所爲之質問。反詰爲法律實施中所發明之最有力而最重要之一種測驗之方式。凡一證人證言。是否真實無僞。及所證事件之明解程度。與應用狀態。皆藉此反詰而探究之。確定之。證人在法官或陪審員前。經詰問後。發覺有欠妥或違法等情事。則其所爲證言。於裁判時。自失其相當證明力。且反詰之提出。先由對造當事人之直接發問。後由證人直接答覆。初無須法官傳語。故證人證言。是否可信。得細察其答辭中之狀態而斷定之。但反詰涉及與本案無關之事。則證人亦無庸答覆也。

當事人覆詰

第(四) 覆詰。包含再直詰 re-direct examination 與再反詰 re-cross-examination 二種。

(一)再直詰 再直詰之性質與範圍。就通常言。乃根據於反詰事實。而爲之詰問

也。其功用在於辯駁反詰所詢之事件。重將原證事件。關於已被反詰所攻擊之點。予以再一確定耳。散由氏曰。「在證人被反詰後。原傳喚該證人之一造。有再詢之權。詢問一般懷疑問題。求出反詰中所攻擊之言辭之意義及解釋。即對於該證人言辭中所應用之一切意志及奮激。亦得予以明解。不過彼不能有權為進一步之作爲。即引進新證據。而有反於解釋該證人之言辭或意志者也」。

(二)再反詰 對造當事人。於他造再直詰後。經法院准許。亦可再反詰。不過再反詰後。兩造俱不得再行詰問矣。此後兩造當事人關係其各自之法律爭點與事實剖別。只得藉各方所延用之辯護人或代理人實施辯論矣。

證據之傳訊及辯論。為訴訟中極重要之一部。凡案件既開始審理。則一切證據之提出。紛雜不堪。設不詳為調查。分明批判。則於裁判時。鮮有不受困而莫知適從者。然而舉證固難。訊證亦屬非易。學者苟能比較各國法理。明察社會情形。攷慮精密。運用確富。斯可矣。

第一章 訊證程序 註解

(一) 松岡義正 民事證據論

(二) 大禹謨。刑期無刑。民協於中。又論語顏淵。子曰聽訟吾猶人也。必也使無訟乎。

第二章 證據辯論

吾國訴訟法。以當事人訴訟主義爲原則。不採律師訴訟主義。故訴訟之進行。證據之辯論等。均可由當事人自理之。其用訴訟代理人。代理訴訟者。亦聽其便。因之律師費用。卽無令敗訴人負擔之規定。(大理院解釋一七三四)。訴訟之辯論。其意旨。通常除第三審外。均須以言詞表明之。

民訴案件當事人自己不到案者。或到案而不申辯者。得由其代理人代理之。至代理人之資格。初不限於律師。凡有訴訟能力者均可。惟非律師而爲辯論時。除得法院之明示或默示之許可外。法院得以裁定禁止之(民訴六八)。

刑訴案件除輕微者外。不准用代理人。又應置辯護人之案件。如當事人未選任者。法院應指定公設辯護人。爲之辯護。計有三種：(1)爲被告最輕本刑爲五年以上有期徒刑。(2)爲高等法院管轄第一審案件。(3)爲須經辯論之第三審之判決。且非以律師充任之代理人或辯護人。不得行之(刑訴一二。三八一)。

第一節 辯論順序

吾國訴訟法規定言詞辯論之開閉。由審判長指揮之(民訴198,刑訴282,284)。以

當事人聲明應受裁判之事項爲始（民訴192）。證據之提供與調查等。均於其時爲之。

在民事訴訟各造當事人或其代理人之辯論序列。並無明文詳細規定。然審判長應注意令當事人爲適當完全之辯論（民訴一九九）。通常均依左列各次序。

（甲）普通辯論 此指原被兩造之爭點。均於辯論時一次辯明。

（1）原告（或其代理人）。

（2）被告（或其代理人）。

（乙）合併辯論（民訴二〇五） 此指分別提起之數訴訟。不問當事人相同與否。得合併辯論之。倘原告有數人時。得按次一一提出辯論。

（1）原告（或其代理人）。

（2）被告（或其代理人）。

（丙）分別辯論（民訴二〇四） 此指當事人以一訴主張數項標的時。得分別辯論之。
。（本訴與反訴均同。）

（1）原告（或其代理人）。

(2) 被告(或其代理人)。

(3) 原告(或其代理人)。

(4) 被告(或其代理人)。

此後應否再有辯論。須視當事人所提出之獨立攻擊。或防禦之證明方法。與其種類而後定。然法院得限制其辯論。

(丁) 一造辯論(民訴二八五一) 此指言辯論期日。當事人之一造。經合法傳達。不到場者。或到庭不為辯論者。得由到場當事人之聲請。由其一造辯論之。刑事訴訟中之辯論次序如次(刑訴二八一)。

