

人をして訊問前に宣誓を爲さしむることを要する。而して證人宣誓の要否には、裁判所の自由裁量の餘地を全然認めない。唯法律に別段の定めある場合に限り宣誓を爲さしめないものである。故に裁判所は宣誓の義務ある證人をして宣誓を爲さしめない譯に行かない。夫れが縦令重要でない訊問事項であつても、證人宣誓を省略することを許されない。若し夫れ受命判事又は受託判事の面前に於ける證人訊問の場合に於て宣誓の義務ある證人に宣誓を爲さしめないで訊問したるときは、受訴裁判所は、爾後に於て證人の宣誓を命じなければならぬ。然るに宣誓の追完が證人の死亡等の爲に最早不可能なるときは、宣誓なき證言として自由に信憑すべきものである。證人宣誓の履行に付ては本法第二八六條乃至第二八八條參照。

尙證人宣誓は各證人毎に各別に宣誓を爲さしむべきものである。然し乍ら同一の事件に於て訊問すべき數人の證人に對しては同時に證人の各自に宣誓を爲さしむることを妨げない。

二 陳述後の宣誓 證人に訊問後宣誓を爲さしむる所謂陳述後の宣誓は、例外的場合に限り之を認むるものであつて、裁判長は特別の事由あるものと認むるときにのみ證人をして訊問後に宣誓を爲さしむることを得るのである。而して本條に所謂「特別ノ事由アルトキ」とは、主として證人に宣誓の義務あるか否又は宣誓を爲さしむべきか否に付て疑の存する事情あるときを指すのである。此の場合に

於て矢張證人に宣誓の義務あるものと認むるときは、裁判長は證人の訊問を終ると同時に證人をして宣誓を爲さしめなければならぬ。

第二百八十六條 宣誓ハ起立シテ嚴肅ニ之ヲ行フコトヲ要ス

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民法第四八一條及第四八四條。澳民法に特別規定なし。

資料 理由書一五五頁。議事録四三九頁、四五〇頁以下、八七〇頁以下。速記録に特記なし。

目次 宣誓の儀式

宣誓の儀式 本條は宣誓の儀式に關する規定である。證人は眞實なる供述の宣誓を爲す義務を有するものである。然れども吾國の民事訴訟に於ける宣誓は、天地神明に對し誓約を爲すものと謂ふよりは寧ろ裁判權を有する吾が國家に對し證人が良心に従ひ眞實なる供述を爲すことを誓約するものと謂ふべきである。而して本條の規定に依れば、宣誓は起立して嚴肅に之を行はねばならぬ。即ち宣誓は、出頭せる證人は勿論法廷に臨席せる判事、裁判所書記、廷丁を始め訴訟の當事者其他、法廷に在る總ての者が起立して嚴肅裡に之を行はねばならぬ。然れども本條に規定する宣誓の起立且嚴肅の儀式

は訓示的であつて、證人宣誓の有効條件でないことは、本條の宣誓の儀式を宣誓の方式（民法二八八條）から分離して規定するに徴しても之を窺知するに難くない。而して法廷に在る者が證人の宣誓の爲起立を肯ぜず又は無作法を爲して宣誓の儀式に従はないときは、裁判長は其の無作法者を不當の行狀を爲したる者として法廷から退かしむることを得べく而も事情に依り法律上の制裁を科することを妨げない。（裁構法一〇九條）然れども、證人自身が起立して嚴肅に宣誓を行はないことを以て、直に證人が宣誓を拒絶するものと認むることを得ない、随つて此の場合には本法第二九三條の規定を適用することも出来ない。

第二百八十七條 裁判長ハ宣誓前宣誓ノ趣旨ヲ諭示シ且偽證ノ罰ヲ警告スルコトヲ要ス

本條は舊法第三〇八條の規定と同趣旨である。

外國法學雜文 獨民法第四八〇條。澳民法第三三八條。

資料 理由書一五六頁。講義録に特記なし。速記録に特記なし。

目次 宣誓の諭告

宣誓の諭告 本條は證人宣誓の諭示及偽證の警告に關する規定である。證人宣誓の諭告とは、裁判長が證人に宣誓を爲さしむるに當り證人に對して宣誓の趣旨を諭示し且偽證の罰を警告することを謂ふ。

本條の規定に依れば、裁判所は各證人の宣誓前證人に宣誓の趣旨を諭示し且宣誓の上虚偽の供述を爲したる場合に於ける偽證の刑罰を警告せねばならぬ。受命判事又は受託判事の面前に於ける證人訊問の場合には受命判事又は受託判事が宣誓の諭告を爲すものである。（民法三〇〇條）反之訴訟の當事者は證人宣誓の諭告に關し直接證人に對し容喙する権利はない。而して裁判長の宣誓の趣旨の諭示は證人の教養、人格、身分、地位に相應し適當に之を爲すべきものである。殊に裁判長は證人が宣誓の趣旨及偽證の刑罰を理解するか否を確かむべきである。

然るに裁判長が證人に宣誓を爲さしむるに當り本條に規定する證人宣誓の諭告を遺脱したるときは訴訟手續に關する規定の違背として手續の瑕疵となる。（註）

（註） 參照 Stein-Jonas, § 480 S. 1097.

第二百八十八條 宣誓ハ證人ヲシテ宣誓書ヲ朗讀セシメ且之ニ署名捺印セシメテ之ヲ爲ス證人宣誓書ヲ朗讀スルコト能ハサルトキハ裁判長代リテ之ヲ朗讀ス
宣誓書ニハ良心ニ從ヒ眞實ヲ述ヘ何事ヲモ默秘セス又何事ヲモ附加セサルコトヲ誓フ旨ヲ記載スルコトヲ要ス

本條は舊法第三〇七條の規定と略同趣旨である。

外國法參照條文 獨民法第四八一條。澳民法に特別規定なし。

資料 理由書一五五頁。議事録四五三頁以下。速記録に特記なし。

目次 宣誓の方式

宣誓の方式 本條は宣誓の方式に關する規定である。證人宣誓の方式は、證人をして宣誓書に記載したる誓詞を朗讀せしめ且宣誓書に署名捺印せしむるものである。尤も證人の宣誓書には「良心ニ從ヒ眞實ヲ述ヘ何事ヲモ默秘セス又何事ヲモ附加セサルコトヲ誓フ」旨の誓詞を記載せねばならぬ。然れども今日の實際では裁判長が證人をして誓詞を記載したる宣誓書に署名捺印せしむるのである。然るに證人が宣誓書の誓詞を朗讀すること能はざるときは、裁判長は證人に代りて之を朗讀するものである。(本條一項後段)又證人が宣誓書に署名捺印すること能はざるときは、裁判所書記が證人に代署即ち證人の姓名を書き其の名下に證人本人をして捺印又は拇印せしむるのである。

此の宣誓の履行は固より證人毎に各別に之を爲さねばならぬけれども、數人の證人が同時に之を爲すことを妨げない。

然るに證人が本條に規定する宣誓の方式に従はずして空で宣誓を爲すも、宣誓書の朗讀及署名捺印を缺く宣誓は、之を以て宣誓の履行ありたるものと認むることを得ない。宣誓の儀式に付ては本法第

二八六條參照。

第二百八十九條 左ニ掲クル者ヲ證人トシテ訊問スルニハ宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得ヌ

一 十六年未滿ノ者

二 宣誓ノ趣旨ヲ理解スルコト能ハサル者

本條は舊法第三一〇條第一號及第二號の規定と同趣旨である。

外國法參照條文 獨民法第三九三條第一號。澳民法第三三六條。

資料 理由書一五七頁。議事録に特記なし。速記録五七二頁、五七七頁以下。

目次 一 宣誓無能力 二 本條の宣誓無能力の原因

一 宣誓無能力 本條は宣誓無能力に關する規定である。證言の義務は萬人の負ふ所にして、固より年齢の老幼又は智能の發育の如何に拘らないけれども、裁判所は十六年未滿の者又は宣誓の趣旨を理解すること能はざる智能未成熟の者を證人として訊問するに當り、斯かる證人に證人宣誓を爲さしむることを得ないのである。即ち十六年未滿の者及智能未成熟の者は、證言能力あるも宣誓無能力である。随つて本條の宣誓無能力に關する規定は單に證人の宣誓能力にのみ關するものであつて、證人訊問の必要性には何ら關係がない。而して證人が宣誓無能力であるか否は専ら證人訊問を爲すべき裁判

所、受命判事又は受託判事が職權を以て之を調査すべきものである。

然れども宣誓を爲さしむることを得ない證人の證言も又宣誓を爲したる證人の證言も固より判決裁判所の自由なる心證に依り之を措信し又は措信せざることを得るものである。然るに本條に掲ぐる宣誓無能力の證人をして違法なる宣誓を爲さしめたる上訊問したる證言の信憑力に付ても亦同様ではあるが、實際的には之を措信することは極く稀れである。

新法に於ては、最早刑事上の判決に因り公權の剝奪又は停止せられたる者や證言拒絶の權利ありて之を行はざる者を宣誓無能力と認めない。唯本法第二八〇條の規定に該當する證人で證言拒絶の權利を行はざる者に對しては宣誓を免除することを得るに過ぎない。宣誓の免除に付ては本法第二九〇條參照。

二 本條の宣誓無能力の原因 本條の規定に依れば、宣誓無能力は十六年未滿の者と宣誓の趣旨を理解すること能はざる者とである。

(一) 宣誓未成年者 凡そ證人宣誓の成年は十六年の滿了を以て始まるものである。此の年齢の起算は戶籍簿上に於けるの證人の出生の時からでなく、寧ろ事實上の出生の時から之を爲すべきものである。

(二) 智能未成熟者 宣誓の趣旨を理解すること能はざる者は、之を宣誓の智能未成熟者と謂ふ。而して證人が十六年未滿の年少の故に宣誓の趣旨を理解すること能はざるときは、本條第二號よりも寧ろ本條第一號の宣誓未成年者に該るものである。随つて宣誓の智能未成熟者は訊問を受くる當時十六年以上の證人で智能發育の欠缺又は理解力薄弱其の他の精神障礙の爲宣誓の趣旨を理解するに足らない者である。而して證人が宣誓の智能未成熟者であるか否の判定は、固より裁判所の自由なる裁量に任せたるものであつて、箇々の場合に依り、職權を以て之を調査すべく、尙必要な場合には裁判長は證人に對し適當なる問を發することを得るものである。

第二百九十條 第二百八十條ノ規定ニ該當スル證人ニシテ證言拒絶ノ權利ヲ行ハサル者ヲ訊問スルニハ宣誓ヲ爲サシメサルコトヲ得

本條は舊法第三一〇條第四號の規定を改正したるものである。

外國法參照條文 獨民法第三九三條第一項第三號。澳民法に特別規定なし。

資料 理由書一五七頁。議事録に特記なし。速記録五七二頁以下、五七八頁。

目次 宣誓の免除

宣誓の免除 本條は宣誓の免除に關する規定である。證人が自身又は本法第二八〇條に掲ぐる證人

の近親者等の刑事上の訴追又は處罰を招く虞ある事項又は恥辱に歸すべき事項に關する證言を拒絶する權利を有するに拘らず之を行はない場合に於ては、裁判長は訊問するに當り斯かる證人に宣誓を爲さしめないことを得るのである。此の證人宣誓の免除の目的は、疑惑の證人に宣誓を爲さしめないで眞實の供述を期待するに在らずして、寧ろ眞實なる供述を得難く思料せられ而も證人の人格、立場及場合の事情に依り宣誓を爲さしめない儘の供述に或る何ものかの價値を付するに在るのである。

本條の宣誓の免除は裁判所が職權を以て自由なる裁量に依り之を爲すべきものなるが故に、裁判所は宣誓免除に對する當事者雙方の合意にも又證人の申出にも羈束せられない。受命判事又は受託判事の面前に於ける證人訊問の場合に於ては、受命判事又は受託判事が證人に宣誓を免除するものである。(民法三〇〇條)然れども本條の規定は本法第二八〇條の規定に該當する證人で證言拒絶權を行はない者に對し宣誓を拒絶する權利を許與するものではない。故に本法第二八〇條の規定に該當する證人は證言を拒絶する限り當然宣誓の拒絶も包含するけれども、證言拒絶權を行はないで證言を爲すに拘らず宣誓のみを拒絶することを許されない。

第二百九十一條 證人カ自己又ハ第二百八十條ニ掲クル者ニ著キ利害關係アル事項ニ付訊問ヲ受ク

ルトキハ宣誓ヲ拒ムコトヲ得

本條は舊法第二九八條第四號の規定を改正したるものである。

外國法參照條文 獨民法第三九三條第一項第三號。澳民法第三二二條第一項第二號。

資料 理由書一五七頁。議事錄八七五頁以下。速記録五七一頁以下。

目次 一 宣誓拒絶權 二 著き利害關係ある訊問事項

一 宣誓拒絶權 本條は利害關係ある證人の宣誓拒絶權に關する規定である。新法に於ては、證人が自身又は證人の近親者等に著き利害關係ある事項に付て訊問を受くるときと雖、舊法の如き證言拒絶權を認められない代りに、宣誓拒絶權を認められてゐる。即ち本條の規定に依れば、證人自身又は本法第二八〇條に掲ぐる證人の近親者等に著き利害關係ある事項に關し訊問を受くる證人は、宣誓を拒絶することを得るのである。蓋し證人が自身又は近親者等に著き利害關係ある事項に付て訊問を受くるときは、眞實なる供述よりも證人又は其の近親者等の責任の爲有利なる供述を爲し易き人情の弱點に鑑み敢て證人をして宣誓を回避せしむると共に偽證の罰より免かれしむる所以である。

二 著き利害關係ある訊問事項 本條の宣誓拒絶權は證人が自身又は本法第二八〇條に掲ぐる證人の近親者等に著き利害關係ある事項に付て訊問を受くる場合にのみ之を認むるものである。随つて證人自身又は其の近親者等に直接の利害關係又は單に利害關係ある訊問事項であるだけでは足りない。而

して利害關係が著きか否の判定は、固より各箇の場合の事情に依り裁判所の自由なる裁量に任せたるものであるが、餘程重要な利害關係ある訊問事項でなければならぬ。然し乍ら訊問事項に付ては證人自身又は其の近親者等に重要な利害關係あることが證言の直接の結果たると將又間接の結果たるを問はないばかりでなく、又利害關係は必ずしも法律上の利害關係のみに限らないで經濟上、政治上、職業上又は身分、地位の利害關係たることを妨げない。反之訴訟の結果に付て證人自身又は其の近親者等に著き利害關係を生ずることあるも、固より本條の宣誓拒絶權を認められない。

第二百九十二條 宣誓ヲ爲サシメスシテ證人ヲ訊問シタルトキハ其ノ旨及事由ヲ調査ニ記載スルコトヲ要ス

本條は舊法第三一六條後段の規定と同趣旨である。

外國法參照條文 獨民訴訟に特別規定なし。澳民訴訟法第三四三條第三項。

資料 理由書一五八頁、議事録に特記なし。速記録五九三頁。

目次 一 證人宣誓の調査記載 二 本條の宣誓を爲さしめない證人訊問の調査記載

一 證人宣誓の調査記載 本條は宣誓を爲さしめない證人訊問の調査記載に關する規定である。證人に宣誓を爲さしめて訊問したる場合に於ては、口頭辯論調査就中證人訊問調査に證人の宣誓と陳述と

を記載して明確にせねばならぬことは謂ふまでもない。(民訴訟法第一四四條二號) 此の點に付ては本法第一四四條其の二參照。

二 本條の宣誓を爲さしめない證人訊問の調査記載 本條の規定に依れば、證人に宣誓を爲さしめないで證人を訊問したる場合に於ては、證人の陳述は勿論、宣誓を爲さしめないで證人を訊問したる旨及其の事由を調査に記載することを要するのである。而して本條の所謂「宣誓ヲ爲サシメスシテ證人ヲ訊問シタルトキ」とは、本法第二八九條の規定に依りて宣誓無能力の證人、本法第二九〇條の規定に依りて證言拒絶權を行はない爲に宣誓を免除せられたる證人又は本法第二九一條に規定に依りて著き利害關係ある訊問事項の故に宣誓を拒絶したる證人を訊問したる場合を指稱するものである。然れども宣誓義務ある證人が訊問に應答して陳述を爲したるに宣誓のみを拒絶したるときも亦本條の場合に之を包含するものと解すべきである。而して本條の場合に於ては、證人訊問調査には、證人の陳述を記載して明確にするばかりでなく、(民訴訟法一四四條二號) 尙宣誓を爲さしめないで證人を訊問したる旨及其の證人宣誓を爲さしめなかつた所以の事由をも記載して明確にせねばならぬ。

第二百九十三條 第二百七十七條、第二百八十二條及第二百八十三條ノ規定ハ證人カ宣誓ヲ拒ム場

合ニ之ヲ準用ス

本條は舊法第三〇九條の規定と同趣旨である。

外國法參照條文 獨民訴法第三九〇條。澳民訴法第三二五條及第三三六條第三項。

資料 理由書一五八頁。議事録四五三頁以下。速記録に特記なし。

目次 一 宣誓拒絶の手續 二 宣誓不履行の制裁

一 宣誓拒絶の手續 本條は宣誓拒絶の手續及宣誓不履行の制裁に關する規定である。宣誓拒絶の手續は證人から宣誓拒絶の申立を爲したる上、其の宣誓拒絶の當否に付て受訴裁判所の裁判を受けなければならぬ。

(一) 宣誓拒絶の申立 證人が裁判長、受命判事又は受託判事の命じたる宣誓を拒絶せんとするには、如何なる場合に於ても、證人から宣誓拒絶の申立を爲さねばならぬ。而して宣誓拒絶の申立には、訊問に答ふる供述に付て宣誓を拒絶する事由を表示し且之を疏明しなければならぬ。(本條、民訴法二八二條) 然れども訊問事項の事情自體即ち訊問を受くる事項の内容から、當然宣誓拒絶の事由を認むることを得るときは、敢て之を疏明することを要しない。疏明の方法は本法第二六七條參照。隨つて宣誓拒絶事由の疏明に付ても、保證金の供託又は主張の宣誓を以て疏明に代ふることを得るものである。

(二) 宣誓拒絶當否の裁判 證人が宣誓拒絶の申立を爲したる場合に於ては、受訴裁判所は宣誓拒絶の當否に付て裁判を爲さねばならぬ。(本條、民訴法二八三條一項) 而して宣誓拒絶の當否の争ひは證人と舉證者たる當事者との間の中間の争ひであつて、固より本來の訴訟當事者間の訴訟ではなく寧ろ證據調手續の一部として職權を以て之を完結すべきものである。

受命判事又は受託判事の面前に於ける證人訊問の場合に於て宣誓拒絶の申立ありたる時は、受命判事又は受託判事が其の宣誓拒絶の當否に付て裁判を爲すべきものである。(民訴法三〇〇條) 宣誓拒絶の當否に付ての裁判は、任意的口頭辯論に基き決定を以て之を爲すべきものである。然れども裁判所は必ず當事者を審訊したる後でなければ之を裁判することを得ない。(本條、民訴法二八三條一項)

尙此の宣誓拒絶に關する裁判に對しては、舉證者たる當事者又は證人から即時抗告に依り不服を申立つることを得るものである。(本條、民訴法二八三條二項)

二 宣誓不履行の制裁 證人は證言の義務を有する關係上其の供述の眞實なることに付て宣誓義務を有することは謂ふまでもない。而して證人は宣誓無能力(民訴法二八九條)なるときは、宣誓を爲すに由なきも、本法第二九〇條の規定に依り宣誓を免除せられることを得るの外自己又は近親者等に著

き利害關係ある事項に關し訊問を受くる場合にのみ宣誓を拒絶することを得るに過ぎない。(民法二九一條)然るに證人が宣誓の拒絶を理由なしとする裁判の確定後、猶も正當の事由なくして宣誓を拒絶するに於ては、特に宣誓を強制履行せしむる手段なきを以て、裁判所は職權を以て斯かる宣誓不履行の證人に對し法律上の制裁として宣誓不履行に因りて生じたる訴訟費用の負擔を命じ且五百圓以下の過料に處罰する決定を爲すべきものである。(本條、民法二七七條)此の法律上の制裁の手續に付ては本法第二七七條其の三參照。然れども此の訴訟費用負擔及過料處罰の決定に對しては、證人から即時抗告に依り不服を申立つることを得るのである。(本條、民法二七七條)

第二百九十四條 裁判長ハ必要アリト認ムルトキハ證人相互ノ對質ヲ命スルコトヲ得

本條は舊法第三一條第二項の規定と同趣旨である。

外國法參照條文 獨民法第三九四條第二項。澳民法第三三九條第二項後段。

資料 理由書一五八頁。議事録に特記なし。速記録に特記なし。

目次 證人の對質訊問

證人の對質訊問 本條は證人の對質訊問に關する規定である。元來證人訊問は原則として後に訊問すべき證人の在らざる場所に於て各別に之を爲すべきものである。然るに裁判長は證人の供述が相互

に齟齬又は牴觸するとき其の他の事情に依り必要ありと認むるときは、證人相互の對質を命ずることを得るものである。(本條)而して證人相互の對質訊問は裁判長が當事者の申立なくとも、職權を以て任意的に之を爲し得るものである。故に本條の裁判長の證人對質の命に對しては、證人からも訴訟の當事者からも異議を述ぶることを許されない。又受命判事又は受託判事の面前に於ける證人訊問の場合に於ては、受命判事又は受託判事が必要ありと認むるときにも、證人相互の對質を命ずることを得るものである。(民法三〇〇條)

更に證人相互の對質の爲證人の再訊問の必要ある場合も生ずる。然れども證人の再訊問は、宣誓の關係に於て證人の訊問の一部を形成するものに過ぎない。

第二百九十五條 裁判長ハ必要アリト認ムルトキハ證人ヲシテ文字ノ手記其ノ他必要ナル行爲ヲ爲サシムルコトヲ得

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民法に特別規定なし。澳民法に特別規定なし。

資料 理由書一五九頁。議事録四四〇頁。速記録五八五頁。

目次 證人の行爲義務

證人の行爲義務 本條は證人の行爲義務に關する規定である。元來證人は證言の義務として出頭義務、宣誓義務と陳述義務を有するの外其の他の行爲を履行すべき義務を負はないものであるけれども、證人訊問に際し、證すべき事實に付て眞實を採知する爲、證人をして文字の手記又は其の他必要なる行爲を爲さしむる必要ある場合が尠くない。是を以て新法に於ては、裁判長は眞實を採知する爲必要ありと認むるときは、職權を以て證人に文字の手記其の他必要なる行爲を爲すべきことを命ずることを得るのである。(本條)夫れ故に第三者の作成に係る文書の眞否を確定する爲筆跡の對照に適當なる筆跡なき場合に於て第三者の文字の手記を要するときは、裁判長は其の第三者を證人として訊問する機會に於て、證人に文字の手記を命ずることを得るものである。舉證者の相手方の當事者に命ずる文字の手記に付ては本法第三二九條參照。而して裁判長は證すべき事實に付て眞實を採知する爲必要ありと認むるときは、證人をして文字の手記の外尙其の他必要なる行爲をも爲さしむることを得ると雖、固より無制限に如何なる行爲をも證人に命ずることを得るものではなく、唯證人訊問に依りて證すべき事實に付て眞實を採知するに必要なる行爲に限らるべきものである。尤も此の證すべき事實に付て眞實を採知する爲證人の陳述以外の行爲の必要あるか否と如何なる行爲が眞實の採知に必要なかの選擇とは、裁判長の自由なる裁量に依り之を決すべきものである。而して本條の規定に依りて證

人に爲さしむることを得べき行爲は、例之證すべき事實の眞實の採知に必要な物件の解剖又は組立、身體検査の受忍、現に所持する文書の提示若は讀誦又は情況の圖解説明等の如くである。

然るに證人が訊問を受くる機會に於て、裁判長の命じたる文字の手記又は其の他必要なる行爲を拒絶し又は之を履行しない場合に於ても、之を強制履行せしむる手段もなければ、特に其れに對する法律上の制裁も認められてゐない。(註)結局本條の規定は、證人に對し陳述以外の行爲を爲すべき義務を認めたるものと謂はんよりも寧ろ單に眞實採知の行爲を爲すべき責任を認めたるものと謂ふべきである。

(註) 反對說 長島森田兩氏改正民法解釋三四一頁。

第二百九十六條 裁判長ハ必要アリト認ムルトキハ後ニ訊問スヘキ證人ニ在廷ヲ許スコトヲ得

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民法に特別規定なし。澳民法に特別規定なし。

資料 理由書一五九頁、議事録四五七頁以下。速記録五八〇頁以下。

目次 後に訊問すべき證人の在廷

後に訊問すべき證人の在廷 本條は後に訊問すべき證人の在廷に關する規定である。元來證人の訊

問は、後に訊問すべき證人の在廷しない所で各別に之を爲すべきものである。然るに裁判長は或る證人を訊問する間に訊問すべき他の證人の在廷を必要ありと認むるときは、職權を以て自由なる裁量に依り、後に訊問すべき證人に在廷を許すことを得るのである。然れども後に訊問すべき證人の在廷は其の後に訊問すべき證人をして他の證人の訊問に立會はしむるの趣旨でもなければ、又他の證人と對質せしむるものでもない。

反之既にして訊問を了りたる證人は、公開の禁止又は裁判所が特別の事由に依りて證人に退廷を命じない限り、後の證人の訊問中に在廷することを得るものである。(註一) 而して證人は裁判長から放免せられない限り期日に於ける證據調の終結を俟つて始めて退廷することを得るものである。然し乍ら裁判長は既に訊問したる證人をして他の證人の訊問中退廷せしむることを妨げない。

尙本條の規定は所謂鑑定證人の訊問に付ても(民法三〇九條)亦之を適用すると雖、鑑定人の訊問には全然之を適用しない。(註二)

(註一) 參照 Stein-Jonas, § 394 I S. 994.

(註二) 參照 Seuffert, § 394 Anm. 1 S. 624.

第二百九十七條 證人ハ書類ニ依リテ陳述ヲ爲スコトヲ得ス但シ裁判長ノ許可ヲ受ケタルトキハ此ノ限ニ在ラス

本條は舊法第三一四條の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民法第三七七條第三項、第四項。澳民法に特別規定なし。

資料 理由書一五九頁。議事録四四〇頁以下。速記録五八四頁。

目次 書類に基く證人の陳述

書類に基く證人の陳述 本條は書類に基く證人の陳述に關する規定である。證人が裁判長の訊問に應答するには、知り得たる事實に付て記憶に基き口頭にて陳述せねばならぬ。然るに證人が訊問事項に依り、證人の記憶に基き陳述するよりも寧ろ書類に基き陳述する方が一層精確且適當なる場合も尠くない。例之證言が算數若は度量の關係又は文章語辭の拔萃等に關するときは、證人が備忘録、覺書、記帳又は帳簿に基き陳述を爲すが如くである。是を以て證人は裁判長の許可を受けて書類に基き陳述を爲すことを得るものである。然れども本條の規定は證人に裁判長の許可を受けて口頭の陳述に代ふるに書面上の陳述を以てすることを許したるものではなく、寧ろ證人が裁判長の許可を受けて書類を披見し乍ら口頭を以て陳述を爲すことを認むるに過ぎない。故に裁判長と雖、證人に對し書面上の陳述を許可するに由がない。加之證人は書類に基く陳述に付て裁判長の許可を受けたるるときと雖、

書類の朗讀を以て陳述に代ふることを許されない。

更に日本語に通じない證人の陳述には、通事を用ひることを要し（裁構法一一五條、民訴法一三四條前段）又證人が聲又は啞なるときも通事の立會を要すると雖、此の場合に於ては筆問及筆答の方法に依ることを得るものである。（民訴法一三四條）尙此の點に付ては本法第一三四條其の一及二參照。

第二百九十八條 陪席判事ハ裁判長ニ告ケ證人ニ對シテ問ヲ發スルコトヲ得

本條は舊法第三一五條第一項の規定と同趣旨である。

外國法參照條文 獨民訴法第三九六條第三項。澳民訴法第三四〇條第二項後段。

資料 理由書一六〇頁。議事録四四一頁。速記録に特記なし。

目次 陪席判事の證人發問權

陪席判事の證人發問權 本條は陪席判事の證人發問權に關する規定である。元來證人の訊問は裁判所の職務に屬するものであつて、獨り裁判長が證人を訊問するに止まらないので、陪席判事も裁判長に告げ自ら直接證人に對して問を發することを得るのである。（本條）是は恰も本法第一二七條の規定に依りて裁判長の外に尙陪席判事も釋明の處置を執り得ることに酷似してゐる。而して陪席判事の直接證人に對する發問は、訴訟の秩序を慮り陪席判事が證人に發問し度き旨を裁判長に告げて之を爲す

べきものである。然れども裁判長の許可を受くるの必要もなければ又發問の内容を裁判長に通告することすらも要らないのである。隨つて裁判長と雖も、陪席判事の發問の適法性及妥當性に付て毫も裁決する權能はない。故に陪席判事は證人に發問し度き旨を裁判長に告げたるに裁判長に於て其の發問を制止するも、之が爲に合議裁判所に對し發問の當否に付て裁判を仰ぐに由なく而も自ら直接證人に對し問を發することを妨げない。

尙裁判長は訴訟指揮權を有するを以て、（民訴法一二六條）箇々の職務に屬する證人に對する訊問を裁判長の監視の下に陪席判事に委ねることを得るものである。（註）當事者の直接證人に對する發問權に付ては本法第二九九條其の一及三參照。

（註）參照 Stein-Jonas, § 136 II S. 408.

第二百九十九條 當事者ハ裁判長ニ對シ必要ナル發問ヲ求メ又ハ其ノ許可ヲ得テ問ヲ發スルコトヲ得

當事者ハ發問ノ許否ニ付異議ヲ述フルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ裁判所異議ニ付裁判ヲ爲ス

本條は舊法第三一五條第二項、第三項の規定を修正したるものである。

外國法叢書條文 獨民法第三九七條。澳民法第二八九條、第三四一條及第三四二條。

資料 理由書一六〇頁。議事錄四四一頁。速記録に五八〇頁以下。

目次 一 當事者の問求權及發問權 二 當事者の問求權 三 當事者の發問權 四 發問許可に付ての異議と其の裁判

一 當事者の問求權及發問權 本條は當事者の問求權及發問權に關する規定である。吾國の民事訴訟に於ては英米法の訴訟に於て見るが如き所謂當事者の反問 (cross-examination, sog. Kreuzverhör) なるものを夙に認めないのであつて、證人の訊問は裁判所の職務に屬するものなれば、之を當事者に委ねることを許さない。唯當事者は證人の訊問に際して、裁判長に對し必要なる箇々の發問を求め又は裁判長の許可を得て證人に箇々の問を發することを得るに過ぎない。即ち本條は當事者の箇々の問求權と裁判長の許可を條件とする箇々の發問權とを認めたるものである。然れども此の當事者の問求權や發問權は孰れも受訴裁判所の面前の口頭辯論又は受命判事若は受託判事の面前に於ける證人の訊問に際してのみ、之を行ふことを得るのであつて、反之證人の訊問外に於て書面又は口頭を以て發問を求め又は證人に發問することを許さない。

然るに民事訴訟に立會へる檢事は、訴訟の當事者でない限り、證人の訊問に際して裁判長に對し必要なる發問を求めるとも又縱令裁判長の許可を得るとも直接證人に對し發問することも許されない。

二 當事者の問求權 本條第一項前段に依れば當事者又は其の代理人は證人の訊問に際して裁判長に對し必要なる發問を求めることが出来る。而して本條に所謂「裁判長ニ對シ發問ヲ求メ」とは當事者又は其の代理人が裁判長に對し證人に箇々の問を發せられんことを請求するの義である。然るに當事者が直接證人に對し箇々の問を發するには、裁判長の許可を得なくてはならない。(本條一項後段) 而して裁判長に對し求むる發問の内容に付ては本條に單に「必要ナル發問」とあるのみで、如何なる事項の問であるか明瞭でないが、尠くとも證人の陳述の完全若は釋明、陳述の信憑力に重要な關係の釋明又は訴訟關係の釋明に必要なりと認めらるべき問でなければならぬ。随つて當事者は原則として事實關係の完全若は釋明の爲又は證人の陳述の信憑力の爲にする總ての發問を裁判長に求むることを得るものと謂はねばならぬ。(註一) 然れども如何に必要な發問と雖、不適當なる發問の請求は之を許さない。即ち必要なる發問で適當なりと認むるものでなければならぬ。而して發問の不適當性は發問の方式に關するものもあれば、又發問の内容事項に關するものもある。

(註一) 參照 Neumann, § 283 A n. III S. 1017.

三 當事者の發問權 本條第一項後段に依れば、當事者又は其の代理人は、證人の訊問に際して裁判長の許可を得て直接證人に對し箇々の問を發することを得るのである。即ち當事者は裁判長の許可を

條件とする直接發問權を有する譯である。是を以て當事者又は其の代理人は直接證人に問を發せんとするに當り、先づ裁判長に對し發問の許可を求めなければならぬが、然しながら之が爲に發問の内容までも、裁判長に告げることは要らない。(註三) 而して當事者の直接發問を許可するか否は、専ら裁判長の自由なる裁量に依りて之を決すべきものであるが、辯護士の發問なるの故に必ず許可を與へなければならぬものとは限らない。

然るに裁判長が法律の規定に違背して當事者の求めたる直接發問の許可を拒否したる命に對しては、當事者から異議を述ぶることを得べく、此の場合に於ては、裁判所が決定を以て其の異議に付て裁判を爲すべきものである。(民訴法一二九條)

(註二) 參照 Stein-Jonas, § 397 I S. 993.

