

法學叢書之一

民事證據論

日本松岡正義原著
張知本譯

下冊

上海法學編譯出版社

會文堂新書記局總發行

中華民國二十六年一月三版



總發行所
分發行所

原 著 人
譯 述 人
發 行 人
印 刷 所

上海
北平
漢口
長沙
廣州
河南
馬首
三北
琉璃
交陽
南通
永漢
北街
路廠

民事證據論

全書
二册

實價國幣一二元

外埠
加郵費

日本松岡義正

張知本
上海法學編譯社

徐寶魯
上海河南路三二五號

會文堂新記書局
上海河南路三二五號

會文堂新記書局

會文堂新記書局

民事證據論下冊目錄

第五款 人證之捨棄	三〇五
第六款 以證人爲證據之調查手續	三〇七
第七款 請求給付日費及旅費之權利	三三五
第八款 證言之評判	三三八
第二目 鑑定人	三四一
第一款 鑑定人之意義	三四五
第二款 鑑定人之能力(鑑定人之資格)	三五一
第三款 鑑定人之義務	三五三
第四款 鑑定人之迴避	三六六
第五款 捨棄鑑定人之證據方法	三六七

第六款	由鑑定人以調查證據之手續·····	三六八
第七款	日費旅費及墊款之給付請求權·····	三八五
第八款	鑑定之評判·····	三八六
第九款	鑑定證人·····	三八八
第三目	證書·····	三九一
第一款	證書之意義·····	三九二
第二款	種類·····	三九六
第三款	證書提出之義務 Vorlagepflicht Edlinspflicht·····	四一一
第四款	證書之證據方法之拋棄·····	四二三
第五款	證書之證據調查手續·····	四二四
第六款	證書之評判·····	四九九
第四目	檢驗物·····	五一五

第一款	檢證之意義	五一七
第二款	檢證物之物體	五一九
第三款	檢證忍耐之義務	五二〇
第四款	檢證之拋棄	五二五
第五款	檢證手續	五二五
第六款	檢證結果之評判	五三〇
第五目	訊問當事人本人之證據調查	五三一
第一款	意義	五三四
第二款	訊問能力	五三八
第三款	答復訊問之義務	五四〇
第四款	訊問當事人本人證據方法之拋棄	五四一
第五款	訊問當事人本人之證據調查	五四二

第六款 日費及旅費等之給付請求權……………五四四

第七款 訊問當事人本人之證據評判……………五四五

第六章 據證保全……………五四五

第一節 證據保全之意義……………五四七

第二節 證據保全之要件……………五五〇

第三節 證據保全之手續……………五五五

民事證據論下冊

松岡義正 著
張知本 譯

第五款 人證之捨棄

人證之捨棄

舉證者無論何時得將其人證之聲請撤回之，此卽所謂人證之捨棄也（參照日民訴三二〇條，德民訴三九八條）。原來調查證據，既因舉證者之聲請而爲之，故於調查未完之前，舉證者以其自由處分權之使用，自得隨時撤回其聲請，故舉證者於開始訊問證人以前，自能捨棄其聲請，卽於開始訊問以後，亦得捨棄之。訊問前之捨棄，則生不爲訊問之效力，訊問後之捨棄，則生再不續訊之效力。在德國普通法中，認定證據方法，一經舉證者之聲請，則爲舉證者與其對方所共通之證據法則；然在德日諸國之民事訴訟法中，則否認此種法則。但以對方亦得利用舉證者所聲請之證據方法，故於開始訊問證人以後，舉證者如得對方之承諾，亦得捨棄使用證人

第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 三〇五

之證據方法；若因對方不承諾之意思表示，而須繼續訊問證人時，則可省略對此同一證人再為傳喚及訊問之手續，以故舉證者於開始訊問證人以後，即不得隨意為其捨棄也。學者說明此種關係，而稱證據共通之原則，實由訊問證人之時間表現之。

(一) 方式

捨棄人證之方式

捨棄人證之意思表示，亦與其他訴訟行為相同，得於訊問日期（不論係在受訴法院中，或在受命推事或受託推事前）或於訊問證人前受訴法院之言詞辯論時。以言詞為之（參照日民訴一〇三條），如不必得對方之承諾者，則勿須於其日期到場。至於此種意思表示，得以書面為之與否，原為學者所爭論，或有認為書面捨棄有違言詞主義之原則，故以消極的論斷之（參照史丁氏所著德國民事訴訟法註釋）。究之人證之捨棄，既係一種撤回，故依日民訴一八八條第二項之準用，應以積極的論斷為適當。

(二) 效力

捨棄人證之效力

捨棄人證之舉證者，在同一審或上訴審中，亦得再聲請訊問同一之證人，蓋因

人證之捨棄，只有回復未聲請人證之原狀之效力，並不負擔再不利用之義務；惟應受日民訴二一四條第二項之適用耳。又此舉證者之對方，亦不因承諾其捨棄，而喪失聲請訊問同一證人之權利，蓋因此種承諾，並非捨棄此種權利；惟在聲請訊問同一證人時，却不受日民訴二一四條第二項之適用，因就承諾捨棄人證之事言之，不得謂爲有欲遲延訴訟之故意，或出於怠慢也。

(三) 訊問證人後之捨棄

訊問證人後之
捨棄

訊問證人後之捨棄，雖有當事人之合意，亦不能妨礙法院斟酌調查證據結果之權限（參照日民訴二一七條）。然當事人依日民訴二一六條第二項之規定，不陳述調查證據之結果時，則拋棄對於證人供述上之利益，蓋以法院無由斟酌調查證據之結果故也。

第六款 以證人爲證據之調查手續

以證人爲證據

以證人爲證據之調查手續，亦與其他證據手續相同，由聲請人證而開始（參照

第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 三〇七

之手續

日民訴二九一條)。且於證據決定中，須表明證人及訊問事項(參照日民訴二七六條)；於受訴法院或受命推事或受託推事所定調查證據之日期，須傳喚證人(參照日民訴二九二條二七三條二八七條二八〇條)；於訊問證人時，須將其供述記載於筆錄(參照日民訴一三條第一項第三款，又一三三條)。茲爲分述如下。

(一) 人證之聲請

人證之聲請

人證之聲請者，即就各個事實，特定的指明使用證人之證據方法之行爲也。故

當事人以發見其陳訴或抗辯得能正確之事實爲目的而聲請訊問證人時，不得謂爲聲請人證。第一，人證之聲請，須指定證人，且須表明證人應受訊問之事實(參照

日民訴二九一條德民訴三七三條)。(1)指定證人者，即係表明證人得能傳喚之

程度也。對於證人應受訊問之事由，如不表明亦得訊問者，可不表明之。表明證人住所不明瞭時，須定相當之期限補正之；不能因此即駁斥其聲請。(2)證人應受

訊問事項之表明(參照日民訴二七六條第一項第一款二九二條第二款又三一三條)

雖依實際情形各有不同；但至少必須表明訊問證人甚爲適當，且須表明法院及對方得能推知事實與訴訟目的之關係，故原告不表明陳訴之原因，僅表明被告負擔若干金額之債務而爲人證之聲明時，則其表明訊問事項，殊欠完備。至於當事人一方之意見或一般法律觀念，亦得訊問證人，故爲此種訊問時，應表明其意見之內容或買賣及停止支付等一般周知之法律上之意義爲訊問事項。且訊問事項須於證據決定中表明之，此爲日民訴二七六條第一項第一款所規定。其表明，並無限於有表明訊問證人之事實之效力，亦爲日民訴三一三條所規定；惟就訊問事項及不屬於該條所規定之牽連事項，如非證人承諾爲任意之供述者，不得訊問之。第二，聲明不具備以上所述要件之人證，或聲明法院已有注意而未補充欠缺要件（參照日民訴一一二條）之人證，法院勿須斟酌之。

（二）證據決定

證據決定

認定舉證者所聲明之人證爲合法而且必要者，如證人在庭時，即得繼續當事人

之陳述直爲證據調查，勿須爲證據決定；反之如證人不在庭時，則不能繼續當事人之陳述直爲證據調查，故須爲訊問證人之證據決定（參照日民訴二七四條第二項）。此種證據決定，已將一般的證人義務（公法上之證人義務）轉爲具體的證人義務（在特定訴訟事件中發生令爲證言之義務），且已確定其範圍。又在此證據決定中，受訴法院須於新日期命爲證據調查，或由受命推事或受託推事調查之（參照日民訴二七四條第二項二七三條二九六條三一八條）。

(三) 證人之傳喚

證人之傳喚

認定舉證者所聲請之人證爲合法而且必要者，如證人在庭時，即能繼續當事人之陳述直爲證據調查，勿須特別傳喚證人；反之如證人不在庭時，則不能繼續當事人之陳述直爲證據調查，故須有訊問證人之證據決定，且須傳喚證人。至於證據決定之施行，係以職權爲之（參照日民訴二七七條第二項），故有以下之規定。第一

傳喚之送達

，受訴法院或受命推事調查證據時，則由法院或受命推事命傳證人，法院書記官即

依證據決定，製成傳票，以職權送達於證人，實施傳喚之。又受託推事調查證據時，則由受託推事命傳證人，其所屬之書記官則依證據決定，製成傳票，以職權送達於證人，實施傳喚之。（1）傳票上應記明之事項，即係證人、當事人、法院之載定（參照日民訴二九二條第一款第五款一〇五條第一款一九〇條第二項第一款又德民訴三七七條），訊問事項之載定，證人到場處所之載定，以及不於日期（參照日民訴一六二條一六三條）到場應受法律上之處罰（參照日民訴二九四條二九二條第二款至第四款）之載定等是也。記明訊問事項之目的，即在引起證人之記憶，且使得能豫知是否為拒絕證言之事項；記載不到場應受處罰之目的，即在引起證人之注意。此等事項，乃係傳票上之主要內容，如以不完備之傳票而為傳喚時，證人即不到場，亦不得謂為無正當之理由，而加以不到場之處罰。（2）傳票之送達，須以正本交付於證人或其法律上之代理人（參照日民訴一三六條至一四六條），或補充送達之（參照日民訴一四五條至一四八條）；但不得公示送達，因此公示送達之

傳喚，不能達其傳喚之目的也。但在延展調查證據日期時，雖得以言詞命令證人於新日期到場，亦不能不用傳票，蓋以日民訴一六一條之規定，惟適用於當事人故也。學者或有主張在此命令中若含有不到場即受處罰之命令，亦可不用傳票。究之此種主張，並不正確，殊難置信。(3)無論證人是否住於調查證據之法院管轄內，

對於傳喚軍人
軍屬之囑託

而受訴法院如無行使日民訴三一八條第三款之權限時，無妨傳喚之。第二，傳喚現役軍人軍屬(德國民事訴訟法惟限於軍人)為證人時，受訴法院之審判長或受命推事或受託推事應囑託此證人之直屬長官或隊長為之(參照日民訴二九三條，德民訴三七八條)，此種法意，即在豫防軍事上之障礙。(1)囑託書由審判長或受命推事或受託推事作成，由法院書記官附以傳票，送達於其長官或隊長(在德國方面，則由審判長或受命推事或受託推事作成囑託書，由法院書記官送達於軍事官署。在囑託書中，須記明德民訴三七七條第一款及第二款所載之事項，以備軍事官署得能記載此種事項於其所發出之命令。且軍事官署於其命令中並須記載該條第三款所

對於現居內國
之外國人之傳
喚

載之事項)。(2)長官或隊長將此傳票交付於受傳之證人，因須遵守傳喚之日期，應許受傳者闕勤；若因軍務上不能允許時，則須以此旨意通知法院，且須請求改期傳喚之，受此通知之法院，自須再定日期，通知其長官或隊長。由此觀之，可知傳喚之完成，乃在長官或隊長交付傳票於受傳者之時，並非在審判長或受命推事或受託推事發出囑託書之時也明矣(在德國方面，傳喚之完成，則在軍事官署發出到場命令之時)。(3)受傳之軍人軍屬不到場時，依日民訴二九四條第四項之規定，則囑託軍事法院或直屬長官或隊長宣示罰金及其執行，故傳喚合法與否，軍事法院或長官或隊長須調查之。第三，在內國有現住所之外國人，因須服從本國之裁判權，故得傳為證人；然而亦有以下之例外。(1)現居內地之外國人而有治外法權者，既不服從本國之裁判權，故不得傳為證人；但對於此種外國人，亦得囑其管轄之官署令其投到於本國法院作證。此種外國人到場作證與否，宣誓與否，供述證言與否，皆出於其自由之意思，本國法院不得強制之(強制手段，惟外國官署始得

用之。(倡反對說者則主張準用日民訴一五二條之規定，應呈由外交部長爲此證人之訊問)。(2)駐在本國之外國領事，不問其爲外國人或內國人，雖無治外法權，然在通例上依據國際條約之規定，當其在本國法院作證受訊時，却有其特權。

對於住在外國者之傳喚

第四，以住居外國之內國人作證而受訊於本國法院時，雖依日民訴一五二條以下之規定，亦得送達傳票，傳之於本國法院；然在事實上，終缺強制手段，故非其有到場之好意，則無何等效用。且以此種人爲證人時，雖亦得能囑託外國之管轄官署令其投到本國法院；然而此非國際上慣用之方法，故於國際條約上如無特別之規定者，終不能正確行之，所以在此情形之下，日本則以其民訴二八一條之規定爲通例。

(1)住居外國者如係本國人而有治外法權時，受訴法院應呈由外交部長調查證據，蓋以此種本國人既有治外法權，即不服從其所在國之裁判權故也。外交部長由此得有命令在外國調查證據之機會，且有命令投到於本國法院之機會。(2)住居外國者如係本國人而服從本國領事裁判權時，則對於此種人調查證據，得由領事爲之

(參照日民訴二八一條第二項)。

(四) 證人之訊問

證人之訊問

法院先令證人提出傳票，次即問其姓名年齡住址職業等項(參照日民訴三一二條)，或以其他適當方法，判明證人確無錯誤以後，若應於訊問前令其宣誓者，則於宣誓前以相當方法曉以偽證之處罰，其證人有數人時，則於訊問前令其各別宣誓而訊問之；若應於訊問後令其宣誓者，則於訊問終了後以相當方法曉以偽證之處罰而令其宣誓，其證人有數人時，則於訊問後，令其各個宣誓(參照日民訴三〇六條至三〇八條，德民訴三九一條三九二條，法民訴二六九條二六二條)；但訊問日民訴三一〇條所載之人時，則不令宣誓而訊問之。以上所謂必須判明證人無誤者，蓋以證人錯誤，雖訊問之，亦不能達其目的也。至於傳喚主人爲證人時，其支配人因知訊問事項而到場者，在通例上，舉證者則捨棄訊問主人之證據方法，隨即聲請以其支配人爲在庭證人而訊問之。又以上所謂曉以偽證之處罰者(參照日刑一六九條

以下），即在促令證人明瞭宣誓後之重大責任，務宜審慎爲之也。至於證人宣誓之手續，可參照宣誓義務之說明（參照日民訴三〇六條至三一〇條）。

訊問之場所

有囑託受命推事或受託推事之必要時

（1）訊問之場所 訊問證人，以在受訴法院爲之爲通則（參照日民訴二七三條第一項），此即適用直接審理主義之原則也；然亦有例外之規定。第一，如有日民訴三一八條之情形者（參照德民訴三五七條）；受訴法院得以證據決定之形式命部員一名（受命推事）訊問證人，或囑託初級法院爲之（受託推事）（參照日民訴二七三條第二項第三項）。該條所載之情形有三。（1）因探知真實，必須當場訊問證人者。舉凡證人之供述，須由指示場所之關係始得說明者（例如山林境界之確定事件，非令證人當場說明，不能解其供述者），或必須與不能到受訴法院之證人對質者皆屬於此種情形。在此情形之下，如令受訴法院之全員皆當場訊問證人，則須多費勞力及費用，有違訴訟經濟之原則，故須有此例外之規定；但此時亦惟禁止受訴法院之全員當場訊問證人，若事實上，認爲有全員當場訊問證人之必要者，亦

得以全員爲之（參照日民訴一六二條）。（2）因證人疾病或其他事由不能到受訴法院者。舉凡證人因不定之時間而有繼續性質之事故不能到受訴法院者皆屬之，例如證人除疾病之外，尙因衰老及其他公務上之繼續故障而不能到受訴法院者是也。在此情形之下，如受訴法院必待證人到場，勢必滯延訴訟；如受訴法院全員就證人住處訊問之，又須多費勞力及費用，有違訴訟經濟之原則，故有此例外之存在也。但此時亦非禁止受訴法院全員就證人住處訊問之，若在情形上（如當事人雙方皆陳述不願惜增加費用時）認爲全員有就證人住處訊問之必要時，亦無妨由全員爲之。（3）證人住處距受訴法院所在地遼遠，以致到場須費極不經濟之時間及費用者。至於是否屬於此種情形，受訴法院固得依據事實判定之；惟須斟酌訴訟物之價值與旅費額數、證人因到場所受之煩累、在受訴法院訊問證人之利益等等之關係，例如爲百元之訴訟，命令證人到場須費百元之旅費是也。既然因此有害當事人之利益，故受訴法院以囑託證人所在地之初級法院爲此訊問爲適當。但此時亦非受訴法院禁

止證人到場，如受訴法院認定非使證人到場直接訊問不能護得心證者，亦可命其到場。依據德民訴三七五條第三款之規定，受訴法院調查證據時，如有困難情形（舉凡調查證據時，證人提出極浩瀚之記錄者、應訊問之證人極多者、證人雖得到場，然其神經過敏，若當多數當事人訊問，勢必於其舉動上或供述上發生不良之影響者等），亦得由受命推事或受託推事訊問證人。在日本方面，雖無此種明文，然在解釋上，實已包含於日民訴三一八條第一款之中。惟受訴法院不得以事務繁忙之故，囑託初級法院訊問證人。第二，一國元首為證人時，如元首住居於受訴法院所在地者，則令受命推事就其所在訊問之；如其住居於他法院管轄內或在滯留中者，則令受託推事就其所在或旅舍訊問之（參照日民訴二九六條第一項）。第三，最高長官為證人時，如受訴法院在其官署所在地或在其滯留所在地者，得傳為證人而訊問之；否則，囑託管轄其官署所在地或其滯留所在地之初級法院而為證據調查。又於國會開會期中以滯留議會所在地之議員為證人時，如受訴法院在其議會所在地者

訊問元首時

訊問最高長官
及國會議員時

，得傳喚各議員爲證人而訊問之；否則，囑託議會所在地之初級法院而爲證據調查（參照日民訴二九六條第二項第三項，德民訴三八二條）。總之關於訊問證人之場所，非依以上所述第一至第三之原因，則不得對於調查證據，排斥直接審理原則之適用（參照日民訴二七三條）。

此外，當事人亦不得以合意欲將他之訴訟中之訊問證人事件用作自己訴訟之判決資料，蓋依日民訴二七三條及三一八條之規定，並非承認當事人得以合意避免其適用也，因而對於當事人爲此合意之聲請，或就他之訴訟中調查證據之結果而爲陳述者，則須排斥之。

訊問之目的

一般訊問事項

(2) 訊問之目的 訊問證人之目的，可分爲一般訊問事項及特定訊問事項二種。

第一，關於一般事項之訊問者，即係對於證人是否錯誤，證人有無宣誓能力，及其證言可否確信等人事關係而爲訊問也（參照日民訴三一二條，德民訴三九五條）。

。法院爲判明證人無誤起見，在宣誓前，固應問其人事關係，在宣誓後，亦應再

訊問之，在此一般的訊問中，通常爲對於證人之姓名年齡身分職業居住等項之訊問；但在此等事項中有關證言之信用者，尤其關於證人與當事人之人事關係（親友、仇敵、雇傭、親屬等關係）及證人之實驗能力之程度（視力、聽力之程度），法院認爲必要時，亦得訊問之（當事人亦得請求爲此訊問；但訊問與否之判斷，須依法院之意見）。第二，關於特定事項之訊問者（參照日民訴三一三條），即係對於

證人過去所實驗之具體事實之結果而爲訊問也，此種事項，即證據決定及傳票上所記明之事項（參照日民訴二七六條第一款二九一條二九二條）。原來證人於法律事實之觀念中，不包含判斷；然而訊問證人之事項，終不外於證人所實驗之結果，是則在此事項中，即不能不包含相當之判斷，否則不能獲得實驗之結果也。故對於證人用其知識及其他方法所得之判斷而牽及於實驗之結果者，亦得訊問之。又證人對於法律上之觀念，亦無妨利用之；惟證人對此法律上之觀念是否有正確之理解，法院須調查之，蓋以證人中不無誤解法律觀念者故也。又關於特定訊問事項，亦可分

牽及於所知者
之部分

爲二部分。(1)爲證人應就訊問事項所牽及之得知事實而爲供述之部分。審判長開始訊問時，即令證人供述此一部分，因先令證人爲此供述，乃爲便於發見真實之手段也，故證人應不待審判長之繁問，可將所知之事實一一供述之；忽視此種方式，即不適於民事訴訟法之精神。且證人須將所知之事實以言詞供述之，不得朗讀書面或用其他筆錄代替言詞供述（參照日民訴三一四條前段、法民訴二七一條），此即言詞審理主義之適用也。其所以有此限制者，因恐拘泥於文字，而生隱蔽其所知事實之弊耳。然在例外上，限於有算數之關係者，無妨用其筆錄，因算數關係難於記憶，故得以筆錄供陳之（參照日民訴三一四條但書）。（證人向法院爲言詞之供述後，法院書記官將其供錄提出朗讀，使證人承諾無訛，且以之爲附錄付於卷中者，雖在實際上稍有出入之處，亦非法律所不許）。至於違反此種法則而訊問證人時，當事人不於適當時期主張質問權者，以後即喪失之。(2)爲各個問答之部分。證人將前述之部分供述終了後，即開始供述此一部分。(甲)審判長爲使證人之供述明白

各個問答之部
分

及完全，得先就其得知之原因（尤其是必須穿鑿其傳聞或認識之理由時），行使發問權（對於證人得知之原因之發問，當然屬於足使證人供述完全之發問）。參與辯論者之證人、當事人、從參加人（陪審推事及書記官除外）等對於審判長之發問認為不合法而申述異議時，法院則以決定之形式而下其發問是否合法之裁決（此種裁決，因係事件之指揮，故其形式，以決定行之，並非中間判決）（參與辯論者不得以審判長之發問為不適當而申述異議）。對此裁判，不得獨立聲明不服，蓋以此種裁決，不得謂為既係依據言詞辯論為之，即將訴訟手續之聲請經由言詞辯論而為駁斥之裁決，且法律上亦無對此裁決得能聲明不服之特別規定（參照日民訴四五五條）。然此裁決，自係終局判決前之裁決，以此為上訴之目的時，自能受上訴法院之判斷（參照日民訴一一三條三九七條四三三條）。又陪審推事亦得告明審判長，直接向證人發問，所謂直接發問權是也（參照日民訴三一五條第二項）；如不告明審判長，即不得發問，必如此，方足以保持審判長之訴訟指揮權及紀律維持權，因而

審判長雖不得拒絕陪審推事之發問，但認爲有礙訴訟指揮及紀律者，亦得就發問之時間，加以相當之限制，例如審判長於自己發問完畢之後，方使陪審推事發問者是也。關於陪審推事發問之目的，法律上雖別無規定，然其爲使證人之供述明白及完全，實與審判長發問之目的相同；又對於陪審推事之發問認爲不合法而申述異議時，亦與對於審判長之發問申述異議之情形相同，皆由法院以決定方式裁決之（參照日民訴三一五條第三項三九條七四三條）。（對於許否陪審推事發問之異議所下之裁決，在日本方面，究依日民訴三一五條第三項之規定，抑依日民訴一一三條之規定？此不能無疑。在德國方面，對於陪審推事發問之規定，則設於德民訴三九六條第二項，非設於三九七條，故應依一四〇條之規定；然在日本民事訴訟法方面，則以此種規定載於日民訴三一五條第一項，故應依據該條第三項。且在德國方面，審判長先根據德民訴一三六條所載之辯論指揮權，干涉對於陪審推事發問之異議而維持其發問時，如參與辯論者向法院請求排斥其干涉者，則以目的欠缺，異議終了，

已無請求之必要。此即德民訴三九六條第三項之旨趣與日民訴三一五條第一項之不同也。(乙)當事人(從參加人、代理人、輔佐人亦同)爲使證人之供述明白起見，得聲請審判長發問，所謂間接發問權是也(參照日民訴三一五條第二項)。至於是否應承認當事人對於證人有直接發問權，各國立法例原不一致，英美諸國民事訴訟法承認之；法國民事訴訟法則否認之(參照法民訴三七條二七六條)；德國民事訴訟法則限於當事人用律師爲訴訟時，始承諾當事人、代理人、律師對於證人有直接發問權(參照德民訴三九七條)；至於日本民事訴訟法則不問是否律師代行訴訟，皆絕對否認當事人有此直接發問權，如承認之，則當事人與證人勢必發生喧爭，而爲感情上之衝突，以致妨礙發見真實也。又間接發問權之行使，須於言詞辯論中爲之；如先以書面爲此聲請者，審判長則無斟酌之必要(此即言詞審理主義之適用)。又當事人雖有此種間接發問權，亦不得聲請審判長爲不合法之發問，故審判長在合法之限度內，必須允其聲請。至於其聲請果爲必要與否，審判長須調查之，不

得以其自己之意見，直認爲不必要，而拒絕發問（德之斯柯利茲基氏主張德民訴三九七條第一項所謂「有用」者，並非僅依當事人主觀的見解定之；但此種主張，却非通說）。無論在審判長認爲不合法而拒絕發問時，或在辯論者認爲不合法而對發問聲明異議時，皆須法院以決定之形式裁決之，對此裁決，不得獨立聲明不服；惟此種裁決，究屬終局判決前之裁決，若以之爲上訴之目的者，當然可受上訴法院之判斷（參照日民訴三一五條第三項三九七條四三三條）。（丙）何種發問爲法律所不許，雖別無規定，究之涉及於證據決定及傳票上記明之訊問事項以外而發問者，皆爲法律所不許，因證人惟於此種訊問事項之範圍內，始負證言義務也。又依日民訴二九八條之規定，對於已能拒絕證言之事項而發問者，皆爲法律所不許，因就此種事項原無證言義務也（德民訴三八三條第三項規定對於該條第一項第四款及第五款所載者之訊問，雖不拒絕證言；究之非違背祕密義務不能述其證言之事項，不得謂爲判然之事項，所以對於此種事實之發問，即令免除祕密義務得爲證言，亦爲法律

所禁止)。(參照德民訴三七六條三八五條第二項、日民訴二九八條第一款第二款二九九條第二項)。此外，關於誘導訊問(發問者以其期待之答辯，忖度證人而爲發問)、誘惑訊問(欲令證人之供述陷於矛盾之發問)、威嚇訊問、對於無關訴訟目的之事實之發問、對於業經答辯之事實之發問、對於法律觀念上或證人資格上不能供述其判斷之發問等，皆爲法律所不許，蓋以此等發問原無必要，且非人證之目的也(德之克蘭費納氏主張除誘導訊問誘惑訊問之外，其他雖係無關證據目的之發問；然當事人依據德民訴三九七條之規定認爲必要者，審判長卽有發問之權利，故此等發問，皆非法律所禁止；究之此種論斷，並非通說)。

(3) 訊問之方法 證人之訊問，在受訴法院審判長指揮之下或在受命推事或受

託推事前認爲必要時，應令通譯在場爲之(參照日民訴三一五條一二五條、又日法編一一五條)。當事人及其代理人並輔佐人之在場，雖爲法律上所允許，却不以此爲必要(參照日民訴二八四條、德民訴三五七條)；但以訊問證人爲鑑定之資料者

數人爲證人時

，法院得從鑑定人之意見，許其在場。至於因法院停止日期，或因訊問終了，捨棄人證等事由以致卸除證人之責者，證人自得任意退庭。第一，數人爲證人時，須分別訊問之，且須於後受訊之證人不在場時訊問之（參照日民訴三一一條第一項、德民訴二六二條），蓋以前一受訊者之供述，恐其影響於後一受訊者之供述也；但已受訊問之證人，亦可任其在庭（參照日法編一〇五條一〇六條）此卽辯論之公開也（當訊問鑑定人或鑑定人且爲證人之時，依據日民訴三三〇條第二款之規定觀之，顯然不適用日民訴三一一條第一項之規定）；證人之供述，互有齟齬時，法院得以職權命其對質（參照日民訴三一一條第二項、德民訴三九四條），此爲發見真實之必要手段，且當法院傳喚數證人就其互相齟齬之點，由審判長訊問時，或令證人互相直接辯明時，自有再問證人之必要（參照日民訴三一七條第五款）。德之赫爾比西氏主張當事人本人與證人對質，原爲法律所不禁，日本亦然。第二，證人之供述及證人於訊問前訊問後之宣誓或不宣誓，書記官須於記錄中明確記載之（參照

訊問之記錄

日民訴一三〇條第二項第三款三一六條），此因證言價值有重大關係故也。

(五) 再訊問證人

再訊問證人

受訴法院在緊結判決之言詞辯論終結前，為發現真實計，得隨時以職權或由當事人之聲請，命令再訊問證人（參照日民訴三一七條第一項、德民訴三九八條），換言之，即對於同一證人，就前經訊問之同一事項所為之訊問也。若對於曾經訊問之同一證人，問其新事實時，只能謂為訊問證人，不得謂為再訊問證人。第一，

訊問終了後之
決定

對於證人之再訊問，係在訊問證人終了後以決定之形式為之，勿須基於言詞辯論（德之史丁氏主張必須基於言詞辯論為之；然以法律上無此明文，不能謂此主張為正當）。或言詞辯論終結後為之（德之卓意費爾多氏斯托羅苦曼氏等主張應於言詞辯論終結後以決定形式命令再訊問證人；然法律上無以辯論終結為前提之明文，不得謂此主張為正當），不論以前之訊問，係由受訴法院為之，或由受命推事受託推事為之，皆得再為訊問（受訴法院不受其證據決定之拘束）。此種再訊問，當然適用

再訊問之必要

日民訴三一一條至三一六條又三一八條之規定。第二，訊問證人已違法律上之規定不足以資判決時，受訴法院須命令再訊問證人，以資判決，例如無法院書記官資格之人，而於訊問證人時在場者是也。又訊問證人不完全時，證人供述不明瞭或涉及兩義時，以及證人聲請補充或更正其供述時，皆須再訊問證人，蓋在此等情形之下，不足以達訊問證人之目的故也（德國多數學者主張在此等情形之下，是否再訊問證人，應以法院之意見定之，不必一定再為訊問，此即拘泥於德民訴三九八條第一項所謂「依其意見」之明文之解釋也。日本民事訴訟法無此明文，自無此種拘泥之見解）。至於受訴法院認為有再訊問證人之必要時（舉凡證人有對質之必要時（參照日民訴三一一條第二項）、證人之供述遺載於筆錄並法院之構成有變更時、證人之供述未為審判官記憶時），亦應命令再訊問證人。第三，再訊問證人之規定，雖適用於上訴審，却不適用於再審，因上訴審為第一審之接續，故上訴法院對於第一審所訊問之證人，得再為訊問；然在再審手續中，則以訴請再審，即成立新訴

規定再訊問之
適用範圍

當事人聲請再訊問之權利

訟關係也。第四，在日民訴二八四條第二項所載情形之下，當事人有聲請再訊問證人之權利。

(六) 受命推事或受託推事對於證人之調查手續

受命推事或受託推事對於證人之調查手續

受命推事或受託推事對於證人之調查手續，在原則上與受訴法院相同，故有受訴法院訊問證人之同一權限；惟在例外上，有法律之規定者，則無受訴法院訊問證人之權限（參照日民訴三一九條、德民訴四〇〇條）。（依據日民訴三一九條第一項所載「受命推事或受託推事亦有之」之明文，可知該條只為明瞭受命推事或受託推事訊問證人時究有受訴法院權限中之何種權限，特就實際上顯然之各個問題所下之規定；並非限制受命推事或受託推事訊問證人之權限）。第一，受命推事或受託推事之權限，即在完成其所受委任（即對於證人之調查）之一切行為。（1）故受命推事或受託推事有指定調查證據日期（參照日民訴二七八條至二八〇條又一七二條）之權限，傳喚證人並囑託為之之權限（參照日民訴二九二條二九三條二九四條第

受命推事或受託推事之權限

二四項三〇二條第四項），審問中維持秩序之權限（參照日法編一一二條），及依日民訴三一〇條之規定除不令宣誓而為訊問之外應使宣誓之權限（應於訊問前或訊問後令其宣誓，則依其意見定之）訊問證人之權限，證人供述互有齟齬時令其對質之權限，並支給旅費日費於證人之權限，（參照日民訴三二一條）。（2）故受命推事或受託推事對於其受委調查證據之施行上具有裁決之權限，例如除日民訴三一九條所載之裁決外，尚得對於調查證據日期之變更、延期、接續等而下裁決，並得對於擾亂秩序之證人而下處罰之裁決（參照日法編一一〇條）是也。惟受命推事或受託推事調查證據時，當事人間及當事人與證人間所生之爭執，則非完結其爭執，不得續行調查證據，而裁決其爭執之權限，則屬於受訴法院之權限，非屬於受命推事或受託推事之權限（參照日民訴二八三條），例如除依日民訴三一九條第二項所載之裁決外，尚須受訴法院就迴避證人之爭執而為裁決者是也（參照日民訴三〇五條）。

第二，依據日民訴三一九條之規定，受命推事或受託推事具有以下之權限。

對於證人之強

制處分

(1)對於無正當理由而不到場之證人，有處令賠償費用及罰金並拘提之權限（參照日民訴二九四條）並取消此種裁決之權限（參照日民訴二九五條），對於無正當理由而拒絕證言或拒絕宣誓之證人，有處令賠償費用及罰金之權限（參照日民訴三〇二條三〇九條），以及依其意見，有再訊問證人之權限（參照日民訴三一〇九條第一項第四項）。（依據日民訴四六五條二九四條第三項三〇二條第二項及三〇九條之規定，可知對於賠償費用及罰金之裁決，應先請求受訴法院之裁決，方得對此裁決而為抗告。又依日民訴二九五條之規定，可知賠償費用及罰金之裁決，受命推事或受託推事得隨時取消之），因此等權限，為完成其受委調查證據之必要手段；如必須受訴法院為此裁決，勢必耗費時間勞力，以致滯延訴訟也。惟當證人開具理由拒絕證言或拒絕宣誓時，受命推事或受託推事則無裁決其拒絕是否正當之權限（參照日民訴三一〇九條第二項二八三條），因受命推事或受託推事既係受委調查證據之施行機關，只得訊問證人，故對於拒絕證言或拒絕宣誓是否正當之終局裁決，當然屬

許否當事人聲
請發問之裁決

於受訴法院之權限（對於迴避證人之裁決，是否屬於受訴法院之權限，雖未規定於日民訴三一九條；然依日民訴二八三條之規定，應解為屬於受訴法院之權限）。

(2) 受命推事或受託推事對於許否當事人一方所聲請之發問有異議時，具有裁決之權限；但以後受訴法院基於言詞辯論，亦得為反對之裁決，因此種裁決，亦係終局裁決，當然屬於受訴法院之權限，故受命推事或受託推事對於此種異議之裁決，只能謂為假裁決，因之受命推事或受託推事對於當事人一方所聲請之發問而下允許之裁決時，即須發問，勿須豫先請求受訴法院之裁決，以後受訴法院如認定此種發問為法律上所不許而為反對之裁決者，則不得將證人對於此種發問之答辯，用為判斷證據之資料。又受命推事或受託推事對於當事人一方所聲請之發問而下不允許之裁決時，則須拒絕發問，此時之原告或被告，得就其裁決之當否，請求受訴法院裁決之（參照日民訴三一九條第三項）；受命推事或受託推事並須將訴訟記錄送於受訴法院。對於受訴法院之裁決，不得以抗告聲明不服，適與日民訴三一五條第三項所

載之情形相同（德國方面，受訴法院以後認定此種發問爲法律上所允許而爲反對之裁決時，則依德民訴三九八條第二項之規定，應於以後訊問之，故當事人無請求受訴法院裁決之必要）。至於受命推事或受託推事以職權或因當事人之聲請向證人發問，而證人開列理由拒絕答復時，受命推事或受託推事却無裁決其拒絕是否正當之權限，惟受訴法院則有之（參照日民訴三一九條第二項），因其屬於拒絕證言之處理也，所以受命推事或受託推事即須將此訴訟記錄送於受訴法院，且須於受訴法院之裁決前中止其發問。但證人不開列理由而拒絕答問者，受命推事或受託推事得依日民訴三一九條第一項之規定處罰之。第三，對於受命推事或受託推事維持秩序所下之裁決，只能依據法院編制法之規定，聲明不服（參照日法編一〇九條），不能依據民事訴訟法（日民訴四六五條）之規定聲明不服，因此種裁決爲受命推事或受託推事固有之權限，並非受諸受訴法院之委任也。又對於受命推事或受託推事確定應給證人之日費旅費等數目所下之裁決，如以抗告向其直接上級法院聲明不服者

聲明不服受命
推事或受託推
事之裁決

，則依日民訴四六五條之規定爲之（參照日民訴三二一條）。至若對於受命推事或受託推事完結其委任所爲之裁決，得請求受訴法院爲變更之裁決（參照日民訴四六五條）；但亦不得因此即謂得能抗告受訴法院之裁決。對於受訴法院之裁決得能抗告與否，則依日民訴四五五條之規定而定之；如謂不得抗告受訴法院之裁決，即不得向受訴法院請求變更受命推事或受託推事之裁決，在法文上固無此種規定也。