(1) 檢察官。

(2) 被告

(3) 辯護人。

辯論後審判長得命再行辯論。但被告有最後之辯論權(刑訴二八三)。

第二節 供證方式

供證方式。為舉證與反證實施之問題。凡訴訟中一切證據。有者暗而不明。有者

虛而不實。散漫無關者有之。亂雜不齊者亦有之。全恃雙方當事人。訴訟代理人與辯護人。有以分配之。實選之。方可得審判者之平允採納。配而不得其道。則背於人情之常。選而不合其方。則違乎法理之真。用而不適其時。則遭坐實或反詰之困。是以證據辯論與決擇，於全部訴訟之勝敗關係綦大。非僅裁判者之切實工作。亦爲當事人代理人唯一之責任。茲爲便利探求普通供證方式要旨起見。分舉證與反證二方面。討論之。

舉證之方式

第一目 舉證辯論之方式

舉證辯論方式。英美法稱爲 *Proponent's Probative Processes*。通常包含本證與佐證二項。

本證

(甲)本證 *Assertive Evidence*。卽主張利己事實之當事人。就係爭之原來事實所舉出之證據也。例如原告就其請求之原因事實。或被告就其答辯所提出之反證的事實。均是之。

例如有一警士。向法院陳述一被告與人毆打後被捕之案件。茲欲證明被告卽係犯罪之人。可就一羣事實中。取其二端。依論理方式進行之。

(一) 被告頭上無帽之事實 在原告舉證方面。分出下列數項。推論之。

(1) 由無帽之事實，證明該帽之失落原因，在於奔跑。

(2) 由奔跑失帽之事實，證明被告是有奔逃之情事。

(3) 由被告奔逃之情事，證明被告已知道犯罪之心理。

(4) 由被告已知道犯罪之心理，證明被告應受相當之裁判。

(二) 被告手上裂痕之事實 在原告舉證方面。亦可分出左列數項推論之。

(1) 由手裂之事實。證明新近與兇器之接觸。

(2) 由新近與兇器接觸之事實。證明與毆打時所用之兇器相接觸。

(3) 由與毆打時所用之兇器相接觸之事實。證明被告是與分於毆打情事者。

依上二點觀之。所列各種推論。自不能免除其他辯解之可能。且同時有並立之事實。足資抵抗。此全在被告方面答辯之能力。於後自當詳辯之。

(乙) 佐證 *Coroborative Evidence*。即扶佐主張方面所提證據之謂。有左列二意義。

(一) 此種扶佐程序。僅為另提人證。添加證人之數目。用以證明欲證事實之謂也

。例如於侵占案中。在原告證明收支員之證言不可信靠後。原告方面又另提出證據。證明原所報告之賬項。精確無誤。藉以取得原告計算無錯誤之推論。此乃發生於直接詢證之際。而爲原舉證方面證明事實中之一部分。

(二)此種扶佐程序。亦爲原告舉證方面所引用。乃藉其他新的輔助事實。證明答辯事實之不實者也。例如前述一警士。檢舉一被告毆打事。所定無帽推論。在被告方面。其答辯方法。或曰該帽乃被大風吹落。或曰出店時帽已不在頭上。或曰實以天熱未曾戴有帽子。或曰彼素有露頭習慣等等。解釋一證既立。皆足以反證警士謂該被告之帽因逃奔失落者之不實。設該警士又從而反證之。卽另舉新的事實。以證被告答辯推論之虛僞。(1)失帽該天並無颶風。(2)出店時有人見其戴帽。(3)失帽日天氣甚爲寒冷。(4)被告並無露頭習慣等。依此類推。一面固反證被告答辯推論之不實。但一面卽轉以佐證原有推論之實有其情者也。要之。佐證之提出。不論爲其他證言之添加。或爲其他新事實之進求。通常均在被告答辯之後。茲先爲討論者。乃因歸入原告方面舉證概括討論之便利故也。

第二目 舉證辯論之法則

當事人之事實主張者。既合本證與佐證而證明。然其辯證方法。不外採用論理學中演繹法與歸納法之原理。(例如第一目甲項之(一)(二))。而尤以歸納法爲最常適用。演繹法祇於必要時行之。除此。尙有其他協助的。偶然的。邏輯學中二種基本規律。(註一)