四 發問許否に付ての異議及其の裁判 本條第二項に依れば、當事者は證人に對する發問の許否に付て異議を述ぶることを得るものである。此の場合に於ては、受訴裁判所は其の發問の許否の異議に付て裁判を爲すべきものである。而して當事者は裁判長が當事者の求めたる發問を拒絶し又は當事者に直接證人に對する發問を許可しない場合に於て當事者が其の發問の適當性に付て疑問を狭むとときに裁判長の發問の許否に對し異議を述ぶべきものである。而して發問の許否は、發問の當否と反對の意味

であつて許さるべき發問か否かの義である。而して發問が法律上許すべからざるもの例之發問の内容が證人の官職、身分、地位又は職業の關係上秘密を守る義務ある事項に關するもの、(民訴法二八一條一號乃至三號) 所謂誘導訊問、陷穽ある發問、證すべき事實に關係なき發問、訴訟の目的物に牽連關係なき發問又は既に證人が訊問に答へたる事項の重複發問は、孰れも許すべからざる發問に屬するものである。

本條第二項に規定する發問許否の異議に付ての裁判は、如何なる場合に於ても、専ら受訴裁判所の職務に屬するものである。(本條二項、民訴法三〇〇條但書) 而して此の異議の裁判の形式は決定である。

第三百條 受命判事又は受託判事力證人訊問ヲ爲ス場合ニ於テハ裁判所及裁判長ノ職務ハ其ノ判事之ヲ行フ但シ前條第二項ノ規定ニ依ル異議ノ裁判ハ受訴裁判所之ヲ爲ス

本條は舊法第三一九條の規定を改正したるものである。

外國法參照條文 獨民訴法第四〇〇條。澳民訴法第二八四條。

資料 理由書一六一頁。議事録に特記なし。速記録五七六頁。

目次 一 受命判事又は受託判事の職務權限 二 本條但書の例外

一 受命判事又は受託判事の職務權限 本條は證人訊問の場合に於ける受命判事又は受託判事の職務

権限に關する規定である。本條の規定に依れば、受命判事又は受託判事に依りて證人訊問を爲す場合に於ては、受命判事又は受託判事は當然證人訊問に關する裁判所と裁判長の職務を行ふものである。唯本法第二九九條第二項の規定に依る發問許否の異議に付ての裁判のみは専ら受訴裁判所の権限に屬するものである。

受命判事又は受託判事は受訴裁判所から證人訊問の證據調施行の委任又は囑託を受けたるときは、先づ證據調の期日を指定して（民訴法一五二條一項）本法第二七六條に規定する證人呼出狀を證人に送達して證人の呼出を爲すべきものである。（民訴法一五四條）然れども官吏、公務員若は官吏、公務員たりし者、本法第二七三條に掲ぐる國務大臣等の顯官若は其の顯職に在りたる者又は貴族院若は衆議院の議員若は其の議員たりし者を證人として職務上の祕密に付て訊問する場合に於ては、受命判事又は受託判事は證人の呼出前、豫め當該監督官廳の承認、勅許又は院の承認を請求して之を得なければ、此等の者を訊問することを許されない。

(一) 證人が期日に出頭しない場合 證人が正當の事由なくして期日に出頭しないときは、受命判事又は受託判事は職權を以て其の證人に不出頭に因りて生じたる訴訟費用の負擔を命じ且五百圓以下の過料に處罰する決定を爲し相當と認むる方法を以て之を證人に告知せねばならぬ。（民訴法二七七

條、二〇七條、一九三條、二〇四條）然るに證人が一度本法第二七七條の規定に依りて法律上の制裁を受けたる後再度正當の事由なくして出頭しない場合にも亦同様である。尙受命判事又は受託判事は正當の事由なくして出頭しない證人の拘引を命ずることを得るものである。（民訴法二七八條）

(二) 證人が期日に出頭したる場合 此の場合に於ては、受命判事又は受託判事は證人を訊問するに當り、證人に宣誓を爲さしめ（民訴法二八五條）宣誓の諭示及偽證の罰の警告を爲し（民訴法二八七條）場合に依り宣誓書を朗讀したる上（民訴法二八八條一項）證人を訊問すべきものである。然れども受命判事又は受託判事は本法第二九〇條に規定する證言拒絶權を行はない證人を訊問するに當り、自由なる裁量に依り證人に宣誓を爲さしめないと訊問することを得るものである。（民訴法二九〇條）而して受命判事又は受託判事は必要ありと認むるときは、或は證人相互の對質を命じ（民訴法二九四條）或は證人に文字の手記其の他眞實を探知するに必要なる行爲を爲さしむることを得べく（民訴法二九五條）或は後に訊問すべき證人に在廷を許すことを得べく（民訴法二九六條）或は證人に書類に基く陳述を許可し（民訴法二九七條）又は當事者の證人に對する發問を許否することを得るものである。（民訴法二九九條一項）

然れども、受命判事又は受託判事の面前に於ける證人訊問の場合に於て證人が證言又は宣誓の拒

絶の申立を爲したるときは、其の證言又は宣誓の拒絶の當否に於て裁判を爲さねばならぬ。而して證言又は宣誓の拒絶の當否に於ての裁判は、本法第二八三條第一項に明示する如く一見如何なる場合にも受訴裁判所の権限に專屬するが如くに解せらるべきも、既にして受命判事又は受託判事に裁判所の職務を委ねたる以上は、(民法三〇〇條)受命判事又は受託判事が自ら之を爲すべきものと解するの外はあるまい。(註)斯くて證言又は宣誓の拒絶を理由なしとする裁判が確定したる後猶も證人が故なく證言又は宣誓の拒絶を固持するに於ては、本法第二七七條の規定を準用し、受命判事又は受託判事は職權を以て斯かる不從順なる證人に對し其の拒絶に因りて生じたる訴訟費用の負擔を命じ且五百圓以下の過料に處罰する決定を爲すべきものである。(民法二八四條、二九三條)

然るに受命判事又は受託判事の面前に於ける證人訊問の場合に於て受命判事又は受託判事の爲したる裁判に對しては、直接即時抗告を爲すべきものでなく、之が受訴裁判所の裁判なる場合であれば抗告を爲し得るときに限り、抗告する權利ある證人又は當事者から一旦異議を述べ、先づ以て受訴裁判所の裁判を請求すべきものである。(民法四一二條一項)然る後異議に於ての受訴裁判所の裁判に對し始めて各箇の場合に許さるべき即時抗告を爲すことを得るものである。

(註) 參照 松岡博士說明速記録五七六頁、具島森田兩氏改正民法解釋三四三頁。

二 本條但書の例外 本條但書に依れば、受命判事又は受託判事の面前に於ける證人訊問の場合に於て當事者が本法第二九九條第二項の規定に依り其の判事の發問許否に對して異議を申立てたる時は、受命判事又は受託判事は自ら其の異議に於て裁判を爲す權限なきを以て其の異議事件を受訴裁判所へ移牒したる上、専ら受訴裁判所に於て之を裁判すべきものである。

第三款 鑑定

第三百一條 鑑定ニハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外前款ノ規定ヲ準用ス

本條は舊法第三三二條の規定と全然同趣旨である。

外國法參照條文 獨民法第四〇二條。澳民法第三六七條。

資料 理由書一六一頁、議事録に特記なし。速記録五九四頁以下。

目次 證人訊問の規定を鑑定に準用する範圍

證人訊問の規定を鑑定に準用する範圍 本條は鑑定に於て證人訊問の規定を準用することに關する規定である。鑑定の證據調は證人訊問の證據調と多くの共通點あるを以て、鑑定には別段の規定ある場合を除くの外證人訊問に關する規定を準用するものである。(本條)仍て證人訊問の各箇の規定に付

て逐條的に順を追ひ鑑定に準用すべき範圍を検討するに、先づ各人の一般國民義務としての證言義務に關する第二七一條は、唯鑑定に必要な學識經驗ある者にのみ鑑定義務を認むる第三〇二條に依りて之に代へられたるが故に、鑑定には之を準用できない。次に官職其の他特定の身分ある證人に職務上の祕密を訊問する條件に關する第二七二條乃至第二七四條は、其の規定する官職其の他特定の身分ある鑑定人に職務上の祕密に關する事項の鑑定を命ずる場合にも之を準用すべきものなるを以て、裁判所は斯かる鑑定を命ずるに當り、當該監督官廳の承認、勅許又は貴衆各院の承認を得なければならぬ。而して鑑定人の意見を利用すべき特別の知識が官職者の職務上の祕密に關する事項の一例は、軍職に在る者を鑑定人として官營工場に於て製作したる一定の武器又は器物の製法に關する特別の知識に付て鑑定を命ずるが如くである。證人訊問の申出に關する第二七五條は、受訴裁判所、受命判事又は受託判事が職權を以て鑑定人を指定することを認むる第三〇四條に依りて之に代へられたるが故に、鑑定人の申出には之を準用できない。(註一) 證人の不出頭に對する法律上の制裁に關する第二七七條は、鑑定人が正當の事由なくして出頭しない場合にも之を準用すべきものであるが、反之鑑定人に對しては縱令正當の事由なくして出頭しないときと雖、勾引を命ずることを許されない故、鑑定人には第二七八條を準用することを得ない。次に受訴裁判所が受命判事又は受託判事をして證人の訊問を爲さし

むることに關する第二七九條は、鑑定を命ずる場合にも之を準用すべきものである。證言又は宣誓の拒絶權に關する第二八〇條、第二九一條及宣誓無能力に關する第二八八條は、第三〇二條第二項の別段の規定あるを以て鑑定には之を準用できない。然れども第二八一條に依りて證言を拒絶し得る者と同一の地位に在る鑑定人は、鑑定無能力(民法三〇二條二項)ではないにしても、同條の準用に依り鑑定を拒絶する權利を有するものである。尤も此の場合に於て鑑定人が默秘の義務を免除せられたるときは、鑑定を拒絶することを得ない。證言拒絶理由の疏明と證言拒絶當否の裁判及之に對する即時抗告に關する第二八二條及第二八三條は、鑑定拒絶理由の疏明と鑑定拒絶當否の裁判及其の不服の申立にも之を準用すべきものである。又證言拒絶を理由なしとする裁判確定後の證言拒絶の固持に對する法律上の制裁に關する第二八四條は、同様の鑑定拒絶の固持に對しても之を準用すべきものである。然るに證人訊問には證人の忌避を認めないに反し鑑定人に對しては當事者の忌避權を認めてゐる。(民法三〇五條)

證人宣誓の履行に關する第二八五乃至第二八七條及第二八八條第一項は、鑑定宣誓の履行にも之を準用することは勿論なるも、證人宣誓の誓詞に關する第二八八條第二項は、鑑定宣誓の誓詞に關する第三〇七條に依りて之に代へられたるものである。反之宣誓免除及宣誓なき證人訊問の調書記載に關

する第二九〇條及第二九二條は、鑑定に付て之を準用すべき餘地がない。證人宣誓の拒絶に關する第二九三條も亦同様である。而して證人相互の對質に關する第二九四條や證人の行爲責任に關する第二九五條は、孰れも鑑定人の訊問にも之を準用すべきものである。然るに鑑定は書面又は口頭を以て共同又は各別に意見を陳述することを得るものなれば、(民訴法三〇八條)如何なる場合にも、裁判長が必要ありと認むるときは、鑑定人相互の對質を命ずることを得るものである。又鑑定人の訊問には第二九六條及第二九七條を準用し後に訊問すべき鑑定人を在廷と許することも又書類に基く意見の陳述もできる。尙陪席判事の發問權や當事者の問求權及發問權に關する第二九八條及第二九九條も亦鑑定人の訊問の際にも之を準用すべきものである。更に受命判事又は受記判事の職務權限に關する第三〇〇條は、受命判事又受記判事の面前に於ける鑑定の證據調にも之を準用すべきものである。

(註) 反對說 長島森田兩氏改正民法解釋三四四頁。

第三百二條 鑑定ニ必要ナル學識經驗アル者ハ鑑定ヲ爲ス義務ヲ負フ

第二百八十條又ハ第二百九十一條ノ規定ニ依リテ證言又ハ宣誓ヲ拒ミ得ル者ト同一ノ地位ニ在ル者及第二百八十九條ニ掲クル者ハ鑑定人タルコトヲ得ス

本條は舊法第三二六條及第三二七條の規定を修正したるものである。

外國法學叢書 獨民法第四〇七條及第四〇八條。澳民法第三五三條。

資料 理由書一六二頁、論事錄四四一頁以下。速記錄五九四頁以下。

目次 一 鑑定義務 二 鑑定無能力

一 鑑定義務 本條は鑑定義務及鑑定無能力に關する規定である。抑々鑑定を爲す義務は國民の義務に違ひないが、證言の義務の如く何人も負ふ所の一般の義務でなく、唯鑑定を爲すに必要な學識經驗ある者のみが負ふ所の義務である。(本條)蓋し鑑定は裁判所に缺乏せる法則又は經驗律の知識を補ひ又は特別の専門知識に依り係争の具體的事實を確定し又は之を判定して證明するものなれば、斯道の學識經驗ある者に非ざれば鑑定を爲すことが出来ないからである。随つて受訴裁判所、受命判事又は受託判事は鑑定に必要な學識經驗ある者の中から適當なる鑑定人を指定(民訴法三〇四條)せねばならぬ。而して鑑定の義務は鑑定人が裁判所に出頭する義務と鑑定の意見を陳述する義務と誠實なる鑑定に付て宣誓する義務とから組成するものである。鑑定人の指定取消に付ては本法第三〇四條其三參照。

鑑定人は誠實且公平なる意見を陳述せねばならぬ關係から觀念上訴訟の當事者又は其の代理人以外の第三者であるべきものなれども、然しながら之は絶対ではない。故に鑑定の事情に依り舉證者又は

當事者の機關たる者も亦鑑定人たることを得るものである。而して誠實且公平なる鑑定に對する相手方の利益は、相手方の忌避權に依り之を保護せらるべきものであり而も有効に忌避せられたる鑑定人は、最早其の命ぜられたる鑑定を爲すことを得ないのである。鑑定人の忌避に付ては本法第三〇五條參照。

二 鑑定無能力 既にして鑑定に必要な學識經驗なき者は、如何なる場合にも鑑定人たることを得ない故、鑑定義務も負はない。然るに鑑定に必要な學識經驗の持主でも本法第二八〇條又は第二九一條の規定に依りて證言又は宣誓を拒絶し得る者と同一の地位に在る者は鑑定人たることを得ないけれども、這是鑑定すべき事項の關係に原因するに反し、(本條二項前段)本法第二八九條に掲ぐる宣誓能力なき者は、鑑定に宣誓を缺くことを能はぬ關係上、如何なる鑑定事項に付ても常に鑑定人たることを得ないのである。(本條二項後段)畢竟前者は相對的鑑定無能力であり後者は絶對的鑑定無能力である。

(一) 第二八〇條の規定に依りて證言又は宣誓を拒み得る者と同一の地位にある者 即ち鑑定に必要な學識經驗ある者が、自身又は本法第二八〇條第一號乃至第三號に掲ぐる近親者等の刑事上の訴追又は處罰を招く虞ある事項又は此等の者の恥辱に歸すべき事項に付て鑑定を命ぜられたるときは

鑑定を拒絶するまでもなく當然鑑定人たることを得ない。刑事上の訴追又は處罰を招く虞あり又は恥辱に歸すべき事項に付ては本法第二八〇條其の二參照。

(二) 第二九一條の規定に依りて宣誓を拒み得る者と同一の地位に在る者 即ち鑑定に必要な學識經驗ある者が自身又は本法第二八〇條第一乃至第三號に掲ぐる近親者等に著き利害關係ある事項に付て鑑定を命ぜられたるときも、鑑定を拒絶するまでもなく當然鑑定人たることを得ない。所謂著き利害關係ある事項に付ては本法第二九一條其の二參照。

(三) 第二八九條に掲ぐる者 鑑定人には常に宣誓を爲さしめなければならぬ關係上、宣誓能力なき十六年未滿の者や宣誓の趣旨を理解すること能はざる者も全然鑑定人たることを得ない。故に鑑定人に宣誓を爲さしめないうで鑑定せしむることは許されない所である。

第三百三條 鑑定人ハ之ヲ勾引スルコトヲ得ス

本條は舊法第三二八條但書の規定と同趣旨である。

外國法參照條文 獨民法第四〇九條。澳民法第三五四條。

資料 理由書一六二頁。議事録八七八頁。速記録五九六頁。

目次 鑑定人勾引の辨論

鑑定人勾引の排除 本條は鑑定人に對する勾引の排除に關する規定である。元來鑑定義務には當然出頭の義務も包含するを以て、鑑定義務ある者が鑑定人に指定せられ適式の呼出を受けたるに拘らず、正當の事由なくして出頭しないときは、勿論之に對し法律上の制裁はあるけれども、(民訴法三〇一條・二七七條)裁判所は如何なる場合に於ても鑑定人の勾引を命ずることを得ないのである。(本條)鑑定人が一度不出頭の爲法律上の制裁を受けたる後再度以上出頭しない場合も亦同様である。蓋し鑑定人は必ずしも證人の如く其の者に限る譯でなく他の適當なる者を鑑定人に取替へることが出来る故、不出頭に對しては法律上の制裁を以て臨むを以て足り、敢て鑑定人を勾引する程の必要がないからである。

第三百四條 鑑定人ハ受訴裁判所、受命判事又ハ受託判事ニテ指定ス

本條は舊法第三二四條及第三三一條の規定を修正したるものである。

外國法學關係文 獨民訴法第四〇四條及第四〇五條。澳民訴法第三五一條及第三五二條。

資料 理由書一六二頁。斷事錄四四一頁。速記錄六(四頁以下)。

目次 鑑定人の指定

鑑定人の指定 本條は鑑定人の指定に關する規定である。裁判所は職權を以て又は當事者の申出に

因り鑑定を命ずることを得ると雖、(民訴法二五八條、二六一條)鑑定人の選任及其の員數の指定は常に職權を以て之を爲すものである。即ち受訴裁判所の面前に於ける鑑定の場合、受訴裁判所が鑑定人を指定し、受命判事又は受託判事の面前に於ける鑑定の場合は受命判事又は受託判事が夫々鑑定人を指定すべきものである。随つて受訴裁判所、受命判事又は受託判事は自由なる裁量に依り鑑定に必要な學識經驗ある者の中から適當なる者を鑑定人に任命するのであるが、鑑定人を指定するに當り裁判上の發問權を用ひて適當なる鑑定人を指名すべきことを當事者に促がすことを得るにしても、固より當事者の指名に羈束せられないばかりでなく又當事者を審訊することも要らない。

然れども、裁判所、受命判事又は受託判事は一旦鑑定人を指定したる處(本條)鑑定人が鑑定に必要な學識經驗に乏しき爲鑑定を爲さしむることが苛酷なるとき若は鑑定が鑑定人又は其の近親者等に著き利害關係なくとも鑑定人の職業上の責務に抵觸するとき又は鑑定人が繁務其の他の障碍の爲に鑑定を遲滞したるときは、職權を以て鑑定人の指定を取消し之に代ふるに新に他の鑑定人の指定を以て爲すことを得るものである。畢竟鑑定人は證人と趣を異にし鑑定事情に依り取替へ得べき者(fungible Person)なれば、鑑定人を指定したる受訴裁判所、受命判事又は受託判事は鑑定人を改任することを得るものである。

第三百五條 鑑定人ニ付誠實ニ鑑定ヲ爲スコトヲ妨クヘキ事情アルトキハ當事者ハ其ノ鑑定人カ鑑定事項ニ付陳述ヲ爲ス前之ヲ忌避スルコトヲ得陳述ヲ爲シタルトキト雖其ノ後ニ忌避ノ原因ヲ生シ又ハ當事者カ其ノ原因アルコトヲ知りタルトキ亦同シ

本條は舊法第三二二條、第三〇三條、第三〇四條第一項の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民法第四〇六條第一項、第二項。澳民法第三五五條第一項、第二項。

資料 理由書一六二頁以下。議事録に特記なし。速記録五九四頁、六〇四頁。

目次 一 鑑定人の忌避 二 忌避の原因 三 忌避の時期

一 鑑定人の忌避 本條は鑑定人の忌避に關する規定である。元來鑑定人は誠實に鑑定を爲し以て裁判所に缺乏する法則又は經驗律の知識を補ひ又は特別の専門知識に依りて係争の具體的事實を確定し又は之を判定して證明するものなるを以て、謂はゞ判事の補助者 (Richtergehilfe) としての地位に於て當該訴訟事件に立會ふ者に他ならない。随つて判事が裁判の公正を妨ぐべき事情あるときに忌避せらるゝ如く、鑑定人も亦鑑定の誠實を妨ぐべき事情あるときは當事者に忌避せられることを得るのである。即ち鑑定人に付て誠實に鑑定を爲すことを妨ぐべき事情あるときは、當事者は鑑定人が鑑定事項に付て陳述を爲す前其の鑑定人を忌避することを得るのである。(本條) 之を鑑定人の忌避

(Ablehnung der Sachverständiger) と謂ふ。而して鑑定人を忌避する權利即ち當事者の忌避權 (Ablehnungsrecht) は、鑑定が裁判所の職權を以て命ぜられたると當事者の執れの申出に因りて命じたるを問はず之を認むるものである。(註一) 然るに當事者の申立に因る證據保全手續の場合に於ては全然鑑定人の忌避を認むる餘地がない。(註二) 何となれば、此の場合に於ては裁判所と雖、證據保全の申立人が證據保全の申立に表示したる鑑定人の指定に (民法三四五條一項四號) 羈束せらるべきものなれば之に順應して相手方に鑑定人の忌避權を認むることを得ないからである。(註三) 翻つて所謂鑑定證人 (sachverständige Zeuge) は鑑定人でなくて寧ろ證人に屬する者なるが故に、既に證人の忌避を認めない新法に於ては、如何なる場合にも鑑定證人を忌避することを許されない。(民法三〇九條)

(註一) 參照 Stein-Jonas, § 406 I S. 1008; Baumbach, § 406 Anm. 1.

(註二) 參照 Stein-Jonas, § 406 I S. 1008; Baumbach, § 406 Anm. 1.

(註三) 參照 Stein-Jonas, § 487 Nr. 4; Baumbach, § 487 Anm. 4.

二 忌避の原因 新法に於ける鑑定人の忌避の原因は舊法に於ける夫れと全然趣を異にするものであつて、唯鑑定人に付て鑑定の誠實を妨ぐべき事情あることを要求し概括的に之を規定するに止り敢て

決疑的事由を明示してゐない。而して鑑定人に付て誠實に鑑定を爲すことを妨ぐべき事情あるか否の判定は、専ら裁判所の職務上の自由裁量に任せたるものであるが、裁判所は鑑定人の鑑定の誠實を妨ぐべき事情を判定するに當り、鑑定人を忌避する當事者の立場から常識ある人士の觀たる鑑定人が意識的又は無意識に不誠實なる鑑定を爲すことを疑ふに足るべき合理的且客觀的の事情を標準と爲すべきである。是を以て鑑定人に付て判事の除斥原因と（民訴法三五條）同一の原因あるとき、又は判事の忌避原因に（民訴法三七條）相當すべき原因あるときは、大抵鑑定の誠實を妨ぐべき事情あるものと認めらるべきであらう。然れども本法第三五條第四號の規定に相當すべき原因ある鑑定人が當該訴訟事件に付て證人と爲りたるの一事を以ては未だ鑑定の誠實を妨ぐる事情あるものと認むるに足りない。加之本法第三五條の規定に相當する原因ある鑑定人が當該訴訟事件に關し既に原審に於て又は證據保全手續に於て鑑定人と爲りたる事情あるのみでは、極めて異例の場合に於て鑑定の誠實を妨ぐべき事情あるに過ぎない。然れども鑑定人が當該訴訟事件に付て有償にて裁判外の個人鑑定を爲し又は當該訴訟事件に對して自己の利害關係あるときには、鑑定の誠實を妨ぐべき事情あるもの爲すに足りる。尙鑑定人が訴訟の當事者の一方又は其の代理人と親友、仇敵、政敵、商賣敵又は怨恨ある間柄にあるときも亦同様である。反之鑑定人が當該訴訟事件に付て曩に反對意見の鑑定を爲したること、特

別の専門知識を缺乏せること、前審に於て鑑定を爲したること、従前の事件に於て不誠實なる鑑定に非ずして不利益の鑑定を爲したるの事情を以ては、孰れも未だ鑑定人に付て鑑定の誠實を妨ぐべき事情あるものと爲すに足りない。

三 忌避の時期 鑑定人の忌避に付ては當事者は忌避すべき鑑定人が鑑定事項に付て陳述を爲す前に忌避の申立を爲さねばならぬ。而して忌避の申立は既に受訴裁判所、受命判事又は受託判事が鑑定人を指定したる後に之を爲すべきものであつて夫れ以前には許されない。然れども鑑定人に付て縱令忌避の原因あるときと雖、既に鑑定人が口頭又は書面を以て鑑定事項に付て意見を陳述し始めたるときは、最早當事者は其の鑑定人を忌避することを得ない。尤も鑑定人が陳述前宣誓を履行したる程度に於ては、當事者の忌避権は喪失しない。

然るに既に鑑定人が鑑定事項に付て陳述を爲したる後と雖、當事者に於て鑑定の陳述前に忌避の事由を主張すること能はざるとき即ち鑑定の陳述後に於て始めて鑑定人に付て忌避の原因を生じたりと雖、或は當事者が忌避の原因ありたることを知りたることに限り、（註四）例外として當事者は鑑定人の鑑定の陳述後に拘らず其の鑑定人を忌避することを得るものである。

（註四） 參照 Stein-Jones, § 406 II S. 1009.

第三百六條 忌避ノ申立ハ受訴裁判所、受命判事又ハ受託判事ニ之ヲ爲スコトヲ要ス
忌避ノ事由ハ之ヲ疏明スルコトヲ要ス
忌避ヲ理由アリトスル決定ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス之ヲ理由ナシトスル決定ニ對シ
テハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

本條は舊法第三二二條、第三〇四條第二項及第三〇五條の規定を修正したるものである。

外國法學雜誌文 國民訴訟法第四〇六條第二項乃至第五項。澳民訴訟法第三五五條第二項、第三項及第三五六條。

資料 理由書一六三頁。議事録に特記なし。速記録六〇五頁。

目次 一 鑑定人忌避の申立 二 忌避の裁判と抗告

一 鑑定人忌避の申立 本條は鑑定人忌避の手續に關する規定である。當事者が鑑定人を忌避せんとするには、受訴裁判所に鑑定人忌避の申立を爲さねばならぬ。申立の方式に付ては本法第一五〇條參照。尙忌避の時期に付ては本法第三〇五條其の三參照。然れども、受命判事又は受託判事の面前に於ける鑑定の場合に於て鑑定人を忌避するには、受命判事又は受託判事に忌避の申立を爲すべきものである。若し夫れ此の場合に於て受訴裁判所の指定したる鑑定人を忌避するに至りては、受訴裁判所に忌避の申立を爲すべきものである。(註一)

鑑定人忌避の申立には、忌避すべき鑑定人を表示すると共に其の忌避の事由を開示し且之を疏明することを要するのである。(本條二項)然れども鑑定人忌避の事由の疏明には、判事忌避の事由の疏明の如き三日内の制限なきを以て、忌避の申立人は忌避の申立に付て裁判ある迄忌避の事由を疏明することを得るものと謂はねばならぬ。疏明方法に付ては本法第二六七條參照。而して保證金の供託又は主張の宣誓を以て疏明に代ふることを得るものである。

(註一) 參照 Stein-Jonas, § 406 III 1 S. 1009.

一 忌避の裁判と抗告 鑑定人忌避の裁判は、決定を以て完結すべき事件なるを以て、裁判所は任意的口頭辯論に基き忌避の申立に付て裁判を爲さねばならぬ。(民訴法一二五條)然れども裁判所は忌避の裁判の爲に特に鑑定人又は相手方を審訊することを得るも、其の審訊を爲すことを要しない。加之忌避せらるべき鑑定人の意見すらも徴することを要しない。

受命判事又は受託判事の面前に於ける鑑定の場合の鑑定人忌避の裁判に付ても亦同様である。

然れども本訴訟の手續は、當事者が鑑定人忌避の申立ありたるに拘らず、之を停止せずに續行すべきものである。而して民事訴訟に於ては默示的の決定なるものを認めない故、受訴裁判所、受命判事又は受託判事が鑑定人忌避の申立ありたる後他の鑑定人を指定するも、之を以て従前の鑑定人に對す

る忌避の申立に付て裁判ありたるものと認むる譯に行かない。(註二) 而して忌避の裁判の形式は特別の決定を以て之を爲すべきものであつて、裁判所は忌避の裁判を終局判決の理由に讓ることを得ないものである。

忌避の裁判に對する不服の方法は、鑑定人の忌避を理由ありとする決定に對しては、何人も不服を申立つることを得ないのである。(本條三項前段) 反之鑑定人の忌避を理由なしとする決定に對しては、申立人から即時抗告を爲すことを得るも、(本條三項後段) 鑑定人には即時抗告を許さない。(註三) 即時抗告の手續に付ては本法第四一四條以下の規定に依るものである。

(註二) 参照 Stein-Jonas, § 406 III S. 1009.

(註三) 参照 Stein-Jonas, § 406 IV S. 1010.

第三百七條 宣誓書ニハ良心ニ從ヒ誠實ニ鑑定ヲ爲スヘキコトヲ誓フ旨ヲ記載スルコトヲ要ス

本條は舊法第三二九條の規定と同趣旨である。

外國法参照條文 獨民法第四一〇條第一項。澳民法に特別規定なし。

資料 理由書一六三頁以下。講事録に特記なし。速記録六〇七頁以下。

目次 鑑定宣誓の誓詞

鑑定宣誓の誓詞 本條は鑑定宣誓の誓詞に關する規定である。鑑定人は鑑定の義務に基き誠實に鑑定を爲すべきことを宣誓せねばならぬ。而も鑑定人に宣誓を爲さしめないで鑑定を爲さしむることは許されなす。

鑑定宣誓の履行は證人宣誓の夫と大體同様であるが、裁判長は鑑定人に鑑定を命ずるに當り常に鑑定人をして鑑定前に宣誓を爲さしめなければならぬ。随つて鑑定宣誓は縱令特別の事由あるときと雖、鑑定後に之を爲さしむべきものでない。即ち鑑定には本法第二八五條但書の陳述後の宣誓履行に關する規定を準用することを得ない。而して鑑定宣誓の履行は勿論證人宣誓の履行の如く在廷する總員の起立の下に嚴肅に之を行ふことを要し、(民法三〇一條、二八六條) 裁判長は鑑定人に宣誓前宣誓の趣旨を諭示し且偽證の罰を警告しなければならない。

鑑定宣誓の方式は鑑定人が宣誓書を朗讀して且之に署名捺印して之を爲すものであるが、若し宣誓書を朗讀すること能はざるときは裁判長が鑑定人に代りて宣誓書を朗讀するものである。唯鑑定人の宣誓書には「良心ニ從ヒ誠實ニ鑑定ヲ爲スコトヲ誓フ」旨の誓詞を記載することを要する點が、證人宣誓の誓詞と其の語辭を異にするに過ぎない。

第三百八條 裁判長ハ鑑定人ヲシテ書面又ハ口頭ヲ以テ共同ニテ又ハ各別ニ意見ヲ述ヘシムルコトヲ得

本條は舊法第三三〇條の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民訴法第四一一條第一項。澳民訴法第三五七條。

資料 理由書一六四頁。議事録に特記なし。速記録六〇七頁以下。

目次 一 鑑定人の意見陳述の方法 二 書面上の意見陳述(鑑定書の提出) 三 口頭の意見陳述 四 共同鑑定及各別鑑定

一 鑑定人の意見陳述の方法 本條は鑑定人の意見陳述の方法に關する規定である。鑑定人は裁判所の命じたる鑑定を爲したる結果に付て意見を陳述する義務あることは謂ふまでもない。而して鑑定人の意見陳述の方法は、裁判長が鑑定人に鑑定を命ずるに當り、職權を以て之を定むべきものであつて、鑑定人をして書面又は口頭を以て共同にて又は各別に意見を陳述せしむることを得るものである。(本條)如何なる場合に書面上の意見陳述又は口頭の意見陳述に依るか又鑑定人が數人ある場合に共同にて意見を陳述せしむるか又は各別に意見を陳述せしむるかは、各箇の場合に於ける鑑定の事情に従ひ裁判長の自由なる裁量に依り之を定むべきものである。勿論此の書面上の意見陳述と口頭の意見陳述との間にも又共同鑑定と各別鑑定との間にも、原則と例外との差等ある譯ではないが、鑑定を爲すに

多少の時間を要する研究を爲したる上にあらざれば正確なる意見を陳述し難き場合、鑑定の目的物の検査又は鑑定の場所的又は時間的關係の爲口頭辯論の期日又は受命判事若は受託判事の證據調期日に於て根本的の鑑定を爲し難き場合、又は鑑定すべき事項が繁雜又は廣大なる場合に於ては、裁判長は鑑定人をして書面を以て意見を陳述せしむべきである。

二 書面上の意見陳述(鑑定書の提出) 裁判長が鑑定人に書面を以て意見を陳述すべきことを命じたる場合に於ては、鑑定人は鑑定を爲したる所に付て意見を書面に認め且署名捺印したる上之を鑑定書として受訴裁判所、受命判事又は受託判事に提出せねばならぬ。尤も此の鑑定書の提出には特に一定の方式もなく又之を調書に記載することも要らない。然れども裁判長は鑑定人をして書面を以て意見を陳述せしむるに當り、鑑定書の提出の爲相當の期間を定むることを妨げない。而して元來鑑定の義務は鑑定人に指定(民訴法三〇四條)せられたる者が自身で鑑定を爲したる上意見を陳述して之を履行すべきものなるを以て、鑑定人は鑑定を爲す爲又は鑑定書の作成の爲、補助者を使用するは格別、他人をして鑑定を爲さしめ又は他人に鑑定を委嘱することを得ない。

然るに裁判長は鑑定人に書面を以て意見を陳述すべきことを命じたる場合と雖、口頭を以て意見を陳述せしむる爲又は鑑定書の説明を爲さしむる爲鑑定人を訊問することを得るものである。

三 口頭の意見陳述 裁判長は鑑定人をして口頭を以て意見を陳述せしむるには、鑑定人を期日に呼出たる上受訴裁判所の口頭辯論に於て又は受命判事若は受託判事の面前に於ける證據調期日に於て、鑑定人を訊問するに依りて意見を陳述せしむるものである。而して鑑定人の陳述は調書に之を記載して明確にすることを要するは謂ふまでもない。(民法一四四條二號)

四 共同鑑定及各別鑑定 鑑定人が數人ある場合に於ては、裁判長は鑑定人をして共同にて又は各別に意見を陳述せしむることを得るのである。即ち前者は共同鑑定であり後者は各別鑑定である。而して鑑定に付て數人の鑑定人の共同鑑定を許す所以のものは、全く鑑定人の地位から生ずるものであつて、鑑定事項又は鑑定の事情に依り各別鑑定よりも共同鑑定の方が適當である場合も尠くない。然るに鑑定の実際は如何なる鑑定も殆んど各別鑑定で行はれてゐる。而して本法第二九四條及第二九六條の規定は固より各別鑑定の口頭の意見陳述に付て之を準用するに反し共同鑑定の夫れには準用すべくもなす。

第三百九條 特別ノ學識經驗ニ依リテ知り得タル事實ニ關スル訊問ニ付テハ證人訊問ニ關スル規定

ニ依ル

本條は舊法第三三三條の規定と同趣旨である。

外國法參照條文 獨民法第四一四條。澳民法第三五〇條。

資料 理由書一六四頁。議事錄四五〇頁、八七八頁以下。速記錄六〇八頁以下。

目次 一 鑑定證人の訊問 二 證人兼鑑定人

一 鑑定證人の訊問 本條は所謂鑑定證人の訊問に關する規定である。元來特別の學識經驗に依りて知り得たる事實に付て訊問を受くる者は之を所謂「鑑定證人」(sachverständige Zeuge)と謂ふのである。而して所謂鑑定證人は知り得たる過去の事實又は状態に付て證言するものなるが故に、眞に證人であることは疑ひを容れない。唯鑑定證人の場合は證人の誰もが證言に際し要する事實の判断の形成に特別の學識經驗を要したる點丈けが普通の證人と稍異なるに過ぎない。(註一) 反之鑑定人が鑑定の目的の爲知り得たる事實を陳述するも、之が爲に鑑定人が證人に變化するものでない。尤も訴訟前の證據保全の場合は格別である。

本條の規定に、「特別ノ學識經驗ニ依リテ知り得タル事實ニ關スル訊問ニ付テハ證人訊問ニ關スル規定ニ依ル」とあるのは、畢竟するに所謂鑑定證人が眞に證人なるを以て、鑑定證人の訊問には證人訊問に關する規定を割引なしに適用せねばならぬことを明示するものに他ならぬ。随つて本條の規定は、法典の位置から謂へば甚だ當を得ないものとも考へられるが、之を鑑定の款に設くるよりも寧ろ證人

訊問の款に置くべきであつたと思ふ。

既にして鑑定證人が眞に證人である限り、證人の忌避を認めない故、鑑定證人には本法第三〇五條の鑑定人忌避に關する規定を適用することも又準用することも許さない。又裁判所は鑑定證人として訊問せられたる者が證言に必要な特別の學識経験を缺乏するの故を以て鑑定證人の訊問を拒否することを得ない。加之本法第二八〇條又は第二九一條の規定に依りて證言又は宣誓を拒絶し得る者と同一の地位に在る者や第二八九條に掲ぐる宣誓無能力者は、本法第三〇二條第二項に依り鑑定人たることを得ないにしても、本條に規定する所謂鑑定證人たることを得るものである。

(註一) 參照 Stein-Jonas, § 414 I S. 1017.