第七款 請求給付日費及旅費之權利

日費及旅費之
請求權

凡證人遵傳到場以至訊問日期終結後，得依民事訴訟費用法之規定，有向代表國庫之法院，請求給付日費及旅費之權利；而所謂旅費者，當然包含宿費在內（參照日民訴三二一條第一項第二項、又日民訴費九條一二條一三條、又德民訴四〇一條、又法民訴二七一條二七四條二七七條）。此請求權爲民事訴訟法所付與之權利，故與請求給付訴訟費用之權利同爲公法上之請求權。第一，凡證人一經傳到法

請求權之發生

請求之時期

院後，不論已受訊問，與因當事人捨棄使用證人之證據方法或因證人有拒絕證言權而未受訊問者，皆得請求給付日費及旅費，因民事訴訟法對於日費及旅費之給付，原無此種區別故。又證人雖係誤傳到場；但一經傳到，即得請求給付日費及旅費，因證人不能豫知其誤故。第二，凡證人於訊問日期終結後，即得請求給付日費及旅費；否則，經過法律上之限期，此種請求權即歸於消滅。至於請求給付是否係在合法之時期，則由出傳之受訴法院或受命推事或受託推事以之爲事實問題，自由判斷之。在德國在證人及鑑定人手續費規則中，對於請求給付，自訊問日期起算，設有三個月之限期（參照德國一八七八年六月三十日施行之證人鑑定人手續費規則第十六條）；又在德國民法中，規定證人鑑定人手續費及墊付費，以二年爲消滅時效（德民一九六條第一七款），因之對此規定與三月限期之關係，即生疑問。究之德國民法中所謂手續費及墊付費之請求，並非仲裁手續中證人鑑定人對於手續費墊付費之請求，乃係三月限期內之請求，故依其民法之規定，仍以二年消滅時效爲正確

請求權之行使

。第三，凡證人皆得向代表國庫之出傳法院聲請給付日費及旅費。承認此種聲請時，依據會計法之規定，或給付之，或駁斥之，皆得以抗告聲明不服（參照日民訴四五三條、德之證人鑑定人手續費規則一七條第三項）。此請求額數，則由出傳之法院依據民事訴訟費用法之規定確定之，爲此確定之裁決、經由言詞辯論爲之，並得以即時抗告，聲明不服（準用日民訴八五條、又參照德國裁判費用法四條第三項、德民訴五六七條第二項五六八條至五七五條）。至於證人於受傳之後，變更住所者，自得請求由新住所至出傳法院所在地之旅費。惟證人對於日費及旅費，不得請求豫給之（依據德國法院編制法一六六條第三項之規定，證人如遠隔受訊場所者，得爲此豫給之請求）。

國庫之權利義務

國庫一方面負有給付日費及旅費於證人之義務，同時則有責令當事人繳納此種費額之債權，故舉證者豫繳金額不足時，法院應以職權催索其欠額（參照日民訴三二二條第三項二八八條）。

第八款 證言之評判

證言之評判

證言（即證人之供述）之取捨，法院以其自由之心證判斷之（自由心證主義），故法院認為宣誓之供述難於信認者，得排斥之，認為不宣誓之供述得能信認者，得採用之。至於證人除因特別事由而無證人能力者外（例如應迴避之證人），皆得供述證言，法律上固無不許作證而為供述也。原來法院以自由心證判斷證言之法則，早為羅馬法所採用（羅馬帝政時代，曾經施行不准採用與書證相反之證言之法則）。在德國普通法中，允許採用適當之證言（禁用不適當之證言）而設須用二人互相一致之證言之證據法則，以防輕易信認證言之弊害。日德奧匈諸國之民事訴訟法，皆取法於羅馬法，而以證言之取捨，委諸法院自由心證之判斷，使其得下適於真實之裁判，因而法院一方面固有評判證言之自由，同時亦負重大之責任，在完成此重大之責任中，須將吾人記憶力及認識力之實在情形、證言之形式及內容、證人有

無供述真實之能力及意思、證言之基礎等，一一斟酌之。第一，法院應斟酌關於人類之記憶力及認識力之實在情形。各人之記憶，大都因時間之經過而薄弱，故對於訊問證人之事項，如係經過長年月日者，即不能遽然信認之。又由視覺得來之認識，與由聽覺得來之認識，不必常相一致，若證人供述目見之實驗與證人供述耳聞之實驗全不相符時，即排斥之，則未免失於過狹，故法院當訊問證人時，須深加注意，務令供及實驗結果之全體，不得以肯定或否定之單純答案為滿足，以致難於發見真實也。第二，法院須斟酌證言之形式及內容。證人在受訴法院受訊而為供述時，因得目擊證人之舉動，故比較由受命推事或受託推事訊問之供述，得能正確判斷其信否，蓋以後者之供述，只能依據記錄，提出於受訴法院故也（參照日民訴二一六條第二項）。至於使用明確而且平易之語言而為供述之證言，自較使用不明確不切實之語言而為供述之證言，具有充分之憑信力。此外，關於實驗之結果及依此而有矛盾之判斷並混同等等，皆於證言之價值上，有不少之影響，更不待言。學者

或有主張宣誓之證言，因其在刑法上有處以偽證之保障，故較不宣誓之證言，多有憑信之價值；然而此種主張，並不正確，誠以證言之價值，在證人之人格上及其供述之形式上，皆有最大之關係；無關係宣誓之有無也，所以法院不論宣誓之有無，惟須就其供述是否足信爲真實者而注意之（刑法上之規定，既限於宣誓之證人陳述虛偽時處罰之，適足養成不宣誓之證人可向法院爲虛偽陳述之思想）。第三，證人有無供述真實之能力，法院須注意之。此種能力，可分爲有形的資格及無形的（精神的）資格之二種。所謂有形的資格者，即證人在其實驗上須具必要之官能，例如對於非依視覺不能實驗之事實，盲者即無作證之資格，對於非依聽覺不能實驗之事實，聾者即無作證之資格是也。又所謂精神的資格者，即因精神之發達或習慣而在實驗上須具必要之觀察力，蓋以觀察力與判斷力互相關聯不可分離耳。第四，證人是否有供述真實之善意，法院須斟酌之。此種意思，因證人與當事人從參加人之關係（親屬關係、友誼關係、敵對關係等）而受影響。第五，證言之基礎，

注意證人之善
意或惡意

注意證言之基

礎

究係證人自身實驗之結果？抑係聞自他人所實驗之結果？又或證人係暫時住於本國之外國人，是否得能信用等等？法院皆須注意之，蓋以此等事項，影響於證言之價值甚大也。

第二目 鑑定人

總說

所謂鑑定人者，即依法院之命令，本諸自己之特別知識，而就法則、習慣、實驗規則、過去事實等陳述意見之第三者；而所謂鑑定者，即依第三者之陳述意見而成之證據調查。

鑑定制度之沿革

鑑定制度，在羅馬法中已發其端緒，繼依德國普通法之理論而發達；惟德國古代法中，則無此制度。(1)德國普通法中，初則以鑑定人與證人同一視之，且以鑑定人為理論方面之證人，而以證人為事實方面之證人；厥後始有鑑定人與證人之區別，並就鑑定人中，又以供述前須為實驗之鑑定人，為實驗的鑑定人（於檢證時在場，特就檢證物陳述意見之鑑定人，類似證人）（參照德民訴三五八條）；以對於

立證之事實或尙須立證之事實，本諸特別知識，擔任判斷之鑑定人，爲判斷的鑑定人；以法院調集之鑑定人，爲審判官之輔助者；以當事人所聲請之鑑定人，爲證據方法。此等區別，却爲近時所否認，遂至主張鑑定人爲審判官之輔助人，並非證據方法之學說，特占優勢，且於近世諸國民事訴訟法之立法上，大受此種學說之影響，例如法國民事訴訟法對於鑑定之設立，卽本諸鑑定人爲審判官之輔助者之見地（參照法民訴三六二條）；又如德國民事訴訟法草案理由書，卽明言鑑定人爲審判官之輔助者是也。質言之，卽德國普通法初則以鑑定人爲證據方法（*Beweismitteltheorie*）；繼後則以之爲證據方法及審判官之輔助機關（折衷論）；最後則以之爲審判官之輔助者或其輔助機關（*Gehilfen-theorie*）。（2）近時各國民事訴訟法，皆以不能向審判官要求一切之認識，故有鑑定之設立，如日德奧匈諸國民事訴訟法中之鑑定，皆受德國普通法中鑑定法則之影響，因而學說上，或以鑑定人爲證據方法者，或以之爲審判官之輔助機關者，或以之爲證據方法且同時爲審判官之輔助機關者。

然在日本民事訴訟法之解釋上，則以鑑定人爲證據方法，同時且爲審判官之輔助機關之論斷爲適當。

現時之鑑定制度

如前所述，鑑定人一面爲證據方法，一面又爲輔助審判官之判斷機關，茲爲分述如下。(甲)鑑定人係一證據方法，亦與證人相同，以故關於人證之規定，如法律上無特別規定者，皆可準用於鑑定，以避免多設類似之條文(參照日民訴三二二條、德民訴四〇二條)。(1)日民訴二九〇條之規定，可準用於鑑定，因鑑定人陳述意見所利用之特別知識，在其職務上，有應守祕密義務之目的故也(例如在官營工場中，關於製造軍器之知識)。又日民訴三〇二條之規定，如與日民訴三二八條之旨趣不相矛盾之部分；日民訴三〇六條三〇七條三一六條之規定，如與日民訴三二九條之旨趣不相矛盾之部分；日民訴二九四條三〇二條之規定，如與日民訴三二八條之旨趣不相矛盾之部分，皆可準用於鑑定。又日民訴三一一條之規定，因令數鑑定人得能各述其意見，亦可準用於鑑定人。其餘日民訴二九六條三一八條二九二條

二九三條二九五條二九七條二九八條三〇〇條三〇一條三〇八條三〇九條三一一條三一三條三一五條三一七條三一九條等等之規定，皆可準用於鑑定。(2)日民訴二九一條之規定，因有日民訴三二二條特別對於鑑定之規定，故不適用於鑑定；又日民訴三一四條之規定，因有日民訴三三一條第一款特別對於鑑定之規定，故不適用於鑑定；又日民訴三二二條之規定，因有日民訴三二二條特別對於鑑定之規定，故不適用於鑑定。此外，日民訴二九四條之規定，就其與日民訴三二八條之旨趣相矛盾之部分，不適用於鑑定。又日民訴三二〇條之規定，亦不適用於鑑定，蓋以聲明鑑定之當事人雖捨棄其證據方法，法院亦不受其拘束，仍有訊問鑑定人之自由也。(乙)鑑定人既為審判官之輔助者。(1)故法院得以自由之意見，確定應否命令鑑定人在場，或應命如何之鑑定人在場(縱然當事人聲請鑑定，但以法院之知識所能及而認為無鑑定之必要者，亦得不訊問鑑定人。惟在例外上，如有日本人事訴訟手續法四七條四八條五九條六七條等情形者，須令鑑定人在場，且訊問之。且法院認為

有鑑定之必要者，得以職權命鑑定人在場（參照日民訴一一七條三五八條）。（2）故法院得以職權選定鑑定人及指定其額數。惟在例外上，如當事人以合意選定鑑定人時，法院亦須受此合意之拘束（參照日民訴三二四條、德民訴四〇四條）。（3）故當鑑定之結果不充分時，法院得命令再鑑定（參照日民訴三三〇條第四款）。

第一款 鑑定人之意義

鑑定人之意義

如前所述，所謂鑑定人者，即依法院之命令，本諸自己之特別知識，而就法則、習慣、實驗規則及與自己無關係之過去事實等陳述意見之第三者，一面係證據方法，同時又為補充審判官知識之輔助機關；而所謂鑑定者，即由此第三者陳述意見之證據調查。

（一）性質

性質

關於鑑定人在訴訟上之性質，原為學者所爭論，或有主張鑑定人為一證據方法

，並非審判官之輔助人，其所主張之理由，認爲民事訴訟法既在調查證據之中規定鑑定，是其前提觀念，卽以鑑定人爲一證據方法，非爲審判官之輔助機關，否則，卽不能將鑑定載於調查證據之規定中；且鑑定人之意見，係依法院自由之心證，判斷其價值，若以鑑定人爲補充審判官知識不足之輔助機關，則法院卽不能有此自由判斷之權限；再就證人言之，既謂證人因使審判官確定真正之事實，亦爲審判官之輔助人，然而同時又謂證人爲證據方法，而謂鑑定人非證據方法係審判官之輔助人，是則此種見解，已屬自相矛盾矣。此一說也。或有主張鑑定人爲審判官之輔助人，並非證據方法，其所主張之理由，認爲調查證據之規定中其所以載有鑑定者，不過僅將鑑定手續之形式，使依調查證據之手續爲之，並非認定鑑定之性質爲證據方法，若從日民訴三二四條三三一條三三〇條第四款之法意推論之，足知鑑定人確係審判官之輔助人（德國學者並以德民訴四〇六條之規定爲其主張之根據）；且鑑定人既然補充審判官所缺乏之專門知識，使其易於行使正當之判斷，是鑑定人自係審

判官之輔助人，並非證據方法也明矣。此又一說也。究之鑑定人之主要任務，有時對於事實上之訴訟材料，而將其判斷上所必要之實驗規則且爲審判官所不明瞭者，本諸自己之學識經驗確定之；有時又因應用此實驗規則，判斷訴訟上之事實，而與審判官以助力，或因代替審判官獨立爲此判斷，而供審判官以實驗規則之知識。由此觀之，可知鑑定人在確定實驗規則時，其爲實驗規則上之證據方法也，固與證人爲事實上之證據方法相同；然在應用實驗規則而爲判斷時，則就事實上之訴訟材料，提供審判官在判斷上所缺乏之知識，非如證人就其過去見聞之事項，供述觀察之結果也明矣。故謂鑑定人一方面爲證據方法，同時又對於審判官判斷上之權限而輔助之。

(二) 目的物

目的物

鑑定之目的物，即係法則、習慣、實驗規則以及過去之事實。第一，習慣法、習慣、外國法，皆爲鑑定之目的物（參照日民訴二一九條）。反之，內國之法則

，審判官得以職權發見之，解釋之，且適用之者，因其勿須當事人舉證，故不應以之爲鑑定之目的物。但對於由外國語製成之內國法，或因調查古代之記錄始得發見之古代法，則不在此限，蓋以審判官無必須通曉外國語之責任，且無必須通曉古代法之責任也。第二，實驗規則爲鑑定之目的物，因審判官不知實驗規則時，則依鑑定人之意見補助之（參照日民訴一一七條）。至於鑑定之方法，或使鑑定人陳述實驗規則之存在及其內容之意見；或使鑑定人就其所知之實驗規則，供述可供審判官用爲判斷之意見。但在使用後一方法時，審判官則以應加判斷之事實爲確定之事實，通知鑑定人；或令鑑定人與自己共同調查訴訟材料；或令鑑定人代替自己單獨調查訴訟材料，報告其結果，且供述其意見，例如審判官與鑑定人共爲檢證；或令鑑定人單獨檢證，供述其意見是也（參照日民訴三五八條）。第三，依據研究過去事實（一般歷史上之知識或古代之記錄）之知識，得能供述其真實或不真實之意見者，亦爲鑑定之目的物。反之，如其過去之事實係與自己有關係而得陳述其真實

或不真實者。則不得爲鑑定之目的物，蓋以後者之事實，惟爲人證之目的物也。

(三) 第三者

第三者

鑑定人即係本諸自己之特別知識（即學術、技藝、或職業上之專門知識）陳述其意見之第三者，茲爲分析言之。第一，鑑定人係第三者（非法院職員、訴訟當事人、視同當事人之法律上代理人），因鑑定人負有供述公平意見之責任也（參照鑑定人之能力）。第二，鑑定人爲依特別知識陳述意見之第三者。鑑定人是否須依特別知識陳述意見之問題，原爲學者所爭論，或有主張鑑定人只以具有特別知識爲通例，並非要件，在訴訟中，審判官命令第三者勿須特別知識而得實驗得供述者，仍不失爲鑑定人。此一說也。或有主張以此第三者爲準鑑定人。此又一說也。究之此種第三者所爲之供述，只能謂爲證言，並非鑑定，因而爲此供述之第三者，並非鑑定人，且證人並非限定在訴訟外方得從事實驗之第三者；在訴訟中依審判官之命令，報告實驗結果之第三者，亦不妨爲證人，故謂特別知識爲鑑定人之要件。

第三，鑑定人係依特別知識而陳述意見者。鑑定人之任務，既在本諸自己之特別知識，陳述法則、習慣、實驗規則存否之意見，或與自己無關係之過去事實是否真實之意見，（陳述與自己有關係之事實，即係證言，並非鑑定）；或陳述實驗規則在訴訟上得能應用之意見，皆係確定判決之基礎而為襄助者也。以故鑑定人與證人同係確定判決基礎之襄助者；惟鑑定人之異點，不僅對於過去之事實，報告其實驗之結果（自己所見聞之事實），並且供述關於特別知識或其應用之意見。又鑑定人與通譯同係提供審判官所欠缺之知識，襄助審判官確定判決之基礎；惟鑑定人之異點，不僅為使審判官便於了解，改換其實驗之形式，而且以審判官所不具備之特別知識，使得實驗之。第四，鑑定人係依法院之命令，陳述意見之第三者（參照日民訴二七六條三三四條），故關稅法中所謂之評價人（參照日本關稅法六三條），仲裁人所訊問之鑑定人（參照日民訴七九五條）等，皆非此處所謂之鑑定人；又於強制拍賣手續中，法院命為評定不動產價格之鑑定人（參照日民訴六五五條），於強

制管理手續中在場之鑑定人（參照日民訴七一二條）等，亦非此處所謂之鑑定人，因此等鑑定人，與在場證人相同，皆係日後作證之裁判外之鑑定人，並非現在就訴訟上之事實，宣誓鑑定之鑑定人也。第五，鑑定人係第三者之自然人（*Physische Person*），以此徵諸鑑定準用人證之規定及命令鑑定人本人到場之法則等旨趣（參照日民訴三二二條二九四條、奧民訴三五七條），顯然可見，故法人及其他團體，不得為鑑定人（參照以下鑑定人之能力）。

第二款 鑑定人之能力（鑑定人之資格）

鑑定人之能力

非於鑑定上具有必要知識之自然人，則無鑑定人之能力。舉凡法院職員、訴訟當事人及視同當事人之法律上代理人對於其繁屬之訴訟，皆無鑑定人之能力，蓋以鑑定人原係以其特別知識，就與自己無關係之過去事實等等陳述意見之第三者故也。所以具有鑑定之必要知識之自然人而非法院職員與訴訟當事人及視同當事人之法

律上代理人等等之第三者，皆有鑑定人之能力。至於年齡健康、地位（例如關於國庫訴訟之官吏）等，只能成爲鑑定人可否憑信之問題，却不影響於鑑定人之能力（資格）。其次，國籍之內外（即是否爲本國人），亦無影響於鑑定人之能力，此爲多數立法例所同然。然在日本民事訴訟法三二五條中，則規定審查外國之書類或產物時，而本國人無此能力者，得任命外國人爲鑑定人；此種規定，顯係無故違反內外人同等主義之法則，殊於立法上爲失當。第一，官署或公署，皆無鑑定人之能力，因其不適用於調查證據之直接審理主義也（參照婆拉克氏所著奧國民事訴訟法教科書）。然亦不能因此直認爲法院不得向官署或公署請求報告某種實驗規則之存否，或請求對於訴訟原因之意見，此種報告書或意見書，雖不適用於鑑定之規定，亦得以書證視之（在德國方面，對於法院得能於民事訴訟中爲此行爲與否，則爲學者所爭論）。其次，法人及其他之團體，皆無鑑定人之能力；然亦得以法人及其他團體之代表者爲鑑定人而訊問之（德國設有特別之規定，使某一團體負有陳述意見之

義務)。第二，法院職員與當事人及視同當事人之法律上代理人等，皆無鑑定人
之能力，因法院職員之鑑定，難保不無先入之偏見（參照德民訴四〇九條第三項）
；且當事人更不能對於自己有所鑑定也。然亦不能因此直認為法院不得確信當事人
之鑑定的說明，信認此種說明與否，原屬於法院之自由（參照日民訴二一七條）。
其餘，關於第三者之範圍，可參照以前關於證人能力之說明，茲不贅述。

第三款 鑑定人之義務

鑑定人之義務

鑑定人之義務，與證人之義務同，亦依法院之命令，有到法院供述且宣誓之公
法上之義務；然亦有與證人之義務不同者，即鑑定人之義務，並非一般服從本國司
法權者所負擔之義務，乃係法律上之特種人所負擔之義務。

(一) 性質

性質

鑑定人之義務，與證人之義務同，皆為司法上之利益所負擔之公法上之義務；

惟鑑定與證言不同者，鑑定有代替之性質，而證言無之，故鑑定人之義務，為法律上特種人所負擔，非如證人之義務為特定之人所負擔。原來證人為供述具體事實之實驗結果者，故證人須以此種人為限，不得以他人代之，因之凡就某一實驗之事實被特定為證人時，即對於其實驗之結果須負證言之義務；然而鑑定人則係本於特別之知識，對於法則、習慣等供述其意見者，故鑑定人只須有特別之知識者即得為之，無禁止他人代替之限制，因之鑑定人之義務，惟限於特種人負之，不限於特定人負之。至於法律上負有鑑定義務者；不外以下數種，即經官委任而就必要之種類為鑑定者，常從事於鑑定所需之學術、技藝、職業者，因從事於鑑定所需之學術技藝或職業而經官委任或授有權限者，以及在法院供述應為鑑定之旨者皆是也（參照日民訴三二六條）。

（1）經官委任而鑑定必要之種類者 此特種人一經國家及其他公法人委任之後，即負有鑑定之義務，如法醫是也。

(2) 常從事於鑑定所需之學術技藝或職業者 常從事於鑑定所需(鑑定之要件)之學術技藝或職業者(即取得各種利益之動作，舉凡商業農業製造業技師新聞記者及其他營業皆是也)，不論其從事之計算係爲自己或他人，亦不論其從事者爲主業或副業，皆負鑑定之義務，例如學者美術家商人工場主等是也。至於依自己之嗜好而從事於學術技藝者，自不能以營業者視之；究能包括於此處所謂之從事於學術技藝職業者以內與否，誠屬疑問，若就德民訴四〇七條所載「以鑑定所需之學術技藝職業爲營業者」之規定觀之，是將嗜好學術技藝者除外；然在日民訴三二六條第二款則載有「從事於鑑定所需之學術技藝或職業者」之規定，是在文理解釋上，似已包含此種嗜好者在內；然而令此嗜好者亦負鑑定之義務，未免失於過酷，故在理論上，應以不包含之解釋爲適當。

(3) 因從事於鑑定所需之學術技藝職業而受委任或授有權限者 受委任者，即係國家及其他公法人所聘任之教授或技師；授有權限者，即係醫師、藥師、律師等

，故不必以鑑定所需之學術技藝職業爲營業。

(4) 在法院供述應爲鑑定之旨者 對於受訴法院受命推事或受託推事陳述某種普汎意見或特定之意見者（尤其傳到法院爲鑑定而不陳述何等異議者），縱令依據日民訴三二六條第一項第一款第二款之規定，無鑑定人之義務，而有鑑定之義務，例如因熟知某人筆蹟而到法院陳述鑑定之旨者，負有鑑定之義務是也，此即由於防止訴訟遲延之故耳（參照日民訴三二六條第二項）。

(二) 內容

內容

鑑定人之義務，與證人之義務相同，皆有到場義務與供述義務及宣誓義務。關於鑑定人義務之內容，可依證人義務內容之法則知之（參照日民訴三二二條、德民訴四〇二條）。

到場之義務

(1) 到場之義務 在原則上，凡鑑定人皆有應到出傳之受訴法院受命推事或受託推事前之義務；然在例外上，亦有依法律之規定，得能免除之。

(甲)原則 負有鑑定義務之鑑定人(參照日民訴三二六條三二八條、德民訴四〇七條四〇九條)，須遵合法之傳喚，投到於受訴法院受命推事或受託推事之前，故違此義務時，則科令賠償因不參與所生之費用及罰金，此與對於證人違此義務者相同；但亦有不同者，即對於鑑定人不得拘提之(參照日民訴三二八條)。舉凡關於處令違背到場義務之鑑定人賠償費用及罰金之性質、撤消、以及對於軍事官署爲此囑託等等，皆與對於證人爲此等之處理者相同(參照日民訴三二二條二九四條二九五條)；所不同者，惟對於鑑定人違背到場義務時，不得拘提之一點，因鑑定人只須具有鑑定所需之特別知識者爲已足，非如證人惟限於某一見聞之特定人也。至於處令二次違背到場義務之鑑定人賠償費用及罰金時(參照日民訴三二二條二九四條第二項)，是否因此終結對此鑑定人之手續，原爲爭論之問題，或有根據對此鑑定人不得科以二次以上之罰金及賠償費用之主張，而爲積極的論斷者(參照史丁氏所著德國民事訴訟法註釋)；究

之日民訴二九四條第二項之規定，既不足作此根據。是應以消極的論斷爲適當，蓋以對此鑑定人之手續應否終結，應依法院自由意見定之，且法院認爲必要時，亦得對此鑑定人爲二次以上之傳喚也。

例外

(乙)例外 一國元首爲鑑定人時，無到受訴法院受命推事或受託推事前爲鑑定之義務；最高長官爲鑑定人時，無到其官署所在地或其滯留地之法院以外之法院爲鑑定之義務；國會議員爲鑑定人時，無到其會期滯留地之法院以外之法院爲鑑定之義務。無鑑定義務者（參照日民訴三二六條），縱令傳爲鑑定人，亦無到場之義務，故不得處令賠償因不參與所生之費用及罰金。有鑑定義務者若於日期前已拒絕鑑定，亦無到場之義務，故不得因此處令賠償費用及罰金（參照日民訴三二二條二九六條三〇〇條第二項）。

供述之義務

(2) 供述之義務 在原則上，凡鑑定人皆對於受訴法院受命推事或受託推事負有鑑定之義務；然在例外上，法律有一定之規定者，亦得拒絕鑑定。

(甲)原則 負有鑑定義務之鑑定人(參照日民訴三二六條三二八條、德民訴四〇七條四〇九條)，須到受訴法院受命推事或受託推事前從事鑑定(即為鑑定人之供述)，故違背此種義務時，換言之，即不開列原因而拒絕供述，或於駁斥其原因後而仍拒絕供述時，則處令賠償因此所生之費用及罰金，此種制裁，與證人違背此種義務所受之制裁相同(參照日民訴三二八條三二二條三〇二條)。至於鑑定人受命應以書面陳述意見而將書面遲不提出時，是否認為供述義務之違背，則由法院視其情形定之(參照日民訴三三〇條)。此外關於處令鑑定人賠償違背此種供述義務所生之費用及罰金之性質、形式、撤銷、以及對於軍事官署之囑託等等，皆與對於證人之處理相同(參照日民訴三二二條二九四條二九五條)。(德國多數學者，均以法律上既然對於二次不履行供述義務之鑑定人，得科以六百馬克以下之罰金之明文，故主張對此鑑定人宣告此種罰金時，即已終結對此鑑定人之手續)。

例外

(乙)例外 鑑定人得根據證人拒絕證言之同一原因，拒絕鑑定；且法院對於官吏或公吏為鑑定人時，如其管轄官署或公署有異議者，則不得訊問之；且法院亦得撤銷鑑定人之委任，或免除其義務。第一，鑑定人得根據證人拒絕證言之同一事由，拒絕鑑定（參照日民訴三二七條第一項二九七條至二九九條、德民訴四〇八條）蓋以有此事由而尚不得拒絕鑑定者，反乎人情故也。又依日民訴三二六條之規定。鑑定人無鑑定義務時，自得拒絕鑑定。對於拒絕鑑定之手續及其當否之裁決，日本則依其民訴三〇〇條及三〇一條之規定；但關於拒絕鑑定之中間訴訟，如法院已改任鑑定人（參照日民訴三二四條第一項後段三三一條）時，則無此拒絕當否之裁決而終結。第二，官吏或公吏為鑑定人時，而其管轄官署或公署有異議者，不得訊問之（參照日民訴三二七條第二項、德民訴四〇八條），因其訊問足以害及公務也。以故任為鑑定人之官吏或公吏雖依日民訴三二六條之規定負有鑑定義務，而其管轄官署或公署聲明異議者，則

無論其官吏或公吏拒絕鑑定與否，法院皆須廢止其訊問。至於法院當訊問官吏或公吏之鑑定人時，應於其管轄官署或公署聲明異議以前，從事調查，縱然鑑定事項係職務上應祕密之事項，然依日民訴二九〇條之規定，亦可勿須其管轄官署之許可。學者亦有主張根據日民訴三二二條，既然二九〇條之規定亦可準用於鑑定，是則以官吏或公吏為鑑定人而訊問其職務上應祕密之事項時，必須豫先經其管轄官署之許可。究之訊問官吏或公吏之鑑定人時，因另有日民訴三二七條第二項之規定，故不適用三二二條前段之規定。官吏或公吏如欲拒絕鑑定者，一經接收傳票之後，即須求其管轄官署向法院聲明之。官署或公署之異議，因法律上別無規定，故僅須表示反對其所屬官吏或公吏為鑑定之意思，勿須說明其理由。依據德國民事訴訟法草案理由書之說明，則須聲明如履行鑑定義務，即於職務上缺少必要之時間，或於其他職務上發生障礙。第三，法院得撤銷鑑定人之任命，或免除其義務。原來鑑定人非有證人拒絕證言之同一事

由，或依日民訴三二六條之規定而無鑑定義務者，皆無拒絕鑑定之權利；且以官吏或公吏爲鑑定人時，非其管轄官署或公署聲明異議，則不應廢止其訊問。然以下二點，却應注意。(1)法律上雖別無規定，法院亦得以職權撤銷其命爲鑑定人之委任。鑑定人之委任，原係證據決定之一部分，而證據決定又係指揮訴訟之裁決，法院既得撤銷之，是則鑑定人之委任，亦得撤銷之也。(2)法律上雖別無規定，法院亦得以職權或因鑑定人之聲請，免除其鑑定之義務(參照德民訴四〇八條第二項)。原來法院若於委任鑑定人之後，一旦發見鑑定人無從事鑑定之適當知識，或發見鑑定人無宣誓之資格，或鑑定人不提出鑑定書時，因須排斥之，故得免除其鑑定之義務。又當鑑定人事務繁劇而無鑑定之餘暇時，因須和緩鑑定義務之嚴酷，故得免除鑑定之義務。其次，鑑定人有與鑑定義務相衝突之職務時(例如委任仲裁人就其仲裁判斷之目的事項爲鑑定人時)(參照德民訴四〇八條第四項)，因須和緩此種衝突，亦得免除其鑑定之義務

。至於鑑定義務之免除，因非基於法律上之原因，自不準用日民訴三〇〇條及三〇一條之規定；然而對於免除鑑定義務之聲請，法院得經言詞辯論之後裁決之；且對於此種裁決，得以抗告，聲明不服（參照日民訴四五五條）。

宣誓之義務

（3）宣誓之義務 在原則上，鑑定人須依受訴法院受命推事或受託推事之命令，舉行法定之宣誓；然在例外上，如雙方當事人捨棄其宣誓之利益者，則勿庸宣誓。

原則

（甲）原則 負有鑑定義務之鑑定人（參照日民訴三二六條），在法院爲其鑑定之前，負有宣誓之義務（參照日民訴三二九條，德民訴四一〇條）（在日本方面，係以宣誓爲調查證據之一成分，故在受命推事或受託推事前之宣誓，如依日民訴三二二條及三一八條之規定，非命令受命推事由鑑定人以調查證據時，或囑託初級法院由鑑定人以調查證據時，則不舉行之；在德國方面，因不以宣誓屬於調查證據，故主張在受命推事或受託推事前之宣誓，雖無德民訴三七五

條所載之前提要件，亦須舉行之，此爲顧全當事人之利益，擔保鑑定誠實之手段。故對於拒絕宣誓之鑑定人，則依日民訴三〇〇條至三〇二條之規定制裁之（參照日民訴三二二條三〇九條）。第一，鑑定人宣誓，與證人宣誓不同，須於鑑定前舉行之，蓋以應令其宣誓與否之疑點甚多故也（德民訴四一〇條之規則，關於應令鑑定前宣誓或鑑定後宣誓，則依法院自由之意見定之，已改正必須於鑑定前宣誓之注文，此種改正，於立法上頗爲適當，因鑑定之宣誓，原無必須於鑑定前爲之之必要也）。且法律上對於鑑定人之宣誓，原無例外之規定，勿論在以言詞或以書面陳述其意見時，皆須令其宣誓，如以書面陳述意見者，則其鑑定之完成，乃在提出鑑定書於法院之時，非在以後說明鑑定書之時（參照日民訴三三〇條第一款第三款），故其宣誓須於提出鑑定書之前爲之。至於鑑定人宣誓之方式，亦與證人宣誓之方式不同，乃在「宣明須以公平而且誠實履行鑑定人義務之誓詞」（參照日民訴三二九條）此種方式，不許妄加

變更。此外，鑑定人之宣誓，不能用證人之宣誓代之（德國對於二次訊問同一鑑定人時，依其民訴三九八條第三項之規定，得引用以前之宣誓，擔保其供述之誠實。在日本方面，則無此明文，故於二次訊問之時，須另行宣誓）。

第二，鑑定人須於鑑定前舉行宣誓（參照日民訴三二九條），換言之，即謂日民訴三二九條所規定之旨意，乃係無條件的對於一切鑑定人皆須於鑑定前舉行宣誓，故日民訴三一〇條之規定，不能依據日民訴三二二條之規定。以之準用於鑑定。因之鑑定人若受訊為證人時，雖係日民訴三一〇條第四款及第五款所載之人，除雙方當事捨棄其宣誓利益外，皆須令其宣誓而訊問之。又因刑事上之判決已被剝奪或停止公權而於宣誓上無鑑定人供述之資格者（參照日民訴三一〇條第三款，日舊刑三一一條，日刑施三四條三六條）除雙方當事人捨棄其宣誓利益外，不得選為鑑定人，因其無宣誓之資格也。至於訊問時未滿十六歲者及不解宣誓之意義者，因其無必要之智識，自無鑑定人之資格。第三，鑑定人

既須於鑑定前舉行宣誓，故法院對於雙方當事人並未捨棄其宣誓利益而不令鑑定人宣誓即加以訊問時，已違日民訴三二九條之訴訟手續，因而當事人對於以此鑑定所下之判決，得以上訴聲明不服。究之關於鑑定人宣誓之規定，與證人宣誓之規定雖同為保護當事人之利益而設，但非強行法，故當事人在接續調查此鑑定人之言詞辯論中，如不申述何等異議，以後即喪失違背手續之質問權。

(乙)例外 雙方當事人不論法院係以職權調查鑑定之證據與否，皆得捨棄鑑定人宣誓之利益，在此捨棄之時，當然不令鑑定人宣誓而訊問之。

例外

第四款 鑑定人之迴避

鑑定人之迴避

當事人根據迴避證人之同一事由，得迴避法院所委任之鑑定人（參照日民訴三二二條三〇三條），因有此種事由，即於鑑定上有缺乏誠實之嫌疑也。第一，迴避鑑定人之原因，與迴避證人之原因相同，此係本於法國民事訴訟法之立法例（參

照法民訴三一〇條）；然在德國方面因重視鑑定人爲審判官之補助者之觀念，故其迴避鑑定人之原因與迴避推事之原因相同（參照德民訴四〇六條）。第二，關於迴避鑑定人之聲請及其裁決，皆依迴避證人之聲請及其裁決之法則（參照日民訴三二二條三〇四條三〇五條）（德國方面，在受命推事或受託推事選任鑑定人時，固然有裁決聲請迴避鑑定人之權限；然在受訴法院選任鑑定人時，則不論對於鑑定人之訊問係由受訴法院爲之或由受命推事或受託推事爲之，皆須受訴法院裁決之）（參照德民訴四〇六條）。第三，鑑定人於鑑定前已受有效之迴避時，法院自得委任另一鑑定人代替之（參照日民訴三二四條第一項）。又鑑定人於鑑定後，已受有效之迴避時，法院得以自由之意見判令另一鑑定人爲此種鑑定，或不爲此種鑑定。

第五款 捨棄鑑定人之證據方法

捨棄鑑定人之

當事人得能捨棄其聲請之鑑定與否，換言之，即日民訴三二〇條之規定，準用

第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 三六七

證據方法

於鑑定與否，固爲學者所爭論（法院以職權命爲之鑑定，當事人自不得捨棄之），但法院認爲必要時，得以職權訊問鑑定人，故當事人雖捨棄其聲請之鑑定。亦不能阻止法院對於鑑定人之訊問，因之應以消極的論斷爲適當。

第六款 由鑑定人以調查證據之手續

由鑑定人以調查證據之手續

由鑑定人以調查證據之手續，大都依據人證手續之法則（參照日民訴三二二條）。

（一）手續之開始

手續之開始

由鑑定人以調查證據之手續，法院以職權開始爲之（參照日民訴六條一一七條），或因聲請鑑定開始爲之（參照日民訴三二三條，德民訴四〇三條）。第一，聲請鑑定，只須表示訊問鑑定人所應鑑定之事項，勿須指定鑑定人，此與聲請人證之不同點（參照日民訴二九一條）因鑑定人並不限於特定人，凡有鑑定之適當知識

者皆得爲之也（Fungible Personen）。學者或有主張法院既於必要時，不論當事人有無聲請，而有調集鑑定人之職權及職務，是訊問鑑定人之聲請，不過爲促令法院注意職權行動之手段，故聲請鑑定時，只須表明應加鑑定之事項，而無特別聲請訊問鑑定人之必要，且無指定鑑定人之必要。究之對照日民訴一一七條第二項及三二三條觀之，顯然於聲請鑑定之中，須有訊問鑑定人之表示，在日民訴一一七條第二項中，已載明可依聲請而命檢證及鑑定之規定，由此已足推知係以訊問鑑定人之聲請爲前提；且在日民訴三二三條中，其所以僅載明「聲請鑑定，須表明應加鑑定之事項」，不設聲請訊問鑑定人之規定者，因聲請鑑定，即有聲請訊問鑑定人之意旨