合同法

(一) 合同法 Method of Agreement

此乃連合凡能發生某種現象之各個事件而比較之。其原則爲「若諸現象僅有一公共情形。且均僅在此情形中相合。則此情形爲此等現象之因或果」。

(1) 如欲尋求一現象之原因。則此規律可說明如下。設以「甲一」「甲二」「甲三」代表現象「甲」之諸實例。其原因尙待決定。若能分出

「甲一」之前件爲 子，丑，寅，卯

「甲二」之前件爲 辰，巳，午，寅

「甲三」之前件爲 申，寅，戌，亥

則可知「寅」爲此等「甲」現象實例所共有之惟一情形。依通例所謂「甲」之原因者。卽不能無此而生「甲」現象。故可照此方法斷定「寅」爲「甲」現象之原因。

(2) 若欲發見一事之結果。即須觀察多數實例以決定在此事後所生各事中之公共情形。若

「乙一」之後。發生 子，丑，寅，卯

「乙二」之後。發生 辰，卯，午，未

「乙三」之後。發生 卯，酉，戌，亥

則可知「乙」與「卯」是連爲因果。

例如證明甲之疾病原因。爲吃食某種食料故。

欲此陳述之證實。即以「其他各人於吃食同一食料後而亦生此同類疾病」之事實作佐證。此處所應行注意者。即於實施該種試驗方式時。其他之病於類似之時間環境及病勢之情形下。有否發生之可能。再如證明道路失修。行人遭跌受傷一節。同時以他人於同一處而亦受有同時之失足事作證之。此亦合同法之應用也。舉凡一般司法事務中萬百事例。皆取此合同方法爲其輔佐之試驗。實際上法院之用此試則者。誠不可勝計也。

(一) 別異法 Method of Difference

此乃將凡有數件現象極類似之各事。集合而比較之。其原則爲「當一條件。在一事中。卽生某種現象。當此條件。不在他一事中。卽不生此種現象。且此二事中。除此條件外。餘皆相同。則此條件。與某種現象。有因果之關係」。其程式如左。

「甲乙丙」與「丑寅」相連

「乙丙」與「丑寅」相連

則「甲」與「子」之有因果關係。立可斷定矣。

例如原告屋上之顏色爲被告之烟囪內煤氣所損害時。則原告得說明在原告房屋附近。有房屋其顏色未遭損害。因未有烟囪之故也。又如刑事被告。使證人甲證明。當犯罪事實發生時。被告並未在場。止在某店飲酒也。茲者原告亦使證人乙與丙。證明該時乙與丙亦在某酒店。而始終未見被告。嗣後經調查。察知被告與證人甲誼屬兄弟。而原告與證人乙及丙。素非相識。是以觀被告方面之證言。所以異於原告方面之證言者。因當事人與證人之關係。各有不同也。

此外尙有數種法則。大都根據前二種化出者。基本原則。不過將應用範圍擴大罷

其他法則

了。茲加述之如左。

(二)同異連合法 *The Jointmethod of Agreement and Difference*

此係集合前二方法而應用者。其規則如下「若有二件或較多之事。均發生吾人所研究之現象。其中僅有一情形爲公共者。另有二件或較多之事。不生此種現象。其中除共缺前種情形外。無事相同。僅以此種情形。而使二事差異。則此情形。卽謂此現象之因或果。或其因之必需分子」。

(四)共變法 *Method of Concomiten Variations*

其規則如下。「無論何時。若一現象之變。化引起另一現象之變爲某狀態。則此現象卽爲另一現象之因或果。或由因果之事實相關連」。

(五)歸餘法 *Method of Residues*

其規則如下。「在一現象中。除開其由前有歸納法。而知爲何等前件之結果者以外。其餘部份卽爲其餘前件之結果」。

前述諸方法與程式。其目的在表明與確定事物之真因。蓋凡無原因卽無現象也。故曰原因者。卽一現象不能無此而自生。又曰原因者。卽一現象不能有此而不生

。更曰。凡現象之原因。是不能常住而使此現象變。或常動而使此現象不變。且亦非與現象而比例之變化。

查(一)合同法所根據的原則。是數事例的分析。是數事例中吾人所研究之現象的存在。(二)別異法所根據的原則。是數事例之比較。某事例中有某現象存在。而在其他事例中。餘均相同。獨某現象不存在。(三)同異連合法。可以顧名思義。至於(四)共變法與(五)歸餘法。亦由此兩原則演繹出來者。他如

(六)類比法(analogy)所依據的原則。即類似原則。沒有二事於此。吾人知其某方面彼此相似。而謂同一法則。可應用於二事中。於是某命題用於一事為真。則用於他或亦真。主要價值在能貢獻可解釋的假設。至於假設的確度如何。則由別種來決定。

(七)合併法。又稱歸納演繹法。於決定一假設的確度時。由假設而推論。再將觀察所得之事實。與推論相比較者是之。此法於法學上應用。尤為顯著。

第三目 反證方式及其法則

(甲)反證辯論方式。英美法稱為 Opponent's Probative Processes。指反證所應用

之方式而言。

反證者。即當事人爲推翻對造主張。提出相反事實之舉證也。倘不另舉相反事實。僅就對造之主張。予以否認攻擊者爲抗辯。然無論爲反證或抗辯。其目的咸在推翻對造所立之證據者也。