(註二) 參照 Stein-Jonas, § 414 I S. 1017.

(註三) 參照 Stein-Jonas, § 414 I S. 1017.

二 證人兼鑑定人 自己の知り得たる過去の事實に付て訊問を受くるばかりでなく尙過去又は現在の状態に基き意見を陳述すべきことを命ぜられたる者は、證人として呼出を受けたと將又鑑定人として呼出を受けたとを問はず、證人の資格と鑑定人の資格とを併有するものと認めなければならぬ。鑑定人が鑑定の目的の爲知り得たる事實以外に互る事實に付て訊問を受くる場合も亦同様である。隨

つて斯かる證人兼鑑定人の訊問に付ては證人訊問に關する規定と鑑定に關する本法第三〇二條乃至第三〇八條の規定とを併せて適用すべきものである。(註四) 而して證人兼鑑定人には證人宣誓と鑑定宣誓とを履行せしむべきものである。尙證人兼鑑定人は證人の旅費日當の外尙鑑定の手數料をも請求することを得るものである。

(註四) 參照 Stein-Jonas, § 414 II S. 1017.

第三百十條 裁判所必要アリト認ムルトキハ官廳若ハ公署、外國ノ官廳若ハ公署又ハ相當ノ設備アル法人ニ鑑定ヲ囑託スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ宣誓ニ關スル規定ヲ除クノ外本款ノ規定ヲ準用ス

前項ノ場合ニ於テ裁判所必要アリト認ムルトキハ官廳、公署又ハ法人ノ指定シタル者ヲシテ鑑定書ノ説明ヲ爲サシムルコトヲ得

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民法に特別規定なし。澳民法に特別規定なし。

資料 理由書一六五頁。講事録四三七頁、四四二頁以下。速記録に特記なし。

目次 一 本條の鑑定の囑託 二 鑑定書の説明

一 本條の鑑定の囑託 本條は官廳、公署又は法人に對する鑑定の囑託に關する規定である。元來鑑定は鑑定人の意見陳述の外尙鑑定人の訊問 (Vernehmung der Sachverständiger) と鑑定宣誓 (sachverständige Beidigung) とを必須要件とするを以て鑑定人が自然人でなければ鑑定を爲すことを得ないものである。然るに鑑定の目的を達成する爲には、内外の官廳、公署其の他相當の設備ある法人をして鑑定を爲さしむべき必要がある場合が尠くない。是を以て新法に於ては鑑定人が自然人に限ることの原則に對し一大例外を設け、受訴裁判所は鑑定の必要ありと認むるときは、職權を以て内外の官廳若は公署又は相當の設備ある法人に鑑定を囑託することを得る途を開いたのである。

本條の規定に依りて鑑定を囑託する先は、内國の官廳若は公署は勿論外國の官廳若は公署又は内國に於て相當の設備ある法人に限らる。反之自然人は鑑定人として鑑定を命ぜらることを得るも本條の鑑定囑託を受くることを得ない。而して内外國の官廳又は公署は吾國又は外國の諸般の各行政官廳又は各公署を包含するものである。例之官公立の各病院、各大學、各専門學校、理化學研究所、工業試験所、衛生研究所、測候所、各種検査所、農事試験所、養蠶試験所、陸海軍工廠、造幣局、帝室博物館、官公立の博物館、動物園、植物園、其の他各種の研究調査所の如くである。又相當の設備ある法人とは法人格を具へ且鑑定を爲すに相當の設備ある者を謂ふのであつて、私法人たると公法人たると又公益法人たると營利法人たると又社團法人たると財團法人たると更に民法上の法人たると商事

會社たるとを問はない。例之財團法人で相當の設備ある私立の病院、大學其の他各學校、工業試験所、理化學研究所、商工會議所、商業會議所、農事試験所、博物館、動物園、植物園、鑛業所其の他銀行諸會社等の如くである。而して本條の鑑定囑託は、受訴裁判所が職權を以て之を爲すものであつて、固より鑑定を囑託する官廳、公署又は相當の設備ある法人を指定すべきものなることは (民法三〇四條) 謂ふまでもない。尤も囑託の手續は裁判長が鑑定囑託書を作成し之を官、公署其の他法人に送達して鑑定囑託を爲すものである。(民法一三〇條二項)

本條の規定に依れば、裁判所が官、公署其の他相當の設備ある法人に鑑定を囑託したる場合に於ては、本款の鑑定に關する規定を準用するを原則とする。然れども官廳、公署又は相當の設備ある法人に對しては鑑定人の訊問と鑑定宣誓とを爲さしむること能はざるを以て、本條の鑑定囑託の場合には、宣誓に關する規定を準用することを得ない。而して鑑定囑託に本款の規定を準用する結果、本法第二八〇條又は第二九一條の規定に依りて證言又は宣誓を拒絶し得る者と同一の地位に在る内外の官廳若は公署又は相當の設備ある法人も本條の鑑定人たることを得ない。(民法三二二條二項) 又鑑定囑託を受けたる官廳、公署又は法人に付て鑑定誠實を妨ぐべき事情あるときは、當事者は其の

鑑定人を忌避することを得るものである。(民法三〇五條)

謂ふまでもなく、本條の規定に依りて鑑定囑託を受けたる官廳、公署又は相當の設備ある法人は鑑定を爲す以上自身にて鑑定し且書面を以て意見を陳述すべきものである。而して此の意見を記載したる書面は之を鑑定書として受訴裁判所に送付することを要する。然れども更に他の適當なる官廳、公署又は相當の設備ある法人に鑑定を轉囑することも許さない。而して鑑定書の送付には特に一定の方式もなく又裁判所書記が調書に之を記載することも要らない。然るに本條の鑑定の囑託を受けたる官廳、公署又は相當の設備ある法人が正當の事由なくして鑑定を拒絶したる場合に本法第三〇一條及第二七七條に依り法律上の制裁を認むるか否は疑問である。

二 鑑定書の説明 本條の鑑定の囑託を受けたる官廳、公署又は法人が鑑定書を受訴裁判所に送付したる處、裁判所はその鑑定書の説明の必要ありと認むるときは、職權を以て其の官廳、公署又は法人の指定したる者を呼出して鑑定書の説明を爲さしむることを得るのである。(本條二項) 然れども、當事者は鑑定書の説明を申立つることを得るものである。

第四款 書證

第三百十一條 書證ノ申出ハ文書ヲ提出シ又ハ之ヲ所持スル者ニ其ノ提出ヲ命セムコトヲ申立テ之ヲ爲スコトヲ要ス

本條は舊法第三三四條、第三三五條及第三四三條の規定を修正したるものである。

外國法學關係文 獨民法第四二〇條、第四二一條及第四二八條。澳民法第二九七條、第三〇三條及第三〇八條。

資料 理由書一六五頁以下。論事録四七〇頁以下。速記録六一三頁以下、後篇一六三頁以下。

目次 一 書證及文書の意義 二 書證の申出 三 書證の證據力

一 書證及文書の意義 本條は書證の申出に關する規定である。書證(Urkundenbeweis)とは文書の内容に依り證明することを謂ふ。而して文書(Urkunde)の意義には、廣狹の二義がある。廣義の文書は、總て思想を體化したる物件を總稱すれども、狹義の文書は唯書面上の文書(schriftliche Urkunde)即ち慣用上又は合意上の文字を以て思想を體化したる書面のみを指稱する。本法に所謂「文書」は此の狹義の文書の義である。(註一) 是を以て單に文字を排列したる書面例之名刺の如きは文書でない。又境界標、計算木、系圖、設計圖、製圖、圖面、寫真臺板、割符、試刷、記念碑等は、文書に非ずして事

る證據の爲作りたる物件に屬し、寧ろ檢證の目的物であるが、(註二) 本法第三三二條の特別の規定を俟つて始めて、斯かる證據物件に付て本款の書證に關する規定を準用し文書と略同様に取扱はれるに過ぎない。而して如何なる文書も、縦し當初に於て證明の爲作成したるに非ずとも又證據價値に乏しき例之自作の文書でも、皆書證の證據方法となるのである。(註三) 加之文書の用材は何たるを問はない。即ち文書の用材は、紙本たると木片たると竹片たると皮片たると貝殻たると金屬材たると將又石材たるとを區別しない。而して文書の文字は理解せられ又は尠くとも理解し得るものでなければならぬ。然れども文字の種類にも又書法にも何らの制限がない。然れば文書の書法が筆書、印刷、版刻又は記號の方法に依ることを區別しない。更に文書の記載の内容に至りては、權利又は義務其の他の事實に關する事項を記載したるものは勿論であるが、何ら制限なきを以て、意見又は感覺を記載したるものでも差支へない。(註四) 尤も文書に作成者の署名又は捺印を具ふるか否は、素より文書の證據力に差異あるけれども、文書の觀念に何ら影響するところはなし。

(註一) 參照 Rosenbergr, Lehrb. § 120 I 1 S. 364; Hellwig, System § 211 I S. 691. 松岡博士民事證據論四四九頁。

(註二) 參照 Rosenbergr, Lehrb. § 120 I 1 S. 364.

(註三) 自作文書の證據力に付ては加藤博士民法判例集一卷三四頁以下。

(註四) 參照 Hellwig, System § 211 I S. 691, II S. 692. 加藤博士民法判例集二卷二〇〇頁。

二 書證の申出 書證の申出 (Antretung des Urkundenbeweises) は證據の申出の一般に従ひ、證すべき事實を表示し、(民法訴訟法二五八條一項) 且本法に規定する方式に依らねばならぬ。而して書證の申出の方式は書證に使用せむとする文書が舉證者、舉證者の相手方又は第三者の所持するに従ひ之を異にする。

(一) 舉證者自身の所持する文書を目的とする書證の申出 此の場合に於ける書證の申出は、舉證者が口頭辯論に於て又は受命判事の面前に於ける準備手續に於て文書を提出して之を爲すことを要する。(本條前段) 然るに舉證者が本法第二六五條に依りて裁判所外に於て證據調を爲すべき裁判所の委任又は囑託を受けない受命判事又は受託判事の面前に於て書證の申出として文書を提出するも、之を以て書證の申出と爲すに足りない。(註五) 而して文書の提出は其の原本、正本又は認證ある謄本を以て之を爲すことを要するも、(民法訴訟法二二二條一項) 殊に私文書は原本を提出せねばならぬ。此の點に付ては本法第二二二條參照。

(二) 舉證者の相手方又は第三者の所持する文書を目的とする書證の申出 此の場合に於ける書證の申出は、舉證者が口頭辯論に於て又は受命判事の面前に於ける準備手續に於て文書を所持する相手方又は第三者に文書の提出を命ぜむことを申立て之を爲すことを要する。(本條後段) 此の文書提出

の申立の要件に付ては本法第三一三條參照。反之本法第二四六條の規定に基く原本の閲覽の爲にする文書提出の催告又は商法第二七條の二の規定に基く相手方に對する商業帳簿提出の申立は、本條の書證の申出としての文書提出の申立と爲すに足りない。(註六) 然れども本條後段の規定は、筆跡又は印影の對照の用に供する文書の提出にも又檢證物の提示にも之を準用するものである。(民訴法三二八條一項、三三二條、三三五條一項)

舉證者が文書提出の申立を爲し書證の申出を爲したる場合に於て、受訴裁判所が文書提出の申立を理由ありと認めたる時は、決定を以て文書を所持する相手方又は第三者に對し文書を提出すべき旨を命じなければならぬ。(民訴法三一四條) 此の文書提出決定に付ては本法第三一四條參照。然れども此の裁判所の文書提出の命たるや書證の目的を以て即ち文書の内容に依り證明する爲に爲すべきものであつて、文書の占有を證明する爲又は舉證者の相手方若は第三者が一定の文書を受取りたることを證明する爲に之を爲すべきでない。(註七) 當事者又は第三者の文書提出義務の原因に付ては本法第三一二條參照。

尙第三者の所持する文書を目的とする書證の申出は、本條後段に基く文書提出の申立に依るの外舉證者は文書所持者から文書を取寄せ爲第三者に文書の送付を囑託せむことを申立て之を爲すこ

とも出来るのである。(民訴法三一九條) 此の文書取寄の手續に付ては本法第三一九參照。

(註五) 參照 Stein-Jonas, § 420 II S. 1027.

(註六) 參照 Stein-Jonas, § 421 III S. 1028.

(註七) 參照 Stein-Jonas, § 421 I S. 1028.

三 書證の證據調 書證の證據調(Beweisaufnahme von Urkundenweisen)は受訴裁判所の面前に於ける口頭辯論に提出せられたる文書の内容を閲覽(Einsichtnahme)して之を爲すものである。之が爲に特に當事者から口頭の陳述を爲すことを要しない。舉證者が文書の一部のみを提出したる場合と雖、裁判所は職權を以て完全なる文書の提出を命ずることを得ないが、其の提出したる部分の文書の證據價值を自由に評價すべきである。謂ふまでもなく口頭辯論に提出したる文書は、舉證者の相手方に於ても之を閲覽する權利を有するものである。書證の準備に付ては本法第二四五條及第二四六條參照。裁判所の職權を以て文書の提出を命ずる場合に付ては本法第一三一、條其の三、第二六一條及第三二二條參照。

然るに受訴裁判所は裁判所外に於て書證の證據調を爲すことを相當と認むるときは、其の部員に命じ又は他の區裁判所に囑託して受命判事又は受託判事をして文書の證據調を爲さしむることを得るも

のである。(民訴法二六五條) 此の場合に於ては受訴裁判所は受命判事又は受託判事の調書に記載すべき事項を指定すべきものである。(民訴法三二一條) 此の點に付ては本法第三二一條參照。

第三百十二條 左ノ場合ニ於テハ文書ノ所持者ハ其ノ提出ヲ拒ムコトヲ得ス

- 一 當事者力訴訟ニ於テ引用シタル文書ヲ自ラ所持スルトキ
- 二 舉證者力文書ノ所持者ニ對シ其ノ引渡又ハ閲覧ヲ求ムルコトヲ得ルトキ
- 三 文書力舉證者ノ利益ノ爲ニ作成セラレ又ハ舉證者ト文書ノ所持者トノ間ノ法律關係ニ付作成セラレタルトキ

本條は舊法第三三六條、第三三七條及第三四三條の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民訴法第四二二條、第四二三條及第四二九條並獨民法第八一〇條。澳民訴法第三〇四條、第

三〇五條及第三〇八條第一項。

資料 理由書一六六頁。議事錄四七一頁以下、八七九頁以下。速記錄六一三頁以下。

目次 一 文書提出義務 二 文書提出義務の原因

一 文書提出義務 本條は文書提出義務の原因に關する規定である。凡そ當事者又は第三者に付て本條に規定する文書提出義務の原因あるときは、書證の目的の爲其の所持する文書を裁判所に提出する

義務を有するものである。而して本條に規定する文書提出義務の原因は、其の中に私法上の文書提出義務を前提とするものもないが、固より實體法上の提出義務の原因として之を認めたるものではなく、寧ろ特別に訴訟法上の提出義務の原因として之を認めたるものを以て、文書の提出義務 (Vorlegungspflicht, Editionspflicht) は如何なる場合にも、常に訴訟法上の義務であつて、證言の義務の如く一般的の公法上の義務でもなければ又私法上の義務でもない。(註一) 尤も此の文書の提出義務は當事者又は第三者が現に文書を所持することを前提要件とするは謂ふまでもない。然れども文書の所持は文書を直接占有する場合に限るのであつて、(註二) 文書を間接占有するに過ぎない者にとりては、未だ文書提出義務を負はない。尙文書提出義務を認むるには、一般に舉證者が文書の提出に付て證明の利害關係を有するを以て足り、必ずしも文書の内容を知るに付て法律上の利害關係を有することを要しないばかりでなく、却て舉證者が其の文書の作成に關與し又は文書の内容を詳しく知悉する場合すらある。

此の訴訟法上の文書提出義務は縦し私法上の提示義務を前提とし而も私法上の義務に従へば、一定の場所に於てのみ文書の引渡を爲し又は文書の閲覧を爲さしむべきものであるにしても、文書を受訴裁判所の面前に提出せねばならぬ。若し夫れ受訴裁判所外に於ける文書の提出に至りては、唯本法第

三二一條の規定に依る受命判事又は受託判事の面前に於ける文書の證據調の場合に限る。

然るに文書の提出義務ある當事者又は第三者が裁判所の提出の命に従はないうて文書の提出を拒絶し又は之を懈怠したる場合に於ては、民事上の責任は姑く措き、直接文書の所持者から文書を取上げる強制手段を認めてゐないけれども、文書を所持する當事者の不從順に對しては、裁判所は文書に關する舉證書の主張を眞實と認むることを得べく又文書を所持する第三者の不從順に對しては決定を以て五百圓以下の過料に處罰するのである。然るにも拘らず猶且文書の提出を拒絶する當事者又は第三者に對しては、舉證者から別個の訴を以て文書の提出を強制する外途がない。

(註一) 参照 松岡博士民事證據論四六九頁以下。然れども文書提出義務を訴訟上の責任(prozessuale Last)と見る説も有力なる學者に依りて主張せらる。例へば Stein-Jonas, § 422 I S. 1029; Goldschmidt, Prozess als Rechtslage S. 110.

(註二) 参照 Stein-Jonas, § 422 I S. 1029; Baumbach, § 422 Anm. 1 B. S. 630.

二 文書提出義務の原因 本條の規定に依れば、當事者又は第三者に付て文書提出義務の原因あるものとせらるゝのは左記の三の場合である。

(一) 當事者が訴訟に於て引用したる文書を自ら所持するとき 本條第一號の規定に依れば、當事者が自ら所持する文書を訴訟に於て引用したるときは、相手方の書證の爲其の文書を裁判所に提出す

る義務を負ふものである。換言すれば當事者の一方が其の所持する文書を訴訟に於て引用することに因り相手方の爲訴訟法上の獨立の文書提出請求權を生ずる。然れども此の相手方の文書提出請求權が本法第二四六條の規定に基く原本閱覽の爲にする相手方の文書提出の催告權と異なるものであることは謂ふまでもない。(註三)

而して本條第一號の訴訟に於ける文書の引用(Bezugnahme auf die Urkunde im Prozesse)は當事者が文書を受命判事の面前に於ける準備手續に於て又は口頭辯論に於て引用したる場合は勿論、準備書面又は訴狀に引用したる場合でも差支へない。準備書面に於ける文書の引用に付ては本法第二四五條參照。而して訴訟に於て引用したる文書である以上は、其の引用の目的が舉證の爲であることを要しない(註四)加之縱し爾後に於て文書の引用を取消し又は舉證を拋棄したる文書であつても、文書提出義務の原因を排除するものでない。

(二) 舉證者が文書の所持者に對し其の引渡又は閱覽を求むるとき 本條第二號の規定に依れば、舉證者が文書の所持者に對し文書の引渡又は閱覽の請求權を有するときは、其の文書の所持者は舉證者の相手方たると第三者たるとを問はず、舉證者の書證の爲其の文書を裁判所に提出する義務を負ふものである。即ち本號の文書提出義務の原因は文書所持者の舉證者に對する私法上の文

書の引渡又は閲覧の義務を前提とするものである。而して舉證者が文書の所持者に對し文書の引渡を求むることを得るとは、畢竟舉證者が文書の所持者に對し文書を物としての返還請求權 (Anspruch auf die Herausgabe der Urkunde als Sache) を有する場合に外ならぬ。勿論此の文書の返還請求權は如何なる類の私權名義 (Privatrechtstitel jeder Art) に基くを問はなすものであつて人的請求權又は物的請求權殊に所有權、共有權、占有權、質權に基くものなると將又賣買、寄託、不法行為等の債權であると又證書債務を完済したる辨濟者の證書返還請求權 (民法四八七條) 債權差押債權者の債權證書の引渡請求權 (民訴法六〇六條) 別除權者に對する破産管財人の債權擔保證書の引渡請求權 (破法一九五條) (註五) 手形金支拂者の手形返還請求權 (商法四八三條) 又は手形償還者の手形等の引渡請求權 (商法四九五條) たるを問はない。反之舉證者が文書の所持者に對し文書の謄本又は抄本の附與を求むることを得る丈けでは文書の引渡又は閲覧の請求權を有するものと認むるに足りなす。

尙又舉證者が文書の所持者に對し文書の閲覧を求むることを得るとは、畢竟舉證者が文書の所持者に對し文書の提示請求權を有する場合に外ならぬ。(註六) 然れども此の文書閲覧權たるや常に私法上の請求權でなければならぬ。反之公法上の文書閲覧權では、本條の文書提出義務の原因を認む

るに足りない。故に本法第一五一條を始め、不動産登記法第二一條、戶籍法第一四條、非訟事件手續法第四二條、第一四二條等の規定に基ける公法上の書類の閲覧請求權からは文書提出義務の原因を生ずべくもなす。

私法に於ては繼續的法律關係殊に組合又は社員關係ある者に文書の閲覧請求權を認めてゐる場合が尠くない。例之組合員の組合の帳簿其他文書の閲覧權 (民法六七三條) 合名會社の社員の會社帳簿其他文書の閲覧權 (商法五四條、第一〇一條、民法六七三條) 合資會社の有限責任社員の會社の財産目録及貸借對照表の閲覧權 (商法一一一條) 株式會社の監査役の會社の帳簿其他文書の閲覧權 (商法一八一條) 株主又は株式會社の債權者の會社の營業書類の閲覧權 (商法一九一條ノ二) 株主名簿社債原簿の閲覧權 (商法一七一條ノ二) 株式會社の検査役の會社の書類閲覧權 (商法一六〇條ノ二) 匿名組合員の營業者の財産目録及貸借對照表の閲覧權 (商法三〇四條、第一一一條) 等の如くである。更に民法上計算の義務者に對しても計算書類の閲覧請求權を認むべきものである。

反之商法第二七條の二の規定に依れば、裁判所は申立に因り商人に對し商業帳簿の提出を命ずることを得ると雖、之が爲に舉證者が其の相手方又は第三者に對し商業帳簿の閲覧請求權を有するものでもなければ又之を賦與せられたるものでもない。(註七)

(三) 文書が舉證者の利益の爲に作成せられ又は舉證者と文書の所持者との間の法律關係に付作成せられたるとき 本條第三號の規定に依れば、舉證者の利益の爲に作成せられ又は舉證者と文書の所持者との間の法律關係に付て作成せられたる文書を所持する者は、舉證者の相手方たと第三者たるとを問はず、舉證者の書證の爲其の文書を裁判所に提出する義務を負ふものである。此の舉證者の利益の爲に作成せられたる文書は、既に文書を作成したるときに、舉證者自身又は舉證者その他の者との共同の爲に證明の用に供すべきこと又は證明の爲使用する權利あることを定めたるものでなければならぬ。例之舉證者の爲にする契約證書、遺言證書、委任狀等の如くである。而して舉證者の單獨利益の爲に作成せられたる文書は勿論、又舉證者その他の者との共同利益の爲に作成せられたる文書でも差支へがない。例之舉證者と舉證者の相手方との共同利益の爲に作成せられたる文書の如くである。

又舉證者と文書の所持者との間の法律關係に付て作成せられたる文書は、既に文書を作成したる場合に舉證者と文書の所持者との間に成立したる法律關係に付て記載せられたるものでなければならぬ。然れども、文書が舉證者と文書の所持者とが共同して作成せられたるものなることを要しない。(註八)

反之舉證者と文書の所持者以外の者との間の法律關係に付て作成せられたる文書に付ては、文書提出義務の原因を認むるに由がない。而して舉證者と文書の所持者との間の法律關係が何時、如何なる人の間に成立したるかは、固より民法上の問題であるが、文書提出義務には今猶舉證者と文書の所持者との間に法律關係の成立せることも又其の效力を有することも要らない。(註九) 加之文書に依りて證すべき事實は法律關係の構成事實に屬することを要するけれども、文書自體を以て舉證者と文書の所持者との間に成立したる法律關係の全部を證するものであることを要しない。然して舉證者と文書の所持者との間の法律關係に付て作成せられたる文書は、法律行爲又は舉證者の一方的意思表示に關する文書なることもあり、又債務證書、領收證又は計算書なることもあれば、更に營業帳簿又は商業帳簿なることもある。然れども、商業帳簿の場合に於ては、本條の規定に基く文書提出義務と商法第二七條の二の規定に依りて裁判所が職權を以て文書の提出を命じたるべき文書提出義務とが相併存するものである。此の點に付ては尙本法第三一一條其の二(二)參照。尙又舉證者と文書の所持者との間の法律關係に付て作成せられたる文書が裁判所の裁判書又は行政官廳其の他自治體の裁決書なることもある。反之文書の所持者が自己の爲に使用する計算簿又は家計簿や文書を作成したる當初から證明の爲使用するに非ざる文書(註一〇) 例之個人的の書簡や密書の如きも

のに付ては、文書提出義務を認むることを得ない。

- (註三) 參照 Stein-Jonas, § 423 S. 1032.
- (註四) 反對說 Stein-Jonas, § 423 S. 1032.
- (註五) 參照 Siegel, Verlegung von Urkunde im Prozess S. 88f.
- (註六) 參照 Stein-Jonas, § 422 II S. 1030; Siegel, a. a. O. S. 10f.
- (註七) 反對說 山内博士民訴改正法二卷九三頁。
- (註八) 參照 Stein-Jonas, § 422 II 3b S. 1031; Siegel, a. a. O. S. 25.
- (註九) 參照 Stein-Jonas, § 422 II 3 b S. 1031.
- (註一〇) 參照 Stein-Jonas, § 422 II 3 b S. 1031f.

第三百十三條 文書提出ノ申立ニハ左ノ事項ヲ明ニスルコトヲ要ス

- 一 文書ノ表示
- 二 文書ノ趣旨
- 三 文書ノ所持者
- 四 證スヘキ事實

五 文書提出ノ義務ノ原因

本條は舊法第三三八條及第三四四條の規定と略同趣旨である。
 外國法參照條文 獨民訴法第四二四條及第四三〇條。澳民訴法第三〇三條第二項及第三〇八條第二項。
 資料 理由書一六七頁。議事錄四七二頁。速記錄六一六頁。
 目次 一 文書提出の申立 二 文書提出申立の明示事項 三 裁判所の商業帳簿提出命令

一 文書提出の申立 本條は文書提出の申立に關する規定である。舉證者の相手方又は第三者に對する文書の提出手續(Ediktionsverfahren)は、舉證者から書證の申出として本條に規定する文書提出の申立を爲すに依りて之を開始するものである。本條の規定に依れば、文書提出の申立には本條に掲ぐる第一乃至第五の事項を開示して明かにせねばならぬ。即ち本條に規定する第一乃至第五の事項は文書提出申立の内容の要件に外ならない。(註一) 然るに文書提出の申立の内容が本條に規定する事項の一だに欠缺するときは、其の書證の申立を却下すべきものである。書證の申出としての文書提出の申立に付ては本法第三一一條其の二參照。然れども商法第二七條の二の規定に依りて舉證者が裁判所に對し商業帳簿を備ふる相手方に其の商業帳簿の提出を命ぜむことの申立は、本條の文書提出の申立の下に服するものでない。(註二)

本條の文書提出の申立は書面を以ても又口頭を以ても之を爲すことを得る。此の點に付ては本法第

一五〇條參照。

(註I) 參照 Stein-Jonas, § 424 I S. 1032.

(註II) 參照 Stein-Jonas, § 424 I S. 1032.

二 文書提出申立の明示事項 舉證者は文書提出の申立の内容として左記の各箇事項を明示せねばならぬ。

(一) 文書の表示 文書の表示は提出を求めむとする文書の同一性即ち他の文書と區別さるべき標準を明示することを要するのである。例之文書の名柄、日附、作成名義等を明かにするが如くである。殊に大部なる文書の表示には文書の標準的存在の場所をも明示せねばなるまい。而して文書の表示には當然其の文書が存在することの主張も包含するが而も申立に際して特に文書存在を證明するに及ばない。

(二) 文書の趣旨の表示 文書の趣旨の表示は文書の内容を能く限り完全に明示することを要し、相手方をして文書の内容に付て陳述を爲さしむることを得る様に爲すべく而して本法第三一六條の規定に依りて裁判所が舉證者の相手方の不利益に於て文書に關する舉證者の主張を眞實と認むる爲に必要缺くべからざるものである。然れども舉證者は文書の謄寫本を提出して文書の趣旨の表示に代

ふることを得るものである。(註III)

(三) 文書の所持者の表示 文書の所持者の表示は現に提出を求めむとする文書を所持する相手方又は第三者の氏名と住居とを明示せねばならぬ。尤も此の文書の所持は文書の直接占有に限るものである。此の點に付ては本法第三一二條其の一參照。而して文書の所持者の表示には當然其の文書の所持者が現在文書を所持することの主張をも包含する。

(四) 證すべき事實の表示 證すべき事實の表示は提出を求めむとする文書の内容に依り如何なる事實を證明せむとするものなるかを明示せねばならぬ。裁判所は書證を以て證すべき事實の重要性を顧慮せねばならぬからである。證すべき事實の表示に付ては本法第二五八條其の二參照。

(五) 文書提出義務の原因の表示 此の文書提出義務の原因の表示は、文書を所持する相手方又は第三者に於て訴訟法上文書提出の義務ある原因たる事實關係を開示せねばならぬ。此の文書提出義務の原因に付ては本法第三一二條其の二參照。文書提出の申立に付ての辯論に於ては、舉證者は文書提出義務の原因を證明する責任を有するものである。

(註III) 參照 Stein-Jonas, § 424 II S. 1033; Seuffert, § 424 § Ann. 4.

