

一之書叢學法

# 論據證事民

---

著原正義岡松本日

譯本知張

冊上

版出社譯編學法海上

---

行發總局書記新堂文會

# 民事證據論上冊目錄

## 第一章 總論.....一

第一節 證據之本質.....二

第二節 證據之主義.....三

第三節 證據之意義.....八

第四節 證據之種類.....一六

第五節 證據之目的物.....二七

省 舉證之責任.....四九

州 舉證責任之意義.....五三

第一節 舉證責任之效用.....五六

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

### 第三章 自由心證

一〇二

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

### 第四章 證據手續

一一九

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

## 第五章 各個證據方法……………二〇六

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

第五節 證據方法之利用	二一九
第一目 證人	二二三
第一款 證人之意義	二二六
第二款 證人之能力	二三〇
第三款 證人之義務	二三五
第四款 證人之迴避	二〇〇

# 民事證據論上册

松岡義正著  
張知本譯

## 第一章 總論

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

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

## 第一節 證據之本質

### 證據之本質

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

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

## 第二節 證據之主義

證據之主義

證據就理論方面言之，有形式的證據主義與實質的證據主義之二種。第一，

形式的證據主義

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



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

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

### 實體的證據主義

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

形式的證據主義  
與實體的證  
據主義之短長

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

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

### 第三節 證據之意義

證據之意義

證據之意義，總括言之，卽爲舉證(立證)或證據調查之結果。分別言之，或指爲舉證(舉證之責任或立證之責任)，或指爲證據之原因，或指爲證據方法(當事人有證據或無證據)，或指爲舉證之結果(證據完全或不完全)，茲爲逐一說明之。

#### (一) 舉證

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

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

### (二) 證據原因

證據原因

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

，即係允許具備法定要件之當事人履行法定之方式。德國民事訴訟法中所謂當事人之宣誓，即屬於形式主義中之證據原因（德國民事訴訟法四六三條第一項「履行宣誓，即為宣誓之事實之完全證據」、又其四六四條第二項「拒絕履行宣誓，即認為完全證明應行宣誓之事實不確」）。又在實體的證據方面，則證據原因，即為使審判官對於當事人事實上主張之（證據目的物）真否，具有確信之各種原因之元素，基於審判官本人之實驗及他人實驗之報告而認識之。審判官本人之實驗者，凡由審判官單獨所為之實驗，或依他人（尤其是鑑定人）輔助所為之實驗，如重要之檢證屬之。他人實驗之報告者，即由當事人或審判以外之第三者向審判官所為之報告也。例如不利於當事人一方之自己陳述（即審判以外之自認，此雖非證據方法；但學者通稱之為證據原因）。及當事人本人被訊問時之陳述（參照日民訴三六〇條），屬於前者；而證人供述中之重要部分，及鑑定人鑑定中之重要部分，則屬於後者。至於證書重要部分，是否為證據原因？本為學者間所爭論；但在積極方面加以斷定，實較適



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

### （三）證據方法

證據方法

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

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