反證之法則

(乙)反證辯論之法則

反證方面辯論之方法。應說明其對造所舉述之案情原因。非盡可信。尙有其他臆斷。較爲可信。至說明方法除得援用前項論理學中之規則外。更可以「解釋」「否認」及「另舉相反事實」之方法反證之。例如原告主張甲被告爲乙之加害人。因於甲之身上搜得兇器及血跡也。惟甲可解釋爲該兇器及血跡乃於援救乙於自刎時所得者。或否認此兇器及血跡爲其所有。或另舉證人以證明甲與乙始終未有爭鬥。及乙並非爲甲所害等情是之。茲特分述之如左(註二)。

辯解

(一)辯解 Explanation

當事人之舉證方面。既提出證據後。對造即須用一種解釋方法抵禦之。使其不生證力。此種實施方法亦借用論理學。證明原告所認爲可信而提出作爲證據者爲不

實。另取其他假定事實。證明其更爲可信。或可能之存在性。藉以推翻原告所立之證據焉。其解釋方法有三。

(1) 矛盾情形之辯解 *Inconsistent Instances*

例如原告舉證方面主張原告房屋東面部分。受被告鐵路橋之震動而被損害。同時以該地其他房屋之受有損害者。皆列舉之作爲證據。被告設欲解釋此種證力。可以主張該房屋西面部分。受該橋震動之程度較高。但實際上。並無損害事實之發生。此類方法之應用。全在注意處於類似情形下所生之矛盾情形。而推翻任何其他假說發生作用之力也。

(2) 不同狀態之辯解 *Dissimilarity of Conditions*

例如原告舉證方面主張甲病之原因。爲其屋內之牆紙含有砒質故。並以同室居伴之病狀爲證。被告倘欲解釋此種證力。應證明其居伴之發生此種病狀。因食不衛生之蠓蠅所致。決非區區砒質牆紙之卽足以發生之。此種解釋。雖不能抵除舉證之全力於盡淨。要於舉證方面之證力程度上。定有非常之減低與影響者也。

(3) 累積相反事實之辯解 *Cumulative Contrary Instances*

此種解釋之應用。應先注意其實際類似之各種情形。例如甲主張其田地自被乙決水十年後。該地之生產力。大為減低。被告倘欲解釋。可提供其他鄰近之田地。雖未被決水而其生產力同樣減低者。凡用此種累積相反事實。以為抵除原告舉證事實之證力者。應注意其田地之位置。氣候之異同。土色之種類等問題。方可決定此中之法律關係也。

否認

(一)否認 Denial

被告對於原告所陳述之事實。得完全否認之。此際原告應負向法院勸說失利之危險。即證責論中說明證題之責任。惟原告若能證明使法院認為滿意者。則於被告直接否認而不提任何反證或解釋之事實的情形下。當可獲得有利之裁判。否則原告將敗訴也。

另舉相反事實

(二)另舉相反事實 Rival Fact

被告於原告既為舉證事實陳述之後。另以人證或旁證。舉出新事實。具有相對抵抗之力者。推翻或否認原告所為之舉證事實為不實。惟被告對於新事實。有舉證責任。若證而實之。則原告敗訴。若證而仍為原告提出佐證事實。取得法院之信

結論

任者。則原告仍立於勝訴地位也。此種抗爭。全恃雙方辯論之得其方耳。至若原告是否可再答辯。及被告是否再重為再答辯。自有相當限制。已詳訊證程序中。茲不復述。

第四目 結論

基前第一二三日論點。供證方式之適用。無論對於任何一項證據。概可歸成左列五種程序。

- (一) 舉證方面之提證(用以證明任一證題之任一事實)。
- (二) 反證方面之辯解(用以減失舉證方面所得推論之證力者)。
- (三) 反證方面之否認(否認舉證方面所恃以求得推論之證據者)。
- (四) 反證方面之相反事實(與舉證方面。推論無涉。乃直接反對原證題而獨立提出者)。
- (五) 舉證方面之佐證(用以減失反證方面之辯解者)。