三 裁判所の商業帳簿提出命令 商法第二七條の二の規定に依れば、裁判所は申立に因り又は職權を

以て訴訟の當事者に對して其の備ふる商業帳簿の提出を命ずることを得るものである。而して裁判所の商業帳簿提出命令は、必ずしも商事訴訟事件の場合に限らず非商事訴訟事件に於ても之を認むるのであるが、帳簿の提出を命ぜらるべき訴訟の當事者の一方が完全なる商人である場合に限るものである。尤も此の商業帳簿提出命令は訴訟の當事者が特定の争點を表示したることを前提要件とする。而して商業帳簿の提出は單に舉證者の檢閲の爲之を命ずることを得ない。訴訟の當事者が商業帳簿提出の裁判所の命に従はない場合に付ては本法第三一六條參照。

第三百十四條 裁判所カ文書提出ノ申立ヲ理由アリト認メタルトキハ決定ヲ以テ文書ノ所持者ニ對シ其ノ提出ヲ命ス

第三者ニ對シ文書ノ提出ヲ命スル場合ニ於テハ其ノ第三者ヲ審訊スルコトヲ要ス

本條は舊法第三三九條、第三四〇條及第三四五條の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民訴法第四二五條及第四三一條第一項。澳民訴法第三〇三條第一項、第三〇八條及第三〇九條第一項。

費料 理由書一六七頁。議事録四七二頁。速記録六二二頁以下。

圖文 一 文書提出の裁判手續 二 文書提出命令

一 文書提出の裁判手續 本條は文書提出の裁判手續に關する規定である。舉證者が文書提出の申立を爲して書證の申出を爲したる場合に於ては、受訴裁判所は其の文書提出の申立に付て裁判を爲さねばならぬ。而して文書提出の申立に付ての裁判は決定を以て完結せらるべきものなるが故に、任意的口頭辯論に基きて之を爲すものである。任意的口頭辯論に付ては本法第一二五條其の三參照。然れども訴訟の當事者に對する文書提出の申立ありたる場合に於ては、裁判所は口頭辯論に於て其の申立に付て當事者に辯論を命じたる上之を裁判すべきものである。反之第三者に對する文書提出の申立ありたる場合に於ては、裁判所は如何なる場合と雖、其の第三者を審訊したる上でなければ、文書の提出を命ずる決定を爲すことを得ないのである。(本條二項) 即ち此の場合に於ける第三者の審訊は本法第一二五條第三項の所謂「別段ノ規定アル場合」に該るものである。審訊に付ては本法第一二五條其の三(一)參照。

二 文書提出命令 受訴裁判所は文書の提出の申立が本法第三一三條に規定する事項の明示に欠缺あるとき又は證すべき事實が重要でないときは、決定を以て之を却下せねばならぬ。而して證すべき事實の重要性は、獨り書證の申出の場合に限らず、其の他證據の申出の場合にも共通的問題であるが、殊に文書提出の申立を審査するに當りては、舉證者の相手方又は第三者の迷惑する文書提出の請

求を防止する爲特に證すべき事實の重要性を強調せられなければならぬ。而して文書の所持者たる訴訟の相手方又は第三者が文書を所持すること及文書提出義務の原因たる事實關係を自白し又は之を明かに争はない爲に自白したるものと看做す場合に於て證すべき事實が重要なるときは、受訴裁判所は文書提出の申立を理由あるものとして證據決定を以て文書の所持者に對し文書を提出すべきことを命じなければならぬ。反之文書の所持者と目されたる舉證者の相手方又は第三者が法律上又は事實上の事由に基き、文書の所持者又は文書提出義務を争ひたる場合に於ては、爰に舉證者と文書の所持者と目されたる舉證者の相手方又は第三者との間に中間の争を生ずるものにして、受訴裁判所は決定を以て其の中間の争に付て裁判を爲さねばならぬ。舉證者は文書提出の申立に付ての辯論に於て、文書の所持者が文書を所持すること及文書提出義務の原因たる事實關係を證明する責任を有するものである。而して受訴裁判所が文書提出の申立を理由ありと認むるときは、證據決定を以て文書の所持者に對し文書を提出すべきことを命ずるも、反之其の申立を理由なきものと認めたるときは、決定を以て文書提出の申立を却下すべきものである。然るに孰れの場合にも文書提出の申立に關する決定に對しては即時抗告を爲すことを許されてゐる。(民法三二五條)

第三百十五條 文書提出ノ申立ニ關スル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民法に特別規定なし。澳民法第二七七條第四項。

資料 理由書一六八頁。議事録四七二頁。速記録六二四頁以下。

目次 文書提出の申立の裁判に對する抗告

文書提出の申立の裁判に對する抗告 本條は文書提出の申立の裁判に對する抗告に關する規定である。文書提出の申立に關する決定には、舉證者の文書提出の申立を却下する決定と舉證者の相手方又は第三者に對し文書の提出を命ずる決定とがある。而して孰れの場合に對しても即時抗告に依り不服を申立つることを得るのである。是を以て文書提出の申立を却下する決定に對しては、一般に舉證者から即時抗告を爲すことを得るは謂ふまでもない。然れども第三者に對する文書提出の申立を却下する決定に對しては、舉證者の相手方から亦即時抗告を爲すことを得るものと謂はねばなるまい。何となれば、舉證者の相手方と雖、舉證者の申出に係る書證を利用する權利を有するからである。

反之文書の提出を命ずる決定に對しては、其の提出を命ぜられたる文書の所持者即ち舉證者の相手方又は第三者から即時抗告を爲すことを得るものである。此の場合に於ては抗告人は自ら文書を所持せざること又は文書提出義務の原因なきことを抗告の理由と爲すべきである。即時抗告の手續に付て

は本法第四一四條以下の規定に依るものである。

第三百十六條 當事者カ文書提出ノ命ニ從ハサルトキハ裁判所ハ文書ニ關スル相手方ノ主張ヲ眞實ト認ムルコトヲ得

本條は舊法第三四一條第一項前段の規定と大體同趣旨である。

外國法参照條文 獨民訴法第四二七條。澳民訴法第三〇七條第二項前段。

資料 理由書一六八頁。議事録四七二頁以下。速記録六二四頁。

目次 一 文書提出命令の不從順の效果 二 本條の效果の内容

一 文書提出命令の不從順の效果 本條は文書提出命令の不從順の效果に關する規定である。裁判所は當事者の文書提出の申立に因り（民訴法三一一條後段、三三一條）又は法律に規定する場合に職權を以て文書を所持する相手方若は第三者又は當事者に對し文書の提出を命ずることを得るのである。

（民訴法三一四條第一項、一三一條第一項第二號、第二六一條、商法二七條ノ二）然るに文書を所持する當事者又は第三者が裁判所の文書提出の命に從はない場合と雖、舉證者又は裁判所は文書提出決定に基き當事者又は第三者に對し文書の提出を強制する爲本法第七三〇條の強制執行を爲すことを得ない。（註一）是を以て本條の規定に依り特別の法定證據法則から、當事者が文書提出の命に從はない。

場合に於ては、判決裁判所は終局判決を爲すに當り、文書に關する舉證者の主張を眞實と認むることを得るのである。随つて斯かる場合に於ては、舉證者の相手方の當事者は、文書提出の命に不從順の效果として證據上の不利益を受くるものと謂はねばならぬ。然れども本條に規定する不從順の效果は、終局判決に於てのみ之を認むることを得るもので、而も口頭辯論の終結を俟つて始めて之を生ずるものなるが故に、當事者が控訴審に於て文書を爾後に提出することに依り其の效果を除去することを得るものである。（註二）而して當事者は本條の不從順の效果に對する反證として、舉證者の提出したる謄本の不正又は文書に關する舉證者の主張の不實なることの證明を排除せらるゝものである。（註三）

然るに此の文書提出の命には、舉證者の文書提出の申立に因り裁判所が其の申立を理由ありと認め、て文書の所持者に對し文書の提出を命ずる決定を爲す場合と、法律に規定する場合に於て裁判所の職權を以て當事者に文書の提出を命ずる場合とありて、前者の場合に本條の規定を適用することには何ら疑問なきも、當事者が職權に依る文書提出命令に從はない場合にも本條の規定を適用することを得るか否に付ては、學者の議論ある所なるも、元來本條の文書提出命令の不從順の效果は文書提出の裁判所の命に對する當事者の不從順を基本として生ずるものなるを以て、職權に依る文書提出の命に

従はない場合と雖、當事者の申立に因る裁判所の文書提出の命に従はない場合と何ら擇ぶ所なきが故に、寧ろ此の問題を積極に解するを正當と信ずる。(註四) 尤も當事者が文書提出の命に従はない場合と雖、文書に關し舉證者の主張なきときは本條の効果を生ずべくもない。

(註一) 參照 Stein-Jonas, § 427 I S. 1035; Seuffert, § 427 Anm. 1; Struckmann-Koch, § 427 Anm. 1. 松岡博士民事證據論五二二頁、長島森田兩氏改正民法解釋三五八頁。

反對說 松岡博士說明速記錄六二五頁。

(註二) 參照 Stein-Jonas, § 427 I S. 1035; Baumbach, § 427 Anm. 1.

(註三) 參照 Stein-Jonas, § 427 I S. 1035f.

(註四) 參照 Hellwig, System § 214 II 3 b S. 707; Struckmann-Koch, § 427 Anm. 4; Staub, Kom. HG B. § 45 Anm. 6 (11'e Aufl.)

反對說 Stein-Jonas, § 427 I S. 1036; Siegel, Vorlegung von Urkunde im Prozess S. 99, 100; Seuffert, § 427 Anm. 1. 松岡博士民事證據論五一四頁。

二 本條の效果の内容 裁判所が本條の規定に依り文書の如何なる事項に關する舉證者の主張を眞實と認むることを得るものなるかに付ては、本法に何ら特別の規定なきも、裁判所は唯文書の性質及趣旨に關する舉證者(相手方)の主張のみを眞實と認むることを得るに過ぎないと解するを正當と信ずる。而して本條の效果を認むるには、舉證者が當事者の不從順前、文書の謄本を提出したると否を問はな

い。然しながら實際に於ては裁判所は舉證者が當事者の不從順前に提出したる文書の謄本と一致する文書の性質及趣旨を眞實と認むることになるであらう。殊に文書の性質及趣旨の認定に當りては、舉證者の文書提出の申立に於ける文書の表示と文書の趣旨(民法三一一三條一、二號)とを特に斟酌すべきである。

然れども本條の不從順の效果は判決裁判所に於て書證に依りて證すべき事實に關する舉證者の主張を眞實と認むることを得るのではない。唯文書の趣旨が書證に依りて證すべき事實の題目自體なることに限り、文書に關する舉證者の主張と其の證すべき事實と一致することは勿論あり得ることである。

第三百十七條 當事者力相手方ノ使用ヲ妨クル目的ヲ以テ提出ノ義務アル文書ヲ毀滅シ其ノ他之ヲ使用スルコト能ハサルニ至ラシメタルトキハ裁判所ハ其ノ文書ニ關スル相手方ノ主張ヲ眞實ト認ムルコトヲ得

本條は舊法第三四一條第一項後段の規定と略同趣旨である。

外國法參照條文 獨民法第四四四條。澳民法第三〇七條第二項後段。

資料 理由書一六八頁。議事錄四七三頁。速記錄六二五頁以下。

目次 一 文書毀滅、使用不能に因る不利益の效果 二 不利益の内容

一 文書毀滅、使用不能に因る不利益の効果 本條は文書の毀滅其の他使用不能に因る不利益の効果に關する規定である。本條の規定に依れば、訴訟の當事者が相手方に於ける文書の使用を妨ぐる目的を以て提出の義務ある文書を毀滅し其の他之を使用すること能はざるに至らしめたる場合に於ては、相手方の爲利益の効果を收めたる文書の證據調と同格なりとの一種の法定證據の法則に基き、判決裁判所は其の文書に關する相手方の主張を眞實と認むることを得るのである。而して本條の規定に依りて裁判所が提出義務ある文書を惡意を以て毀滅又は使用不能ならしめたる當事者に不利益の認定を爲すには、左記の要件を具備することを要する。

(一) 當事者の一方が提出の義務ある文書を毀滅又は使用不能ならしめたること 先づ當事者の一方が本法第三一二條の規定に従ひ文書提出の義務あり且書證に使用することを得べかりし文書を毀滅し其の他之を使用すること能はざるに至らしめたることを要する。文書提出義務の原因に付ては本法第三一二條參照。而して本條に所謂「文書ヲ毀滅シ其ノ他之ヲ使用スルコト能ハサルニ至ラシメタルトキ」とは、當事者の一方が文書を毀損若は滅失せしめ其の他之を隱匿し若は視距外に置きて文書を使用すること能はざるに至らしめたることを謂ふ。反之當事者の一方が文書の使用を困難ならしめたる丈では、未だ以て本條の規定を適用することを得ない。(註一) 然れども當事者の一方が

苟くも相手方の使用を妨ぐる目的を以て提出の義務ある文書を毀滅又は使用不能ならしめたる以上、其の毀滅又は使用不能ならしめたる所爲の時期は、必ずしも舉證者たる相手方から文書提出の申立又は裁判所の文書提出の命ありたる後たることを要しないばかりでなく、訴訟の繼續中たる也將又訴の提起前たるを問はない。(註二)

尙文書を毀滅又は使用不能ならしめたる所爲は、必ずしも當事者の一方が自身で直接之を實行しなくとも、他人を教唆し又は自己の機關を利用して他人をして之を實行せしめたる時も當事者の所爲と同様に取扱はるべきものである。當事者の法定代理人や訴訟の被承繼人の所爲なる時も亦同様である。當事者の訴訟代理人が當事者の教唆に基き文書を毀滅又は使用不能ならしめたる時も亦同様である。

(二) 相手方の使用を妨ぐる目的を以て爲したること 當事者の一方が文書を毀滅し其の他之を使用すること能はざるに至らしめたるには、特定の目的がなければならぬ。即ち當事者の一方が相手方に於ける文書の使用を妨ぐる目的を以て文書を毀滅し又は使用不能ならしめたることを要する。而も當事者の一方に此の使用妨害の目的ありたる以上、文書の所有者として文書を毀棄する権利ありたることに依り本條の適用を排除せられない。(註三) 換言すれば、文書の使用妨害が違法(rechtswi-

Drig)に出でたることを要しない。(註四) 反之當事者の一方が提出の義務ある文書を毀滅し其の他之を使用すること能はざるに至らしめたるも、其の當事者の過失に基ける場合に於ては、縦し重大なる過失であつても、尙且本條の規定を適用することを得ない。

(註一) 參照 Baumbach, § 444 Ann. 2.

(註二) 參照 Stein-Jonas, § 444 I S. 1049; Seuffert, § 444 Ann. 2 a. S. 674; Baumbach, § 444 Ann. 2.

反證說 Siegel, Vorlegung von Urkunde im Prozess S. 174.

(註三) 參照 Seuffert, § 444 Ann. 2 b S. 674.

(註四) 參照 Siegel, a. a. O. S. 179; Petersen, § 444 Ann. 1.

反證說 Stein-Jonas, § 444 I S. 1049; Baumbach, § 444 Ann. 2; Struckmann-Koch, § 444 Ann. 1; Forster-Kann, § 444 Ann. 1.

二 不利益の内容 本條に規定する前述の構成事實が存する場合に於ては、判決裁判所は文書に關する相手方即ち舉證者の主張を眞實と認むることを得るのである。而して裁判所が文書に關する如何なる主張を眞實と認むるかに付ては特別の規定なきも、舉證者の主張に係る文書の性質及内容(趣旨)のみに限るものと解するを相當とする。此の點に付ては本法三一六條其の二參照。反之裁判所は本條の場合に文書に依りて證すべき事實に關する舉證者の主張を眞實と認むることを許されない。

第三百十八條 第三者力文書提出ノ命ニ從ハサルトキハ裁判所ハ決定ヲ以テ五百圓以下ノ過料ニ處ス此ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民訴法に特別規定なし。澳民訴法に特別規定なし。

資料 理由書一六八頁、議事録四七三頁、速記録六二四頁以下。

目次 一 第三者の文書提出義務違反の制裁 二 過料處罰の決定に對する抗告

一 第三者の文書提出義務違反の制裁 本條は第三者の文書提出義務違反に對する制裁に關する規定である。訴訟の當事者が書證の申出として文書を所持する第三者に文書の提出を命ぜむことを申立てたる場合に於て、(民訴法三一一條後段)裁判所が其の文書提出の申立を理由あるものと認め、決定を以て第三者に對し文書の提出を命じたるときは、(民訴法三一四條一項)其の文書を所持する第三者は、裁判所の文書提出命令に従ひ其の文書を裁判所に提出しなければならぬ。然るに第三者が裁判所から文書提出を命ぜむる決定の告知を受けたるに拘らず、其の提出の命に従はない場合に於ても、舉證者の相手方は何ら不利益を受けず又何ら不利益の効果(民訴法三一六條)も生じない。然るに舉證者は第三者に對する文書提出命令の決定に基き民事訴訟法第七三〇條の規定に依る強制執行を爲すことを得

ない。此の點に付ては本法第三一六條其の一參照。是を以て第三者の文書提出義務を履行せしむる爲其の提出義務の違反に對し本條の法律上の制裁を認め、第三者が裁判所の文書提出の命に従はないときは、受訴裁判所は決定を以て第三者を五百圓以下の過料に處罰すべきものである。而して本條の過料の處罰は、固より訴訟上の秩序罰(Ordnungsstrafe)なるを以て、文書提出命令に對する第三者の不從順が第三者の故意に基きたると將又過失に因りたるを問はない。然れども本條の第三者の不從順は本法第三一四條の規定に依りて文書提出を命ずる決定を受けたることを前提とするものと解すべきである。過料の處罰の手續に付ては本法第二七七條其の二參照。

二 過料處罰決定に對する抗告 本條に規定する過料の處罰の決定に對しては、處罰を受けたる第三者から即時抗告に依り不服を申立つることを得るものである。反之訴訟の當事者の各方は第三者に對する過料處罰の決定に對し不服を申立つることを許されない。而して即時抗告の手續に付ては本法第四一四條以下の規定に依るものである。

第三百十九條 書證ノ申出ハ第三百十一條ノ規定ニ拘ラス文書ノ所持者ニ其ノ文書ノ送付ヲ囑託セ

ムコトヲ申立テ之ヲ爲スコトヲ得但シ當事者力法令ニ依リテ文書ノ正本又ハ謄本ノ交付ヲ求ムル

コトヲ得ル場合ハ此ノ限ニ在ラス

本條は舊法第三四六條の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民訴法第四三二條第一項、第二項、澳民訴法第三〇一條。

資料 理由書一六九頁。議事録四七三頁以下。速記録六二九頁以下。

目次 一 文書の取寄手續と提出手續との關係 二 文書送付の囑託の申立 三 文書所持者に於ける囑託の應否 四 本條但書の場合

一 文書の取寄手續と提出手續との關係 本條は文書の取寄手續に關する規定である。本法に於ては第三者の所持する文書を目的とする書證の申出は、本法第三一一條後段の規定に依り、舉證者が文書の所持者に文書の提出を命ぜむことを申立(民訴法三一三條)て之を爲すことを得る外、尙本條の規定に依り、舉證者が文書の所持者から文書を取寄せる爲文書の所持者に文書の送付を囑託せむことを申立てても之を爲すことを得るのである。而して本條の文書送付の囑託の申立は、書證に使用せむとする文書が第三者の何人の手に存することを主張する場合でも差支へなく、必ずしも官廳又は公吏の手に存する場合に限らず、個人、私法人其他の團體の手に存する場合でも差支へない。然るに第三者の提出義務ある文書に付ては(民訴法三一二條二、三號)固より本法第三一一條後段、第三一三條及第三一四條に依りて文書の提出手續(Vorlegungsverfahren, Ediktionsverfahren)を爲すことを得るも、

之に拘らず、本條の規定に依る文書の取寄手續を爲すことを得るばかりでなく、尙又文書提出の義務なき第三者の所持する文書に付てすら本條の規定に依り文書の取寄手續を爲すことを得るものである。即ち本條の規定に「書證ノ申出ハ第三百十一條ノ規定ニ拘ラス」云々とあるは此の意味を表明するものである。唯文書提出の義務なき第三者は、裁判所の文書送付の囑託に應じなくとも、法律上の制裁を受けないだけである。

二 文書送付の囑託の申立 舉證者が本條に規定する文書送付の囑託の申立を爲すには、必ずしも本法第三一三條に規定する事項を明示する必要もなければ、又第三者の文書の所持を證明する必要もない。舉證者は唯證據の申出の一般に従ひ、證すべき事實を表示し且文書の表示を爲し第三者が文書を所持する要領だけに明かにすれば足りる。夫れ以上送付を求めむとする文書の趣旨や特徴を明示するに及ばない。

舉證者が本條の文書送付の囑託の申立を爲したるときは、受訴裁判所は先づ其の文書に依りて證すべき事實の重要性を審査したる上、決定を以て文書の所持者に文書を送付すべきことを囑託するものである。而も此の場合に於ては、裁判所は文書の所持者が文書送付の囑託に應ずべき義務あるか否すらも調査する必要はない。加之裁判所は送付を求めむとする文書が刑事記録の如く、當事者の閱覽を

許さないものなるの故を以て直ちに文書送付の囑託の申立を却下することを得ない。

本條の文書の所持者に對する文書送付の囑託は、受訴裁判所の決定を以て之を爲すものであるが、囑託の手續は受訴裁判所の裁判長が文書送付の囑託書を作り職權を以て之を文書の所持者に送致して之を爲すものである。(民法一三〇條二項)

三 文書所持者に於ける囑託の應否 第三者が裁判所から文書送付の囑託を受けたるも、既に其の送付を求められたる文書を所持しない場合に於ては、其の囑託に應ずべくもない。反之文書の所持者が官廳又は公吏であつて、裁判所から送付を求められたる文書を所持する場合に於ては、先づ其の官廳又は公吏を規律する行政法規に照し送付を求められたる文書を裁判所に提出又は送付すべき義務あるか否と文書の送付に付て當該監督官廳の承諾を得る必要あるか否とに付て調査すべきである。然れども官廳又は公吏は裁判所に對しては、當事者に對するよりも遙かに廣き文書提出の義務を負ふべきを常とする。

然るに官廳又は公吏以外の第三者は縱し送付を求められたる文書を所持するときと雖、裁判所の文書送付の囑託に應ずると否は全く任意である。隨て斯かる第三者が裁判所の文書送付の囑託を拒絶したるときと雖、裁判所は其の第三者に對し何ら法律上の制裁を課することを得ない。加之舉證者の相

手方にとりても何ら不利益の効果も生じない。反之文書を所持する第三者が裁判所の文書提出命令に従はない場合に於ける法律上の制裁に付ては本法第三一八條參照。故に文書を所持する第三者が裁判所の文書送付の囑託に應じない場合に於ては、本法第三一二條第二號又は第三號の文書提出義務の原因あるときに限り、舉證者は本法第三一一條に依る文書提出の申立を爲すか又は別個の訴を以て文書の提示を強制するの外はない。

斯くして文書の所持者が文書送付の囑託を拒絶したる場合に於ては、裁判所は口頭辯論に於て又は期日外に於て、方式に依らずして自由に相當と認むる方法を以て其の旨を當事者に通知するを相當とする。然れども文書の所持者から文書を送致したる場合に於ても、裁判所は口頭辯論に於て又は期日外に於て、相當と認むる方法を以て裁判所に於て文書を受領したる旨を當事者に通知するを相當とする。而して文書の所持者から裁判所に取寄せられたる文書は、訴訟の當事者に於て書證の爲之を使用することを得るは謂ふまでもない。

四 本條但書の場合 本條但書の規定に依れば、舉證者が法律命令に依りて文書の正本又は謄本を請求することを得る場合に於ては、本條に規定する文書送付の囑託の申立を爲すことを得ないのである。換言すれば舉證者に於て文書の正本又は謄本を手に入れることを得る文書に付ては、文書取寄の

爲裁判所の共力を排除せられるのである。而して官廳又は公吏が法律又は命令に依り公簿、公正證書、登記簿に基き其の正本又は謄本を當事者又は何人にも交付すべき義務ある場合は、正しく本條但書の場合に該るものである。随つて此の場合に於ては舉證者は自ら官廳又は公吏から文書の正本又は謄本の交付を受けたる上、本條第三一一條前段に従ひ、之を口頭辯論に提出して書證の申出を爲すべきである。反之當事者が法律又は命令に依りて唯文書の抄本の交付又は閱覽のみしか請求することを得ない場合に於ては、本條の規定に依り文書送付の囑託の申立を爲すことを得るものである。

第三百二十條 裁判所ハ必要アリト認ムルトキハ提出又ハ送付ニ係ル文書ヲ留置クコトヲ得

本條は舊法第三五四條の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民訴法第一四二條第二項及第四三條。澳民訴法第三一六條。

資料 理由書一七〇頁。議事録に特記なし。速記録六二六頁。

目次 一 文書の留置 二 文書の留置手續

一 文書の留置 本條は文書の留置に關する規定である。本條の規定から推して、書證の爲提出又は送付に係る文書は、原則として書證の證據調手續を終り次第遲滞なく之を提出又は送付したる文書の所持者に還付すべきものなることを認むるに難くない。(註一) 然るに書證の爲提出又送付に係る文書

の眞否に疑ひあり又は争ひありて文書の原本を篤と吟味する必要があるとき爲又は文書の變造を防止する爲(註二)其の文書を裁判所に留置く必要がある場合が尠くない。是を以て受訴裁判所は自由なる裁量に依り文書を留置く必要ありと認むるときは、職權を以て其の提出又は送付に係る文書を裁判所に留置くことを得るものである。尤も此の文書の留置は如何なる場合と雖、長くとも訴訟の終了に至る迄しか之を認められない。故に文書を提出又は送付したる文書の所持者は、本法第一三一條第一項第三號及本條に規定する場合を除き、訴訟の終了後は勿論、書證の證據調が終りたる限り訴訟の終了前と雖、裁判所に對し提出又送付したる文書の還付を請求する權利を有するものである。(註三)而も此の文書還付請求權は私法上の寄託物返還請求權ではなくて寧ろ公法上の請求權である。(註四)

尙裁判所の釋明準備處分に基く文書其の他の物件の留置に付ては本法第一三一條其の三參照。

(註一) 參照 Neumann, § 316 S. 1045.

(註二) 參照 Neumann, § 316 S. 1045.

(註三) 參照 Stein-Jonas, § 142 III S. 424.

(註四) 參照 Stein-Jonas, § 142 III S. 424.

二 文書の留置手續 提出又は送付に係る文書を裁判所に留置くには、裁判所は職權を以て文書所持者に對し文書を裁判所に留置く旨の決定又は處分を爲すべきものである。而して裁判所は決定に依

りて文書の留置を命じたるときには、(註五) 相當と認むる方法を以て其の決定を文書所持者に告知することを要するも、(民法二〇四條一項) 處分に依りて文書を留置きたるときにも、自由に相當と認むる方法を以て其の旨を文書所持者に通知すべきである。

(註五) 文書の留置は決定のみに依るとの説。Stein-Jonas, § 142 III S. 424.

第三百二十一條 第二百六十五條ノ規定ニ依リテ受命判事又ハ受託判事ヲシテ文書ニ付證據調ヲ爲サシムル場合ニ於テハ裁判所ハ受命判事又ハ受託判事ノ調査ニ記載スヘキ事項ヲ定ムルコトヲ得

前項ノ調査ニハ文書ノ謄本又ハ抄本ヲ添付スルコトヲ要ス

本條は舊法第三四八條の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民法第四三四條。澳民法第三〇〇條第一項、第二項。

資料 理由書一七〇頁。議事録に特記なし。速記録六三〇頁以下。

目次 一 受命判事又は受託判事の面前に於ける文書の證據調 二 文書の證據調事項に關する受訴裁判所の指

一 受命判事又は受託判事の面前に於ける文書の證據調 本條は受命判事又は受託判事の面前に於け

る文書の證據調に關する規定である。元來書證の證據調は他の證據調と同様、原則として受訴裁判所の面前に於て之を爲すべきもので、口頭辯論に於て提出したる文書の内容を閲覽して行はるべきものである。然れども重大なる障礙の爲に口頭辯論に於て文書を提出すること能はざるとき例之大部の文書、營業經營上缺く可からざる商業帳簿又は法律命令に依りて帶出を許さない登記簿其の他公正證書の原本の如き又は文書が重要であり且紛失又は毀損する虞ありて口頭辯論に於て文書を提出するを懸念せらるべきとき例之古文書の持運びに損壊し易き如き場合に於ては、例外として受訴裁判所は其の裁判所外に於て文書に於ての證據調を爲すことを得るものである。而して此の場合に於ては、受訴裁判所は其の部員に命じ又は他の區裁判所に囑託して受命判事又は受託判事をして文書に於て證據調を爲さしむることを得るのである。(民訴二六五條)

受命判事又は受託判事の面前に於て文書の證據調を爲すには、特に正式の申立を必要としないけれども、文書が受訴裁判所の面前に於ける口頭辯論に提出するに於て生ずべき障礙を主張せられなければならぬ。然れども文書の所持者が訴訟の當事者であると、第三者が文書を所持する場合に於て本法第三一一條後段の文書提出の申立又は本法第三一九條の文書送付の囑託の申立ありたるを問はない。而して文書提出の障礙を生ずべきか否の判定は、固より受訴裁判所の自由なる裁量に任せたるものである。

のである。

二 文書の證據調事項に關する受訴裁判所の指定 受訴裁判所が受命判事又は受託判事をして文書に於て證據調を爲さしむる場合に於ては、受訴裁判所は決定を以て受命判事又は受託判事の證據調の調書に記載すべき事項を指定せねばならぬ。然るに受訴裁判所が如何なる事項を指定するかに於ては特別の規定なきも、文書の性質、文書の外觀上の形式及文書の内容、文書の真正若は不真正又は證據價値の心證の爲に必要な事情及文書の眞否に關する當事者の陳述等を指定すべきものである。而して受命判事又は受託判事は證據調の期日に於て受訴裁判所の指定したる事項に於て文書の證據調を爲したる上之を證據調調書に記載して明確にすることを要する。然れども受命判事又は受託判事の面前に於ける文書に於ての證據調も口頭辯論に於ける夫れと同様、文書を提出せしめ判事及立會の訴訟の當事者が閲覽して之を爲すものなるが故に、受訴裁判所に確實なる知覺を供給する爲受命判事又は受託判事の證據調々書に其の文書の謄本又は抄本を添付することを要するのである。(本條二項)

第三百二十二條 文書ノ提出又ハ送付ハ原本、正本又ハ認證アル謄本ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス

裁判所ハ前項ノ規定ニ拘ラス原本ノ提出ヲ命ジ又ハ送付ヲ爲サシムルコトヲ得

裁判所ハ當事者ヲシテ其ノ引用シタル文書ノ謄本又ハ抄本ヲ提出セシムルコトヲ得

本條は舊法第三四九條の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民訴法第四三五條及第四二三條。澳民訴法第二九八條及第二九九條。

資料 理由書一七一頁。議事録四七四頁。速記録六三〇頁以下。

目次 一 提出又は送付すべき文書 二 文書の原本、正本、認證ある謄本及抄本 三 裁判所の原本提出命令
又は原本送付の囑託 四 引用文書の謄本又は抄本の提出

一 提出又は送付すべき文書 本條は提出又は送付すべき文書に關する規定である。凡そ書證の爲にする文書の提出又は送付は、原則として文書の原本(Urschrift)を以て之を爲すべきものである。(註一)殊に私文書(Privaturkunde)に在りては、文書の眞正なることを證する必要の爲にも(民訴法三二五條)又文書の外形及内容の缺點の證據力に及ぼす影響を裁判所の自由なる心證に依りて判斷する爲にも(民訴法一八五條)是非文書の原本を提出せねばならぬ。文書の送付に付ても亦同様である。唯提出又は送付すべき文書の眞正と内容に付て當事者間に争ひなき私文書に在りては、裁判所の自由なる裁量に従ひ私文書の認證ある謄本を提出又は送付することを得るものである。

然るに公文書(öffentliche Urkunde)に在りては、文書の原本を提出又は送付する場合には勿論問題なきも、正本は法律上の取引の爲には原本と同一の效力を有し、又公文書の認證ある謄本は、其の

認證自體に公文書の要件を具へ、原本を作成したる官廳(當該吏員)の認證に係るものでないで限り證據力の關係に於て原本と同等に認めらるべき證據法則あるを以て、裁判所の自由なる裁量に従ひ文書の正本又は認證ある謄本を提出又は送付することを得るのである。要之私文書の場合に於ては、舉證者又は文書の所持者は殆んど常に文書の原本を提出又は送付すべきものである。然れども公文書の場合に於ては、舉證者又は文書の所持者は裁判所の自由裁量に依り文書の原本、正本又は認證ある謄本を提出又は送付すべきものである。

(註一) 參照 Stein-Jonas, § 435 I S. 1042.

二 文書の原本、正本、認證ある謄本及抄本 文書は其の形式に従ひて之を原本、正本、認證ある謄本及抄本に區別することを得るものである。

(一) 原本 文書の原本(Urschrift)は草稿に對する觀念であつて、人が文字を以て思想を體化する爲最初に作成したる書面を謂ふのである。然れども文書の原本は一通又は數通を作成することを得るものである。判決又は公證人の公正證書の原本は常に一通に過ぎないが、新聞や數通の證書を分有する場合には數通の原本を作成されるものである。

(二) 正本 文書の正本(Ausfertigung)は、元來原本の内容を完全に記載したる書面として謄本

(Abschrift) の性質を有し而も法律上の取引の爲には原本と同一の效力を認めらるる書面である。即ち文書の正本は法律上の取引では原本と同一の效力を有するものである。是を以て文書の正本は法令に定むる場合に於て法律上権限を有する者に依りて之を付與するものである。吾國に於ては公文書の正本を多く見受けるけれども私文書の正本は殆んど之を見受けない。

(三) 認證ある謄本 文書の原本の内容を完全に記載したる書面を單に謄本 (Abschrift) と謂ひ、其の謄本に當該吏員が原本の内容と同一なる旨を證明したる奥書あるものを認證ある謄本 (beglaubigte Abschrift) と謂ふ。

(四) 抄本 文書の抄本 (Auszug) は、原本の内容の一部を記載したる書面を謂ふ。

二 裁判所の原本提出命令又は原本送付の囑託 私文書の提出又は送付は常に原本を以て之を爲すが故に、殆んど文書の形式及内容の正確を懸念するに及ばないけれども、反之公文書の提出又は送付は、正本又は認證ある謄本を以て之を爲し得べき關係上、往々正本又は認證ある謄本の形式又は内容の正確を懸念すべき場合がないでもない。是を以て裁判所は文書の形式及内容が正確なるに於ては提出又送付すべき又は既に提出又は送付したる正本又は認證ある謄本を以て足るに拘らず、舉證者又は文書の所持者に對し其の文書の原本を提出すべきことを命じ又は文書の所持者に原本を送付すべきことを囑託することを得るのである。(本條二項) 然るに舉證者が裁判所の原本提示の命を受けたるに拘らず、原本を裁判所に提出するに障礙あることを辯明且證明せずして原本を提出しないときは、文書の心證に不利益を受くるであらう。殊に正本又は認證ある謄本の内容が原本の夫れと一致しない反證を挙げられたる場合に於て然りである。然れども正本又は認證ある謄本は、裁判所の原本提出命令さへ無ければ、其の證據力を否定せらるべくもない。況んや舉證者が裁判所の原本提出命令に從ひ原本を提出したるときは尙更の事である。然るに裁判所の原本提出命令又は原本送付の囑託が無益に了りたる場合に於ては、裁判所は自由なる心證に依り正本又は認證ある謄本の證據力を判斷すべきである。

三 引用文書の謄本又は抄本の提出 當事者が訴訟に引用したる文書に付ては、訴訟の相手方の爲に其の文書を提出する義務あるばかりでなく、(民法三二二條一號) 本條第三項の規定に依り、文書を引用したる訴訟の當事者は裁判所の命に從ひ其の文書の謄本又は抄本を提出せねばならぬ。換言すれば、受訴裁判所は自由なる裁量に依り訴訟の當事者をして訴訟に引用したる文書の謄本又は抄本を提出せしむることを得るのである。尤も本條第三項の文書の謄本又は抄本提出の義務は、本法第二四五條の準備書面に引用文書の謄本又は抄本を添付する義務とは別個の獨立するものである。此の準備書面に添付する引用文書の謄本又は抄本に付ては本法第二四五條參照。而して本條第三項に所謂「其ノ

引用シタル文書」とは訴訟の當事者が當該事件の訴訟に於て引用したる文書を指すのであつて、固より準備書面に引用したるもので妨げないけれども、常に文書を證據方法として引用したるものでなければならぬ。

第三百二十三條 文書ハ其ノ方式及趣旨ニ依リ官吏其ノ他ノ公務員力職務上作成シタルモノト認ムヘキトキハ之ヲ真正ナル公文書ト推定ス

公文書ノ眞否ニ付疑アルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ當該官廳又ハ公署ニ問合ヲ爲スコトヲ得

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民法第四三〇條。澳民法第三一〇條。

資料 理由書一七二頁。議事録四七五頁、四九四頁、四九九頁。速記録六三四頁以下。

目次 一 文書の眞正 二 内國の公文書眞正の推定 三 公文書の眞正の證明と裁判所の問合

一 文書の眞正 本條は内國の公文書の證據力に關する規定である。凡そ文書の證據力は文書の眞正(Echtheit)なることに繋るものである。而して文書の眞正なる觀念は、刑法上の觀念と民事訴訟法上の觀念とに相違がある。即ち眞正なる文書とは、刑法の意義に於ては、文書に表示する作成名義人から作成したる文書を指稱するが、民事訴訟法の意義に於ては、舉證者の主張する作成人から作成した

る文書を指稱するものである。隨て刑法上の意義に於ては眞正なる文書と雖、眞實の作成人が舉證者の主張する作成人以外の人なるときは民事訴訟法の意義に於て寧ろ不正眞なる文書と認めざるを得ない。而して文書の眞正には、敢て文書に作成人の自署を具ふことも又作成人の自筆に成る文書なることも要しないけれども、作成者の意思に基きて作成したることを要する。然れども内外國の公文書と作成人本人又は其の代理人の署名若は捺印ある私文書とは孰れも之を眞正の文書として法律上の推定を受くるのである。(本條一項、民法三二四條、三二六條)

新法に於ては書面の眞否即ち文書の眞正又は不眞正を確定する爲、本法第二二五條に依り獨立の確認の訴を提起し得ることを認めてゐる。此の證書眞否確認の訴に付ては本法第二二五條參照。又文書の眞否に付ては訴訟の途中に於ても中間の争を形成するけれども、文書の眞否を確定する爲には本法第二三四條に基き中間確認の訴を提起することを得ない。尙公文書の眞正の確定は本條及本法第三二四條の規定に依り、又私文書の眞正の確定は本法第三二三條及第三二六條の規定に依り、公文書又は私文書の眞否は本法第三二七條以下の規定に依るべきものである。然るに文書の偽造又は變造の證明は總ての證據方法に依ることを得るものである。

二 内國の公文書眞正の推定 本條第一項の規定に依れば、凡そ文書の方式及趣旨に依りて官吏其の

他の公務員が職務上作成したるものと認めらるべき文書は、法律上之を真正なる公文書と推定するのである。而して本條に所謂「文書」は唯吾國の官吏其の他の公務員の職務上作成に係る文書に限るのであつて、外國の官廳又は公署の作成に係る文書（民法三二四條）即ち外國の公文書に對比する觀念に於て内國の公文書のみを指稱するものである。

然れども、公文書の真正を推定する範圍に付ては、學者の説は必ずしも一致してゐないが、真正の推定は常に文書の由來（*Herkunft der Urkunde*）即ち文書の作成自體が真正であるばかりでなく文書の全趣旨の真正にも及ぶものである。（註一）尤も文書の内容中でも、文字の削除、挿入、畫線又は訂正の箇所や文書の作成人の作成權限（註二）までも真正なるものとは推定しない。而して内國の公文書真正の推定は、固より訴訟の當事者から反對の證明即ち反證（*Gegenbeweis*）を以て之を覆へすことを得るけれども、苟くも反證を以て公文書真正の推定を覆へされない限りに於て、又は裁判所が文書の閱覽に際し文書の真正に付て疑ひなく且當事者の一方から争ひなき間は、公文書の真正の推定を維持せらるべきものである。

（註一） 參照 Stein-Jonas, § 437 II S. 1043; Seuffert, § 437 Anm. 2.