在內，自無明文規定之必要，並非勿須聲請訊問鑑定人之法意，當事人即於書面上只表明應加鑑定之事項，不作訊問鑑定人之聲明，原無何等關係，故在結論上，應謂聲請鑑定，即係聲請對於鑑定人之訊問也（參照克蘭費納氏所著德國民事訴訟法教科書）。

第二，當事人在聲請鑑定中，亦得指出適於鑑定之鑑定人；然亦僅能

以此貢作法院委任鑑定人之參考，法院却無准如所請之義務；且法院既得以職權命爲鑑定（參照日民訴一一七條第一項），故對於當事人所未聲請鑑定之其他事項，亦得命爲鑑定。又應由鑑定證明之事項，須載於證據決定及傳票之中（參照日民訴三二二條三七六條第一款二九二條第二款）。第三，鑑定之聲請，若在法院認定勿須調查當事人所聲請之鑑定事項時，或對於聲請鑑定之事項雖不訊問鑑定人而能判斷者，且確信即依鑑定人之意見而不能變更其判斷者，皆得駁斥之，蓋以鑑定既係審判官用爲輔助其判斷之資料，是則需要鑑定與否，自可全由法院自由意見定之也，因之法院所駁斥之事由，無論其鑑定人爲唯一證據方法與否，皆不得爲上告之理由；但法律上對於法院在裁判前命令訊問鑑定人者，自然不在此限（參照日人訴四八條六七條等）。

（二）鑑定人之委任

鑑定人之委任

鑑定人之委任，係受訴法院於證據決定中爲之，此種委任，不得拘束法院，得

隨時委任另一鑑定人，代替前經委任之鑑定人（參照日民訴三二四條第一項後段，德民訴四〇四條），蓋以鑑定人並非如證人限於特定人，凡有鑑定之適當知識者皆得委任之也。且委任鑑定人，不論係由法院以職權爲之，或由聲請爲之。皆有選定鑑定人及指定人數之權限，並得限以一名鑑定人之委任（參照日民訴三二四條第一項前段，德民訴四〇四條），蓋以鑑定人既非如證人限於特定人，且係審判官之輔助者，故得以法院自由之意見，選定適當之鑑定人，並指定其人數也。此種選定及指定，皆係證據決定之一部分，不得抗告之（對於鑑定人固得以迴避證人之同一理由迴避之；然以法律上無別段規定，故勿須其選定前審訊當事人）。然亦有以下之規定。第一，當事人以合意選定鑑定人及其人數時，法院須從其合意，此即不干涉審理主義之適用也（參照日民訴三二四條第三項，德民訴四〇四條，法民訴三〇四條至三〇六條）。在證據決定中，因須表示應加訊問之鑑定人（參照日民訴二七六條第二款），故除受訴法院將鑑定人之委任委諸受命推事或受託推事之外，當事

人至遲須於應命鑑定之言詞辯論終結前，使法院得知其合意。於是法院即須從其合意，不得蔑視其合意選定之鑑定人，選定另一鑑定人，並不得委任另一鑑定人，附加於其合意鑑定人之中（增加人數）。但法院訊問合意鑑定人之結果，認為不充分時，亦得選定其他鑑定人（參照日民訴三三〇條第四款）；且認為合意選定之鑑定人過多時，亦得限令當事人選定一定之人數（參照日民訴三二四條第三項後段，德民訴四〇四條）（減少人數），當事人如不遵此命令，法院則回復其自由選定鑑定人且指定其人數之權限。其次，關於一方當事人所提出之鑑定人及其人數，因非雙方當事人之合意，即令其提出係基於法院之催告（參照日民訴三二四條第二項，德民訴四〇四條），法院亦勿須從之。第二，法院因發見適當之鑑定人，得催告當事人，指定適於受訊問之鑑定人（參照日民訴三二四條第二項，德民訴四〇四條），此即指定鑑定人之催告權是也，為此催告與否，乃係法院之任意，並非法院之義務；此種催告，除由法院將鑑定人之委任委諸受命推事或受託推事外，須於言詞辯

論中向雙方當事人爲之，蓋以此種催告及對此催告之答辯，終不外於審判長在言詞辯論中之發問及對此發問之答辯也（參照日民訴一一二條）。當事人對此催告而指定鑑定人時，法院固得於委任鑑定人之際加以斟酌之，却不受其指定之拘束，因當事人一方所指定之鑑定人，不過僅供法院選定鑑定人之參考也。若當事人不遵催告，法院亦應委任鑑定人，誠以當事人原無依此催告應負指定鑑定人之義務，故當事人雖不指定，法院亦須發見適當之鑑定人而委任之；惟於法院不能發見適當之鑑定人時，應將負立證責任之當事人，視爲不立證者處理之。第三，選任內國人爲鑑定人時，除當事人之合意外，皆依法院自由之意見；然選任外國人爲鑑定人時，則須限於本國人無審查外國書類或產物之必要能力者始得選任之（參照日民訴三二五條），此係根據不以外國人爲鑑定人之立法政策，不能謂爲正當之規定，外國人苟有鑑定之適當知識，卽以之爲鑑定人而訊問之，原無不可，此德奧匈諸國之民事訴訟法所以無此限制也。

(三) 鑑定人之傳喚

鑑定人之傳喚

傳喚鑑定人，一依傳喚證人之規定。因訊問鑑定人，係依訊問證人之規定故也（參照日民訴三二二條，德民訴四〇二條）。若鑑定人在庭時，因得繼續當事人之陳述直為證據之調查，自勿須特別傳喚鑑定人。反之，若鑑定人不在庭時，因不得繼續當事人之陳述直為證據之調查，故於決定訊問鑑定人之後，必須特別傳喚鑑定人（參照日民訴二九二條二九三條二七四條二七七條第二項），並於傳票中自須記明應鑑定之事項（參照日民訴三二三條，德民訴四〇三條）。

(四) 鑑定人之訊問

鑑定人之訊問

鑑定人之訊問，一從訊問證人之規定（參照日民訴三二三條，德民訴四〇二條）。以故受訴法院受命推事或受託推事，開始須令遵傳到場之鑑定人提出傳票，須依日民訴三一二條所規定之發問程序，或以其他適當方法判明鑑定人確係本人之後，則於宣誓前以適當方法曉以偽證之罰（參照日刑一七一條），如係數人為鑑定

人時，則令各別宣誓而訊問之。受訴法院當訊問在庭之鑑定人時（未經傳喚而在庭者），亦須以適當方法判明本人無誤之後，曉以偽證之罰，令其宣誓而訊問之。但對於鑑定人與對於證人不同，並非令其於訊問後宣誓，且不適用日民訴三一〇條之規定，已如前述矣（參照日民訴三〇六條第一項三〇八條三〇九條三一一條至三一六條等）。

訊問之場所

(1) 訊問之場所 訊問鑑定人與訊問證人相同，在通例上，皆於受訴法院訊問之（參照日民訴二七三條第一項），此即直接審理主義之適用也。然在例外上，如有日民訴三一八條及二九六條之情形，而以鑑定人之訊問委諸受命推事或受託推事為之者，則與訊問證人不同（參照日民訴三二二條，德民訴四〇二條）。

訊問之目的

(2) 訊問之目的 訊問鑑定人之目的，與訊問證人之目的相同，亦分為一般訊問事項與特別訊問事項二種（參照日民訴三二二條三一二條三一三條三一五條，德民訴四〇二條）。關於一般事項之訊問，即係對於鑑定人之人事關係之訊問，如鑑

定人之是否錯誤，及鑑定人之能否信用是也。關於特別事項之訊問，即係對於法則、習慣、實驗、及過去事實可為鑑定者之訊問，應將此等事項記明於證據決定及傳票之中（參照日民訴三二三條）。

訊問之方法

(3) 訊問之方法 訊問鑑定人，既從訊問證人之規定，是鑑定中，當以鑑定人在法院之宣誓及訊問為要件。以故當事人不得提出代替訊問之第三者之意見而為鑑定，法院亦不得命鑑定人提出未經訊問之意見書而為鑑定。固然當事人得能提出第三者之意見書，法院亦得利用之；然此意見書，只能作為書證，不能作為鑑定（德國最高法院判令當事人一方提出未經法院委任之鑑定人之意見書，法院亦勿須斟酌之）。然而受訴法院審判長，亦得於鑑定人宣誓之後（參照日民訴三二九條），以其自由之意見，或於訊問前，或於訊問後，命鑑定人用書面或以言詞陳述其意見；且由受命推事或受託推事訊問鑑定人時，亦得委之以應否述此意見之判斷權（參照日民訴三三一條，德民訴四〇五條），此係與訊問證人不同之要點，在實際上，令

鑑定人以書面代言詞以陳述意見之方法，正合於訴訟經濟之目的，且足以明確係爭之事實。以故：第一，命鑑定人以言詞陳述意見時，其訊問，既從訊問證人之規定，故須將鑑定人之供述及訊問前宣誓之旨明記於筆錄之中（參照日民訴一三〇條第二項第三款三二二條三一六條）（日民訴三一六條，即有應將鑑定人在訊問前宣誓之旨記於筆錄之意）。又以數人爲鑑定人時，法院得令共同陳述意見（參照日民訴三二二條三一一條）（日民訴三一一條，即有法院得能變更此共同陳述意見之旨趣）。第二，命鑑定人以書面陳述意見時，只能以日民訴三三〇條第一款及第三款之適用，代替日民訴三一三條及三一四條之適用，法院必須履行傳喚、宣誓、訊問（參照日民訴三一二條）之手續，故提出未經法院履行此種手續之第三者之意見書，只能作爲一種書證，並非合法之鑑定書。此時鑑定人之供述，須於法院指定之一定期限內，提出鑑定書於法院書記官處（提出鑑定書之期限，因法律上無別項規定，法院自應於命爲鑑定時或以後指定之）。鑑定書，並非法律上必具特別方式之

書面，鑑定人在鑑定書中之署名，勿須證之；鑑定書之提出，亦勿須鑑定人本人送到法院書記官處；書記官亦勿須將此提出之經過，明載於筆錄（鑑定人到書記處，請書記官記載其意見，且經署名蓋章者，其書面，亦得為鑑定書，因鑑定書原無須鑑定人自行記載之書面也）。若對於鑑定書之真否有疑問時，得命鑑定人到場用說明之方法（參照日民訴三三〇條第三款），或其他方法，確定其真否；又若鑑定書不於期限內提出時，法院得依情形，或科鑑定人以無故拒絕鑑定之制裁（參照日民訴三二八條），或再指定提出鑑定書之期限，因未於期限內提出鑑定書，即不能斷為定係無故拒絕鑑定也（因期限過短）。（1）鑑定人提出之鑑定書，或由受命推事或受託推事送交之鑑定書（參照日民訴三三一條），當事人須於言詞辯論中，陳述其內容（參照日民訴二一六條）；否則不能供為判斷之資料，此即適用言詞辯論之法則也。（2）法院認為有說明鑑定書之必要時，得命鑑定人到場（參照日民訴三三〇條第三款）（法院因法律上無別項區別之規定，得命提出鑑定書於書記處之鑑定

人到場，固無論矣，即對於提出鑑定書於受命推事或受託推事之鑑定人，亦得命其到場），此時法院書記官應以職權傳喚鑑定人，由法院命以言詞或書面說明其鑑定書，或補充之。當事人於其利益上，因須明瞭鑑定書。聲請向鑑定人應爲日民訴三一五條所規定之發問時，自得聲請法院命鑑定人到場；惟傳喚與否，原係法院之自由，故對於駁斥聲請之決定，不得以抗告聲明不服。（3）鑑定人在調查證據日期中因對發問有調查之必要而不能即時答辯者（參照日民訴三二二條三一五條），法院得指定繼續調查證據之日期，命以言詞或書面供述其意見，如用書面時，則於命令時或以後定其提出鑑定書之期限，在此期限內不提出者，法院應視情形，或對鑑定人加以制裁（參照日民訴三二八條），或再指定提出鑑定書之期限。第三，勿論命鑑定人以言詞或以書面陳述意見，在法律上，皆無命其開具鑑定意見之來由，因開具來由，在事實上爲不可能也（例如關於物之價值之來由）；如在事實上并非不可能者，法院爲確信鑑定人意見之正當，自得命其開具鑑定之來由。若於鑑定人以

言詞陳述意見之後，欲其開具鑑定之來由者，則依發問之方法探求之；若於鑑定人以書面陳述意見之後，欲其開具來由者，則依說明鑑定書之方法探求之。但開具來由即有欠缺，却不得以此認為不能斟酌鑑定人意見之原因（能信認鑑定人之意見與否，委諸法院自由之判斷）。第四，在訊問數鑑定人時，究應各別以言詞或書面陳述意見，抑應共同陳述意見，則依法院之意見定之。日民訴三一一條之規定，得能準用於訊問數鑑定人之時與否，原為學者所爭論，或有主張訊問數鑑定人時，因法律上無別段規定，故須依據日民訴三二二條之規定，而為積極之論斷。究之依據日民訴三三〇條第二款之規定及鑑定人之性質（審判官之輔助者）觀之，自以消極的論斷為正當；而且訊問數鑑定人時，實與訊問數證人之情形不同，不但甲鑑定人之意見，不能影響乙鑑定人之意見，而於實際上，反以共同陳述意見為適當也。（1）

法院認定應令數鑑定人以書面陳述意見為適當時，得令各別或共同作成鑑定書，如係共同為之，則先令鑑定人互相評議，其結果如係同一意見者，自以令其共同作成

意見書爲適當；如係意見各殊者，自不能以共同作成鑑定書爲適當，故應令再行共同作成鑑定書（令表示意見各殊之點），或令各別作成，則依法院之意見定之（參照日民訴三三〇條第二款）。（2）法院認定應令數鑑定人以言詞陳述意見爲適當時，得令其各別陳述意見、或令共同陳述之。

（五） 二次鑑定

二次鑑定

鑑定之結果如不充分時，法院得以自由之意見，命同一鑑定人或其他鑑定人爲二次之鑑定（參照日民訴三三〇條第四款，德民訴四一二條，法民訴三二二條）。原來對於鑑定結果之取捨，既以法院自由之心證定之（參照日民訴二一七條），是其結果不足爲裁判時，法院自得以其自由之意見，命同一鑑定人或其他鑑定人再事鑑定。此種裁判之前提，即在以法院自由之心證，定鑑定結果之取捨，故惟受訴法院始得爲此裁判，而受命辦理鑑定事項之受命推事或受託推事，則不得爲之。且此裁判係於言詞辯論後，依證據決定爲之（參照日民訴一〇三條），故不得以抗告聲

明不服（參照日民訴四五五條）。又此裁判，既係以法院自由之意見爲之，故當事人只能促令法院命爲二次鑑定之職權行動，却無請求爲此裁判之權利，故雖有當事人之聲請，而法院不命二次鑑定之裁判，亦不得聲明不服。其他關於二次鑑定，當然準用二次訊問證人之規定（參照日民訴三二二條三一七條）。

（六）受命推事或受託推事辦理鑑定之手續

受命推事或受託推事辦理鑑定之手續

如有日民訴三一八條（參照日民訴三二二條，德民訴四〇二條）所規定之前提要件存在時，或有日民訴三五八條第二項之情形時（參照德民訴三七二條），得由受命推事或受託推事辦理關於鑑定人之證據調查。第一，受訴法院得委諸受命推事或受託推事關於鑑定人之委任（參照日民訴三三一條第一項，德民訴四〇五條），此係斟酌地位及場所之關係，認定受命推事或受託推事得能委任適當之鑑定人之故也。此等推事受此委任時，則有以下之權限。（1）依據日民訴三二四條之規定，此等推事，有屬於受訴法院之權限（參照日民訴三三一條後段），故此等推事，得

選定應當在場之鑑定人，並指定其人數。且在受訴法院中，當事人以合意選定之鑑定人，亦得受其拘束（此種合意，因係於受訴法院決定證據前爲之，故於委任受命推事或受託推事辦理鑑定之後，不得此等推事前爲之）。此種授權，須載於證據決定之中，否則，依據日民訴三二四條第一項之規定，受命推事或受託推事得以載於證據決定以外之人作爲鑑定人而訊問之。受命推事或受託推事委任鑑定人時，勿須經由言詞辯論爲之；如未宣示其委任，則須以職權送達於雙方當事人（參照日民訴二四五條）。（2）受命推事或受託推事，如依日民訴三三一條第一款第二款之規定，有屬於受訴法院之權限（參照日民訴三三一條後段）。原來以鑑定人之委任委諸受命推事或受託推事時，得先將應爲之鑑定方法（即選擇是否應以言詞或書面陳述意見之方法）委任之，此時之受命推事或受託推事，即以其意見，決定是否應令鑑定人以言詞或書面陳述其意見，如以書面陳述意見時，鑑定人即須呈出鑑定書於受命推事或受託推事。又受訴法院若以數鑑定人之委任委諸受命推事或受託推事時，

亦得先將應爲之鑑定方法（即選擇是否應令共同陳述意見之方法）委任之；若受有不爲此種選擇之委任時，受命或推事或受託推事即得以其意見，決定是否應令數鑑定人各別或共同陳述意見；且在以書面並共同陳述意見時而各鑑定人之意見各殊者，即得決定應否令其共同作成鑑定書，或各別作成之。第二，鑑定人不到場，或無正當理由而拒絕鑑定或拒絕宣誓時，受命推事或受託推事具有科以制裁或撤銷之權限（參照日民訴三二二條三一九條第一項二九四條二九五條三〇二條三〇九條三二八條）；但鑑定人開具理由拒絕鑑定拒絕宣誓，或對於發問拒絕答辯時，受命推事或受託推事則無裁決此等拒絕當否之權限（參照日民訴三二二條三一九條第二項三一三條三一五條）（德國方面，受命推事或受託推事選任鑑定人時，對於迴避鑑定人之聲請有裁決之權）（參照德民訴四〇六條）。第三，受命推事或受託推事爲令鑑定人說明鑑定書，得命其到場，此因日民訴三三〇條之規定。準用於受命推事或受託推事辦理鑑定故也；然而受命推事或受託推事却不得命令同一鑑定人或

其他鑑定人爲二次鑑定，此因日民訴三三〇條第四款之規定，不適用於受命推事或受託推事辦理鑑定故也（參照前述二次鑑定之說明）。

第七款 日費旅費及墊款之給付請求權

日費旅費及墊款之給付請求權

鑑定人對於國庫，除請求給付日費（參照日民訴費一一條第一項一二條）及旅費（參照日民訴費一三條）之外，尙得請求給付墊款（參照日民訴三三二條第一項，德民訴四一三條），此點與證人不同（參照日民訴三二一條第一項）。此處所謂墊款者。係就廣義言之，除鑑定人爲鑑定之準備所支出之費用外，尙包括因須多費時間或特別技能所支出之費用（參照日民訴費一一條第二項）。第一，對於實行此種請求權之時期，日本則依其民訴三二一條第二項第三項之規定（參照德民訴四一三條），故以言詞爲鑑定時，得於訊問日期終結之後，即請求給付此等費用；如以書面爲鑑定時，得於提出鑑定書於法院之後請求之。第二，實行此種請求權之

方法，鑑定人不得依據通常訴訟手續向國庫訴求之，須依國庫會計法之規定行之。

第三，此種請求權，因法律上無別段之規定，故不因時效而消滅（參照德日一九六條第一七款）。

第八款 鑑定之評判

鑑定之評判

不論係由法院選定之鑑定人或由當事人合意選定之鑑定人，而對於其意見之取舍，皆依法院自由之意見定之（參照日民訴二一七條），換言之，即法院並不受鑑定意見之拘束（參照法民訴三二三條），以便法院得能適於真實之裁判。第一，

法院既以自由之意見，判斷鑑定之價值。以故（1）在訊問數鑑定人時，亦得捨多數之意見而取少數之意見，供為判斷之資，且得捨付有理由之意見而取未付理由之意見，供為判斷之資。（2）認為鑑定之結果並不充分時，亦如前述得命二次鑑定（參照日民訴三三〇條第四款），或命鑑定人之全體或一人說明鑑定書（參照日民訴三

三〇條第三款)；其鑑定之意見互相抵觸時或鑑定已被有效之迴避時，亦然。而應爲此種裁決與否。則依法院自由意見定之，當事人原無請求爲此裁決之權利，故當事人聲請爲此裁決被駁時，亦不得聲明不服。第二，法院既有判斷鑑定價值之自由，同時在判斷上亦負有重大之責任，爲完全此種重大責任，必須注意鑑定人鑑定能力，與其處於公平陳述意見之地位，並其鑑定之內容。(1)所謂鑑定能力者，卽鑑定人於其鑑定之基礎上，所具備之必要知識或經驗，且有合理的解釋事物之能力也。否則，其意見卽不免流於疏漏。(2)鑑定人須處於公平而不偏頗之地位。否則，其意見卽缺乏誠實，不足信認，故各當事人得因迴避證人之同一事由，迴避鑑定人，已如前述(參照日民訴三二二條三〇三條)。(3)鑑定人意見之內容，須明確而無矛盾。否則，鑑定人雖有相當之能力而且公平，亦無由信認其意見，總之鑑定人之意見完全與否，其說明是否明確或有足以確信之理論根據與否，審判官皆須詳加調查之。

第九款 鑑定證人

鑑定證人

所謂鑑定證人者，即對於非依特別知識不能知之之過去事實或情況而為陳述之證人（參照日民訴三三三條，德民訴四一四條。例如對於曾施診察之病況而受訊問之醫生，或對於沈沒前得知之船舶情況而受訊問之造船技師是也。以故鑑定證人必須具備二要件，一即受訊問者為自己實驗之過去事實或情況，二即在其實驗上具有特別之知識。

(一) 性質

性質

鑑定證人者，證人也。如前所述，鑑定證人雖係對於自己實驗之過去事實或情況而為陳述之第三者，然與其他證人不同，必須對於證言上所構成之事實上之判斷，具有特別之知識，因之鑑定證人究係鑑定人抑係證人之問題，遂為學者所爭論。究之鑑定證人所陳述者只係自己實驗之過去事實或情況，並非輔助審判官而陳述意

見之第三者；至於就其爲事實上之陳述而下判斷言之，恰可以之爲證言，就其以必要之實驗而陳述意見言之，恰可以之爲鑑定，故謂鑑定證人者，卽證人也。日本民事訴訟法，與德國普通訴訟法民事訴訟法（四一四條）奧國民事訴訟法（三五〇條）匈國民事訴訟法（三六六條）相同，皆以鑑定證人爲證人，而杜絕此種爭論，且日本民事訴訟法第三三三條中，並載有鑑定證人（適用關於人證之規定）之明文。

（二） 準用法

準用法

鑑定證人既然適用人證之規定，以故聲請鑑定證人，應由當事人指定之，非由法院委任之（參照日民訴二九一條三二三條）。鑑定證人之宣誓，應依證人宣誓之規定，非依鑑定宣誓之規定（參照日民訴三〇七條三二九條）。且其日費及旅費，一依證人之日費及旅費之規定給付之（參照日民訴三二一條三三二條）。

（三） 鑑定證人與爲證人且兼爲鑑定人者之區別

鑑定證人與爲證人且兼爲鑑定人者之區別

鑑定證人，不可與具有證人及鑑定人之二重資格者相混同，法律上因無禁止之

第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 三八九

明文，故法院得於同一訴訟事件中，以同一之人爲證人（鑑定證人）兼爲鑑定人，令其陳述實驗之過去事實，並令其陳述關於此種事實之意見。在此情形之下，不論傳之爲證人或傳之爲鑑定人，皆具有證人及鑑定人之二重資格。例如甲以不法行爲傷害乙之身體以致發生請求賠償損害之事件，因而法院如欲傳喚當時目擊此種不法行爲且曾施以應急治療之醫生丙，對於甲如何傷害乙之事實（證人）及其傷害之情況（鑑定證人）並其傷害不能全治而在被害者收益能力上將來減少之程度（鑑定人）等而爲訊問時，則須以醫生丙爲證人而兼爲鑑定人者是也。所以鑑定人可適用人證之規定；而證人兼爲鑑定人者，則可適用人證之規定兼及鑑定之規定。例如鑑定證人，只爲證人之宣誓，而證人兼爲鑑定人者，則須爲證人之宣誓兼及鑑定人之宣誓是也。至於證人兼爲鑑定人者，雖得依其選擇，請求給付鑑定人之日費及旅費並墊款，但亦不得一同請求給付證人之日費及旅費，若允許此二種之請求，勢必受二重之給付，致有不當之利得也。

第二目 證書

總說

證書者，係思想寄之於文字，且將其內容視爲證據方法之物體也，又書證者，係以證書爲證據方法之一證據調查。古代社會之證據方法，概係證人，並無證書，蓋由文化未曾普及，人民多不識字之故。然當社會逐漸進步，人事關係日益複雜之時，因證人之記憶不甚真確，或以證人陷於誤解，故證人不徒爲不完全之證據方法，且因證人動輒施行偽證，尤爲危險之證據方法，故當文化普及，文字周知之時，儘可以書面充來日證據之用，自不需乎不完全且危險之證人也。因之，在文化普及之國民間，往往以證書爲唯一之證據方法。此種方法，夙爲羅馬所承認，惟據德人普蘭克氏之見解，似乎在德國古代法中，證據方法之證書，在原始制度上未曾存在；至在日本，古代卽有證據方法之證書制度，乃爲沿革上顯然之事實。

證書如據廣義的解釋，乃依文字並其他各種符號，而爲表現吾人思想之一物體

(Monumenta)；如據狹義的解釋，乃僅依文字而為表現吾人思想之一物體 (Documenta)。民事訴訟法中所謂證書者，乃狹義之證書，因此種證書在吾人之法律生活上，係一通例，且具有實用證書之形式故也，至由文字以外之符號，表現吾人思想之物件，固可作為檢證之目的物，但不可語於民事訴訟法中之所謂證書。又在證書中，亦有證明某一事實之效力之證書，與無此效力之證書者，而在民事訴訟法中之所謂證書，概包含此兩者，即令無證據價值之書面，若以之作為證據方法而提出時，在民事訴訟法中，仍不失其為證書，故在民事訴訟法中之所謂證書者，與刑法上之文書異趣（日刑一五四），在後者，須有證明某一事實之力也（Das tanyliche Beweismittel）。

第一款 證書之意義

思想之書面，其內容則爲證據方法之物體；又書證者，係以證書爲證據方法之一證據調查者也。

(一) 性質

性質

證書者，係以文字表示思想之書面也。元來吾人之思想，不論爲意思表示或觀念表示（認識表示），要之均可由具有繼續性之各種符號而表示之，得使他人知悉，且能傳之於後世，學者或主張以符號表現吾人思想之物件 (Sache; Körperliche-gegenstands' and; Verkörperung)，爲廣義之書面；或主張以傳述吾人思想之此種符號 (Zeichen)，爲廣義之書面；又或主張以此種符號傳承之思想表示 (Geistes-und Ur-menschenklärung) 爲廣義之書面。究之此種符號，僅係表示吾人思想之方法，決非書而本身，且由此種符號傳承之思想表示。僅係書面之內容，究非書面本身，故謂廣義之書面者，卽由符號表現吾人思想之物體也（德之普蘭克氏認爲各種有體物不論爲有機物或無機物，要之均可謂爲廣義之書面，故加有所有者符號之動物，亦屬於

廣義之書面)。又，吾人之思想，固可寄之於此種符號文字之中，甚至可以寄之於他種符號並象形之中。然而通非民事訴訟法上，所謂之證書，民事訴訟法上之證書，係僅由文字表現吾人思想之物體，即所謂狹義之書面，並不包含由何等符號作成之書面，所以圖畫不謂之證書，僅為檢證之目的物。然由文字以外之符號表示思想之物體，如事跡之紀念（紀念物），為權利證據之信符（例如酒肆所交給於客人之半票），及界標等（境界石，境界標，蓄音器之音譜等），在性質上與狹義之證書無異，故適用檢證之規定外，尚可準用書證之規定（參照日民訴三五六條）。（德國民事訴訟法，只將證書限定為文字表現思想之物體，與日本民事訴訟法相同，至與國民事訴訟法，係以文字並其他符號表現思想之物體為證書者，殆與日本民事訴訟法不同。）

（二）確定的表示思想之書面

確定的表示思想之書面

民事訴訟法之證書，須係確定的表示吾人思想之書面，故草案不屬於證書，他

如簡單排列文字之書面，尤其如名片，自不能屬於證書。然於證書之中，只須藉文字得以表現吾人思想之體物，不必專憑文字方得理解吾人之思想，只求斟酌法令，習慣並其他情形而可以達到理解思想之程度，卽已充分，故如白紙委任狀，鐵路乘車券，簡字等之書面，亦可成爲證書；由文字與其他符號相併之書面，尤其如地圖，略圖等，亦可成爲證書。文字亦不限於一般使用之文字，故關於外國文字之書面（尤其關於信符之書面）亦可謂之證書。證書之材料不必爲紙片，故如皮革，布片等亦得作爲證書。表現證書之方法，不問證書作成者（表示思想者）之爲親筆，或印刷，抑或雕刻，皆得視爲證書；思想之內容如何，亦所不論，故記載法律上重要之意思表示（法律行爲）之書面，得爲證書自不待言，卽記載自認，證明，或意見之書面，以及記載法律關係以外事項之書面（例如男女間之書信），凡可作法律上重要事實之間接證據者，亦得視爲證書（此種區別，只於證據力上發生影響）；當作成書面之時，是否有意以之作後日之證據，亦所不論，故單爲通知所作之書面（

例如書信）亦可成爲證書（由其內容可以作證據）；作成書面者是否簽名蓋章，亦所不論，既有作成者之名義，便可視爲書面，至如簽名蓋章，亦不過爲認識作成名義者之材料而已（至如公正證書作成者之官所與公吏，法律上必需署名者不在此限）。

（三）證書與檢證物之區別

證書與檢證物
之區別

證書者，係以證明表現於書面上之思想爲目的也，故以證書之內容爲證據，非以其外形爲證據，若以證書之外形爲證據時，則該證書卽成檢證物，應依檢證之規定，例如以甲證書之筆蹟，對照乙證書之書類，由此而證明乙證書之真僞時，則甲證書乃檢證物，而非證書。

第一款 種類

證書之種類

證書因作成者之資格，並因其內容與形式，而分之爲公正證書及私署證書 處

分證書及報告證書，原本，謄本及抄本等。

(一) 公正證書及私署證書

公正證書及私署證書

證書，視其作成者是否爲官廳或公署及是否具有作成公信用證書之權限者，而分之爲公正證書及私署證書，此區別夙爲羅馬法 (*Instrumenta publica, Instrumenta privata*) 及德國古代法 (*Königskunde, Privatkunde*) 所承認，且爲近代諸國所承認，此區別之實用，專在推定真實之有無，證據力之強弱，公正證書雖應推定之爲真實，而私署證書，亦應由舉證者證之爲真實，且公正證書之證據力，優於私署證書之證據力，蓋以公正證書者之私署證書有公正信用之故也。

公正證書

(1) 公正證書 *Uacte Authentique; offentliche Urkunde* 者，即係官

作成者

廳或公署，或有權作成公信用證書之個人，在其權限內依照法定方式所作成之書面也。因之，第一，公正證書，須係官廳或公署，或有權作成公信用證書之個人所作成之書面。(1) 官廳者，係以自然人組成之國家機關，依照證書作成處所之法律

而分爲司法法院，或行政官廳公署者，係以自然人組成之自治團體，依照證書作成處所之法律而有地方各級機關之區分，至蓋有官廳或公署印章之情形，在表示官廳或公署之資格上，並非不可缺之標準，(2)有權作成公信用證書之個人，即依法律之規定，而有權限作成具備抵抗各人之證據力之證書之個人，依照證書作成處所之法律區分之，如公證人則有作成一般的公信用證書之權限(參照日公證一)，如法院書記官，承發吏，庭役及仲裁人則有作成制限的公信用某種證書之權限(參照日民訴一三六、一五一、法編一〇二第二項、一三〇、五四〇、四九九、五一六、七九九等條)。(3)駐在外國之本國領事，具有官廳作成公正證書之權限。第二，公正證書，既係官廳或公署或有權作成公信用證書之個人於其權限內所作成之證書，故記載於證書之事項，若非屬於作成證書之官廳公署等之權限者，則不得爲公正證書，然而此種權限之有無，係依作成證書之官廳公署等所屬國之法律而定之，因之行政官廳所發之假扣押命令，或承發吏所作之遺言書等，均不得爲公正證書，然

而(1)作成之權限，只須有事物上之權限，不必有土地上之權限，蓋土地上權限之有無，僅對於證書上所載行爲自身效力之有無能發生影響，却無礙於公正證書之性質(參照史丁氏所著德國民事訴訟法註釋)，(德之普蘭克氏，卓意費爾多氏等主張除事務上權限之外，尚以土地上之權限爲要件。赫爾比西氏則主張，如事務之權限及土地之權限，僅於證書上所載行爲之效力發生影響，並不影響證書爲公正證書之性質。)(2)證書上記載之事項，只須爲私法關係，無須爲公法關係(參照日公證一)，學者雖有主張官廳或公署對於私法關係所作成之證書，倘非在該資格上作成之證書，則不能爲公正證書。究之官廳或公署於其權限內所作成之證書，無論關於公法關係或私法關係。皆不能不謂爲公正證書，例如官廳係第三者作成契約之證書，郵票，交通機關所發行之鐵路乘車券，及電報紙等，皆爲官廳於其職權內所作成之證書，故概爲公正證書。(3)應記載於證書之事項，因其有爲內部之關係與對於第三者之關係之區別，而影響於公正證書之性質。第三，公正證書，須據法定

法定方式

之方式作成，(1)公正證書應遵守之法定方式，乃重要之法定方式，非基於訓示法規之方式，如何之方式方為重要法定之方式，乃由作成證書之官廳公署或有權作成證書之個人所屬國之法律而定，如依日本民事訴訟法，關於記錄，則有民事訴訟法第二百二十九條及百三十二條規定之方式；關於送達記錄，則為第五百五十一條規定之事項；關於判決，則為第二百三十七條第一項規定之事項；關於有執行力之正本，及關於第五百十七條之執行記錄，則係第五百四十條第二項所規定之事項。如依日本民法，關於公正證書之遺言，則係民法第六十九條所規定之事項。依日本商法，關於拒絕證書，則係商法第五百十五條第一項所規定之公證人或承發吏之署名蓋章。如依日本公證人法，則該法第三十六條，第三十八條，第三十九條所規定之事項，悉屬於公正證書所應遵守之法定方式。(2)公正證書之方式，與公正證書之內容不同，故具備法定方式之公正證書，其內容縱不完全，亦具有公正證書之性質，例如送達證書，如經承發吏簽名蓋章，縱未具備日本民事訴訟法第五百十一條所規

於提要件之存
否

定之事項及其他之事項，亦得爲公正證書，又執行記錄，如經承發吏簽名蓋章，縱未完全具備日本民事訴訟法第五百四十條第二項第一款至第五款之事項，亦得爲公正證書。(3)關於公正證書之無法定方式可以遵守之證書，只須具備上述第一及第二之要件，例如電報紙是也。第四，公正證書前提要件之存否，尤其對於法定方式之遵守上發生爭議時，應由主張爲公正證書之舉證者負立證之責。然如因某證書缺乏公正證書之前提要件，不能主張爲公正證書時，則爲私署證書，其說明如後。

外國之公正證
書

外國之官廳或公署，或因外國法律而有作成公信用證書之權限者，依其所屬國之法律，於其權限內依照法定方式所作成之公正證書，亦卽本國民事訴訟法上之公正證書（在奧國，以相互擔保爲要件），故外國之公正證書，與本國之公正證書有同一證據力，唯外國之公正證書，與本國之公正證書所不同者，須立證其真實耳；但外國之公正證書，以其由外國官廳或公署，或依外國之法律而有作成公信用證書之權限者所作成之證書，故其證書之作成地並不限於該外國；如駐在本國之外國領

事於其權限內所作成之證書，仍爲外國之公正證書；而駐在外國之本國領事於其權限內所作成之證書，仍爲本國之公正證書。

私署證書

(2) 私署證書 私署證書(L'écriture Privée; Privaturkunde)者，即除公正證書以外之證書也。元來私署證書，係發源於法國民法中所謂私署證書之制度(Actes sons seing privés)，依據該法，則私署證書，係以作成者必須署名爲要件，無作成者署名之證書，僅係證據之端緒(Commencement de preuve par écrit)，不得謂爲證據或證書，此私署證書之名所由生也。然於日本民事訴訟法中所謂私署證書。即爲非公正證書之證書之總稱，固不問作成者署名否也，日本民事訴訟法分證書爲公正證書及私署證書，而以不屬於公正之證書者，皆謂之私署證書，徵之日本民事訴訟法第三百四十九條及第三百五十五條之法意，至爲顯然(公證人法中所謂私署證書者，似係指作成者簽名蓋章之證書而言)(參照日公證五八)。第一，私署證書有爲舉證人作成者(例如商業賬簿)；有爲其對方作成者(例如借金證書)；

作成者

方式

有爲第三者作成者（例如債權讓渡證書），要之均無影響於私署證書之爲證書，蓋以私署證書，僅爲一私人所作成之證書故也。第二，證書之方式，用語（本國語，外國語，當事者間之慣用語），及文字（親筆、印刷、刻印）之如何，於私署證書之性質上不生何等影響，蓋此種事項一任當事者之意思，法律上無特別規定之故也。第三，公證人認證之私署證書，亦於私署證書之性質上不受若何影響（參照日公證五八），蓋認證係附加於私署證書上之公正證書，爲私署證書之證據力而證明必要之事實關係者，故私署證書。有認證時，亦不過公證私署證書中之簽名蓋章係出於其特定人而已，是則有認證之私署證書，固可謂爲公正證書與私署證書之結合，却不能以之謂爲公正證書之變質。