是故。每一訴訟案件中。其有關(切要的)之全般證題。即任一法律關係構成之事實爭點。本諸前述五項供證程序所得之證據。加以分別的調查後。乃再實施全般

擇其一二而適用之

論理的綜合與分析。以及經驗的融會與覺察。終可達於最後之結論。此結論。卽訴之勝敗係之(註二)。

第三節 法制史上辯護制度之比較

中國

羅馬法

吾國昔時斷獄。採用糾問式。嚴禁外人干預訴訟。不然當治以訟棍之罪。民國肇興。關於律師執行職務之法規。予以頒行。訴訟上之辯護制度。至今猶存。考律師制度之創設。羅馬法上已數見不鮮。蓋古代羅馬之保護人。常爲其所庇護之平民出庭辯護。然當初此非職業。故並無一定報酬。降至帝制時代。辯護人制度正式成立。法律規定未滿十七歲及不名譽之人。不准爲人辯護。且女子祇能爲其自己之案件辯護。至律師之等級。分高級初級二種。凡涉及國家財政訴訟案件。祇有高級辯護人得爲出庭辯論。初級辯護人亦稱候補律師。得在數種初級法院出庭辯論。至訴訟代理之制度。初未採用。嗣後亦予施行。其代理人分爲正式選任與非正式選任之兩種(註三)。

大陸法

大陸法系。對於律師制度。有代理人及辯護人之區別。前者爲當事人之代理人。後者祇爲其法律上之顧問耳。迨自書面訴訟發達後。二者合併於一人焉(註四)。

英美法系關於律師之辯護。發源於古代之代鬪士制度。歷經變遷。由代鬪士而轉為半官式之辯護士。自近世紀以來。始有各種律師法學會之組織。惟英國法。更以律師之學識及資格上之深淺。分之為數級。案情較為重要者。普通律師尙不准代理。必也資望深重之大律師。方得出庭於高級法院。為當事人伸辯也。又法官之任命。通常自大律師中選任之。至律師之酬勞。昔時在嚴禁之列。蓋法院認為代人伸辯乃榮譽之事。然近百年來。其制度亦稍稍變更。遂認律師為吾人職業之一種矣(註五)。

第二章 證據辯論 註解

- (一) Mill on Logic
- (二) Wigmore: Principles of Judicial Proof. P. 45, P. 36 d.
- (三) Sherman: Roman Law In the modern World, Vol. II.
- (四) Engelmann: History of The Continental Civil Procedure, p. 524
China Law Review Vol. III No. 5, Page 4
- (五) Jenks: Short History of English Law, ch XIII.

第三章 評證標準

概言

證據評判云者。謂訴訟上所提供之證據。對於案件中待證之事實。究有幾何證明之價值也。

法院對於訴訟案件之判斷。通常以法律爲大前題。事實爲小前題。用三段論法求得其結果。至其證明之方程。則根據演繹法之原理。以歸納法表明之。例如甲欲證明乙曾向其借款。則必舉呈借券。提出證人等。使事實得藉歸納法而證明。然此種證明方法之可信與否。必持另一原理。卽凡向人借款者。必與人以證據。今乙有證據於人。然則乙必爲借款人矣。此非演繹法乎。故曰證明之程序。雖爲歸納法。而其所憑原理。乃演繹法也（註一）。

第一節 證明之程度

當事人於訴訟案件所提供之證據。須證明至何種程度。方能取得法院之信服。不無疑義。夫此問題係訴訟成敗要點。民刑訴訟法中之比量。既不相同。而民事判決確定之事項。刑事判決又不受其拘束（大解一八五九號）。故特分別申述如左。

第一目 民訴上之量度

證明之程度

民訴上比量

民訴案件。凡當事人主張有利於己之事實（權利構成之必要事實）者。應負責證明之。然事實之證明須至何種程度。不無疑義。通常凡主張者提供證料證明後。對造並無反證。法院應認主張之一造證明為確當。予以有利之裁判。倘對造提出反證。然其證力不若主張者強固。則主張者猶可勝訴。倘對造所提出之證據。其證力與主張者相等。或較為強固。則法院應判主張者敗訴。至反證案件中兩造證力強弱相差之數。初不限於巨量之分別。稍勝或稍弱即足矣。

第二目 刑訴上之量度

刑訴上比量

刑訴案件。凡主張被告有罪者。其證力須極為強固。倘有罪之證力較無罪之證力為薄弱。或證力相等。或稍為較勝。則法院應認此有罪證據未足證至「使常情起信而遠疑」也。蓋刑訴上推定被告為無罪者。除主張有罪之一造。能確切證明其犯罪行為外。法院不得憑稍為較勝之證力而判有罪也。此刑事與民事案件中證明程度之不同點也。雖然。倘法律規定對於特定事實存在後而推論其有罪行為者。則被告應提供無罪之證明。至犯罪證據之信疑程度。與偵查及審判之進行步驟。可分為左列二種。