反對說 Baumbach, § 437 Anm. 2.

（註二） 參照 Stein-Jonas, § 437 II S. 1043; Baumbach, § 437 Anm. 2.

三 公文書の真正の證明と裁判所の問合 凡そ内國の公文書は、其の方式と趣旨とに依りて真正の標準を具ふるときは、法律上之を真正なる公文書と推定すると雖、當事者の一方が反證を以て其の公文書真正の推定を覆へしたるとき又は裁判所が文書を閱覽に際し公文書の真正に付て疑あるときは、固より真正なる公文書なりと主張する當事者に於て、總ての證據方法に依り又は本法第三二七條以下の筆跡又は印影の對照手續に依り其の公文書の真正を證明することを得るけれども、受訴裁判所は職權を以て舉證者の主張に係る作成人たる當該官吏又は公務員の所屬し又は所屬したる官廳又は公署に對し其の文書の真正又は不真正に關する問合を爲すことを得るものである。（本條二項）而して裁判所から問合を受けたる官廳又は公署は、文書の真正又は不真正に關し裁判所の問合に應じて陳述する義務あるものである。（註三） 裁判所が官廳又は公署に對して内國の公文書の眞否を問合せたる處何ら結果を得ない場合に於ては、裁判所は反證なき限り公文書真正の推定に羈束せられるの外あるまい。（註四）

（註三） 參照 Stein-Jonas, § 437 II S. 10 44; Baumbach, § 437 Anm. 3.

（註四） 參照 Stein-Jonas, § 437 II S. 10 44; Baumbach, § 437 A m. 3.

第三百二十四條 前條ノ規定ハ外國ノ官廳又ハ公署ノ作成ニ係ルモノト認ムヘキ文書ニ之ヲ準用ス

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民法第四三八條。澳民法第三一一條。

資料 理由書一七二頁。議事錄四七五頁。速記録六三四頁。

目次 一 外國の公文書と眞正の推定 二 裁判所の問合

一 外國の公文書と眞正の推定 本條は外國の公文書の證據力に關する規定である。抑も外國の官廳又は公署の作成に係る文書は之を講學上外國の公文書と謂ふ。元來吾國の裁判所には外國の公文書の方式及趣旨竝外國の官廳又は公署の制度を常に理解し且知悉することを期待できない故、内國の公文書の證據力に關する本法第三二三條の規定を外國の公文書に適用することを得ない筋合である。然れども既にして文書が外國の官廳又は公署の作成に係るものとして所謂外國の公文書と認め得べきときは、本法第三二三條の規定を準用し、法律上之を眞正なる公文書と推定するのである。(本條)而して裁判所は外國の官廳又は公署の作成に係る文書を認定するに當り、當事者の陳述に拘らず、文書の方式及趣旨に依り且外國の官廳又は公署の制度を參酌して外國の官廳又は公署が作成したる文書なるか

否を調査せねばならぬ。随つて裁判所は縱令外國の公文書なることに當事者の争ひなくとも、尙且詳細の證明を促求することを得ると同時に、又外國の公文書なることに當事者の争ひあるに拘らず、詳細の證明を排斥することも妨げない。加之裁判所が外國の官廳又は公署の作成に係る文書なることを認め得べきときは、之に外國に駐在する日本の大使、公使又は領事の證明がなくとも既に外國の公文書たるに變りなく、随つて本條の規定を適用すべきものなることは謂ふまでもない。

二 裁判所の問合 外國の公文書は法律上之を眞正なる公文書と推定するのである。然れども舉證者の相手方は外國の公文書の不眞正なることの反證を舉げ以て本條の眞正の推定を覆へすことを得るは謂ふまでもない。換言すれば裁判所は外國の公文書に付て其の不眞正なることの反證なき限り、公文書眞正の推定に羈束せらるるものである。而して公文書眞正の推定の範圍に付ては本法第三二三條其の二參照。然るに外國の公文書の眞正又は不眞正に付て疑ひある場合に於ては、固より總ての證據方法を以て文書の眞否を證明することを得る外、尙受訴裁判所は當事者の争ひあると否に拘らず、文書の眞否を確定する爲職權を以て關係外國官廳又は外國公署に對し其の文書の眞否に付て問合を爲すことを得るものである。(本條、民訴法三二三條二項)

第三百二十五條 私文書ハ其ノ真正ナルコトヲ證スルコトヲ要ス

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民法第四四〇條第一項。澳民法第三二二條第二項。

資料 理由書一七二頁。議事錄四七五頁。速記錄六三五頁。

目次 一 私文書の真正 二 私文書の真正の證明

一 私文書の真正 本條は私文書の真正の證明に關する規定である。先づ本條の所謂「私文書」(Privaturkunde)は、公文書以外の總ての文書を總稱するものである。(註一)凡そ私文書の證據力も公文書の證據力と同様、其の文書の真正なることに繋がることは謂ふまでもない。是を以て私文書は其の真正なることを證明せられなければならない。文書の真正の意義に付ては本法第三二三條其の一參照。然れども訴訟の當事者は舉證者から書證の申出として提出したる文書の眞否に付て陳述を爲すべき責任を有するものである。當事者の陳述責任に付ては本法第一四〇條其の一參照。而して私文書は舉證者の相手方が其の真正なることを認め又は之を明かに争はない爲に自白したるものと看做すときは、(民法一四〇條一項)之を真正なる私文書と認むるに足るを以て最早夫れ以上私文書の真正なることを證明することを要しない。然れども私文書の作成人が訴訟前又は裁判所外に於て文書の真正なることを認めたるにしても、這は裁判外の自白に過ぎない。尤も斯かる私文書の真正に付ての裁判外の自白

は之を以て通常私文書の真正なることの場合と認むるに足ることは謂ふまでもない。

(註一) 參照 Rosenberg, Lehrb. § 120 II. 1 b S. 365.

二 私文書の真正の證明 私文書は舉證者の相手方が其の真正なることを否認し又は之を争ひ若は不知を以て答へたる爲に之を争ひたるものと推定する(民法一四〇條二項)場合に於て、裁判所が特別の事情に依り文書の真正を證明したるものと認むるに非ざる限り、須らく其の真正なることを證明せねばならぬ。此の私文書の真正なることの立證責任は、文書を證據に使用せむとする當事者即ち書證の申出を爲したる舉證者に於て之を負ふも、裁判所の職權を以て證據調を命じたる書證の場合には文書の内容(趣旨)に依り利益を受くる當事者に於て之を負ふべきものである。(註二)然れども、訴訟の當事者又は其の代理人が故意又は重過失に因りて眞實に背きて文書の真正を争ひたるときは過料の制裁を免れない。(民法三三一條一項)尤も舉證者の主張に係る文書の作成人本人又は其の代理人の署名又は捺印を具ふる私文書は、法律上之を真正なる私文書と推定せらるるを以て、(民法三二六條)舉證者の相手方から其の不真正なることの反證を以て眞正の推定を覆へすに至る迄、敢て其の眞正なることを證明するに及ばない。故に此の場合に於ては寧ろ不真正なる私文書と主張する當事者が私文書の不眞正なることを證明する責任を負擔するものである。

私文書の真正なることを證明する爲には、一般に總ての證據方法に依ることを得る外尙特に本法第三二七條以下の規定に従ひ筆跡又は印影の對照手續に依ることを得るものである。

(註二) 參照 Rosenberg, Lehrb. § 120 III 1 p. 366.

第三百二十六條 私文書ハ本人又ハ其ノ代理人ノ署名又ハ捺印アルトキハ之ヲ真正ナルモノト推定ス

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民訴法第四〇條第二項。澳民訴法第三一二條第二項。

資料 理由書一七三條。職事錄四七五頁、八八〇頁。速記録六三五頁以下。

目次 一 署名又は捺印ある私文書の證據力 二 真正の推定

一 署名又は捺印ある私文書の證據力 本條は署名又は捺印ある私文書の證據力に關する規定である。元來私文書は其の真正なることを證明することを要するものであるが、(民訴法三二五條)文書の作成人本人又は其の代理人の署名又は捺印を具ふるものは、本條の規定に依り法律上之を真正なる私文書と推定せらるるものである。然れども本條の規定は私文書に作成人本人又は其の代理人の署名又は捺印さへあれば、直ちに真正なる私文書と推定するのでなく先づ其の署名又は捺印の真正を確定し

たることを前提とするのである。是を以て私文書に具ふる署名又は捺印が舉證者の主張する文書の作成人本人又は其の代理人の署名又は捺印なること即ち署名又は捺印の真正に付て舉證者の相手方が之を認め若は明かに争はないとき又は舉證者が之を證明したるときに始めて其の私文書の真正なることを推定するものである。而して文書の作成人本人又は其の代理人の署名又は捺印を具ふる私文書の真正なることを推定するには、敢て其の署名及捺印の二つが共に真正なることを要しない。署名又は捺印の孰れか一つだけに真正であれば足りる。然れども文書に具ふる作成人本人又は其の代理人の署名は、必ずしも本人又は其の代理人の自筆に係る自署たることを要しない。即ち印刷、石版刷、スタンブ又はタイプライタ等に依る記名でも差支へない。

二 真正の推定 本條の署名又は捺印ある私文書の真正の推定は、其の文書の由來 (Herkunft der Urkunde) 即ち文書の作成自體ばかりでなく、其の文書の全内容(全趣旨)に及ぶものであるが、文書の記載の内容中削除、挿入、畫線又は訂正の箇所や作成人の權限には及ばない。此の點に付ては本法第三二三條其の二參照。而して本條の真正の推定は、何分法律上の推定なるを以て、舉證者の相手方が反對の證明即ち反證 (Gegenbeweis) を以て其の推定を覆へすことを得るものである。尤も此の反證は總ての證據方法に依ることを得るは謂ふまでもない。夫れ故に本條の署名又は捺印ある私文書は之

を不真正なりと主張する當事者に於て反證を擧ぐる迄真正なる私文書との推定を維持せらるべきものである。然れば舉證者の相手方は私文書に署名又は捺印したる後に本文の記載を變造したること、又は本文の記載の全部又は一部が後日に始めて白紙に署名又は捺印したる作成人本人又は其の代理人以外の者から記入し而も白地の記載補充が作成人の意思に背けることを證明して本條の真正の推定を覆へすことを得るものである。尙強迫に依る記載を證明する場合も亦同様である。然れども文書の本文が後日に於て署名及捺印の上段に記載したることの證明を以ては、未だ本條の真正なる私文書との推定を覆へすに足りないが、其の推定を覆へすには、尙其の上に白地記載の濫用(Blanketmissbrauch)を證明しなければならぬ。何となれば署名及捺印ある白紙の私文書を交付したる行爲には、白地の記載補充の権限を與へたるものと推認することを得るからである。反之竊取したる白紙の私文書に白地の記載補充を爲すは、常に白地記載の濫用と認めらる。

第三百二十七條 文書ノ眞否ハ筆跡又ハ印影ノ對照ニ依リテモ之ヲ證スルコトヲ得

本條は舊法第三五三條第一項の規定を修正したるものである。

外國法學關係文、獨民訴法第四四一條第一項、澳民訴法第三二四條第一項、第二項。

資料 理由書一七三頁。議事錄四七六頁。速記録六三九頁以下。
目次 筆跡又は印影の對照に依る證據

筆跡又は印影の對照に依る證據 本條は筆跡又は印影の對照に依る證據に關する規定である。凡そ文書の真正又は不真正は、公文書たると私文書たるを問はず、本法に於て原則的に認むる總ての證據方法に依り之を證明することを得るばかりでなく又本條に於て特別的に認むる筆跡又は印影の對照方法に依りても之を證明することを得るのである。而して筆跡又は印影の對照(Schrifts-oder Siegels-vergleichung)は文書の真正又は不真正に争ひある文書に記したる筆跡又は捺捺したる印影と他の文書の真正若しくは不真正に争ひなき又は真正若しくは不真正なることを證明したる文書に記したる筆跡又は捺捺したる印影とを對照して之を爲すものである。然れども元來筆跡又は印影の對照に依る證明は、檢證の客體を具ふる情況證據(Indizienbeweis mit Augenscheinobjekten)であつて、註一)而も其の證據の調達に關しては法律の規定を以て例外的に書證と同様の取扱を爲すものである。随つて裁判所は筆跡又は印影の對照を爲すに當り、本法第二六一條や第一三一一條第一項第四號に基く職權を以て檢證を命ずべきものでなく又本法第三三四條の規定を適用することを得ない。(註三)

而して舉證者の主張する文書の作成人の記したる總ての筆跡又は捺捺したる印影は、筆跡又は印影

の對照の用に供するに適する對照筆跡又は對照印影であつて、之が縱令法律の意義に於ける文書でなくとも其の他の物件であつても差支へないことは既に本法第三二八條第一項の規定に徴するも明かである。

筆跡又は印影の對照手續竝に筆跡又は印影の真正又は不真正に付ての當事者の陳述には、一般の規定を適用するを以て、公文書に於ける官吏其の他の公務員が職務上記したる筆跡又は押捺したる印影即ち官廳又は公署の印影と一私人の記したる筆跡又は押捺したる印影即ち私人の印影とを區別し、後者に付ては本法第一二七條や第一四〇條の規定を適用するものである。

(註I) 參照 Stein-Jonas, § 441 I. S. 1047; Baumbach, § 441 Ann. 1.
(註II) 參照 Stein-Jonas, § 441 I. S. 1047; Petersen, § 441 Ann. 1; Struckmann-Koch, § 441 Ann. 2.

第三百二十八條 第三百十一條、第三百十四條乃至第三百十七條及第三百十九條乃至第三百二十一條ノ規定ハ對照ノ用ニ供スヘキ筆跡又ハ印影ヲ具フル文書其ノ他ノ物件ノ提出又ハ送付ニ之ヲ準用ス

第三者力正當ノ事由ナクシテ前項ノ規定ニ依ル提出ノ命ニ從ハサルトキハ裁判所ハ決定ヲ以テ五

百圓以下ノ過料ニ處ス此ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

本條は舊法第三五三號第二項、第五項前段の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民法第四四一條第二項乃至第四項、澳民法第三一四條第二項、第三項。

資料 理由書一七三頁。議事錄四七六頁以下。速記録六四〇頁以下。

目次 一 對照文書又は對照物件の調達 二 各箇の場合 三 對照文書又は對照物件の留置 四 受命判事又は受託判事の面前に於ける筆跡又は印影の對照手續

一 對照文書又は對照物件の調達 本條は對照文書及對照物件の調達に關する規定である。本條第一項の規定に依れば、筆跡又は印影の對照の用に供すべき筆跡又は印影を具ふる文書其の他の物件の提出又は送付に付ては本法第三一一條、第三一四條乃至第三一七條、第三一九條乃至第三二〇條の規定を準用するものである。而して文書の眞否を證明する爲筆跡又は印影の對照(民法三二七條)の用に供すべき筆跡又は印影を具ふる文書又は其の他の物件は、之を講學上對照文書又は對照物件と謂ふ。筆跡又は印影の對照及對照文書又は對照物件の適當性に付ては本法第三二七條參照。

二 各箇の場合 對照文書又は對照物件の調達は對照文書又は對照物件が舉證者、舉證者の相手方又は第三者の所持に係るに從ひ之を異にするを以て各箇の場合に區別して左に之を説明する。

(一) 舉證者の所持に係る對照文書又は對照物件 此の場合に於ける對照文書又は對照物件の調達

は、本法第三二一條前段を準用し、舉證者が自己の所持する對照文書又は對照物件を受訴裁判所の面前に於ける口頭辯論に提出して之を爲すものである。尙受命判事又は受託判事の面前に於ける筆跡又は印影の對照手續の場合は舉證者は對照文書又は對照物件を受命判事又は受託判事の面前に提出すべきものである。

(二) 舉證者の相手方の所持に係る對照文書又は對照物件 此の場合に於ける對照文書又は對照物件の調達は、本法第三二一條後段を準用し、舉證者が相手方に其の對照文書又は對照物件の提出を命ぜむことを申立て之を爲さねばならぬ。而して舉證者の對照文書又は對照物件提出の申立に付て辯論を爲したる後、裁判所が其の申立を理由ありと認めたるときは、決定を以て舉證者の相手方に對し對照文書又は對照物件を提出すべき旨を命ずるものである。(本條、民訴法三一四條) 尤も此の對照文書又は對照物件提出の申立に關する決定に對しては即時抗告を爲すことを得る。(本條、民訴法三一五條) 然るに舉證者の相手方が裁判所の對照文書又は對照物件の提出命令に從はない場合に於ては、判決裁判所は其の對照文書又は對照物件に關する舉證者の主張を眞實と認むることを得るのである。(本條、民訴法三一六條) 尙舉證者の相手方が對照の用に供することを妨ぐる目的を以て裁判所の提出を命じたる對照文書又は對照物件を毀滅し其の他之を供用する能はざるに至らしめたる

ときにも亦同様である。(本條、民訴法三一七條) 故に此の二の場合に於ては判決裁判所は文書の眞否に争ひある文書の筆跡又は印影と對照文書又は對照物件に具ふる筆跡又は印影とが合致するものととの舉證者の主張を其の儘に認容するを得るものである。

(三) 第三者の所持に係る對照文書又は對照物件 此の場合に於ける對照文書又は對照物件の調達も前掲(二)の場合の如く本法第三二一條後段を準用し、舉證者が第三者に對照文書又は對照物件の提出を命ぜむことを申立て之を爲さねばならぬ。而して受訴裁判所は舉證者の對照文書又は對照物件提出の申立に付て第三者を審訊したる上其の申立を理由ありと認めたるときは、決定を以て第三者に對照文書又は對照物件を提出すべき旨を命ずるものである。(本條、民訴法三一四條一、二項) 尤も此の對照文書又は對照物件提示の申立に關する決定に對しては即時抗告を爲すことを得る。(本條、民訴法三一五條) 然るに第三者が對照文書又は對照物件を所持し而も正當の事由なくして裁判所の提出命令に從はないときは、裁判所は決定を以て其の第三者を五百圓以下の過料に處罰すべきものである。(本條二項) 尤も此の過料處罰の決定に對しては、處罰を受けたる第三者から即時抗告を爲すことを得るものである。(本條二項)

尙此の對照文書又は對照物件の提出手續の外舉證者は第三者に對する對照文書又は對照物件提出

の申立を爲すと否に拘らず、第三者に其の對照文書又は對照物件の送付を囑託せむことを申立つることを得るものである。即ち對照文書又は對照物件の調達は取寄手續に依ることも出来る。(本條、民訴法三一九條)然れども此の取寄手續に於ては縦令第三者が裁判所の送付の囑託に應じなくとも、之が爲に舉證者の相手方にとりて不利益の認定を受けなければかりでなく第三者も何ら法律上の制裁を受けない。

三、對照文書又は對照物件の留置 各所持者の提出又は送付に係る對照文書又は對照物件は、筆跡又は印影の對照手續を終了したる後遲滯なく之を夫々所持者に還付すべきものである。然れども受訴裁判所は筆跡又は印影の對照手續の終了後も猶對照文書又は對照物件を留置する必要ありと認むるときは、職權を以て其の提出又は送付に係る對照文書又は對照物件を裁判所に留置することを得るものである。若し夫れ對照文書の原本を調書に添附する必要あるに至りては、(民訴法三三〇條)裁判所は訴訟の終了に至る迄對照文書を留置かなければならぬ。此の留置の手續に付ては本法第三二〇條參照。

四、受命判事又は受託判事の面前に於ける筆跡又は印影の對照手續 筆跡又は印影の對照手續も他の證據調と同様、原則として受訴裁判所の面前に於ける口頭辯論に於て之を爲すべきものである。然れども對照文書又は對照物件が重大なる障礙の爲に受訴裁判所の面前に提出又は送付すること能はざる

とき又は紛失若は毀損の虞ありて受訴裁判所に提出又は送付することを懸念すべきときは、受訴裁判所は裁判所外に於て對照手續を爲すことを得るものである。(民訴法二六五條)此の場合に於ては受訴裁判所は其の部員に命じ又は他の區裁判所に囑託し受命判事又は受託判事をして對照手續を爲さしむることを得るのである。而して受訴裁判所は受命判事又は受託判事をして筆跡又は印影の對照手續を爲さしむる場合に於ては、受命判事又は受託判事の調書に記載すべき對照事項を指定しなければならぬ。(本條、民訴法三二一條一項)受命判事又は受託判事は其の對照手續の證據調調書に對照文書の原本、謄本又は抄本を添附せねばならぬ。(民訴法三三〇條、二六六條)

第三百二十九條 對照ニ適當ナル筆跡ナキトキハ裁判所ハ對照ノ用ニ供スヘキ文字ノ手記ヲ相手方ニ命スルコトヲ得

相手方力正當ノ事由ナクシテ前項ノ規定ニ依ル裁判所ノ命ニ従ハサルトキハ裁判所ハ文書ノ眞否ニ關スル舉證者ノ主張ヲ眞實ト認ムルコトヲ得書様ヲ變シテ手記シタルトキ亦同シ

本條は舊法第三五三條第二項、第四項後段の規定と同趣旨である。

外國法參照條文 獨民法に特別規定なし。澳民法第三一四條第四項、第五項。

資料 理由書一七四頁。職事録四七七頁以下。速記録六四〇頁以下。

目次 一 文字の手記 二 手記の不従順又は書様變更に因る不利益の効果

一 文字の手記 本條は文字の手記に關する規定である。文書の眞否を證する爲筆跡の對照を爲すに當りて、對照に適當なる筆跡を具ふる文書其の他の物件を調達することを得ない場合に於ては、裁判所は舉證者の相手方に對し文字の手記を命ずることを得るものである。然れども此の文字の手記を命ずる場合は、唯舉證者に於て眞否に争ひある文書が舉證者の相手方の自筆に係ることを主張し而も之に對照すべき適當なる筆跡を具ふる文書其の他の物件を調達することを得ないときに限るのである。而して裁判所は職權を以て舉證者の相手方に文字の手記を命ずるものであつて、裁判所の自由なる裁量に依り文字の選擇並に字數の指定を爲すべきである。而して文字の手記を命ぜられたる相手方の當事者は受訴裁判所の面前に於ける口頭辯論に於て裁判所の指定に従ひ文字を手記するを原則とするも、事情に依り受訴裁判所が其の部員に命じたる受命判事又は他の區裁判所に囑託したる受託判事の面前に於て文字を手記せねばならぬ。

反之第三者に對しては縱令對照に適當なる筆跡なきときと雖、裁判所は本條に依り對照の用に供すべき文字の手記を命ずることを得ない。然れども第三者は證人として訊問を受けたる機會に於て、受

訴裁判所の裁判長、受命判事又は受託判事の命に従ひ文字の手記を爲さねばならぬ。(民法二九五條三〇〇條) 此の點に付ては本法第二九五條參照。

二 文字手記の不従順又は書様變更に因る不利益の効果 本條第二項の規定に依れば、舉證者の相手方が正當の事由なくして本條第一項に依る裁判所の文字手記の命に従はない場合に於ては、判決裁判所は文書の眞否に關する舉證者の主張を眞實と認むることを得るのである。尙舉證者の相手方が文字の手記を爲したにしても、故意に書様を變へて手記したるときも亦同様である。(本條二項後段) 然れども舉證者の相手方が文盲にして無筆なるとき、病氣の爲執筆すること能はざるとき、外國に旅行中なるとき又は不具廢疾の爲執筆すること能はざるときは、裁判所の文字手記の命に従はざるに付て正當の事由あるものと謂はざるを得ない。

舉證者の相手方が本條の規定に依り文字手記の不従順又は書様變更の故に蒙るべき不利益の内容は、舉證者の主張に係る文書の眞正又は不眞正なることを眞實と認定せらるゝにある。文書の眞正の意義に付ては本條第三二三條其の一參照。

第三百三十條 對照ノ用ニ供シタル書類ノ原本、謄本又ハ抄本ハ之ヲ調書ニ添附スルコトヲ要ス

本條は舊法第三五三條第三項後段の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民法に特別規定なし。澳民法第三一四條第五項前段。

資料 理由書一七五頁。講事録に特記なし。速記録六四〇頁。

目次 調書に對照書類の添附

調書に對照書類の添附 本條は調書に對照書類の添附に關する規定である。本條の規定に依れば、筆跡又は印影の對照の用に供したる書類の原本、謄本又は抄本は之を調書に添附することを要するものである。此の對照の用に供したる書類は之を講學上對照書類と謂ふ。而して對照書類は唯筆跡又は印影の對照に使用したる書類の原本、謄本又は抄本自體のみを指稱するのであつて、勿論之には本法第三二八條の筆跡又は印影を具ふる文書其の他の書面又は本法第三二九條の文字の手記を包含する。故に本條の對照書類の謄本又は抄本は對照書類の原本に基きて作りたる謄本又は抄本を意味するものではない。然れば裁判所は對照書類を調書に添附することを要する關係上、對照の爲提出又は送付したる對照文書其の他書面を留置く必要あるべきものである。此の提出又は送付に係る對照文書及對照物件の留置に付ては本法第三二八條其の三及第二二〇條參照。

尙對照書類を添附すべき本條の「調書」は、受訴裁判所の面前に於ける對照手續に在りては口頭辯論調書であり受命判事又は受託判事の面前に於ける對照手續に在りては受命判事又は受託判事の證據

調調書を指すものである。

第三百三十一條 當事者又ハ其ノ代理人力故意又ハ重大ナル過失ニ因リ眞實ニ反シテ文書ノ眞正ヲ争ヒタルトキハ裁判所決定ヲ以テ五百圓以下ノ過料ニ處ス此ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

前項ノ場合ニ於テ文書ノ眞正ヲ争ヒタル當事者又ハ代理人力訴訟ノ繫屬中其ノ眞正ナルコトヲ認メタルトキハ裁判所ハ事情ニ依リ前項ノ決定ヲ取消スコトヲ得

本條は舊法第三五五條の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民法に特別規定なし。澳民法第三一三條。

資料 理由書一七五頁。講事録四七七頁。速記録六四〇頁。

目次 一 訴訟に於ける眞實陳述の義務と文書眞正の不法否認 二 本條の文書不法否認行為の構成事實 三 過料處罰の決定と其の取消

一 訴訟に於ける眞實陳述の義務と文書眞正の不法否認 本條は文書眞正の不法否認に對する法律上の制裁に關する規定である。凡そ訴訟に於て眞に適正なる裁判は、當事者又は其の代理人が訴訟に於

て總ての事實を眞實に陳述することに依りてのみ之を爲すことを得るものである。本法に於ては訴訟に於ける當事者又は其の代理人の眞實陳述の義務を明かには認めてゐないけれど、口頭辯論に於て當事者が訴訟關係に付て眞實に従ひ完全且明確に陳述すべき責任を有することは謂ふまでもない。而して證據に對する當事者の陳述に付ても、書證の場合は文書の證據力が文書の眞正に繋るものなるを以て、當事者又は其の代理人は舉證者の提出に係る文書の眞正に付て特に眞實なる陳述を爲すべき義務を有するものである。然るに訴訟の當事者又は其の代理人が故意又は重大なる過失に因り眞實に反して文書の眞正を否認し又は之を争ひたるときは、訴訟に於て眞實陳述の義務に違背したる不法行爲の慶を以て訴訟上の秩序罰として過料の處罰を受けなければならぬ。

二 本條の文書不法否認行爲の構成事實 本條に規定する文書不法否認は當事者又は其の代理人が故意又は重大なる過失に因り眞實に反して文書の眞正を争ひたることを要するものである。即ち本條の文書不法否認行爲の構成事實は左記の要件を具體せねばならぬ。

(一) 訴訟の當事者又は其の代理人が眞實陳述の義務に違反したること 本條の文書不法否認は當事者又は其の代理人が訴訟に於ける眞實陳述の義務を違反したることを前提とするものなるを以て、舉證者の提出したる文書の眞否に對し陳述を爲す義務を有する訴訟當事者又は其の代理人が文書の

眞正を争ひたることを要する。而して本條の所謂「當事者」には固より職務上の訴訟當事者も又共同利益團の選定當事者(民法四七條)主參加人(民法六〇條)獨立參加人(民法七一條以下)訴訟引受人(民法七四條)又は共同訴訟的從參加人(民法七五條)も包含するが、當事者の觀念を最も廣義に解するときは、從參加人(民法六四條)も亦包含せねばなるまい。(註)又本條に規定する當事者の代理人には、當事者の法定代理人、當事者たる法人に非ざる社團又は財團の代表者又は管理人、當事者たる法人の代表者(民法五八條)は勿論法令に依りて裁判上の行爲を爲すことを得る代理人(民法七九條)や當事者の訴訟代理人又は其の復代理人も包含する。輔佐人(民法八八條)は當事者の代理人に非らざるも、本條の處罰行爲と共犯の關係に立つことを得る者である。(刑法八條)

(二) 眞實に反して文書の眞正を争ひたること 本條の文書不法否認は舉證者の相手方又は其の代理人が舉證者の提出に係る文書が眞實眞正なるものなるに拘らず、文書の眞正を争ひたることを要するのである。文書の眞正の意義に付ては本法第三二三條其の一參照。而して文書の眞正を争ひたるとは、舉證者の相手方又は其の代理人が受訴裁判所の面前に於ける口頭辯論に於て、受命判事の面前に於ける準備手續に於て又は受命判事若は受託判事の面前に於ける文書の證據調に於て、舉

證者の提出に係る文書の真正を否認し又は之を争ひたるものと推定せらるゝ不知を以て答へたる場合を謂ふ。然れども舉證者の相手方又は其の代理人が自己の行爲及び自己の實驗したるものに非ざる事實から文書の真正を不知なりと答ふるも之を以て本條に所謂争ひたるものと謂ふことを得なす。

反之當事者又は其の代理人が舉證者の主張に係る文書の不真正を争ひたる場合には、全然本條の規定を適用することを得なす。

(三) 故意又は重過失に因りて文書の真正を争ひたること 本條の文書不法否認は當事者又は其の代理人訴訟に於て不法に出でたること即ち故意又は重大なる過失に因り眞實に反して文書の真正を争ひたることを要するものである。反之當事者又は其の代理人が善意又は輕き過失に因り眞實に反して文書の真正を争ひたる場合には全然本條の規定を適用することを得ない。

(註) 參照 Neumann, § 313 S. 1044.

三・過料處罰の決定と其の取消 本條に規定する文書不法否認行爲の構成事實を具備する場合に於ては、裁判所は職權を以て文書の真正を不法に争ひたる當事者又は其の代理人を五百圓以下の過料に處する決定を爲すべきものである。此の過料處罰の手續に付ては本法第二七七條其の二參照。

尤も此の過料處罰の決定に對しては處罰を受けたる當事者又は其の代理人から即時抗告を爲すことを得るものである。(本條一項後段) 而して即時抗告の手續は本法第四一四條以下の規定に依るべきものである。

然るに文書の真正を争ひて本條の過料に處罰せられたる當事者又は其の代理人が、其の非を悟り當該訴訟の繫屬中曩に真正を争ひたる文書の眞正なることを認めたるときは、裁判所は事情に依り職權を以て曩の過料處罰の決定を取消すことを得るのである。(本條二項) 此の過料處罰の決定を取消し得べき事情としては、其の當事者又は代理人が非を悟り文書の眞正の争ひを執拗に固持しないことも斟酌せぬでもないが、夫れよりも文書の眞正なることを認めたる結果、裁判所をして證據判斷を適正ならしめ且は訴訟手續の遲滯を避けられたる事情を主として斟酌すべきものである。而して本條第二項の取消の裁判は、現に訴訟の繫屬する裁判所の權限に屬し而も職權を以て之を爲すべきものであつて、裁判の形式は決定に依るものである。

第三百三十二條 本款ノ規定ハ證據ノ爲作りタル物件ニシテ文書ニ非サルモノニ之ヲ準用ス

本條は舊法第三五六條の規定と同趣旨である。

外國法參照條文 獨民法に特別規定なし。獨民法第三一八條。

資料 理由書一七五頁。議事録四七七頁以下。速記録六四〇頁、六四二頁以下。

目次 證據物件の證據

證據物件の證據 本條は證據物件の證據に關する規定である。文書は文字を以て思想を體化したる書面であるが、證據の爲作りたる物件であつて文書に非ざるもの例之境界標、計算木、系圖、設計圖、製圖、割符、試刷、記念碑、測量柱、建築柱標等の如きは、元來檢證の目的物であるけれども、此の所謂證據物件には本款の書證に關する規定を準用し、書證の證據方法に依りても之を證據に利用することを得るのである。然れども之が爲に斯かる證據物件に對する檢證の證據方法を排除するものではない。文書の意義に付ては本法第三一一條其の一參照。

第五款 檢 證

第三百三十三條 檢證ノ申出ハ檢證ノ目的ヲ表示シテ之ヲ爲スコトヲ要ス

本條は舊法第三五七條の規定と略同趣旨である。

外國法參照條文 獨民法第三七一條。獨民法第三六八條第一項。

資料 理由書一七六頁。議事録に特記なし。速記録六四四頁以下。

目次 一 檢證 二 檢證の申出 三 檢證の目的物 四 檢證の實施 五 裁判所に代はる鑑定人の檢證

一 **檢證** 本條は檢證の申出に關する規定である。檢證(Augenscheinsbeweis)とは裁判所が物又は人身の有體的性質及狀態を直接に感覺觀察して證明するを謂ふのである。而して檢證を爲すには單に判事の視覺(Gesichtssinn)ばかりでなく、判事の凡ゆる感覺(jeder Sinn)に依ることを得るものである。(註一)是を以て檢證は樂器の試驗若は騒音の確定又は音聲の試問を爲すには聽覺に依るべく、試味を爲すには味覺に依るべく、瓦斯、蒸氣、煤煙の滲出の確定を爲すには嗅覺に依るべく、椅子の着座の試験を爲すには觸覺に依るべきである。猶又檢證を爲すに當り往々檢證の目的物を運動せしめ又は運動を停止せしむる事も行はれる。例之瑕疵ある牛馬、發動機、自動車其の他の機械器具を檢査する場合の如くである。

檢證は固より獨立の證據方法の一種として、書證と證人訊問とから區別せられてゐるが、元來書證も證人訊問も共に一種の檢證に過ぎない様にも觀えるのである。何となれば書證も證人訊問も裁判所の感覺に依り何をか觀察するものであるからである。即ち書證の場合は判事が視覺を以て文書の内容

を閲覧するに相違なく、又證人訊問の場合は判事が聴覺を以て證人の陳述を聴取るに相違ない。然れども此の檢證一元の混同説は勿論謬見である。何となれば、書證や證人訊問の目的は、裁判所が文書又は證人の性情を直接に觀察するに在るのでなくて、寧ろ思想の内容 (Gedankeninhalt) を調査するに在るからである。(註二) 然れども筆跡若は印影の觀察殊に筆跡若は印影の對照 (民訴法三二七條) 又は證人の言語の聴取若は陳述の態度の觀察は寧ろ檢證に屬すべきものである。

(註一) 參照 Rosenbergs Lehrb. § 119 I S. 362; Baumhachs Vorbem. zu § 371 Ann. I S. 582; Stein-Jonas, Vorbem. zu § 371 I S. 956.