有公證人認證
之私署證書

證書之簽名及
蓋章

證書上簽名蓋章，原爲歷來之慣行，其目的即在確保作成證書者之真實。第一，證書之署名，係爲證明作成者果係何人，通例在證書之末尾上，概載有作成者之姓名（在法國，從來證書上概行蓋章，中古時則代之以簽名，因簽名較之蓋章少

偽造之危險故)。(1)用爲簽名之姓名，不必爲法律上之姓名(民法上之姓名，以及關於商事交易之商法上之姓名，即商號)，即事實上之稱號(雅號，或職業上使用之通稱)亦行，簽名原爲認識證書之作成者，因而省略姓名之文字，或其文字難讀，均得供爲簽名之用。(2)關於簽名，不必作成者親自簽名，即使代理人簽自己之名亦無不可，因代理人簽本人之名時，該簽名即爲本人之簽名。又簽名不必作成者之親筆，亦可由作成者以圖章或其他器具委託他人爲之，誠以此種區別，對於證明證書所記載之陳述是否係作成者所爲之情形，不甚重要故也。但如遺言證書，在民法上必須作成遺言者親書姓名(參照日民一〇六八條)，自書姓名固爲法律行爲成立之要件，却無關於私署證書之證據力也。(3)只有作成者之簽名，餘由他人記載證書之本文之證書，亦可謂爲作成者簽名之證書(白地證書)，故若非作成者主張且證明他人有濫用此種證書之情形，該證書依然足以證明爲作成者所記載。第二，證書之蓋章與簽名同，以能認識作成者果係何人爲已足，不必有作成者之實印

(公事用之印章)，即簽閱亦可。

(二) 處分證書及報告證書

處分證書及報告證書

證書由其內容而分爲處分證書及報告證書，此種區別，在證書之實體的證據力上，甚關重要。

處分證書

(1) 處分證書 處分證書(Depositveurkunde)者，記載有法律效力之意思表示之證書也。元來在有法律效力之意思表示中，有公法上之效力與私法上之效力二種，故處分證書，遂分爲記載有公法上效力之意思表示之證書，與記載有私法上效力之意思表示之證書。前者爲公正證書，凡記載法院之裁判原本及行政處分之證書，尤其行政官廳之許可書皆屬之，後者或爲公正證書，或爲私署證書，凡法院書記官記載當事人請求之拋棄或承諾之筆錄(參照日民訴一三〇條第一項第一款)，以及公證人依日本民法第千六十九條之規定所作成之遺言書，概屬於記載有私法上效力之意思表示之公正證書。又如非依公正證書之契約書(關於法律行爲之證書)以及

毀損名譽之書簡（關於不法行爲之證書），則屬於記載有私法上效力之意思表示之私署證書。

報告證書

(2) 報告證書 報告證書 (Zeugniskunde) 者，記載觀念表示（認識表示）之證書也。元來在觀念表示之中，有關於事實（關於法律事實或其他事實所觀察之結果）之表示，與意見之表示二者，故報告證書遂分爲關於事實之報告證書，並意見之報告證書。公私證明書（參照日民訴四九九條）及記載裁判外之自認之私署證書（特別是領收證書）。並記載裁判上之自認之公正證書（特別是筆錄）（參照日民訴一三〇條第二項第一款），屬於前者（如依不以自認爲認識表示，反爲意思表示之學說，則記載自認之書面，便非報告證書，而爲處分證書矣），如官廳之意見書，或一私人之意見書，則屬於後者。然而報告證書中之最重要者，乃證書之謄本（正本），並抄本，及證書之認證。證書之謄本，係將原本之內容完全記載者，至證書之抄本，只爲記載原本內容。一部之書面，因之謄本爲報告原本內容全部之證書

，抄本則爲報告原本內容一部之證書。又認證者，爲附加於某證書之公正證書，係以事實上之必要關係，而證明某證書之證據力也，故證書之原本若有認證時，即係報告其原本全部爲作成者所表示之旨趣（參照日民訴六四條第二項），又如證書之謄本若有認證時，係報告謄本之內容與原本內容相符合之旨趣也（參照日民訴三四九、四三一條）。

報告證書，有與處分證書結合成爲一個證書者，即在處分證書上，而有作成之場所及年月日之記載是也。蓋就其內容之部分言之，雖爲處分證書，而就作成場所及年月日之部分言之，則爲報告證書。

（三） 原本，謄本及抄本

證書由其形式而分爲原本，謄本及抄本。證書原本，由發行者之簽名蓋章認識之，謄本或抄本，由其表示認識之。此爲通例（參照日民訴二三九、三四八條公證四三、四七、五一等）。

原本謄本及抄本

原本

(1) 原本 證書之原本 (Scriptura Authentica; Urschrift; Original), 係爲傳述某思想最初作成之書面, 卽對於草稿或謄本而言者也, 例如判決之原本, 或公證人作成公正證書之原本是 (參照日民訴二二九條公證四二)。元來證書之原本, 爲對於草稿或謄本而言之書面, 在學者間雖無爭議, 然果爲傳述某思想最初作成之書面乎, 抑或依有關係之法律而決定其意義乎, 關於此點, 學者間尙有爭議。究之證書之原本, 解爲傳述某思想最初作成之書面自身者, 自係妥當 (德國雖有若干學者主張以證書之原本, 爲傳述某事實最初作成之書面; 然如史丁氏, 史托羅苦曼氏等則主張證書原本之意義, 係據有關係之各種法律, 視各種事情而定之)。原本數目不限於一種, 因法律上無特別之禁止規定, 故可作成若干種之原本, 在此場合, 各種之原本, 皆爲獨立之同等原本 (德之普蘭克氏則主張, 同一書面之數種原本, 爲不可解之觀念)。

原本

(2) 謄本 證書之謄本 (Edemplum; Abschrift; Copie), 係完全記載證書原本

內容之書面，爲認識其內容而作成者也，證書之譯文，雖與證書原本上之文字不同，然因仍係記載原文內容之書面，故不妨爲法律上之謄本。

證書之謄本中，附有證明其內容與原本內容相符合之公正證書者，則稱爲有認識之謄本(Beglaubigte Abschrift) (參照日民訴一三一、三四九條公證五八等)。其目的即在對於該謄本之內容得能深信合於原本之內容。又謄本中，與原本有同一效力者，則稱之爲正本 (Ausefertigungsexplicitum) (參照日民訴二三九、七九九條公證四七)。即在不能付與證書之原本時，則使保存該原本之法院書記官，公認人或仲裁人，將與原本有同一效力之謄本，付與利害關係人，使彼等得能利用原本 (德國以正本爲謄本之一種，學者已有定說。然在奧國則以正本爲原本之一種；唯與原本有不相符合之部分時，則對於該部分無原本之效力) (參照奧民訴四一九條第一項四三〇條)。正本既係與原本有同一效力之謄本，故亦爲有認識之謄本；然而正本與認識謄本不同者，唯限於法定場合，在法律上有權限者始得付與之 (參照

日民訴二三八條第二項、二四五、五一六至五二二、五六二條公證四七等)。

謄本得由謄本而成，認證謄本得由認證謄本而成，正本得由正本而成，固係當然者；然而認證謄本是否可由正本作成，尚不無疑惑。究之正本者，係與原本有同一之效力也，故應積極的論定之。正本可由認證謄本作成之，此由日本民事訴訟法第五百十七條及第五百二十四條之規定觀之，甚為明白（保存訴訟記錄之第一審法院書記官，基於該記錄附有上級審判決之認證謄本，而附與有執行力之正本（參照日民訴五一六條）。

抄本

(3) 抄本 證書之抄本 (Huzug; Extrait)，為記載原本內容之一部之謄本，乃作成於僅認識原本內容一部之時（德國學者關於抄本為謄本之一種，雖無爭議。然在奧國，則以抄本為原本之一種；而以省略事實及理由之判決原本為抄本）（參照奧民訴四一八、四三〇條）。是則抄本既為記載原本內容一部之謄本，因之，僅載原本內容一部之認證謄本及正本，皆為抄本矣（參照日民訴一〇七條第二項、一

第二款 證書提出之義務 (Vorlagepflicht; Editionspflicht)

證書提出之義務

提出證書之義務者，乃證書所有者爲使舉證者用之爲證據方法，而將其證書提出於法院之民事訴訟法上之義務也，此義務爲限制公法上之義務，非一般的公法上之義務，亦非私法上之義務。元來舉證者如持有所欲使用之證書時，自可隨意使用，因而不致發生關於證書提出之義務問題，然如舉證者所欲使用之證書屬於他人（相手方或第三者時），舉證者自不能隨意使用，因之此種證書之所有者是否須對舉證者負提出於法院之義務之問題，勢必發生。在羅馬法中，爲期訴訟上之正當，無論何人，苟於證書所有者不被損害，皆有將證書提出於法院之義務，故證書提出之義務，與證言之義務相同，皆爲一般的公法上之義務（此種法則，不爲德國普通法並其他歐洲諸國所採用）；反之在德國普通法中，訴訟當事人只有對於對方要求引

渡其所持證書之私法的請求權，至於應提出證書之訴訟法上之義務，未爲該法所規定，因之重要之訴訟材料，多無出現於法院之機會。日本民事訴訟法，與德奧匈諸國之民事訴訟法相同，只於法律上一定之場合，方使舉證者之對方及第三者（私人、官廳、官吏、公署、公吏）將其所持之證書對舉證者負提出之義務（參照日民訴三三六、三三七、三四三、三四六條第三項）。蓋以證書之提出，如認爲一般的公法上之義務，則必妨害證書所持者祕密保持之利益；如僅承認證書提出爲私法上請求權，則重要之證據將有不能提出於法院之趨勢，因之，在不害及證書所有者祕密保持之利益範圍內，當使舉證者容易使用他人所持之證書，此即日德諸國立法之本旨。故證書提出之義務，爲民事訴訟法上之義務，雖依私法之規定，而於訴訟外負擔證書引渡或提出之義務，因於訴訟上亦負提出證書之義務（參照日民訴三三六條第一款、三四三，三四六條第三項）；然此不過以私法上之證書引渡或提出之義務，爲訴訟上提出證書義務之原因，故不可將此種場合提出證書之義務，論爲私法上

之義務，非訴訟法上之義務。

義務成立之要件

證書提出之義務，係證書所有者爲使舉證者用爲證據方法，而提出於法院之民事訴訟法上之義務也。第一，此種義務之成立，須有以下二要件：(1)舉證者之對方或第三者須持有舉證者所欲使用之證書。持有證書云者，即謂提出證書惟在提出義務者之意思，故提出義務者在目前占有證書時，自得謂爲持有證書，即爲他人所占，而隨時有請求歸還之權利者，亦可謂爲持有證書，以故舉證者之相手方將證書寄託於他人之時，尚可謂爲證書持有者，然爲他人設定權利，因而交付證書於他人之時（參照日民訴三六三條），則證書持有者已爲他人，非爲對方矣。(2)舉證者須有證據上之利益。故非係證明舉證者之主張，排斥對方之主張之證書，則舉證者對證書持有者無使其提出之權利。第二，不履行提出證書義務之效果，已爲民事訴訟法所規定（日民訴三四〇條），蓋以證書提出之義務，爲民事訴訟法上之義務故。

義務之有無

第三，提出證書義務之有無，依受訴法院所在地之法律而定之；而爲提

出義務之原因之私法上義務之有無，則依國際私法上可為準據之法則而定之。

(一) 原因

義務之原因

舉證者於訴訟
外有請求證書
之引渡或提出
之權利者

證書持有者對於舉證者應負提出證書義務之原因如左。

(1) 舉證者依民法或其他私法之規定，於訴訟外有對於證書持有者請求其引渡或提出之權利時，在此場合，無論證書持有者為舉證者之相手方或第三者（私人、官廳、公署、官吏、公吏）（參照日民訴三三六、三三七、三四三、三四六條第三項，德民訴四二二、四二三、四二九、四三二條）；且無論請求證書引渡或提出之權利為物權的請求權或債權的請求權（法文上無何等區別），要之對於舉證者皆負有提出證書之義務。蓋在此種場合，雖使證書持有者負提出證書之義務，却無害於其祕密保持之利益，例如舉證者，因所有權、占有權、質權等，而對於證書持有者有證書之物權的引渡請求權；又如因寄託、委任、事務管理等，而對其有證書之債權的引渡請求權；又如舉證者對證書持有者有使其提出證書之權利 (*Actio ad ex-*

libendum) 等是也。(在請求閱覽證書之權利中，已包含請求提出證書之權利，故有前一權利者，應有後一權利。又有請求引渡證書之權利者，在其權利實行之準備上，亦有請求提出證書之權利)(日商法一一一、三〇四條等參照)。

證書之內容在
舉證者與持有
者爲共通者

(2) 舉證者所欲使用之證書之內容，在舉證者與證書持有者爲共通者，此種場合，有證書係爲舉證者之利益所作成者，有證書係記載舉證者之雙方法律關係者，有證書係就舉證者並他人間或他人之一方與共同媒介人之相互間之法律行爲而記載其協議者等。在此場合，證書持有者不論爲對方或第三者(私人、官廳、公署、官吏、公吏)，皆對於舉證者負提出證書之義務。第一，在爲舉證者之利益所作成之證書中，不必單爲舉證者之利益所作成之證書，必須爲舉證者及他人(證書持有者或其他第三者)之共同利益所作成之證書(科爾特休米德氏主張反對說)；且證書之作成者不必有主觀的爲舉證者作證據方法之意思，須有客觀的爲舉證者記載法律上必要事實之意思(史丁氏主張反對說)。因之，舉證者雖可以請求提出，關於

自己爲受遺者或遺言執行者之遺言書，關於自己之利益係第三者所立之契約，關於與自己立有契約之相手方代理人之委任狀，關於自己之訴訟之送達證書，關於自己之權利關係之查封筆錄等等證書；然而家事上之私信，縱令偶然載有舉證者法律上必要之事實，却不能請求其提出，蓋於此種書面之中，不能記載法律上必要之事實，換言之，即因此種書面缺少確定法律上必要事實之意思，故不能謂爲證書之作成也。第二，在記載舉證者及他人間所成立法律關係之證書中，不必爲記載舉證者及證書持有者相互間法律關係之證書，只須爲記載舉證者及證書持有者以外第三者互相間法律關係之證書（依據德國舊民事訴訟法第三百八十七條之解釋，雖有普蘭克氏論定須爲記載舉證者及證書持有者互相間法律關係之證書；究非通說）；且不必爲共同作成之證書，只須爲各別所作成之證書。至於法律關係之成立，及其成立於何人之間，則依民法及其他法律定之（參照日商法三一四條）（查封債權者與第三債務者之關係，依查封而成立）。然而法律關係之有效而尙存續之情形，以及法

律關係之全部，却不必記載，只須證書上所記載之事實，屬於法律關係之事實者而已足，因之各種契約證書（各種契約證書，其當事者自得請求提出，即其繼承人，並基於契約而有權利之第三者，債務之負擔人及保證人等亦得請求提出。又其當事者作成一通時，自得請求提出，即作成數通時，亦可請求該所有者提出契約證書）之當事者，關於當事人發出或受領之一方行為（例如請求、承諾等）之證書，債權證書，收領證書（收領證書者，不僅證明義務之消滅，且足證明權利之存在，因之其發行者、受領者、保證人等，皆可請求提出之），計算義務者所發行之計算書（此種計算書，係確定種種權利者及義務者之財產關係者，故計算義務者亦可請求提出之），地主與佃戶，商人與顧客，工場主人與職工之間關於定期給付所作成之錢摺及其他賬簿（此種賬簿，雖僅為契約當事者一方所作成之書面，而以記載當事者法律關係之故，當事者可以請求提出之），記載法院之裁判及行政官廳處分之書面（以當事人或從參加人之資格而參與手續之各利害關係人，得請求提出此種書面）

等皆屬之，至持有者專爲自己使用作成之賬簿，尤其家事上之賬簿或計算書。以及當初即無證書性質之書面，尤其書信等則不屬之。餘如因公益爲行政官廳所作成且保存之記錄，亦然。(1)債權者或破產管財人，訴請取消債務者與第三者間之法律行爲時(參照日民訴四二四條破產七二以下)，債權者或破產管財人是否得能請求提出該行爲之證書，學者間雖有爭議；然終以消極的斷論爲妥當，因在此種證書之中，未記載行使取消權之債權者或破產管財人所代表破產債權者團體之權利故(德之卓意費爾多氏採同一之見解，赫爾比西氏主張反對之見解)。(2)商業賬簿記載商人間交易之法律關係之證書，是否屬於此處所謂共通證書，誠爲學者間所爭執；然在商業賬簿中若載有該賬簿持有者之商人與商人間交易之法律關係部分時，則該部分關於與商人從事交易者固可視爲共通證書請求提出；然如商業賬簿係持有該賬簿之商人專供自己之用而作成者，則不得視爲共通證書請求提出，故關於此種提出，宜依日本商法第二十七條之二之規定，非依民事訴訟法之規定。如訴訟當事者不

遵法院依據商法第二十七條之二之規定之命令時，其結果，法院遂以自由之心證決定之（參照日民訴二一七條）。反之，舉證者之對方如不履行民事訴訟法所規定之提出證書義務時，其結果，已爲日本民事訴訟法第三百四十一條所規定。或有學者主張，商業賬簿，僅係持有該賬簿之商人專供自己使用所作成之賬簿，故卽令載有與他人間之法律關係，亦不可稱爲共通證書，因之關於商業賬簿之提出，特規定之於商法第二十七條之二，完全不適用民事訴訟法，據該條之規定，法院得因聲請，或以職權命令訴訟當事者提出其商業賬簿，法院不受其聲請之拘束，因之，舉證者對於商業賬簿之持有者，不能謂有使之提出之權利，而商業帳簿之持有者，對於舉證者亦不可謂有提出之義務，究之日本商法第二十七條之二之規定，雖係商法之規定，却無限制民事訴訟法上所成立之證書提出義務之理，故該商法第二十七條之二之規定，與關於提出證書義務之民事訴訟法之規定，均交互施行，不得謂爲非依該商法第二十七條之二之規定，則不得命令提出商業賬簿也。故此種學說，似欠妥當

。關於商業賬簿之法則，得於商業以外之營業賬簿上準用之。第三，關於舉證者及他人之間，或其一方與共同媒介人之間之法律行爲，而記載其協議之書面，此他人亦不必爲證書之持有者（在德國舊德國民事訴訟法第三百八十七條之解釋上，似乎得反對之結論）。因之，在契約成立之前後，關於契約當事人間，或其一方與經紀人（日商三〇五條）間所授受之書信及各種草稿等得請求提出之，然而契約當事人之一方，對於他之一方與其單獨媒介人或爲自己締結契約之委任者（即受託者）授受之書信，不得請求提出之，蓋此種書面，只爲締結契約者之一方所使用之書面，而非雙方所使用之書面也。

證書持有者於
訴訟上引用證
書者

（3）證書持有者於訴訟上引用證書者 在此場合，證書持有者無論爲舉證者之相方或第三者（從參加人及脫退訴訟之當事人），皆須對於使用該證書之舉證者負提出證書之義務，蓋在此場合，雖使證書持有者負提出之義務，亦不因此妨礙其保持秘密之利益（參照日民訴三三七、三四三條德民訴四二三、四二九條）故也。因

之：第一，證書須爲舉證所引用，換言之，即須有用爲證據方法之意思表示。故僅引用證書之內容時，則不發生提出證書之義務。然既爲舉證所引用，則其引用之方法，固不問爲明示，或默示，亦不問於言詞辯論中爲之，或於準備書面中爲之，且不問爲自己所主張之證據方法，或對於對方之主張用爲辯明之證據方法也。第二，提出引用證書之義務，爲獨立的訴訟法上之義務。故依日本民事訴訟法第三百三十六條之規定，縱係無提出義務之證書；然將該證書在訴訟上引用之當事人，即負提出之義務。例如爲舉證而引用商業賬簿之當事人，對於使用該賬簿之舉證者負提出之義務是也。又此義務者，僅存在於同一之訴訟中，不能擴張於同一當事人以外之訴訟上，例如在本訴訟爲引用之當事人，雖對對方之當事人負提出證書之義務，然對於主參加人則不負此義務是也（德之佛金古氏則主反對之論斷）。此外，此種義務，依據日本民事訴訟法第百十五條之規定，並非與法院職權相背馳者，對於引用證書之當事人，有令其對方負提出證書之義務；且法院依據日本民事訴訟法第

百十五條之規定，亦有命令提出證書之職權。第三，提出證書之義務，雖於以後拋棄使用該證書時，而提出義務者亦不因此消滅其義務，蓋因舉證者對於證書持有者之對方或從參加人因引用該證書之一事，而有使其提出之權利故也。第四，從參加人引用其所持之證書時，因之從參加人始負提出之義務，當事人不負之；又從參加人引用其所輔助之當事人所持之證書時，因之不僅從參加人不負提出之義務，即當事人亦不負之，因證書之提出義務，如不為所持之當事人或所持之從參加人所引用，則不發生故也（參照日民訴三三七條）。

（二） 內容

義務之內容

證書持有者對舉證者負提出證書之義務之內容，即提出證書，須由證書持有者在受訴法院言詞辯論上，或在受命推事或受託推事之前為之；在其他場所，則不提出證書（參照日民訴三四八條德民訴四三四條）。至在受命推事或受託推事之前可否提出證書，則由受訴法院之意見而定之，因之舉證者在受命推事或受託推事之前

，自無使其提出證書之權利。又證書之提出，亦係調查證據，故法院及當事人皆得閱覽該證書，且得將其結果記載於筆錄，並作成必要之謄本。又證書之提出義務者，無拒絕之權利。此外，證書之提出，係爲舉證者之利益，故由舉證者擔任其用費（參照日民訴二八八條）。又對於提出之證書，以卽行歸還爲原則（參照日民訴三五四條）。

第四款 證書之證據方法之捨棄

證書之證據方法之捨棄

舉證者，得隨時撤消關於證書證據之聲請，此卽所謂證書之證據方法之拋棄也（參照日民訴三五〇、三二〇條德民訴四三六條），此無他，卽當事人之處分權之作用。然而對方亦得利用舉證者所聲請之證據方法，故在證書提出之後，舉證者須得其對方之承諾，方得拋棄此證書之證據方法。又因不承諾之意思表示，而得續行證書之證據調查者，自得再聲請同一證書，省略手續，故舉證者在提出證書之後，

不得隨意拋棄證書之證據方法。學者爲說明此種關係，對於舉證者不得單獨拋棄其所聲請之證書之證據方法，謂爲證據共通之原則，而此原則，係由提出證書之時表現之也（證書提出，既由舉證者，對方或第三者在受訴法院之言詞辯論上爲之，或在日本民事訴訟法第三百四十八條之場合，則在受命推事或受託推事前爲之，故當事人於言詞辯論之前在法院書記科從事書證之提出，非此處所謂證書之提出）。然而證書之證據方法之拋棄，縱得對方之承諾，然依日本民事訴訟法第一百五條及百十六條之規定，法院亦得以職權命令提出證書，且依日本民事訴訟法第三百三十七條之規定，舉證者對其對方手中所存之證書，亦得於訴訟上爲舉證之引用，而有請求提出證書之權利。

第五款 證書之證據調查手續

證書之證據調查手續，亦與其他之證據調查手續同，以書證之聲請而開始調查

者爲原則，而以法院之職權命令當事人提出證書，或以囑託官廳付送證書而開始調查者爲例外。書證之聲請，因情形而異其方法，且亦不必隨同證據決定爲之也（參照日民訴三三四、三四六條第二項、三三五、三四二、三四六條）。證據決定，或隨同證書提出義務之裁判爲之，或不經此種裁判爲之。證書之調查，由法院閱覽所提出之證書進行之，但於必要時，得與確定證書真否之特別手續相合併，且法院以其職權，得命當事人提出其所援引之證書（參照日民訴一一五條），得命當事人提出其所持之訴訟記錄（關於事件之辯論及裁判）（參照日民訴一一六條），得命當事人提出其商業賬簿（日商法二七三二條）；並得以職權對於應加調查之事項，囑託官廳付送必要之證書（參照日人訴一四、二六、三七條第二項、四六條等）。

（一）書證之聲請

書證之聲請

書證之聲請者，卽係對於各個事實，特定的指定證書爲證據方法之行爲也，故當事人以發見其陳訴或抗辯係正當之事實爲目的而聲請書證者，不得謂爲書證之聲

請。證書有存於舉證者之手中者，有依法律之規定，舉證者不藉法院之助力，而得取到者，有存於對方之手中者，有存於第三者之手中者，有存於官廳，或公吏之手中者，有存於受訴法院之手中者，故聲請之方法，即因之而各不相同。

證書存於舉證者手中者

(1) 舉證者所欲使用之證書存於其手中者 在此場合，書證之聲請，在原則上，係舉證者據言詞主義（參照日民訴一〇三條）及證據結合主義（參照日民訴二七三條），以證書為證據方法之表示（參照日民訴二二三條），且同時提出其證書（參照日民訴三四九、三三四條、德民訴四二〇條）。然在例外外，如舉證者提出其所使用之證書，致令其證書有毀損或遺失之虞，或其他顯著之障害者，只須於受訴法院之言詞辯論上表示證書之證據方法便足。而受訴法院仍得以職權命將證書提出於受命推事或受託推事之前（參照日民訴三四八條德民訴四三四條）。因之，以後為提出證書之申述及依日本民事訴訟法第三百四十八條之規定，不受受訴法院之命令，而於受命推事或受託推事前提出證書者，不得謂為書證之聲請，故舉證者即受不盡責

任之結果。舉證者若於言詞辯論中遺忘攜帶其應提出之證書時，得因之展期辯論或續行辯論（參照日民訴一六九條），但舉證者無令展期辯論或續行辯論之權利，故由此所生之費用則歸其負擔（參照日民訴七五條）。至舉證者所欲使用之證書，存於官廳或公吏之手，不藉法院之助力，亦得取到者，則書證之聲請，亦與證書在自已之手者相同，即將證書提出之（參照日民訴三三四、三四六條第二項，德民訴三四九條），蓋在此場合，舉證者業經受有官廳或公吏交付之證書，得在言詞辯論中提出之故，因之舉證者僅申述其欲使用之證書，應從官廳或公吏取到時，則不得謂之書證之聲請，舉證者即不得辭其不盡責任之咎。然而亦得因此延期辯論或續行之（參照日民訴一六九條），唯舉證者亦無延期辯論或續行之權利，而由此所生之費用，則歸其負擔（參照日民訴七五條）。又當事人（舉證者）依法律上之規定，不藉法院之助力而能取到之證書（參照日民訴三四六條第二項），即係官廳（包含公署）或公吏（官吏亦然）依法律上之明文，應負責將其保管之記錄，或證書之認證謄本

、抄本、交付於利害關係人或其他各個人之證書也（參照日民訴二二四條不動產登記二一、公證四七、五一條等），故當事人僅有閱覽權之證書，則不屬之，唯關於官廳或公吏拒絕交付之證書，或當事人不得請求交付之證書，（例如判決原本），當事人依據日本民事訴訟法第三百四十六條第一項之規定，當然可為書證之聲請。

主張證書保存
於對方之手者

（2）舉證書主張其所欲使用之證書係存於對方之手者 在此場合，書證之聲請，即與表示證書為證據之方法時，隨即聲請命令對方提出其證書（參照日民訴三三五條德民訴四二一條），此即所謂證書提出之聲明（Editionsantroy）也。元來負有提出證書義務之對方，一經有證書提出請求權之舉證者之聲請，即須提出於法院。民事訴訟法既已規定證書提出之義務（參照日民訴三三六、三三七條），又復規定其手續（參照日民訴三三五、三三八、乃至三四一條），故提出證書之聲請，可謂證據提出請求權之實行方法，而開始提出證書之手續。由此聲明而為證書之提出，即係書證之目的，換言之，即以某書面之內容為證據之目的，故為證明對方之占有

某書面，或證明某特定之書面到達於對方（尤其是證明催告書到達於對方），不得依據此種提出證書之手續。因之：第一，提出證書之聲明，得由對於對方有證書提出請求權之當事人爲之，故在共同訴訟人依日本民事訴訟法第四十九條及第五十條之規定，不發生特別之差異時，如自己對於對方有證書提出之請求權者，得爲證書提出之聲明，因之遂不得基於其他共同訴訟人之證書提出請求權，而爲證書提出之聲明。又從參加人自己對於對方有證書提出之請求權時，得爲提出證書之聲明，而且從參加人基於其所輔助之主要當事人對於對方有證書提出之請求權，亦得爲證書提出之聲明，唯在此種場合，若與其所輔助主要當事人之陳述及行爲相抵觸時，則不得爲證書提出之聲明（參照日民訴五四條）。又證書提出之聲明，得對於對方爲之，而所謂對方者，卽謂爲此聲明之當時係與舉證者對立之當事人，及與舉證者對立之共同訴訟人，且與舉證者所證明之爭點上有利害關係之人也（共同訴訟人對於舉證者是否負證書提出之義務，由其各自情形判斷之）。故從爲此聲明之當時脫

退訴訟之當事人（參照日民訴五八、六二條第三項），及舉證者之共同訴訟人並從參加人，舉證者之共同訴訟人之從參加人，皆係第三者，並非對方；又對方之從參加人，亦係第三者（參照日民訴三四三條），並非對方，至對方之法定代理人，即令於其資格上持有證書時，亦然，因在此種場合，被代理者之對方，即係證書持有者之故。第二，在證書提出之聲明中，除表示其元來目的係證書提出之意思外，尚須依據日本民事訴訟法第三百三十八條之規定（德民訴四二四條），表明證書，表明應依證書證明之事實，表明證書之旨趣；表明主張證書存於對方手中之情由，以及應負提出證書義務之原因。（1）證書之表明。此表明之目的，在使知悉爲如何之證書。故如證書之題目，署名者之姓名，日期等外觀上，須有與其他證書相區別之標準。在證書之表明中。包含該證書現存旨趣之主張，然而法院亦不得因此而具有證書無現存旨趣之確信，而駁斥證書提出之聲明，蓋在此種場合，應依日本民事訴訟法第三百四十條之規定也。（2）應依證書證明之事實之表明。因此表明在法院

調查此種事實之重要與否爲必要，故應揭出之（參照日民訴三三九條）。（3）證書之旨趣（內容），因使對方陳述爲必要，且以日本民事訴訟法第三百四十一條之處置爲必要，故務必完全揭出之；然若舉證者有證書之謄本時，得將該謄本提出之，而代證書旨趣之表明。（4）主張證書存於對方手中之理由，因係維持此種主張爲必要之事項，故主張所欲使用之證書存於對方之舉證者（參照日民訴三三五條），須表明此種情況，且須使對方陳述是否持有證書之處，引起必要之記憶。（5）應負提出證書義務原因之表明。此表明之目的，在使對方知有提出其所持證書之義務。故依據日本民事訴訟法第三百三十六條第一款及第二款，及第三百三十七條之規定，須表明證書提出義務之原因（德國民事訴訟法第四百二十四條第五款，雖以釋明此種原因之事實爲要件，而在日本民事訴訟法，則無此種規定）。如上（1）至（5）之事項，爲揭於證書提出之聲明中之要件，故要件不完備之聲明，須視爲不可允許者駁斥之；然證書提出之聲明，係於言詞辯論中爲之者，故於言詞辯論中所爲之聲明，

如已完備上述(1)至(5)之要件，縱令在以前用書面所爲之聲明上缺乏該要件，亦不得直以爲不可允許者而駁斥之，因此種聲明，畢竟不外言詞辯論之標準（參照日民訴一〇四條），換言之，即證書提出之聲明是否完備上述(1)至(5)之要件，不可不以舉證者於言詞辯論中所爲之聲明爲標準。第三，證書提出之聲明，亦即證據之聲明，故須於言詞辯論終結時爲之（日民訴二一三、二一四、四一五條參照）。然以非爲受判決之事項之聲請者，故不適用日本民事訴訟法第二百二十二條之規定。又證書提出之聲明，舉證者亦得依準備書面，預先提出於法院（參照日民訴一〇四、一〇五條第五款、二〇四條），然而此爲聲明提出證書之準備，故舉證者如不更以言詞辯論爲其聲明，則法院可不斟酌之。此外，證書提出之聲明，如在對方提出證書時，則因目的已達，遂告終結；反之，如對方未提出證書時，則依日本民事訴訟法第三百三十九條至第三百四十一條之規定，進行手續。第四，允許提出證書之聲明時，王舉證者亦得對於對方提起別項訴訟，在裁判上主張證書之引渡或

提出之私法上之請求權。唯在此種訴訟之進行上，因證書提出之聲明而使爲證書之提出，則可爲籍此而作證據之該訴訟中止之原因（參照日民訴一二一條）。第五，提出證書之聲明，在證書訴訟，匯兌訴訟，人事訴訟上皆不許之（參照日民訴四八七條第三項日人訴一〇、二六、三八條等）。

主張證書存於
有提出義務之
第三者之手者

(3) 舉證者主張所欲使用之證書係存於負有提出義務之第三者之手者 在此場合，書證之聲請，卽爲聲明定期收到其證書（參照日民訴三四二條德民訴四二八條）。元來負證書提出義務之第三者，與負此義務之對方同，須由負有證書提出請求權之舉證者之聲明，卽提出於法院。民事訴訟法既已規定是項義務（參照日民訴三四三條），又復規定其手續（參照日民訴三四二、三四三條後段、三四四、三四五條），故定期取到證書之聲明，卽證據提出請求權之實行，亦可謂爲證書提出之開始手續。因之：第一，定期取到證書之聲明，凡有證書提出請求權之當事人，共同訴訟人及從參加人，得對第三者爲之，並且從參加人依據日本民事訴訟法第五

十四條之規定，基於其所輔助之主要當事人對第三者有證書提出之請求權，亦得爲之。又定期取到證書之聲明，得對於第三者爲之，第三者，即指非對方之人而言，換言之，即係不得聲明提出證書之人也（參照日民訴三三五條），故在是項聲明之當時脫退訴訟之當事人（參照日民訴五八、六二條第三項），舉證者之共同訴訟人並從參加人，舉證者之共同訴訟人之從參加人及對方之從參加人皆屬之。第二，

在定期取到證書之聲明中，除表明請求定期取到其元來目的之證書之意思外，且依日本民事訴訟法第三百四十四條之規定（德民訴四三〇條），尙須揭有證書之表示，應依證書證明之事實之表示，證書之旨趣，主張證書存於第三者手中之理由，及應提出證書之義務原因之表示，且釋明證書存於第三者之情形，（證書存於第三者手中之情況，與證書存於訴訟對方手中之情況不同，其所以須加以以釋明者，即因後者之情況，訴訟六對方易於答辯，法院亦能繼續訊問，容易判定其主張之當否，而得避免訴訟遲延之弊；然前者之情況，對方不易答辯，法院亦不得繼續訊問，判

定其當否，因之，舉證者遂至濫用定期取得證書之聲明，而生訴訟遲延之弊，故對於前者之情況，有釋明之必要；）但訴訟之何方若承認第三者持有證書時，自無釋明之必要。如未完備上述要件之聲明，須視爲不可允許者而駁斥之（參照日民訴三四五條）（參照證書提出聲明要件之說明）。第三，定期取得證書之聲明，即爲證據之聲請，故須於言詞辯論之日期爲之（參照日民訴二二三、二一四、四一五條）（參照證書提出聲明方法之說明）。又此聲明，在提起之訴終結時，對第三者展期辯論之聲明亦包含之（參照日民訴三四五條第五項），然亦不能成爲訴訟手續中止之事由（參照日民訴一五一條）。第四，第三者與訴訟之對方在同一範圍內，對舉證者負證書提出之義務（參照日民訴三四三條），換言之，即第三者若自己爲訴訟之對方時，則於應負證書提出義務之同一程度上，負證書提出之義務；若訴訟之對方持有證書時，則因已有負提出義務之人，故不負證書提出之義務。是則第三者提出證書義務之有無，應獨立的就第三者本人定之，與訴訟對方之證書提出義務

之有無關也。因之，舉證者依私法之規定，於訴訟外亦得請求引渡或提出其證書時；以及因證書之旨趣，共通於舉證者及第三者時；並第三者為從參加人參與訴訟，在言詞辯論或準備書面上，引用存於其手中之證書時（不問從參加人係輔助舉證者之人，或輔助其對方之人，要之係第三者，並非對方，故不得適用關於對方證書提出義務之規定）；又第三者前為當事人參加訴訟，曾在言詞辯論或準備書面上，引用存於其手中之證書，以後復又脫退訴訟者，第三者均負證書提出之義務。第五，定期取到證書之聲明，在證書訴訟及匯兌訴訟中，其不允許之情形，同於證書提出之聲明（參照日民訴四八七條第三項）；反之在人事訴訟中，其允許之情形，却不同於證書提出之聲明（參照日人訴一〇、二六、三九條等）。

主張證書存於
第三者之官廳
或公吏之手並
非不藉裁判所

（4）舉證者主張所欲使用之證書存於第三者之官廳或公吏之手，且其證書依法律上之規定，並非不藉法院之助力，而能取到者，在此場合，書證之聲請，係將證書之送付聲明囑託官廳或公吏（此處所謂官廳者，乃廣義上為國家機關及自治團體