(一)嫌疑…偵查 凡指稱被告犯罪者。檢察官應予偵查。偵查結果。認為確有犯

罪嫌疑。則依法起訴。否則應為不起訴處分之宣告。

(二)證明…裁判 凡主張被告有罪者。應負證明之責。除原告主張犯罪之證料得

有相當證力外。被告無庸先證明其未犯罪也。

犯罪證據證明無疑後。法院應即判決被告有罪。否則應將被告

即予開釋。

第二節 判斷之準則

判斷之準則

法院於判斷事實證力之強弱大小時。或依自由心證評判之。或憑法定證據審定之。吾國立法意旨。採用真實發見主義。故民刑訴訟法均規定。法院對於訴訟之事實。除有特別規定外。依自由心證判斷之。分述如左(民訴222。刑訴269)。

第一目 自由心證

自由心證

自由心證者。即法院在判斷事實真偽時。憑其主觀之認識。認定一切事物。別無證據規則以拘束之也。此種法則。其利益在能合乎實際之審判。雖然。依自由心證學理言。非謂法院採取證據得任意推測。漫無限制。蓋亦有範圍在焉。法院於

審究訴訟人辯論意旨及調查證據結果時。不僅應斟酌當事人提出之證據。且應注意當事人陳述之內容及其舉止狀態。且心證之判斷。固許自由。然形成心證之基礎如調查及搜集證據。仍須依學識經驗及一般法則爲之。又如證據之提供。與本案非切要。或未經言詞辯論。或爲道聽途說。亦須甄別限制其自由施行。此所以訴訟法規定心證之理由。應記明於判決。蓋免判斷之流於專橫也。

第二目 法定證據

法定證據者。指法院對於證據取舍。證力強弱。須受一定證據規定之拘束也。此項限制。使採證者。依客觀之標準。審定各種爲裁判基礎之事實。法定證據之法則。有積極與消極兩種（註二）。凡以特定之前提要件存在時。法院應認某種事實已被證明者。謂之積極法則。凡以特定之前提要件不存在時。法院應認某種事實已被證明者。謂之消極事實。

通常法定證據之法則。在實體法中規定者甚多。在訴訟法中規定者。有書證中之公文書。如在未遇反證前應認爲真實者是也。

第三目 心證與法證之應用

自由心證與
法定證據之
比較

夫自由心證。與法定證據。此二種主義。各有短長。舍短取長。莫如酌衷二說。而以科學方法。鑒別證力程度。此證據法學之所不可不講也。郭雲觀氏曾謂「自由心證。談名洵嘉。稽實則左。何則。法定證據主義。執一成之繩墨。律萬變之物情。遂至桎梏有司之聰明。所傷滋甚。固失之泥。然而自由心證主義。太尙自由。不講矩度。其弊也。衡證無方。騁臆揣斷。則矯枉過正。彼左枉而此右枉也」。洵非虛語也。蓋法定證據之原則。簡單淺近。如「捉姦捉雙」。「拿賊拿贓」等法諺。幾爲家喻戶曉。而自由心證之學理。則複雜深奧。卽深諳訟事者亦不免要津莫辨。由是以觀。凡國家訴訟法之採用自由心證主義者。對於案件之審理。更宜審慎將事。庶免裁判失當之虞。而證據法學之應予提倡亦由是可知焉。

第三節 法制史上關於評證之比證

查吾國法制史上。對於刑罰之證明。有「罪疑惟輕。與其殺不辜。寧失不經」之說。關於死刑之罪。亦有須犯人親自服罪方得定讞之規定。至通常案件。審判官固得自由心證判斷其曲直也。

考寺院法。始初對於定讞之證據標準。採用記數制度。有全證半證等規定。法吏

寺院法

不得自由取決。至犯罪之斷定。必須犯人親口供認等。察其用意無非保護人民非法受罪。豈知其結果適得其反。蓋酷吏決獄。每因是而濫用私刑。強人服罪。人權未得保障。而弊端業已叢生。洵非善制也（註三）。

羅馬法

羅馬法最初對於證據之評價。法律明白規定之（註四）。如一個證人之言不足為憑等。惟自法官評論之權。日漸擴大以來。亦得以心證判斷事實之輕重矣。

大陸法

大陸法制史上。關於證據之評判。在古昔祇有宗族之印象及宗教之神驗而已。降及中世紀改為法定證據主義。如日耳曼訴訟法上之規定是也。然自法國革命後。大陸法系之現代訴訟法。關於證據部分。大致採用自由心證主義為原則。而以法定證據主義為例外（註五）。

英美法

英美法系，因於審判事實時。須由陪審員斷定其真偽。故證據之採舍。規定綦嚴。通常案件於審理時。均採用法定證據主義也。

第三章 評證標準 註解

(1) All Proof so far as Really Proof is Deductive

(二) 松岡義正著民事證據論

-
- (三) Engelmann: History of Continental Civil Procedure, p. 42
 - (四) Girard: Manuel elementaire de droit romain, 5th Ed.
 - (五) Esmein: History of Continental Criminal Procedure, p. 618