(註二) 參照 Rosenbergs Lehrb. § 119 I S. 363.

二 檢證の申出 檢證は當事者の申出に因り又は裁判所の職權を以て之を命ずるものである。舉證者が檢證に依り立證せむとするには、檢證の申出を爲さねばならぬ。而して檢證は常に特定の目的物に對してのみ之を爲すことを得べきものなるを以て、檢證の申出は證據の申出の一般に従ひ、證すべき事實を表示したる上、(民訴法二五八條一項) 特に檢證の客體 (Augenscheinobjekt) 即ち檢證の目的物 (檢證物) を特定の表示して之を爲すことを要するのである。(本條) 尙舉證者の所持に係る檢證の目的物は檢證の申出と共に之を提示せねばならぬ。(民訴法三三五條、三一一條前段) 然れども舉證者

の相手方又は第三者の所持に係る檢證の目的物に對する檢證の申出は、本條の規定に従ひ檢證の目的物を表示し且其の相手方又は第三者に檢證の目的物の提示を命ぜむことを申立て之を爲すべきものである。(民訴法三三五條、三一一條後段) 然るに第三者の所持に係る檢證の目的物に對する檢證の申出は、檢證の目的物を表示し且其の第三者に檢證の目的物の送付の囑託せむことを申立て亦之を爲すことを得るものである。(民訴法三三五條、三二一條) 而して孰れにしても檢證の申出は受命判事の面前に於ける準備手續に於て又は口頭辯論に於て之を爲すことを得るは勿論、口頭辯論の期日前に於ても之を爲すことを妨げない。(民訴法二五〇條、二五八條二項)

裁判所の職權を以て檢證を命ずる場合に付ては本法第二六一條其の三及第一三一條其の二參照。

三 檢證の目的物 (檢證物) 檢證の目的物として問題に爲り得るものは左記の物件又は人身である。

(一) 當事者間の係争の物件自體。
 (二) 舉證者自身の身體又は職權を以て檢證を命ずる場合に在りては舉證責任者自身の身體、舉證者の所持に係る物件及檢證の爲身體の處置を申出てたる其の他の者の身體、例之舉證者の妻子や使用人が檢證の爲身體の處置を申出てたる如くである。

(三) 舉證者の相手方が訴訟に引用したる自身の身體若は物件又は舉證者に對し私法上提示又は引渡

す義務ある物件。

(四) 檢證の爲任意身體の處置を任せたる第三者自身の身體、例之當事者の法定代理人又は證人が檢證の爲任意身體の處置を任せたるが如き又は第三者が舉證者に對し私法上提示又は引渡す義務ある物件。

舉證者自身の身體又は所持する物件は檢證を忍受し又は自己の所持する物件を提示して檢證の申出を爲すには問題なきも、舉證者の相手方又は第三者の人身に對する檢證の場合に於て其の者が身體に對する處置の忍受を拒絶したるときは、裁判所は最早檢證を命ずることを得ないばかりでなく又如何なる事情の下に於ても檢證を実施することを得ない。反之舉證者又は第三者の所持に係る前掲の物件に對する檢證の場合に於ては、其の物件を所持する相手方又は第三者は檢證物件に對する裁判所の提示命令を條件とし訴訟法上裁判所に對し其の物件を提示する義務を負ふものである。尙檢證物件の提示又は送附に付ては本法第三三五條其の一參照。

然れども檢證の目的物は、兎角證すべき事實の主張に係る目的物と、忍受又は提示若は送付に係る檢證の目的物との同一性 (Identität, Nämlichkeit) に付て當事者間に争が生じ易く又は目的物に變更ありとの主張を屢聞くものである。此の場合に於ては、檢證の目的物の同一性又は變更なかりし性能

の舉證責任は、檢證の申出の場合に在りては舉證者が之を負ふべきものであるが、職權を以て檢證を命じたる場合に在りては檢證に依りて證すべき事實に付て舉證責任を有する當事者に於て之を負ふべきものである。(註一)

(註一) 參照 Rosenberg, Lehrb. § 119 II 3 S. 364.

四 檢證の実施 受訴裁判所は固より自ら檢證を実施することを得ると雖、職務上の自由裁量に依り相當と認むるときは、受訴裁判所外に於ても檢證を実施することを得るものである。此の場合に於ては、受訴裁判所は其の部員に檢證を命じ又は他の區裁判所に檢證を囑託して受命判事又は受託判事をして檢證を実施せしむることを得るのである。(民法二六五條一項) 殊に土地又は建物に争ひある場合の如き現場を檢分すべき場合に於て然りである。而して受訴裁判所は受命判事又は受託判事をして檢證を爲さしむる場合に於ては、受命判事又は受託判事の檢證調書即ち證據調書に記載すべき事項を指定すべきものである。(民法三三五條、三二一條) 此の點に付ては本法第三三五條其の五參照。尙受命判事又は受託判事に依る檢證の場合に於ける鑑定人の立會に付ては本法第三三四條參照。

檢證の結果は調書に之を記載して明確ならしめねばならぬ。(民法一四四條三號) 尙必要なる場合には檢證の目的物の状態に付て圖面を作り又は寫真に撮影して之を明確ならしめ調書に添附して調書

の一部と爲すことを得るものである。(民法一四五條)受命判事又は受託判事の檢證調書に付ても亦同様であるが、殊に受訴裁判所の指定に係る事項に付て檢證の結果を其の調書に記載して明確ならしむべきものである。

五 裁判所に代はる鑑定人の檢證 檢證は固より受訴裁判所、受命判事又は受託判事に依り之を爲すものである。然るに鑑定人が裁判所の委任に基き檢證を爲すことを得るか否に付ては、特別の規定なきも、裁判所は單に鑑定人に鑑定の準備を爲す機會を與ふる爲檢證を爲すに當り既に事實に争ひなく且裁判所自身の觀察の必要なとき又は其の觀察することが不相當なるとき例之女子の身體検査の如き場合には、法律に別段の定めなき限り、例外として鑑定人に檢證を委任して鑑定人をして檢證を爲さしむることを妨げない。(註二)此の場合に於ては、檢證の結果は裁判所の調書に代へ鑑定書に之を記載して明確ならしむべきものである。(註三)

(註一) 參照 Stein-Jonas, Vorbem. zu § 371 II S. 956; Baumbach, § 372 Anm. 2 S. 584; Rosenberg, Lehrb. § 119 III 3 S. 364.

(註三) 參照 Stein-Jonas, Vorbem. zu § 371 II S. 956; Baumbach, § 372 Anm. 2 S. 584.

第三百三十四條 受命判事又ハ受託判事ハ檢證ヲ爲スニ當リ必要アリト認ムルトキハ鑑定ヲ命スルコトヲ得

本條は舊法第三五八條第二項の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民法第三七二條第二項。澳民法第三六八條第二項。

資料 理由書一七六頁。議事録に特記なし。速記録六四五頁以下。

目次 一 檢證と鑑定人の立會 二 受命判事又は受託判事の檢證と鑑定人の立會

一 檢證と鑑定人の立會 本條は受命判事又は受託判事の檢證に際する鑑定人の立會に關する規定である。檢證の目的物の正確なる觀察は、屢特別の技術又は其の他の専門知識を前提條件とする關係上、又は鑑定人に鑑定の準備を爲す機會を與ふる爲、檢證を爲すに當り鑑定人の立會を必要とする場合が尠くない。而して受訴裁判所は檢證を爲すに當り必要ありと認むるときは、職權を以て鑑定を命ずることを得るは謂ふまでもない。(民法二六一條)然るに受訴裁判所は檢證及鑑定を命じたるるときと雖、裁判所外に於て證據調を爲すべき場合に於ては、其の部員に命じ又は他の區裁判所に囑託して受命判事又は受託判事をして檢證及鑑定の證據調を爲さしむることを得るが、(民法二六五條)而も此の場合に於ても受訴裁判所自ら檢證に際し立會ふべき鑑定人を指定することを得るものである。(民法三〇四條)

二 受命判事又は受託判事の檢證と鑑定人の立會 受命判事又は受託判事の檢證の場合に於ても檢證を爲すに當り鑑定人の立會を必要とする場合あることは、受訴裁判所の夫れの場合と異なる所がない。是を以て本條の規定に依れば、受命判事又は受託判事は檢證を爲すに當り鑑定人の立會を必要ありと認むるときは、縦し鑑定人の立會に付て特に受訴裁判所の委任又は囑託なくとも、職權を以て鑑定を命ずることを得るのである。(本條)尙既にして受命判事又は受託判事は獨立して檢證に際し鑑定を命ずる權利を有する以上、鑑定人の指定權をも有するものと謂はざるを得ない。(民訴法三〇四條)此の鑑定人の指定に付ては本法第三〇四條參照。

第三百三十五條 第三百一一條、第三百十四條乃至第三百十七條及第三百十九條乃至第三百二十一

條 規定ハ檢證ノ目的ノ提示又ハ送付ニ之ヲ準用ス

第三者カ正當ノ事由ナクシテ前項ノ規定ニ依ル提示ノ命ニ從ハサルトキハ裁判所ハ決定ヲ以テ五百圓以下ノ過料ニ處ス此ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法學叢書文 國民訴法に特別規定なし。漢民訴法第三六九條。

資料 理由書一七六頁以下。議事録七一八頁、八七四頁。速記録六四六頁以下。

目次 一 檢證の目的物の提示手續 二 檢證の目的物不提示に因る不利益の效果 三 檢證の目的物の送付手續 四 檢證の目的物の留置 五 受訴裁判所の檢證事項の指定

一 檢證の目的物の提示手續 本條は檢證の目的物の提示又は送付手續及不提示の不利益の效果に関する規定である。本條第一項の規定に依れば、檢證の目的物(檢證物)の提示に付ては本法第三一一條、第三一四條及第三一五條の規定を準用するを以て左記の結果を生ずるのである。檢證の目的物に付ては本法第三三三條其の三參照。

舉證者自ら所持する檢證の目的物は、檢證の申出と共に裁判所の面前に於て之を提示せねばならぬ。(本條、民訴法三一一條前段)尤も檢證の目的物を提示する場所は受訴裁判所の口頭辯論に於て又は受命判事若は受託判事の面前に於て又は目的物の存在する現場に於てである。然るに此の場合に於て舉證者が檢證の申出を爲し置き乍ら檢證の目的物の提示を拒絶するに於ては檢證を拋棄するものと認めざるを得なす。(註一)

舉證者の相手方又は第三者の所持する檢證の目的物は、舉證者に於て檢證の申出を爲すと共に、其の目的物の所持者に檢證の目的物の提示を命ぜむことを申立てなければならぬ。(本條、民訴法三一一條後段)而して受訴裁判所は檢證の申出に付て證すべき事實が重要であつて、(註二)檢證の目的物も

特定せられ且目的物の所持者に於て檢證の目的物を提示すべき義務ありて、結局檢證の目的物提示の申立を理由ありと認むるときは、決定を以て目的物を所持する相手方又は第三者に對し、檢證の目的物を提示すべきことを命じなければならぬ。(本條、民訴法三一四條一項)然れども舉證者の相手方に對し檢證の目的物の提示を命ずる場合に於ては、既に口頭辯論に於て檢證の目的物の提示に付ての辯論を爲したることを前提とすれども、第三者に對し檢證の目的物の提示を命ずる場合に於ては、必ずや第三者を審訊しなければならぬ。(民訴法三一四條二項)尤も此の檢證の目的物提示の申立に關する裁判に對しては、場合に依り舉證者、舉證者の相手方又は第三者から即時抗告を爲すことを得るものである。(本條、民訴法三一五條)

(註一) 參照 Neumann, § 369 S. 1089.

(註二) 檢證の申出の採否に付ては加藤博士民訴法判例集二卷二〇二頁以下。

二 檢證の目的物不提示に因る不利益の効果 本法に於ては、檢證の目的物提示義務の原因に付て何ら特別の規定がないばかりか本法第三一二條の規定の準用すらもない。是を以て何人と雖、訴訟法上當然檢證の目的物を提示する義務あるものと速斷することを許さない。(註三)然れども、受訴裁判所は舉證者から檢證の目的物提示の申立ありて、檢證の目的物を所持する相手方又は第三者が任意に目

的物を提示することを承諾したるとき、又は舉證者に對し私法上目的物を引渡又は提示すべき義務を負ふときは提示の申立を理由ありと認め、決定を以て舉證者の相手方又は第三者に對し檢證の目的物を提示すべきことを命ずべきものである。而して舉證者の相手方又は第三者は裁判所の提示命令を受け始めて訴訟法上檢證の目的物を提示する義務を負ふべきものと解するを正當とする。尤も此の檢證の目的物提示の決定は、文書提示の決定と同様、民事訴訟法第七三〇條に基きて之を執行することを得不いものである。此の點に付ては本法第三一四條其の一參照。夫れ故に既に裁判所の提示命令に依りて檢證の目的物提示の義務ある相手方が、其の提示命令に従はない場合に於ては、裁判所は證據規則から檢證に關する證擧者の主張を眞實と認むることを得るものである。(本條、民訴法三一六條)即ち舉證者の相手方は檢證の目的物提示義務の違反として訴訟上不利益の効果を受くるものである。然れども斯かる舉證者の相手方に對して特に法律上の制裁を課すことは之を認めてゐない。

反之既に裁判所の提示命令に依りて檢證の目的物提示の義務ある第三者が、正當の事由なくして裁判所の提示命令に従はない場合に於ては、裁判所は決定を以て其の第三者を五百圓以下の過料に處罰すべきものである。(本條二項)即ち第三者は提示義務の違反として法律上の制裁を受けなければならぬ。尤も此の過料の決定に對しては第三者から即時抗告に依り不服を申立つることを得る。(本條二項)

此の外當事者の各方が檢證を妨ぐる目的を以て、提示すべき義務ある檢證の目的物を毀滅し其の他之を檢證すること能はざるに至らしめたるときは、判決裁判所は特別の證據法則から檢證に關する相手方の主張を眞實と認むることを得るものである。(本條民訴法三一七條)

(註三) 反對說 長島森田兩氏改正民訴法解釋三七一頁。

三 檢證目的物の送付手續 檢證の目的物取寄の送付に付ては本條第三一九條の規定を準用するを以て、第三者の所持に係る檢證の目的物に對する檢證の申出の場合に於ては、舉證者は前述の檢證の目的物提示の申立を爲し得る外其の第三者に檢證の目的物の送付を囑託せむことを申立つることを得るものである。(本條民訴法三一九條) 即ち舉證者は第三者から檢證の目的物を取寄せることも出来る譯である。然るに第三者は檢證の目的物を所持すると雖、裁判所の送付の囑託に應ずると否は全く任意であつて、敢て之に従はないときでも、何ら法律上の制裁を受けない。又之が爲に舉證者の相手方にも何ら不利益の效果を生じない。

四 檢證目的物の留置 元來檢證の爲提示又は送付したる檢證の目的物は、檢證の證據調手續を終り次第遅滞なく之を還付すべきものである。然れども檢證の目的物の留置に付ても本條第三二〇條の規定を準用するを以て、既に檢證の證據調手續了へたるるときと雖、受訴裁判所は必要ありと認むると

きは、職權を以て提示又は送付に係る檢證の目的物を裁判所に留置くことを得るものである。尤も此の留置の期間は、長くとも訴訟の終了に至る迄でなければならぬ。尙留置の手續に付ては本法第三二〇條其の二參照。

五 受訴裁判所の檢證事項の指定 受訴裁判所は受命判事又は受託判事をして檢證の證據調を爲さしむる場合に於ては、(民訴法二六五條一項) 受命判事又は受託判事の檢證調書に記載すべき事項を指定せねばならぬ。(本條、民訴法三二二條) 故に受訴裁判所は、檢證の證據調を其の部員に命じ又は他の區裁判所に囑託するに當り、檢證の目的物を指示し且檢證の目的たる物件又は人身の檢分又は檢査、證據價値の心證の爲必要なる情況、檢證の目的物に對する當事者の陳述等を指定し、之を檢證事項として受命判事又は受託判事の調書に記載すべきことを命ずべきものである。受命判事又は受託判事に依る檢證の結果に關する調書の記載に付ては本法第三三三條其の四參照。

第六款 當事者訊問

第三百三十六條 裁判所力證據調ニ依リテ心證ヲ得ルコト能ハサルトキハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以

テ當事者本人ヲ訊問スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ當事者ヲシテ宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得

本條は舊法第三六〇條の規定を修正したるものである。

外國法學叢書 獨民法第四七五條。澳民法第三七一條。

資料 理由書一七七頁以下。議事錄四七九頁、四八七頁以下、五〇二頁以下。速記錄六五四頁以下、後篇一八一頁以下。

目次 一 當事者訊問に依る證據 二 當事者訊問の要件 三 當事者宣誓

一 當事者訊問に依る證據 本條は當事者訊問に依る證據に關する規定である。抑々當事者訊問(Partei-Vernehmung)は裁判所が他の總ての證據調の結果に依りて未だ當事者の事實上の主張の眞否に付て心證を得ること能はざるときにのみ、補充的(subsidiar)に、申立に因り又は職權を以て當事者本人又は其の法定代理人自身を訊問する證據方法である。而して訴訟は大抵の場合裁判所が其の爲したる口頭辯論の全趣旨及證據調の結果に依つても當事者の事實上の主張の眞否に付て心證を得ることはざるべきものなるを以て、結局訴訟の終末は當事者訊問に依る證據に懸るべきものと謂ふも過言でない。新法に於ては當事者訊問は宣誓訊問(eidliche Vernehmung)と單純訊問(uneidliche Vernehmung)との二の方法に之を區別することを得る。即ち裁判所は當事者訊問を爲すに當り、事情に従ひ職

權を以て當事者本人をして宣誓を爲さしむることを得るものなるを以て(本條後段)當事者本人に宣誓を爲さしめ又は之を爲さしめないで訊問することを得るのである。然れども當事者訊問は宣誓訊問(當事者宣誓)たると單純訊問たるとを問はず一の證據方法であり之に依る當事者の陳述は證據となる點に於て一である。尙當事者訊問に關する規定は訴訟に於て當事者を代表する法定代理人に之を準用するものである。(民法三四一條)此の訴訟無能力者の法定代理人の訊問に付ては本法第三四一條參照。

二 當事者訊問の要件 當事者訊問に依る證據調は左の要件を具備する場合に限り之を爲すことを得るものである。

(一)事實に付てのみ證明すべきこと 當事者訊問に依る證據調は唯訴訟にとりて直接又は間接に重要な事實を證明する爲之を許さるべきものである。然れども證すべき事實は必ずしも當事者、其の前者又は代理人の關與したる行爲又は知り得たる事項なることを要しないばかりでなく又事實を特定することも要らない。反之法規、經驗律、判斷すべき法律問題其他法律上の推理を證明する爲には當事者訊問を許さるべくもなす。

(二) 裁判所が事實の眞否に付て心證を得ること能はざること 當事者訊問に依る證據調は裁判所が證據調の結果に依りて未だ當事者の事實上の主張の眞否に付て心證を得ること能はざる場合に限り

之を許すべきものである。事實上の主張の眞否に付て裁判所が如何なる程度の心證を得ることを要すべきかに付ては本法第一八五條其の一及二參照。

(三) 證據調の結果が無益なること 當事者訊問に依る證據調は裁判所が他の證據調の結果に依りて事實上の主張の眞否に付て心證を得ること能はざることに限り補充的に之を爲すことを得るものなるを以て、是迄に爲したる證據調の結果が無益なることを前提とするものである。而も裁判所が當事者の申立てたる證據及職權を以て證據調を爲したる結果に徴するも證すべき事實を證明するに足らない場合でなければならぬ。此の點に於て當事者訊問に依る證據調は、唯當事者の申出でたる證據の結果が無益なるときでさへあれば職權を以て凡ゆる證據調を爲すことを得る本法第二六一條の場合と大變趣を異にするのである。而して裁判所は證據調の結果を斟酌するに當り立證責任を顧慮すべきものでないが、證據調の結果が尠くとも立證責任を負へる當事者の若干利益になるときに限り當事者訊問を許すべきもので、反之證據調の結果が立證責任を負へる當事者の利益にならず又は他の當事者のみの利益になるときには之を許すべきものでない。

(四) 他の證據方法を盡したる後なること 當事者訊問に依る證據調は證すべき事實に付て猶他の證據方法ある間は之を許すべきものでない。即ち裁判所は證すべき事實に付て縱令他の證據方法の提

出あるも當事者訊問に依る證據調が如何なる場合にも無用に歸しないであらうと認むるときと雖、他の證據方法を盡したる後に於て始めて當事者訊問を爲すことを得るものである。尤も證すべき事實に付て他の證據方法なき場合にも亦當事者訊問を爲すことを得るものである。

斯くして當事者訊問を許さるべき要件を具備する場合に於ては、裁判所は當事者の申立に因り又は職權を以て當事者訊問を爲すことを得るものである。然れども斯かる場合に於て當事者訊問を爲すときは裁判所の職務上の自由裁量に任せたるものである。而して裁判所が當事者訊問を爲すときと雖、特別の證據決定を爲すことを要するものでない。

尙本條の當事者訊問は辯護士訴訟の場合に限らず當事者訴訟の場合にも之を爲すことを得るものである。

三 當事者宣誓 本條の規定に依れば、裁判所は當事者訊問を爲すに當り職務上の裁量に従ひ職權を以て當事者をして宣誓を爲さしむることを得るものである。之を所謂當事者宣誓 (Parteieneid) と謂ふ。此の當事者宣誓は當事者に依り其の事實上の主張の眞實を儀式的に確立せしむる爲當事者を宣誓せしめて訊問する證據方法である。而して裁判所の命に依りて宣誓したる當事者は、國家の機關たる裁判所に對し其の事實上の主張に關し眞實なる陳述を爲すことを誓約し且眞實なる陳述を爲す義務を

負ふものであつて而も宣誓を偽りて虚偽の陳述を爲すときは法律上の制裁を受くべき脅威の下に虚偽の陳述を爲すべきことを抑制せらるゝのである。然れども宣誓訊問に依る當事者の陳述と單純訊問に依る當事者の陳述との間には形式的證據力を異にするものでなく、裁判所は寧ろ孰れも之を同格の證據として取扱ひ當事者の陳述の證據價值を自由に評價することを得るものである。然れども宣誓訊問に依る當事者の陳述は、通常、單純訊問に依る當事者の陳述に比し證據價值が強度であることは謂ふまでもない。而して當事者訊問に於て當事者を宣誓せしめて訊問すべきか否の判定は、専ら裁判所の職務上の自由裁量に任せたるものである。而も當事者には當事者宣誓を求むる申立權を認められてゐない。然れども當事者宣誓は當事者をして宣誓を爲さしむるに因り裁判所の心證に影響あることを期待し得るか否に懸るものである。而して當事者宣誓は先づ當事者を宣誓せしめずして訊問したることとを前提とするものでない。加之裁判所は固より當事者雙方に對し當事者訊問を爲すことを得ると雖、既に一方の當事者に對し宣誓を爲さしめたる以上、最早相手方の當事者に對しては宣誓を爲さしむることを避くることを相當とする。

當事者宣誓の履行及方式に付ては本法第三四二條の規定に依り證人宣誓に關する規定を準用するものである。尙當事者宣誓の偽證に對する法律上の制裁に付ては本法第三三九條參照。

第三百三十七條 裁判長必要アリト認ムルトキハ當事者相互又ハ當事者ト證人トノ對質ヲ命スルコトヲ得

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民法に特別規定なし。澳民法に特別規定なし。

資料 理由書一七八頁。議事録に特記なし。速記録六六〇頁。

目次 一 訊問すべき當事者の選擇 二 當事者相互又は當事者及證人の對質

一 訊問すべき當事者の選擇 本條は當事者相互又は當事者及證人の對質に關する規定である。裁判所は當事者訊問を爲すに當り自由なる裁量に従ひ訊問すべき當事者又は法定代理人を選擇すべきものである。是を以て當事者訊問は裁判所の自由裁量に依り當事者の一方又は雙方を訊問することを得るばかりでなく、通常又は必要的共同訴訟の場合には共同訴訟人の全員又は各箇の共同訴訟人を又訴訟に於て當事者を代表する數人の法定代理人ある場合には其の法定代理人の全員又は各箇の法定代理人を訊問することを得るものである。反之當事者又は訴訟代理人は當事者訊問として訊問すべき者を指定する權利なきものである。

二 當事者相互又は當事者及證人の對質 當事者訊問の場合に於て當事者若は法定代理人相互に又は

當事者若は法定代理人と證人との間に陳述が矛盾又は齟齬したるときは、裁判長は當事者若は法定代理人相互の對質又は當事者若は法定代理人と證人との對質を命ずることを得るものである。而して對質訊問は裁判長が自由なる裁量に従ひ必要ありと認むるときに職權を以て之を命ずるものである。

反之當事者又は訴訟代理人は裁判長に對し對質訊問を求むる申立を爲す權利を有しない。

尙受命判事又は受託判事の面前に於て當事者訊問を爲す場合に於ては、受命判事又は受託判事も必要ありと認むるときは當事者相互又は當事者と證人との對質を命ずることを得るものである。(民法三四二條、三〇〇條) 證人相互の對質に付ては本法第二九四條參照。

第三百三十八條 當事者カ正當ノ事由ナクシテ呼出ニ應セス又ハ宣誓若ハ陳述ヲ拒ミタルトキハ裁判所ハ訊問事項ニ關スル相手方ノ主張ヲ眞實ト認ムルコトヲ得

本條は舊法第二六三條の規定と同趣旨である。

外國法參照條文 獨民法には第四四條第二項の外特別規定なし。澳民法第三八一條。

資料 理由書一七九頁。議事録四七九頁。速記録六五四頁以下、後篇一七五頁。

目次 一 當事者訊問の不從順の効果 二 本條の効果の發生と内容

一 當事者訊問の不從順の効果 本條は當事者訊問の不從順の効果に關する規定である。當事者は證據方法として裁判所から當事者訊問を受くるときは期日に裁判所の面前に出頭し、裁判所の命に従ひ宣誓を爲し而して陳述を爲すべき義務を負ふものである。然るに當事者訊問を受くる當事者が正當の事由なくして呼出に應ぜず又は宣誓若は陳述を拒絶したる場合に於ては、判決裁判所は當事者訊問の不從順の効果として訊問事項に關する相手方の主張を眞實と認むることを得るのである。(本條) 即ち當事者訊問の不從順の効果は左記の場合に之を生ずるものである。

(一) 當事者が正當の事由なくして呼出に應ぜざる場合 當事者訊問を受くる當事者が正當の事由なくして呼出に應ぜざる場合に於ては出頭義務の違反として本條の不從順の効果を生ずるものである。然れども之が爲には訊問を受くる當事者が當事者訊問の爲適式に期日の呼出を受けたることを前提とするは謂ふまでもない。而して當事者の呼出は當事者が期日に出頭することを期待し得べき適當なる時期に呼出狀を當事者に送達せねばならぬ。尤も呼出狀の送達が期日に當事者の出頭を期待し得べき適當なる時期に於て爲されたるか否は、裁判所の自由なる裁量に従ひ之を決すべきものである。期日に於ける呼出に付ては本法第一五四條參照。而して本條に所謂「當事者カ呼出ニ應セス」とは、當事者訊問を受くる當事者が事件の呼上げの際法廷に在廷しないとき又は在廷したるも訊

問前に退廷したることを謂ふのである。然るに當事者訊問を受くる當事者が出廷し乍ら陳述を爲さず退廷したるときは、出頭義務の違反ではなく寧ろ本條第三號の陳述義務の違反と認むべきである。尙懈怠したる訴訟行爲の追完に關する本法第一五九條の規定は、當事者訊問を受くる當事者が期日に懈怠したる場合に之を準用することを得ない。

然れども本條の不從順の効果は、當事者が正當の事由なくして呼出に應ぜざることを要するが故に、呼出に應ぜざるに付て正當の事由あるときは之を生じない。例之當事者が病氣又は不具廢疾の爲に歩行困難なるとき、猶豫できない業務から離れ難きとき、旅行不在中なるとき、一般又は地方の祭典に會するとき、呼出狀の補送達の場合に於て當事者の責に歸すべからざる事由に因りて證人の呼出を知らなかつたとき等の爲に呼出に應ぜざることを得ざる場合の如くである。反之當事者が證據問題に付て何ら關知しないとか又は當事者の呼出が過誤なりと信じたるの事情を以ては未だ出頭義務を阻却するに足りない。

(二) 當事者が正當の事由なくして宣誓を拒絶したる場合 當事者訊問を受くる當事者が正當の事由なくして裁判所の命じたる當事者宣誓を拒絶したる場合に於ては、宣誓義務の違反として本條の不從順の效果を生ずるのである。當事者宣誓に付ては本法第三三六條其の三參照。而して當事者宣誓

の拒絶とは、當事者訊問を受くる當事者が裁判所の命じたる宣誓を正當の事由なくして一般に又は法律上の方式に従ひ履行を爲さず又は履行を爲さざる旨を表示することを謂ふのである。尤も此の場合に於ては、裁判長は當事者をして宣誓を爲さしむるに當り當事者に對し宣誓を爲すべきことを勤くとも三度諭告するを相當とする。然れども當事者が未だ訊問事項の事實に關し周到なる調査及穿鑿を爲し居らざる爲に指定の期日に限り宣誓を拒絶したるに過ぎないときは、裁判所は自由なる裁量に従ひ期日を延期すべきものであるが、若し期日を延期しないときは宣誓を拒絶したるものと認むるの外はない。而して宣誓拒絶の表示は必ずしも明示的なことを要しないので、當事者の行爲から暗黙的にも之を爲すことを得るものである。例之當事者が裁判所の命じたる宣誓の要求に對し沈黙し又は宣誓を回避する陳述を爲すが如くである。

反之裁判所が宣誓無能力なる當事者に對し宣誓を要求することを得ないことは謂ふまでもない。故に斯かる宣誓無能力の當事者が漫然宣誓を拒絶するも之を以て宣誓義務の違反と認むることを得ない。

然れども當事者訊問を受くる當事者が縱令裁判所の命に依り宣誓を要求せられたるときと雖、訊問事項が當事者自身又は本法第二八〇條に掲ぐる當事者の近親者等の刑事上の訴追又は處罰を招く

虞あるとき又は此等の者の恥辱に歸すべきときは、本法第二九〇條の規定を類推して宣誓を拒絶するに付て正當の事由あるものと解する相當とする。

(三) 當事者が正當の事由なくして陳述を拒絶したる場合 當事者訊問を受くる當事者が正當の事由なくして訊問に對し陳述を拒絶したる場合に於ては、陳述義務の違反として本條の不從順の効果を生ずるものである。而して當事者が裁判所の面前に於て訊問に對し訊問事項の全部又は一部に關し陳述を爲すことを肯せざるときは陳述を拒絶するものと謂はねばならぬ。然れども當事者は證言拒絶の事由と同一の事由即ち本法第二八〇條及第二八一條に列擧する事項の訊問に對して陳述を拒絶したるときは寧ろ陳述の拒絶に付て正當の事由あるものと認むるを相當とする。宣誓したる當事者が虚偽の陳述を爲したる場合に於ける法律上の制裁に付ては本法第三三九條參照。

二 本條の不利益の效果の發生と内容 本條の當事者訊問の不從順の效果は、判決裁判所が終局判決に於てのみ之を認むることを得るものにして口頭辯論の終結を俟つて始めて之を生ずるものである。随つて第一審の判決に於て本條の不利益の效果を受けたるるときと雖、當事者が控訴審に於て當事者訊問を受くるに當り呼出に應じ又は宣誓若は陳述を爲すことに依り本條の不利益の效果を除去することを得るものである。而して判決裁判所は當事者訊問の不從順の場合に於て如何なる訊問事項に關する

相手方の主張を眞實と認むることを得るかに付ては、本法に特別の規定なきも、固より當事者訊問に依りて證すべき事實自體を眞實と認定すべきでなく、當事者に訊問すべき事項に關する相手方の事實上の主張を眞實と認定することを得るのである。反之當事者に訊問すべき事項以外の相手方の事實上の主張に付ては本條の不從順の效果を認むべくもない。然れども當事者に訊問すべき事項は、申立に因る當事者訊問に在りては證據の申出に於て之を表示するを以て訊問事項に關する相手方の主張を認むるに左程困難でないが、反之職權に依る當事者訊問に在りては調書に訊問事項の記載なきときは、恐らく當事者に訊問すべき事項に關し標準がないであらう。然れば裁判所は當事者訊問を命ずるに當り訊問事項を調書に記載して明確にすべきである。而して當事者が正當の事由なくして陳述を拒絶したる場合に於ては、判決裁判所は唯當事者が陳述を拒絶したる部分の訊問事項に關してのみ相手方の主張を眞實と認むることを得るものである。

第三百三十九條 宣誓シタル當事者力虚偽ノ陳述ヲ爲シタルトキハ裁判所決定ヲ以テ五百圓以下ノ

過料ニ處ス此ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

第三百三十一條第二項ノ規定ハ前項ノ決定ニ之ヲ準用ス

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法學雜誌文 獨刑法第一五三條及第一五四條。澳民法第三七七條第三項。