之助即能取到者

之機關，總稱爲公署。所謂公吏者，係指各公證人行使不使屬於官廳之職務權限之公的權限之自然人而言，但外國之官廳及公吏，不屬於此處所謂之官廳或公吏）而爲之者也（參照日民訴三四六第一項第二項德民訴四三二條）。元來持有舉證者所欲使用之證書之官廳或公吏，爲訴訟之對方時（代表訴訟當事人之國家並公證人時），或公吏爲訴訟之對方時（尤其公證人爲訴訟之對方時），舉證者可依證書提出之聲明（參照日民訴三三五條），只能爲書證之聲請，無須爲囑託取到證書之聲明。又是種官廳或公吏爲第三者時，舉證者得依定期取到證書之聲明，而爲書證之聲請，此由日本民事訴訟法第三百四十六條第三項之法意觀之，已可明瞭（學者或主張日本民事訴訟法第三百四十二條所謂第三者，爲第三者之一私人；然此主張，殊不失當，因官廳或公吏保管證書時，依日本民事訴訟法第三百三十六條之規定，而有證書提出之義務者，即應先依同法第三百四十六條之規定，而爲囑託付送證書之聲明，不得直依第三百四十二條之規定，而爲定期取到證書之聲明也）。然而官廳

或公吏爲第三者持有之證書（尤其公的記錄），其官廳或公吏等不論依民事訴訟法之規定，負有證書提出之義務與否，要之依據法院之職權行動（*Artzialtahtigkeit*），應令舉證者容易閱覽爲適當，是即承認舉證者得爲囑託取到證書之聲明之由來也。因之：

第一，證書送付囑託之聲明，固不問舉證者對於持有證書之官廳或公吏，是否有證書提出之請求權，均得爲之；唯官廳或公吏據日本民事訴訟法第三百三十六條之規定，有證書提出之義務，而不應允證書送付之囑託時，舉證者得再爲定期取到證書之聲明（參照日民訴三四六條第二項）。

第二，對於應揭載於證書送付囑託之申明中之要件，法律上無另外之規定，故雖不必完備日本民事訴訟法第三百四十四條上所規定之要件，總之除表示請求將其本來目的之證書囑託送付之意思外，尚須揭有證書之表示，應依證書證明之事實之表示，及主張證書存於官廳或公吏手中之情由，蓋此等事項，在調查證書送付囑託之聲明是否正當，爲不可缺之事項故也（參照日民訴二一三條）。關於官廳或公吏之應負證書提出義務之原因，不須

揭載之，蓋是項聲明，並非舉證者對於官廳或公吏之證書提出請求之要件故。關於主張證書存於官廳或公吏手中之情由之釋明，亦無須爲之，蓋是項聲明，乃係以法院之職權行動，務使舉證者容易閱覽存於官廳或公吏手中之證書爲目的故。關於證書不籍裁判所之助力，不得取到之法則，亦無須說明之，蓋是項法則，應由法院以職權調查之故。(1)證書之表示，其程度只須表示法院對於官廳或公吏得爲證書送付之囑託，無須將其證書作一定之表示，蓋以通例上舉證者對於官廳或公吏手中之證書無一定的表示之知識故，故只須確定的表示日期，記載事項，作成者及證書之形式，無須作證書之一定的表示。然而證書如非個書面，而爲一個記錄時，須表示用爲證書之記載部分，自不待言。(2)應依證書證明之事實之表示，即在足使法院調查應依證書證明之事實是否重要(參照日民訴三三九條)，故爲是項調查，不可不爲適當程度之表示。(3)主張證書存於對方手中之情由，在使法院對於官廳或公吏得爲證書送付之囑託，故爲是項囑託，亦不可不有應爲證書送付囑託之官廳或

公吏之表示（學者雖主張在證書送付囑託之聲明中，不必適用日本民事訴訟法第三百四十四條，只須適用第二百十三條，因之該聲明與其他證據方法之聲請相同，只須於言詞辯論中爲之，無須釋明證書，及可由證書證明之事實，並官廳或公吏持有證書等項。究之此種見解只可稱爲不符實際之見解）。第三，證書送付囑託之聲明，因係證據之聲請，故應於言詞辯論終結前聲明之（參照日民訴二一三、二一四、四一五條）。第四，證書送付囑託之聲明，如非依據法律之規定，不藉法院之助力，當事人不得取到證書時，則不許爲之（參照日民訴三四六條第三項），蓋依法律之規定，不藉裁判所之助力，當事人亦能取到證書者，則無證書送付囑託之聲明之必要故。第五，證書送付囑託之聲明，不許在證書訴訟及匯兌訴訟中爲之，亦與證書提出之聲明相同（參照日民訴四八七條第三項）；反之在人事訴訟中，得能允許之，則與證書提出之聲明不同（參照日人訴一〇、二六、三九條）。

（5）舉證者主張其所欲使用之證書係存於受訴法院者 在此場合，書證之聲請

受訴法院者

，無論其證書係存於受訴法院之甲部或乙部，皆依證書之引用而爲之，無須爲證書送付囑託之聲明，蓋證書送付囑託之聲請，係以保存證書之官廳爲前提，並非以受訴法院爲前提，徵之日本民事訴訟法第三百四十六條之日文，甚爲顯瞭。

(二) 證據決定

證據決定

在受訴法院言詞辯論中依提出證書而聲請書證時，因能繼續當事人之陳述直行調查證據，故無證據決定之必要；反之，在受訴法院言詞辯論中未提出證書而聲請書證時，因不能繼續當事人之陳述直行調查證據，故有證據決定之必要（參照日民訴二七四條第二項）。

在受命推事或
受託推事前提
出證書者

(1) 在受命推事或受託推事前提出證書者 舉證者在言詞辯論中表示以證書爲證據方法，且同時提出證書而爲書證之聲請時，固無須爲證據決定（參照日民訴三三四條二一三條）；然當表示以證書爲證據方法，且於言詞辯論中提出證書時，因恐證書毀損或失散及有其他顯著之障礙，宜在受命推事或受託推事前提出證書而爲

書證之聲請者，如法院認定確有此種情形，即應命為提出證書於受命推事或受託推事前之證據決定（參照日民訴二七四條第二項二七三條二七六條）。

依提出證書之
聲請而為書證
之聲請者

(2) 依提出證書之聲明而為書證之聲請者 舉證者表示以證書為證據方法且主

張其證書係在對方之手，依據應命對方提出證書之聲明而為書證之聲請（參照日民訴三三五條二一三條）時，法院如認該聲明為合法且認由證書證明之事實為重要而對方直行提出者，自無證據決定之必要；然如對方未提出證書，而法院尚認該聲明為正當（認定有提出義務之原因），且對方已自認持有證書並對聲明無陳述者，即須對於對方處以提出證書之證據決定（如有日本民事訴訟法第三百四十八條第一項所規定之情形，尚須處以提出證書於受命推事或受託推事前之證據決定）（參照日民訴三三九條二七六條，德民訴四二五條）。因之：第一，法院首先必須調查提出證書之聲明是否合法（即是否具備日本民事訴訟法第三百三十八條所載之要件）。調查之結果，如認其聲明為不合法，則以決定為駁斥之裁判，或於終局判決理由

前提要件

中載其駁斥之旨意，此裁判固係終局判決前之裁判，得與對於終局判決之上訴一同聲明不服（參照日民訴三九七條）。反之，如認為合法時，其次即須調查依據證書證明之事實是否重要。調查之結果，如認為不重要，則以決定或於終局判決之理由中，駁斥其聲明無理由（無證據之利益），此裁判亦係終局判決前之裁判，自得與對於終局判決之上訴一同聲明不服。反之，如認為重要時，除對方直行提出證書之外，尚須調查提出證書義務之有無。若對方對於證書之所有及提出之義務無爭執，獨於以證書證明之事實是否重要有爭執時，只以證據決定命令對方提出證書便足，無須對於證書證明之事實是否重要，而為中間判決，蓋以此種爭執，並非中間之爭故（參照日民訴二二七條）（由證書證明之事實必須重要，此為證據決定不可缺之要件，故日本民事訴訟法第三百三十九條特於聲明提出證書時設此明文之規定，表面觀之，似乎不必有此法文；實則此種法意，確為避免對於訴訟之對方作提出證書之煩累要求，故特明白規定之）。第二，於辯論日期到場之對方承認提出證書之

對方自認持有

證書或對提出
證書之聲明不
爲陳述者

義務，且自認持有證書時，法院即須以證據決定，命其提出證書（參照日民訴三二九條）。又對方雖自認持有證書，然根據法律上或事實上之理由對於提出證書之義務有爭執時（即自認有提出證書之原因，而主張無提出證書之義務，或因對於聲明提出證書之原因有爭執，而主張無提出證書之義務時），則須調查其提出義務之有無。調查之結果，若認爲無提出之義務（即認定聲明提出證書者爲不當），則以中間判決或於終局判決之理由中，對其聲明爲駁斥之裁判（參照日民訴二二七條），此裁判既係終局判決前之裁判，故得與對於終局判決之上訴一同聲明不服（參照日民訴三九七條）。反之，若認定有提出證書之義務（即認定聲明提出證書爲正當），則須以中間判決，裁判有提出證書之義務（參照日民訴二二七條），且須以證據決定，命令提出證書，此中間判決，亦係終局判決前之裁判，故得與對於終局判決之上訴一同聲明不服（參照日民訴三九七條）。其次，於辯論日期到場之對方，對於提出證書之聲明不爲陳述時，則視爲對於舉證者主張提出證書義務之原因及持有

證書之事實已經自認（參照日民訴一一一條第二項），法院仍須調查究竟有無提出證書之義務。調查之結果，如認為無此義務（即認定聲明提出證書為不當），則以中間判決或於終局判決理由中為駁斥之裁判，對此裁判得能聲明不服，亦與前同。反之，如認為有此義務（即認定聲明為正當），則須以中間判決，裁判有此義務，且須以證據決定，命令提出證書，對於此種裁決得能聲明不服，亦與前同。又其次，在以證據決定命令提出證書後，認定證書證明之事實並不重要時，法院得取銷其決定，蓋以命令提出證書之證據決定，既係指揮訴訟之裁判，自無拘束法院之效力也。反之，如在以中間判決認為有提出義務之後，復認為無此義務時，亦得取銷之，因此種中間判決，亦無拘束法院之效力也（參照日民訴二四〇條）。命令提出證書之證據決定，法律上既無禁止之規定，自得以之與認定提出證書義務之中間判決相合併，且此中間判決，係在言詞辯論中，因對方對於提出證書之聲明爭辯其提出之義務時為之，故法院惟就其中間之爭，而定辯論之日期，當事人若不如期到案，自

得爲闕席之中間判決（參照日民訴二六五條）。學者或有主張法院認定證書證明之事實爲重要，且就有無提出義務之爭而以中間判決認定其義務時，係以一種裁判，命令提出證書，其裁判中判斷證書證明之事實爲重要之部分，屬於證據決定，而判斷有提出證書義務之部分，則屬於中間判決，故前一部分，無須付以理由，亦無拘束法院之效力；反之，後一部分，則須付以理由，且有拘束法院之效力。然而此種見解，不得謂爲正確，蓋以法院既須以中間判決認定提出證書之義務，又須以證據決定命令提出證書故也。或有主張法院就有無提出證書義務之爭執而爲中間判決時，其判決中，須依日本民事訴訟法第二百三十六條之規定，付以證書證明之事實是否重要之判斷，而此判斷，即係對於有無提出證書義務之中間判決之理由，故無拘束法院之效力。然此見解，亦非正確，因法院此種判斷，係表示於證據決定中，並非表示於認定提出證書義務之中間判決中也。第三，於言詞辯論日期到場之對方承認提出證書之義務而聲明無有證書時，法院爲判定其聲明之真否，爲探究書證之

所在，且爲探究是否以妨礙舉證者之使用爲目的而故意隱匿證書或使之不堪使用起見，應以證據決定，命令訊問對方本人（參照日民訴三六〇條以下），若對方本人在庭，則勿須爲此證據決定，直行訊問對方本人。但官廳代表國家爲訴訟之對方，其法律上代理人承認提出證書之義務而聲明無有證書時，法院應定相當之期限。使之將長官證明證書不屬於該官廳保存之旨及不能開示證書所在之旨之證明書提出之，以代訊問其本人（參照日民訴三四〇條，德民訴四二六條）。又公署代表公法人爲訴訟之對方，其法律上代理人承認提出證書之義務而聲明無此證書時，應否根據日本民事訴訟法三四〇條第二項之規定，雖有疑問；究之其與官廳代表國家爲訴訟之對方並有不同，故以積極的論斷爲適當。至於在言詞辯論日期到場之對方，爭執提出證書之義務，且聲明無有證書時，法院則須調查提出證書義務之有無，調查之結果，如認爲無此義務（即認定聲明提出證書爲不當），則以中間判決或於終局判決之理由中，爲駁斥其聲明之裁判，對此裁判得能聲明不服，亦與前同。反之

對方所得法律
上之效果

如認為有此義務（即認定其聲明為正當），則須以中間判決，裁判有此義務，且須依日民訴三四〇條之規定，訊問其本人，或令提出證明書，對此中間判決得能聲明不服，亦與前同。第四，不聲明自認持有證書或無有證書之對方不遵提出證書之命令時，或聲明無有證書之對方對於證書不為供述，或以妨礙舉證者使用為目的而故意隱匿證書或使其不堪使用之情形顯然時，以及官廳在法院所定期限內未提出長官證明證書非其官廳所保存或不能開示其所在之證明書時，各得法律上之效果，則視舉證者是否提出證書之謄本而各有不同（參照日民訴三四一條，德民訴四二七條）。

（1）對方不遵提出證書之命令時，在訴訟上，則為不履行提出證書之義務，民事訴訟法對此對方，不許依據強制執行方法（參照日民訴七三〇條），強令提出證書；惟因不遵提出證書之命令，而規定應得之法律上之效果（係義務不履行之懈怠結果，非權利不行使之懈怠結果），使得迅速完結手續。其法律上之效果，如舉證者提出證書之謄本時，法院須視其證書之謄本為正當（即與未提出之原本相合）（法

定證據法），故依證書證明之事實，應判斷依此謄本是否得能證明係與原本相同，並非認定證書證明之事實依此謄本即已證明也。反之，若舉證者未提出證書之謄本時，法院則以自由之意思，有時得能認定舉證者關於證書之性質（如公正證書或私署證書，及自署之證書或印刷之書證等）及旨趣（參照日民訴三三八條第三款）之主張爲正當，在此情形之下，是否足以證明舉證者所主張並法院認爲正當之證書內容即爲舉證者所主張之事實，法院應再依日本民事訴訟法第二百十七條之規定而加判斷，並非認定由證書證明之事實即已證明也。有時基於對方使舉證者之立證歸於無益之原因以外之原因，認定具有不提出證書之特別事由時，亦得承認舉證者關於證書之性質及旨趣之主張爲正當。又對方對於聲明無有之證書而拒絕供述，或基於供述，知其係以妨礙舉證者之使用爲目的而故意隱匿證書（廢棄更無論矣）或使之不堪使用時，其應受法律上之效果，亦與前述不遵提出持有證書命令之對方相同，蓋在此情形之下，不得謂對方持有證書（有提出義務之證書）之事實已被證明也。

至於官廳爲對方，在法院所定之期限內，不能提出長官證明證書非其官廳保存或不能開示證書所在之證明書時，亦同。（又法院依據日本民事訴訟法第一百五條及日本商法二十七條之規定，命令提出證書或商業賬簿，而對方不遵其提出之命令時，其在法律上之效果，究應依據日本民事訴訟法第三百四十一條之規定而定之？抑應依據該法第二百十七條之規定，委諸法院自由之判斷？固爲學者所爭論；究之此種命令提出證書及商業賬簿，並非對於提出證書義務之有無所下之裁判，僅有裁判訴訟指揮之性質，故不遵該命令所得法律上之效果，應依日本民事訴訟法第二百十七條之規定，由法院評判之。（2）上述之法律上之效果，須於終局判決或中間判決中宣示之，且此效果，隨同緊接此等判決之言詞辯論終結時而發生，故對方在此辯論終結前提出證書時，即無此種效果，並在第二審提出證書時，亦得排除此種效果；但對方提出反證證明舉證者提出之謄本不正當或證明舉證者對於證書之性質及旨趣之主張爲不正當時，不僅在第二審不能允許，即在第一審亦不能允許，蓋以提出證

書義務不履行之懈怠結果，不得依反證而使之薄弱故也。(3)上述之法律上之效果，如對方遵從提出證書之命令提出證書時，及就對方無有證書之聲明已由訊問證明其無有時，則不發生，因在前一場合，聲明提出證書之目的已達，自可終了，而在後一場合，亦以不達聲明提出證書之目的而終了也（且在後一場合，亦無須以中間判決，駁斥提出證書之聲明，只須於終局判決之理由中明示該聲明已終了便足）。

依定期取到證
書之聲明而為
書證之聲請者

(3)依定期取到證書之聲明而為書證之聲請者 舉證者表示以證書為證據方法且主張其證書為第三者所持有，依定期取到證書之聲明而為書證之聲請時，法院如認定此聲明為合法，並認定由證書證明之事實為重要，且第三者直行提出證書者（例如第三者係舉證者之共同訴訟人或從參加人，直行提出證書），即無須為證據決定。如第三者未提出證書，則須以證據決定，定提出證書之期限（參照日民訴三四五條，德民訴四三一條）。因之：第一，法院先須調查定期取到證書之聲明是否合法（即是否具備日民訴三四四條所載之要件）。調查結果，如認為不合法，則

前提要件

以決定或於終局判決之理由中，駁斥其聲明爲不合法，此種裁判，因係終局判決前之裁判，故得與對於終局判決之上訴一同聲明不服（參照日民訴三九七條）。反之，如認爲合法時，次則調查由證書證明之事實是否重要。調查結果，如認爲不重要，則以決定或於終局判決理由中，駁斥其聲明爲無理由（無證據之利益），此裁判，亦係終局判決前之裁判，得能對之聲明不服。亦與前同。反之，如認爲重要時，除第三者直行提出證書外，須以證據決定，定提出證書之期限（參照日民訴三四五條第一項）。對方如對此定期取到證書之聲明，認爲不具日民訴三四四條之要件而生爭執時，即成爲中間之爭（參照日民訴二二七條），故法院須對此爭點，以中間判決或於終局判決之理由中，裁判之，此中間判決，亦係終局判決前之裁判，得能對之聲明不服，亦與前同。反之，對方如對證書證明之事實爲重要其發生爭執時，因其非中間之爭執，故法院無須特爲中間判決。第二，法院如認定定期取到證書之聲請適於日民訴三四四條之規定，且認定由證書證明之事實爲重要時，即須以證

定提出證書期
限之決定

據決定提出證書之期限（參照日民訴三四五條第一項，德民訴四三一條），故法院對於第三者是否負有提出證書之義務，無須爲實體的調查，因此種調查，應於舉證者對第三者提起提出證書之訴時，得依日民訴三四三條之規定爲之也。所以日民訴三四三條第一項及三三九條中無（認定聲明爲正當）之注文，而有（聲明適於前條之規定者）之注文（德國方面，第三者除釋明所持證書之事實外，尚須釋明提出證書義務之原因，故法院以證據決定提出證書之期限時，除調查證書係第三者所有之事實外，尚須調查是否已釋明其原因）（參照德民訴四三〇條四二四條第五款）且就對方之陳述與否置之不論一事言之，亦與日民訴三三九條之情形不同。（1）

（2）提出證書之期限，舉證者須斟酌第三者得能提出其證書於法院之相當時間而定之，故依日民訴三四三條後段之規定，舉證者對第三者豫先知其必須提起提出證書之訴時，須斟酌其訴訟完結之必要時間而定之，此期限，因係法院所定，故依當事人之合意或以法院之決定，得伸縮之（參照日民訴一七〇條一七一條）。（2）提出證

書之日期，應採當事人訴訟自主主義，依舉證者之聲請指定之，其日期並非在提出證書之期限中，亦非在定期提出證書之決定中指定之，因定期提出證書之決定，只能定此期限故（德之佛金古氏主張法院以職權指定日期；然其主張，並非通說）。

（3）對於定期提出證書之決定，不得以抗告聲明不服，因此種決定係基於言詞辯論之裁判故（參照日民訴四五五條）。且此決定，不能拘束法院，法院得取銷之，因其係一證據決定故。第三，已有定期提出證書之決定時，其效力，在期限終了前止

訴訟手續之靜止。其係一證據決定故。第三，已有定期提出證書之決定時，其效力，在期限終了前止（尤其對於第三者提起訴訟之終結前），應靜止訴訟手續，不能於受訴法院接行辯論；但關於其他爭點亦不妨接行調查證據手續，故在提出證書之期限中，亦得對於證人從事證據之調查，此由於即在受訴法院接行辯論，以後仍因舉證者提出證書，勢必歸於無益，故不如靜止之為愈也；然而關於其他爭點之調查證據，以後縱因舉證者提出證書，亦不至歸於無益，且反有防止遲延訴訟手續之利益。且以訴訟手續之靜止，並非訴訟手續之中斷或辯論之中止，故對於其接行，係依日民訴三四五條

提出證書之訴

第二項之規定爲之，無須爲訴訟手續之承繼。第四，舉證者如當第三者任意不交證書時，須依訴對之主張提出證書之請求權（參照日民訴三四三，德民訴四二九條）。此種訴訟，係獨立之訴訟，並非舉證者與第三者之中間訴訟。此種訴訟，係聲明定期取到證書之當事人（從參加人爲此聲明時。係主要當事人）爲原告，第三者爲被告，依一般之規定，提起於管轄法院；舉證者之對方，得爲第三者之從參加人。在此訴訟中，原告須以通常證據方法，立證提出證書請求權之原因（提出證書義務之原因）及第三者持有證書之事實。該訴訟之結果，如判決第三者應提出證書時，則依日民訴七三〇條第一項執行之；若無執行之效果，則舉證者在該訴訟中，勢必不得使用證書；但得對此第三者爲損害賠償之請求。第五，因定期取到證書之證據決定而歸靜止之訴訟手續，得由舉證者或對方聲明繼續之。（甲）舉證者於提出證書之期限內已達目的時，雖在期滿之前，亦得向受訴法院聲明指定提出證書及言詞辯論之日期（參照日民訴二八七條）；但在日民訴三四八條情形之下，應向受命

繼續訴訟手續
之聲明

第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 四五五

推事或受託推事聲明指定提出證書之期限，而向受訴法院聲明指定辯論之日期（參照日民訴二八七條）。反之，舉證者如延誤提出證書之期限或拋棄請求定期取到證書之聲明權時，得向受訴法院聲明指定言詞辯論日期，繼續訴訟手續。（乙）對方在提出證書期滿之前，如舉證者對第三者之訴訟已告終結（訴訟因判決及其他方法，致令舉證者有利益或不利益而歸終結），或舉證者遲延起訴，遲延繼續訴訟或強制執行時（舉證當事人本人或其代理人因故意或過失而致遲延時），得向受訴法院聲明指定辯論日期，且得聲明於該日期繼續訴訟手續（參照日民訴三四五條第二項），因對聲明繼續訴訟手續之裁判，法律上別無規定，故須於辯論日期付與舉證者以辯論機會之後裁判之，因之，受訴法院當指定辯論日期之際，不得對於繼續訴訟手續之聲明，裁判其當否。（1）於辯論日期到場之舉證者對於繼續訴訟手續之聲明是否合法具有爭執時，此為中間之爭，法院須以中間判決或於終局判決之理由中裁判之；惟當法院以決定駁斥繼續訴訟手續之聲明為不合法時，得抗告之（參照日民訴

四五五條)。又舉證者主張繼續訴訟手續之聲明爲無理由時，爲聲明之對方，須立證其聲明爲正當之必要事實，法院如認聲明爲正當時，則以決定，命令繼續訴訟手續，因之定期取到證書之聲明，當然有終了之效力；但不能因此直認爲舉證者不得提出其欲使用之證書。舉證者除日民訴二一四條第二項及三四七條之情形外，得以同一方法，聲請證據，換言之，即謂緊接判決之辯論終結前，得能提出證書；惟當法院以決定駁斥繼續訴訟手續之聲明爲不當時，爲聲明之對方得抗告之（參照日民訴四五五條）。(2)在辯論日期，舉證者不到場時，如將聲明繼續訴訟手續之理由，已於合法時機中通知舉證者，且法院認定繼續訴訟手續爲正當者，則因聲明人之聲明而爲闕席判決；如係該聲明人不到場時，則因舉證者之聲明而爲闕席判決，因在受訴法院中所定之日期，一面爲許否聲明繼續訴訟手續之日期，同時即已認定繼續訴訟手續之聲明爲正當，且在其他方面調查證據終了時，同時即爲繼續訴訟之日期也（參照日民訴二八七條二四六條二四七條）。(3)在辯論日期中，雙方當事人

均到場，且認繼續訴訟手續之聲明爲正當時，則以繼續訴訟手續爲通例。反之，對方在提出證書期限屆滿之後，得能無條件的（卽勿論有無日民訴三四五條第二項之前提要件）向受訴法院聲明指定辯論日期，繼續訴訟手續。在此情形之下，（a）法院因舉證者之聲明，認爲已定提出證書之期限過短時（尤其舉證者在提出證書期限內未提出證書，並非由於自己負責之事由），得再定提出證書之期限。（b）舉證者在緊接判決之辯論終結時，如不遲延訴訟手續，亦得提出其所欲使用之證書（準用日民訴二七五條）。（c）舉證者在上訴審中，得再聲明確定取到證書之期限。

依請求囑託官
廳或公吏付送
證書之聲明而
爲書證之聲請
者

（4）依請求囑託官廳或公吏付送證書之聲明而爲書證之聲請者 舉證者表示以證書爲證據方法且主張其證書係第三者之官廳或公吏（此與日民訴三四三條所謂之第三者同一意義）所持有，因而依請求囑託該官廳或公吏付送證書之聲明而爲書證之聲請時（參照日民訴三四六條第一項第二項、二一三條），法院卽須以證據決定爲付送證書之囑託（參照日民訴三四六條，德民訴四三二條）。因之，第一，法

院須先調查囑託付送證書之聲明是否合法（此聲明之合法要件，參照以上所述），調查之結果，如認為不合法時，則以決定或於終局判決之理由中駁斥之，此種裁判，亦係終局判決前之裁判，得對之聲明不服，亦與前同。反之，如認為合法時，次須調查由證書證明之事實是否重要（官廳負有應受囑託付送證書義務與否，非法院所應調查，故就證書係刑事訴訟記錄，不能令當事人閱覽之情形言之，不得以囑託付送證書之聲明為無理由而駁斥之），調查之結果，如認為不重要，則以決定或於終局判決之理由中，駁斥其聲請為無理由（無證據之利益），此種駁斥，亦係終局判決前之裁判，得能對之聲明不服，亦與前同（此種駁斥之裁判，係基於言詞辯論為之，不能以抗告聲明不服，徵諸日民訴四五五條之規定，極為明瞭）。反之，如認為重要時，則以證據決定，命令應為付送證書之囑託（參照日民訴二七四條）。

其囑託書，由審判長以職權發出之（參照日民訴二七九條）。第二，官廳或公吏對此囑託是否負有應將其所持證書付送於法院之義務，則依法令調查之（刑事訴訟

付送義務之有
無及提出證書
之強制

記錄及其他官廳公吏之祕密書類，則無付送之義務），調查之結果，官廳或公吏接受法院之囑託付送證書時，法院書記官須以此通知當事人（準用日民訴二七九條第二項）。反之，官廳或公吏不付送證書時，則須法院以此通知當事人。在此情形之下，官廳或公吏如依日民訴三三六條之規定（又三三七條之規定）有提出證書之義務時，舉證者可依日民訴三四二條之規定爲證據之聲請，而請求日民訴三四五條所載之證據決定，且可依日民訴三四三條之規定，強制提出證書（參照日民訴三四六條第三項）。第三，爲囑送證書之證據決定，同時已定接行辯論日期時，而官廳

接行辯論

或公吏到期付送證書者，法院須於該日期中將付送之證書示知當事人，然後從事證據之調查。若到期未付送時，則展期行之，若拒絕付送時，舉證者則依日民訴三四六條第三項之規定，得爲書證之聲請。又爲囑託付送證書之證據決定，同時未定接行辯論之日期時，而官廳或公吏已付送證書者，法院則以職權指定接行辯論之日期，且以之通知當事人（準用日民訴二八七條第二項）。至於拒絕付送時，亦然。

以囑權囑託付送者

第四，法院以職權調查之事項（尤其關於有無訴訟能力之事項）如認為必要時，得以職權囑託官廳或公吏付送書類。且依日民訴三四六條之規定，應使官廳或公吏作成意見書或證明書（記載於保管記錄中之事項之證明書）付送之時，亦同。此種法意，即在囑託付送證書，並非限於囑託當時現存之證書也。

依證書之引用而為書證之聲請者

（5）依證書之引用而為書證之聲請者 舉證者所欲使用之證書在受訴法院，因依證書之引用而為書證之聲請時，受訴法院直得取到該書類，無須依據日民訴三四六條之規定為付送證書之囑託。

（三）證書之提出

證書之提出

舉證者在受訴法院之言詞辯論中或在受命推事或受託推事前提出證書時，是否應提出證書之原本（正本）或謄本，則視證書是否為公正證書或私署證書而定之（參照日民訴三四九條，德民訴四三五條）（日本民事訴訟法三四九條之規定，只適用於舉證者提出證書之場合，非適用於舉證者之對方或第三者提出證書之場合，因

在後一場合，舉證者之對方及第三者應提出證書之原本故也。原來證書之證據力，係以證書之真實爲要件，故證書之原本具有證據力，而證書之謄本則無之，所以在理論上，實以提出證書之原本爲必要（參照法民一三三四條）；然在對方自認證書之正本真實及其謄本正書（內容與原本一致）時，實際上亦無須提出證書之原本，只提出其謄本便足，蓋在此場合，證書之謄本與其原本同有證據力之故，所以在實際上，應提出證書之正本與否，一任法院之意見定之，此爲適當之立法政策（參照德民訴四三五條）；惟公正證書之原本，通常皆爲官廳或公吏所保管，可以用正本代爲原本，故提出公正證書時，只提出其正本便足，此日本民事訴訟法三四九條第一項所以規定（正本）也（德國民事訴訟法四三五條雖規定（原本），然使用正本便足，似無疑問）。

（1）公正證書之提出 提出公正證書時，可提出其正本或已認證之謄本；但法院得命舉證者提出正本，若舉證者不遵此命令時，法院則以自由之心證，判斷謄本

之證據力（參照日民訴三四九條第一項第三項）。第一，公正證書之正本，即係代替其原本之書面；又公正證書已受認證之謄本，即係註明該證書內容與原本相符之謄本，故與原本有同一之證據力，所以提出公正證書時，須提出其正本或已認證之謄本，惟此謄本，始與正本有同一之證據力，如未認證之謄本，及由公正證書之認證謄本所作成之認證謄本，並官廳或公吏所保存之謄本（公正證書或私署證書之謄本），皆不適用日民訴三四九條第一項之規定，否則違反該條僅以公正證書之認證謄本始能視同其正本之法意，至為法律上所不許之類推的擴張解釋。（1）公正證書之抄本，非公正證書之認證謄本（參照日民訴二二九九條一〇七條第二項），即令認證，亦不得謂為日民訴三四九條第一項所謂公正證書之認證謄本；然亦不能因此直認為法院不得以自由意見酌定提出公正證書之抄本代替其正本或認證謄本也，因法院此種權限，並非法律所禁止之故。（2）抄錄正本（參照日公證四九條）及戶籍之謄本或抄本（參照日戶籍法一四條），不能認為非日民訴三四九條所謂公正證書之認

證謄本，蓋依此種書面之規定言之，其性質，終不外乎該條第一項所謂公正證書之認證謄本之故（德之史丁氏主張公正證書之單純抄本，雖非德民訴四三五條所謂公正證書之認證謄本；然如身分登記簿之抄本，則應謂為獨立的公正證書之原本）。

第二，法院對於提出之認證謄本疑其為正當時，得以職權（日民訴三四九條第一項雖無如第二項載有「以職權」之明文；亦可視為當然之解釋）基於言詞辯論決定命令舉證者提出正本；惟不得無此決定直為否定認證謄本之證據力之裁判，因認證謄本與原本有同一之效力故。舉證者對於此種決定，不得抗告（參照日民訴四五五條）。第三，舉證者不遵法院命其將提出之謄本換為提出正本之決定時，法院則以心證而加謄本應有如何證據力之裁判（參照日民訴二一七條），故舉證者依日民訴二一四條之規定提出正本時，則不得為此裁判，且舉證者因正當之事由（尤其因原本及正本之滅失，不能提出之事由）不能遵此命令時，亦不得為此裁判（*À l'Im-*

(2) 私署證書之提出 提出私署證書時，以提出其原本爲通則；惟對於謄本與未提出之真正原本一致，僅對於該證書之效力或解釋上有爭執時，則以提出謄本爲特則，然法院亦得以職權命舉證者提出原本，若舉證者不遵此命令時，法院則以心證裁判謄本具有如何之證據力（參照日民訴二一七條，又三三九條第二項第三項）。

• 第一，私署證書，如非原本，則無證據力，且對方亦無陳述其真否之義務（參照日民訴一一一條，德民訴四三九條），故在通則上，舉證者須提出私署證書之原本；然在特則上，如當事人對於未提出之真正原本已陳述一致，僅對於證書之效力或解釋上當事人彼此發生爭執時，則無提出原本之必要，舉證者只提出私署證書之謄本便足。

• 第二，舉證者認爲只能提出私署證書之謄本，而法院對此謄本發生是否正當之疑惑時，得以決定命舉證者提出原本，對此決定，不得抗告（參照日民訴四五五條）。

• 第三，舉證者對於命令改提原本之決定如不遵從時，法院則以心證裁判謄本具有如何之證據力（參照日民訴三四九條第三項二一七條）。原來當事人

已對未提出之直正原本陳述一致，僅對其效力或解釋有爭執時，因提出之謄本可以視同原本，法院已足判斷證據，似可不必命其提出原本，且法院就其未提出原本之情形，亦可以自由心證判斷謄本具有如何之證據力，表面觀之，法院具有此種裁判之權限，雖似違反不干涉審理主義；然為發見實體的真實，實以付與此種權限於法院為適當。

在受命推事或
受託推事前提
出證書者

(3) 在受命推事或受託推事前提出證書者 依提出證書而調查證據，係採直接審理主義之結果，在原則上，舉證者應將其持有之證書，提出於受訴法院言詞辯論之中（參照日民訴二七三條三三四條），故舉證者不能即時提出證書時，除不遲延辯論以外，皆依日民訴二一四條及一七三條第一項之規定，應受失權之效果。然在例外上，若於言詞辯論時提出證書而有毀損證書或紛失證書之虞，或對於提出證書有顯著之障礙者，受訴法院亦得以職權命令舉證者提出證書於受命推事或受託推事之前（參照日民訴三四八條第一項，德民訴四三四條）。因之：第一，舉證者在

要件

受訴法院言詞辯論中提出證書時，須主張有毀損證書之理由（例如證書之紙章脆弱，如付送於他處，恐損其形體之理由），或有紛失證書之理由（例如重大之證書，恐在途中被劫奪之理由），及其他付送證書有顯著障礙之理由（例如證書係商業賬簿，若送於受訴法院，則有營業上之障礙，又如證書係登記簿，在法律上有不得送於他處之障礙等理由），無須聲請受訴法院命其提出於受命推事或受託推事之前，因此等理由存在時，受訴法院應以職權下此裁判之故，所以日民訴三四八條第一項無「由聲請」之明文也。第二，法院認定此種要件存在時，則以職權命提出證書於受命推事或受託推事之前（舉證者聲請爲此裁判時，只促法院行其職權行動，法院如認定不爲此種裁判，亦勿須裁判其聲請），此種裁判，係一證據決定，且須基於言詞辯論爲之，（參照日民訴一二八條），故不得對之聲明不服（參照日民訴四五五條二七三條第三項）。第三，在受命推事或受託推事前提出證書時，此等推事爲使受訴法院對於舉證者所舉出之證書得有正確之認識，在記錄中，除記載當事

人供述證書之真否以外，尚須附加記載判斷證書之真否及其價值之必要事由之詳細書以及證書之謄本，若證書僅有一部分重要，則須附加其抄本（參照日民訴三四八條第二項）。但此等推事之措置如不甚完備且不能補充時，受訴法院亦得依據日民訴一六二條之規定，就證書所在之場所調查之（參照日民訴三四八條第二項）。

第四，舉證者在受命推事或受託推事前不提出證書時，則依日民訴二八四條第二項之規定。第五，在受命推事或受託推事前提出證書之規定，亦行於對方、第三者、官廳或公吏持有證書之場合（參照日民訴三三六條三四二條三四六條）。在此場合，舉證者、對方、第三者皆得向受訴法院主張提出證書於受訴法院之障礙。

（四） 聲明書證之駁斥

證據決定之後，舉證者依日民訴三四二條及三四六條之規定，對於記載證據決定之事實已為書證之聲明時，如因取到證書之手續，勢必遲延訴訟之完結，且法院得能心證原告或被告之不及早提出書證，由於故欲遲延訴訟或出於怠慢者，法院須

因對方之聲請，駁斥其書證之聲明（參照日民訴三四七條，德民訴四三三條）。原來證據方法，固得於緊接判決之言詞辯論終結前提出之（參照日民訴二一四條第一項）；然適用此原則如毫無限制，自必遲延訴訟，故須設立足以限制之例外，此駁斥聲明書證之規定所由生也。第一，駁斥聲明書證之前提要件：（1）須在舉證者依據日民訴三四二條及三四六條之規定聲明書證之場合。因在舉證者依日民訴三三五條之規定聲明書證之場合，無遲延訴訟之慮故也。（2）須法院為證據決定之後，對於與記載於證據決定之係爭事實相同之事實，依據日民訴三四二條及三四六條之規定，而為書證之聲明者。因依據該兩條之規定，就非係此種事實之事實（尤其在證據決定後，舉證者重新主張之事實）而為書證之聲明時，倘依遲延訴訟之理由而駁斥之，勢必杜絕立證之途也。至於舉證者究為原告，抑為被告，以及記載係爭事實之證據決定原因之證據方法如何？皆非法律所過問。（3）須因取到證書之手續，勢必遲延訴訟（客觀的關係），且法院得能心證原告或被告之不及早提出書證，係由故欲遲