概言

第四章 供證圖解

證之類別與其運用之方法。錯綜紛雜。殊難分析。蓋訴訟案件中之一切證據。有者暗而不明。有者虛而不實。散漫無稽者有之。亂雜不緒者有之。全恃訴訟之當事人或其代理人有以分割之。實選之。剖而不得其道。則背乎人情之常。選而不合其方。則違乎法理之真。至若運用之方法。更易紊亂。稍有不適。即遭辭窮之困。是以證之引用得失。訴訟之勝敗繫之。本章所用之圖表。為分析證據之一種輔助。其有功於說明證題。自不待言。

符號之說明

第一節 符號之說明

證料圖解
第一 關於證料之圖解 (Wigmore: Principles of Judicial Proof, 2nd Ed., p. 52.)
左列各符號乃代表關於證料方面之象形。

- 表示原告言證中之肯定。如甲說「被告有刀一柄」。
- 表示原告言證中之否認。如甲說「被告並未有刀」。
- 表示原告物證中之肯定。如「在被告處搜得刀一柄故刀為被告所有也」
- ∩ 表示原告物證中之否認。如「刀在被害者之手中故非被告所有」。

暫時證力

第三 關於推論所得暫時證力之圖解。



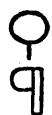
表示待證之事實與證明之事實之關係。



表示待證之事實與佐證之事實之關係。



表示待證之事實與辯解之事實之關係。



表示待證之事實於法院已顯著者。



表示待證之事實為法院職權可知者。



表示言證或物證中肯定推論之暫時證力。



表示言證或物證中肯定推論之強固證力。



表示言證或物證中否認推論之暫時證力。



表示言證或物證中否認推論之強固證力。



表示言證或物證中證力之懷疑。



表示辯解證力之有效者。



表示辯解證力之有強固效力者。

丁為婦。

甲為有婦

事實不符

惟對乙時

命甲丁與

揚言乙已

一古井用

發現乙之

宅牆上

。甲不願

證明效力



表示佐證之有效者。

表示佐證之有強固效力者。

表示總證力推論中之有效證力。

表示總證力推論中之強固證力。

表示總證力推論中之薄弱證力。

表示總證力推論中之無效證力。

第四 關於事實證明後效力之圖解。

表示言證或物證證力之抵銷或懷疑。

表示言證或物證中肯定事實之信服。

表示言證或物證中肯定事實之強固信服。

表示言證或物證中否定事實之信服。

表示言證或物證中否定事實之強固信服。

表示辯解中肯定或否認事實之信服。

表示佐證中肯定或否認事實之強固信服。

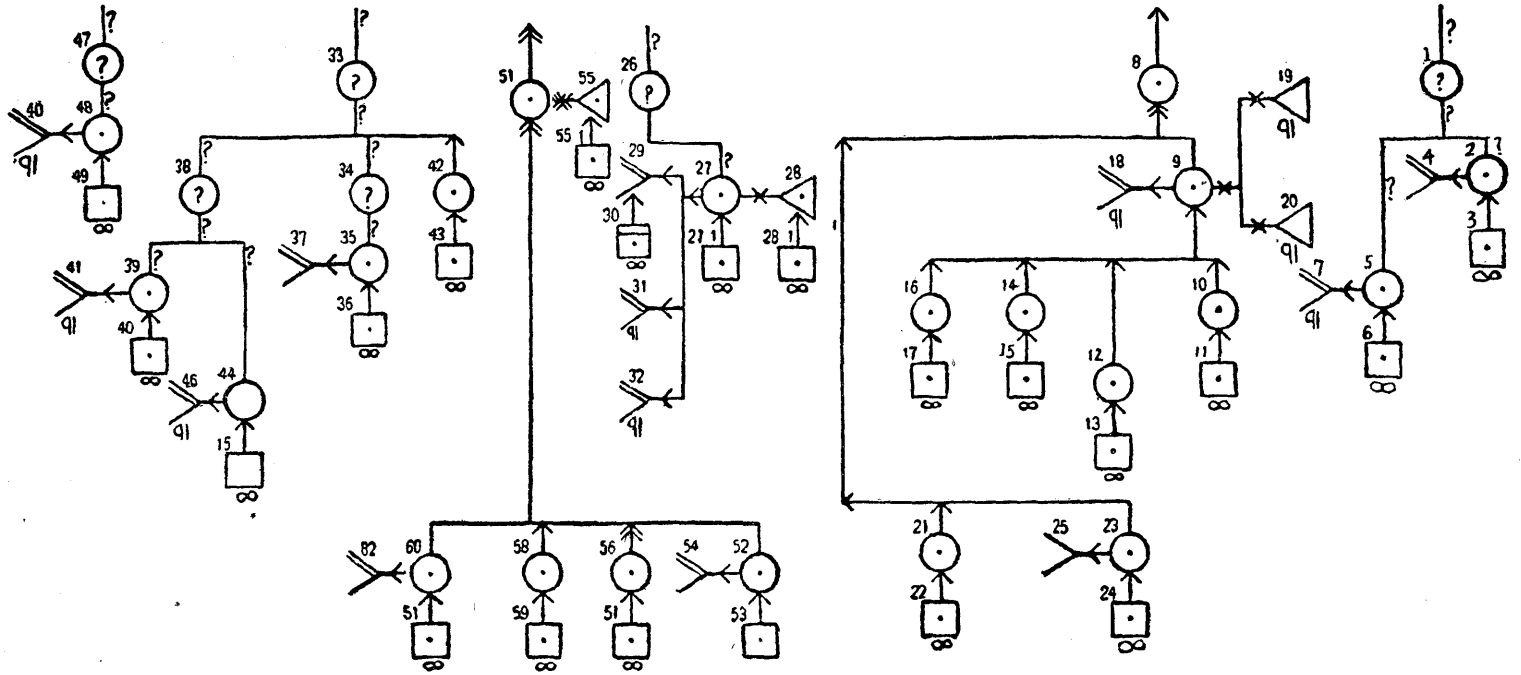
第二節 圖解之運用