資料 理由書一七九頁。讀事錄四七九頁、五〇二頁以下。速記録六五八頁以下。

目次 一 當事者宣誓の偽證に對する法律上の制裁 二 本條の當事者宣誓の偽證の構成事實 三 本條の過料の裁罰

一 當事者宣誓の偽證に對する法律上の制裁 本條は當事者宣誓の偽證に對する法律上の制裁に關する規定である。元來當事者宣誓 (Parteieneid) は當事者に依りて其の事實上の主張の眞實を儀式的に確立せしむる爲當事者を宣誓せしめて訊問する證據方法である。而して裁判所の命に依りて宣誓したる當事者は、國家の機關たる裁判所に對し其の事實上の主張に關し眞實なる陳述を爲すことを誓約し且眞實なる陳述を爲す義務を負ふものである。是を以て宣誓したる當事者が宣誓を偽りて裁判所の訊問に對し事實上の主張に關し虚偽の陳述を爲したる場合に於ては、裁判所は本條の規定に依り其の當事者に對し當事者宣誓を偽りたる法律上の制裁として五百圓以下の過料に處罰すべきものである。(本條) 而して當事者宣誓の偽證は宣誓したる當事者が虚偽の證據方法を提出する所爲を罰するものになるやに觀ゆるも、這是寧ろ當事者が宣誓を偽りたる所爲を罰するものと考へらる。何となれば前者の觀念を以てすれば既に當事者訊問が一の證據方法なる以上宣誓訊問を受けたる當事者も單純宣誓を

受けたる當事者にも本條の法律上の制裁を認むべき筋合なるも、之を認めないで、獨り宣誓訊問を受けたる當事者の虚偽の陳述に對してのみ法律上の制裁を認むるに過ぎないからである。故に本條に規定する當事者の所爲は寧ろ當事者宣誓の偽證(偽誓)の罪に該るべきものである。然れども本條の當事者宣誓の偽證は刑法上の犯罪を構成するものに非ずして訴訟上の秩序罰(Ordnungsstrafe)として取扱はるべきものである。

二 本條の當事者宣誓の偽證の構成事實 當事者宣誓の偽證の構成事實は左記の要件を具備することを要するものである。

(一) 宣誓したる當事者の所爲なること 本條の當事者宣誓の偽證の主體は、常に當事者訊問の爲宣誓を爲したる當事者本人(本條)又は其の法定代理人に限るのである。(民法三三九條) 反之單純訊問を受けたる當事者には縱令虚偽の陳述を爲したるときと雖、本條の規定を適用することを得ない。而して宣誓したる當事者とは當事者訊問を受くるに當り裁判所の命に依りて宣誓を爲したる當事者本人を謂ふのである。然れども裁判長が訊問前に宣誓を爲さしめたと訊問後に之を爲さしめたとを問はない。此の宣誓を拒絶したる當事者に對する不從順の効果に付ては本法第三三八條參照。而して當事者宣誓は宣誓能力ある當事者本人又は法定代理人に對してのみ之を命ずることを得るも

のなるを以て縱令宣誓したる當事者本人又は法定代理人と雖、宣誓の當時宣誓能力なきときは、本條の規定を適用することを得ないものと解するを相當とする。然れども宣誓したる當事者又は法定代理人は縱令本法第二九〇條に規定すると同一の地位を有する爲虚偽の陳述を爲したるときと雖、本條の法律上の制裁を免ることを得ない。

(二) 當事者が虚偽の陳述を爲したること。本條の當事者宣誓の偽證の所爲は、當事者が訊問に對し虚偽の陳述を爲したることを要する。當事者が宣誓訊問を受くるに拘らず、沈黙の儘何ら陳述を爲さざるときは寧ろ陳述義務の不從順として本法第三三八條の不利益の效果を生ずるに止り、本條の當事者宣誓の偽證を構成するものでない。而して虚偽の陳述とは當事者が其の事實上の主張に關し眞實に反する陳述を爲すことを謂ふものにして、或は事實を默認し或は事實を附加し或は全然虚構の事實を陳述するものである。尤も當事者が虚偽の陳述を爲したる後訊問終結前之を取消し眞實なる陳述を爲したる場合には本條の規定を適用しない。然れども虚偽の陳述は故意に基を過失に因ることを問はなす。

三 本條の過料の裁判 宣誓したる當事者が虚偽の陳述を爲したる場合に於ては、裁判所は職權を以て其の當事者を五百圓以下の過料に處罰する決定を爲すべきものである。此の過料の裁判手續は任意的口頭辯論に基き決定の形式を以て之を爲すべきものである。而して本條の過料の裁判は通常、受訴裁判所の職務權限に屬するが、受命判事又は受託判事の面前に於て當事者訊問を爲したる場合は、受命判事又は受託判事も裁判所の職務を行ひ之を爲すことを得るものである。(民法三四二條、三〇〇條) 本條の規定に依れば、本條の過料處罰の決定に對しては、其の處罰を受けたる當事者から即時抗告に依り不服を申立つることを得るものである。然れども當事者が本條の過料に處罰せられたる後訴訟の繫屬中眞實の陳述を爲したるときは、受訴裁判所は本法第三三一條第二項の規定を準用し、事情に從ひ職權を以て曩に爲したる過料處罰の決定を取消すことを得るものである。(本條二項)

第三百四十條 當事者ヲ訊問シタルトキハ其ノ陳述及宣誓ヲ爲サシメ又ハ爲サシメサルコトヲ調査ニ記載スルコトヲ要ス

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民訴訟に特別規定なし。澳民訴訟法第三七五條第一項及第三四三條第三項。

資料 理由書一七九頁。講事録に特記なし。速記録六五八頁以下。

目次 當事者訊問調査の記載事項

當事者訊問調査の記載事項 本條は當事者訊問調査の記載事項に關する規定である。裁判所は口頭辯論の期日に於て當事者訊問を爲したるときは、當事者の陳述及當事者をして宣誓を爲さしめ又は宣

誓を爲さしめないことを口頭辯論調書に記載して明確にすることを要する。受命判事又は受託判事の面前に於ける當事者訊問に依る證據調の調書の記載に付ても亦同様である。此の調書の記載は當事者の申立に因り法廷に於て關係人に之を読みかせ又は閱覽せしめ且其の旨を調書に記載することを要するばかりでなく調書の記載に付て關係人が異議を述べたるときは調書に其の趣旨を記載すべきものである。(民法一四九條、一四六條參照)。

然れども當事者が宣誓又は陳述を拒絶したる場合に於ては調書に其の旨及事由をも記載すべきものである。殊に此の調書に於ける當事者の宣誓又は陳述の拒絶の記載は、本法第三三八條の規定に依り當事者訊問の不從順の效果を生ずる構成事實を證すべき唯一の證據でもある。(民法一四七條、一四九條)

第三百四十一條 第三百三十六條乃至前條ノ規定ハ訴訟ニ於テ當事者ヲ代表スル法定代理人ニ之ヲ準用ス但シ當事者本人ヲ訊問スルコトヲ妨ケス

本條は舊法第三六四條の規定を修正したるものである。
外國法參照書文 獨民訴法第四七三條。澳民訴法第三七三條。

資料 理由書一八〇頁。斷事錄四八〇頁。速記録六五九頁以下。

目次 一 訴訟無能力者の法定代理人の訊問 二 本條の準用規定 三 本條但書の場合

一 訴訟無能力者の法定代理人の訊問 本條は當事者訊問としての訴訟無能力者の法定代理人の訊問に關する規定である。元來當事者訊問は當事者本人を訊問すべきものであるが、當事者本人が訴訟無能力の爲法定代理人に依りて訴訟を爲す場合に於ては、本條の規定に依り本法第三三六條乃至第三四〇條の規定を準用し裁判所は他の證據調に依りて心證を得ること能はざるときは申立に因り又は職權を以て訴訟に於て當事者を代表する法定代理人自身を訊問することを得るのである。此の場合に於ては、訊問を受くべき法定代理人は現に訴訟に於て當事者を代表する者に限るのである。然れども法定代理人の員數や訴訟代理人の有無を問ふ所でない。是を以て狹義の訴訟無能力者の法定代理人(未成年者の親權者、未成年戸主又は禁治產者の後見人) 法人の代表者(理事、管理者、代表取締役、合名又は合資會社の代表社員) 又は當事者能力ある非法人の社團又は財團の代表者又は管理者にして現に訴訟を爲す者は、當事者訊問を受くる能力を有するも、其の訴訟に於て證人能力を缺けるものである。此の點に付ては本法第二七一條其の一參照。

反之當事者たる妻の夫又は準禁治產者の保佐人は固より訴訟無能力者の法定代理人に非ざるを以て

妻又は準禁治産者の訴訟に於て證人能力を有すると雖、當事者訊問を受くる能力を有しない。又破産者は破産の宣告に因りて破産財團に關し管理及處分する權利を喪失すると雖、(破法七條)訴訟能力を全部的にも部分的にも喪失するものに非ざるを以て、破産管財人の破産財團に關する訴訟に於て、證人として訊問を受くることを得る者である。随つて破産管財人は訴訟に於て破産者を代表する法定代理人ではない。(註)破産者の訴訟能力に付ては本法第二一四條其の一參照。

(註)破産管財人の法律上の地位に付ては加藤博士破産法研究二卷一四五頁以下。破産管財人の法律上の地位に關する學説は獨逸に於ても論争ありて見解區々に岐れてゐるが大別して代理説(Vertretungstheorie)と公吏説(Amtsbeorie)とに分つことを得る。吾國學者の學説及大審院判例の見解は公吏説に傾き破産管財人を破産者の代理人と認めてゐない。(加藤博士破産法研究二卷二一六頁以下、破産法講義三四三頁以下、法學全集破産法二〇七頁、松岡博士破産法論一二二頁以下、一三二頁以下、拙著破産法原論下卷六一〇頁以下、六一四頁、異説、齋藤博士破産法大綱一五七頁以下)。殊に破産法第一六二條の規定に依れば破産財團に關する訴訟に付ては破産管財人を原告又は被告と看做すを以て、公吏説を一層に裏書するものと謂ふべきである。

二 本條の準用規定 本條の規定に依れば當事者訊問として訴訟無能力者の法定代理人(廣義)を訊問するには本法第三三七條乃至第三四〇條の規定を準用するを以て、裁判長は必要ありと認むるときは法定代理人相互又は法定代理人と證人との對質を命ずることを得べく又法定代理人が正當の事由なくして呼出に應ぜず又は宣誓若は陳述を拒絶したるときは裁判所は訊問事項に關する相手方の主張を眞實と認むることを得るものである、加之宣誓したる法定代理人が虚偽の陳述を爲したる場合に於ては

裁判所は決定を以て其の法定代理人を五百圓以下の過料に處罰すべきものである。此の過料處罰の決定に對しては即時抗告を爲すことを得るものである。尙本法第三三一條第二項の規定は其の過料處罰の決定の取消にも之を準用するものである。而して法定代理人を訊問したるときは其の陳述及宣誓を爲さしめ又は爲さしめざることを調書に記載することを要するは謂ふまでもない。

更に訴訟無能力者の法定代理人の訊問にも、本法第三四二條の規定に依り本法第二七六條、第二七九條、第二八五條乃至第二八九條、第二九五條及第二九七條乃至第三〇〇條の規定を準用するものである。

三 本條但書の場合 當事者訊問は固より證據方法であり、當事者本人の陳述は證據であつて意思表示に非ず而も當事者本人が事實上意思能力さへあれば當事者訊問を受くことを得るものにして、縱令訴訟無能力者が法定代理人に依りて訴訟を爲す場合に於て當事者訊問として法定代理人を訊問すると雖、裁判所は當事者本人を訊問することを妨げないのである。(本條但書)是を以て裁判所は當事者訊問を爲すに當り法定代理人若は當事者本人を訊問すべきか又は此等の者を共に訊問すべきかを自由裁量に従ひ決すべきものである。尙此の點に付て本法第三三七條其の二參照。而して當事者本人が年齢十六年未満又は宣誓の趣旨を理解すること能はざるときは宣誓を爲さしむるに由なきも、年齢十六年以上にして宣誓の趣旨を理解する能力ある限り、裁判所は當事者本人に宣誓を爲さしめたる上訊

問することを得るものである。(民訴法三三六條後段)

第三百四十二條 第二百七十六條、第二百七十九條、第二百八十五條乃至第二百八十九條、第二百九十五條及第二百九十七條乃至第三百條ノ規定ハ本款ノ訊問ニ之ヲ準用ス

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法参照條文 獨民訴法に特別規定なし。澳民訴法第三八〇條第一項。

資料 理由書一八〇頁。職事録に特記なし。速記録六五九頁以下。

目次 當事者訊問に依る證據調と本條の準用規定

當事者訊問に依る證據調と本條の準用規定 本條は當事者訊問に依る證據調に關する規定である。元來當事者訊問(Parteivennehmung)は固より證據方法の一種である。随つて當事者訊問に依る證據調は他の證據調と同様、證據調に關する一般の規定に従ふべきものであることは謂ふまでもない。而して本條の規定に依れば、當事者訊問に依る證據調には、本法第二七六條、第二七九條、第二八五條乃至第二八九條、第二九五條及第二九七條乃至第三〇〇條の規定を準用するものである。仍て本條の準用規定に付て左に説明する。

(一) 證據調の場所及當事者本人又は法定代理人の呼出 當事者訊問に依る證據調は原則として受訴

裁判所の面前に於ける口頭辯論に於て之を爲すべきものである。殊に當事者訊問は裁判所が他の證據調に依りて當事者の事實上の主張の眞否に付て心證を得ること能はざる爲に當事者本人又は法定代理人の陳述に依り心證を得んとするものなれば尙更判決裁判所の面前に於て直接當事者本人又は法定代理人を訊問すべき緊切なる必要あるものと謂はねばならぬ。此の意味に於て受命判事又は受託判事の面前に於て當事者訊問に依る證據調を爲すことは、證據の性質に副はない嫌がする。然れども受訴裁判所は眞實發見等の爲相當と認むるときは裁判所外に於て當事者訊問を爲すことを得べく、此の場合には、部員に命じ又は他の區裁判所に囑託して當事者訊問を爲さしむることを得るのである。(民訴法二六五條)此の點に付ては本法第二六五條參照。加之當事者本人又は法定代理人が受訴裁判所に出頭する義務なきとき、正當の事由に因り出頭すること能はざるとき又は受訴裁判所に出頭するに付て不相當の費用又は時間を要するときにも、亦受訴裁判所は受命判事又は受託判事をして當事者訊問を爲さしむることを得るものである。(本條、民訴法二七九條)此の點に付ては本法第二七九條參照。

裁判所は當事者訊問に依る證據調を爲すに當り訊問すべき當事者本人又は法定代理人が在廷するときは、口頭辯論に於て當事者訊問を爲すべきことを命じ直に當事者本人又は法定代理人を訊問す

べきものにして敢て呼出状を送達することを要しないけれども、反之訊問すべき當事者本人又は法定代理人が在廷しないときは、呼出状を送達して其の者を期日に呼出さねばならぬ。而して當事者又は法定代理人の呼出状には當事者の表示と訊問事項の要領とを記載せねばならぬ。(本條、民訴法二七六條)

(二) 當事者宣誓の履行 裁判所が當事者訊問を爲すに當り當事者又は法定代理人をして宣誓を爲さしむる場合に於ては、裁判長は訊問前宣誓を爲さしむべきものであるが、特別の事由あるときに限り訊問後宣誓を爲さしむることを得るものである。(本條、民訴法二八五條) 而して當事者宣誓の履行及方式に付ては本法第二八六條乃至第二八八條の規定を準用し、裁判長の宣誓の諭示及偽誓の處罰を警告したる上、在廷する總員の起立裡に宣誓の儀式を嚴肅に行はねばならぬ。然れども訊問すべき當事者本人又は法定代理人が十六年未滿又は宣誓の趣旨を理解すること能はざるときは宣誓無能力として宣誓を爲さしむることを得ない。(本條、民訴法二八九條)

(三) 訊問の方法 當事者訊問に依る證據調に於ては、證人訊問の證據調に於けると趣を異にし、裁判長は後に訊問すべき當事者本人法定代理人又は證人の在廷する場所に於て同時に數人の當事者本人、法定代理人若は當事者雙方を訊問し又は當事者本人若は法定代理人と證人とを訊問すべきものである。故に當事者訊問には本法第二九六條の規定を準用することを得ないのである。

然れども當事者訊問の證據調に於ても、當事者本人又は法定代理人の陳述は口頭の供述に依らねばならぬものであつて、書面上の陳述を許さないことは謂ふまでもない。唯裁判長の許可を受けたるときにのみ書類に基きて陳述を爲すことを得るに過ぎない。(本條、民訴法二九七條) 此の點に付ては本法第二九七條參照。加之裁判長は必要ありと認むるときは當事者本人又は法定代理人をして文字の手記其の他必要なる行爲を爲さしむることを得るものである。(本條、民訴法二九五條) 此の點に付ては本法第二九五條參照。更に裁判長は必要ありと認むるときは當事者又は法定代理人相互の對質又は當事者若は法定代理人と證人との對質を命ずることを得るものである。(民訴法第三三七條) 此の點に付ては本法第三三七條參照。

當事者訊問に依る證據調に際しては、陪席判事は裁判長に告げて直接當事者本人又は法定代理人に對して問を發することを得るものである。(本條民訴法二九八條) 陪席判事の發問權に付ては本法第二九八條參照。尙當事者は裁判長に對し必要なる發問を求め又は裁判長の許可を得て直接當事者本人又は法定代理人に問を發することを得るものである。而して當事者は裁判長の發問の許否に付て異議を述ぶることを得るものである。此の場合に於ては裁判所が其の發問許否の異議に付て裁判

を爲さねばならぬ。(本條、民法二九九條)

(四) 當事者訊問の證據調に於ける受命判事又は受託判事の權限 受命判事又は受託判事の面前に於て當事者訊問の證據調を爲す場合に於ては、受命判事又は受託判事は自ら裁判所及裁判長の職務を行使する權限を有するのである。唯受命判事又は受託判事の發問許否に對する異議に付ての裁判のみは、専ら受訴裁判所の職務權限に屬するを以て、(本條、民法三〇〇條但書) 受命判事又は受託判事の權限に屬さない。

第七款 證據保全

第三百四十三條 裁判所ハ豫メ證據調ヲ爲スニ非サレハ其ノ證據ヲ使用スルニ困難ナル事情アリト認ムルトキハ申立ニ因リ本節ノ規定ニ從ヒ證據調ヲ爲スコトヲ得

本條は舊法第三六五條の規定を修正したるものである。

外國法學關係又 國民訴訟法第四八五條、澳民法第三八四條第一項。

資料 理由書一八一頁、民事錄四八〇頁、速記錄六六二頁以下。

同次 證據保全の意義及要件

證據保全の意義及要件 本條は證據保全の要件に關する規定である。抑々證據保全 (Beweissicher

ung) は將來又は現在の訴訟の爲豫め證據調を爲すに非ざれば證據を使用するに困難なる事情あるときに豫め用意として證據調を爲し以て證據を保全するものである。是を以て將來訴を提起すべき訴訟又は既に繫屬する訴訟の程度に於て何時にても容易に證據を使用することを得べくして豫め證據を用意する必要な間は證據保全を許さるべきものでない。即ち證據保全は豫め證據調を爲すに非ざれば證據を使用するに困難なる事情あることを前提要件とするものである。況んや證據を滅失する虞あるに於ては尙更のことである。例之訊問を受くべき證人、特殊の鑑定人、當事者本人又は其の法定代理人の老齡、重病、外國移住、戰時兵役の出征、取調ふべき文書の破棄、賣却、隱匿又は檢證の目的物の性能若は狀態の變化の如くである。尙外國に於て爲すべき證據調、證據調に不相應の費用を要すべきとき、切迫したる時効等の如き場合にも亦證據を使用するに困難なる事情を認むるに足りる。更に證據調自體の困難なる事情も亦所謂證據を使用するに困難なる事情に屬すべきである。(註一) 而して證據を使用するに困難なる事情ある場合に於ては、證據の申出に因り (民法二五八條) 又は職權を以て證據調を爲すに至る迄 (民法二六一條、二六二條、第三三六條) 證據調を猶豫することを得るか否が問題となる。即ち裁判所が豫め證據調を爲すに非ざれば其の證據を使用するに困難なる事情あり

と認むるときに限り證據保全の證據調を爲すことを得るものと爲すは、畢竟證據保全の最小限度の要件を意味するものに他ならぬ。

然るに證據保全の要件には證すべき事實が將來又は現在の訴訟にとりて重要な關係あることを要しない故、證すべき事實の重要性を全く顧慮するに及ばない。然れども證據保全の申立が明かに目的なきとき即ち證すべき事實が明かに全く重要でないときは、權利保護の必要を缺くものとして之を却下すべきものである。

新法に於ては證據保全は證據に關する一般の規定に従ひ證據調を爲すことを得るものなるを以て、(本條)最早一定の證據方法に制限しないのである。即ち證據保全の證據方法は常に證人訊問、鑑定又は檢證ばかりでなく又文書の證據調、當事者訊問又は必要なる調査の囑託に依ることを得るのである。故に新法に於ては最早證據保全の要件として一定の證據方法の制限を擧示することを得ない。

尙證據保全は原則として申立に因り之を爲すことを得るものである。勿論證據保全の申立は訴の提起前でも、又本訴訟の繫屬中でも之を爲すことを得るのである。證據保全の申立の内容に付ては本法第三四五條參照。然るに新法に於ては證據保全は例外として、職權を以ても之を爲すことを得るものである。即ち受訴裁判所は本訴訟の繫屬中必要ありと認むるときに限り職權を以て證據保全の決定を

爲すことを得るのである。此の點に付ては本法第三四七條參照。

斯くして證據保全は豫め證據調を爲すに非ざれば證據を使用するに困難なる事情ある下に原則上申立に因り證據調を爲すことを得るものであるが、證據保全の證據調を爲すことは之を裁判所の權限(Funktion des Gerichts)に委ねたるものである。即ち本條の規定に「裁判所ハ云々認ムルトキハ證據調ヲ爲スコトヲ得」とあるは、畢竟證據保全の申立を許否する權能を裁判所に授(Ermächtigung)けたるものと解すべきである。故に證據保全の要件の存在する場合に於ても裁判所は自由なる裁量に従ひ證據保全の申立を許すべきか否を決定すべきものである。(註二)

(註一) 參照 Baumbach, § 485 Anm. 4.

(註二) 參照 Stein-Jonas, § 485 II S. 1101.

第三百四十四條 證據保全ノ申立ハ訴訟ノ繫屬中ニ在リテハ其ノ證據ヲ使用スヘキ審級ノ裁判所ニ、其ノ提起前ニ在リテハ訊問ヲ受クヘキ者若ハ文書ヲ所持スル者ノ居所又ハ檢證物ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ要ス

急迫ナル場合ニ於テハ訴ノ提起後ト雖前項ノ區裁判所ニ證據保全ノ申立ヲ爲スコトヲ得

本條は舊法第三六六條の規定と略同趣旨である。

外國法參照條文 獨民法第四八六條。澳民法第三八四條第三項。

資料 理由書一八一頁。議事錄四八一頁。速記録六六三頁以下。

目次 一 證據保全の申立に付ての管轄裁判所 二 急迫なる場合の特別管轄

一 證據保全の申立に付ての管轄裁判所 本條は證據保全の申立に付ての管轄裁判所に關する規定である。證據保全の申立に付ての管轄裁判所は、既に本訴訟の繫屬中なる場合と、未だ訴の提起前なる場合と、急迫なる場合とに従ひ之を異にするものである。仍て先づ前二者の場合を區別して左に説明する。

(一) 本訴訟の繫屬中なる場合 本訴訟が既に裁判所に繫屬中なる場合に於ては、受訴裁判所は證據保全の申立に付て管轄權を有するものである。而して茲に所謂受訴裁判所とは訴訟に付て判決を爲し之に對し上訴の提起あるに至る迄の各審級の裁判所を指すものであつて、畢竟證據保全の證據を使用すべき審級の裁判所に他ならない。(本條一項前段) 故に訴提起後の證據保全の申立は本訴訟の繫屬する裁判所に之を爲さねばならぬ。而して本訴訟の繫屬前に於て受訴裁判所へ證據保全の申立を爲さむとするには、其の裁判所へ證據保全の申立を爲すと同時に訴又は上訴を提起せねばならぬ。随つて上告裁判所も受訴裁判所として證據保全の申立に付て管轄權を有することがあり得るの

である。(註二)

然れども證據保全が急迫なる場合に於ては例外として本訴訟の繫屬中と雖本條第一項後段に規定する證據の所在地を管轄する區裁判所に證據保全の申立を爲すことを得るものである。(本條二項)

(二) 訴の提起前なる場合 然るに本訴の提起前に於ける證據保全の申立は、證據の所在地即ち訊問を受くべき證人、鑑定人、當事者本人、法定代理人若は文書を所持する者の居所又は檢證の目的物の所在地を管轄する區裁判所の管轄に屬するものである。(本條一項後段) 隨つて訴の提起前の證據保全の場合には、外國に於て證據調を爲すべきことを命ずることを得ない。

然るに證據保全の申立に付て數箇の管轄區裁判所ある場合に於ては、之を統一する管轄裁判所を缺くにも拘らず本法第二四條の規定を準用することを得ない故、管轄裁判所の指定を申立つることも許されない。故に證據保全の目的たる數人の證人が各自數箇の區裁判所の管轄區域に居所を有するとき又は檢證の目的物が數箇の區裁判所の管轄區域に散在するときは、各證人を訊問する爲又は各檢證の目的物に對し檢證する各證據の所在地の各區裁判所に夫々證據保全の申立を爲さねばならぬ。

(註一) 參照 Stein-Jonas, § 486 I 2 S. 1103; Rosenberg, Lehrb. § 118 III 1 S. 361.

〔註〕 反對說 Baumbach, § 486 Ann. 2.

二 急迫なる場合の特別管轄 證據保全の申立は、訴の提起前に在りては、急迫なる事情あると否に拘らず、常に本條第一項後段に規定する證據の現在地を管轄する區裁判所に之を爲すべく、反之訴の提起後に在りては本訴訟の繫屬する受訴裁判所に之を爲すべきものであるが、證據保全の證據調に付て急迫なる事情ある場合に於ては、縦令訴の提起後と雖、本條第一項後段に規定する證據の現在地を管轄する區裁判所に證據保全の申立を爲すことを得るものである。(本條二項) 而して證據保全の證據調に付て急迫なる事情あるか否の判定は、證據保全の申立を受けたる裁判所の自由裁量に依り之を決すべきものである。(註二) 例之訊問すべき者が將に死亡すべき場合、文書が將に破棄せらるべき場合又は檢證の目的物が將に滅失、毀損又は變更せらるべき場合には證據調に付て急迫なる事情あるものと認めねばなるまい。尤も此の急迫なる事情は證據保全の申立を爲すに當り之を證據保全の事由として疏明することを要するものである。

〔註二〕 Stein-Jonas, § 486 I 2 S. 1107; Baumbach, § 486 Ann. 2.

第三百四十五條 證據保全ノ申立ニハ左ノ事項ヲ明ニスルコトヲ要ス

- 一 相手方ノ表示
 - 二 證スヘキ事實
 - 三 證據
 - 四 證據保全ノ事由
- 證據保全ノ事由ハ之ヲ疏明スルコトヲ要ス

本條は舊法第三六七條の規定と同趣旨である。

外國法參照條文 獨民訴法第四八七條。澳民訴法第三八五條。

資料 理由書一八二頁。議事錄四八一頁。速記錄六六八頁以下、後篇一八三頁。

目次 一 證據保全の申立の内容 二 證據保全の事由の疏明

一 證據保全の申立の内容 本條は證據保全の申立の内容と證據保全の事由の疏明とに關する規定である。證據保全の申立には其の内容の要件として左記に列擧する事項を明かにせねばならぬ。

(一) 相手方の表示 證據保全の申立には原則として相手方を指定して表示せねばならぬ。然るに證據保全の申立は申立人の責に歸すべからざる事由に因り相手方を指定すること能はざる場合に限り相手方の表示なくとも之を爲すことを得るものである。(民訴法三四六條) 此の場合に於ては、裁判所は知れない相手方の爲に特別代理人を選任することを得るものである。此の點に付ては本法第三

四六條參照。

(二) 證すべき事實 證據保全の申立には證據の申出の場合の如く證すべき事實を表示せねばならぬ。然れども證據保全の申立には證すべき事實が將來又は現在に繫屬する訴訟の爲に重要な關係あるものなることを開示することを要しない。然るに證據保全の申立が明かに目的なきとき即ち證すべき事實が明かに全く重要でないときは、裁判所は斯かる申立を權利保護の必要を缺けるものとして之を却下すべきものである。

(三) 證據 證據保全の申立には證據の申出として證據調を爲すべき證據方法を表示せねばならぬ。此の證據方法の表示は、證人訊問の場合は證人を指定することを要するに反し鑑定の場合には必ずしも鑑定人を指定することを要しないで専ら裁判所が職權を以て鑑定人を指定すると雖、申立人が證據保全の申立に於て鑑定人を指定して表示することを妨げない。然れども申立人の指定に依る鑑定人の鑑定に對する證據價値の判断は固より判決裁判所の自由なる心證に依り之を評價すべきものであるが、時には案外證據價値の乏しきものである。而して書證の場合は文書の表示、文書の趣旨、文書の所持者、文書提出の義務等を開示することを要するものである。檢證の場合は檢證の目的及所在地を表示せねばならぬ。當事者訊問の場合は訊問すべき者を指定せねばならぬ。

(四) 證據保全の事由 證據保全の申立には證據保全の事由として豫め證據調を爲すに非ざれば證據を使用するに困難なる事情あることを開示すべきものである。此の點に付ては本法第三四三條其のの説明を茲に引用する。證據保全の急速なる事情に付ても亦同様である。

二 證據保全の事由の疏明 證據保全の申立を爲すには申立人に於て證據保全の事由を疏明せねばならぬ。而して證據保全の事由の疏明を缺ける證據保全の申立は、之を不適法として却下すべきものである。疏明の意義及方法に付ては本法第二六七條參照。證據保全の裁判手續に付ては本法第三四八條其の一參照。

第三百四十六條 證據保全ノ申立ハ相手方ヲ指定スルコト能ハサル場合ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得
此ノ場合ニ於テハ裁判所ハ相手方ト爲ルヘキ者ノ爲ニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ得

本條は舊法第三七二條の規定を修正したるものである。

外國法參照條文 獨民法第四九四條。澳民法第三八六條第三項。

資料 理由書一八二頁。議事録四八一頁。速記録六六八頁以下。

目次 一 相手方の指定不能の場合に於ける證據保全の申立 二 本條の特別代理人の選任

一 相手方の指定不能の場合に於ける證據保全の申立 本條は相手方の指定不能の場合に於ける證據保全の申立に關する規定である。元來證據保全の申立には其の内容の要件の一として相手方を指定し

て表示せねばならぬ。(民訴法三四五條一項一號)然るに本條の規定に依れば、證據保全の申立は相手方を指定すること能はざる場合に於ても之を爲すことを得るのである。例之加害者の知れざる不法行為の損害を確定すべき場合の如くである。然れども相手方の指定なき證據保全の申立は、往々證人をして近親等の事由に基ける證言拒絶權を喪失せしめ又は將來訴訟の相手方自身が證人として訊問せらるべき危険あるを以て單に申立人の責に歸すべき事由に因り相手方を指定することを得ない程度に於ては之を許すべきものでない。即ち相手方の指定なき證據保全の申立は、唯申立人の責に歸すべからざる事由に因り相手方を指定すること能はざる場合に限り之を爲すことを得るのである。而して證據保全の申立人は相手方を指定すること能はざる事由を疏明することを要しないけれども、實際では之を疏明すべきことを相當とする。而して裁判所は可成本條の規定を嚴格に取扱ひ以て證據保全の申立の濫用を防止すべきである。

二 本條の特別代理人の選任 相手方を指定すること能はざる場合に於て證據保全の申立を許すべきときは、裁判所は職權を以て知れない相手方と爲るべき者の爲特別代理人を選任することを得るのである。(本條後段)然れども此の知れない相手方の爲に特別代理人を選任するか否は裁判所の自由裁量に任せたるものである。(註)隨つて相手方を指定すること能はざる場合に於ける證據保全の申立を許

す毎に必ず特別代理人を選任しなければならぬものではない。而して此の特別代理人は知れない相手方の爲證據調に際し權利を防禦する任務を有するものである。特別代理人の選任には本法第五六條の規定を準用すべきものである。

(註) 參照 Stein-Jonas, § 494 S. 1107.

第三百四十七條 裁判所ハ必要アリト認ムルトキハ訴訟ノ繫屬中職權ヲ以テ證據保全ノ決定ヲ爲スコトヲ得

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民訴法に特別規定なし。澳民訴法第三八九條第三項。

資料 理由書一八二頁。職權條四八一頁以下。速記錄六六三頁、六六九頁。

目次 職權に依る證據保全

職權に依る證據保全 本條は職權に依る證據保全に関する規定である。元來證據保全の證據調は當事者の申立に基くことを原則とするのである。殊に訴の提起前に於ける證據保全は、如何なる事情あるも常に申立に基くものであつて、裁判所の職權を以て之を爲すことを得ない。

然れども受訴裁判所は本訴訟の繫屬中に證據保全の必要ありと認むるときは、例外として職權を以て證據保全の決定を爲すことを得るものである。(本條)然れども辯論主義の領域に於ては、職權に依

る證據保全は常に辯論主義の制限の下に裁判所が職権を以て證據調を爲すことを得べき範圍に於てのみ之を許さるべきものに過ぎない。而して如何なる場合に證據保全の必要あるかに付ては、本法に特別の規定なきも、受訴裁判所が順調なる訴訟の程度に於ては職権を以て證據調を爲し得るものなる場合に於て現に繫屬する訴訟の爲豫め證據調を爲すに非ざれば其の證據を使用するに困難なる事情あるときは、證據保全の必要ありと認むるに足りる。辯論主義と證據調職権主義に付ては本法第二六一條其の一参照。職権を以て證據調を爲し得べき範圍に付ては同條其の三参照。證據を使用するに困難なる事情に付ては本法第三四三條参照。

第三百四十八條 證據保全ノ決定ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

本條は舊法第三六八條第二項後段の規定と同趣旨である。

外國法參照條文 獨民法第四九〇條第二項後段。澳民法第三八六條第四項。

資料 理由書一八三頁。議事録に特記なし。速記録六七六頁。

目次 一 證據保全の裁判手續 二 證據保全に関する裁判の不服の申立

一 證據保全の裁判手續 本條は證據保全の決定に對する不服の申立を許さないことに關する規定である。證據保全の申立ありたる場合に於ては、裁判所は任意的口頭辯論に基き決定を以て之を裁判す

るのであるが、大抵口頭辯論を経ないで裁判を爲すものである。而して裁判所は先づ本法第三四五條に規定する證據保全の申立の方式及第三四四條に規定する證據保全の管轄並第三四三條に規定する證據保全の要件に付て審査を爲さねばならぬ。(註一) 然れども裁判所は證すべき事實の重要性に付ては審査を爲すに及ばない。(註二) 此の點に付ては本法第三四五條其の參照。而して證據保全の手續には訴訟手續の中断、中止又は事實上の停止を認むべき餘地なきを以て、縦令訴訟が繫屬するとも其の訴訟に生じたる中断、中止又は停止は證據保全手續に何ら影響を與へない。(註三)

證據保全の申立が適法であつて、訴訟保全の要件を具ふるときは、裁判所は證據保全を許す決定を爲すべきものである。然らざる場合に於ては裁判所は決定を以て證據保全の申立を却下すべきものである。而して證據保全の決定の内容に付ては、特別の規定なきも證すべき事實及證據方法に従ひ訊問すべき證人、鑑定人又は當事者本人を指定し、文書の證據調の場合は文書の所持者及特定の文書を指示し又は檢證の目的を指定して證據方法を表示すべきものである。裁判所が證據保全の決定を爲したるときは、裁判所又は裁判長は之と同時に證據調の期日を指定せねばならぬ。而して證據保全の決定は之を言渡す場合の外裁判所の相當と認むる方法を以て申立人及相手方に之を告知することを要するものである。

(註一) 參照 Stein-Jonas, § 490 I S. 1104.