延訴訟，或出於怠慢者（主觀的關係）。故法院於辯論日期爲其他證據決定，且其調查證據又因舉證者聲明到書證，必須取到書證，以致與遲延訴訟之程度相等者；又或基於以前證據決定之調查證據爲不可能，因之舉證者依據日民訴三四二條及三四六條之規定，重新聲明書證者，皆不得駁斥之，蓋在前一場合，不至因取到證書之手續而遲延訴訟；在後一場合，亦不至有上述心證之發生也。（4）須有對方之聲請。此即不干涉審理主義之適用。以上（1）至（4）之要件完備時，對方則有促令法院駁斥舉證者書證之聲明，故法院不得以其意見，或駁斥之，或不駁斥之（參照日民訴三四七條，德民訴四三三條）。此即與日民訴二一〇條所載防禦方法之駁斥不同之要點。

第二，對於請求駁斥聲明書證之聲請，受訴法院則以中間判決或於終局判決之理由中裁判之（參照日民訴二二七條），受命推事或受託推事無裁判此種聲請之權限。對此中間判決，只能與對於終局判決之上訴一同聲明不服，不得獨立上訴（參照日民訴三九七條）。

第三，依據日民訴三四七條之規定，舉證者得於上訴審

聲請其被駁斥之書證，且該條之規定，亦行於上訴審（參照日民訴四〇八條），故上訴法院依據該條之規定駁斥其書證之聲明時，舉證者即喪失其提出書證之權利。

依德國民事訴訟法之規定，在宣示證據決之後，對於記載於證據決定中之係爭事實，依訊問聲請之新證人而遲延訴訟，且法院得心證不聲請訊問證人之情形，係由故欲遲延訴訟且出於怠慢者，則因聲請，而駁斥該訊問證人之聲請（參照德民訴三七四條）。日本民事訴訟法則無此規定，此係認定訊問證人係與聲明書證不同，而以爲無遲延訴之慮；究之聲請訊問證人與聲明書證並無區別之理由，故由立法上之見解視之，殊覺失當。

（五）確定證書真否之手續

確定證書真否
之手續

證書之真實，證書證據力之前提要件也。（*Veritas et bonitas instrumenti*）換言之，證書亦如其他檢證之目的物，須真實而非偽造或塗改者，方爲證據方法（證書之真實中，亦含有證書非偽造或塗改者之觀念）（*Ueber der Begriff Echtheit S.*

N1. Zu § 437. deer Begriff unfaßt auch die unvertäseehheit) (卓意費爾多所著德國民事訴訟法註釋第一卷三八九頁)，故關於證書之真否有爭執時，須爲確定其真否之裁決。第一，所謂證書真實者，不外證書所包含之表示（意思表示或觀念表示），即舉證人所認爲證書作成者所爲之表示也。蓋證書作成者，原欲將其表示包含於證書中，以之傳於將來閱此證書之各人，故證書作成者之表示，若異於該證書所包含之表示，即不能視該證書爲真實之證書。因之，證書作成者若以記載證書之第二者爲自己之機械 (Verkzeug) 而令其記載 (第三者以證書作成者之代理人記載證書時，該證書雖在代理人證書上爲真實之證書，究非本人證書之真實證書，因證書所包含之表示，乃代理人之表示，非本人之表示也)，斯不問證書上有無作成者之署名或蓋章。換言之，證書之真實與否，係以證書所含之表示，是否作成者之表示爲標準而定，非以證書上之簽字或印章，是否作成者之簽字或印章爲標準而定之也。學者有謂證書真實云者，即證書係以作成者資格於其上署名或蓋章或記載文字

之人所作成之事實。然此乃刑事意義上證書之真實，非民事意義上證書之真實，德之史丁氏早已論之矣。第二，對於證書之真否有爭執時，不問該證書之爲公正證書，抑爲私署證書，均得依獨立之訴訟而受確認其真否之裁決，亦得以中間訴訟之目的而受確定其真否之裁決。前者在日本民事訴訟法上，雖無特別之規定，但因法律上無禁止之明文，可作積極之論斷。所謂確定證書真否之訴訟是也（參照德民訴二五六條）。後者卽此處所謂確定證書真否之手續，凡確定被指爲偽造或塗改之證書真否之手續，以及私署證書之檢真手續皆屬之（參照日民訴三五二、三五二條）。

因指爲偽造或
塗改而確定證
書真否之手續

(1) 因指爲偽造或塗改而確定證書真否之手續 此手續卽偽造或塗改證書之訴訟（參照日民訴四二條第一項第八款），係因聲明公正證書或於其他訴訟事件上已受檢真確定審判之私署證書爲偽造或塗改者之聲請，而爲確定證書真否之審判之手續（參照日民訴三五一條）。原來公正證書或上項私署證書，如無偽造或塗改之反證，即可推定其爲真實之物，故准許主張證書爲偽造或塗改者得爲確定真否之聲請，使

其得受確定證書真否之裁判而達其目的。第二，確定被指為偽造或塗改之證書真否之手續，孕育於羅馬法所謂刑事上提起公訴之手續 (*De accusatōibus et inseriptionibus*)，完成於法國民事訴訟法 (*Inscriptions de baux*)，法國初為防止被告以告訴偽造或塗改證書為延長訴訟手段之弊，於被告作是項告訴而稽延訴訟且敗訴時，科之以嚴罰，至十六世紀始廢止該項嚴酷之制度。但當時仍因「證書之偽造或塗改，應測斷其為一種犯罪，決無不犯罪之證書偽造或塗改者」之思想盛行，凡主張證書偽造者或塗改者，須依刑事訴訟手續於刑事法庭告訴之。其後至一六七〇年，關於證書是否偽造或塗改之問題，准於民事法庭依刑事訴訟手續審判，此因當時民事法庭審判證書是否偽造或塗改之際，先以告訴偽造證書或塗改證書 (*Inscription de faux*) 及寄託罰金為要件也。嗣發見所謂「證書之偽造或塗改，應測斷其為一種犯罪，決無不犯罪之證書偽造或塗改」之思想，實屬錯誤，遂於一七三七年以勅令 (*Sage ordonnance*) 區分民事審判證書是否偽造或塗改之手續，異於刑事審

判證書是否偽造或塗改之手續。而前者之手續上，仍存續關於偽造證書或塗改證書之告訴，現行法國民事訴訟法，主要皆依據於此者。故民事上審判證書是否偽造或塗改之手續，仍須有關於偽造證書或塗改證書之告訴，此種法意，可謂基於認為主張證書為偽造或塗改一事，至關重大，且認該項主張係當事人詳審考慮之結果也。

第二，德國民事訴訟法，未規定民事上審判證書是否偽造或塗改之手續，此乃基於民事上可依各項證據方法（特別是證據本身），以審判證書是否偽造或塗改，因之無設立特別規定之必要也。第三，日本民事訴訟法做法國民事訴訟法之例，規定確認被指為偽造或塗改之證書真否之手續（參照日民訴三五一條），但此乃實際上不必要之手續，立法上殊不免於失當。學者有謂既有刑事審判證書是否偽造或塗改之手續，已足運用，殊無設立民事審判證書是否偽造或塗改之手續之必要，此亦不免為失當之見解也。不知前者之主眼在對犯罪人而設，後者則係對證書之主張；前者係於檢察處刑事法庭訴追之，後者則證書之為偽造或塗改與否，乃民事訴訟之目

的；此外，前者不得因被告之死亡，公訴之時效，檢察官之不起訴處分，被告無犯罪意思等事由，以確定證書之是否偽造，故不能因有刑事審判證書是否偽造或塗改之手續，而遂謂民事審判證書是否偽造或塗改之手續即無必要也。

確定真否之聲請

(甲)確定真否之聲請 主張公正證書或經檢真之私署證書爲偽造或塗改者，須爲確定該證書真否之聲請(參照日民訴三五一條第一項)。第一，確定證書真否之聲請，使用證書之舉證人對方，當然亦得爲之，蓋舉證人使用之證書一部分而爲相手方之利益上所援用之部分，有偽造或塗改之情事也。第二，聲請確定真否之目的，即被指爲偽造或塗改之公正證書或已經檢真之私署證書。公正證書，原應推定其爲真實之物，故對該證書有指爲偽造或塗改，且因而爲確定真否之聲請以前，法院須視爲真實證書而裁量之。至於已經檢真之私署證書，換言之，即當事人間於他種訴訟事件上，因聲請檢真而受真正證書之裁決且已確定該項裁決之私署證書(因訴訟事件終結，不能對於檢真之裁決聲明不服

之私署證書），應與公正證書有同一之證據力，故對該證書有指爲偽造或塗改，且因而爲確定真否之聲請以前，法院須視爲真實證書而裁量之。反之，私署證書若異於公正證書而非應推定其爲真實者，無對該證書指爲偽造或塗改，且因而爲聲請確定真否之必要（在法國民事訴訟法，關於私署證書，亦似准許基於指爲偽造或塗改而聲請確定其真否）（參照法民訴二一四條）。又，當事人間於同一訴訟事件上，因聲請檢真僅受真正證書裁決之私署證書，其裁決尙未確定（對於檢真之裁決，得與對本案裁決同時聲明不服上訴；又，下級審之檢真裁決，無羈束上級審之效力）因而非與公正證書有同一之證據力者，對該證書無指爲偽造或塗改，且因而聲請確定真否之必要（在法國民事訴訟法，關於在同一訴訟事件上，因聲請檢真而受真正證書裁決之私署證書，似亦准許指爲偽造或塗改，且因而爲確定真否之聲請）（參照法民訴二一四條）。此所以基於指爲偽造或塗改而聲請確定真否之訴，惟限於公正證書及已經檢真之私署

證書也。第三，聲請確定真否之原因，即為主張證書係偽造或塗改（參照日刑一五四）故對舉證人所使用之公正證書，欲爭效力有無之對方，不能以其不屬於作成者之官吏或公吏之權限為理由，聲請確定其真否。第四，確定真否之聲請，在訴訟繫屬於第一審或第二審之場合，得為之，但在訴訟繫屬於第三審之場合，不得為之，因第三審僅為法律上之判斷也（參照日民訴四三四條）。然在第三審得為證據調查之場合，亦得主張使用之證書係偽造或塗改而聲請確定其真否（參照日民訴四四六條第二項）。例如判斷二次上訴已否超過法定期間之場合，此被告人引用上訴判決之送達書為證書，藉以證明其上訴不合法時，該上訴人得提出該送達書係塗改者之主張，聲請確定其真否。

確定真否之裁
決

（乙）確定真否之裁決 確定是否因偽造或塗改而不真實之手續，其性質上為中間之爭，故法院 第一，應依判斷中間爭執之同一手續，確定證書之真否，因之應依鑑定人，證人，及其他各種證據方法以確定其真否。第二，應以中間

判決爲確定證書真否之審判（參照日民訴三五一條第二項）。即調查之結果，認定證書係偽造或塗改時，則宣示證書爲偽造或塗改，此時證書卽失其證據力。反之，若認證書非偽造或塗改時，則宣示駁斥請予確定真否之聲請。第三，該手續因於公益上有重大之關係，故檢察官應會同辯論陳述意見（參照日民訴四二條第八款）。

（丙）確定真否之手續與偽造或塗改證書之刑事訴訟之關係 確定真否之手續，如當偽造或塗改證書之刑事訴訟，因當事人以告訴或告發起訴及會同檢舉之起訴而開始時，法院得依民事訴訟法之規定（參照日民訴一二二條）中止之。然亦不能因此遽謂確定真否之手續，須依據偽造或塗改證書之刑事訴訟之結果也。在日本，法院不中止確定真否之手續，而判決證書爲真實時，該判決不因將來確定證書爲偽造或塗改之刑事判決而失其效力，蓋以刑事之確定判決當然拘束民事之法則，此非日本民事訴訟法所承認者也。並且縱在刑事對證書爲偽造

或塗改之確定判決後，法院亦得判決證書爲真實，蓋以刑事之確定判決，在民事訴訟上，僅屬一種證據方法耳。

不基於指爲偽造塗改而確定證書真否之手續

公正證書真實之推定

(2) 不基於指爲偽造塗改而確定證書真否之手續特別爲檢真手續。在訴訟進行中，對於當事人提出之證書真否有爭執時，須立證其真否，若是項證書中，無法律上可推定其爲真實者，則須欲使用該證書之舉證人，立證其真實；若係可以推定爲真實者，則舉證人之對方須立證其不真實。第一，公正證書若依其方式內容而具可以認爲真實之目標時，在提出偽造或塗改之反證以前，法律上應推定其爲真實。此在日本民事訴訟法第三五一條之法意上，至爲明瞭，故舉證人之對方，須提出舉證人所使用之公正證書爲偽造或塗改之反證（參照日民訴三五一條）。但推定公正證書爲真實之一事，並不及於法院以職權調查之事項（特別爲對於作成證書之官公署或公證人有無管轄權），故法院對此種事項，須以職權爲自由之判斷（在德國民事訴訟法，推定公正證書爲真實之一事，惟在未爲該法第二九二條所規定之反證推

時，或法院閱覽證書之際，對其真實無疑議時，始有其效力，故法院對於證書之真實若懷疑，則雖當事人間無真否之爭執，然爲以職權決疑起見，對於作成證書之官廳公署或其他作成者，得要求其爲證書真否之陳述）（參照德民訴四三七條第二項；奧民訴三一〇條第二項）。曾經檢真（於其他訴訟事件上）之私署證書，亦視同公正證書，舉證人之對方，須提出其爲偽造或塗改之反證，此徵諸日本民事訴訟法第三五一條之法意，自屬顯然。反之，外國公正證書即視爲外國官廳公署或其他有公性質信用之外國人（例如外國公證人）所作成之證書，既非本國審判官所熟知爲公正證書之目標，故非在有偽造或塗改之反證以前，應受法律上爲真實之推定者，則由法院以其自由心證，作應否認爲真實之判斷。因之法院不拘於舉證人對方之自認而命立證，亦不拘於對方之爭執而排斥立證。皆得認爲真實。但依國際條約而規定外國之公正證書視同國內之公正證書時，或對於大使，公使，領事等認爲真實者有證明時，該國外之公正證書，即與國內公正證書同，受真實之推定（參照德民訴

私署證書真否
之確定

四三八條；與民訴三一一條）。第二，私署證書，除已於其他訴訟事件上受檢真者外，在提出偽造或塗改之反證以前，法律上不推定其為真實，故舉證人當其所欲使用之私署證書之原本，為對方否認其真實時，須立證之。舉證人既於受訴法院或受命推事受託推事之前（見日民訴三四八條），提出私署證書之原本，則其提出可謂同時係主張該證書為真實，故舉證人之對方須依民事訴訟法（參照日民訴一一一條）之規定，對於舉證人所主張之事實，負訴訟上陳述之義務。（1）是項陳述之義務，係因舉證人於言詞辯論上，提出其所欲使用之私署證書原本而發生，非因舉證人依民事訴訟法關於準備書面之規定（見日民訴一〇八條），呈送書類於法院書記處而發生。又，是項陳述，縱在受命推事或受託推事前為證據調查之場合（參照日民訴三四八條），然在銜接受訴法院之判決之言詞辯論終結以前，亦得為之，不因受命推事或受託推事前所為之證據調查期滿而受障礙；且是項陳述，尚得於上訴審補完之（參照日民訴四一七條）。（2）是項陳述之義務，對於各種私署證書亦行之

，不問證書上有無對方之署名或蓋章也。私署證書若無對方之署名或蓋章，則對方之陳述，惟對證書之文意爲之，此固不待言者。但私署證書若有對方之署名或蓋章，則對方之陳述，僅對其署名或蓋章爲之即足矣，亦不問該項署名，果爲對方之自署，抑以器具記之，或託由第三者爲之（例如委託使用人）也。蓋對方之署名或蓋章既屬真實，則該署名或蓋章之證書全部，得推定其爲真實矣（參照德民訴四四〇條第二項）。（3）是項陳述之義務，在舉證人主張私署證書係由對方固有之行爲所成立，即有對方自己之記載或署名蓋章時，以陳述是否承認證書之成立而履行之（即承認證書真實之陳述，或否認證書真實之陳述）。反之，在舉證人主張私署證書係由第三者之行爲所成立，即由對方之前權利人或代理人之行爲所成立時，以不知之陳述履行之（參照日民訴一一一條第三項）。（4）對方於受訴法院之言詞辯論上或受命推事受託推事之前，承認舉證人所提出之私署證書成立時，該陳述即係審判上之自認，故不須舉證人立證證書之真實（私署證書成立之審判外之承認，即所謂

審判外之自認，不過爲一間接證據而已。又，對方不顯明承認私署證書之真實，且不表示其欲以他種陳述顯其爭執之意思時，則視爲自認，所謂推定自認者是（參照日民訴一一一條第三項）。至於對方無理由陳述不知時，而爲不知之陳述者，亦然。但推定自認之法則，不行於法院以職權應調查之事項及其他人事訴訟，無待言矣（參照日人訴一〇條）舉證人於對方承認其提出之私署證書爲真實後，自己復主張其不真實之場合，舉證人因此卽爲取消其提出之私署證書屬於真實之主張者，因舉證人之提出私署證書，當然包含其爲真實之主張也。又，對方在審判上自認，除對方不爲自己之利益援用該證書爲證據外，當然屬於取消之列，此不待言。（5）

對方於受訴法院之言詞辯論上或受命推事受託推事之前，否認舉證人所提出之私署證書成立時，證舉人須立證其證書之真實，對方亦得提出該證書不真實之反證，在對方依法對該證書之真實，陳述不知時，亦然（參照日民訴一一一條第三項）。至於舉證人所提出之私署證書，若係第三者所作成，對方對於該證書得爲不知之陳述

關於署名或蓋
章之私署證書
之推定

，此種場合，舉證人須立證其真實。但日本最高法院之判例，竟不出此，而乃認定第三者所作成之證書，不因對方之否認而喪失證據力，其真否得由法院以職權判斷之，此實違反日本民事訴訟法第一一一條第三項之規定，未免失當（參照日本大正九年最高法院判決錄第一八七一頁）。（a）應證明其為真實之事項（即證明其為真實之證據目的物），通例係舉證人所提出之私署證書全體。然關於署名或蓋章之私署證書，當其署名或蓋章，因審判上之自認或證據（特別為認證）（參照日公證五八條）而確定其真實時（即確定署名或蓋章，係證書作成者自己之所為，或使他人代自己所為之事實時），該證書之文意如無反證，當然推定其為真實。所謂證書文意真實者，即證書之文意，基於作成者之意思而成之意義，非作成者自己記載之意義也。蓋需要證書作成者自己記載其文辭與否，乃係關於觀筆證書（如遺囑之類），有無法律行為效力之問題，不關於證書真否之問題也（參照日民法一〇六七、一〇六八條）。證書之文意，基於作成者之意思而成之方法，通例或由作成者自行記

載文意於證書；或使他人記載後，爲表示文意爲自己之意思而署名或蓋章於其上；或由作成者先署名蓋印於空白上，再授他人以記入某種文辭之權限（是種推定法則，日本法律上雖無特別規定，但係明治四十年最高法院之判例所承認，且德國民事訴訟法第四四〇條第二項曾規定之。據德國民事訴訟法理由書，關於是種推定之法則，乃使手續易於進行，且係確保交易安全之所必要者）。故關於是項證書，舉證人惟主張證書之署名或蓋章爲真實，且於必要時立證之；對方惟對於證書之署名蓋章，陳述其真否，卽足矣。又關於受此推定之證書，法院在有反證以前，當然認該文意所爲之陳述（表示），卽係署名蓋章之作成者之陳述。故對方欲令此種推定證書之效力，不能對自己主張者須提出足以推翻是種推定之反證。對方爲舉出是項反證，得用一切證據方法。對方在反證上，得利用證書自身之缺點（例如證書之署名蓋章不及於證書全體之事實，特別爲蓋章不加於證書之刪除，添補等部分之缺點），及證書之文意違反署名蓋章於其上之作成者之意思或觀念（例如證書之文意，係

於作成者署名蓋章於空白後；記入違反作成者意思之文辭而成立之事實，即濫用空白之事實），或證書之文意，係於作成者署名蓋章後，隨意變更者（例如塗改證書之事實）等事實。但證書之文意，非作成者所記載之事實；或證書之文意，係於作成者署名蓋章後所記載之事實；或證書之文意，未於作成者署名蓋章前宜讀使聽之事實，此等事實，用爲反證，皆不充分。蓋以證書，有作成者於署名蓋印後而使他人代已記入文辭之事實，故作成者藉口於證書之文意非己所記載，殊不足爲上述之反證；且證書又有作成者僅署名蓋章於空白而交付他人，授之以嗣後加入某項文辭之權限而作成之事實，故作成者藉口於署名蓋章後始記入證書之文意，亦不足爲上述之反證；至於證書之文意，未於作成者署名蓋章前讀之使聽之事實，僅影響於證書所包含之陳述效力，並不影響於其真否，故不足爲上述之反證也。主張證書之陳述，係其作成者虛僞之表示；或係作成者因錯誤或詐欺而爲之；或係作成者因強迫而署名蓋章，此等皆屬於證書之陳述有無效力之事項，與證書之真實無關，不待言

也。(b)證明真實之手續，因法律上無特別之規定，應謂係依據關於證據之一般規定。故舉證人得以各種證據方法（特別為證人之供述鑑定等），證明其證書之真實。然民事訴訟法為使是種立證易於實行，遂特別規定檢真之手續（參照日民三五二條）。

檢真手續之起源

(甲)檢真手續之起源 檢真手續，即當事人間對於私署證書之真否有爭執，依舉證人之聲請而裁決證書真否之手續，其端肇自法國民事訴訟，此學者之定說也(Ordonnance de 1667; édit de décembre 1684; Ordonnance de 1737 sur le faux)。第1，據法國民事訴訟法，私署證書在當事人，或其繼承人，或其他一般繼承人間，若非與之對抗之一方承認其成立，斯不能與公正證書有同一之證據力。故在此一方不承認私署證書之成立時，他之一方須依檢真之手續而立證其證書之真實。因之，當舉證人主張其所欲使用之私署證書，係由對方所造成，而對方又否認之時（特別為否認該證書之署名或蓋章時），或當主張

該項證書係由對方之前權利者所作成，而對方以不知答復之時（特別為對方陳述該證書之署名或蓋章，不知是否自己之前權利者所為時），舉證人須依檢真之手續，立證該證書之真實（對於公正證書能否行檢真之手續，為學者間之爭點；但普通皆主張不能）。私署證書之檢真手續，又分為獨立的檢真手續（*Verification d'ecritures principale*）及附帶的檢真手續（*Verification d'ecritures incidente*）。前者係僅以私署證書之檢真為目的之訴訟，後者則係某種訴訟進行中，因對方不承認舉證人所使用之私署證書而行之中間訴訟（參照法民訴一九三條乃至二一四條）。第二，德國民事訴訟法，承認對照書面之制度（*Comparatio litterarum; Schneptvergeichung*），為確定公正證書及私署證書真否之特別手續（參照德民訴四四一條乃至四四三條）。對照書面，即將係爭之書面，與其作成者之親筆作成之他種書面相比較，而定該書面真否之手段。依此手續之證據，舉證人為證明其所使用之證書為真實，得能用之，對方為證明舉證

人所使用之證書不真實，亦得用之。據德國民事訴訟法，對於證書之真否，或得依獨立之訴訟確定之，即所謂確定證書真否之訴（參照德民訴二五六條），類似法國民事訴訟法所謂獨立的檢真之手續。或於某種訴訟進行中，得視為中間爭執之目的而確定之，即所謂確定證書真否之手續，類似法國民事訴訟法所謂附帶的檢真之手續。確定公正證書真否之手續，係德國民事訴訟法第四三七條，第四三八條，第四四一條，第四四三條之所規定者；確定私署證書真否之手續，則係德國民事訴訟法第四三九條，第四四〇條，第四四三條所規定（爲確定證書之真否，若依德國民事訴訟法第二八〇條所規定之附帶的確認之訴爲之，乃該法所不許者，史丁氏曾言之矣。第三，日本民事訴訟法所規定之檢真手續，有法國民事訴訟法所謂附帶的檢真手續之形式，有德國民事訴訟法所謂對照書面之證據方法之實質。

(乙)檢真手續之意義 檢真手續者，係對於私署證書之真否有爭執時，依舉證

人之聲請而裁決其真否之手續也（參照日民訴三五二條）。因之：第一，檢真手續之目的物爲私署證書。公正證書非有偽造或塗改之反證，不失其證據力；反之，私署證書若非對方承認其真實，則無證據力。故對方對於舉證人所欲使用之私署證書之真實上有爭執，即否認其成立時，得使舉證人除依一般證據外，尚依檢真之手續以證明其真實。此檢真手續之目的物，所以爲私署證書也（在法國，雖有對於公正證書亦應准施檢真手續之學說，然普通皆主張檢真限於私署證書。在德國，對照書面，准行之於公正證書及私署證書，已如前述）。

第二，檢真手續，對於私署證書之真否有爭執時爲之。對於私署證書有爭執之場合，不外於對方不承認舉證人視爲對方所作成而提出之私署證書之真實，或對方以不知答復舉證人視爲第三者（特別爲對方之前權利者）所作成而提出之私署證書耳。蓋以不知作答，應視爲有爭執之事實也（參照日民訴一一一條）。故謂檢查之手續，准於此二場合行之。但據日本最高法院之判例，檢真

之聲請，係於對方否認舉證人視為對方所作成而提出之私署證書時爲之；至於對方否認舉證人視爲第三者所作成而提出之私署證書時，則所不許。故於後者之場合爲檢真手續，雖屬違法，但當事人若不聲明異議，日後卽不得持爲上訴之理由（拋棄質問權）（參照日本明治三十七年最高法院判決錄九三〇頁；明治三十七年最高法院判決錄一一六二頁）。（在法國，此二場合皆得爲檢真之聲請，已如前述）。第三，檢查之手續，依舉證人之聲請而開始施行之。證據調查，原則上，除法院得以職權爲之之場合外（參照日本人訴一四、二六條），依舉證人之聲請爲之（不干涉審理主義）。檢真之手續，亦爲一種證據調查，故其開始須舉證人之聲請，此無待言。然不能因此卽以爲舉證人之對方，爲證明檢查之目的物私署證書不真實，不得聲請檢真，舉證人爲證明其所欲使用之私署證書真實，得爲檢查之聲請，對方爲證明該私署證書之不真實，亦得爲之。否則違反同等看待當事人主義之原則矣。但據日本最高法院之判例，檢真之

聲請，惟舉證人得爲之，對方則不得爲之，此似謂對方所爲之聲請檢真爲不合
法也（參照日本民治三四年十一月九日最高法院第一民事部判決）。第四，
檢真之手續，以裁決證書之真否爲目的。關於證書真否之爭執，原係一種中間
爭執（參照日民訴二二七條），故其裁決之形式爲中間判決。因之得於本案之
終局判決前，以中間判決對聲請檢真施行裁決，又得於本案之終局判決理由中
爲之。

檢真手續之實施

檢真之方法

（丙）檢真手續之實施 檢真之手續，受訴法院依一般之規定，在言詞辯論上，
據舉證人之聲請而以職權爲之（參照日民訴二七三條第一項，二七七條第二項
，三五二條）。第一，私署證書之檢真，因一切之證據方法（特別爲證人鑑
定人及對照筆跡或印章）而爲之。當對方爭論舉證人視爲對方或第三者所作成
而提出之私署證書時，原非不得將該私署證書上之筆跡或印章與其他適當之對
照書類，加以比較，以確定該證書之真否（是種對照書面之證據方法，其不確

實之點：德之史丁氏早已論證矣）。是種將私署證書上之筆跡或印章與其他適當對照書類比較之證據方法，應准與他種證據方法（特別為證人鑑定人等）並用，無限於在缺乏他種證據方法之場合始為補充證據方法之必要。此所以日本民事訴訟法第三五三條第一項，規定私署證書之檢真，依一切證據方法及筆跡或印章之對照而為之也。第二，對照筆跡或印章之適當書類，不外舉證人所主張為檢真目的物之私署證書作成者筆跡或印章之書類。(1)欲證明證書真否之當事人，即證明證書之真實者及證明證書之不真實者，在持有適於對照筆跡或印章之書類時，提出於言詞辯論而為檢真之聲請（參照日民訴三三四條）。倘不能即時提出，須於法院所定之期限內提出之（參照日民訴一七〇條第二項）。否則在制裁上，法院得不需其他證據，而視對方關於證書真否之主張為真實（參照日民訴三五三條第二項第五項）。(2)在欲證明證書真否之當事人之對方，持有適於對照筆跡或印章之書類之場合，該當事人須於言詞辯論上請

對照書類之真
否

求命令對方提出該項書類，而為檢真之聲請。為證明證書之真實而命對方提出其所持之書類時，該對方若不遵命，即視為已舉出證明真實之證據；反之，為證明證書不真實而命對方提出其所持之書類時，該對方若不遵命，即視為已舉出證明不真實之證據（準用日民訴三五三條第一項「一切證據方法」，三五五條至三四一條）。（3）在第三者持有適於對照筆跡或印章之書類時，欲用以證明證書真否之當事人，須於言詞辯論上請求規定檢送該書類之期限，為檢真之聲請（準用日民訴三五三條第一項「一切證據方法」；三四二條至三四五條）。在官廳或公吏保存適於對照筆跡或印章之書類時，欲依以證明證書真否之當事人，須於言詞辯論上請求囑託該官廳或公吏檢送該書類，為檢真之聲請（準用日民訴三五二條第一項「一切證據方法」，三四六條）第三，關於提出或檢送對照之書類，爭論其真否時，舉證人須立證該書類之真實。關於此種立證，法律上無特別之規定，須據一般之規定，故法院得為證據決定（特別為訊問

命令手錄一定
之語句

證人之決定)。但對方對於提出或檢送之對照書類，若不陳述時，在日本，得依民事訴訟法第一一一條之規定，視為自認其真實。又，對照書類為公正證書時，若無偽造或塗改之反造，應視為真實。第四，檢真之目的物私署證書之作成者，被指為訴訟當事人之一方，而無該當事人自認為真實之適當對照書類，或無可以證明出於該當事人之手之適當對照書類時，法院在對照目的上，得命被指為作成者之原告或被告，手書一定之語句。原告或被告若對法院命令，不為充分辯解而拒絕接受，或變改書法而行手記之時，法院在制裁上，得不需要他種證據，直視對方對於證書真否之主張為真實（參照日民訴三五三條第三項第五項）。手錄之語句，若為調查書之一部，自須作為附錄黏附於後（參照日民訴三五三條第三項，一三〇條第三項）。（勅令證書作成者手錄一定語句之制度，係基於法國民事訴訟法第二〇六條，德國民事訴訟法則因該制度，無實際的價值之成績，不採用之）第五，受訴法院對照筆跡或印章之結果，即

對於證書之真否，以自由心證裁決之（參照日民訴二一七條）。（對照筆跡或印章，其性質上為檢證，應對照之筆跡或印章，其性質上為檢證物，此因其外形可供證據也）。又，依其自由意見認為必要時，得命為鑑定後裁決之（命為鑑定與否，以法院之自由意見定之，故當事人雖以其合意請命鑑定，法院亦無容納之責任）。法院對於是項裁決，僅係得為而非必須為，因對照筆跡或印章之證據為不確實者，法院往往不能判定其真否也。又，是項裁決，於中間判決或本案之終局判決理由上為之，因關於證書真否之爭論，屬於中間之爭論也（參照日民訴二二七條）。此外，是項裁決惟受訴法院得為之，不得命受命推事或受託推事為之（德之史丁氏主張反對之見解）。但訊問鑑定人，仍得委任受命推事或受託推事（參照日民訴三四八條）（日民訴三五三條第四項）。

制裁

（3）制裁 法院於原告或被告因惡意或重大過失違反真實，主張公正證書之偽造或塗改時（參照日民訴三五一條）得科以五十元以下之罰金（秩序罰）；於強爭

私署證書之真實時（對於檢真終結之私署證書，仍主張其偽造或塗改時）（參照日民訴三三一條），則處三十元以下之罰金。此種法意，係在處罰以惡意或重大過失而爲是項主張者，且所以防止無益之論爭，而免訴訟之遲延也（參照日民訴三五五條，法民訴二二三條，奧民訴三二三條）。

（六）證書之退還

證書之退還

受訴法院或受命推事受託推事（日民訴三四八條），對於提出之證書，無論其爲第三者所提出或當事人所提出，無論其爲公正證書或私署證書，無論對其真否有無爭執，使用後即行退還於提出者。且在適當之場合，原則上，須作成謄本，或使舉證人呈出之留於記錄後，即行退還於提出者，因當事人或第三者所提出之證書，非屬於訴訟記錄也（參照日民訴三五四條第一項）。但例外上，如因證書之真否有爭執，而命爲檢真或鑑定之場合，則非於其手續終了後，不得退還之；又如爭論證書爲偽造或塗改之場合，事關刑事問題，非檢察官發表意見後，不得退還之（參照

日民訴三五四條第二項，德民訴四四三條，奧民訴三一六條，)。但日本民事訴訟法第三五〇條之規定，乃係訓示規定，不能因此而妨礙其將訴訟完結後尙留存於訴訟記錄中之證書，退還該提出者也。

第六款 證書之評判

證書之評判

證書之評判，即判斷證書之證據力，原則上，係依自由心證之原則，隨法院之自由確信爲之（自由心證主義），至於爲法律上之一定法則所束縛者，則屬例外（法定證據主義或形式證據主義）（參照日民訴二一七條）。若不依據自由心證主義，則難於發見真實；若不依據法定證據主義，或不規定某項證書之證據力以束縛審判官之自由判斷，則流於專斷，此所以有上項原則及例外之存在也。

證書之形式證據力與實體證據力

真實之證書，能證明其中所包含之陳述爲其作成者之所爲，所謂證書之形式證據力也。是種證書對於應證之事實，且有如何之價值，得視證書之內容而定之，所

謂證書之實體證據力是也。由是以觀，可知證書之形式證據力，即真實證書有證明其中所包含之陳述是其作成者所爲之能力（*Fähigkeit*）；證書之實體證據力，即真實證書所包含之陳述，對於應證事實所具之證據上價值（*Peweiswerth*；*rechtliche Bedeutung*），故證書之形式證據力，即真實證書所具之證據力；證書之實體證據力，即真實證書內容所具之價值（*Erheblichkeit*），不可視之爲二而一者也。二者雖均以證書之真實爲前提要件，而其實質則完全不同。證書之實體證據力，既係證書內容所具之價值，自不可與證書之實體的效力（*Materiellen Wirksamkeit*）相混同。後者係因證書而得證明事實之法律之上效力，依實體法而定之。茲將證書之形式證據力與實體證據力及實體效力三者之關係，例示於下：例如甲對乙以消費借款爲原因，訴請償還千圓，而乙否認該款，對甲所提出之有乙署名或蓋章之借字，不予承認，於是甲爲檢真之聲請，結果確定證書爲真實。此種場合，因確定借字之真實，遂確定陳述乙曾向甲借得千圓之事實，即確定前述借款證書之形式證據力矣。被告

既已陳述曾以消費借款向甲借得千圓，原告即無立證訴訟原因之借款交付事實之責，故已確定其真實之借款證書，除形式證據力外，尚有乙向甲借得千圓之實體證據力。然不可因此遽謂甲之請求爲當然理由，蓋由借字證明交付千圓之實體上效力，應依實體法之法則定之也，縱令乙曾向甲借得千圓，如乙以當時爲意思無能力者，抗辯消費借款之無效，亦得認定甲之請求爲失當。日本民事訴訟法，對於證書之形式證據力及實體證據力，不設限制之規定，而委之於法院。自由心證之判斷，故審判官於法律上無特別之規定時，則依自由確信以判斷證書之證據力。但此種確信，自非出自審判官之隨意，而係根據實驗之法則。依照實驗法則，證書之證據力，則視其性質（公正證書或私署證書）及內容（處分證書或報告證書）而不同。

（一） 公正證書

公正證書之證據力

公正證書者，即有公信用之官廳，公吏等，於其權限內，依法定方式而作成之證書也。故公正證書之證據力，通例不能與私署證書之證據力相同。

形式證據力

(1) 形式證據力 公正證書，無論為處分證書或報告證書，對其中記載之事實，均有形式證據力。第一，記載官廳或公署之意思表示（處分）之公正證書（即處分證書之公正證書），有證明該官廳或公署在證書記載內容上有處分事實之效力（形式證據力）。否則反乎設立公正證書制度之法意，而危害交易上之安全矣，故法院不得依自由心證以左右之。例如記載裁決或行政處分之公正證書，即有證明該官廳在該證書上有記載裁決或行政處分事實之效力。然而：(a) 對於處分證書之公正證書，得提出其真實之反證；不得提出對抗該證書之形式證據力之反證（對於已為證書內記載之處分事實之反證）。處分證書，其性質上既係記載證書以外所不存在之意思表示，而表現欲依以證明之意思者，故確定其為真實之處分證書，對於欲由此證明之意思表示，即可使各人依閱覽而證明其存在者也。又，在依處分證書之公正證書以證明處分行為之場合，處分行為本身，即為實驗之目的，不但不能對於真實之處分證書之形式證據力，提出反證（理論上），且若許為是種反證，則減少公