實例 被告甲與被害人乙。同役於丙處。丁亦爲丙處之女傭。甲擬娶丁爲婦。故將此事實預告神父戊。並請其證婚。事前神父戊曾接到一匿名信。指甲爲有婦之夫。故當時即拒絕甲之證婚請求。後經調查得悉此信爲乙所匿造。與事實不符，因此甲大怒。並謂日後必報此仇。旋甲與丁結婚。且仍在丙處爲僕。惟對乙時露懷恨之意。某次甲曾向丙控告乙竊取丙之器物。一日丙有事離家。因命甲丁與乙同留家守望。迨丙返時查悉乙已失蹤。且遍尋不得。而該時甲忽向人揚言乙已往某地。永無返回之日。且將乙之遺留物件分贈鄰友。嗣甲又將宅內之一古井用板蓋沒。且常在一馬棚內向此古井凝視。豈知後果在此不用之古井內。發現乙之屍體。兇器爲宅內犁刀。放屍體之袋。前放在宅內馬棚中者。袋內石頭。宅牆上拆下者。袋上泥土。與馬棚內泥土相同。當衆人於井內吊取乙之屍體時。甲不願偕往。因是疑乙爲甲所謀害。(Commonwealth v. Umilian 190, 177 Mass. 583.)

茲根據上述情事。製一圖表如後頁。

害所甲爲否是乙 題證

解剖實事之者張主



1 甲謀害乙之計劃
 2 因甲摩稱欲報復乙
 妨礙甲與丁結婚之
 事 3 證人 4 甲之報
 復祇係一種恐赫 5
 甲對乙時露懷恨之
 意 6 證人 7 恐赫非
 即謀害也
 8 甲謀害乙之情緒 9
 因乙捏造甲重婚之
 事實 10 匿名信 11 證
 人 12 乙即此信之匿
 名人 13 證人 14 神交
 戊拒絕證婚之事 15
 證人 16 信內之假造
 事實 17 證人 18 甲與
 丁已結婚矣 19 日常
 交接 20 猜疑猶仍 21
 甲妻仍居在丙處 22
 證人 23 甲向丙控告
 乙竊物之事 24 證人
 25 嗣後調查屬實
 26 甲謀害乙之機會 27
 甲在場 28 未見他人
 29 丁亦居家 30 證人
 31 或爲暴徒所害 32
 自丙離家日至乙屍
 發見日止倘乙未爲
 所害則必有人見乙
 33 甲於乙失蹤後之不
 安 34 謊言乙往某地
 35 該時乙已爲所害
 36 證人 37 乙或到某
 地 38 甲對於古井之
 虛心 39 甲於古井之
 凝視 40 證人 41 甲之
 好奇 42 甲之謊言
 43 證人 44 甲於吊取
 乙屍時未往相助 45
 證人 46 其他理由
 47 甲於乙已死之知識
 48 分贈乙之遺物等
 49 證人 50 甲或信乙
 不願在丙處作工
 51 謀害人必熟知該宅
 之情況 52 兇器爲該
 宅內之犁刀 53 證人
 54 或係其他兇器 55
 除甲外無人得用此
 刀 56 容留屍體之袋
 前置在馬棚內 57 證
 人 58 袋內之石爲丙
 宅牆中拆下者 59 證
 人 60 袋上之泥與馬
 棚中之泥相同 61 證
 人 62 泥土未經分析

6/1/20

上海图书馆藏书



A541 212 0009 6607B