(註二) 參照 Stein-Jonas, § 490 I S. 1104.

(註三) 參照 Stein-Jonas, § 490 I S. 1104.

二 證據保全に関する裁判の不服の申立 本條の規定に依れば、證據保全を許したる決定は、申立に因りたると裁判所の職權に依りたるを問はず、之に對して何人からも不服を申立つることを許さないものである。然れども裁判所は證據保全の決定を爲したる後證據調を終結するに至る迄に證據保全の要件に欠缺あること分明したるときは、其の決定を取消することを妨げない。此の證據保全取消の決定に對しては申立人から抗告に依り不服を申立つることを得るものである。(註四)

反之證據保全の申立を全部又は一部却下したる決定に對しては本法第四一〇條又は第四一一條の規定に従ひ申立人から抗告に依り不服を申立つることを得るものである。(註五)

(註四) 參照 Stein-Jonas, § 490 III S. 1105.

(註五) 參照 Stein-Jonas, § 490 I S. 1105.

第三百四十九條 證據調ノ期日ニハ申立人及相手方ヲ呼出スコトヲ要ス但シ急速ヲ要スル場合ハ此ノ限ニ在ラス

本條は舊法第六三九條の規定と同趣旨である。

外國法學叢文 獨民訴法第四九一條。澳民訴法第三八七條。

資料 理由書一八三頁、斷事錄に特記なし。速記録六七四頁以下。

目次 一 證據保全の證據調期日に於ける申立人及相手方の呼出 二 證據保全の證據調

一 證據保全の證據調期日に於ける申立人及相手方の呼出 本條は證據保全の證據調期日に於ける申立人及相手方の呼出に關する規定である。證據保全の證據調の期日は證據保全の決定と同時に之を指定すべきものである。而して證據調の期日には、原則として證據保全の申立人及相手方を呼出すことを要するのである。(本條本文) 此の證據調期日に於ける呼出は、本法第一五四條の規定に依り職權を以て呼出狀を申立人及相手方に送達して之を爲すべきものである。尤も相手方の呼出は證據調の期日と呼出狀の送達との間に特に一定の呼出期間を存することを要しないけれども、相手方をして證據調の期日に於て其の權利を防禦せしむことを得べき時間を存することを要するは謂ふまでもない。

反之證據保全の證據調が急速を要する場合に於ては、裁判所は其の證據調の期日に申立人及相手方を呼出すことを要しないのである。(本條但書) 然れども此の場合に於ては縱令證據調の期日に相手方を呼出すことを得なくとも、知れたる相手方の爲には特別代理人を選任することを許さない。而して證據保全の證據調に付て急速を要するか否は、裁判所の職務上の自由裁量に依り之を決すべきも

のである。而して證據保全の證據調が急速を要する場合に於ても證據保全の決定は證據調の期日前裁判所の相當と認むる方法を以て之を申立人及相手方に告知せねばならぬものと解するを正當と信ずる。

二 證據保全の證據調 證據保全の證據調は證據調に適用すべき一般の規定に従ひ之を爲すべきものである。(民法三三三條)而して證據調の期日に申立人及相手方が出頭しない場合に於ても、裁判所は證據調を爲し得る限度に於て證據調を爲さねばならぬ。(民法三三三條、二六三條)然れども裁判所は證據調を終結したる後、其の證據調を爲したる旨を申立人及相手方に通知することを要しない。

第三百五十條 證據保全三開スル記録ハ本訴訟ノ記録ノ存スル裁判所ニ之ヲ送付スルコトヲ要ス

本條は舊法第三七〇條第二項の規定を修正したるものである。

外國法参照條文 獨民法第四九二條第二項。澳民法第三八八條第二項。

資料 理由書一八三頁。議事録に特記なし。速記録六七四頁以下。

目次 證據保全に関する記録の保存

證據保全に関する記録の保存 本條は證據保全の記録の保存に関する規定である。證據保全に關す

る記録を保存する裁判所は、證據保全が本訴訟の繫屬の前又は後に従ひ之を異にするものである。而して本訴訟が既に繫屬するとき又は繫屬したる場合に於ては、證據保全に関する記録は本訴訟の記録の存する裁判所に於て之を保存すべきものである。随つて本訴訟の繫屬する裁判所以外の裁判所に於て證據保全を許したる場合に於ては、其の裁判所は證據保全に関する記録を本訴訟の繫屬する現に本訴訟の記録の存する裁判所に送付することを要するのである。而して證據保全に関する記録には、證據保全の申立書、證據保全決定書、證據保全の證據調調査書、鑑定の場合の鑑定書、證人又は當事者の手記、對照書類、文書の謄本等を包含する、然れども證據保全の申立を却下したる場合にも、其の記録は證據保全に関する記録に他ならない故、本條の規定に従ひ本訴訟の記録の存する裁判所に之を送付すべきものである。

反之訴の提起前即ち本訴訟が未だ裁判所に繫屬しない間は、證據保全を許したる裁判所に於て其の證據保全に関する記録を保存すべきものである。而して證據保全を許したる裁判所は、本訴訟の繫屬するを俟つて始めて本條の規定に依り證據保全に関する記録を本訴訟の記録の存する裁判所に送付することを要するものである。(註)

(註) 參照 長島森田兩氏改正民法解釋三八一頁。

第三百五十一條 證據保全ニ關スル費用ハ訴訟費用ノ一部トス

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法參照條文 獨民訴訟法に特別規定なし。澳民訴訟法第三八八條第三項。

資料 理由書一八三頁。講事録に特記なし。速記録六七五頁。

目次 證據保全に關する費用

證據保全に關する費用 本條は證據保全の費用に關する規定である。元來證據保全に關する費用は證據保全の手續に於て之を裁判しないのである。而して證據保全に關する費用は本訴訟が裁判所に繫屬するとき又は繫屬したるときは、本訴訟に關する訴訟費用の一部を形成するものである。(本條) (註一) 而して證據保全の費用が本訴訟の費用の一部となるには、固より證據保全が其の申立人の爲權利の伸張又は防禦に必要なりしことを要すると雖、而も本訴訟に於て證據保全の結果即ち證據調を利用したるか否を問はないのである。(註二) 故に證據保全に關する費用は結局本訴訟の費用の一部として本法第九一條以下の規定に従ひ本訴訟の費用に對する裁判に基き其の負擔及費用額が決るものである。

反之本訴訟が裁判所に繫屬しなかつた場合に於ては、證據保全に關する費用は、實體法に従ひ損害賠償請求權として費用の償還を目的とする請求權 (ein Anspruch auf Ersatz Kosten als Schaden-

ersatzanspruch)を生ずるものである。(註三) 是を以て本訴訟が繫屬しなかつた場合に於て證據保全の費用の償還を請求せむとするには、特別の訴(besondere Klage)を必要とするのである(註四) 然れども斯かる特別の訴は、本訴訟が繫屬したるときは、最早權利保護の必要なものとして之を排除すべきものである。(註五)

(註一) 參照 Stein-Jonas, Vorbem. zu § 485 II S. 1100.

(註二) 參照 Baumbach, Vorbem. zu § 485 Anm. 2; Stein-Jonas, Vorbem. zu § 485 II S. 1100.

(註三) 參照 Stein-Jonas, Vorbem. zu § 485 II S. 1100.

(註四) 參照 Baumbach, Vorbem. zu § 485 Anm. 2 b.

(註五) 參照 Baumbach, Vorbem. zu § 485 Anm. 2 b; Stein-Jonas, Vorbem. zu § 485 II S. 1100.

第二章 區裁判所ノ訴訟手續

第三百五十二條 區裁判所ノ訴訟手續ニハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外前章ノ規定ヲ準用ス

本條は舊法第三七三條の規定と同趣旨である。

外國法參照條文 獨民訴訟法第四九五條。澳民訴訟法第四三一條。

資料 理由書一八四頁。民事錄五〇四頁。速記録七三〇頁。

目次 區裁判所の訴訟手續の特異性と前章の規定準用

區裁判所の訴訟手續の特異性と前章の規定準用 本條は區裁判所の訴訟手續に地方裁判所の訴訟手續の規定を準用することに關する規定である。區裁判所の訴訟手續は、固より民事訴訟の一般原則に従ふべきものなるを以て、區裁判所の訴訟手續にも本法總則の規定を適用することは謂ふまでもない。而して區裁判所の訴訟手續は、其の特異性のある場合を除くの外、須らく地方裁判所の訴訟手續に準して之を行ふべきものなるが故に、地方裁判所の訴訟手續に關する規定は、一般に區裁判所の訴訟手續にも亦之を準用するものである。(本條) 然れども區裁判所の訴訟手續は、單獨判事なる區裁判所の判事に依り之を行ひ而も能ふ限り之を簡易に行はなければならぬ法意から、自ら地方裁判所の訴訟手續に違つた特異性を有するものである。而も此の區裁判所の訴訟手續の特異性は、決して區裁判所の訴訟事件が微小なることに由來するのではなくて、寧ろ區裁判所の訴訟事件が甚しく繁多にして輻輳を極め且夫れ丈けに民衆の大多數の利害關係あることに職由するのである。即ち斯かる場合に於ては、權利の行使を能ふ限り簡易ならしむる必要あるを以て區裁判所の訴訟手續に付ては大いに方式を自由にし且訴訟事件を迅速に終結せしむる爲に地方裁判所の訴訟手續に違つた特異性を認めなければ

ならぬ。是を以て區裁判所の訴訟手續に付ては(一)區裁判所の構成の効果と(二)辯護士訴訟の緩和(三)訴訟手續の簡易を圖る爲本章及總則篇に特別の規定を設けてゐるのである。

(一) 單獨判事としての區裁判所の判事 謂ふまでもなく區裁判所は單獨判事を以て之を構成するものである。而して區裁判所の判事は訴訟事件に付て各自單獨判事として區裁判所の職務を行ふものなるを以て、裁判所の權限と裁判長の權限とを單身に混同する限度に於て裁判所及裁判長の權限を併せて行ふばかりでなく、單獨判事自ら受訴裁判所と看做される結果、受命判事をして裁判所の職務を行はしむるに由なきものである。

加之區裁判所の判事の除斥又は忌避に付ては、其の區裁判所自ら之を裁判すること能はざるを以て其の區裁判所の所在地を管轄する地方裁判所が之を裁判するのである。(民法三九條後段) 區裁判所の判事の除斥及忌避の場合に付ては本法第三九條其の三參照。

(二) 辯護士訴訟の緩和 本法に於ては、地方裁判所及區裁判所の訴訟手續に通じ、當事者の訴訟代理に付ては所謂辯護士強制主義(Anwaltszwang)を認めなうで、寧ろ所謂當事者訴訟(Parteiprozess)を認めてゐるが、(民法七九條)地方裁判所の訴訟手續に在りては、苟くも當事者が訴訟代理人に依りて訴訟行爲を爲す場合に於ては法令に依りて裁判上の行爲を爲し得る代理人を除くの外必ず辯護

士を訴訟代理人に選任せねばならぬことになつてゐる。(辯護士訴訟(Anwaltsprozess)の原則)反之區裁判所の訴訟手續に在りては權利の行使を容易ならしむる爲必ずしも辯護士訴訟を強要しないで却て當事者が區裁判所の許可を得て辯護士に非ざる者を訴訟代理人に選任することを得るのである。(民訴法七九條一項但書)所謂辯護士訴訟の原則及辯護士に非ざる訴訟代理人の代理權の制限に付ては本法第七九條其の二及第八一條其の四參照。

(三) 訴訟除去の和解手續 區裁判所の訴訟手續に於ては、訴訟を迅速に落着せしむる爲訴訟の除去を目的とする訴提起前の和解手續を認めてゐる。(民訴法三五六條)此の訴提起前の和解手續は、區裁判所の訴訟手續に包含せらるゝものにして、其の性質は通常の訴訟手續に屬すべきものである。尤も訴訟の豫防を目的とする訴訟手續外の調停手續は別問題である。

(四) 訴訟手續の簡易化 區裁判所の訴訟手續に於ては、訴訟手續を能ふ限り簡易ならしむる爲、訴提起の方式は地方裁判所に於ける訴提起の如く、必ずしも訴狀を提出して書面に依ることを要しない、口頭を以ても訴を提起することを得る外、(民訴法三五三條)口頭辯論の準備を省略して常に準備書面の交換(民訴法二四二條以下)を要しないばかりでなく、(民訴法三五七條)全然準備手續を行はないのである。(民訴法三五八條)更に判決の方式も簡略して判決に事實及理由を記載するには

單に請求の趣旨及原因の要旨、其の原因の有無並請求を排斥する理由たる抗辯の要旨のみを表示するを以て足りるのである。(民訴法三五九條)

第三百五十三條 訴ハ口頭ヲ以テ之ヲ提起スルコトヲ得

本條は舊法第三七四條の規定と全然同趣旨である。

外國法參照條文 獨民訴法第四九六條第二項。澳民訴法第四三四條。

資料 理由書一八四頁。議事録五〇四頁。速記録七三〇頁以下、後篇一八四頁。

目次 口頭に依る訴の提起

口頭に依る訴の提起 區裁判所の訴訟手續に於ては、訴訟手續を簡易ならしむる爲訴提起の方式を自由に爲し、原告は口頭を以ても訴を提起することを得るのである。(本條)即ち原告は、訴狀を區裁判所に提出して訴を提起するか又は口頭を以て訴を提起するかに付て選擇を爲すことが出来る。而して原告が訴を提起する爲、區裁判所の裁判所書記の面前に於て口頭を以て訴の提起に關し當事者並法定代理人、請求の趣旨及請求の原因を陳述したるときは、裁判所書記は訴の提起に付て調書を作成し之に署名捺印すべきものである。(民訴法一五〇條二、三項)此の場合に於ては、訴の提起は裁判所書記の調書の作成に依り之を完成するもので、其の時から訴訟が裁判所に繫屬するものである。訴訟の

繫屬に付ては本法第二三一條其の一及二及第二二三條其の三參照。

斯くして口頭を以て訴の提起ありたる場合に於ては、區裁判所は訴狀を被告に送達する代りに訴提起の調書の謄本を被告に送達を爲すべきものである。(民訴法三五二條、二二九條、一六四條)而して區裁判所の判事は訴の提起ありたる訴訟事件に付て口頭辯論の期日を指定したる上當事者を呼出さねばならぬ。(民訴法三五二條、二三〇條)期日に於ける呼出に付ては本法第二三〇條參照。期日呼出の方法に付ては本法第一五〇條參照。

然るに口頭を以て訴を提起したる調書の記載に付て、本法第二二四條第一項に規定する事項に欠缺あるときは、本法第二二八條の規定を準用し、區裁判所の判事は原告に對し其の欠缺の補正を命ずべきものである。(民訴法三五二條、二二八條)

第三百五十四條 當事者雙方ハ任意ニ裁判所ニ出頭シ訴訟ニ付口頭辯論ヲ爲スコトヲ得此ノ場合ニ於テハ訴ノ提起ハ口頭ノ陳述ニ依リテ之ヲ爲ス

本條は舊法第三七八條の規定と全然同趣旨である。

外國法參照條文 獨民訴法第五〇〇條。澳民訴法第四三九條。

資料 理由書一八五頁。議事録五〇五頁。速記録七三〇頁。
目次 當事者の任意出頭の口頭辯論と訴の提起

當事者の任意出頭の口頭辯論と訴の提起 本條は當事者雙方の任意出頭に基く口頭の陳述に依る訴の提起に關する規定である。區裁判所の訴訟手續に於ては訴訟手續を簡易ならしむる爲訴提起の方式を自由に爲し、一般に口頭を以て訴を提起することを得る(民訴法三五三條)外、尙當事者雙方は豫め裁判所から期日の呼出なきに拘らず、任意に通常の開廷日に區裁判所に出頭し訴訟に付て口頭辯論を爲すことを得るのである。(本條)而して茲に通常の開廷日とは日曜日其の他の一般の休日を除き區裁判所が民事の訴訟事件に付て期日の指定を爲し得べき日時を謂ふのである。

斯くして原告と被告に爲るべき當事者雙方が、訴を提起する爲且之に付て辯論を爲すべく任意に通常の開廷日に區裁判所に出頭したる場合に於ては、區裁判所の判事は早速其の當事者に對し口頭辯論を命ずる義務を有するのである。而して原告が區裁判所の判事の面前に於て相手方の在廷の下に口頭を以て訴に付て陳述を爲したるときは、訴訟が其の區裁判所に繫屬するものである。(註一)此の場合に於ては、訴の提起は原告の口頭の陳述に依りて之を爲すものであつて、勿論口頭辯論調書に之を記載することを要するが、既に訴の原因たる事實を辯論調書に事實關係の陳述として記載したる限り、

單に請求の趣旨のみを記載するを以て足りるのである。(註二) 而して當事者は訴訟が裁判所に繫屬したる時から最早任意に退廷し又は辯論を拒絶することを得ないのである。然るに當事者の一方が、辯論の爲出頭し乍ら辯論を爲さずして退廷し又は辯論を爲すことを拒絶したるときは、其の當事者は口頭辯論の期日に懈怠したるものと看做すべきものである。斯かる場合には本法第一三八條の規定を適用することを得るものである。然れども當事者雙方が訴訟の繫屬後任意に退廷し又は辯論を拒絶したる場合には、本法第二三八條の規定を準用するの外はない。

(註一) 參照 Neumann, § 439 S. 1212.

(註二) 參照 Neumann, § 439 S. 1212.

第三百五十五條 被告が反訴ヲ以テ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル請求ヲ爲シタル場合ニ於テ相手方ノ申立アルトキハ區裁判所ハ決定ヲ以テ本訴及反訴ヲ地方裁判所ニ移送スルコトヲ要ス此ノ場合ニ於テハ第三十二條及第三十四條ノ規定ヲ準用ス
移送ノ決定ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

外國法學叢書 獨民訴法第五〇六條。澳民訴法及澳裁判法に特別規定なし。

資料 理由書一八五頁、議事録五〇五頁、八八一頁以下。速記録七三二頁以下、七三六頁。

目次 一 地方裁判所への訴訟移送 二 本條の訴訟移送の要件 三 移送の裁判

一 地方裁判所への訴訟移送 本條は地方裁判所への訴訟移送に關する規定である。區裁判所に繫屬したる本訴の訴訟手續に於て被告から反訴を以て地方裁判所の管轄に屬する請求を爲したる場合に於て原告が(反訴被告)が訴訟の移送を申立てたるときは、區裁判所は決定を以て本訴及反訴を共に直近上級の地方裁判所に移送することを要するのである。(本條) 然れども反訴の請求が特別裁判所の管轄に屬する場合には、全然本條の規定を適用することを得ない。

二 本條の訴訟移送の要件 區裁判所が本條の規定に依り訴訟を地方裁判所に移送するには、左記の要件を具備せねばならぬ。

(一) 被告が本訴の訴訟手續に於て反訴を提起したること 本條の訴訟の移送は、區裁判所に繫屬する本訴の訴訟手續に於て被告が反訴を提起したることを要する。反之區裁判所に繫屬する本訴の訴訟手續に於て當事者が中間確認の訴(民訴法二三四條)又は原告が訴を變更して請求の擴張を爲し其の他當事者が反訴以外の請求を爲すも、本條の訴訟の移送を認むることを得ない。又被告が本訴の

訴訟手續に於て本法第一九八條第二項の規定に依り假執行の給付返還及損害賠償の請求を爲すも之を以て反訴の請求を爲したるものと認むることを得ない。(註一)

然れども本訴の訴訟手續に於ける被告の反訴は、訴訟上之を許さるべき場合でなければならぬ。然らざる場合に於ては、區裁判所は原告の訴訟移送の申立を却下すると共に被告の反訴を却下すべきものである。(註二) 本訴が一部の訴(Teilklage)である場合と雖、消極的確認の反訴(Widerklage auf negative Feststellung)は、本訴の請求額に超過する數額のみに關してでなく全部の數額に關して之を許さるべきものである。随つて斯かる場合に於ては全額に關する反訴が區裁判所の管轄限度を超過するときに本條の訴訟移送を爲すべきものである。(註三)

(二) 反訴の請求が地方裁判所の事物の管轄に屬するものなること 本條の訴訟移送は被告が反訴を以て地方裁判所の事物の管轄(sachliche Zuständigkeit des Landgerichts)に屬する請求を爲したる場合でなければならぬ。然れども反訴の請求に於て地方裁判所が專屬管轄を有する場合たると專屬せざる管轄を有する場合たるを問はない。(註四) 事物の管轄に於ては本法第二二條其の一參照。加之本條の訴訟移送は固より本訴の請求が區裁判所の事物及土地の管轄に屬することを前提とするものでない。何となれば反訴の提起並其の訴訟行爲を維持する訴訟手續の續行は、本訴の管轄

權なき場合でも可能であるからである。(註五)

(三) 原告が口頭辯論に於て反訴に應訴する前訴訟移送の申立を爲したること 本條の訴訟移送は原告(反诉被告)が口頭辯論に於て反訴の本案に於て辯論を爲す前即ち反訴の提起ありたる後反訴に對し應訴する前、訴訟を地方裁判所へ移送すべきことを申立てたることを要する。(註六) 而も原告は此の訴訟移送の申立に依り反訴の管轄違の抗辯を提出するものである。然らざれば管轄の合意を許さるべき範圍に於て本法第二六條の管轄の合意を認めらるべきである。即ち反诉被告が口頭辯論に於て反訴に於て管轄違の抗辯を提出しないで反訴の本案に於て辯論を爲したる場合に於ては、區裁判所は暗黙的管轄の合意ありたるものとして反訴に於ても管轄權を有するに至るものである。(民訴法二六條) 本案の辯論に於ては本法第二六條其の二參照。暗黙的管轄の合意に於ては本法第二六條其の一及二參照。

然るに反诉被告が反訴の管轄違に於て異議を述べ又は職權を以て其の管轄違を明確にせられたるに拘らず訴訟移送の申立を爲さざる場合に於ては、區裁判所は一部の終局判決を以て反訴を不適法として棄却すべきものであつて(民訴法一八三條二項)職權を以て本訴及反訴又は反訴のみを地方裁判所へ移送する決定を爲すことを許さないのである。

- (註一) 參照 Stein-Jonas, § 506 I 1 S. 1146.
- (註二) 參照 Stein-Jonas, § 506 I 1 S. 1146.
- (註三) 參照 Stein-Jonas, § 506 I 1 S. 1146.
- (註四) 參照 Stein-Jonas, § 506 I 2 S. 1146.
- (註五) 參照 Stein-Jonas, § 506 I 4 S. 1146.
- (註六) 參照 Stein-Jonas, § 506 I 3 S. 1146.

三 移送の裁判 斯くして本條に規定する訴訟移送の要件を具備する場合に於ては、區裁判所は決定を以て反訴のみでなく本訴と共に訴訟事件を直近上級の地方裁判所へ移送することを要するのである。(本條) 此の本訴及反訴の移送決定に對しては當事者から不服を申立つることを許されない。(本條二項) 故に本條の移送の裁判は本法第三三條第一項の規定に對する例外を爲すものである。尙本條の移送の裁判には本法第三二條及第三四條の規定を準用するを以て、(本條一項後段) 移送の裁判は移送を受けたる地方裁判所を羈束する效力を有し、而も移送を受けたる地方裁判所は更に事件を他の裁判所に移送することを許されないのである。又移送の裁判が確定したるときは、本訴及反訴は當初から移送を受けたる地方裁判所に繫屬したるものと看做されるのである。(本條一項民法三四條一項) 此の場合に於ては、移送 裁判を爲したる區裁判所の書記は、其の移送の裁判の正本を訴訟記録に添附し

移送を受けたる地方裁判所の書記に之を送付することを要するのである。(本條一項、民法三四條二項) 其他移送の裁判の效力に付ては本法第三二條其の一參照。移送裁判の効果及訴訟繫屬の法律上の擬制に付ては本法第三四條其の一及二參照。

第三百五十六條 民事上ノ争ニ付テハ當事者ハ請求ノ趣旨及原因竝争ノ實情ヲ表示シテ相手方ノ普通裁判籍所在地ノ區裁判所ニ和解ノ申立ヲ爲スコトヲ得
和解調ヒタルトキハ之ヲ調書ニ記載スルコトヲ要ス

和解調ハサル場合ニ於テ裁判所ハ和解ノ期日ニ出頭シタル當事者雙方ノ申立アルトキハ直ニ訴訟ノ辯論ヲ命ス此ノ場合ニ於テハ和解ノ申立ヲ爲シタル者ハ其ノ申立ヲ爲シタル時ニ於テ訴ヲ提起シタルモノト看做シ和解ノ費用ハ之ヲ訴訟費用ノ一部トス
申立人又ハ相手方力和解ノ期日ニ出頭セサルトキハ裁判所ハ和解調ハサルモノト看做スコトヲ得

本條は舊法第三八一條の規定と略同趣旨である。

外國法參照條文 獨舊民法第五一〇條ノ三。澳民法第四三三條。

資料 理由書一八六頁、職事録五〇六頁以下、八八三頁。速記録七三三頁以下、後篇一八五頁以下。

目次 一 訴提起前の和解手続 二 本條の和解手続の要件 三 和解手続の開始 四 和解期日に於ける手続
五 和解の費用

一 訴提起前の和解手続 本條は訴提起前の和解手続に關する規定である。區裁判所の訴訟手続に於ては、當事者の民事上の争訟に付て地方裁判所の事件と雖、和解を試みる目的 (zum Zwecke des *Sühneveruches*) 即ち訴訟を除去する和解の成立と都合に依り即時訴訟の辯論の爲、訴提起前に區裁判所の面前に於ける和解手続を許さるゝのである。然れども此の訴提起前の和解手続の性質に付ては、學者の議論あるも、元來此の和解手続は訴訟の除去を目的とし區裁判所の訴訟手続に包含せらるゝものなるを以て寧ろ通常の訴訟事件に屬すべきものであつて、非訟事件に屬すべきものでない。而して斯かる訴提起前の和解手続は、地方裁判所の訴訟手続に於て全然之を認めないに對し區裁判所の訴訟手続の特異性を示すものである。

二 本條の和解手続の要件 本條に規定する訴提起前の和解手続は、當事者の民事上の争訟に付て未だ訴の提起なきとき又は督促手続に於て支拂命令に對し異議の申立ありたるも訴の提起ありたるものと看做さない場合を前提とするのである。反之本條の和解の申立人が訴を提起する眞面目の目的を以

て和解の申立を爲したるか否は之を問はない。故に當事者の民事上の争訟に付て既に裁判所に訴訟繫屬したる場合に於ては、爾後本法一三六條の規定に依り裁判所が和解を試みることはあるにしても最早本條の訴提起前の和解手続を許さるべくもない。訴提起後の和解の勸試に付ては本法第一三六條參照。

次に訴提起前の和解手続は、如何なる訴訟價額の場合に於ても相手方の普通裁判籍所在地の區裁判所の管轄に屬するものである。是を以て訴提起前の和解の申立は、縱令通常又は特別の裁判所が訴に付て土地又は事物の專屬管轄を有するときと雖、常に相手方の普通裁判籍所在地の區裁判所に之を爲さねばならぬ。何となれば訴提起前の和解手続に付ては裁判管轄權 (*Jurisdiction*) を認めないからである。然れども他の裁判所の專屬管轄に屬する事件が區裁判所に於て訴提起前の和解手続から訴訟に轉移したる場合に於ては、區裁判所は職權を以て管轄權なき訴訟の全部又は一部を管轄裁判所に移送する決定を爲すべきものである。(民訴法三〇條) 相手方の普通裁判籍所在地の裁判所に付ては本法第一乃至第三條參照。管轄違の訴訟移送に付ては本法第三〇條其の一參照。

三 和解手続の開始 訴提起前の和解手続は、裁判所の職權を以て之を爲すものでなく、常に當事者の申立に因りてのみ之を開始するものである。而して和解の申立には當事者並其の法定代理人の表示

資料 理由書一八六頁、請求録五〇六頁以下、八八三頁。速記録七三三頁以下、後篇一八五頁以下。

目次 一 訴提起前の和解手続 二 本條の和解手続の要件 三 和解手続の開始 四 和解期日に於ける手続
五 和解の費用

一 訴提起前の和解手続 本條は訴提起前の和解手続に關する規定である。區裁判所の訴訟手続に於ては、當事者の民事上の争訟に付て地方裁判所の事件と雖、和解を試みる目的 (zum Zwecke des *Sühneversuches*) 即ち訴訟を除去する和解の成立と都合に依り即時訴訟の辯論の爲、訴提起前に區裁判所の面前に於ける和解手続を許さるのである。然れども此の訴提起前の和解手続の性質に付ては、學者の議論あるも、元來此の和解手続は訴訟の除去を目的とし區裁判所の訴訟手続に包含せらるゝものなるを以て寧ろ通常の訴訟事件に屬すべきものであつて、非訟事件に屬すべきものでない。而して斯かる訴提起前の和解手続は、地方裁判所の訴訟手続に於て全然之を認めないに對し區裁判所の訴訟手続の特異性を示すものである。

二 本條の和解手続の要件 本條に規定する訴提起前の和解手続は、當事者の民事上の争訟に付て未だ訴の提起なきとき又は督促手続に於て支拂命令に對し異議の申立ありたるも訴の提起ありたるものと看做さない場合を前提とするのである。反之本條の和解の申立人が訴を提起する眞面目の目的を以

て和解の申立を爲したるか否は之を問はない。故に當事者の民事上の争訟に付て既に裁判所に訴訟繫屬したる場合に於ては、爾後本法一三六條の規定に依り裁判所が和解を試みることはあるにしても最早本條の訴提起前の和解手続を許さるべくもない。訴提起後の和解の勸試に付ては本法第一三六條參照。

次に訴提起前の和解手続は、如何なる訴訟價額の場合に於ても相手方の普通裁判籍所在地の區裁判所の管轄に屬するものである。是を以て訴提起前の和解の申立は、縱令通常又は特別の裁判所が訴に付て土地又は事物の專屬管轄を有するときと雖、常に相手方の普通裁判籍所在地の區裁判所に之を爲さねばならぬ。何となれば訴提起前の和解手続に付ては裁判管轄權 (*Jurisdiktion*) を認めないからである。然れども他の裁判所の專屬管轄に屬する事件が區裁判所に於て訴提起前の和解手続から訴訟に轉移したる場合に於ては、區裁判所は職權を以て管轄權なき訴訟の全部又は一部を管轄裁判所に移送する決定を爲すべきものである。(民法三〇條) 相手方の普通裁判籍所在地の裁判所に付ては本法第一乃至第三條參照。管轄違の訴訟移送に付ては本法第三〇條其の一參照。

三 和解手続の開始 訴提起前の和解手続は、裁判所の職權を以て之を爲すものでなく、常に當事者の申立に因りてのみ之を開始するものである。而して和解の申立には當事者並其の法定代理人の表示

は勿論、民事上の争訟に付て請求の趣旨及請求の原因並争訟の實情を表示することを要し且明文なきも尙和解を試みられむことの申立をも表示すべきものなることは謂ふまでもない。殊に請求の趣旨及請求の原因並争訟の實情の表示は和解の申立の内容上の要件である。當事者並法定代理人の表示、請求の趣旨及請求の原因の表示に付ては本法第二二四條其の二參照。

此の和解の申立は一般の規定に従ひ書面又は口頭を以て之を爲すことを得るのであつて、特に一定の方式を定めてゐない。申立の方式に付ては本法第一五〇條參照。而して口頭を以て和解の申立を爲すには、申立人が區裁判所の裁判所書記の面前に於て和解の申立の陳述を爲し書記をして調書を作成せしむべきものである。

斯くして訴提起前の和解の申立ありたる場合に於て區裁判所が其の申立に付て管轄權を有するとき、區裁判所の判事は和解の爲期日を指定し且當事者雙方を呼出すべきものである。和解期日に於ける呼出手續に付ては本法第一五四條參照。

四 和解期日に於ける手續 區裁判所に於ける訴提起前の和解手續は、對審の裁判手續に非ざるを以て和解の期日を公開すべきものでないことは謂ふまでもない。然れども和解が竟に不調となりて和解の期日に出頭したる當事者雙方の訴訟辯論の申立ありたる後は最早之を公開の下に辯論を爲さねばならぬ。

らぬ。

訴提起前の和解手續は區裁判所の訴訟手續に包含せらるゝ通常の訴訟事件なるを以て、當事者は和解の期日にも辯護士をして代理せしむることを得るは勿論なるも、(民法七九條一項) 區裁判所の許可を得て辯護士に非ざる者をも代理人と爲すことを得るのである。(民法七九條一項但書)

和解の期日に於ては當事者の一方が出頭せざる場合と當事者雙方が出頭したる場合とに従ひ和解の手續を異にするを以て之を區別して左に説明する。

(一) 當事者の一方が和解の期日に出頭せざる場合 即ち和解の申立人又は相手方が和解の期日に出頭せざる場合に於ては、區裁判所は職務上の裁量に従ひ和解を調はざるものと看做すことを得るのである。(本條四項) 此の場合に於ては和解手續は和解を不調と看做したるときから當然之を終了するものである。而して之が爲に特に調書を作成するにも及ばない。

然るに當事者の一方が和解の期日に出頭せざる場合と雖、區裁判所は職務上の裁量に従ひ職權を以て和解の期日を延期して更に當事者雙方を呼出すことを得るものである。乍併此の和解期日の延期に依る和解手續の再施は、固より和解手續を更新したるものと認むべきではない。

(二) 當事者雙方が和解の期日に出頭したる場合 當事者雙方が和解の期日に出頭したる場合に於て