正證書之信用，致爲訴訟遲延之原因，故理論上及政策上，皆須作消極之論斷（在匈牙利，以爲處分證書之公正證書，亦不免有不記載真實處分之時，故不能不許對於是項證書之形式證據力，提出反證，否則將有害於實體之正當。此該國民事訴訟法所以有第三一六條之規定也）。（b）關於是項證書作成之年月日及地點與其他情形（例如方式之遵守）之部分，其性質上爲證明書且屬於報告書者，惟記入於處分證書之內，究非處分證書之成分，故不具處分證書之公正證書形式證據力（德之史丁氏似有相反之見解）。第二，記載官廳、公署、官吏、公吏之觀念表示（認識表示）之公正證書（即報告書之公正證書），既係其作成者官廳，公吏等於其權限內，按法定方式而作成者，斯有證明其中所記事項屬於作成者之實驗或行爲之效力（形式證據力）。否則反乎設立公正證書制度之法意，不能確保交易上之安全矣。故審判官不得依自由心證以左右之。學者有謂作成者之信認力，任在何種場合，均爲證據力之要件，故法院雖依自由心證以核該項公正證書，亦得判斷作成者之有無信認

力。但此說乃削弱公正證書之效力者，殊非正當之見解。至於報告證書之公正證書，可以其記載事項為標準而分之為二，一即證明第三者陳述之公正證書，二即證明官廳，公吏等之實驗及行為之公正證書。(a)證明第三者陳述之公正證書，即依作成者之官廳、公吏等、證明第三者於其前所為之陳述之書面，不問是項陳述之內容，究為意思表示(處分行為，權利行為)，抑為關於各種事實之陳述也。例如錄取訴訟事件或非訴訟事件之筆記中之陳述部分(參照日民訴一二九、一三〇條非訟一四)，摘示於判決中之事實記載之陳述部分(參照日民訴二三六條第二號)，以附錄黏附於記錄中之陳述部分等是(參照日民訴一三〇條第二項)。故證明清償或履行某種方式之事項，雖存於證明第三者陳述之書面中，然此屬證明官廳，公吏等之實驗之證書，非證明第三者陳述之公正證書也。至於證明陳述以外之事實之證書亦然。證明第三者陳述之公正證書，其形式證據力，惟證明第三者於其作成者之官廳，公吏等前，在該證書所記載之地點及年月日與其他情形(特別為方式之遵守，非他人所為)

之下所爲之陳述而已，非證明該陳述之內容也。(b)記載關於證明官廳公吏等之實驗及行爲之公正證書，即係作成者之官廳，公吏等，公證第三者陳述以外之實驗事實或自己行爲之書面，例如檢證記錄(參照日民訴一三〇條第二號第四款)，送達證書(日民訴一五〇條)，執行記錄(日民訴五四〇條)，票據拒絕證書(日商法五一四條)，登記簿(日不動產登記法六〇條)，戶籍稟呈受理證明書，郵件收受證明書等是。但如辯論記錄及送達證書等記載已爲陳述之事實與其他事實之書面，既爲證明第三者陳述之公正證書，同時又係記載關於證明官廳，公吏之實驗或行爲之公正證書。記載關於證明官廳，公吏等之實驗及其行爲之公正證書，其形式證據力，惟證明作成者之官廳，公吏等，對於該證書所記載之事實，係在證書內所記載之地點及年月日實驗之旨，或證明係其自己之所爲而已，非證明該事實之證據上之價值也。

實體證據力

(2) 實體證據力 公正證書之實體證據力，因其內容是否爲意思表示之場合(處分證書)而異。第一，處分證書之公正證書，係將其中所記載之意思表示，

表現於證書者，故因其實驗而有爲各人或對各人證明證書內容之效力。審判官亦得確知必然意思表示之存在及內容。因此，公正證書所包含之意思表示，若爲應證事實，理論上惟有爲其解釋及判斷其法律上之效力之必要，殊無評定證據之餘地也。故確定證書之真實，同時亦即確定應證意思表示之存在及內容，不能謂無實體之證據力也。然而：(a)此僅及於該證書內容所關之部分，不及於作成證書之地點，年月日與其他情形(例如方式之遵守)所關之部分。舉證人之對方。對於該部分。得爭論其記載是否正確，提出其不正確之反證。蓋該部分之性質上，係關於官廳行爲之證明，實屬於報告書，不過併列於處分證書，究非處分證書之成分也，故應許與對於報告書同，得提出反證。(b)關於該證書內容是否正當，得爭論之，因該證書非有證明其內容正當之效力者也。故舉證人之對方，對於該證書，得證明其有誤寫及其他類似之乖謬，或證明該證書之內容，與必須一致之言詞陳述內容有差(例如判決與主文不同之反證)。(c)對於該證書所顯出之意思表示是否有效並現已

有效之事實，得爭論之，尤得證明該證書所行處分有效之必需條件不備，或致是項效力之全部或一部於消滅之原因已到，因該證書無確定其所包含之處分之實體效力存在之效力也。故舉證人之對方，得證明裁決因當事人之缺乏能力而無效，或行政處分係無職權之官廳所爲而無效，或證明支付判決之執行力全部或一部，其後因清償而消滅（德國民事訴訟法，准對於判決之事實，提出根據記錄之反證）（德民訴三一四條）。第二，證明他人陳述之公正證書之實體證據力，則視其陳述之爲應證事實（例如在請求引渡公證人作成之證書所立買賣之目的物之訴訟上，其買賣之意思表示爲應證事實時），抑爲關於應證事實之裁決外之自認（例如關於他種訴訟事件之記錄而有自認之記載者），或爲間接事實（情況證，例如得以證明不利於債權者之情況之公正證書）而不同。在後二者之場合，由審判官自由心證而定其實體證據力；在前者之場合，則與處分證書同，具有實體證據力。然而：（a）得舉出該證明他人陳述之公正證書記載不正當之反證，例如不曾爲該證書所證明之陳述；所

爲陳述之地點，年月日，及內容，並非該證書所證明之陳述之地點，年月日，及內容；證書作成者非本人，等反證是也（德國雖限制反證，日本民事訴訟法則無是項限制之規定，故得以反證使用一切證據方法）（參照德民訴一六四、三一四條）。至於證明不正之記載所由成立之情形（如證書作成者之錯誤，詐欺等項），事實上，僅係達到反證目的所必要，非法律上所必需也。（b）對於證明他人陳述之公正證書所證明之陳述內容是否正當，可提出反證。例如對於公正證書所證明之陳述（意思表示），得提出反證，主張其違反公共秩序或係虛偽之表示而無效，或係詐欺強迫而應取消。第三，記載關於證明官廳，公吏等之實驗或行爲之公正證書之實驗證據力，法院依自由心證以定之。然而：（a）記載關於證明官廳，公吏等之實驗或行爲之公正證書所證明之事實，得爲不正之反證與否，法律上無特別之規定，故得舉出之，例如對於辯論記錄，送達證書，執行記錄等，所證明之事實，得提出反證是也（在德國方面，對於規定言詞辯論方式之記載，惟許於證明偽造時爲之，故

設反證之限制；至於日本，則不設是項限制）（參照德民訴一六四條後段）。（b）記載於公正證書之證明，非官廳公吏等之實驗事實或行爲時，不具公正之證據力，蓋以若非是種事實或行爲，即不成爲有公信用之證明也。例如關於讓渡不動產之鄉村董證明書，若該不動產之讓渡爲鄉村董之掌管事項，則非經其實驗或行爲，即無公正之效力。

（二）私署證書

私署證書之證據力

私署證書之證據力，視有無作成者之署名及法院或公證人所認證之拇印（*Handzeichen*）而異，此爲多數之立法例。私署證書中有作成者署名及法院或公證人所認證之拇印者，有證明作成者曾爲其中所記陳述之形式證據力，否則其形式證據力依法院之自由心證而定之（參照德民訴四一六條；奧民訴二九四條；匈牙利民訴三一七、三一八條）。日本民事訴訟法，不設是種區別之條文，故不能不謂凡屬真實之私署證書，一切皆有證明作成者曾爲其中所記陳述之形式證據力。

形式證據力

(1) 形式證據力 記載陳述之私署證書，不問其內容如何，皆有證明該作成者曾為證書所記載之陳述內容之證據力（形式證據力）。蓋陳述之內容，惟影響於私署證書之實體證據力，故法院不得依自由心證以左右之。例如記載買賣之請求或承諾之證書，在其買賣訴訟上，證明作成者曾為是項請求或承諾，又如票據，在票據訴上，證明票據發行人曾為票據發行是也。但據實體法之規定，私署證書之交付如為法律行為之前提要件時，若非補充交付事實之證據，不生形式證據力，此無待言也。第一，對於私署證書之真實，得提出反證，特別得提出反證，主張該私署證書係由濫用僅有作成者署名或蓋章之空白而成，是種證書，即係一種偽造證書。反之，對於私署證書之形式證據力，不得提出反證，蓋以該證書既屬真實，當然證明作成者曾為其中所記載之陳述也。第二，私署證書之形式證據力，及於其中所記載之證書作成之地點，年月日，及其他情形之部分（德國學者多以消極之結論，作該民事訴訟法第四一六條之解釋，主張依法院之自由心證定之）。

(2) 實體證據力 記載陳述之私署證書之實體證據力。則視其陳述內容究為發生意思表示及其他法律上效力之陳述（例如瑕疵之通知）（參照日商法二八八條）（陳述自身即係應證事實之場合），抑為關於應證事實之證明或間接事實，（陳述為關於應證事實之報告場合），而不同。第一，在陳述內容係應證事實之場合（特別為意思表示之場合），理論上只有為陳述之解釋及判斷其法律上效力之必要，無為證據評價之餘地，故可謂之為具有實體證據力。因既確定證書之真實，同時且確定應證事實之行爲也。然而：(a) 關於證書作成之地點，年月日，及其他情形之部分。不外於作成者在該地點，年月日，曾為陳述之證明書，其有無實體證據力之點，法院依自由心證定之。(b) 對於該證書所顯出之陳述內容之正當，得爭論之。蓋該證書未具有證明其內容之實體上為正當之證據力，故舉證人之對方，得主張該證書內有誤寫及其他錯誤，且得立證之也。又，該證書非確定其中所記載之陳述內容，有無法律上之效力者，故舉證人之對方，得立證該證書所記載之意思表示為無

效之事由（例如行爲因係虛僞之意思表示而無效；因法律行爲之要素上有錯誤而無效；因方式缺乏而無效），應即取消之事由（例如因詐欺或強迫而應即取消），致該證書所記載之法律行爲效力全部或一部於消滅之原因已至之事由（例如契約應解除，債務應免除），且得立證因誤解或未閱讀該證書所記載之意思表示之內容。遂未爲其所欲爲之意思表示，而以此爲要件之法律行爲應歸無效之事由，該證書之交付，係在法律行爲之完成所必要之場合，因該證書實被騙取而法律行爲不成立之事由。又由代理人作成證書之場合（特別在管事表示主人之商號而作成證書之場合），該證書惟證明代理人以本人之名義爲陳述之事實，其陳述對於本人究生如何之法律效力，依實體法之規定而定之。第二，陳述之內容，係報告應證之事實者（報告證書），法院則依自由心證以判斷該報告之實體證據力（參照日民訴二一七條）。

（a）據實驗法：（1）私署證書所記載之陳述爲證明書時（屬於第三者所作成之報告書），則視該證明書對於具體事實，果係記載第三者所實驗之結果，抑係記載第

三者在法律上或實驗法上之一般判斷（即意見），而於實驗法上有不同之處理。在後者之場合，其採否專以對第三者之信任力程度為標準而定之；若在前者之場合，倘證書於訴訟開始前，係第三者所作成，且於該第三者無利害關係時，得有巨大之證據力。但證書如係第三者豫先慮及訴訟開始而作成，則其證明事項由證人證明以後，該第三者即以證人資格受訊問之故，其所供述之事項斷無異於證據力之理，所以法院得以該第三者之證明書為證據而採用之。米(2)私署證書所記載之陳述為情況證（關於間接事實之證書）時，則視該情況證究為證明不利於當事人事項之證書，抑為證明舉證人自身有利事項之證書，而於實驗法上有不同之處理。前者為記載裁決外自認之書面，其證據力，與證言所證明之裁決外之自認相同，由法院依自由心證定之。蓋裁決外之自認，斷無因其為書面所證明，或為證言所證明，而異其處理也。例如款項領收證，後者為舉證人記載訴訟上於自己有利事項之書面，通則上，舉證人在訴訟上，無超過對於應證事實所為之主張之證據力，惟以記載特別情形

(尤其交易之性質上，舉證人記載於自己有利之事項)爲正當，或推定該記載爲真實時，不在此限。例如整齊明瞭記載之商業賬簿，或舉證人在訴訟未成立之先，並未慮及訴訟而記載之證明書，且係交付對方或無利害關係之第三者之證明書等是。此種證明書之證據力，法院依自由心證定之。(b)對方對於該證書所記載之陳述內容，得提出其爲不真實或不重要之反證，自無待言。

米據日本最高法院判例，證書係起訴後爲第三者所作成時，若不出於避免訊問證人手續之目的，法院得採爲證據(有證據能力)，然若出於是種目的，法院即不得採爲證據，故法院雖得採醫士診斷書，銀行營業證明書，及類此之書面爲證據，然不得採別種書面爲證據(參照大正十五年戊字第六五三號昭和二年二月二十五日公布最高法院民事第二部判例)。但不可謂該判例之理論上，係承認此主張；證書雖係起訴後爲第三者所作成，且出於避免訊問證人手續之目的，但依自由心證之法則而定，無否認形式證據力之必要。

第四目 檢驗物

檢證 (*Inspectio ocularis; descente sur lieux; visite delieux; augenschein*) 者，即審判官依五官作用，實驗物體之外形，以直接認識應證事項之證據調查；檢證物者，即係是種物體 (*Objets des vistes de lieux; augenscheinobjecte, Gegenstandes des augenscheins*) 且係證據方法也。

檢證起源於古代德意志訴訟法。在採用形式的證據主義之該法上，檢證物為最有價值之證據方法，且占優先之地位。蓋審判官所已實驗之事項。確定為無可爭執之事實，而其他之證據方法遂被排斥也。反之，承認實體的證據主義之近世各國民事訴訟法，特別是日本民事訴訟法，皆置是種觀念於不顧矣。但檢證物因審判官之實驗，而構成最有價值之證據原因，故事實上仍不失其為優良之證據方法也。

檢證有廣狹二義，廣義之檢證，包括因須釋明無爭或已有證明之事實而為之檢證 (*Informationsaugenschein*)，及因須證明有爭之事實而為之檢證二者而言之；

狹義之檢證，則僅指後者而言也。法院往往因無專門知識之故，則非檢證不能對於當事人間無爭之事實或已有證明之事實有適當之理解。此種場合，法院得以職權命令檢證，由是爲是項事實之釋明，而得適當之理解！在此檢證中，當事人有在場之權利，自無待言，所謂釋明事實之檢證是也（參照日民訴一一七條）。法院爲證明當事人間有爭之事實，亦得以職權命令檢證，依檢證之結果，而省略其他不適切之證據調查；但無礙於當事人爲是種檢證之聲請（參照日民訴一一七、三五七條），所謂證明係爭事實之檢證是也。由此觀之，前者爲無證據調查性質之檢證，後者則爲有此性質之檢證也。學者亦有主張惟對前者法院得以職權命令爲之者；然因條文上無何種之區別，不能不謂爲錯誤之見解。

法院以職權命爲檢證時，其費用與法院依舉證人之聲請而命令檢證時同，須使欲受檢證利益之當事人預繳之。若當事人不預繳時，卽不爲檢證，此不僅依據民事訴訟法之規定（參照日民訴一一七條第二項）而能明瞭，且檢證之費用，非國庫所

應墊支者也（參照日本明治三十四年三月二十七日民事局長之回答）。

第一款 檢證之意義

檢證之意義

檢證者，審判官依五官之作用，實驗物體之外形，以直接認識應證事項之動作（行爲）（Thätigkeit）（證據調查）也。

（一） 性質

性質

檢證爲依檢證物而行之證據調查，檢證物即證據方法也。檢證自身之爲證據調查與否，從來學者間屢有爭執。或謂檢證自身即證據方法。然而檢證自身與訊問證人相同，乃審判官實驗之作用（即就檢證物而行之證據調查），故不得稱之爲證據方法。或謂檢證與審判上之自認，法律上之推定及事物之顯著相同，爲不須舉證之方法，非證據調查也。然從以檢證規定於證據調查中之法意觀之（日民訴第二編第一章第五節證據調查之總則，同章第九節檢證），檢證之爲證據調查而非不須舉證

之方法，誠爲顯然。且民事訴訟法中之證據目的，即在使審判官依其五官之作用，認識當事人所主張事實之真否。是項目的，得使審判官依現時得以實驗之事實，直接（不須當事人之陳述或證人之陳述）達到之。審判官是種實驗動作，卽爲檢證（卽所謂證據調查），其實驗之目的物，則爲檢證物（卽所謂檢證方法），故謂檢查爲證據調查，檢證物爲證據方法也。

（二） 依五官作用而行實驗之證據調查

依五官作用而
行實驗之證據
調查

檢證者，係審判官依視覺、聽覺、味覺、嗅覺及其他之作用就檢證物而實驗之，故是種實驗自身卽爲檢證；而對於已經實驗之事實所下之判斷，則不屬於檢證。因是種判斷屬於審判官之心裏作用，不屬於五官之作用也。此民事訴訟法上，所以稱是種判斷爲檢證之結果（參照日民訴一三〇條第二項第四項），而與檢證自身相區別也。

（三） 以物體外形爲證據方法之證據調查

以物體外形爲
證據方法之證
據調查

檢證以物體之外形爲證據方法，此乃書證與檢證不同之要點。書證係以證書之內容爲證據方法，故以書面之外觀（特別是墨色，時代等）。爲證據方法時，則係檢證而非書證也。

第二款 檢證物之物體

檢證物之物體

檢證既由審判官依五官之作用以實驗檢證物而爲之，故凡有可依五官作用而感觸之性質之物體，不問其爲生物或死物（例如人之死體），不問其爲人（例如當事人或第三者之身體）或物（有體物或無體物），均得爲檢證之目的物。但耳聞當事人或證人之陳述及以書面之內容爲證據方法之證據調查（書證），因法律上之別項規定，不屬於檢證。故不可將關於人證書證之規定，擴充爲檢證，以爲各人當自己身體爲檢證物時，如負證人義務然，而負公法上應忍耐其檢查之義務，又以爲以自己所占之有之物爲檢證物時，如負提出證書之義務然，而負公法上應提出檢證物

之義務也。

第三款 檢證忍耐之義務

檢證忍耐之義務

占有檢證物者，對於法院是否負有忍耐檢證或提出檢證物之公法上之義務，此爲學者間之爭點，且各國之法例亦不一致，奧國民事訴訟法，以明文規定是項義務之存在（參照奧民訴三六九條），反之，日本民事訴訟法及德國民事訴訟法，對於是種義務之存否，未設何等規定，故不免學者間之爭論。或謂援用關於提出證書義務之規定，占有檢證物之對方或第三者，負有公法上提出檢證物之義務。然而關於提出證書義務之規定，屬於書證之特別規定，殊不能擴充之而爲忍耐檢證義務或提出檢證物義務之論據也。故對於日本民事訴訟法之解釋。應結論爲無論何人。皆不負對於法院忍耐檢證或提出檢證物之公法上之義務。因此：第一，法院依當事人之聲請而命爲檢證（參照日民訴三五七條，德民訴三七一條）者。（1）聲請之舉證人如

依當事人之聲請而命檢證者

妨礙檢證時（特別爲拒絕審判官進入於其所占有之檢證物之山林中時），或拒絕提示其占有之檢證物之動產時，即喪失利用是種證據方法之權利（參照日民訴一七三、二八四條）。但法院對於當事人無拒絕檢證之正當原因時（尤其非檢證物係因職業上之祕密不能提示時），得於斟酌訴訟上必需之誠實觀念，以自由心證而爲證據判斷之際，爲對方計，而無將正當原因拒絕檢證之事由，使之歸於該當事人之不利（參照日民訴二一七條）。（2）爲是種聲請之舉證人之對方妨礙檢證時（尤其拒絕審判官進入，自己所占有之檢證物之山林中時），或拒絕提示自己所占有之檢證物之動產時，法院不得爲執行檢證而直接間接（依罰金之制裁）強制該對方。但：

（一）舉證人對於該對方依法律之規定（參照日商法三七五條），契約及其他事由（如基於所有權之引渡請求權），有請求提示檢證物或引渡之私法上權利時，法院爲使舉證人在審判上主張是項權利易於利用該證據方法（檢證物）計，得依聲請，規定相當之期限（參照日民訴二七五條），在此期限內，若舉證人起訴而受勝訴之

判決，得依民事訴訟法之規定（參照日民訴七三〇、七三一條），對於對方爲檢證忍耐之強制，或令提出檢證物。倘舉證人在該期限無舉動，即喪失利用該證據方法之權利。但舉證人之對方，對第三者有請求提示檢證物或引渡之私法上權利，且非在審判上主張該權利而受勝訴判決後，不得爲檢證時，法院即不得確定如上之期限，因該對方對於該判決之審判上之主張，無利益故也（參照日民法四二三條）。反之，舉證人對該對方如無請求提示檢證物或引渡之權利時，即不能達檢證之目的，故聲請檢證之舉證人之對方之身體爲檢證物之場合（特別爲判定該對方是否無意思能力者而檢查其身體之場合），對方拒絕檢證時，即不能達檢證之目的，因舉證人無請求檢查該對方身體之私法上權利也。又，當聲請檢證之舉證人之對方所有之墳墓中屍體爲檢證物之場合（尤其關於請求生命保險金之訴訟事件，舉證人保險公司，爲判斷對方被保險人所有之墳墓內之保險契約者之死亡原因，是否自殺，而檢證其屍體之場合），對方拒絕檢證時，不能達檢證之目的，因舉證人無請求檢查對方

所有之墳墓內屍體之私法上權利也（對方不拒絕檢證，且得警察之許可時，亦得發掘墳墓解剖屍體）。（二）縱令舉證人對於對方未提起上述之訴訟，而對方若無拒絕檢證之正當原因，則法院斟酌訴訟上必需之誠實觀念，依自由意見而為證據判斷之際，得為舉證者而使欠缺正當原因之拒絕檢證事由，歸於相手方之不利（參照日民訴二一七條）。（3）第三者妨礙檢證時（尤其拒絕審判官進入於自己所有之檢證物之山林中時），或拒絕提示自己所有之檢證物之動產時，法院不得為檢證之故而對第三者施用強制力，特別不能強制其忍耐審判官入於檢證物之山林中，強制其提出檢證物之動產（沒收動產），或強制（拘提）第三者到場（例如第三者之身體為檢證物時），因第三者不負對法院忍耐檢查之公法上之義務也。但：（一）舉證人依法律之規定（參照日商法三七五條），契約、以及其他事由，有對第三者請求提示檢證物或引渡之私法上之權利時，法院為使舉證人在一審判上主張權利而易於利用該證據方法，得依聲請，規定相當之期間（參照日民訴二七五條）。在此期

間內，舉證人起訴而受勝訴之判決時，得依民事訴訟法之規定（參照日民訴七三〇、七三一條），強制第三者忍耐檢證或提出檢證物。倘舉證人自行誤期，即喪失利用該證據方法之權利。反之，舉證人無對第三者請求提示檢證物或引渡之權利時，則不能達檢證之目的，故當第三者之身體為檢證物之場合，而該第三者拒絕檢證時，或第三者所有之墳墓內屍體為檢證物之場合，而該第三者拒絕檢證時，則不能達檢證之目的，因舉證人對第三者，無請求檢查其身體，或檢查其所有之墳墓內屍體之私法上之權利也。（二）縱令舉證人對第三者未提起上述之訴訟，法院亦不能將第三者拒絕檢證之事由，歸於該舉證人之不利。對於舉證人之對方亦然。蓋日本民事訴訟法第二百十七條，不適用於是種場合也。第二，法院以職權命為檢證之場合（參照日民訴一一七條）而占有檢證物之當事人（舉證人或其對方）妨礙檢證物時，法院得使欠缺正當原因之拒絕檢證事由，歸於該當事人之不利（參照日民訴一一七條）。反之，占有檢證物之第三者妨礙檢證時，法院則不得使拒絕檢證之事由

以職權命為檢
證之場合

，歸於當事人一方之不利。

第四款 檢證之拋棄

法院以職權命爲之檢證，當事人不得拋棄之，固無待言，但因當事人聲請之檢證而成之證據方法，該當事人是否可以拋棄，換言之，即依日本民事訴訟法第三百五十條之規定，是否準用於檢證之場合，實爲學者間之爭點。但法院認爲必要時，得以職權命令檢證，故當事人即令拋棄其聲請之檢證所成之證據方法，亦不足以使法院停止檢證，實與鑑定相同，此可爲消極的結論者也。

第五款 檢證手續

(一) 手續之開始

檢證之手續，法院以職權開始之（參照日民訴六條、一一七條），或因檢證之

第五章 各個證據方法 第五節 證據方法之利用 五二五

檢證手續
手續之開始

聲請而開始之（參照日民訴三五七條、德民訴三七一條）。第一，法院除為發見訴訟物之價額，及釋明無爭或已有證明之事實，係以職權命為檢證之外，尚為證明有爭之事實，得以職權命為檢證，故法院以職權所為之檢證，可謂限制不干涉審理主義之適用範圍。第二，當事人為證明自己所主張之事實，得為檢證之聲請。檢證之聲請，以表明檢證物（檢證物不能提出於法院時，特別為不動產時，僅表明之即足，不似書證之申請，必須提出證書）及開列應證之事實為之。

證據決定

(二) 證據決定

法院對於檢證需要別項訴訟手續時，以證據決定命令之（參照日民訴二七四條第二項）。例如因當事人不攜帶檢證物，則不能繼續其陳述直為檢證者是也。

檢證之實施

(三) 檢證之實施

檢證，通例由受訴法院在其法院內為之（參照日民訴二七三、一六二條）。但受訴法院於必要時，特別在檢證物不能運送於法院時，得就該檢證物所在地檢證之

，所謂履勘是也（參照日民訴一六二條）。法院對於檢證，亦得依自由意見令受命推事或委受託推事爲之（參照日民訴三五八條第二項、二七三條第二項，德民訴三七二條）。學者有謂受訴法院令受命推事或委受託推事檢證時，限於檢證物不能提出於法院，或因其他理由礙難在法院施行檢證之場合，須與證人之證據調查相同。然如日本民事訴訟法第三百五十八條第二項，惟規定受訴法院得令其推事一名檢證，或託由初級法院爲之（參照奧民訴三六八條），非如同法第三百十八條，規定檢證之委任有此特別之原因，故應解釋委任檢證，係任受訴法院之自由意見也。第一，在受訴法院爲檢證時，須記載辯論之結果於筆錄中（參照日民訴一三〇條第二項第四號）；若在受命推事或受託推事前爲檢證時，則其結果須記載於審問筆錄中（參照日民訴一三三條）。施行檢證之際，須記載發見之事項於筆錄而使其明確，必要時（特別爲履勘山林境界時），須製圖作爲筆錄之附件黏附於其後。若記錄上已經繪圖（特別爲准備書面中已有檢證物之山林圖）而必須與檢證物對照時，尤其有

鑑定人之在場

不當之點時，須繕成更正之書面。反之，若無必要時，尤其記錄之繪圖與檢證物符合時，記其大旨於筆錄即足，不須重新繪成圖面（參照日民訴三五九條）。但因對於實驗需要專門知識，亦得將未具是項知識之審判官所不能爲之檢證結果，記載於會同檢證之鑑定人意見書中。第二，受訴法院施行檢證之際，因輔助審判官或鑑定之準備，得命鑑定人在場（參照日民訴三五八條第一項）。此種場合，選定應在場之鑑定人及指定其員數，依民事訴訟法之規定爲之（參照日民訴三二四條），或受訴法院令其推事一名檢證或委由受託推事爲之之時，得同時將任命鑑定人在場之權限，委任受命推事或受託推事爲之（參照日民訴三五八條第二項，三三一條；德民訴三七二條）。關於審判官檢證之際令鑑定人在場，並不變更檢證之本質，學者間雖無爭執。但僅由鑑定人實驗檢證物時（特別因爲事實無爭而無審判官實驗之必要，或檢查婦女身體之類而不適於審判官之實驗時），惟使鑑定人實驗檢證物以作其鑑定之準備者，此果爲變更檢證之本質否乎？換言之，此果係檢證乎，抑否乎，

檢證物爲同一
物之審查

學者間殊有爭論。學者有謂鑑定人代理審判官檢證，既爲法律所不禁，則僅由鑑定人實驗檢證物，實無礙於其爲檢證，不過此種場合，須將調查之結果，記載於鑑定書以代筆錄耳。然此乃鑑定而非檢證，因法律惟許檢證之際，始命鑑定人在場也（參照日民訴三五八條）。第三，於受訴法院爲檢證之際，若對於提出之檢證物是否同一物（尤其是否樣本）之點，有爭執時，舉證人應依一般之規定，負立證檢查物爲同一物之責，因檢證物爲同一物之事實，即係證據之輔助事實（*Hilfsstaatsache*）也。但不可因此即以爲檢證時，因證明檢證物係同一物而有聲請證據之義務，因檢證物之爲同一物與否，其陳述係於提出後爲之也。又，受訴法院對於是項爭執，須裁決之（參照日民訴二八三條）。反之，在受命推事或受託推事前爲檢證時，若有是項爭執，受命推事或受託推事對於該爭執無裁決之權（參照日民訴二八三條）。但無礙於保留是項裁決而實施其檢證。

第六款 檢證結果之評判

檢證結果之評判

受訴法院執行檢證之場合，對於該檢證之結果所爲之評定（即判斷），依自由心證之原則爲之（參照日民訴二一七條）。在受命推事或受託推事執行檢證之場合，受訴法院對於該檢證之結果，亦依自由心證之原則裁判之（參照日民訴二一七條）。（檢證之結果，係審判官對於實驗之檢證物所爲之事實上之判斷，非絕對確定之事實）。此項法意，不外使法院得爲適於實體的正確之裁判也。

檢證之證據價值，關係於審判官實驗之正確而且完全，以及檢證物表現應證之事實而且真確等數點，自無待言。因此，第一，審判官執行檢證之際，不論其發見之事項，屬於積極的發見抑消極的發見，均須確定之（參照日民訴三五九條），在必要時，得爲再檢證。第二，對於檢證物表現應證之事實並真確之點有爭執時，則由對於應證事實負立證責任之當事人，立證之。例如賣主對買主，因其拒絕領

取已買之物品而寄存之以訴請支付貨價之場合，買主對於提出檢證物之樣本之真實有爭執時，賣主須立證樣本之真實；又買主對賣主，因其所交之物品與原訂物品有異而訴請減少貨價之場合，賣主於提出之檢證物定樣之真實有爭執時，買主須立證定樣之真實是也。

第五目 訊問當事人本人之證據調查

訊問當事人本人之證據調查 (*Interrogatoire sur faits et articles beweis durch vernichtung der parteien*)，即法院調查當事人提出證據之結果，對於應證之事實不足得心證時，依聲請或職權而向原告或被告本人訊問之證據調查也。爲此種證據調查時，當事人本人即爲證據方法。

訊問當事人本人制度之沿革

訊問當事人本人之制度，起源於法國民事訴訟法所謂訊問當事人本人 (*Interrogatoire sur faits et articles*)。(1)法國當初受羅馬法影響之路易十二世勅令(1499年)，規定原告應宣誓其請求之正當，被告對於原告提出之書面所記載之各

項，應行宣誓，又准審判官禁止當事人於答辯及宣誓以前外出，就其住宅監守之。然是種制度，因失於嚴酷而受攻擊，其後遂由佛拉列梭一世於一五三九年以勅令宣布廢止，代此制度者，爲當事人雙方對於事實及各項，有互相訊問之權利。但因受訊問之當事人，須預行宣誓，故介於自己良心趨使及自己利益之間而感受苦痛；或不陳述何等理由而僅爲然否之答辯，使訊問歸於無效或含混；或因對於爲虛僞供述之當事人科以罰金，致引起是否虛僞供述之爭執，而使本訴訟生遲延之弊，遂於一六六七年以勅令撤銷宣誓以外之限制，且規定受訊問之當事人，若缺席或不答辯，卽視爲自認。其後，法國民事訴訟法復廢止宣誓之規定，且規定受訊之當事人之缺席或沉默，在得以自認爲裁判資料時，審判官得依自由心證，視爲當事人自認受訊問之事實，或非自認受訊問之事實（法國民事訴訟法三三四條以下）。（2）德國民事訴訟法，不採詢問當事人本人之制度，其理由，則認爲此種制度，滲入與民事訴訟法之法律觀念不相容之糾問主義（Inquisition），且使審判官因斟酌受詢問之

當事人本人之人格，結果每有偏袒之危險。反之，奧國民事訴訟法則承認訊問當事人本人之制度，且分之爲不宜誓之當事人之訊問及宣誓之當事人之訊問（奧民訴三七一條乃至三八三條），此乃效法於英國法律者也。在英國，因衡平法而規定之訴訟手續上，對於原告得令宣誓其所主張之事實且得以留庭強制之，此即訊問當事人（Interrogatory）之起源（在奧國，因鑒於當事人之宣誓證即（Parteihauptfeld），雖使訴訟終結，然僅係基於形式的裁判，非基於法院依自由證據判斷而爲之實體的裁判，不足爲保護當事人權利之適當制度，故格拉塞耳於一八五五年以來，主張效法英國法律，以命爲宣誓之訊問當事人本人，代當事人之宣誓證。至一八七三年四月二十七日遂以法律承認其說；但其現行民事訴訟法，則以訊問當事人本人之意，在使當事人供述其自己之事件，若以刑法上之責任或宣誓之強制，訊問當事人，實屬失當，故分爲不宜誓之當事人本人訊問及宣誓之當事人本人訊問）。（3）日本承認訊問當事人，可謂立法上正當之舉，蓋當事人本人因訊問而爲之供述，與當

事人因到場而爲之供述（日本民訴一一四條），同係法院因不干涉主義或辯論主義（Verhandlungsmaxime）而斟酌之訴訟材料，因之毫末滲入糾問主義。然就其不承認命爲宣誓之訊問當事人本人言之，立法上殊不免於失當。蓋令當事人宣誓後加以訊問之時，有益於隨情形而發見其供述之真相也（據德國民事訴訟法之理由書，似說明令當事人宣誓後加以訊問之制度，在雙方當事人均行宣誓時，殊屬困難，且引起不可解決之問題，故不採用之；然實際上，此說究不能否認可以僅令一方當事人宣誓以避免之。赫爾比西氏、柯納氏等、已主張奧國民事訴訟法所承認之訊問當事人本人，爲有益之制度）。

第一款 意義

意義

訊問當事人本人之證據調查，即法院調查當事人提出證據之結果，對於應證事實之真否，不足以得心證時，依聲請或職權而向原告或被告本人訊問之也，施行此

種調查時，當事人即爲證據方法（參照日民訴三六〇條、奧民訴三七一條）。

(一) 性質

性質

訊問當事人本人之證據方法，爲有補充性質之證據方法 (*Subsidiäres Beweismittel*)。蓋訊問當事人本人之證據方法，係有下述之情形時爲之，即關於應證事實，無其他證據方法存在，法院不能依據得以職權施行之證據調查，證明應證之事實時；或當事人所提出之他種證據方法，不能依以證明應證之事實時，斯即訊問當事人本人也（參照日民訴三六〇條、奧民訴三七一條第一項）（按日民訴三六〇條所載「調查當事人提出證據之結果」，此條文在論理解釋上，失於狹隘，有擴充之必要）。訊問當事人本人一項所以屬於補充證據之理由，即因訊問當事人以確定事實之舉，應在必須依當事人（對於訴訟之成積有利害關係者）之供述，以單獨或與他種證據相綜合而確定應證之事實時也（奧國民訴第三七一條，雖以訊問當事人本人爲補充證據方法，而法國民訴第三二四條，則在不延遲訴訟及裁判之範圍內。無論

訴訟之程度如何，皆可爲當事人本人之訊問。因之，若在應證事實或其反對事實業已證明，或關於應證事實，尙有他種證據方法存在時（縱爲迂緩之證據方法），不許訊問當事人本人。故當事人若欲使法院爲訊問當事人本人之證據調查，而規避他種證據之陳報，殊不許也。若當事人不顧他種證據方法之存在，而爲訊問當事人本人之聲請，法院須駁斥之。雖然，亦不可因此卽斷定訊問當事人本人之證據調查，決不能先他種證據調查而爲之。法院對於某種爭點，限制辯論時，得就其爭點命令訊問當事人本人，續後對於辯論上之其他爭點，得爲他種證據調查（特別爲訊問證人）。又，法院限於無關同一應證事實時，得在同一之證據決定上，爲訊問證人之決定及訊問當事人本人之決定。何則？此等場合，對於應證事實，除訊問當事人本人外，別無他種證據方法存在，故法院對於該事實，得依法爲當事人本人之訊問也。

訊問當事人之證據方法，其目的物與訊問證人之目的物同，即應證之事實（係爭之事實）也。蓋訊問當事人本人與訊問證人之本質同，方法同（參照日民訴三一三、三一四、三三六條；奧民訴三八〇條第一項二項），證據判斷之法則亦同（日民訴二一七條）。其所異於訊問證人者，即在不宣誓及對於供述義務無直接之強制（參照日民訴三六三條、奧民訴三八〇條第三項）也。

（三） 訊問當事人本人與當事人到場之關係

訊問當事人本人與當事人到場之關係

在訊問當事人本人之證據調查上，當事人本人即為證據方法。蓋民事訴訟之許以當事人為證據方法，亦如刑事訴訟之許以被告人為證據方法相同也（參照日刑訴一三三條以上）。但利用當事人本人為證據方法之方法，不外於訊問當事人本人而已，故不能視訊問當事人本人與因明瞭事件之關係而命令當事人到場（參照日民訴一一四條）同，前者為證據調查，後者則屬於法院所應為之釋明權作用（參照日民訴一一二條），非證據調查也。

(四) 訊問能力

訊問能力

訴訟當事人，不問其爲自然人或法人，均有視爲當事人本人而受訊問之能力，而第三者則無之。蓋第三者應視爲證人而受訊問也。關於參加人能否以當事人本人資格受訊問之點，學者間頗有爭論。但參加人並無原告或被告之地位，以證人訊問之則可，以當事人本人訊問之則不可。至於在訴訟上有合一的共同訴訟人之地位時，參加人係處於主要當事人之地位，自應以之爲當事人本人訊問之，不能以之爲證人訊問之（參照日民訴五四條第二項；德民訴六九條；奧民訴二〇條）。關於破產財團之訴訟，能否以破產者爲當事人本人而訊問之，應視其訴訟當事人之爲破產者（破產管財人不外是其代理人）或爲破產管財人而定（參照奧民訴三七三條第二項）。第一，自然人之當事人，雖係訴訟無能力者之時，苟其尚有供述自己實驗事實之能力，或有認識是項事實之能力，得以之爲當事人本人而訊問之（參照日民訴三六四條「或應訊問訴訟無能力者」；奧民訴三七二條）。現在代理訴訟無能力

者進行訴訟之法律上代理人（特別為親權者監護人之類），應與當事人同視，在訴訟上有以當事人本人資格受訊問之能力（參照日民訴三六四條第一項「訴訟無能力者之法律上代理人為訴訟時，究應訊問法律上代理人？」，奧民訴三七二條）。在訴訟無能力者之法律上代理人為訴訟時，究應訊問法律上代理人，或應訊問訴訟無能力者，抑應兩者均予訊問，以法院之意見定之（參照日民訴三六四條第一項；奧民訴三七三條第一項）。第二，當事人為法人時，則代表該法人為訴訟之法律上代理人（特別為理事）、代表社員、董事等、在訴訟上有以當事人本人資格受訊問之能力。蓋若非是項代表者，在訴訟上即不能代表當事人本人之法人，換言之，若代表者而非是項代表者，斯有以第三者資格而為證人之能力也。第三，數當事人合為共同訴訟人時，或法律上代理人有數人時（參照日商一三二、一七〇條），究應訊問其一人，或訊問數人，則以法院之意見定之（參照日民訴三六四條第二項，奧民訴三七三條第二項第三項）。至於數當事人共同代主人為訴訟時亦然（參照日

商法三〇之二條），此種法意，在於使法院得為發見真實而作適當之處置也。

第三款 答復訊問之義務

答復訊問之義務

以當事人本人之資格而受訊問之人，對該訊問事項，有供述之義務。但此義務與證人義務不同，不能為直接之強制，不過法院得以違背該項義務之當事人舉動，作為辯論之大旨及證據調查之結果而評斷之，由是為間接之強制（參照日民訴三六三條、奧民訴三八一條）。

受訊問之當事人本人，就其應受訊問之事項，如在日民事訴訟法第二九八條規定之場合，能否拒絕供述，因法律上無特別之規定，故為學者所爭論。法國民事訴訟法。對於訊問之答辯，縱然歸於當事人本人之恥辱，或有招致刑事上訴追之慮；然此訊問，如係關於當事人本人之事實（對於與第三者有關之事實，則依人證之規定）且於裁判有影響者，仍須此受訊之當事人本人供述之（參照法民訴三二四

條)。反之，在奧國民事訴訟法，則對於訊問之答辯，非直接因當事人本人或配偶，親屬等有法律上之一定特種關係而生財產上之不利利益時，得依拒絕證言之同一理由，拒絕供述（參照奧民訴三八〇條第一項）。在日本民事訴訟法，如訊問事項與第二九八條第一款第二款之規定相當，有祕默義務之效力，若與同條第五項之規定，則為保護職業上之祕密得拒絕供述，此解釋可謂確當。

第四款 訊問當事人本人證據方法之拋棄

訊問當事人本人
證據方法之
拋棄

當事人可否拋棄其所聲請訊問當事人本人之證據，此為學者間不免於爭論之問題。但法院認為必要時，既得以職權為當事人本人之訊問，故當事人拋棄所聲請訊問當事人之證據方法，殊不足以使法院停止訊問當事人本人，由此可作消極之論斷（參照本書四二一頁對於拋棄鑑定人之證據方法之說明）矣。

第五款 訊問當事人本人之證據調查

訊問當事人本人之證據調查

訊問當事人本人之證據調查，係依證據調查之一般規定，故是項證據調查，原則上由受訴訟法院爲之，至如日本民事訴訟法第三一八條所規定之事項，得命受命推事或受託推事爲之者，固例外也（參照日民訴二七三條及二八八條；奧民訴二七五條第二項）。但特則上：第一，訊問當事人本人，除依當事人之聲請外，尙得由法院以職權命令爲之。此即訊問當事人本人之證據調查，原屬補充審判官心證不足之手段（日民訴三六〇條）也。第二，在訊問當事人本人之場合，法院係以證據決定命令訊問原告或被告，且須宣佈之（參照日民訴三六一條），依日本民事訴訟法第二七四條第二項之規定，爲證據決定之場合，係在當事人之陳述後，不即舉行證據調查，由受訴法院另期爲之，或於受命推事或受託推事前爲之，此項記載雖極明瞭，但命令訊問當事人本人之證據決定，乃不問當事人之陳述後，即行訊問當

事人本人與否，皆能爲之也。此雖援據法國民事訴訟法第三二五條之規定；而彼此應相區別之立法上之理由，殊難言之（參照奧民訴三七五條）。**第三**，當訊問當事人本人之決定宣佈之際。應受訊問之當事人本人若在庭，通例卽就當日繼續訊問之，故不須專爲此事傳喚當事人。反之，若應受訊問之當事人本人不在庭，則須另定期日傳喚之，但此種傳喚，在日本法律上無特別之規定，可據其民事訴訟法第二九二條之規定爲之（參照日民訴三六一條）。**第四**，訊問當事人本人，以問其本人之姓名、年齡、出身、職業、住址爲始（參照日民訴三一二條）。又，受訊問之原告或被告，須爲言詞供述，不准以朗讀書面使用筆錄代之（言詞主義）。准用筆錄者，惟以關於算數者爲限（參照日民訴三六二、三一四條）。當事人之供述，須明確記載於記錄（就日民訴言，援用一三〇條第二項第三款）。**第五**，受訊問之原告或被告，若不於訊問日期到場，或無充足理由而拒絕供述，法院得以其自由意見。認對方所欲依訊問以證明主張之事實爲正當。此在日本，乃適用其民事訴訟法第

二一七條所承認之自由心證主義也（參照日民訴三六三條）。在法國，原規定法院於原告或被告無充足理由而拒絕供述時，須承認對方所欲依訊問以證明主張之事實（一六六七年之勅令）；但其民事訴訟法中，已加以修正，一任法院自由裁量是否應視為承認對方所主張之事實。至於應受訊問之原告或被告，屆期不到時，亦然（參照法民訴三三〇條；奧民訴三八一條）。

第六款 日費及旅費等之給付請求權

日費及旅費等
之給付請求權

受訊問之當事人本人，應傳喚而到場者，惟得向其對方請求償付日費、旅費、居留費等項（參照日民訴費九，一二，一三條等）無對於國庫請求償付之權（參照奧民訴三八二條）。蓋民事訴訟法第三二一條之規定，不適用於訊問當事人本人之場合也。

第七款 訊問當事人本人之證據評判

訊問當事人本人之證據評判

訊問當事人本人之證據評判（證據判斷），與其他證據判斷無異，依自由心證之原則，由審判官以其自由確信評判之（參照日民訴二一七條）。

第六章 證據保全

證據保全（*Sicherung des bewies*）者，即訴訟尚未繫屬於法院以前，或訴訟已繫屬於法院而未達到證據調查之程度以前，暫不調查應證事實之重要與否，而為將來繫屬之訴訟或已繫屬之訴訟上所行之證據調查也。

證據保全制度之沿革

證據保全發源於寺院法（學者亦有謂證據保全肇端於羅馬法者，但此說不普遍）。德國普通法，取法於寺院法，承認證據保全之制度（*Probationd perpetuamrei memoriam; beweis zumewigen gedachniss*）。普魯士之一般審判法，漢諾黑爾

、拜耶倫、巴登、諸聯邦之法律，德國民事訴訟法、奧國民事訴訟法、匈牙利民事訴訟法等，皆規定證據保全（參照德民訴四八五條及四九四條；奧民訴三八四條乃至三八九條；匈牙利民訴三八一條乃至三八六條）。反之，法國於一六六七年曾以勅令禁止證據保全。其後，法國民事訴訟法關於證據保全，亦無特別之規定，故施行法國法律之萊茵諸州之判例，不許證據保全。但法國判例，則根據其民事訴訟法無特別之規定，准許證據保全。日本民事訴訟法，與德國法系諸國之民事訴訟法同，承認證據保全制度而規定之。蓋為防止證據方法之消滅或難於使用，則證據保全之辦法，乃訴訟實際上所最必要者也。

訴訟繫屬前之
證據保全與訴
訟繫屬後之證
據保全

證據保全，在學理上，分為訴訟繫屬前之證據保全（*Peweiserhebung zum ewigen Gedächtnis*），及訴訟繫屬後之證據保全（*Beweisantizipation*）。此種區別，在管轄法院及聲請方式不同之點上，有其實益。後者之管轄法院，為日本民事訴訟法第三六六條第一項第二項所規定；前者之管轄法院，則係該條第三項所規定。又，

後者普通由訴訟當事人及參加人，指定對方而爲之（參照日民訴三六六條）；前者通例則由與證據保全有利害關係者（將來爲訴訟當事人），不指定對方而爲之（參照日民訴三六七、三七二條）。再則後者，法院得以職權命令爲之；而前者適相反，因適用民事訴訟法所載法院得命檢證及鑑定之條文時（參照日民訴一一七條），以訴訟之繫屬爲前提故也。

第一節 證據保全之意義

證據保全之意義

證據保全之手續，即訴訟尙未繫屬於法院以前，或已繫屬於法院而未達證據調查之程度以前，暫不調查應證事實之必要與否，而爲將來繫屬之訴訟或已繫屬之訴訟所施行之證據調查，以組織該訴訟手續之一部分者也。

（一） 本質

本質

證據保全之手續（即爲證據保全而施行之證據調查手續），乃屬於訴訟事件之

手續，因該手續，係施於利用此種證據調查結果之訴訟（將來應繫屬於本案訴訟之手續；或已繫屬於本案訴訟之手續）上之手續也。關於證據保全之本質，學者間原有爭論，有謂證據保全手續之全部，均非訴訟事件之手續，有謂惟在訴訟尚未繫屬以前所爲之證據保全手續（參照日民訴三六六條第三項），始非訴訟事件之手續。但證據保全手續，乃所謂預告的證據調查（Antizipierte beweisaufnahme; vorgreifende beweisaufnahme），並未喪失證據調查之性質。證據調查係各種處分（特別係裁判）之先導，且爲有準備性質之官廳行爲，不過無獨立性。某種手續是否屬於訴訟事件之手續，不得以居於各種處分（尤其裁決）之先所行手續之非獨立的成分爲標準而定之，故不能謂證據調查屬於非訟事件之手續。蓋證據調查凡爲訴訟事件手續之一部者，屬於訴訟事件之手續，若爲非訟事件手續之一部，則屬於非訟事件之手續也。又，證據調查之內容，任何場合，皆在確定某特定證據方法之內容。某種手續之屬於訴訟手續與否，須視其手續之內容而定，故不能謂證據調查在訴訟尚未

繫屬以前，爲屬於非訟事件之手續。須知證據調查雖在訴訟尙未繫屬以前，其內容固無不同也。

(二) 特質

特質

證據保全手續，異於其他證據調查手續，其特質，卽在於訴訟尙未繫屬以前，或已繫屬而未達證據調查之程度以前，尙未調查應證事實之重要與否而爲之之一點。蓋因證據保全之手續，係以防止證據方法之喪失或利用困難爲目的之一制度也。

(三) 證據保全手續與本案訴訟之關係

證據保全手續
與本案訴訟之
關係

證據保全之手續，組成本案訴訟手續之一部（就必須利用由此所爲之證據調查結果者言），此所以裁決證據保全費用，爲該項訴訟費用之一部也（參閱證據保全費用之說明）。學者或曰：訴訟繫屬後所爲之證據保全手續，係關於該訴訟手續自身之一部者；惟變更當事人言詞辯論與證據調查之通常程序（卽於起訴後，當事人第一言詞辯論。前所爲之調查手續），固無待言；但訴訟繫屬前所爲之證據保全手

續，乃獨立之手續，殊與本案訴訟之手續有異，非如本案訴訟手續之必須利用由此所爲之證據調查之結果也。爲此說者，蓋不知證據保全手續，無論其於訴訟繫屬前，抑於訴訟繫屬後，均係該訴訟外所爲之證據調查，乃裁判上先構成手續之非獨立的成分，並非獨立的權利保護之方法也。宜視此說爲非正當之見解。

第二節 證據保全之要件

證據保全之要件

保全之目的所在之證據

證據保全之前提要件有三。第一，證據保全目的所在之證據，即訊問證人，訊問鑑定人或檢證也（參照日民訴三六五條；德民訴四八五條）。證據保全，惟許於訊問證人，訊問鑑定人或檢證之範圍內爲之，非各種證據皆許爲證據保全也（鑑定證人即證人，故得以人證而爲證據保全之目的。又，訊問鑑定人得與檢證一同爲之，故與訊問鑑定人合併之檢證，得爲證據保全之目的）。（參照日民訴三三三條，三五八條）因此，（1）訊問當事人本人，不能成爲證據保全之目的，蓋訊問當

事人本人者，乃法院調查當事人所提出證據之結果，對於應證事實之真否，不足得心證時而爲之證據調查也。(2)書證不能成爲證據保全之目的，蓋書證之保全，其目的在確定具有特定方式，具有特定內容之某種證書之存在，而此目的得由檢證達之也(在德國，多數學者說明書證保全之利益，僅由確定書證真否之訴訟，即得達之；或在證書有消失或難於使用之虞時，得由確定證書真否之訴訟，以達證據保全之目的。故謂證據保全之目的，僅由是項訴訟已足達到，實無證據保全之必要(參照德民訴二五五條，四八五條)。但亦不可因此遽謂爭論證書之真否時，對於確定真否之人證及鑑定，不能爲證據保全；且易證書有消失之虞時，對於該證書，不得爲保全證據施行檢證也。爲確定證書之真否，而對於必要之人證及鑑定，有必須證據保全之事由時(參照日民訴三六五條)，得訊問證人及鑑定人。又，證書有消失之虞時，得爲保全證據而行檢證。至於私著證書之檢真(參照日民訴三五三條)，可否以保全證據之目的爲之，頗屬疑問；但以之視爲檢證之一方法，作肯定之論

必須保全之事
由及對方之承
諾

諾

斷可也。第二，原則上，須有喪失證據方法或難於使用之虞之事由存在；至於此外尚須對方承諾之存在，則爲例外（參照日民訴三六五條，三七一條；德民訴四八五條，四八九條）。（1）據一般之規定，當未達於應即進行之程度以前，若不爲人證，鑑定，檢證之證據調查，即有消失證據方法或難於使用之事由時，得爲保全證據而聲請訊問證人或鑑定人，或檢證。此種事由之是否存在，由法院依情形以其意見定之。例如就人證言，即在證據方法之證人，係衰頹之老人，或身罹重病而有死亡之虞；或將旅行外國而有不能知其行踪之虞；又就鑑定言，即在必須特定鑑定人爲鑑定之場合，而該鑑定人身罹重病有死亡之虞，或將旅行外國有不知其行踪之虞；此外就檢證言，即在檢證物脆弱而有消失之虞，或有急速變更其現狀之虞等是也。是種事由，據一般之規定，須在達於應爲證據調查之程度以前而未爲之，故在第一審法院，不爲人證，鑑定，檢證等證據調查，而於上級審依一般之規定，以行證據調查之前，證據方法殊有消失或難於使用之虞時，得於第一審判決前或判決後，

爲保全證據而聲請訊問證人，訊問鑑定人及檢證。是種要件存在時，法院須爲保全證據而訊問證人或鑑定人，或檢證，不得依其意見而駁斥保全證據之聲請。(2)有對方之承諾時，雖無日本民事訴訟法第三六五條所規定之事由存在，亦得爲保全證據而申請訊問證人或鑑定人，或檢證。蓋此種場合，對方之承諾，即補充是種事由者也。法院於有是種承諾時得依其意見准爲保全證據之證據調查（係得爲非必須爲）（參照日民訴三七一條一得……）。學者有謂日本民事訴訟法三七一條之規定，其用意即在訴訟繫屬於法院時，使當事人就辯論之第一日期前，爲證據調查之聲請，且使法院得在此日期完畢其證據調查，務令當事人迅速結束訴訟事件。但因條文上無何等區別，不能不云該條無論訴訟已否繫屬於法院，均適用之，是則謂該見解，對日本民事訴訟法之解釋爲不當可也（在德國民事訴訟法，爲確定對於對方發生權利之物品或事件之瑕疵；或爲確定行莊，運送經理人，堆棧業者，運送人等。責任上應證明之貨物狀態，雖未具消失證據方法或使證據方法難於使用之事由，仍

指定對方及釋
明對方之不能
指定

評申請爲保全證據之證據調查；在通知物品之瑕疵，或因此瑕疵而拒絕收受時，許讓渡人或包辦人，並許受讓人或定貨人爲確定物品之狀態，聲請爲保全證據之證據調查（參照德民訴四八八條，德民法四七七條、四八五條、四九二條、四九三條、五一五條、五二四條、一六二四條、二一八八條、六三九條、德商法三八八條、四〇七條第二項，四一七條第一項）。第三，原則上，爲保全證據而行之證據調查，須指定一定之對方而聲請對彼爲之；然例外亦有不指定一定之對方而爲之者，惟聲請人必須釋明非自己之過失，實因對方不能指定（參照日民訴三六七條第一號，三七二條第二項；德民訴四八七條、四九四條）。（1）請求爲保全證據而行證據調查之聲請，原則上，須指定將來應繫屬於法院之訴訟對方，或已繫屬於法院之訴訟對方而對彼爲之。蓋證據保全，爲具有是種訴訟準備性質之手續，或該訴訟之一部分，該訴訟對方爲保護其權利，須於證據調查日傳喚之也。至於是種對方尚未明瞭，不能指定其爲誰而聲請爲保全證據之證據調查時（特別當聲請人之身體受傷害

，不明加害者係何人時），則爲例外，此時須由申請人釋明非自己之過失，委係對方無從指定，方能准其聲請，以防證據保全之濫用。此即原則與例外並存之由來也。

。(2)若因不明瞭一定之對方，即不准其爲證據保全之聲請，則對於聲請人，未免失之過酷，殊有薄於保護其利益之嫌，尤以被害者欲定其受不法行爲所加之損害，而不明加害者爲何人，不明將來要求損害賠償之訴訟對方屬誰時爲然；但若置不明瞭對方之點於不顧，貿然准許證據保全時，則聲請人（尤其被害者），動即濫用之。雖云以證人資格受訊問者，在其與對方之關係上，有拒絕證言之權利，然每因命爲證言而使其喪失是種權利；或且強令將來應爲訴訟對方者，對於該訴訟事件，不能不爲證言，故法院（就日本言）當適用日本民事訴訟法第三七二條之際，須注意防止此種濫用之弊。

第三節 證據保全之手續

證據保全之手續

證據保全之手續，原則上，係向管轄法院聲請為保全證據而訊問證人或鑑定人，或檢證，而開始其進行（參照日民訴三六五條，三六六條；德民訴四八五條，四八六條）；至於法院以職權開始證據保全之手續，則為例外。法院以職權命為證據保全，並非法律所不許者（參照日民訴一一七條），惟因證據保全之理由（參照日民訴三六五條），通例為法院所不知，故實際上，無以職權命為證據保全之事實耳（當檢證物為官廳所保管，特別屬於公共建築物時，法院得以職權命為證據保全）。

（一）管轄法院

管轄法院

訴訟已繫屬於法院時，請求為證據保全行證據調查之聲請，其有利害關係之當事人或參加人，原則上，須於受訴法院為之；至於急迫危險之時，得就應受訊問者之現居地（特別為證人現居地），或檢證物所在地之該管初級法院為之，則屬例外（參照日民訴三六六條第一項第二項；德民訴四八六條）。反之，訴訟尚未繫屬於

法院時，是種聲請，須對於證據保全有利害關係之各人（欲將來起訴者）在應受訊問者之現居地，或檢證物所在地之該管初級法院爲之（參照日民訴三六六條第三項，德民訴四八六條）。第一，在訴訟已繫屬之場合，受訴法院所以對於聲請有管轄權者，卽因證據保全之手續，亦該訴訟之一部分故也。受訴法院爲訴訟繫屬之法院，故訴訟繫屬於第一審法院時，該法院卽爲受訴法院；至訴訟因上訴而繫屬於第二審法院或第三審法院時，則該上級法院爲受訴法院。此外，下級法院雖已爲「如有不服准於法定期間聲請上訴」之裁判，然未上訴以前，訴訟卽尙未繫屬於上級法院，故下級法院仍爲受訴法院。學者亦有主張第三審法院對於聲請無管轄權者，此見解殊無條文之根據，謂爲不正確可也。但受訴法院對於聲請已爲裁判之後，仍不妨委任受命推事或受託推事施行證據調查（參照日民訴三五八條、二九六條、三一八條）。至於訴訟已繫屬之場合，因時機危險迫切，非迅卽調查證據，不能達證據保全之目的，於是應受訊問者之現居地或檢證物所在地之管轄初級法院，遂例外對

於聲請有管轄權，此即緣於管轄初級法院適於迅即調查證據之故也。但此種管轄非專屬管轄，故當事人得就自己之選擇而向受訴法院或該初級法院聲請之。從事聲請之當事人，須釋明危險迫切之情形（引用日民訴三六七條第四款）。又，初級法院須依其自由意見，以判定要件之存否。第二，訴訟尙未繫屬之場合，其管轄應受訊問者之現居地或檢證物所在地之初級法院，所以對於聲請有管轄權者，即因此種法院最適於爲證據保全之證據調查也。此種管轄，異於日本民事訴訟法第三六六條第二項之管轄，乃專屬之性質（參照日民訴三六六條第三項「須」）。

(二) 聲請

聲請

請求爲證據保全施行證據調查之聲請：第一，不問訴訟已否繫屬，得以書面

或言詞爲之（參照日民訴三六六條第四項、一三五條；德民訴四八六條）。但訴訟既已繫屬於法院，不妨於言詞辯論時聲請之。由訴訟代理人爲是項聲請者，如在日本，自係依其民事訴訟法第六三條之規定。第二，須具備日民訴三六七條所規定

之要件，若缺其一，須認爲不合法而駁斥之（參照日民訴三六七條「須」；德民訴四八七條）。所謂要件者何？一即對方之表明，所請對方，即已繫屬之訴訟對方，或將來應繫屬之對方也。若不能表示對方時，則聲請人須釋明非自己之過失，委係對方無從指定之事由（參照日民訴三七二條第一項；德民訴四九四條）。其二，即爲施行證據調查事實之表明。應爲證據調查之事實，即日本民事訴訟法第二七六條第一款所謂應證之係爭事實也。當證據保全之目的爲人證時，即當於該法第二九一條所謂證人應受訊問之事實；若其目的爲鑑定，則當於該法第三二三條所謂應鑑定之事項；目的若爲檢證，則當於該法第三五七條所謂應證之事實。但應爲證據調查之事實，無須陳明其重要。因事實之重要與否，非保全證據之證據調查所必須之要件，此種證據調查，並不判斷其事實之重要與否而爲之也（參閱證據保全之意義）。

其三，則爲證據方法之表明，特別是應受訊問之證人或鑑定人之表明（參照日民訴一〇五條第五項及二二三條）應指出受訊證人之姓名一點，雖與日本民事訴訟法

第二九一條之規定，同其法意，而應指出受訊鑑定人之姓名，則與該法第三二四條所規定之法意迥異矣。蓋為證據保全而訊問鑑定人者，有使一定之鑑定人為鑑定之必要，且該鑑定人或係身患重病，虞其死亡，或將旅行外國，虞其行跡靡定也。但法院之以職權命令其他鑑定人在場之權（參照日民訴一一七條、三五八條）及對方迴避鑑定人之權（參照日民訴三七〇條、三二二條、三〇三條以下），仍不因此而受障礙。法院縱認聲請人所指之鑑定人不合格，苟為證據保全施行證據調查之要件，既已具備，亦不得以是種理由駁斥其聲請。其四，則為縷陳及釋明證據有消失或難於使用之虞之理由（參照日民訴二一七條）。其所以須釋明此種理由者，即為防證據保全之濫用也，第三，不生拘束權利之效力，亦不生時效中斷之效力（參照日民訴一九五條；民法一四七條）。在德國，請求為證據保全施行證據調查之聲請，即為瑕疵擔保請求權之時效中斷原因（參照德民法四七七條第二項、四九〇條、四九三條、五二四條、六三九條），或為維持某種請求權，或抗辯法，抵銷權之原

因（參照德民法四七八條、四八五條、六三九條；德商法四一四條）。第四，得撤回之。此種撤回，與聲請證據保全係同一之方式，故無須對方之承諾。

(三) 裁判

裁判

關於請求為證據保全施行證據調查之聲請所為之裁判，通例不經言詞辯論。但法院對於聲請之准否發生疑問，且聲請係對一定之對方為之時，因須裁決其聲請，故得命為言詞辯論。此種場合，法院須以職權傳喚當事人（參照日民訴二四五條第三項）。但對方有聲明時，法院得命為踰越聲請範圍之證據調查，此不待言者也。若當事人雙方均不按期到場，或僅一方到場時，法院須斟酌聲請之旨趣及到場當事人之陳述而裁決之（參照日民訴三六八條第一項；德民訴四九〇條）。第一，法院應調查管轄權之有無（參照日民訴三六六條）（不待言，管轄權之有無，應以職權調查之），調查聲請方式之合否（參照日民訴三六七條），調查證據保全要件之具否（參照日民訴三六五條、三七一條），調查證據調查之合否（參照日民訴二九〇條

駁斥聲請全部
或一部之決定

），調查之結果若認為無管轄權，不合聲請方式，未具證據保全之要件，不能准許為證據保全施行證據調查者，則須以決定為駁斥聲請之裁決。但法院縱認應為證據調查之事實非必要者，亦不得因之而為駁斥聲請之裁決，蓋是種事實之必要與否，在裁決請求為證據保全施行證據調查之聲請時，法院無調查之根限也（參閱證據保全之意義）。駁斥聲請之全部或一部之決定（駁斥聲請一部之決定，即所決定之證據調查，與屬於聲請之證據調查不同不宣布時，法院惟須以職權送達於聲請人，不須送達於對方，因對方對於是種裁決無利害關係也（參照日民訴二四五條第三項））。但聲請人對於此種決定，得聲明不服而為抗告之聲請（參照日民訴四五五條）。

准許聲請之決定

第二，法院認聲請為正當時，即為准許之決定。此種決定與證據決定同，須記載應為證據調查之事實及證據方法，特別為應加訊問之證人或鑑定人之姓名（參照日民訴二七六條第一第二）。但因法律上無特別之禁止規定，法院得於決定援用聲請之內容，以代事項之記載。此種決定不宣布時，法院惟須以職權送達於聲請人（

參照日民訴二四五條第三項），不須送達於對方，蓋法院應送達決定及聲請之謄本於對方，喚其於證據調查日到場也（參照日民訴三六九條、德民訴四九一條）。此外，此種決定，不得以其有證據決定之性質而聲明不服（參照日民訴三六八條第三項、二七六條、二七七條；德民訴四九〇條），但亦不礙於證人及鑑定人爲抗告之權也（參照日民訴二九四條、三〇二條、三二二條）。第三，法院爲准許聲請之決定後，若發見應駁斥聲請之原因，特別發見聲請上之訊問證人礙難照准時，得將該決定撤銷之。因該決定有證據決定之性質也。但此種撤銷之決定，有駁斥聲請決定之實質，故聲請人得以抗告聲明不服（參照日民訴四五五條）。

（四） 調查證據

調查證據

爲保全證據所行之證據調查，依調查該證據方法一般適用之規定爲之（參照日民訴三七〇條第一項、二七三條至二七五條、二七八條至二八六條、二八九條至三三三條、三五七條至三五九條；德民訴四九二條）。故法院，受命推事或受託推事

傳喚聲請人及
對方

，以職權傳喚證人及鑑定人，而證人及鑑定人，無法律上之特別規定時，不能無宣誓。然特則上；第一，法院除以職權於證據調查日傳喚聲請人外，尚須送達決定及聲請之謄本以傳喚對方，使其為權利之防護（參照日民訴三六九條第一項）。在受命推事或受託推事前為證據調查時，亦然（參照日民訴二七八條、二七九條）。

（1）對方之於證據調查日防護其權利，不外使其得以主張日民訴第三一五條，第三二〇條，第三二二條所規定之權利，主張其對於應檢驗之證據方法所持之一切異議，故對方之傳喚，不待言，係使對方有充分時間得為是種主張也。但在緊急危險時，特別在證人身患重病有死亡之虞時，雖不能於適當時間傳喚對方，亦得為證據調查（參照日民訴二六九條第二項；德民訴四九一條）。若非緊急危險之際，而未於證據調查日傳喚對方，或雖傳喚而無相當之時間，則法院須將證據調查期延展之。否則有害於對方之利益矣（德國民事訴訟法，以明文規定如下之意義：雖不於適當時間傳喚對方，亦無礙於為證據調查，惟影響舉證人此後在訴訟上使用證據調查

之筆錄權利耳（參照德民訴四九一條第二項、四九三條第二項）。（2）於不知對方之場合，准許爲保全證據之證據調查之聲請時，法院（參照日民訴三六六條）須在防護尙未明瞭之對方權利上，選任臨時代理人，於證據調查日傳喚之（參照日民訴三七二條第二項）。是項臨時代理人之選任，雖屬法院之自由意思（參照日民訴三七二條第二項「得……」），然一經選任，即須於證據調查日傳喚之。蓋是項代理人享有法定代理人之地位，日本民事訴訟法第二六九條三七〇條之規定，適用於該代理人也。代理人之選任，除通知聲請人（聲請爲保全證據行證據調查者）外，尙須送達於代理人（參照日民訴二四五條第三項）。因代理所使用之費用，暫由聲請人負擔之（參閱證據保全費用一項之說明）。第二，對方得於證據調查日到場，聲述其對於證據調查合法問題所持之異議（特別得指出聲請之不法，准許聲請之法院無管轄權，缺乏證據保全之要件及證據方法之不能照准），根據此等理由以聲述其異議。此乃由於證據保全之手續上，法院無調查權限之故也。究之此種異議

對方之防範

，在經言辭辯論而爲准許聲請之裁決時，亦得聲述與否，頗有疑之者。學者雖有根據於條文上無特殊區別之一點，作肯定之結論者；然謂在言辭辯論上，若得主張非其過失之異議，則不能於證據調查日聲述之，自係適當之結論，蓋不如是，即將消失經由言辭辯論之目的矣。但對方日後在訴訟上，有權利主張其對於證據調查之一切異議一點，並不因其曾否於證據保全手續上聲述異議而受何等影響，此又不待言者也。(1)在證據調查日期，對方於適當時間受傳喚而不到場時，舉證之聲請人縱不到場，亦須爲證據調查(參照日民訴二八四條)。若聲請人不到場而對方到場時，則法院得因情形將證據調查日期延展之，以審訊對於聲請人之異議，或爲對於異議之裁決(即決定駁斥其異議)，撤銷聲請之照准，且得爲駁斥聲請之裁決。(2)

○對於對方所聲述之異議當否而爲之裁判，由准許聲請之法院(命爲證據調查之法院)，以決定之形式爲之。故應於受命推事或受託推事前爲證據調查之場合，對方若到期聲述其異議，該法院則依日本民事訴訟法第二八三條之規定，以受訴法院之

證書之保存

地位裁判之，對方對於駁斥異議之決定，不得聲明不服。因此種決定之性質，不外於准許聲請之裁判也（參照日民訴三六八條第三項）。反之，聲請人對於認異議為正當之決定（撤銷准許聲請之決定，且駁斥聲請之裁決），得聲明不服而為抗告（參照日民訴四五五條）。第三，調查證據之筆錄，須保存於命為證據調查之法院（參照日民訴三七〇條第二項），因其為訴訟記錄之一部分也。（1）證據調查之記錄，須記載證據調查之結果（參照日民訴一三〇條第二項第三號四號），各當事人得查閱證據調查記錄，並得要求法院書記官予以是項記錄之謄本或抄本（參照日民訴二二四條）。（2）受命推事或受託推事執行證據調查後，須將該調查記錄之原本，呈送命為證據調查之法院（參照日民訴二七九條第二項）。

（五）效力

效力

證據保全在訴訟上之效力，即各當事人在訴訟上有權利使用證據調查記錄也，換言之，即當事人為使自己之聲請成為正當，得利用證據調查之結果也（參照日民

證據之使用

訴三七〇條第二項；德民訴四九二條）。第一，依照保全證據之證據調查手續調取之證據，與繫屬於法院之訴訟手續中所調取之證據，有同一之性質，故是項證據之使用，不得謂之書證（證據調查記錄之使用）。關於此種證據之使用，日本則依其民事訴訟法第二一六條之規定。第二，請求為保全證據施行證據調查之聲請者（聲請人或舉證人），既得利用證據調查之結果，當然縱在對方對於聲請毫無表示，或不接受證據調查日到場之傳喚時（參照日民訴二七〇條第二項），亦得為自己之利益而利用證據調查之結果。（1）證據調查日期不到場之對方，日本得以違反其民事訴訟法第三六九條第一項之規定為理由，聲述異議。此種場合，欲利用證據調查結果之聲請人，須證明未於證據調查日期傳喚對方，或有適當時間而未傳喚對方之咎，不應歸於該聲請人之事由，故聲請人若故將所知之對方表示不知，或因過失而未正確表示對方之住所及姓名等項，以致發生對方不受傳喚之事實時，不得利用證據調查之結果。學者雖有主張是種場合，得將證據調查之結果，作為間接證據

或書證利用之者；然而此係忽視民事訴訟法之法意之見解（參照日民訴第二六九條），不得謂之正確。（2）依法於證據調查期遵傳到場之對方，不問其在場調查證據與否，皆得提出證據抗辯（參照日民訴二一四條）。但不得陳述准許聲請之法院無管轄權，不得陳述缺乏證據保全要件之異議，即令陳述，亦可不加審酌。蓋是種異議，縱有理由，實體上殊無將已完結之證據調查歸於無效之理由也。第三，法院得依聲請或以職權命再行證據調查，或命補充已經調查之證據（參照日民訴三七〇條第三項、一一七條、三一七條、三三〇條）。但受訴法院對於事實之真否，已得心證時，得駁斥請求命再行證據調查或補充證據之聲請，此又不待言者也（參照日民訴二一七條）。

（六）費用

費用

因證據保全手續而生之費用，為本案訴訟費之一部分，故在證據保全手續上，不為關於負擔之裁判。因此，第一，請求為保全證據行證據調查之聲請人，須於

第六章 證據保全 第三節 證據保全之手續 五六九

再行證據調查
或補充證據

聲請費用之外，尚須預繳證據調查費（參照日民訴二八八條）（裁判上之費用）；並於旅費之外，尚須暫行自備選任臨時代理人所生之費用（參照日民訴三七二條第二號）。至於對方，則須暫備自己之費用；但對方若爲自己之利益，聲請擴張證據調查之範圍，且因而享有聲請人之地位時，亦如聲請人須預繳證據調查之費用。

第二，在本案訴訟已繫屬之場合，則證據保全之費用，即爲該訴訟費之一部分，故敗訴者，須將法院意見認爲伸張權利或防護權利所必要之證據保全費用，請還於對方（參照日民訴七二條）。費用在伸張權利或防護權利上之必要與否，須視行爲之當時，客觀上依訴訟之交通觀念，是否有支付之必要而定之。故證據保全手續之費用，雖當事人於本案訴訟上，不利用證據調查之結果時，亦得謂爲伸張權利或防護權利所必要之費用。學者有主張證據保全手續之費用，在本案訴訟上，惟於對方利用證據調查之結果時，得視爲該訴訟費用之一部分。究之此種見解，殊無何等立法上之根據，謂之誤謬可也。反之，在本案訴訟尙未繫屬之場合，證據保全手續費用

之賠償請求權，是否成爲損害賠償請求權，則視民法之規定而定之。故聲請人當訴訟責任歸於對方時，得訴請令其賠償自己所支付之證據保全手續費用（參照日民法七〇九條）。學者有謂證據保全手續費用之賠償請求權，成立於如下之場合：聲請人在聲請當時，有提起給付之訴，形成之訴，確認之訴之權利，且聲請人既欲提起訴訟，其利用爲證據保全行證據調查之證據，即係適當（關於是種證據方法之事實，爲本案訴訟所必要，且聲請人在本案訴訟上，遇有不得不慮及對方應爭此項事實之情形時，利用證據方法，自係適當），如此場合，斯成立該項賠償請求權。此種請求權，與一般訴訟費用賠償請求權不同，乃成立於本案訴訟之前者，且得以起訴方法主張之，亦得於本案訴訟上，以附帶請求方法主張之。故認爲是種請求權之成立，當本案訴訟尚未繫屬時，須於上述原因之外，尙有其他特別原因者，殊屬毫無理由之見解也。然而此種觀察，未免蔑視法理，不知訴訟費用之賠償請求權，乃係不論訴訟與否，皆得組成私法上損害賠償請求權之內容者，在訴訟當事人之一方，

須負訴訟責任時，對於他方即負私法上之損害賠償義務矣。